

## 104 年公務人員特種考試司法官考試第二試試題

等別：三等考試

類別：司法官

科目：刑法與刑事訴訟法

一、中華賽鴿協會舉辦飛鴿競賽，賽鴿由臺北飛往臺東，甲於鴿子飛行必經路徑之臺中山區高地，架設網子計劃捕捉賽鴿。試問：

(一)架設網子完成，比賽並已開始，但尚未捕到賽鴿即經查獲，甲應論以何罪？(10分)

(二)如同時捕捉到 A、B、C 三人之賽鴿，應如何論罪？(10分)

(三)設甲以捕捉到之賽鴿出售予 D，得款新臺幣 10 萬元，而以該 10 萬元購得鑽戒 1 只，再將之贈與女友乙，乙明知該鑽戒係甲以出售捕捉之賽鴿得款 10 萬元所購得，竟予收受，乙是否構成犯罪？(10分)

### 【破題關鍵】

本題的考點並不難，第一小題考的就是著手時點的認定，若能列出各種著手理論並做出正確的涵攝，基本的分數不會差，若要得高分，則必須指出在此種「隔離犯」的著手認定應如何判斷；第二小題考的則是競合論中法益認定的方式；最後第三小題考的則是準贓物的定義。整體來說本題並無太困難的考點，有認真上課、唸書的話，分數應該不會太差。

### 【擬答】：

(一)甲架起網子的行為不成立竊盜罪之未遂犯(第 320 條第 3 項)：

1. 依題所示甲並未順利捕捉賽鴿，故討論未遂犯。主觀上，甲具有竊盜故意；然客觀上甲是否著手，恐有疑問。關於著手之理論，在學理上向來有：形式客觀說、實質客觀說、主觀說與主客觀混合說等不同見解。實務見解較傾向實質客觀說，以行為對於保護法益是否造成迫切危險為斷；而學說上有部分學者支持實質客觀說，也有部分學者支持主客觀混合說，認為應依照行為人之犯罪計畫，若該行為繼續進行，勢必直接導致構成要件實現者為著手。

(1)若依照多數採取主客觀混合說學者之見，行為人只要是依據其主觀的認識，而開始實行足以實現構成要件的行為，即屬著手實行。至於該行為手段，可能需待一段時間的經過，始能發生作用而實現構成要件，或尚待被害人的行為的配合，始能發生行為結果者，亦均不影響將這個行為階段判斷著手實行的行為階段<sup>1</sup>。

(2)然有學者採取客觀著手理論，並且認為在此種「隔離犯」之情形，行為人完成了犯行，但該犯行只造成了概括、一般性的法益危險。這種由行為所引致的概括性法益危險，一方面無法完全具體地限定真正的侵害對象，二來論理上行為與實害間的距離過度遙遠，若要以完成行為的時點作為未遂責任的起動點，會有可罰性過度前置的疑慮，相反地，如果能夠在完成行後，實害發生前，透過解釋的方法創設一個中間階段，這個中間階段是一個具體、特定法益受到高度侵害可能性的客觀事件狀態，當這個事件狀態出現時，法益的完整保護將陷入極為不確定的情況，因果歷程的發展上除非有不可預期而且非屬相當的偏差事件發生，否則法益侵害將必然實現，此時方能認為著手<sup>2</sup>。

2. 本文認為應採後者較為妥當，因此在本題，台中與台北間隔數百公里，架好網子後，起碼要經過數個小時才會有賽鴿落網，顯然法益仍未有受高度侵害的可能性，故並未著手。而

<sup>1</sup> 林山田，刑法通論(上)，十版，2008年1月，467頁。

<sup>2</sup> 許恆達，「行為非價」與「結果非價」，政大法學論叢，第114期，2010年5月，264-265頁。

竊盜不罰預備，故甲不成立本罪。

3. 附帶一提，由於賽鴿在飛行中仍屬原持有人鬆懈的持有，並非無人持有，故並無侵占脫離物（第 337 條）之問題。

(二) 甲若同時捕捉到三人的賽鴿，仍應僅成立一個普通竊盜罪：

1. 甲只有一個捕捉賽鴿的動作（架設鐵網），因此其出於一行為（行為單數）應無疑義，在此的問題是，甲究竟侵害了一法益或數法益？一般認為，在財產法益的法益數計算上，並不考慮被害人人數或所有權個數，而是以該財產的持有監督關係是否可分為斷。

2. 在一場賽鴿中，雖然一人必然會有 15 隻以上的賽鴿出賽，因此一次捕獲三隻，在外觀上似難辨識為何人所有，但賽鴿腳環上會有飼主電話與編號，仍可輕易得知為何人所有，故應認為此處侵害了三個持有關係可分的財產法益，應依第 55 條想像競合從一重處斷。

