

【一般行政、一般民法、人事行政】

《民法總則與刑法總則》

試題評析

第一題：本題分成二部分。第一部分測驗民法第71條但書之規定，在民法中有何具體條文可資印證，這一部分較容易，分數也極易到手。第二部分則是測驗考生對法院實務見解的掌握，這部分的出題方式，雖然有些出人意料，但王澤鑑老師的《民法總則》書中對此有所論述；因此，準備民法總則一科的考生，務必研讀該書，才能夠比別人獲取更高的分數。

命中事實：許律師，《民法概要》，p.1-69

第二題：本題是以實例題的方式出題，測驗考生對於「意思表示瑕疵」的理解與掌握，測驗的內容，包括了意思表示的錯誤、詐欺與脅迫。

意思表示之瑕疵，是民法總則的一大重點，考生只要對於民法第88條至第93條的規定，確實理解其內容，並以條理清晰的方式作答，應該可以獲得不錯的分數。

命中事實：許律師，《民法概要》，p.1-84~p.1-87

第三題：題目中已經很明確要求考生從「因果關係」的概念去處理問題，雖然題目乍看之下顯得有些複雜，但只要從因果關係上的各個判斷理論去，逐一去檢驗案例事實，即可導出結論。

第四題：相當傳統的題目，主要在測驗考生對於「純正身分犯」與「不純正身分犯」的概念，是否有正確的瞭解。此外，也在測驗考生對於刑法第三十一條的規定內容，以及實務界與學界對其所持不同見解，是否瞭解爭議所在。在困難度上並不高，考生應該不難拿到高分。

一、民法第71條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」請舉民法規定二者為例，說明本條但書所稱之「但其規定並不以之為無效者，不在此限。」此外，實務見解認為，本條所謂之禁止規定，僅指效力規定而言，不含取締規定在內。請就此實務見解，亦舉案例三者說明之。（25分）

答：

(一)有關民法第71條但書，茲舉下列民法規定為例：

- 1.民法第449條第1項規定，租賃契約之期限，不得逾二十年；逾二十年者，縮短為二十年。
- 2.民法第980條規定，男未滿十八歲者，女未滿十六歲者，不得結婚；惟如男未滿十八歲者、女未滿十六歲結婚者，僅依民法第989條規定撤銷之。

(二)下列情形，法院實務均曾明確指出，民法第71條本文之「禁止規定」僅指效力規定，而不含取締規定。

- 1.按證券交易法第60條第1項第1款雖明定證券商不得收受存款、辦理放款、借貸有價證券及為借貸款項或有價證券之代理或居間，但如有違反時，僅生主管機關得依同法第66條為警告、停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第175條所定刑事責任之問題，此乃取締規定，非效力規定，無民法第71條之適用。（最高法院90年台上字第570號判決）
- 2.藥物藥商管理法第42條第1項規定，藥物，非領有工廠證，不得製造；又同法第52條第1項規定，藥物製造許可證，不得頂替使用。違者，依同法第79條之規定，均應處以罰鍰。究其性質，似為取締規定而非效力規定；申言之，此項規定，係在對於違反者課以制裁，以禁止其行為為目的，而非以否認該行為之法律上效果為目的。是以當事人所訂契約之約定，縱屬違反藥物藥商管理法第42條第1項及第52條第1項之規定，亦不能指該契約為無效。（最高法院78年台上字第1182號判決）
- 3.土地法第82條所謂：「凡編為某種使用之土地不得供其他用途之使用」，係取締規定，而非效力規定。因此，上訴人主張，系爭土地為農地，被上訴人經營木器加工廠，係違反該規定行為，依民法第71條之規定，應屬無效云云。此經原審法院判決予以駁斥，該判決並無違法。（最高法院71年台上字第4423號判決）

【實務見解補充】

最高法院68年度第3次民事庭庭推總會議決議(一)

提案：院長交議：證券商違反證券交易法第六十條第一項第一款(下稱本款)之規定，而收受存款或辦理放款，其與存款人或借款人間之行為是否有效？

有甲、乙兩說：

討論意見：

甲說：證券商不得有收受存款或辦理放款之行為，為本款所明定，如違反此項法律之禁止規定，依民法第七十一條規定，該證券商與存款人或借款人間之消費寄託或消費借貸契約，應屬無效。

乙說：本款規定，乃取締規定，非效力規定，無民法第七十一條之適用，證券商違反本款規定而收受存款或辦理放款，僅主管官署得依證券交易法第六十六條為警告、停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第一百七十五條所定刑事責任，其存款行為(消費寄託)或放款行為(消費借貸)，並非無效。

