

最高法院刑事庭具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文 目錄

裁判要旨

一、112 年度台上字第 1086 號.....	2
二、112 年度台上字第 5071 號.....	3
三、113 年度台上字第 292 號.....	4
四、113 年度台非字第 22 號.....	5
五、112 年度台抗字第 1465 號.....	6

裁判全文

112 年度台上字第 1086 號.....	7
112 年度台上字第 5071 號.....	13
113 年度台上字第 292 號.....	16
113 年度台非字第 22 號.....	21
112 年度台抗字第 1465 號.....	24

最高法院刑事庭具有參考價值裁判要旨

113 年 2 月

一、112 年度台上字第 1086 號（裁判書全文）

稽諸證券交易法第 171 條立法沿革、立法目的，並就證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款、第 3 項規定之體系為整體觀察，可見證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款之特別侵占、背信罪，對於刑法第 336 條第 2 項之侵占罪及第 342 條第 1 項之背信罪而言，具有法規競合之特別關係，證券交易法特別侵占、背信罪之犯罪構成要件，在概念上應已包括刑法侵占罪或背信罪之所有犯罪構成要件要素，其立法本旨在於符合上開特別增列之「致公司遭受損害達新臺幣 5 百萬元」加重構成要件時，論以證券交易法之特別侵占、背信罪，以充分評價整個犯罪行為之不法內涵。亦即，上述特別侵占、背信罪除其特別規定之加重構成要件外，其犯罪之構成要件，仍與刑法侵占、背信罪之要件相同，此觀上開證券交易法第 171 條第 3 項規定亦明，否則，倘認要件不同，於行為人有同條第 1 項第 3 款之行為，卻不符「致公司遭受損害達新臺幣 5 百萬元」之加重構成要件時，即無第 3 項所謂「依刑法第 336 條及第 342 條規定處罰」可言。至上述特別侵占、背信罪所保護之法益，非僅止於發行公司之財產法益，並及於整體證券市場發展、金融秩序與廣大不特定投資大眾之社會法益，且立法目的係為防範公司資產遭掏空及利益輸送，與刑法侵占、背信罪之保護法益係個人之財產法益，明顯不同，惟仍無從以此推導出兩者關於違背職務（任務）、侵占之構成要件有所不同。

參考法條：刑法第 336 條、第 342 條。

證券交易法第 171 條。

二、112 年度台上字第 5071 號（裁判書全文）

刑法分則或刑事特別法有關加重其刑之規定甚為常見，型態、種類繁多，現行實務依其性質，分為「總則」與「分則」加重二種。其屬「總則」加重性質者，僅為處斷刑之範圍擴大，乃單純的刑之加重，並未變更其犯罪類型，原有法定刑自不受影響；其屬「分則」加重性質者，其罪之構成條件已具備，而與原罪脫離，並為獨立之另一罪名，並借原罪之基準刑而為加重，已係獨立之罪刑規定，性質上屬借罪借刑之立法例。毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 9 條各項之規定，均係刑法分則之加重，其中該條第 1 項係以借犯販賣毒品或同條例第 6 條至第 8 條之原罪，再加上成年人對未成年人犯罪之條件而成；該條第 2 項係以對之販賣毒品或犯同條例第 6 條至第 8 條之原罪，再加上明知為懷胎婦女之條件而成；另該條第 3 項係以借犯同條例第 4 條至第 8 條之原罪，再加上係混合二種以上之毒品為條件而成，並均借原罪之基準刑為加重其刑至二分之一，是毒品條例第 9 條各項之罪均已各自獨立成罪，並非單純僅為販賣毒品或同條例第 6 條至第 8 條或同條例第 4 條至第 8 條之加重規定。如一行為同時符合該條例第 9 條其中 2 項以上規定，自屬一行為觸犯數罪名，應循想像競合犯之規定，從一重處斷。

參考法條：刑法第 55 條。

毒品危害防制條例第 9 條第 1 項、第 2 項、第 3 項。

三、113 年度台上字第 292 號（裁判書全文）

（一）免於身心傷害之身體權，雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴理念，維護個人主體性及人格自由發展，亦屬憲法第 22 條所保障之基本權利。而人民之健康關乎生命之存續與品質，身體與健康同屬法律保障之人格法益，並與人性尊嚴之普世價值息息相關，是人民之健康權，乃內含於憲法保障身體權之一環。而憲法所保障之健康權，旨在保障人民生理機能及心理健康（精神狀態）之完整健全，不受任意侵害。故刑法傷害罪，係以身體、健康為其保護法益，並以維護個人身體的完整性、生理機能之健全，與心理狀態之健康為其內容。故所謂健康，當然包含生理及心理上之健康狀態。

（二）以心理健康之傷害為例，其傷害是否重大，除須符合精神衛生法第 3 條第 1 項第 1 款規定精神疾病之定義外，尚須其所罹之精神疾病已達上開重大不治或難治之重傷要件，始能論以重傷罪。準此，法院關於被害人之思考、情緒、知覺、認知、行為及其他精神狀態有無因精神疾病之影響而有重大異常之表現？被害人適應原本生活之基本角色功能（職業、社交活動執行與日常生活之參與）是否因而發生重大障礙？及被害人是否因而需要長期持續接受醫療及照顧？被害人所罹之精神疾病是否已達不治或難治之程度等，攸關被害人心理健康之傷害是否已達重傷相關審酌事項之判斷，事涉醫療相關領域之

專業知識，倘業已綜合專科醫師經診療或鑑定後之意見、被害人經治療後心理健康狀態及其原本生活基本角色功能之回復狀況等各項證據而為重傷之認定，如與證據法則無違，即不能任意指為違法。

參考法條：憲法第 22 條。

刑法第 10 條第 4 項第 6 款。

精神衛生法第 3 條第 1 項第 1 款。

四、113 年度台非字第 22 號（裁判書全文）

幫助犯係從屬於正犯而成立，其處罰係從屬於正犯之構成要件該當性與違法性，除有處罰預備犯之特別規定外，若正犯未至著手階段，因無可罰之正犯，即無可罰之幫助犯可言。是檢察官如對被告之幫助犯犯罪提起公訴，除其如何為幫助之行為，起訴書應予記載外，關於正犯如何實行犯罪，亦當記載，始足以界定檢察官所起訴之範圍，其若無之，法院即無從判斷應予審判之犯罪事實為何，乃屬起訴之程序違背規定，法院本應依同法第 303 條第 1 款規定，逕為不受理之判決。惟為確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴，刑事訴訟法第 161 條第 2 項已明定中間審查機制，以免被告遭受不必要之訟累，並節約司法資源，且藉由賦予檢察官補正證明方法之機會，尤在被害人求償無門之情形，仍得以維護檢察官為被害人權益所得行使之公訴權能。從而，倘檢察官之起訴書，僅記載幫助犯之幫助行為事項與此部分之證據，卻無關於正犯之犯罪事實，當認其所指出之證明方法，顯然不足以認定被告有成立犯罪之可能，法院允宜依同法第 161 條第 2 項規定，於第

