

《刑法與刑事訴訟法》

一、甲、乙一起承包鐵路管理局某無人看管平交道柵欄修復工程。一日經鐵路管理局告知該柵欄故障，並限定於交通管制時間內完成修復。兩人前往查看後，發現分別有電子訊號與齒輪機械兩處故障。由於甲、乙與鐵路管理局另有工程款糾紛，二人竟不惜容任柵欄未修復可能發生重大交通事故的風險，約定在取得前次工程款後，始由甲先修復電子訊號，再由乙完成機械部分之修繕。甲、乙謀定且各自回家後，甲突然想起自己即將出國旅遊，為免日後時間安排不易，於是在鐵路管理局通知的交通管制時間內，將柵欄電子訊號異常部分修復，但並未告訴乙。交通管制時間後，由於甲、乙皆未告知鐵路管理局柵欄未完成修繕情事，致使該處平交道在柵欄未能正常起落時，仍有二班列車經過。所幸列車經過時，均無汽車與行人通過平交道。試問甲、乙的行為成立何罪？（30 分）

命題意旨	本題在測驗考生關於不作為犯、複數行為人之中止。
答題關鍵	1.刑法第 184 條之解釋。 2.不作為犯之審查。 3.共同正犯之中止
考點命中	1.《高點刑法講義》第一回，許台大編撰，不作為犯、故意部分。 2.《高點刑法講義》第二回，許台大編撰，共同正犯與中止部分。 3.《高點刑法講義》第五回，許台大編撰，交通相關之罪部分。

【擬答】

(一)甲、乙兩人不修復平交道柵欄，可能構成刑法第 184 條之不作為犯之共同正犯：

1.甲、乙二人為不作為犯：

- (1)本條規定「損壞軌道、燈塔、標識或以他法致生火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機往來之危險者」。條文既然要求致生危險，通常認為是需對法益生具體風險之具體危險犯，亦即構成要件本身除了規定一定之行為方式外，並以現實上發生一定之危險為要件，此一要件是一構成要件要素，法官必須在具體個案中認定危險狀態是否已經出現，因為具體危險犯須在客觀上出現「危險」的結果，因此將之歸類為結果犯，核先敘明。
- (2)客觀上，甲、乙兩人接受鐵路局之委託修復平交道柵欄，即負有在約定時間內修復以消除鐵路來往危險之責之保證人地位，並無疑義。又本題中火車該當本罪客體，且甲、乙確未修復平交道柵欄，屬不消除既存風險之不純正不作為。而本題行為人未完成修繕時，也的確有兩班列車經過，只是剛好沒有人車經過，符合生具體危險之結果。
- (3)又因果關係部分，不作為犯採假設之因果關係說：即「假設行為人為法所期待之行為，從一般經驗法則判斷結果幾乎不會發生。」。本題中，如果甲乙有為修復作為，來往行人車輛因此與火車相撞之可能性即幾乎不會發生，故行為與結果間具有因果關係。
- (4)主觀上，本罪之故意除直接故意外，亦包含間接故意，依容忍理論，如果行為人容忍了其所認知可能發生的結果，便是間接故意。本題中，甲、乙既係承包工程者，對於此種危險即無法推諉不知，且題目亦指明甲、乙二人既不惜容忍此種重大之風險，協議在取得款項前不為修繕，而對構成要件要素至少具有間接故意。
- (4)甲、乙無阻卻違法或罪責事由。

2.甲、乙二人為共同正犯：

- (1)依刑法 28 條：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」，亦即兩人以上之行為人，基於主觀故意的互相聯絡，及客觀行為的相互補充，成為一犯罪團體，且相互間於該團體內皆屬功能上不可分割的重要角色。對於所有在共同知與欲相互作用範圍內的犯罪貢獻，所有的共同正犯都通用「直接的交互歸責原則」，負全部的責任。
- (2)無論依實務所採之主客觀擇一理論，或是通說所採之犯罪支配理論，甲、乙兩人都對本犯罪都具客觀行為之相互分擔，主觀亦有犯意聯絡，故成立本罪共同正犯當無疑義。
- (3)唯甲有先修復電子訊號異常之部分，是否成立共同正犯之脫離或中止，即有疑義。

