

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 225 號.....	3
二、108 年度台上字第 2666 號.....	4
三、109 年度台上字第 180 號.....	6
四、109 年度台上字第 1283 號.....	8
五、109 年度台上字第 1590 號.....	10
六、109 年度台上字第 2479 號.....	11
七、109 年度台上字第 2522 號.....	14
八、109 年度台上字第 3240 號.....	16
九、109 年度台上字第 3289 號.....	17
十、109 年度台上字第 3421 號.....	19
十一、109 年度台上字第 3475 號.....	21
十二、109 年度台上字第 3478 號.....	24
十三、109 年度台上字第 3488 號.....	24
十四、109 年度台上字第 3499 號.....	25
十五、109 年度台上字第 3522 號.....	26
十六、109 年度台上字第 3546 號.....	27
十七、109 年度台上字第 3574 號.....	29
十八、109 年度台上字第 3578 號.....	30
十九、109 年度台上字第 3790 號.....	32
二十、109 年度台上字第 3898 號.....	33
二一、109 年度台抗字第 1122 號.....	35
二二、109 年度台抗字第 1185 號.....	37

裁判全文

108 年度台上字第 225 號.....	40
108 年度台上字第 2666 號.....	45
109 年度台上字第 180 號.....	67
109 年度台上字第 1283 號.....	70
109 年度台上字第 1590 號.....	74
109 年度台上字第 2479 號.....	77
109 年度台上字第 2522 號.....	81
109 年度台上字第 3240 號.....	86
109 年度台上字第 3289 號.....	89
109 年度台上字第 3421 號.....	100
109 年度台上字第 3475 號.....	109
109 年度台上字第 3478 號.....	113
109 年度台上字第 3488 號.....	115
109 年度台上字第 3499 號.....	118
109 年度台上字第 3522 號.....	122
109 年度台上字第 3546 號.....	125
109 年度台上字第 3574 號.....	130
109 年度台上字第 3578 號.....	135
109 年度台上字第 3790 號.....	143
109 年度台上字第 3898 號.....	145
109 年度台抗字第 1122 號.....	148
109 年度台抗字第 1185 號.....	151

一、108 年度台上字第 225 號（裁判書全文）

- （一）按刑事妥速審判法第 9 條第 1 項規定，除同法第 8 條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以該判決所適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例者為限；同條第 2 項並明定刑事訴訟法第 377 條至第 379 條、第 393 條第 1 款規定，於前項案件之審理，不適用之。係專就前述案件上訴第三審之理由所設之嚴格限制。其立法理由既以：案件於第一審判決無罪，第二審法院仍維持第一審所為無罪判決，若允許檢察官或自訴人就無罪判決一再上訴，被告因此必須承受更多之焦慮及不安，有礙被告接受公平、迅速審判之權，因此合理限制檢察官、自訴人之上訴權，明定提起第三審上訴之理由，以落實嚴格法律審之理由為限，使檢察官、自訴人更積極落實實質舉證責任。則該條所稱「維持第一審所為無罪判決」，除維持第一審在主文諭知無罪之判決外，自包括第二審法院經實體審理結果，就裁判上一罪案件之一部，維持第一審於判決理由內論敘不另為無罪諭知之情形，始合於前述立法本旨。從而檢察官對於裁判上一罪中之一部經一、二審均說明不另為無罪諭知者，提起第三審上訴，其上訴理由書狀應具體敘明原判決該部分有何刑事妥速審判法第 9 條第 1 項各款所列事項，係屬法定要件。檢察官之上訴理由書狀如果未具體指明前述法定事由，法院應以其第三審上訴違背法律上之程式，予以駁回。若第三審法院誤為發回更審之判決，即屬法院受理訴訟不當之違法，本院所

為發回更審判決以及原審法院所為更審之判決（即原判決），均難謂有效，若仍在上訴中者，應由本院將原判決（原審之更審判決）予以撤銷即足，毋庸更為如何之裁判。若已確定者，既具判決之形式，應依司法院釋字第 135 號解釋意旨，循非常上訴程序救濟。

- （二）刑事妥速審判法第 9 條關於上訴第三審理由之嚴格限制，為刑事訴訟法之特別規定。是類案件訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，業經立法機關衡量訴訟案件之種類、性質，及前述訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之運用等因素，決定透過法律明定該第三審嚴格法律審之合法上訴要件，俾合理限制檢察官、自訴人之上訴權，並確保國家刑罰權之正確行使。且其目的既在避免檢察官或自訴人對於上開經一、二審均為無罪認定之案件一再上訴，影響被告受公正與迅速審判之權利，自無區別該無罪判決之理由究為不能證明被告犯罪或行為不罰，而異其規範之必要。尤無針對裁判上一罪中之一部經一、二審均不另為無罪諭知之第三審上訴要件，另予差別待遇之正當理由。從而第二審法院就裁判上一罪案件之一部，維持第一審於判決理由內論敘不另為無罪諭知之認定者，不論其理由係認定不能證明被告犯罪或行為不罰，檢察官對之提起第三審上訴之理由書狀，俱應具體指明原判決該部分有何刑事妥速審判法第 9 條第 1 項各款所列事項，方為適法。

參考法條：刑事妥速審判法第 9 條。

二、108 年度台上字第 2666 號（裁判書全文）

- (一) 刑法學理上所謂「集合犯」，係指符合犯罪構成要件之行為，依其本質、犯罪目的及社會常態觀之，常具有反覆或延續實行之特性，此等反覆、延續之行為，於自然意義上雖係複數之行為，但依社會通念，在法律上應總括為合一之評價，立法者於立法時乃將之規定為獨立之犯罪類型，而為包括之一罪。惟行為人反覆或延續實行之數行為，是否均屬集合犯之包括一罪，而僅受一次評價，仍須從行為人主觀上是否自始即具有單一或概括之犯意，客觀上反覆多次實行行為是否實現該犯罪之必要手段，以及數行為之時空關係是否密切銜接，並依社會通常健全觀念，秉持刑罰公平原則加以判斷。
- (二) 證券交易法第 20 條第 1 項將「有價證券之買賣，有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為」，作為處罰之對象，從其犯罪構成要件觀察，尚難認此項犯罪行為本即含有反覆或延續實行之特徵，亦無從認定立法者於立法時已預定該犯罪之本質必有數個同種類行為反覆實行之情形。
- (三) 原判決理由已說明：上訴人等本件被訴對於不同被害人所為多次證券詐偽之行為，在時間差距上可以分開，且每次詐偽行為之被害人亦非同一，僅係侵害同性質之法益，其等所為之各次行為，依一般社會健全觀念，在時間上可以分開，在刑法評價上亦各具有獨立性，皆可獨立成罪，如係基於概括犯意而為，在刑法修正廢除連續犯規定之前應依連續犯規定論以 1 罪，在刑法修正廢除連續犯規定之後，則應依一罪一罰原則，予以分論併罰等旨綦詳，核其此部分所為之論斷，於法尚無違誤。

- (四) 刑罰係以行為人之責任為基礎，而刑事責任復具有個別性，因此法律授權事實審法院依犯罪行為人個別具體犯罪情節，審酌其不法內涵與責任嚴重程度，並衡量正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的之實現，而為適當之裁量，此乃審判核心事項，故事實審法院在法定刑度範圍內裁量之宣告刑，倘其量刑已符合刑罰規範體系及目的，於裁量權之行使無所逾越或濫用，即屬適法妥當，自不得任意指摘為違法。
- (五) 行為人有法定減刑事由者，法院祇須援用該減刑之法條予以減輕其刑即可，不以說明其減輕比例、幅度及減輕後處斷刑之上下限度為必要。原判決就其適用刑事妥速審判法第 7 條規定減輕上訴人等之刑，已於理由內敘明以上訴人等所犯各罪之法定刑為基礎，審酌上訴人等經歷審傳喚證人及調閱資料等相關調查證據程序之具體情形，就其等所犯各罪依刑事妥速審判法第 7 條規定減輕其刑等旨甚詳，縱未敘明其減輕之比例、幅度及其理由，亦非違法。

參考法條：刑法第 50 條、第 51 條。

證券交易法第 20 條。

刑事妥速審判法第 7 條。

三、109 年度台上字第 180 號（裁判書全文）

- (一) 沒收，應適用裁判時之法律，民國 104 年 12 月 30 修正公布，105 年 7 月 1 日施行之沒收新制，將沒收重新定性為「刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）」，並就沒收標的之違禁物、供犯罪

所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物（刑法第 38 條第 1 項、第 2 項前段，統稱為犯罪物品）及犯罪所得（刑法第 38 條之 1 第 1 項前段）分別規範。惟不論是犯罪物品或犯罪所得，原則上都以屬於行為人者，法院始得宣告沒收；申言之，並不以被告已取得所有權者為限，舉凡犯罪行為完成時，「已」受被告實質支配之財物或不法利益，均應屬之。此所謂「供犯罪所用」，指對於犯罪具有促成、推進或減少阻礙的效果，與犯罪本身具有密切關係，而於犯罪之實行有直接關係之物而言；而「犯罪預備之物」，係指為了實施犯罪而預備之物；「犯罪所生之物」，則是因犯罪之結果產生之物，如偽造文書罪中之假文書。至於「犯罪所得」，依其取得原因可分為「為了犯罪」而獲取之報酬或對價（行為人因實行犯罪取得對價給付之財產利益，此類利得並非來自於構成要件的實現本身，例如收受之賄賂、殺人之酬金），及「產自犯罪」（行為人直接因實現犯罪構成要件，而在任一過程獲得之財產增長，例如竊盜、詐欺等財產犯罪所得之財物）二者。雖法律效果皆為沒收，但所適用之法條畢竟不同，仍有辨明正確適用法條之必要，否則即有適用法則不當之違失。

- （二）判決理由欄貳、七、（二）卻祇略謂：無證據證明賽○○○公司因而取得該等營業秘密，遽認附表三所示臺○○○公司之營業秘密，為上訴人 4 人之犯罪所得，卻未充分說明，究竟是「為了犯罪」獲取之報酬或對價？抑或「產自犯罪」而獲得之利潤或利益？（甚或屬於刑法第 38 條第 2 項前段規定，得沒收之犯罪物品）顯有理由欠

備之違失，允宜詳查、說明。又原判決上開理由，既認其附表三所示，為臺○○○公司之營業秘密，卻逕將該「營業秘密」（屬於被害人臺○○○公司）依刑法第 38 條之 1 第 1 項沒收，其沒收標的究竟是系爭「營業秘密」或載有系爭營業秘密之「電磁紀錄」（載體），價值為何？案經發回，宜一併注意及之。

參考法條：刑法第 38 條、第 38 條之 1。

四、109 年度台上字第 1283 號（裁判書全文）

- （一）森林係指林地及其群生竹、木之總稱。而所謂森林主產物，並不以附著於其生長之土地，仍為森林構成部分者為限，尚包括已與其所生長之土地分離，而留在林地之倒伏竹、木、餘留殘材等。又天然災害發生後，國有林竹木漂流至國有林區域外時，當地政府需於 1 個月內清理註記完畢，未能於 1 個月內清理註記完畢者，當地居民得自由撿拾清理，森林法第 15 條第 5 項定有明文。從而漂流至森林區域外之森林產品，既已脫離森林範圍，縱予以竊取，即無從依森林法竊盜之規定論處。另按刑法第 337 條之侵占漂流物罪所謂漂流物，參酌該條規範之意旨，認遭水漂流之遺失物，凡已脫離本人之管領力範圍者，均屬之，至於該物於遭發現時究係尚在水上持續漂流，抑或已漂流至水邊固定在灘地而滯留，實非所問，蓋此等遭水漂流而遺失之物，已脫離本人之持有，俱應在本罪所稱漂流物範圍內，行為人具有不法之意圖，取得因漂流而脫離本人管領力範圍之物，即行成立侵占漂流物罪。而刑法竊盜罪與侵占漂流物罪固均以行為

人基於不法所有之意圖而取得他人之物為要件，然竊盜罪所保護之法益，在於物之持有權人穩固之持有權，侵占漂流物所保護之法益則在於物在脫離持有人之管領力後之持有權，二者之區別在於行為人取得被害物當時，該物是否尚在持有權人之管領力範圍內，若尚在持有權人管領力範圍內，應論以竊盜罪，反之則應論以侵占漂流物罪；即所謂竊盜須以竊取他人所持有或管領之物為成立要件，物之持有或有管領權人，若已失去持有或管領力，但未拋棄管領權，則為遺失物或其他離本人所持有之物。至於河川管理機關因漂流木漂流至該管河川地依「處理天然災害漂流木應注意事項」（下稱應注意事項）而得打撈清理漂流木，然此係基於管理河川、堤防、河床之目的，而非肇因於河川局對漂流木具有如何之持有關係，亦即不能因河川局依法有打撈清理漂流木之責任，即逕認其對漂流至轄區之漂流木具有支配管領關係，是則打撈清理漂流木之權責與漂流木支配管理關係尚屬二事，不能一談，此由應注意事項第 3 點第 1 項規定，依漂流木所在位置，乃將河川管理機關納入打撈清理之管理機關；比對同點第 5 項規定，有關竊取、侵占、非法打撈等案件處理，無分漂流木所在位置，統一由林務局林區管理處負責，亦可明瞭管領力歸屬情形。林區管理處對林區竹木之實際管領力範圍，僅存在國有林區域內，竹木若在其原生地即國有林地內時，林區管理處對其有支配與管領關係，惟該竹木因風災、水災等緣故，被沖離沿河川漂流至屬國有林區域之外，雖仍屬國有，然已脫離林區管理處對該竹木之支配管領範圍，而

失其持有。從而縱行為人意圖為自己不法之所有，在國有林區外將該漂流木取走，因非侵害管理人林區管理處之持有監督關係，尚難以竊盜罪責相繩。

- (二) 原判決理由已說明：本件查獲之檫木 1 支係自不詳之國有林班地沖流而下，溫○○等人拾取漂流木地點位於○○縣○○○鄉○○○○○○○大橋下游約 15 公尺右側河床處，非屬行政院農業委員會林務局○○林區管理處（下稱○○林管處）管轄之林班範圍等旨。則該檫木已漂流至國有林區域外，滯留在河川地，○○林管處已失其管領力，應屬刑法第 337 條之漂流物。原判決以因河川地仍屬國有並為國家所管領，該檫木並未脫離國家之支配管領云云，認溫○○等人係成立刑法之加重竊盜罪；上訴人係對加重竊盜之正犯資以助力，並未參與竊取該漂流物犯罪行為之實行，屬幫助他人實行犯罪，而論以加重竊盜罪之幫助犯。即有判決適用法則不當之違背法令。

參考法條：刑法第 320 條、第 337 條。

森林法第 15 條。

五、109 年度台上字第 1590 號（裁判書全文）

- (一) 關於本案裁判基礎之法律問題，即「持有偽造有價證券（本票或支票）之善意執票人，是否為偽造有價證券之直接被害人，而得向偽造有價證券之行為人提起自訴？」，本庭評議後擬採之法律見解，因本院先前裁判具有積極性歧異，有採肯定說及否定說之見解，本庭依法院組織法第 51 條之 2 第 2 項規定，於民國 109 年 8 月 3 日

以徵詢書向本院其他刑事庭提出徵詢。受徵詢各庭回復結果，與本庭均採相同見解，主張「持有偽造有價證券（本票或支票）之人，為偽造有價證券之直接被害人，其向偽造有價證券之行為人提起自訴，程序合法」，已達成大法庭統一法律見解之功能，應依該見解就本案為終局裁判。

- （二）按刑事訴訟法第 319 條第 1 項前段規定：「犯罪之被害人得提起自訴。」所稱犯罪之被害人，以因犯罪而直接被害之人為限，而所謂直接被害人，係指因他人之犯罪而直接受其侵害者而言。與國家或社會法益同時被害之個人，仍不失為因犯罪而直接被害之人。有價證券之本質，在得自由轉讓流通，且其實行券面所載之權利與其占有證券有不可分離之關係，申言之，執有有價證券者，始得主張券面所載之權利，若不占有證券即不得主張權利。執有之支票因偽造而不能兌現，固為破壞社會交易之信用，有害社會法益，但同時業侵害執票人之權利，不能謂於個人法益未受損害。因而善意取得該支票之人，自係其直接被害人而得對該偽造支票之行為人提起自訴。從而，行為人偽造有價證券後復持以行使，不唯被偽造之名義人，偽造有價證券之執票人亦係因偽造有價證券犯罪而遭受侵害之直接被害人，依刑事訴訟法第 319 條第 1 項規定，自得提起自訴。

參考法條：刑法第 201 條。

刑事訴訟法第 319 條。

六、109 年度台上字第 2479 號（裁判書全文）

(一) 行為後法律有變更者，方有刑法第 2 條第 1 項之從舊從輕主義規定之適用，必也犯罪構成要件之變更而有擴張或限縮，或法定刑度之變更，始足當之。亦即，端視所適用處罰之成罪或科刑條件之實質內容，修正前、後法律所定要件有無不同而斷。若新、舊法之條文內容，縱有所修正，然其修正，係無關乎要件內容之不同或處罰之輕重，而僅單純屬文字、文義之修正或原有實務見解、法理之明文化，或僅條次之移列等無關有利或不利於行為人者，則非屬該條所指之法律有變更，自不生新舊法比較之問題，而應依一般法律適用原則，適用裁判時法。洗錢防制法業於民國 105 年 12 月 28 日全盤修正，並於 106 年 6 月 28 日生效施行，旨在「防制洗錢，打擊犯罪，健全防制洗錢體系，穩定金融秩序，促進金流之透明，強化國際合作」，其立法目的及保護法益，已自單純國家對重大（特定）犯罪之追訴及處罰，擴增至防制洗錢體系之健全、金融秩序之穩定及透明金流軌跡之建置，以強化我國洗錢防制法體質，冀與洗錢防制之國際規範接軌。而同法第 14 條規定之一般洗錢罪固須以特定犯罪為前置要件，但其前置犯罪並非洗錢犯罪之成立要件，僅係作為金流之不法原因聯結而已，故不以前置犯罪經有罪判決為必要，同法第 4 條第 2 項即明揭此旨。自洗錢防制法前揭立法目的，及一般洗錢罪之前置犯罪，並非洗錢罪之成立要件，即可導出前置犯罪不應僅以發生於我國領域者為限，否則於境外涉犯前置犯罪，而跨境洗錢至我國國內者，均得輕易規避洗錢防制法之適用，將使我國成為洗錢天堂，顯與洗錢防制法於 105

年 12 月 28 日全盤修法之目的背道而馳，有違立法本旨。是以，同法第 16 條第 4 項所定：「第十四條之罪，不以本法所定特定犯罪之行為或結果在中華民國領域內為必要。但該特定犯罪依行為地之法律不罰者，不在此限。」固係於上訴人等本案行為後之 107 年 11 月 7 日始增訂公布，並於同年月 9 日施行，如其立法理由明揭：「由於本法原條文並未明確規定特定犯罪之行為發生地需否在我國領域內，致實務適用發生疑義。為臻明確，並參諸 FATF（即防制洗錢金融行動工作組織）頒布之 40 項建議第 3.6 項建議要求，洗錢前置犯罪應擴及發生在國內構成前置犯罪，且如發生在他國亦構成犯罪之行為。該項建議旨在使會員國得對特定犯罪之不法金流移動進行洗錢犯罪之訴追，蓋不法金流跨境移動頻繁，如無此規定，將造成特定犯罪發生在域外，而無法追訴洗錢犯罪之情形，故透過此項建議之規範，方能真正遏阻跨境不法金流移動。」此項增設祇係將前置犯罪適用範圍之法理，予以明文化，以避免無謂之爭議，並未涉及犯罪構成要件或處罰內容之實質變更，揆諸前揭說明，自非屬刑法第 2 條第 1 項所指之法律變更，不生新舊法比較之問題。

- （二）原判決本於相同意旨，於理由欄貳之二詳敘：中澤○○在日本因業務侵占行為所取得之財物或利益，係屬洗錢防制法第 4 條所稱之特定犯罪所得，而為該法所規範洗錢行為之客體，不因該前置犯罪非發生於我國，或尚未經有罪判決而有異。經核於法無違。中澤○○上訴意旨徒憑己意，而為相異之法律見解，執此指摘，要非合法

上訴第三審之理由。

參考法條：刑法第 2 條。

洗錢防制法第 14 條、第 16 條。

七、109 年度台上字第 2522 號（裁判書全文）

- （一）按刑法第 214 條使公務員登載不實事項於公文書罪，須一經他人之聲明或申請，或經公務員就程序上為形式審查，認要件齊備，即有義務依其聲明或申請登載，且屬不實者，始足構成；若所為聲明或申請，公務員尚須為實質之審查，以判斷其真實與否，始得為一定之記載者，即非該罪所稱之使公務員登載不實，為本院一向所持之見解。

所謂形式審查與實質審查之區辨，政府機關對人民提出之聲明、申請，或囿於權責職掌，或因不具備資訊上之優勢，致法令僅賦予經辦公務員就聲明或申請事項之範圍、提出之時間與程式等形式上要件，加以審查之權限，一旦具備形式要件，即應依人民所請意旨登載，而無從就事項實質上之真偽、是否具備合目的性等予以判斷、確認者，係屬形式上審查；若尚須進行實質之調查，並據以就事項之真偽、當否，予以裁量、判斷後始為登載者，則屬實質審查。

依土地法第 79 條第 2 款、土地登記規則第 155 條第 1 項規定，土地所有權狀因滅失而申請補給者，應由登記名義人敘明其滅失之原因，檢附切結書或其他有關證明文件，經登記機關公告三十日，並通知登記名義人，俟公告期滿無人提出異議後，即登記補給之。故申請補發土

地所有權狀事件，經地政機關依法審查，認申請人與登記名義人相符，且已敘明滅失原因及檢附切結書或其他相關證明文件，並踐行法定公告程序期滿無人異議者，地政機關承辦公務員依法即應將滅失之不實事項登載於職務上所掌之土地登記簿或其他公文書上，並據以補給（補發）新土地所有權狀，顯未就所有權狀滅失一事之真偽，進行任何調查或裁量、判斷，是對此項補發之申請，承辦公務員固非一經申請即予登載，而仍須為上開各項審查，然尚僅止於形式審查，從而，申請之內容若有不實，自足構成刑法第 214 條之使公務員登載不實罪。

- （二）此部分上訴意旨以地政機關既非一經申請即為登載，仍須依法踐行公告程序等，即已進行實質審查，應無使公務員登載不實可言云云，已有誤會，委無足取。
- （三）原判決援引本院 103 年度台非字第 182 號判決，旨在說明地政機關依上揭規定所為之公告，係為使權利關係人知悉申請人主張相關土地所有權狀有滅失情形，及凡對於權狀之滅失補發有異議者，得以提出異議之法定審查程序，該公告既尚未將申請人申請補發所主張之原因事實逕予採為其補發所有權狀之前提，是縱該原因事實不實，亦不生登載不實問題；然公告程序期滿無人異議後，地政機關承辦公務員依法既應將滅失之不實事項登載於職務上所掌之土地登記簿或其他公文書上，並據以補給（補發）土地所有權狀，則該原因事實若有不實，自該當於使公務員登載不實。上開二者法律適用的涵攝異其效果，乃緣於承辦公務員是否已將申請之不實原因事

實登載於公文書並採為補發之前提一節，有所不同。上訴意旨未細繹其意，徒摭拾其中片斷，將之曲解原判決以是否有人於公告期間提出異議，作為使公務員登載不實成罪與否之分野，並執以指摘原判決適用法則不當云云，自非適法之第三審上訴理由。

(四) 依土地法、土地登記規則及其相關法令，土地、建物等不動產所有權狀不僅與登記簿上之所有權登記同為所有權人之重要權利證明，甚且為所有權移轉、他項權利設定等各項登記申請必備之文件，而攸關各該權利之得喪變更，故法律明定所有權狀損壞或滅失，應由登記名義人檢附相關證明文件申請換給或補給。是房地所有權狀之補發，須依法為之，其確因滅失而得依法補發，自係登載之公文書所欲擔保之事項。

(五) 上訴意旨以土地建物異動清冊等公文書，僅在擔保土地建物登記之正確性，非為擔保權狀之補發云云，主張補發之原因事實既非登載之公文書所擔保之事項，縱有不實，亦不構成使公務員登載不實罪云云，並執以指摘原判決違法，顯與適法之第三審上訴理由有別。

參考法條：刑法第 214 條。

土地法第 79 條。

八、109 年度台上字第 3240 號（裁判書全文）

(一) 本次修法對於施用毒品者施以觀察勒戒、強制戒治，或依法追訴（或裁定交付審理）之適用範圍，係確立初犯為具「病患性犯人」之特質應先經一完整之醫療處置，3 年內再犯者應依法追訴（或裁定交付審理），3 年後再

犯則裁定觀察勒戒，殆無疑義。但對於 3 犯以上距最近 1 次觀察勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，逾 3 年者，究應適用同條例第 20 條第 3 項或第 23 條第 2 項處理，本次修法未明確規定，惟基於罪刑法定之明確性原則、法文之文義解釋，參諸觀察勒戒等治療處置，乃結合醫師、觀護人、社工心理諮商等不同領域之專業人員參與之保安處分措施，目的除在戒除施用毒品者身癮、心癮之措施外，並企圖重新塑造生活紀律，改變其病態行為，與刑罰之執行並不相同，無法以刑罰補充或替代上開醫療處置之特性。從而，3 犯以上如距最近 1 次觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，已逾 3 年者，其間縱經判刑、執行，究與觀察勒戒或強制戒治已經完整之治療療程不同，無法補充或替代上開之醫療處置，均應再予觀察勒戒之機會，方為適法。

- (二) 原判決未及適用新法，有不適用法則之違法。因涉及事實之認定，兼顧上訴人之審級利益，自應撤銷發回原審更為適法之裁判。

參考法條：毒品危害防制條例第 20 條、第 23 條。

九、109 年度台上字 3289 號（裁判書全文）

- (一) 行為人所為之故意犯行，是否應依刑法第 47 條第 1 項前段「受徒刑之執行完畢……5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯」之規定論以累犯，乃「法律要件判斷」之定性問題，而是否依同條項後段「加重本刑至二分之一」之規定，參酌司法院釋字第 775 號解釋意旨，為避免個案發生罪刑不相當之情形，法院就是否加重

最低本刑應加以裁量，則係「法律效果裁量」之定量問題。又故意犯行是否構成刑法上所稱之累犯，除關涉是否依前揭規定加重其刑之裁量外，就目前監獄行刑相關規定層面而言，尚涉及受刑或保安處分之進級（等）責任分數逐級（等）加成（行刑累進處遇條例第 19 條第 3 項、保安處分累進處遇規程第 7 條第 2 項）；不得被遴選至外役監受刑（外役監條例第 4 條第 2 項第 3 款）；提報假釋之最低執行刑期較高（刑法第 77 條第 1 項）等差別待遇。故被告所犯是否應論以累犯，與對累犯是否依前揭規定裁量加重其刑與否，兩者尚屬有別，並非一事。

- （二）原判決既認為許○○前因圖利聚眾賭博案件，經臺灣臺北地方法院 102 年度簡字第 2026 號判決處有期徒刑 5 月確定，且於 102 年 12 月 6 日易科罰金執行完畢，許○○所受宣告之上揭徒刑，以已執行論，其於上述徒刑執行完畢後，5 年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪。倘屬無訛，則許○○本件犯行自應論以累犯，始稱適法，至於是否依前揭規定加重其刑，則屬法律效果裁量之問題，自不宜混為一談。乃原判決以許○○所犯上揭前案與本案之罪名不同，尚難認其有特別惡性及對刑罰反應力薄弱，參酌釋字第 775 號解釋意旨，因而說明「不依刑法第 47 條第 1 項之規定，論以累犯，加重其刑」云云，非無混淆應否論以累犯，及對累犯是否裁量加重其刑之誤解，依上述說明，自有判決不適用法則之違誤。許○○上訴意旨雖未指摘及此，然對於確定事實援用法令之當否，係本院得依職權調查之事項，應認原判決關於許

○○罪刑部分有撤銷之原因，即應視同上訴有理由。又原判決上述違誤尚不影響於許○○之犯罪暨累犯事實之確定及其所犯罪名之判斷，本院可據以為判決，爰將原判決關於許○○罪刑部分撤銷，自為判決，並依刑法第 47 條第 1 項規定論以累犯，再依釋字第 775 號解釋意旨，考量其前案犯行所處徒刑經易科罰金執行完畢，仍漠視法禁，於 5 年內故意再犯本件之罪，顯未記取教訓，足徵其具有特別惡性且對於刑罰反應力薄弱，並依其本件犯罪相關情節加以審酌，縱依上開累犯規定加重最低本刑，尚不致於造成刑罰過苛之情形，爰先依累犯之規定加重其刑，再依刑法第 25 條第 2 項規定減輕其刑，復審酌前述許○○犯罪之一切情狀，處有期徒刑 1 年 7 月，以資糾正。

參考法條：刑法第 47 條、第 77 條。

行刑累進處遇條例第 19 條。

外役監條例第 4 條。

十、109 年度台上字第 3421 號（裁判書全文）

- （一）按有價證券之募集、發行，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為，證券交易法（下稱證交法）第 20 條第 1 項定有明文。本條所稱「募集」，依同法第 7 條第 1 項規定，謂發起人於公司成立前或發行公司於發行前，對「非特定人」公開招募有價證券之行為。又本條所稱「發行」，依同法第 8 條第 1 項規定，則指發行人於募集後製作並交付，或以帳簿劃撥方式交付有價證券之行為。故募集乃公司初次發行有價證券之前提，證交法

所稱之發行，僅限於對不特定人交付有價證券之行為，與公司法第 131 條、第 268 條之發行，包括公開發行與不公開發行者不同。此因公開發行，涉及一般投資大眾，為保障投資，應依證交法特別加以保護之故（證交法第 1 條參照）。是有價證券之募集及發行；公開發行公司，依公司法規定發行新股；及以公開招募方式，出售所持有之有價證券（老股，再次發行），因均涉及一般投資大眾之保護，依證交法第 22 條第 1 至 3 項之規定，原則上均應向主管機關申報生效後，始得為之。惟非公開發行公司發行新股，如係由原有股東及員工全部認足，或由特定人協議認購時，依公司法第 268 條及第 272 條規定，原即無須公開發行，本無證交法第 22 條第 1、2 項規定之適用。論者自證交法保障投資之立法目的出發，認為應募之原有股東、員工或特定人，倘具有保護之必要性（例如，欠缺保護自身權益之專業能力，或接觸投資判斷所必須資訊之機會）時，仍應經申報生效後，公開發行，而無公司法第 268 條及第 272 條規定之適用等旨。其見解非但與公司法上揭規定互為齟齬，且擴張證交法第 7 條第 1 項關於「非特定人」解釋之範圍，有違反罪刑法定主義之虞，尚為本院所不採。

- （二）按犯罪所得之沒收或追徵，在於剝奪犯罪行為人之實際犯罪所得，使其不能坐享犯罪之成果，以杜絕犯罪誘因，性質上屬類似不當得利之衡平措施。苟無犯罪所得，自不生利得剝奪之問題。2 人以上共同犯罪，關於犯罪所得之沒收或追徵，倘個別成員並無犯罪所得，且與其他成員對於所得亦無事實上之共同處分權時，即無「利

得」可資剝奪，一概採取絕對連帶沒收或追徵，對未受利得之共同正犯顯失公平，故共犯所得之沒收或追徵，應就各人所分得者為之。又所謂各人「所分得」之數，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言。各共同正犯有無犯罪所得、所得多寡，事實審法院應視具體個案之實際情形，綜合卷證資料及調查結果，依自由證明程序釋明其合理之依據而為認定。倘共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，應依各人實際分配所得宣告沒收；若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不得諭知沒收；然如共同正犯各成員對於不法利得主觀上均具有共同處分之合意，客觀上復有共同處分之權限，且難以區別各人分得之數，則仍應負共同沒收之責。

參考法條：證券交易法第 1 條、第 7 條、第 8 條、第 20 條、第 22 條。

公司法第 131 條、第 268 條、第 272 條。

刑法第 38 條之 1。

十一、109 年度台上字第 3475 號（裁判書全文）

- （一）想像競合及法規競合（或稱法條競合）形式上均屬一行為而觸犯數罪名。前者，乃行為人以一行為，而侵害數個相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，本應成立數罪，惟因刑罰評價之對象係行為本身，為避免對同一行為過度及重複評價，刑法第 55 條前段因而規定從一重處斷；後者，乃由於刑法條文重複或錯綜複雜之規定，使得行為人以一行為侵害同一法益，同時符合數法條

所規定之犯罪構成要件，但因僅有一行為且數法條所保護者為同一法益，是僅能選擇其中一法條論罪，否則有違重複評價禁止原則。至構成法規競合時，應如何選擇最妥適且充分評價該行為之刑罰條文，學理上大致可分為特別關係（即其中一犯罪構成要件，除包含另個犯罪構成要件之所有要素外，尚有該條文所無之特別要素，此時該特別條款優先於普通條款。例如刑法之殺害直系血親尊親屬罪，為同法殺人罪之特別條款）、補充關係（即其中一犯罪構成要件，乃用以補充另個主要構成要件之不足，此時該主要條款優先於補充條款。例如教唆犯為正犯之補充條款）、吸收關係（即因實現不法內涵較重之主要行為構成要件，通常必然會同時實現另一較輕之伴隨構成要件，此時僅需適用主行為條款，較輕的典型伴隨行為之構成要件則為主行為吸收，而排斥不用，此時以主行為條款吸收典型伴隨行為條款。例如收受賄賂吸收要求賄賂）等類型。另自然意義之數行為，得否評價為法律概念之一行為，應就客觀構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益與行為間之關連性等要素，視個案情節依社會通念加以判斷。再者，組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，以行為人加入犯罪組織成為組織之成員為構成要件，至其有否實施該組織所實施之犯罪活動則非所問。一旦參與，在未經自首或有其他積極事實，足以證明其確已脫離該組織之前，其違法行為仍繼續存在，即為行為之繼續，而屬單純一罪。又為防範犯罪組織坐大，無論是否為犯罪組織之成員，如有招募使人加入犯罪組

