

## 103 年公務人員特種考試司法人員考試試題

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、甲向丙詐稱要合夥生意，乃會同丙到銀行領取現金五十萬元後，回到丙住處，丙將現金用衣服包好，放在桌子上，甲見狀乃再向丙佯稱外邊汽車沒停好，趁丙出去停車時，將現金拿走離去，問甲構成何罪？

【擬答】：

(一)甲將丙之現金拿走離去之行為，可能成立刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪

1. 不法構成要件

客觀上，甲向丙佯稱丙在外之汽車沒停好，係施用詐術，丙因此而外出停車，故丙陷於錯誤無疑。惟丙雖將現金用衣服包好放在桌上，但丙尚未與甲談妥合夥事宜，故丙無將該筆現金五十萬交付予甲使其取得所有權之意思，因此，丙並無因而處分財產之意思，與詐欺罪之構成要件不符。

2. 綜上，甲之上開行為不成立刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪。

(二)甲將丙之現金拿走離去之行為，可能成立刑法第 320 條第 1 項之普通竊盜罪

1. 不法構成要件

客觀上，甲係得丙之同意而進入丙之住處，不該當刑法第 321 條第 1 項第 1 款之加重條件，故無加重竊盜罪之適用，合先敘明。依題示，丙雖離開住處到門外去停車，但丙對於丙宅內其所有之五十萬現金仍具有鬆弛之持有支配關係。然甲並未得到丙之同意，即將該筆現金取走離去，乃破壞丙對於現金持有支配關係，進而建立甲對該現金之持有支配關係，係為竊取。主觀上，甲具有竊取丙現金之認知與意欲，具有竊盜故意，亦具有不法所有意圖。

2. 違法性及罪責

依題示，甲無阻卻違法事由亦有罪責，故成立刑法第 320 條第 1 項之普通竊盜罪。

(三)承上所述，實務見解(33 年上字第 1134 號判例)亦認為：「刑法上之詐欺罪與竊盜罪，雖同係意圖為自己或第三人不法之所有而取得他人之財物，但詐欺罪以施行詐術使人將物交付為其成立要件，而竊盜罪則無使人交付財物之必要，所謂交付，係指對於財物之處分而言，故詐欺罪之行為人，其取得財物，必須由於被詐欺人對於該財物之處分而來，否則被詐欺人提交財物，雖係由於行為人施用詐術之所致，但其提交既非處分之行為，則行為人因其對於該財物之支配力一時弛緩，乘機取得，即與詐欺罪應具之條件不符，自應論以竊盜罪。」，可資參考。

二、某司法警察機關，為偵查甲涉嫌電話詐欺案件，報請檢察官許可，向法院聲請核發搜索票，載明「案由：詐欺；應搜索之犯罪嫌疑人與應扣押之物：甲涉犯詐欺罪之存摺、提款卡、人頭電話卡等相關證物；應加搜索處所：甲之住處；有效期間：二週，逾期不得執行搜索及搜索後應將搜索票交還」。由司法警察乙持以至甲住處進行搜索，試說明下列之後續程序是否合法？所得物品是否得為證據？

(一)乙於甲房間內查獲電腦主機一台，乃要求開機查察，甲拒絕，乙強行加以開機，發現內有詐騙電腦程式，乃扣押帶回。

(二)乙見搜索在場的甲之友人丙，眼光閃爍，言語慌張，乃要求搜查其身體，丙拔腿就跑，被乙追趕上後並強行搜身，發現腰間藏有手槍一把，乃將手槍扣押，並將丙逮捕。

【擬答】：

前言：本題主要涉及司法警察乙「搜索」行為之合法性判斷。搜索按刑事訴訟法(以下稱刑訴法)第 128 條第 1 項之規定，應用搜索票，此乃「令狀原則」。又依同條第 3 項之規定，搜索票應由法官簽名，此乃「相對法官保留原則」，亦即搜索原則上須經法官同意並簽發搜

## 公職王歷屆試題 (103 調查局特考)

索票，除有刑訴法第 130 條至 131 條之 1 之例外情形，始得以無令狀搜索之。

(一)乙搜索甲電腦主機之行為屬合法之搜索，且扣押之電腦及詐騙電腦程式亦屬合法，並具有證據能力，得以作為審判之依據。

1.承前言所述，為確實落實刑訴法第 128 條第 1、3 項所揭示「令狀原則」及「相對法官保留原則」，搜索票上所記載之事項（刑訴法第 128 條第 2 項）必須符合「合理明確性」<sup>1</sup>，亦即搜索票之記載必須足以讓搜索者與被搜索者可以合理地確認搜索的對象與範圍。如搜索票應記載事項過於空泛或為概括性記載（例如「空白搜索票」），則應認為違反「合理明確性」及「概括搜索禁止原則」。

