

# 109 年公務人員特種考試法務部調查局調查人員考試試題

考試別：調查人員  
等 別：四等考試  
類科組：調查工作組  
科 目：刑法與刑事訴訟法概要

一、A 意圖行竊，選定被害人 B 之住家後，使用六角扳手插入 B 住家大門之門鎖，欲進入屋內行竊，因無法開啟門鎖進入，致未得逞。請說明 A 之刑責。(25 分)

《考題難易》★★簡單，本題考點相對單純且單一，只是要如何小題大作是一個考試重要技巧，本題僅以著手時點判斷為關鍵，因此在論述上便可於著手理論多加著墨。至於解題架構則因爭點較少，會建議同學逐步從既遂往未遂，甚至是預備階段作檢驗，始能擴充篇幅。

## 【擬答】

(一) A 欲進入 B 屋內行竊未果的行為不成立刑法(以下同)第 321 條第 1 項加重竊盜罪

客觀上，A 持六角扳手作為破壞門鎖之工具，依實務見解(79 台上 5253 判決參照)認為本條項第 3 款兇器僅需具有足以產生生命、身體之危險者即屬之，縱非持之行兇意圖亦無影響，因此六角扳手應為兇器無誤。然而 A 未能順利進入屋內行竊，未取得 B 屋內任何財物，非屬既遂，構成要件不該當，不成立本罪。

(二) A 欲進入 B 屋內行竊未果的行為不成立第 321 條第 2 項加重竊盜未遂罪

1. 主觀上，A 具有不法所有意圖及竊盜故意。

2. 客觀上，A 持六角扳手構成攜帶兇器之要件已如上述，惟本案是否已達著手階段，容有疑義，以下說明：

(1) 形式客觀說：以行為人是否實行構成要件行為之一部作為是否著手之標準，以本案而言，A 尚未進行竊取行為，並未著手，此說為舊實務見解看法(28 滬上 8 判例，已遭廢止)。

(2) 實質客觀說：不單以是否實行構成要件行為一部判斷，而是從自然觀點來看，行為人所實行的行為是否與構成要件行為具有「必要關聯性」或者可稱為對於法益侵害產生「迫切危險」的程度。以本案而言，A 僅於門外進行開鎖行為即未果，尚未進入屋內進行物色財物之行為，與法益侵害時點尚有一段距離，應未著手，此說為現行實務見解之看法(84 台上 4341 判決參照)。

(3) 主客觀混合說：以行為人的主觀意思及主觀認知的事實背景為基礎，再配合客觀事實判斷，當客觀事實到達法益侵害馬上要實現的程度，始算著手。以本案而言，A 僅於門外進行開鎖行為即未果，財產法益尚無任何受侵害之危險存在，應為著手，此說為學說多數見解。

(4) 綜上所述，不論採取何種見解，A 皆尚未著手，不成立本罪。

(三) A 欲破壞 B 住家大門門鎖進入屋內的行為不成立第 306 條侵入住宅罪

客觀上，A 無法順利開啟大門門鎖，未侵入 B 屋屋內，構成要件不該當，不成立本罪。

(四) 附帶一提，第 320 條及第 306 條分別皆未訂有預備犯及未遂犯之明文規定，依第 1 條罪刑法定原則，A 的行為即無刑事不法，至多僅構成社會秩序維護法妨害安寧秩序等行政罰則。

二、A、B 是詐騙集團成員。A 以網路郵件向被害人施行詐術，B 擔任出面向被害人收取款項之車手，負責將所收取之款項交付 A。二人詐得財物合計新臺幣(下同)100 萬元。A 將 100 萬元放在自家保管，並口頭約定給 B 50 萬元作為報酬，惟 B 於取得報酬前，兩人即經警查獲。警察調查 100 萬元所在，得知 A 將 30 萬元贈與女友 C 花費，剩下 70 萬元下落不明。請說明法院應如何判決沒收犯罪所得？(25 分)

《考題難易》★★★適中，本題關鍵重點在於扣押處分是否得僅以第 133 條第 2 項命提出，即不須依令狀為原則，此經最高法院 106 台非 259 判決闡明，認為仍應向法院聲請扣押裁定或符合無

令狀之例外情形始得為之，而本件是否符合無令狀之例外，則須同學們自行加以論述了。

**【擬答】**

法院應分別對 A、C 諭知沒收判決，而 B 尚未分配到任何利得，無須對其諭知沒收判決，理由如下：

(一)沒收於民國 103 年修法後，已脫從刑之性質，具備非刑罰亦非保安處分之第三類獨立法律效果之性質，因此依刑法（以下同）第 38 條規定以下，沒收所及之對象非限於受刑事處罰之行為人，亦及於符合特定條件下之第三人，故以本案而言，A、B 分別為第 339 條之 4 第 1 項第 3 款及第 28 條加重詐欺罪共同正犯，而 C 則為非屬本案被告，但受有不法利得之第三人，皆應為本案沒收之對象，至於是否符合發動沒收之要件，容下討論之。

