

# 《刑法與刑事訴訟法》

一、甲沉迷賽鴿，賭輸新臺幣300萬元，生活陷入困境，其賽鴿好友乙見其處境，心想最近與富商A發生土地買賣糾紛，乃唆使甲搶劫A，但甲不為所動。其後，甲之摯友丙獲悉該事實後，乃向乙獻上能說服甲之良策，乙依照丙所教辦法，再次唆使甲，甲終於決意向A下手。某日，甲夥同友人丁與戊三人開車強押A前往某銀行提款，抵達現場後，戊突然想起家中年邁老母，乃向甲與丁請求退出，經應允後自行離去。丁在銀行外接應，甲進入銀行順利領取新臺幣100萬元，正擬上車離開之際，該銀行保全員見情況有異，出面盤問甲，甲情急之下，強力將A拉出車外，迅速與丁逃離現場。A被拉出車外時，腦部碰撞地面，導致傷重不治。警方循線查獲甲、乙、丙、丁、戊五人，移送法辦。請問：

(一)甲、丁、戊三人之行為應如何論處？(15分)

(二)乙、丙二人之行為應如何論處？(15分)

命題意旨	首先測驗強盜罪與擄人勒贖罪的區分，實務與學說見解有天壤之別，而且這將影響往後罪名的討論方式，尤其是共同正犯脫離的討論。此外便是結果加重犯的成立問題，除了「前故意+後過失」的結構外，更要注意兩者間必須具有直接危險關聯性。最後是共犯部分，這裡比較單純，只要各自提到未遂教唆、教唆既遂與間接共犯（幫助教唆）即可。
答題關鍵	強盜罪與擄人勒贖罪乃是本題一開始的分水嶺，建議採取實務見解節省時間，否則後面一定寫不完。一旦採取實務見解跑擄人勒贖罪後，按條文單純「意圖勒贖而擄人」便成立本罪，因此共同正犯脫離便無法適用，僅簡單帶過即可。倘若堅持採取學說見解而跑強盜罪路線，那便要討論共同正犯脫離的適用，轉而成立強盜未遂罪（是否可以適用或類推中止未遂？）；另外還會涉及加重條件的討論（著手時三人、中途變兩人，是否依舊該當「結夥三人」之加重條件？）。此外，這兩條路線還有結果加重犯的討論問題。由於擄人勒贖罪的擄人行為乃是繼續犯性質，因此行為的直接危險關聯性必須考量整體擄人行為；至於強盜罪則是「強制行為+竊取行為」，其直接危險關聯性必須衍生自強制行為始可。兩者間的不同將影響結果加重犯的成立與否。共犯部分比較棘手的是幫助教唆犯的論罪，學說上至少有兩種不同意見，但筆者建議用實務見解快速作答即可，不用著墨太深，畢竟後面還有許多題目待解。
考點命中	《高點刑法講義第四回》，易台大編撰，頁36-40、68-73、86-88。 《高點刑法講義第七回》，易台大編撰，頁103-105。 《高點刑法一試總複習講義》，易台大編撰，頁42-43。 《高點刑法二試總複習講義》，易台大編撰，頁22。

## 【擬答】

(一)就甲、丁、戊行為之論處，分析如下：

1.甲、丁、戊開車強壓A前往銀行提款並順利領取新台幣（以下同）100萬元之行為，成立刑法（以下同）第347條擄人勒贖罪之共同正犯

(1)刑法上強盜罪與擄人勒贖罪之區分迭有爭議，通說認為後者必須以「三面關係」為限，亦即擄人勒贖罪必須被擄之人與被勒贖之人分為不同之人，強盜罪則無此要求。實務見解主張擄人勒贖罪乃有「以被害人為質」之特徵，也就是將被害人擄走而脫離原有處所，始其喪失行動自由並移置於自己實力支配之下即可，三面關係則非關鍵，反之強盜罪並無此特質（85台上3675決參照）。本文依據實務見解作答。

(2)甲之論處：客觀上甲強壓A隨車前往銀行，乃將A置於自己實力支配之下而令其喪失人身自由之擄人行為；主觀上甲認知擄人行為並有意為之，具本罪故意，且行為當下有勒令A提出金錢贖回人身自由之勒贖意圖，構成要件該當。甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立擄人勒贖罪。

(3)丁、戊之論處：客觀上丁、戊與甲有共謀行為在先，有不可或缺的分擔行為在後，就擄人行為而言存有功能支配關係；主觀上丁、戊對所有客觀事實均有知、欲與勒贖意圖，構成要件該當。丁、戊無阻卻違法或阻卻罪責事由，按第28條成立擄人勒贖罪之共同正犯。

(4)附帶一提，擄人後戊雖向甲、丁請求退出應允，看似有切斷心理、物理因果性而適用「共同正犯脫離」之空間，**惟共同正犯脫離必須在犯罪既遂前為之方有意義**，如今擄人勒贖罪已經既遂，戊也喪失討論脫離的實益。

