



學儒行政王 榜單我最狂

108年公務人員高等考試三級考試試題

類別：法制、法律廉政
科目：刑法

一、甲為了支持特定候選人，於投票日前四個月，將戶籍遷入該候選人的選區。事實上，甲在別處生活與工作。投票前兩週，甲收到選舉通知單。投票前一日，甲遭舉發為幽靈人口，在警方調查時坦承一切。警方以違反刑法第146條第2項的妨害投票罪，將甲移送地檢署偵辦。本罪處罰未遂。問：甲是否成立妨害投票罪的未遂犯？(25分)

【擬答】：

(一)甲虛遷戶籍的行為，不成立虛遷戶籍投票罪之未遂犯(第146條第3項)：

1.依題所示，甲並未投票，故檢討未遂犯。主觀上，甲具有故意與使特定候選人當選之意圖；客觀上，甲是否著手恐有疑問，關於本罪的著手，學說與實務上有下列不同看法：

(1)編入選舉人名冊著手：行為人基於妨害投票之故意而虛偽遷移戶籍，取得選舉人資格，且於投票日前20日以前仍未將戶籍遷出該選區，經編入該選區選舉人名冊中，取得形式上之選舉權而得於該選區行使選舉權，已足以妨害選舉之清潔及公正性，適足以影響該選舉區之選舉權人人數或投票數等整體投票結果，其行為已達於可實現該罪構成要件之著手階段。(臺灣高等法院暨所屬法院102年法律座談會刑事類提案第10號法律問題、最高法院100年度台上字第5427號判決)

(2)虛遷戶籍著手：虛偽遷徙戶籍，就該選舉區之整體投票結果以言，其計算得票比率基礎之選舉人數額，及實際投票數額等各項，當然導致不正確發生，故一旦基於支持某特定候選人之意圖，而虛偽遷徙戶籍，當以其遷籍之行為，作為本罪之著手。(最高法院101年度台上字第4041號判決)

(3)領票或圈選著手：學者認為，在通常的村里長或民意代表選舉裡，決定候選人當選與否的因素，不是選舉區之選舉人數或實際投票數額，而是各候選人之票數分配。進而，虛遷戶籍之人若只是被列入選舉人名冊，充其量只是改變無關國家權力基礎之選舉人總額，尚未導致不正確之投票結果。因此，意圖使特定候選人當選而虛遷戶籍之人的投票本身，才是真正導致不正確投票結果的行為，若依照多數學說的主客觀混合理論，至少也要等到投票日領票圈選的時刻，才能認為是本罪的著手。

2.上述不同見解，本人認為應以「領票或圈選著手」一說較妥，蓋本罪之保護法益應屬候選人之「得票數」而非「得票率」，進而，若行為人根本沒有領票，也不會造成保護法益的危險。因此，本題中甲並未領票，應認為屬不罰之預備行為，不成立本罪。

(二)結論：甲不成立虛遷戶籍投票罪之未遂犯。

二、甲經營小吃店，由於待客真誠，生意頗佳，但衛生條件卻不甚理想。小吃店的廚房設在騎樓，汽機車排放的油煙廢氣與路上揚起的塵土，直落鍋具的物料。無數蒼蠅在騎樓盤旋飛舞，飛雨落花中，落在食材上。餐後，小吃店贈送客人冷飲。一日，消費者某乙喝完冷飲，赫然發現杯底一隻蟑螂。甲辯稱，生意忙碌，未能注意周全，致有蟑螂入了冷飲，願給九折券一張，以示誠意。乙怒而舉發。問：甲的前述各種營業條件，是否有罪？(25分)

【擬答】：

(一)甲經營衛生條件不佳之小吃店的行為，成立販賣妨害衛生食品罪(第191條)：

1.客觀上，甲販賣妨害衛生之飲食物品，或有疑問者在於，甲小吃店所販賣的食物僅使一般人感到衛生條件欠佳，而無證據證明其所販賣的食物有害人體健康，如此一來是否仍成立本罪？

(1)解釋上，本罪僅規定「妨害衛生」，而非規定「有害人體健康」(第191條之1則規定「有害人體健康」，更可知二條要件不同)，詳言之，「妨害衛生」與「有害人體健康」在語意上有所不同，一般人會感到噁心與不適的飲食物品，即屬「妨害衛生」，然未必有害人體健康。

(2)因此，縱使甲所販賣的食品無害人體健康，然依照一般社會觀念來看，確已「妨害衛生」，故該當本罪要件。

2.主觀上，甲具有故意；且甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)結論：甲成立販賣妨害衛生食品罪。

三、甲為A股份有限公司之負責人，為標得市政府某項工程，向服務於市政府擔任該工程政府採購之約僱人員乙表示，如果乙能透漏投標底價，並取得招標業務單位開立之工程瀝青混凝土品質檢驗標準，於事成後將致贈一百萬元。乙遂找來熟識之工友丙，告知其前開甲之意思，二人商量後，由丙至業務單位送公文時，趁機找出甲所需要之品質檢驗標準，趁四下無人，抽出影印後再放回。因甲取得檢驗標準及投標底價，致A公司順利取得該標案，獲利三千萬元。請問甲、乙、丙如何論罪？又應如何沒收？(25分)

