

# 《民法總則與刑法總則》

## 試題評析

- 第一題：恭喜同學，姜政大老師上課完全命中該題型。老師在講義第23、24頁還爲了「董事代表權剝奪與限制」的問題特別設計了快速記憶的小表格。只要同學熟記該表格，這題要拿分應不成問題。本題涉及法人對於董事代表權之限制與剝奪的問題，首先同學應該先釐清的是本題係對董事代表權之限制，而非剝奪，所以法條適用依據是民法第27條第3項，並且，該法條效果是不得對抗「善意」第三人。分點分項處理上開問題，將可輕鬆得分！
- 第二題：恭喜同學，姜政大老師完全命中該考題！這一題是姜老師在總複習第二回講義的三個題目混合版(P2第2題、P4第4題、P5第5題)，完全沒有超出複習範圍。老師考前不斷提醒同學只要把總複習講義的題目熟到爆掉，絕對可以輕鬆得分。本題包含三個層次的考點：1.限制行爲能力人代理行爲之無損益性、2.92條第1項但書「第三人」目的性限縮、3.88條動機錯誤的解題模型。這三個爭點完全都是老師上課不厭其煩強調的重點，只要有照老師的要求唸書、複習的同學，絕對可以輕鬆得分。
- 第三題：本題測驗刑法總則中關於「責任能力」與「幫助犯」等基本觀念，相信同學不會感到特別困難。惟本題若想拿到高分，則必須展現「實體說理」的能力：例如第一小題並非測驗「甲因憂鬱症而殺人」，而是「甲在患有憂鬱症下之殺人」，同學必須具體說明憂鬱症之性質、與犯罪行爲之間的關連性，並具體涵攝第十九條之要件，始算答題圓滿。此外，考生可能僅注意到第一小題的第十九條、第二小題的幫助殺人罪此二明顯考點，至於第一小題的刑法第五十七條第二款、與第二小題的過失致死罪部分，較容易忽略，但這卻是完整檢討、獲取高分不可或缺的要點。
- 第四題：本題亦是測驗刑罰論中假釋相關規定的題目，刑罰論是同學向來容易忽略的部分，但其中的累犯、緩刑、假釋均經常在國家考試中出現。特別是與民國94年2月2日修正、95年7月1日施行的新法有關部分，蕭台大老師上課時經常強調，並曾專門針對本題所測驗的「性犯罪者之處遇問題」詳加解說，並補充學說上的反對意見，相信熟習課程的同學對本題必可迎刃而解！

一、A財團法人今年6月1日改選董事，甲、乙、丙三人當選，其中丙董事的代表權有不得爲不動產交易之限制，惟未爲改選變更登記。6月20日，丙代表A法人，將A法人所有的L地以低於市價二成的價格800萬元出售予第三人丁。當丁要求A法人移轉L地所有權時，甲、乙均主張丙無爲土地交易的代表權而拒絕，丁則以其不知丙不能代表爲土地交易，而堅持A法人履行該契約，何者爲有理由？（25分）

**答：**

(一)若丁善意不知丙無代表權限，A法人無須履行移轉L地之義務

- (1)按法人應設董事，而董事就法人之一切事務，對外代表法人，若董事有數人，則除章程另有規定外，各董事均得單獨代表法人，民法第27條第1、2項分別有明文規定。今本題中，A財團法人依法改選甲、乙、丙爲該法人之董事，依題旨，章程未另有規定，因此甲、乙、丙三人均有單獨代表法人，對外爲法律行爲之權限。
- (2)次按對於董事代表權所加之限制，不得對抗善意第三人，民法第27條第3項有明文規定。本題中，丙的董事代表權限受到限縮，亦即丙雖然具有代表權限，但就「不動產交易事項」卻不得代表爲之。由於丙除了不動產交易事項以外，依然具有代表權限，並非對丙之代表權限予以全部剝奪。因此，此項規定應係對丙代表權之「部分限制」，而非「全部剝奪」。
- (3)再按法人對於董事代表權之限制，並非必要記載事項，此參民法第61條規定反面解釋自明。因此，雖然A法人並未對該限制予以變更登記，惟其限制依然對於法人內部發生效力。惟雖非應記載事項，但爲維護交易安全，保障第三人之交易信賴，因此法人對於該限制，不得以之對抗善意之第三人，民法第27條第3項可資參照。今本題中，丙欠缺代表權限，卻仍以代表人之姿對外代表法人與第三人丁爲不動產之交易。依上開法條之規定，該交易是否拘束A法人，須視第三人丁是否爲善意而定。若丁乃善意不知丙之代表權受限制，則該法人即受契約效力之拘束，應履行系爭契約，否則將負債務不履行之損害賠償責任。反之，若丁對於丙代表權受限一事乃屬惡意知悉，則該限制即得對抗丁，系爭交易不拘束A法人，