- A. 依通說見解，行為人之一必須阻止犯罪既遂，才能享有中止犯之待遇，不然仍構成既遂犯。
 B. 但亦有學者認為，共同正犯之脫離者，若已消滅對犯罪之加工影響力，雖最終犯罪仍既遂，但仍得成立中止犯或普通未遂犯。
 C. 如依通說見解，甲今日只修復電子訊號部分，並未修復齒輪之故障，平交道柵欄仍可能無法正常運作，故並未消除犯罪造成之風險，而無法成立中止之優惠，仍屬既遂犯。

二、甲因為手頭拮据，遂對乙說，家大業大的丙有一獨生子丁，但丙對丁卻極為吝嗇，因此丁希望能演出一齣綁架的戲碼，以能從丙那裡撈一筆錢供大家花用。甲對乙詳細描述丁某日某時會從家裡出來，到時綁架丁要逼真一點，而丁也會假裝掙扎配合。然而事實上，甲完全都在欺瞞乙，丁根本未參與此計畫。嗣後，信以為真的乙誤認丁的掙扎是在演戲，而將其強行架走交給甲，並由乙出面要求丙將新臺幣 1,000 萬元現金置於指定之處所，否則將殺丁滅口。丙依照指示付款並由乙取款後，甲遂將丁釋放。試問甲、乙有何刑責？（30 分）

命題意旨	本題在測驗考生關於間接正犯、競合理論。
答題關鍵	1. 間接正犯之審查。 2. 正、共犯之審查流程。 3. 法條競合之擇一關係。
考點命中	1. 《高點刑法講義》第一回，許台大編撰，間接正犯部分。 2. 《高點刑法講義》第二回，許台大編撰，共同正犯、教唆犯部分。 3. 《高點刑法講義》第三回，許台大編撰，擄人勒贖之罪部分。

【擬答】

(一) 乙擄走丁，可能成立刑法 339 條 3 項之詐欺未遂罪，而不成立刑法 347 條之擄人勒贖罪。

1. 刑法 347 條擄人勒贖罪為故意犯，且不罰過失。而今乙對丁非串通好一事並無所悉，故不成立限於故意之擄人勒贖罪，合先敘明。
2. 構成要件：
 - (1) 詐欺罪要求之施用詐術使對方限於錯誤等要件並未實現，因甲所傳遞者並非一不實資訊，所以就乙之詐欺罪而言，並不構成既遂，且本罪有處罰未遂規定，核先敘明。
 - (2) 主觀上，乙對本罪具有故意及不法所有意圖。
 - (3) 客觀上，依主客觀混合理論，依乙想像，將丁擄走為傳遞丁遭人擄人勒贖之不實資訊之施用詐術行為，故為著手。
 - (4) 又乙無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪之未遂。

(二) 甲指使乙擄走丁，並向丙勒贖，成立刑法 347 條之擄人勒贖罪：

1. 按利用或透過他人作為犯罪工具，而實現自己犯罪之人，為間接正犯。間接正犯的特性在於，其實行行為是把「人類」（他人）當作為自己犯罪的工具來使用，以遂行自己的故意犯行。
2. 而其內涵依通說見解所採之犯罪支配理論，認為間接正犯的支配性，在於幕後操縱者優越的意思支配，在幕後人才是支配整個犯罪因果流程的核心角色。這種優越地位可能來自於「認知的優越性」、「意思（意欲）的優越性」。諸如幕後人利用詐術欺騙、使用強暴脅迫手段逼迫，或利用支配無責任能力之幼童、精神病患為其犯罪。在組織與企業中，幕後人的意思支配也可能透過組織性支配關係來遂行犯罪。
3. 客觀上，甲利用乙之錯誤認知，使乙遂行擄人行為後，再向丙要求贖金，構成本罪行為。主觀上，甲亦具本罪故意與勒贖意圖，且不具阻卻違法及罪責事由，構成本罪。

