

## 實務見解精選(下)

最高法院判例、判決及決議，一向是司法官及律師考試中，各類考科的熱門出題來源，以下特別精心嚴選近1年來重要且具國考參考價值之最高法院民、刑事裁判及決議，另嚴選高等法院民、刑事法律座談會相關重要議題討論意見，並摘述重點要旨，以饗諸位考生。

## 一、嚴選最高法院民事裁判

裁判字號	裁判要旨
102 年度台上字第 2511 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>依公司法第二百零八條第三項規定，股份有限公司之董事長對內為股東會、董事會及常務董事會主席，對外代表公司。</li> <li>雖同法第二百零二條規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之」，第二百零六條第一項規定：「董事會之決議，除本法另有規定外，應有過半數董事之出席，出席董事過半數之同意行之」，惟<u>股份有限公司之董事會係定期舉行，其內部如何授權董事長執行公司之業務、董事長對外所為之特定交易行為有無經董事會決議及其決議有無瑕疵等，均非交易相對人從外觀即可得知</u>；</li> <li>而<u>公司內部就董事會與董事長職權範圍之劃分，對於交易對象而言，與公司對於董事長代表權之限制無異，為保障交易之安全，宜參酌公司法第五十七條、第五十八條之規定，認董事長代表公司所為之交易行為，於交易相對人為善意時，公司不得僅因未經董事會決議或其決議有瑕疵，即否認其效力</u>。</li> </ol>
102 年度台上字第 2457 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>查股份有限公司（下稱公司）與董事間之關係，除公司法另有規定（如第一百九十二條第五項準用同法第三十條關於董事之消極資格、第一百九十五條關於董事之任期、第一百九十六條關於董事之報酬、第一百九十七條、第一百九十九條、第二百零條關於董事之解任、第二百零五條關於董事之出席董事會、第二百零九條關於董事之競業禁止等）外，依民法關於委任之規定。</li> <li>另公司之經理與公司間亦為委任關係，此觀公司法第一百九十二條第四項及第二十九條第一項之規定自明。</li> <li>因此，公司董事或經理於委任關係終止時，固負有依民法第五百四十條之規定，明確報告委任事務進行顛末之義務（本院二十一年上字第一九九二號判例參照），其有違反者，並應負債務不履行之損害賠償責任。</li> <li>惟公司董事或經理如未於終止時主動為之，而由公司於委任關係終止後，另依民法第五百四十條之規定，請求公司董事或經理報告委任事務進行之狀況或顛末者，因公司之董事源於股東會之選任，經理係由董事會之決議而委任（同法第一百九十二條第一項、第二十九條第一項第三款規定），足見<u>董事與公司間委任關係之形成係以股東會之決議為基礎，經理與公司間之關係，不因委任契約之締結，乃基於董事會之決議產生，均以處理公司法（團體法）上之事務為其標的，與依據民法（個人法）所訂立之一般委任契約，未盡相同</u>。</li> <li>故<u>上開報告義務在適用於公司董事或經理時，自不能毫無期間之限制</u>。</li> <li><u>參酌公司法第二百三十一條規定，公司各項會計表冊經股東會決議承認後，除董事有不法行為者外，應視為公司已解除董事之責任；及商業會計法第六十八條第三項規定，商業負責人對於該年度會計上之責任，除有不法或不正當行為者外，於決算報表獲得承認後解除</u>。</li> <li>復以企業（尤其是公司）活動及經營管理所衍生之事務恆具有多樣性、持續性、頻繁性與複雜性，苟於委任關係終止後時隔久遠，</li> </ol>

	<p><u>公司董事或經理記憶淡薄或模糊時，始要求其明確報告委任事務進行之顛末，勢有困難而不具期待性。</u></p> <p>8. <u>於此情形，應視公司要求報告事項內容與性質之不同，將公司董事或經理人之報告義務限縮在其與公司間委任關係終止後相當且合理之期間內為之，俾董事或經理得在其記憶仍屬清晰之情形下，作明確之報告，以免強人所難並造成強制執行上之困難。</u></p>
102 年度台上字第 2420 號	<p>1. 權利之出賣人，如因其權利而得占有一定之物，固應負交付其物之義務，惟該物之收益權屬於何方，仍應以其已否交付為斷，與所有權是否移轉無涉，此觀民法第三百四十八條第二項及第三百七十七條準用第三百七十三條規定即明。<u>出賣人在未交付前繼續占有該物，僅屬債務不履行，尚難指為無權占有或侵權行為，買受人既無收益權，亦無利益受損可言。</u></p> <p>2. 動產與不動產同屬一人所有，動產因附合而為不動產之重要成分者，雖無所有權歸屬之問題，惟該動產已失其獨立性，所有權消滅，不動產所有權範圍因而擴張。<u>此項附合，須其結合具有固定性、繼續性，應依其經濟目的、社會一般交易通念及其他客觀狀況認定之，不能僅憑物理上之觀察為判斷依據。</u></p>
102 年度台抗字第 1031 號	<p>按在第二審追加原非當事人之人為他造當事人，除訴訟標的對於該人必須合一確定者外，非經他造及該人同意，不得為之，此觀民事訴訟法第四百四十六條第一項規定即明。又同法第二百五十五條第一項第二款<u>所謂請求之基礎事實同一，係指原當事人間，追加之訴與原訴之基礎事實同一而言。</u></p>
102 年度台聲字第 1328 號	<p>按家事非訟事件之確定本案裁定，始準用民事訴訟法第五編再審程序之規定，觀諸家事事件法第九十六條前段規定自明。<u>暫時處分之裁定，附隨於本案，並非本案裁定，自無前開規定之適用，不得對之聲請再審。</u></p>
102 年度台抗字第 996 號	<p>1. 民事訴訟法第五十六條之一第一項係規定，訴訟標的對於數人必須合一確定而應共同起訴，如其中一人或數人拒絕同為原告而無正當理由者，法院得依原告聲請，以裁定命該未起訴之人於一定期間內追加為原告。逾期未追加者，視為已一同起訴。</p> <p>2. <u>查合夥財產固屬全體合夥人共同共有，然合夥人提起確認其對合夥財產權利存在之訴，並非就合夥財產為處分或其他之權利行使，無得其他合夥人或其繼承人全體之同意，或由其他合夥人或繼承人全體一同為原告之必要，即無該訴訟標的對於數人必須合一確定而應共同起訴之情形，自無上開法條規定之適用。</u></p>
102 年度台抗字第 995 號	<p>1. 民事訴訟法第五百二十八條第一項及第三項規定，關於假扣押聲請之裁定，得為抗告；抗告法院認抗告有理由者，應自為裁定。</p> <p>2. 其立法理由謂：<u>抗告法院就關於假扣押聲請裁定之抗告，認為有理由者，於廢棄原裁定時，應自為裁定，不得發回原法院更為裁定，以避免程序稽延，而達到保全程序應迅速處理之要求。</u></p>
102 年度台上字第 2238 號	<p>1. <u>民法第一百九十一條第一項規定，土地上之建築物或其他工作物所致他人權利之損害，由工作物之所有人負賠償責任。但其對於設置或保管並無欠缺，或損害非因設置或保管有欠缺，或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。</u></p> <p>2. <u>所謂設置有欠缺，係指土地上之建築物或其他工作物，於建造之初即存有瑕疵而言。</u></p> <p>3. <u>所謂保管有欠缺，係指於建造後未善為保管，致其物發生瑕疵而言。</u></p> <p>4. <u>倘係第三人之不法行為致土地上之建築物或其他工作物造成他人權利受損害，該他人尚不得依上開法條規定，請求所有人賠償損害。</u></p>
102 年度台抗字第 967 號	<p>1. 按民事訴訟法第二百十三條第一項前段係規定，言詞辯論筆錄內，應記載辯論進行之要領。</p> <p>2. <u>是言詞辯論筆錄除記載同項第一款至第六款及審判長依同條第二項命記載之事項外，僅需記載其要領，即記載言詞辯論經過之大概情形，尚無需將開庭之過程、在場者陳述之內容、其喜怒哀樂</u></p>

	<u>等一詳細記載。</u>
102 年度台上字第 2166 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 按給付無確定期限者，依民法第二百二十九條第二項規定，應先經債權人催告而未為給付，債務人始負遲延責任。</li> <li>2. 又民法第二百五十四條係規定，契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。</li> <li>3. 故債務人遲延給付時，須經債權人定相當期限催告其履行，債務人於期限內仍不履行時，債權人始得解除契約。</li> <li>4. <u>債權人為履行給付之催告，如未定期限，難謂與前述民法規定解除契約之要件相符，自不得依上開法條規定解除契約。</u></li> <li>5. <u>至若自債權人催告後經過相當期間而債務人仍不履行時，基於誠實信用原則，可發生該條所定之契約解除權者，應以債權人催告時定有期限而不相當（過短）者，始有其適用。</u></li> </ol>
102 年度台上字第 2162 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 民法第五百零七條係規定，工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之。</li> <li>2. 定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害。</li> <li>3. <u>是倘無工作需定作人之行為始能完成，而定作人不為其行為之情形，承攬人即無上開法條所定之解除權。</u></li> </ol>
102 年度台上字第 2161 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 民法第二百五十四條係規定，契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。</li> <li>2. 故債務人遲延給付時，必須經債權人定相當期限催告其履行，而債務人於期限內仍不履行時，債權人始得解除契約。</li> <li>3. <u>債權人為履行給付之催告，如未定期限，難謂與前述法條規定解除契約之要件相符，自不得依上開法條之規定解除契約。</u></li> </ol>
102 年度台上字第 2053 號	<u>物之拆除，為事實上之處分行為，僅所有人或有事實上處分權之人，方有拆除之權限。</u>
102 年度台上字第 2051 號	民法第二百六十三條規定，第二百五十八條及第二百六十條之規定，於當事人依法律之規定終止契約者，準用之。 <u>是同法第二百五十九條契約解除後回復原狀之規定，於契約終止之情形，並不在準用之列。</u>
102 年度台抗字第 910 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部。但被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意，民事訴訟法第二百六十二條第一項定有明文。</li> <li>2. 準此，原告於被告為本案之言詞辯論終結前撤回其訴者，無須徵得被告之同意，即生訴之撤回之效力。被告未到場，僅以書狀為陳述者，非已為本案之言詞辯論。</li> <li>3. <u>次查原告以言詞撤回其訴，經記載於言詞辯論筆錄者，其撤回之意思表示於陳述時即已生效，不因被告當時不在場且未送達筆錄而受影響。原告撤回之意思表示既已生效，自不許其任意撤回該意思表示。</u></li> </ol>
102 年度台上字第 2017 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 民法第二百四十七條之一第一款、第三款規定，依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者；使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。</li> <li>2. <u>所稱「免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者」、「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者」，係指一方預定之該契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地，始足當之。</u></li> <li>3. <u>所謂「按其情形顯失公平者」，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形而言。</u></li> </ol>
102 年度台上字第 2002 號	<u>租賃物因承租人失火而毀損、滅失者，以承租人有重大過失為限，始對於出租人負損害賠償責任，民法第四百三十四條固有明文。惟當事人如以特約約定承租人就輕過失之失火亦應負責，其特約並非無效。</u>
102 年度台上字第 1932 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，<u>民法第一百四十八條第二項</u>定有明文。<u>此項規定，於任何權利之行使及義務之履行，均有其適用。</u></li> </ol>

