

103 年警察人員升官等考試、103 年交通事業鐵路人員升資考試試題

等別：警正

類科：行政警察人員、海岸巡防人員

科目：刑法與刑事訴訟法實務

一、甲計畫行竊社區的新住戶 A 家。行竊之日，發現 A 家門窗未鎖，輕而易舉進入，因 A 是新住戶，家私尚未遷入，入內翻找後發現沒有值錢的東西，只好空手而回。數日後，甲又前往 A 家行竊，並攜帶蝴蝶刀一把；此次潛入發現已經安裝門窗鎖，只好加以破壞，竊取名畫一幅。問：甲的行為該如何論處？(25 分)

【擬答】

(一)甲第一次竊取之行為，構成刑法(下同)第 321 條第 2 項之加重竊盜罪未遂罪：

1. 甲未經同意進入 A 宅，係侵入住宅，實現第 321 條第 1 項第 1 款之加重事由，但甲未竊得財物，並未完成「竊取」行為，不成立加重竊盜既遂。主觀上，甲有加重竊盜故意，並具不法所有意圖；客觀上，甲入內翻找之行為不論採依通說所採之主客觀混合理論¹或實務見解(最高法院 82 年第 2 次刑事庭決議²)，均已達於竊盜罪之著手實行，構成要件該當。此外，並無任何阻卻違法事由及阻卻罪責事由，違法並有責，成立本罪。
2. 在其他可罰性要件層次³，甲放棄犯行可否適用中止或準中止(第 27 條第 1 項)此「個人解除刑罰事由」獲得必減免刑度之寬典？按中止未遂、準中止未遂以行為人基於「自願性」中止為成立要件。本例中，甲入內翻找後發現 A 宅沒有值錢的東西，只好空手而回，係不得不放棄犯行，則甲係想(願)偷，但卻被迫出於無奈、因不得已之障礙事由而不得不放棄(不能)，依「法蘭克公式」，其放棄犯行非出於「自主之動機」，欠缺自願性⁴，不成立中止犯或準中止犯。
3. 從而，甲成立加重竊盜之普通未遂犯。

(二)甲第二次竊取之行為，構成第 321 條第 1 項之加重竊盜既遂罪：

1. 本條項之加重事由體系定位為何，通說認係加重構成要件要素，實務認係單純加重條件(最高法院 82 年第 2 次刑事庭決議參照)。若採通說，則甲未經同意進入 A 宅，乃侵入住宅，實現第 1 款之加重事由；且蝴蝶刀係客觀上對人之生命、身體有危險性之器具，乃兇器，甲攜帶蝴蝶刀前往，乃攜帶兇器而犯之，實現第 3 款之加重事由；又甲破壞門窗鎖，係毀壞保護住居安全之設備，實現第 2 款之加重事由。
2. 客觀上，甲未經同意，破壞乙對名畫之持有並建立自己之持有，乃竊取他人之動產；主觀上，甲對於上開加重事由及竊取名畫之事實均有認識，並意欲使其發生，有加重竊盜故意，並具不法所有意圖，構成要件該當。此外，並無任何阻卻違法事由及阻卻罪責事由，違法並有責，成立本罪。

(三)競合：

甲第二次之竊取行為雖同時具備各款加重事由，惟因通說認為加重事由僅係加重構成要件要素，故仍僅成立一個加重竊盜罪，即便實務認係單純加重條件，亦主張因竊盜行為只有一個，仍只成立一罪，不能認為是法條競合或想像競合，但判決主文應將各種加重情形順序揭明，判決理由並應引用各款(最高法院 69 年度台上字第 3945 號判例⁵參照)。其與第一次竊取行為所成立之加重竊盜未

¹ 亦即依甲之犯罪計畫，其翻找之行為已對 A 之財產法益有直接危險，已達著手。

² 即只要行為人以行竊之意思接近財物，並進而物色財物，即可認為竊盜之著手。

³ 因本題甲雖在 A 宅內發現沒有值錢的東西，但通說及實務認為竊盜罪之行為客體係「他人之動產」，故只要 A 宅內不是家徒四壁，甲於著手時仍有可能達於竊盜既遂，並非「不能發生犯罪之結果」，不可能成立不能未遂，顯然不能未遂並非本題考點所在，所以不需要解不能未遂。

