

刊登於台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 199-213 頁。

## 刑事類實務導讀

劉邦繡

中信金融管理學院財經法律學系暨法律研究所教授兼系主任

本期收錄數則最高法院、高等法院裁判要旨導讀如下：

一、最高法院 109 年度台上字第 4667 號判決闡述有關違法性錯誤（或稱禁止錯誤）之規定，係採責任理論，依違法性錯誤之情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑。而行為人主張依本條之規定據以免除其刑事責任，自應就此阻卻責任事由之存在，指出其不知法律有正當理由而無法避免之情形。

二、最高法院 109 年台上字第 4625 號判決闡述「性騷擾」，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之意圖性騷擾行為。性騷擾行為與刑法上強制猥褻罪區別之所在乃侵害被害人之性自主決定權，即妨害被害人性意思形成及決定之自由，性騷擾行為則尚未達於妨害性意思之自由，而僅破壞被害人所享有關於性、性別，及與性有關之寧靜及不受干擾之平和狀態而言

三、最高法院 109 年度台抗字第 1358 號裁定詳述假釋之撤銷屬刑事裁判執行之一環，為廣義之司法行政處分，因此，受假釋人對於撤銷假釋後檢察官指揮執行之殘刑如有不服，得依刑事訴訟法第 484 條之規定，向當初諭知該刑事裁判之法院聲明異議，以求救濟，刑事法院自得依刑事訴訟法第 484 條規定，審查「法務部撤銷假釋之決定」及「檢察官執行殘刑之指揮處分」，是否合法或正當。而就假釋中因故意更犯罪，受緩刑或 6 月以下有期徒刑宣告者，應依司法院釋字第 796 號解釋意旨，個案審酌是否撤銷其假釋。因此法務部就假釋中因故意更犯罪，受緩刑或 6 月以下有期徒刑宣告者，應依本解釋意旨，個案審酌是否有無基於特別預防考量，使其再【台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 199 頁】入監執行殘刑之必要之具體情狀，不得僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，即一律撤銷其假釋。

四、最高法院 109 年台上字第 3477 號判決再說明量刑之輕重，是屬於事實審法院得依職權自由裁量之事項，但併不是漫無限制，除不能逾越法律所規定之範圍外，在基於特殊預防考量，追求刑罰個別化之同時，對同案共同正犯科刑之輕重，除須斟酌其等各別之素行、智識、主觀惡性、參與犯罪之情節、程度暨犯後態度等一切情狀，以求妥適允當外，尚須使其等彼此間所科處之刑，在橫向比較之觀點上，處於相對均衡之關係，俾能符合公平原則而貼近民眾樸素之法律情感，否則即無法藉由刑罰公正之應報抵償，

以威嚇犯罪而避免法秩序被動搖，進而維繫社會對法規範之認同與對司法審判之信賴，而達到群體預防犯罪之效果。

五、最高法院 109 年度台上字第 3424 號闡明控制公司為公開發行股票之公司者，應於每會計年度終了，編製關係企業合併營業報告書及合併財務報表。則子或孫公司之損益，經母公司依權益法認列其投資損益金額結果，與母公司攸關，與法人格獨立性原則無關。

六、最高法院 109 年台上字第 4924 號說明槍砲彈藥刀械管制條例所謂之「寄藏」與「持有」構成要件之涵義。

七、最高法院 109 年台上字第 4879 號闡明偵查（詢）訊問者於（詢）訊問之際，已恪遵法律規定，嚴守程序正義，客觀上無任何逼迫或實施其他不正方法，其自白之任意性既已受維護，因此被告基於某種因素及動機而坦承犯行，與自白欠缺任意性係屬兩事。

八、最高法院 109 年台上字第 4872 號判決再說明所謂未受請求之事項，予以判決者，謂法院對於未經起訴，或未上訴、已撤回上訴，或起訴及上訴效力所不及之事項予以判決者被告於原審判決前撤回上訴，則第一審判決當即告確定，乃第二審未查仍為判決，自有未受請求之事項予以判決。

九、臺灣高等法院 108 年度上訴字第 1690 號判決闡述政府採購法之立法目的及精神在於建立公開、透明、公平、競爭之政府採購作業制度，因此若不問廠商是否假意參與，即認得以主張因不知投標金額，故不會使開標發生不正確結果之詞，則有違上述之立法目的與精神。而政府採購法第 87 條第 3 項「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果」之犯罪，是以行為人主觀上有影響決標價格或獲取不當利益的意圖，並以詐術或其他方法為手段，而達於使廠商無法投標或開標發生不正確之結果為要件，其犯罪行為即屬既遂，依同條第 6 項規定並罰及其未遂犯，可見並非以該標案順利決標或確實已發生不正確之開標結果為必要。

十、最高法院 109 年度台上字第 4837 號闡述附帶搜索之範圍，以被告或犯罪嫌疑人之身體、隨身攜帶之物件、所使【**台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 200 頁**】用之交通工具及其立即可觸及之處所為限。其中所謂「立即可觸及之處所」是在逮捕、拘提或羈押被告或犯罪嫌疑人所在地附近，而可立即搜索之處所均屬之。

