

# 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 3084 號.....	4
二、108 年度台上字第 2283 號.....	10
三、108 年度台上字第 2669 號.....	11
四、108 年度台上字第 3334 號.....	13
五、108 年度台上字第 3658 號.....	16
六、108 年度台上字第 3662 號.....	19
七、108 年度台上字第 4058 號.....	22
七、109 年度台上字第 2664 號.....	22
八、108 年度台上字第 4358 號.....	24
九、109 年度台上字第 1482 號.....	26
十、109 年度台上字第 1554 號.....	27
十一、109 年度台上字第 2088 號.....	29
十一、109 年度台上字第 2657 號.....	29
十二、109 年度台上字第 2134 號.....	30
十三、109 年度台上字第 2149 號.....	31
十四、109 年度台上字第 2388 號.....	34
十五、109 年度台上字第 2497 號.....	35
十六、109 年度台上字第 2503 號.....	36
十七、109 年度台上字第 2560 號.....	36
十八、109 年度台上字第 2748 號.....	38
十九、109 年度台上字第 2856 號.....	39
二十、109 年度台上字第 2888 號.....	41
二一、109 年度台上字第 2915 號.....	42
二二、109 年度台上字第 3148 號.....	44

二三、109 年度台上字第 3149 號.....	47
二四、109 年度台非字第 76 號.....	48
二五、109 年度台非字第 90 號.....	50
二六、109 年度台抗字第 812 號.....	51
二七、109 年度台抗字第 872 號.....	52
二八、109 年度台聲字第 84 號.....	53
裁判全文	
107 年度台上字第 3084 號.....	55
108 年度台上字第 2283 號.....	62
108 年度台上字第 2669 號.....	68
108 年度台上字第 3334 號.....	76
108 年度台上字第 3658 號.....	90
108 年度台上字第 3662 號.....	101
108 年度台上字第 4058 號.....	107
109 年度台上字第 2664 號.....	107
108 年度台上字第 4358 號.....	114
109 年度台上字第 1482 號.....	123
109 年度台上字第 1554 號.....	130
109 年度台上字第 2088 號.....	134
109 年度台上字第 2657 號.....	134
109 年度台上字第 2134 號.....	140
109 年度台上字第 2149 號.....	145
109 年度台上字第 2388 號.....	150
109 年度台上字第 2497 號.....	156
109 年度台上字第 2503 號.....	157
109 年度台上字第 2560 號.....	161
109 年度台上字第 2748 號.....	166

109 年度台上字第 2856 號.....	170
109 年度台上字第 2888 號.....	174
109 年度台上字第 2915 號.....	177
109 年度台上字第 3148 號.....	180
109 年度台上字第 3149 號.....	184
109 年度台非字第 76 號.....	187
109 年度台非字第 90 號.....	193
109 年度台抗字第 812 號.....	198
109 年度台抗字第 872 號.....	203
109 年度台聲字第 84 號.....	207

一、107 年度台上字第 3084 號（裁判書全文）

（一）刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 2 款、第 3 款係對被告緘默權、辯護依賴權之基本保障性規定，依同法第 100 條之 2 規定，於司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時，準用之，違反所取得被告（犯罪嫌疑人）之自白或不利陳述，原則上依第 158 條之 2 第 2 項規定予以排除，不僅明白宣示被告為程序之主體性，更明定保障被告之表現自由、防禦自由所應履踐程序，此刑事訴訟法透過正當法律程序使人民免於國家機關不當侵害或剝奪其自由權益的保障，彰顯取證程序之合法性為法治國之基本原則，以形成正義而公正之裁判，是憲法第 8 條正當法律程序、第 16 條保障人民訴訟權之具體實現。

（二）拘提或逮捕具有強制之性質，被告負有始終在場接受調查詢問之忍受義務，其身心受拘束下，又處於偵訊壓力之陌生環境中，難免惶惑、不知所措，意思決定之自主能力較為薄弱而易受影響，其虛偽陳述之危險性較大，是以法律設有前置之預防措施，期使司法警察（官）確實遵守此一告知之程序，復特別明定，違背此一程序時，除有前述善意原則例外之情形外，所取得之自白及其他不利陳述，應予絕對排除，以求周密保護被告之自由意志。至依刑事訴訟法第 71 條之 1 第 1 項規定，司法警察（官）使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問，不具直接強制效果，犯罪嫌疑人得依其自由意思決定是否到場接受詢問，或到場後隨時均可自由離去，其身心未受拘束之情形下，若有違反前揭告知義務，所取得之自

白及其他不利陳述，則應依同法第 158 條之 4 規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護而認定。而於實務上，司法警察（官）不以通知書之方式，而是親自臨門到犯罪嫌疑人住居所或所在處所要求其同行至偵訊場域接受詢問，此類所謂帶案處理或任意同行之方式，固屬於廣義約談方式之一種，但對於智識程度不高之人民而論，並無法清楚區辨其與拘提或逮捕之不同，往往是在內心不願意之情形下，半推半就隨同至偵訊場域接受詢問，是該類帶案處理或任意同行之情形，若有違反前揭告知義務而為詢問，則應視案件之具體情況包括同行必要性、要求同行之時間、要求同行之方式、犯罪嫌疑人主觀意識之強弱、智識程度等內、外在一切情況，綜合判斷究否已達身心受拘束之程度，而分別類推適用刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項或依同法第 158 條之 4 規定判斷其證據能力有否。又此項告知，既攸關被告供述任意性之保障，即非以形式踐行為已足，應以使被告得以充分瞭解此項緘默權利，並基於充分自由意思予以放棄，為其必要。

- （三）上訴人為原住民，係國小畢業之智識程度、業水泥工等學經歷，詢問員警雖形式上有告知上訴人得行使緘默權，惟上訴人對於保持緘默之意義，似無法充分理解，員警卻說明「保持緘默」就是「實話實講」，將既無供述義務，亦無真實陳述義務之緘默權，扭曲解釋成「實話實講」，使不諳法律、智識程度不高之上訴人產生錯誤之認知，而以為有據實陳述之義務，此較之未告知緘默權之情形，尤為嚴重，員警是否有蓄意規避上開告知義

務，並非無疑。另警詢筆錄雖記載上訴人係經通知到場接受詢問，然卷內似未見通知書，而上訴人於原審已具狀陳稱其於民國 103 年 12 月 4 日上午約 6 時左右，尚在睡夢中即被調查人員自○○○鄉住處帶去○○縣調查站接受詢問，當時未吃早餐也沒有吃藥等情，佐以上訴人於前揭勘驗筆錄中向員警表示「那像這樣……（我）不能回家嗎？」、「因為我還沒有吃藥，因為我每天有藥可以吃。」、「（你是吃什麼藥？）高血壓跟膽藥。」等語，是否可認為上訴人有中止接受詢問，想返家服藥之意？惟員警並未查明其意願，即稱：「你有高血壓喔？不用緊張啦，因為你這個只要講實話就好了，好不好。」等詞，猶繼續詢問，並要求上訴人講實話。倘若上訴人所述在睡夢中經調查人員同行之情節為真，綜合上訴人智識程度、上開警詢過程及內容以觀，能否謂上訴人充分理解其得拒絕同行至調查站，或得隨時離開詢問處所，即其是否已達身心實質受拘束之程度，既對本件員警違反告知義務所取得自白之證據能力，究應類推適用刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項規定予以排除，抑或依同法第 158 條之 4 規定權衡法則予以認定，有重大影響，殊值深究。原審並未針對上情翔實調查究明，僅以詢問員警已經明白向上訴人表示「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」，雖員警再稱：「你就是實話實講」，是指「依照事實講即可，不須隱瞞事實」，亦無不當等情，遽採上訴人警詢之自白為論罪之依據，自有應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由不備之違法。

(四) 刑事訴訟法第 31 條關於強制辯護規定，於 102 年 1 月 23 日修正公布，適用對象擴及具有原住民身分之被告或犯罪嫌疑人，適用範圍也從審判階段深化至偵查階段，同條文第 5 項規定：「被告或犯罪嫌疑人……具原住民身分者，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問。」其旨在考量偵查階段，被告處於資訊不對等之弱勢地位，尤其原住民因傳統文化、習俗、經濟、教育等因素，接觸法律資訊不易，針對訴追之防禦能力更為弱勢，乃從偵查程序使其得由國家主動給與辯護人為協助，此倚賴權尤甚於一般之選任辯護，更應受保障，並藉由程序之遵守確保裁判之公正，同時展現原住民族基本法開宗明義對於原住民基本權利之制度性保障。又此強制辯護之援助始於訊（詢）問被告，並不區分被告到場之原因，無論出於強制（拘提、逮捕）或任意（通知或傳喚），祇要未經選任辯護人，檢察官、司法警察（官）即應通知法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但偵查程序有其急迫性，與審理程序得另定相當之期日者有別，倘被告於知悉前揭規定後，若無意願等候法律扶助律師協助辯護，主動請求立即訊問或詢問，自應予以尊重，俾司法資源彈性運用。惟此必須在被告充分理解強制辯護權之存在及內容，基於自由意思決定，主動明示放棄辯護人之援助，而非出自訊問或詢問人員之強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方法，或因欠缺其有受強

制辯護保障之認識所致，否則，仍非適法。倘有違反而取得被告之自白或不利之陳述，係不當剝奪被告之強制辯護依賴權，構成侵害憲法第 16 條揭示人民訴訟權之核心內容，即使依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定權衡之結果，亦應予排除其證據能力。

(五) 本件詢問員警明知上訴人具原住民身分，在上訴人誤以為要自費請律師之情形下，不僅未使上訴人充分理解其有受強制辯護協助之權利，更未通知法律扶助機構指派律師到場為其辯護，或經上訴人主動明示放棄法律扶助，即逕行詢問各情，原審既認警詢有違刑事訴訟法第 31 條第 5 項之規定，揆諸前開說明，所取得上訴人之供述，已侵害憲法第 16 條保障人民訴訟權之核心內容，不利上訴人之訴訟防禦甚鉅，即使依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定權衡後，也應排除其證據能力，原判決未詳加斟酌侵害人權之重大性，而認有證據能力，尚值商榷。

(六) 法扶基金會因應前揭原住民強制辯護新制之施行，在各地方法院所在地之分會開辦「原住民檢警偵訊律師陪同到場專案」，人力已有擴編，就原住民面對警詢、偵訊時，一經通知該會即派遣輪值律師到場，再參以本件檢察官偵訊時為白日上班時間，地點又在臺灣○○地方檢察署第○偵查庭，非遠僻地區，如通知當地○○分會派遣扶助律師到場，通常是否須費時 5、6 個小時？並非無疑。又縱如檢察官所稱須等候 6 個小時以上，然依刑事訴訟法第 31 條第 5 項但書規定，如等候律師 4 小時未到場者，得逕行訊問，自無需等候到 6 小時以上。檢察官是否刻意誇大或隱瞞等候時間，使未按時服藥又未



用餐之上訴人自覺無法久候 6 小時以上，而放棄接受法律扶助？攸關上訴人是否基於自由意思決定，主動明示放棄辯護人援助之判斷。原審未調查釐清，泛稱在作業上通知法扶基金會指派律師到場辯護時，確實需要花費很久之時間，檢察官以之徵求上訴人意見，上訴人最後亦回答：「你問啦」，即已主動請求立即訊問，符合刑事訴訟法第 31 條第 5 項之規定，並無違法，而認上訴人於該次偵訊中之供述有證據能力，亦有應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由不備之違法。

- (七) 刑事訴訟法第 98 條、第 100 條之 2 規範訊（詢）問被告時，正面訓示應出以懇切之態度，負面列舉禁止以強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正方法取供，結合同法第 156 條第 1 項就被告之自白必須具備任意性，始屬適格證據之規定，架構成完整的證據排除之規定。此項規定，旨在維護被告陳述之意思決定及意思活動之自由。復為確保此意旨之具體實現，另於同法第 156 條第 3 項規定：「被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。」明示祇須被告爭執自白之任意性，法院即必須先於其他事實而為調查，並應責由檢察官就其引為起訴證據之自白，指出證明出於任意性之方法，而將舉證責任倒置，除非偵查機關能證明被告之自白出於任意性，否則即應認該自白之取得程序並非適法，逕予排除而不得作為證據。亦即，其不利益應歸國家機關負擔，法益歸被告，以確保實質正當之法律程序。

參考法條：刑事訴訟法第 95 條、第 98 條、第 100 條之 2、  
第 156 條、第 158 條之 2、第 71 條之 1、第 158  
條之 4、第 31 條。

## 二、108 年度台上字第 2283 號（裁判書全文）

（一）「購辦公用器材、物品浮報價額罪」，係指公務員於購辦公用器材或物品時，故意提高價額（即以少報多），或虛增其中一部分支出項目或數量，使核銷之總價額為不實之增加，而從中圖取不法利益而言。上開罪名係公務員特別重大之貪污行為，因行為人主觀上具有不法得利之意圖，且行為結果亦有獲取不法利益之情形，故為同條例第 6 條第 1 項第 4 款公務員圖利罪之特別規定。而該罪亦含有詐欺之性質，且行為人行為之結果亦有獲得財物或利益之情形，故亦屬同條例第 5 條第 1 項第 2 款公務員利用職務上機會詐取財物罪之特別規定，而有法規競合之情形，自應依「特別法優於普通法」、「重法優於輕法」等關於法規競合之法理，選擇適用貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款之購辦公用器材、物品浮報價額罪處斷。又上述罪名中所稱「公用器材、物品」，與「非公用器材、物品」之意義相對立，係指供為國家或地方自治團體所屬機關（下稱國家機關）公務上或業務上所使用之器材、物品而言；縱國家機關購辦該項器材、物品之目的係為發放於民眾使用，例如購辦用以賑災之器材及物品、發放於民眾之公務活動宣傳品、公立學校購辦學童使用之營養午餐、國家衛生福利機關統一購辦用以發放於各醫療院所供公眾使用之特殊醫療、防

疫器材、藥品等，均仍屬之。考其立法目的，係在於前揭規定所稱之「公用器材、物品」，或係供國家機關公務上或業務上所使用，或係供公眾或多數人使用，與國家公務、業務或公眾利益、安全具有密切關係，對於該項器材及物品之效能、品質與購辦公務員之廉潔，自應為高度之要求，嚴防其有貪瀆舞弊之行為，故將其中關於購辦公用器材、物品常見之浮報價額、數量之舞弊手法列明於本款，用資防杜，並明示其適用標準。

- (二) 上訴人主辦、規劃及執行○○縣警察局○○隊所舉辦之上述各項專案活動，係以○○縣警察局所編列之預算經費購辦上述活動所需之便當、礦泉水、旗幟、宣傳單等物品，及租用該等活動所需用之舞臺、音響、燈光等器材及施工費用，且該等器材、物品亦係供○○縣警察局○○隊基於其公務宣導而辦理之前述各項專案活動所使用，縱認該警察局購辦該等物品之目的，係為發放於前來參加上述專案活動之民眾使用，但能否謂與該警察局之公務、業務或公共利益全然無關而非屬上述罪名所稱之「公用物品」？依前揭說明，非無商榷餘地。

參考法條：貪污治罪條例第 4 條、第 6 條。

### 三、108 年度台上字第 2669 號（裁判書全文）

- (一) 證人與被告在刑事訴訟法上分屬不同之證據方法，其保障有別，證據調查程序亦截然不同，然證人之陳述與被告之供述同屬於供述證據，本諸禁止強制取供之原則，不論任何供述證據，均須先具備任意性，始具證據適格之前提要件。刑事訴訟法第 98 條規定：「訊問被告應

出於懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法。」正面訓示應出以懇切之態度，負面列舉禁止以不正方法取供，原為同法第 192 條證人訊問之規定所準用，民國 92 年 1 月 14 日修正時，因同法第 166 條之 7 第 2 項第 2 款就詰問證人之限制已有明文，故刪除該準用第 98 條之規定。惟刑事訴訟法第 166 條之 7 第 2 項詰問規定係針對證人合法調查之限制，如有違背，須視當事人有無異議及審判長之處分而定其效果；同法第 98 條之任意性要件，則是證據適格之先決事實，若有違反，即屬證據排除，二者體系不同、層次有別，無法互相取代，自不得僅因賦予當事人充分行使交互詰問權，即免除證人之陳述受任意性原則之保護。況偵查中訊（詢）問證人，因非以詰問方式為之，而無刑事訴訟法第 166 條之 7 第 2 項詰問規定之適用，亦有規範不足之處。有鑑於此，刑事訴訟法於 109 年 1 月 15 日修正公布第 192 條證人訊問之規定，恢復準用第 98 條之規定（109 年 7 月 15 日施行），再連結到同法第 196 條之 1 第 2 項司法警察（官）詢問證人及同法第 197 條訊問鑑定人等規定所準用，即揭明任意性原則，不限於被告之供述，尚及於其他供述證據亦有其適用。又供述證據之任意性原則，乃實質正當法律程序之必要條件，縱被告並非取供任意性之權利受害者，而是關係第三人，仍應容許被告主張證據排除，俾符合正當法律程序之要求。是以，審理事實之法院，遇有被告或證人對於證人之證言提出非任意性之抗辯時，即應就此任意性要件之存否先為調查、審認，敘明其證據之適格性

，方為適法。

(二) 原判決以何○○以證人身分到庭具結陳述，並接受被告之詰問，合於刑事訴訟法第 166 條之 6、第 186 條至第 189 條等規定，即得作為認定被告犯罪事實之判斷依據，似將對其證言有無經交互詰問，為合法調查範疇，與其證言任意性之有無，係屬證據能力之判斷，二者混為一談，有適用證據法則違誤之處。

(三) 有罪判決應記載事實，其記載之方法，以文字敘述，或列表方式記載，或文字、列表併用，均無不可。但附表之記載，為事實之一部，不得與文字敘述相矛盾，並應於判決理由內敘述其憑以認定之依據，方屬適法。又科刑判決所認定之事實，與所採之證據不相適合，即屬證據上理由矛盾，其判決當然違背法令。另行為人有銀行法第 29 條第 1 項規定之非銀行收受存款或吸收資金之情形，其因犯罪獲取財物或財產上利益之多寡，攸關究犯同法第 125 條第 1 項前段或後段之罪，事實審法院自應對此詳為調查審認明白，以資為適用法律之依據。

參考法條：刑事訴訟法第 98 條、第 192 條、第 166 條之 7、第 196 條之 1、第 197 條。

銀行法第 29 條、第 125 條。

#### **四、108 年度台上字第 3334 號（裁判書全文）**

(一) 違反法定程序取得之證據，應否予以排除，必須考量容許作為認定事實之依據，是否有害於人權保障、公共利益及公平正義，就個案違反法定程序情節，犯罪所生危害等事項，綜合考量結果，認以容許其作為認定事實之

依據，始符合審判之公平正義，而不予排除，自不能指為違法。

(二) 原判決對於檢舉人提出之光碟及經臺灣○○地方檢察署（下稱○○地檢署）檢察事務官勘驗該光碟、翻拍其照片等證據資料，已敘明依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定審酌基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則予以客觀判斷權衡結果，認具有證據能力。核其所為論斷與法無違。

(三) 於 103 年 12 月 10 日公布、同年 12 月 12 日增訂生效之食品安全衛生管理法（下稱食安法）第 49 條第 2 項前段之販賣逾有效日期食品行為，情節重大足以危害人體健康之虞罪，為具體危險犯。然所謂具體危險，不以已經發生實害之結果為必要，如行為後依一般社會通念，客觀上已達到高度或然率的發生機率，即屬具體危險。是本條項所謂「情節重大」係以行為人於個案中販賣行為之手段、方式、販賣對象等，有無直接影響行為對法益所生危險高低之作用及表現，資以評價是否達至情節重大之程度；而所謂「足以危害人體健康之虞」，係指凡存在損害人體健康之具體危險者，即足以成立，且此等具體危險，乃客觀上造成危害人體健康之狀態，不以實際上已造成人體罹病、死亡等健康受損之實害為必要，僅有發生實害之蓋然性即為已足，且應就個別案情及證據資料，依社會一般通念，客觀判定此等具體危險之存否。倘行為人其販賣逾有效日期食品之手段及方式，係以誤導消費者，或可能存在之食用者，對於該有效日期或逾期時間長短為錯誤認識之方式而為者，或已知悉其

販賣之對象將再以上述之方式而為者，則不論食品實際逾期時間之長短如何，均已造成消費者或隱存之食用者，對於其健康狀況、身體條件、食用該食品所能承受之極限與風險評估發生錯誤，行為人以此等方式所為販賣逾有效日期食品之行為，對於法益造成侵害之風險升高至為明顯，自應認為情節重大，並因此情節重大之作為，依社會一般通念，確有致使消費者因陷於上開錯誤而食用已逾越其承受能力，並造成身體健康，甚至生命安全受危害結果之高度或然率，自己構成前開法條規定販賣逾有效日期食品，情節重大足以危害人體健康之虞等構成要件之規定。

- (四) 原判決依憑相關證據，認定鄭○○、黃○○明知附表一編號28係逾有效日期食品，仍販賣予○○食品行改標為未逾有效日期轉售，會使購入之消費者錯誤判斷而予誤食，致引發免疫反應及因孳生細菌造成感染，發生包括腹痛、腹瀉、噁心、嘔吐等健康受損之危險，由黃○○呈報鄭○○決定較便宜之價格後，指示陳○○、沈○○，以○○公司名義，按市價 1 至 3 折價格，販賣上開逾有效日期食品予○○食品行，情節重大足以危害人體健康之虞等事實。揆之說明，鄭○○、黃○○此部分之所為，已該當於食安法第 49 條第 2 項前段販賣逾有效日期食品，情節重大足以危害人體健康之虞罪，原判決從食品包裝標示有效日期之法定效力及非法塗改標示食品有效日期之行為定性等，論述鄭○○、黃○○上開所為，該當於本條項之罪，論敘說理固有不同，惟結果要無不同，對於判決本旨不生影響。

(五) 至於衛生福利部雖就食安法第 44 條頒訂有「情節重大」之認定原則，惟附表一編號28.部分既已該當於刑法具體危險犯之情形，法院即不受行政機關意見所拘束，原判決縱未依該行政規定論述是否符合「情節重大」，亦無違法可言。

參考法條：刑事訴訟法第 158 條之 4。

食品安全衛生管理法第 44 條、第 49 條。

## 五、108 年度台上字第 3658 號（裁判書全文）

(一) 憲法第 12 條規定：「人民有秘密通訊之自由。」所保障的是個人與他人溝通之秘密性。而由於通訊內容不為他人知悉，以及可自主性決定是否欲為他人所知悉，通常也是個人人格形塑或自我決定的一種表現（同時涉及隱私的保障），從而，秘密通訊自由亦可解為一種人格權（人格自主）的延伸。學理上，就人格權保護內容中之「自我維護（即保障個人在社會上或空間上的退卻，得以受單獨保護之權利）」乙項，發展出所謂的「場域理論」，對「公開領域」、「私人領域」或「私密領域」，加以層次區分，而對之干預者，同應區分；司法院釋字第 689 號解釋理由書並述及：在公共場域中，個人所得主張不受（他人持續注視、監看、監聽、接近等）侵擾之自由，以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且「該期待須依社會通念認為合理」者。是關於人格權（含隱私權、秘密通訊自由）有無遭受侵害之合憲性判斷，當以憲法第 23 條規



定作為依歸，包含應有法律依據（即法律保留），以及實質上須有公益事由，並合於比例原則等各項。

- （二）司法院釋字第 654 號解釋意旨，係針對「受羈押被告與辯護人接見時監聽、錄音所獲得之資訊，得以作為偵查或審判上認定被告本案犯罪事實之證據，在此範圍內妨害被告防禦權之行使，抵觸憲法第 16 條保障訴訟權之規定」而為解釋，並不包括對受羈押被告與辯護人以外之「第三人」接見時，予以監視之行為。此觀葉○○大法官於該解釋之協同意見書所載此旨即明。而上開解釋公布後，現行（99 年 5 月 26 日修正公布）羈押法亦因此而於第 23 條、第 23 條之 1 就「一般請求接見」、「被告與其辯護人之接見」2 種情形分別規範。109 年 1 月 15 日修正公布（尚未生效，自公布後 6 個月施行，即同年 7 月 15 日；但法理仍足供參）之羈押法第 62 條、第 65 條，更分別規定各該不同接見之限制，作為配套。前揭第 23 條第 2 項規定之「監視」，從羈押法及同法施行細則之規範意旨、整體法律制度體系觀察，與實務上之作業情形，可知並非僅止於看守所人員在場監看，尚包括監聽、記錄、錄音等行為在內；而上揭第 62 條，且予以明文化規定：「看守所對被告之接見，除法律另有規定外，應監看並以錄影、錄音方式記錄之，其內容不得違法利用。」如此，既與通訊保障及監察法第 2 條規定：「通訊監察，除為確保國家安全、維持社會秩序所必要者外，不得為之。」「前項監察，不得逾越所欲達成目的之必要限度，且應以侵害最少之適當方法為之。」相適合，且不違背憲法第 23 條之誡命，不生

非法侵害隱私權等問題。

- (三) 至於上開對羈押之被告與辯護人以外之「第三人」監視所得之錄音、錄影，及其衍生之看守所紀錄表、譯文，關於其證據能力之判斷，參酌修正前羈押法第 28 條刪廢理由，已說明：「被告在（看守）所之言語、行狀、發受書信之內容，是否可供偵查或審判上之參考，已超越本法主要係在規範看守所與受羈押被告間管理關係之範疇；又是否可供被告所涉該案之證據，或僅能供告發另案犯罪之依據，抑或能供權責機關進一步決定限制事項、範圍、期間等之參考，性質上均應回歸刑事訴訟法相關規範而定……」。此類監視錄音所得之錄音帶或光碟之性質，乃屬刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項之新型態證據；而因此衍生之看守所通訊監察錄音紀錄表、譯文，則係依據監視錄音結果，翻譯所成之文字，無非其替代品。對羈押之被告與辯護人以外之「第三人」監視所取得之錄音或譯文，如實施刑事訴訟之公務員係依法定程序取得，因與該「第三人」日後成為「被告」，而所選任或指定之辯護人間自由溝通權毫無關連，且該第三人之自由，於先前面會之時，並未受到任何拘束，再衡諸監視之場所，係在監所內、另闢之會見室，依法應受監視，本無所謂有合理的隱私期待可言，更係為達成羈押目的或維持押所秩序之必要，當認於比例原則無違，既經合法函調，自具有證據能力；反之，如其蒐證違法，則回歸依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定判斷。
- (四) 原判決於其理由壹、一內，已敘明：1. 「羈押中之謝○○」與「上訴人等」會面時之錄音紀錄，非屬「謝○○

」、「上訴人等」與「律師」接見之資料，無礙於上訴人等之訴訟防禦。2. 該會面時之錄音，非供受羈束人謝○○自身被訴所涉案件之證據，與司法院釋字第 654 號解釋意旨明顯不同。3. 上訴人等與謝○○會面時，其等人身自由絲毫未受羈束，且依其等會面錄音之內容（詳後），上訴人等顯然企圖引導謝○○為有利於上訴人等之供述，該等會面之目的，不具正當性。稽諸第一審 106 年 8 月 9 日審理筆錄，記載：檢察官係因謝○○在法院審理中，突然翻供，故向第一審聲請調閱謝○○自 104 年 12 月 11 日至 105 年 4 月 19 日，在法務部矯正署○○看守所之接見及錄音紀錄；上訴人等及其辯護人就檢察官此項調查證據之聲請，均表示「無意見」，嗣經第一審勘驗作成勘驗譯文，上訴人等承認確為其等之對話，並就勘驗內容無意見等各節，有第一審相關筆錄可稽。可見該錄音資料，係第一審依檢察官之聲請，向看守所調取，並非由法院刻意調取不利於上訴人等之證據，取得過程並未違反法定程序，況原審亦將光碟及勘驗筆錄提示上訴人等及其辯護人辯論表示意見，足認已經合法調查，應認有證據能力。

參考法條：憲法第 12 條、第 16 條。

司法院釋字第 654 條、第 689 條。

羈押法第 23 條、第 23 條之 1、第 28 條、第 62 條、第 65 條。

刑事訴訟法第 158 條之 4、第 165 條之 1。

## 六、108 年度台上字第 3662 號（裁判書全文）

(一) 64 年 1 月 28 日制定公布食品衛生管理法時（於 103 年 2 月 5 日修正名稱為食品安全衛生管理法），即已明定「攙偽、假冒」為產品之禁止行為，其立法說明為「攙偽、假冒者，對人體健康危害極巨，故應予禁止。」另按 63 年 12 月 14 日立法院審查食品衛生管理法草案會議紀錄：「以摻偽之味精為例，違法者之主要目的在於賺錢，因此所摻偽於味精之物質（如焦磷酸鈉、硫酸銨、尿素等），絕大多數屬於化工原料，而此等原料不但其本身對人體有害，而且含有大量危害人體健康之雜質，故極可能對人體造成危害。又假冒者絕大多數為地下工廠或低水準工廠冒用大廠或國外名牌之製品。其本身條件不夠，衛生管理闕如，所使用之物品亦多為廉價不合規定之物品或化工原料，亦極可能危害人體健康。因此為防止消費者上當而購食此等危險食品以致發生衛生上之危害起見，應嚴格加以取締，藉以預防災害之發生。」（立法院公報第 64 卷第 4 期委員會紀錄）。至「攙偽或假冒」行為之處罰，食品衛生管理法原規定於第 26 條第 1 項第 1 款，72 年 11 月 11 日修正公布移列第 32 條第 1 項第 1 款，均未以「致危害人體健康」為犯罪構成要件，89 年 2 月 9 日修正公布移列至第 34 條第 1 項，增訂以「致危害人體健康」為犯罪構成要件，100 年 6 月 22 日修正公布提高刑度，嗣於 102 年 6 月 19 日修正公布，將之移列第 49 條第 1 項，並刪除「致危害人體健康」之犯罪構成要件（該次修法第 15 條增訂第 1 項第 10 款「添加未經中央主管機關許可之添加物」之規定，與同條第 7 款「攙偽或假冒」同列第 49 條第 1

項之處罰行為），並分別於第 2 項、第 3 項規定，有各該條行為致危害人體健康、因而致人於死者，加重其刑。復於 103 年 2 月 5 日修正公布食品安全衛生管理法第 49 條，加重第 1 項及第 5 項之處罰，其立法理由說明：「一、近期發現不肖廠商於製造食品時，為降低成本牟取暴利，乃以劣質品混充優質品或以人工原料混充天然食材，對民眾食品衛生安全及消費者權益影響甚鉅，應予遏止。二、對於此類不法行為，原條文第 1 項定有處罰之規定，惟不足以發揮遏止不法之作用，應加重處罰，以維國人健康及消費權益。為遏止不肖廠商之違法行為，參照刑法詐欺罪，提高第 1 項之刑度至 5 年以下有期徒刑。」惟「攙偽或假冒」之禁止迄未更動，是其立法理由及立法形成過程中就「攙偽或假冒」所為討論與說明，應非不得資為解釋適用食品安全衛生管理法第 49 條第 1 項規定時之參考。又關於食品之標示、宣傳或廣告，不得有不實、誇張或易生誤解之情形，食品安全衛生管理法第 28 條第 1 項另有禁止之明文，違反該條項規定者，係依同法第 45 條規定處理。

- (二) 鵝肝與鴨肝不僅在國外料理業界屬得替代互換使用之食材，於國內料理業界亦見替代互換使用之情形，兩者間品質、價格差異，非必有天淵之別，本件「○○○鐵板燒」以鴨肝食材代替鵝肝用於告訴人等點選消費之「法國鵝肝海陸套餐」內之行為，是否與上揭立法說明及立法理由等所例示之地下工廠或低水準工廠使用廉價不合規定之物品或化工原料、冒充大廠或國外名牌之製品、以劣質品混充優質品或以人工原料混充天然食材等冒用

情形相符，自應調查個案實際使用之食材品質與價格具體認定之。是否當然構成食品安全衛生管理法第 15 條第 1 項第 7 款所稱「攙偽或假冒」，或屬同法第 28 條第 1 項之標示、宣傳或廣告不實之情形？原判決未予必要之說明，併有理由不備之違背法令。

參考法條：食品安全衛生管理法第 15 條、第 28 條、第 45 條、第 49 條。

## 七、108 年度台上字第 4058 號（裁判書全文）

### 109 年度台上字第 2664 號（裁判書全文）

- （一）按稅捐稽徵法第 41 條規定之納稅義務人逃漏稅捐罪，為結果犯，以發生逃漏稅捐之結果為犯罪構成要件，而犯逃漏稅捐罪者，其逃漏之稅捐（應繳納未繳納之稅捐金額），性質上係以節省支出之方式，反向達成整體財產之實際增值，乃直接產自犯罪之所得，核屬刑法第 38 條之 1 規定之「犯罪所得」，故事實審法院於論處被告逃漏稅捐罪刑者，仍應依相關規定論斷是否為沒收之宣告。又因犯罪所得之沒收與稅捐之繳納，固然均係歸於國庫，然因犯罪所得之沒收而獲益的「司法國庫」，並不同於「稅捐國庫」，稅捐刑法在於保障國家之稅捐國庫利益，國家自係逃漏稅捐犯罪之被害人，而為刑法第 38 條之 1 第 5 項「犯罪所得已實際發還被害人者，不予宣告沒收」規定所稱之「被害人」，故此，逃漏之稅捐於行為後已向國稅局依法、實際補繳者，其犯罪所得於補繳之範圍（全額或部分）內，既已實際合法發還被害人，依上開規定，在該範圍已毋庸再論知沒收或追

徵；惟依該規定之反面解釋，倘未補繳完畢者，則稅捐請求權於全部或一部未實現之情形，犯罪所得之沒收既為義務沒收，自仍應依法諭知沒收或追徵，尚不能以稅捐國庫仍有稅捐請求權存在為由即認不應予以沒收。至於逃漏之稅捐已經超過核課期間，但仍在追訴權及沒收時效期間內者，法院仍應將相當於逃漏之稅額，追徵入司法國庫。再者，依稅捐稽徵法第 41 條之規定，逃漏稅捐罪之主體為納稅義務人，同法第 47 條第 1 項另設補充規定，將逃漏稅捐罪主體擴張至公司負責人等，於公司逃漏稅捐之情形，公司與其負責人於法律上本為不同之人格主體，納稅義務人固為公司本身，但其負責人仍應因自己為公司逃漏稅捐之刑事不法行為而受追訴、處罰，在公司負責人為被告受追訴、處罰，而公司並未被起訴時，公司取得之逃漏稅捐利益，核屬刑法第 38 條之 1 第 2 項第 3 款規定「犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得」之犯罪所得（即學理上所稱「代理型」第三人犯罪利得），依法自仍應向取得犯罪所得之第三人（公司）諭知沒收。於實體法上，該項規定為義務沒收，法院認為符合要件，即應予宣告沒收；於訴訟程序上，為保障第三人之財產權、聽審權及救濟權，賦予財產可能被沒收之第三人程序主體之地位，應依刑事訴訟第 455 條之 12 以下相關規定，由財產可能被沒收之第三人（公司）參與本案之沒收程序。納稅義務人之公司未依刑事訴訟第 455 條之 12 第 1 項規定聲請參與沒收程序者，法院認為有必要時，應依同條第 3 項前段規定，本於職權裁定命該公司參與沒收程序，並依審

理結果，而對該公司為沒收與否之判決。

- (二) 既認定取得犯罪所得者為○○公司本身，而○○公司與鮑○○乃不同之人格主體，其遽向鮑○○諭知沒收追徵未補繳之逃漏稅捐，且對○○公司未依刑事訴訟第 455 條之 12 以下規定踐行第三人參與沒收程序，亦未諭知沒收追徵，自有適用法則不當之違誤。

參考法條：稅捐稽徵法第 41 條、第 47 條。

刑法第 38 條之 1。

刑事訴訟法第 455 條之 12。

## 八、108 年度台上字第 4358 號（裁判書全文）

- (一) 按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。犯罪行為人以外之第三人，符合法定要件而取得犯罪所得者，亦同，為刑法第 38 條之 1 第 1 項前段、第 2 項所明定，立法意旨在澈底剝奪犯罪所得，消除犯罪誘因，於經濟犯罪及具有穩定社會系統屬「風險刑法」之環境犯罪尤然。列為環境刑法之刑法第 190 條之 1 之排放有害健康之物而污染河川罪、廢棄物清理法第 46 條第 1 款之任意棄置有害事業廢棄物罪、同條第 2 款之事業負責人未依規定清理廢棄物，致污染環境罪，於違法排放廢水之案件，其不法所得，乃行為人節省本應依法處理而支出之環保費用（成本），其因未支出而獲得整體財產之增益，自屬產自犯罪之利得，應依法宣告沒收。又此不法利得既為消極利益，依法應就其替代價額為追徵之諭知。又排放廢水犯罪所得範圍之計算，刑法第 38 條之 2 第 1 項規定「犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難



時，得以估算認定之」，立法理由說明，明定沒收標的「不法利得範圍」之認定，非關犯罪事實有無之認定，於證據法則上並不適用嚴格證明，無須證明至毫無合理懷疑之確信程度，適用自由證明已足，爰參考德國（當時）刑法第 73b 條之立法以明文規定。然估算並非恣意，應以合義務性之裁量為之，仍須具有合理之基礎，法院須先就估算基礎之連結事實加以調查審認，再選擇合適之推估方式，例如某特定領域之經驗法則，而普遍採用於稅法計算所得之「內部事業比較」及「外部事業比較」基準，即屬於合適之估算方法，所稱之「內部事業比較」，係指從行為人（或事業）之資料尋找可對照之已知數據，再據以推估無資料可查之待釐數額，並且可援用某段時間已知數據，來推知不具資料期間數據的「倍數」；所稱之「外部事業比較」，係指從相類似事業及相類似行為之已知數據，來推估待釐數額。又既係合適之推估方式，亦無「有疑惟利被告」原則之適用，其理至明。倘事實審法院已依卷內資料，認定估算基礎之連結事實，並採用合適之估算方法（例如內部事業比較基準），依上揭程序而進行合理之推估，且於理由內依憑卷內事證就其依據為必要之說明時，則所為之估算核屬事實審法院適法職權之行使，不能遽指為違法。

- （二）本件因為節省應支出之花費而增加之盈餘為犯罪所得；對於犯罪所得數額之認定，依憑扣案之○○公司 102 年 9 月至 102 年 12 月估價單明細（即銷售予客戶之電鍍產品數量），及該期間之電費資料明細（用電度數），以產量與用電數成正相關之經驗法則，認定○○公司此期

間實際銷售電鍍產品數量，以（倍數）計算○○公司102全年之產量，並比對卷附自102年9至12月發票存根聯上記載重量、金額，推算實際產量與發票記載二者間之對應係數，復以扣案○○○公司、○○公司自90年至102年期間申報營業稅所載之銷售金額（收入），推估本件犯罪期間90年5月至102年間之電鍍產品重量，並進而推算污泥產量，再據以計算依照合法之清理程序所需支出之藥品費、污泥費、環保系統電費，因而認定本件犯罪所得亦即非法排放廢水而節省支出之費用總額，且就如何認定因節省費用而產生之孳息，亦據卷內資料，詳為論述。原判決既就估算基礎（估價單、用電明細、統一發票、發票存根聯）連結之事實已調查審認，且採用內部事業比較基準作為合適之估算方法，詳予說明其推估計算之過程，以及如何認定本件不法所得數額之理由，依上揭說明，洵無違法可指。

參考法條：刑法第38條之1、第38條之2、第190條之1。

廢棄物清理法第46條。

## 九、109年度台上字第1482號（裁判書全文）

證券交易法第36條第3項第2款規定已依該法發行有價證券之公司，發生對股東權益或證券價格有重大影響之事項者，應於事實發生之日起二日內公告，並向主管機關申報。又發行人依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務文件，其內容不得有虛偽或隱匿之情事，亦為同法第20條第2項所明定；違反者，應依同法第171條第1項第1款處罰。此刑罰規定，關於對股東權益或證券價格有

重大影響之事項，所處罰之公告不實，其規範客體之「公告」，首須形式上，係屬於同法第 36 條第 3 項第 2 款之公告；再者，其實體內容，須係關於該規定所指之有重大影響之事項，而有虛偽或隱匿之情形。是發行有價證券之公司公開揭露訊息，縱訊息內容涉及該規定所指之有重大影響之事項，且有不實或隱匿情形，然其揭露訊息之公告，若不具備上開形式要件，仍非該處罰規定所規範之對象。

參考法條：證券交易法第 20 條、第 36 條、第 171 條。

## 十、109 年度台上字第 1554 號（裁判書全文）

- （一）無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，刑事訴訟法第 155 條第 2 項定有明文。所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；該資格之取得，以證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除為要件。所稱關聯性，係指該證據須具備「證明價值」及「重要性」。前者，係指該證據對於待證事實之存否有無證明價值，亦即以其有無助於證明待證事實之蓋然性為斷；後者，則指該證據所要證明之待證事實，足以影響犯罪之成立或刑罰之輕重，倘對於判決結果不生影響者，該證據即不具重要性。又法院判斷特定證據有無「證明價值」時，並無須實質審查該證據本身之可信性，而應係在假設該證據所內涵之資訊為真實之前提下，依一般社會生活所形成之論理法則及經驗法則判斷，如可認定與待證事實之存否具有最小必要程度之

影響力，並非全然無證明力者，即屬具有證明價值。換言之，祇須該證據能使法院更能判斷待證事實之存否，縱僅有些微之影響，亦可認已具有證明價值。因此，有無「證明價值」之審查，是採取相對寬鬆之門檻。再者，關聯性之有無，因非關實體，是其證明方法，以自由證明為已足。另「證明價值」所涉及者，乃證據能力有無之判斷，至該證據對於待證事實證明之程度，則為證明力之問題。易言之，對於證據有無具備關聯性所需之證明價值，是有無之判斷；但證據之證明力，則為效力強弱之問題。因此，證據必先有證據能力，而後始生證據證明力之問題，二者在證據法上屬不同層次之概念。又用以展示或說明犯罪現場狀況等有關犯行情狀之照片，是以機械之功能，摘錄實物形貌而形成之圖像，並非屬人類意思表達之言詞或書面陳述，自屬非供述證據；其與待證事實之關聯性，係以該照片為何人、何時、何地及以如何之情景所拍攝為斷。就此關聯性之立證，並無非以攝影者為證人加以訊（詰）問不可，如以於拍攝照片時在場之目擊證人為佐證，抑或依該照片本身之情景已可真實的呈現事實，即為已足。簡言之，除該照片係出於偽造或變造者外，當該照片本身或依其他補強證據，已可認其對於所描述之事與待證事實有關聯性者，即足當之。

- （二）（系爭）現場照片，乃告訴人報案後，警方及北區環境督察大隊分別至本案廠房所拍攝，拍攝之內容則為該處貯存廢塑膠混合物之情形。是上開照片自有助於證明上訴人 2 人有無本件所起訴之非法貯存、清除廢棄物之待

證事實，且該待證事實足以影響本案犯行是否成立，自與本案待證事實具有關聯性，且卷內亦查無違反法定程序取得，或應排除作為證據之情形，依前開說明，自有證據能力。

參考法條：刑事訴訟法第 155 條。

## 十一、109 年度台上字第 2088 號（裁判書全文）

### 109 年度台上字第 2657 號（裁判書全文）

- （一）刑事訴訟法第 161 條第 1 項規定，檢察官就被告犯罪事實應負舉證責任，並指出證明方法。固揭示檢察官就被告之犯罪事實應負提出證據並說服之實質舉證責任；然有關被告行為時是否存在阻卻責任之事由（實），應否轉換舉證責任由主張有該等事由之當事人負擔，我國刑事訴訟法並無明文。惟被告受無罪推定規定及罪疑有利被告原則之保護，無須就自己之無罪舉證，自不應令其負擔阻卻責任事實存在之舉證或說服責任。但一般而言，阻卻事由之存在，應屬例外，且被告較檢察官容易知悉，欲證明該等事由不存在，在舉證上亦較困難。因此，要求檢察官自始就阻卻責任事由之不存在負舉證責任，即屬過分及無益之負擔；僅當被告主張有該等事實或提出一定之證據，並因而使法院得有合理之懷疑時，法院始須曉示檢察官對該等事實之不存在負說服之責任，或依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定為調查；若被告於審理中並未明確主張阻卻責任事由存在，或雖已主張但並未因陳述或因提出相關證據而使法院得有合理之懷疑時，法院自無曉示檢察官負前述說服責任，或依職

權為調查之義務。

- (二) 卷內雖有身心障礙證明，然因戴○○接受詢問、訊問時之反應，並無異常，其本人或辯護人亦未明確主張或陳述其已因輕度智能障礙而欠缺前述能力，而使法院得有合理懷疑。原審未曉示檢察官負前述說服責任，或依職權為調查，即與應調查之證據漏未調查之違法情形不同。

參考法條：刑事訴訟法第 161 條、第 163 條。

## 十二、109 年度台上字第 2134 號（裁判書全文）

- (一) 刑事訴訟法第 184 條第 1 項規定：「證人有數人者，應分別訊問之；其未經訊問者，非經許可，不得在場」。考其於 92 年 2 月 6 日修正之立法理由意旨乃謂：因證人有數人者，分別證明不同之事實，尚未訊問之證人在場，於發見真實是否會受影響，宜由訊問者裁量，視在場情形決定未經訊問之證人可否在場，以求適用上之彈性，並免訴訟程序發生違法情事，爰於第 1 項未經訊問者之下增列「非經許可」四字，以切合實際。而此項規定，因刑事訴訟法第 159 條之 2、之 3 既規定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陳述符合一定要件時，得為證據，即已明示上開人員於調查犯罪情形時，得詢問證人。故依同法第 196 條之 1 第 2 項規定，於司法警察官（依法院組織法第 66 條之 3 第 2 項規定，檢察事務官視為司法警察官）或司法警察調查詢問證人時，予以準用之，而同有裁量權。則檢察事務官、司法警察官或司法警察因有調查犯罪嫌疑人或

