

《刑法及刑事訴訟法》

一、某日 A 開車載兩個孩子上學時，酒醉駕車的甲以時速一百多公里的車速越過道路中央線迎面而來，儘管當時 A 非常小心駕車，但在發現來車時，除了向右閃避之外，別無其他方法避免自己以及兩個孩子的生命危險，然而此方法卻勢必撞擊正行走於路邊的幾位行人，A 依然選擇向右閃避，結果撞死兩位行人。試問 A 的行為應如何處斷？並根據不同的學說見解說明其理由。(25 分)

命題意旨	本題主要在測驗同學在個案中對於故意與過失犯罪成立要件的熟稔度，例如故意與過失之區分、客觀注意義務與迴避可能性，以及正當防衛與緊急避難之要件。
答題關鍵	本題涉及層面廣，要完整回答並不容易，考試時盡量將所涉及之部分點到較好。
高分閱讀	1.重點整理系列－刑法總則（方律師）(L234) P2-156～168：正當防衛（相似度 80%） P2-178～189：緊急避難（相似度 80%） P2-189～190：正當防衛與緊急避難之異同（相似度 85%） 2.錦囊系列－刑法-總則篇（蔡律師、余律師）(L207) P96～109：正當防衛（相似度 80%） P111～115：緊急避難（相似度 80%）

【擬答】

一、A 向右閃避之行為，依不同學說見解，可能無罪、或成立兩個刑法第二百七十一條之殺人罪：

殺人罪以殺人行爲、人、死亡結果與相當因果關係爲要件，本題中 A 向右閃避的行爲，造成兩名路人死亡，客觀上該當兩個殺人罪，然主觀上是否有殺人故意，則有爭論；換言之，有關故意與過失之區分，有以下學說之不同見解：

(一)通說認爲刑法上之故意採取「希望理論」，行爲人預見犯罪事實之發生尙有未足，必須行爲人有「欲」始成立故意，並採容任理論認爲行爲人心中的希望必須達「不違反其本意」之程度始可（刑法第十三條第二項）。故本題中 A 向右閃避之行爲，雖預見到會撞擊正行走於路邊的幾位行人，但 A 於無奈之餘才向右閃避，可認爲向右閃避會撞擊路人乃違反 A 之本意。因此，A 並無殺人故意，至多僅可能成立過失致死罪。

過失犯則以行爲人違反客觀注意義務與客觀迴避可能性爲要件，客觀注意義務指得是一般理智謹慎小心之人所得盡之避免法益侵害的義務。A 既然非常小心開車，則無違反客觀注意義務，不成立過失致死罪，故 A 無罪。

(二)亦有學者認爲刑法上故意應採取「認識理論」，行爲人預見犯罪事實之發生而仍然爲之，即有故意，不以行爲人主觀上有欲爲必要。故本題中 A 向右閃避之行爲，已預見到會撞擊正行走於路邊的幾位行人，即有故意，主觀上該當殺人罪之構成要件。

若按此說，則 A 該當殺人罪主客觀之構成要件，必須進入違法性之審查。本題可能涉及之阻卻違法事由爲正當防衛與緊急避難。正當防衛乃對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲，不罰（刑法第二十三條），但防衛行爲必須對加害人爲之始可。因爲正當防衛原則上不考量利益衡平，若對加害人以外之無辜第三人亦得成立正當防衛，會使無辜第三人承擔過大的風險。而本題中 A 面對甲酒醉駕車並以時速一百多公里的車速越過道路中央線迎面而來，極有可能對 A 造成生命危險，爲不法之侵害，然而 A 的防衛行爲乃造成路人（非加害人）之法益侵害，故 A 不得主張正當防衛，僅得考慮緊急避難。

緊急避難則指因避免自己或他人的權利遭侵害，而出於不得已之行爲，不罰（第二十四條）。由於緊急避難往往涉及無辜第三人，故避難行爲要件較嚴格，已符合補充性原則與利益權衡原則爲要件。補充性原則指的是條文上所稱之「不得已」，避難行爲必須是除此之外，別無他法始可，若有其他方法能避免危難，即不得以侵害他人法益之方法行之。而利益權衡原則則是考量避難行爲所保全之利益與所犧牲之利益，所保全之利益必須有顯著之優越性始可。本題中 A 向右閃避之行爲，因除此之外別無其他方法避免自己以及兩個孩子的生命危險，符合補充性原則；而 A 爲保全自己與兩個孩子的生命，犧牲兩名路人生命，保全與犧牲的都是生命法益，唯就法益的量上言之，A 所保全之法益數雖多於被犧牲之法益，然並無「顯著之優越性」，不符合利益權衡原則，A 之避難行爲不得因緊急避難阻卻違法，僅成立避難過當，依第二十四條第一項但書之規定，減輕或免除其刑。

