

# 《刑法與刑事訴訟法》

- 一、甲為 A 公司會計經理，經公司負責人乙授權，處理 A 公司引進、聘僱外籍勞工及保險事宜。104 年 1 至 3 月間，甲、乙明知公司向勞動部遞件聘僱外籍勞工之申請，申請表上所載勞工均未於 A 公司實際任職或領取薪資，仍陸續八次為其辦理加保，並經核准。後經人檢舉，於檢察官偵查中，公司董事丙在甲哭求下，為挽救公司，具結後作證甲不知勞工任職情形。試問：甲、乙、丙之行為有無刑責？（30 分）

命題意旨	本題主要係「臺灣高等法院 105 年上訴字第 863 號刑事判決」案例事實改編而來，主要在測驗考生對於刑法第 214 條使公務員登載不實罪中，勞動部就保險文件是否具有「實質審查權限」，將涉及成罪與否的判定。
答題關鍵	1. 本題討論甲、乙二人行為時，除必須針對勞動部就保險文件是否具有「實質審查權限」深入討論是否成立刑法第 214 條使公務員登載不實罪外，尚涉及乙非負責勞保業務之人，必須透過刑法第 31 條第 1 項論以共同正犯。又甲乙二人陸續加保 8 次的行為，也必須在競合中一併討論說明應如何論罪。 2. 就甲哭求丙犯偽證罪之行為，除涉及偽證罪性質為己手犯不得成立共同正犯，僅能成立教唆或幫助犯外，還涉及行為人教唆他人為自己偽證是否構成犯罪爭點，必須一併討論分析。
考點命中	1. 審查權限：《刑法爭議研究》，旭律師編著，高點出版，2016 年，頁 9-52。 2. 偽證罪與己手犯：《高點刑法講義》第一回，旭台大編撰，頁 53。 3. 教唆他人為自己偽證：《刑法爭議研究》，旭律師編著，高點出版，2016 年，頁 5-31。

## 【擬答】

(一)甲、乙二人就外籍勞工保險申請保險文件登載不實，而向勞動部辦理加保行為，涉及下列犯罪：

1. 甲、乙二人上開行為，構成刑法第 215 條業務文書登載不實罪之共同正犯（刑法第 28 條、第 31 條第 1 項參照）。
  - (1)客觀上，甲係負責處理引進、聘僱外籍勞工及保險事宜之會計經理，係基於其社會地位繼續反覆所執行之事務，又甲就該業務事項之文書有製作權限，為記載內容虛偽不實之文書（無實際任職卻加保）；主觀上，甲明知並有意為之，具有業務登載不實之故意，該當本罪之構成要件，又無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。
  - (2)又乙係公司負責人，雖製作加保文書非其業務範圍，不具有業務身分；惟乙與甲就業務範圍內登載不實事項有行為分擔，主觀上亦有犯意聯絡，且業務登載不實屬於因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行之甲，雖無特定關係，仍依刑法第 31 條第 1 項論以共同正犯。
  - (3)綜上，甲、乙二人構成本罪。
2. 甲、乙二人上開行為，構成刑法第 216 條行使業務文書登載不實罪之共同正犯（刑法第 28 條參照）。
  - (1)客觀上，甲、乙二人將業務登載不實之文書之內容，向勞動部有所主張（辦理加保），而具有行為分擔；主觀上，甲、乙二人亦明知並有意為行使偽造文書行為，而具有犯意聯絡，具有本罪故意，又無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。。
  - (2)又行使業務上登載不實文書罪，不以行為人具有從事業務之身分為必要，基此對於不具有業務身分之甲，並無援引刑法第 31 條第 1 項之規定，而論以共同正犯之必要（91 台上 6877 決）。
3. 甲、乙二人上開行為，不構成刑法第 214 條使公務員登載不實罪之共同正犯（刑法第 28 條參照）。
  - (1)客觀上，甲、乙二人就登載不實保險文件，向勞動部遞出申請並核准通過，是否屬於使公務員登載不實行為，涉及勞動部就保險文件是否具有「審查權限」？分述如下：
    - ①刑法第 214 條所謂使公務員登載不實事項於公文書罪，若行為人所為聲明或申報，公務員尚須為實質之審查以判斷其真實與否，始得為一定之記載者，無成立使公務員登載不實之可能（91 年第 17 次刑事庭會議、73 台上 1710 判例）。
    - ②按依勞工保險條例第 10 條第 1 項、第 3 項及其立法理由「為避免投保單位將不合規定之人員申報投保，配合加強查核工作之需要，酌增查核範圍及查對資料」所示，顯見勞保局承辦人員，對於投保單位申報之勞工、工作情況及員工薪資金額，尚有實質之審查權責，縱投保單位申報之資

料不實，尚待勞保局之查核（82 台非 402 決、83 台非 239 決、327 決、84 年台非 37 決）。

- ③按諸前開說明，勞委會及勞保局承辦之公務員對於申請書所載事項是否確屬實在，既本須依職權查明其上記載事項之真實性，憑為准駁之依據，自有實質審查之權。縱勞委會及勞保局承辦之公務員未善盡實質查核之權責，而將上開不實事項登載於其職務上掌管之公文書，仍難認甲、乙二人上開所為構成使公務員登載不實公文書罪（臺灣高等法院 105 年上訴字第 863 號判決）。