2.本題中，法院所核發之搜索票雖載明「應搜索之犯罪嫌疑人與應扣押之物：甲涉犯詐欺罪之存摺、提款卡、人頭電話卡等相關證物；應加搜索處所：甲之住處」，並未詳列甲住處之地址及搜索扣押之物包含電腦及詐騙程式（電磁紀錄）。學說見解認為「住址」之記載應當做最低限度，避免偵查機關以一張搜索票，多次且概括地搜索被搜索者之住居所或辦公室。如本例中，甲之住處僅有一個，則警察乙前往該住處內搜索，應認為未違反「合理明確性」及「概括搜索禁止原則」。而乙強行打開甲之電腦檢查之行為，亦構成「搜索」。然甲涉犯詐欺罪之證物，理當包含惡意之詐騙程式或帳冊等電磁紀錄，因此就電磁紀錄所存放之電腦為搜索，且該電腦亦放置於甲之住處，均為搜索票上記載事項得以特定之對象與範圍，均屬合法搜索，因此，乙所扣押之電腦及詐騙電腦程式亦屬合法，並具有證據能力，得以作為審判之依據。

(二)乙搜索丙身體之行為，乃屬違法搜索。又扣押手槍之程序，乃違法搜索產生之後續行為，故仍屬違法扣押，所扣案之手槍按通說見解並無證據能力，按實務見解則依刑訴法第 158 條之 4 權衡之。

1.依題示，按法院所核發搜索票之記載，搜索的對象僅為甲而不包含丙；且案由亦為詐欺並非為槍砲彈藥刀械管制條例；又手槍與涉犯詐欺罪之證物無涉，亦非為搜索扣押之對象，因此乙搜索丙之身體之行為及扣押之槍枝，並不在法院核發搜索票所得以特定之對象或範圍，應屬於無令狀之搜索。

2.然丙並非受逮捕、拘提或羈押之人，乙所為之搜索並不符合刑訴法第 130 條之附帶搜索。且丙並非法院搜索票所載明應搜索之犯罪嫌疑人、丙亦非現行犯或脫逃人，亦無明顯事實足認丙在甲宅內犯罪，故亦無刑訴法第 131 條第 1 項逕行搜索之適用。此外，乙並非檢察官，故非得以發動緊急搜索之主體，並無刑訴法第 131 條第 2 項之適用，而乙係強行搜索丙之身體，並無刑訴法第 131 條之 1 同意搜索之適用。職是，乙所為之搜索並不符合刑訴法第 130 條至 131 條之 1 得以無令狀搜索之例外規定，係屬違法搜索，因此乙接續所為之扣押槍枝，亦屬違法扣押，所扣案之手槍按通說見解並無證據能力，按實務見解則依刑訴法第 158 條之 4 權衡之。

三、某晚甲飲用高粱酒 2 瓶 180c. c. 後，乃攀越乙女住處外之木籬笆，侵入乙女房間後，將該房間門門住，關掉該房間之電燈，徒手抓住乙女之雙手強押至床上，甲再自行脫去外褲及內褲，欲將其陰莖插入乙女之陰道，經乙女極力掙扎及抵抗，甲強行將乙女之內褲脫下，以手指插入乙女之陰道。乙女趁隙踢開甲，逃至隔壁房間報警，警方到來後逮捕因酒精作用，醉倒乙女房間的甲，測得其吐氣中酒精濃度高達 1.15 毫克。甲醒後於警詢自稱：我喝醉了，我也不知道是否有性侵被害人等語。後經檢察官起訴，審理法院囑託 A 醫院進行鑑定，結論略以：甲無任何精神疾病，但案發當時，在酒精過量影響下，意識模糊，致其不能辨識其行為

<sup>1</sup> 最高法院 97 年台上第 1509 號判決：「據以規範搜索票之應記載事項者，即所謂「概括搜索禁止原則」。其中尤以搜索票上之「應扣押物」以及「應搜索處所等」之任何一項，必須事先加以合理的具體特定與明示，方符明確界定搜索之對象與範圍之要求，以避免搜索扣押被濫用，而違反一般性搜索之禁止原則。所謂應扣押之物，指可為證據或得沒收之物（刑事訴訟法第一百三十三條第一項參照），不以於「有事實足認其存有者」為限，尚包括「一般經驗法則、邏輯演繹或歸納可得推衍其存有者」（如以違反著作權法案件之光碟燒錄重製類型為例，其應扣押之物，可記載為「與侵害著作權有關之光碟片、燒錄機、電腦、標籤、說明書、包裝等證物」）。搜索票應記載之事項如失之空泛，或祇為概括性之記載，違反合理明確性之要求，其應受如何之法律評價，是否導致搜索所得之證據不具證據能力之效果，則應依刑事訴訟法第一百五十八條之四之規定，視個案情節而為權衡審酌以資判斷之。」

