

113 年公務人員高等考試三級考試試題

類 科：法律廉政

科 目：刑法與刑事訴訟法

考試時間：2 小時

陳介中老師

一、甲欲殺乙男，於夜間打算潛入乙男住處，但因光線昏暗，誤入丙女住宅。甲進入臥室後，便抽刀砍向床上的丙女，丙女被砍了一刀後驚醒並大聲呼救，甲立即發現自己砍錯人，慌忙逃離現場，丙女受的刀傷經醫治後則無大礙。刑法上應如何評價甲之行為？(30 分)

1.《考題難易》：★★★☆☆

2.《破題關鍵》：本題主要的考點在於失敗未遂與因己意中止的關係，多數學說會直接認為這種情形是失敗未遂而沒有成立中止未遂的可能，但也有學說認為這不是失敗未遂，但也會因為非因己意的關係而不成立中止未遂。

3.《命中特區》：陳介中，老師解題—刑法，九版，P5-18~P5-19

【擬答】

(一)甲進入丙住宅的行為，成立侵入住居罪（第 306 條第 1 項）：

1.客觀上，甲未經丙的同意而進入其住宅，自屬侵入住宅；主觀上，甲雖誤將丙宅當作乙宅而侵入，然此屬等價客體錯誤，在刑法上並不重要，仍無礙於甲的故意。

2.甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)甲持刀砍殺丙的行為，成立殺人罪之未遂犯（第 271 條第 2 項）：

1.依題所示，丙並未死亡，故檢討未遂犯。主觀上，甲具有殺人故意（等價客體錯誤不阻卻故意，已如前述）；客觀上，甲業已著手而未達於既遂。

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—中止未遂（第 27 條第 1 項前段）而言，甲認為其犯行尚未完成，屬未了未遂，而未了未遂僅需行為人消極放棄即可，此均無疑問，然可能涉及問題有二：

(1)是否為失敗未遂？傳統上認為，發覺被害人人別錯誤而停止，行為人沒有續行攻擊的動機，其主觀上認為「自己不可能實現原訂攻擊對象的既遂效果」，故屬失敗未遂，否定中止未遂之成立；但另有學說認為，若行為人知悉既有攻擊進程的既遂可能，也明確了解，沒辦法達成的只是無關構成要件內涵的其他犯罪目的或動機，並不適合以無關構成要件的目的或動機為由，認定行為人主觀意思上屬於失敗未遂，故此非失敗未遂。

(2)縱令認為此非失敗未遂，甲亦無成立中止未遂之可能，理由在於，發覺客體錯誤而停止的情形，行為人根本無法達成原本所預期的侵害目的，此時行為人對於是否繼續犯行一事，等同是被壓縮到毫無選擇的空間，只有放棄一途，因此並非是「因己意」中止，實務見解同此結論¹。

(三)甲上述行為，成立傷害罪（第 277 條第 1 項）：

1.客觀上，甲持刀砍丙的行為與丙身體健康受傷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（殺人故意與傷害故意間為包含關係）。

2.甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(四)競合：甲所成立的殺人未遂與傷害既遂二罪，應想像競合從一重處斷，如此方能評價既遂輕罪的不法內涵。

¹ 最高法院 73 年度第 5 次刑事庭會議決定(一)：「殺害（或傷害）特定人之殺人（或傷害）罪行，已著手於殺人（或傷害）行為之實行，於未達可生結果之程度時，因發見對象之人有所錯誤而停止者，其停止之行為，經驗上乃可預期之結果，為通常之現象，就主觀之行為人立場論，仍屬意外之障礙，非中止未遂。」

二、甲在 A 飯店大廳沙發區休憩，甫抵達飯店的乙將嶄新的名牌行李箱置放於沙發旁，逕自前往櫃檯辦理入住。甲見狀竟心生歹念，跑到門口對排班計程車司機丙謊稱該行李箱為其所有，要丙幫忙將該行李箱搬上車。丙不疑有他，正要推走行李箱時，被乙發現攔阻，丙即表示自己乃受甲所託，甲見犯行被發現，立即下車逃逸，門口服務生丁見狀上前阻擋，甲竟揮拳將丁擊倒後離開。試問刑法上應如何評價上開事實？(35 分)

