

# 《刑法與刑事訴訟法》

一、甲女因與前夫 A 感情不睦，於醫院產子 B 後，棄子於醫院。數日後，A 接獲醫院通知，領回其子。A 旋即喪生，A 母乙接手照料 B，並找到甲，電請負起扶養義務。甲回絕乙的要求，且開始避不見面。乙無奈只好以家境不佳、年邁無力照顧為由，將 B 交付予私立育幼院。往後一年乙不僅不去探視，也不交付相關費用。育幼院長丙與乙多次協調不果，不堪負擔，也不諳法令，一心只想解脫麻煩，遂於某日深夜將書明戶籍資料的信件置於 B 懷中，並將 B 棄置在警局門口。警察旋即發現 B，立即施以保護，並於翌日通報地方政府社會科，社會科將 B 安置於公立育幼院。

試問：

(一)按實務見解甲、乙、丙各觸犯何罪？(15 分)

(二)請問你對於實務見解有何評論？(15 分)

命題意旨	主要測驗有關遺棄罪的重要實務見解，以及學說上的批判。
答題關鍵	其實實務見解對於遺棄罪究竟是具體危險犯或抽象危險犯還是眾說紛紜，但為了有利書寫與嗣後的批判，可以採取抽象危險犯的立場。此外，27 上 1405 例算是本題重點，就算不能引出來也要詳加說明。最後再用學說上採取的具體危險犯立場重新檢視本題，答題上便非常完整。
高分閱讀	易台大，刑法講義第一回，第 52 頁以下。 易台大，刑法講義第六回，第 28 頁以下。

## 【擬答】

- (一)1.甲於醫院產子 B 後，棄子於醫院之行為，按實務見解成立刑法(以下同)第 294 條第 1 項的有義務遺棄罪。
- (1)本罪以對無自救能力人，依法令或契約應扶助、養育或保護而遺棄之為構成要件。客觀上，甲係 B 之生母，依據民法之規定對 B 負有扶助養育之義務，且 B 為新生兒，自屬無自救能力之人。今甲棄 B 於醫院後離去，是否該當「遺棄」行為，實務見解有認為生母甲具有養育義務而不履行即該當遺棄行為，否則無異助長不負責任行為之歪風。主觀上，甲對前揭構成要件事實有所認識卻仍有意為之，具有本罪之故意，構成要件該當。(法務部 80 年法檢二字第 1792 號參照)
  - (2)甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。
- 2.甲接獲乙電話卻回絕照護 B，並且避不見面之行為，按實務見解不成立第 294 條第 1 項的有義務遺棄罪。
- (1)雖然甲依民法對 B 負有扶助養育之義務，卻從未承擔該等義務，但按實務見解(29 上 3777 例)，倘若事實上尚有他人為養育或保護，對於該無自救能力人之生命，並不發生危險者，則無法構成本罪。
  - (2)依題意，由於 B 現今正在乙的保護照顧之中，縱使義務人甲未履行義務，亦不會構成本罪。
- 3.乙將 B 交付私立育幼院而不探視、不繳交費用之行為，按實務見解不成立第 294 條第 1 項的有義務遺棄罪。
- (1)依據向來之實務見解(27 上 1405 例)，認為扶養義務人對於扶養權利人所負擔之扶養義務，依據民法第 1115 條之規定順序判斷是否屆至。對 B 而言，甲乃是第一順位的扶養義務人，雖然乙依民法對 B 亦負有扶助養育之義務，惟其順位既在甲之後，則扶養義務仍未屆至。
  - (2)緣此見解，既然乙之前仍然有先扶養義務人甲存在，則不構成遺棄罪。
- 4.育幼院長丙將 B 棄置在警局門口之行為，按實務見解成立第 294 條第 1 項的有義務遺棄罪。
- (1)依題意，育幼院長丙答應照護無自救能力的 B 在先，則依契約即有扶助、養育、照護之義務，縱使乙未繳交相關費用，也不容隨意棄養。依據實務見解(87 台上 2395 例)，若義務人不履行其義務之際，業已另有他人照護則不該當遺棄行為；反之，即應認為對無自救能力之人致生存之危險。今丙將 B 棄置在警局門口，當下尚無任何人接手照護，按實務見解本罪構成要件該當。
  - (2)丙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。
- (二)1.針對前揭實務見解，學說上多認為是對遺棄罪採取「抽象危險犯」的理解模式，亦即僅須有構成要件行為，無待危險結果的發生，立即構成本罪。反之，通說見解主張並非對於無自救能力人之遺棄行為均具有應刑罰性，而是只有遺棄行為會導致無自救能力人喪失生命之高度危險性，始有加以刑罰之必要，而這個高度危險性就是具體危險結果的判斷。
- 2.職是之故，甲於醫院產子 B 後，棄子於醫院之行為，由於 B 仍在醫院的照護之中，未生任何生命法益的



