

刑法、刑事訴訟法實務見解重點提示

距司法官、律師第一試僅剩一個月時間，你是否胸有成足，準備上考場？法律電子報為所有考生貼心規劃「司特、律師第一試作戰計劃」，以協助同學，利用最短時間，直接切入考情最重點。快將如此好康，告訴麻吉死黨，一起成為司法官、律師菁英吧！

法律電子報本週將針對司特、律師第一試刑法及刑事訴訟法最近 1 年內重要實務見解進行分析提示。

一、最近 1 年內刑法重要實務見解嚴選及重點提示

裁判字號	要旨
101 年度台上字第 107 號	<ol style="list-style-type: none"> 1. <u>意圖他人受刑事處分，向該管公務員誣告案件，告訴人於該案偵審中，先後所為虛構事實之陳述，屬遂行誣告之接續行為。</u> 2. <u>該項陳述，如有經檢察官或法官以證人身分傳訊而具結之情形，即屬一行為同時觸犯誣告與偽證罪名，應依想像競合犯規定，從情節較重之誣告罪處斷。</u>
100 年度台上字第 6621 號	<ol style="list-style-type: none"> 1. 行為人於完成犯罪行為後，為確保或利用行為之結果，而另為犯罪行為時，倘另為之犯罪行為係前一行為之延續，且未加深前一行為造成之損害或引發新的法益侵害，按之學理上所謂之「不罰之後行為」（或稱與罰後行為），固應僅就前一行為予以評價而論以一罪； 2. <u>惟若前後之行為已分別侵害數法益，後行為之不法內涵並已逾越前行為所該當犯罪不法內涵之範圍時，則另為之後行為顯具一般預防之必要性，而非屬不罰後行為之範疇，自應加以處罰，否則即違反充分評價原則。</u>
100 年度台上字第 4745 號	<ol style="list-style-type: none"> 1. <u>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；</u> 2. 性騷擾防治法第二十五條第一項所處罰之性騷擾罪，則指性侵害犯罪以外，基於同法第二條第一、二款所列之性騷擾意圖，以乘被害人不能



	<p>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爲。</p> <p>3. <u>考其犯罪之目的，前者乃以其他性主體為洩慾之工具，俾求得行爲人自我性慾之滿足</u>，後者則意在騷擾觸摸之對象，不以性慾之滿足為必要；</p> <p>4. <u>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</u>，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；</p> <p>5. <u>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</u>，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<u>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、發洩性慾之行爲亦屬之</u>，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。</p> <p>6. 行爲人基於滿足性慾之目的，對被害人所為之侵害行爲，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。</p>
100 年度台上字第 3062 號	<p>1. 刑法第十七條之加重結果犯，係故意的基本犯罪與加重結果之結合犯罪。以傷害致人於死罪為例，非謂有傷害之行爲及生死亡結果即能成立，必須傷害之行爲隱藏特有之危險，因而產生死亡之結果，兩者間有相當因果關係。且該加重結果客觀上可能預見，行爲人主觀上有注意之義務能預見而未預見，亦即就加重結果之發生有過失，方能構成。</p> <p>2. 良以傷害致人於死罪與傷害罪之刑度相差甚大，不能徒以客觀上可能預見，即科以該罪，必也其主觀上有未預見之過失（如主觀上有預見，即構成殺人罪），始克相當，以符合罪刑相當原則。</p> <p>3. 又共同正犯在犯意聯絡範圍內，就其合同行爲，均負全部責任，惟加重結果犯之加重結果，行爲人僅有過失，主觀上均未預見，則<u>各共同正犯間就加重結果之發生，無主觀上之犯意，當無犯意聯絡可言，各</u></p>



