

刊登於月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 63-80 頁。

## 實務法學：刑法類

林鈺雄

臺灣大學法律學院教授

王士帆

臺北大學法律學系助理教授

### 【導讀】

最高法院 2017 年 12 月公布刑事裁判 496 則，本期精選 20 則。

刑法方面，106 台非 252 判決延續 106 年第 6 次刑庭決議統一見解，認為行為人竊取之現金屬於犯罪所得，但「原確定判決竟引用修法前之實務案例，以被告所竊得之財物，被害人仍得依法請求返還或求償，其所有權仍屬被害人所有，而非屬於被告，自無從諭知沒收等為理由，而排除新修正刑法沒收規定適用，自有判決不適用法則之違法」。106 台上 2999 判決涉及犯罪所得之扣稅認定，其認為，「被害人實際交付之財物，即為其犯罪所得。原判決以花蓮縣議會係將公費助理補助費及春節慰問金預扣所得稅後發給，從而上訴人實際所詐得之金額，應係扣除所得稅後實領之金額，並據此為沒收及追徵之諭知，即無不合」。106 台上 3471 判決持續實務致見解，也是學界主流觀點，認為《刑法》第 38 條之 1 及《銀行法》第 1 之 5 條第 1 項均有「犯罪所得」規定，但前者重在剝奪被告之不法利得，後者則指違法吸收之資金總額（即其犯罪吸金之規模）而言，二者之意義並非相同。因此，原判決一方面說明行為人違反《銀行法》吸金之犯罪所得，應以借款總額予以核算，且不扣除期間還款部分，行為人借款金額未達 1 億元以上，故無《銀行法》第 125 條第 1 項後段加重其刑之適用（此處可參見 106 年第 15 次刑庭決議）。106 台上 4112 判決案情為行為人將機車前輪緊靠鐵軌停放，再取下鑰匙棄車逃離，是否構成《刑法》第 184 條第 1 項公共危險罪。本判決表示，該罪名以行為人「損壞軌道、燈塔、標識或以他法致生火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機往來之危險」為構成要件，屬具體危險犯，所謂「以他法」，其方法並無限制，客體亦不限軌道、燈塔、標識，例如於車站或公眾運輸工具引燃爆裂物或施放毒害物質，導致該交通據點及所停放或行駛中之公眾運輸工具受損、其上或附近之人員傷亡，均造成往來之危險。據此，行為人將機車前輪緊靠鐵軌停放，再取下鑰匙棄車逃離，「原判決因認倘【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 63 頁】火車經過，機車勢將遭列車撞擊，恐引發火燒火車等事故，該行為客觀上已使火車往來產生危險，該當刑法第 184 條第 1 項之犯

罪構成要件，不因警員及時予以排除，而謂無具體危險存在，要無違法可言」。106 台上 3768 判決乃臺灣繼承人常犯陋習，即以被繼承人名義領取銀行存款（遺產），本判決認為構成偽造私文書罪：「偽造文書罪，係著重於保護公共信用之法益，故所偽造之文書既足以生損害於他人，其犯罪即應成立，縱該偽造文書所載之作成名義人業已死亡，而社會一般人仍有誤認其為真正文書之危險，自難因其死亡阻卻犯罪之成立」。106 台上如 58 判決涉及《刑法》第 213 條公務員登載不實罪，本判決認為系爭罪名屬具體危險犯，而所謂「足以生損害於公眾或他人」要件，判斷行為是否「足以生損害」（具體危險）結果的時間點，「依照結果犯的法理，原則上當以行為完成時，例外則視結果發展終了時的情形，作為標準。一旦反推，無從合致此項要件，應無令負具體危險犯罪責之餘地」。值得注意的是本判決之案情和爭點，均屬「精彩」：2008 年薔蜜颱風侵襲南投縣仁愛鄉，南豐村一帶因河水激流沖蝕，導致河岸崩坍，牽涉民宅近 50 戶，水保機關認為「急需砂包保護，以免擴大災害」、「應列第 1 優先等級」，但鄉長未經政府採購程序，逕指定承包商施工，再於招案公文倒填日期，因此被原審判決公務員登載不實罪。本判決則對原審判決多所質疑，其一來表示「人民之生命、身體、健康、財產遭遇緊急危難，需緊急處置之採購事項」，得不適用政府採購程序（參見政府採購法第 105 條第 1 項第 2 款），是以，「採購案是否有緊急處置之必要，機關首長當有行政裁量判斷的職權，縱因屬下採購承辦人員未諳法令規定，疏於採購程序，致未援引，得否即逕認客觀上無所謂『緊急危難』的情形存在？實容商榷」；二來，鄉長指定之工程承包商，「不僅未造成公家機關財物損失，反而節約受益，又因及時完成護岸工程，防止災害擴大，維護河川沿岸民眾生命、財產安全」，則行為人為「公務員不實登載公文書之行為，最後發展是否有『足以生損害於公眾或他人』之結果發生？是否應課以刑罰，而非行政處置已足？容非無疑」。106 台上 4126 判決表示，宣稱遭強制性交之被害人，若其意思隱晦不明，或有「半推半就」情形，致使行為人主觀上誤認被害人有含蓄同意之意思，且在客觀上亦未施以違反其意願之方法者，基於罪刑法定、證據裁判主義及無罪推定原則，難遽為被告有罪認定。106 台上 4067 判決的案情是，不具醫師資格之行為人違法從事醫療行為詐取金錢，涉及《刑法》第 339 條第 1 項之詐欺取財罪以及《醫師法》第 28 條非法執行醫療業務罪。對此，本判決認為：詐欺罪在保護個人財產法益，醫師法禁止未取得合法醫師資格者，擅自執行醫療行為，則在於保障國民生命及健康，二者間不具有保護法益同一性，詐欺犯行也不當然包涵擅為醫療行為之罪質；兩行為重疊時，應論以分別起意之數行為而以數罪併罰，或依想像競合規定從一重處斷，應視具體情形而為決定。【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 64 頁】

刑事訴訟法方面，106 台上 3802 判決是典型的誘捕偵查案例，情節偏向陷害教唆（甚至是警察誣告），請讀者自行閱讀。106 台抗 960 裁定重申法官前審自行迴避條款的「審級說」（參見司法院釋字第 178 號解釋），認為「前審」指同一推事，就同一案件，曾參

