

《刑法及刑事訴訟法》

一、謂「準中止犯」？此項規定於正犯、共犯有無適用？（25 分）

命題意旨	準中止犯為民國 94 年 2 月 2 日刑法修正時所明文規定，在此之前學說早已承認。
答題關鍵	蕭台大老師上課時不但多次提及，且曾於總複習班出過幾乎完全相同的考題，同學只要掌握修法內容與老師上課的講述，即可輕鬆應答取分！
高分閱讀	1.蕭台大，刑法講義第二回，第 47~49 頁。（準中止犯之意義與正犯、共犯） 2.蕭台大，刑法講義第一回，第 92~93 頁。（個人解除刑罰事由） 3.蕭台大，總複習班模擬試題，第四題：「根據我國現行刑法中之規定，說明準中止犯之意義與成立要件。」 *命中率 100%。

【擬答】

(一)準中止犯之意義：

中止犯（中止未遂）係指行為人著手實行後，出於己意放棄行為繼續實行，或以積極行為防止結果發生，而成立之未遂犯。刑法對於此種「迷途知返」的行為人給予優惠，法律效果依現行刑法第 27 條第 1 項規定，是減輕或免除其刑責。然在某些情形下，行為人雖盡力為防果行為，犯罪結果也確實並未發生，但結果的不發生卻是出於其他因素的介入所致。此時若認為因欠缺因果關係，行為人即不得享有中止之優惠，在法律效果上似乎過苛。因此，多數學說向來認為，在中止行為與犯罪結果不發生之間欠缺因果關係時，如果行為人的中止行為已經符合一定要件，得將其類推中止犯之法律效果，使行為人享有減輕或免除其刑的優惠。此種情形，學說上稱之為「準中止」。我國實定法上原無「準中止」之規定，至民國 94 年 2 月 2 日刑法修正時，立法者接受上述學說之看法，於刑法第 27 條第 1 項規定增列後段：「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。」此乃將「準中止犯亦得適用中止優惠」之概念加以明文化。依現行刑法第 27 條之規定，準中止犯之成立要件有三：

1.客觀上犯罪結果未發生：

準中止未遂亦屬未遂的型態之一，如果行為人已經完全實現犯罪構成要件，亦即已達到既遂之階段時，則不能論以中止未遂或準中止未遂。

2.主觀上行為人出於己意中止：

即行為人是出於自主之意願，而產生終局放棄犯罪計畫的意思。

3.行為人必須已盡力為防止行為：

此乃準中止與中止相異之點。學說上認為，行為人必須有防止結果發生之「真摯努力」，始足以成立準中止。所謂「真摯之努力」，即行為人所實施的防果行為，從個案情形加以觀察，在通常情形之下，是屬於「有可能達成防止結果發生」的必要、相當之措施。

(二)準中止犯於正犯、共犯均有適用：

民國 94 年 2 月 2 日增訂刑法第 27 條第 2 項：「前項規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，或結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。」條文已明文規定，在「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為」的「準中止犯」情況，正犯或共犯亦有適用。立法理由並指出，在多數人犯罪時，「僅共同正犯之一人或數人或教唆犯、從犯自己任意中止犯罪，尚未足生中止之利益，必須經其中止行為，與其他從犯以實行之障礙或有效防止其犯罪行為結果之發生或勸導正犯全體中止。」亦即，正犯或共犯之一人不能只是單純「因己意中止」，還必須「防止結果發生」，始得適用本條項之（準）中止優惠。此外，由於（準）中止優惠屬於「個人解除刑罰事由」，僅對從事（準）中止行為之人發生減輕或免除其刑的效力，其他正犯或共犯並不能一體適用，於此一併敘明。

二、甲男〔民國（下同）80 年生〕，乙女（83 年 5 月 10 日生），係男女朋友，97 年 5 月 8 日，相偕至 KTV 唱歌，於包廂內擁抱、親吻、愛撫，甲男並以手指插入乙女陰道內。一週後，再於同場所見

面，甲男以陽具摩擦乙女外陰，射精於乙女腿上。問甲男之刑責如何？（25 分）

命題意旨	本題主要測驗刑法分則中第 227 條之保護法益，並旁及猥褻、性交定義等問題。
答題關鍵	蕭台大老師經常強調對「性交」、「猥褻」等概念的「實體說理」能力，並於課堂中多次實例講解，講義中亦詳列判例見解與大法官解釋之異同。同學只要依老師平日講授，逐步涵攝要件，本題自能迎刃而解。
高分閱讀	1.蕭台大，刑法講義第三回 第 43~44 頁、54~55 頁（兩度提及猥褻定義與大法官解釋第 407、617 號） 第 38~39 頁。（性交之標準採接合說） 2.蕭台大，刑法講義第二回，第 114~115 頁。（不罰之前行為） *命中率 100%。

