



# PRIORITY PASS 法律國考貴賓室

## 准考證就是你的VIP卡！

113/10/31前

憑113司律二試 >> 享優惠



### ★弱科健檢★ 復盤知強弱，追分更有力



如果您有以下疑難雜症：

✓科目複習抓不到要領

✓讀書計畫怎麼妥善安排

✓申論題總寫不到重點

請來高點做專業健檢諮詢，您能獲得：

★個人化的備考規劃建議

★優秀助教群提供弱科指導

### ★114正規課+分眾課程★ 全新課程迎勝試

課程	面授/網院	雲端兩授
律師司法官	全修 45,000 元 正規班單科 7 折	年度班 48,000 元 正規班單科 8 折起
案例演習班+ 演習讀書會	全修 48,000 元起 單科 75 折	案例演習班全修特價 30,000 元起 單科 85 折
台政專攻班	單科 2,500 元起	單科 4,500 元起
轉考司法三等/四等 調特三等	全修 22,000 元起	--
司律小資	紅標 + 綠標 25,000 元起	--

【司律二試】解題講座：10/24起開講，預約入場



# 《刑法與刑事訴訟法》

- 一、甲、乙二人計劃侵入郊區獨棟別墅盜取財物，找來友人丙協助把風。某日，甲得悉某別墅屋主出國，深夜召來乙、丙一同抵達現場，甲、乙二人翻牆進入別墅客廳後，開始分別搜尋值錢財物，不料屋主 A 男與 B 女突然從寢室出來，乙當場愣住，甲則迅速進入廚房拿取菜刀，逼迫 A、B 交出值錢財物，乙在一旁並未作聲。A、B 二人不得已將珠寶與 20 萬新臺幣交予乙，乙將該等財物放入背包。甲、乙二人為了不讓 A、B 即時報警而將二人綑綁，正欲離開時，又心生共同性侵 B 的念頭，強行將 B 帶入寢室，共同脫光 B 身上衣物後，乙見 B 胸前有明顯手術後的傷痕，突然打消性侵的念頭，便勸說並阻止甲性侵 B。然而甲不接受乙的勸阻，兩人因此發生激烈衝突，結果乙不敵甲，被打傷倒地。當甲剛完成與 B 的性交時，A 自行解開綑綁衝進寢室與甲打鬥，甲拾起一旁的菜刀砍斷 A 之手掌，甲、乙二人隨即將 A、B 鎖在房間內，離開別墅，甲、乙、丙三人分別逃逸。途中，甲又自行折返，打算放火殺人滅證，購得縱火用具後，不顧 A、B 之安危，於別墅庭院放火，所幸 A、B 二人早已自行逃離現場，A 經緊急救治後，並無生命危險，被砍斷的手掌經手術接回，一年半後，已恢復六、七成的功能。A、B 之別墅則付之一炬，但未延燒至周圍房舍。試問甲、乙、丙三人的行為應如何論處？（100 分）（答題除引用相關學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人意見）

試題評析	<p>本題爭點全部都是傳統爭點，但是案例事實極其迂迴、百轉千折，尤其是甲像是被附身一樣犯罪事實一件接著一件沒完沒了，這連帶影響到他的同夥乙丙的論罪，使得本題最難的地方在於答題架構的編排，如果還要考量到競合，幾乎是不可能期待考生在時間與情緒壓迫之下完整答題。此處僅提及幾個本題的答題格式選擇：</p> <p>1.論罪部分：因為案例事實太複雜，前後有些事情是甲乙丙一起做、有些事情是只有甲乙做，有的則是甲自己做，因此捨棄以行為人甲乙丙為架構的寫法，改以犯罪事實順序切割去答題，在每個事實底下再用個別行為人甲乙丙的行為順序去討論。</p> <p>2.競合部分：本題的競合相當複雜，為了結論的簡潔並考量到考試時記憶能力有侷限，每個犯罪事實的段落下，有法條競合的罪名先處理（因為可以最後直接說論某個罪就好），其他想像競合與數罪併罰的部分，則在全部論罪完畢後，才在最後一個標一併作結。如果同學怕考試時間不足寫不完，有意放棄寫競合的話，可以不理會本文的寫法。</p>
考點命中	<p>1.《透明的刑法一分則編》，張鏡榮編著，高點文化出版，頁 1-40～1-43；2-9～2-19；2-67～2-68；6-18～6-24；7-23～7-30；8-4～8-12</p> <p>2.《透明的刑法一總則編》，張鏡榮編著，高點文化出版，頁 3-10～3-17。</p> <p>3.《高點司律二試狂作題刑法模考題》，張鏡榮出題，第 1 題抽象危險犯部分。</p> <p>4.《高點司律二試判解文章班刑法講義》第一回，張鏡榮編著，頁 1-2。</p>

## 【擬答】

### (一)甲乙侵入 AB 宅取財、丙把風部分

- 1.甲乙侵入 AB 別墅取得珠寶與 20 萬，丙在外之行為，成立刑法（下同）第 320 條第 1 項普通竊盜罪之共同正犯（第 28 條）：
  - (1)客觀上，甲乙未經 AB 同意破壞並建立其對珠寶與現金等財物之持有支配，又甲負責取得 AB 財物，乙將財物放入背包、丙在外把風，三人對竊盜犯罪之實現相互立於功能性補充地位而有行為分擔。
  - (2)主觀上，甲乙二人明知無法律性合法權源且未經 AB 同意，仍以所有權人地位決意建立對其財物之持有支配，具竊盜故意與不法所有意圖，且甲乙丙三人對竊盜犯行有事前溝通性地組織犯罪計畫而有犯意聯絡，三人為竊盜共同正犯。
  - (3)甲乙丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- 2.甲乙侵入 AB 別墅取得珠寶與 20 萬之行為，成立刑法（下同）第 328 條第 1 項普通強盜罪之共同正犯（第 28 條）：
  - (1)客觀上，甲持菜刀對 AB 為生命身體之不法惡害通知，行使令 AB 心生畏懼之受迫行為，使兩人被迫