具體危險，故不成立遺棄罪；同理甲接獲乙電話卻回絕照護 B，並且避不見面之行爲，亦不成立遺棄罪。乙將 B 交付私立育幼院而不探視、不繳交費用之行爲，不成罪之理由乃是未實現本罪的具體危險，並非是乙的扶養義務順位在甲之後。最後丙將 B 棄置在警局門口之行爲，當下確實造成 B 生命法益之高度危險，成立本罪較無疑義。

二、甲、乙、丙、丁四人共同謀議，欲向某知名飲料公司敲詐鉅款，決意在其最暢銷飲料中，滲入具有危害身體健康之毒物，並混雜在市面的飲料商品中。計畫擬定後，由甲、乙購買毒物及工具，丙、丁則購買一箱飲料。當將所有的飲料注入毒物，並標示特定之記號後，甲、乙、丙、丁四人乃分持滲有毒物之飲料，前往選定的便利商店置放。隨後甲、乙、丙乃準備以書信向飲料公司勒索。惟丁於置放行為後，心中忐忑不安，頗有悔意，於是偷偷將四人已放置的飲料全數收回。回收後發現短少一瓶。原來所少的一瓶，在混雜陳列時，因不慎掉落地面早已摔破。正當甲、乙、丙三人以為計畫順利，準備勒索而尚未行動前，即為警方破獲。

試問：

(一)甲、乙、丙之刑責為何？(15 分)

(二)丁之刑責為何？(15 分)

命題意旨	本題是毒蠻牛案的翻版，應該是搭昱伸塑化劑事件而起的復古風，涉及的是刑法上的千面人條款。此外，題目似乎有意考到共同正犯的脫離與中止問題，無論可否適用，都有討論的必要。
答題關鍵	千面人條款一定要詳加討論，請要正確援引條文，亦即第 191 條之 1 的第 2 項。此外，可以附加討論傷害罪（雖然不會成立），至於殺人罪可論可不論，因為從題目中難以看出該毒具有致死性。共同正犯的脫離與中止都有一個共通的適用前提：必須在犯罪既遂前爲之，否則俱無成立的可能性，請多加注意。
高分閱讀	易台大，刑法講義第八回，第 33 頁以下。 徐育安，共同正犯之既遂、脫離與中止，台灣法學雜誌第 181 期，第 201 頁以下。 陳子平，共同正犯的脫離與中止，月旦裁判時報第 1 期，第 144 頁以下。

### 【擬答】

(一)甲乙丙三人事前有共同謀議，並按其謀議分工爲構成要件行爲之實行，彼此間雖有角色功能之不同，卻將犯罪成敗繫諸於彼此，屬於有犯意聯絡及行爲分擔的共同正犯，依據刑法（以下同）第 28 條論處，合先敘明。關於甲乙丙三人之刑責，共同討論如下：

1. 甲乙丙三人將毒物注入飲料後，放置於選定的便利商店之行爲，成立第 191 條之 1 第 2 項公開物品投毒罪既遂的共同正犯。

(1) 本項罪名之構成要件係將已被投毒之飲食物品，混雜於公開陳列、販賣的飲食物品中。客觀上，飲料是飲食物品，甲乙丙將毒物注入，該當「滲入、添加或塗抹毒物」之要件；便利商店是公開陳列、販賣之場所，三人合力將該等物品放置於便利商店之中，亦該當「混雜」之要件。故客觀構成要件該當。

