

108 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、甲向乙無息借款新臺幣（下同）900 萬元，清償日為民國（下同）93 年 4 月 30 日，惟甲屆期並未返還借款。乙為保全上述借款債權，先於 93 年 5 月 8 日向法院就甲名下財產聲請假扣押裁定獲准，再於同年月 16 日持法院上述裁定聲請對甲之財產為假扣押強制執行，執行查封完成。嗣乙於 108 年 5 月 13 日訴請甲清償借款，甲旋提出消滅時效之抗辯並拒絕返還借款。對此，乙聲稱本件為消滅時效中斷之情形，自無罹於時效可言；縱令時效中斷之事由終止，其請求權亦未罹於時效等語。問誰的主張有理？（25 分）

【解題關鍵】

本題是考試常見的消滅時效的問題，主要在測試學生是否知道，強制執行之消滅時效中斷後，從何時開始起算。能點出實務見解就可以拿到很好的分數。且今年總複習課程之補充講義，直接列出本次決議的實務見解，若有認真閱讀的同學，應可輕鬆回應

【命中特區】民法總則，第 359-361 頁。民總總複習第二次補充講義第 2 頁

【擬答】

何人的主張有理，說明如下：

(一)請求權，除法律所定期間較短者，因十五年間不行使而消滅。而消滅時效，自請求權可行使時起算。以不行為為目的之請求權，自為行為時起算。此有民法(下同)第 125 條及第 128 條規定可查。本題，甲向乙無息借款新臺幣（下同）900 萬元，清償日為民國（下同）93 年 4 月 30 日，故乙之請求權應自 93 年 4 月 30 日起算，因 15 年間不行使，即罹於時效消滅。

(二)又，民法第 129 條規定，消滅時效，因起訴而中斷，而開始執行行為或聲請強制執行，與起訴有同一效力。又最高法院 103 年度第二次民事庭會議表示，消滅時效因假扣押強制執行而中斷者，於法院實施假扣押之執程序，例如查封、通知登記機關為查封登記、強制管理、對於假扣押之動產實施緊急換價提存其價金、提存執行假扣押所收取之金錢（強制執行法第一百三十三條前段）等行為完成時，其中斷事由終止，時效重行起算。依題意，乙為保全上述借款債權，先於 93 年 5 月 8 日向法院就甲名下財產聲請假扣押裁定獲准，再於同年月 16 日持法院上述裁定聲請對甲之財產為假扣押強制執行，執行查封完成。故乙之請求權應自 93 年 5 月 16 日時效中斷後重行起算，於 15 年後即 108 年 5 月 16 日罹於時效。

綜上，乙於 108 年 5 月 13 日訴請甲清償借款，乙之請求權尚未罹於時效，甲提出消滅時效之抗辯並拒絕返還借款，並無理由。

二、甲以乙之人頭名義設立 A 砂石公司（以下簡稱 A 公司），甲為 A 公司之實質負責人，竟盜採丙所有之 B 地砂石，以供 A 公司開採加工及買賣交易。嗣丙發現上情，就其砂石遭盜採所受之損害，訴請甲與 A 公司連帶負賠償責任，有無理由？（25 分）

【解題關鍵】

本題考第 28 條有代表權人之意義，上課一再強調，對於有上課的同學而言，應該屬於較為簡易的題目。

【命中特區】民總講義第 85 頁

【擬答】

丙訴請甲與 A 公司連帶負賠償責任，有無理由，說明如下：

- (一)因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。此有民法(下同)第 184 條定可查。依題意，A 公司盜採丙所有之 B 地砂石，以供 A 公司開採加工及買賣交易。A 公司之行為，顯係故意以違背善良風俗加損害於他人，應負損害賠償責任。
- (二)又，第 28 條規定，法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。而所謂之董事或其他有代表權人，最高法院 101 年度臺抗字第 861 號裁定認為：「按民法第 28 條規定法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。此係就法人侵權行為責任所作之特別規定。所稱法人董事或其他有代表權之人，包括雖未經登記為董事，但實際為該法人之負責人即有權代表法人之實質董事在內。」依題意，甲以乙之人頭名義設立 A 公司，故 A 公司之形式上之負責人為乙，但第 28 條所稱之法人董事或其他有代表權之人，包括雖未經登記為董事，但實際為該法人之負責人即有權代表法人之實質董事在內。已如前述，故 A 公司盜採丙所有之 B 地砂石，以供 A 公司開採加工及買賣交易，實質負責人甲自應與 A 公司連帶負賠償責任。
- (三)綜上，丙發現上情，就其砂石遭盜採所受之損害，訴請甲與 A 公司連帶負賠償責任，有理由。

