



103年公務人員高等考試三級考試試題

20120

代號：20220

全一頁

20620

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、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)
- 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)
- 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)
- 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)



申論題解答

一、競業禁止契約與條件

(一)丙與丁之法律行為：

1.丙與丁約定由丁授藝，其契約條款中稱離職後3年內不得獨立從事美髮工作，如有違反，應對於丁負賠償責任者。依據民法第99條第一項之規定：「附停止條件之法律行為，於條件成就時，發生效力。」由本項要件加以檢查可知：

- (1)所謂條件，乃其成就或不成就繫於未來不確定發生之事實者；故丙離職後3年內是否獨立從事美髮工作，乃未來不確定之事實，應屬條件；
- (2)由於乃限制丙之獨立工作權，故屬於消極之條件；
- (3)如該條件成就者，則應由丙給付新臺幣50萬元之賠償金予丁，故條件成就時發生給付賠償之法律效力，故本件之條件，乃屬消極之停止條件。

2.條件之本質，雖為法律行為之附款，但競業禁止之相關約款，於實務上頗生爭議。學說上多數認為，如屬於民法第250條督促性質之違約損害賠償條款，則當事人自得依法加以約定；為如具有懲罰性質之違約賠償條款，則可能涉及民法第74條暴利行為與第72條公序良俗之違反，故本件之事實，乃涉及該競業禁止之損害賠償條款是否公平合理。

(二)丁之主張應認無理由：

- 1.自公序良俗之觀點而言：競業禁止條款之附加，原則上應參酌市場狀況、受僱者掌握事業機密之層級，以及競業禁止對於原雇主所產生之具體利益，與競業禁止對於該受僱人所可能發生之效果加以通盤觀察。現當事人間約定丙3年內不得獨立從事美髮工作，並未具體限制競業禁止之區域（本題丙遠至高雄獨立開業，且為離職之第2年），亦無其他競業禁止之補償條款，且約定賠償金額為50萬元，依據一般社會通念，乃屬高額，而具有懲罰之性質。
- 2.依據學說之見解，民法上債務不履行之責任僅有損害賠償回復原狀之規範，懲罰此文義所包含之制裁功能與現行債務不履行制度之任意規定立法意旨完全悖離，應認與公共秩序不符。其次，懲罰可否解釋為民法第250條之督促性質之違約金，文義上顯有重大疑義。同時，該懲罰性違約金條款亦有目的不達之問題。蓋如上開見解，應檢驗該違約金條款之約定是否有其契約上之正當理由與實際需求，同時衡酌契約當事人之利益關係與損害情事。換言之，該違約金約款之約定，核與懲罰性違約金之督促目的不合，是以若有此懲罰性違約金之約定，應為無效之法律行為，違反誠信原則且顯失公平而無效。
- 3.依據民法第74條第一項之規定：「法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付，或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為，或減輕其給付。」學徒學習美髮工作，並無經驗，驟然與雇主約定此類顯失公平，且必須負擔高額違約賠償之契約，宜解為雇主之暴利行為而認原受僱人得依法聲請法院加以撤銷，或至少得減輕其給付。

(三)依據上開說明，如認該競業禁止之違約金賠償約定為有效者，則宜認其違反暴利行為而無效；然如依據學說之積極見解，為保護無經驗且經濟上居於弱勢之受僱人，宜解為該約定違反民法第72條之公序良俗條款而無效。



二、自己代理與時效中斷

(一)甲為有權代理人：

- 1.依據民法第 167 條與第 103 條之規定，債務人乙授權債權人甲為其管理金錢，故甲為乙有關金錢事務之有權代理人。
- 2.民法第 103 條規定：「代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力。」故甲所為有關金錢之法律行為，乃直接對乙生效。

(二)自己代理之禁止與例外：

- 1.依據民法第 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，而為本人與第三人之法律行為。但其法律行為，係專履行債務者，不在此限。」
- 2.故甲如代理自己與本人乙之金錢事務，原則上應受本條之限制，除：
 - (1)經本人許諾；
 - (2)法律行為係專為履行債務者，則此類法律行為，無須另經本人同意，代理人可自為之。
- 3.故甲代理乙為部分清償之行為，仍屬有權代理之範圍，法律上乃為有效。

(三)消滅時效之中斷：

- 1.消滅時效之中斷事由，民法乃採取法定要件之規範方式。亦即，依據民法第 129 條第一項之規定，消滅時效，因下列事由而中斷：
 - (1)請求；
 - (2)承認；
 - (3)起訴。
- 2.故是否時效中斷，專依上開規定加以判斷。本件情形，依據實務見解（最高法院 71 年台上字第 3433 號判例參照），乃認部分清償為債務之承認，故屬民法第 129 條第一項第二款之事由，乃生中斷消滅時效之效力。

三、不作為殺人之論述

本件涉及不作為犯之不法構成要件該當性，故檢討其要件如下：

(一)客觀不法構成要件該當性：

1.不作為：

就「作為義務的內容」而言，係指迅速而有效防止結果發生。依通說見解，不作為係指不為法律期待應為之行為。法律期待行為人實施迅速且有效防止結果發生之作為，如果行為人未救助法意，或未採取迅速有效的救助措施，即屬不作為。若依學說之見解，則作為是指製造原不存在的風險，不作為則指放任既有之風險。

「作為義務之界限」方面，作為義務之內容並非毫無界限，應是具體個案而定，可以參考容許風險的概念，亦即在「一般價值判斷上，對於當時情況下的風險控制的合理付出就是作為義務人義務界限之所在。」

2.作為可能性：

「法律不能強人所難」。唯有行為人事實上有履行作為義務之可能性時，其不作為始可能成立犯罪。也就是說，以有作為可能性為前提。需注意的是，作為可能性是考慮現實或物理上，行為人有無救助能力，是不法構成要件要素。相對於此，期待可能性是考慮規範或心理上，是否能期待行為人救助，是罪責要素。

