

九十一年公務人員特種考試警察人員三等考試

「刑法及刑事訴訟法」試題

- 一、甲、乙兩人共謀殺丙，不久乙通知甲取消參與殺丙計畫，甲卻依原來計將丙殺害。試問甲、乙應如何處斷？
- 二、甲竊取乙之財物後，教唆其妻丙出售其所竊取財物，而丙將其出售於知情之丁。試問甲、丙、丁應如何處斷？
- 三、試就今年（民國九十一年）剛修正之刑事訴訟法第一六一條及第一六三條說明檢察官之舉證責任與法院職權調查之範圍有何重大改變？

答：立法院會於今年（九十一年）一月十八日凌晨，三讀通過「刑事訴訟法修正草案」

，對現行刑事訴訟制度產生大幅變革，從目前的職權進行主義將改為較朝向當事人進行主義方式前進。

修正前刑事訴訟法先於§161 規定：「檢察官就被告犯罪事實，有舉證責任」，復於§163 規定：「法院因發現真實之必要，應依職權調查證據。」因此學者及實務界，將§161 解釋為檢察官僅負有形式舉證責任，只要舉證致使法院得有合理之懷疑即為已足（參修正前立法理由），檢察官之舉證責任已盡，法院為發現真實，仍應依職權調查證據。實務操作之結果，往往使檢察官忽略其說服責任，蒞庭實行公訴更常以「如起訴狀所載」及「請依法判決」等十一字箴言敷衍了事。

而依新修正之刑事訴訟法§161 I 規定，檢察官就被告犯罪事實，「應」負舉證責任，並指出證明之方法；而法院之因發現真實之必要，「應」依職權調查證據義務，也依新修正之刑事訴訟法§163 II 規定，改為「得」依職權調查證據，惟於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院才「應」依職權調查之。前者僅屬於輔助性、補充性之調查，後者，才屬法院主動依職權發動調查事項。

據此，爾後由檢察官負提出證據及說服責任，法院不再接續檢察官主動蒐集犯罪證據之工作，新法要求檢察官就被告犯罪事實，應負實質舉證責任，並指出有關證明方法，亦即不利於被告證據資料的提出及說明，原則上須委諸檢察官職權的行使，法院並不主動介入蒐集及調查，而係居於客觀、公正、超然之立場，進行法庭之審理工作，如此法院與當事人才不會處於對立的地位，法院才不會被譏為球員兼裁判，其判決才能獲得當事人的信服，進而實現公平法院的理想。

- 四、判決可分為形式判決與實體判決、非本案判決與本案判決，其標準與區別實益何在？

答：(一)形式判決與實體判決：

1.所謂形式判決，係指關於訴訟法上事項（程序上事項）所為之判決，如

免訴、不受理、管轄錯誤判決。

2.所謂實體判決，係指關於實體法上事項所為之判決，如科刑、免刑、無罪之判決。

3.形式判決，僅為形式審理，得不經當事人言詞辯論；而實體判決，需經實質審理，以經當事人之言詞辯論為原則（§221）。

(二)非本案判決與本案判決：

1.所謂非本案判決，係指非關於訴訟目的之判決，亦即非為確定訴訟內容之判決，如不受理、管轄錯誤判決。

2.所謂本案判決，係指關於訴訟目的之判決，亦即藉以確定訴訟內容之判決，確定刑罰權之存否及其範圍之判決，如科刑、免刑、無罪、免訴之判決。

3.非本案判決，有形式之確定力，但無實質確定力，故無一事不再理原則之適用；本案判決有形式確定力，亦有實質確定力，有一事不再理之適用，故一經本案判決，檢察官即不得再行起訴，被害人亦不得再行自訴。

九十一年公務人員特種考試警察人員四等考試（行政警察人員）

「刑法概要及刑事訴訟法概要」題解

一、試述違法搜索罪之構成要件。

答：違法搜索罪係指刑法§307「不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機者，處二年以下有期徒刑，拘役或三千元以下罰金」，其構成要件為：

(一)客觀要件：

1.行為主體：

(1)實務上認為本罪之行為主體限於有搜索權限者，包括決定搜索於執行搜索之人。如法官、檢察官。若無搜索職權之一般人民侵入他人住宅擅行搜索，應僅成立無故侵入住宅罪（參 32 非 265）。故而，依實務見解，本罪成為瀆職罪之一種（參司法行政部研究室台 58 研發字第 075 號函之 1）。

(2)學說上則認為本罪並非列在瀆職章，故並非瀆職罪之一種，且因本罪所保護者為自由法益，一般人民亦可能侵害到他人之自由法益，故本罪之行為主體非僅限制在有搜索權限之人，亦應包括無搜索權限之人。若公務員假借其職務上權力、機會或方法犯本罪者，應依刑法§134 加重其刑。

2.不依法令：

不依法令，係指依整個法律體系觀察，必須完全地依法，包括程序上正當。其態樣有二：

(1)無法令上之依據而擅行搜索，如為取得犯罪證據，私自闖入他人住宅翻箱倒櫃。

(2)雖有法令上之依據，但未依法定程序搜索，如司法警察違反搜索婦女身體之限制或違反夜間搜索之限制（刑訴§§123、146 I）。

3.搜索他人之身體、住宅、建築物、舟、車或航空機：

(1)實務上認為本罪限於有搜索權人始能成立，故所謂搜索係指依刑事程序法（如刑事訴訟法、軍事審判法）所規定，基於發現犯罪嫌疑人或被告本身、或其犯罪證據之目的，對於一定之人、物或處所，所實施之強制處分行為（狹義搜索）（26 滬上 57）。

(2)學說上則認為本罪之行為主體包括無搜索權之人，故所謂「搜索」係指一切對人之身體、物品、處所，所實施之搜索行為，至其搜索之目的，則無限制（廣義搜索）。

(二)主觀要件↓故意

本罪為故意犯，必須對搜索之事實有直接故意或未必故意方成立本罪。

二、某甲無照駕駛其兄某乙之機車，不慎撞傷路人某丙逃逸，為警員發現捕獲，

案經某丙提出告訴，警員製作訊問筆錄時，某甲冒用某乙之姓名應訊，但拒絕在筆錄上簽名，警局於將全案移送後，檢察官查明真相，試問某甲所為如何論處？

三、警察於巡邏時，發現前行之車輛走走停停有異狀，經透過查詢得知，該車輛為贓車

，試問依刑事訴訟法之規定，對該行為警察如何舉發？

答：(一)警察，依刑事訴訟法§231 I (1)「為司法警察，應受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪」。

(二)依同條 II 之規定，司法警察知有犯罪嫌疑，應報告該管檢察官或司法警察官（§§229、230）。且為偵查犯罪之需要，得不待檢察官或司法警察官之命令，逕行調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據。

(三)警察於巡邏時，發現前行之車輛走走停停有異狀，經透過查詢得知，該車輛為贓車，應依刑事訴訟法§231 II 之規定，報告該管檢察官或司法警察官以舉發犯罪。

四、依刑事訴訟之規定，在偵查階段，檢警人員如何發動各類強制處分行為？試分別論述之。

九十一年警察人員升官等考試（刑事警察人員）

「刑法」題解

- 一、甲在某 KTV 和店主乙發生衝突，回家拿了空的礦泉水保特瓶裝入沙拉油，並塞入棉布條，回到店前，將棉條點火丟向停放店前機車，燒毀顧客五人之摩托車，應如何論斷甲之刑責？
- 二、甲於颱風夜點蠟燭引起火災，打破鄰居窗戶接引自來水滅火，甲的行為是否構成犯罪？
- 三、甲持刀侵入乙宅，綑綁乙後搜刮財物，復因不滿所得財物過少，乃強押乙外出前往提款機提領乙之存款，乙乃得而俟機脫逃報警，將甲逮獲。請問：甲應如何處斷？
- 四、甲偷得乙之汽車後，向乙打電話稱：「速匯五萬元到某帳戶來，即行還車，否則解體販售」。乙因相信，乃匯錢進某帳戶，但甲仍將該車解體販售。請問：甲應如何處斷？

