

《刑法及刑訴》

一、刑法上關於累犯之構成，其成立要件為何？又假釋中更犯罪而受有期徒刑以上刑之宣告，或緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷，嗣後再犯，究否有累犯規定之適用，其理安在？(二十五分)

命題意旨	累犯之成立要件之分析，及討論在有假釋或緩刑之情事下，應如何適用累犯規定。
答題關鍵	1.應就一般學說上對累犯要件之說明，分點加以詳述。 2.行為人假釋中再為犯罪，或緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷，其本質上即非受有期徒刑之執行完畢執行，為答題之重心。
擬答鑑示	1.參考：林山田，刑法總論(下冊)，頁 716-721。 2.參考：蔡律師，刑法總則，頁 517-519，高點出版。 3.參考：方律師，刑法總論，頁 4-16 至 4-20，高點出版。 4.參考：王律師，刑法總論，頁 4-16 至 4-20，高點出版。 5.參考：法學概念判(解)總，頁 82~83、89~91，高點出版。

【擬答】

- (一)1.刑法第 47 條規定：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯」係指受到刑法宣告並為執行之行為人，於釋放後一定期間內，由於又犯特定程度之犯罪，顯然刑罰之制裁對行為人並未發生預防犯罪之效果。因此對行為人累犯行為之處罰，賦予加重本刑至二分之一的法律效果。
- 2.累犯之成立要件如下：
- (1)行為人曾受徒刑之執行：行為人必須曾受過無期徒刑或有期徒刑之執行，方有可能構成累犯。若行為人僅受拘役、罰金、易服勞役或曾受羈押，則無成立累犯之可能。但受徒刑宣告而依刑法第 41 條易科罰金者，仍有成立累犯之可能。
 - (2)行為人於徒刑執行完畢或赦免後，五年內再為犯罪：如行為人係於徒刑執行完畢，或赦免後超過五年始再犯罪，則無由成立累犯。又行為人在徒刑執行中再犯，或是因假釋等原因，僅受一部之執行後再犯，亦無成立累犯之餘地。
 - (3)行為人前犯之罪，非於軍法審判機關或外國法院接受審判：依刑法第 49 條之規定，如行為人前犯之罪係在軍法機關接受審判，或是在外國法院接受審判，則不能適用累犯之規定。
 - (4)行為人再犯之罪，為有期徒刑以上之犯罪：即行為人再犯之罪，其具有有期徒刑以上之法定刑，如該犯罪亦有拘役或罰金之較輕法定刑，仍可成立累犯。但再犯之罪僅具科以罰金之法定刑，或僅具選科拘役或罰金之法定刑，則不得成立累犯。至於再犯之罪為故意犯或過失犯，多數說認為累犯成立要件中並未對此加以限制，因此對累犯成立並無影響，但亦有反對意見存在。
- (二)1.行為人假釋中更犯罪而受有期徒刑以上刑之宣告時，由於行為人上尚未假釋期滿，並不生刑法第 79 條第一項已執行之法律效果，因此並不符合受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪的成立要件，故無累犯之適用，僅為撤銷假釋之原因。
- 2.如行為人有緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷，嗣後再犯之情形時，因實際上前罪之刑之宣告已失效力，非受有期徒刑之執行完畢，自不得成立累犯。

二、刑法第三百二十三條明定，電能、熱能及其他能量，關於竊盜罪章，以動產論。則此所謂「其他能量」究係何指？某甲曾向有線電視公司申請裝設有線電視線路，嗣申請停機後竟擅自私接線路，盜收公司之電訊節目觀賞。某甲所為得否論以刑法第三百二十三條、第三百二十條第一項之竊盜罪？(二十五分)

命題意旨	討論竊盜罪章「以動產論」之規定中，「其他能量」之定義及適用範圍。
答題關鍵	1.由「以動產論」之規定目的來加以探討「其他能量」之意義。 2.通說認為得以人力管理支配者，始有以動產論之可能，應就此分析有線電視提供之節目播放，是否在其適用範圍內。
擬答鑑示	1.參考：甘添貴，體系刑法各論(第二冊)，頁 29-31。 2.參考：蔡律師，刑法分則，頁 248-249，高點出版。 3.參考：法學概念判(解)分，頁 59~66，高點出版。

