

《刑法與刑事訴訟法》

一、警察甲、乙接到線民密報，得知毒品通緝犯丙正在某餐廳用餐，甲、乙隨即趕到餐廳將丙逮捕。甲、乙帶丙回警察局的途中，由甲開警車，乙則坐在車內看管丙。然而甲、乙兩人僅將丙雙手戴上手銬，而非將丙之手銬銬於車內橫桿。丙一心想要脫逃，遂趁警車速度變慢之際，突然自行打開車門跳車。丙跳車的地點是在快速道路上，跳車後因速度太快，雙手又被銬住，只能在路上翻滾，最後翻滾到路邊，頭部撞上護欄而死亡。試問：甲、乙應負擔何種刑責？（30分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於公務員過失致脫逃罪、過失共同正犯及被害人自我負責原則的理解。
答題關鍵	本題甲、乙二人身分為司法警察，依現行刑事訴訟法第 87 條，司法警察無法逕行逮捕通緝犯，雖與實務見狀不符，但也有討論是否構成濫權追訴處罰罪之必要。又甲、乙二人未將丙銬於車內橫桿致其脫逃撞上護欄死亡的行為，必須特別注意的是特別容易被忽略的「公務員過失致脫逃罪」，由於甲、乙二人共同對於犯人的押解具有過失，而須討論過失共同正犯的考點；至於丙最後撞護欄死亡，則可以以被害人自我負責原則，認為不可將死亡結果歸責於行為人。
考點命中	1.過失共同正犯：《刑法爭議研究（含沒收新制）》，旭律師編著，高點文化出版，2016 年，頁 5-20。 2.被害人自我負責：《刑法爭議研究（含沒收新制）》，旭律師編著，高點文化出版，2016 年，頁 3-19。 3.濫權追訴處罰：《高點刑法講義》第四回，旭台大編撰，頁 122。

(一)甲、乙二人逮捕丙之行為，不構成刑法第 125 條濫權追訴處罰罪。

- 客觀上，甲、乙二人僅為司法警察，依刑事訴訟法第 87 條第 1 項規定，司法警察官方能逕行逮捕通緝犯，而甲、乙不得逮捕通緝犯。縱現行法與實務現狀不符，然依實務見解，不論是司法警察或司法警察官，僅有偵查犯罪之責，但無追訴之權，無論以濫權追訴處罰之餘地（22 上 1930 例）。
- 基此，甲、乙二人不構成本罪。

(二)甲、乙二人未將丙銬於車內橫桿致其脫逃撞上護欄死亡，涉及下列犯罪：

- 甲、乙二人上開行為，分別構成刑法第 163 條第 2 項公務員過失致脫逃罪。
 - 甲、乙二人既為警察而屬刑法第 10 條第 2 項第 1 款之身分公務員，倘甲、乙二人受檢察官之指揮而逮捕丙使其於公權力拘束下，未依規定將其銬於車內橫桿，屬於未消滅丙脫逃風險的不作為，且依法令具有防止丙脫逃之保證人地位。
 - 又甲、乙對於可能導致丙脫逃有預見可能，然該二人依解送人犯辦法第 11 條第 4 款「解送人犯應全神貫注」有注意義務，應注意能注意而不注意，丙果真跳車逃離公權力拘束，而有過失。惟有疑問者在於，甲、乙二人基於共同過失行為，導致丙脫逃，得否成立共同正犯？
 - 有學者認為，甲、乙二人係基於相互利用補充關係，而違反個自對於丙的注意義務（甲與乙應將丙依規定上銬），因而形成「一個整體的不注意」，且二人對於該防止丙脫逃注意義務的違反，與實際脫逃結果間具有因果關係，二人應成立公務員過失致脫逃罪之共同正犯（刑法第 28 條參照）。
 - 惟管見認為，依實務見解，刑法所稱共同正犯係以二人以上實施犯罪行為，有共同故意為要件，若二人以上同有過失行為，縱其行為皆應負責，亦無適用刑法第 28 條共同正犯之餘地（44 台上 242 例）。基此，甲、乙二人無法成立共同正犯關係，僅為過失之同時犯而已。
 - 甲、乙二人無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，分別成立公務員過失致脫逃罪。
- 甲、乙二人上開行為，不構成刑法第 276 條第 2 項業務過失致死罪。
 - 客觀上，甲、乙二人係基於警察之日常生活反覆實行之業務地位，而未將丙上銬於車內橫桿，係未消滅丙可能脫逃風險的不作為，且員警對於解送通緝犯途中發生危險依法具有保證人地位，亦具有假設的因果關係。惟有疑問者係，丙死亡結果，可否歸責於甲、乙二人未消滅丙跳車之風險？管見以為，死亡結果之所以發生，係丙基於自願且有意識投身跳車具有風險的行為，損害結果之發生應由「被害人自我負責」，應認甲、乙二人創造之風險，未實現在構成要件效力範圍內。
 - 基此，甲、乙二人不構成本罪。

