

行政、民政、人事

《民法總則與刑法總則》

試題評析

1.民總：本次民總試題略為簡單，皆為基本概念題，同學只要有用心學習者，應可得不錯之分數。具體來說，第一題乃最基本的「請求權」、「形成權」、「抗辯權」體系之問題，相當簡單，同學應分段逐一鋪陳，並記得舉例說明。第二小題，同樣為基本概念題，且「除斥期間與消滅時效之區別」，亦為「常見之考古題」，同學應可輕鬆作答。

2.刑總：

第3題：本題考的是幫助犯對正犯實施幫助，但正犯竟發生加重結果的錯誤，該幫助犯應該如何論罪的問題。

答題重點：先對正犯乙作答，再對幫助犯甲作答，作答時嚴守構成要件、違法、罪責的順序，應該可以拿到高分。

參考書目：高點，方律師刑總。

第4題：本題考得相當一般，因此必須寫得極為詳細，否則難以取得高分。

答題關鍵：先就論罪回答，再就競合、科刑回答。

參考書目：高點，方律師刑總。

一、形成權、請求權、抗辯權為何？並各舉一例以明。（25分）

答：

一、形成權：

(一)形成權之意義

形成權乃指：權利人「單方」行使即可發生法律關係變動之權利。申言之，形成權乃因權利人單方之意思表示而使法律關係發生、變更或消滅之權利。主要有：撤銷權（民法八十八條）、選擇權（民法兩百零八條）、抵銷權（民法三百三十四條）、解除權（民法二百五十四條、二百五十五條）、終止權（民法四百四十條）等。

(二)形成權之舉例說明

今以形成權中之「撤銷權」為例，以說明形成權之概念。詳言之，當表意人之意思表示被詐欺或被脅迫時，則此時表意人之意思表示為「有效，然得撤銷」之狀態，此時表意人可單方行使「撤銷權」，而將其意思表示加以撤銷，而意思表示撤銷後，該意思表示視為自始無效，就此而言，撤銷權即為「單方行使而直接使法律關係發生變動」，故屬於形成權之一種。

二、請求權：

(一)請求權之意義

請求權乃指：其權利之實現需「他人」（主要為債務人）行為之介入方可。申言之，權利人不得直接支配標的物，而只能要求他人為履行行為，進而實現其權利之內容。其主要有：債權之請求權、物權之請求權（民法七百六十七條）。

(二)請求權之舉例說明

今以請求權中之「債權請求權」為例，說明請求權之概念。詳言之，當債權人對於債務人有請求給付特定物之債權時，則由於該債權僅為「請求權」，故債權人不得直接對特定物為支配，而只能請求債務人為交付特定物之履行行為，進而實現該債權。

三、抗辯權

(一)抗辯權之意義

抗辯權乃指：對抗權利人行使權利之權利。詳言之，抗辯權乃抗辯權人，於對方行使一定權利時，得拒絕給付或阻止其權利行使之權利，故抗辯權於性質上乃對抗權。主要有：永久性抗辯（如：時效抗辯權）、一時性抗辯（如先訴抗辯權、同時履行抗辯權）。

(二)抗辯權之舉例說明

今以抗辯權中之「時效抗辯權」為例，說明抗辯權之概念。詳言之，當債權人對於債務人之債權經過一定期間（通常為十五年）而不行使時，則債務人即取得時效抗辯權，而可拒絕為債務之履行。（民法一百四十四條參照）

二、何謂時效？其制度之設目的為何？與除斥期間何別？（25分）

答：

一、時效之意義

時效制度乃指「因一定之事實，存在一定之時間後，而產生一定法律效果。」之法律制度。而因時間經過而取得權利乃時效取得制度（民法七百六十八條以下）；而因時間經過而喪失權利乃時效消滅制度（民法一百四十四條以下）。

