

# 《民法總則及刑法總則》

一、某甲30歲，為A小型租車公司的董事，為公司業務開車且車上有10位客戶，途中為閃避一煞車失控的貨車以免造成全車人員重傷，因此急轉彎，不得已而撞傷路旁之攤販乙。請問乙得否向甲及A公司請求因受傷的損害賠償？若甲和A公司拒絕賠償，是否有法律理由？（25分）

試題評析	本題考到較為冷門之第150條緊急避難，考生只要論述本題甲因符合緊急避難要件故阻卻違法，不用賠償，公司因此也無須依第28條連帶負責即可。
考點命中	《高點·高上民法講義》第二回，辛律編撰，權利之行使部分。

**答：**

1.按民法（以下同）第184條第1項前段規定，因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。甲駕車撞傷乙，侵害乙之身體健康權，似須依該條項規定對乙負損害賠償責任。惟甲係為閃避一煞車失控之貨車，不得已始急轉彎撞傷乙，甲應得援引第150條以免責，分析如下：

- (1)第150條第1項規定，因避免自己或他人生命、身體、自由或財產上急迫之危險所為之行為，不負損害賠償之責。是行為人之行為若該當該條規定之緊急避難，即構成阻卻違法事由，排除侵權行為之不法要件。
- (2)依題意，甲駕車途中，為閃避一煞車失控的貨車以免造成全車10位客戶重傷，因此急轉彎，該煞車失控之貨車已危及車上客戶之生命、身體，故有急迫之危險。而甲為避免全車客戶重傷，有緊急避難之意思，其所為急轉彎乃避難行為，且該避難行為，雖造成乙受傷，但保全了全車10位客戶之生命身體權，並未逾越避免危險所必要之程度，亦未逾越危險所能致之損害程度，符合法益權衡原則。
- (3)從而，甲撞傷乙之行為，因得主張緊急避難，故阻卻違法，不構成侵權行為。

2.第28條規定，法人對於其董事因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。是若董事甲之行為該當侵權行為者，A公司即須與甲連帶負賠償責任。然承上所述，甲董事之行為因阻卻違法故不構成侵權行為，從而，A公司即無須對甲之行為負責。

3.綜上，乙雖得依第184條及第28條向甲及A請求損害賠償，然甲及A得以甲之行為該當緊急避難已阻卻違法為由，拒絕賠償。

二、某甲25歲，以販賣大麻菸及名牌二手包為生。18歲未婚女大學生某乙一時好奇，向甲詢問一盒大麻菸及一只二手名牌包的價格。甲表示：若乙有興趣，願以該盒1萬元大麻菸及該只10萬元的二手名牌包合併出售給乙，只收乙新臺幣10萬元。乙在未徵詢父母允許的情形下，表示願意購買並馬上交付給甲現金新臺幣10萬元，甲隨即將大麻菸放進二手名牌包一併交付給乙。請問甲乙之間共成立多少個債權行為及物權行為？這些行為的效力如何？（25分）

試題評析	本題單純測驗考生債權行為及物權行為之差異。第一小題須注意處分行為之標的物特定原則；第二小題則須逐一分析違反強行規定及限制行為能力人，對於各該債權行為及物權行為效力之影響。
考點命中	《高點·高上民法講義》第二回，辛律編撰，行為能力部分及強行規定部分。

**答：**

(一)

- 1.按債權行為指已發生債權債務關係為其內容之法律行為，甲、乙作成買賣大麻菸及二手名牌包之買賣契約，為債權行為，且因債權行為可針對多數標的物以一個債權行為概括發生債權債務關係，故雖甲、乙之合意係買賣大麻菸及名牌包，然因係合併出售故為一個債權行為。
- 2.物權行為，指發生物權得喪變更之法律行為，因物權行為須遵守標的物特定原則，即於為物權行為時，須就特定之標的物個別為物權行為，故交付大麻菸、名牌包各為一物權行為，另交付價金10萬元為另一物權行為，共三個物權行為。
- 3.是甲、乙間有一個債權行為及三個物權行為。

(二)

## 1.買賣契約之效力：

- (1)法律行為違反強行規定者，依民法第71條無效。販賣毒品依刑法第257條規定，為法律禁止之行為，故甲販賣大麻菸予乙之買賣契約，無效。又甲以一個買賣契約，合併出售大麻菸與名牌包，因僅販賣大麻菸之部分違法，故依民法第111條但書，法律行為一部無效，其他部分仍為有效，是販賣大麻菸之部分雖因第71條無效，惟不影響販賣名牌包部分之效力。
  - (2)然乙為18歲未婚之大學生，乃限制行為能力人，依第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，乙未徵詢父母允許即訂立該買賣契約，該契約之效力依第79條規定為效力未定。
- 2.交付10萬元現金行為之效力：乙交付10萬元現金予甲之物權行為，使乙喪失其對該現金之所有權，非屬民法第77條但書之純獲法律上利益，或依其年齡及身分日常生活所必需，該物權行為依第77條本文及第79條規定，效力未定，須經其法定代理人事後承認，始生效力。
- 3.甲交付名牌包及大麻菸予乙之物權行為：因違反強制或禁止規定而無效者，原則上僅債權行為，其為履行債務而作成之物權行為，仍屬有效，且不因債權行為無效而受影響，此即無因性。是甲、乙之買賣契約雖一部無效，惟不影響物權行為之效力。又乙雖為限制行為能力人，然其單純受讓名牌包及大麻菸之所有權，未因此喪失權利或負擔義務，屬第77條但書之純獲法律上利益，縱未獲法定代理人允許，仍屬有效。