二、甲男因景氣低迷公司裁員，年逾半百失業在家，對社會不公頗有恨意，乃於網路公開平臺書寫不滿於社會之言論，揚言將於近日內引爆炸彈於行駛中之臺灣高鐵列車。由於該則言論經廣泛轉

載，致人心惶惶。事實上，甲並無意炸燬列車，惟因過激言論，旋遭警察機關通知到案說明，並函送檢察署究辦。甲萬念俱灰，決意玉石俱焚；遂經由某網站所刊「完全自炸手冊」內容，學習自製簡易型炸彈，其威力雖足致自身與近距離之人受傷，卻無更大殺傷力，尚不具炸燬列車之效能。某日午後，甲乘坐人客稀疏之臺鐵區間列車，並刻意挑選無其他乘客之第一節車廂，俟列車行駛至郊區時，引爆藏置於背包內之炸彈。列車受此震動，按其行駛速度，原不致出軌，惟連日氣溫異常，鐵軌因高溫而稍有彎曲，行駛中之列車因此脫軌翻覆，其中第二、三節車廂扭曲變形，猶如廢鐵，乘客A因爆炸傾覆而傷重不治身亡，甲亦因爆炸之力而身受重傷。

試問：甲應如何論罪？（30分）

命題意旨	本題案例事實與「台鐵爆炸案」及「高鐵律師炸彈客」相類似，而就「高鐵律師炸彈客」案，已有作出「臺灣新北地方法院 102 年囑訴字第 2 號刑事判決、最高法院 105 年台上字第 270 號刑事判決」二則判決可供參考。主要在測驗考生對於公共危險罪章細部條文的掌握程度。
答題關鍵	本題重點在於回答自製炸彈行為及以炸彈燒燬火車車廂，並使火車翻覆究竟構成公共危險罪章之何罪，由於涉及罪名非常細部，請必須逐一討論。又依題示已暗示該炸彈無炸燬列車功能，惟因連日高溫導致列車翻覆，行為人對於「致生公共危險」是否具有危險故意，必須特別討論。由於本題討論罪名眾多，必須特別注意時間分配（司法官的刑訴考題變成律師的刑法考題了……）。
考點命中	傾覆破壞交通工具等交通犯罪：《高點刑法講義》第二回，旭台大編撰，頁 16-18。

(一)甲於網路公開揚言引爆炸彈的行為，構成刑法第 151 條恐嚇公眾罪。

客觀上，甲係於網路上揚言於高鐵列車引爆炸彈，而加害他人生命之事恐嚇公眾，足使公眾心生畏懼、人心惶惶，公安秩序因之受到騷擾不安；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。又甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲構成本罪。

(二)甲自製簡易炸彈之行為，涉及下列犯罪：

1. 甲上開行為，構成刑法第 186 條未受允準製造爆裂物罪。

客觀上，甲係未受允許且無正當理由製造簡易型炸彈，且炸彈係屬具有爆發性、瞬間性、破壞性或殺傷性之特性的爆裂物；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。又甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲構成本罪。

2. 甲上開行為，構成刑法第 187 條供犯罪之用製造爆裂物罪。

客觀上，甲係供自己於台鐵列車上引爆之犯罪所用，而製造藉由膨脹力造成殺傷之爆裂物；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。又甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲構成本罪。

