

《刑法與刑事訴訟法》

- 一、甲因欠卡債數百萬元，於民國九十五年六月二十五日趁其妻乙過馬路時，見丙駕駛卡車迎面而來，從後面猛推乙，致乙往前衝，丙來不及煞車而將乙撞死。嗣後甲不但未報警，還以將到警察局告丙，威脅丙簽下一百萬元本票；並且向保險公司請領保險金。請問甲、丙的行為應如何處斷？又甲請領保險金的時間在民國九十五年七月一日前或其後，是否對其罪刑論斷有影響？（25 分）

命題意旨	此考題為牽連犯廢除的議題。
答題關鍵	今年刑法部分的兩題有一個共通點，問題都不難，但是題意總有些曖昧模糊之處。考試時應看清楚較重要之考點，至於考點以外的描述，要盡量節制篇幅，避免寫到開花。
高分閱讀	1.錦囊系列－《刑法－總則篇》，蔡律師、余律師著。頁 268～276：間接正犯（相似度 55%） 2.重點整理系列－《刑法(概要)》，方律師著。頁 2-144～2-154：間接正犯（相似度 55%）；頁 7-25～7-27：恐嚇取財得利罪（相似度 60%）；頁 3-35～3-37：牽連犯（相似度 55%） 3.重點整理系列－《刑法概要》，梁國治著。頁 1-194～1-195：牽連犯（相似度 55%）；頁 2-205～2-207：恐嚇取財得利罪（相似度 60%） 4.經典題型系列－《刑法總則》，金律師著。頁 2-502～2-508：間接正犯（相似度 55%）；頁 3-50～3-81：牽連犯（相似度 60%）

【擬答】

(一)丙與甲之刑責

- 丙將乙撞死之行爲，可能成立刑法第 276 條之過失致死罪。
 - (1)造成他人死亡結果，而主觀上有預見可能性者，成立過失致死罪。本題中丙煞車不及撞死乙，因為是甲忽然將乙推出所致，故丙應無預見可能性，故不成立過失致死罪。
 - (2)丙無罪。
- 甲推乙之行爲，可能成立第 271 條之殺人罪。
 - (1)殺人罪以殺害行爲、人、死亡結果與因果關係爲要件。甲猛推乙而使丙煞車不及撞死乙，該當殺人罪之要件，甲主觀上之認知亦該當上述要件，故甲主客觀皆該當殺人罪。
 - (2)甲無阻卻違法、罪責事由，成立殺人罪。
- 甲威脅丙簽下本票之行爲，可能成立第 346 條之恐嚇取財罪。
 - (1)意圖爲自己或第三人不法之所有，以恐嚇使人將本人或第三人之物交付者，爲恐嚇取財罪。恐嚇指以惡害告知他人之行爲。本題中甲以將告到警察局威脅丙簽下本票，因乙之死亡實則甲所造成並非丙之責任，故可認爲甲之手段不法，該當恐嚇取財罪。甲主觀上亦認知上述要件，並知道自己無法律上原因得請求該本票，亦有不法所有意圖，故甲該當恐嚇取財罪。
 - (2)甲無阻卻違法、罪責事由，成立恐嚇取財罪。
- 甲請領保險金之行爲，可能成立第 339 條之詐欺取財罪。
 - (1)意圖爲自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，爲詐欺取財罪。本題甲自己故意造成保險事故之發生，卻向保險公司謊報而領取保險金，該當詐欺取財罪之要件，甲主觀上之認識亦該當上述要件。
 - (2)甲無阻卻違法、罪責事由，成立詐欺取財罪。
- 競合：丙並無成立犯罪，無競合之問題。甲成立殺人罪、恐嚇取財罪、詐欺取財罪，乃數行爲侵害不同法益，但依（九十五年七月一日前施行之）刑法第 55 條規定，犯一罪而其方法觸犯他罪名者，從一重處斷。本題甲違犯殺人罪，實乃後續恐嚇取財罪與詐欺取財罪之方法犯罪，三罪間有牽連關係，應成立牽連犯，從一重之殺人罪處斷。