一次審判期日前，以裁定定期通知檢察官補正；逾期不補正者，得以裁定駁回其起訴，俾維護檢察官為被害人權益所得行使之公訴權能，並兼顧被告人權之保障。

參考法條：刑法第 30 條第 1 項。

刑事訴訟法第 161 條第 2 項、第 303 條第 1 款。

五、112 年度台抗字第 1465 號（裁判書全文）

鑑於沒收固為獨立之法律效果，然仍以犯罪（違法）行為之存在為前提，兩者間即具有一定之依存關係，為避免參與人沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於犯罪（違法）行為之罪刑部分，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收部分之基礎，造成裁判上矛盾，非但有損裁判公信力，且滋生沒收裁判之執行上困擾，同法第 455 條之 27 第 1 項前段明定「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決」。本於同一法理，於具體參與沒收個案之附隨刑事本案判決對象為多數被告，倘部分被告成立實質上或裁判上一罪之關係，而得對本案判決上訴於第三審法院，亦應賦予參與人得對於沒收之判決提起第三審上訴，以資救濟，不問沒收依存之犯罪（違法）行為是否屬同法第 376 條第 1 項所列各款之罪而異，也不因其餘刑事本案被告不在得上訴於第三審之列而受影響，始符法制本旨。

參考法條：刑事訴訟法第 376 條第 1 項、第 455 條之 27 第 1 項。

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 1086 號刑事判決

裁判日期：民國 113 年 02 月 22 日

裁判案由：違反證券交易法

最高法院刑事判決

112年度台上字第1086號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官陳建弘

上訴人

即被告 何明憲

選任辯護人 賴文萍律師

楊曉邦律師

上訴人

即被告 涂錦樹

上列上訴人等因被告等違反證券交易法案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國111年12月16日第二審更審判決（108年度金上重更二字第25號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署98年度偵字第8971、10379號、98年度偵續字第46號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人即被告何明憲為股票公開發行上市之勤美股份有限公司（下稱勤美公司）董事長兼總經理，與上訴人即被告涂錦樹有其事實欄所載共同意圖為自己之利益，連續侵占勤美公司之從屬公司即日華投資企業股份有限公司（下稱日華投資公司）、日華資產管理股份有限公司（下稱日華資產公司），致公司遭受損害達新臺幣（下同）500萬元之犯行，因而撤銷第一審關於被告2人被訴犯證券交易法第171條第1項第3款罪嫌部分之無罪判決，比較行為時及裁判時法律，適用最有利被告2人之規定，改判依現行證券交易法第171條第1項第3款規定，論處被告2人共同連續侵占各罪刑，並對何明憲諭知相關之沒收及追徵，固非無見。

二、惟查：

（一）、證券交易法第171條於民國93年4月28日修正公布時，增訂該條第1項第3款「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產。」之刑罰規定（此即證券交易法所定之特別侵占、背信罪）。而增訂此條款之修正草案說明載稱：「已依本

法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，如利用職務之便挪用公款或利用職權掏空公司資產，將嚴重影響企業經營及金融秩序，並損及廣大投資人權益，實有必要加以懲處，以收嚇阻之效果，爰增訂第1項第3款，將該等人員違背職務之執行或侵占公司資產等涉及刑法侵占、背信等罪責加重其刑責。」等旨。嗣該條款規定再於101年1月4日修正公布，增訂「致公司遭受損害達新臺幣5百萬元」之要件，以符合處罰衡平性及背信罪本質為實害結果之意涵；復以該條款所規定特別侵占、背信罪屬刑法第336條侵占罪及第342條背信罪之特別規定等修正理由，於同條第3項增訂：「有第1項第3款之行為，致公司遭受損害未達新臺幣5百萬元者，依刑法第336條及第342條規定處罰。」稽諸上開立法沿革、立法目的，並就證券交易法第171條第1項第3款、第3項規定之體系為整體觀察，可見證券交易法第171條第1項第3款之特別侵占、背信罪，對於刑法第336條第2項之侵占罪及第342條第1項之背信罪而言，具有法規競合之特別關係，證券交易法特別侵占、背信罪之犯罪構成要件，在概念上應已包括刑法侵占罪或背信罪之所有犯罪構成要件要素，其立法本旨在於符合上開特別增列之「致公司遭受損害達新臺幣5百萬元」加重構成要件時，論以證券交易法之特別侵占、背信罪，以充分評價整個犯罪行為之不法內涵。亦即，上述特別侵占、背信罪除其特別規定之加重構成要件外，其犯罪之構成要件，仍與刑法侵占、背信罪之要件相同，此觀上開證券交易法第171條第3項規定亦明，否則，倘認要件不同，於行為人有同條第1項第3款之行為，卻不符「致公司遭受損害達新臺幣5百萬元」之加重構成要件時，即無第3項所謂「依刑法第336條及第342條規定處罰」可言。至上述特別侵占、背信罪所保護之法益，非僅止於發行公司之財產法益，並及於整體證券市場發展、金融秩序與廣大不特定投資大眾之社會法益，且立法目的係為防範公司資產遭掏空及利益輸送，與刑法侵占、背信罪之保護法益係個人之財產法益，明顯不同，惟仍無從以此推導出兩者關於違背職務（任務）、侵占之構成要件有所不同。原判決理由卻執此認為證券交易法之「侵占」，不能拘泥於事實上「持有他人之物」或事實上管領力，而應自公開發行公司董事、監察人或經理人，是否「利用其職務實質上對公司財產之管領力」，解釋「持有他人之物」之型態，故而董

事長一方面對該董事會決議通過支付第三人之交易報酬，已具管領力，又再自該第三人處，分取交易報酬者（俗稱回扣），與證券交易法第171條第1項第3款之「侵占」要件合致等旨（見原判決第36至37頁），亦即其就證券交易法之特別侵占罪，關於「侵占」要件解釋之結果，已與刑法上「侵占」之涵義迥異，依上開說明，原判決上開法律見解，難謂適法。