被告犯罪情形及蒐集證據之必要，於詢問到場之多數證人時，自得視其等在場情形，是否有證人彼此干擾、或因他人在場而影響證人作證意願、甚且勾串等有害於真實發現情形，以決定未經訊問之證人可否在場。非謂一有多數證人同處在場時，其詢問即必須予以隔離而個別單獨詢問。

- (二) 本件檢察事務官詢問當時，陳○○係以告訴人身分到場表明其所欲告訴之對象、範圍及內容，並非以證人身分接受詢問。基此，檢察事務官視該等在場情形，依其裁量判斷未予隔離詢問，自難認有何違法。

參考法條：刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3、第 184 條、第 196 條之 1。

### 十三、109 年度台上字第 2149 號（裁判書全文）

- (一) 鑑於原住民族多處偏遠地區，因相對缺乏接觸、利用現代物質、經濟、科技、教育等資源之機會，而形成弱勢族群。為落實憲法增修條文第 10 條第 12 項保障原住民族之地位及政治參與，並基於對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展之本旨，原住民族基本法業於民國 94 年 2 月 5 日公布後施行。由於國家建立之前原住民族即已存在，山地本屬原住民族傳統生活領域，狩獵、採集及粗放農耕為其營生之方式，原住民族生息與土地攸關，有不可分割之關係，且國際間各國均尊重原住民族既有領域管轄權，並對於依附在領域管轄權所衍生之原住民族土地及自然資源權利也均予以承認，因此原住民族基本法第

20 條第 1 項明定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」第 3 項規定：「原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。」所稱原住民族土地，依同法第 2 條第 5 款規定，係指既有原住民保留地及原住民族傳統領域土地，而原住民族傳統領域土地，僅賦予原住民族部落使用權，不賦予個別原住民，此與原住民保留地賦予原住民所有權，有所區隔。關於原住民保留地之回復、取得部分，為落實原住民族土地轉型正義之政策，山坡地保育利用條例第 37 條業於 108 年 1 月 9 日修正公布，原規定為「山坡地範圍內山地保留地，輔導山胞開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿 5 年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以山胞為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」修正後該條第 1 項規定：「山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應輔導原住民取得承租權或無償取得所有權。」第 2 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。」亦即刪除設定耕作權、地上權繼續經營滿 5 年始取得土地所有權之限制。復稽諸此次修正之立法理由載稱：「原住民依原條文及其授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第 8 條、第 9 條、第 12 條規定申請設定原住民保留地耕作權或地上權，繼續經營滿 5 年取得所有權。考量該等土地或於上開辦法施行前早已由原住民開墾完竣並世代使用，或已完成造林、居住使用，該辦法發布施行後，復規定其應先設定耕作權或地上



權滿 5 年，方能取得所有權，實不盡合理，爰刪除繼續經營滿 5 年之限制，將原住民保留地所有權直接回復予原住民，並協助原住民辦理所有權之移轉登記。」等旨，其既謂原住民保留地所有權「直接回復」予原住民，已明白揭櫫原住民保留地之所有權，本為原住民所有，屬原住民族基本法第 20 條所定政府應承認之原住民既有權利，因此刪除上開限制，將原住民保留地直接回復原住民所有。又為因應此次山坡地保育利用條例之修正，原住民保留地開發管理辦法亦經行政院原住民族委員會以 108 年 7 月 3 日原民土字第 00000000000 號令修正，除刪除該辦法原第 8 條、第 9 條關於原住民設定耕作權及地上權之規定外，修正後該辦法第 17 條第 1 項亦規定：「原住民符合下列資格條件之一者，得申請無償取得原住民保留地所有權：一、原住民於本辦法施行前使用迄今之原住民保留地。二、原住民於原住民保留地內有原有自住房屋，其面積以建築物及其附屬設施實際使用者為準。三、原住民依法於原住民保留地設定耕作權、地上權或農育權。」俾能透過原住民保留地開發管理辦法所定之程序，將原住民保留地所有權直接回復予原住民。從而，倘原住民保留地由該原住民世代居住或使用，嗣並依法回復取得土地所有權者，縱其時之居住或使用未事先申請許可，仍難謂係非法擅自占用他人之土地。

- (二) 原判決以系爭土地事後規劃為原住民保留地，認為仍無解於上訴人先前所為非法占用犯行，除與上述山坡地保育利用條例之修正意旨不符外，亦與原住民族基本法第

20 條規定旨在特別保障原住民弱勢族群基於既有領域管轄權所衍生土地及自然資源權利之立法目的有悖。原審未詳加究明釐清，遽為不利於上訴人之認定，依上述說明，尚嫌速斷，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

參考法條：憲法增修條文第 10 條。

原住民族基本法第 2 條、第 20 條。

山坡地保育利用條例第 37 條。

#### 十四、109 年度台上字第 2388 號（裁判書全文）

（一）毒品危害防制條例所稱之「運輸」，固指轉運輸送毒品，亦即由一地轉運輸送另一地，且不以國外輸入國內或國內輸出國外為限，其在國內運送者，亦屬之，更不論其是否意在圖利，究係為人抑或為己，運輸方法究為海運、空運、陸運或海陸空聯運，皆包括在內。惟運輸毒品罪乃故意作為犯，自須具備故意之主觀構成要件；亦即行為人除客觀上必須為轉運及輸送毒品之行為外，主觀上亦須本於「運輸之意思」而為毒品之搬運輸送，始足當之。倘不問其犯意如何，祇因在兩區域間具有夾帶或持送之客觀作為，即概以運輸毒品之重罪論處，對於單純為販賣或轉讓、施用等目的而攜帶毒品之行為，均另論以運輸毒品罪，則有評價過度之嫌。如僅為交付所販賣之毒品，而將毒品攜帶至買方處所，仍僅成立販賣毒品罪，而與運輸毒品罪無涉。

（二）本件上訴人犯行，係與「○○」達成以 28,000 元購買含第三級毒品成分咖啡包 50 包並約在臺中市○○區交

付而買賣合意後，即攜帶其販入附表編號 2 所示之咖啡包 50 包自其所住之臺南市出發，前往臺中市○○區之約定交付地點，其目的在於將毒品交予購毒之「○○」，意在交付毒品以遂行販賣，而非在運輸毒品，自不再論以運輸第三級毒品罪。原審不察，遽認上訴人尚同時觸犯運輸第三級毒品罪名（按：檢察官並未起訴此罪名），自有適用法則不當之違法。

參考法條：毒品危害防制條例第 4 條。

## 十五、109 年度台上字第 2497 號（裁判書全文）

證人之證言，乃其就該事件之認知與記憶結合後之語言輸出，但輸出過程卻可能因個人情緒、壓力、動機等因素，而影響其所為之陳述是否真實或誇大。易言之，證人之動機、認知能力、記憶能力及語言表達能力，攸關案件事實能否正確、完整地呈現。而幼童因心智發展未臻成熟，認知能力低、記憶能力差、想像能力高及易受誘導，固使其證詞有將現實與想像相混淆，或受污染與教導之虞，而不可盡信。然同樣地，幼童因前開因素、表達能力不足，及於法庭詰問時承受攻擊之防禦能力差，是亦難期待其歷次陳述始終如一。從而，當幼童關於其遭性侵害經過之證言前後不一致時，尚難遽認其證言不可信，而應綜合其所為性侵害基本事實之陳述，是否相一致；陳述時之表現、舉止；所陳述之內容有無出現疑似想像之超現實情節；幼童有無說謊之動機、目的（例如是否為不滿其管教、是否為引起注意、是否為模仿近期看過之電影或電視劇情、是否為逃避課業等壓力、是否患有精神疾病或障礙，而想像被

害經驗等）；檢驗相關筆錄，或社工之詢問有無使用誘導或誤導之方式；案件被揭露之最初原因（例如是否幼童主動向父母、師友、醫生等講述）；以及有無與幼童所述相符之補強證據等節，依經驗法則審酌判斷是否可採。

參考法條：刑事訴訟法第 155 條。

## 十六、109 年度台上字第 2503 號（裁判書全文）

（一）刑法第 224 條之 1 加重強制猥褻罪，係指犯刑法第 224 條強制猥褻罪而有同法第 222 條第 1 項各款情形之一者而言。其中刑法第 222 條第 1 項第 2 款係規定對「未滿 14 歲」之男女犯之，依其文義解釋，自不包含甫滿或逾越 14 歲之男女在內，此與所稱「14 歲以下」係包括甫滿 14 歲之範圍尚屬有異（刑法第 10 條第 1 項規定參照），自不宜混淆。

（二）原判決認定上訴人有對案發當時年僅 12 歲之 A 女為強制猥褻犯行，係犯刑法第 224 條之 1 之加重強制猥褻罪。惟其於主文欄卻記載「00000000000（即上訴人）對『14 歲以下』女子犯強制猥褻罪，處有期徒刑 1 年 8 月」云云，其主文關於罪名之記載，顯與刑法第 224 條之 1 及第 222 條第 1 項第 2 款規定關於加重構成要件之內容不符，依上述說明，自有判決適用法則不當之違法。

參考法條：刑法第 10 條、第 222 條、第 224 條。

## 十七、109 年度台上字第 2560 號（裁判書全文）

（一）多層次傳銷管理法第 29 條之規定，係以非法多層次傳銷事業中之「行為人」為規範對象，而多層次傳銷既係

以透過傳銷商不斷地介紹他人參加，而形成「多層級組織」，始得以平行擴散，若非憑多人以上之分工合作，難以成其事業，本質上應屬必要共犯。是以，除傳銷事業之主體負責人外，從事介紹、推廣、銷售業務之參加人，或未參加而擔任傳銷事業重要職務之人，或共同決定重大事項之人等，而可認定與傳銷事業主體負責人間彼此就違法多層次傳銷行為具有犯意聯絡及行為分擔者，均應認該當於上開規定中「行為人」之構成要件。而共同正犯之意思聯絡，原不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，仍包括在內，則違法多層次傳銷事業之各階層參加人，與統籌設計傳銷制度之高層負責人之間，未必需有直接之意思聯絡，只需藉由輾轉聯繫而形成共同犯罪之意思，且相互利用彼此之行為，於功能支配下分工合作，完成違法之行銷行為，即應共負罪責。

- (二) 本件投資案係由真實身分不詳成年人統籌規劃設計，上訴人等 3 人明知該投資案上開傳銷方法，及其等之收入來源非以合理市價銷售前述份額之會員資格為主，而係以介紹他人參加為主要收入來源等情，猶使用前開手法介紹告訴人 2 人參加，以牟取如附表編號 1 至 3 所示之經濟利益，則衡情論理，應認其等與上揭統籌規劃此投資案之傳銷行為但真實身分不詳之成年人間，具有共同犯意聯絡，進而對告訴人等實行上開行為。

參考法條：多層次傳銷管理法第 29 條。

刑法第 28 條。

## 十八、109 年度台上字第 2748 號（裁判書全文）

（一）檢察官或法院是否啟動「修復式司法」程序，應斟酌被告、被害人或其家屬進行調解之意願與達成調解之可能性、適當性，認為適當者，得使用既有之調解制度而將案件移付調解，或於被告及被害人均聲請參與修復式司法程序時，檢察官逕行或法院於聽取檢察官、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，得將案件轉介適當機關、機構或團體進行修復，由該機關、機構或團體就被告、被害人是否適合進入修復式司法程序予以綜合評估，如認該案不適宜進入修復，則將該案移由檢察官繼續偵查或由法院繼續審理；反之，則由該機關、機構或團體指派之人擔任修復促進者進行修復式司法程序，並於個案完成修復時，將個案結案報告送回檢察官或法院，以供檢察官偵查或法院審理時之參考（參見刑事訴訟法第 248 條之 2 及第 271 條之 4 之立法理由）。換言之，檢察官或法院對於承辦案件是否移付「修復式司法」程序，必須就各該相關人之意願與有無修復之必要及可能，綜合予以考量，亦可利用現行之和（調）解程序對被害人等進行部分補償或心靈修復，且經移付「修復式司法」並完成修復之結果，亦僅供檢察官起訴與否或法院量刑參考，除非案件之案情重大（如判處死刑或無期徒刑案件）並顯有經修復之必要及可能外，若已經被告與被害人調（和）解成立，法院認無再移付「修復式司法」程序之必要，縱未於判決理由內說明，亦與判決理由不備之違法有間。

（二）本件上訴人於上訴原審時，確已於上訴理由狀內請求原

審能依修復式司法精神安排其與被害人進行調解，而原審法院亦依上訴人聲請先詢問被害人有無調解之意願，經被害人回復並不欲與上訴人調解後，其等仍於 109 年 1 月 14 日經臺灣○○地方法院○○簡易庭成立調解，則原審以本件已經調解成立，並以此作為撤銷第一審判決理由，及據為量處較第一審為輕之如前刑期，暨已詳於判決內說明，而未再進行無益之「修復式司法」程序，自無判決理由不備之違法。上訴意旨執此指摘原判決違法，自非適法上訴第三審之理由。

參考法條：刑事訴訟法第 271 條之 4、第 248 條之 2。

## 十九、109 年度台上字第 2856 號（裁判書全文）

- （一）依行政院所提「槍砲彈藥刀械管制條例部分條文修正草案」之立法說明，有關槍砲定義之修正，係「鑒於現行查獲具殺傷力之違法槍枝，多屬非制式槍枝，可遠距離致人死傷，且殺傷力不亞於制式槍枝，對人民生命、身體、自由及財產法益之危害，實與制式槍枝無異；另因非制式槍枝之取得成本遠低於購買制式槍枝，且製造技術門檻不高、網路取得改造資訊容易，導致非制式槍枝氾濫情形嚴重，若區分制式與否而分別適用第 7 條或第 8 條處罰，將使不法分子傾向使用非制式槍砲從事不法行為，以規避第 7 條較重之刑責，無異加深不法分子大量使用非制式槍砲之誘因，爰為有效遏止持非制式槍砲進行犯罪情形，非制式槍砲與制式槍砲罪責確有一致之必要。」、「為使違法槍砲之管制作為更臻嚴密，並遏阻非制式槍砲氾濫情形，以確保人民之生命、身體、自

由及財產安全，爰修正第 1 項第 1 款之槍砲定義，使特定類型槍砲之管制範圍明確及於所有具殺傷力之制式及非制式槍砲，且有違法製造等行為，不論標的為制式或非制式槍砲，皆應依特定類型管制槍砲之處罰規定進行追訴。」。

(二) 該修正草案於立法院內政委員會審議時，司法院雖表示目前實務認槍枝縱屬非制式，倘具有槍砲彈藥刀械管制條例第 7 條第 1 項所列各類槍枝之型式，且殺傷力與制式槍枝相若或超過，仍應依該條規定處罰。倘其殺傷力不若制式槍枝者，則屬同條例第 8 條處罰之範圍。草案說明關於「若區分制式與否而分別適用第 7 條或第 8 條處罰，將使不法分子傾向使用非制式槍砲從事不法行為，以規避第 7 條較重之刑責」部分係誤解。修正草案加入「制式或非制式」之構成要件，則具有第 7 條所列各類槍枝型式之非制式槍枝，不問殺傷力是否與制式槍枝相若，概依第 7 條規定處罰，將使原本依據第 8 條規定處罰之行為加重處罰。然與會委員仍認近年來改造槍枝泛濫，對社會治安危害甚鉅，必須從源頭管制及加重刑罰雙管其下，以維護社會治安及保障民眾生命、財產安全，仍決議照案通過，並於立法說明補充「至於原司法實務所指其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲，即非制式手槍部分之見解，自因本次修法變更槍砲之定義，本於具體個案審酌是否繼續適用。」。

(三) 依上開修正後之條文用語及立法者之意思，新法施行後，行為人倘經認定持有槍砲彈藥刀械管制條例第 7 條第 1 項所列具殺傷力之特定類型槍枝，不論是制式或非制



式槍枝，亦不問非制式槍枝殺傷力是否與制式槍枝相若，概依同條第 4 項規定（法定刑為 5 年以上有期徒刑）處罰。換言之，行為人持有同條例第 7 條第 1 項所列具殺傷力之特定類型非制式槍枝，依修法前之實務見解，雖可適用較輕之同條例第 8 條第 4 項規定（法定刑為 3 年以上有期徒刑）處罰，然修法後縱其殺傷力不若制式槍枝，仍應依同條例第 7 條第 4 項規定處罰。

- （四）上訴人係持有具殺傷力之仿 00000 廠半自動手槍製造之改造手槍，比較新舊法結果，修正前之規定自較有利於上訴人，仍應適用行為時法。原判決雖未及為新舊法比較適用，於判決結果無影響。

參考法條：槍砲彈藥刀械管制條例第 7 條、第 8 條。

## 二十、109 年度台上字第 2888 號（裁判書全文）

- （一）刑法上對於某些特定犯罪犯人到案後揭發他人犯行、提供重要犯罪線索、有效防止犯罪活動、協助逮捕其他犯人或其他對偵破案件或定罪有實質幫助（如證人保護法第 3 條所稱願在檢察官偵查中或法院審理中到場作證，陳述自己見聞之犯罪事證，並依法接受對質及詰問）等經查證屬實而得以查獲其他正犯或共犯，或阻止重大犯罪隱患之行為，結合刑罰上之「懲治」及「寬容」政策，設有所謂「戴罪立功」、「將功折罪」之具體化、法律化條文。其中毒品危害防制條例第 17 條第 1 項規定：「犯第 4 條至第 8 條、第 10 條或第 11 條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」其立法旨意在於鼓勵被告或犯罪嫌疑人具體提供

其毒品上游，擴大追查毒品來源，俾有效斷絕毒品之供給，以杜絕毒品泛濫，祇須被告願意供出毒品來源之上手，因而查獲其他正犯或共犯者，即可邀減輕或免除其刑之寬典。其中所謂「因而查獲」之「查獲」係屬偵查機關之權限，而查獲之「屬實」與否，則為法院職權認定之事項，應由法院做最後審查並決定其真實性。換言之，「查獲」與「屬實」應分別由偵查機關及事實審法院分工合作，即對於被告揭發或提供毒品來源之重要線索，應交由相對應之偵查機關負責調查核實，而法院原則上不問該被舉發案件進行程度如何，應根據偵查機關已蒐集之證據綜合判斷有無「因而查獲」之事實，不以偵查結論作為查獲屬實與否之絕對依據。是倘若偵查機關已說明尚未能查明被告舉發之毒品來源，或根本無從查證者，為避免拖延訴訟，法院自可不待偵辦結果即認定並無「因而查獲」。

- (二) 本件原判決已於理由四、(二)內說明如何依○○縣警察局○○分局函、○○分局函、○○分局函暨所附報告書等件，認定至原審言詞辯論終結日前，並未因上訴人的供述因而查獲其所謂之毒品上游「李○○」或其他正犯或共犯等情，故無上開條例第 17 條第 1 項規定的適用等語。經核於法並無違誤。

參考法條：證人保護法第 3 條。

毒品危害防制條例第 17 條。

## 二十一、109 年度台上字第 2915 號（裁判書全文）

- (一) 憲法第 171 條第 1 項規定：「法律與憲法牴觸者無效。」

」此無效於理論上固應溯及自法律違憲時起自始當然無效。尤以侵害人權之違憲法規，更應回歸基本人權遭受違憲損害前原狀，以維護憲法秩序。但法律違憲可能僅涉及一個條文之部分內容，或其適用範圍內之數種類型中之某一個類型違憲，於此僅須宣告部分違憲無效。惟在實現社會正義時，同時亦須兼顧法之安定性，因此在「例外情形」大法官解釋會採取「限期失效」（即所謂「落日條款」）宣告模式，一方面迫使主管機關及時修正法律，使違憲法律不再無限期續用，另一方面預留修法空間，避免於過渡期間形成法律真空，有害於公共利益或人民權益。依據 108 年 5 月 31 日公布之司法院釋字第 777 號解釋意旨，刑法第 185 條之 4 肇事致人傷害逃逸罪，其中有關「肇事」部分，除因駕駛人之故意或過失所致之事故為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人之故意或過失所致事故之情形是否構成「肇事」，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義違反法律明確性原則，自解釋公布之日起失其效力。另關於「刑度」部分，則認若一律以 1 年以上 7 年以下有期徒刑為其法定刑，致對於犯罪情節輕微個案者無從為易科罰金之宣告，其處罰顯然過苛，於此範圍內，因不符憲法罪刑相當原則，與憲法第 23 條比例原則有違，應自解釋公布之日起，至遲於屆滿 2 年時，失其效力。換言之，上開解釋對於刑法第 185 條之 4 刑度部分，採取「限期失效」之宣告模式，在本條未修正且未屆失效期限前，法院仍應依法適用，只是應重新架構「肇事」之定義及於「犯罪情節輕微」時應如何妥適量刑

。

(二) 上訴意旨執此指摘原判決違背司法院釋字第 777 號解釋意旨，應有誤會，自非合法上訴第三審之理由。

參考法條：憲法第 171 條。

司法院釋字第 777 號解釋。

刑法第 185 條之 4。

## 二十二、109 年度台上字第 3148 號（裁判書全文）

(一) 原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利，此為原住民族基本法之立法意旨。而依該法第 19 條第 1 項、第 3 項規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類。……第 1 項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」。又森林法第 15 條第 4 項所稱：「森林位於原住民族傳統領域土地」者，其中所謂「傳統領域土地」，依原住民族基本法第 21 條第 4 項規定訂定之「原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法」係指：經依本辦法所定程序劃定之原住民族傳統祭儀、祖靈聖地、部落及其獵區與墾耕或其他依原住民族文化、傳統習慣等特徵可得確定其範圍之公有土地。其劃設係根據部落耆老的口述、相關文獻記載、當地遺址等等來記錄部落曾經生活的領域，以別於為推行原住民行政而供原住民族使用之原住民「

保留地」。則原住民「傳統領域土地」既與「部落」有關，所謂「部落」依原住民族基本法第 2 條第 4 款規定係指：原住民於原住民族地區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體。而行政院原住民族委員會（下稱原民會）為辦理原住民族基本法第 2 條第 4 款規定之部落核定作業，特訂定「原住民族委員會辦理部落核定作業要點」，其中第 2 點認「部落」必須符合：（一）、位於原住民族地區內。（二）、具有一定區域範圍。（三）、存在相延承襲並共同遵守之生活規範。（四）、成員間有依前款生活規範共同生活及互動之事實之原住民族團體。顯見森林法第 15 條第 4 項所稱：「傳統領域土地」，具有地域性，且以「部落」為中心規範團體生活，成員彼此間相互依存。準此，原住民族採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合其傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為外，尚須於其傳統領域土地內為之，否則若不顧該傳統領域之文化、祭儀、祖靈或習慣，任由其他族別或部落之原住民擅入別族或他部落之土地內採取森林產物，自有違原住民族基本法及森林法之基本精神。況於民國 108 年 7 月 4 日依森林法第 15 條第 4 項訂定公布之「原住民族依生活慣俗採取森林產物規則」（按此係行政院農業委員會依據委任立法而制定具有填補空白刑法補充規範之法規命令，並非刑罰法律，自無刑法第 2 條第 1 項法律變更之比較適用問題，且其內容對母法刑罰範圍有所節制或限縮，未對受規範者增加母法以外之不利益，自得引用作為母法刑罰的判斷標準。至原審於 109 年 2 月 12

日判決時雖誤認此規則尚未公布，而未予引用，然尚不影響全案之情節及判決之本旨），對於原住民族依其生活慣俗採取森林產物，亦規定應由部落或原住民團體向受理機關提案並經主管機關核准（第 5 條、第 8 條）。且於提案時尚須說明部落名稱、採取森林產物與生活慣俗內容之關聯性、採取森林產物之所在位置或區域及其略圖、其種類名稱、數量、作業方式及所需期間等情（第 9 條）。又其中第 6 條第 2 項所列物種（包括本案之牛樟菇〈學名為牛樟芝〉），因珍貴稀有，基於保育觀念，原則上係禁止採取，但報經中央主管機關認定其採取不致影響該物種永續利用並同意採取者，則例外允許。自非只要具有原住民身分者即得在任何原住民族地區採取森林產物，而全然不受法律之規範。

- （二）上訴人有多次竊取牛樟菇違反森林法之犯罪紀錄，並非毫無法意識之人，原判決亦已說明其竊取牛樟菇之行為地，係位於臺東縣○○鄉○○○段，屬原住民族布農族早期至今之傳統領域範圍，並參以原民會之「原住民族傳統領域土地調查成果查詢系統」，座標區域（即本案行為地）為臺東縣○○鄉○○部落（布農族）及○○鄉○○部落（阿美族）傳統領域，屬墾耕範圍內土地等語。上訴人並非布農族或阿美族而屬卑南族原住民，僅曾與布農族朋友一起上山打獵，顯然明知該處並非其族群之傳統領域範圍，自不得主張對本案行為地有依其傳統領域採集菌類、森林副產物之權利等語。所為論斷，經核於法尚無違誤。

參考法條：原住民基本法第 2 條、第 19 條。

森林法第 15 條。

### 二十三、109 年度台上字第 3149 號（裁判書全文）

- （一）刑法第 212 條對於護照、旅券、免許證、特許證及關於品行、能力、服務或其他相類等所謂「特種文書」之偽造、變造行為設有處罰規定。蓋因此類「特種文書」原為私文書或公文書之一種，然或為國家機關對人民自由權利之行使附加一定條件，用以免除一定程序、手續或義務而允許人民取得特定權利或資格之文書；或針對特定之人，以其符合國家所定條件，而特准其行使國家權利或取得特定資格之證書；或文書內容涉及某人之品行、能力、服務或其他資歷、或某物之品質、數量等性質之說明、證明或介紹書等。因偽造、變造此種文書，多屬圖一時便利或為求職謀生，而出此下策，祇有在特定的生活環境下始具有意義，不具普遍或擴延的性質，其偽造、變造結果對於公共信用影響較輕，其情可憫，故立法者特設專條科以較刑法第 210 條或第 211 條為輕之刑。其與公文書最大的區別在於一個體制較為健全文明的國家社會，國家或公務員往往具有較強的保證功能，一般社會大眾信賴國家有健全的各種法律規定、登記規則與文書制度，因此公文書相對於特種文書而言，通常具有較高的公信力，且均涉及法律上重要權利之取得、變更或消滅等影響社會福祉或公共利益重大事項，自難謂為刑法第 212 條所稱之特種文書。故是否為「特種文書」除須具有與品行、能力、服務或其他相類的特徵外，並應依個案中之行為人偽造文書的目的及情節輕重綜

合判斷。

- (二) 原判決附表一所示之「雜項執照」，屬建築法第 28 條第 2 款建築執照之一種，非經申請不得擅自建造，此類執照必須管理之目的主要在於確保建築（雜項）工作物的設計與施工過程符合規範之要求，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻，自屬關於不動產中之建築物重要權利取得之影響公眾重大福祉事項，為刑法上所稱之公文書而非特種文書。

參考法條：刑法第 210 條、第 211 條、第 212 條。

建築法第 28 條。

## 二十四、109 年度台非字第 76 號（裁判書全文）

- (一) 被告既完成「附命緩起訴」之戒癮治療，事實上已接受等同「觀察、勒戒或強制戒治」執行完畢釋放之處遇，如於該條例第 23 條第 2 項所定「五年」內，再犯施用第一級或第二級毒品罪，顯現其再犯率甚高，原規劃之「附命緩起訴」完成戒癮治療制度功能無法發揮成效，已無再次接受「觀察、勒戒或強制戒治」處遇之必要。倘被告經「附命緩起訴」，且完成戒癮治療後，因其事實上已接受等同「觀察、勒戒或強制戒治」執行完畢釋放之處遇，「五年」內再犯施用第一級或第二級毒品罪，顯見其再犯率甚高，自應依該條例第 23 條第 2 項規定之相同法理，逕行追訴（提起公訴或聲請簡易判決處刑），而無再依該條例第 20 條第 1 項重行聲請觀察、勒戒或強制戒治之必要。再者，被告施用第一級或第二級毒品罪，經裁定觀察、勒戒或強制戒治程序者，係以



「觀察、勒戒或強制戒治」執行完畢釋放後，起算上開「五年」內再犯之期間，則被告係經「附命緩起訴」，依同一法理，應以經「附命緩起訴」並完成戒癮治療後，而非以「附命緩起訴」確定之日，起算該「五年」內再犯之期間。

- (二) 第一審法院引用本院 106 年度台非字第 149、181 號及 107 年度台非字第 121 號刑事判決意旨，因認被告係於「107 年 6 月 28 日」，再有本件施用甲基安非他命犯行，已於緩起訴處分確定之日即「101 年 7 月 4 日」，「五年」後再犯施用第二級毒品罪，仍有毒品危害防制條例第 20 條第 1 項、第 2 項觀察、勒戒或強制戒治規定之適用，自應先聲請法院裁定觀察、勒戒。惟本院前揭判決，主要係針對經檢察官「附命緩起訴」前之其他施用第一級或第二級毒品犯行，應否聲請觀察、勒戒一節，而為立論，並未兼及所謂「五年」內或「五年」後之起算時點，與本件案例事實有所不同，尚不宜比附援引作為論據。第一審法院認檢察官逕行起訴，其起訴程序違背規定，因而諭知不受理之判決，即有應為實體上審判，而誤為不受理判決，亦即不受理訴訟係不當之違背法令。經檢察官提起上訴，詎原確定判決未加糾正，予以維持，並駁回檢察官之上訴，同有適用法則不當之違背法令。案經確定，雖非不利於被告，然所涉及之法律見解，具有原則上之重要性，而與統一法令之適用有關。非常上訴意旨執以指摘原確定判決違背法令，洵有理由。應由本院將原判決及第一審判決關於違背法令部分予以撤銷，以資糾正。

參考法條：毒品危害防制條例第 20 條、第 23 條。

## 二十五、109 年度台非字第 90 號（裁判書全文）

兒童權利公約施行法已於民國 103 年 6 月 4 日公布，並於同年 11 月 20 日施行。依該施行法第 2 條規定，兒童權利公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。故兒童權利公約有規定者，應屬刑事法律、少年事件處理法關涉保障及促進兒少權利相關事項之特別規定，而應優先適用。再依兒童權利公約施行法第 3 條明定，適用兒童權利公約之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國兒童權利委員會對公約之解釋；即包含聯合國兒童權利委員會之一般性意見在內。而該委員會第 10 號一般性意見第 66 點已揭示「為了避免實行歧視和/或未經審訊作出判決，少年犯檔案不應在處理其後涉及同一罪犯的案件的成人訴訟中得到使用（見《北京規則》，規則第 21 條第 1 項和第 2 項），該檔案也不得用來加重此種今後的宣判。」（With a view to avoiding stigmatization and/or prejudgements, records of child offenders should not be used in adult proceedings in subsequent cases involving the same offender (see the Beijing Rules, rules 21.1 and 21.2), or to enhance such future sentencing.）之旨；從而，同一少年成年後之訴訟程序，包括依刑法第 47 條規定判斷是否為累犯時，依上揭意旨，自不得以其少年時期之少年非行或刑事前科等觸法紀錄或檔案，作為不利之量刑基礎或刑之加重條件。是被告於少年時期所犯

之上述少年刑事前科紀錄，依少年事件處理法第 83 條之 1 第 1 項視為未曾受刑之宣告、第 2 項紀錄塗銷，暨兒童權利公約第 10 號一般性意見第 66 點後段關於成人訴訟中不應使用該紀錄及用以加重其刑之規定，既不得被使用於其成年後之訴訟程序，從避免污名化或預斷之觀點，少年之觸法紀錄不應被使用於同一少年成年後之訴訟程序或被使用於加重成年後訴訟之量刑，自不生累犯問題，併此敘明。

參考法條：少年事件處理法第 38 條之 1。

兒童權利公約施行法第 3 條。

## 二十六、109 年度台抗字第 812 號（裁判書全文）

- （一）再審係為匡正已確定判決所發生之事實誤認瑕疵而設計，屬非常救濟手段，為於保障人權以實現正義，與確保法的安定性以維繫人民對裁判之信賴二者間，求其兩全，聲請再審之新事證，自須足以動搖原確定判決認定之事實，故刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款、第 3 項明定得據以聲請再審之新事實、新證據，非但內容係未經原確定判決法院調查審酌，尚且須執以與原確定判決已調查審酌之舊證據綜合判斷，從形式上觀察，即具有足以動搖原確定判決事實認定之可能性，二者兼備，始足當之。又是否足以動搖原確定判決之事實認定，必須於尊重原確定判決對原卷存舊事證所為評價之前提下，併就因新事實、新證據加入，對舊證據所造成之影響、修正，綜合考量，依客觀存在之經驗法則、論理法則，而為判斷。此與判決確定前，一般救濟手段之通常上訴程

序，為發揮審級制度之功能，上級審法院對下級審法院判決進行審查時，不受原判決證據評價拘束之情形，迥不相侔；亦與同屬非常救濟手段之非常上訴制度，旨在針對原確定判決違背法令之法律上瑕疵予以糾正，大異其趣。

- (二) 本院前發回意旨，指摘發回前原審裁定就抗告人據以聲請再審之事實或證據，關於「新穎性」再審要件之審查，與刑事訴訟法修正後係著重法院「未判斷資料性」之審查要件不符；關於「明確性」之審查，對於原確定判決如何審酌並定取捨上開證據乙情，無所明指，理由欠備等語。旨在促請原審法院依該規定，落實審查本件再審之聲請，是否確已提出其所稱之「事實」「證據」，且是否符合其「未及調查審酌」（即所謂「新穎性」）及「足以動搖原確定判決事實認定」（即所謂「明確性」）之要求，而具備再審程序之要件。至於本件聲請，是否具備該等要件，自有待原審本於職權進行審查。抗告意旨主張自本院上開發回理由觀之，已足徵本件確有上開規定之再審事由，並指摘原裁定未依本院發回意旨調查、說明云云，殊屬誤會。

參考法條：刑事訴訟法第 420 條。

## 二十七、109 年度台抗字第 872 號（裁判書全文）

刑法第 50 條第 1 項前段所稱「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之」，其中所稱「裁判確定」之「裁判」，係指所犯數罪中判決確定日期最早之裁判而言，該裁判之確定日期並為數罪併合處罰之基準日，必須其他數罪之犯罪日期

均在該基準日之前，始得合併定其應執行之刑。又數罪併罰曾定應執行刑，若發現尚有其他罪刑與原定應執行刑之罪刑合於併合處罰要件，或其中部分罪刑應與其他罪刑併合處罰，則仍得由（受刑人或其法定代理人、配偶請求）檢察官向法院聲請另定其應執行之刑，否則無異於將法定得併合處罰之數罪，繫於人為之刻意選擇或隨意之偶然組合，尚無所謂侵越先前定應執行刑裁判依刑法第 50 條第 1 項前段所規定基準時點而劃設之定應執行刑範圍可言。至先前原定之應執行刑，因其構成併罰基礎之宣告刑增加或更易，應執行刑於相應範圍內即隨之變動，甚或失其部分效力（劃定刑罰裁量法律性內部界限之效力仍存在），則係事物本質之所當然。

參考法條：刑法第 50 條。

## 二十八、109 年度台聲字第 84 號（裁判書全文）

- （一）按可為證據或得沒收之物，得扣押之；扣押物，因防其喪失或毀損，應為適當之處置。不便搬運或保管之扣押物，得命人看守，或命所有人或其他適當之人保管；沒收物，由檢察官處分之。刑事訴訟法第 133 條第 1 項、第 140 條、第 472 條分別定有明文。又實施扣押後，扣押物之保管，乃是遂行扣押強制處分之持續狀態，固係檢察官之權職，惟案件既經起訴繫屬法院，於法院尚未審結前，或一部已確定、一部尚未確定，扣押物應否續為扣押、其範圍、如何遂行持續扣押處分，以及部分確定應否移付執行由檢察官處分之等，因事涉當事人權益及案件終結後，如何執行之問題，自應由繫屬之事實審

法院聽取當事人之意見後，依其職權決定之。

- (二) 附表七所示之物，為應沒收之物，既已部分確定、部分發回原審，揆之說明，聲請人前揭聲請，自應由原審為事實之調查，資以審酌應否解除其保管責任，或以其他方式為之，其向本院聲請不能准許。

參考法條：刑事訴訟法第 133 條、第 140 條、第 472 條。

裁判字號：最高法院 107 年台上字第 3084 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 03 日

裁判案由：違反公職人員選舉罷免法

最高法院刑事判決

107年度台上字第3084號

上訴人 賴戴瑞妹

選任辯護人 黃永隆律師

上列上訴人因違反公職人員選舉罷免法案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國106 年12月21日第二審判決（106 年度原選上訴字第1號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署105 年度選偵字第68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、原判決認上訴人賴戴瑞妹有其事實欄所載違反公職人員選舉罷免法之犯行明確，因而撤銷第一審無罪之判決，改判論處上訴人犯公職人員選舉罷免法第99條第1 項之交付賄賂罪刑，並為緩刑之諭知。固非無見。
- 二、刑事訴訟法第95條第1項第2款、第3 款係對被告緘默權、辯護依賴權之基本保障性規定，依同法第100條之2規定，於司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時，準用之，違反所取得被告（犯罪嫌疑人）之自白或不利陳述，原則上依第158條之2第2 項規定予以排除，不僅明白宣示被告為程序之主體性，更明定保障被告之表現自由、防禦自由所應履踐程序，此刑事訴訟法透過正當法律程序使人民免於國家機關不當侵害或剝奪其自由權益的保障，彰顯取證程序之合法性為法治國之基本原則，以形成正義而公正之裁判，是憲法第8 條正當法律程序、第16條保障人民訴訟權之具體實現。本件原判決引用上訴人於警詢、偵查之自白，資為上訴人犯罪證據之一，然本件偵查程序進行中，關於以下對緘默權、辯護依賴權之保障，是否符合實質正當法律程序之規定，尚有疑義：
  - (一)靜默不語，是被告自由陳述的權利，此時此刻，法治國的聲音無比清晰。司法警察（官）詢問受拘提、逮捕之被告時，違反應告知得行使緘默權之規定者，所取得被告之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。刑事訴訟

法第95條第1項第2款、第158條之2第2項定有明文。蓋拘提或逮捕具有強制之性質，被告負有始終在場接受調查詢問之忍受義務，其身心受拘束下，又處於偵訊壓力之陌生環境中，難免惶惑、不知所措，意思決定之自主能力較為薄弱而易受影響，其虛偽陳述之危險性較大，是以法律設有前置之預防措施，期使司法警察（官）確實遵守此一告知之程序，復特別明定，違背此一程序時，除有前述善意原則例外之情形外，所取得之自白及其他不利陳述，應予絕對排除，以求周密保護被告之自由意志。至依刑事訴訟法第71條之1第1項規定，司法警察（官）使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問，不具直接強制效果，犯罪嫌疑人得依其自由意思決定是否到場接受詢問，或到場後隨時均可自由離去，其身心未受拘束之情形下，若有違反前揭告知義務，所取得之自白及其他不利陳述，則應依同法第158條之4規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護而認定。而於實務上，司法警察（官）不以通知書之方式，而是親自臨門到犯罪嫌疑人住居所或所在處所要求其同行至偵訊場域接受詢問，此類所謂帶案處理或任意同行之方式，固屬於廣義約談方式之一種，但對於智識程度不高之人民而論，並無法清楚區辨其與拘提或逮捕之不同，往往是在內心不願意之情形下，半推半就隨同至偵訊場域接受詢問，是該類帶案處理或任意同行之情形，若有違反前揭告知義務而為詢問，則應視案件之具體情況包括同行必要性、要求同行之時間、要求同行之方式、犯罪嫌疑人主觀意識之強弱、智識程度等內、外在一切情況，綜合判斷究否已達身心受拘束之程度，而分別類推適用刑事訴訟法第158條之2第2項或依同法第158條之4規定判斷其證據能力有否。又此項告知，既攸關被告供述任意性之保障，即非以形式踐行為已足，應以使被告得以充分瞭解此項緘默權利，並基於充分自由意思予以放棄，為其必要。觀諸卷附上訴人在法務部調查局屏東縣調查站（下稱屏東縣調查站）接受屏東縣政府警察局員警詢問（下稱警詢）之錄音勘驗筆錄記載：「警1：阿告知你三項權利啦，……第一個可以保持沈默無須違背自己意思而為陳述。這個意思就是說齣你就是實話實講這樣就好了……阿我們剛念的、剛念的東西你有清楚了，就是那個三項權利。妹（即上訴人）：三項權利是什麼？警1：



就是我剛念的，保持緘默沈默就實話實講。妹：好。」等語（見第一審卷二第374頁、第375頁），參以本件原判決已載明上訴人為原住民，係國小畢業之智識程度、業水泥工等學經歷，詢問員警雖形式上有告知上訴人得行使緘默權，惟上訴人對於保持緘默之意義，似無法充分理解，員警卻說明「保持緘默」就是「實話實講」，將既無供述義務，亦無真實陳述義務之緘默權，扭曲解釋成「實話實講」，使不諳法律、智識程度不高之上訴人產生錯誤之認知，而以為有據實陳述之義務，此較之未告知緘默權之情形，尤為嚴重，員警是否有蓄意規避上開告知義務，並非無疑。另警詢筆錄雖記載上訴人係經通知到場接受詢問，然卷內似未見通知書，而上訴人於原審已具狀陳稱其於民國103年12月4日上午約6 時左右，尚在睡夢中即被調查人員自三地門鄉住處帶去屏東縣調查站接受詢問，當時未吃早餐也沒有吃藥等情（見原審卷第29頁），佐以上訴人於前揭勘驗筆錄中向員警表示「那像這樣……（我）不能回家嗎？」、「因為我還沒有吃藥，因為我每天有藥可以吃。」、「（你是吃什麼藥？）高血壓跟膽藥。」等語，是否可認為上訴人有中止接受詢問，想返家服藥之意？惟員警並未查明其意願，即稱：「你有高血壓喔？不用緊張啦，因為你這個只要講實話就好了，好不好。」等詞（見第一審卷二第381頁、第382頁），猶繼續詢問，並要求上訴人講實話。倘若上訴人所述在睡夢中經調查人員同行之情節為真，綜合上訴人智識程度、上開警詢過程及內容以觀，能否謂上訴人充分理解其得拒絕同行至調查站，或得隨時離開詢問處所，即其是否已達身心實質受拘束之程度，既對本件員警違反告知義務所取得自白之證據能力，究應類推適用刑事訴訟法第158條之2第2 項規定予以排除，抑或依同法第158條之4規定權衡法則予以認定，有重大影響，殊值深究。原審並未針對上情翔實調查究明，僅以詢問員警已經明白向上訴人表示「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」，雖員警再稱：「你就是實話實講」，是指「依照事實講即可，不須隱瞞事實」，亦無不當等情，遽採上訴人警詢之自白為論罪之依據，自有應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由不備之違法。

(二)憲法第16條所定人民有訴訟之權，乃人民在司法上之受益權

，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括倚賴辯護人之助，針對控訴攻擊，盡防禦之能事，俾受公平審判之保障。國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，法院於適用法律時，亦須以此為目標，並藉由程序之遵守，確保公平法院正當法律程序之具體實現。有謂：「刑事訴訟法歷史，乃辯護權的擴大史」，我刑事訴訟法亦然，刑事辯護權不斷持續擴張及深化。刑事訴訟法第31條關於強制辯護規定，於102年1月23日修正公布，適用對象擴及具有原住民身分之被告或犯罪嫌疑人，適用範圍也從審判階段深化至偵查階段，同條文第5項規定：「被告或犯罪嫌疑人……具原住民身分者，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問。」其旨在考量偵查階段，被告處於資訊不對等之弱勢地位，尤其原住民因傳統文化、習俗、經濟、教育等因素，接觸法律資訊不易，針對訴追之防禦能力更為弱勢，乃從偵查程序使其得由國家主動給與辯護人為協助，此倚賴權尤甚於一般之選任辯護，更應受保障，並藉由程序之遵守確保裁判之公正，同時展現原住民族基本法開宗明義對於原住民基本權利之制度性保障。又此強制辯護之援助始於訊（詢）問被告，並不區分被告到場之原因，無論出於強制（拘提、逮捕）或任意（通知或傳喚），祇要未經選任辯護人，檢察官、司法警察（官）即應通知法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但偵查程序有其急迫性，與審理程序得另定相當之期日者有別，倘被告於知悉前揭規定後，若無意願等候法律扶助律師協助辯護，主動請求立即訊問或詢問，自應予以尊重，俾司法資源彈性運用。惟此必須在被告充分理解強制辯護權之存在及內容，基於自由意思決定，主動明示放棄辯護人之援助，而非出自訊問或詢問人員之強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方法，或因欠缺其有受強制辯護保障之認識所致，否則，仍非適法。倘有違反而取得被告之自白或不利之陳述，係不當剝奪被告之強制辯護依賴權，構成侵害憲法第16條揭示人民訴訟權之核心內容，即使依刑事訴訟法第158條之4規定權衡之結果，亦應予

