

103 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試試題

類科：律師

科目：刑法與刑事訴訟法

一、甲為公司老闆，某日因疲勞駕駛，疏於注意，開車追撞機車，導致機車騎士 A 跌倒頭部受撞昏迷。甲肇事後，心知不妙，立即電話通知員工乙來現場，並指示乙要自承為開車之人，打完電話後，甲隨即棄車步行離去。乙於 10 分鐘後到達現場，立即打電話報警並告知有傷者，警車與救護車同時抵達，乙向警察丙陳述自己開車不小心撞倒機車，並要求丙放他一馬，不要將事故處理情形製作成紀錄，在求情之際，乙隨手將新臺幣 5000 元塞到丙口袋，丙當場斷然拒絕金錢誘惑，並依乙之陳述而將乙記載為車禍事故肇事者。A 送醫經治療後清醒而僅有挫傷。試問：甲、乙之行為，應如何論罪？(30 分)

【擬答】：

(一)乙的部分

1. 乙將新台幣 5000 元塞入丙之口袋的行為，成立刑法(下同)第 122 條第 3 項之違背職務行賄罪：

(1)客觀上：

①警員丙依法應將事故處理情形製作記錄，然乙卻請求丙不要將事故處理情形製作成記錄，並給予對價之 5000 元，此即為對於公務員違背職務之行為行求賄賂，且其間具有對價關係。

②至於是否構成同條之「期約」賄賂？依照實務見解，若公務員本無受賄意思，非但無所期約，且行賄者係以「強塞」或「強送」等不待公務員表示其回應意思之方式，完成交付賄賂行為，當仍祇論以行求賄賂罪名。(100 台上 488 判決)

(2)主觀上，乙具有本罪故意。

(3)且乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

2. 乙表示其為肇事者之行為，不成立第 214 條之使公務員登載不實罪：

客觀上，依照實務見解，本罪之成立，須一經他人聲明或申報，公務員即有登載之義務，並依其所為之聲明或申報予以登載，而其登載之內容又屬不實之事項，始足構成。若其所為聲明或申報，公務員尚須為實質之審查以判斷其真實與否，始得為一定之記載者，即非本罪所稱之使公務員登載不實，自無成立本罪之可能(70 台上 1710 判例)。本題中，雖然乙使丙於其記錄中做了反於事實的認定，但依法警察對此內容之真正應有實質審查權限，故難認為乙成立本罪。

3. 乙的上述行為，成立第 164 條第 2 項之頂替罪：

(1)客觀上，乙非肇事者本人，而向警察謊稱其為肇事者，使犯罪嫌疑人之人別發生錯誤，即屬本條之頂替；主觀上，乙具有本罪故意與使真正犯罪人藏匿之意圖。

(2)乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

4. 競合：

乙行賄與謊稱其為肇事者之舉動，雖然客觀上可分割，但依照一般生活經驗，並不會將之割裂處理，故此屬「自然意義之一行為」，且其侵害數法益，故應依第 55 條之想像競合，從一重處斷。

(二)甲的部分

1. 甲開車撞傷 A 之行為，不成立第 284 條第 1 項後段之普通過失重傷害罪：
 - (1) 甲開車撞擊 A 之行為造成 A 於行為當下昏迷，然其後清醒而只有挫傷，如此一來得否認為屬於第 10 條第 4 項 6 款之重傷？實務見解向來認為，所謂重傷必須指終局無可回復之傷害方屬之，與一般犯罪之成立僅須就行為當下判斷不同（28 上字第 1098 判例之意旨參照）。
 - (2) 本題中，由於 A 經救治後僅有挫傷，並無終局不可回復之重大傷害，故非重傷。
2. 甲的上述行為，成立第 284 條第 1 項後段之普通過失傷害罪：
 - (1) 甲開車撞擊 A 之行為與 A 身體受傷害之結果間具有相當因果關係，且甲具有客觀注意義務之違反與客觀預見可能性。
 - (2) 甲無阻卻違法事由；於罪責，其具有主觀之預見可能性與避免可能性，且無其他阻卻罪責事由，故成立本罪。
3. 甲要求乙謊稱其為肇事者的行為，不成立頂替罪之教唆犯（第 29 條、第 164 條第 2 項）：

