《刑法與刑事訴訟法》

一、試附理由說明下列事實中，甲、乙之刑責為何？

(一)甲唆使乙殺A，乙誤取外觀重量神似真槍，卻無殺傷力之模型手槍朝A射擊，A毫髮無傷。(15分)

(二)甲提供尖刀一把，助乙刺殺A。翌日，乙誤B為A而持刀殺之，B因刀傷死亡。(10分)

試題評析	第一小題考不能未遂的法條適用，以及教唆犯的成立要件。第二小題考等價客體錯誤，與幫助犯的錯誤問題。
答題關鍵	第一小題的重點在於未遂犯的審查流程，只要清楚掌握著手要件的判斷、第26條的具體危險說與重大無知說之爭，即可輕鬆過關，至於教唆犯則相對簡單。第二小題的等價客體錯誤是刑法ABC，困難的地方是幫助犯的錯誤問題，必須詳細說明客體錯誤說與學界盛行的區分說，答題才能算是完整。
考點命中	《高點刑法總則（圖說）》，易律師編著，頁5-43~5-44；頁11-55~11-58。

【擬答】

(一)1.乙誤取模型槍朝A射擊之行為，不成立刑法（以下同）第271條第1項的殺人罪。

(1)本罪以「行為人殺害他人並致死亡結果」為犯罪成立要件。

(2)客觀上乙未致A於死，故客觀構成要件不該當而不成立本罪。

2.乙誤取模型槍朝A射擊之行為，成立第271條第2項的殺人未遂罪。

(1)乙不該當殺人罪之客觀構成要件已如上所述，惟乙主觀上有意致A於死地，具備殺人故意。客觀上乙取模型槍朝A射擊之行為，**依據乙行為時的主觀認識作判斷背景，「持真槍射擊」已對A形成生命法益的直接危險，乃是具有密切關聯性的舉動而該當著手**。

(2)乙無阻卻違法或罪責事由，成立本罪。

(3)乙取模型槍朝A射擊之行為，自始無法達成既遂。至於是否「**無危險**」，則有不同判斷方式：

A.實務上採取**具體危險說**，倘若一般人從事前角度都會認為那是模型槍，便欠缺具體危險，該當無危險。

B.有力見解採取**重大無知說**，認為甲不能達成既遂之原因係受騙而買到黑心商品，並非嚴重偏離一般經驗法則的重大無知，乃是無危險。

C.本案例不論採取何說答案均同，不適用第26條不罰之規定。

3.甲唆使乙殺A之行為，成立第271條第2項的教唆殺人未遂罪。

(1)客觀上甲唆使乙之行為，乃引發他人犯意的**教唆行為**，且不可想像不存在地導致正犯乙朝A開槍射擊未果而成立殺人罪的未遂犯，滿足**限制從屬性**；主觀上甲明知前述事實並有意為之，具備**教唆雙重故意**。

(2)甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，依據第29條成立本罪。

(二)1.乙誤B為A而持刀刺殺之行為，成立第271條第1項的殺人罪。

(1)客觀上乙持刀刺殺B乃製造死亡風險之殺人行為，又不可想像不存在地實現法規範欲避免的遭刺身亡結果。案例中乙誤B為A而殺之，乃發生行為客體同一性的錯誤，學說上稱作**等價客體錯誤**，並採取**法定符合說**，只要行為人主觀上認知到「客觀事實與法律規定相重疊符合之處」，便具備構成要件故意。由於殺人罪僅規定所殺之對象為「人」，乙既認識所殺之B為人又有意使其發生，故主觀上具備殺人故意。

(2)乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

2.甲提供尖刀助乙刺殺A之行為，成立第271條第1項的幫助殺人罪。

(1)客觀上甲提供尖刀給乙之行為，乃協助他人犯行的**物理幫助行為**，且不可想像不存在地導致正犯乙使用該刀而成立殺人罪，滿足**限制從屬性**；主觀上甲明知前述事實並有意為之，具備**教唆雙重故意**。惟有疑問的地方是，乙所殺之B與甲幫助所想殺之A人別有異，亦即正犯所生等價客體錯誤是否對幫助犯產生影響，素有爭議：

A.實務有採取**客體錯誤說**，認為正犯所生等價客體錯誤對幫助犯並無影響，甲依舊該當本罪構成要件。

B.學說則支持**區分說**，主張應區分情形而定。幫助犯若**將特定被害人之任務交予正犯執行**，則必須承擔正犯錯認的風險而該當幫助殺人罪；若**由幫助犯自行特定被害人**，則是成立過失致死罪與幫助殺人未遂罪的想像競合。本案例顯然是由正犯乙來確定被害客體，甲依舊該當本罪構成要件。