(2)準此，甲、乙二人不構成使公務員登載不實公文書罪。

#### 4.競合：

(1)核本件甲、乙二人所為，均係犯刑法第 216 條、第 215 條之行使業務上登載不實文書罪，所為業務上登載不實文書之低度行為，為行使業務上登載不實文書之高度行為所吸收，不另論罪。

(2)陸續 8 次加保，僅論以一個刑法第 216 條行使業務上登載不實文書罪：

查甲、乙二人所為上開犯行，分別係基於申請引進外國籍勞工之目的，分別以手法相同之模式各向勞委會及勞保局行使之，其各別犯罪時間、行為均具密接性與連貫性，且分別侵害同一法益，其各自獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上難以強行分開，實無從以割裂評價，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，各應論以接續犯之一罪。

(二)丙在甲哭求下，具結偽證行為，涉及下列犯罪：

1.丙具結後偽證行為，構成刑法第 168 條偽證罪。

客觀上，證人丙係就案情有重要關係之事項，亦即甲是否知悉勞工任職情形，經具結後虛偽陳述，主觀上明知並有意為之，於無阻卻違法、罪責或減免罪責事由下，構成本罪。

2.甲哭求丙偽證之行為，構成刑法第 168 條偽證罪之教唆犯（刑法第 29 條參照）。

(1)有疑問者在於，甲向丙哭求請其犯偽證行為，究應評價為具有犯意聯絡、行為分擔之「共同正犯」抑或「教唆犯」，涉及偽證罪之性質。

(2)又偽證罪性質屬於「己手犯」，亦即該罪之正犯行為，唯有藉由正犯一己親手實行之，他人不可能參與其間，縱有犯意聯絡，仍非可論以共同正犯，至多論以教唆或幫助犯（101 台上 5863 決）。

(3)客觀上，丙本無偽證意思，係受甲哭求後方生偽證意思，甲之哭求行為應評價為造意之教唆行為；主觀上，甲亦有教唆丙犯偽證罪及偽證既遂之雙重故意，該當本罪之構成要件。

(4)又行為人甲教唆他人為自己偽證，是否構成偽證罪之教唆犯？

①早期實務見解認為，某甲教唆他人為自己之刑事案件偽證，其目的在脫免自己之刑責，當在不罰之列，應不構成犯罪（司法院（81）廳刑一字第 13529 號參照）。

②惟管見以為，甲在訴訟上固有緘默權，且受無罪推定之保障，不須舉證證明自己無罪，惟此均屬消極之不作為，如甲積極教唆他人偽證，為自己有利之供述，已逾越上揭法律對被告保障範圍（97 台上 2162 決），於無阻卻違法、罪責或減免罪責事由下，仍構成本罪。

二、甲長期為憂鬱症所苦，有多次自殘紀錄。某日甲因憂鬱症發作而決意尋短，便電請瓦斯行送桶裝瓦斯到他家。運送工人乙進入甲位於舊公寓四樓之住家後，發現甲一直提到死亡，且窗簾拉下，窗戶似關閉，屋內空氣不流通，而因此懷疑甲可能計畫引爆瓦斯來輕生，但他仍按平日送貨流程完成工作。乙離開後不久，甲打開瓦斯桶與瓦斯爐，而在等待瓦斯燃燒不完全產生一氧化碳中毒作用時，他想到屋內的瓦斯氣體若擴散到公寓他處，遇有火花，即會發生氣爆，引發公寓火災，並可能造成其他住戶死亡，但因死意甚堅，仍決意如此做。不過，甲決定打電話報警，請求消防隊員來救人。在電話中，警方請求甲先關掉瓦斯，甲雖拒絕，但說出他的姓名與所在位置。掛完電話不久，甲隨即因一氧化碳瀰漫而陷於無意識。約 2 分鐘後，消防隊員趕到現場，發現屋內飄出濃厚瓦斯味，迅速疏散該公寓內之十餘名住戶。甲本人送醫後亦無生命危險。試問：

(一)甲行為之罪責為何？（20 分）

(二)乙行為之罪責為何？（10 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於洩漏瓦斯究竟是放火或準放火行為、對自己所有公寓放火是否為構成放火燒燬現供人使用住宅罪，以及送瓦斯的「中性幫助行為」應如何論處。
------	---

