

# 《民法總則與刑法總則》

## 試題評析

- 第一題：本題考點為民法第7條，有關胎兒權利能力之問題。同學切勿將重點置於侵權行為之探討，蓋題目已肯認乙等人有應負損害賠償責任之理由，故重點應為，胎兒是否為得請求損害賠償之主體。
- 第二題：本題之考點為代理、錯誤、撤銷錯誤意思表示後之損害賠償責任等問題。此皆為民法總則之傳統重點，以此為考點並不意外。同學於第一小題須提及民法第88條及第105條，第二小題須注意第91條之信賴利益損害賠償範圍。
- 第三題：本題題目特別點出不能犯的概念，顯示出題者希望考生能就刑法第26條進行論述，故可由此點試著切入討論。然而須特別注意的是，本題中最後甲「仍被乙制服」，表示還必須實質討論甲之強制手段是否成功使被害人難以抗拒，於是涉及本罪既未遂認定標準之爭點，此與不能未遂概念之探討係屬兩個不同層次的問題，要小心答題。
- 第四題：本題與前題相似，出題者雖點明要考生討論誤想正當防衛的問題，但其實從題目中「先下手為強」一語，可看出本題尚應注意防衛現在性是否具備之爭點，應留意。

- 一、甲女已懷孕8個月，民國90年10月8日因X百貨公司週年慶前去參觀、購物，豈知是日乙攜帶槍枝前去X公司尋找董事長丙討債、洩恨，甲為流彈擊中，雖經X公司警衛人員緊急送醫治療，但甲中槍之後一直處於昏迷狀態。一個月後甲情況惡化，醫院評估甲恐不治，乃緊急對甲施以剖腹，並在甲死亡後的半小時順利取出嬰兒A。惟A因甲遭受槍傷關係，出生時即罹患腦神經麻痺致一生弱智。問：
- (一)本案若X、乙、丙有應負損害賠償責任之理由，A可否以自己在胎兒時，即有身體及健康之受害而請求賠償？(12分)
- (二)A對在其出生前已死亡之母親甲，得否以自己受有損害，依民法規定，對乙、甲及X公司請求損害賠償？(13分)

**答：**

- (一)A得否請求損害賠償之關鍵，在於A於為胎兒時，是否享有權利能力，說明如下：
- 1.人之權利能力，始於出生，終於死亡，民法(以下同)第6條定有明文。所謂權利能力，係指可以享受權利、負擔義務之能力或資格。胎兒既非「人」，理應不具權利能力。惟法律為加強對胎兒之保護，特於第7條規定，胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。
  - 2.亦即，若符合二要件：將來非死產、關於其個人利益之保護，縱為胎兒，亦視為既已出生，而享有權利能力。
  - 3.本題A於胎兒時，身體健康權遭受侵害，A是否可以此為由，主張損害賠償，關鍵即為A是否享有權利能力，而得為請求損害賠償之主體。首先，主張損害賠償，對A而言，乃是關於其個人利益之保護。再者，有關「將來非死產」，學說上雖有停止條件說及解除條件說之爭議，惟A既已出生，雖弱智，但仍非死產，故不管是採停止條件說或解除條件說，皆肯認A於為胎兒時，有權利能力。
  - 4.是以，本件A即得以其身體健康權遭受侵害，依第18條請求損害賠償。即A得依第184條請求損害賠償，並依第193條請求財產上損害，依第195條請求非財產上損害(即慰撫金)。
  - 5.綜上，A得以其在胎兒時，身體健康權遭受侵害，請求損害賠償。
- (二)胎兒對其母之死亡，是否得主張自己為間接被害人，而向加害人請求損害賠償，說明如下：
- 1.甲因流彈擊中而死亡，為直接被害人，甲既已死亡，權利主體之能力即已失去，不得向加害人請求損害賠償。惟民法特於第192條及第194條，賦予間接被害人因直接被害人之死亡，得向加害人請求損害賠償之依據。
  - 2.故A得否以其母之死亡，向加害人請求損害賠償，關鍵亦為A是否享有權利能力，而得為損害賠償請求之主體。因損害賠償之請求為關於其個人利益之保護，且A亦非死產，故肯認胎兒於其母死亡時享有權利能力，而得以間接被害人之地位，向加害人請求賠償。
  - 3.是以，A即得依據第192條向加害人請求扶養費，亦得依第194條請求慰撫金。且慰撫金之數額如何始為相

