

《民法總則與刑法總則》

試題評析

- 第一題：屬於基本題型，「無權代理」與「無權處分」的異同本為多年來的考古題，穩紮穩打建立基礎實力的同學在本題應該可以獲得不錯的分數。
- 第二題：為「請求權」基礎的基本解題模式，測驗同學對第七六七條「物上請求權」之掌握，除此之外，關於錯誤的考點向來也是考試中十分重要的，因此本題對同學而言，亦應不難回答。
- 第三題：出得比較冷門，若沒有多加注意很難拿到高分。必須對於刑法第21條過當情形的定位與法律效果作全面性的探討；再來必須知道關於第134條的適用要件，兩相配合之下才能得出完整的結論。
- 第四題：算是比較平易近人的題目，屬於基礎題型，只要能夠寫出「共同正犯」與「對向犯」的基本定義，並且附帶介紹兩者的要件與立法，就已經拿到一半的分數了。較為重要的部分是「對向犯」是否適用總則之規定，若可以列出否定理由，相信分數會很不錯。

一、將他人之物出售並交付與他人。(25分)

- (一)試說明無權代理及無權處分兩者之差異。
- (二)在無權代理之情形本人不承認時，代理人就該代理行為是否應負責？如無須負責，依法其法律上責任之性質又為如何？
- (三)無權處分，權利人不承認時，行為人之責任應為如何？

答：

(一)無權代理與無權處分之差異

1.無權代理之意義

- (1)代理以其代理權之有無為標準，可分為「有權代理」與「無權代理」。而無權代理尚有廣義及狹義之分，廣義之無權代理包括所謂「表見代理」與「狹義無權代理」。前者係指第一〇七條及第一六九條之規定，然一般所謂無權代理乃係指狹義無權代理而言。
- (2)至於所謂狹義無權代理，係指無代理權人以代理人之名義而為法律行為，且代理人不存在足使相對人信其為有代理權之權限外觀之情形。

2.無權處分之意義

無權處分者，係指無權利人以自己名義，就權利標的物所為之處分行為。對此種法律行為之效力，第一一八條設有規定。

3.兩者之差異

(1)要件不同

- A.無權代理之要件，須無權代理人於為代理行為之時表明本人名義，並表明代理意旨，尚須具備法律行為之要件，惟該代理人卻欠缺代理權時，始為無權代理所欲規範之情形。
- B.無權處分之要件，須無權處分人以自己名義而為處分行為，包括為物權行為與準物權行為，惟負擔行為則非無權處分所欲規範者。

(2)法律依據不同

無權代理之法律依據為第一七〇條以下；惟無權處分之法律依據為第一一八條。

(3)適用範圍不同

- A.無代理權人所為之代理行為，無論係負擔行為抑或係處分行為，其效力均依第一七〇條之規定，係屬效力未定，須經本人之承認始生效力。
- B.無權處分人所為之法律行為，僅限於處分行為始有第一一八條之適用，須經原權利人承認始生效力，惟負擔行為則屬有效，不因行為人無處分權而致其效力受有影響。

(4)對善意第三人保護之制度不同

- A.無權代理之情形，保護善意第三人之制度乃「表見代理」。換言之，若代理人具有代理權存在之權限外觀，則善意之第三人因信賴其為有代理權而與之為代理行為，該善意第三人得依第一〇七條或第一六九條之規定而受保護，亦即要求本人應負授權人之責任，系爭代理行為為有效。

B.無權處分之情形，保護善意第三人之制度乃「善意取得」。換言之，若系爭無權處分行爲之客體係動產，則善意信賴無權處分人之占有外觀之第三人，得依第八〇一條、第九四八條之規定主張善意取得；若系爭無權處分行爲之客體係不動產，則善意信賴無權處分人之登記外觀之第三人，得依土地法第四三條之規定主張善意取得。

