

《刑法與刑事訴訟法》

一、甲開車到大賣場購物，將車違規暫停在大賣場外面道路旁劃有紅線處，並打雙黃燈提醒其他用路人注意。甲進入大賣場後，行經開架式保養品區，基於偷竊的意思，將一罐乳液放入自己的小型手拿包中。服務人員 A 注意到甲的舉止，上前要求查看甲的手拿包，甲不理會 A 的要求，自行將乳液放回貨架上，然後離開賣場。適 B 騎著自行車靠近甲違規停車處，突然自己重心不穩而摔出，其頭部不巧猛烈撞擊到甲的車輛後車廂一角，倒地流血不止。甲走出賣場時正好目睹撞車過程，認為 B 受傷是因為自摔，與己無關，隨即駕車離開現場。雖經一旁路人即時送醫急救，B 仍然傷重不治死亡。試問甲的行為應如何論處？（答題除引用相關之學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人見解）（100 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於公共建物同意射程範圍、竊盜侵占及其既未遂時點的區分、肇事逃逸要件的分析及遺棄罪的理解。
答題關鍵	<p>本年度律師刑法與司法官考題不同，案例事實偏少，但討論的爭點一樣多，考驗考生對於短短半頁事實中，深入分析爭點的能力。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 首先，最容易被忽略的就是甲基於竊盜意思進入賣場，是否構成侵入建築物罪的討論，詳細討論可以參見：蔡聖偉，開門揖盜（上）－論公共建物開放入內同意的射程，台灣本土法學雜誌，93 期，2007 年 4 月，頁 290-296。 2. 其次，甲將乳液放入包包再拿回架上，這一句短短的事實，除了要討論竊盜與侵占罪的區分外，還必須個別討論究竟屬於既遂還是未遂。由於竊盜與侵占的既未遂時點也有不同的見解，必須分別深入討論。 3. 再者，甲違規停車導致被害人撞上車輛流血，雖然該當肇事逃逸罪的肇事要件，但由於事發時甲並未駕駛該動力交通工具，而不構成肇事逃逸罪。 4. 最後，就甲不顧被害人流血而駕車離去的行為，應討論的是：是否成立遺棄致死罪。由於遺棄致死罪本質上為加重結果犯，基礎行為與加重結果間必須具備因果關係，依題示被害人死亡結果係因騎車撞擊車輛所致，並非因遺棄行為所致，而不成立遺棄致死罪，僅單純成立遺棄罪而已。
考點命中	<ol style="list-style-type: none"> 1. 公共建物同意射程範圍：《高點刑法講義》第三回，旭台大編撰，頁 59。 2. 竊盜侵占及其既未遂時點： 《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，2018 年，9-2、9-67~9-68。 《高點刑法講義》第三回，旭台大編撰，頁 129~130。 3. 肇事逃逸要件： 《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，2018 年，頁 10-28~10-30。 《高點刑法講義》第四回，旭台大編撰，頁 50-51。 4. 遺棄罪：《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，2018 年，頁 8-16。

【擬答】

(一)甲基於竊盜意思進入賣場，構成刑法第 306 條第 1 項侵入建築物罪。

1. 客觀上，有疑問者在於，大賣場允許顧客進入賣場選購商品，然甲係基於竊盜意思進入賣場行竊，是否使得賣場「原先概括許可進入」的同意，因行為人竊盜意思而無效？

(1)有採取「意思侵害理論」者認為，凡是基於「違法或不受歡迎的目的」進入該建物，均屬「違背權利可得認知的意思」，均屬「排除權利人精神上附加限制」的侵入行為。依此，於甲基於竊盜意思踏入賣場時，即已該當侵入要件。惟管見認為，倘採取「意思侵害理論」，除外觀上無法分辨顧客究竟是否係基於不受歡迎目的進入賣場，也將使得侵入建築物罪淪為意念刑法。

(3)基此，應由客觀層面觀察，管見認為應採取「功能干擾理論」。亦即，原則上，行為人單純主觀上基於違法或是不受歡迎的目的進入賣場，尚不足以構成侵入要件；必須行為人進入建築物的「外在表現行事清楚偏離概括許可」時，方屬本罪之侵入。因此，甲將乳液放入手拿包時，已經透過客觀動作著手竊取行為，已偏離賣場概括進入同意的範疇，業已該當侵入要件。

