

《刑法與刑事訴訟法》

一、A 得慢性病臥病在床多年，日常起居都由大兒子甲照料。甲為了想早日得到父親的遺產，遂想出一招借刀殺人之計。雖然 A 仍有堅強的求生意志，但是甲竟然摹仿 A 的字跡捏造了一封信，信中 A 表明希望好友乙能讓 A 無痛苦地早日死亡。隨後甲將信拿給乙看，希望乙能成全 A 的意願，而乙也信以為真。乙在隔日碰到 A 的小兒子丙，向丙出示上述信件，丙不知信件係甲所偽造而誤以為真，出於尊重 A 的求死意願，對於乙的計畫也不予阻攔。甲、丙二人各自知悉乙計畫下手的時間，分別外出，任由乙趁 A 熟睡時，以枕頭將 A 蒙住口鼻使其窒息而死。試問甲、乙、丙有何刑責？（答題除引用相關之學說或實務見解之外，應就本案之論斷附具個人意見）（100 分）

命題意旨	本題是一個讓人跌破眼鏡的題目，因為主要考點在於行為人對於不法事實減輕的誤認，應如何論罪的爭議。這個爭點的難度與深度，可以說是近幾年律師司法官考試之最，特別是如果要把各種學說與實務的見解列出來，那很容易讓人直接寫下一題。但是大家不必太過驚慌，因為即使從實務見解的所知所犯規則，也可以大致上嗅到一點可能的結論，也就是成立加工自殺罪的既遂或未遂，從這個方向去作答，理論上應該不會差太遠，而如果附帶提到德國刑法第 16 條第 2 項的規定，那相信成功快要是你的了！ 另外，仍有正犯後正犯的概念、故意危險前行為能否建構保證人地位、不作為正犯與共犯的區分，這些都是研究所等級的爭點，還請大家多多去參閱以下內容。
答題關鍵	1. 乙：殺人既遂罪、加工自殺既遂或未遂、不法事實減輕的錯誤、間接正犯（正犯後正犯）、過失致死罪。 2. 甲：偽造私文書罪、殺害直系血親尊親屬罪作為犯與不作為犯、故意危險前行為。 3. 丙：殺害直系血親尊親屬罪及加工自殺罪、不作為共同正犯或幫助犯。
考點命中	1. 《透明的刑法解題書》，高點文化出版，榮律師編著，2017 年版，頁 1-124 至 1-126。 2. 《透明的刑法體系書—刑總篇》，高點文化出版，榮律師編著，2016 年版，頁 15-11 至 15-12。

【擬答】

（一）乙之刑責

- 乙以枕頭悶死 A 之行為，成立刑法（下同）第 271 條第 1 項殺人既遂罪：
 - (1)客觀上，乙以枕頭蒙住 A 口鼻與 A 死亡間具有條件因果關係，且乙該行為係製造 A 死亡之法所不容許的風險，該風險於 A 窒息死亡時實現，故乙之行為具有客觀可歸責性。
 - (2)主觀上，乙以枕頭悶 A 之行為目的係為使 A 死亡，故乙具有使 A 死亡之認知與意欲，乙具備殺人直接故意無疑。
 - (3)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- 乙以枕頭悶死 A 之行為，不成立刑法（下同）第 275 條第 2 項加工自殺未遂罪：
 - (1)主觀上，乙所認知者係 A 曾為囑託殺己之事實，乙仍決意為之即表示乙具有加工自殺故意。
 - (2)客觀上，乙以枕頭悶住 A 口鼻時已對 A 之生命法益造成直接危險，故已達著手階段無疑。惟 A 並未為囑託之行為，此時乙是否成立本罪即有爭議：
 - ①有學說認為，依照形式上的論罪流程，A 客觀上並無囑託乙殺己之行為，故客觀構成要件不該當，乙主觀上之誤認僅能成立主觀對應而客觀未對應之未遂。
 - ②另有學者則以為應由實質評價角度觀察，普通殺人罪與加工自殺罪具有實質不法內涵高低的包含關係，乙之行為既已成立不法內涵較重之殺人既遂罪，自不可能成立較輕之加工自殺罪。
 - ③本文以為，未遂說之結論輕重失衡，因為與「A 已囑託且乙無誤認」及「A 未囑託且乙亦未誤認」之結論相比，乙有所誤認且 A 未囑託時僅成立加工自殺未遂罪，評價上顯不相當，故乙應不成立本罪。
- 乙以枕頭悶死 A 之行為，成立刑法（下同）第 275 條第 1 項加工自殺既遂罪：
 - (1)客觀上，A 並未囑託乙殺己而乙有所誤認，此時乙是否成立本罪，容有爭議：
 - ①學說上有認為成立未遂而非既遂，已如前述。
 - ②另有學說則認為，考量普通殺人罪與加工自殺罪的實質不法內涵，較輕的加工自殺罪應被較重之普通殺人罪包含，故乙之行為於加工自殺罪之範圍內，客觀及主觀不法皆該當，應成立加工自殺既遂罪，此結論與德國刑法第 16 條第 2 項相符。

