

《刑法與刑事訴訟法》

- 一、甲借乙五萬元，乙於清償期屆至拒不還錢，甲數次要求乙返還，乙均置之不理。某日，甲因急需用錢，叫其子丙佯裝黑道持槍出面討債。丙持遊戲用不具殺傷力之水槍至乙宅，指向乙之頭部，威脅乙不馬上返還五萬元，即要殺死乙。正在煮飯乙之妻丁聞風，為了救乙，情急下，即持菜刀向丙後腦揮砍數刀，丙立即倒地不起，經送醫急救後死亡，但丁如果稍加觀察應可以知道丙所持者是玩具水槍。試問：甲、丁應負何刑責？（25分）

答題關鍵

本題是這兩題刑法中，最困難的一題，基本上是來自學者的文章題型。主要在測驗考生對於暴力討債的不法意圖及表見侵害是否得以主張正當防衛，以及後續的誤想防衛問題。對於表見侵害，從丁角度而言，看似損害法益，但丁如果稍加觀察就會得知丙所持者為水槍，實際上不可能侵害法益，對於此「表見侵害」有無構成阻卻違法事由的空間？涉及防衛情狀判斷時點問題。

【擬答】

(一)甲叫丙冒充黑道討債，構成刑法第 328 條第 1 款強盜未遂罪之教唆犯。

1. 丙冒充黑道討債，主觀上，丙明知並有意為強盜行為，具有本罪之故意，且丙索討之債雖清償期屆至，但法律不允許以暴力方式討債，業已違反法律對於財產利益的分配規範，具有不法所有意圖；又客觀上以脅迫方式至使乙不能抗拒，已著手於強盜行為然取財未果，在無阻卻違法、罪責事由前提下，丙構成強盜未遂罪。
2. 主觀上，甲具有教唆故意及教唆丙犯強盜既遂之故意；客觀上，甲挑唆起丙的強盜犯意，應限制從屬於丙所構成強盜未遂罪的構成要件。
3. 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

(二)丁殺死丙的行為，不構成刑法第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪。

1. 客觀上，丁砍死丙的行為是造成死亡結果不可想像不存在的原因，且具有客觀可歸責性；主觀上，丁明知並有意為之，具有本罪之故意。
2. 惟有疑問者在於，丁得否主張正當防衛而阻卻違法？亦即，從丁角度而言，看似損害法益，但丁如果稍加觀察就會得知丙所持者為水槍，實際上不可能侵害法益，對於此「表見侵害¹」有無構成阻卻違法事由的空間？涉及防衛情狀判斷時點問題。
 - (1) 有認為應採取「事前一般人」角度觀察，任何人處於丁的相同情況中，都會認為自己面臨他人危害，已滿足事前判斷的防衛情狀，且丁也具有防衛意思，實施必要行為，得依正當防衛阻卻違法。
 - (2) 對此，管見認為應採取「事後」角度觀察，若採取事前觀察角度，將使得本件行為為人所造成的表見侵害，因無不法侵害，「根本不存在本於法確證原則而認定行為人對抗不法的空間，當然也沒有手段要素只判斷必要性的理由」，將導致正當防衛回歸個案的優越利益衡量，喪失正當防衛對抗不法的本質²。
 - (3) 基此，既然以事後觀點觀察，丙所持者為水槍，客觀上不存在防衛情狀，然丁主觀存有防衛意思，應進一步討論是否構成誤想防衛。管見認為，雖然「表見侵害」非嚴格意義的不法行為，然丙所持水槍已造成對丁的自由法益產生「附帶攻擊效果」，對該自由法益的侵害作用，仍屬不法侵害，丁面臨財產及自由法益受不法侵害，所實施砍殺之必要行為，又主觀上具有防衛意思，得主張正當防衛阻卻違法。
3. 綜上，丁不成立本罪。

【版權所有，重製必究！】

- 二、甲女與大賣場之收銀員乙女，共謀約定，由甲至該賣場選取價值三千元之貨物後，經由乙之收銀櫃檯結帳，而由乙輸入價格僅三百元之其他低價品價格條碼後，向甲收取三百元，將該物品交予甲攜出。該賣場之警衛丙男發現上情，惟因丙正追求甲，因而放任甲取走該商品。試問：甲、乙、丙應負何刑責？（25分）

¹ 許恒達教授稱「表見侵害」，詳見：許恒達，〈論誤想防衛〉，《中研院法學期刊》，18期，2016年3月，頁119。

² 許恒達，〈論誤想防衛〉，《中研院法學期刊》，18期，2016年3月，頁121。

答題關鍵	本題主要測驗考生兩個考點：1.機械性事務是否構成背信罪的事務內涵；2.不作為正共犯的區分標準，必須深入討論五個標準後採取一個自己的標準，才能得到高分。
考點命中	《刑法總則申論題完全制霸》2019年，高點文化出版，旭律師編著，頁5-47~50。