	<p><u>共同正犯就加重結果應否負責，端視其本身就此加重結果有無過失為斷。</u></p> <p>4. 教唆犯或幫助犯（下稱共犯）依從屬性原則，依附於正犯之不法行為而成立犯罪，就加重結果而論，<u>共犯僅就故意之基本犯罪從屬於正犯，對加重結果則無從屬可言（過失犯不能成立共犯），則其是否應對加重結果負責，亦唯共犯本身就加重結果之發生能否預見，有無過失為問，且通常較諸共同正犯不易成立。尤其共犯對犯罪行為之風險製造及因果流程之控制，一般均較共同正犯為少，故對其加重結果之成立與否，論斷應負之注意義務時，允宜較共同正犯為輕。</u></p>
<p>100 年度台上字第 4643 號</p>	<p>1. 共同正犯係以完成特定之犯罪為其共同目的，彼此間就該犯罪之實行有共同犯意聯絡，而各自本於共同之犯意，分擔犯罪行為之一部，並相互利用其他正犯之行為，以完成犯罪。故<u>共同正犯，其各自分擔實行之行為應視為一整體合一觀察，予以同一非難評價，對於因此所發生之全部結果，自應同負其責。</u></p> <p>2. 則犯罪進行中，部分共同正犯因誤認犯罪已既遂而停止續行甚或離開現場後，由其餘共同正犯基於遂行該特定犯罪之共同目的，承繼原有之同一犯意續所為之一切既、未遂行為，並未逸出共同犯意聯絡之範圍，是<u>停止前、後，各共同正犯本於共同犯意所為之全部行為，均應合而為一，予以評價，由全體共同正犯共同負責。</u></p> <p>3. 此觀刑法第二十七條第二項規定之意旨，共同正犯中之一人或數人因己意放棄犯罪之實行者，如已有發生結果之危險時，尚須防止其結果之發生，或已盡力為防止行為，始得減輕或免除其刑。</p> <p>4. 舉輕以明重，<u>非基於放棄犯罪之意而純因誤認犯罪既遂始停止犯罪之進行者，尤無因防止或已盡力防止而得減免刑責可言自明。</u></p>
<p>100 年度台上字第 3890 號</p>	<p>1. 刑法第十三條第二項之不確定故意（學理上亦稱間接故意、未必故意），與第十四條第二項之有認識過失，及第十七條之加重結果犯，法文之中，皆有「預見」二字，乃指基於經驗法則、論理法則，可以預料得見如何之行為，將會有一定結果發生之可能，而其區別，端在：</p> <p>(1) 前者之行為人，對於構成犯罪之事實（包含行為與結果，即被害之人、物和發生之事），預見其發生，而此發生不違背本意，存有「認識」及</p>



	<p>容任發生之「意欲」要素；</p> <p>(2) 中者，係行為人對於構成犯罪之事實，雖然預見可能發生，卻具有確定其不會發生之信念，亦即祇有「認識」，但欠缺希望或容任發生之「意欲」要素；</p> <p>(3) 後者，則就構成犯罪的基本行為具有故意，但對於該行為所惹起之加重結果，主觀上沒有預見，然而按諸客觀情形，當能預見，始就此前行為之故意外加後結果之過失，合併評價、加重其刑，斯亦承續同法第十二條所定「行為非出於故意或過失者，不罰」、「過失行為之處罰，以有特別規定者，為限」之法理而為規範。</p> <p>2. 易言之，前二者（不確定故意及有認識過失）行為人均有認識，並預見行為所可能引發之結果，祇是一為容任其發生，一為確信不致發生；</p> <p>3. 後二者（有認識之過失犯與加重結果犯）行為人主觀上，皆缺少發生結果之「意欲」，但一為並確信結果不會發生，一為超出預期、發生結果，符合客觀因果。</p> <p>4. 就此後二者而言，特重犯罪之結果，列之為構成犯罪之要素，無結果，即無重犯罪（例如傷害而未致重傷或死亡），甚至不犯罪（例如過失而未致傷）；故意犯（含確定與不確定故意）則兼顧行為和結果，乃另有既、未遂犯之區別，有犯罪結果，當然構成犯罪，未發生犯罪結果，仍然成立犯罪，僅屬未遂而已。</p> <p>5. <u>是判斷犯罪究竟屬於不確定故意或過失或加重結果犯，該犯罪之結果，固係重要之依據，然非以此為限，其復參酌行為之前與行為之際各外在情狀，當較能精確把握。從而，在行為人係複數之情況下，倘事前參與合謀，或事中預見其結果，猶出於明、默示之犯意聯絡，分工合作，終致結果發生，即應就犯罪之全部結果，共同負責，不能割裂，僅就參與之部分作為予以評價。</u></p>
100 年度台上字第 2963 號	<p>1. 構成犯罪之主觀要素，除行為人應有責任能力外，尤須有故意或過失之意思決定。前者屬於犯罪能力之適格，與犯罪事實無直接關係，後者則為適格者之意思活動，故為犯罪事實之直接構成要件，必也因為有此項條件之存在，始與行為者之行為，發生法律上之責任。</p> <p>2. 而刑事法上關於責任能力之規定，則不外乎對於行為人期待可能性的</p>



