

裁判選輯及評釋：刑事

蔡亞玲*

【裁判字號】最高法院109年度台上字第4004號判決

【裁判案由】妨害性自主

【裁判日期】民國109年9月30日

【裁判要旨】

刑法第221條強制性交罪之手段，所舉「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法」，其中「強暴、脅迫」，係指對人之身體或心理施以強制力，以妨害被害人之意思自由為已足，不以致被害人不能抗拒之程度為必要。至「其他違反其意願之方法」，則係指強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以上揭列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術相當之強制方法為必要。倘被害人既已明示反對、口頭推辭、言語制止、肢體排拒，行為人猶然進行，即非「合意」，而該當於「以違反被害人意願之方法」而為。

【評析】

一、有關刑法第221條強制性交罪之手段，在被害人有明確之言語拒絕或肢體抗拒下，可認定違反意願，但在中間地帶、模糊空間的「半推半就」，應如何評價，茲有下列判決供參【按：僅摘錄要旨，個案情形不同】：

(一) 最高法院106年度台上字第4126號判決

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。

(二) 臺灣高等法院105年度侵上訴字第250號判決（案經最高法院以106年度台上字第3903號案件，上訴駁回確定）

性侵害犯罪所保護之法益，係被害人之性自主決定權，故違反被害人

* 本文作者係執業律師

之意願，為強制猥褻罪之重要構成要件，自須依明確性原則加以認定。若具有完全性自主決定能力之被害人，對於被告猥褻行為之要求，並未明確表達拒絕之意思，或態度隱晦不明者（即所謂「半推半就」），被告致主觀上誤認被害人有同意之意思，客觀上亦未施以違反被害人意願之方法，而對被害人為猥褻行為者，尚難遽依強制猥褻罪論擬。

（三）臺灣高等法院臺南分院105年度侵上訴字第297號判決

茲於被告與A女彼此無情感基礎或心理歸屬之情況下，A女就被告對其性交之「半推半就」，此等推拒與就範攙半之無奈心理，無疑是在被告所營造之當下情境中，A女性自主決定遭壓抑之現實寫照。

二、承上，因性侵害犯罪態樣複雜多端，且通常具有高度隱密性，故在判斷行為人有無以強制手段為性交行為，須綜合判斷雙方熟識程度、年齡差距、精神狀況、平日互動情形、事畢雙方關係之變化、可有出現創傷後壓力症候群現象等等，而在半推半就下發生性行為，因為難以認定被害人是主動、被動或有所猶豫，斯時，情況證據尤為重要。

【裁判字號】最高法院109年度台上字第3257號判決

【裁判案由】加重詐欺等罪

【裁判日期】民國109年8月13日

【裁判要旨】

一、刑事訴訟法第159條之5第1項所定傳聞之同意，乃基於當事人進行主義中之處分主義，藉由當事人「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。倘當事人已於準備程序或審判期日明示同意被告以外之人於審判外之陳述作為證據，而其意思表示又無瑕疵時，該被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，基於訴訟程序安定性、確實性之要求，自不宜准許當事人事後任意撤回同意或再事爭執。惟如當事人已明示同意以被告以外之人於審判外之陳述作為證據後，又聲明撤回該同意或對該被告以外之人於審判外陳述之證據能力復行爭執，倘審理事實之法院尚未進行該證據之調查，應生准予撤回之效力；非謂一經同意之後，一概不許予以撤回或再事爭執。

二、刑事訴訟法第159條之1至第159條之3所稱之法官、檢察官、檢察事務官、司法警察（官），依其文義及論理解釋，當指依我國法律規定具有此等身分者為限，如係我國法律效力所不及其他法域國家或區域（下稱域外）之相同職稱人員者，則不在其內。故被告以外之人在域外所為之警詢陳述，尚難直接適用上開傳聞例外規定，而賦予其證據能力。惟被告以外之人在域外所為之警詢陳

述，性質上與我國警詢筆錄類同，同屬傳聞證據，在法秩序上宜為同一之規範，為相同之處理。若法律就其中之一未設規範，自應援引類似規定，加以適用，始能適合社會通念，填補法律漏洞，以符合實際需要。

