

公職王歷屆試題 (98 基層行政警察特考)

98 年公務人員特種考試基層警察人員、稅務人員、退除役軍人轉任公務人員、海岸巡防人員考試、關務人員考試及國軍上校以上軍官轉任公務人員考試試題
等 別：四等基層警察人員考試
類(科)別：行政警察人員
科 目：刑法概要及刑事訴訟法概要
解題老師：張 捷／許 願 老師

一、請說明現行刑法所規定主刑及從刑之意義種類?並以財產法益犯罪為例說明法定刑與宣告刑之區別?

【破題解析】	雖是死板版的考題，命題者卻有深意：如果連主刑或從刑是什麼都不知道，那刑法到底念了什麼？
【命中特區】	張捷，保成，案例刑法筆記，2008，關於刑罰的討論，頁 348，【命中率】80%。

【擬答】：

(一)主刑與從刑的意義與種類

1. 按刑法第 32 條規定：「刑分為主刑及從刑。」，刑法第 33 條與第 34 條復分別規定：「主刑之種類如下：一、死刑。二、無期徒刑。三、有期徒刑：二月以上十五年以下。但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年。四、拘役：一日以上，六十日未滿。但遇有加重時，得加至一百二十日。五、罰金：新臺幣一千元以上，以百元計算之。」、「從刑之種類如下：一、褫奪公權。二、沒收。三、追徵、追繳或抵償。」
2. 申言之，「行為之得科以刑罰者，以有法律之明文為限。所謂刑罰，非僅指主刑而言，即從刑亦在其內。(24 非 132 判例)」「刑罰者，乃對犯罪行為之制裁方法，其種類不外乎刑法第 33 條所定死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金五種主刑，及同法第 34 條規定之褫奪公權、沒收與追徵、追繳或抵償等從刑；刑事判決，自應受上開範圍之限制。(參考 89 台非 87 判決)」
3. 「有罪之判決，關於主刑、從刑或刑之加重、減輕或免除等事項所適用之法律，除別有規定外，應本於統一性及整體性原則一體適用，其相關條文不能與主刑所適用之法律任意割裂。(87 台上 1465 判決)」

(二)法定刑與宣告刑的區別—以財產犯罪為例

1. 立法者為個別的犯罪所預先決定的刑罰，稱之為「法定刑」，如刑法竊盜罪即規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪，處『五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金』。」然而，由於個別犯罪的情節差異，行為人所應受之刑罰程度也應有別，故立法者通常只決定刑罰的種類與上下限，至於刑之量定，則為求個案裁判之妥當性，賦予法院裁量之權，此即「宣告刑」。
2. 法院合義務的刑罰裁量，除應考慮刑罰目的，德國刑法第 46 條第 1 項規定「刑罰裁量應以行為人之責任為基礎。量刑，應考慮刑罰對行為人將來社會生活所能期待的功能。」應可供參考。
3. 再以擄人勒贖罪為例，刑法第 347 條固然規定：「意圖勒贖而擄人者，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑。」法院是否宣告死刑自應考量個案行為人的罪責程度，而非一味追求所謂「殺雞儆猴」的威嚇效果。

二、某 5 層公寓之第 4 樓是甲所有之住宅，該住宅只有甲單獨一人居住，某日女友在電話中告知要和甲分手，甲因此不想活了，所以放火焚燒自己所有之住宅想要自殺，火勢延燒致整棟公寓全部被燒毀，但所幸無人傷亡，火勢被撲滅後，警察機關與消防機關即展開火災發生原因之調查與鑑定，甲知難辭其咎，遂主動至該消防機關向負責調查與鑑定之公務員表是火災是其放火焚燒自己所有之住宅所導致，並願接受法律制裁，該消防機關公務員遂將甲報請警察機關處理，試問：

(一)甲放火焚燒自己所有之住宅，火勢延燒致整棟住宅全部被燒毀，但所幸無人傷亡，其行為應成立何罪？

公職王歷屆試題 (98 基層行政警察特考)