③實務見解以為應以「所知所犯」規則操作，乙成立較輕之加工自殺既遂罪。

④本文認為，加工自殺罪未侵害個人意思自由，應屬於普通殺人罪的不法減輕類型。據此，從客觀不法的角度來看，兩罪應處於「規範邏輯上的包含關係」，即使乙對於 A 囑託與否之事實有所誤認，乙既已成立殺人既遂罪，自應同時符合加工自殺罪之不法，而成立加工自殺既遂罪。

(2)主觀上，乙認知 A 為囑託之事實並決意殺之，故具有本罪故意。

(3)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(4)值得注意者，有學者認為加工自殺罪為普通殺人罪的罪責減輕類型，乙應成立加工自殺既遂罪，併此敘明。

4.乙以枕頭悶死 A 之行為，不成立刑法（下同）第 276 條第 1 項過失致死罪：

(1)有學者以為乙既已成立殺人既遂罪，因故意殺人罪之不法包括過失致死罪之所有要素，且乙有殺人故意即表示具有致 A 於死之預見可能性，故乙應成立過失致死罪。

(2)本文以為，雖故意與過失不法具有規範上的包含關係，然乙既已成立故意殺人罪，論以過失致死罪並無實益，因已無評價事實漏未審酌，故乙不成立本罪。

5.小結：乙成立之普通殺人罪與加工自殺既遂罪，應依法條競合特別關係論以後者。

(二)甲之刑責

1.甲冒用 A 名義寫信之行為，不成立刑法（下同）第 210 條偽造私文書罪：

(1)客觀上，由偽造私文書罪保護公共信用法益觀之，私文書應具備保證、證明及穩固功能。本題中，甲冒用 A 所寫的信件非用以證明法律交往上的事項，不具備文書之證明功能，故該信件並非文書。

(2)甲不成立本罪。

2.甲拿信給乙使乙殺 A 之行為，成立刑法（下同）第 272 條第 1 項殺害直系血親尊親屬既遂罪間接正犯：

(1)客觀上，甲拿信給乙看之行為與乙殺死 A 之結果之間具有條件因果關係，然甲利用不知情的乙殺 A，應成立教唆犯或間接正犯，容有爭議：

①有學者認為，間接正犯之成立以被利用人無責任能力或不成立犯罪為必要，本題乙係完全責任能力人，故甲僅能成立教唆犯。

②本文以為，間接正犯應係為自己所為之不法行為負責，若以被利用人是否成立犯罪為必要，有違反罪責原則之嫌疑，故應承認正犯後正犯之類型。因此，即使乙成立犯罪，甲利用自己對於 A 之情況較能掌握的優越認知，而在意思上支配不知情的乙殺死 A，此時應具備「錯誤支配」，故甲成立間接正犯。

(2)主觀上，甲有殺 A 故意無疑。

(3)甲無阻卻違法事由，且甲認知行為客體為己父 A 亦具其他罪責事由，故成立本罪。

3.甲於乙殺 A 時不予阻攔之行為，可能成立刑法（下同）第 272 條第 1 項殺害直系血親尊親屬既遂罪之不作為犯（第 15 條）：

(1)客觀上，甲於乙殺 A 時外出，係不排除 A 死亡風險之不作為。又甲外出之行為與乙殺死 A 之結果間具有假設因果關係、客觀歸責及作為可能性。而甲偽造紙條利用乙殺 A 之行為，是否構成危險前行為之保證人地位，容有爭議：