當，應酌量一切情形定之，但不得以子女為胎兒為不予賠償或減低賠償之依據。關於此，可參最高法院66年台上字第2759號判例：「不法侵害他人致死者，被害人子女得請求賠償相當數額之慰撫金，又胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生，民法第194條、第7條定有明文，慰撫金之數額如何始為相當，應酌量一切情形定之，但不得以子女為胎兒或年幼為不予賠償或減低賠償之依據。」

4.綜上，A為甲死亡之間接被害人，得向加害人請求損害賠償，且法院不得以子女為胎兒為不予賠償或減低賠償之依據。

【參考書目】

辛律師「民法總則」講義第二回，第1-2、9-10頁。

二、甲建商建獨門獨院2樓透天厝20戶待售，乙前去參觀後，甚中意其中之A屋，乃與甲所僱用之服務人員X簽定買賣契約，乙並對X給付定金50萬元，即房屋總價之十分之一，惟房屋在辦理產權移轉時，X竟以為甲要賣給乙的是值400萬元之B屋，乙在受領房屋、移轉產權時發現二者未有一致而拒絕受領。問：

(一)本案甲、乙房屋買賣之契約，其效果如何？請就是否成立生效或得否撤銷論述之。(13分)

(二)如乙仍拒絕買受，因買賣該房地所為開銷、支出，以及所失利益之損害，是否可以由何人向何人請求賠償？(12分)

答：

(一)

1.甲僱用服務人員X，甲及X內部應為僱傭契約之關係，而若甲有依民法(以下同)第167條規定，授與X代理權，則X對外以甲之名義所為之法律行為，依第103條規定，直接對本人即甲發生效力。故該買賣契約雖係由X與乙簽訂，惟X乃甲之代理人，故買賣契約之當事人為甲及乙。

2.按法律行為之成立生效要件為：當事人具有完全之行為能力、標的可能確定適法妥當、意思表示健全無瑕疵。甲乙間之買賣契約是否成立生效，即視該買賣契約是否符合上開要件而定：

(1)當事人：甲為法人，依民法之規定，法人具有行為能力，由法人之機關(董事、監察人)代為法律行為。乙亦為完全行為能力人。

(2)標的：該買賣契約之內容可能確定適法妥當。

(3)意思表示：當事人之意思表示雖無詐欺脅迫或虛偽意思表示等瑕疵，惟X誤以為甲要出賣者為B屋，有錯誤之問題。故意思表示並非健全無瑕疵。然民法有關意思表示錯誤之法律效果，依第88條規定，並非無效，而係得撤銷。所謂得撤銷，係指該意思表示於未撤銷前，仍屬有效。故該買賣契約雖有意思表示錯誤之瑕疵，但於表意人撤銷其錯誤所為之意思表示前，買賣契約仍屬有效。

3.是以，甲乙間之買賣契約雖有意思表示錯誤之瑕疵，惟於表意人為撤銷前，仍屬有效成立。

4.甲是否得撤銷該意思表示？須視其是否符合第88條之要件：

(1)所謂錯誤，係指表意人為意思表示時，因認識不正確或缺認識，以致內心的效果意思與外部的表示行為不一致。本題X誤以為甲所要出賣者為B屋，為意思表示內容之錯誤，且依第105條，代理人之意思表示是否具有瑕疵，應就代理人決之，故X陷於錯誤，即為甲陷於錯誤。

(2)甲對於該錯誤，並無過失。

(3)尚未逾第90條所定1年除斥期間。

(4)小結：甲得撤銷其出賣房屋之意思表示。又依第114條第1項規定，法律行為經撤銷者，視為自始無效。

5.甲乙之買賣契約有效成立，惟甲得依第88條撤銷其錯誤所為之意思表示。

(二)

1.第91條規定，依第88條及第89條之規定撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負賠償責任。但其撤銷之原因，受害人明知或可得知者，不在此限。亦即，表意人於其所為之意思表示具有錯誤之瑕疵時，雖得依第88條撤銷之，然對於無過失善意之相對人，法律亦應予