(三) 甲指使乙擄走丁，並向丙勒贖，成立刑法 339 條詐欺未遂罪之教唆犯：

1. 構成要件：客觀上，有詐欺未遂罪之正犯行為存在，且乙之正犯行為，係由甲所惹起，故可認甲有教唆行為。主觀上，甲亦具有教唆行為之故意，及讓乙之擄人行為既遂之故意。
2. 無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪之教唆犯。
3. 競合：甲一行為同時可能構成刑法 347 條之擄人勒贖罪之正犯，與刑法 339 條詐欺未遂罪之教唆犯，由於不論是擄人勒贖或是詐欺，就我國刑法安排之章節觀之，其保障者皆為財產法益，成立法條競合，又不符合特別、吸收、補充等關係，故依擇一關係，僅論以刑法 347 條之擄人勒贖罪之正犯已足。

三、甲開車不慎撞上電線桿，人雖平安無恙但被卡在車內。警員乙趕到車禍現場將甲救出時，無意中

發現車後座載有衝鋒槍及子彈，乙詢問甲該槍彈是否為其所持有，一時失措的甲當場承認(證1)。乙遂一方面以無線電警網請求資深刑警丙支援，另一方面繼續追問甲犯案細節，甲相當配合，鉅細靡遺交代其非法持有槍彈的經過(證2)。丙到場後將甲逮捕並帶回警局。偵訊前，丙雖踐行刑事訴訟法第95條告知義務，卻漏未告知甲得行使緘默權，甲再度詳述犯案經過(證3)。然而，該案移送檢察署後，甲態度丕變而不再陳述。此後及至審判中，甲皆保持緘默。

案經檢察官以違反槍砲彈藥刀械管制條例，將甲提起公訴。審判中，甲之辯護人抗辯，警員逮捕甲前、後的三次自白證據(證1、2、3)，皆因違反告知義務而無證據能力，不得採為有罪之裁判基礎。試說明法院應如何判斷其證據能力。(30分)

命題意旨	本題涉及被告地位形成，以及訊問之告知義務等爭點。
答題關鍵	回答上應留意到，國家機關須踐行告知義務的前提在於被告地位形成。若被告地位尚未形成，並不需要踐行刑事訴訟法第95條之告知義務。此外，違反告知義務的效果，須注意第158條之2適用上的要件限制，並非司法警察違反第95條之規定一律都適用第158條之2。
考點命中	1.《高點刑事訴訟法講義》第二回，黎台大編撰，頁41-42。 2.《高點刑事訴訟法講義》第二回，黎台大編撰，頁59-61。

【擬答】

(一)甲第一次自白(證1)，具有證據能力

- 1.刑事訴訟法上被告之訊(詢)問時國家機關之告知義務，以被告地位形成為其要件。有關被告地位形成之判斷，我國實務及學說多數見解採取「**實質判斷說**」(主客觀混合說)。
- 2.依實質判斷說之看法，被告地位是否形成，除以偵查者之**主觀認知**外，尚應參酌客觀程序進行的種類與程度，綜合判斷之。而所謂客觀上之程序，通常可由偵察機關外在的特定意思活動或可推知之措施判定。例如：現行犯逮捕後，告訴或告發指明之人...等。
- 3.查本案甲開車撞上電線桿，員警乙到場時，原僅係為處理車禍事件並救出駕駛，主觀上並未將甲當作犯罪嫌疑人或被告；**客觀上**其所為之救助行為，亦難解釋為乙已鎖定甲為被告而進行偵查程序。因此，**應認為甲之被告地位尚未形成**。
- 4.職是，在甲被告地位未形成之情況下，乙對甲所為之詢問，毋須依刑事訴訟法(下同)第100條之1準用第95條第1項之規定踐行告知義務，故甲在驚慌失措下所為之自白，應係於合法之狀態下所取得，該自白(證1)有證據能力。