## 公職王歷屆試題 (103 調查局特考)

違法或欠缺依其辨識而行為之能力。

(一)請試述針對甲之行為，檢察官可能起訴何罪？

(二)甲抗辯行為時不知道有無性侵被害人，在刑法學理上如何定性？又按照本案的事實有無理由？請詳述之。

(三)審理法院囑託 A 醫院進行之鑑定，可否強迫甲住院觀察？需履行何種程序？

【擬答】：

(一)針對甲之行為，檢察官可能以刑法第 222 條第 1 項第 7 款之侵入住宅加重強制性交罪作為起訴被告甲之罪名。

1. 按題目所示，客觀上甲係未得乙女之同意，即攀越乙女住處外之木籬笆，侵入乙女房間，並對乙女施以抓住雙手、強押至床上及強行脫去乙女內褲之強制力。縱使甲並未以性器進入乙女之性器，但甲仍以手指插入乙女之陰道，符合刑法第 10 條第 5 項第 2 款之性交定義。又主觀上，甲具有侵入住宅而為強制性交之認知與意欲，具有加重強制性交故意。

2. 綜上，甲之行為乃該當刑法第 222 條第 1 項第 7 款之構成要件。此外，依題示甲並無其他阻卻違法事由，檢察官可能以刑法第 222 條第 1 項第 7 款之侵入住宅加重強制性交罪將甲起訴。

(二)甲乃欲以其符合刑法第 19 條第 1 項之規定，欠缺責任能力而阻卻罪責，故不成立犯罪而為抗辯。惟甲之情形應屬刑法上之「原因自由行為」，按刑法第 19 條第 3 項之規定，排除刑法第 19 條第 1 項之適用，甲仍成立犯罪，因此甲之主張並無理由。

1. 甲抗辯行為時不知道有無性侵被害人，於學理上，甲乃欲主張其已達到刑法第 19 條第 1 項行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，因此得以阻卻罪責而不成立加重強制性交罪。

2. 然而，甲經法院將伊送醫學鑑定後，甲雖然因酒精過量影響下，而導致意識模糊，並且達到第 19 條第 1 項欠缺責任能力之狀態。惟甲係故意引用大量之高梁酒而自陷精神障礙，若能證明甲在飲酒自陷精神障礙時，即預見嗣後會侵入住宅強制性交乙女，且甲的確於精神障礙的情況下對乙女為強制性交之行為，學說上稱此為「原因自由行為」，按刑法第 19 條第 3 項之規定，甲仍不得適用刑法第 19 條第 1 項之規定而阻卻罪責，因此甲仍成立刑法第 222 條第 1 項第 7 款之侵入住宅加重強制性交罪，甲之抗辯並無理由。

(三)審理法院得囑託 A 醫院對於甲進行精神鑑定，並得強迫甲住院觀察，至多得強迫甲留置七日，此為「鑑定留置」之強制處分，詳細規定及程序，分述如下。

1. 按刑事訴訟法（以下稱刑訴法）第 208 條第 1 項之規定，審理法院得囑託醫院為「機關鑑定」，並準用刑訴法第 203 條至第 206 條之 1 之規定。復按刑法第 203 條第 1 項之規定，審理法院得使鑑定人於法院外為鑑定。此外按刑訴法第 203 條第 2 項之規定，因鑑定被告甲心神或身體之必要，得預定七日以下之期間，將被告送入醫院為鑑定，此為「鑑定留置」之強制處分。

2. 按刑訴法第 203 條之 1 第 1 項之規定，鑑定留置應用鑑定留置票，此為「令狀原則」。並且按同條第 4 項之規定，鑑定留置票，應由法官簽名，此為「絕對法官保留原則」，並且按同條第 2 項之規定，鑑定留置票應記載被告之年籍資料、住居所、案由、應鑑定事項、應留置之處所及預定之期間及不服鑑定留置之救濟方法。

3. 甲經 A 醫院為精神鑑定後，按刑訴法第 208 條第 1 項之規定，審理法院命實施鑑定之人到庭以言詞報告或說明之。