九十二年公務人員特種考試警察人員三等考試

「刑法及刑事訴訟法」試題

一、甲垂涎乙家富有，欲往行竊，某日夜間甲逾越乙別墅之牆垣，在庭院中由透明玻璃看見乙擺設在客廳一角之名貴古典花瓶，決意竊取，遂以鎖匙開啓房門入內，正伸手但尚未竊取到手時，適乙返家撞見，報警查獲。問甲成立何罪？

答：(一)甲之行爲可能構成刑法§321 I 第二款之加重竊盜罪：

(1)甲垂涎乙家富有，欲往行竊，於夜間逾越乙別墅牆垣之行爲，係甲利用逾越牆垣之行爲以爲竊盜之手段，應該當刑法§321 I 第二款毀越門扇、牆垣或其他安全設備之加重竊盜罪。

(2)惟甲正伸手竊取財物尚未到手時，適乙返家撞見，遭報警查獲，甲之竊取行爲雖已著手，但尚未既遂，故應論以刑法§321 I 第二款、II 加重竊盜未遂罪。

(二)甲之行爲可能構成刑法§321 I 第一款之加重竊盜罪：

(1)甲於夜間侵入乙之別墅，並以鎖匙開啓房門入內，係於夜間未經他人同意而侵入他人住宅，應該當刑法§321 I 第一款夜間侵入住宅之加重竊盜罪。

(2)惟甲正伸手竊取財物尚未到手時，適乙返家撞見，遭報警查獲，甲之竊取行爲雖已著手，但尚未既遂，故應論以刑法§321 I 第一款、II 加重竊盜未遂罪。

(三)甲之行爲可能構成刑法§306 I 侵入住居罪：

甲以侵入住宅作爲行竊之手段，應同時該當刑法§306 I 侵入住居罪。

(四)競合：

(1)甲基於一個行竊故意，同時該當上述三個構成要件，而因刑法§321 I 第一款之加重竊盜罪與刑法§306 I 之侵入住居罪，二者具保護法益同一性，應屬法條競合，故僅論以刑法 321 I 第一款之罪即可。

(2)且實務上認爲，刑法§321 I 各款爲竊盜罪之加重要件，如犯竊盜罪兼具數款加重情形時，因竊盜行爲僅有一個，仍只成立一罪，不能認爲係屬法律競合或犯罪競合，但判決主文應將各種加重事由順序揭明，理由並應引用各款，俾相適應（69 台上 3945）。

(3)故甲應依刑法§321 I II 論以一個加重竊盜未遂罪，惟於判決主文及理由中應將第一款、第二款事由揭明引用。

二、甲意圖供行使之用，於民國九十年六月二十五日以新台幣（下同）五千元之代價購入偽造之信用卡一張，在該信用卡之背面任意偽簽「張三」之署名，

再於同日至特約商店某電話通信設備公司刷卡消費購買行動電話一支，並於店員提出之簽帳單上偽簽「張三」名字，不知情之店員即交付行動電話一支予甲，問對甲應如何論罪？

答：(一)甲之行爲可能構成刑法§201-1 II 收受偽造支付工具罪：

甲意圖供行使之用而購入偽造之信用卡一張，該當刑法§201-1 II 之「收受」行爲，因本項所謂之「收受」，係指一切收歸自己持有支配之行爲，不論是有償、無償、合法、違法之方式，皆無不可。

(二)甲之行爲可能構成刑法§201-1 II 行使偽造支付工具罪：

甲在偽造之信用卡上簽名，並依該偽造信用卡通常使用之方式加以利用，即持卡刷卡簽帳消費，該當刑法§201-1 II 行使偽造支付工具罪。

(三)甲之行爲能構成刑法§201-1 之偽造支付工具罪：

甲在購入之信用卡上偽簽張三姓名，係無製作權人假冒他人名義作成該支付工具之行爲，係意圖供行使之用而偽造信用卡之行爲，故該當刑法§201-1 I 偽造支付工具罪。

(四)甲之行爲可能構成刑法§217 之偽造署押罪：

甲在購入之信用卡上偽簽張三姓名，係無製作權人假冒他人名義簽名署押，故亦同時該當刑法§217 之偽造署押罪。

(五)甲之行爲可能構成刑法§210 偽造私文書罪：

甲在刷卡簽帳單上偽簽張三之姓名，表示已收受特約商店所交付之消費標的物，有如收據憑證，具表示證明之意，屬刑法§220 之準私文書，故不論張三是否真有其人，甲之行爲可成立刑法§210 之偽造私文書罪。

(六)甲之行爲可能構成刑法§339 I 詐欺取財罪：

甲無付款之意思而行使偽造之信用卡，且冒簽他人姓名於簽帳單上（使用詐術），使特約商店限於錯誤，誤以爲甲即係原持卡人，而交付行動電話一支予甲，此一過程與詐欺取財罪之構成要件相符，故甲之行爲該當刑法§339 I 詐欺取財罪。

(七)競合：

- (1)甲在偽造信用卡上偽簽張三姓名，參考實務上就偽造署押與偽造有價證券之處理，應認爲偽造署押罪應爲偽造支付工具罪所吸收，僅論以偽造支付工具罪。
- (2)甲意圖供行使之用，先爲收受行爲，復持以行使，一般認爲應依吸收之原理，收受之前行爲應爲行使之後行爲所吸收，故僅論以一個行使偽造支付工具罪。
- (3)甲偽簽張三姓名於簽帳單上之偽造私文書行爲，係爲詐騙特約商店藉以取財之方法手段，二者間具牽連關係，依刑法§55 後段從一重之詐欺取財罪處斷。
- (4)由於行使偽造信用卡之行爲在構造上原具以偽充真之欺罔本質，因此，實務上認爲於行使之外，不另成立詐欺罪名。
- (5)偽造貨幣後加以行使，偽造罪之法定刑較行使罪爲重，按低度行爲吸收於高度行爲之原則，自應依刑法§301-1 I 偽造支付工具罪處斷。

三、何以被告應受無罪推定，試予析述。

答：(一)啓蒙時期前之訴訟程序採「糾問模式」，係指法官得主動依職權調查犯罪、蒐集證據，以發現犯罪者。被告在此種訴訟程序中僅是被審訊之客體，不具主體地位，更遑論任何訴訟程序上應有之保障。

(二)亦即，在採取糾問模式之集權封建體制中，其刑事訴訟程序實行有罪推定，被告在未確定有罪之前，就被視為罪犯看待，被告不供認自己有罪，就要受到刑訊拷問，若不能證明自己無罪，就以有罪論處，被告在此司法審判中，僅係處斷之客體。同時，在此審訊模式下對犯罪事實之認定，存乎裁判者一心，其主觀心證與客觀事實情狀是否一致，就程序而言，並不重要，縱使被告僅有犯罪嫌疑，裁判者亦可藉由其他方式認定被告犯罪事實成立。裁判者對犯罪事實之成立於否、處罰之輕重，得以任意取捨，根本上係一「恣意程序」，當然亦無所謂「無罪推定」之概念。而此種有罪推定與罪刑擅斷之刑事司法程序，深受啓蒙運動思想的挑戰。

