

# 《民法總則與刑法總則》

一、有婦之夫甲，垂涎未成年人乙之美色，乙雖已婚，但禁不住甲之百般追求，遂於得到法定代理人同意後，於19歲生日前夕離婚，以恢復自由身，展開新生活。甲得知此事，為誘使乙與其同居，遂於乙19歲生日當天，答應交付乙新臺幣（以下同）5千萬元，作為生日禮物，復與乙約定，一旦終止同居關係，乙須返還5千萬元；同時，甲要求乙簽妥借據，並與甲以書面做成5千萬元的消費借貸契約，以逃避贈與稅，而乙欣然同意，兩人當天隨即展開同居生活。不料，半年後兩人感情生變，乙執意分手，並搬出兩人同居之愛巢。甲挽回未果，一氣之下遂出示當年乙簽名之借據及借貸契約，並稱當年早就說好，如果不再同居乙就必須返還5千萬元。試問：甲得否請求乙返還5千萬元？（25分）

試題評析	此為民法課程必然會介紹之「為維持同居所為贈與」案例，依判例見解，此種為維持婚外同居所為贈與因違公序良俗而無效，惟若贈與物已交付者，則因第180條第4款規定，不得請求返還贈與物。
考點命中	《高點·高上民法講義》第二回，辛律編撰，頁18、24。

**答：**

甲不得請求乙返還5千萬元：

(一)甲乙之贈與契約無效

- 1.按民法(以下同)第13條第3項規定，未成年人已結婚者，有行為能力。乙未成年人，原為限制行為能力人，然因其已結婚，故成為完全行為能力人，且因結婚所取得之行為能力，不受嗣後離婚之影響，即未成年人於結婚後復又離婚者，仍為完全行為能力人。題示乙得法定代理人同意，於19歲生日前夕離婚，仍為完全行為能力人。
- 2.甲乙約定甲交付乙5千萬元作為生日禮物，因乙已為完全行為能力人，故該贈與契約並無行為能力之瑕疵。惟為逃避贈與稅，對該贈與，甲要求乙簽妥借據，並與甲以書面做成5千萬元的消費借貸契約，甲乙間該以消費借貸外觀隱藏贈與實質之行為，依第87條第2項規定，虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，適用關於該項法律行為之規定，故甲乙假借貸真贈與，適用贈與之規定。
- 3.然甲之所以對乙為贈與，係為維持同居關係，甲乙並約定若終止同居即須返還贈與物，換言之，係以終止同居關係為贈與契約之解除條件，此種有婦之夫與第三者為誘使同居所為贈與，依最高法院判例<sup>1</sup>該贈與契約無效。

(二)甲不得請求乙返還5千萬元

- 1.甲乙之贈與契約雖無效，惟甲已將贈與物即5千萬元交付予乙，此時乙取得該5千萬元即欠缺法律上之原因，似構成不當得利，然第180條第4款規定，因不法之原因而為給付者，不得請求返還。甲對乙之給付既違公序良俗，即屬不法原因之給付，依上開規定，當甲向乙請求不當得利返還時，受贈人乙得依第180條第4款拒絕贈與人不得請求返還贈與物之請求。
- 2.又甲雖出示當年乙簽名之借據及借貸契約，請求乙返還5千萬元，惟因甲乙係假借貸真贈與，當事人間之法律關係適用贈與契約之規定，從而，甲乙並不具借貸之法律關係，甲當然無從以法律上不存在之借貸契約關係為據，請求乙返還5千萬元。
- 3.綜上，甲無從請求乙返還5千萬元。

二、16歲之知名美妝部落客甲，得其法定代理人之同意獨立開設網路商店A，販售甲於網路上所推薦

<sup>1</sup> 最高法院65年台上字第2436號判例：「上訴人為有婦之夫，涎被上訴人之色，誘使同居，而將系爭土地之所有權移轉登記與被上訴人，復約定一旦終止同居關係，仍須將地返還，以資籍制，而達其久佔私慾，是其約定自係有背善良風俗，依民法第七十二條規定應屬無效，上訴人依據此項約定，訴請被上訴人移轉系爭土地之所有權殊非正當。」