- (二)、有罪判決書之事實欄，為判斷其適用法令當否之準據，法院應將依職權認定與論罪科刑有關之事實，翔實記載，然後於理由內說明其憑以認定之證據，並使事實與事實，事實與理由，以及理由與理由之間彼此互相適合，方為合法；若事實之認定前後不相一致，或事實認定與理由說明彼此互相齟齬者，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。又證券交易法之特別背信罪，乃以意圖為自己或第三人利益，而為違背其職務之行為，致生損害公司之財產或其他利益為要件；至於該法特別侵占罪則以意圖為自己或第三人之不法所有，而侵占自己持有之公司資產，為其要件。本件原判決於其事實欄認定：有關「大廣三案」部分，係日華投資公司與勁林爭青資產管理股份有限公司（下稱勁林公司），於94年10月31日簽訂「投資協議書」，約定勁林公司負責為日華投資公司尋找買主，由買主以不低於10億8,000萬元之價格，購買日華投資公司投標取得之「大廣三不良債權」或該債權物權化後之不動產。出售「大廣三不良債權」所得價款，經扣除日華投資公司取得之成本後，由勁林公司、日華投資公司分別優先分配1億5,225萬元及1億4,775萬元，所餘款項全部歸由勁林公司所有。嗣勁林公司依據上開約定分得款項後，被告2人將勁林公司所分得其中3,509萬6,730元款項，輾轉匯入何明憲之國泰世華商業銀行大安分行帳戶內，何明憲經由涂錦樹共同參與，利用勤美公司董事長職務身分，對從屬公司即日華投資公司，侵占款項達3,509萬6,730元；有關「金典案」部分，係日華資產公司與勁林公司，於95年1月18日簽訂「服務契約書」，約定日華資產公司支付2億元，委請勁林公司居中協助、促成日華資產公司完成買受「金典酒店不良債權」，並於95年4月12日訂定「服務契約增補約定條款」，將勁林公司之服務報酬提高至2億1,500萬元。又勤美公司、太子建設開發股份有限公司（下稱太子建設公司）與日華資產公司，於95年6月20日同時簽訂「債權讓與契約書」，約定由

勤美公司、太子建設公司各以21億元，向日華資產公司取得「金典酒店不良債權」50%，並共同另以10億元委由日華資產公司進行債權物權化。嗣勤美公司、太子建設公司依據上開約定支付1億元予日華資產公司，再由日華資產公司依約將7,750萬元匯入勁林公司帳戶後，被告2人將勁林公司取得之款項中3,500萬元，匯至何明憲之永豐商業銀行忠孝分行帳戶，供何明憲私人使用。何明憲經由涂錦樹共同參與，利用勤美公司董事長職務身分，對從屬公司即日華資產公司侵占款項達3,500萬元等情（見原判決第2至7頁），倘若上開原判決所認定資金流向，俱屬無訛，則日華投資公司及日華資產公司依約支付予勁林公司之前揭款項，似屬勁林公司而非日華投資公司或日華資產公司所有之資產，亦即並非在日華投資公司或日華資產公司持有中。上開部分款項縱然最終係流向何明憲、涂錦樹，仍屬其等是否違背其職務、有無「背信」，而非「侵占」行為態樣之範疇。惟原判決不僅於事實欄認定被告2人就「大廣三案」，乃共同「侵占」日華投資公司資產合計3,509萬6,730元之款項；以及就「金典案」，係共同「侵占」日華資產公司資產合計3,500萬元之款項等情；復於理由欄內說明日華投資公司、日華資產公司依約支付勁林公司之報酬，其中被告2人事前所約定之「回扣」金額，形式上雖已脫離日華投資公司、日華資產公司持有中，惟仍在何明憲之掌控範圍，其對之仍具有實質上之管領力，亦屬侵占公司資產之型態，因而論以證交易法第171條第1項第3款之特別侵占罪等旨（見原判決第38至39頁），顯與原判決前揭事實欄關於勁林公司依約自日華投資公司及日華資產公司取得款項而持有等過程之記載，互相矛盾，依上述說明，已有判決理由矛盾之違誤。本院前次發回意旨已詳細指明，原審猶執持前開與刑法上「侵占」涵義相異之法律見解，未究明日華投資公司及日華資產公司依約支付予勁林公司之前揭款項，並非在日華投資公司或日華資產公司持有中，致其事實認定及理由說明有前述矛盾之情形，亦難謂洽。

- (三)、審理事實之法院，對於證人前後所為矛盾或歧異之供述，如何本於經驗、論理法則判斷其證據價值即證明力，以定取捨暨因此所形成之心證，均應於判決內加以闡析論敘，以憑認定事實，否則如就此等證據未加取捨，全部採為認定犯罪事實之依據，或僅論列其中一面，卻置他面於不顧，而未說明理由，即有

證據上理由矛盾或判決理由不備之違法。被告2人於原審辯稱：因涂錦樹邀何明憲投資臺南小東路案，何明憲依約自該投資案取得合計7,500萬元，即包含勁林公司自大廣三案取得報酬中所匯入或輾轉匯入何明憲帳戶3,509萬6,730元（即原判決理由內「小東路時序表」《下稱時序表》編號12、13之金流），以及勁林公司自金典案所取得報酬中所匯入何明憲帳戶之3,500萬元（即時序表編號17之金流）云云，原判決固以證人徐曉韻於偵查中之證詞，暨徐曉韻隨身碟內掃描檔案（內含為免查帳所補契約總表及相關借據、契約、還款協議或不動產債權讓與契約等文件）、涂錦樹與馮嫚妮討論金流之手寫稿內容，認時序表編號12、13、17之金流，並非7,500萬元投資款之返還，作為被告2人上述辯解不可採之依據（見原判決第23至25頁）。惟卷查徐曉韻固於偵查中證述：何明憲因怕相關單位調查其與涂錦樹間之資金往來情形，曾交辦馮嫚妮負責與涂錦樹討論拼湊金流原因，馮嫚妮將資金流向整理記錄在紙上，與涂錦樹討論後，先製作為免查帳所補契約總表，之後再補製作相關之借據、契約、還款協議或不動產債權讓與契約之文件等情（見偵字第8971號卷4第230至231頁、卷5第82頁、卷6第296頁），然而於第一審審理時，經何明憲之辯護人、檢察官以上開偵查中證述內容質之徐曉韻，其卻證稱：「（問：妳為何會這樣陳述？）我覺得」、「（妳覺得是猜的？）對」、「我不記得，但我應該不會這樣說」、「（問：為何妳當時會說這些合約都是事後補的？）我覺得，因為她（指馮嫚妮）就一次給我一疊」、「因為她就是給我，我就覺得是事後的」等語（見第一審卷2-3第84至89頁），與其於偵查中之證詞已有歧異。原審僅於其判決內論列徐曉韻上開偵查中供陳之一面，而置前述其於第一審證詞內容之他面於不顧，對徐曉韻前後未盡一致之指述，亦未剖析敘明何以取信其一而摒棄其他之心證理由，遽為被告2人不利之認定，依上述說明，難謂無判決理由不備之違法。

- (四)、以上或為被告2人上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。而原判決上開違誤影響於本件事實之認定及法律之適用，本院無從據以自行判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。至檢察官上訴意旨指摘原審未就被告2人被訴關於大廣三案、金典案不合營業常規犯行，及除原判決附件之金流圖1編號

