

## 民國 104 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試試題重點擬答

### 法律系提供

一、甲、乙一起承包鐵路管理局某無人看管平交道柵欄修復工程。一日經鐵路管理局告知該柵欄故障，並限定於交通管制時間內完成修復。兩人前往查看後，發現分別有電子訊號與齒輪機械兩處故障。由於甲、乙與鐵路管理局另有工程款糾紛，二人竟不惜容任柵欄未修復可能發生重大交通事故的風險，約定在取得前次工程款後，始由甲先修復電子訊號，再由乙完成機械部分之修繕。甲、乙謀定且各自回家後，甲突然想起自己即將出國旅遊，為免日後時間安排不易，於是在鐵路管理局通知的交通管制時間內，將柵欄電子訊號異常部分修復，但並未告訴乙。交通管制時間後，由於甲、乙皆未告知鐵路管理局柵欄未完成修繕情事，致使該處平交道在柵欄未能正常起落時，仍有二班列車經過。所幸列車經過時，均無汽車與行人通過平交道。試問甲、乙的行為成立何罪？（30 分）

**分析：**本題重點應在：（一）甲乙以不作為方式行為，是否有§15 不純正不作為犯之適用？（二）甲乙所為是否成立§184？有無致生往來之危險？（三）甲乙是否中止犯？（四）甲是否著手前即脫離共同正犯？

### 重點擬答：

（一）甲乙有作為義務而不作為，應適用§15，令其不作為與作為等價。

（二）甲乙之不作為在交管時間後，已造成往來之危險，僅是未出現事故而已，故應與「以作為方式造成往來危險結果者同」。題意又明示「二人容任可能之風險」，故二人應屬未必故意。甲乙之不作為既有客觀要素又有主觀要素，故甲乙二人應成立§184 之罪。

（三）甲最後為雖修復柵欄，但未告知乙，亦未告知鐵路局，致生往來危險，其行為已達既遂，故無所謂中止未遂或準中止未遂問題。乙亦同。

（四）著手前共同正犯之脫離，一般以為「除須告知其他共同正犯外，尚需將自己原有的加工效果消弭」，題意甲雖將自己加工效果消弭，但既未經告知乙，且結果亦已發生，故無法脫離共同正犯責任。惟若干最高法院實務見解認為，甲「只要已無共同正犯之意而自行脫離，不必告知他共同正犯，亦不必消弭其之影響力，即可不負共同正犯責任」，見解似過度寬鬆，已失原本實務所採共同正犯之本意。但仍有若干最高法院判決採行「告知及消弭」始得脫離共同正犯之見解。

二、甲因為手頭拮据，遂對乙說，家大業大的丙有一獨生子丁，但丙對丁卻極為吝嗇，因此丁希望能演出一齣綁架的戲碼，以能從丙那裡撈一筆錢供大家花用。甲對乙詳細描述丁某日某時會從家裡出來，到時綁架丁要逼真一點，而丁也會假裝掙扎配合。然而事實上，甲完全都在欺瞞乙，丁根本未參與此計畫。嗣後，信以為真的乙誤認丁的掙扎是在演戲，而將其強行架走交給甲，並由乙出面要求丙將新臺幣 1,000 萬元現金置於指定之處所，否則將殺丁滅口。丙依照指示付款並由乙取款後，甲遂將丁釋放。試問甲、乙有何刑責？（30 分）

**分析：**本題重點在：(一) 甲是否為利用乙進行擄人勒贖罪之間接正犯？(二) 乙之故意內容對丙而言，除詐欺外，尚含恐嚇取財、強盜意思，亦即乙要求丙交付 1000 萬元現金，究係詐欺罪、恐嚇取財罪或強盜罪？(三) 乙強行架走丁後交給甲，是否私刑拘禁罪？

**重點擬答：**

(一) 甲利用乙無擄人勒贖故意之行為進行擄人勒贖罪，應屬間接正犯。取贖後釋放人質，得減輕其刑。

(二) 乙對丙要求交付錢財否則殺丁之行為，已造成丙無法抗拒而交付錢財之後果，應屬強盜既遂罪。

(三) 乙強行架走丁交給甲之行為，僅有客觀上私行拘禁之犯行，但係誤認丁在演戲，並無主觀私行拘禁犯意，故不應處以私行拘禁罪。

三、甲開車不慎撞上電線桿，人雖平安無恙但被卡在車內。警員乙趕到車禍現場將甲救出時，無意中發現車後座載有衝鋒槍及子彈，乙詢問甲該槍彈是否為其所持有，一時失措的甲當場承認(證 1)。乙遂一方面以無線電警網請求資深刑警丙支援，另一方面繼續追問甲犯案細節，甲相當配合，鉅細靡遺交代其非法持有槍彈的經過(證 2)。丙到場後將甲逮捕並帶回警局。偵訊前，丙雖踐行刑事訴訟法第 95 條告知義務，卻漏未告知甲得行使緘默權，甲再度詳述犯案經過(證 3)。然而，該案移送檢察署後，甲態度丕變而不再陳述。此後及至審判中，甲皆保持緘默。案經檢察官以違反槍砲彈藥刀械管制條例，將甲提起公訴。審判中，甲之辯護人抗辯，警員逮捕甲前、後的三次自白證據(證 1、2、3)，皆因違反告知義務而無證據能力，不得採為有罪之裁判基礎。試說明法院應如何判斷其證據能力。(30 分)