2.甲拉A出車導致A跌倒死亡之行爲，成立第276條的過失致死罪

(1)客觀上甲強力將A拉出車外導致A跌倒死亡，行爲與結果具備條件公式下的因果關係，拉扯行爲對A之死亡係製造法所不容許之風險，且違反結果迴避義務使風險正常實現；主觀上甲對強扯行爲可能造成A死亡雖無意欲，卻至少有預見可能性。甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立過失致死罪。

(2)丁、戊對甲將拉扯A並導致A死亡，**主觀上除不具備意欲外，更難謂有預見可能性**，按第12條第1項之規定，丁、戊不成立過失致死罪。

(3)另外，第347條第2項有擄人勒贖致人於死的結果加重犯，本案甲該當（故意）擄人勒贖罪與過失致死罪，且加重結果是直接從擄人行爲的繼續過程中所衍生，乃擄人行爲的典型危險，符合結果加重犯的**直接危險關聯性**。因此甲成立擄人勒贖致死罪，從而擄人勒贖與過失致死兩罪便不再論處。

3.小結：甲成立擄人勒贖致死罪；丁、戊成立擄人勒贖罪。

(二)就乙、丙行爲之論處，分析如下：

1.乙第一次唆使甲之行爲，不成立第347條擄人勒贖罪的教唆犯

第29條第1項規定，教唆犯必須以教唆他人使之「**實行犯罪**」為要，解釋上必須正犯著手於構成要件行爲始足該當「實行犯罪」之文義解釋。案例中甲根本不為所動，更遑論著手於構成要件行爲之實行，縱使乙基於教唆犯的雙重故意而為教唆行爲，至多僅成立**未遂教唆**，按現行法無處罰規定。

2.乙第二次唆使甲之行爲，成立第347條擄人勒贖罪的教唆犯

客觀上乙有**教唆行爲**在先，更有正犯甲的故意不法行爲既遂在後，該當**限制從屬形式**的要求；主觀上具備**教唆故意與教唆既遂故意**，又無阻卻違法或阻卻罪責事由，按第29條第2項成立擄人勒贖罪的教唆犯。至於過失致死部分，顯然逾越乙的預見可能性範圍，乙對此毋須負責。

3.丙幫助乙唆使甲之行爲，成立第347條擄人勒贖罪的幫助犯

由於整體共犯結構係對正犯甲為教唆行爲，因此無論是直接共犯抑或間接共犯，其責任上限均為教唆犯，合先敘明。丙乃是學理上所稱的**幫助教唆犯**，學理上雖有認為應論以教唆犯者，惟實務主張既然丙僅有低度的幫助行爲，那便僅在低度的幫助不法內涵範圍內成立共犯，本文從實務見解，丙按第30條僅成立擄人勒贖罪的幫助犯。

二、甲聽聞富商A於日前身亡，因缺錢花用，為達向其繼承人B訛詐之目的，乃冒簽A署名而製作面額各為新臺幣50萬元之支票三張，再以影印方式製成影本，旋即撕毀原三張支票，僅持支票影本向B請求償還。由於簽名筆跡明顯不符，遭B斷然拒絕。不死心之甲，轉而將150萬元之假債權以30萬元廉價移轉予不知情之乙。翌日，乙夥同丙、丁前去討債，B依舊否認欠債，乙、丙、丁大怒，當場揚言：「三日內不還債，定讓B與其父黃泉路上結伴同行」，惟B自恃身手了得，毫不畏懼。二日後，乙、丙、丁見B仍無意還款，當場起意將B挾持至郊外，分持木棍逼令B另簽面額150萬元之本票，B見安全離去已不可能，迫於無奈，為求脫身，不得不照辦。試問：

(一)甲之行爲應如何論處？（20分）

(二)乙、丙、丁之行爲應如何論處？（10分）

命題意旨	影本是否該當文書概念是本題的重點，應多加著墨與詳述。文書犯罪的相關競合問題這次也出現了，請謹記「偽造、行使、詐欺」的競合規則。此外本題恐嚇取財罪除欠缺心生畏懼的客觀要件外，還要記得也欠缺主觀上的不法意圖，這在審查未遂犯時是一個小陷阱。
答題關鍵	時間與篇幅分配上請留心，因為甲的部分佔據20分，乙、丙、丁三人部分僅佔10分，很明顯可以感受到出題老師比較著重在甲的討論上，因此請多為甲討論些罪名。本題同樣以實務見解快速作答即可，若要詳列學說上的不同意見再深入討論，恐怕多兩個小時也寫不完。
考點命中	《高點刑法講義第四回》，易台大編撰，頁36-40。 《高點刑法講義第七回》，易台大編撰，頁103-105。 《高點刑法講義第八回》，易台大編撰，頁57-60、65-66。 《高點刑法一試總複習講義》，易台大編撰，頁47-50。 《高點刑法二試總複習講義》，易台大編撰，頁18。