3. 競合：甲製造爆裂物行為構成刑法第 186 條及刑法第 187 條，二者屬於法條競合關係，應論以特別規定之刑法第 187 條供犯罪之用製造爆裂物罪。

(三)甲引爆炸彈導致列車車廂燒燬、脫軌翻覆、A 傷重不治行為，涉及下列犯罪：

1. 甲上開行為，構成刑法第 176 條準用第 173 條第 1 項之準放火罪。

(1) 客觀上，甲引爆藉由膨脹力造成殺傷之爆裂物，導致車廂燒燬、變形；然有疑問者，甲所炸燬係無人在內之車廂，是否該當「現有人所在」之要件？管見認為，基於火車車廂乘客可能移動的特性，縱引爆前確認無人在該車廂，也難以確保引爆時無人在內，應認屬於現有人所在之火車。主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。

(2) 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

2. 甲上開行為，構成刑法第 184 條第 2 項過失傾覆火車罪。

(1) 客觀上，甲係以引爆爆裂物方式燒燬列車，是否屬於以「他法」致生火車往來危險？依實務見解，如於車站或公眾運輸工具上引燃爆裂物或施放毒害物質，導致該交通據點及所停放或行駛中之公眾運輸工具受損、其上或附近之人員傷亡，自均造成往來之危險，而屬該條規定所欲保護之社會法益範疇（105 台上 270 決）。基此，甲該當以他法致生火車往來危險之客觀構成要件。

(2) 主觀上，甲得否主張爆裂物不具炸毀列車效能，而對於「致生危險」之具體危險結果無故意？管見以為，此涉及「危險故意」概念，只要行為人認識到其行為在一般社會溝通中所認知的危險意義，則無待乎行為人對於事實環境的精確計算，就已經是超越容許的危險意識，也是具有犯罪故意。基此，只要甲認知爆裂物具有危險性，縱使其本身預估無導致列車翻覆之風險，仍具有本罪故意。

(3) 又甲引爆爆裂物致火車脫軌翻覆，是否該當過失傾覆火車之加重結果犯？管見以為，甲引爆爆裂物係與火車脫軌翻覆間，具有條件關係與客觀可歸責性；惟該簡易型炸彈不具炸燬火車效能，係因連日高

溫導致脫軌翻覆，甲對於火車引爆炸彈，除可能導致火勢延燒外，尚可能造成震動使火車產生脫軌翻覆之加重結果，應具有預見可能，而有過失，該當加重結果犯之構成要件。

(4)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

3.甲上開行為，構成刑法第 188 條妨害鐵路事業罪。

(1)刑法第188條之妨害公用事業罪，以妨害鐵路、郵務、電報、電話，或供公眾之用水、電氣、煤氣事業為要件，此所稱之妨害，指以不當方法妨礙、侵害其正常狀態之行為而言（88台上6831例）。

(2)本件甲係以引爆炸彈之不正當方法，妨害、侵害鐵路正常行使狀態；主觀上，甲亦對於妨害鐵路事業之行為具有故意。又甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

4.甲上開行為致 A 傷重死亡，構成刑法第 186 條之 1 第 2 項使用爆裂物致人於死罪。

客觀上，甲係無正當理由引爆炸彈，進而導致 A 傷重不致死亡，而具有條件關係及客觀可歸責性；主觀上，甲明知並有意為使用爆裂物行為，且對於造成他人死亡具有預見可能，而該當使用爆裂物致人於死之加重結果犯。又甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

5.甲上開行為，致 A 傷重死亡，構成刑法第 278 條第 2 項重傷致死罪。

(1)客觀上，甲引爆爆裂物行為與 A 死亡結果間，具有條件關係及客觀可歸責性；主觀上，甲對於在列車引爆炸彈可能使人重傷具有容任，而有重傷間接故意。又甲對其故意重傷 A 行為，可能導致死亡結果有預見可能，該當重傷致死之加重結果犯構成要件。

