

# 《刑法與刑事訴訟法》

一、富二代甲喜歡混夜店，見貌美女子便搭訕喝酒，某日見A獨自一人，便灌A不同種類的酒，趁A不勝酒力昏睡時，便攙扶其至汽車旅館對其性交，另架設手機錄下A女被性交的畫面及裸睡樣子。第二天甲食髓知味，又到夜店認識B，酒後雙方合意至汽車旅館拍攝性愛照片。數週後甲的手機故障，至乙開設的手機行修理，乙見手機內的性愛照片及錄影精彩，遂上傳至其臉書供人觀覽炫耀。又因為乙女友C不久前與其分手，乙心中憤憤不平，便利用其熟稔資訊技術，將C的臉與手上性愛照片中女子的臉合成，製作C的裸照，再傳給C告訴她，如果不與乙重修舊好，將傳送到C所屬公司及家人。請問甲、乙的行為如何論處？（25分）

命題意旨	本題主要測驗2023年新修正之妨害性隱私罪及不實性影像罪之新修法，應掌握住新法立法理由及其相關要件之解釋。
答題關鍵	本題涉及犯罪爭點繁雜，兩行為人之行為可能涉及妨害性自主、妨害秘密、妨害性隱私、妨害風化以及妨害名譽等相關罪名，論罪時應仔細檢討。
考點命中	1.《透明的刑法-分則編》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，第一篇第二章~第五章。 2.《高點刑法總複習講義》第一回，榮律編撰，頁14~17。

## 【擬答】

(一)甲灌A酒後對A性交之行為，成立刑法（下同）第222條第1項第9款加重強制性交罪：

- 客觀上，A昏睡之時已處於不能或不知抗拒之狀態，甲於此一狀態下對A性交，應為強制手段或乘機為之，涉及強制性交罪與利用權勢性交罪之區分：
  - 多數見解認為，應以被害人不能或不知抗拒之狀態由何人造成加以區別，若係行為人造成，應論以強制性交罪，若係被害人自行造成或第三人造成，則論乘機性交罪（71台上1562判例）。
  - 本文以為，依文義解釋與強制性交罪為雙行為犯、乘機性交罪為單行為犯之結構觀之，多數見解可採。本題中，A係遭甲強灌酒方陷於不能抗拒酒醉狀態，甲應已對A使用不法腕力而為強暴行為，並於此狀態下對A性交，妨害A之性自主法益。
- 又，甲於對A強制性交時未經同意錄影，已對A之身心造成更大恐懼而擴大其法益破壞程度，應依第9款加重處罰之。
- 主觀上，甲於灌A酒時即有性交並錄影之故意，且強暴與性交兩行為具目的連結，甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(二)甲拍攝A遭性侵過程，係出於竊錄故意未經A同意利用錄影工具錄製其非公開活動而侵害其隱私法益之行為，甲成立刑法第315條之1第2款無故竊錄罪。

(三)甲拍攝A遭性侵過程之行為，成立刑法（下同）第319條之2第1項加重攝錄性影像罪：

- 客觀上，A遭甲性侵影音係第10條第8項第1款具性交內容之性影像，甲未經A同意以強暴方法將A灌醉再攝錄性影像，已破壞A之性隱私法益；主觀上，甲具強暴攝錄性影像故意與兩行為之目的連結。
- 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(四)甲B到旅館拍攝性愛照片之行為，因已經過B同意，不符合「竊錄」與「未經同意拍攝」之構成要件，未破壞B之隱私法益以及與B性相關連之性隱私法益，不成立刑法第315條之1無故竊錄罪與第319條之1攝錄性影像罪。

(五)乙上傳A遭性侵影片係未經A同意散布傳布A遭竊錄影片之行為，成立刑法第315條之2第3項散布竊錄物品罪。

(六)乙上傳A遭性侵影片之行為，成立刑法（下同）第319條之3第3項加重散布攝錄性影像罪：

- 客觀上，甲攝錄性侵A過程之影片係第319條之2之性影像，已如前述。乙未經同意將該性影像上傳至臉書，係向多數人散布傳布之散布行為，侵害A之性隱私法益；主觀上，乙有散布上開性影像故意無疑。
- 乙散布上開影像欠缺正當理由而為無故，亦無其他阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(七)乙上傳甲B合意拍攝性愛照片之行為，成立刑法（下同）第319條之1第1項散布性影像罪：

