

105 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試試題

類別：各類科

科目：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）

【擬答】：

(一)甲、乙逮捕丙的行為，不成立私行拘禁罪之共同正犯（刑法，下同，第 302 條第 1 項、第 28 條）：

1. 客觀上，甲、乙剝奪了丙的身體行動自由，其間具有因果關係與客觀可歸責性，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. 於違法性，逮捕通緝犯的行為係刑事訴訟法第 87 條所授權，且該逮捕行為客觀上合理且必要，甲、乙主觀上亦有逮捕現行犯之意思，因此依照刑法第 21 條第 1 項，此應屬依法令行為而阻卻違法，不成立犯罪。

(二)甲、乙僅將丙雙手上銬的行為，成立過失縱放人犯罪之共同正犯（第 163 條第 2 項、第 28 條）：

1. 甲、乙二人未依規定將丙上銬於車內橫桿，而僅雙手上銬，顯屬放任人犯逃亡的風險擴大，應屬不作為¹；而甲、乙二人基於法律規定，均具有防止人犯脫逃之保證人地位，先予敘明。
2. 此行為與丙脫逃的結果間具有條件關係，且此行為製造了法所不容許的風險，風險實現，亦在構成要件效力範圍內，具有客觀可歸責性，然而問題在於，甲、乙究竟應一同論以本罪共同正犯，抑或分別論罪，此涉及是否承認「過失共同正犯」之爭執，簡述如下：
 - (1)國內實務及多數學者都採取否定見解，認為只有故意才能成立共同正犯，因為共同正犯以犯意聯絡為必要，而過失犯無從犯意聯絡，因此也無法成立共同正犯。
 - (2)也有學者採取肯定見解，認為在數人共同從事同一行為而具有共同注意義務違反時，過失也可以成立共同正犯，所謂「共同注意義務違反」是指，必須共同者被課以共同之注意義務，且於共同者間，各個人不僅違反各自之注意義務，對於其他共同者之違反亦有懈怠，而形成「整體的一個不注意」，該不注意與結果發生之間存有因果關係。
3. 上述二說，應以肯定說較為妥當，蓋法條並無僅限故意之明文，且承認此種類型於事實不明時具有實益，故依照此說，甲、乙二人共同從事此看管人犯之行為時均有共同注意義務之違反，成立共同正犯。
4. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

(三)甲、乙上述行為致丙脫逃死亡部分，不成立業務過失致死罪之共同正犯（第 276 條第 2 項、第 28 條）

1. 甲、乙二人均為從事業務之人，具有業務身分無疑，且其不作為均有保證人地位，已如前述。
2. 甲、乙未將丙上銬於橫桿的行為與丙脫逃並死亡的結果有因果關係；就客觀歸責而言，此行為製造了法所不容許的風險，然就風險實現而言，此因果流程是否具有常態性顯然

¹ 這個道理就好像：急診室來了一名危急的車禍傷患，醫師發現這名傷患是自己的仇人之後，竟然只有幫他用生理食鹽水清洗傷口，後來傷患傷重不治死亡。在這個案例中，雖然醫師外表上好像有所作為，但從法益的風險關係來看，醫師是放任病患傷重死亡的風險持續擴大，所以是不作為。

公職王歷屆試題 (105 律師二試)

具有疑問，因為一般而言未確實上銬可能導致犯脫逃，但因此死亡實屬罕見，因此，常態關連性顯然已有疑問；退步而言，縱使具有常態關連性，然就構成要件效力範圍來說，此為被害人丙有所自願從事的危險行為，依照「被害人自我負責原則」，此為危險亦應由丙自我承擔，而非歸責予乙。

3. 故綜上所述，丙的死亡結果客觀上不可歸責於甲、乙，故甲、乙無過失，不成立本罪。

結論：甲、乙成立過失縱放人犯罪的共同正犯。

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)