(三) 乙收下鑽戒的行為，不成立第 349 條第 1 項之收受贓物罪：

1. 依照第 349 條第 2 項規定：「因贓物變得之財物，以贓物論。」而該鑽戒是由賽鴿賣得之價金所購買，似符合本條規定，而為準贓物，亦有部分學者採此見解。

2. 但實務上有認為，準贓物之規定為擬制性質，若將第二次以上變得之物（如本題情形）仍認為是贓物，無非是擬制之再擬制，並不符合法條文義（法務部(76)法檢(二)字第 2207 號法律問題）。

3. 本文認為，應採取實務見解較能符合罪刑法定原則並維護法律之安定性，因此，由準贓物（金錢）再次變得之物（鑽戒）應非準贓物，故乙不該當本罪要件。

二、甲為某公立醫院腎臟科權威醫師兼任內科主任，A 罹患腎臟病在該醫院住院治療，乙擔任 A 之主治醫師，針對 A 之診療，由於臨床經驗不足而向甲請教醫療對策。甲看過 A 之病歷資料後，發現 A 係先前誣告他醫療疏失，使他纏訟多時之仇人，乃興起向 A 報復之心。甲由於擔任內科主任，平時即耳聞乙對護士們極為嚴厲，特別是經常指責辱罵護士丙，致使丙對乙頗為不滿。甲決定利用機會殺害 A 來洩恨，於是建議乙開立不適當之處方藥給 A，乙未加查證而依甲之建議開立處方。此外，甲深知依該處方適量服用並不會致死，必須將藥量加倍始能致死，於是指示不知情之丙在 A 所服用之藥包中將該藥量加倍，並告訴丙說：「藥量加倍給 A 服用，不致於使 A 死亡，但會使 A 嚴重腹瀉，如此可使乙因診療不當而受到懲罰！」，丙遵照甲之指示行事。然而，甲一開始即誤認欲報復之對象，事實上甲所欲殺害者係同樣在該醫院住院之腎臟病患 B。結果，A 服用該藥後病情惡化，經急救後不治死亡，而 B 並未遭受傷害。試問：

(一) 甲之行為應如何論處？（15 分）

(二) 乙、丙之行為應如何處斷？（15 分）

**【破題關鍵】**

這是個典型的總則型考題，主要的考點是間接正犯，包含其中的「正犯後正犯」。另外，這裡也有信賴原則與累積的因果關係的問題。考點與罪名雖然比前一題多，但整體來說不會太困難，大多還是同學學過的基本觀念。

**【擬答】：**

(一) 甲之行為可能涉及之刑責分述如下：

1. 首先，甲雖為公立醫院醫師並且兼任內科主任，然而此一職務並未有任何法定職務權限，因此其並非刑法上公務員，以下刑責亦無第 134 條不純正瀆職罪之適用，合先敘明。

2. 甲建議乙開設不適當處方之行為，成立（刑法，下同）第 271 第 1 項殺人罪之間接正犯：

(1) 客觀上，甲以優越的意思支配原先不具犯罪故意之乙藉以實現殺人之構成要件，此即為「利

用他人主觀構成要件不該當」之間接正犯類型；主觀上，甲雖誤認報復對象，然而此僅為動機錯誤，因其於行為時既然知道此行為將可能使 A 死亡，亦希望 A 能死亡，對 A 即具有殺人故意，此種動機錯誤並不影響故意。

(2) 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

3. 甲指示丙加重藥量的行為，成立第 271 第 1 項殺人罪之間接正犯：

(1) 客觀上，甲以優越的意思支配原先不具犯罪故意之乙藉以實現殺人之構成要件，雖丙亦具有傷害故意，然而間接正犯之成立本來就不以被利用人不成立犯罪為必要，此種利用他人具有輕罪故意之情形，即為「正犯後正犯」之間接正犯類型；主觀上，甲具有故意。

(2) 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

4. 競合：甲雖分別利用二個行為人實現殺人罪，然因被害法益僅有一個，故甲僅成立一個殺人罪之間接正犯。

(二) 乙、丙之行為可能涉及之刑責分述如下：

1. 乙依照甲之建議開設處方的行為，不成立第 276 條第 2 項之業務過失致死罪：

乙開設該處方簽的行為，最後造成了 A 死亡的結果，其間具有條件因果關係。然而，過失犯之成立以行為人有客觀注意義務違反為前提，在本題中，乙是主治醫師，當乙向其上級甲請教醫療對策時，應可合理信賴甲所提供的醫療對策是適當的，而非會造成病人死亡的。雖然乙未加查證，然而乙本身即欠缺此等經驗，即使查證，恐怕也無從發現其中的問題，因此，應認為乙得主張信賴原則，可合理信賴甲所提供之處方，進而否定過失犯之成立。

2. 丙依照甲之建議加重藥量的行為，成立第 277 條第 2 項之普通傷害致死罪：

(1) 先就基本的傷害罪而言，丙加重劑量的行為與 A 後來身體不適之結果間具有相當因果關係；主觀上具有傷害故意。再就重結果而言：

① 若非丙加重藥量之行為，A 僅單獨服用乙所開立之處方藥並不至於死亡，亦即，A 之死亡結果，是因服用了丙所開的劑量與乙加重的劑量共同所致，此即為「累積的因果關係」。由於乙開藥與丙加重劑量之行為二者缺一不可，故丙加重藥量的行為，與 A 的死亡結果間具有條件關係。就相當因果關係而言，此種劑量的藥物會導致被害人死亡也非罕見，故具有相當性。又丙業已知悉甲的不法目的，因此也難以主張信賴原則。