3-1、5-2-1、金流圖3編號3-2-1、3-2-2以外之其他侵占犯行部分，予以審理，而有已受請求之事項未予判決之違法，惟原判決已說明第一審判決就被告2人被訴此部分犯行諭知無罪，嗣經原審法院更一審判決亦就此部分不另為無罪諭知，雖經檢察官提起第三審上訴，然與刑事妥速審判法第9條所定得為第三審上訴之理由不相適合，檢察官此部分上訴原應予駁回，乃本院就此部分誤為發回更審之判決，並非有效，而屬違法等旨，已就如何認被告2人被訴此部分犯行並非原審審理範圍，剖析論敘甚詳，核無不合，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 2 月 22 日

刑事第二庭審判長法官 徐昌錦
法官 江翠萍
法官 張永宏
法官 林怡秀
法官 林海祥

本件正本證明與原本無異

書記官 邱鈺婷

中 華 民 國 113 年 2 月 27 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 5071 號刑事判決

裁判日期：民國 113 年 02 月 17 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

112年度台上字第5071號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官劉海倫

上訴人

即 被 告 屠紀齡

上列上訴人等因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國112年8月9日第二審判決（111年度侵上訴字第128號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署110年度偵字第2467號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一本件原判決撤銷第一審之科刑判決，改判仍依想像競合犯之例，從一重論處上訴人即被告屠紀齡成年人以欺瞞使未成年人混合施用第三級、第四級毒品罪刑（一行為觸犯成年人以欺瞞使未成年人混合施用第三級、第四級毒品罪、以藥劑強制性交未遂罪，處有期徒刑5年4月）。固非無見。

二惟按：

(一)科刑之判決書，其事實認定與理由說明，以及理由說明彼此間，必須互相適合，苟其事實認定與理由說明，前後不相一致，或理由與理由之間，彼此互相齟齬，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。又基於罪刑法定原則之要求，刑法分則或刑事特別法就特定犯罪所規定之刑罰，均設有一定高低度之刑罰框架，即所謂法定刑。惟因犯罪行為情狀變化萬千，情節輕重懸殊，有時法定刑尚無法適當反應具體不法行為，為適應刑罰個別化之要求，刑罰法律另設規定加重、減輕、免除等各種事由，修正法定刑之範圍並限制法官之刑罰裁量餘地，俾符合罪刑相當，使罰當其罪，輕重得宜。其中，刑法分則或刑事特別法有關加重其刑之規定甚為常見，型態、種類繁多，現行實務依其性質，分為「總則」與「分則」加重二種。其屬「總則」加重性質者，僅為處斷刑之範圍擴大，乃單純的刑之加重，並未變更其犯罪類型，原有法定刑自不受影響；其屬「分則」加重性質者，其罪之構成條件已具備，而與原罪脫離，並為獨立之另一罪名，並借原罪之基準刑而為加重

，已係獨立之罪刑規定，性質上屬借罪借刑之立法例。毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第9條各項之規定，均係刑法分則之加重，其中該條第1項係以借犯販賣毒品或同條例第6條至第8條之原罪，再加上成年人對未成年人犯罪之條件而成；該條第2項係以對之販賣毒品或犯同條例第6條至第8條之原罪，再加上明知為懷胎婦女之條件而成；另該條第3項係以借犯同條例第4條至第8條之原罪，再加上係混合二種以上之毒品為條件而成，並均借原罪之基準刑為加重其刑至二分之一，是毒品條例第9條各項之罪均已各自獨立成罪，並非單純僅為販賣毒品或同條例第6條至第8條或同條例第4條至第8條之加重規定。如一行為同時符合該條例第9條其中2項以上規定，自屬一行為觸犯數罪名，應循想像競合犯之規定，從一重處斷。

(二)原判決事實欄認定被告係成年人，其以欺瞞使未成年A女（即代號BA000-A110020者，民國00年00月出生；姓名詳卷）於不知情下混合施用第三級及第四級毒品，並以此為加重強制性交之手段等情（見原判決第1至2頁），復於理由說明被告所為，係以一行為觸犯刑法第222條第2項、第1項第4款之以藥劑犯強制性交未遂罪與毒品條例第9條第1項、第3項、第6條第3項、第4項之罪，應依刑法第55條規定，從一重處斷等旨（見原判決第32頁）。倘若無訛，原判決既認上開各罪應依想像競合犯之例從一重處斷，何以僅就毒品條例第9條第1項之罪與刑法第222條第1項第4款之罪為輕重比較（見原判決第33頁第9至19行），卻置毒品條例第9條第3項之罪於不論？又僅說明毒品條例第9條第1項之罪為刑法分則之加重（見原判決第32至33頁），對於同條第3項之罪是否亦屬刑法分則之加重，則未置一詞，乃遽指該第3項之罪得與上開其他各罪依想像競合犯之例，從一重處斷，理由已有欠備。何況，原判決既認上開各罪從一重處斷結果，應論以毒品條例第9條第1項之罪，則其應以該規定之刑處斷即足，要無再依該規定加重其刑之理，惟其又謂「被告於本案應從一重依毒品條例第9條第1項、第6條第3項成年人以欺瞞使未成年人施用第三級毒品罪處斷。且被告為成年人，其以欺瞞使未成年A女施用第三級毒品犯行，應依毒品條例第9條第1項規定，加重其刑」（見原判決第33頁第17至21行），即對被告依毒品條例第9條第1項之罪處斷後，再依該規定加重其刑，亦非允當。而上開毒品條例第9條第1項與同條第3項之2罪，各有獨立之罪刑，且經依想像競合犯規定從

一重處斷結果，較輕之罪已為較重之罪所吸收，尚不發生刑法第70條所規定「有二種以上刑之加重」，遞予加重其刑之問題。原判決竟謂「因被告有使A女混合施用第三級、第四級毒品情事，爰依毒品條例第9條第3項規定，加重其刑，且依法遞加之」（見原判決第33頁第21至23行），將之依法遞加重其刑，不惟相關法則之適用不當，且其理由之載述亦前後齟齬，併有判決理由矛盾之違法。

三綜上，檢察官及被告之上訴意旨指摘原判決違背法令，核非全無理由。至被告究應依毒品條例第9條第1項、同條第3項規定遞加重其刑或僅從一重論處，攸關處斷刑範圍之形成，對被告犯罪之法律適用及量刑權益影響甚鉅，自應由當事人就此進行辯論後，再予斟酌取捨，以為裁量。原判決上述違背法令情形，已影響於法律適用及量刑事實之確定，為兼顧被告之審級利益，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 2 月 17 日