(2)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

6.競合：

甲係犯刑法第 176 條準放火罪、刑法第 184 條第 2 項過失傾覆火車罪、刑法第 188 條妨害鐵路事業罪、刑法第 186 條之 1 第 2 項使用爆裂物致人於死罪、刑法第 278 條第 2 項重傷致死罪，其各罪實行行為有完全或局部同一之情形，乃一行為觸犯數罪名，為想像競合犯，應依刑法第 55 條規定，從較重之重傷致死罪處斷。

三、檢警偵調詐欺犯罪時，發現甲宅是某詐騙集團的總部。檢察官於是向法院聲請核發搜索票，搜索甲宅，順利逮捕犯罪集團首腦甲及多名詐騙集團成員，並扣押電腦主機、變聲器等詐騙工具。隨後，檢察官進一步獲悉該集團騙得數億新臺幣，甲的生活奢侈，並以詐騙所得購買豪宅、名車。對此，甲辯稱該豪宅所有人是母親乙，與自己無關；至於名車則出借女友丙使用。經警察調查後，知悉該豪宅所有權人登記為乙，名車則停放在丙家車庫。試問：偵查中，該豪宅及名車，檢察官能否扣押且應如何為之？（30 分）

命題意旨	本題以今年 7 月施行的沒收程序作為命題主軸，旨在測驗考生對於修法條文的掌握度。
答題關鍵	本題爭點在於得利扣押程序，屬於修法題。由於犯罪所得認定涉及刑法部分沒收的規定，故將本題稱為刑法與刑訴交錯適用的考題亦不為過。回答時應留意刑法第 38 條之 1，以及刑訴第 133 條、第 133 條之 1 與第 133 條之 2 等規定。
考點命中	《高點刑事訴訟法二試總複習講義》第二回，黎台大編撰，頁 103-106。

【擬答】

檢察官於偵查中得扣押豪宅及名車，其應依循之方式如下：

(一)本案豪宅及名車屬於得扣押之物

- 按新增修之刑法第 38 條第 2 項之規定：「犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。」同條第 4 項：「第 1 項及第 2 項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。」
- 查甲以詐騙所得購買豪宅、名車，並將豪宅登記於乙名下、名車出借於丙。系爭豪宅與名車，為刑法第 38 條第 4 項所稱因違法行為所變得之物，屬犯罪所得。乙、丙雖係犯罪行為人以外之第三人，惟豪宅與名車應係因甲違法行為而無償或顯以不相當之對價所取得，仍屬得沒收之物。
- 據此，對於上開豪宅與名車等得沒收之物，檢察官得依第 133 條第 1 項規定扣押之。

(二)本案檢察官所欲扣押之物非附隨於先前搜索程序

- 惟查，本案豪宅與名車，檢察官並未於先前搜索程序中一併扣押。對於此類非附隨於搜索之扣押，依刑事訴訟法第 133 條之 1 修正理由所示，其與附隨搜索之扣押本質相同，除僅得為證據之物及受扣押標的權利

人同意者外，自應一體適用法官保留原則（令狀原則）。是新法於第 133 條之 1 第 1 項規定：「非附隨於搜索之扣押，除以得為證據之物而扣押或經受扣押標之權利人同意者外，應經法官裁定。」

- 2.職是，檢察官除有第 133 條之 1 第 1 項所稱之同意扣押或第 133 條之 2 緊急扣押之無令狀扣押外，應遵循令狀原則，向法院聲請扣押裁定後，始得進行豪宅與名車之扣押程序。另就豪宅部分，因涉及不動產之扣押程序，依新修正第 133 條第 4 項之規定，應以通知主管機關為扣押登記方式為之。