二、毒品通緝犯 B 從藏匿處所外出時，正巧有兩位巡邏警迎面而來，B 立即掏出手槍向警察開槍，但手槍並未裝有子彈，結果該兩位警察免於被殺的危險，B 則遭到逮捕。而當時手槍子彈是放在 B 的口袋裡。試問 B 的行為應如何處斷？並根據不同的學說見解說明理由。此外，與此問題相關的現行刑法與尚未施行之新修正刑法有何不同的規定，簡要說明之。（關於 B 持有手槍部分，不必論述）。(25 分)



命題意旨	本題主要在測驗同學不能未遂之要件，並就現行刑法與新修法指出其規定之差異。
答題關鍵	本題為本次修法極重要之題目，相信同學在考前都已做好準備，只要現就現行法將實務與學說對不能未遂要件之爭議寫清楚，再寫出新修法與現行法有何不同，相信可獲高分。
高分閱讀	1.法觀人考場特刊題目 12（相似度 65%） 2.書記官達人考場特刊題目 10（相似度 70%） 3.重點整理系列-刑法總則（方律師）（L234） P2-69~73：普通未遂與不能未遂之區別（相似度 70%） P.2-78~80：新刑法關於未遂之規定（相似度 80%） 4.法觀人雜誌，第 96 期〈國考試題重要概論精選〉：未遂犯之意義 5.高點家教網，沈老師－關於「不能未遂」：法理及其刑法修正 6.高點家教網，傅台大－「不能未遂」法律效果之改變

【擬答】

B 對警察開槍之行為，可能兩個構成殺人未遂罪（刑法第二百七十一條第二項）：

- 一、客觀上，B 開槍的行為並未造成兩位警察之死亡，殺人罪之客觀構成要件不該當。主觀上，B 於開槍之際乃是認知該行為會致兩名警察於死，故 B 具有殺人故意。B 雖然殺人罪之客觀不該當，但其開槍行為按通說所採之主客觀混合理論，應已著手，成立兩個殺人未遂罪。
- 二、B 持未裝有子彈的手槍開槍，是否成立現行法第二十六條但書之不能未遂，減輕或免除其刑，端視如何解釋「其行為不能發生犯罪結果又無危險」此一要件，實務與學說有不同見解，分述如下：
 - (一)實務見解認為不能發生犯罪結果又無危險係指本質上不能發生既遂狀態、自始不能發生犯罪結果之情形，有「主體不能」、「行為不能」與「客體不能」三種情形。本例中 B 之開槍行為於開槍當時就注定警察死亡之結果不會發生，為本質上不能發生既遂狀態，屬於上述三種情形之「行為不能」，成立第二十六條但書之不能未遂，減輕或免除其刑。
 - (二)學說上之多數見解則認為，客觀上並無法判斷有無危險，只要是客觀上沒有造成結果之行為，通通都沒有危險，並基於未遂犯處罰基礎之印象理論，認為不能未遂之「無危險」應是指行為人主觀上的無危險。換言之，必須是行為人出於重大無知，對於因果歷程的認知與一般大眾之認知有重大偏離之情形始屬之，例如行為人以為砂糖能殺人而將砂糖加到他人飲料中、喝菊花茶墮胎之行為。本例中 B 主觀上之認知乃持有裝有子彈之手槍殺害兩名警察，對於因果歷程的認知與一般大眾之認知並無重大偏離之情形，故非出於重大無知，僅為普通未遂，依第二十六條本文之規定，得按既遂犯之刑減輕之。
- 三、B 無阻卻違法、阻卻罪責事由，若採取實務見解，B 成立殺人罪之不能未遂；採學說上之多數見解則 B 成立殺人罪之普通未遂。
- 四、與此問題相關的條文，乃是刑法有關不能未遂之規定，現行法規定於第二十六條但書，「其行為不能發生犯罪結果又無危險者，減輕或免除其刑」。而新修法將之提升為本文，不能未遂之要件並未修正，僅修正其法律效果，修正為「不能發生犯罪結果又無危險者，不罰」。換言之，按新法若成立不能未遂即不成立犯罪。本題中 B 之開槍行為，若按實務見解，於新法下即不成立犯罪。

【參考資料】

- 1.由法學方法論角度論未遂之概念、結構與修法，劉幸義，《月旦法學雜誌》第 123 期。

三、刑事訴訟法上規定之「保全證據」，目的為何？何人得聲請為之？偵查中，應如何聲請？對其聲請應如何處理？試依相關規定申論之。（25 分）

命題意旨	測試考生是否了解刑事訴訟法上保全證據的相關規定。
答題關鍵	熟知法條與立法理由中的說明，依照順序解析之。
高分閱讀	1.法研所歷屆試題詳解（M507） P.1-3-18~20：92 年台北大學第 6 題（相似度 40%） 2.高點家教網，馬台大－偵查中的證據保全