排除其證據能力。經查：

1. 依前揭上訴人警詢之錄音勘驗筆錄所載，本件詢問員警明知上訴人具原住民身分，在上訴人誤以為要自費請律師之情形下，不僅未使上訴人充分理解其有受強制辯護協助之權利，更未通知法律扶助機構指派律師到場為其辯護，或經上訴人主動明示放棄法律扶助，即逕行詢問各情，原審既認警詢有違刑事訴訟法第31條第5項之規定，揆諸前開說明，所取得上訴人之供述，已侵害憲法第16條保障人民訴訟權之核心內容，不利上訴人之訴訟防禦甚鉅，即使依刑事訴訟法第158條之4規定權衡後，也應排除其證據能力，原判決未詳加斟酌侵害人權之重大性，而認有證據能力，尚值商榷。
2. 觀諸上訴人偵訊之錄音勘驗筆錄，本件檢察官偵訊時，明知上訴人具原住民身分，上訴人也再三請求接受法律扶助律師援助，依刑事訴訟法第31條第5項之規定，檢察官即應通知財團法人法律扶助基金會（下稱法扶基金會）派遣律師到場為上訴人辯護，然檢察官卻三番二次以：「要等很久」、「至少要5、6個小時以上」、「你不用這樣子耗費自己時間還有大家時間，你從12點到現在很久了捏，你就趕快給我個答案好不好」、「你趕快想一想，要等律師來嗎？還是要我們現在趕快做一做？」、「等律師至少要6個小時以上餒，要等嗎？」等詞，耗時近5分鐘拖延並暗示上訴人放棄接受律師協助，上訴人表示「6個小時喔，可是我還沒有吃藥還沒有吃飯用餐」，祇好無奈稱：「你問啦」等語（見第一審卷二第308頁、第309頁）。查法扶基金會因應前揭原住民強制辯護新制之施行，在各地方法院所在地之分會開辦「原住民檢警偵訊律師陪同到場專案」，人力已有擴編，就原住民面對警詢、偵訊時，一經通知該會即派遣輪值律師到場，再參以本件檢察官偵訊時為白日上班時間，地點又在臺灣屏東地方檢察署第二偵查庭，非遠僻地區，如通知當地屏東分會派遣扶助律師到場，通常是否須費時5、6個小時？並非無疑。又縱如檢察官所稱須等候6個小時以上，然依刑事訴訟法第31條第5項但書規定，如等候律師4小時未到場者，得逕行訊問，自無需等候到6小時以上。檢察官是否刻意誇大或隱瞞等候時間，使未按時服藥又未用餐之上訴人自覺無法久候6小時以上，而放棄接受法律扶助？攸關上訴人是否基於自由

意思決定，主動明示放棄辯護人援助之判斷。原審未調查釐清，泛稱在作業上通知法扶基金會指派律師到場辯護時，確實需要花費很久之時間，檢察官以之徵求上訴人意見，上訴人最後亦回答：「你問啦」，即已主動請求立即訊問，符合刑事訴訟法第31條第5項之規定，並無違法，而認上訴人於該次偵訊中之供述有證據能力，亦有應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由不備之違法。

三、刑事訴訟法第98條、第100條之2規範訊（詢）問被告時，正面訓示應出以懇切之態度，負面列舉禁止以強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正方法取供，結合同法第156條第1項就被告之自白必須具備任意性，始屬適格證據之規定，架構成完整的證據排除之規定。此項規定，旨在維護被告陳述之意思決定及意思活動之自由。復為確保此意旨之具體實現，另於同法第156條第3項規定：「被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。」明示祇須被告爭執自白之任意性，法院即必須先於其他事實而為調查，並應責由檢察官就其引為起訴證據之自白，指出證明出於任意性之方法，而將舉證責任倒置，除非偵查機關能證明被告之自白出於任意性，否則即應認該自白之取得程序並非適法，逕予排除而不得作為證據。亦即，其不利益應歸國家機關負擔，法益歸被告，以確保實質正當之法律程序。上訴人於原審具狀陳稱略以：上訴人於103年12月4日上午6時許尚在睡夢中，即被調查人員自三地門鄉住處帶去屏東縣調查站接受詢問，當時沒用早餐也未服藥，上訴人於警詢已向詢問人員表示其尚未服用每日之高血壓藥及膽藥，詢問人員卻僅叫其不要緊張，未停止詢問，使其服用藥物；又於同日下午1時20分被同行至檢察官製作偵訊筆錄，亦未提供午餐也沒有吃藥，上訴人從早上到中午已連續兩餐未進食，於製作偵訊筆錄時已不勝負荷，向檢察官表示其尚未服用藥物，也還沒吃飯用餐等語，然檢察官無視上訴人請求讓其吃飯、用餐，持續對上訴人偵訊、取供，而有疲勞訊問之情形等詞（見原審卷第29頁至第30頁）。原審未針對上情責由檢察官指出證明上訴人於偵查中之自白出於任意性之方法，亦未翔實調查，復未於理由內為必要之說

明，另以檢察官並未誘導、恐嚇、脅迫上訴人為由，遽認上訴人於偵查中之陳述具有證據能力，併採為上訴人犯罪之主要論證，依上述說明，自有採證違反證據法則及判決理由不備之違法。

四、以上各節為上訴意旨所指摘原判決不當，非全無理由，且上述違背法令影響於事實之確定，本院無從據以自為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 6 月 3 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 6 月 9 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 2283 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 11 日

裁判案由：貪污等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第2283號

上訴人 陳仁維

選任辯護人 簡燦賢律師

陳永祥律師

上列上訴人因貪污等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國108 年4 月18日第二審更審判決（106 年度重上更(一)字第17號，起訴案號：臺灣臺東地方檢察署101 年度偵字第2108號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於陳仁維所犯如其事實欄二、四、五、七、八（即其附表一、三、四、六、七）所載從一重處斷之公務員利用職務上之機會詐取財物既遂共肆罪及未遂壹罪部分撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷發回（即上訴人所犯如原判決事實欄二、四、五、七、八（即其附表一、三、四、六、七）所載從一重處斷之公務員利用職務上之機會詐取財物既遂共4 罪及未遂 1罪）部分：

本件原判決認定上訴人陳仁維於本件案發當時係○○縣警察局○○警察隊（下或稱○○隊）組長，係依法令服務於地方自治團體所屬機關，而具有法定職務權限之公務員，有如其事實欄二、四、五、七、八（即其附表一、三、四、六、七）所載行使公務員登載不實公文書及公務員利用職務上之機會詐取財物既遂共4 次及未遂1 次之犯行，因而撤銷第一審關於如原判決事實欄二、四、五、七、八（即其附表一、三、四、六、七）所載部分科刑之判決，改判依連續犯及想像競合犯關係從一重論上訴人以公務員利用職務上機會詐取財物既遂共4罪暨未遂1罪，均依貪污治罪條例第12條第1 項之規定減輕其刑，再就如原判決事實欄八（即其附表七）所示未遂犯部分依刑法第25條第2 項未遂犯規定遞減輕其刑後，分別量處如原判決附表八編號1、3、4、6、7「主文」欄所示之刑，及宣告如同上「主文」欄所示之褫奪公權，暨相關之沒收及追徵，並就上訴人前揭所犯共5 罪及本院駁回其他

上訴部分（即原判決附表二、五所示公務員假借職務上之機會，故意犯詐欺取財共2罪）所處之刑合併定其應執行刑為有期徒刑7年4月，並就上訴人所宣告之多數褫奪公權，諭知應執行其中最長期間者褫奪公權4年，固非無見。

惟查：(一)、本件檢察官起訴意旨認上訴人就如原判決事實欄二、四、五、七、八（即其附表一、三、四、六、七）所載部分，係涉犯貪污治罪條例第4條第1項第3款之購辦公用器材（物品）浮報價額（包括既遂4罪及未遂1罪），及刑法第216條、第213條之行使公務員登載不實公文書等罪嫌；而前揭「購辦公用器材、物品浮報價額罪」，係指公務員於購辦公用器材或物品時，故意提高價額（即以少報多），或虛增其中一部分支出項目或數量，使核銷之總價額為不實之增加，而從中圖取不法利益而言。上開罪名係公務員特別重大之貪污行為，因行為人主觀上具有不法得利之意圖，且行為結果亦有獲取不法利益之情形，故為同條例第6條第1項第4款公務員圖利罪之特別規定。而該罪亦含有詐欺之性質，且行為人行為之結果亦有獲得財物或利益之情形，故亦屬同條例第5條第1項第2款公務員利用職務上機會詐取財物罪之特別規定，而有法規競合之情形，自應依「特別法優於普通法」、「重法優於輕法」等關於法規競合之法理，選擇適用貪污治罪條例第4條第1項第3款之購辦公用器材、物品浮報價額罪處斷。又上述罪名中所稱「公用器材、物品」，與「非公用器材、物品」之意義相對立，係指供為國家或地方自治團體所屬機關（下稱國家機關）公務上或業務上所使用之器材、物品而言；縱國家機關購辦該項器材、物品之目的係為發放於民眾使用，例如購辦用以賑災之器材及物品、發放於民眾之公務活動宣傳品、公立學校購辦學童使用之營養午餐、國家衛生福利機關統一購辦用以發放於各醫療院所供公眾使用之特殊醫療、防疫器材、藥品等，均仍屬之。考其立法目的，係在於前揭規定所稱之「公用器材、物品」，或係供國家機關公務上或業務上所使用，或係供公眾或多數人使用，與國家公務、業務或公眾利益、安全具有密切關係，對於該項器材及物品之效能、品質與購辦公務員之廉潔，自應為高度之要求，嚴防其有貪瀆舞弊之行為，故將其中關於購辦公用器材、物品常見之浮報價額、數量之舞弊手法列明於本款，用資防杜，並明示其適用標準。本件依原判決事實欄二、四、五、七、八（即其附表一、三、四、六、七）之認定，上訴人於

購辦○○縣警察局○○隊所舉辦民國99、100、101年度暑假青春專案，及100、101年度辦理菸害稽查取締（宣傳）工作所需之便當、礦泉水、旗幟、橫幅、海報、識別證、攤位牌、邀請函、舞臺、背板、地毯、燈光、發電機、音響器材之租借及施工、吸濕排汗衫、宣傳單、菸害稽查袋、風扇掛勾、手電筒等物品時，均有如同上附表所載實際出貨數量或所支出之金額較少，而向該警察局辦理核銷之發票或收據所載出貨數量或所支出之金額較多之浮報情形，甚至有廠商實際並未出貨（宣傳單），而於核銷之收據上虛報製作宣傳單2萬5千張，合計支出新臺幣（下同）2萬元之情形（如原判決附表四所載）。倘若無訛，則上訴人所為如原判決附表一、三、六、七所載部分，似已該當於貪污治罪條例第4條第1項第3款之購辦公用器材、物品浮報價額罪之構成要件，而其所為如原判決附表四所載（即虛報價額）部分，似亦該當於同上條例第4條第1項第3款之購辦公用器材、物品而有其他舞弊情事罪之構成要件。原判決理由雖謂上揭罪名所稱之「公用物品」，係指一般公務機關經辦業務使用之物品而言；本件上訴人所購辦如原判決事實欄二、四、五、七、八（即其附表一、三、四、六、七）所載之商品，或係提供與參與活動之人食用，或係供宣傳活動及贈送參與活動者之用，或係辦理活動所租借之音響燈光等器材，均非○○縣警察局○○隊經辦業務使用之物品，與上述罪名所稱「公用物品」之意義不合云云（見原判決第46頁第12至20行），因認上訴人上開所為尚不構成如檢察官起訴意旨所指之貪污治罪條例第4條第1項第3款之公務員購辦公用物品浮報價額既遂及未遂罪，因而變更起訴法條，改論以同條例第5條第1項第2款之公務員利用職務上之機會詐取財物既遂及未遂罪。惟上訴人主辦、規劃及執行○○縣警察局○○隊所舉辦之上述各項專案活動，係以○○縣警察局所編列之預算經費購辦上述活動所需之便當、礦泉水、旗幟、宣傳單等物品，及租用該等活動所需之舞臺、音響、燈光等器材及施工費用，且該等器材、物品亦係供○○縣警察局○○隊基於其公務宣導而辦理之前述各項專案活動所使用，縱認該警察局購辦該等物品之目的，係為發放於前來參加上述專案活動之民眾使用，但能否謂與該警察局之公務、業務或公共利益全然無關而非屬上述罪名所稱之「公用物品」？依前揭說明，非無商榷餘地。況該警察局辦理該等專案活動所租用之舞臺、音響、燈光設備等器材及施工費用，其



目的均非直接提供或贈與參加該等活動之人食用或使用，且與該警察機關之公務宣導暨公共利益有關，何以亦不屬於該警察局○○隊公務或業務上使用之器材及物品，而非屬上述罪名所稱「公用物品」？亦有研酌餘地。原判決並未詳細審究並論述其法理上之依據，遽謂該警察局○○隊購辦上述專案活動所需之上述各項物品，及租用辦理該等專案活動所需用之舞臺、音響、燈光等器材及施工費用，均非屬貪污治罪條例第4 條第1 項第3 款所稱「公用器材、物品」，並據此認上訴人此部分所為不構成上述條例第4 條第1 項第3 款之公務員購辦公用物品浮報價額既遂及未遂罪，而改論以同條例第5 條第1 項第2 款之公務員利用職務上機會詐取財物既遂及未遂罪，其說理殊欠完備，本院自無從為其適用法則當否之審斷。(二)、有罪之判決書，對被告有利之證據不採納者，應說明其理由，為刑事訴訟法第310 條第2 款所明定。故有罪判決書對於被告有利之證據，如不加以採納，必須說明其何以不予採納之理由，否則即難謂無判決不備理由之違誤。卷查上訴人於本件偵、審中均否認有如原判決事實欄二、四、五、七、八（即其附表一、三、四、六、七）所載故意利用職務機會詐取財物之犯行，辯稱：伊於辦理99年度至101 年度暑假青春專案等活動時，確有將其向廠商所籌措之款項用在該警察局○○隊未辦理核銷之活動項目上等語，並提出如原判決附表十所示之「99年度至101 年度暑假青春專案經費採購核銷暨被告所辯未核銷項目表」及相關證據資料（見原審更審卷第1 宗第67至79頁），用以證明其並未將向廠商籌措之款項中飽私囊，而係用於辦理該○○隊所舉辦之相關活動臨時增加之支出或未辦理核銷之項目上。而(1)、證人即○○隊經辦核銷本案活動相關費用之警員林志憲於警詢及原法院上訴審審理時亦均證稱：該○○隊所舉辦之活動，計畫擬好後，有時活動花費或增加之活動項目會超過原先之預算，超過預算部分均係由上訴人自行負責解決等語（見101 年度他字第493 號卷第2 宗第13頁反面，101 年度偵字第2108號卷第242 頁反面、第243 至245 頁，原審上訴審卷第2 宗第202 頁反面至第204 頁反面）。(2)、證人即廠商白秋東於原法院上訴審審理時證稱：「伊確實有見到『南拳媽媽』（合唱團名稱）來現場表演，有聽到陳主辦人（指上訴人）與藝人之經紀人說藝人費不夠，還要請陳主辦人再補錢」等語（見原審上訴審卷第1 宗第158 頁）。(3)、證人即○○隊經辦核銷本件專案活動相關費用之警員胡

光榮於警詢時證稱：「（問：上訴人列舉101 年度未能檢具核銷項目中第1 項角力場租費用1 萬元，你是否知情？）我知情，本（101 ）年度在○○市南王摔角競技場舉辦角力比賽，是我與南王里里長陳聰智接洽，有關角力場地租費陳里長稱需支付1 萬元，並於101 年7 月4 日中午活動當日由上訴人親交現金1 萬元給里長，我有看見，我有提醒他（指上訴人）請里長填寫收據，他回稱不用」、「（問：上訴人列舉101 年度未能檢具核銷項目中第5 項角力比賽獎金1,000 元，你是否知情？）活動當日刑警大隊偵查佐田逸農建議增加國小組第3 名獎金1,000 元（原計畫未編列），上訴人接受建議，並拿出現金1,000 元頒發」、「（問：陳仁維列舉101 年度未能檢具核銷項目中第6 項角力受傷慰問水果費用500 元，你是否知情？）本年度辦理青春專案活動前，我有提醒上訴人對4 場活動參加選手投保意外險（往年都有投保），上訴人回稱經費不足，我也無法作主。角力活動當日發生1 名選手受傷，因媒體披露，前隊長莊武松指示上訴人與我前往該選手住處慰問，上訴人交付我現金500 元購買水果前往慰問，至於為何未於事後核銷，我認為可能是因事前未投保，上訴人心虛怕上級長官責怪，想自行吸收了事，他也未要我提供購買水果收據」、「（問：上訴人列舉101 年度未能檢具核銷項目中第8 項獅子會感謝狀框費用1,440 元，你是否知情？）這是上訴人叫我前往林正忠筆莊製作獅子會感謝狀8 面，金額1,440 元由我先代墊，莊隊長有叫我檢據核銷，原本我已繕打好、黏貼憑證（在○○隊業務費項下勾支），核章至上訴人時，他退件叫我不要核銷，並當場支付我現金1,440 元」等語（見101 年度偵字第2108號卷第262 至265 頁）。若上述證人林志憲、白秋東及胡光榮前揭證詞均屬可信，則上訴人上開辯解似非全屬無稽，縱該等證詞在本件犯罪事實上尚未能確切據以為有利於上訴人之認定，然似非不能作為有利於上訴人量刑之因素。原判決對於上訴人前揭辯解以及上述證人所述是否可信，暨上訴人所辯若屬可信，能否作為對其有利之認定或量刑因素，並未加以審酌及說明，遽為重刑之判決，亦嫌理由欠備。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決關於其事實欄二、四、五、七、八（即其附表一、三、四、六、七）所載5 罪部分仍有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即上訴人所犯如原判決事實欄三、六（即其附表

二、五〉所載公務員假借職務上之機會故意犯詐欺取財共2 罪）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。本件上訴人對原判決不服，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（即對於原判決事實欄三、六〈即其附表二、五〉所載公務員假借職務上之機會，故意犯詐欺取財共2 罪部分，亦已上訴）。

。次按刑事訴訟法第376 條第1 項各款所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。又該條項第2 至7 款所規定者，係以「罪」為標準，亦即著重在其所犯罪名，與第1 款前段所定以「刑」為標準，著重在其所處刑度者，尚有不同，因此該條項第2 至7 款所列之罪，縱因適用分則條文加重其法定刑至3 年以上，仍非屬得上訴於第三審法院之案件。本件原判決關於其事實欄三、六（即其附表二、五）所載，即上訴人所犯刑法第134 條前段及修正前刑法第339 條第1 項之公務員假借職務上之機會，故意犯詐欺取財共2 罪部分，雖均經原判決依刑法第134 條前段之規定加重其法定刑，但依上述說明，均仍屬刑事訴訟法第376 條第1 項第4 款所列不得上訴於第三審法院之案件，且本件第一、二審均對上訴人所犯上述2 罪部分為有罪之判決，依前揭說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院。上訴人猶對於上開2 罪部分一併提起上訴，均為法所不許，亦應併予駁回。

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 6 月 11 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 蔡 憲 德

法官 張 祺 祥

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 6 月 16 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 2669 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 10 日

裁判案由：違反銀行法等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第2669號

上訴人 倪菲爾 (NEAVES PHILIP 英國籍)

選任辯護人 陳恒寬律師

阮宥橙律師

上訴人 劉穎谷

陳志明

共同

選任辯護人 楊宗儒律師

黃詠劭律師

上訴人 凌鳳琴

選任辯護人 張智婷律師

莫詒文律師

上訴人 李泗源

選任辯護人 陳明暉律師

張進豐律師

上訴人 曾杭皆 (CHAN HONT KAI 新加坡籍)

選任辯護人 莫詒文律師

上列上訴人等因違反銀行法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年5月31日第二審更審判決（104年度金上重更(一)字第4號，起訴及追加起訴案號：臺灣臺北地方檢察署94 年度偵字第17218號，95年度偵字第23853號，96年度偵字第2265、4126、14836、19324號，97 年度偵字第3717號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審對上訴人倪菲爾、劉穎谷、陳志明、凌鳳琴、李泗源、曾杭皆（下稱倪菲爾等6 人）之科刑判決，改判依想像競合犯從一重論處倪菲爾、劉穎谷、陳志明、凌鳳琴、李泗源犯銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪刑，另仍論處曾杭皆犯常業詐欺取財罪刑。固非無見。

二、惟查：

(一)證人與被告在刑事訴訟法上分屬不同之證據方法，其保障有別，證據調查程序亦截然不同，然證人之陳述與被告之供述同屬於供述證據，本諸禁止強制取供之原則，不論任何供述證據，均須先具備任意性，始具證據適格之前提要件。刑事訴訟法第98條規定：「訊問被告應出於懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法。」正面訓示應出以懇切之態度，負面列舉禁止以不正方法取供，原為同法第192條證人訊問之規定所準用，民國92年1月14日修正時，因同法第166條之7第2項第2款就詰問證人之限制已有明文，故刪除該準用第98條之規定。惟刑事訴訟法第166條之7第2項詰問規定係針對證人合法調查之限制，如有違背，須視當事人有無異議及審判長之處分而定其效果；同法第98條之任意性要件，則是證據適格之先決事實，若有違反，即屬證據排除，二者體系不同、層次有別，無法互相取代，自不得僅因賦予當事人充分行使交互詰問權，即免除證人之陳述受任意性原則之保護。況偵查中訊（詢）問證人，因非以詰問方式為之，而無刑事訴訟法第166條之7第2項詰問規定之適用，亦有規範不足之處。有鑑於此，刑事訴訟法於109年1月15日修正公布第192條證人訊問之規定，恢復準用第98條之規定（109年7月15日施行），再連結到同法第196條之1第2項司法警察（官）詢問證人及同法第197條訊問鑑定人等規定所準用，即揭明任意性原則，不限於被告之供述，尚及於其他供述證據亦有其適用。又供述證據之任意性原則，乃實質正當法律程序之必要條件，縱被告並非取供任意性之權利受害者，而是關係第三人，仍應容許被告主張證據排除，俾符合正當法律程序之要求。是以，審理事實之法院，遇有被告或證人對於證人之證言提出非任意性之抗辯時，即應就此任意性要件之存否先為調查、審認，敘明其證據之適格性，方為適法。原判決認定倪菲爾等6人有如原判決事實欄三至五所載之犯行，引述證人即同案被告何永樑於第一審之證言為證據。然倪菲爾於原審既已否決何永樑上開證詞之任意性，原判決就此未為調查，亦未於理由內為必要之說明，不惟採證違背證據法則，併有判決不載理由之違背法令，甚且以何永樑以證人身分到庭具結陳述，並接受被告之詰問，合於刑事訴訟法第166條之6、第186條至第189條等規定

，即得作為認定被告犯罪事實之判斷依據，似將對其證言有無經交互詰問，為合法調查範疇，與其證言任意性之有無，係屬證據能力之判斷，二者混為一談，亦有適用證據法則違誤之處。

(二)有罪之判決，其所記載之理由，前後必須互相適合，且對同一證據資料所為判斷，先後亦須相一致，否則即屬判決理由矛盾之違法。原判決理由欄甲、貳之五業已說明，倪菲爾等6人及其等辯護人對除自身以外之其餘被告於警詢、偵查中供述之證據能力，均有所爭執，故將之排除，皆未引為認定倪菲爾等6人犯罪事實之證據。惟原判決理由欄乙、肆、三、(三)之3.及(四)之2.仍引用前開排除證據即倪菲爾偵查中之證詞，一併作為認定5年回饋計畫係屬不實之依據，復未為必要論斷及說明，致其理由之論敘，前後不相一致，難謂無判決理由矛盾之違誤，並有採證違背證據法則之違法。

(三)刑事訴訟採直接審理主義，事實審法院應就調查所得之證據，在經驗法則、論理法則之支配下，本於法之確信自為判斷，不受其他行政、立法、考試、監察機關之干涉，亦不受其他法院判決之認定拘束，雖不得以其他刑事、民事或行政訴訟確定判決所為之事實認定，逕行援引為本案之事實認定，惟審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，除認為不必要者外，均應一律注意，詳為調查，然後基於調查所得之心證，以為判斷事實之基礎，可見事實認定與證據採擇係屬二事，如有應行調查之證據未經依法調查，或證據雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如逕行判決，仍有依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又所述之理由，應與卷內證據資料相符，否則亦有證據上理由矛盾之違法。原判決以本案不受民事判決見解拘束，獨立審判而認定事實，惟對於臺灣臺北地方法院99年度訴字第1680號民事事件於103年6月23日審理時勘驗CONCEPTS VACATION CLUB（下稱CVC）網站，輸入會員帳號及密碼，可點選渡假村、飯店、日期等選項之勘驗筆錄，並經倪菲爾等援引主張CVC會員有預定渡假村、旅館使用權利之有利證據資料，攸關倪菲爾等6人犯罪事實有無之判斷，原判決未說明不予採擇之理由，即有應於審判期日調查之證據漏未調查之違法。復原判決理由欄乙、肆、七、(一)之4.說明證人李漢忠、王蓮成證

稱有透過英屬曼島商樂吉美股份有限公司臺灣分公司（下稱樂吉美臺灣分公司）訂得便宜度假村等語，係因李漢忠於89年9月2日購買ATLAS 渡假村之分時渡假權益，並包含2年RESORT CONDOMINIUM INTERNATIONAL（下稱RCI）會員資格，而王蓮成在成為CVC會員前，亦具有RCI會員資格，據以認其等之證詞不足為有利倪菲爾等6人之理由。惟李漢忠上開透過樂吉美臺灣分公司訂得渡假村之入住時間為91年12月21日（見96重訴102卷(五)第108頁），而王蓮成於審理中係證稱係樂吉美臺灣分公司於其加入CVC會員時，幫其辦理RCI會員卡等詞（見98上重訴50卷(五)第26頁反面、第27頁）。倘若無訛，似李漢忠透過樂吉美臺灣分公司訂得渡假村時已非具有RCI會員資格，王蓮成亦非於加入CVC會員前即已取得RCI會員資格，原審所為上開認定，未詳為究明，遽為倪菲爾等6人不利之認定，併有證據與理由矛盾之違法情形。

(四)有罪判決應記載事實，其記載之方法，以文字敘述，或列表方式記載，或文字、列表併用，均無不可。但附表之記載，為事實之一部，不得與文字敘述相矛盾，並應於判決理由內敘述其憑以認定之依據，方屬適法。又科刑判決所認定之事實，與所採之證據不相適合，即屬證據上理由矛盾，其判決當然違背法令。另行為人有銀行法第29條第1項規定之非銀行收受存款或吸收資金之情形，其因犯罪獲取財物或財產上利益之多寡，攸關究犯同法第125條第1項前段或後段之罪，事實審法院自應對此詳為調查審認明白，以資為適用法律之依據。經查：

- 1.原判決事實欄五與理由欄乙、捌、六之(三)均記載詐得關於VIP ASIA合約款項為新臺幣（下同）682萬3010元，扣除已實際返還被害人之犯罪所得為635萬1950元，惟原判決附表（下稱附表）七就VIP ASIA合約部分之犯罪所得總計卻載述為754萬3010元，扣除已返還部分之犯罪所得總計為707萬1950元，有理由矛盾之違法。
- 2.附表二編號5記載陸美惠第一次承購CVC合約係於92年5月23日，於同年12月7日方參加5年回饋計畫，惟參卷附陸美惠承購CVC合約（見警卷(六)第1528頁），其係於92年5月23日即繳付合約金額，則該金額是否應計入嗣後參加5年回饋計畫之繳納金額部分，似有研求之必要。

- 3.附表二編號6記載李季芳承購CVC合約之實付金額為4萬5000元，惟徵諸李季芳於第一審證稱僅共支付1萬9500元，即未繼續繳付剩餘款項等語（見96 重訴102卷(七)第274、275頁），似有認定事實與卷證資料不符之情形。
- 4.附表二編號17記載紀劍勳、鄭富三第一次承購CVC 合約及第二次增補CVC合約並參加5年回饋計畫之實付金額總計為101 萬元，惟參卷附樂吉美臺灣分公司開具之收據（見96 重訴102卷(十)第166頁），似就前開合約僅收受紀劍勳、鄭富三總計96萬元。
- 5.附表二編號37記載李中毅第一次承購CVC合約並參加5年回饋計畫之合約金額為75萬元，惟參卷附樂吉美臺灣分公司開具之總額實收證明（見96重訴102卷(十一)第221頁反面），似就此部分合約僅收受李中毅71萬元。
- 6.附表二編號60記載蕭武得承購CVC合約並參加5年回饋計畫之實付金額為26萬8000元，惟參蕭武得信用卡消費明細及帳單所示，其給付予樂吉美臺灣分公司之金額似總計為23萬8659元（見95他8594卷(一)第40、41頁），亦有不相吻合之情形。
- 7.附表二編號61記載張慧端第二次承購CVC合約並參加5年回饋計畫之實付金額為9 萬8000元，惟參張慧端於臺北市政府消費者服務中心受理消費爭議申訴要旨，稱前開合約僅以信用卡支付3 萬元，餘款並未支付等語（見95他8594卷(二)第402、403頁），究竟繳付款項若干，尚待釐清。
- 8.附表二編號69記載葉俊毅承購CVC合約並參加5年回饋計畫之實付金額為25萬元，惟參葉俊毅於警詢時僅提及以信用卡支付7 萬5000元訂金後，不久即向樂吉美臺灣分公司請求退還所繳費用等語（見警卷(六)第1514、1515頁），則葉俊毅是否仍有向銀行貸款繳付剩餘款項，尚待查明。
- 9.附表二編號83記載曾煥恩第一次承購CVC 合約實付金額為15萬8000元，第二次增補CVC合約並參加5年回饋計畫之實付金額為35萬2000元，總計遭詐騙金額為51萬元，惟參卷附樂吉美臺灣分公司開具之收據（見警卷(七)第1878、1879頁），及曾煥恩於警詢證稱遭詐騙金額（見警卷(七)第1873頁），似均僅為45萬4500元。
- 10.附表二編號150 記載陳家豪承購CVC 合約並參加5 年回饋



計畫之實付金額為12萬8000元，惟參陳家豪於警詢證稱遭詐騙金額為8萬500元等語（見警卷(四)第3146頁），且有樂吉美臺灣分公司繳款通知書（見警卷(四)第3156頁），則陳家豪是否有將款項付清，尚非無疑。

- 11.附表二編號151記載李稚蓉第一次承購CVC合約之實付金額共為12萬5000元，惟參樂吉美臺灣分公司函文、李稚蓉信用卡授權號碼申請表等資料（見96重訴102卷(三)第347、349、350、352頁），李稚蓉就前開合約似僅繳付共2萬5000元。
- 12.附表二編號179記載翁之賢承購CVC合約並參加5年回饋計畫之實付金額為50萬8000元，惟參卷附樂吉美臺灣分公司開具之收據（見警卷(五)第3947頁），及翁之賢提供之銀行信用卡消費明細或繳款通知書等文件總計之金額（見警卷(五)第3948至3953頁），似均僅為50萬3000元。
- 13.附表二編號190記載蔡嘉峰第二次增補CVC合約並參加5年回饋計畫之實付金額為3萬8000元，惟參蔡嘉峰於簽訂前開增補合約後，於消費爭議申訴資料表，記明訴求樂吉美臺灣分公司退回第一次承購CVC合約已支付之5萬元款項（見95他8594卷(二)第282頁），則蔡嘉峰是否有繳付增補合約之剩餘款項，尚非無疑。
- 14.附表二編號221記載李昔殷、李欣霓承購CVC合約並參加5年回饋計畫之實付金額為20萬元，惟參李昔殷於警詢證稱遭詐騙金額共為10萬元等語（見警卷(六)第4942頁），而該CVC合約載述預付訂金為6萬元，剩餘金額以分期方式繳付，首期繳付2000元，其餘款項分60期，各期繳付2300元（見警卷(六)第4944頁），則李昔殷、李欣霓是否有將款項付清，尚待查明。
- 15.附表二編號236記載俞振信第一次承購CVC合約並參加5年回饋計畫之實付金額為22萬5500元，第二次增補CVC合約並參加5年回饋計畫之合約金額為31萬4270元，扣抵金額為21萬4470元，實付金額為9萬9800元，則俞振信第一次承購CVC合約實付金額究為多少，致與第二次增補CVC合約扣抵金額有所不符。
- 16.附表二編號243記載林松、李春鳳第一次承購CVC合約並參加5年回饋計畫之實付金額為7萬8000元，第二次增補CVC

合約並參加5 年回饋計畫之合約金額為64萬7500元，扣抵金額為7 萬5500元，實付金額為57萬2000元，則林松、李春鳳第一次承購CVC 合約實付金額究為多少，致與第二次增補CVC合約扣抵金額有所不符。

- 17.附表二編號246記載陳力本、林亦敏第一次承購CVC合約並參加5年回饋計畫之實付金額為36萬元，第二次增補CVC合約並參加5 年回饋計畫之合約金額為49萬6824元，扣抵金額為34萬6824元，實付金額為15萬元，則陳力本、林亦敏第一次承購CVC 合約實付金額究為多少，致與第二次增補CVC合約扣抵金額有所不符。
- 18.附表二編號259記載連輝瑜第一次承購CVC合約並參加5 年回饋計畫之實付金額為38萬元，第二次增補CVC 合約並參加5 年回饋計畫之合約金額為50萬7320元，扣抵金額為36萬3320元，實付金額為14萬4000元，則連輝瑜第一次承購CVC合約實付金額究為多少，致與第二次增補CVC合約扣抵金額有所不符。
- 19.附表二編號299記載黃正榮第二次承購CVC合約並參加5 年回饋計畫之實付金額為23萬2000元，惟參該份合約載述合約金額為23萬2000元，預付訂金7 萬元，餘款繳付方式為月付3375元，共計48期，期間自93年12月20日至97年11月20日止（見96重訴102卷(一)第165頁），而黃正榮於95年11月1 日警方搜索樂吉美臺灣分公司後，是否仍有繼續繳付剩餘款項，尚待查明。
- 20.附表二編號393記載洪薪元承購CVC合約並參加5 年回饋計畫之實付金額為25萬元，惟參卷附消費爭議申訴資料表之申訴要旨，稱希望將前開合約解約拿回以信用卡支付之 7 萬5000元訂金等語（見95他8594卷(二)第142 頁），則洪薪元是否仍有支付剩餘款項之可能，尚待釐清。
- 21.附表二編號402記載楊仁勇、邱麗琴承購CVC合約並參加 5 年回饋計畫之實付金額為36萬元，嗣邱麗琴承購VIP ASIA合約之金額為52萬元，扣抵金額為34萬元，實付金額為18萬元，則楊仁勇、邱麗琴承購CVC 合約實付金額究為多少，致與邱麗琴承購VIP ASIA合約扣抵金額有所不符。
- 22.附表二編號410記載洪慧如增補CVC合約並參加5 年回饋計畫之合約金額為65萬元，扣抵金額為39萬5800元元，實付

金額為25萬4200元，惟參卷附前開增補合約書其上註記「本增補合約與原購契約權益同，本人解除增補合約」等字，並有洪慧如之簽名及期日記載（見96重訴102卷(三)第306頁），則洪慧如上開CVC 增補合約，是否業經解除並返還價金，仍待查明。

23.附表二編號417記載洪肇遠承購CVC合約並參加5 年回饋計畫之合約金額及實付金額均為24萬元，惟參該份合約載述預付訂金7 萬2000元，餘款繳付方式為月付2800元，共計60期，期間自93年11月15日至98年10月15日止（見96重訴102卷(三)第287頁），而洪肇遠於95年11月1 日警方搜索樂吉美臺灣分公司後，是否仍有繼續繳付剩餘款項，尚待查明。

24.附表二編號427記載蔡佳勳簽立VIP ASIA合約實付8萬元，惟據其所引證據資料，僅有3 萬元之信用卡授權號碼申請單（見96重訴102卷(四)第293頁），且附表七編號427 記載蔡佳勳簽立VIP ASIA合約係給付80萬元，互有出入，尚待釐清究明。

三、以上，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，上述違背法令影響於事實之確定，本院無從據以自為裁判，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 6 月 10 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

書 記 官

中 華 民 國 109 年 6 月 15 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3334 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 30 日

裁判案由：違反食品安全衛生管理法等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第3334號

上訴人 見豐貿易有限公司

兼代表人 鄭淑珠

上二人

選任辯護人 江肇欽律師

上訴人 黃秋栢

徐天秣（原名徐鼎祐）

上二人

選任辯護人 賴柏宏律師

王森榮律師

上訴人 王耀榮

選任辯護人 葉佳勝律師

紀錦隆律師

上訴人 王建霖

上列上訴人等因違反食品安全衛生管理法等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108年7月11日第二審判決（105年度上訴字第889號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署104年度偵字第20396、24021號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於鄭淑珠、黃秋栢犯其附表一編號29、32、33部分；徐天秣犯其附表一編號32部分；王耀榮、王建霖犯其附表四編號7.至9.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：

一、本件原判決認為上訴人鄭淑珠、黃秋栢有其犯罪事實欄（下稱事實欄）一之(一)如其附表（下稱附表）一編號29、32、33之犯行；上訴人徐天秣有事實欄一之(一)如附表一編號32之犯行；上訴人王耀榮、王建霖有事實欄二如附表四編號7.至9.之犯行，因而撤銷第一審關於其等5人此部分之科刑判決，改判依想像競合犯關係各從一重論處鄭淑珠、黃秋栢如附表一編號29、32、33所示犯幫助三人以上共同詐欺取財各1罪

刑（各均共3 罪刑）；依想像競合犯關係從一重論處徐天稭如附表一編號**32**所示犯幫助三人以上共同詐欺取財（累犯）罪刑；依想像競合犯關係各從一重論處王耀榮、王建霖如附表四編號**7**至**9**所示共同犯三人以上共同詐欺取財各1 罪刑（各均共3罪刑），及均為相關沒收之諭知。固非無見。

二、惟查：卷內檢舉光碟翻拍之照片及拍攝之食品外包裝、銷貨單照片，並無附表一編號**29**、**32**、**33**之證據資料（見他字第2558號卷第8 至66頁反面）。且編號**29**所示於民國104年1月14日販賣切達乾酪、金額為新臺幣（下同）75元之事實，於見豐貿易有限公司（下稱見豐公司）高雄分公司電腦查詢翻拍畫面資料「印在表尾」欄、銷貨單備註欄、以及見豐公司高雄分公司銷售予東海食品行之銷貨單明細表，均記載「處理即期品」（見偵字第20396號卷三第209、278、281頁反面）；編號**32**所示於104年5月28日販賣切達乾酪、金額510 元之事實，其銷貨單備註欄手寫記載為6/8 到期，而見豐公司高雄分公司銷售予東海食品行之銷貨單明細表備註欄則為空白（見同上偵卷三第279、288頁反面）；附表一編號**33**所示於104年5月30日販賣法藍西橘乾酪片之事實及金額6400元，該批於見豐公司高雄分公司電腦查詢翻拍畫面資料「印在表尾」欄、銷貨單備註欄、見豐公司高雄分公司銷售予東海食品行之銷貨單明細表均記載「處理即期品/ 優惠價」（見同上偵三卷第207 、279頁反面、289頁）。另原判決所援引之①徐天稭於偵查中之陳述，並未陳述關於附表一編號**32**部分（見同上偵卷三第268至270頁）、②謝和芸於偵查中係供稱：104年1月14日這筆（附表一編號**29**）伊不確定是過期或即期品、104年5月28日（附表一編號**32**）的銷貨單有備註即期品，銷貨單上其實看不出來販售過期或即期品等語（見同上偵卷三第265、266頁）以及③王耀榮於偵查中係供稱：見豐賣給東海的銷售單104年1月14日（附表一編號**29**）是即期品，伊沒有改標等語（見同上偵卷三第370 頁）；附表一編號**33**部分，則未援引相關證人之證述（見原判決第14頁第30列至第15頁第4 列）。以上各情，倘若實在，似無法判斷見豐公司高雄分公司此部分銷貨予東海食品行食品是否已屬過期，原判決此部分事實之認定與所採之證據，不相適合，遽以附表一編號**29**、**32**、**33**有檢舉光碟翻拍照片及上開共同被告

之供、證述為憑，即認鄭淑珠、黃秋栢有此部分及徐天秭有附表一編號32之犯行，自有證據理由上之矛盾、理由不備及調查未盡之違法。

- 三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響事實確定，本院無可據以為裁判，自應將原判決此部分撤銷，發回原審法院更為審判。又為被告之利益而撤銷原審判決時，如於共同被告有共同之撤銷理由者，其利益並及於共同被告，刑事訴訟法第402 條定有明文。原判決關於鄭淑珠、黃秋栢附表一編號29、32、33及徐天秭附表一編號32部分，於王耀榮、王建霖附表四編號 7.至 9.部分，有共同撤銷之理由，鄭淑珠、黃秋栢及徐天秭上開部分既經撤銷，王耀榮、王建霖上訴理由內雖未指摘及此，此部分即屬不可維持，應併予撤銷。至不得上訴第三審之業務上登載不實罪之王耀榮、王建霖所犯附表四編號 7.至 9.部分，原審認各與上開重罪有裁判上一罪關係；以及鄭淑珠、黃秋栢所犯其附表一編號29、32、33（見原判決第30、31頁）、徐天秭所犯附表一編號32（見原判決第33頁）部分，原審不另為無罪諭知，均基於審判不可分原則，亦應均併予發回。

貳、上訴駁回部分：

- 甲、鄭淑珠、黃秋栢附表一編號 1.、3.、6.、10.、12.、13.、15.、17.、20.、28.、46.、47.，以及王耀榮、王建霖附表四編號 1.至 6.、10.至13.、附表七編號 1.至10.、12.、13.、17.、30.、36.、37.、38.、41.、46.、47.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。至於上訴人的上訴程式是否合法，與原審判決的實質內容是否完全適法、妥當，要屬二事，不應混淆。

- 二、本件原判決認為鄭淑珠、黃秋栢有事實欄一之(一)、之(二)所載如附表一編號 1.、3.、6.、10.、12.、13.、15.、17.、20.、28.、

46、47所示各犯行，王耀榮、王建霖有事實欄二所載如附表四編號1.至6.、10.至13.、附表七編號1.至10.、12.、13.、17.、30.、36.、37.、38.、41.、46.、47所示犯行，因而撤銷第一審關於其等4人此部分之科刑判決，改判或依想像競合犯關係各從一重（附表一編號3.、6.、13.、20.、28.、46.、47.部分）、或論處鄭淑珠、黃秋栢如附表附表一編號1.、3.、6.、10.、12.、13.、15.、17.、20.、28.、46.、47所示犯幫助或共同犯三人以上共同詐欺取財既、未遂各罪刑（各均共12罪）；依想像競合犯規定各從一重論處王耀榮、王建霖如附表四編號1.至6.、10.至13.所示共同犯三人以上共同詐欺取財各罪刑（各均共10罪）及犯三人以上共同犯詐欺取財未遂各1罪刑（即上開附表七部分）暨均為相關沒收之宣告。已詳敘其調查證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由，並對於鄭淑珠、黃秋栢所辯何以不足採信，亦在理由內加以指駁及說明。又查：

- (一)違反法定程序取得之證據，應否予以排除，必須考量容許作為認定事實之依據，是否有害於人權保障、公共利益及公平正義，就個案違反法定程序情節，犯罪所生危害等事項，綜合考量結果，認以容許其作為認定事實之依據，始符合審判之公平正義，而不予排除，自不能指為違法。原判決對於檢舉人提出之光碟及經臺灣高雄地方檢察署（下稱高雄地檢署）檢察事務官勘驗該光碟、翻拍其照片等證據資料，已敘明依刑事訴訟法第158條之4規定審酌基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則予以客觀判斷權衡結果，認具有證據能力。核其所為論斷與法無違；又上開光碟經原審勘驗結果與高雄地檢署檢察事務官勘驗報告內容相符，鄭淑珠、黃秋栢及其等辯護人到場並對光碟內之客觀事實、所呈畫面亦不爭執（見原審卷六第13頁），已予保障當事人及辯護人「在場權」及查核、說明之機會，並無鄭淑珠、黃秋栢上訴意旨所指原判決此部分採證違背證據法則之違法情形。
- (二)證據之取捨及證據證明力如何，均屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權，苟其此項裁量、判斷，並不悖乎通常一般之人日常生活經驗之定則，又已於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其為違法。且法院憑以認定

犯罪事實之證據，並不以直接證據為限，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。又對於被告有利之證據不採納者，應在判決內說明其理由，雖為刑事訴訟法第310條第2款所明定。然所謂對於被告有利之證據，係指該等證據，客觀上與該判決認定之犯罪事實有相當之關聯而可為被告有利之認定，且於判決主旨有影響者而言。若非如此，則判決理由內縱未一一指駁並說明其不採納的理由，猶難逕謂該判決有理由不備之違法。又同一證人前後證詞不盡一致，採信其部分證言時，當然排除其他部分之證言，此為法院取捨證據法理上之當然結果。

- 1.附表一編號1.所示於103年7月10日販賣蛋糕粉之事實及金額1963元，稽之卷證，業經王耀榮、王建霖於原審坦承犯行而未加爭執（見原審卷七第99、115、116頁），陳榮宗亦於第一審坦承：伊有將逾期商品用1折銷售給東海，黃秋栢知情並授意伊這樣做，例如蒙佐利拉乾酪及蛋糕粉，每一次要賣過期品時伊都會請示黃秋栢這個要不要賣等語（見第一審卷五第16至26頁），原判決因而以該金額認定為交易對價（見原判決第47頁）。核與經驗、論理法則無違，並無鄭淑珠上訴意旨所指此部分交易金額，無證據可佐，而有判決理由不備之違誤情形。
- 2.附表一編號10.所示於103年8月30日販賣蛋糕粉之事實及金額400元，除有陳榮宗上開編號1.之證述可證外，該批蛋糕粉英文外盒包裝相同，日期則分別載為「BEST BY JUN-22-14」、「BEST BY AUG-13-14」、「BEST BY JUL-18-14」、「BEST BY JUN-17-14」，並有銷售予東海食品行之銷貨單在卷（見他字第2558號卷第20頁背面至23頁背面）。附表一編號12.所示於103年10月1日販賣切達乾酪、蒙佐力拉乾酪之事實及金額300元，該切達乾酪英文外包裝記載「PROD11/03/2014、EXP07/09/2014」、蒙佐力拉乾酪英文外盒包裝記載「PROD 10/03/2014、EXP 06/09/2014」，並有銷售予東海食品行之銷貨單在卷（見同上他字卷第24頁背面至26頁背面），且該筆銷貨紀錄於見豐公司高雄分公司電腦查詢翻拍畫面資料之「報表不印」欄位記載「處理9/26家樂福（0402100143）退回之過期品」（偵字第20396號卷三第201頁）。附表一編號15.所示於103年10月18日販賣特強味切達乾酪、



