

114 年公務人員特種考試一般警察人員考試試題

考試別：一般警察人員考試

等 別：三等考試

類 科：行政警察人員、犯罪防治人員預防組、警察資訊管理人員、警察法制人員、行政管理人員

科 目：刑法與刑事訴訟法

陳介中／李威臻 老師解題

甲、申論題部分：(50 分)

- 一、公務員甲因投資失敗，欠下鉅額債務，某日知悉經營貴金屬鑑定的好友乙，正好於家中保管客戶 A 的高價金屬，甲告訴乙，該貴金屬依照 A 的經營模式一定有保險，不如想出一個方法，對 A 謊稱該批貴金屬遭人搶劫，實際上由甲變賣，利益兩人均分，對 A 來說也不會有太多損失。乙告訴甲，可以將該批貴金屬拿一些出來，客戶應該不會發現，但謊稱整批被搶走，很難說得過去。兩人商議後，同意由乙取出部分貴金屬（市價約新臺幣 200 萬元）藉由甲的人脈關係賣出，獲取金額由乙拿六成，甲拿四成。因為在交易市場中，買家丙私下辨識出該貴金屬為 A 所有，且甲無法交代貴金屬來源，實際賣得總價只有 50 萬，甲、乙依兩人約定朋分贓款。數月後甲仍需錢孔急，甲到乙的辦公室向乙借錢，稱討債公司揚言，若不還錢，將加害甲的家人。乙考慮數日後，仍拒絕借錢給甲。另一方面，乙心中確實不忍甲的家人遭受危難，乙將甲約至辦公室，對甲婉轉說明自己手上也沒有多餘現金可供週轉，無法借錢給甲。乙以有要事處理為由要外出一趟，離開辦公室前將家中存放貴金屬之保險箱的鑰匙放置桌上，心想如果甲識得該鑰匙並且能夠使用鑰匙拿走貴金屬，也算幫甲一個忙。甲果然認得該鑰匙為乙家中保險箱鑰匙，趁辦公室四下無人，甲將鑰匙放進口袋後即離開。當天夜裡，甲攜帶鑰匙潛入乙的家中，開啟保險箱並將裡面所存放之 A 的貴金屬一掃而空。試問甲、乙的行為依刑法如何評價？(50 分)

【解題關鍵】

1. 《考題難易》

★★★★★

2. 《破題關鍵》

這是一個非常困難的考題，除了考點本身艱澀之外，題目用一個非典型考古題的事實來包裝，也考驗同學當場解析案例的能力。首先，這兩個人涉及到業務侵占罪共同正犯的身分擬制問題，這是個十分傳統型的考點，應該大家都會寫；再者，就甲出賣貴金屬的部分涉及詐欺罪，而乙僅有事前的協力，事中並無參與，所以這部分的乙涉及到「共謀共同正犯」承認與否的老爭議；最後關於甲去乙家偷 A 之金屬的部分，甲涉及竊盜罪保護法益的認定爭執（因為持有人同意，但所有人未同意），而在肯認甲成立竊盜罪的前提下，乙涉及的是教唆行為是否需要心理接觸的問題。

3. 《命中特區》

陳介中，《老師開講：刑法》（004BA），九版，第 1-254～1-255、1-261、2-317～2-318、2-360 頁。

陳介中，《老師解題：刑法》（003BB），十版，第 6-23、21-6、21-67 頁。

【擬答】

(一)乙取出 A 的貴金屬的行為，成立業務侵占罪（第 336 條第 2 項）：

1. 客觀上，乙將自己業務上所持有 A 之貴金屬取出，自屬易持有為所有之侵占行為；主觀上，乙具有故意與不法所有意圖。
2. 乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)甲賣出 A 的貴金屬的行為，與乙成立業務侵占罪之共同正犯（第 336 條第 2 項、第 28 條）：

1. 傳統上認為侵占罪為身分犯（持有身分），甚至認為業務侵占罪為「雙重身分犯」（持有身分、業務身分），而甲均無此等身分，如此一來應如何論罪，有下列不同見解：

(1)逕依第 31 條第 1 項處理：實務認為，無身分者應依第 31 條第 1 項規定論以本罪的共犯或共同正犯¹。有學者認為，其實「公務持有他人之物」或「業務持有他人之物」為單一身分，故無身分之參與者，依照第 31 條第 1 項成立共同正犯或共犯即可，同實務之結論。

