

《刑法與刑事訴訟法》

一、臺北世貿正在舉辦電腦展，甲打算前往購買筆記型電腦，至銀行自動提款機領錢。甲原本預計要領新臺幣（下同）30,000 元，不過不小心按錯鍵，按到「3,000」數字，甲一按完後，立刻感覺到自己按錯鍵了，但沒想到提款機吐出的金額一眼即看出不只 3,000 元（因為千元鈔票不只三張，而是一疊），拿起來仔細一算，竟是 30,000 元，而帳戶的明細表金額卻僅扣除 3,000 元。由於甲不是非常確定是否自己按錯鍵，故而決定再試一次，繼續提款，這次他很清楚自己按下「3,000」，果然提款機吐出的金額還是 30,000 元，但帳戶的明細表金額仍只扣除 3,000 元。甲發現提款機作業系統出問題，喜出望外，正想要好好撈一筆，誰知接下來，提款機竟出現無法操作的畫面，甲雖不免有些失望，但他還是很高興地拿著 60,000 元迅速離去。回家後，由於甲一直抽不出時間前往世貿電腦展選購筆記型電腦，因此，甲乃委託專精電腦的鄰居好友乙代他前往選購。甲交付乙 40,000 元，將其主要需求的規格設備告訴乙，至於其他細節部分則授權乙決定，並言明多退少補。乙至電腦展會場後，依甲所需要的規格設備選定了 A 廠牌筆記型電腦，原來定價為 42,000 元，電腦展期間特價為 38,000 元，經過乙的討價還價，最後以 36,000 元購得。然而乙回家後交付該筆記型電腦給甲時，卻向甲騙稱，該電腦原來定價為 42,000 元，經其一番辛苦殺價後，以 38,000 元購得，所以他再退還甲 2,000 元，甲信以為真，感謝再三。問甲、乙之行為各應如何論處？（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意見）（100 分）

命題意旨	今年司法官考題，刑法只有一題佔分一百分，一題定生死，且採用一題一份答案卷（共計 10 頁）的方式，又題目要求除實務及學說見解外，必須附具個人意見，目的在測驗考生是否能夠論述說理清楚，因此必須將有爭議處明確列出不同見解後，敘明自己所採見解之理由。
答題關鍵	1. 今年刑法考題落在傳統財產犯罪範圍，爭點不難但很多且難鋪陳。本題旨在測驗考生溢領存款刑事責任及詐欺取財與背信罪問題討論。首先，就溢領存款刑事責任，因行為人主觀認知不同，必須先將甲先後兩次提領存款行為分開討論，又必須將個別提款行為中，正常提款金額與溢領金額各別分析討論。也因此，就溢領存款爭點之鋪陳必須非常小心，必須討論是否構成竊盜罪、侵占罪、侵占遺失物罪與不正使用自動付款設備罪，最後以學說通說作結，認為不構成刑法上犯罪，僅是民法不當得利行為而已。 2. 其次，就乙謊報電腦價格而賺取價差行為，除必須討論以詐術賺取價差兩千元之詐欺取財罪外，還須討論乙違背任務行為是否構成背信罪，最後若認為同時構成詐欺取財與背信罪後，別忘記要討論競合。
考點命中	1. 《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，2016 年 12 月，頁 9-77。 2. 《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，2016 年 12 月，頁 9-88。

【擬答】

(一) 甲第一次提領存款的行為，涉及溢領存款之刑事責任，討論如下：

1. 甲第一次提領存款，對於鍵入 3 千元且實際於甲之帳戶扣款之 3 千元，並無溢領情狀，係符提領存款事實，且銀行亦有移轉持有予甲之意思，因而不構成任何犯罪。
2. 惟甲第一次提領存款，雖鍵入 3 千元然因機器故障所溢領 2 萬 7 千元之行為，不構成刑法第 320 條第 1 項普通竊盜既遂罪。
 - (1) 客觀上，縱使認因機器故障而銀行未將該 2 萬 7 千元之持有移轉予行為人甲，該筆金額仍屬他人持有之物；然主觀上，甲第一次提領存款時，對於可能破壞持有而建立持有行為並無認識，且無不法所有意圖，不該當竊盜罪之構成要件。
 - (2) 綜上，甲不構成本罪。
3. 甲第一次溢領 2 萬 7 千元之行為，不構成刑法第 335 條第 1 項普通侵占罪。
 - (1) 客觀上，對於侵占罪之持有原因，實務見解認為侵占罪之成立，必須以被侵占之物先有法律或契約上之原因在行為人持有中者為限（52 台上 1418 例）。本案，甲係因機器故障取得溢領金額之持有，

