

# 《刑法與刑事訴訟法》

- 一、甲知道好友乙準備行竊某豪宅，豪宅有一頭兇惡的狼犬，不易入侵。甲暗中先將狼犬毒殺，但沒有告訴乙。兩天後，乙前往該豪宅行竊，沒有狼犬動靜，順利竊取許多財物。問甲成立何罪？(25分)

命題意旨	本題旨在測驗「片面幫助犯」是否具可罰性。除此問題之外，幫助犯之其他成立要件，諸如「因果關係」，也是本題的重點。
答題關鍵	本題重點十分明確，仍要提醒考生：凡是涉教唆、幫助之案例事實，必先就正犯行為加以說明。原因無他，蓋我國刑法於立法理由中已明示採取限制從屬理論，且此亦為我國學說通說，因此，若無正犯行為，共犯行為即無從附麗；答題時未就正犯行為予以確定，驟論共犯之行為是否成立犯罪，在邏輯上已失立足之地。 另外一個小小地雷是，本例中甲毒殺狼犬的行為除了可能是竊盜行為的幫助犯外，本身還可能會成立毀損罪。
高分閱讀	1.林山田，《刑法通論（下）》，十版。 2.甘添貴、謝庭晃，《捷徑刑法總論》，初版。 3.甘添貴，〈幫助犯之因果關係〉，《月旦法學雜誌第3期》。 4.黃惠婷，〈幫助行為與因果關係〉，《台灣本土法學雜誌第12期》。 5.陳志輝，〈想像競合的釐清作用〉，《月旦法學教室第38期》。

## 【擬答】

- 一、乙（竊盜正犯）之部分：

乙赴豪宅行竊得手，是否具加重竊盜（第321條第1項）之要件意題未明，惟依題旨，乙既已順利竊得諸多財物，則該行為構成第320條第1項之竊盜既遂罪應無疑問。

- 二、甲之部分

- （一）甲毒殺狼犬之行為，可能構成第354條毀損器物罪：

依意旨，本例中該狼犬係屬豪宅主人所有，在法律性質上他參養動物係他人所有之動產，因此為本條之適格行為客體。又甲毒殺狼犬致其死亡，應可認為致令該狼犬原本之機能喪失而達毀損之結果。因此，甲的行為成立本條之罪。

- （二）甲毒殺狼犬之行為，可能構成第320條第1項第30條第1項之幫助竊盜罪：

- 1.客觀不法構成要件：

(1)本例中竊盜罪正犯乙之行為達既遂之程度已如上述。即依第30條第1項前段之規定觀之，乙之行為既已逾著手實行階段，則甲之行為若合於其他幫助犯之要件，自得附麗於上而成立犯罪。

(2)甲於乙行竊之前（事前幫助）毒殺狼犬行為，係對於乙之竊盜行為提供物質上的助力，使乙得以或易於實現構成要件，係對正犯犯罪結果產生共同作用及提高正犯犯罪結果的成功率，此作用並持續到結果的發生，依照多數學說的看法，即可認定兩者間即具有因果關係。因此，該行為客觀上屬於本案中之幫助竊盜行為。

(3)惟乙對於甲毒殺狼犬以利其竊盜行為順利完成，並無所知。此等情形稱之為「片面幫助犯」。依照通說之見解，幫助行為只要對正犯行為具以上助力，即為已足，而不以幫助犯與正犯間具有心理接觸為必要。也就是說，與否定片面共同正犯不同，片面幫助犯按通說見解亦得成立幫助犯。因此，我國刑法第30條第1項後段即規定：「雖他人不知幫助之情者，亦同。」

- 2.主觀不法構成要件：

主觀上甲知悉乙將要從事竊盜行為，而其幫助行為將有助於該不法構成要件之實現，另一方面且甲對其行為既遂具有可能性有所認識並有意提供正犯幫助，因此具備了幫助犯的雙重故意。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

