

# 《刑法與刑事訴訟法》

## 試題評析

- 第一題：由於本題所問係：「乙之行為得否阻卻構成要件或阻卻違法？」故在答題時，請有層次地從構成要件該當性開始檢討，切莫急著進入違法性階層討論第21條之問題；此外，縱使可從構成要件部分直接得出「乙構成要件不該當」之結論，但還是要退萬步言地多加著墨違法性階層的檢驗，否則將沒有辦法做出完整的回答。
- 第二題：本題係單純的申論題，請緊扣「誹謗罪之真實性要件之性質」來解釋與論述，提出三種最主流的見解(阻卻構成要件說、阻卻違法說、客觀處罰條件說)後加以評析，應可得到不錯的分數。
- 第三題：本題以「告訴」概念中最重要之考點「告訴權人」與「告訴不可分」發展之考題；就此二部分而言，對法條的掌握度將成為得分關鍵。須注意者，第二小題爭點乃「配偶」身分判斷時點的問題，此因告訴權之性質屬於「被害告訴權」或「犯罪告訴權」而有不同的判斷基準時點，同學宜釐清其間之差異。此外，由於本題之考點集中於較無爭議的部分，因此同學倘欲獲得充裕的分數，即應「小題大作」，附帶將告訴之相關基礎概念併予說明，一方面顯現自身對本議題的了解程度，另一方面擴充答題篇幅。
- 第四題：以法官之自行迴避事由為核心，對熟悉法條之同學而言，應皆能輕鬆引出特定條文；惟，本題之考點在於相關法條的解釋適用，並要求以實務見解作答，故將考驗考生平常準備的深度。第二小題乃法官自行迴避事由中最重要之爭點，且亦為審級說與拘束說產生歧異之唯一案型，應為大部分考生都能輕易回答之考點；相反地，第一小題則因非學說與實務關注之焦點，故為較多考生易忽略之處，此時即可見熟稔各制度法理基礎之重要性。

一、上級公務員甲明知為不實之事項，命其下級公務員乙將其登載於職務所掌之公文書上，乙對於甲所命登載事項之真實性，雖有所疑慮，但礙於上級公務員之命令，不敢加以質疑，仍依甲之指示加以登載，乙之行為得否阻卻構成要件或阻卻違法？(25分)

**答：**

(一)乙之行為是否該當刑法(以下同)第213條的公務員登載不實罪之構成要件，茲分述如下：

- 客觀上，乙係公務員，該當本罪之主體要件，且依題意所示，該文書乃公務員乙於其職務上所掌之公文書，亦符合本罪之客體要件，此外所登載係不實之事項，勢必將發生損害於公眾或他人。綜上所述，公務員登載不實罪之客觀構成要件該當。
- 主觀上，本罪要求行為人必須「明知」其屬不實之事項而為登載，始足以該當本罪，亦即本罪之故意限於「直接故意」，不包括間接故意在內(46年台上377號例、第13條參照)。依題所述，乙對於甲所命登載事項之真實性著實有所疑慮，僅礙於上級公務員之命令而不敢質疑，可以認定乙對於「不實事項」雖然有所認識，但卻無促成構成要件實現之積極意欲，毋寧僅有聽任其自然發展的消極意欲。是以，乙之主觀心態僅為間接故意，不符合本罪「明知」之要求，故主觀構成要件不該當。
- 由於本罪並無處罰過失犯之明文，按罪刑法定原則，乙因構成要件不該當而不成立本罪。

