

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、一〇二年度台上字第七三號.....	6
二、一〇二年度台上字第一七〇號.....	6
三、一〇二年度台上字第二四八號.....	6
四、一〇二年度台上字第二九八號.....	8
五、一〇二年度台上字第三一〇號.....	8
六、一〇二年度台上字第三一七號.....	10
七、一〇二年度台上字第四三九號.....	12
八、一〇二年度台上字第六四六號.....	13
九、一〇二年度台上字第八〇九號.....	13
十、一〇二年度台上字第八一〇號.....	14
十一、一〇二年度台上字第八七〇號.....	15
十二、一〇二年度台上字第九六一號.....	16
十三、一〇二年度台上字第一二〇三號.....	17
十四、一〇二年度台上字第一二一八號.....	18
十五、一〇二年度台上字第一二七七號.....	18
十六、一〇二年度台上字第一二九七號.....	19
十七、一〇二年度台上字第一四四二號.....	20
十八、一〇二年度台上字第一五二八號.....	21
十九、一〇二年度台上字第一五九七號.....	22
二十、一〇二年度台上字第一六五〇號.....	23
二一、一〇二年度台上字第一六五八號.....	23
二二、一〇二年度台上字第一七〇三號.....	24
二三、一〇二年度台上字第二〇二九號.....	26
二四、一〇二年度台上字第二三二一號.....	26
二五、一〇二年度台上字第二四二一號.....	27

二六、一〇二年度台上字第二七三二號.....	28
二七、一〇二年度台上字第二八七八號.....	29
二八、一〇二年度台上字第三〇二四號.....	30
二九、一〇二年度台上字第三〇四六號.....	31
三十、一〇二年度台上字第三〇五〇號.....	32
三一、一〇二年度台上字第三一二七號.....	33
三二、一〇二年度台上字第三一二八號.....	34
三三、一〇二年度台上字第三二〇三號.....	35
三四、一〇二年度台上字第三二三四號.....	35
三五、一〇二年度台上字第三二八八號.....	36
三六、一〇二年度台上字第三三八一號.....	37
三七、一〇二年度台上字第三四五七號.....	39
三八、一〇二年度台上字第三四六四號.....	41
三九、一〇二年度台上字第三六九二號.....	42
四〇、一〇二年度台上字第三七八〇號.....	42
四一、一〇二年度台上字第三七九〇號.....	43
四二、一〇二年度台上字第三八一八號.....	43
四三、一〇二年度台上字第三八一九號.....	44
四四、一〇二年度台上字第三八九三號.....	45
四五、一〇二年度台上字第三八九五號.....	46
四六、一〇二年度台上字第三九九〇號.....	48
四七、一〇二年度台上字第三九九三號.....	49
四八、一〇二年度台上字第四〇九二號.....	50
四九、一〇二年度台上字第四一六一號.....	50
五〇、一〇二年度台上字第四三五六號.....	51
五一、一〇二年度台上字第四三六四號.....	51
五二、一〇二年度台上字第四六二九號.....	52
五三、一〇二年度台上字第四七五〇號.....	53
五四、一〇二年度台上字第五〇五二號.....	53

五五、一〇二年度台上字第五〇九二號.....	54
五六、一〇二年度台上字第五〇九三號.....	55
五七、一〇二年度台非字第七二號.....	56
五八、一〇二年度台非字第八六號.....	57
五九、一〇二年度台非字第一四五號.....	57
六〇、一〇二年度台非字第四〇三號.....	58
六一、一〇二年度台抗字第一號.....	59
六二、一〇二年度台抗字第七六號.....	60
六三、一〇二年度台抗字第八三號.....	61
六四、一〇二年度台抗字第八八號.....	62
六五、一〇二年度台抗字第六一六號.....	63
六六、一〇二年度台抗字第八四〇號.....	64
六七、一〇二年度台抗字第一〇七七號.....	65

裁判全文

一〇二年度台上字第七三號.....	68
一〇二年度台上字第一七〇號.....	78
一〇二年度台上字第二四八號.....	90
一〇二年度台上字第二九八號.....	95
一〇二年度台上字第三一〇號.....	110
一〇二年度台上字第三一七號.....	120
一〇二年度台上字第四三九號.....	134
一〇二年度台上字第六四六號.....	140
一〇二年度台上字第八〇九號.....	150
一〇二年度台上字第八一〇號.....	167
一〇二年度台上字第八七〇號.....	172
一〇二年度台上字第九六一號.....	176
一〇二年度台上字第一二〇三號.....	179
一〇二年度台上字第一二一八號.....	222

一〇二年度台上字第一二七七號.....	227
一〇二年度台上字第一二九七號.....	231
一〇二年度台上字第一四四二號.....	239
一〇二年度台上字第一五二八號.....	244
一〇二年度台上字第一五九七號.....	246
一〇二年度台上字第一六五〇號.....	254
一〇二年度台上字第一六五八號.....	258
一〇二年度台上字第一七〇三號.....	263
一〇二年度台上字第二〇二九號.....	264
一〇二年度台上字第二三二一號.....	272
一〇二年度台上字第二四二一號.....	277
一〇二年度台上字第二七三二號.....	284
一〇二年度台上字第二八七八號.....	287
一〇二年度台上字第三〇二四號.....	290
一〇二年度台上字第三〇四六號.....	293
一〇二年度台上字第三〇五〇號.....	299
一〇二年度台上字第三一二七號.....	302
一〇二年度台上字第三一二八號.....	309
一〇二年度台上字第三二〇三號.....	317
一〇二年度台上字第三二三四號.....	320
一〇二年度台上字第三二八八號.....	324
一〇二年度台上字第三三八一號.....	329
一〇二年度台上字第三四五七號.....	334
一〇二年度台上字第三四六四號.....	339
一〇二年度台上字第三六九二號.....	345
一〇二年度台上字第三七八〇號.....	349
一〇二年度台上字第三七九〇號.....	355
一〇二年度台上字第三八一八號.....	359
一〇二年度台上字第三八一九號.....	367

一〇二年度台上字第三八九三號.....	373
一〇二年度台上字第三八九五號.....	378
一〇二年度台上字第三九九〇號.....	383
一〇二年度台上字第三九九三號.....	388
一〇二年度台上字第四〇九二號.....	394
一〇二年度台上字第四一六一號.....	397
一〇二年度台上字第四三五六號.....	401
一〇二年度台上字第四三六四號.....	407
一〇二年度台上字第四六二九號.....	411
一〇二年度台上字第四七五〇號.....	417
一〇二年度台上字第五〇五二號.....	422
一〇二年度台上字第五〇九二號.....	426
一〇二年度台上字第五〇九三號.....	430
一〇二年度台非字第七二號.....	434
一〇二年度台非字第八六號.....	441
一〇二年度台非字第一四五號.....	447
一〇二年度台非字第四〇三號.....	452
一〇二年度台抗字第一號.....	457
一〇二年度台抗字第七六號.....	460
一〇二年度台抗字第八三號.....	463
一〇二年度台抗字第八八號.....	465
一〇二年度台抗字第六一六號.....	471
一〇二年度台抗字第八四〇號.....	476
一〇二年度台抗字第一〇七七號.....	483

一、一〇二年度台上字第七三號（裁判書全文）

刑事妥速審判法第七條規定之減刑，性質上屬於處斷刑之一種，亦即以「法定刑」作為基準，於此範圍內，由法院斟酌案件之具體情形，裁量減輕之幅度，於判決理由內說明已足，並當然有刑法第六十四條至第六十六條關於減刑程度（結果）之適用。至於中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款規定之減刑，則以「宣告刑」為其基準，一律減輕二分之一，法院無裁量餘地，除於理由內說明外，並應顯示於判決主文，且無關刑法第六十六條之減刑規定。二者迥異，不宜混淆。倘案件同時符合上揭二種減刑之要件，其適用順序，自以前者為先，後者於次。

參考法條：刑事妥速審判法第七條。

中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款。

二、一〇二年度台上字第一七〇號（裁判書全文）

法院於行使刑罰裁量之決定行為時，除應遵守憲法位階之平等原則，公約保障人權之原則，以及刑法所規定之責任原則，法理上所當然適用之重複評價禁止原則，以及各種有關實現刑罰目的與刑事政策之規範外，更必須依據犯罪行為人之個別具體犯罪情節、所犯之不法與責任之嚴重程度，以及行為人再社會化之預期情形等因素，在正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的間尋求衡平，而為適當之裁量。

參考法條：刑法第五十七條。

三、一〇二年度台上字第二四八號（裁判書全文）

（一）刑法第二編第十六章妨害性自主罪章於八十八年四月二十一日修正公布，揆諸其中第二百二十七條立法理由一之說明：「現行法（指該次修正前之刑法，下同）第二百二十一條第二項『準強姦罪』，改列本條第一項；第二百二十四條

第二項『準強制猥褻罪』改列本條第二項」，以及該次修正之立法過程中，於審查會通過修正第二百二十一條之理由說明：「六、現行法第二百二十一條第二項準強姦罪係針對未滿十四歲女子『合意』為性交之處罰，與『強姦行為』本質不同，故將此部分與猥褻幼兒罪一併改列在第三百零八條之八（即修正後之第二百二十七條第一項及第二項）」等情。足見行為人倘與未滿十四歲之男女合意而為性交，僅構成刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪。

（二）刑法第二百二十一條第一項所稱之「其他違反其（被害人）意願之方法」，係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要。是該條之其他違反意願之方法，固不以符合強暴、脅迫等例示所揭示之強制手段特質為必要，但仍應妨害被害人性交意願之意思自由，始足當之。

（三）對於男女施用詐術，使陷於錯誤而同意為性交，行為人無施以強制力自明，又被詐欺者之同意固有瑕疵，然就形成決定之心理狀態觀之，仍本於個人自由意思，並無違反意願可言，自不成立強制性交罪。否則，刑法第二百二十一條第一項強制性交罪，應無不將詐術例示為違反意願方法之理。同法第二百二十九條第一項之詐術性交罪，亦無另定處罰必要。從而，上訴人等施用詐術使A女陷於錯誤而同意與莊○○性交，應不構成刑法第二百二十一條第一項對於女子以違反意願之方法而為性交罪，僅係共同犯刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之女子為性交罪。

參考法條：刑法第二百二十七條第一項。

四、一〇二年度台上字第二九八號（裁判書全文）

案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第五條定有明文，乃以土地區域定案件管轄之標準。蓋犯罪地與犯罪直接相關，易於調查證據，有助審判之進行，而被告之住所、居所或所在地則便利被告出庭，均適於作為管轄之原因，並可客觀合理分配法院管轄之事務。而刑事訴訟法第六條規定就數同級法院管轄之相牽連案件，得合併由其中一法院管轄，重在避免多次調查事證之勞費及裁判之歧異，以符合訴訟經濟及裁判一致性之要求。同法第十五條規定相牽連案件，得由一檢察官合併偵查或合併起訴，其理亦同。雖不免影響被告出庭之便利性，然相牽連案件之合併審判或合併偵查、起訴，須經各該法院或檢察官同意，否則須直接上級法院裁定或上級法院檢察署檢察長命令行之，同法第六條二項、第十五條亦分別定有明文，並非恣意即可合併審判或偵查、起訴。又刑事訴訟法第七條各款規定之相牽連案件，不以直接相牽連為限。縱數案件彼此間並無直接相牽連關係，然如分別與他案件有相牽連關係，而分離審判，又可能發生重複調查或判決扞格之情形，依上開規定及說明，自應認各該案件均係相牽連案件，而得合併由一法院審判，始能達成相牽連案件合併管轄之立法目的。

參考法條：刑事訴訟法第五條、第六條、第七條、第十五條。

五、一〇二年度台上字第三一〇號（裁判書全文）

（一）行為人著手於犯罪之實行，發生構成要件之結果後，倘行為人仍以其意志控制犯罪行為之繼續進行，直至行為終止，犯罪始行終結者，謂之「繼續犯」（如刑法第三百零二條第一項之妨害自由罪），此與構成要件結果發生，犯罪即為既遂且亦同時終結，僅法益侵害狀態仍然持續之「狀態犯」（如刑法第二百七十七條第一項之傷害罪）有別。而繼續犯之行為人在犯罪行為繼續進行中，倘又實行其他犯罪行為，致數

行為之部分行為兩相重疊時，該數行為在法律上究應如何評價，學說上見解紛歧。雖論者有謂祇須數行為之主要部分重疊，即應視為單一行為，而論以想像競合犯云云；惟單純藉由部分行為之重疊，尚不足以評價為單一行為，必也繼續犯之行為自始即以之為實行其他犯罪行為之手段或前提；或其他犯罪之實行，在於確保或維護繼續犯之狀態，始得評價為單一行為，而有想像競合犯之適用。倘非如此，或其他犯罪之實行係另起犯意，利用原繼續犯之狀態而為，均難評價為單一行為；應認係不同之數行為，而以數罪論處。

- (二) 對於犯罪構成要件預定一定之結果為其構成要件要素之犯罪（結果犯），其犯罪行為可否認定為既遂，主「相當因果關係說」者認為，其行為與結果間，不僅須具備「若無該行為，則無該結果」之條件關係，更須具有依據一般日常生活經驗，有該行為，通常皆足以造成該結果之相當性，始足令負既遂責任；而主「客觀歸責理論」者則將結果原因與結果歸責之概念作區分，認為除應具備條件上之因果關係外，尚須審酌該結果發生是否可歸責於行為人之「客觀可歸責性」，祇有在行為人之行為對行為客體製造並實現法所不容許之風險，該結果始歸由行為人負責。而實務上於因果關係之判斷，雖多採「相當因果關係說」，但因因果關係之「相當」與否，概念含糊，在判斷上不免流於主觀，而有因人而異之疑慮，乃有引進「客觀歸責理論」之學說者，期使因果關係之認定與歸責之判斷，更為細緻精確。至於因果關係是否因第三人行為之介入而中斷，就採「相當因果關係說」者而言，其行為既經評價為結果發生之相當原因，則不論有無他事實介入，對該因果關係皆不生影響；而就主「客觀歸責理論」者以觀，必也該第三人創造並單獨實現一個足以導致結果發生之獨立危險，始足以中斷最初行為人與結果間之因果關係。易言之，結果之發生如出於偶然，固不能將結果歸

咎於危險行為，但行為與結果間如未產生重大因果偏離，結果之發生與最初行為人之行為仍具「常態關連性」時，最初行為人自應負既遂之責。又刑法傷害致人於死罪之因果關係屬「雙重因果關係」，不僅傷害行為對傷害結果須有因果關係，對非一般行為結果之死亡部分（加重結果），亦須有因果關係。

參考法條：(一)刑法第五十條、第五十五條。

(二)刑法第十七條。

六、一〇二年度台上字第三一七號（裁判書全文）

（一）刑法關於妨害司法正義之犯罪，定有枉法裁判（第一百二十四條）；濫權追訴處罰（第一百二十五條）；偽證（第一百六十八條）；誣告（第一百六十九條；含第一百七十條、第一百七十一條）等罪名。就犯罪主體以觀，依現制而言，前二罪乃專指法官、檢察官，後二罪則係人民。雖然法官、檢察官依其個人身分，亦得為後二罪之行為主體，但就其等以執法人員身分，於自己所承辦或受理之訴訟案件，則不得為後二罪之行為主體，否則即混淆行為主體與受理機關本質不同之相互對立關係。至於具有犯罪調查權之司法警察（官），僅凌虐人犯、違法行刑等情形，同法第一百二十六條、第一百二十七條定有處罰，縱有相類以枉法、濫權、栽贓、誣陷而妨害司法正義之情形，除非有具體事證證明自始出於私怨報復外，因別無類似於前揭各法文之特別規定，是依罪刑法定主義，祇能回歸適用一般規範，依同法第二百十三條之公務員登載不實文書罪名予以論擬（法定刑為一年以上七年以下有期徒刑；相同於上揭枉法裁判、濫權追訴處罰及凌虐人犯等各罪之刑度）。槍砲彈藥刀械管制條例第十七條，對於栽贓誣陷或捏造證據誣告他人犯該條例若干重罪之情形，原定有反坐之刑罰規定（第

二項並特別就「公務員或經選舉產生之公職人員犯此罪者」，嚴格規定「加重其刑二分之一」)，嗣因司法院釋字第五五一號解釋，指出：「反坐」，屬原始應報刑思想，違背現代刑事法學之行為人主觀責任基礎理論，要與罪責相當原則及比例原則之要求，均不盡相符一情，業於九十四年修正刪除而廢止。原判決本此見解，就簡○○等三人製作不實內容之警詢筆錄及起槍經過紀錄等文書，認為祇成立刑法第二百十三條之公務員登載不實公文書罪，並對於被訴之違反槍砲彈藥刀械管制條例第十七條第一項（起訴書漏列第二項）一節，以公訴人認為與上揭論罪部分，具有刑法修正前牽連犯裁判上一罪關係，而不另諭知免訴，經核並無檢察官關於此部分上訴意旨所指之違誤。

- (二) 刑法第一百六十九條第一項之誣告罪，係以意圖他人受刑事或懲戒處分，向該管公務員誣告，作為構成要件。其中關於刑事處分之誣「告」，依刑事訴訟法第二百二十八條第一項規定，即為告訴及告發（不含第二百四十三條第一項所定外國「政府」之「請求」），乃人民請求犯罪之調、偵查或審判機關，查辦其所提控之人與事之訴訟行為，屬私人意思表示及意願；至於受理之司法警察官依刑事訴訟法第二百二十九條第二項將之移送，或司法警察依同法第二百三十條第二項、第二百三十一條第二項將之報告於該管檢察官，則係本於警察職權（責）之公行政作為，二者有別，不應混淆。本件檢察官上訴意旨，將簡○○等三人以不實內容之警詢筆錄，移送台灣雲林地方法院檢察署，偵辦吳○○違反槍砲彈藥刀械管制條例之事，援引本院四十年台上字第八八號判例，認為此項移送作為，該當於誣告罪之「告發或報告」，進而謂應論處誣告罪刑一節，容有將該判例所指之告訴人，和本件之承辦警方人員，尚非相同，卻公私不分、相互混淆之誤解。

參考法條：(一)刑法第二百十三條。

(二)刑法第一百六十九條。

七、一〇二年度台上字第四三九號（裁判書全文）

所謂「測謊」，係依一般人在說謊時，容易產生恐懼、不安、與情境經驗等情緒波動反應，乃以科學方法，由施測人利用測謊儀器，將受測者之上開情緒波動反應情形加以記錄，用以判別受測者之供述是否真實之技術。是「測謊」在本質上並非針對「謊言」本身加以偵測，而是在檢測人體血壓、脈搏、呼吸及皮膚導電反應引起之生理變化，用以研判受測人所述是否屬實。然測謊中之生理反應不一定全然來自說謊，受測者於施測時之緊張情緒、疾病、激憤、冷靜之自我抑制，甚或為受測以外之其他事件所影響，皆有可能引起相同或類似之生理反應，故是否說謊與生理反應之變化間，有無必然之因果關係，已有可疑；且受測者倘具特殊之人格特質，有無可能說謊與否，皆不致產生不同之情緒波動反應，亦無實證研究數據可憑；而案發過久，受測者情緒如已平復，或已合理化其行為，降低其罪惡感，測謊之準確性亦難免受影響；尤以人類皆有避險之本能，瞭解測謊原理者，如使用反制方法，或在施測前服用類似鎮定劑或心律不整之藥物，更足以影響測謊結果。是倘未慮及上述可能影響測謊結果之各種因素，僅以被告說謊與否之測謊結果作為判斷有罪或無罪之唯一依據，則測謊不惟可能陷人於罪，抑且反遭利用為「脫罪」之另一工具。故各國法院實務對測謊證據之容許性，見解極為紛歧。在美國法院刑事判決，多以測謊結果不具可靠性，而未採認其證明力；在德國實務更以法律缺乏測謊容許性與可靠性之明確規範，不論是否徵得被告同意受測，均係嚴重侵犯受測者之人格尊嚴，影響其意思自由，而完全排除測謊之證據能力。而我國就測謊是否為法定證據方法、如何實施、對於實施之爭執如何救濟、測謊結果有無證據能力，固均乏明文；但晚近實務多認為測謊在具備一定嚴格條件

下，具有證據能力，可作為審判之參考，惟不得採為唯一或絕對之依據，是否可採，仍應由法院斟酌、取捨及判斷。

參考法條：刑事訴訟法第一百五十五條。

八、一〇二年度台上字第六四六號（裁判書全文）

刑事法上之賄賂罪，性質上為對向犯，雙方皆分成三階段，各為行求、期約、交付（以上三種統稱為行賄）；要求、期約、收受（以上三種統稱為受賄；下均以統稱行之），以賄賂（含不正利益；下略）作為一定作為或不作為之對價，因為受賄之一方，罪責不輕，行賄之一方，於若干犯罪（例如本件行為時對於違背職務之行為為之，或買票），亦有刑責，故通常至為隱密，彼此之間若欠缺一定之信任關係，多不敢貿然從事，為填補、建立此一信任關係，復有所謂中間角色出現，甚至輾轉多人，此類角色因經手賄賂，屬於犯罪構成要件之參與作為，然而究竟係立於行賄者立場共同行事，或居於受賄者地位一起完成，罪名既異，刑責相差更大，於認定時，自當斟酌行為人與對立之雙方主事者間之關係、居中承擔之工作份量、從中獲利之比例或額數，以社會通念之角度而為觀察、判斷。其中，俗稱「白手套」者，係指收受之一方，所受之賄賂，猶如「黑錢」，經過中間人員之手代收，類同戴上「手套」，足以掩飾、漂白，屬於收受一方之共同實行犯罪者。再是類犯罪之行為主體，必以具有特定身分或關係之人員為限，從而有刑法第三十一條關於身分犯規定之適用。如果起訴書漏未記敘此情與法條援引，法院不受其拘束，仍須在基本社會事實同一性範圍內，予以審究，然後在判決內，加以說明。

參考法條：刑法第三十一條。

刑事訴訟法第二百六十七條。

貪污治罪條例第四條第一項第五款、第十一條第一項。

九、一〇二年度台上字第八〇九號（裁判書全文）

醫療行為固以科學為基礎，惟本身具不可預測性、專業性、錯綜性等特點。醫師對求治之病情，須依其專業，為正確、迅速之判斷其原因及治療方式。然人體生、心理現象，錯綜複雜，又因每人之個別差異，於當今之醫學知識、技術、仍受局限，此猶如冰山，其潛藏未知部分，恆較顯露已知者為多，是有其不可預測性。對此，近代醫學專業分工極細，舉例而言，其為內科，細分為心臟、胸腔、消化、新陳代謝、神經……等諸科，同為消化內科又因肝、膽、腸、胃、胰、脾諸部分，各異其專業性，故同一內科醫師，專長腸、胃者，對同為消化系統之肝、膽部分，較有此專長者可能不如，若再涉及心臟、胸腔等專科又更次之。從而面對不知詳由之複雜病情，往往需多科會診綜合判斷。因此，除違反醫療常規（如未作盤尼西林測試、開刀紗布遺留體內、應開左腳誤開右腳等）外，於醫療過失致死、傷案件，認定醫師之注意義務及注意能力時，上述特點允宜做為重要之判斷依據，而為公平、客觀、正確之判決。

參考法條：刑法第十四條第一項、第二百七十六條第二項、第二百八十四條第二項。

十、一〇二年度台上字第八一〇號（裁判書全文）

前科紀錄，有時對待證之犯罪事實擁有多面相的證據價值（自然關聯性）。但相對的，前科尤其是同一種的前科，容易令人聯想「被告的犯罪傾向」而連結「缺乏實證根據的人格評價」，有導致事實認定發生錯誤之危險。為避免前述情事發生，應審慎斟酌判斷。尤其有必要將「同種前科之證據力」限定在合理推論之範圍，因而，並不宜單純憑前科資料認定是否有證據價值，即是否有自然關聯性。前科僅能於經有罪判決確定之事實為前提，在該事實中有某種犯罪行為之特性，且該特性與待證事實間沒有「缺乏事實根據的人格評價，導致錯誤的事實認定之嫌疑」時，才能當作證據。換言之，將前科利用於被告與犯人之同一性之證明時，前科

之犯罪事實應具有明顯的特徵，且該特徵與待證之犯罪事實有相當程度的類似性，而就憑此可合理推理判斷該兩案之嫌犯為同一人時，才能把前科資料當作證據（尤其補強證據）使用。

參考法條：刑事訴訟法第一百五十五條。

十一、一〇二年度台上字第八七〇號（裁判書全文）

槍砲彈藥刀械管制條例第八條第一項之規定，其中以未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第五十九條規定酌減其刑，最低刑度仍達二年六月以上之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相對應。首揭規定有關空氣槍部分，對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，對人民受憲法第八條保障人身自由權所為之限制，有違憲法第二十三條之比例原則，應自本解釋公佈之日起至遲於一年屆滿時，失其效力，司法院於九十八年十二月二十五日著有釋字第六六九號解釋。槍砲彈藥刀械管制條例因而於一〇〇〇年一月五日修正公佈施行，其第八條增列第六項「犯第一項、第二項或第四項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑」之規定。足見上該條例第八條第一項、第二項或第四項有關空氣槍之罪刑規定，於情節輕微者，縱適用刑法第五十九條規定酌減其刑，同有滋生情輕法重，致罪責與處罰不相對應，故而於同條例第八條增列第六項之規定，殆屬明確。又刑法第五十九條於九十四年二月二日修正公佈，九十五年七月一日施行，將原條文：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑」，修正為：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重，得酌量減輕其刑」。該條所謂「犯罪之情狀可憫恕」，本係指審酌刑法第五十七條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而

言，必須犯罪另有特殊之原因與環境等，因在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。且為防止酌減其刑之濫用，乃增列文字，將此適用條件予以明文化，有該條之立法說明可參。惟槍砲彈藥刀械管制條例第八條第六項之增訂，與刑法第五十九條之修正規定，二者自其相關之立法沿革、法律體例、立法時間及立（修）法目的整體觀察結果顯有不同。兼衡前揭解釋之全文意旨，若認行為人同時存在此二情形，除應適用槍砲彈藥刀械管制條例第八條第六項減輕其刑外，非不得再依刑法第五十九條之規定遞減其刑。

參考法條：刑法第五十九條。

槍砲彈藥刀械管制條例第八條第六項。

十二、一〇二年度台上字第九六一號（裁判書全文）

毒品危害防制條例所稱「運輸」，概念上應如何予以闡釋，固非無爭議；惟其既係刑事法上之「構成要件」，自應基於當代共通之學理，或本乎相關之法規，而為合乎立法本旨之闡釋，要非單純語意學上之解釋所能解決；而運輸毒品，按照舊刑法之立法例，原限於「自外國販運」或「自外國輸入及輸出於外國」而言，嗣後為防止煙毒之蔓延，廢止前之禁煙治罪暫行條例始擴張其範圍，不僅處罰國際間之轉運及輸送毒品行為，即便是國內之運輸，亦在規範之內。而現行毒品危害防制條例之立法目的，既在拔毒品貽害之本，杜絕流入之途，即著重毒品來源之截堵，以求禍害之根絕，解釋上固應從同；且不論是否意在圖利，究係為人抑或為己，更不論其運輸方法究為海運、空運、陸運或海陸空聯運，皆包括在內。惟運輸毒品罪乃係故意作為犯，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，主觀上尤須本於「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，豈非所有在他地購毒而攜

回住處者，不論目的，皆另犯運輸毒品重罪？故除知悉為毒品，而仍為國際間之轉運，或受託運送，以及行為人意圖營利販入毒品，並基於運輸之犯意，將毒品運輸他地交付買受人，以完成賣出行為，同有運輸罪之適用者外，如僅係在國內某地販入或持有毒品而攜回自己住處藏放或使用，無運輸毒品之主觀犯意者，自難逕認另犯運輸之罪。

參考法條：毒品危害防制條例第四條。

十三、一〇二年度台上字第一二〇三號（裁判書全文）

刑法上之身分主要可分構成身分與加減身分，前者指構成要件上之身分，以具一定身分為可罰性基礎者，如公務員貪污之各種犯罪所規定之身分（學理上稱之為純正身分犯），其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定身分，依刑法第三十一條第一項規定，仍以正犯或共犯論，僅得減輕其刑；後者以具一定身分為刑之加重減輕或免除原因者稱之，如殺直系血親尊親屬罪所定之身分（學理上稱之為不純正身分犯），其無特定身分之人，依刑法第三十一條第二項之規定，科以通常之刑。觀諸銀行法第一百二十五條之二於 89 年 11 月 1 日修正公布之立法理由「為防範銀行、外國銀行及經營貨幣市場業務機構之負責人或職員藉職務牟取不法利益，爰參考組織犯罪防制條例第三條第一項之制度，而較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任」及「為避免銀行負責人或職員二人以上共同實施第一項犯罪之行為，而嚴重損害銀行之財產或其他利益，爰明定得加重處罰，以收嚇阻之效」可知，增訂該條第一項之目的以具有銀行負責人或職員之身分為構成犯罪之特別要素，以健全銀行業務經營，保障存款人權益，防堵藉職務之便而牟取不法之利益；而增訂第二項之目的以二人以上之銀行負責人或職員處理銀行事務時，共同違背其職務之行為，類於集團式犯罪，危害銀行信用、財產或其他利益既深且鉅，甚且紊亂國家金融秩序，造成國家財政危機，自有嚴加處罰之必要。因

之，銀行法第一百二十五條之二第一項乃以具有「銀行負責人或職員」為犯罪成立之特別要素，自屬學理上之純正身分犯；而第二項乃以行為人已具有銀行負責人或職員之身分，因「人數」達二人以上為量刑之加重規定，與「銀行負責人或職員」之身分無涉，自非學理上所稱「不純正身分犯」。

參考法條：刑法第三十一條。

銀行法第一百二十五條之二第一項、第二項
(94.05.18)。

十四、一〇二年度台上字第一二一八號（裁判書全文）

除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，亦得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之四第一款定有明文。上述「紀錄文書」或「證明文書」，並不限於針對特定事件所製作。只要係公務員基於職務上就一定事實之記載，或就一定事實之證明而製作之文書，而其內容不涉及公務員主觀之判斷或意見之記載，即屬於上述條款所稱文書之範疇。原判決就報案紀錄單部分，已敘明「屏東縣政府警察局指揮中心之公務員執行勤務時，依其職權依據民眾或其他單位報案內容製作而成之紀錄文書，且衡之製作該報案紀錄單之公務員係於執勤時接聽民眾或其他單位來電報案時，始作成該報案紀錄，則該製作文書之公務員就本案顯無任何利害關係，虛偽記載之可能性甚低，自外部情狀以觀，並無顯有不可信之情況，是依之首揭規定，該報案紀錄單自有證據能力。」所為論述，與證據法則並無違背，自不得任意指為違法。

參考法條：刑事訴訟法第一百五十九條之四第一款。

十五、一〇二年度台上字第一二七七號（裁判書全文）

刑罰法規立法時，均已斟酌不同犯罪構成要件要素，所涵攝相異之可罰性，而賦予不同之刑罰效果，此即法定刑範圍；甚或就可

加重、減輕法定刑之具體事由亦予以明文規範，則依此法定加重或減輕事由，視個案具體狀況，決定適當之加重、減輕比例，據以調整修正原始法定刑所得，而作為行使刑罰裁量權之實際範圍，即所謂處斷刑。此俱為刑罰裁量之外部性界限。是量刑前，該當於各種犯罪構成要件與法定加重、減輕事由之具體事實，既共同作用而形成刑罰裁量範圍之量刑外部性界限，其於刑罰決定過程中顯業經考量並據以評價被告犯罪輕重。故法院於刑罰範圍內量刑時，自不得再執為裁量刑罰輕重之標準。否則，即違反重複評價之禁止。第一審判決量刑時所審酌「上訴人為賺取不法利益，無視國家杜絕毒品犯罪之嚴令峻刑，猶從事規範違反性高之販毒行為，販賣毒品供他人施用，肇生他人施用毒品之惡源，足以戕害他人之身心健康，有滋生其他犯罪之可能，對社會秩序潛藏之危害極高，衡其犯罪所生之危害、法益侵害性等，誠屬不該，惡性難認輕微」等，概屬立法對販賣毒品行為，依其所販賣毒品之品項、種類，決定不同輕重程度刑罰時，已加以考量之事項，為免違反重複評價禁止原則，原審於刑罰範圍內量刑時，未再執為裁量刑罰輕重之標準，而另審酌上訴人販賣毒品對象之人數、次數、各次販賣毒品所得多寡與其犯罪後態度等本件販賣愷他命犯罪中屬於刑法第五十七條所列科刑輕重標準之具體情狀，為刑之量定，本無不合，且所考量之上開具體情狀，與第一審判決關於此部分之事實認定，並無差異，原審以第一審判決所科之刑，尚稱允當，予以維持，亦無不當。

參考法條：刑法第五十七條。

十六、一〇二年度台上字第一二九七號（裁判書全文）

刑事訴訟法第一百五十九條之二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之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。所謂「具有較可信之特別情況」，係傳聞證據

具有證據資格（證據能力）之法定要件，亦即法律規定陳述證據可否作為證據使用問題，與該陳述內容所指之事項是否屬實，即該陳述證據是否足以證明待證事實，係指證據之「憑信性」或「證明力」，須由法院調查卷內證據後，加以取捨、認定，乃法院採信、不採信該證據之問題，二者就證據之「價值高低」而言，雖然性質上頗相類似，但證據之證明力係是否為真實問題，而證據資格乃可能信為真實之判斷，尚未至認定事實與否之範疇，其法律上之目的及功能，迥然不同。換言之，檢察事務官及司法警察（官）之調查筆錄是否具證據資格，並非該筆錄內容所指事項真實與否問題，而是該筆錄實質內容真實性以外，在形式上該筆錄是否具有真實可能性之客觀基礎，可能信為真實，而足可作為證據。法院自應就陳述時之外部附隨環境、狀況或條件等相關事項，例如陳述人之態度，與詢問者之互動關係，筆錄本身記載整體情況（完整或零散、詳細或簡略、對陳述人或被告有利及不利事項之記載），詢問者之態度與方式是否告知陳述人之權利，有無違法取供等情狀，予以觀察，綜合判斷陳述人陳述時之外在、客觀條件均獲確保，形式上類同審判中具結及被告詰問下，真誠如實陳述，客觀上已具有可能信為真實之基礎，始得謂「具有較可信之特別情況」。此與供述證據必須具備「任意性」要件，否則不論其供述內容是否屬實，法律上均不得作為證據，以徹底保障個人之陳述自由，係所有供述證據具證據資格之前提要件，尚有不同。又所稱「為證明犯罪事實存否所必要者」，係指就具體個案案情及相關卷證判斷，為發現實質真實目的，認為除該項審判外之陳述外，已無從再就同一供述者，取得與其上開審判外陳述之相同供述內容，倘以其他證據代替，亦無從達到同一目的之情形而言。

參考法條：刑事訴訟法第一百五十九條之二。

十七、一〇二年度台上字第一四四二號（裁判書全文）

刑法上之公益侵占罪，係指侵占基於公共利益原因而持有之物而

言。其中所謂公共利益，不論係為不特定之多數人，或為多數特定人，均屬之。台北市政府為維護家長教育參與權之行使，保障台北市學生在中小學校學習與受教育權益，增進家庭、學校與社區之聯繫與合作，共謀良好教育之發展，乃制定台北市中小學校學生家長會設置自治條例。台北市立○○國民小學即係依該自治條例設立學生家長會（下稱○○國小家長會），並根據同自治條例制定○○國小家長會財務處理辦法。依該財務處理辦法第三條、第四條之規定，○○國小家長會之經費來自家長之會費、各界捐款、政府及其他補助款等等，經費則用以支應急難救助金、支援學校辦理各項教育活動、提供學生獎學金、辦理學校員生福利等等公益用途。○○國小家長會自係以舉辦公益為目的之民眾團體。被告以會長或副會長兼財務身分，負責保管○○國小家長會之財物，乃因公益而持有。其將因公益而持有之該家長會現金、支票侵占花用，自應成立刑法之侵占公益上持有物罪。

參考法條：刑法第三百三十六條第一項。

十八、一○二年度台上字第一五二八號（裁判書全文）

按刑事妥速審判法第九條第一項規定，除同法第八條所列不得上訴於第三審之情形外，對第二審法院所為維持第一審無罪之判決提起上訴之理由，以：「一、判決所適用之法令牴觸憲法。二、判決違背司法院解釋。三、判決違背判例。」為限。所稱「判決違背判例」，除判決之意旨違背本院歷來就具體個案關於適用法令疑義之重要事項，為統一法律見解，所作成現行有效之刑事判例外，就刑事訴訟程序依法應適用（如刑事訴訟法第六十五條期間之計算）或準用（如刑事訴訟法第六十二條送達文書之準用規定）之民事法律，因實質上已等同刑事訴訟程序應適用之刑事法律，其所形成之相關民事判例，亦應包含在內。且為符合首揭條項所彰顯嚴格法律審之立法本旨，所指違背判例，均應以足以影響於判決本旨而得構成撤銷原因者為限，自不待言。

參考法條：刑事妥速審判法第九條第一項。

十九、一〇二年度台上字第一五九七號（裁判書全文）

通訊保障及監察法第十一條第一項第二款規定「監察對象」為通訊監察書應記載之事項之一，其目的係在規範聲請機關慎重將事，特定其監察對象，確立實施範圍，以確保人民權益，並釐清監察責任。然關於受此強制處分人之記載方式，相較於傳票、拘票及押票須將「被告之姓名、性別、年齡、籍貫（或出生地）及住所或居所」（刑事訴訟法第七十一條第二項第一款、第七十七條第二項第一款、第一百零二條第二項第一款），為翔實記載，尚屬有別，而較諸搜索票於被告或犯罪嫌疑人不明時，得不予記載（刑事訴訟法第一百二十八條第二項第二款但書），則較類似，此乃傳票、拘票及押票係對已確定之人實施偵審，重在維護其防禦權或供證義務；搜索票、通訊監察書則對尚未確定之事證為蒐集，重在隱密（被實施者事先不知情）及真實之發現，兩者顯然有別。故前者法條規定人別須確立，後者則可得而知或未知均屬無妨，應為當然之解釋。又關於監察對象（即受監察人），依通訊保障及監察法第四條規定，除同法第五條及第七條之被告或犯罪嫌疑人外，尚包括為被告或犯罪嫌疑人發送、傳達、收受通訊或提供通訊器材、處所之人，在通訊監察之始，或因證據尚非明確、具體，致無從確認受監察人究為何人，或僅知其綽號，甚至不知發送、傳達、收受通訊者之姓名、綽號，亦所在多有，是倘因資料不足，致聲請通訊監察或核發通訊監察書時尚未能附具受監察人之真實姓名、代號或姓名對照表等資料，自不得即指為違法。本件原判決引用之通訊監察書，係由檢察官提出聲請，其上已記載「法官指示事項：一、執行機關應於民國 100 年 5 月 4 日前作成監察報告書陳送本院，並具體說明監察進行情形及有無繼續監察之必要。二、無繼續監察必要時，應即停止監察，並陳報法院。…四、監察結束時，報告書應確實依通訊保障及監察法施行細則第二十

七條第一項第十款、第十一款規定，載明監察所得內容、有無獲得監察目的之相關資料及其他相關事項與附件，報由聲請人陳報本院。…」有該通訊監察書可參，可見本件通訊監察已由法院事前依據相關卷證資料，審核具體理由後予以核准並隨時監督中，該監察對象雖記載為「密」，「監察理由」亦記載係依據通訊保障及監察法第五條第一項第一款之規定，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據，有監察其相關通訊之必要等，既經法院審核裁量應予准許，尚難指為違法。

參考法條：通訊保障及監察法第四條、第五條第一項第一款、第十一條第一項第二款。

二十、一〇二年度台上字第一六五〇號（裁判書全文）

刑法上所謂幫助他人犯罪，係指對他人決意實行之犯罪有認識，而基於幫助之意思，於他人犯罪實行之前或進行中施以助力，給予實行上之便利，使犯罪易於實行，而助成其結果發生者。是行為人對其幫助之行為與被幫助犯罪侵害法益之結果間有因果關係之認知，仍屬意為之，即得認有幫助犯罪之故意，要不因其所為非以助益犯罪之實行為唯一或主要目的而異其結果；且其所為之幫助行為，基於行為與侵害法益結果間之連帶關聯乃刑事客觀歸責之基本要件，固須與犯罪結果間有因果關聯，但不以具備直接因果關係為必要，舉凡予正犯以物質或精神上之助力，對侵害法益結果發生有直接重要關係，縱其於犯罪之進行並非不可或缺，或所提供之助益未具關鍵性影響，亦屬幫助犯罪之行為。

參考法條：刑法第三十條第一項。

二一、一〇二年度台上字第一六五八號（裁判書全文）

行為人服用酒類後雖已達不能安全駕駛動力交通工具之程度，然此係基於交通運輸與公共安全之考量，與刑法第十九條所規定行為人於行為時是否因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行

為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，及行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低之情形顯有不同。動力交通工具之駕駛行為須手、腳、眼、耳多重感覺意識器官彼此高度配合，且須對於周遭道路車況持續保持極高之注意力，始得以順利安全完成駕駛，是以飲酒後，若致身體各部之相互協調或高度注意之持續上產生障礙，駕駛過程中極易產生危險而肇禍。但一般犯罪之實行，未必要求如車輛駕駛般須具高度意識能力及作為、操作能力，是以一般人縱於飲酒後，如未至泥醉之程度，自仍具有辨別判斷之意識，及依其判斷而為行為之能力。實難謂酒後已達不能安全駕駛之程度，即屬精神障礙或辨識能力顯著減低之情形，從而，對於飲酒後有無影響安全駕駛程度之判斷，依上說明，自須採較高標準，從嚴認定。因之，行為人即使酒後喪失安全駕駛之能力，不得駕駛動力交通工具，但其仍可能具有辨識犯罪之意識能力及行為能力甚明。衡之當今社會，於酒後犯罪者，時有所聞，故兩者行為能力之判斷基準迥異，不能不辨。

參考法條：刑法第十九條。

二二、一〇二年度台上字第一七〇三號（裁判書全文）

國家安全法第八條第二項固規定「現役軍人犯罪，由軍法機關追訴審判。但所犯為陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，而屬刑法第六十一條所列各罪者，不在此限」。然民國八十八年十月二日修正公布之軍事審判法第二百三十七條明定「國家安全法第八條第二項自中華民國九十年十月二日停止適用」。是自九十年十月二日起，現役軍人犯罪，除軍事審判法有特別規定者外，均應由司法機關依刑事訴訟法之規定追訴處罰，不再適用國家安全法第八條第二項規定。又軍事審判法第一條規定「現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判之。其在戰時犯陸海空軍刑法或其特別法以外之罪者，亦同。非現役軍人不受軍事審

判。但戒嚴法有特別規定者，從其規定」，所稱現役軍人犯陸海空軍刑法之罪，自包括陸海空軍刑法第二編「分則」之軍事犯罪及第三編「附則」之軍人犯特定刑法之罪（如陸海空軍刑法第七十六條第一項規定之刑法外患罪章第一百零九條至第一百十二條之罪、瀆職罪章之罪）。另軍事審判法第五條第一項復規定「犯罪在『任職服役前』，發覺在任職服役中者，依本法追訴審判。但案件在追訴審判中而離職離役者，初審案件應移送該管第一審之法院，上訴案件應移送該管第二審之法院審判」，同條第二項規定「犯罪在『任職服役中』，發覺在離職離役後者，由法院審判」，而該法第五條第一項但書所謂案件在追訴審判中，而離職離役者，初審案件應移送該管第一審法院，上訴案件應移送該管第二審法院，係指「犯罪在任職服役前」，發覺在任職服役中，而案件在追訴審判中離職離役者而言。如「犯罪與發覺均在任職服役中」，不論被告離役是否在審判中或審判前，均無該法條之適用，依軍事審判法第五條第二項規定反面解釋，仍應由軍事法院審判。亦即，現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪者，祇要犯罪與發覺均在任職服役中，不論被告離役是否在審判中或審判前，應依軍事審判法第一條第一項前段之規定，由軍事法院審判，普通法院不具有審判權。另軍事審判法第三十四條亦明定「犯罪事實之一部應依本法審判時，全部依本法審判之」。又此所謂犯罪之「發覺」，係指該管公務員已知悉犯人與犯罪之事實而言，並不以有偵查犯罪職權之機關或人員確知其人犯罪無誤，或已開始偵查或偵查結果為必要，祇須有確切之根據得為合理之可疑者，即足當之。又軍事審判法第五條所稱發覺之「該管公務員」，依軍事審判法第五十九條第一項第四款、第二項、同法第六十條第一項第四款、第二項規定，自包括警察（官）及依法令關於特定事項得行使司法警察（官）之職權者（如法務部調查局）。

參考法條：軍事審判法第一條、第三十四條、第五十九條、第六十條。

二三、一〇二年度台上字第二〇二九號（裁判書全文）

刑法第二百七十七條第二項傷害致人於死、致重傷罪，係因犯傷害罪致發生死亡或重傷結果之「加重結果犯」（刑法第二百七十八條第二項重傷致人於死罪，亦相同），依同法第十七條之規定，以行為人能預見其結果之發生為其要件，所謂能預見，乃指客觀情形而言，與行為人主觀上有無預見之情形不同。若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍。故傷害行為足以引起死亡或重傷之結果，如在通常觀念上無預見之可能，或客觀上不能預見，則行為人對於被害人因傷致死或重傷之加重結果，即不能負責。此所稱「客觀不能預見」，係指一般人於事後，以客觀第三人之立場，觀察行為人當時對於加重結果之發生不可能預見而言，惟既在法律上判斷行為人對加重結果之發生應否負加重之刑責，而非行為人主觀上有無預見之問題，自不限於行為人當時自己之視野，而應以事後第三人客觀立場，觀察行為前後客觀存在之一般情形（如傷害行為造成之傷勢及被害人之行為、身體狀況、他人之行為、當時環境及其他事故等外在條件），基於法律規範保障法益，課以行為人加重刑責之宗旨，綜合判斷之。申言之，傷害行為對加重結果（死亡或重傷）造成之危險，如在具體個案上，基於自然科學之基礎，依一般生活經驗法則，其危險已達相當之程度，且與個別外在條件具有結合之必然性，客觀上已足以造成加重結果之發生，在刑法評價上有課以加重刑責之必要性，以充分保護人之身體、健康及生命法益。即傷害行為與該外在條件，事後以客觀立場一體觀察，對於加重結果之發生已具有相當性及必然性，而非偶發事故，須加以刑事處罰，始能落實法益之保障，則該加重結果之發生，客觀上自非無預見可能性。參考法條：刑法第十七條、第二百七十七條第二項。

二四、一〇二年度台上字第二三二一號（裁判書全文）

刑法上之過失犯，係指行為人依客觀情狀負有義務，而依其個人情況有能力且可期待其注意，竟疏於注意，以致實現犯罪構成要件之行為。又對於犯罪構成要件該當結果之發生負有防止義務之人，不為其應為之防止行為，致發生與以作為之行為方式實現法定構成要件情況相當之不作為犯，亦屬過失犯。再按不法追逐他人，於追逐時有一定之危險性，被追逐者因避免被趕上，不免欠缺詳細之觀察注意力，往往選擇荒僻處逃避，極易生危險，為吾人的一般生活常識，故追逐者在客觀上即負有注意避免因追逐而發生危險之義務，若因而對被追逐者之法益造成危險者，即負有防止危險發生之義務，此等違背義務之危險前行為，即構成不純正不作為犯之保證人地位。原審認被告等追逐被害人，致其跳水死亡，乃其自招，被告等無防免之責等語，惟縱被害人有所過失，然被告等能否因而解免其危險前行為之保證人注意義務？亦待研求，原判決逕認被告等不負防免之責，復有適用法則不當之違法。參考法條：刑法第十四條。

二五、一〇二年度台上字第二四二一號（裁判書全文）

刑法時效制度設置之目的，在學理上雖有不同見解，然通說認為除有督促偵審機關積極行使追訴權，避免怠於行使致舉證困難以外，兼有尊重向來狀態，以維持社會安定之意義。就九十五年七月一日修正施行前刑法關於追訴權時效之規定而言，檢察官開始實施偵查作為，在解釋上固可認為已經行使追訴權，而為追訴權時效停止進行之法定事由。然「偵查」本有廣義與狹義之分，廣義之偵查不論犯人是否已經明瞭，祇須實際進行調查犯人之犯罪情形及相關證據，即得謂為「偵查」；刑事訴訟法所規定之偵查，即指此而言。但就刑法時效制度設置之本旨而言，此所謂「偵查」應從狹義解釋，即必須已明瞭犯人後之偵查，始得謂之「偵查」；在犯人未明之前，無論曾否進行調查犯罪情形及相關證據，均不能認為已經開始偵查，亦即不能視為已對本案犯罪嫌疑人行使追

訴權而阻卻其追訴權時效之進行。原判決理由雖謂此所謂「偵查」，係指凡檢察官以調查犯罪事實為目的所進行之程序，有助於發現本案犯罪嫌疑人或客觀犯罪事實，促使本案刑事證據不致發生誣暗不明確之作為，均可包括在內云云。然追訴權時效之進行，對於不同犯罪事實及各別犯人之間均具有獨立性，亦即必須針對不同犯罪事實或各別犯罪嫌疑人予以各別計算，在檢察官已有特定犯罪嫌疑人之前提下，以調查犯罪事實為目的所進行之一切偵查程序（包括相驗屍體、勘驗現場、訊問證人，鑑定證物等），固可認為對該特定犯罪嫌疑人已行使其追訴權，而為該特定犯罪嫌疑人追訴權時效停止進行之法定事由。但檢察官在「犯罪嫌疑人不明」（包括誤認他人為本案犯罪嫌疑人）之情形所進行之一切相關偵查程序，能否遽認已對本案犯罪嫌疑人行使其追訴權，而成為本案犯罪嫌疑人追訴權時效停止進行之法定事由，即非全無爭議。尤其依新修正刑法第八十條規定，追訴權因一定期間「未起訴」而消滅，亦即以犯罪事實發生後經過一定期間「未起訴」某特定犯罪嫌疑人，作為該某特定犯罪嫌疑人追訴權消滅之法定事由。若已在一定期間內「起訴」某特定犯罪嫌疑人，則僅該特定犯罪嫌疑人追訴權時效停止進行，其他未受起訴之共犯或犯罪嫌疑人追訴權時效之進行，仍不因該特定犯罪嫌疑人被起訴而受影響。否則一人被起訴，其他共犯及犯罪嫌疑人之追訴權時效全部停止進行，不僅違反前述追訴權時效之獨立性，亦與追訴權時效制度設立之本旨不符。準此以觀，檢察官在「犯罪嫌疑人不明」（包括誤認他人為本案犯罪嫌疑人）之情形下所進行之一切相關偵查程序，似不能認為已對本案犯罪嫌疑人行使其追訴權，而成為本案犯罪嫌疑人追訴權時效停止進行之法定事由。

參考法條：刑法第八十條、第八十三條。

二六、一〇二年度台上字第二七三二號（裁判書全文）

刑法第一百八十五條之四之「肇事致人死傷而逃逸罪」，其立法理

由係為維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護，乃參考同法第二百九十四條第一項遺棄罪刑度而增設上述罪名。該罪之成立，固不以行為人對於事故之發生應負過失責任為必要，但仍以行為人對於事故之發生「非出於故意」為前提。蓋所謂駕駛動力交通工具肇事，依文義係指「發生交通事故」、「發生車禍」而言，應屬「意外」之情形，行為人如出於故意殺人、傷害、重傷害之主觀犯意，而駕駛動力交通工具肇事，致人死傷時，其死傷之結果，本可包括評價於殺人罪、傷害罪、重傷罪及其加重結果犯之刑責內，行為人既以殺人、傷害、重傷害之故意而駕車撞人，立法者本難對於行為人於殺人、傷害或重傷害人後，仍留現場對於被害人為即時救護或採取其他必要措施之期待。若對於行為人於殺人、傷害或重傷害人後，仍課以應採取與其殺人、傷害或重傷害人本意迥不相容之救護或其他必要措施，並向警察機關報告之義務，顯悖於事理。故其適用上，應限於車禍肇事之交通案件，亦即惟有以行為人非因故意，駕駛動力交通工具肇事，並於肇事後逃逸，始克成立。倘行為人故意駕駛動力交通工具，以作為其殺人、傷害或重傷害人之犯罪方法者，自與首揭罪名所指之駕駛動力交通工具「肇事」之情形有間，核與刑法增設「肇事致人死傷而逃逸罪」之立法旨意亦有不符，而無成立上揭「肇事致人死傷而逃逸罪」之餘地。參考法條：刑法第一百八十五條之四。

二七、一〇二年度台上字第二八七八號（裁判書全文）

刑事訴訟法第九十五條第一項第二款、第一百條之二規定國家機關於訊問被告或詢問犯罪嫌疑人前，應先告知其享有緘默權，本法第一百五十六條第四項復明定「緘默之禁止不利評價」，乃本乎證據裁判與無罪推定諸原則之理論而來。被告行使緘默權與否，均不影響法院調查證據之義務，從而本法第九十六條所謂訊問被告，應予以辯明犯罪嫌疑之機會，當係在被告不行使緘默權之下，

賦予其罪嫌之辯明權，而為之任意供述。此之供述，自包括被告就其被指控犯罪事實之全部或其主要部分為自白。程序法上禁止僅因被告或犯罪嫌疑人保持緘默，而推斷其罪行，實體法上關於自白減免其刑之優惠規定，於此情形自亦無適用餘地。毒品危害防制條例第十七條第二項規定：「犯第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」係為鼓勵是類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設。除司法警察調查犯罪於製作警詢筆錄時，就該犯罪事實未曾詢問，且檢察官於起訴前亦未就該犯罪事實進行偵訊，致有剝奪被告罪嫌辯明權之情形，始得例外承認僅以審判中自白亦得獲邀減刑之寬典外，一般而言，均須於偵查及審判中皆行自白，始有適用，缺一不可。故如被告於檢察官訊問或犯罪嫌疑人在司法警察詢問時行使緘默權，消極不為陳述，即令嗣後於審判中自白，仍無上開減刑規定之適用。

參考法條：刑事訴訟法第九十五條第一項第二款、第九十六條、第一百條之二、第一百五十六第四項(102.01.23)。
毒品危害防制條例第十七條(99.11.24)。

二八、一〇二年度台上字第三〇二四號（裁判書全文）

單一性或裁判上一罪案件，由於在實體法上之刑罰權單一，在訴訟法上為一個審判客體，就其全部事實，自應合一審判，不得割裂為數個訴訟客體；是以此類案件之追訴、審判，應適用公訴不可分、審判不可分及上訴不可分諸原則，此觀刑事訴訟法第二百六十七條、第三百四十八條第二項等規定自明。又屬單一性或裁判上一罪案件，經第一審法院就其全部事實為合一裁判，如被告與其對立之檢察官（自訴人）均合法提起上訴而繫屬於上級法院，基於刑罰權單一，審判客體為不可分，其等請求就已判決之單一刑罰權事實為裁判之目的之一致，自不可分離裁判，上訴法院仍應就不同之上訴權人之上訴，為合一裁判，如非就全部上訴為合一

裁判，即屬已受請求之事項未予判決之違背法令，其漏未裁判之他上訴權人之上訴部分，並非可以補充判決資以救濟。因此，單一性或裁判上一罪案件經第二審判決後，被告及檢察官均提起第三審上訴，經本院審理結果，認一造之上訴有理由，他造之上訴為不合上訴第三審之程式，分別為其准駁之判決，而將全部案件撤銷發回原審法院時，案件即回復至第一審判決後上訴至第二審法院之狀態，第二審法院仍應就前已繫屬之上訴權人之全部案件為合一審判，並同列為上訴人，不能認為被本院駁回之上訴權人部分之案件已確定而不加以審判，否則，未經裁判部分即屬已受請求之事項而未予判決之當然違背法令。

參考法條：刑事訴訟法第二百六十七條、第三百四十八條第二項、第三百七十九條第十二款。

二九、一〇二年度台上字第三〇四六號（裁判書全文）

刑事審判旨在實現刑罰權分配之正義，故法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第五十七條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列十款事項以為科刑輕重之標準。同法第五十九條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」及第七十四條所定之緩刑制度，均旨在避免嚴刑峻罰，法內存仁，俾審判法官得確實斟酌個案具體情形，妥適裁量，務期裁判結果，臻致合情、合理、合法之理想。銀行法第一百二十五條之二背信罪之立法意旨，依其立法說明，係「為防範銀行、外國銀行及經營貨幣市場業務機構之負責人或職員，藉職務牟取不法利益，爰參考組織犯罪防制條例第三條第一項之制度，而較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任」。衡諸組織犯罪防制條例，係專為防制組織性犯罪而設計，對操縱指揮與參與者規定不同刑度異其罪責評價；銀行法第一百二十五條之二第二項亦就銀行負責人或職員二人以上共同實施之情形，定為

