

《刑法及刑事訴訟法》

一、原因自由行為可罰性之基礎為何？酒醉駕車可否援引刑法第十九條精神障礙規定減免責任？試說明之(25分)？

答題關鍵	先分析原因自由行為的定義、可罰性基礎，再就此一論理檢討刑法第一百八十五條之三的規定與原因自由行為的關係。
試題評析	本題考的是原因自由行為的應用，對於本組的考生而言並不簡單，但只要把握基本原則，回答上應無困難。
高分閱讀	1.高點方律師《高點重點總整理系列—刑法(概要)》，P.2-133 2-135；P.8-21 8-25 2.高點方律師《高點重點總整理系列—刑法總則》，P.2-248 2-259；P.2-245 2-247 3.《高點法研所歷屆試題詳解》(台大)，P.4-18

【擬答】

- (一)原因自由行為指的是行為人在實施犯罪行為時係處於心神喪失或精神耗弱的狀態，但是行為人之所以會在實施犯罪行為時產生此一狀態，是導因於實施犯罪行為之前的原因階段行為中，行為人在有完全正常的精神狀態下，基於法益侵害有故意或過失，並基於故意或過失而陷入精神狀態的不正常狀況，並進而實施犯罪實施階段的法益侵害行為。學說與實務上就將此等因為前階段原因行為有完全責任能力，但在陷入後階段犯罪實施時，發生責任能力有所欠缺狀況而致生法益侵害的行為，稱之為原因自由行為。
- (二)實施原因自由行為而致生法益侵害的行為人，由於實際上在侵害法益的後實施階段並未有充分的責任能力，如予以處罰，似有牴觸刑法上「行為與責任能力」必須同時存在的基本原則，因此是否可罰，在學說上乃生爭議，就此學者即提出不同的見解，有認為行為人實際上實施犯罪時並未有充分的責任能力，因此不可罰；亦有認為倘採不可罰之見解，會造成法益保護的漏洞，因此宜採可罰說，而可罰說下證立可罰性的理由又有分為「例外說」與「前置說」，例外說係認為犯罪行為仍係後階段的實施行為，雖有責任能力的欠缺，但是此屬前述「行為與責任能力同時存在原則」之例外而仍可罰，而前置說係認為宜將原因階段與實施階段合併為一行為看待，並將責任能力的認定以原因階段為主(即所謂前置認定)。就上述學說，一般通說與實務見解採取前置說以證立原因自由行為的可罰性，管見亦認為不可罰說造成保護的漏洞，例外說實際上未提出明確說理，是應採置說。因此，原因自由行為並未有違行為與責任能力同時存在的原則，仍屬可罰的行為。
- (三)酒醉駕車的處罰係依刑法第一百八十五條之三，該條之構成要件係以行為人「服用酒類」，「致不能安全駕駛」，而「駕駛動力交通工具」等為必要，至於題目中所指：行為人在酒醉駕車時是否得主張刑法第十九條之責任能力上的精神障礙而減刑，應就先就本條在立法時是否得准允行為人以原因自由行為的方式犯之，再進一步討論其以原因自由犯之時，是否另得主張減刑等二個不同的層次，以下即分項回答之。
- 1.本條的構成要件行為，是否得以原因自由行為的方式為之乙節，按照實務與通說見解，本條的行為人通常在後階段的駕駛行為時，已經因為前階段的飲酒行為，而產生了精神狀態的障礙，因此本條立法之初，本即用以處罰此等以原因自由行為而實施犯罪的行為人，縱使構成要件中並未明言指出，但參考前述原因自由行為在刑法中的可罰性，即足以證立本條的可罰性兼及原因自由行為的部分。因此，行為人自得以原因自由行為的方式犯本罪。
 - 2.然而，行為人縱使可以成立本罪，能否主張援用刑法第十九條精神障礙的規定減刑乙節，承前所述，由於本罪在立法規範對象的設計上，本來就以行為人會產生原因自由行為(不論是心神喪失或精神耗弱)的情況為設想處罰的對象之一，而且依前述原因自由行為的可罰基礎，本來就不會因為行為人在後階段行為中有精神障礙而使得行為人不受罰或減刑，因此，行為人自不得主張刑法第十九條的規定而減免其刑責。

