

# 《刑法與刑事訴訟法》

## 試題評析

- 第一題：正犯與共犯之區分標準是多數行為人理論中，最常見的考點之一。其中把風行為也是很典型的考題之一，務必依照不同標準作出比較。本題中較為困難者，為意圖營利供給賭博場所罪，其屬於冷門之條文，在操作上必須格外小心。
- 第二題：本題涉及個人財產法益與社會法益之公共信用罪章之犯罪，詐欺罪、竊盜罪、偽造有價證券罪均屬常見的考題，然而其中亦有較為冷門者，例如：偽造印章罪，在答題上務必謹慎從事，才不會忽略必須檢討的罪名。
- 第三題：本題出題方向在傳聞法則與其例外的理解。第一小題的部分僅須將立法理由的重點交代清楚即可，可說是送分的問題。第二小題的部分則須判斷該證據是否為傳聞，接著判斷是否為傳聞例外。如可清楚判斷並將流程表達清楚。應可輕易獲取高分。
- 第四題：本題考的是案件單一與同一的問題，第一題中須掌握單一同一的判斷方式，並將其置於第300條變更起訴法條的範圍內進行判斷。第二題中則須掌握上訴的審判範圍以及不利益變更禁止原則的適用要件，若可將這些要件內涵釐清且清楚表達即可掌握分數。

一、(一)幫助犯(即從犯)與正犯之區分標準如何?(10分)

(二)請分析下列案例：

1. 甲、乙一起前往丙家，欲行竊盜，甲在屋外負責把風，乙入屋內搜尋財物。試問甲、乙各為正犯或幫助犯?(7分)
2. 甲明知乙經營流動賭場營利，竟為圖得高額租金，以高於一般行情三倍之價位，將其位於山中之工寮出租給乙供為賭場之用，甲並在場內負責替賭客泡茶、買便當，以賺取賭客之小費。試問就所犯意圖營利，供給賭博場所罪而言，甲、乙各為正犯或幫助犯?(8分)

答：

(一)幫助犯與正犯之區別標準，學說多有爭議，以下分別析述之：

1. 區分標準

- (1)形式客觀說：以親自實行構成要件全部或一部行為者為正犯，僅為構成要件之實現為準備或援助行為者為共犯。
- (2)實質客觀說：以實質面的觀察方式，以行為在客觀上的危險性或在因果關係上的份量，作為區別正犯與共犯的標準。
- (3)極端主觀理論：以自己犯罪之意思(正犯意思)且欲將犯罪當做自己之犯罪者，為正犯；反之以共犯意思而犯罪且欲將犯罪當做他人之犯罪，而加以誘發或促成發生者，為共犯。
- (4)限制主觀理論：以行為人對於犯罪結果是否具有利益，作為認定行為人有無正犯意思之標準。
- (5)犯罪支配理論：犯罪支配理論統合主、客觀說的一種實質理論取向之產物，將正犯的行為理解為操控整個犯罪過程或支配構成要件的實現。
- (6)主客觀擇一標準說：其融合主觀說與客觀說，且是主、客觀標準中「擇一」為正犯者，即可認定為正犯(25上2253例參照)。

2. 小結：我國實務見解採取主客觀擇一標準說，然而該說過分擴大正犯之適用範圍，因此學說上多半採取實質客觀說或者是犯罪支配理論之見解，在此一併說明。

(二)1. 甲與乙之行為，俱認為其為正犯，而非幫助犯，理由如下：

- (1)甲乙共同竊盜，甲在屋外負責把風，乙進屋內負責竊盜，依照我國實務見解，乙係出於正犯之意思，且其所實行者為竊盜之構成要件行為，自得論以本罪之正犯。甲在把風雖然未為形式意義的竊盜行為，然而其係以為自己犯罪之意思，依照主客觀擇一標準說，亦得論以本罪之正犯。附帶一提的是，兩人出於共同犯罪決意、共同行為分擔，自得論以本罪之共同正犯(刑法第28條參照)。
- (2)另外若依照實質客觀說，把風行為是犯罪行為順利進行的重要行為，其具較高之客觀危險性；若依照

犯罪支配理論，把風行爲對於犯罪之實現具有支配力，性質上屬於「功能支配」，對於犯罪之實現互爲補充，若是採取上述兩說結論亦同，均得論以本罪之共同正犯，在此一併說明。

2. 甲與乙就意圖營利供給賭博場所罪，俱爲正犯，而非共犯，理由如下：

- (1) 刑法第268條規定：「意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。」本罪之構成要件行爲有二：供給賭博場所或聚眾賭博，若具上述其中一者之構成要件行爲，即爲本罪之正犯。
- (2) 乙藉甲工寮，其具有營利意圖，作爲聚眾賭博之用，自得論以本罪之正犯。其中甲爲圖得重利，亦應認具有營利意圖，且其將工寮出租以供乙賭博之用，屬供給賭博場所之行爲，應得認屬於本罪之正犯無疑。至於其泡水、買便當之行爲，雖得評價爲意圖營利聚眾賭博之共犯，然而其已成立本罪之正犯，自爲其所吸收無疑，在此一併說明。

