

# 《民法總則與刑法總則》

一、甲為船員，民國（以下同）80年10月1日因船難而生死不明。甲與乙為夫妻，甲行蹤不明時已有3歲之A子及懷孕2個月之B，另外尚有登記為甲所有之房地X。由於甲一直杳無音訊，基於生活照顧之理由，乙及A、B於82年10月與丙男同居，甚至在83年10月1日以公開儀式與丙結婚。83年12月1日，乙則向法院提出宣告甲死亡之訴。本案最後在84年5月1日經法院判決確定，推定甲死亡在案。豈知85年5月甲竟自漂泊地印尼返國。試問：

(一) 甲被宣告死亡之日，究竟應為何年何月何日？此一死亡宣告是否影響甲、乙、丙間婚姻之效力？（13分）

(二) 甲返國後，甲與乙是否當然回復其夫妻之關係？已由乙、A、B加以繼承之財產是否亦當然應回復為甲所有？（12分）

試題評析	<p>本題涉及死亡宣告之要件、效力及失蹤人歸來之法律關係：</p> <p>(一) 首先，依第8及9條規定，甲應於失蹤滿一年時推定死亡。至於該死亡宣告對於甲乙間婚姻效力之影響，學說上雖有爭議，然於生存配偶已與第三人善意再婚之情形，結論並無不同，即甲乙間之前婚關係已因死亡宣告或生存配偶善意再婚而消滅。另應注意，因題目事實是發生於83年間，依當時之民法第982條規定，結婚之形式要件為公開儀式，不以登記為必要。</p> <p>(二) 甲生存歸來，於撤銷死亡宣告前，其因死亡宣告而終結之法律關係不因此當然回復；縱甲撤銷死亡宣告，依家事事件法第163條，乙丙善意之後婚仍不受影響，而繼承人繼承之財產僅於現受利益限度內負返還責任。</p>
考點命中	《高點·高上民法總則講義》第一回，辛律編撰，頁21-23。

答：

(一)

1. 81年10月1日

(1) 按為避免因人之失蹤，造成其權利義務無法確定，而影響利害關係人，民法設有死亡宣告制度，規定自然人失蹤達一定時期，得由利害關係人或檢察官聲請法院為死亡宣告，以發生與真實死亡相同之效果。至於失蹤期間之長短，原則上為7年，若為80歲以上之人為3年，遭遇特別災難者則為1年。本件甲於80年10月1日因船難而生死不明，船難應屬自然人不可避免之不可抗力，而為第8條第3項所稱特別災難，是甲之妻乙得於甲失蹤滿1年後向法院為死亡宣告之聲請。

(2) 至於死亡宣告之效力，第9條採推定死亡制，即以判決內所確定死亡之時，推定其為死亡。且依第9條第2項，判決內所定死亡之時，為第8條所定期間最後日終止之時。甲於80年10月1日失蹤，雖其妻於83年始向法院提出宣告死亡之訴，法院則於84年判決確定，惟判決內所定死亡之時，應為失蹤1年屆滿時，即81年10月1日下午12時。

2. 甲乙之前婚關係因甲之死亡宣告或乙丙之善意再婚而消滅

(1) 於死亡宣告之情形，失蹤人與其配偶之婚姻關係效力何時消滅？學說素有爭議：有認於「判決宣告死亡之時」，婚姻關係即消滅，蓋死亡宣告之後，失蹤人即如同死亡，婚姻關係既因當事人之死亡而消滅，失蹤人與其配偶之婚姻關係，自因失蹤人受死亡宣告而歸於消滅；有認於「生存配偶善意再婚時」，方使原婚姻關係歸於消滅，蓋死亡宣告僅推定死亡，未必可與自然死亡為相同解釋。

(2) 乙、丙於83年10月1日以公開儀式結婚，依當時有效之第982條規定，結婚之形式要件為公開儀式及二人以上證人，不以登記為必要，是乙、丙之後婚已符結婚之形式要件。至於該後婚是否為重婚而違反第985條？若上述爭議採「判決宣告死亡之時」者，因甲乙前婚已於甲宣告死亡之時即81年10月消滅，是乙丙於83年結婚並非重婚；若採「生存配偶善意再婚時」者，依題意，乙丙似屬善意信賴該死亡宣告，則因甲乙之前婚已於乙善意再婚時消滅，乙丙之後婚亦非重婚。從而，不論上述爭議採取何說，若乙丙皆屬善意，乙丙之後婚即屬有效，甲乙之前婚已為消滅。