(三)在啓蒙思想影響下，認為人不應淪為程序處理的客體，人的基本權利與人性尊嚴，在任何情況下皆應受到尊重。因此，在訴訟程序上，其主體性地位亦應獲得肯定，即應具有積極之訴訟地位。同時，事實之認定應有客觀的基礎，以限制裁判者心證之形成，防止其恣意與專擅。當被告犯罪事實無法證明時，應認為犯罪事實不存在，藉此廢棄集權審訊下之「嫌疑刑罰」及「存疑判決」。由對人權、人性尊嚴保障之理念出發，進而對集權審訊專擅之反動，確立了刑事司法上之「無罪推定」原則。

(四)最早表述「無罪推定」思想者為義大利法學家，同時也是啓蒙思想家的貝加利亞，1789年法國「人權宣言」第九條規定：「任何人在其未被宣告為犯罪之前，應當被推定為無罪，即使認為必須予以逮捕…」，則係最早將無罪推定原則加以立法確認。自十九世紀中葉以後，此一原則漸次受到許多國家在其訴訟理論或實踐上之重視與確認。二次世界大戰後，國際社會體認到專制政權的慘痛經驗，更加重視人權之保障，因而使得無罪推定原則成為世界性之刑事訴訟法發展趨勢，1948年12月10日聯合國大會通過的世界人權宣言第十一條第一款：「凡受刑事控告者，在未經依法公開審判證實有罪前，應視為無罪，審判時並需予答辯上所需之一切保障。」係國際社會上首度關於無罪推定原則之立法明文。我國亦於92年修法時明文規定於§154 I「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」

(五)無罪推定原則之基本涵意為：有權確定被告有罪之機關為法院，而在法院依法對被告為裁判之前，應推定被告為無罪；證明被告有罪之舉證責任在提出控訴之一方，被告並無證明自己無罪之義務，因此不得強迫被告自證有罪；對被告犯罪之證據存有懷疑時，應為有利於被告之解釋；若不能證明有罪，則應認為被告為無罪，即「疑罪從無」，不得做出存疑判決。易言之，唯有法院有權對被告有罪與否作裁判，而在法院判決前，應認為被告無罪。並且，若對被告犯罪事實之成立，未能明確證明，則需作有利被告之認定，即應判決被告無罪。

四、被告以外之人於司法警察調查中所為之陳述，可否採為證據？試說明之。

答：(一)被告以外之人於司法警察調查中所為之陳述，即所謂之「警訊筆錄」，可否做為證據使用，此涉及刑訴§159 之定性問題。亦即，刑訴§159 究屬直接審理原則之規定，抑或是傳聞法則之規定。

(二)在 92 年修法前，雖有學者認為刑訴§159 為傳聞法則之規定，但依實務及通說見解概認為§159 為直接審理原則之規定。因此，被告以外之人於司法警察調查中所為之陳述，如被害人於警局中之陳述，具有證據能力，得於審判中做為證據使用；至其證明力如何，則由法院依自由心證判斷之(參 71 台上 6140、72 台上 1203)。

(三)上述實務見解引發學者熱烈討論，認為容許警訊筆錄做為證據，係僅重視「形式之直接審理原則」，忽視「實質之直接審理原則」；且檢警機關偵查犯罪之職權並不意味能取代法院對證人之直接審理，否則無異走回糾問制度；此外，相較於檢察官之訊問證人，司法警察(官)無命證人具結之權，自無法擔保陳述之可靠性，本法亦無規定司法警察(官)應給予被告詰問及陳述意見之機會(參刑訴§248)。故不應承認警訊筆錄之證據能力。

(四)而在 92 年刑訴修法後，已改採傳聞法則，用以保障被告之反對詰問權，刑訴§159 I 規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得做為證據。」換言之，被告以外之人於審判外所為之陳述，除符合法律之例外規定外，不得做為證據使用。而所謂「法律有規定」，修正理由中明白指出係指本法§§159-1 至 159-5、206、性侵害犯罪防制法§15 II、而同級少年性交易防治條例§10 II、家庭暴力防制法§28 II、組織犯罪防治條例§12 及檢肅流氓條例中有關秘密證人筆錄等多種刑事訴訟特別規定之情形。

(五)因此，被告以外之人於司法警察調查中所為之陳述，如符合上述例外規定之要件，則得於審判中做為證據。例如：被告以外之人於審判中死亡，而其於司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信性，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據(刑訴§159-3)。否則，該陳述即因違背傳聞法則，不具證據能力，不得做為證據使用。

(六)惟須注意者，刑訴§159 I 所規定之傳聞法則，於簡式審判程序、簡易判決處刑者，關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，均不適用之(刑訴§159 II)。

【註：參見士明 DVD 函授課程刑訴、刑法講義 | 李老師編、講，特此感謝！】

九十二年公務人員特種考試警察人員四等考試（行政警察人員）

「刑法概要及刑事訴訟法概要」題解

一、甲、乙兩人為男女朋友，甲與乙從事親密行為時，均隱瞞乙而將過程竊錄下來。其後，乙認為與甲志趣不合，乃向甲表明分手之意。甲此時告知乙竊錄私密活動之事，並威脅乙需交付一百萬元，否則將公開其竊錄之內容，乙不從，甲乃複製錄影之內容多份，分送乙之同事及朋友，終於成為眾所皆知之事。問甲之行為應如何處罰？

答：(一)甲的行為可能構成刑法§315-1 第二款妨害私生活秘密罪：

(1)甲於與乙從事親密行為時，均隱瞞乙而將過程竊錄下來，係在未經乙之同意下，無故以錄影設備竊錄其與乙（他人，行為人以外之人）非公開之活動，故該當刑法§315-1 第二款妨害私生活秘密罪。

(2)且甲之竊錄行為，就題意觀之可知不止一次，甲在長時期內利用錄影設備，連續竊錄他人非公開活動，構造上與接續犯要件不符，應依連續犯之規定，就其所成立之數罪，適用§56 處斷。

(二)甲的行為可能構成刑法§346Ⅲ 恐嚇取財未遂罪：

(1)當乙欲與甲分手時，甲告知乙竊錄私密活動一事，並威脅乙須交付 100 萬，否則將公開其竊錄內容。甲以散布其竊錄內容，威脅乙須交付 100 萬元，係意圖為自己不法之所有，以恐嚇手段使乙為財物之交付。

(2)雖甲之恐嚇行為，依一般社會通念，足以使人心生畏怖；惟乙卻不為所動，並不因而畏怖而交付 100 萬元，但不能因此認為甲尚未著手實行恐嚇犯行，故仍應成立恐嚇取財罪之未遂犯（刑法§346Ⅲ）。

(三)甲的行為可能構成刑法§315-2Ⅲ 加重妨害私生活秘密罪：

(1)因乙不遵從甲之恐嚇指示，甲即將其竊錄內容複製多份並分送乙之親友。就題意觀之，甲在竊錄之初，似尚無散布之意圖，而係在乙提出分手後始因威脅不成而將竊錄內容複製、散布，故與§315-2Ⅱ 之要件未合。

(2)但甲將其竊錄內容予以複製，係屬刑法§315-2Ⅲ 所謂之「製造」行為，且無償分送乙親友之行為，亦該當同項之「散布」行為，故甲之行為該當刑法§315-2Ⅲ 散布竊錄內容罪。