(二)退步言之，縱若乙該當第213條的公務員登載不實罪之構成要件，乙是否得得以主張第21條第2項以阻卻違法，茲分述如下：

- 上級公務員之命令在實質內容上違法，倘若下級公務員依該命令而行為時，是否仍得阻卻違法，學理上有下述見解：
  - 形式審查說：下級公務員對於形式要件完備之命令，即應推定其合法性而予以服從並加以實行，否則若允許下級公務員實質審查上級之命令，將生權責紊亂。
  - 實質審查說：由於阻卻違法要件中有須非明知命令「違法」之要求，而違法之概念當然包括了「實質違法」在內，所以下級公務員亦應允准作實質審查。
  - 折衷說：下級公務員原則上僅需為形式審查，但對於命令實質違法極其明顯重大的例外情形(例如：種族屠殺、凌虐人犯等)，亦得為實質審查。
- 由於形式審查說過於寬鬆，實質審查說又易使權責混亂，通說多採取折衷說之看法。本案例中，假使甲所下達之命令完全符合命令之形式要件，且該命令之內容並非極其明顯重大的例外情形，那麼在乙並非

明知命令違法之情形下，乙仍得援用第21條第2項之規定，阻卻其行為之違法性。

(三)結論：乙之行為不該當第213條的公務員登載不實罪之構成要件；縱若該當，亦可主張第21條第2項的「依命令之行為」以阻卻違法。

**【參考書目】**

1. 蔡聖偉，〈論公務員依違法命令所為之職務行為〉，《台大法學論叢》第37卷第1期，165頁以下。
2. 易台大，刑法講義第二回，第100頁與第8回，第61頁以下。

二、刑法第310條第3項規定：「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。」請說明該項規定之意涵為何？(25分)

**答：**

(一)關於刑法(以下同)第310條第3項之規定，學理上有稱之為「誹謗罪的真實性要件」，只要所傳述或指摘之事項係真實且關乎公共利益，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，認為行為人只要依其所提之證據資料，有相當理由確信其為真實者，即不得以誹謗罪相繩。學說與實務上所爭執者，皆聚焦於此真實性要件之性質為何，計有下列三說：

1. 阻卻構成要件事由說：認為真實性要件具有公益性與公共性，所以在這樣條件下的言論活動應該是一種正當行為，連形式上的違法都不存在，而應該要排除在誹謗罪的構成要件之外。本說乃是立於「尊重言論自由」的立場，認為具備公益性與公共性的言論乃憲法上的正當言論，將阻卻構成要件該當性，連形式上的法益侵害都不構成。
2. 阻卻違法事由說：採取此立場論者，多另從言論自由的憲法保障著眼觀察，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。
3. 客觀處罰條件說：依法條用語，「能證明其為真實者，不罰」，可以看出這是一種取決於未來能否證明為真實的處罰條件，乃純以客觀結果為斷，而非是行為當時主觀的認知問題。反之，若是要將真實性要件定位於不法層次，那麼行為人的主觀故意就必須涵蓋對於其陳述的「不真實性」，然而若是立法者真希望達到如此效果，立法技術上只需要在第310條第1項前加上「不實」兩字即可，並無加訂第3項之必要。

(二)本文認為，對於具備真實性要件的言論，「客觀處罰條件說」仍然評價為成立誹謗罪，僅是從刑罰的發動來呼應憲法上保障言論自由的精神，為時過晚，難以為法感情所接受；反之，「阻卻構成要件事由說」則直接評價為不具備形式違法性，忽略了對於人格權的保障，並不足採。

(三)憲法上對於正當言論除應給予最大程度的界定外，仍是有光譜等級之分，並非全部都一視同仁。會有程度之別是因為言論自由基本權與其他基本權，例如：名譽權、隱私權間的緊張衝突關係所致，欲調整基本權衝突的方法只有進行「利益衡量」一途而已，而非是依靠較無彈性的構成要件，或是客觀處罰條件所可以調和，否則得到的結果永遠是偏廢、零和的。

(四)採取「阻卻違法事由說」下，真實性要件是在違法性階層作判斷，而與構成要件無關，因此真實性的陳述亦可能使構成要件該當。真實性要件之內容，乃違法性利益衡量之標的；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。如此一來，才得以使基本權間的衝突較為和緩。因此，本文認為以「阻卻違法事由說」可採。

