

# 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、107 年度台上字第 2049 號.....	2
二、107 年度台上字第 2989 號.....	4
三、107 年度台上字第 4009 號.....	5
四、108 年度台上字第 1409 號.....	7
五、108 年度台上字第 1467 號.....	9
六、108 年度台上字第 1744 號.....	11
七、108 年度台上字第 1800 號.....	14

## 裁判全文

107 年度台上字第 2049 號.....	17
107 年度台上字第 2989 號.....	29
107 年度台上字第 4009 號.....	35
108 年度台上字第 1409 號.....	49
108 年度台上字第 1467 號.....	54
108 年度台上字第 1744 號.....	58
108 年度台上字第 1800 號.....	62

一、107 年度台上字第 2049 號（裁判書全文）

- （一）食品安全衛生管理法第 49 條第 5 項規定「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務犯第一項至第三項之罪者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人科以各該項十倍以下之罰金」。依該規定，實際參與實行犯罪行為之人應為「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員」，自均指自然人而言；再該法對於並非實際參與或實行犯罪行為之法人及「自然人」，設有科處罰金之目的，係立法機關為貫徹維護食品衛生之安全，因而特別對於上述法人訂定罰金之規定，以追究其社會責任，暨加強其等對於代表人、代理人、受僱人或其他從業人員之監督管理責任，俾能遏止或減少發生此類犯罪行為之可能性。是該項處罰之本旨，並非追究法人或「前揭自然人」之個人責任或行為人責任與行為倫理性之非難，而係側重於其等之社會責任，以達防衛社會安全之目的，具有濃厚「行政刑法」特質，與傳統刑法在於非難個人責任、行為人責任與行為倫理，其目的乃矯正行為者之惡性均未盡相同。亦即本項特別刑法所以處罰「法人」或「自然人」，並非認定該法人或「自然人」有實際參與或實行犯罪行為，而係立法機關基於加強維護食品衛生安全之目的，故除對於實際參與或實行犯罪行為之自然人科處刑罰外，並對於法人及未實際參與犯罪之前揭自然人附加之特別處罰規定（學理上稱為「兩罰性規定」），俾能遏止或減少危害食品衛生安全之犯罪。自不

能因食品安全衛生管理法第 49 條第 5 項有上開科處罰金之規定，即謂上開「法人」或「前揭自然人」即係實際參與或實行犯罪行為之人，而認其等該當於刑法第 38 條第 2 項所稱之「犯罪行為人」；更不能僅以上揭法律對法人之處罰規定，遽論本項之「法人」有無犯罪行為能力之依據。故而法人雖因其代表人、代理人、受僱人或其他從業人員執行業務犯食品安全衛生管理法第 49 條第 1 項至第 3 項之罪，而應依同條第 5 項規定科處罰金時，因該法人並非實際參與或實行犯罪行為之自然人，自難認係刑法第 38 條第 2 項所稱之「犯罪行為人」，而無從依同條第 2 項規定，將因犯上述各該項之罪所生或所得之物予以宣告沒收。

- (二) 依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 1 項、第 3 項規定，財產可能被沒收之第三人，得於本案最後事實審言詞辯論終結前，聲請參與沒收程序；如未聲請，法院認有必要，亦應依職權裁定命該第三人參與。而此所稱第三人，觀諸刑法第 38 條第 3 項及第 38 條之 1 第 2 項規定，應係指犯罪行為人以外之人（含自然人、法人或非法人團體），其與犯罪行為人所得之主體殊有不同，且參與沒收程序，因準用被告訴訟上權利，故就沒收財產事項，享有與被告相同之訴訟上權利。其就沒收其財產事項之辯論，應於刑事訴訟法第 289 條程序完畢後，依檢察官、被告、辯護人、參與人或代理人次序進行辯論。故如係對於第三人之沒收，自應踐行相關之開啟第三人參與沒收程序，裨益其對伸張權利或防禦具有重要性之事項，進行訴訟上攻防，以保障其程序上有參與之權限及請

求救濟之機會。原判決理由說明：「被告何○仁、吳○正、胡○恣、何○○珠所為上開犯行之犯罪所得，均係為正○公司或裕○油脂股份有限公司（下稱裕○公司）實行違法行為，令正○公司、裕○公司因而取得，依修正後刑法第 38 條之 1 第 2 項第 3 款規定，應諭知向正○公司、裕○公司（正○公司、裕○公司雖為被告，仍屬被告何○仁、吳○正、胡○恣、何○○珠犯罪取得利益之第三人）與林○忠連帶沒收，如全部或一部不能沒收，追徵其價額」。其既認正○公司係屬犯罪取得利益之第三人，而於原審民國 107 年 1 月 9 日審理時，並未踐行開啟第三人參與沒收程序，亦未說明犯罪取得利益之第三人即正○公司與犯罪行為人之一之林○忠應連帶沒收之理由，不但與直接審理法則有違，並有判決理由欠備之違誤。

參考法條：食品安全衛生管理法第 49 條。

刑法第 38 條之 1。

刑事訴訟法第 455 條之 12。

## 二、107 年度台上字第 2989 號（裁判書全文）

- （一）共同正犯犯罪所得之沒收、追徵，應就各人所分得之數為之。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。因此，若共同正犯各成員內部間，對於犯罪所得分配明確時，應依各人實際所得宣告沒收；若共同正犯對於犯罪所得，其個人確無所得或無處分權限，且與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知沒收；然若共同正犯對於犯罪所得

享有共同處分權限時，僅因彼此間尚未分配或分配狀況未臻具體、明確，參照民法第 271 條「數人負同一債務，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔之」，民事訴訟法第 85 條第 1 項前段「共同訴訟人，按其人數，平均分擔訴訟費用」等規定之法理，應平均分擔。

- (二) 本件原判決既認定上訴人 2 人於本案之犯罪所得為 100 萬元，彼此間就犯罪所得之分配狀況，未臻具體或明確，難以區別各人分受之數，自應由其 2 人平均分擔犯罪所得，每人各為 50 萬元，方為適法。第一審援引所謂「共同沒收」之說，對上訴人 2 人均宣告犯罪所得 100 萬元之沒收、追徵，致造成沒收過剩，其就犯罪所得各逾 50 萬元之沒收、追徵的宣告部分，於法即屬有違，原審未予糾正，仍予維持，同有違誤。

參考法條：刑法第 38 條之 1。

### 三、107 年度台上字第 4009 號（裁判書全文）

- (一) 賄賂罪所侵害者為國家之官箴及公務員執行公務之純正，縱行賄人對公務員之職務上行為交付賄賂，其行為時為法所不罰，但行賄者本質屬對合犯，並非被害人，公務員收受之賄賂，應予沒收追徵，不得發還行賄者，縱公務員事後自行將賄賂返還行賄者，依刑法第 38 條之 1 第 2 項、第 3 項規定，雖得對該第三人（行賄者）沒收（追徵），而發生犯罪行為人沒收（追徵）與第三人沒收（追徵）之競合關係，兩者係併存或排斥關係，法無明文規定。依修正刑法增訂第三人沒收規定之立法理

由：「現行犯罪所得之沒收，以屬於犯罪行為人者為限，則犯罪行為人將其犯罪所得轉予第三人情形，犯罪行為人或第三人因而坐享犯罪所得，現行規定無法沒收，而顯失公平正義，故擴大沒收之主體範圍，『除』沒收犯罪行為人取得之犯罪所得『外』，第三人若非出於善意之情形，包括：明知他人違法行為而取得、因他人違法行為而無償或以顯不相當對價取得、或犯罪行為人為他人實行違法行為，而他人因而取得犯罪所得時，均得沒收之，避免該第三人因此而獲利益。至該違法行為不以具有可責性，不以被起訴或證明有罪為必要，爰增訂第二項，以防止脫法並填補制裁漏洞。」並無於有第三人介入時，祇得對該第三人沒收。申言之，修正刑法「擴大」沒收之主體範圍，除得沒收（追徵）犯罪行為人取得之犯罪所得外，亦得對該第三人沒收（追徵）其非出於善意而取得之犯罪所得。再者，依修正刑法第 38 條之 1 第 2 項規定之第三人沒收類型，其第 1、2 款（即明知他人違法行為而取得、因他人違法行為而無償或以顯不相當對價取得）學說上稱挪移型；第 3 款（即犯罪行為人為他人實行違法行為，而他人因而取得犯罪所得）學說上稱代理型。前者挪移型之犯罪所得係自犯罪行為人挪移至該第三人，為避免重複沒收，倘對犯罪行為人及第三人均諭知沒收（追徵），因其等原均負同一給付內容，其中一人為給付者，他人自免其責任。後者視犯罪行為人有無分受犯罪所得，再依前開方式處理。

（二）原判決說明上訴人二次犯罪所得合計 140 萬元，應適用

修正後刑法第 38 條之 1 第 1 項規定沒收，上訴人雖返還行賄者潘○豪，惟潘○豪並非被害人，無被害人優先原則及發還排除沒收規定適用，雖未扣案，仍應予宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，並無不合。本院 25 年上字第 2260 號判例意旨「上訴人所收受之賄賂，依刑法第 122 條第 4 項，固應沒收或追徵其價額，但既退還行賄人，即不能更向受賄人追徵。」惟本件關於沒收應適用修正後刑法之規定，原判決依刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 3 項就犯罪所得 140 萬元諭知沒收（追徵），並無違誤。。

參考法條：刑法第 38 條之 1。

#### 四、108 年度台上字第 1409 號（裁判書全文）

- （一）毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定，犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。係為鼓勵是類犯罪嫌疑人或被告自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設。除司法警察調查犯罪於製作警詢筆錄時，就該犯罪事實未曾詢問，且檢察事務官或檢察官於該案起訴前亦未就該犯罪事實進行偵訊，致有剝奪被告罪嫌辯明權之情形，始得例外承認僅以審判中自白亦得獲邀減刑之寬典外，一般而言，均須於偵查及審判中皆行自白，始有適用，缺一不可。故如犯罪事實未經司法警察予以詢問，惟檢察官訊問時已否認犯罪，或犯罪嫌疑人或被告在司法警察、檢察事務官詢問時已否認犯罪，檢察官其後未再訊問，即令嗣後於審判中自白，均無上開減刑規定之適用，此為本院最近一致之見解。然

若被告於司法警察詢問或檢察官訊問初始，雖均否認犯罪，惟嗣又表明願意認罪之意，則若檢察官於起訴前「未再」或「漏未」探究被告是否確欲自白犯罪，致其無從獲得減刑寬典之機會，無異剝奪被告之訴訟防禦權；於此情形，倘被告於嗣後之審判又自白犯罪，應再例外認仍有毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減刑寬典之適用，俾符合該條項規定之規範目的。

- (二) 本件王○凡就原判決附表一編號 17 至 19、21 至 25、28 所示販賣第二級毒品部分，雖於民國 105 年 10 月 12 日警詢時均矢口否認，並辯稱電話通聯內容只是純粹聊天等語，於 105 年 10 月 12 日檢察官偵訊時，復對檢察官逐一就原判附表一編號 17 至 29 各次犯行訊問其有無販賣毒品予藍○宗時，供稱：「我的確是有賣給藍○宗 3 至 4 次的安非他命，他常常打電話給我，我沒有賣那麼多次給他，我警詢時都有說了，我有在 105 年 7 月 31 日、9 月 9 日（臺灣○○店）、9 月 29 日（御○園 K T V 停車場）賣給藍○宗安非他命」等語。雖未就上開部分自白犯罪，惟其於 105 年 10 月 12 日偵訊末尾時，已先表達：「（是否承認販賣安非他命？）承認。」等情；嗣於 105 年 10 月 17 日具狀表明：「（前略）懇請庭上，能否讓被告王○凡對一下監聽譯文，只要是我有犯的，一定會坦然面對法律的制裁，懇請鈞長能給被告王○凡改過自新，重新做人的機會。」等語。檢察官因此於 105 年 10 月 27、28 日分別提訊王○凡，並就除原判決附表一編號 17 至 19、21 至 25、28 以外之行動電話通訊監察譯文逐一提示王○凡辨認及訊問，王○凡亦於



確認提示部分後自白犯罪，然檢察官卻「漏未」提示原判決附表一編號 17 至 19、21 至 25、28 部分之通訊監察譯文，致王○凡無從就該部分為自白。嗣王○凡於審理時就原判決附表一所示全部販賣第二級毒品犯行均自白犯罪，揆諸前揭說明，就王○凡所犯如原判決附表一編號 17 至 19、21 至 25、28 部分，自應例外認其於偵查中亦自白犯罪，王○凡上訴意旨執以指摘，非無理由，雖原判決關於如原判決附表一編號 17 至 19、21 至 25、28 部分有不適用法則之違誤，惟不影響於事實之確定，本院自可據以為裁判。

參考法條：毒品危害防制條例第 17 條第 1 項。

## 五、108 年度台上字第 1467 號（裁判書全文）

- （一）刑法第 55 條關於想像競合犯之規定，係將「論罪」與「科刑」予以分別規範。就「論罪」而言，想像競合犯侵害數法益皆成立犯罪，犯罪宣告時必須同時宣告數罪名，但為防免一行為受二罰之過度評價，本條前段規定為「從一重處斷」，乃選擇法定刑較重之一罪論處，實質上係連結數個評價上一罪而合併為科刑上一罪，非謂對於其餘各罪名可置而不論。是法院於決定想像競合犯之處斷刑時，雖以其中最重罪名之法定刑，作為裁量之準據，惟具體形成宣告刑時，仍應將輕罪之刑罰合併評價在內，否則，在終局評價上，無異使想像競合犯等同於單純一罪。又組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項前段與後段，分別就「發起、主持、操縱或指揮」犯罪組織之人，和單純「參與」犯罪組織之人，所為不同層次之犯

行，分別予以規範，並異其刑度，前者較重，後者較輕，依其情節不同而為處遇。且該條例第3條第1項但書並規定：「參與情節輕微者，得減輕或免除其刑。」第8條第1項前、中段亦規定：「犯第三條之罪自首，並自動解散或脫離其所屬之犯罪組織者，減輕或免除其刑；因其提供資料，而查獲該犯罪組織者，亦同」，已針對罪責評價上輕微者，及自首或提供司法協助，而有悔悟之具體表現者，賦與法院免除其刑之裁量權，於此類情形，刑罰既經免除，用以補充刑罰不足之強制工作，自無所依附，無從宣付。

- (二) 本件依原審認定之事實，第一審就被告之行為分別依參與犯罪組織、加重詐欺二罪名，分論併罰（違反組織犯罪防制條例部分，仍諭知刑前強制工作），固有未妥。原判決則以被告所犯參與犯罪組織罪之一行為，亦觸犯加重詐欺及洗錢防制法之特殊洗錢罪名，而依想像競合犯，從一重之加重詐欺罪處斷。但其理由就此僅說明：被告所犯如附表一編號4參與犯罪組織罪與其加重詐欺犯行，及如附表二編號4所示特殊洗錢罪，依刑法第55條想像競合犯規定，而從一重之加重詐欺罪處斷之旨。並謂因從重論以刑法第339條之4第1項第2款三人以上共同犯詐欺取財罪處斷，自無再依修正前組織犯罪防制條例第3條第3項規定宣告強制工作。並未具體敘述何以想像競合犯之輕罪刑罰勿庸予以合併評價之理由，已屬判決理由欠備。又參之前開說明，被告之行為是否符合組織犯罪防制條例第3條第1項但書規定之「參與情節輕微」者，而得以減輕或免除其刑之情形？饒

