

110 年公務人員特種考試司法人員、法務部調查局調查人員、海岸巡防人員、移民行政人員考試及 110 年未具擬任職務任用資格者取得法官遴選資格考試試題

類別：司法人員、調查人員

等別：三等考試

類科：行政執行官、檢察事務官財經實務組、檢察事務官電子資訊組、檢察事務官營繕工程組、調查工作組

科目：刑法與刑事訴訟法

一、甲男以狗繩牽著飼養多年的狼犬小黑至公園散步，途中遇到素有嫌隙的鄰居乙男，兩人為了平常的鄰居糾紛爭吵起來。因兩人越吵越兇，手勢激烈，致小黑誤以為乙要攻擊甲，小黑護主心切，遂掙脫甲手中的狗繩撲前攻擊乙。由於小黑力量龐大，甲無法操控繫住其之狗繩，故而無法阻止小黑攻擊乙。甲見小黑已經將乙撲倒在地並不斷撕咬，有可能將乙咬死，且若自己出面安撫小黑，可使小黑停止攻擊，但因兩人平常結怨已深，故放任小黑繼續攻擊乙。渾身鮮血的乙疼痛不已，厲聲揚言做鬼也不會放過甲，甲方驚覺事態嚴重，連忙令小黑停止攻擊，並至路邊撥打 119 召喚救護車。此時乙已經失血過多，若不送醫急救，必死無疑。惟在甲電召之救護車來之前，一旁圍觀的路人丙主動將乙送往醫院急救，乙經大量輸血後檢回一命。試問甲有何刑責？(25 分)

【破題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★★☆

2. 《解題關鍵》：本題主要考點有二：第一，不作為犯的著手時點；第二，中止未遂「因己意」的具體認定，若能正確寫出這兩者，應該就能拿到基本分數了；另外，關於殺人未遂與傷害既遂應想像競合的考點，如時間允許，最好也能一併論述。

【擬答】

(一)甲使小黑掙脫狗繩而咬乙的行為，不成立殺人罪未遂犯之不作為犯(第 271 條第 2 項、第 15 條)：

依題所示，乙並未死亡，故檢討未遂犯。主觀上，甲具有殺人故意；客觀上，甲放任乙遭狗攻擊之風險擴大，自屬不作為，然因狗力氣大，甲根本無法拉住，故甲顯然欠缺作為可能性，故甲不成立本罪。

(二)甲放任小黑攻擊乙的行為，成立殺人罪未遂犯之不作為犯(第 271 條第 2 項、第 15 條)：

1. 依題所示，乙並未死亡，故檢討未遂犯。主觀上，甲具有殺人故意；客觀上，甲放任乙遭狗咬死之風險擴大，顯屬不作為，且甲對於該犬具有「危險源監督」之保證人地位；惟乙是否著手，則有疑義，此觀乎不作為犯之著手時點認定，學說見解如下：

(1)第一救助機會理論：當第一個救助機會消失時，為著手實行。

(2)最後救助機會理論：喪失最後一個救助機會時，為著手實行。

(3)區分理論：依照行為人主觀認識，法律所保護的客體已經處於危險狀態，構成要件即將實現，此時採取第一救助機會理論；若行為客體的危險仍在遙遠階段，則採取最後救助機會理論。

(4)上述不同見解，本人認為應採取「區分理論」，而依照此說，乙之生命已處於危險狀態，故應肯認甲業已著手。

2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

3. 另就個人減免刑罰事由—準中止未遂(第 27 條第 1 項後段)而言，甲著手於犯罪行為後，遭被害人威嚇而主動積極防果，如此一來是否仍屬「因己意」中止顯有疑義，學說見解如下：

(1)主觀說：應以行為人主觀想像為準，若行為人認為「我可以做，但我不想繼續做」屬

公職王歷屆試題 (110 高考三級)