於交出財物或生命受害之二擇一條件中作選擇，係以脅迫方法至使兩人不能抗拒交出財物。又，甲持菜刀脅迫 AB、乙將財物放入背包，兩人有強盜行為分擔。

- (2)主觀上，甲乙明知無法律上合法權源仍本於所有權人地位，決意持菜刀要求 AB 交出財物，具強盜故意與不法所有意圖，且於持菜刀脅迫 AB 時即有取財意思之目的連結。另乙於甲持菜刀脅迫 AB 時未作聲，應與甲有事中默示犯意聯絡，兩人成立共同正犯。

3.甲乙侵入 AB 別墅取得珠寶與 20 萬之行為，成立刑法（下同）第 330 條侵入住宅攜帶兇器加重強盜罪之共同正犯（第 28 條）：

- (1)甲乙成立普通強盜罪已如前述。
- (2)甲乙未經同意進入 AB 住宅取財，合於第 321 條第 1 項第 1 款侵入住宅加重事由。
- (3)甲乙於著手搜尋財物後取得菜刀對 AB 強盜，因甲使用菜刀脅迫 AB 以強盜，依兩人之主觀使用目的觀之，菜刀屬兇器無疑，惟甲乙係竊盜著手後始取得兇器，是否符合第 3 款攜帶兇器加重要件，容有爭議：
- ①加重條件說認為，加重要件為客觀處罰條件，只要於竊盜或強盜之時客觀上攜帶有生命身體危險性之器物，即合於此要件（79 台上 5253 判例）。
- ②加重構成要件要素說則主張，加重要件與構成要件行為均為構成要件要素，必須於攜帶之初即有竊取或強盜之意，始能加重處罰。
- ③本文以為，加重條件說有違反罪責原則之疑慮，應以構成要件要素說為妥。本題中，甲乙於取得菜刀之後即使用來強盜 AB，故應於攜帶菜刀之初即有取財之目的，符合本款要件。

4.就甲乙進入 AB 別墅後轉念強盜之行為，因未於丙與甲乙之犯意聯絡範圍內，係屬共同正犯逾越，丙就此部分未認知而毋庸負責。

5.丙於甲乙侵入 AB 別墅竊盜時把風之行為，成立刑法（下同）第 321 條侵入住宅加重竊盜罪之共同正犯（第 28 條）：

- (1)丙成立普通竊盜罪已如前述。
- (2)丙與甲乙共同謀議侵入 AB 別墅竊盜，符合第 1 款加重事由。
- (3)甲乙丙共同計畫對 AB 竊盜，因丙僅在外把風而未為竊盜行為，對 AB 之財產法益並未造成更嚴重之破壞，依實行共同正犯之概念，丙不應算入結夥之列，三人不符合第 4 款結夥三人加重要件（76 台上 7210 判例）。
- (4)就甲乙使用菜刀對 AB 取財產部分，因攜帶兇器為構成要件要素，丙在外把風未認知甲乙取得菜刀並用以取財，故不符合第 3 款事由。

6.小結：

- (1)甲乙於著手竊盜後對同一客體即 AB 及其財產犯意升高為強盜犯意，因竊盜罪與強盜罪具不法內涵包含關係，論以普通強盜罪即為已足。又，甲乙成立第 1、3 款加重事由，且因強盜基礎行為為僅一，僅論以單純一罪並於判決主文臚列各款事由（69 台上 3945 判例），而加重強盜罪與普通強盜罪依法條競合特別關係論以前者。
- (2)丙成立之普通竊盜與加重竊盜罪，依法條競合特別關係論以前者。

(二)甲乙綑綁 AB 後性侵 B、甲乙互毆後再綑綁 AB 部分

1.甲乙綑綁 AB 之行為，係出於拘束 AB 行動自由故意與犯意聯絡，以不法腕力為拘禁以外之強暴方法，並實行剝奪 AB 意思實現自由之行為分擔，甲乙均無阻卻違法事由並具罪責，成立刑法第 302 條第 1 項私行拘禁罪之共同正犯（第 28 條）。

2.甲強帶 B 入寢室性侵 B 之行為，成立刑法（下同）第 221 條第 1 項強制性交罪：

- (1)客觀上，甲以不法腕力強帶 B 入寢室對其性交，係以強暴方法違反 B 意願破壞 B 之性自主法益，雖強暴行為後有乙阻止甲與甲乙互毆之事實介入，惟因時間短暫且均於同一空間下，故前後行為仍存在時空密接性；主觀上，甲於強暴 B 時已有與 B 性交之故意，而甲強暴 B 之目的在於壓制 B 之反抗並對其性交，兩行為間具目的連結。
- (2)甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

3.乙與甲強帶 B 入寢室後放棄性交之行為，成立刑法（下同）第 221 條強制性交罪之共同正犯（第 28 條）：

- (1)客觀上，乙本於與甲共同性侵之故意與犯意聯絡，與甲對 B 為強暴之行為分擔後，突生放棄性侵之意並勸退甲，能否主張共同正犯脫離而不負強制性交既遂之責，容有爭議：
- ①否定說認為，共同正犯適用一部行為全部責任法理而應不法連帶，故不得使共同正犯主張脫離，