法人無履行移轉L地所有權之義務。

- 二、甲調往中國上海任職前，將自己所有C自用車交給獨生子乙（民國79年7月9日生），授權他將C車以高於20萬元價格出售，並將相關證件交予乙備用。今年6月10日，丙在網站上瀏覽到乙出售C車訊息，約乙賞車。翌日，就丙所提該C車是否為丙理想中的「柴油車」之問題，乙雖不確定，卻仍稱「C車是柴油車」；最後雙方同意以21萬元買賣甲所有的C車，丙支付1萬元價金，並約定6月16日付餘款20萬元及交車。6月16日，丙向乙表示，C車確定是汽油車，因此取消買賣，並要求乙退還已付的1萬元，乙卻仍堅持丙應支付餘款20萬元，何者為有理由？（25分）
- 提示：民法第167條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為代理行為之第三人，以意思表示為之。

**答：**

丙之主張有理由，無須支付剩餘價金：

- (一)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為代理行為之第三人，以意思表示為之，民法第167條分別有明文規定。惟乙今年只有19歲(79年出生至今)乃屬限制行為能力人，民法第12、13條可資參照。而限制行為能力人可否得為代理人？非無疑義。通說認為，限制行為能力人為他人之代理人乃屬「無損益中性行為」，得類推適用民法77條但書之「純獲法律上利益」，無須經法定代理人同意可自由為之。且按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104條亦有明文規定。今本題中甲授與代表權限給乙，乙以甲之名義(甲交付備用文件)與丙為交易，依上開規定乙得合法代理甲與丙為交易，買賣契約成立於甲丙之間，合先敘明。
- (二)惟按因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之，民法第92條第1項有明文規定。本題中，乙不確定系爭汽車是否為「柴油車」，卻仍對丙謊稱保證為柴油車。雖題旨中未明示乙是否具有詐欺故意，但至少乙之主觀意願為「縱使非柴油車，也不願對丙據實以告」，因此不能排除乙有詐欺丙之「未必故意」。則依上開法條之規定，詐欺丙之人並非本人甲而係代理人乙，是否依本條但書之規定，乙之詐欺須以甲明知或可得而知為限，丙始得撤銷？通說認為，應將民法92條第1項但書之「第三人」予以目的性限縮，亦即若是本人之代理人或使用人所為之詐欺，不適用本條但書規定。本人縱未明知或可得而知，相對人均得撤銷。故本題中乙乃甲之代理人，甲對其詐欺行為無須明知或可得而知，丙均得主張撤銷其買賣契約之意思表示。
- (三)縱退萬步言，認為乙並未具有詐欺故意不構成民法上詐欺，僅係對其性質之誤認，然該誤認依然造成丙為錯誤之意思表示。丙之錯誤表示乃屬債權行為之「動機錯誤」，原則上動機錯誤不得撤銷，應由表意人自行承擔風險。但若屬「物之性質錯誤」，且該錯誤具有交易上之重要性，亦非因表意人丙自己之過失(是乙造成丙之誤認)，丙應得依民法第88條第2項之規定，主張撤銷其買賣契約之意思表示。
- (四)結論：不論係依民法92條第1項但書之目的性限縮或88條之錯誤意思表示，丙均得撤銷其債權行為之意思表示，則撤銷後，丙並無交付價金之義務，丙之主張為有理由。

