

99 年公務人員特種考試警察人員考試及交通事業鐵路人員考試試題

等 別：三等考試

類 科：行政警察人員、外事警察人員、刑事警察人員、公共安全人員、犯罪防治人員預防組

科 目：刑法與刑事訴訟法

解題老師：柳震/許願老師

一、甲熱愛名畫成癡，得知富商 A 近來高價購得一幅張大千之山水畫，為圖將之據為己有，遂決定於某夜 11 點左右，潛入 A 宅行竊。試問，在下列情形下，甲之刑責如何？

(一)翻牆並進入 A 宅後，正準備開始四處搜查該幅畫作所在之際，突然間，警鈴大作，甲為恐遭人發覺，不得不放棄行竊計畫，乃中斷其物色行為，悻悻然快速離去。

(二)翻牆並進入 A 宅，經其仔細搜查後，發覺 A 宅並無任何張大千之山水畫存在，甲失望而不得不放棄行竊計畫，悻悻然快速離去。

【破題解析】	本題考點在於竊取著手定義、中止犯要件審查、失敗未遂之概念熟析。
【命中特區】	本班教材命中/99 正規班講義/編號:3/頁 15 以下；編號: 9/頁 6 以下/柳震編著。【命中率】100%

【擬答】：

(一)甲於某夜 11 點翻牆並進入 A 宅後，正準備開始四處搜查該幅畫作所在之際，因警鈴大作，甲為恐遭人發覺，不得不放棄行竊計畫，乃中斷其物色行為，悻悻然快速離去之行為構成刑法第 321 條第二項加重竊盜未遂罪，理由分析如下：

1. 前審查階段

(1)法有明文規定處罰未遂：刑法第 320 條第二項有處罰未遂。

(2)犯罪行為尚未既遂：本題中，甲並未偷到該畫，所以犯行尚未既遂，其行為不構成刑法第 321 條第一項加重竊盜既遂罪。

2. 構成要件該當性：主觀上，甲有實施竊盜之犯罪決意，客觀上，甲是否成立未遂，應探討其有無著手實行，關於著手實行的理論，學說上有學說上有形式客觀說、實質客觀說、主觀說、主客觀混合說，若採主客觀混合說，即以行為人主觀犯罪計畫為主，輔採實質客觀說之對客體之侵害有直接危險密切關聯，而實務見解最高法院 82 年度第 2 次刑事庭會議(二)以為對於竊盜罪之著手時點，除應就眾多學說斟酌損益，並參酌各國之立法例及判例演變趨勢，於行為人以行竊之意思接近財物，並進而物色財物，即可認為竊盜行為之著手外，實務上似不妨從個案詳加審認，另創竊盜著手時點之新見解，以期符合現代社會環境之實際需要，始為上策。本題中甲已經接近並且物色財物，其行為係屬著手無疑。又甲於某夜 11 點翻牆並進入 A 宅，此符合刑法第 321 條第一項第一款夜間侵入住居之加重竊行條件。

3. 甲無阻卻違法事由，其行為係屬不法，且其具罪責。

4. 其他可罰條件：本題中，甲因警鈴大作，甲為恐遭人發覺，不得不放棄行竊計畫，乃中斷其物色行為，悻悻然快速離去，此部份甲得否主張刑法第 27 條中止犯，按刑法第 27 條規定：「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。前項規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，或結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。」本案中，甲之行為階段應屬未了未遂，其尚未完成依其主觀上認為為完成其犯罪計畫所必要的全部行為。未了未遂之中止犯要件，有己意中止、中止行為、行為有發生結果之危險之要件，關於己意中止按法蘭克公式，即使我能，我亦不願為己意中止，但是本題中，甲是因為恐遭人發覺，不得不放棄行竊計畫，乃中斷其物色行為，故其為非己意中止。