答題關鍵	<p>1.洩漏瓦斯除構成漏逸氣體罪外，若以點燃瓦斯作為延燒放火手段者，非利用急烈膨脹等破壞作用毀壞或焚燬物的準放火行為（刑法第 177 條），應討論放火罪。又燒燬自己公寓，著眼於公寓整體不可分性，屬於對現供人使用住宅放火。</p> <p>2.本小題解題時，就放火行為是否著手，我傾向採取實務見解，甲既未有點火行為，自然放火也僅止於預備，僅接著討論預備犯得否主張中止犯之爭點（而打開瓦斯爐只是自殺手段，我認為非點火行為）；惟若考生認為甲已著手放火行為，則直接討論中止犯即可。只是如此就會少解爭點。</p> <p>3.就乙送瓦斯行為，則涉及「中性幫助行為」。今年東吳法研所即以中性幫助行為命題，果不其然司法官也就考出來了。而中性幫助行為有客觀解決跟主觀解決二種途徑，可以敘明後採一說即可。</p> <p>4.必須注意的是，若甲的放火行為認為僅止於預備階段，還必須再討論乙得否就預備行為，成立幫助犯之爭點，並以「限制從屬性」作結。</p>
考點命中	<p>1.公寓與現供人使用住宅：《刑法爭議研究》，旭律師編著，高點出版，2016 年，頁 9-8。</p> <p>2.放火罪著手：《刑法爭議研究》，旭律師編著，高點出版，2016 年，頁 3-64。</p> <p>3.中性幫助行為：《高點刑法講義》第二回，旭台大編撰，頁 64； 《高點二試總複習刑法講義》第一回，旭台大編撰，頁 117。</p> <p>4.預備犯與中止未遂：《刑法爭議研究》，旭律師編著，高點出版，2016 年，頁 3-83。</p> <p>5.預備犯與幫助犯：《高點刑法講義》第二回，旭台大編撰，頁 54。</p>

## 【擬答】

(一)甲打開瓦斯與瓦斯爐洩漏瓦斯行為，涉及下列犯罪：

1.甲上開行為，構成刑法第 177 條第 1 項漏逸氣體罪。

客觀上，甲開啟瓦斯桶，使現場空氣中瓦斯氣味瀰漫，處於隨時可生燃燒、爆炸、中毒之高度危害狀態中，甲洩漏瓦斯氣體之行為，當已致生公共危險；主觀上，甲亦明知並有意為漏逸瓦斯行為，於無阻卻違法、罪責或減免罪責下，構成本罪。

2.甲上開行為，構成刑法第 173 條第 4 項預備放火燒燬現供人使用住宅罪，惟得主張刑法第 27 條第 1 項中止未遂減免其刑。

(1)甲明知瓦斯可能洩漏造成其他住戶死亡，仍容任瓦斯外漏，具有放火之間接故意；有疑問者在於甲洩漏瓦斯並打開瓦斯爐是否已該當放火罪之著手？

①依實務見解，關於刑法之放火罪，乃指故意以火力傳導於標的物，使其燃燒之意，**倘點火或其他使火苗燃起之行為尚未出現，均不得認已著手放火之實行**（84 台上 4311 決、臺高院臺南分院 102 上訴 462 決）。

②本件甲開啟瓦斯爐係其自殺方式（使瓦斯燃燒不完全產生一氧化碳），且亦未有點火使火苗燃起之行為，不得認為已著手於放火之構成要件，甲放火行為僅止於預備階段。

(2)又甲係對於「自己所有」之舊公寓四樓住家放火，是否該當「對現供人使用住宅放火」行為？

①依實務見解，基於若行為人放火燒燬現供自己使用或現為自己所在之建築物，因行為人已明知放火行為並不致遭受何種意外危害，不能論以刑法第 173 條第 1 項之放火罪（28 上字 3218 例）。

②惟本件公寓，**屬整體建築**，自己與他人擁有之住宅，就**公共安全言**，具有**不可分性**。準此，甲對自己所有之集合住宅部分放火，仍屬對「現供人使用之住宅」放火之行為（100 台上 666 決）。

(3)甲無阻卻違法、罪責事由。惟甲後續打電話請求消防隊員到場協助，是否得主張刑法第 27 條第 1 項中止未遂？涉及「預備行為得否主張中止未遂」，分述如下：

①實務見解認為，適用中止未遂之前提必須是行為人著手於犯罪，且犯罪未既遂。如行為人尚未著手於犯罪，僅止於預備階段，則與**刑法第 27 條所定已著手之條件不合**（32 上 2180 例）。

②惟管見認為，基於「**舉重以明輕**」的衡平性法理，既然行為人著手於不法侵害後，都可以主張中止犯之減輕或免除其刑的機會，則著手前的陰謀、預備行為，其中止行為更應該有減輕或免除其刑的機會。基此，甲出於己意而向消防隊求助，並說出姓名及住址，防止火災結果發生，認得主張中止未遂之法律效果。

3.甲上開行為，構成刑法第 271 條第 3 項預備殺人罪，惟得主張刑法第 27 條第 1 項中止未遂減免其刑。

(1)甲雖知瓦斯外洩可能造成其他住戶傷亡仍決意為之，而有間接故意；然其所洩漏之瓦斯，尚未外洩至其他住戶，又甲尚未點火而未著手於殺人行為，僅止於預備階段。

(2)又承前所述，就甲上開預備殺人行為，已出於己意而中止，得主張中止未遂之法律效果。

(3)綜上，甲成立本罪

4.甲上開行為，不構成刑法第 353 條毀壞建築物罪。

蓋甲毀壞他人建築物行為僅止於預備階段，而毀壞建築物罪無預備犯之處罰，而不構成本罪。

5.競合：甲以一逸漏氣體預備放火行為同時觸犯刑法第 177 條第 1 項漏逸氣體罪、刑法第 173 條第 4 項預備放火燒燬現供人使用住宅罪及刑法第 271 條第 3 項預備殺人三罪，為想像競合犯，應從一重之刑法第 177 條第 1 項之漏逸氣體罪處斷。