客觀上，甲唆使本無頂替犯意之乙產生犯意，進而著手實行該故意不法之主行為，形式上符合教唆犯之要件，然此種自我隱蔽之行為是否應受刑法處罰？實務認為，「犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行為，則教唆他人頂替自己以便隱避，當然亦在不罰之列」（27 上 4974 判例），而學說上也大多贊同此見解，故依照此法理，縱使甲形式上符合教唆犯之要件，仍不成立本罪之教唆犯。
4. 甲離開肇事現場之行為，成立第 185 條之 4 之肇事逃逸罪：
 - (1) 客觀上，甲駕駛動力交通工具，因過失而肇事；然有疑問者在於，甲步行離開現場是否屬於逃逸？討論如下：
 - ① 首先，本罪之逃逸行為並未要求行為人須以原先肇事之動力交通工具離開現場，縱使轉搭其他交通工具或步行離開現場，亦無不可，故甲未使用原先肇事之車輛離開現場，不影響「逃逸」要件之成立。
 - ② 其次，依照實務見解，「僅委由他人處理或撥打救護專線請求救助，而隱匿其身分，或自認被害人並無受傷或傷無大礙，即可不待確認被害人已否獲得救護、不候檢、警等相關執法人員到場處理善後事宜，而得自行離去，自非該法條規範之意旨。（100 台上 645 判決）」
 - ③ 故綜上二點所述，甲離開現場之行為當屬逃逸無疑。
 - (2) 主觀上，甲具有本罪故意。
 - (3) 且甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。
5. 競合：

甲所成立之過失傷害與肇事逃逸二罪，屬數行為侵害數法益，故應實質競合，數罪併罰。

二、詐騙集團成員甲、乙、丙，由甲利用某線上購物的電腦系統漏洞，取得會員 A 之個人資訊電磁紀錄，然後偽刻「臺北地方法院檢察署」印章，蓋於製作之「臺北地方法院檢察署監管科」公文書寄給 A。再由乙公然佯裝檢察官以電話向 A 宣稱其涉及某洗錢案，須將帳戶內的存款提領出來交由法院監管，另由丙公然冒充檢察事務官向 A 收取現金，順利得手數百萬元。請問：

(一) 甲、乙、丙三人如何論罪？（20 分）

(二) 倘若甲、乙是在菲律賓製作公文及打電話，且其相關犯行經菲律賓法院判決確定，並執行七年有期徒刑後遣送回臺灣，如經起訴，我國法院如何對其處斷？（10 分）

【擬答】:

(一)1. 甲乙丙共同對 A 詐欺之行為，成立刑法（下同）第 339 條之 4 第 1、2 款加重詐欺罪之共同正犯（第 28 條）:

(1) 客觀上，甲乙丙三人基於共同之行為決意與行為之分擔，分別冒充公務員對 A 進行施用詐術及接受被害人交付財產之行為，構成本條之第 1、2 款加重事由：

① 就第 2 款而言，會有疑問者在於，甲乙丙三人並無共同到場實行犯罪行為，能否認為屬於本條之「共同」犯之？對此，本條之立法理由特別指出，「本款所謂『三人以上共同犯之』，不限於實施共同正犯，尚包含同謀共同正犯」，換言之，本款「三人」之認定不同於以往之結夥犯均應全體在場之要求，因此，縱使甲乙丙三人並未一同到場，仍無礙於本款之成立。

② 就第 1 款而言應無疑義，因其以地檢署名義，顯屬「冒用政府機關或公務員名義犯之」。

(2) 因此，甲乙丙成立第 1、2 款事由之加重詐欺罪；主觀上，甲乙丙具有本罪故意與不法所有意圖。

(3) 甲乙丙無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

(4) 甲乙丙雖成立二款加重詐欺罪，但本罪之性質應與加重竊盜罪相同，依照實務上對於行為人實現多款加重竊盜罪之事由的處理方式，「如犯竊盜罪兼具數款加重情形時，因竊盜行為祇有一個，仍祇成立一罪，不能認為法律競合或犯罪競合，但判決主文應將各種加重情形順序揭明，理由並應引用各款（69 台上 3945 判例）」，本於相同法理，甲乙丙亦僅成立一罪，惟應於判決主文應將各種加重情形順序揭明，理由並應引用各款。