## 【擬答】

(一)就甲之行爲分析如下：

- 1.甲冒A名義製作三張50萬元支票之行爲，不成立刑法（以下同）第201條第1項的偽造有價證券罪  
客觀上雖有偽造有價證券之行爲，主觀上甲卻無持該支票「按支票一般使用方法（如作為交易媒介）」予以使用的犯罪計畫，不該當「供行使之用」的特別意圖要件，構成要件不該當。
- 2.甲影印製成支票影本之行爲，成立第210條的偽造文書罪  
(1)首先，影本本身是否屬於刑法上的文書，無論學理或實務都有不小爭執。採否定說者認為影本僅能證明曾存有原本，充其量相當抄本或繕本之地位，在未經認證前欠缺保證功能與證明功能而非文書。採肯定說者主張，依機械方法影印後其筆跡、形狀俱與原本雷同，其信用與社會機能與原本相差無幾，在一般情形下可予以通用，因此應屬文書。實務見解採取肯定說，本文從之（75台上5498決參照）。  
(2)客觀上，影本屬於文書，甲影印製成支票影本，係冒名製作的偽造行爲，且該影本內容不實，該當「足生損害於公眾或他人」要件（30上465例參照）；主觀上甲認知前述事實並有意爲之，構成要件該當。甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立偽造文書罪。
- 3.甲持支票影本要求B償還之行爲，成立第216條的行使偽造文書罪  
客觀上甲將不純正文書充作純正文書而向他人提出，該當本罪行使要件。縱使採取「對文書內容加以主張」的實務見解（72台上4709例），結論亦同。主觀上甲具備故意，又無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立行使偽造文書罪。
- 4.甲持支票影本要求B償還之行爲，成立第339條第3項的詐欺未遂罪  
客觀上甲行使偽造文書係施用詐術，雖然B並未陷於錯誤而構成要件不該當，惟甲無論如何都已著手於構成要件行爲之實行，其主觀上具備詐欺故意與不法所有意圖，又無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立詐欺未遂罪。
- 5.甲將假債權轉賣不知情的乙之行爲，成立第339條第1項的詐欺罪  
客觀上甲未知乙此乃假債權係施用詐術，致乙陷於錯誤而出錢購買，乙因此受有財產上損害，主觀上甲具備故意與不法所有意圖，又無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立詐欺罪。
- 6.小結：按實務見解，行使行爲將吸收偽造行爲（24年總會決議），再與詐欺未遂罪成立第55條的想像競合關係。至於轉賣假債權的詐欺罪，行爲互殊、犯意個別，按第50條以實質競合論。

(二)就乙、丙、丁之行爲分析如下：

- 1.乙、丙、丁揚言對B不利之行爲，不成立第346條的恐嚇取財罪  
客觀上，乙、丙、丁三人雖以惡害通知B，惟B根本沒有心生畏懼，客觀構成要件並不該當。至於是否該當本罪第3項的未遂犯？由於乙、丙、丁三人誤該債權爲真，繼而認爲自己有請求該款項的民事法上依據，欠缺不法意圖而主觀構成要件不該當，亦不成立恐嚇取財未遂罪。
- 2.乙、丙、丁前述行爲，不成立第305條的恐嚇危害安罪  
本罪以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事恐嚇他人，並致生危害於安全爲要件，既然客觀上B毫不畏懼，便不該當「致生危害於安全」此要件，不成立本罪（27年度決議參照）。
- 3.乙、丙、丁挾持B簽發本票之行爲，成立第302條私行拘禁罪的共同正犯  
(1)雖然刑法上強盜罪與擄人勒贖罪之區分迭有爭議，惟兩罪解釋上都要要求「不法所有意圖」之特殊主觀要件，今乙、丙、丁欠缺不法意圖，故不成立強盜罪或擄人勒贖罪（91台上6979決參照）。  
(2)客觀上乙、丙、丁基於犯意聯絡而彼此分擔挾持B之行爲，令B喪失人身自由；主觀上認知挾持行爲並有意爲之，具本罪故意，構成要件該當。乙、丙、丁無阻卻違法或阻卻罪責事由，按第28條成立私行拘禁罪的共同正犯。

三、甲為現役軍人，其於休假期間酒後駕駛自小客車為警攔查發現其已達不能安全駕駛之狀態，經調查後乃移送檢察官偵辦。因甲於接受司法警察調查及檢察官偵訊時均隱瞞其現役軍人身分，致檢察官未查其所犯為陸海空軍刑法第54條第1項之服用酒類、不能安全駕駛動力交通工具罪，而誤以為其於本案係犯刑法第185條之3之服用酒類、不能安全駕駛動力交通工具罪，於偵查終結後即作成緩起訴處分對甲予以緩起訴一年，並命甲向公庫支付新臺幣10萬元及向公益團體提供義務勞務六十小時，甲於緩起訴處分確定後，依檢察官之命令履行上述負擔完畢。嗣檢察官於緩起訴期間屆滿後，接到公益團體送交之報告，始查知甲於犯罪及犯罪被發覺時均具有現役

