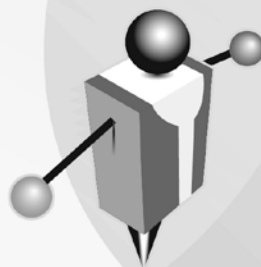


# 高點考季友賞



**8/13~8/31 新朋友&老朋友共賞全年最優惠**

**112面授/VOD：8/13~15報名全修課程，加碼贈高點補課券20堂**

司法特考	高考
<ul style="list-style-type: none"> <li>· 全修：特價 27,000 元起</li> <li>· 四等考取班：特價 49,000 元</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 法制全修：特價 44,000 元</li> <li>· 法廉/財廉全修：特價 33,000 元起</li> </ul>
行政警察	調查局特考
<ul style="list-style-type: none"> <li>· 全修：特價 31,000 元起</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 全修：特價 33,000 元起</li> </ul>
差異科目/弱科加強	實力進階
<ul style="list-style-type: none"> <li>· 監所管理員全修+警察法規：特價 42,000 元</li> <li>· 四等書記官或法警全修+公務員法概要特價 40,000 元</li> <li>· 四等小資：特價 16,000 元起</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 申論寫作班：特價 2,500 元起/科</li> <li>· 矯正三合一題庫班：特價 4,000 元起</li> <li>· 犯罪學題庫班：特價 1,700 元起</li> </ul>

**112雲端函授：8/13~15報名全修課程，加碼再優1,000元**

司法特考	高普考
<ul style="list-style-type: none"> <li>· 全修：特價 39,000 元起</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 法制全修：特價 58,000 元</li> <li>· 法廉/財廉全修：特價 46,000 元起</li> </ul>
行政警察	調查局特考
<ul style="list-style-type: none"> <li>· 全修：特價 40,000 元起</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 三等全修：特價 47,000 元</li> </ul>
實力進階	弱科加強
<ul style="list-style-type: none"> <li>· 申論寫作班：單科特價 3,000 元起</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 四等小資：特價 20,000 元起</li> </ul>

※諮詢&報名詳洽【法政瘋高點】LINE 生活圈(ID: @get5586)  
 ※報名全修考生若當年度考取相同等級類科，二週內可回班辦理退費



優惠詳情

# 《刑法與刑事訴訟法》

一、甲身無分文，卻想利用機會不法拿取高價手錶而進入錶店，甲向店員乙 謊稱要買手錶，請乙拿出高價 A 錶供其觀賞挑選。乙在取出手錶前，依照店內守則，先悄悄鎖住店內玻璃門，以防萬一，但所有動作都已被甲 觀察到。甲查看 A 錶時，乙主動將 A 錶戴在甲手上，並逐一解說 A 錶的功能，此時甲又指著玻璃櫃台內另一只錶，要求乙也拿出來比較，乙 不疑有他，在低頭解鎖準備拿出該錶時，甲戴著 A 錶跑向店門口，並以 尖銳物敲擊玻璃門，玻璃門脆裂，甲衝撞逃離錶店，乙從錶店追出，因距離甲很近，乙伸手想拉住甲的衣服，卻因踩到地上碎玻璃滑倒，身上多處被玻璃割傷，甲順利逃走。試問甲的行為依刑法如何論處。(25 分)

命題意旨	詐欺/搶奪/竊盜罪之區分、準強盜罪之要件。
答題關鍵	本題為傳統爭點考題，前半段涉及財產犯罪中詐欺/搶奪/竊盜罪之區分，需討論是否有「破壞持有」及「交付」之行為，以及搶奪罪和竊盜罪之區別。後半段涉及準強盜罪之要件，需討論甲敲擊玻璃門、乙受傷之行為是否達大法官釋字第630號解釋「難以抗拒」之程度。本題屬於爭點較多的題目，作答時需要注意時間分配。
考點命中	《高點刑法講義》第七回，成台大編撰，頁28-29、33-37。

## 【擬答】

(一)甲謊稱買錶，試戴A錶後跑走的行為，可能該當刑法(下同)第339條第1項詐欺取財罪：

- 客觀上，甲雖然有謊稱買錶「施用詐術」之行為，使得乙誤以為甲要買錶而取出A錶給甲試戴「陷於錯誤」，惟詐欺罪之要件為被害人「交付財物」，限於被害人主觀上有將特定財產長時間移轉給對方之意思。本題乙將A錶交給甲試戴，**僅係暫時試戴而非長時間移轉財產，故不該當「交付」要件**，不符合詐欺罪要件。
- 綜上，甲不該當本罪。