(二)

1. 甲乙不當然回復其夫妻關係

- (1) 失蹤人於生存歸來時，雖可聲請法院撤銷死亡宣告，惟於死亡宣告經撤銷前，因死亡宣告所終結之法律關係不當因失蹤人之歸來而復活。甲乙之前婚關係，既因甲之死亡宣告或乙丙之善意再婚而消滅，於甲撤銷死亡宣告前，其與乙間之前婚效力不回復。
  - (2) 縱甲之死亡宣告經撤銷，惟依家事事件法第 163 條第 1 項，撤銷或變更宣告死亡裁定之裁定，不論對於何人均有效力，但裁定確定前之善意行為，不受影響。即失蹤期間乙與丙係雙方善意為結婚行為，該後婚不因甲撤銷死亡宣告而受影響。
2. 乙 AB 繼承之財產亦不當回復為甲所有
- (1) 甲若未撤銷其死亡宣告，乙 AB 繼承之財產不當回復為甲所有。
  - (2) 若甲撤銷死亡宣告，依家事事件法第 163 條第 2 項，因宣告死亡取得財產者，如因前項裁定失其權利，僅於現受利益之限度內，負歸還財產之責。依此規定，乙 AB 僅於現受利益限度內，有返還繼承財產予甲之義務。附帶一提，有學者認，家事事件法第 163 條第 2 項雖未區分善惡意，惟為避免過分優惠惡意受領人，應限縮該條之適用範圍，於受領利益人為惡意時無該條項之適用。

二、甲自其父A繼承一古董字畫X，經甲花5,000元請專家乙鑑定為並非真跡後，將之以10萬元出賣於丙，丙受領X之交付後花1個月時間仔細推究，懷疑可能係明代唐寅真跡，乃花6,000元請另一明畫鑑賞家丁詳細鑑定，確信係為唐寅之作無誤，X乃以200萬元出賣於知悉乙、丁鑑定結果之富商戊並交付之。這個時間距甲將X出賣、交付於丙之後僅半年而已。甲知丁鑑定X係為真跡後，依民法之規定，向丙主張因錯誤而撤銷其與丙間之買賣行為，並欲自戊請求返還該古董字畫。試問：

- (一) 本案甲是否有理由撤銷其與丙之古董字畫買賣行為，並請求戊返還該古董字畫X？(12分)
- (二) 設甲撤銷其與丙之買賣行為為請求返還該古董字畫有理，則甲對丙、丙對戊究否有何賠償責任？甲對乙是否亦有理由請求損害賠償？(13分)

<b>試題評析</b>	<p>第一小題：涉及第88條第2項物之性質錯誤之撤銷要件，及因撤銷後甲復為X字畫之所有權人，而得向未善意取得之戊請求返還X。</p> <p>第二小題：涉及撤銷後三方當事人間之法律關係：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 甲、丙間：依第91條請求信賴利益損害賠償者，以無過失之善意相對人或第三人為限，然丙並非善意之相對人，故不得向甲請求賠償。</li> <li>2. 丙、戊間：丙須對戊負出賣人之瑕疵擔保責任。</li> <li>3. 甲、乙間：損害賠償之前提為受害人受有損害，惟因承前所述，甲得向戊請求返還X，甲似無損害，若此，則甲不得向乙請求賠償。</li> </ol>
<b>考點命中</b>	《高點·高上民法總則講義》第二回，辛律編撰，頁26-28。

**答：**

(一) 甲得撤銷其所為之意思表示，並向戊請求返還 X 畫

1. 甲得撤銷其與丙所為之意思表示：

- (1) 民法第 88 條第 2 項規定，物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤。亦即，動機錯誤原則上不得撤銷，惟於重大動機錯誤如物之性質錯誤時，法律例外賦予表意人撤銷之權，惟仍以該錯誤非由表意人自己之過失所致為限，且亦有第 90 條除斥期間之適用。
- (2) 甲誤真跡為贗品，屬物之性質錯誤，且甲以請專家乙鑑定，係因乙告知甲該畫非真跡，甲始陷於錯誤，故甲就該錯誤應無過失，再者，甲於意思表示半年後即主張第 88 條，尚於第 90 條所規定意思表示後一年之除斥期間內。故甲可依第 88 條第 2 項撤銷其所為之意思表示。

