

《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）

試題評析	本題主要在考妨害投票罪，俗稱幽靈人口罪的著手時點及既未遂時點。必須注意的是，縱使考生認為甲未著手於妨害投票行為，也要退步言之，假設如果著手後，犯罪是否既遂，如此才能多解一個爭點。
考點命中	1.《高點·高上刑法總複習講義》，旭律編撰，頁233-234，考點命中！ 2.《刑法爭點解讀》，高點文化出版，2018年11月，旭律師編著，頁11-55~57，考點命中！

答：

(一)甲虛偽遷徙戶籍的行為，不構成刑法第146條第3項妨害投票罪之未遂犯。

- 主觀上，甲係為支持特定候選人並意圖使其當選，而遷徙戶籍；惟客觀上有疑問者在於，甲是否著手於本罪之構成要件？又倘甲業已著手於本罪之構成要件，其犯罪是否業已既遂？
- 對此，虛偽遷徙戶籍罪之著手時點，有不同見解：
 - (1)有認為，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（101台上4041決）。基此，甲已著手於本罪。
 - (2)亦有認為，行為人基於妨害投票之犯意而虛偽遷移戶籍，取得選舉人資格，並經編入該選區選舉人名冊中，已足以妨害選舉之純正及公正性，自應認係已著手犯罪（101台上392決）。基此，甲已著手於本罪。
 - (3)惟管見認為，就本罪規範功能觀之，並非單純禁止行為人虛遷戶籍，而是禁止虛遷戶籍去「投票」。亦即，「投票」要素才是本罪的構成要件行為。因此，本罪的著手實行，最早只可能是在行為人領票圈選之際，或甚至是直到將選票投入票匭的瞬間。
 - (4)基此，甲尚未前往投票，依主客觀混合說，並對選舉結果正確性之保護法益並未有侵害之危險，未該當本罪之著手，而不成立本罪之未遂犯。
- 退步言之，倘若認為甲業已著手於本罪之構成要件，其虛遷戶籍行為是否既遂？
 - (1)依實務見解，其認為投票雖可分為領票、圈選及投入票匭等三個動作，一旦領票，犯罪即達既遂（101台上4041決）。
 - (2)惟亦有認為，投票的概念，應該是指導致候選人之票數分配受到無選舉權人資格者之投票影響的行為，亦即實際將選票投入票匭應為本罪之既遂。
 - (3)綜上，甲尚未領票亦未投票，應該當本罪之未遂犯。

(二)綜上，由於管見認為甲未著手於虛遷戶籍行為，因此不構成本罪之未遂犯。

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）

試題評析	1.看到這題的時候，相信大家應該都嚇一跳到底在考什麼吧？其實，本題主要在考刑法第191條妨害衛生物品罪，先前也有考過販賣添加化學藥劑的小魚（100四等一般警察）、噴灑過多農藥的菜（94三等身障特考一般行政），只要看到販賣不乾淨的食物，就要想到這條。 2.不過，由於妨害衛生物品罪只處罰故意犯，必須花篇幅涵攝行為人主觀要件是否具有故意？若無故意而為過失，則不成立本罪。
考點命中	《高點·高上刑法講義》第四回，旭律編撰，頁84。

答：

(一)甲販售以油煙、塵土汙染食材作成之餐點，不構成刑法第191條妨害衛生物品罪。

- 1.客觀上，甲販售餐點的食材，是放置路邊任由塵土等對於人體健康有害物質汙染，並以該食材作成餐點販售給消費者，該當販賣妨害衛生飲食物品之客觀構成要件。
- 2.惟主觀上，本罪僅處罰行為人基於直接故意或間接故意販賣妨害衛生飲食物品，甲是否該當本罪之主觀構成要件？
 - (1)管見認為，依題示甲未明知並有意販賣妨害衛生食品，不具有直接故意；且甲也未容任該食材被汙染，不具有間接故意。
 - (2)毋寧僅是於處理食材未注意環境衛生，而導致汙染食材，至多應注意食材新鮮衛生、能注意而不注意，為有過失。
 - (3)然因本罪不罰過失，依刑法第12條第1項過失以法律有處罰規定明為者為限，甲不成立本罪。