⁴ 也可寫成：甲認知到依當時可資運用或替代的實行手段，根本無法或難以達到犯罪結果，學說稱此為「失敗未遂」。由於失敗未遂的行為必然無可避免地放棄其犯行的繼續實行，故非自願中止，從而甲不成立中止犯或準中止犯。」

⁵ 最高法院 69 年度台上字第 3945 號判例：「刑法第三百二十一條第一項所列各款為竊盜之加重條件，如犯竊盜罪兼具數款加重情形時，因竊盜行為祇有一個，仍祇成立一罪，不能認為法律競合或犯罪競合，但判決主文應將各種加重情形順序揭明，理由並應引用各款，俾相適應。又所謂有人居住之建築物，不以行竊時有人居住其內為必要，其居住人宿於樓上，或大樓管理員居住另室，而乘隙侵入其他房間行竊者，均不失為侵入有人居住之建築物行竊。」

遂罪係另行起意之數行為，成立數罪併罰（第 50 條）。

二、甲好飲，某夜在餐館貪杯，頗有醉意，起身行走都有困難。甲對於自己的駕車技術卻相當自信，不顧友人勸戒，仍然執意開車返家。甲行車半里路，恍神撞上停靠路邊的轎車，甲見車內無人，急忙逃逸。慌亂中，撞上機車騎士 A，造成 A 受傷，甲再度逃逸。問：甲成立何罪？（25 分）

【擬答】

- (一)甲酒後駕車之行為，構成刑法（下同）第 185 條之 3 第 1 項第 2 款之不能安全駕駛罪：
客觀上，甲飲用酒類後，頗有醉意，起身行走都有困難，且開車撞上停靠路邊的轎車，雖題意並未說明甲之酒測值為何，係「有其他情事足認服用酒類致不能安全駕駛」而駕駛動力交通工具；主觀上，甲知悉自己飲用酒類後，頗有醉意，起身行走都有困難，仍決意開車，乃對於上開事實有認識並意欲使其發生，有不能安全駕駛故意。此外，並無任何阻卻違法事由及阻卻罪責事由，違法並有責，成立本罪。
- (二)甲撞上停靠路邊的轎車而逃逸之行為，不構成第 185 條之 4 之肇事逃逸罪：
本罪以駕駛動力交通工具肇事「致人死傷」為成立要件。本例中，甲僅撞壞車輛，並無致人傷亡之事實，不成立本罪。
- (三)甲急忙逃逸又開車上路之行為，構成第 185 條之 3 第 1 項第 2 款之不能安全駕駛罪：
1. 客觀上，甲急忙逃逸又開車上路而撞傷 A，係「有其他情事足認服用酒類致不能安全駕駛」而駕駛動力交通工具；主觀上，甲有不能安全駕駛故意。此外，並無任何阻卻違法事由及阻卻罪責事由，違法並有責，成立本罪。
2. 不能安全駕駛罪雖係繼續犯，然甲係在撞擊停靠路邊的轎車後，見車內無人，才決定逃逸，無論從事件外觀或其主觀態度，事故發生前、後之不能安全駕駛行為應分開評價，不能與先前的不能安全駕駛罪結合成行為單數（單一的構成要件實現），而應成立兩次不能安全駕駛罪⁶。
- (四)甲撞傷 A 之行為，構成第 284 條第 1 項之過失致傷罪：
客觀上，甲開車撞傷 A；主觀上，甲欠缺致人受傷之意欲，無傷害故意。惟其應能預見酒後駕車會發生車禍致人受傷，竟怠於注意而酒後駕車，乃應注意並能注意而不注意，有過失。此外，並無任何阻卻違法事由及阻卻罪責事由，違法並有責，成立本罪。
- (五)甲撞傷 A 後逃逸之行為，構成第 185 條之 4 之肇事逃逸罪：
客觀上，甲開車撞傷 A，且未留在現場處理而逕自離去，乃駕駛動力交通工具肇事致人受傷而逃逸；主觀上，甲對於構成肇事逃逸罪之事實，明知並有意使其發生。此外，並無任何阻卻違法事由或阻卻罪責事由，成立本罪。
- (六)甲撞傷 A 後再度開車逃逸之行為，構成第 185 條之 3 第 1 項第 2 款之不能安全駕駛罪：
甲撞傷 A 後再度逃逸而開車上路，然此次之駕駛行為並未符合本條第 1 項所列之三款情事，不成立本罪。
- (七)甲開車離去未予救助之行為，不構成第 294 條第 1 項後段之違背義務遺棄罪：
本罪以遺棄「無自救力之人」為成立要件。本例中，因題意為表明 A 之受傷情形為何，若僅係受到輕傷，則 A 並非無自救力之人，構成要件不該當，不成立本罪。
- (八)競合：
甲第二次成立之不能安全駕駛罪與過失致傷罪因實施時間局部重合（部分合致），乃一行為觸犯數罪名而侵害數法益，成立想像競合（第 55 條），從一重之不能安全駕駛罪處斷。又其先後成立之二個不能安全駕駛罪及肇事逃逸罪，犯意各別，行為互殊，成立數罪併罰（第 50 條），併合處罰之。