「得加重其刑至二分之一」，再參諸同條第一項後段，就犯罪所得達新台幣一億元以上者，設有較重於該額數以下者之刑度，足見本罪之犯罪所得與行為人數多寡，於量刑斟酌時，至關重要。復依其法條文義，所稱職員，固指銀行所屬人員，無論職稱、層級、權限、編制內常任成員或編制外臨時員工，均涵攝在內，然而實際上仍應視此具體情形之不同，為差別待遇，斯為等則等之、不等者不等之之真正平等原則精神所在，並因有前揭法定減刑、寬典處遇相配合，可濟立法上硬將銀行負責人和職員相提併論之窮。參考法條：刑法第五十七條、第五十九條。

銀行法第一百二十五條之二。

三十、一〇二年度台上字第三〇五〇號（裁判書全文）

刑事被告有受律師協助之權利，此觀刑事訴訟法第一編「總則」編於第四章定有「辯護人、輔佐人及代理人」專章即明。所謂被告律師協助權，係指被告於各審級有受律師實質、有效協助之權利，其內涵應包括國家機關不得否定被告有此項權利，國家機關不得干涉辯護人的重要辯護活動，例如被告與律師的充分溝通權，以及辯護人應提供有效之協助，以確保被告辯護倚賴權應有的功能，並應排除辯護人利益衝突之情形。被告律師所提供之辯護如非實質、有效的辯護，即屬無效之律師協助，固得構成合法上訴之理由，以維護公平正義與被告利益。惟是否構成無效之律師協助，除應由被告具體指出辯護人之辯護行為有瑕疵，致未發揮辯護人應有的功能外，必也該瑕疵行為嚴重至審判已不公平，審判結果亦因而不可信，亦即，所謂無效之辯護應同時具備「行為瑕疵」與「結果不利」二要件，始足語焉。又上訴之撤回，即撤回已為上訴之意思表示，亦即所謂於提起上訴後，表示不求裁判之意思。此項表示，祇要是出於任意性、未附有條件，不問其撤回之原因何在，均於撤回之效力不生影響。上訴係被告所提起者，惟有提起該上訴之被告本人始有撤回之權，被告以外之第三

人不得為之。被告是否撤回上訴，當然亦享有受其所選任或指定辯護人協助之權利，至其律師之協助是否有效，仍應同受無效之辯護二要件之檢驗。

參考法條：刑事訴訟法第三百五十四條。

三一、一〇二年度台上字第三一二七號（裁判書全文）

透過程序的正義，以實現實體的正義，是現代刑事司法的基本理念。實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意，刑事訴訟法第二條第一項定有明文。搜索、扣押，屬於強制處分權之一種，對於憲法所保障之人民居住安全、財產維護和隱私等基本人權，侵害非小，故負責犯罪調查、偵查之人員，原則上必須有相當理由（對於第三人），且於必要之時，聲請法院核發搜索票，觀諸同法第一百二十二條、第一百二十八條及第一百二十八條之一規定即明，學理上稱之為令狀主義（例外時，始採無令狀主義）。鑑於搜索之發動，關乎偵查作為之方式與走向，法院對於聲請機關之請求，宜允尊重，然而仍有一定之限度。所稱相當理由，即必須有相當之情資、線報或跡象，作為基礎，據此可以合理相信犯罪之人、事、物存在，或然率要有百分之五十以上，既非憑空想像，亦非杯弓蛇影，自須有一定程度之把握；而所謂必要，乃指除此之外，別無他途可以取代，是應衡量可能之所得和確定所失之比例。從而，受理聲請之公平法院，必須居於中立、客觀、超然立場，在打擊犯罪及損害人民權益之間，對於聲請機關提出之資料，確實審核，善盡把關職責，不能一概准許，淪為檢、警之橡皮圖章。具體而言，倘祇有單項之情資、線報或跡象，既未經檢、警初步查對補強，應認聲請搜索之理由不相當；若另有其他較為便捷、有效之蒐證方法，當認無搜索之必要。例如毒品有關之事件，除有第一、二、三、四級毒品之分類外，尚有製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、轉讓、持有或大量持有、施用等各種不同之犯罪行為態樣，更有持有一

定數量以下或單純施用第三、四級毒品者，祇屬行政罰之情形。對於施用毒品之嫌疑人，所涉者究竟係何級毒品？刑事犯罪或行政罰？所憑情資品項多少？可信性如何？是否除強制搜索之外，別無其他蒐證之良策（例如徵求同意搜索、採驗尿液）？若聲請機關就此等癥結事項，無何說明或籠統含混，遽然對於毒品之施用和販賣嫌疑人，全部一起聲請搜索，法院當應就施用毒品之嫌疑人部分，否准核發搜索票，必於重新補正、釋疑，而後方許。參考法條：刑事訴訟法第二條、第一百二十二條、第一百二十八條、第一百二十八條之一。

三二、一〇二年度台上字第三一二八號（裁判書全文）

被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪，刑事訴訟法第一百五十四條第一項定有明文，此即所謂之「無罪推定原則」。其主要內涵，無非要求負責國家刑罰權追訴之檢察官，擔負證明被告犯罪之責任，倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無法說服法院形成被告有罪之心證，縱使被告之辯解疑點重重，法院仍應予被告無罪之諭知。亦即被告在法律上固有自證無罪之權利，但無自證無罪之義務；而法官或檢察官對於移送或起訴之案件則須秉公處理，審慎斷獄，不可先入為主，視被告如寇仇，刻意忽略對被告有利之證據。又「無罪推定原則」與「罪疑唯輕原則」固屬息息相關，惟「無罪推定原則」適用於法院判決有罪確定前之所有程序（包括偵查、起訴及審判各階段），故即便是檢察官，其於辦案時亦應嚴守無罪推定原則，對公平正義之維護或被告之利益有重大關係之事項，皆應詳加蒐證及調查，以避免侵害人權。至「罪疑唯輕原則」則是在法院依法調查證據並於證據評價結束之後，方有適用，其存在之內涵並非在指導法官如何評價證據之證明力，而係在指導法官於未能形成心證之確信時，應如何判決之裁判法則，二者仍有不同。

參考法條：刑事訴訟法第一百五十四條第一項。

三三、一〇二年度台上字第三二〇三號（裁判書全文）

刑事訴訟法第一百五十六條第四項明定「被告之緘默禁止不利評價」，是具備證據適格之測謊鑑定報告（指符合鑑定人具備專業之知識技能，復基於保障緘默權而事先獲得受測者之同意，所使用之測謊儀器及其測試之問題與方法又具專業可靠性等條件），如受測者之被告就被訴事實有利之供述，經鑑定並無任何虛偽供述之情緒波動反應，應認係在被告不行使緘默權之下，基於刑事訴訟法第九十六條罪嫌辯明權與第一百六十一條之一主動證明權等防禦權之行使，所提出有利之證明方法。倘無其他合法之積極證據足以證明該部分之犯罪事實時，即可印證其真實性，自應為有利於被告之認定。此項對於被告有利之證據，恰與被害人之指述互為對立之證據。被害人就其被害之經過，雖依人證之調查程序具結陳述，究仍與一般證言之證據價值並不相同，且為防止虛偽，以確保其供述之真實性，因此判例上乃認有補強證據要求之必要性。被告就被訴事實有利之供述經測謊鑑定並無任何虛偽之情緒波動反應，與被害人之指證間，何者為可採，何者為不可採，應依經驗法則為合理之比較，詳予闡述取捨之心證理由，始足以昭折服。

參考法條：刑事訴訟法第九十六條、第一百五十六條第四項、第一百六十一條之一。

三四、一〇二年度台上字第三二三四號（裁判書全文）

毒品危害防制條例第十七條第一項對於供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑之規定，涉及刑罰權範圍擴張、減縮事由，應視同構成刑罰權成立之基礎事實，屬於嚴格證明事項，所採之證據應具備證據能力，並應於審判期日依法定程序進行調查，始能作為刑罰量處之依據，其調查程序屬於證據調查範圍。而刑事訴訟法第二百八十八條第四項所稱科刑資料係指

刑法第五十七條或第五十八條所規定之內容，為單純科刑情狀之事實，屬自由證明事項，其調查次序列於審判長調查證據及就被訴事實訊問被告後行之，兩者所適用之程序並不相同。本件曹登傑是否供出來源並因而查獲其他正犯或共犯，因攸關毒品危害防制條例第十七條第一項減輕或免除其刑之適用，屬應經嚴格證明事項，原審依嚴格證明程序調查此部分證據以認定事實，核無違誤。

參考法條：刑事訴訟法第一百六十四條、第一百六十五條、第一百六十五條之一、第一百六十六條、第二百八十八條。

三五、一〇二年度台上字第三二八八號（裁判書全文）

法院組織法第六十二條規定，檢察官於其所屬檢察署管轄區域內執行職務，但遇有緊急情形或法律另有規定者，不在此限。足見除非有但書情形外，否則檢察官僅於其所屬檢察署管轄區域內，始有行使偵查犯罪之職權。而刑事訴訟法第二百二十九條第一項第一款規定，警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長於其管轄區域內為司法警察官，有協助檢察官偵查犯罪之職權。可見該款司法警察官，於管轄區域內，才有協助檢察官偵查犯罪之職權。又同法第二百三十條第一項第一款、第二項、第二百三十一條第一項第一款、第二項，雖僅規定警察官長、警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查。但既規定警察官長應將犯罪嫌疑調查之情形報告該管檢察官及協助偵查犯罪之司法警察官；警察應將犯罪嫌疑調查之情形報告該管檢察官及司法警察官；警察官長應受檢察官之指揮，偵查犯罪；警察應受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪。顯見上開警察官長、警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查之職權，亦應限於管轄區域內，始得為之。再警察勤務條例第三條規定，警察勤務之實施，應晝夜執行，普及轄區。各級警察機關通報越區辦案應行注意要點第一點規定，為發揮各級警察機關整體偵防力量，提升打擊犯罪能力及避免於越區辦案時，因執行、

配合不當，引致不良後果，特訂定本要點。第三點第一項前段規定，各級協助偵查犯罪人員，於管轄區外執行搜索、逮捕、拘提等行動時，應通報當地警察機關會同辦理。第六點第二項規定，各級警察機關搜獲他轄犯罪確切情報，可通報當地警察機關偵處，因而偵破刑案或緝獲逃犯，視同共同偵破。均可見警察官長、警察原各有管轄區域，於管轄區域內始有調查犯罪之職權，因調查犯罪，如欲於管轄區外執行搜索、逮捕、拘提等行動時，應通報當地警察機關會同辦理。而於搜獲他轄犯罪確切情報，則可通報當地警察機關偵處。並非得於管轄區域外調查犯罪。否則，無異較檢察官與協助偵查犯罪之司法警察官，擁有更廣泛不受轄區限制之調查犯罪權限，顯非適宜。

參考法條：刑事訴訟法第二百二十九條第一項第一款、第二百三十條第一項第一款、第二百三十一條第一項第一款、第二項。

法院組織法第六十二條。

警察勤務條例第三條。

各級警察機關通報越區辦案應行注意要點第一點、第三點第一項前段、第六點第二項。

三六、一〇二年度台上字第三三八一號（裁判書全文）

- （一）銀行法第一百二十五條第一項之罪，在類型上係違反專業經營特許業務之犯罪，屬於特別行政刑法，其後段將「犯罪所得達新台幣一億元以上者」，資為非法經營銀行業務之加重處罰條件，無非係基於違法辦理收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務所收受之款項或吸收之資金規模達新台幣（下同）一億元以上者，因「犯罪所得愈高，對社會金融秩序之危害影響愈大」所為之立法評價。就違法吸金而言，立法目的既在處罰達一定規模之吸金行為，則犯罪行為人於對外違法吸收取得資金時，

犯罪已然既遂，即使犯罪行為人事後再予返還，仍無礙於本罪之成立。從而本條項後段所稱「犯罪所得」，自係指犯罪行為人參與違法吸收之資金總額而言，即令犯罪行為人負有依約返還本息之義務，亦不得用以扣除，始符立法本旨。至於同法第一百三十六條之一關於「犯罪所得」財物之沒收，所以規定「除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，屬於犯人者，沒收之」，乃側重在剝奪犯罪行為人從犯罪中取得並保有所有權之財物，有將之強制收歸國家所有，使其無法享受犯罪之成果，故得為沒收之「犯罪所得」財物，必須是別無他人對於該物得以主張法律上之權利者，始足語焉。細繹兩者「犯罪所得」之規定，同詞異義，概念個別。違法吸金當事人約定返還本金者，因與計算「犯罪所得」無涉，自無庸扣除，為本院最近一致之見解。

- (二) 學理上所稱之相續共同正犯（承繼共同正犯），固認後行為者於先行為者之行為接續或繼續進行中，以合同之意思，參與分擔實行，其對於介入前先行為者之行為，苟有就既成之條件加以利用而繼續共同實行犯罪之意思，應負共同正犯之全部責任。但刑法修正前之連續犯、牽連犯等裁判上一罪，以及集合犯、結合犯與刑法修正前之常業犯等實質上一罪，本係合併數個獨立犯罪或結合成一罪，而從一重處斷或以一罪論，故如後行為者介入前，先行為者之行為已完成，又非其所得利用者，自不應令其就先行為者之行為，負其共同責任。違反銀行法第二十九條第一項規定而經營銀行業務之行為，行為人先後多次非法經營銀行業務之犯行，依社會客觀通念，符合一個反覆、延續性之行為概念，屬於集合犯實質上一罪關係。犯罪行為人對外違法吸收資金，於反覆多次收取被害人交付之資金時，其各該當次之犯罪實已成立，僅在評價上以一罪論而已。因此，其他犯罪行為人在共同意思聯絡範圍內，應僅止於對其參

與之後，就嗣後違法吸收之資金，負共同正犯之罪責，對於參與之前已違法吸收之資金，既與其參與之行為不具因果關係，亦非其所得利用，自不應令負違反銀行法之共同正犯罪責。

參考法條：(一)銀行法第一百二十五條第一項、第一百三十六條之一。

(二)刑法第二十八條。

銀行法第二十九條第一項。

三七、一〇二年度台上字第三四五七號（裁判書全文）

（一）民國一〇二年八月十三日修正公布（下稱修正）前軍事審判法第一條第一項前段規定，現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判之。而陸海空軍刑法第七十六條第一項第七款及第二項分別規定「現役軍人犯刑法妨害性自主罪章之罪，除本法另有規定外，依各該規定處罰。」、「前項各罪，特別法另有規定者，從其規定。」則現役軍人於修正軍事審判法施行前(修正軍事審判法第二百三十七條第二項規定，第一條第一項自公布日施行，依中央法規標準法第十三條規定，自公布之日起算至第三日即同年月十五日起生效)犯不屬刑法妨害性自主罪章及其特別法之罪者，不得依軍事審判法之規定追訴審判之，即軍事法院並無審判權。次按中央法規標準法第十六條規定「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」明定特別法優於普通法之法律適用原則。又普通刑法係適用於一般人、事、時、地及犯罪行為，特別刑法則因應特殊需要所制定，其適用範圍限定在特定人、事、時、地及犯罪行為。而特別刑法所定犯罪類型，有就普通刑法已有規定之犯罪行為重複規定者，有就普通刑法所無之犯罪行為補充規定者。前者依特別法優於普

通法之適用原則，應優先適用特別刑法之規定，後者並無特別刑法與普通刑法之法條競合關係，應直接適用特別刑法之規定。陸海空軍刑法第七十六條第二項既明定「前項各罪，特別法另有規定者，從其規定。」明白揭示特別法優於普通法之法律適用原則，應係指普通刑法已有規定之犯罪行為重複規定之情形而言。參酌性騷擾防治法第二條規定「本法所稱性騷擾，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為，且有下列情形之一者：一、以該他人順服或拒絕該行為，作為其獲得、喪失或減損與工作、教育、訓練、服務、計畫、活動有關權益之條件。二、以展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之方式，或以歧視、侮辱之言行，或以他法，而有損害他人人格尊嚴，或造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響其工作、教育、訓練、服務、計畫、活動或正常生活之進行。」明定性騷擾係指「性侵害犯罪以外」之行為，而同法第二十五條第一項之性騷擾罪，其犯罪構成要件為意圖「性騷擾」，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為，與刑法妨害性自主罪章（第十六章）所定刑法第二百二十四條之強制猥褻罪、第二百二十四條之一之加重強制猥褻罪所定行為態樣與保護法益，俱有明顯不同，應係就不成立（加重）強制猥褻罪之行為，加以補充而非重複規定為犯罪行為，應不屬刑法妨害性自主罪章所定（加重）強制猥褻罪之特別法。否則，倘認性騷擾罪係（加重）強制猥褻罪之特別法，依特別法優於普通法之法律適用原則，性騷擾罪應優先於（加重）強制猥褻罪而為適用，顯不合立法本意。是以性騷擾罪並非刑法妨害性自主罪章之特別法，並無陸海空軍刑法第七十六條第二項、第一項第七款之適用。

- （二）被告被訴涉犯性騷擾罪既不屬修正前軍事審判法第一條第一項所定應依軍事審判法追訴審判之陸海空軍刑法或其特

別法之罪，亦非修正後軍事審判法第一條第一項、第二項第一款（自公布日施行）所定應依軍事審判法追訴、處罰之陸海空軍刑法或其特別法之罪，應依刑事訴訟法規定追訴、處罰，故適用刑事訴訟法第三編第三章第三審之規定審判，而不適用軍事審判法第二百零六條第一項前段所定準用軍事審判法第一編第三章第一百七十條有關因無審判權而諭知不受理之判決，並同時諭知移送於管轄法院檢察署之規定（刑事訴訟法第三百八十七條規定，第三審之審判，除有特別規定外，準用第一審審判之規定，然第二百零三條第六款規定對於被告無審判權者，應諭知不受理之判決，並未規定同時諭知移送於管轄法院檢察署），故不同時諭知移送於管轄法院檢察署。

參考法條：刑事訴訟法第二百零三條第六款。

陸海空軍刑法第七十六條第一項第七款、第二項。

三八、一〇二年度台上字第三四六四號（裁判書全文）

法院之管轄，乃裁判權之分配，即法院對具體之一定案件所得行使裁判權之界限。而法院管轄權之發生係以先有審判權為前提，必也普通法院先有審判權，始得審究應由何一法院管轄。又刑事案件依刑事訴訟法第五條第一項規定，固由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，但數同級法院管轄之案件相牽連而未繫屬於數法院者，自得依刑事訴訟法第六條第一項之規定，由其中一法院合併管轄，此為法定管轄之擴張。而關此管轄之有無，固以起訴時為準，但起訴時雖欠缺管轄權，倘在法院未為管轄錯誤之判決前，復適法取得管轄權，則原管轄權之瑕疵即因此治癒，不得認法院無管轄權。以檢察官就相牽連案件中無管轄權部分之案件起訴為例，倘於起訴後法院判決前，隨即將相牽連而有管轄權部分之案件追加起訴，則此時應認其已補正先前案件管轄權之欠缺，而得對相牽連之兩案合併審判；且相牽連之兩案既

經為合併管轄，並予受理在案，則經審理結果，縱認原有管轄權部分之案件應為無罪、免訴或不受理之判決，法院仍應就合併管轄之他案續行審理，不得認原適法取得管轄之他案因此喪失其管轄權。

參考法條：刑事訴訟法第五條、第六條。

三九、一〇二年度台上字第三六九二號（裁判書全文）

刑法第二百二十一條第一項規定所稱「其他違反其意願之方法」，並不以類似同條項所列舉之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等方法為必要，祇要行為人主觀上具備侵害被害人性自主之行使、維護，以足使被害人性自主決定意願受妨害之任何手段，均屬之。而人之智能本有差異，於遭逢感情、健康、事業等挫折，而處於徬徨無助之際，其意思決定之自主能力顯屬薄弱而易受影響，若又以科學上無法即為印證之手段為誘使（例如法力、神怪、宗教或迷信等），由該行為之外觀，依通常智識能力判斷其方法、目的，欠缺社會相當性，且係趁人急迫無助之心理狀態，以能解除其困境而壓制人之理性思考空間，使之作成通常一般人所不為而損己之性交決定，此行為即屬一種違反意願之方法。是以行為人若施以上開方法而使人為性交之行為，即與犯罪構成要件該當。

參考法條：刑法第二百二十一條。

四〇、一〇二年度台上字第三七八〇號（裁判書全文）

刑事訴訟法第二百四十五條第四項規定：「偵查中訊問被告或犯罪嫌疑人時，應將訊問之日、時及處所通知辯護人。但情形急迫者，不在此限。」係為保護偵查程序中之被告、犯罪嫌疑人而作設計，賦予律師倚賴權，藉由律師在場，以督促程序公正進行無虞，受訊問人能夠任意陳述，從而獲致訴訟防禦功能，屬於被告訴訟防禦權之一環，但與「被告以外之人」無關，無傳聞法則適用，檢察官若有違反，法律並未特別規定其效果，自當依同法第一百五

十八條之四關於權衡法則之規定，判斷被告偵訊筆錄之證據適格與否，至於被告以外之人之偵訊筆錄，如何具有證據能力，乃屬同法第一百五十九條之一第二項規定範疇，不應混淆。

參考法條：刑事訴訟法第一百五十八條之四、第一百五十九條之一第二項、第二百四十五條第四項。

四一、一〇二年度台上字第三七九〇號（裁判書全文）

共同正犯之所以於犯意聯絡範圍內，對全部犯罪結果同負其責，乃因在此範圍內，各正犯係基於遂行特定犯罪之同一犯意，即均有共同犯罪之意思，而各自分擔部分犯罪行為之實行，並相互利用、補充其他正犯之行為，其各自分擔實行之部分行為，對犯罪之實現均有原因力，自應視為一體合併觀察，予以同一非難評價。鑑此，對他人已開始但尚未結束之犯罪行為，中途加入而共同犯者，必須主觀上，對加入前其他正犯之行為有予以利用而共同犯罪之意思，客觀上並立基於該前行為上賡續進行犯罪，該前行為因此與其加入後之行為存有相互利用、補充等不可分離之依附關係，而對其加入後犯罪之實現具原因力時，始應對該前行為負共同正犯之責；否則，中途加入之正犯，苟非立於該前行為之基礎上續行犯罪，對加入前其他正犯之前行為，主觀上既無利用以共同犯罪之意思，客觀上亦無利用之行為，自毋庸共同負責。共同非法收受存款經營銀行業務者，其所參與非法收受存款之行為，非必立於其加入前他正犯非法收受存款行為之基礎上始得進行，性質上既無利用之必要，事實上亦未加以利用，即毋須對該前行為負責。

參考法條：刑法第二十八條法。

銀行法第一百二十五條。

四二、一〇二年度台上字第三八一八號（裁判書全文）

除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託

資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務，銀行法第二十九條第一項定有明文。前揭規定之立法意旨，固係鑑於以違法吸收資金之公司，所以能蔓延滋長，乃在於行為人與投資人約定或給付與本金顯不相當之紅利、股息、利息或其他報酬，爰參考刑法第三百四十四條重利罪之規定，併予規定為要件之一，以期適用明確。是該條所定「以收受存款論」之行為，應以約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬為要件。又銀行法於九十三年二月四日增訂第一百二十五條第一項後段規定，犯罪所得達一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科二千五百萬元以上五億元以下罰金，其立法意旨在貫徹取締地下投資公司之目的，及考量此種對外違法吸金業務之金融犯罪，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常越大，故該法第一百二十五條第一項後段之可責性，在於「對外違法吸金且達一定規模」之行為態樣，是於犯罪行為人對外違法吸金後，該犯罪行為即屬既遂，不論犯罪行為人事後有無依約返還投資人所投資之本金，抑或用以支付業務人員佣金、公司管銷費用等，均無礙其先前已成立違法吸金之行為，是於計算犯罪所得，自無扣除之必要。況此類型之犯罪，行為人多以保證獲利、定期回收本息之方式為犯罪手段，藉以誘使他人投入資金、取信投資人，如不列入犯罪所得之計算，顯難明確判斷犯罪行為人違法吸金之規模，且與立法意旨及人民感情有悖，更無法達到抑制犯罪之目的，故原吸收資金之數額及嗣後利用該等資金獲利之數額俱屬犯罪所得，不應僅以事後損益利得計算之。

參考法條：銀行法第二十九條第一項、第一百二十五條第一項。

四三、一〇二年度台上字第三八一九號（裁判書全文）

公司法第二百十四條第一項規定：「繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。」，係明文就少數股東得以書面請求監察人，為公司對

董事提起訴訟，其法條文字並無抽象晦澀或有複數解釋之可能性，而須以論理解釋或社會學解釋等方法加以闡釋，始得明確之情形，要無捨文義解釋再以他法別事探求之必要。①況：體系解釋乃為維護整個法律體系之一貫及概念用語之一致，使法體系完整順暢而不生衝突，上開公司法少數股東請求對董事訴訟之規定，文義明確，與公司法其他規定或其他相關法律規定，尚無不完整，或彼此矛盾等體系違反之情形，自無以此解釋方法將該條項限縮侷限適用在公司「正常營運階段」，而排除公司「清算階段」適用之必要；②依公司法第二百十三條規定：「公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代表公司為訴訟之人。」，其立法目的乃恐董事長代表公司對董事起訴，難免有徇私之舉或利害衝突之虞。而該條所謂「除法律另有規定」，即係指同法第二百十四條第一項規定之情形，然完全期待公司自行追究董事之責任，事實上不無困難，故第二百十四條第一項規範之目的，係借助於少數股東權之發動，以期董事責任之必獲追究，強化股東對公司監控之權能。而清算程序中，董事原則上為清算人，且清算人之權利義務與董事同，則董事以清算人身分對董事為訴訟，亦難免有徇私之舉或利益衝突之虞，依同一法理，自不宜由董事以清算人身分對董事為訴訟。再者，清算中，股份有限公司股東會與監察人依然存續，對董事之訴訟仍應由監察人或股東會所選任之人，或由少數股東以書面請求監察人代表公司為之，始符合公司法第二百十三條、第二百十四條第一項之立法規範目的。

參考法條：公司法第二百十三條、第二百十四條。

四四、一〇二年度台上字第三八九三號（裁判書全文）

受領國家薪俸，執行法定職務之公務員，本負有誠實、清廉義務，公務員之誠實清廉可謂人民對政府信賴之基礎及維護社會公義之根本。貪污破壞公務純潔性，有悖人民付託，惡性非輕，故我國

對貪污者，除特以貪污治罪條例為規範外，並課予甚重罪責，而貪污犯行多半隱秘為之，並以合法程序為飾，如於授益行政處分時，或積極增加申請者法律上所無，且欠缺合理關聯性之額外負擔，或消極無故延宕申請者之案件以為刁難，目的無非在使申請案件受阻，迫使申請者出資買通關節，又得以依法行政之名規避查緝。至貪污治罪條例所謂「違背職務」者，係指於職務上應為而不為，或不應為而為而言，屬於行政裁量之事項，如非依當時情狀，僅有唯一選擇，此外別無其他作為，即所謂「裁量權收縮至零」之情形，又或有明顯違背裁量法則之情形，否則，均尚不能僅以公務員之行政裁量不當，即遽認為違背職務。

參考法條：貪污治罪條例第四條第一項第五款、第五條第一項第三款。

四五、一〇二年度台上字第三八九五號（裁判書全文）

（一）船員法之所以需在刑法第二十四條緊急避難之體系外，於第五十八條、第五十九條另就船長權為特別規定，資為刑法第二十一條第一項依法令行為之阻卻違法事由，應在於船長權之性質近似於海上之警察權甚至司法權，而有私人代替國家行使公權力之意義。而漁船之船員，除有關航行安全與海難處理外，不適用船員法之規定，此為船員法第三條第一項第二款所明定。故漁船船員之管理係依據漁業法第十二條授權行政院農業委員會制訂之漁船船員管理規則，而非依船員法第二十五條之二（民國一〇〇年二月一日修正前為第八十八條第一項）授權交通部訂定之船員服務規則，此乃立法者有意對於漁船船長及其他船舶船長為之區別。又刑法第二十一條第一項規定之「依法令之行為，不罰」，係指該項行為在外觀上雖然具備犯罪之形態，然其係依據法律或命令所應為之行為，在刑法之評價上，不認其具有違法性與可罰性，故特以明文規定阻卻其違法而不予處罰而言。漁船船長既無

如同船員法第五十八條、第五十九條所定船長指揮權及緊急處分權之明文，自無從認為漁船船長得以適用或類推適用上開船員法之規定，而主張其行使船員法該項權力仍屬依法令之行為。

(二) 事實上本無阻卻違法事由之存在，而誤信為有此事由之存在，並因而實行行為者，即所謂阻卻違法事由之錯誤。此種錯誤，其屬於阻卻違法事由前提事實之錯誤者，乃對於阻卻違法事由所應先行存在之前提事實，有所誤認，例如本無現在不法之侵害，而誤認為有此侵害之存在而為正當防衛，此即所謂誤想防衛，學說稱之為「容許構成要件錯誤」。誤想防衛本非正當防衛，蓋其欠缺正當防衛要件之現在不法之侵害，故誤想防衛不阻卻違法性，然而對於此種情形，即不知所實行者為違法行為，是否得以阻卻故意，因學說對於容許構成要件錯誤之評價所持理論的不同，而異其後果。在採限縮法律效果之罪責理論者，認為容許構成要件錯誤並不影響行止型態之故意，而只影響罪責型態之故意，亦即行為人仍具構成要件故意，但欠缺罪責故意，至於行為人之錯誤若係出於注意上之瑕疵，則可能成立過失犯罪。本院二十九年上字第五〇九號判例意旨以行為人出於誤想防衛（錯覺防衛）之行為，難認有犯罪故意，應成立過失罪責，論以過失犯，即與上開學說之見解相仿。但亦有學說認為，在一些重大案件中，不能完全適用過失犯之刑罰，否則會產生難以彌補的可罰性漏洞，因此應放棄罪責理論之適用，轉而適用嚴格罪責理論，亦即將容許構成要件錯誤視為禁止錯誤，並不排除行為人之故意。本院二十七年上字第二八七九號判例意旨，即對於阻卻違法事由前提事實之錯誤，不認為得阻卻故意。

參考法條：(一)刑法第二十一條。船員法第三條第一項第二款、第五十八條、第五十九條。

(二)刑法第十三條、第十四條、第十六條。

四六、一〇二年度台上字第三九九〇號（裁判書全文）

具有共犯關係之共同被告（下稱共犯被告）在本質上兼具被告與證人雙重身分，偵查中檢察官以被告身分訊問共犯被告，就我國法制而言，固無令其具結陳述之問題，但當共犯被告陳述之內容，涉及另一共犯犯罪時，就該另一共犯而言，其證人之地位已然形成。此際，檢察官為調查另一共犯犯罪情形及蒐集證據之必要，即應將該共犯被告改列為證人訊問，並應踐行告知證人得拒絕證言之相關程序權，使其具結陳述，其之陳述始符合刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項所定得為證據之傳聞例外。至於以共犯被告身分所為關於該他人犯罪之陳述，因不必擔負偽證罪責，其信用性顯不若具結證言，即與本條項規定之要件不符，惟衡諸其等於警詢或檢察事務官調查所為之陳述，同為無須具結，卻於具有特信性與必要性之要件時，即得為證據，若謂此偵查中之陳述，一概否認其證據能力，無異反而不如警詢之陳述，顯然失衡。從而，此未經具結之陳述，依舉輕以明重原則，本於同法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規定之同一法理，得於具有相對或絕對可信性之情況保障，及使用證據之必要性時，例外賦予其證據能力，俾應實務需要。此為本院最近一致之見解。依此，當無僅憑共犯被告於審判中已具結陳述，並接受被告之詰問，或有不能傳喚之情形，即得謂其先前（未具結）之陳述具有證據能力之可言。又組織犯罪防制條例第十二條第一項「訊問證人之筆錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定訊問證人之程序者為限，始得採為證據」之規定，係以立法排除被告以外之人於警詢或檢察事務官調查中所為之陳述，得適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之規定，至於共犯被告於偵查中以被告身分之陳述，仍應類推適用上開規定，定其得否為證據。

參考法條：刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項、第一百五十

九條之二、第一百五十九條之三。

組織犯罪防制條例第十二條。

四七、一〇二年度台上字第三九九三號（裁判書全文）

對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之。父母對於未成年子女重大事項權利之行使意思不一致時，得請求法院依子女之最佳利益酌定之。法院為前項裁判前，應聽取未成年子女、主管機關或社會福利機構之意見，民法第一千零八十九條定有明文。此乃民法目前對於未成年人保護規定，改採「子女本位思想」與「未成年人最佳利益思想」作為立法指導原則。而刑法第二百四十一條第一項規定：「略誘未滿二十歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人者，處一年以上七年以下有期徒刑」，該罪係以被略誘人之年齡未滿二十歲為構成要件。被誘人如係未滿七歲之兒童，本無行為能力，當無從認知拐誘之目的而予同意，縱以和平之手段誘使脫離家庭或其他有監督權之人，仍應成立本條項之略誘罪。又本罪在保護家庭間之圓滿關係，及家長或其他有監督權人之監督權，並未就犯罪主體設有限制，解釋上享有親權之人，仍得為該罪之犯罪主體，即於有數監督權人之情形下，若有監督權之一方出於惡意之私圖，對於未滿二十歲之被誘人施用強暴、脅迫或詐術等不正手段而將被誘人置於一己實力支配下，使其脫離其他有監督權人之監督，仍不當然排除該條項之適用（本院二十七年非字第十六號、二十一年上字第一五〇四號判例意旨參照）。從而，未成年子女之父母在法律上固享有親權，但一方對於未滿七歲之子女，縱未施以強暴、脅迫、詐術等手段，然意使脫離他方親權之行使，擅自移送出境，長期阻隔他方探視及監護，置於一己實力支配下，顯已以自己之行為侵害他方監督權之行使，並使未成年子女無從獲得雙親照顧扶養及身心正常發展，自應令負相當罪

責。

參考法條：刑法第二百四十一條第一項。

四八、一〇二年度台上字第四〇九二號（裁判書全文）

刑法第二十一條第二項規定：依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不罰。但明知命令違法者，不在此限。則以但書所定排除本文之阻卻違法事由之適用，應就明知命令違法為嚴格之證明。尤其軍人以服從為天職，陸海空軍刑法第四十七條第一項並就違抗長官職權範圍內所下達與軍事有關之命令者，定有處罰。於此，雖非可謂軍人排除上開刑法但書之適用，惟於判斷其是否明知上級命令違法時，自應與一般公務員不同，即應採更高密度之審查標準，以免在違法執行與抗命間產生義務衝突。就具體個案，並應審酌有無期待可能性而阻卻責任。

參考法條：刑法第二十一條第二項。

陸海空軍刑法第四十七條第一項。

四九、一〇二年度台上字第四一六一號（裁判書全文）

行為經法院評價為不法之犯罪行為，且為刑罰科處之宣告後，究應否加以執行，乃刑罰如何實現之問題。依現代刑法之觀念，在刑罰制裁之實現上，宜採取多元而有彈性之因應方式，除經斟酌再三，認確無教化之可能，應予隔離之外，對於有教化、改善可能者，其刑罰執行與否，則應視刑罰對於行為人之作用而定。倘認有以監禁或治療謀求改善之必要，固須依其應受威嚇與矯治之程度，而分別施以不同之改善措施（入監服刑或在矯治機關接受治療）；反之，如認行為人對於社會規範之認知並無重大偏離，行為控制能力亦無異常，僅因偶發、初犯或過失犯罪，刑罰對其效用不大，祇須為刑罰宣示之警示作用，即為已足，此時即非不得緩其刑之執行，並藉違反緩刑規定將入監執行之心理強制作用，謀求行為人自發性之改善更新。而行為人是否有改善之可能性或

執行之必要性，固係由法院為綜合之審酌考量，並就審酌考量所得而為預測性之判斷，但當有客觀情狀顯示預測有誤時，亦非全無補救之道，法院仍得在一定之條件下，撤銷緩刑（參刑法第七十五條、第七十五條之一），使行為人執行其應執行之刑，以符正義。由是觀之，法院是否宣告緩刑，有其自由裁量之職權，而基於尊重法院裁量之專屬性，對其裁量宜採取較低之審查密度，祇須行為人符合刑法第七十四條第一項所定之條件，法院即得宣告緩刑，與行為人犯罪情節是否重大，是否坦認犯行並賠償損失，並無絕對必然之關聯性；倘事實審法院未有逾越法律所規定之範圍，或恣意濫用其權限，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。

參考法條：刑法第七十四條第一項。

五〇、一〇二年度台上字第四三五六號（裁判書全文）

保險法第一百六十七條非保險業不得經營保險或類似保險業務規定之立法目的為：「非保險業經營保險或類似保險業務，對於社會及保險市場秩序之安定妨礙甚鉅」、「為強化市場紀律」、「以利管理」。參酌同法第一百三十七條保險業應繳納保證金，及第一百四十六條關於保險業資金之運用及管理規定，則禁止未經許可經營保險或類似保險契約，無非避免該經營者未經政府監督，大量吸金而無力履行契約，或未能提存責任準備金而無法賠付，進而造成金融市場秩序紊亂，或收取保費運用投資牟利。

參考法條：保險法第一百六十七條。

五一、一〇二年度台上字第四三六四號（裁判書全文）

學理上所稱法條（規）競合，係指一行為同時該當於數法條所定犯罪構成要件之競合情形，但應就競合之數法條中擇一適用，而排斥其他法條之適用，以避免犯罪之重複評價，屬於單純一罪。刑法第五十五條前段規定之想像競合犯，則指一行為觸犯數罪名

之競合情形，應就數罪名中從較重之一罪處斷，但不排斥其他輕罪之成立，惟不另加以處罰，以避免犯罪之重複評價，屬於裁判上一罪。想像競合犯既規定從一重處斷，為避免遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑，以致發生與法律規定從一重處斷之本旨不合之情形，故刑法第五十五條但書特別規定「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失。而法條（規）競合，既純屬數法條之擇一適用，而排斥其他法條之適用，於量定宣告刑時，本不受刑法第五十五條但書規定之拘束，又無其他法定不得量處低於已被排斥而不適用之其他法條最輕本刑以下之刑之限制，祇須以行為人之責任為基礎，審酌刑法第五十七條各款所列一切情狀而為量刑即可。

參考法條：刑法第五十五條、第五十七條。

五二、一〇二年度台上字第四六二九號（裁判書全文）

警察為司法警察，為維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利，除依刑事訴訟法第 231 條第 1 項第 1 款、第 2 項規定，受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪；於知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官外，依警察法第 9 條第 3 款、第 4 款規定，負有協助偵查犯罪、執行搜索、扣押、拘提及逮捕等職權；又警察各級勤務機構因治安需要，得指派人員編組機動隊（組），運用組合警力，在指定地區執行巡邏、路檢、臨檢等勤務以達成取締、檢肅、查緝等法定任務，並得保留預備警力，機動使用；警察局基於事實需要，須將個別勤務與共同勤務分別實施時，得以分局或分駐所、派出所為單位，指派員警專責執行勤區查察；必要時，得將其警勤區擴大之，並另指派員警輪服共同勤務，警察勤務條例第 14 條、第 19 條亦有明文。是以，警勤區或警察局內各員警之勤務分配，僅係具有劃分員警行政責任之功能，並非限制員警調查犯

罪之職務權限，亦不能剝奪、禁止或限制各員警調查職務之執行。
參考法條：刑事訴訟法第二百三十一條第一項第一款、第二款。

警察法第九條第三款、第四款。

警察勤務條例第十四條、第十九條。

五三、一〇二年度台上字第四七五〇號（裁判書全文）

現今社會普遍使用照相、錄音、錄影、望遠鏡及各種電子、光學設備，用以窺視、竊聽、竊錄他人隱私活動、言論或談話者，危害社會善良風氣及個人隱私，遂增訂刑法第 315 條之 1 規定，以保障隱私權。該條所謂「無故」，係指無正當理由之謂。而理由是否正當，應依吾人日常生活經驗法則，由客觀事實資為判斷，並應符合立法旨趣及社會演進之實狀。又婚姻關係存續中之配偶，本有為維持圓滿婚姻而互負忠貞、純潔保持之道德上與法律上之義務，一方配偶因他方行為而合理懷疑他方違反婚姻忠貞、純潔義務，亦不能藉口保障私人權益或蒐證為由，全面監控他方之日常生活及社交活動，進而侵犯個人生活私密領域免於他人侵擾之人性尊嚴與個人主體性之維護，而排除刑罰之適用。

參考法條：刑法第三百十五之一條。

五四、一〇二年度台上字第五〇五二號（裁判書全文）

被告在審判外之自白，原不以有其陳述之筆錄或書面為唯一之證明方法，被告犯罪後對人透露犯罪行為之語，亦不失為審判外之自白，從而被告以外之人在檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中，轉述其聽聞自被告向其自白犯罪經過所為之陳述，或於偵、審中為此轉述者，本質上即與被告在審判外之自白無殊，至其證據能力有無之判準，除原始陳述者即被告之陳述應先受刑事訴訟法第一百五十六條第一項自白法則之規範外，鑒於該被告以外之人所轉述者為屬不利於被告之傳聞供述，故在類型上，此之供述必以經被告之言詞或書面予以肯認者，始得為證據，若被告

未有肯認該陳述，則須有可信之特別情況，或已經給予被告充分詰問之適當機會，以確保該陳述之真實性，方具證據之適格。

參考法條：刑事訴訟法第一百五十六條第一項、第一百五十九條之二。

五五、一〇二年度台上字第五〇九二號（裁判書全文）

刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，此為人民依憲法第十六條規定賦予訴訟權所衍生之基本權，功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位，而受法院公平之審判。基此，我國立法政策上，採多數辯護制度，於刑事訴訟法第二十八條規定：「每一被告選任辯護人，不得逾三人。」即同一被告至多得選任三位辯護人為其辯護。而每位辯護人之辯護權，均各自獨立，可居於自身之辯護權能，從不同之面向，展現不同之辯護內容，自主、充分地為被告辯護，彼此無法取代，以彰顯多數辯護制度之目的。本件於原審，上訴人選任王○○律師、其弟為上訴人選任呂○○律師為辯護人，各有委任狀附卷可憑。原審民國一〇二年六月十四日審判期日，呂○○律師雖到庭為上訴人辯護，而王○○律師於當日上午十一時四十分進行至「就被告之科刑範圍有無意見？」程序始到庭，其僅就此部分陳述意見，有當日審判筆錄可稽。然王○○律師當日到庭時之審判程序，既未辯論終結，參照刑事訴訟法第二百八十九條第二項：「已辯論者，得再為辯論，審判長亦得命再行辯論。」設有得再為辯論、再行辯論之規定。審判長當時本得命王○○律師為上訴人辯護。且呂○○律師雖已為上訴人辯護，但無法取代或兼及王○○律師之辯護。乃原審竟未注意刑事訴訟法第二條第一項：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」之規定，未令王○○律師為上訴人辯護，即諭知辯論終結，致王○○律師未能為上訴人辯護，顯不足以維護訴訟上之程序正義，影響上訴人充分行使其防禦權，不符上開多數辯護制

度之旨，難謂適法。

參考法條：刑事訴訟法第二條第一項、第二十八條、第二百八十九條第二項。

五六、一〇二年度台上字第五〇九三號（裁判書全文）

中華民國憲法增修條文第十條第十一項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」為落實憲法保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，原住民族基本法第十條規定，政府應保存維護原住民族文化，第三十條亦規定，制定法律，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益等旨。因此，在依相關法律踐行保障原住民族之基本權利，促進其生存發展時，自應尊重其傳統習俗、文化及價值觀。而依同法第十九條之規定，原住民基於傳統文化、祭儀或自用，得在原住民族地區依法從事獵捕野生動物之非營利行為，原住民基於此項需求，非因營利，以自製獵槍從事獵捕野生動物即屬其基本權利。槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一項即在尊重原住民族此一權利下，逐步將原住民為供作生活工具之用而製造或持有自製獵槍之行為，從刑事罰改為行政罰，以資因應。此所謂「自製之獵槍」係指原住民為供作生活工具之用，而自行製造本條例第四條具有獵槍性能之可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝而言，所自製之獵槍裝填火藥或子彈之方式，法律既未設有限制，無論「前膛槍」或「後膛槍」均應包括在內；又狩獵係原住民族傳統維生方式之一，並與其祭典文化有關，原住民在狩獵過程中，可訓練膽識、學習互助精神及生存技能，亦得藉與族人分享狩獵經驗與成果，獲得認同，提昇在部落族人中之地位，故原住民族自製獵槍獵捕野生動物，乃其傳統生活習俗文化之重要內容。惟因社會整體發展急遽變遷，原住民族生活型態亦隨之改變，復因野生動物保育法獵捕規定之限制，難期其仍專以狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容，基於維護原住

民傳統習俗文化及發展之考量，本條項「供作生活工具之用」之解釋，自應因應生活型態之改變而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，然如溢出此範圍而使用自製獵槍，自不在此限。從而，中央主管機關上開八十七年六月二日函釋及依本條例第二十條第三項授權訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第二條第三款將自製獵槍定義為「原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具」、「其結構、性能須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出」等情，增加法律所無之限制，已逾越法律之授權，法院自不受其拘束。至原住民既得供作生活工具之用而自製獵槍，自包括該獵槍所適用之「自製子彈」，為本條例第二十條第一項規定之「隱藏性」要件，此乃法律條文與法規體系之當然解釋。參考法條：原住民族基本法第十條、第十九條、第三十條。

槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一項。

槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第二條第三款。

五七、一〇二年度台非字第七二號（裁判書全文）

受刑人於刑之執行期間適逢減刑，減刑後因前所執行之刑期業逾減刑後之刑期致已無殘刑者，其因而得享有毋庸繼續執行之利益，係緣由於減刑裁定，故其執行完畢日期，應為該減刑裁定由檢察官指揮執行之日，不應回溯至原執行最末之日。本此同一法理，數罪併罰之情形，因我國非採併科主義而係採限制加重主義，就俱發之各罪中，以最重之宣告刑為基礎，由法院參酌他罪之宣告刑裁量定之，故被告所犯數罪原宣告之刑期，於定應執行刑後，若受有應執行之總刑期已較原各刑合併之刑期為短之寬典，係由於定應執行刑裁定，故其經定應執行刑結果，因原已執行之刑期業逾應執行之總刑期，致無須再執行時，其執行完畢日期，亦應以該定應執行刑之裁定由檢察官指揮執行之日，而非回溯至原執

行最末之日。

參考法條：刑法第五十條、第五十一條。

五八、一〇二年度台非字第八六號（裁判書全文）

裁判除關於保安處分者外，於確定後執行之，但有特別規定者，不在此限。為刑事訴訟法第四百五十六條所明定。而對於有罪判決宣告有期徒刑之刑之執行，刑事訴訟法並無於判決確定前即得執行之特別規定。從而判決未確定前，即無執行之問題。至於刑法第四十六條第一項規定：「裁判確定前羈押之日數，以一日抵有期徒刑或拘役一日，或第四十二條第六項裁判所定之罰金額數。」則係關於判決確定前之羈押日數如何折抵之問題，亦不能謂判決確定前之羈押即屬刑之執行。

參考法條：刑法第四十二條。

刑事訴訟法第四百五十六條。

五九、一〇二年度台非字第一四五號（裁判書全文）

刑法第四十九條原規定：累犯之規定，於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之。已於九十四年二月二日修正刪除其中關於「依軍法」受裁判者部分，並於九十五年七月一日施行。參照其立法理由說明以：「八十八年十月二日公布修正之軍事審判法，有關第三審上訴程序，依上訴原因，分別由司法審判機關之最高法院或高等法院審理，依本條自應適用累犯加重之規定；反觀依軍法受裁判者，則排除累犯適用之規定，則將發生同一案件視被告是否提起第三審上訴，而發生是否適用累犯加重規定之歧異結果，實有未妥，爰將本條關於『依軍法』受裁判者不適用累犯之規定刪除，以求司法、軍事審判程序中，適用法律之一致」，應認立法原意對修正前刑法第四十九條中所稱依軍法受裁判者，係指前所犯罪案件，其審判程序全程由軍法機關裁判者而言，並不以犯罪性質及裁判適用之實體法為準。申言之，依八十八年十

月二日公布修正之軍事審判法，軍法機關裁判之「前所犯罪案件」，經提起第三審上訴，由本院或高等法院審判者，既經司法審判機關審判，即非屬修正前刑法第四十九條規定「依軍法」受裁判者，該等案件不論係刑法第四十九條修正前或修正後，於「後所犯罪之案件」，如該當累犯要件者，均有累犯規定之適用，是修正前刑法第四十九條法條文義既明定「依軍法受裁判」，自係重在案件之審判程序，而以是否全程由軍法機關審理並裁判而定之。

參考法條：刑法第四十九條(92.06.25)。

刑法第四十九條(94.02.02)。

軍事審判法第一百八十一條(95.06.14)。

六〇、一〇二年度台非字第四〇三號（裁判書全文）

上訴於判決前，得撤回之；撤回上訴者，喪失其上訴權，刑事訴訟法第三百五十四條、第三百五十九條定有明文。而撤回上訴係就已上訴於上級審之案件，使之向將來不發生上訴之效力，與訴訟程序之發展（上訴權是否喪失）相關，係屬程序形成之訴訟行為，故撤回之人應具有得有效實施訴訟行為之能力，其撤回始生效力，而能否有效實施訴訟行為，以能辨別訴訟法上之重要利害關係，於知悉自己權利下，得依其辨別而獨立為完全意思表示為斷。智能障礙被告如不能為完全陳述者，其辨別訴訟法上重要利害關係之能力本有欠缺，於刑事訴訟程序中常有易受誘導、畏懼或服從權威、習慣默許傾向之精神特質，故其撤回上訴之能力，應獲完足之補充，始生撤回之效力。又刑事訴訟法第三十一條第五項、第一項第三款規定，被告因智能障礙無法為完全之陳述者，未經選任辯護人，於偵查中，檢察官、司法警察（官）應通知法律扶助機構指派律師到場為其辯護；於審判中審判長應指定辯護人為被告辯護，其立法目的乃因該等被告無法依其個人之能力，就訴訟上相關之權利為實質有效之行使，乃從偵查程序及審判中均使其得受辯護之助力，以保障人權，並藉由程序之遵守確保裁

判之公正。且上訴之撤回於判決前均得為之，不能完全陳述之智能障礙被告，倘未獲辯護人協助下，在程序進行中許其獨自為撤回之表示，訴訟權益之保護難謂周延，且與上揭立法意旨相悖。因此，此類案件於繫屬法院後，基於延續偵查中保障智能障礙被告之立法意旨，解釋上，法院於判決前所進行之一切訴訟行為，即屬「審判」程序之一部分，不論對在押被告所進行之訊問、準備或審理程序，均有強制辯護規定之適用，如有違反，所為撤回上訴之表示，應認不生撤回之效力。

參考法條：刑事訴訟法第三十一條、第三百五十四條、第三百五十九條。

六一、一〇二年度台抗字第一號（裁判書全文）

羈押係一種剝奪人身自由之強制處分，必須符合憲法第八條第一項關於人身自由保障與正當法律程序之要求，刑事訴訟法第一百零一條關於一般性羈押及第一百零一條之一關於預防性羈押，均規定除有各該條第一項所定之法定（實質）原因外，並須先經法官訊問之正當法律程序，於認為犯罪嫌疑重大，且有羈押之必要（前者尚以「非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者」之嚴厲、限制語氣懸為誡命），始得為之。第一百零八條第一項之延長羈押，同有此規範。其中關於法官訊問之規定，係民國八十六年修正之要點，立法趣旨在於扭轉已往由偵查檢察官逕行決定，不免流於主觀或恣意，不足以確實保障人民基本權之弊病，一般稱之為「羈押權回歸法院」，基本原理則為司法院釋字第三九二號解釋，釋明檢察官並非憲法第八條所稱為審問之法院。是法官行使此項職權，當體斯旨，必須開庭言詞審理，訊問被告（含其辯護人），確定人別，並略事調查其有無檢察官所謂之犯罪嫌疑、羈押必要，給予陳述意見機會，而後以客觀、中立、超然、公正立場，依卷內訴訟資料，審慎判斷、決定。足見法院於裁定羈押被告之前，所為之開庭言詞訊問，係正當法律程序之一環，為獲取正確

心證之基礎所在。獨任制法院之法官，本此言詞訊問，獲致心證，固無疑義；合議制法院，例如就社會矚目案件起訴移審之接押，先行組成合議庭受理，或於合議（包含第一、二審）審理中之延長羈押，理論上以合議開庭方式處理，原屬正辦，並有法定法官原則之適用，如為兼顧實務運作之人力負擔，至少應由受命法官或合議庭其他成員（即審判長或陪席法官）為此訊問。其若不然，所踐行之程序難謂正當，所為之羈押裁定，並非適法。又對於此種違法羈押裁定，被告得為抗告；原審法院如認其抗告有理由，即應更正其裁定，觀諸刑事訴訟法第四百零四條第二款、第四百零八條第二項規定甚明，否則抗告法院當依同法第四百十三條撤銷原裁定。

參考法條：刑事訴訟法第一百零八條、第四百零八條。

六二、一〇二年度台抗字第七六號（裁判書全文）

為受判決人之利益聲請再審，僅得由管轄法院之檢察官、受判決人、受判決人之法定代理人或配偶，受判決人已死亡者，其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬為之，刑事訴訟法第四百二十七條定有明文。再審之聲請為訴訟行為，聲請人應具備訴訟能力，始生效力，否則即違背聲請再審應具備之法律上程式。而自然人之訴訟能力，係植基於實體法上之行為能力，以有完全意思能力為前提，始能獨立以法律行為負義務。受判決人因精神障礙或其他心智缺陷，致其意思表示或受意思表示，或辨識其意思表示效果之能力，顯有不足，已經法院為輔助宣告之人，其為訴訟行為時，應經輔助人「同意」，而訴訟行為係單獨行為，倘未經輔助人同意，訴訟行為無效，即欠缺訴訟行為必備之法律上程式，此觀之民法第十五條之一第一項、第十五條之二第一項第三款、第二項及第七十八條之規定自明。所稱「訴訟行為」包括民事、刑事及行政程序法上之訴訟行為，刑事再審之聲請自亦屬之。上開輔助人之同意，僅具補充受輔助宣

告之人意思能力之性質，非謂輔助人因此有獨立為訴訟行為之權利，此與無行為能力或受監護宣告之人應由法定代理人為訴訟行為之情形不同，此觀之民事訴訟法第四十五條之一之規定自明。故刑事受判決人雖係受輔助宣告之人，其聲請再審時，僅須得其輔助人同意，即可以自己名義聲請，至輔助人則無獨立為受判決人聲請再審之權利。

參考法條：民法第十五條之一第一項、第十五條之二第一項第三款、第二項及第七十八條。

民事訴訟法第四十五條之一。

刑事訴訟法第四百二十七條。

六三、一〇二年度台抗字第八三號（裁判書全文）

併合處罰之數罪本屬各自獨立之罪，其罪責分別存在，僅係處罰上發生合併之關係。倘併罰數罪之宣告刑，其中得易刑處分者與不得易刑處分者併合處罰結果，而不得易刑，造成受刑人之不利益，有違限制刑罰加重之恤刑目的。民國一〇二年一月二十三日修正公布刑法第五十條第一項規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。」第二項規定：「前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第五十一條規定定之。」故裁判確定前犯數罪，而有修正後刑法第五十條第一項但書之情形，除受刑人於判決確定後請求檢察官聲請定應執行刑者外，不適用併合處罰之規定，賦予受刑人選擇權，以符合其實際受刑利益。從而修正後刑法第五十條之規定，自較修正前之規定為有利於受刑人。

