

# 《刑法與刑事訴訟法》

一、甲為 A 公司離職員工，對老闆懷恨在心，想以放火方式報復。甲找上乙幫忙放火，兩人約定事成之後，甲將給付酬勞二萬元。某日晚間 11 時許，乙提汽油桶去 A 公司旁的廠房放火，乙把汽油潑灑於廠房牆上，用打火機點火，因為太緊張，一直無法引燃汽油，此時剛好保全人員丙巡邏經過，乙擔心被發現，遂作罷而離去。事隔三日，乙再度於深夜提汽油桶要去放火，這次乙看到廠房旁堆了木材，打算將汽油潑灑於木材上，但汽油才剛潑灑一半，立即被丙發現。丙出聲制止並徒手朝乙的背部與頸椎毆打數拳，乙被打後摔倒在地，因頸椎被毆而傷及脊髓神經，導致下肢癱瘓。試問：

(一)甲、乙之刑責為何？(20 分)

(二)丙之刑責為何？(10 分)

命題意旨	本題的考點都很基本，主要是未遂犯的審查流程，其中涉及「著手」判準的操作，以及中止未遂的檢驗。違法性與罪責部分也是命題重點，正當防衛或緊急避難都可以拿來檢討，最終都會落入寬恕罪責事由當中。至於參與部分，甲究竟是共同正犯抑或教唆犯必須簡要說明，此外還有一個放火罪與毀損罪競合的小考點。
答題關鍵	甲乙部分寫法可大可小，尤其未遂犯中有前後兩個行為作參照，便要突顯當中的不同。筆者建議第一個行為解成立未遂犯，並詳細說明著手的判斷方式與中止未遂的思考流程；第二個行為解不成立未遂犯，並簡要說明未達著手即可。另外大家會遺漏的是有關「毀損建築物未遂罪」的存在，以致於連帶漏掉了競合部分的問題。 丙的部份也是可大可小，因為針對社會法益的放火罪無從討論正當防衛，只能探討緊急避難；至於針對個人法益的毀損建築物罪則可以檢驗正當防衛，並帶到「現在性」的爭執。鑑於兩條路徑最終都將導向寬恕罪責事由的審查，筆者建議走正當防衛路線，可以表達的爭點會更多。
考點命中	《高點刑法講義第二回》，易台大編撰，頁 21-24、頁 27-35、頁 37、頁 83-90。 《高點刑法講義第七回》，易台大編撰，頁 61。

## 【擬答】

(一)就甲、乙之刑責，分析如下：

- 乙第一次放火，雖已潑灑汽油，卻因緊張無法引燃而作罷之行為，成立刑法（以下同）第 174 條第 4 項的放火未遂罪。
  - 客觀上公司廠房並非住宅，且經驗上夜間廠房應無人在其中，該當本罪「**現未有人所在之他人建築物**」。惟乙因緊張並未成功引發火勢，無法滿足「**放火**」行為，故客觀構成要件不該當。
  - 就未遂犯而言，主觀上乙有實現本罪的認知以及意欲，至於客觀上是否達到著手程度，仍有待檢驗。關於著手判斷標準素有形式客觀說、實質客觀說與主客觀混合說之爭，形式客觀說被批評認定時點過晚，無法有效保護法益，而實質客觀說與主客觀混合說僅有擷取背景的不同，判斷上則一致採取「**是否與構成要件行為具有密切關聯性？**」之標準。按此標準，甲既已將汽油潑灑在廠房牆上，並有以打火機點燃之動作，該舉動與放火行為間**無從介入其他有意義的中間行為**，且**對保護客體形成直接危險**，具備密切關聯性而該當著手。職是之故，本罪構成要件該當。
  - 乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。
  - 乙擔心被保全人員發現而離去，是否得主張第 27 條第 1 項中止未遂之減免，審查如下。首先按中止臨界理論，乙的實行行為尚未完成，屬於**未了未遂**；再者，乙放棄犯罪行為可該當**中止行為**。然而乙中止之動機是避免被保全發現，無論依據通說主張的主觀說或實務採取的客觀說，**均非自願性動機而不該當「己意」要件**，無從適用中止未遂之減免。
- 乙前述行為，成立第 353 條第 3 項的毀損建築物未遂罪。
  - 客觀上公司廠房屬於「**他人建築物**」，惟乙因緊張而無「**毀壞**」行為，故客觀構成要件不該當。
  - 就未遂犯而言，主觀上乙有實現本罪的認知以及意欲，且客觀上已經著手（同前，不再贅述），本罪構成要件該當。
  - 乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。同前所述，乙無從適用中止未遂之減免規定。