①肯定說認為，過失前行為既可建構保證人地位而形成刑法上的作為義務，舉輕以明重，故意的前行為自可形成作為義務。

②否定說則以為，刑法要求故意犯罪的行為人進一步救助法益，應係欠缺期待可能性，且將抵觸中止犯的規範意旨。

③本文採肯定說，因肯定說可避免共犯處罰漏洞，且競合論即可避免重複評價問題。本題中，甲利用乙殺 A 之故意殺人行為，可建構其不予攔阻的不作為保證人地位。

(2)主觀上，甲有殺人故意無疑。

(3)甲無阻卻違法事由，且甲認知行為客體為己父 A 亦具其他罪責事由，故成立本罪。

4.小結：甲成立之殺害直系血親尊親屬罪作為犯與不作為犯，依法條競合補充關係論以前者即為已足。

(三)丙之刑責

1.丙不予攔阻乙使乙殺死 A 之行為，成立刑法（下同）第 272 條第 1 項殺害直系血親尊親屬罪之不作為正犯（第 15 條）：

(1)乙成立殺人既遂罪已如前述。

(2)客觀上，丙於乙殺 A 時外出，係不排除 A 死亡風險之不作為。又，丙為 A 之直系血親卑親屬，故丙具有依法令或最近親屬之保證人地位，丙之不作為與 A 死亡之間有甲教因果關係及客觀歸責，且丙於乙殺

A 時，事實上具有救助 A 之作為能力，故有作為可能性。

(3) 惟丙知悉乙殺 A 之犯罪計畫仍不予攔阻，丙應成立共同正犯或幫助犯，容有疑義：

- ① 學說上有認為，應以規範的支配概念來觀察，亦即行為人對於因果流程之「支配可能性」程度來認定成立正犯或共犯。
- ② 實務上則主張，不作為正共犯之區分標準，仍應以主客觀擇一說為準，具有保證人地位之人若係出於共犯意思且為構成要件以外之行為時應成立共犯，其餘情況則成立正犯。
- ③ 本文以為，不作為犯係義務犯之一種，違反義務之不作為並無共犯型態存在，僅於共同義務違反時可成立不作為共同正犯。本題中，丙知悉乙的犯罪計畫後仍於乙殺 A 時外出，係違反救助 A 之保證人義務，故丙為正犯，然乙、丙並無共同之保證人義務，故乙、丙不成立共同正犯，應係個別成立直接正犯。

(4) 主觀上，丙有殺 A 故意無疑。

(5) 丙無阻卻違法事由並具罪責事由，成立本罪。

2. 丙不予攔阻乙使乙殺死 A 之行為，成立刑法（下同）第 275 條第 1 項加工自殺既遂罪之不作為正犯（第 15 條）：

- (1) 客觀上，丙具有依法令或最近親屬之保證人地位，其不予攔阻之不作為與 A 死亡結果具假設因果關係及客觀歸責，且丙具有作為可能性。且丙不予攔阻之行為應成正犯，亦已如前述。又，客觀上 A 並無囑託殺己之事實存在，丙誤認後仍為之，依前述說明，丙應成立既遂。
- (2) 主觀上，丙知悉 A 囑託殺己之事實存在後仍決意不救助 A，故有加工自殺故意無疑。
- (3) 丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

二、甲與鄰居 A 不睦，二人爭吵拉扯，甲用力推倒 A，致 A 後腦碰及牆壁，輕微擦傷。事隔二日之後，A 在家中休息，突然從椅子上傾倒，前額撞及地面，不醒人事，經其父 B 召救護車送醫，住院治療一個月，A 始終昏迷，成為植物人，B 不得已將 A 轉往安養中心看護。B 懷疑 A 之傷勢，與日前和甲拉扯跌坐後腦碰壁有關，隨即以甲涉犯傷害致重傷罪，向警局提出告訴。B 嗣後為支應 A 醫療看護費用，需處分 A 的資產，向法院聲請裁定宣告 A 為禁治產人，法院於兩個月內完成 A 之禁治產宣告，選定 B 為監護人，擔任 A 之法定代理人。案件經警局移送檢察官偵查終結後，以甲觸犯傷害致重傷罪嫌提起公訴，惟法院審理結果，認定 A 之重傷結果與甲之傷害行為之間並無相當因果關係，逕依傷害罪論處甲罪刑。且本案審理中，甲未經選任辯護人，法院亦未指定律師為甲辯護。試詳細析論下列問題：

- (一) 法院以傷害罪論罪科刑，是否構成未受請求事項予以判決之違法？理由為何？（25 分）
- (二) 本案法院論處傷害罪之判決，訴訟條件有無欠缺？法院於程序上應如何處理？（25 分）
- (三) 本案全部審理程序未有辯護人到場辯護，程序是否合法？（25 分）
- (四) 第一審法院審理結果，逕行認定甲僅成立傷害罪，而未經罪名變更之告知，該判決之效力如何？（25 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	本題內容架構係集結多個實務見解而成，作答時若能正確援引每個爭點涉及之實務見解，並佐以學說討論與個人意見，即可獲得不錯的分數。
答題關鍵	第一小題：本題涉及檢察官起訴之犯罪事實應如何認定的問題。 第二小題：本題涉及近期最高法院對於補正告訴之實務見解（105 台非 203 號判決）。 第三小題：本題涉及強制辯護案件之認定。 第四小題：本題涉及罪名變更之告知義務等爭議。
考點命中	1. 《高點刑事訴訟法講義》第二回，黎台大編撰，頁 55-57。 2. 《高點刑事訴訟法講義》第五回，黎台大編撰，頁 108-109。 3. 《高點刑事訴訟法講義》第六回，黎台大編撰，頁 93-97。 4. 《高點刑事訴訟法總複習講義》第二回，黎台大編撰，頁 54-55。完全命中第二小題。 5. 《刑事訴訟法研析》，高點文化出版，黎律師編著，2017 年，頁 5-49~5-52、6-12。