(二)乙送瓦斯給甲的行為，涉及下列犯罪：

1.乙上開行為，不構成刑法第 173 條第 4 項預備放火燒燬現供人使用住宅罪之幫助犯(刑法第 30 條參照)。

(1)有疑問者在於，乙送瓦斯給甲的行為，涉及「中性幫助行為」是否構成刑法上幫助犯，其審查基準如何？

①有認為所謂「中性幫助行為」，縱認對於正犯行為有所助益，其所製造之風險亦屬可容許之風險，無法以刑法相繩。也因此，乙送瓦斯行為本係屬於社會合法且可被容許之風險，不能論以幫助犯。

②惟管見認為「中性幫助」行為係屬多餘概念，蓋欲判斷行為人之行為，是否具有「日常特質」而屬於可被容許，從來都必須兼顧主、客觀要件，無庸繞個彎由客觀容許風險的「中性行為」概念解決。

③基此，乙送瓦斯時已懷疑甲將引爆瓦斯輕生，仍按平日流程完成工作，將瓦斯送交給「即將引爆瓦斯自殺」之甲，已逸脫可容許風險範圍；且乙主觀上已懷疑甲可能放火行為，對其有幫助及幫助既遂之間接故意，該當幫助犯之要件。

(2)又有疑問者在於，乙上開行為得否成立預備犯罪之幫助犯？

①實務見解認為，被幫助者雖僅止於陰謀或預備階段，但法律有處罰陰謀或預備之行為時，被幫助者成立陰謀罪或預備罪，幫助者亦應成立陰謀罪或預備罪之幫助犯(臺高院暨所屬法院因應新修正刑法施行座談會提案第 29 號)。

②惟管見以為，基於「共犯限制從屬性」，必須被教唆或幫助者著手於犯罪之實行行為，且具備違法性，始足當之。基此，被幫助之甲未著手於放火罪之構成要件，乙不構成幫助犯。

(3)綜上，乙不構成本罪。

2.乙懷疑甲有輕生念頭仍送交瓦斯的行為，不構成刑法第 275 條第 2 項不作為加工自殺罪之未遂犯(刑法第 15 條參照)。

(1)客觀上，有疑問者在於，乙對於甲疑似輕生行為，是否具有保證人地位？管見以為，乙既將瓦斯交付予甲而非危險物之持有人，又非瑕疵產品製造人，而無「危險源監督」之保證人地位，自對於甲自殺行為無救助之作為義務。

(2)又縱或認乙具有保證人地位，主觀上乙僅係「懷疑」甲「可能」自殺，而履行其職務，不得將該懷疑轉為幫助自殺之故意，應認乙無幫助故意。

(3)基此，乙不構成本罪。

三、甲基於對社會現況不滿等動機，某日夜間持爆裂物搭乘臺鐵電聯車途中加以引爆，造成附近乘客多人輕重傷，甲亦因操作不當致自己身受重傷，與其他受傷乘客一併被送醫急救。案發後，經警察機關調取車站監視器畫面，發覺甲、乙二人行跡可疑及乙趁隙逃離現場的跡證。遂依法詢問於醫院治療中之甲，並提示所調取之乙前科紀錄表之照片供甲指認，甲指稱乙係其認識多年的朋友，本件爆炸案是由乙所主謀策劃云云。案經檢察官依殺人未遂及公共危險罪嫌起訴共同被告甲、乙二人，被告乙於審判中主張其僅提供火藥給甲製作爆裂物並協助搬運而已，並非由其主謀策劃。試問：

(一)被告甲於警詢中依前科紀錄表之照片單一指認乙之陳述，得否作為證明被告乙有罪之證據？(15 分)

(二)法院關於被告乙涉嫌殺人未遂及公共危險罪之證據調查，應如何調查共同被告甲？(15 分)

命題意旨	本題在考指認、共同被告調查等問題，均屬過往常見之考題，並無特殊見解。
答題關鍵	第一小題：指認屬證人之證據方法、指認合法程序之要求。 第二小題：共同被告之證據調查。
考點命中	《刑事訴訟法（下）》，王子鳴律師編著，高點出版，2016 年 8 月，頁 4-2-24 以下、4-2-15 以下。

