

109 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、國家安全情報人員、海岸巡防人員、移民行政人員

考試別：司法人員、調查人員

等 別：三等考試

類科組：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、甲借乙五萬元，乙於清償期屆至拒不還錢，甲數次要求乙返還，乙均置之不理。某日，甲因急需用錢，叫其子丙佯裝黑道持槍出面討債。丙持遊戲用不具殺傷力之水槍至乙宅，指向乙之頭部，威脅乙不馬上返還五萬元，即要殺死乙。正在煮飯乙之妻丁聞風，為了救乙，情急下，即持菜刀向丙後腦揮砍數刀，丙立即倒地不起，經送醫急救後死亡，但丁如果稍加觀察應可以知道丙所持者是玩具水槍。試問：甲、丁應負何刑責？(25 分)

【解題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★★

2. 《破題關鍵》：必須注意到強盜罪是保護自由與財產法益，水槍雖無殺傷力，仍有壓制他人意志的可能。此外，也必須考慮以水槍要脅他人財產，是否屬於一個適格的防衛情狀。

3. 《參考文獻》：許恒達，論誤想防衛，中研院法學期刊，18 期，頁 119-122。

【擬答】

(一)甲要求丙持水槍討債的行為，是否成立強盜未遂罪之教唆犯（刑法第 328 條第 1 項、第 29 條第 1 項）？

1. 按教唆犯的成立，必須有一可供從屬的正犯主行為存在。本案題旨雖未論及甲子丙的年齡與識別能力等資訊，但從其可獨立實行犯罪的事實，應可合理假設其為對犯罪具有支配的正犯，而甲對於犯罪的發生與否似未處於支配的地位，因此本文將從參與犯的角度討論甲之刑責。

2. 丙成立強盜未遂罪，說明如下：

(1) 丙未成功取財，僅論其未遂責任。

(2) 主觀上，雖然水槍不具有殺傷力，但丙仍認識到，在對方不知悉的情況下，以外觀類似槍枝的物品指向他人要錢，會使對方意志受到不當扭曲進而交付財物，故丙有強盜取財故意。此外，固然甲對乙有債權，但以此方式行使債權仍是違反法秩序對財產分配狀態的預設，因此丙的所有意圖仍屬不法。

(3) 客觀上，丙以水槍指向乙之頭部，已經進入其犯罪計畫中足以遭致法益侵害的階段，在主客觀混合理論的觀點下屬於著手。

(4) 丙不法有責，成立本罪。

3. 甲在客觀上有教唆行為；主觀上亦有教唆故意及教唆既遂故意。

4. 甲不法有責，成立本罪。

(二)丁持菜刀砍殺丙的行為，是否成立殺人罪（刑法第 271 條第 1 項）？

1. 客觀上，若丁無砍殺行為，則丙不會死亡，二者間具有條件關係。且此一行為製造且實現了非容許風險，具有客觀可歸責性。

2. 主觀上，丁有故意。

3. 違法性層次所應考慮的是，丁是否可主張正當防衛？

(1) 由於丙所持者為水槍，並無造成乙生命危險的可能性，此時是否存在一個可供丁防衛的防衛情狀，即有疑問。

① 此種表見侵害是否為防衛情狀，學說上略有事前觀點及事後觀點二種不同見解。事前觀點認為，只要任何人處於防衛者的情境中均會認定自己面臨他人侵害，即具有防衛情狀；而事後觀點則可能認為，本案中丙無侵害生命的意思，因此不具有防衛情狀。

② 本文認為，固然丙的行為無法達成侵害他人生命的效果，但仍已造成乙的自由法益與財產法益受害。此種「附帶攻擊效果」，仍可建構一個防衛情狀。

③ 因此，當乙或丁在此附帶攻擊效果的範圍內，實施必要的防衛行為，評價上仍屬合法。

(2) 丁面臨乙自由法益與財產法益受害的防衛情狀，實施具有適當與必要性的砍殺行為，應可主張正當防衛。

4. 丁砍殺丙的行為欠缺違法性，不成立本罪。

二、甲女與大賣場之收銀員己女，共謀約定，由甲至該賣場選取價值三千元之貨物後，經由乙之收銀櫃檯結帳，而由乙輸入價格僅三百元之其他低價品價格條碼後，向甲收取三百元，將該物品交予甲攜出。該賣場之警衛丙男發現上情，惟因丙正追求甲，因而放任甲取走該商品。試問：甲、乙、丙應負何刑責？(25分)

