

105 年公務人員特種考試司法官考試第二試試題

等別：三等考試

類別：司法官

科目：刑法與刑事訴訟法

一、甲為 A 公司會計經理，經公司負責人乙授權，處理 A 公司引進、聘僱外籍勞工及保險事宜。104 年 1 至 3 月間，甲、乙明知公司向勞動部遞件聘僱外籍勞工之申請，申請表上所載勞工均未於 A 公司實際任職或領取薪資，仍陸續八次為其辦理加保，並經核准。後經人檢舉，於檢察官偵查中，公司董事丙在甲哭求下，為挽救公司，具結後作證甲不知勞工任職情形。試問：甲、乙、丙之行為有無刑責？(30 分)

【擬答】：

(一)丙於偵查中具結後虛偽陳述的行為，成立偽證罪(刑法，下同，第 168 條)：

1. 客觀上，丙於偵查中具結後就本案重要關係之事項為虛偽之陳述；主觀上，丙具有故意。
2. 丙無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

(二)甲唆使丙作偽證的行為，不成立偽證罪的教唆犯(第 168 條、第 29 條)：

1. 被告唆使他人於自己案件中作偽證，應否論以本罪教唆犯？

- (1)現今多數實務見解認為，法律對被告已有許多程序保障，而被告唆使他人作偽證，已經超越了法律的保障限度，故仍應論以本罪教唆犯¹；
- (2)但學說上有認為，上述妨害司法犯罪自我庇護行為不罰之法理(期待可能性、舉重以明輕)於本罪並無排除之理。

2. 本人認為，上述見解應以後者較為妥當，故甲不成立本罪教唆犯。

(三)甲、乙向勞動部遞件加保的行為，不成立行使偽造私文書罪之共同正犯(第 216 條、第 210 條、第 28 條)：

1. 按偽造犯罪可以依照製作文書之人是否有權製作，而區分為「有形偽造」(第 210~213 條)及「無形偽造」(第 214~215 條)。
2. 本題中，甲、乙提出予勞動部之文書，顯係其公司內部有製作權之人所製作之文書，非無權者所製作，因此，該等申請表自非第 210 條偽造之私文書。

(四)甲、乙上述行為，成立行使業務登載不實文書罪之共同正犯(第 215 條、第 216 條、第 28 條)：

1. 客觀上，甲將公司其他職員於職務上所登載不實之文書交付勞動部，顯係行使登載不實之文書，且足生損害於公眾，又甲、乙對此具有犯意聯絡及行為分擔；主觀上，甲、乙具有故意。
2. 甲、乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

(五)甲、乙上述行為，不成立使公務員登載不實罪之共同正犯(第 214 條、第 28 條)

1. 按使公務員登載不實罪之成立，依照實務上向來看法，必須該公務員一經申報即有登載之義務，亦即，公務員對行為人所申報之事項並無實質審查權限，方能謂「使」公務員

¹最高法院 97 年度台上字第 2162 號刑事判決：「按刑法上之偽證罪，不以結果之發生為要件，一有偽證行為，無論當事人是否因而受有利或不利之判決，均不影響其犯罪之成立。而該罪所謂於案情有重要關係之事項，則指該事項之有無，足以影響於裁判之結果而言。被告在訴訟上固有緘默權，且受無罪推定之保障，不須舉證證明自己無罪，惟此均屬消極之不作為，如被告積極教唆他人偽證，為自己有利之供述，已逾越上揭法律對被告保障範圍。最高法院二十四年上字第四九七四號判例謂『犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行為，則教唆他人頂替自己，以便隱避，當然亦在不罰之列』，乃針對刑法第一百六十四條第二項頂替罪所作之解釋，尚不得比附援引，藉為教唆偽證罪之免責事由。」

登載不實。

2.然而有疑問者在於，勞動部對於外籍勞工之申請表格內容真實與否，有無實質審查權限？對此實務見解指出，依照相關勞動法規，勞動部對此事項具有實質審查權限，因此，行為人無從成立本罪²。