在被告詰問權受保障之前提下，被告以外之人在域外所為之警詢陳述，固非不能類推適用刑事訴訟法第159條之2及第159條之3等規定，例外賦予其適法之證據能力。惟於類推適用該等規定時，自應探究其規範意旨，俾能妥適補充法律之漏洞。而考諸刑事訴訟法第159條之3規定，係為補救採納傳聞法則在實務上所可能發生蒐證困難之問題，於本條所列各款被告以外之人於審判中不能到庭陳述之情形，例外承認該等審判外警詢陳述有證據能力。此等例外，既以犧牲被告之反對詰問權為代價，自應依嚴格之條件加以審查，除應審究該審判外之陳述是否具有「絕對可信性」及「必要性」二要件外，關於不能到庭陳述之原因，自應以非可歸責於國家機關之事由所造成者，始有其適用，以確保被告之反對詰問權。因之，除非被告捨棄對證人行使詰問權，審判中必須在司法互助下之調查證據方法，包括採行遠距視訊可行性之努力已經窮盡，並嚴格審查其「絕對可信性」及「必要性」要件，始有刑事訴訟法第159條之3例外規定之適用。

至於證人若係大陸地區人民，除可依財團法人海峽交流基金會與海峽兩岸關係協會簽訂之「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」相關規定，囑託上述基金會透過上開協會送達傳票，以傳喚其到場具結陳述並接受

詰問外，若確有不能或不願親自到場等必要情形，亦應嘗試或設法透過兩岸司法互助管道，適用刑事訴訟法第177條第2項、第3項規定，利用聲音及影像相互傳送之科技設備（以下簡稱「遠距視訊方式」），使證人在適當處所具結陳述，並接受被告詰問，以保障被告之訴訟防禦權。否則，如未依上述方式傳喚證人，或嘗試利用「遠距視訊方式」使被告有對證人詰問之機會，以保障其對證人之詰問權，僅於審判期日向被告提示該證人於審判外陳述之筆錄或告以要旨，無異剝奪被告對證人之對質詰問權，其所踐行之訴訟程序即難謂適法，尚不能逕行類推適用刑事訴訟法第159條之3規定，而認該審判外之陳述例外具有證據能力。

【評析】

一、本案爭點：

- （一）當事人已同意傳聞證據之證據能力，是否容許撤回同意或復行爭執？
- （二）被告以外之人在域外所為之警詢陳述，其證據能力為何？

二、關於爭點一部分：

- （一）按法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第93點規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，雖不符刑訴法第一五九條之一至一五九條之四之規定，惟當事人於準備程序或審判期日仍以言詞或書面明示同意以其陳述作為證據時，則法院可審酌該陳述作成時之情況，於認為適當之前提下，例如：證據之取得過程並

無瑕疵，其與待證事實具有關連性、證明力非明顯過低等，賦予其證據能力。又基於訴訟程序安定性、確實性之要求，若當事人已於準備程序或審判期日明示同意以被告以外之人於審判外之陳述作為證據，而其意思表示又無瑕疵者，不宜准許當事人撤回同意；但其撤回符合下列情形時，則不在此限：（一）尚未進行該證據之調查。（二）他造當事人未提出異議。（三）法院認為適當。至於當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有刑訴法第一五九條第一項不得為證據之情形，卻未於言詞辯論終結前聲明異議者，亦視為有將被告以外之人於審判外之陳述作為證據之同意。為避免發生爭執，法院得在審判前之準備程序，將此擬制同意之法律效果告知當事人，促其注意。（刑訴法一五九之五）」。

- （二）經查，有關當事人【按：指檢察官、被告本人；於自訴案件因本法採律師強制代理制度，應解為包括自訴代理人】已同意傳聞證據之證據能力，事後又撤回同意之例外情形，須符合三要件，即
- 1.尚未進行該證據之調查。
 - 2.他造當事人未提出異議。
 - 3.法院認為適當。
- （三）承上，若被告初時同意傳聞證據

有證據能力，只要在法院尚未進行調查，且檢察官就撤回未提出異議，法院並認為適當者，則法院應准許被告撤回同意。不過，縱使法院准予被告撤回同意，法院亦得就該傳聞證據審查是否符合傳聞例外之情形（即刑事訴訟法第159條之1至之5規定），回復其證據能力，自不待言。

