

刑罰判解

刑法第225與227條之罪，為基本事實同一可變更起訴法條

最高法院99年度台上字第2520號判決

【關鍵字】

同一性；基本社會事實同一，變更起訴法條。

【事實摘要】

甲男與A女發生性行爲，法院判決爲刑法第227條之準性交罪，惟審判中依證人所言，發現A女爲酒醉時遭甲男性侵，故欲變更起訴法條爲刑法第225條之趁機性交罪，試問其是否合法？

【裁判要旨】

「法院之審判固應以起訴之犯罪事實爲範圍，但法院於不妨害事實同一之範圍內，仍得自由認定事實，適用法律，科以刑罰，所謂事實同一，非謂罪名同一，即起訴書上所指之罪名，對於審判上無拘束之效力，祇須事實同一，即可將檢察官所認定之罪名予以變更，事實同一，亦非指全部事實均須一致，祇須其基本事實相同，即無礙其犯罪事實之同一性。刑法第225條第1項所謂相類之情形，係指被害人雖非精神、身體障礙、心智缺陷，但受性交時，因昏暈、酣眠、泥醉等相類似之情形，致無同意性交之理解，或無抗拒性交之能力者而言；至被害人之所以有此情狀，縱因自己之行爲所致，仍不能解免乘機對其性交者之刑責。同法第227條第3項所定對於十四歲以上未滿十六歲之男女爲性交者，以行爲人與被害人雙方合意爲性交者爲限；倘行爲人係利用十四歲以上未滿十六歲之被害人因昏暈、酣眠、泥醉之際，對被害人爲性交之行爲，自應論以刑法第225條第1項之乘機性交罪。兩者性侵害之基本社會事實並無不同，且具有罪質上之共通性，自無礙其犯罪事實之同一性。……」

此則判決的重點在於再次說明第300條前提爲事實同一與其標準：拘束法官者僅事實，而不包括罪名（法律評價）。此外本判決也是在基本社會事實同一的基礎上，以法益（罪質）的共通性作爲判斷限縮之。筆者選輯此判決一方面是希望大家複習本爭點講過的內容，二方面是要提醒大家國家考試開始將刑法與刑訴合併命題後，單一性與同一性是命題高度可能的區塊，又此判決在實體法上討論的刑法第225條與第227條正是近年熱門重點，程序法上本判決又將上開刑法條文與程序法一

【高點法律專班】

版權所有，翻製必究！

併討論，認為這兩條罪名基本事實具同一性，故可依本法第300條變更起訴法條。故此判決將實體程序合併討論，實具有相當高的考前複習價值。

【學界速覽】

由於本題涉及變更起訴法條之合法性，其前提在於屬同一案件，故關於同一案件應如何判斷，以下敘述我國實務與學說之觀點：

一、實務上對同一性之判斷標準：

實務上對於同一性的判斷，除了被告同一外還必須犯罪事實同一，而犯罪事實同一包括法律上同一與事實上同一，前者是用是否屬於實質上、裁判上一罪做為判斷的基準，因此很好判斷。但何謂事實上同一在實務上則有一段演進的過程如下。

(一) 舊說——基本的事實關係同一說

1. 判斷標準——以社會事實關係是否相同為斷

我國早期實務見解⁶⁵採納所謂基本事實關係同一說：「如僅起訴事實中所述被告犯罪之時間、地點略有錯誤，法院於判決時予以校正，或起訴之事實並無瑕疵，而法院判決認定犯罪之時地稍有出入，均係判決實體上是否妥適之問題，要無就未經起訴之犯罪審判之程序違法可言。」

意即如果基本事實關係相同，縱然犯罪的時日、處所、方法、被害物體、犯罪型態、行為人數、被害法益、追訴程序、罪名略有出入，也不影響犯罪事實同一性的認定。

2. 批評：過於廣泛解釋使被告無法充分防禦，有違不告不理原則。也因此實務上產生許多新說，在舊說的基礎上，設立一些新的判斷標準來限縮舊說的範圍。也借此提升對被告防禦權的保障。

(二) 訴之目的與侵害性行為說：

1. 判斷標準——訴之目的及侵害性行為之內容相同為判準

因為犯罪是侵害性行為的表現，其侵害的內容，非法院得依職權加以變更或擴張者。而犯罪是時是否同一，自我國實務見解⁶⁶：「是否不妨害起訴之犯罪事實之同一，自應從訴之目的及侵害性行為之內容是否同一而定之。」