蒙特力傑克乾酪及墨西哥青椒乾酪之事實及金額345 元，該批特強味切達乾酪英文外盒包裝記載「PROD 11/02/2014、EXP09/10 /2014」，蒙特力傑克乾酪英文外盒包裝記載「PROD 12/05 /2014、EXP 09/10/2014」，墨西哥青椒乾酪英文外盒包裝記載「PROD 16/05/2014、EXP13/10/2014」，並有銷售予東海食品行之銷貨單在卷（見同上他字卷第31頁至34頁）。附表一編號17.所示於103 年11月10日販賣伯爵多用途鮮奶油、酸奶之事實及金額1,512 元，該批伯爵多用途鮮奶油英文外盒包裝記載「18 09 14」，酸奶英文外箱包裝記載「OCT 23」、內袋包裝記載「OCT 23 14」，銷貨單上備註欄亦記載「過期品」，並有銷售予東海食品行之銷貨單在卷（見同上他字卷第35頁至38頁背面）。附表一編號28.所示於103 年12月18日販賣蒙佐力拉乾酪之事實及金額1197元，該批英文外包裝記載「PROD 16/06/2014、EXP13/12/2014」，並有銷售予東海食品行之銷貨單在卷（見同上他字卷第51頁背面至52頁背面）。由以上事證可知，附表一編號10、12、15、17、28等各該批貨品於見豐公司銷售予東海食品行時即屬過期食品，則附表一編號28.銷貨單上備註欄記載「即期品優惠」即與事證不符，自無足採，此外，並有卷附相關供述及非供述證據資料，原判決因而為如上附表一各編號之認定，原判決就此部分之論敘雖稍嫌簡略，惟與事證相符，並不影響判決結果，所為論斷亦未悖於經驗、論理法則。並無鄭淑珠上訴意旨所指附表一編號17.及黃秋栢上訴意旨所指附表一編號10、12、15、17、28等各該批貨品於見豐公司銷售予東海食品行時猶未過期，原判決遽認已過期，亦無鄭淑珠上訴意旨所指附表一編號10.未售予東海食品行，而有採證違背證據法則及理由不備之違法情形。

- 3.加重詐欺取財罪之著手，係以行為人實行以詐財為目的之詐術行為，為其著手實行與否之認定標準①原判決依憑王耀榮、王建霖之自白，證人王瑞山、黃秋栢、徐天秭、陳榮宗、沈詩勛等人之證述，以及附表十三（原判決誤載為附表十二及附表十三係事實欄二、三所示共通之相關書物證，原判決贅引事實欄四。均得由原審予以更正，不影響判決結果）之書、物證等證據資料，認定王建霖、王耀榮與洪金鶯、王瑞山基於3 人以上共同意圖為自己不法所有之詐欺取財之犯意

聯絡，向見豐公司與附表七所示其他業者購入之食品，均係逾有效日期或將逾有效日期，旋由王耀榮、王建霖、洪金鶯與王瑞山共同將原本標示於罐裝及塑膠袋裝商品外部之有效期限，以松香水擦拭抹去，再另行戳蓋業務上製作而內容不實之效期章；或利用電腦文書軟體製作具有上開文書性質之不實新效期標籤，再黏貼至紙盒裝或塑膠袋裝食品上，而就附表七編號1.至編號10.、編號12.、13.、17.、30.、36.、37.、38.、41.、46.、47.所示部分，僅止於製作、打印不實標示、效期階段，未及賣出等情。因認上揭附表七各編號部分，其等已著手於實行以詐欺為目的之詐術行為，係犯刑法第339條之4第2項、第1項第2款三人以上共同犯詐欺取財未遂罪。又稽之卷證王建霖於偵查中已供承之所以製作並黏貼改標新效期標籤，乃應客戶要求的有效期限而為之，他們不知是否過期等語（見偵一卷第267至268頁）、王耀榮亦自承：這些黏貼改標新效期標籤，是要賣到船務公司，給水手、船員吃的，他們不知道是過期品等語（見偵三卷第23至24頁），揆之說明，顯已屬著手，未及賣出仍構成加重詐欺未遂，核原判決此部分之論敘雖簡略，惟採證認事與經驗、論理法則無違，並無王建霖上訴意旨所指上情與未遂未合之適用法則不當之違法情形。②稽之卷證李昕盈於偵查時證稱：見豐公司有竄改食品標籤並販售予下游廠商之情事，黃秋栢關於臺中、高雄之產品需要更改有效日期，要伊製作新的標籤，伊知道更改之有效日期需要往後延期，係臺中之經理黃秋栢授意伊可對即期或過期之產品更改產品之有效日期標籤，伊印好後只要黃秋栢有到臺北總公司來，伊就會親手將印製好之標籤交給他，再由他分送給臺中或高雄之分公司，遭伊竄改有效日期之過期或即期食品有美國起司片（含乳酪、乾酪），黃秋栢會向伊要特定商品最新批號之標籤，伊有印象的係美國起司片，因為係最新進口的，有效日期到期日比較久，更改過有效日期，製作新標籤之品項有美國起司片等語（見偵二卷第346至347-1頁）；黃秋栢於偵查證稱：實際上伊針對過期品有改標，原有的標籤先用膠帶黏起來，再用去漬油將膠帶連同舊標籤撕起來，再貼上新標籤，標籤必須由臺北總公司之李昕盈印製，有時伊親自到臺北拿，有時臺北總公司寄來高雄，高雄分公司會直接把即期品、過期品清單上報給伊，

伊簽名後傳真回高雄，高雄再將清單傳真至臺北，臺北由李昕盈負責這件事，高雄分公司需要標籤要跟李昕盈聯絡，高雄分公司不會自行製作標籤，伊每周都要向鄭淑珠負責報告銷售業績、重點產品之銷售及客戶等業務，鄭淑珠會看業績，追蹤產品之銷售情形（見偵三卷第336至339頁）、於105年1月20日第一審證稱：更改的標籤是伊請臺北總公司的李昕盈製作的，到目前為止李昕盈好像只有1次她剛到公司時拒絕幫伊製作等語（見第一審卷五第47至48頁）；佐以李昕盈於103年5月13日進入見豐公司，於104年8月25日，在臺中黃秋栢所駕自用小客車上查獲如附表一編號46、47所示之乾酪確黏貼有效日期不實之標籤等情，以及事實欄一之(二)所述之由鄭淑珠授意黃秋栢指示李昕盈製作不實效期標籤貼在逾有效日期食品上等情。原判決因認黃秋栢與鄭淑珠、李昕盈就此部分，有犯意聯絡及行為分擔，且此部分既已著手黏貼改標有效日期不實之標籤在附表一編號46、47所示之食品上，未及賣出，揆之說明，即已屬著手而構成加重詐欺未遂，核原判決此部分之論敘雖簡略，惟採證認事與經驗、論理法則無違，並無鄭淑珠、黃秋栢上訴意旨所指此部分無改標證據之判決理由不備及不構成加重詐欺未遂之適用法則不當之違法情形。

- 4.原判決依憑檢舉光碟翻拍之照片，證人即共犯黃秋栢、徐天稜、王耀榮、王建霖、陳榮宗、沈詩勛、李昕盈、謝和芸（以上4人均經判處罪刑確定）等人之供、證述，以及如附表十三所示之證據資料，先認定黃秋栢及陳榮宗、沈詩勛、李昕盈、謝和芸等人有事實欄一之(一)如附表一編號1、10、12、15、17、28所示販賣過期食品予東海食品行及事實欄一之(二)如附表一編號3、6、13、20、46、47所示自行非法塗改有效日期標示後出售之犯行等旨；又依憑陳榮宗、黃秋栢、沈詩勛、謝和芸、徐天稜等人之證述，以及鄭淑珠部分自白，本於推理作用，經綜合判斷認定：鄭淑珠知悉且任由黃秋栢等人以上述事實欄一之(一)所示方式出售逾有效期日食品予東海食品行而與黃秋栢、陳榮宗、沈詩勛、謝和芸等人有上述附表一各編號犯意聯絡及行為分擔等旨，並敘明：

①前揭販賣過期食品予東海食品行之交易，苟非鄭淑珠所授意，其既已經嚴令不得為之〈按禁止販賣過期食品〉，謝和

芸豈有敢於明日張膽登載在供鄭淑珠管理審閱之電腦資料上。

②鄭淑珠係實際經營見豐公司及霖豐食品有限公司（下稱霖豐公司）2家之業務，且就該2家公司之經營，除實際坐鎮並管理位在臺北之總公司外，對於臺中、高雄分公司之營業，仍均透過相關之聯繫方式有所掌握，並具體指揮其業務之執行，其辯稱對上述事實欄一之（一）（原審誤載為犯罪事實一、二應予更正）所示情事，均不知情云云，已非可採。

③以鄭淑珠實際經營該2家公司，尚難認會一無所知，況且又有公司帳目及進出單據、會計資料記載之相關交易等事項，益見其辯稱對黃秋栢等人之行為並不知情，難認可採。

④黃秋栢證稱其以1或2折之交易行情價格，出售過期品予東海食品行之作為，係向鄭淑珠請示後所為，係如何可採。

⑤黃秋栢於原審固證述僅詢問鄭淑珠即期品販售價格及過期品報廢事宜云云，如何不足為鄭淑珠有利之認定。

⑥陳榮宗於原審雖另稱鄭淑珠是透過經理與其等說要如何處理即期品及過期品云云，乃公司分層負責之組織運作脈絡，難認陳榮宗於偵查中證稱：即期及過期食品，伊會固定拿一張清單給黃秋栢確認，並請其指示是否要賣給東海，有的情形是黃秋栢給伊一個價錢直接賣給東海，有的情形是黃秋栢告訴伊還要請示鄭淑珠再跟伊說等語，有何不實等旨。

⑦如何不能以經見豐公司報廢與因被舉發而查獲之數量比例懸殊，而為鄭淑珠有利之認定等情；依憑李昕盈、黃秋栢、沈詩勛、徐天祿之證述，本於推理作用，經綜合判斷認定：鄭淑珠與黃秋栢等人以上述事實欄一之（二）所示方式出售或僅止於製作、打印不實標示、效期階段即經查獲之逾或將逾有效期日食品予消費者而與黃秋栢、陳榮宗、沈詩勛、李昕盈等人有上述附表一各編號犯意聯絡及行為分擔等旨。並說明：①鄭淑珠辯稱：其早已嚴格要求員工不可有任何更改或亂作日期，並有公告及要求員工要簽切結書，遵守規定，若有違反須自行承擔所有法律責任，且其亦要求臺北總公司下貨之前要把標籤貼好云云，是如何不足採信等旨。

②李昕盈關於其接受黃秋栢要求而另行印製不實效期標籤之動機，雖於第一審證稱：「我認為黃秋栢會處理好，我不會多問，雖然會問個一、二句，而且他說會負責，所以我不會多說。」等語，係如何有意迴護鄭淑珠之詞，不足採取。

③黃秋栢與賴建安於104年7月30日之

通訊監察譯文之通話內容，係如何不足為鄭淑珠有利之認定。以上關於鄭淑珠與前揭黃秋栢等人，有犯意聯絡及行為分擔，所為論斷，既係綜合調查所得之直接、間接證據而為合理論斷，且並不違背證據法則、論理法則，即屬事實審法院採證認事，判斷證據證明力職權之適法行使，自不能任意指摘為違法。鄭淑珠上訴意旨仍執己見，就上揭認定事實及說明之事項再為事實上之爭辯，或對於欠缺調查必要之事項加以爭執，或主張採證違背經驗及論理法則、理由不備，均不足據以辨認原判決此部分已具備違背法令之形式。

- (三)於103年12月10日公布、同年12月12日增訂生效之食品安全衛生管理法（下稱食安法）第49條第2項前段之販賣逾有效日期食品行為，情節重大足以危害人體健康之虞罪，為具體危險犯。然所謂具體危險，不以已經發生實害之結果為必要，如行為後依一般社會通念，客觀上已達到高度或然率的發生機率，即屬具體危險。是本條項所謂「情節重大」係以行為人於個案中販賣行為之手段、方式、販賣對象等，有無直接影響行為對法益所生危險高低之作用及表現，資以評價是否達至情節重大之程度；而所謂「足以危害人體健康之虞」，係指凡存在損害人體健康之具體危險者，即足以成立，且此等具體危險，乃客觀上造成危害人體健康之狀態，不以實際上已造成人體罹病、死亡等健康受損之實害為必要，僅有發生實害之蓋然性即為已足，且應就個別案情及證據資料，依社會一般通念，客觀判定此等具體危險之存否。倘行為人其販賣逾有效日期食品之手段及方式，係以誤導消費者，或可能存在之食用者，對於該有效日期或逾期時間長短為錯誤認識之方式而為者，或已知悉其販賣之對象將再以上述之方式而為者，則不論食品實際逾期時間之長短如何，均已造成消費者或隱存之食用者，對於其健康狀況、身體條件、食用該食品所能承受之極限與風險評估發生錯誤，行為人以此等方式所為販賣逾有效日期食品之行為，對於法益造成侵害之風險昇高至為明顯，自應認為情節重大，並因此情節重大之作為，依社會一般通念，確有致使消費者因陷於上開錯誤而食用已逾越其承受能力，並造成身體健康，甚至生命安全受危害結果之高度或然率，自己構成前開法條規定販賣逾有效日期食品，情節重大足以危害人體健康之虞等構成要件之規定

。原判決依憑相關證據，認定鄭淑珠、黃秋栢明知附表一編號28.係逾有效日期食品，仍販賣予東海食品行改標為未逾有效日期轉售，會使購入之消費者錯誤判斷而予誤食，致引發免疫反應及因孳生細菌造成感染，發生包括腹痛、腹瀉、噁心、嘔吐等健康受損之危險，由黃秋栢呈報鄭淑珠決定較便宜之價格後，指示陳榮宗、沈詩勛，以見豐公司名義，按市價1至3折價格，販賣上開逾有效日期食品予東海食品行，情節重大足以危害人體健康之虞等事實。揆之說明，鄭淑珠、黃秋栢此部分之所為，已該當於食安法第49條第2 項前段販賣逾有效日期食品，情節重大足以危害人體健康之虞罪，原判決從食品包裝標示有效日期之法定效力及非法塗改標示食品有效日期之行為定性等，論述鄭淑珠、黃秋栢上開所為，該當於本條項之罪，論敘說理固有不同，惟結果要無不同，對於判決本旨不生影響。至於衛生福利部雖就食安法第44條頒訂有「情節重大」之認定原則，惟附表一編號28.部分既已該當於刑法具體危險犯之情形，法院即不受行政機關意見所拘束，原判決縱未依該行政規定論述是否符合「情節重大」，亦無違法可言。並無鄭淑珠、黃秋栢上訴意旨所指此部分有判決理由不備及適用法則之違誤情形。

(四)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。而犯罪態樣究竟屬於接續犯的部分作為，或單純可以獨立成罪的情形；抑或係基於一個意思決定，一個實行行為，發生侵害數個法益的結果，而屬想像競合犯的一行為；或出於各別犯意，而為先後可分、各具獨立性、侵害不同法益，應數罪併罰的數行為等各情，都屬事實審法院採證認事職權的行使，倘不違背客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指。原判決依認定之事實，敘明鄭淑珠此部分所犯之12罪，王耀榮、王建霖所犯各10罪，其等所為上揭犯罪時間可分，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰，核與客觀存在的經驗法則及論理法則，尚屬無違，於法無違，並無其等3 人所指不符比例原則及適用法則不當之違誤情形。

(五)刑事訴訟法第95條第1項第1款規定「訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知」。上開規定所謂「應告知」或「再告知」係指「罪名

」而言，並不包括告知「罪數」在內。本件檢察官就起訴書起訴鄭淑珠涉犯之行為，固未於所犯法條中說明，究屬接續犯一罪，抑應論以數罪而併合處罰，惟鄭淑珠於此部分之上開附表一各編號中其所犯均各獨立列出，第一審亦各自論列，且此係犯罪罪數問題，並非罪名之變更，原審縱未告知，亦與刑事訴訟法第95條第1項第1款之規定無違，尚難執此指為違法。原審雖未於言詞辯論終結前，告知或曉諭鄭淑珠其此部分係分論併罰之數罪，而非實質上一罪關係，然依前開說明，尚難遽認其違反告知或再告知之義務；又鄭淑珠及其辯護人於原審審判長在審判期日辯論程序時，本可就上述有關罪數之明顯且重要法律適用問題，不待審判長之告知或曉諭而自行提出主張，亦難謂有影響其訴訟防禦權之行使。鄭淑珠上訴意旨謂原審於審判程序未告知其上揭罪名之罪數，亦未於審判期日給予辯論機會，有礙其等訴訟防禦權之行使云云，指摘原判決有違正當法律程序，依上述說明，應屬誤會，自非適法之第三審上訴理由。

(六)原判決已敘明王建霖犯罪事實二如附表七編號 1.至10.、12.、13.、17.、30.、36.、37.、38.、41.、46.、47.所示犯行，係犯3 人以上共同犯詐欺取財未遂1罪等旨，雖未依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之，理由稍嫌簡略，惟本罪最低本刑為「一年以上」，其判處王建霖有期徒刑8 月，顯係已按既遂犯之刑減輕之。至於上開附表七相對之各編號觸犯法條欄漏引刑法第339 條之4第2項、第1項第2款，為無害瑕疵，對於判決本旨不生影響，可由原審予以補充更正，自亦無適用法則不當之違法。

(七)量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，為事實審法院得依職權自由裁量之事項，故量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷，苟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，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法。原判決以鄭淑珠就前揭甲、黃秋栢就附表一編號10.、12.、15.、以及王建霖就附表四編號1.、5.、6.部分之責任為基礎，綜合審酌刑法第57條規定科刑等一切情狀，各量處如以上附表一、四各編號所相對應之刑度，業已說明其論據及理由，核其量定之刑罰，客觀上並未

逾越法定刑度或範圍，與罪刑相當原則無悖，核屬事實審法院量刑職權之適法行使，難認有濫用其裁量權限之違法情形，鄭淑珠、黃秋栢、以及王建霖徒以自己說詞，對原審前述量刑裁量權之合法行使，任意指摘，自非適法之第三審上訴理由。而刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此項犯罪情狀是否顯可憫恕而酌量減輕其刑之認定，亦屬法院得依職權自由裁量之事項。原判決審酌一切情狀後，就黃秋栢之犯行，未依刑法第59條酌減其刑，本毋庸說明不依該法條減刑之理由，亦無黃秋栢上訴意旨所指違背法令可言。至於黃秋栢就附表一編號**6.、13.、20.**，以及王建霖就附表四編號**2.至4.、10.至13.**部分，其等2人未於上訴書中依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決此部分之量刑有如何不適用何種法則或如何適用不當，是其等此部分上訴之程式難謂合法，則原判決此部分的實質內容是否適法即非本院得以審究，附此敘明。

(八)105年7月1日施行之刑法第38條之1第1項之立法說明五、（三）謂「依實務多數見解，基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不論成本、利潤均應沒收。」明白揭示採取總額原則。因犯罪所得之沒收性質類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰，法院計算犯罪所得，如有卷存事證資料可憑，並於理由內就其依據為相當之論述說明時，即不能遽指為違法。原判決依卷存證據已說明，王建霖如附表四編號**1.至6.、10.至13.**之犯罪所得，無庸扣除成本，均應予沒收，於法無違，其上訴意旨再執陳詞，謂應扣除犯罪成本，難謂係合法之上訴理由。

(九)上訴人等人以上及其餘上訴意旨，經核或置原判決已明白論斷之事項於不顧，或就屬原審採證、認事職權之適法行使，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，為單純事實及枝節之事項爭執，皆難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。應認其等此部分上訴違背法律上之程式，均予以駁回。至鄭淑珠、黃秋栢附表一編號**3.、6.、13.、20.、46.、47.**，以及王耀榮、王建霖附表四編號**1.至6.、10.至13.、附表七編號1.至10.、12.、13.、17.、30.、36.、37.、38.、41.、46.、47.**等各想像競合犯行使或業



務登載不實文書罪部分，核屬刑事訴訟法第376 條第1項第1款所列不得上訴第三審法院之案件（第一審亦為有罪判決），而其等得上訴第三審之上開幫助犯或三人以上共同犯詐欺罪，或販賣逾有效日期食品，情節重大足以危害人體健康之虞罪重罪部分之上訴既不合法，均應從程序上予以駁回，關於其等行使或業務登載不實文書罪部分，自無從為實體上之審判，均應一併駁回。

乙、上訴人見豐公司部分：

- 一、按最重本刑為3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴，刑事訴訟法第376條第1項第1款定有明文。
- 二、本件見豐公司被訴其代表人及受僱人因執行業務，犯如附表一編號28、29、32、33所示食安法第49條第2 項前段之販賣逾有效日期食品，情節重大足以危害人體健康之虞罪，應依同法第49條第5項規定，科以同條第2項前段所規定10倍以下之罰金。原判決係撤銷依上開規定之罪名科處見豐公司罰金刑，改判如附表一各該編號所示之罰金，應執行罰金500 萬元，該罪係專科罰金之罪，屬刑事訴訟法第376 條第1項第1款之案件。依上開說明，第一、二審既均為科處罰金刑，自不得上訴於第三審法院，見豐公司對此猶提起上訴，自為法所不許，應予駁回。

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 6 月 30 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

中 華 民 國 109 年 7 月 6 日

書記官

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3658 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 11 日

裁判案由：加重強盜

最高法院刑事判決

108年度台上字第3658號

上訴人 彭義鈞（原名彭建傑）

楊韋承

上列上訴人等因加重強盜案件，不服臺灣高等法院中華民國107年12月27日第二審判決（107 年度上訴字第2700號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署104年度偵字第12483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。至原判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬兩事。

二、上訴人彭義鈞、楊韋承相同上訴意旨略以：

- （一）證人謝旻翰（按經另案判刑確定；本件原判決認定為共同正犯）犯罪所持之玩具槍，究竟是自行購得，抑或是由彭義鈞提供？倘彭義鈞、楊韋承係共同謀議強盜之人（假設語），則所分攤之行為為何？是否屬構成要件（以內）之行為？若不是，則能否認為出於己意之犯罪而參與本案？如何證明？證據為何？又謝旻翰所搶得之財物，流向如何？楊韋承於犯後分得多少財物？如何處分財物？以上各情，既攸關僅係幫助犯或共同正犯，原判決均語焉不詳，率論上訴人等為強盜罪之共同正犯，顯有查證未盡之違誤。
- （二）原審使用彭義鈞及楊韋承多次前往看守所與謝旻翰會面之對話錄音作為證據，參照司法院釋字第654 號解釋意旨，應認違反正當法律程序及公平審判法院原則，並侵害上訴人等基於憲法保障之不自證己罪權、隱私權及訴訟防禦權

。

### 三、彭義鈞個人上訴意旨略為：

- (一) 依刑事訴訟法第159 條之4 第1 款法文規定及其立法理由，該條規定之文書，應不包含錄音檔。原判決卻認定上訴人等與謝旻翰會面時之錄音，係屬公務員本於其職務所製作之（準）紀錄文書，而有證據能力，顯然違誤。
- (二) 原判決以謝旻翰於另案作為被告之時，於該案所為之陳述，認定本件有使用兇器，惟未踐行證人詰問程序，詰問謝旻翰關於「兇器」之事實，卷內也沒有扣案玩具槍枝，等同沒有證據即逕行認定，違反證據裁判原則。

### 四、上訴人楊韋承單獨上訴意旨略以：

謝旻翰於民國105 年7 月1 日之警詢筆錄及同年月27日之偵查筆錄，均屬被告以外之人於審判外之供述，應非適格證據；何況係屬具有嚴重瑕疵之他案供述（按其實偵查中係以「證人」身分，於本件供證，詳後述），實無其他足以擔保其真實性之佐證，毫無憑信性。原審罔顧上開不利陳述，多有瑕疵、矛盾之情形，甚且，謝旻翰於本案法院審理時，已改稱係為了達自己減刑之目的，而故意誣陷上訴人等，原審仍予採用，實違證據法則，並有判決不備理由之違誤云云。

### 五、惟查：

- (一) 本件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，認定上訴人等有如其事實欄所載共同攜帶兇器強盜之犯行，因而維持第一審依刑法第328 條第1 項、第321 條第1 項第3 款、第330 條，論上訴人等以共同攜帶兇器強盜罪刑（彭義鈞處有期徒刑7 年6 月；楊韋承處有期徒刑7 年2 月）之判決，及相關之沒收（追徵），而駁回上訴人等在第二審之上訴，已詳為敘明其所憑之證據及認定之理由。核原判決所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。
- (二) 憲法第12條規定：「人民有秘密通訊之自由。」所保障的是個人與他人溝通之秘密性。而由於通訊內容不為他人知悉，以及可自主性決定是否欲為他人所知悉，通常也是個人人格形塑或自我決定的一種表現（同時涉及隱私的保障

），從而，秘密通訊自由亦可解為一種人格權（人格自主）的延伸。學理上，就人格權保護內容中之「自我維護（即保障個人在社會上或空間上的退卻，得以受單獨保護之權利）」乙項，發展出所謂的「場域理論」，對「公開領域」、「私人領域」或「私密領域」，加以層次區分，而對之干預者，同應區分；司法院釋字第689 號解釋理由書並述及：在公共場域中，個人所得主張不受（他人持續注視、監看、監聽、接近等）侵擾之自由，以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且「該期待須依社會通念認為合理」者。是關於人格權（含隱私權、秘密通訊自由）有無遭受侵害之合憲性判斷，當以憲法第23條規定作為依歸，包含應有法律依據（即法律保留），以及實質上須有公益事由，並合於比例原則等各項。

司法院釋字第654 號解釋意旨，係針對「受羈押被告與辯護人接見時監聽、錄音所獲得之資訊，得以作為偵查或審判上認定被告本案犯罪事實之證據，在此範圍內妨害被告防禦權之行使，抵觸憲法第16條保障訴訟權之規定」而為解釋，並不包括對受羈押被告與辯護人以外之「第三人」接見時，予以監視之行為。此觀葉百修大法官於該解釋之協同意見書所載此旨即明。而上開解釋公布後，現行（99年5月26日修正公布）羈押法亦因此而於第23條、第23條之1 就「一般請求接見」、「被告與其辯護人之接見」2 種情形分別規範。109 年1 月15日修正公布（尚未生效，自公布後6 個月施行，即同年7 月15日；但法理仍足供參）之羈押法第62條、第65條，更分別規定各該不同接見之限制，作為配套。前揭第23條第2 項規定之「監視」，從羈押法及同法施行細則之規範意旨、整體法律制度體系觀察，與實務上之作業情形，可知並非僅止於看守所人員在場監看，尚包括監聽、記錄、錄音等行為在內；而上揭第62條，且予以明文化規定：「看守所對被告之接見，除法律另有規定外，應監看並以錄影、錄音方式記錄之，其內容不得違法利用。」如此，既與通訊保障及監察法第2 條規定：「通訊監察，除為確保國家安全、維持社會秩序所必要者外，不得為之。」「前項監察，不得逾越所欲達成

目的之必要限度，且應以侵害最少之適當方法為之。」相適合，且不違背憲法第23條之誡命，不生非法侵害隱私權等問題。

至於上開對羈押之被告與辯護人以外之「第三人」監視所得之錄音、錄影，及其衍生之看守所紀錄表、譯文，關於其證據能力之判斷，參酌修正前羈押法第28條刪廢理由，已說明：「被告在（看守）所之言語、行狀、發受書信之內容，是否可供偵查或審判上之參考，已超越本法主要係在規範看守所與受羈押被告間管理關係之範疇；又是否可供被告所涉該案之證據，或僅能供發另案犯罪之依據，抑或能供權責機關進一步決定限制事項、範圍、期間等之參考，性質上均應回歸刑事訴訟法相關規範而定……」。此類監視錄音所得之錄音帶或光碟之性質，乃屬刑事訴訟法第165 條之1 第2 項之新型態證據；而因此衍生之看守所通訊監察錄音紀錄表、譯文，則係依據監視錄音結果，翻譯所成之文字，無非其替代品。對羈押之被告與辯護人以外之「第三人」監視所取得之錄音或譯文，如實施刑事訴訟之公務員係依法定程序取得，因與該「第三人」日後成為「被告」，而所選任或指定之辯護人間自由溝通權毫無關連，且該第三人之自由，於先前面會之時，並未受到任何拘束，再衡諸監視之場所，係在監所內、另闢之會見室，依法應受監視，本無所謂有合理的隱私期待可言，更係為達成羈押目的或維持押所秩序之必要，當認於比例原則無違，既經合法函調，自具有證據能力；反之，如其蒐證違法，則回歸依刑事訴訟法第158條之4規定判斷。

原判決於其理由壹、一內，已敘明：

- 1.「羈押中之謝旻翰」與「上訴人等」會面時之錄音紀錄，非屬「謝旻翰」、「上訴人等」與「律師」接見之資料，無礙於上訴人等之訴訟防禦。
- 2.該會面時之錄音，非供受羈束人謝旻翰自身被訴所涉案件之證據，與司法院釋字第654 號解釋意旨明顯不同。
- 3.上訴人等與謝旻翰會面時，其等人身自由絲毫未受羈束，且依其等會面錄音之內容（詳後），上訴人等顯然企圖引導謝旻翰為有利於上訴人等之供述，該等會面之目的，不具正當性。

稽諸第一審106 年8 月9 日審理筆錄，記載：檢察官係因謝旻翰在法院審理中，突然翻供，故向第一審聲請調閱謝旻翰自104 年12月11日至105 年4 月19日，在法務部矯正署新竹看守所之接見及錄音紀錄；上訴人等及其辯護人就檢察官此項調查證據之聲請，均表示「無意見」，嗣經第一審勘驗作成勘驗譯文，上訴人等承認確為其等之對話，並就勘驗內容無意見等各節，有第一審相關筆錄可稽（見第一審卷一第324 至325 頁、卷二第57至111 頁）。可見該錄音資料，係第一審依檢察官之聲請，向看守所調取，並非由法院刻意調取不利於上訴人等之證據，取得過程並未違反法定程序，況原審亦將光碟及勘驗筆錄提示上訴人等及其辯護人辯論表示意見，足認已經合法調查，應認有證據能力。

原判決雖贅為誤論：上訴人等與謝旻翰會面時之錄音，屬在監所執行職務之公務員本於其職務所製作之（準）紀錄文書，稍有瑕疵，但認此部分證據，有證據能力，結論則屬相同。

上訴人等此部分上訴意旨，核無可採，自非適法之第三審上訴理由。

- （三）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外，得為證據，此為刑事訴訟法第159 條之1 第2 項所明定，乃為同法第159 條第1 項前段所謂「法律有規定者」除外規定之範圍（該條立法理由三參照）。係因現階段檢察官辦案，多能謹守程序規定，無不正取供之虞，故原則上肯認其證據適格，祇於例外「顯有不可信之情況」，否定其證據能力。該所謂「顯有不可信」，係指陳述是否出於供述者真意？有無違法取供情事之任意陳述？「信用性」已否受確實保障而言，並非對其陳述內容之證明力（「憑信性」）如何加以論斷，且就此例外主張存在者，應指出證明方法，無許憑空爭議。

又刑事訴訟法第159 條之1 第1 項規定：被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。其立法理由載明：被告以外之人（含共同被告、共犯、被害人、證人等）於法官面前所為之陳述（含書面及言詞），因其陳述係在法官（公判庭）面前為之，故不問係「其他刑事案件」之準

備程序、審判期日或「民事事件」或「其他訴訟程序」之陳述，均係在任意陳述之信用性已受確定保障之情況下所為，因此該等陳述應得作為證據，惟此亦與其證明力如何之判斷，係屬二事。

原判決於其理由壹、二至四內，已敘明：謝旻翰於另案向法官所為之陳述；及所引謝旻翰於偵查中之供述，業經謝旻翰於偵查中具結，該證詞內容詳實，並經謝旻翰核閱無誤後簽名於後，客觀上並無顯不可信之情事，均有證據能力。又謝旻翰業經第一審及原審傳喚到庭，給予上訴人等交互詰問及對質之機會，自得援引謝旻翰於審判外向法官所為之陳述及偵查中之證詞，作為本案認定事實之基礎等旨。經核，於法尚屬無違。

且稽諸卷內資料，承辦警員將謝旻翰及上訴人等移送偵辦，檢察官於105年1月25日已起訴謝旻翰，於同年7月27日檢察官係以「證人」身分訊問謝旻翰，並告以具結義務及偽證處罰，命朗讀證人結文後具結，是謝旻翰於同年7月27日之偵查筆錄，並非他案供述。又原審並未引用謝旻翰之警詢筆錄作為本案證據。

上訴人等此部分上訴意旨，顯然誤會。

- (四) 證據的取捨、證據的證明力及事實的認定，都屬事實審法院自由裁量、判斷之職權；如其此項裁量、判斷，並不違反客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明。

被告或共犯之自白，依刑事訴訟法第156條第2項規定，固須有補強證據。但所謂補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐證被告或共犯之自白非屬虛構，已達於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，即已充分。至於證人的證述內容，縱然前後不符或有部分矛盾，事實審法院自可本於經驗法則、論理法則及調查所得的其他各項證據，為合理的判斷取捨；再者，同一證人，前後證述情節彼此不能相容，則採信其部分證言時，當然排除其他不相容部分之證詞，無非法院取捨證據法理上之當然結果，不待多言。

共謀共同正犯，係以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而分工合作，僅由其中一部分人員動手實行犯罪的行為，但

其餘未下手實行之人，因有犯意聯絡，故亦論以共同正犯。

本件原判決主要是依憑上訴人等迭於偵、審中，皆先後、一致坦承：確於104年12月8日下午2時多，由楊韋承駕駛ABG-7193號小客車（下稱系爭小客車），與謝旻翰共3人一同至新竹市經國橋下，並在該處等待，謝旻翰則獨自下車，返回後，謝旻翰即拿錢給彭義鈞等情，所供互核相符之部分自白；共犯謝旻翰除上揭供證外，並於偵查中就上情之前因後果，屢陳甚詳之供證（詳後述）；被害人葉啟森於偵查中，證稱：謝旻翰約下午3點時，進來我店，說要買價值新臺幣（下同）5萬元的金項鍊送給他媽媽，我才轉身，他「就拿出一把槍」，叫我不要動，當時「我很害怕」，因為我看不出槍的真假，他走到旁邊用手推我，叫我趴下，我蹲下，他就打開我的抽屜，將裡面的現金約13、14萬元拿走，放進隨身的包包內，接著打開展示櫃，抓了一把金項鍊，就急忙出去騎車離開，我後來清點、發現被拿走9條金項鍊等語之證述；並有指認謝旻翰、背包及眼鏡的相片；沿途監視器翻拍照片（詳後述）；贓物認領保管單（被害人領回在謝旻翰處扣得之14,200元）；歹徒所戴藍色安全帽；所騎339-KCN號機車車牌（在謝旻翰處查扣，登記在謝旻翰母親張秋櫻名下）；歹徒作案所用背包、黑框眼鏡（在彭義鈞住處查扣）等證據資料，因而認上訴人等確有如原判決事實欄所載之犯行。

原判決對於上訴人等否認共同強盜犯行，所為事發當日，謝旻翰是為清償其對彭義鈞之5千元借款，而自行強盜，其等均未參與，也不知情等語之辯解，如何不可採，於其理由欄內，析述：

- 1.謝旻翰於105年7月27日偵查中，證稱：本案是由彭義鈞提議、規劃，我們是在他的租屋處同謀，楊韋承也在場，彭義鈞說金祥興銀樓老闆很有錢，要我假裝去買金飾項鍊送媽媽，趁老闆不注意「拿槍出來」說要搶劫，「當時我和楊韋承都沒有意見」，案發前3人曾一起去勘查，作案的方法是彭義鈞教的，「作案用的槍枝」也是他提供的，彭義鈞還提議要做假車牌，楊韋承就和我一起製作假車牌，事發當日下午，我們從彭義鈞租處出發，由楊韋承開車



，先到經國橋下，牽我的機車，我就騎機車去銀樓強盜，他們在橋下等我，我強盜完成後，就到該橋下跟他們會合，搶到的所有錢，原先都交給彭義鈞，然後彭義鈞拿6 萬給我，要我去楊梅找他的乾妹妹租一個房子逃亡；之前，因彭義鈞要我一個人承擔，所以我沒供出共犯等語。

- 2.依卷附監視器錄影翻拍畫面，顯示上訴人等在案發當天下午約2 時12分許，與謝旻翰一起，從彭義鈞住處電梯出發，謝旻翰攜帶藍色安全帽、黑色背包、穿著黑色上衣，下身著牛仔褲；3 人隨即搭系爭小客車前往新竹市，於同日下午約2 時33分許，抵達經國橋下，接著謝旻翰先行換裝（穿上白〈灰〉色外套），才前往強盜，且上訴人等在謝旻翰前往銀樓強盜時，在經國橋下等待並未離去；又謝旻翰強盜完畢後，旋即與上訴人等會合時，再換裝（脫掉白色外套），接著上訴人等同乘系爭小客車，謝旻翰則自行騎機車，一前一後離去等情。足見一切均經縝密計畫，且一起依計行事，先行假造車牌、預置機車、換裝、改騎機車，強盜後會合、分開逃逸等各作為，皆屬同謀而有犯意聯絡，並有行為分擔，楊韋承非屬單純幫助犯。至於槍枝部分，既經謝旻翰和被害人一致供明，互核相符，祇因未扣案，無從鑑認是否具有殺傷力，爰依罪疑唯輕原則，認定無殺傷力。

- 3.參諸謝旻翰於104 年12月10日遭裁定羈押後，上訴人等於同年月15日、22日、29日三度一起前往看守所與謝男會面；彭義鈞另單獨於105 年1 月12日、楊韋承於同年2 月7日、2 月22日前往看守所與謝旻翰會面，有看守所106 年8 月17日函及所附接見資料可稽（相關3 人一致直陳事發前僅相識約2 週，可見非故舊、無深交，竟密切會面，當有一定用意）。上訴人等於各次會面時，談及：「你就是以後出來就好好做事情，工作什麼的（我）都會安排」、「我這幾天也都他媽的睡不好…怕你他媽的…會不會」、「在派出所你都已經坦承了…，也都沒有『其他人』的事情了」、「交保我會處理，不管多少錢，我都會幫你弄」、「再忍耐一下，多少錢，100 萬，我也幫你弄…一定會讓你出來」、「再忍耐一下，我們在外面也很努力」、「兄弟要一輩子，起起落落有好有壞，要一起承擔」、「團

結就是力量」、「然後『大家』都在努力要弄錢」、「我能做的，我一定要做」、「現在這官司不是你要打那個選項，你要打什麼？就是沒有要打什麼，就是等它流程跑完」、「你現在就是要乖乖的」、「盡量都不要啦，對啊，順利2月初過年以前就會回來了」（按以上為彭義鈞之陳述，楊韋承在旁）、「唉，不會講。你自己這邊…堅持啊」、「不然會很複（雜）…」、「我會想辦法幫你弄錢」（按以上為楊韋承之陳述）等語。可見上訴人等極力安撫，就怕謝旻翰供出同夥，益見上訴人等前往會面的目的，是想要確保謝旻翰獨擔罪責，確實不虛。

況再細觀卷附上訴人等會面譯文，上訴人等多次詢問謝旻翰所犯其本案開庭有關事項或如何答辯：「啊你大概甚麼時候開庭？」、「檢察官什麼誰？你就好好……犯後態度良好……就會……」、「檢察官那天怎麼跟你弄那麼久，問兩個小時？」、「又不是說你犯後態度整個不認……都那個了嗎？」、「啊你今天還在派出所說，他會不會因為這件事牽連到我們，以後不跟他聯絡什麼的，不會啦」、「你就放寬心的等看……犯後態度良好，也不要東管西管，有什麼跟人家講什麼，……」、「下禮拜不就開庭？」、「你就態度好一點，然後就怎樣？給他ㄗㄌ一下，就是這樣。」（按以上為彭義鈞之陳述，楊韋承在旁）、「什麼時候開庭？」、「看怎樣啦，打電話出來」、「15號那天開庭怎麼樣？」、「還在準備程序？」、「下次應該就可以交保了吧」（按以上為楊韋承之陳述）。可見上訴人等對於謝旻翰所犯強盜案件之開庭進度或如何答辯，亦是會面關注之重點，此非一般朋友探視之舉，更足佐證其等共謀參與犯罪（上訴人等上揭會面，外觀上核屬情況證據，所言內容則類似於「被告〈本人〉在審判外」之自白）。雖謝男嗣後於審理時翻異前詞，聲稱：上訴人等並未參與，我是因為想要減刑，才會陷害上訴人等云云。然則：謝旻翰是在105年7月27日為上開不利於上訴人等之證述，斯時其本身強盜罪部分，甫經原審於同年月21日，撤銷改判有期徒刑7年，可見謝旻翰為上開證述時，最後事實審早已宣判，該證詞不足以影響到最後事實審之判斷，況上開不利於上訴人等之證述內容詳盡，與監視器錄影翻拍照

片均相符，比較其先前及審理時所證述之內容明顯附和上訴人等並悖離常理，爰認謝旻翰不利於上訴人等之證詞，有較為可信之原因而可採認。

以上所為的事實認定及得心證理由，俱有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得的各直接、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、論理法則及其他證據法則，且事證已臻明確。

上訴人等此部分上訴意旨，或就屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見任意爭論，或割裂觀察爭議，或非依據卷內資料而為之具體指摘，均難認為適法之上訴第三審理由。

- (五) 犯罪所得之沒收或追徵，在於澈底剝奪犯罪行為人因犯罪而坐享犯罪所得，以貫徹任何人都不得保有犯罪所得之普世基本法律原則，藉以實現公平正義；並杜絕犯罪誘因而遏阻犯罪。基此，法院依職權調查、計算被告犯罪所得之存否、範圍後，倘認定被告獲取利得，除依刑法第38條之2第2項過苛調節條款予以酌減或不宣告者外，即應就法院認定「利得範圍」之宣告沒收。另共同正犯各成員有無犯罪所得、所得數額若干等，縱攸關犯罪所得沒收、追徵之認定，倘與犯罪構成要件事實之認定無涉，即不適用嚴格證明法則，祇須由事實審法院綜合卷證資料，依自由證明程序，釋明其合理之依據予以認定即足。

本件原判決依憑卷內葉啟森（歹徒拿出一把槍，取得現金13、14萬元〈以有利於上訴人之13萬元認定〉及9條金項鍊）及謝旻翰（有持金屬性質之手槍，彭義鈞交付6萬元，其餘均交給彭義鈞）之陳述，依自由證明程序，於理由四敘明：彭義鈞分得現金7萬元及金項鍊9條，楊韋承未分得財物，並沒收未扣案之玩具手槍等旨。經核尚無不合。

- 六、綜上所述，本件上訴意旨，或置原判決已明白論斷的事項於不顧，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，且猶執陳詞，或為單純的事實爭議，或對於不影響於判決本旨之事項，予以爭執，均不能認為適法的第三審上訴理由。應認其上訴為不合法法律上之程式，予以駁回。

七、上訴人等被訴行使變造特種文書罪部分，提起上訴，業經原  
審於108 年2 月19日裁定駁回上訴，先告確定。

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 6 月 11 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 海 祥

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 6 月 19 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3662 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 04 日

裁判案由：加重詐欺

最高法院刑事判決

108年度台上字第3662號

上訴人 李佩珍

選任辯護人 江雍正律師

絲漢德律師

陳志銘律師

上訴人

即參與人 溫莎公爵有限公司

代表人 李佩珍

選任辯護人 江雍正律師

陳志銘律師

上列上訴人等因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108 年2 月19日第二審判決（107 年度上訴字第1053號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署106 年度偵字第6228號、偵字第9530號，移送併辦案號：同署107 年度偵字第14659 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、本件原審審理結果，認定上訴人李佩珍有如原判決事實欄所載以一行為犯刑法第339 條之4 第1 項第2 款之3 人以上共同犯詐欺取財罪（下簡稱加重詐欺取財罪）及食品安全衛生管理法第49條第1 項後段有同法第15條第1 項第7 款行為而情節輕微罪等犯行明確，維持第一審變更檢察官關於刑法第339 條第1 項詐欺取財罪部分之起訴法條，依想像競合之規定從一較重之加重取財罪論處罪刑，並對上訴人即參與人溫莎公爵有限公司取得之犯罪所得為相關沒收、追徵諭知之判決，因而駁回上訴人等在第二審之上訴。固非無見。
- 二、按有罪之判決書事實欄為適用法令之依據，應將法院依職權認定與犯罪構成要件有關之事項，詳記於事實欄，然後於理由內逐一說明其憑以認定之證據，使事實及理由兩相一致，方為合法。而共同正犯之成立，以有犯意之聯絡，及行為之分擔為要件。此項要件自應於事實欄內為詳實之記載，然後

