

# 《刑法與刑事訴訟法》

一、某日午後，酒醉的甲女由於感到悶熱而在人潮眾多之火車站前，當眾脫掉上衣露出胸部，經路人報案而被請到警局說明。由於甲是通緝犯，在製作詢問筆錄時，為避免身分曝光而以妹妹A姓名應訊。製作筆錄後，甲女到警局廁所如廁時，其皮包遭到清潔工乙竊取。甲女立即在警局內報案。乙極力否認犯行，但其竊盜之過程已被警員丙目睹。丙向乙提議以一萬元報酬交換有利於乙證言，若乙同意其請求，將如乙所願提出證言，使乙免於被追訴。乙與其擔任律師工作之表哥丁商量後，委由丁出面表示接受提議。丙經傳喚於地方法院檢察署具結後，於製作筆錄時表示：「乙當時正在打掃，沒有偷竊之舉動。」數日後，丁依約交付報酬。

(一)甲之罪責為何？(10分)

(二)乙、丙、丁之罪責為何？(20分)

命題意旨	本題專門測驗超個人法益部分的犯罪，社會法益涉及公然猥褻罪與使公務員登載不實罪，國家法益涉及違背職務罪賄賂罪、藏匿犯人罪與偽證罪。社會法益部分考點明確，只要清楚交代學說與實務對使公務員登載不實罪的歧見即可。國家法益部分則是極度複雜，除違背職務收賄與行賄部分必須交代外，藏匿人犯罪與偽證罪的參與關係也是一大重點。
答題關鍵	本擬答以詳盡為原則，所佔篇幅十分龐大，正式應考時切莫花費過多時間與空間，畢竟這只是第一題而已。針對有爭議的部份，建議學說與實務兩說並陳，並隨即採取一說作答，盡量不要花費時間詳論各家之常、道盡眾家之短；如果已經逾越應該的時間或篇幅，請就學說或實務直接擇一操作，也毋庸再兩說並陳。無論如何在國家考試中，「寫完」才是第一要務。
考點命中	1.《高點刑法總則（圖說）》，易律師編著，頁11-59~60。 2.《高點刑法分則》，方律師編著，頁3-99~108、3-161~163、4-20~25、4-126~129、4-134~141。

## 【擬答】

(一)就甲之刑責討論如下：

1.甲在火車站前脫衣露胸之行爲，成立刑法（以下同）第234條第1項的公然猥褻罪。

- (1)本罪以「行爲人意圖供人觀覽，公然爲猥褻行爲」爲成立要件。雖說猥褻概念繫於一般人民的感受，然脫衣露胸在台灣社會中已逾越最低忍受底線，是猥褻行爲無疑。
- (2)客觀上甲在人流眾多的火車站前脫衣露胸，該當公然猥褻行爲；主觀上甲明知前述事實卻有意爲之，又任令不特定人直擊其胸而具備供人觀覽意圖，構成要件該當。
- (3)甲無阻卻違法事由，至於罪責部分，依題意飲酒當下甲並無實現後續公然猥褻罪的故意，並非第19條第3項所稱之原因自由行爲，因此甲雖成立本罪，卻可依第19條第2項減輕其刑。

2.甲以A的名義應訊並製作筆錄之行爲，成立第214條第1項的使公務員登載不實罪。

- (1)本罪以「行爲人明知爲不實事實，使公務員登載於職務上之公文書，足生損害於公眾或他人」爲成立要件。實務強調本罪以公務員對該事實無實質審查義務爲限，既然警察對應訊人之姓名有實質審查義務，行爲人便不成立本罪。通說無此限制，只要令公務員登載無價值判斷的不實事實即可，本文從之。
- (2)客觀上甲使公務員在筆錄上登載錯誤姓名，此乃無價值判斷的不實事實，足生損害於A；主觀上甲明知前述事實卻有意爲之，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.結論：甲不同行爲犯公然猥褻罪與使公務員登載不實罪，成立實質競合，按第50條數罪併罰。

(二)就乙、丙、丁之刑責討論如下：

1.丙部份：

(1)丙提議以一萬元交換有利乙證言之行爲，成立第122條第1項的違背職務收賄罪。

- A.本罪以「公務員對違背職務之行爲要求、期約、收受賄賂」爲成立要件。
- B.客觀上司法警察丙乃依法有偵查犯罪權限之公務員，丙以「爲乙掩飾犯罪」爲由要求金錢，該當對違背職務之行爲要求賄賂；主觀上丙明知前述事實卻有意爲之，構成要件該當。
- C.丙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。
- D.附帶一提，雖然丙隨後又有期約、收受賄賂行爲，惟要求、期約與收受乃是本罪的構成要件等價選擇要

素，僅論一個違背職務收賄罪已足。

(2) 丙在偵查庭上作偽證之行爲，成立第 168 條的偽證罪。

- A. 本罪以「證人於檢察署偵查時於案情有關之事項，具結而爲虛偽陳述」爲成立要件。
- B. 客觀上丙在檢察署偵查時，對乙是否竊盜一事具結後爲虛偽陳述；主觀上丙明知前述事實卻有意爲之，構成要件該當。
- C. 丙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