(二)甲第二次自白(證2)，法院應按第158條之4判斷其證據能力

- 1.依循實質判斷說之基準，在甲驚慌失措下當場為承認(證1)後，不論從乙主觀上之認知，或是客觀上被告自己所為之行爲(自白)，均可認定**甲在為第一次自白後，其被告地位當然形成**。
- 2.據此，乙於獲悉甲所為之第一次自白後，若欲進行後續之詢問，即應依法踐行告知義務，以維護被告之間默權及律師權。然查，本案乙除以無線電請求資深刑警丙支援外，竟未依第100條之2準用第95條踐行告知義務，即繼續追問甲犯案情節，致其因此續為第二次自白(證2)。此項不利於己之陳述，實屬警員乙違法詢問下取得之證據。
- 3.針對員警乙違反第95條規定所取得之證2，**因屬於逮捕前所為之詢問，被告人身自由尚未受拘束，無第158條之2第2項之適用。法院就該證據(證2)，應依第158條之4權衡公共利益與人權保障決定其證據能力。**

(三)甲第三次自白(證3)，法院應依第158條之2第2項判斷其證據能力

- 1.甲第三次所為之自白，係於另一警員丙到場將甲逮捕並帶回警局後所取得之證據(證3)。本案中，丙於警局內偵訊前，雖有踐行第95條之告知義務，然該告知義務卻未完整，亦即，有關第95條第1項第2款緘默權之告知義務，丙並未告知，該次詢問之程序已然違法。
- 2.職是，警員丙詢問受逮捕之甲時，違反第100條之2準用第95條第1項第2款之規定，漏未告知緘默權而取得之自白(證3)，應依**第158條之2第2項**之規定，除符合善意例外，否則證3無證據能力。

四、民眾以電話向警局檢舉某護膚店從事色情按摩。警員P即佯裝民眾打電話去該店打探服務內容及收費情形，果然發現該店提供色情按摩服務。P將與該店店主甲電話通話內容予以秘密錄音。其後，P喬裝男客前往該店消費，由店主甲出面接待引領P進入包廂由乙女為其服務。P以暗語詢

問可否為半套色情按摩，乙女表示對不認識的客人沒有此種服務。P 再以高於市價行情兩倍之價碼請求乙女提供色情按摩，乙女終於答應，而於提供色情按摩服務時，當時被 P 查獲，P 並查扣店內相關證物。甲被提起公訴。其後，法院採證警員 P 與被告甲電話通話之錄音內容及查扣之店內相關證物作為甲有罪證據。試評論法院採證之合法性。(30 分)

命題意旨	本題涉及通保法合理隱私期待之判斷、訊問類型以及誘捕偵查等爭點。
答題關鍵	我國通保法之適用，以該通訊內容具備合理隱私期待為要件，本案錄音之一方即為通話之一方，是 否具備合理隱私期待，即須探討。此外，訊問類型之判斷，亦影響告知義務的踐行，考生對此亦須 多加著墨。最後，有關誘捕偵查，重點在於合法性之判斷，對此實務及學說見解不同，應分列併陳。
考點命中	1.《高點刑事訴訟法講義》第二回，黎台大編撰，頁 42-45。 2.《高點刑事訴訟法講義》第四回，黎台大編撰，頁 82。 3.《高點刑事訴訟法講義》第四回，黎台大編撰，頁 112-114。

【擬答】

(一)法院將警員 P 與被告甲電話通話之錄音內容採為證據，合法

- 1.警員 P 將其與甲之通話內容予以秘密錄音，屬通訊監察行為。然通訊保障及監察法所規範者，以通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限(通訊保障及監察法第 3 條第 2 項參照)，本案被告甲所通話之對象即為警員 P，就通話之雙方來說，既已互相選定他方當事人為通話對象，則對於彼此言談之內容，雙方當事人不論主觀上或客觀上均難認有合理隱私期待可言，故警員將通話內容予以秘密錄音，並無違反通保法之規定。
- 2.惟查，警員 P 錄音通話內容雖未違反通保法之規定，然其通話已觸及與案情有關之內容。此部分警員 P 並未踐行刑事訴訟法之告知義務，是否適法，即生爭議：

(1)實務及通說見解

我國傳統實務及通說採取「形式意義之訊問」概念，亦即國家機關基於高權特性對受訊問人要求答覆而為之發問時，方須踐行告知義務。倘依此見解，則本案警員 P 喬裝一般民眾，外觀欠缺可辨識之職權型態，P 毋須於電話中向甲踐行告知義務。