- 以保護，故設有第91條，使表意人須負信賴利益之損害賠償責任。
- 2.本題甲得撤銷其錯誤所為之意思表示，已如上述，然若乙為無過失善意，甲即須對乙負信賴利益之損害賠償。而所謂信賴利益，係指相對人或第三人信賴意思表示有效進而支出之訂約費用、喪失締約機會等損害。信賴利益之損害賠償範圍，依第216條，包含所受損害及所失利益，「所受損害」係指現存財產因損害事實之發生而被減少，「所失利益」則指新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害。乙為買賣該房屋地所為開銷、支出及所失利益，若為信該契約有效而支出者，即皆得依第91條請求。
  - 3.故乙得向甲依第91條規定，請求信賴利益損害賠償。

【參考書目】

辛律師「民法總則」講義第四回，第13-15頁、第38頁。

三、何謂不能犯？搶匪甲為求脫免逮捕，於逃逸過程中，持槍向在後追捕之警員乙作勢佯裝射擊（未扣扳機），並恫嚇：「我還有子彈，要不要試試看？」等語，仍被乙制服。設若該手槍膛室內未擊發之子彈經試射根本無法擊發，試問：甲對乙之行為應如何論處？（25分）

答：

- (一)不能犯之意義：刑法第26條規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」為不能未遂之規定，即所謂的「不能犯」。其內涵應如何解釋，主要有二說：
- 1.依客觀未遂理論，立法理由表示，基於刑法謙抑原則、法益保護功能及未遂犯之整體理論，宜改採**客觀未遂理論**，亦即行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不構成刑事犯罪。如依此見解，條文中「行為不能發生犯罪之結果」與「又無危險」乃是**同義詞**，均指行為在客觀上欠缺實現構成要件之危險性。
  - 2.依重大無知理論，所謂不能未遂，乃是指行為人的主觀想像與一般社會通念的認知具有嚴重落差，亦即行為人係出於重大無知，而誤認一個在社會通念中根本不可能有危險的行為會既遂。不能未遂所以不處罰，即是由於其行為（因為太過離譜而）不會讓法律威信受損。條文中「行為不能發生犯罪之結果」與「又無危險」有不同意義，「行為不能發生犯罪之結果」指的是客觀上無實現構成要件的可能，「又無危險」則是指行為人的重大無知（系爭行為在一般人的通念中認為絕對不可能發生犯罪結果）。
- (二)本案甲持槍對乙佯裝射擊之行為可能構成刑法第329條之準強盜罪
- 1.甲是否構成準強盜既遂犯？
    - (1)依題意，本案中之甲原係搶匪，惟對「搶匪」之語意並未清楚說明，依社會通常之理解，可能指涉犯刑法第325條之行為人或犯第328條之行為人。設若甲原係犯325條搶奪罪之行為人，則其為求脫免逮捕而對乙施以強暴脅迫之行為即可能該當本罪。
    - (2)本罪之構成以當場施強暴脅迫為要件，此一當場並不以原犯搶奪罪之現場為限，若行為人雖脫離原犯罪現場，但尚在他人追躡中，仍該當於本條之當場。據此，甲既在乙之追捕中，自該當本要件。
    - (3)依本題題意，甲所持之手槍本身無法擊發子彈，此時甲之行為是否該當於刑法第26條不罰之不能未遂行為？如上所述，若依客觀未遂理論，甲之手槍無法擊發，則看似無法對他人造成現實上拘束或強制之效果，依早期實務見解乃是刑法第26條所稱之不能犯。
    - (4)然而，「不能犯」此一概念應是為過濾欠缺刑法介入必要性之行為，純粹之客觀未遂理論無法貫徹刑法之預防功能，易生法益保護之漏洞，亦有違平等原則。是以，似宜以行為人之行為是否破壞一般社會成員對法規範之信賴為判斷標準，將刑法第26條之「無危險」解釋為行為人主觀上出現與一般人認知重大偏離的無知情形，或依修正後之客觀未遂理論，將「無危險」解釋為與行為人同等條件之一般人，於行為時主觀判斷之危險情狀。在本案，無論就甲之主觀狀態或一般人在行為當時之觀察，均難謂甲之行為當然係屬無法對人形成強制效果之不能未遂行為，故不屬不能犯。
    - (5)是以，甲對乙所為之惡害告知，應屬一強制手段。惟，釋字第630號解釋謂，準強盜罪之成立，須行為人所施之強暴脅迫達使人難以抗拒之程度，方構成本罪。在本案，乙是否由於甲之恫嚇而陷於難以抗拒之狀態？自題目所述，乙並未因甲之恫嚇而影響其逮捕甲之行為觀之，答案似乎是否定的。換言之，雖則本案之甲在客觀上確有實行強制行為，然該行為並未達使乙難以抗拒之程度（此一情形乃是因乙本身因素所致，與甲之手槍能否擊發無關），不該當準強盜罪客觀不法要件，不構成本罪。
  - 2.甲是否構成準強盜未遂犯？
    - (1)按，甲在主觀上基於脫免逮捕之意圖，而具備對乙施以惡害告知之故意，客觀上亦已著手。惟準強盜

