

《刑法與刑事訴訟法》

一、中華賽鴿協會舉辦飛鴿競賽，賽鴿由臺北飛往臺東，甲於鴿子飛行必經路徑之臺中山區高地，架設網子計劃捕捉賽鴿。試問：

- (一)架設網子完成，比賽並已開始，但尚未捕到賽鴿即經查獲，甲應論以何罪？（10 分）
- (二)如同時捕捉到 A、B、C 三人之賽鴿，應如何論罪？（10 分）
- (三)設甲以捕捉到之賽鴿出售予 D，得款新臺幣 10 萬元，而以該 10 萬元購得鑽戒 1 只，再將之贈與女友乙，乙明知該鑽戒係甲以出售捕捉之賽鴿得款 10 萬元所購得，竟予收受，乙是否構成犯罪？（10 分）

命題意旨	本題第一小題在測驗考生對未遂理論的操作；第二小題在測驗竊盜罪法益數的判斷；第三小題在測驗準贓物罪之概念。
答題關鍵	第一小題首重各理論之闡釋；第二小題須實際涵攝論述判斷標準；第三小題須對準贓物的意義有認識。
考點命中	1.《高點刑法講義》第一回，許台大編撰，未遂犯部分。 2.《高點刑法講義》第四回，許台大編撰，竊盜罪、贓物罪部分。

【擬答】

(一)甲於台中架設網子，欲捕捉他人賽鴿，可能觸犯刑法 320 條 3 項竊盜罪之未遂犯：

- 1.本條構成要件為意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產而不遂者。今甲未既遂且有處罰明文，合先敘明。
- 2.又甲主觀上具有故意和不法所有意圖，並無疑義。客觀上，甲是否有著手則有疑義。
- 3.關於著手主要有以下數種學說：
 - (1)實質客觀說（實務）：鑑於形式客觀說拘泥於構成要件，過度僵化，且無法圓滿解釋非定式犯罪，故嘗試修正並增加彈性。為合理提前著手時點又不致於背離罪刑法定原則，有以只要行為人有與構成要件行為具有密切關聯性的舉動，即屬著手的密切行為說；有以行為本身危險性判斷的行為危險說；也有以行為人是否已完成所有犯罪行為的中間行為說。
 - (2)變通主觀說：雖以主觀判斷為主，但還是必須要有犯意飛躍表動的客觀行為。
 - (3)主客觀混合說：此為學界通說，由行為人之整體犯罪計畫觀察，客觀第三人可認為行為已引起法益的密切風險，或為與構成要件有密切關連之行為，即為著手。
- 4.然依實務所採之實質客觀說或學界通說之主客觀混合說，客觀上賽鴿才從台東出發，需飛到台中才可能產生被甲捕捉之具體危險；途中影響賽鴿飛行的因素非常多，賽鴿也不一定就會飛到台中；再者，基於刑法謙抑特性，應限於對法益造成實際危險時，本罪方有發動之必要性，綜上，甲應尚未著手，又本罪不罰預備，故甲無罪。

(二)甲於台中架設網子，捕捉 A、B、C 成立三個刑法 320 條 1 項之竊盜罪，依刑法 55 條一行為觸犯數罪名，論以想像競合：

- 1.由於財產只要一經持有，即形成社會的和平秩序，應予以保障而不得侵害。故我國多數學者多主張竊盜罪之保護客體，為物之現實持有狀態，即對物之支配關係。
- 2.今賽鴿分屬三人，即為在各別三人之持有中。又即使該三人身處台東，而賽鴿飛至台中，也許現實上持有連結較為薄弱，但仍不得謂賽鴿就此已脫離 A、B、C 三人之持有支配之下。
- 3.今甲以架設網子之一行為，一次破壞 A、B、C 三人對各別賽鴿的持有，即為一行為觸犯數罪名，應依刑法 55 條想像競合，從一重處斷。

(三)乙收下甲所贈鑽戒，可能成立刑法 349 條收受贓物罪：

- 1.刑法 349 條 2 項規定，因贓物變得之財物，以贓物論，此即準贓物。
- 2.通說所謂「因贓物變得之財物」應僅限於與原物具有「同一性」之物，因販賣竊得之珠寶所獲之價金。如以準贓物再變得之財物，則非準贓物，實務亦同，例如：竊取手錶變賣現金後，再以該現金購買音響，該音響即不得以贓物論。

