

最高法院刑事具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文 目錄

裁判要旨

一、108 年度台上字第 1557 號.....	3
二、108 年度台上字第 4355 號.....	4
三、109 年度台上字第 547 號.....	7
四、109 年度台上字第 1305 號.....	8
五、109 年度台上字第 1478、1479 號.....	10
六、109 年度台上字第 1802 號.....	11
七、109 年度台上字第 1879 號.....	11
八、109 年度台上字第 2076、2077 號.....	13
九、109 年度台上字第 2081 號.....	16
十、109 年度台上字第 2155 號.....	18
十一、109 年度台上字第 2345 號.....	19
十二、109 年度台上字第 2393 號.....	20
十三、109 年度台上字第 2446 號.....	21
十四、109 年度台上字第 2708 號.....	22
十五、109 年度台上字第 2709 號.....	23
十六、109 年度台抗字第 387 號.....	25
十七、109 年度台抗字第 524 號.....	27
十八、109 年度台抗字第 597 號.....	27
十九、109 年度台抗字第 619 號.....	28
二十、109 年度台抗字第 678 號.....	29

裁判全文

108 年度台上字第 1557 號.....	31
------------------------	----

108 年度台上字第 4355 號.....	45
109 年度台上字第 547 號.....	57
109 年度台上字第 1305 號.....	63
109 年度台上字第 1478、1479 號.....	69
109 年度台上字第 1802 號.....	80
109 年度台上字第 1879 號.....	87
109 年度台上字第 2076、2077 號.....	91
109 年度台上字第 2081 號.....	100
109 年度台上字第 2155 號.....	104
109 年度台上字第 2345 號.....	107
109 年度台上字第 2393 號.....	112
109 年度台上字第 2446 號.....	116
109 年度台上字第 2708 號.....	120
109 年度台上字第 2709 號.....	125
109 年度台抗字第 387 號.....	129
109 年度台抗字第 524 號.....	137
109 年度台抗字第 597 號.....	143
109 年度台抗字第 619 號.....	147
109 年度台抗字第 678 號.....	150

一、 108 年度台上字第 1557 號（裁判書全文）

- （一）修正前監獄行刑法第 1 條既明示徒刑、拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的之立法本旨。查其規範內容適用範圍除監獄管理人員外，尚及於受刑人、指揮執行之檢察官等，並明定法務部巡察、檢察官考核監獄等項。則監獄管理人員等公務員對於主管監督事務，若明知而違反監獄行刑法或依同法第 47 條第 3 項授權訂定之「受刑人吸菸管理及戒菸獎勵辦法」第 7 條規定者，自屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所定之違背法律或法律授權之法規命令。

上訴意旨指摘原判決未就前述辦法之法律性質何屬等爭議，囑請國立○○大學表示法律上意見，有應依職權調查而未予調查之違誤，顯然曲解前述法律與法規命令之性質。

- （二）按受刑人攜帶或由監外送入之財物，經檢查後，由監獄代為保管。受刑人之金錢及物品保管辦法，由法務部定之。修正前監獄行刑法第 69 條第 1 項定有明文。又因監獄收容受刑人眾多，為維護公共衛生及團體秩序，對於送入飲食或物品之份量等，宜有限制規定，同法第 70 條乃明定，送入飲食及必需物品之種類及數量，得加以限制；其經許可者，得逕交本人。另依同法第 93 條之 1 規定由法務部訂定之監獄行刑法施行細則第 83 條第 2 款規定，送與受刑人之飲食及必需物品，應予檢查。其種類及數量應依後列規定限制之：二、必需物品：毛巾每次以一件為限，破損不堪使用時，准再送入。該施行細

則第 85 條亦明定，准許送與受刑人之飲食、物品或依本法沒入或廢棄之財物，應設簿登記。

上訴人等依所任監獄戒護科管理員之職務，為維護受刑人財產法益及公共衛生、團體秩序，明知依上開法律及施行細則之規定，由監獄外送入之財物、飲食及必需物品，應經檢查、保管或登記，並依規定限制其種類、數量，經許可者，始得逕交受刑人。

- (三) 原判決因而針對貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利罪，乃公務員不待他人意思之合致或行為之參與，其單獨一人亦得完成犯罪，並非學理上所謂具有必要共犯性質之「對向犯」，不得引用「對向犯」之理論排除共同正犯之成立。說明公務員與無公務員身分之人，如具有犯意聯絡、行為分擔，共同對於該公務員主管之事務，圖無公務員身分者之不法利益並因而使其獲得利益，自得適用貪污治罪條例第 3 條及刑法第 28 條、第 31 條第 1 項之規定論以圖利罪之共同正犯。自無不合。

參考法條：監獄行刑法第 1 條、第 47 條、第 69 條、第 93 條。

貪污治罪條例第 6 條。

二、108 年度台上字第 4355 號（裁判書全文）

- (一) 因刑事訴訟程序進行結果，財產可能被沒收之第三人，在訴訟上應享有聽審權，為憲法第 16 條所保障人民訴訟權之範疇；此聽審權內涵包含請求資訊權、請求表達權及請求注意權在內。為使參與沒收程序之第三人，知悉對其伸張權利或防禦具有重要性之事項，裨益其進行

訴訟上攻防，以落實對該第三人之程序保障，依刑事訴訟法第 455 條之 17 規定，法院所為第三人參與沒收程序之裁定，應記載訴訟進行程度、參與之理由及得不待其到庭陳述逕行諭知沒收之旨。再依同法第 455 條之 20 規定，法院應將沒收其財產事項之相關文書送達參與人，應送達者當包括與可能被沒收之財產範圍有關之文書，以保障參與人資訊請求權。又為使第三人能充分陳述意見，自應保障其受通知權，依同法第 455 條之 13、第 455 條之 14、第 455 條之 20 之規定，檢察官若有相當理由，認應沒收第三人財產，於偵查中或於起訴請求沒收時，均應通知第三人；審判中法院於參與沒收裁定及審判期日前，亦應通知第三人，予其陳述意見之機會且利訴訟之準備。藉由上開刑事訴訟法「沒收特別程序」編規定之履踐，俾符保障第三人聽審權之立法本旨。

- (二) 原審雖於審判期日當庭裁定第三人○○○等六家公司及王○○應參與沒收程序，惟未依刑事訴訟法第 455 條之 17 規定，於其裁定記載訴訟進行程度、參與之理由及得不待其到庭陳述逕行諭知沒收之旨，難謂已盡保障第三人請求資訊權之職責。
- (三) 公司之解散，其法人人格並非即告消滅，必須經清算程序，俟清算完結後，始喪失其人格，此觀公司法第 24 條、第 25 條、第 26 條等規定自明。而公司經中央主管機關撤銷或廢止登記者，準用前三條之規定，同法第 26 條之 1 亦有明文。再股份有限公司之清算，除公司法或章程另有規定，或股東會另為選任者外，以董事為清算人，公司法第 322 條第 1 項定有明文。雖依同法第 334

條準用第 85 條第 1 項前段規定，股份有限公司之清算人有數人時，得推定一人或數人代表公司，如未推定時，各有對於第三人代表公司之權。惟關於法院依刑事訴訟法第 455 條之 13、第 455 條之 14、第 455 條之 20 之規定所為之通知，依刑事訴訟法第 62 條準用民事訴訟法第 127 條第 1 項規定，仍應向其全體清算人送達，以保障清算中公司之聽審權。

- (四) 依卷內資料，吳○○、葉○○於原審 108 年 7 月 16 日審判期日到庭，吳○○固當庭陳明其同意法院沒收附表十二編號 20、21 所示存款，且原審當庭裁定百年○家公司應參與沒收程序，並改訂 108 年 7 月 26 日續行第三人參與沒收程序。嗣葉○○亦具狀陳報其同意原審法院沒收原判決附表十二編號 31 所示之存款等旨，原審並於 108 年 7 月 26 日就第三人參與沒收程序辯論終結。然稽諸○○○國際公司及百年○家公司基本資料列印表，其上已載明該等公司之狀況分別為廢止、解散，董事會已不存在，且葉○○於原審亦已供稱：百年○家公司目前在清算程序等語，苟屬無訛，則吳○○、葉○○是否為前開公司法規定之清算人而分別具有代表○○○國際公司、百年○家公司而為同意之權利？又縱認葉○○為百年○家公司之清算人，該公司是否仍有其他清算人？若是，依上開說明，原審於 108 年 7 月 26 日續行審判程序前，自應依刑事訴訟法第 455 條之 20 規定，將審判期日通知葉○○以外之其餘清算人，並送達關於沒收其財產事項之相關文書。實情如何，攸關第三人聽審權之保障，猶有進一步究明釐清之必要。乃原審未詳

加調查，遽予諭知沒收原判決附表十二編號 20、21、31 所示之存款，亦有調查職責未盡之違誤。

參考法條：刑法第 2 條。

刑事訴訟法第 455-12~37 條。

三、109 年度台上字第 547 號（裁判書全文）

- （一）政府採購法係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質為其立法目的；政府採購法第 88 條係明定對於俗稱「綁標行為」之處罰。行為人主觀上有獲取私人不法利益之意圖，客觀上對技術、工法、材料或設備之招標規範，為不當之限制，或對投標廠商之資格為不當之限制，因而獲得利益者，成立本罪。又政府採購法第 26 條第 1、2 項規定：「機關辦理公告金額以上之採購，應依功能或效益訂定招標文件。其有國際標準或國家標準者，應從其規定（第 1 項）。機關所擬定、採用或適用之技術規格，其所標示之擬採購產品或服務之特性，諸如品質、性能、安全、尺寸、符號、術語、包裝、標誌及標示或生產程序、方法及評估之程序，在目的及效果上均不得限制競爭。（第 2 項）」，其立法理由：「……二、技術、工法、材料、設備之規範，往往涉及廠商能否投標、得標之權益，若稍有不慎，極易流於綁標之嫌。為有效杜絕不法人員藉綁標技術、工法、材料、設備之規範，達到限制廠商投標，謀取不法利益之目的，並使承辦採購業務人員有明確之依循，爰於第 1 項明定該等規範之訂定原則。三、第二項明定於無法依第一項訂定時之處理

方式，以避免綁標，並促進競爭。」，由此可知，機關辦理採購，其功能或效益若無國際標準或國家標準者，應依政府採購法第 26 條第 2 項規定辦理，即對於擬採購產品或服務之特定，在目的及效果上均不得限制競爭，以杜絕綁標達到限制廠商投標之目的。從而，政府採購法第 88 條第 1 項所謂之「違背法令」，自包括違反政府採購法第 26 條第 2 項不得限制競爭規定，而為限制或審查，並不限於視個案是否違反技術、工法、材料、設備、品質、性能、安全、尺寸、符號、術語、包裝、標誌及標示或生產程序、方法及評估之程序規格等所涉及之相關法令，以判斷是否構成限制競爭，否則，行為人縱未違反前揭技術、工法、材料、設備等所涉及之法令，卻仍以限制技術、工法、材料、設備等方式，達到綁標之目的，限制廠商自由競爭，顯違反政府採購法第 26 條第 2 項規範不得限制競爭，欲達到公平採購、確保採購品質之目的。

- (二) 原判決認上訴人以系爭條件一、二作為系爭工程之規範圖說，而對所使用消能斜撐之材料、規格為不當之限制，致市場上僅有○○○公司所生產銷售之消能斜撐符合，屬違反政府採購法第 26 條第 2 項禁止限制競爭之規定，構成政府採購法第 88 條第 1 項前段對材料、設備為違反法令之限制，並無適用法則不當之違法。

參考法條：政府採購法第 26 條、第 88 條。

四、109 年度台上字第 1305 號（裁判書全文）

- (一) 意圖營利媒介使少年為有對價性交易之行為人，主觀上是否認識其媒介之人係未滿 18 歲之少年仍決意行之，攸關該主觀犯意有無之事實認定，審判時只能從「客觀情狀之相關事證」，認定行為人該主觀犯意有無之內在狀態。且具備該主觀犯意，既為此犯罪成立之前提，法院對於行為人主觀上有無媒介未滿 18 歲之少年為有對價性交易之認識及決意，除依憑該少年關於其見聞行為人媒介性交易相關情形之證述外，非不得審酌行為人接觸有關資訊情形、教育程度、職業、社會經驗、生活背景等個人客觀情狀相關事證，綜合判斷行為人之該主觀認識情形，而為事實認定。
- (二) 本件除乙女於偵查中指證范○○曾主動言明其姓名、年齡外，范○○既先與乙女為性交易後，方約允以較高額報酬媒介乙女與他人為性交易營利，則對乙女從事性交易之相關條件，自有認識。且依其自承從事應召站之職業情形，必然知悉媒介女子之年齡關涉性交易之價格、遭查緝風險及刑責輕重有別，尤無可能對於媒介對象之年齡毫無所悉，參之范○○與乙女性交易時曾出言勸說其好好讀書，允知該女實際學生身分。原判決因而根據乙女相關證述、范○○給付較高報酬做為媒介性交易對價及與乙女之互動情形等項，針對范○○如何知悉乙女為未滿 18 歲之少年，仍意圖營利而決意媒介使該少年為有對價之性交行為之認定。……無悖乎經驗法則與論理法則。

參考法條：兒童及少年性剝削防制條例第 32 條。

五、109 年度台上字第 1478、1479 號（裁判書全文）

- （一）刑事審判上，有所謂「最佳證據原則」，指法院應盡量以原本、直接的原始證據，取代以派生、間接的替代證據調查證據。例如，對扣案兇刀，應盡量將之視為物證，以提示命辨識等方式，取代以書證之扣押物品目錄表方式調查。最佳證據原則之目的，在於法官得以直接檢視原始證據以形成心證、保障當事人清楚知悉證據內容，及確保證據得直接呈現其本質（例如文件之影本原則上均係忠實呈現原本內容此一本質；然槍枝之重量為何，則無法由槍枝照片忠實呈現該本質）。從而，在不違反該等目的，即法官縱使僅調查替代證據，亦不影響心證之形成、該替代證據之真實性已獲確保而不影響當事人權益，及該替代證據係忠實呈現原始證據之狀態等前提下，以替代證據取代原始證據調查，並無違法。
- （二）本件黃甲雖爭執卷內便利貼影本並非原始證據，僅屬替代證據而無證據能力。然有關該等便利貼影本之作成過程，業經陳○○、黃乙、許○○證述明確；法務部調查局新北市調查處人員搜索時，亦在錦○食品行等處查扣與陳○○所述記載相同之黃色便利貼 4 本。故得確認該替代證據（便利貼影本）之真實性已獲確保，且不影響黃甲之權利。而該便利貼影本又係忠實呈現便利貼原本之記載本質，故法官調查該證據，並不影響心證形成。是本件原審以便利貼影本而非正本認定黃甲犯罪，並無違法。

參考法條：刑事訴訟法第 288 條。

六、109 年度台上字第 1802 號（裁判書全文）

（一）刑法所指之「猥褻行為」，係指除性交以外，行為人主觀上有滿足自己性（色）慾之意念，而在客觀上施行足以誘起他人性（色）慾之舉動或行為者，即足以當之。換言之，行為人基於滿足個人性慾之主觀意念，所為性交以外之舉動或行為，依一般社會通念，認為足以引起、滿足或發洩性慾之方法或手段等一切情色行為，均屬刑法上所稱之猥褻行為。因此猥褻行為，並不以有身體接觸為必要，更不以撫摸被害人身體隱私處為限，苟對被害人強拍裸照或強迫被害人褪去衣物，使其裸露身體隱私部位，以供其觀賞；或以自己之雙手、雙腿（含腳部）、唇部或身體其他部位，撫摸、親吻或接觸被害人之臉、肩、頸、胸、背、腹部、下體或手足等部位之動作，依個案情節、整體觀察祇要在客觀上足以引起或滿足一般人之性（色）慾者，均屬之。

（二）上訴人卻單獨將F女帶至具有密閉性之射箭隊「弓房」內，以塗抹痠痛藥膏為由，要求F女褪去上衣及內衣，並跨坐在上半身未穿著衣物且呈趴姿之F女臀部上，待F女依其指示轉身後，一邊看著F女裸露之胸部，一邊按摩F女腹部，因而認定上訴人主觀上有藉以滿足其性（色）慾之意念，而其所施行之上開舉動在客觀上亦足以引起一般人性（色）慾，屬刑法上所稱之猥褻行為等旨綦詳，核其所為之論斷，於法尚無不合。

參考法條：刑法第 224 條

七、109 年度台上字第 1879 號（裁判書全文）

(一) 現行刑事訴訟，雖採行改良式當事人進行主義，由檢察官負實質舉證責任，與被告（含辯護人）互為攻擊、防禦，法官原則上不主動介入雙方當事人之訴訟活動。惟關於起訴之方式，仍繼受大陸法系，採取書面及卷證併送制度，檢察官起訴時，除提出起訴書外，「應將卷宗及證物一併送交法院」（刑事訴訟法第 264 條第 2 項、第 3 項參照），此因法官負有相當之真實發現義務，並應撰寫判決理由，自有必要於審理前接觸卷證而充分掌握案情資訊，以保障被告之聽審權；且為貫徹直接審理、言詞審理之精神，亦採集中審理制，於行合議制之通常審判程序案件，為使審判程序能集中、密集且流暢有效地進行，亦得由受命法官於審判期日前先行準備程序，處理確認起訴範圍、答辯意旨、整理重要爭點，並曉諭兩造為調查證據聲請或提出證物等審判相關事項（刑事訴訟法第 279 條第 1 項參照），進行訴訟資料之聚集及彙整。是以，法官於審理前詳細閱覽卷宗，掌握各項訴訟資料，乃踐行法定客觀性義務之職責，不得執此謂其於整理卷證過程中，對於本案早存有一定心證，而違反公平審判原則。

(二) 核之卷內資料，本案於第一審審理時，原審受命法官許○○固曾以受命法官兼審判長之身分，進行準備及審理程序，惟並未審結，其後案件因故改由魏○○法官接辦，並另組成合議庭，於更新審理後而為判決，則許○○法官既未參與第一審之評議、判決，即非屬曾參與前審之裁判者，其嗣後再參與原審判決，不得因此指為係預斷案情，而影響上訴人之審級利益，自不符合刑事訴訟

法第 17 條第 8 款應自行迴避之情形。上訴意旨(三)仍執陳詞，純以主觀之臆測，指摘原判決有同法第 379 條第 2 款之違法云云，尚無足取，並非適法之第三審上訴理由。

參考法條：刑事訴訟法第 17 條、第 264 條、第 279 條、第 379 條。

八、 109 年度台上字第 2076、2077 號（裁判書全文）

（一）按銀行法第 29 條第 1 項明定除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款業務。違反者，綜觀銀行法之規定，視自然人犯之或法人犯之而異其處罰，自然人犯之者，依該法第 125 條第 1 項處罰；法人犯之者，除依同條第 3 項處罰其行為負責人外，並依同法第 127 條之 4，對該法人科以罰金刑。又同法第 125 條第 3 項規定所指之行為負責人，既於「負責人」之前，另標示「行為」等字，藉之限制受罰負責人之範圍，足徵其並非單純因法人有違法經營收受存款業務之行為，即基於法人負責人身分而受罰，尚須其就法人違法經營收受存款業務，參與決策、執行，而透過支配能力，使法人犯罪，方屬該規定科處刑罰之行為負責人。至於其他知情而參與犯行之法人其他從業人員，則依刑法第 31 條第 1 項規定，論以共同正犯。此為本院一向所持之見解。

（二）值此企業體已成為社會經濟活動要角之今日，遏止其藉由日常經濟活動，進行與合法追求利潤相背之刑事違法行為，厥為犯罪防制之重要環節。而對企業體業務上活動所產生之刑事違法行為，處罰其業務主體，毋寧為取

締法人違法最有效手段。此於自然人為業務主體之情形，因其亦為違法業務活動之行為人，即以該自然人為處罰對象，固不待言；然以法人為業務主體之業務上違法行為，法人並非實際行為人，其實際從事違法行為之員工，卻非業務主體，業務主體與違法行為人二分，相較於自然人業務主體與行為人合一之情形，其間差異，已判若雲泥，復以對法人之刑罰，囿於其法人之屬性，僅得處以罰金一途，從而對企業體因業務活動中之違法行為，依業務主體為自然人或法人而異其刑事處遇，乃事理之所當然。銀行法第 125 條係針對業務上活動所產生之違法經營收受存款業務行為，加以處罰，解釋上，自應區分課罰對象之業務主體係自然人或法人，並謹守該條第 3 項係以法人犯之為前提之立法文義，分別適用其第 1 項、第 3 項處罰，俾符合罪刑法定原則下刑罰明確性之要求。檢察官上訴意旨主張銀行法第 125 條第 3 項本身並無刑事責任之規定，並非針對具有一定身分者，所規範之單獨犯罪類型，即非處罰法人犯罪之類型，其立法意旨僅在強調兩罰觀念，提示以法人名義觸犯該條之罪者，應處罰其行為負責人，並無因此規定而排除法人所屬行為人適用同條第 1 項論處之意云云，非唯忽略銀行法第 125 條第 3 項，是立法者為達到遏止法人從事違法營業活動之規範目的，所為對法人犯罪能力的擬制規定，俾借用同條第 1 項之法律效果，使違法經營收受存款業務之法人的行為負責人，與自然人承受相同之處罰，而誤認同條第 3 項無法律效果之規定，非獨立之處罰規定，致其形同具文，空洞化其規範功能，已非適法；

抑且將自然人以自身名義所為，及僅為法人從業人員而以法人名義所為之業務上違法行為，混為一談，致不分情節輕重，均論以該條第 1 項前段最輕本刑有期徒刑 3 年，或同條項後段最輕本刑有期徒刑 7 年之重罪，而無從適用刑法第 31 條第 1 項但書減輕其刑之規定，予以適度調整，尤難謂妥適。

- (三) 因法人業務活動上之違法行為，而受處罰之法人負責人，銀行法第 125 條第 3 項，基於刑罰罪責原則，依犯罪支配理論，明文處罰法人之「行為負責人」，自係指參與決策、執行，而透過支配能力，使法人犯罪之負責人。檢察官上訴意旨雖主張依立法歷程觀之，該規定所指「其行為負責人」，應與制定時所援用之當時證券交易法第 179 條所謂「其為行為之負責人」同其意涵，實係「為其行為負責人」之誤植，而解為「實際為該違法行為應負責任之人」，並非指公司法上之負責人云云，然不論係銀行法第 125 條第 3 項之「『其』行為負責人」，或其立法時所援用上開證券交易法規定之「『其』為行為之負責人」，依二者文字客觀上之意涵，均同可解為透過支配能力，使法人犯罪之負責人，但與檢察官此部分上訴意旨，將「其」字移位，成為「為『其』行為負責人」，並據以解為「實際為該違法行為應負責任之人」，則迥不相侔。檢察官執為指摘原判決違法之理由，尚嫌無據。

參考法條：銀行法第 29 條、第 125 條、第 127 條。

刑法第 31 條。

九、109 年度台上字第 2081 號（裁判書全文）

- （一）鑒於偵查作為具浮動性，偵查機關實無從事先預測或控制監聽內容及可能擴及之範圍，相關之通訊內容如未即時擷取，蒐證機會恐稍縱即逝，是偵查機關倘於合法執行監聽下，附隨取得其他案件之證據資料，即屬另案監聽所得。而為避免偵查機關「明修棧道，暗渡陳倉」，以本案之名聲請通訊監察，實為取得另案證據資料，並審諸通訊監察之執行，除通訊監察書上所載之受監察人外，尚可能同時侵害無辜第三人之秘密通訊自由（司法院釋字第 631 號解釋理由書參照），尤以逾越通訊監察書原欲達成監察目的所取得之另案監聽資料，對可能與本案無關之第三人基本權利之危害更甚。基此，為兼顧「保障人民秘密通訊自由不受非法侵害」及「確保國家安全、維護社會秩序」之利益，另案監聽之要件及程序當有予以規範之必要性。而所謂「另案」監聽，係相對於「本案」，指在本案通訊監察目的範圍以外之其他案件。依通訊保障及監察法施行細則（下稱施行細則）第 16 條之 1 第 1 項所定，祇要與原核准進行通訊監察之「監察對象」或「涉嫌觸犯法條」相異者，即屬之。又另案監聽所得之內容有無證據能力，依通訊保障及監察法（下稱通保法）第 18 條之 1 第 1 項之規定，係採「原則排除、例外容許」之立法體例。而其得為證據之要件有二，實質要件係以「重罪列舉原則」（通保法第 5 條第 1 項所列各款之罪），或非屬重罪但「與本案具有關連性之犯罪」（輕罪）者為限，並輔以於發現後 7 日內補行陳報法院審查認可為程序要件。

- (二) 卷附之臺灣臺南地方法院 106 年度聲監字第 620 號通訊監察書，原核准進行通訊監察之對象僅夏甲，並不包括夏乙、王○○，且所載涉嫌觸犯法條為毒品危害防制條例第 4 條第 3 項，則本件檢察官起訴夏甲、夏乙、王○○與綽號「○○」自大陸○○外海處共同運輸第二級毒品，是否有別於原核准進行通訊監察之「監察對象」或「涉嫌觸犯法條」而屬另案監聽？是否依法定程序陳報法院，並經法院審查認可？其監聽內容之證據能力如何？原判決皆未予調查及說明，逕將此監聽取得之內容及衍生證據即譯文內容採為認定夏甲、夏乙、王○○3 人之犯罪證據，容有調查未盡及理由未備之違誤。
- (三) 毒品危害防制條例第 19 條第 2 項規定「犯第 4 條之罪所使用之水、陸、空交通工具，沒收之」。依民國 92 年 7 月 9 日修正本條例，就第 19 條之立法說明：「第 3 項（105 年 6 月 22 日修正移為第 2 項）所定應沒收之水、陸、空交通工具，依據實務上向來之見解，係指專供犯第 4 條之罪所使用之交通工具並無疑義，故本項不需再予修正」等旨，足見依本項規定沒收之交通工具，祇要係專供犯第 4 條之罪所使用，且屬於犯罪行為人者，即得沒收。又所謂「專供」犯第 4 條之罪，係指該水、陸、空交通工具之使用與行為人犯第 4 條之罪有直接關聯性，並依社會通念具有促使「該次」犯罪行為實現其構成要件者而言，若僅係供行為人搭乘前往犯罪現場之交通工具，則不屬之，此為本院現今統一之見解。
- (四) 本件扣案之「○○○」漁船 1 艘，係供夏甲、夏乙輪流駕駛，自臺灣地區往返大陸地區○○外海，與大陸漁船

接駁運輸大麻毒品之交通工具，顯與本件私運毒品犯罪具有直接關聯性，參以其等所運輸之大麻共計 519 包，重達 260 餘公斤，數量龐大，與可隨身攜帶之數包毒品非可比擬，何況夏甲亦供稱該次將船駛出之過程中並未捕魚，所接駁貨品除了大麻之外，沒有其他貨品，僅回程時在○○港停泊拿幾箱魚回去販售等語，依社會通念，能否謂扣案漁船非屬促使本件私運毒品犯罪實現所不可或缺之工具，而僅係供本件行為人搭乘前往犯罪現場之代步工具？尚非無疑。原判決認定扣案漁船係夏乙及夏甲弟兄 2 人平日從事近海捕撈漁獲所用，偶然用以接駁運輸毒品，而認非屬專供犯毒品危害防制條例第 4 條之罪所使用之交通工具，非無研求之餘地。

參考法條：通訊保障及監察法第 5 條、第 18-1 條。

司法院釋字第 631 號。

十、109 年度台上字第 2155 號（裁判書全文）

- （一）就法院調查證據而言，審判程序著重實質證明力之調查，準備程序原則上為有關證據能力意見之處理。若未行準備程序或不及於準備程序處理證據能力意見之證據，則應由審判長就此等未經當事人、辯護人等表示意見之證據，於審判期日併為調查處理證據能力，尚不得僅以當事人、代理人或辯護人在審判長調查證據時為「沒有意見」等詞之表示，即認有刑事訴訟法第 159 條之 5 第 1 項或第 2 項之適用。
- （二）本件原審採為判斷基礎之○○○○總醫院函，乃為該院針對特定個案所為變更上訴人薪資給付方式之陳述，自

屬傳聞證據，並未於準備程序為證據能力意見之處理。依審判筆錄之記載，原審審判長於審判期日調查證據時，僅訊問檢察官、上訴人、辯護人對於該書面有何意見，實難認有就該證據之證據能力一併為調查之意思。

參考法條：刑事訴訟法第 164 條、第 273 條、第 159-5 條。

十一、109 年度台上字第 2345 號（裁判書全文）

（一）刑事訴訟法第 271 條第 2 項前段規定：「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。」第 289 條第 2 項後段規定：「於科刑辯論前，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就科刑範圍表示意見之機會。」等學理上統稱為「被害人陳述制度」，除因被害人認原審量刑過輕而請求檢察官上訴，或被告已提出或釋明正在進行或已與被害人等和解、調解、修復，而法院有必要瞭解被告彌補過錯實踐情形或被害人等身心、財產等損害有無獲得撫平、回復情形，或法院裁定准許被害人聲請參與訴訟者，法院應斟酌傳喚被害人等到庭陳述意見外，若有被害人等經合法傳喚無正當理由不到場，或陳明不願到場，或法院認為不必要或不適宜傳喚其到庭時，被告即不能以法院未通知被害人等或經通知而不到庭為由，認法院所踐行程序違法或有損害其獲得公平量刑的機會。

（二）原審於審判期日已依法傳喚 A 男，然 A 男經合法傳喚，並未到庭陳述意見，而上訴人及其原審辯護人於原審審判期日，亦表示沒有證據聲請調查，則原審未待 A 男到庭陳述意見即終結本案，經核於法並無違誤。

參考法條：刑事訴訟法第 271 條、第 289 條。

十二、109 年度台上字第 2393 號（裁判書全文）

在我國販賣毒品，罪責甚重，第一、二級最高可至死刑、無期徒刑，認定此類犯罪，豈能輕率。早年實務操作，司法警察（官）多憑線報，也能查扣得諸多毒品、分裝袋、磅秤等非供述證據，令販售者啞口難賴；後來，多利用電信監聽，常有「女的」、「男的」、「上衣」、「褲子」、「糖果」、「一個」、「一張」等毒品交易暗語，亦或有上揭證物可以佐證，且有運用合法的刑事偵查技術上所謂「釣魚」辦案方式，鞏固監聽蒐證確實可信之情形。晚近，此類犯罪者警覺性提高，電話通聯祇用默契，前揭暗語已甚少見，然則司法警察（官），猶然未積極提升辦案技巧，甚至倒退，僅賴模糊、不完整、距離事發已經多時的監聽紀錄，逕行報告或移送檢察機關，多不再有「釣魚」蒐證，檢察官亦照單全收，悉予起訴，法院竟陷於堅守嚴謹證據法則立場，或配合緝毒結案之兩難境地（本件原判決一罪判處有期徒刑 7 年，一罪判處有期徒刑 7 年 1 月，合併定應執行刑為有期徒刑 7 年 2 月，當係出於為難又無奈）。思之再三，不得不沉痛要求：作為偵查主體的檢察官，在起訴之前，如何指揮或責成司法警察（官）詳細蒐證、補強證據資料，命相關人員對質，甚或開啟合法的偵查辦案方式，才能善盡其舉證責任，在公判庭完成其任務。借鏡鄰國日本已由「精密司法」，演進為「核心司法」，我國各從事司法工作的人員，自應有此體認，不能一直落後

，乃至竟連精密司法，猶難企及！是知：法院不應縱容怠惰，檢察官應切實盡責，司法警察（官）應再努力。

參考法條：毒品危害防制條例第 4 條。

十三、109 年度台上字第 2446 號（裁判書全文）

- （一）於民國 108 年 12 月 10 日修正，109 年 1 月 8 日公布增訂本法第 248 條之 2 及第 271 條之 4 關於檢察官於偵查中或法院於言詞辯論終結前得將案件移付調解，或依被告及被害人的聲請，轉介適當機關、機構或團體進行修復，即將「修復式司法」制度明文化；另增訂本法第 248 條之 3 關於被害人隱私保護、第 271 條之 3 陪同在場等規定，避免被害人受到「二度傷害」；復增訂第七編之三關於「被害人訴訟參與」制度（本法第 455 條之 38 至 46），使被害人得以參與訴訟，讓被害人觀點可以適時反映給法官，減少隔離感，藉由被害人參與程序，瞭解訴訟之經過情形及維護其人性尊嚴，期能彌補其痛苦與不安。又於 108 年 12 月 17 日修正，109 年 1 月 15 日公布增訂本法第 163 條第 4 項關於告訴人得就證據調查事項向檢察官陳述意見，並請求檢察官向法院聲請調查證據之規定，使最接近犯罪事實之被害人，得以告訴人身分參與必要調查證據程序之機會，使檢察官適正達成追訴犯罪的目的，及修正本法第 289 條第 2 項規定，賦予審判期日到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人（下稱被害人等），於科刑辯論前就科刑範圍表示意見之機會。在在顯示對於被害人等之保護已刻不容緩，俾提昇被害人在刑事訴訟程序相對弱

化的地位。惟上開各該規定原則上均為保障被害人等權利而設，與被告訴訟權之行使無涉。

- (二) A女之父或其委任之代理人已多次表示被害人不願再見上訴人或與其和解等情，上訴人於第一審準備程序時亦已表示無庸傳喚被害人到庭陳述意見，則原審未俟被害人到庭陳述意見即終結本案，經核於法並無違誤。

參考法條：刑事訴訟法第 163 條、第 248-2 條、第 248-3 條、第 271-3 條、第 271-4 條、第 289 條、第 7 篇之 3。

十四、109 年度台上字第 2708 號（裁判書全文）

- (一) 以毒品買賣為例，若未涉及舉凡看貨、議價、洽定交易時地、收款、交貨等有關販賣罪之構成要件行為，原則上固應以行為人主觀上究係基於幫助賣方販售毒品，抑或幫助買方即施用者購入毒品之意思，而異其行為責任。惟在「報告居間」者，倘行為人單純為買方即施用者報告訂約之機會，應視實際情況（如買方購得毒品後有否實際施用或持有之毒品純質淨重有無逾一定數量等）論以幫助施用或持有毒品罪；如單純為賣方報告訂約機會，並自賣方處受有報酬，即應認有營利之意圖而與賣方共同成立販賣毒品罪；倘無受有報酬，則應僅構成販賣毒品罪之幫助犯。而於「媒介居間」時，因行為人同時與買賣雙方發生聯繫，如受有報酬，無論取自買賣何方，其媒介行為即難謂無營利之意圖，應視實際情況而論以幫助施用及共同販賣毒品罪之想像競合犯，唯有單純為雙方牽線買賣毒品而未受有報酬時，始有同時成立