四、甲因失業而對社會不滿，某日見一間正在拆除重建的宮廟，僅剩三面牆，且其四周百公尺內皆無民房或建築物，乃生縱火之念，遂堆積若干易燃物，點火使其燃燒。路人見狀急電消防隊及警察，消防車趕到隨即將火撲滅。甲亦隨即為警所逮捕。經檢察官偵查終結後，認甲的行為，為放火燒燬他人非供人使用之建築物，乃予以起訴。法院審理後，認定甲的犯行，並非檢察官所起訴之罪名，而應為放火燒燬他人之物，且該罪為具體危險犯，因不生具體危險，故僅能論普通毀損罪。又普通毀損罪須告訴乃論，因起訴時並未為告訴，欠缺告訴的條件，法院乃逕為不受理判決。經檢察官不服而具明理由提起上訴，上訴審法院亦認一審之事實認定及實體法律適用無誤。

試問：

(一)原審法院的判決是否允當？(15 分)

(二)上訴審法院應如何為適法之處理？(15 分)

命題意旨	本題旨在測驗考生對於變更起訴法條，以及上訴審之審理程序之熟悉程度。
答題關鍵	依刑訴第 300 條之規定，法院僅在諭知有罪判決的情況下，始得變更起訴法條。但實務例外認為，在免訴與不受理等判決類型亦得變更，僅係判決不引用第 300 條而已。此外，第 368 條之上訴無理由，所指為何？亦係答題時之重點，考生應一併注意。
考點命中	《高點刑事訴訟法二試總複習講義》第二回，黎台大編撰，頁 8-14。 《高點刑事訴訟法講義》第五回，黎台大編撰，頁 103-109。

【擬答】

(一)原審判決應屬允當

1.本案涉及變更起訴法條之問題

本案檢察官認甲的行為，成立刑法第 174 條第 1 項放火燒燬他人非供人使用之建築物罪予以起訴。惟法院審理後認為，甲之犯行並非檢察官所起訴之罪名，而屬刑法第 175 條第 1 項放火燒燬他人之物罪，且該罪為具體危險犯，因不生具體危險，至多論以刑法第 354 條普通毀損罪。由是可見，法院所認之罪名與檢察官並不同。又犯罪事實應為如何之法律適用，乃法院之職權，並不受當事人（檢察官及被告）意思拘束，故本案法院自有變更起訴法條之空間。

2.變更起訴法條不以有罪判決為限

依刑事訴訟法第 300 條之規定：「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。」就此觀之，似指刑事訴訟法第 299 條之科刑判決及免刑判決，其餘類型之判決並無適用變更起訴法條之餘地。然依實務見解，案件是否具有免訴或不受理之情形，如僅以檢察官所引應適用之法條為其唯一根據，認為審判中法院並無變更之權限，則個案中若發生檢察官錯引法條，將發生法院仍應受其拘束之情形，顯然與職權原則之精神有違。故實務認為法院仍得變更檢察官所引應適用之法條而為他種判決，僅係判決中不引用刑事訴訟法第 300 條而已（最高法院 47 年台非字第 41 號判例參照）。

3.綜上，法院將檢察官起訴之第 174 條第 1 項放火燒燬他人非供人使用之建築物罪，變更為刑法第 175 條第 1 項放火燒燬他人之物罪，除因時間、地點相同，且兩罪保護法益及行為內容相似，具備訴之目的及侵害性行為內容同一，符合事實同一要件外。於第 175 條第 1 項不該當之情況下，法院僅論以包含於放火罪內之毀損行為，並因欠缺合法告訴逕為不受理判決，應屬允當。

(二)上訴審法院處理之方式如下：

第二審法院認為上訴無理由者，應以判決駁回之，刑事訴訟法第 368 條定有明文。所稱之無理由，係指第一審判決與第二審審理結果所應為之判決相同者而言（最高法院 47 年台上字第 484 號判例參照）。本案經檢察官不服而具明理由提起上訴，上訴審法院既認一審之事實認定及實體法律適用無誤，則上訴審之審理結果與第一審相同。職是，上訴審法院應認為檢察官上訴無理由，以判決駁回之。