2. 主觀上，甲明知並有意為侵入建築物之行為，具有本罪故意。

3. 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

(二) 甲將乳液放入手拿包之行為，構成刑法第 335 條第 2 項侵占未遂罪。

1. 主觀上，甲明知並有意拿取乳液；而客觀上，有疑問者在於，甲將乳液放入手拿包之行為究竟該當竊盜或侵占行為？又甲嗣後又將乳液放回架上，涉及該竊盜或侵占行為，究屬既遂或未遂，討論如下：

(1) 實務見解認為，甲拿取乳液的行為，係該當破壞他人持有，建立自己對物持有之竊盜行為。惟對於甲將乳液放回，屬於竊盜既遂或未遂，則有不同看法（司法院（83）廳刑一字第 13645 號）。

① 有認為，竊盜係破壞原持有支配關係，另建立一新之持有支配關係；是新持有人為實現其對物之支配意思，事實持有，且在通常狀況下對其持有已不存在顯然之障礙時，方能算為持有。基此，服務人員已注意甲之舉止，有存在顯然障礙，其竊盜行為並未既遂。

② 惟實務見解研討結論則認為，甲既已將該物置入手拿包內而持有，則該物既已置於甲實力支配之範圍內。至於該物是否置於甲可得自由處分之安全狀態，要屬無關。因此，甲竊盜行為業已既遂。

(2) 惟管見認為，甲於賣場拿取乳液的行為，依大賣場交易習慣，已默示買家得於結帳前，「附條件暫時持有」該物品，待結帳後才將物的持有「終局」移轉顧客。因此，基於交易習慣，甲既已持有該乳液，而將乳液放入手拿包，已經易持有為所有，屬於侵占行為。惟甲侵占行為究屬既遂還是未遂？涉及侵占罪既未遂時點。

① 實務見解採取「廣義顯示理論」並認為，基於侵占罪為即成犯之性質，只要從客觀第三人角度判斷行為人主觀上有「變易持有為所有之意思」即應構成侵占既遂（93 台上 1840 決）。因此，若以處分行為表明之，一經表明，侵占罪（既遂）即告成立，不以處分行為終了為必要。因此，甲已將乳液放入手拿包，侵占行為業已既遂。

② 有採取「狹義顯示理論」者認為，基於侵占罪係屬於將他人財物據為己有而剝奪他人財產所有權的「結果犯」性質，仍須再進一步判斷是否出現「侵占結果」，只要行為人客觀上所實施的侵占行為，還進一步處分財物（包含事實上及法律上處分），使原財物所有地位陷於難以復原的處境，即屬侵占結果。因此，甲並未進一步處分該乳液，侵占行為尚未既遂。

③ 惟管見認為，所謂占有係指「客觀上占為所有」，必須行為人基於經濟上意義開始使用他人之物時，方為侵占既遂罪。因此，甲僅將乳液放入手拿包，尚未基於經濟意義開始使用或塗抹該乳液，侵占行為尚未既遂。

2. 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

3. 惟甲將乳液放回貨架上，是否得主張刑法第 27 條第 1 項中止未遂法律效果？管見認為，甲係因店員要求查看包包才將乳液放回架上，依法蘭克公式，甲係不能，而非不為，並非出於己意而中止，不得主張中止未遂減輕或免除其刑之優待。

(三) 甲違規臨停紅線致 B 流血之行為，構成刑法第 276 條第 1 項過失致死罪。

1. 客觀上，甲違規停車行為是造成 B 死亡結果不可想像其不存在的條件；且甲違規臨停是製造他人可能不慎撞擊該車而受傷或死亡的風險，且依題示，B 是因為撞擊甲車導致「傷重不治死亡」，風險也實現在構成要件效力範圍內；主觀上，甲雖有打雙黃燈提醒用路人注意，但紅線本來就不能臨時停車，依社會常識，其預見可能有人傷亡，但確信有用雙黃燈提醒結果即不會發生，為有認識過失。

