

《刑法與刑事訴訟法》

一、甲與好友乙、丙一同飲酒時跟二人提及，因最近手頭拮据，想要竊走鄰居丁之機車變現。乙聞甲言後，勸甲最好打消此念頭，但由於甲心意已決，乙無法勸其放棄計畫，便跟甲說：「若要去就帶把小刀吧！」而丙為表示義氣，也將其所有之萬能鑰匙借給甲助其偷丁之機車。隔夜，甲聽從乙之建議帶小刀來到丁停機車處，正要拿出丙借給他的萬能鑰匙時，發現丁之機車鑰匙竟然忘了拔出，甲隨即以丁之鑰匙發動機車逃之夭夭。問：甲、乙、丙應負何刑責？（30 分）

命題意旨	本題考點在於：正共犯區分理論、加重竊盜罪、教唆與幫助之區別、幫助犯之幫助態樣、幫助犯與正犯行為因果關係之要求等。
答題關鍵	本題涉及甲、乙、丙三人之刑責，在作答上應將甲、乙、丙三人依照正、共犯分開予以討論。本題命題上並非困難的考題，然而其位於第一題，因此作答盡可能簡單精確、言簡意賅、條理分明，切勿長篇大論，導致後面答題產生時間上分配不均的問題。
高分閱讀	任政大，刑法講義，第四回，P.61～P.67，P.88～P.92。

【擬答】

(一)甲之刑責

1.甲發動丁機車逃之夭夭之行為，構成刑法 320 條第 1 項普通竊盜罪

(1)構成要件該當性部分，客觀上甲係破壞丁對其機車之持有支配關係，並建立自己對機車之持有支配，應屬竊取行為；主觀上甲對於上述事實明知並有意使其發生而具竊盜故意，且具不法為自己所有之意圖，不法構成要件該當。

(2)甲不具阻卻違法事由，且具罪責，構成本罪。

2.甲攜帶小刀，進而發動丁之機車逃之夭夭的行為，構成刑法 321 條第 1 項第 3 款攜帶兇器行竊罪

(1)甲之行為構成普通竊盜罪已如上述，然而甲攜帶小刀是否屬刑法 321 條第 1 項第 3 款之「凶器」必須討論。依照我國實務見解，所謂兇器係泛指一切客觀上對於他人生命、身體具有危險性之器械者而言，且不以攜帶之初有行兇之意圖為必要（最高法院 62 年台上字第 2489 號判例、最高法院 70 年台上字第 1613 號判例參照），本文從之。本案中，小刀鋒銳處可刺傷人體，性質上仍屬對他人生命、身體具有危險性之器械。

(2)甲不具阻卻違法事由，且具罪責，構成本罪。

(二)乙之刑責

1.乙建議甲行竊攜帶小刀之行為，構成刑法 321 條第 1 項第 3 款攜帶兇器行竊罪之幫助犯

(1)甲成立本罪之正犯已如前述。

(2)乙之建議行為，非屬本罪之共同正犯及教唆犯，理由如下：

乙之建議行為，對於甲為竊盜行為本身欠缺支配力，依照犯罪支配理論，自非屬本罪之共同正犯。縱依照實務見解，乙之建議行為欠缺正犯之意思，亦非屬構成要件行為，結論亦同，在此一併說明。再者，甲心意已決，產生確定犯意，乙之行為自非喚起甲之犯意，至多僅能論以本罪之幫助犯。

(3)乙之建議行為，使甲堅定其犯意，應屬本罪之幫助犯，理由如下：

①所謂幫助行為係指任何使正犯得以或易於實現不法構成要件，或使正犯犯行造成更大法益損害的犯罪貢獻皆屬之。再者，幫助行為不以物質上之幫助為限，亦包括所謂「精神上幫助」。

②本案中甲雖生確定犯意，然而乙建議攜帶小刀之行為，應屬堅定甲犯意之精神上幫助之行為，且乙對上述事實，認知該建議行為足以幫助甲實行竊盜行為，具有幫助及幫助既遂故意。乙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪幫助犯。

(三)丙之刑責

1.丙提供萬能鑰匙之行為，不構成刑法 321 條第 1 項第 3 款攜帶兇器行竊罪之幫助犯

(1)丙提供萬能鑰匙之行為，足茲便利甲竊取機車無疑，惟因丁之機車鑰匙竟忘記拔出，甲未動用其提供之萬能鑰匙，幫助行為欠缺犯罪實現之因果關係，是否仍得成立幫助犯，必須討論。

①否定說：學說見解有認為幫助犯之幫助行為對正犯行為僅須具有助益之可能已足，不以實際上具有助



益為必要。我國實務見解亦多採此說，認為幫助行為僅需與正犯間具有重要關聯，無需產生實質之效力，縱使不具因果關係亦屬之。

②肯定說：學說見解亦有認為幫助行為與正犯行為間須具有因果關係，幫助行為仍須對正犯產生精神或物理上的影響，對構成要件實現具有因果關係，否則即是把幫助犯當成危險犯或行為犯加以處罰，本文從之。