- 3.準贓物之概念僅限於與該物有密切關係，依社會觀念上所認為相同之物。有學者則更一步認為，準贓物的概念，應限縮於基於經濟交易或法律行為所變得的財物。
- 4.然無論依何說，甲將捕捉到的賽鴿變賣後所得之價金，再去購買鑽戒贈送與乙，已失去與原物具有「同一性」之性質，故不成立本罪。

二、甲為某公立醫院腎臟科權威醫師兼任內科主任，A 罹患腎臟病在該醫院住院治療，乙擔任 A 之主治醫師，針對 A 之診療，由於臨床經驗不足而向甲請教醫療對策。甲看過 A 之病歷資料後，發現 A 係先前誣告他醫療疏失，使他纏訟多時之仇人，乃興起向 A 報復之心。甲由於擔任內科主任，平時即耳聞乙對護士們極為嚴厲，特別是經常指責辱罵護士丙，致使丙對乙頗為不滿。甲決定利用機會殺害 A 來洩恨，於是建議乙開立不適當之處分藥給 A，乙未加查證而依甲之建議開立處方。此外，甲深知依該處方適量服用並不會致死，必須將藥量加倍始能致死，於是指示不知情之丙在 A 所服用之藥包中將該藥量加倍，並告訴丙說：「藥量加倍給 A 服用，不致於使 A 死亡，但會使 A 嚴重腹瀉，如此可使乙因診療不當而受到懲罰！」，丙遵照甲之指示行事。然而，甲一開始即誤認欲報復之對象，事實上甲所欲殺害者係同樣在該醫院住院之腎臟病患 B。結果，A 服用該藥後病情惡化，經急救後不治死亡，而 B 並未遭受傷害。試問：

(一)甲之行為應如何論處？(15 分)

(二)乙、丙之行為應如何處斷？(15 分)

命題意旨	本題第一小題在測驗考生對間接正犯、等價客體錯誤的認識；第二小題在測驗因果關係和過失的判斷。
答題關鍵	第一小題需在有限時間內將複雜事實與理論整理清楚；第二小題需就累積因果關係和過失的內容詳細涵攝。
考點命中	1.《高點刑法講義》第一回，許台大編撰，過失犯、因果關係部分。 2.《高點刑法講義》第二回，許台大編撰，間接正犯、錯誤部分。

【擬答】

(一)甲利用乙、丙欲殺 B 卻殺到 A，可能觸犯刑法 271 條之殺人罪：

- 1.按利用或透過他人作為犯罪工具，而實現自己犯罪之人，為間接正犯。間接正犯的特性在於，其實行為是把「人類」（他人）當作為自己犯罪的工具來使用，以遂行自己的故意犯行。
- 2.而其內涵依通說見解所採之犯罪支配理論，認為間接正犯的支配性，在於幕後操縱者優越的意思支配，在幕後人才是支配整個犯罪因果流程的核心角色。這種優越地位可能來自於「認知的優越性」、「意思（意欲）的優越性」。諸如幕後人利用詐術欺騙、使用強暴脅迫手段逼迫，或利用支配無責任能力之幼童、精神病患為其犯罪。在組織與企業中，幕後人的意思支配也可能透過組織性支配關係來遂行犯罪。
- 3.客觀上，甲利用乙之信任與丙之錯誤認知，惹起他人生命之法不容許之風險，且風險亦實現在構成要件效力範圍內，故客觀構成要件該當。
- 4.主觀上，甲欲殺 B 卻殺到 A，構成學理上之「等價客體錯誤」，其故意是否受有影響，容有疑義。依通說見解，只要對他人的生命法益有侵害之意思，即可肯定其具有殺人故意，易言之，此種認識錯誤之事實與法定之事實，法律上非難價值相同，殺人之故意無異，法律上但問其是否預見為人而實施殺人之行為，至於其人為 B 或為 A，無關於犯罪之成立，實務見解亦同。又甲無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

(二)1.乙未自行確認處方，成立刑法 284 條過失傷害罪，而非 276 條之業務過失致死罪：

- (1)客觀上，乙身為病患之主治醫生，未自行確認處方，係惹起一對病人身體康之風險，然若依甲給予乙之處方，並不致病患死亡，需加上丙加重劑量所引起之風險，方得致病患於死，即為傳統學說上稱之「累積因果關係」，亦即客觀上存有數個單獨均不足以造成結果發生之原因，但其共同發生效力致結果發生。
 - (2)累積因果關係依學者見解，雖有結果為不可想像行為不存在的條件說因果關係，但無客觀歸責，蓋其引起之風險本非致他人死亡的生命風險。
 - (3)主觀上，乙對減損病人健康一事，並無知與欲，故不具故意。惟其未確認處方，違反客觀注意義務，且對病人健康受損之結果有客觀預見可能性，故具有過失。又不具阻卻違法及罪責事由，成立本罪。
- 2.丙依甲指示加重劑量，不成立刑法 276 條之業務過失致死罪：