亦即非基於法律或契約關係持有該筆金額，縱甲將該款項據為己有，也不該當侵占之構成要件。

(2)綜上，甲不該當本罪。

4.甲第一次溢領 2 萬 7 千元之行為，不構成刑法第 337 條侵占遺失物罪。

(1)客觀上，有疑問者在於該筆溢領金額是否屬於非出於本人意思，而離本人所持有之物，必須探究銀行有無移轉鈔票之持有予甲：

①有學者認為，甲於提領存款時，與銀行間讓與鈔票合意範圍僅及於輸入款項金額之 3 千元，至於溢領之 2 萬 7 千元之現鈔所有權，係因機器故障導致，並未基於銀行讓與合意而移轉予甲，該筆溢領金額屬於脫離本人持有之物，而甲主觀明知並有意為之，且具有不法所有意圖，該當侵占遺失物之構成要件。

②惟管見以為，甲雖操作提領 6 千元，但銀行利用提款機所為之意思表示範圍則因機器故障為 3 萬元為新要約，而該新要約被甲承諾領取，因此就甲所提領 3 萬元範圍內，銀行與甲之間具有讓予 3 萬元之合意，甲已受移轉而持有該筆金額，非屬脫離他人持有之物，甲不構成侵占遺失物之構成要件。

③綜上，甲不構成本罪。

5.甲第一次溢領 2 萬 7 千元之行為，不構成刑法第 339 條之 2 不正使用自動付款設備罪。

(1)客觀上有疑問者在於，甲插入真正卡片而輸入真正密碼提領存款，卻因機器故障而溢領金額之行為，是否屬於本條所稱之「不正方法」？

①基於「主觀理論」，所謂不正方法即使一切違反處分權人明知或可得推知之意思，而使用付款設備者。亦即，此說以處分權人主觀意思決定行為人之行為是否屬於無權、不正當行為。基此，溢領部分已違反銀行明示或默示之意思，甲上開行為構成本罪所稱之不正方法。

②又有採取「詐欺特性理論」者，其認為因為機器不會陷於錯誤，但如果將機器比擬為人，行為人之方法具有類似詐術特性時，則屬不正方法。基此，甲未傳遞不實資訊，係因程式設定錯誤而取得該溢領之存款，非屬本罪所稱之不正方法。

③另實務見解認為，所謂「不正方法」，係泛指一切不正當之方法而言，並不以施用詐術為限，例如：以強暴、脅迫、詐欺、竊盜或侵占等方式取得他人之提款卡及密碼，再冒充本人由自動提款設備取得他人之物，或以偽造他人之提款卡由自動付款設備取得他人之物等等，均屬之。基此，甲取得該款項係因機器程式設定錯誤，非因甲不正當行為導致，不該當本罪之不正方法。

④惟管見以為，基於「設備使用規則理論」，所謂不正方法，係指違反自動付款設備使用規則，進而影響該設備程式運作。若係出於自動提款機內部程式設計有誤，則該程式錯誤已成為設備使用規則之一部分，只要行為人使用真正提款卡並輸入真正密碼，已屬依照設備使用規則提領現金，不該當本罪之不正方法。基此，本案行為人甲係插入真正卡片而輸入真正密碼，僅係內部機器錯誤而導致溢領存款，非屬本罪所稱之不正方法。

(2)綜上，甲不構成本罪。

(二)甲第二次提領存款的行為，涉及溢領存款之刑事責任，討論如下：

1.承前所述，甲對於第二次提領存款之 3 千元因符合提款事實，不構成犯罪。

2.甲第二次溢領 2 萬 7 千元之行為，不構成刑法第 320 條第 1 項普通竊盜罪。

(1)客觀上，有疑問者在於溢領金額是否屬於他人之動產，必須討論銀行是否有移轉持有予甲之意思，分述如下：

①有學者認為，基於消費寄託契約，銀行並無移轉超出甲提領存款之 3 千元額度，就溢領之 2 萬 7 千元部分，無移轉現鈔所有權之意思，屬於他人持有之物，而甲取走溢領金額則為破壞他人持有而建立自己持有之竊盜行為。

②惟管見以為，承前所述，銀行與甲就提款之 3 萬元金額範圍內具有要約及承諾，而銀行有移轉所有權予甲之意思，甲因而取得現鈔所有權，甲將該筆金額取則之行為，不該當竊取「他人動產」之構成要件。