於理由內說明其憑以認定之證據，始稱適法。原判決於事實欄內雖記載上訴人李佩珍於民國102 年10月間開設「家蒂諾鐵板燒」，於同年10月18日起對外營業銷售，同年10月24日正式開幕，並僱用洪世力為主廚參與菜單設計、許淑珍、陳佩君擔任外場副理、鍾朝瑩擔任行政主廚，渠等明知為保障食品衛生安全及品質，維護國民健康之目的，食品之販賣不得假冒，且「家蒂諾鐵板燒」為索價高昂之知名餐廳，菜單內容並陳列量稀價高之菜色名稱「鵝肝」以吸引來客點用，於102 年9 月間並未供應「鵝肝」，李佩珍與洪世力、許淑珍、陳佩君、鍾朝瑩等人，竟意圖為自己或第三人不法所有，共同基於詐欺取財與販賣假冒食品之犯意聯絡，在105年9月9 日上午12時許，於盧育成偕同其妻連凱雯至「家蒂諾鐵板燒」用餐，而沿用先前已製作完成、內容標示含有鵝肝菜色之「法國鵝肝海陸套餐」（含「魚子醬鵝肝蒸蛋」、「法式松露鵝肝」等餐點）、「深海龍蝦套餐」（含「魚子醬鵝肝蒸蛋」餐點）之菜單，隱匿無法提供「鵝肝」資訊，使不知情之盧育成、連凱雯誤認該等套餐確實含有「鵝肝」菜色而點用後，李佩珍、許淑珍、陳佩君則提供一般人普遍認知上價格與品質顯與鵝肝不相當之「鴨肝」食材（即前揭套餐 2 份），由洪世力當場烹調該套餐，致盧育成、連凱雯陷於錯誤而食用消費，並支付共計新臺幣（下同）7216元之費用予「家蒂諾鐵板燒」等情（見原判決第1頁至第2頁）。於理由內說明上訴人李佩珍與洪世力、許淑珍、陳佩君、鍾朝瑩多人分工完成之犯罪，渠等竟沿用先前菜單，故意不告知所提供之餐點實為「鴨肝」，而以「鴨肝」假冒「鵝肝」，且為3 人以上，彼此間既各自參與詐欺行為取得財物之全部犯罪之一部分行為，相互利用，以達成不法所有之犯罪目的，未逾越合同意思之範圍，則渠等之間顯有默示之犯意聯絡，自應共負其責等語（見原判決第15頁）。倘若無訛，原判決之事實似謂上訴人李佩珍與洪世力、許淑珍、陳佩君、鍾朝瑩等人間，於本件告訴人等到場點餐前已有事前之犯意聯絡，且基此共同犯意，以任本件告訴人點選菜單所列之「鵝肝」套餐，隱匿無法提供「鵝肝」資訊，及烹煮實為鴨肝料理之「鵝肝」套餐，致告訴人等陷於錯誤而食用消費等行止，為其詐術之實施。惟原判決事實欄內並未明確記載洪世力、許

淑珍、陳佩君、鍾朝瑩等，與上訴人李佩珍間就本件加重詐欺取財行為事前之犯意聯絡，係於何時如何謀議形成；且本件告訴人於點餐時，所謂李佩珍、洪世力、許淑珍、陳佩君、鍾朝瑩等隱匿無法提供「鵝肝」資訊，究僅係消極之不作为，或均在場接待之，皆有說明以鴨肝取代鵝肝之義務與機會，卻怠於為之，或故意不予告知，致如何與積極施用詐術之作為等價？又李佩珍、許淑珍、陳佩君等分別為「家蒂諾鐵板燒」之負責人及外場副理，原判決謂渠等於本件告訴人點餐完成後提供食材由洪世力當場烹調，究係渠等親為，或祇係表明提供食材交主廚烹調，為其職務管理及負責之範圍，實際上係由其他服務生為之，均有欠明瞭。而原判決理由內關於本件加重詐欺犯行之犯意聯絡，乃說明意思之聯絡並不限於事前有所謀議，即僅於行為當時有共同犯意之聯絡者，亦屬之，並以李佩珍、洪世力、許淑珍、陳佩君、鍾朝瑩等於本件告訴人等前往用餐時沿用先前菜單，不告知所提供之餐點實為「鴨肝」，而以「鴨肝」假冒「鵝肝」，各自參與詐欺行為取得財物之全部犯罪之一部分行為，相互利用，以達成不法所有之犯罪目的，彼此顯有默示之犯意聯絡等語。核與其所認定之事實有所鑿枘，抑且其事實對於詐術行為如何分擔之認定與記載既尚欠明確周全，則其理由關於各自以參與詐術實施之行為分擔，為默示之犯意聯絡，屬相續之共同正犯之說明，亦失所據，難認適法。

- 三、次按，詐欺取財罪係刑法為保護財產法益所規制之犯罪類型，其又為結果犯，故以行為人施用詐術使被害人陷於錯誤，被害人基於此一錯誤而為財物之交付（處分），致財產受有損害，為其構成要件。原判決就本件告訴人等因詐術之實施所受之財產損害，於理由內固說明行為人（如）已具備為自己或第三人不法所有之意圖、實施詐術及被害人因行為人之詐術陷於錯誤而交付財物等要件，即構成詐欺取財罪，並不以取得不相當對價之財物為限，縱使行為人取得被害人之財物係採取交易方式，且其亦付出相當代價，倘被害人係因受其詐術欺瞞致陷於錯誤，始決意與其交易而交付財物，行為人因施用詐術而取得交易機會，進而進行交易而取得對方財物之行為，亦該當詐欺取財罪之構成要件。…告訴人等已交付財物，卻取得與主觀正當期待所不符之物，仍應認為告訴

人等已受有損害，而應論以詐欺罪等旨（見原判決第6 頁、第11頁）。似認被害人因詐術陷於錯誤而為對待給付之支出，祇需所得與被害人主觀之期待或目的不符時，縱依經濟交易之客觀標準予以衡量，其支出與所得相等或相當，仍屬損害無疑。上訴人等辯稱「家蒂諾鐵板燒」所提供之「鴨肝」為高級鴨肝，其品質與價格均與鵝肝相近，及提供美雅食品有限公司銷貨憑單、英屬維京群島大山洋行有限公司臺灣分公司統一發票影本等以供調查。第一審亦曾函詢高雄市餐飲業職業工會，經該會以107年5月8日高餐組字第000號、第000 號等函覆鵝肝與鴨肝之食材通常使用在西式料理，尤其是法式料理，在國外料理業界屬得替代互換使用之食材，其菜名為foir gras，中文譯為肥肝。國內料理業界，一般將foie gras統稱為鵝肝，但內含食物食材可能係鵝肝或鴨肝。臺灣進口之鴨肝與鵝肝，若屬同等級之鵝肝、鴨肝，二者價格相近，鵝肝價格不必然高於鴨肝等語（見第一審易字卷第148頁至第149頁）。原判決對於以上辯解，引述證人李怡瑱、鍾朝瑩等之證言詳為批駁，認上訴人李佩珍既因鵝肝價昂而不曾進貨，所用鴨肝之品質與價格自無可能與鵝肝相近或相當，其辯解與所提出之銷貨憑單、發票、暨第一審函詢高雄市餐飲業職業工會所取得之回覆等均無從資為有利於上訴人等之認定之依憑（見原判決第10頁）。似又從交易對價或對待給付之客觀經濟利益是否相當之觀點，以上訴人等未能證明所提供之「鴨肝」為高級鴨肝，其品質與價格均與鵝肝相近，而不採信其辯解。此與原判決先前採取之財產損害判斷標準未盡一致，其理由非無矛盾。

- 四、64年1月28日制定公布食品衛生管理法時（於103年2月5日修正名為食品安全衛生管理法），即已明定「攙偽、假冒」為產品之禁止行為，其立法說明為「攙偽、假冒者，對人體健康危害極巨，故應予禁止。」另按63年12月14日立法院審查食品衛生管理法草案會議紀錄：「以摻偽之味精為例，違法者之主要目的在於賺錢，因此所摻偽於味精之物質（如焦磷酸鈉、硫酸銨、尿素等），絕大多數屬於化工原料，而此等原料不但其本身對人體有害，而且含有大量危害人體健康之雜質，故極可能對人體造成危害。又假冒者絕大多數為地下工廠或低水準工廠冒用大廠或國外名牌之製品。其本身條



件不夠，衛生管理闕如，所使用之物品亦多為廉價不合規定之物品或化工原料，亦極可能危害人體健康。因此為防止消費者上當而購食此等危險食品以致發生衛生上之危害起見，應嚴格加以取締，藉以預防災害之發生。」（立法院公報第64卷第4期委員會紀錄）。至「攙偽或假冒」行為之處罰，食品衛生管理法原規定於第26條第1項第1款，72年11月11日修正公布移列第32條第1項第1款，均未以「致危害人體健康」為犯罪構成要件，89年2月9日修正公布移列至第34條第1項，增訂以「致危害人體健康」為犯罪構成要件，100年6月22日修正公布提高刑度，嗣於102年6月19日修正公布，將之移列第49條第1項，並刪除「致危害人體健康」之犯罪構成要件（該次修法第15條增訂第1項第10款「添加未經中央主管機關許可之添加物」之規定，與同條第7款「攙偽或假冒」同列第49條第1項之處罰行為），並分別於第2項、第3項規定，有各該條行為致危害人體健康、因而致人於死者，加重其刑。復於103年2月5日修正公布食品安全衛生管理法第49條，加重第1項及第5項之處罰，其立法理由說明：「一、近期發現不肖廠商於製造食品時，為降低成本牟取暴利，乃以劣質品混充優質品或以人工原料混充天然食材，對民眾食品衛生安全及消費者權益影響甚鉅，應予遏止。二、對於此類不法行為，原條文第1項定有處罰之規定，惟不足以發揮遏止不法之作用，應加重處罰，以維國人健康及消費權益。為遏止不肖廠商之違法行為，參照刑法詐欺罪，提高第1項之刑度至5年以下有期徒刑。」惟「攙偽或假冒」之禁止迄未更動，是其立法理由及立法形成過程中就「攙偽或假冒」所為討論與說明，應非不得資為解釋適用食品安全衛生管理法第49條第1項規定時之參考。又關於食品之標示、宣傳或廣告，不得有不實、誇張或易生誤解之情形，食品安全衛生管理法第28條第1項另有禁止之明文，違反該條項規定者，係依同法第45條規定處理。卷查上開高雄市餐飲業職業工會函覆意旨稱鵝肝與鴨肝之食材在國外料理業界屬於可以替代互換使用之食材，國內料理業界，一般將foie gras統稱為鵝肝，但內含食物食材可能係鵝肝或鴨肝，臺灣進口之鴨肝與鵝肝，若屬同等級者，兩者價格相近，鵝肝價格不必然高於鴨肝等旨。倘非無稽，鵝肝與鴨肝不僅在國外料理業界屬

得替代互換使用之食材，於國內料理業界亦見替代互換使用之情形，兩者間品質、價格差異，非必有天淵之別，本件「家蒂諾鐵板燒」以鴨肝食材代替鵝肝用於告訴人等點選消費之「法國鵝肝海陸套餐」內之行為，是否與上揭立法說明及立法理由等所例示之地下工廠或低水準工廠使用廉價不合規定之物品或化工原料、冒充大廠或國外名牌之製品、以劣質品混充優質品或以人工原料混充天然食材等冒用情形相符，自應調查個案實際使用之食材品質與價格具體認定之。是否當然構成食品安全衛生管理法第15條第1項第7款所稱「攙偽或假冒」，或屬同法第28條第1項之標示、宣傳或廣告不實之情形？原判決未予必要之說明，併有理由不備之違背法令。

五、以上，或為上訴意旨所指摘，或係本院得依職權調查之事項。原判決上述違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應將原判決撤銷，發回原審法院更為審判。又上訴人李佩珍犯行之存在，為沒收上訴人即參與人溫莎公爵有限公司財產前提要件之一，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於上訴人李佩珍犯行之判決，於發回更審後發生裁判上之歧異結果，應將原判決關於參與人相關沒收、追徵之諭知部分一併發回。至原判決於事實欄及理由內關於「家蒂諾鐵板燒」於102年9月間並未供應「鵝肝」之記載（見原判決第2頁、第4頁），與原判決認定李佩珍係於102年10月間始開設「家蒂諾鐵板燒」之事實扞格，是否誤載或另有其依憑，案經發回，併請注意及之。

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 6 月 4 日

最高法院刑事第五庭

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

本件正本證明與原本無異

					書	記	官
中	華	民	國	109	年	6	月
							12
							日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 4058 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 11 日

裁判案由：違反商業會計法等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第4058號

109年度台上字第2664號

上訴人 臺灣高等檢察署花蓮檢察分署檢察官黃怡君

上訴人

即被告 鮑廣廷

選任辯護人 張睿文律師

被告 傅崐其

選任辯護人 林武順律師

被告 林德復

上列上訴人等因被告等違反商業會計法等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國108年9月18日第二審判決（107年度上訴字第194、195號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署105年度偵字第1123、2804號、105年度偵續字第30、31號、106年度偵字第3057號），提起上訴，本院判決如下：

#### 主 文

原判決關於鮑廣廷違反稅捐稽徵法部分撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

其他上訴駁回。

#### 理 由

甲、撤銷（鮑廣廷違反稅捐稽徵法）部分：

一、本件原判決撤銷第一審關於鮑廣廷違反稅捐稽徵法部分之科刑判決，改判論處鮑廣廷犯稅捐稽徵法第47條第1項第1款、第41條公司負責人逃漏稅捐罪刑，且為沒收之宣告。固非無見。

二、惟查：

（一）、稅捐稽徵法第47條第1項、第41條規定之公司負責人逃漏稅捐罪，以納稅義務人以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐為犯罪之成立要件，行為人是否符合上開要件、是否發生逃漏稅之結果，其論斷乃屬法院之審判職權，並不受課稅機關認定之拘束，故法院對發生逃漏稅捐之結果及逃漏稅捐若干，自應於有罪判決書內加以認定，並敘明憑以認定之依據及理由，否則即有理由不備之違法。又判決之主文與事實或理由相

互間、判決之事實與理由相互間、判決之理由內部間，相互齟齬者，均為判決理由矛盾，其判決當然違背法令。原判決事實欄一、(一)認定上訴人即被告鮑廣廷係榮亮實業股份有限公司（下稱榮亮公司）之負責人，於民國99年12月22日，由梁哲凡為出賣人，以新臺幣（下同）10億5,500 萬元將系爭農地出售予榮亮公司，鮑廣廷同日以榮亮公司名義，將系爭農地之土地登記請求權轉售林德復，嗣林德復實際支付11億5,600 萬元之買賣價款予榮亮公司，榮亮公司既有營業收入，詎未依法將11億5,600 萬元之轉售金額開立發票予林德復，亦未依法申報營利事業所得。財政部北區國稅局（下稱北區國稅局）於102 年進行專案清查，鮑廣廷基於為榮亮公司逃漏稅捐之犯意，隱瞞榮亮公司另與林德復簽約之事實，或以榮亮公司總經理身分，或代林德復，向北區國稅局積極偽稱：榮亮公司係基於擔保地位，代林德復擔任買方與梁清政簽約，榮亮公司未轉賣土地亦未獲取價差，至於該局所查獲之轉支付差價，係林德復私人借貸予鮑廣廷之款項，並非土地款價差云云，不知情且缺乏查證管道之北區國稅局人員因而陷於錯誤，致榮亮公司得以逃漏營業稅及營利事業所得稅等情，固於理由內論述認定此部分犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。然對於如何認定逃漏之稅捐額度，原判決僅於理由欄乙、貳、一、(二)、4.泛稱「榮亮公司本案農地之土地登記請求權銷售金額為11億5,600萬元，應申報繳納之營業稅為5,780萬元（計算式：11億5,600萬元乘以0.05），應申報繳納之營利事業所得稅為1,717萬元（計算式：1億100 萬元乘以0.17）」（見原判決第18-19 頁），惟其上開營業稅及營利事業所得稅之計算，關於「銷售金額」之額度何以未將營業稅扣除？所得稅之累進稅率以及計算式所憑之依據為何？俱未於理由內為相關必要之說明。又原判決固於說明「財政部臺北國稅局107年5月16日財北國稅審三字第0000000068號函所核定之稅額（原判決援引出處《按第一審法院 106年度訴字第303號卷二第128頁以下》，係資料缺漏之影本，原本見第一審法院105年度訴字第276號卷二第60頁以下，編頁第128至133頁），尚依據本案檢察官追加起訴書，將 101年11月起至102年2月止榮亮公司所收受林德復、許秀碧所交付金額納入本案農地銷售額…，惟此部分為本案事實認定所



即認不應予以沒收。至於逃漏之稅捐已經超過核課期間，但仍在追訴權及沒收時效期間內者，法院仍應將相當於逃漏之稅額，追徵入司法國庫。再者，依稅捐稽徵法第41條之規定，逃漏稅捐罪之主體為納稅義務人，同法第47條第1項另設補充規定，將逃漏稅捐罪主體擴張至公司負責人等，於公司逃漏稅捐之情形，公司與其負責人於法律上本為不同之人格主體，納稅義務人固為公司本身，但其負責人仍應因自己為公司逃漏稅捐之刑事不法行為而受追訴、處罰，在公司負責人為被告受追訴、處罰，而公司並未被起訴時，公司取得之逃漏稅捐利益，核屬刑法第38條之1第2項第3款規定「犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得」之犯罪所得（即學理上所稱「代理型」第三人犯罪利得），依法自仍應向取得犯罪所得之第三人（公司）諭知沒收。於實體法上，該項規定為義務沒收，法院認為符合要件，即應予宣告沒收；於訴訟程序上，為保障第三人之財產權、聽審權及救濟權，賦予財產可能被沒收之第三人程序主體之地位，應依刑事訴訟第455條之12以下相關規定，由財產可能被沒收之第三人（公司）參與本案之沒收程序。納稅義務人之公司未依刑事訴訟第455條之12第1項規定聲請參與沒收程序者，法院認為有必要時，應依同條第3項前段規定，本於職權裁定命該公司參與沒收程序，並依審理結果，而對該公司為沒收與否之判決。

原判決認定鮑廣廷為榮亮公司負責人而犯有稅捐稽徵法第47條第1項第1款、第41條之逃漏稅捐罪，並認定榮亮公司因此逃漏營業稅及營利事業所得稅，除對鮑廣廷論處罪刑外，並於主文項下對鮑廣廷諭知「未扣案之逃漏稅金6,650萬6,298元沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額」，另於理由欄乙、貳、四敘明沒收之理由「榮亮公司就本案農地買賣交易獲利1億100萬元，應繳納之營業稅、營利事業所得稅分別為5,951萬元、1,717萬元…該款項屬被告鮑廣廷為榮亮公司實行逃漏稅捐犯罪行為，該公司因而取得之犯罪所得，扣除如前述已補繳之1,017萬3,702元，合計為6,650萬6,298元，應依刑法第38條之1第2項第3款規定…宣告沒收」（見原判決第26頁），其說明本件逃漏之稅捐乃屬刑法之犯罪所得；且依刑法第38條之1第2項第3款規定，認

定係本件被告以外之第三人榮亮公司取得之犯罪所得；復肯認稅捐國庫為逃漏稅捐罪之「被害人」，說明對於補繳予國稅局之範圍（實際發還予被害人）不再沒收等旨，以上固均無違誤，然其既認定取得犯罪所得者為榮亮公司本身，而榮亮公司與鮑廣廷乃不同之人格主體，其遽向鮑廣廷諭知沒收追徵未補繳之逃漏稅捐，且對榮亮公司未依刑事訴訟第455條之12以下規定踐行第三人參與沒收程序，亦未諭知沒收追徵，自有適用法則不當之違誤。

三、以上或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。原判決上述違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於上訴人部分有撤銷發回更審之原因。

乙、上訴駁回部分：

壹、鮑廣廷違反商業會計法部分：

一、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。檢察官對原判決不服、鮑廣廷對原判決有罪部分不服，提起上訴，未聲明為一部上訴，依前開規定，應視為全部上訴。

二、第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段規定甚明。檢察官不服原判決，鮑廣廷不服原判決有罪部分，分別於108年10月4日提起上訴，其等均未聲明為一部上訴，視為全部上訴。而關於原判決鮑廣廷犯商業會計法第71條第1款之填製記入不實罪11罪部分，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，檢察官及鮑廣廷此部分上訴均非合法，均應予駁回。

貳、原判決維持第一審諭知被告3人無罪（即被告傅崐萁、林德復被訴共同違反稅捐稽徵法；傅崐萁、林德復、鮑廣廷均被訴偽證罪）部分：

一、按刑事妥速審判法（下稱刑事妥速法）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。至法院組織法於民國108年1月4日修正、同年7月4日施行，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 項明文規範若該判例已無裁判全文可資查考者，既無裁判所依憑之事實可供參佐，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，該裁判表示之「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。故刑事妥速法第9條第1項規定所稱之「違背判例」，應解釋為「違背原法定判例之『法律見解』」。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。至該條所稱「第二審法院維持第一審所為無罪判決」，包括維持第一審法院所為不另為無罪諭知之判決在內。

- 二、原審經審理結果，認為尚不足以證明被告傅崐萁、林德復被訴共同違反稅捐稽徵法罪嫌；傅崐萁、林德復、鮑廣廷被訴偽證罪嫌，因而維持第一審關於諭知被告3 人無罪部分之判決，駁回檢察官在第二審此部分之上訴。已詳細說明其取捨證據及得心證之理由。
  - 三、檢察官提起第三審上訴，其上訴意旨所引敘本院曾選編為判例之53年台上字第2067號判決法律見解以：「證據之證明力如何，雖屬於事實審法院自由判斷職權，而其所為判斷，仍應受經驗法則與論理法則之支配」；及曾選編為判例之48年台上字第475 號判決法律見解以：「證據之證明力，固屬於法院判斷之自由，但不得違背經驗法則，如證據之本身依照吾人日常生活經驗所得之定則觀察，尚非無疑竇時，則遽難採為判決之基礎」，均係就刑事訴訟法第155 條第1 項證據證明力應如何判斷、取捨或犯罪事實該如何認定所為之闡述，係法院採證、認事職權行使應遵循之證據法則，究仍屬刑事訴訟法第378 條相關之判例，依刑事妥速審判法第9 條第2 項規定，檢察官自不得以原判決違背上述本院判例作為適法之第三審上訴理由。檢察官上訴意旨，形式上雖以原判決違背判例為由，提起第三審上訴，然與刑事妥速審判法第9 條第1 項第3 款規定「判決違背判例」之情形，不相適合，依前開說明，自難謂符合第三審上訴之法定要件，應認其此部分上訴為不合法法律上程式，予以駁回。
- 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 6 月 11 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 林 勤 純

法官 許 錦 印

法官 蔡 新 毅

法官 莊 松 泉

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 6 月 17 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 4358 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 30 日

裁判案由：公共危險等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第4358號

上訴人 楊福村

選任辯護人 洪永勳律師

上訴人 楊福進

選任辯護人 洪崇欽律師

上訴人 黃進益

選任辯護人 陳武璋律師

上訴人

即參與人 丁金鑾

上列上訴人等因公共危險等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年8月27日第二審更審判決（107年度上更一字第22號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署103年度偵字第915、918、1759、1760、2786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。至原判決究竟有無違法，與上訴是否以違法為理由係屬二事。
- 二、本件原審審理結果，認為上訴人楊福村、楊福進、黃進益有原判決事實欄所載之犯行明確，因而撤銷第一審之不當判決，經比較新舊法，依想像競合關係，改判各論處楊福村、楊福進事業場所負責人，犯污染河川罪刑（均一行為同時觸犯任意棄置有害事業廢棄物罪、未依規定處理廢棄物致污染環境罪、事業場所負責人犯污染河川罪）；論處黃進益幫助事業場所負責人犯污染河川罪刑。且對楊福村、楊福進及上訴人即參與人丁金鑾均為沒收之宣告。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、證明力之判斷與事實之認定，俱屬事實審法院得依職權判斷之事項，倘其判斷未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即無違法可言。刑法第190 條之1 第2 項之因事業活動而放流毒物罪，係以投棄、放流、排出或放逸毒物或其他有害健康之物，而污染空氣、土壤、河川或其他水體，致生公共危險為其犯罪構成要件。所謂「致生公共危險」，指在客觀上已有發生具體公共危險之事實存在為必要，即採具體危險犯之立法規定，其具體危險之存否，自應按投棄、放流、排出或放逸毒物或其他有害健康之物，其污染之體積、面積、數量，及污染行為是否明顯威脅不特定多數人生命、身體、健康或財產，依社會一般之觀念，綜合予以判斷。

- (一)、原判決於理由內綜合全辯論意旨及調查證據之結果，敘明認定楊福村、楊福進有事實欄所載為順柏昌實業股份有限公司（下稱順柏昌公司）、昶景實業股份有限公司（下稱昶景公司）負責人，其等公司從事金屬電鍍及表面處理之高污染事業，其等自民國90年5 月間起至103 年1 月間查獲止，接續為以下排放有害健康及兼廢棄物之廢水犯行：自90年5 月間起，分別將製程中產生，未經處理、有害健康之氰系電鍍廢液（兼屬有害事業廢棄物）、鉻系、酸鹼系原廢水，經由暗管排放到農業用地灌溉水源之福馬圳；楊福進復將未經處理、公告有害之事業廢棄物之電鍍污泥水，以增設之管線直接排放至竹仔腳排水道；楊福村另於99年間起，在未經處理之拋光原廢水（液）收集槽內，裝設抽水馬達，以軟管連接生活污水排放管放流至福馬圳內；楊福村、楊福進自98年底起，打開順柏昌公司、昶景公司3 樓頂廢水貯槽頂蓋，任令貯槽內未經處理完成之電鍍廢水（液）逸流至水管流至福馬圳內，造成順柏昌公司、昶景公司之排放口及下游底泥之檢測值，重金屬鉻、鎳、銅均嚴重超標，河川嚴重污染，致生公共危險等犯行之得心證理由。
- (二)、原判決復於理由內載敘：依憑土壤及地下水污染整治法第6 條第6 項授權制訂之「底泥品質指標之分類管理及用途限制辦法」第4 條所定，河川底泥品質各項重金屬上限值，以及卷附行政院環境保護署（下稱環保署）103 年4 月22日環署

土字第1030032856號函檢送之環境介質調查報告，該署103年1月22日派員採驗福馬圳底泥結果，順柏昌公司與昶景公司排放口上游，採樣點SD13底泥「銅117」未超標、「鎳84.5」微逾80上限；昶景公司排放口採樣點SD12，「銅230 上限值《下同》1.46 倍）、鎳549（6.86倍）」嚴重超標；順柏昌公司排放口採樣點SD11，「銅212（1.35倍）、鎳243（3 倍）」嚴重超標；順柏昌公司與昶景公司排放口下游採樣點SD10「銅109」未超標、「鎳148（1.85倍）」；順柏昌公司與昶景公司連外小橋下暗管排放處，採樣點SD09「銅323、鎳524（6.55倍）」均嚴重超標；順柏昌公司與昶景公司排放口下游200公尺處，採集採樣點SD01「鉻682（2.9 倍）、鎳435（5.43倍）」均嚴重超標，等證據資料，以順柏昌公司與昶景公司排放口上游採集之底泥，僅鎳稍微超標，惟自其等公司之排放口甚至下游200公尺重金屬超標嚴重之旨，說明如何認定楊福村、楊福進排放廢液、廢污水、廢污泥水之行為，造成福馬圳排放口以下之河床底泥重金屬超標之理由（見原判決第48-54頁）。

- (三)、另說明：楊福村、楊福進排放電鍍廢水及有害事業廢棄物，致河川重金屬嚴重超標，且具有強酸強鹼，對水中生物、生態環境已造成危險，污染之水體經由農作物進入食物鏈危害人體，客觀上對公眾已生具體公共危險，又依照上開環保署「底泥品質指標之分類管理及用途限制辦法」第6條，明文禁止福馬圳該段底泥使用於各項用途，受污染底泥必須全部清除，彰化縣環境保護局（下稱彰化縣環保局）亦須完成河川整治，甚已造成具體實害等旨，詳敘如何認定其等所為，已達致污染環境以及致生公共危險程度之理由（見原判決第52-54頁）。
- (四)、且就楊福村於原審所辯：福馬圳裡長年有水，大量稀釋下，並無人體直接接觸廢水，福馬圳下游土壤生產之農作送驗結果鉛、鎘均符合標準，可知土壤未受污染，自不構成具體公共危險各節，如何均不足採之，已斟酌卷內資料逐一於理由內詳予論斷、指駁（見原判決第54頁）。
- (五)、原判決依憑黃進益於偵查中之自白、證人即共同被告楊福村、楊福進之部分供述、證人即彰化縣環保局稽查人員薛智遠、康維邦證稱103年1月1日、同年1月10日現場蒐證之情

形，及卷附蒐證照片等證據資料，相互印證，且就黃進益否認犯行，辯稱不知道裝電動閥及開關是要排放廢水，也不知道做活動PVC 水管用途云云，以及楊福村、楊福進事後翻異前詞所為之迴護之詞，如何均不足採之，詳為論斷、說明，因而認定黃進益有事實欄二、(一)、(二)所載之以裝設電動閥及開關、製作活動式PVC 水管以幫助本件排放廢水、廢污泥之犯行。

- (六)、經核所為採證認事及論斷說明，俱不違背證據法則及論理法則，同無認定事實不依證據、判決理由矛盾、判決理由不備之違誤，就黃進益部分，亦無單憑共同被告自白為唯一證據之違法。且查：(1)、原判決於理由內敘明，以卷內事證尚未能認定楊福村、楊福進排放廢水所含之有害健康物質已「超過放流水標準」，雖檢察官未就此部分起訴，仍予以敘明本件並不適用水污染防治法第36條之旨（見原判決第67-68 頁），此部分之論斷，與原判決認定楊福村、楊福進排放廢水，已達致污染環境以及致生公共危險程度，係屬二事，核無判決理由矛盾。(2)、原判決依憑楊福村、楊福進部分供述、證人即採證人員黃嗣堯之證言、彰化縣環保局稽查紀錄、第一審法院之勘驗筆錄及照片等證據資料，相互印證，詳予說明如何認定楊福村、楊福進自98年底起有自3 樓廢水系統任意流出廢污水而從生活廢水管排出之理由（見原判決第30-33頁），自無判決理由不備之違誤。(3)、原判決於理由內載敘：委之卷內昶景公司扣案三聯單上記載之污泥重量，彙整自90年5 月份至103 年1 月份，昶景公司支付污泥費之紀錄，說明如何認定該公司產出之污泥量以及實際支出之污泥處理費均偏低之旨，俱有卷內證據資料可稽，同無判決理由不備之違誤可指。(4)、原判決理由欄貳、十一、(二)記載楊福村之供述與關於順柏昌公司之說明（見原判決第35頁），核與認定楊福進自從3 樓污泥沈澱槽（污泥濃縮槽）底直接開管排出污泥水之犯行無涉，應屬贅載而有微瑕，惟並不影響於判決本旨。(5)、原判決事實欄二、(一)係記載黃進益幫助楊福村、楊福進裝設電動閥及開關，並未認定其裝設管線（見原判決第4 、5 頁），核與其理由欄貳、十六、(三)所載「黃進益並未在97年間在 3樓污泥儲存槽下方裝設明管」之旨（見原判決第58頁），係屬二事，並未有何矛盾。

(七)、楊福村、楊福進、黃進益上訴意旨，仍執原判決指駁之前詞，指稱本件不構成具體公共危險、不能證明有污染環境、排放與污染不具因果關係、不能證明昶景公司每年產出污泥量、不能證明黃進益對於排放廢水知情等旨，指摘原判決有認定事實不依證據、判決理由不備及理由矛盾之違法云云，仍係就原審採證認事職權之適法行使，及原判決明白論斷之事項，徒以自己之說詞，任意指摘，自非適法之第三審上訴理由。

四、按95年 5月30日修正之廢棄物清理法（下稱修正前廢棄物清理法）第46條第1款、第2款，係以「任意棄置有害事業廢棄物」、「未依本法規定之方式貯存、清除、處理或再利用廢棄物，致污染環境」為犯罪成立要件，又主管機關行政院環保署依據廢棄物清理法第2條第3項於90年3月7日以（90）環署廢字第001392 6號令訂定發布之「有害事業廢棄物認定標準」，第 3條規定「列表之有害事業廢棄物種類如下：一、製程有害事業廢棄物：指附表一所列製程產生之廢棄物」，其中編號A-8801電鍍製程之廢水處理污泥及編號A-9001電鍍廢棄之氰化物電鍍液，乃明定之有害事業廢棄物。另依廢棄物清理法第36條規定，事業廢棄物之貯存、清除或處理方法及設施，應符合中央主管機關之規定；前項事業廢棄物之貯存、清除、處理方法及設施標準，由中央主管機關定之。若有違反，而任意清理事業廢棄物，且致生污染環境之結果，自成立修正前廢棄物清理法第46條第 2款之罪。原判決於理由內敘明：順柏昌公司、昶景公司電鍍後產生之氰化物廢液，係有害事業廢棄物，自有廢棄物清理法之適用，而楊福村、楊福進對於廠區內產生之氰化物電鍍廢液、廢污泥水，未依規定採用鹼性氧化分解法方式處理，亦即未循經過核定之環保計畫流程處理，逕予任意排放，已違反廢棄物清理法第36條之規定，且就如何認定已達致污染環境之結果，亦據卷內資料論述綦詳，因而認定楊福村、楊福進均有違反修正前廢棄物清理法第46條第1款及第2款規定之犯行。經核詢無違誤。楊福村上訴意旨謂未經處理之電鍍原廢水，並非廢棄物清理法管制之「廢棄物」，原判決適用廢棄物清理法顯非有據云云，同非適法之第三審上訴理由。

五、按為賦予刑事訴訟被告主體之地位，保障其防禦權，俾其有

充分辯明之機會，刑事訴訟法第95條第1項第1款規定，訊問被告，應告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。基於控訴原則，法院審理之對象，以檢察官起訴之被告及犯罪事實為限，故於起訴後階段，此所稱之「犯罪嫌疑」，係指檢察官起訴書所載之犯罪事實。而法院審理結果，認定之事實與檢察官起訴之事實已有部分變更者，應依序視變更情形，而為相應之程序，俾保障被告之防禦權，簡言之，在未變更案件同一性之範疇內，法院對變更部分自得依法進行審判，若有涉及法律評價不同者，應依刑事訴訟法第300條規定踐行變更罪名之程序；倘不涉罪名之變更，惟變更之部分事實涉及重要之基本事實，已影響被告之防禦權者，仍應允宜告知俾被告有辯明之機會，反之，若該事實之出入並非上開情形，被告之防禦權已獲充分行使，事實審法院未再就不同之認定為告知，自不能指為違法。

依卷附本件臺灣彰化地方檢察署103年度偵字第915、918、1759、1760、2786號起訴書之記載，本件檢察官起訴楊福進擔任負責人之昶景公司排放有害健康物質之電鍍廢水之犯行，犯罪時間係自88年4月23日起至103年1月15日（以99年1月5日遭彰化縣環保局查獲前、後之犯行，論以2罪），其排放方式有利用暗管排放、以增設管線排放毒污泥水、利用頂樓雨水孔排放電鍍廢水等旨（見起訴書第4-7頁）；而原判決事實欄認定，楊福進係自90年5月間起至103年1月15日止，接續為利用暗管排放、以增設污泥管線排放毒污泥水、打開3樓頂廢水貯槽頂蓋任令逸流方式排放電鍍廢水之犯行（見原判決第4-7頁），經核與起訴之犯罪事實屬同一案件，且認定楊福進本件犯行之犯罪時間，並未擴張檢察官起訴之犯罪時間，其餘認定之重要基本犯罪事實與起訴之犯罪事實，亦均相同。至於原判決事實欄二、(二)記載楊福進增設污泥管線排放污泥水部分，所載行為時間「自90年5月間開始」雖較起訴書記載為早，然此部分僅屬楊福進排放有害健康物質於河川犯行之其中手段之一，為接續犯行之一部分，既經原判決評價為一罪，則對於楊福進本件犯罪時間之認定不生影響，況此部分為楊福進於偵查中自白，所依憑之事證，亦經原審法院於108年8月8日審理期日提示相關筆錄予楊福進及其辯護人（見原審上更(一)卷四第173頁），賦

予其充分辯明之機會，其防禦權業已獲致保障，原審踐行之程序，自屬正當，洵無上訴意旨指摘之違背法令。楊福進上訴意旨，以原判決事實欄二、(二)部分，擴張檢察官起訴書以外之事實，對於90年5 日間至97年間某日之犯罪事實，未予楊福進辯明之機會，指摘判決違背法令云云，自非適法之第三審上訴理由。

六、刑之量定，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條各款所列情狀而合於法律規定之範圍，並無違反公平、比例及罪刑相當原則而濫用其裁量者，即不得遽指為違法。原審就楊福村本件犯行，以其責任為基礎，具體審酌刑法第57條所定各情，予以綜合考量，而為刑之量定（處有期徒刑4 年），既未逾越法定刑範圍，復無違反罪責原則、公平原則之情事，自無違法可言。楊福村上訴意旨，以原判決未審酌其犯後態度良好，且誤定犯罪期間有誤，據此而為之量刑，自有違法云者，係就原審量刑裁量權之適法行使，任意指摘，依上述說明，顯非合法之第三審上訴理由。

七、按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。犯罪行為人以外之第三人，符合法定要件而取得犯罪所得者，亦同，為刑法第38條之1 第1 項前段、第2 項所明定，立法意旨在澈底剝奪犯罪所得，消除犯罪誘因，於經濟犯罪及具有穩定社會系統屬「風險刑法」之環境犯罪尤然。列為環境刑法之刑法第190 條之1 之排放有害健康之物而污染河川罪、廢棄物清理法第46條第1 款之任意棄置有害事業廢棄物罪、同條第 2款之事業負責人未依規定清理廢棄物，致污染環境罪，於違法排放廢水之案件，其不法所得，乃行為人節省本應依法處理而支出之環保費用（成本），其因未支出而獲得整體財產之增益，自屬產自犯罪之利得，應依法宣告沒收。又此不法利得既為消極利益，依法應就其替代價額為追徵之諭知。又排放廢水犯罪所得範圍之計算，刑法第38條之2 第1 項規定「犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之」，立法理由說明，明定沒收標的「不法利得範圍」之認定，非關犯罪事實有無之認定，於證據法則上並不適用嚴格證明，無須證明至毫無合理懷疑之確信程度，適用自由證明已足，爰參考德國（當時）刑法第73b 條之立法以明文



規定。然估算並非恣意，應以合義務性之裁量為之，仍須具有合理之基礎，法院須先就估算基礎之連結事實加以調查審認，再選擇合適之推估方式，例如某特定領域之經驗法則，而普遍採用於稅法計算所得之「內部事業比較」及「外部事業比較」基準，即屬於合適之估算方法，所稱之「內部事業比較」，係指從行為人（或事業）之資料尋找可對照之已知數據，再據以推估無資料可查之待釐數額，並且可援用某段時間已知數據，來推知不具資料期間數據的「倍數」；所稱之「外部事業比較」，係指從相類似事業及相類似行為之已知數據，來推估待釐數額。又既係合適之推估方式，亦無「有疑惟利被告」原則之適用，其理至明。倘事實審法院已依卷內資料，認定估算基礎之連結事實，並採用合適之估算方法（例如內部事業比較基準），依上揭程序而進行合理之推估，且於理由內依憑卷內事證就其依據為必要之說明時，則所為之估算核屬事實審法院適法職權之行使，不能遽指為違法。

原判決認定楊福村、楊福進為順柏昌公司、昶景公司之負責人，有事實欄所載排放電鍍廢水、廢污泥於河川之犯行，其於理由內說明：本件因為節省應支出之花費而增加之盈餘為犯罪所得（見原判決第71頁）；對於犯罪所得數額之認定，依憑扣案之昶景公司102年9月至102年12月估價單明細（即銷售予客戶之電鍍產品數量），及該期間之電費資料明細（用電度數），以產量與用電數成正相關之經驗法則，認定昶景公司此期間實際銷售電鍍產品數量，以（倍數）計算昶景公司102全年之產量，並比對卷附自102年9至12月發票存根聯上記載重量、金額，推算實際產量與發票記載二者間之對應係數，復以扣案順柏昌公司、昶景公司自90年至102年期間申報營業稅所載之銷售金額（收入），推估本件犯罪期間90年5月至102年間之電鍍產品重量（見原判決第74-82頁），並進而推算污泥產量，再據以計算依照合法之清理程序所需支出之藥品費、污泥費、環保系統電費，因而認定本件犯罪所得亦即非法排放廢水而節省支出之費用總額（見原判決第82-92頁），且就如何認定因節省費用而產生之孳息，亦據卷內資料，詳為論述（見原判決第95-97頁）。原判決既就估算基礎（估價單、用電明細、統一發票、發票存

根聯)連結之事實已調查審認，且採用內部事業比較基準作為合適之估算方法，詳予說明其推估計算之過程，以及如何認定本件不法所得數額之理由，依上揭說明，洵無違法可指。楊福村上訴意旨謂：順柏昌公司並未漏開發票，原判決之推算方式顯無依據，且楊福村既未將不法利得存入銀行，不得再加計利息予以沒收，縱若加計亦應以銀行之利率計算，指摘原判決認定事實未依證據、適用法則錯誤云云，顯係誤解犯罪利得相關法則，徒憑己見而為之指摘，自非適法之第三審上訴理由。

八、綜合前旨及其他上訴意旨，上訴人等係置原判決之論敘於不顧，無非就原審採證認事職權之適法行使，及原判決明白論斷之事項，徒以自己之說詞，任意指為違法，自非適法之第三審上訴理由。依上說明，應認其等上訴為違背法律上之程式，均予以駁回。

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 6 月 30 日

最高法院刑事第五庭

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

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 7 月 7 日

書記官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 1482 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 04 日

裁判案由：違反證券交易法等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第1482號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官張秋雲

上訴人

即被告 陳文南

選任辯護人 蕭仰歸律師

上訴人

即被告 林秀蓉

被告 陳瑞禮

上二人共同

選任辯護人 羅閔逸律師

參與人 富鼎產業科技股份有限公司（原名富鼎資源科技股份有限公司）

代表人 周淑姿

代理人 廖學能律師

上列上訴人等因被告等違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年12月31日第二審更審判決（108年度金上重更一字第9號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署102年度偵字第31672號、103年度偵字第18643、19076、22460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、本件原判決認上訴人即被告陳文南、林秀蓉共同違反證券交易法第20條第2項之公告不實犯行，及違反第155條第1項第6款之意圖影響集中市場有價證券價格而散布不實資料犯行均明確，因而撤銷第一審判決依想像競合犯，對其二人均從一重論處同法第171條第1項第1款公告不實罪罪刑部分之判決，改判仍依想像競合犯，均論處其二人共同法人之行為負責人，犯同法第171條第1項第1款之公告不實罪罪刑；並以公訴意旨指陳文南、被告陳瑞禮共同犯同條項第3款背信罪嫌部分，經審理結果，認其二人犯罪均屬不能證明，而撤銷第一審就此部分所為其二人有罪之判決，改判諭知其二人無罪

，並對參與人富鼎產業科技股份有限公司（下稱富鼎公司）為不沒收之諭知。固非無見。

## 二、惟按：

- （一）依刑事訴訟法第159條第1項規定，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。刑事案件移送機關製作之案件移送書或移送函，內容記載之被告或犯罪嫌疑人涉嫌或被訴之事實，及相關之證據等事項，性質上，係於審判外所製作之傳聞書面，對於其移送之被告或犯罪嫌疑人所涉犯罪事實，原則上，應無證據能力，不能資為認定犯罪之憑據。

原判決事實認定富味鄉食品股份有限公司（下稱富味鄉公司）自民國100年7月間起，即以棉籽油取代大豆油摻入所販售之調和油品內，且未如實標示產品組成。惟其執行副總經理兼代理發言人林秀蓉於102年10月21日下午4時許，在財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心辦理說明會時，為免上情曝光，竟透過媒體向不特定大眾傳述富味鄉公司進口後精煉的棉籽油全數外銷，而散布不實資料；復於當天下午5 時39分許，指示不知情之該公司員工林佳慧以電腦設備連結網際網路，將該不實說明連同所檢附不實資料，刊登於公開資訊觀測站網站等情，理由內則併引行政院金融監督管理委員會證券期貨局102 年10月28日證期（發）字第1020044535號函，以富味鄉公司由林秀蓉在說明會透過媒體所為說明，及在公開資訊觀測站刊登之公告內容，屬證券交易法第36條第3項第2款規定，「應於事實發生之日起2 日內公告之事項」為由，作為憑據。惟查該函文所載富味鄉公司上開公告內容如何影響公司商譽、消費者信心、股東權益，並分析其如何牽動該公司股價漲跌，而屬依證券交易法應公告之事項等內容，係該局本其從事金融監理業務之特別知識經驗，就證券交易法上開規定之適用，所表示之專業上意見，核屬鑑定之性質，須符合刑事訴訟法關於鑑定之規定，始得採為證據，然原判決理由就該函文是否具有證據能力，未置一詞。雖然該函文即使不符合鑑定之相關規定，亦屬供述證據，而原判決理由關於證據能力部分，已說明其所引用之被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述等傳聞證據，業經雙方當事人同意作為證

據，並符合刑事訴訟法第159條之5規定，有證據能力等語，但觀諸原審之準備程序筆錄，並無法院提示該函文予當事人表示意見之記載，尚難認本件當事人同意作為證據之傳聞亦及於該函文。原判決遽併引為不利於陳文南、林秀蓉之證據，已有未洽。

- (二) 證券交易法第36條第3項第2款規定已依該法發行有價證券之公司，發生對股東權益或證券價格有重大影響之事項者，應於事實發生之日起二日內公告，並向主管機關申報。又發行人依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務文件，其內容不得有虛偽或隱匿之情事，亦為同法第20條第2項所明定；違反者，應依同法第171條第1項第1款處罰。此刑罰規定，關於對股東權益或證券價格有重大影響之事項，所處罰之公告不實，其規範客體之「公告」，首須形式上，係屬於同法第36條第3項第2款之公告；再者，其實體內容，須係關於該規定所指之有重大影響之事項，而有虛偽或隱匿之情形。是發行有價證券之公司公開揭露訊息，縱訊息內容涉及該規定所指之有重大影響之事項，且有不實或隱匿情形，然其揭露訊息之公告，若不具備上開形式要件，仍非該處罰規定所規範之對象。

原判決認定之上開富味鄉公司由林秀蓉散布不實資料，及指示員工將之刊登於公開資訊觀測站網站等事實，苟屬非虛，而林秀蓉所散布富味鄉公司進口後精煉的棉籽油全數外銷之不實訊息資料，亦苟如上開函文意見，內容已涉及對股東權益或證券價格有重大影響之事項。然林秀蓉透過媒體向不特定大眾散布，及於資訊網站刊登公告，均係於102年10月21日所為，距該公司開始以摻入棉籽油油品銷售國內市場，而發生對股東權益或證券價格有重大影響事項之100年7月，已逾2年，是否屬上開規定所指「事實發生之日起二日內」之公告一節，攸關本件不實資料之散布及於資訊網站刊登之公告，是否具備上開處罰規定形式要件之認定，自宜釐清並詳為說明，以昭折服。乃原判決未為任何說明，徒以該等不實資料及公告之內容，均關涉對股東權益或證券價格有重大影響之事項，即逕依上開處罰規定論處罪刑。陳文南、林秀蓉上訴意旨指摘原判決理由欠備，尚非全然無據。

- (三) 有罪判決所載之事實及理由，暨判決理由間之說明，前後均須互相一致，復須與卷內之證據資料相適合，否則即屬判決理由矛盾之違法，自足構成撤銷之原因。

原判決事實欄記載陳文南、林秀蓉共同基於公告虛偽內容之財務業務文件之犯意聯絡，先由林秀蓉於上開說明會，透過媒體散布富味鄉公司進口後精煉的棉籽油全數外銷之不實訊息資料，及指示所屬於資訊網站刊登公告等情，已認定陳文南就此部分犯行，有「直接」故意；然其理由內，卻先說明陳文南對林秀蓉所為散布不實訊息及公告不實之行為，至少有認識並容任其發生之「不確定」（間接）故意等語，復又謂陳文南雖未實際參與公告不實構成要件之行為，然其由林秀蓉代表其為上開不實之公告，即係以自己犯罪之意思，事先同謀，自屬共同正犯等語，又指陳文南對此部分犯行有「直接」故意，致其事實認定與理由論敘，及理由之論敘本身，前後均不相一致。檢察官上訴意旨據以指摘原判決有理由矛盾之違背法令，亦非全不可採。

- (四) 本件陳文南、陳瑞禮被訴其二人分任富味鄉公司董事長兼任總經理、董事兼任技術總監，為證券交易法所規定之董事或經理人，陳瑞禮另為富鼎公司董事長，陳文南另為富鼎公司董事。因見富鼎公司業務營運不佳，為增加富鼎公司之收益，竟共同意圖為富鼎公司之不法利益，自100年7月4日起至102年10月9日止，先推由陳瑞禮指示不知情之富鼎公司人員，將單價較低之玉米油，以30%至45%之比例，混入單價較高之芝麻油中，充作純度百分之百之芝麻油，賣予富味鄉公司；陳文南則就富味鄉公司向富鼎公司購入上開混入玉米油之芝麻油採購案，予以核准，而為違背其任務之行為，並使不知情之富味鄉公司財務人員，匯款予富鼎公司帳戶，致富味鄉公司遭受新臺幣（下同）2,068萬7,121元之損害，均涉犯證券交易法第171條第1項第3款之加重背信罪嫌部分，原判決雖以：陳文南、陳瑞禮前經智慧財產法院（103年度刑智上易字第94號）認定自98年12月間起至102年10月24日止，共同指示不知情之富味鄉公司員工，於該公司之黑芝麻油中，攪入低價「黃麻油」，並標示為「100%純黑芝麻油」，販售予其他食品

公司，藉此牟取不法利益，而處以詐欺罪刑確定。本件公訴意旨所指富味鄉公司向富鼎公司購買之攪有玉米油之芝麻油，即係上開確定判決所指之「黃麻油」，故陳文南、陳瑞禮二人本件所為，係彼等業經判決確定之詐欺犯行之部分行為，富味鄉公司並未因而受有損害；且富味鄉公司向富鼎公司購買攪玉米油之芝麻油價格縱然偏高，致富鼎公司因此獲有差價利益，亦僅屬其二人就詐欺犯罪所得及成本於此二公司間分配之問題，不得另論以上開特別背信罪，因對其二人均諭知無罪，並諭知不沒收富鼎公司財產。

惟犯罪之方法另犯其他罪者，除非二者有吸收等實質上一罪之關係，否則，仍應依法另論該他罪。依上開詐欺案件確定判決認定之事實，富味鄉公司早於本件向富鼎公司購買攪玉米油之芝麻油前，自98年12月間起，即以攪黃麻油之黑芝麻油，混充為純黑芝麻油，販售他人牟取不法利益，足徵原判決認定本件富味鄉公司向富鼎公司購買之黃麻油，即係上開判決所指之攪玉米油之芝麻油一節，縱屬實在，富味鄉公司向富鼎公司購入黃麻油，並非上開詐欺犯行必然採取之方法，遑論係以偏高之價格購入。從而，陳文南二人苟係意圖為富鼎公司之利益，而由陳文南為富味鄉公司，向富鼎公司購入攪玉米油之芝麻油，縱該油品即係其攪入黑芝麻油中之黃麻油，若購買之價格非合理市價而有偏高情形，富味鄉公司似難謂無損害。至於事後，陳文南將之攪入富味鄉公司生產之純黑芝麻油中，販售他人，遑論是否果能遂其牟取不法利得之目的，縱確為富味鄉公司牟得不法利益，且該不法利益並多於原高價買入黃麻油之損失，似仍無解於陳文南二人意圖為富鼎公司之利益，而以偏高之價格向富鼎公司購入黃麻油，致使富味鄉公司受有損害應負之責任。原判決徒執本件富味鄉公司向富鼎公司購買之攪有玉米油之芝麻油，即係上開確定判決所指之「黃麻油」一端，遽對陳文南二人被訴加重背信罪嫌部分，為無罪之諭知，顯有未洽。

- (五) 原判決引用起訴書附表一、二，說明陳文南為富味鄉公司向富鼎公司購買攪入玉米油之芝麻原油充當「純芝麻原油」，以100年間為例，富鼎公司成本為每公斤芝麻原油44.

