

《刑法與刑事訴訟法》

- 一、甲駕車赴友人晚宴，雖僅喝一小杯紅酒，但為謹慎起見，仍與友人在咖啡廳聊天至半夜，返家途中，遭執行酒測路檢勤務的警員 A 攔下盤查，嗅出甲身上有酒味，A 要求甲下車接受吹氣檢測，甲堅稱酒精早已代謝，毫無酒意，拒絕受測，A 則表示，如果不吹氣，就帶甲到醫院抽血檢驗，甲惱火發飆，以手推 A，並對在旁蒐證錄影之警員 B 揮拳，B 閃避，未被擊中，甲旋遭 A 制伏，以妨害公務罪現行犯逮捕，上手銬，解回派出所，交值勤警員乙處理，甲見事態嚴重，求助於議員丙，丙抵達派出所後，隨即召請派出所所長丁前來放人，丁礙於丙在議會之權勢，命乙解開甲手銬後，讓甲離去？試問乙、丙、丁三人（甲部分毋庸作答）所為，依刑法如何論處？（25 分）

試題評析	本題涉及公務員縱放人犯罪，其題目背景即為有名的基隆市長張通榮關說案。考生多少必須要注意時事題，本件已判決確定，可參臺灣基隆地方法院 101 年度矚訴字第 1 號刑事判決。公務員縱放人犯罪其性質上必須有公務員身分始足成立，因此本題操作上必須注意無身分之人涉有刑法第 31 條第 1 項之適用。
考點命中	《高點刑法講義第九回》，任政大編撰，頁 88 以下。

【擬答】

- 一、乙、丁未依法移送甲，卻解開其手銬、任其離去之行爲，應成立刑法第 163 條第 1 項公務員縱放人犯罪之共同正犯，理由如下：

(一)不法構成要件該當性：客觀上乙、丁爲司逮捕、管理權限之司法警察人員，甲既已遭現行犯逮捕，即以置於公力支配之下，依法自應予以解送至檢察機關。然而渠等卻畏懼於丙在議會的權勢，於丁指揮放人、乙爲解開手銬，任甲離去之共同行爲分擔；且主觀上雙方對於上述事實均具故意，且具有意思聯絡，不法構成要件該當。

(二)違法性：乙、丁因議員施壓，並非正當理由，自無阻卻違法事由可言；至於乙或會辯稱係因上級機關之命令而爲之，應得阻卻違法（刑法第 21 條第 2 項），然而本件丁令乙解開手銬，並無書面指示，且顯無任何法律憑據，且當時之狀況明顯係因議員施壓而爲之，上級命令客觀上一望即知存有重大瑕疵，乙應屬明知命令違法（刑法第 21 條第 2 項但書），自不得阻卻違法。乙、丁皆具有違法性。

(三)罪責：乙、丁皆無阻卻罪責事由，成立本罪。

- 二、丙對乙、丁施壓，要求釋放 A 之行爲，應成立刑法第 163 條第 1 項公務員縱放人犯罪之教唆犯（刑法第 29 條參照），理由如下：

(一)不法構成要件該當性：

1.乙、丁成立共同正犯已如前述，客觀上丙以其身爲議員之身分，對以、丁施壓，要求渠等釋放甲，應爲一唆使行爲，主觀上其具有教唆故意及教唆既遂故意。惟本罪爲身分犯，丙雖爲議員，然而其非屬具有逮捕權限之公務員，其如何成立本罪，必須討論。

2.本罪屬於特定公務員身分始得成立之罪，屬於純正身分犯，惟我國刑法第 31 條第 1 項明文規定：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。」使不具有特定公務員身分之人，透過本項擬制，亦得成立本罪之共犯。綜上所述，本罪不法構成要件該當。

