

# 《刑法與刑事訴訟法》

一、大學二年級學生甲與乙，因經常與同學 X 爭論，而懷恨在心，常思教訓 X。某日甲與乙又與 X 激烈爭執，甲與乙乃相約於放學後各取直徑 3 公分、長 1 公尺之圓木棍 1 支，由甲守學校前門，乙守學校後門巷道，一遇 X 出現，即予教訓。俟 X 尚不知有禍臨頭，仍高高興興地從學校後門回家，剛好遭乙堵在巷口，以木棍毆打其肩膀及頭部 3 下。X 奮力逃走後回家，因腦部疼痛經家人送醫後竟然因腦溢血而死，死因與乙毆打時用力過猛有直接關係。問：

(一)依實解見解，甲與乙是否應對 X 的死亡共同負責？理由為何？(13 分)

(二)依實解見解，甲與乙應如何論罪？理由為何？(12 分)

命題意旨	加重結果犯之共同正犯，為一傳統考點，考生不可不會。
考點命中	《高點刑法上課講義》第一回，許台大編撰，頁 15-17。

## 【擬答】

(一)依實務見解，甲、乙應對 X 之死亡共同負責：

- 1.關於結果加重犯是否可成立共同正犯，學說與實務向來有分歧見解。傳統實務如最高法院 27 年上字第 755 判例謂：「上訴人既與某甲同用扁擔將某乙毆傷以致身死，則死亡之結果，自係上訴人等共同行為所致，無論死於何人所加之傷，在共犯間均應同負全部之責，並無分別何部分之傷，孰為下手人之必要。」而可得知實務認為就結果加重犯，亦可成立共同正犯。(最高法院 102 台上 1626 判決同此意旨)
- 2.然新近亦有實務認為：「共同正犯在犯意聯絡範圍內，就其共同行為，均負全部責任，惟加重結果犯之加重結果，行為人主觀上均未預見，則各共同正犯間就加重結果之發生，無主觀上之犯意，當無犯意聯絡可言，各共同正犯就加重結果應否負責，端視其本身就此加重結果有無過失為斷。」(最高法院 102 台上 1551 判決)即採部分學者見解，認為共同正犯之成立，其間必有犯意聯絡，而就結果加重犯之加重結果部分，為行為人主觀上未預見之過失行為，故自無法成立加重結果犯，而僅得各自負責。此說亦值傾聽。

(二)若依傳統實務見解，甲與乙共同傷害 X 致 X 死亡之行為，構成刑法第 277 條第 2 項傷害致人於死罪：

1.構成要件：

- (1)就基本行為部分，客觀上，乙用木棍攻擊 X 之頭部之行為，與 X 受傷間有相當因果關係；主觀上，乙亦具有傷害故意。
- (2)就加重結果部分，客觀上，乙之傷害行為與 X 之死亡間，具備特殊危險關係或直接關連性；主觀上乙對 X 死亡結果客觀上能預見，而主觀上未有預見，具有過失。故乙構成本罪之加重結果犯。
- (3)最高法院 91 年台上字第 50 號刑事判例謂：「共同正犯在犯意聯絡範圍內之行為，應同負全部責任。惟加重結果犯，以行為人能預見其結果之發生為要件，所謂能預見乃指客觀情形而言，與主觀上有無預見之情形不同，若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍；是以，加重結果犯對於加重結果之發生，並無主觀上之犯意可言。從而共同正犯中之一人所引起之加重結果，其他之人應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見；而非以各共同正犯之間，主觀上對於加重結果之發生，有無犯意之聯絡為斷。」
- (4)今甲、乙間對傷害 X 之基本行為，客觀上具行為分擔，主觀上具犯意聯絡，構成刑法 28 條之共同正犯無疑。而能否成立加重結果犯，依上開見解，需端視甲就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見。查甲、乙合意分持直徑 3 公分，長 1 公尺之木棍傷害 X，依大學二年級之生活經歷，對此傷害行為可能造成 X 死亡，客觀上應有預見可能。基此，甲、乙間可成立傷害致人於死之加重結果犯。