軍人身分，且所犯為陸海空軍刑法之罪，遂以本案發現新事證為由，再傳喚甲到案接受偵查。甲抗辯稱：不得重複追訴處罰即一事不二罰乃現代民主法治國家之憲法原則，本件國家司法機關適用法律錯誤，並無可歸責於被告之事由，被告既已向公庫支付緩起訴金，又提供義務勞務，受有財產減少及自由受限之不利益。行使國家刑罰權之公務員，應恪遵法律及憲法原則，無使人民自行負擔刑事訴訟程序與軍事審判程序劃分不明所生不利益之理。據以請求檢察官維持本案之原緩起訴處分。問甲之抗辯及請求有無理由？於實務之處理，檢察官後續應如何偵結本案？請附理由析論之。（30分）

命題意旨	本題疑似實務上發生之問題，旨在測驗考生能否對此提出解決方案。
答題關鍵	本題之答題重心在： (一)逐一分析甲之抗辯及請求是否有理由。 (二)實務上檢察官應為之處理。
考點命中	《高點刑事訴訟法總複習講義第五回》，金台大編撰，頁59、60。

### 【擬答】

#### (一)甲之抗辯、請求之分析

- 1.甲主張：「一事不二罰乃法治國家之憲法原則」，應屬的論  
參我國司法院大法官釋字第384號解釋理由書：「實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如..同一行為不得重複處罰」及釋字第503號解釋文：「不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則」，均可見「一事不二罰乃法治國家之憲法原則」此一意旨，故甲此部分之抗辯，尚非無據。
- 2.甲主張：「本件司法機關適用法律錯誤，無可歸責於被告之部分...無使人民承擔刑事訴訟程序與軍事審判程序劃分不明之不利益」等云云，尚難認為有理由  
(1)檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，對於法律之適用，自應謹慎為之。又「軍事審判系統以現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪為處罰對象，與刑事審判系統以非現役軍人犯普通刑法或特別刑法為處罰對象有別，關於其審判程序之進行，有獨立於刑事訴訟法之外，另行訂立之軍事審判法以資適用，除有特別規定應適用或準用刑事訴訟法關於程序進行之規定外，尚不得任意捨軍事審判法之規定而逕予適用刑事訴訟法，又軍事審判法第179條既規定：「刑事訴訟法關於審判之規定，與本章不相抵觸者，準用之」，則刑事訴訟法就程序進行之相關規定與軍事審判法有所抵觸者，自不得予以適用。按92年2月7日修正之刑事訴訟法雖增設緩起訴、簡式審判程序、交互詰問制度等規定，惟此乃因應刑事訴訟制度採修正之當事人進行主義所為之相關立法，然軍事審判法採職權主義，上開制度之規定，與軍事審判之本質有所抵觸，自無從適用」，台灣高等法院台南分院著有93年軍上字第6號判決，可供參考。本題中，甲係現役軍人，依上揭判決意旨，本不得為緩起訴處分，應先說明。  
(2)進一步言，本題中，檢察官疏未詳查甲之身分，遽為緩起訴處分，自有違誤，但本題中，若非甲隱瞞身份，便不會有後續發生之不利益，據此而論，本案情形尚非全然不可歸責於被告之隱瞞身分。從而，甲主張「本件司法機關適用法律錯誤，無可歸責於被告之部分...無使人民承擔刑事訴訟程序與軍事審判程序劃分不明之不利益」部分，尚難認為有理由。
- 3.甲之請求尚難認為有理由  
(1)按「現役軍人，所犯又係陸海空軍刑法第五十四條第一項之罪，揆諸前開說明，應由軍事審判機關依法追訴審判，普通法院對之並無審判權。」最高法院著有101台非字第219號判決可供參考，故檢察官本應依刑事訴訟法第252條第7款為不起訴處分，並將案件移送軍事檢察機關偵辦。  
(2)又依上揭台灣高等法院台南分院93年軍上字第6號判決，甲係現役軍人，本不得為緩起訴處分，該緩起訴處分應存有明顯之重大瑕疵，應依司法院釋字第140號解釋之同一法理，應認此緩起訴處分無效，無由維持，故甲請求維持原緩起訴處分，自屬無據。

#### (二)檢察官之處理

- 1.本件原緩起訴處分既有上述無效之情形，檢察官應將之送交上級檢察長，由上級檢察長撤銷該無效之緩起訴處分。
- 2.又，本件對甲，法院既無審判權，檢察官尚應依刑事訴訟法第252條第7款為不起訴處分。

四、檢察官起訴書事實略謂：被告甲涉嫌於去年五月三日上午十點左右，因開車時不當超車，與另一車主乙發生糾紛，一言不合後甲即持刀猛砍乙至重傷，該當重傷害罪名（刑法第278條第1項）。試從實務與法理，分別說明下列三種不同的變更情形，法院應如何處理。

(一)設若法院經審理調查後，發現並無上開具體犯行之積極證據。但到庭檢察官向法院表示，即便甲上開犯行無法證明，但甲於同年七月間也因交通事件糾紛，以類似手法重傷害另一車主丙，故請求法院予以變更為後一犯罪事實後，繼續審理。試問法院應如何審判，始為合法？

(10分)

