

# 《刑法與刑事訴訟法》

一、母親甲，攜同三歲的小兒在便利商店購物。甲先裝滿一大盒熱騰騰的關東煮，放置在結帳櫃臺上，又走回貨架，挑選物品。此時，小兒伸手拿取桌上的關東煮，卻打翻淋在頭臉上，導致多處燙傷。店員乙雖注意到小孩的舉動，但忙於幫其他顧客結帳，且立於櫃檯之內，來不及防止。問對於小孩的燙傷，甲乙是否有罪？（25 分）

試題評析	本題考點在不純正不作為犯保證人地位的概念，考生除對於保證人地位的一般性內涵要有所掌握外，也要留意學說上對於「排他性支配領域」的說法，方能完整答題。
考點命中	《高點刑法補充講義第二回 101 年版》，盛律師編撰，頁 22-25。

## 【擬答】

(一)店員乙未阻止小兒伸手拿取關東煮，可能構成過失致傷罪之不作為犯（刑法第284條+刑法第15條）

- 1.按，便利商店店員為實際管理、支配超商空間之人，則對於超商內販賣之物品負有監督之義務，並對於出入超商之顧客，應有保護其生命身體安全不因超商內固有風險而受侵害之義務，是以店員乙對於該小兒應負有保證人地位。
- 2.又依題意，店員乙已注意到該小兒伸手取物之舉動，則對接下來該小兒被滾燙食物燙傷一事，至少應有注意可能性，並有防止之義務，卻未防止，是有過失。
- 3.然則依題目敘述所言，乙立於櫃檯之內，來不及防止，則乙對於避免系爭小兒受傷有無作為可能性，亦即其未出手阻止之不作為與小兒燙傷結果間有無因果關係有其疑問。從一般經驗觀之，如店員乙已提早發現小兒伸手靠近熱食，理應可立即呼喝制止，或出聲令其他靠近該小兒之顧客阻止小兒拿取，或將系爭關東煮拉近自己使小兒無法觸及，則乙對於系爭傷害結果之發生，應仍有作為可能性。
- 4.然而，若依學理上「排他性支配領域」概念思考，行為人只有在客觀情事上產生去除因果進行防止可能性之排他性（即扣除行為人已無他人得履行作為義務）、或是基於與被害人間特殊依存關係，被害人的法益在規範上特別期待由行為人負擔時，行為人方產生作為義務。
- 5.據此，則依一般社會生活習慣，便利商店店員對於顧客自行攜入店內之幼兒，並無接受合理期待的全程照護義務，亦即一般人應會期待由家長看顧自己的幼兒，而非由店員對幼兒在店內發生之一切情事負責。因此，本題中之乙對系爭小兒並不具有排他性支配關係，故不成立本罪。

(二)母親甲未避免小兒乙靠近熱燙關東煮，可能構成過失致傷罪之不作為犯（刑法第284條+刑法第15條）

- 1.按，甲係小兒之母，依自然血緣關係，甲對於該小兒之生命身體安全自負有保證人地位。且甲將熱食放置小兒伸手可及之櫃檯，開啓風險狀態，亦有危險前行為。
- 2.若甲於店內確實看顧幼兒，將幼兒帶至自己身邊，不讓幼兒靠近滾燙熱食，則系爭小兒應有幾近確定之可能不致伸手取物燙傷，故甲之不作為與系爭傷害結果間亦有因果關係。甲未盡其照顧幼兒之注意義務，並隨意放置熱食，對於小兒之受傷結果間有預見可能性卻未預見，是有過失。
- 3.又依一般生活經驗，母親與未成年子女間具特別依存關係，應被特別期待對子女之安全負起義務，是甲對於系爭小兒具有排他性領域之支配關係，負有防止結果發生之作為義務。
- 4.綜上，甲之行為該當構成要件，無其他阻卻違法事由且有責，成立本罪。

(三)結論

甲構成過失致傷罪，乙無罪。

二、甲乙丙三人結伴登山，由於迷路，在山中慌亂多時，才尋得正確路徑。三人氣力用盡，無心繼續前行，竟然商議，謊稱發生山難，以電話向消防局請求直昇機救援。待直昇機將三人送抵平地，發現並無傷者。三人表示，這是下山最快與最安全的方式，歉然致謝。直昇機這一趟救援飛行，雖無天候異常所可能引發的危險，但卻耗費油資新臺幣 6 萬元。問甲乙丙三人是否有罪？（25 分）

試題評析	本題結合時事，只要刑法基本概念掌握得當即可答題，某些概念可能最後不會成立，但解題時若有時間，可以嘗試作多樣性假設，會有加分效果。另外題中情形也有行政上罰鍰之規定，但並非刑法考試類科之範圍，故無須著墨太多。
考點命中	1.《高點刑法補充講義第一回》，盛律師編撰，頁 82。 2.《高點刑法補充講義第四回》，盛律師編撰，頁 33 以下。