十一、最高法院 109 年度台上字第 4511 號判決闡明自主決定權雖非憲法明文列舉保障之權利所能全部涵蓋，惟為維護個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人之侵擾（即基本權第三人效力），性自主決定權亦應在憲法第 22 條規定所保障之射程範圍內。而性的自我決定，除了積極的為性行為之自由外，更包括消極地「不為性行為」之自由。不應再存有基於性別而分尊卑觀念及偏見之根本理念大相逕庭外，實亦悖於人性尊嚴應予確保的憲法誠命，不容男方事後主張主觀錯誤認知而卸責。

論述之見解值得重視。

十二、最高法院 109 年度台上字第 4494 號闡述集團詐財之犯罪模式，須仰賴多人密切配合分工，共犯間高度協調皆具強烈之功能性色彩，犯罪結果之發生，並非取決於個別或部分共犯之單獨行為，而係連結於參與者各該分擔行為所形成之整體流程中。換言之，共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。而共同正犯之意思聯絡，原不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，亦包括在內。另本判決詳加說明共同正犯固應就全部犯罪結果負其責任，然於集團性犯罪，其各成員有無不法所得，未必盡同，如因其組織分工，彼此間犯罪所得分配懸殊，而若分配較少甚或未受分配之人，仍應就全部犯罪所得負遭沒收追繳之責，勢將超過其個人所得之剝奪，無異代替其他參與者承擔刑罰，違反罪刑法定原則、個人責任原則以及罪責相當原則；故共同正犯犯罪所得之沒收或追徵，應就各人所分得之數為之。上揭所謂各人「所分得」之數，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言。倘共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，應依各人「實際」分配所得，予以宣告沒收。若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，與其他成員亦無事實上共同處分權限者，自不予諭知沒收。

十三、最高法院 109 年台上字第 5254 號闡明刑法第 185 條之 4 肇事致人死傷而逃逸罪，非難之重點並非肇事者離開現場之作為，而是其未能履行特定之救護作為義務，此由本罪法條文字及構成要件「致人死傷而逃逸」等語觀之，似為實害犯及作為犯，然鑑於本罪主要係保護生命身體及交通往來安全法益之立場，實則為「抽象危險犯」及「不作為犯」，不可不辨。

十四、最高法院 109 年台上字第 4608 號闡明刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款【台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 201 頁】之罪，專以行為人吐氣酒精濃度每公升 0.25 毫克，或血液中酒精濃度達 0.05% 以上為要件，直接將吐氣酒精含量，或血液中的酒精濃度之具體數據，明定為構成要件，此項行為人要件，應屬客觀處罰條件性質，行為人只要符合上開情況，而駕駛動力交通工具，犯罪即為成立。並說明加重結果犯之行為因果關係中斷之判斷基準，值得參考。

十五、最高法院 109 年台上字第 4553 號闡述鑑定與人證，二者雖同屬人的證據方法，但仍有本質上之差異。而英美法上憑其專業知識、技術等專家資格，就待證事項陳述證人意見之專家證人，尚未為我國刑事訴訟法所採用，然就其依憑特別知識經驗而陳述或報告其專業意見之本質以觀，可認相當於我國刑事訴訟法上之鑑定，自應適用關於鑑定之規定。至於鑑定證人，係依特別知識得知已往事實之人，就其陳述已往事實以言，因與證人相似，有其不可替代之特性，刑事訴訟法第 210 條乃明定，應適用關於人證之規定；但若其依特別知識，就某事實陳述其判斷的意見，則仍與鑑定人無異。其人究竟係屬證人（鑑定證人）或鑑定人身分，自應分辨明白，然後依法命為具結，若有違反或不



符法定程式，其證言或鑑定意見，即屬欠缺法定程式，而難認係合法之證據資料，不得作為證據。因此在鑑定證人在法院為陳述時，法院應分別命該人就證人具結程序、鑑定人之具結程序為結文。

本期收錄之最高法院十四則、臺灣高等法院一則之刑事實務裁判要旨如下：

## 【裁判】

109 年度台上字第 4667 號最高法院刑事判決

### 參考條文：

刑法第 16 條

### 關鍵詞：

違法性錯誤、禁止錯誤、不知法律

### 要旨

刑法第 16 條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」此即有關**違法性錯誤（或稱禁止錯誤）**之規定，係採**責任理論**，亦即依違法性錯誤之情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑。又法律頒布，人民即有知法守法之義務，因此行為人對於行為是否涉及不法有所懷疑時，負有諮詢之義務，不可擅自判斷，任作主張，必要時尚須向能夠提供專業意見之個人（例如律師）或機構（例如法令之主管機關）查詢，而行為人主張依本條之規定據以**免除其刑事責任，自應就此阻卻責任事由之存在，指出其不知法律有正當理由而無法避免之情形**。至於違法性錯誤尚未達於不可避免之程度者，其可非難性係低於通常，則僅係得減輕其刑，並非必減。是否酌減其刑，端視其行為之惡性程度及依一般社會通念是否皆信為正當【**台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 202 頁**】者為斷。本件原判決事實認定：汲○翰明知大麻種子係毒品危害防制條例禁止意圖供栽種之用而運輸及持有之物品，且係行政院依懲治走私條例第 2 條第 3 項授權公告「管制物品管制品項及管制方式」所列之管制進出口物品，不得私運進口，而為其事實欄一所載私運管制物品進口及意圖供栽種之用而運輸大麻種子之犯行；復明知大麻係毒品危害防制條例所列之第二級毒品，不得製造、持有，而為其事實欄二所載製造大麻犯行等情，並於理由內綜合上訴人之供詞（含其部分自白），以及其附表二扣案之大麻花、製造大麻之原料、工具等證據資料，詳敘其採證認事之理由。則依上開原判決認定之事實，汲○翰為前揭犯