2. 個別行為人之責任：

(1) 甲的部分

① 甲成立加重詐欺罪，已如前述。

② 甲侵入線上購物網站的行為，成立第 358 條之侵入電腦設備罪：

① 客觀上，甲利用電腦之系統漏洞而侵入他人電腦設備，符合本罪要件，主觀上，甲具有本罪故意。

② 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

③ 甲取得 A 之個人資料的行為，成立第 359 條之取得電磁紀錄罪：

① 客觀上，甲無故取得他人電磁紀錄，如此一來造成 A 之個資外洩，顯然足生損害於他人，主觀上，甲具有本罪故意。

② 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

④ 甲偽刻台北地檢署印章之行為，成立第 218 條第 1 項之偽造公印罪：

① 客觀上，甲為無製作權之人而製作台北地檢署之公印，主觀上，甲具有本罪故意。

② 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

⑤ 甲偽造「臺北地方法院檢察署監管科」之文書的行為，成立第 211 條之偽造公文書罪：

① 客觀上，甲屬無權製作地院檢察署文書之人應無疑問，然問題在於，於組織之編制上，地檢署並無「監管科」之編制，如此一來，是否影響甲成立本罪？

(A) 於第 218 條也有此問題，亦即偽造實際上不存在之機關的印章印文是否成立本罪，而實務在結論上認為，政府並無可能製頒與我國公務機關名銜不符之印信，則偽造與我國公務機關名銜不符之印章，因非依印信條例規定由上級機關所製發之印信以表示該機關之資格者，自無從認定為依印信條例所製頒之印信，與公印之要件不符。（臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會刑事類提案第 8 號法

律問題)

(B)然而，此處之問題與第 218 條不同，蓋於第 218 條，涉及到印信條例之問題，但於偽造公文書罪並無此問題，故上述實務見解於此應無適用空間，且從另一方面而言，地檢署有無「監管科」之編制一般民眾並不知悉，縱使冒用不存在之政府機關，仍有破壞公共信用之危險，故該被偽造之機關不存在並不影響本罪成立。

②因此，甲之行為仍屬偽造公文書，且足生損害於公眾或他人；主觀上，甲具有本罪故意。

③甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

⑥甲將該偽造之公文書寄給 A 的行為，成立第 217 條之行使偽造文書罪：

①客觀上，甲將偽造之公文書充作真正使用，且足生損害於公眾或他人（法條無此要件，但實務認為解釋上應具備）；主觀上，甲具有本罪故意。

②甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

⑦競合：

①甲先偽刻公印，再偽造公文書，其後行使，依照實務見解，此種情形僅須論以最後的行使即可。（22 上 564 判例）

②侵入電腦罪與取得電磁紀錄罪，二者保護法益相同，依照法條競合補充關係，僅須論以取得電磁紀錄罪即可。

③甲所成立之行使偽造公文書與加重詐欺二罪，屬一行為觸犯數罪名而侵害數法益之情形，應依第 55 條從一重處斷（69 台上 696 判例），最後，再與甲所成立之其他罪名實質競合，數罪併罰。

(2)乙的部分

①乙成立加重詐欺罪，已如前述。

②乙冒充檢察官的行為，不成立第 158 條之僭行公務員職權罪：

所謂「冒充公務員而行使其職權」係指行為人所為者為該公務員依法所具有之職權方屬之，在本題中，由於檢察官依法並無權保管他人財產，故此種行為無從論以本罪。

③乙的上述行為，不成立第 159 條之冒充公務員罪：

乙雖冒用地檢署檢察官之官銜，然其係透過電話為之，並未公然為之，與本規定不符，故不成立本罪。

(3)丙的部分

①丙成立加重詐欺罪，已如前述。

②丙冒充檢察官的行為，不成立第 158 條之僭行公務員職權罪，理由同乙部分所述。

③丙的上述行為，成立第 159 條之冒充公務員罪：

①客觀上，丙公然冒充檢察官之官銜，符合本罪要件；主觀上，丙具有本罪故意。

②丙無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

④競合：

丙成立加重詐欺罪與冒充公務員罪，解釋上應認為加重詐欺罪之第 2 款事由保護法益與第 158、159 條之犯罪相同，故於此情形依照法條競合特別關係，僅論以加重詐欺罪即為已足。

(二)偽造公文書罪有我國刑法適用，進而依照第 9 條處理，加重詐欺罪則無：

1. 第 9 條規定：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或

一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」由此規定可知，經外國確定裁判之行為如要適用本法處斷，必須是該行為有我國刑法之適用，因此：