(二)由於 A、B 為加重詐欺罪共同正犯，應否對其諭知共同沒收？

1. 共同正犯因犯罪行為所獲取之不法利得應否共同沒收，歷經實務見解更迭，舊實務見解採取肯定見解（最高法院 66 年第 1 次刑庭決議），然而此作法恐致他共同正犯未實際獲有利得者，不甚允當，故最高法院 104 年第 13 次刑庭決議將上開見解廢止，並於最高法院 104 年第 14 次刑庭決議中改採分別依各自所得沒收。
2. 於沒收新制上路後，最高法院則採取原則不應共同沒收，但例外於共同正犯各成員間對於利得具有「共同處分權限」者，且難以區別各人分得之數，則仍應諭知共同沒收（107 台上 222 判決參照）。
3. 於本案中，A、B 雖已約定好將詐取之 100 萬元分配數額，但 B 在尚未實際取得 50 萬元報酬前，該筆 100 萬元現金存放於 A 家中，因此 B 對此金額並無任何事實上處分權限，難認亦得對 B 諭知沒收判決，應僅對 A 諭知沒收判決。

(三)法院應分別對 A 諭知追徵 70 萬元沒收判決及對 C 諭知沒收 30 萬元之沒收判決。

1. 依第 38 條之 1 第 1 項規定，犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。縱實際上該筆所得不知去向，仍得依同條第 3 項規定加以追徵。但已交付於第三人者，應檢視有無同條第 2 項各款情形，若符合要件，即亦應針對第三人諭知沒收判決。
2. 本件，A 將 100 萬元現金保存於家中，但於警方調查時，現金已不在家中，其中 30 萬元已交付於 C 女花費，剩餘 70 萬元則不知去向。C 女於本題題旨中，似無法明確觀其是否明之 A 所交付之 30 萬元為違法行為所得（第 1 款），但 C 女乃無償（A 贈與）取得該不法所得，亦應構成第 2 款「因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得」，仍應對 C 女諭知沒收判決。至於 A 的部分，雖已無法知悉剩餘 70 萬元去向，仍應對其依同條第 3 項規定，於不法所得一部不能沒收者，追徵其價額，故應對 A 諭知追徵 70 萬元之沒收判決。

三、20 歲之 A 與未滿 14 歲之 B 共赴旅館合意性交。B 在校因神情有異，經輔導人員開導而得知性交一事，校方立即通報 B 之父母。當日，B 之父母帶 B 到 A 工作之超商興師問罪。警察 P 接獲勤務中心通報有民眾糾紛，隨即前往超商。P 經在場之人告知 A 涉有性侵之事，乃進入店內櫃檯，向 A 詢問有無與 B 發生性關係，A 回稱：「有，是你情我願，未強迫 B」。在場的 B 附和，並說 A 手機有偷拍雙方性交的影音紀錄，B 更說：「我雖然沒有同意 A 拍攝，但那些影音檔案仍可作為我們合意性交的證據」。P 一聽，認為 A 手機已成為竊錄他人非公開活動的犯罪工具，於是要求 A 交出正拿著的手機，A 無奈將手機交 P 扣押。請說明：（每小題 25 分，共 50 分）

(一)P 取得 A 之不利陳述，是否違反刑事訴訟法第 95 條第 1 項之權利告知義務？

(二)P 扣押 A 之手機是否合法？

第一小題《考題難易》★★簡單，本題關鍵重點在於被告地位形成與否與詢問之性質，算是一個傳統考點了，只要同學能夠有層次且能將概念敘述完整，要拿到分數應不困難。

第二小題《考題難易》★★★適中，本題關鍵重點在於扣押處分是否得僅以第 133 條第 2 項命提出，即不須依令狀為原則，此經最高法院 106 台非 259 判決闡明，認為仍應向法院聲請扣押裁定或符合無令狀之例外情形始得為之，而本件是否符合無令狀之例外，則須同學們自行加以論述了。

