

107 年特種考試地方政府公務人員考試試題

等 別：四等考試

類 科：法律廉政

科 目：刑法概要

- 一、幫派分子甲知其仇敵某乙於某日某時某處海邊將乘膠筏潛逃出境，遂攜帶私藏德製 HK USP 制式手槍(有效射程不超過 450M)前往，奈何到現場時，乙已搭載膠筏遠離岸邊快達 1 公里之處。憤怒的甲對著遠邊某乙的小黑影拿槍狂轟，大罵「給我去死」，直至彈匣子彈用完為止，然乙完全毫髮無傷。試問某甲之殺人罪責應如何論斷(25 分)

解題關鍵

本題算是考古題了，測驗的就是普通未遂與不能未遂的區分，考生只要能將不能未遂的要件與爭議正確寫出，應該就可以拿到不錯的分數了。另外提醒同學，因為題目直接問「殺人罪」的評價，所以不要討論槍砲的犯罪喔！

命中特區

陳介中，刑法一飛，三版，P1-136~1-137。

【擬答】：

(一)甲對乙開槍的行為成立殺人罪之未遂犯(第 271 條第 2 項)：

1. 依題所示，乙並未死亡，殺人罪亦有處罰未遂犯之明文，故以下檢討未遂犯。主觀上，甲具有殺人故意，客觀上，甲已著手而未達於既遂。

2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由。

3. 至於甲有無「事理上阻卻刑罰事由」，亦即此行為是否屬不能未遂(第 26 條)，分述如下：

(1) 由於該手槍射程遠不足射擊被害人，故此應屬「手段不能」之不能發生犯罪結果；然就「無危險」而言，本題是否能滿足此要件，則應視對「無危險」所採取之學說而定：

① 客觀危險說：此說主張應以行為當時存在之一切客觀情況(包括根據行為後(裁判時)所判明之事實情況)為判斷基礎而做「事後之判斷」，結果之不發生為「絕對不能」者，即是不能犯，結果之不發生為「相對不能」者，則是普通未遂犯。「絕對不能」，係從行為客體及手段性質加以考量而根本不會發生結果者；「相對不能」，則因具體場合之特殊情況而不發生結果者。

② 具體危險說：此說主張，危險是一種價值判斷，應以行為人行為當時，一般人有認識可能性之事實情況以及行為人特別認識之事實情況做為判斷基礎，以一般人之立場，在該事實情況下，若能具體地感到結果發生之危險，則為普通未遂犯；若無此具體危險之感覺，則為不能犯。

③ 重大無知說：另有學者以德國刑法的條文為依據，認為解釋我國法第 26 條「無危險」應參考德國法不能未遂條文中的「出於重大無知」，亦即，以「行為人是否出於重大無知」來區別普通未遂與不能未遂。

(2) 上述不同學說，應以「具體危險說」較符合現行之文義與修法理由，而依照此說，由於一般旁觀者對於此事均會產生危險的感覺，故難認為此屬「無危險」，因此本題並非不能未遂。

(二) 結論：甲僅成立殺人罪之普通未遂犯。

二、假釋犯甲義氣相挺友人乙，於半夜無人時分，使用一己名牌打火機點燃自製的汽油彈，焚毀停在路邊的乙的仇家丁之豪華名車，後，前往乙家告知此事，乙聽聞後，與丙共同協議，為免甲入監，趁警方偵查尚不知何人縱火時機，由無前科之丙前往警局，以丙一己名義自承縱火乙事，乙亦在協議之下將甲之打火機擦拭乾淨去除指紋後交付予丙當作丙的犯案證物。試問乙、丙之罪責應如何論處？（25分）