(二)甲贈送含有蟑螂的冷飲予乙，不構成刑法第191條妨害衛生物品罪。

- 1.客觀上，甲贈送含有蟑螂之飲料，由於蟑螂帶有病菌，該飲料屬於妨害衛生之飲食物品。然而，該飲料係甲所贈送，除不符合「販賣」或「意圖販賣」之要件外，該蟑螂僅是製作飲料時不慎跑進去，也非甲故意添加，也不符合「製造」之要件。
- 2.主觀上，承上所述，本罪之成立僅限於故意犯，甲僅是未注意衛生使蟑螂跑進飲料，並無犯罪故意，而不該當本罪之主觀構成要件。
- 3.綜上，甲不成立本罪。

(三)甲販售不乾淨餐點、贈送含有蟑螂飲料予他人，不構成刑法第277條第1項傷害罪或第284條過失傷害罪。

管見認為，由於傷害罪與過失傷害罪均屬結果犯，依題示本題並未有任何人吃壞肚子，即傷害結果出現，依罪疑惟輕原則，甲不成立傷害罪或過失傷害罪。

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）

試題評析	<p>1.本題主要考的是違背職務行收賄、純正身分犯與正共犯問題（刑法第31條第1項）以及對於犯罪行為人的沒收數額。</p> <p>2.上課在講解沒收的案例時，有特別以洩漏底標的案件作說明，也有提醒必須特別注意刑法第31條身分犯的考點，又沒收時，應注意行賄的賄款，在採取總額原則的現行法下，應否沒收的問題。相信這些點有解到的話，分數應該也會不錯。</p>
考點命中	<p>1.《高點·高上刑法總複習講義》，旭律編撰，頁143。</p> <p>2.《高點·高上刑法總則狂作題班講義》，旭律編撰，頁157。</p> <p>3.《刑法總則申論題完全制霸》，高點文化出版，旭律師編著，頁8-9~11，考點命中！</p> <p>4.《刑法爭點解讀》，高點文化出版，2018年11月，旭律師編著，頁7-9。</p>

答：

【版權所有，重製必究！】

(一)乙的刑事責任討論如下：

1.乙收受100萬元賄款並洩漏底標的行為，構成刑法第122條第2項受賄而違背職務罪。

(1)客觀上，有疑問者在於，乙是否為負責採購之約僱人員，是否為刑法上公務員？

- ①依政府採購法規定之公營事業之承辦、監辦採購等人員，係以依法令從事公共利益為前提之群體事務，屬刑法第10條第2項第1款後段之「授權公務員」（最高法院108年度第5次刑事庭會議決議）。
- ②基此，乙雖非公務員，但係依法令而從事具有公共事務性質的採購案，應為授權公務員；又乙基於其公務員身分對於不應洩漏底標而洩漏之違背職務行為，收受賄賂，因而交付檢驗標準與洩漏底標予甲，屬違背職務行為，又收受賄賂與違背職務行為間具有「對價關係」，該當本罪之客觀構成要

件。

(2)主觀上，乙明知並有意為受賄而違背職務行為，具有本罪之故意。

(3)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。

2.乙洩漏底標的行為，構成刑法第132條第1項洩漏國防以外秘密罪。

(1)客觀上，乙既然為刑法授權公務員，其負責招標工程之底標、檢驗標準，屬於國防以外應秘密之消息及文書，竟將之洩漏予他人；主觀上，亦具有本罪之故意。

(2)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。

3.競合：乙上開二行為個別、犯意互殊，應論以受賄而違背職務罪及洩漏國防以外秘密罪之數罪併罰。

(二)丙的犯罪行為討論如下：

1.丙與乙商量取得檢驗標準及底標的行為，構成刑法第122條第2項受賄而違背職務罪之共同正犯（刑法第28條、第31條第1項參照）。

(1)客觀上，丙與乙就交付檢驗標準及底標之違背職務行為，具有行為分擔；主觀上，丙亦明知並有意與乙為犯意聯絡，屬於共同正犯。

(2)雖丙為工友不具有公務員身分，但由於受賄而違背職務罪屬於因身分而成立之純正身分犯罪，其共同實行之丙，雖不具有特定身分，仍依刑法第31條第1項擬制公務員身分予丙，使其得予乙共同犯罪，仍論以受賄而違背職務罪之共同正犯。