(3) 丙在偵查庭上作偽證之行爲，成立第 122 條第 2 項的收賄而違背職務罪。

- A. 本罪以「行爲人犯違背職務收賄罪後爲違背職務之行爲」爲成立要件。
- B. 客觀上丙確實履行違背職務之偽證行爲；主觀上丙明知前述事實卻有意爲之，構成要件該當。
- C. 丙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

(4) 丙在偵查庭上作偽證之行爲，不成立第 125 條第 1 項的濫權不追訴罪：雖說丙該當「明知有罪之人而無故不使其受追訴」之描述，卻因爲實務向來主張本罪主體限於法官或檢察官，不包括輔助追訴的司法警察在內，故丙不成立本罪。

(5) 丙在偵查庭上作偽證之行爲，成立第 164 條第 1 項的藏匿犯人罪。

- A. 本罪以「行爲人使犯人隱避」爲成立要件。
- B. 客觀上丙透過偽證行爲隱避乙犯竊盜罪之事實；主觀上丙明知前述事實卻有意爲之，構成要件該當。
- C. 丙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

(6) 結論：丙所犯違背職務收賄罪與收賄而違背職務罪乃不真正競合，論後者已足；再與偽證罪、藏匿犯人罪成立想像競合，按第 55 條從一重法定刑處斷。

2. 乙部份：乙竊取甲皮包之行爲，成立第 320 條第 1 項的竊盜罪。

- (1) 本罪以「行爲人基於不法所有意圖竊取他人之物」爲成立要件。
- (2) 客觀上乙破壞甲對皮包的持有並建立自己持有；主觀上乙明知前述事實卻有意爲之，又自知無請求權卻想乙所有人自居，具備不法所有意圖，構成要件該當。
- (3) 乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。
- (4) 附帶一提，清潔工乙雖在警局內服務，卻具有法定職務權限，並非第 10 條第 2 項第 1 款的公務員，故無按第 134 條加重處罰之餘地。

3. 乙、丁部份：乙與丁商量後而由丁出面，可評價爲基於共謀而來的構成要件行爲分擔，兩人乃第 28 條的共同正犯，合先敘明。

(1) 乙、丁表示接受丙提議之行爲，成立第 122 條第 3 項違背職務行賄罪的共同正犯。

- A. 本罪以「行爲人對公務員違背職務之行爲行求、期約、交付賄賂」爲成立要件。
- B. 客觀上乙、丁接受丙的提議而形成期約賄賂共識；主觀上乙、丁明知前述事實卻有意爲之，構成要件該當。
- C. 乙、丁無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。
- D. 附帶一提，縱使隨後又有交付賄賂行爲，惟僅論一個違背職務行賄罪已足。

(2) 乙、丁提供賄賂令丙作偽證之行爲，成立第 168 條偽證罪的共同幫助犯。

- A. 客觀上乙、丁有「提供一萬元賄賂堅定丙犯意」的心理幫助行爲，又導致丙犯偽證罪而有不法可供從屬；主觀上乙、丁具備幫助雙重故意，構成要件該當。
- B. 乙、丁無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪，依據第 30 條得減輕其刑。

(3) 乙、丁提供賄賂令丙作偽證之行爲，僅丁成立第 164 條第 1 項藏匿犯人罪的幫助犯。

- A. 客觀上乙、丁有「提供一萬元賄賂堅定丙犯意」的心理幫助行爲，又導致丙犯藏匿犯人罪而有不法可供從屬；主觀上乙、丁具備幫助雙重故意，構成要件該當。
- B. 丁無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪，由於乙、丁乃五親等內的血親，可依據第 167 條減免其刑。至於乙本身是被藏匿的犯人，實務認爲連乙自行隱避都不成立本罪，更遑論以共犯型式隱避？基於無期待可能性法理，乙欠缺罪責而不成立犯罪。

(4) 結論：乙不同行爲犯竊盜罪、違背職務行賄罪與幫助偽證罪，成立實質競合，按第 50 條數罪併罰。丁同一行爲犯幫助偽證罪與幫助藏匿人犯罪，成立想像競合，按第 55 條從一重法定刑處斷，再與違背職務行賄罪成立實質競合，按第 50 條數罪併罰。

版權所有，重製必究！

二、八歲小孩 A 父母雙亡，與墓園管理員之叔父甲獨自生活。甲素來不喜歡 A，明知 A 個性極為膽小，仍不顧其心理健康可能受到影響，總在睡前對 A 講述恐怖的鬼故事，並常在 A 不聽話時，趁著夜半墓園無人，將 A 獨自一人關在墓園中數小時，任憑 A 心裡極度害怕，情緒崩潰哭喊，而不予理會。某夜晚甲又將 A 關進墓園，並因為臨時有要事處理，請其友人乙暫代看管墓園，並告訴乙「我把小孩 A 關在墓園以練膽，不論他如何哭鬧，等我回來後，我再帶他出來」，乙應允。其實乙也不喜歡小孩，甚至曾經建議甲將 A 殺死，詐領 A 之鉅額保險金，但甲未為其說動。是夜 A 被關在墓園後極為驚恐，嘗試爬樹越牆逃出，卻不小心從高處跌下，A 落地時頭部著地，A 因頭部劇痛大聲哭鬧，並叫喊：「救命」、「我好痛，快帶我出去」等語。乙在遠處之管理室，雖聽到 A 求救聲，但不知 A 已經受傷，所以未予理會。幾小時過後，甲回到墓園欲放 A 回家時，發現 A 倒在地上，並已經死亡。經法醫鑑定 A 如能及時就醫，應可避免死亡情事發生。試問：