(3)甲之行為雖同時合致§315-2Ⅲ 之「製造」、「散布」二行為，但僅論以一個加重妨害私生活秘密罪即可。

(四)競合：

(1)甲之行為所成立之三罪間，並無方法結果之牽連關係，亦非屬一行為所造成，應屬刑法§§51、55 所規定之實質競合。

(2)故應先依刑法§§315-1、56 論妨害私生活秘密罪之連續犯加重處罰後，再與§§346Ⅲ、315-2Ⅲ 依數罪併罰處理之。

二、甲、乙兩人沈溺聲色場所，需錢孔急，乃基於共同犯罪之決意，由甲出面，向乙之父佯稱乙之人身自由已受其控制，若欲乙能平安返家，丙須支付一百萬元。丙擔心乙受害，乃如數支付，甲、乙兩人平分其不法所得。問：甲、乙之行爲應如何處罰？

答：(一)甲之罪責：

(1)甲乙二人沈溺聲色場所，需錢孔急，遂基於共同犯罪之決意，由甲出面，向乙之父佯稱乙之人身自由已受其控制，若欲乙平安返家，丙須支付 100 萬元。然實際上乙之自由未受到限制，亦即，實際上甲乙二人並無勒贖而擄人之意圖，故無法該當刑法§347 擄人勒贖罪。

(2)甲乙藉由佯稱乙之自由已受控制，而使乙父丙擔心害怕，而支付 100 萬元予甲，其行爲可能構成刑法§346 I 恐嚇取財得利罪與§339 I 詐欺取財罪。

(3)實務上認爲恐嚇罪質，不免含有詐欺性，其與詐欺罪之區別，端在行爲人對被害人使用之手段究僅係使被害人陷於錯誤，抑除錯誤外並進而心生畏怖以區分之；若僅使其陷於錯誤者爲詐欺，使發生畏懼心者則屬恐嚇（28 上 1238、30 上 668）。

(4)本案中，甲之行爲實已構成乙父丙之畏懼，故而爲金錢之支付，故應成立§346 I 恐嚇取財得利罪，而非詐欺罪。

(二)乙之罪責：

本案中，乙出於共同犯罪之決意，由甲出面向其父丙恐嚇取財得利，雖乙實際上並未實施恐嚇取財之犯罪構成要件，然其係出於自己犯罪之意思，故應可與甲成立刑法§346 I 恐嚇取財得利罪之共謀共同正犯（釋字 109）。

(三)綜上，甲乙二人應分別依刑法§346 I 恐嚇取財得利罪論處。

三、警察甲與乙巡邏時，發現某棟大樓人員出入異常，且出入者各個衣著時髦，門口皆有人爲之接送。當下，甲、乙兩人判斷該處應爲高級應召站無誤，經向分局報備後，隨之直接衝入搜索。其結果，發現該處爲一專以時尚婦女爲主之職業詐騙賭場，逮獲主持者與多名賭客外，並取出多項賭具與籌碼賭資。試問甲、乙搜索行爲之合法行爲何？取得之相關賭博證據，其法律效果爲何？

答：(一)搜索之強制處分，是一種干預人民基本權的行爲，對於憲法所保障之人民之自由及權利，如：居住自由、通訊自由、財產權、隱私權等均造成重大影響，因此，一般民主國家對搜索均採「令狀原則」之正當程序。換言之，凡是搜索均應事先由搜索人聲請法院核發搜索票（法官保留原則），方得依搜索票記載之事項進行搜索，我國法亦然。不論是偵查中或審判中，有關搜索之決定權保留給法院行使，檢察官僅有聲請權（刑訴§§128、128-1）。惟爲偵查犯罪之需要，本法亦保留有限度之無票搜索（無令狀搜索），但須受法院之事後審查。依現行法規定，無票搜索之情形有三：

(1)附帶搜索（§130）。

(2)緊急搜索（特許搜索）（§131 I II）。

(3)同意搜索（§131-1）。

(二)本題中，甲、乙二人未持搜索票即進行搜索，雖與搜索所採行之「令狀原則」有所不符，但若符合無票搜索之要件，仍不失為合法搜索。而無票搜索中之附帶搜索，係以合法拘捕為前提；同意搜索，係以受搜索人出於任意性之同意為前提，二者皆無法適用於本案，故僅須就緊急搜索之要件加以檢討。

(三)刑訴§131 所規定之緊急搜索，不論是第一項為緝捕或發現被告、犯罪嫌疑人所為之拘捕搜索，或第二項係為保全證據所為之緊急搜索，蓋皆以情況急迫不及聲請搜索票之情形為限。而本案中，甲乙二人於巡邏時發現大樓人員出入異常，認為有經營應召站之嫌，就題意觀之，應無情況急迫不及聲請搜索票之情形。故甲乙二人之搜索行為，違反搜索之令狀原則下，亦不符無票搜索之要件，應認甲乙二人之搜索行為不合法。

(四)而依此違法搜索所取得之賭具或籌碼賭資，可否做為證據使用，此涉及「證據排除法則」之問題。在證據排除法則下，非供述證據之蒐集過程，雖違反法定程序，但因證物之型態並未改變，尚不生不可信之問題，故依刑訴§158-4 是否排除使用該證據，應審酌人權保障與公共利益之均衡維護定之。

(五)本題中，甲乙二人所為之搜索行為，並無法官核發之搜索票，亦不合乎任何無票搜索之要件，係屬無權搜索，嚴重抵觸法官保留原則與法律保留原則。因此，審酌人權保障與公共利益之均衡維護，甲乙二人所取得之相關賭具與籌碼賭資，法官皆不得做為證據採用，以遏止警察恣意違法之搜索行為。

四、嫌犯丙被懷疑涉及多項竊案，經警逮捕到案。接受訊問時，在警察說服下，丙表明放棄緘默與不用聘任律師。偵訊至下午五點，警察告知丙，偵訊快結束，是否同意夜間詢問。丙深信不疑而同意夜間詢問。不料偵訊至半夜，丙受不了，要求聘任律師與撤回同意夜間詢問。試問丙之要求與撤回行為，在理論與實務上，有何法律上之效果？

答：(一)緘默權與律師依賴權皆為被告訴訟防禦權之重要內容，被告可於訴訟程序進行中主張其權利，亦可放棄權利之保障。惟被告就權利保障之放棄，須出於自願、任意，方屬有效之放棄。換言之，被告若係出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正之方法而放棄其訴訟上之防禦權，不生有效放棄之效力。就題意觀之，本題中丙係在警察說服下表明放棄緘默權與辯護人依賴權之保障，丙之放棄雖係出於警察之說服，但該說服只要未達強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正之方法，並非法所禁。故認為丙之放棄為有效之放棄，而警察在此情形下所為之詢問，並無不法。

(二)司法警察（官）對犯罪嫌疑人之詢問，原則上不得於夜間行之（刑訴

§100-3)。且關於夜間詢問之禁止，並無類似刑訴§146Ⅲ之規定（日間已開始搜索或扣押者，得繼續至夜間），故縱使丙係於日間即開始接受偵訊，至日落後（刑訴§100-3Ⅲ），仍應停止偵訊。惟刑訴§100-3 亦有四款例外規定，如符合該規定之要件，則例外得於夜間訊問之（刑訴§100-3 I 第一款至第四款）。本案中，偵訊至下午五點時，警察曾就是否同意於夜間詢問一事告知丙，丙亦同意之，即符合刑訴§100-3 I 第一款之要件「經受詢問人明示同意者」，故警察繼續偵訊至夜間之行爲，亦無不法。