「因己意」；若行為人認為「我想繼續做，但是當前的環境使我無法繼續做」（欲為而不得為）非屬因己意，又稱之為「法蘭克公式」。

(2) 限定主觀說：必須行為人基於倫理上的自我要求而中止，才是「因己意」。

(3) 客觀說：認為如果依照當時情形，大多數人都會中止，則非「因己意」；相反，若依當時情形，大多數人都不會中止，而行為人卻中止，才是「因己意」。

(4) 上述不同見解，應以「主觀說」較為妥當，依照此說，甲並非遭乙之強烈惡害脅迫，應認為此尚屬「得為而不欲為」，故肯認其「因己意」中止。且甲之中止行為具有真摯性，亦符合準中止未遂之其他要件，故其應依第 27 條第 1 項後段之規定減免其刑。

(三) 甲上述行為，成立普通傷害罪之不作為犯（第 277 條、第 15 條）：

1. 客觀上，甲的不作為與乙的受傷結果間具有擬制的因果關係與客觀可歸責性，且甲對乙具有「危險源監督」之保證人地位；主觀上，甲具有傷害故意（殺人故意包含傷害故意）。

2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(四) 競合：甲所犯之殺人未遂與傷害既遂二者，學理上認為應想像競合，方能彰顯既遂輕罪的不法內涵，故兩者應依第 55 條想像競合規定從一重處斷。

二、黑道小混混甲與乙在聊天過程中，得知乙昨晚行竊得手贓款 1 萬元現金。甲心想：這 1 萬元是不義之財，若任乙花用不符「公平正義」，遂決定「替天行道」。甲知道乙有嚴重毒癮，便向乙佯稱自己熟識一毒販，可以極低之價格購得毒品。乙一聽之下，心中毒癮難耐，便拜託甲代其購買毒品。甲故作扭捏，最後才佯裝極不甘願地收下乙的 1 萬元幫忙買毒品。甲拿到乙給的 1 萬元之後，便將其花用一空，消聲匿跡。試問甲有何刑責？（25 分）

【破題關鍵】

1. 《考題難易》：★☆☆☆☆

2. 《解題關鍵》：這是一個相對簡單的考題，由於題目中乙是出於不法原因而將金錢交付於甲，所以能否認為乙有處分「財產」便有所疑義，只要能介紹出詐欺罪的「財產」認定，應該就能拿到不錯的分數了。

【擬答】

(一) 甲欺騙乙交付一萬元買毒之行為，成立詐欺取財罪（第 339 條第 1 項）：

1. 客觀上，甲對乙施用詐術而使乙陷於錯誤，然乙是否有「處分財產」則有疑義，因乙交付財產之目的在於購毒，屬民法第 180 條第 4 款所謂「不法原因之給付」，如此一來是否仍受刑法詐欺罪保護，顯有疑義，此觀乎「財產」之認定，學說見解分述如下：

(1) 純經濟的財產概念：凡是一個人所應得的財貨總數就是財產，不管這個財貨是否受到法律保護，均納入財產概念之中。

(2) 法律經濟的財產概念：個人經濟上的財貨總數，如果可受到法秩序的保護，或至少不受法秩序的非難，即為財產。

(3) 上述不同見解，本人認為應以「純經濟的財產概念」較能符合刑法保障財產法益之精神，故依照此說，縱乙所給付之現金不受民法所保護，然此亦無礙於詐欺罪之財產處分概念。

2. 再者，乙受有財產損失，且上述要素間具有貫穿因果關係；主觀上，甲具有故意與不法所有意圖，且甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

公職王歷屆試題（110 高考三級）

三、偵查後，檢察官針對甲的竊盜案件提起公訴。法院在審查該起訴後，認為檢察官所指出的證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能，於是裁定命檢察官補正。檢察官補正後，法院仍認，依起訴卷證不足以認定被告有成立犯罪的可能，於是裁定駁回起訴。檢察官認法院駁回裁定違法。請問，檢察官對於法院的裁定，得否聲明不服？請附詳細理由說明之。（25分）

【破題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★★
2. 《解題關鍵》：本題考了一個冷門的章節「起訴審查制」的相關規定。雖然冷門，但考點單純，只要熟悉第 161 條之規定與刑事訴訟的基本架構，應該不難推導出合理結論。