與下級審之裁判而言，「乃因推事已在下級審法院參與裁判，在上級審法院再行參與同一案件之裁判，當事人難免疑其具有成見，而影響審級之利益。從而該款所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。又推事於該案件曾參與前審之裁判者，依上開規定，固應自行迴避，但再審案件其參與原確定判決之推事，並不在該款應行迴避之列（本院 28 年聲字第 10 號判例意旨參照）。故審理再審案件之法官，其曾參與原確定判決更審前之第三審判決者，並不在本款應行迴避之列」。本件案情可供參考。106 台上 521 判決表示被告於訴訟程序有受律師協助提供實質、有效辯護之權利，無效之律師協助固得構成合法上訴之理由，「但仍應由被告具體指出辯護人之辯護行為有瑕疵，致未發揮辯護人應有的功能外，必也該瑕疵行為嚴重至審判已不公平，審判結果亦因而不可信者，始足當之」。本案中，被告並未具體指出其原審辯護人捨棄證據調查，有何程序瑕疵，以致未發揮辯護人應有的功能，亦未說明他人倘於原審作證，即應為其有利之證述，進而影響於判決之結果，「徒以該辯護人未與其溝通為由，即遽指其原審辯護人所為上開訴訟行為係屬無效辯護」，自非適法之第三審上訴理由。106 台上 1057 判決強調多數辯護之意義：我國立法政策上，採多數辯護制度，即同一被告至多得選任 3 位辯護人為其辯護。每位辯護人之辯護權各自獨立，可居於自身之辯護權能，從不同面向，展現不同辯護內容，自主、充分地為被告辯護，彼此無法取代，以彰顯多數辯護制度之目的。本案中，辯護人之一因天候不佳，屬不可抗力因素致無法到庭，「此項不利益不應由被告承擔」，「為保障被告辯護依賴權，非不得依刑事訴訟法第 291 條規定再開辯論，原審遽行終結，顯不足以維護訴訟上之程序正義」，不符多數辯護制度之旨。106 台上 2821 判決涉及警察違反罪名告知義務（刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款、第 100 條之 2）。本判決認為，《刑事訴訟法》第 158 條之 2 第 2 項規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條（第一項）第二款、第三款之規定者，準用前項規定。」僅就該第 95 條第 1 項第 2 款、第 3 款規定「不得作為證據」，而不包含第 1 款警察違反罪名告知義務，「係因司法警察（官）不一定是法律專家，不宜苛責其此項義務之絕對正確遵守，何況罪名常因證據之逐漸浮現與事實真相被發覺而改變，從而歸到同法第 158 條之 4 關於權衡法則加以規範，判斷其證據能力」，但是，「倘司法警察（官）未告知之罪名，與嗣後檢察官擇為起訴客體的事實、法條、罪名，毫無關係者，即根本不生違反告知義務之問題，無違法可言」。106 台抗 669 裁定表示，依刑事訴訟法所為之扣押，具有禁止處分之效【**月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 65 頁**】力，不妨礙民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押（參見刑事訴訟法第 133 條第 6 項），目的在避免刑事扣押經撤銷後，因重複查封禁止之相關規定，導致因無民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押，使被告有趁隙脫產之機會。不過，「民事強制執行之目的為實行債權人之債權受償，仍不優先於國家依法所為之刑事扣押，扣押之物如經裁判確定為應沒收之物，即移轉為國家所有」，因此，「強



制執行程序之拍賣標的如經檢察官核發禁止處分命令，則此標的已屬於扣押狀態，執行法院僅能在不妨礙民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押下，為執行程序之進行，若執行法院就進行拍賣程序，而予以實質上之處分，自與刑事訴訟法第 133 條之規定有違，其執行之拍賣程序即有瑕疵」。106 台上 3982 判決涉及私人取證之證據能力，本判決認為第三人所拍攝之現場錄影光碟（控土機司機破壞水土保持），屬於「私人違法取得之證據，除使用暴力、刑求等不法方法取得者外，原則上並無證據排除原則之適用」。106 台上 3633 判決認為「對向犯之一方所為不利於被告之陳述，為擔保其真實性，依刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定之同一法理，仍應認有補強證據以證明其確與事實相符之必要性」，這是最高法院始終歧異的法律見解。106 台上 4158 判決依實務向來見解，認為《刑事訴訟法》第 159 條之 5 當事人同意傳聞證據，本於程序之明確性，「即無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求」，而且，同意效力「既因當事人之積極行使處分權，並經法院認為適當且無許其撤回之情形，即告確定，即令上訴至第二審，仍不失其效力」。106 台上 3886 判決表示，《刑事訴訟法》第 181 條之不自證己罪拒絕證言權，因證人有到場接受訊問，陳述自己所見所聞具體事實之義務，「必須到場接受訊問後，針對所訊問之個別具體問題，逐一為主張，不得以陳述可能致其或該特定關係之人受刑事訴追或處罰為理由，而概括拒絕回答一切問題」。106 台非 235 判決談及管轄錯誤判決之效力與其訴訟繫屬時點。本判決認為，管轄錯誤判決屬形式判決，僅終結該無管轄權法院之形式訴訟關係，實體訴訟關係仍未消滅，「在該案件移送於管轄法院時，續存於管轄法院，並視為檢察官已向管轄法院起訴。然因刑事訴訟法第 12 條規定，訴訟程序不因法院無管轄權而失其效力。故該案件仍應以無管轄權法院收受卷證時，為訴訟繫屬時間」。106 台上 3779 判決涉及第三人沒收，其表示依《刑事訴訟法》第 455 條之 26 第 1 項規定「參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決」，原審認不應對參與程序之第三人宣告沒收，原審自應於判決主文為不予沒收之諭知，方屬正確，其漏未記載，顯屬漏判。

## 106台非252判決

### 【相關條文】

刑法第 38 條之 1

### 【關鍵詞】

竊盜所得

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。又上述犯【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 66 頁】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。再犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵；民國 105 年 7 月 1 日起修正施行之刑法第 38 條之 1 第 1 項前段、第 3、4、5 項分別定有明文。上述規定旨在澈底剝奪犯罪行為人因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪。並為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，限於個案已實際合法發還被害人時，始無庸沒收。

三、本件原確定判決認定被告楊○柱竊取得手之財物為現金新臺幣 41 萬 2,000 元，且迄今尚未與被害人高○萱和解並賠償被害人等情，原確定判決竟引用修法前之實務案例，以被告所竊得之財物，被害人仍得依法請求返還或求償，其所有權仍屬被害人所有，而非屬於被告，自無從諭知沒收等為理由，而排除新修正刑法沒收規定適用，自有判決不適用法則之違法。原確定判決雖非不利於被告，然所涉及之法律見解具有原則上之重要性，而與統一法令之適用有關。非常上訴意旨執以指摘原確定判決此部分違背法令，洵有理由，應由本院將原確定判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

## 106台上2999判決

### 【相關條文】

刑法第 38 條之 1

### 【關鍵詞】

扣除所得稅

貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之利用職務上之機會詐取財物罪，以公務員假借職務上之一切事機，以欺罔手段使人陷於錯誤而交付財物者，即屬當之。則被害人實際交付之財物，即為其犯罪所得。原判決以花蓮縣議會係將公費助理補助費及春節慰問金預扣所得稅後發給，從而上訴人實際所詐得之金額，應係扣除所得稅後實領之金額，並據此為沒收及追徵之諭知，即無不合。上訴意旨謂此應以楊○暹年度申報所得稅之結果計算其所得云云，自屬無據，即非適法之第三審上訴理由。