96元、玉米油32.49 元，其販售予味富鄉公司攙入玉米油之芝麻原油，平均單價為每公斤37.69 元，似與玉米油及芝麻原油混合後之價格相近，因認陳文南二人所辯味富鄉公司係以調和油之價格向富鼎公司購買，尚非無據云云。然依該附表一、二所示，100 年度富鼎公司販售予味富鄉公司攙入玉米油之芝麻原油計423,470 公斤，單價每公斤37.69元，總價約15,960,584元（該附表一載為15,958,671元），其中包含芝麻毛油84,693公斤（單價44.96元），玉米毛油338,777公斤（單價32.49元），富鼎公司購入該等毛油之成本總計為14,814,661元，相較於其售予味富鄉公司之總價，差額約1,145,92「3」元（該附表二載為1,145,92「2」元），計每公斤價差約2.7 元。而此是否為市場之合理價格，及本件富鼎公司販售此油品與味富鄉公司之其他時段101、102年間價格情形等，均攸關陳文南二人所辯是否可採之認定，自有詳加調查、釐清之必要。乃原判決未此之為，逕以100年間富鼎公司販售之單價37.69元，與「玉米油及芝麻原油混合後之價格」較為相近，即認陳文南二人所辯非無理由，然遑論其所謂「玉米油及芝麻原油混合後之價格」究何所指？數額若干？以上各節，俱欠明確；且原判決就比較結果與本件富鼎公司每公斤37.69 元之售價是否合理市價之判斷，有何關聯性，亦未置一詞；就101、102年間等時段之油品市價情形等，更愒而不論，顯有證據調查職責未盡及理由不備之違法。

三、以上各節，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決之上開違法，已影響於事實之確定，本院無從自為判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第401 條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 6 月 4 日

最高法院刑事第三庭

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

本件正本證明與原本無異



中 華 民 國 109 年 6 月 10 日  
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 1554 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 05 月 28 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1554號

上訴人 張援華  
陳臣興

共 同

選任辯護人 趙元昊律師

上列上訴人等因違反廢棄物清理法案件，不服臺灣高等法院中華民國108年5月7日第二審判決（108 年度上訴字第750號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署106 年度偵字第9745、28512號，107年度偵字第6502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，認為上訴人張援華、陳臣興有如原判決事實欄所載共同非法貯存、清除一般事業廢棄物之廢塑膠混合物各犯行明確。因而撤銷第一審關於陳臣興部分之科刑判決，並比較行為時及裁判時法律，適用最有利之規定，改判仍論處陳臣興共同（民國106年1月18日修正前）廢棄物清理法第46條第4 款前段之非法貯存、清除廢棄物罪刑，並為相關沒收、追徵之宣告；另維持第一審關於論處張援華共同（106年1月18日修正前）廢棄物清理法第46條第4 款前段之非法貯存、清除廢棄物罪刑之判決，駁回張援華在第二審之上訴。已詳敘其認定犯罪事實所憑之證據及理由。

三、上訴意旨略以：上訴人2 人於原審已於刑事辯護意旨狀內，明白爭執行政院環境保護署環境督察總隊北區環境督察大隊（下稱北區環境督察大隊）所拍攝，及其他卷附拍攝本案廠房內、

外堆置廢塑膠混合物狀況之照片（下稱現場照片）之證據能力，並一再質疑該等照片之來源。詎原判決卻謂上訴人2人就上開照片之證據能力未聲明異議，而認依刑事訴訟法第159條之5之規定，具有證據能力，且引為認定本案犯罪事實之證據，自有證據上理由矛盾之違法云云。

#### 四、惟查：

(一)無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，刑事訴訟法第155條第2項定有明文。所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；該資格之取得，以證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除為要件。所稱關聯性，係指該證據須具備「證明價值」及「重要性」。前者，係指該證據對於待證事實之存否有無證明價值，亦即以其有無助於證明待證事實之蓋然性為斷；後者，則指該證據所要證明之待證事實，足以影響犯罪之成立或刑罰之輕重，倘對於判決結果不生影響者，該證據即不具重要性。又法院判斷特定證據有無「證明價值」時，並無須實質審查該證據本身之可信性，而應係在假設該證據所內涵之資訊為真實之前提下，依一般社會生活所形成之論理法則及經驗法則判斷，如可認定與待證事實之存否具有最小必要程度之影響力，並非全然無證明力者，即屬具有證明價值。換言之，祇須該證據能使法院更能判斷待證事實之存否，縱僅有些微之影響，亦可認已具有證明價值。因此，有無「證明價值」之審查，是採取相對寬鬆之門檻。再者，關聯性之有無，因非關實體，是其證明方法，以自由證明為已足。另「證明價值」所涉及者，乃證據能力有無之判斷，至該證據對於待證事實證明之程度，則為證明力之問題。易言之，對於證據有無具備關聯性所需之證明價值，是有無之判斷；但證據之證明力，則為效力強弱之問題。因此，證據必先有證據能力，而後始生證據證明力之問題，二者在證據法上屬不同層次之概念。又用以展示或說明犯罪現場狀況等有關犯行情狀之照片，是以機械之功能，摘錄實物形貌而形成之圖像，並非屬人類意思表達之言詞或書面陳述，自屬非供述證據；其與待證事實之關聯性，係以該照片為何人、何時、何地及以如何之情景所拍攝為斷。就此關聯性之立證，並無非以攝影者為證人加以訊（詰）問不可，如以於拍攝照片時在場之目擊證人為佐證，抑或

依該照片本身之情景已可真實的呈現事實，即為已足。簡言之，除該照片係出於偽造或變造者外，當該照片本身或依其他補強證據，已可認其對於所描述之事與待證事實有關聯性者，即足當之。

(二)經查：原判決引以為認定本案犯罪事實之現場照片，分別附於偵字第9745號卷第24至30頁，及偵字第6502號卷第14至20頁。而前者，為本案廠房之出租人即告訴人陳忠和，於105年11月15日報案後，由告訴人或其弟陪同警方至該廠房拍攝；後者，則為北區環境督察大隊於106年11月23日，在告訴人陪同下，至本案廠房稽查時所拍攝。稽查時，廠房內、外堆置物品之情形，與告訴人於上訴人2人欠租後，於105年8月間至本案廠房內、外查看時，所見堆置之情形完全相同等情，業據告訴人證述綦詳，並有北區環境督察大隊106年11月23日稽查督察紀錄在卷可徵。再觀諸上開照片，可清楚辨識本案廠房之外觀；廠房內、外混雜堆置裝滿物品之包裝袋；包裝袋顏色、大小不一；部分包裝袋破損，清楚可見內裝之廢塑膠混合物等情。準此，堪認前述現場照片，乃告訴人報案後，警方及北區環境督察大隊分別至本案廠房所拍攝，拍攝之內容則為該處貯存廢塑膠混合物之情形。是上開照片自有助於證明上訴人2人有無本件所起訴之非法貯存、清除廢棄物之待證事實，且該待證事實足以影響本案犯行是否成立，自與本案待證事實具有關聯性，且卷內亦查無違反法定程序取得，或應排除作為證據之情形，依前開說明，自有證據能力。原判決以上訴人2人就前述現場照片之證據能力，未於原審辯論終結前聲明異議，且依傳聞法則例外之刑事訴訟法第159條之5規定，資為該等照片具有證據能力之理由，固有違誤，惟此瑕疵，並不影響上開照片具有證據能力，得作為認定本案犯罪事實之證據資格，且經原審於審理時踐行調查證據程序，予上訴人2人及其等原審選任之辯護人陳述意見，以辯明證據證明力之機會（見原審卷第148頁），則原審以之為認定本案犯罪事實之證據，自無違法可言。從而，上訴意旨前述指摘，難認是合法之第三審上訴理由。

五、綜上，上訴意旨係就不影響原判決本旨之瑕疵，任意指摘為違法，要非適法之第三審上訴理由。是上訴人2人之上訴，均不合法律上之程式，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 5 月 28 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

書 記 官

中 華 民 國 109 年 6 月 2 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2088 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 10 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2088號

109年度台上字第2657號

上訴人 陳定坤  
戴桂芬

上一人

選任辯護人 鄭中睿律師

上訴人 楊舜盛

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108 年5 月30日第二審判決（108 年度上訴字第32、36號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署107 年度偵字第325、327、372、885、886號，追加起訴案號：同署107年度偵字第1554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，認為上訴人陳定坤、戴桂芬、楊舜盛（下稱上訴人等）違反毒品危害防制條例或藥事法之犯行明確，因而就原判決（下同）附表一編號1-3、5-11、附表二編號3-5、附表三、五、六、七所示陳定坤所犯各罪，及附表二編號3、4、附表三、六、七戴桂芬所犯各罪，維持第一審論處陳定坤、戴桂芬（共同）販賣第二級毒品（既、未遂），或（共同）轉讓禁藥罪刑（均處有期徒刑，陳定坤累犯）之判決，駁回陳定坤、戴桂芬該部分在第二審之上訴；就附表一編號4、附表二編號1、2 陳定坤部分，附表二編號1、2、5 戴桂芬部分，及楊舜盛部分（即附表三、四），則撤銷

第一審之科刑判決，改判仍論處上訴人等（共同）販賣第二級毒品罪刑（均處有期徒刑，陳定坤累犯），且依法為相關沒收（追徵）之諭知，並分別改定上訴人等之應執行刑，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，均有卷存證據資料可資覆按（陳定坤被訴如起訴書附表一編號18即第一審判決附表一編號12部分，原判決撤銷第一審之科刑判決，改諭知無罪後，未經檢察官上訴，已告確定）。

### 三、上訴人等上訴意旨略以：

- (一)陳定坤部分：1.陳定坤於警詢及偵查中均坦承犯行，並供出毒品來源為楊舜盛，嗣經法院調查結果，亦可證陳定坤之主張屬實；其中雖有未經檢察官偵辦者，然檢察官應舉證證明，若陳定坤所供毒品來源屬實，即應依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑。2.原判決雖認陳定坤所犯本案無適用刑法第59條之餘地，然陳定坤於原審已提出其父母及妻子之殘障證明，證明父母年邁且不良於行，亟需他人照護，陳定坤亦係因不堪家庭經濟重擔，為弱勢家庭，始一時失慮而犯本案之罪，其於案發後亦感悔悟，請依刑法第59條規定減輕其刑等語。
- (二)戴桂芬部分：戴桂芬領有智能類輕度身心障礙手冊，其因智能障礙可能致其認知能力與無行為能力者相仿。上情未經第一審審酌，戴桂芬提起第二審上訴時已有所主張，於原審程序進行中，亦未感受適齡之對待。原審未調查釐清戴桂芬是否有刑法第19條之情形，復未於理由說明，自有調查職責未盡之違法情形。
- (三)楊舜盛部分：原判決所定有期徒刑8年8月之執行刑，有量刑過重及認事用法上之違誤。

### 四、惟按：

- (一)毒品危害防制條例第17條第1項所謂「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係指行為人供出其本案犯行之毒品來源，且因而查獲其他正犯或共犯者，始得適用該規定減免其刑。若不能認為係與本案被訴犯行具關連性之毒品來源，或未因而查獲其他正犯或共犯者，即難認與該條項規定相合。經查，原判決就陳定坤是否供出毒品來源因而查獲正犯或共犯部分，略以：陳定坤於偵查中供出其所販賣第二級毒品甲基安非他命（下稱毒品）之來源為楊舜盛，並提供相關

證據資料供調查，嗣並經檢察官查獲楊舜盛販賣毒品予陳定坤；惟楊舜盛被訴販賣毒品予陳定坤之時間，係自民國 106 年12月11日至107年1月4日；附表一編號1、2、4 至12（本院按：應為11之誤），及附表二編號2、4所示陳定坤之販賣毒品時間，則為106年8月、10月、11月，早於楊舜盛被訴販賣毒品予陳定坤之前，兩案欠缺先後及相當之因果關連，此部分自無從依毒品危害防制條例第17條第1 項之規定減輕其刑；其餘附表一編號3、附表二編號1、3、5及附表七部分，則依前述規定減輕其刑（見原判決第17、18頁）。有關陳定坤上訴原審後復主張其販賣予黃美真、黃品淵、張世逸（即附表一編號1、7、8、附表二編號2）部分，毒品來源確是楊舜盛部分。原判決亦已說明略以：陳定坤之主張縱認屬實，亦因該部分未經檢察官偵辦或因而查獲，而認與前開減輕其刑之規定不符等語（見原判決第18頁）。且楊舜盛於警詢時雖泛指曾於106年10、11月間販賣毒品予陳定坤（見107年度偵字第1554號卷(一)第29頁），然檢察官調查結果，係據楊舜盛、陳定坤及相關購毒者之陳述，以及楊舜盛與陳定坤間之微信、Line對話紀錄，作為楊舜盛販賣毒品予陳定坤之主要依據（見追加起訴書及同上偵卷第20頁之涉嫌販毒一覽表、第94頁以下之微信及Line之對話）。亦即，檢察官偵查結果，認楊舜盛僅於追加起訴書（附表）所載之106 年12月11日至107年1月4 日間，販賣毒品予陳定坤，並不及於此前陳定坤販賣予黃美真、黃品淵、張世逸（即附表一編號1、7、8、附表二編號2）部分。原審依陳定坤之聲請傳喚黃美真、張世逸結果（黃品淵傳、拘無著），亦不能證明陳定坤販賣予渠等之毒品確實來自楊舜盛。足見原判決之論斷、說明於法並無不合。陳定坤上訴關於此部分之指摘，係就已經原判決明白說明之事項，再事爭執，難謂係合法之上訴理由。其次，是否適用刑法第59條酌減其刑，事實審法院本屬有權斟酌決定，自不得以未適用執為第三審上訴之理由。經查，原判決就陳定坤被訴本案，已說明何以不適用刑法第59條之理由，略以：販賣第二級毒品對社會風氣及治安危害重大，為政府嚴加查緝之重大犯罪，陳定坤明知毒品對人體身心健康危害之烈，竟仍多次為販賣毒品犯行，危害社會治安甚大，行為時並無特殊之原因與環境，而無足以引起一般同情之客



觀情狀，可堪憫恕情形；況陳定坤販賣第二級毒品，經依法減刑後，法定最輕本刑僅為有期徒刑3年7月（陳定坤依累犯加重），刑度非重，倘依刑法第59條規定減輕其刑，除對其個人難收改過遷善之效，無法達到刑罰特別預防之目的外，亦易使其他販毒之人心生投機、甘冒風險繼續販毒，無法達到刑罰一般預防之目的，衡諸社會一般人客觀標準，尚難謂有過重而情堪憫恕之情形（見原判決第19頁）。核其說明，並無違法或明顯濫用權限情形。陳定坤就原審裁量職權之適法行使，依憑己意，再事爭執，亦非合法之上訴理由。依上說明，本件陳定坤之上訴既因違背法律上之程式而應予駁回，其請求適用刑法第59條之規定減輕其刑，已無從審酌，併予敘明。

(二)刑事訴訟法第161條第1項規定，檢察官就被告犯罪事實應負舉證責任，並指出證明方法。固揭示檢察官就被告之犯罪事實應負提出證據並說服之實質舉證責任；然有關被告行為時是否存在阻卻責任之事由（實），應否轉換舉證責任由主張有該等事由之當事人負擔，我國刑事訴訟法並無明文。惟被告受無罪推定規定及罪疑有利被告原則之保護，無須就自己之無罪舉證，自不應令其負擔阻卻責任事實存在之舉證或說服責任。但一般而言，阻卻事由之存在，應屬例外，且被告較檢察官容易知悉，欲證明該等事由不存在，在舉證上亦較困難。因此，要求檢察官自始就阻卻責任事由之不存在負舉證責任，即屬過分及無益之負擔；僅當被告主張有該等事實或提出一定之證據，並因而使法院得有合理之懷疑時，法院始須曉示檢察官對該等事實之不存在負說服之責任，或依刑事訴訟法第163條第2項但書規定為調查；若被告於審理中並未明確主張阻卻責任事由存在，或雖已主張但並未因陳述或因提出相關證據而使法院得有合理之懷疑時，法院自無曉示檢察官負前述說服責任，或依職權為調查之義務。查戴桂芬於獲案初始之警詢及檢察官訊問時雖已表示其領有輕度智能障礙之身心障礙證明，其後並提出於第一審法院（見107年度偵字第372號卷第10、125、126頁，第一審107年度訴字第114號卷第153頁）。然戴桂芬並未據以主張其有刑法第19條之免責或得減輕其刑之事由，更明確陳稱：毋庸選任辯護人或請家屬到場、請求立即訊問（見前述偵查卷之警詢及訊問

筆錄），其後於第一審審理時亦無相類之主張或陳述，而僅以之作為請求適用刑法第59條之事由（見同上第一審卷第89、121、145、149、167頁）。迨至第二審審理時仍僅主張其身體智能、經濟學識等狀況，罪責能力應較常人減輕，指摘第一審漏未審酌，請法院考量減輕其刑並適用刑法第59條各等語（見原審卷(一)第33頁上訴書狀、第209頁筆錄；原審卷(二)第36頁筆錄、第85頁書狀）。亦即，戴桂芬於法院審理期間，在有辯護人協助之情況下，就其因輕度智能障礙致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，或該等能力顯著減低，未曾明確主張；且戴桂芬於107年1月4日毒品交易未得手，即經警察於同日查獲（見原判決附表四編號7、附表七）。觀其該日或次日接受警方及檢察官訊（詢）問時，就訊（詢）問人員有關訴訟程序事項之告知及實體事項之問題，均能確切回應（107年度偵字第372號卷第1至17頁、第125至131頁），並無不能溝通或充分陳述情形；其後於法院審理時亦無不同。則卷內雖有前述身心障礙證明，然因戴桂芬接受詢問、訊問時之反應，並無異常，其本人或辯護人亦未明確主張或陳述其已因輕度智能障礙而欠缺前述能力，而使法院得有合理懷疑。原審未曉示檢察官負前述說服責任，或依職權為調查，即與應調查之證據漏未調查之違法情形不同，戴桂芬之上訴於法自有未合。

(三)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，亦無偏執一端致明顯失出失入情形，即不得指為違法。而執行刑之量定，同屬為裁判之法院得依職權裁量之事項，倘其所酌定之執行刑，並未違反刑法第51條各款所定之方法或範圍（即法律之外部性界限），且無明顯違背公平、比例原則或整體法律秩序之理念（即法律之內部性界限），亦不得任意指為違法或不當。經查，原判決關於楊舜盛之量刑，係審酌其前有多項前案紀錄之素行，明知毒品具成癮性，仍為圖賺取不法利益而販賣，惟於偵查中坦承部分犯行，於第一審及原審已坦承全部犯行之犯後態度，兼衡其各次販賣之金額非鉅，所得利益非大，以及教育程度、經濟、生活、家庭等一切情狀，量處如附表三、四所示之

刑，並定其執行刑為有期徒刑8年8月（見原判決第22、23頁）。觀其量刑及定刑，均屬低度，顯無失衡、過重情形，且均係合法行使其裁量權，於客觀上未逾越法定刑度，無悖於罪刑相當原則，並與定執行刑之內外部性界限無違，難認有違法或明顯不當之違法情形。楊舜盛上訴泛指原審量（定）刑過重云云，並未具體指摘原判決有如何之違法情形，顯係就原審量刑職權之適法行使及已經原審論斷、說明之事項，依憑己意，再事爭執，難認係適法之上訴第三審之理由。

五、依上說明，本件上訴人等之上訴均違背法律上之程式，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 6 月 10 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 林 立 華

法官 謝 靜 恒

法官 楊 真 明

法官 李 麗 珠

法官 林 瑞 斌

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 6 月 12 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2134 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 04 日

裁判案由：違反個人資料保護法

最高法院刑事判決

109年度台上字第2134號

上訴人 馬啓征

上列上訴人因違反個人資料保護法案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108年6月27日第二審判決（107年度上訴字第929號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署106年度偵字第15739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。又上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。至原判決究有無違法，與上訴是否以其違法為理由，則係二事。本件經原審審理結果，認上訴人馬啓征有原判決事實欄所記載之犯行，事證明確，因而維持第一審論處上訴人犯個人資料保護法第41條之非公務機關未於蒐集特定目的必要範圍內利用個人資料罪刑之判決，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得心證理由。

二、本件上訴意旨略稱：

- （一）證人林秀美曾經告知上訴人，是告訴人陳姿廷向她索騙上訴人給林秀美之考題資料，原審法院拒絕再度傳喚陳姿廷及林秀美，就資料如何被陳姿廷取得之過程為調查，有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。
- （二）原判決未說明上訴人係依個人資料保護法第20條第1項但書第4款規定，為防止他人（林秀美）權益之重大危害（

LINE帳號和密碼遭陳姿廷盜用），始提供陳姿廷個人相關資料予林秀美，有不載理由或所載理由矛盾之違法。

- (三) 檢察官就偵訊中之證詞「陳姿廷去過她家兩次設定LINE帳號及密碼」部分予以消音，此從法務部調查局亦承認無法鑑定偵訊光碟的聲音是否經變造，益見檢察官變造該偵訊錄音光碟。且檢察官一開始即知道上訴人是被陷害的，但偵查庭不隔離陳姿廷和林秀美，造成二人都能在當場及庭後串供，明顯違反程序正義。

### 三、惟查：

- (一) 證據之取捨與事實之認定，為事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，即不得任意指為違法；又證據之證明力如何，由事實審法院本於確信自由判斷之，此項自由判斷之職權行使，苟係基於吾人日常生活之經驗，而未違背客觀上應認為確實之定則，又已敘述其何以為此判斷之理由者，亦不容漫指為違法，而據為適法之第三審上訴理由。原判決依憑調查證據之結果並綜合卷內證據資料，認定上訴人有原判決所記載之犯罪事實，對於上訴人於原審所為類如第三審上訴意旨否認犯罪之辯解如何不足採，除引用第一審判決外，並已依據相關證據逐一指駁，所為論斷及說明，俱有相關證據在卷可資佐證，並無上訴人所指摘採證違背證據法則，或證據調查未盡，或判決理由不備及理由矛盾等違法情形存在。且查：

1. 原判決於理由二、(一)說明：原審受命法官依上訴人之聲請，於民國107年10月25日當庭勘驗106年3月14日檢察事務官詢問之影音光碟結果，並無上訴人所指漏載「林秀美當庭報告其要求上訴人提供陳姿廷個人資訊緣由」之情。嗣因上訴人仍堅持林秀美曾說過該等語句，經原審於107年12月6日審判期日再重行勘驗上訴人所指林秀美為該等陳述之2個片段後，亦俱無上訴人所述之情，而就該次勘驗結果，上訴人則稱：「這是因為光碟遭變造過」。為此，原審進而依上訴人之聲請，就該日偵詢影音光碟（上訴人所指片段）有無經變造送請法務部調查局鑑定，其結果雖就其中數位聲音之部分，鑑於數位聲音內容具有經編輯修改卻難以發現之特性，依現有技術尚難鑑定聲音有無經剪接、變造之情形，然就影像部分，經該局以Amped FIVE

影像鑑識處理設備逐格檢視待鑑片段連續畫面，各畫格時間標籤及畫面動作連續不中斷，畫素大小、清晰程度、亮度及對比度均相似，亦無畫格缺漏、前後亮度差異及修飾塗抹痕跡等異常情形，並未發現該片段影像經剪接或變造；且參以上訴人所抗辯遭消音之部分為「告訴人（指陳姿廷）去過她（指林秀美）家設定LINE帳號及密碼」，總字數多達近20字而非僅為隻字片語，即使在毫無任何猶豫下一口氣說完也需耗時數秒，而同步收錄影像及聲音之偵訊光碟，既經鑑定認就影像部分未經剪接或變造，而在時間標籤及畫面動作部分連續不中斷，自難認該光碟就聲音部分，曾經以消音或其他方式變造。上訴人空言抗辯106年3月14日偵訊影音光碟曾遭變造，顯不可採。

2. 原判決所引用之第一審判決理由二、(二)已說明：經勾稽林秀美於第一審所證與所提其與上訴人LINE通訊軟體對話紀錄及林秀美護照內頁入出境紀錄等證據資料，堪認係上訴人主動於105年8月24日凌晨4時15分傳送「高雄市○○區○○路○號○樓- 陳姿廷」之LINE訊息予林秀美。上訴人辯稱經林秀美回覆LINE通訊軟體帳號遭告訴人盜用且欲報案，其才應林秀美要求而提供告訴人個人資料云云，顯非事實。而上訴人為迫使林秀美報案、提告，竟多次以「警方友人會聯絡妳」、「日本政府讓妳入境時，會留置妳，審判及坐牢」等語對林秀美施加恫嚇，足認係上訴人故向林秀美偽稱其LINE帳號遭告訴人盜用，並提供告訴人個人資料，欲藉此使不知情之林秀美對告訴人提出不實告訴，顯具損害告訴人之不良意圖，殊難認上訴人所為係為防止林秀美權益遭受重大危害。再就林秀美於第一審之證述，及與上訴人於106年2月24日之電子郵件往來紀錄，可見林秀美與上訴人尚有激烈爭執，洵無要求上訴人另提供告訴人戶籍地址之可能，則上訴人於電子郵件中刻意強調係應林秀美要求而提供云云，應屬故佈疑陣之舉。上訴人辯稱本件其利用告訴人個人資料之行為符合個資法第20條第1項但書第4款「為防止他人權益之重大危害」之情形云云，無從採憑等旨。經核其所為論述，均與卷內訴訟資料相符，並無上訴意旨(二)(三)所指原判決採證違法或理由不備、理由矛盾之違法。

- (二) 刑事訴訟法第184 條第1 項規定：「證人有數人者，應分別訊問之；其未經訊問者，非經許可，不得在場」。考其於92年2 月6 日修正之立法理由意旨乃謂：因證人有數人者，分別證明不同之事實，尚未訊問之證人在場，於發見真實是否會受影響，宜由訊問者裁量，視在場情形決定未經訊問之證人可否在場，以求適用上之彈性，並免訴訟程序發生違法情事，爰於第1 項未經訊問者之下增列「非經許可」四字，以切合實際。而此項規定，因刑事訴訟法第159 條之2 、之3 既規定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陳述符合一定要件時，得為證據，即已明示上開人員於調查犯罪情形時，得詢問證人。故依同法第196 條之1 第2 項規定，於司法警察官（依法院組織法第66條之3 第2 項規定，檢察事務官視為司法警察官）或司法警察調查詢問證人時，予以準用之，而同有裁量權。則檢察事務官、司法警察官或司法警察因有調查犯罪嫌疑人或被告犯罪情形及蒐集證據之必要，於詢問到場之多數證人時，自得視其等在場情形，是否有證人彼此干擾、或因他人在場而影響證人作證意願、甚且勾串等有害於真實發現情形，以決定未經訊問之證人可否在場。非謂一有多數證人同處在場時，其詢問即必須予以隔離而個別單獨詢問。稽之原審歷次勘驗檢察事務官於106 年3 月14日詢問林秀美、陳姿廷之光碟結果，均未有如上訴人所指稱陳姿廷與林秀美在當場串供之情形。況前開規定係指詢問數證人而言，本件檢察事務官詢問當時，陳姿廷係以告訴人身分到場表明其所欲告訴之對象、範圍及內容，並非以證人身分接受詢問。基此，檢察事務官視該等在場情形，依其裁量判斷未予隔離詢問，自難認有何違法。上訴意旨(三)指摘該偵查程序明顯違反程序正義云云，洵非依卷內資料而為具體指摘之適法上訴第三審理由。
- (三) 按證人已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會，其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚，刑事訴訟法第196 條定有明文。卷查，第一審已傳喚林秀美、陳姿廷到庭由上訴人進行交互詰問，有該審判筆錄在卷可稽；而該筆錄亦經原審踐行證據調查程序依法提示並告以要旨，上訴人就其等證述內容且已表示是誣告及偽證，並

於原審審判長詢以尚有何證據請求調查時，上訴人亦表示無（見原審卷第246、249頁）。況原判決就此部分已敘明，因業經第一審交互詰問，上訴人亦未具體指出有何漏未詰問之事項，抑有何新待證事項，自無重複傳訊之必要之旨。則原審未再傳喚該等證人並無上訴意旨(一)所指證據調查未盡之違法。

四、綜上，上揭及其餘上訴意旨，均係置原判決已明白論斷之事項於不顧，猶執陳詞，就事實審法院證據取捨及證明力判斷之職權行使，再為爭執，自難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。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 6 月 4 日

最高法院刑事第五庭

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

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 6 月 10 日

書 記 官



裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2149 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 04 日

裁判案由：違反水土保持法

最高法院刑事判決

109年度台上字第2149號

上訴人 咩豐魁（原名石豐魁）

選任辯護人 詹順貴律師

吳姿徵律師

上列上訴人因違反水土保持法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年6月26日第二審判決（108 年度原上訴字第12號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署106 年度偵字第1781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咩豐魁有其事實欄所載在行政院農業委員會林務局所管理南投縣○○鄉○○段 0000、0000之0、0000、0000之0、0000之0等地號之國有林地（屬南投縣魚池鄉巒大事業區第29林班地），未經同意而擅自占用上開土地（占用位置如第一審判決附圖所示A至I部分，下稱系爭土地），尚未致生水土流失結果之犯行，因而維持第一審依水土保持法第32條第4項、第1項規定，論處上訴人非法占用致水土流失未遂罪刑，而駁回上訴人在第二審之上訴，固非無見。

### 二、惟查：

（一）、證據雖已調查，但若仍有其他重要證據或疑點尚未調查釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又水土保持法第32條第1 項之罪，以「在公有或私人山坡地、國、公有林區或他人私有林區內未經同意擅自墾殖、占用或從事第8條第1項第2款至第5款之開發、經營或使用，致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施」為要件，該條項之規定雖重在山坡地或林區之水土保持，但亦含有竊佔罪之性質，以未經土地所有權人同意，擅自墾殖、占用或開發、經營、使用為必要，如係土地所有權人本人或經土地所有權人之同意而墾殖、開發、經營、使用者，縱違反規定，未依水土

保持技術規範實施水土保持與維護或未先擬妥水土保持計畫，送請主管機關核定或未依核定計畫實施，乃屬違反同法第33條第1項規定，除有同條第3項之情形外，祇能處以罰鍰，不得援引第32條第1項予以處罰。

- (二)、鑑於原住民族多處偏遠地區，因相對缺乏接觸、利用現代物質、經濟、科技、教育等資源之機會，而形成弱勢族群。為落實憲法增修條文第10條第12項保障原住民族之地位及政治參與，並基於對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展之本旨，原住民族基本法業於民國94年2月5日公布後施行。由於國家建立之前原住民族即已存在，山地本屬原住民族傳統生活領域，狩獵、採集及粗放農耕為其營生之方式，原住民族生息與土地攸關，有不可分割之關係，且國際間各國均尊重原住民族既有領域管轄權，並對於依附在領域管轄權所衍生之原住民族土地及自然資源權利也均予以承認，因此原住民族基本法第20條第1項明定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」第3項規定：「原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。」所稱原住民族土地，依同法第2條第5款規定，係指既有原住民保留地及原住民族傳統領域土地，而原住民族傳統領域土地，僅賦予原住民族部落使用權，不賦予個別原住民，此與原住民保留地賦予原住民所有權，有所區隔。關於原住民保留地之回復、取得部分，為落實原住民族土地轉型正義之政策，山坡地保育利用條例第37條業於108年1月9日修正公布，原規定為「山坡地範圍內山地保留地，輔導山胞開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿5年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以山胞為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」修正後該條第1項規定：「山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應輔導原住民取得承租權或無償取得所有權。」第2項規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。」亦即刪除設定耕作權、地上權繼續經營滿5年始取得土地所有權之限制。復稽諸此次修正之立法理由載稱：「原住民依原條文及其授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第8條、第9條、第12條

規定申請設定原住民保留地耕作權或地上權，繼續經營滿 5 年取得所有權。考量該等土地或於上開辦法施行前早已由原住民開墾完竣並世代使用，或已完成造林、居住使用，該辦法發布施行後，復規定其應先設定耕作權或地上權滿 5 年，方能取得所有權，實不盡合理，爰刪除繼續經營滿 5 年之限制，將原住民保留地所有權直接回復予原住民，並協助原住民辦理所有權之移轉登記。」等旨，其既謂原住民保留地所有權「直接回復」予原住民，已明白揭櫫原住民保留地之所有權，本為原住民所有，屬原住民族基本法第 20 條所定政府應承認之原住民既有權利，因此刪除上開限制，將原住民保留地直接回復原住民所有。又為因應此次山坡地保育利用條例之修正，原住民保留地開發管理辦法亦經行政院原住民族委員會以 108 年 7 月 3 日原民土字第 10800384812 號令修正，除刪除該辦法原第 8 條、第 9 條關於原住民設定耕作權及地上權之規定外，修正後該辦法第 17 條第 1 項亦規定：「原住民符合下列資格條件之一者，得申請無償取得原住民保留地所有權：一、原住民於本辦法施行前使用迄今之原住民保留地。二、原住民於原住民保留地內有原有自住房屋，其面積以建築物及其附屬設施實際使用者為準。三、原住民依法於原住民保留地設定耕作權、地上權或農育權。」俾能透過原住民保留地開發管理辦法所定之程序，將原住民保留地所有權直接回復予原住民。從而，倘原住民保留地由該原住民世代居住或使用，嗣並依法回復取得土地所有權者，縱其時之居住或使用未事先申請許可，仍難謂係非法擅自占用他人之土地。本件原判決事實認定上訴人自 87 年間某日起，擅自在系爭土地搭建鐵皮屋舍，並搭建蓋有帆布之水泥停車位、駁坎及小徑，用以作為居住並兼營小賣店之用，而以此方式占用系爭土地等情，惟卷查上訴人於原審辯稱其已申請系爭土地補辦劃編原住民保留地等語，原判決雖於理由內引用修正前原住民保留地開發管理辦法第 8 條、第 9 條規定，認為若非原住民保留地，即無依法申請設定耕作權或地上權之餘地，且上訴人早於 87 年間某日起，即擅自在系爭土地搭建鐵皮屋舍、搭建蓋有帆布之水泥停車位、駁坎及小徑致生水土流失未遂等違法情事，縱認事後系爭土地規劃為原住民保留地，仍無解其先前所為非法占用犯行（見原判決第 14 頁倒數第 9 行至

第15頁第19行）。然原判決所引用修正前原住民保留地開發管理辦法第8條、第9條規定，因山坡地保育利用條例之上述修正，業經刪除，已如前述，原判決未及審酌，而為上開理由之論敘，即有商榷餘地。再稽諸卷內南投縣政府108年2月11日府授原產字第0000000000號函暨所附107年度第6批（11—12月份）補辦增劃編原住民保留地清冊影本，以及南投縣魚池鄉公所108年5月23日魚鄉觀字第0000000000號函、108年11月20日魚鄉觀字第0000000000號函、土地所有權狀影本所載（見原審卷第133、134、177頁，及本院卷第133、139至157頁），系爭土地經劃編為原住民保留地，且經土地測量分割登記為○○段0000、0000-0、0000-0、0000-0、0000-0地號，上訴人並於109年2月21日登記為該等土地之所有權人。而上訴人於偵查中供稱：其父母於60年左右就住在南投縣○○鄉○○村○○路000之0號（即上述鐵皮屋舍之門牌）等語（見偵卷第111頁），復參酌卷內南投縣魚池鄉公所107年4月19日魚鄉觀字第0000000000號函所載：「所送劃編號原住民保留地申請案，經申請人（指上訴人）所附之相關佐證資料（切結書、四鄰證明、稅籍證明、用電憑證…等）及現場會勘，符合公有土地劃編原住民保留地審查作業規範77年2月1日前即已使用迄今之要件。」等旨（見原審卷第25頁），似符合前述山坡地保育利用條例修正之立法理由所稱，於原住民保留地開發管理辦法施行前（即79年3月26日前）已由原住民世代使用或已居住使用之情形。倘若無誤，上訴人似已依108年1月9日修正公布後山坡地保育條例第37條，及108年7月3日修正發布後原住民保留地開發管理辦法所定之程序，回復取得系爭土地所有權，亦即該等土地所有權本為上訴人所有，依原住民族基本法第20條第1項之規定，屬政府應承認之上訴人既有權利，既已直接回復予上訴人，能否謂上訴人未經同意擅自占用系爭土地？即有加以審究研求之餘地。原判決以系爭土地事後規劃為原住民保留地，認為仍無解於上訴人先前所為非法占用犯行，除與上述山坡地保育利用條例之修正意旨不符外，亦與原住民族基本法第20條規定旨在特別保障原住民弱勢族群基於既有領域管轄權所衍生土地及自然資源權利之立法目的有悖。原審未詳加究明釐清，遽為不利於上訴人之認定，依上述說明，尚嫌速斷，自

有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

(三)、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響於本件事實之認定及法律之適用，本院無從據以自行判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

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 6 月 4 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 在

法官 林 恆 吉

法官 江 翠 萍

法官 林 海 祥

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 6 月 9 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2388 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 03 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2388號

上訴人 王威程

選任辯護人 王捷拓律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國109年3月26日第二審判決（108年度上訴字第2766號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署108年度偵字第16484、26711號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於其附表一編號2之罪刑及沒收部分均撤銷。

王威程販賣第三級毒品，未遂，處有期徒刑貳年。扣案如附表所示之物均沒收。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷自為判決（即原判決附表一編號2）部分：

一、本件原判決關於其附表一編號2部分，認定上訴人王威程基於販賣含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮、硝甲西洋等成分之咖啡包以營利之犯意，透過附表編號1所示之行動電話作為聯絡工具，連接網際網路後，利用社群軟體「SAYHI」而以暱稱「王牌」發出「要買糖找我喔」、「開趴要50左右」、「1包6給你」等暗指需要毒品者可私訊之兜售毒品之訊息給暱稱「倩倩」者（真實身分為執行網路巡邏之員警，下稱「倩倩」）。「倩倩」發覺有異，遂佯裝要向上訴人購買咖啡包，雙方談妥以新臺幣（下同）28,000元購買咖啡包50包之交易內容後，上訴人即於民國108年6月10日17時許，駕駛車牌號碼0000-00號之自用小客車（下稱本案車輛）前往位於臺南市○○區○○路0段000號之「賓士KTV」，向買建昱（由檢察官另行偵辦）介紹之真實姓名、年籍不詳之人購買價值14,000元之附表編號2所示咖啡包後，於同日19時10分許，與友人侯佳甄（業經檢察官為不起訴處分）一同抵達約定之臺中市○○區○○路0段000號之「統一便利超商青河門市」，與「倩倩」面交之際，隨即為表明身分之員警當場逮捕查獲而未遂，並扣得附表編號1、2所示之物等犯行，已綜合上訴人之自白，佐以卷附證人侯佳甄之

