

《刑法與刑事訴訟法》

一、某日，甲在餐廳無意間聽到旁邊桌之乙、丙、丁三人商量等下要一起去偷 A 珠寶店，甲決定也到現場看熱鬧，並準備在發現警察來時，給這三個人提出警告。因為車子有些故障，在乙、丙、丁三人闖入 A 珠寶店約五分鐘後，甲才抵達現場。正當甲開始在門口張望看是否有警察時，即聽到有人大喊著「警察來了！」，緊接著甲看到乙、丙、丁從 A 珠寶店衝出，甲直覺下也跟著跑，最後與乙、丙、丁三人一起遭到警察逮捕。試分析甲可能涉及之刑事責任。(25 分)

命題意旨	本題主要在測驗考生對於幫助犯的「幫助行為與幫助結果間的因果關聯」，若能理解此爭點應能拿到不錯的分數。
答題關鍵	1.本題直接問甲涉及刑事責任，但討論幫助犯前必須先討論正犯乙丙丁三人涉及刑事責任，所以必須花一兩行篇幅先討論乙丙丁成立何罪後才能進入甲犯罪之討論。 2.本題的甲只是腦中想要提供幫助行為，客觀上卻未實際為任何幫助行為，對於犯罪結果間根本沒有任何因果關聯，也未使得犯罪的進行更加順暢，基此甲不成立幫助犯。甲外觀看起來只是湊熱鬧的鄉民罷了，刑法考試並非必須羅織行為人於罪不可。
考點命中	《刑法爭議研究》，高點文化出版，2016 年 12 月 (3 版)，旭律師編著，頁 5-39。

【擬答】

(一)乙丙丁三人竊取珠寶行為，構成刑法第 321 條第 1 項第 1 款加重竊盜罪。

(二)甲決定給乙丙丁三人警告行為，不構成刑法第 321 條第 1 項第 1 款加重竊盜罪之幫助犯(刑法第 30 條參照)。

1.所謂幫助他人犯罪，係指對他人決意實行之犯罪有認識，而基於幫助之意思，於他人犯罪實行之前或進行中施以助力，給予實行上之便利，使犯罪易於實行，而助成其結果發生者。

2.本題甲對其幫助之行為與被幫助犯罪侵害法益之結果間有因果關係之認知，仍屬意為之，即得認有幫助犯罪之故意；惟有疑問者在於，甲雖主觀上有警告他人之幫助竊盜故意，惟客觀上並未實際為警告行為，仍否該當竊盜罪之幫助犯？

(1)幫助犯所為之幫助行為，基於行為與侵害法益結果間之連帶關聯乃刑事客觀歸責之基本要件，固須與犯罪結果間有因果關聯，但不以具備直接因果關係為必要，舉凡予正犯以物質或精神上之助力，對侵害法益結果發生有直接重要關係，縱其於犯罪之進行並非不可或缺，或所提供之助益未具關鍵性影響，亦屬幫助犯罪之行為(102 台上 1650 決)。

(2)依題示，管見以為，甲趕到後雖隨即張望是否有警察，惟「警察來了」非甲所大喊，亦未足使正犯得以或易於實行犯罪，因而甲四處張望的行為與竊盜行為間並未具有因果關聯，甲不成立幫助犯。

3.綜上，甲不成立本罪。

二、甲以便宜於市價甚多的價格，向朋友買得一部車牌已辦理註銷的汽車。為了能將該車開上路而不被取締，甲遂要求擔任警察職務之父親乙利用工作上之機會幫忙取得車牌以供自己使用。乙愛子心切，因此決定利用上班執行道路巡邏時，積極物色他人車牌。某日乙終於發現路旁一部看似閒置已久，為丙所有的汽車，趁四下無人，將該車牌取下，交給其子甲懸掛汽車上使用。甲多次駕駛該汽車上高速公路，丙直至收到前後累積近萬元 ETC 帳單，才發現其所有汽車之車牌已遭到冒用。試分析甲、乙可能涉及之刑事責任。(25 分)

命題意旨	本題爭點比較活用，拿到考卷看到題目時可能會傻眼想說題目在問什麼？但靜靜思考其實可以發現題目給了幾個線索：「擔任警察」、「利用工作上機會」、「上班執行道路巡邏」、「多次駕駛」、「發現車牌遭冒用」，就可以分析本題與公務員犯罪、財產犯罪、競合有關。若能再更進一步思考，即能順利解題。
答題關鍵	1.當題目有兩個以上行為人，必須先討論最接近犯罪之行為人乙之犯罪行為。乙取走他人車牌係該當竊盜罪，然必須注意不能漏掉不純正瀆職罪的討論。 2.至於甲的刑事責任，除構成竊盜罪之教唆犯外，又涉及到不純正瀆職罪與身分犯、收受盜賊車牌是否成立贓物罪，冒用車牌上高速公路至他人收到 ETC 帳單是否構成詐欺得利，以及詐欺行為是