(二)甲於警察機關與消防機關正在調查與鑑定火災發生原因時，主動向該消防機關公務員表示火災是其放火所導致，並願受法律制裁，是否符合自首之要件？

【破題解析】	放火罪的好題目。命題者非常靈活的將現實生活常發生的個案與自首進一步結合；考生除須熟記放火罪與自首的法條外，實務見解亦屬必背內容。
【命中特區】	張捷，保成，案例刑法筆記，2008，關於自首、放火罪與偽造文書部分（96 基警考題），頁 597、625，【命中率】90%。

【擬答】：

(一)甲所為之放火行為應成立刑法第 173 條第 1 項之放火罪

1. 依 28 上 3218 判例：「刑法第 173 條第 1 項之放火罪，係以放火燒燬之住宅或建築物等現既供人使用或有人所在，依通常情形往往因放火結果遭受意外之危害，為保護公共安全起見，特為加重處刑之規定。故該條項所稱之人，當然係指放火人犯以外之人而言，如果前項住宅或建築物，即為放火人犯自行使用或祇有該犯在內，則其使用或所在之人，已明知放火行為並不致遭受何種意外危害，自不能適用該條項處斷。」
2. 然而，「如放火人犯明知其放火行為具有公共危險，基於保護公共安全之立法本旨，自仍有該條項之適用。況當今房屋，無論為大廈或公寓式，俱屬整體建築，自己與他人擁有之住宅，就公共安全言，具有不可分性，與昔日房屋之獨棟式建築，不能相提並論。故在自己使用之住宅內放火，實與對整棟公寓或大廈放火無異，其行為既與刑法第 174 條第 2 項之罪，以放火燒燬現非供人使用之自己所有住宅或現未有人所在之自己所有建築物等，為其構成要件者不符，而第 173 條第 1 項，又未如第 174 條第 1 項就住宅建築物標明以「他人所有」為其構成要件內容，自仍應依第 173 條第 1 項論處。」

(二)甲所為自首是否有效？自首係指行為人自行申告尚未被發覺之犯罪行為，而自願接受法院裁判。依刑法第 62 條之規定，可申述其要件如下：

1. 行為人申告的內容必須為自己所犯之罪：行為人只要有申告自己犯罪的實質內涵，即為已足，不以使用自首字樣或言明自首為必要。此外，行為人自行申告犯罪，並不限於親自向刑事追訴機關為之者，始成立自首，即使託人代理自首，亦無不可。
2. 申告時機必須為「刑事追訴機關」發覺犯罪之前：行為人必須於刑事追訴機關尚未發覺其犯罪之前，自行申告其犯罪者，始有可能成立自首；否則，若已發覺始自動到案者，則為投案，而非自首。所謂「未發覺」，係指刑事追訴機關尚未知悉犯罪事實的發生^{註 1}，或雖已知悉犯罪事實，但尚未知悉該犯罪究為何人所為。
3. 應注意者：「自首須自行申告其犯罪事實於『該管公務員』，而受法律上之裁判為要件，其方式係用言詞或書面，以及係自行投案或託人代行，係直接向偵查機關為之，抑向非偵查機關請其轉送，均無限制。（24 年上字第 1162 號判例）」題示情形，消防機關固非有偵查犯罪權限之機關，其所屬之公務員亦非有偵查犯罪職務之公務員；惟據前揭判例，甲之自首仍屬有效。

^{註 1} 依 75 年台上字第 1634 號判例：「刑法第 62 條之所謂發覺，係指有偵查犯罪職權之公務員已知悉犯罪事實與犯罪之人而言，而所謂知悉，固不以確知其為犯罪之人為必要，但必其犯罪事實，確實存在，且為該管公務員所確知，始屬相當。如犯罪事實並不存在而懷疑其已發生，或雖已發生，而為該管公務員所不知，僅係推測其已發生而與事實巧合，均與已發覺之情形有別。」

三、試問以下(一)至(五)之事實中，員警某甲的作為或決定，有無不符合刑事訴訟法規定之處？若有不符，係違反何法條？若無不符，是依據何法條可以有此作為或決定？並均請簡要說明理由。（每小題 5 分，共計 25 分）