3. 乙第二次放火，僅潑灑汽油於木材即被阻止之行為，不成立第 174 條第 4 項的放火未遂罪。
- (1) 客觀上乙因緊張並未成功引發火勢，無法滿足「放火」行為，故客觀構成要件不該當。
  - (2) 主觀上乙有實現本罪的認知以及意欲，惟潑灑汽油與放火行為之間，依然可介入「點燃」這個有意義的**中間行為**，僅潑灑汽油尚未對保護客體形成直接危險，故乙未達著手而不成立未遂犯。
4. 甲找乙放火並給付酬勞之行為，成立第 174 條第 4 項放火未遂罪的教唆犯。
- (1) 甲找乙幫忙放火雖然是爲了自己想報復老闆，按實務採取的**主客觀擇一標準說**應爲共同正犯(25 上 2553 例參照)，然依據通說主張的**犯罪支配理論**，甲既然沒有支配犯罪之成立，僅屬第 29 條惹起他人犯意之教唆犯。
  - (2) 客觀上甲有教唆行為，並從屬於正犯乙的放火未遂不法；主觀上甲對前述事實有教唆故意與教唆既遂故意，構成要件該當。甲又無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。
5. 甲找乙放火並給付酬勞之行為，成立第 353 條第 3 項毀損建築物未遂罪的教唆犯。
- 客觀上甲有教唆行為，並從屬於正犯乙的毀損建物未遂不法；主觀上甲對前述事實有教唆故意與教唆既遂故意，構成要件該當。甲又無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。
6. 結論：乙同一行為成立放火未遂罪與毀損建築物未遂罪，實務向來認爲放火吸收毀損(29 上 2388 例參照)，惟通說主張兩罪保護法益顯然有別，**應按第 55 條論以想像競合**。甲同一行為成立放火未遂罪與毀損建築物未遂罪的教唆犯，**按第 55 條論以想像競合**。
- (二) 丙毆打乙導致下肢癱瘓之行為，成立第 278 條第 1 項的重傷罪，但得按防衛過當減免其刑。
1. 客觀上，下肢癱瘓該當第 10 條第 4 項第 4 款的「**毀敗或嚴重減損一肢以上之機能**」，乃是重傷，丙之行為是重傷結果所不可想像不存在之原因，且製造並實現風險；主觀上丙明知前述事實卻仍有意爲之，構成要件該當。
  2. 違法性：丙可否主張第 23 條本文正當防衛阻卻違法，審查如下。客觀上乙對於他人財產法益即將有不法侵害，雖然實務主張侵害必須發展到**着手階段**始符合現在性要件(99 台上 5562 決參照)，惟通說採取**有效理論**，只要進入能有效防止侵害的時點已足。按通說見解，本案例確實具有現在不法侵害。丙重傷乙係足以排除侵害的防衛行為，該當手段**實效性**，但似乎並非最小侵害手段而違反**必要性**(可以選擇普通傷害、妨害自由等更輕微的手段)，無從主張正當防衛阻卻違法。
  3. 罪責：丙可否主張第 23 條但書防衛過當寬恕罪責，審查如下。客觀上丙違反手段必要性已如上所述，主觀上對此寬恕罪責事實知悉並有意爲之，故可主張防衛過當寬恕罪責，雖依舊成立本罪，卻得減免其刑。

- 二、甲犯殺人未遂、強盜、恐嚇取財及搶奪等四罪，經檢察官分別向 A 法院起訴殺人未遂及恐嚇取財罪；向 B 法院起訴強盜及搶奪罪。案經法院審判結果均成罪，A 法院對甲宣告殺人未遂罪處有期徒刑 18 年、恐嚇取財罪處有期徒刑 3 年，合併應執行有期徒刑 20 年；B 法院宣告強盜罪處有期徒刑 8 年、搶奪罪處有期徒刑 2 年，合併應執行有期徒刑 8 年 10 個月。裁判確定後，因甲所犯之罪屬數罪併罰，檢察官乃向 B 法院聲請更定期刑，B 法院裁定甲應執行有期徒刑 29 年。試問：
- (一) A 法院對甲所犯殺人未遂部分，宣告有期徒刑 18 年，其刑度如何而來？(15 分)
  - (二) B 法院更定甲應執行刑為有期徒刑 29 年，是否正確？申論之。(15 分)

命題意旨	單純針對刑罰論的考題，雖不是十分困難，卻難得一見。第一題是針對「得減輕其刑」的操作，要留意刑罰減輕的相關條文；第二題則是數罪併罰更定期刑與限制加重原則的操作，要留意是直接以宣告刑作為重新更定的基礎。
答題關鍵	相信大家對考出那麼刑罰論的東西始料未及！這也突顯出準備考試應該是要地毯式的閱讀與理解，夜路走多了難免碰到鬼。說實在的，本題雖有隱藏考點但並不艱深，關鍵還是對刑罰論條文的熟悉程度，倘若應考時還要花時間翻閱條文一一確認的話，就算是送分題也可能變成失分所在。
考點命中	《高點刑法講義第五回》，易台大編撰，頁 55-56。