(2)學說見解

學說另有參考比較法之見解，採取實質及功能意義訊問之看法，只要國家機關基於刑事訴訟之目的，直接或間接要求人民就特定事實為陳述，即屬訊問，不論國家機關是否以高權型態出現。若採本見解，則警員 P 應對甲踐行告知義務。

- (3)管見以為，倘採取比較法上實質訊問之觀點，恐嚴重減損此類隱性犯罪之有效偵查能力，故應採取「形式意義之訊問」觀點為妥。據此，本件警員 P 於打探服務內容及收費情形時，係偽裝一般民眾，並未以國家高權之外觀而為詢問，故 P 縱未踐行刑事訴訟法之告知義務，亦無違法可言。法院將之採為甲有罪之證據，應屬適法。

- (4)附帶一題者係，我國近期雖有實務放寬訊問時點之認定，強調「功能上相當於詢問」之概念(最高法院 100 台上字第 4863 號判決參照)。然應予以釐清者係，實務所稱之功能上相當於訊問，與比較法上之功能訊問，內涵與適用範圍上並非完全相同。我國實務僅係將正式作筆錄前警察於偵訊室外所為之閒聊及教誨之行為納入詢問之範疇，而有告知義務之適用。關於隱性談話之情形，我國實務目前並未將之納入訊問範圍內。從而，本案並無實務近期所提出之功能訊問概念之適用。併予敘明。

(二)法院將警員 P 所查扣之店內相關物證採為證據，不合法

- 1.警員 P 喬裝男客前往該店消費之行為，涉及誘捕偵查之問題，討論如下。

2.國家性之檢驗

本案警員 P 本身即為國家司法偵查機關之公務員，具備國家性。

3.誘捕偵查合法性之判斷

(1)主觀說

我國實務以被告「有無犯罪傾向」作為誘捕偵查合法性之判準。申言之，行為人原無犯罪之意思，純因具有司法警察權者之設計誘陷，以唆使其萌生犯意，待其形式上符合著手於犯罪行為之實行時，再予逮捕者，此為「創造犯意型之誘捕偵查」，違法；至於行為人原已犯罪或具有犯罪之意思，具有司法警察權之偵查人員於獲悉後為取得證據，僅係提供機會，以設計引誘之方式，伴與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為之實行時，予以逮捕、偵辦者，此為「機會提供型之誘捕偵查」，合法。

(2)客觀說

相較於實務見解，學說上有強調客觀說者認為，犯罪傾向雖係判斷誘捕偵查合法性之標準，然並非決定性之要件。亦即，誘捕偵查之合法性，應以合法性界限為出發，認為國家之誘引行為不得超越通常之誘引基準。縱使被誘捕者本身具有犯罪傾向，國家機關亦不得提供過度的犯罪誘因而誘引人民犯罪。

- (3) 管見以為，客觀說之見解較符合實質正當法律程序之要求，故乙女本身雖有提供半套情色按摩服務，然此這並不代表國家機關即可以任何方式誘使人民犯罪。本案 P 以暗語詢問乙女是否提供半套服物遭拒後，以高於市價行情兩倍的價碼誘使乙女提供色情按摩，此種誘使行為之方式與強度已超過通常誘引之基準，逾越正當法律之界線，該誘捕偵查之行爲應屬違法。

4. 違法誘捕偵查之效果

違法之誘捕偵查，手段顯然違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，造成基本權之干預亦欠缺正當性，其因此取得之證據資料，應不具有證據能力(最高法院 104 年台上字第 264 號判決參照)。據此，P 因違法誘捕偵查所查扣之店內相關證物，應不具有證據能力。法院將之採為判決依據，於法有違。