## 【擬答】

- (一)甲乙丙三人謊稱山難，耗費直昇機之資源，可能構成詐欺得利罪之共同正犯（刑法第339條第2項+第28條）
- 1.甲乙丙三人基於共同決意，進行事前協議與行為分擔，是為刑法第28條之共同正犯。
  - 2.又甲乙丙三人貪圖便利，基於利用公共資源之不法所有意圖，向消防局為不實之資訊告知，致使消防人員因而陷於錯誤，耗費油資前往乘載三人，因而致消防局受有財產上損害，該當本罪要件。
  - 3.又甲乙丙三人得否主張刑法第24條之緊急避難？按，緊急避難以危難情狀存在為要件，依題意，甲乙丙三人於呼救時已尋得正確路徑，且依題旨，天候亦無異常，並無立即之危難情狀存在，不該當本條要件，無法主張阻卻違法。又甲乙丙三人對事實認知並無錯誤，亦無誤想緊急避難之情形。
  - 4.綜上，甲乙丙三人構成本罪。惟考量三人因疲累慌亂，一時失慮而為不實通報，可能有刑法第57條廣義減輕責任之事由得加以斟酌。
- (二)甲乙丙三人謊稱山難，耗費直昇機之資源，可能令其他待救援者無法立即獲得施救而遭到危險，而可能構成遺棄罪之間接正犯（刑法第294條第1項）
- 1.按，消防隊依法令對於急難者負有救助之義務，不為救助者可能構成有義務遺棄罪責。而在資源有限之情形下，若同時有多起救援任務待履行，勢必造成義務衝突，產生犧牲某些利益之風險。
  - 2.甲乙丙三人謊報山難，令消防前往救援，如此可能令同一時間真正需要援助之其他人民陷入生命身體之危險中。惟本題中並未敘明有此情形存在，因果關係難以證明。復甲乙丙三人對於其他登山者之生命身體法益侵害，難謂有故意，從而亦難以該當本罪之主觀不法。
  - 3.綜上，三人不構成本罪。
- (三)又甲乙丙三人並非公務員，無法該當刑法第131條圖利罪行；三人通報時並未對消防隊員施何等強暴脅迫，亦與刑法妨害公務罪行無涉。
- (四)結論  
甲乙丙成立詐欺得利罪，此外可能依消防法遭處以行政上罰鍰。

三、甲為任職於某公務機關之公務員，因涉嫌對於違背職務之行為，向承包廠商收賄新臺幣 9 千萬元，嗣因案情爆發，即逃逸無蹤，經檢察官指揮調查局偵辦，於民國 101 年 6 月 30 日，至甲家中起出賄款，並當場逮捕甲到案，甲之辯護人於檢察官偵查中聲請接見甲，惟檢察官認甲之辯護人之接見將導致偵查中斷，顯然妨害偵查進行，因而諭知暫緩接見。試問：

- (一)檢察官之該項處分是否合法？並說明其理由及法律依據。(5 分)
- (二)甲或甲之辯護人有何救濟方法？並說明其理由及法律依據。(5 分)
- (三)如甲係羈押中之被告，試問：
  1. 檢察官諭知暫緩接見之處分是否合法？(10 分)
  2. 甲或甲之辯護人有何救濟方法？(5 分)

並分別說明其理由及法律依據。

試題評析	本題為 2011 年刑事訴訟法針對律師與被告接見部分，關於接見通信權之限制與救濟部分的修法題，本題中各考點基本上就是該次修法各條條文之內容。 答題關鍵如下： 1.本法針對羈押被告與偵查中受拘捕被告不同之接見通信權規定。 2.檢察官於現行條文架構下之急速處分權。 3.本法 404 條與 416 條對於接見通信權限制之救濟相關條文。
考點命中	1. 來勝出版《刑事訴訟法精要》，路台大編撰，第二版，頁 3-20~3-37。 2.《高點刑事訴訟法上課講義》，路台大編撰，2012 年版，第二回，頁 89-107。 3.陳運財，「釋字第 654 號解釋與自由溝通權」，月旦法學第 192 期，2011 年 5 月。