刑事第三庭審判長法官 林立華
法官 林瑞斌
法官 王敏慧
法官 陳如玲
法官 李麗珠

本件正本證明與原本無異

書記官 李淳智

中 華 民 國 113 年 2 月 20 日

裁判字號：最高法院 113 年度台上字第 292 號刑事判決

裁判日期：民國 113 年 02 月 29 日

裁判案由：公共危險

最高法院刑事判決

113年度台上字第292號

上訴人 鍾志彬

上列上訴人因公共危險案件，不服臺灣高等法院中華民國112年9月26日第二審判決（111年度交上訴字第242號，起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署109年度偵字第6883號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人鍾志彬於飲酒後，其血液中酒精濃度達百分之0.05以上，猶駕駛自用小客車上路而不慎撞及告訴人邱證升致其受重傷之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處修正前刑法第185條之3第2項後段之駕駛動力交通工具而有血液中酒精濃度達百分之0.05以上情形，因而致人重傷罪刑，已詳敘其認定犯罪事實所憑之證據及理由。
- 二、上訴人上訴意旨略稱：本件車禍事故於民國109年9月5日發生，而國立陽明交通大學附設醫院（下稱陽明交大醫院）係於111年3月15日鑑定，距事故發生日已逾1年6月。且告訴人經該院神經內科醫師評鑑結果，智能程度為0.5分，僅屬「可議」，而尚未達「輕微（1分）」、「中度（2分）」或「嚴重（3分）」之程度。另其心理測驗得分為93分，亦未達痴呆失智程度。雖其經該院精神科醫師進行心理測驗及人格特質評鑑結果，在臨界智能範圍，其語文理解、工作記憶與知覺推理等3項，均屬中下能力；另其心智理論量，在社會情緒認真能力部分，則落在能力不足的範圍。又其認知功能因注意力困難，使其做事情的執行功能有明顯障礙，在人際互動上除語言理解能力不足外，同理他人的情緒與認知能力也明顯有障礙等情。然無

論告訴人之能力為「中下」、「不足」或「障礙」，均尚非嚴重之低下情形，自難認定告訴人所受傷害已達重傷之程度。況告訴人目前已行動自如，且能參與機車旅遊、聚會等社交活動，並無嚴重之精神適應問題。原審並未進一步調查其他必要之證據，以釐清告訴人目前之身體狀況是否仍屬於終身不治或難治之重傷害程度，僅憑陽明交大醫院上開鑑定結果，遽為上訴人不利之認定依據，復未敘明告訴人上開經鑑定結果有能力「中下」、「不足」或「障礙」等情形，又如何已達重傷害程度之理由，殊屬可議云云。

三、免於身心傷害之身體權，雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴理念，維護個人主體性及人格自由發展，亦屬憲法第22條所保障之基本權利。而人民之健康關乎生命之存續與品質，身體與健康同屬法律保障之人格法益，並與人性尊嚴之普世價值息息相關，是人民之健康權，乃內含於憲法保障身體權之一環。而憲法所保障之健康權，旨在保障人民生理機能及心理健康（精神狀態）之完整健全，不受任意侵害。故刑法傷害罪，係以身體、健康為其保護法益，並以維護個人身體的完整性、生理機能之健全，與心理狀態之健康為其內容。故所謂健康，當然包含生理及心理上之健康狀態。又刑法第10條第4項關於重傷之定義，其第1款至第5款係以列舉方式規定生理機能之「毀敗」或「嚴重減損」，第6款則係以概括方式規定其他於身體或健康，有「重大不治」或「難治」之傷害，亦屬重傷，作為前5款例示規定之補充。則第1款至第5款所規定生理機能之毀敗或嚴重減損，性質上係屬重大不治或難治之傷害；而第6款所謂重大不治或難治之傷害，其影響於身體與健康之程度，評價上亦必須與前5款例示規定之毀敗或嚴重減損情形相當。故重傷之結果，必須同時符合重大性與不治或難治之要件，如受傷嚴重，但未達於不治或難治之程度，或傷害雖屬不治或難治，但於人之身體或健康並無重大影響者，均非重傷。而傷害之重大與否，以其身心機能是否完全喪失（失能）或效能有無嚴重減損致影響其原本日常生活功能（activities of daily living〈ADLs〉）為斷。至於「不治」或「難治」，則應從醫療觀點，依據該醫療領域當時醫療常規之治療可能性，預估重傷是否永遠或長期持續存在。因此，原則上該重傷結果必須於最後審理事實之法院於言詞辯論終結前依然存在，且無法確定

回復其基本機能之治癒時間或根本無法治癒，始足當之。如已治癒或可預估治癒期間以排除其重傷結果時，即非重傷。以心理健康之傷害為例，其傷害是否重大，除須符合精神衛生法第3條第1項第1款規定精神疾病之定義外，尚須其所罹之精神疾病已達上開重大不治或難治之重傷要件，始能論以重傷罪。準此，法院關於被害人之思考、情緒、知覺、認知、行為及其他精神狀態有無因精神疾病之影響而有重大異常之表現？被害人適應原本生活之基本角色功能（職業、社交活動執行與日常生活之參與）是否因而發生重大障礙？及被害人是否因而需要長期持續接受醫療及照顧？被害人所罹之精神疾病是否已達不治或難治之程度等，攸關被害人心理健康之傷害是否已達重傷相關審酌事項之判斷，事涉醫療相關領域之專業知識，倘業已綜合專科醫師經診療或鑑定後之意見、被害人經治療後心理健康狀態及其原本生活基本角色功能之回復狀況等各項證據而為重傷之認定，如與證據法則無違，即不能任意指為違法。

- 四、原判決綜合：(1)陽明交大醫院111年5月16日函復第一審法院之鑑定意見、病歷紀錄與各項檢（測）驗結果，略以：告訴人經該院神經內科醫師評鑑結果，其智能程度CDR僅0.5分（0分為正常，0.5分為可疑，1分輕微，2分中度，3分嚴重），心理測驗CASI(1.00)得分93分，亦未達痴呆失智程度。然告訴人經同院精神科醫師進行心理測驗及人格特質評鑑結果，在臨界智能範圍，其語文理解、工作記憶與知覺推理等3項，均屬中下能力；另其心智理論量表，在社會情緒認知能力部分，則落在能力不足的範圍。顯示告訴人之認知功能因注意力困難，使其做事的執行功能有明顯障礙，在人際互動上除語言理解能力不足外，同理他人的情緒與認知能力也明顯有障礙。告訴人遭受腦創傷後至今約1年7個月已留下永久後遺症，符合其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害等情。(2)天主教靈醫會醫療財團法人羅東聖母醫院112年2月21日函復原審，指告訴人係因腦傷後情感疾患、情緒易怒而分別於110年3月11日及同年4月13日前往該院就診治療等專科醫師意見，資以說明告訴人於109年9月5日因遭上訴人酒後駕車不慎撞及而受有頭部外傷併雙側顱內出血和少量蛛網膜下腔出血等腦部器質性外傷，雖經治療而回復其肢體神經肌力，然其精神部分，經陽明交大醫院於事發1年6個月後之111年3月15日進行鑑定結果，告訴人之智