以上兩說，究以何說為是？請公決決議：

證券交易法第六十條第一項第一款之規定乃取締規定，非效力規定，無民法第七十一條之適用，證券商違反本款規定而收受存款或辦理放款，僅主管官署得依證券交易法第六十六條為警告、停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第一百七十五條所定刑事責任，其存款行為(消費寄託)或放款行為(消費借貸)，並非無效。(同乙說)

二、下列案例中，甲撤銷其意思表示，有無理由？

(一)甲經法院判決妨礙他人名譽有罪確定，其所屬公司之人事評議委員會認為甲有損公司形象，乃決議向公司建議應解僱甲。乙為該人評會執行秘書，與甲素有嫌隙。乙將前述人評會之決議告知甲，並向甲宣稱：「如甲不自願離職，一旦將人評會決議提報董事會，必定遭公司解僱」。甲遂自行向公司辭職。嗣後，甲心有不甘，乃以被乙脅迫為由，向公司表示撤銷其辭職之意思表示。(12分)

(二)甲見乙建設公司之預售屋廣告宣稱該預售屋於交付後得為夾層裝潢，遂訂購一戶。訂約一年後，房屋交付於甲，甲立即另行僱工進行夾層裝潢，工期二個月。詎料，該夾層裝潢完工四個月後，遭建管機關依法拆除。甲乃以被詐欺及錯誤為由，撤銷其買受本件房屋之意思表示。(13分)

答：

(一)甲不得撤銷其辭職之意思表示。理由如下：

- 1.依民法第92條第1項本文規定，因被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。本條適用要件如下：(1)須有脅迫行為；(2)須表意人因受脅迫而生恐怖並為意思表示；(3)須脅迫人有脅迫之故意；(4)脅迫行為須具不法性。
- 2.本題乙將人評會決議之事告知甲，並不構成脅迫行為，且乙所述之內容亦無不法性可言，故不符合上述要件。因此，甲不得以受乙脅迫為由，撤銷其辭職之意思表示。

(二)甲得撤銷買受系爭房屋之意思表示。理由如下：

1.甲受乙之詐欺：

- (1)依民法第92條第1項本文規定，因被詐欺而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。故首應探究者，係甲是否受乙之詐欺而為意思表示？
- (2)本題乙建設公司之預售屋廣告宣稱於交付後得為夾層裝潢，甲因相信乙公司之廣告，以致陷於錯誤，進而為訂購房屋之意思表示；詎料該房屋依法不得為夾層裝潢，致甲所為之夾層裝潢遭建管機關拆除。查甲所為訂購房屋之意思表示，係因乙之不實廣告所致，應可認定甲受乙之詐欺，故甲得依前開規定，撤銷其意思表示。
- (3)又民法第93條規定，受詐欺之意思表示的撤銷，應於發見詐欺後一年內為之；但自意思表示後經過十年，不得撤銷。故甲欲行使其撤銷權，應於本條文所定之除斥期間內為之。此併予說明。

2.甲之錯誤的意思表示：

- (1)依民法第88條第1項規定，意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。因此，表意人欲主張意思表示錯誤而為撤銷者，應限於「表示內容錯誤」及「表示行為錯誤」，始得為之；至於「動機錯誤」原則上不得撤銷，惟若屬當事人之資格或物之性質之錯誤，且交易上認為重要者，依同法條第2項規定，其錯誤視為意思表示內容之錯誤，得依法撤銷。

銷。

(2)本題甲欲購買得為夾層裝潢之房屋，但所購得房屋其實無法為該裝潢行為。此等錯誤，應屬「動機錯誤」，且屬物之性質的錯誤；依前述民法第88條第2項規定，該錯誤如為交易上認為重要者，甲亦得依法撤銷意思表示。（惟應注意者，甲如欲以錯誤為由而撤銷意思表示，依同法條第1項但書，應限於該錯誤非表意人甲自己之過失，始得為之。）

(3)惟依民法第90條規定，以意思表示錯誤為由而行使之撤銷權，自意思表示後，經過一年而消滅。依題目所示，本題甲訂購房屋之意思表示已逾一年之除斥期間，故甲不得以錯誤為由而為撤銷意思表示之主張。