(1)就偽造公文書部分，依照第 5 條第 7 款之保護原則，有我國刑法適用。(如其於菲律賓行使，行使部分亦在上述條文之內)

(2)就加重詐欺部分，其行為地雖在菲律賓，且本條非最輕本刑三年以上有期徒刑之罪，然因被害人交付財產之犯罪結果發生於我國領域內，故依照第 4 條隔地犯之規定，此行為仍有我國刑法適用。

2.故如上所述，甲、乙於菲律賓之行為均有我國刑法適用，因此其遣送回台後，我國法院即應依第 9 條，當行為人於外國受確定判決時，基於主權獨立的想法，外國確定判決並不拘束我國法院，該外國判決對我國法院而言僅為一種事實狀態，而並不具有實體確定力，因此法院仍應實體審判甲、乙之行為，若我國法院亦認為甲、乙有罪並諭知科刑判決，但得免其刑之全部或一部之執行。

三、公務員甲係負責承辦與中國大陸經貿交流事務的主管人員，涉嫌收受臺商乙新臺幣一百萬元的報酬，依其委託積極推動與大陸談判開放乙所經營的企業在大陸申設營業據點。案經臺北地方法院檢察署檢察官以被告甲犯職務行為收受賄賂罪嫌向臺北地方法院提起公訴後，分由審判長丙之合議庭審理（下稱前案）。復於另案後續偵查作為中，臺灣高等法院檢察署檢察官查獲甲涉嫌洩漏重要情資予大陸相關人士，足以損害我國之重大利益，遂以被告甲犯刑法第 114 條之外患罪嫌向臺灣高等法院提起公訴。試回答下列問題：

(一)臺灣高等法院依法調查證據後，認被告甲之行為僅構成刑法第 132 條洩漏國防以外之秘密罪，法院應如何判決？（15 分）

(二)倘依後續偵查作為，臺灣高等法院檢察署檢察官認為被告甲僅涉嫌犯刑法第 132 條洩漏國防以外之秘密罪，而發交由臺北地方法院檢察署檢察官向臺北地方法院提起公訴，分由審判長丁之合議庭審理時，得否將該案移由審判長丙所承辦之前案合併審判？其併案之程序如何？（15 分）

【擬答】：

(一)臺灣高等法院應依刑事訴訟法（下同）第 304 條諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院：

1.依照一般情形，管轄權之有無屬於程序事項，而程序事項之認定係以「假設屬實」之方式判斷，例如就土地管轄而言，起訴時被告住所地在基隆，基隆地院便有管轄權，縱使起訴後被告搬家至宜蘭，基隆地院亦不喪失管轄權；同理，若因被告犯罪地在基隆而起訴於基隆地院，若法院審理後認為被告並無犯罪嫌疑，此為本案是否有罪之問題，並不會因此使「犯罪地」法院喪失對本案之管轄權。

2.然於事務管轄，學說上有不同認定。由於第 4 條但書之事務管轄是以高等法院為第一審法院，如對該判決不服，便只能向最高法院提起第三審上訴，相較於一般通常程序三審三級制制度，此種事務管轄顯然有損於被告之審級利益，因此學說上有認為，本條但書之事務管轄權之有無應從嚴認定，不同於一般管轄權判斷僅須就訴訟繫屬時認定，事物管轄權的有無，應依起訴時至最終裁判時認定，法院必須自始至終皆有事物管轄權。因此，本案中，法院認為甲所犯者非外患罪時，即應諭知管轄錯誤判決，並移送至台北地方法院。

(二)此種情形得併案審判，程序分述如下：

1.本案情形，屬於第 7 條第 1 款「一人犯數罪」之相牽連案件，然而本法中關於牽連管轄之規定，僅有處理不同法院間對於此種相牽連案件之管轄權應如何處理，而對於此種「相牽