堪研求。原判決就此未予剖析釐清，並於理由內加以論敘說明，遽行判決，難謂適法。

參考法條：組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項。

刑法第 339 條之 4。

## 六、108 年度台上字第 1744 號（裁判書全文）

（一）按洗錢防制法業於民國 105 年 12 月 28 日修正公布，並於 106 年 6 月 28 日生效施行（下稱新法）。修正前該法（下稱舊法）將洗錢行為區分為將自己犯罪所得加以漂白之「為自己洗錢」及明知是非法資金，卻仍為犯罪行為人漂白黑錢之「為他人洗錢」兩種犯罪態樣，且依其不同之犯罪態樣，分別規定不同之法定刑度。惟洗錢犯罪本質在於影響合法資本市場並阻撓偵查，不因為自己或為他人洗錢而有差異，且洗錢之行為包含處置（即將犯罪所得直接予以處理）、多層化（即為使偵查機關難以追查金流狀況，以迂迴層轉、化整為零之多層化包裝方式，掩飾或隱匿特定犯罪所得）及整合（即收受、持有或使用他人犯罪所得，使該犯罪所得披上合法之外衣，回歸正常金融體系）等各階段行為，其模式不祇一端，上開為自己或為他人洗錢之二分法，不僅無助於洗錢之追訴，且徒增實務事實認定及論罪科刑之困擾。故而為澈底打擊洗錢犯罪，新法乃依照國際防制洗錢金融行動工作組織（Financial Action Task Force，下稱 FATF）40 項建議之第 3 項建議，並參採聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約及聯合國打擊跨國有組織犯罪公約之洗錢行為定義，將洗錢行為之處置、多層化及整合等各階段，全部納為洗錢行為，而於新法第 2 條規

定：「本法所稱洗錢，指下列行為：一、意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴，而移轉或變更特定犯罪所得。二、掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者。三、收受、持有或使用他人之特定犯罪所得。」以求與國際規範接軌。又因舊法第 3 條所規範洗錢犯罪之前置犯罪門檻，除該條所列舉特定嚴重危害社會治安及經濟秩序之犯罪暨部分犯罪如刑法業務侵占等罪犯罪所得金額須在新臺幣（下同）5 百萬元以上者外，限定於法定最輕本刑為 5 年以上有期徒刑以上刑之「重大犯罪」，是洗錢行為必須以犯上述之罪所得財物或財產上利益為犯罪客體，始成立洗錢罪，過度限縮洗錢犯罪成立之可能，亦模糊前置犯罪僅在對於不法金流進行不法原因之聯結而已，造成洗錢犯罪成立門檻過高，洗錢犯罪難以追訴。故新法參考 FATF 建議，就其中採取門檻式規範者，明定為最輕本刑為六個月以上有期徒刑之罪，並將「重大犯罪」之用語，修正為「特定犯罪」；另增列未為最輕本刑為六個月以上有期徒刑之罪所涵括之違反商標法等罪，且刪除有關犯罪所得金額須在 5 百萬元以上者，始得列入前置犯罪之限制規定，以提高洗錢犯罪追訴之可能性。從而新法第 14 條第 1 項所規範之一般洗錢罪，必須有第 3 條規定之前置特定犯罪作為聯結，始能成立。然洗錢犯罪之偵辦在具體個案中經常祇見可疑金流，未必瞭解可疑金流所由來之犯罪行為，倘所有之洗錢犯罪皆須可疑金流所由來之犯罪行為已經判決有罪確定，始得進一步偵辦處罰，則對於欠缺積極事證

足以認定確有前置犯罪，卻已明顯違反洗錢防制規定之可疑金流，即無法處理。故而新法乃參考澳洲刑法立法例，增訂特殊洗錢罪，於第 15 條第 1 項規定：「收受、持有或使用之財物或財產上利益，有下列情形之一，而無合理來源且與收入顯不相當者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金：一、冒名或以假名向金融機構申請開立帳戶。二、以不正方法取得他人向金融機構申請開立之帳戶。三、規避第七條至第十條所定洗錢防制程序。」從而特殊洗錢罪之成立，不以查有前置犯罪之情形為要件，但必須其收受、持有或使用之財物或財產上利益，無合理來源並與收入顯不相當，且其財物或財產上利益之取得必須符合上開列舉之三種類型者為限。易言之，第 15 條之特殊洗錢罪，係在無法證明前置犯罪之特定不法所得，而未能依第 14 條之一般洗錢罪論處時，始予適用。倘能證明人頭帳戶內之資金係前置之特定犯罪所得，即應逕以一般洗錢罪論處，自無適用特殊洗錢罪之餘地。

- (二) 過去實務認為，行為人對犯特定犯罪所得之財物或利益作直接使用或消費之處分行為，或僅將自己犯罪所得財物交予其他共同正犯，祇屬犯罪後處分贓物之行為，非本條例所規範之洗錢行為，惟依新法規定，倘行為人意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，而將特定犯罪所得直接消費處分，甚或交予其他共同正犯，而由共同正犯以虛假交易外觀掩飾不法金流移動，即難認單純犯罪後處分贓物之行為，應仍構成新法第 2 條第 1 或 2 款之洗錢行為。

參考法條：洗錢防制法第 2 條第 1 款、第 2 款、第 14 條第 1 項、第 15 條第 1 項。

#### 七、108 年度台上字第 1800 號（裁判書全文）

刑法第 224 條之強制猥褻罪和性騷擾防治法第 25 條第 1 項之強制觸摸罪，雖然都與性事有關，隱含違反被害人之意願，而侵害、剝奪或不尊重他人性意思自主權法益。但兩者既規範於不同法律，構成要件、罪名及刑度並不相同，尤其前者逕將「違反其（按指被害人）意願之方法」，作為犯罪構成要件，依其立法理由，更可看出係指強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等傳統方式以外之手段，凡是悖離被害人的意願情形，皆可該當，態樣很廣，包含製造使人無知、無助、難逃、不能或難抗情境，學理上乃以「低度強制手段」稱之。從大體上觀察，2 罪有其程度上的差別，前者較重，後者輕，而實際上又可能發生犯情提升，由後者演變成前者情形。從而，其間界限，不免產生模糊現象，自當依行為時、地的社會倫理規範，及一般健全常識概念，就對立雙方的主、客觀因素，予以理解、區辨。具體以言：

1. 從行為人主觀目的分析：強制猥褻罪，係以被害人作為行為人自己洩慾的工具，藉以滿足行為人自己的性慾，屬標準的性侵害犯罪方式之一種；強制觸摸罪，則係以騷擾、調戲被害人為目的，卻不一定藉此就能完全滿足行為人之性慾，俗稱「吃豆腐」、「佔便宜」、「毛手毛腳」、「鹹濕手」即是。
2. 自行為手法觀察：雖然通常都會有肢體接觸，但於強制

猥褻罪，縱然無碰觸，例如強拍被害人裸照、強令被害人自慰供賞，亦可成立；強制觸摸罪，則必須雙方身體接觸，例如對於被害人為親吻、擁抱、撫摸臀部、胸部或其他身體隱私處，但不包含將被害人之手，拉來碰觸行為人自己的性器官。

3. 自行為所需時間判斷：強制猥褻罪之行為人，在加害行為實施中，通常必需耗費一定的時間，具有延時性特徵，無非壓制對方、滿足己方性慾行動進展所必然；強制觸摸罪則因構成要件中，有「不及抗拒」乙語，故特重短暫性、偷襲性，事情必在短短數秒（甚至僅有一、二秒）發生並結束，被害人根本來不及或無餘暇予以抗拒或反對。
4. 自行為結果評價：強制猥褻罪之行為人所造成的結果，必須在使被害人行無義務之事過程中，達至剝奪被害人性意思自主權程度，否則祇能視實際情狀論擬他罪；強制觸摸罪之行為所造成的結果，則尚未達至被害人性意思自由之行使，遭受壓制之程度，但其所應享有關於性、性別等，與性有關之寧靜、和平狀態，仍已受干擾、破壞。
5. 自被害人主觀感受考量：強制猥褻罪之被害人，因受逼被性侵害，通常事中知情，事後憤恨，受害嚴重者，甚至出現創傷後壓力症候群現象；強制觸摸罪之被害人，通常是在事後，才感受到被屈辱，而有不舒服感，但縱然如此，仍不若前者嚴重，時有自認倒楣、懊惱而已。
6. 自行為之客觀影響區別：強制猥褻罪，因本質上具有猥褻屬性，客觀上亦能引起他人之性慾；強制觸摸罪則因

行為瞬間即逝，情節相對輕微，通常不會牽動外人的性慾。

誠然，無論強制猥褻或強制觸摸，就被害人而言，皆事涉個人隱私，不願聲張，不違常情（後者係屬告訴乃論罪），犯罪黑數，其實不少，卻不容因此輕縱不追究或任其避重就輕。尤其，對於被害人有明示反對、口頭推辭、言語制止或肢體排拒等情形，或「閃躲、撥開、推拒」的動作，行為人猶然進行，即非「合意」，而已該當於強制猥褻，絕非強制觸摸而已。

參考法條：刑法第 224 條。

性騷擾防治法第 25 條第 1 項。



裁判字號：最高法院 107 年台上字第 2049 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 06 月 26 日

裁判案由：加重詐欺等罪

最高法院刑事判決

107年度台上字第2049號

上訴人 正義股份有限公司

代表人 何育仁

選任辯護人 黃麗蓉律師

陳君聖律師

黃炫中律師

上訴人 何育仁

選任辯護人 蔡玫真律師

劉介民律師

上訴人 胡金恣

選任辯護人 洪濬詠律師

趙家光律師

上訴人 林明忠

選任辯護人 錢師風律師

楊昌禧律師

上訴人 裕發油脂股份有限公司

兼代表人 何吳惠珠

共同

選任辯護人 杜英達律師

石繼志律師

上訴人 吳明正

選任辯護人 吳玉豐律師

上列上訴人等因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年2月13日第二審判決（105年度矚上重訴字第1號、105年度矚上訴字第2、3 號，起訴及追加案號：臺灣高雄地方檢察署103年度偵字第25622、25694、25703、29475、29476、27559、27560、24541、24542、24968、25431號，104年度偵字第6764、6765號），提起上訴，本院判決如下：

#### 主 文

原判決關於正義股份有限公司沒收部分及林明忠沒收金額中之新臺幣柒億伍佰柒拾肆萬柒仟玖佰柒拾玖元部分均撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分(即正義股份有限公司〈下稱正義公司〉沒收及林明忠沒收金額中之新臺幣〈下同〉7 億574 萬7979元部分)

一、本件原審審理結果，認定正義公司有食品安全衛生管理法第49條第5 項所載之犯行，因而撤銷第一審關於諭知正義公司無罪及林明忠連帶沒收部分之判決，就沒收部分，諭知正義公司應沒收723,314,159 元，及林明忠就未扣案之犯罪所得各處如原判決附表(下稱附表)1-2 編號1至33部分，合計共70 5,747,979元沒收，並於全部或一部不能沒收時，追徵其價額。固非無見。

二、惟查：

(一)食品安全衛生管理法第49條第5 項規定「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務犯第一項至第三項之罪者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人科以各該項十倍以下之罰金」。依該規定，實際參與實行犯罪行為之人應為「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員」，自均指自然人而言；再該法對於並非實際參與或實行犯罪行為之法人及「自然人」，設有科處罰金之目的，係立法機關為貫徹維護食品衛生之安全，因而特別對於上述法人訂定罰金之規定，以追究其社會責任，暨加強其等對於代表人、代理人、受僱人或其他從業人員之監督管理責任，俾能遏止或減少發生此類犯罪行為之可能性。是該項處罰之本旨，並非追究法人或「前揭自然人」之個人責任或行為人責任與行為倫理性之非難，而係側重於其等之社會責任，以達防衛社會安全之目的，具有濃厚「行政刑法」特質，與傳統刑法在於非難個人責任、行為人責任與行為倫理，其目的乃矯正行為者之惡性均未盡相同。亦即本項特別刑法所以處罰「法人」或「自然人」，並非認定該法人或「自然人」有實際參與或實行犯罪行為，而係立法機關基於加強維護食品衛生安全之目的，故除對於實際參與或實行犯罪行為之自然人科處刑罰外，並對於法人及未實際參與犯罪之前揭自然人附加之特別處罰規定(學理上稱為「兩罰性規定」)，俾能遏止或減少危害食品衛生安全之犯罪

。自不能因食品安全衛生管理法第49條第5 項有上開科處罰金之規定，即謂上開「法人」或「前揭自然人」即係實際參與或實行犯罪行為之人，而認其等該當於刑法第38條第2 項所稱之「犯罪行為人」；更不能僅以上揭法律對法人之處罰規定，遽論本項之「法人」有無犯罪行為能力之依據。故而法人雖因其代表人、代理人、受僱人或其他從業人員執行業務犯食品安全衛生管理法第49條第1項至第3項之罪，而應依同條第5 項規定科處罰金時，因該法人並非實際參與或實行犯罪行為之自然人，自難認係刑法第38條第2 項所稱之「犯罪行為人」，而無從依同條第2 項規定，將因犯上述各該項之罪所生或所得之物予以宣告沒收。

- (二)依刑事訴訟法第455條之12第1項、第3 項規定，財產可能被沒收之第三人，得於本案最後事實審言詞辯論終結前，聲請參與沒收程序；如未聲請，法院認有必要，亦應依職權裁定命該第三人參與。而此所稱第三人，觀諸刑法第38條第3 項及第38條之1第2項規定，應係指犯罪行為人以外之人（含自然人、法人或非法人團體），其與犯罪行為人所得之主體殊有不同，且參與沒收程序，因準用被告訴訟上權利，故就沒收財產事項，享有與被告相同之訴訟上權利。其就沒收其財產事項之辯論，應於刑事訴訟法第289 條程序完畢後，依檢察官、被告、辯護人、參與人或代理人次序進行辯論。故如係對於第三人之沒收，自應踐行相關之開啟第三人參與沒收程序，裨益其對伸張權利或防禦具有重要性之事項，進行訴訟上攻防，以保障其程序上有參與之權限及請求救濟之機會。原判決理由說明：「被告何育仁、吳明正、胡金忞、何吳惠珠所為上開犯行之犯罪所得，均係為正義公司或裕發油脂股份有限公司（下稱裕發公司）實行違法行為，令正義公司、裕發公司因而取得，依修正後刑法第38條之1第2項第3 款規定，應諭知向正義公司、裕發公司（正義公司、裕發公司雖為被告，仍屬被告何育仁、吳明正、胡金忞、何吳惠珠犯罪取得利益之第三人）與林明忠連帶沒收，如全部或一部不能沒收，追徵其價額」（原判決第143頁）。其既認正義公司係屬犯罪取得利益之第三人，而於原審民國107年1月9 日審理時，並未踐行開啟第三人參與沒收程序（見原審 105矚上重訴字第1號卷13第101至310頁），亦未說明犯罪取得利益之

第三人即正義公司與犯罪行為人之一之林明忠應連帶沒收之理由，不但與直接審理法則有違，並有判決理由欠備之違誤。

三、正義公司及林明忠上訴意旨執以指摘原判決此部分不當為有理由，而前揭違法情形，影響事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於上開部分具有撤銷發回更審之原因。

## 貳、駁回部分

(壹)、得上訴部分（即何育仁有附表1-1編號1至8、附表1-2編號1至42部分，正義公司有食品安全衛生管理法第49條第5項，胡金忝有附表1-1編號1、3、5、7、附表1-2 編號1至42部分，林明忠有附表1-2編號1至33部分，吳明正有附表1-1編號1至4、6至8、附表1-2編號1至5、8至10、18、19、21、24、26至33、37、40部分，及何吳惠珠有附表1-2 編號1至33部分及附表1-3之98年至102 年違反商業會計法部分）

