

《民法總則與刑法總則》

- 一、丙受僱於位在臺北市東區由丁經營之個人美髮工作室，並接受丁之指導學藝。丙、丁約定「丙離職後三年內不得獨立從事美髮工作。如有違反，丙應賠償丁新臺幣50萬元」。未料丙學藝完成離職後，第二年即自行於高雄開設個人美髮工作室，知悉此情之丁乃以丙違反前述約定，請求丙賠償50萬元。丁之主張是否有理？（25分）

試題評析	本題在測驗考生之綜合分析能力，亦即以題目所給之線索檢驗，判斷該競業禁止之約定是否違反公序良俗，而使丁之主張無理由？在作答上，得先簡述競業禁止約定本於契約自由原則，原則上皆肯定其效力，惟若違反強制禁止規定、公序良俗、定型化契約之界線，則為無效。建議考生得將題目所能涵攝之材料，一一分點分項論述，應可得不錯分數。
考點命中	《高點民法講義》第一回，張台大編撰，頁45。

答：

丁之主張應無理由，說明如下：

(一)此競業禁止之約定應違反公序良俗而無效。

競業禁止係指事業單位為保護其商業機密、營業利益或維持其競爭的優勢，要求特定人與其約定在職期間或離職後之一定期間、區域內，不得經營、受僱或經營與其相同或類似之業務工作而言。此約定於私法自治之契約自由原則下，自得本於當事人意思而自由約定，惟應注意此約定不得違反民法第72條之公序良俗之要求，否為無效。本案即為競業禁止之約定，針對該約定是否違反公序良俗，判斷如下：

1.限制之工作地點是否適當

(1)競業禁止約定應明訂競業禁止之區域，並以雇主的營業領域、範圍為限，且不得構成其就業及擇業權利的不公平障礙，此係為在不侵害雇主營業利益，不得不當侵害受僱者之憲法保障之工作權，為合理之界線。

(2)本案，丁之工作室位於台北市東區，合理之限制區域應為台北市，丙係位於高雄營業，蓋理髮業之客源應有區域之分，台北與高雄距離甚遠，無侵害丁營業利益之虞。不得謂契約無約定，則丙在世界各地皆無營業機會，反而不當侵害丙之工作權、封殺丙工作之權利。

2.限制之工作期間是否適當

競業禁止約定應明定限制之時間，不得漫無邊際；合理之期間為限制工作權之前提，目前實務較常約定且被法院所接受之時間為2年以下。本案所約定之期間為3年，實務上已逾所接受之期間，且考量理髮業之期間限制，是否需長達3年，不無疑問，應可認該約定之限制期間不合理。

3.有無代償措施

代償措施係指雇主對於勞工因不從事競業行為所受損失之補償措施。蓋丁受丙之指導即係為培養一技之長以此為謀生技能，惟學藝完成後竟長達3年無法以此為謀生技能，就此，雇主應給予代償措施。本案，丙丁之競業契約並無代償措施之設計，顯對丁之工作權保障甚為不利。

4.考量職業內容之限制必要

競業禁止之約定應考量受僱者所學以及所從事之職業之地位、範圍，並於契約中明確規定。若本案丁於丙工作室之工作內容僅為助理（例如：洗髮），並無學習較為專業之美髮技能，則是否有限制其工作之必要？一概限制所有職業內容，應有不妥。

5.違約金之金額是否合理

競業禁止之約定應考量違約金的金額與期間之長短二者間之相關性，並應與是否提供勞工代償措施作適度衡量。本案期間長達三年，且無代償措施，違約金竟高達50萬，是否合理，尚應考量理髮業之營業收入，不無可議之處。

6.有無背信及違反誠信原則之情事

此外，尚應考量受僱者有無背信或違反誠信原則之情事。本案丙以於合理限制之2年後方為職業，且係在不侵害丁營業利益之餘的高雄工作，並無背信或違反誠信原則之虞。

(二)結論：

本於契約自由原則，雖得為競業禁止之約定，惟以公序良俗為界線，否為無效。參酌本案之情形，本文認為其約定有限制工作地點之不明確、工作期間之不合理、且未考量代償措施及職業內容、違約金亦有過高之虞，綜上所述，應認此約定違反公序良俗而為無效，基此，丁之主張不合理。

二、甲貸與金錢予乙後，乙非但未於清償期屆至時清償，甚至該債權之消滅時效即將完成。在此之際，乙授予甲代其為管理金錢事務之代理權，甲乃以乙之代理人的地位，以乙之金錢對自己為部分清償。甲代理乙為部分清償之行為有無中斷時效之效力？（25分）