(一)甲之刑責為何？(20 分)

(二)乙之刑責為何？(10 分)

命題意旨	本題是專門針對個人法益的考題，尤其是比較冷門的妨害幼童發育罪，是考生們容易遺漏掉的，但因為該罪方修法不久，算是可以掌握住的考點。此外傷害罪中的受傷結果除身體受損外，也包含健康受損，這也是常被忽略的要件。還有是結果加重犯的審查，新進見解逐漸強調「結果續生型」與「行為續生型」的分類，解題時不可不慎。最後是未遂教唆的可罰性，這算是萬年考點，絕對不能遺漏。
答題關鍵	雖說考點明確，但必須書寫的字數卻十分繁多，建議將重點罪名放在甲的部份檢討，同時說明結果加重犯是否成立。至於乙的部份請用「不再贅述」一句話帶過，只要特別說明未遂教唆的可罰性、正共犯區分理論、相續共同正犯以及最後的「過失不純正不作為犯」審查即可。
考點命中	1.《高點刑法總則(圖說)》，易律師編著，頁 3-16~17、6-21~26、6-35~37、11-7、11-30~32。 2.《高點刑法分則》，方律師編著，頁 1-67~68、1-83~88。

#### 【擬答】

(一)就甲之刑責討論如下：

##### 1.甲將 A 關進墓園之行為，成立刑法(以下同)第 277 條第 1 項的傷害罪。

- (1)本罪以「行為人傷害他人之身體或健康，並導致受傷結果」為成立要件，就條文規定而言，行為客體可以是自然人的身體或健康。使健康狀態產生不良變更，常見如使用言語加以刺激致罹患憂鬱症、將人關入幽暗密閉空間導致精神崩潰等情形。
- (2)客觀上甲將年僅八歲且極度膽小的 A 關進墓園中，乃製造心理創傷風險的傷害行為，且不可想像不存在地實現「A 情緒崩潰、驚恐哭喊」此法規範預設的結果；主觀上甲明知前述事實卻有意使其發生，具備傷害故意，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.甲將 A 關進墓園之行為，成立第 286 條第 1 項的妨害幼童發育罪。

- (1)本罪以「行為人對未滿十六歲之人，施以凌虐或以他法足以妨害其身心之健全或發育」為成立要件。「凌虐」指持續性地凌辱虐待等非人道待遇，「足以妨害其身心之健全或發育的他法」則是一種概括條款，只要有妨害被害人身心之健全或發育的可能，便該當本要件，是一種「適性犯(=適格犯)」立法模式。
- (2)客觀上甲將年僅八歲且極度膽小的 A 關進墓園中，絕對是一種非人道的凌虐；主觀上甲明知前述事實卻有意使其發生，具備本罪故意，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 A 關進墓園之行為，成立第 302 條第 1 項的私行拘禁罪。

- (1)本罪以「行為人私行拘禁而剝奪他人之行動自由」為成立要件。
- (2)客觀上甲將 A 關進墓園中，乃製造自由喪失風險的拘禁行為，且不可想像不存在地實現「剝奪 A 行動自由」此法規範預設的結果；主觀上甲明知前述事實卻有意使其發生，具備本罪故意，構成要件該當。
- (3)甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

##### 4.甲將 A 關進墓園，致 A 欲脫逃時跌傷死亡之行為，成立第 276 條第 1 項的過失致死罪。

- (1)由於夜晚被關進墓園而亟思脫逃乃人之常情，又八歲小孩並無成熟的脫逃能力，過程中極易受傷，甚至死亡，因此客觀上甲將 A 關進墓園乃製造死亡風險無疑，且不可想像不存在地實現「A 欲脫逃卻跌傷

版權所有，重製必究！

死亡」此法規範預設的結果。

(2)主觀上甲雖無意致 A 於死，惟對行為將導致 A 死亡有預見可能性，卻違反結果預見義務與結果迴避義務而至少有第 14 條第 1 項的無認識過失，構成要件該當。

(3)甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

5.甲將 A 關進墓園之行為，雖同時成立傷害罪、私行拘禁罪與過失致死罪，然第 277 條第 2 項的傷害致死罪與第 302 條第 2 項的私行拘禁致死罪乃**結果續生型的結果加重犯**，本案例的死亡結果並非由受傷結果、剝奪自由結果直接導出，不成立結果加重犯，併此指明。

6.結論：甲所犯傷害罪與妨害幼童發育罪乃**不真正競合**，僅論後者已足；又同一行為犯妨害幼童發育罪、私行拘禁罪與過失致死罪，乃是侵害不同法益的**想像競合**，依據第 55 條從一重法定刑處斷。

(二)就乙之刑責討論如下：

1.乙建議甲殺 A 遭拒之行為，不成立第 271 條第 2 項殺人未遂罪的教唆犯：乙雖實行促使他人產生犯意的教唆行為，卻未能成功引發甲的犯意，自始欠缺正犯不法供其從屬，自新法刪除第 29 條第 3 項關於未遂教唆的處罰規定後，欠缺可罰性而不成立犯罪。