3.小結：綜合前述，甲得以被詐欺為由撤銷買受系爭房屋之意思表示；但甲不得以錯誤為由主張撤銷權。

三、甲擔任某進香團前導車之義工，於上山行進中燃放鞭炮，但其拋出之鞭炮恰巧落入車窗未關，由乙女駕駛沿山壁下山的轎車駕駛座內，鞭炮在乙女車內爆開，乙女因驚嚇致駕駛失控，而衝撞正步行上山之另一進香團員丙，丙因而當場死亡。試依因果關係理論，說明甲應負何種刑責。（25分）

答：

甲拋擲鞭炮，使得鞭炮落入乙的車內，因爆炸而導致乙駕駛失控，進而將丙撞死的行為，可能成刑法第二百七十六條第一項之「過失致人於死罪」：

(一)甲拋擲鞭炮，而使得乙駕車失控衝撞路人之行為，是足以導致他人身體健康受到侵害之傷害行為，而甲傷害之行為也導致丙發生傷害之結果。但有疑問者在於，甲之行為與丙的死亡結果之間，是否具有因果關係？

(二)而對於因果關係的有無判斷上，學說上有提出下列標準：

1.條件理論：

該理論認為，造成具體結果的發生，而在客觀上不可想像其不存在的每個條件，若可以想像某條件不存在，但結果仍會發生時，該條件即非結果發生之原因，則行為人之行為與結果之間，並不具有因果關係。反之，如果想像某條件不存在，而結果即不會發生時，則該條件即為結果發生之原因，則行為人之行為與結果之間，即具有因果關係。

2.相當理論：

該理論認為，條件與結果之間是否具有關聯性，應依經驗法則做客觀事後之判斷。如果在通常情況下，該條件均足以產生此一結果，亦即條件出現與結果發生之間，具有高度之蓋然性，即可認為行為人之行為與結果，是具有因果關係。反之，若條件不一定造成結果之出現，或是違反常規或偏離規則時，則不認為行為人之行為與結果之間，是具有因果關係。

3.相當因果關係理論：

該理論是以條件理論作為基礎的判斷標準，而兼採「事後客觀判斷」的相當理論，一併判斷因果關係之有無。因此，如果因果關係在進行上，是以超越一般人的日常生活經驗，而偏離一般經驗法則時，由於行為人之行為與結果之間，是欠缺常態關聯性，則屬於「異常之因果關係」，不能認其具有因果關係。

(三)對於因果關係的判斷標準，我國學界有採「條件理論」者，亦有採取「相關因果關係理論」者，而我國實務界則是採取「相關因果關係理論」。試就兩判斷標準，分別對本案例事實判斷；

1.依條件理論來判斷：

由於甲拋擲鞭炮之行為，是在丙之死亡結果發生時所既存的事實，故不得想像其不存在。如果假設甲未丟擲鞭炮時，也不會使得乙因而駕車失控，亦不會導致丙之死亡結果之發生。因此，甲拋擲鞭炮之行為與丙之死亡結果之間，應認為具有因果關係。

2.依相關因果關係理論來判斷：

就條件理論的判斷上而言，甲之行為與結果之間，是具有關連性。而就相當理論的判斷上而言，在路上丟擲鞭炮，因而影響其他駕駛人，進而使得交通意外發生之因果歷程事實，應該為一般人所能預見，並未偏離一般經驗法則，因此，應認為甲拋擲鞭炮之行為與丙之死亡結果之間，亦具有常態關聯性，故兩者之間具有因果關係。

3.綜上所述，不論採取「條件理論」或是「相關因果關係理論」，均得認為甲之拋擲鞭炮之行為與丙之死亡結果之間，應是具有因果關係。

(四)甲在拋擲鞭炮之時，雖然對於造成丙發生死亡結果之行為事實，在主觀上並不具有認識，故不具有故意。但是，甲在主觀上已經違反注意義務，且就其一般人或甲個人之注意能力而言，對於該行為事實，應該是具有預見可能性，故甲在主觀上仍是具有過失。因此，甲之行為該當於刑法第二百七十六條第一項之犯罪構成要件。

四、何謂刑法所規定之純正身分犯？不純正身分犯？其意義為何？

設若：

(一)公務員甲與其妻乙共同收受賄賂，甲、乙應如何處斷？

(二)甲與乙共同殺害甲父丙，甲、乙應如何處斷？

答：

學說上對於身分犯的概念，又再區分為「純正身分犯」或「不純正身分犯」兩種類型，其內含分別陳述如下：

(一)純正身分犯：

即立法者在制定某一犯罪規定之時，已將行為人的資格或關係考量在內，認為行為人必須具有特定的資格或關係，進而從事該行為時，才會抵觸其犯罪之原有規範目的。如果行為人並未具有此等資格或關係時，即無法成立該犯罪之正犯；但是，仍有可能以共犯之型態來實現犯罪。例如：刑法第121、122條之公務員賄賂罪等。