- (1)客觀上，丙身為護理人員，不按處方給藥，而加重劑量，係惹起 A 死亡之風險，且風險亦實現在構成要件效力範圍內。
- (2)主觀上，丙身為護士，對於醫學之知識本不如醫師甲，而醫師甲既已保證加重劑量僅係造成 A 腹瀉而非死亡，丙自然無法預料到病患因此死亡之結果，故丙就此不具客觀結果可預見性，不成立本罪。
- 3.丙依甲指示加重劑量，成立刑法 277 條之傷害罪：
- (1)客觀上，丙身為護理人員，而不按處方給藥，而加重劑量，係惹起減損健康 A 之風險，且風險亦實現在構成要件效力範圍內。
- (2)主觀上，甲已明言告知丙加重劑量會造成病患嚴重腹瀉，身體健康受損，但丙身為護士，卻仍明知而有意使其發生，故具有故意。又丙不具阻卻違法與罪責事由，故成立本罪。

三、檢察官以被告甲與在逃之友人乙共謀，在甲所有的工廠倉庫開設賭場，聚集丙等多數人賭博財物，並抽頭圖利，認被告甲涉犯刑法第 268 條意圖營利開設賭場罪之共同正犯提起公诉。第一審法院審理結果認定係由乙主導聚集多數人，開設賭場圖利，而被告甲係知悉上情而容許乙使用其工廠倉庫，協助乙之犯行易於實現，故被告甲僅成立開設職業賭場之幫助犯，並判處其有期徒刑 6 月，如易科罰金，以新臺幣 1 仟元折算 1 日。對此第一審判決，僅被告甲不服量刑結果提起第二審上訴，檢察官則接受判決結果，並未上訴。惟經第二審法院依職權調查結果，認原審法院有影響判決結果之事實誤認及適用法令之違誤，遂撤銷原判決，改諭知上訴人甲成立意圖營利開設賭場之共同正犯，並判處其有期徒刑 8 月，緩刑 2 年。

試論本設例第二審法院判決之適法性如何。(30 分)

命題意旨	本題旨在測驗考生對於不利益變更禁止原則及其例外之掌握程度。
答題關鍵	回答上應留意到實務對於刑事訴訟法第 370 條第 1 項「諭知較重於原判決之刑」，以及但書所謂「但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」之詮釋。
考點命中	1.《高點刑事訴訟法講義》第八回，黎台大編撰，頁 14-22。 2.《高點刑事訴訟法二試總複習講義》第一回，黎台大編撰，頁 163-171。

【擬答】

第二審法院所為之判決應屬適法，理由分述如下：

(一)本案僅被告甲提起第二審上訴，符合不利益變更禁止適用之前提

- 1.刑事訴訟法（下同）第 370 條第 1 項所規定之不利益變更禁止原則，適用上以「被告上訴或為被告之利益而上訴」且「檢察官未為被告不利益上訴」作為前提要件。
- 2.系爭案例中，檢察官未提起二審上訴，被告甲則以不服量刑結果提起上訴，符合不利益變更禁止原則適用之前提。

(二)第二審法院未諭知較重於原審之刑，判決未違反不利益變更禁止原則

- 1.惟查，不利益變更禁止原則之適用，尚須具備第二審諭知「較重於原審判決之刑」要件，本案第二審法院判處被告 8 月有期徒刑，雖較第一審宣告之 6 月有期徒刑為重。然第二審法院諭知被告 8 月有期徒刑同時，亦宣告「緩刑」2 年，故本案是否具備「不利益」之要件，值得討論。
- 2.依實務見解，刑事訴訟法第 370 條所定不利益變更禁止原則，所謂不利益，應從第一審及第二審判決所宣告主文之刑（刑名及刑度）形式上比較外，尚須整體綜合觀察對應比較。凡使被告之自由、財產、名譽等受較大損害者，即有實質上之不利。緩刑宣告本質上無異恩赦，得消滅刑罰權之效果。在法律上或社會上之價值判斷，顯有利於被告(最高法院 99 台上字第 4684 號判決)。
- 3.基此，本案於整體綜合觀察下，緩刑之宣告既然有利於被告，則本案之判決自無不利益可言，是第二審法院並非諭知較重於原審判決之刑，該判決合法。