能部分，雖未達智力不足及失智癡呆程度，但在認知功能上因注意力困難，致其做事執行功能有明顯障礙，另其在人際互動上，除語言理解能力不足外，同理他人的情緒與認知能力也有明顯障礙，認定已達其他於身體有重大難治之重傷程度之旨。且稽之陽明交大醫院上開鑑定報告檢附告訴人接受魏氏成人智力量表、心智理論量表及「Multiphassic Psychological test」等檢（測）驗結果，告訴人在語文理解、工作記憶與知覺推理等3項，得分分別為70分（百分等級2）、80分（百分等級9）及84分（百分等級14），均屬中下能力程度，另其處理速度得分66分（百分等級1），則為能力不足程度；又依其心智理論量表，語言心智理論作業項，得分18分（百分等級11），非語言心智理論作業項，得分9分（百分等級1），均屬極差程度。臨床評估告訴人之認知、情緒及行為，有注意力明顯不足，答題反應有答非所問及表達不完整情形，語言理解及表達能力明顯有障礙，評估其GAF（Global Assessment of Functioning Scaling）指數在41-50區間（見第一審交易卷第207至243頁）。再參佐：(1)DSM-IV（精神疾病診斷與統計手冊第4版）軸式診斷系統第五軸（對社會功能之整體評估）工具GAF指數41-50區間，已達「住院指數」，代表症狀嚴重需住院或強制矯治（如自殺意念、嚴重強迫性儀式行為、時常偷竊）或在社會、職業中有一嚴重損害（無朋友、不能維持一職業）。(2)告訴人在陽明交大醫院之病歷紀錄記載，告訴人學歷為大學畢業，本件事故前曾分別在3C賣場、汽車公司從事售貨員及餐廳服務生等工作長達1年以上，工作狀況正常，但腦傷出院後，雖曾嘗試在大賣場工作，但卻連試用期都無法通過。興趣方面亦無法像從前一樣跳舞、騎車，連共同興趣的朋友也都未再聯絡。甚至因情緒明顯改變，時常因小事而堅持己見，並向家人發脾氣，造成家人與其相處之困擾等情（見第一審交易卷第221、227、229頁）。(3)陽明交大醫院上開鑑定報告並指告訴人因腦傷迄接受鑑定當時約1年7個月已留下「永久」後遺症等情（見第一審交易卷第213頁），堪認告訴人經專科醫師診斷後，其情緒、知覺、認知及行為已因腦部器質性外傷影響而發生明顯低於一般人之重大障礙，且於事故發生後經長達1年6個月之治療，仍無法改善，且遺留「永久性」之後遺症。而告訴人在職業、社交活動執行與日常生活之參與等適應原本生活

之基本角色功能，亦同時受到限制或無法發揮。是故告訴人所受傷害，於言詞辯論終結前仍達其他於身體或健康重大難治之重傷程度，原判決論上訴人以駕駛動力交通工具而有血液中酒精濃度達百分之0.05以上情形，因而致人重傷罪，於法尚無不合，並非僅以陽明交大醫院上開鑑定報告為其認定重傷害之唯一論據，要無上訴意旨所云判決適用法則不當及理由不備之違法。至於上訴人及其選任辯護人於原審提出告訴人曾在其社交軟體Instagram上張貼於109年10月至110年4月間走路、健身或與家人、友人聚會等活動照片截圖6幀，主張告訴人目前並無精神上嚴重適應問題云云（見原審卷第71至77頁）。然告訴人上開活動照片截圖，僅能證明告訴人參與活動當時短暫之精神狀態，仍無從推翻陽明交大醫院上開關於告訴人之情緒、知覺、認知及行為因腦部器質性外傷影響而發生明顯重大障礙之鑑定結果，尚不足以作為上訴人有利之認定依據。原判決對於上訴人所提上開證據及主張，雖未說明其何以不予採納之理由而略有微疵，但並不影響於原判決之本旨，亦不能執此指摘原判決為違法。上訴人上訴意旨並非依據卷內資料具體指摘原判決究有如何違法之情形，猶重執其提起第二審上訴且不為原審所採之相同陳詞，再事爭辯，無非係對原判決已明確論斷說明之事項，任意指摘為違法，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。依上揭說明，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 2 月 29 日

刑事第九庭審判長法官 林恆吉

法官 林靜芬

法官 蔡憲德

法官 何俏美

法官 林英志

本件正本證明與原本無異

書記官 林宜勳

中 華 民 國 113 年 3 月 6 日

裁判字號：最高法院 113 年度台非字第 22 號刑事判決

裁判日期：民國 113 年 02 月 22 日

裁判案由：詐欺

最高法院刑事判決

113年度台非字第22號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 陳錦煌

上列上訴人因被告詐欺案件，不服臺灣基隆地方法院中華民國112年3月31日第一審確定判決（111年度易字第362號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署111年度偵字第3630號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於其附表編號一、二、四、五所示幫助詐欺取財部分均撤銷，由臺灣基隆地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

一、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。次按幫助犯係從屬於正犯而成立，以正犯已經犯罪為要件，故幫助犯並非其幫助行為一經完成即成立犯罪，必其幫助行為或其影響力持續至正犯實施犯罪時始行成立（最高法院96年度台非字第253、312號及104年度台上字第3573號判決意旨參照）。查：本案被告陳錦煌雖有在109年11月至110年6月間，共於5日、分批申辦如原判決附件即起訴書附表（即臺灣基隆地方檢察署111年度偵字第3630號，下稱本案附表）所示26個行動電話門號，並將該等門號SIM卡交給「王昭偉」所屬詐騙集團使用，惟綜觀本案及併案（臺灣基隆地方檢察署111年度偵字第3617號）卷內全部證據，該詐騙集團成員嗣僅利用本案附表編號16之行動電話門號（台灣之星0000000000號）於110年3月15日至17日間，分別與被害人蔡淑子、李美美聯繫而對渠等實施詐騙得逞，被告所提供其餘25個門號，客觀上無積極證據證明亦遭該詐騙集團利用而對何被害人施以詐術，自難認被告提供該25個門號之影響力『已持續至正犯實施犯罪』，原判決卻將本案附表編號1至10、11至15、17至21、22至26部分，亦分別對被告論以幫助犯詐欺取財罪，而連同上揭附表編號16部分，認定被告共犯5罪，各處有期徒刑2月，定應執行為有期徒刑6月，適用法則顯有不

