

《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）

試題評析

本題以聲請假扣押有無中斷消滅時效效力及時效何時重新起算為考點，其內容較為冷僻，若不知最高法院103年度第2次民事庭會議決議內容恐難以作答，屬困難的題型，故不知如何下筆的同學不必慌張，好好把握其他考題仍大有可為。

答：

乙主張有理由：

- (一)依民法第125條規定可知，消費借貸契約的借款返還請求權時效為15年。另依民法第129條第2項第5款規定可知，開始執行行為或聲請強制執行與起訴有同一效力，消滅時效因而中斷。
- (二)另就因聲請假扣押而中斷時效者，是否須依民法第130條規定於6個月內起訴否則視為不中斷，恐有疑義。或有認為假扣押僅為暫時的權利保護機制，與一般可實現權利的終局執行不同，故不在民法第129條第2項第5款所規定「聲請強制執行」範圍內，其僅具有民法第129條第1項第1款「請求」的效力，尚須於6個月起訴，否則時效不中斷。惟本文以為假扣押亦屬聲請強制執行的一種，為避免違反法文文義與增加法所無之限制，應認不須於6個月內起訴即生時效中斷效力。
- (三)基此，本件甲向乙借款900萬元，雙方成立消費借貸契約(第474條)，並約定清償期為93年4月30日(第315條)，且因借款返還請求權無特別規定，故其時效為15年。今乙於93年5月8日向法院聲請假扣押，依上開說明即生時效中斷效力，並於93年5月16日執行查封完成時重新起算15年(最高法院103年度第2次民事庭會議決議參照)，故乙於108年5月13日向法院起訴請求甲返還上開借款尚未逾15年，故甲主張時效抗辯而拒絕給付為無理由，反之乙主張有理由。

- 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）

試題評析

本題涉及許多公司法之規定，例如：公司法第8條與第23條，若熟習公司法的同學本題應是得心應手，但若只援引上開條文並經涵攝得出結論，未免有些空泛，且與民法考試脫離。故筆者思考後仍以民法架構作答，分析公司實質負責人是否須與公司負連帶賠償責任，最後再帶出公司法條文佐證，如此答題架構更有層次。

答：

丙主張有理由：

- (一)依民法第28條規定可知，董事因執行職務所加於他人之損害須與法人負連帶損害賠償責任。蓋董事為法人之代表人，其所為之行為形同法人所自為，故法人須就董事之行為負自己責任，且為擴大被害人之求償機會，本條規定該董事須與法人負連帶賠償責任，以保障被害人利益。
- (二)另法人之實際負責人是否有上開條文適用恐有疑義。或有認為避免責任歸屬不明確而株連甚廣，故應以公司章程所記載之董事為準，實際負責人不與焉。惟本文以為，為避免行為人透過人頭名義規避責任，應認實際負責人亦有上開規定之適用(公司法第8條第3項規定可資參照)。
- (三)基此，本件甲以乙之人頭名義設立A公司，雖甲形式上非A公司負責人，但為實際負責人，應認甲亦屬民法第28條所稱之董事。今其盜採丙所有之B地砂石，係在執行職務過程中侵害丙之B地所有權，該當民法第184條第1項侵權行為規定，須依民法第28條規定與A公司連帶負損害賠償責任，故丙主張有理由。

三、甲與A因為宮廟管理事務而發生嫌隙，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殺死。試問：甲、乙二人對A所為行為，應如何論罪？（25分）