幫助施用與幫助販賣毒品之可能。

- (二) 上訴人因自己無法親赴，而基於黃○○之請託，居中聯絡賣家即其友人曾○○出面，由曾○○出賣毒品愷他命予黃○○，固然係出於幫助黃○○施用愷他命之意，惟同時居間介紹黃○○與曾○○認識，使曾○○得以至黃○○住處販賣愷他命，對其 2 人間買賣毒品之意思表示合致、毒品之交付及金錢之收受均未參與，其所為固然便利黃○○購買毒品而成立幫助施用第三級毒品罪，但同時也構成幫助曾○○販賣第三級毒品罪等語。經核於法尚無違誤。本件上訴人成立幫助販賣犯行，並非因為購毒者向之購毒的行為本身，而是居間介紹且提供購毒者與販毒者認識進而販賣毒品之機會，此與是否對向犯之間的關係實無關聯等語。經核於法亦無違誤。

參考法條：毒品危害防制條例第 4 條。

刑法第 28 條。

十五、109 年度台上字第 2709 號（裁判書全文）

- (一) 刑法上關於「秘密」之規定散見於國家及個人法益等條文中，其中第 28 章妨害秘密罪所稱之「秘密」，至少包括下列 3 要件：(1)、資訊之非公開性：即非一般人所知悉之事或僅有特定、限定少數人知悉之資訊；(2)、秘密意思：本人不欲他人知悉該資訊；(3)、秘密利益性：即從一般人之客觀觀察，本人對該秘密有財產上或非財產上保密之價值或擁有值得刑法保護之利益。換言之，妨害秘密罪章所謂之「秘密」係指依本人之主觀認知，不希望自己或特定、限定少數人以外之人能夠知

悉之資訊，若此資訊受侵害時必對本人產生一定之影響力，即具有保密之價值或利益，始為刑法所保護之秘密。故除本人對於該資訊明示為秘密外，如在客觀上已利用相當環境、設備，或採取適當之方式、態度，足資確保其活動之隱密性，一般人均能藉以確認本人主觀上具有隱密性期待，而無誤認之虞者，譬如將欲保密之資訊放置於非他人得輕易查覺之處所，或將欲保密之資訊對知悉者簽訂保密條款均屬之。而刑法第 317 條洩漏工商秘密罪係以行為人洩漏業務上知悉依法令或契約應保密之工商秘密為其構成要件，至所謂「工商秘密」指工業或商業上之發明或經營計畫具有不公開之性質者，舉凡工業上之製造秘密、專利品之製造方法、商業之營運計畫、企業之資產負債情況及客戶名錄等均屬之。

- (二) 系爭「工程管制表」係○○公司為管理承攬工程、供全體員工瞭解狀況而製作，其上所載之資訊，除可使○○公司員工充分掌握工程狀況，有助於該公司各項工程順利進行外，若遭競爭對手知悉，恐會對○○公司潛在承攬機會造成影響，顯見該工程管制表自屬○○公司得用以產出經濟利益之資訊，且公司本人主觀上不欲將該資訊為公司員工以外之人知悉。復以上訴人簽名立具之○○公司行政管理規章及新進人員守則，已明確約定公司同仁應盡忠職守並確保業務上一切機密，亦足認○○公司已以保密協定方式要求員工保護公司內部機密。再佐以證人張○○、黃○○均陳稱系爭「工程管制表」係○○公司不欲給外人知悉之資訊等語，及上訴人將該「工程管制表」資訊傳送予證人張○○時尚言明：「偷偷給

你看」、「不能流出去喔」、「我會被打死」等語，暨本件「工程管制表」係置於○○公司辦公室內之公文櫃上，而非於公共場所或公眾得出入之場所，且亦非以張貼公告方式為之，可知縱有入內洽公的廠商或其他人員可以特意靠近而窺知該資訊之可能性存在，亦不能因○○公司對於內部資訊保密措施不夠完善，即認該公司未利用相當環境確保系爭「工程管制表」之隱密性。

參考法條：刑法第 317 條。

十六、109 年度台抗字第 387 號（裁判書全文）

- （一）刑事訴訟法第 119 條第 2 項本文規定，被告及具保證書或繳納保證金之第三人，得聲請退保，法院或檢察官得准其退保。準此，是否准予退保屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權，法院自得依前揭規定審酌具保之被告或第三人之身分、地位、經濟能力、侵害法益之大小、逃亡之可能性等因素，重新裁量而准許其全部或一部退保。其此項裁量、判斷倘與法律規定無違，且不悖乎通常一般人日常生活經驗之定則或論理法則，即不得任意指為違法而據為抗告之適法理由。又具保為羈押之替代處分，以財產權之具保處分替代人身自由之羈押處分，被告固有權選擇退保而接受羈押之處分，而於具保人係第三人非被告，不願續任具保人而選擇退保時，基於具保目的在保全審判之進行及刑罰之執行，若具保人於法院或檢察官得採取適當措施，以保全審判進行及刑罰執行之際，為退保之聲請，其聲請即非不具正當性及合理性，而得允許，俾能於國家刑事審判程序、刑罰權執行

之保全外，亦確實兼顧被告及第三人基本權之保障。再者，就聲請退保之原因是否存在，因與犯罪構成要件無涉，於證據法則上並不適用「嚴格證明法則」，無須證明至毫無合理懷疑之確信程度，而僅須依「自由證明程序」釋明其合理之依據已足。

- (二) 原裁定對於何以認定本件聲請人之退保聲請應予准許，已詳敘其依憑及得心證之理由，核其所為論斷及裁量，並未違反經驗及論理法則，亦無逾越比例原則或有恣意裁量之違法情形。
- (三) 刑事訴訟法第 119 條第 2 項於 103 年 1 月 29 日修正公布，將「被告預備逃匿情形，於得以防止之際報告法院、檢察官或司法警察官而聲請退保者，法院或檢察官得准其退保，但另有規定者，依其規定」，修正為：「被告及具保證書或繳納保證金之第三人，得聲請退保，法院或檢察官得准其退保。但另有規定者，依其規定。」修正後條文放寬准許退保範圍，於第三人聲請退保時並未加諸任何限制，由法院或檢察官裁量是否准許。至於刑事訴訟法第 119 條第 2 項修正之立法理由，由原提案委員於提出法律修正案後，復提出修正動議，其案由謂：「為明確原提案修正意旨及考量實務作業，特提修正動議酌予文字調整，詳說明欄」，顯示該修正動議之說明欄意在說明提出修正動議之理由，而非取代原法律修正案之立法理由。提案委員於提出修正動議後，尚強調刑事訴訟法第 119 條第 2 項放寬退保限制之修正，考量及於具保人財務發生問題之情形，以上俱有立法院公報第 103 卷第 2 期委員會紀錄可稽。因此，刑事訴訟法第

119 條第 2 項修正條文之立法理由中所載：「於受准許具保停止羈押之裁定後，被告本得自由選擇是否接受，於具保停止羈押後，倘因個人因素或其他考量（例如家庭因素、財務因素等），被告無力負擔具保金或面臨具保金之返還義務，被告應亦得選擇退保而接受羈押之處分，…第三人聲請退保者亦同」等語，並非誤植。

（四）抗告人以原裁定引用誤植之立法理由作為裁判基礎，復誤用舉重明輕法理云云，指摘原裁定違法，自屬無據。

參考法條：刑事訴訟法第 119 條。

十七、109 年度台抗字第 524 號（裁判書全文）

（一）刑事訴訟法第 429 條之 1 第 3 項之規定，查係再審聲請人得準用同法第 33 條之規定，有向法院聲請獲知相關卷證資料之卷證資訊獲知權之明文，並未規定受理該聲請時，即應停止審理，或縱該再審之聲請範圍部分業經詳查，仍不得終結之。

（二）原審既以本件提出聲請再審之相關新證據或所謂新事實之範圍，經其審理結果，認一部分重為聲請而不合法，一部分並無理由，均予駁回，於理由均予詳為敘明，未就其取得卷證影本資料予以准駁，即以本件再審聲請為無理由而駁回，亦無不合。

參考法條：刑事訴訟法第 33 條、第 429-1 條。

十八、109 年度台抗字第 597 號（裁判書全文）

（一）按刑事訴訟之目的在於實現國家之刑罰權，民事訴訟之目的則在於確定當事人之私權。附帶民事訴訟，係於刑

事訴訟中附帶提起之民事訴訟，在犯罪行為中，私法上權利被侵害之人，得利用刑事訴訟程序，請求回復其損害。又提起附帶民事訴訟，應於刑事訴訟起訴後第二審辯論終結前為之；但在第一審辯論終結後提起上訴前，不得提起。附帶民事訴訟除本編有特別規定外，準用關於刑事訴訟之規定；但經移送或發回、發交於民事庭後，應適用民事訴訟法。民事訴訟法關於假扣押、假處分及假執行之規定，於刑事附帶民事訴訟準用之。提起附帶民事訴訟，應提出訴狀於法院為之。前項訴狀，準用民事訴訟法之規定。刑事訴訟法第 488 條、第 490 條、第 491 條第 10 款、第 492 條分別定有明文。是於刑事訴訟程序，主張因犯罪行為中私法上權利被侵害之人，聲請關於民事訴訟有關之假扣押、假處分及假執行，應依上開規定「合法提起」附帶民事訴訟，刑事法院始得據上開準用民事訴訟法之規定而為裁定。

- (二) 經核，原審迄今僅受理朱○○之刑事案件，有原審查詢紀錄可稽；另抗告意旨陳稱其等另向高雄高分院提起附帶民事訴訟，既未向原審法院提起，則原審即無關於抗告人等對於被告等人提出附帶民事訴訟之繫屬，自無從依刑事訴法第 491 條第 10 款準用民事訴訟法之規定，就假扣押、假處分或假執行予以審究。

參考法條：刑事訴訟法第 488 條、第 490 條、第 491 條、第 492 條。

十九、109 年度台抗字第 619 號（裁判書全文）

- (一) 依刑事訴訟法第 473 條第 1 項、第 2 項規定，刑事沒收

物、追徵財產，於裁判確定後 1 年內，得由權利人或因犯罪而得行使債權請求權之人已取得執行名義者，向檢察官聲請發還或給付；而聲請人對檢察官關於發還、給付之執行不服者，亦準用同法第 484 條之規定得向諭知該裁判之法院聲明異議。是以，得以檢察官上開發還或給付之執行指揮為不當，而聲明異議者，自係指該執行指揮處分效力所及之人。

- (二) 卷查乙處分已載明係答復抗告人等聲請給付沒收款一事，且其正本均發送予抗告人等之意旨，原裁定卻認陳○○非乙處分之對象，即與卷證資料不符；而甲處分固係以高雄地院為受文者，惟其說明欄已載稱係：「覆貴院（即高雄地院）108 年 9 月 10 日雄院和 108 司執讓字第 82661 號函」，顯係對高雄地院 108 年度司執讓字第 82661 號民事執行事件所為回覆，而該事件乃抗告人等持上開債權憑證為聲請之民事執行事件，亦有各該債權憑證影本所附繼續執行紀錄表可憑，則甲處分顯然已影響抗告人等對前開違反銀行法案件扣案沒收物之民事執行聲請，原裁定猶認抗告人等均非甲處分效力所及之人，亦嫌未恰。抗告人等抗告意旨執以指摘原裁定不當，為有理由。

參考法條：刑事訴訟法第 473 條、第 484 條。

二十、109 年度台抗字第 678 號（裁判書全文）

- (一) 按刑法第 50 條規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不

得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第 51 條規定定之。」是受刑人就得易科罰金之罪，自得選擇是否與不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪，定應執行刑，以符合其實際受刑利益。倘受刑人就其所犯得易科罰金之罪與不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪，並未請求檢察官合併聲請定應執行刑者，法院自不能違法予以准許。

- (二) 抗告人係於「臺灣桃園地方檢察署依 102 年 1 月 23 日修正之刑法第 50 條調查受刑人是否聲請定應執行刑調查表」，勾選「就上列案件我『不要』聲請定刑」一欄，並簽名捺指印。原審未察，逕依檢察官之聲請，即就如附表所示 5 罪全部予以裁定定應執行刑，於法尚有未合。

參考法條：刑法第 50 條。

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 1557 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 20 日

裁判案由：違反貪污治罪條例

最高法院刑事判決

108年度台上字第1557號

上訴人 汪致誠

選任辯護人 陳漢洲律師

上訴人 黃慶彰

選任辯護人 王國泰律師

上訴人 張偉齊

張証皓（原名張偉治）

盧昱勲

上列一人

選任辯護人 蔡孝謙律師

宋永祥律師

謝享穎律師

上訴人 簡賢讚

陳財明

上列一人

選任辯護人 宋永祥律師

謝享穎律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年1月23日第二審判決（106年度上訴字第1258號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署104年度偵字第7308號、105年度偵字第2721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。

二、本件原審審理結果，認定上訴人汪致誠有原判決犯罪事實欄

（下稱事實欄）二(一)至(三)、三，及上訴人黃慶彰如事實欄二(一)，上訴人張偉齊、張証皓如事實欄二(二)，上訴人簡賢讚、盧昱勳如事實欄二(三)，上訴人陳財明如事實欄二(三)所示違反貪污治罪條例各犯行明確，因而撤銷第一審該部分之科刑判決，改判仍論處汪致誠犯貪污治罪條例之公務員共同對主管事務圖利共3 罪刑及對於職務上之行為收受不正利益罪刑；及分別論處黃慶彰、張偉齊、張証皓、簡賢讚、盧昱勳不具公務員身分，與公務員共同犯貪污治罪條例之對主管事務圖利各罪刑；另變更檢察官所引起訴法條論處陳財明犯貪污治罪條例之公務員共同對主管事務圖利罪刑。已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定各犯罪事實之心證理由，並就上訴人等否認犯罪之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。

- 三、原判決認定事實欄二(一)部分犯行，係綜合汪致誠、黃慶彰之部分供述或證述、證人趙謙翰（受刑人）之證述；就事實欄二(二)部分，綜合汪致誠、張偉齊、張証皓之部分供述或證述、證人張逐煌（張偉齊、張証皓之父）之證述；就事實欄二(三)部分，綜合汪致誠、陳財明、簡賢讚、盧昱勳之部分供述或證述、證人杜沛軒（臺中監獄管理員）等人之證述；就事實欄三部分綜合汪致誠、黃慶彰之部分供述或證述、證人李俊南、葉林忻、林耀南等在場人之證述及卷附其他證據資料，而為論斷。並依調查證據所得之直接、間接證據為合理推論，相互勾稽，說明汪致誠、陳財明行為時分別擔任法務部矯正署臺中監獄戒護科夜勤管理員、日勤戒護人員，負責戒護科所掌「受刑人之戒護、門戶鎖鑰管理及本監之戒備」、「受刑人飲食、衣著、臥具、用品之分給及保管」、「受刑人之身體與物品之搜檢、行為狀況考察及獎懲之執行」、「接見、發受書信及送入物品之處理」、「舍房、工場之查察及管理」、「其他有關戒護管理事項」等事務，均為依法令服務於國家所屬機關而具有法定職務權限之公務員。明知監獄管理人員為便利勤務派定、規劃、指揮、督導及考核等目的所為之管理區域劃分無論如何派屬，均不得違反監獄行刑法、監獄行刑法施行細則、受刑人吸菸管理及戒菸獎勵辦法第7 條等法律或法規命令關於監獄就送入財物或飲食及必需物品應經檢查、登記或限制數量、種類等相關規定（詳

後述)。乃汪致誠竟未經監獄依規定檢查、登記、限制數量或種類，即受黃慶彰請託而私自遞交事實欄二(一)所示香菸20枝予趙謙翰。另受張証皓依胞弟即受刑人張偉齊囑咐所為請託，擅行將事實欄二(二)所示張証皓託交之茶葉3斤自外攜入監獄並接續私自轉送或親交張偉齊。復因受刑人簡賢讚商請盧昱勲向其與陳財明2人請託，逕自將事實欄二(三)所示盧昱勲託交之毛巾10條自外攜入監獄，並先後透過陳財明通知或由簡賢讚循前流程接續收取前述夾藏送交之毛巾。趙謙翰、張偉齊、簡賢讚如何因而於限制範圍外分別獲得私自即時持有支配前開菸品20枝、茶葉3斤、毛巾10條等財產利益。何以足認汪致誠就事實欄二(一)、(二)，汪致誠、陳財明就事實欄二(三)所示各該主管事務，明知違背法令，而分別與黃慶彰(事實欄二(一)部分)、張偉齊及張証皓(事實欄二(二)部分)、盧昱勲、簡賢讚(事實欄二(三)部分)基於犯意聯絡、行為分擔，共同圖得上開私人不法利益。及汪致誠如何明知黃慶彰係為請託其依該監獄戒護科管理員之職務權限關照即將入監服刑之友人李俊南入監後狀況，而招待飲宴、女子陪侍、性交易，仍予接受，甚且於接受餐食及酒品招待席間，刻意致電不知情之其他戒護科管理員，展現其職務關係及人脈(無證據證明另違背職務收受不正利益)，何以足認汪致誠有意以日後相關職務行為關照受託對象為報償，做為黃慶彰招待支付各消費款之對價，而基於收受不正利益之犯意，為事實欄三所示對於職務上行為收受不正利益犯行之論據。

四、事實欄二(一)部分：

- (一) 主管機關依民國109年1月15日修正前監獄行刑法第47條第3項之法律授權訂定之「受刑人吸菸管理及戒菸獎勵辦法」，既為行政程序法第150條第1項所稱「行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」之法規命令。汪致誠依其所任監獄戒護科管理員職務情形，明知受刑人吸食菸品，依上開獎勵辦法第7條規定，應由監獄合作社依市價販賣，不得由外界送入或自行攜入，價款由其保管金或勞作金中扣除之，品牌及數量得酌予限制，點菸器具由監獄供應。竟擅自受託遞交事實欄二(一)所示菸品20枝予趙謙翰，顯係對於

職務上不應為之事項故意為之，自屬對於主管事務違反上開規定之行為，且已使趙謙翰於監獄限制菸品數量範圍以外，另獲得「即時持有支配上開限額外菸品」之利益。縱汪致誠係自購菸品交付受刑人，或遞交之菸品本身就品項而言客觀上並非違禁物，仍無影響其利用職務之便，違反上開規定提供本件菸品，圖其他受刑人之私人不法利益，並使之因而獲得「即時持有支配限制範圍外菸品」利益之判斷。汪致誠上訴意旨泛以其購買遞交趙謙翰之菸品，客觀上並非違禁物，未使自己或趙謙翰獲不法利益，與圖利罪要件不符，指摘原判決此部分不適用法則或適用不當，與上開規定意旨不符，並非有據。又修正前監獄行刑法第1條既明示徒刑、拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的之立法本旨。查其規範內容適用範圍除監獄管理人員外，尚及於受刑人、指揮執行之檢察官等，並明定法務部巡察、檢察官考核監獄等項。則監獄管理人員等公務員對於主管監督事務，若明知而違反監獄行刑法或依同法第47條第3項授權訂定之「受刑人吸菸管理及戒菸獎勵辦法」第7條規定者，自屬貪污治罪條例第6條第1項第4款所定之違背法律或法律授權之法規命令。黃慶彰上訴意旨漫言監獄行刑法與「受刑人吸菸管理及戒菸獎勵辦法」之規範對象僅限於監所管理員，內容屬性係職權命令，不具「對多數不特定人就一般事項抽象對外發生法律效果」之性質，並非法規命令，指摘原判決未就前述辦法之法律性質何屬等爭議囑請國立臺灣大學表示法律上意見，有應依職權調查而未予調查之違誤，顯然曲解前述法律與法規命令之性質，而就同一事項持不同見解，任意爭執，均非合法上訴第三審之理由。

- (二) 原判決此部分另針對汪致誠供證受黃慶彰請託而將本件菸品轉送遞交趙謙翰各情，如何與黃慶彰於調查時坦認曾商請汪致誠拿菸給趙謙翰等節相符，並有黃慶彰於102年9月6日與汪致誠電話聯絡時表示「拿個菸給他（指趙謙翰）好嗎？」，經汪致誠覆稱當天早上已請人處理且轉告趙謙翰係「汪sir（指汪致誠）和文宏（指黃慶彰）問好啦」之通訊監察錄音譯文為佐，且據汪致誠、黃慶彰確認該通話內容無誤，經綜合為整體判斷，何以足認汪致誠、黃慶

彰基於自由意思供承汪致誠因黃慶彰請託拿菸給前述受刑人而合謀本件犯行等情屬實，並非虛構，詳為論述。並依其取舍判斷證據證明力之職權行使，就黃慶彰嗣後改稱僅請託汪致誠於符合常規之範圍內允趙謙翰抽菸，並未要求私自遞送或提供受刑人菸品之相異說詞，何以無足為其有利之認定，記明理由及所憑。另根據黃慶彰接觸法規範之實際經驗情形及本件隱諱請託之行事手段等項，說明黃慶彰何以亦知商請汪致誠私自遞交菸品予受刑人，係對於該主管監督事務違反規定之行為，仍請託汪致誠行之，如何就本件犯行有犯意聯絡與行為分擔之論斷及依據。所為論列說明，與卷證資料悉無不合，無悖乎經驗法則與論理法則。並非僅憑黃慶彰曾經短期入監服刑即為認定該共同犯意之唯一證據，自無認定此犯意聯絡而理由不備或違反證據法則之違法情形。黃慶彰上訴意旨泛言前述通訊監察錄音譯文只言及「拿個菸」，其僅請託汪致誠關照趙謙翰、允之抽菸，未要求汪致誠違背監所規定遞送菸品予受刑人，且出監多年而不知監所關於菸品管制規定變動情形，並無對於公務員主管事務，明知違背法令而圖利之共同犯意，指摘原判決此部分犯意聯絡之事實認定，濫用自由心證、違反論理與嚴格證明法則而不適用法則及理由不備，乃僅憑己意否認犯行，而為事實上爭辯，核或與卷證資料不符，或僅從中擷取部分事證任意為有利自己之主張，並非適法之第三審上訴理由。又此部分事證既明，無論汪致誠所稱受託轉送菸品之雜役對於上情違規與否是否知情或應否認係共犯，均無足否定前述汪致誠、黃慶彰明知上情仍合謀為本件犯行而有犯意聯絡或行為分擔之客觀事證，並無影響於其2人此部分罪責之判斷。黃慶彰上訴意旨徒以該雜役在監執行既知監獄菸品管制規定，仍未拒絕轉送遞交，顯然無違背法令之主觀認識，指摘原判決就此部分主觀犯意之有利事證未予調查而調查未盡，及認定其犯意聯絡而論處該共犯罪責違反論理與經驗法則，無足影響判決結果，同非適法。

五、事實欄二(二)、(三)部分：

- (一) 按受刑人攜帶或由監外送入之財物，經檢查後，由監獄代為保管。受刑人之金錢及物品保管辦法，由法務部定之。

修正前監獄行刑法第69條第1 項定有明文。又因監獄收容受刑人眾多，為維護公共衛生及團體秩序，對於送入飲食或物品之份量等，宜有限制規定，同法第70條乃明定，送入飲食及必需物品之種類及數量，得加以限制；其經許可者，得逕交本人。另依同法第93條之1 規定由法務部訂定之監獄行刑法施行細則第83條第2 款規定，送與受刑人之飲食及必需物品，應予檢查。其種類及數量應依後列規定限制之：二必需物品：毛巾每次以一件為限，破損不堪使用時，准再送入。該施行細則第85條亦明定，准許送與受刑人之飲食、物品或依本法沒入或廢棄之財物，應設簿登記。汪致誠、陳財明依所任監獄戒護科管理員之職務，為維護受刑人財產法益及公共衛生、團體秩序，明知依上開法律及施行細則之規定，由監獄外送入之財物、飲食及必需物品，應經檢查、保管或登記，並依規定限制其種類、數量，經許可者，始得逕交受刑人。汪致誠竟擅自受託自監外遞交事實欄二(二)所示茶葉3 斤予張偉齊，另與陳財明受託自監外遞送事實欄二(三)所示毛巾10條予簡賢讚，顯係對於職務上不應為之事項故意為之，自屬對於主管事務違反上開規定之行為，且分別使張偉齊、簡賢讚另獲得「即時持有支配上開限制範圍外之茶葉或毛巾」之不法利益。原判決因而針對貪污治罪條例第6 條第1 項第4 款之圖利罪，乃公務員不待他人意思之合致或行為之參與，其單獨一人亦得完成犯罪，並非學理上所謂具有必要共犯性質之「對向犯」，不得引用「對向犯」之理論排除共同正犯之成立。說明公務員與無公務員身分之人，如具有犯意聯絡、行為分擔，共同對於該公務員主管之事務，圖無公務員身分者之不法利益並因而使其獲得利益，自得適用貪污治罪條例第3 條及刑法第28條、第31條第1 項之規定論以圖利罪之共同正犯。並據以論處汪致誠就事實欄二(二)、(三)部分、陳財明就事實欄二(三)部分，與各該部分曾經謀議或出面請託之非公務員共同犯對公務員主管事務圖利罪刑，業敘明其論斷理由及所憑，自無不合。且上開圖得其他私人利益與否之判斷，與本件私自從外攜入監獄送交特定受刑人之茶葉、毛巾等物，就品項而言客觀上是否係違禁物無關，是原判決依照上開法令本旨為該論斷，未

採取證人張信川（臺中監獄戒護科管理員）關於毛巾之監獄管理實務或是否認係違禁品之陳述而為簡賢讚、盧昱勲、汪致誠、陳財明有利之認定，並無違誤，尚無認定該公務員與非公務員共同圖得各私人利益而理由不備或不適用法則之違法情形。汪致誠上訴意旨徒以本件自監外轉遞送交受刑人之茶葉或毛巾，係受刑人之親友購買，並非違禁物，各受刑人與公務員均未獲得不法利益，與圖利罪要件不符，指摘原判決論處此部分罪責不適用法則或適用不當；張偉齊、張証皓上訴意旨泛言受圖利對象張偉齊與汪致誠係對向關係，無從認有共同對主管事務圖利之犯意聯絡及行為分擔，且監獄行刑法及該法施行細則重在保障受刑人財產利益，其私自遞交事實欄二(二)所示茶葉，難認違背法律或法規命令，而僅違反「法務部矯正署所屬矯正機關管理人員服勤應行注意事項」、「端正風紀，提升績效實施計畫」等行政規則，不能論處貪污治罪條例之圖利罪責；盧昱勲、陳財明上訴意旨漫以盧昱勲自費購買毛巾贈與簡賢讚，僅使簡賢讚取得該受贈物而持有，未因而獲利，又毛巾為生活必需品，非屬違禁品，無涉公務員廉潔性，並無公務員為自己或簡賢讚圖得不法利益可言，縱或其規避自外送入監獄之毛巾數量限制及應登記等行政程序，而有行政不法、行政疏失或折損行政效率，仍無實質違法性，受刑人僅獲程序上消極利益，非財產利益，與貪污治罪條例圖利罪之「不法利益」不合，指摘原判決此部分論處，未說明何以認定圖得利益而理由不備，及有不適用法則或適用法則不當之違誤；簡賢讚上訴意旨仍以本件收取毛巾為生活必需品，非違禁品，縱請託公務員違背行政程序自監外送入毛巾，亦非貪污治罪條例處罰對象，指摘原判決論處此部分罪責違法。顯就前述認事用法之同一事項持不同見解，任意爭執，均非適法之第三審上訴理由。至受刑人私自持有前述財物，事後是否經監務委員會依修正前監獄行刑法第71條規定決議沒入或廢棄，與自外夾帶上開物品入監犯行是否應論處與公務員共同對主管事務圖利罪刑之判斷並無必然關連，原判決未以之為該公務員違背法律規定而圖利之論據，並無不合。縱原判決此部分理由欄列載修正前監獄行刑法第71條之規定，附論說明受刑人

私自持有該財物若經檢查發現之法律效果，而未於事實欄贅列該規定為行為人違背法令之基礎，仍無違誤，尤無盧昱勳、陳財明上訴意旨所謂其理由欄援引修正前監獄行刑法第71條規定為說明，但事實欄未列記該法條並為違背法律之認定，而事實理由矛盾之違法，或援引該規定為其行為違背法令之理由而適用法則錯誤可言。又原判決理由欄業說明「法務部矯正署所屬矯正機關管理人員服勤應行注意事項」係主管機關就所屬機關管理人員服勤應行注意事項所訂頒之行政規則，復已記明此部分犯行係以行為人違反監獄行刑法及監獄行刑法施行細則等相關規定，而為其等共同違背法令遞送物品圖利特定受刑人論斷之依據。則原判決關於贅載「法務部矯正署所屬矯正機關管理人員服勤應行注意事項」或誤列停止適用前「監所管理人員服勤應行注意事項」（因各矯正機關改隸法務部矯正署停止適用）等相關行文雖欠周延，然縱予除去，結論仍無不同。盧昱勳、陳財明上訴意旨指摘原判決理由欄援引修正前監獄行刑法第71條為說明，但事實欄未認定違反該法律規定，而事實理由矛盾，及認定行為人違反「法務部矯正署所屬矯正機關管理人員服勤應行注意事項」之行政規則，或於理由欄論列修正前監獄行刑法第71條之法律效果，而論處此部分與公務員共同違背法令圖利罪責之適用法則錯誤，均於判決結果無影響，並非適法之第三審上訴理由。又具體個案犯罪事實有異，不同案件法律適用情形非必然相同，本無從援引其他相異案件之論罪結果指摘本案論處罪刑之適用法則不當或不適用法則。縱原判決未另就盧昱勳所執另案法律見解贅予反面論述何以不予採取之理由，結論仍無不同。己○○上訴意旨另執其他案件關於貪污治罪條例圖利罪之法律見解，指摘原判決論處此部分非公務員與公務員共同犯對主管事務圖利罪責而不適用法則，且不採取另案法律見解而未予說明之理由不備，亦非有據。

- (二) 原判決依法踐行調查證據程序後，認定汪致誠、陳財明、盧昱勳、簡賢讚如事實欄二(三)所示共同犯行，業依盧昱勳、汪致誠、陳財明供述或陳證內容，針對盧昱勳致電或發送簡訊聯繫汪致誠邀約見面之原由經過、透過陳財明與汪致誠確認餐敘事宜之動機及歷程、盧昱勳託交毛巾予汪

致誠之場合情形，暨汪致誠利用監獄送洗收取衣物流程，先後透過陳財明通知或由簡賢讚循同模式接續收取該夾藏送交之毛巾，及簡賢讚首次收取毛巾後，曾透過陳財明詢問汪致誠關於該託交毛巾數量是否不足等項，說明各員所述各情如何互核且與案內盧昱勳聯絡汪致誠邀約餐敘、陳財明去電提醒汪致誠餐敘時間、汪致誠聯絡陳財明談論前述託交攜入毛巾數量是否短少之通訊監察錄音譯文、盧昱勳聯絡汪致誠指明係為商議「讚（指簡賢讚）的事」邀約餐敘之簡訊內容，及盧昱勳事前、事後二度赴監獄探視簡賢讚而商議其事等接見錄音內容等相關事證相符。並經簡賢讚坦認盧昱勳事前告知安排託交毛巾自外攜入監獄之事，嗣已接續2次收取汪致誠轉送該毛巾，及首次取件後曾透過陳財明詢問送交數量是否不足等事無訛。原判決經綜合判斷取捨，亦對於何以足認簡賢讚就事實欄二(三)之犯行與汪致誠、陳財明、盧昱勳分別有犯意聯絡及行為分擔之論據，依卷證資料逐一剖析論述，記明所憑。所為論列說明，與案內資料並無不合，且與經驗法則、論理法則無違。並無僅憑臆測認定事實、欠缺積極證據、或僅以共犯之自白作為論處該罪刑之唯一證據，而違反證據法則之違法情形。簡賢讚上訴意旨泛言盧昱勳係自行決定購買毛巾贈與，未就請託夾帶毛巾入監一事參與謀議或犯意聯絡，且相關監獄接見譯文內容並非具體，無從推論有前述合謀，指摘原判決認其與盧昱勳同在監獄服刑期間已有私自轉送毛巾入監之合意，與經驗法則有違，及僅憑臆測認定有犯意聯絡，欠缺積極證據，違反嚴格證明法則；盧昱勳上訴意旨漫以原判決此部分僅憑汪致誠、陳財明、簡賢讚之供述所為事實認定未依證據，違反刑事訴訟法第156條第2項之規定，而為指摘。無非係對於法院採證認事之職權行使任意指為違法，且與案內資料不合，並非上訴第三審之合法理由。原判決關於事實欄二(三)部分另就簡賢讚原審辯護人主張無證據能力之汪致誠、盧昱勳、陳財明調查時之證述，分別按各調查詢問之原因、過程、內容、功能暨於第一審分別坦認係基於自由意思之陳述等外部環境觀察，及是否為證明本件犯罪事實存否所必要等項，依刑事訴訟法第159條之2規定，說明如何具可信性之情況保障

及使用證據之必要性，而例外賦予證據能力之認定理由，並非僅以調查時證述時間較接近案發時間為其取捨之唯一標準。此復據汪致誠、盧昱勳、陳財明於第一審陳明各相關供述均基於自由意思所為，且經原審依法調查確認各供述人對所述內容俱無意見，並無未就汪致誠、盧昱勳、陳財明該部分陳述之任意性為合法調查，或僅以該調查時之證述內容與審判中不符，即採取上開共犯被告於調查時所為證述為證據，而採證違法之情形。簡賢讚上訴意旨徒以原判決此部分未就汪致誠、盧昱勳、陳財明調查時所為陳述之任意性為調查，僅以彼等調查時記憶較深刻，即認客觀上有特別可信之情況，指摘此部分採證違反論理法則，顯與案內資料不合，並非有據。至簡賢讚上訴意旨所謂盧昱勳赴監獄接見之實際頻率與其調查時所述情形不合等情，乃盧昱勳該部分證述證明力高低之判斷事項，此部分上訴意旨據此主張該證述並非證明犯罪事實存否之必要證據，執以指摘原判決此部分證據能力之判斷與論理法則相悖，顯然混淆證據能力與證明力之認定，同非第三審上訴之適法理由。

- (三) 原判決關於犯罪事實欄二(三)部分，業根據盧昱勳、簡賢讚所供實際接觸法規範之情形及該隱諱請託自外送交毛巾入監之行事手段等項，說明盧昱勳、簡賢讚何以亦知商請汪致誠、陳財明私自遞送毛巾入監交付特定受刑人，係對於該主管事務違反規定之行為，仍然請託行之，如何就此犯行與汪致誠、陳財明有犯意聯絡與行為分擔之論據。盧昱勳上訴意旨泛言不知悉監所法規，難認主觀上有明知違法之犯意；簡賢讚上訴意旨漫以對於本件法律、授權命令何屬，無從知悉，而指摘原判決論處該共同罪刑為違法，仍僅憑己意，否認主觀犯意，而為事實上爭辯，亦非合法上訴第三審之理由。又原判決該部分既認定簡賢讚、盧昱勳在監所執行期間，已談論待盧昱勳出監後請託汪致誠夾帶毛巾入監供簡賢讚使用等事，則其理由欄援引盧昱勳於103年6月18日至監獄探視簡賢讚之談話錄音內容隱約提及「毛巾那個阿」等詞，而避談具體細節情事，為盧昱勳指證此前已談論謀議上情之佐證，並無事實理由矛盾可言。簡賢讚上訴意旨執以指摘原判決此部分認定事實與其理