(2) 主觀上，甲乙丙明知所注入的物質爲毒物，卻仍有意將被投毒之飲料混雜於公開陳列、販賣之便利商店內，按第 13 條第 1 項之規定，具備本罪之直接故意。故主觀構成要件該當。

(3) 甲乙丙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪之共同正犯。

2. 甲乙丙三人前述行爲，不成立第 277 條普通傷害罪之共同正犯

本罪必須發生傷害他人身體健康之實害結果，既然客觀上根本尚未發生此等結果，又無未遂犯之明文處罰，自無法成立本罪。

3. 甲乙丙三人準備書信向飲料公司勒索之行爲，不成立第 346 條恐嚇取財得利罪之共同正犯

(1) 本罪以基於不法所有之意圖，以恐嚇使本人或第三人之物交付或得利爲構成要件。惟客觀上，甲乙丙尚未將惡害通知飲料公司，不該當恐嚇之行爲要件，客觀構成要件不該當，非本罪第 1 項的既遂犯。

(2) 著手之判斷有所謂形式客觀說、密接行爲說與主客觀混合說，惟甲乙丙僅僅準備書信，依題意甚至還沒有寄送的動作，無論依據何說，均不致認定已達著手之程度，故也非本罪第 2 項的未遂犯。

(3) 由於本罪並無處罰形式預備犯之規定，本於罪刑法定原則，甲乙丙不成立本罪。

(二)有關丁之刑責，論述如下：



1. 就第 191 條之 1 第 2 項的公開物品投毒罪既遂而言，丁與甲乙丙三人依據第 28 條成立共同正犯
    - (1) 丁於放置行為後，心生悔意而將投毒飲料全數收回之行為，是否可成立「共同正犯之脫離」而僅論以未遂犯？由於共同正犯脫離的適用前提是在犯罪既遂之前為之，在犯罪既遂後無所謂脫離可言，而實際上丁在本罪已然既遂之後方生脫離之意，縱使積極收回投毒飲料猶如排除客觀上支配行為（＝切斷物理因果性），仍無法適用該法理。
    - (2) 丁是否可成立「共同正犯之中止」而適用第 27 條之規定？由於共同正犯中止的適用前提是犯罪未遂，本罪既然已達既遂，自無適用第 27 條之理。
    - (3) 丁原先與甲乙丙三人事前共同謀議，並有本罪構成要件行為之分擔，既無共同正犯脫離與中止之適用，本應與甲乙丙三人成立本罪之共同正犯。
  2. 就第 277 條的普通傷害罪而言，既然甲乙丙三人自始就不構成本罪，丁當然亦不成立，此自不待言。
  3. 就第 346 條的恐嚇取財得犯罪而言，既然甲乙丙三人自始就不構成本罪，丁當然亦不成立，此自不待言。
- (三) 結論：甲乙丙丁四人成立第 191 條之 1 第 2 項的公開物品投毒罪既遂之共同正犯。

三、警方掌握甲自國外運送毒品海洛因來臺之訊息，經向檢察官聲請核發拘票，在機場將甲拘提到案，帶回警局製作筆錄。偵查員問明人別後，告知甲刑事訴訟法第 95 條之權利事項，甲並未聯繫律師，偵查員則繼續詢問案情，甲回答了問題並承認犯案。嗣甲被移送至地檢署後，其聯繫並委任律師乙到場，乙即向檢察官聲請接見被告甲及閱覽甲的警詢筆錄。本案經檢察官提起公訴，法院以甲涉犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，有逃匿及勾串共犯之虞裁定羈押甲並禁止其接見通信。律師乙至看守所與甲會面談論出庭事項，看守所人員以甲係受禁止接見通信之人，遂摘記甲與乙之會談內容並予錄音，嗣將紀錄、錄音帶及監視器錄得畫面一併交給法院參考。

試問：

- (一) 檢察官對辯護人乙要求接見被告甲及閱覽甲的警詢筆錄該如何回應？（15 分）
- (二) 對於提交給法院有關乙在看守所與甲會見時之談話紀錄、錄音帶及監視器錄得畫面，乙依法得為何主張？（15 分）