2. 甲若欲請求戊返還該字畫，則甲除撤銷其與丙所為買賣契約之意思表示外，尚應撤銷其所為物權讓與行為之意思表示，蓋唯有撤銷物權行為之意思表示後，甲丙所為之物權行為始溯及失效，該字畫復歸屬甲所有，丙將字畫轉讓戊為無權處分，且因戊為知悉乙丁鑑定結果之人，對甲陷於錯誤而為意思表示顯屬知情而為惡意第三人，故戊無從主張善意取得，從而，甲得依第 767 條向戊請求返還 X 字畫。

(二)

1. 甲對丙

第 91 條乃表意人撤銷其錯誤所為之意思表示後須負之賠償責任，惟依條文規定，依第 88 條規定撤銷意思表示時，表意人僅對信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人負賠償責任，即其撤銷之原因若為受害人明知或可得而知者，表意人不負賠償責任。本題丙既委請丁為鑑定，並知 X 為真跡，則其對於甲之陷於錯誤而為買賣 X，應屬知情，丙因此無從依第 91 條向甲請求賠償。

2. 丙對戊

按第 349 條規定，出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利，此即出賣人之權利瑕疵擔保責任。違反者，依第 353 條，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。是若戊因此受有損害，得依債務不履行之規定向丙請求損害賠償。

3. 甲對乙

- (1) 甲若欲對乙請求損害賠償，以甲受有損害為前提，惟依上述，甲既得向戊請求返還該字畫，甲似無損害，若此，則甲當然不得對乙為賠償請求。
- (2) 縱甲受有損害，依第 184 條規定，亦應以乙有故意過失為請求損害賠償之前提，依題意，乙應非明知為真跡而故意告知甲該畫為贗品，是甲若欲向請請求賠償，應證明乙有應注意能注意而未注意之過失。
- (3) 綜上，甲能否向乙請求賠償，須視甲有無損害及乙有無過失而定。

三、中年男子甲於某晚以萬能鑰匙侵入一戶民宅行竊，甫竊得財物欲離去，正好屋主乙男偕同懷孕滿6個月的妻子丙返家，甲受困屋內不及逃離，情急躲入浴室。乙因尿急直衝浴室，發現浴室門由內擋住推不開，猛力推出縫隙，赫見裡面露出一條人腿，驚覺有人躲在裡面，因擔心竊賊會危急妻子和胎兒，硬推開門擠進浴室。不料對方一個右勾拳就打過來，乙蹲下閃避沒被擊中，立即撲上前與對方扭打一團。年輕力壯、曾在軍中受過搏擊訓練的乙，用雙手肘緊緊壓制甲之下顎部直至勒昏，經報警送醫急救後，甲仍不治身亡。試分析乙可能涉及之刑事責任。（25分）

試題評析	乃是日前「屋主勒死竊賊案」的時事問題，社會爭議甚鉅，價值判斷上屬於一大難題。首先構成要件該當性部分必須面臨「傷害致死罪」與「（間接故意）殺人罪」的抉擇，重點在乙行為當下究竟對「讓甲死亡」乙事，抱持何種心態？若認乙主觀上無意致甲於死，便走傷害致死罪途徑；反之若認乙主觀上容任甲死亡，則跑殺人罪途徑，筆者在此採取前者立場。下一重大爭點在於：乙的行為是否逾越必要性？寫作技巧上，建議使用撥洋蔥式寫法，先以符合必要性而可主張正當防衛阻卻違法立論，再退步言之進入罪責階層交代仍可適用防衛過當寬恕罪責。如此一來，方能較不武斷且面面俱到。
考點命中	《刑法總則》，易律師編著，頁6-21~26、7-6~17、8-31~37。

答：

(一)乙用雙手肘壓制甲下顎導致窒息死亡之行為，可能成立刑法（以下同）第277條第2項的傷害致死罪。

1. 構成要件該當性：

- (1) 客觀上「乙用雙手肘壓制甲下顎」乃對甲製造一個不受容許的受傷風險，該當傷害行為；該風險又不可想像其不存在地導致甲昏迷，實現法規範所預設之受傷結果。主觀上乙明知前述事實卻仍有意使其發生，第277條第1項傷害罪構成要件該當。
- (2) 客觀上「乙用雙手肘壓制甲下顎」乃對甲製造一個不受容許的死亡風險；該風險又不可想像其不存在地導致甲窒息身亡，實現法規範所預設之死亡結果。主觀上乙雖無意致甲於死，惟依其「年輕力壯且曾在軍中受過搏擊訓練」之專業能力，當對「用雙手肘壓制甲下顎將導致昏迷身亡」乙事具備預見可能性，第276條第1項過失致死罪構成要件該當。
- (3) 承上所述，乙該當傷害罪與過失致死罪，且甲窒息死亡之加重結果，係由甲昏迷之受傷結果所直接導出，具備特殊危險關聯性，該當傷害致死罪之構成要件。