由記載犯意聯絡之形成時間相異而有矛盾，顯然誤解前述事實認定與證據理由論述之區別，且與案內資料不符，同非適法。而原判決依其證據取捨及證明力判斷之職權行使，業就許程秤證述曾獲簡賢讚贈與深色毛巾各情，何以無足為簡賢讚有利之認定，說明其理由及所憑。且此部分事證已明，無論簡賢讚於調查時或陳財明於第一審所述見聞簡賢讚收取毛巾顏色深淺情形如何，均無從否定前述客觀事證，而為相異之認定。原判決此部分既非僅以共同正犯關於毛巾顏色說詞歧異之取捨判斷，為此部分論處罪刑之唯一證據，縱未對於毛巾顏色等枝節性事項相關證據之取捨全部細節經過，贅為其他無益之說明，或關於本件毛巾顏色認定之行文未盡周延，於結果均無影響。簡賢讚上訴意旨泛以原判決不採取其調查時供稱收到深色毛巾，及陳財明於第一審證述見聞深色毛巾等說詞，暨許程秤上開證述之有利證據，又未說明不予採取之理由不備，及論處該共犯罪責違誤，而為指摘；盧昱勲上訴意旨徒言原判決此部分不採取簡賢讚、陳財明、許程秤關於毛巾顏色之相異說詞，仍認定簡賢讚收取盧昱勲託交白色毛巾之事實，顯有認定事實未依證據之違誤。無非係對該證據評價相關事項，任意擷取部分內容而為有利自己之主張，或就無關罪責判斷之枝節性事項漫事爭執，均非適法上訴第三審之理由。再原判決此部分並未認定各行為人另有同時違法自外送交茶葉入監之犯行，則原判決未針對何以盧昱勲於 103 年6 月18日至監獄探視簡賢讚時未言及茶葉之事，及簡賢讚事後詢問毛巾送交數量是否足夠時，何以未同時質疑未收到茶葉等由，另為其他無必要之說明，並無不合。簡賢讚上訴第三審執此主張其對於本件送交毛巾入監犯行或數量毫不知情，辯稱係盧昱勲片面決定，仍屬對於部分證據價值片面為有利自己之主張，重為事實上爭辯，同非上訴第三審之合法理由。

- (四) 刑事被告之上訴，以其受不利益之裁判，而為自己之利益請求上級審法院救濟者，方得為之，並無許被告就其供承已經贈與其他同案被告之物品所受沒收宣告是否適法，任意為相異主張而請求上訴審法院救濟之理。盧昱勲上訴意旨泛言其贈與簡賢讚之毛巾10條，縱交付過程違反規定，

仍非不法利益，不能判決宣告沒收，僅能由監獄依規定沒入等詞，而為指摘。顯係對於其自承業贈與簡賢讚之毛巾所受沒收宣告是否適法，而為爭執，並非為盧昱勳自己之利益上訴第三審請求救濟，自非法所許。

六、事實欄三部分：

原判決此部分除就汪致誠如何應邀於102 年10月10日赴海產店參加即將入監服刑之李俊南餞別宴，由黃慶彰支付海產店餐費並負擔自帶飲酒費用後，隨即應邀同往有女陪侍之 KTV 飲宴並進行性交易，仍由黃慶彰簽帳支付KTV 飲宴費用及性交易費用，並付款結清，何以足認受有相當於各消費款之利益，根據相關在場證人之證述，詳為論述外。另針對黃慶彰於調查及檢察官訊問時陳證前述簽帳買單及嗣付清帳款後，汪致誠並未分擔該飲宴及性交易消費款各情，如何與黃慶彰事後於102 年10月14日致電汪致誠時仍言明「意思我錢都已經付了」、「這個我付好的，不能再跟你拿，再跟你拿，就變成你誤會我這個『阿兄』」等詞之通訊監察錄音譯文內容及其他案內事證相符，經綜合為整體判斷，何以足信黃慶彰指證汪致誠業接受前述相當於消費帳款之利益各情屬實，並非虛構之認定，根據卷證資料詳述其據。復本於證據取舍及證明力判斷之職權行使，就黃慶彰此部分前後有異之相關說詞，何以採取其中一部，而其他無足為有利汪致誠之認定，及汪致誠所辯還款情形不一之供述，何以無可採取，依案內事證逐予剖析論述。所為論列說明與案內事證並無不合，且與經驗法則、論理法則無違。並非僅以黃慶彰嗣後改稱汪致誠業返還性交易帳款情形前後不合，或與汪致誠所辯各情矛盾，即為此部分汪致誠不利認定之唯一證據。汪致誠上訴意旨仍執黃慶彰事後更異之說詞，為有利自己之主張，另泛言前述通訊監察錄音譯文無足證明其接受性招待，指摘原判決關於其接受黃慶彰招待性交易之認定與事實不符，顯係從中擷取部分事證內容，任意為事實上爭辯，並非適法之第三審上訴理由。再汪致誠既於調查及檢察官訊問時供承於海產店飲宴時，黃慶彰業當面請託其於李俊南入監後給予關照，以免遭欺負各情，原判決據此綜合黃慶彰與在場人所述邀宴及轉往KTV 招女陪侍、性交易之經過、目的、飲宴談論內容暨汪致誠席間行止等項，及相關通訊監察錄音內容，針對汪致

誠如何明知黃慶彰係為請託其依該監獄戒護科管理員之職務權限關照即將入監服刑之友人李俊南入監後狀況，而接續招待飲宴、女子陪侍及性交易，仍續予接受，甚且於接受餐食及酒品招待席間，刻意致電不知情之其他戒護科管理員，展現其職務關係及人脈，何以足認有意以日後相關職務行為關照入監執行之受託對象為報償，做為黃慶彰招待支付各消費款之對價，而與前述相當於消費款之不正利益有對價關係之認定，論述其理由及所憑。不論汪致誠事前已否認認識李俊南、林耀南，或其2 人是否知悉黃慶彰對於汪致誠職務上行為交付前述不正利益情事，均無足影響汪致誠此部分明知而對於公務員職務上行為收受不正利益罪刑之判斷。汪致誠上訴意旨泛言不認識李俊南、林耀南，無從知悉邀宴目的，及飲宴間未受請託關照日後李俊南執行情形，指摘原判決關於各項飲宴、招待與其職務具對價關係之認定理由矛盾、與事實不符，乃僅憑己意否認犯罪，且與案內資料不符，亦非上訴第三審之合法理由。

- 七、量刑輕重，屬為裁判之法院得依職權裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，如無違反公平、比例及罪刑相當原則，致明顯輕重失衡情形，自不得指為違法。原判決具體審酌刑法第57條科刑等相關一切情狀，就張偉齊、張証皓、簡賢讚、陳財明各犯行予以論科，於客觀上未逾越法定刑度，無悖於前述量刑原則，難認有逾越法律規定範圍，或濫用裁量權限之違法情形。又是否適用刑法第59條酌減其刑，或緩刑與否，法院本有權斟酌決定，原判決審理結果以簡賢讚本件犯行難認有犯罪情狀顯可憫恕，科以最低度刑仍嫌過重之情形，因而未依刑法第59條規定對簡賢讚酌減其刑，並無不合。另審酌該犯行情節與行為人屬性各情結果，未對張偉齊、張証皓宣告緩刑，尚未悖於比例原則，均無不適用法則或適用不當之違法可言。簡賢讚上訴意旨漫以原判決此部分未適用刑法第59條酌減其刑為不法；張偉齊、張証皓上訴意旨泛言其2 人如事實欄二(二)所示犯行情節輕微，指摘該部分量刑違反罪刑相當原則，及未諭知緩刑不符比例原則；陳財明上訴意旨徒以其因本件犯行已遭處分記過，又遭論處貪污治罪條例之圖利罪刑，不符比例原則與平等原則，乃任

意就原判決前述量刑裁量權之合法行使漫為指摘，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

八、綜合前旨及其他上訴意旨仍置原判決該部分所為明白論斷於不顧，而持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據、自由判斷證據證明力及量刑之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件上訴違背法律上程式，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 109 年 5 月 20 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官	吳	燦
法官	李	英 勇
法官	何	信 慶
法官	高	玉 舜
法官	朱	瑞 娟

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 5 月 26 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 4355 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 21 日

裁判案由：違反銀行法等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第4355號

上訴人

即被告 李江益
吳千瑜

上一人

選任辯護人 吳任偉律師
朱芳儀律師

上訴人

即被告 賴嚮景

選任辯護人 張思國律師
陳明律師
林石猛律師

上訴人

即被告 葉堂宇

選任辯護人 徐家福律師

上訴人

即被告 楊月華

選任辯護人 何珩禎律師
劉嵐律師
李育禹律師

上訴人

即參與人 尚鴻不動產開發有限公司
代表人 楊月華

上訴人

即參與人 尚海國際開發有限公司
代表人 楊月華

上二人

共同代理人 李育禹律師
劉嵐律師

參與人

代表人 信固金資產管理有限公司

代表人 賴玉霞

參與人

阿信國際開發股份有限公司（原信固國際開發股

份有限公司)

代 表 人 賴玉霞

參 與 人 百業達聯合資產股份有限公司

兼 代 表 人 王惠美

參 與 人 百年吳家股份有限公司

代 表 人 葉堂宇

上列上訴人等因被告等違反銀行法等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108年9月24日第二審更審判決（107 年度金上重更一字第19號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署101 年度偵字第6755、7777、11867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、本件原判決撤銷第一審關於上訴人李江益共同法人之行為負責人犯銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪，及上訴人吳千瑜、賴嚮景、葉堂宇、楊月華部分之科刑判決，改判仍依想像競合犯規定，從一重論處李江益共同法人之行為負責人犯銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪刑；及論處吳千瑜、賴嚮景、葉堂宇共同法人之行為負責人犯銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務各罪刑；暨論處楊月華幫助法人之行為負責人犯銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪刑。並均諭知相關之沒收及追徵，固非無見。

二、惟查：

(一)、刑法有關沒收規定於民國104 年12月30日、105年6月22日迭經修正公布，依刑法施行法第10條之3第1項規定，自105年7月1日施行。修正後刑法第2 條第2項規定：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」已明確規範修正後有關沒收之法律適用，應適用裁判時法，自無庸比較新舊法。而沒收係針對供犯罪或預備供犯罪所用，犯罪所生或所得等與刑事違法行為具有密切關係之人民財產，及對於社會具有危險性之違禁物，由國家以裁判剝奪其所有權或事實上之處分權，將之收歸國庫，屬干預人民財產權之強制處分，自應循正當程序為之，俾符合憲法保障人民財產權、訴訟權等基本權之要求。為建構修正後刑法新增剝奪被告以外

第三人財產，擴大單獨聲請宣告沒收之適用範圍，及現行特別刑法中既有之沒收第三人財產等實體規範，所應恪遵之正當程序，參考德國、日本之立法例，刑事訴訟法增訂專編為第7編之2「沒收特別程序」第455條之12至第455條之37等規定，保障財產可能被沒收之第三人參與程序之權利，明定其聲請參與沒收及法院依職權命參與沒收之前提、程式，並課予偵查中之檢察官、審判中之法院，對財產可能被沒收之第三人之通知義務，予其陳述意見之機會，賦予該第三人參與刑事訴訟程序與尋求救濟之權利，同於105年7月1日施行，俾與原有附隨於刑事本案沒收被告財產之一般沒收程序，相輔相成，以完備沒收法制之體系，並兼顧第三人參與訴訟之程序保障。從而，為保障財產可能被沒收之第三人之權益，法院自應遵循修正後刑事訴訟法「沒收特別程序」編之相關規定，賦予該第三人參與刑事訴訟程序之機會，其裁判諭知沒收第三人財產，始為適法，否則其所踐行之訴訟程序即屬違法。此項程序之違法，剝奪第三人參與訴訟之程序保障，悖於正當程序，與憲法保障人民財產權、訴訟權之旨未合，顯欠缺裁判沒收第三人財產之正當性基礎，不能謂顯然於判決無影響。又依刑事訴訟法第455條之24第2項前段規定，參與人經合法傳喚或通知而不到庭者，得不待其陳述逕行判決。惟該條項規定之適用，係以第三人成為參與人為前提，倘第三人並非參與人，即無該規定之適用。原判決認定其附表十二編號22所示之存款，為第三人蜀都餐飲股份有限公司（下稱蜀都公司，原審關於第三人沒收部分之判決當事人欄列吳千瑜為該公司代表人）所取得本件犯罪所得；其附表十二編號23至30所示之存款、現金，則係第三人英得利財務管理顧問股份有限公司（下稱英得利財管公司，原審關於第三人沒收部分之判決當事人欄列李江益為該公司代表人）所取得之本件犯罪所得，並以英得利財管公司代表人李江益經合法傳喚而不到庭，依刑事訴訟法第455條之24第2項前段之規定，不待其陳述逕行判決，因而適用107年1月31日修正公布後銀行法第136條之1規定宣告沒收（見原審關於第三人沒收之判決第9至10頁）。惟依卷內蜀都公司、英得利財管公司基本資料列印表（見原審卷六第333、453頁），其上已載明該等公司之狀況分別為廢止、解散，則吳千瑜、李江益是否

仍分別為該等公司代表人，已有疑義。而蜀都公司、英得利財管公司均未聲請參與沒收程序，乃原審僅依職權當庭諭知其他第三人信固金資產管理有限公司、阿信國際開發股份有限公司（原名信固國際開發股份有限公司）、百業達聯合資產股份有限公司、百年吳家股份有限公司、尚鴻不動產開發有限公司及尚海國際開發有限公司（下稱信固金等六家公司）及王惠美參與沒收程序（見原審卷六第206 頁），並未先依刑事訴訟法第455條之12第3項之規定，依職權裁定命蜀都公司、英得利財管公司參與沒收程序，亦未依刑事訴訟法「沒收特別程序」編之相關規定，賦予其等參與沒收程序與尋求救濟之機會，且英得利財管公司既未成為參與人，原判決竟適用刑事訴訟法第455條之24第2項前段之規定逕行判決，並諭知沒收其附表十二編號22至30所示之存款及現金，已剝奪蜀都公司及英得利財管公司參與訴訟之程序保障，揆之上開說明，難謂適法。

- (二)、因刑事訴訟程序進行結果，財產可能被沒收之第三人，在訴訟上應享有聽審權，為憲法第16條所保障人民訴訟權之範疇；此聽審權內涵包含請求資訊權、請求表達權及請求注意權在內。為使參與沒收程序之第三人，知悉對其伸張權利或防禦具有重要性之事項，裨益其進行訴訟上攻防，以落實對該第三人之程序保障，依刑事訴訟法第455 條之17規定，法院所為第三人參與沒收程序之裁定，應記載訴訟進行程度、參與之理由及得不待其到庭陳述逕行諭知沒收之旨。再依同法第455 條之20規定，法院應將沒收其財產事項之相關文書送達參與人，應送達者當包括與可能被沒收之財產範圍有關之文書，以保障參與人資訊請求權。又為使第三人能充分陳述意見，自應保障其受通知權，依同法第455條之13、第455條之14、第455 條之20之規定，檢察官若有相當理由，認應沒收第三人財產，於偵查中或於起訴請求沒收時，均應通知第三人；審判中法院於參與沒收裁定及審判期日前，亦應通知第三人，予其陳述意見之機會且利訴訟之準備。藉由上開刑事訴訟法「沒收特別程序」編規定之履踐，俾符保障第三人聽審權之立法本旨。原審雖於審判期日當庭裁定第三人信固金等六家公司及王惠美應參與沒收程序（見原審卷六第206頁），惟未依刑事訴訟法第455 條之17規定，於其裁定

記載訴訟進行程度、參與之理由及得不待其到庭陳述逕行論知沒收之旨，難謂已盡保障第三人請求資訊權之職責。又公司之解散，其法人人格並非即告消滅，必須經清算程序，俟清算完結後，始喪失其人格，此觀公司法第24條、第25條、第26條等規定自明。而公司經中央主管機關撤銷或廢止登記者，準用前三條之規定，同法第26條之1亦有明文。再股份有限公司之清算，除公司法或章程另有規定，或股東會另為選任者外，以董事為清算人，公司法第322條第1項定有明文。雖依同法第334條準用第85條第1項前段規定，股份有限公司之清算人有數人時，得推定一人或數人代表公司，如未推定時，各有對於第三人代表公司之權。惟關於法院依刑事訴訟法第455條之13、第455條之14、第455條之20之規定所為之通知，依刑事訴訟法第62條準用民事訴訟法第127條第1項規定，仍應向其全體清算人送達，以保障清算中公司之聽審權。原判決於其事實欄認定葉堂宇、吳千瑜分別為百年吳家股份有限公司（下稱百年吳家公司）、英得利國際開發股份有限公司（下稱英得利國際公司）之董事長，且其附表十二編號20、21所示存款，係第三人英得利國際公司所取得本件犯罪所得；其附表編號31所示之存款，則係第三人百年吳家公司所取得之本件犯罪所得等情，並於理由內說明已依刑事訴訟法第455條之12條第3項規定，依職權口頭裁定百年吳家公司參與沒收程序，且吳千瑜、葉堂宇均對該等存款之沒收並無異議，因而適用107年1月31日修正公布後銀行法第136條之1規定宣告沒收云云（見原審關於第三人沒收之判決第4頁第3至7行、第9頁第18至21行、第10頁倒數第6行至第11頁第19行）。惟依卷內資料，吳千瑜、葉堂宇於原審108年7月16日審判期日到庭，吳千瑜固當庭陳明其同意法院沒收附表十二編號20、21所示存款，且原審當庭裁定百年吳家公司應參與沒收程序，並改訂108年7月26日續行第三人參與沒收程序。嗣葉堂宇亦具狀陳報其同意原審法院沒收原判決附表十二編號31所示之存款等旨，原審並於108年7月26日就第三人參與沒收程序辯論終結（見原審卷六第204、206、349、397至413頁）。然稽諸英得利國際公司及百年吳家公司基本資料列印表，其上已載明該等公司之狀況分別為廢止、解散，董事會已不存在，且葉堂宇於原審亦已供稱：百年吳家公

司目前在清算程序等語（見原審卷六第204、327、335頁），苟屬無訛，則吳千瑜、葉堂宇是否為前開公司法規定之清算人而分別具有代表英得利國際公司、百年吳家公司而為同意之權利？又縱認葉堂宇為百年吳家公司之清算人，該公司是否仍有其他清算人？若是，依上開說明，原審於108年7月26日續行審判程序前，自應依刑事訴訟法第455條之20規定，將審判期日通知葉堂宇以外之其餘清算人，並送達關於沒收其財產事項之相關文書。實情如何，攸關第三人聽審權之保障，猶有進一步究明釐清之必要。乃原審未詳加調查，遽予諭知沒收原判決附表十二編號20、21、31所示之存款，亦有調查職責未盡之違誤。

(三)、依刑事訴訟法第455條之26第1項規定，參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。惟該條項規定之適用，係以第三人成為參與人為前提，倘法院並未依刑事訴訟法第455條之12第3項規定依職權裁定命第三人參與沒收程序，或依第455條之16第2項規定為准許第三人參與沒收程序裁定，該第三人既非參與人，並無刑事訴訟法第455條之26第1項規定之適用，法院自無庸於判決主文諭知不予沒收，於理由內敘明即可。稽諸本件卷內資料，原審並未裁定命賴嚮景及第三人江昱慶參與沒收程序，亦即賴嚮景及江昱慶並非參與人，乃原判決就其附表十二編號11、17所示其等於銀行帳戶內之存款，於主文內諭知不予沒收，依上揭說明，自有商榷之餘地。

(四)、有罪判決書之事實欄（包括其引為事實一部之附表欄），均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，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。又銀行法第125條第1項、第136條之1於107年1月31日修正公布，修正後第125條第1項係就違反專業經營特許業務之犯罪加以處罰，其後段以「其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣1億元以上」（修正前規定為「其犯罪所得達新臺幣1億元以上」），資為加重處罰條件

；至修正後第136條之1規定：「犯本法之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第38條之1第2項所列情形取得者，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之。」則為不法利得之沒收範圍。無論修正前、後銀行法第125條第1項後段規定之立法意旨，既在處罰行為人違法吸金之規模，則其所稱「犯罪所得」或「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，在解釋上自應包括行為人對外所吸收之全部資金及因犯罪取得之報酬，至於行為人自己投入之資金，或依約返還投資人之本金、利息、紅利等名目之金額自不得扣除，方足以反映非法經營銀行業務之真正規模，而符合該法加重處罰重大犯罪規模之立法目的，此與修正後同法第136條之1所規定不法利得沒收範圍不同。從而，犯（修正前、後）銀行法第125條第1項之罪，其有無犯罪所得及其數額若干，既攸關行為人所應成立之罪名與沒收之範圍，自應詳為調查、審認，並敘明所憑依據，始為適法。本件原判決於其事實欄三之(五)記載：「E 專案：李江益、吳千瑜、劉旭瀛三人因見市面上紅景天集團以開店為由得以快速大量募集資金，竟起意仿效，於100 年12月間，推由劉旭瀛與葉堂宇共同商議欲以類似手法吸收資金。李江益、吳千瑜、劉旭瀛三人承前違反銀行法之不法犯意，並與葉堂宇共同基於犯意聯絡，而於101年1月5 日共同成立百年吳家公司，由葉堂宇擔任董事長，並由『英得利國際公司』負責招募投資人事宜。渠等以百年吳家公司欲展店，投資人一次繳交每單位新臺幣（下同）5 萬元，每月可領取各投資店營業額百分之六（約1,000元）之利息，二年期滿可領回5萬元本金，一年共約可領取利息12,000元，換算週年利率達百分之二十四。英得利國際公司之李江益、吳千瑜、劉旭瀛與百年吳家公司之葉堂宇四人以此方式向不特定多數人收受款項、吸收資金，並約定暨給予與本金顯不相當之利息，非法收受存款共計1,902萬5,000元（起訴書誤為2,050 萬元，詳如附表十所示）。」等情（見原審關於本案之判決第7 頁第16至30行），並於理由內說明：「④E 專案：李江益、吳千瑜、劉旭瀛及葉堂宇等四人所提供之E 專案，其內容係以投資人一次繳交每單位5萬元，每月可領取各投資店營業額百分之六（約1,000元）之利息，2年期滿可領回5萬元本金，依此，

換算投資人交付款項後可獲取年利率百分之二十四之利息（ $1,000 \times 12 = 12,000$ ； $12,000 \div 50,000 = 24\%$ ）……然【本案E專案內容卻係以投資人繳付投資款後，依投資對象即百年吳家公司各店每月營業額之百分之六為投資者可得獲取利息之依據，甚至嗣後改以每單位每月1,000元為發放利息之基準，與百年吳家公司各店實際獲利數額甚或盈虧與否無涉】…」云云（見原審關於本案之判決第17頁倒數第5行至第18頁第13行），依此記載，李江益、吳千瑜、劉旭瀛及葉堂宇所提供之E專案，其內容係投資人一次繳交每單位5萬元，並以每單位每月約1,000元為發放利息之基準，藉以實行經營收受存款業務之犯行。惟依原判決附表十所示E專案投資人清冊之記載，該專案投資人每一原始認股為2單位，總計應繳6萬元。復參諸劉旭瀛於法務部調查局詢問時，經提示E專案投資人名單，供稱：該專案每5萬元以2單位計算，投資人每股須另繳1萬元等語（見偵字第6755號卷五第259頁反面），亦即原判決附表十認定E專案之投資人繳交每2單位之金額為5萬元，且須另繳1萬元。則原判決上開事實欄與其相關附表欄之記載，其中關於E專案之投資人所繳交每單位之金額，其認定前後不相一致，自有判決理由矛盾之違法。究竟前述E專案之投資人所繳交每單位或每股之金額為何？實情如何，涉及李江益、吳千瑜及葉堂宇違法吸金數額之認定，攸關其等犯罪情節輕重等科刑事項之判斷，以及所應成立之罪名，與犯罪所得沒收範圍之論斷，自有詳予調查釐清明白之必要。原審未詳加究明釐清，並說明其憑以認定上述專案投資人繳交每單位金額之依據，致有上述矛盾不合之情形，遽行判決，亦嫌調查未盡。

- (五)、原判決於其事實欄三之(二)記載：「A專案：李江益、吳千瑜、劉旭瀛三人另承前開犯意聯絡，推由李江益與尚鴻不動產開發有限公司（下稱尚鴻公司）實際負責人楊月華洽商，楊月華基於前述幫助違反銀行法之不確定之故意，與李江益於100年9月間議定由英得利財管公司以7,000萬元為對價，向尚鴻公司購買尚鴻公司所擁有擔保物即臺南市○○區○○○段○○○小段000之0、000之0、000之0地號土地之不良債權，尚鴻公司並需將之規劃、整地、申領建築執照等準備興建溫泉旅館事項後，交付與英得利財管公司；李江益、吳

千瑜、劉旭瀛三人復議定以英得利財管公司為名，並以尚鴻公司擁有，以臺南市○○區○○○段○○○小段000之0、000之0、000之0地號土地為擔保之債權作為投資標的，並決定募資總額為2億元…」等情（見原審關於本案之判決第5頁第19至30行），似認上開不良債權為尚鴻公司擁有，嗣並出售予英得利財管公司。惟原審關於沒收之判決於其附表十二編號33、34、35「關於沒收與否之說明」欄，認定上開不良債權為楊月華所取得而屬犯罪所得等事實，並於理由內敘明：依楊月華之供述，可知前述編號33至35部分，係李江益等違反銀行法之犯罪所得，而由英得利公司取得，再由不法資金轉化成由楊月華取得之變形物云云（見原審關於第三人沒收之判決第14、21頁），似又認定上開不良債權為楊月華所擁有。則原判決前揭事實欄三之(二)的記載，顯與其附表十二之記載及前開理由之論敘，彼此互相齟齬，同有判決理由矛盾之違誤。究竟上開不良債權為楊月華抑第三人尚鴻公司、英得利財管公司所擁有？此項疑點既涉及沒收第三人財產與否，攸關第三人參與程序之保障，亦影響於李江益、吳千瑜及楊月華共同或幫助非法經營銀行業務行為內容之認定，猶有詳加究明釐清之必要。原判決未詳加調查認定、區分明白，而在其事實欄與理由欄為前述矛盾之認定與說明，難謂無調查未盡及判決理由矛盾之違法。

- (六)、刑事訴訟法第455 條之12規定財產可能被沒收之第三人得聲請參與沒收程序，第455 條之13規定檢察官得向法院聲請沒收第三人財產，其立法意旨在使財產可能被沒收之第三人參與沒收程序，以保障其陳述意見權，而被告（含共同被告）於本案程序對其財產沒收事項，本有陳述意見之權利，即無另行開啟其參與沒收程序之必要。因此，上開規定之「第三人」，係指被告（含共同被告）以外之第三人。本件上訴人吳千瑜、楊月華於實體法上係犯罪行為人，於程序上為被告或共同被告，並非財產可能被沒收之第三人，其等財產沒收事項，仍屬本案被告財產沒收之範疇。是原審關於沒收之判決當事人欄誤列吳千瑜、楊月華為第三人，已欠妥適。又原判決於其附表十二雖認定該附表編號32至36所示之物，同為楊月華所取得之犯罪所得等情（見原審關於第三人沒收之判決第21頁），惟其理由內僅敘明該附表編號33至35所示之

物如何屬楊月華取得之犯罪所得（見原審關於第三人沒收之判決第14頁倒數第13行至第15頁第17行），並未調查及說明同附表編號32、36所示之物何以屬楊月華取得之本件犯罪所得，乃原判決遽予援引修正後銀行法第136條之1規定諭知沒收前開編號32、36所示之物，致本院無從為其此部分適用法則是否允當之審斷，亦有調查未盡及理由欠備之違誤。

- (七)、科刑判決所認定之事實，必須與其所採用之證據內容相適合，否則即屬證據上之理由矛盾，其判決為當然違背法令。原判決採用卷附王素珠會計師所出具之鑑定報告書內容，作為李江益、吳千瑜、賴嚮景本件被訴非法經營銀行業務犯行之證據，並於其事實欄二認定：「【李江益、吳千瑜、劉旭瀛、賴嚮景等人參與D 專案部分】…投資人可選擇附表一編號1至7所示方案繳交並屆期領回英得利財管公司及信固公司發還之款項（投資人以附表一編號1至7所示方案需繳交之金額及可領回之數額詳如附表一之1、一之2、一之3、一之4與附表一編號5至7所示），以此方式向不特定多數人收受款項、吸收資金，並約定暨給予顯與本金顯不相當之利息（投資人所得利息及利率詳如附表一之1至一之4與附表一編號5至7）」等情（見原審關於本案之判決第4頁第5至12行），並於其附表一編號1 記載「散單」之投資方案，其利息計算為「年利率由 23.79% 至220.80% 不等」，且於理由內說明：「李江益、吳千瑜、賴嚮景、葉堂宇等人以英得利財管公司、英得利國際公司、百年吳家公司、信固公司、信固金公司所提供不特定多數人投資之A、B、C、D、E、ES 等投資專案，【約定給予投資人之利息年利率均在百分之二十以上，此與同一期間臺灣銀行臺幣存款牌告利率年利率均在百分之二以下相較以觀，顯見李江益等人提供前開投資方案所支付之利息遠超過合法金融業者支付存戶之利息，與原本顯不相當無誤】」云云（見原審關於本案之判決第23頁第17至24行）。惟稽諸卷附王素珠會計師所出具之鑑定報告書內容卻記載：「三、專案D 「散單」報酬率之計算（一）院方原計算之報酬率： 23.79% 至220.80% …（二）劉旭瀛原提出之報酬率：33.33% …（三）以計算之一致性而言，劉先生（指劉旭瀛）提出之報酬率較可具參考性。若將之年率化以供比較，其計算公式將為：…報酬率將為 16.67% ～399.96% 」等旨

（見上訴審卷四第27至29頁），依此記載，其鑑定結果係認前述「散單」投資方案之報酬率，經年率化後為16.67% ～ 399.96%。則原判決附表一編號1關於「散單」投資方案所支付投資人利息年利率之認定，以及其前開理由關於李江益等人所提供投資專案，約定給予投資人之利息年利率均在百分之二十以上等論敘，與卷內上開鑑定報告書內容未盡相符。是原判決所認定之事實及理由之說明，與其所採用之證據內容不相適合，依上述說明，難謂無證據上理由矛盾之違誤。

- (八)、以上或為上訴意旨所指摘，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（含原審關於本案及第三人沒收之判決）有撤銷發回更審之原因。至原判決理由欄乙之伍就李江益、吳千瑜、賴嚮景、葉堂宇、楊月華說明不另為無罪論知部分，因與其5人論罪部分具有審判不可分關係，應一併發回。
- (九)、刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定：「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。」亦即被告違法行為存在，為沒收第三人（參與人）財產前提要件之一，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於被告違法行為之判決，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上之矛盾，非但有損裁判公信力，且滋生沒收裁判之執行上困擾，故對本案關於違法行為之裁判上訴者，其效力應及於相關之第三人（參與人）財產沒收部分。本件上訴人李江益、吳千瑜、賴嚮景、葉堂宇、楊月華既對於本案即原判決關於其等罪刑部分合法上訴，參與人信固金等六家公司及王惠美之相關沒收部分，除尚鴻公司及尚海國際開發有限公司上訴外，其餘參與人雖未提起上訴，仍為本案判決上訴效力所及，而其依附之前提即前開本案判決部分既經本院撤銷發回，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於違法行為部分，於發回後經原審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上矛盾，前述沒收判決之違法部分（含第三人蜀都公司、英得利財管公司、英得利國際公司、百年吳家公司及江昱慶財產沒收部分），及其餘原判決關於參與人信固金等六家公司、王惠美等相關沒收部分，以及

未參與沒收程序之其餘第三人（含信固事業開發股份有限公司）財產沒收部分，應予一併發回。

(十)、又原審關於第三人沒收之判決當事人欄係誤列吳千瑜、楊月華為第三人，業如前述，而原審第三人信固事業開發股份有限公司、英得利財管公司、英得利國際公司、蜀都公司，既非參與人，均無須併列為本判決之當事人，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 109 年 5 月 21 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 在

法官 林 恆 吉

法官 江 翠 萍

法官 林 海 祥

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 5 月 25 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 547 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 13 日

裁判案由：違反政府採購法

最高法院刑事判決

109年度台上字第547號

上訴人 刁健原

選任辯護人 林俊宏律師

上列上訴人因違反政府採購法案件，不服臺灣高等法院中華民國108年3月14日第二審判決（107 年度上訴字第2515號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署104年度偵字第24405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。
- 二、本件上訴人刁健原上訴意旨略稱：
 - (一)原判決以上訴人參考隔減震有限公司(下稱隔減震公司)所生產銷售「挫屈束制消能斜撐（下稱消能斜撐）」資料，推導其有圖利隔減震公司之主觀意圖，有理由不備並違反經驗法則、論理法則之違法。
 - (二)其於民國96年間設計系爭圖說規範時，消能斜撐尚未經主管機關增列為結構系統，應屬消能元件。且「消能斜撐」與「消能斜撐構架」不同，原判決逕認「斜撐」為「構架系統」，不適用「消能元件」之相關規定。有證據調查未盡及判決理由不備之違誤。
 - (三)隔減震公司之消能斜撐之位移容量是「單邊」與蔡崇興專利之「雙邊」已作修改，且無證據可認隔減震公司之產品亦有三向地震模擬振動台測試資料，原判決逕認隔減震公司之消能斜撐含有蔡崇興專利等同有地震模擬振動台測試資料，有判決理由不備之違法

- (四)政府採購法第26條第2項不得限制競爭之規定，並非同法第88條第1項所稱法令之限制。原判決認系爭圖說規範違反第26條第2項，即係成立第88條第1項之要件，與修法明定要件不符。
- (五)其設計之系爭圖說規範之消能斜撐，依當時之法令規範及相關文獻，應屬內政部營建署（下稱營建署）建築物耐震設計規範及解說（下稱建築物耐震設計規範及解說）第10章「含被動消能系統建築物之設計」所稱之「消能元件」，有相關防火規定之適用，系爭圖說規範「能承受1000℃（以上）高溫」之設計係依建築技術規則及CNS12514所附標準加熱曲線制定，並無違反法令。
- (六)依證人蔡克詮之證詞，當時市場尚有其他全鋼型消能斜撐廠商產品可選擇，其並無限制競爭。
- (七)其未限制得標廠商僅能提出「地震模擬振動台」之測試資料，仍可以「實體試驗」代替，所設計條件未有違反法令之競爭限制。
- (八)其係因業主之要求，方設計消能斜撐工法，此一事實可憑認其確無綁標圖利之主觀犯意，原判決未說明不採之理由，有判決不備理由之違法。
- (九)原判決未查明含蔡崇興專利之消能斜撐與隔減震公司販售之消能斜撐是否相同，即認隔減震公司販售之消能斜撐有蔡崇興之專利，有應調查而未調查之違背法令。
- (十)原判決以證人錢順安之證詞，認定當時市面上僅有隔減震公司一家之消能斜撐符合上訴人所設計之系爭圖說規範，有判決未依證據之違背法令。
- 三、惟查原判決撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處上訴人犯政府採購法第88條第1項前段之違法限制圖利罪刑，並諭知附條件緩刑。已詳敘認定犯罪事實所憑之證據及認定之理由。並對如何認定：上訴人所設計之系爭圖說規範，就消能斜撐產品以條件一：「脫層材料及無定縮水泥須能承受 1000 ℃（以上）高溫」之設計，排除「複合型」，僅能使用「全鋼型」，再以條件二：「全鋼型」須提出「地震模擬振動台測試資料」，「並」須符合「實體試驗（依建築物耐震設計規範及解說第10章辦理）」作限制，致當時市場上僅隔減震公司產品符合條件，而對消能斜撐採購對象之材料、規格，違反