二、時效之制度目的

- (一) 尊重既存之法律事實。
- (二) 權利怠惰者不予保護。
- (三) 舉證之困難

三、消滅時效與除斥期間

消滅時效乃請求權於一定時間內不行使即無法行使；而除斥期間乃形成權於一定時間內不行使即消滅。是故，兩者皆為「權利行使之時間上限制」然而兩者仍有相當差異，說明如下：

(一) 立法目的

1. 除斥期間：乃維持繼續存在之秩序。
2. 消滅時效：乃維持新建立之秩序

(二) 適用客體

1. 除斥期間：形成權。
2. 消滅時效：請求權。

(三) 中斷與不完成

消滅時效，有所謂時效之中斷（民法一百二十九條）、時效之不完成（民法一百三十九條）。而除斥期間，則無此問題。

(四) 期間之起算點

1. 消滅時效：自權利可行使時起算。（民法一百二十八條）
2. 除斥期間：自法定事實發生時起算。

(五) 期間之長短

1. 消滅時效：十五年（民法一百二十五條）、五年（民法一百二十六條）、二年（民法一百二十七條）
2. 除斥期間：通常較短，如一年（民法九十條）。

(六) 期滿後之效力——權利行使之障礙

1. 消滅時效：抗辯權發生主義（民法一百四十四條）。
2. 除斥期間：形成權消滅。

(七) 可否拋棄

時效完成之場合，債務人得拋棄時效利益，而仍繼續為給付；然除斥期間之場合，由於除斥期間屆滿後，則形成權當然消滅，無拋棄之可能。

三、甲獲悉其友乙擬前往A宅傷害A，遂將其所持尖刀一把借予乙使用。乙於某巷口適遇A獨自踽踽而行，乃持該尖刀朝A之手臂猛刺，不意A聽到聲響，迴身查看時，該尖刀竟刺中A之心臟，致A當場倒地，經送醫急救，仍告藥石罔效。試問對甲、乙二人應如何論罪科刑？（25分）

答：

一、乙持用尖刀刺A，可能構成刑法第二七七條第一項之傷害既遂罪：

客觀上，乙刺A的行為導致A發生受傷的結果，有因果關係，乙刺A的行為對於A的身體法益製造了不容許風險，而該風險亦實現於A的法益侵害上，有客觀可歸責性，客觀構成要件該當，主觀上乙對於A會因為其行為而受傷有認識和意欲，有傷害故意，沒有其他阻卻違法和罪責事由，乙構成本罪。

二、乙持用尖刀刺A，可能構成刑法第二七一條第一項之殺人既遂罪：

客觀上乙若不刺A，則A不會死亡，有因果關係，而乙的行為亦導致A生命法益不容許風險的產生，該風險亦已實現，有客觀歸責，客觀構成要件該當，主觀上乙自始至終均只是試圖導致A的手傷害而已，並沒有任何希冀A死亡的意思，此可由乙所實施的行為僅是「向A的手臂攻擊」得證，乙的攻擊目標均只有A的手臂而已，故可由此推論乙並沒有試圖致A於死，足以肯認乙欠缺殺A的故意，乙既欠缺殺人故意，不構成本罪。

三、乙持用尖刀刺A，可能構成刑法第二七六條第一項之過失致死罪：

客觀上乙若不刺A，則A不會死亡，有因果關係，而乙的行為亦導致A生命法益不容許風險的產生，該風險亦已實現，

有客觀歸責，客觀構成要件該當，主觀上本罪以行為人對於被害人生命法益會受侵害有預見可能性為必要，乙是以刀子刺向A的手臂，承前述雖然沒有故意，但是可以認為此一以刀子刺擊他人的行為確實會有致生他人死亡的可能性存在，乙在行為時應對A生命法益之侵害可能性有預見可能性，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或罪責事由，乙構成本罪。

四、乙持用尖刀刺A，可能構成刑法第二七七條第二項之傷害致死罪：

承前所述，乙的一個刺A行為確實致生A身體法益受傷，並另行致A生命死亡，而該生命法益的死亡亦因身體法益之侵害而致，上述均有因果關係與客觀可歸責性，該當本罪之客觀要件，主觀上乙在刺A的時候，對於A的身體法益有傷害故意，亦對A的生命法益受侵害之可能有過失，依刑法第十七條之規定，乙該當本罪傷害故意與致死過失的主觀要件，沒有其他阻卻違法或罪責事由，乙成立本罪。