行時，難謂其不知係觸犯刑罰法令，亦無從認其理由為正當，且上訴人前開犯行之惡性及犯罪情節，雖與毒梟有別，惟毒品犯罪為萬國公罪，其製造毒品等犯行仍有違毒品之防制，已危害社會治安，其行為之惡性程度，依一般社會通念，皆難信為正當，並無刑法第 16 條但書酌減其刑規定之適用。

## 【裁判】

109 年度台上字第 4625 號最高法院刑事判決

### 參考條文：

性騷擾防治法第 25 條，刑法第 224 條

### 關鍵詞：

性騷擾、強制觸摸罪、強制猥褻罪、性自主決定權

### 要旨

性騷擾防治法第 25 條所規定之強制觸摸罪，係指行為人對於被害人之身體為偷襲式、短暫性之不當觸摸行為，而不符刑法第 224 條強制猥褻罪之構成要件而言。而所謂「性騷擾」，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為，且合於性騷擾防治法第 2 條第 1 款、第 2 款所規定之情形而言。同法第 25 條第 1 項規定之「**意圖性騷擾**，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為者」，其。究其侵害之法益，強制猥褻罪所謂「不及抗拒」係指被害人對行為人所為之性騷擾行為，尚未及感受到性自主決定權遭受妨害，侵害行為即已結束而言，此即性騷擾行為與刑法上強制猥褻罪區別之所在乃侵害被害人之性自主決定權，即妨害被害人性意思形成及決定之自由，性騷擾行為則尚未達於妨害性意思之自由，而僅破壞被害人所享有關於性、性別，及與性有關之寧靜及不受干擾之平和狀態而言。

## 【裁判】

109 年度台抗字第 1358 號最高法院刑事裁定

### 參考條文：

刑法第 41、78 條，刑事訴訟法第 413、484 條，監獄行刑法第 153 條，司法院釋字第 681 號、第 796 號解釋

## 關鍵詞：

假釋、司法行政處分、特別預防

## 要旨

一、假釋制度之目的在使受徒刑執行而有俊悔實據並符合法定要件者，得停止徒刑之執行，以促使受刑人積極復歸社會。而假釋處分經主管機關作成後，受假釋人因此停止徒刑之執行而出【**台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 203 頁**】獄，如復予以撤銷，再執行殘刑，非特直接涉及受假釋人之人身自由限制，對其復歸社會後而享有之各種權益，亦生重大影響。故假釋之撤銷屬刑事裁判執行之一環，為廣義之司法行政處分，因此，受假釋人對於撤銷假釋後檢察官指揮執行之殘刑如有不服，得依刑事訴訟法第 484 條之規定，向當初諭知該刑事裁判之法院聲明異議，以求救濟，此業經司法院釋字第 681 號解釋揭示在案。依此解釋意旨，受假釋人既得對於撤銷假釋後「檢察官執行殘刑之指揮」聲明異議，實係對於其前提之「法務部撤銷假釋」之司法行政處分聲明不服，法院自得依刑事訴訟法第 484 條規定，審查「法務部撤銷假釋之決定」及「檢察官執行殘刑之指揮處分」，是否合法或正當，進而為維持、撤銷或變更前開決定或處分之適當裁定，俾保障人民向法院請求救濟之權利。而依新修正監獄行刑法第 153 條第 1 項規定，該法於民國 108 年 12 月 17 日修正之條文施行前，因撤銷假釋已繫屬於法院之聲明異議案件，尚未終結者，於修正施行後，仍由原法院依司法院釋字第 681 號解釋意旨，依刑事訴訟法之規定審理，先予敘明。

二、司法院釋字第 796 號解釋業已宣示：刑法第 78 條第 1 項本文規定：「假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後 6 月以內，撤銷其假釋。」不分受假釋人是否受緩刑或 6 月以下有期徒刑之宣告，以及有無基於特別預防考量，使其再入監執行殘刑之必要之具體情狀，僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，即一律撤銷其假釋，致受緩刑或 6 月以下有期徒刑宣告且無特別預防考量必要之個案受假釋人，均再入監執行殘刑，於此範圍內，其所採取之手段，就目的之達成言，尚非必要，抵觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。上開規定修正前，相關機關就假釋中因故意更犯罪，受緩刑或 6 月以下有期徒刑宣告者，應依本解釋意旨，個案審酌是否撤銷其假釋等旨在案。