2.甲、乙無阻卻違法及罪責事由。

二、甲單身，其父 A 已年滿 70 歲，體力衰弱，無工作能力，須坐輪椅始能移動，平日與甲一起生活。自 104 年 1 月 1 日起，甲將其父委由開設養護之家之乙照料，並簽訂契約每月養護費新臺幣 2 萬元，3 個月一期，期前繳交費用，若有一期不繳，契約即自動終止，甲應將 A 帶回。俟甲與乙簽約繳交頭期款後，至 5 月下旬尚未繳交第二期養護費。乙不堪賠累，4 次催繳並要甲將 A 帶回，但甲均置之不理。乙遂於 104 年 6 月 15 日 10 時將 A 以輪椅帶至甲居住處所，見甲不在家後，將

A 棄於門口逕自離去。直至夜間 10 時，甲仍未返家，但 A 已氣息微弱，陷入昏迷，鄰人見狀不忍，遂報警處理，警乃將 A 送醫，幸未死亡。問：

(一)甲之所為若依我國判例見解，是否成立刑法第 294 條違背義務之遺棄罪？理由為何？(13 分)

(二)乙之所為依不純正不作為犯之學理，是否有罪？理由為何？(12 分)

命題意旨	遺棄罪之性質、不純正不作為犯。
考點命中	《高點刑法上課講義》第一回，許台大編撰，頁 31-36。 《高點刑法上課講義》第三回，許台大編撰，頁 5-8。

【擬答】

(一)依最高法院 87 年台上字第 2395 號判例，甲不構成遺棄罪：

- 關於刑法第 294 條遺棄罪之性質，學說實務向有爭議最高法院 87 年台上 字第 2395 號判例：「刑法第 294 條第 1 項後段之遺棄罪，以負有扶助、養育或保護義務者，對於無自救力之人，不為其生存所必要之扶助、養育或保護為要件。所謂「生存所必要之扶助、養育或保護」，係指義務人不履行其義務，於無自救力人之生存有危險者而言。是本院 29 年上字第 3777 號判例所稱：「若負有此項義務之人，不盡其義務，而事實上尚有他人為之養育或保護，對於該無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪」，應於該義務人不履行其義務之際，業已另有其他義務人為之扶助、養育或保護者為限；否則該義務人一旦不履行其義務，對於無自救力人之生存自有危險，仍無解於該罪責。」
- 今甲雖未依與乙之契約付款，然甲既將 A 託由開設養護之家之乙照護，則乙應仍有照護 A 之義務，而不應逕將 A 遺棄在外，故甲即使不對 A 為必要之照護，現實上仍不致生 A 之生存有危險，故依實務見解甲不應構成本罪。

(二)乙所為若依不純正不作為犯之法理，可能構成刑法 271 條不純正不作為之殺人未遂犯：

- 不純正不作為犯，係指具有保證人地位者，以不作為犯刑法之禁止規範，合先敘明。
- 構成要件：
  - (1)A 未死亡，且刑法上有處罰殺人之未遂規定。
  - (2)主觀上，乙雖未希望 A 死亡，但其將體弱高齡之 A 遺棄在外長達 12 小時，顯見其對 A 之死亡，至少具有間接故意（容忍故意）。
  - (3)客觀上，從法規範的角度觀之，乙不消弭 A 現存的死亡風險，應為一不作為。
  - (4)不純正不作為犯之保證人地位，以具有防止結果發生，具刑法關聯性的法義務為前提。單純的路見不平、見死不救的袖手旁觀者，在道德或倫理上或可譴責，但還不足以構成刑法的保證人地位；甚至於法律規範所創立的義務，也未必是具有刑法關聯性的法義務。其有兩種主要類型，一是特定法益的保護義務，一是對特定危險源的責任，此又稱為監督保證人的安全義務。本案中，乙既曾受甲之委託照護 A，即對 A 之生存有保證人地位，縱使甲未履約致使在民法上甲、乙間之契約終止，仍無礙乙對 A 之照護義務，故乙具有保證人地位。
  - (5)又依主客觀混合理論，乙已放任 A 之死亡風險顯著增長而不加以控制，應為著手，且乙有作為可能性，故構成要件該當。
- 乙無阻卻違法及罪責事由。

三、甲對乙實行普通傷害罪（刑法第 277 條第 1 項）。乙到警察局，並由警察丙受理報案。丙問乙，是否要對甲提出告訴，在甲當場向乙道歉後，乙表示不想告甲了。一星期後，乙和甲發生口角，乙一氣之下遂又來到警察局並且對丙表示，要告甲對乙實行普通傷害罪。不過，丙對乙表示，因為乙已經放棄告甲，他已經不能對甲就先前傷害乙的案件提出告訴；請問，根據刑事訴訟法，丙的說法是否正確？請詳述理由。(25 分)