五、甲借刀子給乙，可能構成刑法第二七七條第一項之幫助傷害罪：

客觀上甲將刀子借乙，使得乙能夠得到侵害法益的工具，甲的行為應可認為係為協助乙攻擊他人法益的幫助行為，而該幫助行為也確實使得他人的法益受到侵害，具有與結果發生之因果關係，甲該當客觀構成要件。主觀上甲對於其借刀予乙的行為有認識與意欲，有幫助故意，甲亦希望A受傷害而借刀予乙，有幫助既遂故意，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

至於甲原本所預想的幫助遂行方式是「乙在A宅傷害A」，但實際上卻是「乙在巷口傷害A」，兩者的因果歷程並不相同，然而此項不一致並不是重大的偏差，甲自會不因為乙實際上犯罪實施手法與最初預想不同而發生任何的阻卻效果。

六、甲借刀子給乙，可能構成刑法第二七七條第二項之傷害致死罪：

甲的行為應該僅係對乙之幫助傷害，而該幫助傷害成功地致乙於傷，亦進一步致乙於死，本罪客觀要件上應可成立，問題在於主觀的部分，由於結果加重犯依刑法第十七條規定，主觀上必須有傷害故意和致死的過失，本案中甲僅係借刀予乙而助其傷害A而已，而且尖刀是日常生活中常見之物，甲對其借刀子給他人實施傷害竟會不小心致人於死的結果，應無有任何預見可能性存在，基此，甲僅有對他的借刀子行為會導致乙傷害A的故意，但甲欠缺其借刀子會致A於死亡的過失，甲既欠缺主觀上的過失要素，甲不構成本罪。

七、競合與科刑：

乙一行為該當故意傷害罪、過失致死罪、傷害致死罪，該三罪係侵害同一法益，即A的生命身體法益，法條競合，乙僅論以傷害致死罪，其他兩罪被排除而不適用。甲一行為構成幫助傷害罪，甲、乙僅犯一罪，就該罪宣告其刑即可。

此外，甲所有的刀子係屬犯罪之工具，依刑法第三十八條第一項第二款規定係屬「供犯罪所用之物」，應依同款規定予以沒收。

四、某日駕車與A發生追撞紛爭，一言不合，乃持刀刺殺A，路人B見狀，自後將甲抱住，勸其罷手。甲見A逃離，遂遷怒B多管閒事，憤而將B刺殺斃命。試問對甲應如何論罪科刑？（25分）

答：

一、甲持刀欲殺A，可能構成刑法第二七一條第二項的殺人未遂罪：

本罪主觀上以行為人有殺人故意為必要，甲在與A發生追撞後欲持刀刺死A，由於題示中甲已經將刀子持握於手中，並且迫近於A，試圖對其生命進行攻擊，從其行為中應足以推論甲已經產生殺害A的意思，甲有殺人故意，主觀構成要件該當，客觀上本罪以著手為必要，著手依通說見解，係採取折衷說，亦即從第三人的客觀觀點審視行為人的犯罪計劃，如已產生法益侵害危險性，即可認為已經著手，本案中甲持刀試圖刺殺A，僅因B的阻止而未能成功，就此從第三人觀之，甲的犯行是在馬路上與A在距離上極為迫近的情況下進行攻擊，應可肯定甲已經產生對A生命法益的危險性，故甲已然著手，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

二、甲另行殺B，可能構成刑法第二七一條第一項的殺人既遂罪：

客觀上甲若不刺B，則B不會死亡，有因果關係，而甲的行為亦導致B生命法益不容許風險的產生，該風險亦已實現，有客觀可歸責性，客觀構成要件該當，主觀上甲遷怒B多管閒事而殺B，應可認有殺人故意，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

三、競合與科刑：

甲上述兩部分的犯行是基於兩個不同的犯意，應係兩個獨立的行為，第一個行為成立殺人未遂罪、第二個行為成立殺人既遂罪，屬於刑法第五十條規定裁判前犯數罪而數罪均具獨立性的數罪併罰類型，科刑上應就二個罪名各宣告其刑，再就兩罪之宣告刑依刑法第五十一條訂甲之執行刑。

此外，甲所使用的刀子係屬犯罪之工具，依刑法第三十八條第一項第二款規定係屬「供犯罪所用之物」，應依同款規定予以沒收。