② 再者，依照第 17 條規定，加重結果犯之成立必須行為人對該重結果能預見。不論對於此「能預見」是採取學說上的「過失」、「主觀預見可能性」，或是採取實務上較為寬鬆的「客觀預見可能性」，均應認為丙有預見可能性，蓋其業已知悉甲的報復計畫，對於其可能造成 A 死亡，應非難以預見。

(2) 丙無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

結論：甲成立殺人罪之間接正犯，乙不成立任何犯罪，丙成立傷害致死罪。

三、檢察官以被告甲與在逃之友人乙共謀，在甲所有的工廠倉庫開設賭場，聚集丙等多數人賭博財物，並抽頭圖利，認被告甲涉犯刑法第 268 條意圖營利開設賭場罪之共同正犯提起公诉。第一審法院審理結果認定係由乙主導聚集多數人，開設賭場圖利，而被告甲係知悉上情而容許乙使用其工廠倉庫，協助乙之犯行易於實現，故被告甲僅成立開設職業賭場之幫助犯，並判處其有期徒刑 6 月，如易科罰金，以新臺幣 1 仟元折算 1 日。對此第一審判決，僅被告甲不服量刑結果提起第二審上訴，檢察官則接受判決結果，並未上訴。惟經第二審法院依職權調查結果，認原審法院有影響判決結果之事實誤認及適用法令之違誤，遂撤銷原判決，改諭知上訴人甲成立意圖營利開設賭場之共同正犯，並判處其有期徒刑 8 月，緩刑 2 年。

試論本設例第二審法院判決之適法性如何。(30 分)

【破題關鍵】

不利益變更禁止的考點，算是老梗了，同學應該不會太陌生，本題其實就只有考原則、例外和利益、不利益的比較，本題的分數應該要掌握。

【擬答】：

本件二審判決並無違反刑事訴訟法第 370 條「不利益變更禁止」之違誤，分析如下：

(一)按刑事訴訟法(下同)第 370 條第 1 項規定「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」指由被告上訴，或為被告利益上訴者(他造未為被告之不利益上訴)，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，考其立法目的，係在於避免被告畏懼上訴可能會遭受更重刑之判決，而確保被告上訴自由權之行使。

(二)而關於不利益變更禁止之適用，通說概認須符合下列之要件：

1. 僅有由被告上訴或為被告上訴且有上訴理由時，才有此原則之適用。另外，如果兩造皆上訴，代是檢察官上訴不合法或無理由時，仍有此原則之適用。若檢察官為被告利益而上訴時，仍有適用。
2. 需他造當事人(即檢察官或自訴人)未對被告不利益提起上訴，或他造雖提起上訴但上訴為不合法或無理由。
3. 事實一致性：不利益變更禁止的意涵，乃在於評價關係的限制性規定，故其係以基礎事實的不變關係為基礎，倘若上訴審與原審間就基礎事實之認定不具有一致性，即無所謂不利益變更禁止原則之適用。
4. 法律評價一致性：按§370 第 1 項但書規定「但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」對於案件事實的法律適用，審級間並無歧見。若對於罪之認定及法條之適用關係，涉有罪名或適用法條之變更，即無不利益變更禁止原則之適用。而所謂「原審判決適用法條不當」之情形，實務見解認包含：同一條文前後段罪名之變更、原審適用酌減法條不當、未適用刑法§59，卻量處法定刑以外之刑、誤共同正犯為教唆犯或幫助犯、刑法分則之法條變更、連續犯次數認定之變更等，皆屬之。
5. 刑責加重與減輕事由認定之一致性：按同上法條，當同一事實的同一罪名認定，若有涉及特別是刑總的加重或減輕規定時，若上訴審與原審對於加重或減輕規定認定不一致時，即無不利益變更禁止原則之適用。

(三)另就科刑輕重之比較，修法前依 67 年第 1 次刑庭決議，係專指「宣告刑」而言，惟修法後依§370 第 2 項「前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。」立法者已明文規定不再以宣告刑為限，執行刑亦屬之。再者，關於刑之輕重比較，按 103 年台非字第 381 號判決「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審(即第一審)判決之刑，但因原審(即第一審)判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限，修正前刑事訴訟法第三百七十條定有明文(修正後為同條第一項)。而第二審判決所諭知之刑，是否較第一審判決所諭知者為重，並非以主刑為其唯一比較標準，倘第二審判決所諭知之從刑為第一審判決所無，或所諭知之從刑重於第一審判決所諭知者，均不失為較重之刑。」意即只要「主刑」或「從刑」其中之一有所加重，不論另外一項是否減輕，本於保障被告之立場，均應認是屬於不利益，而有§370 之適用。

