

《刑法與刑事訴訟法》

一、甲長期受到丈夫乙之虐待而產生殺乙之念頭，某日甲在乙泡茶的茶杯裡面放下足以致死劑量之藥物時，沒有發現兒子丙已經看見自己的行為。丙在甲從事前述行為時並沒有加以阻止，主要的原因是，他認為父親乙長期以言語虐待母親與自己，被整一整也是應該。由於味道過於強烈，乙並沒喝下茶杯內之茶水而逃過一劫。試分析甲丙可能涉及之刑事責任。(25 分)

試題評析	本題屬於刑法總則的考題，主要爭點集中於不作爲犯成立間接正犯、幫助犯的可能性，以及精神幫助和不作爲幫助的界線。答題時除了須正確解讀出題者想考的爭點，並在有限時間內精要呈現外，下標題的工夫也相當重要！以九品官人法而言，本題難度中等！
答題關鍵	不作爲間接正犯、不作爲幫助犯之概念。
高分閱讀	羅台大，刑法講義第七回，P.5~22。

【擬答】

(一)甲的下藥行為可能成立殺人未遂罪(刑法§271 III)

主觀上甲基於殺乙之故意在乙的茶杯裡下藥。客觀上按通說所採之主客觀混合理論，依甲的犯罪計畫，只要下毒後讓乙喝下即可置乙於死，且下毒行為爲結果發生的必要關聯性行為，有導致結果發生的直接危險，已達著手。

由於正當防衛須出於防衛現在不法侵害的情狀始可成立，所謂現在性，通說認爲係指「即將開始、業已發生、尚在持續」者而言，甲縱長期受乙虐待仍不符合不法侵害的現在性，不得主張正當防衛阻卻違法，無其他阻卻違法事由，有罪責，成立本罪。又藥物本身足以致死，非屬手段不能的不能未遂，無§26 的適用。

(二)丙沒有加以阻止的行為可能成立不作爲殺人未遂罪(§271 III、§15)

丙雖看見甲下藥的行為且並未阻止，但主觀上僅欲整一整乙，並無殺人故意，不成立本罪。

(三)丙沒有加以阻止的行為可能成立不作爲間接殺人未遂罪(§271 III、§15)

按犯罪支配理論，間接正犯須對直接正犯有犯罪之意思支配力始可成立。學說通說認爲所謂意思支配力係指行為人藉由取代被利用人的意思決定而操控犯罪的實現，不作爲不可能具備意思支配力。故丙單純未阻止的不作爲對於甲下藥並未具有意思支配力，不成立本罪。

(四)丙沒有加以阻止的行為可能成立不作爲幫助殺人未遂罪(刑法§271 III、§15、§30)

按幫助行為包括積極作爲與消極不作爲，必以物質上或精神上之助力予正犯之實施犯罪之便利時，始得謂幫助。(27 上 2766 判例參照)所謂精神幫助之範圍較不易確定，如果擴大精神幫助的範圍，則一般不具有保證人地位之不作爲，都可能被評價爲幫助行為，而有擴大處罰範圍之虞。故本文仍以爲在不作爲幫助的情況下，仍然必須要具備不作爲犯所要求的保證人地位。

本題丙客觀上放任甲在乙之茶杯中下藥，而不加以阻止行為不作爲，但甲根本沒發現丙已經看到自己的行為，所以丙的放任未阻止無從對甲下藥行為有精神上幫助，然由於丙爲乙之子，具有最近親屬關係的保證人地位，仍屬不作爲幫助。然主觀上丙並無幫助甲殺人之故意，不成立本罪。

二、甲平時有吃安眠藥習慣，某日吃了二顆安眠藥準備睡覺時，突然有事必須開車外出，正當開到平交道時，因安眠藥藥效發作而失控撞上平交道旁圍籬，最後車子卡在平交道上，動彈不得。經路過民眾叫醒睡著的甲，並迅速動用吊車移走車子，才能在千鈞一髮之際及時躲過即將駛至之火車，沒有釀成災害。試分析甲可能涉及之刑事責任。(25 分)



