

刊登於台灣法學雜誌第 269 期，2015 年 4 月，第 145-152 頁。

刑事類實務導讀

林鈺雄

台灣大學法律學院教授

本期收錄 14 則最高法院裁判要旨。其中，103 年度台上字第 4321 號判決重申行政公告走私項目之變更僅屬事實變更。103 年度台上字第 4467 號判決提及共同正犯默示成立意思合致之要求，103 年度台上字第 4429 號判決則是事中成立共同正犯之情形，兩則案例皆可供參考。103 年度台上字第 4470 號判決雖不認為圖利罪乃對向犯，但結論仍認為圖利之人不能與圖利人成立共同正犯。103 年度台上字第 4201 號判決、103 年度台上字第 4427 號判決及 103 年度台上字第 4380 號判決，皆與沒收有關：第一則乃查扣之另案違禁品的沒收問題，此外被告不能上訴主張應該沒收；第二則乃投票行收賄罪之沒收，可看出我國沒收法制之錯亂，實有統一重整之必要；第三則則涉及沒收應否扣除成本及合理利潤之問題。

103 年度台上字第 4559 號判決乃犯罪挑唆／陷害教唆者自己成立的實體罪名，案例值得一讀。103 年度台上字第 4589 號判決認為肇事逃逸罪乃抽象危險犯。103 年度台上字第 4452 號判決乃實務常見的繼承與偽造文書問題。103 年度台上字第 4527 號判決、103 年度台上字第 4570 號判決皆與乘機性交罪有關。103 年度台上字第 4225 號判決指出栽種大麻之既未遂標準。最後，103 年度台上字第 4398 號判決乃違背職務及回扣之貪污罪問題。

【裁判】103年度台上字第4321號最高法院判決

參考條文：

刑法第 2 條

關鍵詞：

事實變更

要旨

按行政院雖於上訴人行為後，……公告刪除丙項第 1 款之「菸、酒、捲菸紙 1」（於 91 年 1 月 1 日生效），惟此皆屬**事實變更**，而非**法律變更**（司法院釋 103、最高院 51 台

上 159 判例意旨參照)。**【台灣法學雜誌第 269 期，2015 年 4 月，第 145 頁】**

追訴權，係對行刑權而言，應指形式的刑罰權，包括偵查、起訴及審判權在內，若已實施偵查、提起公訴或自訴，且事實上在進行中，此時追訴權既無不行使之情形，自不生時效進行之問題。而案件經提起公訴後，被告在逃經依法通緝，致無法行使審判權時，其追訴權之時效，依同法第 83 條第 1 項、第 3 項之規定，應停止進行至法定追訴期間 4 分之 1，但經緝獲後，已在審判進行中，追訴權既無不行使之情形，亦不生時效進行之問題。

【裁判】103年度台上字第4467號最高法院判決

參考條文

刑法第 28 條

關鍵詞

默示合致

要旨

共同正犯，其犯意聯絡表示之方法，固不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致者，亦屬之。惟所謂默示之合致，係指就其舉動或其他相關情事，依社會通常觀念，得以間接推知其意思者而言；單純之沉默，或同時在場，尚與默示之合致有間。本件……雖可證明上訴人於石○瑜行竊時，同時在二樓賣場。但無二人當時對話之錄音，無法知悉其內容。而上訴人上述「觀看」、「舉起左手輕微動一下」之動作，依一般社會通念，得否逕自解讀其意涵或間接推認為「把風」、「暗示」？猶待商榷。