(2)綜上，甲不構成本罪。

3.承上所述，甲因與銀行間無法律或契約關係，不構成刑法第 335 條侵占罪；又溢領款項部分，銀行已有移轉所有意思，非屬離本人持有之物，不構成刑法第 337 條侵占遺失物罪；最後，基於「設備使用規則理論」，甲符合設備使用規則使用提款機，就溢領存款行為非屬不正方法，而不構成刑法第 339 條之 2 不正使用自動付款設備罪。

4. 基此，甲第二次溢領存款行為不構成犯罪，至多是民法不當得利問題。

(三) 乙騙稱電腦以 3 萬 8 千元購得，賺取價差 2 千元之刑事責任，討論如下：

1. 乙上開行為，構成刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪。

(1) 客觀上，乙係向甲謊稱電腦以 3 萬 8 千元購得，惟實際上係以 3 萬 6 千元購得，係為傳遞不實資訊之施用詐術行為，使甲陷於錯誤，進而處分價差 2 千元而未向乙索討，且甲受有 2 千元之損害，上開行為之間亦具有貫串因果關係。

(2) 惟有疑問者在於，乙欺騙甲使其免除乙返還 2 千元價差行為，究竟是取財或得利行為？管見以為，由於乙目的是在騙取 2 千元現鈔，而使甲為免除返還價差現鈔 2 千之意思表示，應構成詐欺取財行為。又有學者認為，詐欺罪係保護整體財產，只要整體財產有所減損即該當詐欺罪，取財或得利僅係交付財產之手段而已，不應區分取財或得利行為，此見解殊值傾聽。

(3) 主觀上，乙明知並有意為詐欺取財之行為，且具有不法所有意圖，該當本罪之構成要件。

(4) 乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

(5) 綜上，乙成立本罪。

2. 乙上開行為，構成刑法第 342 條背信罪。

(1) 客觀上，有疑問者在於乙雖為甲代買電腦而為處理事務之行為，惟是否謊報電腦價格，是否該當本罪之「違背任務」行為？

① 有採取「信託違背理論」者認為，背信行為的本質在於信託義務的違背。因此，所謂為他人處理事務除本人與第三人的事物外，也包括行為人與本人間的內部事務，也不論是法律事務或事實上之事務，均包括在內。基此，乙未遵守與甲「多退少補」之約定，未退還 2 千元，屬於違背與甲間內部任務之行為，該當違背任務之要件。

② 惟管見認為，基於「權限濫用理論」，背信罪的本質在於權利（代理權）的濫用。行為人基於法律原因，而對他人之財產擁有代理權限，背信行為即是對於此等財產處分權之濫用，而造成他人財產上損失。基此，乙係違背「多退少補」之內部事務，非濫用對外之代理權限，對於受任人乙違背任務的行為，未退還 2 千元所造成本人的損害，都只能基於內部的契約關係去尋求民事上的解決，而不該當本罪違背任務之要件。

(2) 綜上，乙不構成本罪。

3. 競合：退步言之，縱認乙上開行為構成背信罪，依實務見解：「刑法上之背信罪，為一般性違背任務之犯罪。故為他人處理事務之人，若違背任務，將持有他人之物予以侵占，或以詐術使他人交付財物或得財產上不法之利益者，除成立侵占或詐欺罪外，並無依背信罪處斷之餘地（95 台上 2504 決）」。

二、警員 P 以現行犯逮捕正在施打毒品的甲，在警局，P 詢問甲並製作筆錄，甲供出係向乙購買毒品。P 查證發現乙是毒品通緝犯，乙經 P 緝捕到案詢問後，承認施用毒品，但否認販賣毒品。P 將乙尿液及查扣之毒品送到地檢署事前以公文選定的醫院鑑驗。其後，P 將乙隨案移送檢察官，經檢察官 S 複訊，乙仍承認吸毒，但否認販毒。S 以乙有逃亡之虞且所犯為重罪，向法院聲請羈押乙。法院尚未開始進行羈押審查程序，乙配偶丙為乙委任的辯護人 L 趕到法院，L 要求法院先讓其跟乙交談，並要求檢閱檢察官偵查卷證資料。法院不允准 L 與乙會面交談，且因偵查卷證尚未送至法院，因而暫時無法交付卷證資料與辯護人。檢察官聲請羈押 3 小時後，偵查卷證始送至法院，法院才通知辯護人 L 檢閱。辯護人影印資料及準備開庭又歷經 1 小時，才開始羈押審查程序。檢察官雖受通知，仍未到庭。法院審查時，辯護人 L 以檢察官未將全部卷證資料交伊檢閱而向法官異議。法官以檢閱卷證範圍如何為檢察官之決定，辯護人無權異議，且法院亦無權限得命檢察官檢附所有偵查卷證，因而當庭駁回異議。最後，法院允准羈押乙，被告以此為由提起抗告，法院以無理由駁回抗告。乙於羈押執行中，辯護人 L 要求丙私下去見甲，希望甲改變供詞。檢察官 S 獲知此事，即檢附相關文件向法院聲請限制辯護人 L 接見羈押的乙，也聲請禁止乙押所與外人接見。法院未經訊問被告乙，亦未聽取辯護人 L 之意見，即簽發限制書允准限制乙接見。試問：