試題評析	本題主要爭點在於原因自由行為的討論，涉及已手犯是否有原因自由行為的適用、過失原因自由行為的檢驗，以及無意識狀態下的原因自由行為等等。由於牽涉實務、學說多數說、學說少數說，考驗同學在有限時間內，將所有爭點和不同見解有條理的呈現。建議平時讀書時就將原因自由行為的相關爭點和見解整理過一遍，避免上考場時的慌亂和答題上的矛盾。以九品官人法而言，本題難度中等！
答題關鍵	原因自由行為適用之學說和實務爭議。
高分閱讀	1.羅台大，刑法講義第五回，P.8~15。 2.方律師，《刑法分則》，P.3-23~3-34。

【擬答】

甲服藥駕車失控撞上圍籬的行為可能成立下列罪名：

(一)危險駕駛罪 (§185-3)

- 客觀上服用安眠藥，是毒品、麻醉藥品、酒類以外足以導致麻醉作用的藥物，該當§185-3 所謂其他相類之物。主觀上由於甲平時就有服用安眠藥之習慣，對於開車時因為安眠藥的麻醉作用而無法操控車輛應有預見可能性，具有對危險駕駛所有構成要件要素的故意。無阻卻違法事由。
- 罪責層次上，甲服藥而睡著陷於精神障礙而失去行為的辨識能力和控制能力，似應適用§19 I 而無責任能力。然由於甲係故意自陷無責任能力的狀態，雖行為服藥時並無法益侵害的故意或預見可能性，但行為人平時就有服用安眠藥之習慣，對於因安眠藥的麻醉作用而無法操控車輛應有預見可能性，決定開車出門的行為已非法所容許的風險，且§19 III 排除§19 I、II 之適用，對原因自由行為處罰之立法模式採取「例外說」，故屬於已手犯的危險駕駛罪仍可成立原因自由行為。依此，排除§19 I 之適用，甲具有完全責任能力，成立本罪。

(二)毀損器物罪 (§354)

依學說多數說的見解，甲服藥後係因有事必須外出而開車的行為，主觀上並無毀損器物的故意，不成立本罪。縱依學說少數說的見解，客觀上甲撞毀圍籬的行為，造成圍籬的損壞並使其喪失功能，惟甲是在喪失行為能力下的撞毀圍籬，該行為已非刑法評價的行為，且由於甲服藥後睡著，主觀上對於法益的侵害亦無故意過失，不成立本罪。

(三)過失妨害往來安全罪 (§184 III)

- 依學說多數說，客觀上甲車卡在平交道上，導致火車有傾覆或導致交通事故的危險，主觀上雖無妨害往來安全之故意，但開車出門時，甲對於安眠藥的麻醉作用、車輛失控後卡在平交道上，仍應有預見可能性，無阻卻違法事由。
- 是否有罪責，涉及學說關於原因自由行為的爭議。學說通說認為所謂原因自由行為必須行為人故意過失自陷精神障礙、自陷精神障礙時有侵害特定法益之故意過失、在精神障礙下故意過失侵害法益始可成立。依此，甲故意服用安眠藥自陷精神障礙、對於車輛失控後卡在平交道上具有預見可能性，符合原因自由行為的要件。少數說認為服藥後限於精神障礙狀態之行為人屬無責任能力，惟陷於精神障礙前尚有責任能力時仍繼續駕駛，已非容許風險，在有預見可能性時行為人可成立過失犯，由此可知過失犯無須以原因自由行為彌補可罰性漏洞。縱上無論採多數說或少數說，甲皆成立本罪。

(四)競合：

甲成立危險駕駛罪、過失妨害往來安全罪，基於一個行為的決意，為自然的行為單數，侵害不同法益，成立不同罪名，依§55 條想像競合，從危險駕駛罪處斷。

三、檢察官偵辦公務員甲、乙共同涉犯公務員登載不實文書罪嫌，傳喚乙訊問後，令乙供後具結並告以刑事訴訟法得拒絕證言之相關規定。嗣檢察官分別與甲、乙達成「認罪並向某公益團體支付新臺幣五十萬元，即給予二年期間緩起訴」條件之協議，甲、乙據以向檢察官認罪。惟檢察官僅對乙為附條件之緩起訴處分，對甲仍予以起訴。試問：證人乙之證言、甲認罪所為之陳述，得否作為甲犯罪判斷之證據？(25 分)



