

106 年公務人員特種考試原住民族考試試題

考試別：原住民族特考

等 別：三等考試

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

甲、申論題部分：

一、甲 18 歲未婚，其所為之意思表示，依民法第 77 條規定，原則上應得法定代理人之允許，試問甲所為之行為若為要式行為時，其法定代理人所為之允許方式，是否須踐行同一方式？(25 分)

【擬答】

1. 按民法第 77 條本文規定，限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。惟法定代理人之允許，並非限制行為能力人所為法律行為之一部，僅因限制行為能力人之能力有所欠缺，故有賴法定代理人之允許，以為補充，而後始生完全之效力。法定代理人之允許，性質上為獨立之意思表示，且為有相對人之單獨行為，應向限制行為能力人或其相對人為之（第 117 條）。

2. 實務及學說均認為，法定代理人允許之方式，法無限制，得以口頭或書面為之，明示或默示，均無不可。且此項允許，法律上既未限定其方式，是以限制行為能力人所為之法律行為縱為要式行為，其法定代理人所為之允許方式，亦無須踐行同一方式（32 年上字第 3276 號判例）。詳言之，限制行為能力人所為之法律行為如為要式行為時，其法定代理人所為之允許，仍得以口頭或書面，明示或默示為之。

二、民法第 118 條所謂“無權處分”行為，是否包括出賣他人之物或出租他人之物等債權契約之負擔行為在內？試附具理由說明之。(25 分)

【擬答】

1. 按無權處分者，係指無權利人以自己之名義，就權利標的物所為之處分行為（第 118 條第 1 項）。所謂無權利人，係指無處分權之人而言。處分權，係指得為有效處分行為之法律上地位，亦即法律上得就某物權或其他財產權利為有效處分之權能或權限。

2. 實務及通說認為，民法第 118 條所謂之處分，係指狹義之處分行為，即直接以權利之發生、移轉、變更或消滅為內容之處分行為，包括物權行為及準物權行為，但不包括負擔行為（債權行為）在內。由於買賣契約在性質上僅屬負擔行為，亦即買賣契約之作成，並未使買賣標的物之所有權直接發生變動，故不以出賣人對於標的物有處分權為必要。另租賃契約之作成，並未使租賃物之占有直接發生移轉之效果，故亦不以出租人對於租賃物有移轉占有之權利為必要。因此，民法第 118 條所謂無權處分行為，不包括出賣他人之物或出租他人之物等債權契約之負擔行為在內。

三、甲從 A 的背後射殺 A 當時，並不知 A 亦正拿槍要射殺 B，由於甲早幾秒開槍而將 A 殺死，B 亦偶然得救。試問甲的行為應如何論處？(25 分)

【擬答】

甲開槍殺死 A 之行為應成立殺人既遂罪。茲說明理由如下：

1. 題示甲出於殺人故意，著手實行開槍射殺 A 之行為，致生 A 死亡之結果，且甲之殺人行為與 A 死亡之結果間具有相當因果關係，故甲之行為該當刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪之構成要件。

2. 按刑法第 23 條正當防衛之成立要件，除客觀上存在現在不法侵害之正當防衛狀態外，防衛者主觀上必須出於防衛意思，而為客觀必要之防衛行為。所謂防衛意思，係指防衛者認識現在不法侵害之事實，且出於防衛自己或他人權利之意思。倘客觀上雖存在現在不法侵害之事實，但行為人主觀上並不認識該事實存在，其僅係單純的以犯罪之意思加以攻擊，卻偶然、

意外地發生正當防衛之效果者，刑法學理上稱為「偶然正當防衛」(或「意外正當防衛」)。

通說認為，由於偶然正當防衛之行為人欠缺主觀上之防衛意思，故不成立正當防衛。

3. 題示甲從 A 之背後射殺 A 當時，A 亦正拿槍要射殺 B。對此事實，應認為 B 之生命法益已面臨現在不法之侵害，故存在正當防衛狀態。惟甲並不知 A 正拿槍要射殺 B，其僅係單純地出於殺人犯意而開槍。由於甲射殺 A 非為防衛 B 之生命法益，主觀上欠缺防衛意思，屬於刑法學理上之「偶然正當防衛」，故甲之行為不得主張正當防衛而具有違法性，且甲亦有罪責，從而甲應成立本罪。

