

107 年公務人員特種考試司法人員、法務部調查局調查人員、國家安全局國家安全情報人員、海岸巡防人員及移民行政人員考試試題

考試別：司法人員、調查人員

等 別：三等考試

類科組：司法人員觀護人、司法事務官法律事務組、法院書記官、檢察事務官偵查實務組、監獄官、調查人員法律實務組

科 目：刑法

- 一、因毒品案件遭移送警察局偵辦，恰巧偵訊甲之警員乙與甲是小學同學。甲擔心自己尿液有毒品反應，私下請求乙掉包尿液，乙為幫甲脫罪，遂以自己的尿液放入尿管中，且明知尿液不是甲的，乙仍在所製作之警詢筆錄中記載採集甲之尿液送驗，並將該筆錄送至地方檢察署。試問：乙之行為如何論罪？（25 分）

【破題關鍵】

此題測試第 165 條「案件」之認定，還有第 213 條、第 125 條之條文掌握熟悉度。

【擬答】：

- (一)乙幫甲尿液掉包之行為成立刑法第 165 條變造刑事證據罪，理由分析如下：
構成要件，按刑法第 165 條規定，偽造、變造、湮滅或隱匿關係他人刑事被告案件之證據，或使用偽造、變造之證據，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。本題中，乙協助調包甲之尿液，應屬變造，然關於本條適用，必須符合「刑事被告案件」，對此，最高法院 24 年總會決議以為本條所謂「刑事被告案件」，指因告訴、告發、自首等情形開始偵查以後之案件。基此，此說主張係指因告訴、告發、自首等情形，而開始偵查或起訴的案件，若偵查機關尚未知情，即使眾所皆知，行為人予以湮滅證據係在偵查前，因不存有所謂的刑事被告案件，故不成立本罪。而依刑事訴訟法第 231 條第 2 項規定，司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官。若採「開始偵查說」，則警察僅屬調查階段，不屬於偵查，即無由成立該罪。惟有學者以為主張刑事被告案件不必限於已繫屬於司法機關的刑事案件，而應解釋為實質上業已發生的刑事案件，至於是否開始進行刑事追訴，在所不問，因為在案件開始偵查或自訴前，對他人刑事證據予以偽造、變造、湮滅或隱匿，均足以妨害國家司法偵查或審判權的作用，從而，偵查前的刑事證據皆可成為本罪的行為客體。管見以為基於國家司法權完整性，應採學說之「犯罪事實發生說」為當，基此，乙該行為構成要件該當且具有該罪故意，其無阻卻違法事由且具罪責，故乙幫甲尿液掉包之行為成立刑法第 165 條變造刑事證據罪。
- (二)乙明知尿液非甲所有，仍在筆錄中記載為甲之尿液之行為成立第 213 條公務員登載不實罪，理由分析如下：
按第 213 條規定，公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者，處一年以上七年以下有期徒刑。最高法院 105 年台上字第 2207 號刑事判決以為，刑法第 213 條之公務員登載不實罪，係以有製作權之公務員，對於職務上所掌之公文書為虛偽之登載而言。且該罪之處罰，以保護公文書之真實性及正確性為目的，祇須登載之內容失真出於明知，即屬之。至所指「足以生損害於公眾或他人」，僅須就客觀上為一般觀察，公眾或他人事實上有因此受損害之虞即足，有無實質受損害，並非所問。本題中，乙對該筆錄有製作權限，其明知該尿液非甲所有，仍予以記載，符合第 213 條之構成要件，又其無阻卻違法事由且具罪責，故乙明知尿液非甲所有，仍在筆錄中記載為甲之尿液之行為成立第 213 條公務員登載不實罪。
- (三)乙明知尿液非甲所有，仍在筆錄中記載為甲之尿液之行為不成立第 125 條第 1 項第 3 款後