### 【擬答】

(一) A 法院就甲所犯殺人未遂部分，宣告有期徒刑 18 年，其刑度之緣由說明如下：

1. 依刑法(以下同)第 25 條第 2 項規定：「未遂犯之處罰，以有特別規定者爲限，**並得按既遂犯之刑減輕之。**」今第 271 條殺人罪於第 2 項有未遂犯處罰之特別規定，其刑度乃得按既遂犯之刑減輕，故應先求得殺人既遂罪之法定刑。

- 2.第 271 條第 1 項殺人罪之法定刑為「死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑」，其中有期徒刑是指 2 月以上、15 年以下之自由刑（參見第 33 條），因此本罪有期徒刑是 10 年以上、15 年以下。
- 3.殺人未遂得按殺人既遂之刑予以減輕，依據第 64 條第 2 項、第 64 條第 2 項與第 66 條之規定，死刑得減為「無期徒刑」；無期徒刑得減為「15 年以上、20 年以下有期徒刑」；有期徒刑但無免除其刑之規定者，得減輕至二分之一，故最多得減為「5 年以上有期徒刑」（至於最高度並不會受到影響，因為僅是「得」減輕，並非「應」減輕）。綜上所述，減輕後的有期徒刑乃是「5 年以上、20 年以下」。
- 4.職是之故，A 法院得在 5 年以上、20 年以下有期徒刑的處斷範圍內，就甲所犯殺人未遂部分宣告有期徒刑 18 年。

(二)B 法院更定甲應執行刑為 29 年有期徒刑乃是正確的，分析如下：

- 1.依據第 53 條規定：「數罪併罰，有兩裁判以上者，依第 51 條之規定，定其應執行之刑。」這是指數罪不在同一刑事訴訟程序合併審判，而是經分別或先後裁判確定且尚未執行之情形。此時應就兩個確定裁判內的所有宣告刑，依據第 51 條合定出一個應執行刑。
- 2.按第 51 條第 5 款：「宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾 30 年。」此乃限制加重的併罰原則。兩個確定裁判所涉及的宣告刑分別為 18 年、3 年、8 年與 2 年有期徒刑，以 18 年作為其最低度，各刑合併為 31 年逾越但書規定，故以 30 年作為最高度。因此處斷範圍係「18 年以上、30 年以下有期徒刑」。
- 3.職是之故，B 法院得在 18 年以上、30 年以下有期徒刑的處斷範圍內，更定甲應執行刑為 29 年有期徒刑，案例情形乃屬正確。

《參考資料：林山田，《刑法通論（增訂 10 版）》，頁 366-367；林鈺雄，《新刑法總則（2006）》，頁 592。

三、甲在某連鎖飯店集團乙所分設的 A 公司飯店與友人餐敘，因酒後亂性，毆打飯店員工丙，並砸毀飯店內酒櫃及名酒後，駕車逃離現場，丙經送醫救治，因腦部受撞擊而陷入昏迷。甲駕車逃離飯店途中因緊張且受酒精影響，無法專注駕駛，撞及前方丁所騎乘之機車，致丁摔地，遭後方急駛而來之車輛輾斃。甲肇事後駕車逃逸，躲藏於友人戊所投宿之某汽車旅館。翌日凌晨，警察持搜索票前往該旅館查緝旅客吸食毒品，查獲甲與戊涉嫌施用安非他命，當場扣得甲所持有之安非他命及吸食器，乃將 2 人逮捕，押回警局調查，查悉甲同時涉及前開犯行，遂將甲與戊解送地檢署，經檢察官訊問後，以甲酒後肇事逃逸，有逃亡之虞向法院聲請羈押。試問：

(一)飯店集團乙以其 A 分公司及分公司經理 B 之名義對甲毀損飯店內酒櫃及名酒提出告訴，該告訴是否合法？（5 分）

(二)丙陷入昏迷，經查其成年已婚，父母雙亡，配偶 C 行方不明，僅有一就讀大學之子 D。D 於偵查中經檢察官依職權指定為代行告訴人，並表示要提出告訴，該告訴是否合法？（10 分）

(三)甲之辯護人 E 於法院審理羈押時抗辯稱：甲因涉嫌施用毒品而被逮捕，檢察官卻以酒後肇事逃逸罪嫌聲請羈押，此部分罪嫌並未經合法逮捕。其抗辯是否有理由？（15 分）

命題意旨	1.有關刑事訴訟法上合法告訴人地位。 2.羈押之拘捕前置原則。
答題關鍵	考生應對刑事訴訟法程序問題熟悉，此為刑事訴訟法基本之概念架構。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義第五回》，邢政大編撰，偵查開始（告訴人）。 《高點刑事訴訟法講義第三回》，邢政大編撰，強制處分（羈押）。