(四)查本件被告甲經原審認定為刑法第 268 條意圖營利開設賭場罪之「幫助犯」，判決主文量處有期徒刑 6 個月，得易科罰金。而經甲單獨上訴二審後，經二審法院認定為屬刑法第 268 條意圖營利開設賭場罪之「共同正犯」，判決主文量處有期徒刑 8 個月，緩刑 2 年。雖二審

法院判決給予被告甲緩刑之恩典，為主刑部分係自有期徒刑 6 個月加重至有期徒刑 8 個月，揆諸前開之說明，仍屬刑之加重，且本件僅有被告甲之上訴，故仍應有§370 第 1 項不利益變更禁止之適用。

(五)惟本件二審法院加重被告甲之刑度之原因，係因原審法院誤被告甲「共同正犯」為「幫助犯」，是以此時即產生法律評價之不一致性，按§370 第 1 項但書之規定及前開說明，本件即無「不利益變更禁止」原則之適用，故本件二審法院之判決，並無違反不利益變更禁止原則之規定，洵無違法。

四、甲駕駛小客車搭載女友乙於出遊途中，因違規超速遭執行交通勤務之警察丙、丁開單告發，甲、乙心生不悅，遂以警察找碴為由，橫加阻攔，爭執中，甲出手毆打丙、丁致其二人臉部受傷。檢察官指定期日傳訊被告甲、乙，僅乙到庭應訊。檢察官對被告乙告以刑事訴訟法第 95 條之權利事項後，乙否認有毆打警察情事，並據供稱：「警察丙、丁是被甲毆打成傷的」等語。檢察官詢以所供是否屬實，乙答稱：「實在」，乃命乙供後具結。

案經檢察官偵查終結，起訴甲、乙共同涉犯妨害公務執行罪嫌。於第一審法院審理中，丙具狀向法院、丁具狀向檢察官，分別對甲提出傷害之告訴（均未逾告訴期間），檢察官就丁告訴部分，追加起訴甲涉犯傷害罪嫌，分案由同一審判庭審理。甲、乙於審判中，對於起訴之犯罪事實，均自白認罪。

試問：

(一)第一審法院對於甲傷害丙、丁部分，應如何審判？（15 分）

(二)就甲被訴之案件，乙於偵查中之上開供述有無證據能力，其理由為何？（15 分）

**【破題關鍵】**

單一性拿出來考了，不大讓人意外，主要是刑訴這幾年沒有大突破，回歸到基本盤算是這幾年國家考試的趨勢。第一小題的關鍵在起訴不可分的效力是否會受到有無告訴的影響。第二小題就這一兩年最紅的 102 年第 13 次決議：被告以外之人於偵查中向檢察官所為之供述，是否須經具結為必要？

**【擬答】：**

(一)依實務見解，甲傷害丙部分未受檢察官起訴效力所及，法院毋庸亦不得為任何裁判；甲傷害丁部分，法院應對檢察官之追加起訴為刑事訴訟法第 303 條第 2 款之不受理判決，分析如下：

1. 本件甲應係出於一行為之決意，對丙、丁犯刑法第 135 條第 1 項對執行職務公務員施暴脅迫罪及刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪。對執行職務公務員施暴脅迫罪屬非告訴乃論之罪，普通傷害罪為告訴乃論之罪，合先敘明。
2. 按刑事訴訟法第 267 條之規定「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。」此即所謂之「起訴不可分」，考其立法目的，係因被告若其所犯屬單一案件，因國家對該被告僅有一具體刑罰權，不應割裂行使，是以若檢察官就單一案件之犯罪事實一部起訴者，效力及於全部，而法院即應在檢察官起訴之效力範圍內，充分審理，若有超過，屬不告而理，若有未足，屬告而不理，兩者皆違反控訴原則。
3. 查本件被告甲應係出於一行為之決意，對丙、丁犯刑法第 135 條第 1 項對執行職務公務員施暴脅迫罪及刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪。檢察官偵查終結後，起訴甲犯刑法第 135 條第 1 項對執行職務公務員施暴脅迫罪，依上述說明，檢察官起訴之效力似及於甲傷害丙、丁之部分，然依實務見解「告訴乃論之罪，係以有告訴權人提出合法告訴為追訴之條件，本件被告無故侵入張女住宅部分，既未經被害人張女合法提出告訴，自屬欠缺追訴

之要件，則檢察官就竊盜之犯罪事實起訴，其效力應不及於無故侵入住宅部分。自無審判不可分原則之適用，原審既就欠缺追訴要件之無故侵入住宅部分，不得併為審判，自無上訴意旨所指已受請求之事項未予判決違法之可言，又該部分因非起訴效力之所乃，原判決理由對此毋庸加以說明，亦與所指理由不備之違法不相當。」(72 年台上字第 5811 號判決參照)，意即若被告所犯之犯罪事實，一部屬告訴乃論之罪，一部屬非告訴乃論之罪，若告訴乃論之罪部分未經合法告訴，則檢察官就非告訴乃論部分之罪起訴，效力不及於告訴乃論之罪部分。實務見解之推論依據，係因告訴乃論之罪部分若未經告訴，則根本無法產生「有罪與有罪始生不可分」之情形，故據此回推應無審判不可分、起訴不可分之效力。