罪之既未遂應如何認定？有不同見解。實務認為，應以前階段之竊盜或搶奪行為是否既遂為斷，亦有認為應以後階段是否成功防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證為斷。

(2)如依前者見解，本案之甲若在前階段已成功實行搶奪行為，則只有討論是否構成準強盜既遂犯之可能性。但如上所述，甲在客觀上所實行之脅迫手段並未達使乙難以抗拒之程度，則此時甲即無從構成本罪之既遂或未遂犯，僅能論以前階段之搶奪既遂罪。

(3)但如依後者見解，前階段行為是否既遂並非判斷重心，後階段之強制行為可能構成準強盜罪之既遂或未遂。據此，甲主觀上有強制故意，亦已著手實施，僅客觀上因未達使被害人難以抗拒之程度而未成功脫免逮捕，應構成準強盜之未遂罪。

【參考書目】

盛台大「刑法講義」第一回，第91頁以下及上課筆記。

四、何謂誤想防衛？設若甲女下班返家途中，行經暗巷內，正好後面跟著乙男，甲女誤以為乙男要對其侵害，於是先下手為強，以防護噴霧劑向乙男噴灑，致乙男眼睛受傷。試問甲女應負何刑責？（25分）

答：

(一)誤想正當防衛之意義：即客觀上欠缺防衛情狀，但行為人主觀上誤以為自己在實行的是正當防衛行為，屬於一種容許構成要件之錯誤。在此種錯誤，依通說之犯罪三階層理論，由於行為人並未同時具備主觀及客觀之阻卻違法事由，從而無法阻卻違法，故甲之行為不法。但此時行為人欠缺主觀上的法敵對意志（行為負價值），使之負故意罪責似不合理。從而通說在此採取**限制法律效果的責任理論**，認為此時行為人之行為雖具違法性，但其主觀上的防衛意思，得以阻卻罪責故意，不成立故意犯罪。

如果行為人是因過失而未預見侵害情狀欠缺，則可能成立過失犯罪。倘若依行為當時情形，行為人根本欠缺預見可能性，則不成立任何犯罪。

(二)甲以噴霧器向乙噴灑之行為：

1.甲可能成立傷害既遂罪（刑法第277條第1項）

(1)如甲未以噴霧器向乙噴灑，乙之眼睛亦不會受傷（題目中並未說明乙之傷勢如何，且甲設乙之眼睛尚未受到毀敗或減重減損其機能之傷害），故甲之行為與乙之傷害結果間有因果關係。甲主觀上亦對乙之傷害有預見，是有構成要件故意。

(2)惟，甲係誤認乙欲對其侵害，方先攻擊乙，此時雖則甲客觀上並未有攻擊乙之意思而欠缺任何刑法第23條要件中之防衛情狀，然甲可能主張，因甲主觀上具備防衛乙之意思而構成誤想正當防衛行為，依通說之法律效果的責任理論，其主觀上的防衛意思得以阻卻罪責故意，不成立本罪。

(3)然則，所謂之防衛意思，應包括對於整個防衛情狀之認知，亦即甲之主觀上必須認識到一個具備現在性、不法性之侵害，而對此侵害為防衛者，方有主張誤想正當防衛之可能。

(4)依題意，甲主觀上之認知係因認乙想侵害自己，故「先下手為強」，故此時即便在甲的主觀認識上，乙單純跟隨其後之行為亦屬「尚未開始」之侵害，從而欠缺侵害之現在性，甲對乙之傷害行為亦無從主張誤想正當防衛。甲之行為具備違法性且有責，成立本罪。

(5)小結：甲構成傷害既遂罪

【參考書目】

盛台大「刑法」講義第一回，第110頁及上課筆記。