

《刑法與刑事訴訟法概要》

一、甲夏日於海水浴場玩水，乙泳客溺水，甲便拿出手機拍直播，此時救生員正要下水救乙時，甲為求直播收視率，一拳將救生員打暈。乙因此溺水死亡。甲的刑責為何？（25分）

試題評析	本題主要的爭點比較隱晦，先從乙本來就已溺水會有死亡的風險的角度觀察，甲打暈救生員到底對於死亡結果有什麼影響？是否是將原本「可能」溺死的機率，提升到「非常可能」溺死？想到這裡，「風險升高理論」這個答案應該就會呼之欲出了。
考點命中	《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，2018年4月（4版），頁3-11。

【擬答】

(一)甲打暈救生員的行為，構成刑法第277條第1項故意傷害既遂罪。

- 客觀上，甲打救生員的行為是造成其受傷結果不可想像其不存在的原因，且製造法不容許風險，風險也實現在構成要件效力範圍內；主觀上，甲明知並有意為傷害行為，具有本罪之故意。
- 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

(二)甲打暈救生員致乙溺水死亡的行為，不構成刑法第271條故意殺人既遂罪。

- 客觀上，甲打暈救生員的行為是導致乙死亡不可想像其不存在的條件，惟有疑問的是，乙本來處於溺水狀態就有溺死的風險，甲打暈救生員的行為是否為升高乙死亡的風險，屬於製造法所不容許的風險的行為？
 - 本件涉及風險升高理論，而所謂風險升高理論，係指只要行為人的行為提升發生結果的風險，並且該風險是超越容許風險的範圍，那麼發生的結果對於行為人而言都是可歸責的。基此，乙可能溺水死亡的風險，因甲打暈救生員而升高，屬於製造法不容許風險的行為。
 - 惟管見以為，風險升高理論除將實害犯當作是危險犯處理外，亦與罪疑惟輕原則相衝突。又用風險提升概念取代因果關係的要求，牴觸刑法上對於既遂犯與未遂犯的區分。最後，把風險提升當做因果關係以外的另外一個客觀歸責要素，則屬多餘，因為因果關係概念已經包含了風險提升的概念。基此，甲打暈救生員的行為，並未製造法不容許風險，因此乙死亡結果不可歸責於甲。
- 甲不成立本罪。

二、黑道甲為搶地盤而對丙有了殺機，乙知道後便借一把柯爾特M1911手槍給甲以殺丙。甲到了丙堂口要動手殺害丙時，覺得還是用刀砍殺比較阿莎力，因此就改用武士刀砍死丙。試問乙的刑責為何？（25分）

試題評析	本題涉及「幫助行為與幫助結果間的因果關聯」的考點，必須特別說明實務見解採取「促進理論」，以及學者採取「合法則的條件理論」有何不同，最後採取一說作結即可。
考點命中	《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，2018年4月（4版），頁5-39。

【擬答】

(一)甲持有手槍後，以武士刀砍死丙的行為，除構成刑法第186條持有危險物品罪外，亦構成刑法第271條第1項故意殺人既遂罪。

(二)乙提供手槍予甲殺丙的行為，涉及下列犯罪：

- 乙上開行為，因製造甲無正當理由持有槍枝之犯意，亦具有教唆犯之雙重故意，且無阻卻違法及罪責或減免罪責事由，構成刑法第186條持有危險物品罪之教唆犯（刑法第29條參照）。
- 乙上開行為，構成刑法第271條第1項故意殺人既遂罪之幫助犯（刑法第30條參照）。
 - 有疑問者在於乙係提供槍枝給甲，但甲卻使用武士刀砍殺丙，涉及幫助犯之成立，是否以幫助犯的幫助行為與受幫助之人所為犯罪結果間，有因果關聯為必要？
 - 實務見解認為，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。故凡意圖幫助犯罪而以言語或動作從旁助勢，直接或間接予以犯罪之便利，足以增加正犯犯罪之力量者，即屬幫助行為，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（107台上1094決）。

基此，乙提供槍枝給甲，雖未具關鍵影響，仍屬幫助殺人既遂之行為。

②惟管見以為，依「合法則的條件理論」，如果幫助犯的幫助行為持續作用至正犯著手階段，延續至發生犯罪構成要件結果，則成立既遂的幫助犯；反之，若未延續至發生犯罪構成要件結果，而對於既遂結果的發生並無貢獻，則成立幫助未遂犯。

③基此，乙提供槍枝給甲的幫助作用，並未延續到發生犯罪構成要件結果，僅成立幫助殺人未遂罪。

(2)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，乙成立本罪。

三、甲某日深夜對熟睡中的 A 女伸出狼爪，A 女驚醒後強力抵抗，甲惱羞成怒便持刀砍殺 A 女死亡後逃逸。逃亡期間甲向其友人乙告知殺害 A 女之經過始末。乙在警察調查中轉述其聽聞自甲所述之犯罪經過。嗣後甲經通緝後被捕歸案。乙的警詢筆錄甲審判中得否作為證據？(25 分)