解題關鍵

本題是妨害司法犯罪的基本型考題，只要對於妨害司法犯罪的條文熟悉，並將可能涉及的條文一一列出即可，並沒有太複雜深奧的爭點。

命中特區

陳介中，刑法一飛，三版，P2-56。

【擬答】：

(一)丙的刑責

1. 丙前往警局虛偽自首的行為，成立頂替罪（第164條第2項）：

(1) 客觀上，丙並非實際犯罪人，而由其出面謊稱其為犯罪人，此即為頂替行為；主觀上，丙具有故意與使真正犯人隱蔽之意圖。

(2) 丙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

2. 丙使用擦拭指紋後的打火機的行為，成立妨害刑事證據罪（第165條）：

(1) 客觀上，丙使用了變造之證據，即屬本條後段所要處罰的行為；主觀上，丙具有故意。

(2) 丙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

3. 競合：

丙先後之頂替及妨害刑事證據二罪侵害法益均為同一，依照不罰前行為，論以其後之妨害刑事證據罪即可。

(二)乙的刑責

1. 乙協議由丙至警局自首的行為，成立頂替罪之教唆犯（第164條第2項、第29條）

(1) 客觀上，乙唆使本無頂替犯意之丙從不法之事項頂替行為；主觀上，乙具有教唆故意與正犯既遂故意。

(2) 乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

2. 乙將打火機上指紋擦拭的行為，成立妨害刑事證據罪（第165條）：

(1) 客觀上，乙將關係他人刑事案件之證據（指紋）予以湮滅；主觀上，乙具有故意。

(2) 乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

3. 乙將擦拭指紋後的打火機交付丙的行為，成立妨害刑事證據罪之教唆犯（第165條、第29條）：

(1) 客觀上，乙唆使本無犯意之丙著手實行使用變造證據之不法主行為；主觀上，乙具有雙重故意。

(2) 乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

4. 乙上述行為，成立妨害刑事證據罪之幫助犯（第165條、第30條）：

(1) 客觀上，乙交付該打火機即為使欲使用變造證據之丙犯罪更為順利之幫助行為，且丙具有故意不法主行為；主觀上，乙具有雙重故意。

(2) 乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

5. 競合：

- (1) 乙先湮滅證據，復教唆並幫助他人使用該湮滅之證據，因侵害法益均屬同一，故依照不罰後行為，論以妨害刑事證據罪之正犯即可。
- (2) 妨害刑事證據罪與頂替罪侵害法益亦屬同一，故論以妨害刑事證據罪即可。

三、乙女以自己名義與所得收入購入一台中古車，並全權委由其夫甲代為購置與安裝行車紀錄器，甲男以自己錢財完成之。後，二人感情生變分居，甲男仍常至乙女居所以乙女之車接送小孩。一日甲男心念一轉，懷疑乙女因外遇而分居，遂趁接送小孩時，將行車紀錄器 SD 記憶卡的檔案予以複製至自己的筆電，並從中發現乙女與他人通姦的影音證據。甲男遂以儲存於筆電的檔案為證據對乙女提出妨害婚姻的告訴。試問本案甲的罪責應如何處斷？（25 分）

解題關鍵

沒什麼好說的，這就是實務見解題，有看有分，考的是最高法院 107 年度台上字第 1096 號判決（具有參考價值裁判）。不過這則實務見解並不算是特別獨門的見解，所以就算沒看過的話，應該也寫得出差不多的答案。

命中特區

陳介中，刑法一飛，三版，P2-286、2-368。

【擬答】：

- (一) 甲將 SD 卡內錄影檔案複製至自己電腦之行為，不成立竊錄生活秘密罪（第 315 條之 1）：
一般認為，本罪所保護者限於即時發生的活動，而將他人已經過去的活動紀錄予以複製或翻拍者，並不受本罪保護，亦難謂屬「竊錄」，故甲不成立本罪。
- (二) 甲上述行為，不成立竊盜罪（第 320 條第 1 項）：
竊盜罪之客體限於動產與準動產（第 323 條），電磁紀錄顯非動產，而就準動產而言，準動產必須具有「一消一長」之特性者方屬之，而電磁紀錄並無此特性，且從立法歷史來看，立法者過去曾將電磁紀錄納入準動產，其後復予以刪除，更可知電磁紀錄應非本罪之客體，故甲不成立本罪。
- (三) 甲上述行為，成立取得電磁紀錄罪（第 359 條）：
 1. 本罪以「取得他人電磁紀錄」為要件，就本案情形分述如下：
 - (1) 本條所規範之行為態樣之一，係以「無故取得」，而非財產犯罪之「竊取」用語，即有意區隔兩者之不同。上揭所稱「取得」他人電磁紀錄，乃指透過電腦的使用，以包括複製在內的方法，將他人的電磁紀錄，移轉為自己所有的情形。故在「無故取得」電磁紀錄的行為態樣中，縱使原所有人仍繼續保有電磁紀錄的支配占有狀態，然如行為人藉由電腦設備的複製技術，使自己同時獲取檔案內容完全相同、訊號毫無減損的電磁紀錄，仍該當此罪的成立。（最高法院 107 年度台上字第 1096 號判決）
 - (2) 再就本罪之「他人」而言，由於電磁紀錄並非如同實體財產能輕易認定「所有權」或「持有」，故一般認為，本罪所謂之「他人」是指他人現實上能管領支配之電磁紀錄均屬之，故本題中縱使該行車紀錄器是由甲所出資購買，然因該設備實際上是由乙所使用，故仍應認為對甲而言屬「他人」之電磁紀錄。因此，本案中甲具有客觀之構成要件該當；主觀上，甲具有故意。
 2. 於違法性，能否以查外遇認為是「非無故」之理由？對此實務採取否定見解：
 - (1) 夫妻雙方，為維持幸福圓滿的生活，縱然互負忠貞、婚姻純潔的道德上或法律上義務，婚姻外的通、相姦行為，依一般社會通念，當予非難、譴責，但人格各自獨立，非謂必使配偶之

一方放棄自己的隱私權，被迫地接受他方可以隨時、隨地、隨意全盤監控自己日常生活或社交活動的義務；申言之，倘藉口懷疑或有調查配偶外遇的必要，即恣意窺探、取得他方非公開活動、言論、談話等隱私領域，尚難肯認具有法律上的正當理由（最高法院 107 年度台上字第 1096 號判決）。