三、本件抗告人曹○培前因違反懲治盜匪條例案件，經原審法院以 79 年度上訴字第 715 號判決判處無期徒刑，褫奪公權終身，並經本院以 79 年度台上字第 2470 號判決以其上訴並無理由而駁回確定，入監服刑後，並於 91 年 10 月 11 日經臺灣臺南地方法院以 91 年度聲字第 1668 號裁定假釋中付保護管束，嗣因其在假釋期間再犯竊盜案件，經臺灣臺中地方法院以 96 年度易字第 3395 號判決判處有期徒刑 10 月，減為有期徒刑 5 月，

並諭知易科罰金之折算標準，而於96年9月3日確定，法務部乃依刑法第78條第1項規定，於96年10月5日以法矯決字第XXXX號撤銷受保護管束人假釋處分書撤銷其假釋、再以96年10月8日法矯決字第XXXX號函通知檢察官（下稱本件撤銷假釋處分），並經臺灣臺北地方檢察署檢察官核發98年執緝次字第1558號執行指揮書（下稱本件執行指揮書），由檢察官指揮執行殘餘之有期徒刑25年等情，有前揭刑事判決、本件【**台灣法學雜誌第405期，2020年12月，第204頁**】撤銷假釋處分、本件執行指揮書及臺灣高等法院被告前案紀錄表等附卷可查。因抗告人於假釋期間更犯之罪，仍得易科罰金或易服社會勞動（刑法第41條參照），依上開說明，本件撤銷假釋處分及本件執行指揮書，未及依司法院釋字第796號解釋意旨，就抗告人之個案審酌有無基於特別預防考量，而有必要再入監執行殘刑之具體情狀（例如對社會危害程度、再犯可能性及懊悔情形等），以決定假釋之撤銷，僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，即一律撤銷其假釋，難認適法，抗告意旨執此指摘，為有理由。惟原裁定未及見此，以抗告人於假釋期間所故意更犯之他罪，既經法院判處有期徒刑確定，與刑法第78條第1項規定撤銷假釋之要件相符，乃屬法定撤銷假釋事由，而駁回抗告人之聲明異議，難謂允當，自應由本院將本件撤銷假釋處分、本件執行指揮書及原裁定，均予撤銷。由法務部另依司法院釋字第796號解釋意旨，循正當法律程序為適法之處理。

## 【裁判】

109年度台上字第3477號最高法院刑事判決

## 參考條文：

刑法第2、28、47、57、59條

## 關鍵詞：

量刑、刑罰權分配、刑罰裁量權

## 要旨

刑事審判旨在實現刑罰權分配之正義，而量刑之輕重，固屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，然並非漫無限制，除不能逾越法律所規定之範圍外，在基於特殊預防考量，追求刑罰個別化之同時，對同案共同正犯科刑之輕重，除須斟酌其等各別之素行、智識、主觀惡性、參與犯罪之情節、程度暨犯後態度等一切情狀，以求妥適允當外，尚須使其等彼此間所科處之刑，在橫向比較之觀點上，處於相對均衡之關係，俾能符合公平原則而貼近民眾樸素之法律情感，否則即無法藉由刑罰公正之應報抵償，以威嚇犯罪



而避免法秩序被動搖，進而維繫社會對法規範之認同與對司法審判之信賴，而達到群體預防犯罪之效果。故倘事實審法院對同案共同正犯之刑罰裁量，在無合理原因之情況下，彼此輕重明顯失衡，即難謂無違公平原則，而逾越裁量權行使之法律性內部界限，自有適用法則不當之違法。

惟原判決對黃○龍以其所犯情輕法重而依刑法第 59 條規定酌減其刑時，既認為黃○龍僅係受吳○翰及林○羽指示分擔交付所販毒品之次要角色，所為對於毒品氾濫之影響有限，及造成社會之危害相對輕微，則黃○龍本件單一犯行之全部責任與非難性顯較共同正犯林○羽共犯 14 罪為低。乃原判決對於黃○龍本件單一犯行所量處之上開刑期高達有期徒刑 5 年，對比林○羽本件併罰共 14 罪宣告刑所酌定之應執行刑卻僅為有期徒刑 4 年 8 月以觀，殊嫌畸重而明顯失衡，難謂與公平原則無違，依上述說明，原判決對於黃○龍刑罰裁量權之行使，已逾越法律性之內部界限，容有判決適用法則不當之違誤，尚難昭折服。【台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 205 頁】

## 【裁判】

109 年度台上字第 3424 號最高法院刑事判決

## 參考條文：

證券交易法第 93、171 條，公司法第 369 條之 1

## 關鍵詞：

財務報表、罪刑法定原則

## 要旨

依公司法第 369 之 12 條第 2 項規定，控制公司為公開發行股票之公司者，應於每會計年度終了，編製關係企業合併營業報告書及合併財務報表。則子或孫公司之損益，經母公司依權益法認列其投資損益金額結果，與母公司攸關，**與法人格獨立性原則無關**。另已依證券交易法發行有價證券公司之董事、經理人等，有無背信行為，其判斷與其等有無依法編製關係企業合併營業報告書等，以公開揭露財務狀態，應否受行政處罰，係屬二事，不容混淆。本件適用證券交易法之主體，係中化公司之董事及經理人等，非鼎茂公司之董事或經理人，尚無擴張解釋、類推適用等違反罪刑法定原則或明確性原則等問題。