(六)結論：甲、乙成立行使業務上登載不實文書罪，且先後八次犯意個別行為互殊，應數罪併罰；丙成立偽證罪。

二、甲長期為憂鬱症所苦，有多次自殘紀錄。某日甲因憂鬱症發作而決意尋短，便電請瓦斯行送桶裝瓦斯到他家。運送工人乙進入甲位於舊公寓四樓之住家後，發現甲一直提到死亡，且窗簾拉下，窗戶似關閉，屋內空氣不流通，而因此懷疑甲可能計畫引爆瓦斯來輕生，但他仍按平日送貨流程完成工作。乙離開後不久，甲打開瓦斯桶與瓦斯爐，而在等待瓦斯燃燒不完全產生一氧化碳中毒作用時，他想到屋內的瓦斯氣體若擴散到公寓他處，遇有火花，即會發生氣爆，引發公寓火災，並可能造成其他住戶死亡，但因死意甚堅，仍決意如此做。不過，甲決定打電話報警，請求消防隊員來救人。在電話中，警方請求甲先關掉瓦斯，甲雖拒絕，但說出他的姓名與所在位置。掛完電話不久，甲隨即因一氧化碳瀰漫而陷於無意識。約 2 分鐘後，消防隊員趕到現場，發現屋內飄出濃厚瓦斯味，迅速疏散該公寓內之十餘名住戶。甲本人送醫後亦無生命危險。試問：

(一)甲行為之罪責為何？(20 分)

(二)乙行為之罪責為何？(10 分)

【擬答】：

(一)甲的部分

1. 甲在屋內開瓦斯的行為，成立洩漏瓦斯罪（刑法，下同，第177條）：

(1)客觀上，甲洩漏煤氣（瓦斯）且其洩漏的地點位於集合式住宅，稍有不慎即可能造成氣爆，故已致生公共危險；主觀上，甲具有故意。

(2)甲無阻卻違法事由；於罪責，甲罹患憂鬱症，能否依照第19條第1項排除罪責？依題所示，甲於開瓦斯前尚能意識到此舉可能波及無辜因而報警，顯見其對於自己行為的控制能力及辨識能力並非全然欠缺，故無法阻卻罪責，僅能依照同條第2項規定減輕其刑，故甲仍成立本罪。

2. 甲之上述行為，成立放火燒燬現供人使用住宅罪之未遂犯（第173條第3項）：

(1)依題所示，並無任何住宅遭燒燬，故檢討未遂犯。主觀上，依題所示甲對於鄰宅可能著火一事並不在意，顯然已經具有放火的間接故意（第13條第2項）；客觀上，甲使屋

² 臺灣高等法院 105 年度上訴字第 863 號刑事判決：「按依勞工保險條例第 10 條第 1 項、第 3 項規定：『各投保單位應為其所屬勞工，辦理投保手續及其他有關保險事務，並備僱用員工或會員名冊。』、『保險人為查核投保單位勞工人數、工作情況及薪資，必要時得查對其員工或會員名冊、出勤工作紀錄及薪資帳冊。』；復參諸同條例第 10 條第 3 項之立法理由『為避免投保單位將不合規定之人員申報投保，配合加強查核工作之需要，酌增查核範圍及查對資料』所示，顯見勞保局承辦人員，對於投保單位申報之勞工、工作情況及員工薪資金額，尚有實質之審查權責，縱投保單位申報之資料不實，尚待勞保局之查核（最高法院 82 年台非字第 402 號、83 年台非字第 239 號、第 327 號、84 年台非字第 37 號判決意旨參照）。末按為保障國民工作權，聘僱外國人工作，不得妨礙本國人之就業機會、勞動條件、國民經濟發展及社會安定；本法所稱主管機關，在中央為行政院勞委會；雇主聘僱外國人從事第 46 條第 1 項第 8 款至第 11 款規定之工作，於辦理聘僱外國人之申請許可、招募、引進或管理事項，提供不實資料者，中央主管機關應不予核發招募許可、聘僱許可或展延聘僱許可，其已核發招募許可者，得中止引進；雇主聘僱外國人不得有其他違反本法或依本法所發布之命令之情事，違反者並依第 67 條第 1 項規定處新臺幣 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰，就業服務法第 42 條、第 6 條第 1 項前段、第 54 條第 1 項第 11 款、第 57 條第 9 款、第 67 條第 1 項分別定有明文。是依上開規定，顯見勞委會職訓局對於雇主辦理聘僱外國人之申請許可、招募、引進或管理事項所提供之資料是否屬實，有實質審核之權責甚明。」本則判決的案例事實跟本題幾乎一模一樣，本題疑似就是改編自此判決。