(一) 法院羈押審查程序之合法性。(60 分)

(二)法院限制接見處分之合法性。(40 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意見)

命題意旨	無論此次考試題數與配分改變，於本科上閱卷權及交通接見權都屬熱門考點，應無產生突襲。答題時，除法條外，請特別將促成該修法之大法官解釋及修法理由一併引出。
答題關鍵	第一小題：第 93 條、101 條第 2 項、第 33 條之 1、大法官 737 號解釋 第二小題：第 34 條、第 105 條、大法官 654 號解釋
考點命中	《刑事訴訟法(上)》重點整理系列，高點文化出版，王子鳴律師編著，2016 年 8 月初版，頁 1-2-40、1-2-74、2-2-37、2-2-50。

【擬答】

(一)關於羈押審查程序之合法性：

1.關於乙配偶丙選任辯護人 L，應屬合法：

依刑事訴訟法(下同)第 27 條第 2 項規定，被告或犯罪嫌疑人之法定代理人、配偶等人，得獨立為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人。故本題中乙配偶丙選任辯護人 L 合法，辯護人 L 得為被告乙行使辯護權。

2.關於檢察官聲押後 3 小時始將卷證送至法院，應屬違法：

(1)我國於 106 年修正之第 93 條第 2 項規定，偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起 24 小時內，以聲請書敘明犯罪事實並所犯法條及證據與羈押之理由，備具繕本並檢附卷宗及證物，聲請該管法院羈押之。修法理由亦指出：「為及時使被告及辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由，法院於受理羈押之聲請後，自應先付予其聲請書之繕本，俾被告及辯護人有所依憑。」

(2)固檢察官於拘捕 24 小時內向法院聲請羈押後，即無違反憲法第 8 條及前揭規定，惟被告於羈押審理程序開始前，人身自由仍受拘束及限制，參酌前揭規定，檢察官於提出羈押聲請後，當應備具繕本並檢附卷宗及證物送交法院，不得無故拖延，故本題中，竟於聲押後 3 小時始將卷證送至法院，應屬違法。

3.關於辯護人影印資料及開庭準備又歷經 1 小時，應屬違法：

(1)學理即指出外國立法例上基於對律師制度之信賴，辯護人聲請閱卷後，院檢通常會將原始卷宗(不含證物)整份寄送至律師事務所，閱完後再送回法院或檢方。

(2)106 年修正之第 93 條第 5 項規定，法院於受理羈押之聲請，付予被告及其辯護人聲請書之繕本後，應即時訊問。修法理由即指出：「為及時使被告及辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由，法院於受理羈押之聲請後，自應先付予其聲請書之繕本，俾被告及辯護人有所依憑。」

(3)據此，本題中法院竟未將聲請書之繕本及檢方相關證物交付予辯護人 L，使辯護人自行影印資料，與前揭新修正之第 93 條立法意旨未符，應屬違法。

4.關於閱卷證之範圍：

(1)依大法官 737 號解釋及新增之第 33 條之 1 規定，固基於被告防禦權之保障，已允許「偵查中羈押程序」辯護人之閱卷權。

(2)關於閱卷之範圍，依第 93 條第 2 項後段：「但有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞之卷證，應另行分卷敘明理由，請求法院以適當之方式限制或禁止被告及其辯護人獲知。」

(3)該新修法理由即指出：「卷證資料如有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，而欲限制或禁止被告及其辯護人獲知者，檢察官為偵查程序之主導者，熟知案情與偵查動態，檢察官自應將該部分卷證另行分卷後敘明理由，並將限制或禁止部分遮掩、封緘後，由法官提供被告及辯護人檢閱、提示或其他適當方式為之，以兼顧偵查目的之維護以及被告及其辯護人防禦權之行使。」

(4)學理亦指出，衡量檢察官之偵查目的及被告之防禦權行使，關於閱卷範圍上，「至少」必須揭露與聲請羈押理由有關之證據，一方面可保障檢察官偵查，一方面保障辯方能有效辯護及救濟，無庸擔心其所不知之資訊變成羈押決定之基礎。