若一部既遂即全部既遂。

- ②肯定說則主張，本於因果關係切斷觀點，共同正犯若能切斷物理與心理因果關係，即無須就切斷後他共同正犯之行為共同負責。
  - ③本文以為，共同正犯一部行為全部責任之適用前提在於對於結果具功能支配，故若能切斷其危險貢獻即切斷其支配力，包括撤走犯罪工具與撤回犯意使他方瞭解，即可主張脫離而毋庸同負既遂之責。
  - ④本題中，乙勸說甲放棄性侵係使甲瞭解自己已無性侵意思並同時撤回犯意，故已切斷心理因果貢獻。惟乙與甲脫光 B 衣服使其處無法抗拒後始與甲互毆，未能阻止其對於 B 強制之物理因果貢獻，而使甲能於此狀態下更易性侵 B，故乙不得主張共同正犯脫離，仍應與甲共負強制性交既遂之責。
- (2)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- (3)又，乙既成立強制性交既遂，即使出於自主動機放棄性侵 B，仍不得依第 27 條第 2 項中止未遂減免其刑，法院僅能於量刑時考量此一事實。
- 4.甲乙共同性侵 B 之行為，成立刑法（下同）第 222 條第 1 項第 1 款加重強制性交罪：
- (1)甲乙成立強制性交罪共同正犯已如前述。
  - (2)甲性侵 B 時，乙遭甲毆傷倒地於現場而未為性交行為，二人是否合於第 1 款加重要件，容有爭議：
    - ①輪姦說認為，須二人均為性器接合行為，始對被害人生命身體法益造成更高危險，而可加重處罰。
    - ②實行共同正犯主張，僅於共同正犯均為強制行為時，方能適用本款加重條件，並應排除共謀共同正犯之適用。
    - ③在場說則認為，本於性自主法益之隱密性與對被害人造成之心理創傷特性，共同正犯在場觀看或錄影即可對被害人法益造成更高程度破壞，而可加重處罰。
    - ④本文以為，輪姦說不符合性自主法益保護思想與現行法第 10 條性交行為之多元特性，在場說則可能使得本罪與普通強制性交罪共同正犯之區分困難，本於強制性交罪雙行為犯結構，以及對被害人法益更高破壞之加重理由，應以實行共同正犯說可採。
    - ⑤本題中，乙既已與甲共同為強暴 B 之行為為分擔，即使乙未對 B 為性交行為且進一步積極阻止甲性侵 B，仍已對 B 造成身心心理健康較大之破壞，合於第 1 款加重事由。
- 5.甲將乙打倒在地之行為，成立刑法（下同）第 277 條第 1 項普通傷害罪：
- (1)客觀上，甲毆打乙與乙倒地受傷間具條件因果關係，且甲毆打乙時已製造乙身體完整性受害之法不容許風險，該風險於乙受傷倒地時在傷害構成要件內實現，故乙受傷結果客觀上可歸責於甲；主觀上，甲具傷害故意無疑。
  - (2)客觀上，乙阻止甲性侵 B 係排除甲現在不法侵害之正當防衛行為，故甲毆打乙並無不法侵害存在，甲所為並非防衛行為，且主觀上甲與乙偶然互毆欠缺防衛意思，故甲不得依第 23 條正當防衛阻卻違法，又無其他阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- 6.甲乙網綁 AB 後離去係出於拘禁 AB 之故意，對 AB 為強暴等剝奪 AB 行動自由之行為，兩人無阻卻違法事由並具罪責，成立刑法第 302 條第 1 項私行拘禁罪之共同正犯（第 28 條）。
- 7.就甲乙所為之拘禁與加重強制性交行為、甲對乙之傷害行為，均不在與丙竊盜犯意聯絡範圍之內，屬共同正犯逾越，把風之丙均無須負責。
- 8.小結：甲乙成立之加重強制性交罪與普通強制性交罪，依法條競合特別關係論以前者。
- (三)甲砍斷 A 手掌部分
- 1.甲砍斷 A 手掌之行為，成立刑法（下同）第 278 條第 3 項重傷未遂罪：
- (1)主觀上，甲明知砍斷 A 手掌將造成 A 一肢機能嚴重減損仍決意為之，具重傷故意。
  - (2)客觀上，甲砍斷 A 手掌係製造 A 重大身體法益受害之法不容許風險，雖 A 之手掌於甲行為時已斷掉，惟嗣後手術接回並回復六七成功能，是否構成第 10 條第 4 項重傷，容有爭議：
    - ①肯定說認為，為免形成輕傷未遂處罰漏洞，並導致和普通傷害標準不一致之結果，應依行為時認定是否合於重傷定義，即使嗣後不符合重傷定義，仍不影響重傷結果之認定。
    - ②否定說則主張，嚴重減損係經相當診治仍無回復可能，與毀敗均應長期認定，故若於事實審言詞辯論終結前已有回復可能，即非重傷（109 台上 4701 判決）。
    - ③本文以為，本於罪刑相當原則，重傷與否應長期認定，否定說可採。本題中，A 之手掌既於一年半後已回復六七成功能，自非嚴重減損之重傷，故甲製造之重傷風險並未實現，僅為未遂。
- (3)甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

2. 甲砍斷 A 手掌之行為，係出於傷害故意製造 A 身體完整性受害之法不容許風險，該風險於 A 手掌斷裂時實現，甲亦無阻卻違法事由並具罪責，成立刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪。
3. 就甲砍斷 A 手掌部分，因並未於甲乙強盜或性侵之犯意聯絡範圍內，屬共同正犯逾越，乙就此部分毋庸負責。