試題評析	本題為典型共同正犯脫離與中止的題目，相關概念應該不難，只是在考量應該成立傷害罪還是殺人罪時會出現一些疑惑，因為所謂「教訓」是殺人或傷害犯意，並不明確。筆者在此採取殺人罪共同正犯的結論，主要是因為如此能把答題重點全部放在共同正犯脫離的爭議上。但是如果考生認為是傷害犯意聯絡，而甲是犯意升高為殺人故意，則乙的部分應該要在殺人罪討論「共同正犯逾越」，共同正犯脫離的爭點在傷害罪部分探討即可。此外，乙抱住甲與甲刺傷乙的部分都各自有正當防衛的爭議，只是題目單純考兩人對A的行為，所以考試時無須花篇幅討論。
考點命中	1.《透明的刑法解題書》，高點文化，張鏡榮（榮律師）編著，五版，2019年，頁8-14至8-19。 2.《高點·高上刑法講義》第二回，榮台大編撰，頁49-50。

答：

(一)甲朝A腹部刺刀再追躡殺A之行為，成立刑法（下同）第271條第1項殺人既遂罪：

- 1.客觀上，甲持刀朝A腹部刺殺後再追躡殺A之行為，係A死亡結果不可想像其不存在之條件，且甲刺殺A係製造刑法所不容許的殺人風險，該風險雖中途因乙之阻撓而有所偏離，惟此等偏離依照一般生活經驗並非重大偏離，A死亡風險的實現流程亦未被乙所取代，故無反常因果歷程或回溯禁止之情形，該風險已於殺人構成要件範圍內實現，A死亡之結果在客觀上應歸責予甲。
- 2.主觀上，甲有殺人故意無疑。
- 3.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- 4.小結：甲刺A腹部再追躡殺A之行為，應係出於單一意思決定而為時空緊密的殺人接續行為，成立殺人之接續犯一罪。

(二)乙與甲謀劃教訓A卻心生悔意中止之行為，不得主張共同正犯脫離，應成立刑法（下同）第271條第1項殺人既遂罪之共同正犯（第28條）：

- 1.乙與甲共同謀議教訓A具備主觀上之殺人犯意聯絡，且乙於甲刺A腹部時負責抱著A，使其不致於逃脫，應為殺人之行為分擔，故甲乙於殺A流程具有功能性的犯罪支配，應成立共同正犯，合先敘明。
- 2.客觀上，乙在甲刺殺A腹部時抓住A應為殺人計畫之分擔行為，惟乙嗣後心生悔意而試圖阻止甲殺人未果，是否得主張「共同正犯脫離」，容有爭議：
 - (1)學說上否認共同正犯脫離概念之見解認為，共同正犯間應適用「一部行為全部責任」原則，令具功能支配之行為人均負同一既遂之責。
 - (2)實務上則認為，若行為人能消滅自己前部分行為危險性之延續，亦即切斷對於他共同正犯行為之物理與心理因果關係，則可僅就自己所為之貢獻部分負未遂或預備之責（94台上3515判決、106台上3352判決參照）。
 - (3)本文以為，共同正犯為結果共同負責之結論，應建立在其支配力延續至結果發生之前提之上，若已消滅其行為之危險性，即無須為結果負責，實務見解可採。
 - (4)本題中，乙係於甲著手後心生悔意，雖乙已抱住甲以積極阻止其殺人行為，並叫A趕緊逃跑，係在物理上中斷自己行為之因果關係，惟甲持續追躡A即表示乙並未中斷與甲共謀殺A之心理因果關係，故乙不得主張共同正犯脫離，應與甲為殺人既遂共同負責。
- 3.乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- 4.又，即使乙係心生悔意而為防果行為，仍因A死亡結果發生且乙負既遂之責，自不得主張第27條中止犯減輕其刑。

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）

試題評析	本題乍看之下會讓人誤以為自己跑錯考場，因為看題目好像是在考刑分的公務員犯罪，到底哪裡跟刑總有關係？不過仔細一看，原來甲本來不想要違背職務，一切都是他的上司乙的陰謀，還藉此來威脅甲要違背職務，我想大家會想到兩德統一前，德國士兵殺死翻越柏林圍牆人民的重要案例（「槍口下一公分」那個例子）。本題按照這個模式去解，就違法性的部分可以討論公務員依上級命令與緊急避難，罪責層次應探討期待可能性等罪責減免的爭議。稍微提醒的是，筆者認為標題（一）（三）（四）（五）對於只讀刑總的同學可能有點超出範圍，但為了答題完整性，仍然將這些解題內容放進去，大家可以斟酌參考。
考點命中	1.《透明的刑法解題書》，高點文化，張鏡榮（榮律師）編著，五版，2019年，頁4-1至4-3、24-1至24-9。 2.《高點·高上刑法講義》第一回，榮台大編撰，頁69-71。