【擬答】

- (一)1.一般學說討論到竊盜罪之客體，一般可分為二大說法：

- (1)有體性說：認為動產必須具有一定質量且佔有一定空間，而可由視覺或是觸覺感覺者，始得稱之為動產，因此動產需以有體物為限。
- (2)物理管理可能性說：認為動產不以有體物為限，只要以人力得加以管理支配者，即屬之。但如債權，僅具有事物管理可能性，在物理上不具備管理可能性者，即非竊盜罪之客體。
- 2.由於科技進步，現今社會中有許多對於無體物之侵害，尤其是對能源方面之侵害，往往亦造成他人財產之侵害，而有以刑法加以保護之可能性。故刑法第 323 條規定「電能、熱能及其他能源或電磁記錄，關於本章之罪，以動產論。」以加大竊盜罪之適用範圍。由規定觀之，對於動產之定義，已從有體性說，逐漸修正為物理管理可能性說。
- 3.至於刑法第 323 條規定中之「其他能源」，係指電能與熱能外，能夠以物理上之方式加以管理支配之能量，為一概括性之規定。
- (二)1.對於私接線路，收看有線電視公司播放之節目的行為，是否得以竊盜罪相繩，首先必須討論有線電視所提供之節目播放，在本質上是否為「動產」之一種。以有體性說來看，有線電視所提供之節目播放顯然並非動產。如以採物理管理可能性說的「以動產論」來看，唯一有可能適用的只有「其他能源」一項。
- 2.一般認為在動產論之規定上，必須該能量在使用後，物質的整體能量有所減少，才有規範之價值。如果如太陽能、電波之類之能量，在使用後並不會減少的情形下，即不具有以刑法加以保護之意義。有線電視係以電流傳送節目訊號，而私接線路，收看有線電視公司播放之節目的行為，是否造成能量之減少，則有討論之必要一般情形應該不會造成能量之減少(最多造成收訊變差)。如果其行為並不造成節目訊號能量減少之情形，則難以論以竊盜罪。

三、檢察官依刑事訴訟法第一百三十一條第二項規定得逕行搜索，其要件若何？又法院受理檢察官逕行搜索陳報案件之審查，究應如何處理？試分別敘明其要。(二十五分)

命題意旨	近年來刑事訴訟法的增修條文一直是國家考試的熱門考題，本題即針對第一百三十一條第二項「保全證據之緊急搜索」，測驗考生對無令狀搜索之法條規定及基本概念的了解程度。
答題關鍵	1.第一百三十一條第二項允許偵查機關實施無令狀搜索之目的，在為保全證據，以此立法意旨出發，應可掌握其要件；並應注意，凡無令狀之強制處分，原則上皆有事後審查制之建立，不可忽略。 2.法院進行事後審查時，應就程序要件及實體要件為之，前者乃指第一百三十一條第三項所訂之陳報期限(法定期間)，後者乃指同條第二項所訂之要件。並應注意，法院撤銷搜索處分時，不僅宣告搜索行為之違法性，其搜得之證據應依第四百十六條第二項處理之。
擬答鑑示	1.參考：高點刑訴模擬考猜第二題，命中！ 2.參考：陳律師著，刑事訴訟法概要，頁 1-92~1-93，高點出版。 3.參考：高點司法官考場錦囊，新修法規深入評釋，頁 43~44，命中！ 4.參考：高點法觀人月刊第 46 期。 5.參考：高點法律電子報 No.44~47。

【擬答】

- (一)搜索係一種侵害人民基本權利之強制處分，刑事訴訟法(以下稱本法)原則上採令狀原則，必須有法院簽發之令狀始得為之(本法第一百二十八條)，亦稱為要式搜索；惟因應特定情形，本法第一百三十條至第一百三十一條之一例外規定得為不要式搜索(又稱無令狀搜索)之情形。本法於民國九十年一月十二日增訂第一百三十一條第二項，規定「檢察官於偵查中有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，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。」蓋為保全證據，以利刑事訴追，而賦予偵查機關實施無令狀之緊急搜索。其要件分述如下：
- 1.必須有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞：偵查機關必須有相當理由相信，若依法定程序聲請搜索票，將無法保全證據，而使將來刑事審判陷於困難時，始得依本法第一百三十一條第二項之規定實施無令狀之搜索。惟偵查機關判斷有無上述情形時，以有「相當理由」者為限。此所謂「相當理由」，應依當時情況是否急迫、犯罪證據是否存在、是否有遭偽造、變造、湮滅或隱匿之虞、有無立即實施搜索之確實必要等情審酌衡量判斷之(檢察機關實施搜索扣押應行注意事項第十七點)。
 - 2.應由檢察官親自執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；檢察事務官、司法警察官或司法警察不得逕行搜索之，應待檢察官之指揮。
 - 3.事後審查制：前開之不要式搜索由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於三日內報告該管檢察署檢察官及法院。蓋雖實施搜索前，無庸向法院聲請搜索票，仍應受法院之事後監督，以避免偵查機關過度侵害人民之基本權利。
- (二)如前所述，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察實施無令狀搜索後，應於三日內陳報法院；法院受理檢察官逕行搜索陳報案件後，其處理方式如下：
- 1.法院認為搜索合法者：法院審查之結果認為，偵查機關實施無令狀搜索符合本法第一百三十一條第二項及第三項之要件者，無庸為任何的意思表示，可逕於陳報書上批示「備查」後逕予報結(歸檔)(法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第六十四點)。
 - 2.法院認為搜索違法者：法院審查之結果認為，偵查機關實施無令狀搜索不符合本法第一百三十一條第二項之實質要件而不應准許者，或逾越實施後三日內陳報法院之法定期間者，法院應於三日內以裁定撤銷偵查機關之搜索處分(本法第一百三十一條第三項)。此項裁定僅撤銷其搜索程序，至於扣押之物是否得為證據，由將來為審判之法院審酌人權保障與公眾利益之均衡維護決定之(法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第六十四點)。