5. 甲於某夜 11 點翻牆並進入 A 宅後，正準備開始四處搜查該幅畫作所在之際，因警鈴大作，甲為恐遭人發覺，不得不放棄行竊計畫，乃中斷其物色行為，悻悻然快速離去之行為構成刑法第 321 條第二項加重竊盜未遂罪。

公職王歷屆試題 (99 警察特考)

(二)甲翻牆並進入 A 宅，經其仔細搜查後，發覺 A 宅並無任何張大千之山水畫存在，甲失望而不得不放棄行竊計畫，悻悻然快速離去之行為構成刑法第 321 條第二項加重竊盜未遂罪。

1. 甲翻牆並進入 A 宅，經其仔細搜查後，發覺 A 宅並無任何張大千之山水畫存在之行為，此情與上述情況相同，故應構成構成刑法第 321 條第二項加重竊盜未遂罪。

2. 其他可罰條件

(1) 甲不可主張刑法第 26 條不能未遂，按刑法第 26 條規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」本案中，行為確實不能發生犯罪結果，惟本題爭議在於刑法第 26 條中「無危險」之解釋，學說上有下列之見解：

① 舊客觀危險理論：以行為時所有客觀存在的事實基礎為基礎，再從一般的經驗法則判斷行為是否自始不能達成既遂，還是因為偶然在個案中而不能既遂。

② 新客觀危險理論（具體危險說）：依照其主張，乃依以一般人於行為時立於行為人之立場所認識之事實或行為人所特別認識之事實為基礎，再以一般的經驗法則為判斷，在這樣的情況下，若有發生結果的可能性時，則屬普通未遂；若無發生結果之可能性，則為不能未遂。

③ 重大無知說：所謂重大無知所指得的一般人主觀上絕對無危險之情形，亦即一般人都認為行為人之行為根本不可能發生犯罪結果。此外，學者以為行為人誤認事物的普遍性質，是指錯認自然法則，而非錯認事實情狀。

④ 抽象危險理論：以行為人所認識之事實為基礎，再以一般的經驗法則判斷有無危險，若判斷的結果為無危險，則屬不能未遂，反之，則為普通未遂。

⑤ 結論：管見以為以刑法第 26 條立法理由偏向客觀未遂理論，故應以新客觀危險理論為可採，若依此說判斷，甲之行為依以一般人於行為時立於甲之立場所認識之事實或甲所特別認識之事實為基礎，再以一般的經驗法則為判斷，在這樣的情況下，應有發生結果的可能性時，故本題中甲之行為屬普通未遂，而非不能未遂。

(2) 甲亦不可主張刑法第 27 條中止犯，由於 A 宅並無任何張大千之山水畫存在，行為人因為無法達到當初計畫的目的，此為失敗未遂，關於此概念學說上有爭議，分析如下：

① 失敗未遂為獨立之概念：此見解認為透過未了未遂與既了未遂及己意與非己意的要件即可得到合理結論。採此見解，應認甲是非己意中止。

② 失敗未遂非獨立之概念：此說主張行為在主觀上若是認為其著手實行之行為無法達成犯罪目的，或不值得繼續進行，或已無繼續實行之可能，則行為人無由中止，根本無成立中止犯之可能。採此見解，應認為甲是失敗未遂，故其不可主張中止犯。

③ 不論採何種見解，甲皆不可主張刑法第 27 條中止犯。

二、乙任職於 B 公司為業務員，某日，由客戶處收得公司之貨款 20 萬元現金後，因遭地下錢莊暴力討債，為求脫身，乃挪用該筆貨款以償債。數日後，由於公司催促其繳回該筆貨款，為掩人眼目，乙竟至轄區派出所謊報遭歹徒持刀搶劫，以致失金，警方受理乙之報案後，全力開始偵辦，但毫無進展。試問乙之上述行為如何論罪？