#### 【高分閱讀】

1. 方律師，《刑法總則》，2-255頁。
2. 方律師，《刑法分則》，3-201頁。

二、甲好吃懶做，某日因缺錢花用，未經其父之同意，私下拿取乙之空白支票，旋委託刻印店人員丙刻製乙印章，甲即在空白支票上填載金額、日期，並蓋用上揭印章，持向地下錢莊人員丁佯稱「客票」而貼現，吃喝玩樂耗盡。終因支票屆期提示，印鑑不符退票，經循線查悉。試問甲成立何罪？（25分）

**答：**

- (一) 甲未經其父乙之同意，竊取其空白支票之行爲，應成立刑法第320條第1項的普通竊盜罪：
  1. 構成要件部分，客觀上甲有竊取乙之空白支票之行爲，且生竊取結果，行爲與結果間具有因果關係與客觀歸責，主觀上甲具有竊盜故意，有不法爲自己所有之意圖，構成要件該當。
  2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。
  3. 附帶一提的是，甲爲乙之直系血親卑親屬，依照刑法第324條第1項之規定：「於直系血親、配偶或同財共居親屬之間，犯本章之罪者，得免除其刑。」、第2項：「前項親屬或其他五親等內血親或三親等內姻親之間，犯本章之罪者，須告訴乃論。」故乙父須提出告訴，且該竊盜行爲法院得免除其刑，在此一併說明。
- (二) 甲未受乙所委任授權，私自刻製乙之印章，成立刑法第217條偽造印章罪：
  1. 構成要件部分，客觀上甲非有權製作印章之人，而私自請他人刻製乙之印章，其不僅影響公共之信用性亦恐有損於乙，其自足以生損害於公眾或他人；主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有偽造故意，構成要件該當。
  2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。
  3. 附帶一提的是，依照刑法第219條之規定，該偽造之印章應予以沒收。
- (三) 甲在空白支票上填寫金額、日期之行爲，成立刑法第201條第1項偽造有價證券罪：
  1. 構成要件部分，空白支票性質上爲有價證券，甲非有權製作之人，竟以乙之名義製作之，屬於偽造行爲無疑；主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有偽造故意，構成要件該當。
  2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。
- (四) 甲在空白支票上填寫金額、日期，進而行使之行爲，成立刑法201條第2項行使偽造有價證券罪。甲成立偽造有價證券罪已如上述，且其向地下錢莊之人貼現，係行使該偽造有價證券，自成立本罪。
- (五) 甲使用該支票兌現金之行爲，成立刑法第339條第1項之詐欺取財罪：
  1. 構成要件部分，客觀上甲偽稱該票乃客票，進而藉此支票換得現金，係行使詐術，進而使他人陷於錯誤，進行財產處分而受有財產損害，且行爲間均具有因果關係；主觀上甲具有詐欺故意與不法所有之意圖，構成要件該當。
  2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。
- (六) 競合：偽造有價證券是高度行爲吸收低度行爲之行使偽造有價證券，其與偽造印章罪具有保護法益之同一性，論以想像競合犯，並與竊盜罪、詐欺罪數罪併罰。

## 【高分閱讀】

1. 方律師，《刑法分則》，3-119頁。
2. 方律師，《刑法分則》，2-133頁。

三、(一)請說明刑事訴訟新制引進傳聞法則之立法理由。(10分)

(二)請判斷下列證據資料有無證據能力，理由何在？

1. 證人之警詢筆錄(7分)
2. 私人醫院診斷證明書(8分)

參考法條：刑事訴訟法第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。」

答：

一、從本法第159條的立法理由中，我們可以知道採納傳聞法則的理由有三，而且要注意這些排除傳聞的理由，彼此之間其實是密切關聯、環環相扣的：**正因為傳聞證據在可信度上具有比較高的風險，所以更需要擔保當事人的詰問權，賦予當事人程序上之擔保並確保真實之發現，如果今天風險很高又無法詰問來確保真實時，我們只好將傳聞證據排除在裁判依據之外**，以下就是排除傳聞的理由：

(一)可信度之問題

為求實體真實之發現，在審判中應該排除具有虛偽風險之證據，以免造成事實認定之錯誤。由於人的陳述是經由知覺、記憶、表現、敘述事實的過程而形成，因此採納傳聞證據可能會因為形成陳述的過程具有瑕疵，進而影響發現真實，採納傳聞可能的風險如下：

1. 知覺錯誤的危險

是否正確地認知事實，其知覺能力、條件有無問題。

2. 不正確記憶的危險

所憑藉之記憶有無錯誤，有無將他人的經驗與自己的經驗混淆，畢竟人的記憶力向來是不可靠的。

3. 明確性的危險

該陳述是否正確地敘述想要陳述的內容，表達能力與陳述能力是否可以明確的表達。

4. 真摯性的危險

是否根據自己的記憶忠實陳述？涉及到陳述者忠實性的問題。

(二)欠缺程序之擔保—詰問權之保障

立法理由中認為，之所以採傳聞法則，所保障者為當事人的反對詰問權。蓋傳聞在定義上針對的是「審判外」之陳述，理由在於這樣的陳述具有上面所提到的危險，因此更需要由當事人在審判期日中，藉由詰問的方式確保自身程序權，並進而達到發現真實的追求。若今天該審判外陳述無法在審判日當天給當事人詰問的機會時，基於發現真實、程序上擔保等理由，該傳聞證據應予排除，不可為裁判依據。

