

《民法總則與刑法總則》

- 一、甲開設地下賭場，賭客乙積欠賭債新臺幣（下同）100萬元，為避人耳目以隱藏賭債之實情，甲便要求乙立下借據，載明此100萬元之債務，乃為乙向甲借款而來。因而，乙立下借款字據一紙，載明乙向甲借款100萬元，並應於民國106年12月25日前清償完畢。試問：日後，甲得否憑此借據向乙請求清償該100萬元之債務？（25分）

試題評析 賭債非債，當無債之更改可言，即甲乙既無債權債務關係，當然無從再更改為借貸之債權。

考點命中 《高點·高上民法講義》第二回，辛律編撰，頁15。

答：

甲不得依該借據向乙請求清償100萬元：

- (一)按民法第71條規定，法律行為違反強制或禁止之規定者，無效。而賭博乃法令禁止之行為，故因該行為所生債之關係，依最高法院判例見解，原無請求權可言，換言之，賭博不使雙方產生債權債務關係，當無請求權存在，此即所稱之賭債非債。最高法院判例並因此認，縱使經雙方同意以清償賭債之方法而變更為負擔其他新債務，亦屬脫法行為不能因之而取得請求權，即賭債既非民法承認之債權債務，當然不得將之改以其他新債權債務，如借貸，而以形式合法之借貸掩蓋實質違法之賭債，若將賭債改以借貸，則屬脫法行為而仍無從取得請求權。
- (二)學說亦認，賭博係違反法令禁止規定或違反公序良俗之行為，應為無效，本不發生債之關係，因此將賭債更改為金錢借貸，縱不依脫法行為概念處理之，亦可得相同結論，換言之，賭債非債，既無債務，應無債之更改可言。
- (三)從而，不論係法院實務或學說，皆認賭債非債，既然不曾有債權債務關係，當然無法再將之改為借貸關係。是甲不得憑該借據向乙請求清償該100萬元。

- 二、甲建商將A屋以新臺幣（下同）1,500萬元出售給乙，雙方並約定於完成交屋及所有權移轉登記後1個月內，乙須付清買賣價金。然民國（下同）101年10月初完成交屋及所有權移轉登記後，乙未依約定付清A屋之買賣價金，而尚積欠尾款200萬元。於102年1月時，甲發存證信函要求乙依約付款，然乙置之不理。甲乃於105年2月向法院起訴，請求乙支付該200萬元之買賣價金尾款，乙則抗辯該款項請求權已因2年間不行使而消滅，而表示拒絕付款。試問：何人之主張有理由？（25分）

試題評析 這也是傳統考點，有關第127條第8款之二年短期消滅時效，僅針對動產，若係不動產之價金請求權則無該條項之適用，仍依第125條規定有十五年之時效。另題目特別提及請求、起訴，故作答須討論第130條始稱完整。

考點命中 1.《高點·高上民法講義》第二回，辛律師編撰，頁76-78。
2.《高頻真題·民法總則》，高點文化出版，辛律師編著，頁11-9~11-10。

答：

甲之主張為有理由：

- (一)按民法(以下同)第128條規定，消滅時效，自請求權可行使時起算。甲乙訂定A屋之買賣契約，依第367條規定，乙有支付價金之義務，即甲對乙有價金請求權，而該請求權，依甲乙之契約約定，於完全交屋及所有權移轉登記開始起算，故甲對乙之房屋價金請求權應自101年10月起算時效。
- (二)復依第127條第8款規定，商人、製造人、手工業人所供給之商品及產物之代價，其時效為二年。甲乃建商而屬商人，其供給商品之代價，似有上開規定之適用，惟該款規定之短期消滅時效，僅適用於供給者為動產之情況，若係不動產之價金請求權，則無上述短期時效之適用。甲既然係出售房屋與乙，則甲對乙之價金請求權則不適用第127條第8款，應回歸第125條，時效為15年。
- (三)於時效進行中，甲曾於102年1月寄發存證信函要求乙依約付款，該寄發存證信函之行為，應符合第129條

第1項第1款之請求，而發生時效中斷之效力。惟依第130條規定，時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴，視為不中斷，即以請求為中斷者，須於請求後六個月內起訴，始得維持原請求所生中斷之效力。題示，甲雖於102年1月為請求，但甲並未於6個月內起訴，故原102年1月之存證信函寄發因此不生中斷之效力。

- (四)雖102年1月不生中斷之效力，然因本件之請求權承上所述其時效為15年，且自101年10月起算，故於116年前請求或起訴，都仍未罹於時效，故甲於105年2月向法院起訴，依第129條第1項第3款規定，生時效中斷之效力。
- (五)綜上，甲於105年2月向法院起訴請求乙支付價金，仍未罹於15年之消滅時效，甲之主張為有理由。乙有關已罹於2年短期消滅時效之抗辯則無理由。

三、甲與A因選舉結怨，某晚，基於殺害故意持槍到A家門口埋伏，看見B開門走出，以為B是A，朝B頭部開一槍後迅速離開，只是B正好彎腰撿拾掉地上的手機，子彈打中站在B後面並準備送客的A，A經送醫急救後仍因槍擊造成中樞神經休克死亡。試問：甲的刑責為何？（25分）

試題評析	本題在測驗考生對於行為人同時發生客體錯誤及打擊錯誤時應如何處理。
答題關鍵	其實行為人同時發生客體錯誤及打擊錯誤，最後法律效果仍然會對於目標客體不阻卻故意成立未遂，對於誤擊客體在有遇見可能性範圍內成立過失，只要依照上課強調的，遇到錯誤的題型，順著犯罪階層判斷即可得到答案。
考點命中	《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，第四章，錯誤論爭點二：等價及不等價客體錯誤之法律效果；爭點三：打擊錯誤之法律效果。

