

# 《民法總則與刑法總則》

## 試題評析

民總部分：本次試題大致而言並不困難，所考者均為民總中重要且基礎之法律觀念。如第一題係有關被詐欺或脅迫而為意思表示，其效力與撤銷權是否因除斥期間屆滿而消滅之問題；第二題係有關不動產之「定著物」概念的問題，宜從最高法院之見解出發，由定著物之特性加以判斷，應不困難。

刑總部分：今年刑法總則的試題與往年一樣，仍然是以兩題的方式來命題，從試題的內容與用語來看，可能是由輔仁大學的甘添貴教授所出題。第一題的重點，在於「客體錯誤」與「教唆犯錯誤」的概念上；而第二題的重點，在於「因果關係中斷」與「中止未遂」的概念上。其內容大多是課堂上已經多次強調的重點，如果考生概念清楚，要獲得基本分數，並無太大困難。不過，試題中仍存在一些需要思考的問題點，仍否完整作答，則是得到高分之關鍵。

一、甲於民國八十六年六月六日受乙之詐騙，以高價向丙購得贗品名畫一幅；甲於民國八十八年八月八日發現受騙後，脅迫丁以更高之價額購買該畫。試問：時至今日，甲、丙間之買賣及甲、丁間之買賣，其效力各如何？（二十五分）

答：

1、甲、丙間買賣之效力：

- (1)甲於八十六年六月六日以高價向丙購得贗品名畫一幅，甲丙間最少成立該贗品名畫之買賣契約與移轉該贗品名畫所有權之物權契約兩個法律行為，本題之爭點為該法律行為效力為何？
- (2)甲係受乙詐騙以高價向丙購得該贗品名畫，屬民法第九二條第一項所稱之「第三人詐欺」而為意思表示之類型，受詐欺而為之意思表示依民法第九二條第一項規定，表意人得撤銷該被詐欺而為之意思表示，解釋上包含債權行為與物權行為，撤銷後之法律效果依民法第一一四條第一項規定，視為自始無效，惟為保護交易上善意之相對人，民法第九二條第一項但書規定：「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。」本題中若丙善意不知情，甲即不得撤銷其受詐欺所為之意思表示，該法律行為自始有效。
- (3)民法第九三條規定：「前條之撤銷，應於發見詐欺或脅迫終止後，一年內為之。但自意思表示後，經過十年，不得撤銷。」本條為形成權除斥期間之規定，於該期間內不行使其權利者，該權利即為消滅。因此，即便丙明知甲所為之意思表示係受乙之詐欺，甲係於八十八年八月八日發現受騙，時至今日已超過一年，其撤銷權當然已經消滅，甲無論如何均已無法撤銷其受詐欺之意思表示，除非甲另得依侵權行為之規定請求回復原狀，否則甲丙間之買賣，無論係債權契約或物權契約，均自始有效。

2、甲、丁間買賣之效力：

- (1)甲丙間之物權契約自始有效已如前述，故甲為該贗品名畫之所有權人，其將該畫出賣與丁並移轉其所有權之債權行為與物權行為均為有效。
- (2)惟丁向甲購買該畫係因受甲之脅迫所為，屬受相對人脅迫所為意思表示之類型，依民法第九二條第一項規定，丁得撤銷其與甲締結之債權契約與物權契約，撤銷後該法律行為溯及既往無效。
- (3)然民法第九三條設有受詐欺脅迫而為意思表示所生撤銷權之除斥期間規定已如前述，本題中需視丁受甲之脅迫是否已為終止而定，若丁受甲之脅迫已為終止而丁於脅迫終止後一年內未行使其撤銷權者，其撤銷權亦為消滅。除非丁另得依侵權行為之規定請求甲回復原狀，否則甲丁間之買賣契約與物權契約，均自始有效。

二、何謂定著物？定著物有何特性？下列各項是否為定著物？（二十五分）

- (一)高速公路
- (二)茶園中之茶樹
- (三)露營搭蓋之帳篷

答：

- 1.定著物，依民法第六六條第一項規定：「稱不動產者，謂土地及其定著物。」，屬不動產之類型。其意義係指固「定」，且附「著」於土地之物。如屬臨時搭設（如廟會戲臺），可隨時移動（如地震後為災民所見之組合屋），或與土地密切不分離者（如石牆）等，均非不動產。
- 2.關於定著物之特性，依釋字第九三號解釋與最高法院六三年第六次民事庭推總會決議，有以下四點：