織之行為，即有處罰之必要，故民國 106 年 4 月 19 日修正公布、同年月 21 日施行之組織犯罪防制條例第 4 條第 1 項增訂招募他人加入犯罪組織罪。準此，上開二罪之犯罪主體及客觀構成要件均屬有別，且二罪間亦無前述特別、補充或吸收關係。是行為人加入犯罪組織，於參與該組織之行為繼續中，本於便利該組織運作之同一目的，而招募他人加入該組織，亦即一行為觸犯上開二罪名，自應依想像競合犯論處，而非屬法規競合之擇一適用。

- (二) 原判決引用第一審判決，認定蕭○○加入 3 人以上，以實施詐術為手段、具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團犯罪組織後，即招募黃○○參與該詐欺集團，黃○○再招募少年○○○（姓名年籍詳卷）參與該詐欺集團；且其 2 人招募他人加入犯罪組織之行為，為其等所犯參與犯罪組織之階段行為，而為參與犯罪組織罪所吸收等旨，惟就蕭○○、黃○○上開參與犯罪組織及招募他人加入犯罪組織之行為，得否評價為法律概念之一行為，並未說明理由，自有判決不載理由之違法。又倘屬法律概念之一行為，則其 2 人所犯該條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及第 4 條第 1 項之招募使人加入犯罪組織罪，依前開說明，應依想像競合犯論處，乃原判決卻認所犯招募他人加入犯罪組織罪，為參與犯罪組織罪所吸收，亦有判決適用法則不當之違法。

參考法條：刑法第 55 條、第 28 條、第 29 條、第 121 條、第 122 條、第 271 條、第 272 條。

組織犯罪防制條例第 3 條、第 4 條。

十二、109 年度台上字第 3478 號（裁判書全文）

- （一）為維護社會善良風俗並健全兒童及少年身心發展，消弭兒童及少年因思慮欠周而從事性交易或裸露身體性徵，成為色情影像拍攝對象，均經政府立法嚴加取締，一般有社會歷練之人對此應有所悉。故拍攝兒童或少年猥褻照片之行為人為免犯行曝光，遭警查獲，自會妥為隱藏或掩飾所拍得之猥褻照片、影像。而拍攝未滿 18 歲之人為猥褻行為電子訊號罪之成立，並不以實際查扣該行為人所使用之攝影設備或拍得之猥褻照片為必要不可替代之證明方法。縱未扣得上訴人攝影所使用之手機，或其他可呈現甲男裸露不雅下體之猥褻照片，於本件認定事實之本旨尚無影響。
- （二）上訴意旨執此指摘原判決採證認事違法，要非第三審上訴之合法理由。

參考法條：兒童及少年性剝削防制條例第 36 條。

十三、109 年度台上字第 3488 號（裁判書全文）

本院大法庭制度於民國 108 年 7 月 4 日施行，然此前本院依相關決議內容所為之裁判，其表示之法律見解，仍具最高法院先前裁判之效力，此觀之法院組織法增訂第 57 條之 1 之立法理由四甚明。非謂先前本院裁判根據決議內容表示之法律見解一概因而失效。原判決於法院組織法修正公布施行後，論述前述法律見解，並無不適用法則或與本院 103 年度台上字第 2764 號判決歧異而適用法則不當之違法情形。上訴意旨泛言大法庭制度施行後

，決議已不再有拘束力，指摘原判決引用本院決議為其判決理由而不適用法規，及所引決議內容與本院先前裁判見解歧異而適用法則不當，顯然誤解前述法制修正本旨，或從中擷取其他裁判部分文字內容，任意為有利自己之主張，並非適法之第三審上訴理由。

參考法條：法院組織法第 57 條之 1。

十四、109 年度台上字第 3499 號（裁判書全文）

（一）刑事訴訟係採當事人進行原則，被告乃程序主體者之一，有本於程序主體之地位而參與審判以影響裁判形成之權利，除得基於訴訟上防禦權而自由陳述或行使辯護權外，並得藉由辯護人協助，以強化其防禦能力，落實訴訟當事人實質上之對等，凡此均構成人民依憲法第 16 條規定賦予訴訟權所衍生基本權之內涵，則法院立於程序指揮者之地位，自應保障被告得以適時充分地行使此一防禦權之機會，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位，而受法院公平之審判。惟此辯護權及相關權能，既屬權利之行使，自係指於訴訟中得自由選任專業律師協助辯護，於辯護時計算己方之利弊得失，自由決定其訴訟策略，並負擔訴訟成敗，而享有不受干預的自由，則法院除有辯護人於形式上未盡其忠實辯護義務之情形（例如參與法庭活動過度消極、提供錯誤資訊誤導被告等）外，原則上無須介入當事人之訴訟活動，亦無從審查辯護人實質上是否已為適當有效之辯護，以免喪失公平法院之立場。

（二）本件未見原審辯護人有何誤導上訴人其所為符合緩刑要

件之陳述，更已提出倘上訴人未能獲得緩刑宣告，仍請再予減輕其刑之有效辯護，上訴人亦表明從輕量刑之意，是從形式上觀之，該辯護人並無未盡忠實辯護義務之情節可指。

參考法條：憲法第 16 條。

刑事訴訟法第 27 條、第 289 條。

十五、109 年度台上字第 3522 號（裁判書全文）

- （一）毒品危害防制條例於 109 年 1 月 15 日經修正公布第 20 條、第 23 條等條文，並增訂第 35 條之 1，自同年 7 月 15 日施行生效。修正後毒品危害防制條例第 20 條第 3 項規定：「依前項規定為觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，3 年後再犯第 10 條之罪者，適用前 2 項之規定」；第 23 條第 2 項規定：「觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，3 年內再犯第 10 條之罪者，檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）應依法追訴或裁定交付審理。」亦即將施用第一級、第二級毒品再犯之追訴標準，由釋放後 5 年改為 3 年。稽諸毒品危害防制條例第 20 條第 3 項修正理由載敘：「本條例認施用毒品者具『病患性犯人』之特質，並參諸世界各國之醫療經驗及醫學界之共識，咸認施用毒品成癮者，其心癮甚難戒除，如觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，3 年後始再有施用第一級、第二級毒品之行為者，足見其有戒除毒癮之可能，宜再採以觀察、勒戒方式戒除其身癮及以強制戒治方式戒除其心癮之措施，為能放寬觀察、勒戒或強制戒治制度之適用時機，以協助施用者戒除毒癮，爰修

正第 3 項」等旨，本次修正顯係著重施用毒品者具「病患性犯人」之特質，放寬觀察、勒戒或強制戒治制度之適用時機。復參酌本次修正，就修正施行前犯施用第一、二級毒品罪者，於修正施行後究應如何處理，亦同時增訂第 35 條之 1 過渡規定，該條第 1 款規定「偵查中之案件，由檢察官依修正後規定處理。」；第 2 款規定「審判中之案件，由法院或少年法院（地方法院少年法庭）依修正後規定處理；依修正後規定應為不起訴處分或不付審理之裁定者，法院或少年法院（地方法院少年法庭）應為免刑之判決或不付審理之裁定。」業已明定應依修正後相關規定而為判斷，以杜爭議。是以，只要被告本次施用毒品犯行，係在前次（有多次者，則為最後 1 次）觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，3 年後所為，即均有新修正毒品危害防制條例第 20 條第 3 項規定之適用，俾符前述放寬觀察、勒戒或強制戒治制度適用時機之立法本旨。

- (二) 原判決未及審酌上開新修正毒品危害防制條例之規定，敘明應否令入勒戒處所觀察、勒戒，遽予維持第一審科刑之判決，自有不適用法則之違法。

參考法條：毒品危害防制條例第 20 條、第 23 條、第 35 條之 1。

十六、109 年度台上字第 3546 號（裁判書全文）

- (一) 刑事訴訟法為保障被告之反對詰問權，採行傳聞法則，而於第 159 條第 1 項規定，原則上，被告以外之人於審判外之陳述，不得作為證據。惟反對詰問權並非絕對之

訴訟防禦權，基於真實發見之理念及當事人處分權之原則，同法第 159 條之 5 之規定，允許被告放棄對原供述人之反對詰問權，於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，而藉由當事人等「同意」之此一處分訴訟行為，與法院之介入審查其適當性要件，將原不得為證據之傳聞證據，賦予其證據能力。本乎程序之明確性，該法條第 1 項所稱「經當事人於審判程序同意作為證據」者，當係指當事人意思表示明確之明示同意而言，以別於第 2 項之當事人等「知而不為異議」之默示擬制同意。當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，且該意思表示無任何瑕疵，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，固無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。惟此明示同意之效力，形同發生被告放棄憲法所保障對質詰問權之結果，且形成恆定之拘束力，而傳聞法則及其例外，又非公眾周知之普通常識，其同意自應建立於被告本人確實明知上開效力之前提下，始得謂毫無瑕疵，是以除於有辯護人之被告，因已得辯護人之專業輔助，而無需另為闡明外，倘對未選任辯護人又無法律專業之被告，法官於準備程序處理有關證據能力之意見時，仍應充分曉諭被告關於傳聞法則之法定內涵與同意證據之處分效果，使其處分權得有效行使，以資衡平，否則其處分之意思表示雖非無效，仍有瑕疵，即得容許被告於事實審言詞辯論終結前，對其證據能力再為追復爭執，除非所爭執之傳聞證據，法院業已傳喚原供述人到庭踐行對質詰問程序，原供述人復未否認其曾為之供述，而無不

當剝奪被告反對詰問權之疑慮，因對被告權益未生影響，其瑕疵已被治癒，始不許被告再行撤回其同意。

- (二) 上訴人於第一審並未選任辯護人，在準備程序時就廖○○之調詢證述，係表明對其證據能力無意見，而同意作為證據使用之意，雖未見法官闡明傳聞法則之法定內涵與同意證據之處分效果，惟法官業已依上訴人之聲請，傳喚廖○○到庭作證，廖○○到庭後，對其調詢筆錄內容並未否認為不實，僅陳稱：因為太久，不太清楚等語，上訴人對廖○○當時所述，亦表示無意見，則上訴人之反對詰問權已獲保障，仍不應許其再行爭執其證據能力，而有礙於訴訟之安定。

參考法條：刑事訴訟法第 159 條之 5。

十七、109 年度台上字第 3574 號（裁判書全文）

- (一) 具有共犯關係之共同被告，在同一訴訟程序中，兼具被告與證人雙重身分，其就犯罪事實之供述，對己不利之部分，如資為證明其本人案件之證據時，即屬被告之自白；對他共同被告不利部分，倘用為證明該被告案件之證據時，則屬共犯之自白，本質上亦屬共犯證人之證述。而不論是被告之自白或共犯之自白，均受刑事訴訟法第 156 條第 2 項之規範拘束，其供述或證詞須有補強證據為必要，藉以排斥推諉卸責、栽贓嫁禍之虛偽陳述，從而擔保其真實性。所謂補強證據，係指除該自白本身之外，其他足以證明該自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，雖所補強者，非以事實之全部為必要，但亦須因補強證據之質量，與自白之相互利用，足

使犯罪事實獲得確信者，始足當之。即令複數共犯之自白，所述內容互為一致，其證據價值仍與自白無殊，究非屬自白以外之另一證據，殊不能以複數共犯所為供述一致，相互間即得作為彼此所陳述犯罪事實之補強證據。至於共犯供述或證詞前後次數多寡、內容是否一致、有無重大矛盾、指述堅決與否及態度是否肯定，僅足為判斷其供述或證詞有否瑕疵之參考，仍屬自白之範疇，而其與他被告間之關係如何、彼此交往背景、有無重大恩怨糾葛等情，既與所述他被告參與該共同犯罪之真實性判斷無涉，均不足藉以補強及擔保其自白為真實之證明力。

- (二) 原判決已說明謝○○、呂○○於偵、審中所述被告參與被訴販賣毒品之情，有前後不一之瑕疵，且渠等為共犯證人，復有獲邀減刑寬典之利害關係，渠等供述亦須調查其他補強證據，而依卷內其他證據資料，尚未達到足以平衡或祛除謝○○、呂○○不利被告之證述可能具有虛偽性之程度，不能充分保障所指述事實之真實性。至謝○○、呂○○前後不利被告證述之次數多寡、內容是否一致、指證堅決與否等情，因仍屬共犯自白之範疇，尚不足以作為渠等所述被告參與犯罪事實之補強證據。而渠等與被告間關係如何、有無怨隙等節，既與被告犯罪事證有無，不具必然之關連性，自亦不足藉以補強及擔保渠等自白或證述之真實性。

參考法條：刑事訴訟法第 156 條。

十八、109 年度台上字第 3578 號（裁判書全文）

- (一) 刑法第 294 條第 2 項之遺棄致死罪，以行為人對於無自救力之人，不為其生存所必要之扶助、養育或保護，致該無自救力之人發生死亡之結果為成立要件。故遺棄行為與被害人死亡之間，須有因果關係存在。即被害人之死亡須導因於行為人之不作為，始足當之。如被害人遭他人傷害之傷勢，已足獨立為其死亡之原因，則行為人雖有遺棄行為，然因與被害人之死亡間，並無因果關係，自難以遺棄致人於死罪相繩。又倘有前、後數個可能導致產生犯罪結果之條件時，評價前、後條件之因果關係，學說上有所謂因果關係中斷、超越的因果關係及累積因果關係等不同主張。所謂累積因果關係，係指個別條件之存在雖均不足以獨自造成結果之發生，惟當所有條件共同結合發生作用時，即足導致結果之發生。換言之，乃結果之發生是累積個別條件所成。另證據雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查。
- (二) 造成 B 女停止呼吸而缺氧之原因，似為乙○○前述①，及當日如⑤所示扼勒 B 女頸部之作為所致。再參以 B 女甫滿 2 個月，腦部、身體各方面發育未臻完全，本應輕柔對待，以免造成傷害，惟卻於短短 20 日內遭乙○○暴力毆打凌虐達 5 次之多，並受有上開傷勢，則其肝醣指數小於 1%，似係因外傷程度已嚴重到瀕臨死亡狀態，導致其不想喝奶所致。則 B 女之死亡，能否謂係甲○○未於 B 女遭乙○○為前述①至④所示傷害後，將其送醫之不作為所致，而非累積乙○○上開各次傷害犯行已足獨立導致，即非無斟酌之餘地。

- (三) 共同正犯，係指兩人以上基於犯意聯絡及行為分擔，分工協力實現犯罪構成要件；而所謂犯意聯絡，固不限於明示通謀為必要，即相互間有默示之合致亦無不可。惟有無默示之合致，仍應綜合客觀事證認定之。如兩人以上同時、同地實現犯罪構成要件，惟彼此間並無犯意聯絡及行為分擔，即是各自成立單獨犯罪之同時犯，難論以共同正犯。
- (四) 甲○○、乙○○既未曾談論是否將B女送醫，且2人不將B女送醫又各係基於不同之考量，似難認有默示之合致。則甲○○縱成立犯罪，其與乙○○亦似為同時犯，乃原判決認甲○○與乙○○應成立共同正犯，非無研酌之餘地。

參考法條：刑法第28條、第294條。

十九、109年度台上字第3790號（裁判書全文）

- (一) 刑事訴訟上所謂「不利益變更禁止原則」係指禁止第二審法院諭知較原審判決更重之刑，主要從「刑」方面整體觀察有無增加被告實質上之不利益（如第二審法院諭知原審所無之法律效果、提高相同刑罰種類之刑度、增加被告實質負擔之易刑處分或諭知保安處分或延長其期間等）。至於發現真實乃刑事訴訟之基本原則，正確地適用法律亦為法官憲法上之義務，不利益變更禁止原則不能優位於法治國原則，亦不能妨害發現真實與正確適用法律。準此，關於事實認定及法律適用，原則上不受不利益變更禁止原則之拘束。是若在基礎犯罪事實無擴張或縮減前提下，其犯罪不論在法律上被評價為數罪、

實質上一罪或裁判上一罪，倘第一審誤想像競合犯為數罪，第二審以其適用法則不當予以撤銷時，其改判之刑度只要不逾第一審誤認為數罪之應執行刑或若不符合定應執行刑之其中一部或全部刑期相加總合，即無違反不利益變更禁止原則。

- (二) 本件第一審認上訴人所犯行為時之非法持有可發射子彈具有殺傷力槍枝罪與殺人未遂罪為數罪，應分論併罰，分別各處有期徒刑 3 年 6 月，併科罰金新臺幣 4 萬元及有期徒刑 7 年，並定應執行有期徒刑 9 年 2 月，原審在犯罪基礎事實不變情況下，依想像競合規定從一重論其犯殺人未遂罪，並量處有期徒刑 7 年 2 月，並未逾第一審就上開 2 罪所定應執行刑之刑期，自不違反不利益變更禁止原則。

參考法條：刑事訴訟法第 370 條。

刑法第 50 條、第 271 條。

槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條。

二十、109 年度台上字第 3898 號（裁判書全文）

- (一) 由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第 370 條第 1 項前段定有明文，此即所謂「不利益變更禁止原則」，其意義在於被告不會因害怕被第二審改判較重之刑而畏懼上訴，保障其上訴權之行使，但此原則並非禁止第二審做出任何不利於被告之變更，而是僅止於禁止「第一審判決之刑」之不利變更。依此，不利益禁止變更原則其功能僅在為第二審法院劃定量刑之外部界限，只要量刑

結果未超出第一審判決之刑，即無不利益變更的問題。然此原則固為保障被告上訴權而立，但發現真實乃刑事訴訟之基本原則，正確地適用法律亦為法官憲法上之義務，國家刑罰權之行使，旨在使「罪得其罰」、「罰當其罪」，刑事上訴制度除使當事人對於下級審判決不服之救濟途徑外，亦有糾正違法失當判決之功能，是刑事上訴之設雖在維護被告之審級救濟權利，藉以保護人權，但所謂人權非僅專指被告之人權而言，尚應包括被害人之人權，及整體國家之社會法益在內，是上級審如發現原審判決適用法條不當，即不受原審判決量刑之限制。換言之，我國刑事訴訟制度一方面為了保障被告之上訴權，設有不利益變更禁止原則規定，另一方面又為了兼顧實體真實之發現，特設有例外規定（見刑事訴訟法第 370 條第 1 項但書），係採「相對不得加重主義」。又法院對有罪之被告科刑，應使罰當其罪，以契合人民之法律感情，此所以刑法第 57 條明定科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意該條所列各款事項，以為科刑輕重之標準，故量刑之輕重，雖屬事實審法院得依職權裁量之事項，惟仍應受比例原則及公平原則之限制，此即所謂「罪刑相當原則」。是倘第二審認定被告之犯罪情節較第一審為輕微時，基於「不利益變更禁止原則」之要求，第二審固不得量處較第一審為重之刑，惟量處較輕刑期幅度之多寡，則應受「罪刑相當原則」規範，倘第二審量刑未逾越法律所規定之範圍，亦無濫用其權限情事，且不悖於比例原則，即屬適法。

(二) 本件上訴人所犯廢棄物清理法第 46 條第 3 款之非法提供土地回填廢棄物罪，其法定刑為 1 年以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1,500 萬元以下罰金，原審認定其非法提供之土地較第一審認定之面積為小，即上訴人犯罪情節較第一審認定確為輕微，原審基於實體真實發現認第一審認定事實有誤，撤銷其判決，然因上訴人成立累犯，應依刑法第 47 條第 1 項規定加重其刑，在別無其他減輕其刑之條件下，原判決已說明如何以上訴人之責任為基礎，審酌刑法第 57 條所列各款情形而為刑之量定，所量處較第一審為輕有期徒刑 1 月之刑期，已屬其法定得裁量之最低宣告刑，自無違「不利益變更禁止原則」及「罪刑相當原則」。

參考法條：刑事訴訟法第 370 條。

刑法第 47 條、第 57 條。

廢棄物清理法第 46 條。

二十一、109 年度台抗字第 1122 號（裁判書全文）

(一) 刑事訴訟法第 33 條第 2 項規定，被告於審判中得預納費用請求付與卷宗及證物之影本。但卷宗及證物之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。其立法理由略以：被告於審判中之卷證獲知權，屬其受憲法訴訟權保障所應享有之防禦權，自得親自直接行使而毋庸經由辯護人輾轉獲知，且不應因被告有無辯護人而有差別待遇。又刑事案件之卷宗及證物，係據以進行審判程序之重要憑藉，基於憲法正當法律程序原則，除卷宗

及證物之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得予以限制外，自應使被告得以獲知其被訴案件卷宗及證物之全部內容，俾能有效行使防禦權。爰明定被告有請求付與卷宗及證物之權利，以利其防禦權之行使，並規定得由法院就閱卷範圍及方式為合理之限制。

(二) 民國 109 年 1 月 8 日修正公布同法第 429 條之 1 第 3 項增訂：「第 33 條之規定，於聲請再審之情形，準用之。」

其立法理由略以：聲請再審無論基於何種事由，接觸並瞭解相關卷證資料，與聲請再審是否有理由，以及能否開啟再審程序，均至關重要。原法並未明文規定聲請權人之卷證資訊獲知權，致生適用上之爭議，規範尚有未足，爰增訂本條第 3 項，俾聲請權人或代理人得以聲請再審為理由以及在聲請再審程序中，準用第 33 條之規定，向法院聲請獲知卷證資訊。明定判決確定後，為聲請再審，得準用同法第 33 條之規定。

(三) 稽諸原審卷宗，並未調閱原審確定判決偵審全卷，則附表編號 2、3 所示之物，是否存於該案偵審全卷？如何符合刑事訴訟法第 33 條但書之限制事由？本院即無從審核。又稽諸電腦列印之原審確定判決，於理由欄壹、三敘載略以：「黃○○所使用之 0000000000 號行動電話與附表二各編號購毒者、受轉讓毒品者之通話譯文，係合法實施通訊監察轉譯所得，有原審法院核發之……105 年度聲監「續」字第……、381 號通訊監察書在卷」等語，則原審確定判決似有以監聽譯文為證據資料，雖抗告人聲請書狀記載通訊監察書為 105 年度聲監字第 381 號

，是否抗告人誤繕，原審未予究明，遽予駁回此部分聲請，亦有未當。

參考法條：刑事訴訟法第 33 條、第 429 條之 1。

二十二、109 年度台抗字第 1185 號（裁判書全文）

- （一）按非因過失，遲誤上訴、抗告或聲請再審之期間，於其原因消滅後 5 日內，得聲請回復原狀；因遲誤上開期間而聲請回復原狀者，應以書狀向原審法院為之；非因過失遲誤期間之原因及其消滅時期，應於書狀內釋明之，並應同時補行期間內應為之訴訟行為，刑事訴訟法第 67 條第 1 項、第 68 條分別定有明文。所謂「原審法院」，係指原裁判之法院而言，如遲誤第二審上訴期間者，該原裁判之法院即為第一審法院，而由該第一審法院管轄。又依刑事訴訟法第 69 條第 1 項前段規定，對於回復原狀之聲請，由受聲請之法院與補行之訴訟行為合併裁判之，此「受聲請之法院」，即為前述之「原審法院」；而「合併裁判」，係指同歸一法院裁判而言。因此，當事人遲誤上訴或抗告期間聲請回復原狀之有無理由與補行之訴訟行為是否合法，依同法第 68 條、第 69 條第 1 項規定，須由原審法院分別審查。如認其遲誤上訴、抗告期間之回復原狀聲請應許可者，應即繕具意見書將該上訴或抗告案件送交上級法院合併裁判；如認不應准許者，其補行之訴訟行為，亦非合法，當可一併予以駁回。另回復原狀乃除去遲誤不變期間之失權效果，使之回復未曾喪失為該訴訟行為之原有狀態，此與判決書正本記載錯誤，或有缺漏，而重行繕印送達，另行起算上訴

或抗告期間有別，自當應先予辨明。

(二) 依再抗告人於 108 年 5 月 20 日所提「刑事聲請更正錯誤及聲明上訴狀」記載，其係以第一審判決書正本缺漏該判決附表丙所示共同行使偽造準公文書罪而判處有期徒刑 1 年 2 月部分，並陳明「因為本案判決書正本缺少第 41 頁到第 44 頁，導致這份判決書已經影響全案案情及判決本旨，懇請鈞院重新繕印判決並送達本人，上訴期間亦應重新起算，以便保障本人之權益」、「上訴人不服（臺）灣臺中地方法院 106 年度訴字第 2793 號判決，特於法定期間內就原判決全部提出上訴，上訴理由於收到鈞院更正過的判決書之後，會立即提出」、「由於本人是在 108 年 5 月 18 日上網列印本案判決書才知道本人有遭到判有期徒刑，因此本人立刻聲明上訴，並沒有遲誤上訴期間，希望鈞院能保障本人之權益」，似以第一審法院應重新繕印判決書正本送達再抗告人，並重新起算上訴期間等語而為爭執，而未主張其上訴已逾期限。則再抗告人是否以其非因過失遲誤上訴期間為由而聲請回復原狀？尚非明確。原裁定未究明此節，逕自維持第一審以再抗告人聲請回復原狀為無理由之裁定，駁回再抗告人之抗告，自有未洽。

(三) 第一審法院收受再抗告人提起之「刑事聲請更正錯誤及聲明上訴狀」後，於 108 年 0 月 0 日以中院麟刑仁 106 訴 2793 字第 0000000000 號函，以再抗告人不服判決，於法定期間內提起上訴，檢卷送交第二審法院辦理，有該函文可證。經臺灣高等法院臺中分院以 108 年度上訴字第 1355 號審理期間，因認第一審法院以上訴合法而檢

送上訴時，未依刑事訴訟法第 69 條第 1 項規定同時繕具意見書併送；且再抗告人之上訴已逾期，其於 108 年 5 月 20 日提出上開「刑事聲請更正錯誤及聲明上訴狀」，向第一審法院聲請回復原狀暨聲明上訴等節，函送第一審法院，有該院 109 年 0 月 0 日 109 中分道刑蒼 108 上訴 1355 字第 00000 號函文可稽，第一審法院並據以裁定駁回再抗告人回復原狀之聲請，復由原審駁回再抗告人之抗告。然依前揭說明，倘認再抗告人已提出回復原狀之聲請，此項聲請之管轄法院，為本件第一審法院，則併為聲明上訴部分，自應同歸第一審法院審理裁判。惟再抗告人上訴部分，仍由臺灣高等法院臺中分院以 108 年度上訴字第 1355 號審理中，未移併由第一審法院辦理，顯與刑事訴訟法第 69 條第 1 項之規定有違。

參考法條：刑事訴訟法第 67 條、第 68 條、第 69 條。

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 225 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 26 日

裁判案由：違反貪污治罪條例等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第225號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官蔡顯鑫

上訴人

即被告 黃健庭

選任辯護人 林春榮律師

林詮勝律師

被告 張瑞伯

上列上訴人等因被告等違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年10月18日第二審更審判決（106年度重上更(一)字第40號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署96年度偵字第23511號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於黃健庭、張瑞伯幫助犯修正前商業會計法第71條第 1 款之填製不實會計憑證罪部分撤銷。

其他上訴駁回。

理 由

甲、關於違反商業會計法及貪污治罪條例部分

壹、有關刑事妥速審判法第9條之說明

一、按刑事妥速審判法第9條第1 項規定，除同法第8條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以該判決所適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例者為限；同條第2項並明定刑事訴訟法第377條至第379 條、第393條第1款規定，於前項案件之審理，不適用之。係專就前述案件上訴第三審之理由所設之嚴格限制。其立法理由既以：案件於第一審判決無罪，第二審法院仍維持第一審所為無罪判決，若允許檢察官或自訴人就無罪判決一再上訴，被告因此必須承受更多之焦慮及不安，有礙被告接受公平、迅速審判之權，因此合理限制檢察官、自訴人之上訴權，明定提起第三審上訴之理由，以落實嚴格法律審之理由為限，使檢察官、自訴人更積極落實實質舉證責任。則該條所稱「維持第一審所為無罪判決」，除維持第一審在主文論知無罪之判決外，自包括第二審法院經實體審理結果，就裁判上一罪

案件之一部，維持第一審於判決理由內論敘不另為無罪諭知之情形，始合於前述立法本旨。從而檢察官對於裁判上一罪中之一部經一、二審均說明不另為無罪諭知者，提起第三審上訴，其上訴理由書狀應具體敘明原判決該部分有何刑事妥速審判法第9條第1項各款所列事項，係屬法定要件。檢察官之上訴理由書狀如果未具體指明前述法定事由，法院應以其第三審上訴違背法律上之程式，予以駁回。若第三審法院誤為發回更審之判決，即屬法院受理訴訟不當之違法，本院所為發回更審判決以及原審法院所為更審之判決（即原判決），均難謂有效，若仍在上訴中者，應由本院將原判決（原審之更審判決）予以撤銷即足，毋庸更為如何之裁判。若已確定者，既具判決之形式，應依司法院釋字第135號解釋意旨，循非常上訴程序救濟。

二、又刑事妥速審判法第9條關於上訴第三審理由之嚴格限制，為刑事訴訟法之特別規定。是類案件訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，業經立法機關衡量訴訟案件之種類、性質，及前述訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之運用等因素，決定透過法律明定該第三審嚴格法律審之合法上訴要件，俾合理限制檢察官、自訴人之上訴權，並確保國家刑罰權之正確行使。且其目的既在避免檢察官或自訴人對於上開經一、二審均為無罪認定之案件一再上訴，影響被告受公正與迅速審判之權利，自無區別該無罪判決之理由究為不能證明被告犯罪或行為不罰，而異其規範之必要。尤無針對裁判上一罪中之一部經一、二審均不另為無罪諭知之第三審上訴要件，另予差別待遇之正當理由。從而第二審法院就裁判上一罪案件之一部，維持第一審於判決理由內論敘不另為無罪諭知之認定者，不論其理由係認定不能證明被告犯罪或行為不罰，檢察官對之提起第三審上訴之理由書狀，俱應具體指明原判決該部分有何刑事妥速審判法第9條第1項各款所列事項，方為適法。

貳、撤銷（即檢察官、黃健庭就原判決關於幫助填製不實會計憑證上訴）部分：

一、原判決關於民國94年間其事實欄（下稱事實欄）二所示幫助逃漏稅捐、行使業務登載不實文書，及事實欄三、(三)所示提供內容不實之統一發票及薪資支出帳戶資料予美時化學製藥

股份有限公司（下稱美時公司），而幫助填製不實會計憑證、幫助行使業務上登載不實文書、幫助逃漏稅捐，暨事實欄四所示幫助行使業務上登載不實文書、幫助逃漏稅捐部分，分別依修正前刑法連續犯、牽連犯之規定從一重論處上訴人即被告（下稱被告）黃健庭與被告張瑞伯幫助犯修正前商業會計法第71條第1款之填製不實會計憑證罪刑。惟其中事實欄三、(三)所示於94年間幫助填製美時公司不實會計憑證部分，曾經第一審及更審前原審審理結果，以無證據證明被告2人與連香君共同涉犯修正前商業會計法第71條第1款罪嫌，於判決理由內對於該公訴意旨認有裁判上一罪關係部分，論敘不另為無罪諭知之認定。是檢察官若對於更審前原審判決該部分（即被訴幫助填製美時公司不實會計憑證不另為無罪諭知部分）上訴第三審，其上訴理由書狀，應敘明此部分判決有何刑事妥速審判法第9條第1項各款之事由，方符合上訴第三審之法定要件。

二、本件臺灣高等檢察署檢察官對於更審前原審判決關於被告2人被訴幫助填製美時公司不實會計憑證不另為無罪諭知部分，僅以該部分調查未盡為由，提起第三審上訴（被告2人對於更審前原審判決均未上訴），並未具體指明此部分究有何適用法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例等情形，與刑事妥速審判法第9條所定得為第三審上訴之理由不相適合，難認已具備該第三審上訴之合法要件，而違背法律上之程式，原應予駁回。乃本院誤為發回更審之判決，原審復據以更為裁判，就此分別改判從一重論處被告2人犯修正前商業會計法第71條第1款之填製不實會計憑證罪刑。則本院發回更審之判決及原審法院所為更審判決（即原判決），均非有效，而屬違法，且於被告2人不利，案件既上訴第三審，而未確定，依前述壹、一之說明，自應由本院將原判決（原審之更審判決）該部分予以撤銷。至於本院發回更審之判決（及檢察官之第一次第三審上訴），應依司法院釋字第135號解釋意旨辦理，併予敘明。

參、上訴駁回（即檢察官就違反貪污治罪條例上訴）部分：

一、被告2人被訴違反貪污治罪條例部分，經第一審及更審前原審審理結果，對於此公訴意旨認與其他起訴論罪部分有裁判上一罪關係之部分，於理由內論敘其不另為無罪諭知之認定

。案經本院前次撤銷發回第二審更為審判，原判決此部分同為不另為無罪諭知之認定。檢察官上訴第三審意旨則泛以原判決關於被告2 人被訴違反貪污治罪條例部分不另為無罪諭知之認定，有適用法則不當之違誤，而為指摘。

二、本件檢察官對於更審前原審判決維持第一審關於被告2 人被訴違反貪污治罪條例不另為無罪諭知之認定，提起第三審上訴意旨僅略謂其關於「職務上行為」範圍之適用法則不當，並未具體指明此部分有何適用法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例等情形，而與刑事妥速審判法第9 條所定得為第三審上訴理由，不相適合，自非合法。最高檢察署檢察官於本院行言詞辯論時，主張刑事妥速審判法第9 條所稱「無罪判決」，於裁判上一罪不另為無罪諭知者，應限於事實審法院認為不能證明被告犯罪之情形，不及於行為不罰，依前述壹、二之說明，亦非有據。本院前次雖誤予發回，然原判決更為審判後，仍就此被訴違反貪污治罪條例部分為不另為無罪諭知之認定。檢察官再行上訴，猶泛言原判決該部分因採取之法律見解認應不罰，而為不另為無罪諭知之認定，並非刑事妥速審判法第9 條之範疇等詞，雖無足採取，然原判決既具判決形式，又為該有利被告之認定，基於無害違誤審查原則，本院應就此不符合前述第三審上訴法定要件特別規定之檢察官上訴，予以駁回。