【擬答】：

(一)甲、乙、丙之刑責分論如下：

1.乙承諾收受100萬元並洩漏底標等行為，成立違背職務受賄罪(第122條第1項)：

(1)客觀上，乙雖為約僱人員，然其負責處理政府採購案件之招標行為，並非僅從事機械性事物，而是具有法定職務權限，應屬授權公務員(第10條第2項第1款後段)；而乙就其違背職務之行為收受甲之賄賂，期間具有對價關係。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。

2.乙將底標等資料洩漏給甲的行為，成立違背職務行為罪(第122條第2項)：

(1)客觀上，乙於收受賄賂後因而為違背職務之行為；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.乙之上述行為，成立洩漏國防以外秘密罪(第132條第1項)：

(1)客觀上，乙為授權公務員，就其國防秘密以外應保守秘密之事項予以洩漏；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。

4.丙與乙成立洩漏國防以外秘密罪之共同正犯(第132條第1項、第28條、第31條)

(1)丙為市府工友，僅從事機械性事物，並無法定職務權限，因此並非刑法上公務員，然丙與乙就洩漏國防以外秘密之事項具有犯意聯絡與行為分擔，是否應「擬制身分」而成立本罪共同正犯，則有疑義：

①採犯罪支配論者認為，在純正身分犯，無身分之人無從與有身分之人成立共同正犯，僅能成立幫助犯；

②然現行法並未採取犯罪支配論，第31條第1項已有擬制身分之明文規定，實務亦如此操作，因此，無身分之丙應依第31條第1項擬制身分，與乙成立本罪之共同正犯。

(2)主觀上，丙具有故意；且丙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

5.甲以100萬元要乙洩漏底標的行為，成立違背職務行賄罪(第122條第3項)：

(1)客觀上，甲對於公務員乙違背職務之事項交付賄賂，其間具有對價關係；主觀上，甲具有故意。

(2)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

6.甲上述行為，不成立洩漏國防以外秘密罪之教唆犯(第29條)：

本罪具有「對向犯」之性質，且僅有處罰洩漏者，不處罰取得秘密者，故依照「對向犯不處罰他方」之法理，甲不成立本罪。

7.競合：

乙先後違犯之「違背職務受賄罪」與「違背職務行為罪」，依照不罰前行為之法理，論以「違背職務行為罪」即為已足；而「違背職務行為罪」與「洩漏國防以外秘密罪」則屬一行為侵害數法益之關係，應依想像競合(第55條)從一重處斷。

(二)本案之沒收分述如下：

1.對A公司應沒收3000萬元獲利：

在普通刑法上，法人並無犯罪能力。然對於沒收，第38條之1第2項第3款規定：「犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得」仍應對該他人沒收，主要即為針對類似本題之情形，亦即自然人從事違法行為，使法人獲利。因此，依照本款規定，應對A公司沒收3000萬元獲利。

2.對乙應沒收100萬元賄款：

100萬元賄款對乙而言即屬典型「犯罪所得之物」，故應依第38條之1第1項宣告沒收。

四、甲因屢次報考某市政府資訊人員失利，懷恨在心，遂製造木馬病毒程式夾帶於郵件中，寄至市長信箱，造成市政府網站癱瘓，甲又利用市政府網站之漏洞，操作電腦進入市政府網路系統，順利取得市府員工數千人之個資，並變更網站首頁之圖示。請問甲之行為如何論罪？(25分)

【擬答】：

(一)甲寄送夾帶木馬病毒的行為，成立製作惡意程式罪(第362條)：

1.客觀上，甲製作惡意程式供自己犯干擾電腦罪，致生損害於他人；主觀上，甲具有故意。

2.甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)甲郵寄電腦病毒至市長信箱的行為，成立干擾電腦罪(第360條)，並應加重其刑至二分之一(第361條)：

1.客觀上，甲以電腦病毒癱瘓市府網站，即屬干擾電腦之行為，並且致生損害於公眾；主觀上，甲具有故意。

2.甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。又甲對公務機關電腦犯本罪，故應依第361條加重其刑至二分之一。

(三)甲利用市府網站漏洞進入電腦系統的行為，成立侵入電腦設備罪(第358條)，並應加重其刑至二分之一(第361條)：

1.客觀上，甲利用電腦設備之漏洞而侵入他人電腦；主觀上，甲具有故意。

2.甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。又甲對公務機關電腦犯本罪，故應依第361條加重其刑至二分之一。

(四)甲取得市府員工個資並變更網站首頁圖示的行為，成立取得變更刪除電磁紀錄罪(第359條)，並應加重其刑至二分之一(第361條)：

1.客觀上，甲取得他人電磁紀錄(員工個資部分)，並且變更及刪除他人電磁紀錄(網站圖示部分)，並且致生損害於公眾；主觀上，甲具有故意。

2.甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。又甲對公務機關電腦犯本罪，故應依第361條加重其刑至二分之一。

(五)競合：

1.甲先後違犯的「製作惡意程式罪」與「干擾電腦設備罪」具有行為階段關係，應依照不罰前行為之法理，論以「干擾電腦設備罪」即足。

2.甲先後違犯的「侵入電腦設備罪」與「取得變更刪除電磁紀錄罪」亦具有行為階段關係，應依照不罰前行為之法理，論以「取得變更刪除電磁紀錄罪」即足。

3.「干擾電腦設備罪」與「取得變更刪除電磁紀錄罪」是透過數行為所違犯，且保護法益不同，應數罪併罰。

台中學儒 下次題目考這個

精準解題

快掃我預約!!

參加抽 • 國考新書

台中學儒

職組整併後 考題趨勢 風向

7113 (六)午1:00

掃我預約