試題評析	涉及傳聞證據之定義以及傳聞證人是否可類推適用第 159 條之 3 等問題。
------	---------------------------------------

考點命中	《刑事訴訟法(下)》，高點文化出版，2018 年 5 月，王子鳴律師編著，頁 4-2-68、4-2-94 以下。
------	--

【擬答】

(一)乙之陳述屬於傳聞證據：

- 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，為傳聞證據。原則上不得為證據。
- 通說及實務均認為，必須對『待證事實』先加乙確立，為必要之要件。必須引述該陳述之目的係用以證明該陳述所直接主張內容之真實性(93 台非 117 決)。
- 本件中，乙於警詢之陳述，已屬被告以外之人於審判外之陳述。若針對「甲是否殺人」之待證事實而言，乙並非親自見聞，乃聽由甲告知而得知，故乙就此部分，亦屬傳聞證人。據此，該警詢筆錄原則上應依第 159 條第 1 項規定，不得作為證據。

(二)乙之陳述應不符傳聞例外：

- 第 159 條之 3 規定，被告以外之人於審判中有死亡、身心障礙致記憶喪失或無法陳述、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到或到庭後無正當理由拒絕陳述者，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據。
- 實務固有認為，傳聞證人之證詞，如具備可信性及必要性者，或依第 159 條之 5 規定得當事人同意，法院於認為具有適當性時，亦得憑藉相同法理，得例外作為證據(96 台上 3900 決)。
- 然本件中，乙應無傳喚不能之問題，故審判中法院基於傳喚義務(義務法則)，仍應傳喚乙到庭以證人身分具結而為陳述，且應經甲對之為對質詰問。

四、號稱某民政府之代表首長甲就應經政府允許之事項而未經允許，便私自與外國政府為約定。案經檢察官偵查後起訴於管轄法院。該案件因甲未選任辯護人，經審判長為其指定公設辯護人為其辯護。其後審理終結，宣告甲成立私與外國訂約罪。甲對此審判結果不服，提起上訴。但上訴內容僅漫指原審認定事實錯誤，他並未有私與外國政府訂約等情事云云。試問上訴審法院應如何處理？(25 分)

試題評析	涉及最高法院最新決議對具體理由之認定
------	--------------------

考點命中	1. 《刑事訴訟法(下)》，高點文化出版，2018 年 5 月，王子鳴律師編著，頁 4-2-68、4-4-29 以下。 2. 《高點刑事訴訟法總複習講義》，鳴律編撰，頁 22~23。
------	--

【擬答】

(一)具體理由之要求及認定：

- 原先刑事訴訟法(下同)第 361 條並未要求上訴第二審應提出具體理由。然為防止空白上訴消耗司法資源，2007 年遂新增第 361 條第 2 項規定：上訴書狀應敘述具體理由。
- 否具備具體理由之審查權在第二審法院，此具體理由乃上訴合法要件，必先通過是否有提出具體理由後，始進入上訴有無理由之判斷。但何謂具體理由？實務見解向來寬嚴不一而足。
- 有嚴格標準的見解認為須達到：「足以影響判決本旨之不當或違法，而構成應予撤銷之具體事由」、「依據卷內訴訟資料或提出新事證等在形式上足以構成應予撤銷之具體事由」(原多數說)；亦有寬鬆的見解認為

只需要「就不服判決之理由為具體之敘述而非空泛之指摘而言」即足(原少數說)。

4.最終，近來最高法院 106 年度第 8 次刑事庭會議採取寬鬆見解，認為並不以其書狀應引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決不當或違法之事實，亦不以於以新事實或新證據為上訴理由時，應具體記載足以影響判決結果之情形為必要。但上訴之目的，既在請求第二審法院撤銷或變更第一審之判決，所稱「具體」，當係抽象、空泛之反面，若僅泛言原判決認事用法不當、採證違法或判決不公、量刑過重等空詞，而無實際論述內容，即無具體可言。從而，上開法條規定上訴應敘述具體理由，係指須就不服判決之理由為具體之敘述而非空泛之指摘而言。

(二)本題應不服具體理由之要求，得不經言詞辯論逕予駁回：

- 1.依題述，甲對判決不服提起上訴，內容僅漫指原審認定事實有誤，縱依最高法院 106 年第 8 次決議所採之寬鬆見解，亦難認甲之上訴符合具體理由之要求。
- 2.倘若被告提起之上訴不服具體理由之要求，實務認為本於實質辯護之延伸及公設辯護人條例第 17 條規定，原審辯護人應有上訴書狀之代撰義務。原先實務亦認為第二審法院就此原審辯護人上訴書狀代撰義務有闡明告知之義務(99 台上 1836 決)。
- 3.然新進之最高法院 106 年度第 12 次刑事庭會議決議認為，此闡明告知義務，並非公平法院所應介入，且亦無規定要求須為被告指定辯護人。因此，第二審法院無庸進入實體審理程序，不經言詞辯論，直接依第 367 條規定從程序上判決駁回被告之上訴。

【版權所有，重製必究！】