【擬答】

- (一)甲男在包廂內擁抱、親吻、愛撫乙女等行為，可能成立對未滿十四歲男女為猥褻行為罪(刑法第 227 條第 2 項)：客觀上，甲對未滿十四足歲之乙女為擁抱、親吻、愛撫等行為，依實務判例對於「猥褻」之定義：「姦淫以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為」(63 年台上字 2235 號判例)，似可成立「猥褻行為」。但若依大法官釋字第 407 號、第 617 號解釋之「猥褻」定義：「一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化」。則甲之擁抱、親吻、愛撫其「女友」乙之行為，雖可能刺激或滿足性慾，但依目前社會風化逐漸開放之實況而言，應不足以「引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化」；況且甲係於密閉 KTV 包廂內為之，更不足以有礙社會風化。綜上，甲所為並非猥褻行為，不能成立本罪。
- (二)甲男以手指插入乙女陰道之行為，可能成立對未滿十四歲男女為性交罪（刑法第 227 條第 1 項）：客觀上，甲以手指插入乙女陰道，乃「以性器以外之其他身體部位進入他人性器」之行為，符合刑法上「性交」之定義（第 10 條第 5 項第 2 款）。且依題示，當時乙女尚未滿十四足歲；主觀上，依題意甲對其行為與乙女之年齡均有預見（若甲對乙女之年齡欠缺認識，則欠缺構成要件故意，不能成立本罪。）甲又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪，但甲為十四歲以上、十八歲未滿之人，得減輕其刑（第 18 條第 2 項）。
- (三)甲男以陽具摩擦乙女外陰之行為，可能成立對十四歲以上、未滿十六歲男女為性交未遂罪（刑法第 227 條第 5 項）：客觀上，乙女於此時已滿十四足歲，但未滿十六歲。甲若與其性交即成立犯罪，惟甲僅以陽具摩擦乙女外陰，是否成立性交，不無疑問。關於「性交」之定義，學說上曾有「射精說」、「插入說」、「接合說」等爭論，惟實務與通說見解採「接合說」（58 年台上字 51 號判例），民國 94 年 2 月 2 日修正之刑法規定，亦同。故甲之摩擦行為並未達於「接合」之標準，縱令已射精，仍不能成立「性交」。惟甲之行為雖非性交，卻已對本條所欲保護之法益造成直接危險。蓋本條之保護法益，在於年幼男女對性行為之自主同意能力尚未成熟，故與之性交者，縱得同意亦成立犯罪（63 年台上字 3827 號判例參照）。甲之行為雖非性交，但已造成乙女不成熟之性自主同意能力之直接危險，是為著手，應論以未遂。甲主觀上對乙女之年齡、著手之事實亦均有預見，又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪，但甲為十四歲以上、十八歲未滿之人，得減輕其刑（第 18 條第 2 項）。
- (四)競合：
- 甲成立犯罪之前後兩行為乃分別起意，但所侵害均為年幼男女之性自主法益（年幼男女尚無自行判斷性交對象之自主能力），數行為而成立數罪名，本應依刑法第 50 條數罪併罰；但基於「保護法益的同一性」，甲以手指插入乙女陰道之前行為，應屬「不罰之前行為」，故僅論以後行為、對十四歲以上、未滿十六歲男女為性交之未遂罪（刑法第 227 條第 5 項），即為已足。
- 此外，由於甲於行為時仍屬十八歲以下，得依第 227 條之 1 規定，減輕或免除其刑。

三、A 是無配偶之成年人，甲因故對 A 不滿，乃找來乙共謀傷害 A，甲、乙旋分持棍棒將 A 毆打昏迷（尚未達重傷之程度），A 送醫救治中，A 的胞姊 B 獲悉係甲所為，憤而對甲提出傷害告訴。檢察官於偵查中，指定 A 之父 C 為代行告訴人，C 當庭對甲提出傷害告訴，嗣經檢察官偵辦結果，發現乙亦參與犯行，因而將甲、乙以共同犯刑法第 277 條第 1 項之傷害罪提起公訴。C 於第一審法院辯論終結前，與甲達成和解並具狀向法院撤回對甲的傷害告訴。請依題旨回答下列問題：

