

# 台 中 學 儒 助 您 金 榜 題 名

## 107年公務人員高等考試三等考試試題

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、甲因精神障礙，受輔助宣告，於心智清醒時，未經輔助人允許，妄以授權書將代理權限授與給乙。假設乙無過失不知甲受輔助宣告，以甲之代理人名義與善意之丙訂立買賣契約，以新臺幣(下同)1000萬元出售甲所有之A地於丙，並將A地所有權移轉登記於丙。丙向銀行貸款1000萬元，於訂立買賣契約時交付予乙，因此支付利息10萬元及代書費用5萬元。嗣後，丙與丁訂立買賣契約，將A地賣給丁，雙方約定買賣價金1600萬元。甲之輔助人發現後，主張甲是受輔助宣告之人，其代理權授與行為無效，並拒絕承認乙之無權代理行為，乙與丙訂立契約之效力不及於甲。請問丙得主張何種權利？(25分)

解題關鍵：本題難易度\*\*\* (最難為五顆星\*\*\*\*)。

本題是受輔助宣告之人法律行為效果的典型考題，雖與代理制度混合設計，並考出代理的幾個經典爭議，難度雖有增加，但依平常上課所學應答，應無困難。

【擬答】

丙得主張何種權利，分別說明如下：

(一)為保護受輔助宣告之人，民法(以下同)第15-2條第1項各款規定輔助人之各種行為，如其中第5款規定，為不動產等重要財產之處分、設定負擔、買賣、租賃或借貸，除非純獲法律上利益，或依其年齡及身分、日常生活所必需者外，須經輔助人同意。若未得輔助人之同意，則依同條第2項規定，準用78至83條規定，即契約行為，效力未定，而單獨行為，則屬無效。且於輔助宣告遭撤銷前，不因心智是否清醒，而影響其效果，合先敘明。

(二)又，前開條文，原則上是以受輔助宣告之人自為法律行為，為該條文之規範對象。然，當受輔助宣告之人授與代理權予他人，由該他人以受輔助宣告之人之名義所為，該授與代理權之效力如何，不無疑義。管見以為，因代理人以本人名義所為之法律行為，效力歸屬於本人，此有第103條規定可考，故不論受輔助宣告之人自己為法律行為，抑或授與代理權與他人，而由該他人代理為法律行為，若該法律行為屬15-2條各款應經輔助人同意所能為之行為，為貫徹保護受輔助宣告之人之立法目的，應認為，受輔助宣告之人授與代理權由代理人為之授與行為，亦應經輔助人同意。若未經輔助人同意，則因代理權之授與行為屬單獨行為，該授與行為應屬無效。

(三)依題意，甲受輔助宣告，雖其已心智清醒，但仍屬受輔助宣告之人，而其授與代理權給乙，乙以甲代理人之身分所為之法律行為，係出售甲所有之不動產即A地予丙，該法律行為屬於第15-2條應經輔助人事前同意之法律行為，則該代理權之授與行為，亦須經輔助人之同意，否則無效，已如前述。故甲授與代理權與乙之法律行為，應屬無效，乙並未取得代理權之資格。因此，乙以甲代理人之名義與丙訂立之買賣契約及所有權移轉行為，皆屬無權代理，依第170條規定，均屬效力未定。而甲之輔助人於發現後，拒絕承認乙之無權代理行為，則乙以甲代理人之名義與丙訂立之買賣契約及所有權移轉行為為確定無效。丙雖屬善意，但無權代理與無權處分並不相同，丙不得主張善意取得，且依題意，又無表見代理之情形，丙亦不得主張甲應負授權人之責，併此敘明。

(四)又，第110條規定，無代理權人，以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償之責。且最高法院56年台上字第305號民事判例認為，無權代理人之責任，係直接基於民法之規定而發生之特別責任，並不以無權代理人有故意或過失為其要件，係屬於所謂原因責任、結果責任或無過失責任之一種，而非基於侵權行為之損害賠償。故無權代理人縱使證明其無故意或過失，亦無從免責。