4. 查本件甲傷害丙部分，雖丙於審判中具狀向法院提出傷害罪之告訴，惟依刑事訴訟法第 242 條第 1 項之規定「告訴、告發，應以書狀或言詞向檢察官或司法警察官為之」，實務見解 73 年台上字第 4314 號判例「告訴乃論之罪，被害人未向檢察官或司法警察官告訴，在法院審理中，縱可補為告訴，仍應向檢察官或司法警察官為之，然後再由檢察官或司法警察官將該告訴狀或言詞告訴之筆錄補送法院，始得謂為合法告訴。如果被害人向檢察官或司法警察官提出告訴，而逕向法院表示告訴，即非合法告訴。」意即即使於審判中補正告訴，仍應向偵查機關為之，若逕向法院提出告訴，仍非合法告訴。而本件告訴人丙既係逕向法院提出告訴，參諸上開說明，即非適法，又甲傷害丙部分既未經合法告訴，則此部分依前述實務見解，即未在檢察官起訴效力範圍之內，法院對此部分毋庸亦不得為任何裁判。
5. 次查甲傷害丁部分，丁已合法向偵查機關提出告訴，因甲傷害丁部分已在起訴效力範圍內，檢察官僅須將丁補正告訴部分函送法院併辦即可，訴訟條件即無欠缺，若檢察官誤為追加起訴，則此時屬「已經提起公訴之案件，在同一法院重行起訴者」之情形，故法院應針對檢察官追加起訴甲傷害丁部分為刑事訴訟法第 303 條第 2 款之不予受理判決。

(二)乙於偵查中所為不利於甲之供述，依實務見解，有證據能力：

1. 按刑事訴訟法(下同)第 159 條第 1 項「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」第 159 條之 1 第 2 項「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。」
2. 查本件甲、乙應屬共犯及共同被告(下稱共犯被告)，乙於偵查中向檢察官陳述之「警察丙、丁是被甲毆打成傷的」應屬被告以外之人於審判外之陳述，依§159 第 1 項規定，原則上應無證據能力。惟可否適用§159 之 1 第 2 項之檢察官前陳述例外，需視乙陳述上開供述時，是否已合法具結而定。
  - (1)按§186 第 1 項「證人應命具結。」§158 條之 3「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據。」部分實務見解認為，若陳述人屬被告以外之人，依司法院大法官釋字第 582 號解釋意旨，無論檢察官係以何種身分(被害人、告訴人)傳喚到庭，若其供述不利於本件被告，則其性質皆屬「證人」之身分，應命具結，若未命具結，則應依§158 條之 3 之規定無證據能力，亦不得適用§159 條之 1 第 2 項檢察官前陳述之傳聞例外，因未經具結，即已非「除顯不可信」之情形。
  - (2)惟尚有部分實務見解認為，被告以外之人於偵查中向檢察官所為不利於被告之陳述，是否應命具結，應視檢察官以何種身分傳喚而定，若以證人身分傳喚，即應命具結，非以證人身分傳喚(如被害人、告訴人等)，即無具結規定之適用。
  - (3)而本件檢察官係以共犯被告身分傳喚乙到庭應訊，因檢察官偵查目的係為訊問乙之犯罪事實，且乙係以共犯被告身分到庭，故存有客觀尚無法命乙具結之情況，雖本件被告乙

於訊問後有為「具結」，惟依§188之規定「具結應於訊問前為之。」故乙此具結仍非合法具結。

- (4)茲有疑義者，乙以共犯被告身分到庭接受檢察官之訊問，且未經具結，乙該不利於甲之陳述，是否可適用§159條之1第2項之傳聞例外而有證據能力？對此，最高法院102年第13次刑庭決議認為「被告以外之人於偵查中，經檢察官非以證人身分傳喚，於取證時，除在法律上有不得令其具結之情形者外，亦應依人證之程序命其具結，方得作為證據，此於本院九十三年台上字第六五七八號判例已就「被害人」部分，為原則性闡釋；惟是類被害人、共同被告、共同正犯等被告以外之人，在偵查中未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於具有「特信性」、「必要性」時，即得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢等之陳述，顯然失衡。因此，被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有「特信性」、「必要性」時，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。」意即，乙與偵查中檢察官前所為不利於甲之陳述，雖未經具結，惟若經證明具有可信性及必要性時，即得本於§159條之2、§159條之3之相同法理，例外認為有證據能力。
- (5)本件共犯被告乙於偵查中檢察官前所為不利於甲之陳述，雖未經具結，惟若乙於審判中到庭作證之陳述與偵查中檢察官前所為不利於甲之陳述不相一致時，法院即得本於第159條之2之同一法理，經證明具有相對可信性及使用證據必要性後，例外認為乙於偵查中檢察官前所為不利於甲之陳述有證據能力；若乙於審判中已無法出庭或接受甲之對質詰問時，則法院得本於§159條之3之相同法理，經證明具有絕對可信性及使用證據必要性後，例外認為乙於偵查中檢察官前所為不利於甲之陳述有證據能力。

