

《刑法》

一、某里里長甲將該里打造為知名觀光地，並以「觀光清潔稅」為名，向非該里里民之觀光客，收取每日新臺幣50元之觀光清潔稅。該款項有專戶管理，且只用於該里之建設。試問甲的行為依刑法如何處置？（25分）

試題評析	本題在測驗考生對於違法徵收罪的理解。
答題關鍵	本題甲除了涉及違法徵收罪外，也涉及詐欺取財及圖利罪的規定，也必須一併討論。
考點命中	《高點・高上刑法講義》第三回，旭律編撰，頁165。

答：

(一)甲收取觀光清潔稅之行為，構成刑法第339條第1項詐欺取財罪。

1.客觀上，里長甲實際上係無權收取觀光清潔稅，而向觀光客謊稱具有收取權限，使其陷於錯誤而交付財物，並受有損害；主觀上，甲意圖為第三人不法之所有，具有詐欺之故意。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲構成本罪。

(二)甲收取觀光清潔稅之行為，構成刑法第131條第1項圖利罪。

1.客觀上，甲係為里長而屬刑法第10條第2項第1款前段之身分公務員，而對於主管里之事務明知違背法令不應收取清潔稅而收取，並直接將收取款項用於里民建設，而圖利里民使其獲得不法利益；主觀上，甲明知並有意為圖利里民之行為，具有本罪之故意。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲構成本罪。

(三)甲收取觀光清潔稅之行為，構成刑法第129條第1項違法徵收罪。

1.客觀上，身分公務員之里長甲，對於中央稅賦以外之他公法上收入，甲主觀上亦明知不應徵收觀光清潔稅而徵收，係該當違法徵收罪之構成要件。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲構成本罪。

(四)競合

1.公務員對於租稅或其他入款，明知不應徵收而徵收者，刑法第129條第一項設有處罰明文，此項規定，就公務員之浮收目的是否圖利自己或第三人並無何種限制，是該公務員縱係圖為自己之不法所有而為浮收之行為，仍應論以該條項之罪，至同法第131條第1項，雖有公務員對於主管或監督之事務直接或間接圖利之處罰規定，但此係公務員圖利之一般的規定，應以其他法條並無特別規定時，始能適用，如公務員對於入款，明知不應徵收而徵收，藉以圖利，按照特別規定優於普通規定之原則，自應逕依第129條第1項論處，無適用第131條第1項之餘地，又此種浮收行為，當然含有詐欺作用，即令公務員施用詐術，使被徵收人交付財物，亦已吸收於第129條第1項之內，不能再論以第339條之詐欺罪名（28年非字第47號判例參照）。

2.基此，甲收取觀光清潔稅之行為，因法條競合僅成立刑法第129條第1項違法徵收罪。

二、甲為臺北市某國小依臺北市中小學校學生家長會設置自治條例所設立之家長會會長，該家長會並根據自治條例規定設有經費專戶由會長管理。一日甲聽從其配偶乙之唆使，竟違反使用經費辦法，將專戶內之金錢挪為私人花用。試問甲、乙之行為依刑法如何處置？（25分）

試題評析	本題旨在測驗考生對於雙重身分犯的理解，係改編自：最高法院102年台上字1442號判決。
答題關鍵	本題除必須討論是否成立公益侵占罪外，還必須討論不具公益侵占身分之乙得否成立公益侵占罪教唆犯之雙重身分犯問題。
考點命中	1.《高點・高上刑法講義》第二回，旭律編撰，頁123。 2.《高點・高上刑法講義》第三回，旭律編撰，頁159。判決完全命中！

答：

(一)甲挪用專戶金錢挪為私人花用行為，構成刑法第336條第1項公益侵占罪。

1.刑法上之公益侵占罪，係指侵占基於公共利益原因而持有之物而言。其中所謂公共利益，不論係為不特定之多數人，或為多數特定人，均屬之。客觀上，甲以家長會長身分，負責保管國小家長會之財物，乃因公益而持有，其將因公益而持有之該家長會金錢，亦自己持有為所有而侵占花用；主觀上，甲亦明知並有意為侵占公益上持有物之行為，該當本罪之構成要件。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

3.綜上，甲成立本罪。

(二)乙唆使甲挪用金錢，構成刑法第336條第1項公益侵占罪之教唆犯。

1.客觀上，乙係唆使甲挪用基於公益原因持有之金錢，惟有疑問者在於，乙非基於公益原因持有家長會財物，得否成立公益侵占罪之教唆犯？

(1)有學者認為，公益身分係屬罪責身分，蓋對於具有公益身分之人，應具有較高的期待可能性不侵吞其所持有之財產，屬於不得透過他人為之的罪責要件；至於持有關係，則因若不具備持有關係，即無從侵占，因此屬於不法要件，永遠可以透過他人實現該不法要件。準此，無公益身分之乙教唆有公益身分之甲侵占公款，僅得藉由他人實現侵占之不法要素，乙成立普通侵占罪。

(2)惟管見認為，應將「公務員」及「持有」二身分關係，視為一個整體，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定身分，依刑法第31條第1項規定，仍以正犯或共犯論，僅得減輕其刑（28上2536例參照）。

(3)基此，乙既然客觀上具有教唆行為，而主觀上亦具有教唆故意及教唆既遂之雙重故意，該當本罪之構成要件。

2.乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

3.綜上，乙成立本罪。

三、甲存有其與A交往時，經A同意所拍照在溫泉飯店之三點裸露共浴私密照。某日為了向小學同學證明其確實已有交往之密友，竟將該私密照片之A的頭像馬賽克後，傳至小學同學會之班級的line群組。A知悉後，相當不悅，經甲再三保證不再犯，且刪除其所留存在甲的硬碟中的私密照檔案後，A認為頭像經馬賽克處理後，確實無法辨識為本人，A於是不予追究。試問甲的行為依刑法如何處置？（25分）