2.乙應允甲看管墓園且不放出 A 之行為，成立傷害罪的共同正犯。

(1)甲有傷害行為並導致 A 心理健康受傷結果，客觀上乙不放出 A 之行為，乃是經由事前共謀而來的構成要件分擔，且由乙相續甲的構成要件行為，兩人均屬實行犯罪所不可或缺的角色，具備功能性的犯罪支配；主觀上乙明知前述事實卻有意使其發生，依據第 28 條與甲成立傷害罪的相續共同正犯。

(2)即使按實務慣採的「主客觀擇一標準說」，乙雖然主觀上是為甲犯罪，惟客觀上卻相續地實行傷害罪的構成要件行為，與甲成立共同正犯無疑。

(3)綜上所述，乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

3.乙應允甲看管墓園且不放出 A 之行為，成立妨害幼童發育罪的共同正犯：甲對 A 有繼續性的凌虐行為，乙與甲具備功能性的犯罪支配，依據第 28 條成立妨害幼童發育罪的相續共同正犯，不再贅述。

4.乙應允甲看管墓園且不放出 A 之行為，成立私行拘禁罪的共同正犯：甲有拘禁行為並導致剝奪 A 行動自由結果，乙與甲具備功能性的犯罪支配，依據第 28 條成立私行拘禁罪的相續共同正犯，不再贅述。

5.乙聽見 A 呼救卻未理會之行為，成立第 276 條第 1 項的過失致死罪。

(1)乙聽見 A 呼救卻未理會，乃是不排除既存風險的不作為。

(2)客觀上乙代甲看管墓園，縱使不是以此為業的墓園管理人，卻也事實上承擔管理業務，而負有相當程度的作為義務。乙聽見 A 呼救卻未理會，乃是有作為可能性下不排除既存的死亡風險，且假設乙及時救援，將幾乎確定「A 死亡」此法規範預設的結果不會發生。

(3)主觀上乙雖無意致 A 於死，惟對其行為將導致 A 死亡有預見可能性，卻違反結果預見義務與結果迴避義務而至少有第 14 條第 1 項的無認識過失，構成要件該當。

(4)乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

6.結論：乙所犯傷害罪與妨害幼童發育罪乃**不真正競合**，僅論後者已足；又同一行為犯妨害幼童發育罪、私行拘禁罪與過失致死罪，乃是侵害不同法益的**想像競合**，依據第 55 條從一重法定刑處斷。

三、調查局調查員甲受檢察官之指揮，偵辦某財團董事長乙涉嫌掏空公司資產的背信罪嫌。某日，調查員甲通知乙到調查站詢問案情，並於詢問前依法告知刑事訴訟法第 95 條所定事項，乙選任的辯護人丙並於偵訊室內陪同在場。詢問過程中，辯護人丙認為調查員甲試圖以誘導方式詢問可能涉及乙公司的營業秘密，且判斷乙可能因此作出不利於自己的回答，遂當場告知乙可以保持緘默，不用回答該項問題。調查員甲認為辯護人丙的行為已不當干擾其詢問的進行，要求丙離開偵訊室，限制其僅能在室外隔窗觀察。詢問結束隔日，各大報刊登乙涉案情節，並描述乙已供出所掏空資金的流向云云。辯護人丙認為乙並未掏空公司資產，且乙亦未承認自己有何不法行為，媒體報導似受到調查員甲的誤導而與事實不符。丙遂與乙一起召開記者會，公開前日調查員甲的部分詢問內容，並批評限制其在場陳述意見的做法不當。試問：

(一)調查員甲限制辯護人丙偵訊時在場陳述意見的處理方式是否合法？(15 分)

(二)辯護人丙召開記者會公開部分詢問內容，是否違反刑事訴訟法第 245 條第 3 項所定之守密義務？(15 分)

版權所有，重製必究！

命題意旨	本題在測驗考生對律師在場權與偵查不公開（偵查密行原則）的了解，將條文、立法意旨列出，並將如何適用條文釐清，則可獲得分數。
答題關鍵	(一)本題重點在於辯護人在場權的內涵，以及何時偵查機關可加以限制之，分析本案例中屬於原則在場或例外限制的情況，判斷其合法性。 (二)本題重點在於偵查不公開（偵查密行原則）的內涵，本法下何人可例外公布偵查情形，以及何種情況屬於可公開的例外狀況，若為例外狀況則辯護人得例外無須遵守守密義務，分析應原則保密或例外得洩露，將決定本案例中辯護人有無違反義務。
考點命中	1.《高點刑事訴訟法講義第二回》，路台大編撰，辯護人部分。 2.《高點刑事訴訟法講義第六回》，路台大編撰，偵查總論的偵查不公開部分。 3.《高點刑事訴訟法精要》，路台大編著，爭點 18：偵查之進行－偵查不公開與指認程序

