

# 《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為犯的審查，關鍵點在於「保證人地位」的熟悉程度。
答題關鍵	請逐一審查不作為犯的犯罪成立要件，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「作為可能性」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，更能為答案增加深度。
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為犯。
- 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「未為救援」之行爲，是以本例應屬**不作為**。
  - 2.客觀上，甲乃游泳健將，依現場之情形有作為可能性卻不為法所期待之行爲，且倘若甲下水救援，乙便幾乎可以確定不會死亡，不作為與死亡結果間具有假設的因果關係，甲之不作為更未排除既有之風險，而該風險亦正常地實現結果，甲之不作為屬可歸責。
  - 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為人承擔有為他人排除風險之作為義務，而構成該作為義務之原因，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，亦不負有作為之義務。
  - 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為犯。
- 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「未為救援」之行爲，是以本例應屬**不作為**。
  - 2.客觀上，丙身為消防隊員，**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，**丙是否具有作為可能性**？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為可能性；反之，則仍有作為可能性。假設丙仍具有作為可能性，則其不作為與死亡結果間具有假設的因果關係，丙之不作為更未排除既有之風險，而該風險亦正常地實現結果，丙之不作為屬可歸責。
  - 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.丙身為公務員，且前已確認丙仍然具有作為可能性，**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為犯。
- (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、作為可能性等其他要件。按此說，則甲普通殺人罪之不作為的不法要件該當，僅因為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為犯。
- (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為犯。



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

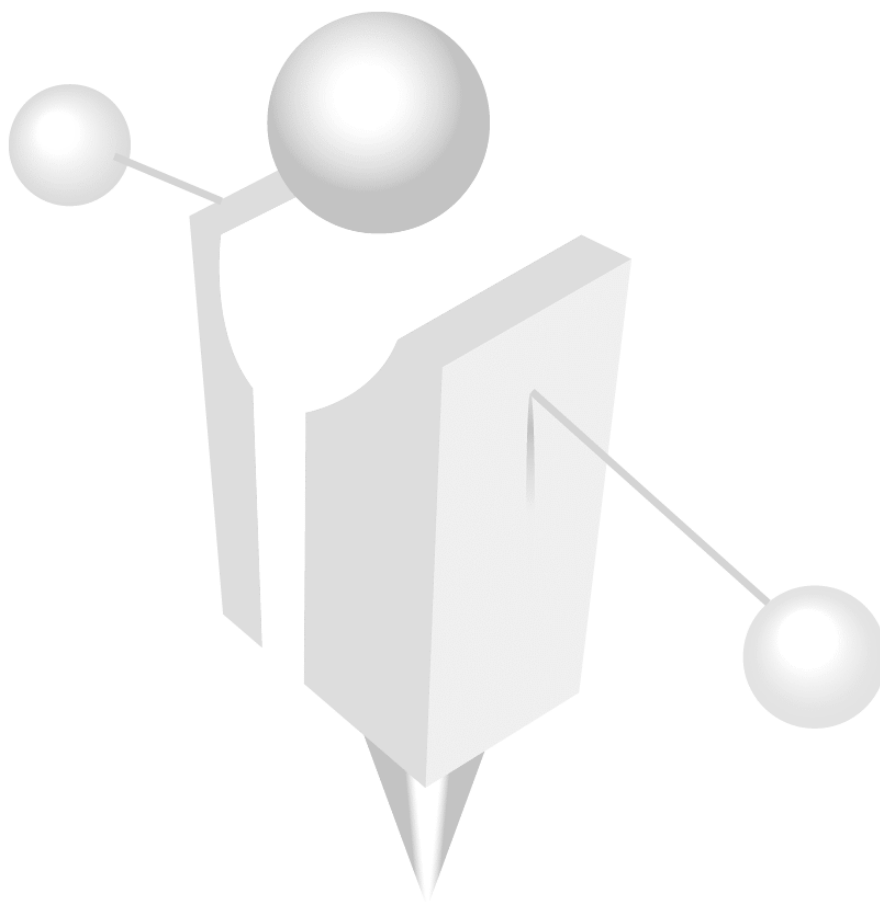
二者的差別在於撤銷羈押必須是羈押的法定原因消失或繼續羈押已經缺乏程序上的正當性，又可分為當然撤銷羈押與視為撤銷羈押，前者如本法第 107 條第 1 項規定者，當羈押原因消失時應釋放被告，後者如本法第





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