## 【裁判】



109 年度台上字第 4924 號最高法院刑事判決

### 參考條文：

槍砲彈藥刀械管制條例第 18 條

### 關鍵詞：

寄藏、持有、槍砲彈藥刀械

### 要旨

槍砲彈藥刀械管制條例所謂之「寄藏」與「持有」，均係指行為人將該條例所指之各式槍砲、彈藥、刀械及主要組成零件，置於自己實力支配下之狀態而言。僅寄藏必先有他人之持有行為，而後始為之受寄代藏而已，故寄藏之受人委託代為保管，其保管本身亦屬持有，此之持有是受寄之當然結果。祇要行為人主觀上對該等物品有執持占有之意思，客觀上並已將之置於自己實力得為支配之狀態，即足當之，所著重者為行為人與該物間之實力支配關係，與執持占有之態樣無涉。

### 【裁判】

109 年度台抗字第 4879 號最高法院刑事裁定

### 參考條文：

刑事訴訟法第 156 條

### 關鍵詞：

自白、不正之方法、任意性

### 要旨

被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，刑事訴訟法第 156 條第 1 項定有明文。復為確保此意旨之具體實現，另於同條第 3 項前段規定：被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。而受（詢）訊問之被告坦承犯行，究竟出於何種原因，不一而足，或係遭（詢）訊問者以不正方式對待始承認；或係未遭不正方式對待，而係考量是否能獲輕判或免遭羈押；或出於自責悔悟；或於案發初始較少利益權衡、未及受外力干

擾；或別有企圖，乃受（詢）訊問者主觀考慮是否認罪所參酌的因素。從而，事實審法院調查結果，職司偵查（詢）訊問者於（詢）訊問之際，已恪遵法律規定，嚴守程序正義，客觀上無任何逼迫或實施其他不正方法，其自白之任意性既已受維護，縱使被告基於某種因素而坦承犯行，要不能事後任意主張自白欠缺任意性。【台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 206 頁】

### 【裁判】

109 年度台上字第 4872 號最高法院刑事判決

### 參考條文：

刑事訴訟法第 354 條

### 關鍵詞：

撤回上訴、上訴效力所及、不告不理

### 要旨

按上訴於判決前得撤回之；除刑事訴訟法有特別規定外，已受請求之事項未予判決或未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，為刑事訴訟法第 354 條、第 379 條第 12 款所明定。所謂未受請求之事項，予以判決者，謂法院對於未經起訴，或未上訴、已撤回上訴，或起訴及上訴效力所不及之事項予以判決者。卷查，被告不服第一審判決，於上訴期間內提起上訴，經原審審理辯論終結，諭知於民國 108 年 12 月 19 日 10 時宣判，而被告於 108 年 12 月 18 日以書狀向原審撤回上訴，有刑事撤回上訴狀附卷可稽，被告既於原審判決前撤回上訴，則第一審判決當即告確定，乃原審未查仍為判決，自有未受請求之事項予以判決之違法。

### 【裁判】

108 年度上訴字第 1690 號台灣高等法院刑事判決

最高法院 109 年台上字第 4869 號判決上訴駁回

### 參考條文：

政府採購法第 2、3、48、87、92 條

### 關鍵詞：

## 政府採購法、強制圍標、合意圍標、妨害投標

### 要旨

一、政府採購法之立法目的及精神，在於建立公開、透明、公平、競爭之政府採購作業制度，減少弊端，創造良好的競爭環境，使廠商能公平參與競爭。機關依政府採購法規定辦理招標，除有政府採購法第 48 條第 1 項共 8 款情形不予開標決標外，有 3 家以上合格廠商投標，即應依招標文件所定時間開標決標，此觀政府採購法第 48 條第 1 項規定自明。上述有 3 家以上廠商投標方得開標之規定，係有意藉廠商間相互「競爭」，以提升機關採購效率與功能，並確保採購品質。惟如此規定常造成不法廠商圍標或虛設行號一同投標，以便湊足 3 家，政府採購法乃於第 87 條第 1 項就**強制圍標**、第 4 項就**合意圍標**、第 5 項就借牌圍標行為分別加以處罰，並於同條第 3 項規定：「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果者，處 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金」，則行為人如運用詐術及其他非法的方法，致廠商無法投標或開標發生不正確結果，即構成該項之妨害投標罪。至於所稱「詐術」，乃指足以使其他廠商或採購機關陷於錯誤的欺罔手段而言；所稱「其他非法之方法」，相較於同條第 1 項強制圍標罪的強暴、脅迫、藥劑或催眠術等而言，應是指詐術以外，其他和平、非暴力的不法手段而言（最高法院 103 年度台上字第 414 號、101 年度台上字第 6035 號裁判意旨參照）。是以廠商於投標前，基於使開標發生不正確結果之犯罪目的，合意不為競價、營造不同廠商競標之假【台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 207 頁】象，分別參與投標，足使招標機關之審標人員誤認彼等與其他廠商間確有競爭關係，破壞招標程序之價格競爭功能，縱使因無法預知有若干競爭者及競爭對手之競標價格為何，而未必能決定性左右決標結果，但客觀上已實質增加得標機會，仍有使開標發生不正確結果之危險，亦成立政府採購法第 87 條第 3 項之妨害投標罪。

