

## 109 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、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，在代理權的部份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)

### 【解題關鍵】

1. 《考題難易》：★★偏簡單
2. 《破題關鍵》：本題關鍵重點在代理之傳統考點，考驗考生是否知悉：
  - (1)限制行為能力人可否受他人授與代理權而成為代理人。
  - (2)越權代理及是否形成表見代理之問題。
  - (3)無權代理對於限制行為能力人作為代理人負民法第 110 條責任之目的性限縮解釋。

### 【擬答】

(一)乙、丙授與代理權之行為有效。

1. 依民法第 104 條規定，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。其立法意旨乃係基於所受授與代理權之行為，屬於無損益之中性行為，應類推適用第 77 條但書，使限制行為能力人例外未得法定代理人允許仍可自行為之。故本件乙授權丙購買 A 牌手機，丙為乙之代理人，縱丙僅 17 歲，仍不影響乙之授與代理權為有效。
2. 依民法第 167 條規定，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。今乙乃向丙以意思表示為代理權之授與，因此乙、丙授與代理權之行為有效。

(二)甲、乙間之 A 牌手機買賣契約效力如下：

1. 按民法第 103 條規定，代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力。從而丙以乙之名義與甲訂立契約，該契約直接對乙發生效力。
2. 又按民法第 107 條規定，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。今乙乃係對丙之代理權為兩萬元範圍之限制，該限制實際上並不具權利外觀性，似難以此對抗善意之交易相對人，否則將嚴重侵害交易安全。因此，倘交易相對人若為善意，應認為此時越權代理成立表見代理之情狀，乙仍要負擔授權人之責任，甲、乙之買賣契約有效。
3. 惟倘若甲為過失或惡意，則此時丙之越權代理即屬單純之無權代理，按民法第 170 條第 1 項規定，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。此時，乙有承認權，倘乙承認則該契約有效；倘乙不承認，則該契約不生效力。
4. 又若依前開乙不承認，而使該契約不生效力，則代理人丙為 17 歲，係限制行為能力人，民法第 110 條關於無權代理之損害賠償責任，應作目的性限縮解釋，避免限制行為能力人承擔過重責任。而若丙有民法第 184 條之侵權行為責任，丁雖不知情，但其仍應依第 187 條之規定，判斷其身為法定代理人應負責之情狀。

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)

【解題關鍵】

1. 《考題難易》：★極簡單
2. 《破題關鍵》：本題關鍵重點在於法條之引用及法律關係撰寫的密度，本題屬於傳統中的傳統考法，針對無權處分及善意受讓制度操作，只要考生將法條操作正確，原則上應該可以獲得相當高分。

【擬答】

(一)丙善意取得 M 牌珍珠項鍊。

1. 依民法第 118 條第 1 項之規定，無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認始生效力。今甲向乙借來之 M 牌珍珠項鍊，其並無取得處分權限，卻將該項鍊以自己名義 20 萬元售予丙，並完成交付。此乃為無權處分之行為，該法律關係中，涉及總共三個法律行為，其中一個為負擔行為即買賣契約之債權行為，又負擔行為不以有處分權為必要，遂該行為為有效；而另外二個為處分行為，一為金錢交付之物權行為，丙自然有交付其金錢之處分權，自屬有效，一為項鍊交付之物權行為，甲並非項鍊之所有權人，並無處分權，遂依前開規定，該行為須經有權利人乙之承認始生效力，而乙堅持要拿回項鍊，應為拒絕承認，故甲之處分不生效力。
2. 然而，依民法對於物之所有權公示外觀之保護，使公信原則得以彰顯，並保障交易安全之前提下，第 801 條、第 948 條第 2 項規定，「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。」、「動產占有之受讓，係依第七百六十一條第二項規定為之者，以受讓人受現實交付且交付時善意為限，始受前項規定之保護。」，對於善意受讓之第三人予以保護，因此，倘交易相對人為善意，則例外有前開規定之適用，取得動產之所有權；倘交易相對人為惡意，則回歸原則適用民法第 118 條第 1 項之規定。本件丙為誤項鍊為甲所有，故其應為善意不知真正所有權人，因此善意取得 M 牌珍珠項鍊之所有權。

