

《刑法與刑事訴訟法》

一、大學二年級學生甲與乙，因經常與同學 X 爭論，而懷恨在心，常思教訓 X。某日甲與乙又與 X 激烈爭執，甲與乙乃相約於放學後各取直徑 3 公分、長 1 公尺之圓木棍 1 支，由甲守學校前門，乙守學校後門巷道，一遇 X 出現，即予教訓。俟 X 尚不知有禍臨頭，仍高高興興地從學校後門回家，剛好遭乙堵在巷口，以木棍毆打其肩膀及頭部 3 下。X 奮力逃走後回家，因腦部疼痛經家人送醫後竟然因腦溢血而死，死因與乙毆打時用力過猛有直接關係。問：

(一)依實務見解，甲與乙是否應對 X 的死亡共同負責？理由為何？(13 分)

(二)依實務見解，甲與乙應如何論罪？理由為何？(12 分)

| | |
|------|------------------------------|
| 命題意旨 | 加重結果犯之共同正犯，為一傳統考點，考生不可不會。 |
| 考點命中 | 《高點刑法上課講義》第一回，許台大編撰，頁 15-17。 |

【擬答】

(一)依實務見解，甲、乙應對 X 之死亡共同負責：

- 關於結果加重犯是否可成立共同正犯，學說與實務向來有分歧見解。傳統實務如最高法院 27 年上字第 755 判例謂：「上訴人既與某甲同用扁擔將某乙毆傷以致身死，則死亡之結果，自係上訴人等共同行為所致，無論死於何人所加之傷，在共犯間均應同負全部之責，並無分別何部分之傷，孰為下手人之必要。」而可得知實務認為就結果加重犯，亦可成立共同正犯。(最高法院 102 台上 1626 判決同此意旨)
- 然新近亦有實務認為：「共同正犯在犯意聯絡範圍內，就其合同行為，均負全部責任，惟加重結果犯之加重結果，行為人主觀上均未預見，則各共同正犯間就加重結果之發生，無主觀上之犯意，當無犯意聯絡可言，各共同正犯就加重結果應否負責，端視其本身就此加重結果有無過失為斷。」(最高法院 102 台上 1551 判決)即採部分學者見解，認為共同正犯之成立，其間必有犯意聯絡，而就結果加重犯之加重結果部分，為行為人主觀上未預見之過失行為，故自無法成立加重結果犯，而僅得各自負責。此說亦值傾聽。

(二)若依傳統實務見解，甲與乙共同傷害 X 致 X 死亡之行為，構成刑法第 277 條第 2 項傷害致人於死罪：

1.構成要件：

- (就基本行為部分，客觀上，乙用木棍攻擊 X 之頭部之行為，與 X 受傷間有相當因果關係；主觀上，乙亦具有傷害故意。
- (就加重結果部分，客觀上，乙之傷害行為與 X 之死亡間，具備特殊危險關係或直接關連性；主觀上乙對 X 死亡結果客觀上能預見，而主觀上未有預見，具有過失。故乙構成本罪之加重結果犯。
- (最高法院 91 年台上字第 50 號刑事判例謂：「共同正犯在犯意聯絡範圍內之行為，應同負全部責任。惟加重結果犯，以行為人能預見其結果之發生為要件，所謂能預見乃指客觀情形而言，與主觀上有無預見之情形不同，若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍；是以，加重結果犯對於加重結果之發生，並無主觀上之犯意可言。從而共同正犯中之一人所引起之加重結果，其他之人應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見；而非以各共同正犯之間，主觀上對於加重結果之發生，有無犯意之聯絡為斷。」
- (今甲、乙間對傷害 X 之基本行為，客觀上具行為分擔，主觀上具犯意聯絡，構成刑法 28 條之共同正犯無疑。而能否成立加重結果犯，依上開見解，需端視甲就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見。查甲、乙合意分持直徑 3 公分，長 1 公尺之本棍傷害 X，依大學二年級之生活經歷，對此傷害行為可能造成 X 死亡，客觀上應有預見可能。基此，甲、乙間可成立傷害致人於死之加重結果犯。

2.甲、乙無阻卻違法及罪責事由。

二、甲單身，其父 A 已年滿 70 歲，體力衰弱，無工作能力，須坐輪椅始能移動，平日與甲一起生活。自 104 年 1 月 1 日起，甲將其父委由開設養護之家之乙照料，並簽訂契約每月養護費新臺幣 2 萬元，3 個月一期，期前繳交費用，若有一期不繳，契約即自動終止，甲應將 A 帶回。俟甲與乙簽約繳交頭期款後，至 5 月下旬尚未繳交第二期養護費。乙不堪賠累，4 次催繳並要甲將 A 帶回，但甲均置之不理。乙遂於 104 年 6 月 15 日 10 時將 A 以輪椅帶至甲居住處所，見甲不在家後，將

A 棄於門口逕自離去。直至夜間 10 時，甲仍未返家，但 A 已氣息微弱，陷入昏迷，鄰人見狀不忍，遂報警處理，警乃將 A 送醫，幸未死亡。問：

(一)甲之所為若依我國判例見解，是否成立刑法第 294 條違背義務之遺棄罪？理由為何？(13 分)

(二)乙之所為依不純正不作為犯之學理，是否有罪？理由為何？(12 分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 遺棄罪之性質、不純正不作為犯。 |
| 考點命中 | 1.《高點刑法上課講義》第一回，許台大編撰，頁 31-36。 2.《高點刑法上課講義》第三回，許台大編撰，頁 5-8。 |

【擬答】

(一)依最高法院 87 年台上字第 2395 號判例，甲不構成遺棄罪：

- 關於刑法第 294 條遺棄罪之性質，學說實務向有爭議最高法院 87 年台上字第 2395 號判例：「刑法第 294 條第 1 項後段之遺棄罪，以負有扶助、養育或保護義務者，對於無自救力之人，不為其生存所必要之扶助、養育或保護為要件。所謂「生存所必要之扶助、養育或保護」，係指義務人不履行其義務，於無自救力人之生存有危險者而言。是本院 29 年上字第 3777 號判例所稱：「若負有此項義務之人，不盡其義務，而事實上尚有他人為之養育或保護，對於該無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪」，應於該義務人不履行其義務之際，業已另有其他義務人為之扶助、養育或保護者為限；否則該義務人一旦不履行其義務，對於無自救力人之生存自有危險，仍無解於該罪責。」
- 今甲雖未依與乙之契約付款，然甲既將 A 託由開設養護之家的乙照護，則乙應仍有照護 A 之義務，而不應逕將 A 遺棄在外，故甲即使不對 A 為必要之照護，現實上仍不致生 A 之生存有危險，故依實務見解甲不應構成本罪。

(二)乙所為若依不純正不作為犯之法理，可能構成刑法 271 條不純正不作為之殺人未遂犯：

- 不純正不作為犯，係指具有保證人地位者，以不作為犯刑法之禁止規範，合先敘明。
- 構成要件：
 - A 未死亡，且刑法上有處罰殺人之未遂規定。
 - 主觀上，乙雖未希望 A 死亡，但其將體弱高齡之 A 遺棄在外長達 12 小時，顯見其對 A 之死亡，至少具有間接故意（容忍故意）。
 - 客觀上，從法規範的角度觀之，乙不消弭 A 現存的死亡風險，應為一不作為。
 - 不純正不作為犯之保證人地位，以具有防止結果發生，具刑法關聯性的法義務為前提。單純的路見不平、見死不救的袖手旁觀者，在道德或倫理上或可譴責，但還不足以構成刑法的保證人地位；甚至於法律規範所創立的義務，也未必是具有刑法關聯性的法義務。其有兩種主要類型，一是特定法益的保護義務，一是對特定危險源的責任，此又稱為監督保證人的安全義務。本案中，乙既曾受甲之委託照護 A，即對 A 之生存有保證人地位，縱使甲未履約致使在民法上甲、乙間之契約終止，仍無礙乙對 A 之照護義務，故乙具有保證人地位。
 - 又依主客觀混合理論，乙已放任 A 之死亡風險顯著增長而不加以控制，應為著手，且乙有作為可能性，故構成要件該當。
- 乙無阻卻違法及罪責事由。