三、108年1月4日修正公布、同年7 月4日施行之法院組織法，增訂最高法院應設大法庭裁判法律爭議相關規定。並明定向大法庭提案之機制為「最高法院各庭自行提案」及「當事人聲請提案」。惟不論何種提案，必以本院受理之案件採取該法律見解為裁判基礎為前提。本件臺灣高等檢察署檢察官上訴第三審後，雖據最高檢察署檢察官於107年12月27日以107年度意字第3210號意見書陳明對於「民意代表遊說拿錢的行為是否構成職務上行為受賄罪或圖利罪」之議題，請本院召開大法庭，進行辯論及意見陳述，俾釐清爭議並統一法律見解，於本院行言詞辯論時，亦陳明係聲請承辦庭提案至大法庭。然綜合前旨，此部分檢察官提起第三審上訴既非適法，則所謂應統一之前述法律爭議，即與法院組織法第51條之4 關於當事人聲請提案之要件不合，無從准許，附此說明。

乙、關於幫助美時公司逃漏95年度營利事業所得稅部分

壹、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。

貳、本件被告黃健庭、張瑞伯因原判決事實欄三、(四)所示幫助行使業務上登載不實文書、幫助美時公司逃漏95年度營利事業所得稅犯行，經原判決撤銷第一審該部分對其2人科刑之判決，改判仍分別依想像競合犯從一重論處黃健庭、張瑞伯共同犯稅捐稽徵法第43條第1項之幫助逃漏稅捐罪刑，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件。依首開說明，既經第一、二審均判決論罪，對此部分第二審判決自不得上訴於第三審法院，黃健庭及檢察官對被告2人猶分別就此提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 8 月 26 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

書 記 官

中 華 民 國 109 年 9 月 1 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 2666 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 27 日

裁判案由：違反證券交易法等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第2666號

上訴人 張勝鈞
張嘉如
馮鑰仁
許洺瑋
王祥益

上列 三人

共 同

選任辯護人 劉嵐律師

上訴人 林碧玟
林巾愉（原名林碧容）

上列 二人

共 同

選任辯護人 鍾義律師

上訴人 陳沛彤
邱歆茹
林君徽
陳紋慧
宋珮青
凌偉婷
陳昕婕
張靖梅

上列上訴人等因違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108 年5 月9 日第二審更審判決（107 年度重金上更三字第1 號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署97年度偵字第7107 號，98年度偵字第12639、15524、22223 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於張勝鈞、張嘉如、馮鑰仁、許洺瑋、凌偉婷、林巾愉、陳昕婕、宋珮青、陳沛彤、陳紋慧被訴如其附表一各編號即本院判決附表一編號1 至10所示證券詐偽部分均撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回（即本院判決附表一編號1 至10所示關於原判決就張勝鈞、張嘉如、馮鑰仁、許洺瑋、凌偉婷、林巾愉、陳昕婕、宋珮青、陳沛彤、陳紋慧〈下或稱張勝鈞等10人〉被訴證券詐偽）部分：

一、本件原判決認定張勝鈞等10人有如本院判決附表一編號1 至10「原判決犯罪事實」欄所示如原判決附表一各編號犯罪事實欄內所載之犯行，因而撤銷第一審對張勝鈞等10人上開部分科刑之判決，改判均仍依想像競合犯關係，從較重之證券詐偽罪論處，其中張勝鈞、張嘉如及馮鑰仁均各論以26罪，許洺瑋共論以3 罪，凌偉婷共論以4 罪，林巾愉共論以9 罪，陳昕婕共論以3 罪，宋珮青共論以6 罪，陳沛彤共論以 2 罪，陳紋慧則論以1 罪，分別處如原判決附表一各該編號「主文」欄內所示之刑，及諭知相關之沒收及追徵，固非無見。

二、惟有罪判決書所記載之犯罪事實，為判斷其適用法令當否之重要準據，事實審法院應將依職權認定與論罪科刑有關之犯罪事實，於判決書內翔實認定記載明白，並說明其憑以認定之證據及理由，使事實認定與理由說明互相適合，始足資為論罪科刑之依據。若事實審法院對於與被告論罪科刑具有重要關係之事實並未認定記載明白，遽為判決，則其所為法律上之評價即失其依據，法律審自無從為其適用法律當否之審斷，該項論罪之判決即屬無從維持而有撤銷發回更審之原因。本件依原判決事實欄記載張勝鈞、張嘉如、馮鑰仁有如其附表一編號100、101、102、107、117、119、120、122、124 及125 所示(1)(2)，許洺瑋有如同上附表編號 125 所示(1)(2)，凌偉婷有如同上附表編號100、101 所示(1)(2)，林巾愉有如同上附表編號102、119、120 所示(1)(2)，陳昕婕有如同上附表編號107 所示(1)(2)，宋珮青有如同上附表編號117、122 所示(1)(2)，陳紋慧有如同上附表編號124 所示(1)(2)（下或稱張勝鈞及陳紋慧等9 人A部分）之行為，及張勝鈞、張嘉如、馮鑰仁有如其附表一編號68、76、91、92、93、95、99及106 所示(1)、(2)，許洺瑋有如同上附表編號95 所示(1)、(2)，凌偉婷有如同上附表編號92所示(1)、(2)，林巾

愉有如同上附表編號76、93、99所示(1)、(2)，陳昕婕有如同上附表編號68所示(1)、(2)，宋珮青有如同上附表編號91、106所示(1)、(2)，陳沛彤有如同上附表編號76所示(1)、(2)（下或稱張勝鈞及陳沛彤等9人B部分）之行為等情，似認定張勝鈞等10人分別有於同上附表各編號(1)、(2)所示之不同時間，向同一投資人施以相同詐偽行為，致同一投資人均陷於錯誤而先後2次購買其等所推銷有價證券之犯行；然其對於張勝鈞等10人對於同一投資人先後於不同時間為前揭2次證券詐偽行為，究係基於何種犯意而為？並未一併於事實或理由欄內詳加認定記載明白，致張勝鈞等10人上開對同一投資人先後所為2次證券詐偽行為，究竟係基於單一或概括之犯意而為，抑或分別（另行）起意而為？即非明瞭，此與張勝鈞等10人上開對於同一投資人先後所為2次證券詐偽行為究竟論以單純或接續犯1罪，抑應予以分論併罰攸關，自有研求究明餘地。且原判決一方面就張勝鈞及陳紋慧等9人之A部分行為，說明其等於(1)(2)所示不同時間，向同一投資人施以相同詐偽，致同一投資人均陷於錯誤而先後2次購買其等所推銷有價證券之行為，均時間緊接，投資人相同，並侵害同一法益，且前後2次行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上難以強行分開，在刑法評價上，應視為數個舉動之接續施行，而均論以接續犯之包括一罪等旨（見原判決第59頁第29行至第60頁第4行），另一方面對於張勝鈞及陳沛彤等9人於B部分(1)、(2)所示不同時間，先後2次向同一投資人施以相同證券詐偽之犯行，卻又說明該等證券詐偽行為均係於不同時間所為，乃可分之數行為，而應予分論併罰云云（見原判決第58頁第3至4行、第59頁第28至29行）。是其對於張勝鈞等10人，分別在不同時間對同一投資人所為前後2次證券詐偽之行為，於A部分則論以接續犯1罪，另於B部分則予以分論併罰，其論斷不無矛盾。究竟張勝鈞等10人於實行A、B部分所示(1)、(2)行為時，係基於單一或概括之犯意而為，或係基於各別犯意而為？此為本件上開部分論罪科刑及適用法律之前提，攸關張勝鈞等10人犯罪次數之認定，原審就此部分事實未詳加調查釐清認定記載明白，且於理由內為前揭矛盾之論斷，自不足為論罪科刑及適用法律之依據。凌偉婷、林巾愉、陳昕婕及宋珮青等人上訴

意旨執此指摘原判決就上開部分論斷不當，尚非全無理由，而原判決上開違誤影響此部分事實之確定及犯罪次數之認定，本院無可據以為裁判，應將原判決關於上開部分撤銷，發回原審法院更為審判。

貳、上訴駁回（即原判決關於上訴人等15人除前述撤銷發回部分以外）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，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，認定上訴人等15人分別有如其附表一各編號即本院判決附表二編號1至14所示共同連續以詐偽行為銷售未上市(櫃)有價證券及共同以詐偽行為銷售未上市(櫃)有價證券之犯行，因而撤銷第一審關於上訴人等15人上開部分科刑之判決，改判仍依想像競合犯關係，從較重之證券交易法第171條第1項第1款關於違反同法第20條第1項有價證券之買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為罪（下均稱證券詐偽罪）處斷，分別處如其附表一各編號即本院判決附表二編號1至14「原判決主文」欄所載如原判決附表一各編號主文欄所示之罪名及罪數，先依刑法修正前連續犯規定，就上訴人等15人上開共同連續證券詐偽罪部分加重其刑，再依刑事妥速審判法第7條之規定就上訴人等所犯上開共同連續證券詐偽及共同證券詐偽等罪部分減輕其刑後，另就馮鑰仁、許洺瑋、王祥益、林碧玟、林巾愉、陳沛彤、邱歆茹、林君徽、陳紋慧、宋珮青、凌偉婷、陳昕婕及張靖梅等13人所犯上開各罪均依刑法第59條規定遞減其刑後，分別處如原判決附表一各編號「主文」欄所示之刑，並就上訴人等15人所犯共同連續證券詐偽罪及共同證券詐偽罪部分，其中符合中華民國九十六年罪犯減刑條例規定部分，各依上開條例減其宣告刑二分之一，並諭知相關之沒收及追徵，復就王祥益、林君徽、林碧玟、邱歆茹所犯上開各罪所處之徒刑，依得否易服社會勞動之罪，分別定其應執行之刑

如原判決主文欄六之(三)、七之(三)、十三之(三)、十六之(三)所示，已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於上訴人等所辯何以均不足以採信，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，原判決關於上開部分並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、上訴人等上訴意旨：

- (一)、張勝鈞、張嘉如上訴意旨均略以：(1)、證券交易法第20條第1項之證券詐偽罪屬抽象危險犯，為避免刑罰權毫無限制擴張，對該條之適用應本於其保護投資人權益及維持證券交易市場健全發展之法益，而為目的性限縮，並以學理上對於反詐欺條款所發展之「重大性」作為限縮要件。亦即行為人所為虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為，必須屬於在客觀上足以影響證券市場理性投資人判斷之重要事項，且必然造成該條保護之法益受到侵害者，方具有可非難性及違法性，而有刑事制裁之必要。伊等雖有僱用業務員向客戶推銷未上市（櫃）股票，但在推銷過程中均有協助投資人查詢相關股票之公開資訊，並未有提供錯誤資訊以誤導投資人之情形，投資人係自行評估後始決意購買。又伊等透過業務員向客戶推銷之未上市(櫃)股票，並非虛設公司之不實股票，亦有部分股票已成功上市（櫃），縱令伊等所僱用之女性業務員在推銷股票過程中，有向客戶表示願意與其交往、結婚，或兼有假扮女業務員之長輩或冒稱係具有投資顧問資格而加以遊說推銷股票等行為，亦不足以影響理性投資人之判斷。伊等既未以虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為，銷售本件未上市（櫃）股票，原判決遽認伊等有本件被訴證券詐偽之犯行，而予以論罪科刑，顯有不當。(2)、原審雖依刑事妥速審判法第7條規定減輕其刑，然並未敘明其減刑幅度及其理由，亦有未洽。(3)、原判決既認定伊等所銷售之未上市(櫃)股票，係彗彖國際行銷股份有限公司（下稱彗彖公司）透過耿翊順及洪聖賢自不詳管道購入後，再交由張勝鈞出售，然並未考量取得上開股票之耿翊順及洪聖賢均已獲檢察官不起訴處分確定，仍就伊等本件銷售耿翊順等2人所交付未上市（櫃）股票之行為，予以論處罪刑，同有違誤云云。
- (二)、馮鑰仁、許洺瑋、王祥益上訴意旨略以：(1)、證券詐偽罪關於詐偽行為之判斷，應以所提供之資訊有無使投資者誤信該

有價證券之價值為主要依據。本件伊等係根據具有投資理財專業知識之張勝鈞指示及其所提供之公開資訊，向投資人推銷具有投資價值及獲利潛力之未上市（櫃）股票，且在推銷股票時已向投資人提供上開公開資訊，並告知投資風險，各投資人均係經過審慎評估後始同意購買上開股票，並無陷於錯誤而購買之情形，此有原判決附表一編號48所載投資人張續騰於原審證稱：伊知曉購買未上市（櫃）股票具有風險，係為了賺取股票價差利潤而購買股票，當時向伊推銷之專員並未以購買股票作為同意與伊交往之條件等語，暨同上附表編號35所載投資人張書豪於原審證稱：專員在伊購買本件股票之前有提供報紙及網頁資訊供伊參考，伊經考量後亦認為該股票日後可能翻倍上漲等語，以及各投資人所簽立之切結書附卷可稽。可見伊等並未向投資人施以虛偽或詐欺行為，投資人亦無陷於錯誤而購買本件股票之情形。又縱令伊等有推由女業務員向投資人謊稱有意與其交往，而利用男女交往情誼向投資人推銷本件未上市（櫃）股票，亦僅屬行銷手段之民事糾葛，並非提供使投資人誤信其所購買股票具有相當價值之不實資訊，尚非可評價為證券詐偽罪或刑法詐欺取財罪所指虛偽、詐欺或詐術之行為。原審未審酌上開有利於伊等之事證，遽認伊等有本件被訴證券詐偽之犯行，顯有不當。(2)、證券交易法第20條第1項之證券詐偽行為，本質上具有多次性及反覆性，且往往受害者眾多，與普通刑法之個別詐欺取財或得利行為有別，其多次證券詐偽行為應屬集合犯之包括一罪，原判決就伊等於刑法廢除連續犯規定前所為多次證券詐偽行為論以連續犯1罪，並另就伊等於刑法廢除連續犯後所為多次證券詐偽之犯行，均另論以數罪而予以併合處罰，亦有未洽云云。

- (三)、馮鑰仁上訴意旨另略以：伊於警詢時及偵查中所為認罪之陳述，係為求交保所為不利己之不實陳述，本件案發當時伊僅負責處理公司庶務事項，並未參與其他共同被告向投資人推銷股票商品之行為，亦未因其他共同被告成功銷售股票行為，而領得業績獎金，有證人劉怡伶、黃景微、洪乙升及楊學文等人之證詞可佐；伊確實僅負責公司之庶務事項。原審未審酌上開有利於伊之證據，僅憑伊在警詢時及偵查中所為不實認罪之陳述，遽認伊有本件犯行，亦有未洽云云。

- (四)、林碧玟及林巾愉上訴意旨略以：(1)、證券詐偽罪關於詐偽行為之判斷，應以行為人在銷售股票時，就該股票真偽及其交易價值有無對投資人施以虛偽、詐財或其他足致他人誤信之行為為斷；倘僅係藉由男女交往方式以促成或增加交易成功機率，應與股票真偽及其交易價值之判斷無涉，自非證券交易法第20條第1項所指之詐偽行為。故縱令伊等有以男女交友方式推銷本件股票之行為，惟伊等所推銷之股票既為真正，且具有正常交易價值，顯無對股票真偽及其價值有何虛偽不實之詐偽行為；況且本件投資人於買賣股票時已簽署購買股票切結書，表示已自行評估股票之價值及投資風險始購買，盈虧自行負責，原判決並未說明上開投資人所簽署之切結書何以不能採為有利於伊等認定之理由，僅憑伊等有利用男女交往等推銷手段，而為股票銷售之行為，遽認伊等有本件證券詐偽犯行，顯有不當。(2)、證券交易法第20條第1項所稱證券詐偽之行為，本質上具有多次性及反覆性，且伊等所為多次推銷行為均係在密切時間反覆為之，應論以集合犯1罪，原判決就伊等於刑法廢除連續犯規定前所為多次證券詐偽行為論以連續犯1罪，並另就伊等於刑法廢除連續犯後所為多次證券詐偽之犯行，均另以一罪一罰論以數罪而予以併合處罰，亦有未洽云云。
- (五)、林碧玟上訴意旨另略以：原判決於理由內已說明伊每次實行證券詐偽行為，均可從中獲取新臺幣（下同）4千元之報酬，則伊本件所為如其附表一編號5、15、29、41所示共同證券詐偽共4次行為之犯罪所得合計應僅1萬6千元，原判決主文竟對伊諭知未扣案之犯罪所得2萬元沒收及追徵，已有不當，復未考量伊已與原判決附表一編號108所示犯行之被害人朱世發達成民事賠償和解，且已全數返還其投資金額26萬元之犯後態度情節，就伊所犯共同證券詐偽共4罪部分，均量處有期徒刑9月，殊有不當云云。
- (六)、陳沛彤上訴意旨略以：(1)、投資本有風險，投資人既明知其所購買之股票係未上市（櫃）股票，應自行承擔投資風險。本件伊已告知投資人上開投資風險，有各投資人簽立之購買股票切結書可佐。縱令伊有以角色扮演方式推銷股票，此不過係行銷手法，並無礙各投資人自行評估風險及其本身對於投資與否之決定權。又伊並未以男女交往為由，詐誘宋恆光

購買本件未上市（櫃）股票，且伊向宋恆光及王俊智銷售之股票，業經發行該股票之公司規劃將該股票上市，伊並未對投資人提供不實資訊，原判決僅憑伊有以角色扮演之方式銷售本件未上市（櫃）股票之行為，遽認伊有本件被訴證券詐偽犯行，顯有不當。(2)、伊於95年初業已離開彗彖公司，並已另謀他職，不可能仍有如原判決附表一編號123 所示於97年間某日，向王俊智推銷股票之行為。原審未審酌上開情節何以不能採為有利於伊之認定，並於判決內加以說明，僅憑王俊智於警詢時所為不利於伊之指證，遽認伊有本件被訴證券詐偽之犯行，亦有未洽云云。

(七)、邱歆茹上訴意旨略以：(1)、投資本具有風險，伊亦如實將上情告知本件各投資人，有各投資人所簽立之購買股票切結書可佐。本件投資人既明知其等所購買之股票係未上市（櫃）股票，應自行承擔投資風險。縱令伊有以角色扮演及男女交往之方式推銷股票，此僅係行銷手法，並無礙投資人自行評估風險及其本身對於是否投資購買股票之決定權。原判決附表一編號72所示投資人范正明並未指證伊有以交往為由，詐誘其購買本件未上市（櫃）股票，且伊於本件被訴銷售未上市（櫃）股票期間，已有男朋友，伊並未以男女交往為由，詐誘投資人購買本件未上市（櫃）股票，原審未調查其他補強證據，僅憑投資人所為不利於伊之片面指證，遽認伊有本件被訴證券詐偽之犯行，顯有不當。(2)、伊於原判決附表一編號16之(1)、(2)所示密接時間先後2 次銷售股票予李俊毅之行為，應屬接續犯一罪，原判決遽論以數罪，並予以併罰，亦有未洽。(3)、原判決附表一編號16之(1)、(2)「主文」欄雖記載「邱歆茹見附表一編號4」，然原判決附表一編號4「主文」欄內僅記載王祥益所犯罪名，並未就伊被訴如同上附表編號16之(1)、(2)所示犯行一併記載其罪刑，同屬可議。(4)、伊於96年7 月間業已離開彗彖公司，並另謀他職，不可能仍有如原判決附表一編號83所載銷售及交付股票予張自明之行為，原判決遽認伊有此部分被訴證券詐偽犯行，亦有未洽云云。

(八)、林君徽、陳紋慧、宋珮青、凌偉婷、陳昕婕、張靖梅上訴意旨均略以：(1)、證券交易法第20條第1 項規定所指虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為，係指在客觀上足以影響證券

市場理性投資人判斷之重要事項，並造成該條保護法益受到侵害者，始得論以該罪。伊等雖分別有如原判決附表一各編號所載向投資人等銷售未上市（櫃）股票之行為，然伊等在推銷股票時均有向投資人等提供公開資訊，或與其等一同上網查詢相關資料，各該投資人在購買前均已審慎評估後始決意購買股票，有其等所簽立之購買股票切結書可佐。又伊等所銷售之股票均為真正，各投資人亦已取得所購買之股票，足見各投資人並無受騙或陷於錯誤而購買股票之情形，亦未因而受有損害。另伊等雖有利用男女交往之行銷手段，向投資人等銷售本件未上市（櫃）股票，惟男女交往與否，尚非客觀上足以影響證券市場理性投資人判斷之重要事項，且依原判決附表一各編號所載投資人之證述內容，或未提及伊等有告知上開未上市（櫃）股票即將上市（櫃），或伊等有偽冒不實職稱，或偽稱有內線消息等情，或未提到伊等有營造男女交往氛圍之事。原判決未依據上開卷內相關證據資料，作正確之認定，遽認伊等有本件被訴證券詐偽之犯行，顯有不當。(2)、原審於量刑時，將伊等實行證券交易法第20條第1項所指「虛偽」、「詐欺」及「其他足致他人誤信之行為」等犯罪構成要件行為，再度作為其量刑考量之不利因素，違反重複評價禁止原則，復未審酌伊等與其他共同正犯間分工及參與本件犯罪之程度，以及伊等本件證券詐偽行為所詐得金錢之數額，暨事後是否已與投資人達成民事賠償和解等情形，而一律科以相同刑度，亦有未洽云云。

- (九)、宋珮青上訴意旨另略以：(1)、證人即原判決附表一編號2所載投資人梁國鵬在距離本件案發6年後之警詢時，雖指證伊即為當時向其推銷股票之女子，然上開指認程序係在警方違反「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」規定下所為，故其所為對伊不利之指證，顯不可採。又投資人梁國鵬於原審審理時並未指認伊係本件案發當時向其推銷股票之女子，且其於第一審審理時亦表示對於法庭上之宋珮青沒有印象等語，而參與該次向梁國鵬推銷股票之同案被告張嘉如與許洺瑋亦未供稱宋珮青有參與此部分犯行，原審未斟酌上情，僅憑梁國鵬於警詢時所為對伊不利之不實指證，遽認伊有此部分犯行，顯有不當。(2)、林君徽向原判決附表一編號13所示投資人吳文祥推銷股票時，伊雖曾在場並經由林君徽之介紹

而認識吳文祥，但在林君徽介紹後伊隨即離開現場，並未向吳文祥提供任何資訊，亦未向其介紹或推銷股票，有吳文祥之證詞可佐。原判決未審酌上揭有利於伊之證據資料，遽認伊有共同參與林君徽等人此部分證券詐偽犯行，同有違誤云云。

- (十)、凌偉婷上訴意旨另略以：依證人即原判決附表一編號114 所載投資人鍾文賢證稱：最初係凌偉婷及陳昕婕一起向其推銷股票，當時其尚未決定購買股票，經陳昕婕再次與其相約見面並推銷該股票時，其始決定購買等語，可見伊並未參與此部分證券詐偽犯行，原判決未詳查上情，遽行認定伊有此部分證券詐偽犯行，而論處罪刑，顯有不當云云。
- (廿)、張靖梅上訴意旨另略以：(1)、原判決附表一編號10、14、20、48、56、118 所載何明原等投資人均未指認伊有參與上開附表編號所示之證券詐偽犯行，其中編號56之投資人李安濬更明確指認向其推銷股票之人為凌偉婷。原審未告知伊有被訴涉犯此部分證券詐偽之犯行，導致伊未能聲請傳喚各該投資人到庭進行交互詰問，以查明實情，遽認伊有上開犯行，顯有不當。(2)、原判決附表一編號39所載投資人蘇春光於警詢時雖證稱：張靖梅有向其表示要好好規劃2 人之未來，並向其推銷股票云云，然依蘇春光於第一審審理時證稱其業已結婚，且有小孩等語，以及第一審共同被告劉怡伶於第一審審理時供稱：係蘇春光欺騙張靖梅等語，可見伊並未以男女交往為由向蘇春光推銷股票，原判決認定伊有此部分證券詐偽之犯行，亦有未洽。(3)、原審於量刑時未斟酌伊尚有2 名幼子需要伊扶養照顧，所處之刑應有以暫不執行為適當之情形，因而未對伊一併諭知緩刑，同屬可議云云。

三、惟查：

- (一)、刑法學理上所謂「集合犯」，係指符合犯罪構成要件之行為，依其本質、犯罪目的及社會常態觀之，常具有反覆或延續實行之特性，此等反覆、延續之行為，於自然意義上雖係複數之行為，但依社會通念，在法律上應總括為合一之評價，立法者於立法時乃將之規定為獨立之犯罪類型，而為包括之一罪。惟行為人反覆或延續實行之數行為，是否均屬集合犯之包括一罪，而僅受一次評價，仍須從行為人主觀上是否自始即具有單一或概括之犯意，客觀上反覆多次實行行為是否

實現該犯罪之必要手段，以及數行為之時空關係是否密切銜接，並依社會通常健全觀念，秉持刑罰公平原則加以判斷。證券交易法第20條第1項將「有價證券之買賣，有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為」，作為處罰之對象，從其犯罪構成要件觀察，尚難認此項犯罪行為本即含有反覆或延續實行之特徵，亦無從認定立法者於立法時已預定該犯罪之本質必有數個同種類行為反覆實行之情形。原判決理由已說明：上訴人等本件被訴對於不同被害人所為多次證券詐偽之行為，在時間差距上可以分開，且每次詐偽行為之被害人亦非同一，僅係侵害同性質之法益，其等所為之各次行為，依一般社會健全觀念，在時間上可以分開，在刑法評價上亦各具有獨立性，皆可獨立成罪，如係基於概括犯意而為，在刑法修正廢除連續犯規定之前應依連續犯規定論以1罪，在刑法修正廢除連續犯規定之後，則應依一罪一罰原則，予以分論併罰等旨綦詳（見原判決第59頁第6至29行），核其此部分所為之論斷，於法尚無違誤。上訴人等上訴意旨徒憑己意，泛謂伊等所為多次證券詐偽行為，具有集合犯之性質，應論以一罪云云，而指摘原判決不當，依上述說明，要屬誤解法律之規定，尚非適法之第三審上訴理由。

- (二)、證據之取捨、事實之認定及刑罰之裁量，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，並已詳述其取捨證據及得心證之理由，而所量之刑復未逾越法律規定範圍，亦無違反公平、比例及罪刑相當原則或有裁量權濫用之情形者，即不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。
- 1、原判決依憑證人即原判決附表一各編號所載投資人分別於警詢時、偵查中或第一審審理時所為不利於上訴人等之指證，以及上訴人等15人與第一審同案被告劉怡伶、林雅琦、黃景微、許予婷、楊蕎瑄、林家瑀、洪子晴及洪巧倫分別於警詢時、偵查中或第一審審理時所為不利於己之陳述，佐以扣案關於上訴人等由女性業務專員透過網際網路奇摩交友網站或愛情公寓網站取得投資人聯絡方式之愛情公寓網頁、即時通訊紀錄、MSN 聯絡紀錄、奇摩交友網站網頁（含留言紀錄）等資料，以及關於彙彖公司人員事先篩選客戶條件及與客戶聯絡情形，擬定破題安定計畫流程，並逐級向張嘉如及張勝鈞陳報之客戶成交建檔資料、客戶聯絡狀況客情分析表、客戶

基本資料、客戶資料卡、聯絡進度表、外出表、破題流程、行事曆、儲備主管培訓班課程筆記摘要、人才養成訓練班、主管會議報告資料、績效與檢討報告書、筆記本、績效報告、組織心法、A 角色的T-UP、SA部門報告、S1檢討報告書及GA2009部門發展投影片；暨關於由張勝鈞及張嘉如等人針對角色扮演之行銷手法，舉辦教育訓練之行事曆、主管～教育課表、金騰資產第三季儲備理專養成考核暨金商培育計畫等資料，以及關於上訴人等由女性業務專員對男性投資人釋放好感訊息，及表示有交往意願之卡片、第一次見面聊天話題、破題前B 角色、破題時B 角色、破題後客戶並無馬上決定B 角色等業務招攬注意事項，以及該注意事項內提及「淚水（男生最怕的武器）、他若喜歡妳，一切主宰權在於妳、幫他劃小小的夢，甚至聊一些你們兩個人的未來，例如兩人可以朝共同目標走未來才有交集」、「可跟C 角色說就是覺得你不錯才介紹給我勿長輩認識，例如小舅勿人很好相處，希望自己未來的男朋友和老公也像小舅一樣」之內容，及業務專員林雅琦發放之簡訊譯文，以及卷附通訊監察錄音譯文及財政部高雄國稅局、財政部台北國稅局、財政部南區國稅局、財政部中區國稅局及財政部北區國稅局函文、財政資料中心函暨檢送交易資料等相關證據資料，經勾稽比對，綜合判斷，本於推理作用，認定上訴人等有以角色扮演方式，由女性業務員刻意在交友網站篩選結識如原判決附表一各編號所載男性投資人，並於交往互動過程中假意釋出好感訊息或態度以博取被害人信任後，再以有投資理財以進行未來共同生活規畫為由，推由其他同夥成員偽冒係女性業務員之家人或親屬，並佯稱具有財經顧問公司理財顧問、媒體財經記者、銀行經理、股市分析師、證券公司經理，或所出售未上市公司之顧問、股務經理等不實職務，進而向上開投資人提供其等因獲悉未上市（櫃）公司內線消息，所銷售的股票即將於短期內上市或上櫃，獲利成長穩定，穩賺不賠，投資人縱以貸款方式舉債投資，亦可於短期內獲利了結等不實相關資訊，並表示所賺取之利潤可供與該女性業務人員共同營造美好的未來生活云云，使投資人誤信其等所提供之訊息具有相當可信性，而購買上訴人等所銷售未上市（櫃）股票之犯行，已於理由內詳述其憑據，並說明證人即梁國鵬、宋恆光、吳

文祥、何明原、張續騰、范正明、吳育誌、陳育宏、江嘉祥、簡志達等人於本件案發後，在警局對警方所提供之25張照片，指認向其等推銷本件未上市（櫃）股票之人之指認程序及指證內容之筆錄資料，何以具有證據能力之理由（見原判決第14頁第1至31行）。復敘明：投資人無法從證券本身所記載之內容判斷該證券之市場價值，僅能從其所接獲關於發行該有價證券公司之經營策略及市場走向等項目加以評估判斷，因此該訊息之內容，以及提供該訊息者之身分背景乃攸關投資人評估該訊息可信度之相關資訊，均屬足以影響投資人判斷之重要訊息，倘若行為人就上開重要資訊故意提供虛偽不實之訊息，自屬證券交易法第20條第1項所指以虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。至於證券交易法第20條第2項及第21條之1規定，因課以證券發行相關人員提供社會投資大眾公開、透明及正確資訊之義務，故為判斷何種資訊必需提供及揭露，學理上及實務上乃發展出「重大性」原則，作為其判斷標準，然此與判斷證券交易法第20條第1項所指之證券詐偽行為不同，自不宜混為一談。本件上訴人等先由宋珮青等女性業務員假裝與其等經由交友網站所篩選之男性投資人交往，再由偽冒該女性業務員家屬之許洺瑋等人佯稱其具有財經背景，或任職該股票發行公司之顧問或股務經理等不實職務身分，向投資人提供其等所獲悉關於該股票之不實內線消息等行為，因其等製造及限縮原判決附表一各編號所示投資人決定「買入股票時點」之資訊本身，及評估該資訊可信度（即提供資訊者之身分背景資料）之重要訊息係屬虛偽不實，客觀上已足以使投資人產生錯誤判斷，因認上訴人等所為已該當於證券詐偽罪中詐偽行為之要件，而就上訴人等上開所為均論以證券詐偽罪等旨綦詳（見原判決第23頁第15行至第24頁第14行、第41頁第27行至第42頁第21行），核其此部分所為之說明及論斷，於法尚無違誤。且原判決對於上訴人等否認犯罪及其等所辯，何以均係卸責之詞而不足以採信，以及陳沛彤辯稱其於95年初即離開彗彖公司，不可能參與原判決附表一編號123所載犯行云云，暨其所提出之勞工投保資料表，何以尚不足以採為有利於陳沛彤之認定，及證人陳育宏及江嘉祥於第一審審理時，對於本件案發當時向其等以證券詐偽行為推銷股票之女子，因距離久遠已不

復記憶而均證稱：不確定等語，而未能於法庭上再度指認對其等施詐之人等情，何以不能採為有利於林碧玟、陳昕婕及凌偉婷等人之認定，均已依據卷內資料詳加指駁及說明（見原判決第23頁第26行至第24頁第14行、第43頁第17行至第48頁第13行、第51頁第2行至第54頁第24行）。核其所為之論斷，俱與經驗法則及論理法則無違，並無如上訴人等上訴意旨所指僅憑原判決附表一各編號「投資人之證述」欄所載各投資人之片段證述內容，據以認定上訴人等有本件被訴證券詐偽之犯行。上訴人等上訴意旨置原判決上開明確論斷於不顧，徒執陳詞，就原審採證職權之適法行使，任意指為違法，自非適法之第三審上訴理由。又證券詐偽罪為抽象危險犯，並非結果犯或實害犯，倘若行為人就有價證券買賣之重要訊息，已提供虛偽不實之資訊，而著手實行虛偽、詐欺或其他足致他人誤信等詐偽行為者，即成立犯罪，該有價證券之真偽及該證券事後是否上市（櫃）或價值發生異動，均不影響其犯罪之成立。本件上訴人等所銷售之未上市（櫃）股票雖非偽造，縱令部分股票事後已上市（櫃）或規劃上市（櫃），以及投資人經上訴人等施以證券詐偽行為，已同意購買股票並交付款項，而在事後點收所購買股票時，有簽署購買股票切結書者，亦不足以採為有利於上訴人等之認定。原判決對於上述情形未一併加以審酌及說明，固未盡周延，然並不影響上訴人等本件犯罪事實之認定與判決之結果；上訴人等上訴意旨執此指摘原判決不當，依上述說明，亦非合法之第三審上訴理由。