最高法院即有判決自憲法第8條、16條論述，認為傳聞法則之採取，正是為了保障被告之反詰問權，判決如下：「...為保障被告之反對詰問權，已採納英美之傳聞法則，而被告以外之人於審判外向法官所為之陳述及於偵查中向檢察官所為之陳述，其本質均屬傳聞證據，依傳聞法則，原均無證據能力...被告之反對詰問權，又屬憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之基本人權及第十六條所保障之基本訴訟權...」。

(三)傳聞法則較合於當事人進行原則的訴訟模式

二、以下分就兩種證據說明之：

(一)證人警詢筆錄

證人警詢筆錄是否有證據能力的部分，其為被告以外之人於審判外針對待證事實所為陳述的替代品，故應屬傳聞證據。其有無證據能力應判斷其是否屬傳聞例外，若該警詢筆錄之外，於審判中該證人亦有出庭並為不一致的陳述，此時可依本法第159條之2規定，於該筆錄較可信時賦予其證據能力。此外若是該證人出現客觀詰問不能的狀況，且該筆錄具有必要性與特別可信性時，依釋字582號解釋與本法第159條之3的精神，應賦予其證據能力。除上述開情形者外，該傳聞非屬例外而無證據能力。

(二)診斷證明書

依本法第159條之4，該特信性文書之判斷應考量其性質：「限於例行性公務或業務過程中，基於觀察或發現而例行性或機械性記載的類型化特徵所製作，若屬個案性質或預見該項文書內容將提出於刑事程序作為證據使用而作成者，即不具例行性之性質。」故診斷書應屬個案製做之文書，非屬第159條之4的特信性文書而無證據能力。

【高分閱讀】

1. 路台大，《刑事訴訟法講義第四回》，頁60-100。
2. 路台大，《刑事訴訟法精要》，來勝出版。

四、甲和乙吵架，竟將乙打至重傷、昏迷不醒（植物人），經檢察官以殺人未遂罪嫌提起公訴。請依刑事訴訟法規定，判斷並說明下列問題：

- (一)第一審法院能否改依重傷害（既遂）罪名論處？（13分）
- (二)承上，倘甲提起第二審上訴，斯時，乙終告不治。第二審法院可否改為以重傷致人於死罪，處以更重之刑期？（12分）

答：

- (一)1.本題爭點在法院可否依本法第300條變更起訴法條，由於控訴原則僅事實拘束法院，法律見解並不拘束法院，故法院可依自身法律見解進行判決。惟第300條的適用有其前提，須於同一案件範圍內方可為之。因此本題前提即在於殺人未遂與重傷害既遂是否屬同一案件。
- 2.本法下同一案件的判斷，在被告同一的前提下，對於犯罪事實同一的部分分為事實上同一與法律上同一。惟本案中並非實質上與裁判上一罪之狀況，故應自事實上同一的角度判斷之，事實上同一的判斷，在基本社會事實同一的前提下，以判斷訴之目的與侵害性行為為內容，故應以構成要件是否共通、罪質是否相同為基準，綜合判斷下列要素是否相同，包括主觀構成要件、客觀構成要件的行為方式與行為客體、罪質（保護客體：法益）。此外學說上有認應自事實是否共同而具時空緊密關聯進行判斷。
- 3.本題中甲將乙打傷一事，在刑法上來看都是對於生命身體及其相關法益的侵害且皆以故意為要件，且自學說觀點來看，這也是一個具有時空緊密關聯的案件，故應為同一案件，法院於該範圍內於告知變更並給予被告辨明機會後，可引用第300條變更起訴法條。
- (二)1.法院改判與否的前提須該死亡亦包含於審判範圍內，本案中若其為重傷致死罪應屬加重結果犯故為實質上一罪，故屬單一案件。依本法第348條，該死亡部分應與重傷部分同屬上訴審法院之審判範圍。
- 2.又依照本法第370條，為使人民勇於利用救濟程序，上訴審應受不利益變更禁止原則之限制。本案中僅有甲（被告）為己利益上訴之，故應合於該條文之要件，惟二審法院在本案中卻判決更重有違反本原則與條文之嫌，但自該條但書來看，我國實務向來對第370條但書的適用上相當放寬，刑法分則或總則適用上的不當皆可做為推翻不利益變更禁止的狀況，本題中的死亡事件應屬原審未能認事用法的證據，故二審法院應可依該條認為原審適用法律不當，自行審判之並判決較原審更重之刑罰。

【高分閱讀】

1. 路台大，《刑事訴訟法講義第一回／第七回／第八回》，頁61-64／頁95-101／頁31-34。
2. 路台大，《刑事訴訟法精要》，來勝出版。