【擬答】

檢察官對於法院裁定，於裁定確定前得抗告救濟；裁定確定後，如有再訴而受不受理判決，得上訴救濟。

(一)法院命補正後，如仍認起訴卷證不足，應裁定駁回起訴。

1. 於起訴審查程序中，依刑事訴訟法（下稱本法）第 161 條第 2 項前段之規定，如法院認卷證不足，應裁定命檢察官補正。惟如在檢察官補正後，法院仍認案件罪證不足，可否駁回起訴，本法疏未規定，但解釋上應視同逾期未補正，依本法第 161 條第 2 項後段之規定裁定駁回起訴。

(二)裁定確定前，檢察官得對法院之裁定抗告救濟。

1. 上述駁回起訴之裁定，屬於終結訴訟關係之裁定，其情形類似原審法院以上訴不合法為由而駁回上訴之裁定。據此，檢察官應得依本法第 403 條抗告於直接上級法院。

(三)裁定確定後，如再訴而受到不受理判決，檢察官得上訴於上級法院。

1. 依本法第 161 條第 3 項之規定，駁回起訴裁定確定者，會產生禁止再訴之效力。係如對同一案件再行起訴，依本法第 161 條第 4 項之規定，法院應諭知不受理判決。
2. 諭知不受理判決後，與一般不受理判決相同，檢察官得上訴於上級法院。
3. 附帶言之，因為不受理判決並無實質確定力，理論上只要檢察官掌握新事證，自得重新起訴。

四、偵查後，檢察官以普通傷害罪起訴甲。在二審審判中，刑法修整，普通傷害罪的法定刑由「三年以下有期徒刑、拘役或(銀元)一千元以下罰金」，修正為「五年以下有期徒刑、拘役或(新臺幣)五十萬元以下罰金」。法院在審理後，諭知有罪判決。甲不服，向最高法院提起上訴。請問，此上訴是否合法？請附詳細理由說明之。（25分）

【破題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★★
2. 《解題關鍵》：本題主要的爭點關鍵條文（第 381 條）也較為冷門，應要注意實務見解對本條所謂刑罰變更之情形有所限縮，應僅限於利於被告之變更使得作為上訴理由。

【擬答】

甲上訴不合法。

(一)本案並未受到本法第 376 條規定之上訴三審案件限制。

1. 普通竊盜罪原本屬本法第 376 條第 1 項不得上訴三審之罪。惟於法定刑修正之後即不受到上訴三審案件之限制。
2. 有疑問者係，於本案情形下，判斷是否受到上訴第三審之案件限制，應以舊法或係新法之刑度為依據可能有所疑問。
3. 管見認為，基於被告訴訟權防禦考量，應對之為最有利解釋，故應以新法（五年以下有期徒刑）作為標準，據此，本案不受到本法第 376 條第 1 項之案件限制。

(二)判決後有不利於被告之刑罰變更，並非適格之上訴三審事由。

1. 依本法第 377 條對於上訴三審之限制，必須以判決違背法令據為上訴理由。而依本法第 381 條之規定，判決後，刑罰有變更者，得為上訴理由。
2. 惟依實務見解（95 台上 4054 決參照）之限縮：「原審判決後，中華民國刑法業於九十五年七月一日修正施行，依刑法第二條第一項比較新舊法之規定後，新法並非有利

公職王歷屆試題（110 高考三級）

於上訴人，亦即仍應適用舊法。原判決雖未及比較，但對判決不生影響，不得執為適法之第三審上訴理由。」係於變更後之刑罰不利於被告，依照刑法第 2 條第 1 項之規定，仍適用舊法，對於本案被告並無影響，故不得以此為理由作為上訴三審之理由，應認其上訴違背法律上之程式，予以駁回。

(三)如二審法院諭知較重於一審之刑，則上訴合法。

1. 附帶一提者係，設若二審法院在舊法之範圍內，諭知較重於一審之刑，則此情形係屬違反第 370 條不利益變更禁止原則之判決違背法令情形，得執為上訴理由。

公 職 王