

《刑法與刑事訴訟法概要》

一、甲向丙詐稱要合夥生意，乃會同丙到銀行領取現金五十萬元後，回到丙住處，丙將現金用衣服包好，放在桌子上，甲見狀乃再向丙佯稱外邊汽車沒停好，趁丙出去停車時，將現金拿走離去，問甲構成何罪？（15分）

試題評析	本題涉及詐欺罪與竊盜罪之區別，倘若時間允許，則可詳述學說與實務見解。
考點命中	《高點刑法講義》第七回，任政大編撰，頁 58 以下。

【擬答】

甲將現金拿走離去之行爲，成立刑法第 320 條第 1 項普通竊盜罪：

(一)甲之行爲可能成立竊盜罪或詐欺罪：

甲於本案中形式上有施用詐術之行爲，並趁丙不知之情況下，乘機取走丙之現金，甲之行爲究竟應適用刑法第 320 條第 1 項普通詐欺罪，抑或適用刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪，必須討論。

(二)甲應不構成詐欺罪，因丙欠缺交付財物之「自願性」，並非因詐術行爲而爲財產處分，而應成立竊盜罪：

1. 丙欠缺交付財物之「自願性」，不成立詐欺罪：

詐欺罪之要件，須行爲人施用詐術，始被害者陷於錯誤，被害者因而處分財產，並使被害人因而受有財產損害，且各要件間彼此間須具有貫穿之因果關係。其中詐欺罪著重在行爲人處分財產具有自願性，亦即行爲人施用詐術，導致被害人意思表示陷於錯誤，始足當之。本案中，丙並未自願交付財物，其將現金置於桌上，並無何處分之意思，縱使一時對現金之持有關係稍微鬆弛，仍與詐欺罪之成立要件有關。

2. 甲係趁人所不知，排除丙對財物之持有支配，並重新建立自己持有支配，應成立竊盜罪：

(1)竊盜罪之成立，著重在違背財產持有人之意思，趁他人所不知，使用和平之手段排除他人對動產之持有支配、重新建立自己持有支配，且此項和平之手段，並不排除以「施用詐術」作爲竊取手段，我國學說與實務見解皆同(最高法院 33 年上字第 1134 號刑事判例參照)。

(2)本案中，不法構成要件該當性部分，客觀上甲對丙佯稱其汽車未停妥，其目的僅係使丙短暫解除其對現金之緊密持有狀態，丙因而僅對其現金具有潛在之持有關係，甲藉此遂行其竊取行爲；主觀上甲具有竊盜故意及爲自己不法所有之意圖，不法構成要件該當。甲無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

二、某司法警察機關，為偵查甲涉嫌電話詐欺案件，報請檢察官許可，向法院聲請核發搜索票，載明「案由：詐欺；應搜索之犯罪嫌疑人與應扣押之物：甲涉犯詐欺罪之存摺、提款卡、人頭電話卡等相關證物；應加搜索處所：甲之住處；有效期間：二週，逾期不得執行搜索及搜索後應將搜索票交還」。由司法警察乙持以至甲住處進行搜索，試說明下列之後續程序是否合法？所得物品是否得為證據？

(一)乙於甲房間內查獲電腦主機一台，乃要求開機查察，甲拒絕，乙強行加以開機，發現內有詐騙電腦程式，乃扣押帶回。(15分)

(二)乙見搜索在場的甲之友人丙，眼光閃爍，言語慌張，乃要求搜查其身體，丙拔腿就跑，被乙追趕上後並強行搜身，發現腰間藏有手槍一把，乃將手槍扣押，並將丙逮捕。(20分)

試題評析	第一小題涉及附帶或另案扣押範圍之適用問題。 第二小題旨在測驗考生對於臨檢盤查之掌握程度，並同時涉及了警察職權行使法與刑訴之運用。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第三回，黎律師編撰，頁 64-66、頁 92。

【擬答】

(一)警察乙強行開機檢查並扣押電腦主機一台之行爲違法，所得之物品應依刑事訴訟法(下稱刑訴)第 158 條之 4 權衡其證據能力

1. 本案警察乙所持有之搜索票，應扣押之物欄內，謹記載假設犯詐欺罪之存摺、提款卡、人頭電話卡等相關證物，並未註明電腦主機。據此，警察乙扣押電腦主機，應屬於刑訴第 137 條：「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索或扣押時，發現本案應扣押之物爲搜索票所未記載者，亦得扣押之。」之附帶扣押。

