

行政 民政 人事

《民法總則與刑法總則》

試題評析

民法總則今年試題與去年大異其趣，去年全部出實例題，今年則全部為申論題，但相同的是題目均不難，只要是有心準備考試的應考人，都可掌握到出題重點。但得分高低關鍵在於答題是否層次分明，井然有條，尤其申論題最怕掛一漏萬，答不完整，這必須從多做考古題著手，才能累積堅強答題實力！

一、請依民法總則編的規定，說明死亡宣告的要件及效力，並詳述檢察官在死亡宣告事件中的地位。（25分）

答題關鍵：死亡宣告之要件及效力，務必依條文規定，條理分明的詳述其實質要件、形式要件及有關效力方能獲得高分。

答：(一)死亡宣告之要件：

1.實質要件：

(1)須有自然人之失蹤：失蹤，係自然人離去其最後住所或居所，而生死不明之狀態。

(2)須經過法定失蹤期間：失蹤期間，有普通期間與特別期間兩種：

普通期間以滿七年為原則（民八 ），但失蹤人為八十歲以上者，縮短為滿三年（民八 ）。
特別期間為滿一年，此乃顧及失蹤人遭遇戰爭、海上危難、地震、火災及其他特別災難而設（民八 ）。但民用航空法第九十八條規定：「因航空器失事，致其所載人員失蹤，失蹤人於失蹤滿六個月後，得因利害關係人或檢察官之聲請，為死亡之宣告。」。

特別期間為滿一年，此乃顧及失蹤人遭遇戰爭、海上危難、地震、火災及其他特別災難而設（民八 ）。但民用航空法第九十八條規定：「因航空器失事，致其所載人員失蹤，失蹤人於失蹤滿六個月後，得因利害關係人或檢察官之聲請，為死亡之宣告。」。

2.形式要件：

(1)須有利害關係人或檢察官之聲請：利害關係人，指失蹤人之配偶、繼承人、法定代理人、債權人、受遺贈人、人壽保險金受領人及其他就死亡宣告有身分法上及財產法上利害關係人之人或國庫（民一一八五參照）。但遺產稅徵收機關則非利害關係人（司法院卅五年院解字三二三 號）。又為顧及公益上之需要，檢察官亦得為聲請人，俾於利害關係人不為聲請或無利害關係人時，有補救之道。

(2)須經法院公示催告：法院於為死亡宣告以前，須先為公示催告，公示催告之時間須為六個月以上。

(二)死亡宣告之效力：

1.死亡事實之推定：民法第九條第一項規定：「受死亡宣告者，以判決內所確定死亡時，推定其為死亡。」

2.死亡日期之推定：民法第九條第二項規定，推定死亡之時間，係依第八條所定期間最後日終止之時，為死亡之時。但有反證者，不在此限。

3.同時死亡之推定：多數人如果同時遇難，其死亡時期之先後不易證明。然而，死亡先後對於當事人間之財產繼承關係影響甚為重大，為避免爭議，民法特於第十一條規定：「二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後，推定其為同時死亡。」同時遇難之多數人採同時死亡主義，彼此間互不發生繼承關係。

4.死亡宣告在人方面之效力：死亡宣告有其絕對性之效力，不僅對於聲請人發生效力，而且對於任何人均發生效力。

5.死亡宣告在事物方面之效力：死亡宣告及於失蹤人之財產及身分關係 等一切私法上法律關係。但不及於失蹤人公法上法律關係，故失蹤人有無犯罪、有無逃漏稅、有無兵役義務、有無選舉權等，均與死亡宣告無關。

6.死亡宣告後，失蹤人在他地之法律關係：受死亡宣告後，失蹤人如尚生存於其他地方，則在他地方生存期間所為之法律行為依然有效，不受死亡宣告之影響（即仍得享有權利能力）。

(三)檢察官在死亡宣告事件中的地位：

以往失蹤人無利害關係人或關係人不願聲請死亡宣告時，由於法院不得依職權為死亡宣告，失蹤人的法律關係長期陷於不確定狀態中。為維護公益並解決問題，民法修正後特別增設檢察官為聲請人，俾資補救。檢察官係代表國家獨立聲請（獨立地位說），不受利害關係人意見的拘束。檢察官在提出請時，固宜徵詢利害關係人意見，但並非居於輔助地位（輔助地位說），僅於無利害關係人或利害關係人無意見時，始得聲請。

* 見高點：陳連順老師編著講義「民法總則體系表」，第5頁至第7頁。

二、民法總則編如何規定附條件法律行為的效力？（15分）法律行為在何種情形下不許附條件？（10分）

答題關鍵：民法有關附條件法律行為效力的規定，依民法第九十九條至第一 一 條規定，全部都要一一列舉，不可遺漏。至於不

許附條件的法律行為有兩種情形，一般人容易忽略，如果答不完整，想得高分很難！

答：(一)民法對附條件法律行為效力之規定：

1.條件成就之效力：

- (1)附停止條件之法律行為，於條件成就時發生效力（民九九）。
- (2)附解除條件之法律行為，於條件成就時失其效力（民九九）。
- (3)條件成就之效力不溯既往，惟依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，依其特約（民九九）。