	<p>2. <u>權利人在相當期間內不行使其權利，如有特別情事，足使義務人正當信任權利人已不欲行使其權利，其嗣後再為主張，即應認有違誠信而權利失效。</u></p> <p>3. 法院為判斷時，應斟酌權利之性質、法律行為之種類、當事人間之關係、社會經濟狀況及其他一切情事，以為認定之依據。</p> <p>4. <u>又權利失效係基於誠信原則，與消滅時效制度無涉，要不因權利人之請求權尚未罹於時效而受影響。</u></p>
102 年度台上字第 1855 號	<p>1. <u>指示人依補償關係（資金關係或填補關係）指示被指示人將財產給付領取人之指示給付關係，其給付關係係存在於指示人與被指示人及指示人與領取人間；</u></p> <p>2. <u>至於被指示人與領取人間，因領取人係基於其與指示人之對價關係，由指示人指示被指示人向領取人為給付，該二人間僅發生履行關係（給與關係或出捐關係），而不發生給付關係。</u></p>
102 年度台上字第 1831 號	<p>1. 依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之，民事訴訟法第一百九十九條之一第一項定有明文。</p> <p>2. <u>基於公平原則，於依被告之聲明及事實上之陳述，得主張有消滅或妨礙原告請求之事由，而其主張不明瞭或不完足之情形，審判長亦應依同法第一百九十九條第二項規定闡明之。</u></p>
102 年度台上字第 1819 號	<p>1. 公司法第一百六十五條第一項規定，股份之轉讓，非將受讓人之姓名或名稱及住所或居所，記載於公司股東名簿，不得以其轉讓對抗公司。此係保護未參與股份轉讓之公司所設之規定。</p> <p>2. <u>惟公司之股東死亡後，其繼承人倘已檢附相關證明資料，將繼承之事實通知公司，申請變更股東名簿之登記而公司未予變更，或公司已知悉繼承之事由時，公司尚不得拒絕該繼承人行使股東權。</u></p>
102 年度台上字第 1606 號	<p>1. 違約金之約定，乃基於個人自主意思之發展、自我決定及自我拘束所形成之當事人間之規範，本諸契約自由之精神及契約神聖與契約嚴守之原則，契約當事人對於其所約定之違約金數額，原應受其約束。</p> <p>2. <u>惟倘當事人所約定之違約金過高者，為避免違約金制度造成違背契約正義等值之原則，法院得參酌一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，依職權減至相當之金額。</u></p>
102 年度台簡上字第 17 號	<p>1. 委任取款背書之背書人，不論何時，均得對受任取款之人收回票據及撤回代理權之授與，而回復其對於支票之持有，並基於票據之流通性，再將該支票依背書及交付而轉讓之（同法第一百四十四條、第三十條第一項）。</p> <p>2. 因此，<u>支票上之背書性質究竟為何？應就授受票據當事人間所存在之客觀情事判斷之，而不能逕以背書時之情況認定之。</u></p>
102 年度台抗字第 703 號	<u>按共有人就其分得之土地，請求他共有人拆除地上房屋，係基於所有權之作用，其訴訟標的為物權關係。</u>
102 年度台上字第 1577 號	<p>1. 不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利，民法第七百五十九條之一第一項定有明文。</p> <p>2. <u>此項登記之推定力，觀其立法意旨，乃為登記名義人除不得援以對抗其直接前手之真正權利人外，得對其他任何人主張之。</u></p> <p>3. <u>該直接前手之真正權利人以外之人，須依法定程序塗銷登記名義人之登記，始得推翻其登記之推定力。</u></p> <p>4. <u>如直接前手為真正權利人，於第三者信賴登記而取得土地權利之前，真正權利人非不得對登記名義人主張登記原因之無效或撤銷。</u></p>

## 二、最高法院民事庭會議

會議次別	決議要旨
最高法院 103 年度第 11 次民事庭會議	<p><b>【主旨】</b></p> <p>最高法院民國 103 年 8 月 5 日 103 年度第 11 次民事庭會議決議不再援用民事判例 1 則。</p> <p>不再援用民事判例 1 則：</p>

	<p>六十三年台上字第九六五號判例要旨</p> <p>公司為公司法第一百八十五條第一項所列之行爲，而召開股東會爲決定時，出席之股東，不足代表已發行股份總數三分之二以上，及違反公司法第一百八十五條第一項之規定，而爲股東會之決議方法之違法，依公司法第一百八十九條規定，僅股東得於決議之日起一個月內，訴請法院撤銷之，而不屬於同法第一百九十一條決議內容違法爲無效之範圍。</p> <p>相關法條：公司法第一百八十五條、第一百八十九條、第一百九十一條。</p> <p>不再援用理由：<b>本院六十三年台上字第九六五號判例要旨與該判例個案具體事實未盡相符，本則判例不再援用。</b></p>
--	---

### 三、民事法律問題座談

發文字號	法律問題及討論意見
臺灣高等法院暨所屬法院 102 年法律座談會民事類提案第 44 號	<p><b>【法律問題】</b></p> <p>家事事件法第 67 條第 1 項規定：「就法律所定親子或收養關係有爭執，而有即受確認判決之法律上利益者，得提起確認親子或收養關係存在或不存在之訴。」則受婚生推定之子女，於民法第 1063 條第 3 項所定除斥期間經過後，如其親子關係經證明係反於真實，當事人（夫或妻之一方，或子女）或有法律上利害關係之第三人是否有即受確認判決之法律上利益，而仍得提起確認親子關係不存在之訴？</p> <p><b>【討論意見：甲說：否定說】</b></p> <p>1. 按「妻之受胎係在婚姻關係存續中者，民法第 1063 條第 1 項，推定其所生子女爲婚生子女，受此推定之子女，惟受胎期間內未與妻同居之夫，得依同條第二項之規定以訴否認之，如夫未提起否認之訴，或雖提起而未受有勝訴之確定判決，則該子女在法律上不能不認爲夫之婚生子女，無論何人，皆不得爲反對之主張。」（最高法院 23 年上字第 3473 號判例）；「妻之受胎係在婚姻關係存續中者，夫縱在受胎期間內未與其妻同居，妻所生子女依民法第 1063 條第 1 項規定，亦推定爲夫之婚生子女，在夫妻之一方依同條第二項規定提起否認之訴，得有勝訴之確定判決以前，無論何人皆不得爲反對之主張，自無許與妻通姦之男子出而認領之餘地。」（最高法院 75 年台上字第 2071 號判例）。而司法院大法官釋字第 587 號解釋意旨謂：「子女獲知其血統來源，確定其真實父子身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法保障。民法第 1063 條規定：『妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女爲婚生子女。前項推定，如夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者，得提起否認之訴。但應於知悉子女出生之日起，一年內爲之』。係爲兼顧身分安定及子女利益而設，惟其得提起否認之訴者僅限於夫妻之一方，子女本身則無獨立提起否認之訴之資格，且未顧及子女得獨立提起該否認之訴時應有之合理期間及起算日，是上開規定使子女之訴訟權受到不當限制，而不足以維護其人格權益，在此範圍內與憲法保障人格權及訴訟權之意旨不符。最高法院 23 年上字第 3473 號及 75 年台上字第 2071 號判例與此意旨不符之部分，應不再援用。」亦即認前開二則判例意旨，僅在子女本身無獨立提起否認之訴之資格部分不得再援用，其餘部分前開二則仍爲有效存在。從而，凡被婚生推定之子女，在夫妻或子女依規定提起否認之訴，得有勝訴之確定判決以前，無論何人皆不得爲反對之主張，自無允許第三人以親子血緣違反真實爲由，提起確認親子關係不存在之訴（最高法院 96 年度台上字第 2278 號判決意旨參照）。</p> <p>2. 雖依 101 年 6 月 1 日公布施行之家事事件法第 67 條第 1 項規定：「就法律所定親子或收養關係有爭執，而有即受</p>

確認判決之法律上利益者，得提起確認親子或收養關係存在或不存在之訴。」但所謂有即受確認判決之法律上利益者，應不包括因其他法律規定，已經確定之親子關係或收養關係。詳言之，受婚生推定之子女，如夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，固得提起否認子女之訴或否認推定生父之訴予以推翻，然若已逾同條第 3 項之除斥期間，其法律上擬制之親子關係即已確定，故縱使無真實血緣，基於身分關係排他性與法律秩序安定性原則，自無再允許當事人或第三人以確認親子關係不存在之訴，否定民法第 1063 條之明文規定，否則本條項除斥期間立法規定將成為具文。