	否既遂問題。 3.本題爭點相較於第一題更雜且更多，必須就題目提示的關鍵字句細細推敲，這也是拿到考卷必須先瀏覽過所有題目後再動筆解答的目的—「能夠有效分配時間」。
考點命中	1.《刑法爭議研究》，高點文化出版，2016年12月（3版），旭律師編著，頁9-102。 2.《高點刑法講義》，第三回，旭律編撰，頁166。 3.《高點刑法講義》，第四回，旭律編撰，頁172。

【擬答】

(一)乙的刑事責任討論如下：

- 1.乙取走丙車牌的行為，構成刑法第320條第1項竊盜罪。
 - (1)客觀上，乙係破壞丙對於該車牌的持有，而建立自己對車牌之持有關係；主觀上，乙明知並有意為竊取他人動產行為，且亦具有不法所有意圖，而該當竊盜罪之構成要件。
 - (2)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
 - (3)綜上，乙成立本罪。
- 2.乙利用上班巡邏時機犯竊盜罪，構成刑法第134條不純正瀆職罪。
 - (1)乙係擔任警察職務，屬於刑法第10條第2項第1款前段之身分公務員，而竟假借職務上之機會，即利用上班巡邏時機，故意犯瀆職罪章以外之竊盜罪，應依本法加重其刑至二分之一。
 - (2)基此，乙所犯竊盜罪應再依刑法第134條加重其刑至二分之一。

(二)甲的刑事責任討論如下：

- 1.甲要求乙利用職務機會取得車牌行為，構成刑法第134條不純正瀆職罪之教唆犯（刑法第31條第1項、第29條參照）。
 - (1)客觀上，甲要求乙利用職務機會取得車牌，係屬創造他人犯意之教唆行為。主觀上，甲明知並有意為教唆乙利用職務上機會犯竊盜行為，且具有教唆竊盜既遂之雙重故意。
 - (2)又甲雖不具有警察之公務員身分，然甲教唆乙犯不純正瀆職罪之行為，屬於因身分關係成立之罪，甲既為教唆犯，則應刑法第31條第1項，雖無特定關係，仍論以不純正瀆職罪之教唆犯。
 - (3)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
 - (4)綜上，甲成立本罪。
- 2.甲收受乙竊取之車牌，不構成刑法第349條收受贓物罪。
 - (1)客觀上，甲係教唆乙竊取他人車牌，繼而收受該車牌是否構成收受贓物罪？
 - A.有學者認為，教唆或幫助竊盜後，所為收受贓物等行為，將造成被害人對於所持有財物回復可能造成困難角度出發，認為教唆或幫助竊盜者仍應成立贓物罪。
 - B.惟管見認為，甲教唆行竊而收受所竊之贓物，其受贓行為當然包括於教唆竊盜行為之中，不另外成立收受贓物罪（28上2708例）。
 - (2)基此，甲不成立收受贓物罪。
- 3.甲多次冒用車牌上高速公路導致丙收到萬元帳單行為，構成刑法第339條第3項詐欺得利未遂罪。
 - (1)主觀上，甲意圖為自己不法之所有，以冒用他人車牌之詐術行為，為詐欺之故意；客觀上，甲將冒用車牌上高速公路，係著手於詐術行為，並使得ETC公司將帳單寄給丙，然依題示丙未因此陷於錯誤而繳納帳單，亦未受有財產上損害，甲之行為僅止於詐欺未遂。
 - (2)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
 - (3)又甲多次冒用車牌上高速公路之行為，接連往返通行數收費站之行為，本係基於同一犯意所為之同一舉動，於時間上難以強行區分，依一般社會觀念，自應就其於通行數收費站所為之數詐欺得利未遂舉動，各自評價為一行為。基此，甲僅成立一個詐欺得利未遂罪。
 - (4)綜上，甲成立本罪。
- 4.競合：甲所犯不純正瀆職罪之教唆犯及詐欺得利未遂罪，二犯意各別，行為互殊，論以數罪併罰。

三、檢察官起訴甲男性侵乙女之案件。法院審理後，根據證人乙女於偵查中具結後向檢察官對甲男性侵經過之陳述，以及乙女之友人丙女於法庭上證稱：「案發當日乙女深夜來找我，哭得很傷心，邊講甲男如何灌醉她後性侵的經過，一邊掉眼淚，情緒很激動！」、「案發後乙女長期意志消沉，常有自殺念頭！」等的陳述，判決甲男有罪。試問：法院之判決是否合法？（25分）

命題意旨	關於傳聞證據之定義與例外。
答題關鍵	1.第 159 條之 1 第 2 項與對質詰問。 2.第 160 條。
考點命中	1.《刑事訴訟法(下)》，高點文化出版，2016 年 8 月，王子鳴律師編著，頁 4-2-86 以下。 2.《刑事訴訟法(下)》，高點文化出版，2016 年 8 月，王子鳴律師編著，頁 4-2-24 以下。

