

《民法總則與刑法總則》

<p>試題評析</p>	<p>第一題：此題主要考點為第87條、第88條及第92條，並附帶考到無權處分、代理、無行為能力人等考點，為一綜合性考題。</p> <p>第二題：本題主要測驗同學有關民法第767條有無第125條消滅時效之適用，及債之相對性之問題。</p> <p>第三題：單純測驗阻卻罪責事由的審查，並且考題直指責任能力的欠缺，回答上並不困難。至於保安處分部分則是多數同學容易遺漏的地方，這也告訴我們準備考試千萬不能心存僥倖。</p> <p>第四題：本題由於題意不清，因此大幅提高作答的難度，只能依靠臨場考試時的假設來作答，否則篇幅可能會極度不足。本提涉及到有關新舊法「未遂教唆」概念的存廢，此外在假設題目之下，可能會浮現不純正身分犯、共犯中止與脫離的附帶考點。</p>
<p>高分命中</p>	<p>第一題：</p> <p>1.第(一)小題：《民法總則》，李律師編著，高點出版，頁10-31~頁10-34，範題(二)。</p> <p>第(二)小題：《民法總則》，李律師編著，高點出版，頁7-44~頁7-45，擬答(一)。</p> <p>第(三)小題：《民法總則》，李律師編著，高點出版，頁10-53~頁10-54，案例(一)。</p> <p>2.《高點民法總則講義第2回》，辛政大編撰，頁21-23、26-27、30-31。</p> <p>3.《高點民法總則總複習講義》，辛政大編撰，頁19-20。</p> <p>第二題：</p> <p>1.《高點民法總則講義第二回》，辛政大編撰，頁73-74。</p> <p>2.第(一)小題：《民法總則》，李律師編著，高點出版，頁15-6~頁15-7。</p> <p>第三題：</p> <p>1.《高點刑法講義第二回》，易台大編撰，頁118-120。</p> <p>2.《高點刑法講義第五回》，易台大編撰，頁91-92。</p> <p>第四題：《高點刑法講義第四回》，易台大編撰，頁67-72、頁90-95。</p>

一、甲與乙通謀虛偽意思表示，由甲將其所有之凶宅辦理所有權移轉登記於乙。不久，乙經法院為監護之宣告，並由其配偶丙擔任監護人。丙不知甲、乙之通謀虛偽意思表示，但如系爭房屋為凶宅。嗣後，丙以乙之代理人名義，將系爭房屋出賣並移轉所有權登記於丁。丁就甲、乙之通謀虛偽意思表示及系爭房屋為凶宅，均不知情，且丁就其不知並無過失，乙、丙亦皆未對丁為任何告知。請問：甲就系爭房屋，對乙、丁二人，各有無可以主張之權利？丁就系爭房屋得對乙為如何之主張？（25分）

答：
(一)

- 民法（以下同）第87條第1項規定，通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效。之所以規定無效，乃係因表意人既無欲為該表示行為，且相對人又係通謀，無保護相對人之必要，故規定該通謀虛偽之意思表示為無效。惟為保護善意第三人，同條項但書又規定，不得以其無效對抗善意第三人。
- 甲乙通謀虛偽意思表示將甲之凶宅移轉登記於乙，該物權行為依第87條第1項規定，無效，是乙並未取得該凶宅之所有權。其後，乙經法院為監護之宣告，此時，依第15條規定，乙為無行為能力人，復依第76條規定，無行為能力人應由法定代理人代為並代受意思表示，而丙為乙之監護人，亦為法定代理人，是應由丙代為並代受意思表示，且丙所為或所受之意思表示，直接對乙發生效力。是以，丙嗣後以乙之代理人名義，將系爭房屋出賣並移轉所有權於丁，該買賣契約及物權契約皆直接對乙發生效力。
- 惟承上所言，乙並未取得系爭房屋之所有權，是其將該屋所有權移轉於丁之物權行為乃屬無權處分，原為效力未定，然因丁對該通謀虛偽意思表示並不知情，屬善意第三人，是丁得依第759條之1規定，善意取得系爭房屋之所有權，同時，丁亦得主張其為第87條第1項但書所規定之第三人，而得依該但書規定主張甲乙間之通謀虛偽意思表示對其而言為有效，是乙為有權處分，其得依有效之物權行為取得系爭房屋之

所有權。是不論依第759條之1或第87條第1項但書，丁皆得取得系爭房屋之所有權，從而，甲對丁不得為任何主張。

4. 惟甲因乙之無權處分而喪失房屋所有權，甲應得依第184條第1項前段，向乙請求損害賠償。再者，乙獲有丁所支付之價金應屬不當得利，是甲亦得依第179條請求乙返還其利益。

(二)