#### 【擬答】

(一)乙集團為獨立法人格，得為因犯罪直受有損害之犯罪被害人，而分公司經理因分公司無獨立法人格，因此不得為告訴人

1.告訴權人：即有權提出告訴之人，告訴權是專屬權，專屬於被害人一身，原則上不得移轉或繼承。依照刑事訴訟法第 232 條規定，犯罪之被害人，得為告訴。而所謂犯罪之被害人係指因犯罪而直接受有損害之人，倘因犯罪間接受影響者，非犯罪直接被害人（20 上 55）。

而所謂『直接受有損害之人』係指犯罪當時法益直接受到侵害，不得回溯（56 台上 2361）依據提出告訴人主觀陳述，只要其所陳述「如果屬實」，依照實體刑法足認其直接受害即可，至於實際上是否直接受害，

不影響犯罪被害人之認定。「人」包括自然人及法人，未具有法律上人格之非法人團體，不得為犯罪被害人，若其成員之自然人直接受害，應以該自然人為犯罪之被害人。(86 台上 4411、27 上 1410、82 台上 2043)

2. 分公司並無獨立法人格，需以總公司名義並列代表人姓名提出告訴，分公司經理 B 於訴訟程序尚僅得為告訴代理人。

(二) 檢察官指定代行告訴人

1. 代行告訴人 (刑訴 236)：告訴乃論之罪，無得為告訴之人或得為告訴之人不能行使告訴權者，該管檢察官得依利害關係人之聲請或依職權指定代行告訴人，但不得與被害人明示意思相反。
  - (1) 得為告訴之人不能行使告訴權：告訴權人因罹患重病、心神喪失或無意思能力等因素，致無法提出告訴者。
  - (2) 無得為告訴之人：提出合法告訴之前，因有告訴權人死亡、失蹤或其身分關係消滅，致根本無得為告訴之人 (20 院 527、25 院 1524)
2. 本題甲對乙為傷害之犯行，為告訴乃論之罪，因無刑事訴訟法第 232 至 235 之告訴人，因此檢察官得指定代行告訴人。

(三) 本題辯護人 E 以違反拘捕前置原則之抗辯，請求不能將被告予以羈押應有理由

1. 羈押係指將被告拘禁於一定場所 (看守所)，防止被告逃亡及保全證據，以完成訴訟並保全刑事程序為目的之強制處分。偵查中羈押應遵守拘捕前置原則，必須先經合法拘提逮捕程序始得聲請羈押，否則羈押聲請即不合法。依照刑訴規定，司警 (官) 並無逕向法院聲請羈押被告之權限，必須透過檢察官始能為之，其處置程序，會因被告是否經過拘捕而有不同。
2. 法官決定羈押被告需有「羈押之原因」及「羈押之必要」為其考量依據，因此被告須先經拘提或逮捕等程序，檢察官才有可能做出此一判斷進而向法院聲請羈押。所以對於未經拘提逮捕到案的被告，檢察官不得向法院聲請羈押之，稱為「拘提逮捕前置原則」。基於此原則更進一步導出，拘提逮捕的犯罪事實必須與聲請羈押之犯罪事實同一。
3. 本題某甲涉嫌施用毒品遭逮捕，並因毒品案件逮捕到案，則檢察官以酒後駕車逃逸罪嫌之犯罪事實向法院聲請羈押，應有違『拘捕前置原則』之要件，故辯護人 E 抗辯應有理由。

四、甲涉嫌殺人被提起公訴。準備程序期日，甲未選任辯護人，審判長亦未指定辯護人為甲辯護，受命法官仍對到庭之人行準備程序。審判期日，公設辯護人到庭為甲辯護。調查證據時，檢察官聲請傳喚之證人乙到庭，檢察官為主詰問時為誘導詰問，公設辯護人及被告未聲明異議，審判長亦未依職權限制或禁止檢察官詰問。其後，審判長依職權傳喚之證人丙亦到庭，審判長訊以：「你當時看到被告站在何位置？」顯有誘導之嫌，但雙方當事人未聲明異議。最後，公設辯護人聲請傳喚之證人丁到庭，審判長對丁告知其先前於警詢及偵查中筆錄內之陳述，再訊問丁對該筆錄內容有無意見，但未讓公設辯護人及被告詰問，公設辯護人及被告亦未聲明異議。法院最後以證人乙、丙及丁之證言及其他證據，判處甲罪刑。試評論本件準備程序及判決採證之合法性。(30 分)