五、某鄉村社區一株百年老樹，數人合抱，枝繁葉茂。一座小土地公廟緊依老樹，近因彩券迷拜求明牌常有佳效，經由媒體報導，更添繁華。鄉公所規劃擴建道路，老樹與小廟恰在路中央，將遭移除。社區居民建請鄉公所繞道擴建，不獲同意，鄉公所並已擇定日期移除。居民視老樹與小廟為社區重要文化資產，醞釀抗爭。甲、乙、丙三人最是激昂，約定以死相抵。拆除日，鄉公所僱請司機與工人到場執行，三人在老樹旁以身體阻擋怪手推進，並分持石塊擊傷怪手司機，傷勢雖無大礙，但拆除行動因之停止。甲、乙、丙在法院審理中辯稱，曾徵詢某法律專家，告以：「古蹟保存比道路拓寬更為重要，為了保護古蹟，可以使用武力阻止施工。」因此主張自己所為實屬合法。

試問：

- (一)甲、乙、丙之所為，除了可能該當傷害罪與強制罪之外，還可能該當何罪？(20分)
- (二)甲、乙、丙的辯解能否阻卻違法或罪責？(20分)
- (三)甲、乙、丙阻擋怪手推進、擊傷怪手司機行為，恰為該社區之監視錄影系統所攝，檢視錄影帶，全程一覽無遺。司機受傷亦經醫院開立診斷證明書，檢察官遂以錄影帶為證據提起公訴。其證據能力如何？法院應如何調查？(20分)
- (四)又檢察官以診斷證明書為證據提起公訴，其證據能力如何？法院應如何調查？(20分)

命題意旨	本題案例事實類似「臺高院 104 上易 961 決(華光社區拆遷案)」，主要是以當地居民抗爭是否構成妨害公務罪外，還測驗考生對於公民不服從、緊急避難、違法性錯誤等抗辯事由之理解。
答題關鍵	<ol style="list-style-type: none"> 1.首先，解答本題遭遇的第一個困難是，若要成立妨害公務罪，則怪手司機必需是刑法上公務員而對其施強暴行為，而本質上為行政助手的怪手司機非屬刑法之委託公務員。然第二小題接著問行為人是否有阻卻違法或罪責之抗辯事由，前提必須是成立妨害公務罪，因此想盡辦法也要讓怪手司機成為刑法公務員。遍尋實務見解，最為接近的是「臺高院 103 上訴 3268 決」，針對這類行政輔助人有特殊看法，我則以此解釋取徑解題，認為怪手司機是行政行為延長，屬於刑法公務員。 2.至於第二小題抗辯，除必須特別針對緊急避難法益權衡著墨外，也必須針對近年來最熱門的公民不服從加以闡述，認定是否有其適用。且題目也暗示行為人有違法性錯誤，也必須一起解決這些爭議。 3.看完今年司法官及律師刑法考題的心得是：基本功也非常重要，社會法益越來越重要了！不再是著眼於傳統的財產及生命法益。
考點命中	<ol style="list-style-type: none"> 1.妨害公務：《高點刑法講義》第四回，旭台大編撰，頁 102。 2.公民不服從：《高點刑法講義》第一回，旭台大編撰，頁 114-118。 3.禁止錯誤：《刑法爭議研究(含沒收新制)》，旭律師編著，高點文化出版，2016 年，頁 4-24。

(一)甲、乙、丙三人涉及之犯罪討論如下：

- 1.甲、乙、丙三人到場抗爭、丟石頭行為，不構成刑法第 150 條聚眾施強暴罪之共同正犯(刑法第 28 條參照)。
 - (1)客觀上，依實務見解，所謂聚眾指多眾集合有隨時可以增加之狀況者而言，若僅結合特定之人，不得謂之聚眾(22上15例)。本件僅係甲、乙、丙特定三人之結合，不得論以聚眾。
 - (2)又主觀上，本罪之成立必須有妨害秩序之故意，始與該條罪質相符，如公然聚眾實施強暴脅迫之目的係在另犯他罪，除應成立其他相當之罪名外，不能論以妨害秩序罪(31上1513例)。本件甲、乙、丙三人係為阻擋怪手拆遷，目的非在妨害秩序，不該當本罪之主觀構成要件。
 - (3)綜上，甲、乙、丙三人不構成本罪。
- 2.甲、乙、丙三人到場抗爭、丟石頭行為，構成刑法第 135 條妨害公務罪之共同正犯(刑法第 28 條參照)。
 - (1)客觀上，甲、乙、丙三人於抗爭現場係以身體阻擋怪手前進，並丟擲石頭，屬於施加物理力之強暴行為；惟有疑問者在於，三人對於怪手司機丟擲石塊，是否該當「對於公務員依法執行職務」之構成要件？
 - (2)本件怪手司機形式上雖非服務於國家或地方自治團體所屬機關之身分公務員，惟上開執行拆遷之行政任務基本上仍是由地方自治團體親自以自己名義執行，亦即鄉公所本身並未放棄自身執行之責任，其行使公權力之本質、任務屬性不變，僅於執行階段以借重私人力量之方式完成任務。該怪手司機雖係民間業者，然其扮演「行政助手」之角色，並為行政機關手足之延伸，並受國家機關之指揮監督，而協助公務員行使公權力執行公務，其行為僅係行政主體自己行為之延長，與公務員自為公權力行使無異，

