

111 年公務人員特種考試海岸巡防人員考試試題

類 別：海岸巡防人員
等 別：三等考試
類 科：海巡行政
科 目：刑法與刑事訴訟法

墨笛老師

一、甲因怨恨乙、丙，便計畫槍殺兩人，然而甲到達現場時，發現另有乙的親友丁在場。因此一併將三人分別以行刑式槍殺加以殺害。試問在競合論考察下，甲的刑責如何判斷？(25分)

- | |
|------------------------|
| 1. 考題難易：★★ |
| 2. 解題關鍵：刑法第 271 條、競合理論 |

【擬答】：

(一)甲槍殺乙的行為，構成刑法第 277 條第 1 項殺人既遂罪

1. 構成要件

客觀上乙的死亡結果乃係由甲的槍殺行為所造成，其間有因果關係與客觀歸責。主觀上甲對於上述事實具有認識(知)而仍決意為之(欲)，因而有故意，構成要件該當。

2. 違法性、罪責

甲並無阻卻違法與阻卻罪責事由，因而成立本罪。

(二)甲槍殺丙的行為，構成刑法第 277 條第 1 項殺人既遂罪

1. 構成要件

客觀上丙的死亡結果乃係由甲的槍殺行為所造成，其間有因果關係與客觀歸責。主觀上甲對於上述事實具有認識(知)而仍決意為之(欲)，因而有故意，構成要件該當。

2. 違法性、罪責

甲並無阻卻違法與阻卻罪責事由，因而成立本罪。

(三)甲槍殺丁的行為，構成刑法第 277 條第 1 項殺人既遂罪

1. 構成要件

客觀上丁的死亡結果乃係由甲的槍殺行為所造成，其間有因果關係與客觀歸責。主觀上甲對於上述事實具有認識(知)而仍決意為之(欲)，因而有故意，構成要件該當。

2. 違法性、罪責

甲並無阻卻違法與阻卻罪責事由，因而成立本罪。

(四)競合

1. 甲以行刑式槍殺乙、丙、丁三人，屬於三行為

學說見解認為法律意義一行為中自然的行為單數，乃係行為人基於一個意思決定，而在客觀上為數個活動，而此數個活動在一般觀念上可視為一個行為。但若行為人是以同種類之多數自然意義下的行為，侵害數個不同的高度屬人性之個人法益(例如生命或身體法益)，儘管數行為間具有緊密結合關係，仍不能論以一個行為(即自然的行為單數)。是故，依題旨所示可知，甲雖事前便計畫槍殺乙、丙兩人，但因甲係侵害乙、丙的生命法益，故仍屬於兩行為。

2. 依上述討論可知，甲雖出於一個殺乙丙的意思決定，而為兩個殺人活動，因而仍屬兩的殺人行為。又甲另行起意殺丁，因而屬於另外一個殺人行為。是故，甲以行刑式槍殺乙、丙、丁三人，屬於三個殺人行為，侵害三個生命法益，因而成立三個殺人既遂罪，應依刑法第 50 條規定數罪併罰之。

二、甲架設網站提供線上博弈遊戲平台，並向一般社會大眾公然散布廣告及招募會員，同時藉由會員參與博弈遊戲之點數換算比例差而獲得利益。會員參與博弈遊戲前須匯款至甲所指定之特定帳戶以換取網路上博弈遊戲之點數，其後輸入帳號、密碼及匯款帳戶訊息，始得進行該博弈遊戲。乙經由朋友介紹參加該遊戲平台並成為會員，其後甲數日內連續數次基於賭博犯意下注進行百家樂等博弈遊戲，後經警察人員循線查獲甲的博弈遊戲平台，並經由下注紀錄查獲乙參與該博弈遊戲。試問甲、乙之刑責為何？（25分）

1. 考題難易：★★★★

2. 解題關鍵：刑法第 266、268 條、接續犯

【擬答】：

(一)甲的部分

1. 甲架設網站提供線上博弈遊戲平台，構成刑法第 268 條前段之圖利供給賭博場所罪

(1)構成要件

刑法第 268 條前段規定，意圖營利，供給賭博場所。實務見解認為，所謂賭博場所，只要有一定之場所供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間場地始足當之，以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可為傳達賭博之訊息，例如營利意圖而提供網址供人賭博財物者，亦屬提供賭博場所之一種。是故，甲架設網站提供線上博弈遊戲平台，自屬供給賭博場所。又甲主觀上對於上述事實具有認識(知)而仍決意為之(欲)，因而有故意，構成要件該當。

(2)違法性、罪責

甲並無阻卻違法與阻卻罪責事由，因而成立本罪。

2. 甲架設網站提供線上博弈遊戲平台，構成刑法第 268 條後段之圖利聚眾賭博罪

(1)構成要件

刑法第 268 條後段規定，意圖營利，聚眾賭博。實務見解認為，所稱聚眾賭博，係指聚集不特定人參與賭博之行為，且縱未於現實上同時糾集多數人於同一處所，而係聚集眾人之財物進行賭博者，例如組頭以網路之方式供人簽賭之行為，亦屬之。是故，甲架設網站提供線上博弈遊戲平台供人賭博，自屬聚眾賭博。又甲主觀上對於上述事實具有認識(知)而仍決意為之(欲)，因而有故意，構成要件該當。