	<p>要求，刑法第十九條第一項係行為時因精神障礙或其他心智缺陷，因而欠缺辨識能力（不能辨識其行為違法）或控制能力（欠缺依其辨識而行為之能力）之期待可能性，乃明文定其為無責任能力之人，既已否決其犯罪能力之適格，自亦無所謂意思活動之可言；</p> <p>3. 至於同條第二項則屬於期待可能性降低之態樣，亦即行為人之辨識能力或控制能力並無不能或欠缺，自仍具犯罪能力之適格，而無礙其意思之決定，但因其辨識能力或控制能力有顯著減低之情形，法律上乃賦予審判者減輕其刑之裁量，以示對一種特殊人格實存之尊重。</p>
--	--

二、最近 1 年內刑事訴訟法重要實務見解嚴選及重點提示

裁判字號	要旨
最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會 議決議	<ol style="list-style-type: none"> 1. 無罪推定係世界人權宣言及公民與政治權利國際公約宣示具有普世價值，並經司法院解釋為憲法所保障之基本人權。 2. 民國 91 年修正公布之刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書，法院於「公平正義之維護」應依職權調查證據之規定，當與第 161 條關於檢察官負實質舉證責任之規定，及嗣後修正之第 154 條第 1 項，暨新制定之公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法、刑事妥速審判法第 6、8、9 條所揭示無罪推定之整體法律秩序理念相配合。 3. 盱衡實務運作及上開公約施行法第 8 條明示各級政府機關應於 2 年內依公約內容檢討、改進相關法令，再參酌刑事訴訟法第 163 條之立法理由已載明：如何衡量公平正義之維護及其具體範圍則委諸司法實務運作和判例累積形成，暨刑事妥速審判法為刑事訴訟法之特別法，<u>證明被告有罪既屬檢察官應負之責任，基於公平法院原則，法院自無接續檢察官應盡之責任而依職權調查證據之義務。</u> 4. 則刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相抵觸，無異回復糾問制度，而悖離整體法律秩序理念。 5. 本法第一百六十三條第二項前段所稱「法院得依職權調查證據」，係



	<p><u>指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。但書所指「公平正義之維護」，專指利益被告而攸關公平正義者而言。</u></p> <p>至案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能者，法院得依刑事訴訟法第二百七十三條第一項第五款之規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請，並藉由告訴人、被害人等之委任律師閱卷權、在場權、陳述意見權等各保障規定，強化檢察官之控訴功能，法院並須確實依據卷內查得之各項直接、間接證據資料，本於經驗法則、論理法則而為正確判斷。因此，非但未減損被害人權益，亦顧及被告利益，於訴訟照料及澄清義務，兼容並具。(修正最高法院 100 年度第 4 次刑事庭會議決議內容)</p> <p>6. <u>法院於依職權調查證據前，經依本法第 163 條第 3 項之規定，踐行令當事人陳述意見之結果，倘遇檢察官或被告對有利之證據，陳述放棄調查，而法院竟不予調查，逕行判決者，如其係法院「應」依職權調查之證據，而有補充介入調查之義務時，此項義務，並不因檢察官、被告或其他訴訟關係人陳述不予調查之意見，而得豁免不予調查之違誤。</u>惟於法院「得」依職權調查證據之情形，法院既得參酌個案，而有決定是否補充介入調查之裁量空間，自不得徒以法院參照檢察官、被告或其他訴訟關係人之查證意見後，不予調查，遽指即有應調查而不予調查之違法。(修正最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議決議內容)</p>
100 年度台上字第 7086 號	<p>1. 刑事被告有受其每一審級所選任或經指定之辯護人協助上訴之權利，此觀刑事訴訟法第三百四十六條之規定，賦予原審辯護人得為被告利益上訴之權，以及終局判決後原審辯護人仍得檢閱卷宗及證物等權利至明。</p> <p>2. <u>倘若被告在第一審經法院指定辯護人為其辯護，則被告於上訴期間內提起之第二審上訴，如未據其原審辯護人代作上訴理由書狀者，本乎被告在第一審之辯護人倚賴權係至上訴發生移審效力為止之當</u></p>