台北市市區派出所員警某甲於某上班日之上午值班時，有一婦女前來報案，指稱她的丈夫於三天前在該派出所管區內，遭某乙毆打成傷，現已出院在家療養，她要對某乙提出傷害告訴等語，並提出身份證明與其丈夫之驗傷單。

(一)某甲聽後答稱「你丈夫是受害人，只有他能告，你不能告，請你回去拿你丈夫的委任告訴書狀，我才能受理」，該婦女遂照辦而完成報案(告訴)程序。

公職王歷屆試題 (98 基層行政警察特考)

- (二)三日後下午一時許，某乙經合法通知至派出所到場接受詢問，因其他同仁均在午休，某甲即獨自將某乙帶進偵訊室，一邊詢問一邊自行以電腦打字製作筆錄。
- (三)至詢問約二十分鐘後，某甲之警察同事進來偵訊室告稱有一名由某乙之妻帶來的律師欲進來陪同某乙應訊。某甲看到委任狀之委任人是某乙之妻，即表示「某乙已說過不用請律師，某乙之妻所請的律師沒有權利進入偵訊室」，而繼續詢問。
- (四)至當天下午四時許詢問完畢後，某甲即取出照相機要求拍攝某乙的全身及半身個人照各一張，某乙堅決反對，但某甲仍強制照相。
- (五)翌日，某乙帶同一名律師並提出其本人具名之委任狀，至派出所向員警某甲表示願意與對方和解，惟需要閱卷了解相關案情資料。某甲即影印被害人之妻的報案筆錄、被害人之驗傷單以及某乙本人之詢問筆錄交給某乙及其律師。

【破題解析】	偵查階段之相關程序，包括告訴權人之範圍、詢問筆錄之製作主體、選任辯護權人、強制採證權、閱卷權之行使等。
【命中特區】	(一)許願，保成講義書(A)，書編：B8J03，頁 40、41、59、60、63、64、86、87、217、244、245；保成講義書(B)，書編：B8J10，頁 3、4，【命中率】100%。 (二)許願，保成基警總複習講義，編號：W，頁 9、10、14、15、59、60、68、69，【命中率】100%。

【擬答】：

- (一)員警某甲之作為，因違反第 233 條第 1 項之規定而非合法：
1. 按依刑事訴訟法（以下稱本法）第 232 條至第 235 條規定，告訴權人除被害人（第 232 條）外，尚包括被害人之法定代理人或配偶（第 233 條第 1 項），被害人死後之一定親屬（第 233 條第 2 項），以及特定犯罪之限定告訴權人（第 234 條第 1~3 項）、補充告訴權人（第 234 條第 4~5 項），特定犯罪之獨立告訴權人（第 235 條）等，合先敘明。
 2. 依題意，員警某甲告知前來報案之婦女，其並無告訴權，必須受其丈夫委任後，該婦女始得提出告訴，此作為並非合法。蓋依本法第 233 條第 1 項規定，被害人之配偶本得獨立告訴，既為獨立告訴權，即表示該婦女得本於配偶之身分，以自己名義提出告訴，且不受丈夫是否告訴之意思拘束。因此員警某甲之作為，並非合法。
- (二)員警某甲之作為，因違反第 43 條之 1 第 2 項之規定而非合法：
1. 按依本法第 43 條之 1 第 2 項規定，對於犯罪嫌疑人詢問筆錄之製作，應由行詢問以外之人為之。但因情況急迫或事實上之原因不能為之，而有全程錄音或錄影者，不在此限。亦即原則上詢問筆錄之製作必須由行詢問以外之員警為之，除非情況急迫或有事實上之特殊原因，否則不得由行詢問之員警自行製作筆錄，合先敘明。
 2. 依題意，犯罪嫌疑人乙經合法通知到派出所接受詢問時，由於派出所其他同仁均在午休，某甲便將某乙帶進偵訊室，一邊詢問一邊自行製作筆錄，此等程序應非合法。蓋此情形，似不得認為有不得由其他員警製作筆錄之急迫情況，亦非有事實上之特殊原因不能由其他員警製作筆錄，故員警某甲自行製作筆錄之作為，因違反前開規定而非合法。
- (三)員警某甲之決定，因違反第 27 條第 2 項之規定而非合法：
1. 按依本法第 27 條第 1 項規定，被告得隨時選任辯護人，犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。同條第 2 項規定，被告或犯罪嫌疑人之法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親或家長、家屬，得獨立為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人。亦即，除被告或犯罪嫌疑人本身得選任辯護人外，其一定關係親屬亦得以自己名義，獨立為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人，並不受被告或犯罪嫌疑人意思所拘束，合先敘明。
 2. 依題意，員警某甲看到委任人是乙之妻，即表示由於某乙說過不用請律師，某乙之妻所請的律師無權進入偵訊室，此等決定並非合法。蓋如前所述，犯罪嫌疑人於受司法警察官或司法警察調查時，本得選任辯護，且其配偶得「獨立」為其選任辯護，既為獨立之權限，因此即使某乙本身表示不需要請律師，其配偶仍得選任律師為其辯護。某甲之決定，並非合法。
- (四)員警某甲之作為，因於法無據而不合法：
1. 按依本法第 205 條之 2 規定，檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐

公職王歷屆試題 (98 基層行政警察特考)

集證據之必要，對於經拘提或逮捕到場之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為，有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。此為偵查輔助機關之強制採證權規定，合先敘明。

2. 依題意，員警甲於詢問完畢後，即取出照相機要求拍攝某乙之全身及半身個人照各一張，雖某乙堅決反對，但某甲仍強制照相，此等作為並非合法。蓋如前所述，偵查輔助機關得強制取證之對象，限於經拘提或逮捕到場之犯罪嫌疑人或被告，今某乙係經通知到場，並非拘提或逮捕到場，故員警對其強制照相之行為，並非合法。

(五) 員警某甲之決定，因違反第 33 條第 1、2 項之規定而不合法：

1. 按依本法第 33 條第 1 項規定，辯護人於「審判中」得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影；同條第 2 項規定，無辯護人之被告於「審判中」得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。依此，辯護人以及無辯護人之被告均必須於起訴後之審判階段始得向法院請求閱卷，合先敘明。
2. 依題意，員警某甲基於某乙及其律師之要求，便影印相關之報案筆錄、驗傷單及詢問筆錄交予某乙及其律師，此等行為並非合法。蓋如前所述，閱卷權之行使必須於審判中始得為之，今案件尚在偵查階段，辯護人或是無辯護人之被告均不得行使閱卷權。尤有進者，某乙既已選任辯護人，其本身更不得閱卷，必須由其辯護人於起訴後向法院聲請閱卷。員警某甲之行為，自非合法。

四、甲乙夫妻感情不睦，雙方為爭奪女兒監護權，時生齟齬。某日，甲欲自乙手中搶奪女兒，於拉扯中因用力過猛，致乙前胸及頭部多處瘀傷，乙隨即時驗傷並提供告訴。檢察官偵查後，僅依傷害罪起訴甲，於第一審開庭時，乙指訴甲另犯強制罪、毀損衣物罪。試問：

(一) 乙之追加告訴有無理由？

(二) 若法院審理後認為乙因甲之傷害，導致乙左側肢體機能達喪失效用之程度，變更改判重傷害罪，是否有理由？

【破題解析】	起訴之範圍、告訴之提出方式、犯罪事實同一性之認定。
【命中特區】	(一) 許願，保成講義書(A)，書編：B8J03，頁 72~75；保成講義書(B)，書編：B8J10，頁 7~8，【命中率】100%。 (二) 許願，保成基警總複習講義，編號：W，頁 74~77，【命中率】100%。