段之濫權追訴罪，理由分析如下：

按刑法第 125 條第 1 項第 3 款後段規定，有追訴或處罰犯罪職務之公務員，為左列行為之一者，處一年以上七年以下有期徒刑：三、明知為無罪之人，而使其受追訴或處罰，或明知為有罪之人，而無故不使其受追訴或處罰者。惟本罪之主體認定，最高法院 30 年上字第 511 號判例以為，刑法第 125 條第 1 項第 2 款之犯罪主體，以有追訴或處罰犯罪職務之公務員為限，所謂有追訴或處罰犯罪職務之公務員，係指檢察官或兼檢察職務之縣長、及推事審判官、或其他依法律有追訴或審判犯罪職務之公務員而言，又最高法院 28 年非字第 61 號判例以為，刑法第 125 條之罪，以犯人具有追訴或處罰犯罪職務之公務員身分為其成立條件，被告為縣公安局之警察，依刑事訴訟法第 210 條，雖得受長官之命令偵查犯罪，究無追訴或處罰之權，其對於竊盜嫌疑犯，意圖取供施用非刑，致令腿部受傷，自不能依刑法第 125 條第 1 項第 2 款論科。基此，員警乙非該罪之行為主體，其明知尿液非甲所有，仍在筆錄中記載為甲之尿液之行為，縱使讓甲免於追訴或處罰，仍不成立第 125 條第 1 項第 3 款後段之濫權追訴罪。

二、甲前往豪宅偷竊，進入臥室找尋財物時，豪宅主人 A 遭驚醒而大叫，甲為避免 A 反抗，立即以枕頭悶 A，企圖將 A 悶死，待 A 不再掙扎後，甲隨即在臥室抽屜找到新臺幣 10 萬元現金取走後離去，事後 A 並未死亡。試問：甲之行為應如何論罪？（25 分）

【破題關鍵】

此題測驗考生對於轉念強盜(犯意升高)、強盜結合犯既未遂認定。

【擬答】：

(一)甲前往豪宅行竊，進入臥室搜尋財物之行為成立第 321 條第 2 項加重竊盜未遂罪，理由分析如下：

甲搜尋財物尚未取得財物，故論以未遂。構成要件部分，主觀上甲有竊盜故意與不法所有意圖，客觀上，依最高法院 82 年第 2 次刑庭決議以為以行竊意思，接近並物色財物始為竊盜之著手，如題所示，甲進入臥室搜尋財物，應屬竊盜之著手無疑，構成要件該當，甲無阻卻違法事由且具罪責，故甲前往豪宅行竊符合第 321 條第 1 款之加重條件，故其進入臥室搜尋財物之行為成立第 321 條第 2 項加重竊盜未遂罪。

(二)甲行竊行為驚嚇 A，因而殺害 A 之行為，取得財物之行為成立第 330 條第 1 項加重強盜罪，理由分析如下：

按行為始於著手，故行為人於著手之際具有何種犯罪故意，原則上自應負該種犯罪故意之責任。惟行為人若在著手實行犯罪行為繼續中轉化（或變更）其犯意（即犯意之升高或降低），亦即就同一被害客體，轉化原來之犯意，改依其他犯意繼續實行犯罪行為，致其犯意轉化前後二階段所為，分別該當於不同構成要件之罪名，而發生此罪與彼罪之轉化，除另行起意者，應併合論罪外，其轉化犯意前後二階段所為仍應整體評價為一罪。是犯意如何，原則上以著手之際為準，惟其著手實行階段之犯意嗣後若有轉化為其他犯意而應被評價為一罪者，則應依吸收之法理，視其究屬犯意升高或降低而定其故意責任，犯意升高者，從新犯意；犯意降低者，從舊犯意（最高法院 99 年度臺上字第 2526 號、臺灣高等法院 106 年度上訴字第 62 號、臺灣高等法院臺南分院 104 年度上訴字第 559 號判決意旨參照）本題中，甲見 A 立即殺害 A，此應屬犯意升高為強盜罪，甲以殺害 A 為強盜手段，進而至使 A 不能抗拒而取走該 10 萬現金，該當第 328 條第 1 項強盜取財罪，又其無阻卻違法事由且具罪責，甲前侵入豪宅符合第 321 條第 1 項第 1 款加重條件，故甲行竊行為驚嚇 A，因而殺害 A 之行為，取得財物之行為成立第 330 條第 1 項加重強盜罪，而此罪與前犯加重竊盜未遂罪，僅論犯意升高之新意(本罪)即可。