一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原審審理結果，認定何育仁有附表1-1編號1至8、1-2編號1至42部分，正義公司有食品安全衛生管理法第49條第5項，胡金忝有附表1-1編號1、3、5、7、附表1-2編號1 至42部分，林明忠有附表1-2編號1至33部分，吳明正有附表1-1 編號1至4、6至8、附表1-2編號1至5、8至10、18、19、21、24、26至33、37、40部分，及何吳惠珠有附表1-2編號1至33部分及附表1-3之98年至102年違反商業會計法部分所載之犯行，因而撤銷第一審關於何育仁、胡金忝、林明忠、何吳惠珠科刑部分及諭知吳明正、正義公司無罪部分之判決，改判依集合犯（何育仁、胡金忝、林明忠、何吳惠珠犯食品安全衛生管理法部分）、接續犯、想像競合犯（何育仁、胡金忝、林明忠、何吳惠珠及吳明正〈下稱何育仁等5 人〉部分）關係從一重各論處何育仁共同犯詐欺取財17罪刑、胡金忝共同

犯詐欺取財13罪刑、吳明正共同犯刑法修正前詐欺取財29罪刑，何育仁、胡金忞、林明忠、何吳惠珠共同犯刑法第 339 條之4第1項第2款之加重詐欺取財各33 罪刑，正義公司因其代表人、其他從業人員執行業務犯食品安全衛生管理法第49 條第1 項之罪，科罰金參仟萬元。及維持第一審論處何吳惠珠犯共同犯商業會計法第71條第4 款之不為記錄致生不實之結果5 罪刑部分之判決，駁回該部分何吳惠珠在第二審之上訴。已詳述認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。又查：

- (一)證據之取捨與事實之認定，乃事實審法院之職權，苟其判斷無違經驗法則或論理法則，即不能任意指為違法。再法院憑以認定犯罪事實之證據，並不悉以直接證據為限，即綜合各種直接、間接證據，本於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，並非法所不許。原判決依憑何育仁等5 人之部分供述，參酌卷內其他證據調查之結果，綜合判斷，已敘明本於推理作用，如何得以認定何育仁等5 人及正義公司確有本件犯行之心證理由，並說明不利何育仁等5 人之上開證詞確與事實相符之依憑，對於何育仁等5 人否認有詐欺取財或加重詐欺或食品安全衛生管理法之辯詞，如何不足採信，均於理由內詳為論述、指駁，所為論斷乃原審本諸職權之行使，對調查所得之證據而為價值上之判斷，據以認定何育仁等5 人犯罪事實及正義公司應予處罰，並未違背客觀上之經驗法則與論理法則。何育仁等5 人及正義公司上訴意旨就原審採證、認事職權之適法行使，及就原判決已說明之事項，徒以自己之說詞，再為事實上之爭執，並非上訴第三審之適法理由。
- (二)何育仁、吳明正、胡金忞均如何得預見購入「攙偽、假冒」油品再予以加工、製造、販賣之行為，且容任其發生，均屬未必故意；再衛生福利部（前行政院衛生署）早於89年起即要求食品製造業者應進行溯源管理，以確保其原料符合相關食品衛生標準或規定，不得攙偽或假冒，即或當時法令就溯源管理應如何進行，尚無明確規範，而係委由業者自主管理，惟食品製造業對該溯源管理之法定義務，仍應進行有效之溯源管理，原判決均已引據相關規定及卷內訴訟資料，詳述其依憑（原判決第91至119頁）。何育仁、吳明正、胡金忞上訴意旨指摘原判決認定彼等主觀上有未必故意，且依當時法

令就溯源管理並無明確規範，原判決有適用法則不當及判決理由矛盾之違誤云云，仍係就原審採證、認事職權之適法行使，以不同之評價，再為爭執，並非上訴第三審之適法理由。

- (三)共同正犯之成立，祇須具有犯意之聯絡、行為之分擔，既不問犯罪動機起於何人，亦不必每一階段犯行均經參與。共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果共同負責；且共同正犯不限於事前有協議，即僅於行為當時有共同犯意之聯絡者亦屬之，且表示之方法，不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致亦無不可，必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為幫助犯。原判決就何育仁等5人各就原判決事實所載部分，如何足認各具犯意聯絡、行為分擔，自應論以共同正犯等旨，均已詳論其依憑（見原判決第126至128頁）。所為論斷，於法並無不合。何育仁、吳明正、胡金恣、林明忠、何吳惠珠上訴意旨主張其等均非共同正犯等情，何吳惠珠上訴意旨並補稱其即或有參與，至多僅係幫助犯云云，均非合法之第三審上訴理由。
- (四)刑事訴訟法所稱依法應於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，其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，若僅枝節性問題，或所證明之事項已臻明確，或就同一證據再度聲請調查，自均欠缺其調查之必要性，未為無益之調查，無違法可言。原審綜合調查證據結果，已說明林明忠明知裕發公司為飼料油供應商，且其所購進之油品係何吳惠珠蒐羅之低劣油品，仍與正義公司洽談交易，其與何吳惠珠、何育仁、吳明正、胡金恣間有加重詐欺犯行之依憑，林明忠主張原審未就裕發公司之油品來源詳加查證，有調查職責未盡之違法云云，自非適法之第三審上訴理由。
- (五)原判決主文引用其附表1-2編號1主文諭知犯罪所得之金額係483,425,360元。（見原判決第186、231頁）。並於其理由內說明附表2-2編號1所犯既係加重詐欺取財罪及販賣偽假冒食品罪2罪，其犯罪所得，應以附表2-2 編號1至270即於102

年6月21 日起（即102年食品安全衛生管理法修正後）至103年9月犯罪終了時全部銷售金額，加計附表2-2編號1 之銷售對象於96年至102年6月20 日（即102年食品安全衛生管理法修正前之詐欺部分）之銷售金額計算之依憑（見原判決第142頁）。則其附表1-2編號1主文諭知之上開所得金額係483,425,360 元，並無違誤。何育仁上訴意旨指摘原判決此部分主文之諭知及其附表之記載有誤云云，並非依據卷內訴訟資料所為指摘之適法第三審上訴理由。

(六)按於審判期日證人所為陳述與審判外之陳述相異時，可提出該證人先前所為自我矛盾之陳述，用來減低其證言之證明力，此種作為彈劾證據使用之傳聞證據，因非用於認定犯罪事實之基礎，不受傳聞法則之拘束。因此，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，雖不得以之直接作為證明犯罪事實存否之證據，但非不得以之作為彈劾證據，用來爭執或減損被告、證人或鑑定人陳述之證明力，供法院審判心證之參考。何育仁之原審辯護人於原審審理時固就東峰股份有限公司製作之進貨明細表、大誠聯合會計師事務所函述之證據能力部分均陳稱：該二部分均無證據能力等情。惟原判決理由已說明該部分證據對主張無證據能力之何育仁於審判外所為之陳述，仍有傳聞法則之適用，雖不得作為認定犯罪事實之基礎，仍得作為「彈劾證據」使用等旨（原判決第12至13 頁）。且依原判決理由之論述，原判決係將東峰股份有限公司製作之進貨明細表、大誠聯合會計師事務所函述之裕發公司103 年度銷售油品價格，作為彈劾何育仁於原審審理時所言之是否以原料豬油價格購入豬油情事真實性（原判決第116 至117頁、第119頁），並無何育仁上訴意旨所指違背證據法則之違誤。

(七)原判決理由認「... 養豬戶在豬隻死亡後，為減少損失，將死豬再賣出，致不少死豬肉流入加工業者，為國民健康帶來影響之相關事件層出不窮」（原判決第94頁倒數第3 行至第95頁第1行），乃眾所皆知，以豬脂原料來源不明之風險極高，為公眾週知之事實，依法無庸舉證，而為不利何育仁等 5 人及正義公司之認定，未依刑事訴訟法第158條之1規定，給予其等6 人就該事實有陳述意見之機會，所踐行之訴訟程序雖略有微疵。惟原判決已引據證人常梅峰於第一審審理時證

述：其僅相信傑樂生技股份有限公司之原料豬油，因為無法放心國內其他來源豬油廠商等語，說明常梅峰已警示國內有不明來源豬油問題，何育仁等5 人及正義公司所辯，尚難採信之依憑（原判決第95 頁），並已提示常梅峰所證，予何育仁等5人及正義公司表示意見（見原審105 矚上重訴字第1號卷13 第111 頁背面）。且原判決經勾稽綜合全卷證據資料，認定何育仁等5 人及正義公司有上開犯行，並非專以該「公眾週知之事實」為認定何育仁等5 人及正義公司有事實欄犯行之主要證據，縱除去此部分證據，綜合案內其他所有之證據，仍應為同一事實之認定，並不影響於原判決之主旨，自不能據為適法之第三審上訴理由。

(八)原判決事實一(一)係記載：「... 吳明正於93年6月進入正義公司任職，並於94年12月至98月8 月間，擔任正義公司原料油品採購業務」「... 何育仁於96年間起基於意圖為正義公司不法所有之詐欺不確定犯意，除與下述二、油品來源之人基於共同犯意聯絡外（林明忠、何吳惠珠等人係確定犯意），先於96年1月間起與時任採購業務之吳明正（至98年8月卸任），再於100年11月12 日起與擔任採購業務之胡金忝等基於共同不法意圖之詐欺不確定犯意聯絡，而為下述二、之採購飼料油行為.. 」（見原判決第5至6頁），並於理由內論述吳明正係參與於98年8月卸任前之犯行（原判決第124 至125 頁），自係認定吳明正如何共同參與96年1月至98年8 月卸任前之犯行部分，而未參與其卸任後之採購業務，亦未以 102 年6月19 日修正公布之食品安全衛生管理法為吳明正論罪之依據。何育仁、胡金忝上訴意旨指摘原判決未詳載吳明正如何共同參與附表1-2編號1至5、8至10、18、19、21、24、26 至33、37、40部分之起訖時間，及吳明正上訴意旨另稱原判決認定其亦有102年6月21日以後之違反食品安全衛生管理法之犯行云云，均非適法之上訴理由。

(九)附表1-2編號21(即犯罪事實附表2-2編號21)記載正義公司銷售今口香調理食品有限公司之98年銷售金額18667 元部分（原判決第205頁），實係186667元之誤，有卷附正義公司客戶豬油銷貨年報表可稽（見103年度偵字第24541號卷第171頁），原判決認定之合計犯罪金額32,678, 523 元（原判決第19 1、205 頁），既係據上開正確之年報表金額而來（即186667



元+00000000元+00000000元+00000000元+00000000元=32,678,523元)。原判決所載該部分錯誤之金額屬文字上顯然之誤植，於全案情節及判決本旨不生影響，本即得以裁定更正，核與判決前後理由矛盾之情形不相適合。何育仁上訴意旨就此所為之指摘，並非合法之上訴理由。

(十)我國刑事訴訟法係採實質真實發現主義，審理事實之法院應自行調查證據，本於調查所得，獨立為心證之判斷認定事實，不受其他判決事實判斷之拘束。林明忠縱於邱飛龍、邱麗品另案判決中未經認定為共同正犯，不影響原審經合法調查後，依憑所載證據而為林明忠、何育仁係與邱飛龍、邱麗品共同詐欺取財之犯罪事實認定。原判決此部分之說明，無違法可指。何育仁上訴意旨猶執其與邱飛龍、邱麗品並無共同犯罪之意思等相關陳詞，否認犯罪，並執他案判決結果主張其等並非共同正犯等前情指摘原判決違法，係對於原判決已說明論駁之事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見而為不同評價，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。

(十一)裕發公司102年1月15日出售予崧豪瑩有限公司之每公斤30元之油品固有載稱「魚油」等情，然裕發公司已在買賣合約書備註1 部分註明：「產品是飼料用油不可作為食用」等語，有裕發公司與崧豪瑩有限公司之買賣合約書影本在卷可稽（見第一審函覆12卷第113頁）。原判決因認裕發公司售予「崧豪瑩有限公司」之油品確屬飼料油無誤（見原判決第118 至119頁），並無與卷證資料未合之違誤。胡金忝上訴意旨指摘裕發公司出售予崧豪瑩有限公司之每公斤30元之油品名稱係記載「魚油」，而非飼料油，足見魚油價格有差異，不得以之比較云云，並非依據卷內訴訟資料所為指摘之適法第三審上訴理由。

(十二)原判決已認定正義公司係向東原製油實業有限公司（下稱東原公司）購入原料豬油混合存放（見原判決第28 頁），並說明飼料油之每公斤價格自16元至33元許，而正義公司購入原料豬油之價格在20元至37元，何育仁、胡金忝並無誤認所購原料豬油並非飼料油，正義公司等所辯係以原料豬油價格購入飼料油云云，不可採信等旨之依憑（原判決第116至119 頁），自係以東原公司及永成公司之販售價格

，仍不足資為有利之認定，縱未詳予敘明其該部分取捨理由，於判決仍無影響，究非理由不備，亦難調為違反證據法則。胡金恣上訴意旨主張原判決就東原公司及永成公司販售予太子飼料股份有限公司、總發企業有限公司、西螺代工廠之價格資料，未詳論斷，有判決理由不備之違誤云云，係就原審採證、認事職權之適法行使，持不同之評價，再為事實上之爭執，並非上訴第三審之適法理由。

(十三)何吳惠珠犯附表1-3之98年至102年違反商業會計法部分。係依憑何吳惠珠於第一審審理時之供認，參酌證人莊玉萍、林明忠、何宏基之證述，佐以卷內其他證據調查之結果，綜合判斷，已敘明本於推理作用，如何得以認定何吳惠珠確有違反商業會計法犯行之心證理由，所為論斷乃原審本諸職權之行使，對調查所得之證據而為價值上之判斷，據以認定犯罪事實，並未違背客觀上之經驗法則與論理法則。何吳惠珠此部分上訴意旨主張裕發公司既未自林明忠、泳宸企業行、禾鉉企業社、治富企業行取得任何憑證，自無故意遺漏會計事項，且原判決並未載明其所稱之油品「資訊」之內容為何，自有理由不備及適用法則不當之違法云云，乃就原審採證、認事職權之適法行使，持不同之評價，再為事實上之爭執，並非上訴第三審之適法理由。

(十四)修正前之食品衛生管理法第20 條第1項原規定：「食品業者製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣食品或食品添加物之作業場所、設施及品保制度，應符合食品良好衛生規範，經中央主管機關公告指定之食品業別，並應符合食品安全管制系統之規定。」於102年6月19日公布修正後，移列至第8條第1項規定：「食品業者之從業人員、作業場所、設施衛生管理及其品保制度，均應符合食品之良好衛生規範準則。經中央主管機關公告類別及規模之食品業，應符合食品安全管制系統準則之規定」。嗣於103 年2月5日修正為食品安全衛生管理法後，該第8 條仍未修正，正義公司上訴主張89年2月9日修正之食品衛生管理法第20條第1項於上訴人等被查獲時即103年9 月間，已因修法而不存在，且新法授權之現行「GHP」（食品良好衛生規範準則）又尚未制訂，何能論列上訴人等之法定義務，原判決未予說明，有適用法則不當及理由矛盾之違誤云云，

仍不足取。

(十五)原判決已就鑫好企業有限公司、永成油脂有限公司販售予正義公司者乃飼料油或來源不明油品，且何育仁、胡金恣並未要求該二公司提出原料來源之證明，而如何容任該二公司提供不可供人食用之油品，其等確有未必故意之犯意，詳述其論斷之依憑（原判決第52至67頁、106 至116頁）。殊無何育仁、胡金恣上訴意旨所主張原判決此部分之認定有違反經驗法則及適用法則不當之違誤。

三、何育仁等5 人及正義公司其餘上訴意旨，則置原判決之明白論斷於不顧，或仍持原判決已說明理由而捨棄不採之陳詞辯解，再為事實上之爭執；或就屬於事實審法院採證認事職權之行使；或就不影響於判決本旨之枝節事項，全憑己見，任意指摘，難謂已符合首揭法定上訴第三審之要件。何育仁等5 人及正義公司此部分之上訴均違背法律上之程式，應予駁回。

(貳)不得上訴部分（即裕發公司有食品安全衛生管理法第49條第5項、林明忠犯附表1-1編號1至8及1-2編號34至42、何吳惠珠犯附表1-1編號1、3至5、7及1-2編號34 至42部分）