二、甲於某日夜間至小吃店內宵夜，酒後趁女服務生乙送甜食時，見店中無人，突伸手撫摸其胸部，乙閃避不及，一時不知所措。甲於付帳後，又拍一下乙之臀部始離去，甲之行為是否構成強制猥褻罪？(25分)

答題關鍵	對於「違反意願」與「猥褻」的解釋，要注意的是，應就實務見解為申述。
試題評析	本題對於檢察官的考生而言偏難，要答得完整詳盡確屬不易。
參考資料	1.《月旦法學教室》，第4期，P.18 19 2.《月旦法學教室》，第11期，P.12 13
高分閱讀	高點方律師《高點重點總整理系列—刑法(概要)》，P.6-69

【擬答】

- (一)甲摸乙胸部的行為，可能構成刑法第二百二十四條第一項的強制猥褻既遂罪：
- 客觀上本罪以行為人在違反被害人意願的情況下，對於被害人實施猥褻行為為必要。就違反被害人意願的解釋，應該解釋為行為人的行為只要是被害人未予同意者，即足當之，至於實施猥褻行為的解釋，雖然司法院大法官第四七號解釋係認為猥褻行為指的是在客觀上足以刺激或引起性慾，並引起一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德之行為，然而由於本罪保護的是個人的性自主利益，而性自由利益的劃定，即從所謂人與人間涉及「性」概念的行為，是否得到雙方的同意，作為保護的原始初衷，因此對於大法官解釋的引伸應該理解為任何在一般社會風俗中會通念認為是「與性相關」的行為，即可解釋為此處的猥褻行為，而不必達到所謂「客觀上產生羞恥感」甚或「滿足行為人性慾望」等要求。因此，

甲摸乙的胸部係服務生乙不會同意的行為，該當違反被害人意思的要件，摸胸部的行為，在社會一般的理解之下，係屬在「性」的意義上即為重要的事情，因此也該當以「性的行為」來解釋之「猥褻行為」概念，甲的行為既然兩項要件均該當，客觀構成要件自係成立；主觀上，甲對於前述的行為均有認識和意欲，有故意存在，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法事由。至於罪責部分，甲雖然是酒後，但是題目中並未明指甲產生精神障礙狀態，因此甲亦無罪責阻卻或減免事由可茲適用，甲有罪責，故甲成立本罪。

不過應注意的是，實務與學說上有認為本案的情況由於「被害人反應不及」而不該當「違反意願」的要件，亦有認為「摸胸部在客觀上不會引起性慾，而不算猥褻」，就前者而言，本罪意願的解釋應該從被害人實際上對於行為人實施與性關連行為是否會產生允諾進行實質的認定，不應該從反應是否來得及而論證在此被害人並未違反意願，此因性自主的保護正是保護被害人對於行為人與性關連之行為是否能夠接受為其目的；至於後者，依前述已知，為具體落實性自主的保護，不應該從形式上採取大法官解釋的字面而對於性自主的保護予以限縮。因此，管見認為此二項見解實不足採。甲仍成立本罪。

(二)甲摸乙臀部的行為，可能構成另一個刑法第二百二十四條第一項的強制猥褻既遂罪：

承前所述，甲後來摸乙臀部的行為係違反乙的意願，而摸他人臀部在社會理解上亦限於極親密的人始得為之「性關連」行為，因此甲的行為均該當本罪二項要件，主觀上甲有故意，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

(三)競合：甲成立二個刑法第二百二十四條第一項的強制猥褻既遂罪，由於二罪的行使上應屬分別起意的二個行為，而二行為間又無任何關係，故應就二罪依刑法第五十條以下的規定予以併罰。

三、乙故意持刀刺傷甲，甲以書狀向檢察官告訴，檢察官偵查結果，認乙犯罪嫌疑不足而為不起訴處分。甲如不服上開不起訴處分，有何救濟方法？試說明之。(25分)

答題關鍵	告訴人不服檢察官所為之不起訴處分或緩起訴處分時，得經原檢察官向上級法院檢察署檢察長或檢察總長聲請再議，如再議之聲請經上級法院檢察署檢察長或檢察總長以無理由駁回時，告訴人得委任律師逕向第一審法院聲請交付審判。
試題評析	測驗考生對於聲請再議程序以及聲請交付審判程序之認識。其中聲請交付審判為去年(九十一年)修法時甫增訂之制度，已於去年檢察事務官偵查實務組出現命題，此次再度成為命題，足見近年修法內容之重要性。
參考資料	1.林鈺雄《刑事訴訟法》(下)，P.78~82；P.89~94 2.林俊益《刑事訴訟法概論》(下)，P.104~119
高分閱讀	1.《高點專用講義—刑事訴訟法》第一回，P.1 2.《高點刑事訴訟法補充講義》(1)，P.22