連之數刑事案件分別繫屬於同一法院之不同法官時，是否以及如何進行合併審理」之情形，相關法令對此未設明文規定，何先敘明。

2. 釋字第 665 號解釋認為，「任何人受法律所定法官審理之權利，不得剝奪」—此即為學理所稱之法定法官原則，其內容包括應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判；惟該原則並不排除以命令或依法組成(含院長及法官代表)之法官會議訂定規範為案件分配之規定。換言之法院案件之分配不容恣意操控，應為法治國家所依循之憲法原則，我國憲法基於訴訟權保障及法官依法獨立審判，亦有相同之意旨。因此，法定法官原則為憲法上上之原則。
3. 而本案所涉及法律所謂規定之情形，釋字第 665 號解釋認為，此屬法院內部事務之分配，且與刑事訴訟法第 6 條所定者，均同屬相牽連案件之處理，而有合併審理之必要，故如類推適用上開規定之意旨，以事先一般抽象之規範，將不同法官承辦之相牽連刑事案件改分由其中之一法官合併審理，自與首開憲法意旨無違。因此，台北地院得訂立類似於本法第 6 條之規定用以處理本案之情形，此種規定並不違憲。
4. 而就具體操作而言：
 - (1) 《臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點》第 14 點規定：「刑事訴訟法第七條所定相牽連案件，業已分由數法官辦理而有合併審理之必要者，由各受理法官協商併辦並簽請院長核准；不能協商時，由後案承辦法官簽請審核小組議決之。」
 - (2) 同要點第 2 點則規定：「(第 1 項)本要點所稱審核小組成員，由行政庭長、刑一庭庭長及刑事庭法官選舉 7 位代表組成，任期一年，自翌年度一月一日起至十二月三十一日止，得連選連任。(第 2 項)刑一庭庭長或值月庭長認有召集審核小組開會，以釐清涉及本分案要點爭議之必要時，得提請召集，並以刑一庭庭長為主席。(第 3 項)審核小組成員不能出席時，得委請其他法官代理之，惟有利害關係之法官應迴避。(第 4 項)審核小組會議之決議，應以過半數成員之出席及出席成員過半數意見定之；可否同數時，取決於主席。審核小組成員因故未能出席會議，亦無委請代理者，關於出席人數之計算不應扣除。」
 - (3) 故於本案中，應先由丙、丁法官等人先行協商併辦，並簽請院長核准；不能協商時，由丁法官簽請審核小組依照上述要點第 2 點之規定決議之。

四、甲於 103 年 1 月間缺錢花用，見乙為富有的獨居老人，為取得乙的錢財而無故侵入乙的住宅，對乙恐嚇取財，得款新臺幣五萬元，經乙報警查獲，移送地檢署偵辦甲犯恐嚇取財罪嫌。嗣乙抱怨檢察官偵查動作慢，乃另行委任律師為代理人向法院自訴甲犯無故侵入乙的住宅罪嫌，法院對此自訴，應如何處理？如檢察官嗣僅起訴甲犯恐嚇取財罪嫌，經法院判決無罪確定後，檢察官另依乙之告訴(未逾告訴期間)再起訴甲犯無故侵入乙的住宅罪嫌，法院對此公訴，又應如何處理？(30 分)

【擬答】：

(一)自訴法院應如何處理：

1. 依題旨所示，甲係為取得乙的錢財而無故侵入乙的住宅，對乙恐嚇取財，並得款新臺幣五萬元，侵入住宅之目的乃為恐嚇取財，舊法時期應構成刑法第 55 條之牽連犯，從一重處斷，屬單一性案件。95 年 7 月 1 日刑法廢除第五十五條牽連犯後，罪數之單複判斷，實務見解認為，「依立法理由之說明，在適用上，得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷。是廢除前經評價為牽連犯之案件，如其二行為間，具有行為局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相當，而

改評價為想像競合犯，以避免對於同一不法要素予以過度評價。所謂『同一行為』係指實行者為完全或局部同一之行為而言。故刑法修正刪除牽連犯之規定後，於修正前原認屬於方法目的或原因結果之不同犯罪，其間果有實行之行為完全或局部同一之情形，應得依想像競合犯論擬」(最高法院 102 年度台上字第 2666 號判決要旨參照)。

