

《民法總則與刑法總則》

一、甲乙為夫妻，有一子丙。乙死亡時，丙年僅十五歲。丙繼承乙留下來之金錶一隻。甲急需用錢，以自己名義將該金錶出賣給丁，並交付之。其後，甲以法定代理人身分代理丙與戊訂立保證契約。試問：前述買賣契約及保證契約是否有效？（25分）

試題評析	本題涉及爭點如下：(1)民法第1088條第2項關於「處分」之解釋及其效力為何；(2)負擔行為與處分行為之效力；(3)法定代理人之代理範圍民法上雖無限制，然實務上以民法第1088條第2項立法目的為出發而限縮法定代理人之代理範圍，從而使逾越範圍之代理行為應適用無權代理之規定。第一小題作答時，同學應闡明本文於前開爭點(1)所採行之見解後，再確認題目所問甲之行為(注意：題目是問買賣契約)係屬負擔行為或處分行為後，代入負擔行為與處分行為之相關論述後，即可得知買賣契約之效力。第二小題作答時，應先針對實務上以民法第1088條第2項立法目的為出發而限縮法定代理人之代理範圍從而使逾越範圍之代理行為應適用無權代理之規定為闡述後，再函攝於本題中，即可得出該保證契約之效力為何。
考點命中	1.《高點·高上民法講義》第一回，倪律編撰，頁31~32。 2.《高點·高上民法講義》第五回，倪律編撰，頁40~44。

答：

(一)甲與丁簽立之買賣契約應屬有效：

- 1.民法上之處分，可分為事實上處分及法律上處分，法律上處分又包含處分行為與負擔行為在內。而所謂最廣義處分，即指上開事實上處分及法律上處分而言，廣義處分則指法律上處分，狹義處分則僅指處分行為，合先敘明。
- 2.又依民法第1088條第2項規定，父母對於未成年子女之特有財產，有使用、收益之權。但非為子女之利益，不得處分之。此處之「處分」，有最廣義說、廣義說及狹義說之爭，惟立於保障未成年子女利益之目的，本文採最廣義說，即無論事實上處分或法律上處分，皆屬此處之處分；又若父母非為子女之利益所為之處分，效力為何，亦有無效說、有效說、無權代理說及無權處分說之爭，實務雖採無效說，惟本文認為於交易安全保障及未成年子女利益保障間取得平衡，應採無權處分說，亦即若父母所為之行為為係屬負擔行為，則為保障交易安全及負擔行為不以有處分權為必要之前提下，仍應認於對外關係上係屬有效，若所為之行為為係屬無權處分，則依無權處分之相關規定處理。
- 3.本題中，丙繼承取得之金錶係屬其特有財產，得適用前開民法第1088條第2項但書之規定，而甲以自己名義與丁簽立該金錶買賣契約之法律行為，依前揭論述，係屬該條但書所稱之「處分」，且非屬為丙之利益而為之處分，然因該法律行為係屬負擔行為，承前述，立於保障交易安全及負擔行為不以有處分權為必要之前提下，應認該負擔行為應屬有效。
- 4.綜上，甲係以自己名義而與丁簽立該金錶之買賣契約，即便非為丙之利益而為之，仍屬有效。

(二)甲代理丙與戊簽立之保證契約應屬效力未定：

- 1.依民法第170條規定，無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，非經本人承認，對於本人不生效力。此處之代理並未限定於意定代理，亦即法定代理亦有本條之適用。惟民法上就法定代理之範圍並未有明文限制，因此實務有以民法第1088條第2項但書之立法目的作為法定代理權之限制，換言之，若父母非為子女之利益而以未成年之子女之名義為保證及簽發票據等財產上之法律行為，使子女僅負擔法律上之義務，並未享有相當之法律上權利，則仍屬無權代理之情形，該法律行為應屬效力未定，否則即有悖民法第1088條第2項但書保護未成年子女之立法目的。
- 2.本題中，甲代理丙與戊簽立之保證契約，係非為丙之利益而以丙之名義為保證之法律行為，使丙僅負擔法律上義務而未享有相當之法律上權利，則依前開實務見解，甲之代理行為應屬無權代理，則依民法第170條第1項規定，該保證契約效力應屬效力未定，非經丙成年後承認，對於丙不生效力。
- 3.綜上，甲代理丙與戊簽立保證契約之行為係屬無權代理，效力未定。

【版權所有，重製必究！】

二、甲乙為夫妻，甲向乙借款新臺幣（下同）100萬元，一直賴著不還。20年後，甲乙離婚。離婚當日，乙向甲請求返還100萬元之借款及20年來之利息。請問：乙之請求有無理由？（25分）

試題評析	本題主要在測驗時效不完成，考點單一，同學於答題時若能順帶到時效期間及利息債權係屬主權利等概念，並按部就班一一分析，即可取得一定之分數。
考點命中	《高點·高上民法講義》第一回，倪律編撰，頁63~67。