答：

(一)甲朝B開槍未中之行為，構成刑法第271條第2項殺人未遂罪。

- 主觀上，有疑問者在於甲以為B是A而朝B開槍之行為，是否具有殺人故意？系爭案件中，甲誤認錯人而開槍之行為，屬於等價客體錯誤，如認識之客體與現實客體屬同一法定構成要件，在刑法規範上所受保護之價值相等，且二者又為合一之目標，應視為認識與事實無誤，不影響犯罪之故意。基此，甲朝B開槍之行為不阻卻殺人故意。
- 客觀上，甲朝B開槍已著手於犯罪之構成要件，惟並未造成死亡結果，殺人罪之構成要件並未既遂，而該當本罪之構成要件。
- 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

(二)甲朝B開槍卻誤擊A造成死亡之行為，構成刑法第276條第1項過失致死罪。

- 客觀上，甲開槍行為係造成A死亡結果不可想像其不存在的條件，且在別人家門口開槍則是製造可能有人被殺死法不容許的風險，A亦死亡風險也實現在構成要件效力範圍內；主觀上，甲對於A死亡結果並無明知並有意為之的殺人故意，而係B彎腰結果導致，屬於打擊錯誤，其錯誤應阻卻行為人對該誤擊客體之故意，對於誤擊客體有「預見可能性」的範圍內成立過失，基此甲應對於開槍可能誤擊他人具有預見可能性而成立過失。
- 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

(三)競合

甲朝B開槍之一行為侵害A、B之數個生命法益而觸犯刑法第271條第2項殺人未遂罪及刑法第276條第1項過失致死罪，因一行為觸犯數罪名論以想像競合犯，從一重殺人未遂罪處斷。

四、甲無業並染上毒癮，常與父親A發生激烈爭吵，甲對A懷恨在心，A則揚言要教訓甲，讓他回歸正途。某日，甲缺錢買毒，回家向A要錢，A拿起球棒但未舉起，稱甲如果再要錢，就要棒打教訓。甲不假思索拿起木椅擲向A，A跌倒受傷流血，憤而提告傷害，甲在法庭上辯稱當時施以防衛行為。試問：甲之行為應如何論罪？（25分）

試題評析	本題在測驗考生對於正當防衛現在性及社會倫理限制的認知。
答題關鍵	首先，對於甲拿起木椅擲父親A行為，必須討論的是刑法第280條傷害直系血親尊親屬罪，而不是普通傷害罪。 另外，由於題目A「未舉起球棒」則在暗示是否具有正當防衛之現在性，縱使符合現在性要件，還必須討論防衛行為是否需受到社會倫理的限制，而可能會有防衛過當問題。
考點命中	《高點·高上刑法講義》第一回，旭律編撰，頁100、109。

答：

(一)甲拿起木椅擲A致受傷之行為，構成刑法第280條傷害直系血親尊親屬罪。

- 1.客觀上，甲拿起木椅擲其父A之行為係造成A受傷結果不可想像其不存在的條件，亦具有客觀可歸責性；主觀上，甲明知並有意為傷害直系血親尊親屬的行為，具有本罪之故意。
- 2.惟有疑問者在於，甲得否辯稱當時係施以防衛行為，而主張刑法第23條正當防衛？
 - (1)正當防衛之要件，以遇有現在不法之侵害，始能成立，如不法侵害已過去，或預料有侵害而不法侵害尚未發生，則其加害行為，自無正當防衛可言。而甲得否主張為防衛A「現在」之侵害主張正當防衛？
 - ①有實務見解認為，何謂侵害之「現在性」，乃指該侵害或攻擊直接迫在眉睫、業已開始或正在繼續中（98台上6558決）。基此，A拿起球棒尚未舉起時，A傷害行為雖未著手，但對於甲而言已迫在眉睫，下一步即可能遭受攻擊而得主張對侵害之現在性。
 - ②惟管見以為，所謂現在，乃別於過去與將來而言，此為正當防衛行為之「時間性」要件。過去與現在，以侵害行為已否終了為準，將來與現在，則以侵害行為已否著手為斷，故若侵害已成過去，或預料有侵害而侵害行為尚屬未來，則其加害行為，自無成立正當防衛之可言（100台上4939決）。基此，A既未舉起球棒，則未著手於傷害罪，對甲而言則不具有侵害之現在性。
 - (2)退步言之，縱認A傷害罪之侵害具有現在性，惟甲之防衛行為係對其父A為之，對該「生活上具親密信賴關係的親屬」為防衛行為，是否符合「社會倫理」的限制？
 - ①在符合正當防衛的要件下，即可以暴力手段合法救濟自己的權利，惟在某些情況下，當防衛者負有協助、顧慮受害者的責任時，則權衡個人利益與受害者利益保全可能性後，為兼顧二者，則要求防衛者避需先採用迴避措施或較溫和的防衛手段，並藉由「社會倫理的觀點」限制正當防衛權的發動。
 - ②系爭案件中，管見認為A為甲之父親而具有親密親屬關係，縱認A對於甲有傷害罪之現在不法侵害行為，甲亦不得優先採用防衛手段保護其法益，原則上具有一定程度的退讓義務，而不得直接丟擲椅子，即使無法退讓，甲也只能採取輕微、溫和的防衛手段。基此，甲丟擲A椅子的行為則屬防衛過當。
- 3.甲無阻卻罪責或減免罪責事由，綜上甲成立本罪。

【版權所有，重製必究！】