	<p><u>然延伸，及刑事訴訟法第三百四十六條與公設辯護人條例第十七條等規定之相同法理，被告自得請求第一審指定辯護人代作上訴理由書，第一審指定辯護人亦有代作之義務，此屬被告受辯護人協助權能之一部，非僅為辯護義務之延伸。</u></p> <p>3. 上訴人被訴涉犯販賣第三級毒品（十三罪）罪嫌，屬刑事訴訟法第三十一條第一項所定之強制辯護案件，第一審雖指定辯護人為上訴人辯護，但上訴人收受第一審判決正本後，以該院提供之例稿書狀（訴訟輔導例稿 96-1）提起第二審上訴，僅記載「1.判決判太重，希望從輕量刑 2.希望法官指派辯護人為我辯護」，是否寓有委以該指定辯護人為其提出具體上訴理由之意，而其僅係先行具狀聲明上訴，並未以該書狀為其上訴理由？即不無研酌餘地。</p> <p>4. <u>倘上訴人前揭書狀所載，係請求指定辯護人為其代作上訴理由書，則第一審未探求其前揭書狀所載真義為何，原審亦未究明，逕認前揭書狀已敘述上訴理由，未定期間先命補正，於上訴人指定辯護人為其代撰上訴理由前，遽以其上訴不合法律上程式，且不經言詞辯論，逕行駁回其第二審上訴，即無異剝奪其強制辯護案件有受實質訴訟救濟保障之辯護倚賴權，自非適法。</u></p>
<p>100 年度台上字第 6294 號</p>	<p>1. <u>基於無罪推定原則，被告犯罪之事實應由檢察官提出證據，並指出證明方法加以說服，使法院達於確信之程度，始得為被告有罪之認定，否則，即應諭知被告無罪，由檢察官蒙受不利之訴訟結果，此為檢察官於刑事訴訟個案中所負之危險負擔，即實質舉證責任。</u></p> <p>2. 而被告否認犯罪，並不負任何證明責任，僅於訴訟進行過程中，因檢察官之舉證，致被告將受不利益之判斷時，被告為主張犯罪構成要件事實不存在而提出某項有利於己之事實時，始需就其主張提出或聲請法院調查證據，然僅以證明該有利事實可能存在，而動搖法院因檢察官之舉證對被告所形成之不利心證為已足，並無說服使法院確信該有利事實存在之必要。此為<u>被告於訴訟過程中所負僅提出證據以踐行立證負擔，而不負說明責任之形式舉證責任，要與檢察官所負兼具提出證據與說服責任之實質舉證責任有別。</u></p> <p>3. <u>苟被告依其形式舉證責任所聲請調查或提出之證據，已證明該有利事</u></p>



	<p><u>實具存在可能性，即應由檢察官進一步舉證證明該有利事實確不存在，或由法院視個案具體狀況之需，裁量或基於義務依職權行補充、輔佐性之證據調查，查明該事實是否存在</u>；否則，法院即應以檢察官之舉證，業因被告之立證，致尚未達於使人產生對被告不利判斷之確信，而逕為有利於被告之認定，不得徒以被告所提出之證據，尚未達於確切證明該有利事實存在，遽為不利於被告之判決。</p>
<p>100 年度台上字第 4862 號</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 刑事訴訟法第一百八十條所定一定身分關係之拒絕證言權，祇須證人於作證時，釋明其與訴訟當事人（被告或自訴人）具有此等關係，即得概括拒絕證言，不問其證言內容是否涉及任何私密性，或有無致該當事人受刑事訴追或處罰之虞。 2. 同法第一百八十一條免於自陷入罪之拒絕證言權，則必先有具體問題之訊問或詰問，始有證人如陳述證言，是否因揭露犯行自陷於罪，使自己或與其有前述一定身分關係之人受刑事訴追或處罰之危險，從而證人必須接受訊問或詰問後，針對所問之個別問題，逐一分別為主張，不得泛以陳述可能致其或一定身分關係之人受刑事訴追或處罰為由，概括行使拒絕證言權，拒絕回答一切問題。證人拒絕證言之許可或駁回，依同法第一百八十三條第二項規定，由審判長、受命法官或檢察官決定。 3. 證人於審判中經依法許可拒絕證言，乃到庭後有正當理由拒絕陳述，應認證人於審判外之陳述與審判中不符，倘其拒絕證言經駁回者，即有陳述之義務，如仍不為陳述，即屬到庭後無正當理由拒絕陳述，是以證人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，得否為證據，應分別依刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三（第四款）定之。 4. 至若審判長不察，許可證人概括行使免於自陷入罪之拒絕證言權，乃有關調查證據之處分違法，且屬有害於訴訟之公正，不因未異議而得視為治癒，該證人於審判外調查中所為之陳述，除符合同法第一百五十九條之五，並無上開傳聞例外規定之適用。
<p>100 年度台上字第 4813 號</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，為傳聞證據，因與直接、言詞及公開審理之原則相悖，除法律有規定者外，原則上不得作為證