## 106台上3471判決

### 【相關條文】

刑法第 38 條之 1；銀行法第 125 條

## 【關鍵詞】

### 犯罪吸金規模

刑法第 38 條之 1 規定：犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。另銀行法第 125 條第 1 項規定：違反第 29 條第 1 項規定者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，得併科 1 千萬元以上 2 億元以下罰金。其犯罪所得達 1 億元以上者，處 7 年以上有期徒刑，得併科 2,500 萬元以上 5 億元以下罰金。雖刑法第 38 條之 1 及銀行法第 125 條第 1 項均有「犯罪所得」之規定，但前者重在剝奪被告之不法利得，以避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪；後者依 93 年 2 月 4 日修正公布之銀行法第 125 條立法理由說明，該條項後段所稱之「犯罪所得」，係指違法吸收之資金總額（即其犯罪吸金之規模）而言，二者之意義並非相同。因此原判決一方面說明上訴人與謝○璋違反銀行法吸金之犯罪所得，應以向原判決附表一所示之人借款總額【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 67 頁】予以核算如同附表各子表所示，且扣除期間還款部分，上訴人與謝○璋借款金額均未達 1 億元以上，而無銀行法第 125 條第 1 項後段加重其刑之適用。另一方面說明上訴人與謝○璋 2 人係指示林石○英等人分別至日○證券股份有限公司復興分公司、大○證券股份有限公司忠孝分公司開立證券集保帳戶及銀行交割帳戶後，將證券下單之受任人約定為謝○璋與不知情之林○如、吳○璋及劉○等人，並辦理網路下單功能後，將出借款項存入各該交割帳戶內，上訴人與謝○璋對於系爭借款金額，得以實質支配用以下單買賣股票，但因款項均存在各該借款人之帳戶內，仍屬各借款人所有，非上訴人及謝○璋所有，並無犯罪所得，自無從宣告沒收等旨，應無矛盾之情形。

### 106 台上 4112 判決

## 【相關條文】

刑法第 184 條

## 【關鍵詞】

### 機車前輪停放鐵軌、具體危險犯

刑法第 184 條第 1 項之公共危險罪，以行為人「損壞軌道、燈塔、標識或以他法致生火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機往來之危險」為構成要件，係具體危險犯，於該行為客觀上具備公共危險之狀態即足，不以已經發生危害為必要。所謂「以他法」，指以損壞軌道、燈塔、標識以外之方法，致生火車、電車或公眾運輸工具往來之危險者而言，其方法並無限制，客體亦不限於軌道、燈塔、標識，例如於車站

或公眾運輸工具上引燃爆裂物或施放毒害物質，導致該交通據點及所停放或行駛中之公眾運輸工具受損、其上或附近之人員傷亡，自均造成往來之危險。又此罪之既、未遂區別，在於該行為已否致使公眾運輸工具發生往來之危險，倘該行為業已使公眾運輸工具因而傾覆或破壞者，則屬同條第 2 項加重結果犯之範疇。依原判決確認之事實，上訴人將機車前輪緊靠鐵軌停放，再取下鑰匙棄車逃離，原判決因認倘火車經過，機車勢將遭列車撞擊，恐引發火燒火車等事故，該行為客觀上已使火車往來產生危險，該當刑法第 184 條第 1 項之犯罪構成要件，不因警員及時予以排除，而謂無具體危險存在，要無違法可言。

## 106台上3768判決

### 【相關條文】

刑法第 210 條

### 【關鍵詞】

被繼承人名義

刑法第 210 條之偽造文書，以無制作權之人冒用他人名義而制作該文書而言。所謂他人，父母妻子兄弟均包括在內。又偽造文書罪，係著重於保護公共信用之法益，故所偽造之文書既足以生損害於他人，其犯罪即應成立，縱該偽造文書所載之作成名義人業已死亡，而社會一般人仍有誤認其為真正文書之危險，自難因其死亡阻卻犯罪之成立。原判決依憑上訴人之供述、其兄弟姐妹程○、程○、程○、程○之證述、臺灣銀行新竹科學園區分行（下稱臺銀竹科分行）存摺存款歷史明細查詢資料、本案取款憑條影本等證據資料綜合判斷後，認定上訴人明知其母親韓○美於民國 100 年 10 月 4 日死亡，仍於 100 年 11 月 14 日冒用韓○美名義、蓋用韓○美印章，【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 68 頁】提領其於臺銀竹科分行 000000000000 號帳戶之存款新臺幣 5 萬 1,565 元。並說明，銀行存款戶亡故後，其繼承人欲提領被繼承人之存款時，應由申請人提示存款證明、存款人死亡證明書、戶籍謄本、遺產稅繳清證明書、可確認為合法繼承人之證明，繼承存款申請書、繼承系統表、繼承人印鑑證明，若繼承人有一人以上，而委任其中一人代表領款，除上述文件外，應另提出全體繼承人簽章之委託書或拋棄繼承權聲明書，為銀行存款繼承作業處理之標準程序。繼承人於提領被繼承人之存款時，自應循上開途徑為之，尚非得由其中部分繼承人，擅自提領處分被繼承人所遺留之財產，依上訴人之智識（大學教授），應可知悉蓋用已死亡之親人印章，並非合法正常行為，縱取得全體繼承人之同意，亦應以全體繼承人之名義提領，而非以死者之名義提領，其填寫死



者名義之取款憑條行使，提領韓○美生前在銀行之存款，自有損害相關他人權益之虞之抽象危害，難謂無偽造文書之故意，不論原判決就其是否獲得程○、程○授權之認定有無瑕疵，均不影響其以死者名義提領款項，應負行使偽造私文書罪責之判決本旨。

## 106台上2658判決

### 【相關條文】

刑法第 213 條

### 【關鍵詞】

危險結果之時間點

法律是人類文明的產物，為維持社會秩序而制定，但人類生活型態各式各樣，為靈活適應，故法律規定有原則、有例外。而法律所定構成犯罪的行為，依其觀察角度，學理上有不同的分類，例如行為犯（或稱舉動犯、形式犯）、結果犯（或稱實質犯）；危險犯、實害犯（或稱侵害犯）；作為犯、不作為犯；自然犯、法定犯；即時犯（或即成犯）、繼續犯、狀態犯；目的犯、傾向犯、表現犯；結合犯、結果加重犯等等，因切入點不同，所以不同的分類彼此間，並不一定互相排斥，例如殺人罪是結果犯，也是實害犯，可以是作為犯，也可以是不作為犯；偽造文書罪是結果犯，卻是危險犯，但祇能是作為犯，不會是不作為犯。其中，危險犯又分為抽象危險犯和具體危險犯二種，但無論如何，均不同於實害犯，乃就法益侵害程度而作區別。實害犯，係指法益業已現實地被侵害，例如殺人、強盜，外觀上侵損法益，至為明顯；危險犯，則指行為符合了犯罪的構成要件，致法益受有侵害的危險存在，但不以實際發生現實侵害為必要，其提前禁制，係依憑社會生活經驗作基礎，由立法者擬制其危險存在者，屬抽象危險犯，例如對於現供人居住使用之住宅放火罪；至於委諸司法認定其危險存在者，屬具體危險犯，例如偽造公、私文書罪，通常於法律條文中會有「足以生損害於……」的要件表現。