#### 【乙說：肯定說】

1. 按子女本有獲知其血緣之權利，確定其真實父子關係，攸關子女之利益及人格，應受憲法之保障。而夫妻父母子女所建構之家庭倫理關係，為社會人倫秩序之基礎，並為扶養、監護、財產繼承法律關係之準據，婚生推定之親子關係，倘與真實血緣關係相違背，不僅有礙子女之人格發展，且影響以親子關係為基礎所生之扶養、監護、財產繼承之法律關係，就現階段之兩性關係及社會價值，衡量確定真實血緣關係所可能涉入父母婚姻關係之隱私領域，暴露生母受胎事實之侵害，較之表見親子關係所造成血緣關係混淆及扶養、監護、財產繼承之侵害為小，自應准許就此受有權利義務利害關係，而於法律地位處於不安之第三人提起確認親子關係不成立之訴，得依該確定判決，除去該不安之狀態（最高法院 95 年度台上字第 1815 號判決意旨參照）。
2. 家事事件法於 101 年 6 月 1 日公布施行後，第 67 條第 1 項就親子及收養關係存否此二種類型，明定只須有即受確認判決之法律上利益者，即得提起確認之訴。其立法理由第 1 項說明：「親子或收養身分關係是否存在，為定子女與被指為生父或生母間、養子女與養父母間有無扶養、繼承等法律關係之基礎，並常涉及第三人（如其他繼承人）之權利義務；復因現今科技進步，親子關係形成原因多樣化，已非單純僅由血緣所生者始構成親子關係（例如人工生殖法第 23、24 條規定），如有即受確認判決之法律上利益之人，就民法或其他法律所定親子或收養關係有爭執者，自應許其就親子或收養之關係存否，得提起確認之訴，俾使紛爭當事人有得以利用訴訟程序之機會，以應實際之需要，並保護子女之權益。惟為免導致濫訴，就得提起確認之訴之原告，僅限有即受確認判決法律上利益之人，始得提起。至於有無上開法律上利益，應依具體個案情形判斷之，而與本案請求在實體法上有無理由之問題有別，爰規定如第 1 項所示。」係強調血緣真實之重要性，並以現今科技進步，親子血緣關係之認定並無困難，且親子關係之形成逐漸呈現多樣化為主要理由，將即受確認判決之法律上利益此一要件委由法官於個案上予以判斷，以應實際需要。依此觀之，似未另設其他提起之限制要件，應由法官依個案審酌判斷即受確認判決之法律上利益之有無。
3. 再者，該條項所謂「就法律所定親子關係有爭執」，自應解為「依民法或其他實定法所決定、確認之親子關係有爭執」，否則「就法律所定」一詞即不能為適當之解釋，而屬贅語，參酌上開立法理由僅限定親子關係與收養關係二種確認訴訟類型，當係立法者有意以真實血緣存否為前提予以寬認。何況本法制定公布施行之前，依民事訴訟法第 247 條第 2 項規定，就「確認法律關係基礎事實存否之訴，以原告不能提起他訴訟者為限」，乃將確認法律關係基礎事實存否之訴，列為補充、備位之訴訟類型，然家事事件法第 67 條第 1 項既已將親子關係及收養關係存否之確認訴訟予以特別明文規定，自不宜認此種確認訴訟仍僅具有補充、備位之性質。

#### 【初步研討結果：】

	<p>採乙說。</p> <p><b>【審查意見】</b> 採甲說（甲說 13 票，乙說 1 票）。</p> <p><b>【研討結果】</b> <u>當事人既有爭執而提起訴訟，即有受確認判決之法律上利益，惟依據甲說之理由，其請求仍屬無理由。</u></p>
<p>臺灣高等法院暨所屬法院 102 年法律座談會民事類提案 第 28 號</p>	<p><b>【法律問題】</b> 甲以乙不法侵害其名譽權為由，聲請法院於新臺幣（下同）100 萬元範圍內，對乙之財產為假扣押強制執行，嗣乙提供擔保金 100 萬元而撤銷假扣押執行。嗣甲對乙提起本案訴訟，請求乙應於報紙上刊登道歉啟事，及給付損害賠償金 100 萬元，嗣經法院判准乙應於報紙上刊登道歉啟事，但駁回甲請求損害賠償金部分而告確定。乙依民事訴訟法第 104 條第 1 項第 1 款規定，以應供擔保原因消滅為由聲請法院裁定返還擔保金，應否准許？</p> <p><b>討論意見：</b></p> <p><b>【甲說：不應准許】</b> 乙就本件假扣押之本案請求，並未獲全部勝訴判決，故甲就乙應刊登道歉啟事部分，仍可能因此受有損害，依法自得請求損害賠償，難認供擔保原因已消滅，故乙依民事訴訟法第 104 條第 1 項第 1 款規定聲請返還擔保金，不應准許。</p> <p><b>【乙說：應予准許】</b> 債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全強制執行者，得聲請假扣押，民事訴訟法第 522 條第 1 項定有明文。依此文義，假扣押係以保全金錢請求之強制執行為目的，故假扣押之債權人對債務人所提起之本案訴訟，以請求金錢給付或得易為金錢給付之給付之訴為限，至於確認之訴、形成之訴及非以金錢給付或得易為金錢給付為內容之給付之訴，均非假扣押所欲保全之本案訴訟（最高法院 98 年度台抗字第 1003 號裁定要旨）。是依前開說明，可知非以金錢給付或得易為金錢給付為內容之給付之訴，均非假扣押所欲保全之本案訴訟，故本件假扣押之本案訴訟應指甲請求乙給付金錢賠償 100 萬元部分，不包括刊登道歉啟事，而乙就甲請求金錢賠償部分，既已獲全部勝訴確定判決，核與應供擔保原因消滅要件相符，故乙依民事訴訟法第 104 條第 1 項第 1 款規定聲請返還擔保金，自應准許。</p> <p><b>【初步研討結果】</b> 採乙說。</p> <p><b>【審查意見】</b> 採乙說。</p> <p><b>【研討結果】</b> 照審查意見通過。</p>

#### 四、最高法院刑事裁判

裁判字號	裁判要旨
103 年度台非字第 102 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 刑事訴訟法第七編之一規定之協商程序（即第四百五十五條之二至第四百五十五條之十一），固係仿效美國與義大利法例所制定，惟就協商程序之開啓而言，當事人係經法院同意後，於審判外進行求刑及相關事項之協商，並經雙方當事人合意且被告認罪，始由檢察官聲請法院改依協商程序而為判決（參第四百五十五條之二第一項），足見法院不直接介入協商，以確保裁判之客觀性及公正性。</li> <li>2. 而協商之類型，參諸同法第四百五十五條之四第一項第三款：「協</li> </ol>



	<p>商之合意顯有不當或顯失公平者」、第五款：「法院認定之事實顯與協商合意之事實不符者」，不得為協商判決之規定，亦顯見我國之規定與美國法例不同，僅得就「量刑」部分為協商，不得就「罪名」為協商；且法院固須於協商之合意範圍內為判決，但協商判決所科之刑，仍以宣告緩刑、二年以下有期徒刑、拘役或罰金為限（參第四百五十五條之四第二項後段）。是此所謂之協商，本質上係一種條件之交換，當事人皆有其自己之考量。</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>3. 就檢察官而言，其重在國家刑罰之能否實現；就被告而言，則意在犯罪後如何量刑；而法院則係以中立之立場，依據卷證，審核協商之內容，如認合法、合理，即為協商判決，使「明案速判」，減輕法院案件負荷，並求被告儘早脫離訟累，復歸社會，以符訴訟經濟原則。</li> <li>4. 故當事人既得以被告願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，進行協商（參第四百五十五條之二第一項第一款），則協商程序顯係以被告之認罪換取國家刑罰權之讓步。</li> <li>5. 而檢察官為避免刑罰所欲追求之公平正義蕩然無存，其與被告協商時，自不得同意與被告罪責顯不相當之刑（參檢察機關因應刑事訴訟法部分修正條文增訂協商程序辦理事項參考原則第三點第一項）；從而，倘已達成協商之合意，當足認當事人雙方就被告之犯罪事實、罪責輕重及其他法定加重、減輕事由已全盤納入考量。</li> <li>6. 又協商既係一種條件交換，基於當事人處分主義，固應予適度之尊重，但法院基於審判獨立之原則，如認協商內容不符法律規定（參第四百五十五條之四第一項）時，自不受當事人認罪及量刑協商之拘束，應裁定駁回協商之聲請，以維當事人權益（參第四百五十五條之六）。</li> <li>7. 倘法院審核結果，認協商內容尚無違法或不當，並確認被告已知所認罪名、法定刑度及因適用協商程序所喪失之權利（含由法院依通常程序公開審判之權利、詰問證人及與其對質之權利、保持緘默之權利及依通常程序所得上訴之權利等），而於協商合意範圍內為判決，亦足認法院於為協商判決之時，已具體審酌被告犯罪之情形，核無不得為協商判決之消極事由，始於協商合意範圍內為判決，量處適度之刑。</li> <li>8. 則法院既接受當事人之協議而為判決，當事人自應受其拘束，除有同法第四百五十五條之十但書所示情形外，自不許再事爭執而提起上訴；而<u>法院既同意當事人所為之協商內容且為協商判決，亦應受所為協商結果之限制，縱判決確定後，發現有法定加重、減輕之事由，而協商判決疏未認定及說明，亦係該判決之疏漏是否違法、如何救濟之問題，要無認該判決量刑失衡，而得逕予裁定更正其刑可言。</u></li> <li>9. <u>尤以判決確定後，發現另有法定加重事由，倘准予裁定更正其刑，其主刑經更定後必較原處之刑為重，不僅可能逾越協商程序須「於協商合意範圍內為判決」之規定，致破壞協商程序中被告以認罪換取國家刑罰權讓步之「量刑協商」本質；更嚴重損害保障被告訴訟權之憲法誠信原則，讓程序實質正當之基本要求形同虛設。從而，縱於協商判決確定後，始發覺被告為累犯，亦無適用刑法第四十七條、第四十八條前段規定更定（加重）其刑之餘地。</u></li> </ol>
<p>103 年度台上字第 900 號</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <u>法律是社會生活的產物，執法人員自須體察社會脈動，秉持立法精神和整體法律秩序理念，與時俱進，法律生命於焉豐富而有活力，司法裁判（含檢察官之處分）因此適於社會正義，符合人民法律感情，刑事訴訟法第二條第一項關於「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意」之客觀性義務規定，亦得藉此具體展現。</u>世界各原住民族多處偏遠地區，接觸、利用現代物質、經濟、科技、教育等資源之機會，相對缺乏，形成弱勢族群，乃不爭之實情，我國參酌聯合國之「原住民族權利宣言」草案（按業於西元二〇〇七年九月十三日正式通過，現已非草案），早於民國九十一年十月十九日，由當時之陳水</li> </ol>