命題意旨	本題考點在於：1. 強制辯護案件，於準備程序時是否應辯護人到庭方能進程序。2. 交互詰問規則之違反證據之證據能力。3. 法官取證程序違法，被告有無任何異議權。4. 傳聞法則之問題。
答題關鍵	本題涉及被告之辯護依賴權及證據法則，因本題考點較多，故考生作答均須扣緊爭點逐一依照條文對於本題之爭議為論述。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義第一回》，刑政大編撰，辯護人單元。 《高點刑事訴訟法講義第四回》，刑政大編撰，證據單元。 《高點刑事訴訟法講義第六回》，刑政大編撰，審判程序交互詰問及異議單元

【擬答】

(一) 本件為強制辯護案件，法院未經辯護人到庭行準備程序是否適法？

1. 辯護人功能在於宣示「發現真實並非刑事訴訟唯一之目的」，一方面辯護制度形成發現真實之界限，另一方面辯護制度可能有助於真實發現。本題為殺人案件，係屬強制辯護案件，非經被告辯護人到庭，法院不得審判。
2. 按刑事訴訟法第 31 條第 1 項規定：「最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護；其他

審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認有必要者，亦同。」因我國現行刑事訴訟之當事人係指檢察官及被告，檢察官代表國家實行公訴，富有豐富法學知識及經驗，為充實被告防禦力量，確保被告當事人地位對等，故設此辯護制度，而最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述案件等案件類型，係因有特別須經辯護人保護之必要，因此設置強制辯護案件之種類；凡強制辯護案件，非經辯護人到庭不得審判，觀刑事訴訟法第 284 條自明。

3. 惟審判是否包含準備程序，仍有爭議，然依法條規定以觀，審判程序僅指審判期日之程序，但若從上述被告辯護依賴權，以及維護被告與檢察官地位之對等，準備程序需針對證據能力有無之法律意見為爭執，仍應認為強制辯護案件應有辯護人到庭，方能進行準備程序，較為保障被告之辯護權之旨，故本題未經辯護人到庭逕行準備程序並不妥適。

(二) 主詰問不得為誘導，被告及辯護人得表示異議，如未異議，恐讓證人之證詞有證據能力。

1. 主詰問係就待證事項及其相關事項以及為爭辯證人、鑑定人供述證明力所必要之事項所為之詰問（刑訴 166-1 條）。於主詰問階段，乃在釐清爭點，使主詰問者聲請傳喚之受詰問人儘速且明確地就待證事實為陳述，且受詰問者通常為主詰問者之友性證人，容易迎合詰問者之意思而為陳述，因此於主詰問或覆主詰問時，須特別禁止與本案無關之詰問、責難性詰問、重複性詰問與誘導詰問。惟例外時仍得為誘導詰問者，例如：進入實質性詰問前有必要先行知悉證人、鑑定人身分、人際關係等之事項；訴訟關係人間顯無爭執之事項；喚起證人、鑑定人記憶所必要之事項；證人、鑑定人對主詰問人有敵意或反感之事項；證人、鑑定人有意迴避或不明確回答之事項；證人、鑑定人翻供或有相異陳述時，就其所為陳述之事項；為確定人或物之同一性之事項及其他經審判長許可，有必要以誘導詰問發現真實之特別事項（刑訴 166-III）。

2. 誘導詰問乃指詰問者對供述者暗示其所希望之供述內容，而於「問話中含有答話」之詰問方式。就實務經驗而言，由當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請傳喚之證人、鑑定人，一般是有利於該造當事人之友性證人。因此，若行主詰問者為誘導詰問，證人頗有可能迎合主詰問者之意思，而做非真實之供述。故而，原則上在行主詰問時不得為誘導詰問。

3. 而主詰問如為不合法之誘導者，則可依照刑訴第 166 之 7 條規定及第 167 條之 1 規定表示異議。但本題辯護人及被告均未提出異議，該人證乙證據取得過程已經具結及完成交互詰問者，證據能力即未遭排除。

(三) 法院得依職權調查證人丙，如有調查證據之違誤，當事人亦有異議權，但如未異議，恐讓證人之證詞有證據能力。

1. 依刑訴第 163 條第 2 項前段之規定，法院為發見真實，得依職權調查證據。因此，於法院依職權傳喚證人、鑑定人時，該證人、鑑定人具有何種經驗、知識，所欲證明者為何項待證事實，自以審判長最為明瞭，應由審判長先為訊問，此時之訊問相當於主詰問之性質，而當事人、代理人及辯護人於審判長訊問後，接續詰問之，其性質則相當於反詰問。至於當事人、代理人及辯護人間之詰問次序，則由審判長本其訴訟指揮，依職權定之。為發見真實，證人、鑑定人經當事人、代理人或辯護人詰問後，審判長仍得續行訊問，。

