

《刑法與刑事訴訟法》

- 一、甲帶著未繫頸鍊的小狗外出散步，小狗看見路人乙時突然失控低吼齜牙衝向乙，甲在後面追趕阻止，乙見小狗衝過來，為了保護自己不被咬傷，在小狗將咬其腳時，將狗踢開，同時撿起一旁粗大樹枝暴打小狗，致小狗斷腿，哀嚎不已，甲見乙暴打其狗，且制止不聽，頓時大怒，以拳頭將乙打傷。試問甲、乙之行為，依刑法如何論處。(25 分)

答題關鍵	本題在測驗考生對於緊急避難與正當防衛的理解。 首先，乙打小狗致其斷腿的行為，因為題目暗示甲將狗踢開，已足以排除危難，其進一步打斷狗腿，則應該要進一步討論是否有避難過當。 其次，甲帶著未繫頸鍊的小狗散步致咬傷人，應討論不作為犯及保證人地位的問題。 最後，甲見小狗被打而打傷乙的行為，因乙打斷狗腿的行為，不得主張阻卻違法事由，而構成現在不法侵害行為，惟甲進一步打傷乙的行為，是否有防衛過當，應再討論。
考點命中	《高點刑法講義》第二回，旭台大編撰，頁 131、146。

【擬答】

- (一)乙打小狗致其斷腿的行為，構成刑法第354條毀損器物罪，惟得主張刑法第24條第1項但書避難過當減輕罪責。
- 客觀上，乙將小狗打斷腿使其喪失取悅主人功能，而喪失其效用；主觀上，乙亦明知並有意為打斷狗腿的毀損行為，具有本罪之故意。
 - 又乙對小狗不得主張對物的正當防衛，不得依正當防衛阻卻違法。惟有疑問者在於，乙得否主張刑法第24條第1項緊急避難，阻卻違法？
 - 刑法第24條第1項前段規定之緊急避難，以因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為為要件。然其緊急避難之手段，應考量避難行為是否能達到避難目的（避難實效性），並保護受難法益，並符合相對最小損害的要求。
 - 管見以為，乙面對小狗的攻擊，雖為保護自己的身體法益，而對於他人財產法益有侵害行為，得通過法益權衡的檢驗，然依題示乙得將小狗踢開即可排除危難，其再進一步拿樹枝暴打小狗，已不符合在可資選擇的情況，即在所有同等有效的措施中，避難者應選擇造成損害最小的「相對最小損害原則」。
 - 基此，乙的行為雖無法主張緊急避難阻卻違法，但因在緊急狀況下，無法期待乙作出符合避難實效性的手段，而期待可能性較低，得主張避難過當，減輕罪責。
 - 綜上，乙成立本罪。
- (二)甲帶著未繫頸鍊的小狗散步致咬傷人的行為，構成刑法第284條過失傷害罪之不作為犯（刑法第15條參照）。
- 甲未將小狗繫頸鍊而帶出散步，屬於未消滅小狗可能咬傷人的風險，屬於不作為。
 - 客觀上，甲對於小狗可能咬傷人，具有繫頸鍊或為其他防止措施的「危險源監督」之保證人地位，且因甲的不作為與乙被咬傷結果間，具有「假設的因果關係」，符合本罪之客觀構成要件。主觀上，甲對於小狗咬傷人的結果，若具有預見可能性及避免可能性而不作為時，即具有過失。
 - 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
 - 綜上，甲成立本罪。
- (三)甲見小狗被打而打傷乙的行為，構成刑法第277條第1項故意傷害既遂罪，惟得主張刑法第23條但書防衛過當。
- 客觀上，甲打傷乙的行為與乙受傷結果間，具有條件關係與客觀可歸責性；主觀上，甲明知並有意為打傷乙的行為，具有本罪之故意。
 - 惟甲打傷乙的行為，得否主張刑法第23條正當防衛行為？
 - 所謂正當防衛，依刑法第23條規定，係指對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。
 - 對此，乙正在打甲的狗，依前開說明，不得主張緊急避難阻卻違法，至多僅能寬恕罪責，因此屬於對甲財產權的現在不法侵害行為。
 - 至於，甲所為防衛行為是否超越必要之程度，須就實施之情節而為判斷。管見以為，甲得以制止，甚至依題示制止不聽可以抱住並阻止乙的方式為之，甲出拳打乙已不符必要性，僅能主張防衛過當的寬恕罪責事由。