- (1)非成分性。定著物需非土地之成分，否則即為土地之一部分而非獨立之不動產。
- (2)繼續性。定著物需繼續定著於土地上，故臨時搭建之樣品屋即非定著物。
- (3)經濟目的性。定著物需得達一定經濟上使用之目的，方具有獨立之經濟效用，故房屋若已足以避風雨，雖未安裝門窗，仍為獨立之不動產。
- (4)固定性。定著物需具有固定於土地上，不易移動為其特性。

3.以下即依據上述標準討論是否為民法上之定著物：

- (1)高速公路應非定著物。所謂「物」者，係指人之身體外，凡能為人力所支配，獨立滿足人類社會生活需要之有機物及自然力而言。高速公路因與土地密切分離，若與土地分離則失其意義，如同橋樑、提防、隧道等一般，均為土地之成分，而非獨立之物，自非屬定著物。
- (2)茶園中之茶樹非定著物。茶樹未與土地分離前為土地之一部分，依民法第六六條第二項規定：「不動產之出產物，尚未分離者，為該不動產之部分。」是故，茶樹不符合定著物要件之「非成分性」，自非屬附著物之一種。
- (3)露營搭蓋之帳棚非定著物。露營搭蓋之帳棚係臨時搭設之用，不符合定著物特性中之「繼續性」，應屬動產，非獨立之定著物。

三、屢受A之欺負，心甚不滿，乃僱請乙將A殺害，以消心頭之憤。某日，乙在附近鄰里公園處，錯將甲之父B誤認為A，而開槍將其擊斃。試問對甲、乙二人應如何論罪刑？（二十五分）

**答：**

1.乙開槍射擊B之行為，可能成立刑法第二百七十一條第一項之普通殺人罪之既遂：

- (1)乙開槍射擊他人之行為，在客觀上屬於殺人行為，並且造成B死亡之結果，其客觀事實該當於刑法第二百七十一條第一項之客觀構成要件。
- (2)但乙在為殺人行為時，在主觀上所認識到，其要殺害者為A，但客觀上實際所殺害者為B。此時，行為人主觀上對於行為客體事實之認知，與客觀事實不一致，屬於「構成要件錯誤」中之「客體錯誤」。當行為人發生客體錯誤時，是否對故意之成立產生影響，學說上認為，應就行為人所認識之行為客體，與客觀上所侵害之行為客體，在犯罪構成要件評價上是否相同，作不同之判斷。如果屬於「等價的客體錯誤」時，則不影響故意之成立；如果屬於「不等價的客體錯誤」時，則阻卻故意之成立。
- (3)刑法第二百七十一條普通殺人罪之行為客體，是為「行為人以外之自然人」，亦即行為人在主觀上，只要對此事實有所認知即可，不必對客體之個別性有所認知（只要知道是自然人即可，不管是A或B）。由於乙在主觀上認知到其所侵害之客體為人，在客觀上也具有殺人之事實，故乙之錯誤，屬於「等價的客體錯誤」，並不影響其殺人之故意，亦該當於刑法第二百七十一條第一項之主觀構成要件。
- (4)乙之行為具有違法性與罪責，故成立刑法第二百七十一條第一項之普通殺人罪之既遂。

2.甲僱請乙去殺A之行為，可能成立刑法第二百七十一條第二項之教唆普通殺人罪之未遂：

- (1)甲僱請乙去殺A之行為，在客觀上，有誘發特定之人產生為特定犯罪之犯意的事實，在主觀上，亦具有教唆故意與促使正犯行為既遂之故意。依刑法第二十九條第一項之規定，甲之行為成立教唆犯。
- (2)又依刑法第二十九條第二項之規定，甲應論以刑法第二百七十一條第一項之教唆普通殺人罪之既遂。但原來甲為教唆行為時，是教唆乙去殺A，而非去殺己父B，此時，甲主觀上認知之事實，亦與客觀事實不一致，亦有錯誤之問題。關於被教唆者發生客體錯誤，教唆者因此亦產生錯誤時，對教唆者應如何論處，學說上有不同之看法：
  - ❶ 正犯之殺人行為既已既遂，教唆犯自應論以教唆既遂。
  - ❷ 正犯之殺人行為雖然論以既遂，但其發生之客體錯誤，對教唆者而言，是屬於重要的客體屬性之錯誤，故教唆者應成立教唆未遂。
- (3)依多數說之看法，對於教唆犯之部分，如認為正犯之客體錯誤對教唆者是重要時，由於甲主觀上認知是教唆乙去殺A，但在客觀上乙所殺者為B，客觀構成要件沒有完全被充足，故應成立教唆未遂
- (4)甲之行為具有違法性與罪責，依刑法第二十九條與刑法第二百七十一條第二項之規定，應成立教唆普通殺人罪之未遂。

3.