命題意旨	本題分成兩小題，第一小題旨在測驗考生對於 99 年刑訴第 34 條的瞭解程度及「偵查中有無閱卷權？」此議題的瞭解。 第二小題亦在測驗考生對於 99 年修正刑訴第 34 條並增訂第 34 條之 1 的瞭解程度。
答題關鍵	第一小題可分為兩部分作答： 1. 辯護人乙接見被告甲之部分，援引刑事訴訟法第 34 條，依三段論法論述即屬完整。 2. 關於請求閱覽的部分，除援引條文否定其請求外，尚可提及學說上認為應放寬偵查中閱卷權的相關見解以獲得加分之機會。 第二小題除援引法條外，尚可援引釋字 654 號解釋，以增添說理之強度。
高分閱讀	金台大，刑事訴訟法總複習講義，第一回，P37~41。 金台大，刑事訴訟法正班講義，第二回，P.87~P.89，P.102、103。 金台大編，100 年二試考猜重要爭點 3。

**【擬答】**

- (一) 檢察官對於辯護人之請求應為以下之回應：
  1. 檢察官應准許辯護人乙接見被告甲，但遇有急迫情形且具正當理由時，得暫緩之，並指定即時得為接見之時間及場所
    - (1) 按「辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，不得限制之。但接見時間不得逾一小時，且以一次為限。」、「前項接見，檢察官遇有急迫情形且具正當理由時，得暫緩之，並指定即時得為接見之時間及場所。該指定不得妨害被告或犯罪嫌疑人之正當防禦及辯護人依第二百四十五條第二項前段規定之權利。」刑事訴訟法（下稱本法）第 34 條第 2、3 項分別定有明文。
    - (2) 本案中，甲係受拘提而移送地檢署之被告，其所選任之辯護人乙自得依上揭本法第 34 條第 2 項規定向檢察官請求接見乙，檢察官除非遇有急迫情形且具正當理由時，得暫緩之，否則應即准許辯護人乙接見被告甲，且檢察官縱然符合前述情形而得暫緩接見，但仍應指定即時得為接見之時間及場所，尚應注意，



該指定不得妨害被告或犯罪嫌疑人之正當防禦及辯護人依第 245 條第 2 項前段規定之權利。

2. 檢察官對乙請求閱覽甲警詢筆錄，不應准許

- (1) 按「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」，本法第 33 條第 1 項定有明文，又按「偵查，不公開之。」本法第 245 條第 1 項亦著有規定。準此，偵查既有偵查不公開原則，且本法亦僅明文審判中之閱卷權，換言之，偵查中檢察官對於請求閱覽筆錄之請求，自不應准許，本題中檢察官對乙之請求自應駁回。
- (2) 惟若甲於偵查中遭聲請羈押，則學說上有認為羈押實質效果與有罪判決徒刑之執行無異，故羈押審查時，羈押中之閱卷權應列為被告之基本權利，唯有例外時，方得限制。亦即偵查中之拘捕理由及羈押理由書類，應令被告及其辯護人有閱覽機會。如此見解，殊值傾聽。

(二) 乙對於談話紀錄、錄音帶及監視器畫面得主張不得作為證據：

1. 按「辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。」「限制辯護人與羈押之被告接見或互通書信，應用限制書。」「限制書，由法官簽名」本法第 34 條第 1 項、第 34 條之 1 第 1、4 項分別定有明文。
2. 本題中，並無事證足認辯護人有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人，且法院亦未簽發限制書，辯護人接見乙自不得予以任何限制，故本題中監所人員摘記內容並予以錄音、錄影，均屬違法。
3. 又「受羈被告與辯護人接見時監聽、錄音所獲得之資訊，得以作為偵查或審判上認定被告本案犯罪事實之證據，在此範圍內妨害被告防禦權之行使，牴觸憲法第 16 條保障訴訟權之規定。」釋字第 654 號著有解釋，本此意旨，受羈被告與辯護人接見時監聽、錄音及錄影所獲得之資訊，既有牴觸憲法第 16 條訴訟權保障，本題中，辯護人自得主張談話紀錄、錄音帶及監視器畫面得主張不得作為證據。