**【參考書目】**

1. 王乃彥，〈誹謗罪與真實性誤信〉，《刑與思—林山田教授紀念論文集》，107頁以下。
2. 陳奕廷，〈論誹謗罪的真實性要件—兼論釋字第509號解釋之影響〉，《刑事法雜誌》第51卷第6期，99頁以下。
3. 易台大，刑法講義第二回，第107頁以下與第六回，第74頁。

三、丙男與丁女係夫妻，丙男於民國99年3月6日上午10時許，在台北市某賓館與未婚之戊女通姦及相姦（註：通姦及相姦罪須告訴乃論），為其妻丁女報警查獲移送檢察官偵辦，丁女表示僅對丙男提出告訴，問其告訴之效力是否及於戊女？（15分）若丁女係於同月16日與丙男協議離婚並向戶政機關登記後，始具狀向檢察官對丙男及戊女提出通姦及相姦之告訴，問其告訴是否合法？（10分）

**答：**

（一）丁女告訴之效力及於戊女，理由如下：

**1. 告訴之效力**

刑事訴訟法(下同)第239條規定，告訴乃論之罪，對共犯一人告訴，其效力及於其他共犯，此即告訴之主觀不可分效力；告訴有此效力之理由在於，告訴乃告訴權人針對特定犯罪事實而請求偵查機關為追訴之意思表示，其重在犯罪事實，而非特定犯罪行為人，故將產生主觀不可分的效力。

**2. 本案符合告訴的主觀不可分效力規定**

本案丙男與戊女共犯刑法第239條的通(相)姦罪，依照同法第245條，為告訴乃論之罪，符合告訴主觀不可分效力產生的前提；又，丙男與戊女基於共同實現通(相)姦罪構成要件之行為決意並共同實施犯罪行為，依照通說的見解，成立刑法上之共同正犯，而屬於第239條之廣義的「共犯」概念。因此，**本案之情形因符合第239條的規定，而有告訴主觀不可分之效力**；則，丁女縱僅表示對甲提出告訴，其效力亦及於戊女。至於第239條但書之主觀不可分效力排除規定，乃針對「撤回告訴主觀不可分」之情形，而非本題之「提出告訴主觀不可分」之情形，不應混淆，併此敘明。

（二）丁女之告訴仍為合法

**1. 配偶的專屬告訴權**

告訴必須由具告訴權之人提起方為合法，關於配偶之告訴權規定，分別有「被害人之配偶」與「犯人之配偶」兩種情形；後者規定於第234條一項至二項，並被認為係配偶的專屬告訴權。本案涉及刑法第239條之通(相)姦罪，依照第234條二項，非配偶不得告訴，即屬之。

**2. 配偶專屬告訴權的性質**

與「被害人之配偶」不同，「犯人之配偶」之所以得享有告訴權，一般認為乃因其本身即為被害人；換言之，縱無第234條之規定，犯人之配偶本即得依照第232條以犯罪之被害人身分提出告訴，則第234條之規定意義並非賦予「犯人之配偶」告訴權，而僅在於將特定犯罪的告訴權人限於具備犯人配偶身分之人，並不改變犯人配偶實為被害人之性質。由此可知，**犯人配偶之告訴權判斷時點與被害人配偶不同，而應與被害人之判斷時點相當**；因為重在其法益的直接受害，故其判斷時點應以犯罪時為準，而非提起告訴時。因此，儘管本案丁女提起告訴時已與丙男離婚而不具配偶身分，但由於其於丙男犯通姦罪時仍具備被害配偶之身分，而符合第234條二項之身分要求，故為得提起告訴之告訴權人，則其提起之告訴自為合法。

**【參考書目】**

歐台大，刑事訴訟法講義第三回，第3、4、7、8頁。【命中！】

四、試就法院實務之見解，說明下列情形法官應否自行迴避？

（一）某A擔任台灣台北地方法院檢察署檢察官時，承辦被告某B涉嫌詐欺之案件，偵察結果認某B犯罪嫌疑不足予以不起訴處分，被害人不服聲請再議，由台灣高等法院檢察署檢察長命令撤銷原處分，發回台灣台北地方法院檢察署續行偵查，由某C檢察官承辦該案件，偵查結果將某B依詐欺罪嫌提起公訴。該案件繫屬於台灣台北地方法院時，某A已調至台灣台北地方法院擔任刑事庭法官，該案件復分由某A審理。（15分）