【版權所有，重製必究！】

- 2.惟查，學說與近期實務見解均強調，附帶與另案扣押之法理，均源自於「一目瞭然法則」，從而，為附帶或另案扣押，除前搜索行為須合法外，為避免執法人員假藉一紙搜索票進行所謂釣魚式的搜扣，此之扣押所容准者，應僅限於執法人員以目視方式發現之其他證據，而非授權執法人員為另一個搜索行為。
- 3.職是，系爭電腦主機，若非系警察乙強行打開檢查，依其外觀，甚難以目視之方式而立即、明顯、直接的認為屬得扣押之物。據此，警察乙扣押電腦主機之行為，違反一目瞭然法則之要求，所為之附帶扣押不合法。至於該電腦主機是否具有證據能力，應依刑訴第 158 條之 4 參酌公共利益與人權保障權衡之。
- (二)乙依警察職權行使法第 6 條與第 7 條或刑訴第 88 條之規定，得進行搜索扣押行為，是該手槍係合法取得，具有證據能力
- 1.依警察職權行使法第 6 條第 1 項之規定：「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。」
 - 2.本案中發現甲之友人丙眼光閃爍，言語慌張，警察乙依其執法經驗，可認有合理懷疑丙涉有犯嫌或有犯罪之虞，故乙自得依警察職權行使法第 6 條要求丙出示其身分供警察乙查證。再者，依警察職權行使法第 7 條第 1 項之 4 款之規定，為第 6 條之查證行為，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。從而，警察乙追趕至丙後，對其進行搜身行為而扣得足乙傷害他人生命或身體之物之手槍一把，該扣押程序應屬合法。
 - 3.另自刑訴之規定以觀，刑訴第 88 條之 1 第 1 項第 3 款規定，「有事實足認為犯罪嫌疑重大，經被盤查而逃逸者」警察得逕行拘提，且同條第 3 項，有刑訴第 130 條附帶搜索之準用規定。據此，警察乙於本案欲依警察職權行使法盤查丙，不料丙拒絕接受盤查而逃逸，警察乙得依刑訴第 88 條之 1 第 1 項之規定緊急拘捕丙，並依同條第 3 項之規定對丙為附帶搜索，因此所取得之手槍，自屬合法取得，具備證據能力。

三、某晚甲飲用高粱酒 2 瓶 180c. c. 後，乃攀越乙女住處外之木籬笆，侵入乙女房間後，將該房間門門住，關掉該房間之電燈，徒手抓住乙女之雙手強押至床上，甲再自行脫去外褲及內褲，欲將其陰莖插入乙女之陰道，經乙女極力掙扎及抵抗，甲強行將乙女之內褲脫下，以手指插入乙女之陰道。乙女趁隙踢開甲，逃至隔壁房間報警，警方到來後逮捕因酒精作用，醉倒乙女房間的甲，測得其吐氣中酒精濃度高達 1.15 毫克。甲醒後於警詢自稱：我喝醉了，我也不知道是否有性侵被害人等語。後經檢察官起訴，審理法院囑託 A 醫院進行鑑定，結論略以：甲固無任何精神疾病，但案發當時，在酒精過量影響下，意識模糊，致其不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力。

(一)請試述針對甲之行為，檢察官可能起訴何罪？(10 分)

(二)甲抗辯行為時不知道有無性侵被害人，在刑法學理上如何定性？又按照本案的事實有無理由？請詳述之。(25 分)

(三)審理法院囑託 A 醫院進行之鑑定，可否強迫甲住院觀察？需履行何種程序？(15 分)

試題評析	本題形式上是實體法與程序法的混合題，但是仍然可以清楚劃分兩者之界線，在作答上無須困擾。子題一是針對刑法罪名之檢驗；子題二是針對原因自由行為理論之適用；子題三則是針對刑事訴訟法鑑定留置之程序要求。
考點命中	《高點刑法講義》第二回，任政大編撰，頁 51 以下。 《高點刑法講義》第六回，任政大編撰，頁 43 以下。

【擬答】

(一)檢察官可能起訴者為刑法第 222 條第 1 項第 7 款的侵入住宅強制性交罪：

1.甲強行將手指插入乙女陰道之行為，已該當強制性交罪之構成要件：

(1)對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑，刑法第 221 條第 1 項訂有明文。其中對於性交之定義，依照刑法第 10 條第 5 項第 2 款之規定，不限於狹義的性器接合行為，尚包括以性器以外之其他身體部位進入他人之性器之行為。