三、甲對乙實行普通傷害罪（刑法第 277 條第 1 項）。乙到警察局，並由警察丙受理報案。丙問乙，是否要對甲提出告訴，在甲當場向乙道歉後，乙表示不想告甲了。一星期後，乙和甲發生口角，乙一氣之下遂又來到警察局並且對丙表示，要告甲對乙實行普通傷害罪。不過，丙對乙表示，因為乙已經放棄告甲，他已經不能對甲就先前傷害乙的案件提出告訴；請問，根據刑事訴訟法，丙的說法是否正確？請詳述理由。(25 分)

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題涉及告訴權得否放棄之爭點，屬告訴部分，基本卻相當重要的問題，只要能將實務見解掌握，回答上並不困難。 |
| 考點命中 | 《高點刑事訴訟法講義第一回》，黎律編撰，頁 86。 |

【擬答】

(一)普通傷害罪屬告訴乃論之罪

按刑法第 287 條本文之規定：「第二百七十七條第一項、第二百八十一條、第二百八十四條及第二百八十五條之罪，須告訴乃論。」本案甲對乙所犯為刑法第 277 條第 1 項之普通傷害罪，依上開規定，應屬告訴乃論之罪。

(二)告訴乃論之罪須以告訴作為起訴及審判之要件

刑法上所稱告訴乃論之罪，於刑事程序屬訴訟條件。申言之，其係檢察官提起公訴、法院為實體審判之前提要件。個案中若不具備「告訴」此一訴訟要件，則檢察官應為不起訴處分，法院應諭知不受理判決。據此，系爭案例中乙是否仍得對甲之傷害行為提起告訴，就本案而言實屬至關重要之事。

(三)本案乙仍得對甲提出告訴，丙之說法不正確

- 1.我國通說認為，告訴權人所享有之告訴權，不能由私人任意拋棄。亦即，事前表示不提起告訴，並不會發生捨棄告訴的效力。實務上如最高法院 26 年上字第 1906 號判例：「告訴乃論之罪，除法律上有特別規定外，告訴人曾否拋棄告訴權，與其告訴之合法與否，不生影響。」亦同此見解。
- 2.職是，乙縱使於先前曾表示「不想告甲了」，然參諸上開實務及通說見解，對於乙之告訴權仍不生影響，乙仍得本於告訴權人之身分對甲提起告訴。故本例警察丙對乙表示：「因乙已經放棄告甲，不能對甲就先前傷害乙之案件提起告訴」之說法，即有違誤。

四、甲涉嫌殺死丁，乙全程目睹。在調查中，警察丙想調查乙，對乙發出通知書。根據該通知書，乙應在民國 103 年 8 月 15 日下午 2 時到警察局，就甲涉嫌實行殺死丁的案件，以證人身份接受詢問，無故不到場得處以新臺幣 3 萬元以下之罰鍰。乙按照上述通知書所載時間準時抵達警察局。丙在詢問乙之前，要乙先朗讀當據實陳述絕無匿飾增減的書面，然後在上面簽名並蓋指印；請問，根據刑事訴訟法，丙的作法是否完全正確？請詳述理由。(25 分)

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題之爭點在於「司法警察得否命證人具結」。此部分同學只要能夠充分掌握刑訴條文之規定，即可得出正確答案。也因此，建議在答題上可進一步論述「司法警察不應具結而命具結」之法律效果作為補充，不但內容上更趨完整，亦可獲得更高的分數。 |
| 考點命中 | 《高點刑事訴訟法講義第七回》，黎律編撰，頁 161 以下。 |

【擬答】

(一)依我國刑事訴訟法之規定，司法警察並無命證人具結之權，警察丙之作法有誤

刑事訴訟法(下同)第 158 條之 3 雖規定，證人依法應具結而未具結者，其證言不得作為證據。惟所謂「依法應具結而未具結」，係指該證人依法律規定有具結之義務，而未命其具結者而言。亦即，第 186 條第 1 項所規定「證人應命具結」，係限於檢察官偵查中及法院審理中之證人，始有命具結之問題（最高法院 102 台上字第 3663 號判決參照）。此觀第 196 條之 1 第 2 項司法警察詢問證人之準用規定中，並未準用至第 186 條第 1 項亦明。據此，我國之檢察事務官、司法警察官及司法警察詢問證人時，刑事訴訟法並未賦予其等命證人具結之權責，本案警察丙要求乙具結之作法與現行刑事訴訟法之規定有違。

(二)本案乙所為之具結不發生具結之效力

承前所述，本例警察丙要求乙具結之作法應有違誤，屬無效之具結而不發生具結之效力。是證人乙自民國 103 年 8 月 15 日下午 2 時於警察丙詢問時所為之陳述，將來得否作為認定甲有罪之依據，應回歸傳聞法則，視個案中有無第 159 條之 2、第 159 條之 3 或第 159 條之 5 等規定決之（最高法院 102 年台上字第 2737 號判決參照），併與敘明。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

《刑法與刑事訴訟法》

一、母親甲，攜同三歲的小兒在便利商店購物。甲先裝滿一大盒熱騰騰的關東煮，放置在結帳櫃臺上，又走回貨架，挑選物品。此時，小兒伸手拿取桌上的關東煮，卻打翻淋在頭臉上，導致多處燙傷。店員乙雖注意到小孩的舉動，但忙於幫其他顧客結帳，且立於櫃檯之內，來不及防止。問對於小孩的燙傷，甲乙是否有罪？（25 分）

| | |
|------|---|
| 試題評析 | 本題考點在不純正不作為犯保證人地位的概念，考生除對於保證人地位的一般性內涵要有所掌握外，也要留意學說上對於「排他性支配領域」的說法，方能完整答題。 |
| 考點命中 | 《高點刑法補充講義第二回 101 年版》，盛律師編撰，頁 22-25。 |

【擬答】

(一)店員乙未阻止小兒伸手拿取關東煮，可能構成過失致傷罪之不作為犯（刑法第284條+刑法第15條）

- 1.按，便利商店店員為實際管理、支配超商空間之人，則對於超商內販賣之物品負有監督之義務，並對於出入超商之顧客，應有保護其生命身體安全不因超商內固有風險而受侵害之義務，是以店員乙對於該小兒應負有保證人地位。
- 2.又依題意，店員乙已注意到該小兒伸手取物之舉動，則對接下來該小兒被滾燙食物燙傷一事，至少應有注意可能性，並有防止之義務，卻未防止，是有過失。
- 3.然則依題目敘述所言，乙立於櫃檯之內，來不及防止，則乙對於避免系爭小兒受傷有無作為可能性，亦即其未出手阻止之不作為與小兒燙傷結果間有無因果關係有其疑問。從一般經驗觀之，如店員乙已提早發現小兒伸手靠近熱食，理應可立即呼喝制止，或出聲令其他靠近該小兒之顧客阻止小兒拿取，或將系爭關東煮拉近自己使小兒無法觸及，則乙對於系爭傷害結果之發生，應仍有作為可能性。
- 4.然而，若依學理上「排他性支配領域」概念思考，行為人只有在客觀情事上產生去除因果進行防止可能性之排他性（即扣除行為人已無他人得履行作為義務）、或是基於與被害人間特殊依存關係，被害人的法益在規範上特別期待由行為人負擔時，行為人方產生作為義務。
- 5.據此，則依一般社會生活習慣，便利商店店員對於顧客自行攜入店內之幼兒，並無接受合理期待的全程照護義務，亦即一般人應會期待由家長看顧自己的幼兒，而非由店員對幼兒在店內發生之一切情事負責。因此，本題中之乙對系爭小兒並不具有排他性支配關係，故不成立本罪。