- （四）本文認為上開撤回同意之適用情況，在非強制辯護案件且被告未選任辯護人之情況下，因一般被告欠缺法律專業知識，於此情況，法院在符合3要件時，應放寬或容許被告撤回同意；但在有辯護人協助的案件，倘被告及辯護人已明示同意證據能力在前，後又撤回證據能力之同意，因辯護人係具法律專業之人，對證據能力之意義及效果當有清楚之認知與理解，法院在審酌上，應會較為嚴格。

三、關於爭點二部分：

- （一）關於由外國司法警察進行訊問，而證人無法到庭接受訊問的場合，此等筆錄或書面紀錄，實務有採直接適用或類推適用刑事訴訟法第159條之4第3款規定【如：最高法院100年度臺上字第4813號、101年度台上字第900號（杜氏兄弟案）、99年度台上字第5360號刑事判決（大陸買兇殺兄詐保案）】，亦有採不同見解者

【如：臺灣彰化地方法院103年度
囑訴字第2號刑事判決（頂新
案）】。

（二）而針對境外證人得否以「遠距視
訊」方式，保障被告之訴訟防禦
權，實務上亦有不同見解：

1.肯定說【最高法院近來一致見
解】：

（1）最高法院108年度台上字第
3556號判決

原審未透過相關單位之司
法互助，協助或安排本案各
大陸地區被害人到庭接受詰
問，或透過遠距視訊調查證
據等方式命其等作證，逕認
其等在客觀上存有無從傳喚
到庭，而無從歸責於國家機
關之事由，其採證殊難謂與
證據法則無違。

（2）最高法院108年度台上字第
2034號判決

原審既依上述囑託方式合
法送達傳票予證人王頻頻，
則王頻頻縱有不能或不願親
自到場作證之情形，原審亦
應設法嘗試經由兩岸間之司
法互助管道安排以遠距視訊
方式，使其在適當處所具結
陳述並接受被告詰問。

2.否定說：

（1）臺灣高等法院臺中分院101年
度上易字第1096號刑事判
決：

遠距視訊乃司法權具體行
使，擬於境外為之，應以法
有明文或雙方訂有協議為前
提。依現行刑事審判程序
中，可得作為遠距訊問程序
進行之法源依據，乃刑事訴
訟法第189條第5項、刑事訴
訟遠距訊問作業辦法及法院
刑事遠距訊問擴大作業要點
等規定。

因大陸地區為我國法權所
不及之地，因事涉司法主權
問題，仍不得認遠距詰問大
陸地區證人係合法之刑事訴
訟行為。再者，為確保證人
之陳述真實無偽，除法律另
有規定外，原則上應命證人
具結，但依上開所述，我國
刑事訴訟法效力既不及於中
國大陸地區，則證人縱使具
結，亦不負偽證責任，恐難
期證人皆能如實證述。是本
案縱採前揭遠距訊問辦法行
遠距訊問，亦不具證據能
力，自屬當然。

（2）臺灣高等法院102年度上訴字
第635號刑事判決：

遠距視訊乃司法權具體行
使，行遠距訊問證人之處所
及提供遠距訊問設備之相對
方（即證人應訊之處所），
均應以我國政府機關及法
院、檢察署為原則，是除依

據海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議第3章第8條關於調查取證之規定，以囑託之方式辦理外，若擬於境外行遠距訊問，允宜以法有明文或雙方訂有協議為前提（司法院101年2月17日院台廳刑一字第0000000000號函意旨參照）。

（三）小結：

針對遠距訊問之適用，實務上容有不同法律見解，本文認為境外行遠距訊問，固因空間或其他因素所致，但實際操作上，如何確保證人之同一性、如何確保證人皆能如實證述，實有疑義，是否直接賦予遠距訊問所得之證詞，具有證據能力，還有討論空間。又上開爭點，實務見解分歧，然在大法庭制度上路後，將逐漸形成統一見解，值得關注。

