

《民法總則與刑法總則》

- 一、甲欲出售其已經使用半年的 A 牌手機一支，乙知悉後表明有意購買，並同時對甲表示授與代理權予十七歲之丙，由丙全權處理手機買賣事宜。乙將此事告知丙並委託丙處理，在代理權的部分則限制丙僅於新臺幣兩萬元之範圍內得代理乙為法律行為，丙在其法定代理人丁不知情下表示同意。若丙代理乙與甲締結手機之買賣契約，以新臺幣兩萬五千元之價格成交，試說明：甲、乙、丙、丁間之法律關係。(25分)

試題評析	本題涉及代理權授予方式、代理權性質、表件代理與限制行為能力等規定。其法律關係略為複雜，答題時須注意邏輯層次，切勿過度跳躍。詳言之，應先檢討乙的授權方式是否合法，再探討丙的代理行為是否會因未經法定代理人丁同意而影響效力，最後再處理表見代理議題。惟本題涉及議題眾多，須注意作答時間，故建議有關「中性行為」部分可以民法第 104 條規定帶過，以適度節省作答時間。
考點命中	《高點·高上民法講義》第一回，林淇羨編撰，頁 84~94。

答：

甲、乙、丙、丁法律關係分述如下：

(一)乙授予代理權之行為有效

- 1.按代理權係以法律行為授與者，其授與應向代理人或向代理人對之代理行為之第三人，以意思表示為之；代理人所為或所受意思表示之效力，不因其為限制行為能力人而受影響。民法第 167 條、第 104 條定有明文。蓋代理人以本人名義所為之法律行為，其法律效果皆歸屬於本人而與代理人無關，是限制行為能力人若擔任代理人不因此負擔法律義務，無侵害其權利之慮，可有效為之。
- 2.查本件乙向甲購買其所有 A 牌手機，雙方意思表示合致成立買賣契約(民法第 345 條)，並向甲表示授予代理權予丙，乙此外部授予代理權行為合於上開民法規定。又丙僅 17 歲，乃限制行為能力人(民法第 13 條第 2 項規定)，依上開說明，雖其法定代理人丁不知情，丙仍得有效為代理行為，不因其欠缺行為能力而有影響。

(二)丙之行為構成無權代理

- 1.按代理權之限制及撤回，不得以之對抗善意第三人。但第三人因過失而不知其事實者，不在此限，民法第 107 條定有明文。蓋本人以外部授權方式授予代理權，但內部向代理人為代理權之限制，第三人無從知悉，為保障第三人之信賴並維護交易安全，特設上開規定。
- 2.查本件乙向甲表示就買賣 A 牌手機一事「全權」由丙負責，但嗣後卻向丙表示僅得於 2 萬元範圍內代理之，可見該代理權有嗣後內部限制情事，依上開說明，雖丙以 2 萬 5 千元向甲購買 A 牌手機，已逾越代理權授權範圍，惟甲非因過失不知悉上開代理權限制情事，屬善意第三人，為維護其信賴，並保障交易安全，甲得主張乙所為之代理權限制不得對抗甲，故丙與甲所成立之買賣契約仍對甲發生合法效力(民法第 103 條)，甲得向乙請求支付 2 萬 5 千元價金(民法第 367 條)，乙得向甲請求交付並讓與 A 牌手機所有權(民法第 348 條)。

- 二、甲向好友乙借用 M 牌珍珠項鍊參加聚會，因該項鍊光彩奪目成為眾人談論的焦點，同在聚會場所的丙以為項鍊為甲所有，即詢問甲是否願意割愛，甲表示同意，以二十萬元出賣給丙，並於一個禮拜後將項鍊交付給丙。不久之後乙請求甲返還項鍊，甲據實以告，乙堅持要拿回項鍊。試說明：甲、乙、丙三人之法律關係。(25分)

試題評析	本題前半部涉及無權處分與善意取得議題，算是民法總則基本題型，惟須注意作答層次，應先分析甲丙間買賣契約效力，再探討甲丙處分行為效力，最末再論述善意取得始為完整。惟有問題者在於，甲約定 1 個禮拜後再交付項鍊給丙，因題目未敘明甲丙間有成立何種契約關係，使丙取得間接占有，或此僅為單純清償期之規定，故難以判斷甲丙間有無占有改定情事，然不論如何，皆不影響丙善意取得之結論。後半段部分則因請求權基礎眾多，須留意作答時間。另外，此部分涉及債編總論規定，同學若能將相關規定表達出來，相信會有很好的加分效果。
------	--