【擬答】：

(一) 甲上網揚言引爆高鐵列車的行為，成立恐嚇公眾罪（刑法，下同，第 151 條）：

1. 客觀上，甲上網揚言炸燬高鐵即屬以加害生命、身體之事恐嚇不特定人，且造成不特定人恐慌，即屬致生危害於公安；主觀上，甲對此行為可能造成公眾恐慌具有認知與意欲，即屬本罪故意，至於甲是否計畫實現此計畫，此為其他犯罪的問題，與本罪成立無關。

2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

(二) 甲製造簡易炸彈的行為，成立製作爆裂物罪（第 186 條）：

1. 客觀上，甲製造了爆裂物，該爆裂物雖屬簡易而無巨大威力，但仍有可能造成數公尺內之人員傷亡，故仍屬本罪客體；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。

(三) 甲使用炸彈的行為，成立使用爆裂物罪（第 186 條之 1 第 1 項）：

1. 客觀上，甲使用該爆裂物；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。

(四) 甲使用炸彈的行為，就 A 死亡部分，不成立殺人罪（第 271 條第 1 項），因為依題所示，甲引爆炸彈前特地前往無人的車廂，顯然不希望任何人傷亡，因此並無殺人故意。²

(五) 甲使用炸彈的行為，就 A 死亡部分，不成立使用爆裂物致死罪（第 186 條之 1 第 2 項前段）：

就基礎行為而言，甲使用爆裂物的行為已成立本條第 1 項之罪已如前述；然就被害人死亡之重結果而言是否成立加重結果犯則顯有疑問，蓋就重結果之責任要件而言，縱使採取實務傳統上的「客觀預見可能性」標準，如此罕見的因果歷程恐怕即使是理性謹慎之人亦難預見，更遑論是學說上的過失標準，因此，甲無從就此結果成立加重結果犯。

(六) 甲使用炸彈的行為，就列車傾覆部分，不成立過失傾覆公眾交通工具罪（第 183 條第 2 項）：

1. 依題所示，甲所製造的炸彈並無炸燬列車的效果，甲於閱讀「完全自炸手冊」時必然也知悉此事，因此無從論以故意犯，至多討論過失犯。

2. 客觀上，甲使用炸彈的行為固然與列車傾覆之結果具有條件關係，然而究竟有無相當因

² 這是個偷懶的寫法，照理說殺人罪應該先從客觀寫起，然後在客觀層面因為反常的因果歷程使客觀構成要件不該當，接著再轉而檢討未遂犯，然後於主觀部分否定甲的殺人故意。但在本題這樣寫實在太費時，而且關於反常因果歷程的部分，本在後面的加重結果犯也會檢討到，所以筆者就改以這種偷懶的方式寫了，畢竟在真的考試上，也不可能永遠遵守所有的答題步驟。

果關係則有所疑問，此觀乎相當性究竟應以何人所認識之事實作為判斷對象：³

- (1)主觀說：以行為人所認識的事實為判斷對象，並以行為人的認識能力作為判斷基準。
- (2)客觀說：以事後客觀（即法官）所知的事實為判斷對象，並以法官的認識能力作為判斷基準。最高法院判例明白採取此見解（76 台上 192）。
- (3)折衷說：以旁觀者所認識，及行為人主觀所認識的事實，為判斷對象，並以一般人或行為人的認識能力為判斷基準。

3. 上述三說，本人認為以折衷說較能發揮此說的篩選功能，而依照此說，鐵軌變形一事甲並不知悉，且一般旁觀者亦無從知悉鐵軌變形一事，故此顯屬反常因果歷程，欠缺相當因果，故甲不成立本罪。

(七)甲使用炸彈的行為，就列車損壞部分，成立毀損器物罪（第 354 條）：

1. 客觀上，甲損壞了列車內的設施，足生損害於公眾或他人，其間具備相當因果關係；主觀上，甲對於炸彈引爆後必然損壞列車內座椅、玻璃等設備應具有故意。
2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，故成立本罪。