五、甲因其女友 A 移情別戀，乃與乙、丙共謀，推由乙、丙侵入 A 租屋處，偷拍 A 之裸照。乙、丙進入 A 房內，乙見 A 睡姿迷人，竟要求丙壓制 A 手腳，以便伊對 A 性交得逞。事後，乙、丙為向甲交差，又強拍 A 裸照數張交與甲。A 到警局提出告訴，女警以被害人身分詢問 A 並製作筆錄後，隨即帶 A 到醫院，由醫師 B 診斷，繼由 B 製作驗傷診斷書交給警方。其後，A 即行蹤不明，傳訊無著。案經檢察官對甲、乙、丙三人一併起訴。準備程序時，甲、乙、丙未選任辯護人，法院亦未指定辯護人，三人對檢察官所提證據（包括驗傷診斷書）之證據能力，皆表示「無意見」。審判期日時甲、乙、丙三人始委任 C 律師為其共同辯護人。C 之共同辯護意旨主張驗傷診斷書及 A 警詢筆錄為傳聞，皆無證據能力。此外，C 為甲辯護時，另行主張，甲事先對乙、丙強制性交行為完全不知情。審理終結前，法官傳喚醫師 B 到庭未果，A 亦從未到庭。審理終結後，法院即採認該等證據有證據能力。

(一) 問甲、乙、丙三人之刑責各如何？(40 分)

(二) 試評釋法院採認該等證據有證據能力之合法性。(20 分)

(三) 試問本件審判踐行之相關辯護程序之合法性。(20 分)

命題意旨	本題在測驗考生關於共同正犯的逾越、加重強制性交之解釋。 第二小題涉及傳聞同意後再爭執、司法警察前陳述，以及特信性文書等傳聞法則之爭點。 第三小題旨在測驗考生對於強制辯護適用時點，以及共同辯護等爭議之熟悉度。
答題關鍵	1. 共同正犯的逾越之處理方式。 2. 加重強制性交是否全體皆須性交。 3. 刑法 315-1 條 2 項的解釋。 第二小題在回答上，應先處理傳聞同意後得否再行爭執之問題，確定可再行爭執後，接著處理驗傷診斷書以及警詢筆錄之爭點。其中驗傷診斷書部分學說以及實務上見解頗不一致，建議要分列兩說進行論述。 第三小題關於準備程序是否有強制辯護之適用爭議，實務及學說上有所爭議，能否將兩說併陳並分析，將為取分之關鍵。此外，於選任辯護情況下之共同辯護，是否有第 31 條第 3 項之適用，亦為答題之關鍵，考生應將這部份之立法漏洞點出。
考點命中	1. 《高點刑法講義》第二回，許台大編撰，共同正犯、教唆犯部分。 2. 《高點刑法講義》第三回，許台大編撰，妨礙性自主之罪、妨害秘密部分。 1. 《高點刑事訴訟法講義》第二回，黎台大編撰，頁 123-124。 2. 《高點刑事訴訟法講義》第六回，黎台大編撰，頁 58-59。 3. 《高點刑事訴訟法講義》第七回，黎台大編撰，頁 84-85。 4. 《高點刑事訴訟法講義》第七回，黎台大編撰，頁 79。

【擬答】

(一)

乙、丙對 A 強制性交，可能成立刑法 221 條、222 條加重強制性交罪之共同正犯：

1. 構成要件：

(1) 今刑法 221 條規定，「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者」，客觀上，乙請丙壓制 A，由乙對 A 強制性交，係為施強暴而對 A 為性交，屬本罪構成要件無疑，主觀上，兩人具有本罪之故意。

(2) 加重構成要件部分：

A. 刑法 222 條 1 項 1 款：二人以上共同犯之者為加重強制性交，其是否需全體皆須性交，有不同見解：

(A) 需全體性交說：由於本罪刑度非常高，而且參考修法前本款之解釋為輪姦行為，故認多數人皆須為性交行為方得成立本罪，否則僅成立刑法 221 條之共同正犯。

(B) 不需全體性交說：

a. 無論依實務對共同正犯所採之主客觀擇一說，或是學界所採之犯罪支配理論，本就不必所有人皆為構成要件行為，仍可成立共同正犯，故沒必要要求全體行為人皆為性交行為，且只需多數人為之，對被害人即將造成比單數行為人更大之傷害。

b. 再者，刑法第 10 條修正後，被害人已不分男女，且性交態樣包含口交、肛交等多元化行為，故應可解釋成不需全體都性交。本文從之。

B. 刑法 222 條 1 項 7 款：侵入住宅或有人居住的建築物、船艦或隱匿其內而犯之。本款加重事由亦構成，然同時構成數款時：因強制性交之行為祇有一個，仍祇成立一罪，不能認為法律競合或犯罪競合，而關於私行拘禁即應另外論罪。

2. 無阻卻違法及罪責事由。

3. 按刑法第 28 條之共同正犯，係指行為人主觀上對於犯罪有意思聯絡，客觀上有行為之互相利用補充，而共同遂行犯罪者。今乙、丙對於強制性交一事有犯意聯絡，並共同為之，應屬共同正犯。