- 2、被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，刑事訴訟法第156條第1項定有明文。是以被告之自白若非出於訊問者之非法取供，且與事實相符，自得採為論罪之證據。又被告之自白倘非出於訊（詢）問者之非法取供，縱其自白之動機係因出於犯罪後內心之恐懼，或欲藉此免於羈押並邀減刑寬典，均不影響其自白之任意性，果其自白與事實相符，自得採為論罪之證據。稽之卷附馮鑰仁之警詢及偵查筆錄，均係在其選任辯護人陪同下接受檢察官及警方訊（詢）問時所為之陳述（見98年度偵字第12639 號卷二第2 至10頁、第67頁、詐騙集團6 之1 卷第145 至152 頁），而馮鑰仁

及其選任辯護人於原審審理時均未爭執馮鑰仁上開警詢及偵查筆錄之證據能力（見更三卷三第88頁、卷四第255、265頁、第262至282頁），於原審言詞辯論終結前，亦未主張其於警詢時及偵查中所為之陳述有如何非出於任意性之情形，其於法律審之本院始主張其於偵查中之自白係為求交保所為之不實自白，並非出於任意性云云，而指摘原判決採用其不實之自白作為證據為不當云云，依上述說明，同非適法之第三審上訴理由。又關於原判決認定張靖梅基於概括犯意所為如其附表一編號10、14、20、21、37、39、45、48、49、52、56及118所載共同連續證券詐偽之犯行，檢察官起訴書犯罪事實欄雖僅記載張靖梅有如原判決附表一編號21、37、39、45、49及52（即起訴書附表一編號126、24、29、30、22及31）所載部分之犯行，然原判決既認定張靖梅犯如同附表編號10、14、20、48、56及118所示之犯行，與前揭起訴書犯罪事實欄記載之犯罪事實具有修正前連續犯關係，為裁判上一罪，自為起訴效力所及，原審自得一併加以審判，且第二審法院歷次審理時已將原判決附表一編號10、14、20、48、56及118所載犯罪事實及罪名告知張靖梅，並曾訊問張靖梅有無向上開犯罪事實之被害投資人等推銷股票，復經原法院更一審及更二審判決認定張靖梅尚有上開為本件起訴效力所及之連續犯行，有原法院歷審審判筆錄及判決書可佐，可見原審已就此部分犯罪事實給予張靖梅辯明及其選任辯護人為其辯護之機會。又原審依卷附前開證據資料，既認為已足資認定張靖梅有此部分犯行，縱未傳喚何明原等人到庭與張靖梅對質詰問，或排除何明原等人之陳述，亦不影響本件判決之結果。況且張靖梅上訴意旨並未陳明其於原審審理時曾否聲請傳喚何明原等人到庭對質詰問，而本院為法律審，不負責證據之調查與事實之認定，張靖梅於上訴本院後始請求調查上開證據，並指摘原審未傳喚何明原等人到庭詰問為不當云云，依上述說明，亦非合法之第三審上訴理由。

- 3、本件原判決係依憑證人耿翊順、陳信豪、洪聖賢及張文雄於偵查中之證詞，暨原判決附表一各編號所示投資人等與上訴人等所為不利於上訴人等之陳述，以及前述扣案及卷附之相關證據資料，認定張勝鈞及張嘉如有本件被訴證券詐偽之犯行。至於張勝鈞僱用業務員向投資人銷售本件未上市（櫃）

股票來源之人即耿翊順及洪聖賢，雖經臺灣高雄地方檢察署檢察官以其2 人所涉犯之罪嫌已罹於追訴權時效為由，以103 年度偵字第18352 號為不起訴處分確定，然此並不影響上訴人等有本件被訴證券詐偽犯行之認定。張勝鈞及張嘉如執此指摘原判決不當，依上述說明，亦非合法之第三審上訴理由。

- 4、共同正犯在共同犯意聯絡內，各自分擔犯罪行為之一部，並相互利用他人之行為，以達其共同犯罪之目的者，對於其他共同正犯所實行之行為及全部發生之犯罪結果均應共同負責。宋珮青及凌偉婷均加入本件以男女交往及角色扮演手法，提供不實資訊向投資人推銷股票之集團，宋珮青已向如原判決附表一編號13所示之投資人吳文祥自稱其係彗彖公司女性業務員林君徽之學妹，而參與此部分角色扮演之工作；凌偉婷亦與陳昕婕及假冒陳昕婕叔叔且佯裝係財經公司理財顧問之男子，共同向原判決附表一編號114 所示之投資人鍾文賢表示該男子有未上市股票內線消息云云，以推銷未上市股票，亦已參與角色扮演及遊說購買股票之工作，則宋珮青及凌偉婷自應分別就林君徽及陳昕婕接續向投資人吳文祥、鍾文賢推銷股票之證券詐偽行為，負共同正犯之責任。宋珮青及凌偉婷以其等並未繼續參與遊說上開投資人購買股票云云，指摘原判決認定其等有參與此部分犯行為不當，依上述說明，要屬誤解，亦非適法之第三審上訴理由。
- 5、原判決對林碧玟所為如其附表一編號5、15、29及41之(1)、(2)所示共同連續證券詐偽之犯行，論以共同連續證券詐偽1 罪，並諭知未扣案之犯罪所得2 萬元，除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外均予以沒收及追徵，已說明：林碧玟本件向投資人推銷未上市（櫃）股票，每次佣金為4 千元，因林碧玟連續向如原判決附表一編號5、15及29所示投資人銷售股票各1 次，及同上附表編號41之(1)、(2)所示投資人銷售股票共2 次，合計共5 次之證券詐偽行為，並以每次4 千元計算其犯罪所得之理由甚詳（見原判決第40頁第20至21行、第41頁第5 至11行）。原判決因認林碧玟此部分犯罪所得為2 萬元，而在其附表一編號5 「主文」欄內，就上開未扣案之犯罪所得諭知除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外，應予沒收及追徵（見原判決第

85頁編號5)，經核於法尚屬無違。並未如林碧玟上訴意旨所指此部分沒收有主文與理由矛盾之情形。又原判決認定邱歆茹有如原判決附表一編號4、16、25、27、46及55所示基於概括犯意共同連續證券詐偽之犯行，而論以如原判決附表一編號4「主文」欄所示共同連續證券詐偽1罪（見原判決第8頁第12至17行、第59頁第8至18行、第84頁編號4所示），亦未有如邱歆茹上訴意旨所稱將其如原判決附表一編號16之(1)、(2)部分之行為予以分論併罰之情形，及原判決附表一編號4「主文」欄內僅記載王祥益所犯罪名之情形。另原判決依憑上開相關證據資料，認定邱歆茹有如其附表一編號83所載於96年5月間向投資人張自明施以證券詐偽行為，並於同年8月12日將股票交予張自明之犯行，並非如邱歆茹上訴意旨所指有認定其於「98年」8月間交付股票予張自明之情形，邱歆茹於第一審審理時雖提出其於96年12月4日已任職阿羅哈客運股份有限公司之勞工保險被保險人投保資料表（見更一審卷三第278頁反面），然依上開述說明，亦不足以採為有利於邱歆茹之認定。林碧玟及邱歆茹此部分上訴意旨所指，均有誤會，仍非依據卷內資料執為指摘之第三審上訴理由。

- 6、刑罰係以行為人之責任為基礎，而刑事責任復具有個別性，因此法律授權事實審法院依犯罪行為人個別具體犯罪情節，審酌其不法內涵與責任嚴重程度，並衡量正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的之實現，而為適當之裁量，此乃審判核心事項，故事實審法院在法定刑度範圍內裁量之宣告刑，倘其量刑已符合刑罰規範體系及目的，於裁量權之行使無所逾越或濫用，即屬適法妥當，自不得任意指摘為違法。本件原審於量刑時，以上訴人等之責任為基礎，分別適用刑事妥速審判法第7條及刑法第59條之規定減輕或遞予減輕其刑後，再依刑法第57條所列各款事項，審酌上訴人等分工方式及參與本件犯罪行為實行之程度、被害人損失金額、事後是否已與被害人達成民事賠償和解及其和解內容暨履行情形，兼衡其等素行、教育智識程度、身體健康及家庭生活經濟狀況等一切情狀，分別量處如原判決附表一各編號「主文」欄所示之刑，並就符合中華民國九十六年罪犯減刑條例規定之犯罪併予減輕其宣告刑二分之一，復就王祥

益、林君徽、林碧玟及邱歆茹所犯上開各罪所處之徒刑，依得否易服社會勞動之罪，本於刑罰經濟、責罰相當，斟酌其等施以矯正之必要性與刑罰效果邊際遞減等因素，分別酌定其等如原判決主文欄六、七、十三及十六所示之應執行刑，既未逾越法律規定範圍，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，尚難遽指為違法。林碧玟、林君徽、陳紋慧、宋珮青、凌偉婷、陳昕婕、張靖梅上訴意旨徒憑己見，就原審量刑業已斟酌及說明之事項，再事爭辯；陳昕婕上訴意旨另指摘原審未就其已與其中1 位被害人達成民事賠償和解（但該共同連續詐偽行為金額較高，且僅與其中1 位被害人達成微薄金額之民事賠償和解）部分之犯行，量處較低刑度云云，無非係對原審量刑裁量職權之適法行使，任意指摘，並非合法之第三審上訴理由。又原判決於量刑時所審酌上訴人等實行證券詐偽之方法，亦即其等如何以男女交往及角色扮演方式，向被害人提供虛偽不實之重要訊息，而推銷其等所銷售之未上市（櫃）股票過程之犯罪手段，核屬刑法第57條第3 款所規定量刑時所應考量之事項，尚難謂有重複不利評價之情形存在。林君徽、陳紋慧、宋珮青、凌偉婷、陳昕婕、張靖梅上訴意旨復執此指摘原判決量刑不當，依上述說明，要屬誤解，同非適法之第三審上訴理由。而緩刑機制，係著眼於特殊預防需求之個別化處遇，同屬刑罰裁量之一環，乃事實審法院在符合法定要件情形下得以自由裁量之權限，縱未宣告緩刑，亦不能指為違法。張靖梅上訴意旨指摘原判決撤銷第一審判決改判論處其罪刑時，未對其一併宣告緩刑為不當云云，依上述說明，亦屬誤會，同非合法之第三審上訴理由。

- 7、行為人有法定減刑事由者，法院祇須援用該減刑之法條予以減輕其刑即可，不以說明其減輕比例、幅度及減輕後處斷刑之上下限度為必要。原判決就其適用刑事妥速審判法第7 條規定減輕上訴人等之刑，已於理由內敘明以上訴人等所犯各罪之法定刑為基礎，審酌上訴人等經歷審傳喚證人及調閱資料等相關調查證據程序之具體情形，就其等所犯各罪依刑事妥速審判法第7 條規定減輕其刑等旨甚詳（見原判決第65頁第16行至第66頁第5 行、第67頁第9 至11行），縱未敘明其減輕之比例、幅度及其理由，亦非違法。張勝鈞及張嘉如上

訴意旨執此指摘原判決量刑不當，依上開說明，亦非適法之第三審上訴理由。

- 8、至上訴人等其餘上訴意旨所云各節，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，徒就原審採證認事及量刑職權之適法行使，暨原判決已明確論斷說明之事項，漫為爭執，並就其等有無本件被訴證券詐偽犯行之單純事實，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，其等此部分上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。又上訴人等對於上述證券詐偽罪部分之上訴，既均屬不合法律上之程式而應從程序上駁回，則與之具有想像競合犯關係之非法經營證券業務罪部分，本屬不得上訴於第三審法院之案件（第一、二審均為有罪之論斷），自無從適用審判不可分原則一併加以審理，該部分之上訴亦非合法，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 8 月 27 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 沈 揚 仁

法官 王 敏 慧

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 9 月 1 日

書 記 官

附表一：

編號	被 告	原判決犯罪事實	原判決主文
1	張勝鈞	原判決附表一編號68(1)、68(2)、76(1)、76(2)、91(1)、91(2)、92(1)、92(2)、93(1)、93(2)、95(1)、95(2)、99(1)、99(2)、106(1)、106(2)、100(1X2)、101(1)(2)、102(1X2)、107(1X2)、117(1X2)、119(1X2)、120(1X2)、122(1X2)、124(1X2)、125(1X2)「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號68(1)、68(2)、76(1)、76(2)、91(1)、91(2)、92(1)、92(2)、93(1)、93(2)、95(1)、95(2)、99(1)、99(2)、106(1)、106(2)、100(1)(2)、101(1X2)、102(1X2)、107(1X2)、117(1X2)、119(1X2)、120(1X2)、122(1X2)、124(1X2)、125(1X2)「主文」欄所示共同證券詐偽共26罪。
2	張嘉如	原判決附表一編號68(1)、68(2)、76(1)、76(2)、91(1)、91(2)、92(1)、92(2)、93(1)、93(2)、95(1)、95(2)、99(1)、99(2)、106(1)、106(2)、100(1X2)、101(1)(2)、102(1X2)、107(1X2)、117(1X2)、119(1X2)、120(1X2)、122(1X2)、124(1X2)、125(1X2)「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號68(1)、68(2)、76(1)、76(2)、91(1)、91(2)、92(1)、92(2)、93(1)、93(2)、95(1)、95(2)、99(1)、99(2)、106(1)、106(2)、100(1)(2)、101(1X2)、102(1X2)、107(1X2)、117(1X2)、119(1X2)、120(1X2)、122(1X2)、124(1X2)、125(1X2)「主文」欄所示共同證券詐偽共26罪。
3	馮鑰仁	原判決附表一編號68(1)、68(2)、76(1)、76(2)、91(1)、91(2)、92(1)、92(2)、93(1)、93(2)、95(1)、95(2)、99(1)、99(2)、106(1)、106(2)、100(1X2)、101(1)(2)、102(1X2)、107(1X2)、117(1X2)、119(1X2)、120(1X2)、122(1X2)、124(1X2)、125(1X2)「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號68(1)、68(2)、76(1)、76(2)、91(1)、91(2)、92(1)、92(2)、93(1)、93(2)、95(1)、95(2)、99(1)、99(2)、106(1)、106(2)、100(1)(2)、101(1X2)、102(1X2)、107(1X2)、117(1X2)、119(1X2)、120(1X2)、122(1X2)、124(1X2)、125(1X2)「主文」欄所示共同證券詐偽共26罪。
4	許洛瑋	原判決附表一編號95(1)、95(2)、125(1X2)「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號95(1)、95(2)、125(1X2)「主文」欄所示共同證券詐偽共3罪。
5	凌偉婷	原判決附表一編號92(1)、92(2)、100(1X2)、101(1X2)「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號92(1)、92(2)、100(1X2)、101(1X2)「主文」欄所示共同證券詐偽共4罪。
6	林巾愉	原判決附表一編號76(1)、76(2)、93(1)、93(2)、99(1)、99(2)、102(1X2)、119(1X2)、120(1)(2)所示「犯罪事實」欄部分	原判決附表一編號76(1)、76(2)、93(1)、93(2)、99(1)、99(2)、102(1)(2)、119(1X2)、120(1X2)「主文」欄所示共同證券詐偽共9 罪。
7	陳昕婕	原判決附表一編號68(1)、68(2)、107(1X2)「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號68(1)、68(2)、107(1X2)「主文」欄所示共同證券詐偽共3罪。
8	宋珮青	原判決附表一編號91(1)、91(2)、106(1)、106(2)、117(1X2)、122(1X2)所示「犯罪事實」欄部分	原判決附表一編號91(1)、91(2)、106(1)、106(2)、117(1X2)、122(1)(2)「主文」欄所示共同證券詐偽共6罪。
9	陳沛彤	原判決附表一編號76(1)、76(2)「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號76(1)、76(2)「主文」欄所示共同證券詐偽共2罪
10	陳紋慧	原判決附表一編號124(1X2)「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號124(1X2)「主文」欄所示共同證券詐偽1罪。

附表二

編號	被告	原判決犯罪事實	原判決主文
1	張勝鈞 張嘉如	原判決附表一編號1至59、118、123、128、129「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號1至59、118、123、128、129「主文」欄所示共同連續證券詐偽1罪。
		原判決附表一編號60至67、69至75、77至90、94、96至98、103至105、108至116、121、126、127「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號60至67、69至75、77至90、94、96至98、103至105、108至116、121、126、127「主文」欄所示共同證券詐偽共48罪。
2	馮鑰仁	原判決附表一編號8至59、118、123「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號8至59、118、123「主文」欄所示共同連續證券詐偽1罪。
		原判決附表一編號60至67、69至75、77至90、94、96至98、103至105、108至116、121、126、127「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號60至67、69至75、77至90、94、96至98、103至105、108至116、121、126、127「主文」欄所示共同證券詐偽共48罪。
3	許洛瑋	原判決附表一編號 1、2、3、7、9、16(1)、17、21、24、32、36、38、42、46、51、53、54、55、57、58、59、123「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號 1、2、3、7、9、16(1)、17、21、24、32、36、38、42、46、51、53、54、55、57、58、59、123「主文」欄所示共同連續證券詐偽1罪。
		原判決附表一編號 60、63、65、67、68(1)、69、72、73、74、75、76(1)、77、78、79、80、81、82、83、84、85、90、91(1)、92(1)、93(1)、94、96、97、98、99(1)、100(1)、101(1)、102(1)、103、104、105、107(1)、109、111、112、113、116、117(1)、119(1)、120(1)、121、122(1)、126、127「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號60、63、65、67、68(1)、69、72、73、74、75、76(1)、77、78、79、80、81、82、83、84、85、90、91(1)、92(1)、93(1)、94、96、97、98、99(1)、100(1)、101(1)、102(1)、103、104、105、107(1)、109、111、112、113、116、117(1)、119(1)、120(1)、121、122(1)、126、127「主文」欄所示共同證券詐偽共48罪。
4	王祥益	原判決附表一編號 6、8、11、13、18、19、22、25、26、27、28、29、33、40、41(1X2)、44、118、129「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號 6、8、11、13、18、19、22、25、26、27、28、29、33、40、41(1X2)、44、118、129「主文」欄所示共同連續證券詐偽1罪。
		原判決附表一編號 61、66、71、86、103、106(1)、108、110、114、115「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號 61、66、71、86、103、106(1)、108、110、114、115「主文」欄所示共同證券詐偽共10罪。
5	林碧玟	原判決附表一編號5、15、29、41(1X2)「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號5、15、29、41(1X2)「主文」欄所示共同連續證券詐偽1罪。
		原判決附表一編號71、77、84、86、103、108 所示部分	原判決附表一編號71、77、84、86、103、108「主文」欄所示共同證券詐偽共6罪。

6	林巾倫	原判決附表一編號7、54、59 所示部分	原判決附表一編號7、54、59「主 文」欄所示共同證券詐偽1罪。
		原判決附表一編號 60、63、 67、73、79、80、85、88、 111、113「犯罪事實」欄所 示部分	原判決附表一編號 60、63、 67、 73、79、80、85、88、111、113 「主文」欄所示共同證券詐偽共10 罪。
7	陳沛彤	原判決附表一編號 8、123、 129「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號 8、123、129 「主文」欄所示共同連續證券詐偽 1罪。
8	邱歆茹	原判決附表一編號4、16(1)(2) 、25、27、46、55「犯罪事實 」欄所示部分	原判決附表一編號4、16(1)(2)、25 、27、46、55「主文」欄所示共同 連續證券詐偽1罪。
		原判決附表一編號65、72、 81、83、89「犯罪事實」欄所 示部分	原判決附表一編號 65、72、81、 83、89「主文」欄所示共同證券詐 偽共5罪。
9	林君徽	原判決附表一編號 6、12、13 、19、22、23、30、31、33、 34、35、47、50「犯罪事實」 欄所示部分	原判決附表一編號 6、12、13、 19、22、23、30、31、33、34、 35、47、50「主文」欄所示共同連 續證券詐偽1罪。
		原判決附表一編號 62、64、 87、110「犯罪事實」欄所示 部分	原判決附表一編號 62、64、87、 110「主文」欄所示共同證券詐偽 共4罪。
10	陳紋慧	原判決附表一編號 44、116、 121「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號 44、116、121 「主文」欄所示共同證券詐偽共3 罪。
11	宋珮青	原判決附表一編號 2、3、9 、13、36、128「犯罪事實」 欄所示部分	原判決附表一編號2、3、9、13、 36、128「主文」欄所示共同連續 證券詐偽1罪。
		原判決附表一編號66、78、89 、90、94、98、126「犯罪事 實」欄所示部分	原判決附表一編號66、78、89、 90、94、98、126「主文」欄所示 共同證券詐偽共7罪。
12	凌偉婷	原判決附表一編號 24、57、 58「犯罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號 24、57、58 「主文」欄所示共同連續證券詐偽 1罪。
		原判決附表一編號74、86、90 、95(1)、96、98、103、 104、105、112、114「犯 罪事實」欄所示部分	原判決附表一編號 74、86、90、 95(1)、96、98、103、104、105 、112、114「主文」欄所示共同證 券詐偽共11罪。
13	陳昕婕	原判決附表一編號 1、32、38 、42、43、51「犯罪事實」欄 所示部分	原判決附表一編號 1、32、38、 42、43、51「主文」欄所示共同連 續證券詐偽1罪。
		原判決附表一編號69、75、84 、95(1)、97、109、114、115 、125(1)、127「犯罪事實」欄 所示部分	原判決附表一編號69、75、84、 95(1)、97、109、114、115、125(1) 、127「主文」欄所示共同證券詐 偽共10罪。
14	張靖梅	原判決附表一編號10、14、20 、21、37、39、45、48、49、 52、56、118「犯罪事實」欄 所示部分	原判決附表一編號10、14、20、21 、37、39、45、48、49、52、56、 118「主文」欄所示共同連續證券 詐偽1罪。

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 180 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 26 日

裁判案由：違反營業秘密法等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第180號

上訴人 林錫宏

選任辯護人 粘舜權律師

陳展誌律師

上訴人 連信欽

選任辯護人 蔡宜真律師

上訴人 林紀倫

選任辯護人 蘇忠聖律師

上訴人 賴峯斌

選任辯護人 鍾欣惠律師

上列上訴人因違反營業秘密法等罪案件，不服智慧財產法院中華民國108 年7月3日第二審判決（106 年度刑智上訴字第40號；起訴案號：臺灣新北地方檢察署103 年度偵字第19861 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回智慧財產法院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人林錫宏、連信欽、林紀倫及賴峯斌有如其事實欄一所載洩漏吉諾科技股份有限公司（下稱臺灣吉諾公司）營業秘密之犯行，因而撤銷第一審不當之科刑判決，改判仍論以林錫宏、連信欽、林紀倫、賴峯斌共同意圖在外國、大陸地區使用，而犯營業秘密法第13條之1 第1項第2款罪刑，並依法為相關諭知沒收（含追徵），固非無見。

二、惟查：

（一）共同正犯之成立，以有犯意聯絡，與行為分擔為要件，而此項要件，除應於事實欄內，詳加記載外，並應於理由內逐一說明其認定此項事實所憑之證據，方足資為論罪科刑之根據。倘事實欄已有敘及而理由未加說明，是理由不備，若理由已加說明，而事實欄無此記載，則理由失其依據，均足為構成撤銷之原因。

原判決事實欄一、祇載「…林錫宏於101年12月6日仍擔任臺灣吉諾公司董事長期間，與特助王國衛、連信欽（該公司已

離職之前員工）、大陸鑽寶公司負責人包秀峰，在東部非洲外海之『賽席爾共和國』共同成立與大陸鑽寶公司相同英文名稱之境外公司「ZUANBAO ELECTRONICS CO., LTD」（下稱賽席爾鑽寶公司）…詎林錫宏、連信欽、林紀倫、賴峯斌及大陸鑽寶公司成年員工趙小虎共同基於意圖為賽席爾鑽寶公司未來營運之利益，及意圖在外國、大陸地區使用下列(一)至(五)臺灣吉諾公司之成本、供應商等資料之接續犯意聯絡，為下列行為…」（見原判決第2頁倒數第4行至第3頁第9行），然關於上訴人4人彼此間，究竟基於如何犯意聯絡？彼此行為分擔為何？林錫宏究竟如何參與何構成要件行為？其等謀議過程、分擔犯行之具體內容，於事實欄並未認定、記載，即逕認上訴人4人為共同正犯，已屬可議。

(二)沒收，應適用裁判時之法律，民國104年12月30修正公布，105年7月1日施行之沒收新制，將沒收重新定性為「刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）」，並就沒收標的之違禁物、供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物（刑法第38條第1項、第2項前段，統稱為犯罪物品）及犯罪所得（刑法第38條之1第1項前段）分別規範。惟不論是犯罪物品或犯罪所得，原則上都以屬於行為人者，法院始得宣告沒收；申言之，並不以被告已取得所有權者為限，舉凡犯罪行為完成時，「已」受被告實質支配之財物或不法利益，均應屬之。此所謂「供犯罪所用」，指對於犯罪具有促成、推進或減少阻礙的效果，與犯罪本身具有密切關係，而於犯罪之實行有直接關係之物而言；而「犯罪預備之物」，係指為了實施犯罪而預備之物；「犯罪所生之物」，則是因犯罪之結果產生之物，如偽造文書罪中之假文書。至於「犯罪所得」，依其取得原因可分為「為了犯罪」而獲取之報酬或對價（行為人因實行犯罪取得對價給付之財產利益，此類利得並非來自於構成要件的實現本身，例如收受之賄賂、殺人之酬金），及「產自犯罪」（行為人直接因實現犯罪構成要件，而在任一過程獲得之財產增長，例如竊盜、詐欺等財產犯罪所得之財物）二者。雖法律效果皆為沒收，但所適用之法條畢竟不同，仍有辨明正確適用法條之必要，否則即有適用法則不當之違失。

本件原判決事實欄一、(一)至(五)載敘：林紀倫將知悉、持有臺

灣吉諾公司「2012 Cost」、「2013 Cost」物料成本分析表及「成本分析表.zip」等檔案之營業秘密；賴峯斌知悉、持有臺灣吉諾公司GTi0000000000XX圖紙料號「GTi000000000000 Smart Card Connector」之成本預估表及相關實際成本資料、Cisco-Foxconn List、「FYQ4'13 Cisco SARFQ (IM) -Please Complete before 14th FEB 2013.xlsx」等檔案之營業秘密，皆未經授權而重製，且以電子郵件寄送之方式，洩漏上開臺灣吉諾公司之營業秘密等情。然判決理由欄貳、七、(二)卻祇略謂：無證據證明賽席爾鑽寶公司因而取得該等營業秘密，遽認附表三所示臺灣吉諾公司之營業秘密，為上訴人4人之犯罪所得，卻未充分說明，究竟是「為了犯罪」獲取之報酬或對價？抑或「產自犯罪」而獲得之利潤或利益？（甚或屬於刑法第38條第2項前段規定，得沒收之犯罪物品）顯有理由欠備之違失，允宜詳查、說明。又原判決上開理由，既認其附表三所示，為臺灣吉諾公司之營業秘密，卻逕將該「營業秘密」（屬於被害人臺灣吉諾公司）依刑法第38條之1第1項沒收，其沒收標的究竟是系爭「營業秘密」或載有系爭營業秘密之「電磁紀錄」（載體），價值為何？案經發回，宜一併注意及之。

三、以上或為上訴意旨所指摘，或屬本院得依職權調查之事項。原判決上述部分之違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決具有撤銷發回更審之原因。至於原判決關於上訴人4人不另為無罪諭知部分，基於審判不可分原則，併予發回。

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 8 月 26 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	吳	淑	惠
法官	林	孟	宜

本件正本證明與原本無異

			書	記	官	
中	華	民	國	109	年	9
						月
						3
						日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 1283 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 20 日

裁判案由：侵占

最高法院刑事判決

109年度台上字第1283號

上訴人 孫慶南

選任辯護人 吳忠諺律師

上列上訴人因侵占案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108年3月21日第二審判決（107年度原上易字第22號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣屏東地方檢察署105年度偵字第7551號、106年度偵字第5489號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

孫慶南幫助犯侵占漂流物罪，處罰金新臺幣陸仟元，如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。

理 由

原判決認定：康承（經判決確定）於民國105年9月27日、28日梅姬颱風侵襲臺灣之後，同月30日左右，在屏東縣三地門鄉隘寮溪三地門大橋下游約15公尺右側河床處，發現颱風過後隨水勢漂流至該處闊葉一級貴重木樺木1支（長6公尺，直徑52公分，材積1.62立方公尺），乃以電話告知上訴人孫慶南，詢問有無朋友要撿拾，上訴人明知天然災害過後之漂流木不能任意撿拾，竟意圖為第三人不法之所有，基於幫助之犯意，以電話告知溫宥勝（經判決確定）及詢問有無意思要撿拾，並於翌日由康承帶領上訴人、溫宥勝至現場查看該漂流木。溫宥勝知悉天然災害過後之漂流木不能任意撿拾，然發現該漂流木有相當價值，乃意圖為自己不法之所有，於105年10月3日11時許，以電話聯絡梁凱倫（經判決確定），請梁凱倫代為聯絡吊車、貨車以便吊取該漂流木。梁凱倫又再告知陳松塵（經判決確定）上情，請陳松塵代為聯絡吊車、貨車吊載漂流木。陳松塵於當日17時30分許，聯絡戴耀仁（經判決確定）駕駛車號00-00 號營業半拖車（車上有輪式起重機）、聯絡巫添金（另為不起訴處分）及其助手陳純勇（另為不起訴處分）駕駛車牌號碼00-000號大貨車（車上有吊桿起重設備），於105年10月3日19時許，至屏東縣三地門鄉三地門大橋處會合。梁凱倫、陳松塵、戴耀仁至現場後均知悉是要吊起颱風過後漂流至河床之漂流木，3 人均明知天然災害後之漂流木不能任意撿拾，

仍與溫宥勝基於共同意圖不法之所有之犯意聯絡，由在場之康承向梁凱倫、陳松塵指出漂流木所在河床地點，陳松塵、梁凱倫即至漂流木所在河床共同著手綑綁該漂流木，再由戴耀仁以其駕駛之吊車上吊桿，將漂流木吊離河床，置於其等實力支配之下，而放置於道路旁，準備放在巫添金駛至現場之大貨車上後載離現場，然即為警員查獲，並扣押該漂流木（已由行政院農業委員會林務局屏東林區管理處人員領回）等情。已詳敘所憑之證據及認定之理由，因而撤銷第一審之無罪判決，改判論上訴人以幫助結夥3人以上竊盜罪刑。固非無見。

惟查：森林係指林地及其群生竹、木之總稱。而所謂森林主產物，並不以附著於其生長之土地，仍為森林構成部分者為限，尚包括已與其所生長之土地分離，而留在林地之倒伏竹、木、餘留殘材等。又天然災害發生後，國有林竹木漂流至國有林區域外時，當地政府需於1個月內清理註記完畢，未能於1個月內清理註記完畢者，當地居民得自由撿拾清理，森林法第15條第5項定有明文。從而漂流至森林區域外之森林產品，既已脫離森林範圍，縱予以竊取，即無從依森林法竊盜之規定論處。另按刑法第337條之侵占漂流物罪所謂漂流物，參酌該條規範之意旨，認遭水漂流之遺失物，凡已脫離本人之管領力範圍者，均屬之，至於該物於遭發現時究係尚在水上持續漂流，抑或已漂流至水邊固定在灘地而滯留，實非所問，蓋此等遭水漂流而遺失之物，已脫離本人之持有，俱應在本罪所稱漂流物範圍內，行為人具有不法之意圖，取得因漂流而脫離本人管領力範圍之物，即行成立侵占漂流物罪。而刑法竊盜罪與侵占漂流物罪固均以行為人基於不法所有之意圖而取得他人之物為要件，然竊盜罪所保護之法益，在於物之持有人穩固之持有權，侵占漂流物所保護之法益則在於物在脫離持有人之管領力後之持有權，二者之區別在於行為人取得被害物當時，該物是否尚在持有人之管領力範圍內，若尚在持有人管領力範圍內，應論以竊盜罪，反之則應論以侵占漂流物罪；即所謂竊盜須以竊取他人所持有或管領之物為成立要件，物之持有或有管領權人，若已失去持有或管領力，但未拋棄管領權，則為遺失物或其他離本人所持有之物。至於河川管理機關因漂流木漂流至該管河川地依「處理天然災害漂流木應注意事項」（下稱應注意事項）而得打撈清理漂流木，然此係基於管理河川、堤防、河床之目的，而非肇因於河川局對漂流木具有如何之持有關係，亦

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

原判決理由已說明：本件查獲之樺木1支係自不詳之國有林班地沖流而下，溫宥勝等人拾取漂流木地點位於屏東縣三地門鄉隘寮溪三地門大橋下游約15公尺右側河床處，非屬行政院農業委員會林務局屏東林區管理處（下稱屏東林管處）管轄之林班範圍等旨（原判決第3頁）。則該樺木已漂流至國有林區域外，滯留在河川地，屏東林管處已失其管領力，應屬刑法第337條之漂流物。原判決以因河川地仍屬國有並為國家所管領，該樺木並未脫離國家之支配管領云云，認溫宥勝等人係成立刑法之加重竊盜罪；上訴人係對加重竊盜之正犯資以助力，並未參與竊取該漂流物犯罪行為之實行，屬幫助他人實行犯罪，而論以加重竊盜罪之幫助犯。即有判決適用法則不當之違背法令。

上訴意旨執以指摘，為有理由，而原判決之上述違誤，並不影響於事實之確定，可據以為判決，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，自為判決。核上訴人所為，係犯幫助侵占漂流物罪，應依刑法第30條第2項減輕其刑。爰以行為人之責任為基礎，審酌上訴人犯罪之一切情形，量處如主文第二項所示之刑。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第398條第1款，刑法第30條、第42條第3項前段，修正前刑法第337條，刑法施行法第1條之1第1項、第2項前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 8 月 20 日
最高法院刑事第六庭