(二)丙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

- 二、甲、乙熱衷政治，二人共謀，號召不滿市政府之群眾數百人，於某日前往市政府門前聚集抗議，管區派出所所長 A，據報前往現場處理，A 協調聚集之民眾推舉代表遞交陳情書後，命帶頭之甲、乙解散群眾，群眾高呼「市長下台」口號，並要求市長出面說明。A 恐局面失控，遂命令群眾於五分鐘內解散，於第三次高舉「警告」牌，命令解散之後，甲、乙即要求群眾離去，甲並於宣布解散之後隨即快步離去，大部分群眾亦紛紛離開，部分群眾則滯留現場，並開始對市政府大門怒擲雞蛋，乙陪同留在現場。警員蒐證後，將甲、乙連同在現場丟擲雞蛋之丙、丁，移送法辦。試依刑法規定，回答下列問題：

【版權所有，重製必究！】

(一)甲、乙刑責為何？(13分)

(二)丙、丁所為如何論處？(12分)

試題評析	本題涉及刑法聚眾不解散罪，其中關於「舉牌三次」、「首謀」等法律要件之適用。當然，本題亦可討論侮辱公署罪，不過重要性較低，言簡意賅帶過即可。
考點命中	《高點刑法講義第九回》，任政大編撰，頁111以下。

【擬答】

一、甲、乙未離去之行爲，均不成立刑法第149條聚眾不解散罪，亦無首謀加重（刑法第149條後段），理由如下：

(一)不法構成要件該當性：

- 1.本罪性質上爲純正不作為犯，惟條文中所謂「受解散命令三次以上」之解釋，我國實務見解認爲司法院(76)廳刑一字第1669號解釋：「所謂受解散命令三次以上不過示最低之限制，如於受四次或五次以上之解散命令而終於聽命解散者，即無論以本罪之餘地。蓋本罪之設，旨在維持秩序，參以該管公務員於下達解散命令三次以後，仍再命令解散，顯係考慮及人數擁擠，即行解散勢或不能及操之過急，反足釀成大變而忍讓相勸之情節，社會秩序既因解散而恢復，自無處罰之必要。」亦即所謂三次以上，並非即可入罪，若終得解散自無成立本罪。該等解釋注重集會遊行、言論自由之保障，應爲可採。
- 2.本件甲、乙雖係帶頭集會遊行，且其已受解散命令三次，然而其確於接受解散命令之後即予宣布解散，甲快步離開自屬無疑；乙雖仍然停留觀看，然而其既以宣布解散，如無繼續參與之行爲，應認其已脫離，即非屬參與集會遊行之人，單純陪同自不能論以本罪。綜上所述，甲、乙不法構成要件均不該當，不成立本罪。

二、丙、丁未離去之行爲，成立刑法第149條之聚眾不解散罪：

本件既已受解散命令，且大多數人皆已解散，丙、丁仍不予離去，客觀上有續爲集會活動之行爲，主觀上有續爲集會活動之故意，不法構成要件該當，且無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

三、丙、丁丟擲雞蛋之行爲，不成立刑法第150條聚眾施強暴罪：

丙、丁對市政府門口丟雞蛋之行爲，是否屬於公然聚眾、施強暴脅迫，必須討論。本文認爲此所謂強暴、脅迫行爲，應加以限縮解釋，限於對他人人身自由、行動自由有造成危險之虞，該等解釋較符合對言論自由、集會遊行自由之基本權利保障，較符憲法取向之法律解釋。綜上所述，單純丟擲雞蛋之行爲，或會造成騷亂、影響安寧，但尚不足以造成何人身自由、行動自由危險之虞，應不成立本罪。

四、丙、丁丟擲雞蛋之行爲，成立刑法第140條第2項侮辱公署罪：

(一)丙、丁丟擲雞蛋於公署之行爲，是否屬於「侮辱」行爲必須討論。所謂侮辱行爲係指抽象謾罵之行爲，以雞蛋丟擲象徵不滿、不屑之貶低行爲，應認屬於侮辱行爲。丙、丁客觀上有公然侮辱市政府之行爲，主觀上有前述故意，不法構成要件該當。且無阻卻違法事由、且具罪責，成立本罪。

(二)值得一提的是，公然侮辱行爲本係專指對於感情名譽之自然人，始足當之。我國法爲確保秩序之維護，於立法上將其客體擴張至「公署」，其是否符合刑法最後手段性、刑法謙抑思想，非無疑義。立法上似應配合言論自由、集會遊行自由之保障，僅限於對自然人之保障，較符刑罰應罰性、需罰性。