政府採購法第26條第2 項不得限制競爭規定，為違反法令之限制；其設計所採用之消能斜撐，非屬建築物耐震設計規範及解說第10章所定之消能元件，無消能元件相關法令規範之適用，系爭圖說規範之限制條件非依法令，係參採隔減震公司產品介紹資料而得；其限制競爭之設計，致隔減震公司獲有利益；其主觀上有圖利隔減震公司之意圖與犯意；其否認違法限制圖利犯行所執各項辯解，無可採信；均依卷內資料予以指駁、說明。從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。

四、原判決理由說明：證人蔡克銓於偵訊中證稱：挫屈束制斜撐並無技術規範規定防火時效；又財團法人國家實驗研究院地震工程研究中心（下稱國震中心）98年8 月13日國研震建字第00000000000 號函載示：「複合型」挫屈束制斜撐之脫層材料，其功能在於確保水泥砂漿與鋼核心之間一定有均勻間隙，脫層材料在水泥乾固後就不再負擔任何結構功能，能消毀亦可；「複合型」挫屈束制斜撐之製造與組裝均須採銲接作業，所產生之高溫均未見使水泥砂漿發生開裂之情況；而蔡克銓另就該同型斜撐之脫層材料及無收縮水泥等材料之功用，亦與函旨作相同之證述（見原判決第8頁、第9至10頁）。是「複合型」消能斜撐之脫層材料、水泥之功能性質本無防火時效必要，當時亦無規範消能斜撐須防火時效之規定；則營建署縱係依100 年修正建築物耐震設計規範及解說第10章就「該規範於1.7 結構系統之說明已敘明『目前美國ATSC耐震設計規範（AISC2005）已增訂有關挫屈束制支撐構架系統之設計要求…」等增補文字作為基礎，復認：挫屈束制消能斜撐構架屬「結構系統」，非屬「被動消能系統」，難認有誤。原判決引以為依據，認定系爭圖說規範就消能斜撐之設計條件非係依法令而為不必要之競爭限制，並無不合。

五、蔡克銓於偵查中固證稱：「…我也有研發全鋼型斜撐，市面上也有許（誤為需）多其他廠商有生產（全鋼型斜撐）」及於第一審證稱：「（問：在96年時，市面上販售全鋼型挫屈束制消能斜撐產品，其中有無你研發的產品在內？）答：我研發產品有很多種，我研發不同型式的『挫屈束制消能斜撐』，其研發年代也都不一定記得，在早期我有研發全鋼的，後來我比較專注用混凝土、水泥砂漿的複合式」等情（見偵

查卷一第137頁、第一審C3卷第163頁）。所證並未述及「全鋼型」消能斜撐研發及市場銷售之明確時間，及有否作過實體試驗而已有現成測試數據，無從為上訴人有利之認定。原判決說明上訴人亦依其所辯提供市場上有他家廠商符合條件之產品，因而指駁其未為限制競爭之辯解（見原判決第19頁），未就此等證詞說明不採之理由，並無理由不備之違法。

六、原判決已說明95年至98年期間，內政部未曾核發就「複合式」消能斜撐之脫層材料及包覆水泥須能承受1000℃（以上）高溫之「審核認可通知書」；同時期僅受理過蔡崇興之消能斜撐於地震模擬振動台試驗，而該時期國內僅國震中心具備「三軸向」地震模擬振動台；隔減震公司之消能斜撐含其登記負責人蔡宜珊父親即蔡崇興之專利，僅其能在無違反專利疑慮下，符合「三向地震模擬振動台試驗」之要求；「實體試驗」非建築物耐震設計規範及解說，就消能斜撐並無要求「實體試驗」之規定，且格於工期緊迫、成本花費甚高及存在不預期測試結果風險等因素，當時僅隔減震公司之消能斜撐能符合要求等情（見原判決第6頁、第11頁、第16至19頁）；則系爭圖說規範所設計可謂層層限制，既非依據法令且非專業或業主需求之特殊必要，反而隔減震公司產品之條件卻是無一不合。原判決理由固僅以上訴人供承有參考隔減震公司之斜撐介紹資料，該產品介紹並未有系爭規範圖說所示語句、語法相結合之文字內容，上訴人卻寫出與另案被訴違反政府採購法之吳旗清在另工程採購案中所設計「完全相同」之圖說規範內容，為其認定上訴人主觀上有圖利隔減震公司利益之意圖與犯意（見原判決第27至28頁），揆諸上開其他理由說明，此部分主觀圖利犯意之認定，難認有何違法。

七、政府採購法係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質為其立法目的；政府採購法第88條係明定對於俗稱「綁標行為」之處罰。行為人主觀上有獲取私人不法利益之意圖，客觀上對技術、工法、材料或設備之招標規範，為不當之限制，或對投標廠商之資格為不當之限制，因而獲得利益者，成立本罪。又政府採購法第26條第1、2項規定：「機關辦理公告金額以上之採購，應依功能或效益訂定招標文件。其有國際標準或國家標準者，應從其規定（第1項）。機關所擬定、採用或適用之技

術規格，其所標示之擬採購產品或服務之特性，諸如品質、性能、安全、尺寸、符號、術語、包裝、標誌及標示或生產程序、方法及評估之程序，在目的及效果上均不得限制競爭。（第2項）」，其立法理由：「……二、技術、工法、材料、設備之規範，往往涉及廠商能否投標、得標之權益，若稍有不慎，極易流於綁標之嫌。為有效杜絕不法人員藉綁標技術、工法、材料、設備之規範，達到限制廠商投標，謀取不法利益之目的，並使承辦採購業務人員有明確之依循，爰於第1項明定該等規範之訂定原則。三、第二項明定於無法依第一項訂定時之處理方式，以避免綁標，並促進競爭。」

，由此可知，機關辦理採購，其功能或效益若無國際標準或國家標準者，應依政府採購法第26條第2項規定辦理，即對於擬採購產品或服務之特定，在目的及效果上均不得限制競爭，以杜絕綁標達到限制廠商投標之目的。從而，政府採購法第88條第1項所謂之「違背法令」，自包括違反政府採購法第26條第2項不得限制競爭規定，而為限制或審查，並不限於視個案是否違反技術、工法、材料、設備、品質、性能、安全、尺寸、符號、術語、包裝、標誌及標示或生產程序、方法及評估之程序規格等所涉及之相關法令，以判斷是否構成限制競爭，否則，行為人縱未違反前揭技術、工法、材料、設備等所涉及之法令，卻仍以限制技術、工法、材料、設備等方式，達到綁標之目的，限制廠商自由競爭，顯違反政府採購法第26條第2項規範不得限制競爭，欲達到公平採購、確保採購品質之目的。是原判決認上訴人以系爭條件一、二作為系爭工程之規範圖說，而對所使用消能斜撐之材料、規格為不當之限制，致市場上僅有隔減震公司所生產銷售之消能斜撐符合，屬違反政府採購法第26條第2項禁止限制競爭之規定，構成政府採購法第88條第1項前段對材料、設備為違反法令之限制，並無適用法則不當之違法。

八、上訴意旨置原判決之論敘於不顧，僅憑己見，再為事實上的爭辯。並對原審採證認事、原判決已說明及於判決無影響的枝節事項，任意指摘，與上述法定上訴要件不符。其此部分上訴違背法律上之程式，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 109 年 5 月 13 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官

法官

法官

法官

法官

陳

黃

楊

吳

洪

世

瑞

智

冠

兆

淙

華

勝

霆

隆

本件正本證明與原本無異

書

記

官

中 華 民 國 109 年 5 月 18 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 1305 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 20 日

裁判案由：違反兒童及少年性剝削防制條例等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第1305號

上訴人 林偉誠

盧佳翎

共 同

選任辯護人 黃重鋼律師

徐宏澤律師

陳彥汝律師

上訴人 范昌標

選任辯護人 施怡君律師

上列上訴人等因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年4月10日第二審判決（107年度上訴字第2893號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署105年度偵字第8804、9039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。
- 二、本件原審經審理結果，認定上訴人甲○○、丙○○如原判決事實欄（下稱事實欄）一、二所示共同違反（修正後）兒童及少年性剝削防制條例、共同意圖使女子與他人性交而媒介營利各犯行，及上訴人乙○○如事實欄三所示違反兒童及少年性剝削防制條例之犯行明確，因而撤銷第一審該部分之科刑判決，改判仍分別論處甲○○、丙○○犯共同意圖營利而媒介使少年為有對價之性交行為（兒童及少年性剝削防制條例第32條第2項規定修正前、後之法定刑相同，僅文字修正、條次變更）及變更檢察官所引起訴法條論處共同意圖使女

子與他人為性交行為而媒介以營利共2 罪刑，另論處乙○○犯意圖營利而媒介使少年為有對價之性交行為罪刑。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並就上訴人等否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。

三、甲○○、丙○○部分：

原判決認定甲○○、丙○○如事實欄一、二所示各犯行，係參酌甲○○、丙○○坦承認識甲女、乙女（以上2 人為從事性交易之少年，姓名及人別資料均詳卷）、乙○○（事實欄二之男客）之部分供述，另就事實欄一部分綜合證人甲女、乙女之證述，就事實欄二部分綜合證人乙女、乙○○之證述，及其他證據資料，分別論斷。並依調查證據所得之直接、間接證據為合理推論，相互勾稽，說明甲○○、丙○○如何分工負責聯繫男客、接送女子前往性交易或經管財務等事項，而就事實欄一部分共同意圖營利，明知甲女係未滿18歲少年，仍接續媒介甲女為性交易，及就事實欄二部分共同意圖使乙女（無證據證明媒介時已明知或預見係未滿18歲之少年）與乙○○性交，而媒介營利之論據。關於事實欄二部分，針對乙女於檢察官訊問及第一審、乙○○於檢察官訊問時分別證述均透過甲○○、丙○○媒介而為有對價之性交行為各情，如何互核相合，何以前述2 獨立之證據相互利用，經綜合判斷，堪信乙女指證甲○○、丙○○如事實欄二所示共同意圖使乙女與乙○○性交而媒介且就該性交易對價朋分營利各情屬實，並非虛構之認定，詳為論述。另基於證據取捨及證明力判斷之職權行使，對乙○○嗣圖迴護而前後相異之相關說詞，何以採取其中一部及其他無足為有利甲○○、丙○○之認定，詳為論述。又補強證據乃為增強或擔保實質證據證明力之證據，係用以影響實質證據證明力之程度所用之證據，是所補強者，非以事實之全部為必要，只須補強證據與證明主要事實存否之實質證據（例如被媒介性交易之少年所為證述）相互利用，綜合判斷，能保障實質證據之真實性，並非屬虛構者，即屬充分。原判決關於事實欄一部分，業對於甲女於檢察官訊問及第一審證述甲○○、丙○○此部分共同意圖營利而接續媒介使其為性交易各情，如何有乙女依親身見聞情形證述透過甲女引介結識本件性交易媒介管道甲○

○、丙○○，且果透過其2 人媒介為性交易等情為佐，復有前述男客乙○○證述等補強證據佐證乙女所述屬實，經綜合為整體判斷，何以已足保障甲女證述曾經甲○○、丙○○接續媒介性交易之真實性，可徵甲女所指上情及甲○○曾詢問其年紀、丙○○面試時曾查看其身分證件，均知悉為未滿18歲之少年各情非虛之論斷，記明理由及所憑。所為論列說明，與卷證資料悉無不合，且與媒介性交易營利之常情無違，無悖乎經驗法則與論理法則。並非就事實欄一、二僅分別以甲女或乙女之證述為唯一證據，且無認定此部分事實不備理由，及採取乙女證述為事實欄一部分甲女證述之補強證據、採取乙○○證述為事實欄二部分乙女證述之補強證據而採證違法可言。稽之案內資料，甲女、乙女業分別證述經甲○○、丙○○媒介與男客為有對價之性交及與之朋分各性交易所得各情，縱原判決未逐一敘明該部分取捨證據判斷事實之全部細節經過，於結果仍無影響，尚無未說明甲女、乙女究係從事有對價之性交或猥褻行為，而理由不備之違法可言。甲○○、丙○○此部分上訴意旨執以指摘，並非適法之第三審上訴理由。再上開事證既明，雖此部分未查得各應召少女與男客或媒介人間彼此聯繫紀錄或內容，仍無足否定上開客觀事證，而為甲○○、丙○○有利之認定。是原判決此部分就相關證據資料依法踐行調查證據程序後，經取捨判斷而論處甲○○、丙○○前述2 共犯罪責，縱未就甲女所述各代號男客之真實身分暨其與各男客實際聯絡情形、甲女及乙女與甲○○或丙○○聯絡狀況，或甲○○、丙○○與乙○○或其他男客如何聯絡性交易及經過情形等枝節性事項，贅為其他無益之調查或說明，結論並無不同。甲○○、丙○○上訴意旨泛言原判決此部分未調查男客身分、應召少女與男客或甲○○、丙○○彼此間聯絡進行或媒介性交易相關紀錄，又未說明不予調查之理由，指摘原判決有該部分調查未盡、理由欠備之違誤，無足影響判決結果，並非適法之第三審上訴理由。再乙○○關於事實欄二部分既以男客身分證述見聞甲○○、丙○○媒介乙女與之性交易之經過，而與乙○○自身有否另涉事實欄三所示媒介乙女與男客呂○○性交易之判斷無關，自無所謂為推諉事實欄三所示媒介乙女與其他男客性交易罪責，而誣指甲○○、丙○○為事實欄二所示媒介其與乙女

性交易之人可言。甲○○、丙○○上訴意旨泛言乙○○欲圖脫免其事實欄三所示仲介乙女為性交易之罪責，始推諉指證其2人媒介乙女與之性交易，指摘原判決事實欄二部分採取乙○○於檢察官訊問時之證述佐證乙女證述屬實之採證違背證據法則、理由不備，乃就乙○○偵查時證述之證明力判斷事項，任意為相異之主張，並非上訴第三審之合法理由。至此部分上訴意旨另以乙女證述之獨立事實不得為事實欄一部分甲女證述之佐證，指摘原判決此部分採取乙女證述為補強證據之採證違法，無非係就法院採證認事及對於證據關連性判斷之職權行使，持不同見解，任意爭執，同非適法。而原判決關於事實欄一就甲女提出LINE畫面資料何以有證據能力之說明，雖非至當，然甲○○、丙○○如事實欄一所示犯行之事證既明，縱除去前揭列載部分使用人名稱之LINE畫面資料，結論並無不同。甲○○、丙○○上訴意旨徒以原判決關於事實欄一部分依憑甲女提出該內容未臻明確之LINE畫面資料為補強證據之採證違法，及關於該證據能力認定之證據上理由矛盾，而為指摘，於此部分結果並無影響，自非合法上訴第三審之理由。

四、乙○○部分：

- (一) 原判決認定乙○○如事實欄三所示犯行，係綜合其坦認媒介乙女與呂○○（男客）為有對價之性交行為，而從中分取該對價營利等部分供述、證人乙女及呂○○分別於檢察官訊問時或第一審具結所為證述，與卷存其他證據資料，而為論斷。並依調查證據所得之直接、間接證據為合理推論，相互勾稽，說明乙○○如何意圖營利，明知乙女係未滿18歲女子，仍決意媒介乙女為有對價性交行為之論據。而意圖營利媒介使少年為有對價性交易之行為人，主觀上是否認識其媒介之人係未滿18歲之少年仍決意行之，攸關該主觀犯意有無之事實認定，審判時只能從「客觀情狀之相關事證」，認定行為人該主觀犯意有無之內在狀態。且具備該主觀犯意，既為此犯罪成立之前提，法院對於行為人主觀上有無媒介未滿18歲之少年為有對價性交易之認識及決意，除依憑該少年關於其見聞行為人媒介性交易相關情形之證述外，非不得審酌行為人接觸有關資訊情形、教育程度、職業、社會經驗、生活背景等個人客觀情狀相關事證，綜合判斷行為人之該主觀認

識情形，而為事實認定。稽之案內資料，本件除乙女於偵查中指證乙○○曾主動言明其姓名、年齡外，乙○○既先與乙女為性交易後，方約允以較高額報酬媒介乙女與他人為性交易營利，則對乙女從事性交易之相關條件，自有認識。且依其自承從事應召站之職業情形，必然知悉媒介女子之年齡關涉性交易之價格、遭查緝風險及刑責輕重有別，尤無可能對於媒介對象之年齡毫無所悉，參之乙○○與乙女性交易時曾出言勸說其好好讀書，允知該女實際學生身分。原判決因而根據乙女相關證述、乙○○給付較高報酬做為媒介性交易對價及與乙女之互動情形等項，針對乙○○如何知悉乙女為未滿18歲之少年，仍意圖營利而決意媒介使該少年為有對價之性交行為之認定，詳為論述。所為論列說明，與卷證資料悉無不合，且與媒介性交易之常情無違，無悖乎經驗法則與論理法則。並非僅以乙女之證述為該認定之唯一證據，自無認定該主觀犯意之理由不備、調查未盡之違法情形。乙○○此部分上訴意旨泛言原判決對於是否認識乙女為未滿18歲之少年未再調查補強證據即為論處，指摘原判決不適用法則或調查未盡，顯就該採證認事之同一事項持不同見解，任意爭執，並非上訴第三審之適法理由。又乙女於檢察官訊問時，業具結陳明「（問：為何在民國103年5月中旬後就轉到阿貴即乙○○那邊從事性交易？）錢比較多。（問：是阿貴找你過去的嗎？）對。...（問：阿貴知道你的年齡嗎？）應該知道。（問：你在警詢時稱阿貴知道你的真實姓名及年齡，因為他有親口對你說出，是否如此？）對」，而於偵查中證述肯認其警詢時所述乙○○主動找其過去應召站上班，且乙○○當時知悉其年齡為15至16歲各情屬實。並無乙○○上訴意旨所謂乙女於偵查時未明確證述其知悉乙女年齡之時間而有瑕疵及採證違法可言。此部分上訴意旨漫詞指摘原判決該部分採取乙女於檢察官訊問時證述各詞而不適用法則，難認與案內資料相符，亦非合法之第三審上訴理由。又原判決此部分業依其取捨判斷證據證明力之職權，對於呂○○所述與乙女性交易時不知其為未滿18歲之少年各情，何以無足為有利乙○○之認定，說明其判斷之理由，乙○○上訴意旨執以指摘原判決此部分不予採取呂○○該有利證述之理由不備、調查未盡，難認有據，亦非第三審上訴之適法理由。

(二) 量刑輕重，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，原判決此部分具體審酌刑法第57條科刑等相關一切情狀，就乙○○所犯之罪量定之刑，既係合法行使其量刑裁量權，於客觀上未逾越法定刑度，無悖於罪刑相當原則，難認有逾越法律規定範圍，或濫用裁量權限之違法情形。又適用刑法第59條酌減其刑與否，法院本有權斟酌決定，原判決依審理結果，未認該部分有犯罪情狀顯可憫恕，科以最低度刑仍嫌過重之情形，而未依該規定對乙○○酌減其刑，亦無悖於罪刑相當原則而不適用法則或適用不當之違法可言。乙○○上訴意旨徒憑己意，就原判決該量刑裁量權之合法行使漫為指摘過重及未適用刑法第59條規定酌減為不法，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

五、綜合前旨及其他上訴意旨仍置原判決所為明白論斷於不顧，而持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據、自由判斷證據證明力及量刑之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件上訴違背法律上程式，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 109 年 5 月 20 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官	吳	燦
法官	李	英 勇
法官	何	信 慶
法官	高	玉 舜
法官	朱	瑞 娟

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 5 月 26 日

書 記 官

裁判字號：最高法院109年台上字第1478號、第1479號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 20 日

裁判案由：違反銀行法

最高法院刑事判決 109年度台上字第1478號、第1479號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官壽勤偉

上訴人 黃崇庭

即被告

選任辯護人 林楊鎰律師

王彥律師

上訴人 陳文鶯

即被告

陳文隆

陳文宏

共同

選任辯護人 陳曉鳴律師

上列上訴人等因被告等違反銀行法案件，不服臺灣高等法院中華民國108年12月31日第二審判決（107年度金上重訴字第40號、108年度金上重訴字第20號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署106年度偵字第34883、38335號、107年度偵緝字第2683、2684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。

二、本件上訴人檢察官、上訴人即被告黃崇庭、陳文鶯、陳文隆、陳文宏上訴意旨略以：

(一)黃崇庭部分：

1.投資金額部分：

①原判決以投資人所持有載有投資金額、何人投資及何時投資

之陳文宏手寫便利貼作為投資金額之認定；後竟又以原判決附表（下稱附表）三之一各編號之卷證出處欄所示之證人供述、便利貼影本、告訴人黃燭銘之手寫投資紀錄等證據予以認定投資金額合計為新臺幣（下同）118,790,000 元。顯見原判決理由前後矛盾，亦有違經驗及論理法則。

- ②投資人並非親手交錢予陳文宏或黃崇庭，而是先交給黃燭銘，然黃燭銘是否確有交付予陳文宏或黃崇庭，投資人根本不知悉，是豈能以投資人之供述，認定陳文宏及黃崇庭已收受黃燭銘轉交之投資金額。再者，黃燭銘亦稱「陳文宏會將投資人姓名及相關金額等事項，以藍筆填載在2張便條貼上，1張自己留存，1張送交黃崇庭以紅筆小字填寫金額或註記文字後…」可見不能以黃燭銘之手寫投資紀錄認定投資金額。
- ③原判決認定附表三之一所示之投資金額，均未說明便利貼上有無陳文宏手寫日期、投資人姓名及投資金額之筆跡等事項，以藍筆填載在便條貼上及黃崇庭有無以紅筆小字填寫金額或註記文字之筆跡，有理由不備之違誤。

2. 便利貼影本作為證據部分：

- ①便利貼影本無法看出其上有無藍色及紅色之筆跡，原判決以之作為認定投資金額之證據，有理由不備之違誤。
- ②便利貼影本並非原始證據僅為證據替代品，並無證據能力。原判決以之作為證據，不僅違背法定證據方法及法定調查程序，亦違背嚴格證明程序及直接審理原則。
- ③便利貼影本內的文字及數字究是何人書寫，原判決均未說明，有調查未盡及理由不備之違誤。
- ④原判決以便利貼影本作為計算投資金額之認定依據，惟附表三之一編號2、11、13、18、19之投資人提供便利貼影本，並未說明係從何而來，且該等人之供述與所提供之便利貼影本內容亦有相互矛盾之處，不能以該等人之供述認有投資。

3. 黃燭銘之手寫投資紀錄部分：

- ①原判決認黃燭銘之手寫投資紀錄，依刑事訴訟法第159條之4第3款之規定有證據能力。惟手寫投資紀錄係黃燭銘個人之記載，並不具例行性。且該紀錄中有多筆內容並無便利貼等其他物證以資佐證，與其他被害人之投資紀錄，亦有所差異而不具可信之特別狀況，當無證據能力。
- ②原判決以之為證據，不僅違背證據法則，且對卷內存在相互

矛盾之物證，均恣置不問，亦未說明不採理由，有理由不備之違誤。

4. 其是否為本件主導者部分：

- ①其對其餘3 被告之帳戶金流，既未掌握，亦未知悉，顯非主謀。
- ②原判決認其餘3 被告參與非法吸收資金之時間甚長，且分得之獲利不少。後竟認陳文鶯於民國99年至106 年間之犯罪所得僅93萬元、陳文隆僅97萬2,000 元，其認定前後矛盾。陳文隆、陳文鶯所收取之犯罪所得顯超過原判決所認定之數額，否則無法支撐日常生活水準，陳文隆亦不可能可捐助慈善機關超過7百萬元。
- ③陳文隆之中國信託商業銀行三重分行帳戶，前後有多筆鉅款匯入，亦有匯入陳文鶯所有之中國信託商業銀行城中分行帳戶。該等帳戶均非黃崇庭所能控制，益徵陳文鶯所言「將匯款領出後以現金交給黃崇庭」並不屬實。
- ④被害人許春陽等13人曾分別出具陳報狀表示不追究除其以外之其餘3 被告，然格式措辭均相同，顯見係受其餘3 被告之影響。是就案件控制程度而言，其餘3被告顯較其為高。
- ⑤原判決雖以其有舉辦餐會、說明會，並有傳送操作績效及投資年報酬率等投資股市簡訊，說明其確有招攬被害人等投資之事實，並認其為主謀。惟上開事證，僅能說明其與其餘3 被告有合作分工、共同經營違法吸金事業之事實，無從依此論斷其為主謀。且原審未調查餐會舉行之細節，陳文宏、陳文鶯等人亦有招攬被害人曾俊瑋、陳曉芬、塗思嫻等人投資。是陳文宏、陳文鶯等人不僅控制所有帳戶金流進出，而且亦有招攬行為，另有要其交付紅利予投資人之情，豈能僅以其有招攬行為即認其為主嫌。
- ⑥依陳文隆所提與其所傳送手機簡訊內容所稱代管投資金額，可見代管帳戶金額為0 元時，陳文隆、陳文鶯及陳文宏名下金融帳戶仍有龐大金額。顯見原判決認定投資人之金錢均為其所收取，有違證據法則及論理法則；未予調查及此，亦有判決不備理由及應調查之證據未予調查之違誤。

5. 有無逾越共犯範圍部分：

共同正犯僅於犯意聯絡範圍內負共同責任。本件投資金額之認定，應以有其或陳文宏所寫便利貼為憑。然塗思嫻、陳曉

芬等係陳文鶯私下招募，其並不知悉。故該等被害人部分應由陳文鶯單獨負責，並不能由其負責。

6. 有關銀行法第125條之適用及沒收部分：

①銀行法第125 條之犯罪所得，依其立法目的觀之，應以實際損失計算。如果事後已返還本金或以交付利息之方式將原屬被害人投資金額之一部或全部予以返還，對社會經濟金融秩序之破壞結果已無存在，返還部分不應計入犯罪所得，否則返還與未返還之犯行，將遭同一評價而難謂公允。原判決將已返還予被害人之數額納入計算，認應適用銀行法第125 條第1項後段而非前段，顯有錯誤。

②基此，在沒收部分，若已返還予被害人者，均應予以扣除。故許春陽應再扣除80萬元、許舜能應再扣除96萬3,000 元、朱鸛如應再扣除41萬元、邱平松應再扣除50萬元。

③原判決認定許春陽所提出之手寫投資明細非基於備忘、記錄、查核等目的而製作，亦不具可信之特別情狀，而無證據能力，然卻又以許春陽以其手寫投資明細為基礎之供述，作為認定李榮騏、黃文唐、黃淑雯與林慧婷之投資金額，甚至連是否有後3 人之存在亦未調查，有應調查證據而未調查之瑕疵。

(二)陳文鶯、陳文隆、陳文宏部分：

1. 本案委託代操股票之投資方案未約定投資期間，屬未限定委託或投資期間之代操股票。原判決誤將領回獲利，視為投資到期，且誤將保留本金繼續投資，視為一新投資，其認定事實與所憑證據內容不符，有刑事訴訟法第378 條之判決不適用法則及第379條第14款判決理由矛盾之當然違背法令。

2. 其等犯罪所得之認定與估算，原判決僅憑其等記憶不清、前後不一之供述為據，而無其他佐證資料，即為認定。違反刑事訴訟法第156條第2項規定，亦有刑事訴訟法第378 條規定之判決適用法則不當之違背法令。更曲解其等之供述內容，有判決理由矛盾之違背法令。

3. 原判決以便利貼影本合計之金額，作為認定吸金規模之基礎。惟便利貼影本紀錄之內容，僅領取獲利之速記，並非投資人交付資金之紀錄，亦非黃崇庭吸收資金之紀錄或獲利之金額。不屬銀行法第125條第1項所稱之「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，不應以便利貼影本合計之金額，作為認定吸

金規模之基礎。

4. 原判決認定附表三之一之吸金金額達1 億元以上，除以便利貼影本為基準外，有部分與卷證資料不合：
 - ①附表三之一編號2 許春陽部分，其中51萬元為附表三之二體制外方案。黃崇庭實際收受之原始本金且應納入附表三之一者，為180萬元。
 - ②附表三之一編號11朱鶴如部分，原判決誤將應為附表三之二體制外方案部分算入。黃崇庭實際收受之原始本金且應納入附表三之一者，為130萬元。
 - ③附表三之一編號12李智揚部分，原判決誤將虛擬獲利部分算入。黃崇庭實際收受之原始本金且應納入附表三之一者，應為300萬元。
 - ④附表三之一編號18林如滿部分，原判決誤將虛擬獲利部分算入。黃崇庭實際收受之原始本金且應納入附表三之一者，應為410萬元。
 - ⑤附表三之一編號19邱平松部分，原判決誤將虛擬獲利部分算入。黃崇庭實際收受之原始本金且應納入附表三之一者，應為70萬元。
 - ⑥附表三之一編號21謝明鋒部分，依便利貼影本所示，所交付之原始本金為200萬元，低於所證述之250萬元。原判決未以有利之200萬元，而認定為250萬元投資金額，有理由矛盾之違背法令。
 - ⑦附表三之一編號23及24之塗思嫻、陳曉芬部分，原判決僅憑該2 人之證述，而未調查有無其他佐證，即認定有投資，有判決適用法則不當之違背法令。
 - ⑧附表三之一編號25之許智雄部分，原判決以許春陽之供述認定為130 萬元。然便利貼影本僅有70萬元，許春陽又係依已經認定無證據能力之手寫投資紀錄供述交付130 萬元。所認定有判決理由矛盾之違法。黃崇庭實際收受之原始本金且應納入附表三之一者，應為70萬元。
 - ⑨附表三之一編號27李榮騏部分，原判決以李榮騏、許春陽之供述認定為105萬，然便利貼影本僅有100萬元，許春陽又係依已經認定無證據能力之手寫投資紀錄供述交付130 萬元。所認定有判決理由矛盾之違法。黃崇庭實際收受之原始本金且應納入附表三之一者，應為100萬元。

- ⑩附表三之一編號28黃文堂部分，原判決僅憑許春陽之證述，即認定黃文堂確有投資100 萬元，許春陽又係依已經認定無證據能力之手寫投資紀錄而為供述。原判決未盡調查證據之責，採證推理顯難認合乎證據法則與論理法則。
- ⑪附表三之一編號31黃淑雯部分，原判決僅憑許春陽之證述，即認定黃淑雯確有投資100 萬元，許春陽又係依已經認定無證據能力之手寫投資紀錄而為供述。原判決未盡調查證據之責，採證推理顯難認合乎證據法則與論理法則。
- ⑫附表三之一編號37鄧聲浩部分，依104年10月9日便利貼影本所示，其所交付之原始本金為200 萬元，原判決認定投資金額為230萬元，有理由矛盾之違背法令。
- ⑬附表三之一編號47李木田部分，依便利貼影本所載，原始本金合計共200 萬元，低於所證述之1,200 萬元。原判決認定投資金額為1,200 萬元，有理由前後矛盾之判決違背法令。
- ⑭綜上，原判決附表三之一認定之投資金額有誤，應更正為90,074,000元。故原判決本件適用銀行法第125條第1項後段論處罪刑，即有適用法規不當之違背法令。

5. 有關3人獲利部分：

- ①陳文鶯部分：原判決雖認定陳文鶯之犯罪所得，除自用小客車1輛外，另有60萬元現金及每月1萬元共33萬元之紅包。然所指紅包及現金係同一筆錢，僅在口語上未予統一說明而已。原判決之認定已違當事人真意，有理由不備之違法。
- ②陳文隆部分：原判決雖認定陳文隆之犯罪所得，除自用小客車1輛外，另自100年起至106年9月止，每月收受黃崇庭1萬2千元共計97萬2千元。然陳文隆係於105年2月16日起至106年9月21日之期間，始與黃崇庭關係密切，原判決之認定有違論理法則，亦有理由不備及矛盾之違法。
- ③陳文宏部分：原判決雖認定陳文宏之犯罪所得，包括租金1年及10萬元紅包（51個月），合計估算為5,424,000 元。然黃崇庭每月僅給陳文鶯、陳文隆約1 萬多元，依常理判斷，無獨厚陳文宏之理。陳文宏供述每月會錢10萬元左右是以黃崇庭所給紅包支付，僅在說明黃崇庭之紅包係10萬元會錢來源之一而已。原判決認定黃崇庭每月所給紅包高達10萬元，顯不合理，有調查未盡之違法。
- ④從而，原判決認陳文鶯、陳文隆、陳文宏並無情輕法重、情

堪憫恕等客觀上足以引起一般人同情之情，有違證據法則、論理法則、有利歸被告原則。

(三)檢察官部分：

- 1.黃燭銘等人於一審法院審理過程中，當庭提出證據證明投資金額超過原起訴書認定之金額，此部分應為法院審理範圍。原審未依職權調查證據，有刑事訴訟法第379 條第10款應調查證據而未予調查之違誤。
- 2.其移送併辦意旨書所指，被告等共同向陳韋良吸收資金135萬元部分，與起訴之犯罪事實有集合犯之一罪關係。原審未依職權傳喚陳韋良作證，未請檢察官補正陳韋良手寫投資單5張等證物，且誤認陳韋良提告後未至臺灣新北地方檢察署開庭，而率以檢察官就此未盡舉證責任無從併予審究並退回併辦，有已受請求之事項未予判決之違誤。
- 3.原判決認已澈底剝奪被告黃崇庭之犯罪所得，無坐享犯罪成果之虞，而不另對黃崇庭併科罰金。惟剝奪被告犯罪所得並非併科罰金之唯一目的，黃崇庭犯罪所得較另3位被告為多，刑度上卻僅高2年6月，罪刑不相當而有判決不適用法則或適用不當之違背法令。

三、惟查原判決撤銷第一審不當之科刑判決，改判仍論處被告等共同犯銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪（附表三之二為黃崇庭單獨犯罪，但與附表三之一部分為集合犯之實質上一罪）刑及沒收等。均已詳敘認定犯罪事實所憑之證據及認定之理由。並就如何為下列認定，依據卷內資料予以說明及指駁：