參考法條：刑法第二條、第五十條(101.12.05)。

刑法第五十條(102.01.23)。

六四、一〇二年度台抗字第八八號（裁判書全文）

我國法制採刑罰與保安處分雙軌制，既仍維持行為責任之刑罰原則，並期協助行為人再社會化功能，改善行為人潛在危險性格，俾達成根治犯罪原因、預防犯罪之特別目的。保安處分係針對受處分人將來之危險性所為之處置，以達教化、治療之目的，為刑罰之補充制度。其中之強制工作，旨在對嚴重職業性犯罪及欠缺正確工作觀念或無正常工作而犯罪之人，強制其從事勞動，學習一技之長與正確謀生觀念，使其日後順利重返社會，適應社會生活。顯見刑罰與保安處分各有其目的與功能，二者相輔相成，並行不悖。而依刑法第九十八條第一項、第二項之規定「依第八十六條第二項、第八十七條第二項規定宣告之保安處分，其先執行徒刑者，於刑之執行完畢或赦免後，認為無執行之必要者，法院得免其處分之執行；其先執行保安處分者，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。依第八十八條第一項、第八十九條第一項、第九十條第一項、第九十一條第二項規定宣告之保安處分，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。」另「依本條例宣告之強制工作處分，其執行以三年為期。但執行已滿一年六個月，而執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。」「依本條例執行強制工作之結果，執行機關認為無執行刑之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免其刑之執行。」竊盜犯贓物犯保安處分條例第五條第一項、第六條亦分別定有明文。足認依上開規定，刑法所為之保安處分，無論先執行徒刑或保安處分，前者得於刑之執行完畢或赦免後，認為無執行之必要者，法院得免其處分之執行；後者則於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。依竊盜犯贓物犯保安處分條例之強制工作，其執行已滿法

定期間者，執行機關亦得檢視其執行成效，倘認無繼續執行強制工作之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。如執行機關認為併無執行刑之必要者，亦得檢具事證，報請檢察官聲請法院免其刑之執行。俱見立法者為取得刑罰與保安處分間之平衡，避免發生過度執行問題，已針對依刑法宣付之保安處分或依竊盜犯贓物犯保安處分條例宣付之強制工作，規定得視執行成效予以免除刑之（全部或一部）執行，而非以互相折抵方式為之，此屬立法形成範疇，自與立法疏漏情形有間，亦無再類推適用其他折抵規定餘地，難謂與憲法平等權保障原則有違。

參考法條：刑法第九十八條第一項、第二項。

竊盜犯贓物犯保安處分條例第五條第一項、第六條。

六五、一〇二年度台抗字第六一六號（裁判書全文）

民事訴訟法關於假扣押之規定，於附帶民事訴訟準用之；假扣押之原因消滅、債權人受本案敗訴判決確定或其他命假扣押之情事變更者，債務人得聲請撤銷假扣押裁定，刑事訴訟法第四百九十一條第十款、民事訴訟法第五百三十條第一項，分別定有明文。則債務人依民事訴訟法第五百三十條第一項之規定，聲請撤銷假扣押裁定，應限於「假扣押之原因消滅」、「債權人受本案敗訴判決確定」、「其他命假扣押之情事變更」等事由。所稱「假扣押之原因消滅」者，係指債權人於聲請假扣押時，所主張之假扣押原因，已無日後不能強制執行或甚難執行之虞，或以原應在外國為強制執行，現已得於國內強制執行等是；所謂「命假扣押之情事變更」者，則指債權人依假扣押保全執行之請求已歸消滅，或經本案判決予以否認，或已喪失其請求假扣押之權利等情形而言。又債權人受本案敗訴判決確定者，債務人得聲請撤銷假扣押裁定，固為民事訴訟法第五百三十條第一項所明定，惟所謂受本案敗訴判決確定，係指債權人依假扣押所欲保全強制執行之請求，經本案之實體確定判決確認其不存在或不得行使者而言，苟該請

求未經確定實體判決確認為不存在或不得行使，即無容債務人據此為由，聲請撤銷假扣押裁定之餘地。再刑事訴訟程序附帶提起之民事訴訟，雖與民事訴訟法第五百二十九條第一項規定之「起訴」，同其意義，然非謂提起之刑事附帶民事訴訟，不論是否經實體判決，均有同法第五百三十條第一項規定之適用。是刑事附帶民事訴訟因刑事判決無罪、免訴或不受理而駁回原告之訴者，原告對於此項未經實體上審理之案件，既得另行提起民事訴訟，即不得謂該判決已就原告請求權之存否為判斷，援為認定命假扣押之情事有所變更之依據。另假扣押係保全強制執行方法之一種，原為在本案請求尚未經判決確定以前，預防將來債權人勝訴後，有不能強制執行或甚難執行之虞者而設。債權人聲請假扣押所主張之權利，債務人對之有所爭執者，乃係債權人所主張權利之實體上理由是否正當，屬本案判決問題，非假扣押保全程序裁判中所能解決。依假扣押所欲保全之請求，既未經本案判決否認，自難認命假扣押之情事已有變更。

參考法條：刑事訴訟法第四百九十一條第十款。

民事訴訟法第五百三十條第一項。

六六、一〇二年度台抗字第八四〇號（裁判書全文）

憲法對人身自由之保障，並非絕對不得剝奪，而係禁止恣意剝奪，故對人身自由之干預，苟已具備法定要件並踐行法定程序，合於外部性界限，且亦符合比例原則等內部性界限而具實質正當性，即非法所禁止；而其判斷，並非僅憑單一、抽象規定建立絕對之準據，必須綜合考量干預之措施、模式、時間、地點等具體手段、強度及其所生影響等，建立在「個案審查基礎」之上，審酌特定個案中，干預手段所欲保障之利益與人身自由間之均衡維護定之。故法院對具體個案中之強制處分，因所干預之基本權內容不同，而異其寬嚴之審查密度，乃理所當然。刑事訴訟上之限制出境，其目的在保證被告到庭，避免被告出境滯留他國，俾保全偵

查、審判程序之進行及刑罰之執行，依其限制被告應住居於我國領土範圍內之對被告人身自由限制內容觀之，係執行限制住居具體方法之一，性質上固亦屬拘束人身自由之強制處分，然依刑事訴訟法第九十三條第三項、第一百零一條之二前段，其與具保、責付及其他方式之限制住居，均僅為被告有得予羈押之法定理由，但無羈押必要時，用以置換羈押之替代手段，其雖因干預之目的與羈押同為保全刑事訴訟程序之進行與實現，致其准否亦應與羈押同其法定理由，然其對人身自由干預之手段、強度顯較羈押輕微，從而准駁之審查標準，自應相應放寬。舉如強制處分之實施，羈押因積極、強烈干預人身自由，故法律明定須以被告犯罪嫌疑重大為前提；至限制出境因僅消極防阻被告擅自出國，且干預人身自由之強度亦顯較輕微，故從一般、客觀角度觀之，苟以資訊及事實作為現實之基礎，而有理由認為被告涉嫌犯罪，即被告具有「有理由之罪嫌」即足。

參考法條：中華民國憲法第二十三條。

刑事訴訟法第九十三條第三項、第一百零一條之二前段。

六七、一〇二年度台抗字第一〇七七號（裁判書全文）

刑事訴訟法第十八條第二款對於不公正法官拒絕事由之規定，係從當事人之觀點質疑法官有不能期待公平為客觀性之審判，冀使其不得參與特定之審判程序，或者應從所參與之審判程序退出，乃規範法官之個案退場機制，為法定法官原則之例外容許。法官執行職務是否有偏頗之虞，足以構成迴避之原因，應本諸客觀之情事，就各種情形，作個別具體之觀察，亦即應以個案之訴訟上全部行為有無足生不公平之裁判為判斷標準。憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利（司法院釋字第五一二號解釋理由書），是案件於審判長終結言詞辯論前，亦即案件尚未解明以前，合議庭法官若一致

性地或多數意見潛露出被告為有罪之見解，則此一行為因已經以違反無罪推定方式形成被告有罪心證之預斷，顯然不當侵害被告受憲法保障公平審判之權利，固應認為足資懷疑其公平審判之理由，構成迴避之原因。惟設若在言詞辯論之前，僅受命法官一人於準備程序就有關調查證據或訴訟指揮為不法或不當之處分，或即令受命法官在與辯護人就有關調查證據程序之詢答中，有予人預想為不利判決之感覺者，被告亦不得以之有「不為公平審判」之虞，而聲請該受命法官迴避。蓋現行刑事訴訟法為強化當事人訴訟上地位，於第二百八十八條之三第一項賦予當事人、代理人、辯護人或輔佐人（下稱當事人等）異議聲明權（此異議之對象，立法理由固僅限「不法」之處分，不及於「不當」之處分，惟有關證據調查等相關程序，如所為措置有「預斷」之虞者，因與真實之發見至有關係，故就此之情形，當事人等宜以促請法院注意之方式出之，俾其能依職權自我約制而為適法且適當之處置），並於第二項明定法院（即所屬合議庭）對此異議，應予以裁定，俾當事人等為維護自己之利益，對於法院所為調查程序得加以監督。此之聲明異議，並且不僅限於積極之「作為」，即關於消極的「不作為」之證據調查，亦屬之。是以，當事人等尤其是具有專業之辯護人對於此一專為訴訟主體利益而設，能及時、迅速糾正訴訟程序違背法令之情形，而使程序適法進而達到妥適目的之「異議權」，自應依法、適時地行使，據以落實被告有受律師協助保障其權益之機制，並得以藉此導正部分法官流於情緒或不經意的逸脫程序之行止。又行合議審判之案件，受命法官在準備程序對於當事人等聲請調查之證據，如認有調查之必要者，於經當事人等依刑事訴訟法第一百六十一條之二提出所謂「證據排棒」之意見後，固得依同法第二百七十九條第二項、第二百七十三條第一項第六款規定，裁定排定審判程序中「證據調查之範圍、次序及方法」，惟同法第一百六十三條之二所定當事人等聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之，此之「法院」當係專指合

議庭而言。故受命法官於準備程序，或審判長於審判中，對於當事人等聲請調查之證據，逕自認為不必要而予以駁回者，即屬有關調查證據之處分違法，應依聲明異議之方式請求救濟，由所屬合議庭裁定。凡此尚屬在該次程序中有關調查證據或訴訟指揮之處分有所違法或不當之範疇，辯護人如有不服，自應依法、適正地聲明異議，再由所屬合議庭裁決，尚難謂得作為聲請該法官迴避之事由。

參考法條：刑事訴訟法第十八條第二款、第一百六十一條之二、第一百六十三條之二、二百八十八條之三。

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,73

【裁判日期】 1020109

【裁判案由】 違反貪污治罪條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第七三號

上訴人 台灣高等法院檢察署檢察官

上訴人

即被告 許文宏

選任辯護人 李佳翰律師

上訴人

即被告 吳河勇

上列上訴人等因被告等違反貪污治罪條例等罪案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年八月八日第二審更審判決（一〇一年度重上更(三)字第二六號；起訴案號：台灣台北地方法院檢察署八十八年度偵字第二五一三四號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。

壹、檢察官上訴部分

一、本件檢察官上訴意旨略稱：(一)、另上訴人即被告許文宏、吳

河勇分別係改制前台北縣石碇鄉（按現制為新北市石碇區；下仍以舊制稱之）公所民政課長、村幹事，均明知其鄉內之永安村，位於翡翠水庫之「台北水源特定區」內，村民因土地使用受限、權利受損，台北自來水事業處依法自收取之水費中，抽取部分，成立基金，回饋區內地方建設，其執行方式為先由石碇鄉公所擬定「協助地方建設經費計畫」，申請動支回饋基金，再由台北水源特定區管理委員會（下稱台北水源會）轄下之「協助地方建設小組（下稱協建小組）」審決、通過、撥付。其等亦明知所分別隨團參加之該村泰國、越南水庫觀摩考察活動，依計畫皆有外國水庫參觀行程，且於出國之前，已經承辦之旅行社人員明確告悉實際上無法安排是項節目，竟為圖利該村民，仍然同意報請動支回饋基金，而悖離原計畫之規定項目。縱然事後獲得協建小組審核通過，要與許文宏、吳河勇事先明知不法而圖利，不生影響。詎原審罔顧旅行社人員周文哲、蕭敏玲及高炳煌所為許文宏、吳河勇事先知情之不利供述，採用協建小組成員王坤元、陳明義所為事後迴護之不實證言，認定不該當貪污圖利之犯罪構成要件，顯與卷內證據資料不相適合。(二)、衡諸原審之更一及更二審，均認定許文宏、吳河勇確犯圖利罪，予以判刑，可見「起訴檢察官已充分舉證，否則何以兩度判決有罪」，此次更三審卻認為罪嫌不足，「顯有認定事實不依證據之違法」；尤其公訴檢察官在此更三審進行準備程序時，係謂：「法律上之爭議，我會在辯論時表示意見」，並非表白「將再舉證」，而實際上於審判程序中，公訴檢察官即陳稱：「關於偽造文書部分，最高法院一〇一年度台上字第四四六號判決書第六頁，認為被告所為僅屬接續犯而非連續犯，亦不認此部分無罪」，兼及法律爭議之辯論與事證之提出；詎原判決則逕載敘：「本院更三審辯論時，檢察官就此未提出任何事證」等文。以上足見「全與事實不符」，「何可任意污蔑檢察官？」（按其實原判決此部分，係專門針對起訴書未記載起訴法條，然於犯罪事實欄項下，記敘：吳河勇偽以不實之行程

表併卷存查之方式，而和安達天下旅行社相關人員共同涉嫌製作「業務上不實」之行程表等文一節，予以判斷、說明。公訴檢察官固就原判決論處許文宏、吳河勇犯「公務員登載不實文書」罪刑部分，雖有辯論如上述所載者，但就共同和旅行社人員「登載業務不實文書」一節，確實無何陳述）。(三)、檢察官於原審曾經提出聲請書，請求調查有利許文宏、吳河勇之證據（按指聲請傳喚全部參加系爭旅遊團之人員，查證憑何獲選為成員？並向石碇鄉公所函查許、吳二人「有無自費繳回補助款」，以釐清係圖利既遂或未遂？另查詢其等行為時之戶籍，以判斷有無參與系爭出國旅遊之資格），乃原審既不調查，復未在判決中說明不查之理由，非無未盡證據調查職責之違失。(四)、原判決既然認定許文宏、吳河勇確實犯「公務員登載不實文書罪」，卻又以不另諭知無罪之「圖利」部分調查費時為由，認有刑事妥速審判法第七條之適用，對於非關圖利之偽造文書罪，予以減刑，自有矛盾。(五)、依中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款規定，減刑幅度必達二分之一，而依上揭刑事妥速審判法規定，祇能酌減，幅度未定（但不能超過二分之一）；倘先適用前揭減刑條例減刑，再依上揭刑事妥速審判法遞減，顯然能有較大幅度之減刑結果。乃原判決顛倒其適用順序，當屬法則適用不當云云。

惟查：

(一)、刑事訴訟新制採改良式當事人進行主義，檢察官應負實質舉證責任，若其所舉證據不足以說服法院形成被告有罪之確信心證，當受類似民事訴訟之敗訴判決，逕為被告無罪之諭知，以落實無罪推定原則與證據裁判主義，觀諸刑事訴訟法第一百五十四條第一項、第二項、第一百六十一條第一項及第三百零一條第一項規定即明。公民與政治權利國際公約第十四條第二項暨刑事妥速審判法第六條亦同此意旨。而認定犯罪事實所憑之證據，無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘

其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，尚不得任意指為違法。

本件原判決關於許文宏、吳河勇被訴貪污圖利部分，係於其理由欄第七項內，先指出：系爭回饋基金成立之法源依據，為自來水法第十二條之一第三項，就立法說明及議事紀錄以觀，乃鑑於水源特定區內居民權益受限，引致抗爭，必須合理照顧、補償，衡諸「上游受限、下游受益」實情，採行「受益者付費、受限者得償」政策；嗣主管機關內政部依此立法授權，訂頒「協助台北水源特定區地方建設辦法」（按現已廢止，移置於自來水法第十二條之二及第十二條之三，通行全國），再依此辦法設立台北水源會，並建制協建小組，由協建小組審決補償基金運用事宜，基金必須專戶、專款、專用，責成水源區內各鄉（鎮、市）公所按年度擬訂其協助計畫，於獲協建小組核准後辦理，屬行政裁量權之一環。復載明：司法院釋字第四四〇號解釋，已釋明國家機關依法行政，倘致人民財產受損，逾越社會責任應忍之範圍，國家當予合理補償；同院釋字第五四二號解釋，更特別針對系爭水庫補償之事，釋明行政機關所為給付性之行政措施，具有授與人民利益之效果者，應受憲法原則，尤其平等原則之拘束；系爭水源區內人民權益受損，既形同特別犧牲，所受補償之審查密度，自應有別於一般公務預算之審核（當採較寬鬆之態度），並對於地方自治團體之合法性裁量判斷，予以尊重，方符機關功能最適及權力分立原則。再敘明：內政部營建署先後於民國八十七年六月八日以八十七營署公字第一二六七一號函及同年十月九日以八十七營署密公字第二五四九八號函，一再表明里民自強活動或參觀廟宇進香，可否認列協助補償，由台北水源會或協建小組逕為認定等情，足見尊重地方基層行政裁量；而協建小組委員即台北水源會組長張延光供證：國內旅遊補助既無限制不可，為何國外旅遊必須限制；陳金財證稱：為期減少民眾抗爭，乃辦理觀摩活動；

坪林鄉民代表會主席陳明義詳言：我們小組委員有內政部、水源會、縣政府等官方代表，而我代表地方民意，受限區居民已經很可憐，故認為基金（之設立目的）既在於回饋，祇要用途未放入私人口袋，即可從寬認定，俾能促進地方發展、敦親睦鄰，不再抗爭，系爭出國旅遊費用之補助部分款，「大家無異議通過」；王坤元亦為相同意旨之供述，尙謂：這筆錢（可說）是居民抗爭而（得）來的，審議時已知無實際參觀外國水庫，仍然寬鬆認定符合補助條件，「這是台灣第一個有（地方）建設（補助）經費的水庫」，（祇需協建）「小組認為可以怎麼用，就可以用，沒有一定標準」各等語之證言，益徵確有其特別情形、特殊考量，既屬給付行政之一種，為行政裁量事項，寬鬆補償居民之特別犧牲，可以緩解抗爭，目的正當，手段合理，彼此關連，補助對象非祇少數一、二人，不違平等原則，自非法所不許。尙剖析：系爭協建辦法所定補助項目，具有不確定法律概念性質，實際執行時，行政機關當有其經驗性、專業性之判斷餘地，協建小組不理會審計單位之質疑，再三堅定議決通過系爭旅遊活動之補助，司法機關自不宜強予干涉，逕行認定違背法令；尤其許文宏、吳河勇係經鄉長魏良道（按已死亡，原審判決不受理）明白核示「同意續簽辦理」，（按魏良道在核定前，已由吳河勇之簽呈上得悉主計人員之反對意見，仍行使其行政裁量權）難認其等主觀上有明知違法而貪污圖利之犯意，其等否認犯此部分被訴之罪，尙屬可採。此外，別查無其他積極事證，足以證明許、吳二人有該當於貪污圖利之犯罪情事（至於旅行社人員之供詞，充其量祇能證明出國之前，已知無法遂行外國水庫之參訪節目，尙不足證明行政裁量違法；何況我國水庫亦無許不相關之人民任意進入管制之集水區，外國水庫當同此情，豈能強人所難）。乃認檢察官就此部分之舉證猶嫌未足，而因檢察官認此部分與另判刑之偽造文書（登載不實公務文書）部分，具有牽連犯裁判上一罪關係，故此部分不另諭知無罪。

以上所爲之證據取捨及得心證理由，俱有上揭各訴訟資料在案可稽，自形式上觀察，並未違背客觀存在之經驗法則或論理法則。檢察官此部分上訴意旨，置原判決已明白論斷之事項於不顧，就屬原審採證認事職權之適法行使，任意指摘爲違法，不能認爲適法之第三審上訴理由。

(二)、第二審法院之判決，倘經第三審法院撤銷並發回更審者，其原判決之效力已不復存在，除受發回意旨之拘束外，第二審法院當更新審理，依據重新調查所得之各項訴訟資料，本於法的確信，再行自爲判斷、決定，不受更審前之原判決所影響，乃憲法第八十條揭示審判獨立原則之具體實現，亦案件必須更新審理之目的。是縱然在更審之前，曾經多次認定被告有罪而判刑，更審之後，改變認爲控方舉證不足，爲有利被告之認定，並無不可，無所謂既然先前曾經判罪，「顯見檢察官已充分舉證」之結論必然存在，否則豈非案件一經二審判決認定有罪，即再無翻案平反之機會，其理至明。上揭關此部分之檢察官上訴意旨，所持不同見解，核無可取。

(三)、就被告而言，對其最爲有利者，莫過於被訴之事，經法院判決無罪（含不另諭知無罪）。是若法院審理結果，認爲檢察官舉證不足，依法宣判無罪或等同之不另諭知無罪，自毋庸就檢察官所謂「可能有利被告」之證據，贅行調查，乃刑事訴訟採控訴制度，控辯雙方互爲攻防之所當然，不生法院未盡調查證據職責之違法問題。此部分檢察官上訴意旨所爲相異主張，亦非可取。

(四)、刑事訴訟，以一被告、一犯罪事實，作爲一案件，係屬原則。爲期訴訟經濟，就一人犯數罪；數人共犯一罪或數罪；數人同時在同一處所各別犯罪；及犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者，列爲牽連案件，爲刑事訴訟法第七條所明定，即爲例外。就此例外情形，雖然法院仍可加以分開審理、各別裁判，但向來通採合併方式處理。實務上，尙不乏檢察官爲其辦案成績計算之提高（按依「高等法院以下各級法院及其分院

檢察署與台灣高等法院檢察署智慧財產分署檢察官辦案成績考查實施要點」第十一點，祇計算起訴判罪率，但不管起訴罪名是否適當，亦無論有無部分起訴不當，遭法院為「不另諭知無罪」之情形），或其他因素考量，將顯然為數個不同之案情者合併起訴，甚至將本質上之數罪，硬指具有裁判上或實質上一罪關係，合併提起公訴之情形，而受理法院則須依「民刑事件編號計數分案報結實施要點」第十七點規定，僅立一卷宗號數，致合併審理時，難免曠日費時，無法迅速結案。刑事妥速審判法第七條所謂「自第一審繫屬日起已逾八年未能判決確定之案件」，多屬此類相牽連之案件，因案件之內，通常被告多人、案情多種、罪名多項，縱然其中有相對單純者，但與複雜者，相互糾結，是案件一旦符合該法條所定之要件，當須整體觀察，再視各具體情形，分別決定減刑之程度；易言之，不得割裂觀察，非謂甲部分單純、乙部分繁雜，則祇能乙部分減刑，不能甲部分亦減。原判決於其理由六內，敘明：本件於九十一年五月三十日繫屬第一審法院，迄原審更三審判決之一〇一年八月八日，已逾八年，尚未確定，堪認許文宏、吳河勇所稱身心俱疲，希望啟動補償救濟機制，非無理由，衡酌無法迅速審結，主要在於被訴貪污圖利部分，實務見解迭有爭議，且卷證浩繁、調查費時所致，均非可歸責於許、吳二人，爰准依上揭規定減輕其刑。雖所宣告之罪名為偽造文書（犯公務員登載不實公文書罪），但既與貪污圖利部分牽連起訴、審判，於法核無不合。檢察官此部分上訴意旨所為指摘，並非允洽。

（五）、刑事妥速審判法第七條規定之減刑，性質上屬於處斷刑之一種，亦即以「法定刑」作為基準，於此範圍內，由法院斟酌案件之具體情形，裁量減輕之幅度，於判決理由內說明已足，並當然有刑法第六十四條至第六十六條關於減刑程度（結果）之適用。至於中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款規定之減刑，則以「宣告刑」為其基準，一律減輕二分之一，法院無裁

量餘地，除於理由內說明外，並應顯示於判決主文，且無關刑法第六十六條之減刑規定。二者迥異，不宜混淆。倘案件同時符合上揭二種減刑之要件，其適用順序，自以前者為先，後者於次。原判決秉此法律適用原則，先依刑事妥速審判法第七條規定減刑，再依中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款規定減刑，於法核無違誤。檢察官上訴意旨指摘其適用順序顛倒、不利被告，而有法則適用不當之情形存在云云，容有誤解。

綜合上述，檢察官上訴意旨或非確實依據卷內訴訟資料而為指摘，或置原判決已明白論斷之事項於不顧，就屬原審採證認事職權之適法行使，異持評價而為指摘，或對於不影響於判決本旨之枝節予以爭議，經核皆非適法之第三審上訴理由。是應認檢察官之上訴，為違背法律上之程式，予以駁回。

貳、許文宏、吳河勇上訴部分

許文宏、吳河勇相同上訴意旨略為：(一)、其等奉派隨團出國之前，原不詳知無法如願前往外國水庫觀摩，回國之後，協建小組且再三堅認符合補助條件，並未要求追回補助款，相關之出國報告書則非伊等職務上所掌之公文書，乃單純供作內部事務管理、檢查之用，對外不具擔保或公信之效力，復未蓋用職章，更遑論經所屬之石碇鄉公所審核，性質上根本不算公文書，縱然其內關於水庫觀摩行程之記載不實，仍不該當犯罪構成要件。詎原判決逕以刑責相繩，顯有重大誤會，應認有法則適用不當之情形。(二)、倘仍認為其等犯罪，請斟酌其等素行良好、犯情單純、影響不大、時間距今已久，無再犯之虞等各情，諭知緩刑，用啟自新。吳河勇另單獨上訴意旨略謂：(前)台北縣政府係以同一份公函，向石碇鄉公所稽催逾期末提之該鄉各出國報告書，因另有格頭村承辦人張榮團離職，接辦人業務繁忙，不克依限代提，吳河勇始將此情記載，雖然籠統變成吳河勇遲報原因之說明，實難逕認登載不實，不應課以刑責云云。

惟查：證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法

院得依職權自由裁量之事項，此項職權之行使，倘未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第一百五十五條第一項前段規定甚明。而刑法第二百十三條犯罪處罰，係以保護公文書之正確性為目的，其所謂明知不實事項而登載，祇須登載之內容失真出於明知，並不問失真情形為全部或一部，亦不問其所以失真係出於虛增或故減。本件原判決主要係依憑許文宏、吳河勇分別直承：確有參加系爭外國旅遊活動，且實際上無往外國水庫參觀，然卻在提交之「出國觀摩研習報告書」上載有其事；吳河勇尚直言確有以原承辦人離職，作為無法按期提出報告之原因，實則無關他人離職等情之部分自白；旅行社人員周文哲供證：系爭出國旅遊團有召開行程說明會，提供之行程內容並無觀摩水庫項目，出發之前即已告悉，無人反對等語之證言；台北縣政府函催提出系爭「出國觀摩研習報告書」之公文；許文宏製作之出國報告及吳河勇製作之越南行程報告書等證據資料，乃認定許文宏、吳河勇確有如原判決事實欄所載之犯行，因而撤銷第一審關於此部分之判決，改判論處許文宏、吳河勇以犯公務員登載不實罪刑（適用刑事妥速審判法第七條規定減刑，分處有期徒刑七月、八月；並依中華民國九十六年罪犯減刑條例，分別減為有期徒刑三月又十五日、四月）。對於其等僅承認前揭部分自白，而皆矢口否認犯罪，許文宏所為純因先前不曾寫過出國報告書，不會製作，始依原行程表資料抄寫；吳河勇所為因出國後導遊有大致講解外國水庫情形，始誤認可以照旅遊合約報告各云云之辯解，如何咸係飾卸之詞，不足採信，亦據卷內訴訟資料詳加指駁、說明。復指出：依當時之台北縣政府行政規定，各因公出國人員，應自返國之日起三個月內，提出出國報告書，並附具報告審核表，若無正當理由逾期未報，除議處外，嗣後不得核派出國；足見此類報告書性質上為因公出國之公務員，於職務上應行製作之公文書，既以公假或公費之行政資源為其基礎，本於公家資源之有限、排他性及公務員對職務之應然忠誠，所製作之

出國報告書自當詳實無誤，俾供後繼或社會大眾參鑑，不許存有絲毫虛假，否則即對公務出國之管考正確性生有損害。

以上所為之事實認定及得心證理由，俱有上揭各項證據資料在案可稽，自形式上觀察，並未違背客觀存在之經驗法則或論理法則。各上訴意旨均置原判決已明白論斷之事項於不顧，就屬原審採證認事職權之適法行使，任憑己意妄指為違法，且猶為單純之事實爭議，自難認為已經符合第三審上訴之法定形式要件。依上說明，應認許文宏、吳河勇之上訴，皆為違背法律上之程式，咸予駁回。至所請為緩刑宣告一節，因上訴並不合法，不能為實體審理，自亦無從處理，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 九 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 徐 昌 錦

法官 張 祺 祥

法官 洪 昌 宏

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 十 一 日

K

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,170

【裁判日期】 1020110

【裁判案由】 殺人

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第一七〇號

上 訴 人 吳敏誠

選任辯護人 尤伯祥律師

周漢威律師

李艾倫律師

上列上訴人因殺人案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年六月二十九日第二審更審判決（一〇一年度上重更(二)字第二號，起訴案號：台灣士林地方法院檢察署九十八年度偵字第一六七七三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人甲○○有如其犯罪事實欄所載持槍殺死被害人黃瓊瑤之犯行等情，因而撤銷第一審所為該部分科處無期徒刑之判決，改判諭知上訴人死刑及相關從刑，固非無見。

二、惟查：

(一)、我國現行法律仍保有死刑，依據民國九十八年十二月十日公布施行之「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」第二條規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。第三條規定，適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。公民與政治權利國際公約（下稱公約）第六條要求科處死刑應符合公

約相關規定，公約人權事務委員會第 32 號一般性意見第 59 段亦要求在最終處以死刑之案件，應嚴格遵守公正審判之正當程序保障。由於死刑係終結人民一切權利之極刑，處刑之後，人民之生命權即不復存在，因此，判處死刑之案件，不惟論罪（或稱定罪）階段需踐行實質正當之法律程序，於科刑（或稱刑罰裁量、量刑）階段亦應受正當法律原則之拘束。我國刑事審判程序之核心，在於證據調查與言詞辯論，蓋真實之發見須依憑證據，而心證之形成更由來於此。證據調查分為論罪證據之調查與科刑資料（證據）之調查，其調查先後順序，依刑事訴訟法第二百八十八條第三項、第四項規定，係以審判長就被告被訴事實之訊問為分界，將論罪事實與科刑之調查程序予以分離，亦即論罪證據調查之後，始就被訴事實訊問被告，於被訴事實訊問後方能調查科刑資料，立法目的在避免與犯罪事實無關之科刑資料影響職業法官認定事實之心證，同時亦在規範法院刑罰裁量之免於逸脫或出於恣意。所謂「科刑資料」，係指刑法第五十七條或第五十八條規定刑之量定所關之事實而言，其中科刑情狀所關之事由，如已屬於犯罪構成要件之要素者，固應予嚴格證明，於論罪證據之階段依各項證據方法之法定調查程序（如刑事訴訟法第一百六十四條至第一百六十六條等規定）進行調查；倘為單純科刑情狀之事實，諸如犯罪行為人之生活狀況、犯罪行為人之品行、犯罪時所受之刺激、犯罪後之態度等等，則以自由證明為已足。此部分科刑資料調查之方法如何，法無明文，然單純作為科刑應審酌情狀之事實，僅其調查證據之程序不受嚴格限制而已，因此凡與科刑有關之事項與資料，自仍必須在此一階段經過一定之調查，使當事人、辯護人等有陳述意見之機會，並得以對不利之科刑資料進行防禦，而非僅限於調查屬於被告品格證據之前案判決執行情形之一項，且此之調查，解釋上當然亦包括依刑事訴訟法第二百八十

八條之一第二項規定，審判長應告知被告得以提出或聲請調查對其有利之科刑證據，始與同法第二百八十八條第四項修法意旨相契合。又法院於調查證據完畢後，依刑事訴訟法第二百八十九條第一項規定所進行關於當事人、辯護人就事實上及法律上意見陳述或主張，即所謂之「言詞辯論」。本條項所稱「法律辯論」，係指有關犯罪構成要件及法律效果之辯論，而法律效果之辯論即包括刑罰部分。是此一言詞辯論程序，不僅限於被告有無犯罪事實之認定，並包括檢察官向法院具體請求對被告應科何種刑罰之意見，及被告、辯護人對於科刑種類與範圍（包括上訴後對下級審判決科處之刑罰）之陳述或答辯（九十五年十二月八日司法院大法官第一二九五次不受理決議參照）。是以，所稱「事實及法律」之辯論，自應基於審判程序所已調查之證據（論罪資料與科刑資料）予以申辯。辯論後，依同條第三項規定，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會，期使法院不致於偏聽一方科刑之主張。鑑於現行上開制度究仍與「科刑辯論」不盡相同，為符合兩公約保障人權之規定及強化量刑程序，茲立法院審議中之刑事訴訟法第二百八十九條修正案，已明定當事人、辯護人就事實及法律辯論後，應就科刑範圍辯論之，並給予到場之告訴人、被害人或其家屬就科刑範圍表示意見之機會，俾科刑更加精緻、妥適。而依現制，待所調查之證據辯論後，其屬於論罪之證據資料者，因攸關犯罪事實之認定，故有證據取捨之證明力判斷問題，倘為科刑之證據資料，則屬於罪責確定後如何定其刑罰之情狀表徵，不問利於被告與否，均應作為科刑具體審酌之事由，僅生法官在科刑衡酌上對於有利與不利情狀事證之輕重權比而已，無由據以排斥不用，此即刑之量定所以必須審酌一切情狀，亦為刑事訴訟法第三百零八條所定「有罪之判決書，應於理由內記載科刑時就刑法第五十七條或第五十八條規定事項所審酌之情形」

旨趣所在。凡此量刑之程序規定，乃保障被告訴訟基本權之正當法律程序，一般案件適用之，於死刑案件尤應嚴格遵守，始符合上開公約規定及人權事務委員會解釋之相關要求。刑事訴訟法關於科刑資料調查之條文修正實施將近十年，審判實務卻多僅止於調查被告之前案紀錄一項，鮮少及於其他，考其原因，乃出於事實審各審級法院審判筆錄，係依司法院九十二年八月印行之「刑事審判實施詢問及詰問操作手冊」所設計之「審判筆錄」例稿建置（見該手冊第九十一頁），審判長並依此進行審判期日之調查證據，未能深入瞭解修法之意旨，有以致之。本件於本院第一次發回時，業已特別指明與犯罪事實無關之科刑資料之調查，應於被訴事實訊問後行之，始符規定。上訴人於原審以書狀記載待證事實，明白表示「就量刑部分，為利鈞院審酌刑法第五十七條規定之事項」，聲請傳訊證人吳敏華、吳家欣。原審就此本屬於單純情狀之科刑事實，仍在被訴事實「訊問前」之論罪證據階段進行調查，對於其他科刑資料之調查，則僅調查上訴人之前案科刑執行情形。揆之說明，其所踐行之訴訟程序，未遵守公正審判之正當程序保障，即難謂適法。

- (二)、刑事審判在於評價證據、依據認定事實適用法律，以及裁量刑罰，其中證據判斷與刑罰裁量，在自由心證原則之下，固然享有裁量餘地較寬、受到法規範約束相對減小之領域，但證據判斷除受刑事訴訟法第一百五十五條第二項嚴格證明法則之外部性界限，同時並應受經驗法則與論理法則等內部性界限之支配，而法官在刑罰裁量思維之過程，其刑種選擇與刑度運用，關係人民自由與權利之保障，當然必須在受法律性拘束原則之裁量下而為決定，始能確保科刑裁量之明確性與客觀性，避免取決於法官之恣意或任性而浮動。又科刑過程不外乎(1)刑罰目的之確定（應報主義、一般預防主義及特別預防主義），(2)科刑事由之確認，(3)科刑之權衡（即依據

刑罰目的與科刑事由，評價其影響科刑之意義；綜合考量各種科刑事由在科刑決定上之重要程度；根據綜合考量，決定一定刑種與刑度之具體刑罰）等階段。科刑是否正確或妥適，端視在科刑過程中對於各種刑罰目的之判斷權衡是否得當，以及對科刑相關情狀事證是否為適當審酌而定。我國刑法第五十七條規定，首先指出「科刑時應以行為人之責任為基礎」，宣示以行為人之責任作為衡量刑罰目的之基礎，確立罪責原則在科刑上之重要性，故法院進行刑罰裁量時，必須依據行為人之罪責程度以決定刑罰之輕重。同條規定繼而強調法院在科刑時，「並審酌一切情狀」，即必須就所有對犯罪行為人有利與不利之情狀，加以衡量，而且特別例示科刑輕重之標準尤應注意之十款事項，即①犯罪之動機、目的，②犯罪時所受之刺激，③犯罪之手段，④犯罪行為人之生活狀況，⑤犯罪行為人之品行，⑥犯罪行為人之智識程度，⑦犯罪行為人與被害人之關係，⑧犯罪行為人違反義務之程度，⑨犯罪所生之危險或損害，⑩犯罪後之態度等。其中有屬於與行為事實相關之裁量事由者，亦有屬於犯罪行為人之性格與社會生活情形者。至所謂「一切情狀」，則指全盤情形而言，包括刑罰目的之考慮、刑事政策之取向、犯罪行為人刑罰感應力之衡量等在內。論者有謂刑法第五十七條所例示之各款，多屬抽象性提請注意之情狀，此等情狀對於科刑究竟有如何之意義，既無由從條文中窺知，實務亦乏例示，欠缺標準及可預測性。即以刑法第二百七十一條第一項殺人罪為例，法定刑範圍從十年以上有期徒刑、無期徒刑至死刑，可裁量之範圍極廣，尤其在僅剝奪人身自由之「無期徒刑」與完全剝奪生命權之「死刑」之間，雖均得用以防禦無教化可能之人對社會之潛在危害，但刑法第五十七條並未提供可茲法院在此二者間選擇之具體標準。根據國內學者之比較法研究成果，外國立法例上所定殺人罪量刑考量因素以可責性

、社會保障與犯後態度三個概念為據，其中可責性概念包括預謀犯罪、手段惡性、被害人年齡、犯罪與被害人關係、武器的使用、弱勢被害人、殺害特定職業（如警察）、受雇殺人、重罪結合犯、犯罪時有兒童或老人在場、其他實質危害（家屬傷痛、社會影響）、殺人動機為貪念、被害者的責任、為隱藏其他犯罪、為政治目的而殺害政治人物、行為人判斷力減弱、行為人為青少年或老人、行為人不幸背景、行為人身心障礙、受被害人刺激、為保護他人而殺人等項，社會保障概念有犯罪前科、緩刑或假釋狀態等，犯後態度則包含認罪、犯後行為（滅證、毀壞屍體）、犯後悔悟等（賴宏信，求刑與量刑歧異性與量刑標準之探索；以 2001—2008 年之殺人罪為例），其所考量之因素，均較我國刑法第五十七條之規定具體。因此，法院於行使刑罰裁量之決定行為時，除應遵守憲法位階之平等原則，公約保障人權之原則，以及刑法所規定之責任原則，法理上所當然適用之重複評價禁止原則，以及各種有關實現刑罰目的與刑事政策之規範外，更必須依據犯罪行為人之個別具體犯罪情節、所犯之不法與責任之嚴重程度，以及行為人再社會化之預期情形等因素，在正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的間尋求衡平，而為適當之裁量。於法定刑包括死刑之案件，如考慮選擇科處死刑，本於恤刑意旨，除須符合上開諸項原則外，其應審酌之有利與不利於犯罪行為人之科刑因素，尤其刑法第五十七條所例示之十款事由，即應逐一檢視、審酌，以類似「盤點存貨」之謹密思維，具實詳予清點，使犯罪行為人係以一個「活生生的社會人」而非「孤立的犯罪人」面目呈現，藉以增強對其全人格形成因素之認識，期使刑罰裁量儘量能符合憲法要求限制人民基本權利所應遵守之「比例原則」。從而犯罪行為人何以顯無教化矯正之合理期待可能，而不得不施以極刑對待，必須考量犯罪行為人之人格形成

及其他相關背景資訊，以實證調查方式進行評估（例如科刑前之調查報告），如科處死刑必也已達無從經由終身監禁之手段防禦其對社會之危險性，且依其犯罪行為及犯罪行為人之狀況，科處死刑並無過度或明顯不相稱各情，且均應於判決理由內負實質說明之義務，否則即難謂其運用審酌刑法第五十七條各款之情形符合所適用之法規之目的，而無悖乎實體法上之正當法律程序。本件原判決撤銷第一審所為上訴人無期徒刑之判決，改判諭知死刑，其據以審酌之科刑事由，不外上訴人先前已有與本案性質相近之殺人前科，本案犯罪手段如何殘酷之描述，犯後並未賠償損害，且被害人家屬亦拒絕賠償，在事證明確之情況下，即使上訴人在法院審理時坦承殺人犯行，並自稱：後悔云云，亦難認有悛悔之實據。又上訴人於前案出獄後，仍不能改變其本性，於本件犯案時已四十四歲，性格與價值觀及反應模式已趨於定型，是否仍有教化之可能性，殊值懷疑，兼以其遇有衝突或不順其意或覺得有受辱者，極可能持兇器以對，本性極具危險性，無論於任何社會（含監獄）皆有再犯之虞，為維護被害人之權益，並避免有再恣意剝奪他人生命之可能，乃處以死刑等旨。就上訴人於原審所主張：其與被害人交往長達三年，雙方原本有共組家庭計畫之與被害人之關係，及因失業、背負債務，經濟上負擔超出其能力範圍之債務，承受極大之經濟壓力，加以與被害人多次爭執感情不穩定，形成本案發生之背景因素與犯案動機，以及上訴人因自幼即有「脣顎裂」之顏面缺陷，經常受人嘲笑欺侮而生自卑感，對人際關係產生不信任，因不善社交，較無法控制情緒，往往情緒反彈劇烈，而易與人起衝突，且為家暴家庭之目睹兒，自幼目睹父親對母親施暴，種下日後以暴力行為施加於親密異性之遠因等成長背景、生活狀況等各情，是否屬實，並未翔實調查說明，而未依法全盤審酌其有利與不利之科刑因素，其審酌之刑罰裁

量事實已然不足。再就所謂上訴人「無教化可能性」部分，原判決僅以上訴人已有前案受刑經驗，仍然未改本性，其性格已定型，據以推認即便上訴人長期在監執行仍有再犯之虞，為屬無從教化矯正之徒。然查，上訴人除於七十九年間因傷害案件經判處罰金一千五百元，及於八十二年間因殺人罪經判處有期徒刑八年確定，於八十三年二月二十四日起經服刑矯正後，於八十五年三月十三日假釋出獄並付保護管束（九十年五月十三日保護管束期滿）外，別無其他前案紀錄。是則，上訴人出獄後其保護管束執行狀況如何，其犯案前之工作狀況及生活情形，以及上訴人之人格因素等等，不惟係屬刑法第五十七條第四款、第五款之科刑事由，並可供為上訴人是否尚有教化、得否再社會化之參考依據，即有調查之必要性。上訴人於前案之受刑經驗僅二年餘，如較之依現行刑法第七十七條第一項規定無期徒刑之執行須有悛悔實據，並執行逾二十五年始得假釋，而依實證統計，無期徒刑假釋執行期間比法律規定多百分之三十，因此論者有將無期徒刑之量化定義為三十年者（余麗貞，台灣地區殺人案件量刑因素之研究）。依此情形，如以科處無期徒刑而言，則上訴人得以期待假釋之期，似已近耄耋之人。究竟上訴人是否確實顯無教化矯正之合理期待可能，而無由以其他刑罰替代，原判決在未以實證調查，且無相關資料足以就有無改造之可能性進行評估前，遽以主觀之見地，謂上訴人即使在監獄執行仍有再犯之虞，難認有教化之可能，即失所據，其死刑之量定是否妥適自無從據以斷定，理由亦嫌欠備。

(三)、綜上所述，上訴意旨執以指摘原判決違背法令，為有理由，應認仍有撤銷發回更審之原因。

三、至於本次言詞辯論相關議題之「國家禁反言、上訴具體理由與不利益變更禁止原則之關聯」部分，茲說明如下：按禁反言係源自誠信原則所導出禁止矛盾行為或出爾反爾，破壞相

對人正當信賴之法律原則，依司法院釋字第五二七號解釋理由書第二段所載：「又地方制度法既無與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款類似之規定，允許地方立法機關部分議員或代表行使職權適用憲法發生疑義或發生法律牴觸憲法之疑義，得聲請本院解釋，各級地方立法機關自不得通過決議案，一面又以決議案有牴觸憲法、法律、或其他上位規範而聲請解釋，致違禁反言之法律原則」等語，係以禁反言原則拘束各級地方立法機關之立法及釋憲聲請之適例，及行政程序法第八條規定之意旨，足徵禁反言之法律原則得以拘束公法及私法各權之行使。檢察官於以實現國家刑罰權為目的之刑事追訴程序，不論係其偵查或公訴職務之執行，自仍受上開原則之拘束，但其違反禁反言之效果如何，則應分別情形以觀。舉例以言，如檢察官與被告達成「認罪並向公庫或指定之公益團體支付一定之金額，即給予一定期間緩起訴」條件之協議，被告據此向檢察官認罪。惟檢察官嗣後並未依協議結果為緩起訴處分，而仍予以起訴者，此屬檢察官偵查裁量結果之作為，其起訴固仍屬有效，但被告既係因信賴檢察官而為一定行為，基於保護人民正當合理之信賴，並參酌刑事訴訟法第四百五十五條之七規定「法院未為協商判決者，被告或其代理人、辯護人在協商過程中之陳述，不得於本案或其他案件採為對被告或其他共犯不利之證據」之相同法理，則被告先前向檢察官之認罪及因此所為之不利陳述，即應予以排除，不得作為證據。又如，檢察官於起訴時，苟依偵查結果認確有對被告具體求刑之必要，為彰顯檢察官審慎求刑之態度，已於起訴書就刑法第五十七條所列情狀事證，詳細說明求處該刑度之理由，公訴檢察官復接續於審理階段，依刑事訴訟法第二百八十九條第三項規定，於辯論後，審酌被告犯後態度等其他情狀，就被告科刑部分提出具體事證，表示與起訴檢察官求處相同刑度之意見，而第一審法

院亦科處與起訴檢察官之求刑及公訴檢察官科刑意見相同之刑度，嗣因被害人或告訴人不服判決，依刑事訴訟法第三百四十四條第三項規定，以量刑過輕為理由，請求檢察官上訴者，檢察官對此提起上訴之請求，本有裁量之權，不受請求之拘束。倘檢察官裁量之結果，認為所為具體求刑並無不當，自應對此之請求予以駁回，以示擔當；如依循被害人或告訴人之請求而以當事人名義提起上訴，固有主張有違禁反言原則，其上訴不合法者，但法院之科刑並不受檢察官求刑之拘束，則在法無明文規定不得上訴之情形（如刑事訴訟法第四百五十五條之一第二項），尚不得以此作為限制檢察官之上訴，然此際檢察官之上訴，無不以著重在被告不利事證方面，即應本於公益角色，以法律專家之身分，協助弱勢之被害人或告訴人以達其上訴之目的。是其上訴理由書狀之記載，自不受告訴人或被害人所具備理由之拘束，惟至少須達到法律所規定合法之上訴門檻為最低標準，然後再由第二審公訴檢察官接棒而為。蓋我國刑事訴訟法對於被害人權益之程序保障，並無如德國、日本刑事訴訟法設有「被害人訴訟參加」制度，使其取得類似於當事人之地位，故被害人之權益保障，胥賴檢察官盡力維護，始克竟全功，此與辯護人居於輔助被告之立場，應確切、實質之維護被告之權益，同其旨趣，並均為其等職務倫理規範所要求。又刑事訴訟法第三百四十四條第五項規定之「依職權逕送上訴」，於此不問被告意思如何，依同條第六項規定，即視為被告已提起上訴，本不生第二審上訴未附具體理由即不能上訴之問題（其第三審上訴，亦然），故由被告上訴者，即無適用同法第三百六十一條第二項「應敘述具體理由」規定之餘地。至檢察官為被告之不利益上訴，則仍有上開規定之適用，此為檢察官及辯護人一致之見解，本院亦同此認定。而刑事訴訟法第三百六十一條第二項立法理由說明：「二、提起第二審上訴之目的

，在於請求第二審法院撤銷、變更原判決，自須提出具體理由。爰增訂第二項，明定上訴書狀應敘述具體理由。三、至上訴理由是否具體，係屬第二審法院審查範圍。」至所稱「具體理由」，則指須就不服之判決為具體之指摘而言。本件第一審檢察官依告訴人之請求，提起第二審上訴，其上訴書狀記載：「原審判決被告殺人等罪，固與法相符，惟原審既認『被告與被害人間生有感情及財務糾紛，經多次要求復合不成，並多次要求與被害人見面未果，竟攜槍前往被害人工作地點，嗣與被害人相見後，因情感糾紛憤而當場持槍殺害之，案發後復攜槍逃亡數日，造成被害人家屬難以回復之傷痕，並對社會治安危害非輕，以及其先前同樣因感情糾紛而殺人之素行，竟未能記取教訓妥適處理情感問題，而再犯本件殺人之罪』云云，可見被告惡性匪淺，且其行為對被害人之家人造成無法彌補之傷痛，行重大至極，理應處以死刑，原審卻僅定應執行無期徒刑，實有未洽」等語。辯護人於本院則主張：本件起訴及公訴檢察官均具體求處無期徒刑，第一審法院亦依其求刑判處無期徒刑，然依檢察官上訴理由書狀之所載，全然係照抄第一審判決無期徒刑之科刑事由（見第一審判決第二四頁倒數第四行至第二五頁第五頁），然後再附加「可見被告惡性匪淺，且其行為對被害人之家人造成無法彌補之傷痛，行重大至極，理應處以死刑，原審卻僅定應執行無期徒刑，實有未洽」等詞，如不含標點符號，只有五十六個字，並未具體指摘原判決之認事、用法有何違誤，或就量刑事由之調查、衡酌與取捨，有何濫用刑罰裁量權之情事，實與泛稱原判決量刑過輕無殊等語。據以質疑檢察官之第二審上訴不符具體理由。辯護人所指上情，是否可採，此為第二審法院應依職權審查之事項，且攸關檢察官第二審之上訴是否合法，以及本件第二審上訴有無不利益變更禁止原則之適用。案經發回，原審法院於更審判決時允宜予以說

明。再刑事訴訟法第三百零八條已於九十三年六月二十三日修正，構成要件以外之其他適用法律事實，例如刑法總則之加重或減輕事由，已無須在犯罪事實欄中記載（見該條修正理由），則單純屬於被告品格證據之前案科刑執行情形，乃科刑資料，既與犯罪事實無所關涉，當亦不宜記載於犯罪事實欄。原判決事實欄一記載上訴人犯殺人罪之前案科刑執行情形，雖未違法，究屬不宜，均附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

本案經檢察官江明蒼、朱富美到庭執行職務。

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 十 日
最高法院刑事第七庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 呂 丹 玉

法官 李 嘉 興

法官 張 惠 立

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 十六 日

K

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,248

【裁判日期】 1020117

【裁判案由】 妨害性自主

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第二四八號

上 訴 人 甲○○

選任辯護人 方 文 賢律師

上 訴 人 乙○○○

選任辯護人 陳 清 白律師

上列上訴人等因妨害性自主案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇一年十月九日第二審判決（一〇一年度侵上訴字第六六〇號，起訴案號：台灣嘉義地方法院檢察署一〇〇年度偵緝字第二七六、二七七號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。

甲○○、乙○○○共同對於未滿十四歲之女子為性交，甲○○處有期徒刑陸年，乙○○○處有期徒刑貳年捌月。

理 由

一、本件原判決認定上訴人甲○○、乙○○○於民國九十八年七月初至同年月二十五日前某日下午七時許，明知告訴人A女（○○○年○月出生，姓名年籍詳卷）係十一歲以上未滿十四歲之女子，竟共謀推由乙○○○在○○市○區○○里○○公有零售市場第○區○○、○○號租屋處一樓，向A女誑稱「給阿伯（指甲○○）用，就拿錢給你，幫你買衣服」等語，致A女陷於錯誤，同意與甲○○為性交，嗣甲○○、乙○○○均未給付金錢、衣服，A女始知受騙等情。係以上開事實，業據乙○○○坦承及證述綦詳，且經證人A女、A女之

姊B女證明屬實，並有性侵害案件驗證同意書、疑似性侵害事件驗傷診斷書、○○市○○醫院函、○○○○○醫院○○分院鑑定書附卷可稽，為所憑之證據及其認定之理由。復對如何認定：甲○○、乙○○○自始即無意履行給予A女金錢及買衣服；A女就基本事實證述先後一致，不因細節指訴略有不符，影響其憑信性；B女係證述見聞A女接受學校心理輔導時哭泣，核與A女經○○○○○總醫院○○分院鑑定結果有殘餘創傷症狀相符，且與上訴人等無恩怨，應無誣陷動機，證述為屬可採；驗傷診斷書、○○醫院九十八年七月二十五日病歷記載內容，與A女證述僅與甲○○為性交一次，之後，自拔頭髮情形更嚴重等語相符，○○○○○總醫院○○分院係以A女會刻意迴避本件相關之人、事、物，而鑑定認A女有殘餘創傷症狀，上開文書自得為佐證；甲○○所辯未對A女為性交，無可採信；均予以指駁及說明。核上訴人等所為係犯刑法第二百二十二條第一項一款、第二款加重強制性交罪。其二人有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。乙○○○因配偶去世而與甲○○同居，其國小肄業，智識不高，一時糊塗，受甲○○指示而為犯行，本身未實際對A女性交，亦未造成A女身體傷害，平日善待A女，惡性及犯罪情節與一般暴力性侵犯罪尚屬有別，事後坦承犯行，依犯罪情節及主觀惡性、犯罪環境原因等情，顯可憫恕，如科以最低度刑，猶嫌過苛，依刑法第五十九條規定酌減其刑。因認第一審判決對乙○○○部分未適用刑法第五十九條規定酌減其刑，尚有未當，予以撤銷，並審酌其無前科，有被告前案紀錄表在卷足憑，國小肄業，配偶去世，子女成年，從事美髮工作，施用詐術手段性交，未傷害A女，事後坦承犯行，惟未賠償等一切情狀，而為科刑。另認第一審判決對甲○○適用刑法第二十八條、第二百二十二條第一項第一款、第二款之規定，審酌其有竊盜前科，有被告前案紀錄表在卷足憑，國

小畢業，未婚，從事市場搬運工作，施用詐術手段性交，未傷害A女，未為賠償等一切情狀，而為量刑，認事用法俱無不合，量刑亦稱妥適，予以維持，駁回其第二審上訴。原均無不合。

二、惟按：(一)刑法第二編第十六章妨害性自主罪章於八十八年四月二十一日修正公布，揆諸其中第二百二十七條立法理由一之說明：「現行法（指該次修正前之刑法，下同）第二百二十一條第二項『準強姦罪』，改列本條第一項；第二百二十四條第二項『準強制猥褻罪』改列本條第二項」，以及該次修正之立法過程中，於審查會通過修正第二百二十一條之理由說明：「六、現行法第二百二十一條第二項準強姦罪係針對未滿十四歲女子『合意』為性交之處罰，與『強姦行為』本質不同，故將此部分與猥褻幼兒罪一併改列在第三百零八條之八（即修正後之第二百二十七條第一項及第二項）」等情。足見行為人倘與未滿十四歲之男女合意而為性交，僅構成刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪。(二)刑法第二百二十一條第一項所稱之「其他違反其（被害人）意願之方法」，係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要。是該條之其他違反意願之方法，固不以符合強暴、脅迫等例示所揭示之強制手段特質為必要，但仍應妨害被害人性交意願之意思自由，始足當之。(三)對於男女施用詐術，使陷於錯誤而同意為性交，行為人無施以強制力自明，又被詐欺者之同意固有瑕疵，然就形成決定之心理狀態觀之，仍本於個人自由意思，並無違反意願可言，自不成立強制性交罪。否則，刑法第二百二十一條第一項強制性交罪，應無不將詐術例示為違反意願方法之理。同法第二百二

十九條第一項之詐術性交罪，亦無另定處罰必要。從而，上訴人等施用詐術使A女陷於錯誤而同意與甲○○性交，應不構成刑法第二百二十一條第一項對於女子以違反意願之方法而為性交罪，僅係共同犯刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之女子為性交罪。起訴法條應予變更。