## 【擬答】

## (一)單一指認並不合法：

- 1.指認屬犯罪後，經被害人、共犯或目擊等之第三人，指證並確認犯罪嫌疑人之證據方法，性質上為證人訊問一部分。
- 2.惟我國目前刑事訴訟對此證據調查之方式並未有明文規定。目前僅有法務部及內政部警政署頒布之「法務部對於指認犯罪嫌疑人程序要點」、「人犯指認作業要點」及「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」對此有所規範。
- 3.指認合法程序之要求：
  - (1)學理提及，無論對人指認或相片指認，應認為「成列指認」（複數以上之人或相片）優於「單一指認」（一對一指認），蓋單一指認可能造成強烈之暗示性，指認錯誤之風險較大。
  - (2)再者，學理認為，除採取成列指認外，並應踐行特別之程序，如告知嫌疑犯可能不在其中，提供以上皆非的答案，避免其猜答案，並且嫌疑犯不能特別突出，或由完全不認識嫌疑犯的另一警察主導，避免影響證人。最後，警察不應立即接受指認，應問其確信程度，不應獎勵式地給予肯定等，該等指認程序方可謂合法。上開法務部及內政部頒布之要點要領，大多亦採納此等見解。
  - (3)此外，學理亦有提及，辯護人應於對人指認時在場，以便目睹指認程序是否有瑕疵。但關於相片指認，因被告本人並不在場，而辯護人為被告的代理人，無理由獨邀辯護人在場。
- 4.據此，本題中，警察機關提供照片供甲指認，顯為單一指認，而非成列指認，顯屬違法，該等指認之陳述，不得作為證明被告乙有罪之證據。

## (二)共同被告之證據調查：

- 1.共同被告為證人之原則：
  - (1)早期實務判例認為，共同被告所為不利於己之陳述，得採為被告犯罪之證據，僅要求仍應察明是否與事實相符，不得專以該共同被告之陳述作為證據。
  - (2)然此實務判例未清楚定位該共同被告陳述屬何種證據方法，自行創設未規定之法定證據方法，業經前揭大法官 582 號解釋宣告違憲。大法官並確立「共同被告為證人之原則」，要求共同被告若陳述不利於其他共同被告時，應立於證人地位陳述，以便適用偽證罪規定，降低其虛偽之風險。
- 2.從而，刑事訴訟法第 287 條之 1 規定：「（第 1 項）法院認為適當時，得依職權或當事人或辯護人之聲請，以裁定將共同被告之調查證據或辯論程序分離或合併。（第 2 項）前項情形，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。」第 287 條之 2 規定：「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。」
- 3.據此，就乙涉嫌殺人未遂及公共危險罪之案件而言，甲所為之陳述，應要求甲立於證人地位，依「證人」此項證據方法為證據調查，方屬適法。

四、甲疑似酒後駕車撞死人，檢察官偵查終結，以甲於偵訊時之自白筆錄及其他相關事證，起訴甲犯刑法第 185 條之 3 第 2 項前段之不能安全駕駛動力交通工具致人於死罪嫌（得處 3 年以上 10 年以下有期徒刑）。審判期日，甲辯稱其所為至多僅成立刑法第 276 條第 1 項過失致人於死罪（得處 2 年以下有期徒刑、拘役或 2 千元以下罰金）云云，法院應如何進行論罪事實、科刑資料之調查與辯論？（30 分）

命題意旨	同一性之認定與科刑調查及辯論。
答題關鍵	分別就「論罪事實」之調查與辯論（此部分涉及同一性）與「科刑資料」之調查與辯論（此部分涉及科刑資料調查順序及法條並未要求辯論）。後者切勿僅抄法條，須一併交代立法理由。
考點命中	1.《刑事訴訟法（上）》，王子鳴律師編著，高點出版，2016 年 8 月，頁 3-1-32 以下。 2.《刑事訴訟法（下）》，王子鳴律師編著，高點出版，2016 年 8 月，頁 4-1-20 以下。

## 【擬答】

(一)甲之抗辯仍在案件同一範圍內，可變更起訴法條：

1.同一性之判斷：

(1)依刑事訴訟法（下同）第 300 條規定：「前條之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條。」本條係指法院得在同一性範圍內，變更檢察官所引用之法條。故犯罪事實之同一性，乃變更起訴法條之前提。

(2)關於同一性之判斷，約略有「基本的事實關係同一說」與「訴之目的及侵害性行為之內容同一說」。前者認為，應以社會事實關係是否相同為準（認定上較為廣泛）。後者認為犯罪乃具有侵害性行為之表現，應以訴之目的及侵害法益是否相同為準。

2.本題中，甲酒後駕車撞死人，若依基本的事實關係同一說，無論係不能安全駕駛致人於死或過失致人於死，應均屬同一社會事實關係，故甲於檢察官起訴後主張非刑法第 185 條之 3 第 2 項，而係刑法第 276 條之罪，法院可踐行變更起訴法條（須告知被告罪名變更、給予充分辨明機會、判決書引用第 300 條）後，逕行判決。

3.惟若依訴之目的及侵害性行為之內容同一說，因前揭二罪保護法益不同，侵害態樣有別，法院若認甲之抗辯可採，法院不可變更起訴法條，應就原檢察官起訴之第 185 條之 3 第 2 項為無罪判決。

(二)科刑資料之調查與辯論：

1.科刑資料之調查：

(1)第 288 條第 3 項規定：「除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。」舊法原先規定就被告事實訊問乃於證據調查之前，但為避免法官產生先入為主之偏見，遂規定應於調查證據程序之最後行之。

(2)第 288 條第 4 項規定：「審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之。」此係為避免與犯罪事實無關之科刑資料影響法官認定事實之心證，故該等科刑資料應不得先於犯罪事實之證據而調查。