之美妝產品，並僱用18歲之乙負責客服事宜。甲雖具有高知名度與高人氣，但網購市場競爭激烈，A店的生意不如預期，勉強達到損益兩平。甲因此鬱鬱寡歡，決定變賣其因繼承取得之B畫，以換取赴歐散心的旅費，而授權予乙，要求乙代理甲將B畫出售。乙遂以甲之名義，與善意第三人丙就B畫訂立買賣契約。試問：此買賣契約效力如何？（25分）

試題評析	此題乃無權代理之基本題型，考生只要能判斷出該授權行為因甲為限制行為能力人故無效，從而乙為無權代理人，即可得出該買賣契約為效力未定之結論。
考點命中	《高點·高上民法講義》第二回，辛律編撰，頁60-62。

**答：**

該買賣契約效力未定：

- (一)16歲之甲為限制行為能力人，依民法(以下同)第77條規定，限制行為能力人為意思表示及受意思表示，原則上應得法定代理人之允許。惟第85條規定，法定代理人允許限制行為能力人獨立營業者，限制行為能力人，關於其營業，有行為能力。題示甲得法定代理人之同意獨立開設網路商店販售美妆產品，依第85條規定，客觀上與其營業具有關連的必要行為，限制行為能力人均具行為能力，是甲得僱用乙負責客服事宜。
- (二)然就甲決定變賣其因繼承取得之B畫部分，則非屬法定代理人同意甲營業之範圍，換言之，就變賣B畫而授權乙代理權之行為，不得依第85條取得行為能力，而應回歸第77條判斷。又依題意，法定代理人並未允許甲將其繼承所得之畫出售，從而，該授權乙為甲之代理人之授權行為，即屬未得法定代理人允許之行為。因授權行為依第167條規定為單獨行為，限制行為能力人未得法定代理人允許所為單獨行為，依第78條規定為無效，故甲授權乙為其代理人之單獨行為即屬無效。
- (三)依第104條之規定，代理人雖得為限制行為能力人，換言之，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。惟本案係授權人即本人甲為限制行為能力人，其所為無效之授權行為將使乙因此無法有效取得代理權而成為無權代理人，從而，乙以甲名義所為之買賣契約，因此成為無權代理行為。而依第170條規定，無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，非經本人承認，對於本人不生效力，亦即，無權代理行為為效力未定，須經本人承認始生效力。
- (四)是以，該買賣契約因屬無權代理，故效力未定，又買賣契約之相對人丙雖屬善意，然於無權代理之場合，善意之丙至多僅擁有催告權(第170條第2項)、撤回權(第171條)、損害賠償請求權(第110條)，並不因相對人為善意，而得使效力未定之無權代理行為因此轉為有效。此外，該無權代理行為依題意亦無授權外觀存在，故善意之相對人亦無從主張表見代理。故該買賣契約仍屬效力未定，善意之丙僅得依第110條請求乙負損害賠償責任。

三、70歲老翁甲嗜酒如命無法自拔，不可一日無酒且每飲必醉，醉後必狂砸物品。某日甲酒醉後在街頭發酒瘋，持木棍砸毀路旁之商店，被店主報警逮捕後移送法辦。試問：應如何論處甲？（15分）若甲遭法院判處罰金新臺幣1萬元確定並命於執行前應送至禁戒處所施以禁戒9個月，9個月後甲受禁戒執行完畢。某日，甲又酒癮發作，再度酒醉並打傷路人，被害人報警處理並提出告訴。試問：甲是否構成累犯？（10分）

試題評析	1.本題第一個小題必須特別注意「原因自由行為」的討論，而題目既然已經指出「醉後必狂砸物品」，則要往「故意」原因自由行為討論，甲對於酒後砸壞物品至少有間接故意。 2.就第二小題，則在討論罰金執行完畢後，五年內故意再犯是否有累犯適用問題。
考點命中	1.《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，2016年12月（3版），頁3-41：原因自由行為。 2.《高點·高上刑法講義》第二回，旭律編撰，頁145-147：累犯。