	<p>扁總統以國家元首身分，正式和台灣原住民族代表簽訂「原住民族與台灣政府新的夥伴關係」協定，更於九十四年二月五日公布「原住民族基本法」（自同年、月七日起生效施行），揭示保障原住民族基本權利、促進原住民族生存發展、建立共存共榮之族群關係；實行原住民族自治；國家應寬列預算予以協助；提供優惠措施（按即保護性差別優待）；輔導文化產業及培育專業人才；尊重原住民族選擇之生活方式、價值觀；建立天災防護、善後制度等（以上分見第一、五、九、二十三、二十五及三十條）。現行刑事訴訟法第三十一條第一項第四款並增列被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者，未經選任辯護人時，應指定辯護人為其辯護；第五項規定，於偵查中未經選任辯護人者，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。</p> <p>2. <u>自第二次世界大戰以後，刑事實體法進步理念，已由傳統的國家主義價值觀，轉向個人主義價值觀，學理上稱為刑法謙抑思想，認為刑事罰是最後的手段，如依民法或行政法，已可達到維持社會正義的作用，原則上就無以刑罰相加之必要。此於普通刑法、特別刑法；輕罪、重罪之補充關係，於立法裁量抉擇時，同應考量；於司法實務適用上，則須恤刑。貪污治罪條例第四條第一項第一款之侵占公有財物罪，法文之內，雖然未載明不法所有之主觀犯意要件，但既係刑法第三百三十六條第一項公務侵占罪之特別法，故其構成，同應具有此主觀犯意，乃法理所當然。倘行為人確有因公支用、未落入私囊，自不能認其存有不法侵占之犯意，縱然其報帳憑證不齊全，或以不實單據混充，仍無逕以上揭貪污罪名相繩之餘地，要之，祇屬偽造文書罪章之範疇。</u>其實，會計憑證類多、型雜、數繁，報帳既要求翔實、巨細靡遺，事情自然至為瑣碎，除非係會計、總務人員，因屬其專業領域，責無旁貸，但於其他一般兼辦之人而言，短期一、二日，或許猶能勝任，長期責成，豈堪負荷。一般人民如此，教育水平尚待增進之原住民益是。古言：不教而誅，謂之虐；如今若政府對於不具有會計報帳專業之原住民，罔顧其在山區取據困難，甚至根本無從取據之現實窘況，僅略施數小時之講習，即要求中規中矩，否則其無法核銷之公款部分，必依貪污侵占重罪論擬，其違義、失當、不宜，無待多言。司法官追求個案正義，允宜深思。</p>
<p>103 年度台上字第 794 號</p>	<p>1. <u>背信罪為結果犯，以致生本人財產之損害為要件，此損害固應從經濟上角度為評價本人財產是否減少或未能增加，惟仍應遵循民商法上之規範，以免逾越刑法之謙抑性。</u></p> <p>2. 就違規貸款而言，如能判定不可能回收，則貸款完成即達背信罪之既遂。</p> <p>3. 否則，<u>依民法第三百十六條規定，定有清償期者，債權人不得於期前請求清償，果債務人依約給付利息，並於清償期屆至時償還貸款，並未致生本人財產之損害，行為人所為縱合乎該罪之主、客觀要件，仍止於未遂。</u></p>
<p>102 年度台上字第 5092 號</p>	<p>1. <u>刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，此為人民依憲法第十六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立於平等之地位，而受法院公平之審判。</u></p> <p>2. <u>基此，我國立法政策上，採多數辯護制度，於刑事訴訟法第二十八條規定：「每一被告選任辯護人，不得逾三人。」即同一被告至多得選任三位辯護人為其辯護。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。</u></p> <p>3. 本件於原審，上訴人選任王文聖律師、其弟為上訴人選任呂勝賢律師為辯護人，各有委任狀附卷可憑。原審民國一〇二年六月十四日審判期日，呂勝賢律師雖到庭為上訴人辯護，而王文聖律師於</p>

	<p>當日上午十一時四十分進行至「就被告之科刑範圍有無意見？」程序始到庭，其僅就此部分陳述意見，有當日審判筆錄可稽。然王文聖律師當日到庭時之審判程序，既未辯論終結，參照刑事訴訟法第二百八十九條第二項：「已辯論者，得再為辯論，審判長亦得命再行辯論。」設有得再為辯論、再行辯論之規定。審判長當時本得命王文聖律師為上訴人辯護。且呂勝賢律師雖已為上訴人辯護，但無法取代或兼及王文聖律師之辯護。</p> <p>4. <u>乃原審竟未注意刑事訴訟法第二條第一項：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」之規定，未令王文聖律師為上訴人辯護，即諭知辯論終結，致王文聖律師未能為上訴人辯護，顯不足以維護訴訟上之程序正義，影響上訴人充分行使其防禦權，不符上開多數辯護制度之旨，難謂適法。</u></p>
<p>102 年度台抗字第 1077 號</p>	<p>1. 刑事訴訟法第十八條第二款對於不公正法官拒絕事由之規定，係從當事人之觀點質疑法官有不能期待公平為客觀性之審判，冀使其不得參與特定之審判程序，或者應從所參與之審判程序退出，乃規範法官之個案退場機制，為法定法官原則之例外容許。</p> <p>2. 法官執行職務是否有偏頗之虞，足以構成迴避之原因，應本諸客觀之情事，就各種情形，作個別具體之觀察，亦即應以個案之訴訟上全部行為有無足生不公平之裁判為判斷標準。</p> <p>3. 憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利（司法院釋字第五一二號解釋理由書），是案件於審判長終結言詞辯論前，亦即案件尚未解明以前，合議庭法官若一致性地或多數意見潛露出被告為有罪之見解，則此一行為因已經以違反無罪推定方式形成被告有罪心證之預斷，顯然不當侵害被告受憲法保障公平審判之權利，固應認為足資懷疑其公平審判之理由，構成迴避之原因。</p> <p>4. 惟設若在言詞辯論之前，僅受命法官一人於準備程序就有關調查證據或訴訟指揮為不法或不當之處分，或即令受命法官在與辯護人就有關調查證據程序之詢答中，有予人預想為不利判決之感覺者，被告亦不得以之有「不為公平審判」之虞，而聲請該受命法官迴避。</p> <p>5. 蓋現行刑事訴訟法為強化當事人訴訟上地位，於第二百八十八條之三第一項賦予當事人、代理人、辯護人或輔佐人（下稱當事人等）異議聲明權（此異議之對象，立法理由固僅限「不法」之處分，不及於「不當」之處分，惟有關證據調查等相關程序，如所為措置有「預斷」之虞者，因與真實之發見至有關係，故就此之情形，當事人等宜以促請法院注意之方式出之，俾其能依職權自我約制而為適法且適當之處置），並於第二項明定法院（即所屬合議庭）對此異議，應予以裁定，俾當事人等為維護自己之利益，對於法院所為調查程序得加以監督。</p> <p>6. 此之聲明異議，並且不僅限於積極之「作為」，即關於消極的「不作為」之證據調查，亦屬之。</p> <p>7. 是以，<u>當事人等尤其是具有專業之辯護人對於此一專為訴訟主體利益而設，能及時、迅速糾正訴訟程序違背法令之情形，而使程序適法進而達到妥適目的之「異議權」，自應依法、適時地行使，據以落實被告有受律師協助保障其權益之機制，並得以藉此導正部分法官流於情緒或不經意的逸脫程序之行止。</u></p> <p>8. <u>又行合議審判之案件，受命法官在準備程序對於當事人等聲請調查之證據，如認有調查之必要者，於經當事人等依刑事訴訟法第一百六十一條之二提出所謂「證據排棒」之意見後，固得依同法第二百七十九條第二項、第二百七十三條第一項第六款規定，裁定排定審判程序中「證據調查之範圍、次序及方法」，惟同法第一百六十三條之二所定當事人等聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之，此之「法院」當係專指合議庭而言。</u></p> <p>9. 故受命法官於準備程序，或審判長於審判中，對於當事人等聲請</p>

	<p><u>調查之證據，逕自認為不必要而予以駁回者，即屬有關調查證據之處分違法，應依聲明異議之方式請求救濟，由所屬合議庭裁定。凡此尚屬在該次程序中有關調查證據或訴訟指揮之處分有所違法或不當之範疇，辯護人如有不服，自應依法、適正地聲明異議，再由所屬合議庭裁決，尙難謂得作為聲請該法官迴避之事由。</u></p>
102 年度台上字第 5052 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <u>被告在審判外之自白</u>，原不以有其陳述之筆錄或書面為唯一之證明方法，被告犯罪後對人透露犯罪行為之語，亦不失為審判外之自白，從而被告以外之人在檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中，轉述其聽聞自被告向其自白犯罪經過所為之陳述，或於偵、審中為此轉述者，本質上即與被告在審判外之自白無殊，</li> <li>2. <u>至其證據能力有無之判斷，除原始陳述者即被告之陳述應先受刑事訴訟法第一百五十六條第一項自白法則之規範外，鑒於該被告以外之人所轉述者為屬不利於被告之傳聞供述，故在類型上，此之供述必以經被告之言詞或書面予以肯認者，始得為證據，若被告未有肯認該陳述，則須有可信之特別情況，或已經給予被告充分詰問之適當機會，以確保該陳述之真實性，方具證據之適格。</u></li> </ol>
102 年度台非字第 403 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 上訴於判決前，得撤回之；撤回上訴者，喪失其上訴權，刑事訴訟法第三百五十四條、第三百五十九條定有明文。</li> <li>2. 而撤回上訴係就已上訴於上級審之案件，使之向將來不發生上訴之效力，與訴訟程序之發展（上訴權是否喪失）相關，係屬程序形成之訴訟行為，故撤回之人應具有得有效實施訴訟行為之能力，其撤回始生效力，而能否有效實施訴訟行為，以能辨別訴訟法上之重要利害關係，於知悉自己權利下，得依其辨別而獨立為完全意思表示為斷。</li> <li>3. <u>智能障礙被告如不能為完全陳述者，其辨別訴訟法上重要利害關係之能力本有欠缺，於刑事訴訟程序中常有易受誘導、畏懼或服從權威、習慣默許傾向之精神特質，故其撤回上訴之能力，應獲充足之補充，始生撤回之效力。</u></li> <li>4. <u>又刑事訴訟法第三十一條第五項、第一項第三款規定，被告因智能障礙無法為完全之陳述者，未經選任辯護人，於偵查中，檢察官、司法警察（官）應通知法律扶助機構指派律師到場為其辯護；於審判中審判長應指定辯護人為被告辯護，其立法目的乃因該等被告無法依其個人之能力，就訴訟上相關之權利為實質有效之行使，乃從偵查程序及審判中均使其得受辯護之助力，以保障人權，並藉由程序之遵守確保裁判之公正。</u></li> <li>5. <u>且上訴之撤回於判決前均得為之，不能完全陳述之智能障礙被告，倘未獲辯護人協助下，在程序進行中許其獨自為撤回之表示，訴訟權益之保護難謂周延，且與上揭立法意旨相悖。</u></li> <li>6. 因此，<u>此類案件於繫屬法院後，基於延續偵查中保障智能障礙被告之立法意旨，解釋上，法院於判決前所進行之一切訴訟行為，即屬「審判」程序之一部分，不論對在押被告所進行之訊問、準備或審理程序，均有強制辯護規定之適用，如有違反，所為撤回上訴之表示，應認不生撤回之效力。</u></li> </ol>
102 年度台上字第 4364 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 學理上所稱法條（規）競合，係指一行為同時該當於數法條所定犯罪構成要件之競合情形，但應就競合之數法條中擇一適用，而排斥其他法條之適用，以避免犯罪之重複評價，屬於單純一罪。</li> <li>2. 刑法第五十五條前段規定之想像競合犯，則指一行為觸犯數罪名之競合情形，應就數罪名中從較重之一罪處斷，但不排斥其他輕罪之成立，惟不另加以處罰，以避免犯罪之重複評價，屬於裁判上一罪。</li> <li>3. <u>想像競合犯既規定從一重處斷，為避免遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑，以致發生與法律規定從一重處斷之本旨不合之情形，故刑法第五十五條但書特別規定「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失。</u></li> <li>4. 而法條（規）競合，既純屬數法條之擇一適用，而排斥其他法條</li> </ol>