(四) 甲放火燒 AB 別墅滅證部分

1. 甲放火燒燬 AB 別墅之行為，成立刑法（下同）第 173 條第 1 項放火燒燬現供人使用住宅既遂罪：
  - (1) 客觀上，只要住宅處於平時供人日常生活起居用之狀態，即合於現供人使用住宅，即使甲放火時僅有甲一人且 AB 均不在其內，仍有侵害他人生命身體之高度危險而與此要件相符，又別墅付之一炬已達燒燬程度，僅此別墅為郊區獨棟住宅且甲之行為未延燒至周邊房舍，能否成立本罪既遂，涉及抽象危險犯與具體危險犯之爭議：
    - ① 抽象危險犯說認為，本罪形式上無「致生……危險」之構成要件結果要素，故無需於個案審查放火是否造成公共安全之危險性。
    - ② 具體危險犯說則主張，本於法益保護之目的，仍應於個案判斷放火行為是否造成公共安全之具體危險而定其犯罪。
    - ③ 實質適性犯說以為，為避免違反罪責原則，應將抽象危險犯視為適性犯，在解釋上透過對「足以生危險於保護法益」之不成文適性要件限縮成罪範圍（112 台上 2376 判決）
    - ④ 本文以為，抽象危險犯說使無法益危險之行為成罪，有違罪責原則；具體危險犯與實質適性犯說則可能使司法者推翻立法者對危險之擬制，而牴觸權力分立原則。惟為充分保護法益，本罪形式上雖為抽象危險犯之構成要件，仍應為目的性限縮解釋以具體審查行為是否足生法益危險，故實質適性犯說可採。
    - ⑤ 本題中，AB 之獨棟別墅雖位於郊區，惟因周邊仍有其他房舍存在，甲放火之行為仍有延燒至其他房舍之一般危險性，故甲放火燒燬 AB 別墅即使未燒燬周邊房舍，仍有侵害公共安全之適格危險，甲成立本罪既遂。
  - (2) 主觀上，甲明知放火將燒燬供人使用之住宅而有生公共危險之虞仍決意為之，具放火故意，即使其誤認 AB 仍處於別墅內，惟因現供人使用係住宅狀態之描述而非要求須有他人於放火時身處別墅始能成罪，故不排除甲之故意。
  - (3) 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
2. 甲放火燒 AB 之行為，成立刑法（下同）第 271 條第 2 項殺人未遂罪之普通未遂（第 25 條）：
  - (1) 主觀上，甲明知於 AB 居住別墅放火將造成 AB 死亡仍決意為之，具殺人故意。
  - (2) 客觀上，依主客觀混合說，觀察甲之殺人犯罪計畫，其放火燒燬 AB 別墅時於犯罪計畫中已對 AB 生命法益造成直接危險，而達殺人著手階段，僅 AB 於甲放火時未於別墅內，使其生命法益風險未實現而屬未遂。
  - (3) 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
  - (4) 甲放火時 AB 已離開別墅，甲之殺人行為處於客體不能之情形，其是否成立第 26 條不能未遂，容有爭議：
    - ① 舊客觀危險說認為，應以事後客觀角度判斷結果是否絕對不能發生，若是即為不能犯，反之如僅相對不能，則為普通未遂。
    - ② 具體危險說則主張，應以事前角度考量行為人之認知後，就一般人之經驗與自然法則為標準，判斷行為是否造成法益之具體危險，若是即屬普通未遂，反之則為不能犯。
    - ③ 修正具體危險說以為，第一階段應以行為時之客觀情境為基礎，若行為方式無論於何種時空下都不可能造成結果，即為自始客觀不能之不能未遂；反之，則須進入第二階段，以事前一般人所得認知之事實作為基礎，自理性第三人角度判斷是否有法益之具體危險，僅例外於行為人具特殊主觀認知時，始將其認知之危險納入考量。
    - ④ 重大無知說則認為，須就當代科學知識或自然法則，判斷行為人之未遂行為是否出於其自身對因果法則之錯誤認知而生，若係重大無知導致無危險，即屬不能未遂，若非出於其重大無知使得結果不發生，則屬普通未遂。
    - ⑤ 本文以為，舊客觀危險說事後觀點無法有效區分普通未遂與不能未遂；具體危險說以行為時行為人之主觀認知為基礎，且不考慮行為後客觀之法益危險狀態，均與其客觀未遂理論前提不符；修正具體危險說雖原則上剔除行為人之主觀認知，惟一般人之具體危險認定標準，仍有法官恣意之





# 高點律師司法官 分眾課

## 案例演習班&演習讀書會

- 為好名次而來 -

### 課程特色

#### ✓ 案例教學

經驗名師教授爭點意識，審題思維，答題技巧。

#### ✓ 批改點評

主題作業批改與點評作答問題。

#### ✓ 主題考試

助教依老師授課範圍出題考試。

#### ✓ 助教讀書會

講解考卷，輔導答疑與批改。

※助教皆為頂校法研所，具司法官或律師資格，熱忱有讀書會經驗

### 開課資訊

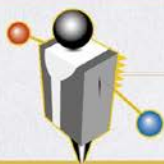
容易  
額滿

114科目	師資	開課日		堂數	定價
		案例演習班	演習讀書會		
憲法	項 勻(廖昶鈞)	113.11.22	113.12.1	24	10,000
行政法	宗台大(詹承宗)	114.1.22	114.2.8	24	10,000
刑法	榮台大(張鏡榮)	114.3.26	114.4.6	24	10,000
刑訴	郭台大(郭奕賢)	114.5.21	114.6.1	24	10,000
民法	財產法	蘇台大(許景翔)	114.2.3	28	15,000
	身分法	武政大(湯惟揚)	114.3.6		
民訴(含家事法)	武政大(湯惟揚)	114.4.1	114.4.12	24	10,000
商事法(公司/證交/保險)	程政大(許坤皇)	113.11.18	113.11.30	30	12,000