內瓦斯瀰漫的行為亦已對於此處的公共安全狀態形成急迫危險，不論採取何種著手理論，均可認為甲業已著手。

(2)附帶一提，本題應無第176條準放火罪規定之適用，蓋實務見解指出本罪之成立「以其燒燬之原因係由於爆炸所致，亦即藉其爆風、高熱等急烈膨脹力，致其物毀壞或焚燬之義，如單純之以火藥或煤氣等為放火之方法，並非利用其膨脹力使之炸燬者，應逕依放火罪論處，不成立該條之罪。」(84台上1134判例)故本題並無第176條之準用餘地。

(3)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪，僅得依照第19條第2項減輕其刑，如前所述。

3. 甲之上述行為，不成立殺人罪之未遂犯(第271條第2項)：

(1)依題所示，並無任何住宅遭燒燬，故檢討未遂犯。

(2)主觀上，甲是否具有殺人故意？依題所示，甲於開瓦斯後報警，雖拒絕關閉瓦斯，但已經告知警消其性命及住址，顯見甲並不希望無辜者死傷，因此，甲對於鄰居的生命安全應無殺人故意甚明。

4. 競合：甲透過一行為觸犯放火未遂及洩漏瓦斯二罪，依照法條競合補充關係，論以不法及罪責內涵較重的放火未遂即可。

(二)乙的部分

1. 乙送瓦斯給甲的行為，不成立加工自殺罪之未遂犯(第275條第2項)：

(1)依題所示，「被害人」甲並未死亡，而本罪必須以被害人死亡為既遂，故以下檢討本罪未遂犯。

(2)主觀上，乙有預見甲可能將瓦斯用以自殺，仍將瓦斯送給甲，能否認為乙具有本罪的間接故意？此涉及「中性幫助行為」的問題³，學說見解簡述如下：

①肯定說認為，就法條而言，條文並未對幫助行為的性質有所限制，因此基於法律安定性的考量，「中性行為」在符合幫助犯其他要件的其前提下，亦成立幫助犯。

②否定說認為，日常的中性行為並未對受威脅的法益增強法律上重要的危險，因此並未破壞法律和平，且建立在行為自由與職業自由的利益與中性行為提供助益所產生的不確定危險相較，顯然前者優於後者。

③折衷說認為，中性行為應分為「提供者認識正犯之犯罪決定」與「對於正犯的犯罪決定欠缺特別認識，但不排除有可能發生犯罪結果」二者。前者當可成立幫助犯，而後者原則上為否，因故意犯與過失犯一樣，每個人都可信賴他人不會故意犯罪，即使他人有可辨識的犯罪傾向也一樣，故依照信賴原則應否定成立幫助犯，亦即沒有製造法所不容許之風險。

(3)上述不同見解，本人認為應以「折衷說」較能避免刑罰權不當擴張，故採此說。而依照此說，由於乙並未確切認識到甲的自殺計畫，故應否定乙的故意，因此乙不成立本罪。

2. 乙的上述行為，不成立放火罪未遂犯之幫助犯(第173條第3項、第30條)：

客觀上，乙提供瓦斯給甲確實使甲的放火行為更加便利，然而依照上述對於中性幫助行為「折衷說」的看法，乙並未對於甲的犯罪計畫有特殊認知，故此行為並無製造法所不容許的風險，乙不成立本罪。

3. 乙的上述行為，不成立殺人罪未遂犯之幫助犯(第271條第2項、第30條)，蓋正犯並無

³ 一般探討「中性幫助行為」是在幫助犯(第30條)的脈絡之下談的，雖然加工自殺罪中的「幫助自殺」並非總則的幫助犯，但背後的法理都是共通的，所以在此一樣可以援用。

不法主行為存在。

結論：甲成立放火燒燬現供人使用住宅罪之未遂犯，乙不成立任何犯罪。

三、甲基於對社會現況不滿等動機，某日夜間持爆裂物搭乘臺鐵電聯車途中加以引爆，造成附近乘客多人輕重傷，甲亦因操作不當致自己身受重傷，與其他受傷乘客一併被送醫急救。案發後，經警察機關調取車站監視器畫面，發覺甲、乙二人行跡可疑及乙趁隙逃離現場的跡證。遂依法詢問於醫院治療中之甲，並提示所調取之乙前科紀錄表之照片供甲指認，甲指稱乙係其認識多年的朋友，本件爆炸案是由乙所主謀策劃云云。案經檢察官依殺人未遂及公共危險罪嫌起訴共同被告甲、乙二人，被告乙於審判中主張其僅提供火藥給甲製作爆裂物並協助搬運而已，並非由其主謀策劃。試問：