【擬答】

(一)甲、乙共謀約定以低價結帳由甲將物品攜出之行為，涉及下列犯罪：

1.甲、乙上開行為，構成刑法第320條第1項竊盜罪之共同正犯（刑法第28條參照）。

(1)客觀上，甲拿取高價物品由乙以低價結帳，破壞賣場老闆對於高價物品的持有關係而建立自己的持有，且二人對於竊盜行為具有共同行為分擔；主觀上，甲乙二人明知並有意為竊盜行為，且具有不法所有意圖及共同犯意聯絡，該當本罪之構成要件。

(2)甲、乙二人無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

2.甲、乙上開行為，不構成刑法第342條背信罪之共同正犯（刑法第28條、31條第1項參照）。

(1)客觀上，背信罪為純正身分犯，不具身分之甲依刑法第31條第1項有與乙成立共同正犯之可能，惟乙是收銀員雖有為大賣場處理事務之權限，不過乙對結帳事務僅有依條碼所顯示價格結帳的權限，無裁量空間，應排除結帳的機械性事務，而不該當背信罪之構成要件。

(2)綜上，甲、乙二人不構成本罪。

(二)丙放任甲取走物品，構成刑法第320條第1項竊盜罪之幫助犯（刑法第30條參照）。

1.客觀上，丙未消滅甲取走賣場物品的風險，屬於不作為，且既然丙是賣場警衛，依契約自然具有防止他人竊走物品之保證人地位，惟有疑問者在於，丙知悉甲竊取物品而不作為，究竟應成立竊盜罪之不作為共同正犯或幫助犯？討論如下。

(1)實務見解採「主觀理論」者，認為具保證人地位之行為人若係出於「正犯意思」而違反作為義務者係不作為正犯；倘出於「共犯意思」者則係不作為幫助。基此，丙僅便利甲偷竊而不阻止，係出於共犯意思之幫助犯。

(2)又有採「犯罪支配理論」者認為，對於不作為正犯與幫助犯之區分仍必須視具有保證人地位之行為人，對於犯罪是否「具有支配地位」，若有則為正犯，若無即為不作為幫助犯。至於「支配地位」的判定，應視該保證人地位之行為人是否具備「足以阻止、避免結果發生能力」，為斷³。本題丙既然為警衛，自然具有「足以阻止、避免結果發生能力」，應成立不作為竊盜之共同正犯。

(3)此外，依「義務犯說」其認為作為犯中，正共犯的區分係以參與者犯罪支配地位為標準；而不純正不作為犯本質為義務犯而違反「結果避免的特別義務」，若具有保證人地位之行為人違反結果避免的特別義務時，均應成立不作為正犯。基此，警衛丙有違反阻止甲竊盜之結果避免義務，而成立不作為正犯。

(4)亦有從「保證人義務類型」出發區別不作為正犯與幫助犯，若具保證人地位者係違反「保護義務」而消極不阻止他人實施犯罪，應視為不作為正犯；如果違反的是「監督義務」，則僅構成不作為幫助犯，稱為「義務內涵理論」⁴。基此，警衛丙依契約有阻止賣場物品被偷竊之義務，丙違反該義務而其消極不阻止之行為，成立共同正犯。

(5)惟管見以為，應採「幫助犯理論」，認為具保證人地位者違反其作為義務，只是因其違反作為義務而未採取介入措施的行為，僅屬於犯罪的配角，其係提高正犯犯罪行為成功的機會，僅成立不作為幫助犯。因此，縱使丙介入行為足以阻止犯罪結果發生，因丙對於犯罪欠缺支配僅能成立幫助犯。

2.丙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

三、某次街頭發生抗爭事件，警方隨身攝影機無意中拍到有人趁機破壞路邊停放轎車並取走車內皮包一只的畫面，調集附近街道監視錄影器，發現同樣穿著之人約十分鐘打開車號1234之轎車車門，將皮包放入後開車離去。警方蒐集相關資料後確認該人為甲，向法院聲請搜索票獲准後搜索甲宅，果然於宅內找到該只皮包。甲遭檢察官起訴，甲主張警方之蒐證違法侵害其隱私權及人格權錄影畫面及遭扣押之皮包均不得作為證據。甲之主張有無理由？（25分）

³ 摘自：林書楷，《刑法總則》，五南，2018年，頁478，但林書楷教授不採此說。採此說者如林鈺雄教授，參見：林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2006年，頁530。