**全修** 優惠價50,000元，**單科** 二科85折、三科以上75折

#### ★課程說明：

1. 案例演習班+演習讀書會即為一科課程，無法單購讀書會。
2. 演習讀書會有開課人數之限制，不足或滿額將於開課前公告事宜。
3. 演習讀書會為全面授課，無提供錄影。考試即為一堂課之單位，模擬國考時間。
4. 更多課程與讀書會進行方式詳見課表，本班保有課程調整與異動之權利。



## 高點律師司法官分眾課 案例演習班&演習讀書會

學員好評推薦，**課 + 測 + 輔** 學習最有效！

### 案例演習班

余○(政大法律系畢)

**考取** 司法官、律師海海組、三等檢察官偵實組  
【榜眼】、台大法研所商事法組

對於已經有基礎，或志在司法官的學生，我很推薦案例演習班！可以接觸更多題目，同時透過老師講解，會對爭點更加熟悉，並能反省自己的解題架構。因為有回家作業與老師批改，便可督促自己練習題目！

吳○穎(中正財法系畢)

**考取** 律師智財組、四等書記官、  
北大法研所財法組

程政大老師案例豐富，擬答字字珠璣，解說方式會培養學生們的爭點意識，講義的內容都有收錄新年度的可能命題文章。對律師司法官或法研所考試都很適合。

林○昀(東吳法研所)

**考取** 律師海海組

推薦參加案例演習班，老師會教你如何漂亮的寫完整個架構、涵攝技巧、關鍵字的捕捉等，可以在某些題型上直接複製貼上就好，非常實用！

### 演習讀書會

應○麒(中興法律系畢)

**考取** 律師海海組

11月到4月參加高點的案例讀書會，跟著進度督促自己。助教都非常好，不厭其煩的回答問題跟盲點，而且每週假日練題目，答題的手感真的會變好，思考時間也縮短不少，遇到不會的爭點能從容地就文義解釋及目的，拿到基本分數。

吳○萱(台大法律系畢)

**考取** 律師海海組

案例讀書會助教都是法研所的學長姊，功力深厚！另外還有考試練習，考完統一講解並有個別QA時間，確實解決我的盲點。

汪○萱(高大政法系畢)

**考取** 律師海海組

推薦案例讀書會，助教會出題目，學生必須在時間內模擬考試完成作答，助教答疑會顧到每一位學員，真心推薦！

## 學習建議

### 正規班

基礎打底，建立學科  
基本能力。

※建議先修習司律或法研正規課

### 案例演習班&演習讀書會

以經典案例題梳理實務與學  
說爭點，落實輸出練習。

※讀書會考試時間與題型配分  
仿司律二試進行

### 司律二試狂作題班

經過左側兩階段訓練後，再  
參加二試考前高強度的密集  
考試訓練。

LINE生活圈  
@get5586



FB粉絲團



高點線上  
影音學習



【台北】台北市開封街一段2號8樓 02-2331-8268  
【台中】台中市東區大智路36號2樓 04-2229-8699  
【中正】嘉義縣民雄鄉裕農路191號 05-272-3988

【台南】台南市東區大學路西段53號4樓 06-237-7788  
【高雄】高雄市新興區中山一路308號8樓 07-235-8996

各分班立案核准



危險，故不足採。本於積極一般預防理論，若行為並未造成社會大眾驚慌並使得法威信、法和平以及法信賴遭破壞，始無刑罰介入處罰之預防需求，此即屬行為人重大無知之情形，故重大無知說可採。

⑥本題中，甲係對 AB 是否仍在別墅內之具體事實誤認，而非對其放火方法是否足生死亡結果等一般風險之誤認，故其放火未燒死 AB 並非出於重大無知之無危險行為，故非第 26 條不能未遂。

3.甲放火燒 AB 之行為，因甲為強盜 AB 並對其拘禁與強制性交之正犯，本於期待可能性之理由，甲放火燒燬之證據為自己犯罪證據，不成立刑法第 165 條湮滅刑事證據罪。

4.就甲成立之放火罪與殺人未遂罪，因均未於乙丙犯意聯絡範圍內，兩人對此無預見，屬共同正犯逾越，故均無須負責。

#### (五)競合

##### 1.甲之競合

(1)甲成立之重傷未遂罪與傷害既遂罪雖具構成要件之包含關係而可論法條競合，惟為對輕傷結果充分評價，本於想像競合釐清功能，應例外依刑法（下同）第 55 條想像競合處斷。

(2)甲成立之放火罪與殺人未遂罪，依第 55 條想像競合處斷。

(3)成立之加重強盜罪、加重強制性交罪、兩個私行拘禁罪、傷害罪與(1)(2)處斷後之罪，依第 50 條數罪併罰。

2.乙成立之加重強盜罪、加重強制性交罪以及兩個私行拘禁罪，依第 50 條數罪併罰。

二、警察 A 某日於臨檢時，查獲甲在其機車置物箱內放有安非他命（第二級毒品）。A 逮捕甲並將其帶回警局，在踐行告知義務後，開始對甲進行詢問。由於甲知道若供出毒品來源，並因此查到其他正犯時，將有機會獲得減刑的寬典，故主動向 A 供稱之前均向乙購買安非他命。A 進一步勸說甲配合將乙引出，並取得甲之同意。甲在 A 的指示下打電話給乙，並向乙偽稱之前買的安非他命已吸食完畢，所以要再買新的施用。乙表示手上只有供自己吸食的 5 小包，甲在 A 不斷使眼色比手畫腳之下，誣稱現在急需解癮，所以願意出 10 倍價格購買乙手上的所有毒品。乙受到利誘，於是和甲談妥價格，並約好 2 小時後交貨。2 小時後，乙帶著毒品到了交貨地點，正準備交貨給甲時，隨即被已經埋伏在一旁的 A 率隊逮捕，A 並扣押乙身上所帶的所有毒品。全案移送給檢察官 B 進行偵辦。B 在訊問乙時，由於乙不發一語，故再次以證人身分傳喚甲。B 告知甲得拒絕證言後，要求甲具結作證之前和乙買毒品的經過，但並沒有給乙詰問甲的機會。甲在了解自己有拒絕證言權後，仍再次詳細陳述之前向乙購買安非他命的經過。最後 B 以販賣第二級毒品罪起訴乙。由於 B 在調查證據後，認為甲另有販賣安非他命，故以另案起訴甲。試回答下列問題：

