

97 年公務人員高等考試三級考試試題

類科：一般行政、一般民政、人事行政

科目：民法總則與刑法總則

一、將他人之物出售並交付與他人。

(一)試說明無權代理及無權處分兩者之差異。

(二)在無權代理之情形本人不承認時，代理人就該代理行為是否應負責？如無須負責，依法其法律上責任之性質又為如何？

(三)無權處分，權利人不承認時，行為人之責任應為如何？

【命中特區】	保成出版 / 民法總則 / 梁宇 / 頁 187-190, 204-205, 【命中率】100%。
--------	---

【擬答】：

(一)按所謂無權代理，指無代理權人以代理人之名義而為法律行為；而所謂之無權處分，指無權利人以自己名義就他人之權利標的物處分於第三人之行為。其差異，說明如下：

1. 構成要件不同：無權代理乃係(1)無代理權人(2)以本人名義(3)為法律行為；而無權處分之二要件為(1)無處分權人(2)以自己名義(3)為處分行為。

2. 效力不同：無權代理行為之效力為效力未定，包括債權行為及物權行為（民法第一七〇條參照）；而無權處分之效果亦為效力未定，但僅限於處分行為效力未定（民法第一一八條第一項參照）。

3. 對善意第三人保護制度不同：無權代理無善意受讓制度之適用；而無權處分則有之，動產善意受讓依據為民法第八〇一條與第九四八條，不動產善意受讓依據為土地法第四十三條。

4. 當事人死亡時效力不同：無權代理無繼承之問題；而無權處分，無權利人繼承真正權利人依民法第一一八條第二項，處分自始有效。

故本題「將他人之物出售並交付與他人」，需視行為人係以什麼名義為之而為不同之評價，若以代理人之名義為之，則為無權代理；若以自己名義為之，則為無權處分，合先敘明。

(二)在無權代理之情形本人不承認時，無權代理人所為之法律行為對於本人即不生效力。而代理人就該代理行為仍無須負責，蓋代理人並非該法律行為之主體，代理人無權以他人名義為法律行為時，該法律行為之當事人仍為該被冒用名義之人與相對人，並非代理人，故代理人就該代理行為無須負責。惟，代理人對於相對人，依民法第一一〇條仍須負無權代理人之損害賠償責任，依法其法律上責任之性質為結果責任、無過失責任，法定擔保責任，亦即不論代理人對於其無權代理有無故意過失皆須負責。

(三)無權處分，權利人不承認時，該處分行為對於權利人原則上不生效力。惟若第三人主張善意受讓，可能致使權利人喪失所有權，此時行為人之責任可能為侵權行為，蓋行為人故意不法侵害他人之權利，致權利人受有財產權上之損害，即須負損害賠償之責。

二、乙向甲購買噴墨印表機，甲誤取雷射印表機交付，問甲在法律上應如何主張始能取回交付錯誤之雷射印表機？設乙已將雷射印表機轉賣於丙，甲可否向丙主張取回？試分別說明之。

【命中特區】	保成出版 / 民法總則 / 梁宇 / 頁 155-158, 201-205, 【命中率】90%。
--------	--

【擬答】：

(一)就甲在法律上應如何主張始能取回交付錯誤之雷射印表機，說明如下：

1. 按所謂錯誤，乃表意人主觀上之效果意思與客觀上之表示行為偶然的不一致。基於私法自治下「意思自主」之原則，當表意人陷於錯誤而為意思表示時，法律上賦予表意在符合一定要件時，得撤銷其錯誤之意思表示，以貫徹意思自主，規定於民法第八十八條以下，合先敘明。

2. 依民法第八十八條規定，錯誤撤銷之要件為：意思表示有錯誤、表意人無過失及交易上認為重要者。題示，乙向甲購買噴墨印表機，甲誤取雷射印表機交付，甲誤取之情形乃「表

公職王歷屆試題 (97 高普考)

意人若知其情事即不為意思表示者」，乃係一表示行為之錯誤，又若甲無抽象輕過失，噴墨印表機與雷射印表機之誤取亦應認為是交易上重要，故甲得依民法第八十八條第一項撤銷其錯誤之意思表示，其所撤銷者乃為物權行為，依民法第一一四條第一項規定，法律行為經撤銷者，視為自始無效，故一旦撤銷後，該雷射印表機之所有權回復屬於甲，惟須注意甲須於意思表示後一年除斥期間內為之（民法第九十條）。

