

# 《刑法與刑事訴訟法》

一、甲與乙為鄰居，甲 30 歲，乙 11 歲。某日，乙因某位朋友慫恿而決定趁平日喜歡喝酒的甲酒醉反應變差時，威脅甲交出一些錢給自己花用。在乙拿出小刀威脅甲交出錢時，不料甲因為酒醉而在意識模糊中誤以為乙正拿手槍準備威脅自己的生命，因而順手拿起球棒打死乙。經調查，若不是甲酒醉，並不會產生此種誤認。請問甲之行為應如何論罪？（25 分）

答題關鍵	要注意乙是 11 歲的無責任能力之人，因此在判斷正當防衛時要注意防衛情狀以及防衛手段上的爭點。另外，甲的錯誤想像並不是誤想防衛(容許構成要件錯誤)，但可考慮是否適用第 19 條減輕罪責。
考點命中	1.《高點刑法講義》第一回，何政大編撰，頁 80、104-107。 2.《高點刑法講義》第二回，何政大編撰，頁 12。 3.《高點刑法總複習講義》第一回，何政大編撰，頁 17。

## 【擬答】

(一)甲持球棒打死乙的行為，可能成立刑法(以下同)第 271 條第 1 項殺人罪

1.客觀上甲以球棒打死乙，主觀上，甲具有殺人故意，構成要件該當。

2.甲在受乙威脅之下，以球棒打死乙，能否阻卻違法性，論述如下：

(1)依照 23 條，對於不法之侵害而出於防衛自己或他人者，可以主張正當防衛。由此可見，正當防衛必須要有以下要件：具有防衛情狀、實行防衛行為、具有防衛意識。有爭議的是，面臨無責任能力者的侵害，是否為面臨值得防衛的情狀。本文在此採通說看法，認為無論侵害者有無責任能力，基於有效保護自己不受他人侵害的考量下，仍應認為是值得防衛的情狀。

(2)依題所示，乙雖然只有 11 歲，依照第 18 條為無責任能力之人，但乙仍持小刀威嚇甲，對甲而言如前所述仍然是面臨不法的侵害。不過，甲以球棒打死乙，雖然可以有效的避免自己的生命或財產受到乙的侵害，但在此可能不符合手段上的必要性以及有權利濫用的問題。依常理，欲持球棒將人打死需要反覆持續的揮打始有可能，如甲在揮打之時已經可以有效的防衛自己，即無須再以過度的殺害方式防衛。且乙是無責任能力之人，通說認為在面臨無責任能力者的侵害時防衛手段必須要有所限制，不應使其過度承擔侵害，因此甲是過當防衛。

(3)綜上所述，甲不得主張正當防衛，甲的行為仍具有違法性。

3.甲在酒醉下誤以為乙持手槍欲殺害自己，並在此認知下將乙殺害，此部分涉及甲罪責上的問題，論述如下：

(1)甲誤以為乙持手槍，但事實上只是持小刀而已，此部分並非「誤想防衛」，誤想防衛是指客觀上並無面臨防衛情狀，但主觀上卻誤以為有面臨防衛情狀而言。但如前所述客觀上甲確實是面臨乙持小刀的侵害，並無誤想自己面臨不法侵害的事實。

(2)甲在喝酒之後產生意識模糊的情況，並在此情形中誤以為乙持槍欲殺害自己，由此可見，甲的酒醉導致其錯誤的判斷乙手上所持的凶器，進而導致自己過當防衛，除了得依 23 條後段減免其刑外，由於顯著地降低自己辨識行為合法與否的能力，亦得依第 19 條第 2 項減輕罪責。

(3)甲無第 19 條第 3 項原因自由行為的適用。甲在喝酒的當時並沒有認知到喝酒後要殺害乙，且喝酒時也無法想到之後乙會持小刀威嚇自己，故對於喝酒後會殺害乙無故意也無預見可能性，因此甲殺乙的行為並非原因自由行為。

(二)結論

甲殺害乙的行為由於是過當防衛，仍是不法行為。而甲將乙的小刀誤以為是手槍所以才導致過當防衛的部分，除可依第 23 條後段減免其刑外，亦得依第 19 條第 2 項減輕罪責。

二、甲是在押人犯，某日提訊到某地方法院開庭。開完庭後，甲趁法警乙不注意之際，利用自己強壯的身體攻擊乙並掙脫手銬。緊接著，甲順勢翻窗逃離法院，並於馬路上搶走丙駕駛人之汽車。為避免被逮捕，甲在慌亂中駕駛該車沿路疾駛，多次失控撞上路旁汽車，險些造成路人傷