行為有危害之虞，但後來並未發生實害，或進而確實引致實害結果發生，一般來說都算是正常現象，然而，社會生活有時千奇百怪，並非一成不變，表面上初看，好似危險，卻偶爾因緣湊巧、陰錯陽差、不合邏輯，導致最後結果實際上是受益者，亦可能存在，對於此種特別例外情形的具體個案，倘若認為依然必須依危險犯罪名予以論處，而

**【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 69 頁】**

不考慮刑法謙抑性和最後手段性，自應詳加說明其判斷的理由，以昭折服，否則，非無判決理由不備之可議。至於判斷行為是否「足以生損害」（具體危險）結果的時間點，依照結果犯的法理，原則上當以行為完成時，例外則視結果發展終了時的情形，作為標



準。一旦反推，無從合致此項要件，應無令負具體危險犯罪責之餘地。

卷查：97年9月下旬薔蜜颱風侵襲臺灣地區，南投縣仁愛鄉南豐村一帶既因溪水沖刷，民宅岌岌可危，業經村長於同年9月29日下午，緊急通報鄉公所，請求調用消波塊阻水、進駐重機械，南投水保分局旋於風災後之同年10月3日，派員會同張○孝前往勘查，確實看見南豐村一帶因河水激流沖蝕，導致河岸崩坍，牽涉民宅近50戶，並認「急需砂包保護，以免擴大災害」，「應列第1優先等級」，水保機關承辦人立即簽報動支工程經費（概算），由該分局長於同年9月5日，將「緊急搶修通工程報局同意表」電傳呈報水保（總）局，該（總）局長旋於翌（6）日批可同意，嗣再經分局長核定系爭9件工程經費為593萬餘元，並通知仁愛鄉公所「儘速依政府採購法及『行政院農業委員會水土保持局辦理土石災害緊急水土保持處理程序』相關規定辦理發包施工」、「儘量就地取材及僱用在地人施作，以爭取時效」，復參諸上開災情現場照片，顯示河道中央已有大量土石從上游沖刷而下，雖有挖土機在場進行清理控掘，但河道兩旁卻無完整之堤防或土牆，似不足以應付龐大數量之土石沖刷，尤其部分河岸旁邊，尚有建築物、工作物，如未能迅速提供大量砂包以供堆疊保護河岸，似有使災情更加擴大之虞。上情果若無訛，似見災情非輕，已危及人民生命、財產、安全，情況至為緊急。原判決逕以系爭9件工程採購案，既未事先經簽報機關首長核准辦理緊急採購，乃認定無政府採購法第105條第1項第2款所指「緊急危難」之情形存在，似與卷內證據資料，不盡相符。尤以，政府採購法第105條第1項第2款規定：「人民之生命、身體、健康、財產遭遇緊急危難，需緊急處置之採購事項，得不適用政府採購法招標、決標之規定。」第2項並賦予主管機關另定處理辦法之權限。而其主管機關依此授權，制定「特別採購招標決標處理辦法」1種，其中第5條第1項規定：「機關辦理本法第一百零五條第一項第二款之採購，應先確認人民之生命、身體、健康或財產遭遇緊急危難，且該採購業經機關首長或其授權人員核准確有緊急處置之必要。」雖第2項規定：「前項核准文件應記載本法招標及決標規定中因緊急處置得不適用之條文；其未記載者，仍應適用本法之規定。」而92年9月30日發布的「機關依政府採購法第一百零五條第一項第二款辦理緊急採購作業範例」，其中貳——仍例載：「需求、使用或承辦採購單位應先確認人民之生命、身體、健康或財產遭遇緊急危難，簽報機關首長或其授權人員……核准確有辦理緊急採購之必要。」準此，採購案是否有緊急處置之必要，機關首長當有行政裁量判斷的職權，縱因屬下採購承辦人員未諳法令規定，疏於採購程序，致未援引，得否即逕認客觀上無【月旦裁判時報第71期，2018年5月，第70頁】所謂「緊急危難」的情形存在？實容商榷。又張○孝當時既係以鄉長身分，會同南投水保分局人員一起勘災，並於現場指示徐○助先行施作，則其此時是否能夠預見水保（總）局將會如此迅速地批准經費？主觀上是否已認其情至急，不待水保機關核下，即有緊急處置之必要？此攸關係爭9件工程採購程序，實質上得否排除政府採購法相關招標、決標規定之適用，以及「補辦相關程序」之「實質」違法的判斷，允

宜再予釐清。

再者，衡諸系爭災害現場，地屬深山、偏鄉，交通不便，工程施作的人、物力資源，相對不足，復仍值颱風盛行期間內，而系爭 9 件工程採購案的承包商，卻勉力於短短 10 天內，確實完成系爭 9 件工程的護岸作業、通過驗收，似乎效率甚高；且最終結算的工程費僅為 461 萬 7,923 元，遠低於南投水保分局核定的金額 593 萬 4 千元，及本案決標金額 585 萬元，似乎節省公帑達 120 餘萬元。果爾，系爭採購案中，縱然有指定承包廠商情形，但不僅未造成公家機關財物損失，反而節約受益，又因及時完成護岸工程，防止災害擴大，維護河川沿岸民眾生命、財產安全，則上訴人 3 人所為公務員不實登載公文書之行為，最後發展是否有「足以生損害於公眾或他人」之結果發生？是否應課以刑罰，而非行政處置已足？容非無疑。

張○孝辯稱：97 年 9 月間，依序有強烈颱風辛樂克、中度颱風哈格比、強烈颱風薔蜜來襲，造成南投縣仁愛鄉多處嚴重之土石流災害，確實符合緊急搶救災情條件等語，是否毫無可採？徐○助在調查中，雖稱獲得 50 萬元工程利潤，因和借牌廠商均分，取得 25 萬元，在偵查中，改言扣除各項成本、費用後，獲取 15 萬元利潤，在審理中，另謂最後因遭扣款，結算還賠錢；而原審送請行政院公共工程委員會鑑定，覆函結論為無法鑑認系爭包商是否獲利各等語，此關乎上訴人 3 人涉犯公務員不實登載公文書罪構成要件行為之該當性，允宜詳加說明其判斷的理由，以昭折服。