## 【擬答】

(一)本題涉及辯護人偵查中之在場權，及例外對其為限制的判斷：

- 1.本法 245 條第 2 項規定：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。」賦予偵查中受訊問之被告受辯護人協助之權利保障，辯護人得在場並陳述意見。這就是所謂的「在場權」，為了確保辯護人發揮辯護制度功能而生，為被告在訴訟法上基本權利之一，兼及其對辯護人之依賴同受保護。使權利另有確保程序公正性、可信性之功能，並可藉此幫助發現真實。為確保辯護人在場，前提在於使被告知曉自己可選任辯護人之權利，故本法訂定有 95 條第 3 款的告知義務，本案例中調查員有合法行告知義務，此部分並未違法。
- 2.惟辯護權之保障與在場權並非完全不可限制，考量到公共利益的維護，若有程序保全之必要時，得例外限制辯護人之在場權。本法第 245 條第 2 項對於例外情況，設有例外規定：「但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」本條但書中之情形存在時，為保全程序、保全證據，可例外限制辯護人在場權。惟學說上有批評者認為，本條但書規定要件過於模糊，有被浮濫解釋導致過度限縮在場權保障的可能，未來應修法使要件更為明確、具體。
- 3.本案例中，調查員採誘導訊問之方式，可能有影響被告任意性的可能，且被告原本即享有緘默權之保障，故辯護人上開規定在場陳述意見，使被告履行其權利，應屬正當權利之行使。此外，本法 245 條第 2 項但書的例外情況中，辯護人要求被告行使緘默權，確實會導致國家偵查者偵查上的困難，本案例中則會產生取得作為證據之自白的困難，似乎合乎但書規定要件。惟管見以為，辯護人此處並非採取非法方式湮滅證據、妨害程序進行，而是要求當事人行使法律上賦予的正當權利，故應非但書所指的例外情形，調查員所為禁止在場之處分，應無理由而屬違法。

(二)本題涉及偵查不公開的內涵、界限如何解釋：

- 1.本法第 245 條第 1 項規定偵查應不公開，就是指偵查活動的程序與內容不得對外公開，除當事人或訴訟關係人外，任何人皆不得介入或參與偵查活動，以避免偵查中應保密的事項洩漏，被稱為「偵查不公開」或「偵查密行原則」。「偵查不公開」可再細分為「偵查行為不公開」與「偵查結果不公開」二者，前者是指禁止公開偵查的過程與行為，維護偵查程序的順利；後者是指基於無罪推定原則，避免未經正式起訴審判程序即公布犯罪嫌疑人涉嫌犯罪之資訊，對未經定罪嫌犯人的名譽造成難以彌補的傷害，且也可能影響到其他相關人士的名譽與合法權益。綜上所述，本題中辯護人召開記者會公開訊問內容與方式，原則上應違反偵查不公開原則，似屬違法。
- 2.惟偵查不公開仍有例外，依本法 245 條第 3 項規定，包括檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程序依法執行職務之人員在內，若有「依法令」、「維護公共利益」、「保護合法權益」等情形時，得公開揭露偵查中因執行職務知悉之事項。此規定認為若有更應追求之公共利益或重大個人權益時，應例外允許對偵查行為、內容加以揭露。惟有論者批評例外得揭露之主體範圍過大，此外例外情況的判斷標準同樣有不明確的問題存在。
- 3.是否有例外情形，應就具體個案客觀事實加以判斷，不可以假借例外情形的名義，濫行公開之事，使例外變為原則。由於偵查不公開除了追求偵查之效率外，也在強調無罪推定下當事人與關係人之名譽保護。當偵查公開的目的與不公開的目的產生衝突時，可否公開之界限何在，應以比例原則加以判斷，有無合理的偵查公開原因與是否會妨礙到偵查不公開之目的。若不會妨礙到偵查、公平審判或損及被告、被害人、證人與關係人之人權與安全，應可公開之。簡言之應以侵害最小的方式，來達到公開所想要達成的目的，且因為公開所造成之損害，不得大於公開所欲達到的目的。故本案例中，辯護人可能得以「保護合法權益」為

由，為求保障其當事人權益，以及揭露可能的真實、緘默權被侵害的狀況，在對於偵查內容揭露最小的範疇內，辯護人召開記者會的公開行為應屬合法，並未違反守密義務。

四、檢察官向管轄法院對甲以「甲、乙二人因隙成仇，某日甲埋伏乙回家途中，持棍將乙打死」之犯罪事實提起殺人罪之公訴，第一審法院依法審判結果認為甲成立刑法第 271 條殺人罪，對甲處有期徒刑 11 年，褫奪公權 5 年。請詳附理由分別回答下列二子題：

(一)若檢察官收到判決書後，於上訴期間內以量刑過輕提起上訴，甲並未於上訴期間內依法提起上訴。第二審法院審理結果，雖認為檢察官上訴無理由；惟仍認為甲應成立刑法第 271 條殺人罪，並諭知有期徒刑 11 年，褫奪公權 6 年。則第二審法院之判決有無違法？(15 分)

(二)若甲收到判決書後不服原審判決，依法提起上訴，檢察官並未於上訴期間內提起上訴。第二審法院審理結果，認為甲僅具重傷之故意，原審認為甲成立殺人罪，於法有違，無可維持而撤銷原審判決，改依刑法第 278 條第 2 項規定，諭知重傷致死罪，仍處甲有期徒刑 11 年，褫奪公權 5 年。則第二審法院之判決有無違法？(15 分)