3.綜上，甲成立本罪。

二、甲在宴席飲酒過量，離開時將自己的超跑鑰匙交與友人乙，隱約記得有請未喝酒之乙代為開車將自己送回家。乙從沒開過如此拉風的超跑，在高速公路開車時竟無視路上的交通狀況，一路飆速、蛇行甚至遇到車輛不願讓行時，還一路逼車，途中並且因為車距不足，差點發生在前車剎車時，撞上前車的情事。高速公路警察發現乙所駕駛超跑的危險狀態後，將超跑攔下，停車後乙卻趁警察上前盤問的空檔，將甲換至駕駛座，要求意識不是很清楚的甲頂替開車行為，甲認為不能讓乙為了自己而遭到更大麻煩，迷迷糊糊間答應乙的要求，滿身酒味坐在尚未熄火的超跑駕駛座上，在警察盤問時，坦承自己飲酒過量並因此不小心開快車，經酒測甲吐氣所含酒精濃度竟高達每公升 0.5 毫克。事後警察依檢視儀器確認乙為道路上的駕駛者，試問甲、乙之行為，依刑法如何評價。(25 分)

答題關鍵	本題在測驗考生對於飆車、蛇行的行為，應討論妨害公眾往來安全罪。此外，甲的頂替行為，因題目暗示「迷糊間答應乙要求」，應討論是否有刑法第 19 條第 2 項減輕罪責的適用，並應進一步討論原因自由行為。 最後，本題主要重點在於，教唆他人頂替自己犯罪的行為，是否構成頂替罪之教唆犯，更應深入討論。
考點命中	1.《刑法爭點解讀》，高點文化出版，旭台大編著，頁 5-31。 2.《高點刑法講義》第四回，旭律編撰，頁 30。

【擬答】

(一)乙在高速公路飆車、蛇行等危險駕駛行為，構成刑法第185條妨害公眾往來安全罪。

- 客觀上，乙罔顧當時高速公路上之車輛往來頻繁，一路無視車前狀況，飆車、驟然任意變換車道穿梭蛇行疾駛，其駕駛行為雖未壅塞道路，但客觀上已足以引發車輛失控，進而撞擊高速公路上其他車輛，**足生交通往來之危險**；乙主觀上亦明知並有意為飆車、蛇行等妨害公眾往來安全行為，具有本罪之故意。
- 乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
- 綜上，乙成立本罪。

(二)甲頂替乙的行為，構成刑法第164條第2項頂替罪，惟得主張刑法第19條第2項減輕罪責事由。

- 客觀上，甲意圖使犯妨害公眾往來安全罪之乙，為冀其免於被追訴、處罰，進而有承認自己為犯罪行為人之頂替行為；主觀上，甲明知並有意為頂替行為，具有本罪之故意。
- 甲無阻卻違法事由。
- 惟有疑問者在於，甲得否主張刑法第19條第1項或第2項阻卻或減輕罪責事由？且有無刑法第19條第3項原因自由行為之適用？
 - 依實務見解，原因自由行為除其精神障礙等心智缺陷之狀態係行為人以故意或過失行為所導致外，並須行為人陷入精神障礙前，於精神狀態正常時，對其陷入精神障礙中之侵害法益行為有故意或有預見可能性，始足當之（99台上5043決）。
 - 管見以為，甲於喝酒時對於其後乙駕駛車輛進而犯妨害公眾往來安全罪之行為，不僅無預見可能，甚至對於其後乙要求甲頂替，甲進而答應頂替之行為，並無故意且無預見可能性，也無過失，因此不符合原因自由行為要件。
 - 對此，既然甲於頂替行為時，依題示其精神狀態已迷糊，致其辨識違法能力已顯著降低，而得主張刑法第19條第2項減輕罪責事由。
- 綜上，甲構成本罪。

(三)乙要求甲頂替自己的行為，不構成刑法第164條第2項頂替罪之教唆犯（刑法第29條參照）。

- 客觀上，有疑問者在於，乙教唆他人頂替自己犯罪之行為，是否仍構成刑法第164條第2項頂替罪之教唆犯？
 - 依實務見解，其認為犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行為，則教唆他人頂替自己以便隱避，當然亦在不罰之列（24上4974例）。
 - 依上開實務見解，乙要求甲頂替自己犯罪，自不構成頂替罪之教唆犯。
- 綜上，乙不構成本罪。