(一)黃崇庭部分：

- 1.其不爭執有吸金之事實，且坦承為共同正犯部分與事實相符而得採信。金額部分除便利貼影本外，尚得由附表三之一各編號「卷證出處」欄所載證人供述、黃燭銘手寫投資紀錄等，認達118,790,000元；附表三之二部分，認達21,166,666元。所辯黃燭銘手寫投資紀錄上之金額不能計入，並不足採。
- 2.103年起陳文宏會將投資人姓名及投資金額手寫在2張便利貼上，1張交給投資人收存，另張連同所收取之現金交付黃崇庭。投資人欲領取獲利或領回本金時，陳文宏亦會將投資人姓名及相關金額等事項，以藍筆填載在2張便條貼上，1張

- 自己留存，1 張送交黃崇庭以紅筆小字填寫金額或註記文字後，再連同現金送交陳文宏憑以辦理。由字跡及字體大小，可辨認為何人所書寫。
3. 黃燭銘手寫投資紀錄，乃其為自己及許舜能、黃天佑、黃瑞貞、黃燕東、黃慶三等投資人之記帳資料，係基於備忘目的而為例行性記載，具有可信之特別情狀，而有證據能力。
 4. 黃崇庭自承確與其餘3被告共同非法吸收資金，而其餘3被告均係依黃崇庭指示行事。黃崇庭有對外招攬投資、發送簡訊鼓勵投資人加碼，以及舉辦活動聯絡投資人感情等行為；「阿元集團」投資方案之操作績效、年報酬率均由其決定、公布，並控制資金之存取、流向、股票之買賣操作及獲利之發放等。可見黃崇庭確為本案吸金犯行之主導者。
 5. 塗思嫻、陳曉芬透過陳文鶯參與黃崇庭主導之投資方案，陳文鶯亦會將黃崇庭所提供之投資績效等資訊，提供予塗思嫻、陳曉芬。該部分均屬共同正犯之一部行為。
 6. 許春陽手寫投資明細並無證據能力，其證述部分則有證據能力。有證據能力部分，併同其餘卷內證據得認李榮騏、黃文唐、黃淑雯與林慧婷之投資金額。
 7. 銀行法第125條第1項後段規定，以行為人對外經辦收受款項、吸收資金或收受存款業務，所收取之全部款項金額或財產上利益為其範圍。被害人投資之本金，不論事後已經返還或將來應予返還，於計算共同犯罪所獲取之財物時，均應計入。而認本件成立銀行法第125條第1項後段；沒收部分，並扣除各被害人已實際領回之數額後予以沒收及追徵。

(二)陳文鶯、陳文隆、陳文宏部分：

1. 投資人於舊投資期間屆至，為簡化金錢交付、收受之程序，未現實取回舊投資本金，即以該本金為新投資，於法律上屬不同之投資。且其情形與舊投資期間屆至，先取回本金，再交付該本金為新投資者無異，該新舊投資之本金均應計入，並非重複列計。並據以認定附表三之一各被害人之投資金額。
2. 陳文鶯自承黃崇庭每月會固定給1萬多元之現金，及1年有30萬元之紅包，至少發放2 年，而估算其犯罪所得除名下自用小客車外，共93萬元。陳文隆自100 年間起即離職無業，平常都是幫黃崇庭處理事務，每月並可獲得12,000元之報酬，

而估算其犯罪所得除名下自用小客車外，共972,000 元。陳文宏犯罪所得包括每月27,000元之租金（共1 年），及10萬紅包（共領51個月），估算共5,424,000元。

3. 由便利貼影本，及附表三之一各編號「卷證出處」欄所載證人供述、黃燭銘手寫投資紀錄等，扣除黃燭銘、許順能、黃天佑、苗天蓉、黃瑞貞、黃燕東、黃慶三於104 年12月30日、105 年11月3日、106年3月1日所合資投入之款項，許舜能於106 年6月14日及同年7月17日所投入之25萬元、30萬元，林慧婷於106 年6月30日所投入之100萬元（上開各筆款項應移入附表三之二），認達118,790,000元。
4. 附表三之一編號2 許春陽投資金額，依許春陽供述及便利貼影本，共計為5,110,000 元；編號11朱鶴如投資金額，依朱鶴如供述及便利貼影本，共計為5,110,000 元；編號12李智揚投資金額，依李智揚供述及便利貼影本，共計為400 萬元；編號18林如滿投資金額，依林如滿供述及便利貼影本，共計為476 萬元；編號19邱平松投資金額，依邱平松供述及便利貼影本，共計為310 萬元；編號21謝明鋒投資金額，依謝明鋒供述及便利貼影本，共計為250 萬元；編號23及24塗思嫻、陳曉芬投資金額，依塗思嫻、陳曉芬之供述，陳文鶯亦自承有將黃崇庭所提供之投資績效及年報酬率等資訊，提供給塗思嫻、陳曉芬，而得認分為2,236,000元及1,850,000元；編號25許智雄投資金額，依許春陽、許智雄之供述及便利貼影本，共計為130 萬元；編號27李榮騏投資金額，依李榮騏、許春陽之供述及便利貼影本，共計為105 萬元；編號28黃文堂投資金額，依許春陽之供述為100 萬元；編號31黃淑雯投資金額，依許春陽之供述，為100 萬元；編號37鄧聲浩投資金額，依105 年10月9日便利貼影本所示為230萬元；編號47李木田投資金額，依李木田之供述及便利貼影本為1,200萬元。

(三)檢察官上訴部分：

1. 各被害人之投資金額部分，經調查依附表三之一、三之二所示證人證言、便利貼影本、黃燭銘手寫投資紀錄等，分別得認如附表三之一、三之二各編號所示。
2. 檢察官移送併辦之陳韋良部分，經請檢察官補正陳韋良於偵查中之供述、手寫投資單等證物未獲回覆，足見檢察官就併

辦部分未盡舉證責任，無從審究而應予退回。

- 四、從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。又刑事審判上，有所謂「最佳證據原則」，指法院應盡量以原本、直接的原始證據，取代以派生、間接的替代證據調查證據。例如，對扣案兇刀，應盡量將之視為物證，以提示命辨識等方式，取代以書證之扣押物品目錄表方式調查。最佳證據原則之目的，在於法官得以直接檢視原始證據以形成心證、保障當事人清楚知悉證據內容，及確保證據得直接呈現其本質（例如文件之影本原則上均係忠實呈現原本內容此一本質；然槍枝之重量為何，則無法由槍枝照片忠實呈現該本質）。從而，在不違反該等目的，即法官縱使僅調查替代證據，亦不影響心證之形成、該替代證據之真實性已獲確保而不影響當事人權益，及該替代證據係忠實呈現原始證據之狀態等前提下，以替代證據取代原始證據調查，並無違法。本件黃崇庭雖爭執卷內便利貼影本並非原始證據，僅屬替代證據而無證據能力。然有關該等便利貼影本之作成過程，業經陳文宏、黃燭銘、許春陽證述明確；法務部調查局新北市調查處人員搜索時，亦在錦西食品行等處查扣與陳文宏所述記載相同之黃色便利貼4本。故得確認該替代證據（便利貼影本）之真實性已獲確保，且不影響黃崇庭之權利。而該便利貼影本又係忠實呈現便利貼原本之記載本質，故法官調查該證據，並不影響心證形成。是本件原審以便利貼影本而非正本認定黃崇庭犯罪，並無違法。
- 五、陳文隆因本案之犯罪所得，已經原判決認定在案。而其捐助慈善機關款項，或源自其愛心或其他考量，與本案其是否為犯罪主導者，並無關係。黃崇庭認陳文隆既能捐助慈善機關大筆款項，而認己非本案之犯罪主導者，尚無依據。
- 六、許春陽等13人曾分別出具陳報狀表示不追究除黃崇庭外之其餘3被告，縱格式措辭均相同，或僅能認其餘3被告較黃崇庭積極為和解、謀求許春陽等人原諒等行為，無從認許春陽等13人係受其餘3被告影響，並進而反推黃崇庭就案件控制程度較低。
- 七、黃崇庭於原審雖聲請傳喚黃文唐、黃淑雯及林慧婷到庭作證。然嗣與其原審辯護人均表明捨棄傳喚（見原審金上重訴字第20號卷二第89頁）。則原審未予以傳喚，自無違法。

八、刑法第59條之酌減其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。與刑之量定，均屬法院得依職權裁量之事項。原判決已說明陳文鶯、陳文隆、陳文宏所為並無情堪憫恕之情，而無刑法第59條酌減其刑之適用；並以黃崇庭之責任為基礎，斟酌刑法第57條所列各款事項而為量刑。既未逾越法定刑範圍，亦無違背公平正義，乃裁量權之行使。皆難指為違法。

九、刑事訴訟法第379條第12款所謂已受請求之事項未予判決，係指具體的刑事案件，經起訴而繫屬於法院，法院因之產生訴訟關係，並本該訴訟關係，就受請求之事項應予審判者而言。至案件繫屬於法院後，檢察官就認有裁判上或實質上一罪關係之他部分事實，函請併辦，此項公函非屬訴訟上之請求，目的僅在促使法院注意。法院如認有一罪關係而併同審判，固係審判不可分法則之適用所使然；如認不成立犯罪或無裁判上或實質上一罪關係而未予審究，當無已受請求之事項未予判決之違法。從而，原判決依其取捨證據之職權，認檢察官移送併辦之陳韋良部分，與起訴部分無審判不可分之關係而非起訴效力所及，並予退回，當無已受請求之事項未予判決之違法。

十、上訴意旨置原判決之論敘於不顧，僅憑己見，為事實上之爭辯（執），並對原審採證認事之職權行使、原判決已說明之事項，任意指摘，與首述法定上訴要件不符。其等上訴均違背法律上之程式，均應予駁回。

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 109 年 5 月 20 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官	陳	世	淙
法官	黃	瑞	華
法官	洪	兆	隆
法官	楊	智	勝
法官	吳	冠	霆

本件正本證明與原本無異

						書	記	官
中	華	民	國	109	年	5	月	25
								日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 1802 號刑事判決

裁判日期民國 109 年 05 月 21 日

裁判案由：妨害性自主等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第1802號

上訴人 吳俊緻

選任辯護人 秦嘉逢律師

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年4月2日第二審判決（107年度侵上訴字第266 號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署105年度偵字第19038、19906 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、關於對未滿14歲之女子為猥褻行為共3 次部分（即原判決事實欄一之(二)及一之(四)所載部分）：

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。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人甲○○在新北市立○○國民中小學（完整校名詳卷）擔任射箭隊教練期間，明知射箭隊隊員B女及F女（以上2 人依序為民國○年○月及○年○月生，真實姓名年籍均詳卷）於本件案發當時均為未滿14歲之女子，且均因教育及訓練等關係，受其監督及照護，而有如其事實欄一之(二)所載對B女為猥褻行為1 次，及如其事實欄一之(四)所載對F女為猥褻行為2 次之犯行，因而維持第一審論上訴人以對於未滿14歲之女子為猥褻行為共3罪，分別處如原判決附表編號2、4「宣告刑」欄所示之刑，並就上訴人所犯上開3 罪所處之刑，合併定其應執行之刑為有期徒刑1年6月，而駁回上訴人在第二審就上開3 罪部分之上訴，已詳述其所憑證據及認定之理由，對於上訴人所辯何以不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。核其所為之論

斷，俱有卷內資料可資覆按；從形式上觀察，原判決關於上訴人所犯上開3 罪部分並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、上訴人上訴意旨略以：

- (一)、最高法院判決歷來對於「猥褻行為」之定義，並未提及不設限於猥褻身體之何處部位，而現今社會亦有諸多裸露腹部之中空服飾，可見基於時代演進，女性腹部已非具有性特徵之部位，否則穿著裸露服裝之女性，均構成公然猥褻犯罪，而注視穿著上開服飾女性腹部之行為，亦屬猥褻行為，豈非荒謬？原判決認定伊按摩不具性特徵之F 女腹部之行為，屬刑法所指之猥褻行為，而論以刑法第227條第2項之對於未滿14歲之女子為猥褻行為罪，顯有不當。
- (二)、原判決對於案發當天伊究竟係按摩B 女胸部，並以手部滑過其乳頭，或係按摩B 女乳房，並以手部滑過其乳頭，其事實認定及理由說明並不一致；且於理由內一方面謂伊犯後仍飾詞否認有本件被訴猥褻行為犯行云云，另一方面又謂伊於原審準備程序時供認有按摩B 女乳房之行為云云，其理由說明亦相互齟齬。況且，伊未曾供認有按摩B 女乳房之行為，且依B 女於第一審審理時並未否認上訴人為其按摩上半身正面時，有以卷附照片（第一審卷一第81頁編號4及第82頁編號5）所示方式即以雙手4指置放在B 女兩側腋下，另以拇指推按其胸大肌上緣之手法為其按摩等情，可見伊於案發當時僅以雙手碰觸B 女之肩膀、胸大肌上緣及腋下等部位，並無故意以雙手按摩B 女乳部而予以猥褻之動作，原審未予詳查，遽認伊有本件被訴對B 女按摩胸部之猥褻犯行，同有違誤。
- (三)、F 女於偵、審中既證稱上訴人對其進行按摩時，僅在有需要時才要求其翻轉成正面等語，顯見伊並非每次均要求上半身裸露之F 女翻身仰躺，而對其進行按摩。原審並未審酌F 女上開對伊有利之陳述，遽行認定伊有對F 女為猥褻行為共2次之犯行，顯有不當。又原判決事實欄並未認定伊有以目視F 女裸露胸部之方式猥褻F 女，理由欄內卻說明伊另有以目視F 女裸露胸部之方式對F 女為猥褻行為云云，而將此目視部分亦認屬猥褻行為之一種方式，其理由之說明並無事實之依據，亦有事實與理由矛盾之違法云云。

三、惟證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，且已詳述其取捨證據及得心證之理由者，即不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。

(一)、刑法所指之「猥褻行為」，係指除性交以外，行為人主觀上有滿足自己性（色）慾之意念，而在客觀上施行足以誘起他人性（色）慾之舉動或行為者，即足以當之。換言之，行為人基於滿足個人性慾之主觀意念，所為性交以外之舉動或行為，依一般社會通念，認為足以引起、滿足或發洩性慾之方法或手段等一切情色行為，均屬刑法上所稱之猥褻行為。因此猥褻行為，並不以有身體接觸為必要，更不以撫摸被害人身體隱私處為限，苟對被害人強拍裸照或強迫被害人褪去衣物，使其裸露身體隱私部位，以供其觀賞；或以自己之雙手、雙腿（含腳部）、唇部或身體其他部位，撫摸、親吻或接觸被害人之臉、肩、頸、胸、背、腹部、下體或手足等部位之動作，依個案情節、整體觀察祇要在客觀上足以引起或滿足一般人之性（色）慾者，均屬之。原判決依據F女所為不利於上訴人之指證，以及上訴人坦承有在其所任職新北市○○國民中小學射箭隊之「弓房」，單獨對褪去上衣及內衣之F女進行按摩之事實，並參酌證人郭○○於偵查中及第一審審理時所為關於為舒緩上開學校射箭隊射箭選手因訓練緊繃之肌肉，而有按摩之必要時，無論是否需要藉助冷膏藥劑，均無庸脫去選手衣物之證述內容，以及上訴人在上開○○國民中小學性別平等委員會訪談中亦供稱：伊知道脫衣服（指要求射箭選手脫去上衣及內衣）不妥等語，因認上訴人對射箭選手之肌肉痠痛施以按摩時，並無脫去該選手上衣及內衣之必要。惟上訴人卻單獨將F女帶至具有密閉性之射箭隊「弓房」內，以塗抹痠痛藥膏為由，要求F女褪去上衣及內衣，並跨坐在上半身未穿著衣物且呈趴姿之F女臀部上，待F女依其指示轉身後，一邊看著F女裸露之胸部，一邊按摩F女腹部，因而認定上訴人主觀上有藉以滿足其性（色）慾之意念，而其所施行之上開舉動在客觀上亦足以引起一般人性（色）慾，屬刑法上所稱之猥褻行為等旨綦詳，核其所為之論斷，於法尚無不合。且原判決係以上訴人於案發當時跨坐F女身上，一邊目視F女裸露之胸部，一邊用其雙手按摩

、撫摸F女腹部之動作，在客觀上足以引起一般人性慾，而據以認定上訴人所為已符合刑法上猥褻行為之定義，此與現今女性純粹為展現身體美態，追求自我價值，而穿著裸露腹部中空服飾之行為，明顯有別，自不能與前揭猥褻行為相提並論。上訴意旨執此指摘原判決不當，依上述說明，顯屬誤解，自非合法之第三審上訴理由。

(二)、原判決依憑證人B女於偵查中及第一審審理時均證稱：案發當天上訴人單獨將其帶到學校地下室射箭隊「弓房」裡，要求B女褪去上衣及內衣，並跨坐在趴著且上半身全裸之B女臀部上，先按摩其肩膀、頸部及背部，再指示B女翻身仰躺後，改跨坐在B女膀胱處（指腹部下方與大腿根部處），將藥膏從B女腋下塗到胸部，上訴人再用雙手以揉壓方式，按摩B女胸部約5至10分鐘，並有摸到其乳頭等語，佐以上訴人於警詢及偵查中亦坦承其有單獨與B女在上開○○國民中小學射箭訓練場「弓房」之獨立密閉空間內，為上半身全裸之B女按摩正面胸大肌及胸部上方肌肉之事實。而上訴人在上開○○國民中小學性別平等委員會訪談中亦供稱：「（問：所以B女提到你有碰觸她的胸部，我們這樣講好了，乳房部分？）嗯」等語。於偵查中對B女所陳本件案發當時其上半身全裸，上訴人有按摩其胸部，並碰到乳頭一節，雖否認有摸到B女之乳頭，且辯稱當時有用衣服蓋住云云，惟仍坦承有摸到B女胸部等情，綜合判斷，認定上訴人有以前述按摩B女胸部之方式，對B女為猥褻行為，已詳述其憑據及理由，核其所為之論斷，尚與證據法則無違，且無上訴意旨所指原判決對於上訴人究係按摩B女之胸部或乳房，有事實認定與理由說明互相矛盾之情形。上訴意旨執此指摘原判決不當，依上述說明，亦非依據卷內資料執為指摘之適法第三審上訴理由。至上訴人於原審行準備程係陳稱：第一審判決指伊有按摩B女乳房之行為，然事實上伊係按摩B女胸大肌上方等語（見原審卷第148頁），而非如原判決所稱上訴人有供認從正面按摩B女乳房之情形（原判決第14頁倒數第8行）。原判決此部分理由之說明，固嫌未洽，惟上訴人於警詢時及偵查中已供承有按摩B女胸部之事實，而其於前述○○國民中小學性別平等委員會訪談中亦不否認其於按摩時有碰觸到B女乳房之情形，已詳述如前。故本件縱除去前揭原

判決理由關於上訴人在原審行準備程序時所為陳述之說明，原判決依憑B女所為不利於上訴人之指證，以及上開卷內其他相關證據資料，亦足資認定上訴人有對B女為本件按摩胸部猥褻行為之犯行，故原判決上揭論述上之輕微瑕疵，尚不影響本件判決結果。上訴意旨執此無關判決結果之枝節問題指摘原判決不當，亦非合法之第三審上訴理由。此外，B女於第一審審理時雖曾證稱上訴人有以如第一審卷一第81頁編號4及第82頁編號5照片所示動作，對其按摩等語，然並非指上訴人僅以上開方式對其按摩（見第一審卷一第116頁），則B女上開證述內容，似不足以作為有利於上訴人之認定。原判決雖未就B女此部分證詞，說明其何以不能採為有利於上訴人論斷之理由，而略欠周延，然對於上訴人有本件被訴對B女為按摩胸部猥褻行為犯罪事實之認定暨判決結果並無影響，上訴意旨執此無關宏旨之枝節問題指摘原判決不當，亦非適法之第三審上訴理由。

- (三)、原判決依憑證人F女及F女之母（姓名詳卷）所為不利於上訴人之指證，以及上訴人於偵查中坦承有在前揭射箭隊之「弓房」，單獨對F女進行按摩，當時F女有褪去上衣及內衣等情，於原審行準備程序時亦供稱有對F女為2次按摩之行為等語，再參酌證人郭育辰於偵查中及第一審審理時，所證述關於射箭選手於訓練過程中，若有因拉弓姿勢使用到胸大肌，而有按摩胸大肌以舒緩緊繃肌肉之必要者，可隔於衣物按摩，亦即以外力對身著衣物學員所需要按摩之部位，施以壓、按即可；且射箭練習不需按摩肚臍或腹部部位，如因核心肌群訓練後有痠痛情形，可自己按摩舒緩，亦可休息或做下肢訓練加以緩解，均無庸脫去學員衣物再加以按摩等語，以及上訴人於前述○○國民中小學性別平等委員會訪談中亦供稱：伊知道脫衣服（指要求學員脫去上衣及內衣）不妥等語，認定上訴人有對未以衣物遮蔽上半身而裸露胸部之F女，以雙手推按F女腹部達2至3分鐘之猥褻行為共2次之犯行，已詳述其憑據及理由，核其所為之論斷，俱與經驗法則及論理法則無違。至原判決於理由內說明：上訴人於按摩F女腹部時，係以塗抹藥膏為由，先跨坐在上半身未穿著衣物且呈趴姿之F女臀部，待F女依其指示轉身後，上訴人一邊以雙手按摩F女腹部，一邊目視F女裸露胸部之行為，亦屬

客觀上足以滿足一般人性慾之猥褻行為等旨，係針對其事實欄一之(四)所載上訴人於按摩F女腹部時，以目視F女裸露胸部之行為，何以亦屬刑法所指猥褻行為，而加以論述說明，並無如上訴意旨所指有事實與理由矛盾，或理由說明失據之情形。上訴意旨執此指摘原判決不當，依上述說明，亦屬誤解，同非合法之第三審上訴理由。綜上，本件上訴意旨均非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，徒就原審採證認事職權之適法行使，暨原判決已明確論斷說明之事項，漫為爭執，並就其他不影響判決結果之枝節性問題，再事爭執，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合；揆之首揭說明，其對原判決關於對未滿14歲之女子為猥褻行為共3罪部分之上訴，均為違背法律上之程式，應併予駁回。

貳、關於對14歲以上未滿16歲之女子為猥褻行為共10次部分（即原判決事實欄一之(一)及一之(三)所載部分）：

按刑事訴訟法第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。本件上訴人因妨害性自主等罪案件，其中關於對14歲以上未滿16歲之女子為猥褻行為共10次部分，原審係維持第一審論上訴人以刑法第227條第4項之對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻行為共10次之罪刑，此部分核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列之案件，且經第一審及第二審均判決有罪。依上開說明，自不得上訴於第三審法院，上訴人就上開10罪猶一併提起上訴，其就此10罪部分之上訴為法所不許，亦應一併駁回。

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 109 年 5 月 21 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官	郭	毓	洲
法官	張	祺	祥
法官	沈	揚	仁
法官	蔡	憲	德
法官	林	靜	芬

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 5 月 21 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 1879 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 13 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

109年度台上字第1879號

上訴人 張彥凱

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服福建高等法院金門分院中華民國108年6月26日第二審判決（108年度上訴字第4號，起訴案號：福建金門地方檢察署106年度偵字第996、1112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。

二、上訴人張彥凱上訴意旨略稱：

（一）證人王宏軒於偵查中所為證述，與其於第一審及原審審理中所為證述內容不符，所證已可認具有顯不可信之情形，自然無須上訴人為釋明，而證人楊詠晴、許軒瑀分別於偵查中所為證述，均係聽聞王宏軒所述，其等均未曾親見王宏軒所稱與上訴人交易之情形，原審對此不予理會，甚至以王宏軒、楊詠晴、許軒瑀、許能琴等人於偵查中之證述業經具結，而上訴人並未釋明上開證人之陳述有何顯不可信之情形，即逕認上開證人之偵查中之證述均有證據能力，顯有違反證據裁判原則之違法。

（二）原判決對於王宏軒所為不利於上訴人之證述，認為可採，甚至於審理中援引該證人於第一審所證而為訊問，但對於該證人所為有利於上訴人之證述，卻認係袒護上訴人之詞而不足採信，且未說明上訴人如何有機會使王宏軒，甘冒犯偽證罪之風險而為串證，就同一證據作不同之認定，復未就王宏軒所為前後不一之證述，另調查其他證據以資證明，逕以王

宏軒不利於上訴人之證述作為認定本件犯罪之唯一證據，亦有違反證據裁判原則及罪疑惟輕原則之違誤。

- (三)原審受命法官許志龍亦為本案第一審之受命法官兼審判長，並已於第一審進行準備程序及審理程序，且於審理程序中詢問上訴人是否要聲請調查證據，故即便許志龍法官於第一審程序中尚未參與評議及判決，然其於整理卷證過程中對於本案早存有一定心證，是形式上固然未違反法官迴避之規定，但實質上基於保護被告審級利益之立場，本案仍應構成迴避之事由，是原審雖另以裁定駁回上訴人對於許志龍法官迴避之聲請，所為判決仍當然違背法令云云。

三、惟查：

- (一)原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權行使及推理作用，認定上訴人確有其事實欄所載犯行，因而維持第一審論處上訴人販賣第二級毒品罪刑，駁回其第二審之上訴，已詳細說明其採證認事的理由。所為論斷，亦俱有卷證資料可資覆按。

- (二)證據之評價，亦即證據之取捨及其證明力如何，係由事實審法院依其調查證據所得心證，本其確信裁量判斷，倘不違反客觀存在的經驗法則或論理法則，即難僅憑自己主觀，遽指違法，而資為上訴第三審的適法理由。又證人之供述前後稍有不符或相互間有所歧異，究竟何者為可採，事實審法院非不可本於經驗法則，斟酌其他情形，作合理之比較，定其取捨；若其基本事實之陳述與真實性無礙時，仍非不得予以採信，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均為不可採信。原判決係依憑上訴人已供承王宏軒於本案發生時間攜帶八二三戰役55週年紀念酒（下稱本案紀念酒）交付上訴人，嗣後由上訴人的母親許能琴再將該酒交還予王宏軒的母親楊詠晴等情；證人王宏軒、楊詠晴、許軒瑀、許能琴之證述；暨卷附相關行動電話門號申裝資料、通聯紀錄、照片及尿液檢驗報告等證據，並敘明：

- 1.依刑事訴訟法第159 條之1第2項規定，被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，原則上有證據能力，僅於顯有不可信之情況者，始例外否定其得為證據之適格。查證人王宏軒、楊詠晴、許軒瑀、許能琴於偵查中向檢察官所為之證述，業經具結，而上訴人既未釋明此部分證述有何顯不可信之情

況，且衡酌上開證述之外部狀況，亦無顯不可信之情況存在，堪認上開證人於偵查中經具結之證述，均有證據能力。

2. 比對王宏軒歷次於警詢、檢察官偵訊、第一審及原審審理時之證述，其中關於如何以本案紀念酒為對價，向上訴人購買甲基安非他命2 包供已施用等主要情節，前後均屬一致，王宏軒嗣後於第一審及原審翻異之證詞，不僅前後矛盾，亦與其於警詢、偵查時證述之內容不符，則其所稱：伊是要委託上訴人出售本案紀念酒，並向上訴人借車載運該酒云云，因王宏軒既供承已向住處附近商家詢問該酒收購價格，且已以機車載運該酒至上訴人住處，是其實無需繞道至上訴人住處委託代售該酒，亦無特地耗費時間，向上訴人借用車輛載運之必要，其此部分迴護之詞，尚難採憑。

3. 勾稽證人許軒瑀、楊詠晴、許能琴之證述，渠等就如何得知王宏軒以本案紀念酒為代價向上訴人購買2 包甲基安非他命、楊詠晴嗣以電話聯絡許能琴告知該情、許能琴旋即返還本案紀念酒予楊詠晴等節，前後互核一致，均足佐證王宏軒指訴向上訴人購買甲基安非他命乙情屬實。因而認定上訴人確有本件販賣第二級毒品之犯行等旨。

以上各情，乃原審於踐行證據調查程序後，本諸合理性裁量而為前開證據評價之判斷，經核並未違反客觀存在的經驗法則、論理法則或其他證據法則，亦非僅以購毒者之單一指證，作為認定上訴人犯罪之證據，而證人許軒瑀、楊詠晴、許能琴均係親身見聞王宏軒於購毒後之行為表現，要非單純轉述王宏軒之證述內容，原判決因此援為補強證明，並無違法情形可指。上訴意旨(一)、(二)所指，經核係以片面說詞，對原審採證認事職權之適法行使，並已於理由內說明的事項，漫事指摘，與法律規定得為第三審上訴理由的違法情形，不相適合。

(三) 現行刑事訴訟，雖採行改良式當事人進行主義，由檢察官負實質舉證責任，與被告（含辯護人）互為攻擊、防禦，法官原則上不主動介入雙方當事人之訴訟活動。惟關於起訴之方式，仍繼受大陸法系，採取書面及卷證併送制度，檢察官起訴時，除提出起訴書外，「應將卷宗及證物一併送交法院」（刑事訴訟法第264 條第2項、第3項參照），此因法官負有相當之真實發現義務，並應撰寫判決理由，自有必要於審

理前接觸卷證而充分掌握案情資訊，以保障被告之聽審權；且為貫徹直接審理、言詞審理之精神，亦採集中審理制，於行合議制之通常審判程序案件，為使審判程序能集中、密集且流暢有效地進行，亦得由受命法官於審判期日前先行準備程序，處理確認起訴範圍、答辯意旨、整理重要爭點，並曉諭兩造為調查證據聲請或提出證物等審判相關事項（刑事訴訟法第279條第1項參照），進行訴訟資料之聚集及彙整。是以，法官於審理前詳細閱覽卷宗，掌握各項訴訟資料，乃踐行法定客觀性義務之職責，不得執此謂其於整理卷證過程中，對於本案早存有一定心證，而違反公平審判原則。核之卷內資料，本案於第一審審理時，原審受命法官許志龍固曾以受命法官兼審判長之身分，進行準備及審理程序，惟並未審結，其後案件因故改由魏玉英法官接辦，並另組成合議庭，於更新審理後而為判決，則許志龍法官既未參與第一審之評議、判決，即非屬曾參與前審之裁判者，其嗣後再參與原審判決，不得因此指為係預斷案情，而影響上訴人之審級利益，自不符合刑事訴訟法第17條第8款應自行迴避之情形。上訴意旨(三)仍執陳詞，純以主觀之臆測，指摘原判決有同法第379條第2款之違法云云，尚無足取，並非適法之第三審上訴理由。

四、綜上所述，應認上訴人之上訴，違背法律上之程式，予以駁回。

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 109 年 5 月 13 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 吳 信 銘

法官 何 菁 莪

法官 梁 宏 哲

法官 林 英 志

法官 蔡 廣 昇

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 5 月 18 日

裁判字號：最高法院109年台上字第2076號、第2077號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 21 日

裁判案由：違反銀行法等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2076號

109年度台上字第2077號

上訴人 臺灣高等檢察署花蓮分署檢察官施慶堂

上訴人

即被告 黃鉅峰

被告 劉立凱

陳昱璇

林玉仙

褚又瑄

廖慶裕

蔡豐珠

林繼禎

謝長芳

侯鳳碧

薛宇伶（原名薛雅文）

吳嘉晏

吳政峯

黃文洋

上列上訴人等因被告等違反銀行法等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國109年1月21日第二審判決（107年度金上重訴字第1、2號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署104年度偵字第2732號，105年度偵字第88、684、3710號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於黃鉅峰有罪部分撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。其他上訴駁回。

理 由

甲、撤銷發回（即黃鉅峰上訴）部分：

一、本件原判決撤銷第一審論處上訴人即被告黃鉅峰共同法人之行為負責人，犯銀行法第125條第3項、第1項前段之違法經營收受存款業務罪刑部分之判決，改判仍論處黃鉅峰共同法人之行為負責人，犯銀行法第125條第3項、第1項前段之違

法經營收受存款業務罪刑，並依法諭知沒收、追徵之判決，固非無見。

二、惟按：

- (一) 有罪判決書所記載之犯罪事實，為論罪科刑適用法律之基礎，故凡於適用法律有關之重要事項，必須詳加認定，明確記載，然後於理由內敘明犯罪事實所憑之證據及認定之理由，始足為適用法律之依據。

原判決認定黃鉅峰擔任臺灣關愛和平企業有限公司（下稱臺灣關愛公司）、順天發國際有限公司（下稱順天發公司）協調員，共同參與該等公司，以繳費加入各該公司會員，可獲得死亡、醫療、教育、生育、洗腎等相關補助，期滿分別可獲得如原判決附表一、三所示家庭經濟援助金等福利，並分別可購買各該公司所推出如原判決附表二、四所示之報酬、福利專案等情，招攬他人繳費，加入為該等公司會員、購買各該公司上開專案之行為。其招攬之入會會員及該等會員所購買之專案，各詳如原判決附件一至四、六，核其吸金之數額未達新台幣（下同）1 億元，因論以銀行法第125條第3項、第1 項前段法人之行為負責人違法經營收受存款業務罪，雖於理由欄內之乙、一、（甲）（一），臚列上開認定所依憑之黃鉅峰於原審審理時就本件犯罪事實已坦承不諱、證人劉立凱等之證言、公司登記、銀行交易等諸多資料及其附件八所示扣案證物；然就各該證據如何堪為認定黃鉅峰本件犯行依據之心證理由，則未置一詞，致本院無從判斷其此部分採證認事職權之行使，是否合法、妥適，已有理由欠備之可議。

- (二) 當事人聲請調查之證據，苟與待證事實有重要關係，在客觀上有其調查之必要者，事實審即應依法詳加調查，倘未予調查，即屬應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令。

黃鉅峰提出第二審上訴之上訴理由狀，已陳明本件其僅介紹其本人之母鄭安妹、女友彭玉蓮、表兄黃正欽及表姊王麗花4 人，吸收之金額僅11萬元，然第一審判決，逕依檢察官起訴書所列，認定黃鉅峰招攬之會員多達34人，吸收之投資金額達3 百餘萬元，實則該名冊之會員，均黃政盛所列載，其中多數人，黃鉅峰既不認識，亦不知情，第一

審判決認定黃鉅峰犯行之基礎嚴重錯誤云云；嗣於原審準備及審判程序，除仍多次引用該上訴理由及為同一意旨之陳述外，並先後二度具狀聲請訊問證人黃政盛（見原審卷三第215、293頁）。而黃鉅峰本件招攬會員入會及購買專案之人數、吸金數額等，均攸關本件犯罪致生危害等情節之認定，亦為原判決據為量刑標準之一，自有調查、釐清之必要。然原判決就黃鉅峰此部分辯解，恕而不論，且未傳喚證人黃政盛，復未敘明不予傳喚之理由，亦有證據調查職責未盡及理由不備之違法。

- （三）上訴意旨執以指摘原判決此部分有應於審判期日調查證據未予調查之違法，即非全然無據，且影響於事實之確定，本院無可據以自為裁判，應認原判決此部分有發回更審之原因。