三、原判決未見及此，其判決自有適用法則不當之違法。上訴意旨指摘原判決此部分不當，為有理由。次查：(一)刑之量定，乃法律賦予事實審法院得自由裁量之事項，原判決審酌乙○○○上開犯罪情狀，而為量刑，係屬其裁量權之行使，且乙○○○所稱因懼於甲○○之淫威而聽命行事一節，尚無從證明，原審未予審酌，均難指為不當。另乙○○○上訴本院始提出診斷證明書欲證明罹患憂鬱症，原審自無從調查審酌。又刑法第五十七條非關認定犯罪事實適用之法律，原判決適用之法律未記載該法條，亦無違法。(二)原判決係依憑A女等證人證詞及卷附○○醫院函等證據資料，而認定上訴人等犯行，非僅依憑A女證述為證據。(三)原審已認A女證述為可信，自無測謊之必要，無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。(四)乙○○○於一〇一年九月十九日在原審證述係受甲○○指示詐騙A女，A女因而同意與甲○○為性交等情，此項基本事實與A女證述相符，至其他細節，二人所述雖略有不同，實乃受限個人記憶、理解問題及描述之能力所致，尚難因此認乙○○○證述不足取。上訴意旨其他指摘，雖無理由，但因原判決有上開違誤，且不影響於事實之確定，本院可據以為裁判，應由本院將原判決及第一審判決撤銷，自為判決，並適用刑法第二十八條、第二百二十七條第一項規定，論上訴人等共同對於未滿十四歲之女子為性交罪，乙○○○並依刑法第五十九條規定酌減其刑，審酌上訴人等上開犯罪之情狀，量處如主文第二項所示之刑。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第三百九十八條第

一款、第三百條，刑法第二十八條、第二百二十七條第一項、第五十九條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 十七 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 陳 東 誥

法官 何 菁 莪

法官 洪 曉 能

法官 郭 玫 利

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 二十一 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,298

【裁判日期】 1020117

【裁判案由】 違反槍砲彈藥刀械管制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第二九八號

上 訴 人 台灣高等法院台中分院檢察署檢察官

上 訴 人

即 被 告 鄭治夫（原名鄭其正）

選任辯護人 吳玲華律師

劉叡輝律師

上 訴 人

即 被 告 朱 富

張阿鳳

林峰山

盧信吉

以 上 四 人

共 同

選任辯護人 楊雯齡律師

上 訴 人

即 被 告 林蓬村

黃明賢

李天生

蕭金木

楊吉松

林保川

被 告 陳建義

郭明煌

鄭萬全
葉昌宏
方添喜
張松江
高運協
李汪財
高國堅
游林財
黃燈耀

上列上訴人等因被告等違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇〇年十月二十五日第二審更審判決（九十八年度重上更(二)字第五一號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十一年度偵字第一六七四一、二〇二六二、二二一七八、二三一三四號，移送併辦案號：台灣台中地方法院檢察署九十一年度偵字第一三二五八號、九十二年度偵字第六三一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於黃燈耀、陳建義、游林財、林蓬村、黃明賢、李天生、郭明煌、蕭金木、鄭萬全、葉昌宏、楊吉松、方添喜、張松江、高運協、李汪財、林保川、高國堅部分撤銷，發回台灣高等法院台中分院。

其他上訴（鄭治夫、朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉）駁回。

理 由

一、撤銷發回（黃燈耀、陳建義、游林財、林蓬村、黃明賢、李天生、郭明煌、蕭金木、鄭萬全、葉昌宏、楊吉松、方添喜、張松江、高運協、李汪財、林保川、高國堅）部分
本件原判決撤銷第一審關於上訴人即被告黃明賢、李天生、蕭金木、楊吉松、林保川、林蓬村及被告黃燈耀、陳建義、游林財、郭明煌、鄭萬全、葉昌宏、方添喜、張松江、高運協、李汪財、

高國堅部分之科刑判決，改判分別諭知黃燈耀、李天生、方添喜、張松江、高運協、李汪財、高國堅部分管轄錯誤，移送台灣宜蘭地方法院；陳建義、黃明賢、郭明煌、蕭金木部分管轄錯誤，移送台灣基隆地方法院；游林財、鄭萬全部分管轄錯誤，移送台灣台北地方法院；林蓬村、楊吉松、林保川部分管轄錯誤，移送台灣板橋地方法院；葉昌宏部分管轄錯誤，移送台灣新竹地方法院。固非無見。

惟查，案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第五條定有明文，乃以土地區域定案件管轄之標準。蓋犯罪地與犯罪直接相關，易於調查證據，有助審判之進行，而被告之住所、居所或所在地則便利被告出庭，均適於作為管轄之原因，並可客觀合理分配法院管轄之事務。而刑事訴訟法第六條規定就數同級法院管轄之相牽連案件，得合併由其中一法院管轄，重在避免多次調查事證之勞費及裁判之歧異，以符合訴訟經濟及裁判一致性之要求。同法第十五條規定相牽連案件，得由一檢察官合併偵查或合併起訴，其理亦同。雖不免影響被告出庭之便利性，然相牽連案件之合併審判或合併偵查、起訴，須經各該法院或檢察官同意，否則須直接上級法院裁定或上級法院檢察署檢察長命令行之，同法第六條二項、第十五條亦分別定有明文，並非恣意即可合併審判或偵查、起訴。又刑事訴訟法第七條各款規定之相牽連案件，不以直接相牽連為限。縱數案件彼此間並無直接相牽連關係，然如分別與他案件有相牽連關係，而分離審判，又可能發生重複調查或判決扞格之情形，依上開規定及說明，自應認各該案件均係相牽連案件，而得合併由一法院審判，始能達成相牽連案件合併管轄之立法目的。查本件台灣台中地方法院檢察署檢察官起訴之被告「易英嘉、張佑濟、洪正博、朱富、洪國顯、紀廷熹、張阿鳳、林峰山、盧信吉」等九人之住所，均在台灣台中地方法院管轄區域內，第一審及原審法院自有管轄權。而上訴人即被告鄭治夫（原名鄭其正）之住居所固不在台灣台中地

方法院管轄區域內，但鄭治夫係將在國外已偽造完成槍證槍號之獵槍、空氣槍運輸、交付予上開被告易英嘉等九人，而被告易英嘉等九人係犯修正前槍砲彈藥刀械管制條例第八條第四項未經許可持有獵槍或空氣槍罪，是該九人與鄭治夫分別同時同地犯罪，有刑事訴訟法第七條第三項「數人同時在同一處所各別犯罪」之相牽連情形，因此，第一審及原審法院對鄭治夫自有管轄權。又本件係台灣台中地方法院檢察署檢察官於民國九十二年三月十七日起訴繫屬於台灣台中地方法院，有該署送審函及台灣台中地方法院收文戳記可稽（見第一審卷第一頁），移審當時被告黃燈燿、李天生、方添喜、張松江、高運協、李汪財、高國堅等七人之住所均在台灣省宜蘭縣，被告陳建義、黃明賢、郭明煌、蕭金木等四人之住所均在台灣省基隆市，被告游林財、鄭萬全等二人之住所均在新北市新店區，被告林蓬村、楊松吉、林保川之住所均在改制前台北縣土城市（改制後為新北市土城區），被告葉昌宏之住所在台灣省新竹市，有個人戶籍資料查詢結果在卷可按（見原審卷(二)第二一四、二一六至二二〇、二二二至二二六、二二八、二三二、二三三至二三五、二三六、二三七頁）。雖上開被告「黃燈燿、陳建義、游林財、林蓬村、黃明賢、李天生、郭明煌、蕭金木、鄭萬全、葉昌宏、楊吉松、方添喜、張松江、高運協、李汪財、林保川、高國堅」等十七人所涉起訴書犯罪事實二所示犯罪（即原判決事實二）之犯罪地，均非台灣台中地方法院轄區。且被告黃燈燿等十七人又非與台灣台中地方法院有管轄權之被告易英嘉等九人有何相牽連案件關係。然鄭治夫係將在國外已偽造完成槍證槍號之獵槍、空氣槍分別運輸、交付予上開易英嘉等九人及黃燈燿等十七人，則鄭治夫分別與被告易英嘉等九人及黃燈燿等十七人間，同時同地犯罪，均有刑事訴訟法第七條第三項「數人同時在同一處所各別犯罪」之相牽連情形，依上開說明，第一審及原審法院對黃燈燿等十七人自有管轄權。檢察官及上訴人林蓬村、黃明賢、李天生、蕭金木、楊吉松、林保川等上訴

意旨執此指摘原判決關於此部分不當，尚非全無理由，應認原判決關於黃燈耀、陳建義、游林財、林蓬村、黃明賢、李天生、郭明煌、蕭金木、鄭萬全、葉昌宏、楊吉松、方添喜、張松江、高運協、李汪財、林保川、高國堅部分有發回更審之原因。

二、上訴駁回（鄭治夫、朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉）部分按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件上訴人鄭治夫上訴意旨略稱：（一）海關及航空警察局人員就槍枝進出口之查驗，僅粗略核對槍枝名稱及槍號，並未發現有兩個槍號情形，亦未發現各該槍枝與記載情形有何不同，且中央大學九十一年十二月十六日（九十一）校科字第九一〇四八八〇號鑑定書，僅就槍身上之槍枝號碼及特徵進行記錄，並未核對該槍有無經過修改，原審亦未當庭勘驗該槍枝，自無從判斷該槍是否經過維修。原判決僅以槍枝有二個槍號，遽認維修前之槍枝與維修後之槍枝並非同一，伊係假維修真走私新槍，自有調查職責未盡及判決理由不備之違法。（二）原判決附表編號 34、53 所示扣案槍枝，鑑定機關僅就「原廠槍號」（位置）部分作鑑定，並未記載有無發現「原送修槍枝槍證槍號」。然該扣案槍枝仍在，原審未再送鑑定或自行勘驗，僅以該槍枝已經海關及航空警察局人員形式上核對及持有人取回，逕認係鑑定機關漏未發現或漏未記載，復未將各該槍枝照片及詳細資料併同扣案槍枝再送鑑定，以查其是否原送修之槍枝，自調查職責未盡之違誤。（三）另案被告謝坤成涉犯未經許可持有獵槍罪嫌，其所持附表編號 46 之槍枝，於原審九十三年度上訴字第一〇八號案件中，經勘驗結果該扣案槍枝與送修槍枝係同一支槍，並判決無罪在案。原判決就此有利

伊之事證，未敘明不予採信之理由，遽為不利伊之認定，自有判決理由不備之違法。(四)附表編號 5、7 所示扣案槍枝之原廠號碼，經鑑定結果已經磨滅，僅有原送修槍枝槍證號碼，而其他扣案槍枝均有兩個槍號。若伊有假送修真走私之犯行，又有將槍號磨滅之能力，為何僅將部分槍號磨滅，而非將所有槍號磨滅以逃避查緝。原判決此部分之事實認定，自有違經驗法則及論理法則。(五)附表編號 9 所示扣案槍枝，經鑑定結果僅有原送修之槍號，並未發現新的槍號，亦無磨滅跡象，足認該槍與送修之槍枝相同。原判決就此有利伊之事證，未敘明不予採信之理由，遽為不利伊之認定，自有判決理由不備之違法。(六)原判決認定伊以假報修真走私方式，運輸進口獵槍及空氣槍，然主文宣示之罪名僅連續未經許可運輸獵槍，而未將空氣槍並列，自有主文與事實矛盾之違法。(七)原判決事實認定伊向美國 BLUE-J INTERNATIONAL INC（下稱 BLUE-J 公司）訂購全新或較新之槍枝五十五支等情。所謂「較新」之槍枝，係指修補過之槍枝，比原來之槍枝新，或相對於送修槍枝係屬較新，又何者為全新，何者為較新之槍枝，原判決事實未明確記載，自有事實與理由不一致之違誤。(八)原判決事實認定伊係同時一次將新訂購五十五支槍枝相關資料，指示不知情之凱台通運報關有限公司（下稱凱台公司）承辦人虛偽登載於出口及進口報單，又同時一次指使 BLUE-J 公司不知情之工作人員將送修槍枝槍證號碼打印在伊新購槍枝上等情。但依附表所載，扣案五十五支槍枝，係分批辦理進出口，並非一次完成，如係一次完成，亦無連續犯規定之適用。原判決就上開業務上登載不實及行使偽造私文書部分，以連續犯論處，自有事實與理由矛盾之違誤。(九)伊係大緯飛機股份有限公司（下稱大緯公司）之負責人，而公司受託辦理槍枝送修業務，自有實際承辦人，不可能由公司老闆親自處理。原審未傳喚承辦人到庭說明，逕認伊指示大緯公司及 BLUE-J 公司不知情人員登載不實及行使偽造私文書，自有調查職責未盡及判決理由不備之違法。(十)原判決理由認伊委由美國 BLUE

-J 公司工作人員，將其訂購之獵槍及空氣槍，分別打印各該送修槍枝之槍證號碼之偽造準私文書行為，係在中華民國境外犯罪，依刑法第五條規定，此部分行為不罰等語。然原審未為任何調查，事實內亦未認定該部分犯行係在中華民國境外實施，自有違誤。

(十一)伊未向 BLUE-J 公司購買槍枝，僅將槍枝送修，發票上之金額係維修費用，有該公司所提之證明書可稽。原判決未為任何調查，亦未說明為何槍枝價格差異甚大，復未認定各該槍枝之價格，僅以各該槍枝價格與槍枝型錄上之價格相仿，遽認伊係購買槍枝，而非送修槍枝，自有判決理由不備之違誤。

(十二)原判決認定送修槍枝之持有人對伊走私進口新槍枝行為，均不知情。然原槍枝持有人游林財、易英嘉、游勝乾等於偵查中均供稱事先已知悉伊私運新槍進口。又原槍枝持有人黃明賢並未供稱其持有槍枝係新槍，原審僅黃明賢以信函向檢察官表示該槍非原來那支，本人放棄該槍（即附表編號 7 所示槍枝）等語，遽認伊係訂購新槍，均與卷內資料不符；上訴人朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉等上訴理由略謂：(一)原判決認伊等送修之槍枝並無細部照片或詳細資料足供比對，中央警察大學並未鑑定各該槍枝之同一性。原審僅憑中央警察大學之鑑定書，遽認伊等所持之槍枝係新購槍枝，而非原送修之槍枝，自有判決理由與證據矛盾之違法。(二)鑑定人孟憲輝證稱鑑定時有看到槍枝外觀、表面與原廠不一樣之痕跡等語，肯認持槍者會在持有之槍枝上另行刻打原廠所無之文字或圖案。而卷內並無資料足資證明扣案槍枝上與槍證號碼不同之烙印，即屬原廠之槍號。原審未經查證，遽認扣案槍枝上與槍證號碼不同之號碼，即屬原廠之槍號，進而認定扣案槍枝係新購槍枝，自有調查職責未盡之違法。(三)林峰山所持之自衛槍枝，前經台灣台中地方法院偵辦時，認定伊所持之自衛槍枝係「美國造」，其自衛槍枝執照上所載「英造」，應為筆誤。原審未調閱上開卷宗，竟以附表編號 36 所示原有槍枝為「英造」，而扣案槍枝為「美國造」，遽認伊送修槍枝與扣案槍枝並非同一，自有調查職責未盡之違

誤。(四)本件僅鄭治夫一人假送修真走私槍枝，伊等均不知送修及查驗過程，伊等亦認扣案槍枝即原送修之自衛槍枝。原判決未查明各轄區警察分局查驗槍枝人員有無頻頻更動，對槍枝之查驗有無詳細，認查驗人員僅屬行政查驗，管理查驗略有疏忽而已，不足為有利伊等之認定，自有應於審判期日調查之證據未予調查之違法。(五)盧信吉所有之扣案槍枝，其型號、製造國及年份，經警察機關查驗無誤，鑑定結果亦無不符，且該槍早於西元一九七三年即有銷售。原判決僅以該槍有二個槍號，即認伊知道該槍係全新或較新之另一支槍，有違證據法則。(六)原判決認許邦卿、王義明、盧信吉等人原持有槍枝之時間，在槍枝製造生產期間之前。然查上開扣案槍枝之取得時間與製造時間並無不合，原審未察，遽認附表編號 8、24、37 所示扣案槍枝之製造時間與槍枝持有人自承之槍枝取得時間不符，顯非送修前之原有槍枝，自有判決理由矛盾之違誤。(七)原判決記載郭明煌、林聰明、盧信吉等人原有槍枝取得時間，與渠等供述內容不同，有認定事實不依證據之違法各云云。

惟查，原判決依憑上訴人即被告鄭治夫、朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉等人利於己之部分供述，證人即共同被告陳建義、林聰凜、游林財、易英嘉、陳忠廷、林蓬村、黃明賢、許邦卿、林榮恩、蕭正義、李天生、沈光明、張佑濟、郭明煌、顏銘捷、洪正博、李祜璋、蕭金木、朱富、鄭萬全、湯樹紅、洪國顯、王義明、葉昌宏、楊吉松、游勝乾、方添喜、張松江、陳成業、許信助、紀廷熹、高運協、張阿鳳、陳清鋼、林峰山、閩武雄、李汪財、蔣經斌、莊木發、林保川、張永接、謝坤城、李政德、劉政哲、林文書、陳明樹、陳美麗、王秀英、陳文國、何月娥、曾清輝等人、證人林振益、許正輝、胡明義、黃永新、鑑定人孟憲輝之證詞，中央警察大學九十一年十二月十六日（九十一）校科字第九一〇四八八〇號鑑定書（下稱中央警察大學鑑定書）、內政部警政署刑事警察局刑鑑字第〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇號鑑定書、刑

鑑字第○○○○○○○○○○號函、美國 BLUE-J 公司發票、槍枝型錄、大緯公司總經理鄭其正之廣告信件、內政部自衛槍枝執照、內政部核准槍械入出境許可證（或稱「內政部核准槍械類入出境許可證」或「內政部核准槍枝入出境許可證」）、申請書、核准送修名冊、槍枝送修案件一覽表、出口報單、進口報單、獵槍轉讓申請書、切結書，如附表編號 1 至 39、41 至 55「扣案槍枝管制編號」一欄所示扣案各槍枝（附表編號 40 蔣經斌部分其所持有之槍枝業於九十年八月十二日遭竊而未扣案）等證據，資以認定鄭治夫、朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉等人有原判決事實欄所記載之犯罪事實，因而撤銷第一審關於鄭治夫、朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉部分之科刑判決，依刑法修正前連續犯、牽連犯之規定，改判從一重論處鄭治夫連續未經許可運輸獵槍罪刑（處有期徒刑十年，併科罰金新台幣「下同」三百萬元，及諭知罰金易服勞役之折算標準及從刑）；另改判分別論處朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉各犯未經許可，持有獵槍各罪刑（朱富處有期徒刑一年，併科罰金六萬元，減為有期徒刑六月，併科罰金三萬元，及諭知罰金易服勞役之折算標準及從刑，緩刑三年；張阿鳳、林峰山、盧信吉各處有期徒刑十月，併科罰金五萬元，減為有期徒刑五月，併科罰金一萬五千元，及諭知罰金易服勞役之折算標準及從刑，緩刑三年），已詳述其所依憑之證據及認定之理由。對於鄭治夫辯稱：送往美國 BLUE-J 公司修理之槍枝，均經各管區警察檢驗，進出口時亦經海關及航空警察局核對查驗，認係原有送修槍枝始放行，並無假送修真走私運輸獵槍及空氣槍之行爲；朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉辯稱：槍枝均經合法聲請出口維修並報關進口，且維修前後之槍枝均是同一支槍，已經相關查驗單位查驗通過，其原廠槍號可能因更換零件而變成製造年份較新之槍號，並無換槍各云云。經綜合調查證據之結果，認係卸責之詞，不足採信，分別在判決理由內詳予指駁，並說明其證據取捨及判斷之理由。且敘明：(1)乙種自衛槍枝雖可送修，但槍枝主要

零件（槍管、槍身、扳機、撞針及槍機）不得變造、更新（換），又槍枝烙印「槍號」，係製造廠商所編定之序號，表示其出廠批號，便於識別各槍枝。如槍號不同，應係不同之槍枝。鑑定人孟憲輝亦證稱：槍號大部分打在槍管、槍身或槍機上。同一把槍枝，不可能在僅限維修，而不得變造、更新（換）之主要零件上出現二組以上不同之原廠槍號，縱使槍枝經過維修或更換零件後亦同等語。而中央警察大學鑑定書上所列編號 21、24、33、49、50、58 號等非由大緯公司送往國外維修之制式槍枝，其鑑定出之槍號均與原送修槍枝之槍證槍號相符，顯見有關制式槍枝部分，其槍枝執照上記載之槍號（即槍身號碼及槍機號碼），均係原送修槍枝之原製造廠商所烙印之「原廠槍號」。然本件附表編號 2 至 4、6、8、10 至 33、35 至 39、41 至 52、54 至 55 所示之槍枝，均同時烙印二組不同之「扣案槍枝原廠槍號」及「原送修槍枝之槍證號碼（即原送修槍枝原製造廠烙印之原廠槍號）」，足認上開扣案槍枝與原送修槍枝並非同一槍枝。另槍枝送修之美國 BLUE-J 公司發票上，亦載有各該二組不同之「槍號」，可見上開槍枝均係鄭治夫向美國 BLUE-J 公司新購之槍枝，並非原送修之槍枝。(2) 附表編號 34、53 所示之槍枝，雖鑑定機關僅就「原廠槍號」為鑑定，並未記載有無發現原送修槍枝之「槍證號碼」。然該槍枝已經海關及航空警察局人員查驗與槍證號碼相符而進口回國，各該持有人張阿鳳、陳建義向鄭治夫領回該槍，並出具切結書，上開槍枝應有原送修槍枝之「槍證號碼」，且上開槍枝送修之美國 BLUE-J 公司發票上，亦載有各該二組不同之「槍號」，足見該槍枝係鄭治夫向美國 BLUE-J 公司新購之槍枝，並非原送修之槍枝。鑑定機關則係漏未發現或疏未記載上開槍枝之「槍證號碼」。(3) 附表編號 1、9 所示之槍枝，經鑑定僅有「槍證槍號」，並未發現「原廠槍號」，惟其中附表編號 1 所示槍枝之「原廠號碼」，係其持有人陳建義為免他人發現而變造為其他文字。又附表編號 5、7 所示之槍枝，其原廠槍號經鑑定「已磨滅，無法重現」，附表編

號 40 所示之槍枝，則因失竊而未送鑑定。然上開附表編號 1、5、7、9、40 所示之槍枝，其送修之美國 BLUE-J 公司發票上，既載有「槍證號碼」及「原廠槍號」二組不同之「槍號」，且鄭治夫以每支七百美元至三千六百美元不等之代價，向美國 BLUE-J 公司購得如附表所示之扣案槍枝，其價格與卷附槍枝型錄相仿，各該槍枝持有人並不相識，購買槍枝時間亦不同，竟於送往國外維修後，分別進口槍號連續或僅相差一號之同型制式槍枝，原槍枝持有人陳忠廷、林恩榮、蔣經斌、張阿鳳、林峰山、林文書、朱富等人亦供稱取回之槍枝並非原來槍枝各云云，黃明賢亦以信函向檢察官表示其槍枝並非原來之槍枝，放棄該槍枝等語，足見附表所示槍枝，均係鄭治夫向美國 BLUE-J 公司新購之槍枝，並非原送修之槍枝。鄭治夫之犯行，已堪認定。(4)附表所示之槍枝，或於槍枝上有二組不同槍號，其美國 BLUE-J 公司發票上亦有該二組不同之槍號，有朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉多年持有該槍枝，且朱富、張阿鳳、林峰山亦坦承取得之槍枝已非原送修槍枝，可見渠等應已知悉取回之槍枝，並非送修槍枝，自有非法持有各該槍枝之不法意圖。朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉之犯行亦堪認定。(5)本件各槍枝原列管期間及送往國外維修前之查驗，僅見槍枝名稱類別（例單管或雙管、獵槍或空氣槍）、製造國、槍身或槍機號碼、口徑、來復線（其中來復線部分皆空白未記載）等項目，所拍攝之照片亦係槍枝全貌，而就槍枝之製造廠、型號、標記、文字、圖案等足以辨識槍枝同一性之特徵，並未逐一詳確記載，更無細部之拍照存證等情，則將本案之扣案槍枝與原送修槍枝之列管查驗相關資料送請中央警察大學逐一鑑定比對是否係同一槍枝乙節，即無調查之可能，況依前揭事證，已足以明確認定本案扣案槍枝與各自原送修自衛槍枝均非同一把，自無就此為無益之調查，另管區分局警員、海關及航空警察局人員因欠缺辨識槍枝之專業能力，僅能粗略核對槍枝名稱及槍號，自無從判斷出口之原有槍枝是否進口之扣案槍枝，尚無從為有利被告之認定各等

語甚詳。又公訴意旨另以：上訴人鄭治夫行使偽造準私文書前，委由「美國」加州 BLUE-J 公司已成年之工作人員，將其所新訂購之制式單管或雙管獵槍、空氣槍，分別打印上各原送修槍枝之「槍證號碼」，偽造作為代表個別槍枝製造廠商及出廠批號等辨認身分標記，亦涉犯刑法第二百二十條、第二百十條之偽造準私文書罪嫌等語。經綜合調查證據之結果，認該部分犯行為中華民國領域外之犯罪，依刑法第五條所列各款規定，該偽造準私文書之行為不罰，本應為無罪之諭知，惟公訴意旨認該部分與上開論罪科刑部分，為實質上一罪關係，而不另為無罪之諭知，亦在判決內加以敘明（見原判決第八三頁第六至十八行）。原判決所為論述，核與卷證資料相符，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違背法令之情形。按認事採證、證據之取捨及證據證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，苟無違背證據法則，自不能指為違法。又證人供述之證據前後縱有差異，事實審法院依憑證人前後之供述證據，斟酌其他證據，本於經驗法則與論理法則，取其認為真實之一部，作為判斷之證據，自屬合法。本件原審審酌上開證據，對於上訴人鄭治夫、朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉之辯解，認不足採，已分別在判決內詳述其認事採證、證據取捨及判斷之理由，核與證據法則並無違背，為其職權之適法行使，自不能指為違法。原判決理由已說明另案被告謝坤城非法持有獵槍（即附表編號 46）部分，雖經原審九十三年度上訴字第一〇八號判決無罪確定。然該判決僅對謝坤城有既判力，對本案之被告等並無拘束力，而原審依其調查證據之結果，認鄭治夫將原持有槍枝之人之乙種自衛槍枝，以出口送修名義收取後，再向美國 BLUE-J 公司訂購全新或較新之獵槍或空氣槍，進口交付給附表所示各該槍枝之持有人，各槍枝持有人亦明知扣案槍枝並非原送修槍枝，而非法持有之，於法並無不合。又原判決已說明槍枝各有其槍號以供辨識，本件部分扣案槍枝上有二組不同槍號，且其美國 BLUE-J 公司之發票上亦均有該二組不同之槍號，可見鄭治夫所交付之

扣案槍枝，並非原送修槍枝，而係另購之槍枝，因其上有「原廠槍號」，為蒙混過關，乃將原送修槍枝之「槍證號碼」烙印在該另購槍枝上，並在美國 BLUE-J 公司之發票上記載原送修槍枝之「槍證號碼」。則該槍枝其他部位有無修補，是否有原槍證號碼，原廠號碼是否已磨滅而無法顯現，該槍枝究係全新或較新，訂購價格為何，製造國及製造年份為何，何時取得槍枝等細節，對於槍枝同一性之認定尚無影響，原判決縱未詳細認定，亦無礙於原判決本旨。原判決事實認定鄭治夫指示不知情在國外之美國 BLUE-J 公司員工，將其訂購之獵槍或空氣槍，分別打印上各該送修槍枝之槍證號碼，連續偽造具準私文書性質之原送修槍枝之槍證號碼等情，與原判決理由謂鄭治夫先後多次行使偽造準私文書，應成立連續犯等語，並無矛盾。鄭治夫既向美國 BLUE-J 公司訂購扣案槍枝，而該公司發票及扣案槍枝均有原送修槍枝之槍證號碼，原審事實認定鄭治夫指示國外不知情美國 BLUE-J 公司人員在扣案槍枝上，烙印原送修槍枝之槍證號碼，自與卷內資料相符，尚無違誤。原判決綜合全案事證，認定原持有槍枝之人於收受扣案槍枝時，始知悉該槍非原送修槍枝，而非法持有該槍枝，尚與經驗法則無違。又本件事證已明，原審未將扣案槍枝再送鑑定，亦未傳訊大緯公司承辦人，亦無不合。原判決理由依刑法修正前連續犯、牽連犯規定，論處鄭治夫連續未經許可，運輸獵槍罪，與其主文亦無矛盾。上訴人鄭治夫、朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉等其餘上訴意旨所指各節，或對於原判決究竟如何違背法令，並未依卷內訴訟資料為具體之指摘，或徒憑己意，就屬原審採證認事職權之適法行使，及於原判決本旨不生影響或於已經說明事項，任意指摘為違法，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，均不相適合，應認鄭治夫、朱富、張阿鳳、林峰山、盧信吉等上訴違背法律上之程式，均應予駁回。至原判決認鄭治夫牽連犯刑法第二百十六條、第二百十五條行使業務上登載不實罪部分，核屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款所定不得上訴第三審之

案件，其牽連之重罪（未經許可運輸獵槍）部分之上訴既不法，則對於不得上訴第三審部分，即無從審究，應併予駁回。又原判決認鄭治夫與前開判決有罪部分，有裁判上一罪關係，而於理由內敘明不另為無罪諭知之行使業務上登載不實文書部分（見原判決第九一頁第十一至末行、第九二頁第一至二四行），依刑事訴訟法第三百七十六條第一款之規定，屬不得上訴於第三審法院之案件，鄭治夫就原判決關於其有罪部分之上訴，既不法，則其對前開輕罪部分之上訴，即無從審究，應併予駁回。另本件原審判決後，懲治走私條例第二條「第三項」已於一〇一年六月十三日公布修正，原規定為：第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之，修正為：第一項之管制物品，由行政院依下列各款規定公告其管制物品品項及管制方式……，並於一〇一年七月三十日施行，而行政院亦於一〇一年七月二十六日將「管制物品項目及其數額」，公告修正為「管制物品品項及管制方式」，同時於一〇一年七月三十日生效。惟此次修正懲治走私條例第二條，僅將同條第三項之「管制物品項目及其數額」修正為「管制物品品項及管制方式」，使法律授權行政機關公告管制物品之目的、內容及範圍明確，並未修正同條第一、二項之私運管制物品進出口罪之法定本刑，且原「管制物品項目及其數額」甲、管制進出口物品：一、槍械……，與修正後「管制物品品項及管制方式」一、管制出口物品：(一)槍械……，其規定管制槍械之進出口之內容相同，並無變異，對鄭治夫自不生有利、不利之問題。原判決未及綜合比較懲治走私條例第二條第三項規定，對判決顯然不生影響，自毋庸撤銷改判，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條、第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 十 七 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 黃 一 鑫

法官 張 春 福

法官 吳 三 龍

法官 李 錦 樑

法官 宋 明 中

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 二十四 日
E

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,310

【裁判日期】 1020118

【裁判案由】 傷害致人於死等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一○二年度台上字第三一○號

上 訴 人 陳智文 男民國 00 年 0 月 00 日生

身分證統一編號：Z0000000000

住新北市○○區○○街 00 巷 0 號 0 樓

選任辯護人 鍾志宏律師

上 訴 人 余國賓 男民國 00 年 0 月 00 日生

身分證統一編號：Z0000000000

住台灣省苗栗縣通霄鎮○○路 0 巷 0 號

居新北市○○區○○○路 000 巷 00 號 0 樓

選任辯護人 黃福裕律師

上 訴 人 高漢丞 男民國 00 年 0 月 00 日生

身分證統一編號：Z0000000000

住新北市○○區○○街 00 巷 00 號 00 樓

選任辯護人 吳玲華律師

上 訴 人 曾泳智 男民國 00 年 0 月 00 日生

身分證統一編號：Z0000000000

住新北市○○區○○路 0 段 000○○ 號 0 樓

選任辯護人 杜冠民律師

上 訴 人 張志銘 男民國 00 年 0 月 00 日生

身分證統一編號：Z0000000000

住新北市○○區○○路 000 巷 000○○ 號

選任辯護人 張漢榮律師

上列上訴人等因傷害致人於死等罪案件，不服台灣高等法院中華

民國一〇一年九月二十日第二審判決（九十九年度上訴字第三二六九號，起訴案號：前台灣板橋地方法院檢察署九十八年度少連偵字第八八、一〇九號），提起上訴，本院判決如下：

主 文
上訴駁回。

理 由

甲、關於上訴人等傷害致人於死及陳智文、高漢丞私行拘禁部分：

一、按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由係屬二事。本件上訴人陳智文上訴意旨略稱：(一)本案被害人官冠宇及少年楊○○（名字、年籍詳卷）遭高漢丞、余國賓及少年黃○○（名字、年籍詳卷）帶同至檳榔攤拘禁等情，其係事後始知悉，復未參與該私行拘禁行為，自不構成私行拘禁罪。(二)本件除張志銘及高漢丞事後翻異指證其有傷害犯行外，別無其他證據可憑，原判決且忽視共同被告之證詞常有栽贓嫁禍、推諉卸責之虞，逕援為不利之認定，顯違反經驗與論理法則。又其僅知悉高漢丞等人欲與官冠宇談事情，客觀上無從預見有傷害或致死情事，自毋須負擔加重結果罪責。(三)就官冠宇之死亡原因，依法醫鑑定意見，認若能及時送醫有增加存活之機會，故官冠宇死亡結果究係直接因傷害所造成，或係因未及時送醫而死亡，仍有探究餘地。原判決先認余國賓、張志銘及曾泳智有遺棄罪之成立，卻又認官冠宇係因傷害致死，即有理由矛盾之

違誤。上訴人余國賓上訴意旨略稱：就官冠宇之死亡原因，依法醫鑑定意見，若能及時送醫有增加存活之機會，其行為不應完全歸咎於遺棄行為，顯見官冠宇之死亡結果究應歸咎於遺棄行為或傷害行為，並不明確而有查明之必要，原判決尚有調查未盡之違誤。又官冠宇死亡原因既有上開可疑，即不得遽為不利之認定，原判決逕認其之傷害行為與官冠宇死亡結果有相當因果關係，尚屬無據。上訴人高漢丞上訴意旨略稱：(一)高漢丞之傷害行為與官冠宇之死亡結果無相當因果關係，蓋官冠宇遭毆打後仍有氣息，實因余國賓、張志銘及曾泳智等人後續之遺棄行為介入，始造成其死亡結果。原判決徒憑法醫鑑定報告所載死亡機率認定其行為與官冠宇死亡結果間之因果關係，卻未依憑經驗法則判斷兩者之間有無相當性，更未調查釐清官冠宇遭遺棄期間有何足以延續先前傷害因果關係而可歸責之事由，顯有判決不適用法則及判決理由不備之違法。(二)官冠宇傷勢多集中在四肢，可知上訴人等並無攻擊其致命部位，高漢丞客觀上自無從預見官冠宇之意外死亡結果。官冠宇所受頭部致命傷係張志銘所為，已超越上訴人等之計畫範圍而難以預見，自不應令負加重結果責任。(三)高漢丞先以膠帶反綁官冠宇雙手之拘禁行為，係為遂行後續之傷害行為，其行為出於單一意思決定，應適用刑法想像競合之規定論以一傷害罪為已足。原判決卻論以傷害及私行拘禁二罪，所為認事用法亦有違誤。(四)高漢丞為本件行為時未滿十九歲，尚非屬心智完全成熟之成年人，相較於未滿十八歲之黃姓少年僅處有期徒刑四年四月，高漢丞卻遭科處九年二月之重刑，所為科刑顯然有違平等原則及比例原則。上訴人曾泳智上訴意旨略稱：高漢丞指證前後不一，已有可疑；少年徐○○（名字、年籍詳卷）之指證亦可能係當場混亂情形出於誤解所致。反觀余國賓、陳智文、張志銘等人均證述曾泳智並未參與毆打行為，原判決未說明何以不足採信

之理由，認事用法洵有違誤。上訴人張志銘上訴意旨則略稱：就官冠宇死亡原因，依法醫鑑定意見認若能及時送醫有增加存活之機會，故官冠宇死亡結果應非其持棍擊中頭部之行爲所致，況其打中官冠宇頭部係因官冠宇忽然倒下之故，其實無法預見此一意外結果。原判決未查上情，認其應負傷害致死罪責，恐有違誤各云云。

二、惟查：

(一)採證認事、證據之取捨及證據證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，苟無違背證據法則，自不能指爲違法。且法院憑以認定犯罪事實之證據，並不悉以直接證據爲限，即綜合各種直接、間接證據，本於推理作用，爲其認定犯罪事實之基礎，並非法所不許。又證人之陳述前後雖有差異或矛盾，事實審法院非不得本於經驗及論理法則，斟酌其他情形，作合理之比較，定其取捨，非謂其中一有不符，即應全部不予採信。本件原審係綜合證人陳智文、余國賓、高漢丞、張志銘、曾泳智、林韋樂、林采潔、蘇煥鼎、李季鴻及少年黃○○、楊○○之供述，並分別斟酌卷附員警工作記錄簿、現場取證照片、通聯紀錄查詢單、監視錄影光碟暨其翻拍照片、內政部警政署刑事警察局鑑驗書、診斷證明書、救護紀錄表、行動電話通聯紀錄、檢察官勘驗筆錄、相驗筆錄、檢驗報告書、相驗照片、法務部法醫研究所函、解剖報告書、鑑定報告書、相驗屍體證明書及扣案膠帶、木棒、椅腳等證據資料，認定上訴人等分別有原判決事實欄所載之私行拘禁、傷害致人於死或遺棄等犯行，因而撤銷第一審關於陳智文、高漢丞、張志銘共同私行拘禁、傷害及遺棄致人於死；余國賓、曾泳智共同傷害及遺棄致人於死（即如原判決附表壹、貳所示部分），暨上訴人等定執行刑部分之科刑判決，改判論處陳智文成年人與少年共同對少年犯私行拘禁罪及成年人與少年共同犯傷害致人於死罪二罪刑（均處有期徒刑，並皆爲相關從刑之宣告；遺棄致人於死部分諭知無罪，檢察

官未上訴)；余國賓成年人與少年共同犯傷害致人於死罪刑(處有期徒刑九年，並為相關從刑之宣告；遺棄罪不得上訴第三審，詳後)；高漢丞共同犯私行拘禁罪及傷害致人於死罪二罪刑(均處有期徒刑，並皆為相關從刑之宣告；遺棄致人於死部分諭知無罪，檢察官未上訴)；曾泳智共同犯傷害致人於死罪刑(處有期徒刑七年，並為相關從刑之宣告；遺棄罪不得上訴第三審，詳後)；張志銘成年人與少年共同犯傷害致人於死罪刑(累犯，處有期徒刑九年六月，並為相關從刑之宣告；私行拘禁罪部分撤銷〈未據起訴〉，檢察官未上訴；遺棄罪部分不得上訴第三審，詳後)。均已依據卷內資料，說明其所憑之證據及認定之理由。對於上訴人等否認犯行，陳智文辯稱：其未指示黃○○等人帶回官冠宇及楊○○，是因為黃○○向其表示無處可去，始同意彼等前往其所經營之檳榔攤，其既未參與綑綁及毆打被害人，亦未說過「有仇報仇，沒仇練拳頭」之類的話云云。余國賓辯稱：其未出手毆打官冠宇，亦無共同傷害之犯意聯絡，且官冠宇致命傷係遭張志銘不慎擊中頭部所致，就此其無預見可能云云。高漢丞辯稱：僅知黃○○要找官冠宇及楊○○，因而向其告知彼等行蹤，並依黃○○所述，與黃○○及被害人前往○○檳榔攤，當時並無妨害自由之意云云。張志銘辯以：當時其僅毆打官冠宇腳部，而非針對其頭部毆擊云云。曾泳智辯稱：其未動手毆打官冠宇云云，經綜合調查證據之結果，認如何係避重就輕之圖卸之詞，不足採信；楊○○、余國賓、曾泳智所為部分有利於陳智文之供述，如何不足為陳智文有利之認定(見原判決第十六頁)；林韋樂所陳看到余國賓在二樓，沒有打被害人或罵人；看到被害人遭毆打時，曾泳智還是在電腦桌前云云，如何不足為余國賓、曾泳智有利之證明(見原判決第十七、十八頁)，均已依據卷內資料詳加指駁，揆之上開說明，自不能指為違法。

(二)按行為人著手於犯罪之實行，發生構成要件之結果後，倘行為

人仍以其意志控制犯罪行為之繼續進行，直至行為終止，犯罪始行終結者，謂之「繼續犯」（如刑法第三百零二條第一項之妨害自由罪），此與構成要件結果發生，犯罪即為既遂且亦同時終結，僅法益侵害狀態仍然持續之「狀態犯」（如刑法第二百七十七條第一項之傷害罪）有別。而繼續犯之行為人在犯罪行為繼續進行中，倘又實行其他犯罪行為，致數行為之部分行為兩相重疊時，該數行為在法律上究應如何評價，學說上見解紛歧。雖論者有謂祇須數行為之主要部分重疊，即應視為單一行為，而論以想像競合犯云云；惟單純藉由部分行為之重疊，尚不足以評價為單一行為，必也繼續犯之行為自始即以之為實行其他犯罪行為之手段或前提；或其他犯罪之實行，在於確保或維護繼續犯之狀態，始得評價為單一行為，而有想像競合犯之適用。倘非如此，或其他犯罪之實行係另起犯意，利用原繼續犯之狀態而為，均難評價為單一行為；應認係不同之數行為，而以數罪論處。原判決事實認定陳智文經營之○○檳榔攤先後遭不詳之人砸店，並有余國賓及黃○○之共同友人遭人毆打成傷，高漢丞等人懷疑係由與被害人官冠宇有關之「遠勢集團」人員所為，乃將被害人押至○○檳榔攤綑綁、拘禁。旋經陳智文、余國賓接續詢問官冠宇是否知悉先前砸店之人所在地點，因不滿意其回答情形，始予毆打成傷致死等情；理由並說明陳智文、高漢丞所犯前述私行拘禁及傷害致人於死二罪，犯意各別且行為互殊，應予分論併罰等旨（見原判決第三、四、二三頁），按之楊○○所證，高漢丞等人押人之目的，是要找出之前砸店之人（見相驗卷第一〇九頁）；黃○○亦證稱：「當時把被害人押至檳榔攤，祇是想問打我朋友的人是誰，沒有其他打算。」（見第一審卷(二)第二四〇頁）；高漢丞且證稱：「官冠宇在回答陳智文之問話前未被毆打，陳智文叫官冠宇要配合，配合好就有煙抽，官冠宇說他真的不知道，後來他就被打。……陳智文用台語說『給他假肖』，口氣就是要人家打……」

。」（見第一審卷(三)第四頁正、反面）各等語，原判決認陳智文等人私行拘禁後，因不滿意官冠宇之回答情形，始另基於新的犯罪決意，利用官冠宇被綑綁、拘禁而無法抗拒之狀態，傷害官冠宇致死，而予數罪併罰，經核尚無不合，不能逕指為違法。

(三)對於犯罪構成要件預定一定之結果為其構成要件要素之犯罪（結果犯），其犯罪行為可否認定為既遂，主「相當因果關係說」者認為，其行為與結果間，不僅須具備「若無該行為，則無該結果」之條件關係，更須具有依據一般日常生活經驗，有該行為，通常皆足以造成該結果之相當性，始足令負既遂責任；而主「客觀歸責理論」者則將結果原因與結果歸責之概念作區分，認為除應具備條件上之因果關係外，尚須審酌該結果發生是否可歸責於行為人之「客觀可歸責性」，祇有在行為人之行為對行為客體製造並實現法所不容許之風險，該結果始歸由行為人負責。而實務上於因果關係之判斷，雖多採「相當因果關係說」，但因因果關係之「相當」與否，概念含糊，在判斷上不免流於主觀，而有因人而異之疑慮，乃有引進「客觀歸責理論」之學說者，期使因果關係之認定與歸責之判斷，更為細緻精確。至於因果關係是否因第三人行為之介入而中斷，就採「相當因果關係說」者而言，其行為既經評價為結果發生之相當原因，則不論有無他事實介入，對該因果關係皆不生影響；而就主「客觀歸責理論」者以觀，必也該第三人創造並單獨實現一個足以導致結果發生之獨立危險，始足以中斷最初行為人與結果間之因果關係。易言之，結果之發生如出於偶然，固不能將結果歸咎於危險行為，但行為與結果間如未產生重大因果偏離，結果之發生與最初行為人之行為仍具「常態關連性」時，最初行為人自應負既遂之責。又刑法傷害致人於死罪之因果關係屬「雙重因果關係」，不僅傷害行為對傷害結果須有因果關係，對非一般行為結果之死亡部分（加重結果），亦須有因果

關係。原判決就官冠宇之死亡結果，如何確係因上訴人等之傷害行為所致，而與該傷害犯行具有相當因果關係，不因余國賓等人之遺棄行為，而中斷與官冠宇死亡結果間之因果關係等情，已據原判決於理由內闡述甚詳（見原判決第二十、二一頁，理由參之三），核無不合。且依李季鴻所證，其至「○○檳榔攤」時，即發現官冠宇已倒地不動（見相驗卷第一〇九頁）；陳智文亦供稱，官冠宇被毆倒地時，其有對官冠宇心臟按摩，發現官冠宇還是沒有醒來，其對官冠宇作了三次C P R，還是沒有醒等語（見第一審卷(一)第二八頁反面）；少年徐○○甚且證稱，余國賓將官冠宇棄置回來之後，即告以官冠宇已經斷氣等語（見第八八號偵查卷第二四五頁），足見官冠宇被毆打後，確係因傷致死，原審顯非單憑法醫鑑定報告所載死亡機率，即作相當因果關係之價值判斷。又上訴人等之傷害行為既經評價為死亡結果發生之相當原因，則不論事後有無其他遺棄事實介入，對該因果關係皆不生影響。況依前所述，官冠宇被毆倒地時，陳智文對官冠宇作了三次C P R，還是沒有醒來；余國賓將官冠宇棄置回來之後，即告以官冠宇已經斷氣等情，顯見本件死亡結果並非余國賓等人之遺棄行為所致，亦即余國賓等人之遺棄行為，並非單獨實現足以導致結果發生之獨立危險，就「客觀歸責理論」而言，官冠宇之死亡結果與上訴人等之傷害行為仍具有「常態關連性」。原判決認上訴人等應負傷害致人於死罪責，亦無違背經驗及論理法則可言。上訴人等妄指原審未依憑經驗法則判斷官冠宇之死亡結果與上訴人等之傷害行為間有無相當性，亦未調查釐清客觀可歸責性云云，自非依據卷內訴訟資料而為具體指摘之合法第三審上訴理由。

(四)原判決經綜合全案證據資料，本於事實審法院職權推理之作用，認定曾泳智有共同傷害致人於死之犯行，已詳細說明曾泳智有罪確信之心證理由（見原判決第十一至十五、十八、十九頁）。所為說明，核與經驗及論理法則俱屬無違。原判決既已說

明採納相關證據之理由，並摒棄高漢丞事後翻異之詞及林韋樂所為有利於曾泳智之證詞，雖未同時說明其他證人之部分供述如何不足採，但此乃事實審法院本於判斷之職權，而為證據取捨之當然結果，亦無所指理由欠備、理由矛盾等違法情形。

(五)刑之量定，係實體法上賦予法院得自由裁量之事項，倘其所為之量刑未逾越法律所規定之範圍，又未明顯違背罪刑相當原則，即不得任意指摘為違法。原判決就高漢丞之犯罪情節，已在事實欄明白認定，於理由內詳加論斷，其以高漢丞犯行之罪責程度為依據，而量處與罪責程度相稱之宣告刑，既未逾越法定刑度，又未濫用自由裁量之權限，自難妄指為違背罪刑相當原則之違法。

(六)上訴人等就張志銘等人分持木棒、椅腳或徒手毆打之情形下，可能擊中官冠宇頭部等要害，導致死亡一節，如何在客觀上確有預見可能性，而與少年黃○○、徐○○為共同正犯等情，亦據原判決於理由內逐一闡述甚詳（見原判決第二一至二三頁）。上訴人等無視於原判決此部分論述，仍執陳詞，重為事實之爭辯，亦與法律所規定得上訴第三審之理由不相適合。

(七)其餘上訴意旨，徒就原審採證認事之職權行使，及判決內明白論斷之事項，任憑己見漫為指摘，並為單純事實上之爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，均不相適合。依上說明，應認上訴人等此部分之上訴，皆不合法律上之程式，均予以駁回。

乙、關於余國賓、曾泳智及張志銘遺棄部分：

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；又刑事訴訟法第三百七十六條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，刑事訴訟法第三百四十八條第一項、第三百七十六條定有明文。本件上訴人余國賓、曾泳智及張志銘因傷害致人於死等罪案件，不服原審判決提起上訴，並未聲明為一部上訴，自應視為全部上訴。惟原判決關於依刑法第二百九

十三條第一項論處余國賓、曾泳智及張志銘遺棄罪刑部分，核屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款之案件，依首開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院。余國賓、曾泳智及張志銘猶對此部分提起上訴，顯為法所不許，均應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 十八 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 洪 昌 宏

法官 宋 祺

法官 徐 昌 錦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 二十一 日

v

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,317

【裁判日期】 1020123

【裁判案由】 違反貪污治罪條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三一七號

上 訴 人 台灣高等法院台南分院檢察署檢察官

上 訴 人

即 被 告 簡宗霖

選任辯護人 陳佳瑤律師

上 訴 人

即 被 告 張旺根

選任辯護人 林志忠律師

陳國華律師

上 訴 人

即 被 告 王世清

選任辯護人 詹漢山律師

被 告 林續鵬

選任辯護人 林菊芳律師

被 告 林惠郎

鎖靖容

上列上訴人等因被告等違反貪污治罪條例案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇〇年十一月九日第二審更審判決（九十九年度重上更(二)字第一八五號；起訴案號：台灣雲林地方法院檢察署九十三年度偵字第一九九四、二一一六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。又證據之取捨及其證明力之判斷與事實之認定，俱屬事實審法院自由判斷裁量之職權，此項自由判斷職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則及論理法則，即難任憑己意，指摘為違法，而據為第三審上訴之適法理由。且原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

壹、檢察官上訴部分

一、檢察官上訴意旨略稱：(一)、原判決既然認定上訴人即被告簡宗霖、張旺根及王世清（下稱簡宗霖等三人）皆為警方人員，為爭取緝槍績效，由簡宗霖向因藏匿槍擊要犯被通緝、自動至警局投案（按由時任立法委員之林重謨陪同）之林純烈（按曾任鎮民代表會主席；藏匿人犯罪業經判刑確定），表示如能報繳、交出八支槍，將可免予列為「治平專案」（按指危害社會治安重大之特殊案件）處理對象，林純烈不得已應允，囑請陳健雄（按林純烈、陳健雄有關係爭槍、彈之事，業經原審更一審判決免刑，先告確定）設法籌出如原判決附表二所示槍、彈一批。陳健雄照辦，於民國九十二年十月二日籌齊，翌（三）日告悉林純烈，林純烈指示陳健雄於同年、月七日藏置在（前）台中縣神岡鄉某貨櫃場之貨櫃下方，以石頭壓鎖隱匿，再由吳俊卿（按綽號台語「蕃薯」，即林純烈原所藏匿之人犯）帶同張旺根、王世清等警員多人前往取出，簡宗霖等三人據以製作吳俊卿非法持有此批槍、彈為警查獲之警詢筆錄，移送檢察官偵辦等情。縱然關於槍砲彈藥刀械管制條例第十七條第一項前段栽槍反坐之誣陷罪規定，已經

廢止，但檢察官仍屬刑法第一百六十九條第一項所稱之該管公務員，簡宗霖等三人以不實內容之筆錄、移送書，向檢察官虛偽告發、報告吳俊卿犯非法持有槍、彈罪，自當逕依上揭刑法誣告罪論擬，詎原判決認為無成立該誣告罪或準誣告罪之餘地，已有判決不適用法則之違法；又系爭槍、彈於九十二年十月二日即全部籌齊，迨至同年、月七日始行交出，在此期間歷有多日，當足以危害社會治安，林純烈雖因利益交換而作為，仍「應係其經深思熟慮後之決定」，原審卻認屬「喪失自由意思下之決定」，缺乏非法持有槍、彈之主觀犯意，既不認定簡宗霖等三人有與林純烈、陳健雄成立非法持有槍、彈之共同正犯關係，亦不認為可以成立間接正犯，顯然違背經驗法則，且適用法則不當。(二)、吳俊卿迭在偵查及第一審審理中，已供明前往取槍時，共有二輛車一同進行，即一輛廂型車（另一輛係一般自小客車）；張旺根在調查中，先謂：伊夥同林惠郎等共七人，「押解吳俊卿搭乘一部廂型車」去取槍；在嗣後復改稱：「我帶同……林惠郎、陳鴻裕（按後者已經判決無罪，先告確定）總共八個（人）」去取槍各等語，然則衡諸張旺根明知該廂型車屬「六人座」，竟謂七人或八人押解吳俊卿外出取槍，可見不實，而吳俊卿上揭證言始屬可信。詎原審不採，認定林惠郎未參加取槍之行，祇有單純參與警詢筆錄之製作，而不知其餘內情，卻未就張旺根前揭不利之供述，如何不足為林惠郎不利認定之依據，說明其判斷之理由，尚嫌理由欠備。再參以方成德（按亦係警員，偵查檢察官未認其有犯罪嫌疑，未遭一同起訴）在偵查中，供述伊「載林續鵬到（前）台中縣刑警隊時，已接近中午，……吳俊卿已經在辦公室裡面」等語，而據系爭取槍錄影時間，顯示祇費時十四分三十七秒即完成，可見距離甚近，卻未在中午之前完成取槍，竟拖延至下午二時五十五分始完成其事，足見此中間時段，當係在等候裁槍事宜安排完妥；從而，林續鵬、鎖靖容既然一同在場，「顯然當天均知悉吳俊卿係被裁槍」。原判決則認定林續鵬、鎖靖容及林惠郎皆無

裁槍之犯意聯絡、行為分擔，為無罪之諭知，所為處置不同於其他之簡宗霖等三人，其採證認事即違經驗法則，並有判決理由矛盾之違誤云云。

二、惟查：

(一)、刑法關於妨害司法正義之犯罪，定有枉法裁判（第一百二十四條）；濫權追訴處罰（第一百二十五條）；偽證（第一百六十八條）；誣告（第一百六十九條；含第一百七十條、第一百七十一條）等罪名。就犯罪主體以觀，依現制而言，前二罪乃專指法官、檢察官，後二罪則係人民。雖然法官、檢察官依其個人身分，亦得為後二罪之行為主體，但就其等以執法人員身分，於自己所承辦或受理之訴訟案件，則不得為後二罪之行為主體，否則即混淆行為主體與受理機關本質不同之相互對立關係。至於具有犯罪調查權之司法警察（官），僅凌虐人犯、違法行刑等情形，同法第一百二十六條、第一百二十七條定有處罰，縱有相類以枉法、濫權、栽贓、誣陷而妨害司法正義之情形，除非有具體事證證明自始出於私怨報復外，因別無類似於前揭各法文之特別規定，是依罪刑法定主義，祇能回歸適用一般規範，依同法第二百十三條之公務員登載不實文書罪名予以論擬（法定刑為一年以上七年以下有期徒刑；相同於上揭枉法裁判、濫權追訴處罰及凌虐人犯等各罪之刑度）。槍砲彈藥刀械管制條例第十七條，對於栽贓誣陷或捏造證據誣告他人犯該條例若干重罪之情形，原定有反坐之刑罰規定（第二項並特別就「公務員或經選舉產生之公職人員犯此罪者」，嚴格規定「加重其刑二分之一」），嗣因司法院釋字第五五一號解釋，指出：「反坐」，屬原始應報刑思想，違背現代刑事法學之行為人主觀責任基礎理論，要與罪責相當原則及比例原則之要求，均不盡相符一情，業於九十四年修正刪除而廢止。原判決本此見解，就簡宗霖等三人製作不實內容之警詢筆錄及起槍經過紀錄等文書，認為祇成立刑法第二百十三條之公務員登載不實公文書罪（此部分再詳見後述），並對於被訴之違反槍砲

彈藥刀械管制條例第十七條第一項（起訴書漏列第二項）一節，以公訴人認為與上揭論罪部分，具有刑法修正前牽連犯裁判上一罪關係，而不另諭知免訴，經核並無檢察官關於此部分上訴意旨所指之違誤。