(3)此外，科刑部分之證據調查（如：刑法第 57 條等事項），因不涉及犯罪事實之認定，僅以經自由證明即為已足。

2.科刑資料之辯論：

(1)第 289 條規定：「（第 1 項）調查證據完畢後，應命依下列次序就事實及法律分別辯論之：（第 1 款）檢察官。（第 2 款）被告。（第 3 款）辯護人。（第 2 項）已辯論者，得再為辯論，審判長亦得命再行辯論。（第 3 項）依前 2 項辯論後，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會。」此之調查證據完畢後之辯論，稱為最後辯論或最終辯論，乃綜合辯論之結尾。辯論後方就科刑部分，給予被告「表示意見」之機會（前科紀錄表或刑法第 57 條等事項）。

(2)惟學理提及，我國刑事訴訟法並未採定罪與量刑程序分離制度，且第 289 條第 3 項亦僅賦予當事人量刑範圍之「意見陳述權」，並非「量刑辯論」。於民國 101 年司法院亦提出第 289 條修正草案，制定應命依序（檢察官、被告、辯護人），就科刑範圍辯論之，並給予到場之告訴人、被害人或其家屬就科刑範圍表示意見之機會等規定。

五、甲男、乙女為夫妻，長期與鄰居丙男不和，丙男因故與妻分居，某日丙男帶穿著清涼辣妹丁女散步，事為甲在路上看見拍照存證後，甲、乙即在茶餘飯後與鄰人間談聊天時，四處宣揚丙男在外亂搞男女關係，經丙向甲、乙說明該女子為其堂妹後，甲、乙皆認係丙男狡辯。再將丙、丁照片加註「淫男慾女偷情大公開」後貼在網路散布。某日雙方在馬路相遇，丙要求甲從網路撤下圖貼，甲、乙則拒絕撤下圖貼，雙方爭執中，甲盛怒之下在當場打丙耳光，乙在旁亦當眾辱罵丙、丁為一對狗男女，甲、乙並共同向丙、丁稱：「再讓我們看到你們傷風敗俗行為，就小心點」，致丙、丁皆心生畏懼。丙乃提出私下錄得甲、乙上開言行之錄音帶及貼在網路之照片，告甲、乙共同妨害名譽及妨害自由。案經檢察官偵查時，甲、乙皆辯稱：「我們有照片為證並非不實，丙確有傷風敗俗行為，事關公共利益伊才如此作，不是侮辱，也非恐嚇，且丙私下錄音未取得法院監聽票應無證據能力」。嗣經檢察官說明丁女確為丙男堂妹後，乙才向丙道歉，但甲則始終不道歉，丙則向檢察官表示伊撤回對乙之全部告訴，但堅決告甲到底，試問：

- (一)甲、乙之行為各構成那些法條之罪名？(20 分)
- (二)甲、乙之行為，能否主張言論免責？法條及法理依據各為何？(25 分)
- (三)私人採證有無證據能力？理由為何？本件丙未取得法院監聽票，其私自取得之錄音，是否有證據能力？(20 分)
- (四)丙於偵查中撤回對乙之告訴後，檢察官應如何處理甲、乙之案件？(15 分)

命題意旨	本題旨在測驗考生對於妨害名譽罪章以及釋字 509 號解釋的熟悉程度。 第三小題：私人取證與證據排除及私人未依通保法規定之錄音 第四小題：告訴撤回之主觀及客觀範圍
答題關鍵	1. 甲乙二人除構成普通誹謗罪外，還必須特別注意「加註文字散布」、「當眾打耳光」行為，分別構成加重誹謗罪及強暴犯公然侮辱罪。 2. 至於第二小題有無主張言論免責空間，必須先敘明「真實惡意原則」及釋字 509 號解釋後，再闡述由於男女關係一事僅係私德，而無主張言論免責空間。 3. 第三小題：實務對私人取證之見解以及通保法於私人取證上之合法性。 4. 第四小題：分別針對丙對甲、丙對乙論述，以及丁對乙。
考點命中	1. 公然侮辱與誹謗：《刑法爭議研究》，旭律師編著，高點文化出版，2016 年，頁 7-69。 2. 誹謗罪與釋字 509 號：《刑法爭議研究》，旭律師編著，高點文化出版，2016 年，頁 7-71。 3. 《刑事訴訟法（上）》，王子鳴律師編著，高點文化出版，2016 年 8 月，頁 1-2-50 以下、2-2-97 以下。 《刑事訴訟法（下）》，王子鳴律師編著，高點文化出版，2016 年 8 月，頁 4-2-126 以下。 4. 《刑事訴訟法（上）》，王子鳴律師編著，高點文化出版，2016 年 8 月，頁 2-1-20 以下。