【裁判】103年度台上字第4429號最高法院判決

參考條文

刑法第 28 條

關鍵詞

事中共犯

要旨

被告雖未於最初即參與實行傷害及剝奪溫○華行動自由之犯行，然其於溫○華被林○平、王○中、黃○國等人毆打及強押上車期間，中途上車共同參與實行剝奪溫○華之行動自由，並與黃○屈輪流以棒球棒毆打溫○華之身體成傷，致使溫○華因而受傷流血不止而處於不能抗拒之情況下，而取得上述牛皮紙袋內之財物。倘若無訛，則被告應屬學理上所稱之「事中共犯」（即中途參與犯罪之共同正犯）；若其有利用其他共同正犯先前所實行之犯罪行為與結果，併同其中途參與後所實行之犯罪行為，以達到其等共同犯罪之目的者，仍應對其他共同正犯先前所實行之犯罪行為暨所發生之犯罪結果共同負責，尚不能謂林○平、王○中、黃○國等人先前毆打、強押溫○華並佔有系爭出租汽車及其內物品之行為與結果與其完全無關。故被告若有利用林○平、王○中、黃○國等人先前以強暴、脅迫方法而佔有（即強行取得）上述牛皮紙袋內財物之犯罪結果或狀態而將之取走，亦應就其他共同正犯所實行之強暴、脅迫行為及「佔有上述牛皮紙袋內財物之犯罪結果或狀態」同負其責。

【裁判】103年度台上字第4470號最高法院判決

參考條文

刑法第 28 條

關鍵詞

對向犯

要旨

共犯在學理上，有任意共犯與必要共【台灣法學雜誌第 269 期，2015 年 4 月，第 146 頁】犯之分，前者指一般原得由一人單獨完成犯罪而由二人以上共同實行者，當然有刑法總則共犯之適用，後者指須有二人以上參與實施始能成立之犯罪而言。必要共犯，尚可分為二人以上朝同一目標共同參與犯罪實行之「聚合犯」，及二個或二個以上之行為人，彼此相互對立之意思經合致而成立犯罪之「對向犯」，「對向犯」因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，當然無適用刑法第 28 條共同正犯之餘地。又貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利罪，係屬身分犯，以公務員為犯罪主體，無此身分者，依同條例第三條之規定，固亦得成立本罪之共同正犯，然必無此身分者與有此身分者，並非互相對立之「對向犯」，而係彼此有犯意聯絡及行為分擔，朝同一目的，共同對於有此身分者所主管或監督之事務，直接或間接圖使該有此身分者本人或其他第三人獲得不法利益，始足當之；若該有此身分者所圖利之對象，即係該無此身分

者，二人係居於彼此相互對立之對向關係，行為縱有合致，並使該無此身分者因而獲得不法利益，但二人之行為既各有其目的，自應分別就各該行為負責，彼此間無所謂犯意聯絡與行為分擔，除另有處罰該無此身分者之他項罪名外，尚難以上開圖利罪之共同正犯論處，此觀之同條例第 11 條第 1、2 項之行賄罪，其法定刑遠較上開圖利罪為輕，且 100 年 6 月 19 日修正前該條例就無此身分者，對公務員職務上行為行賄時，且無刑罰規定自明。……沈○隆既為吳○棋直接圖利之對象，彼此似係基於相互對立意思合致，各有其目的，與共同正犯間必須彼此犯意朝同一目標達成合致之情形有間。

【裁判】103年度台上字第4201號最高法院判決

參考條文

刑法第 38 條、第 40 條

關鍵詞

關連性

要旨

沒收係附隨於主刑，必該沒收物品與其所宣告主刑，具有關連性，方能諭知沒收。依原判決認定之事實，朱○翔本案販賣未遂之第三級毒品係亞甲基雙氧甲基卡西酮，而非愷他命，縱使本案另查扣有愷他命，因與原判決認定之朱○翔所為之犯罪事實及宣告之主刑，並無任何關連性，此乃是否應由檢察官另依刑法第 40 條但書規定聲請單獨宣告沒收之問題，原判決未予宣告沒收，核無不合。

刑事訴訟被告之上訴，係以受有不利益之裁判，為求自己之利益起見，請求上級法院救濟而設，故其上訴應以為自己之利益為限，並不許其為自己之不利益而上訴。如原審判決於被告並無不利，被告仍對之提起上訴，既與上揭上訴之本質不符，自應認為不合法。本件原判決未宣告沒收朱○翔之手機，對朱○翔並無不利，朱○翔上訴意旨（3）以原判決未宣告沒收其手機為指摘，係為其自己之不利益而上訴，自難認係適法之第三審上訴理由。