號	<p>據。其中刑事訴訟法第一百五十九條之四所規定之特信性文書即屬之。而合於本條特信性文書之種類，除列舉於第一款、第二款之公文書及業務文書外，於第三款作概括性之規定，以補列舉之不足。</p> <p>2. 所謂「除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書」，係指與公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，或從事業務之人業務上製作之紀錄文書、證明文書具有相同可信程度之文書而言。</p> <p>3. 由於第一款之公務員職務上製作之文書，係公務員依其職權所為，與其責任、信譽攸關，若有錯誤、虛偽，公務員可能因此負擔刑事及行政責任，其正確性高，此乃基於對公務機關客觀義務之信賴所致，且該等文書經常處於可受公開檢查之狀態（具有公示性，非以例行性為必要），設有錯誤，甚易發現而予及時糾正，其真實之保障極高。</p> <p>4. 而第二款之業務文書，係從事業務之人於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有專業人員校對其正確性，大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，足以保障其可信性。因此原則上承認該二款有證據能力，僅在有顯不可信之情況時，始加以排除，與第三款具有補充性質之文書，必須於「可信之特別情況下所製作」而具有積極條件之情形下，始承認其有證據能力之立法例並不相同。</p> <p>5. 換言之，<u>第一、二款之文書，以其文書本身之特性而足以擔保其可信性，故立法上原則承認其有證據能力，僅在該文書存有顯不可信之消極條件時，始例外加以排除；而第三款之概括性文書，以其種類繁多而無從預定，必以具有積極條件於「可信之特別情況下所製作」才承認其證據能力，而不以上揭二款文書分別具有「公示性」、「例行性」之特性為必要，彼此間具有本質上之差異。</u></p> <p>6. <u>中國大陸地區公安機關所製作之證人筆錄，為被告以外之人於審判外所為之書面陳述，屬傳聞證據，除非符合傳聞法則之例外，不得作為證據，而該公安機關非屬我國偵查輔助機關，其所製作之證人筆錄，不能直接適用刑事訴訟法第一百五十九條之二或同條之三之規定，而同法第一百五十九條之四第一款之公務員，僅限於本國之公務員，且證人筆錄係針對特定案件製作，亦非屬同條第二款之業務文書，但如</u></p>
---	--



	<p>於可信之特別情況下所製作，自得逕依本條第三款之規定，判斷其證據能力之有無。至於該款所稱之「可信之特別情況下所製作」，自可綜合考量當地政經發展情況是否已上軌道、從事筆錄製作時之過程及外部情況觀察，是否顯然具有足以相信其內容為真實之特殊情況等因素加以判斷。</p>
<p>100 年度台上字第 2980 號</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；有罪之判決書應於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。刑事訴訟法第一百五十四條第二項及第三百十條第一款分別定有明文。 2. 而犯罪事實之認定，係據以確定具體的刑罰權之基礎，自須經嚴格之證明，故其所憑之證據不僅應具有證據能力，且須經合法之調查程序，否則即不得作為有罪認定之依據。倘法院審理之結果，認為不能證明被告犯罪，而為無罪之諭知，即無前揭第一百五十四條第二項所謂「應依證據認定」之犯罪事實之存在。 3. 因此，<u>同法第三百零八條前段規定，無罪之判決書只須記載主文及理由。而其理由之論敘，僅須與卷存證據資料相符，且與經驗法則、論理法則無違即可，所使用之證據亦不以具有證據能力者為限，即使不具證據能力之傳聞證據，亦非不得資為彈劾證據使用。故無罪之判決書，就傳聞證據是否例外具有證據能力，本無須於理由內論敘說明。</u>