命題意旨	本題在測驗考生對於刑事訴訟法 370 條不利益變更禁止原則的了解，包括條文解釋以及實務見解的解釋與改變。
答題關鍵	本題答題關鍵有以下幾點： 1.不利益變更禁止的適用前提—為被告利益上訴的解釋。 2.從刑於不利益變更禁止原則的適用與否。 3.不利益變更禁止原則效果—不得重於原審判決之刑的內涵。
考點命中	1.《高點刑事訴訟法講義第八回》，路台大編撰，頁 32-41。 2.《來勝刑事訴訟法精要》，路台大編著，頁 26-1~26-10，爭點 26「不利益變更禁止原則」之適用。

#### 【擬答】

此題爭點為不利益變更禁止原則適用前提之內涵、從刑於本原則之適用與否、適用本原則之效果如何解釋，以下分就兩子題回答之：

(一)1.刑法(下稱本法) 370 條規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。」此即「不利益變更禁止」，立法目的在於使被告勇於上訴，行使其救濟之權利。

2.本原則適用之前提為「為被告利益提起上訴」，故若上訴是為被告不利益時，此原則無適用餘地。本題中，被告並未為自己利益提起上訴，而係由檢察官為被告不利益提起上訴，原則上應無適用本原則之餘地。惟應注意者，本題中檢察官上訴「無理由」，依現行實務之見解：<sup>1</sup>「檢察官為被告之不利益上訴，原則上雖無適用，然須以其上訴有理由為前提，倘其上訴並無理由，仍有該原則之適用。」學說上亦認為為避免檢察官得恣意上訴來排除本原則的適用，輕易剝奪被告所享有不受國家加重處罰之利益，應贊同實務上開見解。管見以為，由本原則之立法目的出發，為保障人民救濟之訴訟權，實務與學說見解值得贊同，故本案中應有本原則之適用。

3.本原則適用效果要求不得重於原審之「刑」，其內涵自當包括主刑無疑，惟是否亦包括從刑部分，實務見解歷經數次更迭。往昔實務採否定見解，認為要以主刑之輕重為先決之標準，只要主刑並未加重，縱然從新重於原審，仍屬未重於原審之刑<sup>2</sup>。惟現今實務已於最高法院 92 年第 2 次刑庭總會決議中廢止上開判例，且現今實務有認為從刑也在輕重比較之列<sup>3</sup>，對於刑之輕重也認為應從「對被告實質上整體不利益」進行觀察。本案中，褫奪公權屬於從刑，且較原審為重，對被告整體上顯屬不利益，故違反本原則。

4.綜上所述，本題有本原則適用，第二審法院判決違反本原則下，應屬違法。

(二)1.本題同樣牽涉本原則適用前提之解釋，本題中檢察官並未上訴，而是由被告為自己利益提起上訴，故依本原則前提要求「為被告利益上訴」，本子題應有本原則之適用無疑。

2.本題較大爭議在於對本原則適用效果之解釋。由於本原則僅要求不得重於原審之刑，故罪名之變更對於本原則不生影響，先敘明之。此外應注意者，本原則之適用效果，僅要求「禁止重於原審之刑」並不等於強制減輕原審之刑，故以形式觀之，本子題二審法院並未違法。

<sup>1</sup> 請見：最高法院 101 年台上字第 272 號判決

<sup>2</sup> 請見：最高法院 29 年上字 1396 號判例

<sup>3</sup> 請見：最高法院 76 年台上字 873 號判決



3. 惟本子題較有爭議者在於：上級審法院對罪名之變更，係認為被告犯罪情節較原審為輕，此時仍維持原審判決結果，是否有違本原則：

- (1) 由於原審認為被告犯殺人罪，但上級審改為重傷致死，亦即犯罪情節上將故意罪責之內容，由殺人改為重傷，死亡部分僅是過失所致，對此種犯罪情節較原審為輕，但判決結果維持之情況，實務上有判決認為應屬違法，有違本原則，蓋若犯罪情節減輕，則維持刑度等同於論知比原審為重的刑度：<sup>4</sup>「第二審雖以第一審判決適用法條不當而撤銷，倘第二審判決所認定之被告犯罪情節較第一審為輕，並以第一審判決認定事實有誤而撤銷，且所適用法條之法定刑度較第一審適用者為輕，第二審如維持與第一審相同之宣告刑，實際上無異論知較重於第一審之宣告刑，難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則無悖。」若依此見解則本判決應屬違法。
- (2) 惟學說上認為，本原則之目的在於限制上級審量刑，為其劃出外部界線，只要依照判決結果之罪名量刑，且宣告刑未重於原審時，即合於本原則要求。二審法院認定犯罪情節較輕，也不等於有義務一併降低宣告或執行之刑。依此見解則本判決應屬合法。
3. 對上開討論，管見以為由本原則的內涵出發，只要依法所量之刑未重於原審即屬合於本原則，若犯罪情節輕微，有討論刑度是否降低之問題，應屬「罪刑相當原則」的討論範疇，與本原則無關。加上本原則適用僅強調「禁止加重」而非「強制減輕」，故宜採學說見解，本子題二審法院判決並未違法。