【擬答】

(一) 法院就傷害罪論罪科刑，是否構成未受請求事項予以判決之違法，討論如下：

1. 加重結果犯屬訴訟法上單（同）一犯罪事實

依我國實務見解，刑事訴訟法所指之犯罪事實，以實體法上罪數關係為斷。本案涉及之傷害致重傷罪，屬刑法上加重結果犯，為實質上一罪，國家對其僅具單一刑罰權。於訴訟法上則為一個訴訟客體，無從分割，自屬單一犯罪事實，且為同一案件。

2. 檢察官已起訴全部之犯罪事實

依題旨，檢察官偵查終結後，以甲觸犯傷害致重傷罪嫌提起公訴。傷害致重傷罪為屬加重結果犯，依加重結果犯之構成要件，具有傷害之基本行為與致重傷之重結果。是檢察官既以傷害致重傷罪之實質上一罪起訴甲，於訴訟法上起訴之範圍，自及於加重結果犯之全部犯罪事實。

3. 按刑事訴訟法第 268 條之規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判」。反面言之，經起訴之犯罪事實，法院即得對之加以審判。查本案檢察官既以實質上一罪之傷害致重傷罪起訴甲，則起訴之範圍自包含傷害行為與重傷結果之犯罪事實。是法院倘認基本傷害行為與重傷結果間無相當因果關係，自得就業經檢察官起訴之傷害罪之犯罪事實論罪科刑，不生未受請求事項予以判決之違法。

(二) 法院論處傷害罪之判決，訴訟條件是否有欠缺，分析如下：

1. 檢察官以非告訴乃論之罪起訴，經法院審理結果，認為係犯告訴乃論之罪，或裁判上一罪，其犯罪事實之一部，係告訴乃論之罪，未經告訴者，仍應許其於起訴後補正。查本案檢察官起訴甲傷害致重傷罪，原屬非告訴乃論之罪，惟法院審理後，認為僅屬普通傷害罪，係屬告訴乃論之罪，是本案應有補行告訴之問題。

2. 依實務見解，B 於審判中雖未補行告訴，仍生補正告訴之效果，訴訟條件並無欠缺

(1) 檢察官偵查結果，認為被告所涉，非屬告訴乃論之罪，本不生指定代行告訴問題；但在案件調、偵查中，如被害人已成年、無配偶，傷重陷於昏迷，其父母不諳法律，基於親情，單憑國民法律感情，向司法警察（官）或檢察官表示欲對於該加害之被告，提出控訴，此情固不生合法告訴之效力。

(2) 惟實務見解認為，檢察官依非告訴乃論罪名提起公訴後，**審判中被害人父母**，依法向民事法院聲准宣告禁治產，並取得監護人（法定代理人）身分，而刑事案件審理結果，**認屬告訴乃論之罪**，則**先前該父母之不法告訴瑕疵，當認已經治癒，並發生補正告訴之效果**。（最高法院 105 台非 203 號判決參照）

(3) 據此，本案中法院雖未於審判中再次確定 B 是否補行告訴，然依上開實務見解，先前不法告訴之瑕疵已經治癒，發生補正告訴之效果，故法院逕依傷害罪論處甲罪刑，訴訟條件並無欠缺，判決合法。

3. 管見以為，告訴乃論之罪，縱於審判中補行告訴，仍應遵守刑事訴訟法第 237 條告訴期間之限制。是審判中法院將非告訴乃論之罪改為告訴乃論之罪時，得為告訴之人往往已知悉超過 6 個月，致個案中即使告訴人補行告訴，亦已罹逾告訴期間。然若瑕疵治癒之方式處理，則告訴係以偵查中提起告訴時為斷，不易發生超過告訴期間之問題。實務見解對於被害人保障較為充足，亦符合現代刑事訴訟法對犯罪被害保護人之思潮，可資贊同。