(三)甲殺害 A 未死之行為成立第 271 條第 2 項殺人未遂罪，理由分析如下：

A 未死，故僅能論以未遂。構成要件，主觀上甲有殺害 A 之犯意，客觀上甲以枕頭悶 A 係屬殺人之著手行為無疑，又其無阻卻違法事由且具罪責，故甲殺害 A 未死之行為成立第 271 條第 2 項殺人未遂罪。

(四)甲殺害 A，A 未死，甲取物而走不成立第 332 條第 1 項強盜殺人罪，理由分析如下：

關於第 332 條強盜殺人罪之結合犯判斷，實務見解以為以殺人作為強盜手段，進而取走財

物，亦可成立該條之罪。惟該罪之既未遂判斷，實務見解以為應以相結合之罪既未遂為斷，本題中，甲所犯之相結罪為殺人未遂，故無法成立第 332 條第 1 項強盜殺人罪，該罪不罰未遂，故僅能就前後所犯之加重強盜罪與殺人未遂罪兩罪，依刑法第 50 條數罪併罰之。

(五)甲取走之新台幣 10 萬元係屬第 38 條之 1 第 1 項沒收之，其殺害 A 之工具枕頭係屬第 38 條第 2 項供犯罪之用，其屬於 A，故不得依該條沒收。

三、甲酒醉駕車，被交警乙攔停下來進行酒測，甲停車後拒不下車，見乙之警用機車停在前面，遂快速開車衝撞機車以求脫逃，乙因為站在甲車旁邊幸而未受傷害，但警用機車則遭撞毀而無法使用。試問：甲之行為如何論罪？（25 分）

【破題關鍵】

此題測驗考生對第 185 條之 3、135、138 條條文掌握，當然如果可以寫出不成犯罪部分，可更得高分。

【擬答】：

(一)甲酒醉駕車之行為成立第 185 條之 3 第 1 項不能安全駕駛罪，理由分析如下：

按第 185 條之 3 第 1 項規定，駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金：一、吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上。二、有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛。三、服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛。本題中，甲未測得酒測濃度，故無法論以該條第 1 款，僅能論以該條第 2 款，該立法理由以為至於行為人未接受酒精濃度測試或測試後酒精濃度未達前揭標準，惟有其他客觀情事認為確實不能安全駕駛動力交通工具時，仍構成本罪，爰增訂第二款。故甲該行為成立本罪。另該車為犯罪關聯客體，並非第 38 條第 2 項供犯罪之用之物，不得沒收。

(二)甲開車衝撞機車之行為成立第 135 條妨害公務罪及第 138 條毀損公務職掌物品罪，兩罪依第 55 條想像競合從一重處斷，理由分析如下：

按第 135 條第 1 項規定，對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。本題中，甲衝撞該警用機車，是否屬於該條所規範之行為？實務見解以為本罪施強暴之行為不以對公務員之身體直接實施暴力為限，凡以公務員為目標，而對物或對他人施暴力，其結果影響及於公務員之執行職務者，亦屬之（最高法院 84 年台非字第 333 號判決意旨參照），基此見解，甲主觀有該罪之犯意，又其無阻卻違法且具罪責，故甲開車衝撞機車之行為成立第 135 條妨害公務罪。

又按刑法第 138 條毀損公務員職務上掌管之物品罪，所稱之「公務員職務上掌管之物品」，係指該物品為公務員本於職務上之關係所掌管者而言，若與其職務無關，僅供日常使用之物品，縱予損壞，除論以一般毀損罪外，則難繩以該條之罪。依警察機關公務車輛使用管理要點規定，警察人員對執勤務時所配備使用之車輛，有保管維護之責，是警察執行巡邏等勤務所駕駛之巡邏車，自屬其職務上掌管之物品（最高法院 96 年台上字第 4654 號判決參照）。