(八)甲之上述行為，不成立第 183 條第 1 項之損壞公眾交通工具罪，蓋本條所謂之損壞專指就交通工具之主要結構而言，並不包含車廂內部座椅、玻璃等物。

(九)競合及結論：

1. 甲製造炸彈與使用炸彈的行為，分別成立製造與使用爆裂物罪，二者侵害法益相同，依照不罰前行為之法理，論以使用爆裂物罪即可。
2. 甲使用爆裂物的行為同時該當使用爆裂物與毀損二罪，二者保護法益各異，故應依第 55 條想像競合從一重處斷。
3. 甲所犯之恐嚇公眾罪，再與上述罪名數罪併罰。

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）

【擬答】：

就本件之豪宅及名車，除經受扣押標的權利人同意之外而逕行扣押外，檢察官得依刑事訴訟法（下稱本法）第 133 條之 1 第 1 項、第 133 條之 2 第 1 項聲請法院裁定扣押，分述如下：

(一)按「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」本法第 133 條第 1 項定有明文。而依題幹所述，甲以詐騙所得購買豪宅後登記予乙及購買名車借予丙，豪宅部分應屬刑法第 38 條之 1 第 2 項第 2 款「因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。」屬利得沒收範圍；而名車部分，則係甲出借予丙，甲仍為所有權人，依刑法第 38 條之 1 第 1 項「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。」亦屬利得沒收範圍，上開二者皆得依本法第 133 條第 1 項扣押之，合先敘明。

(二)就扣押程序方面：

1. 依題幹所述，就豪宅及名車應屬「非附隨於搜索之扣押」（亦有稱獨立扣押），除得為證據之物而扣押或經受扣押標的權利人同意者外，新修法係採令狀與相對法官保留原則，並

³ 筆者個人向來習慣以客觀歸責理論處理結果歸責的問題，但以本題來說則不適合採取客觀歸責理論，因為就客觀歸責來說這就是個反常的因果歷程，沒什麼好說的（客觀歸責的客觀可沒有「事後判斷」的說法）；但如果採取相當因果關係說，並且採取實務上所採取的「事後客觀」標準，本題的因果歷程並不反常，畢竟在已知鐵軌變形的前提下再看這件事，就毫不意外了。所以，顯然採取相當因果關係說比較能展現考點，因此筆者在此採取相當因果關係說解題。

明文規定得逕行扣押之例外與事後陳報法院審查之義務(本法第 133 條之 2 參照)。

2. 按「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察於偵查中有相當理由認為情況急迫，有立即扣押之必要時，得逕行扣押；檢察官亦得指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行。前項之扣押，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。第一項及第二項之聲請經駁回者，不得聲明不服。」本法第 133 條之第 3、4、5 項參照。若本件檢察官於偵查中有相當理由認為情況急迫，有立即扣押之必要時，得不經聲請法官裁定，逕行扣押，惟須於實施後三日內陳報該管法院，法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。另因豪宅屬不動產，依本法第 133 條第 4 項，檢察官係以通知主管機關為扣押登記之方法為之。
3. 若無上列急迫情況，則檢察官應依本法第 133 條之 1 第 1 項、第 133 條之 2 第 1 項，偵查中檢察官認有聲請前條扣押裁定之必要時，應以書面記載第 133 條之 1 條第 3 項第 1 款、第 2 款之事項，並敘述理由，聲請該管法院裁定。而法院核發裁定之程序，依本法第 133 條之 1 條第 4 項，不公開之。
4. 而若本件確經法院准予裁定扣押，則受扣押人自得依本法第 404 條、416 條提起抗告或準抗告救濟之。