- 客觀上，甲B性愛照片係第10條第8項第1款之性影像無疑，B雖同意甲拍攝性愛照片，惟並未對散布影像一事加以同意，乙未經同意上傳至臉書以散布傳布，已破壞B性隱私；主觀上，乙有散布性影像故意。
- 乙散布上開影片欠缺正當理由而為無故，亦無其他阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(八)乙上傳AB性影像之行為，因性愛過程係足以滿足並引起性慾且與風化相關之軟蕊猥褻物品，依釋字第617號解釋，乙出於散布猥褻物品故意而未加封套向多數人散播傳布，成立刑法第235條散布猥褻物品罪。

(九)乙上傳AB性影像之行為，成立刑法（下同）第310條第1項誹謗罪：

- 1.客觀上，乙將AB性愛照片與影片上傳至臉書，係宣傳轉述具體事實而足以使AB社會名譽受損之誹謗行為；主觀上，乙有誹謗故意且具散布於眾之意圖。
- 2.依第310條第3項、釋字第509號解釋與憲法法庭112年憲判字第8號判決，乙所誹謗之內容係涉及私德且與公共利益無關，自不得主張言論自由優越於AB名譽而排除其違法性，乙亦具罪責，成立本罪。

(十)乙合成製作C裸照之行為，成立刑法（下同）第319條之4第1項製作不實性影像罪：

- 1.客觀上，本罪係為處罰深度偽造破壞他人性人格與資料自主控制權而制定，乙將真實之C臉部與其他女子真實裸照以電腦合成方法製作不實性影像，已有使C性私密生活與性名譽等性人格遭破壞之虞；主觀上，甲有製作不實性影像故意，且威脅C將傳送至公司及家人，具散布意圖。
- 2.乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(十一)乙威脅C重修舊好之行為，係出於強制故意將人力可支配之未來惡害通知C，使其心生畏怖之脅迫行為，且其手段目的均不合法，並有罪責，成立刑法第304條強制罪。

(十二)小結：甲成立之加重強制性交罪、無故竊錄罪以及加重攝錄性影像項罪，係一行為侵害數法益，依第55條想像競合；乙成立之加重散布性影像罪、散布竊錄影像罪、散布性影像罪、散布猥褻物品罪以及誹謗罪，依第55條想像競合後，再與製作不實性影像罪和強制罪依第50條數罪併罰。

二、警察甲接到商家來電，有位女子乙因喝酒在其店內大聲叫罵、不願離開，遂到場處理。因乙情緒失控，酒醉而有哭泣不止、拍桌及對甲高聲大叫，甲無法阻止，見乙拿起椅子，誤以為乙要對其攻擊，情急之下對乙數次噴灑辣椒水並擊打其頭部，造成乙眼睛無法睜開，因而跌倒受傷。事實上乙拿椅子只不過是累了想坐下來。經查依「警察人員使用防護型應勤裝備注意要點」第3點規定，警察人員於依法執行職務遭受強暴、脅迫、抗拒或其他事實需要，除情況急迫外，於相對人經口頭警告仍不聽從時，始得使用辣椒水。使用時並應依該要點第4點之規定，考量地形及地物之狀況，避免造成相對人其他傷害；使用原因已消滅，應立即停止使用。請問甲的行為是否成立犯罪？（25分）

命題意旨	本題重點在誤想防衛與過當防衛的交錯適用。
答題關鍵	應就誤想防衛之要件與法律效果逐一臚列，最後再就是否得依過當防衛減輕罪責稍加論述。
考點命中	《透明的刑法-總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，第二篇第六章。