(二)甲謊稱買錶，試戴A錶後跑走的行為，可能該當第320條第1項竊盜罪：

- 客觀上，乙雖將A錶讓甲試戴，惟甲試戴A錶之場所仍為店內，且乙已鎖住玻璃門，故此時乙對於A錶仍屬於「鬆弛的持有」，甲戴著A錶跑走屬於破壞乙的持有，建立自己的持有。惟甲之行為係「竊取」或「搶奪」有所爭議，分述如下：
  - 實務見解認為，搶奪罪之要件為「**乘人不備，公然掠取他人之財物**」，而竊盜罪為「乘人不知」、「和平」竊取財物。本題甲乘乙低頭解鎖拿B錶的時候，戴著A錶跑走，符合「乘人不備」、「公然」之要件，依據實務見解該當搶奪行為。
  - 學說見解認為，搶奪罪之要件應為對他人緊密持有之動產施以「不法腕力」猝然奪取，使被害人不及抗拒，造成被害人有人身安全的危險，不以公然為必要。而竊盜罪為和平方式破壞持有。本題甲未對乙施加不法腕力，依據學說見解，該當竊盜行為。
  - 本文以為，搶奪罪之法定刑較竊盜罪重，應在於搶奪行為可能對被害人有生命、身體之危險，故應限於對被害人有「不法腕力」之情形，方有較重刑度之正當性，故採學說見解，本題甲應為「竊盜行為」，客觀構成要件該當。
- 主觀上，甲有竊盜故意及不法所有意圖，主觀構成要件該當。
- 甲無阻卻違法事由、無阻卻罪責事由，該當本罪。

(三)甲攜帶尖銳物，試戴A錶後跑走的行為，可能該當第321條第1項第3款攜帶兇器加重竊盜罪：

- 甲之行為該當竊盜罪如前述，又甲攜帶「尖銳物」敲破玻璃門，該尖銳物應屬有殺傷力之「器械」，該當「兇器」之定義。又實務見解對「攜帶兇器」之要件採客觀說，只要行竊時客觀上攜有兇器即該當本款，不以行竊之初有行兇或反抗之意圖為必要，是否真正使用兇器亦非所問。本題甲於竊盜過程攜帶兇器，更持之敲擊玻璃門，主觀上對攜帶兇器亦有認知，自該當本款加重要件。
- 甲無阻卻違法事由、無阻卻罪責事由，該當本罪。

(四)甲持尖銳物敲破玻璃門之行為，可能該當第354條毀損罪：

- 客觀上，甲持尖銳物敲破乙店之玻璃門，該當損壞他人物品、足以生損害於他人之要件；主觀上，甲有毀損故意，構成要件該當。

2.甲無阻卻違法事由、無阻卻罪責事由，該當本罪。

(五)甲試戴A錶後跑走，逃離過程造成乙受傷，可能該當第329條準強盜罪：

1.客觀上，甲竊取A錶該當竊盜要件，為保有A錶並逃離乙店，該當「防護贓物」、「脫免逮捕」之要件，惟甲當場持尖銳物敲破乙店之玻璃門，讓乙踩到玻璃跌倒無法繼續追甲，是否該當「強暴」之要件，涉及準強盜罪對於強暴之標準。早期見解有認為客觀上有使用強暴脅迫行為即足，不論對被害人有無造成壓制，然參釋字630號解釋：「……擬制為強盜罪之強暴、脅迫構成要件行為，乃指達於使人難以抗拒之程度者而言，是與強盜罪同其法定刑，尚未違背罪刑相當原則……」故排除短暫輕微肢體衝突之情形。本題乙雖有受傷，惟甲並未直接對乙施加強制力，乙未受有「難以抗拒」之強暴，故不該當準強盜罪之要件。