## 106台上4126判決

### 【相關條文】

刑法第 221 條

### 【關鍵詞】

半推半就

刑事妥速審判法第 9 條第 1 項第 2 款所稱「判決違背司法院解釋」，係指判決之意旨違背行憲前司法院之院字或院解字解釋，或行憲後司法院大法官會議所為之解釋（下通稱司法院解釋）而言。本件檢察官上訴意旨雖指原判決對於刑法第 221 條強制性交罪其中關於「違反其意願」要件所闡示之見解，有違司法院釋字第 728 號解釋，及大法官湯德宗所提協同意見書中關於國家應遵守之「禁止保護不足」原則云云。惟司法院釋字第 728 號解釋文為：「祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定：『本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。』並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，

但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 71 頁】序之安定。是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第 7 條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權」等旨。上開解釋意旨雖引敘憲法所規定之男女平等原則，以及憲法增修條文所規定國家對於女性負有積極之保護義務，以實踐兩性地位實質平等之理念。然其闡示之目的係在督促「有關機關對於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員認定制度之設計，應兼顧上開憲法及增修條文課予國家對女性積極保護義務之意旨，及法安定性原則，視社會變遷與祭祀公業功能調整之情形，就相關規定適時檢討修正，俾能貫徹性別平等原則與憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由之意旨」，似與法院於審判上適用刑法第 221 條強制性交罪規定時，對於該罪關於「違反其意願」構成要件之解釋無關。雖大法官湯德宗對於該解釋所提出之「協同意見書」中，提及國家機關有前述「禁止保護不足」原則之適用；然此係個別大法官基於上述解釋意旨所推行之見解，其涵攝範圍如何，如何具體實踐落實，以及該項理念是否已廣泛形成憲法層次之共識，均值深入探究。又上述原則係泛指國家機關應善盡一切方法以保護人民基本權之義務，俾避免因保護不足而使人民遭受他人之不法侵害。然而國家審判機關於適用刑法相關規定對被告為有罪或無罪之論斷時，仍應遵守證據裁判主義及無罪推定原則，本於調查證據所得妥慎認定事實，對於法條罪名構成要件之解釋，亦應依據文義、論理、立法目的、體系、歷史及合憲性等相關解釋方法，本於法律之確信妥適加以解釋，若當事人不服判決，亦可循法律所規定之審級上訴或再審、非常上訴等途徑以資救濟，尚難以法院對於證據取捨之結果對被害人不利，遽認有違「禁止保護不足」原則。

五、刑法上強制性交及強制猥褻罪之規範目的在於保護性自主決定權，該等罪名中所稱「其他違反其意願之方法」，係指條文中所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，而妨害被害人之意思自由者而言。雖不以使被害人達於不能抗拒之程度為必要，仍須其行為已妨害被害人之自由意志，或違反被害人之意願而仍執意為之，始屬相當。倘若被害人之意思隱晦不明，或有所謂「半推半就」之情形，致使行為人主觀上誤認被害人有含蓄同意之意思，且在客觀上亦未施以違反其意願之方法者，基於罪刑法定、證據裁判主義及無罪推定原則，自難遽為被告有罪之認定。

## 106台上4067判決

### 【相關條文】

刑法第 55 條、第 339 條

### 【關鍵詞】



## 醫療詐欺

想像競合犯，係指所為一行為，具備數個犯罪構成要件，而競合為一罪者而言，即刑法第 55 條前段「一行為而觸犯數罪名」之謂。又詐欺罪係保護個人財產法益；醫師法禁止未取得合法醫師資格者，擅自執行醫療行為，則在於保障國民之生命及健康，二者間不具有保護法益同一性，詐欺犯行也不當然包涵擅為醫療行為之罪質；兩行為重疊時，應論以分別起意之數行為而以數罪併罰之，或依想像競合犯規定從一重處斷，【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 72 頁】應視具體情形而為決定。原判決已說明認定上訴人與真實姓名不詳、化名「林○希」之成年女子係基於違法從事醫療行為及詐欺取財之犯意聯絡，攜帶牛樟芝萃取液，前往向告訴人趙○聰指示如何為趙○聰之母親戴○玉用藥、解讀病情與建議用藥等方式，致趙○聰陷於錯誤，訂購牛樟芝萃取液，並交付款項等情；及說明上訴人以非法執行醫療行為，作為詐騙告訴人之詐術，係以一行為犯修正前刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪，及醫師法第 28 條前段之非法執行醫療業務罪，為想像競合犯，應從一重之非法執行醫療業務罪處斷等旨。

## 106 台上 3802 判決

### 【相關條文】

刑事訴訟法第 1 條

### 【關鍵詞】

#### 陷害教唆、半套

（一）所謂陷害教唆，係指犯罪行為人原不具犯罪之故意，純因司法警察（官）之設計教唆，始萌生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為。又司法警察（官）係屬偵查輔助機關，依刑事訴訟法第 230 條、第 231 條規定，受檢察官之指揮或命令偵查犯罪。採誘捕偵查手段蒐證之司法警察（官），其目的在使特定犯罪嫌疑人受刑事訴追處罰，而與被告立場相反，復涉及有無以「陷害教唆」之不正當手段偵查犯罪，其就蒐證過程所為證述，不必然具有可信性。倘所述非無瑕疵可指，復無其他證據足以佐證其真實性，自不能採為認定被告犯罪事實之唯一依據。（二）警員徐○君係採誘捕偵查手段蒐證，其於偵查、審理中固證稱：胡○萱按摩數十分鐘後，拉下其內褲，搓弄其生殖器，遂以「妳們這邊沒有全套，只有半套而已喔？」套話等語，惟證人胡○萱於警詢、第一審審理中證稱：我將客人褲子脫到肚臍下方按摩肚子，未碰觸生殖器，客人問我有無提供半套或全套服務，我說沒有等語。觀諸現場蒐證錄音光碟勘驗筆錄，徐○君於 46 分 30 秒時固曾詢問：「妳們這邊沒有全套，只有半套而已喔？」然胡○萱係答稱：「沒有。」該蒐證

錄音內容，自難佐證胡○萱確有於徐○君詢問前搓弄生殖器。再者，徐○君於審理中證稱在胡○萱碰觸其生殖器前，皆未與胡○萱講話等語，與上開勘驗筆錄顯示徐○君於 40 分 35 秒及 45 分 51 秒均有與胡○萱對話不符，所為證言即非無瑕疵可指。而徐○君於詢問胡○萱前，究為何事與胡○萱對話，攸關警方係以「陷害教唆」或所謂「釣魚方式」查獲本案之認定。原審未予調查釐清，徒以警員須依法執行公權力，無需杜撰不實之查獲情節，亦無甘冒偽證罪之風險誣陷上訴人之動機與必要，所述並有現場蒐證錄音光碟勘驗筆錄可佐，有相當之可信性，即認胡○萱有主動搓弄徐○君生殖器之猥褻行為，自嫌率斷，難謂無理由不備及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