(2)丙提供萬能鑰匙之行為，固得評價為一竊盜幫助行為，然而其與竊盜結果間欠缺因果關係，自無從成立本罪幫助犯，丙不構成本罪。

(四)結論：甲攜帶小刀之竊盜行為，構成普通竊盜罪與攜帶兇器竊盜罪，兩罪具有法益保護同一性，性質上屬「不真正競合」，僅成立攜帶兇器竊盜罪。乙之建議行為，成立刑法 321 條第 1 項第 3 款攜帶兇器行竊罪之幫助犯。

二、甲得知乙、丙不和，遂向乙提議以丁之名義租用小客車為工具，伺機綁架丙，載至郊外以繩索勒斃。議定後，乙前往某五金行購買繩索，二人相偕前往戊汽車租賃有限公司（下稱戊公司），由乙冒充丁，承租自用小客車一輛，約定翌日中午十二時之前返還，並由乙偽以丁名義，在戊公司職員所提供之空白本票之金額欄內填寫新臺幣六十萬元、發票人欄內偽造丁署押，交予戊公司職員收執，俾於租賃期間車輛如受損害時，戊公司得持以向承租人請求賠償。甲、乙租得車輛後，由乙駕駛附載甲並攜帶繩索，依計畫前往丙住處附近埋伏，適為巡警查獲。問：甲、乙各應負何刑責？（30 分）

命題意旨	本題考點在於共謀共同正犯、偽造與行使偽造有價證券罪、偽造署押罪、詐欺得利罪，以及未遂犯著手理論、共同正犯要件等。
答題關鍵	本題涉及考點雖然不少，但是個別爭點明確，在作答上並不困難。比較要注意的地方，反而是競合理論的部分具有重要性，必須注意競合理論在處理上學說、實務往往多有爭執，作答簡附理由稍微說明即可，切勿長篇大論，容易自曝其短。
高分閱讀	任政大，刑法講義，第五回，P.37～P.40、第六回，P.120～P.127。

【擬答】

(一)甲、乙共同議定，由乙冒充丁承租自用小客車一輛之行為，可能構成刑法第 210 條偽造文書罪之共同正犯(刑法 28 條參照)

1.構成要件該當性部分，客觀上乙用丁之名義承租自用小客車，如以書面為之，乙屬無制作文書權限之人制作文書，足以生損害於丁，主觀上乙明知並有意使其發生，具有偽造故意，不法構成要件該當。此外甲、乙共同議定相關計畫，甲具有正犯之意思，屬「共謀共同正犯」(司法院大法官 109 號解釋參照)，自屬本罪共同正犯無疑。附帶一提的是，學說上有採犯罪支配理論者，其認對於犯罪實現具有支配力者俱為共同正犯，如議定犯罪計畫，類型上屬於「功能支配」，結論亦同，在此一併說明。

2.無阻卻違法事由，且具罪責，構成本罪。

(二)甲、乙共同議定，由乙以丁名義，在空白本票金額欄內，填寫新台幣六十萬元之行為，構成刑法 201 條第 1 項偽造有價證券罪之共同正犯(刑法 28 條參照)

1.構成要件該當性部分，客觀上本票性質上具財產價值兌換性，自係有價證券。乙屬無制作有價證券權限之人制作有價證券，主觀上乙明知並有意使其發生，且具行使之意圖，不法構成要件該當。甲有共同行為決意、共同行為分擔亦如上述，屬本罪共同正犯。

2.無阻卻違法事由，且具罪責，構成本罪。

(三)甲、乙共同議定，由乙在空白本票發票人欄內偽造丁之署押，構成刑法 217 條第 1 項偽造署押罪之共同正犯(刑法 28 條參照)

1.構成要件該當性部分，客觀上乙為無制作署押權限之人卻為之，足以生損害於丁，主觀上乙明知並有意使其發生，具有偽造故意，不法構成要件該當。甲有共同行為決意、共同行為分擔亦如上述，屬本罪共同正犯。

2.乙無阻卻違法事由，且具罪責，構成本罪。

(四)甲、乙共同議定，由乙將上述空白本票交予戊公司職員收執之行為，構成行使偽造有價證券罪之共同正犯(刑法 28 條參照)



甲、乙成立偽造有價證券罪已如前述，復為行使亦構成本罪。

(五)甲、乙藉此取得該租車之行為，構成刑法第 339 條第 3 項詐欺取財或詐欺得利未遂罪之共同正犯(刑法 28 條參照)