【解題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★

2. 《破題關鍵》：本題財產犯罪部分不難，只要詳實檢驗構成要件即可。但對於不作為的丙，究竟成立不作為正犯或參與犯，學說上有分歧的看法，考生應特別留意。

3. 《參考文獻》：許澤天，不純正不作為犯的正犯標準，東吳法律學報，26卷4期，頁123-171。

【擬答】

(一) 甲、乙以低價結帳貨物並攜出的行為，是否成立竊盜罪之共同正犯（刑法第320條第1項、第28條）？

1. 就以低價結帳高價貨物，進而將商品攜出一事，甲、乙在客觀上存在行為分擔，主觀上亦有共同行為決意，因此以共同正犯評價其刑責。

2. 客觀上，價值3000元之系爭貨物為賣場主所有與持有。而甲、乙以低價結帳方式將貨物攜出，是以賣場主所不會同意的方式，破壞其對貨物的持有，並建立自己對貨物持有的竊取行為。

3. 主觀上，甲、乙具有竊盜故意，與不法所有意圖。

4. 甲、乙不法有責，成立本罪。

(二) 甲、乙同一行為，是否成立背信罪共同正犯（刑法第342條第1項、第28條、第31條第1項）？

1. 甲、乙屬於共同正犯關係，已如前述。又背信罪中「為他人處理事務」的身分，學說與實務均認其屬於純正身分犯，因此無此身分的甲有依照刑法第31條第1項擬制身分存在的可能，合先敘明。

2. 然而，學說也認為，背信罪所指的「為他人處理事務」，應排除單純機械性的型態。本案中，乙所為「輸入條碼結帳」一事，屬於機械性事務，因而非「為他人處理事務」。

3. 客觀構成要件不該當，甲、乙不成立本罪。

(三) 丙放任甲取走商品的行為，是否成立竊盜罪之不作為犯（刑法第 320 條第 1 項、第 15 條）？

1. 從風險關係觀察，丙係放任賣場主人的財產法益侵害風險實現，屬於不作為犯的範疇。

2. 客觀上，丙並未採取阻止甲將貨品攜出的措施，使賣場主具有財產損害，二者間並具有準因果關係與歸責關係。此外，警衛丙依照與賣場主的契約，應具有防免他人竊取貨品的保證人地位。然而，丙係消極地為阻止他人犯罪，此時丙應成立不作為正犯抑或不作為參與犯，學說上有所爭論。

(1) 學說上對此略有五種不同看法：1. 有認為不作為的丙未對犯罪結果產生支配，僅成立不作為幫助犯；2. 有認為必須視丙的不作為是否對結果產生支配，以決定其為正犯或幫助犯；3. 有認為必須觀察丙係具有從屬意願或正犯意願，以決定其為正犯或幫助犯；4. 有認為只要具有保證人地位者，就其不作為一律成立正犯；5. 亦有從保證人地位之類型加以個別判斷者。

(2) 本文認為，從不作為犯之不法內涵在於違反作為義務的角度出發，保證人地位不僅是行為人具有不法的原因，也是建構其為正犯的標準。因此，丙的不作為僅有成立正犯的可能。

3. 主觀上，丙有故意及為第三人的不法所有意圖。

4. 丙不法有責，成立本罪。

三、某次街頭發生抗爭事件，警方隨身攝影機無意中拍到有人趁機破壞路邊停放轎車並取走車內皮包一只的畫面，調集附近街道監視錄影器，發現同樣穿著之人約十分鐘打開車號 1234 之轎車車門，將皮包放入後開車離去。警方蒐集相關資料後確認該人為甲，向法院聲請搜索票獲准後搜索甲宅，果然於宅內找到該只皮包。甲遭檢察官起訴，甲主張警方之蒐證違法侵害其隱私權及人格權，錄影畫面及遭扣押之皮包均不得作為證據。甲之主張有無理由？（25 分）

【解題關鍵】

《考題難易》：★★

《破題關鍵》：本題關鍵在於實務與學說再判斷檢警的處分行為究竟有無侵害人民隱私權的判斷標準，以及對於影音證據的證據處理以及調查方式。隱私權侵害的相關強制處分惟近年的熱門考點，必須特別注意。

《使用法條》：釋字 603、689 號解釋。

【擬答】

甲之主張無理由。

(一) 警方蒐證行為並未侵害甲之隱私及人格權。

1. 依釋字 603 號解釋之意旨，一般隱私權為憲法第 22 條之概括基本權所保障，而其內涵亦包括人格自由發展權。

2. 依釋字第 689 號解釋之意旨，人民在具有「合理隱私期待」之範圍內，於公共場所中之個人生活私密領域，亦受隱私權之保護。

3. 甲在街頭抗爭現場破壞轎車偷竊皮包之行為，主觀上或許有合理隱私期待，但於客觀環境上抗爭現場本就得預期將有警察在現場隨時錄影保護抗爭群眾，因此並不具合理隱私期待，警察之錄影行為並未侵害甲之隱私及人格權。