(2)依第 31 條第 2 項處理：持雙重身分犯觀點者認為，無身分者應先透過第 31 條第 1 項擬制「持有」的身分，再透過第 31 條第 2 項，將無身分之人論以普通侵占罪的共犯或共同正犯。

(3)上述不同見解，本人採取實務見解。故依照實務見解，應依第 31 條第 1 項，擬制甲業務上持有之身分。客觀上，甲與乙具有犯意聯絡與行為分擔；主觀上，甲具有故意與不法所有意圖。

2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(三)甲上述行為，成立詐欺取財罪之未遂犯（第 339 條第 2 項）：

1. 依題所示，甲對丙販賣該批貴金屬而未特別說明其為贓物，自屬默示施用詐術，然丙並未陷於錯誤，詐欺罪顯未既遂，故以下檢討未遂犯。
2. 主觀上，甲具有詐欺故意與不法所有意圖；客觀上，甲已開始施用詐術，故其業已著手（詐欺罪之著手無須被害人陷於錯誤）。
3. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(四)乙拿出部分貴金屬給甲的行為，與甲詐欺取財罪未遂犯之共同正犯（第 339 條第 2 項、第 28 條）：

1. 主觀上，乙具有故意與不法所有意圖；然客觀上，乙對於甲的詐欺犯行事前具有犯意聯絡無疑，也拿出貴金屬使甲容易犯罪，然而乙在甲著手實行詐欺犯行時並無任何行為分擔，如此一來乙是否仍屬共同正犯？此即「共謀共同正犯」之學理爭議，不同意見如下：

(1)實務見解：釋字第 109 號解釋指出：「以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯。」其後的實務見解基本上也都遵循此意旨，而肯認共謀共同正犯。

(2)嚴格的犯罪支配論：共同正犯的犯罪支配必須以行為人在犯罪實行階段（從著手實行至犯罪實質終結）的共同加工為必要，僅有參與謀議或預備階段之行為人，雖對於該犯罪事件不無影響，但解釋上尚不足以達到犯罪支配的程度，因此只有在犯罪實行階段的共同加工才有可能成立共同正犯。

(3)溫和的犯罪支配論：縱使僅參與犯罪計畫的謀議或預備工作，只要行為人的參與行為具備足夠強度（達於「共同形塑犯罪計畫」或「組織犯行」程度），仍有可能達到犯罪支配之程度而成立共同正犯。

¹ 最高法院 70 年台上字第 2481 號判例：「共犯中之林某乃味全公司倉庫之庫務人員，該被盜之醬油，乃其所經管之物品，亦即基於業務上關係所持有之物，竟串通上訴人等乘載運醬油及味精之機會，予以竊取，此項監守自盜之行為，實應構成業務上侵占之罪，雖此罪係以身分關係而成立，但其共同實施者，雖無此特定關係，依刑法第三十一條第一項規定，仍應以共犯論。」

(4)上述不同見解，本人認為應以「溫和的犯罪支配論」較為合理，依照此說，乙雖未參與著手階段之實行行為，然乙事前之謀議與提供犯罪客體已達於共同形塑犯罪計畫與組織犯行程度，足以彌補其實行行為之欠缺，故仍肯認其行為分擔。

2. 乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(五)甲至乙家偷走 A 之貴金屬的行為，成立普通竊盜罪（第 320 條第 1 項）：

1. 客觀上，甲至乙家偷走 A 的貴金屬，此一行為經持有人乙的默示同意，但未經所有人乙的同意，如此一來是否仍該當本罪，牽涉到竊盜罪之保護法益：

(1)所有權說：物被他人以不法所有意圖而竊取，所有權人在事實上喪失所有物，而未能完整無缺地行使其所有權，故本罪所要保護的法益為物的所有權。

(2)持有說：持有物一旦被竊，則持有人的法益也將因而受侵害，故為了維持法社會秩序，物持有人的持有權也應該屬於本罪的保護客體。

(3)所有權及持有說：竊盜罪的刑法條款為了達成對於物的保護目的，其可罰性的範圍，不能僅限於民法上的所有權概念；況且，刑法上對於物的竊取行為的竊取核心概念，乃在於對物的持有支配關係的破壞，故物若係在所有權人以外的第三人持有之中的情形，則竊盜罪所要保護的法益，除了所有權之外，還包括持有。