1. 承上，丙代理乙與丁所為之買賣契約，直接對乙發生效力，是乙丁間存在有效之買賣契約。惟對於買受之房屋為凶宅一事，丁並不知情，若其之後發現，應得主張其為物之性質之錯誤，且丁對該錯誤並無過失，故依第88條第2項規定，丁得撤銷其所為之意思表示。
2. 除此之外，丁亦應得依第92條第1項規定，撤銷其受詐欺所為之意思表示，蓋第105條規定，代理人之意思表示，因明知其事情，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之，而本案代理人丙明知系爭房屋為凶宅，卻未告知向買受系爭房屋之丁，構成第92條第1項所規範之詐欺，是受詐欺而為意思表示之丁，即得依第92條第1項規定，主張撤銷其受詐欺所為之意思表示。
3. 從而，丁應得依第88條或第92條規定，撤銷其買賣契約之意思表示。至於物權行為部分，丁本得依第87條第1項但書相對無效之規定，主張甲乙間之通謀虛偽意思表示為無效，是乙為無權處分，乙丁間之物權行為因此為效力未定，既為效力未定，即無待丁再為撤銷。

二、甲同意其弟乙無償在甲之已登記之A地上蓋屋自住，13年後，甲之兒子丙想在A地蓋工廠，甲先不置可否，丙乃一直爭吵。又過3年，甲不耐煩丙之爭吵，乃同意由丙出面以甲之名義請求乙拆屋還地，但乙以時效完成為理由拒絕之。再過1年，甲以贈與為原因，將該地所有權移轉登記於丙。丙遂以所有人身分請求乙拆屋還地，乙仍拒絕之。請問：丙出面以甲之名義請求乙拆屋還地時，乙以時效完成為抗辯，有無理由？丙以所有人身分，請求乙拆屋還地，有無理由？（25分）

答：

(一)乙以時效完成為抗辯，為無理由：

1. 甲同意乙在其土地上蓋屋自住，16年後，始同意由丙以甲之名義請求乙拆屋還地，乙得否為時效抗辯，關鍵為甲之民法第767條物權請求權，有無第125條消滅時效之適用。對此，應區分其為動產或不動產，及該不動產為已登記或未登記等情形而定，簡言之，若為動產及未登記之不動產之物權請求權，依法仍有第125條消滅時效之適用，惟若為已登記之不動產，依大法官釋字第107號及第164號解釋，其回復請求權及妨害除去請求權，並無第125條消滅時效規定之適用。已登記之不動產之物權請求權之所以沒有消滅時效之適用，乃係為維持登記制度之效用，並使登記名義與實質所有一致。
2. 本題甲之A地既已登記，則甲之民法第767條回復請求權及妨害除去請求權，即無15年消滅時效之適用。是縱事隔16年後，丙始以甲之名義請求乙拆屋還地，乙仍不得為時效完成之抗辯。

(二)丙得否以所有人身分，請求乙拆屋還地，須視乙使用A地之權源而定：

1. 依題示，甲同意乙無償在甲之A地上蓋屋自住，是乙具有使用A地之權源，惟題目並未說明該權源為一債權或物權之權源，而此亦會影響丙得否請求乙拆屋還地。簡言之，若乙使用A地之權源為一債權之法律關係，則因債之相對性，則乙僅得對甲主張其為有權占有人，是若甲已將A地之所有權讓與丙，則乙即不得再向丙主張其為有權占有人，丙即得依第767條請求乙拆屋還地；反之，若乙使用A地之權源為一物權之法律關係，則因物權具有追及力，則乙除得對甲主張其為A地之有權占有人外，亦得向受讓A地之丙主張其為有權占有人，此時丙即不得依第767條請求乙拆屋還地。是丙受讓A地後，得否以所有人身分，請求乙拆屋還地，須視乙使用A地之權源而定。
2. 惟須注意者，若乙使用A地之權源為民法第421條之租賃關係，因租賃契約有第425條所規範之所有權讓與不破租賃，是丙似乎不得請求乙拆屋還地，惟因第421條規定，租賃契約限於有償，然甲乃係無償提供A地予乙使用，是甲乙間之關係不可能為租賃契約，是亦不會有所有權讓與不破租賃之問題。

三、甲年七十有餘，患有失智症，數度在同一便利商店拿取價值微薄的物品，不付帳離去，皆未被發覺。某一日甲再度進入便利商店取物，不付帳離開，被店員發現攔截，報警處理。案經檢察官起訴。法院審理中，鑑定發現甲的失智症嚴重，無法自我控制，有反覆竊取他人物品的高度

