

刑法篇

主筆人：鏡台大

壹、考向說明

新制後律師司法官考試刑法部分的出題方向，相較於舊制已部分跳脫傳統爭點的考法，除了考生在平時閱讀不得不知的犯罪論爭點以外，額外分配些許刑罰論（例如：宣告型或沒收等等）的考點，而這些考點有時可從當年各校的研究所考題當中獲知大致的方向。因此，本文將從 2015 年台灣大學、政治大學、台北大學、中正大學及成功大學等校的刑法考題中，為大家整理出一些較為重要的爭點並解析，亦儘可能去除只會出現在研究所考試中的獨門暗器考題，以符合國考方向。

貳、爭點解析

（一）刑法總則

爭點一：錯誤理論（台大、北大）

今年度錯誤章節內的「結果提前發生的因果歷程錯誤」總共出現了兩次，雖算是刑總內較為進階的爭點，但仍有在國考中出現的可能性。有學者認為成立故意未遂與過失既遂想像競合、亦有學說認為成立故意既遂罪，另有區分說主張應該以提前發生的結果在行為人計畫中的預備或未遂階段而定，若在預備階段，儘可能成立過失犯；若在未遂階段，則成立故意既遂罪。

爭點二：預備犯（中正）

預備犯的爭點當中，最重要的是預備犯得否主張中止犯的問題。後一爭點除了在今年的中正大學考題中出現，歷年律師司法官考試當中也出現相當多次，考生必須特別留意。依照實務見解，著手後才能主張中止未遂，因此預備犯不得主張之；相對地，學說從目的解釋認為，應讓不法性較低的預備犯亦得類推適用中止犯的刑罰優惠。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

爭點三：未遂犯（政大、北大、成大）

未遂犯的爭點中就屬不能未遂與中止未遂最受出題者愛戴。刑法第 26 條不能未遂認定上有舊客觀危險說、具體危險說與重大無知說的爭論：舊客觀危險說在事後客觀的觀點認定是否具有發生犯罪結果的可能，並分類為絕對不能與相對不能；具體危險說則將客觀觀點提前至事前觀察，以行為人與一般人的標準認定是否具有侵害法益的危險；重大無知說則認為應以當代科學知識，結合行為人主觀對因果的想像綜合判斷，若行為人的想像脫離科學的因果法則，則成立不能未遂。

爭點四：自招危難（政大）

自招危難是否得主張緊急避難的爭議上，實務認為為了避免鼓勵犯罪，故意與過失自招危難接不得主張緊急避難；一般學說則以為應區分為二：若係事前預謀招致危難以主張緊急避難，應為權利濫用而不得主張之；若非事先預謀，則即使行為人出於故意或過失，應具體個案衡量行為人是否合乎緊急避難的要件。

爭點五：刑法第三十一條擬制共同正犯（台大、政大）

台大考題從刑法第 214 條係不法減輕或罪責減輕以測驗考生是否理解刑法第 31 條第 1 項與第 2 項的區分；政大則直接以實例題測驗考生本條的應用，考生亦可在論罪完後，在立法論的層次批評本條立法。

一般而言，身分犯的分則立法可以區分為純正身分犯與不純正身分犯：前者係指該身分為創設不法的事由，無此身分者及不可能成立該條犯罪，例如：瀆職罪章的犯罪。而若與有身分者共同實行犯罪者，應依第 31 條第 1 項將該無身分者擬制為共同正犯；相對地，不純正身分犯的身分僅為加重或減輕罪責的要素，一般而言均有一個普通規定存在，例如：普通殺人罪與殺害直系血親尊親屬罪。而若與有身分之人共同犯之，該無身分之人應依第 31 條第 2 項論以普通之刑。

爭點六：刑法第三條至第九條（台大）

台大刑法的 AB 兩卷不約而同出了刑法第 3 條至第 9 條的適用。一般而言，若題目提及外國人或外國地，在答案卷中應討論是否得適用我國刑法的問題，亦即應由第 3 條屬地原則、第 4 條格第犯、第 5 條保護原則、第 6 條與第 7 條屬人原則、第 8 條以及第 9 條複勘原則。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(二)刑法分則

爭點一：妨害自由罪章（台大）

台大今年的 AB 兩卷亦不約而同出了妨害自由罪章的犯罪，此種犯罪類型雖較為冷門，但仍有可能隱身在考卷的某個小爭點測驗考生的細心程度。考生需要注意分辨的是和誘與略誘的差異：僅有以強暴脅迫或詐術等違反被害人意願的方法為之，才有可能成立略誘。此外，若題目的被害人年齡低於二十歲或十六歲，應一併討論刑法第 240 條和誘罪與第 241 條略誘罪。