五、甲男與乙女新婚後不久乙女懷孕，甲男以二人年齡尚輕，乃提供藥物請求乙女服用墮胎，乙女因怕甲男生氣乃同意服用甲提供之墮胎藥，惟胎兒僅早產未胎死腹中。翌年乙女再度懷孕，甲男再要求乙女墮胎，惟此次乙女堅拒墮胎，數度溝通未果後，甲男大怒之下，明知乙女已懷胎，雙方拉扯中打中乙女腹部，致乙女動到胎氣送醫急救後胎兒早產，惟因嬰兒早產，有先天性心臟病、呼吸窘迫及抽搐痙攣等難治病症，乙女亦因早產失血過多昏迷，甲男獲悉上情，基於無力負擔乙女龐大之醫療費用及該嬰兒患有上揭先天性疾病，即逃避無蹤，不顧乙女及甫生產有難治重症之嬰兒。數日後乙女醒來因見甲男無情且嬰兒難治，絕望之餘，乃乘餵奶之機悶斃嬰兒後自殺。事經醫院及時發現，乙女倖免於死，並報警查辦嬰兒死亡之事。

(一) 甲、乙各應如何論罪？(35 分)

(二) 檢察官提起公訴後，再發現被告有新犯罪事實應予追訴時，依法得以函請法院併前案審理(簡稱：函請併案審理)、另行起訴或追加起訴等方式為之，試問三者法定要件有何不同？依據何在？如某新犯罪事實，經檢察官以函請併案審理、另行起訴或追加起訴後，法院審理結果認該新公訴事實並不構成犯罪時，法院就該不構成犯罪之新公訴事實，各應為如何處理？(30 分)

(三) 本案如檢察官依警方移送之資料，先僅就甲傷害乙女及乙殺嬰等事實提起公訴後，嗣於公訴中因乙女再向檢察官自首其曾因甲之請求而服藥墮胎，並告訴本次甲毆傷乙本意在使乙墮胎及甲有遺棄嬰兒等三項犯行，如偵查檢察官認應再追訴甲、乙上開三項新犯行時，究應以函請併案審理、另行起訴或追加起訴等何種方式為追訴？理由為何？(15 分)

命題意旨	刑法部分完全是個人法益的考題，爭點十分明確，主要涉及墮胎罪、生母殺嬰罪與遺棄罪。切記必須說明墮胎罪的死亡結果該如何認定，以及遺棄罪具體危險犯與抽象危險犯之爭，這都是出題老師希望看到的回答。本大題的(二)、(三)兩題在測驗考生對訴訟客體的了解，特別是對於函請併案、另行起訴與追加起訴的概念差異，若可釐清三者分別，然後具體針對案例解答，即可獲得高分。
答題關鍵	刑法部分這是最後一題，相信時間也所剩無幾，因此建議能省則省，切莫長篇大論，毋庸硬性分點分項闡述不同意見，簡明扼要在同一標題中說明即可。此外也建議朝讓行為人不成立犯罪的方向書寫，不僅犯罪審查時較為簡便，也省去不少競合時的難題。刑訴部分有以下幾點： 1. 數案件或一案件，將決定使用三種方式的何者。2. 三種方式的要件有何差別
考點命中	1. 《高點刑法總則(圖說)》，易律師編著，頁 3-17、11-65。 2. 《高點刑法分則》，方律師編著，頁 1-14~16、1-27~32、1-43~48。 3. 《高點刑事訴訟法講義第一回》，路台大編撰，訴訟客體部分

<sup>4</sup> 請見：最高法院 100 年台上字 5915 號判決

- |   |
|---|
| 4.《高點刑事訴訟法講義第六回》，路台大編撰，公訴部分                 |
| 5.《來勝刑事訴訟法精要》，路台大編著，爭點 17：案件之判斷－單一性、同一性之問題。 |

## 【擬答】

(一)就甲、乙之刑責討論如下：

1.乙服用墮胎藥致胎兒早產之行爲，不成立刑法（以下同）第 288 條第 1 項的孕婦自行墮胎罪。

- (1)本罪以「孕婦服藥墮胎」爲成立要件。學說與實務雖均認同本罪必須發生一定結果，不過內容卻略有差異，實務認爲無論胎兒死亡或早產均可，學說則鑑於本罪以「胎兒生命」爲保護法益，必須發生死亡結果始足，本文從之。
- (2)客觀上乙雖有服用墮胎藥行爲，卻僅導致胎兒早產結果，客觀構成要件不該當，本罪又不處罰未遂犯，故乙不成立犯罪。

2.乙悶斃嬰兒之行爲，成立第 274 條第 1 項的生母殺嬰罪。

- (1)本罪以「生母於甫生產後殺其子女」爲成立要件，條文並無規定甫生產後的時間認定，實務也僅表示出生後五日不該當本要件，不過學說認爲基於本罪考量生母心理壓力的本質，只要生母仍處於產後強大心理壓力下，便可該當此要件，形式上的天數並非絕對，本文從之。
- (2)客觀上乙悶斃嬰兒，題目雖僅言「數日後」，惟基於乙的心理壓力以及罪疑唯輕原則，本文肯認該當「甫生產後」要件；主觀上乙明知前述事實卻有意使其發生，具備殺嬰故意，構成要件該當。
- (3)乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

3.甲提供藥物請求乙墮胎之行爲，不成立墮胎罪的教唆犯或幫助犯：縱使甲有提供藥物的幫助行爲或請求乙墮胎的教唆行爲，由於正犯乙並無墮胎罪的不法，甲欠缺限制從屬性而不成立共犯。