【破題解析】	本題在於業務侵占要件之檢驗，其與背信罪之競合關係，而後一部份在於考驗學生對於誣告罪與使公務人員登載不實之檢驗（此一部份講義亦出現相似性極高的模擬題，相信有看的同學應該可以拿到不錯之分數）。
【命中特區】	本班教材命中/99 正規班講義/編號:9/頁 24；編號:10/頁 21；編號:11/頁 40/柳震編著。【命中率】100%

【擬答】：

(一)乙任職於 B 公司為業務員，將其經手之貨款挪用己用之行為構成刑法第 336 條第二項業務侵占罪，理由分析如下：

1. 構成要件該當性：按刑法第 336 條第二項規定，對於業務上所持有之物，犯前條第一項之罪者，此為業務侵占罪，而刑法第 335 條規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰

金。」客觀上，乙任職於 B 公司為業務員，將其經手之貸款為對於業務上所持有之物，然本罪之行為態樣為侵占，即持有他人之物之狀態中，表現其排除他人之權利行使，有學者以為侵占係屬易持有為所有之行為，又該貸款為金錢，此替代物之侵占問題，學說一般以為他人皆會將替代物之所有權移轉於他方，所以他方占為己有，不會成立侵占罪，除非是該特定物已經被特定，此時才可能構成侵占罪，如此此說，則乙不成立侵占既遂罪，頂多只成立刑法第 336 條第三項業務侵占未遂，但有學者以為侵占罪實質上應該是一種不作為犯，亦即侵占罪之構成要件之行為可能是一個隱藏性之不作為的概念，或是一個「偽裝的不作為犯」，將侵占行為定位為「違返還作為義務的不作為」之純正不作為犯。若採此見解，則公司催促其繳回該筆貸款，乙不繳回該筆貸款時，即成立業務侵占既遂罪，主觀上，已對客觀一切事實有認識且決意為之，其亦有意圖為自己不法所有，如採將侵占行為定位為「違返還作為義務的不作為」之純正不作為犯之見解，乙將其經手之貸款挪用己用，經公司催促其繳回該筆貸款而不繳回之行為構成刑法第 336 條第二項業務侵占罪

2. 乙無阻卻違法事由（遭地下錢莊暴力討債，為求脫身應不能主張刑法第 24 條緊急避難），其行為係屬不法，且其具罪責。

(二) 乙任職於 B 公司為業務員，將其經手之貸款挪用己用之行為構成刑法第 342 條第一項背信罪，理由分析如下：

1. 構成要件該當性：按刑法第 342 條規定：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。前項之未遂犯罰之。」背信罪之主體在於具備為他人處理財產事務之人為限，而本案中，乙是為公司代收貨款，其符合該要件，而其將該貨款挪為己用，亦造成公司財產損害，主觀上乙對客觀事實有認識且決意為之，又其有不法所有意圖，故構成要件該當。

2. 乙無阻卻違法事由（遭地下錢莊暴力討債，為求脫身應不能主張刑法第 24 條緊急避難），其行為係屬不法，且其具罪責。

3. 乙任職於 B 公司為業務員，將其經手之貸款挪用己用之行為構成刑法第 342 條第一項背信罪

(三) 乙向警局報案，謊稱其被搶劫之行為同時構成刑法第 214 條使公務員登載不實罪及刑法第 171 條未指定犯人之誣告罪

1. 構成要件該當性：依刑法第 214 條使公務員登載不實罪規定：「明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」然依刑法第 10 條第二項之規定：「一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」可得知警察為公務員，而謊稱其被搶劫，係屬明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書（警局報案的三聯單），此行為足以生損害於公眾或他人者（警察誤以為有搶案，而加緊查案），然實務見解以為本罪須行為人一經聲明，公務人員即有登載義務，並依其所為之聲明或申報予以登載，而屬不實之事項，始足構成。若行為人所申報之事項，公務員有審查義務，而須對其聲明或申請為實質審核時，則即其申報內容不實，亦不會構成本罪。惟學者以為行為人若是支配一個使公文書與事實不符之結果，對於其公示作用之侵害，不能因為公務員有實質審查義務，而使行為人可能不會構成本罪，本案中，報案三聯單應無審查義務，故乙無法以為由卸責。此外刑法第 171 條未指定犯人之誣告罪之規定：「未指定犯人，而向該管公務員誣告犯罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」乙以違反客觀真實之事實而向警局申告其被搶劫，又其未具體指定何人為犯罪之人。主觀上乙對該事實發生有知與欲，故構成要件該當。