爭點二：強盜罪與準強盜罪（政大、成大）

準強盜罪的既未遂判斷上有眾多見解的爭論，實務見解（68 台上 2772 判例）認為，應以前行為竊盜罪或搶奪罪的既未遂作為認定標準；有學說認為應以是否至使難以抗拒為標準；亦有主張以是否建立自己持有支配為準；另有以為應以強暴脅迫手段是否完成為基準，在考試時應盡量將實務見解與通說見解呈現在答案卷中，始可能獲取高分。

爭點三：詐欺罪（台大、成大）

這兩年在詐欺罪章中最重要的考點應該在於第 339 條之 4 的新增訂。其中特別以制訂來處罰詐騙集團的第一項第二款「三人以上共同犯之」最具有考相。依據最高法院 76 年台上字第 7210 號判例見解，結夥三人之人數認定不包括共謀共同正犯，然而在本款的立法理由內明文應包括共謀共同正犯的計入，在答題時應特別點出此一爭點。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

刑訴篇

主筆人：睿律師

針對國家考試中刑事訴訟法這科的準備，除了熟悉傳統實務見解以外，對於近年學術研究上所關注的相關議題，也應多加留意，而若要了解近年學說上所關注的重要議題有哪些，最好的方法就是觀察近年的各校法研所考題。因此，本文將以 104 年台灣大學、政治大學、台北大學、東吳大學、成功大學、中正大學各校法研所考題中的刑事訴訟法考題為素材，就較為重要的幾個爭點進行學說與實務見解的介紹，希望能對各位讀者的國家考試準備有所幫助。囿於篇幅限制，本文只能挑出較具代表性的幾個爭點，並作精要式的整理，關於詳細的論述仍建議讀者自行參閱相關教科書、文章或判決。

爭點一、不正訊問方法之繼續效力（台大第一題）

(一) 爭點提出

國家機關對被告進行訊(詢)問時，使用不正訊問方法而取得被告第一次自白，其後再次進行訊(詢)問，雖未使用不正訊問方法，仍取得第二次自白，此時依不正訊問方法之繼續效力，第二次自白亦無證據能力。

(二) 學說見解

學說上指出，判斷關鍵在於先前之不正訊問方法對第二次自白之任意性有無影響，尤其在偵訊主體與情勢並無明顯變化之情形下，不可能期待被告不受先前不正訊問之影響。由於被告未必知悉先前不正訊問之法律效果，因此若國家機關欲主張先前之不正訊問並無繼續效力，應先積極排除先前不正訊問對自白任意性之可能影響，具體而言，第二次偵訊之人員應對被告踐行加重告知義務，以使被告明確了解情勢後再自行判斷是否陳述^{註1}。

(三) 實務見解

實務上認為，偵查中因案件由偵查輔助機關移送偵查機關而產生前後兩階段之自白時，其偵查中前階段（如：警察或調查機關調查時）之自白因違反任意性要件而被排除時，後階段（如：檢察官偵查）之自白是否亦受到污染而在排除之列（即學說上所稱「非任意性自白之繼續效力問題」），應取決於後階段之自

^{註1} 林鈺雄，〈刑事訴訟法(上)〉，2013年9月，頁197。

白是否出於被告之自由意思而定。若前階段使用不正方法而取得被告自白，其影響被告意思自由之心理強制狀態若延續至後階段偵查中，而與後階段偵查之自白具有因果關係者，則其非任意性自白之排除效力自應繼續延長至後階段之偵查中。被告於警詢時若受不正方法而自白，其自白之證據能力固應予以排除，惟其嗣後於檢察官偵訊時並未受不正方法而自白犯罪，且不能證明警詢時所受不正方法影響其意思自由之情狀已延續至檢察官偵查中，而與檢察官偵訊時之自白具有因果關係者，即不得任意排除其於檢察官偵訊時所為自白之證據能力。尤其檢察官若已合法踐行告知義務，提醒被告得保持緘默，無須違背自己意思而陳述者，被告再為內容相同之自白，則此次自白之任意性不因前階段不正手段而受影響，其非任意性自白之排除效力自應加以阻斷^{註2}。由此以觀，實務上雖承認非任意性自白可能產生繼續效力，但並未採納加重告知義務之見解。