2.綜上，甲不該當本罪。

(六)甲持尖銳物敲破玻璃門，造成乙受傷之行為，可能該當第277條第1項傷害罪：

1.客觀上，甲持尖銳物敲破玻璃門，造成玻璃碎裂、乙在伸手拉住甲的過程中踩到玻璃跌倒受傷。如非甲敲破玻璃門不會造成乙受傷結果，有條件因果關係；又甲雖非直接攻擊乙，而乙試圖攔阻甲屬於人之常情，而甲敲破玻璃本有一定危險性，造成附近之人踩到受傷亦屬一般經驗法則發生之結果，故具備相當因果關係。主觀上，甲雖非有意造成乙受傷，並無直接故意，惟甲敲破玻璃，應可預見碎玻璃為尖銳刺物，乙有踩到跌倒受傷之情形，仍不以為意敲破玻璃，足見乙受傷不違背其本意，該當間接故意，主觀構成要件該當。

2.甲無阻卻違法事由、無阻卻罪責事由，該當本罪。

(七)競合：

甲持尖銳物敲破玻璃門行為該當毀損罪及傷害罪，屬於一行為侵害數法益想像競合，再與加重竊盜罪數罪併罰。

二、甲為 16 歲乙的指定監護人，甲心儀乙一段時日，某日乙請甲同意讓其動用自己的特有財產，購買高價首飾。甲明知該高價首飾就乙的日常生活而言，不但不必要且不相當，卻覬覦乙的身體，謊稱只要乙願意與甲發生性行為，甲願意同意乙的要求，雖然乙素來討厭甲，卻仍答應甲的交換條件，甚至在第一次兩人性行為後，乙竟不顧自己不喜歡甲的事實，積極與甲交往，希望藉由甲的資力讓自己有更好的生活享受。之後甲、乙發生第二性行為時，乙詢問甲一起去購買之前所說高價首飾的具體時間，甲認兩人已為戀人，遂坦誠相告之前因為想與乙有親密關係，所以假稱同意，並說明該首飾非乙日常生活必要，不會同意乙購買，但日後甲會用自己的錢給乙添購高品質的生活物資。乙發覺自己被騙，非常生氣即刻與甲分手。乙以甲的長相與身形特徵向警局報案，冒稱自己遭到居家附近傳聞已久卻尚未落網之「蒙面狼」性侵。試問甲、乙的行為依刑法如何論處。(25 分)

命題意旨	強制性交罪之要件、利用權勢性交罪之要件、誣告罪之要件。
答題關鍵	本題前半段爭點涉及「詐術」是否該當強制性交罪，以及甲身為乙的監護人，以購買高價首飾之同意權要求乙為性交行為，是否該當「利用權勢」之要件。後半段涉及誣告罪之要件，乙明知甲並非蒙面狼性侵犯，卻向警局報案，並描述甲的身形特徵，應成立誣告罪。
考點命中	《高點刑法講義》第七回，成台大編撰，頁79-80、113。

#### 【擬答】

(一)甲謊稱要讓乙購買高級首飾，讓甲和乙發生性行為，可能該當刑法（下同）第221條第1項強制性交罪：

1.客觀上，甲謊稱要讓乙購買高級首飾，以此作為交換條件讓乙和他發生性行為，事後卻未讓乙購買，屬於「施用詐術」令乙「陷於錯誤」之情形，此時是否能該當「強制性交」之要件，有所爭議，分述如下：

(1)有見解認為，詐術使被害人同意性交，屬於同意有瑕疵之情形，事後未履行條件，對被害人而言屬於違反意願之方法，可準用最高法院97年第五次刑庭決議在強制猥褻行為之見解，認為「違反其意願之方法」不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，故本案甲以詐欺方式取得乙同意，仍屬於同意瑕疵，而違反乙之意願。

(2)另有見解參德國法，如果被害人的同意係與「法益關聯性有關的欺騙」，則該同意無效，仍該當強制性交罪；如被害人的同意係與「法益關聯性無關的欺騙」，僅係「動機錯誤」，此時則不該當強制性交罪。故本案乙對於「性交」並無誤認，僅對於交換條件有所誤認，屬於「動機錯誤」之情形，不該當強制性

交行為。

- (3)本文以為，強制性交罪仍應以妨害被害人之性自主為要件，如被害人對於法益本身並無誤認，則不應認為其自由有被妨害，此時不應論強制性交罪。故採第二說，本題乙對於發生性行為並無誤認，縱使對於交換條件有受騙，仍不該當強制性交行為。