四、試論述未遂犯的處罰根據（理由、基礎）。（25 分）

【擬答】

(一) 未遂犯處罰之理論

1. 客觀未遂論：

客觀未遂論認為，未遂犯之所以具有可罰性，乃在於未遂行為所造成之「危險性」。詳言之，未遂犯之所以必須處罰，並不在於行為人之主觀意思，而是在於其行為所實現構成要件該當結果之高或然率，或是對於構成要件所欲保護之法益或行為客體造成之危險性。因此，若行為在客觀上絕對不可能產生既遂狀態時，則根本不構成犯罪。此外，由於未遂犯在客觀上所造成之損害較既遂犯為輕微，故在處罰上「必須」按既遂犯之刑減輕。

2. 主觀未遂論：

此說認為，未遂犯之可罰理由在於行為人以其行為表露其主觀上對於法律之敵對性。因此，只要行為人主觀上所想像之事實符合客觀犯罪構成要件並已著手實行，則無論在客觀上是否自始即有既遂之可能，或是著手後基於任何理由而未達到既遂狀態，均屬未遂犯，也均有可罰性；至於行為在客觀上是否對法益造成危險，則無關重要。由於未遂行為與既遂行為所表現在主觀心態上之法敵對意思完全相同，故依主觀未遂論之見解，既遂犯與未遂犯在處罰之刑度上應該相同。

3. 主客觀混合之未遂論（印象理論）：

此說是以主觀未遂論出發，並輔以客觀未遂論之見解而成，認為未遂犯之可罰性，乃在於行為人以其行為表露其主觀上之法敵對意識，而該行為因足以震驚社會大眾對於法律之信賴，並且破壞法律之安定性與法律秩序之和平。

此說認為，並非所有之未遂行為皆具有可罰性，而是行為人所表現出對於法敵對意識之客觀攻擊行為，若足以令社會大眾感到不安，則法律若不加以制裁，法律之安定性與法律秩序之和平便會遭到破壞。反之，如果該行為並未動搖社會大眾對於法律之信賴，亦未對行為客體造成危險，則法律即無加以制裁之必要。

(二) 我國刑法對於未遂犯處罰之立法例

1. 刑法第 25 條第 2 項規定：「未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之。」按現行刑法並不認為所有之未遂行為都具有可罰性，而且未遂犯之處罰得按既遂犯之刑減輕。因此，現行刑法既不採主觀未遂論（處罰刑度與既遂犯相同），亦不採客觀未遂論（「必」減輕其刑），而係採主客觀混合之未遂論。

2. 惟民國 94 年刑法修正時，已將不能犯之可罰性自「必減或必免」修正為「不罰」。其修正理由謂：『關於未遂犯之規定，學理中有採客觀未遂論、主觀未遂論、或折衷之「印象理論」。參諸不能犯之前提係以法益未受侵害或未有受侵害之危險，如仍對於不能發生法益侵害或危險之行為課處刑罰，無異對於行為人表露其主觀心態對法律敵對性之制裁，在現代刑法思潮下，似欠合理性。因此，基於刑法謙抑原則、法益保護之功能及未遂犯之整體理論，宜改採客觀未遂論，亦即行為如不能發生犯罪之結果，又無危險者，不構成刑事犯罪。』此一修正理由之問題在於，如果未遂犯之處罰應採客觀未遂論，則普通未遂犯在處罰上（第 25 條第 2 項但書）即應同時修正為「必」按既遂犯之刑減輕。惟修法後，普通未遂犯之處罰並未改變，仍維持「得」按既遂犯之刑減輕之規定。因此，多數學者認為，我國刑法對於未遂犯之處罰，仍然係採取主客觀混合之未遂論（即印象理論）。