可知，本說認為應以訴之目的與侵害性行為內容是否同一為判斷標準，故其基本的社會事實關係縱然相同，但訴之目的不同時，仍非同一事實。

⁶⁵ 請見：最高法院45年度台上字第287號判例。

⁶⁶ 請見：最高法院81年度台上字第2039號判決；84年度台上字第1378號判決；90年度台非字第168號判決。

2. 批評：

- (1) 不符合訴訟經濟。
- (2) 被告應訴之煩。
- (3) 相關證據可能滅失。

3. 學說見解⁶⁷——自罪刑法定主義出發

惟學說上有論者認為從刑法的觀點出發，以刑法第332條之結合犯為例，強盜殺人是以強盜與殺人兩個不同基本事實組成，但在實體法上僅評價為一罪，所以在程序法上僅是一個刑罰權，應當做同一犯罪事實處理。這是立法上刻意為之的實體規定，因此程序上也應該維持其單一性，法官不可從訴訟上推翻實體法的立法意旨，而把一罪當成數罪處理，才合乎罪刑法定的要求。

且此說認為實務的訴之目的與侵害性行為說，以上開強盜殺人結合犯為例，與新進學說主張的歷史生活觀點進程說相比，結論上並無太大差異，大多數實體法上的行為單數，幾乎都會等同於程序法上的同一犯罪事實概念。此學說歸納出幾個標準，來判斷案件之同一性，且藉由此四者確定審判之範圍，且結論上與歷史生活進程說並無太大差異。

- (1) 犯罪行為地點。
- (2) 犯罪行為時間。
- (3) 犯罪行為對象。
- (4) 侵害之目的。

(三) 犯罪構成要件共同與罪質同一說⁶⁸：此說認為「而事實是否同一，應視檢察官請求確定其具有侵害性之基本社會事實是否同一而定，並以犯罪構成要件有無罪質上之共通性為具體判斷之標準。」

實務曾以竊盜罪與業務侵占的案例為例，認為：「本件檢察官對被告以竊盜罪提起公訴，而原判決變更檢察官起訴之法條，改判論處業務上侵占罪刑，核其變更法條前後兩罪之侵害財產法益、侵害之時、地及被害主體，均無差異，抑且其具有「意圖為自己不法之所有」之主觀犯意及侵害「他人之物」為犯罪客體之構成要件，並有罪質上之共通性，尙未逾越檢察官請求確定具有侵害性基本社會事實同一性之範圍。」

⁶⁷ 張麗卿，刑法修正與案件同一性——兼論最高法院90年度台非字第168號判決，月旦法學第134期，2006年7月，頁220-231。

⁶⁸ 請見：最高法院83年度台非字第363號判決；88年度台非字第350號判決。

(四) 侵害性行為類同與犯罪構成要件共通說⁶⁹：此說提出了下開判斷同一性之標準：「……由於犯罪實乃侵害法益之行為，犯罪事實自屬侵害性之社會事實，亦即刑法加以定型化之構成要件事實，故此所謂「同一性」，應以侵害性行為之內容是否雷同，犯罪構成要件是否具有共通性（即共同概念）為準，若二罪名之構成要件具有相當程度之符合而無罪質之差異時，即可謂具有同一性。……」

並以竊盜罪與侵占脫離本人持有物之罪為例，認為：「……「侵占離本人持有之物罪」之行為人，對該物並未先具有委任管理等持有之關係，此與其他類型之侵占罪不同，而與「竊盜罪」相同，且所謂「侵占」與「竊盜」，俱以不法手段占有領得財物，其客觀構成要件之主要事實雷同，二罪復同以為自己或第三人不法之所有為主觀要件，同以他人之財物為客體，同為侵害財產法益之犯罪，罪質尚無差異，應認為具有同一性，從而原確定判決將起訴書所引刑法第320條第1項竊盜罪法條，變更為同法第337條，論以侵占離本人持有之物罪，自難謂有刑事訴訟法第379條第12款所定訴外裁判之違法。」