(4)上述不同見解，本人採取「所有權及持有說」，依照此說，甲的行為未經所有權人 A 的同意，自無礙於甲該當「竊取他人之動產」要件成立。

2. 主觀上，甲具有故意與不法所有意圖。

3. 另就違法性而言，甲聲稱遭討債公司揚言加害家人，如此一來是否可以主張緊急避難（第 24 條）？依題所示，甲之家人的生命或身體法益雖遭受威脅，但似未達於「急迫」程度，再者，縱令危難屬急迫，然一般認為遭暴力討債者尚有報警、跑路、另行舉債等等作為，從事財產犯罪以清償債務絕非「不得已」之手段，故此避難亦屬過當而無從阻卻違法。

4. 於罪責，如認為甲符合避難情狀但避難行為非「不得已」，則得依照第 24 條第 1 項但書減免其刑。

(六)乙將保險箱鑰匙放在辦公桌上的行為，不成立竊盜罪之教唆犯（第 320 條第 1 項、第 29 條）：

1. 客觀上，乙確實以鑰匙引起正犯甲的犯罪決意，然而乙與甲並無意思溝通，是否仍可認為「教唆」？正反意見如下：

(1)肇因理論：刻意地創造挑起決意的狀況的人，具有高度的犯罪能量，如不將此行為納入教唆的概念，將會讓許多奸詐之徒運用此一漏洞，侵害他人之法益。

(2)溝通理論：由於教唆犯在處罰上等同正犯，自有必要對教唆行為限縮解釋，不能把單純引發正犯違法決意之人，就當作是教唆犯。亦即，教唆者和被教唆者間，要具備類似共同正犯的犯意聯絡關係，兩者有心理上的接觸，而以明示或默示的溝通為內容，被教唆者把教唆者所給予的提議或激勵納入考慮，而形成違法決意的基礎。

2. 上述不同見解，本人認為應以「溝通理論」可採，理由在於，幫助犯於第 30 條第 1 項後段設有「片面幫助犯」之處罰規定，教唆犯則無，由此體系解釋可知，教唆犯之成立必須教唆犯與正犯間有心理接觸，而不包含此種無心理接觸而以其他方法引起他人犯罪之情形，故乙不成立本罪。

(七)乙上述行為，成立竊盜罪之幫助犯（第 320 條第 1 項、第 30 條）：

1. 客觀上，乙放置鑰匙的行為，可評價為對於原本具有犯意之人給予精神鼓舞的幫助行為，且與甲的故意不法主行為間具有因果關係；主觀上，乙具有雙重故意。

2. 乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(八)競合：甲、乙所成立上述罪名，均屬數行為侵害數法益之關係，故應數罪併罰。

警察狀元 培育專家! + 近十年締造 / 警察考試 36 大 狀元

狀元 113三等行政警察 蒲○芸	狀元 113三等消防警察 黃○祐	狀元 113三等警察資管 林○立	狀元 113四等消防警察 楊○辛
狀元 112三等行政警察 林○慈	狀元 112三等犯罪防治(預防) 翁○慶	狀元 112三等行政管理 賴○青	狀元 111三等行政警察 溫○琳
狀元 111四等行政警察 黃○智	狀元 111四等消防警察 黃○智	狀元 111三等犯罪防治(預防) 林○璇	狀元 110四等消防警察 林○新
狀元 110四等行政警察 陳○仁	狀元 109三等行政警察 鄭○行	狀元 109四等行政警察 李○瑄	狀元 107三等消防警察 傅○軒
狀元 109三等犯罪防治(預防) 何○州	狀元 108三等警察法制 曾○智	狀元 108三等行政警察 王○瑜	狀元 109四等消防警察 劉○明
狀元 107四等水上警察(航海) 王○逸	狀元 107三等行政警察 喻○華	狀元 106三等行政警察 彭○如	狀元 106三等行政管理 吳○名
狀元 106三等犯罪防治(預防) 李○佳	狀元 105三等行政警察 陳○如	狀元 105三等行政管理 陳○龍	狀元 105三等犯罪防治(預防) 顏○卉
狀元 105四等行政警察 于○立	狀元 105四等消防警察 錢○政	狀元 105四等水上警察(輪機) 黃○華	狀元 104三等行政警察 吳○哲
狀元 104三等犯罪防治(預防) 詹○薇	狀元 104四等消防警察 杜○翰	狀元 103三等行政警察 楊○涵	狀元 103四等消防警察 陳○豪