2.條件不成就之效力：

- (1)停止條件不成就，則該法律行為確定不生效力。
- (2)解除條件不成就，則確定不失其效力。

3.條件已成就之擬制：因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為阻其條件之成就者，視為條件已成就（民一一）。例如：甲乙約定，乙若考取代書，甲贈轎車一輛，嗣於考前，甲故在乙之食物下毒，致乙不能如期應考，則應視乙已考取，得請求甲給付轎車。

4.條件不成就之擬制：因條件成就而受利益之當事人，如以不正當行為，促其條件之成就者，視為條件不成就（民一一）例如：甲、乙言明，乙仲介房屋買賣成功，甲願致酬若干，嗣乙脅迫丙向甲買屋，不論丙是否撤銷買賣視為乙未仲介成功，不得向甲請求報酬。

5.條件成否未定前之效力：此時法律行為效力之發生或消滅與否，尚難逆料，當事人之權利雖尚未取得，但有取得之希望，學說為期待權，故附條件之法律行為當事人，於條件成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得益利之行為者，負賠償損害之責任（民一）。

(二)法律行為，原則上得附條件，例外不許附條件者，其情形有二：

- 1.由於法律禁止者：某些法律行為，若附加條件，則法律效果不易確定，影響交易秩序，因此法律明文規定，禁止該法律行為附加條件。例如民法第三百三十五條規定：「抵銷，應以意思表示，向他方為之。其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷時，按抵銷數額而消滅。前項意思表示，附有條件或期限者，無效。」
- 2.由於法律行為之性質者：法律行為性質上不許附條件者，有由於私益上之原因，例如撤銷、解除若附加條件，將使交易行為之法律效果不確定，妨害相對人之利益；有由於公益上之原因者，例如結婚、離婚、非婚生子之認領、繼承之承認或拋棄等若附加條件，則有害於公序良俗是。

*見高點：陳連順老師編著「民法總則體系表」第45至47頁及「民法總則考題補充」第41至42頁。

三、何謂「空白刑法之錯誤」？其與「構成要件錯誤」及「禁止錯誤」有何關係？試舉例說明之。（25分）

答題關鍵：本題考的是最基本的空白刑法錯誤，不過值得注意的是這一題的出題方式很特殊，它要求指出「空白刑法錯誤」和「構成要件錯誤」、「禁止錯誤」的關係，所以在答題順序上必須先說明構成要件錯誤與禁止錯誤的概念及效果。

答：(一)空白刑法之錯誤，又稱空白構成要件之錯誤。所謂空白構成要件係指構成要件只規定一部分之禁止內容與法律效果，其他的部分則委由行政命令制定。空白刑法，亦即空白構成要件之錯誤則是指行為人對於空白構成要件所指涉之「行政命令」發生錯誤。

(二)至於所謂「構成要件錯誤」之意義為，行為人主觀上並未認識客觀不法構成要件之客觀構成犯罪事實，致其在主觀上認識之內容與客觀犯罪事實不相符合而言，此種錯誤原則上會阻卻故意。而「禁止錯誤」之意義為，行為人對於行為是否違法之錯誤，即行為人主觀上認為合法之行為，在客觀事實上，卻是法律規定加以處罰之行為，此種錯誤通說認為不阻卻故意，祇會影響罪責。

(三)茲以野生動物保育法的規定為例。野生動物保育法 §41：有下列情形之一者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金。

- 1.未具 §18 之條件，獵捕、宰殺保育類野生動物者。
- 2.略。

例如：客觀上「伯勞鳥」為保育類動物，行為人不知而捕殺之。

1.甲說 - 構成要件錯誤，阻卻故意。

條文係規定「獵捕、宰殺『保育類野生動物』者，因此在判斷行為人是否有故意的時候，行為人必須認識到其獵殺的動物為保育類動物，即不僅須認識捕殺某種動物，亦必須認識保育類野生動物之社會意義，亦即此種動物係稀少的。否則便不具備本罪之構成要件故意。

2.乙說 - 禁止錯誤，欠缺不法意識。

所有的空白構成要件要素都是可以替換的，使用空白構成要件的立法形成，僅係立法經濟的考量。也就是說，「保育

類野生動物」這個要素，配合補充的行政命令之後，可以改為「伯勞鳥、台灣獼猴、雲豹、」。如此一來，行為人的故意就只需要認識到所獵殺的客體事實上是伯勞鳥，至於誤認其非保育動物，只會導致行為人誤以為自己的行為並不是法律所禁止的，即欠缺不法意識，而成為禁止錯誤。

* 國內實務上採取乙說，至於學說上則有爭議

* 參考資料：林山田，《刑法通論上》，七版，344-345頁。

方律師，《刑法總則》，2-70頁以下。

四、試就下述事實，分析甲應負之刑責：甲與乙、丙有仇，一日甲打開乙之抽屜，竊取分別屬於乙、丙二人所有之金錢及珠寶；稍後甲又同時向乙、丙二人施用詐術，而騙取乙、丙二人之金錢；最後甲並意圖使乙、丙二人受刑事處罰而一狀誣告二人犯罪。（25分）