(五)本題，乙並未取得代理人之資格，卻以甲之名義為法律行為，屬於無權代理，依第110條之規定，自應對於善意之丙負損害賠償之責，且該條係直接基於民法之規定而發生之特別責任，並不以無權代理人有故意或過失為其要件，縱本題無權代理人乙並無故意或過失，亦無從免責。故，丙得依第110條之規定，請求損害賠償。附帶一提者係，民法第110條之損害賠償請求權之範圍為何，學者間眾說紛紛，管見以為，既然該條文並無特別明文限縮規定，應包含信賴利益與履行利益之損害賠償，故丙得就其因此支付之利息10萬元、代書費用5萬元等信賴利益，及轉售之價差等履行利益600萬元，請求乙賠償之。

二、17歲年輕好動之甲，未經法定代理人之允許，以新臺幣(下同)100萬元向乙購買非常炫之追風機車，雙方訂立買賣契約後，甲向乙交付約定之買賣價金100萬元，乙以移轉所有權之意思將機車交付於甲。甲之法定代理人認為追風機車非常危險，故對甲購買追風機車之交易行為均不予以承認。請附理由說明甲是否能取得追風機車之所有權？(25分)

解題關鍵：本題難易度\*\* (最難為五顆星\*\*\*\*)。

本題所考限制行為能力人之法律行為效力，上課中一再題及，應無困難。

【擬答】

甲是否能取得機車所有權，說明如下：

(一)滿7歲以上之未成年人，屬限制行為能力人，其所為之法律行為，除純獲法律上利益，或依其年齡日常生活所必需者外，應經法定代理人事前同意。若未經法定代理人事前同意之法律行為，若屬契約行為，於法定代理人承認前，不生效力。若為單獨行為，則屬無效，此觀民法(以下同)第13條第2項、77條、78條及79條之規定不難知之。本題，甲僅17歲，屬限制行為能力人，其為得法定代理人同意而與乙間所為之下列法律行為效力，分別簡述如下：

1. 甲乙間之買賣契約：由於買賣契約之買受人負有交付價金之義務，並非純獲法律上利益。且現代大眾交通工具發達，甲又僅為17歲，應認為僅外表酷炫之機車並非依其年齡日常生活所必需，故甲未經法定代理人事前同意與乙訂定之買賣契約，依第79條規定，應屬效力未定，甲之法定代理人既然不承認，則確定無效。
2. 甲交付乙100萬元之處分行為：由於該處分行為，將使甲喪失100萬所有權，故對甲而言，並非純獲法律上利益。且將100萬元所有權讓與他人，應非僅17歲之甲日常生活所必需，故甲未經法定代理人事前同意與乙訂定之物權契約，依第79條規定，應屬效力未定，甲之法定代理人既然不承認，則確定無效，乙無法取得該價金所有權。
3. 乙移轉機車與甲之處分行為：由於使甲負擔價金義務者為甲乙間之買賣契約，而乙移轉機車與甲之處分行為，僅使得甲單純取得機車所有權，並無負擔任何義務，故對甲而言，屬純獲法律上利益之行為，依第77條但書規定，甲得自行為之，無須經法定代理人事前同意，故縱然法定代理人不同意，此處分行為仍屬有效，故甲取得機車所有權。

(二)綜上所述，甲得取得追風機車之所有權。然，因甲乙間之買賣契約無效，甲取得機車所有權屬於無法律上原因獲有利益，致乙受有損害，故乙得第179條之規定，向甲請求返還機車所有權之利益，併此敘明。

三、甲在路邊擺攤賣西瓜，將幾把極為鋒利的西瓜刀放在桌上供使用。住在附近的乙與丙兩位熟客經常到甲擺攤處與甲聊天，脾氣暴躁著稱的乙經常與丙發生激烈爭吵，彼此間亦偶有肢體衝突。某日，乙與丙兩人又發生爭吵，乙突然拿起桌上西瓜刀朝丙砍去。丙以手抵擋致手部受傷，後失去重心跌倒，頭部撞擊地而致顱內出血。雖經甲緊急送醫，仍不治死亡。試問：甲、乙之行為如何論罪？(25分)