甲、乙、丙合謀侵入 A 宅對 A 強拍裸照，可能成立刑法 306 條、315-1 條 2 項之共同正犯：

1. 乙、丙部分：

(1) 315-1 條 2 項之要件為無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。而行為雖稱「竊」，但其僅指未經法益持有人同意，而非需被害人無發現被竊錄一事。客觀上，乙、丙強拍 A 之裸照，屬於無故以照相竊錄他人非公開之身體隱私部位，且主觀上亦具有本罪故意，構成本罪要件。

(2) 乙、丙進入 A 之住宅，並未得 A 同意，故構成刑法 306 條侵入住宅罪之構成要件。

(3) 無阻卻違法及罪責事由。

2. 甲之部分

(1) 按依司法院釋字 109 號解釋，以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯。亦即承認共謀共同正犯。

(2) 又依學界所採之犯罪支配理論，主客觀綜合判斷下，有犯罪支配者，即為正犯。查今乙、丙侵入 A 宅竊拍 A 裸照之犯意雖由甲惹起，然甲之支配力並延續至犯罪終了後，即乙、丙仍須拍照回去向甲交差，故可認為甲雖未在场，但仍有犯罪支配，而構成本罪之共謀共同正犯。且無阻卻違法及罪責事由。

甲不成立加重強制性交罪之共同正犯或教唆犯：

1. 依通說，共同負責的範圍，應僅限於主觀的認知與意欲要素，和客觀的行為要素，在構成要件範圍內能對應者，始負故意犯之罪責，否則有可能產生共同正犯的踰越，而針對非踰越範圍成立共同正犯，踰越部分則需個別論罪。

2. 查甲雖引起乙、丙偷拍 A 的犯罪，但並無惹起乙、丙對 A 強制性交之犯意，就此而言構成所謂共同正犯之踰越。故甲就此部分，即無需負責。

(二) 法院採認驗傷診斷書有證據能力，合法；採認警詢筆錄有證據能力，違法

1. 甲、乙、丙三人雖於準備程序，就本案相關證據以「默示同意」之方式同意具有證據能力。惟查，刑事訴訟法第 159 條之 5 規定之傳聞例外，並非同意後即不允許當事人再事爭執，尤其是在被告未受律師協助之情況下，應容許當事人於言詞辯論中結前再為爭執追復(最高法院 101 台上字第 6378 號判決參照)。本案甲、乙、丙三人於準備程序未受律師協助，故其等於審判期日委任律師 C 後，自得再行爭執驗傷診斷書及警詢筆錄之證據能力。合先敘明。

2. 驗傷診斷書部分

(1) 醫師 B 為被害人 A 所製作之驗傷診斷書，為被告以外之人於審判外所為之書面陳述，屬傳聞證據，原

則上無證據能力，然是否具備傳聞例外事由而據備證據能力？實務及學說容有不同看法。

- (2) 實務見解認為，醫院病歷及診斷證明書，係病患就診時，醫師就其病患所為之診斷及治療處置，所製作之紀錄文書及證明文書。犯罪事件中之被害人因身體所受之傷害前往醫療院所接受治療，並要求醫師依據診斷結果開立診斷證明書，就被害人之立場而言，該診斷證明書固然可能供日後訴訟上之證明之特定目的使用，然就醫師之立場而言，仍屬從事醫療業務之人，於例行性之診療過程中，依據實際診斷結果而製作之病歷及診斷證明書，自屬於醫療業務上或通常醫療業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，依第 159 條之 4 第 2 款規定，除顯有不可信之情況外，得為證據。(最高法院 99 台上字第 1391 號判決參照)
- (3) 對此學說上則認為，醫院所為之診斷證明，因屬「個案性」所製作之文書，不具備「例行性」之要件，不得援用第 159 條之 4 第 2 款之傳聞例外而具證據能力。
- (4) 綜上，若依實務見解，因醫師 B 所開立之驗傷診斷符合傳聞例外，法院將之採認具有證據能力，應屬適法。