命題意旨	本題涉及告訴權得否放棄之爭點，屬告訴部分，基本卻相當重要的問題，只要能將實務見解掌握，回答上並不困難。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義第一回》，黎律編撰，頁 86。

【擬答】

【版權所有，重製必究！】

## (一)普通傷害罪屬告訴乃論之罪

按刑法第 287 條本文之規定：「第二百七十七條第一項、第二百八十一條、第二百八十四條及第二百八十五條之罪，須告訴乃論。」本案甲對乙所犯為刑法第 277 條第 1 項之普通傷害罪，依上開規定，應屬告訴乃論之罪。

## (二)告訴乃論之罪須以告訴作為起訴及審判之要件

刑法上所稱告訴乃論之罪，於刑事程序屬訴訟條件。申言之，其係檢察官提起公訴、法院為實體審判之前提要件。個案中若不具備「告訴」此一訴訟要件，則檢察官應為不起訴處分，法院應諭知不受理判決。據此，系爭案例中乙是否仍得對甲之傷害行為提起告訴，就本案而言實屬至關重要之事。

## (三)本案乙仍得對甲提出告訴，丙之說法不正確

1.我國通說認為，告訴權人所享有之告訴權，不能由私人任意拋棄。亦即，事前表示不提起告訴，並不會發生捨棄告訴的效力。實務上如最高法院 26 年上字第 1906 號判例：「告訴乃論之罪，除法律上有特別規定外，告訴人曾否拋棄告訴權，與其告訴之合法與否，不生影響。」亦同此見解。

2.職是，乙縱使於先前曾表示「不想告甲了」，然參諸上開實務及通說見解，對於乙之告訴權仍不生影響，乙仍得本於告訴權人之身分對甲提起告訴。故本例警察丙對乙表示：「因乙已經放棄告甲，不能對甲就先前傷害乙之案件提起告訴」之說法，即有違誤。

四、甲涉嫌殺死丁，乙全程目睹。在調查中，警察丙想調查乙，對乙發出通知書。根據該通知書，乙應在民國 103 年 8 月 15 日下午 2 時到警察局，就甲涉嫌實行殺死丁的案件，以證人身分接受詢問，無故不到場得處以新臺幣 3 萬元以下之罰鍰。乙按照上述通知書所載時間準時抵達警察局。丙在詢問乙之前，要乙先朗讀當據實陳述絕無匿飾增減的書面，然後在上面簽名並蓋指印；請問，根據刑事訴訟法，丙的作法是否完全正確？請詳述理由。(25 分)

命題意旨	本題之爭點在於「司法警察得否命證人具結」。此部分同學只要能夠充分掌握刑訴條文之規定，即可得出正確答案。也因此，建議在答題上可進一步論述「司法警察不應具結而命具結」之法律效果作為補充，不但內容上更趨完整，亦可獲得更高的分數。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義第七回》，黎律編撰，頁 161 以下。

## 【擬答】

## (一)依我國刑事訴訟法之規定，司法警察並無命證人具結之權，警察丙之作法有誤

刑事訴訟法(下同)第 158 條之 3 雖規定，證人依法應具結而未具結者，其證言不得作為證據。惟所謂「依法應具結而未具結」，係指該證人依法律規定有具結之義務，而未命其具結者而言。亦即，第 186 條第 1 項所規定「證人應命具結」，係限於檢察官偵查中及法院審理中之證人，始有命具結之問題（最高法院 102 台上字第 3663 號判決參照）。此觀第 196 條之 1 第 2 項司法警察查詢證人之準用規定中，並未準用至第 186 條第 1 項亦明。據此，我國之檢察事務官、司法警察官及司法警察詢問證人時，刑事訴訟法並未賦予其等命證人具結之權責，本案警察丙要求乙具結之作法與現行刑事訴訟法之規定有違。

## (二)本案乙所為之具結不發生具結之效力

承前所述，本例警察丙要求乙具結之作法應有違誤，屬無效之具結而不發生具結之效力。是證人乙自民國 103 年 8 月 15 日下午 2 時於警察丙詢問時所為之陳述，將來得否作為認定甲有罪之依據，應回歸傳聞法則，視個案中有無第 159 條之 2、第 159 條之 3 或第 159 條之 5 等規定決之（最高法院 102 年台上字第 2737 號判決參照），併與敘明。

【版權所有，重製必究！】