

# 《民法總則與刑法總則》

一、監護宣告應具備什麼要件？設甲為受監護宣告之人，某日，精神狀態回復正常，惟尚未依法定程序撤銷監護宣告，即自行與乙訂立土地買賣契約，該契約之效力如何？（25分）

試題評析	本題涉及監護宣告之要件與效力，屬基礎性的題目。此類題目除提及法定要件外，可適度提及立法目的。另外民法上債權契約與物權契約不同，亦應加以強調。
考點命中	《顏律師民法講義第一回》，頁51、53、54。

**答：**

本題爭點涉及監護宣告之要件與監護宣告之效力等問題，分述如下：

(一)監護宣告之要件：

現行民法為保護未成年人，以年齡作為區別行為能力有無之標準(見民法第12條、第13條)。然而即便20歲以上之成年人，有時亦因特殊狀況而同有思慮不周，須特別加以保護之必要。此種保護之方式，除個案性之保護外(如民法第75條後段)，尚有通案性的認定成年人行為能力有無之方式，成年人之監護宣告與輔助宣告，即屬適例，合先敘明。

依民法14條第1項規定：「對於因精神障礙或其他心智缺陷，致不能為意思表示或受意思表示，或不能辨識其意思表示之效果者，法院得因本人、配偶、四親等內之親屬、最近一年有同居事實之其他親屬、檢察官、主管機關或社會福利機構之聲請，為監護之宣告。」，是故監護宣告之要件包括：

1.受監護宣告之原因：

因精神障礙或其他心智缺陷，致不能為意思表示或受意思表示，或不能辨識其意思表示之效果者。

2.聲請權人：

本人、配偶、四親等內親屬、最近一年有同居事實之其他親屬、檢察官、主管機關、社會福利機構。

3.決定機關：

法院。

(二)甲縱精神回復正常，於未依法定程序撤銷監護宣告前，仍屬無行為能力人：

依民法第15條規定，受監護宣告之人，無行為能力，甲今既受監護宣告，則甲為無行為能力人。又依民法第14條第2項規定，受監護之原因消滅時，法院應依前項聲請權人之聲請，撤銷其宣告。是故依現行法，監護宣告效力之消滅，僅得透過法院撤銷監護宣告為之，是故甲縱使於監護宣告後某日精神狀態回復正常，惟因其尚未聲請法院撤銷監護宣告，故依民法第14條第2項與第15條之規定，甲仍為無行為能力人。又依民法第75條前段之規定：「無行為能力人之意思表示，無效」，甲既為無行為能力人，甲所為之意思表示即屬無效，是故甲與乙自行訂立之土地買賣契約此一債權契約，即因甲無行為能力而欠缺法律行為之一般生效要件，故屬無效。

二、甲19歲，高職剛畢業，未得法定代理人允許，受僱為乙建設公司之職員，奉公司之命，代理公司與丙簽訂房屋買賣契約，請問：

(一)甲、乙間之法律關係如何？（13分）

(二)乙、丙間買賣契約之效力如何？（12分）

試題評析	本題涉及限制行為能力人行為能力有無以及代理權授與行為有因性與無因性之傳統爭點。答題上除引述通說採代理行為授與行為無因性之觀點外，若能適度提及代理權授與行為有因性理論，必能獲得不錯之分數。
考點命中	《顏律師民法講義第一回》，頁55、56、77、78、80、85。

**答：**

本題爭點涉及限制行為能力人未得法定代理人允許所訂立契約之效力，以及代理權授與行為無因性與有因性之爭論，分述如下：

(一)甲乙間之僱傭契約效力未定：

甲為19歲之未成年人，依題示並未結婚，故依民法第13條第2項之規定，甲為限制行為能力人。又依民法第77條規定：「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分、日常生活所必需者，不在此限」。甲乙間所訂立之僱傭契約，依題示並未得甲之法定代理人之事先允許，亦非依甲年齡或身分，日常生活所必需，且僱傭契約甲有提供勞務之義務，自非純獲法律上利益；是故甲乙間之僱傭契約並無民法第77條但書之適用。再依民法第79條之規定，限制行為能力人未得法定代理人事先允許所訂立之契約，須經法定代理人承認始生效力；今甲乙間之僱傭契約既未得甲之法定代理人允許，甲乙間之僱傭契約自陷於效力未定之狀態。

(二)乙丙間之買賣契約有效：

1.甲得為代理人：

按代理係屬無損益之中性行為，代理行為所生之法律效果，本係直接歸屬於本人(民法第103條)，代理行為對於代理人而言，不至於生何等不利利益，是故民法第104條規定：「代理人所為或所受意思表示之效力，不因其為限制行為能力人而受影響」。甲19歲，屬限制行為能力人，依民法第104條之規定，自得為乙之適格代理人。