另關於該二罪之競合問題，實務見解以為某甲駕駛竊得之贓車，因形跡可疑，適遇警分駕偵防車、巡邏車前後包夾，某甲顯然明知警方係刻意將偵防車、巡邏車分置在其車前後擋住去路，竟為逃避盤查逮捕，猶駕車衝撞偵防車、巡邏車，致偵防車、巡邏車之前引擎蓋、前保險桿等多處損壞，並對於依法執行職務之警員施強暴，核係一行為觸犯刑法第 138 條、第 135 條第 1 項二罪名，應依想像競合犯從一重以損壞公務員職務上掌管之物品罪處斷（最高法院 92 年台非字第 56 號、88 年台非字第 126 號、82 年台上字第 703 號判決參照）。

(三)甲衝撞警用機車而逃之行為不成立第 185 條之 4 肇事逃逸罪與第 161 條脫逃罪，理由分析如下：

依第 185 條之 4 規定，駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處一年以上七年以下有期徒刑。本題中，甲警撞毀警用機車，並無造成員警受傷，不該當該條「致人死傷」之要件，故不成立第 185 條之 4 肇事逃逸罪。

又依第 161 條規定，依法逮捕、拘禁之人脫逃者，處一年以下有期徒刑。然有無受到逮捕

拘禁，應以該人是否處於公權力監督之下，以致行動自由遭到拘束為斷，並不以處於一定拘禁處所為限，即其在執行逮捕人員之耳目監督之下，不得隨意離去，解釋上亦屬之。要言之，脫逃罪係侵害國家之拘禁力，以脫離公力監督範圍為構成要件（最高法院 20 年非字第 31 號判例參照）。本題中，甲僅是受警察攔查受測，並非受公力所拘束，亦無逮捕等情事發生，故甲駕車脫逃不成立該條之罪。

四、甲於凌晨前往夜店，在夜店門口看見 A 女酒醉而倒在路邊。甲心生歹念，將 A 女帶到附近的汽車旅館房間，趁 A 女酒醉昏迷之際，對 A 女為性交行為。在性交行為進行到一半時，A 女突然醒來，並將甲推開，甲見 A 女反抗，遂將 A 女雙手綑綁於床邊，繼續進行性交行為。試問：甲之行為應如何論罪？（25 分）

【破題關鍵】

本題除了測驗第 225 條、第 221 條論罪外，關於該二罪係屬何種競合型態更為重要。

【擬答】：

- (一) 甲趁 A 女酒醉，帶至旅館性侵之行為成立第 225 條第 1 項趁機性交罪，理由分析如下：
按刑法第 225 條第 1 項之乘機性交罪，係對於有精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類情形之男女，因其身心狀態有缺陷，就是否「合意」性交，欠缺完整之意思能力，所設之特別保護規定。倘行為人利用對方「性自主決定」之意思不健全，形式上似為同意，但實質上係乘其不能或不知抗拒，而為性交者，仍屬乘機性交行為，此有最高法院 100 年台上字第 1525 號判決參照。基此見解，甲利用 A 女酒醉，乘其不能或不知抗拒，而為性交者，應屬乘機性交行為，甲主觀上有該罪犯意，又其無阻卻違法事由且具罪責，故甲趁 A 女酒醉，帶至旅館性侵之行為成立第 225 條第 1 項趁機性交罪。
- (二) 甲見 A 女反抗，將之綑綁之行為成立第 221 條第 1 項強制性交罪，理由分析如下：
按第 221 條第 1 項規定，對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。如題所示，甲見 A 女反抗，將之綑綁係屬以強暴行為而為性交，該當第 221 條第 1 項之要件。主觀上甲有強制性交之犯意，又其無阻卻違法且具罪責，故甲見 A 女反抗，將之綑綁之行為成立第 221 條第 1 項強制性交罪。
- (三) 甲前後所犯二罪，應依第 50 條數罪併罰之，理由分析如下：
最高法院 99 年台上字第 5693 號判決以為另行起意，則指原有犯意之構成要件行為已經完成，或因某種原因出現，停止原來之犯罪行為，而增加一個新的犯意產生，實行另一犯罪行為之謂，至於被害客體是否同一則不問；惟因其係在上一犯罪行為停止後（即前一犯罪行為既遂、未遂或中止等），又另起犯意實行其他犯罪行為，故為數罪。本題，甲原本趁機性交犯意，已因 A 女驚醒而造成該性交行為中斷，故應屬另行起意犯強制性交罪，基此標準，兩罪應依第 50 條數罪併罰之。