(二)母親甲未避免小兒乙靠近熱燙關東煮，可能構成過失致傷罪之不作為犯（刑法第284條+刑法第15條）

- 1.按，甲係小兒之母，依自然血緣關係，甲對於該小兒之生命身體安全自負有保證人地位。且甲將熱食放置小兒伸手可及之櫃檯，開啓風險狀態，亦有危險前行為。
- 2.若甲於店內確實看顧幼兒，將幼兒帶至自己身邊，不讓幼兒靠近滾燙熱食，則系爭小兒應有幾近確定之可能不致伸手取物燙傷，故甲之不作為與系爭傷害結果間亦有因果關係。甲未盡其照顧幼兒之注意義務，並隨意放置熱食，對於小兒之受傷結果間有預見可能性卻未預見，是有過失。
- 3.又依一般生活經驗，母親與未成年子女間具特別依存關係，應被特別期待對子女之安全負起義務，是甲對於系爭小兒具有排他性領域之支配關係，負有防止結果發生之作為義務。
- 4.綜上，甲之行為該當構成要件，無其他阻卻違法事由且有責，成立本罪。

(三)結論

甲構成過失致傷罪，乙無罪。

二、甲乙丙三人結伴登山，由於迷路，在山中慌亂多時，才尋得正確路徑。三人氣力用盡，無心繼續前行，竟然商議，謊稱發生山難，以電話向消防局請求直昇機救援。待直昇機將三人送抵平地，發現並無傷者。三人表示，這是下山最快與最安全的方式，歉然致謝。直昇機這一趟救援飛行，雖無天候異常所可能引發的危險，但卻耗費油資新臺幣 6 萬元。問甲乙丙三人是否有罪？（25 分）

| | |
|------|--|
| 試題評析 | 本題結合時事，只要刑法基本概念掌握得當即可答題，某些概念可能最後不會成立，但解題時若有時間，可以嘗試作多樣性假設，會有加分效果。另外題中情形也有行政上罰鍰之規定，但並非刑法考試類科之範圍，故無須著墨太多。 |
| 考點命中 | 1.《高點刑法補充講義第一回》，盛律師編撰，頁 82。 2.《高點刑法補充講義第四回》，盛律師編撰，頁 33 以下。 |

【擬答】

- (一)甲乙丙三人謊稱山難，耗費直昇機之資源，可能構成詐欺得利罪之共同正犯（刑法第339條第2項+第28條）
- 1.甲乙丙三人基於共同決意，進行事前協議與行為分擔，是為刑法第28條之共同正犯。
 - 2.又甲乙丙三人貪圖便利，基於利用公共資源之不法所有意圖，向消防局為不實之資訊告知，致使消防人員因而陷於錯誤，耗費油資前往乘載三人，因而致消防局受有財產上損害，該當本罪要件。
 - 3.又甲乙丙三人得否主張刑法第24條之緊急避難？按，緊急避難以危難情狀存在為要件，依題意，甲乙丙三人於呼救時已尋得正確路徑，且依題旨，天候亦無異常，並無立即之危難情狀存在，不該當本條要件，無法主張阻卻違法。又甲乙丙三人對事實認知並無錯誤，亦無誤想緊急避難之情形。
 - 4.綜上，甲乙丙三人構成本罪。惟考量三人因疲累慌亂，一時失慮而為不實通報，可能有刑法第57條廣義減輕責任之事由得加以斟酌。
- (二)甲乙丙三人謊稱山難，耗費直昇機之資源，可能令其他待救援者無法立即獲得施救而遭到危險，而可能構成遺棄罪之間接正犯（刑法第294條第1項）
- 1.按，消防隊依法令對於急難者負有救助之義務，不為救助者可能構成有義務遺棄罪責。而在資源有限之情形下，若同時有多起救援任務待履行，勢必造成義務衝突，產生犧牲某些利益之風險。
 - 2.甲乙丙三人謊報山難，令消防前往救援，如此可能令同一時間真正需要援助之其他人民陷入生命身體之危險中。惟本題中並未敘明有此情形存在，因果關係難以證明。復甲乙丙三人對於其他登山者之生命身體法益侵害，難謂有故意，從而亦難以該當本罪之主觀不法。
 - 3.綜上，三人不構成本罪。
- (三)又甲乙丙三人並非公務員，無法該當刑法第131條圖利罪行；三人通報時並未對消防隊員施何等強暴脅迫，亦與刑法妨害公務罪行無涉。
- (四)結論
甲乙丙成立詐欺得利罪，此外可能依消防法遭處以行政上罰鍰。

三、甲為任職於某公務機關之公務員，因涉嫌對於違背職務之行為，向承包廠商收賄新臺幣 9 千萬元，嗣因案情爆發，即逃逸無蹤，經檢察官指揮調查局偵辦，於民國 101 年 6 月 30 日，至甲家中起出賄款，並當場逮捕甲到案，甲之辯護人於檢察官偵查中聲請接見甲，惟檢察官認甲之辯護人之接見將導致偵查中斷，顯然妨害偵查進行，因而諭知暫緩接見。試問：

- (一)檢察官之該項處分是否合法？並說明其理由及法律依據。(5 分)
- (二)甲或甲之辯護人有何救濟方法？並說明其理由及法律依據。(5 分)
- (三)如甲係羈押中之被告，試問：
 1. 檢察官諭知暫緩接見之處分是否合法？(10 分)
 2. 甲或甲之辯護人有何救濟方法？(5 分)

並分別說明其理由及法律依據。

| | |
|------|---|
| 試題評析 | 本題為 2011 年刑事訴訟法針對律師與被告接見部分，關於接見通信權之限制與救濟部分的修法題，本題中各考點基本上就是該次修法各條條文之內容。 答題關鍵如下： 1.本法針對羈押被告與偵查中受拘捕被告不同之接見通信權規定。 2.檢察官於現行條文架構下之急速處分權。 3.本法 404 條與 416 條對於接見通信權限制之救濟相關條文。 |
| 考點命中 | 1. 來勝出版《刑事訴訟法精要》，路台大編撰，第二版，頁 3-20~3-37。 2.《高點刑事訴訟法上課講義》，路台大編撰，2012 年版，第二回，頁 89-107。 3.陳運財，「釋字第 654 號解釋與自由溝通權」，月旦法學第 192 期，2011 年 5 月。 |