當。二、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正」等語。

二、本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又刑事訴訟法第264條第2項第2款已規定起訴書應記載犯罪事實，該條款所稱之犯罪事實，係指符合犯罪構成要件之具體社會事實，如犯罪之時間、地點、手段以及其他該當於犯罪構成要件而足資認定既判力範圍之具體社會事實而言。而幫助犯係從屬於正犯而成立，其處罰係從屬於正犯之構成要件該當性與違法性，除有處罰預備犯之特別規定外，若正犯未至著手階段，因無可罰之正犯，即無可罰之幫助犯可言。是檢察官如對被告之幫助犯犯罪提起公訴，除其如何為幫助之行為，起訴書應予記載外，關於正犯如何實行犯罪，亦當記載，始足以界定檢察官所起訴之範圍，其若無之，法院即無從判斷應予審判之犯罪事實為何，乃屬起訴之程序違背規定，法院本應依同法第303條第1款規定，逕為不受理之判決。惟為確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴，刑事訴訟法第161條第2項已明定中間審查機制，以免被告遭受不必要之訟累，並節約司法資源，且藉由賦予檢察官補正證明方法之機會，尤在被害人求償無門之情形，仍得以維護檢察官為被害人權益所得行使之公訴權能。從而，倘檢察官之起訴書，僅記載幫助犯之幫助行為事項與此部分之證據，卻無關於正犯之犯罪事實，當認其所指出之證明方法，顯然不足以認定被告有成立犯罪之可能，法院允宜依同法第161條第2項規定，於第一次審判期日前，以裁定定期通知檢察官補正；逾期不補正者，得以裁定駁回其起訴，俾維護檢察官為被害人權益所得行使之公訴權能，並兼顧被告人權之保障。本件檢察官之起訴書，僅記載被告陳錦煌基於幫助詐欺取財之故意，申辦如原判決附表編號一、二、四、五（即起訴書附表編號1至15、17至26）所示25個行動電話門號後，將該等行動電話門號SIM卡交予自稱「王昭偉」之成年人等事實，卻毫無關於「王昭偉」所屬犯罪集團如何犯罪之具體事項（行為人、被害人及相關之時、地、事、物），所舉之證明方法，則為：被告之供述（證明被告為賺取每張SIM卡新臺幣《下同》200元之報酬，依「王昭偉」指示申辦如原判決附表所示門號後，交予「王昭偉」並取得約定報酬）；告訴人蔡淑子之指訴及通訊軟體「LINE」對話紀錄畫面擷

圖（證明詐騙集團以起訴書附表編號16《即原判決附表編號三》所載之行動電話門號作為聯繫之用）；如原判決附表所示行動電話門號之通聯調閱查詢單（證明該等行動電話門號為被告申辦），充其量僅能證明被告交付原判決附表編號三所示行動電話門號SIM卡，幫助詐騙集團向蔡淑子詐欺取財之犯行。然就被告交付原判決附表編號一、二、四、五所示行動電話門號SIM卡後，正犯如何為詐欺取財或其他犯罪之事項及證據，均付之闕如，顯然起訴之範圍不明，且提出之證明方法尚不足以認定被告可能成立犯罪，自應依刑事訴訟法第161條第2項規定，於第一次審判期日前，以裁定定期通知檢察官補正。乃原審遽就被告被訴此部分幫助詐欺取財之行為，予以論罪科刑，揆之上述說明，自有有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，且因攸關事實之認定，為求事實之真切及維護被告之審級利益，爰由本院將原判決關於其附表編號一、二、四、五所示幫助詐欺取財（即幫助詐欺取財共4罪之罪刑，暨沒收未扣案犯罪所得5,000元及其追徵）部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第2項前段，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 2 月 22 日

刑事第二庭審判長法官 徐昌錦

法官 江翠萍

法官 張永宏

法官 林怡秀

法官 林海祥

本件正本證明與原本無異

書記官 邱鈺婷

中 華 民 國 113 年 2 月 27 日

裁判字號：最高法院 112 年度台抗字第 1465 號刑事裁定

裁判日期：民國 113 年 02 月 27 日

裁判案由：違反商業會計法等罪

最高法院刑事裁定

112年度台抗字第1465號

抗 告 人 楊文欣

選任辯護人 宋永祥律師

抗 告 人 連翊汎

選任辯護人 何金陞律師

抗 告 人 黃文毅

蔡明隆

上二人共同

選任辯護人 涂榆政律師

黃聖綦律師

抗 告 人

即 參 與 人 富有土地開發股份有限公司

代 表 人 楊文蘭

代 理 人 黃明展律師

張淵森律師

黃國益律師

上列抗告人等因違反商業會計法等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國112年7月17日、112年7月21日駁回第三審上訴之裁定（111年度上訴字第30號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定關於富有土地開發股份有限公司部分撤銷。

其他抗告駁回。

理 由

壹、撤銷（即原裁定關於富有土地開發股份有限公司）部分

一、沒收性質上為依存違法行為之獨立法律效果，屬干預人民財產權之刑事處分，除須法律保留外，並應恪遵正當法律程序。現行刑法對於犯罪所得改採相對義務沒收，另新增沒收犯罪行為人以外之第三人之財產，而在刑事沒收程序方面，亦相應於刑事訴訟法第7編之2增訂「沒收特別程序」專編，對於因刑事訴訟進行結果，財產可能被沒收之第三人，賦予程序主體之地位，俾其有參與程序之主體權利與尋求救濟之機會。其中同法第455條之28規定，第三人參與沒收程序之上訴及抗告，除本編

有特別規定外，準用第3編（即上訴編）及第4編（即抗告編）之規定，而同法第376條，屬第3編「上訴」之規定，自在準用之列。依此，沒收既係附隨於被告違法行為存在之法律效果，因此對參與人諭知沒收其財產之判決，得否向本院提起第三審上訴，端視其刑事被告之本案是否為得上訴於第三審法院之案件而定。又同法第376條第1項各款所列之案件，經第二審判決者，除合於同條項但書之情形，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，均不得上訴於第三審法院，法有明文。惟若實質上或裁判上一罪之案件，其一部為同法第376條第1項本文所列之案件，另一部屬得上訴第三審法院之案件，因其刑罰權單一，在訴訟法上作為一個訴訟客體，依審判不可分之原則，自均得上訴於第三審法院。鑑於沒收固為獨立之法律效果，然仍以犯罪（違法）行為之存在為前提，兩者間即具有一定之依存關係，為避免參與人沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於犯罪（違法）行為之罪刑部分，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收部分之基礎，造成裁判上矛盾，非但有損裁判公信力，且滋生沒收裁判之執行上困擾，同法第455條之27第1項前段明定「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決」。本於同一法理，於具體參與沒收個案之附隨刑事本案判決對象為多數被告，倘部分被告成立實質上或裁判上一罪之關係，而得對本案判決上訴於第三審法院，亦應賦予參與人得對於沒收之判決提起第三審上訴，以資救濟，不問沒收依存之犯罪（違法）行為是否屬同法第376條第1項所列各款之罪而異，也不因其餘刑事本案被告不在得上訴於第三審之列而受影響，始符法制本旨。