（二）、刑法第一百六十九條第一項之誣告罪，係以意圖他人受刑事或懲戒處分，向該管公務員誣告，作為構成要件。其中關於刑事處分之誣「告」，依刑事訴訟法第二百二十八條第一項規定，即為告訴及告發（不含第二百四十三條第一項所定外國「政府」之「請求」），乃人民請求犯罪之調、偵查或審判機關，查辦其所提控之人與事之訴訟行為，屬私人意思表示及意願；至於受理之司法警察官依刑事訴訟法第二百二十九條第二項將之移送，或司法警察依同法第二百三十條第二項、第二百三十一條第二項將之報告於該管檢察官，則係本於警察職權（責）之公行政作為，二者有別，不應混淆。本件檢察官上訴意旨，將簡宗霖等三人以不實內容之警詢筆錄，移送台灣雲林地方法院檢察署，偵辦吳俊卿違反槍砲彈藥刀械管制條例之事，援引本院四十年台上字第八八號判例，認為此項移送作為，該當於誣告罪之「告發或報告」，進而謂應論處誣告罪刑一節，容有將該判例所指之告訴人，和本件之承辦警方人員，尚非相同，卻公私不分、相互混淆之誤解。

（三）、我國現行刑法採二元（直接；間接）犯罪參與體系，第四章所稱之正犯，係相對於共犯（傳統上稱為「從犯」；指教唆犯及幫助犯，屬間接參與犯罪實行之人）而言，計分三種類型，即為直接正犯、間接正犯及共同正犯，觀諸其修正理由記載甚明。而直接正犯，指行為人出於自己犯罪之意思，直接實行犯罪之行為，望文即生義，最為典型；間接正犯，指行為人雖未自己實行犯罪構成要件之行為，卻基於自己犯罪之意思，利用無責任能力或乏犯罪故意之他人進行，因無異將他人作為自己犯罪之手腳或道具，是給予相同之評價；共同正犯，則指行為人出於自己犯罪之意思，而與他人有犯意聯絡、行為分擔，因互相利用、共同完成

自己之犯罪計畫，是須就犯罪之全部內涵，共同負責。可見倘未參與實行犯罪構成要件之行爲，且無有利用他人以完成自己犯罪計畫之意思者，既不成立共同正犯，亦非間接正犯。又所謂教唆犯，係指教唆原無犯罪意思之他人，使之萌生犯罪之意思，進而實行犯罪之情形而言，因造意引發他人產生犯意而犯罪，就惹起犯罪之角度觀察，與正犯之間，具有一定程度之從屬性，但若被教唆者實際上並不成立犯罪（例如無效教唆或失敗教唆），則教唆者之教唆行爲，無何作用，乃不加非難，亦不成立犯罪，刑法第二十九條修正意旨說明綦詳。再學理上另有所謂「陷害教唆」者，則指司法警察人員，祇因認爲他人有犯罪之嫌疑，卻苦無證據，遂設下計謀，使該他人果然中計、從事犯罪之行爲，然後加以逮捕，倘事後查明，該他人其實原無犯罪之意思，純因司法警察或其相關人員之唆使，始萌生犯意、實行犯罪，形同遭受陷害，爲維護司法之純潔及公正性，當予禁止，且不應令其人負犯罪之刑責；此與司法警察人員對於原有犯意之人，運用蒐證之技巧，以「釣魚」方式，使之上鉤、現形，以便利用其再爲犯罪之機會，將之逮捕，即學理上所稱之「機會教唆」或「釣魚式偵查」之情形有別。然而無論陷害教唆或機會教唆，均僅係對於該客觀上實行犯罪之行爲人，應否課以刑責及犯罪遂行之程度等問題而爲探討，無關司法警察有無刑責。進一步言，縱然司法警察採行陷害教唆之辦案方式，有害司法正義，但因不具有自己犯罪或和他人共同犯罪之意思，尙不構成間接正犯或共同正犯，且因被教唆者不會成立犯罪，司法警察亦無成立教唆犯之餘地；至於是否應負行政責任或因其他犯罪情事，須負其他刑責，乃屬另一問題。原判決對於簡宗霖等三人，以類似陷害教唆方式辦案，要求林純烈交槍，由吳俊卿扛責，於理由乙一參一五及六內，說明其等三人尙難因林純烈等人非法持有槍、彈，而構成間接正犯，或與之成立共同正犯，此二部分均因公訴人認爲與後述之公務員登載不實公文書罪部分，具有裁判上一罪關係，不另爲無罪諭知。經

核其論述、行文，雖略欠完備或存有瑕疵，但結論並無不合。檢察官就此部分之上訴意旨，所持見解，並非的論，仍無可取。

(四)、刑事訴訟新制採改良式當事人進行主義，檢察官應負實質舉證責任，若其所舉證據不足以說服法院形成被告有罪之確信心證，當受類似民事訴訟之敗訴判決，逕為被告無罪之諭知，以落實無罪推定原則與證據裁判主義，觀諸刑事訴訟法第一百五十四條第一項、第二項、第一百六十一條第一項及第三百零一條第一項規定即明。公民與政治權利國際公約第十四條第二項暨刑事妥速審判法第六條亦同此意旨。而認定犯罪事實所憑之證據，無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，尚不得任意指為違法。

原判決關於林續鵬部分，於其理由丙—四—(二)內，敘明林續鵬堅決否認共同犯罪，辯稱當時伊正逢父喪，純為發訃文而去（前）台中縣警察局，祇談治喪事宜，未參與借提吳俊卿及取槍之事，事前亦不知此計畫或具體任務等語，雖然簡宗霖、張旺根在偵查中，前者曾謂派遣林續鵬會同取槍；後者言林續鵬應該都知情各云云，然在原審審理時，前者供明：祇是指派林續鵬要去支援，「沒有說要去取槍」；後者澄清：因為林續鵬是「拔薯專案」（按因吳俊卿係當時國內十大槍擊要犯之首，警方成立此專案專門緝捕）重要的召集人之一，並為此案之查辦長官，「理論上」我當然認為他應該都知道；與林續鵬同行之方成德更供證：簡宗霖「只叫我們會同借提，電話中並沒有提到取槍」，我是一直到下午才知取槍之事各等語，可見林續鵬是否確在事前知情，尚非無疑。何況縱然事先知悉，然而系爭栽槍計畫，乃簡宗霖（按此節另詳見後述）以不提報林純烈為治平專案對象，作為交換條件，換取林純烈交出上揭如原判決附表二所示八把槍枝，栽贓給吳俊

卿，（以擴大緝槍績效），此事須賴林純烈及吳俊卿同意配合，始能完成，但衡諸情商林純烈者，係簡宗霖；借提林純烈以籌槍者，為王世清；借提吳俊卿，並通知林純烈到場交涉者，乃楊周書；最後指示再借提吳俊卿，嗣更帶隊執行取槍事宜者，即張旺根，皆非林續鵬。林續鵬固屬緝捕吳俊卿之專案重要成員，既與真正交槍之林純烈無關，仍無因此推斷其和栽槍爭績效之事有直接關係，更難逕行推論其與簡宗霖具有栽槍之犯意聯絡、行為分擔。

又原判決關於林惠郎、鎖靖容部分，於其理由丙—四—(三)內，指出其等均堅決否認共同犯罪，前者辯稱祇是單純承張旺根命令，從事借提及解還吳俊卿之工作，其餘取槍、作筆錄，皆未參加，不明內情；後者辯稱根本未參加取槍任務，僅在事後負責筆錄製作，因吳俊卿答詢自然，既無逼供，亦未利益交換，且因全程錄影，不疑其他各等語。雖然吳俊卿在第一審審理中，曾謂林惠郎、鎖靖容在（前）台中縣警察局談論取槍事宜時，亦「有在場」云云，然則吳俊卿實際上係經陳健雄以夾藏地圖於檳榔內之方式，得悉陳健雄藏槍地點，再帶領警方人員前往取出，已經原審查明論斷（按此節另詳見後述），並非張旺根先行自藏，中途會合餘警，更非王世清以手比方式，指示吳俊卿照比而搜出，可見吳俊卿所供，尚難盡信；何況林惠郎、鎖靖容於吳俊卿製作警詢筆錄時均在場，吳俊卿混淆取槍前後情節，非無可能。衡諸林惠郎、鎖靖容僅係地方基層警員，奉派從事提解或文書工作，非關重要，既未參與尋槍、取槍任務，尚無確證足證有參加栽槍、起槍之計畫與執行之犯意聯絡、行為分擔，自不能祇因和簡宗霖（按係中央機關之組長）同屬「拔薯專案」成員，遽行推認彼此係共同正犯。

以上所為之證據取捨與得心證理由，俱有上揭各訴訟資料在案可稽，自形式上觀察，並未違背客觀存在之經驗法則或論理法則。檢察官此部分上訴意旨，亦置原判決已明白論斷之事項於不顧，

就屬原審採證認事職權之適法行使，異持評價指摘為違法，且猶屬單純之事實爭議，尚非適法之第三審上訴理由。依上說明，應認檢察官之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

貳、簡宗霖等三人上訴部分

一、簡宗霖上訴意旨略以：(一)、簡宗霖僅係內政部警政署刑事警察局（下稱刑警局）組長，並非檢察官或法官，根本無權決定林純烈能否交保、不被羈押，而林純烈曾任彰化縣二林鎮鎮民代表會主席，自有此常識，詎原判決竟認定簡宗霖以可使林純烈交保為條件，要求林純烈交出槍枝作為對價。衡諸偵查檢察官李鵬程在原審已到庭證稱警方之借提吳俊卿，續查槍枝下落，係伊所指揮；張旺根並謂：此次借提行動，「是由我指揮」各等語，足見簡宗霖係被動受通報參與支援，詎原審則認定為係因簡宗霖已與林純烈達成栽槍協議，而主動通知張旺根等人安排取捨。再參諸王世清在審理中，已經澄清伊與王詠慶之電話通聯，乃單純要王詠慶轉告郭全富：「將吳俊卿犯罪集團所擁有之全部槍枝交出」而已，可見並無所謂栽槍問題，詎原判決仍然認定有栽槍之事。另據監聽王世清和王詠慶上揭行動電話通訊紀錄譯文，顯示王詠慶說：「他（按指林純烈）跟他們（按指警方人員）說好像要先拿五萬，他是說可能會欠一萬」等語，縱然所謂「五萬」、「一萬」係暗語，充其量僅指五把槍，或尚欠一把槍，然而原判決卻認定已經達成交出八把槍之協議。凡此，皆有認定事實和卷內證據不相適合之證據上理由矛盾情形存在。(二)、陳健雄關於其如何將藏槍之事告知吳俊卿一節，所言先後不一，尤其槍枝之外包裝、覆蓋情形，竟有多種版本，亦與搜獲錄影光碟所顯示者有別，益見不實，原判決仍然採用，顯非允洽。(三)、林純烈究竟以如何方式取得系爭槍、彈，攸關犯罪構成要件事實之認定，倘係以買賣方式購得，則其資金來源即有調查必要，原審未加詳查，遽行認定為「不詳方式」，難謂無查證未盡之違失。

二、張旺根上訴意旨略為：吳俊卿既為當時之國內首號槍擊要犯

，擁有槍械究竟多少，委實無法確定，縱然部分經查扣在案，但有無其他流落在外，仍不得而知。從而，張旺根出於合理懷疑，追查系爭槍枝，尚無不法存心，「原判決認定被告張旺根涉有貪污治罪條例案件犯行，確有違背法令」（按其實原判決就檢察官以補充理由書提出於第一審，請求併辦簡宗霖等三人犯貪污治罪條例第五條第一項第二款之利用職務詐取財物〈績效獎金〉一節，於其理由參一四內，說明雖為爭績效，但未申請核發緝槍獎金，尚不構成該罪名，無從併予審究），請撤銷改判張旺根無罪。

三、王世清上訴意旨略稱：原審僅憑林純烈先後矛盾之供述，與內容語焉不詳之行動電話通訊監聽紀錄譯文，逕行認定王世清和簡宗霖等一夥警方人員，具有共同犯罪之意思聯絡、行為分擔，已嫌判決理由不備；尤其王世清並未參與吳俊卿之九十二年十月六日警詢筆錄之製作工作，原判決卻為有此參與之事實認定，而未敘明所憑認定之依據，顯然認定事實不憑證據，有違證據裁判主義各云云。

四、惟查：法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得之直接、間接證據，本於合理之推論而為判斷，要非法所不許。而供述證據雖然前後不一或彼此齟齬，審理事實之法院仍得斟酌各相關之證據資料，定其取捨，採用相同之基本事實供述，非謂其中一有不符，即應全部不採。再所謂應於審判期日調查之證據，係指與待證事實具有重要關係，在客觀上認為有調查之必要性，且有調查之可能性，為認定事實、適用法律之基礎者而言；若事實已臻明確，或調查途徑已窮，自毋庸為無益之調查，亦無未盡調查證據職責之違法可言。

原判決主要係依憑簡宗霖等三人皆坦承為系爭「拔薯專案」小組成員，共同承辦借提吳俊卿事宜，並使之與先前藏匿吳俊卿而自動投案之林純烈在警局會面，後來再度借提吳俊卿搜出系爭八把槍枝，嗣復據以製作警詢筆錄，將吳俊卿以違反槍砲彈藥刀械管制條例移送檢察官偵辦；簡宗霖尚直言：林純烈曾擔任鎮民代表

會主席，而治平專案搜證對象即包含此類職位之人員；張旺根另坦言：起槍之前，有一林純烈之友人（按即陳健雄）說帶檳榔給吳俊卿吃，「我請王世清給他搜身後，就讓他進去」，「該名男子把香菸及檳榔交給吳俊卿」；王世清亦供承：因簡宗霖向吳俊卿之同夥、手下郭全富要求交出六把槍，乃由我連繫人稱「老進」之王詠慶（按於地方輩份高於林純烈、吳俊卿）處理，後來王詠慶回報略謂此部分伊不再處理，因為簡宗霖已另向林純烈要求繳出八把手槍，我後來奉張旺根指示，借提林純烈，請詹士正代為籌槍，我也將電話交給林純烈，由林純烈和王詠慶直接通話，談論交槍一事，另外於借提吳俊卿起槍之前，依照張旺根指示，讓陳健雄拿檳榔給吳俊卿，並交談約二十分鐘各等語之部分自白；林純烈堅稱：簡宗霖確實要求我繳出八把槍枝，我因此打電話給王詠慶、陳健雄及詹士正處理，簡宗霖係以不提報治平專案對象作為條件，交換我必須繳槍，我在被借提和吳俊卿會面時，小聲要求吳俊卿扛下非法持槍刑責；吳俊卿供證：確受林純烈要求扛下系爭槍枝刑責，該等槍、彈實係林純烈之友人拿去藏置，將藏放地圖夾在檳榔（盒）內，我再配合「演戲」，按圖帶領警員同往起獲，並供警方一路錄影存證；詹士正、陳健雄亦分別證實上揭有關其等各別部分之供述，陳健雄更詳言：我受林純烈交代，必須將一批槍、彈送至（前）台中縣刑警隊，到達時，因門口有值勤警員站崗，我不敢帶槍進去，後來我將槍藏置某拖吊場，折回時，買檳榔、香菸給尚在上揭警局之吳俊卿，讓他知道我要交出之槍枝，「是用一個舊舊的暗灰色的手提袋，外面再加上一個黑色新的不透明的塑膠袋，我還用一個飼料麻布袋蓋在上面，後（再）用石頭壓住放在一個大貨櫃底下」；郭全富證稱：警員將我和吳俊卿借提至台西分局，林純烈也在場，林純烈叫吳俊卿再承認持有八支槍；楊周書結證稱：我負責本案之借提與電話監聽工作，借提事宜均依簡宗霖指示辦理，監聽電話譯文皆正確無誤（按因此懷疑有栽槍之情，此部分另詳見後述）；簡嘉助指證

：我經楊周書通知，借提吳俊卿，親見吳俊卿和林純烈在警局內會面、交談；張簡承欽供明：我負責起槍當天的過程錄影工作，張旺根於出發之初，即一起行動，並非中途加入各等語；及林續鵬、鎖靖容、林惠郎、方成德一致就系爭警製筆錄與移送各節證實之證言；顯示王世清、王詠慶間以暗語「五萬」、「一萬」代表槍枝，王世清另將電話交給林純烈直接和王詠慶通聯，表示前事有變，須重新處理之各行動電話監聽通聯紀錄（含譯文）；系爭起槍經過製成之錄影光碟；勘驗上揭光碟，發現槍、彈外包裝及藏放情形，確如陳健雄所言之勘驗筆錄（其內容再詳見後述）；記載起槍經過與吳俊卿扛責之警詢筆錄、調查筆錄、扣押筆錄、移送書；衡諸勘驗起獲槍、彈現場之錄影光碟，顯示係臨溪、路旁之砂石場，多有砂石車出入、往來，風沙甚多，路邊停滿車輛，員工多人正在工作，足見非廢棄工廠；系爭貨櫃不大、毗連工廠，隨時可能被移去，可見藏槍地點既非隱密，亦不安全；尤其槍、彈外包裝，未見灰塵，顯然甫放不久，益見陳健雄、林純烈所供實係起槍當日藏置乙節，符合客觀環境等情況證據，乃認定簡宗霖等三人確有如原判決事實欄所載之犯行，因而撤銷第一審關於其三人部分之科刑判決，改判論處簡宗霖等三人均共同連續犯行使公務員登載不實文書罪刑（適用較有利之行爲時刑法；牽連犯刑法第一百六十五條之使用偽造證據罪，此輕罪名部分並應依同法第一百三十四條前段規定加重其刑；皆有中華民國九十六年罪犯減刑條例之適用。簡宗霖處有期徒刑三年，減爲有期徒刑一年六月，緩刑三年；張旺根處有期徒刑二年，減爲有期徒刑一年，緩刑三年；王世清處有期徒刑一年六月，減爲有期徒刑九月，緩刑三年）。對於簡宗霖等三人咸矢口否認犯罪，簡宗霖所爲林純烈既有立法委員陪同投案，豈會遭栽槍之條件交換，況吳俊卿確爲頭號槍擊要犯，落網之時，竟祇有子彈，別無槍枝，根本不合事理常情，故本於警員職責，續行追槍，果然起獲，何罪之有；張旺根、王世清所爲吳俊卿和林純烈乃屬同一犯罪集團，

前者並為後者之「小弟」，其集團各成員間，槍枝互相流用，起獲之系爭槍、彈，皆為其集團擁有，應甚明確，自無非法裁槍之情各云云之辯解，悉如何為飾卸之詞，不足採信，亦據卷內訴訟資料詳加指駁、說明。並指出：吳俊卿犯罪集團成員陳宏欣、黃志賢及曾富源均供稱其等與林純烈關係匪淺，黃志賢甚至逕稱林純烈為「老大」，且謂部分案件係由林純烈「策劃」，伊等執行等語，然則簡宗霖等三人卻未將林純烈此部分涉嫌共犯之情，移送檢察機關偵查，事實上，吳俊卿犯罪集團擁有之各式槍、彈，早經扣案，詳如原判決附表三所示，足見附表二所示之本件起獲槍、彈，當非吳俊卿所有；再就追槍順序觀之，係先由林純烈負責籌槍，然後借提吳俊卿使之會面，甚至交談，時間非短，如非事先安排，豈克如此？另載明：檢察官係因偵辦其他貪瀆案件，監聽得悉王世清竟與王詠慶以暗語通聯，懷疑裁槍，始借提吳俊卿，嗣後復傳訊林純烈，斯時簡宗霖等三人根本尚不知其中另有陳健雄其人存在，自無從串證；陳健雄所供關於槍、彈外包裝部分，要與錄影光碟所示者悉相吻合，可見確係親自作為；至於內包裝非其所為，供述齟齬，事所當然，何況時間已久，主要部分之記憶，難免模糊，此部分不足憑為有利於簡宗霖等三人認定之依據。

以上所為之事實認定及得心證理由，俱有上揭各直接、間接證據資料在案可稽，自形式上觀察，並不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，且事證堪謂已臻明確。簡宗霖等三人上訴意旨均置原判決已明白論斷之事項於不顧，就屬原審採證認事職權之適法行使，任憑己意，異持評價，指摘為違法，且猶執陳詞，仍為單純之事實爭議，咸難認為合法之第三審上訴理由。依上說明，應認簡宗霖等三人之上訴，皆為違背法律上之程式，同予駁回。至所牽連犯之刑法第一百三十四條、第一百六十五條之罪，為不得上訴第三審之罪，得上訴之刑法第二百十三條部分，其上訴不合法，則輕罪部分自無從為實體上之審究，此部分亦併駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 二十三 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 徐 昌 錦

法官 惠 光 霞

法官 洪 昌 宏

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 二十五 日

K

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,439

【裁判日期】 1020130

【裁判案由】 傷害致人於死

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第四三九號

上 訴 人 林品益

選任辯護人 蘇文奕律師

上列上訴人因傷害致人於死案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇一年十一月五日第二審判決（一〇一年度上訴字第四一〇號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署九十八年度偵字第一七四八一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審經審理結果，認為上訴人林品益與曾偉聰（已於民國一〇〇年三月二十六日死亡，業經判決公訴不受理在案）共同傷害被害人郭啓斌之身體，致其於死之犯行明確，乃維持第一審論處上訴人共同傷害人之身體，因而致人於死罪刑之判決（累犯，處有期徒刑七年六月），駁回上訴人及檢察官在第二審之上訴，已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。從形式上觀察，並無違反經驗、論理法則或其他足以影

響判決結果之違法情形存在。上訴人上訴意旨略稱：(一)原判決雖認證人郭源銘、曾偉聰之警詢陳述具有證據能力，惟未說明郭源銘陳述時之外部環境或條件，有何較可信之特別情況；對曾偉聰陳述具有較可信情況之判斷，更與證詞證明力之判斷相混淆。況郭源銘並未就本件毆打經過情形為具體陳述，而曾偉聰所述更與方振安、郭源銘之證述內容相異。原判決未說明證據取捨之論據，均有理由不備之違法。(二)本件被害人係遭曾偉聰毆打頭部致生死亡結果，上訴人僅自衛性地毆打被害人肩膀，不能預見曾偉聰所為而難認有何過失。原判決率認上訴人為傷害致死罪之共同正犯，於法有違。(三)上訴人經測謊鑑定結果認無不實反應，足見上訴人確未毆打被害人，此復有證人郭源銘及葉啓明之證詞相佐。原判決就有利上訴人之測謊結果遽不採信，卻未實際調查本件測謊是否確因上訴人之性格特質、理解力或情緒控制能力致生不正確之情形，自有調查未盡之違法云云。

惟查：

(一)證據之取捨及其證明力之判斷與事實之認定，俱屬事實審法院自由判斷裁量之職權，此項自由判斷職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則及論理法則，即難任憑己意，指摘為違法，而據為第三審上訴之適法理由。且法院憑以認定犯罪事實之證據，並不悉以直接證據為限，即綜合各種直接、間接證據，本於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，並非法所不許。又證人之陳述，雖前後稍有差異或彼此矛盾，事實審法院並非不得本於經驗及論理法則，斟酌其他情形，作合理之比較，定其取捨，非謂其中一有不符，即應全部不予採信。原判決採納證人方振安於第一審中所稱其有親眼目睹上訴人及曾偉聰出手毆打被害人，把被害人打趴在地上；且對被害人亂打亂踹，用腳踹被害人肚子、頭及身體之證言；及證人郭源銘於警詢中所供當時毆打被害人者有二個人，一位綽號叫「皮仔」，一位是曾偉聰；「皮仔」即為上訴人之證詞；並參酌上訴人於偵查中坦承

其有與被害人發生爭執，當時有用拳頭毆打被害人肩膀；及被害人事後因「頭部鈍傷併硬腦膜下腔出血、續發中樞衰竭」不治死亡之事實，且綜合卷內上訴人所不爭執之醫院診斷證明書、法醫參考病歷、檢察官勘驗筆錄、相驗屍體證明書、解剖筆錄、法務部法醫研究所函附解剖報告書及鑑定報告書、相驗報告書等相關資料，詳加研判，認定上訴人有共同傷害被害人之身體，因而致其於死等情；復說明上訴人所辯：「發生衝突當時，伊只有推開被害人，並未毆打被害人，被害人之傷勢非伊所造成；伊之行爲與被害人的死亡結果間並無因果關係」云云，如何係卸責之詞，不可採信；證人郭源銘於第一審翻異之證詞及證人葉啓明、曾偉聰之證言，如何均係迴護之詞，不足爲憑；另證人即被害人之母蔡秀子所言，如何不足爲上訴人有利之認定等旨，亦均據卷內證據資料詳加指駁、說明，核與經驗及論理法則並不相違背，爲其職權之適法行使，揆之上開說明，自不能指爲違法。

(二)所謂「測謊」，係依一般人在說謊時，容易產生恐懼、不安、與情境經驗等情緒波動反應，乃以科學方法，由施測人利用測謊儀器，將受測者之上開情緒波動反應情形加以記錄，用以判別受測者之供述是否真實之技術。是「測謊」在本質上並非針對「謊言」本身加以偵測，而是在檢測人體血壓、脈搏、呼吸及皮膚導電反應引起之生理變化，用以研判受測人所述是否屬實。然測謊中之生理反應不一定全然來自說謊，受測者於施測時之緊張情緒、疾病、激憤、冷靜之自我抑制，甚或爲受測以外之其他事件所影響，皆有可能引起相同或類似之生理反應，故是否說謊與生理反應之變化間，有無必然之因果關係，已有可疑；且受測者倘具特殊之人格特質，有無可能說謊與否，皆不致產生不同之情緒波動反應，亦無實證研究數據可憑；而案發過久，受測者情緒如已平復，或已合理化其行爲，降低其罪惡感，測謊之準確性亦難免受影響；尤以人類皆有避險之本能

，瞭解測謊原理者，如使用反制方法，或在施測前服用類似鎮定劑或心律不整之藥物，更足以影響測謊結果。是倘未慮及上述可能影響測謊結果之各種因素，僅以被告說謊與否之測謊結果作為判斷有罪或無罪之唯一依據，則測謊不惟可能陷人於罪，抑且反遭利用為「脫罪」之另一工具。故各國法院實務對測謊證據之容許性，見解極為紛歧。在美國法院刑事判決，多以測謊結果不具可靠性，而未採認其證明力；在德國實務更以法律缺乏測謊容許性與可靠性之明確規範，不論是否徵得被告同意受測，均係嚴重侵犯受測者之人格尊嚴，影響其意思自由，而完全排除測謊之證據能力。而我國就測謊是否為法定證據方法、如何實施、對於實施之爭執如何救濟、測謊結果有無證據能力，固均乏明文；但晚近實務多認為測謊在具備一定嚴格條件下，具有證據能力，可作為審判之參考，惟不得採為唯一或絕對之依據，是否可採，仍應由法院斟酌、取捨及判斷。原判決已說明：上訴人經內政部警政署刑事警察局測謊結果，就其供稱未曾毆打被害人部分，雖研判為「未說謊」，但影響測謊結果之因素頗多，諸如受測者可能因人格特性或對於測謊質問之問題無法真正瞭解或刻意控制，出現不合常情之結果，以致於若全盤接受測謊結果，測謊即有上述受眾多因素干擾之可能，自非得逕以測謊結果為判斷事實真偽之唯一證據。本件既有積極證據足資認定上訴人有上揭毆打被害人之犯行，自不足以動搖本案各該積極證據之證明力，是尚難徒憑測謊結果，逕為上訴人有利之認定等旨。則原判決已就上訴人所為之測謊結果為證據取捨之說明；且本件案發時係在九十八年八月二十四日，上訴人於同年十月四日始行投案，測謊鑑定並遲至一年後之九十九年十月一日始為進行，測謊之準確性亦難免受影響。上訴意旨僅憑自己主觀之見解，對於同一證據資料為相異之評價，亦非適法之上訴第三審理由。

(三)原判決就曾偉聰於警詢所為之供述，如何具有證據能力一節，

雖僅說明曾偉聰於一〇〇年三月二十六日死亡，而其於警詢中，有關從浴室出來後，看見上訴人罵被害人及被害人已經倒地之證言，與方振安之證言、郭源銘於警詢中之證言相符等語，認其警詢陳述例外具有證據能力，未就其於警詢時之陳述，如何具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要等詳為說明，而有微疵，然原判決並非專以曾偉聰於警詢時之陳述為上訴人論罪證據，是縱該警詢部分證據能力之論述有如上訴人所指之違法，本件除去此部分證據，綜合案內其他所有之證據，仍應為同一事實之認定，並不影響於原判決之主旨，自不能即認原判決違背法令。

(四)郭源銘之警詢陳述如何具有證據能力；上訴人就被害人之因傷死亡如何客觀上可以預見；其與曾偉聰何以為本件之共同正犯等情，已據原判決於理由內逐一闡述甚詳（見原判決第二、六、七、十二、十三頁，理由壹、一之(一)；貳、二之(三)(九)(十)）。上訴意旨無視於原判決此部分論述，仍執陳詞，重為爭辯，亦與法律所規定得上訴第三審之理由不相適合。

(五)其餘上訴意旨，就屬原審採證認事職權之適法行使，任憑己意妄加指摘為違法，不能認已具備合法上訴第三審之形式要件。

依上說明，應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 三十 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 洪 昌 宏

法官 周 盈 文

法官 徐 昌 錦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 二 月 一 日
K

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,646

【裁判日期】 1020220

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第六四六號

上訴人 台灣高等法院台南分院檢察署檢察官

上訴人

即被告 林文華

選任辯護人 詹漢山律師

劉烱意律師

上訴人 黃永雄

（被告）

選任辯護人 李承志律師

上列上訴人等因被告等違反毒品危害防制條例等罪案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇一年六月十四日第二審判決（九十九年度上訴字第一一一一號；起訴案號：台灣雲林地方法院檢察署九十六年度偵字第四一九七、四七九七、六四九三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於林文華違反貪污治罪條例部分撤銷，發回台灣高等法院台南分院。

其他（即林文華違反毒品危害防制條例與黃永雄部分）上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分

一、原判決此部分事實認定：上訴人林文華於民國九十五年七月，調任雲林縣警察局台西分局偵查隊隊長，而楊茂賢（按此人經

部分判決免刑，部分判罪及宣告緩刑確定）則為同縣警察局斗南分局（下以分局特稱簡名之）之第二小隊偵查佐，二人皆曾任職同縣警察局西螺分局而相識，前者官階較高，均屬公務員。九十六年一月二日凌晨，警方在雲林縣斗南鎮海悅汽車旅館執行臨檢，查獲鄭家豪（按經部分判決免刑，部分判處罪刑確定）等一夥人持有毒品，有犯罪嫌疑，帶返斗南分局由楊茂賢負責採尿、保管檢體等事宜。因該夥人中，有部分人員趁隙利用未施用毒品人之尿液，混滲茶水作弊，鄭家豪想如法泡製未能成功，然恐其施用毒品之事遭警究辦，損及家族事業形象，乃思補救之道，求助於經營汽車商行之友人吳寶同（按經判罪，並附條件宣告緩刑確定），轉託另友人雲林縣水林鄉鄉民代表會代表即另上訴人黃永雄，聯繫林文華設法處理。林文華於是日六時餘，先打電話給楊茂賢，確認此案係斗南分局承辦；中午，鄭家豪、吳寶同與黃永雄在車行會面，鄭家豪表明想要行賄警方，調換尿液之意，遂一方面指示其家族事業員工提領新台幣（下同）八十萬元現金備用，另方面由張志龍（按係黃永雄之跟班、司機）駕車，搭載黃永雄、吳寶同及鄭家豪，前往台西分局拜託林文華，交談不久，一夥人折返車行；下午一、二時許，林文華亦至該車行，明知不應庇護，竟達成毀棄、湮滅、偽造並行使該偽造之刑事證據之協議，而有犯意聯絡；下午三、四時許，林文華復來車行，表示稍後會帶同採尿警員到此，倘確認無訛，即可處理。黃永雄乃要吳寶同轉告鄭家豪代價六十萬元，鄭家豪即自上揭八十萬元中取出二十萬元，餘額連同外包裝之牛皮紙袋交給吳寶同，再由黃永雄將之放入林文華所駕汽車副駕駛座，叮嚀「大仔，這件事再麻煩你」；是日下午六、七時餘，林文華和楊茂賢相互電話聯繫，在同縣虎尾鎮甜蜜西餐廳見面後，林文華拿出二十萬元現金，自餐桌下遞交楊茂賢；下午八時餘，林文華更至上揭車行，陪同黃永雄、吳寶同及鄭家豪等候，不久，楊茂賢果然攜帶二個警用採尿空瓶和當日凌晨製作之鄭家豪警詢筆錄來到車行，將筆錄交給林文

華閱覽，確認筆錄中鄭家豪未承認施用毒品；楊茂賢亦將上揭空瓶交給鄭家豪，轉交車行員工林建賀（按經判刑確定），由林建賀排尿，完成檢體採取等後續事宜；楊茂賢最後則返回斗南分局，進行調換尿液與毀棄原採尿液之刑案證據諸工作。終因事後有人走漏消息，楊茂賢自白犯罪、繳出賄賂而查悉上情等情。因而撤銷第一審關於林文華貪污受賄部分之科刑判決，改判論處林文華以共同犯交付賄賂罪刑；維持第一審所另論之庇護他人施用毒品罪刑之判決，駁回林文華此部分之第二審上訴（此後罪部分不在發回更審之列，詳見後述）。固非無見。

二、惟查：證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，雖屬事實審法院得自由裁量判斷之職權，但此項職權之行使，仍受客觀存在之經驗法則與論理法則所支配，否則難謂適法，觀諸刑事訴訟法第一百五十五條第一項規定即明。而刑事法上之賄賂罪，性質上為對向犯，雙方皆分成三階段，各為行求、期約、交付（以上三種統稱為行賄）；要求、期約、收受（以上三種統稱為受賄；下均以統稱行之），以賄賂（含不正利益；下略）作為一定作為或不作為之對價，因為受賄之一方，罪責不輕，行賄之一方，於若干犯罪（例如本件行為時對於違背職務之行為為之，或買票），亦有刑責，故通常至為隱密，彼此之間若欠缺一定之信任關係，多不敢貿然從事，為填補、建立此一信任關係，復有所謂中間角色出現，甚至輾轉多人，此類角色因經手賄賂，屬於犯罪構成要件之參與作為，然而究竟係立於行賄者立場共同行事，或居於受賄者地位一起完成，罪名既異，刑責相差更大，於認定時，自當斟酌行為人與對立之雙方主事者間之關係、居中承擔之工作份量、從中獲利之比例或額數，以社會通念之角度而為觀察、判斷。其中，俗稱「白手套」者，係指收受之一方，所受之賄賂，猶如「黑錢」，經過中間人員之手代收，類同戴上「手套」，足以掩飾、漂白，屬於收受一方之共同實行犯罪者。再是類犯罪之行為主體，必以具有特定身分或關係之人員為限，從而有刑法第三

十一條關於身分犯規定之適用。如果起訴書漏未記敘此情與法條援引，法院不受其拘束，仍須在基本社會事實同一性範圍內，予以審究，然後在判決內，加以說明。原判決關於此部分，於事實欄內既認定林文華為楊茂賢之舊同事，前者職位高於後者，林文華於接受黃永雄、吳寶同及鄭家豪請託之後，上午先打電話探知楊茂賢確有承辦鄭家豪涉嫌毒品之案件；中午一、二時許，第一次前往吳寶同之車行，詳細了解鄭家豪行求意向與需求事項；下午三、四時許，第二次來到車行，言明稍晚將帶領楊茂賢前往，若指認無訛，即可處理換尿事宜，復自黃永雄之手取得六十萬元賄款；黃昏時刻，約出楊茂賢見面，教示楊茂賢：「尿是你採的，換過就好了」，於楊茂賢質問：「這樣好嗎？」復勸導：「不要緊啦」，並密交楊茂賢二十萬元，楊茂賢推言：「這個我不要，這樣不好」，林文華再勸「沒關係啦！你也要擔風險啦」、「不夠再說」；當晚八時許，林文華第三次至車行，約二十分鐘後，見楊茂賢亦來而出迎，介紹相關人員相識，尙取閱楊茂賢交出之鄭家豪先前警詢筆錄，確認筆錄內容適合換尿脫罪，始有後續作弊之事，最後更將楊茂賢之善後工作完成一情，告知黃永雄、鄭家豪等情，似謂林文華扮演至關重要角色，教示、勸導楊茂賢作弊，復從中獲取遠多於楊茂賢之酬金。果若無訛，當認林文華為楊茂賢受賄之白手套角色，原判決理由丙一三一(三)內，亦說明林文華所獲之四十萬元，性質屬俗稱白手套之佣金（見原判決第五十八頁第八、九行），然卻變更檢察官所引貪污受賄罪名之起訴法條，改依貪污行賄之輕罪名論處，已有判決理由矛盾之違誤，且未就林文華何以不能與楊茂賢成立貪污受賄之身分犯關係，加以說明，尙嫌理由欠備。以上，或為檢察官、林文華上訴意旨所指摘，或屬本院得依職權調查之事項，應認原判決關於林文華違反貪污治罪條例部分，具有發回更審之原因。

貳、上訴駁回部分

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判

決違背法令爲理由，不得爲之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令爲理由，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，顯與法律規定得爲第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴爲違背法律上之程式，予以駁回。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法爲理由係屬二事。

一、林文華違反毒品危害防制條例部分

林文華上訴意旨略稱：(一)微論鄭家豪已經供明其施用第二級毒品之地點，係在中國大陸，並非我國領域，依刑法第五條規定，無刑法適用餘地，即不能成立犯罪，縱或此言不足採信，因屬第一次施用，仍僅應受觀察、勒戒處分，尙不能逕予論罪處刑，則林文華豈有成立毒品危害防制條例第十五條第二項關於公務員庇護毒品犯罪規定之餘地？況鄭家豪係遭斗南分局查獲，林文華則任職於台西分局，根本無從予以庇護，雖有答應鄭家豪代爲了解情況，但非出於包庇之意而作爲，自不該當上揭庇護毒品犯罪之構成要件。尤以原判決一方面認定林文華係和鄭家豪共同行賄楊茂賢，則與楊茂賢屬於賄賂罪之對向犯關係，詎另一方面認定林文華夥同楊茂賢毀損公物品、湮滅刑事證據，有共同正犯關係，顯然判決理由矛盾，並法則適用不當。(二)、退而言之，倘林文華確有交付楊茂賢賄款，而庇護鄭家豪毒品犯罪不被發覺、查辦等事，則行賄之目的意在湮滅證據，具有方法結果之牽連犯關係，屬於廣義之想像競合犯，應僅從一重處斷，詎原審依數罪併罰之例予以論處，顯然適用法則不當云云。

惟查：毒品危害防制條例第十五條第二項之公務員庇護毒品犯罪罪，其中所稱庇護，係指對於他人違反該條例第四至十四條之犯罪，出於積極之作爲，加以包庇保護，使之易於實行或不被發覺而言；而所謂公務員，當依目的性限縮解釋，以其職責和查緝毒品犯罪有關者爲限，但不僅指直接或承辦是類毒品案件之司法警

察人員而已，尚包含負有指揮、監督、協助是類人員之相關警政、獄政單位長官、人員，甚至海關人員、檢察官、法官，且與之共同作為者，仍有依刑法第三十一條視為共犯規定之適用。再者，無論對於是類公務員行賄，或是類公務員受賄，而因此發生上揭庇護毒品犯行，其間縱有刑法修正前所謂之方法結果或目的手段牽連關係存在，但此二種行為，既明顯可分，無互相交集、混同難辨情形，則於新法施行後，祇能依數罪併罰之例處理，不生比附援引想像競合犯從一重處斷之問題。且既分屬不同罪名，則各罪之行為人如何犯意聯絡、行為分擔，自可就各種具體情形，分別認定之，非謂必定相同。原判決秉此法律見解，於其理由貳內，詳加論述、說明，經核於法並無不合。林文華此部分上訴意旨，置原判決已明白載敘之事項於不顧，任意指摘為違誤，自難認為已經符合上訴第三審之法定形式要件。依上說明，應認其此部分上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、黃永雄上訴部分

黃永雄上訴意旨略謂：(一)、黃永雄既已坦承將鄭家豪提供之六十萬元現金，悉數侵占入己，張志龍亦為相同此旨之供證，可見無將之作為賄賂警員之用，原審不採信上揭說詞，復未說明不採用張志龍證言之理由，逕行採用立場與黃永雄相敵對之吳寶同、楊茂賢之供述，在無何補強證據之情況下，遽將黃永雄論處共同交付賄賂及毀棄公物品罪刑，顯然採證認事違背證據法則，且判決理由不備。(二)、其實，鄭家豪、吳寶同均未親見黃永雄將所謂之內裝六十萬元現金之牛皮紙袋，交給林文華，林文華更否認有將其中二十萬元轉給楊茂賢，尤以池仁愛到庭供稱無所謂外面風傳警員受賄調換毒品案件尿液之情，益見根本無此弊端。原審不加詳查，遽行判決，非無查證未盡之違失。(三)、退萬步言，縱有其事，黃永雄既未勸誘林建賀排尿作為新檢體，採尿、封緘時，亦均未在場，足見一切無關黃永雄，原判決維持第一審所宣告有期徒刑二年之應執行刑，顯然高於吳寶同之十月徒刑並緩刑之宣告

，不符合罪責相當原則與比例、平等原則云云。

惟查：

(一)、證據之取捨、證明力之判斷與事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第一百五十五條第一項規定甚明。又法院認定事實，並不悉以直接證據為限，其綜合各項調查所得之直接、間接證據，本於合理之推論而為判斷，要非法所不許。再同法第三百七十九條第十款所稱應於審判期日調查之證據，係指與待證事實具有重要關係，客觀上認為有調查之必要性和可能性，為認定事實、適用法律之基礎者而言，若事實已臻明確，自毋庸為其他無益之調查，亦無所謂查證未盡之違法問題存在。

本件原判決關於此部分，主要係依憑黃永雄迭在警詢、偵查和歷審中，坦承曾因鄭家豪在汽車旅館開「轟趴」（按指隨大聲音樂跳舞，甚或施用毒品、迷幻物之聚會），遭斗南分局查獲，伊得悉消息，自台北趕至雲林，當日中午，陪同鄭家豪、吳寶同一夥人前往台西分局找林文華，後來返回吳寶同經營之汽車商行，鄭家豪將一裝有六十萬元現金之牛皮紙袋交給伊，伊等一夥人彼此間，具有一定程度之信任關係等情之部自白；鄭家豪、吳寶同、楊茂賢及林建賀分別迭在警詢、偵查和第一審審理中，先後、一致就如何同謀或參與實行換尿作弊之事，直言無隱之證言；鄭家豪、吳寶同和林建賀且異口同聲堅稱：黃永雄於當日中午時刻，確在系爭車行內會面談論事情；鄭家豪、吳寶同並直言：確有向黃永雄表示祇要能解決問題，「花錢在所不惜」；鄭家豪更指稱：黃永雄提議要「準備給幾十萬元」，並說要去台西分局，出發前，我指示員工去提款，抵達後，黃永雄對林文華說「大仔，這種事你看是不是有辦法幫鄭家豪，沒辦法也不能勉強，這種事比較敏感」；吳寶同亦證稱：在台西分局時，黃永雄確有向林文華為上揭表示，返回車行後，林文華前後三次亦來車行，第一次來

時，表示「可以幫忙問問看」，但要先回警局開會，黃永雄在場，並送林文華離去，第二次來時，林文華說要帶承辦警員來供確認，「我有目睹黃永雄站在車旁，手要伸進入把錢放進車內」、「黃永雄拿六十萬元（裝的）紙袋，放在（林文華）車內座位旁」，黃永雄說「大仔，這件事再麻煩你」；林建賀尙謂：林文華第三次來車行，要處理換尿事宜，在採尿前不久，黃永雄還一同在車行辦公室內；楊茂賢供證：確有收得林文華密交之二十萬元現款，因此作弊調換鄭家豪原採尿液各等語之證言；顯示黃永雄於換尿事發當日六時四十分、八時十四分及十時四十六分許，再三和林文華以行動電話聯繫之通聯紀錄，足見黃永雄至爲關心；顯示鄭家豪確有提領現款八十萬元之農會帳戶交易明細表；顯示鄭家豪之頭髮與陰毛均呈愷他命和 MDMA 陽性反應之鑑定書，足見其有施用毒品之事；確認調換鄭家豪名義之尿液，呈毒品陰性反應，而此尿液經與林建賀之尿液、唾液比對結果，DNA—STR 型別相同之各鑑驗書、採驗紀錄表；楊茂賢繳回之二十萬元現金，可見鄭家豪、吳寶同、林建賀及楊茂賢上揭各證言真實可信等情況證據資料，乃認定黃永雄確有如原判決事實欄所載之犯行，因而維持第一審論處黃永雄以共同對於公務員關於違背職務之行爲，交付賄賂（累犯）罪刑，及共同犯毀棄公務員職務上掌管之物品（累犯）罪刑（以上二罪刑，應執行有期徒刑二年，並有從刑宣告）之判決，駁回黃永雄之第二審上訴。對於黃永雄僅承認上揭部分自白，而矢口否認犯罪，所爲略如其第三審上訴意旨，及縱有交款給林文華，然林文華係台西分局人員，無指揮、監督斗南分局人員之職權，不該當違背職務之要件云云之辯解，如何係飾卸之詞，不足採信，亦據卷內訴訟資料指駁、說明。且指出：黃永雄既多次聯繫林文華，復帶同鄭家豪等一夥人前往台西分局，更親交賄款給林文華，幾乎耗費一整天，處理、談論換尿事宜，事成之後，尙同在該車行內，受林文華當面回報消息，自應認定與相關諸人之間，具有犯意之聯絡與行爲之分擔，屬於共同正犯

。

以上所爲之事實認定及得心證理由，俱有各項直接、間接證據資料在案可稽，既綜合上揭各供述與非供述證據而爲判斷，自形式上觀察，並未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，且事證至明。上訴意旨置原判決已明白論斷之事項於不顧，就屬原審採證認事職權之適法行使，任憑己意割裂評價供述證據之證明力，妄指存有諸多違法，且猶執陳詞，仍爲單純事實爭議，殊非適法之第三審上訴理由。

(二)、宣告刑之擇定，係實體法賦予審判法院之自由裁量權，祇要在法定刑範圍之內，客觀上無明顯濫權或失當，即無違法可指。依刑法第五十七條規定，科刑時應以行爲人之責任爲基礎，並審酌一切情狀，尤應注意該條所定十款事項，爲科刑輕重之標準，即在於追求具體個案，不同犯情，爲不同處理，以契合法律秩序理念與國民法感情。原判決於理由欄乙一肆後段，就黃永雄犯罪後，非但矢口否認，抑且於案發後，一再尋人勾串，捏造劇情，企圖爲自己及林文華脫免刑責，復強求吳寶同扛責，態度至惡，其實，本件之所以發生，黃永雄屬居中策劃之重要角色，造成警紀嚴重破壞，當科以較諸他人爲重之刑度，乃就行賄罪法定刑有期徒刑一年以上七年以下範圍內，擇定爲三年六月，依法減刑爲一年九月；就毀損公物罪法定刑五年以下有期徒刑之範圍內，量定爲八月，並減爲四月，合併定應執行有期徒刑二年。經核於法並無不合，無黃永雄上訴意旨所指之濫權、失當情形存在。

(三)、至於斗南分局分局長池仁愛是否召集同仁及如何案發，皆於犯罪構成要件之事實，非具直接關係，黃永雄此部分上訴意旨所爲指摘，難認適法；又原判決就張志龍之供述，已於理由內（見原判決第三十五頁上段）說明毫無可信，並載明其偽證乙節，當請檢察官依法處理，黃永雄此部分上訴意旨竟謂原判決理由內不備，顯與卷內訴訟資料不相適合，自非適法之第三審上訴理由。依上說明，應認黃永雄之上訴爲違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段、第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 二 月 二十 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 徐 昌 錦

法官 吳 三 龍

法官 洪 昌 宏

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 二 月 二十二 日

Q

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,809

【裁判日期】 1020227

【裁判案由】 業務過失致人於死

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第八〇九號

上 訴 人 台灣高等法院檢察署檢察官

上 訴 人

即 被 告 袁立仁

柯秀惠

上 列 二 人

共 同

選任辯護人 張家琦律師

林鳳秋律師

陳立婕律師

上列上訴人等因被告等業務過失致人於死案件，不服台灣高等法院中華民國一〇〇年一月十八日第二審判決（九十九年度醫上訴字第二號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十六年度偵字第二六四二九號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

理 由

本件原判決認定上訴人即被告（下稱被告）袁立仁、柯秀惠有其事實所載因業務過失致人於死犯行，因而撤銷第一審無罪之判決，改判論被告等以業務過失致人於死罪，各處有期徒刑八月，及依中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款之規定，均減為有期徒刑四月，並諭知易科罰金之折算標準。固非無見。經查：

一醫療行為固以科學為基礎，惟本身具不可預測性、專業性、錯綜性等特點。醫師對求治之病情，須依其專業，為正確、迅速之判斷其原因及治療方式。然人體生、心理現象，錯綜複雜，又因每人之個別差異，於當今之醫學知識、技術、仍受侷限，此猶如冰山，其潛藏未知部分，恆較顯露已知者為多，是有其不可預測性。對此，近代醫學專業分工極細，舉例而言，其為內科，細分為心臟、胸腔、消化、新陳代謝、神經……等諸科，同為消化內科又因肝、膽、腸、胃、胰、脾諸部分，各異其專業性，故同一內科醫師，專長腸、胃者，對同為消化系統之肝、膽部分，較有此專長者可能不如，若再涉及心臟、胸腔等專科又更次之。從而面對不知詳由之複雜病情，往往需多科會診綜合判斷。因此，除違反醫療常規（如未作盤尼西林測試、開刀紗布遺留體內、應開左腳誤開右腳等）外，於醫療過失致死、傷案件，認定醫師之注意義務及注意能力時，上述特點允宜做為重要之判斷依據，而為公平、客觀、正確之判決。

原判決認定本件被害人即死者林雅各死亡之直接原因係「林雅各進入高壓氧艙後，艙門尚未關閉時，柯秀惠於甦醒球（Ambu-bag）接上 BIBS supply 管路前，被告二人疏未將供氧系統壓力降低到與艙內環境完全相同的壓力，且甦醒球上之排氣閥又未開啓（甦醒球上的安全閥未處於開啓狀態），即由被告柯秀惠將甦醒球接上 BIBS supply 管路，導致大量氣體瞬間進入已形封閉系統之呼吸道，遂與皮下組織間產生極大的壓力差進而產生瀰漫性肺泡破裂，氣體進入皮下組織，林雅各之下巴至前胸瞬間呈現皮下氣腫，造成足以瞬間致命的動脈空氣栓塞症，終因瀰散性中樞神經及心臟動脈空氣栓塞症而不治死亡」。然本案死因經過四次鑑定，第一次鑑定認病患於艙內未開始升壓時，即發生休克現象，死因與高壓氧治療無關；第二次鑑定認病患因骨折併發脂肪栓塞，而造成瀰漫性血管內凝血溶血症而休克死亡，與皮下氣腫無關；第三次鑑定認本件死因應為「瀰漫性中樞神經及心臟動脈空氣栓

塞症」（脂肪栓塞可能造成瀰漫性血管內凝血溶血（DIC），絕少瞬間造成病人死亡，法醫解剖報告不足採），其前置因素則為「呼吸道內瞬間高壓所引起的瀰漫性肺泡破裂」，此與治療前準備工作時接上 BIBS 的動作有明顯相關性，但本件有無醫療儀器操作不當之疏失，必須取得另一位技術員的證詞，「必須另詢問柯秀惠（或操作機器之技術員）在接上 BIBS 前是否將『面罩排氣閥』打開，以及是否將氧氣調至最小流量」才能證明；第四次鑑定則認①本案之接合步驟並非常規高壓氧艙 BIBS 的使用方式，也不符合一般原廠之安裝規範，最重要之危險性，在於甦醒球上安全閥很可能會被鎖住。②病人所呈現皮下氣腫現象，與法醫鑑定報告之事後記載，其導致之原因與該院內建呼吸系統管路，輸入病人身體之氣體壓力，以致病人肺泡，因壓力差而破裂，導致氣體瀰散全身有關。至於病人是否有既存之呼吸道疾病而導致該現象，依所附資料無從判斷。③本件病人屬於「接受氣管插管而需要人工協助呼吸」之患者，無法使用一般高壓氧治療用的氧氣面罩，必須使用安裝步驟簡單，且安全性高的高壓專用呼吸器，若醫院高壓氧艙無此配備，應建議病人轉院治療。其鑑定結果並不盡相同，甚而有相反意見，原判決僅臚列各個鑑定意見，採信第四次鑑定意見，對其他鑑定意見並未說明其取舍之理由即為不利之判斷，自有未合。揆之首開說明，本件死者病情所涉有其錯綜性，以袁立仁之高壓氧專科，對其他骨科、胸腔、心臟、腎臟、血液、急重症醫學部分之專業能力是否達應注意能注意程度，本件有無醫學上之不可預測性？均待詳查審認，原審率為判決，自嫌速斷。

二與待證事實有重要關係之事項，雖經調查，若非完全明瞭，無異未經調查，遽行判決，尚有應於審判期日調查之證據未予調查之違法，自足構成撤銷之原因。

（一）依卷內病歷資料記載，林雅各於民國九十一年五月二十八日十三時許發生車禍，導致右側股骨中段骨折，骨端幾乎由右大腿內

側一約七公分長之開放性傷口穿出體外之（長骨）骨折，經送往桃園敏聖綜合醫院，建議手術治療。家屬要求轉送林口長庚紀念醫院（下稱長庚醫院），於當日十六時抵達該院急診室。①經該院骨科余尚文醫師診視後，建議手術治療，家屬同意手術，惟林雅各（下稱病患）及其父、母親基於宗教教義拒絕輸血，經檢查當時血紅素（hemoglobin, HGB）值為 12.9gm/dl，白血球 31,500/dl，體溫 37°C，於次（29）日 01:00 許，以氣管插管全身麻醉後進行手術，以骨髓內鎖定式鋼釘固定骨折。麻醉及手術進行順利、失血約 300 毫升，於 06:00 許結束並送入恢復室；稍後病患清醒、並送入病房療養。②當日稍晚病房為其驗血（上午 09:41 採血—見相驗卷第八十一頁），發現血紅素值降至 5.3gm/dl，但病患尚神智清楚、生命徵兆穩定，體溫則升至 38.6°C 左右。醫師施予抗生素及鐵劑治療。③當日深夜，病患外觀狀況並無太大轉變、體溫仍高，然於 23:20 經採血檢驗血紅素值已續降為 4.0gm/dl，並發出病危通知（由病患父親於 29 日 23:40 簽收—見前引卷第一二九頁），經醫師詳細解釋有出血性休克的高度危險，但病患及家屬仍堅拒輸血，病患並抱怨 29 日深夜有呼吸急促、呼吸困難的情形（血壓 123/50mmHg、脈搏 129 ）（見前引卷第八十一頁上方，30 日上午 06:56，ICU ACCEPTATION NOTE）。醫師乃決定插入氣管內管、送往加護病房以（機械式）呼吸器輔助呼吸，並更改處方為強效抗生素（Vancomycin +Rocephin），建議自費（家屬同意）施予紅血球生成素（EPO, Erythropoietin ）治療（見前引卷第八十二、九十及九十八頁）。④31 日，經醫師解釋危險情況，病患及家屬仍拒絕輸血；病患此時神智尚清楚、主訴右下腹疼痛；醫師安排腹部電腦斷層掃描，但並未發現異狀、亦無腹腔或後腹腔積血現象。是日病患體溫 38.5°C、血紅素值續降至 3.3gm/dl，尿素氮（BUN）16，肌肝酸（Creatinine）1.5（由原先 29 日的 1.1 升高，31 日再升至 2.47 ，見前引卷第一一四頁），肌球蛋白（myoglobin）10468（Serum：M：17.4-105.7ng/mL ）（見