1.《考題難易》：★★★★☆☆

2.《破題關鍵》：這是一個難易適中的考古題，主要包含了三大考點：三角詐欺與竊盜罪的間接正犯如何區分、準強盜罪的既未遂判斷，準強盜罪主觀意圖的限縮解釋。

3.《命中特區》：陳介中，老師解題—刑法，九版，P21-49～P21-59、P21-83

【擬答】

(一)甲欺騙丙使丙搬走乙之行李箱的行為，不成立詐欺取財罪之未遂犯(第 339 條第 3 項)：

客觀上，甲向丙施用詐術，使丙陷於錯誤，然而無論就事實或規範觀點而言，丙與乙毫無任何貼近關係，亦無處分權限，自難認為丙搬運行李箱的行為係為乙處分財產，故此非三角詐欺，甲不成立本罪。

(二)甲上述行為，成立竊盜罪未遂之間接正犯(第 320 條第 3 項)：

1. 依題所示，行李箱之持有關係尚未改變犯行便被查獲，故檢討未遂犯。主觀上，甲具有故意與不法所有意圖；客觀上，甲以其優越意思，利用無故意的丙從事竊取行為，而丙已開始推行李箱，故無論對於間接正犯之著手採取何種理論，均肯認其著手。

2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(三)甲揮拳將丁擊倒的行為，不成立準強盜罪之既遂犯(第 329 條)：

1. 客觀上，甲犯竊盜罪未遂，符合本罪之主體資格(本罪無須行為人竊盜或搶奪既遂)，當場施強暴行為(一般認為本罪之強暴行為對象並無限制)，該強暴行為並已達於釋字第 630 號所要求之難以抗拒程度，然甲並未成功穩固贓物之持有，如此一來是否為本罪既遂？有下列不同見解：

(1)以竊盜或搶奪之既未遂判斷：實務上多認為，本罪的既未遂判斷應以基礎行為為準，基礎行為既遂，本罪既遂；基礎行為未遂，本罪未遂²。

(2)以強暴脅迫的程度判斷：學說上有認為，既未遂的判斷，應以行為人施強暴脅迫有無達於至使不能抗拒或難以抗拒為斷，也就是採取與強盜罪相同的標準。

(3)以行為人有無取得財物的終局持有判斷：也有認為，不論竊盜、搶奪是否既遂，而應以行為人最終是否取得財物之持有為判斷標準，亦即，行為人是否透過強制行為建立了一個穩固的新持有關係。

2. 上述不同見解，本人採取第三說，而依照此說，甲根本沒有取得財物的持有，故應屬本罪之未遂。

(四)甲上述行為，成立準強盜罪之未遂犯(第 329 條準用第 328 條第 4 項)：

1. 主觀上，甲具有故意，然而甲僅有脫免逮捕意圖，而無防護贓物意圖，如此一來是否仍能成立本罪？

(1)肯定說：現行條文上將「防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證」三者並列，所以通說與實務便認為，行為人只要出於三者之中任何一個意圖，都可以滿足本罪的主觀要件。

(2)否定說：有學者認為，既然本罪係援引強盜罪的法律效果，則行為人使用的強制手段，至少就必須是以侵害他人所有權為目的，否則難與強盜等同論之。也就是行為人至少要具備防護贓物意圖，方才具有類似強盜罪不法所有意圖的內涵。

² 參照最高法院 68 年台上字第 2772 號判例。

(3)上述不同見解，否定說雖言之成理，但此顯與現行法條文義不合，應屬立法建議，而非解釋依據，故本人採取肯定說，認為甲基於單純脫免逮捕意圖仍可成立本罪。

2.客觀上，甲已著手而未達於既遂。甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(五)競合：甲先後觸犯二罪名，侵害法益同一，依照不罰前行為法理，論以準強盜罪即可。