【裁判】103年度台上字第4427號最高法院判決【台灣法學雜誌第269期，2015年4月，第147頁】

參考條文

刑法第 38 條

關鍵詞

特別規定

要旨

公職人員選舉罷免法第 99 條第 1 項之投票行賄罪，係以對「有投票權之人」，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使為構成要件。惟不論何階段之行為態樣，**行為人均須對於有投票權之人為之**，始該當於上開條項之罪。而同條第 2 項之預備投票行賄罪，既以預備犯前條之罪為其構成要件，亦應以行為人預備行賄之對象係「有投票權人」為前提，若對於無投票權人行賄，或預備對於無投票權人行賄，即與上開罪名之構成要件不符。

公職人員選舉罷免法第 99 條第 3 項規定：預備或用以行求期約或交付之賄賂，不問屬於犯人與否，沒收之。**此項沒收為刑法第 38 條沒收之特別規定，採絕對義務沒收主義**，祇要係預備或用以行求期約或交付之賄賂，**不論是否屬於被告所有或已否扣案，法院均應宣告沒收**，並無自由裁量之餘地。但如其賄賂已交付予有投票權之人收受，因收受者係犯刑法第 143 條第 1 項之投票受賄罪，其所收受之賄賂應依同法條第 2 項規定沒收之，如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。故犯投票行賄罪者，其已交付之賄賂固應依刑法第 143 條第 2 項之規定，於其對向共犯（即收受賄賂者）所犯投票受賄罪之從刑宣告沒收、追徵，而毋庸再依上開規定重複宣告沒收。但若對向共犯所犯投票受賄罪嫌業經檢察官依刑事訴訟法第 253 條規定為不起訴處分，或依同法第 253 條之 1 為緩起訴處分確定者，則收受賄賂之對向共犯既毋庸經法院審判，其所收受之賄賂即無從由法院依刑法第 143 條第 2 項之規定宣告沒收、追徵。至刑事訴訟法第 259 條之 1 雖規定：檢察官依同法第 253 條或第 253 條之 1 為不起訴或緩起訴之處分者，對供犯罪所用、供犯罪預備或因犯罪所得之物，以屬於被告者為限，「得」單獨聲請法院宣告沒收。**惟其特別限制供犯罪所用、供犯罪預備或因犯罪所得之物，且必須「屬於被告者」，始「得」由檢察官聲請法院宣告沒收，係採相對義務沒收主義，與前揭公職人員選舉罷免法第 99 條第 3 項規定「不問屬於犯人與否」均沒收之，其範圍並不相同。而該法條用語既曰「得」，而非曰「應」，則檢察官是否依該條規定單獨聲請法院宣告沒收，仍有裁量權**，若檢察官未依上述規定單獨聲請法院宣告沒收，則法院自仍應依公職人員選舉罷免法第 99 條第 3 項之規定，將犯投票行賄罪者所交付之賄賂，於投票行賄罪之本案予以宣告沒收，始符立法本旨。原審並未調查本件收受賄賂之有投票權人所涉投票受賄罪嫌，其中有無經檢察官為緩起訴或不起訴處分者，以及檢察官是否已依刑事訴訟法第 259 條之 1 規定單獨

聲請法院將其等所收受之賄款宣告沒收，亦未查明該等收受賄賂之有投票權人是否均於其等被訴投票受賄罪嫌之案件中，經法院依刑法第 143 條第 2 項規定，於其等所犯收受賄賂犯行項下宣告沒收，遽於其判決理由伍之九之 1 內說明：「投票權人收受賄賂之現金，無【台灣法學雜誌第 269 期，2015 年 4 月，第 148 頁】論扣案與否，均應依刑法第 143 條第 2 項規定，於其等所犯收受賄賂犯行項下宣告沒收，是除該部分外，其餘與本案有關之扣案或未扣案賄款，被告應依公職人員選舉罷免法第 99 條第 3 項之規定單獨沒收或分別與附表所示之共同正犯（含樁腳及共犯）連帶沒收」云云，依前述說明，尚嫌調查未盡。以上或為檢察官及被告上訴意旨所指摘，或係本院得依職權調查之事項，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。