	<p><u>之適用，於量定宣告刑時，本不受刑法第五十五條但書規定之拘束，又無其他法定不得量處低於已被排斥而不適用之其他法條最輕本刑以下之刑之限制，祇須以行為人之責任為基礎，審酌刑法第五十七條各款所列一切情狀而為量刑即可。</u></p>
102 年度台上字第 4092 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 刑法第二十一條第二項規定：依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不罰。但明知命令違法者，不在此限。則以<u>但書所定排除本文之阻卻違法事由之適用，應就明知命令違法為嚴格之證明。</u></li> <li>2. 尤其軍人以服從為天職，陸海空軍刑法第四十七條第一項並就違抗長官職權範圍內所下達與軍事有關之命令者，定有處罰。</li> <li>3. 於此，<u>雖非可謂軍人排除上開刑法但書之適用，惟於判斷其是否明知上級命令違法時，自應與一般公務員不同，即應採更高密度之審查標準，以免在違法執行與抗命間產生義務衝突。就具體個案，並應審酌有無期待可能性而阻卻責任。</u></li> </ol>
102 年度台上字第 3996 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，刑事訴訟法第一百五十六條第二項定有明文。</li> <li>2. <u>而兩名以上共犯之自白，不問是否屬於同一程序（共同被告）或有無轉換為證人訊問，即令所述內容一致，因仍屬自白之範疇，究非自白以外之其他必要證據。</u></li> </ol>
102 年度台上字第 3990 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 具有共犯關係之共同被告（下稱共犯被告）在本質上兼具被告與證人雙重身分，偵查中檢察官以被告身分訊問共犯被告，就我國法制而言，固無令其具結陳述之問題，但當共犯被告陳述之內容，涉及另一共犯犯罪時，就該另一共犯而言，其證人之地位已然形成。</li> <li>2. 此際，檢察官為調查另一共犯犯罪情形及蒐集證據之必要，即應將該共犯被告改列為證人訊問，並應踐行告知證人得拒絕證言之相關程序權，使其具結陳述，其之陳述始符合刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項所定得為證據之傳聞例外。</li> <li>3. 至於以共犯被告身分所為關於該他人犯罪之陳述，因不必擔負偽證罪責，其信用性顯不若具結證言，即與本條項規定之要件不符，惟衡諸其等於警詢或檢察事務官調查所為之陳述，同為無須具結，卻於具有特信性與必要性之要件時，即得為證據，若謂此偵查中之陳述，一概否認其證據能力，無異反而不如警詢之陳述，顯然失衡。</li> <li>4. 從而，此未經具結之陳述，依舉輕以明重原則，本於同法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規定之同一法理，得於具有相對或絕對可信性之情況保障，及使用證據之必要性時，例外賦予其證據能力，俾應實務需要。此為本院最近一致之見解。</li> <li>5. 依此，<u>當無僅憑共犯被告於審判中已具結陳述，並接受被告之詰問，或有不能傳喚之情形，即得謂其先前（未具結）之陳述具有證據能力之可言。又組織犯罪防制條例第十二條第一項「訊問證人之筆錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定訊問證人之程序者為限，始得採為證據」之規定，係以立法排除被告以外之人於警詢或檢察事務官調查中所為之陳述，得適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之規定，至於共犯被告於偵查中以被告身分之陳述，仍應類推適用上開規定，定其得否為證據。</u></li> </ol>
102 年度台上字第 3977 號	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 刑事法就「危險犯」之規定，有「具體危險犯」與「抽象危險犯」之分，兩者之含義及判斷標準均異。</li> <li>2. 「具體危險犯」中之具體危險，使法益侵害之可能具體地達到現實化之程度，此種危險屬於構成要件之內容，需行為具有發生侵害結果之可能性（危險之結果），始足當之。</li> <li>3. 因屬於構成要件事實，具體危險是否存在，需要加以證明與確認，不能以某種程度的假定或抽象為已足，對具體危險之證明和判斷，事實審法院應以行為當時之各種具體情況以及已經判明的因果關係為根據，用以認定行為是否具有發生侵害法益的可能性。</li> </ol>

	<p>4. 是具體危險犯中之具體危險，是「作為結果的危險」，學理上稱為「司法認定之危險」。</p> <p>5. 一般而言，具體危險犯在刑法分則中以諸如「危害公共安全」、「足以發生……危險」、「引起……危險」等字樣明示之。</p> <p>6. 而「抽象危險犯」是指行為本身含有侵害法益之可能性而被禁止之態樣，重視行為本身之危險性。</p> <p>7. 此種抽象危險不屬於構成要件之內容，只要認定事先預定之某種行為具有可罰的實質違法根據（如有害於公共安全），不問事實上是否果發生危險，凡一有該行為，罪即成立，亦即只要證明行為存在，而危險不是想像的或臆斷的（迷信犯），即可認有抽象危險，該當構成要件之行為具備可罰的實質違法性。乃立法者所擬制或立法上推定的危險，其危險及程度是立法者之判斷。</p> <p>8. 抽象的危險在重視行為本身的危險性，是抽象危險犯中之抽象危險，是「行為的危險」，學理上稱為「立法上推定之危險」。</p> <p>9. 雖抽象危險是立法上推定之危險，但對抽象危險是否存在之判斷仍有必要，即以行為本身之一般情況或一般之社會生活經驗為根據，判斷行為是否存在抽象的危險（具有發生侵害結果的危險），始能確定有無立法者推定之危險。</p> <p>10. 刑法第一百八十四條第一項公共危險罪，係以「致生往來之危險」為其客觀構成要件，屬「具體危險犯」而非「抽象危險犯」，故就是否該當本罪需有積極之事證，證明具體危險之事實，而非僅以籠統之抽象危險理論，即可以該罪相繩。</p>
<p>102 年度台上字第 3895 號</p>	<p>1. 船員法之所以需在刑法第二十四條緊急避難之體系外，於第五十八條、第五十九條另就船長權為特別規定，資為刑法第二十一條第一項依法令行為之阻卻違法事由，應在於船長權之性質近似於海上之警察權甚至司法權，而有私人代替國家行使公權力之意義。而漁船之船員，除有關航行安全與海難處理外，不適用船員法之規定，此為船員法第三條第一項第二款所明定。故漁船船員之管理係依據漁業法第十二條授權行政院農業委員會制訂之漁船船員管理規則，而非依船員法第二十五條之二（民國一〇〇年二月一日修正前為第八十八條第一項）授權交通部訂定之船員服務規則，此乃立法者有意對於漁船船長及其他船舶船長為之區別。</p> <p>2. 又刑法第二十一條第一項規定之「依法令之行為，不罰」，係指該項行為在外觀上雖然具備犯罪之形態，然其係依據法律或命令所應為之行為，在刑法之評價上，不認其具有違法性與可罰性，故特以明文規定阻卻其違法而不予處罰而言。</p> <p>3. 漁船船長既無如同船員法第五十八條、第五十九條所定船長指揮權及緊急處分權之明文，自無從認為漁船船長得以適用或類推適用上開船員法之規定，而主張其行使船員法該項權力仍屬依法令之行為。</p> <p>4. 事實上本無阻卻違法事由之存在，而誤信為有此事由之存在，並因而實行行為者，即所謂阻卻違法事由之錯誤。此種錯誤，其屬於阻卻違法事由前提事實之錯誤者，乃對於阻卻違法事由所應先行存在之前提事實，有所誤認，例如本無現在不法之侵害，而誤認為有此侵害之存在而為正當防衛，此即所謂誤想防衛，學說稱之為「容許構成要件錯誤」。</p> <p>5. 誤想防衛本非正當防衛，蓋其欠缺正當防衛要件之現在不法之侵害，故誤想防衛不阻卻違法性，然而對於此種情形，即不知所實行者為違法行為，是否得以阻卻故意，因學說對於容許構成要件錯誤之評價所持理論的不同，而異其後果。</p> <p>6. 在採限縮法律效果之罪責理論者，認為容許構成要件錯誤並不影響行止型態之故意，而只影響罪責型態之故意，亦即行為人仍具構成要件故意，但欠缺罪責故意，至於行為人之錯誤若係出於注意上之瑕疵，則可能成立過失犯罪。本院二十九年度上字第 509 號判例意旨以行為人出於誤想防衛（錯覺防衛）之行為，難認有犯罪故意，應成立過失罪責，論以過失犯，即與上開學說之見解</p>