2.代理權授與行為之無因性與有因性之爭議：

(1)代理權授與行為係獨立於基礎法律關係之外之另一法律行為，然乙授與甲代理權此一單獨行為之效力，是否受甲乙間僱傭契約(基礎法律關係)效力瑕疵之影響，學說上存有爭議。多數見解主張，本人本得獨立授與代理權(即代理行為授與行為獨立性)而無需另行訂立僱傭等基礎法律關係；另本於交易安全之保護，代理交易之相對人無法查知本人與代理人間有無基礎法律關係存在，故應採代理權授與行為無因性理論。惟另有學說主張，代理權授與行為無法獨立於基礎法律關係之外，交易安全之保護可透過表見代理制度處理，民法第108條顯係採代理權授與行為之有因性理論。

(2)就本題而言，若採代理權授與行為無因性理論，則甲與乙之間之僱傭契約縱具有效力上之瑕疵(效力未定)，乙授與代理權與甲之單獨行為亦屬有效，甲因此為有權代理人；甲代理乙與丙訂立之買賣契約，自屬有效，效力歸屬於乙丙之間。

(3)若採代理權授與行為有因性理論，甲乙間因僱傭契約效力未定，故乙授與甲代理權此一單獨行為係屬無效，甲並非乙之有權代理人。惟丙誤認甲為有權代理人此一權利外觀之存在係可歸責於乙，故丙仍得主張表見代理之適用，使得乙仍需負授權人(即本人)之責任，丙自得主張乙需負出賣人之責任。

三、鑽石大盜甲探聽到富商A坐落於某鄉間的別墅內藏有剛進口的鑽石一批，於是向乙說明詳情，找乙合作一起竊盜，乙應允。甲載著乙到別墅附近，甲在外把風，乙進入別墅。乙進入兩分鐘後，在外把風的甲見有雙B名車駛近停在別墅隔壁不遠處另一棟綠色小屋前，赫然又發現下車進入綠色小屋者正是富商A，甲始知乙所進入者根本不是富商的別墅，於是趕緊打手機聯絡乙放棄行動。在別墅裡翻箱倒櫃兩分鐘的乙根本找不到鑽石，卻發現金錶一隻，於是於接到甲的緊急通知後隨即帶著金錶退出別墅，不過乙事後獨吞金錶，根本沒有讓甲知道竊得金錶的事情。請就刑法第320條所規定的竊盜罪論述甲的刑事責任。(25分)

參考法條：

刑法第320條第1項：意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。

刑法第320條第3項：前二項之未遂犯罰之。

試題評析	首先必須清楚界定甲與乙之間的犯罪參與關係，在此可依循通說的犯罪支配理論，或是實務的主客觀擇一標準說，建議往共同正犯的方向書寫。緊接著是發現偷錯戶後的處理，由於乙還多取走金錶一隻，必須釐清甲對乙之行為有無預見可能性，否則依舊與乙共負刑事責任(共同正犯逾越的問題)。倘若認定甲對乙的私下行為欠缺預見可能性，別忘了仍有成立未遂犯的可能性，以及後續缺效未遂的討論。題目雖然看似簡單，卻十分不容易鋪陳。
------	--

考點命中 易律師，《刑法總則》，第5-38~5-39、11-5~11-9、11-19~11-29頁。

答：

- (一)甲在外把風，乙進入他人別墅之行爲，甲成立刑法（以下同）第306條第1項的侵入住居罪。
- 1.本罪以行爲人無故侵入他人住宅爲犯罪成立要件。
  - 2.客觀上，他人別墅該當「住宅」，乙未得同意而進入他人住宅該當「侵入」，主觀上乙明知前述事實並有意爲之，構成要件該當。乙無阻違法事由而滿足法條所規定之「無故」，又無阻卻罪責事由，成立本罪。
  - 3.甲與乙客觀上就「侵入他人住居」一事有**共同謀議行爲在先，更按其謀議內容加以分擔實行在後**，雖說甲僅在別墅外把風而並未親自實行侵入行爲，惟該把風行爲自謀議內容加以觀察，乃是乙侵入住居所不可或缺的分擔，且甲主觀上明知前述事實並有意使其發生，依據通說所採行之**犯罪支配理論係具備「功能支配」**而與乙成立第28條之共同正犯。縱使採取實務上的「**主客觀擇一標準說**（100台上837決參照）」，雖然甲並未實行構成要件行爲，卻顯然是爲了自己而犯罪，仍舊與乙成立第28條之共同正犯。
  - 4.甲無阻卻違法與阻卻罪責事由，成立侵入住居罪。
- (二)甲在外把風，乙進入他人別墅取走金錶一隻之行爲，甲成立第321條第2項的加重竊盜未遂罪。
- 1.別墅該當住宅已如前所述，客觀上，乙侵入他人住宅而取走金錶一隻，除該當「未得同意，破壞他人持有並建立自己持有」之竊取要件外，更符合「侵入住居而犯之」的加重要件。主觀上乙明知前述事實並有意爲之，又自知無取得該錶之法律上原因，卻想以所有權人自居，該當不法所有意圖。乙無阻卻違法與阻卻罪責事由，成立加重竊盜罪。
  - 2.甲雖與乙就「侵入住宅竊盜一事」有共謀行爲在先，惟究其內容乃「**侵入富商A別墅竊取鑽石**」，**客觀上乙既未取得鑽石，甲又對於乙逾越共謀範圍而取走他人金錶無預見可能性**，故加重竊盜罪構成要件不該當。主觀上甲有侵入富商A別墅竊取鑽石之故意，又自知無取得該鑽石之法律上原因，卻想以所有權人自居，該當不法所有意圖；客觀上乙進入別墅後翻箱倒櫃找尋鑽石，**按主客觀混合說必然該當著手**，因此甲僅在加重竊盜未遂罪的範圍內與乙成立第28條的共同正犯。
  - 3.甲無阻卻違法與阻卻罪責事由，成立加重竊盜未遂罪。
  - 4.甲打電話聯絡乙放棄行動，看似符合第27條之中止行爲，惟甲係因錯認他人別墅爲富商A之別墅，因而不得不放棄行竊之**缺效未遂（＝失敗未遂）**，顯然並非出於「自願性動機」，不該當己意要件而無第27條適用之空間（73年第5次刑庭決議參照）。
- (三)結論：甲成立侵入住居罪與加重竊盜未遂罪，鑑於後者評價上完全包含前者，兩罪形成不真正競合關係，僅論加重竊盜未遂罪即可。