【裁判】103年度台上字第4380號最高法院判決

參考條文

貪污治罪條例第 6 條

關鍵詞

不法利益

要旨

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之罪所指之不法利益，係指一切足使圖利對象（本人或第三人）之財產，增加經濟價值之現實財物及其他一切財產利益，不論有形或無形、消極或積極者均屬之。而公務員圖利對象收回成本、稅捐及費用部分，原來即為其所支出，並非無償取得之不法利益，固不在所謂圖利範圍；至圖利對象所得之利潤，無論是否為「合理利潤」，則仍係本款所稱之不法利益。此為本院所持之一致見解。原判決於計算上訴人所圖其借牌之「豐基土木包工業」承包附表一編號 6 至 13 及附表二所示工程之不法利益時，未扣除其「合理利潤」，並無判決不適用法則或適用不當之違背法令情形。

【裁判】103年度台上字第4559號最高法院判決

參考條文

刑法第 134 條

關鍵詞

陷害教唆

要旨

刑法第 165 條之罪與第 169 條第 2 項之罪，其犯罪構成要件不同，前者僅處罰單純偽造、變造證據或使用此等證據，後者尚須有「意圖他人受刑事或懲戒處分」之主觀犯意，始足當之。再司法警察（官）利用其調查犯罪之職權、機會或方法，誣陷他人犯罪者，不論動機係出於增加辦案績效之目的，或挾怨報復，抑或其他，刑法第 2 篇第 5 章妨害公務罪章就此既無特別處罰規定，即應適用第 10 章誣告罪之一般規範論處，並依刑法第 134 條加重其刑。本件原判決認定歐○琪為警察，黃○宏係歐○琪吸收之線民，歐○琪為爭取「全國大掃蕩一打擊黑幫行動」專案績效，假借職務上有製作調查筆錄、聲請法院核發搜索票及執行搜索之權力、機會，與黃○宏共同基於「意圖使余○明受刑事處分」而使用偽造之證據及行使公務員登載不實公文書之犯意聯絡，二人明知黃○宏未於民國 102 年 3 月 22 日 11 時許，親見余○明在屏東縣○○鄉○○村里○○○○號住處施用第一級毒品海洛因，竟共同虛構黃○宏目擊余○明以針筒注射海洛因之事實，由歐○琪將此不實事項登載於職務上製作之調查筆錄上，持向檢察署聲請法院核發搜索票後，由黃○宏將注射針筒一支放在余○明上開住處，再由歐○琪於 102 年 3 月 28 日與不知情之其他警察一同前往搜索而查扣，【台灣法學雜誌第 269 期，2015 年 4 月，第 149 頁】以此方式使用所偽造之證據，余○明於警詢抗辯該針筒非其所有，始循線察悉等情，已說明本於調查所得心證，分別定其取捨而為事實判斷之理由。

【裁判】103年度台上字第4589號最高法院判決

參考條文

刑法第 185 條之 4

關鍵詞

抽象性危險

要旨

刑法第 185 條之 4 之肇事致人死傷逃逸罪，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，本質上屬抽象危險犯。立法者依一般生活經驗之大量觀察，推定肇事逃逸行為，對於死、傷者可能造成無人即時救護之高度危險，故規範肇事逃逸乃犯罪行為，藉以保護公眾安全。故行為人駕駛動力交

通工具肇事，致人死傷，倘基於逃逸之意圖逃離肇事現場，既侵害死、傷者得受即時救護權益，而合於本罪預定之一般、抽象性危險，不論行為人是否（能否）預見或有無死、傷者已陷於無從獲得即時救護危險之確信，均與本罪之成立無關。縱行為人已預見或確信死、傷者能在他人協助下獲得救護，始行離去，仍無礙於本罪之成立。本件上訴人於肇事後，並未留在現場，亦未採取救護被害人等必要之措施，卻逕行駕車離開現場，縱警察即時到場採取救護措施，其所為如何仍符合刑法第 185 條之 4 肇事致人死傷逃逸罪之要件，原判決已論述明確，並無上訴意旨所指調查未盡或判決理由矛盾之情形。