【擬答】

(一)以被害人即證人乙女偵查中證述為認定事實之證據，應屬違法：

- 1.依刑事訴訟法(下同)第 159 條第 1 項規定：「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，不得作為證據。」本題被害人即證人乙於偵查中以證人身分向檢察官陳述，屬被告以外之人於審判外對待證事實之陳述，屬傳聞證據。
- 2.次依第 159 條之 1 第 2 項規定：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」本題因被害人即證人乙乃係偵查中向檢察官陳述，若無顯不可信之情況者，該傳聞證據例外具證據能力。
- 3.惟新近學理認為，基於大法官釋字第 582 號解釋保障對質詰問權之意旨，應使被告有機會挑戰偵查中證人之證述，故法院不得逕採納偵查中證人之證述而剝奪被告對證人之對質詰問權。實務見解(最高法院 95 年度台上字第 6675 號判決)亦有認為對於被告以外之人於審判外向法院或檢察官所為之陳述，在審判中應使被告有補行反對詰問之機會(補行詰問說)。
- 4.據此，法院逕採納偵查中被害人即證人乙於偵查中以證人身分向檢察官陳述，未補行詰問或保障對質詰問權，應屬違法。

(二)原則上乙之友人即證人丙之證詞不得作為證據：

- 1.友人丙之證述乃於審判中向法院所為之，與前揭第 159 條第 1 項傳聞證據定義不符，故該證述並非傳聞證據，合先敘明。
- 2.依第 160 條規定：「證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據。」蓋證人在法庭上作證，只能陳述事實，不能陳述個人意見或推測之詞。惟事實與意見不易區分，且證人根據實際經驗所推測出來之事項，亦極有證據價值。
- 3.本件證人丙之陳述均屬甲男對乙女性侵後乙女之情況，故證人丙就性侵當下並無親自見聞，原則上並無由以證人丙之證述證明甲男之犯罪事實。惟證人丙陳述乙女被性侵後之情緒或狀況，如符合經驗法則與論理法則，可認藉此推測出該狀況為乙女被性侵後產生之創傷，以該等事實為間接事實推論犯罪事實存在應無違法。

四、警員甲獲知通緝犯乙正藏匿於某出租公寓，為順利執法，甲找到房東丙，告訴丙房客乙是通緝犯，屋內有槍枝及毒品，丙聞後臉色大變，痛斥乙說謊騙人，並應允全力配合警方辦案。丙拿出鑰匙悄悄打開公寓房門，甲順利逮捕正在客廳呼呼大睡的乙，並於乙身上搜出一包毒品，隨後並於臥房內之衣櫥查獲制式手槍一把，子彈三顆，過程中，乙均在現場且不發一語。後乙遭起訴，乙爭執警員甲之逮捕及查獲毒品、手槍、子彈之過程均屬違法。乙之主張有無理由？(25 分)

命題意旨	逮捕及搜索之合法性。
答題關鍵	1.通緝犯逮捕。 2.第三人同意搜索。
考點命中	1.《刑事訴訟法(上)》，高點文化出版，2016 年 8 月，王子鳴律師編著，頁 2-2-12 以下。 2.《刑事訴訟法(上)》，高點文化出版，2016 年 8 月，王子鳴律師編著，頁 2-2-79 以下。

【擬答】

(一)關於通緝犯之逮捕合法：

- 1.依刑事訴訟法(下同)第 87 條規定：「通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之。」
- 2.本題中，乙為通緝犯，故縱使警員甲未有拘票或合法搜索等，亦得依第 87 條規定逕行逮捕。因此，逮捕乙係屬合法，乙之主張無理由。

(二)關於搜索部分不合法：

【版權所有，重製必究！】

1. 警員甲並無持有法院核發之搜索票（第 128 條），且無附帶搜索（第 130 條）、對人緊急搜索（第 131 條第 1 項）及對物緊急搜索（第 130 條第 2 項）之無令狀搜索情狀存在。
2. 惟通緝犯乙藏匿於丙所有之房屋內，可否依第 131 條規定，得房東丙之同意為同意搜索？此即學理及實務稱之「第三人同意搜索」。學理及實務均認為，基於共同權限理論（風險承擔），第三人僅在與被告有共同權限範圍之空間上有同意權限，故舉凡在外租屋或旅館投宿等，第三人並無同意權限，係無效之同意。
3. 據此，警員丙不得以房東丙之同意作為第 131 條同意搜索之理由，故乙主張未得其同意而搜索，該搜索違法，藉此違法搜索取得之毒品、手槍、子彈應屬違法，應有理由。惟該證據能力與否，應依第 158 條之 4 權衡之。

高點 · 高上

【版權所有，重製必究！】