(2)本題無論採何說均構成要件該當，甲又無阻卻違法或阻卻罪責事由，依據第30條成立幫助殺人罪。

高點法律專班

二、丙因失業缺錢，意圖行竊潛入富商 A 之別墅，翻越外牆行至庭院時，突見 A 推開大廳正門前來庭院，丙誤 A 係發現異狀前來抓賊，出於排除障礙以遂行取財之一貫犯意，當場持預藏之 T 型扳手朝 A 之頭部猛力敲打，欲令 A 昏迷，待 A 倒地後，丙不費吹灰之力，由敞開之大廳入內，搜括大筆現金後揚長而去。A 因頭部受重擊，倒地後呈昏迷指數達「3」之植物人狀態。請問丙之行為如何論罪？（25 分）

試題評析	以強盜罪爲核心，測驗加重情狀條款、重傷罪以及形式結合犯的綜合式考題。
答題關鍵	重傷罪與強盜罪的審查其實不是很複雜，但加重情狀條款必須多加著墨，尤其是攜帶兇器有學說與實務之爭，務必詳細交代。此外強盜罪與重傷罪的形式結合犯時常被忽略，這在競合部分一定要小心。
考點命中	《高點刑法總則》，方律師編著，頁 2-33~2-39、頁 2-60~2-79。

【擬答】

(一)丙持扳手朝 A 頭部猛打之行爲，成立刑法（以下同）第 278 條第 1 項的重傷罪。

1.本罪以「行爲人攻擊他人並致重傷結果」爲犯罪成立要件。此外使他人重度昏迷而呈現植物人狀態，雖不吻合第 10 條第 4 項第 1 至 5 款的描述，**卻無疑是一種重大不治或難治之傷害**，依舊該當第 6 款的重傷結果，合先敘明。

2.客觀上，丙持扳手朝 A 頭部猛打，乃製造重傷風險之行爲，又不可想像不存在地實現法規範欲避免的「A 昏迷呈現植物人狀態」的結果；主觀上，丙明知前述事實卻仍有意使其發生，構成要件該當。

3.丙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)丙翻越外牆入 A 庭院之行爲，成立第 306 條第 1 項的侵入住居罪。

1.本罪以「行爲人無故侵入他人住宅或附連圍繞之土地」爲犯罪成立要件。

2.客觀上，丙翻越外牆入 A 附連圍繞之庭院；主觀上，丙明知前述事實卻仍有意使其發生，構成要件該當。

3.丙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

(三)丙持扳手將 A 打成重傷並入屋搜刮現金而去之行爲，成立第 330 條第 1 項的加重強盜罪。

1.第 328 條第 1 項的強盜罪以「**行爲人意圖爲自己不法之所有，以強暴至使不能抗拒而取他人之物**」爲犯罪成立要件。

2.客觀上，丙將 A 打成重傷乃是施加強暴，並達到令 A 不能抗拒之地步而入屋搜刮現金；主觀上，丙明知前述事實且有意爲之，又知悉自己並無取得該財物之法律上原因，卻想以所有權人自居，具備不法所有意圖，構成要件該當。此外丙原本雖然是基於行竊的意思，卻於著手竊盜前轉換爲強盜意思，**實務上慣稱爲轉念強盜，僅論強盜罪構成要件已足**。

3.丙無阻卻違法或阻卻罪責事由。

4.丙之行爲是否該當第 321 條第 1 項的加重條款情狀，討論如下：

(1)丙進入A的房內搜刮現金，該當第1款所稱「侵入住宅或現有人居住之建築物」的加重情狀。

(2)丙攜帶扳手是否該當第3款的「攜帶兇器」，素有爭議。實務見解向來主張，**只要該物品客觀上足以對生命、身體產生威脅**，便該兇器之定義，故螺絲起子、扳手等均屬兇器。不過學說見解強調，**只有該物品的「一般用途」是在於威脅生命、身體**者，方屬兇器，至於螺絲起子、扳手的一般用途是作爲行竊之工具，並非兇器。

(3)無論採取實務見解或學說意見，丙之行爲均至少該當一個加重條款，成立加重強盜罪無疑。

(四)結論：丙成立的侵入住居罪與加重強盜罪乃不真正競合關係，僅論加重強盜罪即可。丙成立加重強盜與重傷兩罪，由於兩罪**在時間上有銜接性、地點上有關連性**，依據第 332 條第 2 項第 4 款之規定，犯強盜罪而使人受重傷者，**成立強盜重傷罪之形式結合犯**，並依該罪法定刑論處。