4.結論

題設情形係屬何者，須視行爲人爲系爭法律行爲時係以本人名義爲之，抑或係以自己名義爲之。若係前者，則屬無權代理，系爭買賣契約與物權行爲均依第一七〇條之規定效力未定，須經本人承認始生效力；若係後者，則屬無權處分，系爭買賣契約爲有效，僅該物權行爲依第一一八條之規定係屬效力未定，須經權利人之承認始生效力。

(二)1.代理人就該代理行爲無庸負責

按無權代理之行爲係屬效力未定前已述及，當本人表示拒絕承認時，系爭法律行爲已確定無效，代理人無庸就該代理之法律行爲負責，蓋無代理權人係以本人名義爲法律行爲，該無代理權人並非法律行爲之當事人，自無庸爲該法律行爲負責。

2.無代理權人須依第一一〇條負法定擔保責任

雖該無權代理之法律行爲，因本人之拒絕承認已確定無效，然善意之相對人如受有損害，即得依第一一〇條之規定向無代理權人請求損害賠償。學說上解釋本條責任係屬無代理權人之法定擔保責任，不論無代理權人不知其代理權是否有過失，均應負責。最高法院五十六年台上字第三〇五號判例亦謂：「無權代理人之責任，係直接基於民法之規定而發生之特別責任，並不以無權代理人有故意或過失爲其要件，係屬於所謂原因責任、結果責任或無過失責任之一種，而非基於侵權行爲之損害賠償。」

(三)無權處分而權利人拒絕承認時，系爭處分行爲原則上係屬無效，然若第三人具備善意取得之要件，則原權利人喪失所有權，故喪失所有權而受有損害之原權利人即得依第一七九條不當得利之規定，向行爲人請求返還其所受領之價金；並且亦得依第一八四條第一項前段之規定以其所有權受侵害爲由，向行爲人請求損害賠償。

二、乙向甲購買噴墨印表機，甲誤取雷射印表機交付，問甲在法律上應如何主張始能取回交付錯誤之雷射印表機？設乙已將雷射印表機轉賣於丙，甲可否向丙主張取回？試分別說明之。(25分)

答：

(一)甲得依第七六七條之規定向乙請求返還交付錯誤之雷射印表機

甲欲依第七六七條之規定請求返還雷射印表機，須甲仍爲雷射印表機之所有權人，而乙就該印表機爲無權占有，試說明如下：

1.甲爲雷射印表機之所有權人

(1)按甲乙就該雷射印表機已爲物權行爲，故似應認爲乙始爲該印表機之所有權人。

(2)惟甲係出賣噴墨印表機於乙，故其交付雷射印表機係屬誤取，此乃第八八條第一項所訂之表示行爲錯誤，又交付之標的物爲何在交易上可認爲重要，且可認爲非出於表意人自己之過失所致，因此若甲於第九十條所訂一年之除斥期間內行使其撤銷權，即得撤銷其所爲之讓與所有權之意思表示，依第一一四條之規定，撤銷後自始無效，故系爭物權移轉行爲自始不成立，甲仍爲雷射印表機之所有權人。

2.乙爲無權占有

按雖甲乙間有買賣契約，然系爭買賣契約之標的物爲噴墨印表機，因此系爭買賣契約不得作爲乙占有雷射印表機之占有本權。換言之，乙占有該雷射印表機係屬無權占有。

小結：甲依第七六七條之規定向乙請求返還交付錯誤之雷射印表機爲有理由。

(二)甲得否依第七六七條之規定向丙請求返還雷射印表機？

1.按甲欲依第七六七條之規定向丙有所主張，其前提爲甲須爲雷射印表機之所有權人前已述及，且若甲依第八八條第一項之規定撤銷其讓與所有權之意思表示後，物權行爲自始不成立，故乙不得取得雷射印表機之所有權亦係前已說明者。