【擬答】

- (一)1.本題考點涉及被告與辯護人接見通信權之限制，又刑事訴訟法（下稱本法）34 條第 1 項與第 2 項將被告身分區分為羈押中與偵查中受拘捕者二者。本題中被告係偵查中受拘捕，故應適用本法第 34 條第 2 項之規定：「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。接見經過之時間，同為第 93 條之 1 第 1 項所定不予計入二十四小時計算之事由。」，受拘捕被告應有至少一次與辯護人會面之機會，原則上不得加以限制。
- 2.惟為免偵查受到中斷導致公共利益之侵害，本法設有檢察官急速處分權之規定於 34 條第 3 項：「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 245 條第 2 項前段規定之權利。」，本案中被告已有逃亡之虞且可能有串供等等之危險，故檢察官應可依本項規定限制律師與其會面。
- (二)過往本法對於接見通信權限制未有救濟相關規定，對此 2011 年已進行修法以賦予人民救濟之機會。本法第 416 條中已增列第 3 款規定，於檢察官對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分時，受處分人即被告可提起準抗告救濟之，故於本法中若被告認為已不存在急迫情狀時，為保障其接見通信權，可提起準抗告請求救濟。
- (三)1.針對受羈押被告部分，本法 34 條第 1 項規定賦予被告與律師接見通信之權利，惟於本法 34 條之 1 中規定法官可核發限制書限制律師與被告之會面，此外於同條第 5 項部分，賦予偵查中檢察官之急速處分權，於偵查中急迫時，可暫時限制律師與被告之會面。故本題中，檢察官若覺得有急迫狀況必須盡速偵查案件而須暫時限制律師與被告會面時，自可依上開條文合法限制該會面。
- 2.承上所述，現行本法第 416 條已賦予受處分之被告對於檢察官所為之急速處分，擁有提起準抗告救濟之機會，故於本案中若某甲認為其並無串供或滅證之虞，則其可依 416 條規定提起準抗告請求撤銷該處分，並獲得與律師見面之機會。

四、檢察官以甲因一行為涉犯貪污治罪條例第 6 條第 4 款之圖利及刑法第 216 條之行使刑法第 213 條之公務員登載不實文書等罪嫌，經偵查終結於民國（下同）83 年 6 月 6 日提起公訴，嗣第二審法院於 101 年 7 月 10 日審理結果，因刑法於 94 年 2 月 2 日修正，關於公務員概念之範圍已限縮，甲已非貪污治罪條例所稱之公務員。試問：

- (一)法院審理結果如認甲之上開行為不構成檢察官起訴之貪污治罪條例第 6 條第 4 款之圖利罪，及刑法第 216 條之行使刑法第 213 條之公務員登載不實文書罪，而僅構成刑法第 342 條之背信罪，則：

1. 法院應為如何之判決？（10 分）
2. 甲對於該判決得否上訴第三審？（10 分）

並分別說明其理由及法律依據。

- (二)如法院經審理結果，認既不能證明甲犯刑法第 216 條之行使刑法第 213 條之公務員登載不實文書罪，亦因刑法之修正，關於公務員概念之範圍已限縮，甲已非貪污治罪條例所稱之公務員，復不能證明甲之上開行為另構成其他罪行，則法院應為如何之判決？（5 分）

並分別說明其理由及法律依據。

| | |
|------|--|
| 試題評析 | <p>本題考的是傳統對於公訴不可分與案件認定之考題，並搭配上訴部分一併出題，簡單來說考的是對案件處理的一整個流程。答題關鍵如下：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 不同案件數時，公訴不可分與審判不可分的操作。 2. 不同情況下法院如何下判決之區分。 3. 上訴部分與案件單一性之關係。 |
| 考點命中 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 來勝出版《刑事訴訟法精要》，路台大編撰，第二版，頁 17-1~17-15、17-18~17-25。 2. 《高點刑事訴訟法講義》，路台大編撰，2012 年版，第六回，頁 161-164。 3. 《高點刑事訴訟法講義》，路台大編撰，2012 年版，第八回，頁 21-25。 |

【擬答】

(一)1.法院判決部分

- (1)本題中以檢察官以一罪全部起訴為前提進行解題，法官依控訴原則自可於同一犯罪事實範圍內，為不同之法律評價，合先敘明之。
- (2)若本案中法官於審判後，認為上開各罪為數罪關係時，則法院應對背信罪部分為有罪判決，而對其他部分為無罪判決。
- (3)反之若法官認為本案各罪為一罪關係時，則法院應於主文中對背信罪部分諭知有罪判決，而於理由中說明其他部分無罪之理由。

2.本題中若檢察官以一罪全部起訴，則本題中法官審判應無違反控訴原則之問題，故難謂可以本法 379 條第 12 款為由提起上訴。又本案中法官以背信罪判決，此罪屬本法 367 條之不得上訴三審之案件，且被告對於其無罪部分又無上訴利益可上訴之，故本案最終不得上訴三審。

(二)本題中若本案起訴部分全部皆無罪時，依照最高法院 55 年 6 月 28 日之刑事庭總會決議，此部分法院應於判決主文中分別諭知其無罪。

高點

《刑法與刑事訴訟法》

一、甲長期受到丈夫乙之虐待而產生殺乙之念頭，某日甲在乙泡茶的茶杯裡面放下足以致死劑量之藥物時，沒有發現兒子丙已經看見自己的行為。丙在甲從事前述行為時並沒有加以阻止，主要的原因是，他認為父親乙長期以言語虐待母親與自己，被整一整也是應該。由於味道過於強烈，乙並沒喝下茶杯內之茶水而逃過一劫。試分析甲丙可能涉及之刑事責任。(25 分)

| | |
|------|--|
| 試題評析 | 本題屬於刑法總則的考題，主要爭點集中於不作爲犯成立間接正犯、幫助犯的可能性，以及精神幫助和不作爲幫助的界線。答題時除了須正確解讀出題者想考的爭點，並在有限時間內精要呈現外，下標題的工夫也相當重要！以九品官人法而言，本題難度中等！ |
| 答題關鍵 | 不作爲間接正犯、不作爲幫助犯之概念。 |
| 高分閱讀 | 羅台大，刑法講義第七回，P.5~22。 |

【擬答】

(一)甲的下藥行為可能成立殺人未遂罪(刑法§271 III)

主觀上甲基於殺乙之故意在乙的茶杯裡下藥。客觀上按通說所採之主客觀混合理論，依甲的犯罪計畫，只要下毒後讓乙喝下即可置乙於死，且下毒行為爲結果發生的必要關聯性行為，有導致結果發生的直接危險，已達著手。

由於正當防衛須出於防衛現在不法侵害的情狀始可成立，所謂現在性，通說認爲係指「即將開始、業已發生、尚在持續」者而言，甲縱長期受乙虐待仍不符合不法侵害的現在性，不得主張正當防衛阻卻違法，無其他阻卻違法事由，有罪責，成立本罪。又藥物本身足以致死，非屬手段不能的不能未遂，無§26 的適用。

(二)丙沒有加以阻止的行為可能成立不作爲殺人未遂罪(§271 III、§15)

丙雖看見甲下藥的行為且並未阻止，但主觀上僅欲整一整乙，並無殺人故意，不成立本罪。

(三)丙沒有加以阻止的行為可能成立不作爲間接殺人未遂罪(§271 III、§15)

按犯罪支配理論，間接正犯須對直接正犯有犯罪之意思支配力始可成立。學說通說認爲所謂意思支配力係指行為人藉由取代被利用人的意思決定而操控犯罪的實現，不作爲不可能具備意思支配力。故丙單純未阻止的不作爲對於甲下藥並未具有意思支配力，不成立本罪。

(四)丙沒有加以阻止的行為可能成立不作爲幫助殺人未遂罪(刑法§271 III、§15、§30)

按幫助行為包括積極作爲與消極不作爲，必以物質上或精神上之助力予正犯之實施犯罪之便利時，始得謂幫助。(27 上 2766 判例參照)所謂精神幫助之範圍較不易確定，如果擴大精神幫助的範圍，則一般不具有保證人地位之不作爲，都可能被評價爲幫助行為，而有擴大處罰範圍之虞。故本文仍以爲在不作爲幫助的情況下，仍然必須要具備不作爲犯所要求的保證人地位。