亡。甲之行為亦造成後車連環追撞，堵塞交通，經警察花費數小時疏導始能使交通回復順暢。請問甲之行為應如何論罪？（25分）

答題關鍵	本題著重在分別條文的熟悉度，只要掌握各個條文作答即可。其中關於犯人脫逃的部分，雖較為冷門，但由於此部分涉及時事且又與司法工作密切相關，故命題在司法特考中應可預見。
考點命中	1.《高點刑法講義》第四回，何政大編撰，頁 86-88。 2.《高點刑法總複習講義》第一回，何政大編撰，頁 62。

### 【擬答】

(一)甲攻擊乙後掙脫手銬逃離法院的行為

1.可能成立刑法(以下同)第 304 條第 1 項強制罪

客觀上，甲對乙使用身體力而使其無法繼續為押解行為；主觀上，甲具強制故意，成立本罪。

2.可能成立第 135 條第 1 項妨害公務罪

客觀上，乙在依法執行押解的職務時，甲對乙施用身體力，妨害甲的職務進行；主觀上甲具有妨害公務故意，成立本罪。

3.可能成立第 161 條第 2 項強暴脫逃罪

客觀上，甲在被押解時，已受到國家公力的拘束，是第 161 條第 1 項依法逮捕之人，且甲又以攻擊乙的強暴方式脫離國家對其的身體拘束；主觀上，甲具有強暴脫逃故意，成立本罪。

4.小結：甲基於一個脫逃犯意下成立強制罪、妨害公務罪與強暴脫逃罪，而強暴脫逃罪已經包含其他二罪的不法內涵，故僅論以強暴脫逃罪即為已足。

(二)甲搶走丙汽車的行為

1.可能成立第 325 條第一項搶奪罪

由於題意未明，暫且假設甲是趁丙在不及抗拒之下奪走汽車，主觀上甲具有搶奪故意，成立本罪。

2.可能成立第 329 條準強盜罪

甲先以搶奪之方式取得汽車後，再以疾駛的強暴方式衝撞路邊的汽車，不過，由於甲的強暴對象並非針對人，且施以強暴的時機也是在離開搶奪的現場之後，另外甲主觀上雖是出於避免遭受逮捕，但該主觀想法應是為了避免受到國家司法機關再次束縛，而非為求脫免丙的逮捕，故不應成立本罪。

3.小結：甲成立搶奪罪。

(三)甲疾駛於道路，失控撞上路邊汽車且險些造成路人傷亡的行為，可能成立第 185 條妨害公眾往來安全罪

甲在道路上疾駛汽車，由於已經導致路邊汽車因為被撞的損壞外，也險些造成路人傷亡，依實務看法該行為已經使公眾交通的往來受到具體的危險，且甲主觀上對於該行為與危險結果都具有認識卻進而為之，具有本罪故意而應成立本罪。

(四)甲造成後車連環追撞，堵塞交通的行為，可能成立第 185 條妨害公眾往來安全罪

甲的疾駛造成後車的連環追撞，雖然在客觀上已經壅塞往來的設備，但主觀上甲對於自己的行為會造成他人的連環車禍並無明確的認識，更無法預見之後透過他人車禍所造成的壅塞行為，不具有本罪故意而不成立本罪。

(五)結論

甲分別成立強暴脫逃罪、搶奪罪、妨害公眾往來安全罪，數罪是基於不同犯意下所為且侵害數個不同法益，依第 50 條數罪併罰之。

三、商人甲於民國 100 年在臺北市行賄承辦公共工程標案之公務員乙新臺幣 1 千萬元。甲數次向親密女友丙閒談其行賄經過，司法警察丁得知後未經法院核准，擅自違法搜索甲在臺北市住所，查獲記載行賄經過之日記一本，甲見日記自忖無法脫罪，於警詢中自白認罪。事經週刊披露，丙亦提錄音帶向丁檢舉並就其上開見聞作證。試申論下述問題：

(一)丁違法搜索甲宅，所查獲甲之上述日記本有無證據能力？（6分）

(二)甲之自白有無證據能力？（6分）

(三)甲於閒談時向丙自承行賄之陳述，是否為自白？（6分）

(四)丙之證言，有無證據能力？（7分）

試題評析	本題旨在測驗考生是否能掌握「違法搜索之效果」、「毒樹果實理論」及「審判外自白」、「傳聞法則」等爭點。
考點命中	1.《高點刑事訴訟法講義》第三回，黎台大編撰，頁 30-33。 2.《高點刑事訴訟法講義》第八回，黎台大編撰，頁 41-44、頁 100-104。