2. 自訴法院之處理：

依題旨甲委任律師為代理人向法院自訴，符合強制律師代理自訴之規定(刑事訴訟法第 319 條第 2 項)。自訴法院之處理分述如下：

(1) 倘認為甲違犯之兩部犯罪事實，係屬數罪，自訴法院應實體審判(台灣高等法院 97 上訴字第 3544 號判決要旨參考)。

(2) 倘認成立想像競合犯，自訴法院應為不受理判決

倘認成立想像競合犯者¹，即屬刑訴法上之單一性案件，論者有謂單一性案件一部為告訴乃論之罪，他部為非告訴乃論之罪，如非告訴乃論之罪經檢察官開始偵查，告訴乃論之罪之被害人得否再行自訴？按刑事訴訟法(下稱同法)第 323 條第 1 項之修正目的在強調公訴優先原則，單一案件之部分係告訴乃論之罪而得提起自訴，他部係非告訴乃論之罪而不得提起自訴之情形，應可參照刑訴法第 319 條第 3 項之法理判定之。即檢察官開始偵查之非告訴乃論之罪為重罪，告訴乃論之罪為輕罪，則告訴乃論之罪部分不得自訴。反之，告訴乃論之罪為重罪，則得自訴，其自訴之效力及於非告訴乃論之罪之輕罪部分，此時檢察官知有自訴後，應停止偵查將案件移送法院。實務見解亦有採相同見解，認為同法第 323 條第 1 項之同一案件，包含法律上同一之案件，系爭問題應類推適用第 319 條第 3 項但書之法理，認為該輕罪之告訴乃論之罪部(刑法 306 條侵入住宅罪)分仍不得提起自訴，始符刑事訴訟法第 323 條第 1 項之立法意旨(最高法院 97 年台上字第 5662 號判決意旨參照)。

(3) 管見認為，按甲侵入住宅目的在為恐嚇取財之行為，因兩者時空密接，外觀可辨具有相關性，且出於單一之目的，應可總括地視為一行為，而將舊法之牽連犯轉換為想像競合犯處理，避免過苛之處罰，以後說見解較為妥適。故侵入住宅罪應不得提起自訴，自訴法院應依同法第 334 條下不受理判決。

(二) 法院對此公訴之處理，分述如下：

1. 倘認為甲違犯之兩部犯罪事實，係屬數罪數案件，縱先起訴之恐嚇取財罪無罪判決確定，法院對於後起訴之侵入住宅罪，仍應實體審判，不受到恐嚇取財罪既判力之效力所及。

2. 倘認為兩部構成想像競合犯，依我國實務見解，基於一行為僅應受一次審判之原則(最高法院 67 年度第 10 次刑庭決議)，起訴之恐嚇取財罪業已無罪判決確定，如與未起訴之他部有想像競合之一罪關係，無罪效力及於侵入住宅部分，不得就侵入住宅再行起訴，否則法院應下免訴之判決²(第 302 條第 1 款)。另有學者認為，基於被告免於雙重程序負擔之

¹ 實務見解認為「又被告 2 人無故侵入證人胡○○住宅之目的在向證人胡○○催討債務，並進而違犯使人行無義務之事，雖時間上略有差距，然係以 2 個重疊性極高之動作，應認係以一行為而觸犯上開 2 罪名，為想像競合犯，應依刑法第 55 條之規定，從一重之使人行無義務之事。」(台灣高等法院 100 年上易字第 1844 號判決要旨)

² 最高法院 67 年度刑庭第 10 次決議：「某甲駕駛卡車不慎，撞倒由某乙駕駛後座搭載某丙之機車，致某乙與某丙受輕傷。某乙告訴某甲過失傷害，經起訴並判決某甲無罪確定後，某丙又向同一法院告訴某甲過失傷害再經起訴，某甲撞倒機車致某乙與某丙受傷，係以一行為觸犯數罪名，其觸犯之數罪名之犯罪構成要件均屬相同，且係以一行為犯之，依據一行為僅應受一次審判之原則，

公職王歷屆試題 (103 律師 第二試)

風險，因為侵入住宅顯可與之前起訴的恐嚇取財同時偵查、起訴，兩行為有相當重疊之部分，採用之證據又相同，故亦應認已在同一案件中受追訴審理之風險，而有一事不再理之效力所及。

五、甲、乙、丙為搬家公司業者，共同意圖為自己不法之所有，謀議利用上班時間無人在家之際，推由乙、丙攜帶搬家時使用之螺絲起子備用，侵入他人住宅行竊，惟為增加人手以利搬運，並謀議找不知情之丁加入。甲、乙、丙乃向丁佯稱渠等受客戶委託代為搬家，因人力不足，商請丁協助。丁不疑有他，而予允諾。嗣甲在公司留守，乙則在身上暗藏螺絲起子一把，並駕駛貨車載同丙、丁，於 100 年 1 月 26 日上午 10 時許到達戊宅，由丙持萬能鑰匙開啟門鎖後，三人進入宅內，將戊所有之財物搬上車，載離現場。警方依據鄰人提供之車號，循線查獲，將甲、乙、丙、丁移送偵辦。檢察官於偵查中發現四人具有竊盜之罪嫌，又查知甲為戊之舅父之子。試問：

