

《刑法與刑事訴訟法》

一、甲為了剷除政敵 A，以重金聘請黑道兄弟乙殺害 A。乙受甲之指示，深夜在目前獨居的 A 家門口埋伏等待，見有黑影來到門前，即上前以水果刀猛刺，該人隨即倒地死亡。惟當場被刺死者並非 A，而是 A 甫學成歸國之兒子 B。試問甲、乙觸犯刑法上何罪名？（25 分）

命題意旨	本題屬於傳統錯誤考點，除了一出再出的等價客體錯誤外，本題重點在測驗考生是否知悉被教唆人發生錯誤，教唆人於刑法上應如何處理，建議考生應列出於此之不同學說，才能獲得高分。
答題關鍵	(一)乙誤殺 B 之行為，是否構成刑法第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪，涉及等價客體錯誤的法律效果。 (二)甲教唆乙殺 A 卻誤殺 B 的行為，是否構成刑法第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪之教唆犯（刑法第 29 條參照），涉及被教唆人發生等價客體錯誤時，應如何處理之問題。
考點命中	1.等價客體錯誤：《刑法爭議研究》，旭律師編撰，高點出版，2016 年 7 月，頁 4-6。 2.被教唆人發生等價客體錯誤，教唆犯應如何處理：《刑法爭議研究》，旭律師編撰，高點文化出版，2016 年 7 月，頁 5-31。

【擬答】

(一)乙誤殺 B 之行為，構成刑法第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪。

1.客觀上，乙殺人行為是造成乙死亡結果不可想像其不存在的條件，且亦製造 B 死亡之法不容許風險，風險也實現在構成要件效力範圍內；惟主觀上有疑問者在於，乙於殺人時主觀上欲殺 A，而對於 B 並無殺人故意，是否構成殺人罪，將涉及等價客體錯誤問題：

(1)依實務及學說見解，所謂「等價客體錯誤」係指，乙對於殺人對象有所誤認，然而乙主觀認知與實際發生結果均係殺人之死亡結果，其法律上非難價值相當，亦即其所認識之內容與現實所發生之事實，構成要件既相一致，屬於等價的客體錯誤，無礙殺人故意之認定，仍構成故意殺人既遂罪（最高法院 102 年台上字第 335 號判決參照）。

(2)基此，乙對於殺 B 的行為，不阻卻殺人故意，而該當殺人罪之主觀構成要件。

2.乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

3.綜上，乙構成本罪。

(二)甲教唆 A 殺人卻殺錯人的行為，構成刑法第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪之教唆犯（刑法第 29 條參照）

1.有疑問者在於，甲客觀上有教唆乙殺人之行為，主觀上雖有教唆乙殺 A 之教唆犯故意；然乙發生之錯誤誤殺 B，是否足以影響教唆犯甲之教唆故意？茲分述如下：

(1)教唆未遂說：此說主張，正犯乙發生等價的客體錯誤，對於教唆犯甲而言，因為正犯乙發生客體錯誤的風險，並非教唆犯的指示造成，教唆犯甲應成立打擊錯誤，對於乙未殺死丙的行為論以教唆殺人未遂罪，而對於乙殺死丁的行為於有預見可能性範圍內成立過失致死，再依刑法第 55 條想像競合從一重處斷。

(2)未遂教唆說：本說認為正犯之客體錯誤對於教唆犯而言是一種非故意之逾越，既然正犯故意逾越教唆犯之教唆範圍，教唆犯對逾越部分不負責任，在正犯非故意之逾越情形中，正犯之偏離行為與故意逾越情形一樣，均超乎教唆犯之想像，二者之偏離並無不同，偏離結果皆不應由教唆犯負擔。且對目的客體乃是未遂教唆之情形。

(3)個別化理論：此說認為，如果被教唆人的行為與教唆之內容發生偏差，為教唆者能依一般生活經驗可得預見，教唆人的責任不因偏差而受影響；反之，若偏差非教唆者所能預見，則屬未遂教唆而不罰。

(4)惟管見以為，客體錯誤不影響正犯乙之構成要件故意，正犯發生客體錯誤而偏離計畫的歷程，倘屬教唆犯甲得以預見的範圍內，屬於不重要且於法律上不具意義之偏離，並無逾越教唆故意的範圍，對於 B 之死亡而言，甲應論以故意殺人既遂罪之教唆犯。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

3.綜上，甲構成本罪。

二、甲在 A 經營的服飾店中擔任店員。某日甲趁 A 去買飲料時擅自將一件名牌牛仔褲放進自己的背包中，下班後偷偷帶回自己住所據為己有。甲之後又以該牛仔褲跟 B 交換得到一只戒指，在互易當