本題丙客觀上放任甲在乙之茶杯中下藥，而不加以阻止行為不作爲，但甲根本沒發現丙已經看到自己的行為，所以丙的放任未阻止無從對甲下藥行為有精神上幫助，然由於丙爲乙之子，具有最近親屬關係的保證人地位，仍屬不作爲幫助。然主觀上丙並無幫助甲殺人之故意，不成立本罪。

二、甲平時有吃安眠藥習慣，某日吃了二顆安眠藥準備睡覺時，突然有事必須開車外出，正當開到平交道時，因安眠藥藥效發作而失控撞上平交道旁圍籬，最後車子卡在平交道上，動彈不得。經路過民眾叫醒睡著的甲，並迅速動用吊車移走車子，才能在千鈞一髮之際及時躲過即將駛至之火車，沒有釀成災害。試分析甲可能涉及之刑事責任。(25 分)



| | |
|------|---|
| 試題評析 | 本題主要爭點在於原因自由行為的討論，涉及已手犯是否有原因自由行為的適用、過失原因自由行為的檢驗，以及無意識狀態下的原因自由行為等等。由於牽涉實務、學說多數說、學說少數說，考驗同學在有限時間內，將所有爭點和不同見解有條理的呈現。建議平時讀書時就將原因自由行為的相關爭點和見解整理過一遍，避免上考場時的慌亂和答題上的矛盾。以九品官人法而言，本題難度中等！ |
| 答題關鍵 | 原因自由行為適用之學說和實務爭議。 |
| 高分閱讀 | 1.羅台大，刑法講義第五回，P.8~15。 2.方律師，《刑法分則》，P.3-23~3-34。 |

【擬答】

甲服藥駕車失控撞上圍籬的行為可能成立下列罪名：

(一)危險駕駛罪 (§185-3)

- 客觀上服用安眠藥，是毒品、麻醉藥品、酒類以外足以導致麻醉作用的藥物，該當§185-3 所謂其他相類之物。主觀上由於甲平時就有服用安眠藥之習慣，對於開車時因為安眠藥的麻醉作用而無法操控車輛應有預見可能性，具有對危險駕駛所有構成要件要素的故意。無阻卻違法事由。
- 罪責層次上，甲服藥而睡著陷於精神障礙而失去行為的辨識能力和控制能力，似應適用§19 I 而無責任能力。然由於甲係故意自陷無責任能力的狀態，雖行為服藥時並無法益侵害的故意或預見可能性，但行為人平時就有服用安眠藥之習慣，對於因安眠藥的麻醉作用而無法操控車輛應有預見可能性，決定開車出門的行為已非法所容許的風險，且§19 III 排除§19 I、II 之適用，對原因自由行為處罰之立法模式採取「例外說」，故屬於已手犯的危險駕駛罪仍可成立原因自由行為。依此，排除§19 I 之適用，甲具有完全責任能力，成立本罪。

(二)毀損器物罪 (§354)

依學說多數說的見解，甲服藥後係因有事必須外出而開車的行為，主觀上並無毀損器物的故意，不成立本罪。縱依學說少數說的見解，客觀上甲撞毀圍籬的行為，造成圍籬的損壞並使其喪失功能，惟甲是在喪失行為能力下的撞毀圍籬，該行為已非刑法評價的行為，且由於甲服藥後睡著，主觀上對於法益的侵害亦無故意過失，不成立本罪。

(三)過失妨害往來安全罪 (§184 III)

- 依學說多數說，客觀上甲車卡在平交道上，導致火車有傾覆或導致交通事故的危險，主觀上雖無妨害往來安全之故意，但開車出門時，甲對於安眠藥的麻醉作用、車輛失控後卡在平交道上，仍應有預見可能性，無阻卻違法事由。
- 是否有罪責，涉及學說關於原因自由行為的爭議。學說通說認為所謂原因自由行為必須行為人故意過失自陷精神障礙、自陷精神障礙時有侵害特定法益之故意過失、在精神障礙下故意過失侵害法益始可成立。依此，甲故意服用安眠藥自陷精神障礙、對於車輛失控後卡在平交道上具有預見可能性，符合原因自由行為的要件。少數說認為服藥後限於精神障礙狀態之行為人屬無責任能力，惟陷於精神障礙前尚有責任能力時仍繼續駕駛，已非容許風險，在有預見可能性時行為人可成立過失犯，由此可知過失犯無須以原因自由行為彌補可罰性漏洞。縱上無論採多數說或少數說，甲皆成立本罪。

(四)競合：

甲成立危險駕駛罪、過失妨害往來安全罪，基於一個行為的決意，為自然的行為單數，侵害不同法益，成立不同罪名，依§55 條想像競合，從危險駕駛罪處斷。

三、檢察官偵辦公務員甲、乙共同涉犯公務員登載不實文書罪嫌，傳喚乙訊問後，令乙供後具結並告以刑事訴訟法得拒絕證言之相關規定。嗣檢察官分別與甲、乙達成「認罪並向某公益團體支付新臺幣五十萬元，即給予二年期間緩起訴」條件之協議，甲、乙據以向檢察官認罪。惟檢察官僅對乙為附條件之緩起訴處分，對甲仍予以起訴。試問：證人乙之證言、甲認罪所為之陳述，得否作為甲犯罪判斷之證據？(25 分)



| | |
|------|---|
| 試題評析 | 本題分為兩小題，前半段著重於對證人訊問的部分，包括供後具結的合法性、第 156 條第 2 項的適用、傳聞法則與告知義務等；後半段部分則為 98 年台上字 5665 號判決處理之問題，實務上認為協商制度中第 455 條之 7 的精神與法理也應適用於緩起訴程序中，後半段僅需將條文與實務見解說明即可獲取高分，前半段題目資訊較少，同學們須在解題時略為假設加以作答，對此應注意莫因過度假設而浪費作答時間，答題時間上須謹慎衡量。 |
| 高分閱讀 | 1.路台大，《刑事訴訟法精要》，來勝，P.7-1~7-17 2.路台大，2010 年總複習講義第二回。 3.最高法院 98 年上字第 5665 號判決。 |

【擬答】

本題將證據分為乙的證言與甲的陳述兩部分作答之，合先敘明。

一、乙的證言，涉及爭點包括供後具結、拒絕證言權告知義務的違反效果等，該證言應不可為裁判依據，理由如下：

1. 本案中檢察官依照刑事訴訟法（下稱本法）第 71 條傳喚乙並訊問後始令其具結並告以拒絕證言權，此部分合法性可分為具結與告知兩部分觀察。具結部分依本法第 188 條、189 條之規定，訊問後之具結在符合「應否具結有疑義者，得命於訊問後為之」，並且「結文內應記載係據實陳述並無匿、飾、增、減」特定之狀況下，應屬合法。惟告知部分於訊問後，始為告知拒絕證言權則保障證人之規範目的已無法落實，從而應視其未告知拒絕證言權。
2. 若該拒絕證言權未合法告知，其可否適用於被告甲作為裁判依據則有疑義，對此學說與實務上有二說，其關鍵點在於拒絕證言權之規範目的是否及於被告，抑或僅及於證人：

(1) 權利領域理論：

此說認為規範目的僅及於證人，係專為保護證人免於自證己罪所設，則與被告之權利領域無關，被告不得主張證言應禁止使用，但就證人而言，如以對其不利陳述之證言，加以起訴，則應予排除。也就是將拒絕證言權視為專為保護證人而存在，若未告知則對被告而言仍可為裁判依據。

(2) 權衡理論：

此說認為由於法無明文，故應適用第 158 條之權衡之。且規範目的在詮釋上並非可明確界定範圍之概念，未必一定不包括被告在內，此外若被告為本法之程序主體，且取證目的即在於判斷被告有無犯罪，則規範目的實難與被告完全切割，故拒絕證言之規範目的仍應及於被告，對於未告知而取得之證言可否作為對被告之裁判依據，仍應權衡判斷之。