三、某日，甲到乙經營的五金行買菜刀與繩索。甲在與乙言談中表示生活艱難，孩子跟自己吃苦很可憐等等。儘管相識多年，乙知道甲長期受憂鬱症所苦，但沒有意識到任何異常而將菜刀與繩索賣給甲。數天後，甲使用乙賣出的菜刀砍死小孩丙。試問：

- (一)甲在患有憂鬱症下之殺人行為，依據現行刑法之規定是否可減輕其刑？（15分）
- (二)乙出賣菜刀的行為是否可能成立犯罪？（15分）

**答：**

- (一)甲患有憂鬱症下之殺人行為，可能構成刑法（以下同）第十九條第一項、第二項與第五十七條第二款規定之減刑事由。其中，若甲該當於第十九條第一項之要件時，不成立犯罪；若甲該當於刑法第十九條第二項、第五十七條第二款時，則可能減輕其刑，詳述如下：

1.刑法第十九條之因精神狀態而影響責任能力：

依刑法第十九條第一項、第二項規定：行為人於行為時，因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰；若未至完全不能辨識或欠缺能力，僅是辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，則得減輕其刑。

本案例中，甲患有憂鬱症下殺人，而憂鬱症一般認為係可能影響病患對事物理解與判斷傾向之病症，患者可能因憂鬱症而變得易怒、暴躁、敏感、無法控制情緒及行為。因此，憂鬱症造成的病況，可能該當於第十九條所稱之「精神障礙」，亦可能該當「其他心智缺陷」，甲因此殺人，即可能依第十九條第一項或第二項之規定處斷。

惟甲尚須「因」憂鬱症造成其責任能力有所欠缺，始得適用第十九條之規定。若甲確因患病，而使其「完全」不能辨識殺人行為係屬違法，或雖知違法，但已「完全」不能依該辨識而為合法行為時，由於完全欠缺罪責，甲應不罰（第十九條第一項）；若甲之病況僅使其上述能力「顯著降低」時，由於僅減輕罪責，僅得減輕其刑（第十九條第二項）。反之，若甲雖患憂鬱症，但行為時其辨識能力並未完全欠缺或顯著降低，亦即並非「因」憂鬱症而殺人時，即不能適用上開規定。

最後，民國94年2月2日修正、95年7月1日施行之新刑法第十九條第三項，明定前述不罰或得減輕其刑之規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。一般而言，因患憂鬱症而致無法控制其辨識或行為者，均非因故意或過失自行招致，因此甲並無該項之適用，併予敘明。

## 2. 刑法第五十七條之量刑事由：

刑法第五十七條明定十款法院科刑時應審酌之事項，其中第二款為「犯罪時所受之刺激」。按，憂鬱症患者有時難以控制自身情緒與行為，對外界刺激（例如他人言語謾罵、小孩哭鬧不止等）可能出現較激烈的反應，因此發生犯行，此時行為人的可責性與倫理非價較低，亦為法院科刑時應審酌之事項。簡之，若本案例中，甲之殺人係因憂鬱症病況加上受到刺激所引起，則法院可衡量「犯罪時所受之刺激」，予以減輕刑罰。

### (二) 乙賣菜刀予甲之行為，可能成立幫助殺人罪（刑法二七一條第一項、三〇條）：

客觀上，甲使用乙販售的菜刀砍死人，乙販售的菜刀對甲之犯行具有物理上之助力。惟學說有認為，並非一切具物理上助力之行為，均該當幫助犯之客觀要件，而是必須該幫助行為係對於正犯而言屬「不可或缺」之實質貢獻者，幫助者始應成立幫助犯，以免刑罰範圍過度擴張。由於日常生活中，甲取得菜刀此種殺人工具極為容易，乙販售菜刀並非不可或缺之幫助行為，故乙不成立本罪。