答：

甲不得以時效完成為由拒絕償還借款及利息，是乙之請求有理由，茲分述如下：

- (一)依民法第125、126條規定，請求權之消滅時效期間為15年、利息請求權則為5年。又實務上認利息債權係屬從權利，則依民法第146條規定，主權利因時效消滅者，其效力及於利息債權。惟若契約雙方係屬夫妻身分，則因婚姻關係存續中，夫妻難免為維持家室和平，往往忽略權利之行使或有不便行使權利之處，故立法者特於民法第143條規定，夫對於妻或妻對於夫之權利，於婚姻關係消滅後一年內，其時效不完成，以保障請求權人之權利，是若兩造之婚姻關係迄仍存續，夫對於妻或妻對於夫之請求權，即不因罹於時效而消滅，此亦有最高法院94年度台上字第2185號判決可資參照。
- (二)本題中，乙對於甲之借款請求權依民法第125條之規定，時效期間為15年，然乙於第20年始向甲請求返還，乙之借款請求權實已罹於前開15年之時效而消滅，而利息債權此一從權利自依前開第146條規定，亦為消滅，則甲本得行使其抗辯權拒絕給付。
- (三)惟因甲乙雙方為夫妻並於借款請求權發生20年後離婚，乙對甲借款請求權、利息請求權亦屬妻對夫之權利，是依民法第143條規定及前開最高法院94年度台上字第2185號判決意旨，乙對甲借款請求權、利息請求權之消滅時效，應於甲乙離婚滿1年後，始行完成。
- (四)綜上，乙離婚後即向甲主張返還借款及利息並未罹於時效，乙之請求有理由，甲不得以時效完成為由拒絕履行。

三、就刑法而言，義警（義勇警察）或義消（義勇消防隊員）是否屬於「公務員」？（25分）

試題評析	本題旨在測驗考生對於刑法上公務員概念的認知。
答題關鍵	解題時，只要想到義警及義消其實都是協助警察或者消防隊員，並未因此取得公務員的職權，非刑法上公務員。先描述公務員概念後，再由此角度切入即可回答本題。
考點命中	《刑法爭議研究》2018年11月（5版），高點文化出版，旭律師編著，頁1-2~3。

答：

(一)先就刑法上公務員概念分述如下：

- 1.刑法第10條第2項規定：「稱公務員者，謂下列人員：(1)依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。(2)受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」。
- 2.上開第一款前段所定「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限」之人員，即學理上所謂之「身分公務員」，係指國家或地方自治團體所屬機關中依法令任用之成員，於依法代表、代理國家或地方自治團體處理公共事務時屬之。
- 3.同款後段所指「其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者」，乃學理所稱「授權公務員」，指非服務於國家或地方自治團體所屬機關之人員，因從事法定之公共事務，被視為刑法上之公務員。
- 4.而同條項第二款：「受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」，為學理所稱「委託公務員」。

(二)義警非刑法上公務員：

- 1.交通義勇警察屬縣市政府警察局整合運用民力之組織，主要之任務為協助整理交通秩序、協助交通指揮、疏導與管制等事項，雖交通義勇警察服勤時，應視需要配用警笛及交通指揮棒，但交通義勇警察應配合警察服勤，未奉命令，不得單獨執行，應配合警察服勤，受警察局指揮、監督、運用與管理。
- 2.因此，交通義勇警察之地位乃「協助」警察整理交通秩序，促進交通安全，交通義勇警察並未享有交通警察所享之公務上職權及權利主體身分，依前開說明，交通義勇警察自非貪污治罪條例所稱之依據法令

從事公務之人員，及受公務機關委託承辦公務之人（士林地院93年度訴緝字第12號判決）。

(三)義消非刑法上公務員：

依消防法授權內政部訂立之「義勇消防組織編組訓練演習服勤辦法」第2條規定：「義勇消防人員應接受消防指揮人員之命，協助消防工作」。由此可以觀之，義消與義警相同，皆是居於協助地位，並未享有消防員職權及權力，承上所述，非屬刑法上公務員。

四、甲月前甫僱請外傭乙在家幫忙照顧年邁的父親，卻因生活習慣及語言隔閡，兩人相處不睦。某日深夜，乙因不明疼痛，大聲呼救，甲僅袖手旁觀，並未將其送醫。幸鄰居丙突聞夜半哀嚎，警覺有異，報警處理，雖經救護人員緊急送醫，仍因延誤致乙死亡。請問：甲有無刑責？（25分）

試題評析	本題旨在測驗考生對於保證人地位的理解。
答題關鍵	必須注意甲與乙間因為屬於日常生活關係朝夕相處之人，具有緊密共同體的保證人地位，應具有作為義務。此外，本題爭點較少，要把握小題大作，先詳細論述保證人地位的內容後，再切入分析本案即可。
考點命中	《刑法爭議研究》2018年11月（5版），高點文化出版，旭律師編著，頁2~6-7。

答：

(一)甲未將乙送醫的行為，構成刑法第271條第1項故意殺人既遂罪之不作為犯（刑法第15條參照）。

1.客觀上，甲未將乙送醫之行為，係屬未消滅既有風險之不作為，且倘甲有即時將乙送醫，乙即不會死亡，具有假設的因果關係。惟有疑問者在於，甲是否對乙具有保證人地位？

(1)保證人地位，以具有防止結果發生且具刑法關連性之法義務為前提。因不純正不作為犯，是作為犯的補充型態，與作為犯同樣是違犯了禁止規範，因此也適用作為犯的構成要件，**但為避免處罰範圍過度擴張，應以行為人具有防止結果發生的保證人地位為前提，才能將不純正不作為犯與作為犯相提並論。**

(2)至於保證人地位的來源，主要從實質而非形式判斷標準來界定，因此構成保證人地位之法律理由，並不以法律設有明文規定之義務為限。

(3)依題示，甲僱請乙長期照顧年邁父親，生活朝夕相處，自然屬於「**緊密生活共同體**」，基此甲對於乙身體不適大聲呼救，應有將其送醫之作為義務。

2.主觀上，甲明知乙身體不適大聲呼救，且對於乙可能有生命危險一事有預見，仍然容任犯罪結果發生，而有殺人之間接故意。

(二)綜上，甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

【版權所有，重製必究！】