- (一)若戊僅對乙、丙、丁三人提出竊盜罪之告訴，檢察官將甲、乙、丙、丁四人全部以竊盜罪起訴，是否合法？(20 分)
- (二)若戊僅對甲一人提出竊盜罪之告訴，檢察官在考慮一切情節後，將乙、丙、丁三人起訴竊盜罪，對甲為刑事訴訟法第 253 條之不起訴處分，是否合法？(20 分)
- (三)若本件之竊盜行為經合法告訴，檢察官於 100 年 3 月 10 日起訴時，逕依 100 年 1 月 26 日修正公布之刑法第 321 條第 1 項第 4 款、第 3 款、第 1 款之結夥三人以上攜帶兇器侵入住宅竊盜罪嫌，對甲、乙、丙、丁提起公訴，本案能否成立結夥三人以上竊盜罪？侵入住宅竊盜罪？攜帶兇器竊盜罪？(40 分)

【擬答】：

(一)檢察官起訴甲不合法，理由如下：

1. 依照刑法規定，竊盜罪原則上為非告訴乃論之罪，惟依刑法第 324 條第 2 項規定，直系血親、配偶或同財共居親屬，或或其他五親等內血親或三親等內姻親之間，犯本章之罪者，須告訴乃論。因此在本題中，乙、丙、丁所犯之竊盜罪為非告訴乃論，然因甲為戊之舅父之子，屬於旁系四等之血親，符合上述告訴乃論之範圍，故此部分屬於告訴乃論，學理上將此種情形稱為「相對告訴乃論」，合先敘明。
2. 刑事訴訟法(下同)第 239 條本文規定：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯」，此規定一般稱為告訴及撤回告訴之主觀不可分，然學理上認為，本條規定所謂「告訴乃論之罪」僅限於「絕對告訴乃論之罪」(例如，甲乙共同毆打丙，丙對乙提告，告訴效力及於甲)，於「相對告訴乃論之罪」，並無本條主觀不可分之適用。另一方面，相對告訴乃論之罪重在「犯人」，告訴人除須有申告犯罪事實並表明追訴之意思外，尚須指明犯人，告訴方為合法。
3. 本題，戊進對乙、丙、丁三人提出竊盜罪之告訴，就此部分，因屬非告訴乃論之罪，故檢察官起訴乙、丙、丁三人屬合法；但就甲之部分，甲所犯者為相對告訴乃論之罪，戊並未指明犯人為甲，且如上所述，相對告訴乃論罪與非告訴乃論罪之間並無告訴效力之主觀不

其有無刑事責任，已因前一確定判決所為無罪之諭知而確定，此與連續犯之連續數行為及牽連犯之數行為有方法結果關係之情形不同，不容再為其他有罪或無罪之實體判決，此後一起訴，參照本院 28 年滬上字第 43 號判例及司法院院字第 2271 號解釋，應為免訴之判決，如仍為有罪之判決確定者，其判決顯屬違法」。傳統之文獻有不同意見，陳樸生，刑事訴訟法實務，1999，282 頁，「想像競合犯…本係數罪，…一部雖經諭知無罪，對於其他部分既不生審判不可分之關係，則效力自不及於未經判決之其他部分」。

可分，因此就甲之部分等同於未經合法告訴，檢察官將甲一同起訴並不合法。

(二)檢察官對甲為不起訴處分，合法：

1. 於此情形，戊雖僅對甲一人提出告訴，但如上所述，乙、丙、丁三人所犯之竊盜罪為非告訴乃論之罪，非告訴乃論之罪不以告訴作為追訴條件，故檢察官因甲對戊之告訴而知乙、丙、丁三人之犯罪嫌疑時，自得依法對乙、丙、丁三人偵查、起訴。
2. 其次，就偵查終結之決定，不論是起訴、不起訴、緩起訴或行政簽結，均無如同告訴之「主觀不可分」效力，換言之，對於共犯數人，除有依法應為不起訴處分或依法不得為不起訴或緩起訴處分之情形外，檢察官本來即得個別被告之犯罪情節等不同情形而分別對共犯數人做成不同之決定，此均為檢察官之裁量權。
3. 本題中，甲所犯之竊盜罪屬於第 376 之案件（第 376 條第 2 款），檢察官自得參酌刑法第五十七條所列事項，認為以不起訴為適當時，為不起訴之處分。因此，檢察官起訴乙、丙、丁，而不起訴甲，於法並無不合。