(一)在審判程序中，乙之辯護人 X 聲請傳喚甲作證，並經過法院同意。然而甲在具結並受拒絕證言權之告知後，面對 X 詰問其先前在 A、B 面前所為之陳述時，竟表示要行使拒絕證言權。請問甲之主張有無理由？（30 分）

(二)乙之辯護人 X 抗辯本案乃因警方挑唆犯罪而來，故法院不應把在現場扣押之安非他命當作乙有罪之證據。請問 X 的抗辯是否有理由？（35 分）

(三)偵查機關得知甲販毒後，合法監聽甲手機，卻意外監聽到甲向律師 Y 諮詢自己販毒案件內容。請問該監聽內容可否作為證據？（35 分）

試題評析	<p>第一小題：本題測驗拒絕證言權之行使與詰問權之衝突問題，雖與無效反詰問有關，但應特別注意題目所問者為主張拒證是否有理，而非其先前陳述之證據能力如何，避免爭點打擊錯誤。</p> <p>第二小題：本題測驗誘捕偵查/犯罪挑唆之概念，層次上可以區分該犯罪挑唆是否違法，以及若屬違法其法律效果如何討論。</p> <p>第三小題：本題測驗被告與辯護人間之秘密自由溝通權，重點應非屬通訊監察，尤其不是另案監聽，概念操作時要小心。</p>
考點命中	<p>第一小題：《刑事訴訟法爭點解讀》，高點文化出版，郭律師編著，頁 16-31～16-34。</p> <p>第二小題：《刑事訴訟法爭點解讀》，高點文化出版，郭律師編著，頁 19-10～19-15。</p>



第三小題：《刑事訴訟法爭點解讀》，高點文化出版，郭律師編著，頁 9-5～9-9。

【擬答】

(一)甲之主張為有理由：

1.甲之拒絕證言將造成無效反詰問：

- (1)依憲法第 8 條及第 16 條之規定，刑事被告應享有充分之防禦權，其中並包含反對詰問權等基本權利在內，應受最大程度之保障，不容任意剝奪。
- (2)復依刑事訴訟法（下同）第 181 條之規定，證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，此乃基於不自證己罪等原則而來之拒絕證言權利。
- (3)本案甲於審判中具結並受拒絕證權之告知後，就其先前於偵查中所為不利乙之陳述欲拒絕證言，乃屬第 181 條之拒絕證言權利之行使，惟因甲所為之不利陳述自始至終未經乙詰問，依照實務見解，此乃無效反詰問之情形，並將生拒絕證言權與詰問權之衝突。

2.甲得針對 A 面前所為之陳述之詰問行使拒絕證言權：

- (1)按證人既於警詢階段為不利被告之陳述，則就該陳述於審判中之詰問是否得主張拒絕證言權，容有疑義：
  - ①實務見解認為，由於證人於偵查中之陳述性質上與主詰問中陳述有關被告之事項無異，為保障被告之詰問權，以及避免將信用性與真實性未經測試之證言採為判決依據而有害發現真實，而應類推適用第 181 條之 1 之規定，該證人不得拒絕證言。
  - ②惟，本文以為，實務見解將使證人受法無明文之限制，與法律保留原則有違，蓋就警詢而言，立法者已於第 159 條之 3 之規定表明權利衝突之權衡，即證人若警詢時有為陳述，於審判中仍可主張拒絕證言，此時該陳述即非無正當理由拒絕陳述，非為同條第 4 款之傳聞例外，僅為傳聞證據，被告之詰問權亦不會因此受限，如此即得兼顧證人之拒絕證言權及被告之詰問權，故而適用第 159 條之 3 規定可矣。
- (2)是以，證人乙若於警詢中為不利陳述後，依第 181 條之文義解釋，得於審判中就該陳述部分行使拒絕證言權，惟若行使該權利，依第 159 條之 3 規定，則原警詢之陳述僅為傳聞證據，不涉被告詰問權之限制。

3.甲得針對 B 面前所為之陳述之詰問行使拒絕證言權：

- (1)證人於檢訊知曉自身得拒絕證言之權利後，仍為不利被告之陳述者，就該陳述於審判中是否得主張拒絕證言，其爭議與上述 2.同，惟立法者未就此種類型之權利衝突為決定，應如何適用法律，容有疑義：
  - ①實務見解認為，基於保障被告之詰問權與發現真實，應類推適用第 181 條之 1 規定，證人不得拒絕證言。
  - ②惟本文以為，基於與上述 2.同樣之考量，而應類推適用第 159 條之 3 之規定，使證人得合法拒絕證言，並由於此時乃限縮傳聞例外之範圍，故與法律保留原則無違，且證人合法拒證後，既非屬無正當理由拒絕證言，則非為傳聞例外，僅為傳聞證據，與被告之詰問權限制無涉。
- (2)是以，證人乙若於檢訊中為不利陳述後，依第 181 條之文義解釋，得於審判中就該陳述部分行使拒絕證言權，惟若行使該權利，因類推適用第 159 條之 3 規定，原檢訊之陳述僅為傳聞證據，不涉被告詰問權之限制。