五、無業大學畢業生甲在公園中見乙於樹下專注上網，乘乙不注意時，出手欲從乙身後拿取其錢包。路人丙見狀，高呼抓賊，甲驚慌逃逸，致未取得財物。丙縱身一撲，將甲壓制倒地。兩人纏鬥，甲用蠻力將丙摔傷，繼續逃逸，遭巡邏警員制伏。檢察官偵查結果，認為甲因失業困苦，且深具悔意，所犯只該當竊盜未遂，丙也撤回傷害告訴，遂以竊盜未遂係屬微罪，依職權不起訴，並對傷害罪不起訴處分。另一告訴人乙不服，聲請再議，上級法院檢察署檢察長認該再議有理由，以該職權不起訴用法不當為由，命令原檢察官起訴。試問：

- (一)原檢察官有關竊盜未遂之法律見解是否妥適？試請分析之。(20分)
- (二)原檢察官若依上級檢察長命令提起公訴，其原先之職權不起訴與不起訴處分之效力為何？試請分析之。(20分)
- (三)檢察官依法起訴後，法院調查結果認為甲趁乙不注意時已取得其錢包，只是在與丙纏鬥時脫落，致其遭警員逮捕時，查無贓物。而且，發現甲在背包內攜帶乙把水果刀，甲對此則辯稱係為野餐之用，竊盜乃是臨時起意，絕無行兇意圖。試問甲之罪責為何？(20分)
- (四)起訴書犯罪事實若記載為甲行竊失敗逃逸後傷害追捕者丙，法院可否依所認定之甲已取得錢包，而因逃逸與丙纏鬥脫落之事實，判決甲有罪？法院應踐行何種程序為之？(20分)

**【破題關鍵】**

就實體法部分來看，這題考的仍是以舊考點居多。第一小題考的是竊盜與搶奪的區分，還有準強盜的既未遂判斷，這已經是考過千百遍的萬年考古題了；第三小題一方面在考攜帶兇器的加重事由應否以行為人主觀上基於行兇意圖為必要，這是個比較細的考點，還有就是沒有終局取得財物

時對於準強盜既未遂判的影響，整體來說並不算難。

程序法部分，第二小題再考了一次單一性，上課講過了，我國實務見解關於是否屬於單一案件的認定，以每個程序的主導者為有權認定者。第四小題，考變更起訴法條，學說認為要遵循三步驟，但實務的作法是只要詳實調查跟辯論即可。

【擬答】：

(一)原檢察官之法律見解並不妥適，甲所成立者應為準強盜罪，分述如下：

1. 甲從乙身後拿取錢包之行為，不成立刑法(下同)第 325 條第 1 項之普通搶奪罪：

(1)關於竊盜與搶奪應如何區分，學說與實務上有不同看法：

①實務見解向來認為，公然趁人不備而掠取他人動產，即屬搶奪。

②但學者大多認為，從搶奪罪設有加重結果犯可知，搶奪行為必然帶有生命身體法益之危險性，因此，必須以不法腕力破壞他人緊密持有，方為搶奪。

(2)本文認為應以學說見解較為妥當，故本題中甲既未破壞乙之緊密持有，故不該當搶奪行為。

2. 甲之上述行為，成立第 320 條第 3 項之普通竊盜罪未遂犯：

(1)依題所示，由於甲自始未取得皮夾之持有，故討論未遂犯。主觀上，甲具有竊盜故意與不法所有意圖；客觀上，無論依照何種學說，甲均已著手，且未達於既遂。

(2)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

3. 甲以蠻力將丙摔傷的行為，成立第 329 條之準強盜罪，並應準用第 328 條第 3 項強盜罪未遂犯之法律效果：

(1)客觀上，甲已著手於竊盜罪業已如前所述，而其對於第三人丙施以強暴行為亦可符合本罪之要求，蓋法律並不要求強暴脅迫行為之對象須限於原先財產犯罪之被害人，且該行為業已達於釋字第 630 號解釋所要求之「難以抗拒」標準應無爭執。然而其究竟為既遂或未遂，依照學說上幾種不同見解，分述如下：

①實務上多認為，本罪的既未遂判斷應以基礎行為為準，基礎行為既遂，本罪既遂；基礎行為未遂，本罪未遂<sup>3</sup>。學說上亦有採取與此同見解者，其理由為，準強盜罪是財產犯罪，因此是否既遂當然應以財產的持有是否取得為準<sup>4</sup>。

②學說上有認為，「竊盜或搶奪」乃是本罪的行為主體要素，而非行為要素，故本罪是否既遂，與基礎行為是否既遂無關。既未遂的判斷，應以行為人施強暴脅有無達於至使不能抗拒或難以抗拒為斷，也就是採取與強盜罪相同的標準<sup>5</sup>。