	<p>相仿。</p> <p>7. <u>但亦有學說認為，在一些重大案件中，不能完全適用過失犯之刑罰，否則會產生難以彌補的可罰性漏洞，因此應放棄罪責理論之適用，轉而適用嚴格罪責理論，亦即將容許構成要件錯誤視為禁止錯誤，並不排除行爲人之故意。本院二十七年度台上字第二八七九號判例意旨，即對於阻卻違法事由前提事實之錯誤，不認爲得阻卻故意。</u></p>
102 年度台上字第 3780 號	<p>1. <u>刑事訴訟法第二百四十五條第四項規定：「偵查中訊問被告或犯罪嫌疑人時，應將訊問之日、時及處所通知辯護人。但情形急迫者，不在此限。」係爲保護偵查程序中之被告、犯罪嫌疑人而作設計，賦予律師倚賴權，藉由律師在場，以督促程序公正進行無虞，受訊問人能夠任意陳述，從而獲致訴訟防禦功能，屬於被告訴訟防禦權之一環，但與「被告以外之人」無關，無傳聞法則適用，檢察官若有違反，法律並未特別規定其效果，自當依同法第一百五十八條之四關於權衡法則之規定，判斷被告偵訊筆錄之證據適格與否，至於被告以外之人之偵訊筆錄，如何具有證據能力，乃屬同法第一百五十九條之一第二項規定範疇，不應混淆。</u></p> <p>2. <u>檢察官若有違反，法律並未特別規定其效果，自當依同法第一百五十八條之四關於權衡法則之規定，判斷被告偵訊筆錄之證據適格與否，至於被告以外之人之偵訊筆錄，如何具有證據能力，乃屬同法第一百五十九條之一第二項規定範疇，不應混淆。</u></p>
102 年度台非字第 332 號	<p>1. <u>按撤銷緩起訴處分，祇須對外表示即屬有效（參考司法院院字第二五五〇號解釋）。</u></p> <p>2. <u>又所謂「對外表示」，僅要檢察官於緩起訴期間屆滿前，就其撤銷緩起訴處分之內部意思決定明確表達於外部，即足當之，送達撤銷緩起訴處分書正本，僅屬其方法之一，如將撤銷緩起訴處分書意旨公告於檢察機關牌示處，自亦屬之。</u></p> <p>3. <u>倘若公告在先，送達在後，即應以公告時爲生效時。</u></p> <p>4. <u>至於被告接受撤銷緩起訴處分書正本後，得依刑事訴訟法第二百五十六條之一第一項，於七日內聲請再議；及檢察官須俟該撤銷緩起訴處分確定後，始得繼續偵查或起訴，要屬另外問題。</u></p>
102 年度台上字第 3464 號	<p>1. <u>法院之管轄，乃裁判權之分配，即法院對具體之一定案件所得行使裁判權之界限。而法院管轄權之發生係以先有審判權爲前提，必也普通法院先有審判權，始得審究應由何一法院管轄。</u></p> <p>2. <u>又刑事案件依刑事訴訟法第五條第一項規定，固由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，但數同級法院管轄之案件相牽連而未繫屬於數法院者，自得依刑事訴訟法第六條第一項之規定，由其中一法院合併管轄，此爲法定管轄之擴張。</u></p> <p>3. <u>而關此管轄之有無，固以起訴時爲準，但起訴時雖欠缺管轄權，倘在法院未爲管轄錯誤之判決前，復適法取得管轄權，則原管轄權之瑕疵即因此治癒，不得認法院無管轄權。</u></p> <p>4. <u>以檢察官就相牽連案件中無管轄權部分之案件起訴爲例，倘於起訴後法院判決前，隨即將相牽連而有管轄權部分之案件追加起訴，則此時應認其已補正先前案件管轄權之欠缺，而得對相牽連之兩案合併審判；且相牽連之兩案既經爲合併管轄，並予受理在案，則經審理結果，縱認原有管轄權部分之案件應爲無罪、免訴或不受理之判決，法院仍應就合併管轄之他案續行審理，不得認原適法取得管轄之他案因此喪失其管轄權。</u></p>
102 年度台上字第 3245 號	<p>1. <u>所謂陷害教唆，係指行爲人原無犯罪之意思，經舉發人或具有司法警察權者之誘陷，使其行爲人萌生犯意，待其著手於犯罪行爲時，再予舉發或逮捕者而言，此爲不正當手段引人犯罪，應予以禁止。</u></p> <p>2. <u>若行爲人原已有犯罪之意思，經司法警察運用辦案技巧，予以誘捕，仍屬正常之偵查手段，與前述不正當手段不同，自非法所禁止。</u></p>
102 年度台上字第 3128 號	<p>1. <u>被告未經審判證明有罪確定前，推定其爲無罪，刑事訴訟法第一百五十四條第一項定有明文，此即所謂之「無罪推定原則」。</u></p> <p>2. <u>其主要內涵，無非要求負責國家刑罰權追訴之檢察官，擔負證明被告犯罪之責任，倘其所提出之證據，不足爲被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無法說服法院形成被告有罪之心證，</u></p>

	<p>縱使被告之辯解疑點重重，法院仍應予被告無罪之諭知。</p> <p>3. 亦即被告在法律上固有自證無罪之權利，但無自證無罪之義務；而法官或檢察官對於移送或起訴之案件則須秉公處理，審慎斷獄，不可先入為主，視被告如寇仇，刻意忽略對被告有利之證據。</p> <p>4. 又「無罪推定原則」與「罪疑唯輕原則」固屬息息相關，惟「無罪推定原則」適用於法院判決有罪確定前之所有程序（包括偵查、起訴及審判各階段），故即便是檢察官，其於辦案時亦應嚴守無罪推定原則，對公平正義之維護或被告之利益有重大關係之事項，皆應詳加蒐證及調查，以避免侵害人權。</p> <p>5. 至「罪疑唯輕原則」則是在法院依法調查證據並於證據評價結束之後，方有適用，其存在之內涵並非在指導法官如何評價證據之證明力，而係在指導法官於未能形成心證之確信時，應如何判決之裁判法則，二者仍有不同。</p>
<p>102 年度台上字第 3127 號</p>	<p>1. 透過程序的正義，以實現實體的正義，是現代刑事司法的基本理念。實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意，刑事訴訟法第二條第一項定有明文。搜索、扣押，屬於強制處分權之一種，對於憲法所保障之人民居住安全、財產維護和隱私等基本人權，侵害非小，故負責犯罪調、偵查之人員，原則上必須有相當理由（對於第三人），且於必要之時，聲請法院核發搜索票，觀諸同法第一百二十二條、第一百二十八條及第一百二十八條之一規定即明，學理上稱之為令狀主義（例外時，始採無令狀主義）。</p> <p>2. 鑑於搜索之發動，關乎偵查作為之方式與走向，法院對於聲請機關之請求，宜允尊重，然而仍有一定之限度。</p> <p>3. 所稱<u>相當理由</u>，即必須有相當之情資、線報或跡象，作為基礎，據此可以合理相信犯罪之人、事、物存在，或然率要有百分之五十以上，既非憑空想像，亦非杯弓蛇影，自須有一定程度之把握；而所謂必要，乃指除此之外，別無他途可以取代，是應衡量可能之所得和確定所失之比例。</p> <p>4. 從而，<u>受理聲請之公平法院，必須居於中立、客觀、超然立場，在打擊犯罪及損害人民權益之間，對於聲請機關提出之資料，確實審核，善盡把關職責，不能一概准許，淪為檢、警之橡皮圖章。</u></p> <p>5. <u>具體而言，倘祇有單項之情資、線報或跡象，既未經檢、警初步查對補強，應認聲請搜索之理由不相當；若另有其他較為便捷、有效之蒐證方法，當認無搜索之必要。</u></p> <p>6. 例如毒品有關之事件，除有第一、二、三、四級毒品之分類外，尚有製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、轉讓、持有或大量持有、施用等各種不同之犯罪行為態樣，更有持有有一定數量以下或單純施用第三、四級毒品者，祇屬行政罰之情形。對於施用毒品之嫌疑人，所涉者究竟係何級毒品？刑事犯罪或行政罰？所憑情資品項多少？可信性如何？是否除強制搜索之外，別無其他蒐證之良策（例如徵求同意搜索、採驗尿液）？若聲請機關就此等癥結事項，無何說明或籠統含混，遽然對於毒品之施用和販賣嫌疑人，全部一起聲請搜索，法院當應就施用毒品之嫌疑人部分，否准核發搜索票，必於重新補正、釋疑，而後方許。</p>
<p>102 年度台上字第 3068 號</p>	<p>1. 集合犯固因其行為特質而評價為包括一罪，然並非所有反覆實行之行為，皆一律認為包括一罪，仍須從行為人主觀犯意，自始係基於概括性，行為之時空上具有密切關係，且依社會通念，認屬於包括之一罪為合理適當者，始足當之，否則仍應予以併合處罰。</p> <p>2. 尤以行為經警查獲時，其反社會性已具體表露，行為人已有受非難之認識，其包括一罪之犯行至此終止，猶再犯罪，則主觀上顯係另行起意，客觀上其受一次評價之事由亦已消滅，自不得再以集合犯論。</p>
<p>102 年度台上字第 3050 號</p>	<p>1. 刑事被告有受律師協助之權利，此觀刑事訴訟法第一編「總則」編於第四章定有「辯護人、輔佐人及代理人」專章即明。</p> <p>2. 所謂被告律師協助權，係指被告於各審級有受律師實質、有效協</p>