二、手機搜索（政大第二題、成大第一題）

（一）爭點提出

偵查機關擅自打開被告(或第三人)之手機並查看其內之電子郵件，固屬一種基本權干預，惟此時問題在於，應將此視為何種類型之強制處分？搜索扣押抑或通訊監察？

（二）相關見解^{註3}

德國實務上認為，保全及扣押儲存於雲端業者之電子郵件，干預基本法第 10 條第 1 項之秘密通訊自由，蓋依現有科技，使用者無法完全阻隔雲端服務業者將電子郵件交付第三人，雲端服務業者或偵查機關仍有能力隨時接觸此類電子郵件，而由於有此科技上之缺陷，對於此類電子郵件，依然有秘密通訊自由保障之特殊需求。基此，保全及扣押儲存於雲端業者之電子郵件應屬通訊監察。惟學說上認為，國家所蒐集之資訊已被儲存於電腦內，此時並非正在通訊中，國家機關並未介入被告與他人之通訊，僅係扣押通訊後儲存之資料而已，此與通訊監察之性質根本不同。

^{註2}99 年台上字第 4905 號判決參照。

^{註3}何賴傑，〈論德國刑事程序「線上搜索」與涉及電子郵件之強制處分〉，《月旦法學雜誌》，第 208 期，2012 年 9 月，頁 230 以下。

三、偵查中未經具結之陳述（政大第一題、中正第二題）

（一）爭點提出

刑事訴訟法第 158 條之 3 規定「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。」本條在審判中應有適用，固無爭議，惟在偵查中有無適用，則有疑義，以下說明實務見解對此問題的發展。

（二）過去實務見解

過去實務上多認為，所謂依法應具結而未具結者，係指檢察官或法官依刑事訴訟法第 175 條規定，以證人身分傳喚被告以外之人（證人、告發人、告訴人、被害人、共犯或共同被告）到庭作證，或雖非以證人身分傳喚到庭，而於訊問調查過程中，轉換為證人身分為調查時，此時其等供述身分為證人，則檢察官、法官自應依本法第 186 條有關具結規定，命證人供前或供後具結，其陳述始符合第 158 條之 3 規定，而有證據能力。若檢察官或法官非以證人身分傳喚而以告發人、告訴人、被害人或共犯、共同被告身分傳喚到庭為訊問時，其身分既非證人，即與依法應具結要件不合，縱未命其具結，亦無違法可言^{註4}。

（三）最新實務見解

最高法院近年作成決議，針對檢察官非以證人身分傳喚而未命具結之情形進行補充，指出被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，因欠缺「具結」，難認檢察官已恪遵法律程序規範，而與刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項之規定有間。細繹之，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 93 年台上字第 6578 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 159 條之 2、第 159 條之 3 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^{註5}。

^{註4}97 年台上字第 2785 號判決參照。

^{註5}102 年第 13 次刑事庭決議參照。

四、對向犯之陳述有無補強法則之適用（政大第二題）

（一）爭點提出

依刑事訴訟法第 156 條第 2 項，被告或共犯之自白不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，此即所謂自白補強法則。本條所稱被告，包含被告本人及共同被告，而所稱共犯，則包含共同正犯及（狹義）共犯。本條之法理基礎在於，此等供述證據具有高度虛偽危險性，因此立法上特別降低其證明力而限制法官之自由心證，要求必須有其他補強證據加以佐證，始得採為裁判基礎。在刑法上，所謂對向犯係指二個或二個以上之行爲者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如：賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，實務上認為，因行爲者各有其目的，各就其行爲負責，彼此間無所謂犯意之聯絡^{註6}。在刑事訴訟法上，對向犯之供述有無補強法則之適用，實務上向來容有爭議。

（二）否定說

否定見解指出：刑事訴訟法所稱之「共犯」，固包括共同正犯、教唆犯及幫助犯；但其中所謂共同正犯，係指參與犯罪之數人，彼此間就犯罪之實行，有犯意聯絡及行爲分擔者而言。一般原得由一人單獨完成之犯罪，而由二人以上，基於彼此間犯意之聯絡，共同實行而分擔犯罪行爲之「任意共同正犯」，當然屬之；須有二人以上，共同參與實行，始能成立犯罪之「必要共同正犯」，苟其參與犯罪之數人係均朝同一目標實行之「聚合犯」，則彼此間非但有犯意聯絡，並有行爲分擔，自亦屬共同正犯。至二個以上之行爲人，彼此相互對立之意思經合致而成立犯罪之「對向犯」，因居於相互對立之對向關係，行爲者各有其目的，各就其行爲負責，彼此之間無所謂犯意之聯絡或行爲之分擔，本質上並非共同正犯，更非教唆犯或幫助犯，自無刑事訴訟法第 156 條第 2 項關於「共犯」自白補強性法則規定之適用^{註7}。