2. 因此法官亦有職權調查證人丙之權利，惟法官若職權調查證據或是在訴訟指揮有違誤之處，當事人、代理人、辯護人亦得依照刑訴第 288 之 3 表示異議，惟本題雙方當事人均未異議，故法院職權調查證人丙亦有證據能力。

(四) 本題證人丁警詢及偵訊筆錄有無證據能力，依照傳聞法則規定論述之。

1. 傳聞法則係指傳聞證據應該無證據能力之法則，惟行事訴訟法亦有規定有傳聞法則之例外。依照刑訴 159-5 同意及擬制之例外(1)明文同意：被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。(2)擬制同意：當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。按傳聞法則的重要理論依據，在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，乃予排斥。惟若當事人已放棄對原供述人之反對詰問權（已放棄反對詰問權說），於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，此時，法院自可承認該傳聞證據之證據能力。

2. 本題證人丁於警詢及偵訊之陳述為審判外之陳述，原則上應無證據能力，惟本題辯護人及被告均未表示異議，恐有因 159 條之 5 擬制同意之例外情形。惟此條文對於被告權利侵害甚鉅，導致傳聞之例外多於原則，有違規範傳聞法則排除傳聞證據之證據能力之意旨，故有學者咸認，應修正刪除該例外條文，較能保障被告之權益。

五、甲經營傳統相館生意已久，因數位化浪潮決定結束營業，卻忘記將外牆看板拆除。該看板 10 年前雖係依法令設置，但其間未曾進行檢查維護，支架早已嚴重鏽蝕鬆脫。某日凌晨，甲被門外巨響驚醒，起身查看發現原來是自己的看板落下砸中路人 A 頭部，A 當場陷入昏迷。甲此時才想起這個看板，見四下無人，為了逃避責任，趕緊將看板收進店內。甲雖有想到將 A 留在原地會有遭來車輾斃或延誤急救時機的死亡可能，但心想如此反而死無對證，於是將 A 留置於原地不顧（事後確認，A 雖顱內出血，但若於當時送醫處理，仍有幾近確定的治癒可能性）。翌日清晨，清潔工人始發現業已死亡多時的 A。警方於現場查訪時，發現甲神色詭異，便請其回警局協助辦案，甲突然想到自己裝在門口的監視錄影機可能錄下了整起事件經過，便趁警詢空檔偷偷打電話給昔的相館員工乙，央求其前往相館將監視錄影銷燬。乙於觀看錄影內容後，將上開部分的錄影檔案刪除。試問：

(一)乙構成何罪名？(10 分)

(二)甲構成何罪名？(30 分)

(三)檢察官於偵查中，認為甲涉案，為規避刑事訴訟法第 95 條所定之告知義務，以證人身分傳喚甲，令其陳述後，採其陳述為不利之證據，改列為被告，對甲提起公訴，此項供述有無證據能力？若檢察官於偵查中，不確定甲是否涉案，以證人身分傳喚甲，令其陳述後發現甲涉有犯罪重嫌，卻疏未適時為刑事訴訟法第 95 條之告知，嗣甲陳述完畢後即逕列為被告，提起公訴，檢察官發現甲涉有犯罪重嫌後甲之供述有無證據能力？(20 分)

(四)若檢察官偵查結果認為甲涉犯過失致人於死罪嫌，經甲同意後為緩起訴處分，緩起訴期間 2 年，甲應於緩起訴處分確定後 1 個月內給付 A 之家屬新臺幣 500 萬元。甲如數給付 A 之子，A 之妻於緩起訴處分確定後 1 年向檢察官陳報未收到甲之款項，檢察官因而誤認甲未依緩起訴處分條件支付損害賠償，即對甲撤銷緩起訴處分後提起公訴，請問法院應如何判決？(20 分)

命題意旨	<p>第一及第二小題： 主要是測驗有關「妨害刑事證據罪」的解釋，以及共犯關係的論罪，這已經算是老梗題了，相信不難掌握。此外，還涉及到不純正不作為犯的審查以及過失犯的檢驗，算是一道平易近人的收尾題。</p> <p>第三小題： 本題測試考生是否對於告知義務之踐行有所了解，以及區別檢察官故意恣意違反告知義務假借證人之名行被告調查之實及不確悉是否為被告違反告知義務之差異。</p> <p>第四小題： 誤為撤銷緩起訴之處理方式。</p>
答題關鍵	<p>第一及第二小題： 乙的部分除了湮滅證據罪外，我想有許多考生會忽略毀損文書罪的討論，畢竟錄影檔案乃是不折不扣的準文書，就算最終不會成立，也頗有討論意義。甲的部分或許會遺漏「收看板」的行為，畢竟題目對這個行為的描述不多，但有留意到的話篇幅會更有層次感。</p> <p>第三小題： 有關告知義務之踐行，應加強對學理之論述。</p> <p>第四小題： 違法撤銷緩起訴處分之實務見解。</p>
考點命中	<p>第一小題及第二小題： 《高點刑法講義第一回》，易台大編撰，頁 99-103。 《高點刑法講義第二回》，易台大編撰，頁 66-69。 《高點刑法講義第八回》，易台大編撰，頁 49-53、頁 132-133。</p> <p>第三小題及第四小題： 版權所有，重製必究 《高點刑事訴訟法第一回講義》，邢政大編撰，被告權利。 《高點刑事訴訟法第四回講義》，邢政大編撰，證據（被告）。 《高點刑事訴訟法第五回講義》，邢政大編撰，偵查終結（緩起訴）。</p>