(三)就豪宅之沒收程序方面：

1. 因新刑法明文規定得對第三人財產為沒收，基於保障第三人程序參與權，因此本法賦予第三人參與刑事本案沒收程序之權限。而按「檢察官有相當理由認應沒收第三人財產者，於提起公訴前應通知該第三人，予其陳述意見之機會。」(本法第 455 條之 13 第 1 項)、「檢察官提起公訴時認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載該意旨，並即通知該第三人…」(本法第 455 條之 13 第 2 項)、「法院對於參與沒收程序之聲請，於裁定前應通知聲請人、本案當事人、代理人、辯護人或輔佐人，予其陳述意見之機會。」(本法第 455 條之 14)、「法院應將審判期日通知參與人並送達關於沒收其財產事項之文書。」(本法第 455 條之 20)，上列相關新修法，即係為保障該第三人之程序參與權之具體規定。
2. 查本件豪宅係登記為第三人乙所有，檢察官於偵查中應通知該第三人，予其陳述意見之機會，並於起訴書記載沒收意旨後通知乙，乙得依本法第 455 條之 12 聲請參與程序，審判中對於參與沒收程序之聲請，法院於裁定前應通知乙，予其陳述意見之機會。且依本法第 455 條之 19，乙沒收其財產之事項，準用被告訴訟上權利之規定。若乙遭受不利判決，乙得針對沒收豪宅部分依本法第 455 條之 27 提起上訴。

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)

【擬答】：

(一)依實務見解，本件原審法院之判決，並無違反刑事訴訟法(下稱本法)變更起訴法條之規定，理由如下：

- 1.按本法第 300 條規「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。」及第 299 條規定「被告犯罪已經證明者，應諭知科刑之判決。但免除其刑者，應諭知免刑之判決。」從而，自條文文義上解釋以觀，受訴法院在檢察官起訴事實之同一範圍內，自得變更檢察官起訴之條文，惟變更起訴法條後之判決，須以本法第 299 條所定之「以科刑或免刑判決」為限。
- 2.惟依實務見解即最高法院 47 年台非字第 41 號判例意旨，案件若具有免訴或不受理等應為形式判決之情形，即得本於職權變更檢察官起訴之法條。次按「刑事判決得就起訴之犯罪事實變更檢察官起訴所引應適用之法條者，以科刑或免刑判決為限，本件檢察官以殺人未遂起訴，經原審審理結果，認為被告所犯實為傷害罪，未經合法告訴，則於判決理由欄敘明其理由逕依刑事訴訟法第二百零三條第三款諭知不受理判決即可，原無適用同法第三百條之餘地」(最高法院 71 年台上字第 660 號判決參照)，故變更後之條文若具有應為形式判決等事由，則於判決理由欄敘明其理由即可，無須於判決書中引用本法第 300 條。
- 3.查本件檢察官起訴某甲之罪名為「放火燒燬他人非供人使用之建築物」，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，雖法院不受檢察官起訴條文之拘束而得變更為「放火燒燬他人之物」罪，惟原審既認該罪為具體危險犯，本件並無生具體危險，僅應諭以「普通毀損罪」，惟普通毀損罪須告訴乃論，因起訴時並未為告訴，欠缺訴追條件，揆諸前引最高法院判例、判決意旨，受訴法院自得逕為不受理判決，於判決理由欄敘明其理由即可，判決書無須引用本法第 300 條。

(二)本件原審判決逕諭知不受理判決並無違誤，二審法院應依本法第 368 條駁回檢察官之上訴：

- 1.按「第二審法院認為上訴無理由者，應以判決駁回之。」本法第 368 條定有明文。而所謂所謂上訴無理由者，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 號刑事判例參照)。
- 2.查本件原審判決並無違誤如上所述，雖檢察官不服而具明理由提起上訴，然上訴審亦認一審之事實認定及實體法律適用無誤，則揆諸前引最高法院判例意旨及本法第 368 條規定，二審法院應以檢察官上訴無理由判決駁回之。

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)