三、被告甲涉嫌收受賄賂罪之案件，檢察官於偵查中，以有共同收受賄賂之人未經查獲；而認甲有毀證、滅證及串證之嫌，向法院聲請羈押獲准。於羈押期間，檢察官提訊甲，希望甲能供出其他收賄之人，並許其為污點證人，以作為其從輕求刑的條件。經甲同意後，檢察官乃以新臺幣 50 萬元，給予甲具保停押，甲繳交保證金之後獲釋。嗣後檢察官再傳喚甲時，甲無正當理由不到場，檢察官乃認其有逃匿之嫌，將其保證金 50 萬沒入。試問檢察官沒入保證金的作法是否合法？申論之。（25 分）

試題評析	單純檢視考生對於條文以及實務見解是否熟稔的考題，有條理應答者要取高分並不困難。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》，路台大編撰，第三回（第十章），頁 75-76。

【擬答】

(一)依刑事訴訟法(下稱本法)110 條規定，檢察官得向法官聲請停止羈押，且依本法 113 條規定，於收受保證金後，即可停止羈押。根據上開規定，本案中檢察官得向法院聲請停押，且於甲繳交保證金後停押釋放應屬合法程序。

(二)依本法 118 條規定：具保之被告逃匿者，應命具保人繳納指定之保證金額，並沒入之。不繳納者，強制執行。保證金已繳納者，沒入之。故於被告逃匿時，依法得將繳納之保證金加以沒入，故若被告逃匿自可依本法將保證金合法沒入。惟在逃匿要件的檢驗上，依目前實務見解，所謂逃匿係指逃亡或藏匿而言，故必須具保之被告有逃匿之事實，方得沒入保證金。因此在個案中，若被告未到場係肇因於就醫等事由時，不可逕自認定爲逃匿而沒入保證金。故於本案中，檢察官對於逃匿認定是否正確，將決定其沒入保證金行爲是否合法。

(三)觀察本案與我國實務見解，有判決表示兩次經合法傳喚無正當理由不到庭，且經拘提無著者，應可認有羈押之必要，故可不再令其具保停押，且此時若有逃匿事實者，應可沒入保證金。本案中，檢察官已傳喚甲到場，但甲無正當理由不到場，管見以爲依目前實務見解與條文，應可認有逃亡之虞故可沒入保證金，惟爲求謹慎，或可於傳喚不到後核發拘票，待拘提無著時再行認定逃亡而沒入保證金，此作法會更爲妥適。

四、被告甲涉嫌竊盜罪案件，檢察官於偵查中發現有贓物寄放於乙之私人住處，乃向法院聲請核發搜索票，並交予檢察官 A 執行。A 持搜索票於夜間至乙住處，欲行搜索，而為乙所拒絕。A 乃認為既有搜索票，應得為搜索，遂強行搜索並查扣可疑之物，試問 A 之搜索行為是否合法？其效果為何？申論之。（25 分）

試題評析	本題不若往年命題以無令狀搜索合法性爲主，而是以 146 條夜間搜索爲考點，但命題內容單純，僅需將條文與目前實務學說爭議的問題點點出，即可獲得不錯分數。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》，路台大編撰，第三回（第十章），頁 117-119；第四回（第十一章），頁 22-47。

【擬答】

(一)依本法 128 條規定，目前本法採相對法官決定之立法模式，故原則上搜索票之核發，仍須經檢察官聲請，由法官審核後核發。本題中爲檢察官聲請法官核發搜索票，合乎本法規定，屬合法之有令狀搜索。

(二)惟縱令搜索之發動合法，其執行過程亦須合法，如本法 146 條即規定搜索執行不可於夜間爲之，除例外得當事人同意或 147 條三種特殊場域外，原則上禁止夜間搜索。因此，本題中雖然有令狀屬合法之發動，但執行上於夜間，此種狀況是否合法容有疑義：

1.實務上認爲夜間搜索之禁止，是爲了保障人民基本權利而設計，且爲針對搜索執行而規定，因此法官縱令合法核發搜索票，基於保障人權的想法，夜間執行一事並不包含在法官搜索票的准許範圍內，故縱另有搜索票，除非有本法例外允許的情形，原則上不得於夜間搜索之。