## 【擬答】

(一)就乙之刑事責任，討論如下：

1.乙將錄影檔案刪除之行爲，不成立刑法（以下同）第 352 條的毀損文書罪。

本罪文書包含準文書在內（最高法院 63 年第 4 次刑庭總會決議參照），客觀上錄影檔案乃藉機器或電腦處理所顯示之聲音、影像，並足以作為證據之用而具備證明功能，該當第 220 條第 2 項的準文書。乙將錄影檔案刪除乃致令他人準文書不堪用之行爲，然而乙受甲委託刪除準文書，乃具有事實上的處分權，無異於甲毀損自己之文書（也可以說是得到甲的同意），故構成要件不該當。

2.乙將錄影檔案刪除之行爲，成立第 165 條的湮滅證據罪。

(1)所謂**刑事被告案件之證據**，實務向來認為必須是因告訴、告發、自首等情形開始偵查以後之案件，通說則無此限制，只要是事實上業已發生之案件即可。本案中無論採取通說或實務見解，客觀上都該當此要件，此外乙將證據根本性毀滅該當「湮滅」行爲。主觀上乙明知前述事實並有意爲之，構成要件該當。

(2)乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，並該當「**關係他人**」此一特別罪責要件而具有期待可能性，成立本罪。

(二)就甲之刑事責任，討論如下：

1.甲未檢查維護看板，導致看板落下砸傷 A 之行爲，成立第 284 條第 1 項過失傷害罪的不作為犯。

(1)甲使看板年久失修乃**未排除既存風險**，規範評價上屬於不作為。

(2)客觀上甲基於行政法令規定或場所管理者之**保證地位**，負擔有**修繕維護義務**，又有物理上的作為可能性，卻仍不爲法所期待之作為，且假設甲有維護看板則幾乎可以確定 A 不致於受傷。主觀上甲雖無傷害 A 之意欲，**卻違反整護看板之注意義務而對砸傷他人具有預見可能性**，按第 14 條規定至少有過失，構成要件該當。

(3)甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

2.甲棄 A 於原地不顧之行爲，成立第 271 條第 1 項殺人罪的不作為犯。

(1)甲棄 A 不顧乃**未排除既存風險**，規範評價上屬於不作為。

(2)客觀上甲基於違背義務的危險前行爲之**保證地位**，負擔有**救護 A 之義務**，又有物理上的作為可能性，卻仍不爲法所期待之作為，且假設甲有將 A 送醫則幾乎可以確定 A 不致於死亡。主觀上甲明知前述事實並有意使其發生，構成要件該當。

(3)甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

3.甲將看板收進店內之行爲，不成立第 165 條的隱匿證據罪。

按通說見解，甲雖有隱匿刑事被告案件證據之行爲而該當構成要件，且無阻卻違法事由，惟該證據乃是**關係到甲自己**，並不該當特別罪責要件而不成立本罪。

4.甲教唆乙刪除錄影檔案之行爲，不成立第 165 條的湮滅證據罪。

(1)客觀上甲有教唆行爲，並從屬於正犯乙的湮滅證據既遂不法；主觀上甲對前述事實有教唆故意與教唆既遂故意，構成要件該當。

(2)甲無阻卻違法事由，至於是否該當「**關係他人**」此特別罪責要件，容有爭執。部分學說認為法規範雖對甲親自湮滅證據無期待可能性，**卻對甲不教唆他人湮滅證據有期待可能性**，因此甲教唆乙湮滅關於甲自己的證據依舊該當本罪。惟多數學說與實務見解認為，只要涉及到甲自己的證據，本於人之常情，**均無法期待甲不自行或透過他人湮滅之**，因此甲教唆乙湮滅關於甲自己的證據不該當本罪。本文從後者見解，甲不成立本罪。