試題評析	本題測驗考生對於自己代理及消滅時效中斷制度之了解，自己代理之立法目的係為避免利益衝突，防免代理人厚己薄人，失其公正立場，以保護本人之利益。惟本案應注意該條但書之例外情形，蓋此等情形並無利益衝突之問題；又違反自己代理之效力為何？通說實務（79台上1292判決、85台上106判決）認為該條旨在保護本人利益，非為保護公益而設，違反效力非無效，而係效力未定。考生並應注意，準法律行為亦可成為代理之客體，並了解消滅時效中斷之事由，本題應可獲得不錯分數。
考點命中	《高點民法講義》第一回，張台大編撰，頁52、60。

答：

甲之代理行為是否有中斷時效之效力？茲說明如下：

(一)甲之自己代理行為，有效。

- 1.本題甲以乙之代理人的地位，以乙之金錢對自己為部分清償，此即「自己代理」。關於自己代理，民法（下同）第106條之規定，代理人非經本人之許諾，不得為本人與自己之法律行為，亦不得既為第三人之代理人，而為本人與第三人法律行為；但其法律行為，係專履行債務者，不在此限。故我國民法原則上禁止自己代理，其目的係為避免利益衝突，防免代理人厚己薄人，失其公正立場，以保護本人之利益；惟若係專履行債務者，則無利益衝突之問題，對於本人應無任何不利益，故此時例外允許為自己代理（第106條但書），蓋此等情形，並非在創造新的法律關係，而係在結束已成立之法律關係。
- 2.本案，乙授予甲代為管理金錢事務之權限，故甲以代理人之地位為乙為清償，並無「無權代理」或「逾權代理」之問題。又，甲代理乙對自己為清償，屬「專履行債務」之自己代理，依民法第106條但書之規定，甲之自己代理有效，直接對本人乙發生效力（第103條）。

(二)甲之清償行為應有中斷消滅時效之效力

- 1.按第129條之規定，消滅時效，因左列事由而中斷：(1)請求、(2)承認、(3)起訴。次按最高法院51年台上字1216號判例之見解，所謂承認，指義務人向請求權人表示是認其請求權存在之觀念通知而言；又承認不以明示為限，默示的承認，如請求緩期清償、支付利息等，亦有承認之效力。此合先敘明。
- 2.本案，甲代理乙向其清償之行為，應得解釋為甲向乙請求之行為，屬消滅時效中斷事由之一；再者，依上開判例見解，承認不以明示為限，故亦得解釋為甲代理乙向其部分清償之行為，為承認債務之意思，亦構成消滅時效之中斷事由。基此，甲對乙之貸款請求權之消滅時效中斷。

(三)結論：

甲代理乙向其清償之行為，係專履行債務，為民法允許為自己代理之例外情形；又甲之清償為得解釋為甲之請求，甚或解釋為代理乙之承認行為，構成第129條第1項之中斷時效之事由。因此，甲所為之部分清償行為，有中斷時效之效力。

三、某日深夜裡，船長甲於駕駛A客輪時飲酒，因醉酒不慎使該客輪撞到暗礁，導致船體裂開、大量海水進入船體。當船體快速傾斜時，甲除要求乘客留在原地、不要走動外，並沒有採取任何救援措施。等到救援船舶到達後，甲放棄客輪及乘客，自己率先登上救援船舶。很幸運的，在千鈞一髮之際，全體乘客均獲救，僅數人受傷。試就船長甲是否成立刑法第271條「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。前項之未遂犯罰之。」第2項殺人未遂罪加以討論。（25分）

試題評析	此乃「南韓歲月號事件」的時事題，不過額外加入「自招危難」的考點，因而略顯複雜。解題時請有條不紊地依據「行為→構成要件該當性→違法性→罪責」的順序審查，否則恐將遺漏爭點而大量掉分。行為部分先交代本題的不作為屬性，構成要件該當性部分則將重點置於「保證地位的來源？」以及「不作為的著手判斷標準？」尤以前者為要，這可以為罪責的書寫省些時間。違法性部分聚焦於「可否主張緊急避難？」並由利益衡量的衡平性要件中得出否定答案，建議可歸責自招危難在此階層處理。罪責部分關注「可否主張避難過當？」同時帶出負有特別義務之人得否主張第24條第1項的疑問，這問題書籍上幾乎都定位在違法性階層說明，導致考生們忽略罪責層次亦有相關討論，畢竟第24條第2項開宗明義說：「前項關於避免自己危難之規定，……。」當然兼含第1項本文（緊急避難）與但書（避難過當）在內。
考點命中	《刑法總則》，高點出版，易律師，第4-32~4-37、5-18~5-19、7-17~7-31頁。

