

94 年特種考試地方政府公務人員考試試題解答

等別：三等考試

科別：一般行政、一般民政、人事行政

科目：民法總則與刑法總則

- 一、甲男乙女為夫妻，有一年僅三歲之子丙。甲乙為恐一方於日後有虐待他方之情事，乃預立離婚契約。其後，甲代理丙為保證行為。甲死亡後，乙代理丙與自己訂立遺產分割之協議。試問甲乙預立之離婚契約、甲代理丙所為之保證行為及乙丙間遺產分割之協議，效力如何？(25 分)

【擬答】

(一)甲、乙預立離婚契約無效

依民法第七十二條規定：「法律行為有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」所謂公共秩序，謂社會生活之公安與公益；善良風俗，指國民一般之道德觀念。二者均須依時代精神而為認定，並無一定標準，法律行為有背於公共秩序或善良風俗者，即法律行為之內容係違反社會之妥當性，亦即具有反社會性，自屬無效。本題甲、乙本為夫妻關係，當事人間為恐一方於日後或虐待或侮辱他方之情事，而預立離婚契約，此夫妻間關於離婚之約定，違反「善良風俗」無效（民§72），為實務上所採（參閱 50 年台上字第 2596 號判例）。

(二)甲代理丙所為之保證行為

1. 依民法第七十五條規定無行為能力人所為之意思表示無效，應由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示（民§76）。如何保護無行為能力人不因其法定代理人代理行為而受侵害？此為實務上之重要問題，父母以其未成年人子女之名義承擔債務及以其未成年子女之財產提供擔保，若非為子女之利益而以子女名義承擔他人債務及為他人提供擔保，依民法第一〇八八條之立法意旨及公平誠實之原則，除其子女於成年，自願承認外，不能對其子女生效（參閱 53 年 2 月 20 日 53 年第一次民、刑庭總會會議決議(二)）。
2. 本題甲為丙之法定代理人，以丙名義代理所為之保證行為，將使無行為能力人丙長期代負履行債務之危險（民§739），致其自由生活徒遭受妨礙，係侵害未成年人之人格權，應以無效為妥，實務上的見解採有效說，參閱 53 年台上字第 2611 號判例。

(三)甲死亡後乙代理丙所訂立遺產分割之協議

1. 甲死亡後，依民法第一〇八六條規定，乙母為丙之法定代理人，對未成年子女因繼承所得財產，即特有財產，有管理、使用、收益之權，非為子女利益，不得處分之（民§1088II）
2. 乙代理丙子與自己訂立遺產分割之協議契約，係違反自己代理之禁止（民§106）規定，為實現私法自治原則及保護無行為能力人，探求民法第一〇六條之規範目的，在純獲法律上利益之情形，即無利害衝突之發生，適用上做目的性之限制，不必加以禁止，故本題協議分割契約解釋上仍屬效力未定。依民法第 106 條規定，違反自己代理、實務上的見解、於本人未承認前不生效力（參閱 22 年院字第 960 號解釋）

- 二、共有人之共有物分割請求權或依不動產協議分割契約所生之分得部分所有權移轉登記請求權，有無消滅時效規定之適用？試說明之。（25 分）

【擬答】

本題之涉及共有物分割請求權是否適用消滅時效之問題，茲分述如下：

- (一)共有物分割請求權性質上為形成權之一種而非請求權，蓋此權利係請求分割共有物之權利，非請求他共有人同為分割行為之權利（參閱 29 年上字第 1529 號判例之見）。但只有人成立不動產協議分割契約後，其分得部分所有權移轉請求權，乃係請求履行分割共有物契約

公職王歷屆試題 (94 地方政府特考)

之權利，具有債權請求權之性質，仍有民法第一二五條消滅時效之適用（參閱 67 年台上字第 2647 號判例見解）。一經分割共有狀態即發生權利之變動，故民法第一二五條所規定請求權，不包括共有物分割請求權在內。

(二)本題意所示，共有人之共有物分割請求權，依我國目前通說認為共有物分割請求權，具有形成權之性質，不適用消滅時效之規定，蓋消滅時效適用之客體，以「請求權」為對象，實務上法院有關共有物分割之判決，係「形成判決」直接使權利發生變動之效力，亦採此見解。