	<p>助之權利，其內涵應包括國家機關不得否定被告有此項權利，國家機關不得干涉辯護人的重要辯護活動，例如被告與律師的充分溝通權，以及辯護人應提供有效之協助，以確保被告辯護倚賴權應有的功能，並應排除辯護人利益衝突之情形。</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>3. 被告律師所提供之辯護如非實質、有效的辯護，即屬無效之律師協助，固得構成合法上訴之理由，以維護公平正義與被告利益。</li> <li>4. <u>惟是否構成無效之律師協助，除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，亦即，所謂無效之辯護應同時具備「行為瑕疵」與「結果不利」二要件，始足語焉。</u></li> <li>5. <u>又上訴之撤回，即撤回已為上訴之意思表示，亦即所謂於提起上訴後，表示不求裁判之意思。</u></li> <li>6. <u>此項表示，祇要是出於任意性、未附有條件，不問其撤回之原因何在，均於撤回之效力不生影響。</u></li> <li>7. 上訴係被告所提起者，惟有提起該上訴之被告本人始有撤回之權，被告以外之第三人不得為之。被告是否撤回上訴，當然亦享有受其所選任或指定辯護人協助之權利，至其律師之協助是否有效，仍應同受無效之辯護二要件之檢驗。</li> </ol>
<p>102 年度台上字第 3024 號</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 單一性或裁判上一罪案件，由於在實體法上之刑罰權單一，在訴訟法上為一個審判客體，就其全部事實，自應合一審判，不得割裂為數個訴訟客體；是以此類案件之追訴、審判，應適用公訴不可分、審判不可分及上訴不可分諸原則，此觀刑事訴訟法第 267 條、第 348 條第 2 項等規定自明。</li> <li>2. 又屬單一性或裁判上一罪案件，經第一審法院就其全部事實為合一裁判，如被告與其對立之檢察官（自訴人）均合法提起上訴而繫屬於上級法院，基於刑罰權單一，審判客體為不可分，其等請求就已判決之單一刑罰權事實為裁判之目的，自不可分離裁判，上訴法院仍應就不同之上訴權人之上訴，為合一裁判，如非就全部上訴為合一裁判，即屬已受請求之事項未予判決之違背法令，其漏未裁判之他上訴權人之上訴部分，並非可以補充判決資以救濟。</li> <li>3. 因此，<u>單一性或裁判上一罪案件經第二審判決後，被告及檢察官均提起第三審上訴，經本院審理結果，認一造之上訴有理由，他造之上訴為不合上訴第三審之程式，分別為其准駁之判決，而將全部案件撤銷發回原審法院時，案件即回復至第一審判決後上訴至第二審法院之狀態，第二審法院仍應就前已繫屬之上訴權人之全部案件為合一審判，並同列為上訴人，不能認為被本院駁回之上訴權人部分之案件已確定而不加以審判，否則，未經裁判部分即屬已受請求之事項而未予判決之當然違背法令。</u></li> </ol>
<p>102 年度台上字第 2878 號</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <u>刑事訴訟法第九十五條第一項第二款、第一百條之二規定國家機關關於訊問被告或詢問犯罪嫌疑人前，應先告知其享有緘默權，本法第一百五十六條第四項復明定「緘默之禁止不利評價」，乃本乎證據裁判與無罪推定諸原則之理論而來。</u></li> <li>2. <u>被告行使緘默權與否，均不影響法院調查證據之義務，從而本法第九十六條所謂訊問被告，應予以辯明犯罪嫌疑之機會，當係在被告不行使緘默權之下，賦予其罪嫌之辯明權，而為之任意供述。</u></li> <li>3. <u>此之供述，自包括被告就被指控犯罪事實之全部或其主要部分為自白。</u></li> <li>4. <u>程序法上禁止僅因被告或犯罪嫌疑人保持緘默，而推斷其罪行，實體法上關於自白減免其刑之優惠規定，於此情形自亦無適用餘地。</u></li> <li>5. 毒品危害防制條例第十七條第二項規定：「犯第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」係為鼓勵是類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設。除司法警察調查犯罪於製作警詢筆錄時，就該犯罪事實未曾詢問，且檢察官於起訴前亦未就該犯罪事實進行偵訊，致有剝奪被告罪嫌辯明權</li> </ol>

	<p>之情形，始得例外承認僅以審判中自白亦得獲邀減刑之寬典外，一般而言，均須於偵查及審判中皆行自白，始有適用，缺一不可。故如被告於檢察官訊問或犯罪嫌疑人在司法警察詢問時行使緘默權，消極不為陳述，即令嗣後於審判中自白，仍無上開減刑規定之適用。</p>
--	--

## 五、最高法院刑事庭會議

會議次別	決議要旨
最高法院 103 年度第 1 次刑事庭會議	<p>最高法院八十八年七月二十日八十八年度第四次刑事庭會議決議 本則決議不合時宜，改採原提案之肯定說。</p> <p>肯定說：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>二以上徒刑之執行，除數罪併罰，在所裁定之執行刑尚未全部執行完畢以前，各罪之宣告刑均不發生執行完畢之問題外（四十七年度台抗字第二號判例），似宜以核准開始假釋之時間為基準，限於原各得獨立執行之刑，均尚未執行期滿，始有依刑法七十九條之一第一、二項規定，合併計算其最低應執行期間，同時合併計算其假釋後殘餘刑期之必要。倘假釋時，其中甲罪徒刑已執行期滿，則假釋之範圍應僅限於尚殘餘刑期之乙罪徒刑，其效力不及於甲罪徒刑。縱監獄將已執行期滿之甲罪徒刑與尚在執行之乙罪徒刑合併計算其假釋最低執行期間，亦不影響甲罪業已執行完畢之效力。</li> <li>裁判確定後犯數罪，受二以上徒刑之執行，（非屬合併處罰範圍）者，其假釋有關期間如何計算，有兩種不同見解：其一為就各刑分別執行，分別假釋，另一則為依分別執行，合併計算之原則，合併計算假釋有關之期間。<u>為貫徹監獄行刑理論及假釋制度之趣旨，並維護受刑人之利益，自以後者為可取，固為刑法第七十九條之一增訂之立法意旨（錄自立法院公報八十三卷第一四六、一四七頁「刑法假釋規定條文對照表」修正說明（一））。</u>惟上開放寬假釋應具備「最低執行期間」條件之權宜規定，應與累犯之規定，分別觀察與適用。併執行之徒刑，本係得各別獨立執行之刑，對同法第四十七條累犯之規定，尚不得以前開規定另作例外之解釋，倘其中甲罪徒刑已執行期滿，縱因合併計算最低應執行期間而在乙罪徒刑執行中假釋者，於距甲罪徒刑期滿後之假釋期間再犯罪，即與累犯之構成要件相符，仍應以累犯論（本院八十七年度台非字第二十五號、第三七一號、第四一四號判決）。</li> </ol>
最高法院 102 年度第 14 次刑事庭會議(一)	<ol style="list-style-type: none"> <li>事中共同正犯，即學說所謂之「相續的共同正犯」或「承繼的共同正犯」，乃指前行為人已著手於犯罪之實行後，後行為人中途與前行為人取得意思聯絡而參與實行行為而言。</li> <li>事中共同正犯是否亦須對於參與前之他共同正犯之行為負擔責任，學理上固有犯罪共同說（肯定）、行為共同說（否定）之爭議，<u>但共同正犯之所以適用「一部行為全部責任」，即在於共同正犯間之「相互利用、補充關係」，若他共同正犯之前行為，對加入之事中共同正犯於構成要件之實現上，具有重要影響力，即他共同正犯與事中共同正犯對於前行為與後行為皆存在相互利用、補充關係，自應對他共同正犯之前行為負責；</u></li> <li><u>否則，事中共同正犯對他共同正犯之前行為，既未參與，亦無形成共同行為之決意，即難謂有行為共同之存在，自無須對其參與前之犯罪行為負責。</u></li> <li>準此，行為人於參與共同非法經營銀行業務前，對先前他共同正犯已實現構成要件之犯罪行為，因不在其合同意思範圍之內，且此部分之法益侵害已經結束，其無從再參與該先前之全部或一部犯罪行為，此部分違法吸金所取得之財物或利益等，既非其犯罪所得，即不應計入。</li> <li>惟在他共同正犯犯罪既遂後而行為尚未終了之前加入，且前行為之效果仍在持續中，如事中共同正犯利用該尚持續存在之前行為之效果，則其對前行為所生之結果亦具因果性，即須負責。</li> </ol>

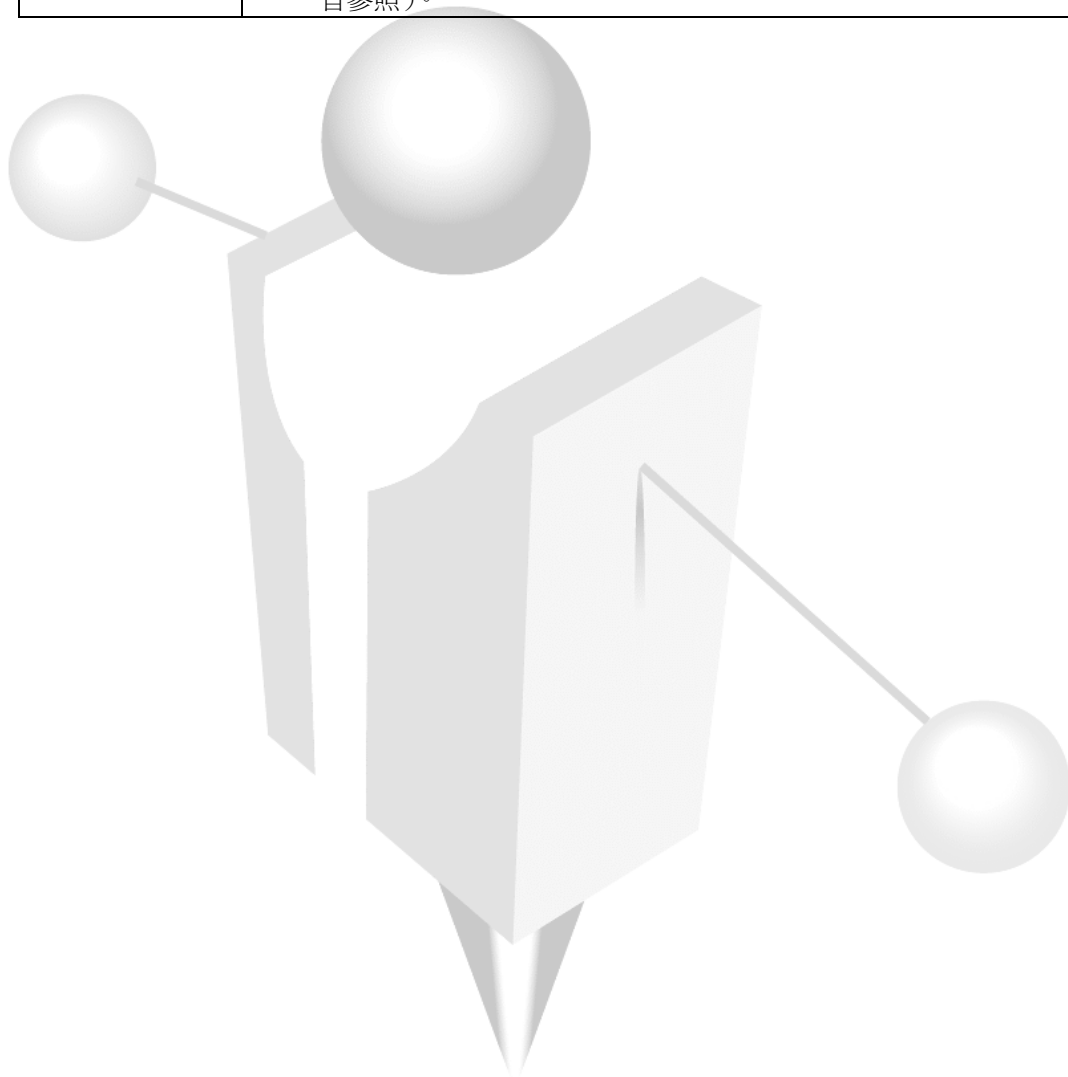
	<p>6. 故行爲人加入時，其他共同正犯先前之違法吸金行爲雖已完成，但如被害人僅繳交原約定之部分存款或投資款項，其餘部分係在行爲人加入後始給付或由行爲人收取完畢。因行爲人係利用其他共同正犯之行爲，使非銀行經營收受存款等業務罪之不法構成要件完全實現，此時即該當非銀行經營收受存款等業務罪構成要件之不法行爲，就犯罪所得自應合併計算。</p>
--	--