(三)前已述及被告之緘默權與律師依賴權，爲被告重要之訴訟上防禦權，被告可出於自願明示放棄，但亦可隨時撤回其放棄之意思表示。亦即，被告於放棄緘默權與律師權之保障後，亦可隨時撤回其放棄之意思表示，而重新獲得緘默權與律師權之保障。一旦被告爲撤回放棄之意思表示後，司法警察應立即停止偵訊，且在律師到達前，亦不得進行偵訊，否則該偵訊行爲即屬不法。故丙在偵訊中要求聘任律師與撤回夜間詢問之同意，司法警察即應停止偵訊，不僅係不得於夜間偵訊，且於丙之辯護人到場前，不得進行偵訊。

(四)換言之，丙之要求行爲與撤回行爲，可產生停止偵訊之效果，若警察不爲停止行爲，仍繼續偵訊，即屬違法，依刑訴§158-2 I 之規定，因此取得之丙之自白或其他不利陳述，不得做爲證據。

【註：參見士明 DVD 函授課程刑訴 刑法講義 | 李老師編 講，特此感謝！】

九十三年公務人員特種考試警察人員三等考試

「刑法及刑事訴訟法」題解

(一)有關刑法之「時之效力」的學說有那些？我國刑法第二條如何規定？試分別說明之。

答：

立法例

同一犯罪行為因新法與舊法各有不同之可罰性範圍或處罰規定，應適用何規定處斷，有下述立法例之不同：

從舊原則

在罪刑法定原則下，行為既完成於舊法時期，自應依舊法（即行為時之法律）論斷；且為保障人權計，更不宜適用行為後之新法（即裁判時之法律），制裁舊法時期之行為。亦即，不問新法或舊法之輕重，一概依舊法處斷。

從新原則

惟另有立法例認為，新法之制訂即在補充舊法之缺失，且較舊法更能適應目前社會之需要。因此，新法既已公佈施行，不論新舊法之輕重，皆應以新法作為論斷之依據。本法關於保安處分之可處，即採此立法例（刑法 § 22 II）。

從輕原則

有立法例認為應比較新法與舊法之輕重，而適用最有利於行為人之輕法。日本、德國即採此種立法例。

折衷原則

從舊原則固較能符合罪刑法定原則之精神；惟新法係修正舊法不合時宜之規定，較符合時代之需要，若仍適用舊法，即與刑法修正之本旨不符。且舊法因新法之公布施行而失效，從舊原則顯有不當之處。反之，在從新原則下，不問新舊法孰對行為人較有利，蓋依新法處斷，若舊法輕於新法時，從新原則即有相當不利於行為人，故從新原則亦有不妥之處。因此，乃有折衷原則之提出。

折衷原則可分為：從舊從輕原則與從新從輕原則。前者係指原則上依舊法處斷，以符合罪法定原則之精神，惟若新法輕於舊法時，則適用較輕之新法；後者係指原則上依新

法處斷，以符刑法修正之本旨，惟為免行為人受到不可預見之刑罰，若舊法之處罰較新法為輕時，則例外適用較輕之舊法處斷，本法即採此種立法例。無論從舊從輕或從新從輕，結果均是從輕。

我國刑法第二條之規定

刑法修正變更某一可罰行為之處罰範圍，或加重或減輕刑度規定，使同一犯罪行為，在修正前後各有不同之可罰性範圍或法律效果，依刑法 2 係採取從新從輕原則，分述如下：

行為後法律有變更：

係指犯罪行為已終了，法律才發生變更。繼續犯、連續犯、接續犯、牽連犯等，如行為實施之際，法律變更者，因行為不能割裂，應認為係「行為中」法律有變更，而非「行為後」法律有變更。亦即，需犯罪行為完全終了後所發生之法律變更，始有刑法 2 I 之適用，此種「行為中」法律有變更，無刑法 2 I 之適用，而應適用「行為完成時」之法律。

法律有變更：

法律有變更，係指足以影響行為之可罰性範圍與其法律效果之法律修正而言。

適用裁判時之法律或最有利於行為人之法律：

不論是從新或從舊，法律之適用應顧及法律之整體性，不可割裂而分別適用有利於行為人之條文。故如依原則適用新法，則應全部從新；若依例外而適用舊法，則應全部從舊，不得部分從新，部分又從舊。

新法或舊法孰較有利於行為人，主要係比較可罰性之範圍以及刑罰之輕重。此外尚比較是否為告訴乃論、有無免除其刑、係得免或必免等。所謂刑罰之輕重，依本法 2 規定，

係依主刑之輕重定之。

保安處分適用從新原則：

保安處分乃為防衛社會及矯治行為人而設立之社會保安措施，為符合實際需要，故應適用新法，毋庸比較新舊法孰對行為人有利，此於刑法 2 II 定有明文。此規定亦為刑法禁止溯及既往原則之例外。惟保安處分亦可能拘束行為人之自由而與刑罰中自由刑相近，因此刑法修正草案 2 II

但書擬對拘束自由之保安處分，準用從新從輕原則，以禁止對不利於受處分人之保安處分規定具有溯及既往之效力，以符罪刑法定原則之要求。

(二)何謂共謀共同正犯？我國實務對其採取何種態度？試分別說明之。

答：

所謂共謀共同正犯係指，二個以上之行爲人，以共同犯罪之意思事前謀議，而推由謀議之部分人進而著手於犯罪行爲之實行，則該僅參與謀議卻未參與行爲分擔之人，亦得藉他人之實行行爲而成立共同正犯。

實務見解

實務上認爲事前與盜匪同謀，事後得贓，若係以自己犯罪之意思，推由他人實施，仍應成立共同正犯（最高法院 5061）。

刑法²⁴⁰所謂「實施」係指犯罪事實之結果直接由其發生，別乎教唆或幫助而言，即未著手實行前之陰謀或預備等罪，如有共同實施情形，亦應適用該條處斷。至實行在現刑法上乃專就犯罪行爲之階段而言，用以別乎陰謀、預備、著手各階段之術語（最高法院 240⁴）。亦即，「實施」之意涵較「實行」爲寬，包括客觀不法構成要件之各階段行爲，行爲人參與實行，固屬²⁴⁰之共同實施，即如未參與實行，但因其與其他行爲人已有犯意之聯絡，而合意由其他行爲人擔任實行，並視他人之實行為自己之實行者，亦屬²⁴⁰之共同實施。

以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行爲，或以自己共同犯罪之意思，事前同謀而由其中一部分人實施犯罪之行爲者，均爲共同正犯（釋字²⁴⁰）。亦即，釋字²⁴⁰認爲²⁴⁰共同正犯包括「共謀共同正犯」與「實行共同正犯」。

惟刑法分則或刑事特別法中規定之結夥二人或三人以上之犯罪，應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人爲

限。不包括共謀共同正犯在內（ \approx 47刑庭決議）。此外，結夥犯全體皆須具有責任能力（ \approx 上 $\frac{2454}{2454}$ ）。

(三)試就理論與實務論述刑事案件犯罪事實同一性質應有之標準？
答：

犯罪事實，係刑罰權之客觀對象，依訴訟主義不告不理原則，法院應以起訴事實定其審判範圍，且判決事實，應予起訴事實維持同一性，此即犯罪事實同一性之意義。關於犯罪事實是否同一，其情形有二，即事實上同一與法律上同一。