乙、上訴駁回（即檢察官上訴）部分：

- 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。而上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查，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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由係屬二事。
- 二、本件原審經審理結果，認為被告劉立凱、陳昱璇、林玉仙、褚又瑄、廖慶裕、蔡豐珠、林繼禎、謝長芳、黃鉅峰、侯鳳碧、薛雅文、吳政峯、吳嘉晏、黃文洋與法人之行為負責人，非銀行違法經營收受存款業務，及陳昱璇、林玉仙違反商業會計法等犯行均明確，因而撤銷第一審所為，論處被告等共同法人之行為負責人，犯銀行法第125條第1項前段之違法經營收受存款業務罪刑，及陳昱璇、林玉仙共同犯商業會計法第71條第4款之不為記錄致生不實罪刑之判決，改判仍論處被告等共同法人之行為負責人，犯銀行法第125條第1項前段之違法經營收受存款業務罪刑，陳昱璇、林玉仙共同犯商業會計法第71條第4款之不為記錄致生不實罪刑，並依法論

知沒收、追徵之判決，已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

三、上訴意旨略以：

- (一) 原判決以本件被告14人所犯銀行法第125 條之罪，雖與賴興成、楊謙銳及其他協調員彼此間有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯，惟彼等或係受僱聽命行事、提供建議，或係負責向親友等不特定人介紹招攬，且本身亦加入會員及購買專案，並非本案實際經營決策者，可責性較低，故均依刑法第31條第1項但書規定，減輕其刑。
- (二) 惟按刑法第31條所謂「因身分或其他特定關係成立之罪」，係指行為人必須具備一定身分或特定關係，才會成立之犯罪；而學理上所謂身分犯，是指在構成要件上，以行為人具有一定身分為必要之犯罪，包括有一定身分關係之人始能成立犯罪之純正身分犯，及有一定身分之人因違反特別義務而受刑罰加重減輕之不純正身分犯。銀行法第29條第1 項規定：除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務。同法第125條第1項所處罰違反第29條第1 項規定者，並未限定需具有一定身分或特殊關係；另同條第3 項規定「法人犯前2 項之罪者，處罰其行為負責人」，亦僅在說明如果有人以法人名義觸犯本罪，可以處罰行為負責人，並非針對有一定資格、地位或狀態等身分關係者違法經營銀行業務之情形，特別規範出一個單獨犯罪類型，自無因本條項之規定，而排除法人所屬其他行為人適用該條第1 項論罪之意，亦非在同條第1 項犯罪之外，因一定身分關係而加重或減輕其刑。從而本條項並不符合純正身分犯或不純正身分犯等任何身分犯之類型。原判決執以對被告等減輕其刑之上開各項事由，均僅屬量刑參考因子，原判決卻將之援引為刑法第31條第1 項但書減輕其刑之依據，顯然違背法令。
- (三) 自銀行法第125條第3項之立法歷程觀之：
 - 1. 本條項民國64年7月4日公布施行之立法理由，提及本規定係援用57年4月30日證券交易法第179條規定：「法人違反本法之規定者，依本章各條之規定處罰其為行為之負責人。」，移置銀行法後則變成「其行為負責人」，少了一個

「為」字。

2. 觀諸證券交易法立法歷程，證券交易法立法付委後，審查報告將該條移置為第180條，文字並修正為：「法人犯本章之罪者，依各條之規定處罰其『為』行為之負責人，並科以法人以各條規定之罰金。但法人對於其行為負責人之違法行為已予防止，並能提出確切證明者，不罰。」嗣經二讀逐條討論後，未採審查會但書之建議，仍維持原提案條文內容，且至公告施行之條文均維持「處罰其『為』行為之負責人」之文字。「其行為負責人」或可解為法人之負責人；但「『為』其行為負責人」顯是指實際為該行為應負責任之人。此從證券交易法立法審查會結論，曾提出：「法人對於『為其行為負責人』之違法行為已予防止，並能提出確切證明者，不罰。」之建議條文觀之，法人有權制止所屬人員為違法行為者，當然是法律上之實際負責人，在公司組織而言，就是公司法定義之公司負責人，從這個概念反面觀之，更可證明當時立法所稱「『為』其行為負責人」，當然是指實際為該違法行為之行為人，才可導出公司負責人對實際行為人之違法行為「已予防止，並能提出確切證明者，不罰」之討論與建議。
3. 銀行法第125條第3項，從立法歷程觀之，應是「『為』其行為負責人」之誤植，應解為實際為該違法行為應負責任之人，並不是指公司法上之負責人。立法旨意僅在強調兩罰之概念，提示實際為該違法行為之自然人及法人都加以處罰之規範內容，完全沒有新創設另一種以「其行為負責人」為身分特別主體之身分犯之旨意。

（四）從法人犯罪之學理加以探討：

傳統上認為以法人名義犯罪，犯罪行為人仍然係是該違法行為之自然人，並不認為法人有自行犯罪的行為能力。惟法人制度蓬勃發展，各國都陸續承認法人有犯罪能力，我國法律體制發展，傳統刑法仍不承認法人有犯罪行為能力，但在附屬刑法中，則普遍規定法人得為犯罪主體，並採自然人與法人併罰之立法。銀行法第125條第3項所示「法人犯前2項之罪者，處罰其行為負責人。」，因為本身並無刑事責任之規定，與我國附屬刑法規定法人犯罪併罰之體例不同，而且法條文字所謂「法人犯前2項之罪」之命

題，銜接「處罰其行為負責人」之結果，若認為是法人犯罪之規定，則會變成法人責任轉嫁給自然人之處罰類型，明顯違反無責任即無處罰之憲法原則，並無足採。從而本條項顯然不是法人犯罪之類型，立法旨意僅在提示，以法人名義觸犯本罪，應處罰「為」其行為之負責人而已。

（五）從銀行法關於法人犯罪立法體例觀察：

如果認為違法經營銀行業務犯罪主體之特別要素，屬身分犯之類型，法人之代理人、受雇人或其他職員若因執行職務，與負責人共同違法經營銀行業務，應直接適用第125條第3項論罪，無適用該條第1項之餘地，則第127條之4就不應該有「代理人、受雇人或其他職員，因執行業務違反第125條至127條之2 規定之一者」之法條文字。可見法人之代理人、受雇人或其他職員，違法經營銀行業務，仍應直接適用第125條第1項論罪，法人之負責人亦同。

四、經查：

（一）按銀行法第29條第1 項明定除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款業務。違反者，綜觀銀行法之規定，視自然人犯之或法人犯之而異其處罰，自然人犯之者，依該法第125條第1 項處罰；法人犯之者，除依同條第3項處罰其行為負責人外，並依同法第127條之4，對該法人科以罰金刑。又同法第125條第3項規定所指之行為負責人，既於「負責人」之前，另標示「行為」等字，藉之限制受罰負責人之範圍，足徵其並非單純因法人有違法經營收受存款業務之行為，即基於法人負責人身分而受罰，尚須其就法人違法經營收受存款業務，參與決策、執行，而透過支配能力，使法人犯罪，方屬該規定科處刑罰之行為負責人。至於其他知情而參與犯行之法人其他從業人員，則依刑法第31條第1 項規定，論以共同正犯。此為本院一向所持之見解。

（二）值此企業體已成為社會經濟活動要角之今日，遏止其藉由日常經濟活動，進行與合法追求利潤相背之刑事違法行為，厥為犯罪防制之重要環節。而對企業體業務上活動所產生之刑事違法行為，處罰其業務主體，毋寧為取締法人違法最有效手段。此於自然人為業務主體之情形，因其亦為違法業務活動之行為人，即以該自然人為處罰對象，固不

待言；然以法人為業務主體之業務上違法行為，法人並非實際行為人，其實際從事違法行為之員工，卻非業務主體，業務主體與違法行為人二分，相較於自然人業務主體與行為人合一之情形，其間差異，已判若雲泥，復以對法人之刑罰，囿於其法人之屬性，僅得處以罰金一途，從而對企業體因業務活動中之違法行為，依業務主體為自然人或法人而異其刑事處遇，乃事理之所當然。銀行法第125條係針對業務上活動所產生之違法經營收受存款業務行為，加以處罰，解釋上，自應區分課罰對象之業務主體係自然人或法人，並謹守該條第3項係以法人犯之為前提之立法定義，分別適用其第1項、第3項處罰，俾符合罪刑法定原則下刑罰明確性之要求。

檢察官上訴意旨主張銀行法第125條第3項本身並無刑事責任之規定，並非針對具有一定身分者，所規範之單獨犯罪類型，即非處罰法人犯罪之類型，其立法意旨僅在強調兩罰觀念，提示以法人名義觸犯該條之罪者，應處罰其行為負責人，並無因此規定而排除法人所屬行為人適用同條第1項論處之意云云，非唯忽略銀行法第125條第3項，是立法者為達到遏止法人從事違法營業活動之規範目的，所為對法人犯罪能力的擬制規定，俾借用同條第1項之法律效果，使違法經營收受存款業務之法人的行為負責人，與自然人承受相同之處罰，而誤認同條第3項無法律效果之規定，非獨立之處罰規定，致其形同具文，空洞化其規範功能，已非適法；抑且將自然人以自身名義所為，及僅為法人從業人員而以法人名義所為之業務上違法行為，混為一談，致不分情節輕重，均論以該條第1項前段最輕本刑有期徒刑3年，或同條項後段最輕本刑有期徒刑7年之重罪，而無從適用刑法第31條第1項但書減輕其刑之規定，予以適度調整，尤難謂妥適。

從而原判決依循本院向來就銀行法第125條第1項、第3項之適用所持之上開見解，認本案被告14人分別係以業務主體臺灣關愛公司、順天發公司員工之身分，參與各該公司違法經營收受存款業務之行為，彼等本人均非業務主體，不應論以同法第1項之罪，然彼等與各該公司之行為負責人間共同實行犯罪，而依刑法第31條第1項規定，適用銀

行法第125條第3項、第1 項前段，論以法人之行為負責人違法經營收受存款業務罪，即無不合；且原判決審酌上訴意旨亦認屬量刑參考因子之上開具體情狀，援引刑法第31條第1項但書規定，對被告14 人減輕其刑，亦堪稱妥適。

- (三) 因法人業務活動上之違法行為，而受處罰之法人負責人，銀行法第125條第3項，基於刑罰罪責原則，依犯罪支配理論，明文處罰法人之「行為負責人」，自係指參與決策、執行，而透過支配能力，使法人犯罪之負責人。檢察官上訴意旨雖主張依立法歷程觀之，該規定所指「其行為負責人」，應與制定時所援用之當時證券交易法第179 條所謂「其為行為之負責人」同其意涵，實係「為其行為負責人」之誤植，而解為「實際為該違法行為應負責任之人」，並非指公司法上之負責人云云，然不論係銀行法第125 條第3 項之「『其』行為負責人」，或其立法時所援用上開證券交易法規定之「『其』為行為之負責人」，依二者文字客觀上之意涵，均同可解為透過支配能力，使法人犯罪之負責人，但與檢察官此部分上訴意旨，將「其」字移位，成為「為『其』行為負責人」，並據以解為「實際為該違法行為應負責任之人」，則迥不相侔。檢察官執為指摘原判決違法之理由，尚嫌無據。
- (四) 銀行法第127條之4明定「法人之負責人、代理人、受雇人或其他職員，因執行業務違反第125條至第127條之2 規定之一者，除依各該條規定處罰其行為負責人外，對該法人亦科以各該條之罰鍰或罰金」，是適用此規定對法人課責之前提，除違反同法第125 條外，尚包括違反其所列舉之上開其餘各規定等情形，而此等規定中，不乏直接以法人之董事、職員、行為人為處罰對象之例。是同法第127 之4 所列舉「法人之代理人、受雇人或其他職員」等行為主體部分，並不因原判決遵循本院向來認其與行為負責人共同違法經營收受存款業務，應直接適用第125條第3項，而非適用同條第1 項論罪之見解，即認無存在之必要。上訴意旨此部分指摘，亦顯非適法之第三審上訴理由。
- (五) 檢察官上開上訴意旨，係就原審法律適用職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑其主觀之見解指摘為違法，難謂係適法之第三審上訴理由。

(六) 又上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348條第1項定有明文。第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，亦為刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段所明定。

本件檢察官不服原審判決，於109年2月25日提起上訴，並未聲明為一部上訴，自應視為全部上訴。惟原判決除被告14人違反銀行法部分外，另有被告陳昱璇、林玉仙違反商業會計法部分，乃檢察官上訴時所提出之上訴書，及嗣於109年4月6日發文提出之補充上訴理由書，所敘述者，均僅屬被告14人違反銀行法部分之上訴理由，對陳昱璇、林玉仙違反商業會計法部分，則無隻字片語敘及，迄今逾期已久，於本院判決前仍未補提理由書，此部分之上訴亦非合法。

(七) 綜上，本件檢察官之上訴，均不合法，應予駁回。

丙、本件檢察官之上訴雖不合法，但黃鉅峰之上訴，未聲明為一部上訴，自應視為全部上訴，其中關於原判決認定其有罪部分，為有理由，既經撤銷發回，自屬仍未確定；另原判決對其所為不另為無罪之諭知部分，係屬對其有利之判決，其依法不得上訴，此部分亦因應予駁回而告確定，均附予說明。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 5 月 21 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官	洪	昌	宏
法官	李	錦	樑
法官	林	孟	宜
法官	吳	淑	惠
法官	蔡	彩	貞

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 5 月 29 日

書記官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2081 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 21 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

109年度台上字第2081號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官黃朝貴

上訴人

即被告 夏忠益

夏宗武

上一人

選任辯護人 蘇文奕律師

陳郁芬律師

上訴人

即被告 王喻平

選任辯護人 柯份婷律師

上列上訴人等因被告等違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國109年2月5日第二審更審判決（108年度上更一字第8號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署106年度偵字第12732、12825、13104、13299、13300、13471、15454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夏忠益、夏宗武、王喻平有其事實欄所載與綽號「阿忠」之成年男子共同非法航行中華民國船舶至大陸地區以私運管制進口物品，即第二級毒品大麻進入臺灣地區等犯行明確，因而撤銷第一審關於被告3人部分之科刑判決，改判依想像競合犯規定，從一重論處被告3人共同運輸第二級毒品罪刑，並諭知相關之沒收，固非無見。

二、惟查：

（一）鑒於偵查作為具浮動性，偵查機關實無從事先預測或控制監聽內容及可能擴及之範圍，相關之通訊內容如未即時擷取，蒐證機會恐稍縱即逝，是偵查機關倘於合法執行監聽下，附隨取得其他案件之證據資料，即屬另案監聽所得。而為避免偵查機關「明修棧道，暗渡陳倉」，以本案之名聲請通訊

監察，實為取得另案證據資料，並審諸通訊監察之執行，除通訊監察書上所載之受監察人外，尚可能同時侵害無辜第三人之秘密通訊自由（司法院釋字第 631 號解釋理由書參照），尤以逾越通訊監察書原欲達成監察目的所取得之另案監聽資料，對可能與本案無關之第三人基本權利之危害更甚。基此，為兼顧「保障人民秘密通訊自由不受非法侵害」及「確保國家安全、維護社會秩序」之利益，另案監聽之要件及程序當有予以規範之必要性。而所謂「另案」監聽，係相對於「本案」，指在本案通訊監察目的範圍以外之其他案件。依通訊保障及監察法施行細則（下稱施行細則）第16條之1第1項所定，祇要與原核准進行通訊監察之「監察對象」或「涉嫌觸犯法條」相異者，即屬之。又另案監聽所得之內容有無證據能力，依通訊保障及監察法（下稱通保法）第18條之 1 第1 項之規定，係採「原則排除、例外容許」之立法體例。而其得為證據之要件有二，實質要件係以「重罪列舉原則」（通保法第5條第1項所列各款之罪），或非屬重罪但「與本案具有關連性之犯罪」（輕罪）者為限，並輔以於發現後7日內補行陳報法院審查認可為程序要件。本案稽之卷附之臺灣臺南地方法院106 年度聲監字第620 號通訊監察書，所核准進行監察對象為持用門號0000000000行動電話之夏忠益，涉嫌觸犯法條為毒品危害防制條例第4 條第3 項，而夏宗武之原審選任辯護人蘇文奕律師於原審聲請調取上開案卷，並於閱卷後具狀表示臺灣臺南地方法院之所以對夏忠益核發通訊監察書，係因陳○良、郭○麟、方○武等人涉嫌以舢舨船運輸第三級毒品愷他命及第四級毒品氯鉀麻黃至臺南地區之海岸線，而郭○麟曾與夏忠益持用之行動電話聯繫，偵辦人員懷疑夏忠益有參與郭○麟等人以舢舨船運輸愷他命及氯鉀麻黃犯行，遂聲請對夏忠益核發通訊監察書等語（見原審更一卷一第241、347、374 頁），如果無訛，原核准進行通訊監察之對象僅夏忠益，並不包括夏宗武、王喻平，且所載涉嫌觸犯法條為毒品危害防制條例第4 條第3 項，則本件檢察官起訴夏忠益、夏宗武、王喻平與綽號「阿忠」自大陸廈門外海處共同運輸第二級毒品，是否有別於原核准進行通訊監察之「監察對象」或「涉嫌觸犯法條」而屬另案監聽？是否依法定程序陳報法院，並經法院審查認可？其監聽內容之

證據能力如何？原判決皆未予調查及說明，逕將此監聽取得之內容及衍生證據即譯文內容採為認定夏忠益、夏宗武、王喻平3人之犯罪證據（見原判決第11至13頁、第22至23頁、第27頁），容有調查未盡及理由未備之違誤。

(二)有罪判決書事實之認定與理由之論敘，及其理由之論敘本身相互間，前後不相一致，或彼此互有齟齬者，即有判決理由矛盾之違法。原判決事實認定：夏宗武與夏忠益等人共同基於運輸第二級毒品大麻、自大陸地區私運管制進口物品大麻進入臺灣地區及非法航行中華民國船舶至大陸地區之犯意聯絡，未經主管機關許可，夏宗武與夏忠益輪流駕駛「正一號」漁船，逕自駛往大陸廈門外海，與大陸漁船碰面接駁大麻共計519包（合計淨重260,843.73公克，驗餘淨重260,825.40公克，空包裝總重10,740.20公克）後，再先、後掌船運輸上開毒品駛入臺灣地區（見原判決第3頁）；其理由認為：夏忠益、夏宗武、王喻平及綽號「阿忠」之人既均知悉本件接駁大麻之地點係在大陸地區，未經許可，推由夏忠益駕駛「正一號漁船」前往該處（見原判決第11頁），似認定夏宗武在尚未與大陸漁船接駁毒品之前，即知悉此趟行船目的係運毒而參與。惟其理由另敘明：依夏宗武、夏忠益之供詞，無證據證明夏宗武於本案初始即明知係運毒而參與，然於接駁毒品之後，夏宗武已知悉所接駁之物品為大麻毒品，其仍共同參與運輸毒品構成要件之接續與夏忠益共同掌船駛回臺灣等語（見原判決第24、39頁）。是原判決就夏宗武與夏忠益間究何時具共同運輸毒品之犯意聯絡之論敘，難謂無判決理由矛盾之違失。

(三)毒品危害防制條例第19條第2項規定「犯第4條之罪所使用之水、陸、空交通工具，沒收之」。依民國92年7月9日修正本條例，就第19條之立法說明：「第3項（105年6月22日修正移為第2項）所定應沒收之水、陸、空交通工具，依據實務上向來之見解，係指專供犯第4條之罪所使用之交通工具並無疑義，故本項不需再予修正」等旨，足見依本項規定沒收之交通工具，祇要係專供犯第4條之罪所使用，且屬於犯罪行為人者，即得沒收。又所謂「專供」犯第4條之罪，係指該水、陸、空交通工具之使用與行為人犯第4條之罪有直接關聯性，並依社會通念具有促使「該次」犯罪行為實現

其構成要件者而言，若僅係供行為人搭乘前往犯罪現場之交通工具，則不屬之，此為本院現今統一之見解。本件扣案之「正一號」漁船1艘，係供夏忠益、夏宗武輪流駕駛，自臺灣地區往返大陸地區廈門外海，與大陸漁船接駁運輸大麻毒品之交通工具，顯與本件私運毒品犯罪具有直接關聯性，參以其等所運輸之大麻共計519包，重達260餘公斤，數量龐大，與可隨身攜帶之數包毒品非可比擬，何況夏忠益亦供稱該次將船駛出之過程中並未捕魚，所接駁貨品除了大麻之外，沒有其他貨品，僅回程時在七美港停泊拿幾箱魚回去販售等語（見原判決第18頁倒數第4行至第19頁第2行），依社會通念，能否謂扣案漁船非屬促使本件私運毒品犯罪實現所不可或缺之工具，而僅係供本件行為人搭乘前往犯罪現場之代步工具？尚非無疑。原判決認定扣案漁船係夏宗武及夏忠益弟兄2人平日從事近海捕撈漁獲所用，偶然用以接駁運輸毒品，而認非屬專供犯毒品危害防制條例第4條之罪所使用之交通工具，非無研求之餘地。

三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響事實之確定，本院無可據以為裁判，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 109 年 5 月 21 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 在

法官 林 海 祥

法官 江 翠 萍

法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 5 月 26 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2155 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 20 日

裁判案由：詐欺

最高法院刑事判決

109年度台上字第2155號

上訴人 柳秀娟

選任辯護人 許嚴中律師

上列上訴人因詐欺案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國108年6月14日第二審判決（108年度原上易字第6號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣花蓮地方檢察署107 年度偵字第2492號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審諭知上訴人柳秀娟無罪之判決，改判諭處其犯幫助詐欺取財罪刑，固非無見。

二、惟查：

（一）有罪判決書所記載之犯罪事實，為論罪科刑適用法律之基礎，故凡於適用法律有關之重要事項，必須詳加認定，明確記載，然後於理由內敘明犯罪事實所憑之證據及認定之理由，始足為適用法律之依據。又客觀上為法院認定事實及適用法律基礎之證據，雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查。原審認定上訴人基於幫助詐欺取財之不確定故意，寄交其所有中華郵政股份有限公司桃園郵局帳戶（下稱郵局帳戶）、合作金庫商業銀行帳戶（下稱合庫帳戶）之存摺影本、金融卡及密碼供詐欺集團成員使用之犯罪事實（參見原判決第1 頁第19至28行），而不採納上訴人辯稱：遭人以協助辦理貸款為由，騙取前開帳戶資料等辯詞。然據臺灣臺中地方檢察署檢察官另案偵查結果，認該案被告鄧文淵涉嫌與其他詐欺集團成員，謊稱可提供貸款服務，進而要求民眾提供金融帳戶資料，使其中附表一編號5 之被害人柳秀娟陷於錯誤，寄送上開郵局帳戶資料至指定地點，用以詐騙他人款項使用，而提起公訴，有該署107年度偵字第20708號、108年度少連偵字第112號起訴書附卷可稽（見本院卷第83至98頁），似與上訴人所辯

相合。則原審認定上訴人提供郵局與合庫帳戶予詐欺集團成員，而具有幫助詐欺取財之不確定故意，是否無訛？此部分事實仍欠明瞭，尚非無疑，且攸關上訴人有無犯罪之認定。原審未及詳查，即遽行判決，尚有調查未盡，及判決不備理由之違法。

- (二) 就法院調查證據而言，審判程序著重實質證明力之調查，準備程序原則上為有關證據能力意見之處理。若未行準備程序或不及於準備程序處理證據能力意見之證據，則應由審判長就此等未經當事人、辯護人等表示意見之證據，於審判期日併為調查處理證據能力，尚不得僅以當事人、代理人或辯護人在審判長調查證據時為「沒有意見」等詞之表示，即認有刑事訴訟法第159條之5第1項或第2項之適用。本件原審採為判斷基礎之國軍花蓮總醫院108年3月13日醫花行政字第0000000000號函（見原審卷第36至37頁），乃為該院針對特定個案所為變更上訴人薪資給付方式之陳述，自屬傳聞證據，並未於準備程序為證據能力意見之處理。依審判筆錄之記載，原審審判長於審判期日調查證據時，僅訊問檢察官、上訴人、辯護人對於該書面有何意見（見原審卷第85頁背面至86頁），實難認有就該證據之證據能力一併為調查之意思。原判決徒憑上訴人及辯護人前揭表示，遽認其等同意有證據能力（見原判決第4頁第2至3行），並採為論罪之基礎，於法尚有未合。

- 三、原判決上開違誤，或為上訴人上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，原判決上述違背法令情形，已影響於事實之確定，本院無從據以為裁判，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。另受命法官於準備程序為釐清案情或整理爭點，固可訊問被告關於本案犯罪事實或其他相關事項，然此訊問不得侵害審判程序之直接、言詞調查程序，而為實質調查證據；又依刑事訴訟法第163條第3項規定，法院依職權調查證據前，應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人陳述意見之機會，案經發回，於更審程序中宜併注意及之，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 109 年 5 月 20 日
最高法院刑事第四庭

審判長法官 吳 燦
法官 李 勇
法官 何 慶
法官 何 娟
法官 朱 舜
法官 高 玉

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 5 月 26 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2345 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 27 日

裁判案由：違反兒童及少年性剝削防制條例等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2345號

上訴人 盧帝伊

選任辯護人 楊偉毓律師

葉慶人律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年5月7日第二審判決（108年度上訴字第1046號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署107年度偵字第8694 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、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。
- 二、本件原判決維持第一審論處上訴人甲○○犯兒童及少年性剝削防制條例第32條第2 項之意圖營利容留使少年為有對價之猥褻行為罪刑（處有期徒刑3年，併科罰金新臺幣〔下同〕3萬元），又犯同條例第32條第5項、第2項之意圖營利媒介使少年為有對價之猥褻行為未遂罪刑（處有期徒刑1年6月，併科罰金2萬元），應執行有期徒刑3年2月，併科罰金4萬元，並為相關沒收（追徵）及罰金易服勞役折算標準宣告之判決，駁回其在第二審之上訴。復綜合卷內所有證據資料及調查證據之結果，敘明認定上訴人明知代號3429B107002 號男子（民國90年3 月生，姓名、年籍詳卷，下稱A男），當時為12歲以上未滿18歲之少年，仍於原判決事實欄（下稱事實欄）一(一)所載時間，向姓名年籍不詳之男子收取3 千元，容留A男在上訴人提供之居所為該名男子為「半套」（即俗稱打手槍，下同）之有對價猥褻行為，上訴人從中分得5 百元

之利潤，其餘2千5百元則交付A男；又另於事實欄一(二)所載之時間，與喬裝為男客之警員議定以3千元之價格，媒介A男在「Q汽車旅館」為「半套」之有對價猥褻行為，A男依約前往，經員警表明身分查獲而未遂等犯行之得心證理由。經核原判決之採證認事並無違反經驗法則、論理法則，亦無任意推定犯罪事實、違背證據法則、判決理由不備、理由矛盾或不適用法則、適用法則不當之違誤。

三、上訴意旨略以：

- (一)原判決所援用認定犯罪事實之非供述證據，其中究係何者以文書內容所載文義，作為待證事實之證明，而屬於書面陳述之供述證據，以致有傳聞法則及其例外規定適用者？何者係以文書物質外觀之存在，作為待證事實之證明而為物證之一種者，未予調查、審認及說明，無從就原審此部分適用證據法則之當否為審斷，遑論未於判決理由欄內交待各項證據證據能力之有無，原判決有理由不備之違誤。
- (二)員警之偵查報告為被告以外之人於審判外之陳述，依法並無證據能力，且內容是警方偵辦後之意見陳述，又其餘證據僅能證明上訴人有媒介A男為猥褻行為，均不足以作為證明上訴人確有抽佣5百元之補強證據，原判決有適用法則不當之違誤。
- (三)第一審及原審均未通知A男到庭，A男因而未能於審判程序就上訴人應處之刑度表示意見。又A男及其母親雖有提起附帶民事訴訟，但已調解成立，有卷附調解筆錄可憑，A男亦表示願宥恕上訴人，請從輕量刑或給予緩刑之機會，原判決漏未斟酌此量刑減輕因子，而未適用刑法第59條規定酌減其刑，實有判決不適用法則及訴訟程序違法之瑕疵。

四、惟查：

- (一)刑事訴訟法第159條之5立法意旨，在於確認當事人對於傳聞證據有處分權，得放棄反對詰問權，同意或擬制同意傳聞證據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，如法院認為適當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第159條之1至第159條之4所定情形，均容許作為證據，不以未具備刑事訴訟法第159條之1至159條之4所定情形為前提。此揆諸「若當事人於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，此時，法院自可承

認該傳聞證據之證據能力」立法意旨，係採擴大適用之立場。蓋不論是否第159條之1至第159條之4所定情形，抑當事人之同意，均係傳聞之例外，俱得為證據，僅因我國尚非採澈底之當事人進行主義，故而附加「適當性」之限制而已，可知其適用並不以「不符前四條之規定」為要件。又刑事訴訟法第159條之5第1項所定「同意作為證據」係指經當事人意思表示無瑕之明示同意而言；如當事人已依第1項明示同意作為證據，經法院審查認具適當性要件後，若已踐行法定證據調查程序，基於維護訴訟程序安定性、確實性之要求，自無許再行撤回同意之理。且此一同意之效力，既因當事人之積極表示，並經法院認為適當且無許其撤回之情形，即告確定，即令上訴至第二審或判決經上級審法院撤銷發回更審，仍不失其效力。本件於第一審時，上訴人及其辯護人已表示同意本案之證據有證據能力（見第一審卷第63至64頁），原審審判長於審判程序時，提示本案卷內證據，詢問上訴人及其辯護人有何意見時，亦均稱：「沒有意見」等語（見原審卷第64至67頁）。依上開說明，應與刑事訴訟法第159條之4之規定無涉，而得依刑事訴訟法第159條之5規定認定其證據能力之有無。原判決雖未就本案之證據能力於理由欄內說明，惟本案原審採認為犯罪事實之證據既有證據能力，且無損於上訴人之訴訟防禦權，即於判決結果並不生影響，尚不得執此指摘原判決理由不備。

(二)被告之自白固不得作為認定犯罪之唯一證據，而須以補強證據證明其確與事實相符，然茲所謂之補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐證自白之犯罪非屬虛構，能予保障所自白事實之真實性，即已充分。又得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告之實施犯罪，但以此項證據與被告之自白為綜合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂其非屬補強證據。本件原判決已敘明依上訴人之自白、A男於警詢、偵訊之證述，及上訴人住處電梯監視器翻拍畫面、A男與上訴人間之LINE對話紀錄翻拍照片、員警與A男電話錄音譯文、員警與上訴人電話通訊內容譯文、員警與上訴人間之LINE對話紀錄翻拍照片等，作為上訴人自白其於事實欄一(一)有向姓名年籍不詳之男子收取3千元，從中分得5百元之利潤，其餘2千5百元交付A男；於事實欄一

- (二)有與喬裝為男客之警員議定以3 千元之價格，媒介A男為猥褻行為等情之補強證據，於法自無不合。
- (三)刑事訴訟法第271條第2項前段規定：「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。」、同法第289條第2項後段規定：「於科刑辯論前，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就科刑範圍表示意見之機會。」等學理上統稱為「被害人陳述制度」，除因被害人認原審量刑過輕而請求檢察官上訴，或被告已提出或釋明正在進行或已與被害人等和解、調解、修復，而法院有必要瞭解被告彌補過錯實踐情形或被害人等身心、財產等損害有無獲得撫平、回復情形，或法院裁定准許被害人聲請參與訴訟者，法院應斟酌傳喚被害人等到庭陳述意見外，若有被害人等經合法傳喚無正當理由不到場，或陳明不願到場，或法院認為不必要或不適宜傳喚其到庭時，被告即不能以法院未通知被害人等或經通知而不到庭為由，認法院所踐行程序違法或有損害其獲得公平量刑的機會。依卷內資料，原審於審判期日已依法傳喚A男，然A男經合法傳喚，並未到庭陳述意見（見原審卷第54、56、60頁），而上訴人及其原審辯護人於原審審判期日，亦表示沒有證據聲請調查（見原審卷第69頁），則原審未待A男到庭陳述意見即終結本案，經核於法並無違誤。
- (四)刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用；此項犯罪情狀是否顯可憫恕而酌量減輕其刑之認定，屬法院得依職權自由裁量之事項。又刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項，倘於科刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條所列各款事項，而未逾越法定刑度，即難謂違法。原判決已詳細說明，如何經考量上訴人之犯罪情節，在客觀上顯不足以引起一般人之同情，難認有何法重情輕、可堪憫恕之處，無從依刑法第59條規定酌減其刑；並敘明第一審業以上訴人犯罪之責任為基礎，經審酌刑法第57條所定科刑輕重應審酌之事項（包括其犯罪之動機、目的、犯行所生危害、惡性、犯罪手段、犯罪後態度〔於第一審審理時始坦承犯行，與A男達成調解並全數給付款項〕、學經歷、經濟及生活狀況等

一切情狀），認上訴人於原審指摘第一審量刑過重，是為無理由等旨（見原判決第5至7頁）；並無理由不備，且無濫用量刑職權之情事，自難率指為違法。

(五) 上訴人上開上訴意旨所指各節，無非重執其在原審辯解各詞，以及個人主觀意見，就原審採證認事、量刑適法職權行使及原判決已明白論斷之事項，再為爭執，俱難認係上訴第三審之適法理由。

五、至上訴人之其他上訴意旨，並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。

六、綜上，應認上訴人之上訴違背法律上之程式，予以駁回。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 109 年 5 月 27 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官	林	立	華
法官	謝	靜	恒
法官	林	瑞	斌
法官	李	麗	珠
法官	楊	真	明

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 5 月 29 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2393 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 28 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

109年度台上字第2393號

上訴人 張鈿明

選任辯護人 陳信翰律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國109年3月12日第二審判決（108年度上訴字第4140號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署108年度偵字第8172號、第8809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、本件原判決認定：上訴人張鈿明明知甲基安非他命係毒品危害防制條例所規定之第二級毒品，不得持有、販賣，竟分別基於販賣甲基安非他命以營利之犯意，以其所使用門號0902181366號行動電話作為聯絡工具，於民國108年5月19日晚間，及同年6月22日凌晨，各販賣價值分別為新臺幣（下同）2,000元、1,000元之甲基安非他命給江文景而牟利。嗣經警於同年「7月24日」查獲，並扣得上訴人所持有之前開行動電話（內含SIM卡一張）等情。因而撤銷第一審此部分不當之科刑判決，改判仍論處上訴人販賣第二級毒品二罪罪刑之判決，固非無見。

二、惟查：

我國刑事訴訟制度採行改良式當事人進行主義，迄今已達十餘年，雖然逐漸獲致成果，但猶有若干故步自封情形存在，可待改進。理論上，檢察官依刑事訴訟法第161條第1項規定，具有實質舉證責任，其若未盡，除有同法第163條第2項法院應依職權調查之情形外，被告依同法第154條第1項規定，受無罪推定原則保障，法院當謹守嚴謹證據法則，並受同法第154條第2項關於證據裁判主義之誡命，於無從獲致被告有罪或重罪之確切心證，而有合理懷疑時，當為無罪之諭知（或不另為無罪諭知），或依罪疑唯輕原則論擬。供述證據，因係屬「人」的證據方法，不免常受各種主、客觀因素影響，而翻供、歧異，甚或刻意勾串、虛偽，其中在