(三) 本案全部審理程序未有辯護人到場辯護，程序違法：

1. 按刑事訴訟法第 284 條之規定可知，強制辯護案件，非經辯護不得「審理」或「判決」。故檢察官起訴或法院判決之罪名，有其中一項係屬強制辯護案件，法院即應指定律師為其辯護。實務見解強調，有罪判決雖可變更起訴法條，但未經審判，無從判斷對於檢察官起訴之法條是否應予變更。故起訴之法條屬於強制辯護之案件，審判長即應指定律師為其辯護。

2. 管見以為，實務見解符合強制辯護之制度本旨，保障被告受律師協助之權利，應予支持。本案檢察官起訴甲傷害致重傷罪，為刑事訴訟法第 31 條第 1 項第 1 款最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪，應屬強制辯護案件無訛。是法院於審理程序，若發現被告未選任律師，即應指定律師為甲辯護，始得進行後續審理程序。詎料，法院在未替甲指定律師之情況下，即進行審理及判決，訴訟程序難謂適法。又本案審理程序違反刑事訴訟法第 31 條、第 284 條之規定，屬刑事訴訟法第 379 條第 7 款判決當然違背法令事由，被告得提起三審上訴救濟，並予敘明。

(四) 第一審法院審理結果認僅成立傷害罪而未為罪名變更告知，是否影響判決效力？詳述如下：

1. 本案檢察官依實質上一罪之傷害致重傷罪起訴甲，後法院認僅成立傷害罪，兩者間罪名並不相同，即生是否應依刑事訴訟法第 300 條變更起訴法條，並踐行刑事訴訟法第 95 條罪名變更之告知義務等問題。

2. 主張毋庸變更起訴法條之見解

(1) 有認為，**實質上或裁判上一罪之案件**，檢察官就犯罪事實一部起訴者，依刑事訴訟法第 267 條規定，其效力及於全部，受訴法院基於審判不可分原則，對於未經起訴之其餘事實，應合一審判，此為犯罪事實之一部擴張；同理，**檢察官所起訴之全部事實**，經法院審理結果認為一部不能證明犯罪或行為不罰時，**僅於判決理由內說明不另為無罪之諭知，毋庸於主文內為無罪之宣示，此為犯罪事實之一部縮減**。至於

刑事訴訟法第 300 條所規定，有罪之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條者，係指法院在事實同一之範圍內，不變更起訴之犯罪事實；亦即在不擴張及減縮原訴之原則下，於不妨害基本社會事實同一之範圍內，始得自由認定事實，適用法律。三者不能混為一談。（最高法院 97 台上 6351 判決參照）

(2) 本案檢察官以實質上一罪起訴甲，惟法院認重傷害之事實無相當因果關係，故就重傷部分認不能成立犯罪，此乃犯罪事實之減縮，僅須於判決理由說明，不另為無罪諭知，亦不生變更起訴法條問題。是依此見解，法院未為罪名變更告知，並無違法可言。

3. 主張應踐行變更起訴法條之見解

(1) 然另有認為，以傷害致人於死罪為例，乃係加重結果犯，其傷害行為為該罪之基本行為，而被害人死亡則屬發生之加重結果，二者結合而成為一個單純之傷害致人於死罪；其基本行為與所發生之加重結果均係該罪之構成要素，二者間並非數罪或裁判上一罪之關係，在法律上自應合一觀察評價，不能予以分割論斷。故若檢察官以傷害致人於死罪起訴，法院審理結果認為被告雖有如起訴意旨所指之普通傷害犯行，但對於被害人死亡之結果毋須負責，自應依法變更起訴法條，改依刑法普通傷害罪論科。（最高法院 102 台上 2890 決參照）

(2) 本案傷害致重傷罪，與前開傷害致人於死罪，均屬加重結果犯，參諸該實務見解，由於非數罪或裁判上一罪，在法律上應和依觀察評價，故法院若認僅成立普通傷害罪，仍應依法變更起訴法條，並踐行罪名變更之告知義務。

4. 管見以為，罪名變更之告知義務，旨在使被告能充分行使防禦權，為憲法第 8 條正當法律程序之一環。若依前開犯罪事實一部減縮之見解，毋須踐行變更起訴法條及罪名變更程序，對於被告防禦權的保護自有不周。故應認本案法院仍應踐行變更起訴法條程序，並告知甲罪名業已變更，否則程序難謂適法。

5. 據此，本案法院未踐行變更起訴法條程序及罪名變更告知，訴訟程序容有瑕疵。然考量法院最後係論以較輕之普通傷害罪論罪科刑，應判決認雖有訴訟程序之違法，但顯然於判決無影響，不得上訴至三審法院。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！