(一)被告甲於警詢中依前科紀錄表之照片單一指認乙之陳述，得否作為證明被告乙有罪之證據？(15分)

(二)法院關於被告乙涉嫌殺人未遂及公共危險罪之證據調查，應如何調查共同被告甲？(15分)

【擬答】：

(一)本件被告甲於警詢中依前科紀錄表之照片單一指認乙之陳述，屬傳聞證據，且不具信性，不符傳聞例外，應無證據能力：

1. 按「刑事實務上之對人指認陳述，乃經由被害人或目擊證人指證確認實行犯罪行為人之證據方法。現行刑事訴訟法雖未明定關於指認之程序，然因指認人可能受其本身觀察能力、記憶能力及真誠性之不確定因素影響，考諸刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五十九條之三規定被告以外之人所為審判外之陳述，須有可信之情況，始得作為證據之趣旨，是如何由指認人為適當正確之指認，自應依個案具體情形而決定。案發後之初次指認，無論係司法警察(官)調查或檢察官偵查中所為，常重大影響案件之偵查方向甚或審判心證，自當力求慎重無訛，故除被告或犯罪嫌疑人係社會(地區)知名人士、熟識親友、特徵顯著、曾長期近距接觸、現行犯或準現行犯，或其他無誤認之虞者，方得採行當面、單獨之指認外，皆應依訴訟制度健全國家之例，以『真人列隊指認』方式為之，不宜以單獨一人供指認，或僅提供單一照片，甚或陳舊相片，以作指認，更不得有任何暗示、誘導之不正方法，否則其踐行之程序即非適法，自難認已具備傳聞法則例外之可信性要件。」最高法院95年台上字第1172號判決可資參照。

2. 查本件甲於警詢時指認乙為犯罪嫌疑人，屬被告以外之人審判外之言詞陳述，屬傳聞證據應無證據能力，且司法警察係以調取乙前科紀錄表之照片供甲指認，屬單一指認，並未以「真人列隊指認」方式以減低誤導、誘導甲之可能，揆諸前開最高法院判決意旨，難認其踐行之指認程序適法，應不具備傳聞法則例外之可信性要件，依本法第159條第1項之規定，自無證據能力。

(二)對於共同被告甲之調查，應使共同被告甲、乙之程序分離，並將甲適用證人之證據方法調查之：

1. 按「刑事訴訟法第二百八十七條之二規定：『法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。』乃刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。故共同被告對於其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，為確保被告對證人之詰問權，應使共同被告立於證人之地位而為具結陳述，並接受被告本人或辯護人之詰問，使被告有究詰辨明該具證人適格之共同被告現在與先前陳述之瑕疵的機會。法院於踐行此程序後，共同被告之陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。司法院釋字第五八二號解釋意旨亦闡述甚明。」(最高法院103年台上

字第3118號刑事判決參照)

2. 查本件共同被告甲對於乙而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，且觀諸甲陳述乙為主謀、乙陳述其僅提供火藥並協助甲搬運等語，共同被告甲、乙之間應有利害衝突之情形，依本法第287條之1第2項規定，受訴法院即應將共同被告甲、乙之程序分離，並依本法第287條之2使甲以證人身分具結並接受被乙之對質詰問。

四、甲疑似酒後駕車撞死人，檢察官偵查終結，以甲於偵訊時之自白筆錄及其他相關事證，起訴甲犯刑法第 185 條之 3 第 2 項前段之不能安全駕駛動力交通工具致人於死罪嫌（得處 3 年以上 10 年以下有期徒刑）。審判期日，甲辯稱其所為至多僅成立刑法第 276 條第 1 項過失致人於死罪（得處 2 年以下有期徒刑、拘役或 2 千元以下罰金）云云，法院應如何進行論罪事實、科刑資料之調查與辯論？（30 分）

【擬答】：

(一)按「最輕本刑為三年以上有期徒刑之案件，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人為其辯護；又依法應用辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三十一條第一項、第三百七十九條第七款分別定有明文。而應否經強制辯護，係以案由為準，亦即以起訴法條為準。至於審理後變更起訴法條，係審理辯論後之結果，自不能倒果為因，以審理之結果作為決定應否強制辯護之依據。」最高法院 80 年台上字第 5731 號刑事判決參照。而關於適用強制辯護之判斷標準，實務見解多以起訴法條為準，惟另有不同學說見解採對被告最為保護之看法，認只要整體訴訟程序任一階段涉及強制辯護，整體刑事訴訟即皆應採強制辯護。查本件檢察官起訴罪名為最輕本刑三年以上之不能安全駕駛動力交通工具之人於死罪，依法應用強制辯護，若無辯護人到庭，依本法第 284 條即不得審判，若法院仍逕行審理並為判決，該判決屬本法第 379 條第 7 款之判決當然違背法令。