【擬答】：

(一) 乙之追加告訴有無理由：

1. 依題意，某甲欲自某乙手中搶奪女兒，於拉扯中因用力過猛，致乙前胸及頭部多處瘀傷，乙隨即驗傷並提出告訴。檢察官僅依傷害罪起訴甲。依刑事訴訟法（以下稱本法）第 267 條規定，檢察官就犯罪事實一部起訴者，效力及於全部。今甲於拉扯間，倘同時造成乙之身體受傷及衣服毀損，則其行為應構成刑法第 55 條之一行為觸犯數罪名之想像競合犯，屬裁判上一罪，依實務見解，若符合一定要件（即起訴與未起訴部分均為有罪、均具備訴追要件），則起訴效力將及於未起訴之毀損罪，法院得一併審判。
2. 今乙於第一審開庭時，指訴甲另犯強制罪、毀損衣物罪，是否合法？分述如下：
 - (1) 追加毀損衣物罪告訴之部分：
 - ① 如前所述，由於檢察官起訴之效力，於符合一定要件下，將及於傷害、毀損罪之想像競合犯之全部，法院得予一併審判，惟刑法第 354 條之毀損罪依同法第 357 條為告訴乃論之罪，由於某乙先前僅就傷害部分提出告訴，並未對於毀損部分提出告訴，故某乙應得於第一審開庭時追加此部分之告訴，使法院得對於傷害、毀損之全部犯罪事實加以審判。
 - ② 又告訴之提出，依本法第 242 條第 1 項規定，本應向檢察官或司法警察官為之，今某乙於法院開庭時追加告訴，是否合法？蓋因於第一審開庭時，檢察官應當蒞庭實行公訴，故某乙之追加告訴，得解為係向檢察官提出，再由檢察官向法院表示被害人已補行

告訴，併此敘明。

- (2) 追加強制罪告訴之部分：由於強制罪與業經檢察官起訴之傷害罪部分，並不具有實質上或裁判上一罪之關係，當屬於未經起訴之犯罪事實，法院不得加以審判（第 268 條），因此某乙不得當庭追加告訴，應另行向檢察官或司法警察官提出告訴後，由檢察官另行偵查、起訴，始為合法。

(二) 法院變更法條改判重傷害罪，是否有理由：

1. 按依本法第 300 條規定，法院諭知有罪判決時，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條。亦即，法院得於事實同一之範圍內，變更檢察官所引應適用之法條，此乃基於不告不理原則以及職權主義之立法規定，合先敘明。
2. 惟所謂對於犯罪事實同一性之認定，學說、實務上向有不同標準，較具代表性者為「基本事實同一說」與「法律事實同一說」，分述如下：
 - (1) 基本事實同一說：此說認為基本的事實關係是否同一，應以社會事實為準。若起訴事實與判決事實之社會事實關係皆相同，縱犯罪之日時、處所、方法、被害物體、行為人人數、犯罪之形式、被害法益、程序及罪名等有所差異，仍係同一案件。此說對於事實同一之認定標準過寬，因而遭到批評。
 - (2) 法律事實同一說：此說認為應從訴之目的及侵害性行為之內容是否同一而定，即原告請求確定其具有侵害性之社會事實為準。倘犯罪所侵害之法益不同，或對於同一法益之侵害態樣不同，均非同一事實。為保障被告之防禦權，並符合不告不理之意旨，目前學說、實務之趨勢多採此說。
3. 今檢察官以被告犯傷害罪嫌（刑法第 277 條第 1 項）起訴，法院審理結果認應成立重傷害罪（刑法第 278 條第 1 項），則：
 - (1) 依基本事實同一說，檢察官雖以被告犯普通傷害罪嫌起訴，法院審理結果認為已導致乙左側肢體機能喪失效用之程度，依刑法第 10 條第 4 項第 4 款屬於重傷，由於兩者之基本社會事實相同，法院自得依本法第 300 條變更起訴法條為重傷害罪而論罪科刑。法院之判決，應屬適法。
 - (2) 依法律事實同一說，普通傷害與重傷害二者之侵害性行為之內容似有不同，故非同一事實，法院自不得依本法第 300 條變更起訴法條，應就起訴之普通傷害事實諭知無罪，並將重傷害之部分移送檢察官另行偵查起訴，法院始得進行審理。今法院逕行改判重傷害罪，已構成「未受請求之事項予以判決」之違法（本法第 379 條第 12 款後段）。

王