(三)退步言之，縱認第二審判決諭知重於原審判決之刑，惟個案中符合不利益變更禁止原則之例外，系爭判決仍屬適法

- 1.縱認第二審法院改諭知被告甲「8 月有期徒刑，緩刑 2 年」屬不利益，然依第 370 條第 1 項但書之規定「因原審判決適用法條不當而撤銷之者」，不適用不利益變更禁止原則。
- 2.就本條但書之解釋，實務見解認為，凡變更第一審判決所引用之刑法法條皆屬之（最高法院 29 年上字第 5380 號判決）。從而，第一審法院依刑法第 30 條認定甲屬開設職業賭場知幫助犯，而第二審法院改依刑

法第 28 條論以甲開設賭場之共同正犯，因屬引用法條之變更，符合不利益變更禁止原則之例外，故第二審法院判處甲有期徒刑 8 月，緩刑 2 年。仍屬適法。

四、甲駕駛小客車搭載女友乙於出遊途中，因違規超速遭執行交通勤務之警察丙、丁開單告發，甲、乙心生不悅，遂以警察找碴為由，橫加阻攔，爭執中，甲出手毆打丙、丁致其二人臉部受傷。檢察官指定期日傳訊被告甲、乙，僅乙到庭應訊。檢察官對被告乙告以刑事訴訟法第 95 條之權利事項後，乙否認有毆打警察情事，並據供稱：「警察丙、丁是被甲毆打成傷的」等語。檢察官詢以所供是否屬實，乙答稱：「實在」，乃命乙供後具結。

案經檢察官偵查終結，起訴甲、乙共同涉犯妨害公務執行罪嫌。於第一審法院審理中，丙具狀向法院、丁具狀向檢察官，分別對甲提出傷害之告訴（均未逾告訴期間），檢察官就丁告訴部分，追加起訴甲涉犯傷害罪嫌，分案由同一審判庭審理。甲、乙於審判中，對於起訴之犯罪事實，均自白認罪。

試問：

（一）第一審法院對於甲傷害丙、丁部分，應如何審判？（15 分）

（二）就甲被訴之案件，乙於偵查中之上開供述有無證據能力，其理由為何？（15 分）

命題意旨	本題第一小題涉及告訴合法性、案件單一性之認定；第二小題則在測試考生對於刑訴第 159-1 第 2 項之傳聞例外的掌握程度。
答題關鍵	第一小題須留意提起告訴應向何人為之，以及妨礙公務罪與傷害罪間之罪數關係；第二小題須注意實務對於第 159-1 第 2 項適用上的要求。
考點命中	1.《高點刑事訴訟法講義》第一回，黎台大編撰，頁 86-87。 2.《高點刑事訴訟法講義》第七回，黎台大編撰，頁 67-70。 3.《高點刑事訴訟法二試總復習講義》第一回，黎台大編撰，頁 77-80、頁 131。

【擬答】

（一）法院就甲傷害丙之部分，因欠缺合法告訴，法院毋庸為任何裁判；就傷害丁部分，應為實體裁判

1. 本案甲所犯之妨礙公務罪與傷害罪之間，應係一行為觸犯數罪名、侵害數法益之想像競合犯類型，屬法律上一罪關係，合先敘明。

2. 甲傷害丙部分

（1）按刑事訴訟法（下同）第 242 條第 1 項之規定：「告訴、告發，應以書狀或言詞向檢察官或司法警察官為之」；最高法院 73 年台上字第 4314 號判例亦謂：「告訴乃論之罪，被害人未向檢察官或司法警察官告訴，在法院審理中，縱可補為告訴，仍應向檢察官或司法警察官為之，然後再由檢察官或司法警察官將該告訴狀或言詞告訴之筆錄補送法院，始得謂為合法告訴。」

（2）據此，本案丙於審判中補行告訴，仍應向檢察官或司法警察為之，其具狀向法院對甲提出傷害之告訴，於法不合。至於該部分未經合法告訴之傷害罪，與起訴部分之妨礙公務罪間，因不生有罪與有罪之關係，故縱使係法律上一罪關係，亦無起訴及審判不可分之適用（第 267 條參照），是基於不告不理原則，法院毋庸為任何裁判。