⁶ 引自蔡聖偉，醉上加罪—車禍事故中相關罪名的競合問題，月旦法學教室，130 期，2013 年 8 月，36~37 頁。其原文為：「甲在不能安全駕駛的狀態下開車，構成第一八五條之三第一項的酩酊駕駛罪。發生撞擊後，甲下車查看才決定離開現場，無論從事件外觀或其主觀態度，事故發生前、後之不能安全駕駛行為應分開評價。易言之，撞擊事故中斷了事故發生前、後的酩酊駕駛行為，事故發生後的酩酊駕駛行為係屬重新起意違犯，不能與先前的酩酊駕駛罪結合成行為單數（單一的構成要件實現），而應成立兩次酩酊駕駛罪。」

三、警察持法院核發之搜索票，依法於甲駕駛的自小客車後行李廂中查獲第一級毒品海洛因 1 大包，在警察與甲閒聊，尚未正式詢問，踐行刑事訴訟法第 95 條第 2 款得保持緘默與第 3 款得選任辯護人之告知義務前，甲即自發性的向警察承認該包毒品為其所有。試問：甲之自白有無證據能力？(25 分)

【擬答】

本題之爭點，在於嫌犯或被告之陳述，是否違反自白任意性之問題。分析如下：

(一)嫌犯或被告之自白、與警方之告知義務：

1. 嫌犯或被告之自白其意義：

在本案之追訴程序中，除了證人攸關本案之犯罪認定外，嫌犯或被告亦為證據之一，不過在有利於被告之審理精神下，尤需注重對其任意性法則 (§156)、善意性法則 (§98)、默秘保障原則 (§95) 之運用。

2. 被告自白法則：

(1) 自白之意義：所謂自白，乃被告或犯罪嫌疑人在犯罪事實之一部或全部為承認之陳述。此等陳述，屬於供述證據；至少在我國，自白仍是證據之一種態樣。

(2) 自白得否採為證據之爭議？在我國，只要符合法律規定（如§98、§156、§158-2 II 等），在合法情狀下取得之自白，即可採為證據。亦即，只要自白與真實相符，並為嫌犯或被告基於自由意志之產物，即得為證據。

3. 警方之告知義務：

(1) 犯罪嫌疑人在刑事調查程序中享有緘默權（拒絕陳述權）、辯護人選任權與調查有利證據之請求權，為行使其防禦權之基本前提，屬於人民依憲法所享訴訟保障權之內容之一。