2. 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲構成本罪。

(四) 甲見 B 流血而駕車離去的行為，涉及下列犯罪：

1. 甲上開行為，不構成刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪。

(1) 客觀上，有疑問者在於 B 係因騎乘自行車自撞甲車，甲見其流血卻駕車離去，是否該當肇事逃逸要件？

① 首先，所稱「肇事」，依實務見解（102 年第 9 次刑事庭會議）認為，行為人對事故發生「非出於故意」為前提，不論發生肇事之原因是否因行為人過失行為所致，只要行為人有駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸之事實，則其不能離開現場。惟管見認為，所稱肇事行為人必須至少有過失參與事故。然而，不論依何種見解，甲違規停車係因過失導致 B 撞上該車，該當本罪肇事概念。

② 又所謂「駕駛」，應係在動力交通工具之動力裝置業經運轉之前提下，利用該動力裝置所生動能，藉以行走、前進於公眾得以自由通行之場所。惟管見認為，雖然事故是因甲之過失所導致，但甲是走出賣場時目睹事故發生，當時甲並未使該車引擎發動，未駕駛動力交通工具，不該當本罪之要件。

(2) 綜上，甲不成立本罪。

2. 甲上開行為，構成刑法第 294 條第 1 項遺棄罪。

(1) 客觀上，B 因為撞擊車輛導致流血，符合無自救力人要件。惟甲駕車離去該當不為生存必要扶助之不作為遺棄行為？

①管見認為，依道路交通管例處罰條例第 62 條第 3 項，汽車駕駛人駕駛汽車肇事致人受傷或死亡者，應即採取救護措施及依規定處置，然甲卻駕車離去而不為生存必要扶助，該當不作為遺棄。

②又依題示，B 之所以死亡係因為撞擊 A 車導致「傷重不治死亡」，B 死亡結果並非因為遺棄行為所致，行為與結果間並不存在因果關係，而無法該當刑法第 294 條第 2 項遺棄致死的加重結果犯。

(2)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

二、甲經營賭博性電子遊戲場，為免遭管區派出所取締，涉嫌行賄請求警員乙惠予照顧，不要動輒取締，並約定由甲自民國（下同）100 年 12 月份起，每月交付新臺幣（下同）20,000 元給乙。調查局線民丙，於 100 年 12 月 20 日，向調查局密報稱：「曾聽聞甲曾向顧客表示，安啦！管區警員乙，已打點好了。」經製作調查筆錄在案。調查員懷疑甲、乙二人涉有不法情事，為過濾線索的真實性，於翌日 12 月 21 日自行秘密監聽，發現甲、乙二人之通話內容提及「茶葉好了，有空過來喝」等曖昧用語。調查員研判是二人約定之暗語，遂於同年月 28 日檢具丙告發之調查筆錄及上開監聽譯文，洽請檢察官向法院聲請核發通訊監察書，監聽甲、乙二人手機號碼的通話。法院核准聲請，並於通訊監察書上載明監聽期間為：「自 100 年 12 月 30 日上午 10 時起至 101 年 1 月 30 日上午 10 時止」。調查員於 101 年 2 月 1 日通知甲、乙二人到案說明，甲、乙均否認犯罪。偵查中檢察官以證人身分傳喚丙，丙具結後供稱：「向調查員所供全是道聽塗說」，檢察官認為丙於調查局之供述較為可信，偵查終結，以甲、乙分別涉犯違背職務行賄、受賄罪，於 101 年 5 月 1 日提起公訴。檢察官並提出線民丙之調查筆錄、監聽之錄音光碟及監聽譯文，作為證據。其中，監聽譯文是由調查局人員製作但未經簽名，內容則載明：「兩手機通話時間為 100 年 12 月 31 日 XX 點 XX 分至 YY 分…甲手機發話：…茶葉好了可以來喝了…乙手機回話：謝謝啦！馬上過去喝。下個月初，可能有自強活動（意指分局有擴大臨檢之暗語）」。檢察官於起訴書中，除指明甲、乙二人於 100 年 12 月 31 日行賄、受賄 20,000 元外，另於第一審辯論終結前，追加起訴甲、乙二人 101 年 1 月份之行賄、受賄之犯行。經法院審理結果，認為甲、乙 100 年 12 月份之行賄、受賄部分固然成立犯罪，但檢察官追加起訴 101 年 1 月份的部分，屬犯罪不能證明，遂於判決主文就 100 年 12 月份甲之行賄，乙之受賄，分別論處罪刑；對於追加起訴部分，認為不成立犯罪部分，未於主文另為宣告，僅於理由說明追加起訴部分，犯罪不能證明，爰不另為無罪之諭知。試問：