三、甲無故侵入鄰居乙家，向乙討債，一言不合，甲竟持棍棒毆打乙的頭部要害後逃逸，乙之母親 A 剛從外返家見狀，詢問乙為何人所傷，乙乃將其被甲傷害的經過詳細告知 A，嗣乙因傷重氣絕身亡；甲逃亡在外，某日約其好友 B 喝酒，酒後詳細告知 B 其如何殺害乙之經過。嗣經檢察官偵查終結，起訴甲犯有殺人罪嫌，在法院審理中，檢察官聲請傳喚證人 A、B 到庭作證。證人 A、B 在審判中到庭具結後證稱甲如何殺害乙之經過綦詳。試問：證人 A、B 二人在審判中之言詞陳述，得否作為證明甲殺害乙之證據？(20 分)

1.《考題難易》：★★★★☆

2.《破題關鍵》：就 A 的部分，是常見的傳統考點，傳聞證人與第 159 條之 3 的類推適用；而就 B 的部分則是一個較為冷僻的考點：證人轉述被告審判外自白是否有傳聞法則的適用？這部分詳細的正反意見，可以參考臺灣高等法院暨所屬法院 97 年法律座談會刑事類提案第 29 號。

3.《命中特區》：陳介中，大數據刑訴，二版，P285~P286

【擬答】

(一)證人 A 在審判外之陳述，得作為證明甲殺害乙之證據：

- 1.第 159 條第 1 項規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」一般認為，該條所稱「被告以外之人」係指「直接證人」而言，而轉述直接證人供述之「傳聞證人」，則不在本條文義之範圍內。因此本題中，A 於法庭之陳述即屬傳聞證人之供述，其證據能力未見法律明文。
- 2.實務認為於此情形，宜解為應類推適用本法第 159 條之 3 之規定，以原供述之其他被告以外之人，已供述不能或傳喚不能或不為供述為前提，並以其具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，始得為證據³。本題中，確實符合實務見解所述之情形，故 A 於法庭之陳述，應類推適用第 159 條之 3 而認為有證據能力。

(二)證人 B 在審判外之陳述，原則上不得作為證明甲殺害乙之證據：

1.此一問題即為：證人以聞自被告在審判外所為不利於己之陳述作為內容，到庭而為轉述，該傳聞供述有無傳聞法則之適用？正反意見如下：

- (1)肯定說：若被告以外之人所轉述原供述之「被告」所陳述內容之「傳聞證言」或「傳聞書面」，經被告以言詞或書面予以承認，或被告表示放棄其反對詰問權者，應視同被告自己之供述，苟被告之該原供述係出於任意性，法院復認具備適當性之要件時，依刑事訴訟法第 159 條之 5 之法理，例外得作為證據。（最高法院 97 年度台上字第 931 號、第 2686 號、第 4417 號、第 4891 號判決參照）
- (2)否定說：證人以聞自被告在審判外所為不利其本人之陳述作為內容而為之轉述，本質上等同於被告審判外之自白或其他不利於己之陳述，基於同一法理，亦不生對證人詰問之問題，自無傳聞法則之適用，其得否為證據，應恃其是否具備任意性與真實性以為斷，

³ 最高法院 96 年度台上字第 4064 號判決：「被告以外之人於審判中到庭所為之陳述，如非其本人所親自聞見或經歷之事實，而係轉述其他被告以外之人親自聞見或經歷之供述為其內容，具結所為之陳述，乃屬傳聞供述，其證據能力之有無，現行刑事訴訟法就此並未規定（參見日本刑事訴訟法第三百二十四條第二項）。此傳聞供述，能否成為傳聞之例外，賦予其證據能力，宜解為應類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三之規定，以原供述之其他被告以外之人，已供述不能或傳喚不能或不為供述為前提，並以其具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，始得為證據。」

公職王歷屆試題 (113 高考)

依刑事訴訟法第 156 條第 2 項，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符（最高法院 97 年度台上字第 1836 號、第 3500 號、第 3880 號判決、96 年度台上字第 402 號、第 1041 號判決參照）。

2. 上述不同見解，本人認為否定說恐流於形式，未能充分保障被告之詰問權，故應採取肯定說。故依照此說，證人 B 之陳述僅在被告予以承認或放棄反對詰問權時，始具有證據能力。