四、民國 100 年 7 月 1 日，甲於百貨公司扒竊乙之皮包。得手後，見皮包內有戶名為乙之郵局存摺及該存摺印鑑章，甲旋即填寫取款條並蓋用該印鑑章於其上，連同乙之郵局存摺，持向郵局人員領得帳戶內現款新臺幣五千元。乙報案，甲為警循線查獲，經檢察官提起公訴。乙於警詢及檢察官偵訊時中均以被害人身分，未經具結，先於警詢指認甲曾在百貨公司與乙搭訕，應為行竊之人，繼於偵訊時陳述遭竊經過及所失財物。第一審審理中，證人丙到庭於甲詰問時證稱某日閒聊時曾聽聞甲表示該竊案係其本人所為。第一審乃據以判決論處甲竊盜罪，另就甲行使偽造私文書及詐欺取財犯行，依想像競合犯從一重論處甲行使偽造私文書罪等罪刑。

- (一) 若檢察官及甲於第一審審理中，對乙警詢，偵查中之陳述及丙之證言均表示同意作為證據，甲僅辯稱該供證均不實在。第一審判決後，甲不服，合法提起第二審上訴，於第二審法院審理中，主張乙歷次陳述及丙之證言皆屬傳聞，均無證據能力。問該乙警詢、偵查中之陳述及丙之證言，第二審得否援引為認定甲有罪之依據？（15 分）
- (二) 若第二審判決駁回甲之上訴，甲具狀提起第三審上訴，聲明對第二審判決不服，並以其犯罪所得財物有限為由，指摘第二審判決量刑過重。時甲適另案在押，乃於上訴期間內將上訴書狀提出於看守所長官。詎看守所未及將上訴狀轉送至法院，甲即暴斃。問第三審應如何裁判？（15 分）



命題意旨	本題分成兩小題，第一小題旨在測驗金台大老師於總複習時所強調的一個今年實務上大熱門重點：「同意作為證據之後，於上訴審可否再為爭執」。 第二小題則在測驗在押被告之上訴何時生效？另外，若被告上訴第三審非以判決違背法令為理由但被告已死亡，第三審法院應如何判決？
答題關鍵	第一小題可先以實務見解作為大前提，而依三段論法得出結論，時間尚有餘時，另可援引美國法「未提出異議視為放棄法則」。 第二小題應先說明被告之上訴狀雖未送法院，但仍屬在法定期間內提起上訴，但其上訴非以判決違背法令為理由，故第三審法院應調查被告是否死亡，確認被告已死亡後，諭知不受理判決。
高分閱讀	王兆鵬老師，刑事訴訟法講義，元照，2009年9月4版1刷，P.873~878。 金台大，刑事訴訟法總複習講義，第一回，P.138 劃星星處。 金台大，刑事訴訟法總複習講義，第二回，P.69。 金台大，刑事訴訟法正班講義，第六回，P.129。

## 【擬答】

(一)第二審法院得援引乙之陳述及丙之證言作為認定甲犯罪之證據：

- 1.甲於第一審對於乙之陳述及丙之證言均表示同意作為證據，僅辯稱該供述不實在，即甲同意該供述之證據能力，僅爭執證明力，應先敘明。
- 2.本題爭點為：甲於第一審同意作為證據之後，於第二審可否復爭執證據能力？
  - (1)按「當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，即無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。此一同意之效力，既因當事人之積極行使處分權，並經法院認為適當且無許其撤回之情形，即告確定，其於再開辯論不論矣，即令上訴至第二審或判決經上級審法院撤銷發回更審，仍不失其效力。此與默示擬制同意之效力，純因當事人等之消極緘默而為法律上之擬制所取得，並非本於當事人之積極處分而使其效力恆定，容許當事人等於言詞辯論終結前，或第二審及更審程序中對其證據能力再為爭執追復，尚屬有間」，最高法院著有 99 年台上字第 5208 號判決可供參照。
  - (2)本題中，甲於第一審對於乙之陳述及丙之證言均明示同意作為證據，當法院審查其具備適當性之要件，且已就該證據實施調查程序後，依上揭 99 年台上字第 5208 號判決意旨，即無許甲再行撤回同意之理。甚而，此一同意之效力，既因甲之積極行使處分權，即令上訴至第二審或判決經上級審法院撤銷發回更審，仍不失其效力，故甲於第一審同意作為證據之後，於第二審自不得再為爭執。另參美國法上之「未提出異議視為放棄法則」，原則上當事人對於當事人一造提出之證據有禁止情事，未即時提出異議，均應自負責任視為放棄，不得再於上訴審主張，此與我國上揭實務見解相仿，同本於此法則，本題中，甲仍不得於第二審爭執證據能力。
- 3.小結：綜上所述，甲於第一審對於乙之陳述及丙之證言均表示同意作為證據，係積極行使處分權，即令上訴至第二審，仍不失其效力，故第二審法院仍得依刑事訴訟法第 159 條之 5 規定，援引乙之陳述及丙之證言作為認定甲犯罪之證據。