## 【擬答】

本題涉及違法搜扣取得證據之證據能力判斷、毒樹果實理論以及被告審判外之自白效力等爭議，茲分述如下：

- (一)警察丁違法搜索甲宅，所取得之日記是否具有證據能力，應依刑事訴訟法(下同)第 158 條之 4 定之：
- 1.依令狀原則之要求，偵查機關為搜索行為者，除有例外急迫情形外，原則上均需遵守「令狀原則」，事前向法院聲請核發搜索票，始得為之(第 128 條參照)。
  - 2.本案，警察丁未持有搜索票，亦未見個案中具有無令狀搜索之例外，即擅自違法搜索甲之住處，實違反刑事訴訟法之規定而不當侵害甲之隱私權，其因此取得之日記，屬於實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，應依第 158 條之 4 應審酌人權保障及公共利益權衡之。
  - 3.另最高法院 93 年台上字第 664 號判例，就所謂「人權保障」及「公共利益」提出更進一步之標準，亦即應參酌：(1)違背法定程序之程度。(2)違背法定程序時之主觀意圖。(3)違背法定程序時之狀況。(4)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(5)犯罪所生之危險或實害。(6)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(7)偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性。(8)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌，以決定應否賦予證據能力，併與敘明。
- (二)甲之自白，依毒樹果實理論，應排除其證據能力
- 1.所謂「毒樹果實理論」，係指第一次違法取得之證據作為毒樹，由該非法證據所衍生之證據，即便是透過合法程序所取得者，仍應認為係具有毒性之毒果，而排除該毒果之證據能力。
  - 2.本案中，甲之所以為自白，實係源自於先前警察丁之違法取證，申言之，該自白縱使係合法取得，惟因先前違法取得之日記屬於「毒樹」，基於該毒樹而衍生之自白，應屬「毒果」，從而該自白應依毒樹果實理論排除之。
  - 3.我國實務上雖不承認毒樹果實理論，然亦認為，若個案中衍生證據之取證行為雖合乎法定程序，但與先前之違法情形，具有前因後果之直接關聯性的情況，則本於「實質保護」之法理，仍應有證據排除法則之適用(最高法院 96 年台上字第 4177 號判決)。本案中，甲之所以為自白，實係因該記載行賄過程之日記遭違法搜索所致，是以，應認其所為之自白與先前之違法搜索行為，具有前因後果之直接關聯性。據此，依實質保護之法理，該自白仍應予以排除。
- (三)甲於閒談時向丙自承行賄之陳述，屬於自白
- 實務上認為，所謂之自白，並不以向偵查機關或法院自白為限，於審判外向第三人所為不利於己之陳述，亦不失為自白(最高法院 102 年台上字第 5052 號判決)。本案中甲於閒談時向丙自承行賄，實係向他人為不利於己之陳述，是類被告犯罪後對人透露犯罪行為之語，亦不失為審判外之自白。
- (四)丙若至法庭中就其見聞作證，並給予被告對質詰問之適當機會，應具有證據能力
- 被告在審判外之自白，原不以有其陳述之筆錄或書面為唯一之證明方法，被告犯罪後對人透露犯罪行為之語，亦不失為審判外之自白。從而被告以外之人在檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中，轉述其聽聞自被告向其自白犯罪經過所為之陳述，或於偵、審中為此轉述者，本質上即與被告在審判外之自白無殊。至其證據能力有無之判準，除原始陳述者即被告之陳述應先受刑事訴訟法第 156 條第 1 項自白法則之規範外，鑒於該被告以外之人所轉述者為屬不利於被告之傳聞供述，故在類型上，此之供述必以經被告之言詞或書面予以肯認者，始得為證據，若被告未有肯認該陳述，則須有可信之特別情況，或已經給予被告充分詰問之適當機會，以確保該陳述之真實性，方具證據之適格(最高法院 102 年台上字第 5052 號判決同旨)。

四、(一)民國 103 年 5 月，檢察事務官甲參與承辦某社會矚目之案件，一日參與法律研討會議，旁座為其大學之授課教授乙，乙好奇詢問甲該案之案情。甲告知案情並拜託老師切勿對外人談及，試論述甲之行為有無違反刑事訴訟法偵查不公開之規定。(10 分)

(二)甲係某機械有限公司之實際負責人，民國 102 年 10 月間某縣工務局辦理某項採購案之公開招標，甲為使其所經營之公司能順利得標上開採購案，且為避免投標該採購案之合格廠商

未達 3 家而流標，基於以詐術使開標發生不正確結果之犯意，分別商得無投標意願之另 2 家公司代表人乙、丙，共同以公司名義參與投標上開標案。嗣工務局審標人員於 102 年 10 月 22 日開標時，發覺有異而不予決標，未使開標發生不正確之結果。經檢察官偵查後，認被告甲、乙、丙所為，均係犯政府採購法第 87 條第 3 項、第 6 項「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。第一項、第三項及第四項之未遂犯罰之。」之以詐術使開標發生不正確結果未遂罪。試申論下述問題：