2.綜上，甲不該當本罪。

(二)甲誑稱要讓乙購買高級首飾，讓甲和乙發生性行為，可能該當第228條第1項利用權勢性交罪：

- 客觀上，甲身為16歲之乙指定監護人，甲乙之間屬於「因監護關係受自己監督之人」，並因監護人有權管理受監護人之特有財產，甲利用該權勢要求乙和其發生性行為，雖乙看似有選擇餘地得決定不同意甲提出之交換條件，惟在兩人平等之權力結構下，乙如不同意甲提出之條件，極可能受有不利利益，故乙同意甲之條件應屬在權力結構下受其壓迫而有瑕疵，甲該當利用權勢性交行為，客觀構成要件該當；主觀上，甲有利用其監護人之身分和乙發生性行為之故意，主觀構成要件該當。

2.甲無阻卻違法事由、無阻卻罪責事由，該當本罪。

(三)競合：甲利用權勢和乙發生兩次性行為，兩次行為間並無時間、空間密接關聯性，故無法評價為一接續行為，而應分別論罪，數罪併罰。

(四)乙以甲的長相及身形特徵向警局報案，冒稱遭到「蒙面狼」性侵之行為，可能該當第169條第1項誣告罪：

- 客觀上，乙明知甲並非「蒙面狼」，仍以甲的長相及身形特徵向警局報案，表示遭到其性侵，屬反於事實之申告，縱使乙受有甲利用權勢性交，惟乙之申告行為亦和真實過程不符，仍為虛偽申告。再者，乙雖未提到甲之姓名，惟從乙提供「甲的長相及身形特徵」，應足以特定甲之身分並使得該管公務員以甲為調查追訴對象，故乙之行為應屬第169條之對特定人誣告，而非第171條未指定犯人之誣告。
- 主觀上，乙有誣告故意，且乙以甲的長相及身形特徵向警局報案，應有讓甲受刑事懲戒之意圖，主觀構成要件該當。
- 乙無阻卻違法事由、無阻卻罪責事由，該當本罪。

三、甲涉犯毒品危害防制條例罪嫌，經檢察官依法提起公訴，辯護人乙於審判中主張證人丙在偵查中向檢察官所為之證述，並無結文附卷，顯未經具結，自無證據能力，檢察官遂聲請證人丙至法庭作證，丙於法庭上證稱：「其於偵查中曾簽具結文」云云，審判終結，法院以前述證據形成心證，諭知甲有罪。辯護人不服，以「檢察官之訊問筆錄雖記載『諭知具結之義務及偽證之處罰，並命證人朗讀結文後具結』等語，然無結文附卷可稽，因不符法定具結程序採書面結文之形式要件，應不發生具結之效力，其證言無證據能力。」提起上訴。試論辯護人之主張是否有理由？（25分）

命題意旨	具結是否具有效力。
答題關鍵	本題為基本概念題，答題重點在於證人之具結是否合乎要件，倘若未合乎要件，具結自屬無效。
考點命中	1.《刑事訴訟法透析》，高點文化出版，劉睿揚律師編著，頁12-1。 2.《高點刑事訴訟法講義》第三回，劉律編撰，頁94-96。

#### 【擬答】

辯護人主張係屬有理由

(一)按「刑事訴訟法所謂具結係指證人以文書保證其所陳述之事實為真實而言，乃證言真實性之程序擔保。且於結文上簽署證人本人之真實姓名係為該保證文書必備之手續，否則不生具結之效力。從而證人於第一審審理時之證言，實係由他人冒名所為，且冒名人在證人結文上署名遭冒名之證人姓名，則法院認冒名人於第一審審理時並未依法具結，依刑事訴訟法第158條之3規定，其證言自不得作為證據，於法並無不合。」（最高法院103年度台上字第329號刑事判決意旨參照）。

(二)又依同法第158條之3規定，證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據。此所稱未具結者，除全然未簽認結文外，尚包括違反同法第189條第1項、第202條所定具結之法定程式（結文內容）。從而，（鑑定）證人苟經法院或檢察官指定，意在使依其特別知識經驗，就所觀察之「現在事實」（非已往見聞經過之事實），報告其判斷之意見，即不失為鑑定人之性質。於此，即應分別情形命具（鑑定）證人結文，或加具鑑定人結文。換言之，其人究竟係屬證人（鑑定證人）或鑑定人身分，自應分辨明白，