（三）肯定說

肯定見解則指出：證據之證明力，雖委由法官評價，然心證之形成，由來於經嚴格證明之證據資料之推理作用，通常有賴數個互補性之證據始足以形成確信，單憑一個證據則較難獲得正確之心證。尤其具有對向性關係之單一證據，如被害人與被告係立於相反之立場，其所述被害情形，難免不盡、不實；又如毒品交易之買賣雙方，買方為獲邀減刑寬典，不免有作利己損人之不實供述之

^{註6}81 年台非字第 233 號判例參照。

^{註7}98 年台上字第 5551 號判決參照。

虞。此種虛偽危險性較大之被告以外之人所為之供述，為避免其嫁禍他人，藉以發見實體之真實，除以具結、交互詰問、對質等方法，以擔保其真實性外，依刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定之意旨，自仍應認有補強證據之必要性；非別求其他證據，以增強其供述之憑信性，殊不足為認定被告犯罪事實之唯一依據。故事實審法院必須調查其他證據，以資審認，必至因其他證據之補強，已足令人確信該項供述為真實而無合理之懷疑時，始得據為對被告不利之認定^{註8}。

(四)最新實務見解—肯定說

對此爭議，最新實務見解指出，對向犯之一方所為不利於被告（對向犯之他方）之陳述，在本質上即已存有較大之虛偽危險性，為擔保其真實性，依刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定之同一法理，自仍應認有補強證據以證明其確與事實相符之必要性^{註9}。換言之，刑事訴訟法第 156 條第 2 項解釋上雖然不包含對向犯，但本於本條擔保供述證據證明力之同一法理，應認對向犯之陳述仍有補強法則之適用。

五、再審之發現新事實、新證據（北大第三題、東吳第四題）

(一)爭點提出

關於為受判決人利益之再審，刑事訴訟法第 420 條第 1 項總共列舉六款再審事由，其中最重要者莫過於第 6 款所謂「發見確實之新證據」。關於本款，修正前刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款僅規定「因發見確實之新證據，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」對此之解釋，實務見解與學說見解存有重大分歧。民國 104 年本條修正後，立法已將學說見解明文化，因此過去之爭議即可告一段落。向來實務上認為，依據本款聲請再審，必須符合新規性與確實性二項要件，以下分別說明其修正前與修正後之差異。

(二)新規性(嶄新性)

過去實務上向來認為，刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款及第 422 條第 3 款所稱新證據之意義，係指該項證據於事實審法院判決前已經存在，當時未能援用審酌，至其後始行發見者而言^{註10}，此稱新規性(嶄新性)。換言之，若事實審法院判決前尚未存在，而係判決後始行存在之新證據，即非屬之，自不得據以聲請再審。惟學說上對此提出嚴厲批評，指出此不僅於法無據，更會大幅提高開啓

^{註8}99 年台上字第 8228 號判決參照。

^{註9}104 年台上字第 183 號判決參照。

^{註10}72 年第 11 次刑事庭決議參照。

再審之門檻，對於冤案之救援顯然不利。

民國 104 年修正後，刑事訴訟法增訂第 420 條第 3 項，針對同條第 1 項第 6 款作出立法定義，規定「第一項第六款之新事實或新證據，指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據。」由此以觀，修正後立法上此已明文揚棄過去之實務見解，從此承認判決後始成立之新事實或新證據，亦得為聲請再審之事由。

(三)確實性(顯著性)

過去實務上認為，刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款所稱足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決，係指該項新證據本身單獨觀之，顯然足為受判決人有利之判決而毋須經過調查者，亦即就證據本身之形式上觀察，無顯然之瑕疵，可認足以動搖原確定判決者而言^{註11}。

民國 104 年修正後，第 1 項第 6 款修正為「因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」由此以觀，立法已揚棄前揭實務見解，明文承認新事實或新證據與先前之證據綜合判斷，足以動搖源確定判決者，亦得為聲請再審之事由。

^{註11} 32 年抗字第 113 號判例參照。