審判長法官 徐 昌 錦
法官 林 恆 吉
法官 林 海 祥
法官 江 翠 萍
法官 蔡 國 在

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 8 月 24 日

附錄本案論罪科刑法條

修正前刑法第337條

意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物者，處5百元以下罰金。

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 1590 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 28 日

裁判案由：偽造有價證券

最高法院刑事判決

109年度台上字第1590號

上訴人 蕭明英（原名蕭圓寶）

選任辯護人 許祖榮律師

上列上訴人因曹文種自訴偽造有價證券案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108年5月22日第二審判決（107年度上訴字第1364號，自訴案號：臺灣高雄地方法院106年度自更一字第2號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、大法庭前置徵詢程序就歧異法律見解之統一

一、關於本案裁判基礎之法律問題，即「持有偽造有價證券（本票或支票）之善意執票人，是否為偽造有價證券之直接被害人，而得向偽造有價證券之行為人提起自訴？」，本庭評議後擬採之法律見解，因本院先前裁判具有積極性歧異，有採肯定說及否定說之見解，本庭依法院組織法第51條之2第2項規定，於民國109年8月3日以徵詢書向本院其他刑事庭提出徵詢。受徵詢各庭回復結果，與本庭均採相同見解，主張「持有偽造有價證券（本票或支票）之人，為偽造有價證券之直接被害人，其向偽造有價證券之行為人提起自訴，程序合法」，已達成大法庭統一法律見解之功能，應依該見解就本案為終局裁判，合先敘明。

二、茲敘述理由如下：按刑事訴訟法第319條第1項前段規定：

「犯罪之被害人得提起自訴。」所稱犯罪之被害人，以因犯罪而直接被害之人為限，而所謂直接被害人，係指因他人之犯罪而直接受其侵害者而言。與國家或社會法益同時被害之個人，仍不失為因犯罪而直接被害之人。有價證券之本質，在得自由轉讓流通，且其實行券面所載之權利與其占有證券有不可分離之關係，申言之，執有有價證券者，始得主張券面所載之權利，若不占有證券即不得主張權利。執有之支票因偽造而不能兌現，固為破壞社會交易之信用，有害社會法益，但同時業侵害執票人之權利，不能謂於個人法益未受損

害。因而善意取得該支票之人，自係其直接被害人而得對該偽造支票之行為人提起自訴。從而，行為人偽造有價證券後復持以行使，不唯被偽造之名義人，偽造有價證券之執票人亦係因偽造有價證券犯罪而遭受侵害之直接被害人，依刑事訴訟法第319 條第1 項規定，自得提起自訴。

貳、本案之說明

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，認為上訴人蕭明英（原名蕭圓寶）有原判決事實欄所載之犯行明確，因而撤銷第一審之判決，改判依想像競合關係，從一重仍論處偽造有價證券罪，適用刑法第59條酌量減輕其刑，量處有期徒刑2 年6 月，且宣告沒收，已詳述認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

(一)、本件自訴人曹文種係本票執票人，並非遭簽名偽造之人，其既非偽造有價證券之直接被害人，自不得提起自訴，且偽造有價證券之重罪，自訴人已不得提起自訴，則其他犯罪亦不得提起自訴，原判決未察，未改判諭知不受理之判決，自有違誤。

(二)、原判決既認定自訴人指示上訴人為偽造本票犯行，自訴人應成立共犯或教唆犯，如何可作為被害人而擔為自訴人，原判決此部分同有判決理由矛盾之違誤。

四、惟查：

(一)、原判決認定上訴人因積欠債務，亟需資金周轉，未經其父蕭博明之同意，於 104年8月3日向自訴人佯稱蕭博明願辦理設定抵押以借款新臺幣（下同） 200萬元，且未經蕭博明同意或授權，當場簽發面額200 萬元票號000000之本票，於發票人欄偽造「蕭博明」之簽名以表彰蕭博明為共同發票人，而偽造本票 1紙，並交付自訴人收執而行使，因而論處上訴人

偽造有價證券罪刑。依上說明，上訴人偽造本票不能兌現，同時亦侵害本件執票人即自訴人之權利，因而取得該本票之自訴人，除係上訴人「行使偽造有價證券」犯行之被害人，同時亦因上訴人「偽造有價證券」犯行而直接被害之人，其對上訴人偽造有價證券犯行提起本件自訴，自屬合法，原判決以自訴合法進而對上訴人論罪科刑，洵無違誤可指。

- (二)、原判決綜合卷內證據資料，本於全辯論意旨及調查證據所得，認定上訴人有本件偽造有價證券犯行，已詳載其認定之理由，又原判決並未認定自訴人知悉該本票係偽造，或為本件犯行之共犯、幫助犯，顯無上訴意旨所指判決理由矛盾之違法。
- (三)、上訴意旨，係就原判決明白論斷之事項，徒憑己見，任意指摘為違法，自非適法之第三審上訴理由。依上說明，應認此部分上訴為違背法律上之程式，予以駁回。上開得上訴第三審部分之上訴，既因不合法而從程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪關係之詐欺取財部分，核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第4 款不得上訴第三審法院之罪，且未合於同條項但書例外得上訴第三審之要件，自無從為實體上審判，應併從程序上駁回。

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 8 月 28 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官	林	勤	純
法官	楊	力	進
法官	莊	松	泉
法官	吳	秋	宏
法官	王	梅	英

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 109 年 8 月 31 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2479 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 19 日

裁判案由：違反洗錢防制法

最高法院刑事判決

109年度台上字第2479號

上訴人 NAKAZAWA YOSHIMOTO（中澤祥基 日本籍）

選任辯護人 黃如流律師

黃宥維律師

上訴人 呂美智

黃美信

上列上訴人等因違反洗錢防制法案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國109年3月19日第二審判決（108年度原金上重訴字第3號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署107年度偵字第7892、12522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，認為上訴人NAKAZAWA YOSHIMOTO（下稱中澤祥基）、呂美智、黃美信違反洗錢防制法之犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處上訴人3 人共同犯洗錢防制法第14條第1 項之洗錢罪刑，已詳敘其調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。
- 三、行為後法律有變更者，方有刑法第2條第1項之從舊從輕主義規定之適用，必也犯罪構成要件之變更而有擴張或限縮，或法定刑度之變更，始足當之。亦即，端視所適用處罰之成罪或科刑條件之實質內容，修正前、後法律所定要件有無不同而斷。若新、舊法之條文內容，縱有所修正，然其修正，係無關乎要件內容之不同或處罰之輕重，而僅單純屬文字、文義之修正或原有實務見解、法理之明文化，或僅條次之移列

等無關有利或不利於行為人者，則非屬該條所指之法律有變更，自不生新舊法比較之問題，而應依一般法律適用原則，適用裁判時法。洗錢防制法業於民國105年12月28日全盤修正，並於106年6月28日生效施行，旨在「防制洗錢，打擊犯罪，健全防制洗錢體系，穩定金融秩序，促進金流之透明，強化國際合作」，其立法目的及保護法益，已自單純國家對重大（特定）犯罪之追訴及處罰，擴增至防制洗錢體系之健全、金融秩序之穩定及透明金流軌跡之建置，以強化我國洗錢防制法體質，冀與洗錢防制之國際規範接軌。而同法第14條規定之一般洗錢罪固須以特定犯罪為前置要件，但其前置犯罪並非洗錢犯罪之成立要件，僅係作為金流之不法原因聯結而已，故不以前置犯罪經有罪判決為必要，同法第4條第2項即明揭此旨。自洗錢防制法前揭立法目的，及一般洗錢罪之前置犯罪，並非洗錢罪之成立要件，即可導出前置犯罪不應僅以發生於我國領域者為限，否則於境外涉犯前置犯罪，而跨境洗錢至我國國內者，均得輕易規避洗錢防制法之適用，將使我國成為洗錢天堂，顯與洗錢防制法於105年12月28日全盤修法之目的背道而馳，有違立法本旨。是以，同法第16條第4項所定：「第十四條之罪，不以本法所定特定犯罪之行為或結果在中華民國領域內為必要。但該特定犯罪依行為地之法律不罰者，不在此限。」固係於上訴人等本案行為後之107年11月7日始增訂公布，並於同年9月9日施行，如其立法理由明揭：「由於本法原條文並未明確規定特定犯罪之行為發生地需否在我國領域內，致實務適用發生疑義。為臻明確，並參諸FATF（即防制洗錢金融行動工作組織）頒布之40項建議第3.6項建議要求，洗錢前置犯罪應擴及發生在國內構成前置犯罪，且如發生在他國亦構成犯罪之行為。該項建議旨在使會員國得對特定犯罪之不法金流移動進行洗錢犯罪之訴追，蓋不法金流跨境移動頻繁，如無此規定，將造成特定犯罪發生在域外，而無法追訴洗錢犯罪之情形，故透過此項建議之規範，方能真正遏阻跨境不法金流移動。」此項增設祇係將前置犯罪適用範圍之法理，予以明文化，以避免無謂之爭議，並未涉及犯罪構成要件或處罰內容之實質變更，揆諸前揭說明，自非屬刑法第2條第1項所指之法律變更，不生新舊法比較之問題。原判決本於相同意旨，於理由欄貳

之二詳敘：中澤祥基在日本因業務侵占行為所取得之財物或利益，係屬洗錢防制法第4 條所稱之特定犯罪所得，而為該法所規範洗錢行為之客體，不因該前置犯罪非發生於我國，或尚未經有罪判決而有異。經核於法無違。中澤祥基上訴意旨徒憑己意，而為相異之法律見解，執此指摘，要非合法上訴第三審之理由。

四、有罪之判決書應記載犯罪事實，且得與理由合併記載，此為刑事訴訟法第308 條後段所明定。故有罪判決書認定之犯罪事實如何，自得合併事實欄及理由欄之記載以為觀察。原判決綜合全案證據資料，本於調查所得，於事實欄二已記載中澤祥基為掩飾、隱匿其業務侵占犯罪所得之財物，其先後如何與呂美智、黃美信共同接續為洗錢行為之犯罪事實，復於理由內說明中澤祥基意圖掩飾或隱匿其業務侵占罪之犯罪所得來源，及逃避刑事追訴，接續將不法款項移轉至呂美智、黃美信於日本或臺灣所開立之多個金融帳戶，提領大額日圓現金後攜帶至臺灣兌換為新臺幣現金、購買高價名錶、皮件、手提包等各式精品，再伺機變賣、購買不動產等情，如何掩飾、隱匿犯罪所得本質、來源、去向、所在，核其所為，成立洗錢防制法第2條第1款、第2 款之洗錢行為，詳述其判斷並記明理由。綜上事實及理由合併觀察，要無中澤祥基上訴意旨所稱犯罪事實未記載具體洗錢行為態樣之違法情形可言。另原判決理由欄肆、三、(三)之**3.**載敘其附表（下稱附表）一所示扣案之手提包、皮夾、手錶、現金等物，均為中澤祥基與呂美智共同使用不法犯罪所得購買之財物及變賣皮包所得之財物，如何依洗錢防制法第18條第1 項前段規定意旨，在中澤祥基、呂美智罪刑項下諭知沒收，列明其論據。且中澤祥基與呂美智為夫妻，有同財共居之關係，參以中澤祥基於原審準備程序供述扣案皮件等物，有些是其去購買，有些則是呂美智去購買，因為買了很多，故不太記得等語，足見中澤祥基與呂美智對於附表一所示扣案物品享有共同處分權限，並未分配，且附表一所示之物絕大部分為不可分之物，亦無從分割，復均扣押在案，原判決在中澤祥基、呂美智罪刑項下併予諭知沒收，既無重複或超額執行之疑慮，並有助於實現澈底剝奪犯罪行為人坐享或保有犯罪所得之沒收立法本旨，於法尚無違誤。中澤祥基以原判決未就附表一所示

之物詳予認定各別所有權或事實上處分權，執此指摘原判決有調查未盡之違法，洵非適法之第三審上訴理由。

五、刑之量定，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，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，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。本件原判決已具體審酌關於刑法第57條科刑等一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，就呂美智、黃美信所犯情節分別量定刑罰，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有逾越法律所規定之範圍，或濫用其裁量權限之違法情形。呂美智、黃美信上訴意旨漫指原判決量刑仍屬過重，不符合罪刑相當原則等語，係對原審量刑職權之合法行使，任意指摘，同非適法之第三審上訴理由。

六、依上所述，本件上訴人3 人上訴違背法律上之程式，俱應予駁回。

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 8 月 19 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官	吳	燦
法官	李	英 勇
法官	高	玉 舜
法官	蔡	彩 貞
法官	何	信 慶

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 109 年 8 月 21 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2522 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 26 日

裁判案由：偽造文書

最高法院刑事判決

109年度台上字第2522號

上訴人 蘇慶禧

選任辯護人 鄭文龍律師

上列上訴人因偽造文書案件，不服臺灣高等法院中華民國108 年 6 月27日第二審判決（108年度上易字第284號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署107 年度偵字第10290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。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，認為上訴人蘇慶禧使公務員登載不實犯行明確，因而撤銷第一審所為諭知上訴人無罪之判決，改判論處上訴人使公務員登載不實罪刑，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。並就上訴人否認犯行之供詞及其所辯各語認非可採，予以論述。
- 三、按審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必該證據與判斷待證事實之有無具有關連性，得據以推翻原判決所確認之事實而為不同之認定方屬之；若僅係枝節性問題，或所證明之事項已臻明瞭，自均欠缺調查之必要性，原審未為無益之調查，即無違法可言。

查原判決認定上訴人明知登記為其所有之坐落桃園縣中壢市（現改制為桃園市中壢區，下同）○○段000 號土地與其上建物即門牌號碼桃園縣中壢市○○街00巷00弄00號房屋（下

稱29號房地），所有權狀均於其表外甥女胡翊軒保管中，並未遺失，竟因向胡翊軒索取未果，即佯稱「遺失」，申請補發，經該管不知情之公務員准予補發，上訴人主觀上顯有使公務員登載不實之故意等情，主要係依憑上訴人所辯胡翊軒曾告知29號房地所有權狀已於其搬家時遺失一節，胡翊軒迭於偵查及第一審審理中嚴詞否認，並陳明其係因與上訴人間就該房地有民事糾紛，故未將權狀交予上訴人等語；另佐以上訴人於民國102年1月2日聲請補發29號房地所有權狀後，尚於103年間，向臺灣桃園地方檢察署，對胡翊軒提出刑事告訴，指其涉嫌侵占該房地所有權狀，且於該案偵查中，向檢察事務官陳稱：因胡翊軒未歸還該權狀故提出侵占告訴，其並曾於102年1月15日函請胡翊軒返還該所有權狀等語；復參諸卷附由胡翊軒提出，經檢察官翻拍之29號房地所有權狀照片，及寄件人為上訴人之郵局存證信函照片等，足徵上訴人與胡翊軒間，確因29號房地所有權存有糾紛，且該房地所有權狀仍由胡翊軒保管中，並未遺失，而此均為上訴人所明知；上訴人所辯因相信胡翊軒所言該房地所有權狀業於搬遷時滅失云云，顯與事實不符，不足採信。業於理由內說明甚詳。

上訴意旨雖執胡翊軒確有遷移住所之事實，且觀諸其前曾向上訴人謊稱房地買賣最重要之買賣契約遺失，即知上訴人確因受其欺瞞而誤信上開房地所有權狀遺失；又上訴人致胡翊軒之上開存證信函內容並未明載29號房地所有權狀，另上訴人提出本件補發所有權狀之聲請，事前曾徵詢律師等專業人員，亦均足證明上訴人就29號房地所有權狀實未遺失一事並不知情，原判決就此等有利於上訴人之事實皆疏未查明，而指摘原判決有調查證據職責未盡之違法云云。然胡翊軒遷移住所、告知房地買賣契約遺失及上訴人所發上開存證信函未明載29號房地所有權狀等各節，核均與上訴人是否明知29號房地所有權狀未遺失待證事項之認定，顯無直接關聯，而僅屬枝節；另上訴人既明知該所有權狀並未遺失，猶以遺失之不實原因聲請補發，縱其所為已預先徵詢律師或地政人員，亦顯不足以推翻原判決已確認之其以明知不實原因聲請補發之事實，核均欠缺調查之必要性。上訴人執以指摘原判決未予調查，有證據調查職責未盡之違法云云，自非適法之第三

審上訴理由。

- 四、按刑法第214 條使公務員登載不實事項於公文書罪，須一經他人之聲明或申請，或經公務員就程序上為形式審查，認要件齊備，即有義務依其聲明或申請登載，且屬不實者，始足構成；若所為聲明或申請，公務員尚須為實質之審查，以判斷其真實與否，始得為一定之記載者，即非該罪所稱之使公務員登載不實，為本院一向所持之見解。

所謂形式審查與實質審查之區辨，政府機關對人民提出之聲明、申請，或囿於權責職掌，或因不具備資訊上之優勢，致法令僅賦予經辦公務員就聲明或申請事項之範圍、提出之時間與程式等形式上要件，加以審查之權限，一旦具備形式要件，即應依人民所請意旨登載，而無從就事項實質上之真偽、是否具備合目的性等予以判斷、確認者，係屬形式上審查；若尚須進行實質之調查，並據以就事項之真偽、當否，予以裁量、判斷後始為登載者，則屬實質審查。

依土地法第79條第2款、土地登記規則第155條第1 項規定，土地所有權狀因滅失而申請補給者，應由登記名義人敘明其滅失之原因，檢附切結書或其他有關證明文件，經登記機關公告三十日，並通知登記名義人，俟公告期滿無人提出異議後，即登記補給之。故申請補發土地所有權狀事件，經地政機關依法審查，認申請人與登記名義人相符，且已敘明滅失原因及檢附切結書或其他相關證明文件，並踐行法定公告程序期滿無人異議者，地政機關承辦公務員依法即應將滅失之不實事項登載於職務上所掌之土地登記簿或其他公文書上，並據以補給（補發）新土地所有權狀，顯未就所有權狀滅失一事之真偽，進行任何調查或裁量、判斷，是對此項補發之申請，承辦公務員固非一經申請即予登載，而仍須為上開各項審查，然尚僅止於形式審查，從而，申請之內容若有不實，自足構成刑法第214條之使公務員登載不實罪。

此部分上訴意旨以地政機關既非一經申請即為登載，仍須依法踐行公告程序等，即已進行實質審查，應無使公務員登載不實可言云云，已有誤會，委無足取。

- 五、原判決援引本院103年度台非字第182號判決，旨在說明地政機關依上揭規定所為之公告，係為使權利關係人知悉申請人主張相關土地所有權狀有滅失情形，及凡對於權狀之滅失補

發有異議者，得以提出異議之法定審查程序，該公告既尚未將申請人申請補發所主張之原因事實逕予採為其補發所有權狀之前提，是縱該原因事實不實，亦不生登載不實問題；然公告程序期滿無人異議後，地政機關承辦公務員依法既應將滅失之不實事項登載於職務上所掌之土地登記簿或其他公文書上，並據以補給（補發）土地所有權狀，則該原因事實若有不實，自該當於使公務員登載不實。上開二者法律適用的涵攝異其效果，乃緣於承辦公務員是否已將申請之不實原因事實登載於公文書並採為補發之前提一節，有所不同。上訴意旨未細繹其意，徒摭拾其中片斷，將之曲解原判決以是否有人於公告期間提出異議，作為使公務員登載不實成罪與否之分野，並執以指摘原判決適用法則不當云云，自非適法之第三審上訴理由。

六、原判決就於本件申請補發29號房地所有權狀事件，公務員如何將不實事項登載於其所掌之公文書一節，業於事實欄記載本件於公告期滿無人異議後，承辦公務員既已將上訴人所提出，記載不實之土地登記申請書、切結書歸檔編列為本件申請案件之原始文件，而將表彰該權利書狀滅失之不實事項，登載於其職務上所掌之土地建物異動清冊等電腦檔案上，並據以補發所有權狀等情，理由內雖僅援引桃園市中壢地政事務所107年10月23日函文以為認定之依據，未進一步為非必要之說明，略欠周妥，然於判決結果尚不生影響，即難憑以指摘原判決違法、不當。乃上訴意旨無視於原判決上開認定及說明，猶執第一審判決所為土地建物異動清冊上僅記載「書狀補給」等語，並無不實云云，指摘原判決認事用法不當，核係徒憑己意，任意指摘，且仍為事實之爭執，亦非適法之第三訴上訴理由。

七、依土地法、土地登記規則及其相關法令，土地、建物等不動產所有權狀不僅與登記簿上之所有權登記同為所有權人之重要權利證明，甚且為所有權移轉、他項權利設定等各項登記申請必備之文件，而攸關各該權利之得喪變更，故法律明定所有權狀損壞或滅失，應由登記名義人檢附相關證明文件申請換給或補給。是房地所有權狀之補發，須依法為之，其確因滅失而得依法補發，自係登載之公文書所欲擔保之事項。上訴意旨以土地建物異動清冊等公文書，僅在擔保土地建物

登記之正確性，非為擔保權狀之補發云云，主張補發之原因事實既非登載之公文書所擔保之事項，縱有不實，亦不構成使公務員登載不實罪云云，並執以指摘原判決違法，顯與適法之第三審上訴理由有別。

八、綜上所述，上訴意旨，係就原審採證認事職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑己見，任意指摘為違法，要難謂為適法之第三審上訴理由。其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 8 月 26 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	洪	兆	隆
法官	蔡	彩	貞

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 9 月 3 日

書記官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3240 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 19 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3240號

上訴人 陳煌榮

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108年7月31日第二審判決（108年度上易字第1135號，聲請簡易判決處刑書案號：臺灣宜蘭地方檢察署107年度毒偵字第768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、本件原判決認為上訴人陳煌榮有其事實欄所載施用第二級毒品1次之犯行明確，因而撤銷第一審之無罪判決，改判論處上訴人施用第二級毒品累犯罪刑。固非無見。
- 二、惟按：民國109年1月15日修正公布、同年7月15日施行之毒品危害防制條例第20條第3項規定，犯第10條之罪於觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，3年後始再犯者，不論其行為係在新法施行生效前或施行生效後所為（同條例第35條之1第1、2款參照），均應適用同條第1、2項（即應先觀察勒戒或強制戒治）之規定，其修法理由謂：施用毒品者具「病患性犯人」之特質，並參諸世界各國之醫療經驗及醫學界之共識，咸認施用毒品成癮者，其心癮甚難戒除，如觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，3年後始再有施用第一級、第二級毒品之行為者，足見其有戒除毒癮之可能，宜再採以觀察、勒戒方式戒除其身癮及以強制戒治方式戒除其心癮之措施，為能放寬觀察、勒戒或強制戒治制度之適用時機，以協助施用者戒除毒癮，爰修正第3項。同條例第23條第2項亦配合修正為「觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，3年內再犯第10條之罪者，檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）應依法追訴或裁定交付審理。」可知本次修法對於施用毒品者施以觀察勒戒、強制戒治，或依法追訴（或裁定交付審理）之適用範圍，係確立初犯為具「病患性犯人」之特質應先經一完整之醫療處置，3年內再犯者應依法追訴（或裁定交付審理），3年後再犯則裁定觀察勒戒，殆無疑義。

但對於3犯以上距最近1次觀察勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，逾3 年者，究應適用同條例第20條第3項或第23條第2項處理，本次修法未明確規定，惟基於罪刑法定之明確性原則、法文之文義解釋，參諸觀察勒戒等治療處置，乃結合醫師、觀護人、社工心理諮商等不同領域之專業人員參與之保安處分措施，目的除在戒除施用毒品者身癮、心癮之措施外，並企圖重新塑造生活紀律，改變其病態行為，與刑罰之執行並不相同，無法以刑罰補充或替代上開醫療處置之特性。從而，3犯以上如距最近1次觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，已逾3 年者，其間縱經判刑、執行，究與觀察勒戒或強制戒治已經完整之治療療程不同，無法補充或替代上開之醫療處置，均應再予觀察勒戒之機會，方為適法。

- 三、經查原判決認定上訴人於100 年間，因施用毒品案件，經法院裁定送觀察、勒戒後，認有繼續施用毒品之傾向，經法院裁定令入戒治處所施以強制戒治，於101 年5月7日停止強制戒治出所，並由檢察官為不起訴處分確定，於該強制戒治程序執行完畢後5年內，即於105年間，因再犯施用毒品案件，經法院判處有期徒刑4月確定，於106 年5月22日易科罰金執行完畢。則其於107年5月21、22日某時，再為本次犯行，如果無訛，距其最近1 次犯該罪，經依法觀察、勒戒及強制戒治執行完畢釋放後，已逾3 年。依前揭說明，自應依修正後新法規定，再予適用觀察、勒戒或強制戒治之機會。原判決未及適用新法，有不適用法則之違法。因涉及事實之認定，兼顧上訴人之審級利益，自應撤銷發回原審更為適法之裁判。

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 8 月 19 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 陳 世 雄

法官 段 景 榕

法官 鄧 振 球

法官 汪 梅 芬

法官 吳 進 發

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 8 月 20 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3289 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 13 日

裁判案由：違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例

最高法院刑事判決

109年度台上字第3289號

上訴人 許長壽

劉貴嬌

上列一人

選任辯護人 蔡宏修律師

上訴人 謝羽桑

上列上訴人等因違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例案件，不服臺灣高等法院中華民國108年8月28日第二審判決（107年度上訴字第2865號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署105年度偵字第20319號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於許長壽罪刑部分撤銷。

許長壽共同犯圖利使大陸地區人民非法進入臺灣地區未遂罪，累犯，處有期徒刑壹年柒月。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷改判（即許長壽）部分：

一、本件原判決認定上訴人許長壽明知非經主管機關許可，不得使大陸地區人民非法進入臺灣地區，與劉貴嬌及謝羽桑（均詳如後述）基於意圖營利而使大陸地區人民非法進入臺灣地區之犯意聯絡，由謝羽桑與劉貴嬌以新臺幣（除本判決特別列明其他幣別外，餘下同）5萬元至10萬元之代價，遊說無結婚真意之許長壽同意擔任「人頭老公」（即假結婚之男方），謝羽桑並於民國102年11月3日陪同許長壽赴大陸地區福建省，由許長壽與亦無結婚真意之大陸地區女子鄭美清於同年月7日在大陸地區福建省三明市民政局公證處洽辦結婚登記手續，然因資料不全未能辦妥。許長壽於同年月9日返臺後，復於同年月14日再赴大陸地區福建省，並於翌（15）日與鄭美清至該省三明市民政局公證處辦妥不實之結婚登記，並取得上開省市公證處核發之結婚公證書。許長壽回臺後，即持上揭文件至內政部移民署（下稱移民署）臺北市服務站，以配偶團聚為由申請鄭美清入境臺灣地區，經移民署依

所屬專勤隊面（訪）談建議結果，為不予許可之處分，並循線查悉上情，許長壽始未得逞等情。係以上揭犯罪事實，業據(1)、許長壽於104年10月22日及105年6月4日在移民署北區事務大隊臺北市專勤隊（下稱臺北市專勤隊）調查詢問（下或稱警詢）時，自白前揭犯行甚詳；嗣於原審106年12月4日行準備程序時，雖否認有本件被訴犯行，然仍供承其確有先前所坦認之客觀事實無訛。(2)、許長壽之上述供詞，核與①證人即同案被告謝羽燊於106年1月25日在檢察官訊問時坦承：伊問許長壽要不要娶鄭美清，並說如果事情成功的話，會給他10萬元當報酬，之後伊陪同許長壽透過「小三通」至大陸地區，機票錢及生活費均係伊所支付，伊並告知許長壽與大陸人結婚之流程，回臺後要許長壽準備應付移民署所屬專勤隊的問話，並教導許長壽回答面試官提問之技巧等語；暨其嗣於原審106年12月4日行準備程序時供承略以：許長壽本件赴大陸地區與鄭美清辦理結婚手續之機票與生活費，均係伊出借予許長壽，而許長壽第2次赴大陸地區之機票，係伊託劉貴嬌所購買等語。及②證人即同案被告劉貴嬌坦承其有介紹林瑞霞甥女鄭美清與許長壽認識，且代謝羽燊為許長壽購買取道金門前往大陸地區之機票等語，以及③證人林瑞霞所證述之情節大致相符。(3)、復有大陸地區人民（鄭美清）入出臺灣地區申請書、保證書、臺灣地區人民申請大陸地區配偶來臺團聚資料表暨所附生活照片、大陸地區福建省三明市至誠公證處（2013）閩三誠證字第0000號公證書、財團法人海峽交流基金會（102）核字第000000號證明、移民署面（訪）談結果建議表、聯邦商業銀行之大陸間接匯出匯款申請書、許長壽暨謝羽燊之機場出入境紀錄等證據資料在卷足堪佐證，已詳述其所憑之證據及理由。對於許長壽嗣後翻供否認犯罪，並以其與鄭美清皆有結婚真意，並非假結婚置辯等情，何以均係卸責之詞而不足以採信，亦於理由內說明略以：①許長壽就其與鄭美清相識至結婚過程之陳述，前後齟齬，且渠等僅在大陸地區見面1次，旋急於4天後辦理結婚手續，有違常情。經比對許長壽與鄭美清於移民署（電話）面（訪）談時所回答之內容，渠等就許長壽赴大陸地區期間是否同住、出遊、聚餐，暨與對方聯絡方式及家庭背景等事項，彼此之陳述互歧，均與情理不合。②許長壽

於108年8月14日原審審理時固陳稱：劉貴嬌安排伊與林瑞霞見面，林瑞霞告以鄭美清離婚且家境清寒，（所以）想來臺灣。又伊在大陸地區見鄭美清之父母穿著比別人差，住家格局（即空間）小，且無豪華設備，兒子在唸大學，所以知悉鄭美清家境清寒。伊因身體不好，想找伴侶互相照顧，伊每月收入扣除生活開銷後，僅可結存約1萬元，可以扶養鄭美清及其家人云云。然參酌其先前於103年3月24日接受移民署訪談時，自陳「我目前還有卡債約100萬元至200萬元」等語，難認許長壽之資力足以扶養鄭美清並照料其家人。又鄭美清於接受移民署電話對談時，自陳在飯店從事服務員工作，則鄭美清因家貧而遠嫁無情感基礎之許長壽，拋家棄子來臺非但無法工作，復係離鄉背井另過一清貧生活，洵違情理，難認許長壽與鄭美清彼此有結婚之真意。③至許長壽於103年9月17日匯款美金3,267.5元（折合新臺幣9萬8,600元，即約人民幣2萬元）予鄭美清之緣由，據許長壽陳稱：係遭鄭美清以借貸為由所騙等語，顯見許長壽並非基於夫妻情誼匯款予鄭美清，亦難認許長壽與鄭美清間之婚姻為真實，可見許長壽嗣後翻異前供否認有本件犯行，要係卸責之詞，不足以採信等旨綦詳，因認許長壽之犯行明確，應依法論科。核許長壽意圖營利，違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例第15條第1款之規定所為，係犯同條例第79條第4項、第2項之圖利使大陸地區人民非法進入臺灣地區未遂罪。其與謝羽桑、劉貴嬌就本件犯行有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。又其已著手圖利使大陸地區人民非法進入臺灣地區犯罪之實行而未遂，不法內涵較既遂為輕，依刑法第25條第2項規定減輕其刑。原審以第一審就許長壽被訴上揭最低法定本刑為3年以上有期徒刑之犯行，未說明有何減刑事由，遽量處有期徒刑1年8月，尚有違誤，因而撤銷第一審關於許長壽部分科刑之判決，改判仍論許長壽以上述圖利使大陸地區人民非法進入臺灣地區未遂罪，並審酌許長壽貪圖小利，以憲法所保障之婚姻自由為幌，擬藉假結婚之方式使鄭美清非法來臺，著手後幸未得逞，對國境管制秩序及臺灣社會治安造成潛在危害，兼衡其素行、智識程度，犯罪動機、目的，犯後一度坦承犯行，嗣翻供否認之犯後態度及相關生活等一切情狀，量處有期徒刑1年6月，核其認事用

法（除後述部分外），原無不合。

- 二、許長壽上訴意旨略謂：林瑞霞未曾證述鄭美清欲藉假結婚之方式來臺，且未談論若鄭美清成功來臺，會給伊多少報酬等情節，原判決徒憑伊及謝羽燊與事實不符之陳述，遽認伊意圖營利而以非法之方法欲使鄭美清來臺，殊有不當云云。惟原判決認定許長壽有本件被訴圖利使大陸地區人民非法進入臺灣地區未遂犯行之採證認事，尚無違反經驗及論理法則之情形，許長壽上訴意旨之指摘，固無可取。然查，行為人所為之故意犯行，是否應依刑法第47條第1項前段「受徒刑之執行完畢……5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯」之規定論以累犯，乃「法律要件判斷」之定性問題，而是否依同條項後段「加重本刑至二分之一」之規定，參酌司法院釋字第775號解釋意旨，為避免個案發生罪刑不相當之情形，法院就是否加重最低本刑應加以裁量，則係「法律效果裁量」之定量問題。又故意犯行是否構成刑法上所稱之累犯，除關涉是否依前揭規定加重其刑之裁量外，就目前監獄行刑相關規定層面而言，尚涉及受刑或保安處分之進級（等）責任分數逐級（等）加成（行刑累進處遇條例第19條第3項、保安處分累進處遇規程第7條第2項）；不得被遴選至外役監受刑（外役監條例第4條第2項第3款）；提報假釋之最低執行刑期較高（刑法第77條第1項）等差別待遇。故被告所犯是否應論以累犯，與對累犯是否依前揭規定裁量加重其刑與否，兩者尚屬有別，並非一事。原判決既認為許長壽前因圖利聚眾賭博案件，經臺灣臺北地方法院102年度簡字第2026號判決處有期徒刑5月確定，且於102年12月6日易科罰金執行完畢，許長壽所受宣告之上揭徒刑，以已執行論，其於上述徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪（見原判決第18頁倒數第4行至第19頁第1行）。倘屬無訛，則許長壽本件犯行自應論以累犯，始稱適法，至於是否依前揭規定加重其刑，則屬法律效果裁量之問題，自不宜混為一談。乃原判決以許長壽所犯上揭前案與本案之罪名不同，尚難認其有特別惡性及對刑罰反應力薄弱，參酌釋字第775號解釋意旨，因而說明「不依刑法第47條第1項之規定，論以累犯，加重其刑」云云（見原判決第19頁第1至5行），非無混淆應否論以累犯，及對累犯是否裁量加重