③也有認為，不論竊盜、搶奪是否既遂，而應以行為人最終使否取得財物之持有為判斷標準，行為人於行為中是否有一時的取得財產持有，並不重要<sup>6</sup>。

(2)本人認為，應以實務見解較能妥當，蓋其較能反映本罪屬財產犯罪之性質，因此，宜認為其應準用強盜未遂犯之法律效果，而非既遂犯。主觀上，甲具有故意與脫免逮捕之意圖。

(3)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

3. 競合：依照不罰的前行為，此二行為侵害同一法益，論以準強盜罪即可充分評價其不法與罪責內涵。

<sup>3</sup> 最高法院 68 年台上字第 2772 號判例。

<sup>4</sup> 林東茂，再探準強盜罪，東吳法律學報，第 20 卷 3 期，2009 年 1 月，3-4 頁。

<sup>5</sup> 甘添貴，刑法各論(上)，初版，2009 年 6 月，267 頁。

<sup>6</sup> 陳子平，準強盜罪之既遂與未遂，月旦法學教室，第 13 期，2003 年 11 月，19 頁。

(二)原職權不起訴與不起訴部分之效力，需視法院認定是否屬於單一案件而定，分析如下：

- 1.按刑事訴訟法(下同)第 267 條規定「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。」此即所謂之「起訴不可分」，考其立法目的，係因被告若其所犯屬單一案件，因國家對該被告僅有一具體刑罰權，不應割裂行使，是以若檢察官就單一案件之犯罪事實一部起訴者，效力及於全部，而法院即應在檢察官起訴之效力範圍內，充分審理，若有超過，屬不告不理，若有未足，屬告而不理，兩者皆違反控訴原則。
- 2.再按§258 規定「上級法院檢察署檢察長或檢察總長認再議為無理由者，應駁回之；認為有理由者，第二百五十六條之一之情形應撤銷原處分，第二百五十六條之情形應分別為左列處分：一、偵查未完備者，得親自或命令他檢察官再行偵查，或命令原法院檢察署檢察官續行偵查。二、偵查已完備者，命令原法院檢察署檢察官起訴。」
- 3.查本件上即法院檢察署檢察長係認告訴人乙之再議聲請為有理由，依§258 條第 2 款之規定命原檢察官提起公訴，原檢察官亦依其旨就甲犯竊盜乙部分提起公訴，則此公訴之效力，是否有§267 起訴不可分之適用，則需視法院審理結果而論：
  - (1)若法院審理結果認甲犯竊盜乙及傷害丙部分非屬單一案件，意即甲係分別起意對乙犯竊盜及對丙犯傷害罪，則此時即無§267 起訴不可分之適用，法院得對甲犯竊盜罪部分進行實體審理，甲對丙犯傷害罪部分則因非受起訴效力所及，法院毋庸亦不得為任何之裁判。
  - (2)反之，若法院認甲犯竊盜乙及傷害丙部分屬單一案件，意即甲係出於單一決意而對乙犯竊盜及對丙犯傷害罪，則此時即有§267 起訴不可分效力之適用，檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部，原傷害丙部分之不起訴處分應屬無效之不起訴處分，法院得以甲對乙犯竊盜及對丙犯傷害罪部分構成準強盜罪部分為由，全部為實體上之審理。

(三)甲之刑責分述如下：

1.甲竊取乙之皮夾的行為，成立第 321 條第 1 項第 3 款之加重竊盜罪：

(1)客觀上：

- ①竊盜罪之成立，以行為人破壞他人持有，並且建立自己之持有作為要件。而本罪之既遂，僅須有持有關係之建立即為已足，至於持有關係是否穩固，此為行為終了與否之問題，與既遂之判斷無關。本題中，竊取的客體是皮夾一只，此種客體體積小，一般而言，拿在竊賊手上時持有關係即已改變，業已既遂。因此，並不能因為打鬥過程中贓物掉落而改變既遂之認定。
- ②就加重事由而言，第 3 款之文義僅要求行為人客觀上有「攜帶」兇器，而未要求行為人主觀上有行兇意圖，因此實務見解便認為本款不以行為人有以兇器行兇之意圖為必要<sup>7</sup>。雖有學說認為應加入「行兇意圖」或「使用兇器意圖」之不成文要件用以限縮本款成立，但本文認為此並非法條要件，且若加入此要件恐有違立法意旨，故仍應採取實務見解。

(2)主觀上，甲於行竊時便知悉自己有身上有此兇器以及該皮夾為他人動產，並且意欲破壞此持有關係而建立自己持有，因此其具有故意，亦具有不法所有意圖。且甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

2.甲與丙打鬥之行為，成立第 329 條之準強盜罪，並應準用第 330 條第 1 項加重強盜罪之法

<sup>7</sup>最高法院 94 年度台上字第 3149 號判決：「刑法第 321 條第 1 項第 3 款之攜帶兇器竊盜罪及同法第 330 條之攜帶兇器加重強盜罪係以行為人攜帶兇器竊盜或強盜為其加重條件，只要於竊盜或強盜時攜帶兇器，即構成加重竊盜或強盜罪名，因立法所規範者為攜帶兇器竊盜或強盜即屬於加重條件，而不以取出兇器犯之為必要，亦不以攜帶之初有持以行兇之意圖為限。」