(二)次按本法第 273 條第 1 項規定：「法院得於第一次審判期日前，傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭，行準備程序，為下列各款事項之處理：一、起訴效力所及之範圍與有無應變更檢察官所引應適用法條之情形。二、訊問被告、代理人及辯護人對檢察官起訴事實是否為認罪之答辯，及決定可否適用簡式審判程序或簡易程序。三、案件及證據之重要爭點。四、有關證據能力之意見。五、曉諭為證據調查之聲請。六、證據調查之範圍、次序及方法。七、命提出證物或可為證據之文書。八、其他與審判有關之事項。」由此可知，刑事審判之集中審理制，既要讓訴訟程序密集而不間斷的進行，則於開始審判之前，即應為相當之準備，俾使審判程序密集、順暢，此乃準備程序最主要之目的。而就本法第 273 條第 1 項第 3 款「案件及證據之重要爭點」的整理，學說認應將爭點區分成兩種情形，而分別整理之：

1. 事實上爭點：檢察官起訴的犯罪事實，若被告有爭執時，即為事實上爭點。
2. 證據上爭點：檢察官起訴書證據清單上所列的證據，若被告有爭執時，即為證據上之爭點。

而關於事實上爭點的整理方法與流程中，重點在法官訊問被告對檢察官起訴是時是否為認罪之答辯，若被告認罪：則視其情形分別逕以簡易判決處刑、改行簡式審判程序、協商程序。若被告否認犯罪，則請被告針對檢察官的起訴事實，提出爭執與不爭執的事項，進行爭點的整理，並由檢察官對有爭執事項負舉證責任，指出證明方法。

(三)查本件被告甲係否認檢察官起訴書所載之罪名，為使審理期日之集中、順暢進行，法院得行準備程序，並使被告甲提出其否認檢察官起訴事實之答辯意旨、爭執與不爭執事項、對於案件及證據之重要爭點之意見、對於證據能力之意見、證據調查之聲請等。並於審理期日之證據調查階段時，先行調查檢察官起訴書所載之其他相關事證後，始調查被告甲於偵訊時之自白(本法第 161 條之 3)，並於證據調查程序之最後，由審判長就被告被訴事實為訊問(本法第 288 條 3 項)，於前項事實訊問後，由審判長就被告科刑資料為調查(本法第 288 條 4 項)。證據調查完畢後，審判長應命檢察官、被告、辯護人依次序就事實及法律分

公職王歷屆試題 (105 司法官二試)

別辯論之(本法第 289 條)。審判長於宣示辯論終結前，最後應詢問被告有無陳述(本法第 290 條)。若法院認被告甲抗辯其僅成立過失致死罪有理由，在同一事實基礎範圍內，法院自得依本法第 300 條變更起訴法條後，論處甲成立過失致死罪。

五、甲男、乙女為夫妻，長期與鄰居丙男不和，丙男因故與妻分居，某日丙男帶穿著清涼辣妹丁女散步，事為甲在路上看見拍照存證後，甲、乙即在茶餘飯後與鄰人閒談聊天時，四處宣揚丙男在外亂搞男女關係，經丙向甲、乙說明該女子為其堂妹後，甲、乙皆認係丙男狡辯。再將丙、丁照片加註「淫男慾女偷情大公開」後貼在網路散布。某日雙方在馬路相遇，丙要求甲從網路撤下圖貼，甲、乙則拒絕撤下圖貼，雙方爭執中，甲盛怒之下在當場打丙耳光，乙在旁亦當眾辱罵丙、丁為一對狗男女，甲、乙並共同向丙、丁稱：「再讓我們看到你們傷風敗俗行為，就小心點」，致丙、丁皆心生畏懼。丙乃提出私下錄得甲、乙上開言之錄音帶及貼在網路之照片，告甲、乙共同妨害名譽及妨害自由。案經檢察官偵查時，甲、乙皆辯稱：「我們有照片為證並非不實，丙確有傷風敗俗行為，事關公共利益伊才如此作，不是侮辱，也非恐嚇，且丙私下錄音未取得法院監聽票應無證據能力」。嗣經檢察官說明丁女確為丙男堂妹後，乙才向丙道歉，但甲則始終不道歉，丙則向檢察官表示伊撤回對乙之全部告訴，但堅決告甲到底，試問：