(二)設乙已將雷射印表機轉賣於丙，甲可否向丙主張取回，說明如下：

1. 蓋前已述及，甲撤銷其錯誤之物權行為意思表示後，雷射印表機之所有權仍屬於甲。後乙將該雷射印表機轉賣於丙，乃屬於無權出賣他人之物，惟乙丙間就該雷射印表機之買賣契約，因為為債權契約，屬負擔行為，縱乙非權利人，仍屬有效。
2. 而乙將該雷射印表機移轉交付與丙之物權行為，乃屬無權處分，依民法第一一八條第一項規定，原則上應為效力未定，應視原權利人甲是否承認乙處分之行為，以定其效力。甲可否向丙主張取回該雷射印表機，應視丙是惡意或善意：
 - (1)若丙為惡意之第三人，甲可不承認乙所為之處分行為，此時該雷射印表機之所有權仍屬於甲，甲可依民法第七六七條前段，請求丙返還該雷射印表機。
 - (2)若丙為善意之第三人，丙可主張其信賴乙占有雷射印表機之公示外觀，主張依公信原則，善意受讓雷射印表機（民法第八〇一條、第九四八條），則丙取得雷射印表機所有權，甲不得向丙主張取回。

三、公務員依法執行職務的行為，依刑法第 21 條之規定，乃屬於正當行為，不罰。惟當依法執行職務有過當時，其過當的行為，到底應依故意行為或過失行為論斷？有無刑法第 134 條之適用？試說明之。

【擬答】：

(一)公務員依據法令執行其職務之行為（例如：司法警察依法拘提、搜索、扣押），乃依法令行為的合法化事由，相對人本來就有忍受義務，因此也不得再對依法執行者實施防衛或避難行為，否則可能構成妨害公務罪（刑§135）。當然，行為之公務員本身必須遵守法令規定，包括授權基礎（如刑訴§130：司法警察因拘捕被告而對其進行之附帶搜索）及執行程序（如刑訴§123：搜索女性身體之限制）之規定，超過授權基礎或違反執行規定之部分，就不得再行主張本項阻卻違法事由¹。

(二)依法執行職務過當的行為，以過失行為為限；蓋逾越適當性與必要性的故意過當行為，根本已非「依法執行職務」，自無過當可言。

(三)24 年上字第 1345 號判例：「刑法第一百四十條關於公務員犯罪之加重規定，係以公務員故意犯瀆職罪章以外之罪，由於假借職務上之權力、機會或方法者為限，並非具有公務員身分之人，一經犯罪，即在當然加重之列……」據此，依法執行職務過當的過失行為，並無刑法第 134 條之適用。

張捷，高普特考—刑法總則，2007，頁 260 以下。

四、「共同正犯」與「對向犯」皆屬二人以上實行犯罪行為所成立的犯罪參與型態，試問二者徵成結構有何差異？

【擬答】：

對向犯，依通說係屬於必要共犯；必要共犯是指：刑法分則之犯罪類型中，有若干「必須有兩個人以上共同參與才能夠實現」的犯罪。換句話說，必須在多數人共同協力加功時，犯罪構成要件才有可能該當。

必要共犯可再細分為「聚合犯」與「對向犯」。前者又稱為集團犯，是指，構成要件要求以多數人共同致力於相同目標的法益侵害為其成立的前提要件，如聚眾妨害公務、聚眾不解散等。處罰不同的，譬如分首謀、下手實施、在場助勢，被稱為眾合犯；處罰相同的，譬如結夥、共同性交，被稱為合同犯。後者則是指「構成要件規定，多數人自不同的方向、以不同的行為方式來共同成就相同目的」。「聚合犯」中的多數人既然是共同致力於法益侵害，自均為法益侵害者，「對向犯」就很難說。相對人有可能正是法益遭受侵害的被害人。

公職王歷屆試題（97 高普考）

依 81 年台非字第 233 號判例：「『對向犯』則係二個或二個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，苟法律上僅處罰其中部分行為者，其餘對向行為縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯，若對向之二個以上行為，法律上均有處罰之明文，當亦無適用刑法第 28 條共同正犯之餘地¹。」

參照張捷，高普特考—刑法總則，2007，頁 150 以下；張捷，案例刑法筆記，2007，頁 293。

公職王