(一)B 對甲提告訴是否合法？（6 分）

(二)檢察官指定 C 為代行告訴人之依據為何？應踐行何項程序？(6 分)

(三)B、C 均未對乙提出告訴，檢察官可否一併將乙提起公訴？(6 分)

(四)C 向法院撤回對甲的告訴，法院就前開案件應如何判決？(7 分)

試題評析

本題為單純之「法條適用型」考題，只要掌握正確應適用之法條，分點詳述，答題完整，欲拿高分並不困難。

【擬答】

(一)B 對甲提出告訴不合法，茲詳述理由如后：

- 1.依我國刑法第 287 條規定，刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪屬告訴乃論之罪，須由告訴權人合法提出告訴，檢察官方得起訴，否則法院即應依刑事訴訟法（下稱「本法」）第 303 條第 3 款諭知不受理判決。
- 2.關於告訴權人之規定，依本法第 233 條，除犯罪被害人得依同法第 232 條提出告訴外，被害人之法定代理人或配偶，亦得獨立提起告訴；倘被害人已死亡者，除配偶外，被害人之直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬亦得提起告訴。
- 3.B 雖為 A 三親等內之旁系血親，惟因 A 尚未死亡，故依上開第 233 條之規定，B 非合法告訴權人，故 B 對甲提出之告訴不合法。

(二)檢察官指定 C 為代行告訴人之依據為本法第 236 條第 1 項，茲詳述其要件及應踐行之程序如后：

- 1.依本法第 236 條第 1 項規定，告訴乃論之罪，無得為告訴之人或得為告訴之人不能行使告訴權者，該管檢察官得依利害關係人之聲請或依職權指定代行告訴人。本案被害人 A 處於昏迷狀態，無法依本法第 232 條行使告訴權，而 A 又為無配偶之成年人，無本法第 233 條第 1 項所規定得獨立提起告訴之法定代理人或配偶，故符合「得為告訴之人不能行使告訴權」及「無得為告訴之人」之要件，檢察官得依職權指定代行告訴人。
- 2.檢察官欲依法指定 C 為代行告訴人時，應向 C 告知其受指定之原因，及其受指定後得代行告訴之權限範圍及限制，使 C 得以充分明瞭如何代 A 提出告訴。代行告訴之限制，主要為本法第 236 條第 2 項準用第 233 條第 2 項但書規定「不得與被害人明示之意思相反」，及第 236 條之 2 規定代行告訴人不得更行委任代理人之規定。

(三)檢察官可一併將乙提出公訴，茲詳述理由如后：

- 1.依本法第 239 條規定，告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴者，該告訴效力及於其他共犯，此即「告訴效力主觀不可分」；此規定之理由在於，告訴權之行使，僅允許告訴權人就該犯罪事實「是否告訴」有決定之權，並非允其得「選擇告訴對象」。
- 2.本案中，由於依檢察官之偵查結果，認定甲與乙為傷害 A 之共犯，故 C 於受指定後對甲提起之告訴，其效力及於乙，則乙既為告訴效力所及，故雖 B、C 形式上均未對乙提出告訴，仍具備合法告訴要件，故檢察官可一併將乙提出公訴。

(四)C 向法院撤回對甲的告訴，法院就前開案件應依本法第 303 條諭知不受理判決，茲詳述理由如后：

- 1.依本法第 239 條規定，除刑法第 239 條通姦罪外，其他告訴乃論之罪，對於共犯之一人撤回告訴者，該撤回效力亦及於其他共犯，此亦屬上述「告訴效力主觀不可分」之範圍。
- 2.由於本案案由為普通傷害罪，屬非通姦罪之告訴乃論之罪，是 C 向法院撤回對甲之告訴時，撤回之效力亦及於乙，故法院應依本法第 303 條第 3 款「告訴乃論之罪，其告訴經撤回者」之規定，諭知不受理判決。

四、民國 97 年 5 月 5 日 18 時日落，翌日 6 時日出，依檢察官與司法警察機關執行職務聯繫辦法第 7 條第 2 項規定：「司法警察官、司法警察逮捕或拘提犯罪嫌疑人後，除依前項規定得不解送者外，應於逮捕於拘提之時起 16 小時內，將人犯解送檢察官訊問。」，試論述下列各問題？

(一)司法警察於 97 年 5 月 5 日 10 時逮捕被告，於同日 18 時詢問完畢至翌日 11 時始解送地檢署，司法警察主張扣除夜間不予詢問之 12 小時，是否符合刑事訴訟法第 93 條之 1 之法定障礙事由之規定？試說明之。(12 分)