(二)設若法院經審理調查後，綜合鑑定結果及其他證據，認為乙確受重傷。但發現正犯應為當時在副駕駛座之另一案外人丁，被告甲就該重傷害乙之犯行，僅有幫助故意及幫助行為，實屬幫助犯。其餘認定結果，則同起訴書。試問法院應否踐行何等程序，審判始為合法？(10分)

(三)設若法院經審理中，甲提出案發當日上午八時至十一時之不在場證明，經查屬實；隨後，審判中目擊證人戊作證甲砍傷乙之事實，但指出案發當時已經過了正午，約接近下午一點左右。法院若仍維持檢察官起訴之重傷害罪名，得否變更上開起訴時間之認定及應否踐行何等程序？(10分)

命題意旨	旨在測驗考生： (一)是否瞭解檢察官可否於審理時以言詞變更起訴犯罪事實。 (二)對於正犯與幫助犯之間是否屬於同一事實之瞭解程度。 (三)對於法院除時間之認定與起訴書不同外，其餘無變更，是否知悉法院應如何處理。
答題關鍵	本題之答題重心在： (一)最高法院100年台上字第1473號刑事判決、臺灣高等法院暨所屬法院87年法律座談會刑事類提案第65號。 (二)最高法院30年上字第1574號判例。 (三)最高法院100年台上字第1473號刑事判決。
考點命中	《高點刑訴總複習講義第一回》，金台大編撰，頁73。 《高點正規班刑訴講義第二回》，金台大編撰，頁167。

#### 【擬答】

(一)法院應就甲重傷乙之部分為無罪判決

1.本題爭點：檢察官在審判期日蒞庭，可否向法院以言詞變更所起訴之犯罪事實？

依我國實務見解，訴經提起後，刑事訴訟法並無許其就起訴之犯罪事實加以變更，檢察官於審判期日自不得以言詞變更起訴之犯罪事實。至檢察官對於與起訴事實有裁判上或實質上一罪關係之事實，於審判期日以言詞請求審判，係因該事實為起訴效力所及，而請求併予已起訴之事實一起審理，並非對於原起訴之犯罪事實，有所變更，不能認為係變更所起訴之犯罪事實。（參臺灣高等法院暨所屬法院87年法律座談會刑事類提案第65號。）

2.參最高法院 101 年台上字第 350 號刑事判決：「刑事訴訟法第 308 條雖規定，有罪之判決書應記載犯罪事實，惟該條文所稱之犯罪事實，係指符合犯罪構成要件之具體社會事實，如犯罪之時間、地點、手段以及其他該當於犯罪構成要件而足資認定既判力範圍之具體社會事實而言。至於其他細節，如無礙於特定犯罪事實同一性之分辨，而與犯罪構成要件、既判力範圍等事項不生影響者，縱未予記載，或所載未臻詳細，因不影響於判決之結果，即不得據為上訴第三審之理由。」從此見解可知，特定犯罪事實同一性之分辨，需藉諸犯罪之時間、地點、手段以及其他該當於犯罪構成要件而足資認定既判力範圍之具體社會事實而斷。

3.又最高法院 100 年台上字第 1473 號 刑事判決：「法院不得就未經起訴之犯罪審判，刑事訴訟法第二百六十八條固定有明文。又犯罪事實是否已起訴，應以起訴書犯罪事實欄記載為準。而依卷證資料，倘起訴書關於犯罪時間、地點之記載錯誤，如與起訴犯罪事實同一性之辨別及法律適用無礙者，為期明確認定事實，當事人得於法院調查、審理時促請法院注意更正，法院亦得依職權查明。僅於犯罪時間更動後之犯罪事實已不在起訴犯罪事實之同一性範圍內，適用法律基礎亦隨之變動時，始不得以更正方式使未經起訴之犯罪事實發生訴訟繫屬之效力。」

- 4.本題中，原起訴之被害人為乙，犯罪時間為 100 年 5 月；而檢察官於審理時主張甲重傷之被害人為丙，犯罪時間為 100 年 7 月，因被害人迥異，顯然時間更動後已不在起訴犯罪事實之同一性範圍內，適用法律基礎亦隨之變動，檢察官不得以更正方式使未經起訴之犯罪事實（即重傷丙之部分）發生訴訟繫屬之效力，又依前述實務見解，檢察官於審判期日不得以言詞變更起訴之犯罪事實，從而，法院僅得就乙之部分加以審判，而該部分既然欠缺證據，犯罪嫌疑不足，法院自應諭知無罪判決。

(二)法院應踐行變更起訴法條之程序，始為合法

- 1.本題爭點：正犯與幫助犯是否屬於同一犯罪事實？
- 2.參最高法院 30 年上字 1574 號判例：「刑事訴訟法第二百九十二條所謂得就起訴之犯罪事實變更檢察官所引應適用之法條，係指法院於不妨害事實同一之範圍內，得自由認定事實，適用法律而言，故同一殺人事實，檢察官以教唆犯起訴，而法院認為正犯或從犯者，仍不妨害事實之同一，即得變更檢察官所引應適用之法條。」就此而言，最高法院認為正犯、教唆犯及幫助犯間，無礙事實之同一。
- 3.結論：據上述最高法院 30 年上字 1574 號判例，本題中，法院除認為甲應係幫助犯，而非正犯，其餘認定均同起訴書，法院於此不妨害事實同一之範圍內，自得自由認定事實，適用法律，而法院認為應係幫助犯，自應變更檢察官所引應適用之正犯法條。