(五) 結論——看了實務上林林總總的說法後，其實大家不用真的去把各說還有實務見解的定義或標準都背下來，我們仔細觀察一下實務的標準，其實可以歸納出幾個標準：

1. 判斷事實上是否同一的基準依然在於是否為「基本事實關係同一」

其實不論是學說或是實務，在判斷先後二訴是否同一的時候，最基本要判斷的點還是在於兩個犯罪事實之間，從事實面來看是否有同一性。因為案件的基礎在於客觀的被告為何人與客觀事實內容為何，所以如果最基本的事實關係都有很大的差異時，要論為同一案件是不可能的。因此在判斷事實上同一時，第一個標準在於：「是否為基本事實關係同一？」

2. 實務新說標準的目的——限縮同一性範圍與被告防禦保障

實務見解之所以發展新說，很大的原因在於認為單純看事實的舊說，會發生難以判斷何為社會基本事實關係同一的問題。畢竟，什麼叫略有出入？什麼叫出入很大？根本是很恣意而沒有統一標準的。而這樣浮動寬鬆的認定會造成被告防禦的困難，所以實務才開始發展新說的各種標準。

3. 實務判斷標準的歸納

實務創設這些標準看起來有三說，但實際上可以歸納出一些共通的標準。這些標準也很好記，因為我國實務原本就將實體法上的罪數與程序法上的

⁶⁹ 請見：最高法院86年度台非字第187號判決。

犯罪事實加以掛鉤處理，也就是在事實基礎外，納入評價的觀點來判斷同一性，所以這些實務限縮舊說用的標準，一定是來自於實體法的內容與要件⁷⁰：

事實上同一的判斷，在社會基本社會事實同一的基礎上，以判斷訴之目的與侵害性行為為內容，故應以構成要件是否共通、罪質是否相同為基準，綜合判斷下列要素是否相同：

- (1) 主觀構成要件
- (2) 客觀構成要件——手段、方式
- (3) 客觀構成要件——行為客體
- (4) 罪質——法益

二、學說上對同一性之判斷標準：

學說這個部份就不再多說了，學說上對於單一性與同一性並不區分，且在設計案件範圍的判斷上，即是以控訴原則與一事不再理等訴訟法理進行判斷，與實體法上罪數脫勾處理。所以這裡對於後訴可否提起之判斷，前提仍在於確定前訴案件範圍之大小，而範圍判斷的標準同樣是從事實共通的基礎出發，若為緊密事理關連之情形，即為一個案件，若在此事實範圍內之部分事實再提起後訴，即有違一事不再理之精神非屬合法。

【考題分析】

試就下列事實，討論有無刑事訴訟法第300條之適用，並說明法院應如何判決？

- (1) 檢察官以被告犯竊盜（刑§320 I）及傷害（刑§277）罪嫌起訴，法院審理結果認應成立準強盜罪（刑§329）。
- (2) 被告甲男騎車自乙女背後抓乙女之手，乙女誤以甲搶劫報警，檢察官以搶奪未遂罪嫌（刑§325 III）起訴，但法院審理後，認應成立強制猥褻罪（刑§224）。

（90律②）

◎答題關鍵

本題考點就在於可否變更起訴法條，而第300條變更起訴法條的前提須在同一案件的範圍內。第一小題中，由於準強盜罪包括身體與財產之侵害，因此準強盜罪與傷害、竊盜為基礎事實同一而屬同一案件，故可變更起訴法條。第二小題中，強制猥褻與搶奪在法益（罪質）上並不相同，故應非屬同一案件，不可變更起訴

⁷⁰ 底下這段話，是考試可以寫在考卷上的，當然也可以自己發展自己順手的寫法囉~我們就用86年度台非字第187號判決當作例子來說明。

法條。

【相關法條】

刑事訴訟法第300條：「前條之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條。」

【參考文獻】

1. 林鈺雄，〈新刑法總則與新同一案件——從刑法廢除牽連犯、連續犯論訴訟上同一案件概念之重構〉，《月旦法學雜誌》，第122期，2005年7月，頁27-56。
2. 楊雲驊，〈結合犯與案件同一性之判斷〉，《台灣本土雜誌》，第74期，頁147-151。
3. 楊雲驊，〈刑法「牽連犯」及「連續犯」規定廢除後對刑事訴訟法「犯罪事實」概念之影響〉，《月旦法學雜誌》，第122期，2005年7月，頁57-80。
4. 王兆鵬，〈論一事不再理之憲法原則，一事不再理〉，2008年4月，元照，頁53-65。
5. 陳運財，〈犯罪之競合與刑事裁判確定的效力〉，《月旦法學雜誌》，第122期，2005年7月，頁81-99。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！