1.構成要件該當性部分，客觀上乙冒用丁名為承租、簽訂本票、署押等行為，以不實之事項通知對方，得評價為一詐術行使行為，並使戊公司及職員限於錯誤，進而為財產處分行為，然而本罪係屬侵害整體財產之犯罪，題目未示戊是否受有財產損害，依照罪疑唯輕原則，自認不法構成要件未完全實現，至多僅得論以本罪未遂犯；主觀上乙對上開事實意欲之詐欺故意，及不法所有或得利之意圖，不法構成要件該當。甲有共同行為決意、共同行為分擔亦如上述，屬本罪共同正犯。

2.無阻卻違法事由，且具罪責，構成本罪。

(六)甲、乙於丙住處埋伏之行為，「分別」構成刑法第 271 條第 3 項之殺人預備罪

1.甲、乙之埋伏行為尚未達到著手實行之階段：

依照題示，主觀上甲、乙具有殺丙之故意無疑，然而客觀上甲、乙是否已然著手實行，必須討論。學理上對於著手理論，有所謂形式客觀說、實質客觀說、純粹主觀說、變通主觀說、主客觀混合理論等不一而足，本文認為著手實行必須同時考量行為人之主觀計劃，與客觀上對於法益侵害之危險性，故採主客觀混合理論，先予說明。本案中，甲、乙主觀計劃是帶丙出入家門，予以綁架續為郊外以繩索勒斃，客觀上就其主觀計劃，一般人尚難認對丙生命法益侵害產生直接危險，是以尚難認已達著手實行之階段。

2.甲、乙之埋伏行為已達到預備階段：

該埋伏行為雖然尚未達到著手實行階段，不過該準備行為業已對於丙之生命法益產生潛在危險，自得認屬殺丙之預備行為無疑。

3.甲、乙之行為尚未達到著手實行階段，自無從成立共同正犯：

附帶一提的是，依照我國通說暨實務見解，刑法第 28 條之共同正犯係以共同實行犯罪行為為要件，即所謂「實行共同正犯」，若其尚未達到著手實行之階段，自無從論以共同正犯，併予說明之。

4.甲、乙俱無阻卻違法事由，且具罪責，分別構成本罪。

(七)競合

甲、乙構成之偽造文書罪、偽造有價證券罪與偽造署押罪，具法益同一性，屬法條競合關係，性質上為不真正競合，僅成立偽造有價證券罪；另外依照實務見解，行使偽造有價證券罪吸收偽造有價證券罪與詐欺未遂罪，與殺人預備罪併罰之。

三、某夜，甲將同居人乙送至 T 大醫院急診，由於乙有中毒徵兆，醫院立即電召毒物專科醫師丙至急診室處理，但乙仍於當夜休克死亡。隨後，甲因涉嫌下毒殺死乙而被偵查、起訴。審理期間，法院委託 T 大醫院鑑定死因，由於丙乃國內毒物權威及當夜急診醫師，故 T 大醫院鑑定報告皆由丙負責執行。

丙為求鉅細靡遺，於上開報告中提到急診當夜情形及後來鑑定結果，報告內容主要包含以下三點：A、急診當夜丙趕至醫院時，目睹甲與乙二人的互動情形。B、急診當夜，關於乙中毒臨床症狀的觀察與診斷。C、乙死後，丙受委託鑑定，解剖、檢驗後關於乙死因為葡萄催芽劑中毒之判斷。

審判中，甲之辯護人聲請傳喚丙親自到庭，主張丙應具結並接受對質、詰問，否則報告中所提的以上 A、B、C 三點，皆不得採為裁判基礎。試分別就 A、B、C 三點，說明其抗辯有無理由？（30 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：1.機關鑑定，自然鑑定專家是否應到庭踐行鑑定人之調查證據程序；2 鑑定報告內容是否涉及專業鑑定，抑或是結合鑑定證人之雙重資格；如是結合鑑定證人之雙重資格，應採證人之調查證據方法。
答題關鍵	本題應著重證據單元，需論述「傳聞法則」、「證人」、「鑑定人」之相關規定。
高分閱讀	刑政大，刑事訴訟法講義，第四回。

【擬答】

(一)法院囑託 T 大醫院鑑定，依照刑事訴訟法第 208 條規定：「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機



關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第二百零三條至第二百零六條之一之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。第一百六十三條第一項、第一百六十六條至第一百六十七條之七、第二百零二條之規定，於前項由實施鑑定或審查之人為言詞報告或說明之情形準用之。」因此 T 大醫院交由丙醫師鑑定死因，丙醫師仍應到庭經具結、交互詰問，遵行鑑定人應為之法定調查證據程序為宜。