(三)法院應可變更起訴時間之認定，惟應於判決書內載明

- 1.本題爭點：法院除時間之認定與起訴書不同外，其餘無變更，法院應如何處理？
- 2.參最高法院 100 年台上字第 1473 號 刑事判決：「法院不得就未經起訴之犯罪審判，刑事訴訟法第二百六十八條固定有明文。又犯罪事實是否已起訴，應以起訴書犯罪事實欄記載為準。而依卷證資料，倘起訴書關於犯罪時間、地點之記載錯誤，如與起訴犯罪事實同一性之辨別及法律適用無礙者，為期明確認定事實，當事人得於法院調查、審理時促請法院注意更正，法院亦得依職權查明。僅於犯罪時間更動後之犯罪事實已不在起訴犯罪事實之同一性範圍內，適用法律基礎亦隨之變動時，始不得以更正方式使未經起訴之犯罪事實發生訴訟繫屬之效力。」
- 3.本案中，法院認為起訴書關於犯罪時間之記載錯誤，但其餘部分，包含被害人、重傷行為，均為正確，據上揭判決意旨觀之，顯然與起訴犯罪事實同一性之辨別及法律適用無礙，法院應可變更起訴時間之認定，仍得就起訴之犯罪事實為判決，惟應於判決書內載明檢察官起訴時間有誤之情形，方為妥適。

五、甲在夜市購得金屬製，幾可亂真之玩具槍一支（非槍砲彈藥刀械管制條例之槍枝，但可將人敲擊成傷），即與友人乙謀議持該玩具槍為犯罪工具，二人持上開玩具槍，在偏僻之巷道尋找目標時，適遇丙路過，甲即持該玩具槍指向丙，命丙交出財物，丙誤為真槍，不敢輕舉妄動，任由乙取走其皮包，內有現金、名片等物。甲、乙從名片上得知丙係某知名公司董事長，家境富有，二人意猶未足，竟共同將丙強行押走，再依名片上電話號碼，打電話向其家人稱：「丙在我手上，拿500萬元來，我就放人。」惟甲、乙獲知丙之家人已報警處理，恐被查獲，不得已將丙釋放，致未得款，僅平分皮包內之現金，各自離去。其後，乙意外發現丙之皮包內尚有一張提款卡，附有密碼，乃持該提款卡至銀行之自動櫃員機提款，因程序設計每次最多僅能提領2萬元，乙先後鍵入五次密碼，將該帳戶之存款全部提清，共領得10萬元，嗣經警察調閱自動櫃員機之監視錄影，查知係乙所為，經合法拘提後，移送檢察官，檢察官在偵查中，以證人身份傳喚甲，甲具結證稱：「我雖然有參與犯罪，但乙籌劃一切犯罪計畫，我是畏懼他的壓力，才參與的」。檢察官依相關法律，將甲、乙二人合併起訴。在二人之合併審判程序中，法官為調查甲之案件，逕以乙為證人，乙具結證稱：「甲是本案的主謀者，是他提議犯罪，我才參與的。」試附理由回答下列問題：

- (一)甲在偵查中之陳述，是否得成為審判中不利甲之證據？（20 分）
- (二)法院命乙為證人及具結之程序，是否合法？（20 分）
- (三)甲、乙取得丙之財物及向丙之家人索款部分，應如何論處？（20 分）
- (四)甲、乙主張已將丙釋放，請求減輕其刑，是否有理由？（10 分）
- (五)乙從自動櫃員機提款之行為，如何論處？（10 分）

命題意旨	(一)對於未盡拒絕證言權之告知義務所取得被告以證人身分所為不利己之證言，在被告將來被起訴之案件中，有無證據能力之判斷。 (二)對於共同被告調查程序之理解。 (三)重點在於「攜帶兇器」此加重條件的論述，請務必詳細分析，並援引新進實務見解佐證。此外，更別忘記強盜擄人勒贖的形式結合犯。 (四)送分題，請簡短論述即可。 (五)一個老梗題，有關「不正方法」的解讀相信大家已經滾瓜爛熟了，請注意最後別遺漏皆許犯這個小考點。
答題關鍵	本題之答題重心在： (一)最高法院96年台上字第1043號判決。 (二)最高法院94年台上字第1059號判決。 (三)~(五)這是最後一道題目，相信也是大家時間最不足夠的一題，因此筆者還是秉持一貫處理原則：不作他想，僅依循實務見解作答。因此兇器部分請採取實務所青睞的客觀說（當然學說意見還是要沾到一下），不正方法部分採取強調取得來源的解釋（同樣，學說意見還是要提一些）。如此一來，方有機會將所有考點都完整表達完畢。
考點命中	《高點刑事訴訟法總複習講義第一回》，金台大編撰，頁35。 《高點刑事訴訟法正規講義第四回》，金台大編撰，頁62-63。 《高點刑法講義第七回》，易台大編撰，頁18-21、80-84、105。 《高點刑法一試總複習講義》，易台大編撰，頁34-35、40-41。 《高點刑法二試總複習講義》，易台大編撰，頁45-46、62-63、75。