若因行政助手故意或過失而侵害人民之自由或權利者，其效果亦直接歸屬於地方政府，**自應與身分公務員立於一體地位，對之施以強暴，倘又合於其他妨害公務罪之構成要件，仍非不得成立妨害公務罪**（臺高院 103 上訴 3268 決）。基此，甲、乙、丙三人係該當妨害公務之客觀構成要件。

(3)主觀上，若甲、乙、丙三人又對於在場執行職務之員警及鄉公所人員有丟擲石頭等施加暴妨害公務之犯意聯絡，則該當本罪之主觀構成要件。

(4)至於甲、乙、丙三人是否有阻卻違法或罪責事由，詳後述。

(二)甲、乙、丙之辯解，討論如下：

1.甲、乙、丙三人不得主張刑法第 24 條緊急避難阻卻違法。

緊急避難必須係甲、乙、丙三人因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，方能阻卻違法。惟管見認為，本件上開三人係為阻擋無主物之老樹及小廟遭拆除，非為自己或他人之財產而出於緊急危難；縱認屬緊急危難，則老樹及小廟依題示未曾公告為古蹟，保全法益為無主財產，而侵害則是公務員依法執行職務之國家法益，無法通過法益權衡，而不得主張緊急避難阻卻違法。

2.甲、乙、丙三人不得主張公民不服從之事由阻卻違法或減免罪責：

(1)公民抗爭之刑法評價，學者有認為構成要件該當性可透過合憲性解釋方式，架起刑法與憲法、公約間之關聯性，以「抗爭手段」本身可能正是言論自由、意見表達自由及集會遊行自由的權利行使行為，國家必須遵守基本權限制之限制，禁止不當施以刑罰，例如：於公務員執行職務時，其所受之「強暴、脅迫」須達某種程度以上，或高於一般強制罪的妨害，始有保護法益存在；於違法性方面，除以反面審查是否具備法定阻卻違法事由，另可以具備**類似緊急避難之超法規阻卻違法事由**，或以侵害法益結果極其輕微，而以**欠缺實質違法性**不予處罰；於罪責方面，除法定寬恕或減輕罪責事由，另以行為人的可非難性，其結果非價因行為人所保護的法益與犧牲的法益相當而降低，其行為非價因行為人之避難意思係出於救助法益而降低，反應到罪責內涵顯然低於通常情形，甚或未達值得以刑法處罰，而以「**過當類似避難**」減免罪責。

(2)惟管見以為，本件甲、乙、丙參與抗爭之強制拆遷是否違背正義？容有討論餘地，且當日之抗爭活動，並不具備非及時為之公益即陷於無法回復之急迫性，且對警察施強暴行為，亦非為維護其所欲保護公益之最後手段，又三人之生命、身體、自由、財產並無猝遇危難之情狀存在，尚非無其他途徑可表達其訴求，其所參與之抗爭活動，與所謂人民不服從運動之概念，尚屬有別，未可比附援引相提並論，而不得藉以阻卻違法或減免罪責（臺高院104上易961決）。