對立性質較強，或利害相反立場的供述情形，更時有尖銳衝突狀況發生，故除在立法規範（刑事訴訟法第156 條第1 項、第2 項）上，限制被告自白之證據能力外，司法實務上，亦發展出上揭證人之供述，仍須有適當、充分的補強證據，彼此交互作用、印證，始足為被告有罪之認定。

在我國販賣毒品，罪責甚重，第一、二級最高可至死刑、無期徒刑，認定此類犯罪，豈能輕率。早年實務操作，司法警察（官）多憑線報，也能查扣得諸多毒品、分裝袋、磅秤等非供述證據，令販售者啞口難賴；後來，多利用電信監聽，常有「女的」、「男的」、「上衣」、「褲子」、「糖果」、「一個」、「一張」等毒品交易暗語，亦或有上揭證物可以佐證，且有運用合法的刑事偵查技術上所謂「釣魚」辦案方式，鞏固監聽蒐證確實可信之情形。晚近，此類犯罪者警覺性提高，電話通聯祇用默契，前揭暗語已甚少見，然則司法警察（官），猶然未積極提升辦案技巧，甚至倒退，僅賴模糊、不完整、距離事發已經多時的監聽紀錄，逕行報告或移送檢察機關，多不再有「釣魚」蒐證，檢察官亦照單全收，悉予起訴，法院竟陷於堅守嚴謹證據法則立場，或配合緝毒結案之兩難境地（本件原判決一罪判處有期徒刑7 年，一罪判處有期徒刑7 年1 月，合併定應執行刑為有期徒刑7 年2 月，當係出於為難又無奈）。思之再三，不得不沉痛要求：作為偵查主體的檢察官，在起訴之前，如何指揮或責成司法警察（官）詳細蒐證、補強證據資料，命相關人員對質，甚或開啟合法的偵查辦案方式，才能善盡其舉證責任，在公判庭完成其任務。借鏡鄰國日本已由「精密司法」，演進為「核心司法」，我國各從事司法工作的人員，自應有此體認，不能一直落後，乃至竟連精密司法，猶難企及！是知：法院不應縱容怠惰，檢察官應切實盡責，司法警察（官）應再努力。

1. 本件原判決認上訴人於前開時間，先後販賣甲基安非他命予江文景，係以江文景於警詢、偵查及法院審理時之陳述，及卷附上訴人與江文景間之通訊監察譯文為其論據。
惟查，江文景於警詢、偵查及法院審理時，固曾指述於上開時間，向上訴人購買甲基安非他命。然細觀上訴人（A）與江文景（B）間，於108 年5 月19日21時13分之通訊監察譯

文（下稱譯文），其通話內容為：「B：喂，睡覺了嗎？A：蛤？B：睡覺了嗎？A：我才剛回來。B：我過去玩一下好嗎。A：好啦」（見8172號偵查卷第53頁）；於同年6月21日23時55分之譯文，其通話內容為：「B：喂。A：喂。B：睡了嗎？A：這麼晚阿。B：我哥回來了？A：怎麼樣？要過來玩嗎？B：我上去呀。A：好呀」（見8172號偵查卷第54頁）。

原判決以江文景證稱：對話中：「我過去玩一下好嗎」指的就是「吸毒」；又稱：「要過來玩嗎」、「我上去呀」指的就是「買安非他命」等語（見原判決第5頁倒數第10至12行）。然上開對話中，並無足以判別與毒品交易有關之金額、數（重）量之約定，已然與嚴謹證據法則之要求，猶嫌欠缺；而其中既解釋「玩」是指「吸」，又另說為「買」，於日常用語上，亦見矛盾，於法律評價上，更具差異。上訴人復始終否認有約定或收受金錢，則該等譯文是否足以作為江文景所述均係向上訴人「購買」甲基安非他命可信之補強證據？

2. 本件經與江文景之指證及譯文為綜合判斷結果，是否已達江文景之指證為真之確信程度，似有疑問。此部分事實真相如何及應如何為其法律之適用，攸關重典，自應根究明白。乃原審未調查釐清，即有查證未盡且理由欠備之違法。

三、以上或為上訴人上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

四、本件第一審另判處上訴人犯幫助施用第二級毒品（1罪），轉讓禁藥（4罪），上訴人提起第二審上訴後，於原審撤回此部分之上訴，業先告確定，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 109 年 5 月 28 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官	洪	昌	宏
法官	李	錦	樑
法官	蔡	彩	貞
法官	林	孟	宜
法官	吳	淑	惠

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 6 書 記 官 月 4 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2446 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 20 日

裁判案由：家暴妨害性自主等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2446號

上訴人許○○（代號3345-107139Z，姓名、年籍及住所均詳卷）

上列上訴人因家暴妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國109年1月8日第二審判決（108年度侵上訴字第88號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署107年度偵字第15022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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人許○○（代號3345-107139Z，姓名詳卷）有其事實欄（下稱事實欄）所載之5次家庭暴力之妨害性自主犯行，因而維持第一審（一）、論其犯對於14歲以上未滿16歲之女子為性交4罪，各處有期徒刑1年（事實欄一之（一））；（二）、依刑法上想像競合規定從一重論其犯對於14歲以上未滿16歲之女子為性交罪，處有期徒刑1年5月（事實欄一之（二））。並定應執行有期徒刑3年2月之判決，駁回其在第二審之上訴。已詳細敘述其所憑之證據及認定之理由。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨乃謂：其自始坦承犯行，並願盡一切可能彌補被害人A女（代號3345-107139，姓名詳卷），希能獲得被害人諒解及達成和解，也願當面向被害人表示懺悔，反省本身所犯錯誤，期能因此導正被害人正確價值觀。故其於原審準備

程序時即請求傳喚被害人到庭，原審對此攸關其量刑利益之重要事項置而不論，亦未發文函詢被害人意願，自有調查未盡之違法。

- 三、惟查：我國刑事訴訟制度，由職權進行主義變革為改良式當事人進行主義，並於「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」內國法化後，對於被告之人權極為重視，相對地，對於犯罪被害人之保護，並未受有同等關注。觀諸國際公約（如聯合國西元1985年犯罪被害人及權力濫用被害人之司法基本原則宣言）或外國立法（如美國1982年被害人及證人綜合保護法、1984年犯罪被害人法、法國1983年強化犯罪被害人保護法、德國1986年被害人保護法等），早已於刑事訴訟程序中對於「被害人參與」予以規範，賦與被害人訴訟主體的地位，除得以向檢察或審判機關陳述意見外，並積極賦與各種「主體性參與」的權限。藉由被害人在刑事訴訟程序上的參與，使其等可以表達意見，並藉此與司法人員或加害者溝通，以求雙方有更進一步互為認同的機會，以消弭司法與人民法感情間的隔閡並提昇公信力。有鑒於此，在我國除刑事訴訟法（下稱本法）原有對於被害人（或告訴人及委任之代理人）之檢閱、抄錄或攝影卷宗和證物（本法第271 條之1 第2 項）、證據保全（本法第219 條之1 、第219 條之6 ）、告訴（本法第232 條）、陪同在場或陳述意見（本法第248 條之1 、第271 條第2 項、第271 條之1 第1 項、第314 條第2 項）、受通知（本法第255 條第2 項、第263 條）、聲請再議及聲請交付審判（本法第256 條第1 項、第258 條之1 ）、請求檢察官上訴（本法第344 條第3 項）、受徵詢（本法第451 條之1 第2 項）、協商程序的同意（本法第455 條之2 第2 項）、自訴程序（本法第319 至343 條），暨散見於各個特別法（如證人保護法第4 條、第15條、組織犯罪防制條例第12條、兒童及少年性剝削防制條例第9 至11條、第15條、第16條、家庭暴力防治法第10條、第22條、第23條、第36至38條、性侵害犯罪防治法第15至16條、入出國及移民法第43條、人口販運防制法第11條、第15條、第20條、第23至26條等）中有關保護被害人具體規定外，並於民國108年12月10日修正，109年1月8日公布增訂本法第248 條之2 及第271 條之4 關於檢察官於偵查中或法

院於言詞辯論終結前得將案件移付調解，或依被告及被害人的聲請，轉介適當機關、機構或團體進行修復，即將「修復式司法」制度明文化；另增訂本法第248條之3關於被害人隱私保護、第271條之3陪同在場等規定，避免被害人受到「二度傷害」；復增訂第七編之三關於「被害人訴訟參與」制度（本法第455條之38至46），使被害人得以參與訴訟，讓被害人觀點可以適時反映給法官，減少隔離感，藉由被害人參與程序，瞭解訴訟之經過情形及維護其人性尊嚴，期能彌補其痛苦與不安。又於108年12月17日修正，109年1月15日公布增訂本法第163條第4項關於告訴人得就證據調查事項向檢察官陳述意見，並請求檢察官向法院聲請調查證據之規定，使最接近犯罪事實之被害人，得以告訴人身分參與必要調查證據程序之機會，使檢察官適正達成追訴犯罪的目的，及修正本法第289條第2項規定，賦予審判期日到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人（下稱被害人等），於科刑辯論前就科刑範圍表示意見之機會。在在顯示對於被害人等之保護已刻不容緩，俾提昇被害人在刑事訴訟程序相對弱化的地位。惟上開各該規定原則上均為保障被害人等權利而設，與被告訴訟權之行使無涉。尤以本法第271條第2項前段規定：「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。」、第289條第2項後段規定：「於科刑辯論前，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就科刑範圍表示意見之機會。」等學理上統稱為「被害人陳述制度」，厥為被害人等對於案情的瞭解及其中利害關係，實質上最為深切，被告有罪與否及對其之量刑，除關乎國家刑罰權，亦與被害人及其家屬自身的利益息息相關，尤其關於辯方所為辯解是否符合實情，被害人等常有一定程度的了解或不同觀點，甚至可能優於公訴檢察官，是為保障被害人權益，並補強檢察官的控訴能力，給予被害人等充分表達意見之機會，可適度彌補其受創心寧，而得資為事實審法院量刑輕重妥適與否的參考。因此，除因被害人認原審量刑過輕而請求檢察官上訴，或被告已提出或釋明正在進行或已與被害人等和解、調解、修復，而法院有必要瞭解被告彌補過錯實踐情形或被害人等身心、財產等損害有無獲得撫平、回復情形，或法院裁定准許被害人聲請

參與訴訟者，法院應斟酌傳喚被害人等到庭陳述意見外，若有被害人等經合法傳喚無正當理由不到場，或陳明不願到場，或法院認為不必要或不適宜傳喚其到庭時（如為避免性侵害被害人受二度傷害所為之減少陳述、被害人於先前作證、陳述時顯現身心創傷或受有壓力而無法為完全之陳述或拒絕陳述、有家庭暴力防治法第47條所定因被害人不具有對等的談判能力，故於未確保被害人安全方式前不得進行和解或調解等）時，被告即不能以法院未通知被害人等或經通知而不到庭為由認法院所踐行程序違法或有損害其獲得公平量刑的機會。本件上訴人為被害人之繼父，其所犯上開妨害性自主5罪，均屬家庭暴力犯罪，並由被害人一生父（代號 3345-107139 B，姓名詳卷，下稱A女之父）提出告訴，第一審及原審於準備、審理期日均依法傳喚被害人或A女之父到庭陳述意見（見第一審卷第15、25、45、71、73、79頁；原審卷第57、79、83、107、119、123頁），且A女之父或其委任之代理人已多次表示被害人不願再見上訴人或與其和解等情（見第一審卷第51頁；原審卷第91頁），另上訴人於第一審準備程序時亦已表示無庸傳喚被害人到庭陳述意見（見第一審卷第53頁），則原審未俟被害人到庭陳述意見即終結本案，經核於法並無違誤。上訴意旨指摘原審踐行之審判程序違法，有調查未盡之違誤等語，自非合法上訴第三審之理由。其上訴均不合法律上之程式，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 109 年 5 月 20 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官	林	立	華
法官	林	瑞	斌
法官	楊	真	明
法官	李	麗	珠
法官	謝	靜	恒

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 5 月 25 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2708 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 27 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2708號

上訴人 曾楚崴

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108 年4 月11日第二審判決（107 年度上訴字第3698 號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署107 年度偵字第7373、8083 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、關於幫助販賣第三級毒品部分：

- 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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人曾楚崴有其事實欄（下稱事實欄）二所載之幫助販賣第三級毒品愷他命犯行，因而維持第一審關於論其犯幫助販賣第三級毒品罪，經依毒品危害防制條例第17條第2 項、刑法第30條第 2 項規定遞予減輕其刑後，處有期徒刑1 年9 月之部分判決，駁回其在第二審之上訴。已詳細敘述其所憑之證據及取捨、認定之理由。並就上訴人否認幫助販賣第三級毒品犯行，辯稱至多僅係幫助施用毒品等語，其辯詞不可採之理由，予以指駁。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨仍謂：本案係黃明堂先打電話向其表示欲施用毒品愷他命後，其始幫忙黃明堂代為聯絡賣家曾憲宏，其主要用意係幫忙黃明堂施用而非幫忙曾憲宏販賣毒品愷他命；且本案情形屬於「必要共犯」中之「對向犯」，苟法律僅處罰其

中部分行為，其餘對向行為縱對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助或共同正犯，即本案並無同時成立幫助施用及幫助販賣第三級毒品之餘地。乃原審竟認其成立幫助販賣第三級毒品罪，自有判決適用法則不當之違法等語。

- 三、惟查：(一)、毒品危害防制條例對於從中居間介紹買賣毒品之行為，未若其他刑法法規有所謂「居間」（如人工生殖法第31條、臺灣地區與大陸地區人民關係條例第82條等）、「媒介」（如刑法第231條、第231條之1第2項、第233條、第269條第2項、第296條之1第4項、第349條第1項等）、「介紹」（如刑法第292條、妨害兵役治罪條例第13條第1項第4款等）或「牙保」（如藥事法第83條第1項、第84條第2項、第85條第2、3項、第86條第2項等）等規定。此「居間」行為，參考民法第565條規定可分為二種情形，一為「報告居間」即為他人報告訂約之機會，一為「媒介居間」即周旋於他人之間為之說合。以毒品買賣為例，若未涉及舉凡看貨、議價、洽定交易時地、收款、交貨等有關販賣罪之構成要件行為，原則上固應以行為人主觀上究係基於幫助賣方販售毒品，抑或幫助買方即施用者購入毒品之意思，而異其行為責任。惟在「報告居間」者，倘行為人單純為買方即施用者報告訂約之機會，應視實際情況（如買方購得毒品後有否實際施用或持有之毒品純質淨重有無逾一定數量等）論以幫助施用或持有毒品罪；如單純為賣方報告訂約機會，並自賣方處受有報酬，即應認有營利之意圖而與賣方共同成立販賣毒品罪；倘無受有報酬，則應僅構成販賣毒品罪之幫助犯。而於「媒介居間」時，因行為人同時與買賣雙方發生聯繫，如受有報酬，無論取自買賣何方，其媒介行為即難謂無營利之意圖，應視實際情況而論以幫助施用及共同販賣毒品罪之想像競合犯，唯有單純為雙方牽線買賣毒品而未受有報酬時，始有同時成立幫助施用與幫助販賣毒品之可能。本件依原判決事實之認定，上訴人於民國107年5月22日18時49分許，因接獲黃明堂欲向其購買毒品愷他命之電話，惟因有事無法親赴黃明堂住處販賣，乃以行動電話FACETIME通訊軟體連繫友人曾憲宏，居中聯繫告知此事，曾憲宏乃於同日19時許，至黃明堂位於新竹市住處，以新臺幣1,000元

之價格，販賣毒品愷他命0.8 公克予黃明堂。原審復於理由內說明：上訴人因自己無法親赴，而基於黃明堂之請託，居中聯絡賣家即其友人曾憲宏出面，由曾憲宏出賣毒品愷他命予黃明堂，固然係出於幫助黃明堂施用愷他命之意，惟同時居間介紹黃明堂與曾憲宏認識，使曾憲宏得以至黃明堂住處販賣愷他命，對其2 人間買賣毒品之意思表示合致、毒品之交付及金錢之收受均未參與，其所為固然便利黃明堂購買毒品而成立幫助施用第三級毒品罪，但同時也構成幫助曾憲宏販賣第三級毒品罪（見原判決第7 頁第21至29行）等語。雖未詳予說明黃明堂施用第三級毒品及持有之第三級毒品愷他命純質淨重未逾毒品危害防制條例第11條第5 項所定20公克，均不成立犯罪，故上訴人亦不成立幫助施用或持有毒品逾一定數量之罪名，應僅成立幫助販賣罪，稍有微瑕，惟就行為人因「媒介居間」毒品買賣可能同時成立幫助施用及幫助販賣毒品罪想像競合犯之論斷，經核於法尚無違誤。（二）、刑法對故意犯的處罰多屬單獨犯之規定，單獨1 人即可完成犯罪構成要件，但亦可由數行為人一起違犯，若法條本身並不預設參與人數，如此形成之共同正犯，稱為「任意共犯」；相對地，刑法規範中存在某些特殊條文，欲實現其不法構成要件，必須2 個以上之行為人參與，刑法已預設了犯罪行為主體需為複數參與者始能違犯之，則為「必要共犯」。換言之，所謂「必要共犯」係指某一不法構成要件之實行，在概念上必須有2 個以上參與者，一同實現構成要件所不可或缺之共同加工行為或互補行為始能成立，若僅有行為人1 人，則無成立犯罪之可能。又「必要共犯」依其犯罪性質，尚可分為「聚合犯」，即2 人以上朝同一目標共同參與犯罪之實行者，如刑法分則之公然聚眾施強暴、脅迫罪、參與犯罪結社罪、輪姦罪等，因其本質上即屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實行或在場助勢等參與犯罪程度之不同，而異其刑罰之規定時，各參與不同程度犯罪行為者之間，不能適用刑法總則共犯之規定外，其餘均應引用刑法第28條共同正犯之規定。另所謂「對向犯」，則指係2 個或2 個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，當無適用刑法第28條共同

正犯之餘地。以本件毒品買賣為例，就買賣雙方而言，固屬民法上之雙務契約，非有買賣雙方無法成立契約，惟就刑法而論，販售毒品者成立毒品危害防制條例第4 條各該販賣罪名，而買受毒品者未必一定成立犯罪，尚須視買入後之實際情況，看是否成立持有、施用，轉賣或轉讓毒品等罪，是販賣與施用毒品者間並無須2 個或2 個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立犯罪之「必要共犯」中之「對向犯」關係。原判決亦於理由說明：本件上訴人成立幫助販賣犯行，並非因為購毒者向之購毒的行為本身，而是居間介紹且提供購毒者與販毒者認識進而販賣毒品之機會，此與是否對向犯之間的關係實無關聯等語（見原判決第8 頁第12至15 行）。經核於法亦無違誤。上訴意旨係就原判決已說明事項，持憑己見，重為爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其此部分上訴不合法律上之程式，應予駁回。

貳、關於販賣第三級毒品部分：

按上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348 條第1 項定有明文。上訴人對原判決不服，提起上訴，未聲明為一部上訴，依前開規定，應視為全部上訴，合先敘明。查第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382 條第1 項、第395 條後段規定甚明。上訴人不服原判決關於事實欄一部分論處其犯販賣第三級毒品51罪刑部分，於108 年4 月24日提起上訴，並於同年5 月22日補提上訴理由狀，惟就此部分均未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，此部分上訴自非合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 5 月 27 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 林 立 華

法官 林 瑞 斌

法官 楊 真 明

法官 李 麗 珠
法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 6 月 1 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2709 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 27 日

裁判案由：妨害秘密

最高法院刑事判決

109年度台上字第2709號

上訴人 侯荃耀

上列上訴人因妨害秘密案件，不服智慧財產法院中華民國108 年 5 月2 日第二審判決（108 年度刑智上易字第10號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署106 年度偵字第20683 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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人侯荃耀有其事實欄所載之妨害工商秘密犯行，因而撤銷第一審所為之無罪判決，改判其犯洩漏業務上知悉工商秘密罪，處拘役50日，並諭知易科罰金折算標準。已詳細敘述其所憑之證據及取捨、認定之理由。並就上訴人否認所洩漏的資訊為工商秘密等語，其辯詞不可採之理由，予以指駁及說明。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。

二、上訴意旨乃謂：(一)、原判決既肯認工商秘密須以「所有人主觀上不欲他人知悉該資訊並將之當作秘密加以保護」為要件，卻未調查所有人即告訴人育榮科技管理股份有限公司（下稱育榮公司）主觀上有無將系爭「工程管制表」認知為工商秘密，反稱上訴人主觀上應可認知等語；復認本罪須具有「客觀上使依法令或依契約持有該資訊者能知悉此為所有人之工商秘密」，惟綜合證人張和振、賴力瑋、黃松坤於偵、審中之證詞，縱使育榮公司之經理人賴力偉主觀上認知系爭

「工程管制表」之內容應屬保密，惟從未向育榮公司員工宣導，且該「工程管制表」係揭示於辦公室之公文櫃上，並未加以封緘或覆蓋，類似「公告」，又辦公室常有外人出入，身為公司員工之上訴人並無認知系爭「工程管制表」為工商秘密之可能性；另認工商秘密應為「實際上所有人之保密作為已使得該等資訊確實尚未對外公開的資訊」，並認進入辦公室內之廠商或外部人員不會特意查看系爭「工程管制表」，故育榮公司並未公開該「工程管制表」，然上開廠商或外部人員是否會查看系爭「工程管制表」實屬偶然且不確定因素，並非育榮公司已對於該「工程管制表」採取保密措施，原判決以此為由有倒果為因之謬誤。以上均有判決理由矛盾之違法。(二)、原判決以證人黃松坤、張和振之證詞認定系爭「工程管制表」為刑法第317條所稱之「工商秘密」，惟證人張和振並非育榮公司之員工，另黃松坤為育榮公司之前員工，其等均非基於親身經歷而為證述，皆屬個人推測之詞，原判決資以認定上訴人成立本罪，自有違證據法則。(三)、退步言之，縱認系爭「工程管制表」確屬育營公司之工商秘密，惟上訴人主觀上既未認知其屬工商秘密，即欠缺不法意識，屬學理上所稱「禁止錯誤」，依刑法第16條前段反面解釋，上訴人之禁止錯誤係有正當理由而難以避免，故應免除刑責，原判決亦有不適用法則之違誤等語。

三、惟查：(一)、刑法上關於「秘密」之規定散見於國家及個人法益等條文中，其中第28章妨害秘密罪所稱之「秘密」，至少包括下列3要件：(1)、資訊之非公開性：即非一般人所知悉之事或僅有特定、限定少數人知悉之資訊；(2)、秘密意思：本人不欲他人知悉該資訊；(3)、秘密利益性：即從一般人之客觀觀察，本人對該秘密有財產上或非財產上保密之價值或擁有值得刑法保護之利益。換言之，妨害秘密罪章所謂之「秘密」係指依本人之主觀認知，不希望自己或特定、限定少數人以外之人能夠知悉之資訊，若此資訊受侵害時必對本人產生一定之影響力，即具有保密之價值或利益，始為刑法所保護之秘密。故除本人對於該資訊明示為秘密外，如在客觀上已利用相當環境、設備，或採取適當之方式、態度，足資確保其活動之隱密性，一般人均能藉以確認本人主觀上具有隱密性期待，而無誤認之虞者，譬如將欲保密之資訊放置

於非他人得輕易查覺之處所，或將欲保密之資訊對知悉者簽訂保密條款均屬之。而刑法第317 條洩漏工商秘密罪係以行為人洩漏業務上知悉依法令或契約應保密之工商秘密為其構成要件，至所謂「工商秘密」指工業或商業上之發明或經營計畫具有不公開之性質者，舉凡工業上之製造秘密、專利品之製造方法、商業之營運計畫、企業之資產負債情況及客戶名錄等均屬之。依原判決理由貳、一、(三)之說明，系爭「工程管制表」係育榮公司為管理承攬工程、供全體員工瞭解狀況而製作，其上所載之資訊，除可使育榮公司員工充分掌握工程狀況，有助於該公司各項工程順利進行外，若遭競爭對手知悉，恐會對育榮公司潛在承攬機會造成影響（見第一審卷第156 至159 頁育榮公司負責人賴力瑋之證詞），顯見該工程管制表自屬育榮公司得用以產出經濟利益之資訊，且公司本人主觀上不欲將該資訊為公司員工以外之人知悉。復以上訴人簽名立具之育榮公司行政管理規章及新進人員守則（見臺灣臺北地方檢察署106 年度他字第2281號卷第19至21 頁），已明確約定公司同仁應盡忠職守並確保業務上一切機密，亦足認育榮公司已以保密協定方式要求員工保護公司內部機密。再佐以證人張和振、黃松坤均陳稱系爭「工程管制表」係育榮公司不欲給外人知悉之資訊等語，及上訴人將該「工程管制表」資訊傳送予證人張和振時尚言明：「偷偷給你看」、「不能流出去喔」、「我會被打死」等語，暨本件「工程管制表」係置於育榮公司辦公室內之公文櫃上，而非於公共場所或公眾得出入之場所，且亦非以張貼公告方式為之，可知縱有入內洽公的廠商或其他人員可以特意靠近而窺知該資訊之可能性存在，亦不能因育榮公司對於內部資訊保密措施不夠完善，即認該公司未利用相當環境確保系爭「工程管制表」之隱密性。準此，原審認上訴人將系爭「工程管制表」資訊洩漏予育榮公司下包廠商即證人張和振，可能導致張和振不再經由育榮公司派工而自行接洽「工程管制表」上特定廠商而影響該公司商機，因而成立洩漏業務上知悉工商秘密罪之判斷，經核於法並無違誤。至證人張和振係本件洩漏工商機密之相對人，另證人黃松坤雖係育榮公司之前員工，惟亦熟知該公司之運作情形，而認定犯罪事實所憑之證據，不僅指直接證據而言，即間接證據亦包括在內，故綜合

各種間接證據，本於推理作用，足以證明待證事實，依所得心證而為事實判斷，亦難指係顯違事理，是其等證詞既經原審予以採擷認定，自得作為不利於上訴人之認定。(二)、刑法第16條所規定之違法性錯誤之情形，採責任理論，亦即依違法性錯誤之情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑之不同法律效果。而公司員工應盡忠職守，確保業務上知悉一切秘密，普世皆知。上訴人將育榮公司本應保密之「工程管制表」資訊傳送予下包廠商張和振，尚告知對方「偷偷給你看」、「不能流出去喔」、「我會被打死」等語，難認有何具有因不知法律有正當理由而無法避免之「禁上錯誤」情形存在，自無法據以免除其刑。其上訴係就原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見，就相同證據資料而為不同之評價，且重為事實之爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其上訴不合法律上之程式，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 109 年 5 月 27 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官	林	立	華
法官	林	瑞	斌
法官	楊	真	明
法官	李	麗	珠
法官	謝	靜	恒

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 109 年 6 月 1 日

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 387 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 05 月 14 日

裁判案由：違反證券交易法等不服准許畢華民聲請退還保證金裁定
最高法院刑事裁定 109年度台抗字第387號

抗 告 人

即 被 告 許金龍

選任辯護人 劉仁閔律師

上列抗告人因違反證券交易法等案件，不服臺灣高等法院109 年 2 月14日准許具保人畢華民聲請退還保證金之裁定（109 年度聲更一字第2 號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、聲請意旨略以：聲請人畢華民（下稱聲請人）前於民國 108 年3月11日（聲請書誤載為同年月12日），依原審法院108年度聲字第272 號裁定，為抗告人許金龍繳納保證金新臺幣（下同）2 億元以停止羈押。該筆款項係聲請人向他人借款所籌得，繳納前已明白告知抗告人，須於6 個月內如數償還，或返回監獄、看守所執行，俾聲請人取回保證金。惟清償期屆至，抗告人迄未依約還款，致聲請人身心俱疲，頻頻住院，又年事已高，擔心因此失信於人並債留子孫，爰依刑事訴訟法第119條第2項之規定，聲請准予退保並發還保證金等語。

二、原裁定略以：刑事訴訟法第119 條第1 項、第2 項分別規定：「撤銷羈押、再執行羈押、受不起訴處分、有罪判決確定而入監執行或因裁判而致羈押之效力消滅者，免除具保之責任。被告及具保證書或繳納保證金之第三人，得聲請退保，法院或檢察官得准其退保。但另有規定者，依其規定。」是以倘被告已因本案再執行羈押，依上開條文第1 項即應免除具保人之責任；又上開條文第2 項前段原規定「具保證書或繳納保證金之第三人，將被告預備逃匿情形，於得以防止之際報告法院、檢察官或司法警察官而聲請退保者，得准其退保」，嗣於103 年1 月29日修正公布（同年月31日生效施行）之現行條文規定已刪除第三人為具保人時聲請退保之報告義務，改由檢察官或法官依被告或第三人之聲請，按個案情

節裁量得否准其退保，修正理由記載「於受准許具保停止羈押，被告本得自由選擇是否接受，於具保停止羈押後，倘因個人因素或其他考量（例如家庭因素、財務因素等），被告無力負擔具保金或面臨具保金之返還義務，被告亦應得選擇退保而接受羈押處分」，雖僅論述被告得以其個人事由聲請退保，惟此係因被告於上開條文修正前並無從聲請退保，修正理由因此著重於說明賦予被告具保聲請權之理由，而被告於無力負擔保證金或面臨保證金之返還義務時，既得選擇退保而接受羈押處分，依舉重以明輕之法理，更無由強令為被告具保之第三人不得以個人事由聲請退保，故無論是被告或第三人聲請退保，如尚有其他替代方式得以保全被告，確保日後審判之進行及刑罰之執行，自無不許被告或第三人以個人因素退保並發還保證金之理。查抗告人因違反證券交易法等案件，經原審法院准以2 億元具保後停止羈押，聲請人乃於108 年3 月11日為抗告人如數繳納，抗告人於具保前已明知上開2 億元保證金須於6 個月內如數償還，或由抗告人返回監獄、看守所執行，俾使聲請人取回保證金等情，有聲請人提出之借貸契約書可稽。抗告人屆期未依約還款，致聲請人對抗告人之信賴關係不復存在，並審酌聲請人年事已高，復罹患高血壓性心臟病等疾病，有聲請人提出之診斷證明書可佐，故認在此情形下，如不准聲請人退保之聲請，無異使抗告人得透過債務不履行為手段，強令聲請人繼續以其高額財產或籌措款項所承擔之負債，來擔保抗告人之遵期到庭，並為抗告人解除審理期間之人身自由限制，顯非事理之平。另審酌抗告人違反證券交易法等罪嫌疑重大，且經判處重刑，有事實足認有逃亡之虞，有羈押之原因，其羈押之必要性雖得以2 億元保證金替代，惟於108 年12月24日經訊問抗告人及其辯護人，均表示無法籌足保證金，既無法提出其他具保方法，則非予羈押顯難進行審判，原審法院因於108 年12月24日裁定再執行羈押，並准許聲請人退保。嗣抗告人自109 年1 月1 日起延長羈押2 月。又刑案部分經本院以108 年度台上字第16號判決將抗告人有罪及無罪等諭知部分撤銷，發回原審法院更為審理，原審法院於109 年2 月7 日以抗告人具有刑事訴訟法第101 條第1 項第1 款、第3 款之羈押原因，且覓保無著，裁定予以羈押。確已就羈押之必要性及有

無其他替代聲請人之具保方法，暨案件進行之程度及被告犯罪之情節予以審認，裁定羈押以保全被告，依刑事訴訟法第119 條第1 項規定，聲請人之具保人責任已獲免除，要無不許聲請人退保並發還保證金之理。抗告人雖辯稱：伊與許世龍等人已經支付聲請人2千2百萬元利息，則依前揭借貸契約書之約定，借款是到109年2月才屆期，伊有依約履行，對聲請人並非無情無義云云。然觀諸系爭借貸契約書第三條「借款利率、期限與清償方式」之內容，雙方約定之清償期日確為108年9月11 日，且6個月之借款期間內不計利息，清償期屆至如未依約還款，則應支付自清償期屆至時起，以年利率20% 計算之遲延利息，並無抗告人所稱「已支付利息，故還款期限係至109年2月始屆期」之情事。抗告人辯稱：法院准許原先為被告具保之第三人聲請返還保證金時，應經被告本身之同意始得為之云云，乃對第三人聲請退保擅加法無明文之要件，自非可採。從而，本件聲請人聲請退保並發還保證金，為有理由等語。

- 三、抗告意旨略以：(一)按第三人依刑事訴訟法第119 條第2 項規定聲請退保時，法院仍應審酌有無具保之必要性，非謂一經聲請，即應准許，本院104 年度台抗字第709 號及108 年度台抗字第460 號等刑事裁定參照之。本件抗告人自偵查階段主動配合調查，於獲保後亦定期至轄區派出所報到並遵期出庭應訊，可見確無逃亡之虞，已不具羈押之必要，另揆諸原審法院於109 年2 月7 日仍裁定准許抗告人以2 億元具保，顯見抗告人仍有具保必要性，原裁定既肯認抗告人存有具保必要性，卻又准許聲請人之聲請退還保證金，主文與理由顯有矛盾，應予撤銷。再者，原裁定理由中以：「108 年12 月24日、109 年2 月7 日訊問抗告人時，均仍認其羈押之必要性得以2 億元保證金替代」等語，顯係混淆「具保必要性」與「羈押必要性」，於審酌得否退保時，更非以憲法上比例原則審酌抗告人是否有「具保必要性」，自有違誤。(二)刑事訴訟法第119 條第2 項之修正，僅係放寬具保人聲請退保之要件，避免具保人因未履行相關通報義務，於無具保必要性情況下卻無法聲請退保，非將具保人個人之因素增列為退保聲請之審酌依據，本院104 年度台抗字第709 號裁定謂：「至於抗告人所稱具保人之利息負擔過重、將來無力償還