前引卷第一〇八頁)；大腿內側傷口並有混濁臭味之黃紅色液體流出。⑤病患手術後狀況不但未見改善，且血色素持續下降，病況加重。主治醫師請求會診，會診醫師於 31 日會診後曾建議 (may check DIC)，但又寫 (但若不輸血，check DIC 對於病情本身並無幫助) (見前引卷第一一〇頁)。似乎會診醫師懷疑病患可能併發血管內凝血溶血症。但病歷內並未就 DIC 開出採血檢查項目。⑥病患父親於當日下午 14：20 請求 to do HBO (Hyperbaric oxygen) for Patient (病人) (見前引卷第九十九頁) (原判決誤載係醫師建議家屬)，經過與醫師討論，請高壓氧中心袁立仁醫師 (即被告) 評估；經袁醫師檢視後發現病患無氣胸等禁忌條件，遂於當日 17:00 許由加護病房將病患送往高壓氧中心準備接受治療。轉送途中，醫護人員以手壓氣囊 (Ambu-bag) (亦稱甦醒球) 接於其氣管內管上協助其呼吸，至病患推入壓力艙中後再轉接至艙內附屬之呼吸管路上 (但已轉由高壓氧艙之柯秀惠持續以手壓氣囊透過此管路給氣)，正當壓力艙門尚未關緊、艙內亦未開始昇壓時，病患忽然急指其喉嚨、似乎表示呼吸困難 (家屬認病患之意係喉嚨有痰液)，且下巴至前胸忽然腫脹起來，旋即失去意識，隨即發現病患窒息，醫護人員在艙外見狀，趕緊開啓艙門將病患拉出艙外，醫師隨即判斷是發生皮下氣腫，並發現血壓陡降，立即開始進行心肺復甦術 (CPR)，並緊急插入胸腔管 (Tube thoracostomy) 及施予其他救命措施，但病患之生命徵兆並未恢復，經緊急急救無效後，於 18:50 宣告死亡。

(二)病患死亡後經檢察官會同法務部法醫研究所 (下稱法醫研究所) 顧問醫師解剖後，函請法醫研究所鑑定。經由解剖與觀察、採取臟器經顯微鏡鏡檢、病理檢查，其結果詳如鑑定書所載 (見相驗卷第六六至七五頁)。並認死因為骨折後併發脂肪栓塞而造成瀰散性血管內凝血溶血症而休克死亡。法醫研究所之鑑定，係藉由肉眼觀察、解剖探查、(切片等)顯微鏡鏡檢、病理檢查，查驗死者死亡之方式、探討直接、間接死亡原因及其機轉，且因其

是除了醫院或事故現場（當場死亡）外，在第一時間接觸屍體，以回溯方式作完整之分析、判斷，所為之鑑定報告，係屬中性、未受污染、重要的證據。本件經法醫研究所病理檢查結果有八項，其中攸關病患病情惡化最重要之(1)成人呼吸窘迫症候群(adult respiratory distress syndrome；ARDS)。 (2)脂肪栓塞(fat embolism；FEB)。 (3)瀰散性血管內凝血溶血(Disseminated intravascular coagulation；DIC)。係依如何跡證判斷 ARDS、FEB、DIC？何以病患骨折，經手術後病情不但未好轉，又查無身體有其他臟器出血，反而血色素降低、發燒、呼吸急促與困難，需使用人工呼吸器轉送加護病房，經過機械式人工呼吸器之輔助，仍未見成效，是否與骨折引發之併發症有關？而 ARDS、FEB、DIC，其引發之原因、發病之過程（包括時程是否急驟與凶猛）表徵與生理機轉、（病發當時）可依如何檢查方式得悉、有無治療方法、死亡率及其預後如何？病患右大腿手術後傷口並未癒合，反而骨折周圍有出血，明顯壞死和氣泡於骨折周圍、右下肢較左下肢大，是否受有感染？使用強效抗生素仍無效果，並流出混濁臭味之黃紅色液體，高燒不退，是否發生敗血症？原審均未為調查，自有應於審判期日調查之證據未予調查之違法。茲分述如後：

1.鑑定書記載：經解剖後顯微鏡觀察其「腦髓—水腫」「肺臟—水腫和散在性出血性梗塞病灶及類纖維栓子，血管內有脂肪染色陽性栓子」。

血管內有脂肪染色陽性栓子，是否係本件判斷肺部有脂肪栓塞（FEB）之依據？脂肪栓塞是否為長骨骨折最嚴重之併發症？如果醫療過程未發現，對於生命有無危險？本件是否因骨折導致脂肪組織（嚴重）挫傷，骨髓或脂肪組織的脂肪細胞因受損而破裂，脂肪游離成無數脂肪滴，從破裂的血管進入靜脈，形成栓子並經由血流通往肺部，在肺循環（另有體循環—屬於基本生物課程知識）過程中發生脂肪栓塞？其潛伏期多長？潛伏期內病人是否並

無癥狀？如何能事先察知而予防範？潛伏期後病患是否會突然出現呼吸困難，心率過速、發熱等情形？是否即能依上開情形作判斷？倘如能加上 x 光檢查是否可以及早處理？本件病患自二十八日十三時骨折至二十九日深夜發生呼吸困難，是否吻合潛伏期？又脂肪栓塞除了造成肺部血管之栓塞外，全身其他器官血管是否都會有可能發生栓塞？腦部發生機率是否最高？脂肪栓塞時是否會釋放（化學）物質，損傷血管內皮細胞，使血小板和纖維蛋白聚集，而形成血栓（此是否為肺栓塞）？是否與鏡檢結果發現「梗塞病灶」相符？呼吸的作用，是將空氣中的氧氣，經由喉部→氣管→支氣管→小支氣管→肺泡（係虛形球體，肺泡壁上佈滿微血管，間質則有許多細小肺靜脈通過），經由連續動作和機轉，與包圍肺泡的毛細血管進行氧氣及物質交換，最後到達組織細胞，供應全身。如肺部毛細血管被栓塞的區域無血流灌注，是否因此不能進行有效的氣體交換，肺泡會發生何種狀況？毛細血管內的栓子是否會釋放物質，引起支氣管痙攣，使通氣降低？當肺毛細血管血流中斷，肺泡表面活性物質是否減少，多久時間肺泡會受到嚴重損傷或破壞，肺泡是否會因此變形或塌陷而影響通氣？是否會有更嚴重的充血性肺不張及出現低氧血症情形？爲了補償無效通氣，是否會導致過度通氣？有無可能會因神經體液介質的變化刺激，引起呼吸困難、心率加快、咳嗽、支氣管和血管痙攣？血管通透性增加而導致肺泡出血、滲透性肺水腫？同時亦因「肺的微（微小栓子）栓塞」而可以產生血管內凝血溶血（DIC），並引起呼吸衰竭？

又由於骨折破壞的脂肪滴大小不同，是否直徑超過 20um 的脂肪滴無法通過肺泡壁毛細血管，所以無法進入體循環只能引起肺栓塞？脂肪滴的直徑小於 20um 時，可以通過肺泡壁毛細血管，經過靜脈至左心達體循環的分支，可「引起全身多器官的栓塞（包括腎臟等）」，最常見的是「阻塞腦的血管，引起腦水腫」？是否進入肺的脂肪量達到 9~20g 時，或肺部血管廣泛受阻，肺循環總面

積喪失 3/4 時；同時由於血管壁通透性升高，肺泡腔內出現大量液體，影響氣體交換，患者可能死於窒息？統計上，在沒有被考慮「脂肪性肺栓塞」診斷的病人中其死亡率多少？最快發生的期間？其中死亡發生高峰期之期間是多久？最快是什麼時間發生？

2. 鑑定書記載：兩側肋膜腔有積液于右側約二〇〇公撮、左側約二五〇公撮。肺臟—左重一一〇〇公克，右重一二〇〇公克，水腫外，兩側肺葉有楔狀出血。顯微鏡下，肺臟—肋膜呈現硬化，實質呈充血，水腫和瀰漫性肺泡破壞症及類纖維栓子，散在性出血性梗塞病灶，局部支氣管肺泡肺炎。

如同前述，呼吸的主要功用，是將空氣中的氧氣，經由連續動作和機轉，最後到達組織細胞，供應代謝使用。若是過程中負責氣體交換的肺部受到嚴重破壞，造成缺氧狀態，導致呼吸急促、困難，是否極有可能被認定罹患了成人呼吸窘迫症候群（ARDS）？臨床診斷需要符合何種條件即可做出診斷？本件病患除係急性發作之呼吸困難外，其氧和指數（FI O₂）40%（見前引卷第一五七頁倒數第六行），是否是其中之要件，並符合判斷之標準？敗血症、脂肪栓塞、血管內凝血溶血症（DIC）、肺部感染後導致之敗血症，是否均為引起急性呼吸窘迫症候群的原因？統計上，其死亡率若干？一旦產生了急性呼吸窘迫症候群，病患是否無法以普通氧氣給氧來改善其血氧濃度，其病程進展是否非常快速，大多數病患都會因呼吸衰竭而需要插上人工氣道並且使用機械呼吸器？本件病患自事故發生四十二小時左右即因呼吸困難插入人工氣管進入加護病房使用機械式呼吸器，是否符合其病程之發展？ARDS 其變化是否可分為滲出期（exudates），增昇期（proliferative），纖維期（fibrosis）三期？在其病程中是否會產生並釋放血管活性物質，引起肺血管壁損傷，使通透性增加，或引起肺毛細血管微栓、肺循環障礙，或造成肺泡 I 型細胞損傷（滲出期）、肺泡 II 型細胞壞死（增昇期），致肺泡表面活性物質合成減少，肺泡張力增高導致肺泡廣泛萎陷不張，最終導致肺泡

破壞出血（是否可稱為瀰散性肺泡破壞症？）、「滲透性肺水腫」，出現嚴重低氧血症？本病早期肺重量增加，是否因肺（水腫）含水量增多，肺泡含氣量因而顯著減少，顯微鏡下可見肺小血管內微栓形成及灶性出血，最後肺泡透明膜形成？隨病程延長，灶性出血逐漸吸收，但水腫仍存在，常伴廣泛支氣管肺炎及肺間質纖維化？此後透明膜漸吸收，以纖維化為主要病理改變（有纖維栓子），肺泡吞噬細胞顯著增加（是否即為肺泡肺炎？）。此是否與鑑定書上「水腫和瀰漫性肺泡破壞症及類纖維栓子，散在性出血性梗塞病灶，局部支氣管肺炎」相符合。因此，ARDS 本身是否可稱為瀰漫性的肺泡病變？

本件病患是否因手術後併發 FEB、DIC、敗血症，病程中肺泡受到損傷、破壞，其治療上除了針對原致病因素改善之外，在 ICU 呼吸器治療過程中，就給氧濃度、維持如何的（低潮氣量）氣道壓力、……等是否與一般 ICU 病人不同而應做調整？同時應給予各個器官系統適當的支持療法，幫助患者度過這個突如其來的風暴。而機械通氣本身最常見和致命性的併發症是否為氣壓傷？由於 ARDS 是廣泛肺泡炎症併充血水腫及肺泡萎陷，機械通氣如未針對（吸氣峰壓等）氣流壓力及給氧濃度調節控制，是否往往造成順應性較高的肺單位過度膨脹、肺泡破裂，進而併發氣胸和縱膈氣腫？一旦發生，病死率是否幾乎為 100%？

本件病患在加護病房使用機械人工呼吸器時，有無做上揭氣流壓力之調整控制？給氧濃度如何？均未見調查。

3. 鑑定書記載：①病患手術之前其血色素為 12.9gm/dl（29 日）、手術之後即迅速變化為 5.3gm/dl（30 日上午 06：31 採血）、插管送入加護病房後續降為 4.0gm/dl（30 日 23：20 採血）。②腸跟肝臟表面有不同一般的壞死區域；臟器壞死有：胰腺（即胰臟）呈壞死、部分腸子壞死、肝臟表面局部壞死、腎臟被膜易剝離、腎小管壞死、紅血球質塊。③骨折處周圍還有出血。④臟器實質切面呈充血有：心臟—心肌與瓣膜—呈充血和瓣膜硬化，但貧血

；肺臟、肝臟（呈充血，但局部顏色較淺）、脾臟、腎臟，⑤膀胱無尿液。

彌散性血管內凝血溶血（DIC），本身是否並非一種疾病，而是由於一些潛在性問題所引起的凝血功能廣泛性活化的一種綜合病症（syndrome）？

當人體受到如細菌（主要是革蘭氏陰性菌及陽性菌）感染、寄生蟲、廣泛外科手術、發炎、嚴重組織損傷（腦部、肝硬化）、免疫疾病、產科意外（羊水栓塞、前置胎盤）、體外循環（葉克膜）、惡性腫瘤等之影響，是否因此引起凝血系統的活化，導致血管內血栓的形成，影響各個器官的血流供應，嚴重時甚至會造成多重器官的衰竭（multiple organ failure）；另一方面，也因為血小板和凝血因子的大量消耗，並激活纖維蛋白溶解，有時亦會造成容易出血（bleeding）的情形產生，甚至因而引起嚴重的廣泛的全身性出血？

DIC 之病理機轉（參閱國防藥理學研究所－蔡欣容醫師著作）係因①引起凝血系統且全面性的活化。當血管內的內皮細胞受到損傷、單核白血球受到刺激而表現，組織因子會引發一連串凝血機轉，造成凝血酶的生成及纖維蛋白堆積在小血管中。②當人體三種調控凝血酶產生的機轉受到抑制。包含作用於凝血酶和第十 a 因子的抗凝血酶；作用於第五因子和第八因子的活性蛋白 C，以及作用於組織因子/第七 a 因子複雜的抗組織因子途徑（tissue factor pathway inhibitor；TFPI）等均受到明顯的影響，而使得過度凝血的情形更進一步的惡化。③當凝血功能明顯受到活化時，纖維蛋白之移除【溶解纖維蛋白（亦有稱為纖溶）系統】亦受到明顯的抑制。主要是由於溶解纖維蛋白系統之主要抑制物質[由內皮細胞分泌的激活 plasminogen activator inhibitor-1（PAI-1）]的大量產生所致。以上這三個部分的改變，均和內皮細胞受到損傷及其功能失調（dys function）有密切相關。在臨床上可能會出現出血、休克、器官損害、溶血等情形。

本件鑑定書記載「腸跟肝臟表面有不同一般的壞死區域；臟器壞死有：胰腺呈壞死、部分腸子壞死、肝臟表面局部壞死、腎臟被膜易剝離、腎小管壞死、紅血球質塊。」是否是 DIC 所造成器官損害？「骨折處周圍還有出血。」是否係 DIC 所造成的出血（bleeding）？心肌的貧血是否係大量溶血或出血後之伴隨癥狀？膀胱無尿液是否是急性溶血所發生之嚴重狀況？臟器實質切面呈充血有：心臟—心肌與瓣膜—呈充血和瓣膜硬化，但貧血；肺臟、肝臟（呈充血，但局部顏色較淺）、脾臟、腎臟，是否為彌散性凝血溶血症最後之結果？最後會因緩激肽對血管有強烈的舒張作用，引起血壓下降和發生休克而死亡？是否亦為鑑定書記載，死因為「骨折後併發脂肪栓塞而造成『彌散性血管內凝血溶血症而休克』死亡」之理由？此是否亦為病歷記載「31 日會診醫師意見『check DIC』」，懷疑病患血色素持續下降可能與 DIC 之溶血相關？第三次鑑定報告雖認 DIC 不會造成瞬間死亡，但從採血檢驗血色素續降顯示，病患併發 DIC 的時間是否在三十一日上午六時以前？或許如會診醫師所言，如不輸血，並無助益；但如能做血小板數目、FRP、D—dimer 之檢驗，有助於發現真實情況，能對病患家屬說明助於瞭解，亦有助於是否施行高壓氧治療之判斷。

4. 鑑定書記載：急性腎小管壞死、五月三十日血液內有肌球蛋白（10468）。

肌球蛋白（myoglobin）是否係一種帶有一個 heme 與血紅素很像的蛋白質，負責人體內氧氣的輸送與儲存；廣泛分布於心肌和骨骼肌中，作為短期肌肉收縮氧氣的來源。在骨骼、心臟肌肉受損，就會釋放到血清中？從病歷中並未做其他檢驗（無從判斷是心肌受損），是否為橫紋肌溶解？本件病患係因嚴重骨折，是否屬於骨折之多重併發症之一？其代謝物質是否由腎臟排出，是否造成腎小管阻塞？腎臟功能是否亦因而受損？又三十一日檢驗，病患之尿素氮（BUN）16，肌肝酸（Creatinine）1.5（由原先二十九日的 1.1 升高，三十一日再升至 2.47），此與其腎臟功能破壞有

無關係？

5.鑑定書記載：①左大腸有氣泡，部分腸子壞死；顯微鏡下大腸壁有氣泡形成。

是否肇因於組織壞疽，產氣性之細菌會產出氣體或因敗血症器官衰竭，細菌產生之內毒素產出氣體？②骨折周圍軟組織有壞死病灶。右股骨幹有骨折，周圍出血，無血塊。有明顯壞死和氣泡於骨折周圍。右下肢較左下肢大。是否同因細菌感染、組織壞疽，產氣菌產生氣體而有氣泡？是否係因DIC引起手術傷口處出血？肢體大小不同是否亦因感染所致？

(三)高壓氧治療，乃醫學上利用高壓的氧氣來提供治療的方式。

(1)本件骨折開刀後有難以癒合的傷口，血色素持續降低有難以治療之貧血，均屬高壓氧治療之適應症。又因高壓氧可以增加血液攜帶氧氣的能力；在正常大氣壓時，氧氣在體內的運送，大部分經由血紅素，小部分經由血漿；在高壓氧時，血紅素可攜帶的氧氣提升不多，但可大幅增加血漿所能攜帶的氧氣。在生理學實驗上，高壓氧在人體內可以快速的提升血中氧氣的濃度，並進一步促進新血管的生成，使得缺氧的壞死組織能夠活化起來，而由此促進傷口的消腫以及癒合；事實上高濃度的氧氣本身亦有殺菌以及減毒的作用。是否為袁立仁評估病患可以送高壓氧中心治療之原因？

(2)第三次鑑定意見「因高壓氧未注意以最低流量，內外壓力差導致肺泡瀰漫性破裂，氣體由肺泡進入皮下組織、後腹腔、甚至大腸壁，同時氣體也極有可能由破裂處進入肺靜脈，經由左心室進入主動脈，到達包括大腦及心臟等重要器官，造成瞬間致命的動脈空氣栓塞症」；第四次鑑定意見載「病人所呈現下巴及胸部皮下氣腫現象……其導致之原因則與該院內建呼吸系統管路，輸入病人身體之氣體壓力，遠大於正常大氣壓力，以致病人肺泡，因壓力差而破裂，導致氣體瀰散全身有關。對照法醫解剖鑑定報告，符合肺部氣壓傷，因肺泡破裂，所引起全身瀰漫性氣體栓塞之

病理現象。至於病人是否有既存之呼吸道疾病……，而導致該現象，依所附病歷並無記載」。均認病患真正致死之原因，係病患之肺泡因壓力差而破裂，導致氣壓傷，引起全身瀰漫性氣體栓塞。然倘前所述 ARDS 本身即係瀰漫性肺泡病變之疾病，必須插上人工氣道並且使用機械式人工呼吸器，其最嚴重之併發症亦係氣壓傷之推論為正確，則氣壓傷究係何一階段所造成？亦有就病患在長庚醫院加護病房，以機械式人工呼吸器輔助呼吸時，其氣流量若干【（PEEP 有無>2.45kPa（25cmH₂O））】，是否會造成氣胸等加以調查之必要。

(四)綜上所述，病患究係因骨折併發脂肪栓塞、成人呼吸窘迫症而造成瀰散性血管內凝血溶血症而休克死亡？抑或因併發 ARDS（瀰漫性肺泡病變），呼吸衰竭於機械式人工呼吸給氧時發生氣壓傷？抑或僅於達氣胸、縱膈腔氣腫程度時，加上高壓氧中心亦未注意內外壓力差造成氣壓傷？或者單純係高壓氧操作不當所造成？或操作時病患有痰液堵住，造成壓力差？甚或病患因 FEB、ARDS、DIC 等導致多重器官衰竭（同時肺部肺泡均遭破壞，肺實質化），於瀕死時恰因高壓氧中心給氧導致休克？何者為病患死亡之自然科學的條件，有詳為調查之必要。此與骨科、胸腔、呼吸治療、心臟、腎臟、血液各科，及急診、急重症醫學均有相關，宜送請相關醫學會或醫審會聘請各科專家就上開各點為再次鑑定釐清。

三審理事實之法院就被告有利、不利之證據應一律注意，經合法調查後，為綜合判斷，定其取捨而為認定。就有利於被告之證據不予採信，自須敘明理由，方足昭折服。

(一)本件第四次鑑定以「所有高壓氧艙都配備有簡單安全之 BIBS，供一般病人治療使用。所謂「BIBS, Build-In Breathing System」就是「內建式」呼吸系統，不需每次治療重新拆裝接合，只要更換接觸病人臉部面罩，即可使用。對於「氣管內管插管而需要人工協助呼吸」之病人，則不可直接使用 BIBS，而必須使用安裝

步驟簡單，且安全性高的高壓氧艙專用呼吸器。」認(1)本案接合步驟並非常規高壓氧艙 BIBS 之使用方式，也不符合一般原廠之安裝規範。對於因病情需要而自行更改任何管路接合之步驟，則應取得原廠之認可後實施，才有安全保障。(2)任何醫療設備在使用上都有危險性，而且步驟愈複雜，危險性愈高。本案此種接合方式顯然複雜性高，危險性當然就高。因為這種接合方式並非常規使用，技術員不易熟練複雜之接合步驟。且長蛇型管與短蛇型管，在燈光昏暗之高壓氧艙內不易分辨，容易錯接。國內各大醫學中心及區域醫院，除台大醫院未設有高壓氧中心外，大多有該設置。如三軍總醫院係採美國系統，台北榮總醫院係採德國系統（於一〇〇年十二月十二日啓用－網路介紹），亦有使用日本或歐洲其他國家規格的。一般可以正常呼吸的病患在高壓氧艙加壓期並不會在肺泡內外形成壓力差；而即使是有氣管內管病患，若使用裝有潮濕瓶的（新型）艙內內建呼吸系統時，氣體供應管路中的壓力才能與艙內及病患體內之壓力完全平衡，避免吸入壓力過高的氣體導致肺泡破裂；舊型呼吸系統通常也有類似潛水水肺中的減壓裝置。林口長庚醫院現高壓氧中心所使用者並非當年之高壓氧艙，為明白其原高壓氧中心①於九十一年所使用高壓氧艙呼吸器內建呼吸系統之型別屬新或舊型，有無上開避免壓力差之裝置？②原高壓氧艙設備是否僅供一般病患使用？或同時可供「氣管內插管而需要人工協助呼吸」之病人使用（十餘年前上開兩家醫學中心即已使用高壓氧艙專用呼吸器）？或其使用是否符合原廠設計之安裝使用說明？並為能明瞭柯秀惠、證人杜妙如協助袁立仁為病患施行高壓氧治療時，兩人之分工細項；彼等有无將高壓氧艙外控制台上氧氣面罩排放鈕移至 OPEN 位置（南院區），空氣蓄壓槽開關移至 ON 位置（林口院區）；或僅將 BIBS 開關在 MAIN AIR－AIRON 開啓 20-30LPM（見原審卷第九〇頁作業說明）？或屬何人之職責？此與責任歸屬、分擔，以及醫院有无提供適合醫療設備供使用至有關係，自應命林口長庚醫院提原購買之契約及相

關設備文件、使用手冊，並傳喚原出售設備之廠商說明，以釐清真相。

(二)本件第三次鑑定意見「袁醫師在執行高壓氧治療前的準備工作是否有瑕疵，無法由現有資料直接判斷，而必須詢問同一執行治療工作的柯秀惠小姐（或另一位操作機器的技術員），在準備接上 BIBS 前是否有將「面罩排氣閥」打開，這個步驟若有疏失，將使病人無法吐氣，而來自 BIBS 壓縮空氣像吹氣球一樣的不斷進入病人的肺臟，造成肺泡或甚至支氣管破裂，導致病人因此喪命，另外，也必須詢問柯小姐，在接上 BIBS 前是否將氧氣調到最小的流量，高壓氧治療艙所使用的呼吸系統本身就有特殊裝置，即使氧氣的流量調到再小，只要病人輕輕吸一口氣就能讓供氧氣閥打開，呼吸到足夠的氧氣，若是氧氣流量調太大，有可能造成吐氣不順，使得氣管內壓力過大，增加肺泡破裂的危險性，本件資料中並未詳細描述高壓氧治療前的每一操作程序，難以憑藉判斷準備過程是否符合標準作業程序。」原判決因認柯秀惠為林口長庚醫院高壓氧中心護士，為從事醫療業務之人，於本件案發時負責協助將病患推入高壓氧艙前之前置接管作業，竟疏未注意將供氧系統之氣流量（供氧壓力）調至最低限度，而有過失云云。惟柯秀惠所負責之前置接管作業，是否及於調整供氧系統氣流量（供氧壓力）之業務，原判決疏未查明即為認定，理由嫌有欠備。就負責調整供氧系統氣流量之人，柯秀惠辯稱：「BIBS 是內建呼吸系統，是在艙外的操控人員操縱。氧氣流量是杜妙如操作。我是擠壓甦醒球陪病患進艙，因為病患需要我幫他擠壓甦醒球讓他呼吸，所以我才陪他進艙。」等語（見原審卷第一七七頁反面）；袁立仁就此亦同供稱：「她（柯秀惠）是在艙內幫忙病人壓甦醒球。艙外另有一住杜妙如小姐在負責調整空氣流量。」（見原審卷第一二二頁反面）、「BIBS 氣流量都是由艙外人員操控，一開始都是最低劑（流）量。」等語（見原審卷第一七七頁反面），上開有利柯秀惠之辯解何以不足採，原判決未予說明，亦有判決

理由不備之違法。

(三)行為人之過失行為雖違反客觀的注意義務，致發生一定之結果，如其結果並無預見或無避免之可能，仍不能令其負過失責任；是必須行為人對於因過失行為所發生之結果有預見可能，並能採取適當之措施，以避免其發生，即所謂具有預見及避免之可能性，竟未預見，又未避免，始應負過失責任。如前述二(一)之記載，本件病患之病歷似無併發脂肪栓塞、ARDS、DIC 等記載，又果如前述 ARDS 為瀰漫性肺泡病變，或病患因機械通氣導致氣胸、縱膈腔氣腫，此為高壓氧治療之絕對禁忌症，袁立仁有無機會知悉，以作為是否施以高壓氧之基礎判斷？倘無法知悉，而發生本件事務，是否仍應負過失責任？亦與前開鑑定結果息息相關，案經發回宜併注意及之。以上諸端，或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決有撤銷發回更審之原因。又原判決認甦醒球上之排氣閥未開啓（即甦醒球上安全閥被鎖住〈LOCK〉，未處於開啓狀態），即由柯秀惠將甦醒球接上 BIBS；然被告等上訴意旨提出之甦醒球並無上開裝置，何以如此？是否另有其他類型之甦醒球？較適宜供「氣管內插管而需要人工協助呼吸」之病患使用？案經發回宜併注意之。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 二 月 二十七 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 洪 昌 宏

法官 徐 昌 錦

法官 李 錦 樑

法官 韓 金 秀

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 五 日
K

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,810

【裁判日期】 1020227

【裁判案由】 妨害性自主

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第八一〇號

上 訴 人 林聖濠

選任辯護人 廖本揚律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年八月二十九日第二審判決（一〇一年度侵上訴字第二〇九號，起訴案號：前台灣板橋地方法院檢察署九十九年度偵字第二〇〇〇號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

理 由

本件原判決認定上訴人甲○○有事實所載強制性交犯行，因而維持第一審論上訴人以犯強制性交罪，量處有期徒刑四年之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。固非無見。惟查：

(一)性侵害犯罪態樣複雜多端，且通常具有高度隱密性，若案發當時僅有被告與被害人二人在場，事後常有各執一詞，而有難辨真偽之情形。事實審法院為發現真實，以維護被告之正當利益，對於被害人指證是否可信，自應詳加調查，必其指證確與事實相符，而無重大瑕疵者，始得採為論罪之依據。尤其涉及強制性交與合意性交爭議之案件，被告固有可能偽辯係合意性交，以求脫免刑責。惟實務上亦常見合意性交後，其中一方因事後翻悔，或被告未履行性交易條件，或事後遭父母或配偶（或對方配偶）質疑，不甘損失或為維護本身名譽暨避免受責難而不惜誣控遭對方強制性交之案例。此類性侵害疑案，因涉及雙方利害關係之衝突，

告訴人難免有虛偽或誇大陳述之可能。事實審法院為發現真實，除應就卷內相關證據資料細心剖析勾稽，以究明告訴人之指訴是否合於情理以外，尤應調查其他相關佐證，以查明其指證是否確與事實相符。亦即被害人之指證，仍須有補強證據以保障其憑信性，不能單憑被害人片面之指證，遽對被告論罪科刑。而所謂補強證據，則指除該陳述本身之外，其他足以證明犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，且該必要之補強證據，須與構成犯罪事實具有關聯性之證據，非僅增強告訴人指訴內容之憑信性。原判決認上訴人對A女（個人基本資料詳卷）成立普通強制性交罪名，無非係以A女於警詢、偵訊及第一審之證述為其主要論據，並謂本件A女之指訴，與前台灣板橋地方法院檢察署檢察官九十五年度偵字第一八一三五號不起訴處分書、九十六年度偵字第一三二六、四九二五、五三九九號起訴書等案件之被害女子所指述情節不謀而合，顯見A女所證確非出於虛捏杜撰，微而可信云云。然依卷內資料：1.就A女與上訴人當天見面後之行程。A女先於檢察官偵查時，稱伊與上訴人於樹林火車站見面後，上訴人說伊被「煞到」，帶伊到板橋某宮廟拜拜，給伊喝香灰水，之後二人在板橋○○夜市附近走一走，伊喝完水後二十分鐘左右開始頭暈，上訴人問伊要不要去休息，伊同意後，上訴人扶伊去旅館等語（見偵字卷第八十二、八十三頁）；嗣於第一審則稱在板橋○○路的某廟宇喝完上訴人所給的香灰水後，「後來我記不太得，我有意識的時候，好像是在旅館裡面床上面」、「我感覺頭暈暈的，後來怎麼到旅社我就記不得了」；檢察官問A女發現在旅社之時間及是否天亮？A女答稱「我不知道幾點」、「在房間我看不到天亮了沒」（見第一審卷第五十四頁、第五十五頁反面）；對於審判長問在偵查中是否陳稱有到○○夜市及進旅館時是否天黑？答稱「沒有去」、「我不知道我當天為什麼會在旅館裡面」、「是（天黑）的」云云（見第一審卷第五十六頁反面、第五十七頁正、反面）。就喝完香灰水後有無到○○夜市逛街、有無

同意到旅館休息、到旅館時有無意識等節，前後證述不一。且A女在第一審同次庭訊時，先稱喝完香灰水後頭暈暈的，有意識的時候已經在旅社的床上，不知道當天為什麼會在旅館裡面等語，似指喝下香灰水後即意識不清（昏迷），待恢復意識時即身處旅館床上，惟A女嗣又稱進旅館當時天是黑的云云，顯示A女尚知悉其何時進入旅館，A女先後所述相互齟齬，其指訴非無瑕疵可指。2.就A女當天如何與上訴人相約見面一節。A女於第一審證稱，伊與上訴人是在網路上聊天認識，當天是第一次聊天，上訴人稱心情不好，約伊出去聊天，兩人就相約在樹林火車站見面；伊不知道上訴人叫什麼名字，上訴人也沒有跟伊說等語（分見第一審卷第五十三頁正、反面，第五十五頁反面）。復參酌A女與上訴人於案發當日即民國九十八年十一月七日之通聯紀錄，A女於當日凌晨2時17分5秒許，以其所使用之門號0000000000號行動電話撥打至上訴人所使用之門號0000000000號行動電話，當時A女之發話基地台在「台北縣土城市○○路0段00000號10樓頂電梯機房」；上訴人之受話基地台則在「台北縣板橋市○○里0鄰○○路0段00號12樓（G）」（分見偵字卷第四十三、六十三頁）。至當日凌晨2時33分31秒許，A女再撥打行動電話予上訴人時，A女之發話基地台位置在「台北縣樹林市○○○街0000號8樓頂」，上訴人之受話基地台位置則在「台北縣樹林市○○街0巷0號12樓樓頂（G）」（分見前引偵字卷同頁）等情；則A女與上訴人係於當日凌晨2點半在樹林火車站見面，衡諸A女當天在網路上第一次與上訴人聊天始認識上訴人，在不知上訴人真實姓名情形下，何以僅因一素昧平生陌生人之邀約，即於凌晨時分，自改制前之台北縣土城市趕赴台北縣樹林市與上訴人「聊天」，是否合於情理，亦非無疑。則上訴人辯稱其與A女係（約定新台幣三千元）合意性交一節，是否完全無稽？非無探究餘地。

（二）前科紀錄，有時對待證之犯罪事實擁有多面相的證據價值（自然關聯性）。但相對的，前科尤其是同一種的前科，容易令人聯

想「被告的犯罪傾向」而連結「缺乏實證根據的人格評價」，有導致事實認定發生錯誤之危險。為避免前述情事發生，應審慎斟酌判斷。尤其有必要將「同種前科之證據力」限定在合理推論之範圍，因而，並不宜單純地憑前科資料認定是否有證據價值，即是否有自然關聯性。前科僅能於經有罪判決確定之事實為前提，在該事實中有某種犯罪行為之特性，且該特性與待證事實間沒有「缺乏事實根據的人格評價，導致錯誤的事實認定之嫌疑」時，才能當作證據。換言之，將前科利用於被告與犯人之同一性之證明時，前科之犯罪事實應具有明顯的特徵，且該特徵與待證之犯罪事實有相當程度的類似性，而就憑此可合理推理判斷該兩案之嫌犯為同一人時，才能把前科資料當作證據（尤其補強證據）使用。

原判決舉前台灣板橋地方法院檢察署檢察官九十五年度偵字第一八一三五號不起訴處分書、九十六年度偵字第一三二六、四九二五、五三九九號起訴書等案件，認A女於本案所指情節與上開案件被害女子指訴之情節不謀而合，作為增強A女指訴內容之憑信性之理由。惟上開案件亦即上訴人之前科資料與本件犯罪事實之證明，具有如何之關聯性，犯罪事實之特徵類似，可為合理之推論範圍，均未見闡述？況原判決載明，上開案件經檢察官或法院審理後，均未認上訴人有強制性交行為，此未經有罪判決認定之事實，何能以該前科資料作為A女指訴上訴人強制性交犯行之補強證據？不無採證違法及理由欠備之違失。

原審對以上疑點俱未逐一詳加勾稽釐清，又未認定有補強證據以資佐證下，遽為上訴人不利之認定，依上述說明，自不足以昭折服。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條，第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 二 月 二十七日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 洪 昌 宏

法官 徐 昌 錦

法官 李 錦 樑

法官 韓 金 秀

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 五 日
E

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,870

【裁判日期】 1020307

【裁判案由】 違反槍砲彈藥刀械管制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第八七〇號

上 訴 人 呂秉豐

選任辯護人 王東山律師

林孝甄律師

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年十一月二十一日第二審判決（一〇一年度上訴字第二七一三號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署一〇一年度偵字第九〇五一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

理 由

本件原判決認定上訴人呂秉豐明知具殺傷力之空氣槍非經中央主管機關許可，不得持有，竟自民國九十九年間某日起，利用網際網路之方式，以不詳之代價購得具有殺傷力之空氣槍（槍枝管制編號：新北鑑〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇號），即非法持有之，至一〇一年四月十七日上午八時五十五分許，經警持搜索票前往其位於新北市〇〇區〇〇路〇號住處搜索查獲，扣得上開空氣槍等情，因而維持第一審論處上訴人未經許可，持有具有殺傷力之空氣槍罪刑（主刑處有期徒刑一年八月，併科罰金新台幣五萬元）之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，固非無見。

惟查：（一）有罪判決書記載之事實，為判斷其適用法令當否之準據，法院應將依職權認定與犯罪構成要件有關之事實，翔實記載，然後於理由內逐一說明其憑以認定之證據，並使事實認定與

理由說明，互相適合，方為合法。倘事實已有敘及，而理由內未加說明，是為理由不備，足以構成撤銷之原因。原判決事實認定上訴人明知可發射金屬或子彈具有殺傷力之空氣槍為槍砲彈藥刀械管制條例管制之物品，未經許可，不得持有，竟基於非法持有空氣槍之犯意，購入上開空氣槍而非法持有。然上訴人於偵、審中均供述其網購本件空氣槍時，附具之規範卡載明槍枝係合法，不知因此觸法（見偵卷第二十二頁、第一審卷第十三頁、原審卷第二十頁背面、第三十八頁）。衡以卷附之規範卡，其上載有利士通工業有限公司（下稱利士通公司）、設址地點及出售之空氣槍係合法之內容，與上訴人於偵查時供述合法網購情節相吻合。果爾，似可調查利士通公司是否透過網路銷售空氣槍暨附規範卡，藉以釐清上訴人之主觀犯意是否明知該空氣槍具殺傷力，猶購入而非法持有，此既非難以調查之事項，原審未予調查、敘明所憑依據及其認定之理由，遽為上開認定，非無調查未盡及理由不備之違誤。（二）、按槍砲彈藥刀械管制條例第八條第一項之規定，其中以未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第五十九條規定酌減其刑，最低刑度仍達二年六月以上之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相對應。首揭規定有關空氣槍部分，對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，對人民受憲法第八條保障人身自由權所為之限制，有違憲法第二十三條之比例原則，應自本解釋公佈之日起至遲於一年屆滿時，失其效力，司法院於九十八年十二月二十五日著有釋字第六六九號解釋。槍砲彈藥刀械管制條例因而於一〇〇年一月五日修正公佈施行，其第八條增列第六項「犯第一項、第二項或第四項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑」之規定。足見上該條例第八條第一項、第二項

或第四項有關空氣槍之罪刑規定，於情節輕微者，縱適用刑法第五十九條規定酌減其刑，同有滋生情輕法重，致罪責與處罰不相對應，故而於同條例第八條增列第六項之規定，殆屬明確。又刑法第五十九條於九十四年二月二日修正公佈，九十五年七月一日施行，將原條文：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑」，修正為：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重，得酌量減輕其刑」。該條所謂「犯罪之情狀可憫恕」，本係指審酌刑法第五十七條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言，必須犯罪另有特殊之原因與環境等，因在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。且為防止酌減其刑之濫用，乃增列文字，將此適用條件予以明文化，有該條之立法說明可參。惟槍砲彈藥刀械管制條例第八條第六項之增訂，與刑法第五十九條之修正規定，二者自其相關之立法沿革、法律體例、立法時間及立（修）法目的整體觀察結果顯有不同。兼衡前揭解釋之全文意旨，若認行為人同時存在此二情形，除應適用槍砲彈藥刀械管制條例第八條第六項減輕其刑外，非不得再依刑法第五十九條之規定遞減其刑。本件上訴人始終供稱其因網購而持有該空氣槍，僅於工作閒暇時，拿來射玻璃瓶玩樂消遣等語，其情節似尚屬輕微。惟其上訴原審狀另載：出生及成長在偏僻之烏來原住民部落，見原住民常持空氣槍獵鳥，因學歷僅國中畢業，長年在家鄉與父母從事勞力工作，見識淺薄，又接手家業，不善經營，負債累累，告貸無門，精神大受打擊，始網購上開空氣槍，因附具規範卡，而不知觸法，迄收到第一審判決始知事態嚴重等情。果若無訛，上訴人之違法情節，是否另有特殊之原因與環境，而在客觀上顯然足以引起一般同情，而得減輕其刑？因與事實認定有關，且於上訴人之利益有重大關係，原審未及調查審究，遽認適用槍砲彈藥刀械管制條例第八條第六項之規定減輕其刑後，當然排除再適用刑法第五十九條規定之餘地，非但無所憑據，且悖於上開

解釋意旨，難謂無適用法則不當之違誤。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，又上述違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，上訴意旨指摘原判決不當，非無理由，應認有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 七 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 呂 丹 玉

法官 吳 燦

法官 李 嘉 興

法官 張 惠 立

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 十二 日

E

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,961

【裁判日期】 1020313

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第九六一號

上 訴 人 陳朝川

選任辯護人 舒建中律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇一年十月十六日第二審更審判決（一〇一年度上更(一)字第七一號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十九年度偵字第二六八二六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院高雄分院。

理 由

本件原判決撤銷第一審之科刑判決，改判依刑法想像競合犯之規定，論處上訴人陳朝川販賣第三級毒品罪刑。固非無見。

惟查：(一)所謂販賣，除有特別情形外，必須出賣人將販賣標的物移轉於買受人，使其取得該物之所有權，始足當之，倘標的物尚未移轉交付於買受人，自難謂販賣行為已經完成。就刑事法之販賣罪而言，亦唯有出賣人將販賣物之所有權交付移轉於買受人，始具備販賣罪構成要件之所有要素，而為犯罪既遂。如行為人僅實行犯意，而購入標的物，尚未將之移轉交付於買受人，充其量祇是犯罪行為之著手，難認已達於犯罪既遂之程度。亦即販賣行為之既、未遂，端賴標的物之是否交付而定。以販賣毒品為例，倘販入後未及賣出，或已著手出賣但尚未完成交付者，均因未完全實現販賣毒品犯罪之構成要件而僅屬未遂，此乃本院最近所持之見解；至認此情形應構成販賣既遂罪之本院二十五年非字第一

二三號判例及其他相同意旨之諸多判例、決議，均已經本院決議不再援用或供參考。原判決認上訴人意圖營利，購入第三級毒品愷他命一包後，擬伺機出售不特定人牟利（販入後未及賣出），仍屬販賣第三級毒品既遂，而以販賣第三級毒品罪予以論科，自有適用法則不當之違法。(二)毒品危害防制條例所稱「運輸」，概念上應如何予以闡釋，固非無爭議；惟其既係刑事法上之「構成要件」，自應基於當代共通之學理，或本乎相關之法規，而為合乎立法本旨之闡釋，要非單純語意學上之解釋所能解決；而運輸毒品，按照舊刑法之立法例，原限於「自外國販運」或「自外國輸入及輸出於外國」而言，嗣後為防止煙毒之蔓延，廢止前之禁煙治罪暫行條例始擴張其範圍，不僅處罰國際間之轉運及輸送毒品行為，即便是國內之運輸，亦在規範之內。而現行毒品危害防制條例之立法目的，既在拔毒品貽害之本，杜絕流入之途，即著重毒品來源之截堵，以求禍害之根絕，解釋上固應從同；且不論是否意在圖利，究係為人抑或為己，更不論其運輸方法究為海運、空運、陸運或海陸空聯運，皆包括在內。惟運輸毒品罪乃係故意作為犯，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，主觀上尤須本於「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，豈非所有在他地購毒而攜回住處者，不論目的，皆另犯運輸毒品重罪？故除知悉為毒品，而仍為國際間之轉運，或受託運送，以及行為人意圖營利販入毒品，並基於運輸之犯意，將毒品運輸他地交付買受人，以完成賣出行為，同有運輸罪之適用者外，如僅係在國內某地販入或持有毒品而攜回自己住處藏放或使用，無運輸毒品之主觀犯意者，自難逕認另犯運輸之罪。本件依上訴人所稱，其購買毒品愷他命後，擬將該毒品攜回住處藏放使用，如果無訛，上訴人購買毒品後，欲搭車北返時，雖附隨攜帶毒品，惟能否逕認其有運輸毒品之犯意，饒有研求之餘地。究竟上訴

人如何本於「運輸」毒品之意思而為轉運輸送毒品？其欲搭車北返而在候車時被查獲，是否已經著手運輸並為既遂？抑或僅係單純意圖販賣或購買而持有毒品？事實均尚欠明瞭，原審未詳查審認，即遽論以運輸毒品罪名，亦有理由不備之違法。上訴意旨指摘原判決不當，尚非全無理由。而原判決上述之違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，仍應將原判決撤銷，發回原審法院更為審判。又依本件起訴事實所載，檢察官僅就上訴人販賣、持有毒品愷他命部分予以起訴（見原審卷第五頁），至被告是否運輸毒品，不在起訴範圍，乃原判決於理由內說明起訴書事實欄已載明上訴人「購得愷他命後，在高雄市九如路與高速公路口處，為警查獲」等情，即認運輸毒品部分已提起公訴（見原判決第七頁），亦有誤會。於此情形，必須販賣毒品及運輸毒品均成立犯罪，且二罪之間有裁判或實質上一罪關係時，法院始能就運輸毒品部分加以審判（起訴效力之擴張），合予說明。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 十三 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 洪 昌 宏

法官 張 祺 祥

法官 徐 昌 錦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 十五 日

v

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,1203

【裁判日期】 1020322

【裁判案由】 違反銀行法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第一二〇三號

上 訴 人 蔡志浩

選任辯護人 謝啓明律師

薛松雨律師

俞兆年律師

上 訴 人 蔡炎欽

選任辯護人 連復淇律師

上 訴 人 陳佳禕

選任辯護人 李宏誠律師

郭心瑛律師

上 訴 人 劉聖民

選任辯護人 李錦樹律師

陳明正律師

上 訴 人 王潤台

選任辯護人 陳煥生律師

幸大智律師

周燦雄律師

上列上訴人等因違反銀行法案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年五月三十一日第二審判決（一〇〇年度金上重訴字第三七號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十七年度偵字第一〇八九一、一八三四七號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審經審理結果，認為上訴人蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕分別時任花蓮區中小企業銀行股份有限公司（下稱花蓮企銀）代理董事長、總經理、債權管理處（下稱債管處）處長，依法均為花蓮企銀之負責人及經理人，其等與時任勤業財務顧問股份有限公司（現更名為勤業眾信財務諮詢顧問股份有限公司，下稱勤業公司）副總經理劉聖民、協理王潤台、瑞陞國際資產管理股份有限公司（下稱瑞陞公司）總經理鍾國賢（偵查通緝中）有原判決事實欄貳所載共同賤估花蓮企銀標售民國 94 年度不良債權（下稱系爭不良債權）之底價及排除瑞陞公司以外之其他廠商對系爭不良債權標售案參與競標之意願（下稱綁標）而對花蓮企銀為背信行為（復於理由內說明，不能證明蔡志浩、蔡炎欽、劉聖民、王潤台被訴就勤業公司提供相關服務之「成就公費」部分，暨蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕就挑選不良債權範圍部分，均涉有銀行法第一百二十五條之二第一項前段銀行負責人背信之罪嫌，因檢察官認此等部分與前揭論罪科刑部分有實質上一罪關係，爰不另為無罪之諭知）；另蔡志浩有原判決事實欄參所載退回碁石投資有限公司籌備處（下稱碁石公司）向花蓮企銀認購乙種特別股股款新台幣（以下除註明美金外，均同）5 億元而對花蓮企銀為背信行為，因而撤銷第一審關於蔡志浩賤估系爭不良債權底價對花蓮企銀背信部分及蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民、王潤台之科刑判決

，改判論蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民、王潤台（以下或稱上訴人等）以共同犯銀行法第一百二十五條之二第一項前段之背信罪，並依同法條第二項加重其等之刑，依序處有期徒刑4年、3年8月、3年2月、2年、1年10月；暨維持第一審關於退還碁石公司認購乙種特別股股款5億元部分論蔡志浩以犯銀行法第一百二十五條之二第一項前段之背信罪，處有期徒刑3年6月部分之判決，駁回該部分蔡志浩在第二審之上訴；並就蔡志浩經撤銷改判及上訴駁回部分，定其應執行有期徒刑7年。已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並就上訴人等否認之供詞及其等所辯各語，認非可採，亦予以論述及指駁。

二、上訴意旨及本院之判斷

（一）證據能力部分：

- (1) 蔡志浩上訴意旨指摘原判決就證人張晉源、曾文邦、方娟娟、陳明謙、張又芬、呂瑜庭、張彥彬於法務部調查局台北市調查處（下稱市調處）、偵查中之陳述；彭振豪於市調處之陳述；共同被告蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民、王潤台於市調處、偵查中之陳述；陳佳禕上訴意旨主張證人彭振豪未曾到庭作證，其於市調處之陳述；劉聖民上訴意旨指摘王潤台於市調處之陳述，均為審判外之陳述而無證據能力，原判決資為判決之基礎，採證違背證據法則及理由不備；暨蔡志浩另指摘原判決以陳佳禕偵查中傳聞證據之證詞為認定事實依憑部分。經查：①考諸刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定之立法理由，乃謂現階段檢察官實施刑事訴訟程序，多能遵守法律規定，無違法取供之虞，故原則上賦予其偵訊筆錄之證據能力，僅於顯有不可信之情況，始例外否定其證據適格。被告如未釋明顯有不可信之情況時，檢察官自無須就該例外情形而為舉證，法院亦無庸在判決中說明無例外情形存在之必要。蔡志浩於原審並未主張或釋明證人即大華期貨股

份有限公司董事長張晉源；瑞陞公司副總經理曾文邦、財務主管方娟娟；花蓮企銀債管處副處長陳明謙、專員張又芬、離職之花蓮企銀業務處處長張彥彬；勤業公司財務顧問呂瑜庭等人於偵查中具結證述之內容有何顯不可信之情況（見原審卷一第 40 至 43、198 至 199 頁背面；卷二第 40 至 41、136 至 137 頁背面、168 頁正、背面、197 至 205、247、248、258 至 266 頁；卷三第 1 至 43、249 至 251 頁；卷四第 4 頁背面、36 至 42、58 至 80 頁），則原判決認上開證人等於偵查中之證言具有證據能力，即無不合。②原判決理由甲之貳之一之(二)認證人張晉源、曾文邦、方娟娟、陳明謙、張又芬、張彥彬；呂瑜庭、勤業公司專案經理張育綺、台灣歐力士資產股份有限公司（下稱歐力士公司）總經理李國權、台新金融控股股份有限公司（下稱台新公司）資深襄理張孟哲等人，暨理由甲之貳之二之(二)認上訴人等於市調處所陳與其等於第一審所證不相矛盾部分，自當得以與其審判中之陳述相應映而有證據能力（見原判決第 14、16 頁），雖與刑事訴訟法第一百五十九條之二之規定不符，惟曾文邦（見第一審卷第 157 頁正、背面）、方娟娟（見第一審卷七第 145 頁）、陳明謙（見第一審卷六第 80 頁背面至 81 頁背面）、張彥彬（見第一審卷六第 92 至 95 頁）、呂瑜庭（見第一審卷七第 53 頁背面至 55 頁）、李國權（見第一審卷七第 36 頁背面）、張孟哲（見第一審卷七第 32 頁），均於第一審表明原判決引用其等於市調處之相關證詞均屬實或所述內容相仿，則原判決併引用曾文邦、方娟娟、陳明謙、張彥彬、呂瑜庭、李國權、張孟哲於市調處之筆錄（依序見原判決第 24、37；25；28、29；25 至 27、33、41；43 至 44、55 至 56 頁），乃屬贅餘；又原判決誤引王潤台與第一審結證齟齬之市調處筆錄（見原判決第 46、47 頁），縱捨棄王潤台有關劉聖民確實知悉勤業公司最後估價結果之市調處筆錄，因王潤台於偵查中亦陳稱：「（問：你們

估價出來的數字，劉聖民有意見過嗎？他中間有參與討論過嗎？）他沒有，最後定案的時候才跟他講，看他有沒有什麼意見」等語（見偵 10891 卷二第 30 頁），亦無法撼動事實之認定，自難執為提起第三審上訴之適法理由。至原判決未引用張晉源、張又芬市調處之筆錄，要無證據能力有無之問題。另原判決既引用上開除張晉源、張又芬以外證人（包括共同被告對其他共同被告而言）之市調處筆錄，應係已審酌該等證人於市調處詢問時，均係案發之初即對其等詢問並製作筆錄，記憶自較為清晰，陳述應更貼近案發之事實，衡情尚無充裕時間權衡陳述之利害關係，且未直接面對各相關上訴人等，心理壓力較小，故上開證人等之陳述，自較無機會受到不當污染或外界干擾，虛偽陳述之可能性低，可信度顯較高。況該等證人均於第一審審理時到庭作證，未表示於市調處詢問時曾受不法取供，足見該等證人於市調處之陳述時，受外力、人情等干擾程度較低，又無其他證據可認有何非出於自由意志陳述之情形，始認該等證人於市調處陳述有可信之特別情況，足以取代審判中反對詰問之可信性保障，復與上訴人等犯罪事實具有直接關聯性，並為證明犯罪事實存否所必要而單獨引用該等證人之市調處筆錄。原判決未就該等證人之市調處陳述與審理時之證詞如何不相一致暨於市調處陳述時具任意性等情加以說明，行文縱嫌簡略，惟因不影響判決之本旨，尚與理由不備及採證違法等違背法令之情形有間。③原判決以證人即花蓮企銀債管處主管彭振豪於第一審依法傳、拘均因所在不明而無法到庭，惟觀其於市調處之筆錄製作原因及過程之信用性，並無不能自由陳述之情事，亦無違法取證或其他瑕疵，客觀上有可信之特別情況，且為證明犯罪事實所必要，依法認具有證據能力，即無不合。④證人以聞自他人在審判外之陳述作為內容，到庭而為轉述者，屬傳聞之證詞，因未經依法調查原始證人，無從擔保其陳述

內容之真實性，固不得採為判決之基礎；然證人如係就其本人親身經歷見聞之事實經過，在審判中到庭陳述，其證言即得採為認定被告犯罪之證據。原判決引用陳佳禕於偵查中所證（見原判決第 40 頁倒數第 7 列以下），就蔡志浩是否曾對蔡炎欽表示系爭不良債權底價約 7、8 億元間之事實，固為傳聞證據，然就蔡炎欽曾對陳佳禕傳達並表示係蔡志浩指示之事實，即為陳佳禕親身見聞之歷程，是陳佳禕上開證言即得採為認定本件犯罪事實之證據。不容蔡志浩任意執此指摘，而資為第三審上訴之合法理由。

(2) 詰問權乃訴訟上當事人有在審判中輪流盤問證人，辨明供述證據真偽之權利，屬於人證調查證據程式之一環，與證據能力係指符合法律所規定之證據適格，而得為認定犯罪事實存在與否之證據資格，在性質上並不相同。且詰問權之行使，屬被告之自由，被告於審判中未聲請傳喚證人以行使詰問權，法院自無不當剝奪其詰問權行使可言，亦與應於審判期日調查之證據而未予調查之違法情形有別。共同被告蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民於第一審均到庭進行交互詰問，足以辨明其等供述證據之真偽進而發現真實，雖王潤台於原審未聲請傳喚其等到庭進行交互詰問（見原審卷一第 195 至 207 頁；卷二第 25 至 31、136、137、258 至 266 頁；卷三第 2 至 34、245、246 頁），亦不影響該等證詞之證據能力，原審尚無調查未盡之違誤。王潤台執此指摘原判決以傳聞證據認定事實，且有調查未盡之違誤等由，要非第三審合法之上訴理由。

(二) 估算系爭不良債權底價部分：

(1) 瑞陞公司估算系爭不良債權標購之底價部分：①原判決依憑曾文邦之證詞（證稱：瑞陞公司估算系爭不良債權價格時，請陸德不動產鑑定有限公司及環宇不動產鑑定股份有限公司針對不動產擔保品部分進行估價，該等公司依現在市價的比

較法、過去同區法拍價及收益法，加權調整提供價格，瑞陞公司內部團隊再討論，扣除增值稅、房屋稅等相關費用成本後，價值約 12 億元，股票部分以當時市價或以公司淨值計算，價格約 1.3 億元至 1.5 億元，另估計可從系爭不良債權的連帶保證人回收約 6 億元，其中王又曾家族成員可回收 2.5 億元至 3 億元〈不含力霸集團股票擔保品〉，故預估總回收金額 19.45 億元，扣除必要成本 1.9 億元，系爭不良債權總價值約 17.5 億元。且伊提供給市調處的電子檔案資料包括帳齡、繳款紀錄、工作、薪資結構、債務人及保證人的年齡、有無其他可供執行的資產及估價公司所提供的鑑價金額的合理性調整，並估算回收價。鍾國賢告訴伊，瑞陞公司就系爭不良債權的估價，要扣掉投資人保留認購特別股 10 億元，剩下的價格才是投標的金額等語）、方娟娟之證述（證稱：系爭不良債權投標價格係曾文邦評估的，當時以同一個案子來計算投資總成本，先估不良債權的價值為總成本依據，再扣除認購特別股 10 億元，就是願意出價購買系爭不良債權的價格等語），暨瑞陞公司就系爭不良債權之「下價計算表」中「總出價（total NPV + 後期淨收支）」欄彙總 17 億 1548 萬 4743 元（見市調處卷五第 192 頁背面）等資料，認定上開金額為瑞陞公司最後得標前的評價結果，並以此為系爭不良債權之底價計算花蓮企銀之損失（見原判決第 24、25、66 至 68 頁）。