【裁判】103年度台上字第4452號最高法院判決

參考條文

刑法第 210 條

關鍵詞

被繼承人名義

要旨

人之權利能力，始於出生，終於死亡，民法第 6 條定有明文。被繼承人死亡時，其權利能力即喪失，權利主體已不存在，自不能以被繼承人名義為法律行為。縱被繼承人生前曾授權他人為之，亦因其死亡而授權關係歸於消滅，仍不得再以被繼承人之名義為法律行為。倘以被繼承人名義製作文書，當屬無權製作之偽造行為，若足以生損害於公眾或他人，即難辭偽造文書罪責。李○豪於民國 98 年 1 月 24 日死亡時，即喪失權利能力，權利主體已不存在，縱認李○豪生前曾有授權，於其死亡後，授權關係既歸於消滅，自不得以其生前授權及全體繼承人之同意，而以其名義製作取款憑條行使，為提款之行為。乃被告猶陸續持李○豪印章蓋用於取款憑條行使而領款，能否謂無偽造取款憑條行使、詐欺銀行之犯意，不無研求餘地。

【裁判】103年度台上字第4527號最高法院判決

參考條文

刑法第 224 條、第 225 條；性騷擾防治法第 25 條

關鍵詞

性騷擾

要旨

刑法所處罰之違反意願猥褻罪、乘機猥褻罪，係指姦淫以外，基於滿足性慾之主觀犯意，以違反被害人意願、乘被【台灣法學雜誌第269期，2015年4月，第150頁】被害人不能或不知抗拒之方法所為，揆其外觀，依一般社會通念，咸認足以誘起、滿足、發洩人之性慾，而使被害人感到嫌惡或恐懼之一切行為而言；性騷擾防治法第25條第1項所處罰之性騷擾罪，則指性侵害犯罪以外，基於同法第2條第1、2款所列之性騷擾意圖，以乘被害人不及抗拒之違反意願方法，對其為與性或性別有關之親吻、擁抱或觸摸臀部、胸部或其他身體隱私處之行為。考其犯罪之目的，前者乃以其他性主體為洩慾之工具，俾求得行為人自我性慾之滿足，後者則意在騷擾觸摸之對象，不以性慾之滿足為必要；究其侵害之法益，前者乃侵害被害人之性自主權，即妨害被害人性意思形成、決定之自由，後者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、性別等，與性有關之寧靜、不受干擾之平和狀態；觀其犯罪之手段，乘機猥褻罪乃利用被害人原已身陷無性意思能力而不能或不知抗拒之狀態，違反意願猥褻罪與性騷擾罪雖均出於違反被害人意願之方法，但前者非僅短暫之干擾，而須已影響被害人性意思形成與決定之自由，且不以身體接觸為必要，例如強拍被害人裸照等足以誘起、滿足、發洩性慾之行為亦屬之，而後者則係於被害人不及抗拒之際，出其不意乘隙為短暫之觸摸。各異其旨，不容混淆。行為人基於滿足性慾之目的，對被害人所為之侵害行為，苟於客觀上不足認係為發洩情慾，或尚未至妨害被害人性意思自由，刑法上雖無處罰猥褻性侵害犯罪未遂之明文，然其對被害人有關性之平和狀態，不能謂無干擾，得論以性騷擾罪，固不待言。

【裁判】103年度台上字第4570號最高法院判決

參考條文

刑法第225條

關鍵詞

性同意能力

要旨

刑法第225條第1項之乘機性交罪，除以行為人之性交行為係利用被害人精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形外，尚須被害人「不能或不知抗拒而為性交」始足