二、本件本為第 3 次招標，因修改規範視為第 1 次招標時，除乾佑公司、鐵鑫公司之外，僅有一家廠商參與投標，中油公司如未發現乾佑公司與鐵鑫公司所附計算書之排版方式相似、標封錯填開標之時間相同等「不同廠商間之投標文件內容有重大異常關連」之事由，而予以開標決標，將使依法本應不予開標，卻造成開標之結果，即會使開標發生不正確之結果。而政府採購法之立法目的及精神在於建立公開、透明、公平、競爭之政府採購作業制度，已如前述，是若不問廠商是否假意參與，即認得以主張因不知投標金額，故不會使開標發生不正確結果之詞，則有違上述之立法目的與精神。另政府採購法第 87 條第 3 項「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果」之犯罪，是以行為人主觀上有影響決標價格或獲取不當利益的意圖，並以詐術或其他方法為手段，而達於使廠商無法投標或開標發生不正確之結果為要件，其犯罪行為即屬既遂，依同條第 6 項規定並罰及其未遂犯，可見並非以該標案順利決標或確實已發生不正



確之開標結果為必要。查本件蔡○○、林○○、張○○故意安排以乾佑公司、鐵鑫公司名義投標，惟鐵鑫公司並無投標真意，而無實質競爭的情形，亦如前述，其等以此詐術意圖實現使開標發生不正確的結果，後雖因審標人員發現異常才不予開標，致未能既遂，仍構成政府採購法第 87 條第 6 項、第 3 項妨害投標罪之未遂犯行。

## 【裁判】

109 年度台上字第 4837 號最高法院刑事判決

### 參考條文：

刑事訴訟法第 130 條

### 關鍵詞：

搜索、附帶搜索

### 要旨

按刑事訴訟法上之搜索，以有無搜索票為基準，可分為「有令狀搜索」與「無令狀搜索」；以有令狀搜索為原則，無令狀搜索為例外。刑事訴訟法第 130 條所規定之附帶搜索，即屬無令狀搜索之一種，其附帶搜索之範圍，以被告或犯罪嫌疑人之身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所為限。其中所謂「立即可觸及之處所」是在逮捕、拘提或羈押被告或犯罪嫌疑人所在地附近，而可立即搜索之處所均屬之。原判決依據上訴人之自白（自承：我一開門回家（警方）就把我壓倒在地）、緝獲上訴人（即被告）之警員陳○○另案審理時之證述、上訴人之前案紀錄表等證據資料，認定上訴人為毒品案件之通緝犯，於 106 年 8 月 1 日凌晨 1 時 30 分許，在其位於桃園市○○區○○街 00 巷 0 號 1 樓之租屋處前為警緝【台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 208 頁】獲，經警依法就其上開住處為附帶搜索，於上訴人所住房間內目視所及之處，發現本案爆裂物。並於理由內說明：依上訴人為警查獲地點、所居房間與扣押物之相對位置及距離遠近以觀，顯屬上訴人為警查獲之時可立即觸及之處所，警員因此予以附帶搜索，難認有何違法之處，所扣得之本案爆裂物，自有證據能力。

## 【裁判】

109 年度台上字第 4511 號最高法院刑事判決

### 參考條文：

刑法第 221、222、225 條、憲法第 22 條

## 關鍵詞：

性自主決定權、乘機性交

## 要旨

性自主決定權雖非憲法明文列舉保障之權利所能全部涵蓋，惟為維護個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人之侵擾（即基本權第三人效力），**性自主決定權亦應在憲法第 22 條規定所保障之射程範圍內。**而性的自我決定，除了積極的為性行為之自由外，更包括消極地「不為性行為」之自由。在當今兩性平等、相互尊重之思潮下，任何人都不能夠只求滿足一己的性慾望，執念於舊時代「由父權思想所宰制，而將女性置於男性控制之下」的思維，甚至曲解世界各地正極力呼求應正視「No Means No」「No Yes Means No」此一消極性自主決定之沈重心聲。例如對於酩酊中之女性予以乘機性交，過程中，縱然女體任人擺布，甚或顯現無意識性地配合動作，或在不能抗拒情形下，一再為「不要」之表示，自不容男方自我解讀成係女性在性高潮時，情不自禁而帶有助興意味之言語，因屬性別歧視意識及刻板印象作祟下的變態行徑，形同將女性物化地任意支配，作為男性發洩性慾的工具，除與「消除對婦女一切形式歧視公約」（簡稱 CEDAW，我國之本公約施行法已於 101 年 1 月 1 日施行）所揭示，各國**不應再存有基於性別而分尊卑觀念及偏見之根本理念大相逕庭外，實亦悖於人性尊嚴應予確保的憲法誠命，不容男方事後主張主觀錯誤認知而卸責。**原判決主要是依憑李○恩、吳○宇 2 人於警詢、偵查及歷次審理時，始終自承：確有於系爭時、地與 A 女為 3 人性交之供述；A 女迭於偵查及第一審審理時，證述：醉酒遭李○恩、吳○宇 2 人乘機性交之證詞；第一審詳細勘驗系爭 3 個性交錄影檔案之結果；參以李○恩於臉書與 A 女對話時，經 A 女質以：你為什麼要趁我喝醉時，叫 nathan（指吳○宇）來強姦（姦）我，你是什麼心態，我問你等語時，李○恩直承：我那時真的做錯了，沒有尊重你等語（按性質上屬於被告審判外之自白）。因認 A 女於案發前及案發時，均沒有同意與李○恩、吳○宇進行 3 人性交之事。且說明：吳○宇於性交過程中，發覺 A 女係處於不知及不能抗拒之狀態後，仍在李○恩之堅持下，萌生與李○恩共同基於乘機性交之犯意聯絡，繼續以其陰莖插入 A 女陰道，李○恩則以右手中指前端進入 A 女之肛門，而有行為分擔。**【台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 209 頁】**