(2)違法性、罪責

甲並無阻卻違法與阻卻罪責事由，因而成立本罪。

(二)乙的部分

1. 乙賭博之行為，構成刑法第 266 條第 2 項之賭博罪

緣依修正前刑法第 266 條第 1 項之普通賭博罪，係以在公共場所或公眾得出入之場所為要件。所謂公共場所，係指特定多數人或不特定之人得以出入、集合之場所；所謂公眾得出入場所，係指非屬公共場所，而特定多數人或不特定之人於一定時段得進出之場所。是網際網路通訊賭博行為，能否論以修正前刑法第 266 條第 1 項之普通賭博罪，應以個案事實判斷，是否符合於公共場所或公眾得出入之場所賭博財物之要件而定。因此，於修法前乙於網路平台上下注進行百家樂等博弈遊戲之行為，是否構成賭博罪，則視其賭博行為是否符合於公共場所或公眾得出入之場所賭博財物之要件。然而，因修法後新增刑法第 266 條第 2 項規定，以電信設備、電子通訊、網際網路或其他相類之方法賭博財物者，亦同。是故，乙的賭博行為於修法後，逕自成立本項之罪即可。

(三)競合

1. 甲係犯刑法第 268 條前段之圖利供給賭博場所罪及同條後段之圖利聚眾賭博罪，又甲自架設網站至為警查獲止，所為供給賭博場所、聚眾賭博以營利之行為，是基於單一行為決意，在密切接近之時間、地點接續實行，係對於同一社會法益侵害之數舉動接續施行，應依接續犯之概念而論以一罪。又甲以一行為，同時觸犯上開圖利供給賭博場所罪及圖利聚眾賭博罪二罪名，為想像競合犯，應依刑法第 55 條規定，從情節較重之圖利聚眾賭博罪論處。
2. 乙多次於網路平台上下注進行百家樂等博奕遊戲之行為，係基於單一之賭博犯意，在相同之賭博網站、於密切接近之時間內為之，各舉動之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，難以強行分離，應視為數個舉動之接續行為予以評價，僅論以接續一罪。

三、偵查員甲化身一般顧客到當地著有艷名的理容店按摩，向櫃檯老闆乙要求做色情按摩，起初老闆乙對作為生客的甲頗有戒心，不願意介紹小姐給甲，但甲費盡口舌拜託乙，最終乙同意安排店中小姐跟甲進行半套色情按摩。在小姐要進行色情按摩服務之際，甲出示警察身分後將小姐與老闆一起帶回偵查隊偵訊。甲製作筆錄時認為乙的犯行不是大案，沒什麼重要性，因此可以省略對乙進行權利告知，其後便直接將乙依刑法媒介色情罪移送地檢署，隨後檢察官亦在未進行權利告知下以甲所製作之筆錄向管轄法院提起公訴。試問法院可否以甲所製作之筆錄作為對乙有罪裁判之基礎？(25分)

1. 考題難易：★★★★
2. 解題關鍵：陷害教唆、權利告知

【擬答】：

(一)偵查員甲佯裝顧客之偵查手段違法

1. 偵查員甲佯裝為顧客之偵查手段，學說稱為誘捕偵查，該偵查手段是否合法，學說與實務見解不同，詳述如下：

(1)實務

公職王歷屆試題 (111 海巡特考)

實務見解採主觀說，亦即以犯罪人是否原本即有犯罪之傾向為判斷標準。如果犯罪人原本即具有犯罪之傾向，則此為釣魚偵查(又稱提供機會型之誘捕偵查)，偵查手段合法。但若犯罪人原本不具有犯罪之傾向，則此為陷害教唆(又稱犯意誘發型之誘捕偵查)，偵查手段違法。

(2)學說

學說採綜合判斷說，亦即判斷警方之偵查手段屬於釣魚或陷害教唆，除依上開實務見解即判斷行為人主觀之是否原具有犯罪傾向外，另外亦應輔以：行為人是否原本即存在犯罪嫌疑、警方是否對於行為人施加過當之壓力、警方是否曾對行為人進行偵查、挑唆犯罪之範圍與實際犯罪之範圍互相比較等，予以綜合判斷。

(3)小結

對於上開實務與學說爭議，本文認為若採實務見解，則容易導致法院容易以犯罪人有無前科犯罪紀錄作為判斷標準，故本文採學說見解，本題雖然老闆乙本即有犯罪之傾向，但依題旨所示可知，起初老闆乙對甲頗有戒心，不願意介紹小姐給甲，但甲費盡口舌拜託乙，最終乙同意安排小姐跟甲進行色情按摩，足證偵查員甲已對乙施加過當之壓力，因而為陷害教唆，偵查手段違法。