等情，縱令屬實，亦非得聲請退保之正當理由。」可資參照。原裁定以抗告人與聲請人間因存有民事債務不履行致雙方信賴關係不復存在、聲請人個人因此對外負債，及聲請人個人健康因素為由，准其退保，顯與上述修法及本院裁判意旨有違。刑事訴訟法第119 條第2 項於103 年1 月29日修正公布之立法理由記載：「於受准許具保停止羈押，被告本得自由選擇是否接受，於具保停止羈押後，倘因個人因素或其他考量（例如家庭因素、財務因素等），被告無力負擔具保金或面臨具保金之返還義務，被告亦應得選擇退保而接受羈押處分」。原裁定援引上開立法理由，認無論是被告或第三人聲請退保，如尚有其他替代方式得以保全被告，確保日後審判之進行及刑罰之執行，自無不許被告或第三人以個人因素退保並發還保證金之理。惟上開立法理由實屬誤引，蓋上開立法理由文字首見於刑事訴訟法第119 條第2 項之原始修正草案說明欄，嗣經提案之立法委員就該原始修正草案提出修正動議，於修正動議說明欄內並未見上開立法理由文字，該修正動議經相關委員會審查完竣後由立法院會經二讀及三讀程序通過，由此可知修正動議之版本始為現行條文，然相關立法紀錄卻將原始修正草案之說明欄誤植於審查會通過條文之說明欄，應有疏漏，原裁定未釐清上情，遽將原始修正草案說明欄所載之立法理由引為裁判基礎，並誤用「舉重明輕」之法理，僅考量第三人聲請退保之個人事由，忽略於第三人聲請退保時仍須審酌抗告人是否具有「具保必要性」，且不得以「羈押必要性」替代之，自屬有誤。(三)為達成確保國家刑罰權實施之目的，固可使用限制住居、責付、具保、羈押等強制處分，以保全被告、確保審判之進行及刑罰之執行，然依憲法所揭櫫之比例原則，可知上開強制處分間具有階層關係，倘限制住居、責付或具保已足達成上開目的即無須命羈押，僅在別無其他羈押替代手段得確保國家刑罰權之實施時，方得命被告羈押。然原裁定竟以「羈押」作為替代具保之選擇，如此將使得法院於聲請退保案件審酌「具保必要性」時，均得以「羈押」替代具保，無異於必須「一經聲請即應准許」，此與刑事訴訟法第119 條第2 項規定：「法院…得准其退保」以保留法院裁量空間之旨，及本院歷來裁判意旨，並不相符。(四)司法實務採「一案一保」，本件准

許第三人退保之裁定（臺灣高等法院108 年度聲字第4216號裁定）既已遭本院以109 年度台抗字第89號裁定撤銷，該筆保證金仍存於公庫，則要求抗告人另覓保證金或保證人之法律依據為何？又法院既以本院109 年度台抗字第89號裁定為由，拒絕將系爭保證金發還聲請人，抗告人為何不能執上開裁定以恢復停止羈押之狀態？109 年2 月7 日更審接押訊問程序中，未說明抗告人為何不能依上開裁定獲釋之理由，抗告人另於109 年2 月12日依刑事訴訟法第110 條具狀聲請停止羈押，主張法院應依上開裁定之旨釋放抗告人，原裁定未予回應，亦未說明將抗告人「暫」押之法律依據，有理由不備之違法。(五)聲請人以「擔心因此失信於人並債留子孫」、「抗告人未依約還款致聲請人身心俱疲頻頻住院」為由，聲請退保，原裁定未調查上開理由是否屬實，況抗告人已支付2 千5 百萬之利息，至少已付息至109 年2 月，原裁定未予釐清，有調查未盡、理由矛盾及理由不備之違法。(六)原裁定未敘明刑事訴訟法第119 條第2 項規定，是否為同法第117 條再執行羈押之法定事由，就本件聲請人免除具保責任之依據是否包括刑事訴訟法第119 條第1 項，理由中之記載亦前後不一，而有理由矛盾、理由不備之瑕疵。(七)原裁定未詳查系爭借貸契約之真意，抗告人僅係於交保後擔任「借款金額本金、利息」之連帶保證人，然其個人保證債務之範圍未及於應令抗告人再執行羈押之約定，違法准許聲請人退保之請求云云。

四、惟查：

(一)刑事訴訟法第119 條第2 項本文規定，被告及具保證書或繳納保證金之第三人，得聲請退保，法院或檢察官得准其退保。準此，是否准予退保屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權，法院自得依前揭規定審酌具保之被告或第三人之身分、地位、經濟能力、侵害法益之大小、逃亡之可能性等因素，重新裁量而准許其全部或一部退保。其此項裁量、判斷倘與法律規定無違，且不悖乎通常一般人日常生活經驗之定則或論理法則，即不得任意指為違法而據為抗告之適法理由。又具保為羈押之替代處分，以財產權之具保處分替代人身自由之羈押處分，被告固有權選擇退保而接受羈押之處分，而於具保人係第三人非被告，不願續任具保人而選擇退保時，

基於具保目的在保全審判之進行及刑罰之執行，若具保人於法院或檢察官得採取適當措施，以保全審判進行及刑罰執行之際，為退保之聲請，其聲請即非不具正當性及合理性，而得允許，俾能於國家刑事審判程序、刑罰權執行之保全外，亦確實兼顧被告及第三人基本權之保障。再者，就聲請退保之原因是否存在，因與犯罪構成要件無涉，於證據法則上並不適用「嚴格證明法則」，無須證明至毫無合理懷疑之確信程度，而僅須依「自由證明程序」釋明其合理之依據已足。

(二)原裁定對於何以認定本件聲請人之退保聲請應予准許，已詳敘其依憑及得心證之理由，核其所為論斷及裁量，並未違反經驗及論理法則，亦無逾越比例原則或有恣意裁量之違法情形。又卷查系爭借貸契約書記載略以：「甲方許世龍（借款人），乙方畢華民（貸與人），丙方…許金龍（連帶保證人）…第三條（一）甲、乙雙方同意借款期限自借款日起起算6 個月，於民國108年9月11日清償期屆至時，甲方及丙方應令許金龍先生返回監獄或看守所執行，以令乙方得取回新台幣2億元之保證金，如乙方無法於民國108年9月11 日取回保證金，則甲方，應將借款本金匯入乙方指定之帳戶…」。

顯見抗告人與聲請人間就聲請人僅欲於約定期限內提供保證金，使抗告人得停止執行羈押，期限屆至時抗告人須返回監所執行或依約償還借款本金乙事，已有合意，且對系爭鉅額之保證金約明運用之期限。屆期抗告人尚未履行上開還款約定，又不許聲請人退保，勢將使聲請人繼續負擔具保責任，無法調度該筆資金，對聲請人財產權之限制不可謂之不大，原裁定綜合審酌上開事由及訴訟進行之程度以及保全被告之狀況等情後允准聲請人退保之請求，核屬事實審法院裁量權之合法行使，未可任意指為違法或不當。與本院104 年度台抗字第709 號及108年度台抗字第460號等刑事裁定之意旨，亦無抵觸。況原審法院於准予聲請人退保後之再執行羈押程序，仍許抗告人得以同一具保條件續行覓保，並無未兼顧抗告人之具保必要性，於聲請人退保後僅容許以羈押代之。抗告人乃因覓保無著始再執行羈押，抗告意旨指摘原裁定以「羈押」替代「具保」，違反憲法上比例原則，混淆羈押必要性與具保必要性云云，非無誤會。

(三)刑事訴訟法第119 條第2 項於103年1月29日修正公布，將「被告預備逃匿情形

，於得以防止之際報告法院、檢察官或司法警察官而聲請退保者，法院或檢察官得准其退保，但另有規定者，依其規定」，修正為：「被告及具保證書或繳納保證金之第三人，得聲請退保，法院或檢察官得准其退保。但另有規定者，依其規定。」修正後條文放寬准許退保範圍，於第三人聲請退保時並未加諸任何限制，由法院或檢察官裁量是否准許。至於刑事訴訟法第119條第2項修正之立法理由，由原提案委員於提出法律修正案後，復提出修正動議，其案由謂：「為明確原提案修正意旨及考量實務作業，特提修正動議酌予文字調整，詳說明欄」，顯示該修正動議之說明欄意在說明提出修正動議之理由，而非取代原法律修正案之立法理由。提案委員於提出修正動議後，尚強調刑事訴訟法第119條第2項放寬退保限制之修正，考量及於具保人財務發生問題之情形，以上俱有立法院公報第103卷第2期委員會紀錄可稽。因此，刑事訴訟法第119條第2項修正條文之立法理由中所載：「於受准許具保停止羈押之裁定後，被告本得自由選擇是否接受，於具保停止羈押後，倘因個人因素或其他考量（例如家庭因素、財務因素等），被告無力負擔具保金或面臨具保金之返還義務，被告應亦得選擇退保而接受羈押之處分，…第三人聲請退保者亦同」等語，並非誤植。抗告人以原裁定引用誤植之立法理由作為裁判基礎，復誤用舉重明輕法理云云，指摘原裁定違法，自屬無據。（四）又本件具保人聲請發還保證金案件，應究者為其聲請依刑事訴訟法第119條第2項規定得否允許。至於抗告人是否應停止羈押，及其餘抗告理由，或就原審法院於108年12月24日所為之再羈押處分、108年12月25日之延長羈押處分，或對109年2月7日經本院發回更審後原審法院所為之羈押處分等與本件聲請應否允許無關之事項為爭執，非具體指摘原裁定如何違法或不當。

五、綜上，本件抗告意旨，無非就原裁定明白之論斷，或已為原裁定指駁之陳詞及枝節之事項，以及原審採證認事及裁量職權之適當行使，任憑己見漫為指摘，其抗告為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第412條，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 5 月 14 日
最高法院刑事第五庭

審判長法官 林 勤 純
法官 許 錦 印
法官 王 梅 英
法官 莊 松 泉
法官 蔡 新 毅

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 5 月 21 日

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 524 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 05 月 07 日

裁判案由：強盜殺人聲請再審

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第524號

抗 告 人 朱旺星

上列抗告人因強盜殺人案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國109年2月27日駁回聲請再審之裁定（109年度聲再字第5號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第420條第1項第6款及第3項規定，為受判決人之利益，得以發現單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決者應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名判決之新事實或新證據為由，聲請再審。是為受判決人利益聲請再審所憑之新事實或新證據，除須具有未經判斷之嶄新性（或稱新規性）外，尚須具備單獨或與先前之證據綜合判斷而足以動搖原確定判決所認定事實之確實性（或稱明確性、顯著性），二者均不可或缺，倘未兼備，因與上揭法定聲請再審事由不符，原審法院即應認聲請再審為無理由，依同法第434條第1項規定，以裁定駁回之，且依同條第3項規定，不得更以同一原因聲請再審。
- 二、本件抗告人朱旺星因強盜殺人案件，對於本院99年度台上字第1249號確定判決聲請再審意旨略以：
 - （一）依原確定判決卷附「0000專案現場勘察報告」編號34照片（下稱34號照片，其餘分別逕以編號數稱之）所示，因被害人張丁仁舌頭外凸及眼部覆蓋沾染屍血衛生紙，致難以分辨口、鼻形狀，進而亦無法判斷鼻孔有無遭膠帶纏繞封住，故更四審判決認該照片內容未有如抗告人所稱鼻孔處未遭膠帶粘貼封住之事實，從而未為有利之認定。惟該照片內容（註：證一X軸10至12，與Y軸5至6交接處可見左耳、左臉頰膚色）尚可以看見被害人左邊耳朵、臉頰皮膚顏色，由此堪認被害人鼻孔處未遭膠帶纏繞封住之事實（蓋因鼻孔若遭膠帶纏繞封住，則膠帶必纏繞蓋住臉頰、耳朵）。此係屬刑事訴訟法第420條第3項規定之新事實

，具有新規性，且單獨判斷即可產生合理懷疑被害人未遭膠帶纏繞口、鼻致死，而足以推翻原確定判決所認事實（即抗告人以膠帶纏繞封住被害人口、鼻致窒息死亡），得以受輕於原確定判決所認強盜故意殺人罪之蓋然性。

（二）依11、25、26號照片顯示「左前車門內側扶手處、左後車門內側均有40個以上點滴狀血跡」事實，未見歷審有予以斟酌，應有新規性。又此「左前、後車門內側共有80個以上點滴狀血跡」事實，綜合卷內證人鍾錦凰警詢筆錄所稱被害人於民國92年8月18日早上6時30分許被毆打受傷流血（事實審亦認定被害人於該時被毆打受傷血流滿面），堪認此「車門內側80個以上點滴狀血跡」是當時因被毆打受傷血流未止時，進入車內後始噴濺；且依其噴濺之數量（80點以上）、位置（左前駕駛座）等情，當時（18日7時後）被害人尚非已死亡而不動之屍體。此自足以動搖原確定判決強盜殺人罪所憑認定抗告人係於上開時間以膠帶封住被害人口鼻致死亡後，於同日7時許將屍體抬入車內再棄屍之事實。是基於無罪推定原則，抗告人應受輕於原確定判決所認強盜殺人之罪名。

（三）依12號照片顯示「左後乘客座上有沾血衛生紙1團、腳踏板上（左邊）有沾血襯衫（右邊）有沾血衛生紙」事實，未見歷審曾予以斟酌，應有新規性。而此「後乘客座有沾血襯衫、沾血衛生紙」事實，綜合鍾錦凰警詢筆錄，應係於當時被害人受傷流血未止，進入車內乘客座由抗告人幫忙擦拭血跡所棄置，故被害人應尚未死亡，否則如已死亡，何須幫忙擦血。故合理可疑原確定判決所認被害人於同日7時許進入車內前已遭殺害之真實性，則基於無罪推定原則，抗告人應受輕於原確定判決所認強盜殺人之罪名。原鑑定人劉景勳法醫於原審上訴審證述「因為死者（屍體）來的時候，膠帶已經移除，但是依據外表觀察，死者雙耳連線以下到下巴有白色壓跡，人死後應該會有充血反應，但是這個部分因為有東西壓住，所以沒有充血，而鼻頭蒼白，鼻頭代表外呼吸道．．．所以因而判定膠布經過其口、鼻。」等語，顯與34號照片所示「被害人鼻頭未有蒼白；並能見左耳朵、臉頰未遭膠帶纏繞粘貼，堪認鼻孔未遭膠帶纏繞經過」不符，請求函請法務部法醫研究所對此

情節表示意見，俾為再審理由之判斷。爰依刑事訴訟法第420 條第1 項第6 款、第3 項請求再審云云。

三、原裁定則略以：

- (一) 關於11、26、34號照片部分，業經原審以108 年度聲再字第29號裁定以該現場相片，係原確定判決確定前已存在之證據，且經原審於98年度上重更（四）字第42號案件（下稱原審更四審，即原確定判決第二審）審理時，已加以審酌認定，於判決時並引為本案認定事實之依據，而認不合於刑事訴訟法第420 條第1 項第6 款所定之新事實、新證據之要件，且認再審無理由以裁定駁回（見原裁定理由五、（一）、2.已載明抗告人前曾以此相同之再審理由提出聲請再審，業經原審以108年度聲再字第29 號裁定認與「未經判斷資料性」之新規性要件不符，而難認係「新事實、新證據」予以駁回再審之聲請，並經本院駁回抗告確定）。本件抗告人復以上揭同一原因聲請再審，顯非適法。
- (二) 關於12、25號照片部分，本案被害人死亡之原因，業據原審更四審判決認定死因為口鼻有膠帶經過之痕跡，造成呼吸道阻塞窒息，死亡方式為他殺，並依鑑定人即劉景勳法醫師於原審上訴審所稱其判定膠布經過其口、鼻，及證人季麟慶法醫於原審之前審證稱：就我個人由照片看，死者的鼻孔是有被膠帶黏住。我去相驗時，有將被害人臉部膠帶拆下來，相驗時就看出來是窒息死亡，後來解剖結果更證明是窒息死亡等語。復有卷附經證人即警局鑑職人員許決義、范兆興於原審更三審結證屬實之「0000專案現場勘察報告」、檢察官勘驗張秋龍租住處之勘驗筆錄、（改制前）臺南縣政府警察局現場勘察採證報告書及現場照片等可佐，足認被害人係遭人以膠帶纏繞網綁口鼻部，致無法呼吸而窒息死亡；另經原審依同案共犯張壯民聲請委請（改制前）臺南縣政府警察局將編號34、40、59、57號之照片加以放大後，亦未有鼻孔處未遭膠帶粘貼封住之情形，乃認定抗告人本案係強盜殺人犯行之理由及判斷之依據。而本件所提出之12、25號照片證據早已存在於卷內，且經原確定判決法院，加以審酌認定，並於其判決理由內詳述得心證之理由，是上開證據顯然非屬具有「未判斷資料性」的「新證據」，核與上揭刑事訴訟法第420 條第1 項第

6 款所規定再審的要件不符。

- (三) 聲請再審得同時釋明其事由聲請調查證據，法院認有必要者，應為調查；法院為查明再審之聲請有無理由，得依職權調查證據；刑事訴訟法第429 條之3 固有明文。然上開調查證據，仍以認有必要或為查明再審之聲請有無理由為前提，抗告人固以原鑑定人劉景勳法醫於原審上訴審證述「因為死者（屍體）來的時候，膠帶已經移除，但是依據外表觀察，死者雙耳連線以下到下巴有白色壓跡，人死後應該會有充血反應，但是這個部分因為有東西壓住，所以沒有充血，而鼻頭蒼白，鼻頭代表外呼吸道．．．所以因而判定膠布經過其口、鼻。」之判斷，顯與34號照片所示「被害人鼻頭未有蒼白；並能見左耳朵、臉頰未遭膠帶纏繞粘貼，堪認鼻孔未遭膠帶纏繞經過」不符，請求函請法務部法醫研究所對此情節表示意見判斷云云。然依前述說明，聲請人上開聲請調查證據，並無足影響原確定判決之結果，亦與查明再審之聲請有無理由無涉，而無調查之必要。而認本件再審之聲請，均重為爭執，一部分不合法，一部分無理由，均予駁回。且於理由三、說明所謂同一原因，係指同一事實之原因而言；是否為同一事實之原因，應就重行聲請再審之事由暨其提出之證據方法，與已經實體上裁定駁回之先前聲請，是否完全相同，予以判斷，若前後二次聲請再審原因事實以及其所提之證據方法相一致者，即屬同一事實之原因，自不許其更以同一原因聲請再審之旨（見原裁定第3 頁）。並依此旨認抗告人所提出之11、26、34號照片主張「被害人左耳朵、臉頰未有膠帶纏繞粘貼」、「左前車門內側扶手處、左後車門內側均有40個以上點滴狀血跡」等事實，均於原確定判決前已存在，並於審理時均已加以審酌認定，而難認合於刑事訴訟法第420條第1 項第6款所定之新事實、新證據；另關於12、25號照片部分，原裁定亦說明，固不能逕認與前聲請再審案件係同一原因事實，惟業經原審更四審判決理由中說明如何認定本案強盜殺人犯行之理由及判斷之依據，所為事實之認定及證據之斟酌取捨，亦無違背證據法則、經驗法則、論理法則之情事，亦核與刑事訴訟法第420條第1 項第6款所規定再審的要件不符等語。本件原裁定，已就抗告人

所提本件聲請再審之前揭事證，並不符新事實、新證據予以說明，經核於法尚無不合。

四、抗告意旨略以：

- (一) 34號照片顯示左耳朵及臉頰未有膠帶纏繞綑綁鼻孔之事實，此與法務部法醫研究所鑑定書所稱：「死因為口鼻有膠帶經過之痕跡」不符，應請該所再予說明，原裁定不予調查係不適用刑事訴訟法第429 條之3 第1 項之違法。
- (二) 抗告人於109 年2 月5 日以聲請狀請求原審提供卷證影本以便補充陳述，惟原審迄今未為准駁，於抗告人尚未取得卷證影本前即裁定駁回抗告人之再審聲請，亦有不適用刑事訴訟法第429 條之1 第3 項規定之違法。

五、惟查：

- (一) 刑事訴訟法第429 條之3 固規定聲請再審得同時釋明其事由聲請調查證據，法院認有必要者，應為調查；法院為查明再審之聲請有無理由，得依職權調查證據。惟參酌其立法理由，所謂法院認有必要者，並非漫無限制，當係以若無法院協助，一般私人甚難取得之相關證據，諸如該證據為國家機關所持有、通信紀錄為電信業者所保管、監視錄影紀錄為私人或鄰里辦公室所持有等情形；又或為填補聲請人於證據取得能力上之不足，例如以判決確定前未存在之鑑定方法或技術，就原有之證據為鑑定，發現其鑑定結果有足以影響原判決之情事，倘該鑑定結果為法院以外其他機關所保管，聲請人未能取得者，自得聲請法院調取該鑑定結果為限。查本件上揭抗告意旨(一)所指證據，既經法務部法醫研究所鑑定明確，並經相關專家鑑定說明，原裁定復已說明該所聲請調查之證據，並無足影響、動搖原確定判決之結果，亦無調查之必要。抗告意旨，猶執陳詞，指摘原裁定此部分違法，自難認有理由。
- (二) 刑事訴訟法第429條之1第3 項之規定，查係再審聲請人得準用同法第33條之規定，有向法院聲請獲知相關卷證資料之卷證資訊獲知權之明文，並未規定受理該聲請時，即應停止審理，或縱該再審之聲請範圍部分業經詳查，仍不得終結之。原審既以本件提出聲請再審之相關新證據或所謂新事實之範圍，經其審理結果，認一部分重為聲請而不合法，一部分並無理由，均予駁回，於理由均予詳為敘明，

未就其取得卷證影本資料予以准駁，即以本件再審聲請為無理由而駁回，亦無不合。況抗告人嗣後閱覽卷證結果，若認有符合其他再審事由者，非不得另依法提出再審之聲請。抗告意旨(二)以原裁定有不適用刑事訴訟法第429 條之1第3項規定之違法云云，於法自屬無據。

(三) 抗告意旨猶執前詞，仍徒憑己見，就原確定判決之事實認定及採證程序，及已於理由詳為說明判斷之事項，均有違誤為由，重為爭執，而據以指摘原裁定有前揭違法，應認其抗告為無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第412條，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 5 月 7 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官	林	勤	純
法官	許	錦	印
法官	王	梅	英
法官	蔡	新	毅
法官	莊	松	泉

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 5 月 20 日

書記官

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 597 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 05 月 07 日

裁判案由：違反銀行法等罪

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第597號

抗 告 人 陳杜摘

陳聖珠

被 告 朱明德

張秀珠

林千智

陳岳彤

鄭秉豐

陳元忠

劉筱娟

陳榮陞

吳沛玲

洪麗淑

上列抗告人等因被告等違反銀行法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109 年3 月11日駁回其聲請假扣押之裁定（109 年度聲字第436 號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、按刑事訴訟之目的在於實現國家之刑罰權，民事訴訟之目的則在於確定當事人之私權。附帶民事訴訟，係於刑事訴訟中附帶提起之民事訴訟，在犯罪行為中，私法上權利被侵害之人，得利用刑事訴訟程序，請求回復其損害。

又提起附帶民事訴訟，應於刑事訴訟起訴後第二審辯論終結前為之；但在第一審辯論終結後提起上訴前，不得提起。附帶民事訴訟除本編有特別規定外，準用關於刑事訴訟之規定；但經移送或發回、發交於民事庭後，應適用民事訴訟法。

民事訴訟法關於假扣押、假處分及假執行之規定，於刑事附帶民事訴訟準用之。提起附帶民事訴訟，應提出訴狀於法院為之。前項訴狀，準用民事訴訟法之規定。刑事訴訟法第48 條、第490 條、第491 條第10款、第492 條分別定有明文。是於刑事訴訟程序，主張因犯罪行為中私法上權利被侵害

之人，聲請關於民事訴訟有關之假扣押、假處分及假執行，應依上開規定「合法提起」附帶民事訴訟，刑事法院始得據上開準用民事訴訟法之規定而為裁定。

另刑事上所謂同一案件，係以被告及犯罪事實均屬同一為斷。而所謂事實同一，指訴之目的及侵害性質行為之內容是否同一，即以檢察官或自訴人請求確定被告具有侵害性質之社會事實關係為準，乃從被告其人及行為判斷是否同一案件。

二、聲請意旨略以：原審受理107 年度重金更二字第 5 號、103 年度重附民字第51、54號，債權人即抗告人陳杜摘、陳聖珠與債務人即被告朱明德、張秀珠、林千智、陳岳彤（即陳宜湏）、鄭秉豐（即鄭丞証；依抗告狀所載）、陳元忠（即陳庚；依抗告狀所載）、劉筱娟、陳榮陞、吳沛玲（即吳雨靜）、洪麗淑（以上諸人，下稱朱明德等人）間之假執行、假扣押及假處分事件，請命朱明德等人提供擔保品新臺幣1,790 兆元賠償金，依會計師法第39條規定做出金流，以利檢察官再扣押俾返還扣押物，並依犯罪被害人保護法第29條規定，在刑事司法程序，使被害人獲得補償，為此聲請假扣押、假處分及假執行等語。

三、原裁定略以：陳聖珠前因朱明德、林千智違反銀行法等刑事案件，向臺灣臺北地方法院提起之刑事附帶民事訴訟，已經該院以103 年度重附民字第51號及第54號駁回其請求（含其假執行之聲請），其後陳聖珠並未提出上訴，且原審迄今僅受理朱明德（1 人）之刑事案件，抗告人等聲請之程序，於法不合，應予駁回等語。

四、抗告意旨略謂：

（一）原審法院之被告雖只有朱明德，其餘部分被告由臺灣高等法院高雄分院（下稱高雄高分院）、本院審判三審定讞，抗告人等是在高雄高分院103年度金上重訴第2號、第3 號案件審理中，重提附帶民事訴訟（102 年度重附民第5 號〈按應係指103 年度重附民字第5 號〉；未列鄭秉豐、朱元德），同樣犯罪事實，且為共犯，僅現金流不同，有審判一罪關係，依審判不可分之法理，上開103 年度重附民字第5 號應併案辦理，應更正103 年度重附民字第51號、第54號裁判。

（二）假扣押及假處分只須釋明將來有難以執行之虞即可，本件

：(1)被告朱明德等人，在民國102 年12月16日在看守所時，寫給吳雨靜，要把合約「美的世界」、「海撈」、「十度資本額」、「雲遊國際」的資金及獲利洗錢至3、4 攤，信中有寫「新台幣百億計畫」，獲利新臺幣44億元等文；(2) 被告朱明德等人，長期往返大陸等地，早把資金移往全球佈局而獲利，此為組織犯罪，只要針對被告朱明德上訴，檢察官必須調查清楚後，對於共犯在二審結束以前，再行更正判決即可。(3)「被告等人為正犯與共犯關係，且為累犯，應為刑事沒收返還被害人」，「且於刑事更判決書上寫上……沒收金額：新台幣壹仟柒佰玖拾萬元整」云云。

五、經核，原審迄今僅受理朱明德之刑事案件，有原審查詢紀錄可稽；另抗告意旨陳稱其等另向高雄高分院提起附帶民事訴訟，既未向原審法院提起，則原審即無關於抗告人等對於被告等人提出附帶民事訴訟之繫屬，自無從依刑事訴訟法第 491 條第10款準用民事訴訟法之規定，就假扣押、假處分或假執行予以審究；又本件被告等既不相同，亦無刑事上同一案件之適用。原裁定以抗告人聲請之程序不合法，予以駁回，結論尚無不合。其餘抗告意旨，並未針對原裁定駁回其聲請，如何違法或不當而為指摘，自無從推翻原裁定。依上說明，其抗告為無理由，應予駁回。

至刑事訴訟法第511 條第1 項，乃指無刑事訴訟之存在，其附帶民事訴訟之上訴係合法，而法院僅應就合法之附帶民事訴訟為實體上之審判之情形，本件並無該條之情事，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第412條，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 5 月 7 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官	洪	昌	宏
法官	蔡	彩	貞
法官	林	孟	宜
法官	楊	智	勝
法官	吳	淑	惠

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 5 月 15 日

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 619 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 05 月 13 日

裁判案由：聲請給付沒收物執行指揮命令聲明異議

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第619號

抗 告 人 范宗明

陳銘杰

上列抗告人等因聲請給付沒收物案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國109年3月31日駁回對於檢察官執行指揮命令聲明異議之裁定（109年度聲字第135號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定關於駁回聲明異議部分撤銷，應由臺灣高等法院高雄分院更為裁定。

理 由

一、抗告人即異議人范宗明、陳銘杰（下稱抗告人等）於原審聲明異議意旨略以：

（一）抗告人等係被告吳森彬即得億智投資開發股份有限公司（下稱得億智公司）法定代理人及姜志忠、葉炳材（原名為葉鼎南，下同）、楊能貴、孫嘉澤、黃弘仁、林春葉（法定代理人胡正儀）、呂秀齡等人（以上8人，除吳森彬通緝外，餘7人下稱被告等）違反銀行法之被害人，而被告等違反銀行法案件，業經臺灣高雄地方法院（下稱高雄地院）以103年度金重訴字第2 號判決，及原審以104年度金上重訴字第3 號、105 年度金上訴第4號判決判處罪刑，並經最高法院以106年度台上字第2777號判決駁回上訴確定。

（二）抗告人等另向被告等、吳森彬及得億智公司請求損害賠償民事事件，業取得高雄地院核發之106 年度司執字第108193 號、107 年度司執字第113641號債權憑證後，持向臺灣高雄地方檢察署（下稱高雄地檢署）請求給付沒收物，惟經該署以民國108年10月15日雄檢欽來104偵2777字第1080072796號函（下稱甲處分），復稱：前開違反銀行法案件，因被告吳森彬通緝中，扣押之銀行帳戶暫不宜發還等語；再以同署108年12月30日雄檢欽峽108 執聲他2478字第1080091620 號函（下稱乙處分），答稱：因得億智公司尚未辦理清算，沒收款尚未確定等詞，拒絕抗告人等聲請給付沒收物，抗告人等為此聲明異議，請求撤銷上開2處分。

二、原裁定略以：

- (一)范宗明因前開違反銀行法案件，業已取得對被告等應負損害賠償之勝訴民事判決執行名義，嗣持向高雄地院請求對被告等之財產為強制執行均無結果，而經該法院發給債權憑證之事實，有其提出該院所核發之債權憑證為憑；又被告等因違法吸收資金而違反銀行法案件，經原審法院以104 年度金上重訴字第3 號、105年度金上訴第 4 號判決判處罪刑，嗣經最高法院以106 年度台上字第 2777 號判決駁回上訴確定（下稱確定判決），有各該判決書影本在卷可稽；而得億智公司負責人吳森彬因上揭違反銀行法案件，因逃匿而經第一審通緝中，亦據確定判決書載明在卷；另依確定判決書附表十八所載，確扣得吳森彬、呂秀齡、得億智公司等人之帳戶內存款、現金共新臺幣4000餘萬元及股票。
- (二)經調取高雄地檢署108 年度聲他字第2478號卷查核結果，該署執行檢察官並未依「檢察機關辦理沒收物及追徵財產之發還或給付辦法」就前揭扣押物為任何處置，且依該案卷證據資料，亦無從判斷有何執行程序無從進行之情事，而得億智公司尚未辦理清算，或沒收款尚未確定，亦無礙依上開辦法進行公告或就無爭議部分先為給付等程序，則范宗明執刑事訴訟法第473 條第2項、第484條規定，認乙處分為不當，聲明異議即屬有理由，爰將乙處分撤銷（對范宗明部分），由該署檢察官另為適法之處分。
- (三)惟得依刑事訴訟法第473 條第2項準用同法第484條規定向法院聲明異議者，以對沒收物之發還、給付之執行有不服者為限，因此，若非沒收物之發還、給付之執行效力所及之人，即不得聲明異議。本件甲處分之相對人並非抗告人等，而係高雄地院，抗告人等自不得對之聲明異議；再陳銘杰非乙處分之對象，亦不得對該處分聲明異議，爰駁回抗告人等關於此部分之聲明異議。三、依刑事訴訟法第 473 條第1項、第 2項規定，刑事沒收物、追徵財產，於裁判確定後1 年內，得由權利人或因犯罪而得行使債權請求權之人已取得執行名義者，向檢察官聲請發還或給付；而聲請人對檢察官關於發還、給付之執行不服者，亦準用同法第484 條之規定得向諭知該裁判之法院聲明異議。是以，得以檢察官上開發還或

給付之執行指揮為不當，而聲明異議者，自係指該執行指揮處分效力所及之人。卷查乙處分已載明係答復抗告人等聲請給付沒收款一事，且其正本均發送予抗告人等之意旨（見原審卷第7頁），原裁定卻認陳銘杰非乙處分之對象，即與卷證資料不符；而甲處分固係以高雄地院為受文者，惟其說明欄已載稱係：「覆貴院（即高雄地院）108年9月10日雄院和108司執讓字第 82661號函」（見原審卷第9頁），顯係對高雄地院108年度司執讓字第 82661 號民事執行事件所為回覆，而該事件乃抗告人等持上開債權憑證為聲請之民事執行事件，亦有各該債權憑證影本所附繼續執行紀錄表可憑（見原審卷第25頁、第31頁），則甲處分顯然已影響抗告人等對前開違反銀行法案件扣案沒收物之民事執行聲請，原裁定猶認抗告人等均非甲處分效力所及之人，亦嫌未恰。抗告人等抗告意旨執以指摘原裁定不當，為有理由，應將原裁定關於駁回聲明異議部分撤銷，由原審法院另為適當之處理。

據上論結，應依刑事訴訟法第413條前段，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 5 月 13 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官	吳	信	銘
法官	何	菁	莪
法官	梁	宏	哲
法官	林	英	志
法官	蔡	廣	昇

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 5 月 18 日

書記官

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 678 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 05 月 27 日

裁判案由：偽造文書等罪定應執行刑

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第678號

抗 告 人 謝翔宇（原名謝耀樟）

上列抗告人因偽造文書等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109年4月14日定應執行刑之裁定（109年度聲字第1267號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷，應由臺灣高等法院更為裁定。

理 由

- 一、本件原裁定以抗告人即受刑人謝翔宇所犯如其附表所示偽造文書等罪，分別經判刑確定處刑如附表所示，依檢察官之聲請，定其應執行之刑為有期徒刑3年，固非無見。
- 二、惟按刑法第50條規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第51條規定定之。」是受刑人就得易科罰金之罪，自得選擇是否與不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪，定應執行刑，以符合其實際受刑利益。倘受刑人就其所犯得易科罰金之罪與不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪，並未請求檢察官合併聲請定應執行刑者，法院自不能違法予以准許。
- 三、查本件抗告人所犯如附表編號3至5所示之罪，係屬不得易科罰金、不得易服社會勞動之罪；惟如附表編號1、2所示之罪，原確定判決係依刑法第185條之3第1項第1款、同法第216條、第210條規定，分別量處有期徒刑3月、6月，依刑法第41條第1項規定，均屬得易科罰金之罪。故依刑法第50條第1項但書及第2項規定，除受刑人請求檢察官聲請定應執行刑外，不在併合處罰之列。卷查，抗告人係於「臺灣桃園地方檢察署依102年1月23日修正之刑法第50條調查受刑人是否聲請定應執行刑調查表」，勾選「就上列案件我『不要』聲請定刑」一欄，並簽名捺指印（見原審卷第4頁）。原審未察

，逕依檢察官之聲請，即就如附表所示5 罪全部予以裁定定應執行刑，於法尚有未合。抗告人抗告意旨雖未指摘及此，但為本院得依職權調查事項，爰由本院將原裁定撤銷，由原審法院更為適法之裁定。

據上論結，應依刑事訴訟法第413條前段，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 5 月 27 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 吳 信 銘

法官 何 菁 莪

法官 梁 宏 哲

法官 蔡 廣 昇

法官 林 英 志

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 6 月 1 日

書 記 官