其刑之誤解，依上述說明，自有判決不適用法則之違誤。許長壽上訴意旨雖未指摘及此，然對於確定事實援用法令之當否，係本院得依職權調查之事項，應認原判決關於許長壽罪刑部分有撤銷之原因，即應視同上訴有理由。又原判決上述違誤尚不影響於許長壽之犯罪暨累犯事實之確定及其所犯罪名之判斷，本院可據以為判決，爰將原判決關於許長壽罪刑部分撤銷，自為判決，並依刑法第47條第1項規定論以累犯，再依釋字第775號解釋意旨，考量其前案犯行所處徒刑經易科罰金執行完畢，仍漠視法禁，於5年內故意再犯本件之罪，顯未記取教訓，足徵其具有特別惡性且對於刑罰反應力薄弱，並依其本件犯罪相關情節加以審酌，縱依上開累犯規定加重最低本刑，尚不致於造成刑罰過苛之情形，爰先依累犯之規定加重其刑，再依刑法第25條第2項規定減輕其刑，復審酌前述許長壽犯罪之一切情狀，處有期徒刑1年7月，以資糾正。

貳、駁回上訴（即劉貴嬌、謝羽燊）部分：

一、劉貴嬌部分：

(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，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，認定上訴人劉貴嬌有其事實欄所載與謝羽燊、許長壽共同意圖營利，經謝羽燊陪同許長壽赴大陸地區福建省，由許長壽與大陸地區女子鄭美清辦理假結婚手續後再申請來臺團聚之方式，欲使鄭美清非法進入臺灣地區，惟經移民署依所屬專勤隊面（訪）談建議結果而為不予許可處分，致未得逞之犯行，因而撤銷第一審關於劉貴嬌部分科刑之判決，改判仍論劉貴嬌以共同犯圖利使大陸地區人民非法進入臺灣地區未遂罪，依刑法第25條第2項規定減輕其刑後，量處有期徒刑1年6月，已詳述其所憑證據及認定之理由，對於劉貴嬌所辯為何不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，

原判決關於劉貴嬌部分並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

- (二)、劉貴嬌上訴意旨略以：(1)、許長壽初於接受臺北市專勤隊科員張舜豪（原判決誤載為張順豪）調查詢問時，即陳稱其被鄭美清騙借人民幣2 萬元，而證人張舜豪確曾向許長壽告稱可向移民署申請透過《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》追討一節，亦據張舜豪證述在卷，不論張舜豪係有意抑無心，亦不問許長壽是否誤認有利可圖，上開求償管道對亟欲討還欠款之許長壽而言，實具有極大之吸引力，堪認張舜豪係以利誘之方式，促使許長壽配合於移民署所屬專勤隊調查詢問且於後續檢察官訊問時，為不利於己之不實自白，兼作不利於伊之指證，依刑事訴訟法第156 條第1 項之反面解釋，許長壽所為上開不利於伊之陳述並無證據能力，乃原判決採為認定伊犯罪之證據，殊有不當。(2)、原判決依刑事訴訟法第159 條之2 規定，認為許長壽於臺北市專勤隊調查詢問時所為之陳述，具有證據能力，並採為認定伊有本件被訴犯行之依據，係以許長壽上開審判外之陳述，距案件遭查獲時間較接近而記憶較深刻與清晰，且較無外界干擾壓力，相對於其嗣在法院審理時作證之情境，具有較可信之特別情況作為判斷標準。然記憶能力乃證人內在之主觀條件，與證人陳述當時之外部客觀情況無關，自不得作為判斷證人審判外陳述是否具有較可信特別情況之論據。且原判決並未敘明許長壽嗣於法院審理作證時，有如何遭受外力干涉或承受人情壓力干擾情形之具體事證，就許長壽於法院審理時經具結所為有利於伊之證詞，竟未加以審酌並予採信，同非適法。(3)、許長壽固於警詢及檢察官訊問時陳稱略以：鄭美清託伊將人民幣1 萬4,000 元轉交給劉貴嬌云云，然其關於該筆款項之性質，或稱：鄭美清說係欠劉貴嬌之借款云云，或稱：鄭美清並未說明款項用途云云，所述前後不一；且許長壽對於其究係在謝羽桑之「場子」，抑在其「住處」將該筆款項轉交與伊，前後所陳亦有歧異。再原判決認定伊及謝羽桑以 5 萬元至10萬元之報酬，遊說許長壽使其同意與鄭美清假結婚，以使鄭美清非法進入臺灣地區，並於理由內援引許長壽及謝羽桑之相關證言為依據，然關於所謂假結婚報酬之金額為何，卷查許長壽之陳述卻有5 萬元、7 萬元或10萬元之出入

，對照謝羽桑就此部分所述亦不盡一致，顯見許長壽所為不利於伊之上揭證詞，顯有重大瑕疵而不可採。(4)、許長壽所為不利於謝羽桑及林瑞霞之證言，包括指證林瑞霞為伊從事非法入境犯罪活動之「下線」，伊才係最上線之「大蛇頭」（指操縱非法入境活動之主謀或要角）一節，均遭謝羽桑及林瑞霞所否認，足見許長壽所為之供述顯係顛倒是非，胡亂指證，殊非可信。且許長壽於警方調查時陳稱：劉貴嬌說若伊答應配合並成功讓鄭美清入境來臺，伊可獲得7萬元或10萬元，伊「感覺上」係劉貴嬌在主導伊與鄭美清之假結婚云云，亦可徵許長壽對伊之不利指證，係出於其個人之揣測，難以採為伊犯罪之證據。何況，許長壽嗣於第一審審理時改證稱略以：伊與劉貴嬌見面時，並未談論伊與大陸地區女子結婚之事，且鄭美清並未託伊轉交人民幣1萬4,000元給劉貴嬌，又伊均係直接打電話聯絡林瑞霞，不須透過劉貴嬌即能聯絡林瑞霞。另係謝羽桑向伊遊說謂伊若配合使大陸地區女子成功來臺即可獲得5萬元，劉貴嬌並未向伊作此遊說等語。衡情，許長壽與伊並不熟識，實無甘冒偽證風險迴護伊之必要，故許長壽上述有利於伊之證詞，應屬實情而可予採信。(5)、謝羽桑及林瑞霞均證稱許長壽與鄭美清係真結婚，由伊居中介紹雙方認識，且伊僅係受謝羽桑委託，代購許長壽與謝羽桑透過「小三通」前往大陸地區之機票，並未交付任何與假結婚有關之報酬與謝羽桑，亦據謝羽桑證述在卷。又許長壽於本件案發當時之102年間係擔任保全工作，月薪約3萬元至4萬元許，先前復領有勞工保險退休金80餘萬元，更匯款美金3,267.5元借予鄭美清，供鄭美清之子就讀大學花費，顯非無扶養鄭美清並資助其在大陸地區家人之能力，可見許長壽與鄭美清應係真結婚，而非假結婚。乃原判決卻以許長壽陳稱：鄭美清家境清寒，想嫁來臺灣，伊月收入扣除生活開銷後僅可結存約1萬元等語，認為許長壽之資力顯不足以扶養鄭美清並照料其家人，而不採信許長壽嗣於第一審及原審審理時陳稱其與鄭美清係真結婚之證詞，遽認許長壽與鄭美清係假結婚，並採為不利於伊之認定，非無可議云云。

- (三)、惟查：(1)、本件原判決以許長壽於臺北市專勤隊調查詢問時，就本件案情有重要關係事項之陳述，其中關於不利於己之

自白部分，依證人張舜豪所證述關於許長壽詢答過程之情節，且觀諸許長壽調查詢問筆錄之記載，係許長壽因違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例案件，而以犯罪嫌疑人之身分接受臺北市專勤隊之調查詢問，經依刑事訴訟法第100條之2準用同法第95條第1項規定，對許長壽為相關訴訟權利之告知後，由許長壽主動針對詢問問題旨所為詳細具體之答覆，其內容並非張舜豪所能事先知悉，亦未見張舜豪有何示意許長壽應為如何回答之情形，難認許長壽遭利誘而為不實之供述，核與刑事訴訟法第156條第1項之規定，尚屬無違。另關於許長壽於臺北市專勤隊調查詢問時，所為不利於劉貴嬌之證述部分，與其嗣後於第一審及原審審理時之陳述內容部分不符，審酌許長壽於警詢時之陳述較為詳盡，距案件遭查獲之時間亦較為接近，記憶相對深刻與清晰，可立即回想而不致於日久遺忘或受污染，且尚不及權衡利害得失，復較無來自同案被告之干擾壓力，彼此勾串、迴護或推諉之可能性較低，因認許長壽先前於審判外即警詢陳述之外部附隨環境、狀況與條件，相較於其嗣在第一審及原審審理時作證之情境，具有較可信之特別情況，且為證明劉貴嬌本件犯罪事實之存否所必要，符合刑事訴訟法第159條之2關於傳聞證據例外具有證據能力之規定，因認許長壽前揭於警詢時所為之自白及不利於劉貴嬌之陳述均具有證據能力，已於理由內論敘說明綦詳（見原判決第3頁第7行至第7頁第20行）。經核原判決上揭關於證據能力之論斷，於法尚屬無違。劉貴嬌上訴意旨猶執陳詞，爭辯許長壽在警詢之陳述不具有證據能力，而指摘原判決採證違法，依上述說明，要非合法之第三審上訴理由。(2)、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，復已敘明其取捨證據之心證理由者，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。又供述證據之內容雖略有參差或出入，本許法院斟酌情形作合理之比較後加以取捨，而僅採其中與基本事實相符且無礙真實性之一部據以裁判，並排斥與事實不符之其他部分。本件原判決依憑劉貴嬌坦承介紹林瑞霞甥女鄭美清與許長壽認識，且代謝羽燊為許長壽購買取道金門前往大陸地區之機票等事實，核與證人許長壽及謝羽燊於警詢時就上述事項所為不利於劉貴嬌之指證情節相符，佐以卷附大

陸地區人民（鄭美清）入出臺灣地區申請書、保證書、臺灣地區人民申請大陸地區配偶來臺團聚資料表暨所附生活照片、大陸地區福建省三明市至誠公證處（2013）閩三誠證字第0000號公證書、財團法人海峽交流基金會（102）核字第000000號證明、移民署面（訪）談結果建議表、聯邦商業銀行之大陸間接匯出匯款申請書、許長壽暨謝羽桑之機場出入境紀錄等證據資料，據以認定劉貴嬌有與謝羽桑、許長壽共同圖利使大陸地區人民非法進入臺灣地區未遂之犯行，已詳述其憑據及理由。對於劉貴嬌辯稱：許長壽就配合本件犯行所可獲得之報酬金額，前後陳述歧異，且許長壽與鄭美清均有結婚之真意，並非假結婚云云，為何不足以採信，亦依卷證資料逐一詳加剖析指駁，而於理由內說明略以：①證人關於事件過程細節之陳述，倘有部分前後不一或未臻精確之處，或關涉個人記憶存取與退化程度，或受限於生活經驗之觀察與認知，或礙於言語描述與表達能力等因素，倘其所陳述之基本事實與真實性無礙時，仍非不得由法院本於自由心證予以斟酌採信，非謂一有不符或矛盾，即應認其全部均為不可採信。許長壽於警詢、偵查及第一審審理時所為關於本件犯罪過程細節之陳述，前後雖略有出入，然就劉貴嬌、謝羽桑曾告以若其前往大陸地區與鄭美清假結婚並使鄭美清入境來臺可獲得報酬，其為圖賺錢而赴大陸地區與鄭美清假結婚，相關交通花費均由謝羽桑提供，其本人亦未支付食宿或生活費用等重要情節，均為一致之陳述，且與謝羽桑關於此部分之證述相符，故許長壽所為不利於劉貴嬌之指證，尚堪採信。而許長壽就配合為本件犯行所可獲得報酬金額部分，其所述雖略有出入，然依許長壽證稱：謝羽桑告以可試試看等語以觀，可見謝羽桑及劉貴嬌應係在許長壽成功使鄭美清入境臺灣後，始在5萬元至10萬元之金額間確定其等實際給付許長壽之報酬。②許長壽所陳與鄭美清結識、相處至結婚之過程均違反情理，且與鄭美清所述情節互異（詳如本判決前揭項次：壹之一所示，關於指駁許長壽謂其與鄭美清並非假結婚辯解之說明），故許長壽與謝羽桑於第一審及原審審理時，翻異其等先前之陳述而改稱：許長壽與鄭美清係真結婚云云，要屬諉卸其等本身罪責兼係迴護劉貴嬌之詞，均不足以採信等旨綦詳（見原判決第11頁倒數第6行至第17頁倒數第

4 行)。核原判決所為之上開論斷，尚無違經驗與論理法則。劉貴嬌上訴意旨仍執其不為原審所採信之相同陳詞再事爭辯，無非係就原審採證認事職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，任意指摘為違法，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆諸首揭規定及說明，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

二、謝羽燊部分：

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，109 年1 月15日修正公布施行，同年月17日發生效力之刑事訴訟法第382 條第1 項及刑事訴訟法施行法第7 條之12第4 項，與刑事訴訟法第395 條後段規定甚明。上訴人謝羽燊因本件違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例案件，不服原審判決，於108 年9 月17日具狀提起上訴，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，其上訴自非合法，亦應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條、第397 條、第398 條第 1 款，臺灣地區與大陸地區人民關係條例第79條第2 項、第4 項，刑法第11條前段、第25條、第28條、第47條第1 項，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 8 月 13 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官	郭 毓 洲
法官	沈 揚 仁
法官	林 靜 芬
法官	吳 進 發
法官	蔡 憲 德

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 8 月 18 日

附錄本院撤銷改判部分論罪科刑法條

臺灣地區與大陸地區人民關係條例第79條第1 項至第4 項

違反第15條第1 款規定者，處1 年以上7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣100 萬元以下罰金。

意圖營利而犯前項之罪者，處3 年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣500 萬元以下罰金。

前2 項之首謀者，處5 年以上有期徒刑，得併科新臺幣1,000 萬元以下罰金。

前3項之未遂犯罰之。

（與本案有關之條文為上揭法條第2 項及第4 項）

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3421 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 26 日

裁判案由：違反證券交易法

最高法院刑事判決

109年度台上字第3421號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官 翁珮嫻

上訴人

即被告 盧翊存

上訴人

即被告 蕭銘均（原名蕭名君）

選任辯護人 劉昌崙律師

林聖彬律師

上訴人

即被告 王志豪

選任辯護人 林俊儀律師

蔡仲威律師

上訴人

即被告 林宥呈

選任辯護人 廖于清律師

上訴人

即被告 顏鴻洲

選任辯護人 顧定軒律師

被告 談嘉琪

選任辯護人 蕭萬龍律師

上列上訴人等因被告等違反證券交易法案件，不服臺灣高等法院中華民國109 年3月26日第二審判決（105年度金上重訴字第29號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署104 年度偵字第4109、4982、12919、14108、14861、17817、17818 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於盧翊存、蕭銘均、王志豪、林宥呈及顏鴻洲部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回（即談嘉琪部分）。

理 由

壹、發回（即上訴人即被告盧翊存、蕭銘均、王志豪、林宥呈及顏鴻洲）部分

一、本件經原審審理後，認定盧翊存、蕭銘均、王志豪、林宥呈及顏鴻洲有如原判決事實欄（下稱事實欄）所載，為達在各公司間虛偽循環增資，再發行股票對外販售牟利之目的，自民國102年5月間起，共同先後登載如原判決附表（下稱附表）二編號1 至25所示之擎翊生技股份有限公司（下稱擎翊公司）、捷安司生物科技股份有限公司（下稱捷安司公司）、大冠生技科技股份有限公司（下稱大冠公司）、宇嘉國際股份有限公司（下稱宇嘉國際公司）、德曼國際股份有限公司、浩聯科技股份有限公司、菁華投資股份有限公司及捷群科技股份有限公司，有關變更章程、增加資本總額、發行新股、選任董監事等不實內容之董事會議事錄或股東臨時會議事錄等業務上文書後，再由盧翊存以如附表三所示之增資股東名義，匯入增資款項至各該公司帳戶，經委任會計師驗資無訛後，隨即將匯入之款項轉出。繼檢具公司變更登記申請書，併同內容不實之存款證明、資產負債表、增資變更登記資本額查核報告書等文件，表明各該公司增資股款已收足，持以向主管機關行使，申請變更公司登記經核准後，再憑以製作擎翊公司、捷安司公司及大冠公司股票，並交付予增資股東。另印製登載虛偽不實重要訊息之投資評估報告書，未向主管機關申報生效，即透過盤商對外向不特定之投資人出售。致如附表四、八及十一所示之投資人誤信有投資價值而購買擎翊公司、捷安司公司及大冠公司股東所持有之股票（下稱老股出售）。又再以擎翊公司、捷安司公司現金增資發行新股方式，透過盤商寄送登載不實重要訊息之投資評估報告書及現金增資認股繳款通知書予各該公司股東，致如附表六、七及十所示之股東誤信而認購並繳納股款（下稱新股募集）。其中盧翊存、蕭銘均、王志豪及林宥呈，就擎翊公司、大冠公司；暨盧翊存、蕭銘均、王志豪、林宥呈及顏鴻洲，就捷安司公司老股出售及新股募集所共同獲取之犯罪所得，依序分別為新臺幣（下同）3 億6,311萬8,000元（如附表五至七所示合計金額）、2,492萬4,500元（如附表十二所示合計金額）及1 億2,833萬300元（如附表九、十所示合計金額），合計已達1 億元以上等犯行明確，因而撤銷第一審關於盧翊存、蕭銘均、王志豪、林宥呈及顏鴻洲部分不當之科刑判決，改判仍依想像競合犯關係，從一重論處盧翊存、蕭銘

均、王志豪、林宥呈及顏鴻洲共同犯證券交易法第171條第2項之證券詐偽罪刑及諭知相關沒收，固非無見。

二、擎翊公司、捷安司公司現金增資發行新股由原有股東認購，是否應公開發行？

(一)按有價證券之募集、發行，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為，證券交易法（下稱證交法）第20條第1項定有明文。本條所稱「募集」，依同法第7條第1項規定，謂發起人於公司成立前或發行公司於發行前，對「非特定人」公開招募有價證券之行為。又本條所稱「發行」，依同法第8條第1項規定，則指發行人於募集後製作並交付，或以帳簿劃撥方式交付有價證券之行為。故募集乃公司初次發行有價證券之前提，證交法所稱之發行，僅限於對不特定人交付有價證券之行為，與公司法第131條、第268條之發行，包括公開發行與非公開發行者不同。此因公開發行，涉及一般投資大眾，為保障投資，應依證交法特別加以保護之故（證交法第1條參照）。是有價證券之募集及發行；公開發行公司，依公司法規定發行新股；及以公開招募方式，出售所持有之有價證券（老股，再次發行），因均涉及一般投資大眾之保護，依證交法第22條第1至3項之規定，原則上均應向主管機關申報生效後，始得為之。惟非公開發行公司發行新股，如係由原有股東及員工全部認足，或由特定人協議認購時，依公司法第268條及第272條規定，原即無須公開發行，本無證交法第22條第1、2項規定之適用。論者自證交法保障投資之立法目的出發，認為應募之原有股東、員工或特定人，倘具有保護之必要性（例如，欠缺保護自身權益之專業能力，或接觸投資判斷所必須資訊之機會）時，仍應經申報生效後，公開發行，而無公司法第268條及第272條規定之適用等旨。其見解非但與公司法上揭規定互為齟齬，且擴張證交法第7條第1項關於「非特定人」解釋之範圍，有違反罪刑法定主義之虞，尚為本院所不採。

(二)本件原判決認定盧翊存、蕭銘均、王志豪、林宥呈及顏鴻洲（以上5人，下稱盧翊存等人）共同以擎翊公司、捷安司公司現金增資發行新股方式，透過盤商寄送登載不實重要訊息之投資評估報告書及現金增資認股繳款通知書予各該公司股東，致如附表六、七及十所示之股東誤信而認股並繳納股款

等情（即事實欄參、一、(四)、2、3.及參、二、(七)）。理由則敘明：盧翊存等人以相同之不實資訊為新股募集、現金增資，詐騙投資人，其中擎翊公司、捷安司公司既已對外公開向不特定人販售股票，即使未申報，擎翊公司、捷安司公司形式上仍屬已公開發行公司。其以現金增資方式發行新股，雖係針對原有股東認購，仍應辦理公開發行程序。基此，本件擎翊公司、捷安司公司各次現金增資發行新股，縱對原有股東為之，仍屬對不特定人之募集行為等語（見原判決第145 頁第17至25行）。似係認擎翊公司、捷安司公司發行新股而洽原有股東認購，係違反證交法第22條第2項、第1項之規定。卻又論斷盧翊存等人此部分所為，係違反證交法第20條第1項、「第22條第1項、第3項」規定，而犯同法第171條第2項共同證券詐偽罪及第174條第2項第3款之非法募集有價證券罪等情（見原判決第221 頁第23至30行，第222頁第5至10行）。其前、後理由之說明，並不一致，已有矛盾可指。況盧翊存等人違反證交法第22條第3 項規定，而對不特定人公開招募以出售老股（如附表四、八、十一所示），係股東個人行為，並非公司以募集或私募方式發行股票，擎翊公司、捷安司公司不致因此而成為證交法第22條第2 項所規定之「已依本法發行股票之公司」。又原判決既認定擎翊公司、捷安司公司現金增資發行之新股係由附表六、七及十所示之股東認購，則擎翊公司、捷安司公司既係非公開發行公司，其等發行新股，而由原有股東認購，依公司法第268條及第272條規定，是否無須公開發行，而無證交法第20條第1 項及第22條第1、2項規定之適用？此既攸關盧翊存等人此部分所為是否成立共同證券詐偽、非法發行有價證券罪及其等因犯罪獲取之財物或財產上利益金額是否達1 億元以上之認定。原審未予調查釐清，並為必要之說明及論斷，自非適法。

三、盧翊存等人先後詐偽販售擎翊公司、捷安司公司及大冠公司股票，是否得包括論以接續犯一罪？

(一)刑法上之接續犯，係指數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，而包括論以一罪之謂。

(二)原判決認定：盧翊存與蕭銘均達成以盧翊存出資在數家公司循環轉投資方式，將各公司之資本額虛增至一定金額以後，再印製股票對外販售牟利，初始選定盧翊存之擎翊公司做為經營主體，於102年5月間開始著手進行擎翊公司不實增資及出售老股、募集新股行為。嗣因盤商王秀玲、戴麗珠之引介，認識欠缺資金之捷安司公司負責人顏鴻洲，經評估後，認為捷安司公司為生技公司，又有安全注射針筒專利及研發犀利士學名藥之優勢，乃應顏鴻洲之請求投資，而自102年9月開始著手進行捷安司公司不實增資及出售老股、募集新股之行為。又因蕭銘均之推薦，認為大金公司（後變更為大冠公司）之熱療生技技術，前景看好，可虛偽增資再對外以熱療法宣傳販售股票獲利，乃自102年9月間開始著手進行大冠公司不實增資及出售老股、募集新股之行為等情。另原判決引用盧翊存於第一審證稱：伊與蕭銘均決定將伊之擎翊公司作為合作主體，之後透過戴麗珠認識顏鴻洲，認為捷安司公司有拋棄式針筒，伊與蕭銘均商議後，認為同樣可以作為循環增資印製股票對外販售，仍由伊擔任注資者，再交由蕭銘均經營管理。之後，又因蕭銘均遠親在大金公司，蕭銘均稱大金公司經營癌症熱療儀器，需要營運週轉金，經商議後又決議成立大冠公司，以相同方式注資大冠公司後，由大冠公司轉投資大金公司，藉以對外販售股票。此時，擎翊公司已有現金增資款項，所以伊有能力再注資捷安司公司及大冠公司等語（見原判決第106 頁）。上情如果屬實，盧翊存等人先後詐偽販售擎翊公司、捷安司公司及大冠公司股票，犯罪時間不同，犯罪行為在客觀上似得以區分而具有獨立性。且捷安司公司及大冠公司似亦非在盧翊存、蕭銘均原先預定詐偽販售股票之計畫內。則能否認盧翊存等人就詐偽販售擎翊公司、捷安司公司及大冠公司股票之行為，均係基於單一犯意及犯罪計畫而為，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開而得以接續犯論之（見原判決第221 頁第31行至第222頁第4行）？仍非無疑。原判決未詳予究明，遽以接續犯論以實質上一罪，判決似有違誤。

四、原判決諭知平均沒收或追徵犯罪所得是否合法？

(一)按犯罪所得之沒收或追徵，在於剝奪犯罪行為人之實際犯罪

所得，使其不能坐享犯罪之成果，以杜絕犯罪誘因，性質上屬類似不當得利之衡平措施。苟無犯罪所得，自不生利得剝奪之問題。2 人以上共同犯罪，關於犯罪所得之沒收或追徵，倘個別成員並無犯罪所得，且與其他成員對於所得亦無事實上之共同處分權時，即無「利得」可資剝奪，一概採取絕對連帶沒收或追徵，對未受利得之共同正犯顯失公平，故共犯所得之沒收或追徵，應就各人所分得者為之。又所謂各人「所分得」之數，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言。各共同正犯有無犯罪所得、所得多寡，事實審法院應視具體個案之實際情形，綜合卷證資料及調查結果，依自由證明程序釋明其合理之依據而為認定。倘共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，應依各人實際分配所得宣告沒收；若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不得諭知沒收；然如共同正犯各成員對於不法利得主觀上均具有共同處分之合意，客觀上復有共同處分之權限，且難以區別各人分得之數，則仍應負共同沒收之責。

(二)原判決認定盧翊存、蕭銘均、王志豪及林宥呈，就擎翊公司、大冠公司；暨盧翊存等人，就捷安司公司老股出售及新股募集所共同獲取之犯罪所得，依序分別為3 億6,311萬8,000元（如附表五至七所示合計金額）、2,492萬4,500元（如附表十二所示合計金額）及1 億2,833萬300元（如附表九、十所示合計金額）。其中關於如附表五、六、七、十所示之犯罪所得流向，則分別認定如下：

- 1.附表五部分：係由蔡郡岳取款轉交盧翊存，或由被告談嘉琪前往領取，或由王志豪交付談嘉琪，談嘉琪再將之存入蕭銘均、王志豪指定，並為盧翊存掌控之吳曉蕾第一銀行帳戶、郭大康台新銀行帳戶及黃張淑美合作金庫帳戶等情（見原判決第17頁第18至23行）。
- 2.附表六部分：係由盧翊存（透過王志豪）指示馬鈞盈各提領5 千萬元、5千萬元、1千萬元，合計1億1千萬元，轉匯至宇嘉國際公司臺北富邦商業銀行帳戶（虛偽作為宇嘉國際公司第4次增資使用）。另提領2,500萬元轉匯至兆冠科技股份有限公司設於國泰世華商業銀行帳戶，而挪用現金增資款等情（見原判決第19頁第8至15行）。

- 3.附表七部分：係由盧翊存（透過王志豪）指示馬鈞盈提領約7,981萬8,000元後兌換美金，再依序匯出美金90萬元、90萬元、86萬元至擎翊公司於境外設立之GSUN-YI BIOTECH LIMITED 公司香港帳戶內等情（見原判決第20頁第21至28行）。
- 4.附表十部分：係由盧翊存指示王志豪先後以「投資國外股權證券」之名義，分別提領2,745萬7,000元、2,745萬1,600元、1,005萬760元，並兌換為美金90萬元、90萬元、33萬元匯至捷安司公司轉投資之境外紙上公司LEADSHINE BUSINESS LIMITED設於華南銀行香港分行帳戶內等情（見原判決第31頁第2至8行）。

(三)上情如果屬實，則如附表五、六所示之犯罪所得似係由盧翊存個人全數取得。另如附表七、十所示之犯罪所得，則分別轉入GSUN-YI BIOTECH LIMITED及LEADSHINE BUSINESS LIMITED公司帳戶內。原判決就附表五、六部分之犯罪所得既已認定係由盧翊存個人全數取得，本應在其項下諭知沒收、追徵，不應再諭知與蕭銘均、王志豪及林宥呈平均沒收。另關於如附表七、九、十及十二所示部分之犯罪所得去向及分配內容，則並未進一步調查、釐清，並為必要之說明，逕以平均方式計算盧翊存等人之犯罪所得並諭知沒收、追徵之旨，自有判決理由矛盾、理由不備及調查職責未盡之違法。

五、以上或為檢察官及盧翊存等人上訴意旨指摘所及，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違背法令情形影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於盧翊存等人部分，均有撤銷發回更審之原因。

六、又原判決認定盧翊存等人想像競合犯公司法第9條第1項前段以申請文件表明收足罪、商業會計法第71條第5款使財務報表發生不實結果罪、刑法第215條業務上登載不實文書罪及第214條使公務員登載不實罪部分，基於審判不可分原則，亦一併發回。另臺灣新北地方檢察署以林宥呈另涉詐偽販售捷安司公司股票予被害人陳伯源而移送本院併辦部分（108年度偵字第24030號），案經發回，應併予注意，附此敘明。

貳、駁回（即談嘉琪）部分

- 一、按刑事妥速審判法第9 條第1項規定，除同法第8條情形外，對於第二審法院維持第一審所為無罪判決提起上訴之理由，必須以該判決所適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例者為限。同條第2項並明定刑事訴訟法第377條至第379 條、第393條第1款規定，於前項案件之審理，不適用之，因此檢察官或自訴人對於上開案件提起第三審上訴，其所提出之上訴理由書應具體敘明原判決有何刑事妥速審判法第 9 條第1 項各款所列事項，係屬法定要件。如果上訴理由書並未具體敘明該等事項，自應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。至於法院組織法於108 年1月4日經修正公布，並於同年7月4日生效施行，為因應大法庭制度之施行，刪除原第57條規定之判例選編及變更制度，另增訂第57條之1第1、2 項明文規定若各該判例已無裁判全文可資查考者，應停止適用；其餘未經停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之本院裁判相同。亦即未經停止適用之判例，雖回歸裁判之本質，但其表示之法律見解，於本院未認有變更之必要而循大法庭相關程序變更前，其性質上仍為本院一致之見解。而刑事妥速審判法第9 條第1項第3款所列「判決違背判例」之上訴理由限制規定，雖未因應修正，惟稽諸該條立法理由所載稱：「判例係就具體個案之判決中因有關法令之重要事項有統一見解之必要而作成，故判決違背判例者，自屬最高法院得以審查之事項」等旨，於上開法院組織法修正後，刑事妥速審判法第9 條第1項第3款所稱之「判決違背判例」，應解釋為「判決違背原法定判例之法律見解」，俾符前開立法意旨。
- 二、本件談嘉琪被訴違反證交法案件，經原審審理結果，認不能證明犯罪，因而維持第一審關於諭知談嘉琪無罪部分之判決，而駁回檢察官此部分在第二審之上訴，已詳述其公訴及第二審上訴意旨所指卷內事證，如何不足以證明談嘉琪涉犯被訴罪嫌所憑之理由。本件檢察官上訴意旨，略以：談嘉琪與盧翊存等人之角色分工至為明確，且提供自己及親友諸多帳戶供盧翊存使用。對於帳戶內有高額現金進出及盧翊存使用談嘉琪及其婆婆黃張淑美名義交易股票，均知之甚詳。又提供其母親柯素華名義做為捷安司公司之名義負責人，並經手多名人頭過戶證券事宜。談嘉琪為盧翊存至為信任之人，如

無談嘉琪之參與，盧翊存等人無法遂行犯罪。談嘉琪對於盧翊存等人詐偽販售股票行為，至少應成立幫助詐偽罪等語，指摘原判決諭知談嘉琪無罪，採證違反證據法則等情。係對於原審調查職權之適法行使及原判決已說明之事項，任意指為違法，並未依據卷內資料具體指摘原判決究有何適用法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例等情形，而與刑事妥速審判法第9條第1項所規定之得提起第三審上訴之事由，不相適合。檢察官關於談嘉琪部分之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397條、第401條、第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 8 月 26 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 9 月 1 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3475 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 20 日

裁判案由：加重詐欺等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第3475號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官謝名冠

被告 李巧宜

蕭壹馨

黃敏豪

上列上訴人因被告等加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年9月18日第二審判決（108 年度上訴字第1472號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署107年度少連偵字第471號、107年度偵字第33801號、108年度少連偵字第15、36號、108年度偵字第2220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中分院。

理 由

一、本件原審審理結果，認被告李巧宜、蕭壹馨、黃敏豪有原判決所引第一審判決犯罪事實欄所載各犯行明確，因而維持第一審依想像競合犯之規定，從一重論處李巧宜三人以上共同冒用公務員名義詐欺取財（下稱加重詐欺取財）罪刑；蕭壹馨、黃敏豪幫助加重詐欺取財各罪刑（蕭壹馨為累犯），並均為相關沒收、沒收追徵之判決，駁回其等在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

（一）想像競合及法規競合（或稱法條競合）形式上均屬一行為而觸犯數罪名。前者，乃行為人以一行為，而侵害數個相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，本應成立數罪，惟因刑罰評價之對象係行為本身，為避免對同一行為過度及重複評價，刑法第55條前段因而規定從一重處斷；後者，乃由於刑法條文重複或錯綜複雜之規定，使得行為人以一行為侵害同一法益，同時符合數法條所規定之犯罪構成要件，但因僅有一行為且數法條所保護者為同一法益，是僅能選擇其中一法條論罪，否則有違重複評價禁止原則。至構成法規競合時，應如何選擇最妥適且充分評價該行為之刑罰條文，學理上大致可分為特別關係（即其中一犯罪構成要件，除包含另個犯罪構成要件之所有要素外，尚有該條文所無之特別要素，此時該特別條款優先於普通