三、甲因案被通緝，打電話給乙，要求乙準備新臺幣 50 萬元的跑路費。隔日甲至乙之公司取款，發現乙只準備 20 萬元，甲大怒責罵乙：「才這樣一點？不想活了嗎？」乙回說：「景氣不好，昨晚才籌到 20 萬元！不夠的 30 萬元下週一定給你！」此些對話內容皆被同辦公室內乙的秘書丙暗中錄下。試論上述錄音內容作為法院認定甲犯罪證據之適法性。(25 分)

答題關鍵	本題在測驗私人錄音取證。由於此問題仍有相當的爭議，建議先寫實務見解，最後提一下學說部分即可。
考點命中	《刑事訴訟法（上）》2018 年 5 月 2 版，高點文化出版，王子鳴編著，頁 1-2-50。

【擬答】

(一)自主性使用禁止：

- 1.在未存有任何國家違法取證行為而取得之證據，也有可能產生證據使用禁止之效果。例如：使用該證據將造成基本權的干預，且無法通過比例原則。如法院審理通姦案件(輕罪！)時，當庭朗讀被告的「情慾日記」，即可能造成對隱私權的侵害過大，而不符合比例原則。
- 2.再者，私人亦有可能違法取得證據，此時仍屬於未存有任何國家違法取證行為，依然是在自主性之使用禁止的討論範圍。常見的有委託民間徵信社搜查證據、違法掛線竊聽所得之錄音等。

(二)實務對私人錄音多採肯定見解：

- 1.實務大認為如私人故意對被告或證人使用暴力、刑求等方式取得自白或證述，因違背任意性、虛偽可能性高，為避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，應「例外」排除該證據之證據能力(98台上578決)。因此，似乎無使用暴力、刑求等方式的私人取證，即無證據排除之適用。
- 2.對於私人錄音，對於私人自行取證之法定程序並未明文。…其自行從事類似任意偵查之錄音、錄影等取證之行為，既不涉及國家是否違法問題，則所取得之錄音、錄影等證物，如其內容具備任意性者，自可為證據…。至於利用電話通話或兩人間之對(面)談因非屬於秘密通訊自由與隱私權等基本權利之核心領域，故國家就探知其談話內容所發生干預基本權利之手段(即檢察官或法院實施之勘驗)與所欲達成實現國家刑罰權之公益目的(即追訴、證明犯罪)，兩相權衡，國家公權力對此之干預，尚無違比例原則，法院自得利用該勘驗結果(筆錄)，以作為證據資料使用(103台上419決)。

(三)學理上有認為一概排除證據能力之效果者，有主張類推適用第156條或第158條之4認定證據能力者，有認為私人違法取證僅在重大侵害人性尊嚴時例外排除證據能力者。亦有認為私人取證之違法性對於認定證據能力沒有意義，應完全依據調查系爭證據是否合憲來認定。

(四)本案錄音應有證據能力：

- 1.丙暗中錄下甲、乙間之對話，並無使用暴力或刑求等方式取得，應無證據排除之適用。
- 2.再者，甲、乙間之對話係於辦公室為之，並非即為隱私或私密之處所，亦非長時間之錄音，基於比例原則之權衡下，應認該私人取證有證據能力。

四、某日早上警方持搜索票搜索被告甲住處，查獲諸多作案證據後，於當日下午 15 時開始詢問甲，起先甲均保持緘默或僅回答不知道，警方陸續出示多項扣案證據以及其他共犯筆錄等給甲看，詢問持續至該日 20 時左右，甲認為大勢已去，自白可能還有減刑之機會，遂自白犯罪。後甲遭檢察官起訴，審理時甲均否認犯罪，法院仍採用甲於前述警詢自白作為判決甲有罪之證據之一。試問，法院之判決有無違法？(25 分)