⁴ 林書楷，《刑法總則》，五南，2016年，頁482-483。

答題關鍵	本題涉及隱私權與人格權干預之判斷，答題時可參考釋字第 603、689 號解釋作答。
考點命中	《刑事訴訟法研析(上)》，高點文化出版，黎律師編著，頁 7-28~30。

【擬答】

本案警方之蒐證並未侵害甲之隱私權及人格權，甲主張無理由：

- (一)按維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障。又對個人前述隱私權之保護，並不因其身處公共場域，而失其必要性。即他人之私密領域及個人資料自主，在公共場域亦有可能受到干擾，而超出可容忍之範圍，尤以現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，個人之私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能大為增加，個人之私人活動及隱私受保護之需要，亦隨之提升。是個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護，此觀司法院釋字第 603 號、第 689 號解釋意旨自明。
- (二)查本案警方係因某次街頭發生抗爭事件，於隨身攝影機無意中拍到有人趁機破壞路邊停放轎車並取走車內皮包一只，始開啟本案之偵查。故警方並非自始即有意以攝影機拍攝甲於公共場域之活動，且該拍攝亦非係持續注視、監看、監聽、接近之行為，並無侵擾甲之隱私權或人格權可言。據此，警方依此錄影畫面進而調閱監視錄影器查知其駕駛之車輛車號，進而合法聲請搜索票搜索甲宅，並無違法之情。甲之主張無理由。

四、甲與乙在大學畢業後之同學會聚餐時發生口角，甲暴怒下狂毆乙，送醫後乙昏迷不醒。乙之母親丙趕至醫院，向在旁之警察說「甲太可惡了，一定要告到底！」後檢察官起訴甲重傷罪。審判時，法院發現乙之傷勢尚未構成重傷，遂判決甲構成傷害罪。法院之判決是否合法？(25 分)

答題關鍵	本題係以最高法院 105 台非 203 號判決(經最高法院選為具參考價值之判決)為基礎進行命題，倘就本判決有一定之掌握程度，即可輕鬆應對。
考點命中	《刑事訴訟法實戰解題書》，黎律師編撰，頁 2-49~50、2-53~54。

【擬答】

- (一)檢察官以非告訴乃論之罪起訴，經法院審理結果，認為係犯告訴乃論之罪，或裁判上一罪，其犯罪事實之一部，係告訴乃論之罪，未經告訴者，仍應許其於起訴後補正(參看司法院院字第二一〇五號解釋)，此因檢察官公訴提起之作為，並無可受非難的情形存在，而被害人之權益亦由此獲得適當維護。且此種告訴之補正，依上述司法院解釋，猶不限於第一審，縱是在第二審，亦得為之。至於告訴乃論之罪，無得為告訴之人或得為告訴之人不能行使告訴權者，該管檢察官得依利害關係人之聲請或依職權指定代行告訴人，刑事訴訟法第 236 條第 1 項固有明文，此代行告訴制度之設計，本具有充實訴訟要件，滿足公共利益之用意，是檢察官指定代行告訴人之指定方式，並無一定限制。若檢察官偵查結果，認為被告所涉，非屬告訴乃論之罪(例如：殺人未遂、重傷害)，本不生指定代行告訴問題；但在案件調、偵查中，如被害人已成年、無配偶，傷重陷於昏迷，其父母不諳法律，基於親情，單憑國民法律感情，向司法警察(官)或檢察官表示欲對於該加害之被告，提出控訴，此情固不生合法告訴之效力，嗣於檢察官依非告訴乃論罪名提起公訴後，審判中，被害人之父母，經人指點，依法向民事法院聲准宣告禁治產，並取得監護人(法定代理人)身分，而刑事案件審理結果，認屬告訴乃論之罪，則先前該父母之非法告訴瑕疵，當認已經治癒，並發生補正告訴之效果，此部分訴訟條件無欠缺，法院為實體的罪刑判決，尚難謂程序違法。唯有如此理解，才能確實保護被害人，符合現代進步的刑事訴訟法律思潮。(最高法院 105 台非 203 號判決參照)
- (二)依上開判決意旨，本案被害人乙大學畢業已成年、無配偶，因傷害陷於昏迷，而其母親丙基於親情，向司法警察表示欲提出告訴，雖不生告訴效力。然檢察官依非告訴乃論之重傷罪提起公訴後，因法院認乙之傷勢僅構成告訴乃論之普通傷害罪，則其母親丙先前非法告訴之瑕疵，應認為已經治癒，並發生補正告訴之效果，法院為實體之罪刑判決，尚難謂程序違法。也只有如此理解，才能確實保護被害人乙，並符合現代進步的刑事訴訟法思潮。