

113 年公務人員特種考試海岸巡防人員考試試題

等 別：三等考試
類 科：海巡行政
科 目：刑法與刑事訴訟法

陳介中老師

一、甲涉嫌販賣安非他命，經警方查獲予以逮捕。於警局製作筆錄時，警員 P 要對甲採尿，甲不肯。警員 P 要甲喝下 2 公升瓶裝礦泉水。其後，甲忍不住尿意，不得不排尿，P 即順利對甲採尿。P 將甲的尿液送往轄區地檢署指定的醫院鑑定。P 為取得甲販毒證據，在未告知甲之情況下，隻身到甲租屋處，找到房東乙（乙不住在甲租屋處），經乙以備用鑰匙開門而進入甲房間。P 要在場的乙幫忙打開櫃子抽屜等，果真在衣櫃隱密處找到安非他命一大包，P 予以查扣。其後，醫院鑑定結果顯示，甲有施用毒品，且查扣之物確為安非他命。案經檢察官提起公訴。法院審理時，甲的辯護人 L 主張，甲的採尿程序違法，且機關鑑定之書面報告無實施鑑定之人的簽名，亦屬違法，因而不得作為證據。甲以警員 P 及乙的行為觸犯刑法，另對警員 P 及乙提出告訴。P 抗辯，進入甲租屋處已經乙同意，故調查程序無違法之處。乙抗辯，這是警員 P 要求幫忙，他只是基於警民合作的意思才協助開門。

(一)試問甲的辯護人 L 主張之合理性？(25 分)

(二)試問警員 P 及乙的罪責？(25 分)

《考題難易》★★★☆☆

《破題關鍵》程序法的部分，考的是強制採尿的憲判字，以及 2023 年鑑定新修法，都是很熱門的考點，應該同學都很熟悉。實體法的部分並沒有考到什麼特殊的罪名，比較要注意的是 P 的犯罪參與型態：這裡 P 是利用一個不法意識欠缺的人，所以是間接正犯喔！

《命中特區》

陳介中，老師開講—刑法，八版，第 1-234 頁。

陳介中，大數據考點直擊：刑事訴訟法，二版，第 188~189 頁。

【擬答】

(一)辯護人之主張部分有理部分無理：

1.採尿部分違法：

(1)現行刑事訴訟法第 205 條之 2 規定，司法警察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，故依此條文，P 之採尿似屬合法。然此一條文經 111 年憲判字第 16 號宣告違憲，判決指出：此一規定係就檢察事務官、司法警察官或司法警察以非侵入性方式採取尿液而為規範。惟其規定不符憲法正當法律程序原則之要求，牴觸憲法第 22 條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨，應自本判決公告之日起，至遲於屆滿 2 年時失其效力。

(2)而在相關法律修正前，判決亦指出：「完成修法前，檢察事務官、司法警察官或司法警察依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之；情況急迫時，得依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液，並應於採尿後 24 小時內陳報該管檢察官許可；檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。」本題中，警員並未報請檢察官核發鑑定許可書，且亦無情況急迫（甲涉嫌販毒，並無證據認定其亦有吸毒），故警員的採尿顯不合法。

2.鑑定報告亦無證據能力：

(1)首先，現行刑事訴訟法並未規定司法警察（官）有權選任鑑定人，惟實務見解多以檢察一體原則而認為，司法警察（官）將證據送往檢察官事前指定之見鑑定人或機關應屬合法，對此，學說有批評此一作法與檢察一體之目的無關。

(2)再者，即令認為檢察官之事前概括選任鑑定合法，第 208 條第 2 項規定：「前項情形（即機關鑑定），其實施鑑定或審查之人……應於書面報告具名。」此為鑑定報告之合法性要件，故以此言，辯護人之主張有理，該鑑定報告並無證據能力。