(3)丙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。

2.丙取得檢驗標準及底標並將之給予甲的行為，構成刑法第132條第1項洩漏國防以外秘密罪之共同正犯（刑法第28條、第31條第1項參照）。

(1)承前所述，丙雖非公務員，然與乙共同就洩漏國防以外秘密行為，具有行為分擔與犯意聯絡，符合共同正犯要件；又依刑法第31條第1項擬制公務員身分，丙亦成立洩漏國防以外秘密罪之共同正犯。

(2)綜上，丙成立本罪。

3.競合：丙上開二行為個別、犯意互殊，應論以受賄而違背職務罪之共同正犯、洩漏國防以外秘密罪之共同正犯之數罪併罰。

(三)甲交付100萬元賄款，構成刑法第122條第3項違背職務交付賄賂罪。

1.客觀上，甲係對於公務員乙違背職務行為，交付賄賂，且具有對價關係；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。

(四)本案之如何沒收，討論如下：

1.應依刑法第38條第1項對甲沒收獲利3000萬元，且依總額原則不扣除100萬元之賄款。

(1)有不法行為：承前所述，甲犯違背職務交付賄賂罪。

(2)有「產自犯罪」利得：沒收標的之不法利得必須予犯罪行為間具有「直接性」。而甲所為違背職務行賄罪，其沾染污點的不法部分為「取得合約」的方式，亦即「公司因執行合約所賺取的利潤」部分，即3000萬元獲利，性質上屬於「產自犯罪所得」。

(3)沒收範圍：

①依刑法第38條之1第4項規定：「犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。」其中，立法理由基於徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收，即學說所稱「總則原則」。

②甲上開獲利3000萬元屬於犯罪違法所得，其中所支出100萬元為因犯違背職務交付賄賂罪所支出之犯罪成本，依總則原則不應扣除。

③基此，應對犯罪行為人甲沒收3000萬元。【版權所有，重製必究！】

2.本案應對乙沒收賄款100萬元：

乙所收受賄款100萬元，係屬犯受賄而違背職務罪之犯罪所得，應依刑法第38條之1第1項義務沒收。

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）

試題評析	本題其實就是在考妨害電腦使用罪章所有法條構成要件的應用，只要對於個別法條構成要件具有一定的熟悉程度，一定可以順利回答這個問題。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第四回，旭律編撰，頁171~186。 2.〈妨害電腦使用罪章概論〉，《法觀人237期》，旭台大編撰，頁3~14。

答：

- (一)甲製造木馬程式，構成刑法第362條製作電腦程式罪。
- 1.客觀上，甲製造惡意木馬程式，主要用來犯「妨害電腦罪章」罪；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。
 - 2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。
- (二)甲寄送木馬程式癱瘓市府網站，構成刑法第360條干擾電腦罪。
- 1.客觀上，甲以木馬的電腦程式造成市政府網站被癱瘓，使得網站業務順暢與正常運作受到干擾，並致生損害於公眾或他人；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。
 - 2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。
- (三)甲利用電腦漏洞進入市府系統，構成刑法第358條入侵電腦罪。
- 1.客觀上，甲利用電腦漏洞進入市政府網站系統，而入侵市政府電腦網頁主機，破壞電腦安全機制；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。
 - 2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。
- (四)甲無故取得市府員工數千人個資，構成刑法第359條無故取得電磁紀錄罪。
- 1.客觀上，無正當理由取得他人（市政府）電腦中，有關員工個人資料之電磁記錄，至生損害於公眾或他人；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。
 - 2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。
 - 3.競合：甲雖同時取得數千人個資，但因為基於一個犯意，於時空密接下，侵害一個妨害電腦使用罪章之法益，成立接續一行為，只成立一個無故取得電磁紀錄罪。
- (五)競合
- 1.甲所犯製作電腦程式罪屬於干擾電腦犯罪等的實質預備行為，屬於不罰前行為。又甲所犯其餘之無故取得電磁紀錄罪、干擾電腦罪及入侵電腦罪，保護法益均屬電腦使用安全，依法條競合，應論以刑法第359條無故取得電磁紀錄罪。
 - 2.又甲上開行為，是對市政府公務機關之電腦及其相關設備犯妨害電腦設備罪，依刑法第361條應加重其刑至二分之一。

【版權所有，重製必究！】