(二)甲之辯護人主張若丙未經具結及交互詰問程序，所獲得之證據依照傳聞法則規定應無證據能力，分別試就 A、B、C 三個證據分述如下：

1.傳聞法則：依照刑事訴訟法第 159 條規定，被告以外之人於審判外陳述，除法律別有規定外，應無證據能力。故傳聞法則之原則即傳聞證據應無證據能力，如有傳聞法則例外之 159 之 1 至 159 之 5 之情形，則例外有證據能力。又專家鑑定丙為證人或鑑定人，均屬於被告以外之人，均有傳聞法則之適用。

2.證據 A，丙目睹甲乙之互動情形：

此部分之證據並非專家鑑定內容，而係丙依照其五官見聞所為之證述，因此此部分之證據應屬丙證人之證詞，而非專業鑑定，故應丙於此部分同時具備證人即鑑定人之雙重身分，又證人不能替代得拘提，鑑定人不得拘提，故同具備雙重身分時，應採用證人之調查證據方法。又丙若未於審判中具結、交互詰問證述，此部分之證詞應無證據能力，故不得採為裁判之基礎，應有傳聞法則之原則而無例外之適用。

3.證據 B，急診當夜關於乙中毒臨床症狀之觀察及診斷：

此部分之證據為丙之病歷記錄，因此丙為當時病歷登載之證人，如丙未到庭進行具結及交互詰問，依照傳聞法則原則應無證據能力。惟丙之病歷記錄是否為刑事訴訟法第 159 之 4 條之特信性文書，亦有討論空間，依照實務及學說通說意見，該條所指之特信性文書，係指例行性登載，而非預見個案使用之業務文書之謂。又急診醫師於診斷當時需記載診斷之過程之醫療行為，因此證據 B 部分應屬傳聞法則例外之特信性文書，縱丙未到庭具結、交互詰問，該證據亦可能有證據能力，辯護人之抗辯可能不為法院所採。

4.證據 C，乙死後，丙受委託鑑定，解剖檢驗後判斷乙之死因為葡萄催芽劑中毒：

此部分之證據應屬專家鑑定，專家鑑定依照上述所援引之刑事訴訟法第 208 條規定，縱使機關鑑定可以不用到庭具結、交互詰問，惟有部分學說亦認為，機關鑑定亦有其自然專家鑑定為鑑定報告，因此不應因機關鑑定而剝奪被告對於鑑定報告有詰問之機會，故有關證據 C 之部分，辯護人表示如未於審判階段踐行法定調查證據程序，該證據依照傳聞法則原則，應無證據能力而被排除，亦有理由。

四、甲、乙涉嫌共同殺人，經檢察官提起公訴。第一審法院依刑法第 271 條第 1 項規定，論以甲、乙共同殺人罪，各判處有期徒刑十五年，第二審法院仍維持第一審判決。甲、乙均於法定期間內為自己利益提起第三審上訴。請問：

(一)甲之上訴書狀未敘述上訴之理由，迨遲至提起上訴後一個月，第三審法院未判決前，始補提理由書於第二審法院。嗣第二審法院將其上訴理由書狀轉送第三審法院前，第三審法院業已以甲之上訴書狀未敘述上訴之理由，判決駁回其上訴。第三審法院判決之效力如何？（15 分）

(二)乙之上訴書狀略謂：「乙在第二審所提答辯狀，原判決均未調查審酌，遽予推定犯罪，顯屬判決違背法令。茲再檢附該答辯狀繕本，並援用其所載理由，作為第三審之上訴理由，依法提起上訴。」等語。惟第三審法院判決前，乙因車禍而死亡，第三審法院應如何判決？（15 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：1.上訴三審補充理由之時間是否受有刑事訴訟法 10 日之限制；2.被告於三審判決前死亡，法院應為何種判決。
答題關鍵	本題應著重訴訟程序單元，有關上訴三審附具理由之實務見解及被告死亡應如何處理之相關規定。
高分閱讀	1.邢政大，刑事訴訟法上課講義，第一回。 2.邢政大，刑事訴訟法上課講義，第六回。 3.最高法院 91 年台抗 369 號裁判。 4.最高法院 89 台抗 140 裁判