(3)最後，警員的採尿屬於違法，而鑑定報告即屬該違法取得之尿液所直接衍生而得之證據，即令認為該鑑定報告本身合法，然基於毒樹果實理論，此一鑑定報告亦無證據能力。

(二) P 及乙的刑事責任如下：

1. 乙的部分：

(1) 乙以備份鑰匙開門進入甲宅的行為，成立侵入住居罪（第 306 條第 1 項）：

- ① 客觀上，乙為房東，然房屋於出租期間專屬承租人使用，故乙進入房屋仍屬侵入住宅；主觀上，乙具有故意。
- ② 乙無阻卻違法事由；於罪責，乙誤以為自己有義務配合警察的搜索，自屬容許錯誤，且稍有法律常識者均知悉警方搜索民宅須有搜索票，因此，該容許錯誤顯屬可避免，依照第 16 條僅能減輕其刑。

(2) 乙翻找甲租屋處的行為，成立違法搜索罪（第 307 條）：

- ① 客觀上，本罪的成立是否須限於有搜索權者，過去有所爭議，但實務上已廢止原先認為本罪為身分犯的判例，因此現已無爭議，本罪非身分犯，任何人均得成立，故乙翻找甲之租屋處，即屬違法搜索行為；主觀上，乙具有故意。
- ② 乙無阻卻違法事由；於罪責，如前所述，乙屬可避免之容許錯誤，依第 16 條得減輕其刑。

(3) 競合：乙透過一行為違犯上述二罪名，侵害法益不同，應想像競合從一重處斷。

2. P 的部分：

(1) P 要乙喝下 2 公升礦泉水的行為，成立強制罪（第 304 條第 1 項）：

- ① 客觀上，題目雖未特別指明 P 以何種手段使甲喝水 2 公升，但以常理判斷，必然不可能是和平手段，因此可認為 P 以脅迫使乙為一定作為；主觀上，P 有故意。
- ② 一般認為強制罪屬開放性構成要件，故構成要件該當後不推定違法，應正面審查違法性。P 所使用的手段雖屬正當，然其索追求的目的依前所述並非適法，故難認其強制行為合法。且 P 亦具有罪責，成立本罪。
- ③ 另 P 為警察，屬刑法上身分公務員，假借職務上權力故意犯瀆職以外之罪，應加重其刑至二分之一。

(2) P 要乙開門的行為，成立侵入住居罪之間接正犯（第 306 條第 1 項）：

- ① 客觀上，P 利用一個發生可避免容許錯誤的工具人從事犯罪，應屬優越意思支配中的錯誤支配，而工具人乙仍成立故意犯罪，因此 P 即為正犯後正犯；主觀上，P 具有故意。
- ② P 無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。
- ③ 另 P 為警察，屬刑法上身分公務員，假借職務上權力故意犯瀆職以外之罪，應加重其刑至二分之一。

(3) P 要乙打開抽屜櫃子的行為，成立違法搜索罪之間接正犯（第 307 條），理由同上(2)所述。

(4) 競合：P 透過一行為違犯侵入住居與違法搜索二罪，侵害法益不同，應想像競合從一重處斷，再與強制罪數罪併罰。

二、公司經理甲參加公司晚宴，雖已飲酒超量，但自認尚未酒醉，仍要開車回家。甲的轎車停放在晚宴餐廳大樓地下停車場（專供餐廳客人使用的專屬停車場）。甲坐上轎車駕駛座，剛啟動引擎，尚未移動車輛，即遭警員 P 查獲，P 要甲熄火下車。P 當場對甲施予吐氣酒精測試，測得甲吐氣酒精濃度達每公升 0.53 毫克，甲旋被逮捕。甲不服，當下與警員 P 發生言語衝突，且以一連串髒話辱罵警員 P。P 不為所動，仍將甲押往警局。於警局製作筆錄時，甲怕影響前程，竟以公司職員乙的名字及身分證，向警員 P 謊報身分。警員 P 並未發覺，仍將全案移送檢察官。偵查終結，檢察官對乙提起公訴。法院審理時，甲也出庭應訊，但法院未發覺甲身分。審理終結，法院判處乙罪刑。檢察官以法院量刑過輕而提起第二審上訴。甲則未上訴。第二審審理時，法院始發覺甲冒用乙身分之犯行。甲見事態不妙，即私下向乙請託，承諾給予加薪升職好處，希望乙出面承認犯行，但遭乙拒絕。