三、甲與 A 因為宮廟管理事物而發生嫌隙，甲數次向友人乙抱怨 A 為人奸詐惡毒，兩人遂謀議一同前去教訓 A。甲與乙前去廟裡找 A，乙一見到 A，立刻將之抱住，甲隨即拿出刀子朝 A 的腹部刺了一刀之後，乙見 A 流血，突然心生後悔，遂大聲喝阻甲不要殺人，但甲不聽乙的勸阻，執意要殺 A，乙擔心自己被牽連殺人罪，遂改而抱住甲不讓甲揮刀，並叫 A 趕緊逃跑，A 果真負傷逃離現場。甲氣乙的阻擋，改而刺了乙手臂一刀，乙受傷放手後，甲再追躡找到 A，然後將 A 刺死。試問：甲、乙二人對 A 所為行為，應如何論罪？(25 分)

【命中特區】

1. 志光出版社，AH03 刑法，107 年 7 月版，周昉；第貳編、第五章，中止未遂，專題研究，「己意之定義」，p2-235 至 2-238 參照。
2. 志光出版社，FP82 刑法概要題庫本，106 年 11 月版，周昉；單元二、第五章、未遂犯，問題 14，p2-249 至 2-250 參照。

【解題關鍵】

1. 本題難易程度：★★★★，有對中止犯及因果歸責概念清晰者，即可過關。
2. 其口訣在於：
 - (1) 中止犯在於：“非不能也，是不為也”，可以掌握口訣者，以其先予開題
 - (2) 再者，論以共同正犯間之個別因果歸責差異，即可掌握本題之解題技巧。

【擬答】

- (一)甲、乙謀議為聯合殺 A 之行為，構成共同正犯，所謂共同正犯，乃二人以上行為人間具備犯意之聯絡及行為之分擔；依據題意，甲、乙應論以刑法第 28 條之共同正犯，而為一部行為、全部責任。
- (二)惟，甲、乙著手殺 A 後，乙卻心生不忍：
1. 所謂著手，乃進行未遂階段之始點。依題意，無論以實務之形式客觀論或學界之主、客觀混合論言之，無論乙抱住被害人而甲為殺害之行為，甲、乙皆已著手於殺人罪之行為，而進入未遂討論。
 2. 乙於著手後心生不忍，若宜為己意善性為中止行為，依刑事政策之考量，可適用刑法第 27 條之中止未遂犯，即使於共同正犯之一人或數人，亦可為之。

3. 此可參酌刑法第 27 條第 2 項：「前項規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意而防止犯罪結果之發生，或結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。」即明。

4. 雖然最後，於因果關係上，被害人 A 仍被甲為殺死；然而該殺 A 致死之因果，是在甲刺乙之手臂後，另行追趕 A 而殺 A 致死之實害結果，此已非乙所能預見及防果之範圍。

(三)綜上所述：

1. 乙之刑責：

- (1) 在因果關係成就下，乙於事實條件因果上，已達致 A 死亡之既遂，無法符合未遂犯之前提要件；
- (2) 惟，依前所述，乙已盡力而為防止，且乙亦因為阻止甲之行為而受傷致無力再予阻止；在已非乙所能預見及防果之範圍下，A 之死亡不可歸責予乙。
- (3) 乙僅為創造、並實現 A 負傷之歸責性，該當刑法第 271 條第 2 項之故意殺人罪之中止未遂罪之構成要件該當。題意中並未具備乙之阻卻違法事由及減免責任事由，乙就本罪為有違法性及責任。乙成立本罪。

2. 至於甲：

- (1) 對 A 之死亡因果，自然具備因果性及歸責性，該當刑法第 271 條第 1 項之故意殺人既遂罪之構成要件該當。題意中並未具備甲之阻卻違法事由及減免責任事由，甲就本罪為有違法性及責任。甲成立本罪。
- (2) 另外，甲對乙之手臂攻擊，該當於刑法第 277 條之故意輕傷害既遂罪之構成要件該當。題意中並未具備甲之阻卻違法事由及減免責任事由，甲就本罪為有違法性及責任。甲成立本罪。
- (3) 甲就上述之故意殺人既遂罪、故意輕傷害既遂罪之間，乃臨時起意，應為刑法第 50 條之數罪併罰。