條款。例如刑法之殺害直系血親尊親屬罪，為同法殺人罪之特別條款）、補充關係（即其中一犯罪構成要件，乃用以補充另一個主要構成要件之不足，此時該主要條款優先於補充條款。例如教唆犯為正犯之補充條款）、吸收關係（即因實現不法內涵較重之主要行為構成要件，通常必然會同時實現另一較輕之伴隨構成要件，此時僅需適用主行為條款，較輕的典型伴隨行為之構成要件則為主行為吸收，而排斥不用，此時以主行為條款吸收典型伴隨行為條款。例如收受賄賂吸收要求賄賂）等類型。另自然意義之數行為，得否評價為法律概念之一行為，應就客觀構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益與行為間之關連性等要素，視個案情節依社會通念加以判斷。再者，組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪，以行為人加入犯罪組織成為組織之成員為構成要件，至其有否實施該組織所實施之犯罪活動則非所問。一旦參與，在未經自首或有其他積極事實，足以證明其確已脫離該組織之前，其違法行為仍繼續存在，即為行為之繼續，而屬單純一罪。又為防範犯罪組織坐大，無論是否為犯罪組織之成員，如有招募使人加入犯罪組織之行為，即有處罰之必要，故民國106年4月19日修正公布、同年月21日施行之組織犯罪防制條例第4條第1項增訂招募他人加入犯罪組織罪。準此，上開二罪之犯罪主體及客觀構成要件均屬有別，且二罪間亦無前述特別、補充或吸收關係。是行為人加入犯罪組織，於參與該組織之行為繼續中，本於便利該組織運作之同一目的，而招募他人加入該組織，亦即一行為觸犯上開二罪名，自應依想像競合犯論處，而非屬法規競合之擇一適用。原判決引用第一審判決，認定蕭壹馨加入3人以上，以實施詐術為手段、具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團犯罪組織後，即招募黃敏豪參與該詐欺集團，黃敏豪再招募少年曾○○（姓名年籍詳卷）參與該詐欺集團；且其2人招募他人加入犯罪組織之行為，為其等所犯參與犯罪組織之階段行為，而為參與犯罪組織罪所吸收等旨，惟就蕭壹馨、黃敏豪上開參與犯罪組織及招募他人加入犯罪組織之行為，得否評價為法律概念之一行為，並未說明理由，自有判決不載理由之違法。又倘屬法律概念之一行為，則其2人所犯該條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪，及第4條第1項之招募使人加入犯罪組織罪，依前開說明，應依想像競合犯論

處，乃原判決卻認所犯招募他人加入犯罪組織罪，為參與犯罪組織罪所吸收，亦有判決適用法則不當之違法。

(二)行為人以一行為觸犯組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織及刑法第339條之4第1項第2款之加重詐欺取財或幫助加重詐欺取財罪，依刑法第55條前段規定從一重之加重詐欺取財罪（或幫助加重詐欺取財罪）處斷而為科刑時，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依組織犯罪防制條例第3條第3項規定，一併宣告刑前強制工作，此為本院最近之統一見解。原判決認李巧宜所犯首次加重詐欺取財罪與參與犯罪組織罪間；蕭壹馨、黃敏豪所犯首次幫助加重詐欺取財罪與參與犯罪組織罪間，具想像競合犯關係，而分別從一重之加重詐欺取財罪、幫助加重詐欺取財罪處斷，並基於法律整體適用不得割裂原則，以法院既未對其上開犯行宣告組織犯罪防制條例之罪名，即無依上開條例第3條第3項之規定對其上開宣告強制工作之餘地。依上開說明，自有判決不適用法則之違法。又法院於適用上開規定宣告強制工作前，應調查、詳酌被告犯組織犯罪防制條例第3條第1項後段參與犯罪組織罪之具體情節、主觀惡性、犯罪習性及其素行狀況等，以認定有無預防矯治其社會危險性之必要，以及宣告強制工作是否與強制工作之規範目的相當而符合比例原則。乃原審未調查並說明被告3人究竟有無預防矯治其社會危險性之必要，及是否符合比例原則，逕謂本件並無適用上述條例第3條第3項規定宣告強制工作之可能，亦有調查職責未盡及理由不備之違法。

三、檢察官上訴意旨指摘原判決違法，為有理由，而原判決上開違誤影響事實確定及應否宣判，自應將原判決撤銷，發回原審法院更為審判。

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 8 月 20 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	林	海	祥
法官	江	翠	萍

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 8 月 24 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3478 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 19 日

裁判案由：妨害性自主

最高法院刑事判決

109年度台上字第3478號

上訴人 程柏翔

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年8月8日第二審判決（108年度侵上訴字第64號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度偵字第25703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。
- 二、本件原判決維持第一審論處上訴人程柏翔犯拍攝少年為猥褻行為之電子訊號2 罪刑及沒收等之判決，駁回其在第二審之上訴。已詳敘認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。並對如何認定：依憑上訴人之供述及證人甲男、丙男之證詞，資以認定上訴人有拍攝未滿18歲之甲男裸露生殖器或屁股之猥褻照片之犯行；上訴人所辯，不足採信；均依卷內資料予以指駁及說明。從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。
- 三、為維護社會善良風俗並健全兒童及少年身心發展，消弭兒童及少年因思慮欠周而從事性交易或裸露身體性徵，成為色情影像拍攝對象，均經政府立法嚴加取締，一般有社會歷練之人對此應有所悉。故拍攝兒童或少年猥褻照片之行為人為免犯行曝光，遭警查獲，自會妥為隱藏或掩飾所拍得之猥褻照片、影像。而拍攝未滿18歲之人為猥褻行為電子訊號罪之成立，並不以實際查扣該行為人所使用之攝影設備或拍得之猥褻照片為必要不可替代之證明方法。縱未扣得上訴人攝影所

使用之手機，或其他可呈現甲男裸露不雅下體之猥褻照片，於本件認定事實之本旨尚無影響。上訴意旨執此指摘原判決採證認事違法，要非第三審上訴之合法理由。

四、兒童及少年性交易防制條例第27條第1項嗣修正為「兒童及少年性剝削防制條例」第36條第1項，於民國106年1月1日施行。原規定「未滿18歲之人」，修正為「兒童或少年」部分，僅係文字修正，不涉法律變更。後該條項又於106年11月29日修正公布提高刑度，並於107年7月1日施行。經比較行為時法、中間時法及裁判時法，自應適用中間時法之修正前「兒童及少年性剝削防制條例」第36條第1項論處。原判決認應適用行為時法即修正前兒童及少年性交易防制條例第27條第1項論處雖有不當，但於判決結果並不生影響，附此敘明。

五、上訴意旨置原判決之論敘於不顧，僅憑己見，對原審採證認事之職權行使，任意指摘，與首述法定之上訴要件不符。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

中 華 民 國 109 年 8 月 19 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 楊 智 勝

法官 吳 冠 霆

法官 洪 兆 隆

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 8 月 24 日

書記官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3488 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 12 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3488號

上訴人 洪政佳

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年9月24日第二審判決（108年度上訴字第1445號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署107年度毒偵字第1107號、107年度偵字第8155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、原審審理結果，認為上訴人洪政佳違反毒品危害防制條例各犯行明確，援引第一審判決記載之事實、證據及理由，因而維持第一審論處上訴人犯販賣第二級毒品共2 罪刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，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。並就上訴人否認部分犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。
- 三、按毒品危害防制條例第17條第2 項之立法目的係為鼓勵犯罪行為人及早悔過自新，以利毒品查緝及訴訟經濟，俾收防制毒品危害、案件儘速確定之效而設。是除起訴前未經司法警察、檢察官針對犯罪事實詢問、訊問，致被告無從於警詢及偵查中辯明犯罪嫌疑或自白，而剝奪其防禦權或自白減刑權益之情形外，必被告於偵查及審判中均曾自白，對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述者，始有上開規定之適用。原判決因以上訴人於警詢時，既經警提示相關通訊內容，詢以陳培弘指證其販賣各情等原由，仍否認前述各犯行，顯未於偵查中自白，且非未經司法警察針對前述販賣犯行予辯

明犯嫌之機會，亦無未經調查詢問而剝奪其自白減刑權益可言，而不予適用毒品危害防制條例第17條第2 項規定減輕，並無不合。雖本院大法庭制度於民國108年7 月4日施行，然此前本院依相關決議內容所為之裁判，其表示之法律見解，仍具最高法院先前裁判之效力，此觀之法院組織法增訂第57條之1 之立法理由四甚明。非謂先前本院裁判根據決議內容表示之法律見解一概因而失效。原判決於法院組織法修正公布施行後，論述前述法律見解，並無不適用法則或與本院103 年度台上字第2764號判決歧異而適用法則不當之違法情形。上訴意旨泛言大法庭制度施行後，決議已不再有拘束力，指摘原判決引用本院決議為其判決理由而不適用法規，及所引決議內容與本院先前裁判見解歧異而適用法則不當，顯然誤解前述法制修正本旨，或從中擷取其他裁判部分文字內容，任意為有利自己之主張，並非適法之第三審上訴理由。又上訴人行為後，毒品危害防制條例第4條第2項之規定業於109年1月15日修正公布，提高其最低法定刑及得併科罰金之數額，另修正同條例第17條第2 項之規定為「犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者」，始減輕其刑。並於同年7 月15日施行。經比較新舊法結果，修正後之規定並未較有利於上訴人，仍應適用修正前之規定，原判決未及比較適用，於結果並無影響，附此說明。

四、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，或對於事實審法院認定事實、適用法律之職權行使，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。其上訴違背法律上程式，應予駁回。

五、依上所述，本件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 8 月 12 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 8 月 19 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3499 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 19 日

裁判案由：偽造有價證券

最高法院刑事判決

109年度台上字第3499號

上訴人 李天雷

選任辯護人 陳尹章律師

上列上訴人因偽造有價證券案件，不服臺灣高等法院中華民國108年9月17日第二審判決（107 年度上訴字第3766號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署106年度偵字第11902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、上訴人李天雷上訴意旨略稱：

(一)原判決僅憑我概括式之認罪答辯即為我有罪之認定，卻未對我的犯罪構成要件事實為具體、特定之調查及論述，且未交代我多次於審理時所提出之答辯何以不足採之理由，而我自偵查時起原即否認犯罪，卻於最後審理時坦承犯行並請求諭知緩刑，前後態度迥異，原審未審酌我認罪的任意性及真實性，自有判決理由不備、判決未依證據之違法。

(二)我於原審所為之認罪答辯，是出於請求宣告緩刑的目的，但原審辯護人並未說明我曾有犯罪前科，已不符緩刑之要件，仍向原審請求給予緩刑，使我沒有受到實質有效之辯護，原審復未確認我認罪的真意，洵有未經辯護逕行審判及證據調查職責未盡之違誤。

(三)原判決所憑證人陳文玲、徐曲枝之證詞，就系爭抵押權設定之日期、雙方認識時間及指使者等各節，與原審認定之事實有所出入，原判決並未說明其取捨之理由，亦屬判決理由欠

備云云。

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，因而撤銷第一審關於上訴人部分之科刑判決，改判仍從一重論處上訴人共同犯偽造有價證券罪刑（另想像競合犯行使偽造私文書、使公務員登載不實等罪），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。又證人受限於記憶或陳述能力，本難期待能完整陳述事實發生經過之細節及全貌，倘其基本事實之陳述，與真實性無礙時，縱其證述稍有出入，事實審法院非不可本於經驗法則，斟酌客觀情形，作合理之比較，定其取捨，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於原審對本案為認罪表示之自白；證人陳文玲、徐曲枝、沈秀如、林奕佐、蘇芳誼、劉信章之證詞；再參酌卷內如原判決附表一、二所示本票、文書等證據，因而認定上訴人確有本件共同偽造有價證券之犯行。已說明所憑之證據與認定之理由，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，並無理由不備之違法可指。且卷查證人陳文玲、徐曲枝均明確指證係上訴人指使徐曲枝冒充沈秀如名義偽造前開附表所示之本票、借據及契約等文件之情節，其等對本案基本事實之陳述，互核一致。上訴意旨關於此部分，仍持憑己見，而為不同之評價，自非適法的第三審上訴理由。

(三)有罪之判決書應記載犯罪事實，且得與理由合併記載，刑事訴訟法第308條定有明文。其立法目的係為使法官於製作判決書時，能斟酌案情繁簡予以彈性運用，使判決理由論述時，無須重複敘及犯罪事實，徒然造成判決書篇幅之冗贅。原判決業已依憑前述卷證，就上訴人之犯罪構成要件事實於事實欄內為具體、特定之記載，縱未贅於理由欄重複敘及，即不能指為違法。再者，原審以上訴人在審理中所為任意性

之自白，且與其餘卷內資料等俱屬相符，資為認定上訴人有前揭犯行之論證，當然排除上訴人其餘否認犯罪之辯詞，原判決對此部分雖漏未說明其為不可採取之理由，因尚不足以動搖其認定犯罪事實之基礎，於判決自不生影響，尚難據為適法之第三審上訴理由。

(四)刑事訴訟係採當事人進行原則，被告乃程序主體者之一，有本於程序主體之地位而參與審判以影響裁判形成之權利，除得基於訴訟上防禦權而自由陳述或行使辯護權外，並得藉由辯護人協助，以強化其防禦能力，落實訴訟當事人實質上之對等，凡此均構成人民依憲法第16條規定賦予訴訟權所衍生基本權之內涵，則法院立於程序指揮者之地位，自應保障被告得以適時充分地行使此一防禦權之機會，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位，而受法院公平之審判。惟此辯護權及相關權能，既屬權利之行使，自係指於訴訟中得自由選任專業律師協助辯護，於辯護時計算己方之利弊得失，自由決定其訴訟策略，並負擔訴訟成敗，而享有不受干預的自由，則法院除有辯護人於形式上未盡其忠實辯護義務之情形（例如參與法庭活動過度消極、提供錯誤資訊誤導被告等）外，原則上無須介入當事人之訴訟活動，亦無從審查辯護人實質上是否已為適當有效之辯護，以免喪失公平法院之立場。

核之卷內資料，原審辯護人固先具狀，以上訴人已與被害人達成和解，而請求從輕量刑，並給予緩刑宣告等語（見原審卷第232 頁），惟於審理中，則為上訴人辯護稱：本件從證人之證詞得知，上訴人在本案涉入部分，僅有介紹徐曲枝與陳文玲認識，大部分的事情並無介入太深，就上訴人獲得利潤與一般民間介紹貸款相比，並無超額獲利，另就犯行及所得來說，犯行不算重大，若本案並無緩刑之適用，請斟酌依刑法第59條規定再予減輕刑期等詞；而上訴人於原審審判長詢問其對科刑範圍之意見時，亦僅陳稱：請鈞院給我一次機會，請求輕判等言（見原審卷第259 頁）。並未見原審辯護人有何誤導上訴人其所為符合緩刑要件之陳述，更已提出倘上訴人未能獲得緩刑宣告，仍請再予減輕其刑之有效辯護，上訴人亦表明從輕量刑之意，是從形式上觀之，該辯護人並無未盡忠實辯護義務之情節可指。再上訴人係於原審公開法庭中所為之自白，已與其自由意志受拘束無涉，則其自白動

機如何，或係為求輕判，或係幡然悔悟，尚與犯罪成立與否無關，原審援用其自白為斷罪之依據，亦不能指為違法。

四、綜上所述，應認上訴人關於此部分之上訴，違背法律上之程式，予以駁回。又上訴人前開偽造有價證券、行使偽造私文書等重罪部分之上訴既不合法，無從為實體之判決，其想像競合犯不得上訴第三審之刑法第214條使公務員登載不實輕罪部分，即無從適用審判不可分之原則，併為實體上審判，亦應從程序上併予駁回，附此敘明。

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 8 月 19 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 8 月 24 日

書記官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3522 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 26 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3522號

上訴人 黃建泓

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108年10月9日第二審判決（108年度上訴字第1121號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署108年度毒偵字第1828號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理 由

- 一、按利益於被告之合法上訴，上訴審法院誤為不合法而從程序上為駁回上訴之判決確定者（僅係形式上確定），因上訴審法院此項違法之程序判決自始當然無效，並不發生實質確定力與拘束力，故上訴人原已提出之上訴並不因而失效。從而，上訴審法院仍應就上訴人合法之上訴依法加以審判，並不受原先違法駁回上訴判決效力之拘束。本件上訴人黃建泓不服原審判決而向本院提起上訴，本院原雖以其未依據卷內訴訟資料指摘原判決究有如何違背法令之情形，認其上訴為違背法律上之程式，而於民國109年8月13日，以109 年度台上字第3522號刑事判決予以駁回。然其提起第三審上訴，指摘原審維持第一審判決之量刑，有違比例、平等及罪刑相當原則等旨，亦即以原判決違背法令為上訴理由，而原判決仍有後述違背法令之情形。從而，本院上開駁回之程序判決係誤認上訴人之合法上訴為不合法，自始當然無效，並不發生實質之確定力與拘束力，故上訴人原提起之上訴並不因而失效，本院仍應就其原先合法之上訴依法加以審判，合先敘明。
- 二、本件上訴人不服第一審依想像競合犯規定從一重論其施用第一級毒品罪刑（累犯，處有期徒刑10月）之判決，提起第二審上訴。原判決以上訴人之第二審上訴意旨，並未具體指摘第一審判決有何足以影響判決本旨之不當或違法情形，難謂其上訴書狀已經敘述具體理由，因認其上訴不合法定程式，予以駁回。固非無見。
- 三、惟查：毒品危害防制條例於109年1月15日經修正公布第20條

、第23條等條文，並增訂第35條之1，自同年7月15日施行生效。修正後毒品危害防制條例第20條第3 項規定：「依前項規定為觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，3 年後再犯第10條之罪者，適用前2項之規定」；第23條第2項規定：「觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，3 年內再犯第10條之罪者，檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）應依法追訴或裁定交付審理。」亦即將施用第一級、第二級毒品再犯之追訴標準，由釋放後5年改為3年。稽諸毒品危害防制條例第20條第3 項修正理由載敘：「本條例認施用毒品者具『病患性犯人』之特質，並參諸世界各國之醫療經驗及醫學界之共識，咸認施用毒品成癮者，其心癮甚難戒除，如觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，3 年後始再有施用第一級、第二級毒品之行為者，足見其有戒除毒癮之可能，宜再採以觀察、勒戒方式戒除其身癮及以強制戒治方式戒除其心癮之措施，為能放寬觀察、勒戒或強制戒治制度之適用時機，以協助施用者戒除毒癮，爰修正第3 項」等旨，本次修正顯係著重施用毒品者具「病患性犯人」之特質，放寬觀察、勒戒或強制戒治制度之適用時機。復參酌本次修正，就修正施行前犯施用第一、二級毒品罪者，於修正施行後究應如何處理，亦同時增訂第35條之1過渡規定，該條第1款規定「偵查中之案件，由檢察官依修正後規定處理。」；第2 款規定「審判中之案件，由法院或少年法院（地方法院少年法庭）依修正後規定處理；依修正後規定應為不起訴處分或不付審理之裁定者，法院或少年法院（地方法院少年法庭）應為免刑之判決或不付審理之裁定。」業已明定應依修正後相關規定而為判斷，以杜爭議。是以，只要被告本次施用毒品犯行，係在前次（有多次者，則為最後1 次）觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，3 年後所為，即均有新修正毒品危害防制條例第20條第3 項規定之適用，俾符前述放寬觀察、勒戒或強制戒治制度適用時機之立法本旨。原判決未及審酌上開新修正毒品危害防制條例之規定，敘明應否令入勒戒處所觀察、勒戒，遽予維持第一審科刑之判決，自有不適用法則之違法。而原判決上開違誤影響於本件事實之確定，並為兼顧上訴人之審級利益，自應由本院將原判決關於施用第一級毒品部分撤銷，發回更為審理。又上訴人被訴與施用第一級毒品

罪想像競合之施用第二級毒品罪部分，雖屬不得上訴於第三
審之案件，但基於審判不可分之原則，併予發回。
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 8 月 26 日

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 9 月 1 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3546 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 19 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3546號

上訴人 吳典兼

選任辯護人 杜婉寧律師

上列上訴人因違反政府採購法案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108年9月26日第二審判決（108年度上訴字第221號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署106年度偵字第21357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、上訴人吳典兼上訴意旨略稱：

(一)上訴人並未將所經營之金林土木包工業（下稱金林土木）相關投標資料，交予廖進華（另案判刑確定）去投標，而係交予禹宏土木包工業（下稱禹宏土木）負責人朱聖文，並沒有陪標的意思，原判決逕予認定上訴人係為陪標而交付上開金林土木之投標資料予廖進華，卻未記載所憑依據，且對於廖進華多處有利於上訴人之證述，未說明不採之理由，亦未傳喚廖進華到庭查明事實，自有判決不備理由之違背法令。

(二)原判決事實認定本案係由廖進華自己或委託其子廖全福、廖明章將所經營盛源土木包工業（下稱盛源土木）之投標文件送往投標，另以不詳方式將金林土木之投標文件送往參與投標等情，理由卻又說明：「尚難認確係上訴人或廖全福持前揭3 家廠商（按指金林土木、盛源土木、禹宏土木）投標資料前往投標」，洵有判決理由矛盾之違誤。

(三)原判決已載明金林土木資格不符，依政府採購法規定應係廢

標，不能列入投標廠商家數計算，惟並未傳喚本案所涉國小標案承辦人到庭，以查明該校實務運作情形，遽認上訴人所辯為不可採，亦有判決理由不備之違法。

(四)上訴人於第一審並未委任辯護人，然第一審法院未充分向上訴人說明同意證據能力及不許任意撤回該同意之法律效果，未善盡訴訟照料之義務，則上訴人雖於第一審對廖進華於法務部調查局調查人員詢問（下稱調詢）及偵查中證述之證據能力表示同意，即有無效之瑕疵，原審竟仍以上訴人已積極行使處分權為由，不准上訴人於原審撤回對於廖進華上開證述證據能力之同意，其判決自屬違法云云。

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，因而維持第一審關於論處上訴人共同犯政府採購法第87條第3項、第6項之妨害投標既遂2罪刑及妨害投標未遂1罪刑部分之判決，駁回上訴人之第二審上訴，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。

原判決係依憑上訴人於調詢時坦承交付金林土木相關資料予廖進華之供述；證人廖進華、王金海、朱聖文、陳秀菊、王勝忠、蘇俊雄之證述；再參酌原判決附表（下稱附表）一所示3件工程採購案之公開招標及決標公告、招標文件審查表、開標決標資格審查紀錄含各投標廠商之投標文件等證據。並就上訴人所為其係將金林土木投標資料交予朱聖文，並未陪標云云之辯解，詳加指駁、說明：

1. 金林土木參與附表一所示各標案，其於文件製作及工程價格上，均與盛源土木之投標文件有重大異常關連，而廖進華於調詢業已陳稱其有製作金林土木之部分投標文件，廖進華住處復經調查人員搜索扣得金林土木用以投標臺南市依仁國小、大同國小之標案資料，堪認附表一所示金林土木之投標文件應係廖進華所製作。
2. 勾稽前揭廖進華與上訴人於調詢所述，就廖進華取得金林土

木相關投標資料之緣由，其2 人所述雖不相符合，但就廖進華係因上訴人提供始取得金林土木相關投標資料乙節，則屬一致。參以證人即稅務代理人陳秀菊於調詢證述：本案之金林土木營業人銷售額與稅額申報書（俗稱401 表）伊除提供給上訴人外，沒有提供給其他人等語，足見廖進華實無可能自上訴人以外之其他途徑，取得金林土木之此項文書，堪認上訴人確實有將金林土木之相關投標資料（包含各期營業人銷售額與稅額申報書）交與廖進華，且依上開上訴人所述，其交付次數有2、3次。

3. 比對附表一所示各工程之標案日期與上開營業人銷售額與稅額申報書記載日期，所附申報書分別為各該工程標案日期最近1期、最近2期之申報書，均符合各次投標之條件，則上訴人所辯將過期資料丟棄於朱聖文之工寮云云，顯屬不實。
4. 證人朱聖文復於原審結證：伊未曾將金林土木之相關投標資料交給其他人，另廖進華亦未曾向伊拿取金林土木之臺南市土木包工商業同業公會會員證、401 表等投標文件及金林土木之大、小章等語，益可認上訴人上開辯解，不足採信。
5. 採購機關承辦人員於標案投標截止後開標前，固應依政府採購法第48條第1項、第50條第1項規定為審查，惟在開標時間前，不得「開啟」廠商投標文件之標封，因之機關承辦人員僅得就標封之外觀審查投標廠商有無依上開規定應不予開標之情形，經形式審查如未發現有上開不應開標情形，而有 3 家以上合格廠商投標者，即應依招標文件所定時間開標決標，是以本案於開啟廠商投標文件之標封後，審查提交文件時，金林土木固有資格不符之情形，亦僅不應決標予金林土木，而非不應開標決標，金林土木仍應計入政府採購法第48條第1 項之3家以上合格廠商投標中之1家，因此上訴人辯稱：金林土木資格不符應係廢標，不能列入投標廠商家數計算，難認其有何製造3 家以上「合格」廠商參與競標之犯行云云，自無足取。因而認定上訴人確有前揭妨害投標罪之犯行。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，上訴意旨(一)、(三)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)原判決理由欄貳、一、(四)、2 部分，係就證人蘇俊雄先於調詢證稱：本案參與投標大同國小標案之盛源土木、金林土木及禹宏土木等3 家廠商均由上訴人送達投標文件；再於另案偵查及原審中證稱：上開3 家廠商之投標文件均由廖全福送達之證詞，因與廖全福、朱聖文各自證述：伊僅自行送達盛源土木、禹宏土木之投標文件之語不符，且蘇俊雄因於本案調查過程中，另涉偽造投標廠商工程估價單之犯行，經檢察官為緩起訴處分，堪認蘇俊雄上開證詞不足採信（見原判決第12、13頁），乃於事實欄認定本案係「由廖進華自己或委（託）其子廖全福、廖明章將盛源土木之投標文件送往投標，另以不詳方式將金林土木之投標文件送往參與投標」等情，並無矛盾之處，雖其理由敘述語意稍有未合，但與判決之本旨並無影響，則上訴意旨(二)所指亦非適法之第三審上訴理由。

(四)刑事訴訟法為保障被告之反對詰問權，採行傳聞法則，而於第159條第1項規定，原則上，被告以外之人於審判外之陳述，不得作為證據。惟反對詰問權並非絕對之訴訟防禦權，基於真實發見之理念及當事人處分權之原則，同法第159條之5之規定，允許被告放棄對原供述人之反對詰問權，於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，而藉由當事人等「同意」之此一處分訴訟行為，與法院之介入審查其適當性要件，將原不得為證據之傳聞證據，賦予其證據能力。本乎程序之明確性，該法條第1 項所稱「經當事人於審判程序同意作為證據」者，當係指當事人意思表示明確之明示同意而言，以別於第2 項之當事人等「知而不為異議」之默示擬制同意。當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，且該意思表示無任何瑕疵，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，固無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。惟此明示同意之效力，形同發生被告放棄憲法所保障對質詰問權之結果，且形成恆定之拘束力，而傳聞法則及其例外，又非公眾周知之普通常識，其同意自應建立於被告本人確實明知上開效力之前提下，始得謂毫無瑕疵，是以除於有辯護人之被告，因已得辯護人之專業輔助，而無需另為闡明外，倘對未選任辯護人又無法

律專業之被告，法官於準備程序處理有關證據能力之意見時，仍應充分曉諭被告關於傳聞法則之法定內涵與同意證據之處分效果，使其處分權得有效行使，以資衡平，否則其處分之意思表示雖非無效，仍有瑕疵，即得容許被告於事實審言詞辯論終結前，對其證據能力再為追復爭執，除非所爭執之傳聞證據，法院業已傳喚原供述人到庭踐行對質詰問程序，原供述人復未否認其曾為之供述，而無不當剝奪被告反對詰問權之疑慮，因對被告權益未生影響，其瑕疵已被治癒，始不許被告再行撤回其同意。

核之卷內資料，上訴人於第一審並未選任辯護人，在準備程序時就廖進華之調詢證述，係表明對其證據能力無意見，而同意作為證據使用之意，雖未見法官闡明傳聞法則之法定內涵與同意證據之處分效果（見本案第一審訴字第1101號卷第44頁），惟法官業已依上訴人之聲請，傳喚廖進華到庭作證，廖進華到庭後，對其調詢筆錄內容並未否認為不實，僅陳稱：因為太久，不太清楚等語（見同上卷第74至77頁），上訴人對廖進華當時所述，亦表示無意見，則上訴人之反對詰問權已獲保障，仍不應許其再行爭執其證據能力，而有礙於訴訟之安定，原審因此否准上訴人撤回其同意，仍認廖進華上開調詢證述有證據能力，要無上訴意旨(四)所指之違法。

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 8 月 19 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 8 月 24 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3574 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 26 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3574號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官鄭堤升

上訴人

（被告）林河利

被告 蘇伯恩

上列上訴人等因被告等違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國109年3月24日第二審判決（108年度上訴字第1538號，起訴及追加起訴案號：臺灣桃園地方檢察署106年度偵字第20085、23645、24232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、蘇伯恩部分

(一)本件原判決以公訴意旨略以：被告蘇伯恩（下稱被告）分別與謝景峯、林河利、呂任凱共同基於販賣第三級毒品之犯意聯絡，以門號0000000000號電話作為販毒專用之聯絡工具，由被告承租桃園市○○區○○路000 巷00號10樓租屋處為據點，並準備販賣毒品之貨源、販毒專線、製作「【禾欣超跑租賃】」，進口跑車12小時1000、外匯超跑26小時2000、德國進口機油一瓶700，一次買五瓶送一瓶喔，現時優惠* 加量不加價」販毒推銷簡訊後，再由謝景峯、呂任凱發送，並由謝景峯、呂任凱及謝景峯所邀約加入之林河利負責接獲買家來電，至約定之交易地點交付毒品、收取價金，末由被告收取販毒所得，且林河利、呂任凱、謝景峯每交易成功愷他命1 小包、1 大包即可分別向被告抽取新臺幣（下同）150 元

、200 元作為報酬，而以此方式共同組成「禾欣超跑租賃」販毒集團，而分別於原判決附表（下稱附表）一編號2 至12 所示之時間、地點，以所示方式，販賣愷他命予郭憲政、吳昱儒、吳瑜翔、陳倉德、龔書賢、陳香伶等人。因認被告分別與謝景峯、林河利、呂任凱共同涉犯毒品危害防制條例第4條第3項之共同販賣第三級毒品罪嫌。惟經審理結果，則以不能證明其犯罪，因而撤銷第一審此部分科刑之判決，改判諭知被告無罪，係以：1.共犯證人謝景峯、呂任凱被查獲後歷次供述之內容，至民國106 年11月17日起共同指證被告為該販毒集團老闆之全部過程，已見其等供述前後完全不一致之情形，且不能排除卸責或獲邀減刑寬典而為損人利己供述之動機，尚非毫無瑕疵。至於共犯證人林河利之供述，證稱其不清楚被告是不是幕後老闆，其僅與謝景峯接觸等語，亦無從證明被告有參與前揭被訴販賣毒品之犯行。2.本件各該購毒者係分別與謝景峯、呂任凱、林河利聯繫、交易，購毒者等人所為證述、通訊監察譯文、蒐證照片等證據資料，均無從作為謝景峯、呂任凱所為不利被告供述之補強證據。3.謝景峯之「接見錄音譯文」僅為謝景峯不利被告供述之累積證據，要非屬獨立之補強證據。至於檢察官勘驗本件查獲蒐證光碟內容，縱足以補強呂任凱所述被告在查獲現場暗示其扛下附表二所示毒品咖啡包之罪責，亦僅關於持有扣案毒品之犯罪事實，不得據以推論被告有本件被訴販毒之犯行。已記明其認定之理由，經核並無不合。凡此，概屬原審採證認事職權之合法行使，並無判決理由不備之情形，所為論述說明，亦不違背經驗法則與論理法則。

- (二)具有共犯關係之共同被告，在同一訴訟程序中，兼具被告與證人雙重身分，其就犯罪事實之供述，對己不利之部分，如資為證明其本人案件之證據時，即屬被告之自白；對他共同被告不利部分，倘用為證明該被告案件之證據時，則屬共犯之自白，本質上亦屬共犯證人之證述。而不論是被告之自白或共犯之自白，均受刑事訴訟法第156條第2項之規範拘束，其供述或證詞須有補強證據為必要，藉以排斥推諉卸責、栽贓嫁禍之虛偽陳述，從而擔保其真實性。所謂補強證據，係指除該自白本身之外，其他足以證明該自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，雖所補強者，非以事實之全

部為必要，但亦須因補強證據之質量，與自白之相互利用，足使犯罪事實獲得確信者，始足當之。即令複數共犯之自白，所述內容互為一致，其證據價值仍與自白無殊，究非屬自白以外之另一證據，殊不能以複數共犯所為供述一致，相互間即得作為彼此所陳述犯罪事實之補強證據。至於共犯供述或證詞前後次數多寡、內容是否一致、有無重大矛盾、指述堅決與否及態度是否肯定，僅足為判斷其供述或證詞有否瑕疵之參考，仍屬自白之範疇，而其與他被告間之關係如何、彼此交往背景、有無重大恩怨糾葛等情，既與所述他被告參與該共同犯罪之真實性判斷無涉，均不足藉以補強及擔保其自白為真實之證明力。原判決已說明謝景峯、呂任凱於偵、審中所述被告參與被訴販賣毒品之情，有前後不一之瑕疵，且渠等為共犯證人，復有獲邀減刑寬典之利害關係，渠等供述亦須調查其他補強證據，而依卷內其他證據資料，尚未達到足以平衡或祛除謝景峯、呂任凱不利被告之證述可能具有虛偽性之程度，不能充分保障所指述事實之真實性。至謝景峯、呂任凱前後不利被告證述之次數多寡、內容是否一致、指證堅決與否等情，因仍屬共犯自白之範疇，尚不足以作為渠等所述被告參與犯罪事實之補強證據。而渠等與被告間關係如何、有無怨隙等節，既與被告犯罪事證有無，不具必然之關連性，自亦不足藉以補強及擔保渠等自白或證述之真實性。又刑事訴訟法之第二審採覆審制，應就第一審判決經上訴之部分為完全重覆之審理，並本於調查證據之結果，自行認定事實及適用法律，不受第一審判決事實判斷或結果之拘束。本件檢察官並未提出適合於證明犯罪事實之積極證據，並闡明其證據方法與待證事實之關係；而原審對於卷內訴訟資料，復已逐一剖析，參互審酌，仍無從獲得被告有罪之心證，乃將第一審此部分判決撤銷，而為被告有利之認定，於法洵無違誤。

