

101年公務人員高等考試三級考試試題

30120
代號：30220
30620

全一頁

類 科：一般行政、一般民政、人事行政

科 目：民法總則與刑法總則

考試時間：2小時

座號：_____

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題，作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上，於本試題上作答者，不予計分。

- 一、甲與乙通謀虛偽意思表示，由甲將其所有之凶宅辦理所有權移轉登記於乙。不久，乙經法院為監護之宣告，並由其配偶丙擔任監護人。丙不知甲、乙之通謀虛偽意思表示，但知系爭房屋為凶宅。嗣後，丙以乙之代理人名義，將系爭房屋出賣並移轉所有權登記於丁。丁就甲、乙之通謀虛偽意思表示及系爭房屋為凶宅，均不知情，且丁就其不知並無過失，乙、丙亦皆未對丁為任何告知。請問：甲就系爭房屋，對乙、丁二人，各有無可以主張之權利？丁就系爭房屋得對乙為如何之主張？(25分)
- 二、甲同意其弟乙無償在甲之已登記之A地上蓋屋自住，13年後，甲之兒子丙想在A地蓋工廠，甲先不置可否，丙乃一直爭吵。又過3年，甲不耐煩丙之爭吵，乃同意由丙出面以甲之名義請求乙拆屋還地，但乙以時效完成為理由拒絕之。再過1年，甲以贈與為原因，將該地所有權移轉登記於丙。丙遂以所有人身分請求乙拆屋還地，乙仍拒絕之。請問：丙出面以甲之名義請求乙拆屋還地時，乙以時效完成為抗辯，有無理由？丙以所有人身分，請求乙拆屋還地，有無理由？(25分)
- 三、甲年七十有餘，患有失智症，數度在同一便利商店拿取價值微薄的物品，不付帳離去，皆未被發覺。某一日甲再度進入便利商店取物，不付帳離開，被店員發現攔截，報警處理。案經檢察官起訴。法院審理中，鑑定發現甲的失智症嚴重，無法自我控制，有反覆竊取他人物品的高度可能性。試問，甲的竊盜行為有無阻卻罪責事由？法官得宣告何種保安處分？(25分)
- 四、乙在私人企業擔任出納工作，當發生財務困境時，其妻甲向乙建議，可將乙經手的錢財作為應急之用，再設法回補。乙正擬侵占經手的錢財時，適逢公司連日稽查業務，不敢妄動。數日後，甲再向乙提議，業務稽查後是最佳的下手時機，乙於是布局侵占。甲獻計後，卻心生不安，在乙尚未得手前，勸乙打消侵占念頭，但沒有積極的阻止行動。乙後來因職務調動，而無法遂行侵占。試問：甲前後兩次建議乙侵占，是否有罪？(25分)

□ 申論題解答

一、通謀虛偽意思表示與善意第三人

【擬答】

- (一)這一題看起來好像非常複雜，但其實並只要掌握民法第 87 條有關通謀虛偽意思表示以及行為能力之基礎概念，與貫徹民法對於善意第三人之保護，即可順利解題。首先，依據民法第 87 條第 1 項規定：「表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效。但不得以其無效，對抗善意第三人。」因此，甲乙之間的物權讓與契約無效，所有權即使經過移轉登記，仍然不發生物權變動之效力；因此乙並未取得該屋之所有權。甲仍為該屋之所有人。
- (二)既然乙並非所有人，後復因監護宣告喪失行為能力，由其法定代理人丙代為法律行為（參見民法第 15 條、第 75 條），丙明知該屋為凶宅，而仍將其出賣並於形式上移轉登記予丁，依據題目所描述之情形，丁顯然為善意第三人。
- (三)通謀虛偽意思表示，本質上為無效，因此不發生權利之變動，故甲仍為所有權人；對於乙，在物權關係上得本於民法第 767 條之規定，請求返還所有物。現乙已為無行為能力人，因此由丙代其為法律行為，則依據民法第 87 條第 1 項但書規定，丁既為善意，則甲不得以其與乙之間的通謀虛偽意思表示對抗丁，因此該甲不得對丁主張返還。
- (四)丁雖取得房屋所有權，但因該契約之作成，乃係丙（乙之法定代理人）故意隱瞞該屋為凶宅之事實而成立之契約，因此意思表示顯有瑕疵，依據民法第 92 條第 1 項之規定，丁得行使撤銷權，撤銷其房屋買賣契約。