### 【擬答】

(一)甲噴乙辣椒水並毆打頭部之行為，不成立刑法（下同）第277條普通傷害罪：

- 1.客觀上，甲噴乙辣椒水並毆打乙頭部與乙跌倒受傷間具條件因果關係，且甲該行為已製造乙身體完整性受損之法不容許風險，該風險於乙跌倒受傷時於傷害構成要件內實現，乙受傷結果可歸責於甲；主觀上，甲明知對乙噴辣椒水並毆打乙將造成其身體完整性受侵害仍決意為之，具傷害故意無疑。
- 2.客觀上，依警察人員使用防護型應勤裝備注意要點規定，使用辣椒水應符合比例原則與最後手段，甲未對乙先口頭警告即逕自以辣椒水噴乙，不符該條規定自與第21條第1項依法令之行為不符，又其執法手段過當部分因無減免規定，故甲不得依此阻卻違法或減輕罪責。
- 3.甲於乙坐下時對乙噴辣椒水並毆打頭部，是否得依第23條正當防衛阻卻違法，容有爭議：
  - (1)甲於代表國家執行職務時若遇不法侵害之急迫情狀，因正當防衛並未排除國家機關之適用，以及保護個人法益的需求，甲仍有正當防衛主體適格，合先敘明。
  - (2)主觀上，甲係為避免自己生命身體法益受侵害而攻擊乙，具有防衛意思；客觀上，乙於甲逮捕時試圖坐下之行為，雖於行為當下按一般人認知，可能認此為不法侵害，惟本文以為自「事後」觀點而言，乙坐下之時並無傷害故意亦未對甲造成傷害結果，故非不法侵害。
  - (3)綜上，甲於乙坐下時攻擊乙雖具有防衛意思，惟因欠缺現在不法侵害而無防衛情狀，甲不得依正當防衛阻卻違法，其行為應屬誤想防衛，法律效果於罪責討論。
- 4.就誤想防衛之法律效果，分析如下：
  - (1)故意理論認為，故意概念包括知、欲以及不法意識，甲因欠缺不法意識而於罪責階層阻卻故意。

- (2)嚴格罪責理論主張應依第16條禁止錯誤處理，故甲不法意識的欠缺應視是否具有避免可能性決定阻卻或減輕罪責。
- (3)相對地，限制罪責理論以類推構成要件錯誤之方式解決，甲實質上欠缺侵害乙身體法益的意思而阻卻故意。
- (4)通說採限縮法效罪責理論，故意有構成要件與罪責雙重地位，具備構成要件故意即推定有罪責故意，惟容許構成要件錯誤屬例外，僅能論以過失罪責。
- (5)近期實務則認為應阻卻構成要件故意，緩解其罪責，並成立過失犯（106台上3989判決）。
- (6)本文採限縮法效罪責理論，因誤想防衛為獨立錯誤類型，故意理論之故意概念包括對事實與規範的認識與現行法不符，嚴格罪責理論將對事實誤認的誤想防衛錯誤定位為對法律的誤認，限制罪責理論則因現行法欠缺構成要件錯誤法律效果之明文，而無類推之依據，故不足採。
- (7)本題中，甲對乙攻擊係出於防衛意思而為，故不具備法敵對意識，應排除甲的故意罪責，甲不成立本罪，僅能視情形論以過失犯。
- (二)甲對乙噴辣椒水並毆打頭部之行為，成立刑法（下同）第284條過失致傷罪，且不得依第23條但書過當防衛減輕罪責：
- 1.甲具故意傷害不法已如前述，自有過失傷害不法，合先敘明。
  - 2.依甲之主觀個人能力，其於攻擊乙時僅需稍加注意即對乙並未為攻擊行為有預見可能性，故具容許過失而有過失罪責，成立本罪。
  - 3.又，甲對乙噴辣椒水並毆打頭部雖係有效阻止乙攻擊之防衛手段，惟使用辣椒水不符合比例原則，此為「誤想過當防衛」，因其形式上欠缺不法侵害，故不符過當防衛不法與罪責雙重減縮之減免理由，甲不得依第23條但書過當防衛減輕罪責。

三、甲涉嫌基於意圖營利之犯意，以新臺幣 3,000 元，販賣第一級毒品海洛因給乙，經檢察官依法向法院聲請搜索票後，於甲之住處扣得第一級毒品海洛因及前揭買賣毒品之款項，檢察官以甲涉犯上開罪嫌重大、符合羈押事由及有羈押之必要性，依法聲請法院羈押獲准，嗣檢察官於蒐證完畢後，就上開案件提起公訴而經法院進行審理。試問：何謂「嚴格之證明」、「自由之證明」？請說明於刑事程序中，何種事項須經「嚴格之證明」、何種事項僅以「自由之證明」即可？並請就上開案件中，關於認定「搜索」、「羈押」及「甲有販賣第一級毒品」等事實，論述是否需要經「嚴格之證明」？（25 分）

命題意旨	嚴格證明、自由證明。
答題關鍵	本題是基本概念題，須將嚴格證明、自由證明之區辯與概念論述於答題中。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第三回，劉律編撰，頁2~3。