(2) 刑事訴訟法第 100 條之二規定，於司法警察官或司法警察「詢問」犯罪嫌疑人時，準用同法第 95 條有關告知事項及第 100 條之一錄音、錄影之規定，俾犯罪嫌疑人能充分行使防禦權，以維程序之公平，並擔保其陳述之任意性。

(二)惟，依據題意，嫌犯在與警察閒聊，尚未正式詢問，甲即自發性的向警察承認該包毒品為其所有；此之陳述可能違法。理由如下：

1. 甲之陳述仍屬本案之陳述：

(1) 所謂「本案訊問」，乃指對本案系爭爭點，基於當事人對等之精神，期使被告對其被訴之事實有所明瞭以為答辯，故法院應為訊問；警方亦應依前述之規定，為依法詢問。

(2) 刑事訴訟法為求被告人權之維護，亦於強制處分章中做一概括規定，以為遵循，程序如下：

① 罪名之告知 (§95 ①)；

② 緘默權之擁有 (§95 ②)；

③ 得選任辯護人。如為低收入戶、中低收入戶、原住民或其他依法令得請求法律扶助者，得請求之 (§95 ③)；

④ 得請求調查有利之證據 (§95 ④)。

2. 此等司法警察官或司法警察應行遵守實踐之法定義務，於其製作犯罪嫌疑人甲詢問筆錄時固不論矣；即犯罪嫌疑人甲經警方拘提或逮捕之後，舉凡只要是在功能上相當於對犯罪嫌疑人甲為案情之詢問，不論係出於閒聊或教誨之任何方式，亦不問是否在偵訊室內，即應有上開規定之準用，而不能侷限於製作筆錄時之詢問，以嚴守犯罪調查之程序正義。

(三)是故：

1. 題中，警察雖然利用與甲閒聊，尚未正式詢問、踐行刑事訴訟法第 95 條第 2 款得保持緘默與第 3 款得選任辯護人之告知義務前，甲即自發性的向警察承認該包毒品為其所有。

2. 除非，甲明確表示放棄前述之刑事訴訟法第 95 條之權利保障；否則，為了貫徹當事人對等之精神，甲該「自發性的向警察承認該包毒品為其所有」之陳述，仍屬於對甲本身不利之自白；依據刑事訴訟法第 158 條之二第二項：「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被

告或犯罪嫌疑人時，違反第 95 條第二款、第三款之規定者，準用前項規定 (§158-2II)。」之規定，而為非法取得證據，不得採為認定甲之犯罪事實。

四、甲非法持有具有殺傷力之手槍，警方依法向法院聲請搜索票後搜索甲住宅。惟為警政媒體記者知悉，竟隨行採訪，執行搜索之乙、丙兩位警察亦未予阻止，嗣在甲臥房內發現具有殺傷力之黑星手槍 1 枝，即予扣押。試問：

(一)該搜索與扣押程序是否合法？請敘明理由。(10 分)

(二)本案，如媒體記者未隨行採訪，警察執行搜索時，發現具有殺傷力之黑星手槍予以扣押；惟離開甲住宅後，覺得時間尚早，遂由乙在門口看守著甲，丙再進入甲住宅內澈底搜索，最後在廁所化妝鏡置物櫃內發現多包第一級毒品海洛因，即予扣押。則此搜索與扣押程序是否合法？請敘明理由。(15 分)

【擬答】

(一)乙、丙兩位警察該搜索與扣押程序恐非合法；理由分析如下：

1. 偵查不公開原則及其目的：

(1)刑事訴訟，乃國家基於公權力，就特定人之特定犯罪事實，適用抽象之刑事法規，以形成並確定其具體刑罰權是。所謂特定人及特定犯罪事實，以實體法言，稱為行為主體及犯罪行為；以程序法言，稱為被告及犯罪事實。其承辦之機關包含法院及代表國家公權力之檢察機關，各自代表追訴及審判機關。