2.然既乙未能取得系爭雷射印表機之所有權，其復將系爭印表機所有權移轉於丙之物權行爲係屬無權處分，依第一一八條之規定係屬效力未定，原權利人向丙爲第七六七條之主張，可認爲係甲拒絕承認之意思，故該物權移轉行爲確定無效，甲爲印表機之所有權人。

- 3.然民法上為保護善意第三人，承認善意信賴動產之占有外觀之第三人，得主張善意取得而受保護。本案中，丙若係出於善意而信賴乙之占有外觀，則其得依八〇一條、第九四八條之規定善意取得印表機所有權。果如此，則甲並非為所有權人，甲對丙依第七六七之規定請求返還系爭印表機為無理由。
- 4.反之，若丙明知乙非為權利人，則不能受善意取得之保護，於原權利人甲拒絕承認該無權處分之行為後，丙確定不能取得所有權，系爭印表機之所有權人為甲；且雖乙丙間就該印表機之買賣契約為有效，然基於債之相對性，丙不得以其與乙簽訂之買賣契約所生之債權，對抗契約外之第三人甲，因此丙為無權占有人亦無疑問。從而於丙為惡意之情形，甲對丙依第七六七之規定請求返還系爭印表機為有理由。

【參考書目】

王澤鑑，民法總則，P402、P502以下、P539。

霍律師，民法講義第二回，P55、P68、P82以下。

三、公務員依法執行職務的行為，依刑法第21條之規定，乃屬於正當行為，不罰。惟當依法執行職務有過當時，其過當的行為，到底應依故意行為或過失行為論斷？有無刑法第134條之適用？試說明之。（25分）

答：

- (一)在犯罪成立結構上，有兩個最原始的推定原則，其一為具備該罪之不法將推定具備該罪之罪責；其二為具備該罪之構成要件該當性將推定該罪之違法性。也因為如此，在構成要件該當性階層係由正面審查其該當與否；至於違法性階層與罪責階層則是由反面確認是否得以阻卻，習慣上稱之為「阻卻違法事由」或「阻卻罪責事由」。
- (二)一罪名之構成要件該當之後，將推定違法之效力，此時必須反面地檢驗整體法秩序於利益權衡之後，是否還可以被評價為有「法益侵害」的存在，因而必須找尋阻卻違法事由的有無。若具備阻卻違法事由，將可以阻卻不法的成立，反之將具備完整的不法內涵。但就算具備有不法，仍然可以在反面檢驗罪責的階層，依循行為人的「可非難性」確認得否減輕罪責。
- (三)刑法第21條第1項規定：「依法令之行為，不罰。」此乃一法定阻卻違法事由，縱使行為人之行為完整地該當犯罪構成要件，若能夠吻合本條文的主、客觀要件，依然可以主張阻卻違法性。惟若是依法令之行為有過當，應該如何處理本法並無明文規範，適用上恐生疑義。
- 1.阻卻違法事由區分為「法定阻卻違法事由」與「超法規阻卻違法事由」，前者如正當防衛(第23條)或緊急避難(第24條)，後者如教師懲戒權、義務衝突等等。惟無論阻卻違法事由如何細分，其功能與目的均相一致，就是實質權衡有無法益侵害的存在；只要這個功能與目的是確立的，其法理在各個阻卻違法事由之中應皆有適用之餘地。
 - 2.承上所述，觀察第23條與第24條有關正當防衛與緊急避難之規定，均有「過當」之情形應如何處理的規範，其法律效果為「得減輕或免除其刑」。通說俱認為防衛過當與避難過當無法阻卻違法，故具備該犯罪的完整不法內涵；然而卻可以援引該規定主張「減輕或寬恕罪責」，認為行為人具備較低的可非難性，而可以獲得較輕的法律效果。
 - 3.如此適用法律之結果，將可以提供行為人抗辯其罪責較低之機會，並無抵觸罪刑法定原則之疑慮。
 - 4.綜上所述，在行為人針對其故意侵害他人法益而構成要件該當之行為，主張係「依法令之行為」來阻卻違法時，可能會因為其逾越了「必要性」原則而成立過當，縱然依據違法性的一貫法理無法主張阻卻違法性，然而卻可以主張依照其可非難性減輕或寬恕其罪責。故該行為人還是依照故意行為論處，不過法院可以減輕或免除其刑。
- (四)公務員之過當行為是否適用第134條的瀆職罪加重處罰規定，關鍵在於其行為是否成立「故意之罪」。本罪成立要件要求公務員假借職務上之權利、機會或方法，以故意犯本章以外各罪，而公務員過當行為本身必然是利用其職務上之機會，而其是否成立故意之罪則必須視有無罪責而定。詳言之，若其過當僅有減輕罪責，那麼還是成立故意犯罪，依法加重其刑至二分之一(司法院76廳刑二字1093號函參照)；惟若其過當得以寬恕罪責，那就不成立故意犯罪，自無依法加重其刑之理。