下甲並未告知 B 其如何取得該牛仔褲。由於甲的妹妹乙見到甲換來的戒指愛不釋手，疼愛妹妹的甲因此將戒指贈與給對上述事實皆知情的乙。試問甲、乙有何刑責？（25 分）

命題意旨	今年刑法考題偏向傳統考點，本題也是財產犯罪中傳統爭點，若有掌握到相信考生應該能輕鬆得分。本題爭點除了店員對於店內物品究竟是否屬於自己持有，將牽涉店員將物拿走究竟構成竊盜罪或侵占罪。此外，也測驗贓物罪中，前財產犯罪之行為人將不會另外構成贓物罪外，也必須討論因互易所得到之戒指屬於準贓物罪。
答題關鍵	(一)甲將名牌牛仔褲帶回家行為，是否構成刑法第 320 條第 1 項竊盜既遂罪，將牽涉該件牛仔褲之持有人為誰。若係甲所持有則甲構成業務侵占罪；若係乙所持有則甲將構成竊盜罪。 (二)甲將牛仔褲與他人互易，是否構成刑法第 349 條第 1 項之贓物罪，將涉及前財產犯罪之人是否構成後續處分贓物之贓物罪。 (三)乙知情戒指為贓物而收受之行為，是否構成刑法第 349 條第 1 項之收受贓物罪，除應討論戒指屬於準贓物外，也必須討論乙因知情而收受，因而構成贓物罪。
考點命中	1.竊盜與侵占之區分：《刑法爭議研究》，旭律師編撰，高點文化出版，2016 年 7 月，頁 8-1。 2.贓物罪與前財產犯罪之正犯與共犯：《刑法爭議研究》，旭律師編撰，高點文化出版，2016 年 7 月，頁 8-101。

【擬答】

(一)甲將名牌牛仔褲帶回家行為，構成刑法第 320 條第 1 項竊盜既遂罪。

1.客觀上，有疑問者在於甲將牛仔褲帶回家之行為，究竟是竊盜行為抑或是侵占行為，分述如下：

- (1)所謂「竊取」，係指未經他人同意或違背本人意思破壞他人持有之物，進而建立自己對於該物新的持有支配關係。而「侵占」，係行為人將自己持有他人之物易為自己所有（以所有人身分自居）的行為。
- (2)而管見以為，甲既然在 A 所經營服飾店擔任店員，且老闆 A 平時亦會與甲在店內販賣服飾，該件牛仔褲係於 A 所持有，店員甲僅不過受僱販售服飾，並無持有該件褲子。也因此，甲將褲子帶走則該當破壞他人持有，建立自己對該件牛仔褲持有的竊盜行為；甲主觀上亦明知並有意為竊取行為，甲該當本罪之構成要件。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

3.綜上，甲構成本罪。

(二)甲將牛仔褲與他人互易，不構成刑法第 349 條第 1 項之贓物罪。

- 1.刑法第 349 條所謂贓物，指因財產上犯罪所取得之財物而言；刑法上之贓物罪，原在防止因竊盜、詐欺、侵占各罪被奪取或侵占之物難於追及或回復，故其前提要件，必須犯前開各罪所得之物，始得稱為贓物；贓物罪之成立，以關於他人犯罪所得之物為限（最高法院 24 年上字第 4416 號判例參照），若係自己犯罪所得之物，即不另成贓物罪（最高法院 95 年台上字第 779 號判決參照）。
- 2.甲既係以自己竊取他人之物與他人互易，該件牛仔褲既屬自己犯罪所得之物，依上開實務見解，即不構成贓物罪。
- 3.綜上，甲不成立本罪。

(三)乙知情戒指為贓物而收受之行為，構成刑法第 349 條第 1 項之收受贓物罪。

- 1.客觀上，該戒指係由被竊牛仔褲所互易而來，與原贓物間具有同一性，且依學者看法亦係由經濟交易所變之財務，屬於刑法第 349 條第 2 項之準贓物。主觀上，乙對於受贈之戒指明知屬於贓物，並有意為收受行為，該當收受贓物罪之故意。
- 2.乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
- 3.綜上，乙構成本罪。

三、犯罪嫌疑人張三經合法通知後，至警察局接受詢問。警察李四未告知張三得選任辯護人，便開始詢問。詢問後，張三如實地交待了其犯罪的相關事實。檢察官擬以張三在警察局的該自白作為證據，提出於審判期日，作為證據調查之用。試問張三的辯護人可以提出什麼樣的主張，其法律依據及理由為何？（25 分）

命題意旨	本題在測驗考生對於刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 3 款告知義務之規定，以及違反此項告知義務之法律效果。
------	--

答題關鍵	本題解題層次為： 一、論述警察李四有違背第 95 條第 1 項第 3 款之要求： 1. 刑事訴訟法第 95 條第 1 項之說明。 2. 應踐行刑事訴訟法第 95 條第 1 項告知義務之時點。 3. 確認本題警察李四應踐行刑事訴訟法第 95 條第 1 項告知義務。 二、再討論張三之自白應排除其證據能力： 1. 說明刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項之規定內容。 2. 說明本題並不符合刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項之文義規範範圍及其效果。 3. 說明張三之自白應依§158-4 權衡後排除其證據能力。
考點命中	《刑事訴訟法(下)》，莫律師編撰，高點文化出版，頁 8-28。