#### 【擬答】

(一)甲、乙行為構成罪名分述如下：

1. 甲在路上拍下丙帶著辣妹丁散步畫面，不構成刑法第 315 條之 1 無故竊拍他人非公開活動罪：蓋丙與丁在路上散步，係屬一般人皆得共同見聞之狀態，且丙、丁二人客觀上無隱蔽，主觀上亦無隱私期待，基此不該當本罪「非公開活動」要件。
2. 甲、乙二人宣揚丙亂搞男女關係之行為，構成刑法第 310 條第 1 項誹謗罪之共同正犯（刑法第 28 條參照）。
  - (1)客觀上，甲乙二人係具體指摘丙亂搞男女關係，屬於誹謗行為，且具有行為分擔；主觀上二人意圖散布於眾，對於誹謗行為基於共同犯意聯絡，明知並有意為之，該當本罪之構成要件。
  - (2)二人無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。
3. 甲、乙二人將照片加註後張貼網路散布，構成刑法第 310 條第 2 項加重誹謗罪。
  - (1)客觀上，甲乙二人係於照片加註不堪字眼，以文字散布於不特定人皆可接觸之網路，而具有共同行為分擔；主觀上，二人明知並有意為之，亦具有共同犯意聯絡。
  - (2)二人無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。
4. 甲當眾打丙耳光行為，構成刑法第 309 條第 2 項強暴犯公然侮辱罪。
  - (1)客觀上，甲係於不特定或特定多數人，得以共見共聞之公然場合，以打耳光之對人強暴方式，已足貶損丙名譽之侮辱；主觀上，甲明知並有意為之，該當本罪構成要件。
  - (2)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。
5. 乙當眾辱罵丙、丁為狗男女，構成刑法第 309 條公然侮辱罪。
  - (1)客觀上，乙係於不特定或特定多數人，得以共見共聞之公然場合，以抽象「狗男女」等言語謾罵，造成貶損丙、丁二人名譽；主觀上，乙明知並有意為之，該當本罪構成要件。
  - (2)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。
  - (3)競合：乙一辱罵行為侵害丙丁二人名譽法益，而構成兩個公然侮辱罪，應論以刑法第 55 條想像競合，而從一重處斷。
6. 甲、乙二人向丙、丁稱「小心點」之行為，構成刑法第 305 條恐嚇危害安全罪。
  - (1)客觀上，甲乙二人對於向丙丁稱「小心點」具有行為分擔，該行為係暗示未來可能會施以生命或身體安全之危害，致丙丁心生恐懼；主觀上，甲乙二人明知並有意為恐嚇危害行為，該當本罪之構成要件。



(2)二人無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

(3)競合：甲、乙二人分別恐嚇危害丙、丁二人之安全，而構成兩個恐嚇危害罪，應論以刑法第 55 條想像競合，而從一重處斷。

(二)甲、乙二人得否依刑法第 310 條第 3 項「真實惡意原則」主張言論免責？分述如下：

- 1.針對刑法第 310 條第 3 項之規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限」，實務見解及大法官解釋第 509 號均認為，刑法第 310 條第 3 項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，**非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實**，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者（「真正惡意原則」），即不能以誹謗罪之刑責相繩。
- 2.至於行為人應盡何種查證義務，則必須個案判斷。例如：利用記者會、出版品、網路傳播等方式，而具有相當影響力者，因其所利用之傳播方式，散布力較為強大，依一般社會經驗，其在發表演論之前，理應經過善意篩選，自有較高之查證義務，始能謂其於發表演論之時並非惡意。
- 3.本件甲、乙二人所指摘者為丙、丁二人間私生活，個人私生活人際交往，「非屬公益事項」；且丙與妻分居再與他人交往，又僅屬於「私德」事項，縱使甲、乙二人可證明丙、丁私生活為真實，而盡查證義務；然依刑法第 310 條第 3 項但書因「個人私生活交往」僅係私德而與公益無關，甲、乙二人不得主張「真實惡意原則」主張言論免責。

(三)私人不法取證原則上無證據排除之適用，未取得監聽票取得之錄音亦未違法：

1.私人不法取證：

- (1)私人不法取證，難以證據排除法則作為其排除之依據及基準，應認私人所取得之證據，原則上無證據排除原則之適用。惟如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述，因違背任意性，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，應例外排除該證據之證據能力（最高法院 98 年度台上字第 578 號判決參照）。
- (2)私人錄音、錄影之行為，雖應受刑法第 315 條之 1 與通訊保障及監察法第 29 條第 3 款之規範，但其錄音、錄影所取得之證據，則無證據排除法則之適用。蓋我國刑事訴訟程序法（包括通訊保障及監察法）中關於取證程序或其他有關偵查之法定程序，均係以國家機關在進行犯罪偵查為拘束對象，對於私人自行取證之法定程序並未明文（最高法院 103 年度台上字第 419 號判決參照）。
- (3)據此，本案中丙私下錄得甲、乙言之錄音帶，因無對甲、乙使用暴力、刑求等方式取得，無違背其任意性，所錄得之內容具有證據能力。

2.未取得監聽票部分亦屬合法：

- (1)國家機關為通訊監察，原則上須依通訊保障及監察法第 5 條以下向法院聲請核發通訊監察書，始為合法。惟丙並非國家機關，應不受通訊保障及監察法此依規定之限制。
- (2)再者，通訊保障及監察法第 29 條規定：「監察他人之通訊，而有下列情形之一者，不罰：（第 3 款）監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者。」本題中，丙並非無故且非出於不法目的為通訊監察，故有見解肯認依此無庸取得通訊監察書，此亦為現行實務多數見解。
- (3)附帶而論，早期有實務見解認為如此可能造成偵查機關規避要求法官核發通訊監察書，故取得之證據應依照刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡之。學理亦有認為前揭第 29 條規定屬阻卻違法事由，非通訊監察之干預授權規定。