【參考書目】

林鈺雄，新刑法總則，元照出版，P287~P291。

方律師，刑法分則，P4~58、P59。

四、「共同正犯」與「對向犯」皆屬二人以上實行犯罪行為所成立的犯罪參與型態，試問二者形成結構有何差異？（25分）

答：

- (一)共同正犯乃「刑法總則」之多數行為人概念，係指兩人以上，以共同之犯罪決意（共同之犯罪計畫），各自分擔犯罪計畫之一部，而共同實現犯罪之人。我國刑法在第28條稱：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」即為共同正犯的明文規範。
- 1.共同正犯的成立基礎：在於犯罪支配理論中「功能支配觀點的分工合作與角色分配關係」。每一個參與者都是犯罪共同體的「夥伴」；所作所為也是屬於「自己」的犯罪。
 - 2.共同正犯的成立要件：客觀上必須有「共同行為之分擔」，係指基於共同行為之決意，依角色分配而分擔犯罪行為之實施，重點在於行為人是否為整體犯罪過程中所不可或缺的角色；主觀上必須有「共同犯罪之決意」，指數行為人出於違犯犯罪之故意，彼此聯絡、謀議、計畫而形成共同一致的犯意。
 - 3.共同正犯的構成類型：可以區分為「實行共同正犯」與「共謀共同正犯」，前者乃行為人基於共同意思之決意，「皆至犯罪現場」參與構成要件行為或構成要件以外行為之共同正犯；後者則是多數行為人以共同犯罪之意思而共同謀議，由「參與謀議之部分行為人」進而著手於犯罪行為之實行，則其他只參與謀議之人，仍得藉由他人之實行行為成立共同正犯，即為共謀共同正犯。
 - 4.共同正犯的法律效果：採取「直接交互歸責原則」，一部行為人之行為，全部行為人均須負責。
- (二)對向犯乃「刑法分則」之多數行為人（必要共犯）概念，係指數行為人的「目的相對」，在構成要件的設計上，雖僅預定一人之行為，但為了實現構成要件之內容，必須有對向關係之他方一定行為協助的必要，始得以成立之犯罪類型。
- 1.對向犯的立法模式：
 - (1)處罰對向的雙方且刑度相同：如重婚罪、通姦罪、賭博罪等。
 - (2)處罰對向的雙方但刑度不同：如違背職務受賄罪與違背職務行賄罪。
 - (3)僅處罰單方：如不違背職務受賄罪與不違背職務行賄罪。
 - 2.對向犯並無刑法總則中多數行為人規定（第28條至第30條）之適用，理由如下：
 - (1)處罰對向的雙方時，立法者既然已經認為對向之雙方均為正犯，縱有參與犯之行為，亦無適用參與犯之實益。
 - (2)僅處罰其中一方時，立法者既然已經認為對向行為無成立正犯處罰之必要，自毋須依參與犯之規定處罰。（81年台非233例參照）

【參考書目】

林鈺雄，新刑法總則，元照出版，P418~432。
方律師，刑法分則，P2~329。