(一)甲、乙之行為各構成那些法條之罪名？(20 分)

(二)甲、乙之行為，能否主張言論免責？法條及法理依據各為何？(25 分)

(三)私人採證有無證據能力？理由為何？本件丙未取得法院監聽票，其私自取得之錄音，是否有證據能力？(20 分)

(四)丙於偵查中撤回對乙之告訴後，檢察官應如何處理甲、乙之案件？(15 分)

【擬答】：

(一)甲、乙之刑事責任分述如下：

1. 甲、乙偷拍丙丁在路上散步的行為，不成立竊錄生活秘密罪之共同正犯(第315條第2款、第28條)：

本罪之成立，以行為所拍攝的活動「非公開」為前提，本題中丙丁在公共場合散步，難謂為「非公開」之活動，故甲、乙不成立本罪。

2. 甲、乙與人宣揚丙亂搞男女關係的行為，成立誹謗罪之共同正犯(第310條第1項、第28條)

(1)客觀上，甲、乙具體指謫足以詆毀丙名譽之事，是為誹謗行為，且二人對此具有犯意聯絡及行為分擔；主觀上，甲、乙具有故意與散布於眾之意圖。

(2)甲、乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

3. 甲、乙將拍攝圖片上傳網路並加註「淫男淫女」等字眼的行為，不成立加重妨害生活秘密罪之共同正犯(第315條之2第3項、第28條)，因該拍攝之照片並非觸犯第315條之1所取得，已如前述。

4. 甲、乙上述行為，成立加重誹謗罪之共同正犯(第310條第2項、第28條)：

(1)客觀上，甲、乙將此照片搭配文字流傳上網，即屬具體指謫足以詆毀丙名譽之事，是為誹謗行為，又以圖畫及文字犯之，該當第2項之加重，且二人對此具有犯意聯絡及行為分擔；主觀上，甲、乙具有故意與散布於眾之意圖。

(2)甲、乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

5. 甲、乙上述行為，成立公然侮辱罪之共同正犯(第309條第1項、第28條)：

(1)客觀上，甲、乙於照片敘述「淫男慾女」等字眼，屬對他人之抽象謾罵，是為侮辱行為，又網路空間為不特定人得共見共聞之公然狀態，且二人對此具有犯意聯絡及行為

分擔；主觀上，甲、乙具有故意。

(2)甲、乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

6. 甲打丙耳光的行為，成立加重公然侮辱罪（第309條第2項）：

(1)客觀上，甲於不特定人得共見共聞之狀態下打丙耳光，即屬足以貶低他人人格之公然侮辱行為，且其以強暴為之，該當本條第2項之加重；主觀上，甲具有故意。

(2)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

7. 乙辱罵丙、丁為狗男女的行為，分別對丙、丁成立公然侮辱罪（第309條第1項）：

(1)客觀上，乙於不特定人得共見共聞之狀態下辱罵丙、丁為狗男女，即屬足以貶低他人人格之公然侮辱行為；主觀上，乙具有故意。

(2)乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

8. 甲、乙恐嚇丙、丁的行為，分別對丙、丁成立恐嚇危害罪之共同正犯（第305條、第28條）：

(1)客觀上，甲、乙以加害身體法益之事恐嚇於丙、丁，並致生危害於丙、丁之安全，且二人對此具有犯意聯絡及行為分擔；主觀上，甲、乙具有故意。

(2)甲、乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

9. 競合：

(1)甲、乙以同一散布照片行為成立之公然侮辱與加重誹謗二罪，依照法條競合補充關係，論以不法及罪責內涵較重之加重誹謗罪即為已足。

(2)甲先打丙耳光，再恐嚇丙、丁之行為，屬透過自然一行為侵害丙數法益及丁之法益，應依想像競合從一重處斷。

(3)乙先辱罵丙，再恐嚇丙、丁之行為，屬透過自然一行為侵害丙數法益及丁之法益，應依想像競合從一重處斷。

(4)甲、乙其餘所犯之各罪均係出於不同行為所違犯，且侵害法益各異，故應數罪併罰。

(二)甲、乙均不得主張言論自由而免除其刑事責任，理由如下：

1. 妨害名譽犯罪的阻卻違法事由，係為調和行為人之言論自由及被害人之名譽及隱私權而設：

(1)刑法上處罰公然侮辱罪及誹謗罪係因此等言論侵害了他人的名譽權，然而，這樣的處罰無疑也限制了人民的言論自由，因此在調和行為人的言論自由與被害人的名譽權上，刑法設立了第310條第3項及第311條之例外不罰事由，以資因應。