- (1)至於甲僱請乙去殺A，而乙誤殺甲之父B的部分，由於甲在主觀上，對乙誤殺自己父親B的事實，並沒有認知，故無法成立教唆犯。即使甲對於己父B之死亡事實，有預見可能性時，但由於刑法第二百七十二條「殺直系血親尊親屬罪」中，並未設有對過失行為之處罰規定，依刑法第十二條第二項之規定，甲對此部分不成立任何犯罪。
- (2)綜上所述，甲應成立刑法第二百七十一條第二項之教唆普通殺人罪之未遂，而乙則成立刑法第二百七十一條第一項之普通殺人罪之既遂。

四、甲擬殺A，某日以毒藥暗置於A之飲料中，A食後肚痛難忍，倒地哀嚎。甲見A之痛苦狀，突心生不忍，乃電請救護車將A載赴醫院急救，惟救護車因車行過速，途中翻覆路旁水溝，致A頭部頓受嚴重撞擊，當場死亡。試問對甲應如何論罪科刑？（二十五分）

**答：**

一、甲將毒藥放入A飲料中之行為，可能成立刑法第二百七十一條第二項之普通殺人罪之未遂：

1.甲將毒藥放入A飲料中之行為，在客觀上是屬於殺人行為，但A飲用飲料後，並未立即發生死亡之結果，而是在送往醫院救治途中，因發生車禍而死亡。此時，雖然在客觀上發生A死亡結果之事實，但甲之殺人行為與A之死亡結果間之因果關係，遭第三人之外力介入，而發生行為人所無法預測的因果流程時，學說上稱之為「因果關係中斷」。至於處理方式，有下列兩種見解：

(1)欠缺因果關係，成立未遂：

有見解認為，在「因果關係中斷」之情形中，由於外界力量之介入，其偏離已經超出一般人所能認識之範圍，且行為人本身亦無特殊之認知時，如果採取「相當因果關係理論」來判斷因果關係存否時，由於不具有社會相當性，因此，可認為因果關係並不存在，行為人則成立未遂犯罪。

(2)欠缺客觀歸責，成立未遂：

有見解認為，在此一情形中，如果採「條件理論」來判斷因果關係之有無時，仍然須認為行為與結果之間，存著因果關係，因此，應該是屬於該結果是否能「客觀歸責」於行為人的問題。由於在此一「異常因果關係」之情形中，因果關係已超出一般人之生活經驗所能認知之範圍，以無法預見之方式在進行，故行為人所製造之風險，並未因此而實現犯罪構成要件時，則結果不能歸責於行為人，應成立未遂犯罪。

2.綜上所述，不論採何種見解，甲之殺人行為均屬於未遂。由於甲之行為具有違法性與罪責，故甲應成立刑法第二百七十一條第二項之普通殺人罪之未遂。

二、甲心生悔意，而將A送往醫院急救之行為，可否適用刑法第二十七條「中止未遂」之規定：

1.我國刑法第二十七條規定：「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。」學說上稱之為「中止未遂」或「中止犯」。而中止未遂之成立，必須具有下列四個要件：

(1)行為人具有中止意思，即行為人出於自願性的完全、永久的放棄犯行。

(2)行為人有中止行為

(3)犯罪行為並未既遂

(4)中止行為與犯罪未達既遂之間，具有因果關係。

2.刑法上「未遂」之概念，是指行為人之行為，並未完全實現犯罪之客觀構成要件，「結果未發生」只是未遂的型態之一而已。因此，在客觀上即使犯罪行為之結果已出現，但行為人並未完全實現其他客觀構成要件要素時，亦屬未遂之範疇，仍有適用中止未遂規定之可能性。由於甲之殺人行為，與A之死亡結果間，因欠缺「因果關係」或「客觀歸責」等客觀構成要件要素，而成立普通殺人罪之未遂，故亦有適用中止未遂之可能。

3.甲由於心生不忍，電請救護車將A送往醫院，是出於自願性的放棄犯行，並且以積極行為來防止結果發生。但有疑問的是，甲之中止行為，與犯罪未達既遂間，是否具有因果關係？在上述情形中，似難認為甲之中止行為，與犯罪未達既遂之間，是具有因果關係，故甲無法適用中止未遂之規定。

4.但學說上另有「準中止未遂」之概念，而「刑法修正草案」第二十七條中，亦有相同之規定。即犯罪未達既遂與行為人之中止行為間，雖然不具有因果關係，但行為人對於防止結果之發生，已有真摯努力的中止行為時，仍得給予行為人「必減輕或免除其刑」之效果。故甲之中止行為，由於已具有積極性與相當性，則可成立準中止未遂。