縱認客觀上乙成立幫助行為，惟幫助犯之成立，尚須幫助者主觀上有幫助犯罪之故意，與幫助犯罪達至既遂之故意。依題意，乙對於甲會持刀殺人一事並無認識，亦即乙不具備幫助故意與幫助既遂故意，故仍不成立本罪。

### (三) 乙賣菜刀予甲之行為，可能成立過失致死罪（刑法二七六條第一項）：

客觀上，乙售刀予甲，致甲持刀殺人，惟主觀上乙對甲之殺人行為並無預見之可能性。依題意，乙雖知甲長年患有憂鬱症，但甲買刀時並無透露任何異常，由於憂鬱症患者於病況未發作時，一切係如常人，乙因而無從得知毫無異狀的甲會持所購買之刀殺人，故乙欠缺對甲殺人行為與造成死亡結果的預見可能性，不成立過失，因此不成立本罪。

綜上，乙賣刀予甲之行為，不成立犯罪。

### 【命中事實】

1. 蕭台大老師，律師司法官班講義，第一回，第67-68頁，罪責之概念。
2. 蕭台大老師，律師司法官班講義，第二回，第100-101頁，幫助犯之概念。

## 四、甲多次對他人從事性攻擊，被法院依刑法第221條強制性交罪判刑。試問：

- (一) 甲服刑達二分之一而申請假釋時，依據現行刑法之規定，是否可因其再犯危險性而駁回假釋之申請？（10分）
- (二) 徒刑執行即將期滿前，根據甲在獄中之表現，可信賴的評估報告顯示甲出獄後仍具有再犯危險性，依據現行刑法之規定，法院可宣告何種保安處分？（10分）

**答：**

(一) 依刑法（以下同）第七十七條第一項規定：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。」同條第二項規定：「前項關於有期徒刑假釋之規定，於下列情形，不適用之：…三、犯第九十一條之一所列之罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定、評估其再犯危險未顯著降低者。」

由於第二二一條之強制性交罪為第九十一條之一所列之罪，因此強制性交罪之行為人欲假釋出獄，除應服

刑達二分之一刑期外，尚須「有悛悔實據」且須於「接受輔導或治療後，經鑑定、評估其再犯危險顯著降低」，始符合要件。至於是否已經悛悔，則應由假釋審查委員會依具體個案情形決議後，報請法務部核准（監獄行刑法第八十一條）。因此，若甲仍有再犯之危險性，則假釋審查委員會或法務部，無論是依第七十七條第一項之規定，認為甲並未悛悔；或是依同條第二項規定，認為再犯危險性並未顯著降低，均可據以駁回甲之假釋申請。

(二)依民國94年2月2日修正、95年7月1日施行之新刑法第九十一條之一第一項規定：「犯第二百零一條…之罪，而有下列情形之一者，得令入相當處所，施以強制治療：一、徒刑執行期滿前，於接受輔導或治療後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。二、依其他法律規定，於接受身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。」同條第二項則規定：「前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止，執行期間應每年鑑定、評估有無停止治療之必要。」因此，犯第二百零一條之罪的甲，在服刑期滿前，被認為確有再犯之危險性，即該當於上開第九十一條之一第一項第一款之規定，得對其施以「強制治療」之保安處分，並依同條第二項規定，得治療至甲之危險性「顯著降低」為止。

惟學說上有認為，上開第二項雖規定「執行期間應每年鑑定、評估有無停止治療之必要」，目的在於避免實質上流於長期監禁、侵害受刑人權益，但由於所謂「再犯危險顯著降低」其標準並不甚明確，實務操作的結果可能淪為「寧可錯殺一百，不可放過一人」的嚴苛標準，仍然是變相的以強制治療的保安處分之名，行長期監禁之實，對受刑人權益侵害甚深。

**【命中事實】**

蕭台大老師，律師司法官班講義，第二回，第127-128、第132頁，性犯罪者之假釋限制（粗黑體字處）。