【擬答】

(一)甲得依法聲請再議：

1.依刑事訴訟法第二百五十六條第一項規定：「告訴人接受不起訴處分或緩起訴處分後，得於七日內以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察長或檢察總長聲請再議。」依題意，被乙故意持刀刺傷之甲以書狀向檢察官提出告訴後，檢察官偵查結果認為乙之犯罪嫌疑不足而為不起訴處分，依前開規定，告訴人甲得於接受不起訴處分書後七日內以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察長聲請再議。

2.再議案件之處理：

(1)原檢察官之處理：

原檢察官如認再議逾期者，應駁回其聲請(刑訴二五七)；認再議有理由者，應撤銷其處分，繼續偵查或起訴(刑訴二五七)；認再議無理由者，應即將該案卷宗及證物送交上級法院檢察署檢察長(刑訴二五七)。惟原法院檢察署檢察長認為必要時，於送交前得親自或命令他檢察官再行偵查或審核，分別撤銷或維持原處分；其維持原處分者，應即送交(刑訴二五七)。

(2)上級法院檢察署檢察長或檢察總長之處理：

上級法院檢察署檢察長認再議不合法者，應以公函駁回聲請(院一七八〇)；認再議為無理由者，應以處分書駁回聲請(刑訴二五八)；認再議為有理由者，應視偵查是否已完備作不同之處理：如偵查未完備者，得親自或命令他檢察官再行偵查，或命令原法院檢察署檢察官續行偵查；偵查已完備者，則命令原法院檢察署檢察官起訴(刑訴二五八)。

(二)甲得依法聲請交付審判：

1.依刑事訴訟法第二百五十八條之一第一項規定：「告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。」亦即，如告訴人甲之再議經上級法院檢察署檢察長以無理由駁回者，甲得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判，亦即由法院審查該檢察官之不起訴處分是否有所違法失當。

2.交付審判聲請案件之處理：

聲請交付審判之裁定，法院應以合議行之(刑訴二五八之三)；法院認交付審判之聲請不合法或無理由者，應駁回之，對此駁回裁定，告訴人甲不得抗告(刑訴二五八之三)；認有理由者，應為交付審判之裁定(刑訴二五八之三)。

法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴(刑訴二五八之三)。

(三)綜上，告訴人甲得於接受不起訴處分書後七日內經原檢察官向上級法院檢察署檢察長聲請再議，如該再議聲請經上級法院檢察署檢察長以無理由駁回者，得於接受處分書後十日內委任律師向該管第一審法院聲請交付審判。

四、下列情形，各有無證據能力？分別附具理由說明之。(25分)

- (一)證人甲於檢察事務官調查中，陳述目睹乙持刀殺害丙，審判中甲亦為相同之陳述。但甲依法應具結而法官未令其具結，甲之證言有無證據能力？
- (二)司法警察乙在未具急迫情況下詢問犯罪嫌疑人甲，並由司法警察丙製作詢問筆錄。甲自白犯罪，但司法警察詢問時未全程連續錄音、錄影，甲之自白有無證據能力？

答題關鍵	1.證人於偵查中所為之陳述，屬傳聞證據，除非構成傳聞法則之例外，否則不得作為證據。又證人應具結而未具結者，其證言不具證據能力。 2.司法警察詢問犯罪嫌疑人時，除有急迫情況外，應全程連續錄音，必要時並應連續錄影。如未經全程錄音錄影，其筆錄究有無證據能力，依今年增訂之一百五十八條之四規定應由法院審酌人權保障與公共利益之均衡維護認定之。
試題評析	測驗考生對於今年(九十二年)增訂之傳聞法則及證據排除法則之理解，乃修法型考題。由此足見考生對於當年度所增修之法條規定務必熟稔，方能從容應試。
參考資料	1.林鈺雄《刑事訴訟法》(上)，頁P.435~442、P.450、P.154~156 2.林俊益《刑事訴訟法概論》(上)，P.371~373 3.楊雲驊〈修法後違反錄音(影)義務的法律效果〉，《月旦法學教室》第十一期
高分閱讀	1.《高點法研所歷屆試題詳解》(台大)，P.4-18，第2題 2.《92高點司法三等考場寶典》，P.45，第5題 3.《法觀人月刊》第48期，P.57