**答：**

**【版權所有，重製必究！】**

(一)甲酒後砸毀物品行為，構成刑法第354條毀損器物罪。

- 客觀上，甲持木棍砸毀商店物品，並致令不堪用且足生損害於他人；主觀上，甲明知並有意為砸毀物品行為，具有本罪之故意。甲該當本罪之構成要件。
- 甲無阻卻違法事由。
- 惟有疑問者在於，甲得否主張刑法第19條第1項行為時因欠缺辨識違法能力而阻卻罪責？涉及原因自由行

為問題。管見以為，依題示甲既已明知酒醉後「必砸」物品，則其容任自己喝醉陷於心智缺陷狀態而砸毀他人物品，屬於「故意原因自由行為」，依刑法第19條第3項不得阻卻罪責。

4. 綜上，甲構成本罪。

(二) 甲不構成累犯。

1. 累犯之規定，依刑法第47條第1項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」

2. 本件甲受法院判處1萬元罰金及禁戒9個月後，再故意犯傷害罪，是否有累犯適用？

(1) 禁戒執行完畢，非屬受徒刑之執行完畢：蓋禁戒處分性質屬於對受處分人將來危險性所為拘束身體、自由之處置，以達教化或治療目的之「保安處分」，與刑罰不同，縱保安處分執行完畢亦非屬受徒刑之執行完畢。

(2) 又本件甲係犯刑法354條毀損器物罪，遭判處罰金1萬元，罰金之執行並不符合刑法第47條第1項所稱「受徒刑之執行完畢」，而無累犯適用。

(3) 綜上，甲無累犯適用。

四、警察局長甲要參加市長召開之治安會報，因時間急迫唯恐遲到被市長責罵，乃要求座車駕駛乙高速行車，乙唯恐抗命將遭甲處罰，乃照辦超速趕赴市政府，途經某十字路口時，又依甲之指示闖紅燈，結果撞傷騎機車經過之丙，丙依法提出告訴。試問：乙應負何刑責？（25分）

試題評析	本題主要測驗的是刑法第21條第2項「依所屬上級公務員命令之職務上行為」阻卻違法事由，必須討論乙得否主張依警察局長甲之指示闖紅燈撞傷人，得否阻卻違法？此涉及若下級公務員明知命令「實質上」違法，不得阻卻違法。
考點命中	《高點·高上刑法講義》第一回，旭律編撰，頁135-136：依所屬上級公務員命令之職務上行為。

答：

(一) 乙撞傷丙的行為，構成刑法第284條第2項業務過失傷害罪。

1. 客觀上，乙駕駛公務車係屬基於日常生活地位反覆實施之業務行為，又其闖紅燈的行為係造成丙受傷結果不可想像其不存在的條件，且製造法所不容許風險，風險也實現在構成要件效力範圍內；主觀上，乙應注意能注意而不注意，而有過失。

2. 惟有疑問者在於，乙得否主張刑法第21條第2項依所屬上級公務員命令之職務上行為而阻卻違法？

(1) 於此，實務見解係採「形式審查說」，其認為下級公務員對於命令本身並無實質審查義務，只要命令在「形式上」具備法定程式，屬於合法命令即得主張依法令阻卻違法；但若下級公務員明知命令「實質上」違法，則不得阻卻違法。

(2) 管見以為，雖乙係依上級公務員之警察局長命令闖紅燈，惟乙「實質上」應知闖紅燈命令違法，縱使受上級公務員要求，駕駛公務車必須遵守交通規則，應回絕甲之命令。然乙卻選擇闖紅燈導致撞傷丙，應不得依刑法第21條第2項阻卻違法。

(3) 又乙闖紅燈行為，依業務之種類性質及所用方法，已不合於一般習慣（開車不闖紅燈），亦不得主張刑法第22條業務上之正當行為阻卻違法。

3. 乙無阻卻罪責或減免罪責事由。

(二) 綜上，甲構成過失傷害罪。

【版權所有，重製必究！】