3.甲之行為，別無阻卻違法事由、亦無阻卻或減免罪責事由，故成立本條項之罪。

### 三、結論

1.乙之行為成立第 320 條第 1 項之竊盜既遂罪。

2.甲之行為成立第 354 條第 1 項之毀損器物罪、第 320 條第 1 項及第 30 條第 1 項之幫助竊盜罪。此兩罪名係由甲一行為所實現，由於兩個不法構成要件之間並不具有概念邏輯或不法內涵的從屬關係之情形，因此並非法條競合，應依第 55 條想像競合，即從幫助竊盜罪處斷之。

二、甲知道身上所剩無幾，卻又擺闊邀請友人吃海產，點吃昂貴的黑鮪魚大餐，計價八千元。結帳前，甲藉口到店外抽煙，逃之夭夭。留下五名氣憤而且無法結帳的朋友。問甲成立何罪？(25 分)

命題意旨	主要爭點有兩個部分：第一是對於詐欺罪成文要件與不成文要件的清楚掌握；其二則是有關財產犯罪中，有關侵害整體財產利益與個別財產利益兩種類型，在法益解釋上的差異，此即是刑法分則中法益解釋的重要原則。
答題關鍵	
高分閱讀	1.甘添貴，《體系刑法各論第二卷》，頁 287 以下。 2.黃榮堅，《刑法問題與利益思考》，頁 81。 3.林東茂，《危險犯與經濟刑法》，頁 99。

### 【擬答】

一、甲明知身上所剩無幾，卻又擺闊點吃昂貴的黑鮪魚大餐而後來逃之夭夭的行為，可能構成刑法第 339 條普通詐欺罪。

(一)首先這部份的討論暫時以甲自己吃掉的部分來討論，合先敘明。根據我國刑法第 339 條規定可知，普通詐欺罪的成立要件有三：行使詐術、使人陷入錯誤與使人為財物之交付三部分。

(二)在行使詐術與使人陷入錯誤的部分，甲今天如題所示，在自己明知身上所剩無幾的情況下，點吃昂貴的黑鮪魚大餐的行為，在客觀上已足以構成詐欺罪中「行使詐術使人陷入錯誤」之要件，以白白白喝的行爲來看，一進餐館點餐可以預想的是即有「將付費」的訊息傳遞，而餐館的經營者（也就是此處的法益受侵害者）也都會認定顧客有這樣的支付能力與意願，所以在本題中甲的點餐行為已足以該當行使詐術讓餐廳陷入錯誤的要件。在甲明知的前提下，而最後又真的逃之夭夭不付帳的情況，自足以該當此一主客觀構成要件。

(三)其次，使之為財物交付的部分在餐廳本身也因此將黑鮪魚大餐為「物之交付」，也因此造成餐廳本身受有財物（財產法益）的損害。依據前述之檢驗可知甲的行為該當於詐欺罪的構成要件要素，而又依本題題意觀之，似無任何阻卻違法與阻卻責任事由存在的情況，則甲系爭之行為應構成詐欺罪。

二、甲明知身上所剩無幾，卻又擺闊邀請友人吃昂貴的黑鮪魚大餐而後來逃之夭夭，留下五名無法結帳的朋友的行為，可能成立詐欺罪。

(一)此外，以甲沒有吃而是由其他五位友人吃掉的部分來討論。在此關於詐欺罪的討論，涉及到的是詐欺罪本身所保護的法益內涵究竟為何的問題，就這個部分來看，甲似乎與前述的行為相當雷同，一樣有所謂「行使詐術」、「使人陷入錯誤」與「使人為財物交付的行為」，但是在這裡卻不同於前述的討論，原因在於所謂的詐欺罪，這樣一種侵害整體財產利益之財產犯罪，必須存在「確定性的財產法益的侵害」罪名始得成立，而在這個部分，就五名友人所食用的部分，縱然當場無法結帳，但在題意未見五名友人堅決不願意付款的情況下，也未必將使餐廳的財產法益確定性的受損，而不同於顯然無付款意願逃之夭夭的甲之前述情況。