3. 甲傷害丁部分

承上所述，補行告訴之對象應係檢察官或司法警察。丁具狀向檢察官對甲提出傷害告訴，即屬適法。惟查，本案檢察官已起訴之妨礙公務罪與傷害罪之間，屬於一罪之想像競合關係，且此部分業經合法告訴，法院得為實體判決。故依第 267 條之規定，起訴效力及於未經起訴之傷害罪。是本案檢察官僅需將丁補行告訴的部分「函請法院併辦」即可。檢察官倘以追加起訴之方式為之，恐有同一案件重複起訴之嫌，故法院應就檢察官之追加起訴，諭知第 303 條第 2 款不受理判決。

（二）乙於偵查中之供述有證據能力，理由如下：

1. 按第 159 條之 1 第 2 項規定：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」我國最新實務見解認為，本條項檢察官前陳述之傳聞例外，適用上必以該被告以外之人於偵查中經具結，始符合法律程序之規範。又個案中，不論係共同被告、共犯、被害人等，均屬被告以外之人，並無區分。是檢察官訊問時，無論傳喚時之身分為何，只要對象係被告以外之人，均應依法命其具結，以擔保其係據實陳（最高法院 102 年第 13 次刑庭決議參照）。

- 2.查甲、乙二人為共犯關係，又檢察官傳喚乙到庭應訊時，乙供稱：「警察丙、丁都是背甲毆打成傷的」。該陳述係實係共犯乙對於甲所為之不利陳述，是乙到庭時雖係基於被告、共犯之地位應訊，然其陳述他共犯之不利內容之際，實係立於證人之地位所為陳述。據此，檢察官若欲將乙所為之不利甲陳述作為證據，即應依證人之取證方式為之。
- 3.本案，檢察官獲悉被告乙所為不利他共同被告之陳述後，依第 189 條第 1 項後段之規定，命乙為供後具結，符合實務上對於第 159 條之 1 第 2 項之具結要求。乙於偵查中之陳述，具有證據能力。
- 4.附帶一題者係，因檢察官於偵查中未給予本案被告甲行使對質詰問之機會，故審判中法院仍應給予甲補行對質詰問之機會後，始得將系爭偵查中之檢訊筆錄作為判決之依據，併予敘明。

五、無業大學畢業生甲在公園中見乙於樹下專注上網，乘乙不注意時，出手欲從乙身後拿取其錢包。路人丙見狀，高呼抓賊，甲驚慌逃逸，致未取得財物。丙縱身一撲，將甲壓制倒地。兩人纏鬥，甲用蠻力將丙摔傷，繼續逃逸，遭巡邏警員制伏。檢察官偵查結果，認為甲因失業困苦，且深具悔意，所犯只該當竊盜未遂，丙也撤回傷害告訴，遂以竊盜未遂係屬微罪，依職權不起訴，並對傷害罪不起訴處分。另一告訴人乙不服，聲請再議，上級法院檢察署檢察長認該再議有理由，以該職權不起訴用法不當為由，命令原檢察官起訴。試問：

- (一)原檢察官有關竊盜未遂之法律見解是否妥適？試請分析之。(20 分)
- (二)原檢察官若依上級檢察長命令提起公訴，其原先之職權不起訴與不起訴處分之效力為何？試請分析之。(20 分)
- (三)檢察官依法起訴後，法院調查結果認為甲趁乙不注意時已取得其錢包，只是在與丙纏鬥時脫落，致其遭警員逮捕時，查無贓物。而且，發現甲在背包內攜帶乙把水果刀，甲對此則辯稱係為野餐之用，竊盜乃是臨時起意，絕無行兇意圖。試問甲之罪責為何？(20 分)
- (四)起訴書犯罪事實若記載為甲行竊失敗逃逸後傷害追捕者丙，法院可否依所認定之甲已取得錢包，而因逃逸與丙纏鬥脫落之事實，判決甲有罪？法院應踐行何種程序為之？(20 分)