- 二、本件原審法院111年度上訴字第30號判決（下稱原判決）諭知沒收抗告人即參與人富有土地開發股份有限公司（下稱富有公司）如其附表（下稱附表）丙所示之財產上利益，並依法追徵，係以刑事本案被告楊文欣、傅宗道、林世民、紀玉枝、連翊汎、黃文毅犯民國103年6月18日修正公布前刑法第342條第1項背信罪（下稱修正前背信罪），使富有公司取得如附表丙所示之財產上利益，故依刑法第38條之1第2項第3款諭知沒收、追徵。此等部分刑事本案被告違法行為雖屬刑事訴訟法第376條第1項第6款之罪，惟其中傅宗道、林世民於本案違法行為，除成立修正前背信罪外，同時觸犯商業會計法第71條第1款之填

製記入不實罪，原判決認此2罪間具有想像競合犯之裁判上一罪關係，從一重論處商業會計法第71條第1款之填製記入不實罪刑，係得上訴於第三審法院之案件，揆諸前開說明，富有公司就原判決對其諭知沒收部分，自亦得上訴於第三審法院，不因其餘刑事本案被告在不得上訴於第三審之列而受影響。原裁定未予究明，遽予駁回富有公司之第三審上訴，自有未洽。且富有公司既得提起第三審上訴，就原審法院所為駁回其第三審上訴之裁定，自得抗告於本院，不因原裁定正本教示欄誤載為「不得抗告」而受影響。富有公司抗告意旨執此指摘原裁定不當，為有理由，應將原裁定關於此部分撤銷，另由原審法院為適當之處理，期臻適法。又依刑事訴訟法第455條之21第2項準用同法第28條規定，每一參與人委任代理人，不得逾3人。本件富有公司已先後委任黃明展、張淵森、黃國益律師3人為代理人，另其經原審法院以111年度上訴字第30號刑事判決諭知沒收後，出具刑事上訴第三審委任狀，委任沈元楷律師為代理人，提起第三審上訴，嗣經原審裁定駁回其第三審上訴，沈元楷律師雖代其提出刑事抗告狀，惟僅檢附上開「刑事上訴第三審」之委任狀影本，並未提出本件抗告程序之委任狀，是沈元楷律師尚非本件抗告程序之委任代理人，本件當事人欄爰不予列載，附此敘明。

貳、抗告駁回（即原裁定關於楊文欣、連翊汎、黃文毅、蔡明隆）部分

- 一、按不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所為裁定，不得抗告，刑事訴訟法第405條定有明文。是以對第二審法院所為之裁定得否抗告，端視該案件是否為得上訴於第三審法院而定。而同法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定，故亦不得對此類案件向第三審法院提起抗告。本件原裁定以抗告人楊文欣、連翊汎、黃文毅、蔡明隆（下稱楊文欣等4人）因違反公司法等罪案件，經原審撤銷第一審關於楊文欣、連翊汎、黃文毅背信（計2罪）部分之科刑判決，改判依想像競合犯之規定，從一重論處其3人共同犯修正前背信罪刑；另維持第一審論處楊文欣、連翊汎、黃文毅共同犯使公務

員登載不實罪刑，及蔡明隆共同犯修正前背信罪刑之判決，而駁回楊文欣等4人此部分在第二審之上訴。核分屬刑事訴訟法第376條第1項第1款、第6款所列之案件，且經第一審及原審均判決有罪，依上開說明，自不得上訴於第三審法院，因認楊文欣等4人對於上開使公務員登載不實、背信案件提起第三審上訴，為法所不許，而裁定駁回其等上訴。

二、楊文欣等4人抗告意旨略以：原裁定雖以原判決論以楊文欣等4人分別共同犯使公務員登載不實或修正前背信罪，屬刑事訴訟法第376條第1項第1款、第6款所列不得上訴於第三審法院之案件，而駁回其等所提起之第三審上訴。然依檢察官起訴事實所載，楊文欣等4人所犯上開使公務員登載不實或修正前背信罪，同時觸犯商業會計法第71條第1款之填製記入不實罪嫌，有裁判上或實質上一罪關係，而上述填製記入不實罪屬得上訴於第三審法院之案件，基於審判不可分原則，上開使公務員登載不實、修正前背信罪自應得一併上訴至第三審，原裁定均未調查審認，並為必要之說明，即駁回其等之上訴，顯有不當等語。

三、惟查，案件是否屬於刑事訴訟法第376條第1項各款所列各罪之範圍，固不以第二審判決所適用之法條及檢察官起訴書所引法條為限，而應以起訴書或自訴狀所載之事實為準，並視當事人於第二審言詞辯論終結前是否對於罪名已提出爭執，以為審斷；惟被告之上訴，以受有不利益之判決，為求自己利益起見請求救濟者，始得為之，準此，上訴人不得為自己之不利益提起上訴。而刑法第35條規定「主刑之重輕，依第33條規定之次序定之。同種之刑，以最高度之較長或較多者為重。最高度相等者，以最低度之較長或較多者為重。刑之重輕，以最重主刑為準，依前二項標準定之。最重主刑相同者，參酌下列各款標準定其輕重：一、有選科主刑者與無選科主刑者，以無選科主刑者為重。二、有併科主刑者與無併科主刑者，以有併科主刑者為重。三、次重主刑同為選科刑或併科刑者，以次重主刑為準，依前二項標準定之。」基此，次重主刑同為選科或併科罰金者，以罰金較多者為重。本件原判決論處楊文欣等4人犯修正前背信罪之法定刑為「5年以下有期徒刑、拘役或科或併科（銀元）1千元以下罰金」；楊文欣、連翊汎、黃文毅犯使公務員登載不實罪之法定刑為「3年以下有期徒刑、拘役或（新臺

幣)1萬5千元以下罰金」，而楊文欣等4人主張其所犯商業會計法第71條第1款之罪之法定刑則為「5年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣60萬元以下罰金」，依前開說明，上開3罪名，應以商業會計法第71條第1款之罪為重罪。本件原判決認楊文欣等4人所犯屬刑罰較輕之使公務員登載不實或修正前背信罪，分屬刑事訴訟法第376條第1項第1款、第6款所列不得上訴於第三審法院之案件，且均經第一審為有罪之判決，未合於同條項但書例外得上訴第三審之要件，自不得上訴於第三審法院，原裁定因認其等上訴第三審並非適法，而駁回其等上訴，於法尚無不合。雖楊文欣等4人抗告意旨又認依檢察官起訴事實所載，其等尚同時觸犯商業會計法第71條第1款之罪，自得一併上訴於第三審法院等語，然此顯與上訴人為自己利益請求救濟之旨相違，其等抗告尚難認為有據。是楊文欣等4人對第二審法院所為駁回其等上訴第三審之裁定，即屬不得抗告，其等仍對之提起抗告，自非適法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第413條前段、第411條前段，裁定如主文。

中 華 民 國 113 年 2 月 27 日

刑事第七庭審判長	法官	何菁莪
	法官	朱瑞娟
	法官	黃潔茹
	法官	何俏美
	法官	何信慶

本件正本證明與原本無異

	書記官	王怡屏
中 華 民 國	113 年	3 月 4 日