3.因果關係與客觀歸責：

(1)因果關係：



依據通說見解，假設的因果關係。認為由於不作為欠缺物理作用力，故不作為與結果的因果關係，無法直接適用條件理論。因此修正後的標準為：若採取法律所要求的救助措施，則具體結果有幾近確定的可能不發生。

(2)客觀歸責：

在通說的客觀歸責的下位概念中，存有所謂的「義務違反關連性」，其意指：行為的違反注意義務與結果之間亦應有因果關係。倘若合乎注意義務的行為，仍確定會導致相同結果，則此結果不可歸責於違背義務的行為。而從不作為犯的角度思考此觀點，應探討結果是否來自不作為的義務違反性。惟有當採取應為的救助行為，在該具體的危險中有幾近確定的避免構成要件結果，始可肯定義務違反關連。

4.保證人地位：

主要可分成「保護義務的保證人地位」和「監督義務的保證人地位」，如下：

(1)保護義務的保證人地位：

①密切的共同生活關係：

長久的親近的共同生活關係，可以形成保證人地位，如夫妻之間、類似婚姻的同居關係，及父母及小孩間的關係，甚至如兄弟姊妹及已訂婚男女間也是。

②危險的共同體：

危險共同體，是多數人所組成的團體，並且此一團體，依其形式，是建立在團體成員相互幫助與扶持的基礎上，如登山隊等。重點在成員加入危險共同體的時候，必須是已讓人明白認知，他們有在危險的時候相互扶助的意願。

③保護義務的自願承擔：

透過保護義務的自願承擔，承擔人對於被保護人即居於保證人地位，有義務防止危險的時限，如褓母、救生員等。此可能存在於一般的私人生活關係，也可能存在於公務關係上的保護義務的自願承擔。需注意公務關係上的承擔，其範圍決定於個別的公務關係，換句話說，須根據個別的公務目的來決定公務上的保護義務範圍決定自願承擔的義務範圍。

④法令規定：

依通說，凡有法令之規定內容係以保護他人法益為目的者，無論其性質屬行政法規或命令，均屬於此處之法律。如本題依據船員法第 73 條第三項之規定：「放棄船舶時，船長應盡力將旅客、海員、船舶文書、郵件、金錢及貴重物救出。」即屬法定義務。

(2)監督義務的保證人地位：

①違背義務之危險前行為：

製造危險的行為人，有防止結果發生的義務。此行為的危險應僅限於有特定對象限於該行為所製造出來的危險狀態的效力範圍內，否則仍不得以危險前行為為由，成立保證人地位。另，以行為人對此危險有預見可能性為前提。

需特別注意的是，通說認為應以違背義務之危險前行為為限制，包含出於故意與過失者。如係合於義務之危險前行為（如正當防衛），並不足以構成保證人地位。而又更應特別注意的是，基於衡平法益的保護，例外承認即使為阻卻違法的緊急避難行為人，若其為攻擊性緊急避難，則對被犧牲者仍居於保證人地位，是為例外之例外。



②危險物的持有：

一個人所支配的範圍，如果有可能造成他人法益侵害的危險物品存在，必須控制其危險，防止侵害結果的發生。典型如招牌的設置、有毒物品的存放等。

③場所主人責任：

其意為：場所的本身並非危險源，但是場所的持有人對於這個場所裡所可能發生的法益侵害，仍然有防止的義務。

④為他人行為負責：

法律上有義務監督及控制他人之行為者，必須防止被監督人之行為所造成第三人的損害，例如父母對於未成年子女或老師對在學的學生等等。建構的理由在於一般人會信賴監督者會管制被監督人的行為，使其不致於對一般人造成損害。

(二)主觀不法構成要件：

1.故意犯：除特殊之主觀意圖，屬於不法構成要件的事實，皆屬於故意的認知對象。因此自包含上述的不作為、作為可能性、因果關係等等的認知。本件乃檢討故意犯之部分。

2.過失犯：若行為人對不法構成要件事實有預見可能性時，則有過失。

(三)特別刑法之規定：

依據上開要件之檢討，船長甲得論以刑法第 271 條第二項不純正不作為殺人未遂罪。而依據船員法第 76 條之規定，船長違反第 73 條第三項規定（即棄船時之盡力救助義務）者，處七年以下有期徒刑。因而致人於死者，處三年以上十年以下有期徒刑。

四、客體錯誤之檢討

(一)客體錯誤之內容：

1.依據通說見解，行為人對於行為客體之同一性認識錯誤，亦即對行為客體物理上之特質的認識錯誤，即為客體錯誤。而客體錯誤由規範的評價上來看，又可以分成等價的客體錯誤與不等價的客體錯誤，即以客體在法定構成要件上是否評價相等為等價與否的區分標準。

2.關於客體錯誤的法律效果，通說見解認為客體錯誤是否發生阻卻故意的效果（即是否為錯誤），乃是以「法定符合說」為判斷標準。在此一命題下，當行為人主觀所認識到可能實現的與實際上所實現的構成要件：

(1)等價時：等價之客體錯誤無錯誤可言，亦即不阻卻故意。

(2)不等價時：不等價的客體錯誤阻卻故意，視情形（是否符合過失犯之要件）成立過失。

(二)本件事實之涵攝：

甲誤認乙為山豬，故開槍誤擊而致乙死亡，依據上開說明，乃屬不等價之客體錯誤，故甲應構成刑法第 276 條第一項之過失殺人罪。至於甲熟知乙之生活習慣，仍不能逕認甲即有刑法第 13 條第二項之間接故意，故甲仍應論以上開第 276 條第一項之過失殺人罪。