3. 上開二說若採前者則本案中無法作為裁判依據無疑。若採後說時，權衡後綜末加排除仍有下開問題尚須處理。由於甲、乙二人係屬共犯，則甲之陳述除對己部分屬自白外，對於乙的部分屬本法第 156 條第 2 項所稱之「共犯之自白」，或有學者稱之為「共犯不利其他共犯之陳述」，本案中此陳述為偵查中為之，故屬被告以外之人於審判外針對待證事實所為陳述之傳聞證據，依第 159 條第 1 項原則無證據能力。須檢視有無傳聞例外，是否合於本法第 159 條之 1 關於檢察官前陳述之傳聞例外，此外還須注意「共犯之自白」依照本法第 156 條第 2 項規定必須有「補強證據」的規定。對此自題意觀之二人非屬實務上認為非為本條適用範圍之對象犯，因此仍有 156 條第 2 項之適用，需有補強證據方屬合法。
4. 本案中似未賦予被告對於證人證言詰問機會，且也沒清楚說明有無補足詰問，且也無補強證據於本案中出現，故應不可作為裁判依據。

二、甲的陳述，本題涉及協商法理於緩起訴之適用，甲陳述應不可為裁判依據，理由如下：

1. 協商程序中第 455 條之 7 規定為：「法院未為協商判決者，被告或其代理人、辯護人在協商過程中之陳述，不得於本案或其他案件採為對被告或其他共犯不利之證據」，對此是否有適用於緩起訴中殊有疑義。
2. 對於上開問題，我國實務見解 98 年台上字第 5665 號判決認為應採肯定說。理由在於被告為求緩起訴而答應一定條件並據此向檢察官認罪，檢察官嗣後並未依協議結果為緩起訴處分，而仍予以起訴者，此屬檢察官偵查裁量結果之作為，尚與不正方法取證之情形有異，蓋因緩起訴處分原本即非被告所得享有之權利，自不能強求檢察官為之。惟被告既係因信賴檢察官而為一定行為，基於保護人民正當合理之信賴，並



參酌上開協商程序規定之相同法理，於此情形，則被告先前向檢察官之認罪及因此所為之不利陳述，即應予以排除，不得作為證據。

3. 承上開見解，甲的陳述應不可作為裁判依據。

四、甲駕駛計程車載有乘客乙，行經路口，與乘騎機車之丙發生車禍，乙未綁安全帶致手部挫傷，丙未戴安全帽致頭部腦震盪，乙先提出告訴甲過失傷害，經檢察官起訴但為法院判決無罪確定，嗣丙另再提出告訴甲業務過失傷害，仍經檢察官起訴，請問法院應為如何之判決，其理由為何？(25分)

| | |
|------|---|
| 試題評析 | 本題重點在於檢察官起訴是否合法：是否與前訴屬於同一案件之範圍，若是則不合法而須為免訴判決，若否則為合法可實體判決，是否屬同一案件範圍須考量同一案件的判斷標準、告訴不可分之認定、起訴不可分之認定與既判力範圍大小的認定，若將這些爭點逐一寫出應可獲得高分。 |
| 高分閱讀 | 1. 路台大，《刑事訴訟法精要》，來勝出版，P.15-1~15-36。 2. 路台大，《刑事訴訟法講義》第六回（2011年版）。 |

【擬答】

本案法院應為如何之判決，涉及爭點在於檢察官先、後起訴之案件是否為同一案件，對此應判斷乙告訴之效力範圍、起訴與審判不可分之範圍等，其應為實體判決，理由如下：

1. 告訴效力範圍－告訴客觀不可分：

- (1) 本題中甲駕駛計程車載有乘客乙，行經路口，與乘騎機車之丙發生車禍，乙未綁安全帶致手部挫傷，丙未戴安全帽致頭部腦震盪，應屬於一行為侵害數法益之想像競合，其屬裁判上一罪。
- (2) 我國條文中未有告訴的客觀不可分，惟在學說上則有設計此一原則並依訴訟法理加以處理。本案中甲撞傷乙、丙二人，兩部分皆屬過失傷害罪即告訴乃論之罪，惟由於乙、丙二人非屬同一被害人，在告訴權係屬個別區分的狀況下，乙行使之告訴權自不及於其他告訴權人丙，故並無客觀不可分之適用，乙對甲告訴部分效力不及於丙對甲部分。丙仍需提起告訴方可充實甲對丙過失傷害部分之訴訟要件，簡言之甲對丙傷害部分係未經告訴之狀態。

2. 審判不可分部分：

- (1) 由於本案為裁判上一罪之案件，甲對丙過失傷害部分，有無本法第 267 條之適用，亦即檢察官對甲傷害乙部分之起訴效力是否及於甲對丙傷害部分，使甲對丙傷害部分落入法院審理之案件範圍內，此亦涉及之後既判力之範圍，為本題主要爭點。
- (2) 案件單一性中的一部，係指起訴或上訴所聲明之部分事實，亦即事實上已繫屬於法院的部分，屬於具有擴張性的顯在性事實；而所謂之他部，係指雖非聲明之部分事實，但其為效力所及，亦即此部為法律上係屬之潛在性事實。
- (3) 依實務見解「實體法上一罪，刑罰權亦僅一個」，訴訟上自不能分割為數個訴訟客體，具有不可分性質，方符合彈劾主義一訴一判原理，從而未經起訴之事實(潛在性事實)與已起訴之事實(顯在性事實)皆有罪時，互有實質上或裁判上一罪之不可分關係。惟我國實務處理審判不可分之範圍時，有兩項要件：①單一性案件，檢察官或自訴人起訴一部之事實，經法院諭知無罪，則未經起訴之他部，與已起訴部分不生連續或牽連關係，因而無本法第 267 條之適用；②如未經起訴部分係告訴乃論之罪，則未經依法告訴者，不得以其具有審判不可分之關係而一併加以審判。
- (4) 承上所述，前案甲對乙之過失傷害部分，既經無罪判決確定，原未經起訴之「甲對丙」之過失傷害則無審判不可分之關係。因此該部分並非案件之範圍，即非審判之範圍，因此，丙對甲業務過失傷害提起告訴部分，經檢察官起訴後應認該起訴合法進而產生訴訟繫屬於法院，法院應該針對甲是否造成丙之過失傷害部分，為實體審理與作成實體判決。



《刑法與刑事訴訟法》

- 一、甲是一名報社攝影記者，工作之餘，酷愛水上運動，除練就一身好體格外，也擁有救生員執照。某日，甲接獲通知到達採訪現場時，發現小學生乙在河床上遭洪水圍困，他心想應該已經有消防隊員丙營救乙，因此舉起相機拍攝。幾分鐘後河水暴漲，乙身體逐漸被淹沒，甲才察覺消防隊員丙只在岸邊以手機聯絡長官，請求支援，根本沒有採取任何救援措施。不久，乙即淹沒於滾滾河水中。甲很後悔沒有在第一時間救人，如果他不拍照立即去救乙，乙應該能存活。試分析甲、丙二人可能涉及的刑事責任。(25 分)

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題主要在測驗對於不作爲犯的審查，關鍵點在於「保證人地位」的熟悉程度。 |
| 答題關鍵 | 請逐一審查不作爲犯的犯罪成立要件，特別注意關於「保證人地位」的形成原因，並針對甲、丙之不同情形加以說明；此外「作爲可能性」也是一個可以做文章的地方。如果認為篇幅不足的話，可以適度添加有力說（黃榮堅老師）的看法，更能爲答案增加深度。 |
| 高分閱讀 | 1.易台大，上課用刑法講義，第一回，第 98 頁以下。 2.易台大，總複習刑法講義，第 13、14 頁。 |