三、甲花錢請乙幫其殺A，乙應允之。隔日，乙前往A住宅附近勘查地形及確認A通常外出之路線，以便伺機而動找適當時機殺A。不過，在勘查地形時乙突然看見A的太太帶著一對子女出門，乙心想如果A死了，其子女將成孤兒，心生不忍乃決定放棄犯行回家，並以手機告知甲其不願再為他殺A。試問甲、乙之行為應如何論罪？(25分)

<b>試題評析</b>	本題涉及預備犯和未遂犯之概念，並須注意預備犯是否能適用中止優惠之爭議。另外本題尚涉及教唆犯之「限制從屬性原則」之適用，並須注意正犯僅成立預備犯時，教唆犯是否會一併成立犯罪之爭議。
<b>考點命中</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.《高點·高上刑法講義》第五回，成台大編撰，頁14-15。</li> <li>2.《高點·高上刑法講義》第五回，成台大編撰，頁21-25。</li> <li>3.《高點·高上刑法講義》第六回，成台大編撰，頁41-44。</li> <li>4.《高點·高上刑法講義》第八回，成台大編撰，頁3。</li> </ol>

**答：**

(一)乙前往A住宅勘查地形之行為，不成立刑法(下同)第271條第2項殺人未遂罪：

- 1.主觀上，乙同意殺A，具備殺人認知及意欲，具備殺人故意。
- 2.惟客觀上，乙僅在A住宅外勘查並確認A之外出路線，尚未動手殺A，對A之生命法益並未產生直接具體危險，故依主客觀混合理論未達著手階段，不構成本罪。

(二)乙前往A住宅勘查地形之行為，成立第271條第3項殺人預備罪，並得類推第27條中止之規定減輕或免除其刑：

- 1.主觀上，乙同意殺A，具備殺人認知及意欲，具備殺人故意；客觀上，乙前往A住宅勘查地形，以便找適當時機殺A，屬著手實行犯罪之前所為的準備行為，符合預備之要件，故構成要件該當。
- 2.無阻卻違法或罪責事由，本罪成立。
- 3.按第27條第2項中止之規定：「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。」本案乙看見A的太太和子女後，於心不忍決定放棄犯行回家，並告知甲不會殺A，屬因己意自願中止放棄其行為。惟預備犯是否能適用中止優惠有所爭議，分述如下：
  - (1)否定說：此說認為第27條明文規定中止犯限於著手實行之情形，而預備犯僅為準備階段，尚未著手，故不得適用之。
  - (2)肯定說：此說認為雖刑法無明文規定，但舉重以明輕，應可類推適用中止規定，享有減輕優惠。
  - (3)本文認為，中止減輕之原因在於鼓勵行為人自願放棄犯罪，並可看出其惡性較低，不須處以原本之重刑即可達到預防犯罪之效果。由此觀之，預備犯若係自願放棄犯罪，應符合中止規定之立法目的，故

肯定說應更可採，得類推適用之。

4.故本案甲得類推適用中止犯之規定，減輕或免除其刑。

(三)甲教唆乙殺人之行為，不成立第29條、第271條第3項教唆預備殺人罪：

1.甲花錢請乙殺A，惹起乙之殺人犯意，且具備教唆故意及既遂故意之雙重故意，成立教唆行為。惟依教唆犯之限制從屬性原則，共犯之成立以正犯行為（主行為）之存在為必要，而此正犯行為則須正犯者（被教唆者）著手於犯罪之實行行為，且具備違法性（即須正犯行為具備構成要件該當性、違法性），始足當之（99年台上第5481判決參照）。惟本案之正犯乙尚未著手於殺人行為僅成立殺人預備犯時，教唆犯甲是否得從屬於正犯乙之犯罪行為有所爭議，分述如下：

(1)肯定說：此說認為，刑法第29條對於教唆犯雖規定「使之實行犯罪」，應可包含陰謀和預備階段，故在法律有處罰預備犯和陰謀犯之情形，教唆犯亦應成立教唆預備犯和陰謀犯。

(2)否定說：此說認為，刑法第29條既已修正為「使之實行犯罪」，則教唆犯之成立應限於正犯已「著手」實行犯罪，且94年修法刪除第29條第3項有關教唆犯獨立性之規定後，應認為已不處罰「未遂教唆」（正犯尚未著手）之情形，故正犯之行為須已達著手實行階段，始能成立教唆犯。