**分析：**本題重點應在測試三個時間點所取得的自白，依現行證據法則應如何認定其證據能力之問題。坊間有擬答題認為，應依被告地位之取得，及有無告知被告緘默權、辯護權，而異其證據能力之有無。此說固不無道理，但所謂被告地位之取得，不僅模糊，且無實證法上之依據，此與我國檢察官可得行使拘提權(非現行犯之逮捕權)，及警察可得行使緊急拘提權有關，此點與日、德刑事訴訟法均不相同。反而本題若依§158 之 2 試答，較合情理。§158 之 2 有關自白證據能力問題有兩個時間點：一為第 1 項之「司法警察逮捕現行犯後，在法定障礙事由期間內之詢問，除出於善意及自由意志外，其自白無證據能力」；二為，第 2 項之準用前項之規定。但逮捕前之自白則無特別規定，固理應依§156 I。

**重點擬答：**

(一) 證 1，乙詢問槍彈是否甲持有時，乃任意性之詢問，甲亦為任意性之自白，依§156 I，該自白有證據能力。

(二) 證 2，乙請求支援及繼續詢問時，應認為已屬詢問遭受逮捕之現行犯，但卻是在法定障礙事由期間內之詢問，應依§158 之 2 第 1 項規定，除出於善意及

自由意志外，其自白無證據能力。

(三) 證 3，丙詢問甲時，漏未告知緘默權事項，依§158 之 2 第 2 項規定，應準用(二)之規定。

四、民眾以電話向警局檢舉某護膚店從事色情按摩。警員 P 即佯裝民眾打電話去該店打探服務內容及收費情形，果然發現該店提供色情按摩服務。P 將與該店店主甲電話通話內容予以秘密錄音。其後，P 喬裝男客前往該店消費，由店主甲出面接待引領 P 進入包廂由乙女為其服務。P 以暗語詢問可否為半套色情按摩，乙女表示對不認識的客人沒有此種服務。P 再以高於市價行情兩倍之價碼請求乙女提供色情按摩，乙女終於答應，而於提供色情按摩服務時，當場被 P 查獲，P 並查扣店內相關證物。甲被提起公訴。其後，法院採證警員 P 與被告甲電話通話之錄音內容及查扣之店內相關證物作為甲有罪證據。試評論法院採證之合法性。(30 分)

**分析：**本題重點應在，各該偵查行為是否合法？：(一) 警員秘密錄音之行為是否違法偵查？(二) 警員之釣魚偵查行為是否合法？(三) 警員查扣相關證物之行為是否合法？

**重點擬答：**

(一) 警員秘密錄音之行為因係自為對話之一方，故非侵害隱私權，其錄音合法，有證據能力。

(二) 警員釣魚偵查之行為亦屬合法，因其僅係提供機會型釣魚偵查而非創造犯意型釣魚偵查，蓋以早已喬裝客人而查明行情。雖然學者有以為應採客觀說，但客觀說若以對價是否過高作為合法與否之標準，則以一般價額創造犯意豈非亦屬合法？故客觀說應難贊同。但若先採主觀說，在提供機會型之下輔以客觀說，亦即不可以過高代價作為誘餌否則違法，則應可贊同。

(三) 警員於查獲違法後，以逮捕現行犯名義查扣店內相關證物，若屬不要式搜索及查扣可為證據之物，應屬合法搜索及扣押。

五、甲因其女友 A 移情別戀，乃與乙、丙共謀，推由乙、丙侵入 A 租屋處，偷拍 A 之裸照。乙、丙進入 A 房內，乙見 A 睡姿迷人，竟要求丙壓制 A 手腳，以便伊對 A 性交得逞。事後，乙、丙為向甲交差，又強拍 A 裸照數張交與甲。A 到警局提出告訴，女警以被害人身分詢問 A 並製作筆錄後，隨即帶 A 到醫院，由醫師 B 診斷，繼由 B 製作驗傷診斷書交給警方。其後，A 即行蹤不明，傳訊無著。案經檢察官對甲、乙、丙三人一併起訴。準備程序時，甲、乙、丙未選任辯護人，法院亦未指定辯護人，三人對檢察官所提證據(包括驗傷診斷書)之證據能力，皆表示「無意見」。審判期日時甲、乙、丙三人始委任 C 律師為其共同辯護人。C 之共同辯護意旨主張驗傷診斷書及 A 警詢筆錄為傳聞，皆無證據能力。此外，

C 為甲辯護時，另行主張，甲事先對乙、丙強制性交行為完全不知情。審理終結前，法官傳喚醫師 B 到庭未果，A 亦從未到庭。審理終結後，法院即採認該等證據有證據能力。

一、問甲、乙、丙三人之刑責各如何？（40 分）

二、試評釋法院採認該等證據有證據能力之合法性。（20 分）

三、試問本件審判踐行之相關辯護程序之合法性。（20 分）

**分析：**本題重點應在：（一）甲是否應對乙丙之性侵 a 及拍裸照，負共同正犯責任？乙丙所為究屬§221 或§222？乙丙拍裸照行為究屬何罪？（二）法院採認被害人 a 之供詞及 B 之診斷書以為證據，是否有證據能力？

（三）審判踐行之程序有三處是否違法，一為強制辯護案件於準備程序未有辯護人，二為準備程序同意為證據，但審判期日得否反悔？三為辯護人代理之各被問厲害不同時，得否共同代理訴訟。

**種點擬答：**

（一）甲乙丙應負妨害秘密罪之共同正犯罪責，但甲對乙丙之強制性交不負責，因非甲共謀範圍內之事項。乙丙除妨害秘密罪外，應另處§221 之共同正犯罪責，但因丙未有強制性交行為，故乙丙二人不可論§222 之罪。

（二）A 之供詞雖屬傳聞證據，但因必要性及確實性，故例外可為證據；B 之診斷書屬於業務上製作之證明文書，故亦例外有證據能力。

（三）我司法實務認為，準備程序亦應有強制辯護之適用。另，準備程序雖為明示同意，但之後的審判程序或二審，均得另為反對之表示。此外，各被告間厲害不同時，依規定不得共同代理。