答題關鍵	涉及違反夜間詢問及違反之法律效果
考點命中	《刑事訴訟法（上）》2018 年 5 月 2 版，高點文化出版，王子鳴編著，頁 1-2-67。

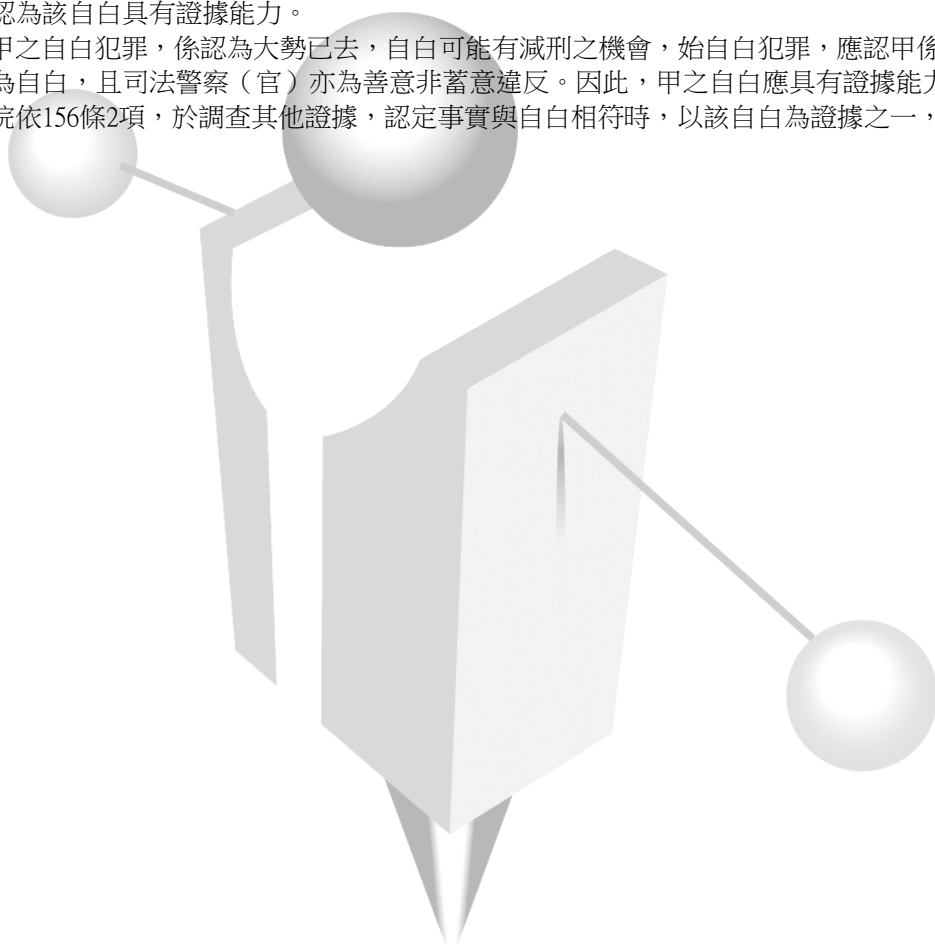
【擬答】

(一)本案違反禁止夜間詢問：

- 1.依刑事訴訟法100條之3，司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人，除有經受詢問者同意、夜間拘捕到場查驗人別、經檢察官或法官許可者或有急迫情形者外，不得於夜間詢問犯罪嫌疑人，以確保其自白之任意性。
- 2.而所謂「夜間」，依100條之3，應為日出前、日沒後。正確之時點，依中央氣象局發布之全國各地每日日出及日沒時間表為準。
- 3.本案中，甲於20時始自白犯罪，應屬夜間詢問下所為之自白，而20時無論夏季或冬季，應均已進入夜間，故依100條之3，應禁止夜間詢問。

(二)違反夜間詢問之法律效果：

- 1.依158條之2第1項，違反100條之3規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。
- 2.亦即，違反100條之3規定，原則上該自白不得作為證據，但如具有自白任意性，且司法警察（官）為善意，即例外得認為該自白具有證據能力。
- 3.本案中，甲之自白犯罪，係認為大勢已去，自白可能有減刑之機會，始自白犯罪，應認甲係在具有任意性情況下所為自白，且司法警察（官）亦為善意非蓄意違反。因此，甲之自白應具有證據能力。
- 4.據此，法院依156條2項，於調查其他證據，認定事實與自白相符時，以該自白為證據之一，該判決即無違法之情。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！