4.小結：

據上論結，甲之主張為有理由，其得拒絕證言。

(二)X 之抗辯為有理由：

1.A 之偵查屬違法犯罪挑唆：

- (1)按刑事訴訟乃是確定國家刑罰權之有無及其範圍等之程序，惟其偵查過程中若有偵查人員唆使相對人犯罪者，此時其法律評價如何，即容有疑義：
  - ①實務見解認為，偵查機關誘使相對人犯罪之情形，屬偵查手段，分有創造犯意型及提供機會型等二種模式，並以原先是否即有犯意作為判斷標準，若相對人本有犯意，對其唆使犯罪，是屬提供機會型，此時偵查機關是屬利用機會加以誘捕，而為合法之偵查手段；反之若原先並無犯意者，則誘使行為即屬創造犯意型，此時已逾越國家偵查犯罪之必要程度，應屬違法之偵查行為。
  - ②惟，本文以為，雖實務見解就唆使犯罪之判斷洵屬有據，惟其標準僅以原先行為人主觀是否具有犯意為斷，於判斷上恐流於恣意，且有使行為刑法轉變為行為人刑法之嫌。

③蓋國家唆使相對人犯罪者，其關鍵點應在國家追訴行為之界線判定，而非僅注重原先犯意之有無，是以就判斷標準而言，除主觀犯意外，仍應考量客觀上之唆使手段、曾經偵查相對人與否以及捕獲之非法物品數量等不同因素，綜合判斷之。

(2)本案甲就乙之唆使乃受警察 A 之指示，甲為國家手足之延伸，並乙主觀上原先並無販賣毒品之犯意，且客觀上乙之所以決定販賣毒品，乃是受甲表明願意出 10 倍價格之過當壓力影響，A 此前也未曾調查過乙，乙查獲之毒品數量也未逾所約定者，綜合判斷後可認 A 之追訴行為已逾越法治國所要求之界線，屬違法之犯罪挑唆行為。

2.X 之主張為有理由：

(1)A 之偵查行為屬違法之犯罪挑唆已如前述，惟其法律效果如何，容有疑義：

①有論者謂，違法之犯罪挑唆又稱陷害教唆，於實體法上之評價乃被告自始無法既遂，而應僅成立未遂犯。

②亦有論者謂，依照刑法之最後手段性、比例原則與預防觀點以觀，國家就犯罪行為之違法挑唆，使刑罰權發生之實體事由具備瑕疵，應從實體法層面，以之為個人排除刑罰事由，而就該遭違法挑唆犯罪之訴訟程序，諭知無罪判決。

③本文以為，既違法之犯罪挑唆之瑕疵來自於實體刑罰權，則應於實體法層面解決，惟若著眼於程序法，則由於國家之追訴行為逾越法治國之界線，應依照自主性證據禁止之方式處理，並由於國家之犯罪挑唆違法情節重大，應一概將所得之證據為證據使用禁止，最終被告仍應受無罪判決。

(2)本案 A 所為之違法犯罪挑唆，對乙而言，國家由此所取得之全部證據，均應依照第 155 條第 2 項為自主性證據使用禁止，全部證據無證據能力，因而 X 之抗辯為有理由。

3.小結：

A 基於違法犯罪挑唆而取得之全部證據不具證據能力，X 之抗辯為有理由。

(三)監聽內容不得作為證據：

1.潛在犯罪嫌疑人與辯護人間之自由溝通權：

(1)依照憲法第 8 條及第 16 條之規定，刑事被告應享有充分之防禦權保障，其中並包含被告受辯護人實質有效協助及辯護之權利在內，至少如選任信賴之辯護人、辯護人之在場權、陳述意見權以及筆記權等，均為是例（111 年憲判字第 7 號判決參照）。

(2)又，依照 112 年憲判字第 9 號之意旨，被告受實質有效及辯護之權利，亦應包含被告與辯護人間於不受干預之情形下為自由溝通之權利在內，如此被告始能放心尋求辯護，其中被告與辯護人間之口語交談或書面意見交換等，均應為憲法秘密溝通自由權保護。

(3)此外，由於被告與犯罪嫌疑人之身分並非截然可分，且向辯護人請求協助者亦可能包含潛在之犯罪嫌疑人在內，因此就被告與辯護人間不受干預之秘密自由溝通權利之保障範圍，應擴及尋求辯護人協助之潛在犯罪嫌疑人之身分。

2.監聽之內容不可作為證據：

(1)本題意外監聽到甲與律師 Y 間之販毒案件諮詢對話內容，依照大法庭裁定之意旨，由於監聽之對象為甲，且該內容涉嫌觸犯法條與原先合法監聽相同，均屬販毒，故對於甲而言，其監聽甲與 Y 間之販毒案件諮詢內容，非屬另案監聽之情形。