【擬答】

- (一)甲未採取任何救援致乙死亡之行爲，不成立刑法（以下同）第 271 條第 1 項的普通殺人罪之不作爲犯。
- 1.甲未採取任何救援動作，對乙而言乃未排除既存之風險，故規範評價重點應在此「未爲救援」之行爲，是以本例應屬**不作爲**。
 - 2.客觀上，甲乃游泳健將，依現場之情形有作爲可能性卻不爲法所期待之行爲，且倘若甲下水救援，乙便幾乎可以確定不會死亡，不作爲與死亡結果間具有假設的因果關係，甲之不作爲更未排除既有之風險，而該風險亦正常地實現結果，甲之不作爲屬可歸責。
 - 3.有疑義之處在於：**甲是否具有保證人地位**？所謂保證人地位係指行爲人承擔有爲他人排除風險之作爲義務，而構成該作爲義務之原因，可能是本於法令、契約、場所管理者、自願承擔、危險共同體或危險前行爲等等，第 15 條第 2 項即明訂：**因自己行爲致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務**。依題意，甲雖領有救生員執照，但其職業乃是報社攝影記者，而非係救生員；況且甲亦無自願承擔救人之風險或有任何危險前行爲，故甲應無保證人地位，亦不負有作爲之義務。
 - 4.綜上所述，甲無保證人地位，本罪之客觀構成要件並不該當。
- (二)丙未採取任何救援致乙死亡之行爲，可能會成立第 276 條第 1 項的過失致死罪之不作爲犯。
- 1.丙未採取任何救援動作，對乙而言乃放任風險的繼續實現，故規範評價重點應在此「未爲救援」之行爲，是以本例應屬**不作爲**。
 - 2.客觀上，丙身爲消防隊員，**依法令之規定負有救援之義務，而具備有保證人地位**，惟重點在於依現場之情形，**丙是否具有作爲可能性**？若河水湍急已達一般人或丙所無法進行救援之程度，那便因客觀不能或個別不能而不具備作爲可能性；反之，則仍有作爲可能性。假設丙仍具有作爲可能性，則其不作爲與死亡結果間具有假設的因果關係，丙之不作爲更未排除既有之風險，而該風險亦正常地實現結果，丙之不作爲屬可歸責。
 - 3.主觀上，由於題目中並未言明丙之主觀心態，本文暫時假設丙並無殺人之故意；惟丙對於自己不施加援手將導致乙之死亡具有預見可能性，卻違背注意義務而至少具有過失。
 - 4.丙身爲公務員，且前已確認丙仍然具有作爲可能性，**按第 24 條第 2 項之規定，丙無法主張緊急避難以阻卻違法性**。故丙無任何阻卻違法或阻卻罪責事由，成立過失致死罪的不作爲犯。
- (三)附帶一提，**有力學說認為「保證人地位」應屬與期待可能性有關之罪責要件**，至於不法要件僅需考慮假設因果關係、作爲可能性等其他要件。按此說，則甲普通殺人罪之不作爲的不法要件該當，僅因爲無罪責而不成立犯罪；丙則是不法且有責而成立過失致死罪的不作爲犯。
- (四)結論：依據通說見解，甲不成立犯罪，丙成立過失致死罪的不作爲犯。



二、甲在自己的部落格針對自己所居住社區管委會主委乙發表文章，敘述「乙曾偷過公司東西，也曾因為蒐集假發票報帳而被公司開除」等事，並於文末表示：「乙是小偷，沒資格擔社區管委會主委的重責大任！下台吧！你這垃圾。」由於文中關於乙之描述所根據的消息來源是與乙在同一家公司任職的丙，甲對事實的真實性相當有自信。但實際上丙所言並非事實，純粹是個人虛構。試分析甲可能涉及的刑事責任。(25 分)

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題係專門針對「名譽犯罪」，只要分別對誹謗罪與公然侮辱罪依序加以檢討，即可得出最終結論。 |
| 答題關鍵 | 討論誹謗罪時，必然會牽扯到「真實性要件」之性質與操作，時間不夠的話，直接定位為阻卻違法事由，可以節省不少時間；至於討論公然侮辱罪時，也必須檢討「善意發表言論」之阻卻違法事由（這個較無爭議）。 |
| 高分閱讀 | 易台大，上課用刑法講義，第六回，第 70 頁以下。 |

【擬答】

- (一)甲在自己部落格中發表「乙為小偷」的不實言論之行爲，不成立刑法（以下同）第 310 條第 1 項的誹謗罪。
- 客觀上，甲係指摘或傳述足以毀損乙名譽之事，該當**誹謗**之定義；主觀上，甲明知指摘或傳述該等事實將毀損乙之名譽，卻仍然有意爲之，具本罪之故意，且甲係於部落格中加以散布，**足認具有散布於眾之意圖**。
 - 惟第 310 條第 3 項有規定「**誹謗罪之真實性要件**」，只要所傳述或指摘之事項係真實且關乎公共利益，那便足以得到不罰的寬免。**釋字第 509 號解釋曾針對此要件發表意見，認為行爲人只要依其所提之證據資料，有相當理由確信其爲真實者，即不得以誹謗罪相繩。**關於本項規定之性質，學說上多採取「**阻卻違法事由說**」的立場，認為言論自由乃憲法所明文揭示的基本人權，其重要性不可小覷；然相對地，人格權的保護卻也是維護人性尊嚴的重要堡壘，不可輕易棄守，因此必須在兩者間找到一個平衡點，才不至於偏廢。違法性的層次，正是提供一個完整利益衡量的機會，來探究該言論是否有實質性的名譽法益侵害。
 - 按題意所述，甲的消息來源係與乙在同一家公司任職的丙，由於甲主觀上確信其爲真實，依據釋字第 509 號解釋之意旨，甲得以援引第 310 條第 3 項之規定阻卻違法而不成立誹謗罪。
- (二)甲在自己部落格中發表「乙是垃圾」的貶低言論之行爲，成立第 309 條第 1 項的公然侮辱罪。
- 客觀上，甲所陳述之言論確實侵害他人之感情名譽，該當**侮辱**之定義，且部落格亦符合多數人可得共見共聞之「**公然**」要件；主觀上，甲明知上述事實將造成乙感情名譽之損害卻仍有意爲之，具有本罪之故意。
 - 甲得否援引第 311 條，**對於可受公評之事而爲適當之評論者**，係善意發表言論而阻卻違法？社區管委會主委之人選確實是可受公評之事，惟甲卻使用「垃圾」之字眼，著實令人難以與竊盜一事相互連結；或可以說甲的出發點雖是對於可受公評之事發表評論，**但使用無甚關聯之強烈情緒性用語卻非「適當之評論」，從而無法主張第 311 條以阻卻違法。**
 - 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，故成立公然侮辱罪。
- (三)結論：甲僅成立一個公然侮辱罪。

三、王姓警察為蒐集毒梟甲製毒或販毒的事證（如製毒工廠地點），見甲將汽車停在路旁下車購物，速將無線電發射器，裝置在該汽車上，試問，其裝置行為是否合法？(25 分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 區分任意偵查與強制處分的不同，二者的區分標準是本題重點。 |
| 答題關鍵 | 本題的裝置行為是否合法，須點出強制處分與任意偵查的不同，然後對於學說實務上討論的各種標準加以評論，最後選出最適當的判斷標準。 |