【擬答】

(一)證人甲之證言有無證據能力？

- 依今年(九十二年)增訂之刑事訴訟法第一百五十八條之三規定：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據。」今由於法官未依法命證人甲為具結，故其於審判中之陳述不得作為證據，當無疑義。
- 惟甲於偵查中檢察事務官調查中，陳述目睹乙持刀殺害丙，此陳述可否作為證據？按甲之該段證言，屬被告以外之人於審判外之陳述，乃一傳聞證據，依今年修訂之一百五十九條第一項規定，該段陳述除法律另有規定外，不得作為證據。然本題是否符合「法律另有規定」之例外？由於依題意證人甲於審判中亦為相同之陳述，不符合同法第一百五十九條之二所定「證人為與先前不一致之陳述」之例外；且證人甲於審判中已經到庭陳述，不符合同法第一百五十九條之三所定「證人無法到庭陳述或到庭後不為陳述」之例外；同時本題亦不符合同法第一百五十九條之一與第一百五十九條之四所定之例外。故除非當事人同意將該等證人於檢察事務官調查時之陳述採為證據，且法院審酌後認為適當者，方得將該等證詞採為證據(刑訴一五九)，否則該等陳述不得作為證據。
- 綜上，由於證人甲於審判中之陳述未經具結，且其於檢察事務官調查時之陳述又不構成傳聞法則之例外，故甲之證言並無證據能力，法院不得將之採為判斷被告有罪之基礎。

(二)犯罪嫌疑人甲之自白有無證據能力？

- 依今年(九十二年)增訂之刑事訴訟法第四十三條之一第二項規定：「前項犯罪嫌疑人詢問筆錄之製作，應由行詢問以外之人為之。但因情況急迫或事實上之原因不能為之，而有全程錄音或錄影者，不在此限。」亦即司法警察對於犯罪嫌疑人進行詢問時，原則上不得由行詢問者自行製作筆錄，應由行詢問以外之人為之，除非情況急迫或有事實上之原因不能為之，且有全程錄音或錄影者，始例外允許由該行詢問者自行製作筆錄，以維人權。依題意，對犯罪嫌疑人行詢問者為司法警察乙，而製作筆錄者為另一司法警察丙，乃符合上開規定而無違誤。
- 惟司法警察詢問犯罪嫌疑人甲時，未經全程錄音、錄影，其自白有無證據能力？按依刑事訴訟法第一百條之二準用同法第一百條之一第一項規定，司法警察詢問犯罪嫌疑人時，除有急迫情況且經記明筆錄外，應全程連續錄音，必要時並應全程連續錄影。今司法警察詢問時未經全程錄音、錄影，自有違前揭規定而非合法。然違反上開規定是否即導致被告之自白筆錄無證據能力？容有不同見解：
 - (1)第一百條之一第二項適用說：有認為此情形即同法第一百條之一第二項所言之筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容「不符」，故該等自白筆錄依該條項規定不得作為證據。惟此說似有過度擴張解釋法條文義之嫌。
 - (2)第一百條之一第二項不適用說：有認為此情形不能當然適用同法第一百條之一第二項之規定，因並非筆錄所載與錄音錄影內容「不符」，而係未經錄音錄影，故其自白筆錄之證據能力有無，應由法院權衡相關因素後，依比例原則具體認定之。最高法院八十八年台上字第五七六二號判決即採此見解。
 - (3)不利推定說：有認為此情形應先作不利於國家機關之推定，除非國家機關能提出反證證明未有侵害被告緘默權之情事，或有符合同法第一百條之一第一項但書之急迫情況，否則該等自白不得作為證據。

上開三說各有其理，惟依今年同法增訂之一百五十八條之四規定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」由於本題司法警察詢問犯罪嫌疑人時，雖無急迫情況存在，卻未經全程錄音、錄影，該份自白筆錄自屬「實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據」，又本法中並無關於其證據能力問題之特別規定，故依上開規定，應由法院審酌人權保障及公共利益之均衡維護後，自行認定其證據能力之有無。

- 綜上，甲之自白究有無證據能力，應由法院審酌人權保障及公共利益之均衡維護加以認定。