本件原判決撤銷第一審關於裕發公司、林明忠犯附表1-1 編號1至8及1-2編號34至42部分、何吳惠珠犯附表1-1編號1、3至5、7及1-2編號34至42 部分之判決，改判仍論處裕發公司因其代表人、其他從業人員執行業務犯食品安全衛生管理法第49條第1 項之罪刑及為相關沒收之諭知，林明忠及何吳惠珠均犯共同詐欺取財罪刑。裕發公司部分核屬刑事訴訟法第376條第1項第1 款所列之案件，林明忠及何吳惠珠犯一般詐欺取財罪刑部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第4 款所列之案件，既經第一審及第二審判決均為有罪之判決，自不得上訴於第三審法院，裕發公司、林明忠及何吳惠珠不服第二審判決，而向本院提起第三審上訴，該部分顯為法律所不允許，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 108 年 6 月 26 日  
最高法院刑事第九庭  
審判長法官 陳 世 雄（主辦）

法官 何 菁 莪  
法官 段 景 榕  
法官 張 智 雄  
法官 林 立 華

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 6 月 28 日

裁判字號：最高法院 107 年台上字第 2989 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 06 月 05 日

裁判案由：偽造有價證券

最高法院刑事判決

107年度台上字第2989號

上訴人 尤嘉瑜

張芳恭

共 同

選任辯護人 涂國慶律師

上列上訴人等因偽造有價證券案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年11月22日第二審判決（106年度上訴字第1488號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署105年度偵緝字第80、81、83 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決關於對尤嘉瑜、張芳恭宣告犯罪所得各逾新臺幣伍拾萬元之沒收、追徵部分均撤銷。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷部分

- 一、按刑法沒收新制刪除第34條沒收為從刑之規定，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）」。因而在訴訟程序，沒收得與罪刑區分，非從屬於主刑，本於沒收之獨立性，如僅沒收判決有誤，自得就罪刑部分駁回上訴，沒收部分為撤銷之判決，合予敘明。
- 二、本件原判決維持第一審依想像競合犯，從一重均論處上訴人尤嘉瑜、張芳恭（下稱上訴人2人）共同犯偽造有價證券2罪刑及沒收部分之判決，駁回上訴人2人該部分在第二審之上訴。其維持第一審關於上訴人2人之犯罪所得共新臺幣（下同）100萬元沒收、追徵之宣告部分。固非無見。
- 三、惟按：共同正犯犯罪所得之沒收、追徵，應就各人所分得之數為之。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。因此，若共同正犯各成員內部間，對於犯罪所得分配明確時，應依各人實際所得宣告沒收；若共同正犯對於犯罪所得，其個人確無所得或無處分權限，且與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知

沒收；然若共同正犯對於犯罪所得享有共同處分權限時，僅因彼此間尚未分配或分配狀況未臻具體、明確，參照民法第271條「數人負同一債務，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔之」，民事訴訟法第85條第1項前段「共同訴訟人，按其人數，平均分擔訴訟費用」等規定之法理，應平均分擔。本件原判決既認定上訴人2人於本案之犯罪所得為100萬元，彼此間就犯罪所得之分配狀況，未臻具體或明確，難以區別各人分受之數，自應由其2人平均分擔犯罪所得，每人各為50萬元，方為適法。第一審援引所謂「共同沒收」之說，對上訴人2人均宣告犯罪所得100萬元之沒收、追徵，致造成沒收過剩，其就犯罪所得各逾50萬元之沒收、追徵的宣告部分，於法即屬有違，原審未予糾正，仍予維持，同有違誤。至是否適用過苛條款，由法院依個案情形決定，原審並未認本件犯罪所得之沒收、追徵有過苛條款之情形，而未予適用，無上訴意旨所指之違法可言。上訴意旨另指稱張上允將債權轉讓予趙軍燕行使，趙軍燕已受清償，無任何權利受損之情況存在，不應再對上訴人2人為沒收、追徵之宣告。惟上訴人2人行使偽造之本票，實行本件犯罪而有100萬元之所得，已如前述，其等亦未賠償被害人之損害，為避免該犯罪所得仍由上訴人2人所保有，自應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定宣告沒收、追徵。此部分之指摘，尚非可採。

四、上訴意旨指摘原判決關於對上訴人2人沒收、追徵犯罪所得，各逾50萬元部分有所違誤，為有理由。本院自應將原判決及第一審判決關於對上訴人2人宣告犯罪所得各逾50萬元之沒收、追徵部分，均予撤銷，以資糾正。

貳、上訴駁回（即上訴人2人之罪刑及宣告沒收本票暨犯罪所得各50萬元之沒收、追徵）部分

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

- 二、本件原審審理結果，認定上訴人2 人有如原判決事實欄一之（一）及（二）所載先後2 次共同偽造告訴人名義之本票後，持之行使以詐欺取財等犯行均明確，因而維持第一審依想像競合犯，從一重均論處上訴人2人共同犯偽造有價證券2罪刑及宣告沒收本票暨犯罪所得各50萬元之沒收、追徵部分之判決，駁回上訴人2 人該部分在第二審之上訴。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由，並就上訴人2 人否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。
- 三、證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷無違經驗法則或論理法則，即不能任意指為違法。又證人證述前後不符或有矛盾，事實審法院自可本於經驗法則、論理法則及審理所得之心證，為合理之取捨判斷。原判決已敘明：（一）證人即告訴人於第一審、原審時之陳述，先後不一，足見其不僅對於本票一般使用情形不甚明瞭，甚且無法回憶於何時同意，是其證稱曾於電話中同意上訴人2 人簽發本票一節，憑信性甚低。告訴人所為事前同意上訴人2 人簽發本票之證詞，如何不足為有利於上訴人2 人之認定。（二）上訴人2 人之原審辯護人所為因張芳恭係告訴人之子，告訴人有概括授權上訴人2 人簽發本票之辯解，如何不足採納。所為論列說明，與卷證資料悉無不合，並不違背經驗法則與論理法則。又原判決既採用告訴人所述與事實相符而不利於上訴人之證言，自己已不採其所為其他不相容之證詞，此為採證之當然結果，縱未就此特別說明，亦無違法可言。上訴意旨擷取謝金景之部分證言，指摘原判決就此對其有利之證言未予採納，亦未說明理由，係就原審採證、認事職權之行使及已說明論斷之事項，再事爭辯，均非適法之第三審上訴理由。
- 四、刑法第201條第1項之偽造有價證券罪，係以無製作權之人，而基於行使之意圖，以他人名義簽發有價證券為其構成要件。依原判決事實之認定，上訴人2 人係未取得告訴人同意或授權，而以告訴人名義簽發本票交予張上允供作借款之擔保，其等所為，如何與偽造有價證券罪之構成要件該當。至張上允有無一債雙討，是否已無票據權利受損之情形存在，與上訴人2 人所為構成偽造有價證券罪與否，及其行為是否具

實質違法性，均屬無關。所為判斷，於法無違。上訴意旨主張上訴人2 人主觀上無意圖供行使之用，而偽造有價證券之犯意，指摘原判決違法。係以自己之說詞、持不同之評價所為之指摘，亦非適法之上訴理由。

- 五、第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，以判斷其適用法律之當否。依原判決認定事實及理由之說明，係以上訴人2人先後2次共同偽造有價證券，持以行使之行為，犯意各別，偽造之日期間隔多日，可獨立評價，應分別論罪併合處罰。依原判決所確認之事實，均論處上訴人2 人共同犯偽造有價證券2 罪刑，其適用法律並無不合。上訴意旨主張本件為接續犯，應依單純一罪論處，指摘原判決適用法則不當。係持憑己見而為指摘，殊非上訴第三審之合法理由。
- 六、第一類電信事業（指設置電信機線設備，提供電信服務之事業）通信紀錄之保存期限，市內通信紀錄為自受理查詢日回溯起算最近3個月以內，行動通信紀錄為最近6個月以內，為電信事業處理有關機關查詢電信通信紀錄實施辦法第5條第1項第1款、第3款及第2 項所明定。又有關機關查詢之通信紀錄，於電信事業之保存期限以內者，始予受理，同辦法第 4 條亦有明文。原判決關於電話通聯紀錄部分，說明因已逾 6 個月保存期限，如何無從加以調取之旨，依前述規定，並無不合。上訴意旨就此指摘，顯非適法之上訴理由。
- 七、適用刑法第59條酌減其刑與否，法院本屬有權斟酌決定，原判決就本件關於尤嘉瑜部分如何無該規定之適用，業已闡述明確，無違法可言。上訴意旨就原審裁量權之適法行使，徒憑己意漫為爭執，尤非上訴第三審之合法理由。
- 八、緩刑之宣告，除應具備一定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之，屬法院裁判時得依職權裁量之事項，當事人不得以原審未諭知緩刑指為違背法令。原判決就何以未為緩刑之宣告，已予敘明。上訴意旨以告訴人表示要原諒上訴人2 人，指原判決未對其等宣告緩刑，有判決不適用法則之違法。此一指摘，難謂係適法之上訴理由。
- 九、原判決理由貳、四、（四）之1 載述：偽造之本票既已依法沒收，則於其上偽造「謝金景」之姓名及指印，即屬偽造本票之一部，已因本票之沒收而包括在內，自無庸另為沒收之諭知等語。旨在說明偽造「謝金景」之姓名及指印，如何無



另為沒收諭知之必要，並非認定偽造之本票業已扣案。此部分與其維持第一審就「未扣案之附表編號1、2所示之本票各壹張」所為沒收之諭知，並無牴觸。上訴意旨指二者有矛盾之處，容有誤會，就此指摘，殊非上訴第三審之合法理由。

十、偽造之有價證券，依刑法第205 條規定，不問屬於犯人與否，沒收之，係採義務沒收原則，即除有能證明業經滅失，確不存在者外，均應為沒收之宣告，並不以已經扣押為必要。原判決依前揭規定，就未扣案之本票2 張宣告沒收，於法並無不合。至各該本票原本究係存放在民事執行卷內或仍由張上允持有中，俱不影響原判決所為該沒收之宣告。上訴意旨以原審既未查明本票係在何處，亦未命張上允提出附卷，指摘原判決有所違誤。此一指摘，仍非適法之上訴理由。

十一、原判決係以上訴人2人冒用告訴人名義偽造本票2張，用以交付張上允，因而獲得30萬元、70萬元之款項，該100 萬元，屬其2 人之犯罪所得，其等並未賠償被害人之損害，爰依刑法第38條之1 第1項前段、第3項規定宣告沒收、追徵。又因上訴人2 人彼此間就犯罪所得之分配狀況，未臻具體或明確，對其2 人各於50萬元之犯罪所得範圍內，為沒收、追徵之宣告，於法無違，不生上訴意旨所指判決理由不備、理由矛盾之違法問題。就此指摘，仍非上訴第三審之適法理由。

十二、其餘上訴意旨，經核亦係就原審取捨證據與判斷證據證明力之職權行使及原判決理由已經說明之事項，以自己之說詞或持不同之評價，再為事實上之爭辯，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

十三、本件關於共同偽造有價證券部分（除前揭撤銷部分外）之上訴，俱違背法律上之程式，均應予駁回。上開得上訴第三審部分之上訴，既依程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪關係，經第一審及原審均認有罪屬不得上訴第三審之詐欺取財部分之上訴，自亦無從為實體上審判，應併從程序上駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 6 月 5 日  
最高法院刑事第五庭

審判長法官 吳 燦  
法官 何 慶  
法官 朱 娟  
法官 蔡 在  
法官 李 勇

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 6 月 5 日  
書 記 官

裁判字號：最高法院 107 年台上字第 4009 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 06 月 20 日

裁判案由：違反貪污治罪條例

最高法院刑事判決

107年度台上字第4009號

上訴人 賴英錫

選任辯護人 林春榮律師

薛松雨律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107 年7 月31日第二審更審判決（107 年度重上更三字第1 號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署96年度偵字第3402、24589、29407 號、98年度偵字第11821 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件經原審審理結果，認上訴人即被告賴英錫為改制前臺中縣政府（以下仍稱臺中縣政府）建設局局長，為公務員，有原判決事實欄（下稱事實欄）所載犯行，均事證明確，因而撤銷第一審關於上訴人部分之科刑判決，改判依修正前刑法連續犯、牽連犯規定，論處上訴人連續犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪刑（牽連犯民國96年7 月11日修正公布洗錢防制法第11條第1 項洗錢罪；依刑事妥速審判法第7 條減刑，處有期徒刑6 年6 月，褫奪公權3 年）及沒收（追徵）宣告。

二、本件上訴意旨略以：

（一）證人潘忠豪（原名潘忠志，違反商業會計法等罪案件，經原審101 年度上訴字第580 號判決確定）於法務部調查局臺中市調查站詢問（下稱調詢）陳述之證據能力，原判決誤將一般供述證據須具備任意性之要件，作為傳聞證據例外取得證

據能力之特別要件，未受本院第一次發回意旨之拘束，又僅憑潘忠豪調詢陳述離案發時間較近、記憶清晰，有適用證據法則不當之違法。偵訊筆錄之作成必早於起訴後之審理程序，原判決僅以潘忠豪於98年4月13日偵訊筆錄係採一問一答方式，且較接近案發時點，遽認該筆錄具證據能力，自非適法。潘忠豪於98年4月23日偵訊中提及上訴人部分之陳述係以被告身分所為，未經具結，原判決僅憑嗣後潘忠豪轉為證人身分應訊之具結，認全部筆錄皆具證據能力，於法未合。況原判決認定上訴人犯罪時間係92年11月25日前及93年4月間，距潘忠豪98年4月13日及同年月23日應訊時已相隔5年，應因記憶淡忘而有顯不可信之情，依刑事訴訟法第159條之1第2項規定，上開陳述應無證據能力。

(二)刑事訴訟法第159條之4第3款之文書應具特信性始具證據能力，與同條第1、2款以除顯有不可信之情況外均得為證據者有別，原判決僅以潘忠豪於登記簿上所載手稿並無不可信之情況，認該手稿屬上開條文第3款之文書，即有違法。

(三)依證人即臺中縣政府建設局城鄉計畫課課長陳淵河於第一審之證述，除申請人潘忠豪不繳納回饋金或有其他違法事項外，該「同意設置許可函」勢必核准，上訴人已無否准權力，如有利用主管事務刁難並索賄之意圖，依經驗法則應於批示同意前為之。查上訴人係於92年9月23日就潘忠豪申請土地使用證明（即同意設置許可函）批示後，於92年11月下旬始向潘忠豪取得新臺幣（下同）90萬元支票，並無證據足證潘忠豪於上訴人批示前即有請託，且上開申請案經上訴人批示後即移由農業局辦理通知繳納回饋金事宜，祇要潘忠豪完成繳費即應核發使用同意書，故上開申請案後續處理與上訴人建設局局長身分無關，此與證人陳雙銘、陳淵河、高嘉良於100年8月17日第一審證詞相符，原判決遽認上訴人取得系爭90萬元與其職務行為有對價關係，未說明何以未採上開有利於上訴人之證據，自有理由不備、違反論理法則及經驗法則等適用法則不當之違法。

(四)彼得潘休閒農場係於92年12月11日向臺中縣政府建設局城鄉計畫課申請建築線指定，依建設局分層負責明細表記載，建築線指定屬第4層決行，與上訴人建設局局長之職權無關，上訴人更未本於局長職權介入指定程序，此與陳雙銘、陳淵

河、高嘉良於100年8月17日第一審證詞相符。又本件建築線指定內容並無異動，縱逾8個月期限，前所為之建築線指定仍為有效，無須重新申請指定，原判決未說明何以不採上開對上訴人有利證據之理由，有理由不備及適用法則不當之違法。再者，上訴人就授權課長決行之事項，固仍有核閱或指示辦理之可能，惟須以上訴人知悉相關申請案件為前提，上訴人對於潘忠豪申請指定建築線一事無從知悉，原判決未究明上訴人是否知悉申請案，逕認上訴人假借款之名行收賄之實，有違經驗及論理法則。