## 【擬答】

(一)甲於偵查中所為之陳述，不得於審判中作為甲不利之證據

1.甲於偵查中陳述之前，被告地位尚未形成，檢察官以證人身分訊問甲，於法並無不合

關於被告地位形成之認定，我國法並無明文，學說上有主觀說、客觀說及主客觀混合理論等見解，然就本題而言，不論依何種見解，甲於偵查中陳述之前，被告地位尚未形成，檢察官以證人身分訊問甲，於法並無不合，亦無蓄意規避被告身分而以證人身分加以訊問之問題，併予指明。

2.檢察官未對甲踐行拒絕證言權之告知義務，所取得甲以證人身分所為不利己之證言，不得於審判中作為甲不利之證據

(1)依最高法院96年台上字第1043號判決：「證人恐因陳述致自己或與其有刑事訴訟法第一百八十一條第一項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，同法第一百八十一條定有明文。證人此項拒絕證言權（選擇權），與被告之緘默權，同屬其不自證己罪之特權。九十二年二月六日修正公布前之刑事訴訟法第一百八十六條第三款規定：「證人有第一百八十一條情形而不拒絕證言者，不得令其具結。」修正後第一百八十六條第二項，增訂法院或檢察官於「證人有第一百八十一條之情形者，應告以得拒絕證言」之義務。凡此，均在免除證人因陳述而自入於罪，或因陳述不實而受偽證之處罰，或不陳述而受罰鍰處罰，而陷於抉擇之三難困境。...檢察官使上訴人以證人身份具結作證，並未踐行上開告知義務。此項違反告知義務所取得之供述證據，既有違反不自證己罪及法定正當程序，則於證人自己為被告之案件，自難認具有證據能力。」

(2)本案中，檢察官未對甲踐行拒絕證言權之告知義務，所取得甲以證人身分所為不利己之證言，依上開最高法院96年台上字第1043號判決意旨，不得於審判中作為甲不利之證據。

(二)法院命乙為證人及具結之程序，尚難謂為適法

1.本題爭點：適用刑事訴訟法（下同）第287條之2是否以第287條之1分離共同被告審判程序為限？亦即共同被告欲成為他被告之案件的證人時，是否必須先分離審判程序？

2.對於上開爭點容有不同見解：

(1)否定說（94年台灣高等法院座談會決議）

按新修正刑事訴訟法第287條之1、第287條之2之立法沿革，其原修正條文草案係規定：「法院認為適當時，得依職權或當事人或辯護人之聲請，以裁定將調查證據或辯論程序分離或合併。前項情形，因被告防禦之利害相反，而有保護被告權利之必要者，應分離調查證據或辯論。」（第287條之1）「前條情形，如法院以裁定將共同被告與被告本人之調查證據程序分離，而就被告本人之案件調查共同被



告時，該共同被告具證人適格。」(第287條之2)。惟上開修正條文草案在立法院司法委員會審查時，第287條之2修正為「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」此即立法通過之現行條文，其立法理由略謂：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告具證人適格，故應準用有關人證之規定。」故以立法本旨及文義解釋而言，只要法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告即具證人之適格，應準用人證之規定，不須由法院依第287條之1之規定，以裁定將共同被告之證據調查程序分離。

### (2)肯定說

參最高法院94年台上字第1059號判決：「查刑事審判程序之被告，乃當事人之一造，有本於訴訟主體之地位而參與審判之權利，並有接受辯護人協助及保持緘默之權，且無自證己罪之義務。」此項權利，屬憲法上所保障之人民訴訟基本權，不因係合併或追加起訴之共同被告，而加以剝奪。從而被告在同一審判程序中，性質上不能同時兼具證人之雙重身分；但合併審判之共同被告，其陳述如不利於其他共同被告，且利害相反時，倘以其未經彈劾之陳述，作為認定其他共同被告犯罪事實之證據，自亦侵害該其他共同被告之詰問權。故刑事訴訟法第287條之1第2項規定：「因共同被告之利害相反，而有保護被告權利之必要者，應分離調查證據或辯論」，使分離程序後之共同被告立於證人之地位，準用有關人證之規定，具結陳述，並接受其他共同被告之詰問，以兼顧共同被告之上開訴訟基本權及其他共同被告對證人之詰問權，期無偏失。如合併審判中之共同被告，未經分離調查證據或辯論，逕以證人之地位，令其具結陳述，即顯然剝奪共同被告為訴訟主體之地位，抑且不當侵害其辯護權及緘默權，於共同被告間之權利保護，亦嫌失衡不週。以實務上之運作言之，刑事訴訟法第二百八十八條第一項、第三項規定，調查證據應於審判長告知被告同法第九十五條規定事項之程序完畢後行之；除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。在合併審判程序之情形，審判長告知各共同被告「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」，接續於調查被告本人之犯罪證據時，復令共同被告具結，於結文內記載「當據實陳述，決無匿、飾、增、減」等語，對於不令具結者，亦「告以當據實陳述，決無匿、飾、增、減」。迨調查證據畢，審判長訊問其被訴事實時，該共同被告又「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」；而於調查另一被告本人之犯罪證據時，再反覆實施被告、證人之調查證據程序及被訴事實之訊問，將導致各共同被告時空錯亂，角色混淆，尤有違一般國民對於程序正義之感情。」我國學說亦多採肯定見解。