②原判決依張彥彬之證述（證稱：花蓮企銀自行估算系爭不良債權出售價格約 19 億元等語，見原判決第 27 頁）、陳佳禕之供述（供稱：系爭不良債權第 1 次估價 19 億元等語，見原判決第 32 頁）、彭振豪之證述（證稱：市調處提示之扣押物編號 G07「電腦主機」中，94 年/aaa.xls 電子檔案 1 份，係花蓮企銀債管處對系爭不良債權估價結果，其中 A 子目錄中附擔保品債權的估價，東部、北部地區分由彭振豪、陳明謙覆核估價，合計 15 億 3397 萬 6766 元等語，見原判決第 31 頁），

並有張彥彬、彭振豪所述「94 年/aaa.xls 檔」之列印資料可憑（見偵 18347 卷二第 10 至 18 頁），足見花蓮企銀初估系爭不良債權底價為 19 億 7757 萬 3657 元。③原判決依呂瑜庭之證述（證稱：勤業公司依中聯不動產鑑定股份有限公司〈下稱中聯公司〉、全球鑑定顧問股份有限公司〈下稱全球公司〉之鑑定資料，初估系爭不良債權總價為 22 億元至 23 億元，因王潤台認為過高，依其指示先後 7、8 次調整系爭不良債權之折現率及拍賣次數，將折現率由 22%和 18%調整為 25%和 20%及增加拍賣次數，調降後最後總價為 7.63 億元至 6.62 億元，扣案 A-5「光碟」中，檔名為「花企-current\NPL\Valuation\已完成目錄_charles.zip\已完成目錄_jerry(2).xls」之檔案，先後修改時間為 94 年 6 月 21 日上午 10 時 23 分、上午 10 時 35 分、下午 1 時 31 分；同年 6 月 23 日上午 5 時 54 分、上午 10 時 23 分等語，見原判決第 43 至 45 頁），暨上開檔案列印資料等證據，足證勤業公司初次估算系爭不良債權使用之折現率為 22%及 18%。④原判決以系爭不良債權由瑞陞公司、勤業公司、花蓮企銀依各該公司估價方法與作業程序，進行評估底價，已足供參考系爭不良債權之底價，並因曾文邦依鍾國賢指示參照不動產擔保品之鑑價金額、帳齡、繳款紀錄、薪資、債務人及保證人年齡等因素綜合評估，參酌瑞陞公司 101 年 3 月 6 日（101）瑞陞字第 2 號函內容，認瑞陞公司受投資人委託本於善良管理人注意與忠實義務分門別類，依客觀公正，並運用邏輯方法及經驗法則，進行估價，自堪以瑞陞公司自行估算之總出價為系爭不良債權底價，而認無庸再行鑑定系爭不良債權之底價（見原判決第 37、38、69、70 頁）。蔡志浩上訴意旨以原審未函詢瑞陞復興一公司查明其處分系爭不良債權之投資報酬率；王潤台上訴指摘原審未鑑定系爭不良債權之底價，因待證事實已臻明瞭，原審未再為調查，要屬法院調查證據裁量權之適法行使，不容指為違法。且原判決事實

、理由記載不良債權底價或為 17 億 5 千萬元、或為 19 億 775 7 萬元、或逾 17 億元、或 17 億 1548 萬元，乃因瑞陞公司、花蓮企銀評估系爭不良債權底價有所不同，或用語簡略所致，不影響本件判決之本旨，蔡志浩執此指摘原判決事實與理由前後矛盾，尚非適法之第三審上訴理由。⑤系爭不良債權標售金額為 7 億 8750 萬元，雖係在中央存款保險股份有限公司（下稱中央存保公司）監督下，經花蓮企銀董事會決議通過，此乃賤估之結果，自難以此率認花蓮企銀自行賤估之底價及標售之金額均符合一般標售不良債權之作業模式及市場交易特性，並以民意代表檢舉理由未提及系爭不良債權底價及標售金額過低等情，而認上開標售底價符合社會常情。王潤台執此指摘原判決適用法則不當，顯非合法之第三審上訴理由。

- (2)瑞陞公司估算系爭不良債權之「下價計算表」部分：①原判決認瑞陞公司「下價計算表」第 190 頁，系爭不良債權之 Final 總回收金額為 19 億 4544 萬（9724）元，而瑞陞公司之總出價金額為 17 億 1548 萬（4743）元，二者差距為 2 億 2996 萬（4981）元即為瑞陞公司處理系爭不良債權之稅金及預計利益（見原判決第 38 頁）。因卷附瑞陞公司「下價計算表」乃該公司人員綜合稅金、利率走勢、市場風險等相關因素，經內部評估所得之系爭不良債權標購底價，縱「下價計算表」所採之折現率為 5.19%（見原審卷三第 212 頁），與中央存保公司建議花蓮企銀標售系爭不良債權之折現率為 15%及勤業公司評估系爭不良債權之折現率為 20%至 25%有所不同，亦不影響瑞陞公司本於專業考量願意出價標購系爭不良債權之金額為 17 億 1548 萬 4743 元（尚未扣除認購 10 億元特別股股款），並足為系爭不良債權底價之估算參考。原審此部分之論斷，核屬其採證認事職權之行使，王潤台上訴意旨指摘原判決認其未依中央存保公司建議折現率為 15%估算系爭不良債權之

底價，又肯認瑞陞公司估算底價之折現率為 5.19%，理由前後矛盾；陳佳禕上訴意旨以瑞陞公司計算系爭不良債權之折現率過低，指摘原判決違背經驗法則，均非適法之第三審上訴理由。②曾文邦於第一審陳明：有關其於市調處就系爭不良債權估算之結果，價值大約 17.5 億元，確實屬實等語（見第一審卷七第 157 頁背面）。因之，曾文邦於市調處所陳，僅係循瑞陞公司內部人員評估系爭不良債權底價之內容、詳細數字，簡略概述「下價計算表」之結果，並與瑞陞公司 101 年 3 月 6 日（101）瑞陞字第 2 號函示：以將未來現金流量預估值，用特定折現率折算至當下之假設現值，而淨現值最大目的係提供投資人參考作為投資決策評估因素之一等情（見原審卷三第 213 頁），不相違背。王潤台上訴意旨指摘曾文邦所述，與瑞陞公司「下價計算表」及上開函示計算方式完全不同，顯有誤會，殊非第三審上訴之合法理由。③蔡炎欽上訴意旨以：瑞陞公司「下價計算表」中有關奕行、奕銘投資股份有限公司（下稱奕行公司等）及力霸集團關係企業（包括力長、仁湖、東長、申東、申隆、益金、金東股份有限公司）分別為 2 億 3586 萬 6831 元、3 億 5427 萬 6108 元，雖前者與中聯公司鑑估值 1 億 1815 萬 2000 元，及原判決附表（下稱附表）一認定 1 億 1815 萬 1667 元不同，後者依瑞陞公司「花企 NPL 截至 96 年 6 月債權淨收入累計明細表」（下稱「花企 NPL 淨收累計表」為 1 億 3682 萬 8037 元，亦有高估；「下價計算表」中 TYPE-B、C（即無擔保債權）部分為 2 億 7517 萬 1876 元，與花蓮企銀債管處「94 年 6 月底出售底價建議一覽表（債權額含呆帳）」（下稱「底價建議表」）就「無擔保債權」相較，高估 2 億 4167 萬 1876 元；「下價計算表」中 TYPE-B 核計金額為 1 億 9583 萬 0742 元，相較瑞陞公司「花企 NPL 淨收累計表」亦屬高估；「下價計算表」第 27 至 192 頁所列借款人幾乎全為 TYPE-C（個人無擔保債權）之金額為 7934 萬 1120 元

，對照瑞陞公司「花企 NPL 淨收累計表」亦有高估，指摘原判決第 69 頁採證有誤，及理由矛盾，暨未說明對蔡炎欽有利之曾文邦證詞（力霸集團關係企業倒閉僅回收 1.5 億元）不採之理由等違法云云。惟瑞陞公司、花蓮企銀、勤業公司均係本於各該公司專業及所定之標準，就相關風險因素事先預測系爭不良債權之回收率、折現率而估算系爭不良債權之底價，既屬預估，則系爭不良債權之底價與事後執行系爭不良債權所回收之金額有落差，亦為事理之當然，要難以中聯公司針對奕行公司等之不動產估價數額，及瑞陞公司事後執行回收奕行公司等之不良債權金額，率認瑞陞公司「下價計算表」有誤。且原判決未說明不採信曾文邦上開所證之理由，與事實認定不生影響。蔡炎欽此部分之指摘，要非第三審上訴之合法理由。④卷附瑞陞公司「下價計算表」為曾文邦提供予市調處之電子檔案所列印之資料，其並對該份電子檔案之內容於市調處詳細陳述明確等情，業經曾文邦證述在卷（見第一審卷七第 157 頁正、背面），不容蔡炎欽爭執附表四瑞陞公司「擔保品以外現金流入」部分與「下價計算表」所列「擔保品以外之其他 Cash Flow」總計金額不同，及瑞陞公司「下價計算表」各項估算金額均遠大於瑞陞公司「花企 NPL 淨收累計表」之金額，指摘原判決有認定事實不依證據及判決不備理由之違誤。⑤原判決已敘明：依稅捐稽徵法、強制執行法及其他相關法規規定，土地增值稅、地價稅、房屋稅之徵收優先於一切債權及抵押權；強制執行時相關支出之費用，得求償於債務人者，得就強制執行之財產先受清償，卷附瑞陞公司「下價計算表」中擔保品不動產評估價格既以分配款做為評估結論，自己依相關法令規定辦理（見原判決第 39 頁）。縱瑞陞公司估價時，未計算稅金，乃瑞陞公司本應將欲標購之總出價加計相關稅金而往上調升，自大於卷附「下價計算表」之總出價金額，因瑞陞公司獲利多寡，不

涉及上訴人等之犯罪所得而有加重處罰條件之適用，自不影響判決之本旨。陳佳禕指摘原判決認定瑞陞公司處理不良債權之稅金及預計利益有誤，亦不得執為合法之第三審上訴理由。

- (3)花蓮企銀自行估算系爭不良債權之底價部分：①原判決已敘明：扣案編號 G07「電腦主機」中，94 年/aaa.xls 電子檔案 1 份，係陳明謙、張彥彬、彭振豪於市調處親睹，並肯認列印資料即為自陳佳禕電腦中擷取之系爭不良債權，由花蓮企銀各相關估價單位彙整估價 19 億 7757 萬 3657 元之檔案（見原判決第 27、29、31 頁），不因第一審勘驗該份電子檔案列印資料有些許片段不完整，而影響該自行估價之結果。又單由勘驗之上開電子檔列印資料之債權額、折現率等形式上驗算建議售價金額雖有溢額之情，然因該表列資料既有缺漏，核驗之金額與陳明謙、張彥彬、彭振豪所確認之金額有異，亦屬數理驗算之當然結果，要難因此認原判決採證有誤。②上開電子檔案其中有關借戶奕行公司等表列擔保土地為 2 億 1969 萬 5599 元，與中聯公司鑑定結果為 1 億 1815 萬 2000 元雖屬不同，原判決已說明，對於系爭不良債權底價之評估，涉及各鑑估公司對未來不動產投資之房地供需、環境變遷、人口居民習性、公共與公用設施、交通運輸水準、產業結構、不動產經營利潤、土地規劃，及其他資產之個別特性之差異、流通性等因素主、客觀判斷，因此各鑑估公司之實際估價不同，本屬必然之結果（見原判決第 69 頁）。上開電子檔案乃花蓮企銀權責單位本於經驗及專業判斷，彙總各單位自行評估系爭不良債權底價之結果，無論有無參考中聯公司、全球公司鑑估結果，要無流於個人主觀判斷之情而不足取。再標售不良債權之債權人，或標購不良債權之投資人，對不良債權標售、標購底價之訂定，本屬其等基於專業知識，評估市場風險、稅務及未來利率變動之預測，考量不良債權之種類、

帳齡、繳款紀錄、薪資結構、債務人及保證人之年齡、擔保品市價、收益性等因素預先綜合判斷，既屬買賣即有風險，無法代表最後具體投資之盈虧情形。本件縱依瑞陞公司「花企 NPL 淨收累計表」可知，奕行公司等及力霸集團關係企業之不良債權實際淨收入均低於上開電子檔案之估價，亦屬花蓮企銀內部評估上開不良債權底價良窳與否，與瑞陞公司標購系爭不良債權後，實際執行奕行公司等、力霸集團關係企業不良債權回收金額無涉，要難以此認上開電子檔案評估系爭不良債權有誤。至上開電子檔案 TAPE-A 部分應包括不動產擔保及股票擔保之不良債權（含力霸集團關係企業不良債權僅有上市股票擔保，亦即 TAPE-A 為大企業有擔保部分、TAPE-B 為大企業無擔保部分、TAPE-C 為個人小額部分），雖經陳明謙陳述在卷（見偵 10891 卷一第 216 頁），並有卷附行政院金融監督管理委員會（下稱金管會）檢查局 94 年 10 月 31 日「銀行出售不良債權專案檢查報告」可佐。原判決第 35 頁雖記載「其中以不動產為擔保之債權（按即所謂 TYPE-A，此可參見證人即被告陳佳禕於調查局詢問之證述……）」。然因花蓮企銀 93 年 9 月及 94 年 6 月辦理 2 次不良債權出售案，花蓮企銀本行估價標準大致相同等情，亦經陳佳禕供述明確在卷（見偵 18347 卷一第 234 頁背面）。因之，原判決以陳佳禕提出之債管處「本處自評」之建議底價，全部債權之回收率僅為 17.53%，實際上確實低於花蓮企銀於 93 年 9 月 30 日標售帳面金額 41.38 億餘元之不良債權（下稱 93 年不良債權）之回收率 26.01%，暨以 93 年不良債權中無不動產擔保債權帳面金額及 1.90% 之回收率，換算系爭不良債權中不動產擔保債權（應為有擔保債權）之評估金額（即附表三部分），尚無違誤，不因不甚精準之用語而影響事實之認定。又張彥彬、陳明謙係依其等經驗，及系爭不良債權本身擔保品、帳齡等因素評估，業經原判決論述甚詳（見原判決第 34 頁），亦無未考

量年限、還款條件等因素。再上開電子檔案中 A1-002-A1-001 屬股票擔保品鑑估資料，既屬系爭不良債權之部分，無論是否為陳明謙評估而提出之資料，不影響上開電子檔案係花蓮企銀針對系爭不良債權底價自行評估之結果。蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕上訴意旨以上開電子檔案資料不全及高估系爭不良債權價值；蔡炎欽另以奕行公司等擔保品估價與中聯公司估價不同，且花蓮企銀自行估價時，未參考中聯公司及全球公司鑑估結果、瑞陞公司就奕行公司等不良債權實際淨收入僅為 673 萬 8203 元、上開電子檔案 TAPE-A 部分應包括不動產擔保及股票擔保、力霸集團關係企業僅有股票擔保，且實際淨收入僅為 1 億 3682 萬 8037 元、陳明謙未提供上開電子檔案 A1-002-A1-011 資料予張彥彬、上開電子檔案 TAPE-C 部分，未評估各借戶之還款條件等做合理分配，而將全體借戶之不良債權均訂為折現率 20% 等為由，指摘原判決理由不備、理由矛盾及採證違背經驗法則。陳佳禕上訴意旨以原判決第 35、36 頁將歐力士公司標購 93 年不良債權與系爭不良債權之回收率比擬，乃將不相類之事物類比，因之，附表三之計算違背經驗及論理法則。王潤台上訴意旨以上開電子檔案計算方式未考量年限、折現率，原判決遽認花蓮企銀自行估價系爭不良債權底價為 19 億元合理，乃違背經驗及論理法則各等語，均非適法之第三審上訴理由。③原判決依張彥彬所證，認定張彥彬處理 93 年不良債權標售事宜，已擬定該次之「本行評價標準」（直式列印），其於 94 年間，處理系爭不良債權事宜時，未曾見過送交董事會討論之債管處自評底價之「本行評價標準」（橫式列印）等情（見原判決第 33 頁），不容陳佳禕以原審未函調花蓮企銀債管處 95 年 3 月 17 日蓮銀債字第 0000000 號函之附件 7 至 9、14、15，以明花蓮企銀評估系爭不良債權是否符合「本行評價標準」，資為合法之第三審上訴理由。縱或依證人即金管會檢查局稽核毛淮之證述，

確實有「本行評價標準」，因毛淮所提「銀行出售不良債權專案檢查報告」（見市調卷一第 1 頁以下）乃針對花蓮企銀董事會議決之建議售價所提出之檢討報告，與原判決以瑞陞公司評價之總出價資為系爭不良債權之參考底價無涉，自不影響判決之本旨，要無陳佳禕指摘原判決理由不備。④蔡炎欽以花蓮企銀對 TAPE-A 部分係對「不動產擔保品」本身之估價，並非對「本案不動產擔保之不良債權」之估價；陳佳禕以不良債權之估價與不良債權底價之訂定不同為由，指摘原判決採證有誤。然原判決已詳敘：底價之訂定應基於系爭不良債權本身之價值，予以客觀、合理評估（見原判決第 49 頁），張彥彬、陳明謙及彭振豪之估價，均按渠等之經驗，依系爭不良債權本身擔保品及帳齡等因素評估系爭不良債權之「底價」，且 94 年 6 月 22 日陳佳禕與張彥彬赴蔡炎欽辦公室報告者亦為「底價」，渠等認不能再行調降亦為「底價」（見原判決第 34 頁）。因之，縱不良債權本身之估價與不良債權底價之訂定性質上有差異，亦不影響張彥彬、陳明謙、彭振豪係就系爭不良債權標售之底價為預先之評估。至張彥彬將無擔保債權之回收率以 20% 為估價基準，乃其本於專業、經驗所為之評估（見原判決第 33 頁），不容蔡炎欽、陳佳禕指摘原判決將花蓮企銀初步估價 19 億餘元係就不良資產初估之金額，非不良債權出售之底價，執為第三審上訴之合法理由。又原判決第 6 頁雖記載「陳佳禕遂令陳明謙就不動產擔保品部分之價值進行估價，令由張彥彬對股票擔保品與個人無擔保債權部分估價」，而非系爭不良債權「底價」之估價，乃用語簡略之故，核與陳佳禕所指判決事實與理由矛盾之違法情形不相適合，且因不足以動搖原判決，自不得認係適法之第三審上訴理由。再原判決綜合張彥彬、陳明謙及彭振豪所證，及自陳佳禕電腦中擷取之上開電子檔案等證據資料，認定花蓮企銀初步評估系爭不良債權底價為 19 億 7757 萬 36

57 元，自不因張彥彬為參與評估底價之人即謂有利害關係而影響評估之結果。蔡炎欽上訴意旨以張彥彬為利害關係人，所供有避重就輕之瑕疵，指摘原判決有理由不備、調查未盡之違誤，殊非第三審上訴之合法理由。⑤附表四對於「稅金及預計利益」欄記載「花蓮企銀自行處理，因此不必計算其他相關稅金及預計利益」等字樣，乃認花蓮企銀初步估算系爭不良債權之底價為 19 億 7757 萬 3657 元，因無需考量「稅金及預計利益」，自無庸加計「稅金及預計利益」而提高上開評估系爭不良債權底價之數額。蔡炎欽上訴意旨指摘原判決一方面認花蓮企銀評估最低回收金額 19 億 7757 萬 3657 元為對外標售底價之參考，一方面又認無「稅金及預計利益」，前後矛盾云云，乃有所誤會，要非第三審上訴之合法理由。

- (4)勤業公司自行估算系爭不良債權底價部分：①原判決依卷附「花蓮企銀不良債權出售案評價模式分析」勤業公司鑑估底價所設定之「拍定次數」實係為 2 至 8 拍間，且上開評價模式分析係依過去範本為基準等情，為王潤台所是認。參酌呂瑜庭已陳明依拍定次數換算拍定之底價，惟不確定第 9 拍以後之價格是否繼續以前拍的價格再打 8 折等語，認定呂瑜庭在估價時依王潤台要求將高達 63%之「預定拍數」設定在 9 拍以上，甚至達 13 拍，顯然調整拍數、折現率已非合理之範圍（見原判決第 50、51 頁）。雖上開評價模式分析亦記載「已可能因而延長其拍定次數及處分時間，對於該類抵押品，將依據實際狀況予以個案調整其拍定次數及預定處分時間」等字樣，僅係備註特殊例外之情，不影響事實之認定。劉聖民執此指摘原判決理由不備，自非上訴第三審之合法理由。至原判決既採信呂瑜庭上開第 9 拍以後已不確定如何估價之證詞，自己已不採其所為其他不相容之證言，此屬證據取舍之當然結果。原判決未就呂瑜庭曾處理過 3 輪，10 幾拍之證詞（見第一審卷七第 53 頁背面）、證人即勤業公司協理蔡鴻青對勤

業公司評估不良債權使用之折現率為 18%至 26%之證述（見第一審卷七第 47 頁背面），說明不採信之理由，要與判決不載理由之違法情形尚屬有別。至卷附中華票券公司、大眾銀行、安泰銀行等不良債權估價所採之折現率，及金管會歷年統計金融機構出售不良債權予資產管理公司之簡表（見第一審卷三第 57 頁），因個案之客觀環境、條件等影響評估不良債權之因素有異，自無法比附援引。劉聖民、王潤台執此指摘原判決理由不備，殊非上訴第三審之適法理由。②附表一係依呂瑜庭初次評估系爭不良債權底價所設定之折現率及預定拍數，以及勤業公司就不良債權鑑價之模式，排除有關奕行公司等擔保品估算錯誤，經重算所得之金額（見原判決第 46 頁），要無疏於考量預定拍數、預定處分年限等因素，亦無需額外扣除「其他費用」（預計處分費用 1.5%或 6 萬元），始能完全呈現呂瑜庭原所採之計算模式而得之金額。縱依勤業公司「本案所採取之評價方式與基本假設內容」應扣除「其他費用」，僅勤業公司估算系爭不良債權不動產部分金額有些許之差異，亦不影響原判決係以瑞陞公司「下價計算表」為系爭不良債權底價估算參考之結果。蔡炎欽上訴意旨指摘附表一錯誤，尚非適法之第三審上訴理由。③劉聖民上訴意旨以：依曾文邦、證人即中國信託商業銀行股份有限公司職員林松杉所證，暨花蓮企銀「底價建議表」等證據，足認勤業公司所建議之底價，與市場行情相符，原判決未說明不採之理由，自屬理由不備云云。惟花蓮企銀之「底價建議表」，已屬賤估系爭不良債權底價之結果，自難援引為判斷勤業公司評估系爭不良債權底價有無賤估之情，且各投資標購不良債權者如何評估系爭不良債權底價本有其各自考量因素，亦難因林松杉、曾文邦僅就無擔保債權估算標準，即謂勤業公司最後未賤估系爭不良債權底價。原判決未說明上情，不足以動搖判決本旨，執此指摘，仍非合法上訴第三審之理

由。

(三) 蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民、王潤台共同綁標部分：

- (1) 原判決依呂瑜庭之證述（證稱：花蓮企銀於 94 年 6 月 14 日發公文，透過伊要求參與投標廠商繳交 450 萬元或美金 13 萬 5 千元審查費，且暗示未得標者不能退款，並於花蓮企銀出售不良債權第四次工作小組會議開會通知上明定投資人應於 3 日內繳交審查費等語）；劉聖民之證詞（供稱：投資人未得標，審查費不會退還，只會退回押標金等語）；張孟哲之證詞（證稱：美金 13 萬 5 千元是不能退還等語）；陳佳禕之供述（供陳：歐力士公司〈即 93 年不良債權〉之審查費為 150 萬元，且可以退還等語）；王潤台之供詞（供陳：一開始審查費為 1 至 2 萬元美金，後來就越來越少等語）；劉聖民之供述（供稱：一般審查費 1 至 3 萬元美金都有等語）；證人即台新公司襄理張孟哲之證詞（證稱：我們覺得美金 13 萬 5 千元審查費對成本的投入太高等語）；暨花蓮企銀 94 年 6 月 14 日蓮銀總債字第 0000000 號致勤業公司函文等證據，認定審查費超出一般行情而不符慣例，且暗示未得標者不能退回審查費，足以影響其他廠商參與競標之意願。至張孟哲於第一審證述：評估（台新）公司資產、負債、股東權益，不值得參與競標等語，由於評估是否競標不良債權本即經由不同面向綜合評斷，自難以台新公司多元考量即謂審查費並未過高，且未能得標者不得退回審查費非該公司退出系爭不良債權競標之主因。李國權於第一審雖亦稱：因時間倉促，無法評估等語，然此僅係針對標購系爭不良債權與認購特別股「綁在一起」（即必須同時連帶處理）部分所為之證述，其既亦陳述：標售不良債權金額有高有低，但每次收取審查費約 100 萬元等語，足見李國權主觀上亦認此次繳納審查費確實過高，事後未得標又不能退回，確實影響歐力士公司之投標意願（

見原判決第 54 至 56 頁）。蔡志浩、蔡炎欽、王潤台、劉聖民上訴意旨均以原判決臆測張孟哲、李國權證述有關歐力士公司、台新公司不參與競標之理由；蔡志浩另以原判決未審酌劉聖民之供詞（供稱：願否支付審查費取決於投資人有無意願購買系爭不良債權等語），指摘原判決採證違背證據法則、理由矛盾及理由不備。蔡炎欽另以原判決未審酌曾文邦之證詞（證稱：花蓮企銀收取審查費係依慣例等語）、蔡志浩之證詞（證稱：花蓮企銀收取審查費係為確定廠商投標意願及依中央存保公司人員之發言等語），暨花蓮企銀 93 年 8 月 19 日有關標售 93 年不良債權收取 150 萬元審查費，投資人有參與投標得退回 80 萬元之簽呈，因之，此次收取審查費 450 萬元，並非超乎行情而指摘原判決認定事實違背經驗法則及理由不備云云。然縱或原判決未審酌劉聖民、曾文邦及蔡志浩上開證詞，因不足以動搖事實之認定，亦非適法之第三審上訴理由。

- (2)中央存保公司人員固於 94 年 6 月 6 日花蓮企銀第 10 屆第 16 次董事會中發言強調支付勤業公司費用較出售 93 年不良債權之費用增加 350 萬元，宜儘量洽請勤業公司研議調降相關費用等情。然觀諸上開發言，係建議花蓮企銀洽勤業公司調降收費，絕無將勤業公司高額之收費轉嫁予各投標公司以彌補收費支出之意。原判決所為論斷，不悖於經驗及論理法則，不容蔡志浩以陳明謙 94 年 6 月 2 日之提案單、簽呈認花蓮企銀給付勤業公司成就公費，並無不法；另與陳佳禕、王潤台以花蓮企銀鑑於中央存保公司人員之上開發言，始轉向各投標公司要求審查費，並無綁標等由，任意指摘原判決理由不備。
- (3)原判決已認定花蓮企銀透過呂瑜庭暗示原欲參與投標之廠商有關審查費未得標者不得退還，要無事實不明而需再行傳喚呂瑜庭到庭作證之必要，自無調查未盡之違誤。呂瑜庭於第一審就審查費能否退還已明確證述在卷（見第一審卷七第 53

頁背面至 55 頁），原判決併引呂瑜庭市調處筆錄乃贅餘，已如前述，亦無陳佳禕指摘原判決以審判外之陳述為認定事實之依憑。

(3) 呂瑜庭證稱：花蓮企銀於 94 年 6 月 14 日發公文，透過伊要求參與投標廠商繳交 450 萬元或美金 13 萬 5 千元審查費，且暗示未得標者不能退款，伊於 6 月 15 日在電子信箱中收到公文，報告王潤台確認無誤後，轉告各公司，這些公司在伊轉告 1、2 天內，立刻回覆不願意再參與投標等語（見原判決第 56 頁）。縱依花蓮企銀出售不良債權第四次工作小組會議紀錄可知，瑞陞公司、通用商業融資國際有限公司（下稱通用公司）、歐力士公司、台新資產管理公司均已審閱系爭不良債權相關卷宗（見市調處卷一第 46 頁），此均在該等公司獲悉參與系爭不良債權投標者須繳交上開高額審查費，且議決未得標者不能退款之前，該等公司均迨呂瑜庭通知上情後，始決定退出競標。因之，原判決縱未說明上情，亦不影響判決本旨，不容蔡炎欽以依花蓮企銀出售不良債權第二、三次工作小組會議紀錄可知，通用公司亦入場實地查核為由，指摘原判決有不依證據認定事實之違誤。

（四）蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民、王潤台有共同賤估系爭不良債權底價及綁標之犯意聯絡及行為分擔部分：

(1) 花蓮企銀之蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕共同賤估系爭不良債權底價部分：①原判決依蔡炎欽之供述（供稱：花蓮企銀董事長蔡志浩在非正式場合跟伊提過勤業公司評估系爭不良債權價值約 7、8 億元左右，這樣比較容易售出，伊跟陳佳禕閒談時，曾表示蔡志浩提到上情。因系爭不良債權係張彥彬、陳佳禕評估的，所以會向他們提及等語，見原判決第 40 頁）；陳佳禕之供述（供稱：94 年 6 月中旬，蔡炎欽叫伊將系爭不良債權底價定在 7 億多元，近 8 億元左右，並說係傳達董事長蔡志浩的指示。伊有叫張彥彬不要關電腦，再把公式整理好

，金額算出近 8 億元，並由伊到董事會報告的等語，見原判決第 32、40 頁）；張彥彬之證述（證以：伊與陳佳禕同往花蓮企銀總行向蔡炎欽報告系爭不良債權底價初估約 19 億元時，蔡炎欽希望調降到 8 億元左右。伊於返途中，依陳佳禕指示電話聯絡陳明謙傳達上旨，回來〈辦公室〉後，陳明謙表示無法調降至 7、8 億元，伊轉知陳佳禕，建議儘快向蔡炎欽報告後，即聽見陳佳禕打電話給蔡炎欽，雙方發生爭吵後，陳佳禕出來〈辦公室〉表示賣不出去，要陳佳禕負責。陳佳禕遂叫伊等不要關電腦，伊等即離開〈辦公室〉；因陳佳禕為提案人，故伊認最後結果係陳佳禕算的等語，見原判決第 28 頁）；陳明謙之證述（證稱：張彥彬與陳佳禕結束開會後，張彥彬來電告訴伊，說上面指示能不能將建議售價壓低在 7 億元左右，伊說不可能，因光不動產部分就已經 10 幾億元。之後，他們從總行回來，因同仁都說估價已蠻保守，不可能再調整等語，見原判決第 30 頁）；彭振豪之證述（證以：北部地區由陳明謙、張又芬、施舜智等人負責彙整評估，東部地區由伊負責，陳明謙曾來電表示，上面有人打電話要求調降系爭不良債權（底價），伊表示不太可能。因花蓮地區債權拍賣可以拍到 7、8 成，估 4 成太低，後來系爭不良債權以 7.78 億元出售，伊與陳明謙抱怨拍賣價太低等語，見原判決第 31、32 頁）等供述證據，認於 94 年 6 月 22 日，陳佳禕與張彥彬同赴蔡炎欽辦公室報告估價結果為 19 億餘元時，蔡炎欽依蔡志浩之意，指示陳佳禕、張彥彬將系爭不良債權底價調降為 7 億餘元。張彥彬依陳佳禕指示以行動電話聯絡陳明謙轉達上情而未獲配合，始由陳佳禕自行調整送交董事會之債管處「自評底價」為 7 億餘元等情（見原判決第 32、41 頁）。原判決已就蔡志浩如何直接、間接與蔡炎欽、陳佳禕就調整花蓮企銀自評底價之行爲，說明綦詳，核無蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕上訴意旨所指未說明論以共犯，及何以不採陳

佳禕上開「把公式弄好，把金額算好，近 8 億元」之理由而有理由不備之違誤情形。②蔡志浩雖係太平洋證券股份有限公司（下稱太平洋公司）指派之法人代表，如透過賤估系爭不良債權底價，使瑞陞公司順利以 7 億餘元及認購 10 億元特別股，不惟瑞陞公司事後自處分系爭不良債權獲利良多（曾文邦陳明：系爭不良債權截至 96 年 6 月底，已回收 13.46 億元，基本上回收情形，除力霸集團關係企業及奕行公司等債權外，其他均如原來預期等語，見偵 10891 卷一第 78 頁背面），花蓮企銀解決短期困境化解遭金管會接收之危機，太平洋公司自無無端解任蔡志浩擔任董事長職務一職，則原判決認蔡志浩為圖謀取自己得繼續任職之不法利益而與蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民、王潤台共同基於背信犯意聯絡，而為違背職務之行爲，所爲論斷，要無違背經驗法則。蔡志浩上訴意旨徒以其任職花蓮企銀董事長職務之久暫，純係太平洋公司決定，指摘原判決適用法則不當，要非第三審合法之上訴理由。③呂瑜庭修改勤業公司提供底價建議報告直至 94 年 6 月 23 日上午 10 時 23 分列印資料數字為 7.63 億元至 6.62 億元間，始經王潤台同意而做成簡報資料，註明數額未加上「股票擔保品部分」及「企業戶經營價值」，當天立刻送交花蓮企銀供董事會參考之用，已爲原判決所是認（見原判決第 44 頁）。因之，縱或中央存保公司風險管理處於 94 年 6 月 17 日出具報告就花蓮企銀債管處提案單所附「本行評價標準」，及勤業公司預估基準表示意見，仍無礙於由陳佳禕於 94 年 6 月 23 日董事會開會前一日，獨自將債管處同仁自行評估系爭不良債權底價由 19 億餘元調降為 7 億餘元等事實之認定。蔡炎欽、陳佳禕執此指摘原判決採證違背經驗法則，及未說明何以不採信陳佳禕證述之理由，顯然理由不備云云，乃係對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，恣意指摘，自不得認係適法之第三審上訴理由。④張彥彬與陳明謙

對於初次估價系爭不良債權底價為 19 億餘元，究係張彥彬與陳佳禕同往花蓮企銀總行向蔡炎欽報告之前已有估算之結果，抑或張彥彬與陳佳禕自總行開會返途中，始估算出系爭不良債權底價所為陳述，固有不同，然陳明謙已證稱：那段時間，張彥彬、陳佳禕每天都去總行開會，所以伊覺得伊所說跟張彥彬的說法並不衝突，有伊說的事實，也有張彥彬說的事實等語（見原判決第 30 頁），原判決已敘明何以二人說詞稍有不一之情，尚無悖於經驗法則，因其等對於陳佳禕指示張彥彬建議陳明謙調降系爭不良債權底價之主要事實大致吻合，不足動搖事實之認定。陳佳禕自不得執原審未就張彥彬、陳明謙矛盾之證詞詳加調查，指為有調查未盡之違誤，而資為第三審上訴之合法理由。

- (2)勤業公司之劉聖民、王潤台共同賤估系爭不良債權部分：①
- 原判決以劉聖民之供詞（供以：伊係勤業公司辦理系爭不良債權案件之專案負責人，負責對外提出報告，重要的事情，王潤台、呂瑜庭均會向伊報告。有同仁告知伊，系爭不良債權的折現率依中央存保公司要求，必須比照出售 93 年不良債權之折現率〈15%〉。伊知道他們最後建議的價格區間，因他們製作要交給花蓮企銀的底價建議報告，一定要交給伊覆閱等語，見原判決第 46 至 48 頁）；呂瑜庭之證詞（陳稱：伊評估系爭不良債權底價時，係以之前經驗來定拍賣次數及折現率，初稿〈約 22 億至 23 億元間，排除奕行公司等擔保品誤算部分，約 10 餘億元〉拿給王潤台看，〈他〉認為估價太高，要伊調整拍賣次數及折現率，來降低評估價格。伊先後調整 7、8 次，直至 94 年 6 月 23 日上午 10 時 23 分列印資料數字為 7.63 億元至 6.62 億元間，王潤台始說不用再改。伊將此數字做成簡報資料，註明數額未加上「股票擔保品部分」及「企業戶經營價值」，當天送交花蓮企銀供董事會參考之用等語，見原判決第 43、44 頁）；暨多次修改扣案 A-5「光碟」中

檔名「花企-current\NPL\Valuation\已完成目錄_charles.zip\ 已完成目錄-jerry(2).xls 」之檔案列印資料、送交未記載「未計算股票擔保品金額」及「未計算企業戶營運價值」予花蓮企銀之底價建議報告等證據，認王潤台明知呂瑜庭迭次調整系爭不良債權預定拍數明顯逾越過往經驗，劉聖民、王潤台亦均知悉折現率不符合中央存保公司建議援引 93 年不良債權之折現率 15%，王潤台仍指示呂瑜庭迭次調整，並為劉聖民知悉最後遞交花蓮企銀之底價建議報告之內容，顯然在呂瑜庭提出鑑估底價前，劉聖民已授意王潤台就系爭不良債權底價僅得賤估 7 億餘元等情（見原判決第 52 頁）。劉聖民、王潤台上訴意旨指摘原判決未說明劉聖民何時、何地授意王潤台，及王潤台「指示」呂瑜庭多次調降估價之依據，係以臆測方式論斷事實云云，顯係就原審認定事實之適法職權行使，再事爭執，殊非適法之第三審上訴理由。②蔡志浩上訴意旨以花蓮企銀未以勤業公司評估系爭不良債權建議底價為標售之底價，縱或花蓮企銀有賤估之行爲，亦屬未遂犯爲由，指摘原判決適用法則不當。王潤台上訴意旨以花蓮企銀以自行訂定之底價標售，縱有損失，如何能歸責於勤業公司或王潤台等由，指摘原判決理由不備云云。惟原判決業已敘明：依蔡鴻青、張育綺之證述可知，蔡志浩因中央存保公司要求花蓮企銀積極處理逾放款，並擴大增資改善資本結構及銀行財務狀況，逾 93 年 12 月 23 日即以固定公費 1400 萬元及募得款項 4%顧問費為報酬，委請勤業公司協助進行該銀行募集資金及合併等事宜，雙方簽訂「財務與法律顧問合約」等情（原判決誤載為「財務顧問合約」，見偵 18091 卷一第 84 頁以下，及原判決第 19、20 頁）。因之，勤業公司就系爭不良債權初估底價之結果，依上開合約，自應提供予花蓮企銀董事會議決系爭不良債權標售底價之參考，勤業公司經王潤台銜劉聖民之命要求呂瑜庭就系爭不良債權底價由 22 億餘

元（扣除奕行公司等擔保品誤算部分為 10 億餘元）調降為 7 億 6355 萬 3598 元至 6 億 6271 萬 1827 元，與陳佳禕受蔡炎欽轉達蔡志浩之指示，自行由 19 億 7757 萬 3657 元調降成 7 億 8750 萬餘元之結果，2 份底價相互印證，肇致與會之花蓮企銀董事會人員以為系爭不良債權底價確實約在 7、8 億元間而決議通過底價之訂定，事後始由瑞陞公司以 7 億 8766 萬 9332 元議價方式得標，因此，造成花蓮企銀損失 9 億 2781 萬 0668 元之系爭不良債權出售差價之利益，花蓮企銀因此所受損失，自與勤業公司、花蓮企銀賤估系爭不良債權底價間有相當因果關係，並已該當銀行法第一百二十五條之二規定之銀行負責人背信既遂罪。原判決雖未說明及此，乃法律適用之當然結果，要無蔡志浩所指適用法則不當、王潤台所指理由不備之違法情形。縱或呂瑜庭經王潤台同意而提出之底價建議報告，本係代表勤業公司所提出，因實際負責評估系爭不良債權底價之呂瑜庭純係因王潤台之指示而調整預定拍數及折現率，王潤台以花蓮企銀雖受有損失，亦應歸責於勤業公司，與其無涉云云，指摘原判決理由不備，要非上訴第三審之適法理由。③王潤台雖非勤業公司之合夥人，未曾因此案而分紅，僅因蔡鴻青離職，中途加入系爭不良債權鑑價團隊，並於 94 年 10 月離職，原判決第 54 頁已說明，不足以導致其不會屈從上意故意賤估系爭不良債權之結論等旨，自無王潤台所指理由不備之違誤。又原判決依蔡鴻青、張育綺之證述及劉聖民之供述，認定花蓮企銀委請勤業公司協助處理該銀行募集資金或合併等事宜，由該公司合夥人兼副總經理劉聖民主持等情（見原判決第 19、47 頁）。我國公司法雖無合夥人制度之設計，然我國民法第二章第十八節已明定合夥之意義、出資、合夥財產之共同共有、合夥事業之執行人及其執行等相關之規範，劉聖民在勤業公司屬「合夥人兼副總經理」，尚非單純受僱於勤業公司，縱顧問費或成就公費依「財務與法

律顧問合約」悉由勤業公司收取，勤業公司之盈餘攸關其個人在勤業公司之績效，因之，原判決認其為使勤業公司獲取「募得增資款項 4%之顧問費」及「本次出售不良債權總金額千分之 3 之成就公費」，以提升其個人在勤業公司之績效等情（見原判決第 63 頁），並不悖於經驗法則，不容劉聖民執此指摘原判決違背論理法則及理由不備。又王潤台受僱於勤業公司，從劉聖民之命明知調整預定拍數及折現率，即可達成賤估系爭不良債權建議底價之目的，仍為完成此次任務而迭次要求呂瑜庭調整，自與劉聖民有共同圖勤業公司獲取「募得增資款項 4%之顧問費」及「本次出售不良債權總金額千分之 3 之成就公費」之意欲。原判決雖未詳述及此，與判決本旨無違，不容王潤台以原判決未說明其所圖為何而指摘有理由不備之違法。④勤業公司以 20%至 25%為系爭不良債權之折現率，違反中央存保公司要求以 93 年不良債權出售之折現率（即 15%），縱或中央存保公司事後未明確表示反對，即認勤業公司採用之折現率並無不當，已為原判決所是認（見原判決第 49 頁）。無論勤業公司採用之折現率是否已標示於底價建議報告內，並為鑑估計算式中之變數因子，均難使原判決為歧異事實之認定。劉聖民執此指摘原判決理由不備，採證違背證據法則，亦非合法之第三審上訴理由。⑤花蓮企銀雖未提供股票擔保品之資料，以致勤業公司無法估算股票擔保品之價值，然呂瑜庭於鑑價文件上已註明「未計算股票擔保品金額」及「未計算企業戶營運價值」，王潤台於送交花蓮企銀之底價建議報告竟未提及上情，縱或花蓮企銀相關估價人員知悉上情，亦不影響勤業公司遞交花蓮企銀之系爭不良債權底價所採用折現率不符合中央存保公司要求之 15%，及預定拍數遠背離合理之範圍。劉聖民上訴意旨以：花蓮企銀估價人員知悉勤業公司遞交底價建議報告未計算「股票擔保品金額」及「企業戶營運價值」，指摘原判決對此有利

證據未說明不採信之理由云云，因對全案情節及判決本旨無任何影響，自不得執為合法之第三審上訴理由。⑥劉聖民自承：伊知悉呂瑜庭最後建議的價格區間，因為他們製作交給花蓮企銀的底價建議報告，一定要交給伊覆閱等語（見偵 1089 1 卷二第 40 頁）。因之，原判決以劉聖民於 94 年 6 月 19 日至同年月 23 日雖不在國內，仍不能排除其在國外已先行透過網路、電子郵件等管道而審閱呂瑜庭調降系爭不良債權底價建議報告之內容，無礙於其與王潤台間之犯意聯絡（見原判決第 53 頁），即非無憑。劉聖民指摘原判決憑空臆測其與王潤台間有犯意聯絡，違背證據法則及有調查未盡之違誤云云，乃就原審認定事實之職權行使，徒憑己見爭執，自非適法之第三審上訴理由。

- (3)按刑法之共同正犯，雖以行為人間具有犯意聯絡、行為分擔為已足，且不以直接意思聯絡為限，間接犯意聯繫，亦無不可，復不以事先明謀為必要，於事中默示仍成立，所參與者，無論全程或部分，皆屬之。①原判決依憑蔡志浩、劉聖民之供述（均陳以：其等為花蓮企銀、勤業公司間彼此高層聯繫之對象，並均知悉標購系爭不良債權，必須一併認購特別股 10 億元等語）；證人即擬定合約之律師張炳坤之證述（證稱：初始伊將標購系爭不良債權與認購特別股放在同一份合約內，與花蓮企銀之蔡炎欽及相關各部會人員、勤業公司之王潤台、呂瑜庭共同討論合約內容時，轉變成標購系爭不良債權與認購特別股分為 2 份合約等語）；暨「買賣合約」、「認股合約」等證據資料，認系爭不良債權標售之價格，與其本身並無「等價性」，亦即確有 10 億元之差價，並為蔡志浩、蔡炎欽、王潤台及鍾國賢等人在議約、訂約過程中所知悉。因之，花蓮企銀、勤業公司就系爭不良債權底價之鑑估，均自蔡志浩、劉聖民「從上而下」指定，而非由相關鑑估人員本於客觀、合理專業知識加以評估，足認鍾國賢係以不

詳方式將瑞陞公司僅願出價 7 億餘元之事告知蔡志浩、劉聖民（見原判決第 60 至 63 頁）。另原判決依 94 年 6 月 14 日蓮銀總債字第 0000000 號函、花蓮企銀 94 年 6 月 14 日出售不良債權第四次工作小組會議開會通知及會議紀錄等證據，認花蓮企銀標售系爭不良債權之初，尚有台新公司、歐力士公司有意參與投標，為排除該等公司競標，花蓮企銀以上開函委請勤業公司於投資者進場時，收取超乎行情之鉅額審查費，且暗示未得標者不能退款，復於通知召開出售不良債權第四次工作小組會議之開會通知上明訂投資人應於同年月 17 日之前繳交審查費，並於上開會議上，討論收受審查費相關事宜，因該次會議由蔡志浩擔任主席，蔡炎欽、陳佳禕、王潤台均出席，堪認其等對於綁標之事實，與瑞陞公司之鍾國賢有犯意聯絡。至劉聖民雖未出席該次會議，然其為勤業公司之專案負責人，與花蓮企銀及瑞陞公司高層聯繫，並授意王潤台賤估系爭不良債權底價相當於瑞陞公司願出價之 7 億餘元，足徵劉聖民與王潤台、蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕及鍾國賢等人就綁標行為亦具有犯意聯絡（見原判決第 63、64 頁）。此乃事實審法院採證認事職權之適法行使，合於經驗法則與論理法則。蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民及王潤台上訴意旨均以原判決未說明其等與鍾國賢間，如何直接、間接犯意聯絡，聯絡之時間、地點等枝節，指摘原判決係以主觀臆測方式認定事實，違背經驗法則，且有理由不備之違法。蔡志浩另以其僅與劉聖民聯繫，不知勤業公司何人評估系爭不良債權，且依張炳坤、劉聖民所陳，伊未參與賤估系爭不良債權底價及綁標，原判決未說明有何具體證據圖謀自己得連續任職之不法利益，縱伊在非正式場合向蔡炎欽提及勤業公司評估系爭不良債權底價約 7 億餘元，亦未能證明係伊指示蔡炎欽賤估系爭不良債權之底價；又花蓮企銀與勤業公司為不同主體，各自評估系爭不良債權之底價，花蓮企銀未以勤業公

司建議價格為底價，原判決未說明伊如何與劉聖民、王潤台形成共識；況鍾國賢遭通緝，卷內亦無鍾國賢與其他共同被告等人有何犯意聯絡之證據，原判決理由不備及採證違背證據法則。蔡志浩、劉聖民、王潤台另以原判決未說明鍾國賢以何種「不詳方式」將所願出價金額告知蔡志浩、劉聖民，顯然理由不備。劉聖民復以原判決僅以其為勤業公司對外聯絡負責人，率認伊與蔡志浩、鍾國賢有綁標之犯意聯絡，亦屬理由不備各等語。經核均屬對原審採證認事之適法職權行使，再事爭執，自非適法之第三審上訴理由。②犯罪是否已經起訴，而為法院應予審判之事項，固以起訴書事實欄記載之犯罪事實為準，然如起訴書事實欄，於敘述該當犯罪構成要件之社會事實時，併同敘述犯罪過程中使用之手段、方法，以達成犯罪之最終目的，縱所使用之手段、方法，與法院審理結果認定之手段、方法有異，因起訴之犯罪構成要件要素已然具備，自不影響法院之論罪科刑。本件起訴書雖記載蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民及王潤台共同為排除瑞陞公司以外之其他廠商前來參標，以透過不知情之呂瑜庭向廠商收取超乎行情之 450 萬元或美金 13 萬 5 千元審查費，且未得標者亦不能退款，同時將繳費期限縮為 3 天，致使台新公司、歐力士公司因時間急迫無暇評估本案價值，亦不願繳交審查費而放棄競標機會，令瑞陞公司得以獨家參加系爭不良債權議價作業等情。原審則認綁標行為亦係接續犯銀行法第一百二十五條之二第一項背信罪，然因花蓮企銀、勤業公司既已賤估系爭不良債權之底價，並獲花蓮企銀董事會依該等建議底價議決標售之底價，導致花蓮企銀與瑞陞公司議價之空間侷限於所定標售底價之範圍。因之，實質上肇致花蓮企銀損失 9 億餘元系爭不良債權出售差價利益者，乃上訴人等共同賤估系爭不良債權之底價所致，上訴人等綁標行為，僅係為達成標售已賤估底價之系爭不良債權之目的所使用之手段

。從而原判決據以認定上訴人等均知悉綁標之 94 年 6 月 14 日花蓮企銀出售不良債權第四次工作小組會議之會議紀錄，縱未記載相關審查費之討論，及卷內確實有無論格式、討論內容、及與會人員均不同之該次開會通知 2 份（見偵 18347 卷一第 81 頁、偵 10891 卷一第 261 頁），然因上訴人等確實共同基於背信之意圖，以賤估系爭不良債權底價，致使花蓮企銀將價值 17 億 1548 萬 4743 元之系爭不良債權，以 7 億 8766 萬 9332 元之價格出售，造成花蓮企銀因此受有 9 億 2781 萬 0668 元差價之損失等情。是以，上訴人等實行上開背信行為過程中，縱未以綁標為犯罪手段之一，仍不影響上訴人等賤估系爭不良債權底價所為，該當銀行法第一百二十五條之二第一項規定之犯行，並應依同法條第二項加重其刑之判決本旨。經核蔡志浩、蔡炎欽、劉聖民及王潤台上訴意旨均以依 94 年 6 月 14 日花蓮企銀出售不良債權第四次工作小組會議之會議紀錄未討論審查費事宜。蔡志浩另以原判決未說明鍾國賢未出席該次會議，何以為共同正犯？其餘出席者何以不構成犯罪？劉聖民以花蓮企銀上開函文非伊製發，伊亦未參與上開花蓮企銀出售不良債權第四次工作小組會議。王潤台上訴意旨以卷附開會通知 2 份之格式、討論內容、及與會人員均不同，無法確定王潤台確實與會？原審未調查開會通知之真實性，顯然未盡調查能事；王潤台是否收受開會通知，如何研判王潤台就綁標事宜與其他共同被告有犯意聯絡等語，指摘原判決採證違背證據法則、理由不備部分，均非適法之第三審上訴理由。

（五）花蓮企銀因賤售系爭不良債權而受有損害部分：

- (1)原判決第 25、65、67、68 頁已說明：依曾文邦、方娟娟之證述（均陳明：曾文邦評估系爭不良債權之投標價格為 17 億餘元，再扣除認購特別股 10 億元，係願意出價購買系爭不良債權之價格等語）；蔡志浩、蔡炎欽之供述（均陳明：認購特

別股與出售系爭不良債權是兩個案子等語），暨「買賣合約」、「認股合約」（見市調處卷三第 44 至 55 頁、偵 18347 卷二第 84 至 92 頁）可知，94 年 6 月 27 日瑞陞公司由曾文邦代表與花蓮企銀議價，始以 7 億 8766 萬 9332 元標得系爭不良債權，於同年 6 月 28 日以基石公司名義取代瑞陞公司簽訂「認股合約」，再於同年 6 月 29 日由瑞陞公司與花蓮企銀簽署「買賣合約」。再依蔡志浩書面之陳述（內容：94 年 6 月 30 日淨值為 1 億 6704 萬餘元等語，見偵 10891 卷二第 213 頁）及花蓮企銀 94 年 11 月 16 日蓮銀總業字第 0000000 號函（內容：該銀行 94 年 10 月 25 日私募 5 億元特別股，94 年 10 月 31 日帳列淨值為 1 億 0300 萬元）。因之，花蓮企銀如以瑞陞公司「下價計算表」總金額 17 億 1548 萬 4743 元出售系爭不良債權，則 9 億 2781 萬 0668 元之資金即可歸花蓮企銀所有，如未私募 5 億元特別股及以瑞陞公司估價底價標售系爭不良債權，則 94 年 10 月 31 日帳列淨值應為 5 億 3081 萬 0668 元（1 億 0300 萬元－私募 5 億元特別股＋標售系爭不良債權入帳資金 9 億 2781 萬 0668 元即為上開數字）。然因花蓮企銀賤售系爭不良債權，導致花蓮企銀減少 9 億 2781 萬 0668 元資金入帳，連帶使帳列淨值同額減少，致使花蓮企銀及原普通股東之利益未能領取而受有損害。其說明與審認俱與卷內訴訟資料相符，論斷亦無違背經驗及論理等證據法則。經核蔡志浩上訴意旨以①原判決第 64、65 頁，抄襲第一審判決，在無具體事證下，臆測其有違背銀行法第一百二十五條之二第二項銀行負責人背信行為；②花蓮企銀標售系爭不良債權 17 億餘元，實際回收款（加計特別股股款）亦為 17 億餘元，並無損失；③犯罪事實貳認定認購特別股與標購系爭不良債權毫無關連，與犯罪事實參基石公司認購特別股有給付 10 億元之義務，花蓮企銀返還 5 億元乃出售不良債權之款項，前後矛盾；④原判決未說明不採信曾文邦於市調處及偵查中之證詞（陳稱：花蓮企銀於 94 年間已無投

資價值等語）。蔡炎欽上訴意旨以①花蓮企銀當時已嚴重虧損，無人願意單獨認購特別股 10 億元，瑞陞公司扣除認購特別股 10 億元而僅出價 7 億 8766 萬 9322 元標買系爭不良債權，並未與標購不良債權常情相悖；②原判決既認瑞陞公司將「系爭不良債權」與「認購特別股」綁在一起，復認「買賣合約」與「認股合約」之價金應分別計價，而謂花蓮企銀受有損失，前後矛盾。陳佳禕上訴意旨同以原判決對於「買賣合約」與「認股合約」是否綁在一起，價款應否分計，前後齟齬。劉聖民上訴意旨以原判決未說明如何認定花蓮企銀為何受有約 10 億元之損失為由，指摘原判決理由不備、採證違背證據法則及理由矛盾各等語，俱不足據以辨認原判決此部分之上開論斷已具備違背法令之形式，均非上訴第三審之合法理由。又原判決事實欄謂花蓮企銀損失 10 億元左右，理由欄謂減少 9.2781 億餘元資金，前後行文雖未見一致，然因對於基本事實之認定不生影響，不容蔡志浩執為第三審合法之上訴理由。另卷附安侯建業會計師事務所 94 年 2 月 25 日會計師查核報告（見市調處卷四第 62 至 64 頁），雖指出花蓮企銀出售 93 年不良債權損失分 5 年平均攤銷，與一般公認會計原則不符，影響特別股之價值與認購意願，然因上開報告亦提及花蓮企銀分 5 年平均攤銷出售 93 年不良債權損失，乃依金融機構合併法第十五條第五項及財政部台財融(三)字第 000000000 號函規定辦理，本屬相關法規與函示之特殊規定，自與一般公認會計原則不悖，蔡炎欽要難以此指摘原判決認定花蓮企銀賤賣系爭不良債權所受損失有誤。另第三審為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據而資為第三審上訴之理由。蔡炎欽第二審判決後，始提出安侯建業會計師事務所 95 年 8 月 28 日查核報告，並執前揭新證據認股東權益應為負值，指摘原判決違法，尤非上訴第三審之適法理由。