（二）某D為台灣高等法院法官，參與被告某E涉嫌貪污罪刑事案件之第二審裁判，該案件被告上訴第三審後，經最高法院判決「原判決撤銷，發回台灣高等法院」更為審判，嗣該案件復分由某D及同庭另二位法官承辦。（10分）

**答：**

**(一)某A應自行迴避**

**1.公平審判原則**

公平審判原則要求審判法官的無偏頗性與中立性，因此倘具體個案中發生有事證足以令人懷疑法官的中立性時，應予排除該法官；此即刑事訴訟法(下同)第17條以下法官迴避制度的理論基礎。其中第17條為法官自行迴避之事由，而關於該條各款的解釋，學說與實務咸認得回歸公平審判原則的法理基礎以明其意義。

**2.某A符合第17條七款之自行迴避事由**

第17條七款規定，曾執行檢察官職務之法官應自行迴避；學說認為該條乃以審檢分隸為內涵之「控訴原則」的當然結果，蓋倘擔任追訴職務之檢察官嗣後又成為審判者，則毋寧是糾問制度的復甦。本題因最終的起訴者為某C，故倘僅從控訴原則之角度觀之，似仍有得出某A毋庸迴避結論的可能性；**對此，實務與學者回歸迴避事由的理論基礎「公平審判原則」，認為僅須曾經執行本案檢察官職務之法官，無論其偵查終結之方式為起訴、不起訴或其他情形，皆將影響其中立性，因此皆應迴避。**則本案某A於執行檢察官職務時對某B之案件為不起訴處分，應認其已對某B之案件存在相當之心證基礎，已難以期待其客觀、公正地為審判；自法官迴避制度的法理觀之，符合第17條七款之迴避事由，故應自行迴避。

**(二)依照實務見解，某D毋庸迴避**

**1.第17條第八款「參與前審裁判」之解釋**

關於法官自行迴避事由當中的「參與前審裁判」應如何解釋，存在學說爭議如下：

**(1)審級說：**此說認為第17條第八款乃基於確保當事人審級利益而來，故該款旨在排除曾參與該案件救濟程序之法官；因此，此說認為「前審」宜解為「下級審」。則因某D所參與者乃前次同審級之裁判，而非下級審，故毋庸迴避。

**(2)拘束說：**此說認為法院之裁判有自縛性，故裁判後法官已不得再為更改而須受自己先前裁判之拘束；因此，本款實係考量法官既已不得再為不同裁判則當然亦無從對同一案件再為審酌的餘地。是以，此說認為「前審」宜解為「前次審判」，則某D即應迴避。

**2.實務見解採審級說**

司法院大法官解釋第178號表示：「刑事訴訟法第17條第八款所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。」明白採取「審級說」之見解；最高法院29年上字第3276號判例更針對本案例事實的情形以審級說為基礎表達其見解：「刑事訴訟法第17條第八款所謂推事曾參與前審之裁判應自行迴避者，係指其對於當事人所聲明不服之裁判，曾經參與，按其性質，不得再就此項不服案件執行裁判職務而言，至推事曾參與第二審之裁判，經上級審發回更審後，再行參與，其前後所參與者，均為第二審之裁判，與曾參與當事人所不服之第一審裁判，而再參與其不服之第二審裁判者不同，自不在應自行迴避之列。」由此觀之，**依照目前之實務見解，本案某D因所參與者乃前次同審級之裁判，而非下級審，故毋庸迴避；**惟，有學者批評此時某D因曾參與前次裁判的作成，而已不具公平審判原則所要求的中立性，故認其毋庸迴避的實務見解並不妥當，併此敘明。

**【參考書目】**

歐台大，刑事訴訟法講義第一回，第24、25頁。【命中！】