3. 警詢筆錄部分

- (1) 被害人 A 為被告以外之人，其所為之陳述若與本案待證事實有重要關係之事項，本質上即屬證人。據此，被害人於審判外所為之陳述，即有傳聞法則之適用，原則上無證據能力。
- (2) 本案被害人 A 於警局接受女警詢問並製作筆錄，屬第 159 條之 3 司法警察前陳述之類型。惟查，本條之適用須以被告以外之人「客觀上不能到庭或接受詰問者」為其要件。依題旨，A 並無客觀上不能到庭之情形，法院亦未於傳喚未果後踐行拘提證人到庭義務(義務法則)。從而，系爭警詢筆錄仍應依第 159 條第 1 項之規定，無證據能力。本件法院逕自將該筆錄採認有證據能力，於法有違。

(三) 本件審判相關辯護程序之合法性，分述如下：

1. 準備程序法院未為甲、乙、丙指定辯護人，程序合法準備程序是否有強制辯護之適用，攸關本件法院於準備程序之合法性。就此問題，實務及學者容有不見解：
 - (1) 實務見解(101 台上字第 446 號判決)
實務上認為，準備程序原則上僅處理訴訟資料之彙整，旨在使審判程序能密集順暢進行預作準備，是否行準備程序，法院有裁量之權。而準備程序非可取代審判期日應為之訴訟程序，是辯護人苟依法於審判期日到庭為被告辯護，縱未於準備程序到庭參與行準備程序，依上說明，尚難逕指其辯護有瑕疵而執為上訴第三審之合法理由。
 - (2) 學說見解
相較於實務見解，學者認為，就文義解釋而言，起訴後，即已進入了「審判」階段，準備程序與審判期日同屬「審判」之一部分，自應有強制辯護之適用(第 31 條第 1 項、第 284 條)。再者，就準備程序之重要性而論，準備程序所進行之諸多事項均屬高度法律專業且攸關被告程序權益，故準備程序應有強制辯護之適用。
 - (3) 管見以為，現行之準備程序關係諸多重要事項，諸如爭點整理、證據能力的認定、證據調查的相關事項及審判範圍的釐清等，其重要程度並不亞於審判程序，若沒有嫺熟法律的律師在被告身旁提供意見，為其維護權利，被告極可能因為無知而未能及時為自己作成有利的主張。職是，準備程序亦應有強制辯護之適用。本案法院未於準備程序指定辯護人為甲、乙、丙辯護，致其等因而為傳聞之同意，侵害被告防禦權之完善行使，該程序應屬第 379 條第 7 款之判決當然違背法令。
2. 審判長未禁止 C 律師繼續為甲、乙、丙三人共同辯護，程序違
 - (1) 按第 31 條第 3 項之規定：「被告有數人者，得指定一人辯護。但各被告之利害相反者，不在此限。」據此，本法就指定辯護，原則上承認共同辯護，僅在利害相反時才例外禁止。然有關選任辯護之共同辯護問題，本法卻未有任何規定，就此應基於兩者之類似性，以後者類推前者之方式填補此一立法漏洞。合先敘明。
 - (2) 本案甲、乙、丙共同選任 C 作為辯護人，依照現行法規範而言，並無不妥。然而，律師 C 之辯護內容，係將責任推往乙、丙，僅替甲為脫罪之答辯。此種辯護方向，顯然與乙、丙間有利害相反之情形，若繼續由 C 同時為甲、乙、丙辯護，難免產生利害相反時辯護角色衝突的問題。是法官應立即禁止 C 同時擔任甲、乙、丙之共同辯護人。(3) 然查，本件法院並未就此利害相反之情形，依職權禁止律師 C 繼續為甲、乙、丙共同辯護，以維護每一位被告之辯護權；律師 C 亦未及時修正其辯護方向。是本案之審判程序，已然侵害被告受實質辯護之權利而與第 31 條第 3 項之規定有違，本件審判程序不合法。