## 【裁判】

109 年度台上字第 4494 號最高法院刑事判決

## 參考條文：

刑法第 30 條、38 條之 1、339 條之 4

## 關鍵詞：

正犯、幫助犯、集團詐欺、沒收、個人責任原則

## 要旨

一、刑法關於正犯、幫助犯之區別，係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯；其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯；必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為幫助犯。又集團詐欺之犯罪模式，須仰賴多人密切配合分工，共犯間高度協調皆具強烈之功能性色彩，犯罪結果之發生，並非取決於個別或部分共犯之單獨行為，而係連結於參與者各該分擔行為所形成之整體流程中。換言之，共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。而共犯之正犯性，在於共犯間之共同行為，方能實現整個犯罪計畫，即將參與犯罪之共同正犯一體視之，祇要係出於實現犯罪之計畫所需，而與主導犯罪之一方直接或間接聯絡，不論參與之環節，均具共同犯罪之正犯性，共同正犯所參與者，乃犯罪之整體，已為犯罪計畫一部之「行為分擔」。又共同正犯之意思聯絡，原不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，亦包括在內，如甲分別邀約乙、丙犯罪，雖乙、丙間彼此並無直接之聯絡，亦無礙於其為共同正犯之成立。

二、按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。於全部或一部不能沒收，或不宜執行沒收時，追徵其價額；犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，刑法第 38 條之 1 第 1 項前段、第 3 項、第 4 項及第 5 項分別定有明文。而於 2 人以上共同實行犯罪之情形，固基於責任共同原則，共同正犯應就全部犯罪結果負其責任，然於集團性犯罪，其各成員有無不法所得，未必盡同，如因其組織分工，彼此間犯罪所得分配懸殊，而若分配較少甚或未受分配之人，仍應就全部犯罪所得負遭沒收追繳之責，勢將超過其個人所得之剝奪，無異代替其他參與者承擔刑罰，違反罪刑法定原則、個人責任原則以及罪責相當原則；故共同正犯犯罪所得之沒收或追徵，應就各人所分得之數為之。上揭所謂各人「所分得」之數，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言。倘共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，應依各人「實際」分配所得，予以宣告沒收。若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，與其他成員亦無事實上共同處分權限者，自不予論



知沒收。從而，共同正犯因尚未分配或取得犯罪所得而不予諭知沒收，並不影【**台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 210 頁**】響刑法第 339 條之 4 第 2 款加重詐欺取財罪構成要件之認定。

### 【裁判】

109 年度台上字第 5254 號最高法院刑事判決

### 參考條文：

刑法第 185 條之 4

### 關鍵詞：

肇事而逃逸罪、不作為犯、抽象危險犯

### 要旨

刑法第 185 條之 4 肇事致人死傷而逃逸罪，依其立法理由揭示「為維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護，特增設本條，關於肇事致人死傷而逃逸之處罰規定」等語，顯係以處罰肇事後逃逸之駕駛人為目的，俾促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護，以減少死傷。則肇事者於發生事故當下，既已使他人生命身體受有死傷之風險存在，法律期待肇事者消除其所造成之危險，若其放任被害人死傷不予救助，即應予以處罰。是**肇事逃逸罪非難之重點並非肇事者離開現場之作為，而是其未能履行特定之救護作為義務**，此由本罪法條文字及構成要件「致人死傷而逃逸」等語觀之，似為實害犯及作為犯，然鑑於**本罪主要係保護生命身體及交通往來安全法益之立場，實則為「抽象危險犯」及「不作為犯」**，不可不辨。益徵駕駛人於肇事後負有「停留現場及救護」之義務甚明因此，只要駕駛人肇事致人死傷後不為救助之行為，即擬制已對於保護法益產生危險而有所侵害，必須以刑罰遏止其不作為行為，尤以現今交通事故頻傳，車禍現場往往雜亂不堪，隨時有發生再次追撞之可能，若不及時救護或為其他必要措施，不僅對於被害人，即對於其他用路人亦會產生極大危險，且被害人之傷勢亦非於事故當下即能立即判定。