(二)第三審法院應撤銷原判決，改諭知不受理判決：

- 1.按「在監獄或看守所之被告，於上訴期間內向監所長官提出上訴書狀者，視為上訴期間內之上訴」，刑事訴訟法（下稱本法）第 351 條第 1 項定有明文。本題中，在押之甲將上訴書狀提出於看守所長官，雖未及轉送法院前，甲便死亡，然依前揭規定，仍視為上訴期間內之上訴，亦即甲之上訴應屬合法。
- 2.另按「第三審法院之調查，以上訴理由所指摘之事項為限。但左列事項，得依職權調查之：五、原審判決後之赦免或被告死亡」、「第三審法院因原審判決有左列情形之一而撤銷之者，應就該案件自為判決。但應為後二條之判決者，不在此限：三、有 393 條第 4 款或第 5 款之情形者。」本法第 393 條第 5 款及第 398 條第 3 款分別著有規定。本題中，甲究否死亡乃第三審法院得依職權調查之事實，而第三審法院因甲合法上訴後死亡，符合本法第 393 條第 5 款之情形，即應將原判決撤銷，就該案件自為判決。
- 3.小結：本件因甲合法上訴後死亡，第三審法院應撤銷原判決，並依本法第 387 條準用第 303 條第 5 款諭知不受理判決。

五、公務員甲與非公務員乙共同基於概括犯意聯絡，自民國 90 年至 93 年間，由甲分次將其職務上蒐集公務上應保密的重要資料交給乙，攜至日本交付某外國官員以取得酬金，乙連續 4 次到日本交



付該外國官員重要資料，內容包括我國參加國際組織的政策及策略書、外交預算、駐外使館發送加密的電報等，甲、乙共獲得酬金新臺幣四百萬元，嗣於 99 年 5 月經檢舉而查獲上情。試問：

- (一)甲、乙二人所為，是犯何罪名？(20 分)  
 (二)承上題，法院判決時，就所構成相關罪名應如何適用法律？(20 分)  
 (三)乙於警詢時及檢察官偵查中，對上開犯行自白不諱，且於警詢及偵查中陳稱：「本案是甲主動找我作的，我為貪得優厚的酬金而答應代為處理，現在感到非常後悔，請給予自新的機會」，但甲自警詢至檢察官偵查中均矢口否認有何犯行，檢察官仍起訴甲、乙二人犯有上開罪嫌，法院審判時，乙之警詢筆錄及偵查筆錄得否作為被告甲有罪的唯一證據？(20 分)  
 (四)承上題，法院審理時，對共同被告甲、乙二人，應如何調查證據？(20 分)