志光 學儒 成就公職

二、警察在例行巡邏時，發現前科累累，甫出獄的張三神情可疑地在雜貨店門口張頭探腦，於是向前盤查，因而發現其攜帶有槍枝，並以現行犯逮捕張三。逮捕後，警察搜索張三隨身攜帶的背包，發現有毒品。請問，警察所發現的槍枝及毒品，有無證據能力？應如何判斷？（25 分）

【解題關鍵】

1. 《考題難易》

★★★

2. 《破題關鍵》

盤查合法性要件與界限；無令狀附帶搜索之立法目的與範圍。

3. 《使用法條》or《使用學說》

警察職權行使法第 6 條及第 7 條；刑事訴訟法第 130 條及第 158-4 條；

4. 《命中特區》

刑事訴訟法法學講堂

【擬答】

(一) 按警察於公共場所或合法進入之場所，得對於下列各款之人查證其身分：一、合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者。二、有事實足認其對已發生之犯罪或即將發生之犯罪知情者。三、有事實足認為防止其本人或他人生命、身體之具體危害，有查證其身分之必要者。四、滯留於有事實足認有陰謀、預備、著手實施重大犯罪或有人犯藏匿之處所者。五、滯留於應有停（居）留許可之處所，而無停（居）留許可者。六、行經指定公共場所、路段及管制站者。前項第六款之指定，以防止犯罪，或處理重大公共安全或社會秩序事件而有必要者為限。其指定應由警察機關主管長官為之。警察進入公眾得出入之場所，應於營業時間為之，並不得任意妨礙其營業。又警察依前條規定，為查證人民身分，得採取下列之必要措施：四、若有明顯事實足認其有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物者，得檢查其身體及所攜帶之物。警察職權行使法第 6 條及第 7 條分別定有明文。經查，本案例警方見前科累累，甫出獄的張三神情可疑地在雜貨店門口張頭探腦，即向前盤查，然雜貨店與前揭警察職權行使法第 6 條第 1 項第 4、5、6 款所列之場所不符合；又該條項第 1 款所稱之犯罪嫌疑，需有合理懷疑被告涉犯刑法某特

公職王歷屆試題 (114 一般警察考試)

定罪名之嫌疑而言，若僅因張三有前科，神情可疑在雜貨店門口探頭探腦，尚難合理懷疑認其具有涉犯某特定罪名之嫌疑，更與該條項第 2、3 款規範之情形不符合。據此堪認本案例警察之盤查並不符合法定要件與程序。再者，本案例警察於盤查時發現張三攜帶有槍枝，除非張三配掛槍枝於身外，不經搜查身體即得一目瞭然發現，否則該搜查亦與同法第 7 條第 4 款有明顯事實足認其有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物之規定未符。

(二)次按檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。又除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。刑事訴訟法第 130 條及第 158-4 條分別定有明文。經查，此無令狀附帶搜索之目的在防免被拘捕者持立即可觸及之物件攻擊執法人員或湮滅犯罪證據，具以保障執法人員人身安全並保全相關物證，以合法拘捕為前提，且本於前述之合理目的性，此項附帶搜索之執行亦應以被拘捕者可立即觸及之範圍為限，故若係違法拘捕後之搜索或逾越合理範圍之搜索，因此違法扣押之物其證據能力之有無，則由法院審酌人權保障及公共利益之均衡維護裁量之。

(三)綜上所論：

- 1.若認為本案案例警察對張三之盤查與搜查違法，則嗣後對張三之現行犯逮捕暨逮捕後之附帶搜索均屬違法，則違法扣押之槍枝與毒品應由法院審酌人權保障與公共利益之均衡維護以認定其證據能力。
- 2.若認為本案例對張三之盤查與搜查合法（例如張三將槍枝配戴、顯露於身外），則嗣後對張三之現行犯逮捕即屬合法並得對其實施無令狀附帶搜索，但若張三已受拘捕致其身體已在警力控制之下，其已無將背包內之毒品予以湮滅之虞，則該附帶搜索仍屬違法，據此，扣押之槍枝得為證據，扣押之毒品仍由法院依刑事訴訟法第 158-4 條權衡裁量其證據能力。

每年萬名上榜生 致勝關鍵!