答：

(一)甲收受A負責人提供之祝禮金兩萬元之行為，不成立刑法(下同)第122條第1項違背職務收賄罪：

- 客觀上，甲為第10條第2項第1款前段之身分公務員。廠商A負責人提供之兩萬元雖名義上為「祝禮金」，惟仍屬足以影響甲公務行使公正之金錢利益，不因名義影響其賄賂之性質(21上369判例)。又，甲於收受賄賂時並未知悉該筆金額為其職務行為之對待給付，故甲收受與A提供賄賂之行為並無對價關係，甲不成立本罪。
- 綜上，甲不成立本罪。

(二)甲懼怕乙舉發其收受賄賂而不實記載之行為，成立刑法(下同)第122條第1項違背職務收賄罪，且不得阻卻違法或罪責：

- 客觀上，身分公務員甲因收受賄賂兩萬元，而於廠商A之報關貨物上為其職務範圍內不應為之登載，係與A提供之賄賂具有對價關係之違背職務行為，且該等行為已破壞甲執行職務之公正性；主觀上，甲具有違背職務收賄之故意無疑。
- 惟甲違背職務係受到上級乙之威脅與指示，是否得阻卻違法分析如下：
 - 依照第21條第2項本文規定，若上級公務員於形式合法前提下為下級職務範圍內之指示，應屬下級公務員間接依法令之阻卻違法事由。本題中，甲乙之間雖具有上下級公務員之監督隸屬關係，惟乙命令甲所為之不實登載不在甲的職務範圍內，且乙威脅甲之手段並非合法手段，故甲不得主張公務員依上級命令阻卻違法。
 - 又，乙以舉報甲收賄之事實威脅甲，並非正在進行之急迫危難，故即使甲係為保護自己之行動自由而違背職務並不實登載，仍不符第24條第1項本文緊急避難要件，甲不得阻卻違法。
- 甲係因受乙威脅方違背自己職務，是否得於依「期待可能性」寬恕罪責，容有爭議：
 - 學說上雖有肯認期待可能性得作為一般性之「超法規寬恕罪責事由」，惟多數為避免罪責內涵過度浮動，僅承認例外於過失犯或不作為犯之義務違反，始能主張之。
 - 本題中，甲違背職務收賄係出於故意，且即使全面採納期待可能性作為寬恕罪責之法理，乙威脅甲使其心生畏懼手段仍具有利益衡量之空間，故甲亦無期待不可能情形存在，不得減免其罪責。
- 綜上，甲成立本罪且不得減免罪責。

(三)甲不實登載並放行A報關貨物之行為，因係出於乙威脅所致，與收賄行為間不具因果關係，自不成立刑法第122條第2項收賄違背職務罪。

(四)公務員甲明知違法仍圖利A廠商使其獲得逃漏稅之不法利益，因刑法第131條圖利罪為概括規定，無須於違背職務收賄罪之特別規定外另論本罪(19上1148判例)。

(五)公務員甲明知廠商A報關之貨品名稱與數量不符，仍於其職務上所掌之公文書為不實登載之行為，該當刑法第123條公務員登載不實罪之構成要件。又，乙威脅告發之情形並無法使甲阻卻違法或寬恕罪責，已知(二)所述，故甲成立本罪。

(六)小結：甲成立之違背職務收賄罪與公務員登載不實罪，係一行為侵害數法益，依第55條想像競合之。