三、甲涉犯貪瀆罪嫌重大，經法務部調查局調查員持檢察官所簽發拘票，拘提甲至調查站偵查，在開始製作筆錄前之談話時，甲表示其罹患癌症末期，正在醫院治療中，提出該醫院診斷證明書，其願配合製作筆錄，沒錢聘請律師，不用律師在場，希望不要被收押。試問：

(一)調查員於人別詢問時，查明甲具原住民身分，但利用甲罹患疾病，為節省開支不聘請律師，希望儘快完成調查筆錄之心理，勸諭甲自白，以免被檢察官聲請法院羈押，甲表示了解。調查人員於依法完成例行性的權利告知程序後，以誘導的方式詢問，甲依其詢問內容，陳述其確有該犯罪事實。本調查筆錄有無證據能力？理由為何？（12分）

(二)調查員於製作調查筆錄之後，將甲解送檢察官，甲之配偶委任律師到場，檢察官偵訊時，踐行權利告知程序，甲仍為與調查筆錄相同的陳述。偵訊完畢，檢察官以甲所犯為最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，且犯罪嫌疑重大，雖已自白，但共犯尚未到案，為免串證，聲請法院裁定羈押並禁止接見通信。法院於訊問後，裁定羈押並限制甲接見通信，甲不服提起抗告，遭駁回確定。甲為求具保釋放，得以何理由提出聲請？（13分）

試題評析	第1小題在測驗考生調查員對被告以誘導詢問、勸諭自白以免遭受羈押等情事所取得之自白，是否為非任意自白。 第2小題在測驗被告遭羈押裁定確定後，得否以現罹疾病，非保外治療顯難痊癒者為由，聲請具保停止羈押。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義第二回》，羅律師編撰，頁21、22、120、130、131。

【擬答】

(一)調查筆錄有證據能力，理由如下：

- 1.依據刑事訴訟法（下同）第156條第1項規定：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」又第98條規定：「訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法。」換言之，若訊問被告出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，因此所取得之被告自白，並無證據能力。依題旨，調查員以誘導之方式詢問甲，取得甲之自白，應不屬於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押之方法，惟是否屬於其他不正方法，實有探究之餘地，查最高法院98年度台上字第865號刑事判決揭示：「刑事訴訟法第九十八條規定，訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法，並無禁止誘導詢問之規定…刑事訴訟法第九十八條所指不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法，與同法第一百六十六條之七第二項第二款所定之不正方法，內容相當，應認誘導訊問亦非屬刑事訴訟法第九十八條所定之不正方法。本件調查人員製作上訴人筆錄時，縱有誘導訊問，仍非以不正方法取得之證據。」是以，調查員縱以誘導方式詢問甲，實非以其他不正方法取得甲之自白，要難謂其取得被告之自白無證據能力。
- 2.此外，調查員於進行詢問程序前，勸諭甲自白，以免被檢察官聲請法院羈押等語，應認為係單純開導甲，向甲說明可能面臨之刑事程序，並不構成脅迫或利誘之不法行為，不應認為調查員之前揭勸諭下所取得甲之自白無證據能力。

(二)依據第114條規定：「羈押之被告，有左列情形之一者，如經具保聲請停止羈押，不得駁回：一、所犯最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者。但累犯、常業犯、有犯罪之習慣、假釋中更犯罪或依第一百零一條之一第一項羈押者，不在此限。二、懷胎五月以上或生產後二月未滿者。三、現罹疾病，非保外治療顯難痊癒者。」依題旨，甲遭法院裁定羈押禁見已確定，除有撤銷羈押之事由得以撤銷羈押回復甲之自由外，原則上僅能具保停止羈押，又因甲罹患癌症末期，並曾提出醫院診斷證明殊為證，徵諸前揭第114條第3款規定，甲得以其癌症末期為由，向法院主張現罹疾病，非保外治療顯難痊癒之情，具保停止羈押。