(2)上述二個例外不罰的條文，其背後基本的思想在於：當行為人損害了他人的名譽，然而該事項公眾具有知的權利時，公眾知的權利將優於被害人的名譽權保障，因此該行為即屬不罰；反之，若該言論純屬情緒性謾罵，或者純為被害人私德問題，此時公眾並無知的權利，故被害人的名譽權保障即屬重要，該妨害名譽之行為仍成立犯罪。

2. 本題中甲、乙所涉及之公然侮辱罪及誹謗罪，均無任何阻卻違法事由可適用：

(1)先以甲、乙所涉及的（加重）公然侮辱罪而言：

①公然侮辱罪在體系上不可能適用第310條第2項誹謗罪的阻卻違法事由，自不待言。

②至於公然侮辱行為能否適用第311條第3款「對於可受公評之事，而為適當之評論者」而不罰？對此應屬否定，蓋本條的前提為「以善意發表言論」，姑且不論在體系上本條於公然侮辱罪有無適用，至少就本案而言，甲、乙辱罵丙、丁的行為實難謂「以善意發表言論」，故甲、乙涉及的公然侮辱罪無從依照本條阻卻違法。

(2)次就甲、乙所涉及的（加重）誹謗罪而言：

①先以第310條第3項「能證明為真實」的不罰規定來看，甲、乙認為丙、丁生活淫亂僅為其主觀臆測，並未有相當理由確信此事為真，故縱使依照釋字第509號解釋之標

準，甲、乙亦難以依照本項規定不罰。

②退一步而言，縱認為此係「能證明為真」之事，然而丙之交往對象為何、私生活是否淫亂與公眾知的權利無關，純屬其私德問題，故依照同項但書，仍應以誹謗罪相繩。

③再就第311條而言，能否認為甲、乙係第1款「因自衛、自辯或保護合法之利益者」或第3款「對於可受公評之事，而為適當之評論者」？對此答案均屬否定，蓋就第1款而言，甲、乙詆毀丙、丁的名譽實無從保護其任何利益；就第3款而言，丙、丁之私生活如何亦屬個人私德問題，並非可受公評之事。

3. 綜上所述，甲、乙所涉及的妨害名譽犯罪，均無任何免責事由。

(三) 1. 按實務見解，私人採證除以故意對被告使用暴力、刑求等強暴脅迫方式外，其所取得之證據，原則上具有證據能力：

(1) 按「偵查機關『違法』偵查蒐證適用『證據排除原則』」之主要目的，在於抑制違法偵查、嚇阻警察機關之不法，其理論基礎，來自於憲法上正當法律程序之實踐，鑒於一切民事、刑事、行政、懲戒之手段，尚無法有效遏止違法偵查、嚇阻警察機關之不法，唯有不得已透過證據之排除，使人民免於遭受國家機關非法偵查之侵害、干預，防止政府濫權，藉以保障人民之基本權，具有其憲法上之意義。此與私人不法取證係基於私人之地位，侵害私權利有別，蓋私人非法取證之動機，或來自對於國家發動偵查權之不可期待，或因犯罪行為本質上具有隱密性、不公開性，產生蒐證上之困窘，難以取得直接之證據，冀求證明刑事被告之犯行之故，而私人不法取證並無普遍性，且對方私人得請求民事損害賠償或訴諸刑事追訴或其他法律救濟機制，無須藉助證據排除法則之極端救濟方式將證據加以排除，即能達到嚇阻私人不法行為之效果，如將私人不法取得之證據一律予以排除，不僅使犯行足以構成法律上非難之被告逍遙法外，而私人尚需面臨民、刑之訟累，在結果上反而顯得失衡，亦難抑制私人不法取證之效果。是偵查機關『違法』偵查蒐證與私人『不法』取證，乃兩種完全不同之取證態樣，兩者所取得之證據排除與否，理論基礎及思維方向應非可等量齊觀，私人不法取證，難以證據排除法則作為其排除之依據及基準，應認私人所取得之證據，原則上無證據排除原則之適用。惟如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述，因違背任意性，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，應例外排除該證據之證據能力。」最高法院著有101年台上字第3561號判決可資參照。