## 【擬答】

- (一)1.本題考點涉及被告與辯護人接見通信權之限制，又刑事訴訟法（下稱本法）34 條第 1 項與第 2 項將被告身分區分為羈押中與偵查中受拘捕者二者。本題中被告係偵查中受拘捕，故應適用本法第 34 條第 2 項之規定：「辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，不得限制之。但接見時間不得逾一小時，且以一次為限。接見經過之時間，同為第 93 條之 1 第 1 項所定不予計入二十四小時計算之事由。」，受拘捕被告應有至少一次與辯護人會面之機會，原則上不得加以限制。
- 2.惟為免偵查受到中斷導致公共利益之侵害，本法設有檢察官急速處分權之規定於 34 條第 3 項：「前項接見，檢察官遇有急迫情形且具正當理由時，得暫緩之，並指定即時得為接見之時間及場所。該指定不得妨害被告或犯罪嫌疑人之正當防禦及辯護人依第 245 條第 2 項前段規定之權利。」，本案中被告已有逃亡之虞且可能有串供等等之危險，故檢察官應可依本項規定限制律師與其會面。
- (二)過往本法對於接見通信權限制未有救濟相關規定，對此 2011 年已進行修法以賦予人民救濟之機會。本法第 416 條中已增列第 3 款規定，於檢察官對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分時，受處分人即被告可提起準抗告救濟之，故於本法中若被告認為已不存在急迫情狀時，為保障其接見通信權，可提起準抗告請求救濟。
- (三)1.針對受羈押被告部分，本法 34 條第 1 項規定賦予被告與律師接見通信之權利，惟於本法 34 條之 1 中規定法官可核發限制書限制律師與被告之會面，此外於同條第 5 項部分，賦予偵查中檢察官之急速處分權，於偵查中急迫時，可暫時限制律師與被告之會面。故本題中，檢察官若覺得有急迫狀況必須盡速偵查案件而須暫時限制律師與被告會面時，自可依上開條文合法限制該會面。
- 2.承上所述，現行本法第 416 條已賦予受處分之被告對於檢察官所為之急速處分，擁有提起準抗告救濟之機會，故於本案中若某甲認為其並無串供或滅證之虞，則其可依 416 條規定提起準抗告請求撤銷該處分，並獲得與律師見面之機會。

四、檢察官以甲因一行為涉犯貪污治罪條例第 6 條第 4 款之圖利及刑法第 216 條之行使刑法第 213 條之公務員登載不實文書等罪嫌，經偵查終結於民國（下同）83 年 6 月 6 日提起公訴，嗣第二審法院於 101 年 7 月 10 日審理結果，因刑法於 94 年 2 月 2 日修正，關於公務員概念之範圍已限縮，甲已非貪污治罪條例所稱之公務員。試問：

- (一)法院審理結果如認甲之上開行為不構成檢察官起訴之貪污治罪條例第 6 條第 4 款之圖利罪，及刑法第 216 條之行使刑法第 213 條之公務員登載不實文書罪，而僅構成刑法第 342 條之背信罪，則：

1. 法院應為如何之判決？（10 分）
2. 甲對於該判決得否上訴第三審？（10 分）

並分別說明其理由及法律依據。

- (二)如法院經審理結果，認既不能證明甲犯刑法第 216 條之行使刑法第 213 條之公務員登載不實文書罪，亦因刑法之修正，關於公務員概念之範圍已限縮，甲已非貪污治罪條例所稱之公務員，復不能證明甲之上開行為另構成其他罪行，則法院應為如何之判決？（5 分）

並分別說明其理由及法律依據。

試題評析	<p>本題考的是傳統對於公訴不可分與案件認定之考題，並搭配上訴部分一併出題，簡單來說考的是對案件處理的一整個流程。答題關鍵如下：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 不同案件數時，公訴不可分與審判不可分的操作。</li> <li>2. 不同情況下法院如何下判決之區分。</li> <li>3. 上訴部分與案件單一性之關係。</li> </ol>
考點命中	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 來勝出版《刑事訴訟法精要》，路台大編撰，第二版，頁 17-1~17-15、17-18~17-25。</li> <li>2. 《高點刑事訴訟法講義》，路台大編撰，2012 年版，第六回，頁 161-164。</li> <li>3. 《高點刑事訴訟法講義》，路台大編撰，2012 年版，第八回，頁 21-25。</li> </ol>

【擬答】

(一)1.法院判決部分

- (1)本題中以檢察官以一罪全部起訴為前提進行解題，法官依控訴原則自可於同一犯罪事實範圍內，為不同之法律評價，合先敘明之。
- (2)若本案中法官於審判後，認為上開各罪為數罪關係時，則法院應對背信罪部分為有罪判決，而對其他部分為無罪判決。
- (3)反之若法官認為本案各罪為一罪關係時，則法院應於主文中對背信罪部分諭知有罪判決，而於理由中說明其他部分無罪之理由。

2.本題中若檢察官以一罪全部起訴，則本題中法官審判應無違反控訴原則之問題，故難謂可以本法 379 條第 12 款為由提起上訴。又本案中法官以背信罪判決，此罪屬本法 367 條之不得上訴三審之案件，且被告對於其無罪部分又無上訴利益可上訴之，故本案最終不得上訴三審。

(二)本題中若本案起訴部分全部皆無罪時，依照最高法院 55 年 6 月 28 日之刑事庭總會決議，此部分法院應於判決主文中分別諭知其無罪。

高點