2. 違法性：客觀上甲侵入乙宅行竊並正著手傷害乙之行為，依事後角度觀察該當準（加重）強盜罪，乃是具備不法品質的現在人為侵害；乙排除侵害的反擊行為係針對甲所發動，且就當下情形而言，難保甲不會直接從浴室中衝出而危及乙妻與胎兒，故「進入浴室而用雙手肘壓制甲下顎」係足以排除侵害

的最小手段，又無意圖式挑唆防衛或保全利益與犧牲利益處於絕對失衡關係的權利濫用情事。主觀上乙明知前述事實並有意為之，具備防衛意思，可依據第23條主張正當防衛阻卻違法。

3. 罪責：即便認為乙當下所使用並非最小手段而違反必要性，或在甲昏迷後侵害既已結束，乙卻繼續遂行反擊行為而逾越必要性，皆得以欠缺一般預防或特別預防給予寬恕，成立所謂「強度防衛過當」或「事後時間防衛過當」，按第23條但書規定，得減輕或免除其刑。

(二)結論：乙雖該當傷害致死罪之構成要件，惟得主張正當防衛阻卻違法而不罰；縱認無從阻卻違法，亦得按防衛過當寬恕罪責而減免其刑。

四、試分析行為人甲在下列案例中的刑事責任：

(一)甲意圖使乙、丙、丁3人受到刑事處罰，以一狀向地方法院檢察署誣告3人犯強盜罪。(15分)

(二)甲同時偽造乙、丙、丁3人名義之支票，面額1百萬元各1張。(10分)

試題評析	單純法益計算影響構成要件該當次數的問題。由於上一題合理預期將會耗費許多時間，本題只要簡單分析、肯否並陳後，迅速作答即可。雖說本試卷範圍係「刑法總則」，惟若對刑法分則條文毫不熟悉（例如本題的誣告與偽造有價證券兩罪），就連構成要件該當性都無從涵攝，更遑論構成要件該當次數的計算了。
考點命中	《高點·高上刑法分則講義》，易律編撰，頁12-18~19。

答：

(一)甲一狀虛偽申告乙、丙、丁三人犯強盜罪之行為，成立刑法（以下同）第169條第1項的誣告罪。

1. 本罪以行為人基於使他人受刑事處分意圖而向該管公務員誣告為成立要件。
2. 客觀上檢察官是受理刑事案件之該管公務員，甲一狀向檢察官虛偽申告乙、丙、丁三人犯強盜罪係誣告行為；主觀上甲明知前述事實並有意使其發生，又意圖使乙、丙、丁三人受刑事處分，構成要件該當。
3. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。惟甲一狀誣告三人，究係僅成立一個誣告罪抑或三個誣告罪，素有爭議。通說見解認為誣告罪保護法益兼及「保護個人免於因誤導而受處分的侵害」，故應以人數計算構成要件該當次數，本例甲成立三個誣告罪；實務見解（18上904例參照）向來主張誣告罪僅涉及「國家司法權運作的侵害」，縱使一狀誣告多人，也只侵害同一個國家司法權運作而僅該當一個誣告罪，本文從之。
4. 結論：甲只成立一個誣告罪。

(二)甲同時偽造乙、丙、丁三人名義支票各一張之行為，成立三個第201條第1項的偽造有價證券罪。

1. 本罪以行為人基於行使意圖而偽造、變造有價證券為成立要件。
2. 客觀上甲冒用乙、丙、丁三人的名義簽發支票，乃是偽造有價證券行為；主觀上甲明知前述事實並有意使其發生，又意圖持之使用符合行使意圖，構成要件該當。
3. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。附帶一提，通說與實務（73台上3629例參照）咸認本罪應以人數計算構成要件該當次數，本例甲既同時偽造乙、丙、丁三人名義支票，成立三個偽造有價證券罪無疑。
4. 結論：甲分別對乙、丙、丁成立偽造有價證券罪。

【版權所有，重製必究！】