四、檢察官得依職權不起訴之案件範圍若何？與刑事訴訟法第二百五十二條明定應為不起訴處分之情形又有何差異？試比較說明之。(二十五分)

命題意旨	不起訴處分之問題一直是國家考試的熱門考題，包括不起訴處分之事由、效力及救濟途徑，更是考題的關鍵所在。本題即在測驗考生對於絕對不起訴處分及相對不起訴處分之事由及效力的概念區別。
答題關鍵	1.談到不起訴處分之事由，開宗明義必先點出我國刑事訴訟法原則上採起訴法定主義，並針對某些類型之案件兼採起訴裁量主義(起訴便宜主義)；再分點說其其事由。 2.絕對不起訴處分與相對不起訴處分之區別，一在不起訴處分之事由不同，二在不起訴處分是否具備實質確定力(§ 260)之效力不同。
擬答鑑示	1.參考：高點律師司法官專用講義，刑事訴訟法第二回，頁 64~69、頁 77~78。 2.參考：陳律師著，刑事訴訟法概要，頁 2-27~2-29、2-31，高點出版。 3.參考：吳律師著，訴訟法概要，頁 2-13~2-14，高點出版。

【擬答】

- (一)檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴(刑事訴訟法第二百五十一條第一項)；但案件有刑事訴訟法(以下稱本法)第二百五十二條各款或第二百五十五條第一項事由之一者，檢察官應為不起訴處分。蓋本法係以起訴法定主義為原則。惟雖有犯罪嫌疑，且無應不起訴事由之刑事案件，如不問其犯罪情形如何，皆予起訴，不僅有違具體之正義，亦非刑事政策所要求，故本法亦兼採起訴裁量主義(或稱起訴便宜主義)，允許檢察官就特定案件有起訴與否之裁量權。以下分述之：
- 1.輕微案件：本法第三百七十六條所規定之案件，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項，認為以不起訴為適當者，得為不起訴之處分(本法第二百五十三條第一項)，即所謂微罪不舉之原則。
 - 2.於應執行刑並無重大關係之案件：被告犯數罪時，其一罪已受重刑之確定判決，檢察官認為他罪雖行起訴，於應執行之刑無重大關係者，得為不起訴之處分(本法第二百五十四條)。惟若被告犯數罪，檢察官雖認其中一罪應受重刑判決，他罪仍應起訴，以免處分不起訴確定之後，該一罪並未受重刑之判決或宣告無罪，又無本法第二百六十條所列之情形，以致無法補救。
- (二)由於本法採起訴法定主義，若案件欠缺訴訟條件或實體處罰條件，法院既無從確定其刑罰權，即與法定條件不符，應為不起訴處分(本法第二百五十二條)；此與檢察官依本法第二百五十三條、第二百五十四條得職權不起訴之情形不同，其差異分述如下：
- 1.不起訴之事由不同：
 - (1)檢察官得依職權不起訴之情形，限於本法第三百七十六條之輕微案件(本法第二百五十三條第一項)及於應執行刑並無重大關係之案件(本法第二百五十四條)。其他情形，檢察官則無裁量之餘地。
 - (2)檢察官依本法第二百五十二條應為不起訴處分之情形有：
 - a.案件欠缺形式訴訟條件者：告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者、被告死亡者或法院對被告無審判權者(本法第二百五十二條第五款至第七款)。
 - b.案件欠缺實體訴訟條件者：曾經判決確定者、時效已完成者、曾經大赦者或犯罪後之法律已廢止其刑罰者(本法第二百五十二條第一款至第四款)。
 - c.案件欠缺實體處罰條件者：行為不罰者、法律應免除其刑者或犯罪嫌疑不足者(本法第二百五十二條第八款至第十款)。
 - 2.檢察官有無裁量權不同：
 - (1)於檢察官得依職權不起訴之情形，檢察官得自由裁量作不起訴處分或是仍為起訴處分，並非一定要為不起訴之處分。
 - (2)於本法第二百五十二條所定檢察官應為不起訴處分之情形，檢察官「應」為不起訴之處分，並無自由裁量起訴或不起訴之餘地。
 - 3.不起訴處分之效力不同：
 - (1)檢察官依職權裁量所為之不起訴處分，因其內容涉及實體上事項，故不起訴處分一經確定，非有本法第二百六十條所列各款事由之一者，不得對同一案件再行起訴，此即為不起訴處分之實質確定力。
 - (2)檢察官依本法第二百五十二條所為之不起訴處分，有涉及程序上事項者(本法第二百五十二條第五款至第七款)，有涉及實體上事項者(本法第二百五十二條第一款至第四款、第八款至第十款)。依前者之不起訴處分確定後，僅生形式之確定力，嗣後若具體訴訟條件，仍得再行起訴，不受本法第二百六十條之拘束；惟依後者之不起訴處分一經確定，非有本法第二百六十條所列各款事由之一者，不得對同一案件再行起訴，即生實質之確定力。