- (一)100 年 12 月 31 日之監聽光碟及監聽譯文，得否作為認定甲乙二人有罪之證據？（35 分）
 - (二)檢察官認為丙於偵查中訊問時已翻供，故本案審判中未再聲請傳喚丙為證人，經法院依職權傳喚丙未到，法院得否採用調查員詢問丙之調查筆錄作為證據？（35 分）
 - (三)法院審理結果，第一審法院判決之諭知方式是否正確？檢察官對於第一審判決未提起上訴，僅被告上訴之情形，試問第二審法院之審判範圍為何？（30 分）
- （答題除引用相關之學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人見解）

命題意旨	本題涉及爭點頗多，涵蓋強制處分、證據、案件單一性等重要考點，因每個子題所涉之爭點均不相同，回答時應分別開標作答。
答題關鍵	第一小題：違法通訊監察之法律效果。 第二小題：傳聞原則與例外之運用。 第三小題：案件單一性與上訴不可分。
考點命中	1.《刑事訴訟法研析(上)》，高點文化出版，黃博彥（黎律師）編著，頁 7-225~7-226。 2.《刑事訴訟法研析(下)》，高點文化出版，黃博彥（黎律師）編著，頁 10-39，14-195~14-199，14-67。 3.《高點刑事訴訟法爭點班講義》第二回，黎台大編撰，頁 117~135。 4.《高點刑事訴訟法二試總複習講義》第一回，黎台大編撰，頁 98~101，157~161。 5.《高點刑事訴訟法二試總複習講義》第二回，黎台大編撰，頁 91~94。

【擬答】

(一)100 年 12 月 31 日之監聽光碟及監聽譯文，不得作為認定甲、乙有罪之證據

1.調查員於 100 年 12 月 21 日秘密監聽甲乙通話屬違法通訊監察

我國通訊保障及監察法（下稱通保法），採行令狀原則，亦即除有急迫情事外，原則上均應依通保法第 5 調之規定向法院聲請取得通訊監察書後，始得為之。依題所示，調查員雖係為調查甲、乙之行賄收賄罪嫌而開始調查，然於 12 月 21 日監聽時並未取得令狀，且個案中亦未見有任何急迫之情形而不能事前聲請之情事，故本案調查員 12 月 21 日監聽之調查行為違法。

2. 100 年 12 月 31 日之監聽光碟、監聽譯文不得作為證據

(1) 違法通訊監察之衍生證據排除效力

按通保法第 18 條之 1 第 3 項規定：「違反第 5 條、第 6 條或第 7 條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第 17 條第 2 項規定予以銷燬。」是偵查機關若出現違法監聽之情形，除該次取得之監聽錄音不得採為證據外，其所取得之內容與衍生之證據，均不得使用。學者多認為此係毒樹果實理論之明文文化規定。

(2) 100 年 12 月 31 日之監聽光碟、監聽譯文係自 12 月 21 日違法監聽行為所取得之衍生證據，依法不得作為證據使用

①查本案 100 年 12 月 31 日之監聽行為，雖係經檢察官向法院聲請核發通訊監察書後實施，然依通保法第 18 條之 1 第 3 項之規定，違法通訊監察取得之物並不能於司法偵查中作為其他用途，故檢察官以 12 月 21 日之監聽譯文作為聲請通訊監察書之證據，已存疑義。

②退步言之，若認為避免偵查程序癱瘓，違法監聽所取得之證據能得作為開啟其他偵查行為之用。然檢察官據以聲請通訊監察之依據，其中之一即係 12 月 21 日調查員違法監聽下取得之監聽譯文，且後續監聽之內容，亦係甲乙涉犯之行賄及收賄行為，是 12 月 31 日之監聽光碟及譯文，雖係合法取得通訊監察後監聽所取得，然因其係源自 12 月 21 日違法監聽行為後所取得之衍生證據，依通保法第 18 條之 1 第 3 項之規定，法院自不得將之採為認定甲乙二人有罪之證據。