試題評析	本題分為兩小題，前半段著重於對證人訊問的部分，包括供後具結的合法性、第 156 條第 2 項的適用、傳聞法則與告知義務等；後半段部分則為 98 年台上字 5665 號判決處理之問題，實務上認為協商制度中第 455 條之 7 的精神與法理也應適用於緩起訴程序中，後半段僅需將條文與實務見解說明即可獲取高分，前半段題目資訊較少，同學們須在解題時略為假設加以作答，對此應注意莫因過度假設而浪費作答時間，答題時間上須謹慎衡量。
高分閱讀	1.路台大，《刑事訴訟法精要》，來勝，P.7-1~7-17 2.路台大，2010 年總複習講義第二回。 3.最高法院 98 年上字第 5665 號判決。

【擬答】

本題將證據分為乙的證言與甲的陳述兩部分作答之，合先敘明。

一、乙的證言，涉及爭點包括供後具結、拒絕證言權告知義務的違反效果等，該證言應不可為裁判依據，理由如下：

1. 本案中檢察官依照刑事訴訟法（下稱本法）第 71 條傳喚乙並訊問後始令其具結並告以拒絕證言權，此部分合法性可分為具結與告知兩部分觀察。具結部分依本法第 188 條、189 條之規定，訊問後之具結在符合「應否具結有疑義者，得命於訊問後為之」，並且「結文內應記載係據實陳述並無匿、飾、增、減」特定之狀況下，應屬合法。惟告知部分於訊問後，始為告知拒絕證言權則保障證人之規範目的已無法落實，從而應視其未告知拒絕證言權。
2. 若該拒絕證言權未合法告知，其可否適用於被告甲作為裁判依據則有疑義，對此學說與實務上有二說，其關鍵點在於拒絕證言權之規範目的是否及於被告，抑或僅及於證人：

(1) 權利領域理論：

此說認為規範目的僅及於證人，係專為保護證人免於自證己罪所設，則與被告之權利領域無關，被告不得主張證言應禁止使用，但就證人而言，如以對其不利陳述之證言，加以起訴，則應予排除。也就是將拒絕證言權視為專為保護證人而存在，若未告知則對被告而言仍可為裁判依據。

(2) 權衡理論：

此說認為由於法無明文，故應適用第 158 條之權衡之。且規範目的在詮釋上並非可明確界定範圍之概念，未必一定不包括被告在內，此外若被告為本法之程序主體，且取證目的即在於判斷被告有無犯罪，則規範目的實難與被告完全切割，故拒絕證言之規範目的仍應及於被告，對於未告知而取得之證言可否作為對被告之裁判依據，仍應權衡判斷之。

3. 上開二說若採前者則本案中無法作為裁判依據無疑。若採後說時，權衡後綜末加排除仍有下開問題尚須處理。由於甲、乙二人係屬共犯，則甲之陳述除對己部分屬自白外，對於乙的部分屬本法第 156 條第 2 項所稱之「共犯之自白」，或有學者稱之為「共犯不利其他共犯之陳述」，本案中此陳述為偵查中為之，故屬被告以外之人於審判外針對待證事實所為陳述之傳聞證據，依第 159 條第 1 項原則無證據能力。須檢視有無傳聞例外，是否合於本法第 159 條之 1 關於檢察官前陳述之傳聞例外，此外還須注意「共犯之自白」依照本法第 156 條第 2 項規定必須有「補強證據」的規定。對此自題意觀之二人非屬實務上認為非為本條適用範圍之對象犯，因此仍有 156 條第 2 項之適用，需有補強證據方屬合法。
4. 本案中似未賦予被告對於證人證言詰問機會，且也沒清楚說明有無補足詰問，且也無補強證據於本案中出現，故應不可作為裁判依據。

二、甲的陳述，本題涉及協商法理於緩起訴之適用，甲陳述應不可為裁判依據，理由如下：

1. 協商程序中第 455 條之 7 規定為：「法院未為協商判決者，被告或其代理人、辯護人在協商過程中之陳述，不得於本案或其他案件採為對被告或其他共犯不利之證據」，對此是否有適用於緩起訴中殊有疑義。
2. 對於上開問題，我國實務見解 98 年台上字第 5665 號判決認為應採肯定說。理由在於被告為求緩起訴而答應一定條件並據此向檢察官認罪，檢察官嗣後並未依協議結果為緩起訴處分，而仍予以起訴者，此屬檢察官偵查裁量結果之作為，尚與不正方法取證之情形有異，蓋因緩起訴處分原本即非被告所得享有之權利，自不能強求檢察官為之。惟被告既係因信賴檢察官而為一定行為，基於保護人民正當合理之信賴，並