考點命中 《高點·高上民法講義》第一回，林淇羨編撰，頁 35~38。

答：

甲、乙、丙法律關係分述如下：

(一)丙可善意取得 M 牌珍珠項鍊所有權

- 1.按以動產所有權，或其他物權之移轉或設定為目的，而善意受讓該動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利，其占有仍受法律之保護。但受讓人明知或因重大過失而不知讓與人無讓與之權利者，不在此限；動產之受讓人占有動產，而受關於占有規定之保護者，縱讓與人無移轉所有權之權利，受讓人仍取得其所有權。民法第 948 條、第 801 條定有明文。其目的在保障交易安全，維護善意第三人之信賴。
- 2.查本件甲向乙借用 M 牌珍珠項鍊(下稱該項鍊)，雙方意思表示合致成立使用借貸契約(民法第 153 條、第 464 條)。丙以為該項鍊乃甲所有而向其表示購買，雖甲無該項鍊所有權，然買賣契約乃債權行為，其成立不以行為人有處分權為必要，是甲丙間買賣契約有效成立(民法第 345 條)；惟甲將乙所有之 M 牌珍珠項鍊移轉丙之行為因欠缺處分權限構成無權處分(民法第 118 條)，又乙事後堅持取回該項鍊可認乙拒絕承認甲無權處分行為，故甲之處分行為確定自始不生效力。
- 3.惟甲占有該項鍊享有權利外觀，丙善意不知甲非所有權人而與之為法律行為，其信賴應予保障，故丙得依上開規定主張善意取得該項鍊所有權，乙無從依民法第 767 條所有物返還規定，向丙主張返還。

(二)乙得對甲主張之權利如下：

- 1.按借用人應於契約所定期限屆滿時，返還借用物，民法第 470 條定有明文。查本件甲乙間成立使用借貸契約已如上述，甲負有於期限屆滿時返還該項鍊義務，惟該項鍊已由丙善意取得，甲無法履行返還義務，其情事之發生可歸責於甲之行為，故構成可歸責債務人之給付不能，乙得向甲請求損害賠償(第 226 條)。
- 2.次按無法律上原因受有利益，致他人受損害，應返還其利益，民法第 179 條定有明文。查甲非該項鍊所有權人，其雖無法律上合法原因，將該項鍊出賣予丙，受有價金 20 萬元之利益，惟乙喪失該項鍊之原因乃丙依民法第 948 條與第 801 條規定，善意取得該項鍊所有權，而非本於甲之讓與行為，故甲受利益與乙受損害間無直接因果關係，乙無從向甲主張不當得利。
- 3.再按因故意或過失不法侵害他人之權利者，應負損害賠償責任；故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。民法第 184 條定有明文。查甲明知其非該項鍊所有權人，卻未經乙同意逕本於所有權人地位將之出賣予丙，其行為業已侵害乙之項鍊所有權，乙得本於上開規定向甲請求損害賠償。
- 4.末按明知為他人之事務，而仍為自己利益管理者，本人得主張享受不法管理所得利益，民法第 177 條定有明文。查甲明知該項鍊為乙所有，卻仍為自己不法利益將之出賣並讓與丙，構成不法管理，乙得主張享有該 20 萬元價金之管理利益。

三、甲計劃殺死乙，乃趁周末在乙平日上班騎機車必然經過的乙家大門口前方，挖了一個大洞，洞的下面鋪滿刀片，並在路面上作好偽裝，完全看不出來路上有大洞。未料隔天周一早上，本來要上班的乙突然生病，乙之妻丙為了買成藥而騎機車出門，丙未能發現路上有洞，連同機車摔入洞內而被刀片刺死。試說明：甲的刑事責任為何？(25 分)

試題評析	本題出了一個在台灣學界較少受到討論的爭議即「客體錯誤」與「打擊錯誤」的區分，對同學而言應該相對陌生，建議先列出「客體錯誤說」與「打擊錯誤說」的見解，再擇一採納並敘明理由，最後針對自己所採的那類錯誤進一步論述其法律效果的爭議。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第二回，張鏡榮編撰，頁 10。 2.《透明的刑法總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 11-14。

答：

(一)甲挖洞鋪刀計畫殺乙卻殺死丙之行為，成立刑法(下同)第 271 條第 1 項殺人既遂罪：

- 1.客觀上，甲於道路上挖洞鋪刀片之行為，係造成丙掉落死亡不可想像其不存在之條件，又甲此一行為於丙進入坑洞之危險領域時，已製造丙生命法益受害之法不容許風險，而為殺人之著手，且此一風險在丙落入坑洞死亡時於殺人罪之構成要件效力範圍內實現，故丙死亡結果應歸責於甲。