當之。此因刑法妨害性自主罪章保護之法益，為被害人之性自主決定權，倘被害人因上開精神障礙等情形，而無性自主決定之能力，而行為人利用此狀態與之性交，即無合意可言。又成年智能障礙者雖心智功能與適應行為落後同儕，但其性之發展與同儕一致，生理上擁有成熟的生殖系統、生育能力，心理上亦有建立親密關係之社會需要，其性慾需求與常人無異。是以，國際人權之發展，對智能障礙者之性關係，已從嚴禁、忽略，進展至關懷、接受階段，即應承認身心障礙者擁有自由、自主、統合與身體安全、性平等、性健康之權益，同時亦應促進對身心障礙者尊嚴之尊重，避免其等因心智缺陷而淪為他人性慾之客體，是依立法理由「被害人狀態之認定，不以被害人是否領有身心障礙手冊為判斷之依據，而係以被害人身心之客觀狀態作為認定之標準，以與保護被害人之意旨相呼應。」關於「被害人身心客觀狀態，則【台灣法學雜誌第 269 期，2015 年 4 月，第 151 頁】應具體認定被害人是否有性之認知進而為同意之能力。

【裁判】103年度台上字第4225號最高法院判決

參考條文

毒品危害防制條例第 12 條

關鍵詞

栽種

要旨

栽種大麻者之所謂「栽種」，係指播種、插苗、移栽、施肥、灌溉、除草、收穫等一系列具體行為之總稱，只要行為人參與其中一種活動，即屬栽種。至於栽種行為之既、未遂，應以栽種毒品有無出苗而定，換言之，只要行為人主觀上有「製造毒品之用」之意圖，著手於大麻栽種而有出苗之行為，即屬既遂，無待乎大麻成長至可收成之程度，始謂既遂。

【裁判】103年度台上字第4398號最高法院判決

參考條文

貪污治罪條例第 4 條

關鍵詞

回扣

要旨

貪污治罪條例第4條第1項第5款對於違背職務之行為收受賄賂罪，所謂違背職務，係指**對於職務上之義務**有所違背而言，如本不應為而為，或應為而不為。再收受賄賂罪之成立，以他人有行使賄賂之意思為前提，必他人所交付之財物，係本於對收受者行賄意思；在公務員主觀上，亦須要有受賄之意思，即賄賂之不法報酬必須與公務員本身之職務行為或違背職務行為具有一定之對價關係，始足當之。若他人所交付之物，並非基於行賄意思，則其物即非賄賂，自無賄賂之可言。原判決論黃○鴻共同對於違背職務之行為收受賄賂罪，然前揭事實，對於黃○鴻如何違背職務上之義務，亦即在其職務上有何本不應為而為，或應為而不為之行為，未詳予記載認定，已有未合。且依薛○榮於第一審證述：「(依你的能力你可以順利標到，你幹嘛還要給付那麼高的回扣?)不好標，因為有的是一些長期的廠商都在製作，你要進去標工程不好標。」「(如果沒有給回扣還是可以標得到?)可以，但是要用搶的，一定要標很低，標很低跟那個回扣差不多，可是你用搶的標，可能工程會比較不是好的。」等語，似意指趙○昌所設計之前揭產品規格一般廠商均有能力製造，並非僅其獨家生產。則黃○鴻就此部分究竟如何指示趙○昌以「**規格綁標**」之違背職務行為收取回扣，非無疑義，自應詳為究明。

貪污治罪條例第4條第1項第3款之經辦公用工程收取回扣罪，係同條例第4條第1項第5款違背職務收受賄賂罪、第5條第1項第3款不違背職務收受賄賂罪之特別規定，應優先適用。所謂「回扣」，凡公務員與對方期約將應給付之公用工程建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分，圖為自己不法之所有者，均屬之。至於係在公用工程決標前或後，由公務員主動所為期約，或由對方行求後與公務員達成之意思合致，對於公用工程之品質具有等同之危害性，且均係提取一定比率或扣取部分應給付之建築材料費或工程價款，作為對價。【台灣法學雜誌第269期，2015年4月，第152頁】