



106 年三等民法總則與刑法總則申論試題解析

一、甲開設地下賭場，賭客乙積欠賭債新臺幣（下同）100 萬元，為避人耳目以隱藏賭債之實情，甲便要求乙立下借據，載明此 100 萬元之債務，乃為乙向甲借款而來。因而，乙立下借款字據一紙，載明乙向甲借款 100 萬元，並應於民國 106 年 12 月 25 日前清償完畢。試問：日後，甲得否憑此借據向乙請求清償該 100 萬元之債務？（25 分）

【擬答】：

（一）甲不得憑此借據請求乙清償該 100 萬元之債務，援引題示說明如下：

1. 脫法行為意義：

脫法行為，係指以迂迴手段的行為規避強行規定之謂。所謂迂迴之手段指當事人利用私法自治、契約自由的內容之形成自由，來規避法律強行規定的適用。

2. 脫法行為之要件：

(1)當事人非通謀虛偽意思表示：通謀虛偽意思表示與脫法行為類似之處為皆可能係在規避法律強行規定的適用，但二者方式不同。前者藉由雙方合意皆為非真意的表示，而後者係利用私法自治、契約自由之方式成立契約，有合意之真意。

(2)該法律行為形式上為有效：蓋若該法律行為形式上即為無效，即使其目的係為規避法律強行規定的適用，亦無須藉由脫法行為的理論來使之無效。

(3)未直接違反法律強行規定：脫法行為係規避法律強行規定的適用，所以並未直接違反法律強行規定。

3. 本題乙積欠甲賭債新臺幣 100 萬元，為隱藏賭債之實情，甲要求乙立下借據，載明此 100 萬元之債務係向甲借款而來。乙因此立下借款字據，載明乙向甲借款 100 萬元。最高法院 44 年度台上字第 421 號判例謂：「賭博為法令上禁止之行為，其因該行為所生債之關係原無請求權之可言，除有特別情形外，縱使經雙方同意以清償此項債務之方法而變更為負擔其他新債務時，亦屬脫法行為，仍不能因之而得請求。」

4. 故其賭債而書立字據，偽裝成消費借貸契約(民法第 474 條之消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。)應屬脫法行為而無效，合先敘明。

（二）結論：按甲、乙以「賭博」而約定給付財物，該約定之目的雖合法，但當事人卻以法律禁止之行為手段達成，故甲、乙約定之內容違反禁止規定，依民法第 71 條規定為無效，乙並無清償之義務。本文認為，甲、乙成立消費借貸契約，以之作為清償賭債之方式（第 474 條第 2 項參照），由於該消費借貸契約亦係以「賭博」為內容，即以無效之標的作為其他約定之標的，同屬違反禁止規定，依民法第 71 條規定，無效。故甲不得憑此借據請求乙清償該 100 萬元之債務。



二、甲建商將 A 屋以新臺幣 (下同) 1,500 萬元出售給乙，雙方並約定於完成交屋及所有權移轉登記後 1 個月內，乙須付清買賣價金。然民國 (下同) 101 年 10 月初完成交屋及所有權移轉登記後，乙未依約定付清 A 屋之買賣價金，而尚積欠尾款 200 萬元。於 102 年 1 月時，甲發存證信函要求乙依約付款，然乙置之不理。甲乃於 105 年 2 月向法院起訴，請求乙支付該 200 萬元之買賣價金尾款，乙則抗辯該款項請求權已因 2 年間不行使而消滅，而表示拒絕付款。試問：何人之主張有理由？ (25 分)