【擬答】

(一)三審法院不應以判決駁回甲之第三審上訴

1.依照最高法院 91 台抗 369 裁判認為，關於補提第三審上訴理由書狀之規定，上訴書狀應敘述上訴之理由，

其未敘述者，應於提起上訴後十日內補提理由書於原審法院。依照修正後之刑事訴訟法規定與現行法第 382 條第 1 項、第 386 條及第 395 條後段之規定可知悉，上訴理由書狀，既允許上訴人在第三審法院未判決前仍得提出，並刪除原審法院對於未依期限補提第三審上訴理由書狀者，得以裁定駁回之規定，復增列上訴人在第三審法院判決前得提出上訴理由書之規定，足見該次修法原意，在予上訴人補提第三審上訴理由書狀之期間利益，如逾十日之補提理由書狀期間，且於第三審未判決前仍未提出者，始應由第三審法院以判決駁回之。則現行刑事訴訟法第 382 條第 1 項所定補提上訴理由期間，雖已經過，上訴人並不因而喪失為該項訴訟行為之權利。其於提起上訴後十日內，雖未依該項規定補提上訴理由書於原審法院，但原審法院仍不得認其上訴不合法律上之程式，逕依同法第 384 條前段規定裁定駁回其上訴，而應速將該案卷宗及證物送交最高法院檢察署或第三審法院處理。復依照 89 台抗 140 裁判認為「刑事訴訟法第三百八十二條第一項固規定，提起第三審上訴之上訴書狀應敘述上訴之理由；其未敘述者，得於提起上訴後十日內補提理由書於原審法院；未補提者，毋庸命其補提。但同法第三百八十六條第一項復規定，上訴人在第三審法院未判決前，得提出上訴理由書於第三審法院。又依同法第三百九十五條後段規定，其已逾第三百八十二條第一項所定期間，而於第三審法院未判決前，仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之。是關於補提第三審上訴理由書狀，縱已逾刑事訴訟法 382 條第 1 項所定期間，然於第三審法院未判決前仍許補提甚明。關於此項補提上訴理由書狀之規定，民國 24 年 1 月 1 日修正公布之舊刑事訴訟法第 374 條第 1 項規定：「上訴書狀應敘述上訴之理由，其未敘述者，應於提起上訴後十日內補提理由書於原審法院。」並於第 376 條規定：「原審法院認為上訴違背法律上之程式或上訴權已經喪失或係對於不得向第三審法院上訴之判決而上訴者，應以裁定駁回之。其不依第三百七十四條之規定補提上訴理由書者，亦同。」依其規定固可認補提第三審上訴理由期間，係一種不變期間，不得延長，且係完成上訴訴訟行為之期間，亦即失權期間，如遲誤此項期間即與遲誤上訴期間同，原審法院應以裁定駁回上訴。惟 34 年 12 月 26 日修正公布之刑事訴訟法，已將舊法第 374 條第 1 項修正為：「上訴書狀應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後十日內補提理由書於原審法院，未補提者，毋庸命其補提。」並於第 387 條後段規定，其已逾第 374 條第 1 項所定期間，而於第三審法院未判決前，仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之。現行法第 382 條第 1 項及第 395 條後段之規定，亦同。該次修正前舊法第 376 條規定「原審法院認為上訴違背法律上之程式或上訴權已經喪失或係對於不得向第三審法院上訴之判決而上訴者，應以裁定駁回之，其不依第 374 條之規定補提上訴理由書者，亦同。」與現行法第 395 條規定「第三審法院認為上訴有第 384 條之情形者，應以判決駁回之；其已逾第 382 條第 1 項所定期間，而於第三審法院未判決前，仍未提出上訴理由書狀者，亦同。」均將上訴違背（不合）法律上之程式及未補提上訴理由書狀之情形，為分別列舉之規定。是關於上訴違背（不合）法律上之程式原審法院應以裁定駁回之之規定，應不包括逾期未提出上訴理由書狀之情形甚明。刑事訴訟法為上述之修正後，上訴理由既許在第三審法院未判決前提出，則現行法第 382 條第 1 項所定補提上訴理由期間，雖已經過，並不因而喪失為訴訟行為之權利。上訴人於提起上訴後十日內，雖未依該項規定補提上訴理由書於原審法院，原審法院仍不得認其上訴違背法律上之程式，依同法第 384 條規定裁定駁回上訴，而應速將該案卷宗及證物送交第三審法院之檢察官或第三審法院。」

2. 從上述實務見解可知，如於三審法院判決前補提上訴理由者，法院即不能依照刑事訴訟法第 382 條之規定裁定或是判決駁回上訴，故本題三審法院以上訴未附理由駁回甲之三審上訴應不違法。應以誤合法判決為不合法之規定救濟，實務通說認為應將錯誤之確定判決提起非常上訴撤銷後，再依法實體審理本案。

(二) 被告合法上訴第三審後死亡，三審法院應改判本案為不予受理判決

1. 合法上訴第三審後，被告死亡，第二審法院不得依刑事訴訟法第 384 條規定裁定駁回，而應儘速將卷證送交第三審法院。第三審法院應依刑事訴訟法第 393 第 5 款規定，對於「原審判決後被告死亡」之事項，雖得依職權調查，依刑事訴訟法第 398 第 3 款規定「有 393 第 5 款之情形者」，最高法院雖應該案件自行判決，惟判決時仍應依刑事訴訟法第 387 條準用第一審審判之規定，即仍應準用 303 第 5 款下不予受理判決。
2. 本題乙已檢具證據證明原審判決有刑事訴訟法第 379 條第 10 款應調查之證據未予調查之違法，因此乙為合法上訴，在合法上訴後死亡者，法院仍應在三審準用刑事訴訟法第 303 條 5 款規定下不予受理判決。