5.結論：甲成立過失傷害罪的不作為犯與殺人罪的不作為犯，兩行爲互殊、犯意個別，**成立實質競合而依據第 50 條規定數罪併罰**。

(三)檢察官恣意違反告知義務，以證人身分傳喚被告到庭陳述，因此所獲得證據應無證據能力

1.在控訴原則下，被告取得程序主體地位，不再單純僅是程序客體而已。因此有告知義務之原則

以保護被告不自證己罪之權利，因此被告得行使緘默權，刑事訴訟法第 95 條規範之告知義務明文保障之。此規定主要在於透過課予國家機關告知義務的方式，保障不知法律的被告也能在充分瞭解自己處境與權利的情況下接受訊問，例如：是否陳述、是否選任辯護人、是否請求調查有利證據。告知義務目的在調節國家與被告的實力差距，也是國家訴訟照料義務之表現。

2.本題檢察官明知甲涉有犯罪嫌疑，應爲『被告』，爲規避刑訴第 95 條之告知義務，仍以證人之方式命甲到庭接受訊問，不合法定程序，且依照我國實務見解，檢察官因恣意惡意違法取證，情節嚴重，因此所取得

之證據絕對禁止使用，應無證據能力。

- 3.如檢察官並非恣意惡意違法取證，『不確定』甲是否為被告之身分，而以證人身分傳喚甲到庭證述，甲嗣後列為被告，該證述是否有證據能力，蓋因追訴機關並非惡意、恣意違法取證，因此證據並未絕對禁止使用。依照刑事訴訟法第 158-4 條規定，實施刑事訴訟程序之公務員因違反法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益均衡維護。此規定確定證據排除之立法原則，除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，對於違背法令所取得之證據。依實務所，違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官於個案權衡時，允宜斟酌：(1)違背法定程序之情節；(2)違背法定程序時之主觀意圖；(3)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重；(4)犯罪所生之危險或實害；(5)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果；(6)偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性；(7)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以為認定證據能力有無之標準。因此倘檢察官非故意違法取證，得依照刑訴第 158-4 條「權衡理論」認定之。

(四)檢察官誤將合法之緩起訴撤銷，該撤銷之處分有違誤，為無效之撤銷

- 緩起訴處分：刑訴基於便宜原則考量，檢察官在課與被告一定之條件或義務後，對被告予以暫緩執行之措施。緩起訴制度制訂是朝向當事人進行主義所為之修正，此為當事人進行主義的配套措施。緩起訴案件種類限制為：死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌刑法第 57 條所列事項（個別預防）及公共利益之維護（一般預防），認以緩起訴為適當者。
- 緩起訴撤銷：被告於緩起訴期間內，有下列情形之一者，檢察官得依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴：
  - (1)於期間內故意更犯有期徒刑以上刑之罪，經檢察官提起公訴者。
  - (2)緩起訴前，因故意犯他罪，而在緩起訴期間內受有期徒刑以上刑之宣告者。
  - (3)違背第 253 條之 2 第 1 項各款之應遵守或履行事項者。
 故撤銷緩起訴處分需具刑訴第 253 之 3 I 撤銷之事由。

3.緩起訴被起訴之效力

依照 96 台非 232 決，按緩起訴與不起訴，皆係檢察官終結偵查所為處分，檢察官得就已偵查終結之原緩起訴案件，繼續偵查或起訴，應以原緩起訴處分係經合法撤銷者為前提，此乃法理上所當然。檢察官為緩起訴處分，若係命被告於一定期間，向公庫或指定之公益團體支付一定之金額者，苟被告已遵命履行，但檢察官誤認其未遵命履行，而依職權撤銷原緩起訴處分，並提起公訴（或聲請簡易判決處刑）時，該撤銷原緩起訴處分之處分，即存有明顯之重大瑕疵，依司法院釋字第 140 解釋之同一法理，應認此重大違背法令之撤銷緩起訴處分為無效，與原緩起訴處分未經撤銷無異。其後所提起之公訴（或聲請簡易判決處刑），應視其原緩起訴期間已否屆滿，分別適用刑事訴訟法第 303 條第 1 款或第 4 款為不受理之判決，始為適法。亦即，如原緩起訴期間尚未屆滿，因其起訴（或聲請簡易判決處刑）係違背刑事訴訟法第 253 條之 3 第 1 項第 3 款以原緩起訴處分已經合法撤銷為前提之規定，應認其起訴（或聲請簡易判決處刑）之程序違背規定，依同法第 303 條第 1 款之規定，為不受理之判決；於原緩起訴期間已屆滿，應認其起訴（或聲請簡易判決處刑）違反「緩起訴期滿未經撤銷，而違背第 260 條之規定再行起訴」，依同法第 303 條第 4 款之規定，諭知判決不受理。

- 本題甲已於緩起訴期間內履行緩起訴處分所命之義務，因此撤銷原緩起訴處分之處分，即存有明顯之重大瑕疵，依照上開最高法院實務見解，應認此重大違背法令之撤銷緩起訴處分為無效，與原緩起訴處分未經撤銷無異，故緩起訴處分效力仍然存在。其後所提起之公訴，法院應為不受理之判決。