4.甲攻擊乙腹部致胎兒早產之行爲，成立第 291 條第 3 項的未得孕婦同意墮胎未遂罪。

- (1)本罪以「行爲人未得孕婦同意而使之墮胎」爲成立要件。
- (2)客觀上並未發生胎兒死亡結果，客觀構成要件不該當；主觀上甲可預見毆打乙腹部將導致胎兒死亡卻不違背其本意，具備殺嬰故意。甲毆打腹部行爲與墮胎無法介入額外中間行爲，並對腹中胎兒造成直接危險而具備著手，未遂犯構成要件該當。
- (3)甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

5.甲攻擊乙腹部之行爲，成立第 277 條第 1 項的傷害罪。

- (1)本罪以「行爲人傷害他人並致受傷結果」爲成立要件。
- (2)客觀上甲毆打乙腹部，乃製造身體受創風險的傷害行爲，且不可想像不存在地實現「乙早產且昏迷」此法規範預設的結果；主觀上甲明知前述事實卻有意使其發生，具備傷害故意，構成要件該當。
- (3)甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

6.甲不顧乙與嬰兒而逃逸無蹤之行爲，不成立第 294 條第 1 項的有義務遺棄罪。

- (1)本罪以「行爲人對依法令負有照護義務之人不爲生存所必要之照護」爲成立要件。本罪性質有具體危險犯說與抽象危險犯說之爭，前者除要求具備遺棄行爲外，更要發生「致生命法益陷入危險」的結果；後者雖不要求結果要件，卻強調遺棄行爲本身必須有「足以威脅生命法益」的內涵。
- (2)若採具體危險犯說，客觀上甲縱使該當遺棄行爲，也因爲乙和嬰兒尚在醫院照護中而不該當「致生命法益陷入危險」的結果；又若採抽象危險犯說，客觀上欠缺「足以威脅生命法益」的遺棄行爲，畢竟乙和嬰兒當下確實沒有立即性生命危險。故無論依據何說，均不該當本罪構成要件。

7.結論：乙僅成立生母殺嬰單純一罪；甲同一行爲犯未得孕婦同意墮胎罪與傷害罪，乃是侵害不同法益的想像競合，依據第 55 條從一重法定刑處斷。

(二)1.若新犯罪事實爲原案件（犯罪事實）的一部分時，基於本法第 267 條規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部」。故該犯罪事實會爲原本已起訴部分的犯罪事實之起訴效力所及，也就是說兩者爲單一案件，僅是犯罪事實不同二部。此時，由於並未有新的訴訟客體（案件），故無需另行起訴、追加起訴，僅需函請併案審理即可。若該新事實部分不構成犯罪時，法院毋庸諭知另一（無罪）判決，僅須在原本犯罪事實之判決主文諭知有罪判決，在理由中說明無罪即可。

2.若新犯罪事實與已經起訴部分之犯罪事實，無論事實上或法律上皆非單一、同一案件時，此時新犯罪事實可謂是另一個案件，不產生本法第 267 條之「不可分」效力。此時起訴另一案件可能有二法：另行起訴、追加起訴。

- (1)另行起訴是另提起一次公訴，依本法第 264 條規定：「提起公訴，應由檢察官向管轄法院提出起訴書爲之。」故若有非屬單一案件的事實欲提起公訴時，得有檢察官提出起訴書向管轄法院爲之。若該部分事



實不成立犯罪時，由於為另一案件，故法院可直接對該部分諭知無罪判決。

(2)追加起訴本質上也是起訴，規定於本法第 265 條：「於第一審辯論終結前，得就與本案相牽連之犯罪或本罪之誣告罪，追加起訴。」且審判期日中追加可例外以言詞為之，毋庸提出起訴書狀。此制度的設計目的在於訴訟經濟與避免裁判矛盾，將有關連性的案件藉由追加起訴，於同一程序中審理之，故條文中設有「本案相牽連之犯罪或本罪之誣告罪」等要件。若新犯罪事實不成立犯罪時，既然是另一個案件，處理方式同上，僅需諭知另一個無罪判決即可。

(三)1.乙服用墮胎藥

乙生母殺嬰罪部分與先前服用墮胎藥之墮胎罪部分，為兩次不同起意之數行為，由於觸犯數罪名且侵害數法益故為數罪併罰，於訴訟法上為數刑罰權之數案件。此時對墮胎罪部分應起訴，管見以為可認為乙前次墮胎與此次生母殺嬰屬一人犯數罪之相牽連犯罪，故可以本法第 265 條追加起訴，若依第 264 條另行起訴亦屬合法，並無不可。

2.甲毆打乙目的在於墮胎

甲毆打乙的行為除傷害罪外，另可能成立墮胎罪，屬於一個起意為一行為，一行為侵害數法益該當數罪名為想像競合，屬於裁判上一罪，故僅有一個刑罰權，訴訟法上僅為一個案件。既然為單一案件，依本法第 267 條規定會產生公訴不可分的效力，故起訴傷害罪的效力及於墮胎罪部分。此時既然是一個案件，毋需另行起訴，只需要函送併辦審理即可。

3.甲遺棄嬰孩

甲遺棄嬰兒的部分，與毆打乙屬於數行為、數法益的數罪併罰，故為數個刑罰權，訴訟法上為數個案件。不過既然是一個人犯數罪之相牽連案件，仍可依本法第 265 條追加起訴之，若以第 264 條另行起訴亦屬合法。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！