事實上同一

案件因先後起訴致有訴訟繫屬先後之不同，形成先後數訴訟關係，但如其刑罰權對象之客觀事實為同一時，即係事實上同一之案件。

學說上見解

a基本的事實關係同一說

此說主張數訴之是十及起訴事實與判決事實是否同一，以其自然的社會事實關係（基本之事物、重要之事實關係）是否相同為斷，如其自然的社會事實關係相同，雖其他枝節上有所差異，仍可認為具有同一性。

b罪質同一說

此說認為，基本的事實關係同一說所主張之「自然的社會事實」未經法律評價是不正確的，自然的社會事實關係，不易作統一之判斷，所謂起訴事實，應係經過一定法律評價的事實，該事實應受罪責（犯罪構成要件之類型本質）之制約，如其罪質不同時，即不具同一性。此說係以基本知識時關係同一說為前提，加上法律評價（罪質）之制約而成，非僅以罪質之同一即可謂事實同一。

c構成要件共同說

此說認為罪質同一說在判斷罪質是否相同時頗有困難，過於嚴格，適用可能性不高，遂提出構成要件共通說。此說主張，檢察官起訴書記載之犯罪事實，該當於甲罪之構成要件，經法院審理後判明之犯罪事實，該當於乙罪之構成要件，若法院審理後判明之犯罪事實，就甲罪之構成要件，亦有相當程度之符合，即可認為起訴事實與判決事實具有同一性。所謂構成要件有相當程度之符合（共通概念），係指抽象的觀察

二構成要件相互間是否有相當程度之符合，並不以有同一罪質為必要，亦即，不以二者必須有其共通之特徵為必要，如此即可緩和罪質說判斷之嚴格與困難。

d指導形象類似說

此說亦在緩和罪質說之嚴格與困難，此說主張，起訴事實事由事實觀點及法律觀點組成，故在判定是否有同一性時，應考慮事實觀點與法律觀點兩個層次，即在「事實面」有行為態樣之共通性，在「法律面」有指導形象之類似性（即構成要件定型之共通性），即可認為具有事實同一性。

實務上見解

我國實務上通說係採「基本事實關係同一說」，惟最高法院已逐漸改採「訴之目的」及「侵害性行為之內容」是否同一作為判斷之基準，分述如下：

a基本的事實關係同一說

數訴之事實是否同一及起訴事實與判決事實是否同一，以其基本的事實關係是否同一為準，至於其基本的事實關係是否同一，則以社會事實是否同一為準。如數訴之事實及起訴事實與判決事實，其社會事實關係相同，縱犯罪之日時、處所、方法、被害物體、行為人人數、犯罪之形式（共犯態樣或既遂未遂）、被害法益、程序、罪名雖有差異，仍不影響於事實同一性之認定。

b訴之目的及侵害性行為之內容是否同一說

基本的事實關係同一說，因社會的自然事實範圍太大，隨便起訴均會在社會的自然事實之內，於檢察官或自訴人固稱便利但對被告防禦權之行使則有所缺憾；且基本的社會事實關係同一說，容許法院在社會事實同一之範圍自由認定事實，法院之職權有濫用之嫌，故實務上逐漸改採「訴之目的及侵害性行為內容是否同一說」，此說主張案件是否同一，應從訴之目的及侵害性行為之內容是否同一而定，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準。因此，數訴之事實及起訴之事實與判決之事實，其基本的社會事實關係並不相同，固非同一事實；如其基本的社會事實雖然相同，惟訴之目的並不相同時，即非同一事實。例如：將檢察官起訴之搶奪事實變更為強制猥褻，即判決事實與起訴事實

非屬同一，法院變更起訴書所引應適用法條，則法有違。

法律上同一

實質上或裁判上一罪，其基本之事實，雖屬互異，惟其犯罪之構成，有由於一個行為者，有由於數個行為者，有屬於一個構成要件者，有屬於數個構成要件者，依刑法之規定，列為一個犯罪構成要件之定型，即所謂實質上一罪，在實體法上僅構成一罪，刑罰權即係一個，在訴訟法為一個訴訟客體，無從分割，自屬單一之犯罪事實；或雖具備數個犯罪構成要件，因出於一個行為（如想像競合犯），或因牽連之意思，或本其概括之犯意，擇其一重處斷或一罪論。此類犯罪即所謂裁判上一罪，因法律規定「從一重處斷」或「以一罪論」，在科刑上僅作為一個刑罰權處置，在訴訟法上僅為一訴訟客體，無從分割，故其法律上之事實關係仍屬一個，具有不可分性，就其中一部起訴，其效力及於全部，亦屬於同一案件。

(四)甲至 A 百貨公司購物，因店員乙適與男友丙聊天中誤會甲行竊，甲為免誤會迅速離去，乙誤以甲逃跑，乃追呼其為小偷，甲旋被附近巡邏警員丁逮捕，甲憤而誣指丙為共犯，丁乃急告同行警員戊前往丙宅，於丙臥室內加以逮捕，並將丙購自 A 公司之襯衫一件以贓物加以扣押，問丁、戊之逮捕、搜索及扣押是否合法，請詳述其理由。

答：

逮捕

丁逮捕甲之行為：合法。

依題意所示，乙誤會甲偷竊，於甲離去時，誤認為甲要逃跑，乃追呼其為小偷，甲旋被巡邏員警丁逮捕，依刑訴¹第 88 條 III，

被追呼為犯人者，為準現行犯，而依同條第一項之規定，現行犯不問何人得逕行逮捕之，故枝丁之逮捕行為係屬合法。

戊逮捕丙之行為：合法。

依刑訴¹第 88 條，檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有法定原因而情況急迫時，得不用事先聲請拘票而逕行拘提。本條用語雖是「逕行拘提」，但卻屬在緊急狀況下無須拘票之不要式之逕行逮捕，其法律性質應屬逮捕，而非拘提。依現

行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者，即屬逕行逮捕原因之一。本款中所謂「現行犯」，雖有學者主張理論上應不包括準現行犯，惟實務上似認包括在內（檢查機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第15項）。故甲因準現行犯身分被逮捕後，誣指丙為共犯，戊隨即前往丙宅，將丙逮捕，應屬合法之處分。

搜索：合法

於執行逕行逮捕時，可附隨執行緊急搜索（刑訴¹§§130-1 III、§130）。

亦即，司法警察或司法警察官執行逕行逮捕時，雖無搜索票，亦得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及立即可觸及之處所。惟須注意者，如無合法之逮捕（如²§15經傳喚之拘提、³§16不經傳喚之拘提、⁴§88-1 I之緊急逮捕、⁵§87

I通緝犯之逮捕、⁶§88 I現行犯之逮捕、⁷§228 IV為羈押目的之

逮捕等），即不得為⁸§130之緊急搜索。是警員戊在合法逮捕丙之時，於丙臥室搜得購自A公司之襯衫一件，應為合法之搜索。

扣押：合法

扣押，係指為保全可為證據或得沒收之物，而對其取得占有之強制處分。扣押往往伴隨於搜索之後，本法並未對扣押單獨規定扣押令狀，因此所謂「有令狀扣押」，係指緊接於有令狀之搜索，並且所扣押者屬於搜索票所記載之應扣押之物（⁹§128 II），亦即，搜索票同時是扣押令狀。扣押之合法性，

取決於搜索之合法性及扣押之合理根據。本題警員戊所為之搜索，係屬無令狀之搜索，依刑訴¹⁰§131 II、¹¹§137 I、¹²§152，亦

得為無令狀之扣押。在無令狀搜索之情形，執行搜索機關即為扣押之決定機關，只要發現可為證據或得沒收之物，即得扣押之，故警員戊執行無令狀搜索時，亦有扣押之決定權限。本題扣押之襯衫，並非搜索之標的，而屬意外發現之本案應扣押物，則應引用附帶扣押（刑訴¹³§137）之規定為扣押之