### 【擬答】

題示問題，分別回答如下：

#### (一)嚴格之證明

依據實務見解接示：「刑事訴訟中所謂嚴格證明法則，乃指證據不僅須有法定之證據能力，且應在審判中經過法證據調查程序，始足證明並為判斷之依據。」（最高法院 109 年度台上字第 4933 號判決參照）

#### (二)自由之證明

依據實務見解認為「所謂自由證明，係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制，其關於此項科刑審酌之裁量事項之認定，與卷存證據相符，即屬適法。」（最高法院 108 年度台上字第 3633 號刑事判決參照）

#### (三)結論

刑事案件依所應調查之待證事項性質之不同，其證明方法，仍有嚴格證明及自由證明之別。涉及犯罪事實要件之該當性、有責性及違法性，或刑罰加重、減輕等與刑罰權擴張、減縮有關之事項，應採取嚴格之證明，故其證據調查之方式及證據能力，均受法律所規範，適用直接審理原則；至非屬上述犯罪構成要件及與刑罰權擴張、減縮有關之事實，則僅以自由證明為已足，其證據調查程序不受嚴格限制。（最高法院 103 年度台上字第 4272 號判決參照），是關於認定「搜索」、「羈押」非屬於犯罪事實要件之該當性、有責性及違法性，或刑罰加重、減輕等與刑罰權擴張、減縮有關之事項，故僅需自由證明即可；有關於「甲有販賣第一級毒品」

等事實係涉及犯罪事實要件之該當性、有責性及違法性之事項，故應以嚴格證明。

四、檢察官偵辦甲涉犯詐欺取財罪及一般洗錢罪之案件，先就詐欺取財罪部分向法院提起公訴，經該法院審核該案卷證資料後，認為已起訴之詐欺取財罪部分與未起訴之一般洗錢罪部分具有「想像競合犯」裁判上一罪之關係。請論述檢察官就本案之詐欺取財罪部分起訴，效力是否及於一般洗錢罪部分？依目前實務之作法，檢察官就該一般洗錢罪部分，通常係以如何之方式請求法院併予審理？得否就一般洗錢罪部分另行起訴？倘檢察官就一般洗錢罪部分又向同一法院提起公訴，法院對於該另行起訴之一般洗錢罪部分，應為如何之處理？（25分）

命題意旨	單一案件。
答題關鍵	本題爭點為傳統老考點，解題尚須論述單一案件之效力（即不可分之效力），也必須分清楚函請併辦與追加起訴之不同。
考點命中	《刑事訴訟法考點透析》，高點文化出版，劉睿揚律師編著，頁19-1~19-2。

### 【擬答】

提示問題，分別回答如下：

- (一)檢察官就本案之詐欺取財罪部分起訴，效力及於一般洗錢罪部分，又依目前實務之作法，檢察官就該一般洗錢罪部分，通常係以函請併辦之方式請求法院併予審理，不得就一般洗錢罪部分另行起訴。
- 1.按「實質上或裁判上一罪案件，由於在實體法上之刑罰權單一，在訴訟法上為一個審判客體，就其全部事實，自應合一審判，不得割裂為數個訴訟客體；是以此類案件之追訴、審判，應適用公訴不可分、審判不可分及上訴不可分諸原則，此觀刑事訴訟法第267條、第348條第2項等規定即明。」（最高法院109年度台上字第5069號刑事判決意旨參照）
  - 2.經查，法院審核該案卷證資料後，認為已起訴之詐欺取財罪部分與未起訴之一般洗錢罪部分具有「想像競合犯」裁判上一罪之關係，且兩者俱屬有罪之情形，將構成單一案件，具有不可分之效力。
  - 3.準此，基於單一案件不可分之效力，檢察官就本案之詐欺取財罪部分起訴，效力及於一般洗錢罪部分，又依目前實務之作法，案件起訴後，檢察官認有裁判上一罪關係之他部事實，函請併辦審理，此項公函非屬訴訟上之請求，目的僅在促使法院注意而已，並予敘明。
- (二)倘檢察官就一般洗錢罪部分又向同一法院提起公訴，法院對於該另行起訴之一般洗錢罪部分，應係屬重複起訴，故應依照刑事訴訟法第303條第2款諭知不受理判決。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！