【得分關鍵】

本題的考點非常明確，就乙來說是個單純的傷害致死罪，簡單說明其傷害行為與被害人死亡的重結果間具有特殊風險關係即可；而甲的部分所涉及的則是「中性幫助行為」的

問題，線索也十分明顯(題目指出：「脾氣暴躁著稱的乙經常與丙發生激烈爭吵，彼此間亦偶有肢體衝突」)，算是考古題囉！

【解答】

(一)持刀砍丙的行為，成立傷害致死罪(第277條第2項)：

1. 客觀上，乙持刀砍丙的傷害行為與丙跌倒後頭部受創而死亡的結果間具有條件因果關係，且以一般經驗而論，傷害他人身體，無論是造成被害人因傷致死，或跌倒致死，均與其基礎傷害行為間具有特殊風險關係，無論採取「廣義說」或「狹義說」皆然；主觀上，乙對於基礎行為傷害具有故意，對於被害人死亡之重結果亦有預見可能性。
2. 乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)甲將西瓜刀放置桌上的行為，不成立傷害致死罪之幫助犯(第277條第3項、第30條)：

1. 客觀上，甲將西瓜刀放置於桌上，可否認為對於乙來說是「幫助行為」進而成立幫助犯？此即「中性幫助行為」之問題，蓋對於賣西瓜者而言，放置西瓜刀於攤位上十分合理，則另一方面，甲對於乙持之傷害他人亦非不能預見。關於此問題，學說見解如下：

(1)肯定說認為，就法條而言，條文並未對幫助行為的性質有所限制，因此基於法律安定性的考量，「中性行為」在符合幫助犯其他要件的前提下，亦成立幫助犯。

(2)否定說認為，日常的中性行為並未對受威脅的法益增強法律上重要的危險，因此並未破壞法律和平，且建立在行為自由與職業自由的利益與中性行為提供助益所產生的不確定危險相較，顯然前者優於後者。

(3)折衷說認為，中性行為應分為「提供者認識正犯之犯罪決定」與「對於正犯的犯罪決定欠缺特別認識，但不排除有可能發生犯罪結果」二者。前者當可成立幫助犯，而後者原則上為否，因故意犯與過失犯一樣，每個人都可依賴他人不會故意犯罪，即使他人有可辨識的犯罪傾向也一樣，故依照信賴原則應否定成立幫助犯，亦即沒有製造法所不容許之風險。

2. 上述不同學說，本人認為應以「折衷說」較為妥當，而依照此說，由於甲對於乙的犯罪傾向亦僅有預見，而無特別認知，故依照信賴原則，應否定甲成立幫助犯。

四、甲與A有金錢糾紛，兩人相約某日至某森林公園談判。甲行前突然心生殺意，決定隨身攜帶裝填子彈之槍枝一把，並命令其隨身跟班小弟乙提前到公園與他會合。在甲、乙兩人等待A出現之前，甲交給乙攜帶來的槍枝，乙在未表示反對或提出疑問下，收下該槍。當看到A出現在遠處時，甲即對乙說：「可以動手了！」乙隨即朝A連開數槍，A就近躲進某棵大樹後方。乙以為A得到樹木掩護沒有受傷，雖尚有未被擊發的子彈，仍決定攜帶該手槍離開現場。甲看到乙離開現場，恐A反擊，亦於隨後離開現場。實際上，A已受到致命性槍傷，所幸自行就醫後倖存活。試問：甲、乙之行為如何論罪？(25分)

【得分關鍵】

乙的部分主要要探討的是中止未遂，也就是必須指出：既了未遂與未了未遂應以行為人主觀認知，而未了未遂的中止行為僅須放棄即可，這是非常細的考點，測驗的是同學唸書是否唸得仔細。甲的部分，一方面也有中止未遂的問題，另一方面則要寫出甲究竟僅是本案的共犯，或是共同正犯？至於，甲、乙另外所涉及的傷害罪與持有危險物品罪則是相對次要的考點，若時間不夠的話，一兩句話帶過即可。