依據。綜上，警員戊扣押該襯衫之行爲，應屬合法之扣押。

九十三年公務人員特種考試警察人員四等考試（行政警察人員）

「刑法概要及刑事訴訟法概要」題解

(一)何謂共同正犯？甲、乙、丙、丁四人在公共場所打麻將賭博財物，是否構成共同正犯？

答：

共同正犯係與單獨正犯相對的一種正犯，係指兩個以上行為人，基於共同之行為決意，各自分擔犯罪行為之一部，而共同實現構成要件之參與犯。易言之，即兩個行為人，形成一個犯罪共同體，各個行為人彼此以其行為互為補充，而在犯罪行為之分工與角色分配之協力合作下，共同完成犯罪，達成共同之犯罪目的。因此，每一行為人均係共同決意之實踐者，故在刑法評價上，應相互承擔彼此之刑事責任。

刑法規定處罰之故意犯罪，原則上係就單獨一個行為人之違犯所架構而成之構成要件。因此，僅需一人違犯即可實現構成要件，而成立單獨犯。然而，少數故意犯罪之構成要件實現，係以兩個以上行為人參與為必要，關於此種構成要件之犯罪類型，學說上稱為必要之參與犯（必要共犯）。

必要共犯依犯罪之性質，尚可分為「聚合犯」與「對向犯」。聚合犯，又稱聚眾犯，係指兩人以上朝同一之目標共同參與實施所實現之犯罪，亦即在構成要件上對於同一目標之多眾共同行為為必要之犯罪。例如：內亂罪、公然聚眾妨害公務罪，其本質上係屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實施或在場助勢等參與犯罪程度之不同，而異其刑罰規定時，各猜與不同程度犯罪行為者之間，不能適用刑法^{第31條}之規定外，

其餘均應引用^{第31條}共同正犯之規定。而對向犯係指在構成要件設計上，雖僅預定一人之行為，但為了實現構成要件內容，必須有對向關係之他方一定之行為協力之必要，如賄賂、賭博、重婚罪等均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，故無適用刑法^{第31條}共同正犯之

餘地（^{第31條}台非^{第31條}例）。

(二)甲開車超速不慎撞傷乙，緊急閃避之際又不慎撞傷丙，乃緊急煞停，又使丁反應不及而自後追撞受傷，三次過失傷害應如何處罰？可否論以連續犯？

答：

本法§221規定「連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論。

但得加重其刑至二分之一。」一般稱為連續犯。連續犯之成立，在客觀上須具備數行為、觸犯同一罪名，而數行為必須具備特定之主觀要件，始得以構成連續行為。學說上對此等主觀要件之內容有不同意見，又可分為：

整體故意說（概括犯意說）

行為人主觀上必須具備整體故意，才可能構成連續犯。亦即行為人必須在第一個單一行為結束之前，即對於導致整體犯罪結果之個別行為之時間、地點、違犯方式以及被害人等均有所認識，並且決意經由數個同樣之單一行為，一個接一個地實現犯罪目的，始具有整體故意。例如：行為人決意利用適當之機會，在特定之工廠竊取三部腳踏車，即具整體故意。

連續故意說

並不要求行為人自始即對各個單一行為具有具體概括之整體故意，僅要求各個單一行為之實施係基於連續故意即可。亦即，若在後之行為故意可顯現出連續之意思（次行為之決意是上一行為決意之連續），稍後之決意即為先前決意之延續，構成一條心理上之延長線，即可構成連續犯。例如：甲偷乙東西得手後，決定下一次有機會也要以同樣方式繼續竊盜。

本題所涉及者，在於過失犯可否成立連續犯？

依通說見解，連續犯因為必須具備整體故意（概括犯意）。所以過失犯並無成立連續犯之可能。實務上亦認為過失犯無犯罪之故意，不發生連續犯之問題（509•6決議）。亦即，過失連續行為，行為人在主觀上並非基於一個犯罪決意，而為一次規範意識之違反，實質上，連續數個過失行為，行為人在主觀上係為多次規範意識之違反，故在責任評價上，應依數罪併罰予以處理。

故本例中甲連續三次之過失傷害行為，無法適用連續犯之規

定「以一罪論」，應依刑法第25、26實質競合之規定數罪併罰。

(三)竊案發生，警方調查結果發現某甲涉嫌竊盜，將甲移送地檢署。檢察官認為甲有羈押的原因，但無羈押的必要時，‘獮槿绾沃敵幹獺H

答：

羈押係將被告拘禁於一定場所，防止被告逃亡及保全證據，使其在刑事程序中，得以始終在場，以確保刑事程序進行之強制處分。羈押，於法院訊問被告後，於有法定羈押原因(刑訴法第101條I、101條I)，且有羈押必要時(即非予羈押顯難進行追訴、審判或執行)時，始得為之。

羈押之決定機關，唯法院始能行之，檢察官無羈押權，僅有聲請法院羈押之權，且僅有檢察官始有聲請法院羈押被告之權，司法警察人員並無權逕行聲請法院核發押票。

為求有效保障被告之人身自由，在偵查階段(不包括審判階段)羈押被告前，須先經合法拘提或逮捕被告之程序，即所謂「拘捕前置原則」。在拘捕前置原則下，檢察官接受司法警察(官)解送之被告，或私人逮捕而送交之通緝犯、現行犯，應即時訊問，訊問後有羈押之必要，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請法院羈押(刑訴法第102條II)，未經聲請者，不論有無羈押之必要，均應將被告

釋放(刑訴法第103條前)。如檢察官認為有羈押原因之一，但無羈押之必要者，得逕命具保、責付或限制住居，而釋放被告，但如不能具保、責付或限制住居，仍得聲請羈押(刑訴法第103條後)。

如題意所示，竊案發生，警方調查結果發現某甲涉嫌竊盜，將甲移送地檢署。檢察官認為甲有羈押的原因，但無羈押的必要時，檢察官得逕命具保、責付或限制住居，而釋放被告，但如不能具保、責付或限制住居，仍得聲請羈押。

(四)二〇〇四年三月十三日清晨，酒店老闆張三被發現死於辦公室。依據現場重建，張三應該是邀兇手入室，遭兇手從後方開

槍射殺。現場並無打鬥跡象。警方於三月十五日接獲密報，商人李四在最近與張三常有嚴重爭執。警方於是對李四展開調查，李四矢口否認他與案情有何關係，可是無法提出不在場證明。辦案警官甲因而請李四不要離開所在地，以便調查。甲稍後得悉，李四極可能於三月十七日至十九日之間出境。甲於是向檢察官聲請，對李四搜索扣押，以確定李四行蹤並發現兇槍枝。問檢察官是否可以核發搜索票？

答：

搜索與扣押的發動，依刑事訴訟法舊有之規定，在偵查中由檢察官決定；審判中由法官決定。惟因民國八十九年底，發生檢察官搜索立法院及中時晚報之事件，立法院遂於次年修正通過搜索的相關條文，將搜索權之發動，不論偵查階段或審判階段，均交由法院決定。

配合搜索由法官決定之意旨，偵查中檢察官認為有搜索必要者，除有急迫情形外（刑訴¹²⁸⁻¹第118條¹），應以書面記載刑訴¹²⁸⁻¹第118條¹各款事項，並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票。司法警察因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認為有搜索必要時，亦得依前項規定，報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票。

依題意所示，本案警官甲向檢察官提出聲請對李四搜索扣押，以確定李四行蹤並期發現兇槍枝時，應報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票，檢察官不可直接核發搜索票。若甲之聲請經法院駁回時，甲不得聲明不服（刑訴¹²⁸⁻¹第128-1條¹）。

