

105 年公務人員特種考試外交領事人員及外交行政人員、民航人員、國際經濟商務人員及原住民族考試試題

考試別：原住民族特考

等 別：四等考試

類科組：法警

科 目：刑法概要

一、甲於某夜熟睡間，忽然聽見自己停在門口路旁轎車警報器響起，甲立即驚醒判斷有人偷車，火速至廚房拿取菜刀衝出門口，發現行竊不成的 A 正準備離去，遂持菜刀追上砍殺行竊之 A，A 最後傷重不幸身亡。試問：甲之刑責如何？(25 分)

【擬答】

(一)甲持刀砍殺 A 的行為，成立刑法(下同)第 271 條第 1 項之普通殺人罪：

1. 客觀上，甲砍殺 A 的行為與 A 的死亡結果間具有因果關係與客觀可歸責性；主觀上，依題所示之情境，甲應具有殺人故意甚為明顯。

2. 於違法性，甲之此行為是否具有阻卻違法事由，分別檢討如下：

(1)就正當防衛(第 23 條)而言，正當防衛之成立，依照條文規定以「現在不法侵害」之存在為前提，不論對於侵害「現在性」之認定採取如何寬鬆的標準，本題中，A 行竊不成欲離去，法益侵害業已完全終了，無論如何均難以認為是「現在」不法侵害，故此行為無從依照正當防衛阻卻違法。

(2)就(準)現行犯逮捕(本法第 21 條第 1 項、刑事訴訟法第 88 條)而言，現行犯逮捕以「逮捕、解送」二階段行為為必要，本題中，甲卻直接將犯罪實施後即時被發覺之準現行犯 A 予以殺害，亦難符合現行犯逮捕之要件。

3. 故綜上所述，本案應無任何阻卻違法事由，且甲亦無任何阻卻罪責事由，故成立本罪。

(二)結論：甲成立殺人罪。

二、甲受人之託前往殺 A。在得知 A 所駕車輛之車號及住址等資訊後，某晚前往 A 宅尋覓下手時機時，發現 A 車正發動停在路旁；甲判斷 A 正在車上，見機不可失，遂朝駕駛座連開數槍後火速離去。事實上，當時 A 因臨時進入宅內取物未將車輛熄火。試問：甲之刑責如何？(25 分)

【擬答】

(一)甲開槍射擊駕駛座的行為，成立刑法(下同)第 271 條第 2 項殺人罪之未遂犯：

1. 依題所示，被害人 A 並未死亡，故以下檢討未遂犯。

2. 主觀上，甲具有殺人故意；客觀上，甲業已著手，且未達於既遂。甲亦無阻卻違法及阻卻罪責事由。

3. 事理上阻卻刑罰事由—不能未遂(第 26 條)：

(1)不能未遂以「不能發生犯罪結果」及「無危險」為必要，本例中，行為客體並不存在，顯屬「客體不能」之類型；然是否「無危險」，則有討論必要，學說上對此有不同見解：

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重大無之說: 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)實務早期不乏有有採取「客觀危險說」之判例, 例如有與本題事實類似的判例認為: 「如實際上本不能發生損害, 即無何種危險之可言, 自不成立犯罪。本案上訴人侵入某甲家, 雖意在將其殺害, 但某甲既早已出外, 絕無被害之危險, 按照上開說明, 究難令負殺人未遂罪責。」(19上1335判例, 已不再援用)

(3)然若貫徹此事後判斷之標準, 某一行為無法達於既遂必有其原因, 若予以事後觀察, 將導出「所有未遂均無危險」之不合理結論, 故此說恐不可採。而本題中依照其餘二說, 均屬有危險, 非不能未遂, 故甲仍成立本罪。

(二)甲之上述行為, 成立第354條之普通毀損罪:

- 1.客觀上, 甲開槍之行為與A之汽車損壞之結果間具有因果關係與客觀可歸責性, 且此行為足生損害於A; 主觀上, 甲具有毀損故意。
- 2.甲無阻卻違法及阻卻罪責事由, 故成立本罪。

(三)甲持槍之行為, 成立第187條之加重持有危險物品罪:

- 1.客觀上, 甲持有之槍枝性能上可供軍用, 應屬本罪之軍用槍砲; 主觀上, 甲具有故意, 且意圖供犯罪之用。
- 2.甲無阻卻違法及阻卻罪責事由, 故成立本罪。

(四)競合及結論:

甲透過一行為(持槍部分為繼續犯, 屬「實行行為部分合致」之法理)觸犯上述三罪, 保護法益各異, 故應依第55條想像競合之規定, 從一重處斷。

三、甲於臺灣臺北地方法院檢察署擔任檢察事務官。某日, 與友人A相聚時, 談及A因有件妨害名譽罪案件現由臺灣士林地方法院檢察署由B檢察事務官處理中。甲向A表明自己與B有深交, 甲可以向B關心; A聽聞後大喜, 表明如果甲去向B關說, 不論最後結果如何, A願擺桌答謝。惟事後甲並未依約行事。試問: 甲之刑責如何?(25分)

【擬答】

(一)甲向A合意關說司法案件的行為, 不成立刑法(下同)第121條第1項之職務上受賄罪:

- 1.客觀上, 公務員甲似以其職務上行為向A要求不正利益, 並達於期約(合意)之階段, 然就「職務上行為」而言, 法律上有「法定職權說」與「實質影響力說」二種理論, 若採實

質影響力說，在本題中看似甲對 B 的決定具有實質影響力，然而學理上指出，縱使採取實質影響力說，此所謂之「實質影響力」也必須是與行為人的職務之間具有命令、指揮或監督等關係才算；反之，若基於親友關係之實質影響力，並不包括在內。

2. 本題中，甲與 B 之間在職務上並無任何命令、指揮或監督關係，因此，縱使 B 會因甲的關說而改變決定，仍非本罪所謂之「職務上行為」，故甲不成立本罪。

(二) 甲之上述行為，不成立貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之非主管監督事項圖利罪：

1. 本罪之成立，以行為人「對於非主管或監督之事務……，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益」為要件，本題中，甲與 B 之關係似符合此要件，然學理上亦指出，本罪「職權機會或身分」係指足以對於承辦公務員產生具拘束「生影響力之職權機會或職務身分，例如市長之機要人員對於市府各局處之公務員，即可能基於職權機會或職務身分而產生拘束性影響力。

2. 在本實例中，甲與 B 同為檢察事務官且具有深交，故甲對於 B 之影響力並非基於職權機會或職務身分而產生，更何況甲所請託 B 之事項，亦看不出有任何違背職務行使相關法令規定之情事。因此，甲雖有圖利的行，但因欠缺拘束性影響力，故仍不具備非主管監督事務，且圖利罪為結果犯，本例尚未有得利結果，故不具圖利罪之構成要件該當性。

(三) 結論：甲不成立任何犯罪。

四、甲女於結婚後即與夫婿乙居住於他地多年。某年因甲父 A 出馬競選縣議員，甲與乙為支持 A，遂將戶籍遷入與 A 同一戶籍。投票當天，甲因臨時工作上有突發狀況無法前往投票；乙雖有前往投票，但因私下並不支持 A，遂投下廢票。試問：甲、乙之刑責如何？(25 分)

【擬答】

(一) 甲虛遷戶籍的行為，成立刑法(下同)第 146 條第 3 項虛遷戶籍投票罪之未遂犯：

1. 依題所示，甲並未前往投票，無法論以本罪既遂，故以下檢討未遂犯。
2. 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？若依照部分學說見解，必須領票才是本罪的著手，然實務上普遍認為以「虛遷戶籍」或「編入選舉人名冊」作為著手，故依照實務見解，甲業已著手。
3. 於違法性，能否認為此行為欠缺實質違法性或可罰違法性而不成立犯罪？學理上有認為此種情形依法並無任何排除犯罪成立之事由，故仍成立犯罪，然實務認為，「為支持配偶、直系血親而將戶籍遷回原生家庭」進而為本罪之行為者，欠缺實質違法性，本題中甲為支持其父 A 而將戶籍遷回原生家庭，符合實務見解認為不罰之事由，故此行為欠缺違法性，不成立本罪。

(二) 乙虛遷戶籍及投票的行為，成立第 146 條第 2 項虛遷戶籍投票罪：

1. 客觀上，乙虛遷戶籍並為投票，然其所投的是廢票，是否影響本罪既遂？本罪僅以「投票」為既遂，至於不論所投票之對象為何人，抑或廢票，均不影響本罪之成立；主觀上，乙具有故意與使特定候選人當選之意圖。
2. 於違法性，縱採實務見解，乙所支持者為「直系姻親」，仍無解於本罪之成立，且乙無其他阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

(三)甲、乙虛遷戶籍之行為，均不成立第 214 條之使公務員登載不實罪：

實務見解認為，本罪之成立以公務員對於行為人所申報之事項一經申報即有登載義務，亦即無實質審查權限為前提，而實務見解進一步指出，戶政機關人員對於遷徙戶籍者實際居住地點具有實質審查權限（最高法院 91 年第 17 次刑庭決議），故甲、乙均不成立本罪。

(四)結論：甲成立虛遷戶籍投票罪之未遂犯，乙不成立任何犯罪。

公
職
王