(3)本文認為，94年修法之修正理由既已明白採取限制從屬性之立場，條文亦限於「實行犯罪」，文義上已難以將預備行為包括於內，故應限於正犯著手實行犯罪時方有教唆犯之適用，否定說應更可採。

2.故本案正犯乙既僅成立殺人預備犯，未達著手階段，甲自不得從屬成立教唆犯，應不構成犯罪。

四、某電視臺劇組在街頭從事連續劇拍攝工作，場景為甲搶走A的皮包後逃走，A則用手指著甲高喊「搶劫啊！」。豈料，當時乙正好路過，突然聽到A指著甲高喊「搶劫啊！」，乙匆忙間疏忽未發現是劇組在拍戲，誤以為甲是搶劫的現行犯，隨即衝上去將甲壓制在地加以逮捕。甲遭乙壓制約1分鐘無法動彈，為掙脫乙的壓制乃趁其不注意時出腳將乙踢開，導致乙胸部挫傷。此時電視臺劇組人員趕到制止，乙方知是誤會一場。試問甲是否成立傷害罪？乙是否成立剝奪行動自由罪？並說明理由。（25分）

試題評析	本題涉及依法令行為中現行犯逮捕之要件，需討論誤認現行犯之情形是否能阻卻違法之爭議。另外本題也涉及正當防衛之要件，著重討論本案情形是否該當現在不法侵害之防衛情狀。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第三回，成台大編撰，頁3-17。 2.《高點·高上刑法講義》第三回，成台大編撰，頁31-32。 3.《高點·高上刑法講義》第四回，成台大編撰，頁28-29。

答：

(一)乙壓制甲的行為成立刑法（下同）第302條剝奪行動自由罪：

- 客觀上，乙將甲壓制在地使甲無法動彈約一分鐘，已達以其他非法方法剝奪甲之人身自由；主觀上，乙對剝奪甲之自由有認知和意欲，具備故意，故構成要件該當。
- 按第21條第1項：「依法令之行為，不罰。」次按刑事訴訟法第88條第1項：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」及同條第3項第1款：「有左列情形之一者，以現行犯論：一、被追呼為犯罪人者。」本案乙聽聞A指著甲高喊：「搶劫啊！」符合甲被追呼為犯罪人，應為準現行犯，路過之乙應得逮捕之，乙壓制甲的行為也符合逮捕要件，似得主張依法令行為阻卻違法。
- 惟客觀上，甲和A實為劇組拍攝，甲並非真正現行犯，此時乙是否得阻卻違法有所爭議，分述如下：
  - 阻卻違法說：此說認為，因現行犯逮捕本有容許誤認的空間，故行為人僅需符合法定要件為逮捕行為，即可成立阻卻違法事由。縱使行為人誤認犯人而逮捕之，仍得援引本規定阻卻違法。
  - 違法性錯誤說：此說認為，客觀上並無現行犯之情狀，主觀上行為人卻誤認為現行犯之情形，應屬「容許構成要件錯誤」，依通說所採之「限制法律效果之罪責理論」，該錯誤不得阻卻違法，亦不影響故意成立，但在罪責上應認為欠缺故意罪責，僅具過失罪責，仍成立犯罪，但適用過失犯的法律效果。
  - 本文認為，在行為人過失誤認現行犯之情形，若仍能主張依法令行為阻卻違法，不免過度侵害被逮捕人之權利，故違法性錯誤說應更可採。
- 故本案甲客觀上非現行犯，乙僅在主觀上具備現行犯認知，不得阻卻違法。
- 惟因乙係誤認有阻卻違法事由存在，依通說見解不具備故意罪責，故仍成立本罪，但適用過失犯之法律

效果。

(二)甲將乙踢開之行為不成立第277條第1項普通傷害罪：

- 1.客觀上，甲用腳將乙踢開，造成乙胸部挫傷之傷害結果，符合傷害行為和結果，並具備因果關係和可歸責性；主觀上，甲對傷害乙一事有認知和意欲，具備故意，故構成要件該當。
- 2.按第23條前段：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。」本案甲係因被乙壓制故踢開乙，是否得主張正當防衛，析述如下：
  - (1)侵害情狀：本案乙當時正壓制甲之身體，侵害甲之身體自由，符合侵害情狀；且該侵害已經開始尚未結束，符合現在性；而乙雖誤認甲為現行犯，惟乙僅在罪責層次得主張僅具過失罪責，不得以此阻卻違法，故乙之行為仍具備不法性，該當現在不法侵害之侵害情狀。
  - (2)防衛手段：本案甲踢開乙之行為得有效阻止乙繼續侵害甲之自由，具備適當性；且當時甲被緊緊壓制一分鐘，除了踢開乙之外無其他更輕微方式脫困，符合最小侵害之必要性；而正當防衛係「正對抗不正」，不需考量衡平性，故防衛手段合法。
  - (3)主觀上，甲有認知到自己在進行防衛行為，故符合防衛認知，得主張正當防衛阻卻違法，故不構成犯罪。

高點  
·  
高上

【版權所有，重製必究！】