## 106台抗960裁定

### 【相關條文】

刑事訴訟法第 17 條

### 【關鍵詞】

曾參與原確定判決更審前之第三審判決

推事（即法官，下同）於該管案件，曾參與前審之裁判者，應自行迴避不得執行職務，刑事訴訟法第 17 條第 8 款定有明文。依司法院釋字第 178 號解【**月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 73 頁**】釋，上開規定所謂「前審」係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言；乃因推事已在下級審法院參與裁判，在上級審法院再行參與同一案件之裁判，當事人難免疑其具有成見，而影響審級之利益。從而該款所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。又推事於該案件曾參與前審之裁判者，依上開規定，固應自行迴避，但再審案件其參與原確定判決之推事，並不在該款應行迴避之列（本院 28 年聲字第 10 號判例意旨參照）。故審理再審案件之法官，其曾參與原確定判決更審前之第三審判決者，並不在本款應行迴避之列。本件參與再審裁定之審判長法官黃○松，雖曾參與本院 102 年度台上字第 1073 號將原確定判決之前審撤銷發回之第三審判決，因其先前所參與者係第三審之裁判，本件聲請再審案件則為第二審之裁判，揆之首揭說明，自不在應自行迴避之列。從而，本件原裁定審判長法官黃○松未自行迴避，依上述說明，於法尚無違誤。

## 106台上521判決

### 【相關條文】

## 刑事訴訟法第 27 條、第 380 條

### 【關鍵詞】

#### 無效之律師協助

刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，此為人民依憲法第 16 條享有之訴訟權所衍生之基本權，藉由辯護人本其法律專業，一則強化被告訴訟上主體之地位，協助被告有效行使防禦權等訴訟上權利，並督促法官、檢察官善盡對被告之客觀注意義務，使被告獲致有利之判決結果，二則彌補被告與國家間實力落差，確保訴訟當事人間之實質對等，促成國家刑罰權適當行使，落實被告利益之保障，並兼顧審判公平之維護，因此辯護人於訴訟程序為被告所為之訴訟行為，效力當然及於被告。又刑事被告於訴訟程序有受律師協助提供實質、有效辯護之權利，以維護公平正義與被告利益，無效之律師協助，固得構成合法上訴之理由，但仍應由被告具體指出辯護人之辯護行為有瑕疵，致未發揮辯護人應有的功能外，必也該瑕疵行為嚴重至審判已不公平，審判結果亦因而不可信者，始足當之。卷查，乙○○之原審辯護人（亦為其第一審辯護人）於第一審已詰問證人甲○○、陳○傑，至原審準備程序，復聲請傳喚甲○○、陳○傑，並另聲請傳喚證人曾○發、邱○愛（並未聲請傳喚黃○○），而證人曾○發、邱○愛部分已經詰問完畢，證人甲○○、陳○傑則經該辯護人於 104 年 9 月 22 日、105 年 1 月 5 日審判期日分別捨棄，有原審審判筆錄可稽。乙○○並未具體指出其原審辯護人捨棄上開證據之調查，有何程序上之瑕疵，致未發揮辯護人應有的功能，亦未說明甲○○、陳○傑倘於原審作證，即應為其有利之證述，進而影響於判決之結果，徒以該辯護人未與其溝通為由，即遽指其原審辯護人所為上開訴訟行為係屬無效辯護，原審有調查證據職責未盡之違法云云，自非適法之第三審上訴理由。

## 106台上1057判決

### 【相關條文】

#### 刑事訴訟法第 28 條、第 291 條

### 【關鍵詞】

#### 不可抗力缺席、實務法學

刑事被告在訴訟上有依賴律師為其【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 74 頁】辯護之權，此為人民依憲法第 16 條規定賦予訴訟權所衍生之基本權，功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人（有律師為代理人）立於平等之地位，而受法院公平



之審判。基此，我國立法政策上，採多數辯護制度，於刑事訴訟法第 28 條規定：「每一被告選任辯護人，不得逾三人。」即同一被告至多得選任 3 位辯護人為其辯護。而每位辯護人之辯護權，均各自獨立，可居於自身之辯護權能，從不同之面向，展現不同之辯護內容，自主、充分地為被告辯護，彼此無法取代，以彰顯多數辯護制度之目的。而刑事司法之實踐，即應藉由程序之遵守，確保裁判之公正，以保障人權。本件上訴人卓○崇、劉○麟被訴違反貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之對於職務上行為收受不正利益之罪，其最輕本刑為 7 年以上有期徒刑（得併科新臺幣 6000 萬元以下罰金），係屬刑事訴訟法第 31 條第 1 項第 1 款所規定之強制辯護案件。本件於原審，卓○崇選任王○榮律師、陳○煌律師、鄭○鈞律師，劉○麟選任王○榮律師、鄭○鈞律師、陳○昇律師為辯護人，各有委任狀附卷可憑，除陳○昇律師於民國 105 年 6 月 8 日解除委任外，於審判期日自應由王○榮律師、陳○煌律師、鄭○鈞律師分別為卓○崇、劉○麟辯護，以維其權益。卷查王○榮律師於 105 年 6 月 15 日審理期日並未到庭，僅由陳○煌律師、鄭○鈞律師為卓○崇辯護，由鄭○鈞律師為劉○麟辯護。原審未予究明王○榮律師未到庭原因，經提示相關證據調查後，旋經言詞辯論終結，定期宣判。王○榮律師則於 105 年 6 月 21 日具狀提出電子機票收據、登機證，及華信航空公司因天候因素取消 105 年 6 月 15 日班機證明，釋明審判期日因天候不佳，金門機場關閉，飛機無法降落而折返松山機場，係不可抗力因素致無法到庭。則王○榮律師無法到庭為被告辯護，係導因於天候及金門地區特殊交通因素，無其他適合之交通工具到場，此項不利益不應由被告承擔。故斯時雖已辯論終結，但仍未宣判。審理期日雖經陳○煌律師、鄭○鈞律師為卓○崇辯護，由鄭○鈞律師為劉○麟辯護，但無法取代或兼及王○榮律師之辯護。為保障被告辯護依賴權，非不得依刑事訴訟法第 291 條規定再開辯論，原審遽行終結，顯不足以維護訴訟上之程序正義，影響卓○崇、劉○麟充分行使其防禦權，不符上開多數辯護制度之旨，其所踐行之訴訟程序，難謂適法。卓○崇、劉○麟上訴意旨執此指摘原判決違背法令，為有理由。且上述違背法令情形，涉及上訴人等訴訟防禦權及程序正義之保障，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