- 四、A積欠黑道大哥甲新臺幣千餘萬元的債務，屢經催促而事隔經年，不但未見償還，還放話批評甲不夠義氣。甲盛怒，決定殺A，某日持進口制式手槍於A在夜市逛街時堵住A，貼近對A的頭部開槍，子彈穿過A的頭部後又射中夜市遊客B，B當場死亡，A則經送醫搶救後並無大礙。請就刑法第271條（殺人罪）、第276條（過失致人於死罪），以及第186條（危險物品罪）規定，討論甲的刑事責任如何？（25分）

參考法條：

刑法第186條：未受允准，而製造、販賣、運輸或持有炸藥、棉花藥、雷汞或其他相類之爆裂物或軍用槍炮、子彈而無正當理由者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。

試題評析

甲的開槍行爲討論典型的「未遂犯」與「過失犯」，持有進口制式手槍部分則是幾乎沒有爭執的「故意既遂犯」（由於題目僅提及討論§186的危險物品罪，建議別自作主張額外審查§187的加重危險物品罪）。未遂與過失的書寫方式務必熟練，危險物品罪的小陷阱在於「未受允准而無正當理由」乃特別違法性要件；最後還有一個重點在競合，危險物品罪的繼續犯屬性必須提及，否則將難以導出想像競合的法律效果。本題相對前一題來得簡單，可以稍稍彌補前一題所耗費掉的時間。

**考點命中** 易律師，《刑法總則》，第5-41~5-44、6-33~6-37、12-9~12-15頁。

**答：**

- (一)甲朝A頭部開槍之行爲，對A成立刑法（以下同）第271條第2項的殺人未遂罪。
- 1.殺人罪以行爲人殺害他人並致死亡結果爲成立要件，由於客觀上並未發生A死亡之結果，故甲不該當殺人罪，合先敘明。
  - 2.主觀上甲有意致A於死地，該當殺人故意；客觀上甲朝A頭部近距離開槍射擊之行爲，**依其想像乃是典型構成要件行爲(=嚴格意義的構成要件行爲)**，無論採何種標準都勢必該當著手，故構成要件該當。
  - 3.甲無阻卻違法與阻卻罪責事由，對A成立殺人未遂罪。
- (二)甲朝A頭部開槍同時擊中B之行爲，對B成立第276條第1項的過失致死罪。
- 1.客觀上甲在夜市隨意開槍，乃製造法所不容許風險之行爲，又不可想像其不存在地實現擊中夜市遊客B，導致其當場死亡的法規範欲避免之結果；主觀上甲雖無意致B於死，**惟對於「在人多處開槍將波及其他路人」一事有預見可能性**，也確實預見到夜市中的往來群眾，該當第14條第2項之有認識過失(又稱疏虞過失)，故構成要件該當。
  - 2.甲無阻卻違法與阻卻罪責事由，對B成立過失致死罪。
- (三)甲持有進口制式手槍之行爲，成立第186條的持有危險物品罪。
- 1.本罪以未受允准持有軍用槍砲、子彈而無正當理由爲犯罪成立要件
  - 2.客觀上進口制式手槍與子彈，其性質能供軍事使用，該當「持有軍用槍砲、子彈」之要件；主觀上甲明知前述事實卻有意爲之，具備本罪故意，故構成要件該當。
  - 3.**甲持有該進口制式手槍並沒有法令許可，且當下亦無任何持有的正當理由**，因此無阻卻違法事由(=未受允准而無正當理由)，又無阻卻罪責事由而成立本罪。
- (四)結論：甲成立之持有危險物品罪係繼續犯，其構成要件行爲之實行乃是「自持有之始至朝A頭部開槍」，與甲基於「朝A頭部開槍」所犯殺人未遂與過失致死兩罪，**客觀上有實行行爲的重合現象，主觀上具有方法目的關聯性，故三罪屬於同一行爲關係**。甲同一行爲犯殺人未遂、過失致死與持有危險物品三罪，侵犯A、B的生命法益與公共安全法益，應論以想像競合，並按第55條規定從一重法定刑處斷。

高上

【版權所有，重製必究！】