(2)是故，檢察官應負起偵查程序且充當公權行為之原告，在「不告不理」精神下，檢方一方面負責控制法院案源，另一方面監督行政系統辦理維護治安（即警察機關）之權限，責任相當重大！檢察官偵查中，應貫徹偵查不公開原則，避免法官間接知悉本案之相關事證，並保護嫌犯的名譽。反之，於起訴後，必然需要起訴狀一本主義及訴因制度以為配合，使被告便於防禦。

2. 警政媒體記者隨行採訪，違反偵查不公開之精神：

承前所述，偵查不公開之精神，在我國刑事訴訟法上亦有相關規定；例如刑事訴訟法（以下簡稱本法）第 228 條之規定：「...實施偵查非有必要，不得先行傳訊被告。」、本法第 33 條：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影...」之反面解釋觀之，基於偵查不公開，偵查中並不允許辯護人閱卷。

3. 警方若未依照檢察官之指揮偵查，而擅自任其警政媒體記者隨行採訪，可能違反偵查不公開原則：

(1)偵查不公開原則，應包括「偵查程序不公開」、以及「偵查內容不公開」兩大內涵。是故，檢察官得依本法第 228 條第 2 項規定，限期命檢察事務官、第 230 條之司法警察官或第 231 條之司法警察調查犯罪情形及蒐集證據，並提出報告。必要時，得將相關卷證一併發交。並依本法第 231 條之 1，對於司法警察官或司法警察移送或報告之案件，認為調查未完備者，得將卷證發回，命其補足，或發交其他司法警察官或司法警察調查。司法警察官或司法警察應於補足或調查後，再行移送或報告。此即檢方之退案權。

(2)是故，警方若未依照檢察官之指揮偵查，而擅自任其警政媒體記者隨行採訪，無異變相地公布相關資訊，顯已越權，而違反偵查不公開原則。

(二)本案，乙在門口看守著甲，丙再進入甲住宅內為搜索處分，並找到海洛因，即予扣押之行為，仍非合法：

1. 依據題意，警方雖然事先依法向法院聲請搜索票後搜索甲住宅；然而，在對甲之住宅搜索處分結束後，又任意回頭，進甲之住宅內為再次搜索；並不符合「要式搜索處分」之精神。

2. 乙、丙之搜索處分，亦不符合不要式搜索之「逕行搜索」程序：

(1)所謂「逕行搜索」，其目的在迅速拘捕被告、犯罪嫌疑人或發現現行犯，亦即得以逕行進入人民住宅或在其他處所搜索之對象，在於「人」而非「物」，倘無搜索票，但以本條項所謂緊急搜索方法逕行在民宅等處所搜索「物」，同屬違法搜索。

(2)乙、丙再次進入甲家之搜索處分，並非急迫情狀下進入該住宅搜索甲之本人，是故，該搜索為

非法之逕行搜索處分。

3. 乙、丙再次進入甲住宅內之搜索處分，亦不符合不要式搜索之「同意搜索」程序：

(1) 同意搜索程序，係以警員於執行搜索前應出示證件，查明受搜索人有無同意之權限，並應將其同意之意旨記載於筆錄，由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨為程序規範，並以一般意識健全具有是非辨別能力之人，因搜索人員之出示證件表明身分與來意，均得以理解或意識到搜索之意思及效果，而有參與該訴訟程序及表達意見之機會，可以自我決定選擇同意或拒絕，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他公權力之不當施壓所為之同意為其實質要件。

(2) 題中，甲並未明示其同意權，乙、丙亦無當場令甲簽署自願搜索同意書，甲是否完全理解警員徵求同意搜索之意義及後果？對甲之侵害不可不巨。

4. 乙、丙之搜索處分，亦不符合不要式搜索之「一目了然」法則：

即使警方乙、丙之不要式搜索權為合法，但該例外權限在於「找人」，不可任意於「廁所化妝鏡置物櫃內」(不符完全目視即見之要件)，發現多包第一級毒品海洛因且扣押之。此即屬違法搜索。

5. 承上可見：

警方乙、丙該逕行搜索、同意搜索、及一目了然法則等程序正義皆不合於法定程序，其搜索所得之毒品數包，並不能作為認定甲犯罪之證據。

公
職
王