(二)若甲請領保險金的時間在九十五年七月一日前或後對罪刑論斷之影響：

- 若甲請領保險金的時間在九十五年七月一日前，論罪上則爲前述之結論，甲成立殺人罪、恐嚇取財罪、詐欺取財罪，成立牽連犯，從一重之殺人罪處斷。
- 若甲請領保險金的時間在九十五年七月一日後，與前不同者，爲甲成立詐欺取財罪之時間點爲新法施行之後。因此，殺人罪與恐嚇取財罪並無問題，仍爲牽連犯，從一重處斷（若不考慮法律變更後刑法第二條從舊從輕之問題）。但因詐欺取財罪乃在新法施行後始違犯，由於違犯詐欺取財罪時，刑法第 55 條已刪除，故並無牽連犯之適用，無由與前二罪形成牽連關係，故應以數罪併罰處斷之。

二、甲接到女友丁電話哭訴顧客丙趁四下無人撫摸其胸部，遂持棍棒夥同好友乙找丙理論。雙方大打出手後，乙見丙被打得頭破血流，怕鬧出人命，遂抓住甲的手阻止其繼續毆打丙，甲不理乙的勸告，又用腳踹丙，乙只好電召丁到現場阻止甲。在丁尚未抵達前，丙被巡邏警車送至醫院急救，丙雖無生命之憂，但有腦死現象。請問本案應如何論處？（25 分）

命題意旨	此考題則是帶到許多刑法分則的問題
答題關鍵	今年的考題都不難，只要考點有看出來、條文引用正確，要取得高分應不是問題。
高分閱讀	1. 錦囊系列－《刑法－總則篇》，蔡律師、余律師著。頁 2-210～2-248：未遂犯（相似度 55%） 2. 重點整理系列－《刑法(概要)》，方律師著。頁 2-35～2-41：未遂犯（相似度 55%）；頁 6-5：人之終期（相似度 55%） 3. 錦囊系列－《刑法－分則篇》，蔡律師、余律師著。頁 23～25：終期之認定（相似度 55%）；頁 163～170：猥褻罪（相似度 40%） 4. 重點整理系列－《刑法分則》，方律師著。頁 1-5～1-6：人之終期（相似度 55%）；頁 1-121～1-123：猥褻之要件（相似度 40%）

【擬答】

(一) 丙撫摸丁胸部的行為，可能成立刑法第 224 條之強制猥褻罪。

1. 強制猥褻罪以強制他人於受強制狀態下而為猥褻行為為要件。強制行為為於民國 88 年修法後，乃是指「違背他人意願之方法」，學說更進一步指出，並非僅以違背他人意願即可，必須行為人有使用與列舉規定如強暴、脅迫有類似性之強制行為始可；猥褻係指「除性交之外，足以引起他人性慾或滿足自己性慾，有害風化之一切行為」。本題中丙趁四下無人撫摸丁胸部，雖然違背丁之意願，但題意並未指明丙有使用強制丁之行為，故丙撫摸丁之胸部為足以滿足自己性慾之行為，唯並不該當強制行為之要素。丙主觀上之認知亦如此，故主客觀構成要件皆未該當。
2. 丙不成立強制猥褻罪，餘下僅有可能成立性騷擾防治法第 25 條之犯罪。

(二) 乙毆打丙的行為，可能成立第 271 條第二項殺人未遂罪。

1. 殺人罪以殺害行為、人、死亡結果與因果關係為要件。本題乙毆打丙，造成丙腦死之結果，因題意描述丙「無生命之憂」，故丙之腦死應非腦幹死，而是成為植物人之大腦半球死，故未該當殺人罪之死亡結果。而乙要找丙理論，依題意一直毆打至頭破血流都未罷休，可認其有殺人之間接故意，且亦有著手，該當殺人未遂罪。
2. 乙無阻卻違法、罪責事由，成立殺人未遂罪。
3. 而乙於毆打丙途中，曾欲放棄犯行而電召丁到場阻止甲繼續毆打。是否有成立刑法第 27 條中止未遂或準中止未遂之可能？按中止未遂有四個要件，分別為行為未既遂、中止行為與中止意思、己意中止、行為未既遂與中止行為間有因果關係。而準中止未遂則是當行為未既遂與中止行為間無因果關係時，若行為人盡力為防止行為者，亦得適用中止未遂之規定減免其刑。而盡力為防止行為，學說上認為應施用一般理性判斷下適當可靠的防果行為始可。本題中乙成立殺人未遂罪，亦於未遂之情形下打電話給丁阻止甲，可認其有出於己意為防止行為。但結果之不發生，並非其防止行為所致，而是由巡邏警車將丙送醫使其逃過一劫，故乙不成立中止未遂。而是否成立準中止未遂，因其僅打電話給丁要其至現場阻止甲，按一般理性判斷下，送醫急救乃是較為適當可靠的防果行為，故乙不符合盡力之要件，亦不成立準中止未遂。
4. 乙成立殺人未遂罪。