- 2.主觀上，甲出於殺乙之故意而製造殺人風險，惟此一風險實現於丙身上，是否影響甲之故意既遂歸責，涉及客體錯誤與打擊錯誤之區分：
- (1)客體錯誤說認為，甲透過肉眼具體化被害人與透過坑洞具體化被害人，於刑法歸責上並無差異，故應評價為客體錯誤，甲成立殺人既遂罪。
 - (2)打擊錯誤說則以為，甲認知之風險係於乙掉落時實現，現實上對丙掉落死亡之風險並無認知，應為打擊錯誤，甲成立殺人未遂罪與過失致死罪再想像競合。
 - (3)本文以為，以殺人既遂罪之規範角度觀之，只要行為客體為自然人，均不影響甲之故意歸責，又甲殺死丙所實現之風險實現經驗上並無重大偏離，故採「客體錯誤說」。
 - (4)在客體錯誤之法律效果上，依照「法定符合說」或「對應理論」，甲計畫殺害之客體與實際殺害之客體均為自然人，其主觀認知與客觀實現之事實均對應到本罪，故具殺人既遂之主觀歸責。
- 3.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- (二)綜上，甲成立殺人既遂罪。

【參考書目】

徐育安(2018)，《法學與風範—陳子平教授榮退論文集》，元照出版，頁104-105。

四、甲為了殺害乙，準備了毒藥一小瓶，計劃於隔天在乙的飲料內下毒。未料當晚甲的兒子丙擦桌子時，不小心打翻毒藥，丙害怕被甲罵，因此在該寫明毒藥的空瓶中，加入自來水，藉以讓甲不要發現此事。隔天，不知上述情事的甲，出於殺害乙之意思，將該瓶中之液體倒入乙的飲料中，乙喝下後並無任何反應。試說明：甲之刑事責任為何？(25分)

試題評析	本題測驗的爭點為不能未遂與普通未遂之區分，這個爭議已經考到爛掉，相信考生在歷經上一題的打擊後能夠在這題迅速收拾心情安心作答。在具體的答題內容上，只要點出這個爭點，並列出舊客觀危險說、具體危險說以及重大無知說，再寫出自己的理由與涵攝結論，應該都可以拿到不錯的分數。如果考生想在這題脫穎而出，記得自己的理由要寫得更詳細、更精準，如果能補充近期某些學者提出的「修正具體危險說」，那答案應該會更完美。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第一回，張鏡榮編撰，頁37-38。 2.《透明的刑法總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁7-21至7-25。

答：

- (一)甲誤自來水為毒藥而持之殺乙之行為，成立刑法(下同)第271條第2項殺人未遂罪之普通未遂(第25條)：
- 1.主觀上，甲具有以毒藥殺乙之認知與意欲，故有殺人故意無疑。
 - 2.客觀上，依照主客觀混合說，甲主觀上之殺人計畫包括下毒與持含毒藥之飲料給乙喝，其犯罪計畫於持毒藥給乙時即造成乙生命法益之直接危險，並對社會大眾造成法威信降低之心理作用，而為殺人著手，僅乙未死亡而成立未遂犯。
 - 3.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
 - 4.甲持以殺乙之飲料遭丙替換成自來水，而使乙死亡結果未發生，甲之未遂行為屬第25條之普通未遂或第26條之不能未遂，容有爭議：
 - (1)早期實務採「舊客觀危險說」，認為應以「事後客觀」角度判斷甲之行為能否發生犯罪之結果，若係「相對不能」即為普通未遂，而「絕對不能」之情形則屬不能犯。依此，本題甲持客觀上無法造成殺人結果之自來水殺乙，應為第26條「絕對不能」之不能犯而不成立犯罪。
 - (2)近期實務採「具體危險說」，以事前一般人考量甲之認知後是否認為有具體危險為判準(109台上1566判決)，依此，一般人於甲行為當下，因毒藥之外觀與自來水無異而無法判斷飲料之毒性，故亦將認為有具體危險而為普通未遂。
 - (3)多數學說則採「重大無知說」，以行為人認知是否偏離當代科學知識，進而導致社會大眾認其係重大無知加以判斷。
 - (4)本文以為，舊客觀危險說「事後客觀」之觀點為所有未遂之共通特質，無法有效區別不能未遂與普通未遂；具體危險說之標準有使法官恣意之風險，且納入行為人認知已違背其客觀標準，故不可採。以

法益保護及刑罰之「積極一般預防」功能觀之，「重大無知說」較為可採。

(5)本題中，甲知悉毒飲料將造成乙死亡，故其對於殺人行為之物理法則並無重大無知之情形，其誤自來水為毒飲料僅係對殺人工具等犯罪具體流程有所誤認，丙將自來水替換為毒飲料是甲犯罪流程中之意外障礙，故甲成立普通未遂，而非不能未遂。

(二)綜上，甲成立殺人未遂罪之普通未遂。

高點 · 高上

【版權所有，重製必究！】