(二)不純正身分犯：

是指立法者考量到行為人的資格或關係有所變動時，而將該身分作為加重、減輕或免除刑罰之要件。若具有此等資格或關係的行為人，應適用加重、減輕或免除刑罰之規定。至於不具此等資格或關係的行為人，則不得適用加重、減輕或免除刑罰之規定；但是，仍得成立基本構成要件之犯罪。例如：刑法第272條之殺直系血親尊親屬罪、第274條之生母殺嬰罪，或第324條之親屬間相盜罪等。

一、案例（一）中，甲、乙所應負之刑事責任如下：

(一)公務員甲與妻乙共同收受賄賂之行為，由於兩人之間具有共同之犯罪決意，亦共同實行犯罪構成要件之行為，故是以共同犯罪支配的方式為之，應屬於共同正犯。但妻乙由於不具有公務員之身分，其行為是否能成立刑法第一百二十一條或第一百二十二條之公務員賄賂罪，實務界及學界則有不同的看法：

1.關於刑法第三十一條第一項之規定，是針對純正身分犯的情形，其功用在於擬制正犯及共犯。故我國實務界之見解認為，在純正身分犯的情形中，依照第三十一條第一項的規定，無身分之人雖然無法成立單獨正犯，但仍能與具有身分之人以共同實行犯罪之方式而成立正犯。

2.但學界之多數見解認為，如果依第三十一條第一項的規定，使得原來不具有身分之人，亦得以成立純正身分犯的話，是破壞犯罪原先設計上的規範目的。因此，如果行為人並不具有所要求的身分時，即使行為人是與具有身分之人共同支配犯罪現實時，也無法論以正犯，僅能成立共犯。

(二)如依照實務界之見解，甲、乙二人應成立刑法第一百二十一條或第一百二十二條之公務員賄賂罪之共同正犯，但不具身分之乙，得以減輕其刑。如依照學界之見解，僅甲能成立刑法第一百二十一條或第一百二十二條之公務員賄賂罪之正犯，而不具公務員身分的乙，僅能論以刑法第一百二十一條或第一百二十二條之公務員賄賂罪之幫助犯。

二、案例（二）中，甲、乙所應負之刑事責任如下：

(一)甲與乙共同殺害丙之行為，由於兩人之間具有共同之犯罪決意，亦共同實行犯罪構成要件之行為，故是以共同犯罪支配的方式為之，同樣屬於共同正犯。但依照刑法第二百七十二條規定，如果行為人與被害人之間，是具有直系血親之關係時，則行為人的殺人行為應加重處罰。但由於乙與丙之間，並不具有直系血親之關係，因此，其行為是否能適用刑法第二百七十二條之加重處罰規定，實務界及學界亦有不同的看法：

1.關於刑法第三十一條第二項的規定，則是針對不純正身分犯的情形，我國實務界的見解認為，在共同正犯的情形中，對於無身分之人，應先適用刑法第二十八條的規定，使其先負起共同正犯之責，再引用第三十一條第二項的規定，來排除不純正身分犯的罪刑，而僅科以基礎犯罪構成要件的罪刑。而所謂的「科以通常之刑」，在「罪刑不可分原則」的思考下，應理解為「對於無身分之人，僅對其科以通常之罪與刑」。

- 2.但學界之多數見解認為，從理論上加以思考，無身分之人本來就僅能成立基本犯罪構成要件之罪名，自始即不能適用加重、減輕或免除其刑的規定。因此，刑法第三十一條第二項的規定，係屬贅語，而應理解為「僅具有特定身分之人，始能對其適用加重、減輕或免除其刑的規定」。
- (二)綜上所述，實務界與學界對於本案例之結論其實相同，但在適用過程上有所差異。而甲之行為成立刑法第二百七十一條第一項「普通殺人罪」之既遂犯，以及刑法第二百七十二條第一項「殺害直系血親尊親屬罪」之既遂犯，由於行為人之行為僅對一個生命法益造成侵害，屬於法條競合，依照特別關係應論以刑法第二百七十二條第一項「殺害直系血親尊親屬罪」之既遂犯。至於乙之行為僅成立刑法第二百七十一條第一項「普通殺人罪」之既遂犯。