(2)又，偵查機關監聽甲與律師 Y 間之案件諮詢對話，該內容是否可為證據，容有疑義：

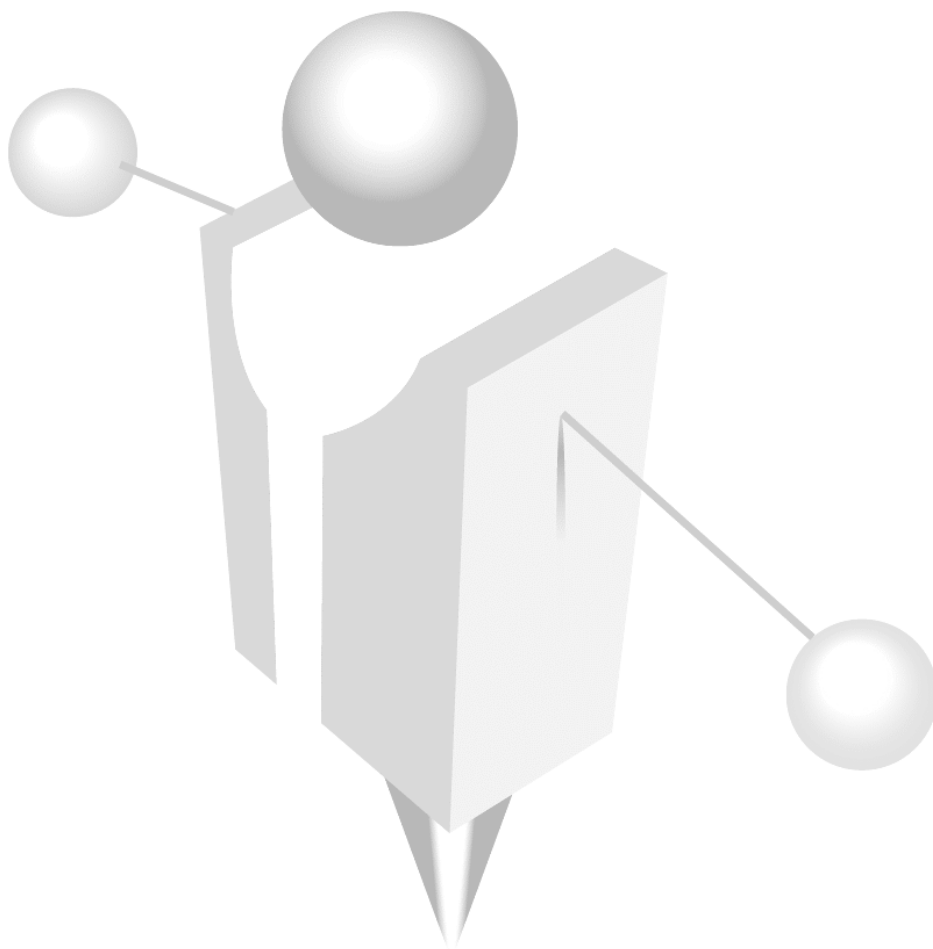
①有論者謂，既偵查機關乃合法監聽，且對甲而言該內容又非另案監聽而得，則該監聽之內容等證據之取得並無違法，則該案件諮詢對話內容，自得作為證據。

②惟，本文以為，依照 112 年憲判字第 9 號判決之意旨，潛在犯罪嫌疑人與辯護人間之秘密自由溝通權，其乃憲法上訴訟權所保障之受實質有效協助及辯護之權利，潛在犯罪嫌疑人與辯護人間之案件諮詢內容，無論是言語溝通或電話諮詢，均屬其間特殊信賴關係之核心內容，為使辯護制度得以落實，並保障被告之憲法權利，偵查機關所取得潛在犯罪嫌疑人與辯護人間之案件對話內容，應排除於得為證據之範圍外，即便其證據取得與法無違亦然。

(3)是以，依照刑事訴訟法（下同）第 29 條之規定，甲之辯護人既原則上應選任律師充之，則甲與律師 Y 間基於案情討論而為之對話，即應受憲法秘密自由溝通權所保障，落實被告之受實質有效協助及辯護權利，並維護辯護制度，因而即便偵查機關就該內容之取得並非違法，惟基於比例原則之考量，以及憲法第 8 條及第 16 條之基本權利保障意旨，偵查機關就合法監聽而得之該販毒諮詢對話內容，應依第 155 條第 2 項之規定，為自主性證據禁止，而無證據能力。

3. 小結：

本案監聽甲與律師 Y 間之對話而得之內容，雖合法取得，惟仍應依自主性證據禁止，認其無證據能力，該監聽內容不得為證據。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！



法科領導品牌·最多考生的第一選擇！

高點知識達



律師司法官雲端函授

選定好老師·承諾好課程



114年全新方案比一比

課程	年度班（次數制）	全修班
適合對象	<input checked="" type="checkbox"/> 僅需一年衝刺複習 <input checked="" type="checkbox"/> 能空出一個完整時段觀看課程 <input checked="" type="checkbox"/> 不須無限次使用者 <input checked="" type="checkbox"/> 在學身分，搭配課業準備國考/法研	<input checked="" type="checkbox"/> 規劃二年循環複習 <input checked="" type="checkbox"/> 常利用通勤、打工、上課空檔觀看/收聽課程者 <input checked="" type="checkbox"/> 經常於不同平台頻繁使用者
課程配套	① 正規課 + 一試實務選題班 + 二試判解文章班 + 選試（一科） ② 正規課、選試於輔導期限前皆提供課業答疑服務	① 正規課 + 一試實務選題班 + 選試（一科） ② 正規課、選試於輔導期限前皆提供課業答疑服務
輔導收看	輔導期限 114.10.31 收看期限 114.10.31 ★在校學生另有二年方案	輔導期限 114.10.31 收看期限 115.10.31
使用次數	次數制，每一課程檔案收看10次	無限次
使用方式	不限載具（手機、平板、電腦），可隨時、隨地連線上課	
師資	師資、課程進度都相同	

★ 擔心使用次數不夠？

次數制從 110 年司律校園專案實行至今，從學員回饋與使用紀錄顯示，每一檔案收看 10 次絕對足夠，完全不用擔心不夠用。

113/10/31前，憑 113 司律二試准考證，年度班優惠 48,000 元

★年度班：特價**52,000元**

【二年校園專案】特價**55,000元起**

★全修班：特價**65,000元起**

※二方案配套不同，依購課說明頁為準。

※校園專案：須憑在校學生證/在學證明報名，校園團報&更多方案優惠與說明詳洽校園專員。