【擬答】：

(一) 甲請求乙支付該 200 萬元之買賣價金尾款有理由，援引題示分述如下：

1. 甲建商將 A 屋以新臺幣 1500 萬元出售給乙，雙方有效成立買賣契約 (民法第 345 條參照)，且約定甲於完成交屋及所有權移轉登記後一個月內，乙須付清買賣價金。然民國 (下同) 101 年 10 月初完成交屋及所有權移轉登記後，乙未依約定付清 A 屋之買賣價金，而尚積欠尾款 200 萬元。按一般請求權之時效：依據民法第 125 條：「請求權，因十五年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定。」準此，一般請求權之時效，如法律並無另為規定較短者，均為 15 年。民法第 348 條所謂之買賣，其請求權時效除非屬於民法第 127 條第 8 款所列『商人、製造人、手工業人所供給之商品及產物之代價』出賣人之價金給付請求權。
2. 依據最高法院 39 年台上字第 1155 號判例要旨：「民法第一百二十七條第八款所定，商人、製造人、手工業人所供給之商品及產物之代價，係指商人就其所供給之商品及製造人、手工業人就其所供給之產物之代價而言，蓋此項代價債權多發生於日常頻繁之交易，故賦與較短之時效期間以促從速確定，若以商品或產物為標之債，其債權人既不必為商人、製造人或手工業人，即因此所生之請求權與一般之請求權無異，自應適用一般之長期時效規定，而不包括於本款所定短期時效之內。」是以，此等出賣人之價金給付請求權為促使日常交易從速確定，應適用短期時效 2 年之規定。

(二) 最高法院 78 年度第 9 次民事庭會議，為目前最高法院之定見，將民法第 127 條第 8 款所謂商人所供給之商品，限縮解釋為動產而言，不包括不動產在內。因為商人所供給之商品與製造人或手工業人並列，因此甲對乙之買賣價金請求權，不適用二年短期時效之規定，而適用第 125 條 15 年之消滅時效。甲於 102 年 1 月發存證信函要求乙支付積欠之尾款 200 萬元，然乙置之不理，甲乃於 105 年 2 月向法院起訴，請求乙支付 200 萬元尾款。按依民法第 129 條第 1 項第 1 款及第 130 條規定，甲於清償期屆至後 (即 101 年 10 月初甲完成交屋及所有權移轉登記) 以存證信函請求乙支付尾款，消滅時效原應中斷，惟甲遲於 105 年 2 月始向法院起訴，並未於請求後六個月內起訴，故視為不中斷。因此，甲對乙之價金請求權，其消滅時效仍自 101 年 10 月初起算 15 年，至 116 年 10 月初完成。

(三) 結論：甲請求乙支付該 200 萬元之買賣價金尾款有理由。甲向法院起訴請求乙支付尾款時，乙抗辯該款項請求權已因 2 年間不行使而消滅，而表示拒絕付款。由於甲對乙之價金請求權，其消滅時效須至 116 年 10 月初始完成，故乙於 105 年 2 月抗辯該款項請求權已因時效完成而消滅，其抗辯自屬無理由。



三、甲與 A 因選舉結怨，某晚，基於殺害故意持槍到 A 家門口埋伏，看見 B 開門走出，以為 B 是 A，朝 B 頭部開一槍後迅速離開，只是 B 正好彎腰撿拾掉落地上的手機，子彈打中站在 B 後面並準備送客的 A，A 經送醫急救後仍因槍擊造成中樞神經休克死亡。試問：甲的刑責為何？（25 分）

【擬答】：

(一)甲開槍殺 B 之行為，成立民法第 271 條第 2 款之殺人未遂罪：

1. 主觀上，甲主觀上所認識之行為客體與客觀上實際所侵害之行為客體，其生命法益均相等，卻發生不一致之情形，刑法學理上稱為「等價之客體錯誤」，亦即行為客體同一性之錯誤。實務及通說認為，等價之客體錯誤在犯罪評價上並不重要，蓋刑法第 271 條殺人罪所欲保護者為一般生命法益，因此，只須行為人於著手實行殺人行為時，對其所攻擊之客體為「生命」有所認識，並決意為之，即屬具有殺人故意，主觀構成要件該當。
2. 客觀上，甲之行為並無發生結果，甲出於殺人故意，並著手實行射殺 B 之行為，惟因子彈未射中 B，致其無法實現殺人既遂罪之構成要件，故甲之行為應屬已著手實行殺人行為而不遂，該當殺人未遂罪之構成要件，從而甲應成立本罪（第 271 條第 2 項、第 25 條），客觀構成要件該當。
3. 甲並無任何阻卻違法及阻卻罪責事由。
4. 甲成立刑法第 271 條第 2 項、第 25 條殺人未遂罪。