試題評析	本題旨在測驗考生對於以合法方式取得裸照而散布之行為，其所涉及刑事責任為何。
答題關鍵	於本題，除必須討論是否構成誹謗罪、散布猥褻物品罪外，容易被漏掉的法條即是刑法第318條之1洩漏電腦取得秘密罪。詳細討論可參考：《月旦法學雜誌》241期，2015年6月，元照出版，許恒達編著，頁237-243，散布私密照加重刑責之研議。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第三回，旭律編撰，頁93。 2.《刑法爭議研究》，2016年12月（3版），高點文化出版，旭律師編著，第三章社會法益犯罪罪點二：刑法第235條—散布販賣猥褻物品罪與釋字617。

答：

(一)甲散布三點裸露之共浴照，構成刑法第235條散布猥褻物品罪。

1.客觀上，甲所散布之三點裸露共浴照係屬對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為，依大法官釋字617號解釋，採取保護社會大眾觀點，認為應屬於猥褻物品，不因該照片之主角係被害人A而有不同，亦即不保護流通私密照的入鏡被害人；主觀上，甲明知並有意為散布猥褻物品之行為，具有本罪之故意。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

3.綜上，甲不構成本罪。

(二)甲散布三點裸露之共浴照，構成刑法第310條誹謗罪。

1.客觀上，依題示既然裸照已被上馬賽克且無法辨識該裸照之女主角即為A女，對A女之名譽即無影響而不構成誹謗行為。退步言之，倘依裸照身體特徵可辨識主角即為A女，甲將被害人A私生活極度隱密的私密性行為公開，勢必將改變個人的社會評價，屬於誹謗行為；主觀上，甲明知並有意為誹謗行為，該當本罪之構成要件。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

3.惟有疑問的是，甲得否主張刑法第310條第3項而不罰？

(1)依照司法院釋字第509號，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。

(2)惟管見認為，散布裸照的行為，雖然本質上係屬於能證明其為真實之事項，惟依刑法第310條第3項但書，裸照都是涉及一般私人或私德事務，屬於非公開的性活動內容，本來即與公共利益無關，而不能以刑法第310條第3項排除行為人之刑罰。

4.綜上，甲成立本罪。

(三)甲散布三點裸露之共浴照，構成刑法第318條之1洩漏電腦取得秘密罪。

1.客觀上，倘甲利用手機拍攝三點裸露之共浴照，則因該手機具有上網及自動運算功能而屬於電腦，甲則利用該電腦拍攝裸照，取得具有不得任意使他人知悉之裸照內容，而具有秘密性質。又甲係透過上傳LINE群組方式洩漏他人秘密，且主觀上係明知並有意為無故洩漏因電腦持有他人秘密之行為，具有本罪之故意。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

3.綜上，甲成立本罪。

(四)甲上開行為，A表示不予訴究，則涉及上開犯罪是否為告訴乃論之罪問題：

由於刑法第310條誹謗罪及刑法第318條之1洩漏電腦取得秘密罪屬於告訴乃論之罪，A表示不予訴究則欠缺告訴要件，檢察官不得合法起訴；至於刑法第235條散布猥褻物品罪罪屬非告訴乃論之罪，縱使A表示不予訴究，檢察官仍得偵查終結後合法提起公訴。

四、甲在高速公路上開車，由於變換車道沒有打方向燈，經後方A車以喇叭示警。不料甲竟遷怒A車，周顧當時高速公路之車輛往來頻繁，驟然加速在A車前蛇行疾駛，且頻繁在A車前急煞，並導致A車失控偏離車道，直至A車暫停路肩後，甲始驅車離開。試問甲的行為依刑法如何處置？（25分）

試題評析	本題係改編自「最高法院104年台上字第144號判決」，必須討論是否成立妨害公眾往來安全罪。
答題關鍵	回答本題時，必須明確說明在高速公路蛇行是否該當「以他法致生往來之危險」。
考點命中	《刑法爭議研究》，2016年12月（3版），高點文化出版，旭律師編著，第三章社會法益犯罪爭點一：刑法第185條一妨害往來交通安全罪之行為客體與態樣。最高法院判決完全命中！

答：

(一)甲於高速公路蛇行行為，構成刑法第185條妨害公眾往來安全罪。

1.刑法第185條第1項「以他法致生往來之危險」，其中「他法」，實務見解認為乃係指除損壞、壅塞以外，凡足以妨害公眾往來通行之方法，皆屬之。例如，行為人罔顧當時高速公路上之車輛往來頻繁，驟然任意變換車道穿梭蛇行疾駛（104台上144決）。又例如，以併排競駛或一前一後飆車之方式在道路上超速行車，易失控撞及道路上之其他人、車或路旁建物，自足生交通往來之危險（94台上2863決）。

2.客觀上，甲罔顧當時高速公路上之車輛往來頻繁，驟然任意變換車道穿梭蛇行疾駛，甚至強行由行駛於內、使得該車失控偏離車道，甲於肇禍後驅車離開，其駕駛行為雖未壅塞道路，但客觀上不僅足以引發車輛失控，進而撞擊高速公路上其他車輛，致生往來之危險；甲主觀上亦明知並有意為妨害公眾往來安全行為，具有本罪之故意。

3.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

(二)綜上，甲成立本罪。