【擬答】：

(一)甲、乙、丙之行為仍可能該當的犯罪如下：⁴

1. 甲、乙、丙三人就本題之行為均屬基於犯意聯絡及行為分擔共同為之，故以下成立的罪名，甲、乙、丙均屬共同正犯，先與敘明。

2. 成立普通妨害公務罪(第 135 條第 2 項)：

(1)本罪之成立，必須對「公務員」依法執行職務時施以強暴脅迫行為。在本題中，怪手司機顯然不是刑法上公務員，因為怪手司機僅能聽命於行政機關的指揮行事，本身毫無自主判斷的「權限」可言，只是個行政助手；然而，本罪的暴行並未限定要對公務員本人施行，依題所示，執行拆除任務時必然有其他鄉公所人員在場，因此，甲、乙、丙攻擊怪手司機的暴行，亦可解釋為對於鄉公所公務員的惡害告知(背後傳達的意思即為：若你們公務員不下令不停止行動，我可能就會攻擊你們了)，換言之，對怪手司機的強暴行為，即可解讀為對於鄉公所人員的脅迫行為。

(2)因此，客觀上，甲、乙、丙對於公務員依法執行職務時當場施以脅迫行為；主觀上，甲、乙、丙具有故意，且具有妨害公務員依法執行一定之職務之意圖，該當本罪。

3. 不成立聚眾妨害公務罪(第 136 條)：

(1)本罪為第 135 條的加重，條文以「聚眾」為要件，若依照實務的理解，刑法上所謂「聚眾」必須以群眾之人數隨時可以增加方屬之，本題中僅甲、乙、丙三人，並非隨時可以增加，故非「聚眾」。

(2)學說上雖不認為「聚眾」必須人數可以隨時增加，但至少在場的人數要足以強化妨害公務的行為，本題中行為人僅三人，且在場的公務員與行政助手亦屬多數人，實難認為此情狀可以稱為「聚眾」，故行為人不成立本罪。

4. 不成立侮辱公務員罪(第 140 條)：

在本罪所謂的「侮辱」是指對於公務員的人格或依法執行之職務本身的羞辱或貶低，但以本題而言，以石塊攻擊怪手司機或以肉身阻擋怪手的行為本身，都無法傳達出任何「侮辱」的意味，因此無從論以本罪。

5. 不成立聚眾施強暴脅迫罪(第 150 條)，理由同前 3. 所述。

6. 小結：甲、乙、丙僅該當普通妨害公務罪。

(二)甲、乙、丙並無任何阻卻違法及阻卻罪責事由：

1. 阻卻違法事由：

(1)憲法上言論(表現)自由或集會遊行自由不能直接用以阻卻違法：

憲法上的基本人權規定多屬於抽象性的規範，並不適合用以直接處理個案的法律問題，再者，此行為是否受憲法保障亦有疑問。因此，縱使甲等人認為此為其象徵性言論或集會遊行自由，亦不得以此為由否定犯罪之成立。

(2)不成立正當防衛(第 23 條)：

正當防衛之成立，以侵害具有「不法性」為前提，本題中姑且不論該拆除命令實質上妥當與否，至少就形式而言，其合法性要件均已具備，因此自難認為屬於「不法侵害」。

(3)不成立緊急避難(第 24 條)：

①緊急避難條文中所稱之「危難」，解釋上必然要排除他人的合法行為，否則，若對合法行為可以成立緊急避難，無異宣告此行為之相對人並無忍受義務，如此一來將

⁴ 本題問法比較特殊，第一小題只問構成要件該當性；違法性、罪責到第二小題才問，所以本題的答題內容就只專注在構成要件，不然第二小題就沒得寫了。

造成法律秩序的矛盾，不當之處自不待言。

- ②換言之，總使認為該樹木及寺廟屬於聚落鄉親所共有之「財產」，亦無從成立緊急避難。

2. 阻卻罪責事由：

(1) 可避免之容許錯誤 (第 16 條)：

- ①若甲等人果真諮詢過法律專家，而法律專家竟給予此種答案，此時，由於一般人均會相信法律專家的意見，因此，甲等人顯然誤以為自己的行為具有容許事由，屬於欠缺不法意識中的「容許錯誤」類型。
- ②然而，對於合法拆除古蹟的公務員不得暴力相向，縱使是沒有學過法律的人也應該會有這樣的常識，因此依照第 16 條規定，縱使甲等人發生了不法意識欠缺，仍屬「可避免」，至多得減輕其刑，無從排除犯罪成立。