(五)依潘忠豪之證詞，其並未要求上訴人為職務上之特定行為，上訴人亦未明示或默示允為潘忠豪所冀求之職務上特定行為，至於潘忠豪因擔心開發案遭刁難，或因上訴人為建設局局長，而同意先後借款90萬元及50萬元，均係其個人內心想法，並未表現於外，上訴人主觀上非在踐履賄求對象之特定行為，依本院70年台上字第1186號判例及104年度台上字第2706號刑事判決，並不具對價關係。原判決未依本院前二次發回意旨之法律上意見拘束，徒憑潘忠豪之證述，以及本件開發案因借貸金額龐大，取得土地使用證明之進度將影響資金利息壓力等臆測之詞，推測擬制上訴人向潘忠豪取款，確有以公務員踐履或消極不執行某特定職務上行為作為對價之意，認上訴人犯不違背職務收受賄賂罪，違背證據法則，有判決適用法則不當之違法。

(六)賄賂罪之「職務性」要件，原判決引用本院104年度台上字第76號判決意旨，認若於法令上係屬於該公務員之一般職務權限即屬之，並不以該公務員實際上所具體擔負之事務為限，惟該判決係參酌日本學說及實務見解而為解釋，忽略我國刑法第121條第1項及貪污治罪條例第5條第1項第3款係以「對於職務上之行為」作為要件，應以公務員職務範圍內所應為或得為之行為為限，此與日本刑法以「公務員就其職務」為要件，於解釋上可認包括「法令上屬於該公務員之一般職務權限」有別，故原判決就本件是否涉及上訴人職務上行為之認定，有違本院58年台上字第884號判例及罪刑法定主義，自屬違法。

(七)潘忠豪於偵審中屢稱與上訴人為世交，素有往來，此與其母林春珠於100年9月14日第一審證詞，其妻謝倪維珊於107

年3月20日更審中證詞相符，又潘忠豪於偵審中亦證稱本件金錢來往係私人借貸關係，與彼得潘休閒農場之審查過程無涉，相關審查係由農業局及工務局負責，不需建設局審查等語，並與受潘忠豪委託向農業局提出申請之聯成聯合建築師事務所水土保持技師蔡憲宜於106年3月8日更審中證稱：建設局人員未因本申請案而刁難或索賄，亦未向潘忠豪回報遭刁難或索賄等情相符，再者，上訴人於107年5月22日審理時已說明為何向潘忠豪借款之原因，原判決未說明上開證詞何以不足採，有理由不備之違法。

(八)原判決以上訴人92年至97年之公職人員財產申報資料，認定上訴人資力雄厚，並無向潘忠豪借款之必要。惟資力雄厚不等同無借款需求，況上訴人亦有房屋及土地貸款，因之是否有積極財產，與有無借貸之需求並無關連，原判決上開認定有違經驗法則。再者，縱上訴人主張本件係借款之說詞有疑甚或不能成立，惟並無積極證據證明潘忠豪與上訴人間就交付款項與踐履職務上特定行為有對價之合意，應不能為有罪之認定，原判決顯有適用法則不當之違法。

(九)本院25年上字第2260號判例、101年度台上字第6422號判決意旨，謂受賄人既已將賄款退還行賄人，即不能更向受賄人追繳沒收，或以其財產抵償之，雖係就刑法第122條第4項規定為闡釋，惟貪污治罪條例係刑法瀆職罪之特別法，就收受賄賂之沒收自應為同一解釋而有適用。原判決引用本院92年度台上字第5053號及88年度台上字第1114號判決意旨，認本件賄款仍應諭知沒收，不因上訴人已返還而免責，與上開判例有違。況依105年7月1日施行之刑法第38條之1規定，應向潘忠豪宣告沒收而非向上訴人為之，原判決有適用法則不當之違法云云。

### 三、惟查：

(一)被告以外之人（含共同被告、共犯、被害人、證人）於司法警察（官）調查中所為之陳述，與其在審判中之陳述不符時，基於實體真實發現之訴訟目的，依刑事訴訟法第159條之2規定，倘認其於調查中之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，即例外地賦予證據能力。又偵查中檢察官通常能遵守法律程序規範，無不正取供之虞，且接受偵訊之該被告以外之人，已依法具結擔保其係據實陳

述，如有偽證應負刑事責任，具有足以擔保筆錄製作過程可信之外在環境與條件，乃於刑事訴訟法第159 條之1 第2 項，規定「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」至於被告以外之人，於偵查中未經具結所為之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，僅於具有「特信性」、「必要性」時，即例外得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢等之陳述，顯然失衡。因此，此類被告以外之人，於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有「特信性」、「必要性」時，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第159 條之2 、第159 條之3 之同一法理，例外肯認為具有證據能力，為本院一致之見解。所謂「具有較可信之特別情況」（即特信性），立法政策上並未有列舉或例示明文，其內涵完全委由法院就個案主客觀的外部情況，依事物之一般性、通常性與邏輯之合理性為審酌判斷。倘法院就調查中陳述時之外部附隨環境、狀況或條件等相關事項，例如：陳述人之態度、與詢問者之互動關係、筆錄本身記載整體情況、詢問者之態度與方式、是否告知陳述人之權利、有無違法取供等情狀予以觀察，綜合判斷陳述人陳述時之外在、客觀條件已獲確保，有可能信為真實之基礎，即得謂「具有較可信之特別情況」。原判決說明潘忠豪於調詢及檢察官偵訊時以被告身分陳述部分，與其審判中陳述不符部分，其調詢、偵訊陳述如何之具有較可信之特別情況，並具有採證上之必要性，符合上述傳聞例外規定而得為證據，已於理由欄壹一、二(一)敘明，尚無不合。且：1.98年4月23日檢察官先以被告身分訊問潘忠豪：「（律師未到庭是否可以開始訊問？）可以。」「（對今日程序有無意見？）沒有。」「（你與賴英錫有無親戚關係？）沒有」，檢察官諭知潘忠豪具結義務及偽證處罰並命朗讀證人結文具結，改以證人身分訊問潘忠豪等情，有上開偵訊筆錄可稽（97年度他字第3442號卷三第115 頁），所踐行之訴訟程序並無不合。潘忠豪以被告身分受訊問時，既並未陳述與上訴人本案有關部分，上訴意旨所指「該具結之效力並未及於具結前以被告身分所為之供詞，該供詞自均無證據能力」云云，容有誤會

。潘忠豪製作之工商支票登記簿、支票客票登記簿，原判決理由欄壹三已說明除本案支票外，尚有其他支票號碼及受款人之記載，該等登記簿係屬潘忠豪基於備忘目的而製作，如何屬於刑事訴訟法第159 條之4 第3 款規定得為證據文書之理由（原判決第10頁），至於理由載敘「因認上開手稿，並無不可信之情況」，用語稍欠周全，惟不影響論述之本旨。

(二)證據之取捨與證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背經驗法則或論理法則，復已敘述其理由，即不能任意指為違法。

- 1.原判決綜合卷內證據資料及調查證據之結果，敘明認定上訴人為臺中縣政府建設局局長，綜理全局業務，為依法令服務於地方自治團體所屬機關，具有法定職務權限之公務員，有事實欄所載春龍開發股份有限公司（下稱春龍公司）為申請開發彼得潘休閒農場，由春龍公司總經理潘忠豪以其個人名義向臺中縣政府建設局申請土地使用證明書（即同意設置許可函），另委託建築師向臺中縣政府工務局申請加強山坡地雜項執照，上訴人明知土地使用證明書係由其職掌之建設局決行文件，而雜項建築執照之審查流程亦需會辦建設局，竟基於對職務上行為收受賄賂之概括犯意，於92年11月25日前之下旬某日、93年4 月間某日，先後在潘忠豪住處，向潘忠豪各以借款名義，要求賄賂90萬元、50萬元，潘忠豪因顧慮審查時程，並擔心被刁難，基於交付賄賂意思而分別交付90萬元、50萬元支票各一紙（其中50萬元支票嗣由上訴人向潘忠豪換取現金），而上訴人即基於收受賄賂犯意，予以收受等犯行之得心證理由。對於上訴人否認犯罪，辯稱：90萬元係其妹賴家蓁所借，50萬元係其配偶陳惠敏所借，均非屬賄賂；其取得金錢之時點，潘忠豪各該申請案均已非在建設局審查或會簽狀態，並無對價關係云云。亦逐一說明依憑上訴人之供述（即坦承有於事實欄二、(一)(二)所示時地，向潘忠豪各拿取90萬元、50萬元支票）、潘忠豪於調詢、偵訊之證詞（即與上訴人僅有數面之緣，少有往來，並不是好朋友的關係，上訴人是找藉口向伊要錢等語）、上訴人自92年至97年間之財產申報資料（即可供提領之存款均維持在百萬元以上，可供換價之股票亦在3 百萬元至5 百萬元之間，並持有多筆不動產，非無資力而需向他人借貸之人）、上訴人與潘忠



豪並未簽訂借據或憑證，亦無借款期間、利息或擔保品之約定、上訴人於取得90萬元支票後，係交付許坤仲作為購買臺中縣龍井鄉遊園路「皇家莊園」建案預售屋之訂金，嗣上訴人將購屋改為投資，迨退出投資取得許坤仲交付之90萬元支票，並未返還潘忠豪、本件於95年12月14日檢警發動搜索後，上訴人曾先前往潘忠豪處探問，於96年2月26日以其配偶陳惠敏名義匯款51萬元與潘忠豪，另於98年3月25日上訴人接受調詢、偵訊後，於98年4月1日由賴家蓁匯款105萬元與潘忠豪等證據資料，綜合研判，認定潘忠豪交付90萬元、50萬元支票之對象為上訴人，性質非借款，而係賄款（原判決第16至26頁）。另依陳淵河於第一審之證詞，建設局為核發土地使用證明之主管單位，在申請人向農業局繳納回饋金之後，倘另查有不合規定之情事，仍有否准核發之權限，說明申請案件未經正式核准前，承辦機關仍握有否准之權限（原判決第27、28頁），因認上訴人上開辯解俱無可採。另敘明潘忠豪於第一審、原審改證稱與上訴人係多年朋友，二筆錢確係借款云云、證人即潘忠豪之母林春珠於第一審證稱曾見上訴人與潘忠豪數度在家吃飯云云、證人即潘忠豪之妻謝倪維珊於原審證稱其家族與上訴人夫妻曾不定期聚餐出遊云云、證人即上訴人之妹賴家蓁於第一審證稱係其開口向潘忠豪借錢、證人許坤仲於第一審證稱上訴人於電話中告知其妹有去看屋等，如何因與潘忠豪、上訴人之證供不符，均不足採為有利上訴人之證據。核係原審採證認事職權之適法行使，尚無不合。

2. 貪污治罪條例第5條第1項第3款之對於職務上之行為收受賄賂罪，祇須所收受之賄賂或不正利益與其職務有相當對價關係，亦即具有原因目的之對應關係即已成立。而行賄者與公務員為逃避刑責，往往假借餽贈、酬謝、借貸或政治獻金等各種名義變相授受賄賂或其他不正利益，或利用時間之間隔，於事前或事後授受賄賂或其他不正利益，以掩人耳目。故是否具有相當「對價關係」，應從實質上就公務員職務行為之內容、交付者與收受者之關係、雙方授受金錢、財物或利益之種類、價額、交付之時間與真正原因等客觀情形綜合審酌，不能僅憑當事人供述形式上授受金錢或其他利益之原因，或授受之時間係在公務員所為職務上行為之前或之後，

作為判斷是否具有對價關係之依據。故公務員所收受之金錢、財物或其他利益，若與職務上應為之特定行為之間具有原因與目的之對應關係者，縱係假藉上開各種名義之變相給付，亦難謂與其職務無關而無對價關係，且究係事前抑或事後給付，所交付賄賂或不正利益之價值，與該他人因公務員職務上之行為所獲得之利益之價值是否相當，俱非所問。原判決認定上訴人自潘忠豪收受90萬元、50萬元支票與其擔任臺中縣政府建設局局長之職務上行為有對價關係，已說明依憑下列事證：

- (1)上訴人自91年1月31日起至96年1月31日止，擔任臺中縣政府建設局局長，綜理全局業務，對於局內事務，縱因政府機關分層負責而非屬其決行事項，均有指揮、監督權責。
- (2)潘忠豪於調詢、偵訊之證詞略以：伊與上訴人僅有數面之緣，少有往來，並不是好朋友的關係，所以當92年11月間上訴人親自到伊家向伊開口表示需要一筆90萬元款項周轉時，伊當然覺得很驚訝，因為伊認為和上訴人的私交關係並未到達金錢借貸往來的程度，但是，伊想到上訴人係擔任臺中縣政府建設局局長職務，而且當時正值伊以本人名義遞件向臺中縣政府申請「彼得潘休閒農場加強山坡地雜項執照案」相關審查，因臺中縣政府建設局、工務局等單位，對於該彼得潘休閒農場開發案均握有相關權限，伊希望該開發案相關申請不會遭到阻擋，伊當時認為若伊提供上訴人該筆90萬元款項，上訴人就不會對伊遞件申請的相關審查有所刁難，因此伊才會同意上訴人以借款為名義，向伊拿取90萬元款項，至於上訴人之後會不會還該筆90萬元款項，那就完全看他自己的良心，伊並沒有任何期待；約於93年4月間，上訴人親自到伊家裡找伊，再度以借款名義向伊要求50萬元款項，伊當時的想法與伊前述92年11月間支付上訴人90萬元支票之情形一樣，... 因此伊才會再度同意上訴人以借款為名義，向伊拿取50萬元款項，至於上訴人之後會不會還該筆50萬元款項，則如同伊前述，完全看上訴人自己的良心，伊並沒有任何期待；上訴人口頭上雖然有說是借錢，但伊也認為要得回來很難，所以伊當時也沒有跟他要回來的意思，因為在檢察官傳訊之前伊根本忘了這二筆錢，更可以證明伊當時沒有想要回來的意思，伊當時的意思就是給他們的意思；92年11月間見

面，是上訴人先打伊手機跟伊聯絡…，當晚見面時上訴人、上訴人妻陳惠敏及上訴人胞妹賴家蓁皆有到場，見面時間約1 個多小時，當時伊與上訴人聊天時確有提到彼得潘休閒農場開發案的送審進度，上訴人主動提到他妹妹需要一筆90萬元款項周轉，…當時伊前述彼得潘農場開發案正送件臺中縣政府審查當中，建設局是土地使用分區的承辦單位或其他審查的會辦單位，伊認為上訴人是建設局長，伊希望相關審查不會遭到阻擋，所以伊便給予上訴人該筆90萬元周轉；該次93年4 月間見面，也是上訴人本人主動以電話跟伊聯絡…，這次見面只有伊、上訴人及上訴人妻陳惠敏等3 人在場，前後時間約1 個小時，當時伊跟上訴人聊到伊所有的申請開發案的近況，包括彼得潘休閒農場開發案。該次見面主要是上訴人要向伊要求此筆50萬元款項，上訴人僅向伊表示他太太陳惠敏要買地，需要此筆周轉，該筆50萬元款項是由上訴人本人提出，他提出該筆金額後伊便當場答應，並沒有討價還價；上述50萬元伊原係以支票方式支付，過幾天後，上訴人本人親自到伊家以該支票向伊換取50萬元現金：（為何你願意答應上訴人索賄而給予上述90萬元、50萬元款項？）〈提示調查筆錄〉是的，如伊前述，因為本開發案涉及開發的進度及大約有20%的利潤，而當時上訴人是建設局局長，對於本開發案有相關權力，伊希望本開發案不要遭到刁難、阻擋，如果被刁難成本就會變高，所以上訴人一再找藉口向伊要求金錢款項，伊就必須要給他錢，伊是在很無奈的情況下才陸續給上訴人90萬元及50萬元之款項，伊也覺得金額還不算太多；上訴人以原先50萬元支票向伊換取50萬元現金，顯然是另有用意，因為伊感覺現金比較好用，而金額一樣是50萬元，所以伊也讓上訴人兌換現金，但是，該筆50萬元款項，如伊前述，是一筆伊不得不給的錢，伊知道上訴人是找藉口向伊要錢等語（原判決第17至22頁）。