(一) 試問甲的罪責？（25 分）

(二)試問第二審法院應如何裁判？(25 分)

《考題難易》★★☆☆☆

《破題關鍵》這題並沒有什麼特別艱澀的考點。實體法的部分考的都是很基本的罪名與觀念，唯獨需要注意的是憲判字對於侮辱公務員罪的限縮；程序法部分考的也很單純，就是頂替的問題，相信這題對於有讀書的同學來說應該相當簡單。

《命中特區》

陳介中，老師開講—刑法，八版，第 2-74、2-90、2-134 頁。

陳介中，大數據考點直擊：刑事訴訟法，二版，第 222 頁。

【擬答】

(一)甲的刑事責任如下：

1. 甲酒後發動汽車的行為，不成立醉態駕駛罪（第 185 條之 3 第 1 項第 1 款）：
本罪的成立，必須行為人有「駕駛」行為，亦即車輛必須在行為人的控制下移動，方可稱為「駕駛」，本題中，甲僅發動引擎，並未移動車輛，僅屬駕駛未遂，而本罪不罰未遂，故甲無罪。
2. 甲以髒話辱罵警員的行為，不成立侮辱公務員罪（第 140 條）：
113 年憲判字第 5 號認為：人民當場侮辱公務員之行為仍應限於「足以影響公務員執行公務」之情形，始構成犯罪。所謂「足以影響公務員執行公務」，係指該當場侮辱行為，依其表意脈絡（包括表意內容及其效果），明顯足以干擾公務員之指揮、聯繫及遂行公務者，而非謂人民當場對公務員之任何辱罵行為（如口頭嘲諷、揶揄等），均必然會干擾公務之執行。以此而論，甲單純以髒話辱罵警員，尚未達於此程度，故不成立本罪。
3. 甲冒名應訊的行為，不成立使公務員登載不實罪（第 214 條）：
(1) 依照實務見解，本罪成立必須公務員對於行為人所申報之事項無實質審查權限，而實務認為檢警對於嫌疑人之姓名有實質審查權限，故甲並非「使」公務員登載不實。
(2) 另依學說見解，訊問（詢問）筆錄之意義在於紀錄相對人於程序中所說過的話，而非反映客觀真實，因此甲聲稱自己是乙，警察因此紀錄，此時並非「不實」之登載，故以此而言，甲亦不成立本罪。
4. 甲請託乙頂替自己的行為，不成立頂替罪之教唆犯（第 164 條第 2 項、第 29 條）：
甲有教唆行為，但被教唆之正犯乙直接拒絕，此即屬無效教唆，甲無從論以教唆犯。且即使乙果真頂替，對甲而言此亦屬自我庇護行為不罰，不成立教唆犯

(二)第二審法院應於更正被告姓名後為實體判決：

1. 於被告之姓名發生錯誤時，此時所應討論之問題在於，訴訟關係究竟存在於實際參與訴訟之被告，或是被冒名之被告？亦即，對於被告人別之認定有「意思說」、「表示說」及「行動說」不同見解，然而此種單純冒名情形，採各說結論並無不同，均為實際參與訴訟之人。
2. 於此種判決確定前發現被告姓名錯誤之情形，判例（51 台上 594）指出：「被告冒用他人名義犯罪，既經第二審查明，即應將第一審判決撤銷改判，予以訂正，乃原判決徒以被告冒名仍不失為犯罪主體之故，遽將檢察官本此理由之上訴駁回，殊難謂合。」因此，訴訟關係仍存在於實際參與訴訟之甲，不存在於被冒名之乙，法院僅須撤銷原判決並訂正被告姓名即可。