命題意旨	本題實體法皆在考驗準強盜罪之相關議題。第二小題旨在測驗考生對於不起訴及再議程序之掌握；第四小題則係測驗變更起訴法條之問題。
答題關鍵	第一小題：準強盜罪構成要件定性、釋字 630 號。 第二小題：只要能掌握住絕對不起訴處分及相對不起訴處分之法條及要件規定，問題即可迎刃而解。 第三小題：準強盜罪與加重強盜罪、兇器。 第四小題：涉及起訴法條應否變更之判斷。 此外，須留意到，本題其實有準強盜罪之問題，然而觀諸題幹以及第二、四小題的題目問法，似乎未有將準強盜罪之問題混入刑訴部分考題的意思（否則整個答題方向會完全不同），因此本擬答仍以出題者一開始所設定之竊盜罪及傷害罪為解題方向。
考點命中	1.《高點刑法講義》第四回，許台大編撰，竊盜罪、準強盜罪部分。 2.《高點刑事訴訟法講義》第五回，黎台大編撰，不起訴及再議部分。 3.《高點刑事訴訟法講義》第六回，黎台大編撰，頁 93-97。 4.《高點刑事訴訟法二試總復習講義》第二回，黎台大編撰，頁 1-25。

【擬答】

(一)原檢察官對於竊盜未遂之見解似有誤，本案可能該當刑法 329 準用 328 條之準強盜罪：

- 1.按刑法 329 條之規定，為竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫者，以強盜論。又通說認為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證僅為主觀意圖，因此行為人誤認同夥為追捕之人，而施以強暴、脅迫，亦可成立準強盜罪。
- 2.又依司法院釋字 630 號解釋，必於竊盜或搶奪之際，當場實施之強暴、脅迫行為，已達使人難以抗拒之程度，其行為之客觀不法，方與強盜行為之客觀不法相當。然所謂難以抗拒與強盜罪之不能抗拒，是否有不同，容有不同見解，而有學者認為，準強盜罪因法律效果是以強盜論之，故強暴程度解釋上自應相同，方符合平等原則，以及本法之體系解釋，亦值傾聽。

3.客觀上，甲從乙後方出手拿取其錢包而未取得財物，係犯竊盜或搶奪未遂之人，後並為脫免丙之逮捕而對丙施強暴。通說實務皆認為，若為脫免逮捕型或湮滅罪證之準強盜罪，則竊盜搶奪不需既遂。又甲基於脫免逮捕之意圖，而向第三人施強暴脅迫施強暴脅迫，且甲所施之強暴，足脫免丙之追捕，顯見已達使人難以抗拒之程度。又主觀上，甲亦具有本罪故意，構成本罪。故檢察官認其為竊盜未遂，於法不合。

(二)原檢察官先前所為之不起訴處分效力，分述如下：

1.對於竊盜未遂部分之職權不起訴，因上級法院檢察署檢察長撤銷而失其效力

(1)本案甲涉犯之竊盜未遂罪，屬刑事訴訟法（下同）第 376 條所之案件，依第 253 條之規定，檢察官參酌刑法第 57 條所列事項後，認為以不起訴為適當者，得為不起訴處分。

(2)惟查，檢察官為不起訴之處分後，該處分並非立即確定，尚須告訴人已無法提起再議或交付審判之救濟程序後，始生第 260 條之實質確定力。故告訴人乙既已聲請再議，且上級法院檢察署檢察長亦認為再議有理由，依第 258 條第 2 款命原檢察官起訴，原不起訴處分即失其效力。

2.對於傷害罪部分所為之不起訴處分，具有第 260 條之實質確定力

按第 252 條第 5 款之規定，「案件有左列情形之一者，應為不起訴之處分：五、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者。」告訴人丙就甲涉犯傷害罪部分既撤回告訴，檢察官自應依此規定為不起訴處分。且查，本案並無告訴人提起再議及交付審判，是本件不起訴處分，應產生第 260 條之實質確定力，非有該條但書之事由者，不得對於同一案件再行起訴。

※注意：

本題若以準強盜罪作為答題方向，因準強盜罪屬單一案件，故檢察官起訴一部分（竊盜）之犯罪事實，依刑事訴訟法第 267 條，他部犯罪事實（傷害）視為亦提起公訴，原傷害之不起訴處分將成為無效之不起訴處分。

(三)甲攜帶兇器竊盜未遂而施強暴於乙之行爲，可能構成刑法 330 條 2 項之加重強盜未遂罪：

1.按刑法 329 條之規定，為竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫者，以強盜論。又通說認為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證僅為主觀意圖，因此縱未尋得贓物，亦屬準強盜罪。依刑法 329 條，以強盜論是以強盜罪之相當條文處罰之意，包括未遂、加重結果及預備，皆準用之。合先敘明。