3.甲、乙、丙三人不得主張刑法第16條阻卻罪責，但得按其情節減輕其刑。

(1)按刑法第16條規定，除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。此所稱不知法律，係指對於刑罰法律有所不知，且其行為不含有惡性者而言（102台上297決）。

(2)管見以為，本件甲、乙、丙三人既然是台灣人，對於犯傷害罪及強制罪或妨害公務應有認識，不得稱其不知法律而免除刑事責任。惟上開三人曾諮詢法律專家，既然三人深信法律專家意見而為武力抗爭，其情節尚屬輕微，得依情節減輕其刑。

(三)錄影帶具有證據能力，惟法院應踐行勘驗程序始得將之作為判決之依據

1.實務見解多認為，錄影帶所錄取之畫面，全憑機械力拍攝，未經人為操作，未伴有人之主觀意見在內，自有證據能力（最高法院 80 台上 4672 號判例）。從而，社區監視錄影器拍攝下來之錄影帶得否作為法院判決之依據，關鍵應在於法院應如何進行合法之證據調查程序。

2.2003 年修正之刑事訴訟法認為，隨著現代科學技術之進步與發展，不同於一般物證和書證之新型態證據，例如：科技視聽及電腦資料已應運而生，我國刑事訴訟法原規定之證據種類中，並未包含此類科技視聽及電腦資料在內，爰參考我國刑法第 220 條及民事訴訟法第 363 條第 1 項之規定，暨日本刑事訴訟法第 306 條第 2 項之立法例，增訂準文書得為證據方法及其開示、調查之方法，以概括地規範將來可能新生的各種新型態證據。

3.依新增訂之刑事訴訟法（下同）第 165 條之 1 之第 2 項規定：「錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類之證物可為證據者，審判長應以適當之設備，顯示聲音、影像、符號或資料，使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認或告以要旨。」對於本條規定，實務及學說多認為即係以勘驗之方式進行。**故本案法院應以勘驗之程序當庭撥放該錄音帶，以五官知覺來探求其所蘊藏之內容，始屬合法之證據調查程序。**

(四)依實務見解，診斷證明書屬傳聞例外具有證據能力；法院應進行文書之證據調查程序

1.診斷證明書，為被告以外之人於審判外所做之書面陳述，依第 159 條第 1 項之規定，應屬傳聞證據。惟除

顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書，亦得為證據，第 159 條之 4 第 2 款定有明文。學說有認為，因被害人要求開具之診斷證明書可能供日後訴訟上證明等特定目的使用，不具備例行性要件，而無第 159 條之 4 適用。

2. 然實務見解認為，按醫師法第 12 條第 1 項規定：「醫師執行業務時，應製作病歷，並簽名或蓋章及加註執行年月日。前項病歷，除應於首頁載明病人姓名、出生年月日、性別及住址等基本資料外，其內容至少應載明下列事項：一、就診日期。二、主訴。三、檢查項目及結果。四、診斷或病名。五、治療、處置或用藥等情形。六、其他應記載事項。」是醫師執行醫療業務時，不論患者是因病尋求診療，或因特殊目的而就醫，醫師於診療過程中，應依醫師法之規定，製作病歷，該病歷之製作，均屬醫師於醫療業務過程中所須製作之紀錄文書，縱係出於訴訟目的，對醫師而言，係其醫療業務行為之一部分，核屬上引刑事訴訟法所稱從事業務之人於業務上所須製作之紀錄文書，而診斷證明書係依病歷所轉錄之證明文書，自仍屬該條項所稱之證明文書（最高法院 101 台上字第 4199 號判決可資參照），故而診斷證明書依第 159 條之 4 第 2 款，具備證據能力。
3. 至於診斷證明書之調查程序，實務多依第 165 條文書之證據調查程序，以宣讀或告以要旨之方式進行。惟管見以為，縱使依實務見解承認診斷病歷屬傳聞例外而具備證據能力，然若概括承認此類證據逕依書證之調查程序即為已足，等同架空直接審理原則以及被告之對質詰問權。故除有客觀上不能到庭之情形外，仍應傳喚製作人到庭接受被告之對質詰問，始屬合法之調查程序。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！