(三)又依題意，依不動產協議分割契約所生之分得部分所有權之移轉登記請求權，具有債權請求權之有消滅時效十五年規定之適用（民§125）。

三、障礙未遂（一般未遂）與不能未遂究應如何區別？民國九十四年一月刑法修正前後，二者在法律上效果有何不同？警察甲因緝捕逃犯乙，為求逃避，乙乃奪取警槍，朝甲的心臟部位按扣扳機三次，結果因甲配槍未上彈匣而倖免於死，問依新修正之刑法，本案乙應如何論罪科刑？（25 分）

【擬答】

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.所謂不能犯，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。即刑法第二十五條第一項所規定：「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」。

(二)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。

(三)依題意，警察甲因緝捕逃犯乙，為求逃避，乙乃奪取警槍，朝甲的心臟部位按扣扳機三次，結果因甲配槍未上彈匣而倖免於死，問依新修正之刑法，本案乙應如何論罪科刑？

1.依本文之意見，新法改採「客觀未遂論」，並未解決不能犯之爭議，反而製造問題。略述於次：

- (1)若依主觀未遂論下之印象理論而言，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！易言之，即有惡性且著手就該罰！因為乙之殺警行為，已造成殺人之惡性，且著手於殺警，「子彈未上膛」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：
 - ①舊客觀理論（事實不能說）：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。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。本題中乙「未裝子彈」將造成不能未遂犯。
 - ②新客觀理論（具體危險說）：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。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。本題中乙「造成殺人之危險性」卻未裝子彈所發生障礙，應為障礙未遂犯。

公職王歷屆試題 (94 地方政府特考)

2. 由上述可知，新刑法中雖改採「客觀未遂論」，但是究竟應依舊論或新論，毫無說明，難怪學界紛紛表示「有賴將來實務意見表示之」！總之，這非完美的修法結論。

四、甲與乙素有恩怨，某日，甲又心生嗔恨，想殺害乙，乃藉酒壯膽，飲高粱酒一瓶，於酩酊不省人事之際，前往乙宅放火擬燒死乙，結果，熊熊烈火中，乙葬身火窟，房子半毀，問本案甲之刑責如何論處？（25 分）

【擬答】

題中，甲可能構成殺人既遂及放火罪。

(一)甲該當殺人既遂罪：

1. 甲以放火之行為手段將乙焚斃，因果成就！
2. 甲基於焚斃乙之認知，亦已致其發生，故意完成。

(二)甲該當公共危險之放火燒燬供人居住建築物罪：

1. 甲以放火之犯意，作出焚燒乙之房屋之行為，該當公共危險罪。
2. 依題意，雖為「房子半毀」；惟應注意者，放火燒燬現供人居住之房屋，乃抽象危險犯屬「法律強烈禁止該等行為」之刑事策學，即以實務意見，「只要造成其功能喪失」即屬該當。
3. 是故，甲該當本罪無疑。

(三)甲欠缺阻卻違法，具違法性。

(四)惟，爭點在於「甲藉酒壯膽，於酩酊之際」為犯罪行為，此應為「原因自由行為」以檢討甲之責任能力：

1. 原因自由行為之意義：

行為人於完全責任能力之狀態時，即有實現特定犯罪之意思，或能預見特定法益之侵害，因而使自己陷於無責任力或限制責任能力狀態，且在此狀態下實現犯罪。亦即行為雖為行為人一時喪失責任能力狀態中所為之舉動，然行為人所以陷於無責任能力狀態，乃出於其人可得自由決定者，此即為「原因自由行為」或「可控制之原因行為」。

2. 不論通說中之「前置論」刑法第十九條在此種情況應目的性限縮解釋，使之成為「罪責與行為時同時存在原則」之例外，解釋上亦均屬可罰之結論。

3. 刑法對於原因自由行為之評價，自不宜以行為人於實現不法構成要件之瞬間係在精神障礙狀態下，而認定行為人不具責任能力或僅具限制責任能力。

4. 我國於民國九十四年刑法修正案中，亦於第十九條增列第三項以為規範之。

(五)是故，甲仍應負其責任能力。