## 六、刑事法律問題座談

發文字號	法律問題及討論意見
<p>臺灣高等法院暨所屬法院 102 年法律座談會刑事類提案第 33 號</p>	<p><b>法律問題：</b>            問題(一)：案件經地方法院爲第一審判決，被告於上訴期間內提起上訴，經第二審法院以上訴未敘述具體理由，認上訴不合法法律上之程式，予以駁回，該案件係於何時確定？  <b>研討結果：第二審法院駁回上訴判決確定之日。</b>            1. <u>關於判決確定時點之認定，就不得上訴之判決而言，判決時即已確定；就得上訴之判決而言，倘得上訴之人已於上訴期間內提起上訴，嗣因其第二審上訴未敘述上訴之具體理由，而經第二審法院依刑事訴訟法第 367 條，以上訴不合法法律上之程式判決駁回其上訴者，則應以該駁回判決確定時，爲判決確定之時點。</u>            2. 此與有上訴權人未於上訴期間提起上訴，於上訴期間屆滿時，該判決即告確定之情形非可等同視之。            3. 蓋上訴期間爲法定不變期間，期間經過即應生喪失上訴權之法定效果，自不應因上訴人仍於上訴期間屆滿後提起上訴，而影響判決確定之時點。然上訴權人就得上訴之判決，既已於上訴期間提起上訴，該判決之形式確定力即未發生，至其上訴第二審之理由是否具體，猶待該上訴繫屬之法院審酌判斷之，與該判決自始未經上訴，或上訴已逾上訴期間之情形，自屬有間（臺灣高等法院高雄分院 101 年度抗字第 64 號裁定、臺灣高等法院 101 年度抗字第 773 號裁定均採此見解）。</p> <p>問題(二)：被告不服第二審判決，於上訴期間內提起上訴，經第三審法院以其上訴意旨未依卷內資料具體指摘原判決究有何違背法令，難認係適法之第三審上訴理由，認其上訴不合法法律上之程式，予以駁回，該案件係於何時確定？  <b>研討結果：第三審法院判決駁回之日。</b>  <u>上訴人既已於法定期間內提起上訴並敘述理由，即具有阻斷第二審判決確定之效力，縱使第三審法院認其上訴意旨未依卷內資料具體指摘原判決究有何違背法令，其上訴不合法法律上之程式而判決駁回上訴，其所爲程式上之判決，既有判決之形式，即具有形式之確定力，而應受拘束，該罪應以第三審法院判決駁回之日爲判決確定日，不因第三審法院依職權審查認爲不合法法律上之程式判決駁回而將確定日回溯二審上訴期間屆滿時確定</u>（臺灣高等法院 101 年度抗字第 606 號裁定、臺灣高等法院高雄分院 101 年度抗字第 185 號裁定、臺灣高等法院臺中分院 95 年度抗字第 393 號裁定均採此見解）。</p>
<p>臺灣高等法院暨所屬法院 102 年法律座談會刑事類提案第 11 號</p>	<p><b>法律問題：</b>19 歲的甲男與 15 歲的乙女爲男女朋友，遭乙女的家長反對，甲男與乙女爲向大家證明其二人堅定的愛情，遂於某星期六下午三點，在人來人往的百貨公司前接吻，則：            問題(一)：甲男與乙女是否觸犯刑法第 234 條之公然猥褻罪？  <b>研討結果：否定說。</b>            1. 猥褻，屬於評價性之不確定法律概念，具有流動性，每受時代演進與環境變遷之影響，而異其內涵，何種行爲屬於猥褻，是否有害於社會多數人普遍認同之性觀念或性道德感情，應以當時一般社會通念，就客觀行爲事實據以判斷，並應隨社會發展、風俗變異而與時俱進。所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行爲及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化</p>

	<p>者為限（司法院釋字第 617 號解釋參照）。</p> <p>2. <u>今社會風氣日漸開放，風俗觀念已顯異於早期保守道德思想，熱戀情侶在街頭擁抱親吻的親密動作，並非罕見，漸已為國人所接受，接吻在客觀上應非屬可引起他人性慾之猥褻行為，亦未與性器官有所聯結，尚不足以引起普通一般人對此產生羞恥或厭惡感，尚難認其有礙社會風化，且甲男與乙女在人來人往之百貨公司前接吻，僅係證明其二人之堅定愛情，主觀上並非為滿足自己性慾，與公然猥褻罪之構成要件不符，甲男與乙女二人均不應論以公然猥褻罪。</u></p> <p>問題(二)：甲男是否觸犯刑法第 227 條第 4 項對 14 歲以上未滿 16 歲之女子為猥褻之行為罪？</p> <p>研討結果：否定說。</p> <p>1. 同問題(一)否定說，本題接吻非屬猥褻行為，甲男不構成刑法第 227 條第 4 項之罪。</p> <p>2. <u>所謂猥褻，係指姦淫以外有關風化之一切色慾行為而言，苟其行為在客觀上尚不能遽認為基於色慾之一種動作，即不得謂係猥褻行為（最高法院 27 年上字第 558 號判例意旨參照）。甲男係與乙女在人來人往之百貨公司前接吻，此與於私密的環境下為接吻、擁抱等行為較易引起性慾不同，在有多數人來往之公開場合接吻，難認係基於色慾而為之動作，依前開判例意旨，即不得謂係猥褻行為，故甲男不構成刑法第 227 條第 4 項之罪。</u></p> <p>問題(三)：如果甲男與乙女分手後，甲男違反乙女的意願，在乙女以手推反抗的情況下，仍以雙手強拉乙女接吻，則甲男是否觸犯刑法第 224 條強制猥褻罪？</p> <p>研討結果：肯定說。</p> <p>1. 刑法所處罰之強制猥褻罪，係以違反其意願之方法，乘被害人不能或不知抗拒，而為使被害人感到厭惡或恐懼之一切行為，重在保護被害人之性意思形成與決定之自由，非僅短暫之干擾，但不以身體接觸為必要。</p> <p>2. 學說上有認為，<u>強制猥褻罪的功能在於保護個人不受到他人不當色慾行為的侵犯，行為人是否能夠藉由他的這個舉動引起或滿足自己性慾，以及這樣的舉動以一般人的感覺是否能夠引起性慾，根本不值得關注，重要的是被害人是否因該舉動受到侵犯，而對被害人的性自主權與身體控制權受到侵害（參照盧映潔，強吻案之評釋，月旦法學雜誌，第 90 期，2002 年 11 月，頁 239）。</u></p> <p>3. <u>因此，甲男違反乙女意願，在乙女以手推反抗下，仍強拉乙女親吻，足認其以乙女為洩慾之工具，以求自我性慾之滿足，客觀上亦足以引起他人性慾，且侵害乙女之性自主權與身體控制權，應構成強制猥褻罪。</u></p>
<p>臺灣高等法院暨所屬法院 102 年法律座談會刑事類提案第 8 號</p>	<p>法律問題： 甲男與乙女係鄰居，於民國 102 年 4 月 1 日，甲男與乙女在住處前發生爭執，甲男對乙女公然辱罵及恫嚇稱：「垃圾女人、無恥、要打死妳」等語，使乙女心生畏懼，就甲男所犯各罪應如何論罪？</p> <p>研討結果：應論以想像競合犯。</p> <p>1. 刑法觀念下之行為數認定標準為何，不一而足，其中之一為「<u>自然之行為單數，判斷標準（最高法院 96 年第 7 次刑事庭會議決議參照），指行為人之行為，從外觀上可以分割為整體事件之數個部分行動，若行為人係出於單一之意思決定，而此數個部分行動在時空上又存有緊密關係，從一個未參與其中之第三者站在旁觀者之立場，亦會認為係一個單一行為而言。</u></p> <p>2. 查甲男所為之犯行自外觀上雖可分割為「侮辱」、「恐嚇」之二個言詞舉動，然該同為言詞之二言詞係於同一地點先後所為，於法應認係就同一事件，出於之單一意思決定，且該二個言詞係同一因果歷程中未中斷之行為，彼此間具有高度之時空密接性，由一般第三者加以觀察，亦會認甲男所為係屬一行為，自應認甲男所</p>

	<p>為分別係刑法意涵下之「一行為」，</p> <p>3. 是甲男所為，係以一行為同時侵害乙女之名譽法益及自由法益，為想像競合犯，應依刑法第 55 條規定，從一重論以刑法第 305 條之恐嚇危害安全罪（臺灣高等法院 101 年度上易字第 1598 號、臺灣高等法院臺南分院 101 年度上易字第 231 號判決意旨參照）。</p>
--	---



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！