五、甲與乙係夫妻，育有一子丙，甲之父親丁年事已高，體弱多病。某日，甲因細故毆打丁成傷，丁心情鬱悶，與友人一同出遊，途中不慎遭落石擊中，送醫急救後因腰椎爆裂性骨折，因而癱臥在床，無行動能力，日常生活需人照顧。甲、乙對於同居之丁每日僅餵食一餐，任由丁一人躺臥，



未幫助其活動身體，丁因此長滿褥瘡，丁臥床期間甲、乙不曾帶丁去醫院就醫，約半年餘，丁終因營養不良及褥瘡感染引發敗血性休克死亡。

檢察官相驗後，先飭警詢問並製作乙、丙筆錄，乙、丙均供出甲涉案情節；檢察官以關係人身分訊問乙，乙除否認自己涉案外，亦供出甲犯案經過。檢察官以被告身分訊問甲，甲否認犯行，但供出乙涉案，嗣改以證人身分訊問甲，甲改證稱乙不知情等語。檢察官依偵查所得證據，起訴甲、乙。

審判中，就審理共同被告甲之案件，法院依檢察官聲請，傳喚證人乙、丙具結作證，經告以得拒絕證言之相關規定後，丙以甲是其父親而拒絕證言；乙概括地以恐因陳述致自己受刑事處罰為由，拒絕證言，審判長遂許其二人離庭。檢察官見狀，乃起而主張乙、丙之警詢陳述如何具有可信性及必要性要件，另乙在檢察官面前之陳述，其信用性已受保障，均得為證據。辯護人則以上開乙、丙審判外之陳述，未經甲之反對詰問，悉無證據能力等語為辯護。試問：

(一)若甲、乙均犯罪，各應成立何項罪名？(40 分)

(二)就乙涉案部分，甲在檢察官偵查中之陳述得否作為裁判依據？(10 分)

(三)請分別就審判長處理乙、丙拒絕證言之程序，及檢察官、辯護人所為之主張，論述乙、丙之警詢陳述及乙在檢察官偵查中之供述得否為證據？(30 分)

命題意旨	本題考點在於傷害直系血親尊親屬罪、有義務遺棄罪、直系血親尊親屬之要素、不純正身分犯、扶養義務順序等爭點。本題的事實是以最高法院 98 年度台上字第 6346 號刑事判決為基礎，同學或可參考本號判決意旨，惟作答時僅須依照刑法基本概念作答即可。 本題測驗重點在於：1.傳聞法則、被告與共同被告之證據調查程序；2.證人之拒絕證言權規定及傳聞法則之例外情形分析。
答題關鍵	本題屬於學理上較有爭議的題目，除遺棄罪之犯罪類型外，另涉及行為人故意之認定、直系血親尊親屬體系定位等諸多爭議學理問題(這些部分是原判決所沒有涉及者)。在作答上如無把握，建議附具理由，倆說併陳為佳。 本題應著重證據單元，傳聞法則為本題之核心問題，另本題結合共犯、共同被告之調查證據相關規定，考生需對條文有相當程度之熟悉。
高分閱讀	任政大，刑法講義，第六回，頁 29 以下。 邢政大，刑事訴訟法上課講義，第四回。

【擬答】

(一)甲之刑責

1.甲毆傷丁之行為，構成刑法第 280 條傷害直系血親尊親屬罪：

- (1)構成要件該當性部分，客觀上甲對丁為毆打行為，應評價為一破壞身體機能之傷害行為，且生傷害結果，兩者間具有因果關係暨客觀歸責，主觀上甲對上述事實具有知欲，具傷害故意，不法構成要件該當。
- (2)甲無阻卻違法事由。
- (3)在罪責層次，甲除具罪責外，本罪另涉直系血親尊親屬之加重。該加重事由無涉法益侵害，而係與期待可能性有關，性質上應屬「加重罪責要素」。本案中丁為甲之直系血親尊親屬，甲自具本罪加重罪責要素無疑，構成本罪。