【擬答】

(一)爭點所在—強制處分與任意偵查之不同

在討論強制處分前應該先釐清的是強制處分與任意偵查之不同，蓋強制處分會侵害人民基本權，因此應受法律保留原則之限制，須有法律明文規定且合乎授權要件方可爲之。

但任意處分並未行使強制力外，對人民權益侵害相當輕微，因此縱然無法律明文，偵查機關仍可用較不侵犯人民權利之任意偵查方式加以發現真實。

(二)任意偵查之判斷標準



1.有無行使強制力標準—不可採

學說上有論以有無行使強制力做為區別的標準，但以通訊監察為例，對人民權利產生重大侵害，卻沒有使用強制力，採此一標準對人民權利保護產生極大漏洞。

2.有無違反調查對象個人意願或造成權益侵害標準—不可採

過分強調個人意願，則跟監或在公共場所對偵查對象為攝影，都會成為強制處分，限制警察任意偵查之範圍。

3.結論—以有無壓制個人意思與對基本權益之侵害程度綜合判斷。

(三)任意偵查之方式

首先應先區分者，傳喚是附隨政府高權作用壓抑個人意思之間接強制處分，非屬任意偵查。我國常見的任意偵查方式，包括了：約談或訪談相關人、函調電話申登資料、通聯記錄、銀行往來明細或監視錄影帶等證物、函送鑑定機關為指紋、聲紋、筆跡等比對、履勘現場拍攝錄影帶照片等並製作筆錄，上開處分皆不限制人民基本權，且以約談為例，人民可不受限制自行離去，皆為任意偵查之類型。

(四)結論

上開案例中，車輛之蹤跡為公眾可共見，因此應無合理之隱私期待，且無線電發射器裝置僅是補充肉眼跟監之不足，跟跟監相同皆屬任意偵查之類型（惟須注意台灣要實施跟監與盯哨，須合乎警職法第 11 條規定，得局長之書面同意），裝置行為與蒐證程序應屬合法。

四、何謂拘捕前置原則？（6 分）何謂羈押三要件？（9 分）停止羈押與撤銷羈押有何不同？並舉例說明之。（10 分）

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 對於羈押合法性要件的理解。 |
| 答題關鍵 | 只需要依照題目所問的小題，依序將羈押中的各種合法性要件與觀念逐一講解清楚，即可輕易取分。 |

【擬答】

(一)拘捕前置原則

- 1.定義：必先經合法之拘提逮捕程序，始得聲請羈押。來自憲法第 8 條，於偵查程序中，須先經拘捕程序始有移送法院審查拘捕合法性與有無羈押之必要。且自此原則可知，拘捕所憑之犯罪嫌疑事實與羈押所憑之犯罪嫌疑事實，程序上雖分別認定，但必須屬於「相同之犯罪嫌疑事實（相同案件）」方可。
- 2.功能—雙重審查之人權保障：採納此原則除了拘捕與羈押犯罪嫌疑事實須相同外，亦得藉由法院的雙重審查確保人身自由不受任意侵害。當不合法拘捕發生時，即便檢方提出羈押之聲請，法院亦不得為羈押之裁定，相關規定可見本法第 228 條第 4 項對於自首到場被告之立法規定或本法第 229 條第 3 項，未經拘捕者，不可解送檢察官，自無聲請羈押之可能。

(二)羈押三要件：規定於本法第 101 條共有三款：

- 1.逃亡或逃亡之虞（§101I①）
 - (1)逃亡：事實上已逃亡
 - (2)逃亡之虞：具體個案合理推測被告有意逃避刑事追訴
惟學說上認為羈押也應該考量其相當性，所以案行輕微或許用代理人案件，縱使有逃亡之虞，也不得加以羈押。
- 2.使案情晦暗之危險（§101I②）
 - (1)定義—對證據產生不當功能
 - ①有事實足認為被告有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。
 - ②不是抽象可能即可認定此種危險，而應在個案中由具體客觀事實認定。
- 3.特定之重罪（§101I③）
 - (1)條文：死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者
 - (2)釋字 665 號後之解釋
過去學說認為單純僅因重罪即羈押並不合理，對此大法官釋字 665 號解釋認為必須要在具有使案情晦暗與被告有逃亡之虞的狀況下才有發動重罪羈押之可能，因此單純僅因重罪即羈押應屬違憲。

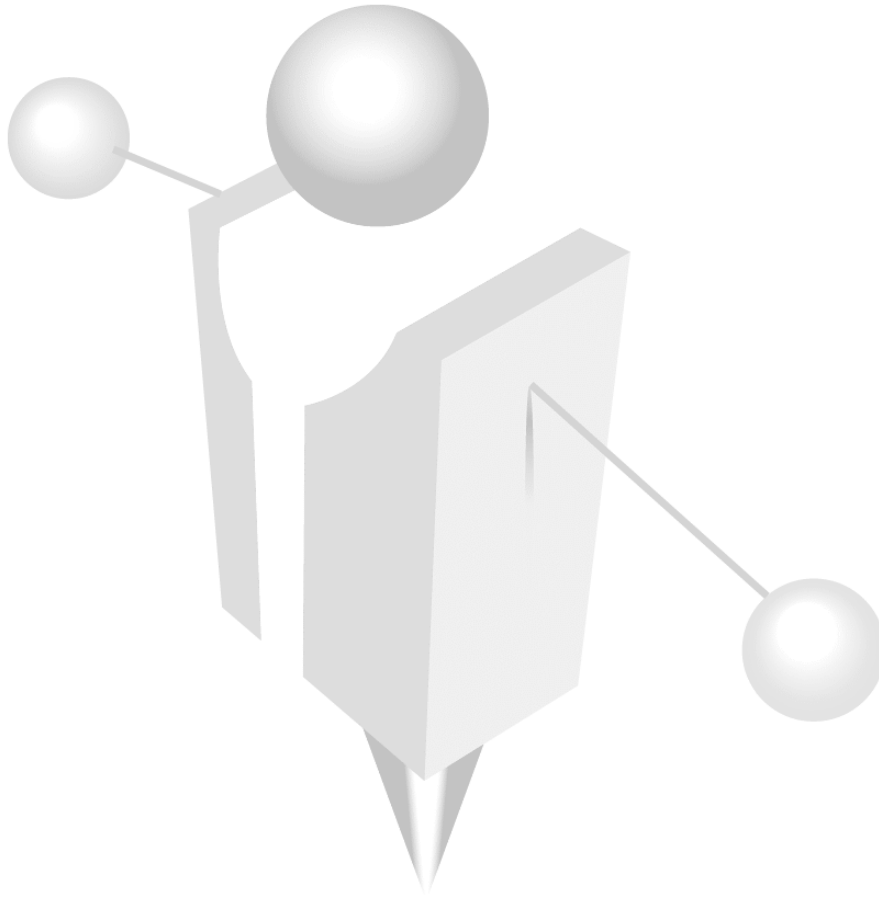
(三)停止羈押與撤銷羈押的不同

二者的差別在於撤銷羈押必須是羈押的法定原因消失或繼續羈押已經缺乏程序上的正當性，又可分為當然撤銷羈押與視為撤銷羈押，前者如本法第 107 條第 1 項規定者，當羈押原因消失時應釋放被告，後者如本法第



108 條第 2 項或第 7 項，當羈押期間屆滿時應釋放被告。

停止羈押則予撤銷羈押不同，停止羈押的狀況下羈押原因依然存在，僅是羈押的必要性不存在，由於羈押要件之一在於羈押的必要性，故此時不可用羈押此一最後手段干預被告人身自由，所以應用替代方式－具保、責付、限制住居等方式為之，相關規定可見 113 條以下對於具保之規定或 116 條之 2 等條文。



1-4