(四)甲、乙案件之處理：

1.乙對丙所犯刑法第 309 條第 1 項應為不起訴處分、所犯刑法第 305 條應繼續偵查：

- (1)乙在旁辱罵丙、丁為一對狗男女，涉犯刑法第 309 條第 1 項公然侮辱罪，屬於告訴乃論之罪。乙對丙、丁二人所犯之兩部分犯罪事實均屬告訴乃論，丙對乙撤回告訴，檢察官應就此部分依照刑事訴訟法第 252 條第 5 款為不起訴處分。惟乙對丁所犯部分，因被害人不同，各被害人本對於犯罪事實均有告訴權，不受他被害人之影響，故丙對乙撤回，不影響乙對丁所犯部分。
- (2)另甲、乙共同向丙、丁稱：「再讓我們看到你們傷風敗俗行為，就小心點」致丙、丁皆心生畏懼，涉犯刑法第 305 條恐嚇危害安全罪，屬非告訴乃論之罪，依刑事訴訟法第 238 條可知，僅告訴乃論可撤回，非告訴乃論之罪無由撤回之規定，故此部分檢察官應繼續偵查。

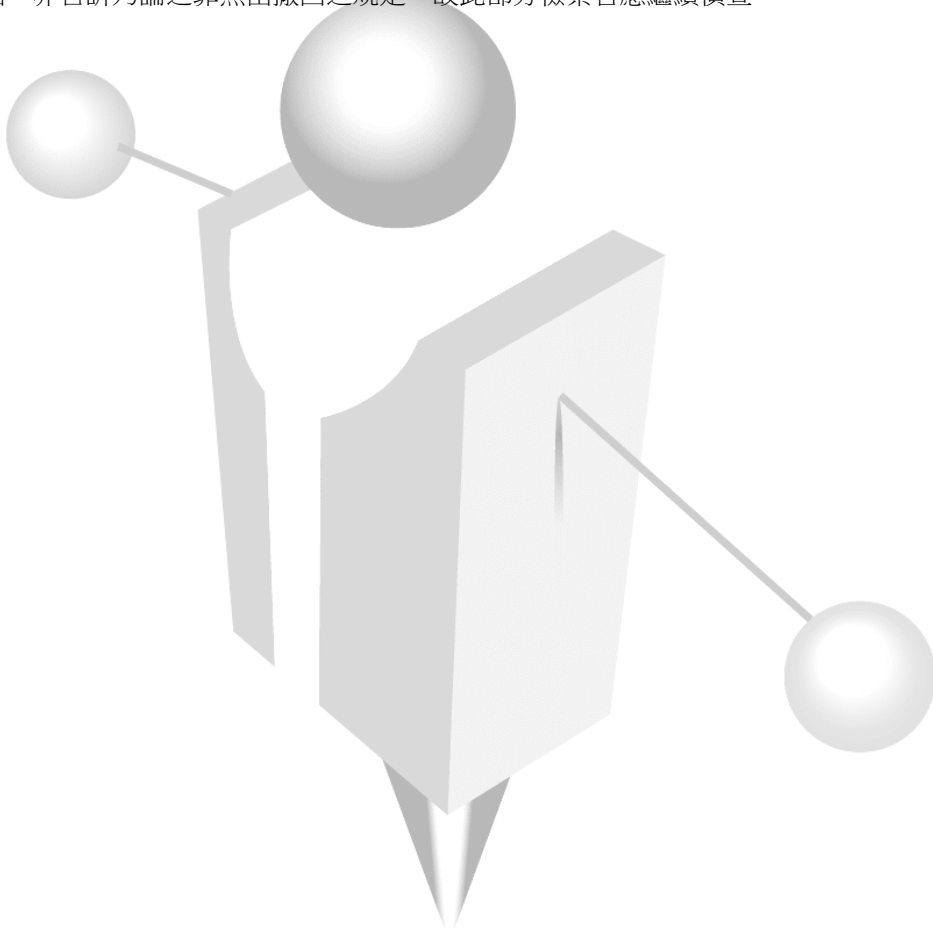
2.甲對丙所犯刑法第 309 條第 2 項及對丙、丁所犯刑法第 305 條均應繼續偵查：

- (1)甲盛怒下當場打丙耳光，涉犯刑法第 309 條第 2 項強暴公然侮辱罪，因乙怒罵丙、丁所犯之刑法第



309 條第 1 項公然侮辱罪無涉（非刑法第 28 條共同正犯），丙對乙撤回公然侮辱之告訴，不影響強暴公然侮辱罪之部分，故檢察官應就此繼續偵查。

- (2) 另甲、乙共同向丙、丁稱：「再讓我們看到你們傷風敗俗行為，就小心點」致丙、丁皆心生畏懼，涉犯刑法第 305 條恐嚇危害安全罪，屬非告訴乃論之罪，依刑事訴訟法第 238 條可知，僅告訴乃論可撤回，非告訴乃論之罪無由撤回之規定，故此部分檢察官應繼續偵查。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！