(2) 揆諸上開最高法院判決意旨，實務見解係基於私人不法取證並無普遍性、私人得請求民事損害賠償或訴諸刑事追訴或其他法律救濟機制、若一概排除則結果上反顯失衡、難抑制私人不法取證之效果，故認為私人採證原則上具有證據能力，僅於該私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述，因違背任意性，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，應例外排除該證據之證據能力。

(3) 另有不同見解係自憲法的基本權保護出發，探論私人違法取證可能對憲法基本權或憲法價值產生侵害，再區分狀況討論是否應將該證據排除。於此見解，法院應首先考量是否提供了「足夠的保護」，諸如實體法已提供刑罰制裁，程序法上是否還存在以證據排除手段來提供保護之必要？次者，法院應考量國家機關是否有「蒐證之期待可能性」？若所得之證據無可取代時，應允許該私人違法取得證據作為裁判依據。最後，再從私人不法取證係侵入被害私人之核心隱私領域（絕對排除）、純私人領域（個案權衡）或社交領域（原則不排除）等，分別為不同之判斷。此見解對於私人不取證之證據能力

判斷，其精緻度與全面性皆獲多數學說肯定，殊值傾聽。

2. 本件丙未取得法院監聽票而私自取得之錄音證據，依實務見解，應有證據能力：

(1) 按「私人錄音、錄影之行為，雖應受刑法第三百十五條之一與通訊保障及監察法第二十九條第三款之規範，但其錄音、錄影所取得之證據，則無證據排除法則之適用。蓋我國刑事訴訟程序法（包括通訊保障及監察法）中關於取證程序或其他有關偵查之法定程序，均係以國家機關在進行犯罪偵查為拘束對象，對於私人自行取證之法定程序並未明文。私人就其因被追訴犯罪而為蒐集有利證據之情事，除得依刑事訴訟法第二百十九條之一至第二百十九條之八有關證據保全規定，聲請由國家機關以強制處分措施取證以資保全外，其自行從事類似任意偵查之錄音、錄影等取證之行為，既不涉及國家是否違法問題，則所取得之錄音、錄影等證物，如其內容具備任意性者，自可為證據。又私人將其所蒐集之證據交給國家作為追訴犯罪之證據使用，國家機關只是被動地接收或記錄所通報已然形成之犯罪活動，並未涉及挑唆亦無參與支配犯罪，該私人顯非國家機關手足之延伸，是以國家機關據此所進行之後續偵查作為，自具其正當性與必要性。」（最高法院103年台上字第419號判決參照）

(2) 查本件丙雖未取得法院監聽票，惟按上開最高法院見解，既不涉及國家是否違法問題，如內容具備任意性，自可為證據。

四丙於偵查中撤回對乙之全部告訴，就妨害名譽部分，其撤回之效力及於甲，檢察官應依刑事訴訟法（下稱本法）第252條第5款為不起訴之處分；就妨害自由部分，仍得依法訴追：

1. 本件丙依法告訴甲、乙共同妨害名譽及共同妨害自由二罪。妨害名譽部分，依刑法第314條，屬告訴乃論之罪；妨害自由部分，則屬非告訴乃論之罪，核先敘明。

2. 按告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯，本法第239條前段定有明文，此即所謂告訴主觀不可分原則。申言之，告訴乃告訴權人向偵查機關申告犯罪事實所為之意思表示，且告訴係對於犯罪事實為之，並非對於特定之犯人為之，因此，告訴權之行使僅就該犯罪事實是否告訴有自由決定之權，並非許其有選擇所告訴之犯人之意。

3. 查丙於偵查中撤回對乙之全部告訴，就妨害名譽部分，既屬告訴乃論之罪，揆諸上開說明，此撤回告訴之效力自及於甲涉妨害名譽部分，從而，檢察官應依本法第252條第5款之規定，對甲、乙共同涉犯妨害名譽部分為不起訴之處分。

4. 另本件被告甲、乙尚涉有共同妨害自由即刑法第305條之恐嚇危害安全罪，該罪屬非告訴乃論之罪，意即不以告訴為其訴追之要件，自不生撤回告訴之問題，檢察官仍得依法對甲、乙提起公訴。