2. 乙無阻卻違法事由，且具罪責，故乙向警局報案，謊稱其被搶劫之行為同時構成刑法第 214 條使公務員登載不實罪及刑法第 171 條未指定犯人之誣告罪。

公職王歷屆試題 (99 警察特考)

四、競合部份：

乙將其經手之貸款挪用己用之行為同時構成刑法第 342 條第一項背信罪與刑法第 336 條第二項業務侵占罪，兩罪屬於一行為侵害同一法益，係屬法條競合，依刑法第 336 條第二項業務侵占罪之特別規定論罪，而乙向警局報案，謊稱其被搶劫之行為同時構成刑法第 214 條使公務員登載不實罪及刑法第 171 條未指定犯人之誣告罪，此係屬一行為侵害數法益，依刑法第 55 條想像競合，從一重處斷(即以刑法第 214 條使公務員登載不實罪)，而乙前後兩行為，係屬數行為侵害數法益，依刑法第 50 條數罪併罰。

三、甲被檢察官乙以殺害直系血親尊親屬罪提起公訴，甲選任丙律師為其辯護人，於審判期日進行言詞辯論時，被告甲選任之辯護律師丙僅陳述：「辯護意旨如辯護書所載」，惟該辯護人丙實際上並未提出任何辯護書狀。於辯論終結後不久，法院對甲為有罪判決。請詳附理由論述法院所為之判決是否違法？

【破題解析】	強制辯護之法律效果以及最高法院 91 年度第 8 次刑事庭會議決議。
【命中特區】	本班教材命中/99 警特三等正規班刑事訴訟法講義書(A)/編號:B9L36/頁 56~57、74~75、210~212/許願編著。【命中率】95%

【擬答】：

(一)按刑事訴訟法(以下稱本法)第 31 條第 1 項規定，最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審之案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護，此即「強制辯護案件」。而依本法第 284 條規定，第 31 條第 1 項之案件未經辯護人到庭者，不得審判，若法院逕予審判，將構成第 379 條第 7 款之判決當然違背法令事由，合先敘明。

(二)依題意，甲被檢察官乙以殺害直系血親尊親屬罪提起公訴，由於刑法第 272 條之殺害直系血親尊親屬罪乃屬本法第 31 條第 1 項所列最輕本刑三年以上有期徒刑之強制辯護案件，依上開規定，必須選任或指定辯護人到庭為被告辯護，始得進行審判。然於審判期日進行言詞辯論時，被告甲選任之辯護律師丙僅陳述：「辯護意旨如辯護書所載」，惟該辯護人丙實際上並未提出任何辯護書狀，是否違法？析述如下：

1. 按本法第 284 條規定，強制辯護案件未經辯護人「到庭」不得審判，其規範重點在於辯護人必須於審判期日到場，並且陳述事實上及法律上意見，亦即為被告進行實質辯護。若辯護人僅於審判期日到場，但卻未進行實質辯護，則被告之防禦權仍未獲得充分保障，自非合法。
2. 實務上最高法院 91 年度第 8 次刑事庭會議決議明確指出，辯護人雖經到庭，然依審判筆錄之記載僅有辯護律師陳述「辯護意旨詳如辯護書所載」之字樣，但經查該律師並未提出任何辯護書狀，顯與辯護人未經到庭辯護而逕行審判者無異(68 台上 1046 判例)，則判決自有本法第 379 條第 7 款依法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判之當然違背法令。
3. 此外，即使本件辯護人曾提出辯護書狀，然由於本法係以言詞審理為原則，於審判期日辯護人應以言詞方式為被告進行辯護。辯護人僅陳述「辯護意旨詳如辯護書所載」，將使整個辯護程序流於形式而空洞化，無法達到強化被告法律上防禦權之立法目的。