答題關鍵：本題很明顯地就是在考一個概念：犯罪成立的數目必須透過法益的侵害個數加以觀察，如果法益只有侵害一個，那麼縱使在事實的陳述中出現了兩個以上的「可能被害人」，那麼還是只有一法益侵害而論以一罪。這對高考考生可能難了一點，不過如果能多了解刑法法益和犯罪的關聯，那麼就可以順利地想出解題的關鍵。至於本解題用的是現行刑法界最公認的解題方式，高考考生可能不熟悉，但是解題者仍建議以此種方式作答為佳。

答：(一)甲竊取乙之金錢，可能構成一個竊盜既遂罪（刑法三二 條一項）

竊盜罪客觀上以未得他人同意而破壞他人持有建立自己持有為要件，某甲未得乙同意而取之，該當客觀構成要件，主觀上甲有竊盜故意和不法所有意圖，沒有其他阻卻違法 and 阻卻罪責事由，甲構成本罪。

(二)甲竊取丙之金錢，可能構成另一個竊盜罪（刑法三二 條一項）

丙將金錢放在乙之抽屜，該部分之金錢的所有人雖為丙，但持有人乃為乙，甲未得持有人乙之同意而破壞乙在抽屜內對於其金錢之持有，該當客觀構成要件，甲亦有竊盜故意和不法所有意圖，沒有其他阻卻違法 and 阻卻罪責事由，甲構成本罪。但有問題的是，某甲在同一行為中分別竊取屬於乙丙之金錢，是否有可能只論以一個竊盜罪即足？這必須從法益的觀點加以分析，因為行為人侵害幾個法益，原則上就應該論以幾罪，竊盜罪保護的是財產法益，而財產法益的法益持有人個數必須透過財產持有人的個數來確認，亦即如果行為人所侵害的只是一個持有人對於其持有物的利益時，無論該持有物的所有人有數人以上，都只論以一個侵害「持有人持有利益」的竊盜罪，因此本題之甲，對於丙的金錢部分，已經包含於上述一之討論中，沒有必要另外構成一個犯罪。

(三)甲施用詐術騙取乙的金錢，可能構成詐欺取財罪（刑法三三九條一項）

本罪客觀上以行為人行使詐術，而使相對人陷於錯誤，並進而交付其財物，發生財產上損害為要件，本題甲施用詐術，使乙陷入錯誤，並交付金錢，乙發生財產上損害，客觀構成要件該當，主觀上甲有詐欺故意和不法所有意圖，沒有其他阻卻違法 and 阻卻罪責事由，甲構成本罪。

(四)甲施用詐術騙取丙的金錢，可能構成另一個詐欺取財罪（刑法三三九條一項）

甲施用詐術，丙陷入錯誤並進而交付金錢，客觀構成要件該當，甲有詐欺故意和不法所有意圖，沒有其他阻卻違法 and 罪責事由，甲構成本罪。不過本題之問題在於甲是否只論以一個詐欺罪即足，如上述二所指，財產犯罪的法益是以持有人的數目來決定的，甲騙取乙持有的金錢時，即侵害了乙所持有的財產，當甲以同時的一行為又騙取丙持有的金錢時，又侵害了丙所持有的財產，這是兩個不同持有人的財產，因此甲就乙、丙之部分應該個別成罪。

(五)甲以一狀誣告乙犯罪，可能構成誣告罪（刑法一六九條一項）

甲以一狀向該管公務員誣告，客觀構成要件該當，主觀上甲有誣告故意和使乙受刑事處罰的意圖，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法 and 罪責事由，甲構成本罪。

(六)甲以同一狀誣告丙，可能構成另一個誣告罪（刑法一六九條一項）

甲誣告丙，有誣告故意和使丙受刑事處罰之意圖，沒有其他阻卻違法 and 罪責事由，甲構成本罪。同樣的問題是某甲以一狀同時誣告乙、丙，是否以一罪論之即為已足，如上所述，這仍然必須透過法益的觀點討論，因為誣告罪的法益是國家的刑罰權之正常運行，屬於抽象的國家法益而不是以個人數目為核心的個人法益，法益數上的認定永遠是一個國家法益而已，不會因為一狀誣告許多個人而會有多數法益受侵害，因此甲一以狀誣告乙丙只侵害一個國家刑罰權正常行使的法益，只構成一個誣告罪而已。

(七)競合：甲一行為構成一個竊盜罪，另一行為構成二個詐欺罪，就這部分是屬於一行為侵害數法益而該當數罪名的想像競合，從一個詐欺罪處斷；第三個行為構成一個誣告罪，因此甲構成三罪，竊盜、詐欺、誣告，而这三罪之間沒有任何牽連或連續關係，數罪併罰之。

* 見高點：蔡律師，《高點法學錦囊叢書，刑法總則》，455-456頁。

王律師，《刑法總則》，3-6頁至3-10頁。