(三) 甲毆打丙的行為，可能成立第 271 條第二項傷殺人未遂罪。

1. 本題甲與乙乃夥同找丙理論，可認其與乙殺人罪之共同行為決意與共同行為實施，甲與乙為殺人罪之共同正犯，依一部行為全部責任之法理，應同負殺人未遂罪之刑事責任。
2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立殺人未遂罪。
3. 而甲是否有成立中止未遂或準中止未遂之可能？按中止未遂之本質為個人解除刑罰事由，換言之，多數行為人中有為中止行為者，始得適用該條之規定減輕或免除其刑。甲既未為中止或防止結果發生之行為，故無成立中止未遂之餘地。
4. 甲成立殺人未遂罪。

(四) 丁向甲哭訴的行為，可能成立第 271 條與第 29 條教唆殺人未遂罪。

1. 刑法第 29 條第一項規定，教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。除此之外，通說認為，為使教唆犯與刑法分則之煽惑犯罪區別，教唆犯應指教唆特定人、特定罪之行為；喚起不特定人或為不特定罪之行為則為煽惑。本題丁向甲哭訴丙撫摸其胸部之事實，喚起甲傷害丙之決意，似可成立教唆犯。唯丁哭訴時，並無喚起甲違犯特定犯罪，主觀上亦無教唆故意，故丁不成立教唆殺人未遂罪。
2. 丁無罪。

三、刑事訴訟法規定，對於有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。請問，該夜間搜索之禁止原則有那些例外？又，違反夜間搜索之禁止原則所扣得之物，是否有證據能力？（25 分）

命題意旨	有關夜間搜索的原則與例外，是實務上搜索強制處分運作重心，成為考題並不意外。本題明顯在測試同學對夜間搜索的基本條文熟悉度，以及同學對違反規定時的法律效果的理解。
答題關鍵	刑事訴訟法第 146 條，是有關夜間搜索的基本規定。必須要注意的是，第 147 條又列舉了可例外搜索的特定處所。至於法律效果方面，條文依據主要為 158 之四的權衡法則，若能回答出學說意見，將更完整。
高分閱讀	1.《刑事訴訟法》(上)，林鈺雄著。2004 年 9 月第 4 版，頁 367、368、532。 2.重點整理系列－《刑事訴訟法概要》，安律師著。頁 1-128～1-130：夜間搜索限制之例外與證據排除（相似度 85%） 3.法學圖說系列－《刑事訴訟法(I)》，史奎謙著。頁 4-155～4-158：夜間搜索（相似度 60%）；頁 4-188～4-189：夜間搜索限制之例外（相似度 70%）

【擬答】

(一)依刑事訴訟法（下同）第 146 條第 1 項本文規定：「有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。」該條但書則稱：「但經住居人、看守人或可為其代表之人承諾或有急迫之情形者，不在此限。」又若日間已開始搜索或扣押者，得繼續至夜間（第 146 條第 3 項）。此外，第 147 條亦列舉出得為夜間搜索扣押的特定處所，因此，有關禁止夜間搜索原則的例外情形，包括：

- 1.經住居人、看守人或可為其代表之人承諾者，執行搜索扣押之人員得例外的進行夜間搜索。
- 2.有急迫之情形者，執行搜索扣押之人員得例外的進行夜間搜索。
- 3.處所係假釋人住居或使用中，執行搜索扣押之人員得例外的進行夜間搜索。
- 4.若係旅店、飲食店或其他於夜間公眾可以出入之處所，仍在公開時間內者，執行搜索扣押之人員得例外的進行夜間搜索。
- 5.處所係常用為賭博，妨害性自主或妨害風化之行爲者，執行搜索扣押之人員得例外的進行夜間搜索。