(2) 不得以「無期待可能性」排除犯罪成立：

- ①期待可能性屬於抽象的法律原則，能否用以解決個案問題即有疑問。再者，縱使部分學者認為得以期待可能性作為「超法規阻卻罪責事由」，持此看法之學者亦認為，唯有在行為人的處境特別艱難的情況之下（例如德國的劣馬脫韁案），方得主張期待可能性的欠缺。
- ②在本題中，甲等人的處境並非特別艱難或值得同情（畢竟遭遇此情形，事前即可提起行政救濟，並非僅能以此手段抗爭），因此，亦不得主張其欠缺期待可能性而阻卻罪責。

3. 小結：甲、乙、丙無阻卻違法及阻卻罪責事由，至多依照第 16 條規定得減輕其刑。

(三) 1. 本件錄影帶若無違法取證以致須排除其證據能力外，應有證據能力：

- (1) 按「照相機拍攝之照片，係依機器之功能，攝錄實物形貌而形成之圖像，除其係以人之言詞或書面陳述為攝取內容，並以該內容為證據外，照片所呈現之圖像，並非屬人類意思表達之言詞或書面陳述，當不在刑事訴訟法第一百五十九條第一項規定『被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述』之範圍內。其有無證據能力，應與一般物證相同，端視其取得證據之合法性及已否依法踐行證據之調查程序，以資認定。」最高法院 99 年台上字第 620 號刑事判決可資參照。
- (2) 查本件錄影帶為該社區之監視錄影系統所攝，依題幹所述，亦無違法取證等問題，揆諸上開最高法院判決意旨，自應有證據能力。
2. 就錄影帶之調查方式，法院應依刑事訴訟法(下稱本法)第 212 條實施勘驗，並依本法第 42 條第 1 項製作勘驗筆錄，若該勘驗筆錄已充分保障當事人及辯護人之在場權，則法院於審理期日之證據調查階段依本法第 165 條第 1 項宣讀並告以要旨即已符合合法之調查：
- (1) 按「採為判決基礎之證據資料，必須經過調查程序，而顯出於審判庭者，始與直接審理主義符合，否則其所踐行之訴訟程序，即屬違背法令。又審判中證物之調查，就其與待證事實而言，倘以物之物理上存在為其證據資料，依刑事訴訟法第一百六十四條規定，應將證物提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人使其辨認；如該證物本身之物理上存在不具事實之證明功能，又非涉及專門知識與經驗之範疇，而由法院或檢察官透過直接之感官作用，就該證物之形態、性質、形狀、特徵、作用加以查驗，依其內在心理作用予以認定，並以查驗之結果作為證明事實之用，此種證據資料獲取之方式，即屬『勘驗』為法定證據方法之一種，因勘驗本身非可作為判斷依據之證據資料，自應依同法第四十二條之規定，將查驗結果製成筆錄，該筆錄即屬書證，法院應依同法第一百六十五條第一項規定宣讀或告以要旨，以完成證據調查程序。」最高法院 101 年台上字第 4177 號判決參照。