【裁判字號】最高法院109年度台上字第1283號判決

【裁判案由】侵占

【裁判日期】民國109年8月20日

【裁判要旨】

森林係指林地及其群生竹、木之總稱。而所謂森林主產物，並不以附著於其生長之土地，仍為森林構成部分者為限，尚包括已與其所生長之土地分離，而留在林地之倒伏

竹、木、餘留殘材等。又天然災害發生後，國有林竹木漂流至國有林區域外時，當地政府需於1個月內清理註記完畢，未能於1個月內清理註記完畢者，當地居民得自由撿拾清理，森林法第15條第5項定有明文。從而漂流至森林區域外之森林產品，既已脫離森林範圍，縱予以竊取，即無從依森林法竊盜之規定論處。另按刑法第337條之侵占漂流物罪所謂漂流物，參酌該條規範之意旨，認遭水漂流之遺失物，凡已脫離本人之管領力範圍者，均屬之，至於該物於遭發現時究係尚在水上持續漂流，抑或已漂流至水邊固定在灘地而滯留，實非所問，蓋此等遭水漂流而遺失之物，已脫離本人之持有，俱應在本罪所稱漂流物範圍內，行為人具有不法之意圖，取得因漂流而脫離本人管領力範圍之物，即行成立侵占漂流物罪。

而刑法竊盜罪與侵占漂流物罪固均以行為人基於不法所有之意圖而取得他人之物為要件，然竊盜罪所保護之法益，在於物之持有人穩固之持有權，侵占漂流物所保護之法益則在於物在脫離持有人之管領力後之持有權，二者之區別在於行為人取得被害物當時，該物是否尚在持有權人之管領力範圍內，若尚在持有權人管領力範圍內，應論以竊盜罪，反之則應論以侵占漂流物罪；即所謂竊盜須以竊取他人所持有或管領之物為成立要件，物之持有或有管領權人，若已失去持有或管領力，但未拋棄管領權，則為遺失物或其他離本人所持有之物。

至於河川管理機關因漂流木漂流至該管河川地依「處理天然災害漂流木應注意事項」（下稱應注意事項）而得打撈清理漂流木，

然此係基於管理河川、堤防、河床之目的，而非肇因於河川局對漂流木具有如何之持有關係，亦即不能因河川局依法有打撈清理漂流木之責任，即逕認其對漂流至轄區之漂流木具有支配管領關係，是則打撈清理漂流木之權責與漂流木支配管理關係尚屬二事，不能一談，此由應注意事項第3點第1項規定，依漂流木所在位置，乃將河川管理機關納入打撈清理之管理機關；比對同點第5項規定，有關竊取、侵占、非法打撈等案件處理，無分漂流木所在位置，統一由林務局林區管理處負責，亦可明瞭管領力歸屬情形。林區管理處對林區竹木之實際管領力範圍，僅存在國有林區域內，竹木若在其原生地即國有林地內時，林區管理處對其有支配與管領關係，惟該竹木因風災、水災等緣故，被沖離沿河川漂流至屬國有林區域之外，雖仍屬國有，然已脫離林區管理處對該竹木之支配管領範圍，而失其持有。從而縱行為人意圖為自己不法之所有，在國有林區外將該漂流木取走，因非侵害管理人林區管理處之持有監督關係，尚難以竊盜罪責相繩。

【評析】

- 一、爭點：竊盜罪與侵占漂流木罪之區別？
- 二、經查，行為人未經許可取走他人之物，在刑法上可能構成竊盜罪或侵占遺失物

罪，兩者差別，在於竊盜罪之行為人，係以平和方式破壞物之管領權人對該物之持有支配關係，進而對該物重新建立新之支配管領力；至於侵占遺失物罪之行為人，則單純以所有人意思，占有（或使用）權利人本無拋棄意思而偶爾遺失持有之物，或非出於本人之意思脫離持有之物。

- 三、次查，參諸本則判決意旨，行為人撿拾搬運木材，需視拾得地點是否在國家機關所管理監督下之自然資源或財產設施內，倘因風災、水災等緣故，被沖離其原生長處所，縱行為人意圖為自己不法之所有，在該處將木材取走，因未侵害管理人之持有監督關係，應僅構成刑法第337條侵占漂流物，而非竊盜。另縱林木原屬森林主、副產物，然既已隨河川土石流至森林區域外，而屬漂流物範疇，予以撿拾者，尚難以森林法所定竊取森林主、副產物之罪相繩。
- 四、基上，遇有類此案例，可特別注意取走之物的地點是否屬於國家機關所管理支配範圍，若否，應屬國有而無人持有之物，惟既未開放供民眾撿拾，則打撈撿取後據為己有，應僅構成刑法第337條侵占漂流物罪。