定刑：

(1)客觀上，甲之竊盜行為業已既遂，而此打鬥之行為亦符合釋字第 630 號解釋所要求之強暴至使難以抗拒程度，均如前述。然而與此情形，甲之所成立之準強盜是否既遂？依照第(一)小題所述之三說，若改採「以行為人是否終局取得贓物之持有」的見解，將使行為人僅負未遂之責，因甲雖竊盜既遂，但並未終局取得財物持有；反之，若採「強暴脅迫是否達於難以抗拒」或「前財產犯罪是否既遂」之見解，則會使甲論以既遂之責。

(2)本文認為，於此仍應採取「前財產犯罪是否既遂」之見解，故甲為準強盜之既遂。主觀上，甲具有故意與脫免逮捕之意圖。

(3)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

(4)又，甲於犯準強盜時身上有攜帶兇器，如此一來是否得準用第 330 條第 1 項加重強盜罪之法定刑？此問題於過去有所爭執，然於釋字第 630 號解釋公布後，準強盜的犯罪能量已與強盜相同，因此，強盜的相關加重規定，於準強盜並無不得準用之理，故本題情形，甲亦應準用加重強盜罪之法定刑。

3.競合：依照不罰的前行為，此二行為侵害同一法益，論以準強盜罪即可充分評價其不法與罪責內涵。

(四)法院得經§300 變更起訴法條之程序後，為甲有罪之判決：

1.按最高法院 101 年台上字第 3920 號判決「法院之審判，固應以起訴之犯罪事實為範圍，然於不妨害事實同一之範圍內，苟無礙於被告防禦權之行使，仍得自由認定事實，適用法律。」意即法院之審理，僅受檢察官起訴之犯罪事實拘束，惟於同一犯罪事實之範圍內，被告應成立何種刑罰效果，本即屬法院之職權，不受檢察官起訴法條之拘束，故§300 規定「前條之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條。」即屬此法理之明文規定。

2.而§300 變更起訴法條之程序，依學說見解，尚須符合下列要件及程序：

(1)有變更起訴法條之必要。

(2)需在「犯罪事實同一」之範圍內，實務見解就此更認須限於「事實上同一」之範圍內，而不包含「法律上同一」之情形

(3)經變更起訴法條後，法院必須為有罪判決。此係因§300 規定之「前條之判決」是指§299 之有罪判決。

(4)法院應履行變更起訴法條之程序，包含：

①告知被告罪名之變更

因§95 I 規定訊問被告應告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。法院於踐行罪名變更的告知義務時，必須明確讓被告及其辯護人知悉新的罪名以便於防禦。惟實務見解咸認為，若法院已翔實為調查及辯論，不因未告知罪名變更即認妨礙被告訴訟防禦權之行使，未告知並無違法。

②給予被告辯明機會

此係為符合「§96 訊問被告，應與以辯明犯罪嫌疑之機會；如有辯明，應命就其始末連續陳述；其陳述有利之事實者，應命其指出證明之方法。§288-2 法院應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明力之適當機會。§290 審判長於宣示辯論終結前，最後應詢問被告有無陳述。」等相關法定程序之要求。

③判決書引用§300

④若未依上述程序，學說見解認為至少構成廣義判決違背法令(§377、§378)，亦可能因

告知義務之違反，影響被告答辯，非顯然於判決無影響(§380)。而剝奪被告辯明機會，則可能構成§155 II、§379 第 10 款和§379 第 11 款之判決當然違背法令。

(5)而關於變更之標準，通說採對被告罪為保護的「罪名款項說」，意即法院審理結果所認定之罪名，與檢察官所引之法條罪名有所不同，縱屬同一法條，若款項不同，仍應適用變更起訴法條程序。刑總的法條變更亦屬之。

3. 查本件原檢察官起訴應係認被告甲犯刑法第 320 條第三項之竊盜未遂罪，惟法院審理結果則認甲應係犯刑法第 320 條第 1 項之竊盜既遂罪，無論依「基本事實關係同一說」或「訴之目的與侵害性行為說」，皆可認仍屬同一犯罪事實之範圍內，法院即得本於其職權認定本件應屬竊盜未遂或既遂，不受檢察官起訴法條之限制，惟法院若欲變更檢察官之起訴法條為甲竊盜既遂罪之有罪判決，依學說見解，法院即應遵循告知被告罪名之變更、給予被告辯明機會、判決書引用§300 等程序，若未依上述程序，學說見解認為至少構成廣義判決違背法令(§377、§378)，亦可能因告知義務之違反，影響被告答辯，非顯然於判決無影響(§380)。而剝奪被告辯明機會，則可能構成§155 II、§379 第 10 款和§379 第 11 款之判決當然違背法令。