(二)或有論者認為本題情形甲至少製造了一種非自願性的財物處分（五名友人得事後付款），亦足以構成本罪，但多數見解多認為這種說法實混淆了財產法益與自由法益兩者，在未有財產法益受損的情況下，不成立本罪。



三、刑事訴訟法第 88 條之 1 規定：檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：一、因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者（第 1 項第 1 款）。……前項拘提，由檢察官親自執行時，得不用拘票；由司法警察官或司法警察執行時，以其急迫情況不及報告檢察官者為限，於執行後，應即報請檢察官簽發拘票。如檢察官不簽發拘票時，應即將被拘提人釋放（第 2 項）。試依上開規定詳答：

- (一)何謂現行犯？何謂準現行犯？上開第 1 款所規定之「現行犯」有無包含「準現行犯」在內？(10 分)
- (二)何謂「情況急迫」？何謂「不及報告檢察官」？(15 分)

命題意旨	本題重點在於於無令狀逮捕之情形，考生須將相關條文逐一列舉、說明條文內容，並輔以學理論述，將答案完整呈現，始能獲得高分。
答題關鍵	

#### 【擬答】

- (一)現行犯逮捕之意義：係指以直接強制力而限制現行犯之人身自由，性質上屬無令狀拘捕。
- 狹義現行犯：犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯（刑事訴訟法第 88 條第 2 項）。
  - 準現行犯：以現行犯論（刑事訴訟法第 88 條第 3 項）
    - 被追呼為犯罪人者。
    - 因持有兇器、贓物或其他物件，於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。
  - 現行犯任何人均得加以執行。
  - 緊急拘捕
    - 意義：檢察官、司法警察（官）。因偵查犯罪，具備法定急迫原因而不及事先報請簽發拘票，暫時先予拘捕被告之強制處分（刑訴 88 之 1）
    - 因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者，得予以緊急拘捕。此現行犯應否包括準現行犯在內？
      - 否定說：保障人權，不使受處分人易受無令狀拘捕之基本權干預，故採從嚴解釋。
      - 肯定說：以有急迫性為準，不論是現行犯或是準現行犯，只要有急迫性，如有逮捕必要，亦可為之。
      - 實務通說：採肯定說，蓋因緊急拘捕重在急迫性，故實務不論現行犯或準現行犯之供述，只要有事實足認為共犯嫌疑重大者，得予以緊急拘捕。指逮捕現行犯後，該嫌犯所供述之共犯，且根據其他資料，客觀上足認為此共犯確屬嫌疑重大者（參照檢察機關辦理刑事偵查及執行案件進行注意事項第十五項）。所謂現行犯供述之共犯，應指現行犯之共同正犯而言，幫助犯參與犯罪實施中之幫助行為，亦可以現行犯處理，可予緊急逮捕。至於教唆犯本為正犯實施犯罪行為為前之另一獨立犯罪行為，自不發生不及報告檢察官之急迫情形，應非緊急逮捕對象。另有事實足認為共犯嫌疑重大者，應以客觀上有事實足認為確有共犯之重大嫌疑，而不能僅憑現行犯之供述，以免攀誣陷害，或故作不實虛偽供述。
- (二)何謂「情況急迫」？何謂「不及報告檢察官」
- 情況急迫：實務並未對情況急迫為解釋，為部分實務認為，所謂情況急迫應適用美國法上之『熱追緝』法理，除在公共場所追緝犯罪嫌疑人至犯罪嫌疑人家中，得無令狀緊急拘捕外，凡有相當理由認為在內有犯罪情形，且情況急迫不及聲請令狀，均得適用此法理，惟時間間隔過久即不適用。故情況急迫，係指如不及時拘提，人犯即有逃亡之虞或偵查犯罪顯有重大困難者而言。
  - 不及報告檢察官：急迫情況不及報告檢察官者，係指檢察事務官、司法警察官或司法警察遇有法定情況急迫情事，而不及報告檢察官簽發拘票者而言。惟距離事發時間不得時間間隔過久。