2.惟學說上有相反之見解，學說上認爲法官對於搜索票的審查，本身就是進行人民基本權可否干預的衡量，因此法官自然可藉由搜索票核發允許夜間搜索。此外，學說上也認爲本條規定是對於執行者的限制，故對於搜索票核發者的法官並未設有限制，法官當然有允許夜間搜索之權。最後，基於維護社會治安的角度來看，若不允許夜間搜索，將導致夜間犯罪行爲無法取締控制，可能對治安維護有不良影響。

(三)管見以爲從現行法規定並未明文允許法官准許夜間搜索，及考量夜間對人民基本權侵害的嚴重性，實務見解應較爲可採，管見以爲本題中 A 的搜索行爲既屬夜間搜索，且無同意或 147 條的例外情況，本案中的搜索應屬違法，後續扣押自屬違法無疑。

(四)違法取得的證據部分，由於本法並未明文規範違法搜索、扣押的法律效果，故應依本法 158 條之 4 權衡公共利益與人權保障，決定該證據是否排除之。依最高法院 93 年台上 664 號判例，證據應否排除應考量下列八點：

1.違背法定程序之主觀意圖

2.違背法定程序之程度

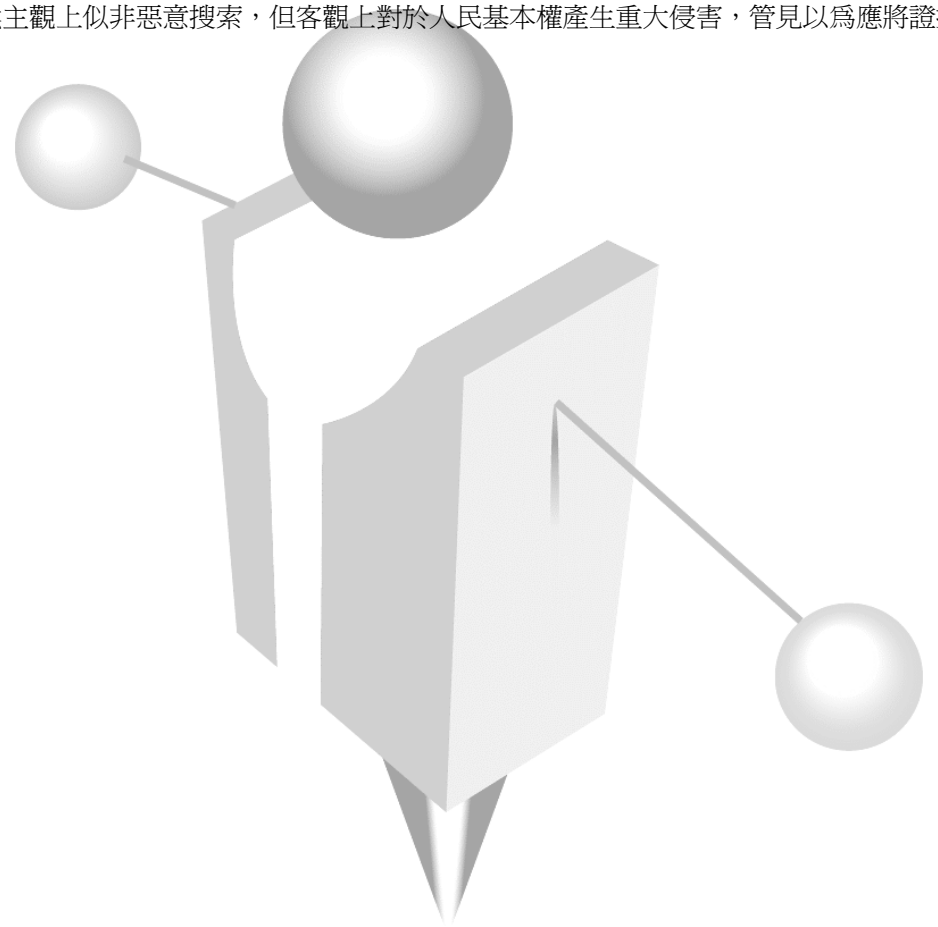
3.違背法定程序之狀況

4.侵犯被告或犯罪嫌疑人權益的種類輕重

版權所有，重製必究！

5.犯罪所生危險或實害
6.禁止使用證據對於預防將來違法取證之效果
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。

本案中，A 雖然主觀上似非惡意搜索，但客觀上對於人民基本權產生重大侵害，管見以為應將證據排除之。



【高點法律專班】
版權所有，重製必究！