然後依法命為具結，若有違反或不符合法定程式，其證言或鑑定意見，即屬欠缺法定程式，而難認係合法之證據資料，不得作為證據。」（最高法院 109 年度台上字第 3030 號刑事判決參照）。

- (三)準此，本件丙在偵查中均係以證人身分傳訊，惟遍查卷宗並無證人結文可佐，足認渠在偵查中顯未依刑事訴訟法第 186 條第 1 項規定命其具結，即未踐行人證之法定調查程序，則依上開說明，上開證人所為證述，均應不得作為證據，故辯護人之主張為有理由。

四、被告甲涉犯刑法酒駕致人於死罪嫌，經檢察官依法提起公訴，審判中，被告甲及其辯護人乙，對於證人丙於審判外之陳述，均明示同意作為證據，復經提示上開供述證據時，亦併就證據能力表示沒有意見。法院審酌上開證據作成時之情況，認無不適當之情形，復敘明符合證據適當性之理由，乃依法踐行調查程序，認定被告甲有罪。甲依法提起上訴，經上訴審撤銷原審判決，發回更審。試論被告甲及辯護人乙得否於更審第一次審判期日時，撤回同意證人丙之傳聞證據之證據能力？（25 分）

命題意旨	同意傳聞證據具有證據能力可否撤回。
答題關鍵	本題答題重點在於實務見解認當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，且該意思表示無任何瑕疵，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，固無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。
考點命中	1.《刑事訴訟法透析》，高點文化出版，劉睿揚律師編著，頁11-8(考點7)，考點完全命中。 2.《高點刑事訴訟法講義》第三回，劉律編撰，頁66-68。

#### 【擬答】

被告甲及辯護人乙不得於更審第一次審判期日時，撤回同意證人丙之傳聞證據之證據能力。

- (一)按刑事訴訟法為保障被告之反對詰問權，採行傳聞法則，而於第 159 條第 1 項規定，原則上，被告以外之人於審判外之陳述，不得作為證據。惟反對詰問權並非絕對之訴訟防禦權，基於真實發見之理念及當事人處分權之原則，同法第 159 條之 5 之規定，允許被告放棄對原供述人之反對詰問權，於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，而藉由當事人等「同意」之此一處分訴訟行為，與法院之介入審查其適當性要件，將原不得為證據之傳聞證據，賦予其證據能力。本乎程序之明確性，該法條第 1 項所稱「經當事人於審判程序同意作為證據」者，當係指當事人意思表示明確之明示同意而言，以別於第 2 項之當事人等「知而不為異議」之默示擬制同意。（最高法院 109 年度台上字第 3546 號判決參照）
- (二)次按當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，且該意思表示無任何瑕疵，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，固無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。惟此明示同意之效力，形同發生被告放棄憲法所保障對質詰問權之結果，且形成恆定之拘束力，而傳聞法則及其例外，又非公眾周知之普通常識，其同意自應建立於被告本人確實明知上開效力之前提下，始得謂毫無瑕疵，是以除於有辯護人之被告，因已得辯護人之專業輔助，而無需另為闡明外，倘對未選任辯護人又無法律專業之被告，法官於準備程序處理有關證據能力之意見時，仍應充分曉諭被告關於傳聞法則之法定內涵與同意證據之處分效果，使其處分權得有效行使，以資衡平，否則其處分之意思表示雖非無效，仍有瑕疵，即得容許被告於事實審言詞辯論終結前，對其證據能力再為追復爭執，除非所爭執之傳聞證據，法院業已傳喚原供述人到庭踐行對質詰問程序，原供述人復未否認其曾為之供述，而無不當剝奪被告反對詰問權之疑慮，因對被告權益未生影響，其瑕疵已被治愈，始不許被告再行撤回其同意。（最高法院 109 年度台上字第 3546 號判決參照）
- (三)準此，本題中被告甲及其辯護人乙，對於證人丙於審判外之陳述，均明示同意作為證據，是依據上開實務之見解認為當事人既已明示同意作為證據之傳聞證據，且該意思表示無任何瑕疵，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，實無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求，是被告甲及辯護人乙不得於更審第一次審判期日時，撤回同意證人丙之傳聞證據之證據能力。