(5)據此，檢察官自得視偵查之進度及狀況，適當的僅提出羈押聲請理由所須之證物，無庸將全部卷證提出，法院亦無權限要求檢察官提出全部卷證。本題中，檢察官係以被告乙有逃亡及重罪為由聲請羈押，並非第 101 條第 1 項第 2 款事由(虞串羈押)，故本題中被告似無將卷證資料湮滅、偽造、

變造證據之虞，基於 93 條第 2 項後段，檢察官應敘明限制理由，該等閱卷限制始屬合法。

5.關於檢察官未到庭，應屬違法：

- (1)第 101 條第 2 項雖僅規定檢察官「得」到場陳述聲請羈押之理由及提出必要之證據，但不能解釋為「任意裁量」。
- (2)學理即指出，檢察官作為提出聲請並代表公益之國家機關，又有協助法院形成正確裁判的義務，有負起說明聲請羈押理由之「義務」。因此，檢察官「應」踐行到場或補提證據之義務。故本題中檢察官受通知仍未到庭，法院即行羈押審查程序，應屬違法。
- (3)再者，本題中，檢察官未交付全部卷證予法院，乃以上開第 93 條第 2 項後段為理由，依新修正之第 101 條第 2 項但書規定，檢察官應到場敘明理由，並指明限制或禁止之範圍。

(二)關於限制接見處分之合法性：

1.選任辯護人 L 後，第一時間要求接見被告乙，遭法院拒絕，應屬違法：

- (1)依大法官 654 號解釋意旨保障交通接見權，及第 34 條第 2 項、第 3 項規定，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，此接見僅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。
- (2)前揭規定固為辯護人與偵查中受拘捕被告之交通接見，若檢察官已經向法院聲請羈押，該交通接見之暫緩可否為之？應由法院或檢察官為之？並無明文。惟參酌大法官 654 號解釋及第 34 條第 2 項、第 3 項保障被告與辯護人交通接見權意旨，乃至少應允許偵查中被告與辯護人「第一次」交通接見權，以防止偵查中被告自受拘捕起無法與辯護人接見，致使防禦權無從有效行使。
- (3)再者，依新修正之第 101 條第 4 項規定：「被告、辯護人得於第一項訊問前，請求法官給予適當時間為答辯之準備。」立法目的乃在為使被告及其辯護人有效行使防禦權。
- (4)因此，本題中，被告乙配偶為其選任辯護人 L 後，參酌前揭說明，法院應允許辯護人 L 與被告乙闡第一次交通接見，在有特殊情況存在時，亦僅得暫緩，不應逕行拒絕其接見。

2.關於羈押被告乙後，限制其與辯護人 L 之接見，應屬違法：

- (1)依第 34 條第 1 項規定，辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。此項限制，針對偵查中受羈押被告時，依第 34 條之 1 規定，由檢察官檢附相關文件，聲請法院限制之。
- (2)為符合大法官 654 號解釋意旨保障受羈押被告與辯護人之交通接見權，上開限制書之核發仍應遵守正當法律程序及被告防禦權、辯護人之辯護權保障等，宜於核發前使被告或辯護人就該限制書之相關文件等表示意見，不應由法院單方面僅聽取檢察官意見即行核發。
- (3)此被告防禦權及辯護人之辯護權保障意旨，亦規範於「法院辦理限制辯護人接見通信案件應行注意事項」第 7 點：「法院核發或補發限制書前，認有必要時，得先聽取當事人或被聲請限制辯護人之意見。」是以，本題中，法院未訊問被告乙，亦未聽取辯護人 L 之意見，即逕核發限制書限制被告乙與辯護人 L 之交通接見權，應屬違法。

3.關於禁止乙與外人接見：

- (1)就受羈押之被告與辯護人以外之外人接見，依第 105 條第 2 項規定，被告得自備飲食及日用必需物品，並與外人接見、通信、受授書籍及其他物件。但押所得監視或檢閱之。
- (2)惟第 105 條第 3 項規定，法院認被告為前項之接見、通信及受授物件有足致其脫逃或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，得依檢察官之聲請或依職權命禁止或扣押之。但檢察官或押所遇有急迫情形時，得先為必要之處分，並應即時陳報法院核准。
- (3)此項限制被告與外人接見之程序固未如同第 34 條第 1 項及第 34 條之 1 等之程序要求，且若被告對此項限制不符時得依第 404 條第 1 項第 2 款或第 416 條第 1 項第 1 款提起抗告或準抗告。惟此審理過程，實務上多以書面審查，參酌前揭「法院辦理限制辯護人接見通信案件應行注意事項」第 7 點規範意旨，法院宜於限制前使被告等人適當表示意見，再行決定是否予以限制，較為允妥。