四、甲是某機關新進公務員，入職後第 2 個月，直屬長官乙直接交給甲新臺幣 2 萬元，告知是 A 廠商負責人代為轉交之入職慶祝禮金，且說明此一科室裡的每一個新進人員都有收過 A 廠商之禮金，甲擔心不收禮金會觸怒長官，遂將禮金收下。事隔數月之後，乙指示甲查驗 A 廠商進口貨櫃，甲發現貨櫃內物品與 A 廠商當初報關之貨品名稱與數量，全然不符，甲原本要記載查驗不合格，但乙威脅甲如不放行該貨物，將舉發甲收了 A 廠商 2 萬元，甲迫於無奈與恐懼，遂記載查驗合格而放行該批貨物，A 廠商也因此逃漏新臺幣 50 萬元之關稅。試問：甲之行為如何論罪？(25 分)

【命中特區】

1. 志光出版社，AH03 刑法，107 年 7 月版，周昉；第貳編、第一章，依法令之行為，問題與討論，「依法行政之審查義務」，p2-90 至 2-91 參照。
2. 志光出版社，FP82 刑法概要題庫本，106 年 11 月版，周昉；單元二、第一章第二節、違法性，問題 29，p2-109 至 2-110 參照。

【解題關鍵】

1. 本題難易程度：★★★★，“依法行政”之“依法”，應如何依法？向來為課堂上強調重點，蓋因刑法第 21 條之考點，即為此處。
2. 其解題下筆在於：
 - (1) 就行為人之收賄、圖利罪，簡要說明，以其先予開題，
 - (2) 再者，即是課堂上所說：“00 審查法”之運用，即可掌握本題之解題技巧。
 - (3) 最後，不忘期待可能性之補充，即可完成解題架構。不用寫多，點到為止，以免寫不完而生憾。

【擬答】

本題之爭點，在於下級公務員就上級長官命令之認定權責。試以犯罪論分析如下：

(一)甲之犯罪構成要件：

1. 甲明知該錢財乃特定廠商所提供而仍予收下，仍該當刑法第 122 條之故意收受賄賂罪；
2. 同時，甲受長官乙之威脅，而對 A 之不法行為予以放行，另外該當刑法第 131 條之圖利罪，甲於公務上為該等不實行為，顯然無法阻卻構成要件之可能。

(二)惟，上級公務員乙之命令果真合法？若在違法之情形下，應如何處理？即下級公務員甲對上級長官乙之命令，是否違法有無審查權？

1. 該上級長官乙之命令，形式上即違法：若該命令本身即違背法令（例如：發布命令者非其上級公務員，或其命令之內容不屬於上級公務員監督權範圍內之事項），此時不可依令行之。

2. 反之，若該上級長官乙之命令，發布程序合法，但其內容違背法（律）理（論）時，如何處理？

(1)絕對服從說：長官之職務上命令，屬下有絕對服從之義務，無論命令形式上不備或實質上違法，均無權審查而拒絕。

(2)形式審查說：下級公務員對長官之命令，須審查其形式是否具備，若形式具備，縱實質上違法，下級公務員尚應據以執行。因此，其執行行為仍不失為依據命令執行職務，可阻卻違法。

(3)實質審查說：下級公務員對長官職務上之命令固須遵守，但命令違法即不應執行，故對長官之命令，除應審查其形式是否具備外，尚應兼及其實質是否合法。

(三)依據目前實務及通說，多數認為，以形式審查說為當：

1. 凡上級公務員之命令如具備形式要件，有合法之形式，即足以對下級公務員發生拘束力。
2. 反之，若不具備此要件，亦即欠缺合法之形式，自始不生命令之效力，從而下級公務員縱加以執行，其執行行為亦不能視為職務上之行為，更無所謂阻卻違法。

(四)綜上所述可知：

1. 甲完全明知上級長官乙之命令內容完全不實，卻不敢反抗質疑而遵照之，仍然該當前述犯罪之構成要件，不能阻卻違法；
2. 然而，甲受到上級長官乙之脅迫命令，刑法應予寬容視之；蓋因「法律不能強人所難」，甲之畏懼上級不利威脅而只能選擇服從，乃不得已之情狀，刑法應該依據「欠缺期待可能性」，予以考慮就甲之不得已之行為，而為考量減免責任。