可能性。試問，甲的竊盜行為有無阻卻罪責事由？法官得宣告何種保安處分？（25分）

答：

- (一)甲進入便利商店取走物品卻不付賬離去之行為，不成立刑法（以下同）第320條第1項的竊盜罪。
- 客觀上，甲未得同意而破壞店家對於物品之持有、並建立自己持有；主觀上，甲明知前述事實卻有意為之，更知悉自己無請求該物的民法上基礎卻仍以所有權人自居，具備竊盜故意與不法所有意圖。構成要件該當又無阻卻違法事由，合先敘明。
 - 惟甲就此竊盜行為仍有主張阻卻罪責事由的空間，分述如下：
 - 甲乃70多歲的老人家，並非第18條所規定之無責任能力人或限制責任能力人，無從據此阻卻罪責。
 - 依據第19條第1項之規定：「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰。」係採取所謂「生理學與心理學混合」的立法模式，必須基於生理因素導致欠缺辨識能力或控制能力的心理結果，方得欠缺責任能力而不罰。按題意所示，甲所患失智症正是一種精神障礙的生理因素，且情形嚴重到無法自我控制的地步，符合欠缺控制能力此要件，當可主張本規定阻卻罪責。
- (二)由於保安處分係著重行為人的社會危險性所設的社會防衛措施，其發動並不以犯罪成立為必要，僅需不法即為已足。甲雖無罪責而不成立竊盜罪，卻仍有竊盜罪之不法，法院自可宣告保安處分。
- 依據第87條第1項之規定：「因第19條第1項之原因而不罰者，其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時，令入相當處所，施以監護。」鑑於甲有反覆竊取他人物品的高度可能性，該當條文「足認有再犯之虞」此要件，法院得宣告監護處分。
 - 惟考量甲已年邁，倘若具體情形不宜宣告拘束自由的監護處分，依據第92條第1項之規定，得以非拘束人身自由的保護管束代之。

四、乙在私人企業擔任出納工作，當發生財務困境時，其妻甲向乙建議，可將乙經手的錢財作為應急之用，再設法回補。乙正擬侵佔經手的錢財時，適逢公司連日稽查業務，不敢妄動。數日後，甲再向乙提議，業務稽查後是最佳的下手時機，乙於是布局侵佔。甲獻計後，卻心生不安，在乙尚未得手前，勸乙打消侵佔念頭，但沒有積極的阻止行動。乙後來因職務調動，而無法遂行侵佔。試問：甲前後兩次建議乙侵佔，是否有罪？（25分）

答：

- (一)甲第一次建議乙侵佔企業錢財之行為，不成立刑法（以下同）第335條第2項侵佔未遂罪的教唆犯。
- 客觀上，甲建議乙將企業錢財作為應急之用而使乙產生犯罪決意，係屬教唆行為，惟甲是否可以從屬於乙的不法而滿足第29條所要求的**限制從屬（=不法從屬）**形式，仍有待商榷。按題意所示，乙正擬侵佔經手錢財時，卻因公司稽查業務而不敢妄動，並未該當侵佔罪之客觀構成要件無疑；且依據通說判斷著手所採取的主客觀混合說，**由於乙尚未做出與侵佔行為具有密切關聯性的任何舉動**，也不該當著手實行要件而非屬未遂。綜上所述，乙並未有任何不法供甲從屬，甲不成立侵佔罪的教唆犯。
 - 修正前第29條第3項有所謂「**未遂教唆**」之處罰，亦即被教唆之人雖未至犯罪，教唆者仍以未遂犯論。據此甲將會該當侵佔罪的未遂教唆犯。惟新刑法為了貫徹限制從屬形式而將該規定刪除，基於罪刑法定原則，甲不成立犯罪。
- (二)甲第二次建議乙侵佔企業錢財之行為，可能成立第335條第2項侵佔未遂罪的教唆犯。
- 客觀上，甲建議乙將企業錢財作為應急之用而使乙產生犯罪決意，係屬教唆行為，然而自乙「布局侵佔」至「無法遂行侵佔」，究竟有無著手實行侵佔罪的構成要件行為，按題意實在難以認定，依據罪疑唯輕原則作有利於行為人之假設，結論將與第一個行為相同，乙並未有任何不法供甲從屬，甲不成立侵佔未遂罪的教唆犯。
 - 倘若認為乙基於不法所有意圖著手實行侵佔罪的構成要件行為，則符合限制從屬形式，主觀上甲有教唆故意與教唆既遂故意，成立侵佔未遂罪的教唆犯。此外由於甲不具備「業務」此不純正身分，縱使乙最終成立第336條第3項的業務侵佔未遂罪，無身分的甲也只能論以通常之罪刑（侵佔未遂罪的教唆犯）。
 - 承上所述，甲該當教唆侵佔未遂罪的構成要件，又無阻卻違法與阻卻罪責事由，惟題目中甲有勸阻乙之事實，可否適用共犯中止之規定或脫離法理，析述如下：
 - 假設甲勸阻的事實發生在乙著手後，討論**共犯中止未遂（第27條第2項）**的適用：鑑於甲僅勸乙打消侵佔念頭，與乙的犯行未既遂間欠缺因果關係，且甲並無任何積極阻止行為，不符合準中止未遂要求的

「真摯性要件」，無從主張共犯中止之優待，甲成立侵占未遂罪的教唆犯。

- (2) 假設甲勸阻的事實發生在乙著手前，討論共犯脫離法理的適用：甲與正犯乙雖然有心理上的切斷，卻因為沒有積極的阻止行動而欠缺物理上的切斷，無法主張共犯脫離法理而不負刑事責任，甲成立侵占未遂罪的教唆犯。



高點 · 高上高普特考

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·雲林·彰化·嘉義】