參酌上開協商程序規定之相同法理，於此情形，則被告先前向檢察官之認罪及因此所為之不利陳述，即應予以排除，不得作為證據。

3. 承上開見解，甲的陳述應不可作為裁判依據。

四、甲駕駛計程車載有乘客乙，行經路口，與乘騎機車之丙發生車禍，乙未綁安全帶致手部挫傷，丙未戴安全帽致頭部腦震盪，乙先提出告訴甲過失傷害，經檢察官起訴但為法院判決無罪確定，嗣丙另再提出告訴甲業務過失傷害，仍經檢察官起訴，請問法院應為如何之判決，其理由為何？(25分)

試題評析	本題重點在於檢察官起訴是否合法：是否與前訴屬於同一案件之範圍，若是則不合法而須為免訴判決，若否則為合法可實體判決，是否屬同一案件範圍須考量同一案件的判斷標準、告訴不可分之認定、起訴不可分之認定與既判力範圍大小的認定，若將這些爭點逐一寫出應可獲得高分。
高分閱讀	1. 路台大，《刑事訴訟法精要》，來勝出版，P.15-1~15-36。 2. 路台大，《刑事訴訟法講義》第六回（2011年版）。

【擬答】

本案法院應為如何之判決，涉及爭點在於檢察官先、後起訴之案件是否為同一案件，對此應判斷乙告訴之效力範圍、起訴與審判不可分之範圍等，其應為實體判決，理由如下：

1. 告訴效力範圍－告訴客觀不可分：

- (1) 本題中甲駕駛計程車載有乘客乙，行經路口，與乘騎機車之丙發生車禍，乙未綁安全帶致手部挫傷，丙未戴安全帽致頭部腦震盪，應屬於一行為侵害數法益之想像競合，其屬裁判上一罪。
- (2) 我國條文中未有告訴的客觀不可分，惟在學說上則有設計此一原則並依訴訟法理加以處理。本案中甲撞傷乙、丙二人，兩部分皆屬過失傷害罪即告訴乃論之罪，惟由於乙、丙二人非屬同一被害人，在告訴權係屬個別區分的狀況下，乙行使之告訴權自不及於其他告訴權人丙，故並無客觀不可分之適用，乙對甲告訴部分效力不及於丙對甲部分。丙仍需提起告訴方可充實甲對丙過失傷害部分之訴訟要件，簡言之甲對丙傷害部分係未經告訴之狀態。

2. 審判不可分部分：

- (1) 由於本案為裁判上一罪之案件，甲對丙過失傷害部分，有無本法第 267 條之適用，亦即檢察官對甲傷害乙部分之起訴效力是否及於甲對丙傷害部分，使甲對丙傷害部分落入法院審理之案件範圍內，此亦涉及之後既判力之範圍，為本題主要爭點。
- (2) 案件單一性中的一部，係指起訴或上訴所聲明之部分事實，亦即事實上已繫屬於法院的部分，屬於具有擴張性的顯在性事實；而所謂之他部，係指雖非聲明之部分事實，但其為效力所及，亦即此部為法律上係屬之潛在性事實。
- (3) 依實務見解「實體法上一罪，刑罰權亦僅一個」，訴訟上自不能分割為數個訴訟客體，具有不可分性質，方符合彈劾主義一訴一判原理，從而未經起訴之事實(潛在性事實)與已起訴之事實(顯在性事實)皆有罪時，互有實質上或裁判上一罪之不可分關係。惟我國實務處理審判不可分之範圍時，有兩項要件：①單一性案件，檢察官或自訴人起訴一部之事實，經法院諭知無罪，則未經起訴之他部，與已起訴部分不生連續或牽連關係，因而無本法第 267 條之適用；②如未經起訴部分係告訴乃論之罪，則未經依法告訴者，不得以其具有審判不可分之關係而一併加以審判。
- (4) 承上所述，前案甲對乙之過失傷害部分，既經無罪判決確定，原未經起訴之「甲對丙」之過失傷害則無審判不可分之關係。因此該部分並非案件之範圍，即非審判之範圍，因此，丙對甲業務過失傷害提起告訴部分，經檢察官起訴後應認該起訴合法進而產生訴訟繫屬於法院，法院應該針對甲是否造成丙之過失傷害部分，為實體審理與作成實體判決。