(二) 法院不得採用調查員詢問丙之調查筆錄作為證據

1. 本案線民丙於調查局所製作之筆錄，屬被告以外之人於審判外之陳述，為傳聞證據，原則無證據能力。而依法務部調查局組織法第 14 條之規定，調查人員於執行犯罪調查職務時，視同司法警察。故調查筆錄得否作為證據使用，應視有無刑事訴訟法第 159 條之 2 或第 159 條之 3 傳聞例外而定。

2. 丙之調查筆錄不符合第 159 條之 2 傳聞例外

刑事訴訟法第 159 條之 2 適用上係以證人於審判中有到庭而陳述不一致為其要件，本案丙於審判中並未到庭，自無所謂偵查與審判陳述不一致可言，是系爭調查筆錄不得依第 159 條之 2 作為證據使用。

3. 丙之調查筆錄不符合第 159 條之 3 傳聞例外

①按刑事訴訟法第 159 條之 3 規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。」是偵查中之警詢筆錄，應以客觀上確實存有前揭事由時，始有適用之餘地。

②本案法院依職權傳喚丙未到，似符合上開條文第 3 款所稱之「傳喚不到」。惟查，第 3 款所稱「滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到」，必須是透過一切法定程序或通常可能之手段，仍不能使居留國外之原始陳述人到庭者，始能認為係「滯留國外」；至「所在不明」，則指非因國家機關之疏失，於透過一定之法律程序或使用通常可能之方式為調查，仍不能判明其所在之情形。（最高法院 99 台上 1892 決參照）。本案法院並未盡其傳喚義務，確認是否確實無法查詢到丙之所在而無法傳喚，是法院尚不得依第 159 條之 3 第 3 款規定，將調查筆錄作為證據。

4. 綜上，本案調查員詢問丙之調查筆錄既屬傳聞證據，且不符合傳聞例外之規定，法院自不得將之採為判決甲、乙有罪之證據。

(三) 第一審法院判決諭知方式有誤；第二審法院僅得就甲、乙 100 年 12 月之行賄、受賄加以審判

1. 第一審法院判決諭知方式有誤，第一審法院應就 101 年 1 月部分補判

(1) 檢察官追加起訴 101 年 1 月之行賄收賄行為，與原起訴之 100 年 12 月行賄受賄行為分屬數案件

檢察官原先起訴之甲乙 100 年 12 月 31 日之行賄收賄犯行，惟就第一審言詞辯論終結前，追加起訴甲、乙 101 年 1 月之行賄收賄犯行。按刑事訴訟法第 256 條追加起訴，係以相牽連之案件或本罪之誣告罪為其要件，故追加起訴之案件與原先起訴之案件，必為數案件。另就法院觀點，檢察官起訴及追加起訴之行賄收賄點分別係 100 年 12 月及 101 年 1 月，時間點並不相同，故亦不可能為實體法上之一罪，訴訟法上自非同一訴訟客體，應屬數案件。

(2) 第一審法院應將 100 年 12 月及 101 年 1 月二案件分別於主文諭知

承前所述，100 年 12 月與 101 年 1 月之犯罪事實既屬數案件，基於控訴原則，無論有罪與否，法院均應分別並於主文宣告。第一審法院僅將檢察官追加起訴之 101 年 1 月行賄收賄行為於理由交代，不另為無罪諭知，於法自有違誤。另因 101 年 1 月行賄收賄行為法院未於主文宣告，該部分訴訟繫屬尚未消滅，第一審法院補行判決，併與敘明。

2. 第二審法院僅得就甲乙上訴之 100 年 12 月行賄受賄加以審判

(1) 本案並無上訴不可分之適用

第 348 條第 2 項規定：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。」所稱「有關係之部分」，係指審判上無從分割，因其一部上訴而其全部必受影響而言（最高法院 46 台上 914 例）。故若就實體法上一罪之部分犯罪事實為上訴，因刑罰權無從分割，故單一案件之他部未上訴之犯罪事實，即屬有關係之部分（最高法院 29 上 3382 例意旨參照）。

(2) 據此，本案中甲乙 100 年 12 月及 101 年 1 月之犯罪事實，既屬實體法上數罪而屬數案件。則甲乙就有罪之 100 年 12 月部分行賄收賄犯罪事實提起上訴，其上訴效力自不及於 101 年 1 月部分。是第二審法院僅得就甲乙上訴之 100 年 12 月行賄受賄部分加以審判。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！