4. 附帶一提，如依學說見解所主張之「資訊總量說」或「準物理侵害說」，無法建構出一

個人的人格圖像；亦無侵入性的偵查手段，未侵害隱私權。

(二)警方所取得的錄影畫面有證據能力。

- 1.承上所述，警方既未有基本權侵害，此行為並非強制處分，而為任意處分。
- 2.據此，攝影機與街道監視錄影器所取得之錄影「畫面影像」，非原始物證，而為證據替代品，其雖與待證事實具有直接關聯性，但是否與原始物證（完整錄影影片）具有同一性，有所疑義時，得以勘驗之方式，當庭播放之。
- 3.有學者亦認為，此與人證不同，並非傳聞供述，因此不受嚴格直接審理原則之拘束，得為實質直接性之例外，在同一性有所爭執時再為勘驗即可。
- 4.綜上所述，錄影畫面與待證事實如具有直接關聯性與真實性，則得作為證據使用。

(三)警方所扣得之皮包有證據能力。

該扣押之皮包既然附隨於合法聲請之搜索票而來，且搜索票之記載具體明確，則有證據能力，得作為證據使用。

四、甲與乙在大學畢業後之同學會聚餐時發生口角，甲暴怒下狂毆乙，送醫後乙昏迷不醒。乙之母丙趕至醫院，向在旁之警察說「甲太可惡了，一定要告到底！」後檢察官起訴甲重傷罪。審判時，法院發現乙之傷勢尚未構成重傷，遂判決甲構成傷害罪。法院之判決是否合法？（25分）

【解題關鍵】

《考題難易》：★★★

《破題關鍵》：本題關鍵在於當檢察官上認為非告訴乃論之罪，而法官認為告訴乃論之罪時，告訴應經補正之處理，並應引用相關實務見解作為論證基礎。

《使用法條》：院解字 2105 號、105 台上 203 決。

【擬答】

法院判決違法。

(一)丙所為之行為並非告訴，而為告發。

丙並非傷害罪之直接被害人；又並非乙之法定代理人（乙大學畢業應已成年），因此依刑事訴訟法（下稱本法）第 232、233 條之規定，並非適格之告訴權人，因此其所為之行為應為本法的 240 條之告發。

(二)法院不受檢察官起訴法條之拘束，再同一事實範圍內，自得依其心證認識用法，係法院自得變更起訴法條為傷害罪。

- 1.檢察官所認定之重傷罪與法院所認定之傷害罪惟事實上同一案件。
- 2.惟法院應盡其闡明義務，告知被告變更起訴法條之事實，與其充分辨明之機會，且判決書須援引第 300 條之文字，以保障被告之訴訟防禦權。

(三)為傷害罪為告訴乃論之罪，如告訴未經補正，法院判決違法。

- 1.依實務見解（院解字 2105 號參照），檢察官以非告訴乃論之罪起訴，經法院審理結果，認為係犯告訴乃論之罪，未經告訴者，仍應許其於起訴後補正。且其補正應向檢察官或司法警察為之，於二審言詞辯論前皆得為之。
- 2.如告訴未經補正，則形式訴訟條件欠缺，法院應為第 303 條第 3 款之不受理判決。
- 3.綜上所述，法院如未命補正告訴即為實體之傷害罪判決，係判決違法。
- 4.附帶一提，依實務見解（105 台上 203 決參照），若檢察官偵查結果，認為被告所涉，非屬告訴乃論之罪，本不生指定代行告訴問題；但在案件調、偵查中，如被害人已成

年、無配偶，傷重陷於昏迷，其父母不諳法律，基於親情，單憑國民法律感情，向司法警察（官）或檢察官表示欲對於該加害之被告，提出控訴，此情固不生合法告訴之效力，嗣於檢察官依非告訴乃論罪名提起公訴後，審判中，被害人之父母，經人指點，依法向民事法院聲准宣告禁治產，並取得監護人（法定代理人）身分，而刑事案件審理結果，認屬告訴乃論之罪，則先前該父母之不合法告訴瑕疵，當認已經治癒，並發生補正告訴之效果，此部分訴訟條件無欠缺，法院為實體的罪刑判決，尚難謂程序違法。