(三)綜上所述，題示情形法院所為之有罪判決，構成第 379 條第 7 款之判決當然違背法令，得作為提起第三審上訴或判決確定後提起非常上訴之理由。

四、甲被檢察官乙以竊盜罪提起公訴。於準備程序，甲對警詢錄音、錄影及其筆錄之正確性有所爭議，受命法官丙即裁定另行勘驗，惟進行勘驗時，卻未通知被告甲及其選任之辯護人丁到場。請詳附理由論述受命法官所為勘驗之程序有無違法？

【破題解析】	準備程序得處理之事項以及勘驗期日之在場權人。
【命中特區】	本班教材命中/99 警特三等正規班刑事訴訟法講義書(A)/編號:B9L36/頁 168；講義書(B)/編號:B9L53/頁 29、139~140、152~153/許願編著。【命中率】95%

【擬答】：

- (一)按刑事訴訟之準備程序，其目的在於透過程序之施行，過濾案件並整理爭點，以利於集中審理原則之實踐。因此法院於第一次審判期日前，得傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭，進行準備程序。我國刑事訴訟法（以下稱本法）於民國 92 年修正時，已將第 273 條以下有關準備程序之規定予以修正，於準備程序中，原則上不得為證據之實質調查，以避免審判期日之空洞化。
- (二)受命法官丙於準備程序中裁定另行勘驗，應屬合法程序：
1. 依本法第 279 條第 1 項規定，行合議審判之案件得由受命法官進行準備程序，以處理本法第 273 條第 1 項、第 274 條、第 276 條至第 278 條規定之事項。同條第 2 項規定，受命法官行準備程序，除第 121 條有關撤銷羈押、停止羈押之相關裁定外，均與法院或審判長有同一之權限。
 2. 依本法第 273 條第 1 項第 3、4 款規定，法院於準備程序得進行案件及證據之重要爭點整理，並調查有關證據能力之意見。第 277 條並規定，法院得於審判期日前，為搜索、扣押及勘驗。依題意，甲被檢察官乙以竊盜罪提起公訴。於準備程序中，甲對警詢錄音、錄影及其筆錄之正確性有所爭議，由於筆錄之內容若與錄音、錄影內容有所不符時，其不符之部分，不得作為證據（本法第 100 條之 2 準用第 100 條之 1 第 2 項），故此為本案證據之重要爭點，亦涉及該份筆錄證據能力有無之問題，受命法官自得於準備程序階段，先裁定進行勘驗程序以釐清爭議。故受命法官丙之勘驗裁定，當屬合法。
- (三)受命法官丙於進行勘驗時，未通知被告甲及其選任之辯護人丁到場，並非合法：
1. 依本法第 219 條準用第 150 條第 1 項規定，當事人及審判中之辯護人得於實施勘驗在場。但被告受拘禁，或認其在場於勘驗有所妨害者，不在此限。亦即若無特定之例外情況，被告甲及其選任辯護人丁於受命法官進行勘驗時，具有在場權。
 2. 實務上最高法院 94 台上 4929 號判例更明確指出，當事人與審判中之辯護人得於勘驗時在場，此「在場權」屬被告在訴訟法上之基本權利之一，兼及其對辯護人之倚賴權同受保護。故事實審法院行勘驗時，倘無法定例外情形，而未依法通知當事人及辯護人，使其有到場之機會，所踐行之訴訟程序自有瑕疵，此項勘驗筆錄，應認屬因違背法定程序取得之證據。
 3. 綜上，受命法官丙於進行勘驗時，若未通知被告甲及其選任之辯護人丁，由於剝奪其在場權，自非合法。

王