(二)乙不得向丙請求；但得向甲請求，得請求之內容分述如下：

1. 按民法第 949 條第 1 項之規定，占有物如係盜贓、遺失物或其他非基於原占有人之意思而喪失其占有者，原占有人自喪失占有之時起二年以內，得向善意受讓之現占有人請求回復其物。然今乙喪失占有並不屬於非基於己意而喪失，故自無本條規定之適用，因此乙不得向丙為任何主張。
2. 甲、乙之間乃存在使用借貸契約，依民法第 470 條、第 468 條之規定，就使用借貸之借貸物負返還責任，及依契約關係負損害賠償責任。此外，乙為項鍊之所有權人，亦得以所有權人之身分，以民法第 767 條第 1 項前段之規定，請求返還項鍊。又依法定債之關係規定，乙亦得依民法第 179 條請求不當得利、民法第 184 條第 1 項前段、後段、第 2 項之規定請求損害賠償，以及依民法第 177 條第 2 項之規定，請求甲對於不法管理乙之項鍊所獲得之利益，本人乙仍得享有因管理所得之利益。

## 公職王歷屆試題(109 高考)

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）

### 【解題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★
2. 《破題關鍵》：刑法理論上的“錯誤”論大考驗，需要些許思考，加上刑法錯誤論之基礎，方可說理完整。
3. 《命中特區》：
  - (1) 刑法上課課本：P.2 之 139 至 140 「因果歷程錯誤之變體類型」專題研究。
  - (2) 刑法 Q&A 題庫本 (FP82)：單元二、第一章第四節，錯誤理論，問題十、問題十一。

### 【擬答】

本題之爭議，涉及刑法上之客體錯誤、以及打擊錯誤、以及因果歷程錯誤之爭論；試分析如下：

(一)客體錯誤與打擊錯誤：

1. 所謂「客體錯誤」，或稱目的錯誤，即行為人所認識之客體、與實際所發生之客體不相一致之謂。誤他人為被害人，稱為等價客體錯誤，即行為人主觀上認識之行為客體和其行為在客體上所侵害之客體，就構成要件所保護之法益價值而觀，具有構成要件等價之客體錯誤。此等錯誤通說認不足影響故意，仍成立行為人主觀上本欲違犯之罪的既遂犯。
2. 打擊錯誤：所謂打擊錯誤，或稱方法錯誤，亦稱打擊失誤，即行為人之犯罪行為為所希望之目的不遂，卻發生他種結果之謂。換言之，即行為人對於「被害客體」是確認的，只是行為人之攻擊行為失誤，蓋因行為人所用之方法，生有錯誤，以致發生所未希望之結果是也。

(二)依據題意，甲於被害人乙家門口前方之道路上必經之處挖洞埋刀，然而，跌入洞內致死之人，卻是乙之妻丙。於學理上爭議於次：

1. 依據客體錯誤（致不影響）說，甲仍然論以刑法第 271 條第 1 項之故意殺人既遂罪：
  - (1) 甲之整體計畫中，使用挖洞埋刀之手段與殺人之行為間，具備時空密接之不可分割性，宜評價為一整體行為，故甲使用挖洞埋刀之手段時，即具備殺人之故意，即使誤丙為乙，仍應解為甲具有殺人故意。
  - (2) 亦即，甲基於整個犯罪計畫中，本具有殺人故意，故應將該行為整體評價，甲仍具備殺人之故意。
2. 依據打擊錯誤（致影響）說，甲僅論以刑法第 271 條第 2 項之故意殺人未遂罪：
  - (1) 題中，行為人甲為挖洞埋刀之手段後，卻是在其行為方法上有所失誤，以致未成結果。故甲對乙，應論以故意殺人未遂罪。
  - (2) 至於甲因失誤致乙之妻丙死亡，因未有該犯意卻產生結果，應對失誤之罪，負過失致死罪之刑事責任。
  - (3) 承上，行為人對甲應對乙負故意殺人未遂罪，對丙應負過失致死罪責，再依第 55 條想像競合犯從一重處斷，甲應負以故意殺人未遂罪。

(三)綜上兩說，皆自成理；依據我國目前多數見解，則為如下意見：

1. 犯罪之行為階段最重要者，應為「著手」之認定；亦即，行為人之特定犯罪犯行，需觀察其實際上的行為是否著手。若其尚未著手，就原本的犯罪故意，尚未達到未遂的階段，不會成立該罪之既、未遂。
2. 以本題論，甲於被害人家門口完成「挖洞埋刀」之手段後，應為殺人的必要行為階段完成；易言之，於他人宅前挖洞埋刀，任何人、至少屋主及家人，皆存在有經過此處而落洞致死