(二)違反夜間搜索禁止原則所扣得之物，如受搜索人依照第 416 條提出準抗告；或執行人員依照第 131 條進行事後陳報或報告者，而經法院撤銷該次違法之搜索時，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。亦即該扣得之物將無證據能力。至於法院審酌證據能力的標準，則依 158 之 4：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護」，立法理由則進一步指出：「違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官於個案權衡時，允宜斟酌(1)違背法定程序之情節。(2)違背法定程序時之主觀意圖。(3)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(4)犯罪所生之危險或實害。(5)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(6)偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性及(7)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形」，亦即依據這些標準由法院進行權衡證據能力之有無。學說見解上，有學者強調違法搜索取得之證據應絕對排除；亦有學者主張應以三段論法處理。所謂的三段論法，法院首先審查，追訴機關是否惡意、恣意違法取證，若肯定，即排除該證據；若否，再審查其被違反之取證禁止規範，其法規範目的為何，若法規範將被終局性破壞，即排除該證據；若否，則最後進行個案權衡。這些學說上的意見，可供參考。

四、刑事訴訟法第 176 條之 1 規定：「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。」其中，「法律另有規定者」所指為何？試說明之。（25 分）

命題意旨	測試同學對條文構造的理解，以及相關條文與學理的熟悉度。
答題關鍵	本題看上去是條文解釋題，但既然是要處理證人義務的例外規定，其實就是要同學回答出證人在什麼情況下，可以解除其證人的義務。因此，簡單來說，答案就是有關拒絕證言權的相關規定。
高分閱讀	1.《刑事訴訟法(上)》，林鈺雄著。2004 年 9 月第 4 版，頁 471、473。 2.洪政大，2006 年國家考試總複習講義「2006 年刑事訴訟法實務與學說見解分析」，頁 32 以下，拒絕證言權制度（相似度 100%） 3.洪政大，大綱式講義第二回（2006 年 7 月版），頁 60 以下 4.第 107 期法觀人考場特刊：刑訴第 2 題，拒絕證言權（相似度 55%） 5.重點整理系列－《刑事訴訟法概要》，安律師著。頁 1-194～1-201：證人義務之例外（相似度 80%） 6.法觀人雜誌第 106 期：頁 49～59：新聞記者與業務上拒絕證言權，洪政大著。 7.法學圖說系列－《刑事訴訟法(I)》，史奎謙著。頁 4-610～4-618：證人義務之例外（相似度 85%）

【擬答】

按刑事訴訟基於真實之發現，賦予一般國民出庭作證的義務（即刑事訴訟法第 176 條之 1），但發現真實並非刑事訴訟唯一的目的，仍必須考慮與其他價值的相互權衡。拒絕證言權制度，就是此種價值權衡下的產物，因而免除證人的作證義務。換言之，規範拒絕證言權制度者，即為刑事訴訟法（下同）第 176 條之 1 所稱之「法律另有規定」：

(一)因公務關係之拒絕證言：第 179 條規定：「以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」此項拒絕證言原因，以公務機密

為限，其設定上級機關允許之要件，目的在於釐清上下份際與權責，並且，只當因其證言而妨害國家利益時，始能認為維護機密之價值優於犯罪真相之發現，該管監督機關或公務員才能例外地不予准許。

- (二)因業務關係之拒絕證言：第 182 條規定：「證人為醫師、藥師、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」此乃著眼於特殊職業之高度信賴關係，由於欠缺此種特殊信賴關係，會使人人自危，因此，本法承認此種職業之人的拒絕證言權。例如病情，屬於病人相當隱私的事項，病人就醫時，至少應該可以信賴醫師不會將其病情外洩。信徒向神父告解、嫌犯向律師自白犯罪的情形，也不能缺少這種信賴。
- (三)因身分關係之拒絕證言：第 180 條規定：「證人有下列情形之一者，得拒絕證言：一、現為或曾為被告或自訴人之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬者。二、與被告或自訴人訂有婚約者。三、現為或曾為被告或自訴人之法定代理人或現由或曾由被告或自訴人為其法定代理人者。對於共同被告或自訴人中一人或數人有前項關係，而就僅關於他共同被告或他共同自訴人之事項為證人者，不得拒絕證言。」再者，第 181 後段規定：「證人恐因陳述致…與其有前條第一項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言」。這些基於身分關係的拒絕證言，都是法律考量不強人所難的道理，以免身處法律與人倫的交戰窘境。因不自證己罪的拒絕證言：第 181 條前段規定：「證人恐因陳述致自己…受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。」其法理基礎在於不自證己罪原則，以避免證人因陳述而自證己罪。

【參考資料】

1. 《月旦法學雜誌》第 133 期，頁 178～186：論新聞自由與刑事司法，林輝煌著。
2. 《月旦法學雜誌》第 127 期：頁 5～27：初探醫療神秘與拒絕證言權，林鈺雄著。