證述、員警偵查報告、員警職務報告、自願受搜索同意書、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、上訴人與「倩倩」聊天紀錄之行動電話翻拍畫面、上訴人與買建昱聊天紀錄之行動電話翻拍畫面、108年6月10日搜索照片26張、本案車輛行車紀錄、公路監理電子閘門資料畫面（本案車輛）、108年6月10日路口監視器錄影畫面翻拍照片12張、內政部警政署刑事警察局108年8月1日刑鑑字第0000000000號鑑定書（扣案之附表編號2所示之物含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮及微量第三級毒品硝甲西洋等成分）等證據資料，敘明得心證之理由。並說明①本件係上訴人先透過通訊軟體向「倩倩」表示販賣毒品訊息，雙方才開始討論價格及數量，並約定交易地點，嗣因「倩倩」實際上無買受毒品之真意，始未能完成毒品交易而販賣未遂，非出於員警之設計教唆，上訴人始萌生販賣毒品以營利之犯意，進而實行犯罪構成要件之行為，尚屬偵查犯罪技巧之範疇。②上訴人自承係向買建昱介紹之不詳姓名年籍之人購得毒品，檢警人員自難僅憑此供述而查獲其毒品來源，且本案並未因上訴人之供述而查獲其毒品來源，亦有臺灣臺中地方檢察署107年10月24日中檢達善108偵16484字第0000000000號、109年1月30日中檢達善109偵1760字第0000000000號函附卷可查。上訴人主張其供出毒品來源，符合毒品危害防制條例第17條第1項減刑規定，要屬無稽等旨。因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判仍認上訴人此部分所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項販賣第三級毒品未遂罪。

二、經核原判決關於此部分之採證、認事及用法，除認為上訴人想像競合犯運輸第三級毒品罪，應從一重論以運輸第三級毒品罪名，並以本案車輛專供運輸第三級毒品而予沒收部分（詳後述）以外，並無違背法令之處。上訴人對此部分之上訴意旨謂係警方陷害教唆及應有毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用，重為爭執，並再聲請調查有無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用、傳喚查獲員警及勘驗「SAYHI」、「微信」全部文字、對話以證係受陷害教唆云云，均非有據。

三、惟查：

（一）毒品危害防制條例所稱之「運輸」，固指轉運輸送毒品，亦即由一地轉運輸送另一地，且不以國外輸入國內或國內輸出國外為限，其在國內運送者，亦屬之，更不論其是否意在圖利，究

係為人抑或為己，運輸方法究為海運、空運、陸運或海陸空聯運，皆包括在內。惟運輸毒品罪乃故意作為犯，自須具備故意之主觀構成要件；亦即行為人除客觀上必須為轉運及輸送毒品之行為外，主觀上亦須本於「運輸之意思」而為毒品之搬運輸送，始足當之。倘不問其犯意如何，祇因在兩區域間具有夾帶或持送之客觀作為，即概以運輸毒品之重罪論處，對於單純為販賣或轉讓、施用等目的而攜帶毒品之行為，均另論以運輸毒品罪，則有評價過度之嫌。如僅為交付所販賣之毒品，而將毒品攜帶至買方處所，仍僅成立販賣毒品罪，而與運輸毒品罪無涉。本件上訴人上開犯行，係與「倩倩」達成以28,000元購買含第三級毒品成分咖啡包50包並約在臺中市北屯區交付而買賣合意後，即攜帶其販入附表編號2 所示之咖啡包50包自其所住之臺南市出發，前往臺中市北屯區之約定交付地點，其目的在於將毒品交予購毒之「倩倩」，意在交付毒品以遂行販賣，而非在運輸毒品，自不再論以運輸第三級毒品罪。原審不察，遽認上訴人尚同時觸犯運輸第三級毒品罪名（按：檢察官並未起訴此罪名），自有適用法則不當之違法。

(二)關於毒品危害防制條例第19條第2 項規定「犯第4 條之罪所使用之水、陸、空交通工具，沒收之。」依92年7 月9 日修正本條例之立法說明：「第3 項(105年6 月22日修為第2 項) 所定應沒收之水、陸、空交通工具，依據實務上向來之見解，係指專供犯第4 條之罪所使用之交通工具並無疑義，故本項不需再予修正。」故依本項規定沒收之交通工具，以專供犯第4 條之罪所使用者為限，且屬於犯罪行為人者，始得沒收。而所謂「專供」犯第4 條之罪，係指該水、陸、空交通工具之使用與行為人犯第4 條之罪有直接關聯性，並依社會通念具有促使該次犯罪實現該構成要件者而言，若僅是前往犯罪現場之交通工具，即不屬之。原判決雖以本案車輛係專供運輸第三級毒品之用而依毒品危害防制條例第19條第2 項規定併予宣告沒收，然本件既認上訴人所為不再論以運輸第三級毒品罪，該沒收即失所附麗。何況，本件上訴人此部分所欲販賣之附表編號2 所示毒品，連同其欲自行施用之相同毒品1 包合計驗餘淨重308.44公克，仍可隨身攜帶，而上訴人雖駕駛本案車輛攜帶該等毒品前往交付地點，惟上開毒品，既可隨身攜帶，且本案車輛又為一般交通工具，可供生活交通往來使用，縱為其所有，亦僅係作



為上訴人本件販賣第三級毒品代步之工具，非以「專供」犯販賣第三級毒品未遂罪所使用，即無依同條例第19條第2 項諭知沒收之餘地。

四、基此，上訴人對此部分上訴意旨另指原判決論其犯運輸第三級毒品罪名，為適用法則不當乙節，核為有理由。而上開違法情形並不影響此部分販賣第三級毒品未遂犯罪事實之確定，且可據以為判決，應由本院將原判決關於此部分之罪刑及沒收部分均撤銷，自為判決。

五、核上訴人此部分所為，係犯毒品危害防制條例第4 條第6 項、第3 項之販賣第三級毒品未遂罪。上訴人已著手於販賣上開第三級毒品之行為，惟因買家係警員所喬裝，並無購買毒品之真意而未交易成功，為未遂犯，依刑法第25條第2 項之規定減輕其刑；且上訴人於偵查及審判中均自白販賣第三級毒品未遂之犯行，爰依毒品危害防制條例第17條第2 項規定減輕其刑，並依法遞減之。爰就上訴人此部分犯罪，審酌其品行、智識程度、生活狀況、犯罪之動機、目的、手段、所生危害情節及犯後態度等一切情狀，量處有期徒刑2 年，並將附表編號1 之行動電話、附表編號2 之咖啡包分別依毒品危害防制條例第19條第1 項、刑法第38條第1 項規定，併予宣告沒收，以資適法。

六、另：上開撤銷改判部分，與上訴人上訴不合法（即後述「貳」）部分所宣告之有期徒刑，應由檢察官另依職權聲請定其應執行之刑，併予敘明。

貳、上訴駁回（即原判決附表一編號1 ）部分：

一、按上訴未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348 條第1 項定有明文。上訴人不服原判決，提起第三審上訴，並未聲明為部分上訴，應視為全部上訴。

二、次按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；逾上揭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。此觀刑事訴訟法第382 條第1 項前段、第395 條後段規定甚明。

三、查：原判決就其附表一編號1 部分撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處上訴人販賣第三級毒品罪刑（處有期徒刑2 年3 月），並為沒收（追徵）宣告之判決，上訴人不服，於109 年4 月16日提起第三審上訴，並未就此部分敘述上訴理由，迄今逾期

已久；乃於本院判決前，仍未依上揭規定，提出此部分之上訴理由書狀。

四綜上，應認上訴人對原判決附表一編號1 部分之上訴不合法，併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條後段、第397 條、第398 條第1 款，毒品危害防制條例第4 條第3 項、第6 項、第17條第 2 項、第19條第1 項，刑法第11條、第25條第2 項、第38條第1 項，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 6 月 3 日

最高法院刑事第八庭

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

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 6 月 8 日

附錄本案論罪法條全文：

毒品危害防制條例第4條

製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣 2 千萬元以下罰金。

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。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處 7 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 7 百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第四級毒品者，處 5 年以上 12 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 3 百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1 百萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。

附表：

編號	扣案物品
----	------

1.	蘋果牌iPhone行動電話壹支（黑色，IMEI碼：354835 0000000000 號，含門號0000000000號SIM 卡壹枚）
2.	含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮及微量第三級毒品硝甲西洋等成分之MONCLER 白色包裝咖啡包伍拾包（與上訴人欲自行施用之壹包，合計驗餘淨重參零捌點肆肆公克；驗前總純質淨重約陸點貳零公克）

109年度台上字第2497號判決 依法屬不得公開案件

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2503 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 30 日

裁判案由：家暴妨害性自主

最高法院刑事判決

109年度台上字第2503號

上訴人 周○○

選任辯護人 李蒼棟律師

上列上訴人因家暴妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國 108 年6 月19日第二審更審判決（107 年度侵上更一字第23號，起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署105 年度偵字第2706號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

周○○對未滿十四歲之女子犯強制猥褻罪，處有期徒刑壹年捌月。

### 理 由

一、本件原判決認定上訴人周○○（名字詳卷）係A女（民國93年1月生，姓名詳卷）之叔父，與A女、A女之父親及A女之祖父（以上2人姓名均詳卷）共同居住在宜蘭縣宜蘭市某住處（完整地址詳卷），為家庭成員關係。上訴人明知A女當時係未滿14歲之女子，仍於105年3月23日晚上8時許，在A女房間內，以與A女跳舞為由，將A女推倒在床，並壓住A女身體，經A女表示拒絕之意，竟仍強行將其手伸入A女衣褲內摸撫A女之胸部及下體，以此違反A女意願之方式對A女強制猥褻1次得逞等情，係以證人A女於偵查中所為不利於上訴人之指證，及證人林○珊、邱○鉅（以上2人完整名字均詳卷）分別於偵查中、第一審及原審審理時之證述（即林○珊證稱：A女向其陳述遭上訴人強制猥褻時不斷哭泣等語，邱○鉅亦證稱：在A女向其陳述遭上訴人強制猥褻之同日稍早，伊已發現A女有擤鼻涕、流淚，及下課後在教室後陽臺哭泣等情狀，且本件案發後A女仍有情緒低落及喘不過氣之情形等語），暨本案經A女就讀之學校通報宜蘭縣政府後，A女向宜蘭縣政府社會處指派之社工師石晏宇陳述其遭上訴人性侵害時，亦有情緒低落及哭泣等情緒反應，有宜蘭縣政府社會處性侵害減述案件訊前訪視調查報告附卷可稽。再參酌上訴人坦承本件案發當晚其見A女在房間內玩電

腦，有進入A女房間先拉A女一起跳舞，再將A女壓在床上，並掀起A女衣服等情不諱，經綜合判斷，因認A女於偵查中所為不利於上訴人之陳述與事實相符，堪予採信，而據以認定上訴人確有本件被訴對A女強制猥褻之犯行，已詳述其憑據及理由。對於A女於第一審審理時改稱：上訴人可能係在玩而不慎觸碰到伊身體，並未將手伸進伊內衣褲撫摸伊胸部及下體，伊係因上訴人之動作感覺不舒服而心情不好，始向林O珊表示上訴人有伸手進去伊之內衣褲內撫摸伊胸部及下體云云，何以不足以採信，已依據卷內資料說明：A女遭上訴人猥褻之翌日，確實有向同學及老師哭訴遭其被上訴人性侵害之過程，若其單純僅係一時心情不佳，實無向其等誣指遭親人強制猥褻之必要。況A女於第一審審理時陳稱其心情不佳之時間僅持續約2、3天而已，然其於105年4月8日檢察官訊問時，已距離本件案發半個月餘，其心情不佳之狀況應已結束或平復，何以仍繼續指控其遭上訴人猥褻之事？佐以本案發生後，A女並未主動向他人訴說其遭上訴人性侵害之事，而係在同學林O珊及老師邱O鉅察覺其有異狀，經進一步對其詢問後，A女始被動說出其遭上訴人性侵害之事，且並未表示要向上訴人提出性侵害之告訴，以及A女於偵查中證稱：伊不敢（將伊被上訴人性侵害之事）告知父親，是擔心父親與上訴人起衝突，希望上訴人不要再對伊有同樣行為等語。暨A女父親於偵查中證稱：A女說因為害怕伊知道後責罵上訴人，所以未將此事告知伊等語，可見A女應無故意虛構事實誣陷上訴人之動機，因認A女於原審審理時翻異前詞，改稱其並未遭上訴人猥褻，係因上訴人之動作令其不舒服，心情不好，始指訴上訴人以手伸入其衣褲撫摸其胸部及下體云云，顯係事後為維護家族成員間和諧所為迴護上訴人之詞，自不足採信等旨，對於A女前後不一之陳述，已詳述其取捨之理由（見原判決第7頁第10行至第8頁第19行）。復就上訴人所持否認本件犯罪之其他各項辯解，何以均係卸責之詞，而不足以採信，以及A女在本件案發3年後，經國立陽明大學附設醫院鑑定結果不符合有創傷後壓力症候群之心理鑑衡報告書，何以不能作為有利於上訴人之認定，暨本件事證已臻明確，且A女及A女父親已分別於第一審及原審審理時到庭作證，而A女之姑姑於本件案發當時並未

在場，尚無再傳喚A女、A女父親及A女姑姑到庭調查之必要，均已依據卷內資料逐一詳加指駁及說明。原判決並說明：審酌上訴人因一時衝動而為本件加重強制猥褻犯行，且A女於案發時即表示不想對上訴人提起性侵害之告訴，於第一審審理時亦有不予追究之意思，兼衡上訴人先前未曾有相類似之妨害性自主案件前科紀錄，堪認本件屬偶發事件等整體犯罪之情狀，上訴人尚非無可堪憫恕之處，因而撤銷第一審科刑之判決，改判仍論上訴人以「對14歲以下」女子犯強制猥褻罪，於依刑法第59條規定酌減其刑後，處有期徒刑1年8月，原非無見。

- 二、惟有罪判決書，其主文關於罪刑之諭知，必須與所犯罪名或法條所規範犯罪構成要件（包括加重構成要件）本旨相符之用語，方屬適法，如其記載與該罪名之法條文字內容（即犯罪構成要件）或文義不符，而逾越該罪名法條所規定處罰對象或範圍者，即難謂無判決適用法則不當之違背法令。查刑法第224條之1加重強制猥褻罪，係指犯刑法第224條強制猥褻罪而有同法第222條第1項各款情形之一者而言。其中刑法第222條第1項第2款係規定對「未滿14歲」之男女犯之，依其文義解釋，自不包含甫滿或逾越14歲之男女在內，此與所稱「14歲以下」係包括甫滿14歲之範圍尚屬有異（刑法第10條第1項規定參照），自不宜混淆。本件原判決認定上訴人有對案發當時年僅12歲之A女為強制猥褻犯行，係犯刑法第224條之1之加重強制猥褻罪。惟其於主文欄卻記載「0000000000A（即上訴人）對『14歲以下』女子犯強制猥褻罪，處有期徒刑1年8月」云云，其主文關於罪名之記載，顯與刑法第224條之1及第222條第1項第2款規定關於加重構成要件之內容不符，依上述說明，自有判決適用法則不當之違法。上訴人上訴意旨仍執其在原審之辯稱，主張證人林O珊及邱O鉅所為不利於伊之證詞，均係聽聞自被害人A女所述，縱使林O珊及邱O鉅均證稱A女向其等陳述遭上訴人強制猥褻時，其等均親眼目睹A女有流淚及哭泣等情緒反應，亦係A女渲染虛構其被害情節，為博取他人同情之表現，均不得作為認定A女指證為可信之補強證據。而A女對於有無被伊強制猥褻之事實，所述前後不一，且於第一審審理時已坦承其先前所為不利於上訴人之陳述均係不實捏造之詞，

可見A女所為不利於伊之指證，顯不可採。原審並未調查有無其他相關佐證，亦未依上訴人之聲請，傳喚案發後曾聽聞A女坦承其所指遭上訴人強制猥褻均屬虛構之證人即A女父親及A女姑姑到庭訊問，僅憑A女片面瑕疵之指證，遽認上訴人有本件對A女強制猥褻之犯行云云，而就原審採證認事職權之適法行使，暨原判決已明確認定及論斷說明之事項，以及其有無對A女為強制猥褻之單純事實，徒憑己意再事爭執，固難認為有理由，惟原判決主文之諭知既有上述違法之情形，自難予以維持，而有撤銷之原因。惟原判決此項違誤尚不影響本件犯罪事實之認定，本院可據以為判決。爰將原判決關於罪刑部分撤銷，由本院改判論上訴人以對未滿14歲之女子犯強制猥褻罪，並參酌原判決以上訴人未曾有相類似之妨害性自主之前科紀錄，係因一時衝動而為本件犯行，且A女已表示不予追究等整體犯罪情狀，認上訴人本件所為情輕法重，尚非無可堪憫恕之處，仍依刑法第59條規定酌減其刑，並以上訴人之責任為基礎，依刑法第57條所列各款事項，斟酌上訴人犯罪之一切情狀，量處如主文第2項所示與原判決相同之刑，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第398條，刑法第224條之1、第59條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 6 月 30 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 沈 揚 仁

法官 蔡 憲 德

法官 林 靜 芬

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 7 月 2 日

附錄法條：

中華民國刑法第224條之1

（加重強制猥褻罪）

犯前條之罪而有第222條第1項各款情形之一者，處3年以上10年以下有期徒刑。



裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2560 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 24 日

裁判案由：違反多層次傳銷管理法

最高法院刑事判決

109年度台上字第2560號

上訴人 陳鈺涵

陳麗雯

呂仲義

共同

選任辯護人 魏雯祈律師

陳郁仁律師

上列上訴人等因違反多層次傳銷管理法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108 年7月30日第二審判決（107年度上訴字第1117號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度偵字第23533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、上訴人陳鈺涵、陳麗雯、呂仲義（以上3人，下稱上訴人等3人）上訴意旨略稱：

(一)原判決先是認定本件「純資本運作投資案」（下稱本件投資案）符合多層次傳銷管理法第18條規定所稱：多層次傳銷、傳銷商及「商品」之定義，則本件投資案中已加入會員介紹他人參加而由他人交付之人民幣6萬9,800元，自屬推廣、銷售商品之所得，然嗣又認本件已加入之投資人所取得之收入來源，乃緣於介紹新會員參加，而非基於推廣或銷售商品之合理市價，復將之解釋為係介紹他人參加之收入，而非推廣、銷售商品之所得，其判決理由顯然矛盾；此外，縱將本件「以人民幣6 萬9,800元購買21份額即1球而成為會員」之行

銷方式解釋為無形商品，則將該人民幣6萬9,800元分配予傳銷商，係使傳銷商之收入全部來自推廣、銷售商品，並非來自介紹他人參加之收入，仍不符合多層次傳銷管理法第5條及第18條規定之要件，益見原判決有論理錯誤之違誤。

(二)原審僅以「衡情論理」而謂：上訴人等3人與統籌規劃本件投資案之傳銷行為但真實身分不詳之成年人間，具有共同之犯意聯絡，惟本件投資案之運作制度，於大陸地區廣西省南寧市已發展甚久，無從考究何人規畫此制度，則原審上開認定係指上訴人等3人與首次規劃此純資本運作制度之人具有共同犯意，抑或係指與另起傳銷組織之人共同為之？未見原判決有所說明，即逕認上訴人等3人為本案之「行為人」，有判決理由不備之違法。

(三)上訴人等3人均無前科紀錄，且始終坦承所有事實，均無主觀惡性，又僅爭執法律要件之解釋，所犯多層次傳銷管理法之規定實欠缺道德、倫理不法之非難性，並已提出賠償方案，僅因不為告訴人等所接受，方未達成和解，上訴人等3人經此論罪科刑之教訓，應知所警惕而無再犯之虞，懇請給予緩刑之宣告云云。

### 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，認定上訴人等3人確有其事實欄及附表（下稱附表）所載犯行，因而撤銷第一審關於諭知上訴人等3人均無罪部分之判決，改判皆論處上訴人等3人共同犯多層次傳銷管理法第29條第1項之非法多層次傳銷罪刑，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。

原判決並已說明：多層次傳銷管理法第3條規定：「本法所稱多層次傳銷，指透過傳銷商介紹他人參加，建立多層級組織以推廣、銷售『商品或服務』之行銷方式。」而就一般商業上商品之分類與管理而言，商品可分為「有形商品」與「無形商品」（權利財），「無形商品」又可分為①、法律商品（例如：專利權、特許權、商標權等）及②、習慣商品（例如：商譽、秘傳等）。本件投資案銷售「份額」既以使參加人取得會員資格，即仍屬多層次傳銷管理法所規範之「商品」等旨，所為論斷於法並無不合，自不能指為違法。

(二)多層次傳銷管理法第18條規定：「多層次傳銷事業，應使其傳銷商之收入來源以合理市價推廣、銷售商品或服務為主，不得以介紹他人參加為主要收入來源。」此因正常多層次傳銷之目的，應是在推廣、銷售商品或服務，惟倘若在多層次傳銷組織中，「上線」只靠不斷介紹「下線」加入，而收取未合於商品或服務價值之代價，並將部分代價充為「上線」之酬勞（獎金），「下線」之加入亦非為取得商品或服務之使用，僅係圖謀再介紹「下線」後得收取之酬勞（獎金），亦即「上線」僅係藉由介紹「下線」之加入，來獲得報酬，則該多層次傳銷組織一旦解體，勢將破壞市場機制，甚或造成社會問題，故將此種非以「合理市價」推廣、銷售商品或服務，而以介紹他人參加為「主要」收入來源之多層次傳銷行為，予以明文禁止，並於同法第29條課予刑事責任。亦即，倘若多層次傳銷行為中所推廣、銷售之商品或服務僅流於形式，並無實質內涵，或屬可有可無，而有虛化之現象，卻仍以介紹他人參加繳納一定代價作為收入來源，實際上不在推廣、銷售商品或服務，自屬變質之多層次傳銷之核心類型，而為法所不許。

原判決復論述：本件投資案之運作模式係由欲加入者給付一定代價而成為會員後，取得推銷該投資資格及介紹新會員加入之權利，並據以獲取上述獎金與佣金等經濟利益，則因其制度設計使然，參加會員之收入來源，即須藉由投資會員之不斷擴充，由先加入之會員朋分後加入會員所給付之前揭投資款，亦即已加入之投資人所取得之收入來源，乃緣於介紹新會員加入，而非基於推廣或銷售商品之合理市價，惟既倚賴介紹新會員加入為其收入來源，則勢必藉由組織之不斷發展，始能維持經營，而組織愈底層之會員人數將愈益增加，如此一來，本件投資案之發展，終將因加入之人數漸多，未加入之族群漸少，難以再募集他人加入而無以為繼，核屬違反多層次傳銷管理法第18條規定之非法多層次傳銷等詞，且查本件投資案中先加入會員介紹他人參加所取得之人民幣6萬9,800元，形式上固屬其推廣、銷售「商品」之所得，惟因該投資案之「商品」，僅係銷售「份額」，以使參加人取得介紹新會員加入之會員資格，尚乏實質內涵，則依上開說明，原審前開論述，於法並無違誤，要無上訴意旨(一)所指判

決理由矛盾、論理錯誤之違法情形。

(三)多層次傳銷管理法第29條之規定，係以非法多層次傳銷事業中之「行為人」為規範對象，而多層次傳銷既係以透過傳銷商不斷地介紹他人參加，而形成「多層級組織」，始得以平行擴散，若非憑多人以上之分工合作，難以成其事業，本質上應屬必要共犯。是以，除傳銷事業之主體負責人外，從事介紹、推廣、銷售業務之參加人，或未參加而擔任傳銷事業重要職務之人，或共同決定重大事項之人等，而可認定與傳銷事業主體負責人間彼此就違法多層次傳銷行為具有犯意聯絡及行為分擔者，均應認該當於上開規定中「行為人」之構成要件。而共同正犯之意思聯絡，原不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，仍包括在內，則違法多層次傳銷事業之各階層參加人，與統籌設計傳銷制度之高層負責人之間，未必需有直接之意思聯絡，只需藉由輾轉聯繫而形成共同犯罪之意思，且相互利用彼此之行為，於功能支配下分工合作，完成違法之行銷行為，即應共負罪責。

原判決因而載敘：本件投資案係由真實身分不詳成年人統籌規劃設計，上訴人等3人明知該投資案上開傳銷方法，及其等之收入來源非以合理市價銷售前述份額之會員資格為主，而係以介紹他人參加為主要收入來源等情，猶使用前開手法介紹告訴人2人參加，以牟取如附表編號1至3所示之經濟利益，則衡情論理，應認其等與上揭統籌規劃此投資案之傳銷行為但真實身分不詳之成年人間，具有共同犯意聯絡，進而對告訴人等實行上開行為，方符一般經驗法則及論理法則等旨，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，上訴意旨(二)關於此部分，係就原判決已說明之事項，仍持憑己見，任意指摘原判決理由欠備，自非適法的第三審上訴理由。

四、綜上所述，應認上訴人等3人之上訴，違背法律上之程式，予以駁回。本件既從程序上駁回，上訴意旨請求本院諭知緩刑，自無從審酌，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 6 月 24 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 6 月 30 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2748 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 03 日

裁判案由：公共危險等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2748號

上訴人 伍詩明

選任（即原審）

辯護人 黃冠霖律師

上列上訴人因公共危險等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國109年3月10日第二審判決（108年度原交上訴字第11號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署106年度偵字第18057號），由原審辯護人代為上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、關於公共危險之肇事逃逸部分：

- 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人伍詩明有其事實欄所載公共危險之肇事逃逸犯行，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判仍論其犯駕駛動力交通工具肇事致人受傷而逃逸罪（並說明不依累犯規定加重其刑），處有期徒刑1年2月。已詳細敘述其所憑之證據及認定之理由。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨乃謂：其已坦承全部犯罪事實，饒有悔意，於原審時已具狀聲請啟動「修復式司法」程序，惟原審就此聲請應否准許及是否可行，未予處理，自有判決理由不之違法等語。
- 三、惟查：「修復式司法」或稱「修復式正義」，旨在藉由有建設性之參與及對話，在尊重、理解及溝通的氛圍下，尋求彌

補被害人的損害、痛苦及不安，以真正滿足被害人的需要，並修復因衝突而破裂的社會關係。「調（和）解制度」則指基於私法自治原則，經由雙方當事人同意，透過當事人各自讓步、或由法院或特定機關團體居中斡旋，以非訴訟方式協調處理以解決糾紛。其等共通處固在於當事人能夠自主或於中立第三人之協助下，協商、討論出針對系爭案件的解決方案。惟調（和）解制度之主要目的在於疏減訟源、減輕法院負擔，能使當事人復歸社會，不必因此而受到刑法處罰或矯治方面的處遇手段，並令當事人免於訴訟之苦；修復式司法之理想，則係希望透過修復促進者居間協助加害人及被害人在適當時間展開對話，促使其等能相互瞭解，使雙方之關係及情感修復，並使加害人知道自己對被害人造成的傷害，據以降低其再犯可能性，以認錯、道歉並承擔責任及賠償的方式使被害人復原。換言之，在傳統的調（和）解制度中，當事人對話聚焦於解決問題，金錢賠償之多寡往往是重點所在，由於制度目標在於紓減訟源並使被害人能獲得賠償結果，不脫以盡速解決系爭案件為核心的窠臼，自然忽略提升當事人之寬容心與同理心，亦未促進雙方關係復合，凡此種種皆與修復式司法之精神有別。是「調（和）解制度」與「修復式司法」最大區別，在於前者著重於「解決問題」，後者傾向於「關係修復」。調（和）解制度雖為促進修復式司法之重要過程，惟彼此間不能畫上等號。且現代刑事訴訟政策已由以往保障被告應有權益提昇認應維護及回復被害人尊嚴之必要，此由民國108年12月10日經立法院三讀通過，109年1月8日公布之刑事訴訟法第248條之2及第271條之4，增訂檢察官於偵查中得將案件移付調解，或依被告及被害人的聲請，轉介適當機關、機構或團體進行修復。法院於言詞辯論終結前，亦得將案件移付調解，或依被告及被害人的聲請，於聽取檢察官、代理人、辯護人及輔佐人的意見後，轉介適當機關、機構或團體進行修復。即為貫徹修復式司法之精神並提升其成效，將部分案件轉介適當機關、機構或團體，而由專業之修復促進者以更充分之時間及更完整之資源來進行修復式司法程序，而將「修復式司法」制度明文化。惟檢察官或法院是否啟動「修復式司法」程序，應斟酌被告、被害人或其家屬進行調解之意願與達成調解之可能性、適當

性，認為適當者，得使用既有之調解制度而將案件移付調解，或於被告及被害人均聲請參與修復式司法程序時，檢察官逕行或法院於聽取檢察官、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，得將案件轉介適當機關、機構或團體進行修復，由該機關、機構或團體就被告、被害人是否適合進入修復式司法程序予以綜合評估，如認該案不適宜進入修復，則將該案移由檢察官繼續偵查或由法院繼續審理；反之，則由該機關、機構或團體指派之人擔任修復促進者進行修復式司法程序，並於個案完成修復時，將個案結案報告送回檢察官或法院，以供檢察官偵查或法院審理時之參考（參見前揭第248條之2及第271條之4之立法理由）。換言之，檢察官或法院對於承辦案件是否移付「修復式司法」程序，必須就各該相關人之意願與有無修復之必要及可能，綜合予以考量，亦可利用現行之和（調）解程序對被害人等進行部分補償或心靈修復，且經移付「修復式司法」並完成修復之結果，亦僅供檢察官起訴與否或法院量刑參考，除非案件之案情重大（如判處死刑或無期徒刑案件）並顯有經修復之必要及可能外，若已經被告與被害人調（和）解成立，法院認無再移付「修復式司法」程序之必要，縱未於判決理由內說明，亦與判決理由不備之違法有間。本件上訴人於上訴原審時，確已於上訴理由狀內請求原審能依修復式司法精神安排其與被害人進行調解（見原審卷第15、16頁），而原審法院亦依上訴人聲請先詢問被害人有無調解之意願，經被害人回復並不欲與上訴人調解後，其等仍於109年1月14日經臺灣臺南地方法院臺南簡易庭成立調解（見原審卷第49、51、99、103、104頁），則原審以本件已經調解成立，並以此作為撤銷第一審判決理由，及據為量處較第一審為輕之如前刑期，暨已詳於判決內說明（見原判決理由貳、二、(五)），而未再進行無益之「修復式司法」程序，自無判決理由不備之違法。上訴意旨執此指摘原判決違法，自非適法上訴第三審之理由。其上訴不合法律上之程式，應予駁回。

## 貳、關於過失傷害部分：

按上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348條第1項定有明文。上訴人對原判決不服，提起上訴，未聲明為一部上訴，依前開規定，應視



為全部上訴，合先敘明。又刑事訴訟法第376 條第1 項各款所列之案件，經第二審判決者，除有同項但書之情形外，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。本件上訴人所犯修正前刑法第284 條第1 項前段過失傷害罪刑部分，核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款之案件，既經第二審判決，又無同項但書規定之情形，自不得上訴於第三審法院。上訴人一併提起上訴，為法所不許，應併予駁回。

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 6 月 3 日

最高法院刑事第八庭

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

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 6 月 5 日

書記官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2856 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 23 日

裁判案由：違反槍砲彈藥刀械管制條例

最高法院刑事判決

109年度台上字第2856號

上訴人 鄒忠翰

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國109年4月9日第二審判決（108年度上訴字第3781號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署108年度偵字第7734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、本件原判決維持第一審論處上訴人非法持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍累犯罪刑及沒收之判決，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認定之理由。並對上訴人之自白，如何與事實相符，堪以採信，依據卷內資料予以說明。從形式上觀察，原判決並無違背法令之處。
- 三、原判決係依憑上訴人之自白、卷附新北市政府警察局海山分局搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表、刑案現場勘察報告、查獲現場照片、內政部警政署刑事警察局民國108年4月19日鑑定書及扣案之改造手槍等證據，而非僅憑上訴人之自白，即認定上訴人非法持有扣案之改造手槍，並無違法。
- 四、上訴意旨置原判決之論敘於不顧，徒謂其自白不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他證據，以察其是否與事實相符。而為事實上之爭辯。並對原審採證認事之職權行使及原判決已說明之事項，任意指摘，與首述法定上訴要件不符。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。
- 五、(一)按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之

法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項定有明文。上訴人行為後，槍砲彈藥刀械管制條例第4條第1項第1款、第7條第1項、第8條第1項、第4項，業於109年6月10日修正公布，並於同年6月12日施行。修正前第4條第1項第1款原規定：「槍砲：指火砲…及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲。」修正後則規定：「槍砲：指制式或非制式火砲…及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲。」第7條第1項、第8條第1項亦配合增列「制式或非制式」文字，第8條第4項則酌作文字修正，統一「槍砲」用詞。

(二)依行政院所提「槍砲彈藥刀械管制條例部分條文修正草案」之立法說明，有關槍砲定義之修正，係「鑒於現行查獲具殺傷力之違法槍枝，多屬非制式槍枝，可遠距離致人死傷，且殺傷力不亞於制式槍枝，對人民生命、身體、自由及財產法益之危害，實與制式槍枝無異；另因非制式槍枝之取得成本遠低於購買制式槍枝，且製造技術門檻不高、網路取得改造資訊容易，導致非制式槍枝氾濫情形嚴重，若區分制式與否而分別適用第7條或第8條處罰，將使不法分子傾向使用非制式槍砲從事不法行為，以規避第7條較重之刑責，無異加深不法分子大量使用非制式槍砲之誘因，爰為有效遏止持非制式槍砲進行犯罪情形，非制式槍砲與制式槍砲罪責確有一致之必要。」、「為使違法槍砲之管制作為更臻嚴密，並遏阻非制式槍砲氾濫情形，以確保人民之生命、身體、自由及財產安全，爰修正第1項第1款之槍砲定義，使特定類型槍砲之管制範圍明確及於所有具殺傷力之制式及非制式槍砲，且有違法製造等行為，不論標的為制式或非制式槍砲，皆應依特定類型管制槍砲之處罰規定進行追訴。」。

(三)該修正草案於立法院內政委員會審議時，司法院雖表示目前實務認槍枝縱屬非制式，倘具有槍砲彈藥刀械管制條例第7條第1項所列各類槍枝之型式，且殺傷力與制式槍枝相若或超過，仍應依該條規定處罰。倘其殺傷力不若制式槍枝者，則屬同條例第8條處罰之範圍。草案說明關於「若區分制式與否而分別適用第7條或第8條處罰，將使不法分子傾向使用非制式槍砲從事不法行為，以規避第7條

較重之刑責」部分係誤解。修正草案加入「制式或非制式」之構成要件，則具有第7 條所列各類槍枝型式之非制式槍枝，不問殺傷力是否與制式槍枝相若，概依第7 條規定處罰，將使原本依據第8 條規定處罰之行為加重處罰。然與會委員仍認近年來改造槍枝泛濫，對社會治安危害甚鉅，必須從源頭管制及加重刑罰雙管其下，以維護社會治安及保障民眾生命、財產安全，仍決議照案通過，並於立法說明補充「至於原司法實務所指其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲，即非制式手槍部分之見解，自因本次修法變更槍砲之定義，本於具體個案審酌是否繼續適用。」。

(四)依上開修正後之條文用語及立法者之意思，新法施行後，行為人倘經認定持有槍砲彈藥刀械管制條例第7 條第1 項所列具殺傷力之特定類型槍枝，不論是制式或非制式槍枝，亦不問非制式槍枝殺傷力是否與制式槍枝相若，概依同條第4 項規定（法定刑為5 年以上有期徒刑）處罰。換言之，行為人持有同條例第7 條第1 項所列具殺傷力之特定類型非制式槍枝，依修法前之實務見解，雖可適用較輕之同條例第8 條第4 項規定（法定刑為3 年以上有期徒刑）處罰，然修法後縱其殺傷力不若制式槍枝，仍應依同條例第7 條第4 項規定處罰。

(五)上訴人係持有具殺傷力之仿GLOCK 廠半自動手槍製造之改造手槍，比較新舊法結果，修正前之規定自較有利於上訴人，仍應適用行為時法。原判決雖未及為新舊法比較適用，於判決結果無影響，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 6 月 23 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 黃 瑞 華

法官 洪 兆 隆

法官 吳 冠 霆

法官 楊 智 勝

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 6 月 29 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2888 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 10 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2888號

上訴人 林長志

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國108 年6 月28日第二審判決（108 年度原上訴字第33號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署107 年度偵字第4807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長志有其事實欄所載之販賣第二級毒品甲基安非他命2 次犯行，因而維持第一審論其犯販賣第二級毒品2 罪，均依毒品危害防制條例第17條第2 項規定減輕其刑後，各處有期徒刑3 年8 月，並諭知相關沒收及定應執行有期徒刑3 年10月之判決，駁回其在第二審之上訴。已詳細敘述其所憑之證據及認定之理由。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨乃謂：其於偵查時即已供出毒品係源自名為「李○國」（名字詳卷）者，檢察官即負有偵查義務，法院亦應負監督偵查之責，至少應傳喚負責調查之員警查明是否因其供出毒品來源而查獲該上手「李○國」者，否則亦應停止審判俟檢方偵查結果。乃原審未予調查或停止審判即認其並無上開條例第17條第1 項減、免其刑規定之適用，自有調查未盡及所踐行之審判程序違法等語。
- 三、惟查：刑法上對於某些特定犯罪犯人到案後揭發他人犯行、

提供重要犯罪線索、有效防止犯罪活動、協助逮捕其他犯人或其他對偵破案件或定罪有實質幫助（如證人保護法第3條所稱願在檢察官偵查中或法院審理中到場作證，陳述自己見聞之犯罪事證，並依法接受對質及詰問）等經查證屬實而得以查獲其他正犯或共犯，或阻止重大犯罪隱患之行為，結合刑罰上之「懲治」及「寬容」政策，設有所謂「戴罪立功」、「將功折罪」之具體化、法律化條文。其中毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」其立法旨意在於鼓勵被告或犯罪嫌疑人具體提供其毒品上游，擴大追查毒品來源，俾有效斷絕毒品之供給，以杜絕毒品泛濫，祇須被告願意供出毒品來源之上手，因而查獲其他正犯或共犯者，即可邀減輕或免除其刑之寬典。其中所謂「因而查獲」之「查獲」係屬偵查機關之權限，而查獲之「屬實」與否，則為法院職權認定之事項，應由法院做最後審查並決定其真實性。換言之，「查獲」與「屬實」應分別由偵查機關及事實審法院分工合作，即對於被告揭發或提供毒品來源之重要線索，應交由相對應之偵查機關負責調查核實，而法院原則上不問該被舉發案件進行程度如何，應根據偵查機關已蒐集之證據綜合判斷有無「因而查獲」之事實，不以偵查結論作為查獲屬實與否之絕對依據。是倘若偵查機關已說明尚未能查明被告舉發之毒品來源，或根本無從查證者，為避免拖延訴訟，法院自可不待偵辦結果即認定並無「因而查獲」。本件原判決已於理由四、(二)內說明如何依花蓮縣警察局花蓮分局（以下僅以各該分局稱）民國108年1月14日、4月18日函、吉安分局108年2月12日函、新城分局108年2月18日函暨所附報告書等件，認定至原審言詞辯論終結日前，並未因上訴人的供述因而查獲其所謂之毒品上游「李○國」或其他正犯或共犯等情，故無上開條例第17條第1項規定的適用等語。經核於法並無違誤。上訴意旨執此指摘原判決有調查未盡之違誤或應予停止審判事由等語，自非合法上訴第三審之理由。其上訴不合法上之程式，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 6 月 10 日

最高法院刑事第八庭

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

本件正本證明與原本無異

						書	記	官	
中	華	民	國	109	年	6	月	15	日



裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2915 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 17 日

裁判案由：公共危險

最高法院刑事判決

109年度台上字第2915號

上訴人 湯仕豪

上列上訴人因公共危險案件，不服臺灣高等法院中華民國109 年 2 月27日第二審更審判決（108 年度交上更一字第14號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣桃園地方檢察署106 年度調偵字第1154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湯仕豪有其事實欄所載公共危險之肇事逃逸犯行，因而維持第一審論其犯肇事致人傷害逃逸罪，經依刑法第59條規定減輕其刑後，處有期徒刑6 月之判決，駁回其在第二審之上訴。已詳細敘述其所憑之證據及認定之理由。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨乃謂：依司法院解字第777 解釋意旨已說明，民國106 年6 月11日修正公布之刑法第185 條之4 關於肇事致人傷害逃逸罪之法定刑為1 年以上7 年以下有期徒刑，致對於犯罪情節輕微無從為易科罰金宣告者，顯然過苛，不符憲法罪刑相當及比例原則。上訴人雖有肇事逃逸行為，惟被害人蔡安邦所受傷勢輕微，本件肇事地點又為市區道路，被害人被立即救援之可能性增大，且上訴人犯後亦積極彌補與被害人達成和解，顯見其犯罪情節輕微，雖經第一審依刑法第59 條規定酌量減輕其刑僅處有期徒刑6 月，仍不合易科罰金之

要件，縱得以易服社會勞動，仍有違上開解釋意旨，原審未審酌及此，竟維持第一審判決，自屬違法等語。

三、惟查：依據憲法第171 條第1 項規定：「法律與憲法牴觸者無效。」此無效於理論上固應溯及自法律違憲時起自始當然無效。尤以侵害人權之違憲法規，更應回歸基本人權遭受違憲損害前原狀，以維護憲法秩序。但法律違憲可能僅涉及一個條文之部分內容，或其適用範圍內之數種類型中之某一個類型違憲，於此僅須宣告部分違憲無效。惟在實現社會正義時，同時亦須兼顧法之安定性，因此在「例外情形」大法官解釋會採取「限期失效」（即所謂「落日條款」）宣告模式，一方面迫使主管機關及時修正法律，使違憲法律不再無限期續用，另一方面預留修法空間，避免於過渡期間形成法律真空，有害於公共利益或人民權益。依據108 年5 月31日公布之司法院釋字第777 號解釋意旨，刑法第185 條之4 肇事致人傷害逃逸罪，其中有關「肇事」部分，除因駕駛人之故意或過失所致之事故為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人之故意或過失所致事故之情形是否構成「肇事」，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義違反法律明確性原則，自解釋公布之日起失其效力。另關於「刑度」部分，則認若一律以1 年以上7 年以下有期徒刑為其法定刑，致對於犯罪情節輕微個案者無從為易科罰金之宣告，其處罰顯然過苛，於此範圍內，因不符憲法罪刑相當原則，與憲法第23條比例原則有違，應自解釋公布之日起，至遲於屆滿2 年時，失其效力。換言之，上開解釋對於刑法第185 條之4 刑度部分，採取「限期失效」之宣告模式，在本條未修正且未屆失效期限前，法院仍應依法適用，只是應重新架構「肇事」之定義及於「犯罪情節輕微」時應如何妥適量刑。上訴意旨執此指摘原判決違背司法院釋字第777 號解釋意旨，應有誤會，自非合法上訴第三審之理由。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 6 月 17 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 林 立 華

法官 林 瑞 斌

法官 楊 真 明  
法官 李 麗 珠  
法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 6 月 19 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3148 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 24 日

裁判案由：違反森林法

最高法院刑事判決

109年度台上字第3148號

上訴人 李金光

選任辯護人 王泰翔律師

上列上訴人因違反森林法案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國109年2月12日第二審判決（108年度原上訴字第57號，起訴案號：臺灣臺東地方檢察署107年度偵字第1521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李金光有其事實欄所載之違反森林法犯行，因而維持第一審論其犯森林法第50條之竊取森林副產物罪，累犯，處有期徒刑9月，併科罰金新臺幣303,000元，並諭知相關沒收及罰金如易服勞役折算標準之判決，駁回其在第二審之上訴。已詳細敘述其所憑之證據及取捨、認定之理由。並就上訴人否認有違反森林法犯行等語，其辯詞不可採之理由，予以指駁。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。

二、上訴意旨乃謂：依原住民族基本法第2條第3款、第19條及森林法第15條第4項前段規定，原住民族得在原住民族傳統領域，依其生活慣俗需要採取森林產物，故只要具有原住民身分即能於原住民族傳統領域土地採取森林產物，原審認應依各該原住民族之族別，以「部落」為範圍，依該部落民族生活之慣俗決定可行使森林法之採取產物區域，自有違論理

法則等語。

- 三、惟查：原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利，此為原住民族基本法之立法意旨。而依該法第19條第1項、第3項規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：…  
…二、採集野生植物及菌類。……第1項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」。又森林法第15條第4項所稱：「森林位於原住民族傳統領域土地」者，其中所謂「傳統領域土地」，依原住民族基本法第21條第4項規定訂定之「原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法」係指：經依本辦法所定程序劃定之原住民族傳統祭儀、祖靈聖地、部落及其獵區與墾耕或其他依原住民族文化、傳統習慣等特徵可得確定其範圍之公有土地。其劃設係根據部落耆老的口述、相關文獻記載、當地遺址等等來記錄部落曾經生活的領域，以別於為推行原住民行政而供原住民族使用之原住民「保留地」。則原住民「傳統領域土地」既與「部落」有關，所謂「部落」依原住民族基本法第2條第4款規定係指：原住民於原住民族地區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體。而行政院原住民族委員會（下稱原民會）為辦理原住民族基本法第2條第4款規定之部落核定作業，特訂定「原住民族委員會辦理部落核定作業要點」，其中第2點認「部落」必須符合：(一)、位於原住民族地區內。(二)、具有一定區域範圍。(三)、存在相延承襲並共同遵守之生活規範。(四)、成員間有依前款生活規範共同生活及互動之事實之原住民族團體。顯見森林法第15條第4項所稱：「傳統領域土地」，具有地域性，且以「部落」為中心規範團體生活，成員彼此間相互依存。準此，原住民族採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合其傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為外，尚須於其傳統領域土地內為之，否則若不顧該傳統領域之文化、祭儀、祖靈或習慣，任由其他族別或部落之原住民擅入別族或他部落之土地內採取森林產物，自有違原住民族基本法及森林法之基本精神。況於民國108年7月