## 106台上2821判決

### 【相關條文】

刑事訴訟法第 95 條、第 158 條之 4

### 【關鍵詞】

警察告知罪名

刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款規定：「訊問被告應先告知下列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人，如為低收入戶、中低收入戶、原住民或其他依【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 75 頁】法令得請求法律扶助者，得請求之。四、得請求調查有利之證據。」係為保障被告基本人權——訴訟防禦權而設計，依同法第 100 條之 2 規定，於司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時，準用之。違反時，同法第 158 條之 2 第 2 項規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條（第一項）第二款、第三款之規定者，準用前項規定。」僅就該第 95 條第 1 項第 2 款、第 3 款規定「不得作為證據」，而不包含第 1 款情形，係因司法警察（官）不一定是法律專家，不宜苛責其此項義務之絕對正確遵守，何況罪名常因證據之逐漸浮現與事實真相被發覺而改變，從而歸到同法第 158 條之 4 關於權衡法則加以規範，判斷其證據能力。但無論如何，倘司法警察（官）未告知之罪名，與嗣後檢察官擇為起訴客體的事實、法條、罪名，毫無關係者，即根本不生違反告知義務之問題，無違法可言。

## 106 台抗 669 裁定

### 【相關條文】

刑事訴訟法第 133 條

### 【關鍵詞】

民事強制執行

可為證據或得沒收之物，得扣押之；為保全追徵，必要時得酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產，刑事訴訟法第 133 條第 1 項、第 2 項定有明文；又扣押物未經諭知沒收者，應即發還。但上訴期間內或上訴中遇有必要情形，得繼續扣押之，刑事訴訟法第 317 條亦規定甚明。所謂扣押物無留存之必要者，乃指非得沒收之物，且又無留作證據之必要者，始得依上開規定發還；倘扣押物尚有留存之必要者，即得不予發還。另該等扣押物有無留存之必要，並不以係得沒收之物為限，且有無繼續扣押必要，應由事實審法院依案件發展、事實調查，予以審酌。故扣押物在案件未確定，而扣押物仍有留存必要時，事實審法院得本於職權依審判之需要及訴訟之程度，予以妥適裁量而得繼續扣押，俾供上訴審審判之用，以利訴訟之進行。再按刑法第 38 條之物及第 38 條之 1 之犯罪所得之所有權或其他權利，於沒收裁判確定時移轉為國家所有。前項情形，第三人對沒收標的之權利或因犯罪而得行使之債權均不受影響。第 1 項之沒收裁判，於確定前，

具有禁止處分之效力，刑法第 38 條之 3 定有明文。又依刑事訴訟法所為之扣押，具有禁止處分之效力，不妨礙民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押，105 年 6 月 22 日修正之刑事訴訟法第 133 條第 6 項亦有所規定。修正意旨在避免刑事扣押經撤銷後，因重複查封禁止之相關規定，導致因無民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押，使被告有趁隙脫產之機會。又依司法院 96 年 6 月訂頒之「法院辦理民事執行實務參考手冊」，其中參、民事執行與其他機關強制處分之關係，載明：「……。(二)經刑事法院裁判宣告沒收之物：1.原則：經刑事法院裁判宣告沒收確定之物，不得為強制執行之標的。2.例外：於宣告沒收之刑事裁判確定前，得依案件進行情形，向檢察署或該法院刑事庭（承辦股）發附條件之扣押命令，待刑事裁判確定未宣告沒收，而得發還債務人時，准由執行法院扣押，並函告執行【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 76 頁】法院處理。(三)經檢察官扣押或禁止處分之債務人財產：經檢察官為供證據之用而為扣押或其他禁止處分之債務人財產，執行法院得對檢察署核發附條件之扣押命令，待該刑事案件終結，得發還債務人或撤銷禁止處分時，准由執行法院扣押，並函告執行法院處理。(四)檢察官扣押債務人所有存放於第三人之財產：檢察官扣押債務人所有存放於第三人（例如：銀行）之財產，執行法院得對第三人核發附條件之扣押命令，待檢察官撤銷扣押時，由執行法院扣押，第三人應即通知執行法院處理。……。」此乃為避免發生因重複扣押禁止，導致刑事扣押撤銷後，因無民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押，使被告有趁隙脫產機會之問題。另按民事強制執行之目的為實行債權人之債權受償，仍不優先於國家依法所為之刑事扣押，扣押之物如經裁判確定為應沒收之物，即移轉為國家所有，是以，強制執行程序之拍賣標的如經檢察官核發禁止處分命令，則此標的已屬於扣押狀態，執行法院僅能在不妨礙民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押下，為執行程序之進行，若執行法院就進行拍賣程序，而予以實質上之處分，自與刑事訴訟法第 133 條之規定有違，其執行之拍賣程序即有瑕疵。

## 106 台上 3982 判決

### 【相關條文】

刑事訴訟法第 1 條

### 【關鍵詞】

私人攝影

刑事訴訟法上證據排除法則，係指將具有證據價值或真實之證據因取得程序違法，而予以排除。而偵查機關違法蒐證所取得之證據適用證據排除法則，主要目的在於抑制



違法偵查，防止政府機關濫用公權力，以確實保障人民憲法上之基本權。此與私人違法取證係基於私人地位，侵害他人私權利者有別。故私人違法取得之證據，除使用暴力、刑求等不法方法取得者外，原則上並無證據排除原則之適用。陳○香所拍攝之現場錄影光碟，並無使用暴力等不法方式取證，且其係為保存現場取證，核無不法目的，自無證據排除法則之適用。

## 106台上3633判決

### 【相關條文】

刑事訴訟法第 156 條

### 【關鍵詞】

對向犯、同一法理

對向犯之一方所為不利於被告之陳述，為擔保其真實性，依刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定之同一法理，仍應認有補強證據以證明其確與事實相符之必要性。而所謂補強證據，應如何評價，實務向採「綜合判斷」說，不得割裂評價；亦即祇要補強證據資料非與認定犯罪事實毫無關連或相互扞格而無從為認定事實之依據者外，即使就單一證據為觀察，均尚不足以形成正確心證，然如該等證據與對向犯所為之供述證據，具有互補性與關連性，自應就全部之證據資料，相互印證，為綜合之觀察判斷，苟在經驗法則上得以佐證其所陳述之犯罪事實為真實者，即屬充足，並不以構成要件事實之全部獲得補強為必要。

## 106台上4158判決

### 【相關條文】

刑事訴訟法第 159 條之 5

### 【關鍵詞】

同意效力、撤回、第二審

依刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定，【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 77 頁】被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。所謂「除法律有規定者外」之例外承認得作為證據者，如被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據，刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項定