### 【裁判】

109 年度台上字第 4608 號最高法院刑事判決

### 參考條文：

刑法第 185 條之 3、刑法第 284 條

**關鍵詞：**

吐氣酒精濃度、加重結果、因果關係中斷

**要旨**

一、刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款之罪，專以行為人吐氣酒精濃度每公升 0.25 毫克，或血液中酒精濃度達 0.05% 以上為要件，直接將吐氣酒精含量，或血液中的酒精濃度之具體數據，明定為構成要件，此項行為人要件，應屬客觀處罰條件性質，行為人只要符合上開情況，而駕駛動力交通工具，犯罪即為成立。而同條第 2 項前段之罪，係加重結果犯，以行為人對於第 1 項（酒後駕車）之基本行為有故意，對於加重結果（致人於死）部分有過失，即令負該加重結果之責，乃結合服用酒類等不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪，及過失致人於死罪之構成要件，給予實質一罪之評價。又加重結果犯，以行為人能預見其結果之發生為要件，所謂能預見乃指客觀情形而言，與主觀上有無預見之情形不同。

二、所謂因果關係中斷，係將最初【台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 211 頁】之行為，稱為前因行為，將其後介入之行為，稱為後因行為，前因行為實行後，因後因行為之介入，使前因行為與結果間之因果關係因而中斷而言。至如結果之發生，雖介入被害人或第三人之過失行為，但被害人或第三人之與有過失行為，仍為結果發生之原因者，則行為人之罪責並不因而解免，此與前述因果關係中斷情形，並不相同。

**【裁判】**

109 年度台上字第 4553 號最高法院刑事判決

**參考條文：**

刑事訴訟法第 189、210 條、第 158 條之 3

**關鍵詞：**

鑑定、證人、具結、結文

**要旨**

一、**鑑定**，係由選任之鑑定人或囑託之鑑定機構，除憑藉其特別知識經驗，就特定物（書）證加以鑑（檢）驗外，並得就無關親身經歷之待鑑事項，僅依憑其特別知識經

驗（包括技術、訓練、教育、能力等專業資格）而陳述或報告其專業意見；人證，則由證人憑據其感官知覺之親身經歷，陳述其所見所聞之過往事實。前者，係就某特定事物，依法陳述其專業意見，以供法院審判之參酌依據，具有可替代性；後者，因係陳述自己親身見聞之過往事實，故無替代性。二者雖同屬人的證據方法，但仍有本質上之差異。而英美法上憑其專業知識、技術等專家資格，就待證事項陳述證人意見之專家證人，尚未為我國刑事訴訟法所採用，然就其依憑特別知識經驗而陳述或報告其專業意見之本質以觀，可認相當於我國刑事訴訟法上之鑑定，自應適用關於鑑定之規定。至於鑑定證人，係依特別知識得知已往事實之人，就其陳述已往事實以言，因與證人相似，有其不可替代之特性，刑事訴訟法第 210 條乃明定，應適用關於人證之規定；但若其依特別知識，就某事實陳述其判斷的意見，則仍與鑑定人無異，例如曾為傷患診治之醫師，就診治之經過作證，而陳述其過往診治經過之事實，此部分固因證人身分而有不可代替性；惟其就經驗事實而為專業上的意見報告部分，例如該醫師推定病人受傷係如何之兇器所致，乃屬意見之陳述，仍為鑑定之性質，當予區辨，避免混淆。又刑事訴訟法為擔保證人、鑑定人陳述或判斷意見之真正，特設具結制度，然因二者之目的不同，證人之陳述，求其真實可信，而鑑定人之鑑定，重在公正誠實，故兩者應具結之結文內容有別。具體而言，依刑事訴訟法第 189 條第 1 項規定，證人之結文內，應記載「當據實陳述，決無匿、飾、增、減」；同法第 202 條則定明鑑定人之結文內，應記載「必為公正誠實之鑑定」，以示區別。再者，依同法第 158 條之 3 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。此所稱未具結者，除全然未簽認結文外，尚包括違反同法第 189 條第 1 項、第 202 條所定具結之法定程式（結文內容）。從而，（鑑定）證人苟經法院或檢察官指定，意在使依其特別知識經驗，就所觀察之「現在事實」（非已往見聞經過之事實），報告其判斷之意見，即【台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 212 頁】不失為鑑定人之性質。於此，即應分別情形命具（鑑定）證人結文，或加具鑑定人結文。換言之，其人究竟係屬證人（鑑定證人）或鑑定人身分，自應分辨明白，然後依法命為具結，若有違反或不符法定程式，其證言或鑑定意見，即屬欠缺法定程式，而難認係合法之證據資料，不得作為證據。

二、本件第一審傳喚高雄市政府消防局火災調查科之股長王○坪到庭，就其出具之火災原因調查鑑定書，說明其研判之起火處及起火原因。如果無訛，其既係以本件火災原因調查鑑定書承辦人之身分到庭，憑藉其特別知識經驗，就現場勘查之情況，以及本件起火原因等事項，除陳述其親身經歷之過往事實（現場勘查之情況）外，尚陳述其專業意見，似非僅係（鑑定）證人而已，恐另兼以鑑定人之身分表示意見，第一審雖以證人身分傳喚王○坪到庭，但僅諭知證人具結義務及偽證處罰，命朗讀證人結文後具結之結文，未再踐行鑑定人之具結程序，於法自有未合。【台灣法學雜誌第 405 期，2020 年 12 月，第 213 頁】