之因果可能性。

3. 甲之行為手段，不僅對被害人造成死亡之決意、亦對被害人家人或無辜路人經過、因而致死之因果，甲就此完全未予預防。甲此等放任因果發生之心態，致其最終因果成就之行為；甲自應論以刑法第 271 條第 1 項之故意殺人既遂罪，而為妥適。
4. 題中未言甲之阻卻違法及減免責任事由，甲成立本罪。

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）

【解題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★
2. 《破題關鍵》：刑法理論之傳統大戲：“不能未遂犯與障礙未遂犯的大決戰”！想必下過苦功研讀刑法之考生，對本題皆不陌生。惟，仍然要記得，務必將：“印象理論、客觀未遂論、重大惡性、與重大無知”等理論名詞，表現於試卷上。
3. 《命中特區》：
  - (1) 刑法上課課本：P.2 之 225 至 230 「新刑法創造新迷思」專題研究。
  - (2) 刑法 Q&A 題庫本 (FP82)：單元二、第五章，問題七、問題八。

【擬答】

本題之爭點，在於刑法上之「不能未遂犯」；在刑法學理中，向來是極具爭議之問題。試依提問說明如下：

(一)不能未遂與障礙未遂之區別：

1. 所謂刑法第 26 條不能未遂犯，即犯罪已著手，而因其行為不會發生結果之可能與危險，所預期之結果不能發生。其不能發生犯罪結果非由於意外障礙，又非由於己意中止，乃行為之性質上無發生結果之可能與危險也。
2. 至於障礙未遂，則指行為人於著手犯罪行為之實行時，因意外障礙之發生，而未發生犯罪之結果者。即刑法第 25 條第 1 項所規定：「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯。」
3. 兩者差異即在，障礙未遂為「可能發生結果卻因故無以達成」，而不能未遂為「根本不能達成」。而刑法修正前後之問題：
  - (1) 刑法修正前，兩者差異在於障礙未遂犯「得」按既遂犯減輕，不能未遂犯則為「必」減輕或免除其刑。
  - (2) 惟，刑法修正後，不能未遂犯因改採「客觀未遂論」，變成「不罰」而非減免其刑之問題。

(二)依題意，甲欲以毒藥毒殺乙，卻被其子丙因為打翻毒藥而加入自來水，乙喝下後而倖免於死，問依新修正之刑法，本案甲應如何論罪科刑？爭點略述如下：

1. 若依主觀未遂論下之「印象理論」而言：

- (1) 本論核心在於，行為人主觀上若有犯意且已著手，即已進入未遂，而不應在乎是否發生結果！
- (2) 易言之，行為人有惡性、且著手就該罰！因為甲之毒殺行為，已造成殺人之惡性，且著手於毒殺被害人乙，其「毒藥遭換成自來水」，不過為障礙未遂犯爾！

2. 若依客觀未遂論言，尚有舊論及新論而言；在舊客觀理論（事實不能說）之判斷下：

- (1) 依據事後判斷，而將不能發生結果之情形，依因果可能之程度而分為二種，即絕對不能

與相對不能。

(2)絕對不能因毫無客觀之危險性，故為不能未遂犯；而相對不能因有客觀之危險性，是其屬於普通未遂犯。

(3)本題中甲之毒藥遭換成自來水，依據事後判斷，甲將造成不能未遂犯。

3.新客觀理論（具體危險說）：

(1)著重具體行為之客觀危險，而依具體危險之有無，以認定其是否為不能未遂犯。

(2)依此行為在具體情況下有引起結果之危險性者，即認為普通未遂犯，否則為不能未遂犯。

(3)本題中甲之毒藥遭換成自來水，但是甲仍作出「毒殺乙」之高度危險行為，其因「毒藥遭換成自來水」所發生障礙，甲應為障礙未遂犯。

(三)由上述可知：

1.新刑法中雖改採「客觀未遂論」，但是究竟應依舊論或新論，卻無說明。

2.依法理而言，既然新法將不能未遂犯修正為「不罰」，則為避免任意擴大不能犯之認定，應以具體危險論為妥；且，最高法院於95年度第16次刑庭決議中，亦已宣告不再援用相關舊客觀未遂論之判例及判決。可見最高法院之立場，亦認為應以從嚴之立場解釋之。

3.綜上所述，甲既然基於毒殺乙之「重大惡性、而非重大無知」、而且甲亦對乙做出「高度具體危險之毒殺行為」，僅因為該毒藥遭甲之子換成自來水之障礙；行為人甲，應論以故意殺人之障礙未遂犯為妥。

公職王