(二)甲開槍打中 A 之行為，成立刑法第 276 條之過失致死罪：

1. 客觀上，甲開槍射殺 B 時卻誤中 A，造成 A 死亡。此時，甲對其所欲侵害之客體雖認識正確，但著手時卻因行為失誤而導致實際侵害之客體與所欲侵害之客體不一致，此種情形在學理上稱為「打擊錯誤」，甲開槍之行為與 A 死亡之結果間具有相當因果關係，客觀構成要件該當。
2. 主觀上，實務及通說認為，打擊錯誤在犯罪評價上屬於重要之錯誤，蓋甲在開槍之際，對於「A」並無殺害之認識與決意，故甲對 A 死亡之結果得阻卻殺人故意，不成立殺人既遂罪。而甲對 A 死亡之結果雖非故意，但按其情節應注意、能注意而不注意（第 14 條第 1 項），應屬有過失。
3. 甲無任何阻卻違法及阻卻罪責事由。
4. 甲成立刑法第 276 條第 1 項之過失致死罪。

(三)結論：甲以一個開槍行為同時成立殺人未遂罪與過失致死罪，係屬一行為而觸犯保護不同法益之數罪名，應依第 55 條想像競合之規定，從一重之殺人未遂罪處斷。

三民補習班



四、甲無業並染上毒癮，常與父親 A 發生激烈爭吵，甲對 A 懷恨在心，A 則揚言要教訓甲，讓他回歸正途。某日，甲缺錢買毒，回家向 A 要錢，A 拿起球棒但未舉起，稱甲如果再要錢，就要棒打教訓。甲不假思索拿起木椅擲向 A，A 跌倒受傷流血，憤而提告傷害，甲在法庭上辯稱當時施以防衛行為。試問：甲之行為應如何論罪？（25 分）

【擬答】：

(一)甲拿起木椅擲向 A 致 A 跌倒受傷流血之行為，成立刑法第 277 條前段傷害罪，並依刑法第 280 條，加重其刑至二分之一：

1. 客觀上，著手實行以木椅擲向 A 之行為，造成 A 受輕傷之結果，且甲之傷害行為與 A 受輕傷之結果間具有相當因果關係，客觀構成要件該當。
2. 主觀上，甲對此行為有認知及意欲，故有故意，主觀構成要件該當。
3. 按刑法第 23 條正當防衛之成立要件，客觀上須存在現在不法侵害之防衛狀態，而防衛者主觀上須出於防衛自己或他人權利之意思，且其防衛行為須客觀必要，始足當之。惟他人之侵害必須是現在，至於將來之侵害，則因法益尚未面臨直接危害，故無防衛之必要。侵害究屬現在或將來，學者多採「有效理論」，即所謂現在之侵害，係指侵害行為已經到達防衛者最後有效之防衛時間點；所謂最後有效之防衛時間點，則指如果超過此一時間點，防衛者便無法或難以達到防衛之目的，亦即防衛者如果再不採取行動，便無法或難以有效地保護法益。當侵害行為已經進入此一時間點，即屬現在之侵害。本案甲向 A 要錢時，A 拿起球棒但未舉起，並稱甲如果再要錢，就要棒打教訓。對此事實，應認為對於甲之身體法益並無任何危險之虞。準此，A 拿起球棒之行為並非現在之侵害，欠缺正當防衛狀態，從而甲不得主張正當防衛，阻卻其傷害行為之違法性。
4. 甲無任何阻卻違法及阻卻罪責事由，故甲應成立本罪。

(二)刑法第 280 條規定，對於直系血親尊親屬犯第 277 條之罪者，加重其刑至二分之一。因此，甲對其父親 A 犯第 277 條第 1 項之傷害罪，應加重其刑至二分之一。

3people

三民補習班