命題意旨	<p>測驗洩密罪與賄賂罪等國家法益犯罪的熟悉程度，以及純正身分犯的操作。另外尚涉及刑法適用效力的問題，地的效力與新舊法比較的相關問題不可不慎。</p> <p>本題的(三)及(四)屬於刑事訴訟法之命題。</p> <p>其中，第(三)小題旨在測驗金台大老師談到自白法則時必會強調的一個重點：「共犯自白可否作為有罪判決之唯一證據」，這個問題法條已有明文，但本次命題居然佔了 20 分，顯然單寫法條不夠完整，這也是為何金台大老師說法條雖然有明文，但是還是要瞭解一下學說上正反不同見解的原因。第二小題則在測驗考生是否知悉具有共犯身分之共同被告應如何調查。</p>
答題關鍵	<p>其實只要知悉洩密罪與賄賂罪之構成要件，本題其實不算太難，真正的難題在於身分犯的論罪方式必須要有基礎的理解。此外，刑法適用效力的問題於本題中很巧妙的結合，而且是比較冷門的屬人原則，多半需要快速翻閱條文加以確認；還有新舊法的比較問題，涉及到修法前的連續犯概念，競合部分也必須有基礎的理解。整體而言不算簡單。</p> <p>第三小題可分為兩部分作答：        1、先提出爭點，後敘學說上肯否見解。        2、援引法條加以涵攝，以得結論。</p> <p>第四小題應著眼於完整引用法條，行有餘力，再論及爭點「共同被告欲成為他被告之案件的證人時，是否必須先分離審判程序？」可收錦上添花之效。</p>
高分閱讀	<p>易台大，刑法講義第四回，第 90 頁以下。        易台大，刑法講義第五回，第 67 頁以下。        易台大，刑法講義第八回，第 106 頁以下。        金台大，刑事訴訟法正班講義，第四回，P.46、47、51、52。</p>

### 【擬答】

(一)關於甲、乙兩人成立何罪，討論如下：

- 公務員甲四次將應保密之重要資料交付某外國官員之行爲，成立四個刑法(以下同)第 132 條第 1 項之公務員洩密罪。
  - 本罪以公務員洩漏或交付我國國防以外應秘密之資訊為構成要件。客觀上，由於所洩漏之資訊依題意似乎並未涉及國防秘密，基於罪疑為輕原則，認定屬國防以外之秘密，公務員甲透過乙於日本將資料交付予某外國官員，該當本罪交付之行爲；主觀上，甲對該國防以外應秘密之資訊有所認識卻仍有意交付之，具有本罪之故意。綜上，本罪構成要件該當。
  - 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立四個公務員洩密罪。
- 公務員甲以前述行爲獲取酬金，成立四個第 122 條第 2 項的加重賄賂罪。
  - 客觀上，公務員甲將其職務上蒐集公務應秘密之文書洩漏，以此期約獲取酬金，賄賂與行爲之間具有對價關係(70 台上 1186 例參照)，且甲更因而違背職務；主觀上甲對前述客觀事實有所認知並有意為之，具備本罪故意。故構成要件該當。
  - 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立四個加重賄賂罪。
- 乙與公務員甲將應保密之重要資料交付某外國官員之行爲，與甲成立四個刑法第 132 條第 1 項公務員洩密罪的正犯。
  - 學說上有認為乙既無公務員身分，自無法成立公務員洩密罪之正犯，至多從屬於甲成立本罪之幫助犯。惟第 31 條第 1 項對此情形已有明文規定，其共同實行者雖無特定關係仍得以正犯論，實務從之。緣此，



乙得和公務員甲一同論以公務員洩密罪之共同正犯。

(2)乙無阻卻違法或罪責事由，與甲成立四個公務員洩密罪之共同正犯。

4.乙與公務員甲以前述行為獲取酬金，如上所述，得按第 31 條第 1 項之規定，與甲成立四個第 122 條第 2 項加重賄賂罪之共同正犯。

(二)法院應如何適用法律，討論如下：

1.就刑法地的適用範圍而言：

(1)公務員甲與乙成立公務員洩密罪之共同正犯部分：依據第 6 條之規定，我國公務員於領域外（本題為日本）犯公務員洩密罪，我國刑法亦適用之。甲本身為公務員，乙依據第 31 條擬制其公務員身分，故此部分有我國刑法之適用。

(2)公務員甲與乙成立加重賄賂罪之共同正犯部分：加重賄賂罪除被第 6 條屬人原則所包涵外，期約行為更是在我國領域內為之，按第 3 條的屬地原則亦有我國刑法之適用。

2.就刑法時的適用範圍而言：

(1)公務員甲與乙成立四個公務員洩密罪與四個加重賄賂罪，是在 2005 年刑法修正前基於概括犯意所為之連續行為，按舊法第 56 條論以公務員洩密罪與加重賄賂罪之連續犯，各得加重其刑至二分之一。