有明文，稽其立法理由，乃謂現階段檢察官實施刑事訴訟程序，多能遵守法律規定，無違法取供之虞，故原則上賦予其偵訊筆錄之證據能力，祇於顯有不可信之例外情況，否定其證據適格。又如刑事訴訟法第 159 條之 5 第 1 項規定，乃基於當事人進行主義中之處分主義，藉由當事人等「同意」之此一處分訴訟行為與法院之介入審查其適當性要件，將原不得為證據之傳聞證據，賦予其證據能力；本乎程序之明確性，當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，即無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求；此一同意之效力，既因當事人之積極行使處分權，並經法院認為適當且無許其撤回之情形，即告確定，即令上訴至第二審，仍不失其效力。

## 106台上3886判決

### 【相關條文】

刑事訴訟法第 181 條

### 【關鍵詞】

個別具體問題

證人恐因陳述致自己或與其有刑事訴訟法第 180 條第 1 項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，同法第 181 條固定有明文。證人此項拒絕證言權，與被告之緘默權，同屬其特權，旨在免除證人因陳述而自入於罪，或因陳述不實而受偽證之處罰，或不陳述而受罰鍰處罰，而陷於困境。然被告本無自白犯罪之義務，故得以「被告」身分，而概括行使其緘默權，拒絕回答檢察官或法官之問題；證人則有到場接受訊問，陳述自己所見所聞具體事實之義務。證人陳述是否因揭露犯行而自陷於罪，或前開關係之人受刑事追訴或處罰，得以行使其拒絕證言權，必須到場接受訊問後，針對所訊問之個別具體問題，逐一為主張，不得以陳述可能致其或該特定關係之人受刑事追訴或處罰為理由，而概括拒絕回答一切問題，以致妨害真實之發現。證人針對個別問題主張行使拒絕證言權，其拒絕證言之許可或駁回，依同法第 183 條第 2 項規定，應由審判長、受命法官或檢察官為決定，非證人所得恣意決定，亦非謂證人一主張前述情形，法院或檢察官即應准許之。卷查第一審審判長於審判期日調查證據，告知證人謝○鶯：「與本案被告葉○潭有何親屬關係？（並告以依刑事訴訟法之規定，可以拒絕證言）」，於謝○鶯答稱：「我不要作證。」即未令謝○鶯立於證人之地位為陳述。揆之上開說明，證人謝○鶯乃概括行使其拒絕證言權，於法即有未合。第一審法院訴訟程序之進行已有違誤。原審未予糾正，於原審審判期日仍循證人謝○鶯已行使拒絕證言權之前例，不再踐行對謝○鶯以人證之

調查程序，其踐行之訴訟程序要非適法。

## 106台非235判決

### 【相關條文】

刑事訴訟法第 304 條

### 【關鍵詞】

視為已起訴【月旦裁判時報第71期，2018年5月，第78頁】

（二）提起公訴，應由檢察官向管轄法院提出起訴書為之，刑事訴訟法第 264 條第 1 項亦有明定，若誤向無管轄權之法院為之，該法院對該案件，應依同法第 304 條諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院。而此管轄錯誤判決，乃屬形式判決，僅終結該無管轄權法院之形式上之訴訟關係，實體上之訴訟關係仍未消滅。在該案件移送於管轄法院時，續存於管轄法院，並視為檢察官已向管轄法院起訴。然因刑事訴訟法第 12 條規定，訴訟程序不因法院無管轄權而失其效力。故該案件仍應以無管轄權法院收受卷證時，為訴訟繫屬時間。（三）同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，依刑事訴訟法第 8 條前段規定，應由繫屬在先之法院審判，後繫屬之法院則應依同法第 303 條第 7 款諭知不受理之判決。惟此限於繫屬之數法院均有管轄權始有適用。如有無管轄權者，將案件諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於先繫屬同一案件之管轄法院，而經該管轄法院分別為實體判決確定，自應依同條第 2 款規定及參照上開司法院解釋，對後起訴之判決，依非常上訴程序，予以撤銷，諭知不受理。

## 106台上3779判決

### 【相關條文】

刑事訴訟法第 455 條之 26

### 【關鍵詞】

漏判

判決之主文，係取捨證據、認定事實、適用法律之結果，以確認國家對被告犯罪事實之刑罰權存在與否及所論處之罪名、應科之刑罰等具體刑罰權之內容，是判決之實體確定力，僅發生於主文。若主文未記載，縱使於判決之事實或理由內已敘及，仍不生實質確定力，即不得認已判決，而屬漏未判決。此與判決主文及事實、理由不符之違背法



令所指主文之記載與事實、理由之認定不相一致，其不一致於刑罰權對象之犯罪事實範圍同一性不生影響之情形有異。又刑法沒收於 104 年 12 月 30 日修正，修正前沒收之法律性質定位為從刑之一種，修正後之刑法沒收，於第 2 條立法理由載明「經參考外國立法例，以切合沒收之法律本質，認沒收為本法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）」，並於第 5 章之 1 為沒收設立專責規範，除確認沒收已不具傳統刑法上之刑罰性質，實務上所建構之沒收「主刑從刑不可分」亦已走入歷史，所謂「沒收從屬性」，即失去法律依據。且本次刑法沒收之修正，除維持修正前對於犯罪行為人之沒收外，並增訂「第三人沒收」，而刑事訴訟法第 7 編之 2 亦增訂「沒收特別程序」，賦予第三人在刑事本案參與沒收之權限，即確認沒收已無從屬於主刑之特質，且於必要時亦可對被告以外之第三人宣告沒收。本件檢察官以被告犯證券交易法第 171 條第 3 項之罪嫌向第一審法院提起公訴，經第一審論罪科刑後，檢察官及被告均不服，提起第二審上訴，因逢刑法沒收專章修正，原審法院認第三人鼎○公司有無償取得被告向他人借款之情形，遂於 105 年 7 月 19 日依職權裁定鼎○公司參與本案沒收程序，經審理結果後，認松○公司之損害不能認係「犯罪所得」，自無從依刑法第 38 條之 1 第 2 項規定對參與人鼎○公司宣告沒收，固非無見。惟依刑事訴訟法第 455 **【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 79 頁】**條之 26 第 1 項規定：「參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。」則原審法院既認不應對參與人鼎○公司宣告沒收，自應於判決主文為不予沒收之諭知，方屬正確，其漏未記載，顯屬漏判。而前述檢察官上訴意旨（一），雖係以被告為上訴對象，惟所述內容顯然係指原審未對參與人鼎○公司為沒收宣告為不當而提起上訴。揆諸前揭說明，國家對於參與人鼎○公司沒收與否既未經原審於主文確認，即不能認此部分已經判決，僅得聲請原審法院補充判決，不得對之提起上訴，檢察官此部分上訴，顯非適法上訴第三審之理由。**【月旦裁判時報第 71 期，2018 年 5 月，第 80 頁】**