四、甲係某大學法律系畢業，在 A 公司擔任法務人員，A 公司負責人乙因該公司之債務糾紛與 B 公司負責人丙起爭執互毆，乙憤而持槍射殺丙，丙經及時送醫倖未死亡，乙臉部亦受有擦傷。乙經警方逮捕移送檢察官訊問後，聲請法官裁定將乙羈押。試問：

(一) A 公司及乙可否分別選任甲為告訴代理人或自訴代理人，對 B 公司及丙提起詐欺、傷害告訴及自訴？何故？(10 分)

(二) 乙就所涉槍擊丙之刑事案件，經檢察官以殺人未遂罪嫌及非法持有槍械罪嫌起訴後，審判中甲經審判長許可被選任為乙之辯護人，則甲可否以辯護人身分赴羈押處所接見乙？(8 分)

(三) 承上述(二)，乙被提起公訴後，可否於審判程序中反訴丙傷害、詐欺？(7 分)

命題意旨	本題重點在於公訴與自訴程序適用之差異。
答題關鍵	

### 【擬答】

(一) A 公司及乙可否分別選任甲為告訴代理人或自訴代理人，對 B 公司及丙提起詐欺、傷害告訴及自訴？

1. 刑事訴訟法第 236 之 1：告訴得委任代理人行之。故告訴代理人未限制僅能以律師身分之人為其代理人。
2. 刑事訴訟法第 37 條第 2 項：自訴人應委任代理人到場。但法院認為必要時，得命本人到場。自訴之代理人應選任律師充之。
3. 刑事訴訟法第 319 條第 2 項：犯罪之被害人得提起自訴。但無行為能力或限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之，自訴之提起，應委任律師行之。
4. A 公司有告訴人之資格，故得委任他人擔任告訴代理人。惟乙如欲提出自訴，依據上開規定，需委任律師為其自訴代理人。甲得為 A 公司之告訴代理人對 B 公司提出詐欺之告訴，惟不得擔任乙之自訴代理人提出訴訟，避免自訴程序因無律師為自訴代理人，而導致訴訟程序拖延難以順利進行。

(二) 審判中甲經審判長許可被選任為乙之辯護人，則甲可以辯護人身分赴羈押處所接見乙

1. 辯護人之選任：

被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。被告或犯罪嫌疑人之法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親或家長、家屬，得獨立為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人。被告或犯罪嫌疑人因智能障礙無法為完全之陳述者，應通知前項之人得為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人。但不能通知者，不在此限。(90 台上 6305 決、90 台上 6970 決) 每一被告選任辯護人，不得逾三人。辯護人應選任律師充之。但審判中經審判長許可者，亦得選任非律師為辯護人。

2. 審判中甲經審判長許可被選任為乙之辯護人，則甲可以辯護人身分赴羈押處所接見乙。

(三) 自訴得提反訴，公訴之原告為檢察官，不得提起反訴

1. 自訴之反訴：

(1) 提起自訴之被害人犯罪，與自訴事實直接相關，而被告為其被害人者，被告得於第一審辯論終結前，提起反訴。被害人對於被告所犯之罪，如在自訴範圍以內者，自許可被告利用此項程序，提起反訴，惟以自訴由被害人提起者為限，否則被害人並非居於原告之地位，自無反訴可言。89 年新增反訴之要件—『應與自訴事實直接相關』為限，以防濫訴。

(2) 提起反訴要件：

- ① 提起自訴之被害人犯罪，而自訴被告為其被害人。
- ② 反訴原告需為自訴案件之被告（原被告地位互易）。
- ③ 需於自訴案件第一審言詞辯論終結前提起。
- ④ 反訴需符合得自訴之規定。
- ⑤ 需與自訴事實直接相關。

2. 本題乙被提出公訴後，因公訴之原告為檢察官，故不得對檢察官提起反訴。