**【擬答】**

(一) P 取得 A 之不利陳述違反刑事訴訟法 (以下同) 第 95 條第 1 項權利告知義務，說明如下：

1. 司法警察是否應為第 95 條告知義務，應取決於案件中是否已存在被告地位之人。而學理上判斷被告地位是否形成，有以下三說：
  - (1) 主觀說：以國家偵查人員主觀上之認知為準。若偵查人員主觀上以認為此人具合理犯罪嫌疑，則此時即應具備被告地位，便應踐行告知義務，以保障其訴訟權利。
  - (2) 客觀說：以國家偵查人員客觀上所詢問之人是否為犯罪嫌疑人而定。此說單純以客觀事實而言，縱使偵查人員並不知悉此人為犯罪嫌疑人，仍應認其被告地位已形成。
  - (3) 實質判斷說 (實務見解採此說)：應為實質上之功能性觀察。倘依偵查機關客觀所為之特定活動或措施，可判斷其主觀上業已認定特定之人有犯罪之嫌疑時，被告之地位已經形成，此時訊問者為獲致相關案情加以訊問，即有踐行告知之義務 (104 台上 2494 判決參照)。
  - (4) 本文認為應採實質判斷說較能有效保障被告或犯罪嫌疑人之訴訟基本權利，以本案而言，警察 P 走入超商內，即經在場之人告知 A 涉有性侵之事，始向 A 詢問其是否與 B 發生過性關係，此一提問即應認為警察 P 已將 A 視為性侵害案件之犯罪嫌疑人，被告地位應已形成，便應踐行第 95 條告知義務。
2. P 員警向 A 詢問其是否與 B 發生過性關係一事，應屬詢問，故其未於詢問前踐行第 95 條告知義務即屬違法，該證詞應依第 158 條之 2 第 2 項判斷之。
  - (1) 被告地位既已形成，然而員警 P 向 A 所詢問之問題，是否應為刑事訴訟法上所稱「詢問」，關鍵在於是否需為第 95 條告知義務，關於是否為詢問，學理上認為只要詢問行為符合形式詢問 (具公權力外觀)、實質詢問 (不具公權力外觀，但基於刑事追訴的目的而為詢問) 或功能詢問 (縱談話目的不在刑事追訴，但事後有可能作為判決之依據) 皆為詢問，即應踐行告知義務。
  - (2) 本件員警 P 走入超商後，經旁人確認 A 為犯罪嫌疑人後，便向其詢問犯罪事實之問題，縱其主觀上並未以刑事追訴為目的，但其基於公權力形式外觀向 A 詢問，此談話內容更可能作為日後審判依據，即應認定為詢問，因此 P 未踐行第 95 條告知義務即屬違法，所取得之 A 自白應依第 158 條之 2 第 2 項，除具有善意例外之情形，否則無證據能力。

(二) P 扣押 A 之手機應屬非附隨於搜索之扣押所得扣押物，應屬合法，說明如下。

1. 於過去舊法時期，扣押並非一個獨立的強制處分類型，而是完全附隨於搜索之下，於 105 沒收新制施行後，扣押亦經修正為兩種情形，即「附隨於搜索的扣押」與「非附隨於搜索的扣押」，主要目的當屬為保全沒收執行得以順利而為扣押者，但不論是否附隨於搜索之上，扣押皆採相對法官保留原則之立法。
2. 執行扣押時，依第 133 條第 2 項規定，對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，得命其提出或交付。不過發動之前提當屬扣押處分為合法者，且既扣押應屬干預人民財產權及隱私權之處分，仍應以令狀原則，不得僅以第 133 條第 2 項作為迴避令狀原則之理由 (106 台非) 259 判決參照)，故按第 133 條之 1 第 1 項規定，扣押須經法院裁定發扣押裁定書始得為之，此即令狀原則之展現；而例外之無令狀扣押僅有依第 133 條之 1 第 1 項除書「得為證據之物而扣押」、「經受扣押標的權利人同意」以及第 133 條之 2 第 3 項緊急扣押三種情形。
3. 第 133 條之 1 兩種情形，前者依立法理由又稱同時得為證據及得沒收之物，仍應經法官裁定，以免架空就沒收之物採法官保留為原則之立法意旨；後者則須檢視是否符合同條第 2 項要件，主要須有執行人員踐行告知義務及記明筆錄等程序。而第 133 條之 2 第 3 項緊急扣押則須有相當理由認為情況急迫，有立即扣押之必要，始得為之，且事後須依同條第 4 項陳報法院進行事後審查。
4. 以本件而言，警員 P 經 B 陳述後知悉 A 手機內有兩人性交影音紀錄，便命 A 提出其手機，並交由其扣押，縱依第 133 條第 2 項員警 P 確實得於執行扣押時，命 A 交付手機，但前提仍須建立在令狀原則或符合無令狀例外之情形，而本件 P 於知悉 A 手機內存有性交影音紀錄後，若未及時為之，A 恐於當場便將影音記錄刪除，因此 P 得主張第 133 條

之 2 第 3 項緊急扣押而為扣押處分。惟僅於執行完畢後，須依同條第 4 項於 3 日內陳報法院審查，若法院認不適當者，亦應於 5 日內撤銷之。

# 公 職 王