2.甲對於同居之丁未予妥適照顧之行為，構成刑法第 294 條第 1 項有義務遺棄罪：

- (1)遺棄罪之性質，學理上素有抽象危險犯與具體危險犯之爭執，本文認具體危險已接近實害，用最重六個月自由刑的法律效果去保護幾近實害的生命法益，非有利的方法；此外具體危險通常會在構成要件中被具體描述出來，因此本文認為應依體系解釋，而認遺棄罪性質上為抽象危險犯。以下作答皆以此為前提論述之，先予說明。
- (2)構成要件該當性部分，丁因意外腰椎爆裂性骨折，因而癱臥在床、無行動能力，日常生活需人照顧，應認屬於無自救力之人無疑。甲為丁之子，依民法第 1104 條第 2 款規定，應對其負有扶養、照顧、保護義務，然而其卻未予妥適照顧，每日僅餵食其一餐、使其長滿褥瘡並不曾帶其就醫，應認係不為其生存所必要之扶助、養育或保護，客觀構成要件該當；主觀上甲雖然未予妥適照顧，然而其每日仍予以餵食一餐，自難認具有殺丁故意，至多僅能認其對全身癱瘓及得病之丁，具有容認死亡危險之遺棄故意，不



法構成要件該當。

(3)甲無阻卻違法事由，且具罪責，構成本罪。

3.甲對於同居之丁未予妥適照顧之行爲，構成刑法第 294 條第 2 項有義務遺棄致死罪(刑法第 17 條參照)

(1)甲構成有義務遺棄罪已如上述，然而本罪屬加重結果犯，甲對於丁之死亡結果是否負責，必須予以討論。

(2)客觀上甲爲遺棄行爲，且生死亡結果，兩者間具有因果關係，且在客觀歸責層次，因營養不良患褥瘡而引發敗血性休克，皮膚因潰爛形成缺口，病菌便很容易由此進入體內造成感染症、因敗血症而威脅到生命，因認屬正常因果歷程之發展，而具客觀歸責。再者，依照我國實務見解，加重結果犯之成立，行爲人須對於加重結果具有「客觀預見可能性」始足當之。就一般人而言應能知悉長期罹病臥床而長有褥瘡及營養不良之人，如未能補充足夠之營養並及時就醫，可能發生死亡之結果，是甲對丁之死亡結果應具有客觀預見可能性，不法構成要件該當。

(3)甲無阻卻違法事由，且具罪責，構成本罪。

4.甲對於同居之丁疏於照顧之行爲，構成刑法第 295 條有義務遺棄直系血親尊親屬致死罪

甲構成有義務遺棄致死罪已如上述，且本罪另涉直系血親尊親屬之加重，該加重事由無涉法益侵害，而係與期待可能性有關，性質上應屬「罪責要素」，併予說明之。本案中丁爲甲之直系血親尊親屬，甲自具本罪加重罪責要素無疑，構成本罪。

5.競合：

甲構成有義務遺棄罪、有義務遺棄致死罪、有義務遺棄直系血親尊親屬致死罪具有法益保護同一性，爲法條競合關係，性質上屬不真正競合，僅成立有義務遺棄直系血親尊親屬致死罪，與刑法第 280 條傷害直系血親尊親屬罪併罰之。

(二)乙之刑責

1.乙對於同居之丁未予妥適照顧之行爲，構成刑法第 294 條第 1 項有義務遺棄罪：

(1)構成要件該當性部分，前述遺棄罪之不法構成要件部分，茲不在贅。較有爭議者，即乙與丁爲翁媳關係，是否屬依法令或契約應扶助、養育、保護義務之人必須討論。

(2)學說上有認爲此法令或契約應依照文義解釋，僅限於實定法或契約而言，而非學理上所謂保證人地位。惟另有學說認爲此「依法令或契約」即指保證人地位而言，因從保護目的而言兩者並無不同，依照目的性解釋自應予以肯認，本文從之。是以應認乙除民法第 1114 條第 2 款之規定負有對丁之扶養義務外，其亦屬「密切之生活關係」，其自對丁具有扶助、養育、保護義務，不法構成要件該當。乙無阻卻違法事由，且具罪責，構成本罪。

(3)附帶一提的是，我國實務見解不同於上開處理方式，其認爲乙雖然依照民法第 1114 條第 2 款規定，負有扶養之義務，但子婦對於翁姑之扶養義務，依第 1115 條第 1 項規定，既在第六順序，其是否構成遺棄罪，自應先查明其有無較子婦或家屬順序在先之人，以及該順序在先之人，有無扶養資力，以定其扶養義務是否屆至。若是依照我國實務見解之處理方式，本案中甲之扶養順序在前，乙自不成立本罪，在此一併說明。

2.乙對於同居之丁未予妥適照顧之行爲，乙亦構成第 294 條第 2 項有義務遺棄致死罪：

乙構成有義務遺棄罪已如前述，且依照前文，其對於死亡結果亦應認具有因果關係、客觀歸責暨客觀預見可能性，而認構成有義務遺棄致死罪。

3.乙對於同居之丁未予妥適照顧之行爲，不構成有義務遺棄直系血親尊親屬罪、有義務遺棄直系血親尊親屬致死罪：

本罪另涉直系血親尊親屬之加重，性質上應屬「罪責要素」，已如前述。本案中乙非爲甲之直系血親尊親屬，乙自不具本罪加重罪責要素無疑，依照刑法第 31 條第 2 項之規定，因身分或其他特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人，科以通常之刑，自不構成本罪。