【版權所有，重製必究！】

(2) 本案中，甲客觀上使用強押之強暴手段，進而使用手指插入乙女之陰道，已該當以強暴之手段為強制性交行為；甲主觀上對上述事實明知並有意使其發生，具有強制性故意，已該當強制性交罪之構成要件。

2. 甲侵入住宅為上述強制性交行為，已該當侵入住宅強制性交罪之構成要件：

刑法第 222 條第 1 項為各款強制性交罪之加重規定，犯強制性交者，若符合加重規定者，予以加重處罰。本案中，甲已符合強制性交罪之構成要件，且甲係侵入乙女之住宅犯之，該當刑法同條項第 7 款「侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者」之情形。

(二) 甲抗辯其行為時已喝醉，不知有無性侵被害人，在刑法上應為「無罪責能力」之抗辯。本案之情形應視甲於飲酒時，是否係故意陷於精神障礙、是否自始即具有法益侵害之故意，具有雙重罪責關係，若甲於飲酒時欠缺上述要件，則不構成犯罪：

1. 精神障礙之無罪責能力之情形：

(1) 行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰，刑法第 19 條第 1 項訂有明文。基於道義責任論之要求，罪責能力係指行為人判斷不法行為的辨識與控制能力，須行為人具有罪責，行為人竟捨合法而就不法，此時在道義上就要求行為人負擔刑事責任。再者，行為人有無罪責能力，當以「行為時」之情形予以判斷，即所謂「行為與罪責同時存在原則」。

(2) 本案中，依照 A 醫院之鑑定結果，甲於「行為當時」係因酒精過量之影響，其案發當時意識模糊，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，當已符合精神障礙而無罪責能力之要件。

2. 精神障礙之無罪責能力，尚須排除「原因自由行為」之情形：

(1) 刑法第 19 條前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之，刑法第 19 條第 3 項訂有明文，學理上一般稱為原因自由行為。原因自由行為理論學理上容有不同見解，其中除「不可罰說」認為基於罪責原則不得予以處罰外，學說一般咸認這種利用或仗勢使自己陷入精神喪失的情形，若採取不可處罰模式，將導致對行為人不法與罪責評價不足，形成可罰性漏洞，故當採取「可罰性說」。

(2) 在「可罰性說」之前提下，學理上有採取例外說(基於習慣法之例外處罰情形)、擴張理論(擴張解釋構成要件行為)、前置說(解釋構成要件著手實行行為)、間接正犯類似說(刑行為人利用欠缺罪責能力之自己行為)等不一而足。通說認為罪責不應存有例外情形，行為人之可罰性應建構於原因自由行為處罰，且在原因行為階段須具有「雙重罪責關係」，「原因行為」與後來「構成要件實現」間具備不可或缺的內在連結性，即原因行為為故意自陷於精神障礙，且當時已有侵害特定法益之故意，始足當之。本文從之。

(3) 本案中，依照題意並無從認定甲於飲酒時，係故意自陷於精神障礙，亦無從認定甲於飲酒時已具有侵害特定法益之故意。綜上，甲於飲酒時欠缺雙重罪責關係，非屬原因自由行為，依照刑法第 19 條第 1 項之規定不構成犯罪。

(三) 法院可依照刑事訴訟法第 203 條關於鑑定留置之規定，命甲住 A 醫院經鑑定觀察，惟須由法院簽發鑑定留置票始得為之：

審判長、受命法官或檢察官於必要時，得使鑑定人於法院外為鑑定。前項情形，得將關於鑑定之物，交付鑑定人。因鑑定被告心神或身體之必要，得預定七日以下之期間，將被告送入醫院或其他適當之處所，刑事訴訟法第 203 條訂有明文。法院為鑑定被告精神狀態，自得依照上述鑑定留置之規定為之。惟鑑定留置涉及憲法第 8 條對於人身自由之保障，應屬「法官保留」之範疇，對此我國刑事訴訟法第 203 條之 1 規定雖由法院簽署鑑定留置票，其中應有法定記載事項，並教示救濟方法，以確保人民之人身自由保障不受恣意侵害。

本文中，法院可依照刑事訴訟法第 203 條關於鑑定留置之規定，命甲住 A 醫院經鑑定觀察，惟須由法院簽發鑑定留置票始足當之。

【版權所有，重製必究！】