(二)承上題(一)，被告經警逮捕後，表示欲選任辯護人，辯護人於 97 年 5 月 5 日 14 時至警局，員警始開始詢問製作筆錄，至同日 18 時，被告復主張不願意接受夜間詢問，員警即停止筆錄之製作，並於翌日 8 時許方再對被告製作筆錄，且於同年月 6 日 10 時筆錄製作完畢，依檢察官與司法警察機關執行職務聯繫辦法第 7 條第 2 項規定，司法警察最遲應於何時將人犯

解送至地檢署？試說明之。(13 分)

試題評析	除掌握正確應適用之法條外，尚須對於夜間詢問之認定標準有所認識；第二子題，則應先確定「無法法定障礙事由」下之最遲解送時點，再將法定障礙事由得扣除之時間往後順延，方不至受題目中「翌日日出」與「開始製作筆錄」時點不一致之困惑。
------	--

【擬答】

- (一)司法警察主張扣除夜間不予詢問之 12 小時，不符刑事訴訟法（下稱本法）第 93 條之 1「法定障礙事由」之規定，茲詳述理由如后：
- 1.本法第 93 條之 1 第 1 項所規定之 8 款法定障礙事由中，本案可能涉及者為第 3 款關於同法第 100 條之 3 第 1 項「不得夜間詢問」之規定，亦即司法警察因不得夜間詢問而經過之時間，得不計入第 91 條或第 93 條第 2 項所規定之 24 小時期限。
 - 2.依本法第 100 條之 3 第 3 項規定，夜間詢問之時間範圍為「日出前，日沒後」，故倘司法警察詢問犯罪嫌疑人之時間為「日出後，日沒前」，即不屬本法所規定之「夜間詢問」，亦無上開第 93 條之 1 第 1 項第 3 款及第 100 條之 3 第 1 項關於法定障礙事由規定之適用。
 - 3.本案中，97 年 5 月 5 日之日落時間為 18 時，而司法警察既已於此日落前詢問完畢，無於翌日繼續詢問之必要，即與「不得夜間詢問」之規定無涉，而無第 93 條之 1 第 1 項第 3 款之適用，故司法警察應於同日 18 時詢問完畢後，即解送檢察官訊問，不得主張扣除 5 月 5 日 18 時至翌日 6 時之夜間 12 小時。
- (二)司法警察最遲應於 97 年 5 月 6 日 18 時將人犯解送至地檢署，茲詳述理由如后：
- 1.司法警察於 97 年 5 月 5 日 10 時逮捕被告，倘無任何法定障礙事由，則依檢察官與司法警察機關執行職務聯繫辦法第 7 條第 2 項之規定，司法警察應於 16 小時後，即同年月 6 日 2 時前，將人犯解送至地檢署；易言之，將本案符合本法第 93 條之 1 第 1 項之法定障礙事由所經過之時間，自 5 月 6 日 2 時往後順延，即為司法警察最遲應解送人犯之時間。
 - 2.本案符合第 93 條之 1 第 1 項之法定障礙事由如下：
 - (1)由於被告於 5 月 5 日 10 時被逮捕後，表示欲選任辯護人，依第 93 條之 1 第 1 項第 5 款，因等候其辯護人到場致未予訊問之時間，得自 24 小時期限內扣除，但不得逾 4 小時，而辯護人於 5 月 5 日 14 時到場，離逮捕時間正好為 4 小時，故得將應解送至地檢署之時點往後順延 4 小時。
 - (2)由於 5 月 5 日 18 時日落時，尚未詢問結束，且被告表示不願接受夜間詢問，依第 93 條第 1 項第 3 款規定，得將司法警察因此而無法詢問犯罪嫌疑人之時間扣除，而 5 月 5 日日落至 5 月 6 日日出共經過 12 小時，故得將應解送至地檢署之時點再往後順延 12 小時。
 - 3.綜上所述，本案得因符合法定障礙事由而將應解送時點往後順延之時間共計 16 小時，而原應解送之時點為 97 年 5 月 6 日 2 時，故延後 16 小時之最遲應解送時點即為 97 年 5 月 6 日 18 時；惟此時點固為解送至地檢署之最遲時點，然司法警察既已於 5 月 6 日 10 時製作筆錄完畢，倘無繼續詢問或其他留置人犯之需要，即宜儘早解送至地檢署，此點一併敘明。