- (2) 次按「當事人及審判中之辯護人得於搜索或扣押時在場；但被告受拘禁，或認其在場於搜索或扣押有妨害者，不在此限。刑事訴訟法第一百五十條第一項定有明文。此規定依同法第二百十九條，於審判中實施勘驗時準用之。此即學理上所稱之『在場權』，屬被告在訴訟法上之基本權利之一，兼及其對辯護人之依賴權同受保護。立法意旨，在於藉此證明法院所踐行之訴訟程序公正、純潔、慎重及尊重，用昭公信，且能使當事人、辯護人對於此項證據方法之展示、取得，因曾會同參與而見證知悉，乃得以及早展開反證活動，有助迅速發現真實。尤以我國刑事訴訟制度已採行改良式當事人進行主義，以當事人之主張、立證、辯論為中心，而審判中之勘驗，係由法院、審判長、受命法官以感官知覺，對犯罪相關之人、物、地等證據，親自加以勘察、體驗其性質或狀態之調查證據方法，主觀判斷在所難免，為杜勘驗過程之爭議，擔保勘驗結果之確實，使當事人、辯護人於審判程序能適切行使其攻擊、防禦權，則上揭在場權之保障，更有其必要。故事實審法院行勘驗時，倘無法定例外情形，而未依法通知當事人及辯護人，使其有到場之機會，所踐行之訴訟程序自有瑕疵，應認屬因違背法定程序取得之證據。」最高法院 94 年台上字第 4929 號刑事判例參照。
- (3) 查本件錄影帶係屬物證，惟其本身之物理上存在不具事實之證明功能，又非涉及專門知識與經驗之範疇，故應由受訴法院透過直接之感官作用即勘驗之證據方法為之，並依本法第 42 條製作勘驗筆錄，而勘驗筆錄之製作，依本法第 219 條準用第 150 條之規定，應保障當事人及辯護人之「在場權」，若法院已行勘驗、製作勘驗筆錄並保障相關人等之在場權，則法院得於審理期日之證據調查程序依本法第 165 條第 1 項規定宣讀該勘驗筆錄或告以要旨，以完成證據調查程序。
- (四) 1. 診斷證明書雖屬被告以外之人於審判外之書面陳述，屬傳聞證據，原則上並無證據能力，惟依實務見解，符合本法第 159 條之 4 第 2 款業務文書之傳聞例外：
- (1) 按「醫師法第十二條第一項規定：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。第二項規定：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。因此，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，此一病歷之製作，均屬醫師於醫療業務過程中所須製作之紀錄文書，而且每一醫療行為均屬可分，因其接續之看診行為而構成醫療業務行為，其中縱有因訴訟目的，例如被毆傷而尋求醫師之治療，對醫師而言，仍屬其醫療業務行為之一部分，仍應依法製作病歷，則該病歷仍屬業務上所製作之紀錄文書，與通常之醫療行為所製作之病歷無殊，自屬刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款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，自仍屬本條項之證明文書。」最高法院 97 年台上字第 666 號判決參照。
- (2) 查本件檢察官以診斷證明書為證據提起公訴，該診斷證明書原屬被告以外之人於審判外之書面陳述，屬傳聞證據，原則上並無證據能力。惟依前引最高法院判決意旨，醫師執行醫療業務時，應依醫師法之規定製作病歷，縱有因訴訟目的，對醫師而言，仍屬其醫療業務行為之一部分，仍應依法製作病歷，該病例自屬本法第 159 條之 4 第 2 款所稱從事業務之人於業務上所須製作之紀錄文書，符合傳聞例外，而診斷證明書既係依病歷所轉錄之證明文書，自仍屬本條項之證明文書，應有證據能力。

2. 若當事人捨棄傳喚該製作病歷之人到庭接受對質詰問，則法院得依本法第 165 條第 1 項宣讀該診斷證明書或告以要旨，即已完成證據調查程序：

本件之診斷證明書雖依前述符合傳聞例外而具有證據能力，惟具證據能力之後，尚須經合法調查，始得採為本件裁判之基礎。而診斷證明書核其性質，應屬被告以外之人於審判外之供述證據，本於司法院大法官釋字第 582 號解釋之意旨，當事人自得對該被告以外之人行對質詰問權，以完足合法調查程序。惟若當事人捨棄傳喚該被告以外之人，則法院自得於審理期日之證據調查階段依本法第 165 條第 1 項宣讀該診斷證明書或告以要旨，即已完成法定調查程序，合議庭自得採為裁判之基礎。

公
職
王