【擬答】

張三之辯護人得主張警察李四違背刑事訴訟法(下同)第 95 條第 1 項第 3 款之規定，自白應排除其證據能力：

(一)警察李四有違背第 95 條第 1 項第 3 款之規定：

1. 依第 95 條第 1 項之規定，訊問被告應先告知下列事項：

- (1) 犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。
- (2) 得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。
- (3) 得選任辯護人。如為低收入戶、中低收入戶、原住民或其他依法令得請求法律扶助者，得請求之。
- (4) 得請求調查有利之證據。

2. 告知義務踐行與否應以程序階段及訊問主體作為指標，即各程序階段的程序主體「第一次」訊問被告時，即應踐行告知義務，使被告能確切知悉其所處程序階段的處境以及權利。

3. 犯罪嫌疑張三在本題應為第一次接受警察李四詢問，警察李四應依第 95 條第 1 項之規定踐行告知義務。

(二)張三之自白應排除其證據能力：

1. 依第 158 條之 2 第 2 項準用第 1 項之規定，司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人而未踐行第 95 條第 1 項第 3 款告知義務者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。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。

2. 然而本題張三係經「通知」到場接受詢問，不符第 158 條之 2 第 2 項之文義規範範圍，實務見解認為應依 §158-4 權衡證據能力之有無(100 台上 687 決)，亦即應審酌人權保障及公共利益之均衡維護以進行判斷。

3. 本題警察李四雖似非故意未踐行第 95 條第 1 項第 3 款告知義務，然此項告知義務涉及被告或犯罪嫌疑人辯護權之保障，釋字第 654 號解釋亦有指出刑事被告受律師協助之權利為憲法§16 訴訟權及§8 正當法律程序之要求，以得確保公平審判，本題張三之辯護權遭致嚴重侵害，故應依§158-4 權衡後排除自白之證據能力。

四、警察在某大樓三樓逮捕現行犯張三後，搜索了其停放一樓的汽車，查獲槍枝一把。在移送回警察局後，警察搜索張三衣褲口袋，發現了數包海洛英。檢察官擬以該槍枝及毒品作為證據，證明張三的相關犯罪事實。試問上述的槍枝及毒品有無證據能力？請附理由詳述之。(25 分)

命題意旨	本題在測驗考生對於刑事訴訟法第 130 條附帶搜索之合法性及其證據能力之判斷。
答題關鍵	本題解題層次為： 一、論述警察實施現行犯逮捕合法。 二、論述槍枝屬於違法搜索所得之證據： 1. 說明刑事訴訟法第 130 條附帶搜索之規定內容。 2. 說明本題不得合法主張附帶搜索。 3. 作結論指出槍枝屬於違法搜索所得之證據。 三、論述毒品屬於違法搜索所得之證據： 1. 說明附帶搜索須符合「即時性」之要求。 2. 說明本題之附帶搜索不符合「即時性」之要求。 3. 作結論指出毒品屬於違法搜索所得之證據。 四、說明槍枝及毒品之證據能力應予排除： 1. 說明刑事訴訟法第 158 條之 4 之規範內容。 2. 說明槍枝及毒品之證據能力應依刑事訴訟法第 158 條之 4 予以排除。

考點命中 《刑事訴訟法(上)》，莫律師編撰，高點文化出版，頁 6-74~6-77。

【擬答】

本題之槍枝及毒品皆屬違法取證，應排除其證據能力：

(一)警察以現行犯為由依據刑事訴訟法(下同)第 88 條第 1 項規定逮捕張三，應屬合法，合先敘明。

(二)槍枝屬於違法搜索所得之證據：

- 1.依第 130 條規定，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，此即「附帶搜索」之規定，其目的係在免除執法人員、被告本人、第三人之人身危險且避免被告湮滅隨身證據而設。
- 2.承上 1.，附帶搜索所得進行搜索之範圍，必須限於「被告或犯罪嫌疑人之身體、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」，然本題警察在某大樓之三樓逮捕張三，竟對張三停在一樓之汽車進行搜索，應認已逾越得合法主張附帶搜索之範圍。
- 3.綜上，警察復無其他得主張合法無票搜索之依據，槍枝自屬於違法搜索所得之證據。

(三)毒品亦屬於違法搜索所得之證據：

- 1.附帶搜索必須符合「即時性」之要求，即須緊接於拘提、逮捕或羈押之後即時進行。
- 2.然本題警察遲至移送至警察局後始對張三進行附帶搜索，應認不符即時性之要求。
- 3.綜上，警察復無其他得主張合法無票搜索之依據，毒品自屬於違法搜索所得之證據。

(四)槍枝及毒品之證據能力應予排除：

- 1.§158-4 規定，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。
- 2.本題警察違法實施無票搜索，已如前(二)及(三)所述，嚴重侵犯張三之隱私權，故應依§158-4 權衡後排除槍枝及毒品之證據能力。

高上

【版權所有，重製必究！】