二、消滅時效之適用與所有權移轉

【擬答】

- (一)前導概念：從消滅時效制度之概念上來看，消滅時效的客體雖為請求權，但並非所有請求權皆得為消滅時效的客體，此為民法消滅時效制度上長久以來的問題。在財產上請求權，依照請求權標的之不同，可分為債權請求權以及物權請求權，前者原則上有消滅時效的適用，然後者則有爭議，依照司法院大法官釋字第 107 號、第 164 號解釋，已登記不動產之物權請求權無民法消滅時效之適用；而未登記之不動產及動產之物權請求權，依照反面解釋，則有消滅時效的適用，得為消滅時效之客體。至於身分上請求權，如為純粹身分關係之請求權，因與公共秩序、善良風俗及道德觀念密不可分，因此不因時效經過而消滅；如為身分上之財產請求權，因為以財產為目的之請求權與一般請求權並無不同，原則上得為消滅時效之客體。
- (二)依據此一概念，題目並未明示究竟甲、乙之間是否有地上權之約定，如以消滅時效出題之觀點考察之，顯然並無地上權之約定。則丙代理甲請求行使拆屋還地權，依據司法院大法官釋字第 167 號解釋之見解，無民法第 125 條消滅時效之適用，因此乙以時效完成為抗辯，應無理由。
- (三)甲將該地贈與丙，並已完成所有權移轉登記，則丙為所有權人。依據民法第 767 條之規定，所有人得行使妨害排除請求權，乙之抗辯，仍無理由。

三、責任能力與保安處分

【擬答】

- (一)本題基礎事實非常單純，在討論上以責任能力之部分加以處理即可。學說上承認，此類行為人，除依據刑法第 19 條之規定可認為欠缺責任能力之外，亦欠缺責任能力要素中最重要之期待可能性要素，因此，依據通說見解，此類行為人所需者並非懲罰，而是教育治療，因此除得宣告無罪外，於保安處分之宣告上，應考量其具體情形，宣告適當之保安處分。
- (二)於一般狀況中，行為人可宣告刑法第 87 條之監護處分，但於本題情形中，行為人已高齡七十有餘，且顯難控制自己行動，如令入相當處所施以監護，可能影響其身心狀況。因此，或可考慮依據刑法第 92 條宣告替代監護處分之保護管束，可能較為妥當。

四、教唆行為、中止犯與未遂犯著手之判斷

【擬答】

刑法第 29 條之教唆犯，已經採取限制從屬性之立法，因此從屬於正犯之行為，如正犯尚未著手，則顯然亦不能論教唆犯之罪責。因此，本題要先從乙之行為加以說明。

(一)第一次之教唆

從題目的描述來看，乙正擬侵占錢財時，該公司稽查業務，故未能遂行其犯罪行為；在概念上可能已經著手。惟侵占罪為即成犯，其如何成立未遂犯，學說上頗有爭議。假設乙已著手侵占而未遂，顯然已經構成刑法第 336 條第 3 項之業務侵占未遂罪，則依據刑法第 31 條第 1 項之規定，業務侵占罪為雙重身分犯，甲得構成本罪之教唆犯。

(二)第二次之教唆

乙佈局侵占，據題目之設計，似乎為預備行為；則既然屬於預備行為，依據刑法第 29 條所採取之限制從屬性理論，正犯之預備行為，教唆犯不能從屬，且乙終究未能實行其侵占計畫，故甲雖有教唆，但不成立參與犯。

(三)中止犯之問題

至於是否有刑法第 27 條中止犯之問題，即需改變假設，認定乙已經實行侵占行為，但由於甲並無任何積極阻止行為，且犯罪結果之不發生，並非因甲之勸說，而係因客觀上之障礙發生，故犯罪結果不發生。因此甲亦不能成立刑法第 27 條之中止犯。