【解答】

(一)乙的部分

1. 乙開槍射殺A的行為，成立殺人罪之中止未遂犯(第271條第2項、第27條第1項前段)：

(1)依題意所，A並未死亡，故檢討未遂犯。主觀上，乙具有殺人故意；客觀上，乙業已著手且並未達於既遂。

(2)乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(3)個人解除(減免)刑罰事由—中止未遂：

- ①首先，本案究竟為「既了未遂」或「未了未遂」判斷上恐有疑義，蓋以行為人主觀而論，其必要犯行尚未完成；然就客觀而論，被害人已受致命傷害，犯行業已完成。一般認為，既了未遂與未了未遂之判斷應以行為人主觀認知判定，而非客觀事實，故於本題中，仍屬未了未遂。
- ②再者，未了未遂之中止行為僅須行為人消極放棄即為已足，無須行為人有積極防果行為，且行為人亦有終局放棄及因己意之中止意思，應成立中止未遂，減免其刑。

2. 乙之上述行為，成立普通傷害罪(第277條第1項)：

(1)客觀上，乙槍擊A的行為與其受傷的結果間具有因果關係與客觀可歸責性；主觀上，乙具有傷害故意(殺人故意包含傷害故意)。

(2)乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

3. 乙收下槍枝的行為，成立單純持有危險物品罪(第186條)：

(1)客觀上，乙持有性能上可供軍事使用之槍枝；主觀上，乙具有故意。

(2)乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

4. 競合：

(1)殺人罪之未遂犯與傷害二罪，應想像競合從一重處斷(第55條)，以彰顯輕罪既遂的不法內涵，此為「想像競合之釐清作用」。

(2)單純持有危險物品罪則為另行起意違犯，應數罪併罰(第50、51條)。

(二)甲的部分

1. 甲與乙成立殺人罪普通未遂犯之共同正犯(第271條第2項、第28條)：

(1)先就正犯與共犯之區分而論，不論採取多數說之「犯罪支配論」，或傳統實務之「主客觀擇一標準說」，甲均屬共同正犯，蓋其對於犯罪具有功能性支配，而非邊緣性的促發角色；且從實務觀點而言，甲係以自己犯罪意思為構成要件以外行為，亦屬正犯，先予敘明。

(2)主觀上，甲具有殺人故意；客觀上，甲業已著手於殺人罪而未達於既遂，且甲與乙間具有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯。

(3)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(4)個人解除(減免)刑罰事由—中止未遂：

甲同樣誤認乙未中彈，依前述仍屬未了未遂，然而，甲離開係因「看到乙離開現場，唯恐A反擊」，亦即於此情形下乃基於不得已的因素而放棄，無論對於「因己意」之判斷採取何種見解，均非「因己意」而中止，故甲無從依照中止未遂之規定減免其刑。

2. 甲之上述行為，與乙成立傷害罪之共同正犯(第277條第1項、第28條)，理由同前所述。

3. 甲持槍之行為，成立單純持有危險物品罪(第186條)，理由亦同乙部分所述。

4. 競合：

(1)殺人罪之未遂犯與傷害二罪，應想像競合從一重處斷(第55條)，以彰顯輕罪既遂的不法內涵，此為「想像競合之釐清作用」。

(2)單純持有危險物品罪則為另行起意違犯，應數罪併罰(第50、51條)。

<b>台中學儒</b>	<b>精準解題</b>	<b>加入台中學儒LINE@</b>	<b>台中學儒</b>	<b>高普考年度VIP專班</b>
<b>下次題目考這個</b> 高普考精準解題vs命題重點解析		<b>好禮拿不停!</b>		只要加價 <b>2500</b> 元起
7/10(二)晚5:00刑總+刑法 7/10(二)晚6:30行政學 7/11(三)晚6:00行政法 7/11(三)晚7:45考銓+公務員法 7/11(三)晚7:45公共政策		快掃我 1.國考新書加碼抽 2.高普考線上即時解答 3.高普考精準解題預約 4.考場優惠通通在這裡 5.加入LINE@好友獨家贈「申論筆記本」及7月週週抽電影票		基礎架構班 精華總複習 完整年度班 超強短衝班 地特強效班 春季進階班
參加立即贈 1.高普考精準解答 2.學費折扣券1000元 3.加碼抽國考新書 (在班生0元/非在班生200元)				<b>新班開課</b> 7/14(六)早9:30法學基礎之民法架構 7/15(日)早9:30行政學 7/22(日)早9:30社會學 7/25(三)晚6:15行政法