【擬答】

- 一、關於刑事訴訟法新增之證據保全規定，依照立法理由中的說明，乃「係指預定提出之供調查之證據，有湮滅、偽造、變造、藏匿或礙難使用之虞時，基於發見真實與保障被告防禦及答辯權之目的，按訴訟程序進行之階段，由告訴人、犯罪嫌疑人、被告或辯護人向檢察官，或由當事人、辯護人，向法院提出聲請，使檢察官或法院為一定之保全處分。此為防止證據滅失或發生礙難使用情形之預防措施，與調查證據之概念有別。」然而，有學者即指出，證據保全的基本定義應是取得證據後的留存措施，此種留存措施本不待立法即可於刑事訴訟法第一三三條、一四三條中尋得。新增之證據保全規定，是「為防止證據滅失或發生礙難使用情形之預防措施」，而可「聲請檢察官為搜索、扣押、鑑定、勘驗、訊問證人或其他必要之保全處分」，但如此一來，反而使得「證據保全」與「證據之取得」難以區分。因此立法之新設，非無



可議之處。

- 二、依照第二一九條之一的規定，偵查中可以由告訴人、犯罪嫌疑人、被告、辯護人向檢察官聲請保全證據；而依第二一九條之四的規定，審判中可以由被告、辯護人、檢察官、自訴人向法院或受命法官聲請。
- 三、偵查中，告訴人、犯罪嫌疑人、被告、辯護人得向檢察官為保全證據之處分，但必須符合有證據晦暗危險的條件，即須為預定提出之供調查之證據，有湮滅、偽造、變造、藏匿或礙難使用之虞時，始得提出。依第二一九條之三，該聲請應向偵查中之該管檢察官為之。但案件尚未移送或報告檢察官者，應向調查之司法警察官或司法警察所屬機關所在地之地方檢察署檢察官聲請。此外，該聲請應以書狀為之，依第二一九條之五第二項，書狀內應記載案情概要、應保全之證據及保全方法、依該證據應證之事實、應保全證據之理由，並釋明之。
- 四、檢察官受理證據保全之聲請，除認其為不合法或無理由予以駁回者外，應於五日內為保全處分。檢察官駁回該聲請或未於前項期間內為保全處分者，聲請人得逕向該管法院聲請保全證據（第二一九條之一）。法院對於該聲請之處理，依第二一九條之二之規定，於裁定前應徵詢檢察官之意見，認為不合法上之程式或法律上不應准許或無理由者，應以裁定駁回之。但其不合法上之程式可以補正者，應定期間先命補正。法院認為聲請有理由者，應為准許保全證據之裁定。

【參考資料】

1. 林鈺雄，《刑事訴訟法》（上），P483 以下。
2. 柯耀程，「證據保全」立法之檢討—評刑事訴訟法新增修正證據保全規定，《月旦法學雜誌》第 97 期，P141 以下。

- 四、刑事訴訟法第 145 條規定：「法官、檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索及扣押，除依法得不用搜索票之情形外，應以搜索票示第一百四十八條在場人。」所謂「依法得不用搜索罪之情形」為何？（25 分）

命題意旨	測試考生對無票搜索的熟悉程度，近年各類考試都出現類似命題爭點。
答題關鍵	只要考生能將無票搜索的三大情況列出，應不難獲得高分。
高分閱讀	1. 書記官達人考場特刊，題目 2（相似度 90%） 2. 圖說系列—刑事訴訟法（I）（史奎謙）（L750） P.4-161~186：無令狀搜索（相似度 90%） 3. 法研所歷屆試題詳解（M507） P1-1-4~5：94 年台大第 2 題（相似度 40%） P1-3-29~31：90 年台北大學第 9 題（相似度 80%） P1-1-34~36：91 年台大第 1 題（相似度 70%） P1-2-15~18：93 年政大第 2 題（相似度 90%） 4. 法觀人雜誌 第 95 期：P.36~45：搜索（中） 第 96 期：P.21~31：搜索（下）

【擬答】

搜索，原則上要有搜索票，並由中立第三人之法官簽發，始符合令狀原則之要求。但未必每一搜索行為均須有搜索票，目前我國刑事訴訟法上一共列有三種合法的無票搜索的情形，茲詳述之如下：

- 一、同意搜索：刑事訴訟法第一三一條之一規定，搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。
- 二、緊急搜索：此有兩大類型，一為對人搜索，一為對物搜索。前者係指刑事訴訟法第一三一條第一項規定，於下述情況發生時，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：
 1. 因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者。
 2. 因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。
 3. 有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。至於所謂對物搜索，乃同條第二項所規定，即檢察官於偵查中確有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索，並層報檢察長。此外，若符合第八十八條之一緊急逮捕的情況，亦可於準用第一三一條後，逕行搜索住宅或其他住所以尋找應受拘捕之人。
- 三、附帶搜索：刑事訴訟法第一三〇條規定，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。

【參考資料】

1. 黃翰義，論附帶搜索在我國刑事訴訟法上之檢討，《月旦法學雜誌》第 120 期 P127~149
2. 王兆鵬，自令狀原則論我國相關規定之缺失，收錄於《氏著搜索扣押與刑事被告的憲法權利》，2000 年 9 月，P71、P73。