- (3)春龍公司籌設彼得潘休閒農場過程，以潘忠豪名義於92年6月10日向臺中縣政府建設局申請土地使用證明（即同意設置許可函），上訴人雖於同年9 月23日就承辦人陳雙銘之簽呈代為決行，並批示：「如擬，請依規定辦理」，惟迄至同年12月3 日臺中縣政府建設局以府建城字第000000000 號發文准予同意設置使用函前，上訴人就承辦人陳雙銘簽呈所為之

批示，僅係機關內部文書，並未對外發生效力，且依陳淵河證詞，倘另查有不合規定情事，建設局仍有否准權限，上訴人利用其有此職務上權力，在92年11月25日前某日，前往潘忠豪住處，以借款之名索求潘忠豪交付寶龍公司面額90萬元支票，係對於職務上之行為收受賄賂。而潘忠豪陳稱本開發案預計投入資金達22億元，6年回收成本，自有資金約3至4成，其餘向銀行融資等語，足見本開發案金額龐大，資金來源多係向金融機構借貸，土地使用證明取得之進度，對於開發時程是否延宕、資金利息壓力均有相當之影響，潘忠豪為求得上訴人在主管業務不為刁難，使開發案順利進行，因而對於上訴人索求金錢，交付寶龍公司90萬元支票，潘忠豪交付金錢與上訴人收受金錢間，自存在對價關係。

- (4)潘忠豪於92年4月18日委託建築師向臺中縣政府工務局申請加強山坡地雜項執照，建設局城鄉計畫課為該申請案內部審查成員之一，建築線指定業務亦須會簽建設局，該申請案須經審查會通過，始得核發雜項建造執照。依建設局分層負責明細表，建築線指定屬第四層或第三層負責，亦即由承辦人或課長核定決行，彼得潘休閒農場開發案申請雜項建造執照，其中建築線指定部分，係92年12月11日由承辦人陳雙銘核定，關於建築線指定有無異動疑義，係由陳雙銘、課長陳淵河於93年11月16日簽文回覆工務局，臺中縣政府於93年12月16日以府工建字第0930325470號函同意發給（93）府工建字第41至43號建造執照。然行政機關分層負責，係斟酌案件之重要性、時效性及合理保障人民權益所為規定，非因分層負責承辦人、課長可決行，即謂上層無核閱或指示之權。上訴人為建設局城鄉計畫課之首長，本有指揮、監督權責，其於93年4月間某日，在上開雜項執照申請案仍需建設局共同參與內部審查及建築線指定業務尚需會簽建設局期間，再以借款之名索賄，潘忠豪為求得上訴人不為刁難，使開發案順利進行，因而對於上訴人索求金錢，交付50萬元支票，潘忠豪交付與上訴人收受間，自存在對價關係。上訴人雖於96年2月26日由陳惠敏匯款51萬元至潘忠豪設在國泰世華銀行文心分行帳戶，另於98年4月1日由賴家綦匯款105萬元與潘忠豪，並不影響職務上行為收受賄賂罪之成立。

- 3.原判決已從上訴人職務行為之內容、上訴人與潘忠豪間之關

係、上訴人向潘忠豪以借款為名要求金錢前，均曾與潘忠豪談及開發案之申請進度、上訴人與潘忠豪雙方授受金錢之種類、價額、交付之時間及上訴人係於檢警發動搜索或受訊問後，始分別將50萬元、90萬元以陳惠敏、賴家蓁名義匯還潘忠豪等客觀情形，綜合審酌，認定潘忠豪先後交付90萬元、50萬元支票與上訴人，與上訴人公務員職務上行為，均具有對價關係，並無不合。證人蔡憲宜於原審證述其受任潘忠豪申請彼得潘休閒農場雜項建造執照，申請過程並無遭建設局人員刁難或索賄，亦無與建設局局長接觸等語（原審更二卷第115 頁反面），縱令屬實，亦僅蔡憲宜個人於申請過程之見聞，其既未參與上訴人與潘忠豪2 次見面取款之事，所為證詞自不足為有利上訴人之證據，原判決未予說明，稍欠周全，惟縱予審酌，亦不足認原判決即不能為同一事實之認定，即與判決之結果無影響。原判決援引本院104 年度台上字第76號刑事判決意旨，闡述上訴人係臺中縣政府建設局局長，綜理全局業務，負責該局包含土地使用證明之核發、建築線指定之會簽、雜項建造執照申請之會同審查，均為其職務主管及監督範圍，並無不合。

(三)上訴意旨(一)至(八)所指各節，重執在原審之辯解各詞，依憑個人主觀意見，就原審採證認事適法職權行使及原判決已明白論斷之事項，再為爭執，難認係上訴第三審之適法理由。

#### 四、沒收：

(一)刑法於104 年12月30日修正公布，並於105 年7月1日施行，修正刑法第2 條第2 項規定：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」是關於沒收之法律適用，於新法施行後，應適用新法之相關規定。又本次刑法修正將沒收列為專章（第五章之一），具有獨立之法律效果，為使其他法律有關沒收原則上仍適用刑法沒收規定，刑法第11條修正為「本法總則於其他法律有刑罰、保安處分或『沒收』之規定者，亦適用之。但其他法律有特別規定者，不在此限。」並增訂刑法施行法第10條之3 第2 項：「105 年7 月1 日施行日前制定之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。」明白揭示「後法優於前法」原則，應優先適用刑法，至於沒收施行後其他法律另有特別規定者，仍維

持「特別法優於普通法」原則（修正理由參照）。貪污治罪條例於105年6月22日修正公布，並於同年7月1日起施行，將原第10條第1項：「犯第四條至第六條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人」、第3項：「前二項財物之全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之」等規定刪除，是關於犯貪污治罪條例之罪之沒收，應回歸刑法規定處理。

(二)犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。於全部或一部不能沒收，或不宜執行沒收時，追徵其價額；犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，105年7月1日修正施行刑法第38條之1第1項前段、第3項、第4項及第5項分別定有明文。上述規定旨在澈底剝奪犯罪行為人因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不得保有犯罪所得之普世基本法律原則，藉以杜絕犯罪誘因而遏阻犯罪。惟個案如已實際合法發還被害人時，基於優先保障被害人因犯罪所生之求償權，始無庸沒收。故如犯罪所得已實際合法發還被害人，或被害人已因犯罪行為人賠償而完全填補其損害者，自不得再對犯罪行為人之犯罪所得宣告沒收，以免犯罪行為人遭受雙重剝奪。又犯罪所得，依其取得原因可分為「為了犯罪」而獲取之報酬或對價，及「產自犯罪」而獲得之利潤或利益。前者指行為人因實行犯罪取得對價給付之財產利益，例如收受之賄賂、殺人之酬金等，此類利得並非來自於構成要件的實現本身；後者指行為人直接因實現犯罪構成要件本身而在任一過程獲得之財產增長，典型之例為竊盜、詐欺等財產犯罪所得之財物。刑法發還排除沒收條款（第38條之1第5項）所稱之被害人，係指因刑事不法行為直接遭受財產上不利益，而可透過因此形成之民法上請求權向利得人取回財產利益之人，故得請求合法發還之犯罪所得，祇能是直接「產自犯罪」之利得，而不包括「為了犯罪」實行所獲取之對待給付報酬。賄賂罪所侵害者為國家之官箴及公務員執行公務之純正，縱行賄人對公務員之職務上行為交付賄賂，其行為時為法所不罰，但行賄者本質屬對合犯，並非被害人，公務員收受之賄賂，應予沒收追徵，不得發還行賄者，縱公務員事後自行將

賄賂返還行賄者，依刑法第38條之1 第2 項、第3 項規定，雖得對該第三人（行賄者）沒收（追徵），而發生犯罪行為人沒收（追徵）與第三人沒收（追徵）之競合關係，兩者係併存或排斥關係，法無明文規定。依修正刑法增訂第三人沒收規定之立法理由：「現行犯罪所得之沒收，以屬於犯罪行為人者為限，則犯罪行為人將其犯罪所得轉予第三人情形，犯罪行為人或第三人因而坐享犯罪所得，現行規定無法沒收，而顯失公平正義，故擴大沒收之主體範圍，『除』沒收犯罪行為人取得之犯罪所得『外』，第三人若非出於善意之情形，包括：明知他人違法行為而取得、因他人違法行為而無償或以顯不相當對價取得、或犯罪行為人為他人實行違法行為，而他人因而取得犯罪所得時，均得沒收之，避免該第三人因此而獲利益。至該違法行為不以具有可責性，不以被起訴或證明有罪為必要，爰增訂第二項，以防止脫法並填補制裁漏洞。」並無於有第三人介入時，祇得對該第三人沒收。申言之，修正刑法「擴大」沒收之主體範圍，除得沒收（追徵）犯罪行為人取得之犯罪所得外，亦得對該第三人沒收（追徵）其非出於善意而取得之犯罪所得。再者，依修正刑法第38條之1 第2 項規定之第三人沒收類型，其第1 、2 款（即明知他人違法行為而取得、因他人違法行為而無償或以顯不相當對價取得）學說上稱挪移型；第3 款（即犯罪行為人為他人實行違法行為，而他人因而取得犯罪所得）學說上稱代理型。前者挪移型之犯罪所得係自犯罪行為人挪移至該第三人，為避免重複沒收，倘對犯罪行為人及第三人均諭知沒收（追徵），因其等原均負同一給付內容，其中一人為給付者，他人自免其責任。後者視犯罪行為人有無分受犯罪所得，再依前開方式處理。原判決說明上訴人二次犯罪所得合計140 萬元，應適用修正後刑法第38條之1 第1 項規定沒收，上訴人雖返還行賄者潘忠豪，惟潘忠豪並非被害人，無被害人優先原則及發還排除沒收規定適用，雖未扣案，仍應予宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，並無不合。本院25年上字第2260號判例意旨「上訴人所收受之賄賂，依刑法第122 條第4 項，固應沒收或追徵其價額，但既退還行賄人，即不能更向受賄人追徵。」惟本件關於沒收應適用修正後刑法之規定，原判決依刑法第38條之

1 第1 項、第3 項就犯罪所得140 萬元諭知沒收（追徵），並無違誤。上訴意旨(九)指摘原判決違法，核非適法之第三審上訴理由。

五、綜上，上訴意旨並未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，應認上訴人之上訴為違背法律上之程式，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 108 年 6 月 20 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官	林	勤	純
法官	林	立	華
法官	鄧	振	球
法官	莊	松	泉
法官	黃	斯	偉

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 6 月 25 日

書 記 官



裁判字號：最高法院 108 年台上字第 1409 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 06 月 20 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第1409號

上訴人 王哲凡

金洲漢

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國107 年7 月27日第二審判決（107 年度上訴字第60號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署105 年度偵字第3730、4263、4372、4552號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於其附表一編號17至19、21至25、28部分均撤銷。

王哲凡犯如附表編號1 至9 所示販賣第二級毒品罪，均累犯，各處如附表所示之刑及沒收。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷改判（即關於上訴人王哲凡如原判決附表一編號17至19、21至25、28）部分：

本件原判決認定王哲凡有其事實欄一、(一)所載之販賣第二級毒品甲基安非他命犯行，因而維持第一審關於王哲凡犯如其附表一編號17至19、21至25、28所示販賣第二級毒品9 罪，均累犯（並說明法定刑無期徒刑部分不得加重，下同），各處有期徒刑7 年 2 月（8 罪）、7 年3 月，並均諭知相關沒收，駁回其關於此部分之上訴。固非無見。

惟查：毒品危害防制條例第17條第2 項規定，犯第4 條至第8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。係為鼓勵是類犯罪嫌疑人或被告自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設。除司法警察調查犯罪於製作警詢筆錄時，就該犯罪事實未曾詢問，且檢察事務官或檢察官於該案起訴前亦未就該犯罪事實進行偵訊，致有剝奪被告罪嫌辯明權之情形，始得例外承認僅以審判中自白亦得獲邀減刑之寬典外，一般而言，均須於偵查及審判中皆行自白，始有適用，缺一不可。故如犯罪事實未經司法警察予以詢問，惟檢察官訊問時已否認犯罪，或犯罪嫌疑人或被告在司法警察、檢察事務官詢問時已否認犯罪，檢察官其後未再訊問，即令嗣後於審判中自白，均無上開減刑規定之適用，此為本院最近一

致之見解。然若被告於司法警察詢問或檢察官訊問初始，雖均否認犯罪，惟嗣又表明願意認罪之意，則若檢察官於起訴前「未再」或「漏未」探究被告是否確欲自白犯罪，致其無從獲得減刑寬典之機會，無異剝奪被告之訴訟防禦權；於此情形，倘被告於嗣後之審判又自白犯罪，應再例外認仍有毒品危害防制條例第17條第2項減刑寬典之適用，俾符合該條項規定之規範目的。本件王哲凡就原判決附表一編號17至19、21至25、28所示販賣第二級毒品部分，雖於民國105年10月12日警詢時均矢口否認，並辯稱電話通聯內容只是純粹聊天等語（見警詢卷(一)第56頁），於105年10月12日檢察官偵訊時，復對檢察官逐一就原判附表一編號17至29各次犯行訊問其有無販賣毒品予藍營宗時，供稱：「我的確是有賣給藍營宗3至4次的安非他命，他常常打電話給我，我沒有賣那麼多次給他，我警詢時都有說了，我有在105年7月31日、9月9日（臺灣土羊店）、9月29日（御花園KTV停車場）賣給藍營宗安非他命」（見他字第995號卷第236頁反面、第237頁）等語。雖未就上開部分自白犯罪，惟其於105年10月12日偵訊末尾時，已先表達：「（是否承認販賣安非他命？）承認。」（見他字第995號卷第237頁）等情；嗣於105年10月17日具狀表明：「（前略）懇請庭上，能否讓被告王哲凡對一下監聽譯文，只要是我有犯的，一定會坦然面對法律的制裁，懇請鈞長能給被告王哲凡改過自新，重新做人的機會。」（見偵字第3730號卷(一)第197頁）等語。檢察官因此於105年10月27、28日分別提訊王哲凡，並就除原判附表一編號17至19、21至25、28以外之行動電話通訊監察譯文逐一提示王哲凡辨認及訊問，王哲凡亦於確認提示部分後自白犯罪，然檢察官卻「漏未」提示原判附表一編號17至19、21至25、28部分之通訊監察譯文，致王哲凡無從就該部分為自白（見同上偵字卷第200至201頁、第203頁至206頁反面）。嗣王哲凡於審理時就原判附表一所示全部販賣第二級毒品犯行均自白犯罪，揆諸前揭說明，就王哲凡所犯如原判附表一編號17至19、21至25、28部分，難謂無剝奪其訴訟防禦權而違背正當法律程序，自應例外認其於偵查中亦自白犯罪，王哲凡上訴意旨執以指摘，非無理由，雖原判關於如原判附表一編號17至19、21至25、28部分有不適用法則之違誤，惟不影響於事實之確定，本院自可據以為裁判。爰將此部分予以撤銷，並皆依毒品危害防制條例第17條第2項規定予以減輕其刑，並審酌原