4 日依森林法第15條第4 項訂定公布之「原住民族依生活慣俗採取森林產物規則」（按此係行政院農業委員會依據委任立法而制定具有填補空白刑法補充規範之法規命令，並非刑罰法律，自無刑法第2 條第1 項法律變更之比較適用問題，且其內容對母法刑罰範圍有所節制或限縮，未對受規範者增加母法以外之不利益，自得引用作為母法刑罰的判斷標準。至原審於109 年2 月12日判決時雖誤認此規則尚未公布〈見原判決第4 頁最後1 行至第5 頁2 行〉，而未予引用，然尚不影響全案之情節及判決之本旨），對於原住民族依其生活慣俗採取森林產物，亦規定應由部落或原住民團體向受理機關提案並經主管機關核准（第5 條、第8 條）。且於提案時尚須說明部落名稱、採取森林產物與生活慣俗內容之關聯性、採取森林產物之所在位置或區域及其略圖、其種類名稱、數量、作業方式及所需期間等情（第9 條）。又其中第6 條第2 項所列物種（包括本案之牛樟菇〈學名為牛樟芝〉），因珍貴稀有，基於保育觀念，原則上係禁止採取，但報經中央主管機關認定其採取不致影響該物種永續利用並同意採取者，則例外允許。自非只要具有原住民身分者即得在任何原住民族地區採取森林產物，而全然不受法律之規範。本件上訴人有多次竊取牛樟菇違反森林法之犯罪紀錄，並非毫無法意識之人，原判決亦已說明其竊取牛樟菇之行為地，係位於臺東縣延平鄉阿撒汗段，屬原住民族布農族早期至今之傳統領域範圍，並參以原民會之「原住民族傳統領域土地調查成果查詢系統」，座標區域（即本案行為地）為臺東縣延平鄉永康部落（布農族）及鹿野鄉永昌部落（阿美族）傳統領域，屬墾耕範圍內土地等語。上訴人並非布農族或阿美族而屬卑南族原住民，僅曾與布農族朋友一起上山打獵，顯然明知該處並非其族群之傳統領域範圍，自不得主張對本案行為地有依其傳統領域採集菌類、森林副產物之權利等語（見原判決第5 頁第10至26行）。所為論斷，經核於法尚無違誤。上訴意旨係就原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見，重為爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其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 6 月 24 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 林 立 華

法官 林 瑞 斌

法官 楊 真 明

法官 李 麗 珠

法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 6 月 30 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3149 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 24 日

裁判案由：偽造文書

最高法院刑事判決

109年度台上字第3149號

上訴人 徐志翔

選任辯護人 雷皓明律師

林俊儒律師

上列上訴人因偽造文書案件，不服臺灣高等法院中華民國109 年 2 月27日第二審判決（108 年度上訴字第3271號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署106 年度偵字第26077 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徐志翔有其犯罪事實欄所載之行使偽造（準）公文書並詐欺取財犯行，因而維持第一審依刑法上想像競合規定從一重論其犯行使偽造公文書罪，處有期徒刑1 年6 月，並諭知相關沒收之判決，駁回其在第二審之上訴。已詳細敘述其所憑之證據及取捨、認定之理由。並就上訴人否認有詐欺取財犯行等語，其辯詞不可採之理由，暨如何依上訴人責任為基礎，斟酌刑法第57條各款事項維持第一審如前之量刑，分別予以指駁及說明。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨乃謂：原審認其偽造建築法上之「雜項執照」，僅以其上有偽刻之「臺北市政府都市發展局印」及「局長林洲民印」即認係偽造刑法第211 條之公文書，惟未說明其是否為謀生及一時便利而偽造所謂刑法第212 條所稱之特種文書



，自有判決理由不備之違法等語。

三、惟查：刑法第212 條對於護照、旅券、免許證、特許證及關於品行、能力、服務或其他相類等所謂「特種文書」之偽造、變造行為設有處罰規定。蓋因此類「特種文書」原為私文書或公文書之一種，然或為國家機關對人民自由權利之行使附加一定條件，用以免除一定程序、手續或義務而允許人民取得特定權利或資格之文書；或針對特定之人，以其符合國家所定條件，而特准其行使國家權利或取得特定資格之證書；或文書內容涉及某人之品行、能力、服務或其他資歷、或某物之品質、數量等性質之說明、證明或介紹書等。因偽造、變造此種文書，多屬圖一時便利或為求職謀生，而出此下策，祇有在特定的生活環境下始具有意義，不具普遍或擴延的性質，其偽造、變造結果對於公共信用影響較輕，其情可憫，故立法者特設專條科以較刑法第210 條或第211 條為輕之刑。其與公文書最大的區別在於一個體制較為健全文明的國家社會，國家或公務員往往具有較強的保證功能，一般社會大眾信賴國家有健全的各種法律規定、登記規則與文書制度，因此公文書相對於特種文書而言，通常具有較高的公信力，且均涉及法律上重要權利之取得、變更或消滅等影響社會福祉或公共利益重大事項，自難調為刑法第212 條所稱之特種文書。故是否為「特種文書」除須具有與品行、能力、服務或其他相類的特徵外，並應依個案中之行為人偽造文書的目的及情節輕重綜合判斷。本件上訴人偽造如原判決附表一所示之「雜項執照」，屬建築法第28條第2 款建築執照之一種，非經申請不得擅自建造，此類執照必須管理之目的主要在於確保建築（雜項）工作物的設計與施工過程符合規範之要求，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻，自屬關於不動產中之建築物重要權利取得之影響公眾重大福祉事項，為刑法上所稱之公文書而非特種文書。上訴人予以偽造並行使，原判決亦於理由乙、二、(一)及五內詳予說明成立本罪之論據，經核於法並無不合。上訴意旨執此指摘原判決理由不備並認原判決量刑不當，均係就原判決已說明事項及屬原審量刑職權之適法行使，持憑己見，重為爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其對於行使偽造（準）公文書部分上訴不合法律上之程式，

應予駁回。其想像競合犯詐欺取財部分，核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第4 款之案件，依該條規定，既經原審維持第一審科刑判決，自不得上訴於第三審法院。有想像競合關係之行使偽造（準）公文書部分，上訴人之上訴既不合法，無從為實體上審理，其相競合犯詐欺取財輕罪部分，亦無從適用審判不可分原則，併同為實體上審判，亦應從程序上予以駁回。

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 6 月 24 日

最高法院刑事第八庭

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

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 6 月 30 日

書記官

裁判字號：最高法院 109 年台非字第 76 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 11 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

109年度台非字第76號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 林文亮

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國108年3月22日第二審確定判決（108 年度上易字第328號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣臺中地方檢察署107年度毒偵字第4099號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

壹、非常上訴理由稱「一、本件原判決以：被告林文亮本次施用第二級毒品甲基安非他命之犯行，距離前次附命緩起訴確定之日即101年7月4日已逾5年，前所實施之附命戒癮治療之緩起訴已足遮斷其施用毒品之毒癮，為期自新協助其斷除毒癮，仍應適用初犯之規定，先經觀察、勒戒之程序，因此，檢察官自應依毒品危害防制條例第20條第3項、第1項之規定，向法院聲請裁定觀察、勒戒。乃檢察官逕予聲請簡易判決處刑，其起訴程序自屬違背規定，認應駁回上訴，維持一審不經言詞辯論所諭知之不受理判決。二、惟按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378 條定有明文。次按對於毒品危害防制條例所規定之觀察、勒戒所為之裁定，乃拘束人身自由之保安處分，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，如有違法，自得提起非常上訴。再按毒品（危害防制）條例於97年4 月30日修正後，對於進入司法程序之戒癮治療方式，採取『觀察、勒戒或強制戒治』及『附命緩起訴』雙軌制，其目的在給予施用毒品者戒毒自新機會。被告既同意參加戒癮治療，由檢察官採行『附命緩起訴』方式，此後『附命緩起訴』經撤銷，自不能再改採『觀察、勒戒或強制戒治』方式，重啟處遇程序。是該條例第24條乃一般刑事訴訟程序之例外規定，屬刑事訴訟法第1條第1項規定之『其他法律所定之訴訟程序』。該條第2 項規定『前項（

第1項)緩起訴處分，經撤銷者，檢察官應依法追訴』，已明示施用毒品案件於撤銷緩起訴處分後之法律效果為『依法追訴』，此乃因被告事實上已接受等同『觀察、勒戒』之處遇，惟其竟未能履行該條件，自應於撤銷緩起訴處分後就前案依法起訴，而無再次聲請法院裁定觀察、勒戒之必要。『附命緩起訴』後，5年內再犯施用第一級或第二級毒品者，因其事實上已接受等同『觀察、勒戒』處遇，顯見再犯率甚高，原規劃之制度功能已無法發揮成效，自得依毒品(危害防制)條例第23條第2項或第24條第2項規定之相同法理，逕行提起公訴，無再依毒品(危害防制)條例第20條第1項重為聲請觀察、勒戒必要。有最高法院104年度第2次刑事庭會議決議可資參照。則在毒品危害防制條例中，被告經觀察、勒戒程序者，係以『經觀察、勒戒執行完畢釋放』日起算5年，則被告之附命緩起訴處分執行完畢日，應為緩起訴期間末日，而應以該次日為起算5年之日。此在臺灣高等法院臺中分院108年度上易字第395號判決，亦同採此見解。至於原判決所引最高法院107年度台非(字)第121號、106年度台非字第181號及149號判決意旨，其案情皆係因被告未完成戒癮治療，違背緩起訴預防再犯所為之必要命令，而經檢察官撤銷緩起訴處分確定者，因依毒品危害防制條例第24條(第)2項規定：前項緩起訴處分經撤銷者，檢察官應依法追訴。故應逕行起訴。與本案緩起訴期滿未經撤銷者，應如何計算是否5年內再犯施用毒品罪，二者案情，顯有不同，自不得比附援引為：應以命緩起訴確定之日，作為是否5年內再犯施用毒品罪起算點之論據。經查：本件被告前於101年間，因施用第二級毒品案件，經臺灣臺北地方檢察署於101年7月4日(按應係101年6月15日)以101年度毒偵字第819號為附命完成戒癮治療條件之緩起訴處分確定，緩起訴期間2年，自101年7月4日起至103年7月3日止，嗣緩起訴期滿未經撤銷，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。而被告係於107年8月2日(按應係107年6月28日)再犯本案，自係於上開緩起訴期間屆滿之次日即103年7月4日起算5年內再犯，揆諸上開說明，本件被告施用第二級毒品犯行，自應予追訴、處罰。乃原判決維持一審判決，以本件檢察官附命緩起訴確定之日即101年7月4日為據，認被告本件再犯施用第二級

毒品之時點已逾5年，應適用初犯之規定，先經觀察、勒戒之程序，不得逕予起訴，因認一審諭知公訴不受理判決，核無違誤，而駁回上訴，即有適用法則不當之違法。又按本件應為實體上判決，卻誤為不受理判決，該不受理判決固非不利被告，然因其違誤涉及修正前毒品危害防制條例相關規定適用之重要法律原則，且縱該違背法令不受理判決不生實質之確定力，檢察官仍得另行提起公訴，惟為免日後檢察官再行起訴與法院適法判決相互扞格，即有依非常上訴程序撤銷該不受理判決之必要。三、爰依刑事訴訟法第441條、第443條規定提起非常上訴，以資糾正及救濟。」等語。

貳、本院按：

- 一、判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第378條、第379條第5款分別定有明文。又非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性。所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。亦即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋、釐清之必要，或對法之續造有重要意義者，或為確保裁判之一致性，以杜同法異判之弊，始克相當。再者，本應為實體上之審判，而誤為不受理之判決，其將來是否再行起訴，及應為實體判決之結果如何，尚不可知，而諭知不受理後，則本件訴訟即因而終結，自難認其違誤之不受理判決於被告不利。故對於本應為實體上之審判，而誤為不受理之判決提起非常上訴，如與統一適用法令有關，仍應將其違背法令部分撤銷。
- 二、毒品危害防制條例於民國97年4月30日修正公布、同年10月30日施行後，對於犯該條例第10條第1項、第2項之施用第一級或第二級毒品罪者，進入司法程序之戒癮治療方式，係採取第20條第1項、第2項規定「觀察、勒戒或強制戒治」及第24條第1項所定「附命完成戒癮治療之緩起訴處分」（下稱「附命緩起訴」）雙軌制，其目的同在給予施用毒品者戒毒

自新機會。是以，被告既同意參加「戒癮治療」，並由檢察官採行「附命緩起訴」方式，且完成「附命緩起訴」所採用之戒癮治療完畢，自毋庸復行採取「觀察、勒戒或強制戒治」方式，重啟戒除毒癮以代替刑罰之處遇程序。又該條例第20條第4項規定，經依第2項規定為觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「五年」後再犯施用第一級或第二級毒品罪者，適用第1項、第2項之觀察、勒戒或強制戒治規定；第23條第2項規定，觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「五年」內再犯施用第一級或第二級毒品罪，應依法追訴。亦即被告於觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「五年」內再犯施用第一級或第二級毒品罪，不再適用「觀察、勒戒或強制戒治」以代替刑罰之處遇程序。被告既完成「附命緩起訴」之戒癮治療，事實上已接受等同「觀察、勒戒或強制戒治」執行完畢釋放之處遇，如於該條例第23條第2項所定「五年」內，再犯施用第一級或第二級毒品罪，顯現其再犯率甚高，原規劃之「附命緩起訴」完成戒癮治療制度功能無法發揮成效，已無再次接受「觀察、勒戒或強制戒治」處遇之必要。倘被告經「附命緩起訴」，且完成戒癮治療後，因其事實上已接受等同「觀察、勒戒或強制戒治」執行完畢釋放之處遇，「五年」內再犯施用第一級或第二級毒品罪，顯見其再犯率甚高，自應依該條例第23條第2項規定之相同法理，逕行追訴（提起公訴或聲請簡易判決處刑），而無再依該條例第20條第1項重行聲請觀察、勒戒或強制戒治之必要。再者，被告施用第一級或第二級毒品罪，經裁定觀察、勒戒或強制戒治程序者，係以「觀察、勒戒或強制戒治」執行完畢釋放後，起算上開「五年」內再犯之期間，則被告係經「附命緩起訴」，依同一法理，應以經「附命緩起訴」並完成戒癮治療後，而非以「附命緩起訴」確定之日，起算該「五年」內再犯之期間。

被告林文亮前於101年2月22日，在臺北市大安區某處所，施用第二級毒品甲基安非他命，涉犯毒品危害防制條例第10條第2項之施用第二級毒品罪，經臺灣臺北地方檢察署檢察官於101年6月15日，以該署101年度毒偵字第819號緩起訴處分書為「附命緩起訴」，緩起訴期間2年，附命被告應自收受檢察官執行緩起訴處分命令通知書之日起，至緩起訴期間屆

滿前6 個月止，至指定之治療機構即臺北市立聯合醫院松德院區，依醫師指示接受藥物治療、心理治療及社會復健治療，並於戒癮治療完成後，至緩起訴處分期間屆滿前4 個月止，於該署觀護人指定之期日，接受尿液檢驗，以及遵守其他預防再犯所為之必要命令，並於 101年7月4日確定，緩起訴處分期間自101年7月4日起，至103年7月3日止。被告已於「103年1月3日」完成戒癮治療，亦未違反緩起訴處分之其他命令，緩起訴期間屆滿未經撤銷等情，有卷附前開緩起訴處分書、臺灣高等法院被告（林文亮）前案紀錄表可稽。則被告涉嫌於「107年6月28日」，在臺中市霧峰區亞洲大學內，再有本件施用甲基安非他命犯行，係於「103年1月3日」完成戒癮治療後，「五年」內再犯施用第二級毒品罪，臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查後，向第一審即臺灣臺中地方法院提起公訴，而未依毒品危害防制條例第20條第1 項規定，再行聲請觀察、勒戒，依上述說明，核無不合。

第一審法院猶引用本院106年度台非字第149、181號及107年度台非字第121號刑事判決意旨，因認被告係於「107年6 月28日」，再有本件施用甲基安非他命犯行，已於緩起訴處分確定之日即「101年7月4日」，「五年」後再犯施用第二級毒品罪，仍有毒品危害防制條例第20條第1項、第2項觀察、勒戒或強制戒治規定之適用，自應先聲請法院裁定觀察、勒戒。惟本院前揭判決，主要係針對經檢察官「附命緩起訴」前之其他施用第一級或第二級毒品犯行，應否聲請觀察、勒戒一節，而為立論，並未兼及所謂「五年」內或「五年」後之起算時點，與本件案例事實有所不同，尚不宜比附援引作為論據。第一審法院認檢察官逕行起訴，其起訴程序違背規定，因而諭知不受理之判決，即有應為實體上審判，而誤為不受理判決，亦即不受理訴訟係不當之違背法令。經檢察官提起上訴，詎原確定判決未加糾正，予以維持，並駁回檢察官之上訴，同有適用法則不當之違背法令。案經確定，雖非不利於被告，然所涉及之法律見解，具有原則上之重要性，而與統一法令之適用有關。非常上訴意旨執以指摘原確定判決違背法令，洵有理由。應由本院將原判決及第一審判決關於違背法令部分予以撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1 款前段，判決如主

文。

中 華 民 國 109 年 6 月 11 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 蔡 彩 貞

法官 林 孟 宜

法官 吳 淑 惠

法官 李 錦 樑

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 6 月 15 日



裁判字號：最高法院 109 年台非字第 90 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 06 月 10 日

裁判案由：強盜等罪

最高法院刑事判決

109年度台非字第90號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 陳信男

上列上訴人因被告強盜等罪案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國100年12月15日第二審確定判決（100年度上訴字第636號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署99年度偵字第9476號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

### 主 文

原審及第一審關於陳信男罪刑部分之判決均撤銷。

陳信男犯結夥攜帶兇器強盜罪，處有期徒刑捌年肆月；又犯共同攜帶兇器竊盜罪，處有期徒刑捌月。應執行有期徒刑捌年捌月。

### 理 由

一、本件非常上訴理由稱：「一、按『受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重其刑至二分之一。』刑法第47條第1項定有明文。又依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬違背法令，得提起非常上訴，業經司法院釋字第181號解釋在案。是事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法累犯之規定加重其刑，即屬法院認定事實與適用法律之基礎事項，客觀上有調查之必要，應依職權加以調查，倘被告並非累犯，而事實審並未詳加調查，致判決時依累犯之規定論處，即屬刑事訴訟法第379條第10款所規定，依法應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決當然違背法令。又少年事件處理法為鼓勵受刑之宣告或管訓（保護）處分之少年自新向善，於65年2月12日修正增訂第83條之1，明定『少年受管訓處分或刑之宣告，於執行完畢或赦免後，五年內未再受管訓處分或刑之宣告者，視為未曾受各該宣告。』即附以在一定期間內不再有非行或犯罪之解除條件，使少年於此期間內有期待解除條件成就而使前受管訓處分或刑之宣告失其效力之利益，以資激勵。為達上開鼓勵受刑之宣告或管訓處分之少年自新向善之目的，該條文於86年10月29日再次修正，除

增定第2 項，科以少年法院通知保存少年前科紀錄及有關資料機關塗銷義務，使少年不致因一時失足而終身烙印外，並將第1項修正規定為『少年受第29條第1項之轉介處分執行完畢2年後，或受保護處分或刑之執行完畢或赦免3年後，或受不付審理或不付保護處分之裁定確定後，視為未曾受各該宣告。』此次修正，如純就少年受刑之宣告而言，已將其在一定期間內不再犯罪之條件予以刪除，並將原規定『於執行完畢或赦免後5 年』中之『5年』，修正縮短為『3年』，賦予因於刑之執行或赦免後一定期間之屆滿，即無條件發生『視為未曾受刑之宣告』之法律效果。較之修正前之要件寬鬆，而有利於少年。是少年如受刑之執行完畢或赦免3 年後，因該期間之屆滿即生使刑之宣告失其效力之效果，其在此3 年內是否曾再犯罪而受刑之宣告，並非所問。（上開條文立法要旨及最高法院97年台非字第296 號、103年度台非字第322號刑事判決要旨、臺灣高等法院暨所屬法院91年法律座談會刑事類提案第4 案研討結果可資參照）。二、本件經調卷審核結果，依據卷附臺灣高等法院被告前案紀錄表所示，被告陳信男係00年00月0 日出生。於民國92年間因○○、○○等案件，經臺灣高等法院臺南分院以00年度少上訴字第000 號刑事判決判處應執行有期徒刑4 年確定，嗣再經同法院以00年度聲減字第000 號刑事裁定減為應執行有期徒刑3年1月（為3 年11月之誤載）確定，而於97年7月9日縮刑期滿執行完畢。被告於涉犯上開○○、○○等案件時，係14歲以上未滿18歲之少年，且其所犯該○○、○○等案件，業於97年7月9日縮刑期滿執行完畢，至100年7月8日即已屆滿3年之期間。依上開少年事件處理法第83條之1第1項規定，應視為未曾受各該刑之宣告。則被告於99年6 月2日及同年月3日再犯本件○○、○○犯行，雖在前開○○、○○等案件執行完畢屆滿3年內，惟原審法院於100年12月15日判決時，已經在前開○○、○○等案件刑之執行完畢屆滿3 年後，前開○○、○○等案件已生刑之宣告失其效力之效果（視為未曾受該宣告），故本件被告所犯○○、○○罪，應不構成累犯。乃原判決未察，仍認定被告於前案即○○、○○等案件執行完畢後，5 年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，依累犯論處，即有適用法則不當及依法應於審判期日調查之證據而未予調查之

違背法令。三、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條規定提起非常上訴，以資糾正。」等語。

## 二、本院按：

(一)本件被告陳信男係民國00年00月0日生，其於92年8至10月間因○○、○○案件，經臺灣高等法院臺南分院以00年度少上訴字第000號刑事判決，判處應執行有期徒刑4年確定，嗣再經同法院以00年度聲減字第000號刑事裁定，減為應執行有期徒刑3年11月確定，而於97年7月9日縮刑期滿執行完畢，有其戶役政連結作業系統資料、臺灣高等法院被告前案紀錄表、臺灣高等法院在監在押全國紀錄表在卷可稽，且為原確定判決認定之事實。是被告於涉犯上開○○等罪案件時，係14歲以上未滿18歲之少年，且其所犯該○○等罪案件，業於97年7月9日縮刑期滿執行完畢，至100年7月8日即已屆滿少年事件處理法第83條之1第1項所規定少年受刑之執行完畢3年後，視為未曾受該宣告之3年期間。則被告於99年6月2日及同年月3日再犯本件竊盜、強盜犯行，雖在前開○○等罪案件執行完畢屆滿3年內，惟原審法院於100年12月15日判決時，已經在前開○○等罪案件刑之執行完畢屆滿3年後，前開○○等罪已視為未曾受該宣告，故本件被告所犯竊盜、強盜罪，自不應再憑以論為累犯。原審法院未察，仍就被告所犯結夥攜帶兇器強盜罪、共同攜帶兇器竊盜罪，均依累犯論處並各加重其刑（分別處有期徒刑8年6月、10月，並定其應執行有期徒刑9年），自有適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原審及第一審關於被告罪刑部分之判決均撤銷，替代原審依其裁判當時應適用之法律，另行判決如主文第2項所示，以資救濟。

(二)兒童權利公約施行法已於民國103年6月4日公布，並於同年11月20日施行。依該施行法第2條規定，兒童權利公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。故兒童權利公約有規定者，應屬刑事法律、少年事件處理法關涉保障及促進兒少權利相關事項之特別規定，而應優先適用。再依兒童權利公約施行法第3條明定，適用兒童權利公約之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國兒童權利委員會對公約之解釋；即包含聯合國兒童權利委員會之一般

性意見在內。而該委員會第10號一般性意見第66點已揭示「為了避免實行歧視和/或未經審訊作出判決，少年犯檔案不應在處理其後涉及同一罪犯的案件的成人訴訟中得到使用（見《北京規則》，規則第21條第1項和第2項），該檔案也不得用來加重此種今後的宣判。」（With a view to avoiding stigmatization and/or prejudgements, records of child offenders should not be used in adult proceedings in subsequent cases involving the same offender (see the Beijing Rules, rules 21.1 and 21.2), or to enhance such future sentencing.）之旨；從而，同一少年成年後之訴訟程序，包括依刑法第47條規定判斷是否為累犯時，依上揭意旨，自不得以其少年時期之少年非行或刑事前科等觸法紀錄或檔案，作為不利之量刑基礎或刑之加重條件。是被告於少年時期所犯之上述少年刑事前科紀錄，依少年事件處理法第83條之1第1項視為未曾受刑之宣告、第2項紀錄塗銷，暨兒童權利公約第10號一般性意見第66點後段關於成人訴訟中不應使用該紀錄及用以加重其刑之規定，既不得被使用於其成年後之訴訟程序，從避免污名化或預斷之觀點，少年之觸法紀錄不應被使用於同一少年成年後之訴訟程序或被使用於加重成年後訴訟之量刑，自不生累犯問題，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，刑法第2條第1項前段、第28條、第330條第1項、（100年1月26日修正前）第321條第1項第3款、第51條第5款，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 6 月 10 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 林 英 志

法官 蔡 廣 昇

法官 梁 宏 哲

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 6 月 16 日

附錄本案論罪科刑法條

刑法第330條第1項

犯強盜罪而有第321條第1項各款情形之一者，處7年以上有期徒刑。

100年1月26日修正前刑法第321條第1項第3款

犯竊盜罪而有下列情形之一者，處6月以上、5年以下有期徒刑。

三、攜帶兇器而犯之者。

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 812 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 06 月 18 日

裁判案由：偽造文書聲請再審

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第812號

抗 告 人 曾敬禎

上列抗告人因偽造文書案件，不服臺灣高等法院中華民國109年4月24日駁回聲請再審之更審裁定（108年度聲再更一字第6號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、本件抗告人曾敬禎於原審聲請再審意旨略謂：

（一）依祭祀公業曾和生規約第11條所載，抗告人本即有權處分該祭祀公業之派下財產，故其將派下財產新竹縣芎林鄉○○段000號等15筆土地及同縣橫山鄉○○段000號等14筆土地，委託同案被告彭忠山以公告現值出售，與實務並無不合。況抗告人曾召開會員大會告知買賣一事，更將出售上開土地之價金用於支付祭祀事宜，剩餘款項仍為祭祀公業保留，如經祭祀公業派下員大會同意，亦願交還祭祀公業或向法院辦理提存，有祭祀公業曾和生規約及其訂定之書面同意書（即聲證一）、上開土地之土地買賣契約書及其登記第二類謄本（即聲證二）與公告現值資料、財團法人曾智才公祭祀公業派下現員大會會議記錄，及所附祭祀公業曾和生、和生公嘗派下全員會議簽到簿、車馬費支出表（即聲證三）、派下權人陳述書（即聲證六）可稽，足徵抗告人委託彭忠山處理祭祀公業登記及土地買賣事宜，並無不法意圖。

（二）本件辦理過程，抗告人均未參與，業據同案被告彭忠山、江素玉於本案審理時證述明確，是抗告人不知有偽造印章、印文及行使偽造私文書之情事，原確定判決未審酌此等有利於抗告人之證據，亦未採認彭忠山有利於抗告人之證詞，逕認抗告人對本案處理過程顯然有相當程度之參與，而與彭忠山、江素玉就偽造印章、印文及行使私文書之犯行，有犯意聯絡及行為分擔，自嫌率斷。

（三）原確定判決（原審法院107 年度上訴字第38號）未審酌抗

告人於行為時為年滿80歲之人，符合刑法第18條第3 項酌減刑度之規定（即聲證四），仍科處抗告人與第一審判決相同之刑，自屬足以動搖原判決之事由。

- （四）原確定判決既宣告沒收或追徵第三人彭加燈、彭瓊玉買受祭祀公業土地所有權之登記，已足以回復該判決確定案件告訴人等之損害，且土地價金本須返還，有以抗告人為被告之刑事附帶民事起訴書可稽（即聲證五），原確定判決竟仍就抗告人未扣案之犯罪所得新臺幣（下同）1,500 萬元宣告沒收、追徵，顯違沒收規定之本旨。
- （五）原確定判決上開不適用法則或適用不當之違背法令情事，均為新事實、新證據，且足以動搖原確定之判決，爰依刑事訴訟法第420條第1項第6 款規定，提起本件聲請再審云云。

## 二、原裁定則以：

- （一）原確定判決就抗告人所執其未經手辦理本件祭祀公業法人登記及土地處理，對彭忠山、江素玉偽造印章、印文及行使偽造文書一事，全然不知云云之辯詞，如何不可採信，已臚列證據，敘明其得心證之理由，詳予指駁；且綜合審酌本件抗告人據以聲請再審之祭祀公業曾和生規約（聲證一）、土地買賣契約書、本件土地登記第二類謄本（聲證二）及土地登記聲請書等其他卷存書證，與抗告人、同案被告彭忠山、江素玉之供述，並以原確定判決案件告訴人曾賢德、曾廷泉及證人李麓錦之證述，作為補強，而認定抗告人共同參與本件行使偽造文書及使公務員登載不實犯行。本件抗告人猶執上開業經原確定判決捨棄不採之陳詞，並仍以業經原確定判決審酌之該聲證一、聲證二，主張為新證據，質疑原確定判決採證、認事違背經驗法則、論理法則，而對原確定判決聲請再審，核係指涉原確定判決違背法令、構成非常上訴之問題，與刑事訴訟法第420 條第1項第6款、第3項所規定得聲請再審之事由不符。
- （二）本件抗告人處分祭祀公業財產，縱旨在籌措公業運作所需資金，事後亦將款項作為公用，然仍不得未經授權、同意，即擅自冒用派下員名義從事相關法律行為，是抗告人另提出財團法人曾智才祭祀公業派下現員大會會議記錄、祭祀公業曾和生、和生公嘗派下全員會議簽到簿、車馬費支

出表（即聲證三）及派下權人曾培賢、曾胤賢、曾林鈴、曾麗鴻、曾阿火、曾敬禎等人之陳述書（即聲證六）為新證據，主張前開證據足以證明其委託彭忠山處理祭祀公業登記及土地買賣事宜，並無不法意圖一節，顯與本件其是否共同行使偽造文書及使公務員登載不實罪之認定無涉，均無推翻原確定判決犯罪事實認定之可能性，自非依法得據以再審之新證據。

（三）抗告人以上開告訴人等對抗告人所提起之刑事附帶民事起訴書為新證據（即聲證五），主張原確定判決併就抗告人之未扣案之犯罪所得1,500 萬元宣告沒收，有判決適用法則不當之違法，及主張抗告人行為時已年滿80歲，原確定判決未依刑法第18條第3 項規定（即聲證四）酌減其刑云云，均顯非足以動搖原有罪確定判決，而應另為無罪、免訴、免刑或輕於原確定判決所認「罪名」之事由，與刑事訴訟法第420條第1項第6 款之新事實、新證據要件不符，而不得據為聲請再審之原因。

（四）抗告人所提上開事證，無論係單獨或結合前述卷內各項證據資料予以綜合判斷觀察，均不足以動搖原確定判決認定之事實而得為抗告人更有利之判決，原確定判決即無從認有刑事訴訟法第420條第1項第6款規定之再審事由。

### 三、經查：

（一）再審係為匡正已確定判決所發生之事實誤認瑕疵而設計，屬非常救濟手段，為保障人權以實現正義，與確保法的安定性以維繫人民對裁判之信賴二者間，求其兩全，聲請再審之新事證，自須足以動搖原確定判決認定之事實，故刑事訴訟法第420條第1項第6款、第3項明定得據以聲請再審之新事實、新證據，非但內容係未經原確定判決法院調查審酌，尚且須執以與原確定判決已調查審酌之舊證據綜合判斷，從形式上觀察，即具有足以動搖原確定判決事實認定之可能性，二者兼備，始足當之。

又是否足以動搖原確定判決之事實認定，必須於尊重原確定判決對原卷存舊事證所為評價之前提下，併就因新事實、新證據加入，對舊證據所造成之影響、修正，綜合考量，依客觀存在之經驗法則、論理法則，而為判斷。此與判決確定前，一般救濟手段之通常上訴程序，為發揮審級制



度之功能，上級審法院對下級審法院判決進行審查時，不受原判決證據評價拘束之情形，迴不相侔；亦與同屬非常救濟手段之非常上訴制度，旨在針對原確定判決違背法令之法律上瑕疵予以糾正，大異其趣。

(二) 本院前發回意旨，指摘發回前原審裁定就抗告人據以聲請再審之事實或證據，關於「新穎性」再審要件之審查，與刑事訴訟法修正後係著重法院「未判斷資料性」之審查要件不符；關於「明確性」之審查，對於原確定判決如何審酌並定取捨上開證據乙情，無所明指，理由欠備等語。旨在促請原審法院依該規定，落實審查本件再審之聲請，是否確已提出其所稱之「事實」「證據」，且是否符合其「未及調查審酌」（即所謂「新穎性」）及「足以動搖原確定判決事實認定」（即所謂「明確性」）之要求，而具備再審程序之要件。至於本件聲請，是否具備該等要件，自有待原審本於職權進行審查。抗告意旨主張自本院上開發回理由觀之，已足徵本件確有上開規定之再審事由，並指摘原裁定未依本院發回意旨調查、說明云云，殊屬誤會。

(三) 原裁定理由以抗告人聲請再審所依憑之聲證一、聲證二，業經原確定判決調查、斟酌，並與其他卷存事證相互勾稽後，併引為本件綜合判斷抗告人確有共同行使偽造文書及使公務員登載不實犯行之依據，因認均屬已審酌之事證，並非未經審酌判斷之新證據；至於聲請意旨對於原確定判決此部分採證、認事之心證理由，有無違背經驗法則、論理法則之爭執，要屬指涉原確定判決是否違法，能否構成非常上訴理由之問題，核與上開規定所指得聲請再審之事由不同。均已為必要之說明，經核尚無不合。

抗告意旨雖執上開規約第11條規定為據，主張抗告人本即有權處分派下財產，其委託彭忠山處理本件土地買賣，與規約並無違背，原確定判決未審酌云云。

然查該規約既經原確定判決併引為認定之依據，已難謂係未經審酌之資料，抗告意旨指摘原確定判決未採用其中第11條，資為對抗告人有利之認定，且未經調查，逕推論抗告人有不確定故意，已違反實務見解及無罪推定原則等情，遑論係屬對原確定判決關於抗告人是否參與本件偽造文書犯行事實認定上，證據取捨之問題，並非得聲請再審之

事由，業據原裁定指明，抗告意旨猶指摘原裁定不當，難認為有理由；且關於抗告人執上開規約之規定所主張抗告人本即有權處分祭祀公業財產一事，原確定判決已另援引祭祀公業法第33條第1項規定，說明祭祀公業財產之處分，須先經派下員大會決議同意，始得為之，而本件抗告人既自承其召開祭祀公業派下員大會未果，其顯亦明知處分祭祀公業財產須先經派下員同意之法定程序等語，足徵原確定判決已認抗告人此有權處分之主張，不足為有利於抗告人之認定而捨棄不採。抗告意旨徒憑己意，將之曲解為未經審酌，並據以聲請再審，尤無足取。

(四) 抗告人其餘關於原確定判決違法諭知沒收、未審酌抗告人已年滿80歲酌予減刑等之主張，均非屬得聲請再審之新事證，亦已據原裁定逐一詳加指駁及說明，均如前述。抗告意旨猶執此部分陳詞，指摘原裁定之認定有所不當云云，無非係就屬原裁定已詳予說明之事項，專憑其主觀之見解，指摘為違法，俱無足採。

四、綜上所述，抗告意旨純係就屬原審職權之適法行使及原裁定已於理由內詳予指駁說明之事項，一再恣意爭辯，任意指摘為違法，俱難認為有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第412條，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 6 月 18 日

最高法院刑事第三庭

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

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 6 月 24 日

書記官

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 872 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 06 月 30 日

裁判案由：偽造文書等罪定應執行刑

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第872號

抗 告 人 沈莘鏐

上列抗告人因偽造文書等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國109年5月13日定其應執行刑裁定（109年度聲字第612號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、按裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰有二裁判以上宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其應執行之刑期，但不得逾30年，此觀刑法第50條第1項前段、第51條第5款及第53條分別規定甚明。又執行刑之量定，係事實審法院自由裁量之職權，倘其所酌定之執行刑，並未違背刑法第51條各款所定之方法或範圍（即法律之外部性界限），亦無明顯違背公平、比例原則或整體法律秩序之理念（即法律之內部性界限）者，即不得任意指為違法或不當。本件原裁定以抗告人即受刑人沈莘鏐（下稱抗告人）所犯如其附表所示之詐欺取財及行使偽造公文書等共6罪，屬不同判決確定之宣告刑，合於裁判確定（最早判決確定者，即原裁定附表編號1所示之罪之民國106年12月21日）前所犯合併定其應執行刑要件，有相關裁判書及抗告人前案紀錄表附卷可憑，因認檢察官聲請就抗告人所犯上述6罪所處之刑合併定其應執行之刑為正當，乃於其所犯如原裁定附表所示各刑中之最長期（即編號4所示有期徒刑2年）以上，各刑合併之刑期（即有期徒刑7年5月）以下，並參酌抗告人所犯如原裁定①附表編號2、3所示2罪，曾經臺灣高等法院高雄分院108年度上易字第544號判決，合併定其應執行之刑為有期徒刑10月。②附表編號4至6所示3罪，曾經臺灣高等法院高雄分院108年度上訴字第667號判決，合併定其應執行之刑為有期徒刑2年10月確定（原裁定漏述附表編號1至3所示3罪，曾經臺灣高等法院高雄分院109年度聲字第118號裁定，合併定其應執行之刑為有期

徒刑2 年6 月確定，然附表編號1 至3 之備註欄已有載敘）。上揭原裁定附表編號1 至3 所示罪刑合併所定之應執行刑2 年6 月，及附表編號4 至6 所示罪刑合併所定之應執行刑2 年10月，合計為有期徒刑5 年4 月。是本件定應執行刑之法律性內部暨外部界限，亦即依循刑事訴訟法第370 條所揭示禁止不利益變更原則，暨受法律秩序理念所指導且考量法律目的所在之裁量準據，其上限應為有期徒刑5 年4 月，因而合併定其應執行之刑為有期徒刑5 年2 月，經核並未逾越刑法第51條第5 款及刑事訴訟法第370 條（不利益變更禁止原則）所定之法律外部性界限，亦無明顯濫用裁量權而有違反公平、比例及罪刑相當原則等法律內部性界限之情形。

二、抗告意旨略以：抗告人所犯如原裁定附表編號2 、3 所示罪刑，曾經定其應執行之刑為有期徒刑10月；附表編號1 至3 所示罪刑，曾經定其應執行之刑為有期徒刑2 年6 月，詎原審復就附表編號1 至6 所示罪刑，重複合併定本件應執行之刑，違背一事不再理原則。另抗告人所犯如原裁定附表編號1 所示之有期徒刑1 年10月業已執行完畢，原裁定復將上述已執行完畢之有期徒刑1 年10月與附表編號2 至6 所示罪刑合併定其應執行之刑為有期徒刑5 年2 月，非但將導致如附表編號1 所示業已執行完畢之罪刑被重複執行，甚且侵越先前定應執行刑裁判依刑法第50條第1 項前段所規定基準時點而劃設之定應執行刑範圍。又抗告人所犯詐欺取財等罪之手段雷同，時間相近，實質侵害法益之程度非鉅，以隨罪數增加而遞減刑罰之方式定其應執行之刑，已足以評價合併處罰數罪之不法內涵，原裁定酌定應執行之刑為有期徒刑5 年2 月，僅較法律之內部性界限有期徒刑5 年4 月減少2 月而已，難認符合實質公平原則，請求另裁定較輕之應執行刑，以啟自新云云。

三、(一)、本院68年台非字第50號判決前例闡示「對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行之刑者，如又重複裁定其應執行之刑，自係違反一事不再理之原則，即屬違背法令」等旨，係指針對完全相同之數罪已定應執行刑後，又再重複定應執行刑而言，並不包括就數罪已定應執行刑後，因發見其他案件所處罪刑亦符合數罪併罰規定而另定應執行刑之情形。本件原裁定係屬後者另定應執行刑之情形，自無違反一事不再

理原則可言。抗告意旨指摘原裁定違反一事不再理原則，依上述說明，顯有誤會。(二)、依法應併合處罰數罪中之部分罪刑苟已先行執行完畢，並非不得再與其他罪刑合併定其應執行之刑，僅係檢察官指揮執行應執行刑時，須扣除其中已執行完畢部分之刑期而已。抗告意旨指摘原裁定將已執行完畢如其附表編號1 所示之有期徒刑1 年10月與同附表其他尚未執行之罪刑合併定其應執行之刑，將導致上述業已執行完畢之罪刑（即有期徒刑1 年10月）被重複執行云云，依上述說明，同屬誤會。(三)、刑法第50條第1 項前段所稱「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之」，其中所稱「裁判確定」之「裁判」，係指所犯數罪中判決確定日期最早之裁判而言，該裁判之確定日期並為數罪併合處罰之基準日，必須其他數罪之犯罪日期均在該基準日之前，始得合併定其應執行之刑。又數罪併罰曾定應執行刑，若發現尚有其他罪刑與原定應執行刑之罪刑合於併合處罰要件，或其中部分罪刑應與其他罪刑併合處罰，則仍得由（受刑人或其法定代理人、配偶請求）檢察官向法院聲請另定其應執行之刑，否則無異於將法定得併合處罰之數罪，繫於人為之刻意選擇或隨意之偶然組合，尚無所謂侵越先前定應執行刑裁判依刑法第50條第1 項前段所規定基準時點而劃設之定應執行刑範圍可言。至先前原定之應執行刑，因其構成併罰基礎之宣告刑增加或更易，應執行刑於相應範圍內即隨之變動，甚或失其部分效力（劃定刑罰裁量法律性內部界限之效力仍存在），則係事物本質之所當然。本件原裁定以抗告人所犯如其附表編號1 至6 所示詐欺取財及行使偽造公文書等共6 罪，其中部分罪刑雖曾經法院以其他裁判定其應執行之刑確定，然皆係於原裁定附表編號1 所示之罪判決確定前所犯，合於併合處罰定應執行刑之要件，因而審酌抗告人所犯數罪反映出之人格特性、刑罰及定應執行刑之規範目的、所犯各罪間之關連性及所侵害之法益與整體非難評價等面向，於法律性拘束之外部及內部界限內，依限制加重原則，裁定其應執行之刑為有期徒刑5 年2 月，已給予適度之刑罰折扣，堪認尚與法律授予裁量權之目的無違，亦無明顯失入或有違反公平、比例及罪刑相當原則之情形。抗告意旨徒憑己見，漫謂原裁定侵越先前定應執行刑裁判所劃設得併合處罰數罪之範圍云云，依上述說明，同

有誤解，而其任意指摘原裁定酌定之應執行刑過重，並請求從輕另定應執行刑云云，亦無可採。是本件抗告尚難認為有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第412 條，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 6 月 30 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 沈 揚 仁

法官 林 靜 芬

法官 蔡 憲 德

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 7 月 2 日

書記官

裁判字號：最高法院 109 年台聲字第 84 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 06 月 30 日

裁判案由：加重詐欺等罪聲請解除保管責任

最高法院刑事裁定

109年度台聲字第84號

聲 請 人 王建霖

上列聲請人因加重詐欺等罪案件，聲請解除保管責任，本院裁定如下：

主 文  
聲請駁回。

理 由

- 一、聲請意旨略以：聲請人王建霖因犯加重詐欺等罪案件，前經臺灣高雄地方檢察署檢察官於民國104年8月25日責令保管如該署104 年度偵字第20396、24021號起訴書附表七所示之扣押物，茲本案審理已久，扣押物亦均逾有效日期而應予丟棄，因聲請人現欲收回保管扣押物之店面，為此聲請貴院解除保管責任，以保聲請人權益等語。
- 二、按可為證據或得沒收之物，得扣押之；扣押物，因防其喪失或毀損，應為適當之處置。不便搬運或保管之扣押物，得命人看守，或命所有人或其他適當之人保管；沒收物，由檢察官處分之。刑事訴訟法第133條第1項、第140條、第472條分別定有明文。又實施扣押後，扣押物之保管，乃是遂行扣押強制處分之持續狀態，固係檢察官之權職，惟案件既經起訴繫屬法院，於法院尚未審結前，或一部已確定、一部尚未確定，扣押物應否續為扣押、其範圍、如何遂行持續扣押處分，以及部分確定應否移付執行由檢察官處分之等，因事涉當事人權益及案件終結後，如何執行之問題，自應由繫屬之事實審法院聽取當事人之意見後，依其職權決定之。
- 三、聲請人於103 年7月間起至104年8月25日間，涉犯3人以上詐欺取財罪、販賣逾有效日期食品罪及行使業務上登載不實等罪，經臺灣高等法院高雄分院（下稱原審法院）105 年度上訴字第889 號論處如其附表（下稱附表）四編號1.至13.所示共同犯3人以上共同詐欺取財共13罪刑及犯3人以上共同犯詐欺取財未遂1 罪刑，及沒收聲請人如附表七所示之扣押物（即起訴書附表七），聲請人不服提起第三審上訴，業經本院就聲請人犯附表四編號7至9部分，撤銷發回原審法院，其他

上訴駁回。是以，附表七所示之物，為應沒收之物，既已部分確定、部分發回原審，揆之說明，聲請人前揭聲請，自應由原審為事實之調查，資以審酌應否解除其保管責任，或以其他方式為之，其向本院聲請不能准許，爰裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 6 月 30 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 7 月 6 日