(三)本案甲、乙、丙不成立結夥三人以上竊盜罪，但成立侵入住宅竊盜罪與攜帶兇器竊盜罪；丁則無任何犯罪言，分述如下：

1. 首先，丁自始至終均不知此犯罪情事，欠缺犯罪故意，無任何犯罪可言，故以下檢討之罪名，均與丁無涉，合先敘明。

2. 結夥三人以上竊盜罪：

- (1) 首先，依照實務見解，結夥犯以犯人相互間有意思之聯絡為構成要件，若他方並不知情，而加入竊盜之實施，仍不得以結夥犯論（23 上 1220 判例）。本題中，丁顯然係不知情而被利用，欠缺犯罪故意，因此依照上述判例，丁不能算入結夥之人數。
- (2) 次按，基於「結夥」之文義要求，結夥犯應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括同謀共同正犯在內（76 台上 7210 判例）。本題中，甲在公司留守，並未在場共同實施或分擔犯罪行為，故依此判例，甲不能算入結夥之人數。
- (3) 由此可知，甲、乙、丙、丁四人中，甲、丁均非結夥犯，剩下在場者僅乙、丙二人，其人數不足三人，故無法成立結夥三人以上竊盜罪。

3. 侵入住宅竊盜罪：

- (1) 刑法（下同）第 321 條第 1 項第 1 款之加重，原本規定「夜間」侵入住宅或有人居住之建築物，但由於時代變遷，人們生活起居型態亦有改變，故 100 年時修法，將「夜間」二字刪除，故於現行法下，凡是侵入住宅或有人居住之建築物即屬於本款之加重，至於侵入之時間為白天或夜間，在所不問。
- (2) 該次修法並未特別規定施行日期，依照刑法施行法第 10 條第 2 項規定：「刑法修正條文及本法修正條文，除另定施行日期者外，自公布日施行」，因此該次修法自公布日，即 100 年 1 月 26 日施行；然依中央法規標準法第 13 條規定：「法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算至第三日起發生效力」，因此，該次修正應於 100 年 1 月 28 日生效（依據釋字第 161 號解釋，上述中標法第 13 條之規定始日應算入）。
- (3) 因此在本題中，甲乙丙於行為時新法尚未生效，其行為時有效之法律仍為規定「夜間」侵入住宅或有人居住之舊法，依照舊法，甲乙丙侵入之時為白天，不構成本款加重；雖然裁判時，新法已經生效，然因第 2 條第 1 項之從舊從輕原則，顯然舊法對行為人較有利，故應適用舊法，甲乙丙不成立侵入住宅竊盜罪。

4. 攜帶兇器竊盜罪：

- (1) 實務見解指出，「此所謂兇器，其種類並無限制，凡客觀上足對人之生命、身體、安全

構成威脅，具有危險性之兇器均屬之，且祇須行竊時攜帶此種具有危險性之兇器為已足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要。螺絲起子為足以殺傷人生命、身體之器械，顯為具有危險性之兇器。(79 台上 5253 判例)」故依此見解，此種情形即屬攜帶兇器而無疑義，而甲、乙、丙三人對於攜帶兇器竊盜一事亦符合前述共同正犯之要件，故其成立攜帶兇器竊盜罪之共同正犯。

- (2)然而學說上有認為，就一般生活用語而言，並不會用「兇器」概念指涉螺絲起子，且實務見解對於兇器之認定過於寬鬆，如此一來，除非行為人赤身裸體行竊，否則均有可能構成本款加重，顯非妥適。
- (3)惟本文仍採取實務見解，因學說見解雖非無理，然畢竟法條並無此要件。而乙丙二人對於竊盜及攜帶兇器一事具有犯意聯絡與行為分擔，至於甲雖未到場，但依釋字第 109 號解釋，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，仍為共同正犯，因此，雖然甲、丙身上並無螺絲起子，然依照「一部行為，全部責任」之交互歸責原則，甲、乙、丙三人均成立攜帶兇器竊盜罪之共同正犯。

公
職
王