九十三年警察人員升官等考試（行政警察人員、水上警察人員）

「刑法與刑事訴訟法實務」題解

一、某甲覬覦甲父某乙的親友某丙寄託在甲父處的鑽石項鍊已久，某日趁某乙國外出差的機會，盜取了該當鑽石項鍊，試問某甲該當何罪。

擬答：某甲應成立刑法³²⁰ I 之竊盜罪，同時依⁴³⁴ I 得免除其刑。

由題意觀之，某甲在未得該鑽石項鍊持有人—其父某乙—之同意下，出於竊取之故意與不法為自己所有之意圖，破壞某乙對該動產之持有關係，重新建立起自己之持有關係。另該項鍊雖非屬某乙所有，但確實在某乙之支配管領下，亦得為竊盜罪之行爲客體。故某甲之行爲該當刑法³²⁰ I 之竊盜罪。

惟是否得依刑法⁴³⁴ I 親屬間竊盜罪而免除其刑，多數說主張因竊盜罪所注重之法益在於「持有」，故行爲人與被害人之間有無親屬關係，應以物之持有人為準，而與所有人無關。故甲竊取其父某乙所持有，而屬第三人丙所有之寄託物，亦須告訴乃論，並得免除其刑。

二、某甲恐嚇某乙將金錢匯入自己的戶頭，某乙心生恐懼按其指示將錢匯入了某甲的戶頭，不過同時也向警方報案。警方指示銀行當某甲前來提款時不得將該款項交給某甲。數日後某甲前往銀行提領款項，而正在寫領款單時，即遭到警方逮捕。試問某甲觸犯何罪，其犯行是否已經既遂。

擬答：某甲應成立刑法³⁴⁶ I、III 之恐嚇取財未遂罪。

依題意觀之，某乙受某甲恐嚇而將金錢匯入某甲之戶頭，某乙心生恐懼，雖有向警方報案，但亦依照某甲指示將金錢匯入某甲戶頭。然而，因警方指示銀行不得將該款項交予某甲，使某甲尚未確實取得該筆金額。亦即，某乙對該筆金錢之支配管領狀態雖已遭瓦解，但某甲就

該物尚未建立新持有關係。而恐嚇取財罪，於被害人心生畏怖而交付（即行為人取得）財物時，方足為既遂之斷定，故本例中某甲因尚未取得該款項，應屬恐嚇取財未遂罪。

三、甲涉嫌販賣槍枝於晚間為警逮捕，隨即警察人員對甲進行相關偵查。試問：

甲接受警察人員偵查（偵訊）時，依刑事訴訟法規定，得主張何種權利？

甲表示不願夜間接受偵訊，在無「得於夜間偵訊之例外」情形下，警察人員強行所為之偵訊結果，其證據能力為何？

擬答：得主張之權利：

受告知權與聽聞權（ $\S\S 245$ 、 246 ）。未盡告知義務所為之判決，如於判決有影響者，其判決違背法令；如於判決無影響者，僅係訴訟程序違背法令。

緘默權（ $\S 245$ 第二款）。緘默權之範圍限於與犯罪事實相關之事項，被告之姓名、年籍等資料，僅係人別之陳述，並不足以使被告受不利之認定，故緘默權之範圍不包括「被告之姓名年籍」。

予以被告辨明之機會（ $\S\S 246$ 、 100 ）。被告有數人時應分別訊問（ $\S\S 247$ 、 184 ）。

應告知得提出有利之證據（ $\S 288-1$ ）。

得請求即時受詢問（ $\S 100-3$ ）。

司法警察（官）原則上不得於夜間進行詢問。稱夜間者，為日出前，日沒後。因司法警察（官）夜間不得詢問，故夜間不得詢問之時間不計入二十四小時內（刑訴九三之一 I）。

在無「得於夜間偵訊之例外」情形下，警察人員強行所為之偵訊結果，係違背刑訴第一百條之三第一項之規定，所取得之被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利

之陳述，不得做為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限（刑訴一五八之二 I）。

四、搜索分為「搜索票搜索」與「無搜索票搜索」兩種。試問：依刑事訴訟法規定，「無搜索票搜索」有幾種？承之分類，「無搜索票搜索」中，警察人員於執行勤務時得以直接執行者，其種類為何？請詳述理由分析之。

擬答：無搜索票搜索：

附帶搜索（ $\S 130$ ）

附帶搜索之範圍：

逕行搜索被告或犯罪嫌疑人之身體，包括衣服、及其隨身攜帶之物件。

逕行搜索被告或犯罪嫌疑人所使用之交通工具，以被告或犯罪嫌疑人所能立即控制之範圍為限，包括汽車前座置物箱。

逕行搜索被告或犯罪嫌疑人立即可觸及之處所，此係源自美國搜索實務之「立即控制原則」，即被拘捕人可能取得兇器或證據之範圍，不限於在被告或犯罪嫌疑人身上。

拘捕或發現嫌犯之緊急搜索（拘捕搜索、特許搜索）

（ $\S 131$ I）

依刑訴 $\S 131$ I 所為之搜索，係在搜索「人」，而非搜索「物」。亦即，係以緝捕嫌犯或發現現行犯為目的。因此依本條所為之搜索，僅能對被告或犯罪嫌疑人可能藏身之處所逕行搜索之。例如：人可能藏在書桌下、衣櫥內，但人不可能藏在抽屜中，因此，可搜索書桌下或衣櫥內，但不可搜索抽屜。

搜索之事由

因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押而逕行搜索住宅或其他處所。

因追躡現行犯或逮捕脫逃人而逕行搜索住宅、或其他處所。

有事實足認有人在內犯罪而情形急迫，逕行搜索住宅或其他處所。

保全證據之緊急搜索 (§ 131 II)

搜索之目的：保全證據。

適用之主體：檢察官。惟檢察事務官、司法警察官、司法警察得請求檢察官指揮偵查。

適用之要件：

急迫性：檢察官於偵查中有相當理由認為情況急迫，不及向該管法院聲請核發搜索票。

必要性：非迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞。

搜索之對象（客體）

§ 131 II 關於保全證據之緊急搜索，係為保全證據而設，是以逕行搜索之對象（客體），包括被告犯罪嫌疑人或第三人之身體、物件、電磁記錄、住宅或其他處所在內，均得為之。

同意搜索 (§ 131-1)

搜索係經受搜索人同意者，執行人員應先查明是否為有同意權人所做之同意，並應將同意之意旨記載於筆錄，由受搜索人簽名或出具書面表示同意。同意人可隨時撤回其同意。

同意搜索之範圍，應依同意人所同意之範圍搜索之。是否屬同意搜索之範圍，如有爭議，由控方指出證明之方法。

警察人員得直接執行者：

除 § 131 II 「保全證據之直接搜索」限於檢查官方得為之者外（警察人員須請求檢察官指揮偵查），其餘無令狀搜索，警察人員均得直接執行之。

本於保護司法警察人員之安全，以免司法警察人員於逮捕被告、或執行拘提、羈押時，遭被告攻擊、抗拒逮捕、羈押之執行，以及防範犯罪嫌疑人湮滅隨

身攜帶之證據檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察合法逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，得為附帶搜索。

警察人員為緝捕嫌犯或發現現行犯之目的，自得為 §131

I 之拘捕搜索。

搜索，侵害人民之居住自由、通訊自由、財產權、隱私權等甚深，惟如擬被搜索之人，自願放棄憲法上所保障之基本權利，自無不可，故「同意搜索」為各國刑事訴訟法所採，我國亦復如是，規定於 §131-1。

警察人員若取得被搜索人之同意，亦可直接進行搜索。