4.競合：

乙構成有義務遺棄罪與有義務遺棄致死罪，具有法益保護同一性，性質上爲不真正競合，僅成立有義務遺棄致死罪。

(三)甲以被告身分在檢察官偵查中所爲之陳述，不能作爲乙涉案之證據；改列爲證人身分之陳述，應視是否符合傳聞法則之例外情形而認定是否有證據能力。

1.傳聞證據之法理基礎：證據之**可信性**及**必要性**。特定類型的證據，具有足以取代反對詰問之特別可信情況（可信性），或雖無此高之可信性，但特定類型之證據已不復得，故僅能接受該證據（必要性）。因此刑事



訴訟法第 159 條規定，排除被告以外之人（包含證人、共同被告）於審判外（包含警詢、偵訊）之證據能力。但如果有傳聞法則例外之情形者，亦可能有證據能力，而成為審判之依據。

2. 乙涉案之案件，甲為共犯、亦為共同被告

- (1) 依照刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定，共犯甲之證述亦需有補強證據，證明所述為真，方能認定乙有犯罪。
- (2) 依照刑事訴訟法第 287 條之 1、第 287 條之 2 規定，因甲乙一起遭檢察官起訴，因此為共同正犯，需分離調查證據程序，並且準用人證調查證據方法（具結及交互詰問）才能成為乙犯罪之證據。
- (3) 惟甲偵訊陳述亦不能依照傳聞法則 159-1 第 2 項之例外而認為有證據能力，因依照該條傳聞法則之例外，甲亦需合法踐行證人調查證據程序，即具結後之陳述方能為證據，今題意已敘明，甲於改列為證人證述時說「乙對於犯罪事實不知情」，因此即不能認定改列為證人以前之被告證述時稱「乙有涉案」有證據能力。

(四) 法院踐行告知拒絕證言權程序為合法，乙、丙於警詢及偵訊之陳述有無證據能力，應討論傳聞法則

1. 法院對證人乙、丙踐行拒絕證言權之告知義務應屬合法

拒絕證言是為權衡發現真實及其他特定優於發現真實價值，在某些情形下，為維護特定價值，刑事訴訟法免除證人之陳述義務。拒絕證言權內容包含「**因公務關係拒絕證言**」、「**因業務關係拒絕證言**」、「**因身分關係拒絕證言**」、及「**因不自證己罪拒絕證言**」。

(1) 因身分關係拒絕證言權：

依照刑事訴訟法第 180 條規定，證人有下列情形之一者，得拒絕證言：A 現為或曾為被告或自訴人之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬者 B 與被告或自訴人訂有婚約者。C 現為或曾為被告或自訴人之法定代理人或現由或曾由被告或自訴人為其法定代理人者。對於共同被告或自訴人中一人或數人有前項關係，而就僅關於他共同被告或他共同自訴人之事項為證人者，不得拒絕證言。復依照刑事訴訟法第 185 條第 2 項規定，法院對此拒絕證言權應踐行告知義務。

(2) 因不自證己罪拒絕證言權內容：

依照刑事訴訟法第 181 條規定，證人恐因陳述致自己或與其有前條第 1 項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。該條法理基礎為「不自證己罪原則」，既然證人可能因為其陳述而自證己罪，遂賦予其拒絕證言權利。復依照刑事訴訟法第 186 條第 2 項規定，法院對此拒絕證言權應踐行告知義務。

(3) 本題法院對乙丙均有依照刑事訴訟法第 180 條、第 185 條第 2 項告知證人有拒絕證言權，故法院此部分程序應屬合法。

2. 乙、丙之警詢、偵訊有無證據能力，應視有無傳聞法則例外認定之

- (1) 乙、丙於警詢證述甲有犯罪，原則上應屬傳聞證據而無證據能力，但如有刑事訴訟法第 159-2 條規定，被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。
- (2) 乙於檢察官偵查中證述甲有犯罪，原則上應屬傳聞證據而無證據能力，但如有刑事訴訟法第 159-1 第 2 項規定：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」但本條規定可能讓秘密證人制度借屍還魂於此條文中，剝奪被告對質詰問權，有違憲之虞。因此實務與學界通說均認為，雖共犯、共同被告在他案以被告身分所為之陳述，但於本案中欲為他共犯或共同被告不利之證述，仍須經具結及反對詰問為妥，否則會使我國新制的交互詰問制度形骸化。故實務通說認為，偵查中向檢察官陳述能成為證據之要件如下：
 - ① 必須令其具結
 - ② 給予被告反對詰問機會
 - ③ 無顯有不可信情況