(2)修法後第 56 條已被刪除，故四個公務員洩密罪與四個加重賄賂罪係行為複數侵害數次國家法益，成立實質競合，按第 50 條之規定數罪併罰之。惟乙依據修正後第 31 條第 1 項規定，得減輕其刑。

(3)循第 2 條所揭櫫的從舊從輕原則，行為後的法律變更並非有利於本案行為人，故依據第 1 項本文之規定，適用行為時之法律。緣此，公務員甲與乙以公務員洩密罪與加重賄賂罪之連續犯論處。

(三)乙之筆錄應不得作為甲有罪之唯一證據：

1.刑事訴訟法（下稱本法）中所稱共犯，應指共同正犯、教唆犯及幫助犯（最高法院 98 台上字 987 號判決參照）。本題中，甲、乙二人就本件有犯意聯絡及行為分擔，屬共同正犯，即為本法之共犯。

2.本題爭點為：共犯自白可否作為共同被告有罪判決之唯一證據？於此學說上有不同見解，分述如下：

(1)肯定說（補強證據不必要說）

從被告之角度而論，共犯無疑地係屬被告以外之第三人。此說認為，此時因共犯的身分即為「證人」，共犯的自白性質為「證言」，基於被告對於共犯自白可行使反對詢問，以避免虛偽供述之危險，自無須補強證據，即可將該證言作為認定被告有罪的基礎。

(2)否定說（補強證據必要說）

補強法則之立法目的乃欲以補強證據擔保自白之真實性，亦即以補強證據之存在，藉之限制自白在證據上之價值，防止偏重自白，發生誤判之危險。以被告之自白，作為其自己犯罪之證明時，尚有此危險；以之作為其他共犯之罪證時，不特在採證上具有自白虛偽性之同樣危險，且共犯者之自白，難免有嫁禍他人，而為虛偽供述之危險。是則利用共犯者之自白，為其他共犯之罪證時，其證據價值如何，按諸自由心證主義之原則，固屬法院自由判斷之範圍。但共同被告不利於己之陳述，雖得採為其他共同被告犯罪之證據，惟此項不利之陳述，須無瑕疵可指，且就其他方面調查，又與事實相符者，始得採為其他共同被告犯罪事實之認定，換言之，共犯自白不得作為有罪判決之唯一證據。

(3)小結：本法自 92 年修正時，於第 156 條第 2 項增訂：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。亦即採取否定說之立場。

3.結論

依上述本法第 156 條第 2 項之規定，共犯乙之筆錄不得作為甲有罪之唯一證據。

(四)法院應依下述規定調查證據：

1.按「因共同被告之利害相反，而有保護被告權利之必要者，應分離調查證據或辯論」，本法第 287 條之 1 第 2 項定有明文。本題中，乙均坦承犯行，而甲均否認犯行，足認具共犯身分之共同被告利害相反，為保障被告對不利其之證人有效行使對質詰問權，故法院應裁定分離甲、乙之調查證據程序。

2.復按「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定」、「因發見真實之必要，得命證人與他證人或被告對質，亦得依被告之聲請，命與證人對質」、「證人應命具結」、「當事人、代理人、辯護人及輔佐人聲請傳喚之證人、鑑定人，於審判長為人別訊問後，由當事人、代理人或辯護人直接詰問之」，本法第 287 條之 2、第 184 條、第 186 條及第 166 條第 1 項分別定有明文。

3.本題中，法院若就甲、乙之案件欲調查共同被告時，則該共同被告準用證人之規定，要言之，參上述本法第 184 條規定，即得依被告之聲請，命與該共同被告對質。另參上揭第 186 條及第 166 條第 1 項規定，法



院可命該共同被告以證人身分具結後，接受被告之詰問。

4. 本題於實務上略有疑義之處，在於共同被告欲成為他被告之案件的證人時，是否必須先分離審判程序？對此最高法院 94 年台上字第 1059 號判決表示肯定見解：如合併審判中之共同被告，未經分離調查證據或辯論，逕以證人之地位，令其具結陳述，即顯然剝奪共同被告為訴訟主體之地位，抑且不當侵害其辯護權及緘默權，於共同被告間之權利保護，亦嫌失衡不週。質言之，共同被告欲成為他被告之案件的證人時，須先分離審判程序，方為妥適。