答：

就船長甲是否成立刑法（以下同）第271條第2項殺人未遂罪之不純正不作為犯，討論如下：

（一）行為：甲未採取任何救援措施便放棄乘客而搭乘救援船舶離去，乃不排除乘客既存死亡風險之不作為。

（二）構成要件該當性：

- 1.客觀上甲為客輪船長，**按船員法第72、73條負協助乘客脫離危險之積極作為義務**，具備保證地位無疑，甲當下有指引乘客逃生之物理作為可能性，卻不為法所期待之作為，惟最終並未發生乘客死亡結果，故客觀構成要件不該當。
- 2.主觀上甲預見前述事實，更對「不作為將導致乘客死亡」乙事抱持容任態度，該當「不違背其本意」要件，至少具備第13條第2項之間接故意。
- 3.然而客觀上甲的不作為是否該當著手，向來有「最後介入可能性說」與「最初介入可能性說」之爭，通說見解最終則以「**不作為使法益受直接危險**」作判準，本文從之。以甲主觀認知為背景，當船體裂開而入水傾斜時，一般人均可觀察到乘客生命法益遭受直接危險，故甲之不作為該當著手。
- 4.小結：甲該當殺人未遂罪之不純正不作為犯的構成要件。

（三）違法性：甲可否主張第24條第1項本文之緊急避難阻卻違法，分析如次：

- 1.客觀上甲正面臨威脅生命法益的緊急危難，就當下情形而言「搭乘救援船舶離去」係足以排除危難的最小手段，**惟所保全的生命利益並未大於乘客被犧牲的生命利益**，無法通過衡平性檢驗，不能阻卻違法。
- 2.此外，甲醉酒導致客輪撞到暗礁翻覆，雖非意圖式自招危難，卻也是**可歸責的自招危難**，無論依循實務所採取的否定說，抑或有力學說要求「衡平性必須嚴格緊縮為保全利益顯然優越於犧牲利益」之主張，結論都是不能阻卻違法。
- 3.小結：甲無法據緊急避難阻卻違法。

（四）罪責：甲可否主張第24條第1項但書之避難過當寬恕罪責，分析如次：

- 1.甲所保全的生命利益與乘客被犧牲的生命利益僅生些微失衡，雖無法成立緊急避難，尚可考慮避難過當寬恕罪責。然而甲是依船員法負有特別作為義務之人，該當第24條第2項之「**於業務上有特別義務者**」，理應無從寬恕罪責。
- 2.對此學理有認為，這種危險承擔義務並非無止盡的犧牲義務，而僅僅是一種風險義務，若該危難已具體迫切地威脅生命法益時，**仍應給予主張避難過當之機會**，本文從之。
- 3.小結：甲可主張避難過當寬恕罪責，且無同條第2項規定之適用。

（五）結論：甲該當殺人未遂罪之不純正不作為犯的構成要件，雖無法據緊急避難阻卻違法，卻可主張避難過當寬恕罪責，按第24條第1項前段規定，得減免其刑。

四、某晚，以打獵為業之原住民甲持土製獵槍打獵時，乙也正巧戴著頭燈、蹲在附近樹林整地。在黑暗中，甲誤把乙頭燈的光點，當成是山豬的眼睛，於是迅速舉槍、瞄準、射擊，一聲槍響之後，乙頸部中彈，後失血過多，送醫不治死亡。經調查，乙是甲認識多年的老鄰居，甲也知悉乙有晚上整地的習慣。試問：甲之行為應如何論處？（25分）

試題評析	相較第三題而言，本題親切許多，一個十分單純的不等價客體錯誤，討論甲有無成立業務過失致死罪。過失犯題型最擔心的莫過於不知行為人行為當下在想什麼，以及行為人本身究竟有無預見可能性，但這兩個不定因子，本題均明確告知，當可輕鬆推論出「甲成立業務過失致死」的結論。建議考生先將三、四兩題看完後再分配作答時間，原則上六四分或七三分較佳，否則不是第三題寫太少或想回頭補充沒空間，就是第四題寫完後只能看著天花板發呆。
考點命中	《刑法總則》，高點出版，易律師，第6-9~6-19、6-31~6-33、10-12~10-13頁。

答：

(一)甲將乙誤認為山豬而開槍射殺之行為，成立刑法（以下同）第276條第2項的業務過失致死罪。

- 1.客觀上，甲朝乙所在位置開槍射擊，乃違反注意義務而製造「使乙死亡」所不容許風險之行為，又該行為不可想像不存在地導致乙中彈身亡，實現法規範欲避免之結果，客觀構成要件該當。
- 2.主觀上甲雖無意致乙於死，惟依題意甲乙兩人是多年老鄰居，按其自身能力、知識、經驗，當可知悉乙有晚上整地習慣，故對「樹林內之光點係乙整地時之頭燈所發出」之事有預見可能性。職是，甲有預見可能性，行為當下卻未意識乙的存在，該當第14條第1項「應注意、能注意而不注意」之無認識過失。
- 3.附帶一提，案例中甲誤認乙為山豬而殺之，乃發生行為客體同一性的錯誤，學理慣稱為不等價客體錯誤，併此指明。
- 4.甲無阻卻違法、罪責事由。且甲是獵人，狩獵行為屬於客觀上具有反覆繼續性的業務行為，主觀上甲亦有將來反覆實施之意思，故成立業務過失致死罪。

(二)結論：甲成立業務過失致死罪。

【版權所有，重製必究！】