四、地方法院 A 法官判決甲強盜罪刑，甲提起第二審上訴，經高等法院 B 法官之合議庭判決駁回上訴，甲提起第三審上訴，經最高法院撤銷原判決發回更審，更一審 C 法官之合議庭撤銷第一審判決，仍改判甲強盜罪刑，甲再提起第三審上訴，適逢 B 法官榮調最高法院。試問：B 法官就甲的第三審上訴案件，應否自行迴避？（15 分）

1. 《考題難易》：★☆☆☆☆

2. 《破題關鍵》：這是一個十分基本的考題，在考的是關於前審法官迴避的基本操作。

3. 《命中特區》：陳介中，大數據刑訴，二版，P356

【擬答】

(一) B 法官應自行迴避，理由如下：

1. 刑事訴訟法（下同）第 17 條第 8 款規定：「法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：八、法官曾參與前審之裁判者。」關於所謂「前審」之解釋，學理上有「審級說」與「拘束說」之不同見解，前者認為前審指下級審，後者認為前審指前次之裁判。
2. 若依照審級說，B 法官已於第二審審理過本案，自不得再於第三審審理本案；若依照拘束說，所謂「前次」必然也包含「前前次」在內，故以此而言，B 法官既然先前曾參與過本案的審判，自不得再於第三審審理本案。因此無論依照何說，B 法官均應自行迴避。

全方位智能學習系統



志光×學儒×保成

虛實整合 引你入勝



上課方式最多元

多元學習
新型態

突破傳統上課模式
學習不受環境影響

面授
學習

直播
學習

雲端
複習

視訊
學習

- 學習零時差 | 同類科各班別，皆可同步直播上課
- 服務零死角 | 服務緊貼需求，隨時掌握學習狀況



考點掌握最全面

考試關鍵
不漏接

考前、考中及考後，皆享有
志光、學儒、保成專業服務

考前叮嚀影片

考前重點下載

線上即時解答

考後影音解題

依各區規劃為主，請洽全國門市

志光×學儒×保成

不怕沒機會練題
更不怕傻傻白練題

高普考 平時測驗

海量 試題

蒐羅各大公職、國營及特考試題
資料庫，不怕不夠練

範圍 自選

考試、題數、科目自由挑選搭配
，想怎麼練就怎麼練

彈性 便利

手機在手就可練題，隨時隨地提
升實力不受限



考取生激推
立即掃描體驗



保成×學儒×志光

法律廉政/財經廉政/法制

考取生唯一推薦

優異考取 雙料金榜

林○衡 高考財經廉政狀元/普考財經廉政探花

面授班跟老師可以時常互動，把問題釐清；年度班有課表可以遵循方便安排進度；題庫班老師主要帶申論題，在考前能加深印象，且講義的編排也方便複習。很慶幸我有報面授班，老師都很親切地回答我問題，而且都很樂意批改我們的申論題，這真的是面授班才有的好處。

優異考取

楊○任 高考法律廉政

保證班的好處是可以確保自己掌握最新考情資訊或修法動向，身邊的教材也都是最新的，讓我可以安心備考，而且第二年以後可以視自己需求上課，當作複習之用；行政法有雙師資我覺得幫助很大，兩位老師的課各上一輪後，我覺得基礎有打得比較穩。

六個月考取

倪○倫 高考財經廉政

因參加過幾場講座從中受益不少，且身邊不少同學、學長姊都很推薦師資以及錄影補課環境。師資大部分皆為第一線老師！並推薦公務員法書籍，這本書寫得很棒！幾乎概括了公務員法所有爭點，也整理了歷屆試題，排版很整齊，有圖表幫助了解觀念，淺顯易懂！

優異考取

郭○豪 高考法制

推薦民法老師上課幽默風趣，針對各個重要法條都會解析要件，並從中點出爭議以及與其他條文的關係，在總複習班時，老師除了提及傳統爭點外，也會介紹新進的實務見解，並針對學說的批判一起講解；老師也會補充新進的文章，也可讓考生吸收新知，真心推薦。