判決量刑時所考量之一切情狀，改判如判決主文第二項所示之刑及沒收。又王哲凡前即因違反毒品危害防制條例案件，經法院論罪科刑並送執行，甫於103年11月21日執行完畢，未幾多時，又再犯上開各罪，顯見其對於刑罰反應力薄弱，故依累犯規定加重其最低本刑，並無司法院釋字第775號解釋有刑罰過苛之罪刑不相當情形，附予敘明。

貳、上訴駁回（即上訴人金洲漢、王哲凡如原判決附表一編號1至16、20、26至27、29至37、附表二，暨其犯罪事實欄一之(三)部分）：

一、金洲漢部分：

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金洲漢有其事實欄一、(三)所載之與王哲凡共同販賣第二級毒品甲基安非他命犯行，因而維持金洲漢共同販賣第二級毒品罪，累犯，經依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後，處有期徒刑3年10月之部分判決，駁回其在第二審之上訴。係以：金洲漢之自白，證人藍營宗之證詞，卷附之行動電話通訊監察錄音譯文、通訊監察書及電話附表、花蓮縣警察局搜索扣押筆錄及扣押物品目錄表，扣案之行動電話等證據資料，為綜合之判斷。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，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令之情形。金洲漢上訴意旨僅稱：其已坦承犯行，並有提供毒品來源（按原判決已依卷證資料說明其未主張有因供出毒品來源而查獲上游之情事，見原判決第9頁第13至14行），已具悔意，請求重輕量刑等語。均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，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。

二、關於王哲凡如原判決附表一編號1至16、20、26至27、29至37、附表二，暨犯罪事實欄一之(三)部分：

按上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348 條第1 項定有明文。王哲凡對原判決不服，提起上訴，未聲明為一部上訴，依前開規定，應視為全部上訴，合先敘明。查第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後10日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382 條第1 項、第395 條後段規定甚明。王哲凡不服原判決上開論處其販賣（或共同販賣）、轉讓第二級毒品暨禁藥甲基安非他命罪刑部分，於107 年8 月15 日提起上訴，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依前揭規定，此部分上訴亦非合法，應予駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第398 條第1 款、第 395 條，毒品危害防制條例第4 條第2 項、第17條第2 項、第19條第1 項前段，刑法第11條、第47條第1 項，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 6 月 20 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 蘇 振 堂  
 法官 沈 揚 仁  
 法官 鄭 水 銓  
 法官 楊 真 明  
 法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 6 月 25 日  
 書記官

附表

編號	主 文	備 註
1	王哲凡販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年捌月。扣案之SAMSUNG NOTE5 行動電話壹支（含門號0000000000號SIM 卡壹張）沒收。	原判決附表一編號17
2	王哲凡販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年玖月。扣案之SAMSUNG NOTE5 行動電話壹支（含門號0000000000號SIM 卡壹張）沒收。	原判決附表一編號18

3	王哲凡販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年捌月。扣案之SAMSUNG NOTE5 行動電話壹支（含門號0000000000號SIM 卡壹張）沒收。	原判決附表一編號19
4	王哲凡販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年捌月。扣案之SAMSUNG NOTE5 行動電話壹支（含門號0000000000號SIM 卡壹張）沒收。	原判決附表一編號21
5	王哲凡販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年捌月。扣案之SAMSUNG NOTE5 行動電話壹支（含門號0000000000號SIM 卡壹張）沒收。	原判決附表一編號22
6	王哲凡販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年捌月。扣案之SAMSUNG NOTE5 行動電話壹支（含門號0000000000號SIM 卡壹張）沒收。	原判決附表一編號23
7	王哲凡販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年捌月。扣案之SAMSUNG NOTE5 行動電話壹支（含門號0000000000號SIM 卡壹張）沒收。	原判決附表一編號24
8	王哲凡販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年捌月。扣案之SAMSUNG NOTE5 行動電話壹支（含門號0000000000號SIM 卡壹張）沒收。	原判決附表一編號25
9	王哲凡販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年捌月。扣案之SAMSUNG NOTE5 行動電話壹支（含門號0000000000號SIM 卡壹張）沒收。	原判決附表一編號28

#### 附錄本案論罪科刑法條

毒品危害防制條例第4 條第2 項：

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或7 年以上有期徒刑，得併科新臺幣1 千萬元以下罰金

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 1467 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 06 月 20 日

裁判案由：加重詐欺

最高法院刑事判決

108年度台上字第1467號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官王捷拓

被告 陳亘德

選任辯護人 陳浩華律師

上列上訴人因被告加重詐欺案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年9月4日第二審判決（107年度上訴字第1015號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度偵字第26912、29619、30258、31637、32154號，107年度偵字第2312、2474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、本件原審經審理結果，認為被告陳亘德有原判決事實欄所載參加如原判決附表（下稱附表）一編號4所示之犯罪組織而犯三人以上共同詐欺取財並持如附表二編號4所示之人頭帳戶提領詐騙款項之犯行明確，因而撤銷第一審所為之科刑判決，改判依想像競合犯，從一重論處被告犯三人以上共同欺取財罪刑及諭知相關沒收，並為附條件之緩刑宣告。固非無見。

二、惟按：

（一）、組織犯罪防制條例第12條第1項中段規定：「訊問證人之筆錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定訊問證人之程序者為限，始得採為證據。」以立法明文排除被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，得適用刑事訴訟法第159條之2、第159條之3及第159條之5等規定。是證人於警詢作成筆錄，自不得採為認定被告犯組織犯罪防制條例之罪的證據。本件原判決理由貳、一援引證人即被害人張陳鳳珠、楊孝忠，同案被告余胤成、陳彥廷分別於警詢之陳述，資為認定被告參與犯罪組織犯行之依據（見原判決第3頁），其採證自與證據法則有違。

（二）、刑法第55條關於想像競合犯之規定，係將「論罪」與「科刑

」予以分別規範。就「論罪」而言，想像競合犯侵害數法益皆成立犯罪，犯罪宣告時必須同時宣告數罪名，但為防免一行為受二罰之過度評價，本條前段規定為「從一重處斷」，乃選擇法定刑較重之一罪論處，實質上係連結數個評價上一罪而合併為科刑上一罪，非謂對於其餘各罪名可置而不論。是法院於決定想像競合犯之處斷刑時，雖以其中最重罪名之法定刑，作為裁量之準據，惟具體形成宣告刑時，仍應將輕罪之刑罰合併評價在內，否則，在終局評價上，無異使想像競合犯等同於單純一罪。又組織犯罪防制條例第3條第1項前段與後段，分別就「發起、主持、操縱或指揮」犯罪組織之人，和單純「參與」犯罪組織之人，所為不同層次之犯行，分別予以規範，並異其刑度，前者較重，後者較輕，依其情節不同而為處遇。且該條例第3條第1項但書並規定：「參與情節輕微者，得減輕或免除其刑。」第8條第1項前、中段亦規定：「犯第三條之罪自首，並自動解散或脫離其所屬之犯罪組織者，減輕或免除其刑；因其提供資料，而查獲該犯罪組織者，亦同」，已針對罪責評價上輕微者，及自首或提供司法協助，而有悔悟之具體表現者，賦與法院免除其刑之裁量權，於此類情形，刑罰既經免除，用以補充刑罰不足之強制工作，自無所依附，無從宣付。本件依原審認定之事實，第一審就被告之行為分別依參與犯罪組織、加重詐欺二罪名，分論併罰（違反組織犯罪防制條例部分，仍諭知刑前強制工作），固有未妥。原判決則以被告所犯參與犯罪組織罪之一行為，亦觸犯加重詐欺及洗錢防制法之特殊洗錢罪名，而依想像競合犯，從一重之加重詐欺罪處斷。但其理由就此僅說明：被告所犯如附表一編號4參與犯罪組織罪與其加重詐欺犯行，及如附表二編號4所示特殊洗錢罪，依刑法第55條想像競合犯規定，而從一重之加重詐欺罪處斷之旨。並謂因從重論以刑法第339條之4第1項第2款三人以上共同犯詐欺取財罪處斷，自無再依修正前組織犯罪條例第3條第3項規定宣告強制工作（見原判決第7至8頁）。並未具體敘述何以想像競合犯之輕罪刑罰勿庸予以合併評價之理由，已屬判決理由欠備。又參之前開說明，被告之行為是否符合組織犯罪防制條例第3條第1項但書規定之「參與情節輕微」者，而得以減輕或免除其刑之情形？饒堪研求。原判決

就此未予剖析釐清，並於理由內加以論敘說明，遽行判決，難謂適法。

(三)、有罪判決書之事實欄（包括其引為事實一部之附表欄），均為判斷其適用法令當否之準據，法院應將依職權認定與論罪科刑有關之事實，翔實記載，然後於理由內說明其憑以認定之證據，並使事實與事實，事實與理由，以及理由與理由之間彼此互相適合，方為合法；若事實之認定前後不相一致，或事實認定與理由說明彼此互相齟齬者，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。原判決事實欄認定：「持姓名年籍不詳之成年男子所交付余胤成之供聯絡提領詐欺款項使用之行動電話、如附表二編號4 所示吳玟臻所有之人頭帳戶金融卡及密碼。」等情（見原判決第1頁末起第1列至第2頁第2列），理由欄則謂本件被告暨其所屬詐騙集團成員共同以不正方法取得如附表一編號4 所示帳戶作為人頭帳戶使用，並因而收受、持有財物，自與行為人本於隱匿資產之動機，取得帳戶並據以收受帳戶內財物，助長洗錢犯罪發生之情形相當，而就附表一編號4所為，同時該當洗錢防制法第15條第1項第2 款之特殊洗錢罪（見原判決第5頁第9至27列）。然就其如附表二編號4 所示帳戶（即吳玟臻帳戶），究係以如何之不正方法取得該帳戶，如何認係人頭帳戶？均未予說明其認定之依據，遽為前揭不利於被告之論斷，亦有可議。

三、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或係本院得依職權調查之事項。而原判決上開違誤影響事實之確定或法律之適用，本院無可據以為裁判，應將原判決撤銷，發回原審法院更為判決，期臻適法。

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 108 年 6 月 20 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 蘇 振 堂

法官 謝 靜 恒

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

法官 沈 揚 仁

本件正本證明與原本無異

書 記 官



中 華 民 國 108 年 6 月 20 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 1744 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 06 月 27 日

裁判案由：加重詐欺等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第1744號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官李月治

上訴人

即被告 林柏佑

上列上訴人等因被告加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107 年8 月22日第二審判決（107 年度金上訴字第1130號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署106 年度偵字第5998號、107 年度偵字第747 、1088、1102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、本件原判決認定上訴人即被告林柏佑（下稱被告）有其事實欄所載如其附表（下稱附表）壹之一編號一之參與犯罪組織、加重詐欺、以不正方式取得他人帳戶而收受財物之特殊洗錢犯行；附表壹之一編號二至十一、附表壹之二、壹之三所示之加重詐欺、以不正方式取得他人帳戶而收受財物之特殊洗錢犯行，因而撤銷第一審關於附表壹之一編號一部分之科刑判決，改判依想像競合犯關係，從一重論處被告共同加重詐欺罪刑；另維持第一審關於其餘部分依想像競合犯之例，從一重論處被告共同加重詐欺罪刑之判決，駁回此部分在第二審之上訴。固非無見。
- 二、惟查：按洗錢防制法業於民國105 年12月28日修正公布，並於106年6月28日生效施行（下稱新法）。修正前該法（下稱舊法）將洗錢行為區分為將自己犯罪所得加以漂白之「為自己洗錢」及明知是非法資金，卻仍為犯罪行為人漂白黑錢之「為他人洗錢」兩種犯罪態樣，且依其不同之犯罪態樣，分別規定不同之法定刑度。惟洗錢犯罪本質在於影響合法資本市場並阻撓偵查，不因為自己或為他人洗錢而有差異，且洗錢之行為包含處置（即將犯罪所得直接予以處理）、多層化（即為使偵查機關難以追查金流狀況，以迂迴層轉、化整为零之多層化包裝方式，掩飾或隱匿特定犯罪所得）及整合（

即收受、持有或使用他人犯罪所得，使該犯罪所得披上合法之外衣，回歸正常金融體系）等各階段行為，其模式不祇一端，上開為自己或為他人洗錢之二分法，不僅無助於洗錢之追訴，且徒增實務事實認定及論罪科刑之困擾。故而為澈底打擊洗錢犯罪，新法乃依照國際防制洗錢金融行動工作組織（Financial Action Task Force，下稱FATF）40 項建議之第3 項建議，並參採聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約及聯合國打擊跨國有組織犯罪公約之洗錢行為定義，將洗錢行為之處置、多層化及整合等各階段，全部納為洗錢行為，而於新法第2 條規定：「本法所稱洗錢，指下列行為：一、意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴，而移轉或變更特定犯罪所得。二、掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者。三、收受、持有或使用他人之特定犯罪所得。」以求與國際規範接軌。又因舊法第3 條所規範洗錢犯罪之前置犯罪門檻，除該條所列舉特定嚴重危害社會治安及經濟秩序之犯罪暨部分犯罪如刑法業務侵占等罪犯罪所得金額須在新臺幣（下同）5百萬元以上者外，限定於法定最輕本刑為5 年以上有期徒刑以上刑之「重大犯罪」，是洗錢行為必須以犯上述之罪所得財物或財產上利益為犯罪客體，始成立洗錢罪，過度限縮洗錢犯罪成立之可能，亦模糊前置犯罪僅在對於不法金流進行不法原因之聯結而已，造成洗錢犯罪成立門檻過高，洗錢犯罪難以追訴。故新法參考FATF建議，就其中採取門檻式規範者，明定為最輕本刑為六個月以上有期徒刑之罪，並將「重大犯罪」之用語，修正為「特定犯罪」；另增列未為最輕本刑為六個月以上有期徒刑之罪所涵括之違反商標法等罪，且刪除有關犯罪所得金額須在5 百萬元以上者，始得列入前置犯罪之限制規定，以提高洗錢犯罪追訴之可能性。從而新法第14條第1 項所規範之一般洗錢罪，必須有第3 條規定之前置特定犯罪作為聯結，始能成立。然洗錢犯罪之偵辦在具體個案中經常祇見可疑金流，未必瞭解可疑金流所由來之犯罪行為，倘所有之洗錢犯罪皆須可疑金流所由來之犯罪行為已經判決有罪確定，始得進一步偵辦處罰，則對於欠缺積極事證足以認定確有前置犯罪，卻已明顯違反洗錢防制規定之可疑金流，即無法處理。故而新法乃參考澳洲

刑法立法例，增訂特殊洗錢罪，於第15條第1 項規定：「收受、持有或使用之財物或財產上利益，有下列情形之一，而無合理來源且與收入顯不相當者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金：一、冒名或以假名向金融機構申請開立帳戶。二、以不正方法取得他人向金融機構申請開立之帳戶。三、規避第七條至第十條所定洗錢防制程序。」從而特殊洗錢罪之成立，不以查有前置犯罪之情形為要件，但必須其收受、持有或使用之財物或財產上利益，無合理來源並與收入顯不相當，且其財物或財產上利益之取得必須符合上開列舉之三種類型者為限。易言之，第15條之特殊洗錢罪，係在無法證明前置犯罪之特定不法所得，而未能依第14條之一般洗錢罪論處時，始予適用。倘能證明人頭帳戶內之資金係前置之特定犯罪所得，即應逕以一般洗錢罪論處，自無適用特殊洗錢罪之餘地。例如詐欺集團向被害人施用詐術後，為隱匿其詐欺所得財物之去向，而令被害人將其款項轉入該集團所持有、使用之人頭帳戶，並由該集團所屬之車手前往提領詐欺所得款項得逞，檢察官如能證明該帳戶內之資金係本案詐欺之特定犯罪所得，即已該當於新法第14條第1 項之一般洗錢罪；至若無法將人頭帳戶內可疑資金與本案詐欺犯罪聯結，而不該當第2 條洗錢行為之要件，當無從依第14條第1 項之一般洗錢罪論處，僅能論以第15條第1 項之特殊洗錢罪。另過去實務認為，行為人對犯特定犯罪所得之財物或利益作直接使用或消費之處分行為，或僅將自己犯罪所得財物交予其他共同正犯，祇屬犯罪後處分贓物之行為，非本條例所規範之洗錢行為，惟依新法規定，倘行為人意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，而將特定犯罪所得直接消費處分，甚或交予其他共同正犯，而由共同正犯以虛假交易外觀掩飾不法金流移動，即難認單純犯罪後處分贓物之行為，應仍構成新法第2條第1或2 款之洗錢行為。本件原判決認被告就附表壹之一、壹之二、壹之三部分除成立共同加重詐欺罪外，同時成立洗錢防制法第15條第1項第2款之特殊洗錢罪，並依想像競合犯從一重論擬。惟揆諸上揭說明，原判決事實既認定被告及其集團係使被害人將款項存入該集團所使用之人頭帳戶，以隱匿其詐欺所得之去向，其犯行當應成立新法第14條第1 項之一般洗錢罪，原判決逕論以特殊