四、自訴人以被告甲觸犯詐欺罪，委任律師提起自訴，第一審法院諭知甲無罪，自訴人未再委任律師，自行提起上訴，第一審法院未審查即將案件移送上級法院，第二審法院審理結果，另發現自訴人之上訴已逾上訴期間，應以何理由駁回上訴？（10 分）。承上，第二審法院駁回自訴人之上訴，判決確定後，自訴人獲得本案關係人 A 在另案供述之筆錄，足以證明甲確有偽造文書之犯行，遂委任律師為代理人提起再審，律師應如何說明其提起再審之理由，向何法院聲請再審？（15 分）

試題評析	1.自訴人對於自訴案件提起上訴，若同時符合未經委任代理人提出及上訴逾期等事由，第二審法院應如何判決？ 2.自訴人對於自訴案件提起再審之事由限制、要件，以及再審之管轄法院。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義第三回》，羅律師編撰，頁 65~67、158。

【擬答】

(一)第二審法院應以自訴人之上訴逾期為由判決駁回上訴：

- 1.按刑事訴訟法（下同）第 319 條第 2 項規定：「前項自訴之提起，應委任律師行之。」又第 329 條第 2 項規定：「自訴人未委任代理人，法院應定期間以裁定命其委任代理人；逾期仍不委任者，應諭知不受理之判決。」由此可知，自訴程序中，若未委任律師為代理人者，並非不得補正之事項，法院應命自訴人委任代理人，逾期不委任者，始得諭知不受理判決。
- 2.又第 364 條規定：「第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定。」自訴程序為第一審審判程序，第二審除有特別規定外，亦應準用自訴程序之規定，因此，自訴人對於自訴案件提起上訴，亦應委任代理人為之。此外，第 367 條規定：「第二審法院認為上訴書狀未敘述理由或上訴有第三百六十二條前段之情形者，應以判決駁回之。但其情形可以補正而未經原審法院命其補正者，審判長應定期間先命補正。」所謂第 362 條前段情形，係指上訴不合法律上之程式或法律上不應准許或其上訴權已經喪失者。
- 3.依題旨，自訴人並未委任律師擔任代理人提起上訴，違反提起上訴之法律規定，應為係法律上所不應允許提出之上訴，惟法院得限期命補正，又自訴人逾期提出上訴，應認為上訴權已經喪失，但因法院得限期命自訴人補正自訴代理人之前提，係以上訴合法為前提，倘若上訴已逾期而不合法者，自無限期命補正之可能，故第二審法院應以自訴人之上訴逾期為由，判決駁回上訴。

(二)律師應以 A 之另案供述筆錄具有第 420 條第 1、2、4、5 款事由，向第一審法院聲請再審：

- 1.按第 422 條第 1 款、第 2 款規定：「有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後，有左列情形之一者，為受判決人之不利益，得聲請再審：一、有第四百二十條第一款、第二款、第四款或第五款之情形者。二、**受無罪或輕於相當之刑之判決**，而於訴訟上或訴訟外自白，或**發見確實之新證據，足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實者**。」所謂確實之新證據，係指該項證據，事實審法院於判決時已存在，至其後始行發現者（新規性），且該項新證據之提出必須足以使受判決人為有利之判決（確實性），此有最高法院 35 年度特抗字第 21 號刑事判例及 65 年第 7 次刑庭總會決議可稽。
- 2.又第 428 條第 1 項規定：「為受判決人之不利益聲請再審，得由管轄法院之檢察官及自訴人為之；但自訴人聲請再審者，以有第四百二十二條第一款規定之情形為限。」
- 3.此外，第 426 條第 1 項規定：「聲請再審，由判決之原審法院管轄。」蓋再審係針對法院認定事實錯誤所提出之非常救濟程序，故再審之提起，應向認定事實之法院提起，即判決確定前認定事實之法院。
- 4.依題旨，自訴案件判決確定後，自訴人取得 A 另案之筆錄，徵諸第 426 條第 1 項規定，律師僅得以該確定判決具有第 420 條第 1、2、4、5 款為由提起再審之訴，又第二審法院係因自訴人之上訴逾期為由，駁回自訴人之上訴，顯見第二審法院並未就自訴案件為認定事實、適用法律之實質審理，第一審法院為再審之管轄法院，故律師應以 A 之另案供述筆錄具有第 420 條第 1、2、4、5 款事由，向第一審法院聲請再審。