志光公職 成就幸福 ☆. 5 大輔考升級 x 模考業界唯一

1 申論升級 強化論述力 解鎖高分密碼! 考試不怕遇到難題 讓你的申論表達 更有力!	2 練題升級 全方位測驗 實戰力MAX! 考場如戰場，提前 適應才能發揮 最佳實力!	3 知識升級 最新重點，考前 衝刺最佳後援! 集結名師、上榜生 智慧，讓你的學習 力大開!	4 解惑升級 考生聯盟集結 考試不孤單! 找到你的考試盟友 備考更有動力!	5 情報升級 即時掌握考情 戰略制勝! 資訊就是武器， 讓你快人一步!
--	--	---	--	--

升級不是選項，是標配!
只有我們，做到這麼完整!

▶▶▶ 掃我看更多

三、地方檢察署檢察官張三對於李四的案件提起公訴，法院諭知無罪判決，張三不服，提起上訴。

後張三調任高等檢察署，該案件輪分至張三，由其辦理。請問，張三是否應迴避？(25 分)

【解題關鍵】

1. 《考題難易》

★★

2. 《破題關鍵》

檢察官迴避制度與法官迴避規定之異同。

3. 《使用法條》or《使用學說》

刑事訴訟法第 17 條&第 26 條第 1 項但書。

4. 《命中特區》

刑事訴訟法法學講堂

【擬答】

(一)按人民得請求受公正而獨立之法院依正當程序予以審判之權利，乃憲法第 16 條保障人民訴訟權之核心內容。而公平法院仰賴法官執行職務之客觀中立與公正，公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項中段即訂明：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問」。對訴訟當事人而言，法官裁判事務之分配，應按法院內部事務分配所事先預定之分案規則，機械的公平輪分案件，以符合法定法官原則，形成第一層次之公平法院的機制。而法官迴避制度，是在隨機分案後，於具體個案中實質修正第一層次公平法院機制之不足，為法定法官原則之例外容許，據以構成第二層次之公平審判的防護網。至法院的分案迴避制度，則是為提升法官迴避機制的公開、透明，增進人民對公平法院的信任，於法院的分案規則，事先將法官曾參與相關裁判等應自行迴避或得聲請迴避的原因，訂定法官應否分案迴避的一般抽象規範標準，作為調和當事人無從或難以事先聲請迴避的客觀制度性之程序保障。而刑事訴訟法迴避制度，於該法第 17 條列舉法官當然應自行迴避之事由，同條第 8 款規定，法官曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務。

(二)次按基於公平刑事訴訟程序之落實，刑事訴訟法第 25 條及第 26 條亦就法官以外之法院書記官、通譯與辦理檢察事務之檢察官、檢察事務官、書記官、通譯設有準用法官迴避制度之規定。然因我國刑事訴訟構造採行控訴原則之三面關係，控訴者（檢察官、自訴人）之控訴，法院方得為審對被控訴之被告進行審判，換言之，檢察官應於刑事審判程序中提出證據、彈劾被告並與被告（含辯護人）進行事實與法律之辯論，在不違反事實前提下力求將被告定罪，乃係於刑事審判法庭中與被告對立、對抗之人，自與職司調查證據、認定事實與適用法律為裁判之法院在職權與功能上迥不相同。故本法第 26 條即規定，第十七條至第二十條及第二十四條關於法官迴避之規定，於檢察官、檢察事務官及辦理檢察事務之書記官準用之。但不得以曾於下級檢察署執行檢察官、檢察事務官、書記官或通譯之職務，為迴避之原因。檢察官、檢察事務官及前項書記官之迴避，應聲請所屬檢察長或檢察總長核定之。檢察長之迴避，應聲請直接上級檢察署檢察長或檢察總長核定之；其檢察官僅有一人者，亦同。換言之，檢察官於刑事審判程序中既係職司與被告對立、對抗、論辯、求取使被告受定罪之控訴者，而與負責本案裁判需立於超然中立角色之法官不同，則雖其曾於下級檢察署執行本案之法庭論告職務，縱於同一案件上訴審中再執行上級檢察署之檢察官法庭論告職務，並不影響被告本於憲法第 16 條訴訟權保障之審級利益，自無再行迴避之必要。

(三)綜上所論，地方檢察署檢察官張三對於李四的案件提起公訴，法院諭知無罪判決，張三不服，提起上訴，嗣後張三調任高等檢察署，該案件輪分至張三，由其辦理法庭論告職務，揆諸刑事訴訟法之相關規定與上述說明，檢察官張三自毋庸為迴避，仍得續執行其法庭論告職務。