洗錢罪，並就被告被訴同時涉犯新法第14條第1項之一般洗錢罪部分，以被告犯罪取得之財物僅係其事後之處分行為，而不另為無罪之諭知，其適用法則難謂允洽。

- 三、組織犯罪防制條例第3條第3項規定：「犯第1項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為3年」，此項保安處分措施，法院原則上無裁量之權，惟行為人如符合組織犯罪防制條例第3條第1項但書或第8條第1項前段或中段規定之情形，並經法院免除其刑，其刑罰既經免除，強制工作自無所依附，無從宣付。法院如何依前揭規定對行為人宣付或不宣付刑前強制工作，當應於理由中加以說明。本件原判決認定被告就附表壹之一編號一部分，同時觸犯3人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財罪、參與犯罪組織罪、洗錢防制法第15條第1項第2款之罪，依想像競合犯之例，從一重論以3人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財罪。惟被告既犯有組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪，則究否應依該條例第3條第3項規定宣付刑前強制工作，抑或依該條例第3條第1項但書、第8條第1項前段或中段規定不宣付刑前強制工作，原判決未予說明，遽行判決，其法律之適用是否正確，即無憑判斷。
- 四、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而第三審法院應以第二審判決所確認的事實作為判決基礎，原判決上述違法情形，已然影響於事實確定，本院無可據以為裁判，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 108 年 6 月 27 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官	徐	昌	錦
法官	蔡	國	在
法官	段	景	榕
法官	張	智	雄
法官	林	恆	吉

本件正本證明與原本無異

書記官  
中華民國 108 年 7 月 2 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 1800 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 06 月 20 日

裁判案由：妨害性自主

最高法院刑事判決

108年度台上字第1800號

上訴人 甲○○

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國 107 年 7 月 24 日第二審判決（106 年度侵上訴字第 229 號；起訴案號：臺灣新竹地方檢察署 104 年度偵字第 8631 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、上訴人甲○○上訴意旨略稱：

(一) 原判決固採信告訴人代號 000000000000（真實姓名、年籍詳卷，下稱甲女）於偵、審中所述，認定我有對甲女為強制猥褻的客觀行為，然細繹其歷次偵查所述，對於我究竟係抓住她的手「碰觸」我的生殖器，還是「摩擦」乙節，前後說法迥異，於法院作證時，更先稱「我是抓她的手，去『摸』我的生殖器」，經我的辯護人質以前情，又改稱「只記得老闆（指上訴人）抓我（指甲女）的手」，模糊其詞，豈能輕信？而所提出之 SKYPE、LINE 對話紀錄，不僅沒有可依憑的完整對話日期，且所稱取得相關截圖之過程，明顯違反常情，真實性實啟人疑竇，何況該對話內容，充其量僅能說明甲女「事後」不同意我當時的親暱行為，在客觀上，仍不足推論我存有違反甲女意願的主觀犯意。原審未予詳查，逕憑為甲女指述可採真實性的補強證據，實非允洽。尤其甲女於警詢指控我另涉其他猥褻、性侵害行為（此部分業經原審諭知無罪確定）時，始終未提及我有此猥褻或強抓其手「碰觸」我

生殖器之事，更明白陳稱有配合我擁抱、牽手的要求等情，可見我兩人互動親密、自然，縱使甲女內心有所謂的「隱忍屈從」，主觀上應該也不認為我具有不法的惡意，否則，豈有不予同時揭發之理？原審不察，復對於我聲請再傳喚甲女出庭作證乙事，置之不理，自有證據調查未盡、判決不依憑證據、違反經驗法則及論理法則之違背法令。

(二)其實，甲女並未因業務等關係，受我監督而處於劣勢地位，根本不可能有所謂「因擔心工作不保，隱忍屈從」之情，反觀其在偵、審中所言，既坦稱我對於所為「增進彼此關係、促進工作順利」的提議時，旋即回絕，則何來屈從？衡以當時係在停車場內，倘甲女不同意我的親密舉動，勢必驚恐求救、開車門逃離，卻捨此不為，反而若無其事與我正常交談，任我載送返回任所，可見一切自然發生，我既無從查覺其內心真意，也絕無性騷擾、強制猥褻的主觀犯意。原審徒憑我年紀、社會閱歷、家庭背景等節，逕為相反認定，顯然有認定事實不依證據的違誤。

(三)退一步言，縱然既認定甲女於碰觸我的生殖器後，旋即縮手。則此事情之發生，可見時間至為短暫，發覺被侵犯，行為已結束，至多該當性騷擾，原審逕以強制猥褻罪名相繩，法則適用明顯不當云云。

### 三、惟查：

第三審法院應以第二審判決所確認的事實為判決基礎，以判斷其適用法律之當否。又證據的取捨、其證明力的判斷及事實的認定，俱屬事實審法院自由判斷裁量的職權，此項自由判斷職權的行使，倘不違背客觀存在的經驗法則及論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第155 條第1 項規定意旨甚明，自難任憑己意，指摘為違法，而據為上訴第三審的適法理由。又得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告的犯罪實行，但以此項證據與被害人（對向證人）的指述為綜合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂其非屬補強證據。是所謂補強證據，不問其為直接證據、間接證據，或係間接事實的本身即情況證據，均得為補強證據的資料。而證人陳述，前後雖有部分差異或矛盾，事實審法院非不得本於經驗及論理法則，斟酌其他情形，作合理之比較，定其取捨，非謂其中一有不符，即應全部不予採信。再者，同法第379 條第

10款所稱依法應於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的證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認的事實，而為不同的認定，始足當之。若所需證明的事項已臻明確，自毋庸為無益之調查。

刑法第224條之強制猥褻罪和性騷擾防治法第25條第1項之強制觸摸罪，雖然都與性事有關，隱含違反被害人之意願，而侵害、剝奪或不尊重他人性意思自主權法益。但兩者既規範於不同法律，構成要件、罪名及刑度並不相同，尤其前者逕將「違反其（按指被害人）意願之方法」，作為犯罪構成要件，依其立法理由，更可看出係指強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等傳統方式以外之手段，凡是悖離被害人的意願情形，皆可該當，態樣很廣，包含製造使人無知、無助、難逃、不能或難抗情境，學理上乃以「低度強制手段」稱之。從大體上觀察，2罪有其程度上的差別，前者較重，後者輕，而實際上又可能發生犯情提升，由後者演變成前者情形。從而，其間界限，不免產生模糊現象，自當依行為時、地的社會倫理規範，及一般健全常識概念，就對立雙方的主、客觀因素，予以理解、區辨。具體以言：

1. 從行為人主觀目的分析：強制猥褻罪，係以被害人作為行為人自己洩慾的工具，藉以滿足行為人自己的性慾，屬標準的性侵害犯罪方式之一種；強制觸摸罪，則係以騷擾、調戲被害人為目的，卻不一定藉此就能完全滿足行為人之性慾，俗稱「吃豆腐」、「佔便宜」、「毛手毛腳」、「鹹濕手」即是。
2. 自行為手法觀察：雖然通常都會有肢體接觸，但於強制猥褻罪，縱然無碰觸，例如強拍被害人裸照、強令被害人自慰供賞，亦可成立；強制觸摸罪，則必須雙方身體接觸，例如對於被害人為親吻、擁抱、撫摸臀部、胸部或其他身體隱私處，但不包含將被害人之手，拉來碰觸行為人自己的性器官。
3. 自行為所需時間判斷：強制猥褻罪之行為人，在加害行為實施中，通常必需耗費一定的時間，具有延時性特徵，無非壓制對方、滿足己方性慾行動進展所必然；強制觸摸罪



則因構成要件中，有「不及抗拒」乙語，故特重短暫性、偷襲性，事情必在短短數秒（甚至僅有一、二秒）發生並結束，被害人根本來不及或無餘暇予以抗拒或反對。

4. 自行為結果評價：強制猥褻罪之行為人所造成的結果，必須在使被害人行無義務之事過程中，達至剝奪被害人性意思自主權程度，否則祇能視實際情狀論擬他罪；強制觸摸罪之行為所造成的結果，則尚未達至被害人性意思自由之行使，遭受壓制之程度，但其所應享有關於性、性別等，與性有關之寧靜、和平狀態，仍已受干擾、破壞。
5. 自被害人主觀感受考量：強制猥褻罪之被害人，因受逼被性侵害，通常事中知情，事後憤恨，受害嚴重者，甚至出現創傷後壓力症候群現象；強制觸摸罪之被害人，通常是在事後，才感受到被屈辱，而有不舒服感，但縱然如此，仍不若前者嚴重，時有自認倒楣、懊惱而已。
6. 自行為之客觀影響區別：強制猥褻罪，因本質上具有猥褻屬性，客觀上亦能引起他人之性慾；強制觸摸罪則因行為瞬間即逝，情節相對輕微，通常不會牽動外人的性慾。

誠然，無論強制猥褻或強制觸摸，就被害人而言，皆事涉個人隱私，不願聲張，不違常情（後者係屬告訴乃論罪），犯罪黑數，其實不少，卻不容因此輕縱不追究或任其避重就輕。尤其，對於被害人有明示反對、口頭推辭、言語制止或肢體排拒等情形，或「閃躲、撥開、推拒」的動作，行為人猶然進行，即非「合意」，而已該當於強制猥褻，絕非強制觸摸而已。原判決關於此部分，主要係依憑甲女迭於偵查、第一審審理中，一再堅訴：上訴人之配偶是我所任職人力仲介公司的負責人，我為行政助理，上訴人則係業務人員，事發日，上訴人來電，相約於公司附近的○○火車站見面、會合，上訴人開車前來，要我上車閒逛、聊天，希望我與他的關係更好一點，車行至某停車場，上訴人突要求我與他十指相扣、牽手、擁抱，我顧慮上訴人身分，深怕工作不保、勉為配合，上訴人竟順勢舔我耳朵、試圖親嘴，我覺得噁心，將臉別開、排拒，上訴人嚇到、停手，適其女兒來電，又有垃圾車經過，他怕被熟人看到，才載我回公司，途中，上訴人復突稱其「有（生理）反應」，在違反我意願下，抓住我的手去碰觸（摩擦）他的生殖器，我縮手、拒絕等語之證言；

上訴人迭於偵查、歷審審理中，對於上情一再坦承，並直言：回程時，確有對甲女說「有反應了」（指勃起），她的手「有碰到我的生殖器」（但辯稱係甲女在行車過程中，不慎觸及）的部分自白；顯示與甲女所述被害時間相符、事發後有向友人述說被侵害經過、心理反應的SKYPE、LINE對話紀錄畫面截圖；衡以甲女就其為何與上訴人相約、會合，其間的內心糾結、無奈，及客觀上先被性騷擾後，再被猥褻的基本社會事實及相關細節，始終如一，且經告以偽證處罰之旨，命供前具結，以擔保其證言之真正，足認所言確屬親歷、非杜撰；再稽諸上訴人自承與甲女有合作關係，平日相處融洽（甲女於事發後，亦僅向友人抱怨此事、述說心情，未立即報案、選擇隱忍），可見甲女與上訴人並無任何嫌怨仇隙，當無不顧自身名節，甘冒偽證重罪，設詞誣陷上訴人的動機及理由，益徵甲女所言真實、可信等各項證據資料，乃認定上訴人確有如原判決事實欄一所載之犯行，因而撤銷第一審關於此部分不當之科刑判決，改判論上訴人以強制猥褻罪，並宣處有期徒刑10月（其餘被訴利用權勢性交部分，第一審判刑，原審撤銷改諭知無罪，檢察官未上訴，已確定）。原判決復就上訴人僅承認上揭部分自白，而矢口否認此部分犯罪，所為未強拉甲女之手，碰觸上訴人之性器，及略如前揭第三審上訴意旨之辯解，如何係飾卸之詞，不足採信，除據卷內訴訟資料詳加指駁、說明外，並指出：

1. 系爭前揭LINE等對話紀錄截圖，係連續列印，且紀錄之起訖時間明確，業經原審勘明，記錄在卷，復經證人即甲女之友人吳○宏（詳名見卷）到庭，就該對話紀錄如何從其手機復原、截圖及提供給甲女之經過各節，供證明白，認定非臨訟製作、具真實性。而此對話紀錄截圖，僅就甲女所為關於其事後曾「告知」友人，遭上訴人猥褻侵害乙事的經過及情緒反應的證述，引為判斷甲女指述之憑信性之佐證，未引為認定事實（強制猥褻）之直接證據，非屬傳聞證據，應認有證據能力。
2. 甲女就其遭上訴人強拉左手後，究係「碰觸」或「摩擦」上訴人生殖器，描述用語雖未盡相同，惟所言遭「強拉」手，以觸上訴人性器乙節，則屬一致，自足採信。
3. 上訴人既與甲女獨處車內，進而為牽手、擁抱、舔耳的親

密行為，情慾高漲，在無其他外力干擾涉入之情狀下，若非甲女推拒，上訴人豈會突然中止；回程途中，衡諸上訴人自承生理仍然處於亢奮狀態，則對於甲女之手，究竟有無碰觸上訴人生殖器乙情，自當敏感、明白，所辯「不知道」、「不能完全否定」，無非諉卸，不足採信。

4. 事發時，上訴人年近54歲，已有相當社會閱歷，並有配偶、育有1子，與甲女僅純為同事關係，縱因甲女初始未拒絕牽手、擁抱，上訴人順勢舔耳，已然踰矩，存有性騷擾之意，嗣更於甲女排拒後，猶強行拉手，以碰觸上訴人（已勃起）的生殖器，終於再遭甲女縮手拒絕，此時才停止，但已堪認其為滿足自身之性慾，違反甲女意願，提升為強制猥褻之犯意。（甲女之手接觸到上訴人性器的時間，雖然不長，但此乃其抵抗、排拒之結果，非上訴人行為之本然，要與性騷擾之「不及防備」、「短暫接觸」之行為要件不同，何況上訴人並不否認當時陰莖已經勃起，自仍應該當於強制猥褻罪名）

5. 甲女已於第一審審理中，就本案相關事實證述明白，甲女縱然未於警詢時，詳細描述遭上訴人抓手碰觸上訴人生殖器乙情，仍無贅行傳證必要。

以上所為的事實認定及得心證理由，都有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得的各項直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，即未違背客觀存在的經驗法則、論理法則，且事證已臻明確。上訴意旨或置原判決已明白論斷的事項於不顧，或就屬原審採證、認事職權的適法行使，任憑己意，異持評價，妄指違法，或未確實依據卷內證據資料，加以指摘，且猶執陳詞，為單純的事實爭議，均不能認為合法的上訴第三審理由。

綜上說明，應認本件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 108 年 6 月 20 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 許 錦 印

法官 王 國 棟

法官 李 欽 任  
書記官  
本件正本證明與原本無異  
中 華 民 國 108 年 6 月 26 日