2. 依上開討論可知，偵查員甲佯裝顧客之偵查手段違法，故因此所取得之證據，不具有證據能力而禁止使用。

(二)甲所製作乙之警詢筆錄，無證據能力，不得作為對乙有罪裁判之基礎

1. 依刑事訴訟法第 100 條之 2，本章之規定，於司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時，準用之。及刑事訴訟法第 95 條第 1 項，訊問被告應先告知下列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、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。四、得請求調查有利之證據。是故，依上開規定，偵查員甲詢問乙時，應對乙進行權利告知，然而，依題旨所示可知，偵查員甲並未為之，故詢問程序違法。

2. 依上述討論可知，偵查員甲對乙之詢問程序違法，所製作之筆錄有無證據能力，依刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項規定，司法警察(即偵查員甲)詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人(即乙)時，違反第 95 條第 1 項第 2 款、第 3 款之規定者，準用前項規定，亦即原則無證據能力，除非例外能證明警察違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，則例外有證據能力。然而，依題旨所示可知，偵查員甲乃係刻意審略，因而屬於惡意，故該警詢筆錄無證據能力。

3. 又依題旨所示可知，偵查員甲亦未進行刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款、第 4 款之權利告知，然而，實務見解認為，此時警詢筆錄有無證據能力，應依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護判斷，然而，依題旨所示可知，偵查員甲乃係刻意審略，因而屬於惡意，故亦應認該警詢筆錄無證據能力。

四、偵查人員因線民舉報甲及其同夥涉嫌販賣毒品，於未先發通知書下直接向檢察官申請核發傳票，然因線民舉報內容並不充分，因此檢察官僅以證人身份同時核發傳票與拘票。當偵查人員持上開令狀至甲家中，先出示傳票，甲拒不接受而堅持不開門，之後偵查人員出示拘票，甲才悻悻然開門接受偵查人員拘提之。試問偵查機關未經核發通知書而直接向檢察官申請核發傳票之適法性如何？偵查人員值勤時接連先後出示傳票與拘票之適法性如何？(25 分)

1. 考題難易：★★★

2. 解題關鍵：通知與傳喚

【擬答】：

(一)偵查機關未經核發通知書而直接向檢察官申請核發傳票之程序合法

- 1.依刑事訴訟法第 71 條之 1 第 1 項規定，司法警察官或司法警察，因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問。經合法通知，無正當理由不到場者，得報請檢察官核發拘票。又依刑事訴訟法第 71 條第 1、4 項規定，傳喚被告，應用傳票。傳票，於偵查中由檢察官簽名，審判中由審判長或受命法官簽名。是故，於偵查程序中，司法警察(官)得使用通知書通知犯罪嫌疑人到場詢問，檢察官亦得傳喚(核發傳票)被告到場。
- 2.依刑事訴訟法第 196 條之 1 第 1 項規定，司法警察官或司法警察因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書通知證人到場詢問。又依刑事訴訟法第 175 條第 1、3 項規定，傳喚證人，應用傳票。傳票，於偵查中由檢察官簽名，審判中由審判長或受命法官簽名。是故，於偵查程序中，司法警察(官)得使用通知書通知證人到場詢問，檢察官亦得傳喚(核發傳票)證人到場。
- 3.綜上所述可知，於偵查程序中，不論是證人或被告(犯罪嫌疑人)，司法警察得使用通知書通知其到場，檢察官得使用傳票傳喚其到場，然而，刑事訴訟法並未規定，需先經通知，始得加以傳喚之規定，縱使司法警察直接向檢察官申請核發傳票亦無不可。是故，偵查機關未經核發通知書而直接向檢察官申請核發傳票之程序合法。

(二)偵查人員值勤時接連先後出示傳票與拘票之程序合法但不適當。

- 1.依題旨所示可知，檢察官依刑事訴訟法第 175 條第 1、3 項規定，及刑事訴訟法第 178 條第 1 項規定(即證人經合法傳喚，無正當理由而不到場者，得科以新臺幣三萬元以下之罰鍰，並得拘提之；再傳不到者，亦同。)。是故，本題檢察官以甲為證人身分同時核發傳票與拘票，嗣後當偵查人員持上開令狀至甲家中，先後出示傳票、拘票，將甲拘提到案等作法，實為目前現行實務之慣例。
- 2.然而，上開實務作法，雖符合刑事訴訟法之規定，但如此作法，檢警機關可以於通知無效後，傳喚相對人必須要立即到場，一但證人表示無法或不願配合，即構成了無正當理由不到場的拘提事由，而將相對人拘提到案，如此一來，先前的通知及傳喚會完全是虛晃一招，也失去了傳喚作為侵害較小手段的意義。是故，本題偵查人員值勤時接連先後出示傳票與拘票之程序雖合法但不適當，立法論上建議將來修法時，允宜加以改善，始為妥適。