(2)因此，甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

四、某甲驅車與女友某乙至一海邊散心，突某乙另一曖昧男友丙亦出現在該處，甲丙雙方一言不合大打出手，糾打成一團，兩人四肢互有挫裂傷，突丙猛地踹倒某甲後，揮拳對準甲之臉部猛撲而上，甲見狀不妙，順手抄起置於車門置物格中乙之不鏽鋼保溫杯，一面以左肩承受丙之攻擊時，一面以保溫杯奮力往丙之後腦勺猛擊，致丙顱內出血昏迷倒地，保溫杯凹損。甲見狀急拉要去看顧丙的乙驅車離去，丙最後於人跡鮮少的海邊無人救助傷重而亡。試問某甲之罪責？(25 分)

解題關鍵

這是考古題，跟去年地特四等的第 1 題算是完全一樣的考點，也就是正當防衛的行為人對於被防衛的歹徒有無救助義務？除此之外，互毆與正當防衛、取得第三人之物作為防衛手段這些也都是本題的考點，也都不是什麼新考點囉！

命中特區

陳介中，刑法—飛，三版，P1-129~1-130、1-306。

【擬答】：

(一)甲與丙相互扭打的行為，成不成立普通傷害罪（第 277 條第 1 項）：

1. 客觀上，甲毆打丙的行為與其身體受傷之結果間具有因果關係與客觀可歸責性；主觀上，甲具有傷害故意。
2. 於違法性，甲能否認為基於正當防衛（第 23 條）而阻卻違法？分述如下：
 - (1)客觀上，甲面臨丙之攻擊行為，然二人扭打互毆，能否認為此屬現在不法侵害？實務見解認為先動手者不得正當防衛，而無從分辨何人先動手時，則雙方均不得正當防衛。以本題而言，由於無從分別何人先動手，故照此實務見解而言是雙方均無從正當防衛，然如此一來必然違反罪疑唯輕原則，故本人不採此實務見解，仍肯認本案之現在不法侵害存在。
 - (2)再者，毆打丙亦屬適當且必要之防衛手段，該手段亦無違反社會倫理限制，主觀上，甲具有防衛意思。故甲應依正當防衛而阻卻違法，不成立本罪。

(二)甲持不鏽鋼保溫杯重擊丙後腦杓的行為，不成立殺人罪（第 271 條第 1 項）：

1. 客觀上，甲攻擊丙後腦杓的行為與其後丙的死亡結果間具有因果關係與客觀可歸責性；主觀上，甲以此物品重擊被害人之要害，應認為其具有殺人故意。
2. 於違法性，甲能否認為基於正當防衛（第 23 條）而阻卻違法？分述如下：
 - (1)客觀上，甲確實面臨丙之現在不法侵害；就防衛手段而言，該手段確屬適當而必要，又甲雖得逃跑以迴避攻擊，然正當防衛並未要求受侵害者先行迴避侵害，且本案之防衛手段亦不違反社會倫理限制，故防衛手段並無過當可言。
 - (2)主觀上，甲具有防衛意思，故甲應依正當防衛而阻卻違法，不成立本罪。

(三)甲上述行為致乙之保溫杯損壞部分，不成立毀損罪（第 354 條）：

1. 客觀上，甲損壞該保溫杯的行為與其損壞之結果間具有因果關係與客觀可歸責性，並足生損害於他人；主觀上，甲具有故意。

2. 於違法性，甲面臨丙之侵害，為求自保而使用乙之保溫杯攻擊丙，應可認為此屬甲面臨急迫危難下之不得已行為，且為保護自己生命、身體而犧牲他人財產亦符合法益衡平，故應依緊急避難（第 24 條）阻卻違法，不成立本罪。

（四）甲於丙昏迷倒地後離去之行為，不成立殺人罪之不作為犯（第 271 條第 1 項）：

1. 客觀上，甲放任受傷的丙而離去，屬於放任丙死亡之風險繼續擴大，屬於不作為，然不作為犯之成立以行為人具有保證人地位為前提，於本題，甲是否對於丙具有保證人地位？此情形可能涉及的是第 15 條第 2 項「危險前行為」之保證人地位，然 A 是否有此保證人地位，涉及到本條之「危險前行為」應如何解釋：

(1) 因果前行為：前行為只要是足以導致構成要件該當結果發生之危險者，即為已足，至於是合法、違法，或有無罪責，均非所問。

(2) 違背義務之前行為：此為多數學說見解，認為前行為除了必須具備導致結果發生的迫切危險之外，還必須具備違反保護他人法益的規範的義務違反性，才足以構成保證人地位。

2. 本人亦採取多數學說見解，此見解較為合理，否則正當防衛後之行為人棄侵害者於不顧，若具有不法，此應非法之本旨。而依照此說，甲先前之行為雖然有造成丙死亡之危險，然經評價該行為屬於正當防衛，正當防衛為合法行為，並非違背義務，故甲不具備此種保證人地位。且甲亦無其他保證人地位，因此甲對於丙死亡之結果，不成立本罪。