### (3)小結

為免審判中之共同被告為訴訟主體之地位，及避免不當侵害其辯護權及緘默權，上揭二說，應以肯定說較為妥適。

### 3.結論

據上述肯定說之見解，本題中，法院欲使乙欲成為甲之案件的證人時，並未分離審判程序，實有不當侵害乙之辯護權及緘默權，故法院命乙為證人及具結之程序，尚難謂為適法。

### (三)就甲、乙取財與索款部分，分別論述如下：

#### 1.甲持玩具槍指丙，乙取走皮包之行爲，成立刑法（以下同）第330條第1項加重強盜罪的共同正犯

(1)客觀上，甲、乙基於共謀而分擔對丙「施加強暴、脅迫」與「竊取皮包」之行爲，雖然所使用的是玩具手槍，卻依舊始至使丙達到不能抗拒之程度；主觀上甲、乙認知前述事實並有意為之，更具備不法所有意圖，又無阻卻違法或阻卻罪責事由，按第28條在強盜罪的不法範圍內成立共同正犯。

(2)甲、乙使用玩具手槍犯強盜罪，是否該當「攜帶兇器而犯之」不無疑義，學說上多持否定說，認為必須該器物的一般用途足以對生命、身體產生威脅者，始稱作兇器。為實務見解多採取肯定說，主張只要客觀上足對生命、身體構成威脅者便是兇器（又稱客觀說，79台上5253例參照）。近期實務見解依循向來脈絡，認為無殺傷力之空氣槍，由於仍可使用槍托將人敲擊成傷，因而該當兇器概念，本文從之（97台上2612決參照）。是以甲、乙符合加重條件而成立加重強盜罪的共同正犯。

#### 2.甲、乙將丙押走並打電話勒贖之行爲，成立第347條第1項擄人勒贖罪的共同正犯

客觀上甲、乙基於犯意聯絡而彼此分擔挾持丙之行爲，令丙喪失人身自由而該當擄人行爲；主觀上認知擄人行爲並有意為之，具本罪故意，且行爲當下有勒令丙家人提出金錢贖回人身自由之勒贖意圖，構成要件該當。甲、乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，按第28條成立擄人勒贖罪的共同正犯。

#### 3.甲、乙先後犯加重強盜與擄人勒贖兩罪，按第332條第2項第4款之規定，犯強盜罪並有擄人勒贖者，成立強盜擄人勒贖罪的形式結合犯。本罪所謂「犯強盜罪」包含加重強盜在內（97台上5159決參



照)；甲、乙成立形式結合犯的共同正犯，至於單純的加重強盜罪與擄人勒贖罪則不再論處(95 台上 2508 決參照)。

(四)第347條第5項規定，犯擄人勒贖罪，未經取贖而釋放被害人者，減輕其刑；取贖後釋放被害人者，「得」減輕其刑。這是為了鼓勵行為人迷途知返的優待，類似總則中第27條中止未遂的規定，同時也確保被害人的安全。今甲、乙犯第347第1項擄人勒贖罪的共同正犯在先，未經取贖而釋放丙在後，**得適用強制減刑之規定**，故甲、乙所主張有理由。

(五)乙從自動提款機提款10萬元之行爲，成立第339條之2的濫用自動付款設備罪。

1.客觀上，自動提款機是自動付款設備無疑，有疑義的是乙的使用丙的提款卡與密碼，是否在「**不正方法**」的射程範圍內。學說上有主張不正方法是**違背機器設備的使用規則**，既然無權使用的是他人的「真正提款卡」，便沒有違背機器使用規則可言，自然不該當不正方法。惟至今實務見解多認為無權使用他人真正提款卡與密碼便是本罪不正方法，換言之，**媒介物的取得來源**也是評價重點之一(94 台上 4023 決、高雄高分院 100 上易 972 決參照)，本文從之。主觀上，乙認知前述事實並有意爲之，更具備不法所有意圖，又無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立濫用自動付款設備罪。

2.乙先後鍵入五次密碼，共領取 10 萬元，該多次行爲乃具備緊密時空關係的同種行爲，並基於單一犯意爲之，學說上稱作**自然的行爲單數**或**接續犯**，僅論單純一個濫用自動付款設備罪已足。

高點