2.客觀上，甲依 329 準用 329 條之結果，應以強盜論之。而無論是依學者及實務採之以前行為（竊盜或搶奪行為）的既未遂，作為準強盜罪既遂與否的標準；或是部分學者基於準強盜罪仍為財產犯罪，而採以行為人最後是否取得財物為斷之見解，甲皆不該當強盜既遂而僅屬未遂。

3.此外，實務上認為準強盜罪可成立加重強盜罪，其認：「刑法第 329 條之以強盜論，即以強盜罪相當條文處罰之意，並非專以第 328 條第 1 項之強盜論，故第 330 條所謂犯強盜罪，不僅指自始犯強盜罪者而言，即依第 329 條以強盜論者，亦包括之，如此項準強盜有第 321 條第 1 項各款情形之一，自應依第 330 條論處。上訴人果有於夜間侵入他人住宅行竊，因被事主發覺急迫，為防護贓物，脫免逮捕，乃以竊得手槍，對天連放兩響情事，則其所犯之準強盜罪，已具有刑法第 321 條第 1 項第 1 款之情形，即應依同法第 330 條第 1 項於夜間侵入住宅強盜罪論處。」（最高法院 42 年台上字第 523 號刑事判例）。

4.又刑法 321 條所稱之兇器，指行為人攜帶兇器有行兇之可能，客觀上具有危險性，至其主觀上有無持以行兇或反抗的意思，尚非所問。然依學者見解，在我國實務目前兇器認定浮濫，連行竊之工具諸如螺絲起子都可被認為是兇器之狀況下，多半認為在認定上必須參酌行為人之主觀意圖，而不能只以該器具對人身客觀上有危險而定。惟依實務見解，甲即使真為野餐之用，然水果刀客觀上對人之生命具有危險性，仍會被認定屬於兇器，而成立加重強盜未遂罪。

5.又甲主觀上亦具本罪不法所有意圖及故意，並無阻卻無法及罪責事由，故構成本罪。

(四)法院可改認定甲已取得錢包（即既遂），判決甲有罪；惟法院是否應踐行刑事訴訟法（下同）第 300 條之變更起訴法條程序，容有爭議

1.本案例中，甲是否取得錢包，涉及竊盜罪既未遂之判斷，雖檢察官於起訴書中記載甲未得手錢包，屬竊盜未遂。然法院既為法律之適用者，對於認事用法，具有最終之審酌及判斷之權限。故檢察官起訴書之認定，並不能拘束法院。是法院於審理過程中，倘認定之結果與檢察官不同，自應以法院之認定為主。據此，於同一性之範圍內，法院可認定甲已取得錢包，而因逃逸與丙纏鬥之事實，判決甲有罪。

2.法院得變更檢察官就（同一性範圍內之）犯罪事實及法律見解之認定，固無疑義。然是否須踐行第 300 條變更起訴法條程序，實務及學說上容有不同見解：

(1)實務見解

實務上認為，所謂「變更法條」，係指罪名之變更。從而，法院審理之結果所認定之罪名倘若與檢察官所引應適用法條之罪名相同，縱使項款不同，亦無庸引用第 300 條之規定。故個案中倘若罪名相同，僅係既未遂之差別，毋須援引第 300 條之規定。

(2)學說見解

相較於上開實務見解，學說上認為，變更起訴法條之規範目的，在於維護被告之防禦權，只要影響被告防禦權之行使或可能造成突襲性裁判者，皆應踐行變更程序。

(3)小結

依實務見解，竊盜罪之既未遂，差別既然僅在於刑法第 320 條第 1 項或第 3 項之援用，罪名上並無差異，則法院自無庸踐行變更起訴法條之程序，即可為判決；然依學說見解，既未遂之改變，除法律適用上有所差異，事實認定上也有所不同，無論如何，均牽動被告防禦權之完善行使。若法院未踐行第 300 條之變更起訴法條程序，無異是造成被告突襲性之裁判，是法院仍應依法踐行變更起訴法條之程序，給予被告充分辨明之機會，程序始為適法。

※注意：

本題若以準強盜罪作答，則本案涉及之爭點為：檢察官以竊盜未遂罪起訴，法院認為應成立準強盜罪之情況，是否須援用刑訴第 300 條？（若以此方向作答，則本小題將無學說及實務爭議，蓋兩者均認為此種情況必須踐行變更起訴法條之程序）

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！