1. 本案檢察官對被告得否為緩起訴處分？（8 分）
2. 何種條件下得撤銷緩起訴處分？（7 分）

試題評析	本題涉及偵查不公開與緩起訴之要件等爭點。由於本題偏向申論式題型，因此只要對於法條之掌握程度夠高，回答上並不困難。
考點命中	1. 《高點刑事訴訟法講義》第一回，黎台大編撰，頁 104-108。 2. 《高點刑事訴訟法講義》第五回，黎台大編撰，頁 12-14、頁 16-17。

### 【擬答】

(一)檢察官甲之行為已違反偵查不公開之規定

1. 刑事訴訟法(下稱刑訴法)第 245 條第 3 項規定：「檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程序依法執行職務之人員，除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，偵查中因執行職務知悉之事項，不得公開或揭露予執行法定職務必要範圍以外之人員。」學者主張，本條項規定之適用上，應以國家機關人員為主要對象，且偵查機關得揭露之時機，應參考行政院於 101 年 12 月所頒布之「偵查不公開作業辦法」，作為參考依據。
2. 按偵查不公開作業辦法第 9 條第 1 項之規定：「I 案件在偵查中，有下列各款情形之一者，除法令另有規定外，經審酌公共利益之維護或合法權益之保護，認有必要時，得適度公開或揭露：一、對於社會治安有重大影響或重大經濟、民生犯罪案件，被告或犯罪嫌疑人已經拘提、逮捕，其犯罪事實查證明確。二、越獄脫逃之人犯或通緝犯，經緝獲歸案。三、影響社會大眾生命、身體、自由、財產之安全，有告知民眾注意防範之必要。四、對於社會治安有重大影響之案件，依據查證，足認為犯罪嫌疑人，而有告知民眾注意防範或有籲請民眾協助指認之必要時，得發布犯罪嫌疑人聲音、面貌之圖畫、相片、影像或其他類似之訊息資料。五、對於社會治安有重大影響之案件，因被告或犯罪嫌疑人逃亡、藏匿或不詳，為期早日查獲或防止再犯，籲請社會大眾協助提供偵查之線索及證物，或懸賞緝捕。六、對於媒體報導與偵查案件事實不符之澄清。七、對於現時難以取得或調查之證據，為被告、犯罪嫌疑人行使防禦權之必要，而請求社會大眾協助提供證據或資訊。」故偵查機關必須具備上開任何一款事由，始得適度公開或揭露偵查內容。
3. 依題所示，檢察官甲於個案中並無前揭得例外公開之事由，卻將案情告知大學教授乙，此舉已違反刑訴法第 245 條第 3 項及偵查不公開辦法第 9 條之規定，應屬違法。

(二)本題涉及刑訴法第 253 條之 1 與第 253 條之 3 規定，茲分述如下：

1. 檢察官得對被告甲為緩起訴處分

- (1) 按刑訴法第 253 條之 1 第 1 項規定規定：「被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌刑法第 57 條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當者，得定一年以上三年以下之緩起訴期間為緩起訴處分，其期間自緩起訴處分確定之日起算。」
- (2) 本例中，甲所涉犯之政府採購法第 87 條第 3 項、第 6 項之罪，屬於「最重本刑五年以下」有期徒刑之罪，故其「非」屬最輕本刑三年以上有期徒刑之罪。據此，自有刑訴法第 253 條之 1 第 1 項之適用可能性，檢察官經審酌刑法第 57 條所列事項及公共利益之維護後，非不得依刑訴法第 253 條之 1 對被告甲為緩起訴處分。

2. 檢察官撤銷緩起訴處分之條件

- (1) 按刑訴法第 253 條之 3 第 1 項規定：「被告於緩起訴期間內，有左列情形之一者，檢察官得依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴：一、於期間內故意更犯有期徒刑以上刑之罪，經檢察官提起公訴者。二、緩起訴前，因故意犯他罪，而在緩起訴期間內受有期徒刑以上刑之宣告者。三、違背第 253 條之 2 第 1 項各款之應遵守或履行事項者。」

- (2)依上述條文之規定可知，為緩起訴處分後，緩起訴並不當然具備刑法第 260 條之實質確定力，尚需經過刑法第 253 條之 1 第 1 項所定 1 到 3 年之緩起訴期間，始具有實質確定力。從而，於緩起訴期間內，倘若有故意更犯有期徒刑之罪，經檢察官提起公訴；又或者是緩起訴前故意犯他罪，於緩起訴期間內受有期徒刑以上之宣告者，檢察官均得依刑法第 253 條之 3 第 1 項撤銷緩起訴處分。
- (3)此外，依刑法第 253 條之 2 第 1 項規定，檢察官於緩起訴處分者，得命被告於依定期間內遵守或履行一定事項。倘若被告於緩起訴期間內，違背刑法第 253 條之 2 第 1 項所列各款事由者，此時檢察官亦得依刑法第 253 條之 3 第 1 項撤銷緩起訴處分。

高點  
·  
高上

【版權所有，重製必究！】