- (三)檢察官上訴意旨徒就原審取捨證據及判斷其證明力職權之適法行使，及判決內已明白論斷之事項，任憑己見為不同之評價，或持並非適格之補強證據，再為爭執，執以指摘原判決違法，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

三、林河利部分

(一)本件原審審理結果，認為上訴人林河利有如附表一編號10所載違反毒品危害防制條例犯行明確，因而撤銷第一審此部分科刑判決，改判仍論處林河利犯共同販賣第三級毒品罪刑，已載認其調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由綦詳。

(二)刑之量定，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，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，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。本件原判決已具體審酌關於刑法第57條科刑等一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有逾越法律所規定之範圍，或濫用其裁量權限之違法情形。又是否宣告緩刑，屬事實審法院依職權裁量事項，況原判決已於理由內說明不宜對林河利宣告緩刑之理由，尤無違法可言，自不得執為第三審上訴之理由，林河利上訴意旨執此指摘，自非合法。另林河利提出之他案判決，因個案情節不同，自不得比附援引他案諭知緩刑結果，而指摘原判決量刑不當，併予敘明。

四、依上所述，本件上訴人等上訴違背法律上之程式，俱應予駁回。又林河利行為後，毒品危害防制條例已於109年1月15日修正公布，同年7月15日生效施行部分條文，其中第4條第3項修正後規定提高「販賣第三級毒品」之罰金刑，較不利於林河利，經比較新舊法結果仍應依修正前規定處斷。原判決雖未及比較新舊法，惟其係適用修正前毒品危害防制條例第4條第3項規定處斷，結果於法尚無不合，附此敘明。

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 8 月 26 日

最高法院刑事第四庭

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

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 8 月 31 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3578 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 26 日

裁判案由：家暴傷害致人於死等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第3578號

上訴人 乙○○

選任辯護人 林浩傑律師

上訴人 甲○○

上列上訴人等因家暴傷害致人於死等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國109年6月9日第二審判決（108年度原上訴字第13號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署107年度偵字第8279、8557、9683號、108年度偵字第583 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於乙○○所犯如其事實欄二之罪部分，及甲○○所犯如其事實欄三之罪部分，均撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分：

一、本件原審審理結果，認定上訴人乙○○有如原判決事實欄（下稱事實欄）二所載傷害其子即兒童黃○勝（民國000 年00月00日生；姓名年籍詳卷；下稱A男）致死；上訴人甲○○有如事實欄三所載不為其女即兒童黃○玉（000年0月00日生；姓名年籍詳卷；下稱B女）生存所必要之扶助、保護，因而致使B女死亡各犯行明確，故而維持第一審關於變更起訴法條，論處乙○○成年人故意對兒童犯傷害致人於死罪刑；以及論處甲○○成年人共同故意對兒童犯違背法令而遺棄致人於死罪刑部分之判決，駁回其等在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

(一)乙○○所犯如事實欄二之罪部分：

- 1.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，否則即有理由不備之違法。又刑法第277條第2項之傷害致人於死罪，係以行為人基於傷害之犯

意，為傷害之行為，惟致發生死亡結果之加重結果犯。是就被告基於傷害犯意為加害之行為，自應於理由內詳敘所憑之證據及認定之理由。原判決於事實欄認定乙○○基於普通傷害之犯意，以劇烈搖晃、甩動A男頭部或用力使其頭部撞擊軟物之方式傷害A男，嗣見A男狀況有異，經送長庚醫療財團法人林口長庚紀念醫院急救，惟仍死亡等情（見原判決第2頁），並於理由欄貳二(一)及(二)，分別說明其為前開認定所憑之證據及理由（見原判決第4至10頁、第10至14頁）。惟其理由欄僅有劇烈搖晃嬰兒頭部，是造成受虐性腦傷之可能成因；及A男腦部之傷害屬受虐性頭部傷害，且係外力傷害，另傷害機制可能係用力搖晃其頭部所致之論述，並無一語敘及用力使A男頭部撞擊軟物，亦為導致其受有該傷害之原因，以及乙○○有對A男為此舉之憑據，則原判決認乙○○有用力使A男頭部撞擊軟物乙節，即有判決理由不備之違法。又縱乙○○有原審認定之前揭行為，惟其主觀上究竟係基於傷害之犯意所為，抑或因疏未注意之過失所致，原判決亦未加以說明論述，僅以乙○○有經濟壓力，兼之A男易哭鬧，且其有因情緒控管不佳對B女施暴之行為，以及其所辯橫抱A男時，A男頭部撞及門框等辯解難以採信為由，即推認乙○○係基於傷害之犯意為之，同有判決理由不備之違法。

2. 有罪之判決書，對於被告有利之證據不採納者，應說明其理由，刑事訴訟法第310條第2款定有明文。是有罪判決書如對被告有利之證據，不加以採納，未說明其理由，即難謂無判決不備理由之違法。另證據雖已調查，而其內容尚未完全明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據未予調查。卷查，鑑定人趙垂勳固證稱：搖晃，撞擊、掐脖子、悶蓋，或是溺水，都是受虐性頭部傷害的原因，而嬰兒被抓著用力搖晃是引起此種傷害最常見之原因。本件A男腦部傷害呈現多個運動方向，比較不像是跌落或是不小心去撞到東西，應是1次或多次的反覆搖晃所致，屬於典型的嬰兒劇烈搖晃造成傷勢等語，惟其亦稱：當然造成A男上開傷勢的原因不是單純只有搖晃，如果他坐車，沒有坐安全椅或什麼，也是可能會造成；善意的逗弄通常比較少會引起搖晃症候群，但也不能說絕對不會，只是會造成很嚴重者比較少等語（見第一審卷六第15、17頁）。如果無訛，則

A男腦部傷害，是否一定係乙○○基於傷害故意，以反覆劇烈搖晃、甩動頭部或用力使其頭部撞擊軟物之方式所為，而非A男坐車時，未坐安全座椅，或乙○○逗弄A男時未控制力道不慎等所致，即非無疑。原判決就此有利乙○○之證據，未說明不採之理由，自有理由不備之違法。又原判決以桃園市政府警察局龜山分局（下稱龜山分局）108年3月7日函所附之照片顯示，自乙○○之桃園市住處至其所稱步行3分鐘距離之公園沿路、公園周遭道路，均屬平坦；公園內部亦係正常鋪設地磚，未有路面嚴重破損情形等情，認乙○○所陳其以娃娃車推A男，行經上開坑坑洞洞、路不平之路段，而致娃娃車震動造成其腦傷之供述，不足採信。惟查本件案發時間為106年1、2月間，而龜山分局檢送之上開照片則為108年3月間之現況（見第一審卷(一)第203至221頁），自難以上開照片遽認本件案發時上開路段均屬平坦，無路面嚴重破損情形。則該路段之路況如何，攸關乙○○所辯是否足採，原審未再調查釐清，自有調查職責未盡之違法。

(二)甲○○所犯如事實欄三之罪部分：

- 1.事實認定與理由說明不相一致，或事實、理由欄內的記載前後齟齬，均屬判決理由矛盾的當然違背法令。原判決於事實欄三認定甲○○明知B女僅係2個多月之嬰兒，客觀上能預見其身體發展尚未健全，需仰賴照顧者餵養供給營養維持生長，且應知悉嬰兒因身體不適無法適量進食，吸取足夠營養，任此狀況持續惡化而未及時送醫診治，將導致嬰幼兒身體日漸虛弱終至死亡，於見B女接續遭乙○○毆打凌虐，受有如其附表（下稱附表）所示傷勢，使其食慾逐漸下降，本應儘速將B女送醫，以提供其生存所必要之扶助、保護，避免死亡之結果發生，然因恐外界知悉後，將被迫與B女分開，因而未將因傷害未痊癒致出現食慾降低異狀之B女及時送醫，為其生存所必要之扶助、保護，迄至107年10月21日1時56分許，因見B女狀況有異，始送至長庚醫療財團法人嘉義長庚紀念醫院（下稱嘉義長庚醫院）急救，惟仍因上開頭部多次鈍力損傷引起腦水腫進而造成呼吸抑制，而於同日2時26分死亡等旨（見原判決第2至3頁）。則事實欄就甲○○未及時將B女送醫診治，導致其死亡之原因，究竟係B女因身體不適無法適量進食，吸取足夠營養，致使身體日漸虛弱終至

死亡，抑或其因頭部多次鈍力損傷引起腦水腫進而造成呼吸抑制所致，所載前後不相一致，自有判決理由矛盾之違法。又遺棄致死罪，須行為人具有遺棄之故意，始足當之，如因一時疏失未注意照顧其女，尚難認有遺棄之故意。原判決認定乙○○對B女施加如附表所示之傷害後，甲○○因恐B女身體狀況異常為外界所知，將被迫與B女分開，乃基於不為B女生存所必要扶助、保護之故意，而未將B女及時送醫，終至B女死亡云云（見原判決第2、3頁），惟理由欄卻記載：「甲○○主觀上未預見任由B女健康持續惡化恐有危及生命之虞，猶未盡其扶助、保護之義務而有疏失」等語（見原判決第24頁倒數第3、4行），先認定甲○○基於不為B女生存所必要扶助、保護之遺棄故意而為，理由繼稱其「主觀上未預見有危及生命之虞，猶未盡其……而有疏失」，先後之論述齟齬不一，亦有理由矛盾之違法。況原判決乃認定甲○○因不願與B女分開，始未將B女及時送醫等語，倘若無訛，能否謂其未將B女送醫，係基於遺棄之故意而為，並因而致B女於死，亦有研議之餘地。

- 2.(1)刑法第294條第2項之遺棄致死罪，以行為人對於無自救力之人，不為其生存所必要之扶助、養育或保護，致該無自救力之人發生死亡之結果為成立要件。故遺棄行為與被害人死亡之間，須有因果關係存在。即被害人之死亡須導因於行為人之不作為，始足當之。如被害人遭他人傷害之傷勢，已足獨立為其死亡之原因，則行為人雖有遺棄行為，然因與被害人之死亡間，並無因果關係，自難以遺棄致人於死罪相繩。又倘有前、後數個可能導致產生犯罪結果之條件時，評價前、後條件之因果關係，學說上有所謂因果關係中斷、超越的因果關係及累積因果關係等不同主張。所謂累積因果關係，係指個別條件之存在雖均不足以獨自造成結果之發生，惟當所有條件共同結合發生作用時，即足導致結果之發生。換言之，乃結果之發生是累積個別條件所成。另證據雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查。
- (2)卷查乙○○接續於①107年10月1日至同年月12日間，以手拳毆擊B女頭部，致其受有枕部頭皮下局部出血、大腦半

球兩側頂葉中央局部蜘蛛膜下腔出血、左顳葉3 處小蜘蛛膜出血、右顳葉3 處局部蜘蛛膜出血，進而產生腦水腫與腦疝之傷勢；②同年月1 日至16日間某時，以毛巾繞過B 女後頸，再於其前頸交叉方式扼勒B 女頸部，導致其頸部破皮；③同年月14日至16日間某時，以不詳之銳器切創B 女頸部，使其受有右頸部2條橫向淺切創、頸前部5條橫向淺切創，延伸至左頸部，深度約0.2至0.3公分不等之傷勢；④同年月18日至19日間某時，以手拳、衣架等鈍器毆打B 女頭、頸部，導致其左額部挫裂傷3x2 公分，潰瘍併壞死、右眼皮水腫併瘀傷之傷害；⑤同年月20日晚間至21日1 時56分某時，持毛巾以前述③之方式扼勒B 女頸部，復以衣架或不詳鈍器毆擊B 女頭部，使其受有左額部皮革樣化1x0.2公分、額頂中央皮革樣化1x0.2公分；頭頂部紫黑色出血；頸部有中性白血球滲出液；左額部皮革樣化1x0.2公分、額部中央皮革樣化1x 0.2公分、右額部挫傷1x0.2公分、右頂部挫傷0.5x0.5 公分、兩側額頂顳部頭皮下廣泛出血之傷勢。乙○○對B 女為前述⑤之傷害後不久發現B 女狀況有異，遂對其人工呼吸，並於107年10月21日1時56分送至嘉義長庚醫院急救；惟其到院前已無自發性呼吸、心跳，雖經醫院持續施以心肺復甦術與氣管插管急救，惟仍於同日2 時26分死亡等情，有乙○○、鑑定人石台平之供述，及B 女之診斷證明書、法醫解剖鑑定報告、B 女傷勢照片在卷可參（見相字第627 卷第31、57至64頁）。雖石台平證稱：B 女前述傷勢出血程度都很輕，且各該傷勢單獨都不足以致死，但B 女因鈍力傷引起腦水腫後，沒有好好治療，影響其呼吸中樞，造成呼吸抑制，可能就是其於107 年10月21日送醫前即呼吸、心跳停止並死亡之原因，如果B 女一遭到頸部銳器傷、頭部鈍力傷時，馬上送醫會避免死亡結果等語（見第一審卷(四)第 356、362、363、370頁），且經其解剖鑑定，B 女肝臟肝醣殘留小於1%（意指其體內能源耗盡枯竭），並認為B 女之死因為：(甲)飢餓及營養不良；(乙)頸部銳器切創及頭部多次鈍力損傷；(丙)合併暴力型及忽略型嬰兒虐待事件（見前述法醫解剖鑑定報告）。惟其亦證稱：B 女送醫時嘴唇發紺是因為缺氧，而勒脖子、腦水腫造成之呼吸不良，都是造成其缺氧之

原因；肝醣是能源器官，供應中斷才會消耗殆盡，肝醣和創傷並沒有關係，除非B女外傷程度已嚴重到瀕臨死亡狀態，才會導致她不想吃，致使其肝醣指數小於1%等語（見第一審卷四第364、367至368頁）；佐以乙○○供稱：我於107年10月20日近24時，因B女哭鬧不停，一時情緒失控，就使用衣架打她額頭5下，並用毛巾勒住她脖子2次，在我施暴後，B女哭鬧程度有稍微緩和；10分鐘後我發現她呼吸微弱，且心跳較慢，驚覺不對，持續幫她做人工呼吸，但沒有任何效果，遂將B女送醫，惟仍急救無效死亡等語（見警卷第2至4頁）；而甲○○亦供稱：當天因B女已喝過牛奶也換過尿布，仍在哭鬧，乙○○遂以衣架打B女額頭，又用力以毛巾勒住其脖子，我見狀立刻制止，約10分鐘後，乙○○發現B女呼吸微弱立即幫她做CPR並送醫，但仍宣告不治等語（見警卷第9至11頁）。如果無訛，復佐以B女當天送醫前已無呼吸、心跳，雖經急救，仍於該日2時26分死亡等情，則造成B女停止呼吸而缺氧之原因，似為乙○○前述①，及當日如⑤所示扼勒B女頸部之作為所致。再參以B女甫滿2個月，腦部、身體各方面發育未臻完全，本應輕柔對待，以免造成傷害，惟卻於短短20日內遭乙○○暴力毆打凌虐達5次之多，並受有上開傷勢，則其肝醣指數小於1%，似係因外傷程度已嚴重到瀕臨死亡狀態，導致其不想喝奶所致。則B女之死亡，能否謂係甲○○未於B女遭乙○○為前述①至④所示傷害後，將其送醫之不作為所致，而非累積乙○○上開各次傷害犯行已足獨立導致，即非無斟酌之餘地。究竟實情如何，事關甲○○是否構成遺棄致死罪，自應調查明白，並依調查結果敘明認定之理由，乃原判決未予調查釐清，復未敘明理由，逕認甲○○成立上開犯行，自有調查職責未盡及判決理由不備之違法。

- 3.共同正犯，係指兩人以上基於犯意聯絡及行為分擔，分工協力實現犯罪構成要件；而所謂犯意聯絡，固不限於明示通謀為必要，即相互間有默示之合致亦無不可。惟有無默示之合致，仍應綜合客觀事證認定之。如兩人以上同時、同地實現犯罪構成要件，惟彼此間並無犯意聯絡及行為分擔，即是各自成立單獨犯罪之同時犯，難論以共同正犯。原判決以甲○

○與乙○○間雖未討論是否將B女送醫之事，然甲○○是因擔憂B女遭家暴之事曝光，其將被迫與B女分離；乙○○則係擔心其家暴犯行遭他人知悉，而未將B女送醫。可徵其等2人間，均有不將B女送醫避免家暴遭揭露之默契，因認甲○○、乙○○有不為B女生存所必要救助送醫之默示犯意聯絡，因而論以共同正犯（見原判決第28頁）。惟甲○○、乙○○既未曾談論是否將B女送醫，且2人就不將B女送醫又各係基於不同之考量，似難認有默示之合致。則甲○○縱成立犯罪，其與乙○○亦似為同時犯，乃原判決認甲○○與乙○○應成立共同正犯，非無研酌之餘地，自有適用法則不當之違法。

(三)以上或為上訴人2人上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響於事實之確定，本院無從據以為裁判，應認原判決關於乙○○所犯如事實欄二之罪部分，及甲○○所犯如事實欄三之罪部分，均有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即乙○○所犯如事實欄三之罪）部分：

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；又第三審上訴書狀應敘述上訴之理由，未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院；其已逾上述期間，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348條第1項、第382條第1項及第395條後段分別定有明文。乙○○對原判決不服提起上訴，並未聲明為一部上訴，依前揭規定，應視為全部上訴，惟揆其所提出之刑事上訴理由狀，僅就原判決關於其所犯如事實欄二部分敘述不服之理由，就所犯如事實欄三部分，則未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出。依上開規定，其此部分之上訴自非合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條後段、第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 8 月 26 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	林	海	祥

法官 江 翠 萍
書 記 官
本件正本證明與原本無異
中 華 民 國 109 年 8 月 31 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3790 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 12 日

裁判案由：殺人未遂

最高法院刑事判決

109年度台上字第3790號

上訴人 林詠宸

上列上訴人因殺人未遂案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108年7月31日第二審判決（108年度上訴字第552號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署105年度偵字第8898、9571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林詠宸有其事實及理由欄壹之一所載之非法持有改造槍枝、子彈並殺人未遂犯行，因而撤銷第一審關於此部分依分論併罰之科刑判決，改判依刑法上想像競合規定從一重論上訴人犯殺人未遂罪，經依刑法第25條第2項規定減輕其刑後，處有期徒刑7年2月，並諭知相關沒收。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：本件經第一審判決後，檢察官未為其之不利利益提起上訴，惟經其上訴後，原審竟改量處較第一審所處有期徒刑7年為重之刑期，自有違不利益變更禁止原則等語。
- 三、惟查：刑事訴訟上所謂「不利益變更禁止原則」係指禁止第二審法院諭知較原審判決更重之刑，主要從「刑」方面整體觀察有無增加被告實質上之不利益（如第二審法院諭知原審所無之法律效果、提高相同刑罰種類之刑度、增加被告實質負擔之易刑處分或諭知保安處分或延長其期間等）。至於發

現真實乃刑事訴訟之基本原則，正確地適用法律亦為法官憲法上之義務，不利益變更禁止原則不能優位於法治國原則，亦不能妨害發現真實與正確適用法律。準此，關於事實認定及法律適用，原則上不受不利益變更禁止原則之拘束。是若在基礎犯罪事實無擴張或縮減前提下，其犯罪不論在法律上被評價為數罪、實質上一罪或裁判上一罪，倘第一審誤想像競合犯為數罪，第二審以其適用法則不當予以撤銷時，其改判之刑度只要不逾第一審誤認為數罪之應執行刑或若不符合定應執行刑之其中一部或全部刑期相加總合，即無違反不利益變更禁止原則。本件第一審認上訴人所犯行為時之非法持有可發射子彈具有殺傷力槍枝罪與殺人未遂罪為數罪，應分論併罰（見第一審判決第12頁第12至17行，其中「持有」誤載為「寄藏」部分業據原審糾正），分別各處有期徒刑3年6月，併科罰金新臺幣4萬元及有期徒刑7年，並定應執行有期徒刑9年2月，原審在犯罪基礎事實不變情況下，依想像競合規定從一重論其犯殺人未遂罪，並量處有期徒刑7年2月，並未逾第一審就上開2罪所定應執行刑之刑期，自不違反不利益變更禁止原則。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 8 月 12 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	8	月	17
								日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3898 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 26 日

裁判案由：違反廢棄物清理法

最高法院刑事判決

109年度台上字第3898號

上訴人 黃楷桓（原名黃建新）

上列上訴人因違反廢棄物清理法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國109 年4 月21日第二審判決（109 年度原上訴字第 5 號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署107 年度偵字第5754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黃楷桓（原名黃建新）有其犯罪事實欄所載之違反廢棄物清理法犯行，因而撤銷第一審所為之科刑判決，改判仍論上訴人共同犯廢棄物清理法第46條第3 款之非法提供土地回填廢棄物罪，累犯，處有期徒刑1 年1 月。已詳細敘述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：本案第一審判決係認定其提供如原判決附圖（即鑑定圖，下稱附圖）B 至J 坑洞土地供他人傾倒廢棄物，並判處其有期徒刑1 年2 月，惟原判決僅認定其只須對提供附圖B 坑洞土地負責，其餘附圖C 至J 坑洞土地部分則與其無涉，竟仍量處只較第一審判決為輕有期徒刑1 月之如前重刑，自有違不利益變更禁止原則及罪刑相當原則。
- 三、惟查：由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第370 條第1 項前段定有明文，此即所謂「不利益變更禁止原則」，其意義在

於被告不會因害怕被第二審改判較重之刑而畏懼上訴，保障其上訴權之行使，但此原則並非禁止第二審做出任何不利於被告之變更，而是僅止於禁止「第一審判決之刑」之不利變更。依此，不利益禁止變更原則其功能僅在為第二審法院劃定量刑之外部界限，只要量刑結果未超出第一審判決之刑，即無不利益變更的問題。然此原則固為保障被告上訴權而立，但發現真實乃刑事訴訟之基本原則，正確地適用法律亦為法官憲法上之義務，國家刑罰權之行使，旨在使「罪得其罰」、「罰當其罪」，刑事上訴制度除使當事人對於下級審判決不服之救濟途徑外，亦有糾正違法失當判決之功能，是刑事上訴之設雖在維護被告之審級救濟權利，藉以保護人權，但所謂人權非僅專指被告之人權而言，尚應包括被害人之人權，及整體國家之社會法益在內，是上級審如發現原審判決適用法條不當，即不受原審判決量刑之限制。換言之，我國刑事訴訟制度一方面為了保障被告之上訴權，設有不利益變更禁止原則規定，另一方面又為了兼顧實體真實之發現，特設有例外規定（見刑事訴訟法第370條第1項但書），係採「相對不得加重主義」。又法院對有罪之被告科刑，應使罰當其罪，以契合人民之法律感情，此所以刑法第57條明定科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意該條所列各款事項，以為科刑輕重之標準，故量刑之輕重，雖屬事實審法院得依職權裁量之事項，惟仍應受比例原則及公平原則之限制，此即所謂「罪刑相當原則」。是倘第二審認定被告之犯罪情節較第一審為輕微時，基於「不利益變更禁止原則」之要求，第二審固不得量處較第一審為重之刑，惟量處較輕刑期幅度之多寡，則應受「罪刑相當原則」規範，倘第二審量刑未逾越法律所規定之範圍，亦無濫用其權限情事，且不悖於比例原則，即屬適法。本件上訴人所犯廢棄物清理法第46條第3款之非法提供土地回填廢棄物罪，其法定刑為1年以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣1,500萬元以下罰金，原審認定其非法提供之土地較第一審認定之面積為小，即上訴人犯罪情節較第一審認定確為輕微，原審基於實體真實發現認第一審認定事實有誤，撤銷其判決，然因上訴人成立累犯，應依刑法第47條第1項規定加重其刑，在別無其他減輕其刑之條件下，原判決已說明如何以上訴人之

責任為基礎，審酌刑法第57條所列各款情形而為刑之量定（見原判決理由陸），所量處較第一審為輕有期徒刑1月之刑期，已屬其法定得裁量之最低宣告刑，自無違「不利益變更禁止原則」及「罪刑相當原則」。至上訴意旨其餘指摘其僅係將系爭土地出借他人及作為修車廠及開挖蓄水池使用，並無違反廢棄物清理法前揭犯行之意，暨原審未依刑法第59條規定酌量減輕其刑等語，係就原判決已說明事項及屬原審採證認事、量刑職權之適法行使，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 8 月 26 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 8 月 31 日

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 1122 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 08 月 06 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪聲請付與卷宗影本

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第1122號

抗 告 人 黃光平

上列抗告人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國109 年5 月26日駁回聲請付與卷宗影本之裁定（109 年度聲字第520 號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定關於駁回聲請（即其附表編號2 、3 ）部分撤銷，應由臺灣高等法院臺南分院更為裁定。

理 由

一、刑事訴訟法第33條第2 項規定，被告於審判中得預納費用請求付與卷宗及證物之影本。但卷宗及證物之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。其立法理由略以：被告於審判中之卷證獲知權，屬其受憲法訴訟權保障所應享有之防禦權，自得親自直接行使而毋庸經由辯護人輾轉獲知，且不應因被告有無辯護人而有差別待遇。又刑事案件之卷宗及證物，係據以進行審判程序之重要憑藉，基於憲法正當法律程序原則，除卷宗及證物之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得予以限制外，自應使被告得以獲知其被訴案件卷宗及證物之全部內容，俾能有效行使防禦權。爰明定被告有請求付與卷宗及證物之權利，以利其防禦權之行使，並規定得由法院就閱卷範圍及方式為合理之限制。

又民國109 年1 月8 日修正公布同法第429 條之1 第3 項增訂：「第33條之規定，於聲請再審之情形，準用之。」其立法理由略以：聲請再審無論基於何種事由，接觸並瞭解相關卷證資料，與聲請再審是否有理由，以及能否開啟再審程序，均至關重要。原法並未明文規定聲請權人之卷證資訊獲知權，致生適用上之爭議，規範尚有未足，爰增訂本條第3 項，俾聲請權人或代理人得以聲請再審為理由以及在聲請再審程序中，準用第33條之規定，向法院聲請獲知卷證資訊。明定判決確定後，為聲請再審，得準用同法第33條之規定。

二、本件原裁定略以：

抗告人黃光平因違反毒品危害防制條例等罪案件，經原審以106 年度上訴字第726 號判決有罪（下稱原審確定判決），並經本院以108年度台上字第159號判決駁回上訴確定。抗告人以聲請再審為由，聲請付與原裁定附表（下稱附表）2、3（臺灣臺南地方法院105 年度聲監字第381 號卷內每15日或30日製作報告書、同上卷內所有通訊監察譯文），該資料並未於審判中列為證據資料，亦未存於原審確定判決偵審全卷之內，聲請人此部分聲請，非屬付與卷內卷證影本之範疇，自無可准許，而將此部分聲請予以駁回。

三、抗告意旨略以：聲請人為聲請再審，查明員警是否屬於非法監聽，附表編號2、3 之物為聲請再審之重要資料等語。

四、經查，稽諸原審卷宗，並未調閱原審確定判決偵審全卷，則附表編號2、3 所示之物，是否存於該案偵審全卷？如何符合刑事訴訟法第33條但書之限制事由？本院即無從審核。又稽諸電腦列印之原審確定判決，於理由欄壹、三敘載略以：「黃光平所使用之0000000000號行動電話與附表二各編號購毒者、受轉讓毒品者之通話譯文，係合法實施通訊監察轉譯所得，有原審法院核發之……105 年度聲監「續」字第……、381 號通訊監察書在卷」等語，則原審確定判決似有以監聽譯文為證據資料，雖抗告人聲請書狀記載通訊監察書為105 年度聲監字第381 號，是否抗告人誤繕，原審未予究明，遽予駁回此部分聲請，亦有未當。抗告意旨指摘原裁定此部分不當，尚非全無理由，應由本院將此部分撤銷，由原法院更為適當之裁定。

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 8 月 6 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

書 記 官

中 華 民 國 109 年 8 月 18 日

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 1185 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 08 月 12 日

裁判案由：違反商業會計法等罪聲請回復原狀

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第1185號

再 抗 告 人 苗啟民

上列再抗告人因違反商業會計法等罪聲請回復原狀案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國109 年5 月29日駁回抗告之裁定（109 年度抗字第351 號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷，應由臺灣高等法院臺中分院更為裁定。

理 由

- 一、本件原裁定以再抗告人苗啟民於民國108 年3 月14日合法收受臺灣臺中地方法院（下稱第一審法院）106 年度訴字第2793號刑事判決書（下稱第一審判決），上訴期間至同年4 月3 日屆滿，且該判決書正本並無缺漏。惟再抗告人遲至同年5 月20日始提起上訴，其遲誤上訴期間尚無「非因過失不可歸責於己」之情形，而與聲請回復原狀之要件不符，爰維持第一審法院駁回再抗告人聲請回復原狀之裁定，將再抗告人之抗告駁回，固非無見。
- 二、按非因過失，遲誤上訴、抗告或聲請再審之期間，於其原因消滅後5 日內，得聲請回復原狀；因遲誤上開期間而聲請回復原狀者，應以書狀向原審法院為之；非因過失遲誤期間之原因及其消滅時期，應於書狀內釋明之，並應同時補行期間內應為之訴訟行為，刑事訴訟法第67條第1 項、第68條分別定有明文。所謂「原審法院」，係指原裁判之法院而言，如遲誤第二審上訴期間者，該原裁判之法院即為第一審法院，而由該第一審法院管轄。又依刑事訴訟法第69條第1 項前段規定，對於回復原狀之聲請，由受聲請之法院與補行之訴訟行為合併裁判之，此「受聲請之法院」，即為前述之「原審法院」；而「合併裁判」，係指同歸一法院裁判而言。因此，當事人遲誤上訴或抗告期間聲請回復原狀之有無理由與補行之訴訟行為是否合法，依同法第68條、第69條第1 項規定，須由原審法院分別審查。如認其遲誤上訴、抗告期間之回復原狀聲請應許可者，應即繕具意見書將該上訴或抗告案件送交上級法院合併裁判；如認不應准許者，其補行之訴訟行

為，亦非合法，當可一併予以駁回。另回復原狀乃除去遲誤不變期間之失權效果，使之回復未曾喪失為該訴訟行為之原有狀態，此與判決書正本記載錯誤，或有缺漏，而重行繕印送達，另行起算上訴或抗告期間有別，自當應先予辨明。

三、經查：

- (一) 依再抗告人於108 年5 月20日所提「刑事聲請更正錯誤及聲明上訴狀」記載，其係以第一審判決書正本缺漏該判決附表丙所示共同行使偽造準公文書罪而判處有期徒刑1 年2 月部分，並陳明「因為本案判決書正本缺少第41頁到第44頁，導致這份判決書已經影響全案案情及判決本旨，懇請鈞院重新繕印判決並送達本人，上訴期間亦應重新起算，以便保障本人之權益」、「上訴人不服（臺）灣臺中地方法院106 年度訴字第2793號判決，特於法定期間內就原判決全部提出上訴，上訴理由於收到鈞院更正過的判決書之後，會立即提出」、「由於本人是在108 年5 月18日上網列印本案判決書才知道本人有遭到判有期徒刑，因此本人立刻聲明上訴，並沒有遲誤上訴期間，希望鈞院能保障本人之權益」，似以第一審法院應重新繕印判決書正本送達再抗告人，並重新起算上訴期間等語而為爭執，而未主張其上訴已逾期限。則再抗告人是否以其非因過失遲誤上訴期間為由而聲請回復原狀？尚非明確。原裁定未究明此節，逕自維持第一審以再抗告人聲請回復原狀為無理由之裁定，駁回再抗告人之抗告，自有未洽。
- (二) 第一審法院收受再抗告人提起之「刑事聲請更正錯誤及聲明上訴狀」後，於108 年6 月17日以中院麟刑仁106 訴2793字第1080050084號函，以再抗告人不服判決，於法定期間內提起上訴，檢卷送交第二審法院辦理，有該函文可證（見原審卷第9 頁）。經臺灣高等法院臺中分院以108 年度上訴字第1355號審理期間，因認第一審法院以上訴合法而檢送上訴時，未依刑事訴訟法第69條第1 項規定同時繕具意見書併送；且再抗告人之上訴已逾期，其於108 年 5 月20日提出上開「刑事聲請更正錯誤及聲明上訴狀」，向第一審法院聲請回復原狀暨聲明上訴等節，函送第一審法院，有該院109 年2 月6 日109 中分道刑蒼108 上訴1355 字第01027 號函文可稽（見第一審卷第5 至6 頁），第一

審法院並據以裁定駁回再抗告人回復原狀之聲請，復由原審駁回再抗告人之抗告。然依前揭說明，倘認再抗告人已提出回復原狀之聲請，此項聲請之管轄法院，為本件第一審法院，則併為聲明上訴部分，自應同歸第一審法院審理裁判。惟再抗告人上訴部分，仍由臺灣高等法院臺中分院以108 年度上訴字第1355號審理中，未移併由第一審法院辦理，顯與刑事訴訟法第69條第1 項之規定有違。

四、抗告意旨雖未指摘及此，然原裁定既有違誤，應將原裁定撤銷，由原審法院另為適法之處理。

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 8 月 12 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	朱	瑞 娟
法官	高	玉 舜

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 8 月 19 日

書 記 官