- (2)瑞陞公司本於善良管理人注意義務及忠實義務，依客觀公正之專業態度，運用邏輯方法及經驗法則，進行估價，並與花蓮企銀評估系爭不良債權之底價，與勤業公司評估不動產部分之底價無分軒輊，原判決以瑞陞公司「下價計算表」為花蓮企銀對系爭不良債權標售底價之參考金額，所為論斷，要無違背經驗及論理法則。至原判決第 68 頁泛言「在正常情況下花蓮企銀本即應以瑞陞公司鑑估報告之總出價 17 億 1748 萬元出售該筆不良債權」，乃係就瑞陞公司、花蓮企銀、勤業公司對系爭不良債權之估價綜合判斷評比所為是認，容或有闡述未盡之微疵，亦未能撼動判決之本旨。蔡志浩指摘原判決未說明「正當情況下」之原因，有理由未備之違法部分，尚非合法之第三審上訴理由。
- (3)原判決敘明：中央存保公司人員雖於 94 年 5 月 26 日花蓮企銀第 10 屆第 15 次董事會發言有關處分系爭不良債權，建議參考 93 年公開標售不良債權之回收率。因 93 年不良債權，係由歐力士公司得標，標售金額為 10.76 億餘元，回收率為 26.01%，其中以不動產擔保者約為 73%，有花蓮企銀第 9 屆第 53、57 次董事會議事錄、93 年 10 月 7 日債管處報告在卷為憑。依陳佳禕提出債管處「本處自評」之建議底價，其中以不動產擔保（應係有擔保）債權之回收率為 27.55%，其他債權之回收率為 1.90%，全部債權回收率為 17.53%，有底價建議表可憑，遠低於 93 年不良債權之回收率。又依張彥彬所陳，系爭不良債權中信用貸款（即無擔保）部分，帳齡較輕，評估底價時，回收率應高於 93 年不良債權。以陳佳禕所提底價建議表之其他債權回收率 1.90% 推算，則 93 年不良債權之不動產擔保（應係有擔保）債權部分之回收率為 34.92%，以此回收率反推系爭不良債權之不動產擔保（應係有擔保）債權部分底價應為 9 億 5557 萬 8220 元（如附表三所示），亦遠高於陳佳禕調整評估之 7 億 5381 萬 1671 元等旨甚詳（見原判決第 34

至 36 頁）。蔡炎欽上訴意旨以：94 年 5 月 26 日花蓮企銀第 10 屆第 15 次董事會中央存保公司人員建議之回收率應係 93 年不良債權所訂定底價（7.5 億元）之回收率為標準，乃係置歐力士公司得標金額（10.76 億元）於不顧；至其與陳佳禕另以花蓮企銀自評系爭不良債權底價為 7.875 億餘元，與 93 年不良債權底價為 7.5 億元相當，且對於有擔保債權部分自評底價之回收率為 27.55%，亦高於以附表三推算 93 年不良債權有擔保債權部分訂定底價之回收率 24.13%，花蓮企銀對系爭不良債權所定底價，並無低價賤估之情，指摘原判決認事違背經驗法則云云，經核均係置原判決明白之論斷於不顧，殊非第三審合法之上訴理由。

(4)依卷附「致遠財顧公司建議底價」（見偵 18341 卷一第 96 頁）及李國權之證述（見第一審卷七第 35 頁背面）可知，93 年不良債權有擔保債權比例約 77%，並非蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民所指之 93.1%，自不影響附表三之認定。又縱或係 93.1% 而影響附表三之結果，亦屬贅餘，尚不影響陳佳禕所提「本處自評」底價全部債權之回收率確實低於 93 年不良債權之回收率。蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民以此指摘原判決違背經驗法則、論理法則，要非合法之第三審上訴理由。

(六)按行為人就同一犯罪構成事實，以單一行為之數個舉動接續進行，以實現一個犯罪構成要件，侵害同一法益，成立一個罪名之接續犯，雖接續犯於犯罪行為完畢之前，其各個舉動與該罪之構成要件相符，但行為人主觀上係以其各個舉動僅為全部犯罪行為之一部，而客觀上，亦認係實施一個犯罪，是以僅成立一個罪名。原判決已說明：蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民、王潤台共同賤估系爭不良債權底價及綁標行為，均係基於同一對花蓮企銀背信之犯罪決意，於密切接近之時、地實行同一犯罪構成要件之數個舉動，且均侵害花蓮企銀標售系爭不良債權利益，為接續

犯，僅成立一個銀行法第一百二十五條之二第一項前段之銀行負責人背信罪，並應依同法條第二項加重其等之刑，所為論斷，要無不合。次按實質上一罪案件，經第一審法院就構成犯罪部分，為有罪判決，就不構成犯罪部分，因審判不可分關係，僅於判決理由中說明，不在主文另為無罪之諭知，如被告就有罪部分上訴，依上訴不可分之原則，第二審法院應就全部事實併予審判。本件上訴人等被訴綁標部分，第一審判決認其等犯罪不能證明，因與賤估系爭不良債權底價論罪部分為實質上一罪而不另為無罪諭知，蔡志浩等人雖僅就科刑之部分提起上訴，惟綁標部分既認為實質上一罪，基於審判不可分原則，應視為亦已上訴，由原審法院併予審判，於法並無不合。蔡志浩上訴意旨以原判決先認賤估系爭不良債權底價與綁標應分別成立接續犯，後僅論以一罪，顯將接續犯誤為裁判上一罪。劉聖民上訴意旨以賤估系爭不良債權底價與綁標乃侵害不同法益行為，無接續犯可言指摘原判決適用法則不當。王潤台上訴意旨以綁標部分既經第一審不另為無罪諭知，該部分未經檢察官提起上訴而確定，原判決有未受請求之事項予以判決之違法云云，指摘原判決適用法則不當，均非合法之第三審上訴理由。

- (七) 審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證；審判長每調查一證據完畢，應詢問當事人有無意見，刑事訴訟法第四十七條、第二百八十八條之一第一項分別定有明文；又刑事訴訟法第一百六十四條規定：「審判長應將證物提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認。」「前項證物如係文書而被告不解其意義者，應告以要旨。」第一百六十五條第一項規定：「卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，審判長應向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨。」此為事實審法院於審判期日，就判斷犯罪事

實所採用證據所應踐行之調查方法及程序，旨在擔保證據資料之真實性，兼具保護被告之防禦權。依原審 101 年 4 月 19 日審判程序筆錄之記載，原審於調查證據時，俱依證據之性質為提示或告以要旨，使當事人等表示意見，已足以擔保證據之真實性並確保蔡志浩防禦權之行使，其選任辯護人對調查證據之方式，亦未當場表示異議，原審所踐行之證據調查程序於法即無不合。蔡志浩事後妄指為違法，自非合法之第三審上訴理由。又除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之；調查證據完畢後，應依序命檢察官、被告及辯護人就事實及法律分別辯論之，刑事訴訟法第二百八十八條第三項、第二百八十九條第一項定有明文，此項規定，依同法第三百六十四條，亦為第二審之審判所準用，乃事實審法院必須踐行之法定程序之一，旨在使被告有辯明犯罪嫌疑，陳述有利於己之事實及法律上意見之機會，以保障被告之防禦權。依原審 101 年 4 月 19 日審判筆錄（見原審卷四第 23 頁背面至 25 頁）可知，審判長針對花蓮企銀標售系爭不良債權須與認購特別股「綁在一起」、向廠商收取高額審查費，並暗示未得標者不得退還審查費等被訴事實訊問王潤台，已賦予王潤台防禦權行使之機會。且辯論內容之繁簡，屬被告辯論權之自由行使範疇，倘被告於審判中對部分被訴事實未置一語，自無不當剝奪其辯論權行使可言。原審審判長於調查證據完畢後，已請檢察官、上訴人等、辯護人就事實及法律辯論，王潤台及其辯護人亦依序就事實及法律進行言詞辯論，原審自無不當剝奪其防禦權及辯論權之行使可言。不容王潤台執此指摘原審進行之訴訟程序違背法令，而據以提起第三審上訴。

- （八）刑法上之身分主要可分構成身分與加減身分，前者指構成要件上之身分，以具一定身分為可罰性基礎者，如公務員

貪污之各種犯罪所規定之身分（學理上稱之為純正身分犯），其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定身分，依刑法第三十一條第一項規定，仍以正犯或共犯論，僅得減輕其刑；後者以具一定身分為刑之加重減輕或免除原因者稱之，如殺直系血親尊親屬罪所定之身分（學理上稱之為不純正身分犯），其無特定身分之人，依刑法第三十一條第二項之規定，科以通常之刑。觀諸銀行法第一百五十二條之二於 89 年 11 月 1 日修正公布之立法理由「為防範銀行、外國銀行及經營貨幣市場業務機構之負責人或職員藉職務牟取不法利益，爰參考組織犯罪防制條例第三條第一項之制度，而較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任」及「為避免銀行負責人或職員二人以上共同實施第一項犯罪之行爲，而嚴重損害銀行之財產或其他利益，爰明定得加重處罰，以收嚇阻之效」可知，增訂該條第一項之目的以具有銀行負責人或職員之身分為構成犯罪之特別要素，以健全銀行業務經營，保障存款人權益，防堵藉職務之便而牟取不法之利益；而增訂第二項之目的以二人以上之銀行負責人或職員處理銀行事務時，共同違背其職務之行爲，類於集團式犯罪，危害銀行信用、財產或其他利益既深且鉅，甚且紊亂國家金融秩序，造成國家財政危機，自有嚴加處罰之必要。因之，銀行法第一百五十二條之二第一項乃以具有「銀行負責人或職員」為犯罪成立之特別要素，自屬學理上之純正身分犯；而第二項乃以行為人已具有銀行負責人或職員之身分，因「人數」達二人以上為量刑之加重規定，與「銀行負責人或職員」之身分無涉，自非學理上所稱「不純正身分犯」。原判決以蔡志浩自 93 年 8 月 27 日至 95 年 1 月 18 日止擔任花蓮企銀代理董事長；蔡炎欽自 93 年 7 月 21 日起至 95 年 9 月止擔任花蓮企銀董事兼總經理；陳佳禕自 93 年 10 月起至 94 年底止為花蓮企銀債管

處處長。蔡志浩、蔡炎欽依公司法第八條第一項、銀行法第十八條規定，均為花蓮企銀之負責人；陳佳禕依公司法第八條第二項、銀行法第十八條規定，於執行系爭不良債權標售事宜之職務範圍內，亦為花蓮企銀之負責人。劉聖民、王潤台分別為勤業公司合夥人兼副總經理、協理，雖非銀行負責人，然其等與具銀行負責人身分之蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕共同賤估系爭不良債權底價、綁標，致使花蓮企銀標售系爭不良債權時，以 7 億餘元議價方式出售予瑞陞公司，花蓮企銀因此損失出售系爭不良債權應有之利益達 9 億餘元，劉聖民、王潤台既與銀行負責人蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕共同背信，依刑法第三十一條第一項規定仍應論以銀行法第一百二十五條之二第一項之銀行負責人背信罪之共同正犯。且因銀行負責人蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕為二人以上，與劉聖民、王潤台均應依銀行法第一百二十五條之二第二項規定，加重其等之刑。又銀行法第一百二十五條之二第二項規定「銀行負責人或職員，二人以上共同實施前項犯罪之行爲者，得加重其刑至二分之一」，乃事實審法院得視犯罪行爲人所爲，侵害銀行之財產或其他利益之多寡、危及社會金融秩序之程度而加重其刑，並非該條項之最輕法定本刑由 3 年以上加重至二分之一（即加重為 4 年 6 月以上）。原判決以劉聖民、王潤台雖不具銀行負責人或職員身分，因與二人以上之銀行負責人蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕共同實行背信行爲，應依銀行法第一百二十五條之二第二項規定加重其等之刑，並依刑法第三十一條第一項但書規定，減輕劉聖民、王潤台之刑；且依法先加後減之。原判決維持第一審分別諭知劉聖民、王潤台有期徒刑 2 年、1 年 10 月，於法要無不合。劉聖民、王潤台上訴意旨均以其等不具銀行負責人身分，依刑法第三十一條第二項規定，應僅論以刑法第三百四十二條背信罪，且第

一審依序諭知 2 年、1 年 10 月，指摘原判決適用法則不當，尚非的論。再花蓮企銀雖因上訴人等背信行為，損失約 9 億餘元之出售系爭不良債權所應得之利益，與瑞陞公司至 96 年 6 月止，處分系爭不良債權回收約 13 億餘元之獲利無涉，瑞陞公司之獲利亦與蔡志浩、蔡炎欽、陳佳禕、劉聖民、王潤台等人無涉，要無銀行法第一百二十五條之二第一項後段「其犯罪所得達新台幣一億元以上者」應加重其刑規定之適用。劉聖民上訴意旨以花蓮企銀損失約 9 億餘元，意味上訴人等有 9 億餘元之犯罪所得，應依同法條項後段較重規定論罪部分，並非可取，且與為自己利益請求救濟之上訴制度本旨不符，自非合法之第三審上訴理由。

（九）蔡志浩任意退還碁石公司於 94 年 11 月 24 日、25 日到位之 5 億元特別股股款予碁石公司部分：

（1）原判決依蔡志浩之供述（供稱：「認股合約」中未約定碁石公司可以主動拒絕履行後續 5 億元乙種特別股增資案。且花蓮企銀 94 年 5 月 20 日蓮銀總業字第 0000000 號函覆金管會函文中，並未敘述投資人投資花蓮企銀現金增資部分，係以金管會同意出售花蓮企銀 20 個營業據點為前提要件。94 年 11 月，花蓮企銀主動向金管會要求於 94 年 12 月前完成出售分行及新種業務的相關請求，始終未獲回應等語）；暨卷附花蓮企銀與碁石公司間之「認股合約」（內容：其中 1.4 條約定，於 94 年 9 月 30 日碁石公司未實際繳納股款時，花蓮企銀即得提示由金融機構開立之不可撤銷之擔保信用狀）等證據，認定碁石公司認購花蓮企銀 10 億元特別股，並未以花蓮企銀出售 20 家分行為前提要件（見原判決第 71、72 頁）。蔡志浩上訴意旨以花蓮企銀分別獲准發行甲、乙種特別股，並於年底前讓售 20 家分行，即可達成第一階段改善計畫，爭執原判決認碁石公司認購特別股並非以花蓮企銀出售 20 家分行為前提要件，採證有違證據法則云云，顯非依據卷內資料執為指摘之第

三審上訴合法理由。

(2)原判決依蔡志浩之供述（供稱：伊因為向主管機關爭取花蓮企銀權益，遂在秘書處 94 年 11 月 24 日簽呈上批註「不宜結轉股本」等語），暨花蓮企銀秘書處 94 年 11 月 24 日、25 日之簽呈、「認股合約」等證據，說明：碁石公司於 94 年 11 月 24 日將乙種特別股股款 5 億元匯款至花蓮企銀之彰化銀行股款帳戶內，因匯差問題，於翌日（25 日）始補足 5 億元乙種特別股股款，蔡志浩於簽呈上批註上開文字，花蓮企銀始以「暫收款」入帳。雖碁石公司遲延繳足 5 億元股款，蔡志浩大可依「認股合約」1.4 條提示不可撤銷擔保信用狀，以維護花蓮企銀之權益，要無因碁石公司繳足 5 億元已「超過繳款日」遂以「暫收款」入帳。又依中央存保公司 94 年 11 月 29 日存保風管 0000000000 號函、蔡志浩於花蓮企銀秘書處針對上開函文製作案件擬辦單及花蓮企銀於 94 年 12 月 2 日以蓮銀總祕字第 0000000 號函覆中央存保公司之函可知，中央存保公司已要求花蓮企銀速將 5 億元暫收款轉成股款，以完成增資程序。蔡志浩竟於擬辦單上批註「兼顧外資股東權益及存保公司要求，請發文銀行局要求讓售本行執行改善計畫」等文字，花蓮企銀遂函覆中央存保公司「在所訂自救改善計畫進行第二階段新種業務與分行營業讓與讓受之作業未獲主管機關核准前，懇請貴公司能體諒本行暫不結轉股本之決定」。原判決因認蔡志浩刻意妄為以主管機關核准花蓮企銀新種業務與分行營業讓與讓受為 5 億元「暫收款」轉為「股款」之前提（見原判決第 73、74 頁），業經敘明其所憑之論據。不容蔡志浩以碁石公司未依約繳足股款，致無法轉結股款；且逾繳款期限，是否為股款無明文，故仍以「暫收款」列帳為由，任意指摘原判決有認定事實與卷證不符之違法。

(3)原判決依蔡志浩、蔡炎欽參加金管會 94 年 12 月 7 日召開「花蓮區中小企業銀行至會洽談讓售分行事宜」會議之會議紀

錄（其上無任何文字顯示金管會同意花蓮企銀可退還碁石公司 5 億元股款字樣）；蔡志浩復供述（供稱：會議中，因官員面有難色，伊遂主動提出暫緩改善計畫中讓與讓售分行及乙種特別股的作業。官員從來沒有同意，亦無負面表示不同意等語）；94 年 12 月 15 日花蓮企銀第 11 屆第 1 次董事會之會議紀錄（其上記載：蔡志浩以臨時動議方式提出「依 12 月 7 日行政院金管會再次召集本行『研商金融機構處理事宜』辦理擬修正『資本結構改善計畫』，提請審議」等文字，並議決「依稿核發」）；證人即與會之中央存保公司趙宗仁之證述（證稱：該次董事會中，未有人提議要退回 5 億元股款的事，且中央存保公司有向金管會簽註不同意花蓮企銀退回 5 億元股款等語）。證人即花蓮企銀董事禹介民、副總經理劉量海、秘書處代理處長許修源之證述（均證稱：董事會中所提之「函」係花蓮企銀 94 年 12 月 16 日函覆金管會之函等語）等證據資料，認定蔡志浩係故意以臨時提議屬重大事項之提案，讓與會之趙宗仁不及慎思以規避監督，並刻意扭曲已獲得金管會同意退還 5 億元予碁石公司等事實（見原判決第 74 至 76 頁），俱與卷證資料相符。蔡志浩不得以花蓮企銀為免失信於投資人，94 年 12 月 15 日召開董事會已決議「先暫時退回，於 95 年 6 月底前暫不轉結股本」，並於 94 年 12 月 16 日、27 日向主管機關報備為由，指摘原判決採證違背證據法則，資為合法上訴第三審之理由。至原判決不採信禹介民、劉量海、許修源以董事會決議退還 5 億元股款予碁石公司之證詞，乃其採信趙宗仁上開證述之當然結果，縱未加以說明不採信之理由，因不足以撼動事實之認定，亦難認有理由不備之違誤。

- (4)原判決依蔡志浩於上開董事會後，以花蓮企銀名義函知碁石公司負責人鍾國賢，有關金管會不同意花蓮企銀讓售分行之信件；碁石公司於獲悉上情後，於 95 年 1 月 9 日函知花蓮企銀

表示「投資決策條件已改變，要求保留對特別股之認購，直到符合約定之所有條件（2006年6月30日之前）之函文；花蓮企銀秘書處擬辦單（內容：蔡志浩批示「依公司法第276條辦理退回」）；花蓮企銀95年1月12日蓮銀總祕字第950190號函、匯款回條聯、支出傳票；中央存保公司質疑花蓮企銀退還5億元適法性之95年1月18日存保風管字第0000000000號函、同年月23日存保風管字第0000000000號函；暨中央存保公司認退還5億元乃重大事項，非屬公司自治事項，（94年12月15日）董事會並非討論退回私募現金增資5億元之95年2月15日存保風字第0000000000號函等證據，認蔡志浩所為，該當銀行法第一百二十五條之二第一項銀行負責人背信罪，採證認事用法，並無違誤。蔡志浩上訴意旨以其顧及花蓮企銀存戶、股東、員工之權益，認花蓮企銀第一階段改善計畫條件未成就，依花蓮企銀董事會決議退還5億元，主觀上無背信意圖，暨5億元並未流入蔡志浩戶頭內等由，爭執原判決採證違誤，純屬徒憑己見就事實審法院適法之職權行使，再次爭執，殊非合法之第三審上訴理由。至金管會遲於95年6月30日均未同意花蓮企銀出售營業據點，蔡志浩早於95年1月18日離職，並不知悉上情；且蔡志浩如欲圖利碁石公司，斷無要求碁石公司須承諾「如金管會於95年6月30日前同意花蓮企銀出售營業據點計畫，碁石公司須隨時匯入5億元股款」等情，縱或屬實，亦不影響判決之本旨及其罪責之成立，就此指摘，仍非合法之第三審上訴理由。

（十）至上訴人等其餘上訴意旨，經核無非係就原審採證認事職權之適法行使，以及彼等有無背信之單純事實，漫為爭執，均非依據卷內資料所為之具體指摘，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。其等上訴均為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 二十二 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 孫 增 同

法官 李 英 勇

法官 林 立 華

法官 李 麗 玲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 二十六 日

M

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,1218

【裁判日期】 1020327

【裁判案由】 傷害致人於死

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第一二一八號

上 訴 人 李江洪

選任辯護人 林朋助律師

上列上訴人因傷害致人於死案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇一年十一月二十八日第二審判決（一〇一年度上訴字第七五七號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署一〇〇年度偵字第一〇五四五號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審經審理結果，認上訴人李江洪有原判決事實欄所載刑法第二百七十七條第二項前段傷害致人於死犯行明確，因而撤銷第一審論處上訴人罪刑之判決，改判仍論以傷害致人於死之罪，並以上訴人不符自首要件，未依自首規定減輕其刑，量處有期徒刑七年六月，已綜核全部卷證資料，詳加斟酌論斷，敘明其所憑之證據及認定之理由。並就上訴人辯稱不知打被害人林詩涵一巴掌會導致其死亡；被害人可能腦中長有動脈瘤，始會因一巴掌即

造成死亡之結果云云，說明如何不可採信之理由，俱依卷存證據資料詳予指駁說明。從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

上訴人上訴意旨略以：（一）、原判決雖認定屏東縣政府警察局指揮中心受理 110 報案紀錄單（下稱報案紀錄單）為公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，得作為證據。然該報案紀錄單就本案描述記載「黃先生通報：接獲民眾 0000000000（牡丹土村村（路）00 號）通報要救護車（稱有打女子一拳）救護車到達時已無生命跡象，現送署立恆春醫院途中…」，與原判決係認定上訴人徒手掌摑被害人下巴右側，非以拳頭毆打致死不同，足證該文書記載有不實之處，顯不可信，依刑事訴訟法第一百五十九條之四第一款應不具證據能力。且該報案紀錄單非起訴書所引之證據清單，乃原審所調取之新證據，因此原審受命法官就全部書證詢問有無證據能力時，才會表示對證據能力不爭執，此可由上訴人原審準備書狀之記載可證。嗣原審再開辯論，就有無自首調查證據時，上訴人及其辯護人已爭執該報案紀錄單之證據能力，並不影響訴訟程序之安定性及確實性。原判決認定該報案紀錄單有證據能力，顯與其所認定之犯罪事實不符，且適用法律亦有違誤，原判決自有適用法則不當及判決不載理由或所載理由矛盾之違法。（二）、原判決依該報案紀錄單之記載，認定 110 勤務指揮中心有追訴犯罪權限之員警對本案之嫌疑人係使用 0000000000 門號、居住於屏東縣牡丹鄉○○村○○路 00 號之上訴人產生合理懷疑，自難認上訴人嗣於員警劉銘和在醫院詢問時自承有毆打被害人之事實，即認其所為該當刑法自首之要件。然使用他人手機撥打電話或使用他人名義手機之情形所在多有。而上訴人之戶籍於案發前已遷移至屏東縣滿州鄉○○村○○路 000 號，屏東縣牡丹鄉○○村○○路 00 號僅為上訴人居所，勤務指揮中心尚難據此認定上訴人即為犯罪嫌疑人。況報案紀錄單雖記載「稱有打女子一拳」，但究竟係報案人自稱其打人或另有其他人打該女子不明。原

審就此未予調查遽為判決，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。況依警員劉銘和證言，足證 110 勤務指揮中心接獲通報時，僅知犯罪事實發生，對於何人為犯罪嫌疑人尚難認定，原判決就劉銘和證言如何不可採信並未說明，顯有判決不備理由之違背法令。本件原判決對上訴人不符自首之認定，亦有判決不適用法則或適用不當之違背法令等語。

惟查：（一）、按除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，亦得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之四第一款定有明文。上述「紀錄文書」或「證明文書」，並不限於針對特定事件所製作。只要係公務員基於職務上就一定事實之記載，或就一定事實之證明而製作之文書，而其內容不涉及公務員主觀之判斷或意見之記載，即屬於上述條款所稱文書之範疇。原判決就報案紀錄單部分，已敘明「屏東縣政府警察局指揮中心之公務員執行勤務時，依其職權依據民眾或其他單位報案內容製作而成之紀錄文書，且衡之製作該報案紀錄單之公務員係於執勤時接聽民眾或其他單位來電報案時，始作成該報案紀錄，則該製作文書之公務員就本案顯無任何利害關係，虛偽記載之可能性甚低，自外部情狀以觀，並無顯有不可信之情況，是依之首揭規定，該報案紀錄單自有證據能力。」所為論述，與證據法則並無違背，自不得任意指為違法。又原判決僅以該報案紀錄單之記載作為認定上訴人是否符合自首要件之參考，並非以之作為認定上訴人有無本件犯罪、犯罪態樣、行為內容之依據。該報案紀錄單之記載「…（稱有打女子一拳）」，僅為承辦公務員依據通報內容所為登載，縱與原判決認定上訴人徒手掌摑被害人下巴右側之犯罪行為不符，因不影響原判決就犯罪事實有無之認定，亦不得即據認「顯有不可信之情況」而無證據能力。上訴意旨以上訴人與其辯護人於原審已爭執報案紀錄單之證據能力云云據為上訴，均非適法之第三審上訴理由。（二）、自首以對於未發覺之罪投案而受裁判為要件，至其方式雖不限於自行投案，即託人代理自

首或向非偵查機關請其轉送，亦無不可，但須有向該管司法機關自承犯罪而受裁判之事實，始生效力，若於犯罪後，僅向被害人或非有偵查犯罪職務之公務員陳述自己犯罪之事實，而無受裁判之表示，即與自首之條件不符。原判決就上訴人主張其為自首云云，已於理由說明承辦員警劉銘和於第一審固證稱到達醫院前，不知犯罪嫌疑人為何人，係到醫院後，上訴人表示因其與被害人發生爭吵，其打被害人一巴掌等語，但因本件案發後，上訴人係以其使用之門號 0000000000 號行動電話通報無犯罪偵查職務之 119（屏東縣政府消防局），請求調派救護車前往，上訴人斯時並自稱「李先生」，接獲通報之消防局人員黃亦祥即根據獲報內容，依作業常規主動通報 110（屏東縣政府警察局指揮中心）處理，並告知該使用門號 0000000000 號行動電話、居住於屏東縣牡丹鄉○○村○○路 00 號之民眾，稱有打女子一拳，救護車到達時該名女子已無生命跡象，正送署立恆春醫院等語，依上訴人自陳亦不知警員何以到達醫院等語，足見上訴人以其使用之前開行動電話致電 119 請求調派救護車載送被害人就醫，經 119 執勤人員自行通報 110 勤務指揮中心，該勤務指揮中心接獲通報後始派遣員警劉銘和等前往醫院瞭解案情，並非上訴人自行報警處理，或於請求 119 調派救護車時，有請求代為轉送 110 勤務指揮中心報案之意甚明。由 119 執勤人員通報 110 內容以觀，該 119 執勤人員既已告知「使用 0000000000 門號、居住於屏東縣牡丹鄉○○村○○路 00 號之報案民眾」稱有打女子一拳等語，顯已足以使 110 勤務指揮中心有追訴犯罪權限之員警對本案之嫌疑人係使用 0000000000 門號、居住於屏東縣牡丹鄉○○村○○路 00 號之上訴人產生合理之懷疑，因認上訴人之犯罪在員警劉銘和於醫院詢問前已被發覺，應不符合自首要件，顯已說明劉銘和證言不能為上訴人有利之認定。所為論述，俱屬事實審採證、認事職權之適法行使。況該報案紀錄單上已記載「報案人類別：本人」，原判決亦認定本件已足使 110 勤務指揮中心有追訴犯罪權限之員警懷疑本案嫌疑人「

係使用 0000000000 門號、居住於屏東縣牡丹鄉○○村○○路 00 號
」者（即上訴人），亦無誤認為第三者之虞。此部分上訴意旨係
就原審採證認事職權之適法行使及已詳為說明事項，仍憑已見，
泛指為違法，或再為事實爭執，俱非適法之第三審上訴理由。本
件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 二十七 日

最高法院刑事第十一庭

審判長法官 王 居 財

法官 郭 毓 洲

法官 林 恆 吉

法官 林 立 華

法官 呂 永 福

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 一 日

V

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,1277

【裁判日期】 1020328

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第一二七七號

上 訴 人 陳國柱

選任辯護人 蔡明和律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年十二月六日第二審判決（一〇一年度上訴字第一二三四號，起訴案號：台灣板橋地方法院檢察署〈已改名為台灣新北地方法院檢察署〉九十九年度偵字第九四〇七、一二五五五、一五七四一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。而上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查，如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由係屬二事。本件原審經審理結果，認為上訴人陳國柱共同販賣與販賣第三級毒品愷他命等犯行均明確，因而撤銷第一審所為科刑之判決，改判仍論處上訴人共同販賣第三級毒品及販賣第三級毒品二罪之罪刑，並定其應執行之刑

，已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。上訴人不服，提起上訴。惟查：(一)、原判決援引卷附上訴人與證人汪陳賢均承認內容為真正之彼等民國九十八年十月六日通訊監察譯文為據，認定上訴人確有本件販賣愷他命予汪陳賢之犯行，並說明上訴人所辯該等通話所洽談者均係檳榔買賣云云，核與各該通話內容顯不相符，委無足取；另又依憑證人侯凱元就其如何利用電話與上訴人聯絡而購得愷他命且已付清價款等情，已供證明確，且有卷附與其所述相符之上訴人、侯凱元二人九十八年十月七日電話通訊監察譯文可佐，即質諸上訴人亦坦認其確與侯凱元於電話中達成買賣愷他命之約定，僅辯稱嗣其因故未赴約交付愷他命，致實際未進行交易云云，然卷附通訊監察所得錄音內容顯示，上訴人於交易當日晚上並曾以電話向侯凱元催討款項，核與侯凱元所述因上訴人向其索款，故其當晚已付款予上訴人等語相符，因認上訴人亦有本件販賣愷他命予侯凱元之犯行。並以上訴人販賣愷他命予侯凱元係每包新台幣（下同）八百元，故認定同時期販賣予汪陳賢之愷他命應亦每包八百元。業於理由內逐一詳為論述。對證人洪敬順所證其於九十八年十月六日晚上十一時許，至上訴人所營檳榔攤，確見有人前往鬧事，上訴人因而迄翌日上午二時餘，始終未離開檳榔攤等云，已以洪敬順自承至該檳榔攤之次數甚為頻繁，是其於本案作證時，竟能明確記憶三年前某日至該檳榔攤時所發生之瑣事經過，已有可疑，且依上訴人九十八年十月六日晚上十一時二十五分至四十二分間，與人電話聯絡時之基地台位置均在新北市蘆洲區民權路一帶，與該檳榔攤尚有相當距離，均足徵洪敬順上開證言係屬迴護，不足採信等語，予以指駁說明。此乃原審採證認事職權之適法行使，核與客觀上之經驗法則、論理法則均尚無違背。上訴意旨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，或猶執其與汪陳賢電話聯絡所洽談者係檳榔買賣、與侯凱元間買賣愷他命未實際完成等陳詞，或徒憑己意，以遭監聽之內容顯示其

向藥頭買進愷他命之價格已達千元，豈有僅以八百元販出之理云云，重為事實之爭執，指摘原判決認定事實不當，俱非適法之第三審上訴理由。(二)、刑罰法規立法時，均已斟酌不同犯罪構成要件要素，所涵攝相異之可罰性，而賦予不同之刑罰效果，此即法定刑範圍；甚或就可加重、減輕法定刑之具體事由亦予以明文規範，則依此法定加重或減輕事由，視個案具體狀況，決定適當之加重、減輕比例，據以調整修正原始法定刑所得，而作為行使刑罰裁量權之實際範圍，即所謂處斷刑。此俱為刑罰裁量之外部性界限。是量刑前，該當於各種犯罪構成要件與法定加重、減輕事由之具體事實，既共同作用而形成刑罰裁量範圍之量刑外部性界限，其於刑罰決定過程中顯業經考量並據以評價被告犯罪輕重。故法院於刑罰範圍內量刑時，自不得再執為裁量刑罰輕重之標準。否則，即違反重複評價之禁止。第一審判決量刑時所審酌「上訴人為賺取不法利益，無視國家杜絕毒品犯罪之嚴令峻刑，猶從事規範違反性高之販毒行為，販賣毒品供他人施用，肇生他人施用毒品之惡源，足以戕害他人之身心健康，有滋生其他犯罪之可能，對社會秩序潛藏之危害極高，衡其犯罪所生之危害、法益侵害性等，誠屬不該，惡性難認輕微」等，概屬立法對販賣毒品行為，依其所販賣毒品之品項、種類，決定不同輕重程度刑罰時，已加以考量之事項，為免違反重複評價禁止原則，原審於刑罰範圍內量刑時，未再執為裁量刑罰輕重之標準，而另審酌上訴人販賣毒品對象之人數、次數、各次販賣毒品所得多寡與其犯罪後態度等本件販賣愷他命犯罪中屬於刑法第五十七條所列科刑輕重標準之具體情狀，為刑之量定，本無不合，且所考量之上開具體情狀，與第一審判決關於此部分之事實認定，並無差異，原審以第一審判決所科之刑，尚稱允當，予以維持，亦無不當。上訴意旨徒執原審與第一審量刑用語之不同，任憑己意，主張原審所認定上訴人本件犯行之惡性與第一審已有不同，而指摘原判決仍為與第一審判決相同之量刑有失之過重之可議云云。客觀上亦顯

不足據以判斷原判決已具備違背法令之形式要件。(三)、原判決就本件販賣愷他命予汪陳賢之共同正犯陳友鑫所有○○○○○○○○○○號行動電話(含S I M卡)，以之係供此部分共同販賣愷他命犯罪所用，而於論處上訴人共同販賣第三級毒品罪刑項下諭知沒收，且以之未經扣案，併諭知不能沒收時追徵其價額之替代性處分，於法並無不當。上訴意旨以該電話非其所有為由指摘原判決違誤，其理由顯非合法。(四)、其餘上訴意旨，則係就屬原審採證認事職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑己見，任意指摘為違法，且仍為單純事實之爭執，亦難謂為適法之第三審上訴理由。依上揭說明，本件上訴不合法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 二十八 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 張 淳 淙

法官 劉 介 民

法官 王 聰 明

法官 徐 昌 錦

法官 蔡 彩 貞

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 一 日

E

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,1297

【裁判日期】 1020328

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第一二九七號

上訴人 蔡秉鋁

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇一年十一月二十日第二審判決（一〇一年度上訴字第一六〇四號，起訴案號：台灣彰化地方法院檢察署一〇一年度偵字第八〇三、一三二三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件上訴人蔡秉鋁上訴意旨略稱：(一)原判決以證人陳志欽於警詢之陳述，距案發時間較近，記憶較為深刻，且尚未為伊所影響，逕認有可信之特別情況，具證據能力，有違證據法則。(二)證人陳志欽、高瑞成在檢察官偵訊時所為陳述，未予伊及辯護人在場行使反對詰問權之機會，僅以上開證人於偵查中已具結，即認其證言有證據能力，自有違誤。(三)伊與陳志欽、高瑞成之電話通訊監察譯文內容，僅顯示雙方因某種原因相約見面，並無任

何關於毒品交易之暗語，原審僅依憑陳志欽、高瑞成之證述及上開電話通訊監察譯文，並無其他確切之補強證據，遽認伊有販賣第一級毒品海洛因之犯行，難謂與採證法則無違。(四)原判決既認伊係小額、零星販賣毒品，對社會之危害稍低，尙無從與販賣毒品之大盤、中盤相提並論，所犯情輕法重，依刑法第五十九條規定酌減其刑，竟又對伊所犯各罪，各處以有期徒刑二十年或十九年八月等接近最高法定刑之刑期，顯然矛盾，與罪刑相當原則不符。且以伊否認犯行，未見真誠悔意，作為量刑之審酌事項，未尊重伊之辯解權，於法不合云云。

惟查，原判決依憑上訴人不利於己之部分供述，證人陳志欽、高瑞成之證詞，上訴人持用門號○○○○○○○○○○號行動電話之通訊監察譯文，扣案行動電話，台灣高等法院被告（上訴人）全國前案紀錄表等證據，資以認定上訴人有原判決事實欄所記載之犯罪事實，因而撤銷第一審關於附表一編號(五)部分之科刑判決，改判仍論處上訴人犯販賣第一級毒品罪刑（累犯，處有期徒刑二十年，併為從刑之諭知），又維持第一審關於論處上訴人如附表一編號(一)至(四)、(六)至(十三)所示犯販賣第一級毒品十二罪刑（均累犯，各處如附表一編號(一)至(四)、(六)至(十三)所示之刑）部分之判決，

駁回上訴人此部分在第二審之上訴，已詳述其所依憑之證據及認定之理由。對於上訴人辯稱：伊和陳志欽一起出錢合資購買海洛因，並未販賣海洛因給陳志欽或高瑞成云云。經綜合調查證據之結果，認係卸責之詞，不足採信，分別在判決理由內詳予指駁，並說明其證據取捨及判斷之理由。且敘明：(1)上訴人於第一審準備程序坦承附表一編號(一)至(八)所示販賣海洛因給陳志欽之犯行（見第一審卷(一)第六四、六五頁），核與陳志欽之證述相符，並有上訴人與陳志欽電話相約見面之通訊監察譯文可佐，且陳志欽亦證稱其與上訴人於附表一編號(一)、(三)部分之電話聯絡所稱「八個人坐一台車」等語，即指「八分之一錢海洛因」，價值新台幣（

下同)三千元，徵之上訴人於第一審審理時亦具狀供稱「二〇一一年八月二十四日之十二時左右，陳志欽與伊約在全家(即附表一編號(三)所示之時、地)，他到伊車上說『要八分之一』，伊告訴他身上剩下自己要施用的而已，拿給他並未收取金錢利益」云云，雖辯稱係無償轉讓毒品，並不足採，然亦可證陳志欽供稱其與上訴人電話聯絡購買海洛因，可以採信。上訴人於附表一編號(五)部分之電話通訊監察譯文，提及「你再拿『二張』過去」，陳志欽稱「我明天一定拿給你啦」各等語，與陳志欽所述向上訴人購買毒品情節相符，上訴人上開附表一編號(一)至(八)所示販賣海洛因給陳志欽之犯行，已堪認定，雖上訴人嗣後翻異其供，或辯稱合資購買海洛因，或轉讓毒品，或試用毒品，或未賣海洛因各云云，均係事後卸責之詞，尚無足採。(2)上訴人於第一審準備程序坦承附表一編號(十一)至(十三)所示販賣海洛因給高瑞成之犯行(見第一審卷(一)第六四、六五頁)，核與高瑞成之證述相符，並有上訴人與高瑞成電話相約見面之通訊監察譯文可佐。而附表一編號(十二)部分，高瑞成於電話中稱「喂，哥，這裡酒才『半罐』而已」，上訴人答「喂，那個不要啦，你朋友說的那個不要啦」，高瑞成稱「那如果『一罐』勒」，上訴人答「對啦，他說要叫一個人去做」各等語，高瑞成已證稱「半瓶」(即半罐)是指五百元海洛因，上訴人當時說不要，後來我改稱「一罐」，就是指一千元海洛因，他才說好云云，又附表一編號(十三)部分，上訴人電話中間「你們要帶幾個去做」，高瑞成答「我朋友是說『一個』啦」，並稱「那酒弄好一點」，上訴人稱「好啦……」，高瑞成答「不要偷工減料喔」，上訴人稱「好啦」各等語，高瑞成亦證稱「我說酒要弄好一點的」，是叫上訴人「品質弄好一點」，「海洛因弄好一點」。因為他常品質很差，我說「一個朋友說要一個」，是指「買一千元海洛因」。凡此均符合高瑞成所述交易毒品之過程，自可採信。上訴人如附表一編號(十一)至(十三)所示販賣海洛因給高瑞成之犯行，均堪認定。(3)上訴人雖否認附表一編號(九)所示之販

賣海洛因予高瑞成之犯行，然此部分已經高瑞成證述在卷，且上訴人與高瑞成電話聯絡時，上訴人提及「對啊，你要有『那種』喔」，高瑞成答「我們現在等你耶」，上訴人稱「對啦，『要那種』，知道嗎」，高瑞成稱「我知道，『要夠咩』」各等語，高瑞成亦證稱所謂「要有那種」，即問我「錢要帶夠」之意，顯係雙方有金錢交易，自足為高瑞成上開所述與上訴人買賣毒品之確實佐證，上訴人如附表一編號(九)所示販賣海洛因給高瑞成之犯行，堪以認定。另上訴人固否認附表一編號(十)所示販賣海洛因予高瑞成之犯行，然此部分高瑞成已證述在卷，且雙方於電話中聯絡在彰化縣「田尾鄉海侖公墓」見面，而上訴人於第一審具狀陳稱「高瑞成同年（指一〇〇年）九月四日我因家裡有事，從國道下快速道路員林埔心下交流道，在ABC附近（即彰化線埔心鄉ABC保齡球館），他與我碰面，因我本身身上沒有毒品，向他說完就急忙回家，處理家中之事，等我處理完之後，因家中剩有少許毒品，我便將往返台中租屋處，『田尾路段』將剩有毒品請他施用，我便急著趕回台中」等語（見第一審判決第五八頁），與高瑞成所述上訴人當時要返回台中，兩人在彰化縣田尾鄉鄉海侖公墓見面等情相符，雙方電話通訊監察譯文內容及其基地台位置，亦顯示兩人在彰化縣田尾之公墓見面，則上訴人上開具狀所述，應指附表一編號(十)所示時地見面情形，上訴人雖僅稱轉讓毒品，然已足認上訴人此次有交付毒品給高瑞成，上訴人此部分犯行，已有確切之補強證據，自堪採信。上訴人辯稱轉讓毒品，或未賣海洛因各云云，尚無足採各等語甚詳。原判決所為論述，核與卷證資料相符，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違背法令之情形。按(一)認事採證、證據之取捨及證據證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，苟無違背證據法則，自不能指為違法。本件原審綜合上訴人不利於己之部分供述，與陳志欽、高瑞成之證詞相符，且上訴人持用門號〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇號行動電話之通訊監察譯文，亦提及彼此相約見面，及暗指買賣毒品過程之言語，認已有

相當佐證，據此認定上訴人有本件之犯罪事實。對於上訴人之辯解，認不足採，已分別在判決內詳述其認事採證、證據取舍及判斷之理由，並非僅依憑陳志欽、高瑞成之證述，即為上訴人不利之認定。核與證據法則並無違背，為其職權之適法行使，自不能指為違法。原判決上訴意旨(三)所指，置原判決已說明之事項或屬原審採證認事職權之適法行使，任意指摘，自非適法之上訴第三審理由。(二)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，刑事訴訟法第一百五十九條第一項定有明文。依其立法理由，係酌採英美之傳聞法則，用以保障被告之反對詰問權。亦即傳聞證據原則上不具證據能力（證據資格），法院不得逕行調查其證明力，以落實被告於審判中對不利於己之供述證據，有行使反對詰問權之機會，僅於例外情形，為兼顧發現真實之目的，傳聞證據始得作為證據。而刑事訴訟法第一百五十九條之二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之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。所謂「具有較可信之特別情況」，係傳聞證據具有證據資格（證據能力）之法定要件，亦即法律規定陳述證據可否作為證據使用問題，與該陳述內容所指之事項是否屬實，即該陳述證據是否足以證明待證事實，係指證據之「憑信性」或「證明力」，須由法院調查卷內證據後，加以取舍、認定，乃法院採信、不採信該證據之問題，二者就證據之「價值高低」而言，雖然性質上頗相類似，但證據之證明力係是否為真實問題，而證據資格乃可能信為真實之判斷，尚未至認定事實與否之範疇，其法律上之目的及功能，迥然不同。換言之，檢察事務官及司法警察（官）之調查筆錄是否具證據資格，並非該筆錄內容所指事項真實與否問題，而是該筆錄實質內容真實性以外，在形式上該筆錄是否具有真實可能性之客觀基礎，可能信為真實，而足可作為證據。法院自應就陳述時之外部附隨環境、狀況或條件等相關事項，例如陳述人

之態度，與詢問者之互動關係，筆錄本身記載整體情況（完整或零散、詳細或簡略、對陳述人或被告有利及不利事項之記載），詢問者之態度與方式是否告知陳述人之權利，有無違法取供等情狀，予以觀察，綜合判斷陳述人陳述時之外在、客觀條件均獲確保，形式上類同審判中具結及被告詰問下，真誠如實陳述，客觀上已具有可能信為真實之基礎，始得謂「具有較可信之特別情況」。此與供述證據必須具備「任意性」要件，否則不論其供述內容是否屬實，法律上均不得作為證據，以徹底保障個人之陳述自由，係所有供述證據具證據資格之前提要件，尚有不同。又所稱「為證明犯罪事實存否所必要者」，係指就具體個案案情及相關卷證判斷，為發現實質真實目的，認為除該項審判外之陳述外，已無從再就同一供述者，取得與其上開審判外陳述之相同供述內容，倘以其他證據代替，亦無從達到同一目的之情形而言。查原判決理由已詳細說明陳志欽警詢時，因上訴人不在場，面對警員陳述較為坦然，且其警詢筆錄係基於自由意思所為之陳述，就犯罪之構成要件及態樣記載均屬完整，又無任何違法取供之情形，客觀上具有較可信之特別情況（見原判決第七頁第一至末行），並非以陳志欽警詢之陳述，距案發時間較近，記憶較為深刻，且尚未為上訴人所影響，逕認有可信之特別情況，具證據能力，於法並無不合，自無上訴意旨(一)所指之違誤。(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者外，得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項固定有明文。惟被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，性質上屬傳聞證據，而被告之反對詰問權又係憲法所保障之訴訟基本權，不容任意剝奪。是被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除有同法第一百五十九條之五規定當事人同意或視為同意作為證據者外，應指審判中已經被告或其辯護人行使、得予行使或客觀上已不能行使反對詰問權者而言。此與被告以外之人於司法警察（官）調查中所為之陳述，如與審判中不符時，依刑事訴訟法第一百五十九條之

二規定，原則上無證據能力，須具「特別可信性」及「必要性」之要件，始例外具有證據能力，並不因其於法院審理中業已具結作證，即有證據能力，二者並不相同。原判決已敘明證人陳志欽、高瑞成在檢察官偵訊時所為陳述，雖未予上訴人及辯護人在場行使反對詰問權之機會，然陳志欽、高瑞成於第一審及原審已經具結進行詰問，皆已賦予上訴人對上開證人詰問之機會，依法自有證據能力（見原判決第八頁第一至末行），尚無不合。上訴意旨(二)所指，就原判決已說明論駁之事項，徒憑己意重為爭辯，自非適法之第三審上訴理由。(四)量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，原判決已斟酌刑法第五十七條各款所列情狀而未逾法定刑度，即不得遽指為違法。本件原審已斟酌刑法第五十七條各款所列情狀，分別維持第一審量處之刑，及改判論罪量刑，均未逾法定刑度，又無顯失衡平之情形，自不得遽指為違法。上訴意旨(四)所指，置原判決量刑職權之適法行使，任意指摘，自非適法之上訴第三審理由。上訴人上訴意旨所指，或對於原判決究竟如何違背法令，並未依卷內訴訟資料為具體之指摘，或徒憑己意，就屬原審採證認事職權之適法行使，及原判決本旨不生影響或已經說明事項，任意指摘為違法，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，均不相適合，應認其上訴違背法律上之程式，予以駁回。又上訴人另犯如第一審判決附表一編號(十四)所示轉讓第一級毒品罪部分，經原審判處罪刑後，上訴人撤回第二審上訴而確定（見原審卷第一三五頁），並已函送台灣彰化地方法院檢察署執行（見原審卷第二〇六頁）。另上訴人被訴於一〇一年十月十七日販賣海洛因予黃恒祥部分，經第一審諭知無罪（見第一審判決理由乙、貳），檢察官未上訴而確定（見第一審卷(四)第八三頁），併予指明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 二十八 日
最高法院刑事第六庭

審判長法官 黃 一 鑫
法官 張 春 福
法官 吳 三 龍
法官 李 錦 樑
法官 宋 明 中

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 二 日

v

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,1442

【裁判日期】 1020412

【裁判案由】 業務侵占等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第一四四二號

上訴人 台灣高等法院檢察署檢察官

上訴人

即 被 告 方惠齡

上列上訴人等因被告業務侵占等罪案件，不服台灣高等法院中華民國一〇〇年九月二十九日第二審判決（九十九年度上訴字第一七九一號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十八年度調偵字第八五二、八五三號〈原判決誤載為九十八年度偵字第一一九〇二號〉），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於業務侵占部分撤銷，發回台灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

一、撤銷發回（即業務侵占）部分：

本件原判決撤銷第一審關於上訴人即被告（下稱被告）方惠齡公益侵占部分之科刑判決，改判依想像競合犯之規定，從一重論被告以犯業務侵占罪（一行為同時觸犯行使偽造、變造私文書罪），處有期徒刑二年六月。固非無見。

惟查：

（一）、刑法上之公益侵占罪，係指侵占基於公共利益原因而持有之物而言。其中所謂公共利益，不論係為不特定之多數人，或為多數特定人，均屬之。台北市政府為維護家長教育參與權之行使，保障台北市學生在中小學校學習與受教育權益，增

進家庭、學校與社區之聯繫與合作，共謀良好教育之發展，乃制定台北市中小學校學生家長會設置自治條例。台北市立光復國民小學即係依該自治條例設立學生家長會（下稱光復國小家長會），並根據同自治條例制定光復國小家長會財務處理辦法。依該財務處理辦法第三條、第四條之規定，光復國小家長會之經費來自家長之會費、各界捐款、政府及其他補助款等等，經費則用以支應急難救助金、支援學校辦理各項教育活動、提供學生獎學金、辦理學校員生福利等等公益用途。光復國小家長會自係以舉辦公益為目的之民眾團體。被告以會長或副會長兼財務身分，負責保管光復國小家長會之財物，乃因公益而持有。其將因公益而持有之該家長會現金、支票侵占花用，自應成立刑法之侵占公益上持有物罪。本件檢察官起訴犯罪事實及第一審判決均認被告將負責保管之光復國小家長會現金、支票加以侵占花用，應成立刑法之侵占公益上持有物罪。原判決就上揭光復國小家長會之設立依據，以及家長會之經費來源、如何支出，亦為相同之認定；惟又以光復國小家長會之經費支出，係以光復國小員生為對象，且以學校保全、清潔等經常性費用，以及辦理聯誼、支援贊助學校活動等為主要支出項目，認被告經手處理之各款項，僅係基於業務上之關係，為光復國小員生之多數特定人共同利益而持有，尚難認係基於為一般不特定人之公共利益原因而為持有，所為僅應成立業務侵占罪（見原判決第五、六頁，理由三），自有適用法則不當之違誤。

- (二)、刑法於民國九十四年二月二日修正公布，自九十五年七月一日施行，已刪除第五十六條連續犯之規定。該修正即係將本應各自獨立評價之數罪，回歸本來就應賦予複數法律效果之原貌，因此，就刑法修正施行後觸犯犯罪構成要件相同之多次犯行，原則上應按行為次數採一罪一罰，始符合立法本旨。又接續犯乃指行為人之數行為，於同一或密切接近時、地

實行，侵害同一法益，而其各行爲之獨立性極爲薄弱，依一般社會健全觀念，實難以強行分開，且在刑法評價上，以視爲數個舉動之接續作爲，合爲包括之一行爲，較爲合理者而言。如行爲人先後數行爲，在客觀上係逐次實行，侵害數個同性質之法益，其每一前行爲與次行爲，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行爲皆可獨立成罪，自應按照其行爲之次數，一罪一罰。原判決認定被告自九十四年五月二十日起至九十七年九月二十一日止，於先後擔任光復國小家長會會長、副會長期間，兼辦家長會財務收支及保管銀行存摺、家長會銀行帳戶提款專用印章，而因其當時之配偶經商失利，需款孔急，竟基於意圖爲自己不法所有及偽造文書之犯意，接續以未將款項（含現金及支票）存入家長會各該專用帳戶、領用款項後未實際用以支付應付款項之方式，將其因前開身分而經手持之光復國小家長會經費，變易持有之意思爲所有，予以侵占入己，所爲係犯刑法上之業務侵占罪，及行使偽造、變造私文書罪。並於理由說明：「被告因其當時之配偶經商失利，而長期挪用其所經手之光復國小家長會經費用填補資金需求，係以單一之決意，於密切接近之時、地接續實施侵害同一法益之數行爲，其各次挪用侵占行爲之獨立性極爲薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視爲數個舉動之接續施行，合爲包括之一行爲予以評價，較爲合理，是應成立接續犯」云云（見原判決第六頁）。其所爲論斷，係僅以被告上揭侵占、偽造變造私文書行爲係基於單一目的、犯意，即認應論以接續犯，並未注意及被告侵占款項前後長達三年多，其中部分款項係未存入各該專用帳戶即加以侵占，部分係自帳戶領款後未支付應付款項而加以侵占（見原判決第二頁第二列起）。而行使偽造、變造私文書部分，依原判決所認定，被告係分別於九十六

年十二月間，變造光復國小家長會會員代表會議紀錄，偽造開戶申請書，然後前往新光銀行天母分行開戶使用；又於九十六年十二月三十一日及九十七年四月二十九日盜蓋光復國小家長會印章於台北市公庫支票二紙（發票日分別為九十六年十二月七日及九十七年四月二十四日，金額各為三十二萬二千三百二十元及三十一萬二千八百四十元，各盜蓋光復國小家長會印文一枚），偽造各該票據背書行使；再於九十七年一月二日以偽造取款憑條（盜蓋光復國小家長會印文一枚），持以提領上揭帳戶內之現金三十二萬二千三百元而行使之（見原判決第二頁第八列起）。原判決並未審酌在刑法刪除連續犯規定後，被告上揭侵占及行使偽造、變造私文書行為，在時間、空間上可否分開，以及在刑法評價上是否各具獨立性，每次行為皆各獨立成罪，併合處罰，較為合理，即遽為上述之論斷，自嫌理由欠備。

(三)、客觀上為法院認定事實及適用法律基礎之證據，雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。原判決固認定被告自九十四年五月二十日起至九十七年九月二十一日止，侵占光復國小家長會之款項，然被告於原審所提辯護狀已辯稱：其係於九十五年十月至九十六年三、四月間侵占款項，至九十六年三、四月間，光復國小家長會專戶內之款項已被提領一空；被告因財務問題，致光復國小家長會於華南銀行之專戶帳號併遭凍結，被告為求前揭二張禁止背書轉讓之支票，得以順利入帳，方有上開變造會議紀錄及開戶行為，但該二張支票兌領後之款項均用以家長會會務之支出，並未侵占該部分款項云云（見原審卷第一三九、一四〇頁）。上揭抗辯，與其侵占之犯罪時間至何時終了有重要關係，且攸關法律之適用，顯然仍欠明瞭，而有疑義。原審未詳加勾稽究明，遽行判決，難謂適法。

(四)、綜上，上開違誤或為上訴理由所指摘，或為本院依職權調查之事項；且因第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，刑事訴訟法第三百九十四條第一項前段定有明文，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，應認原判決關於業務侵占部分有撤銷發回更審之原因。

二、駁回上訴（即行使業務登載不實文書）部分：

刑事訴訟法第三百七十六條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，法有明文。被告另犯行使業務登載不實文書部分，原審係依刑法第二百十六條、第二百十五條論處罪刑，核屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款之案件。依首開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，被告猶提起此部分上訴，顯為法所不許，應駁回之。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條、第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 十二 日
最高法院刑事第十二庭

審判長法官 李 伯 道
法官 蘇 振 堂
法官 林 立 華
法官 蔡 國 在
法官 許 仕 楓

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 十七 日
V

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,1528

【裁判日期】 1020418

【裁判案由】 業務過失致人於死

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第一五二八號

上訴人 台灣高等法院檢察署檢察官

被告 范國豐

選任辯護人 林鳳秋律師

上列上訴人因被告業務過失致人於死案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年十二月二十六日第二審判決（一〇一年度醫上訴字第二號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十九年度偵續字第五〇六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事妥速審判法第九條第一項規定，除同法第八條所列不得上訴於第三審之情形外，對第二審法院所為維持第一審無罪之判決提起上訴之理由，以：「一、判決所適用之法令牴觸憲法。二、判決違背司法院解釋。三、判決違背判例。」為限。所稱「判決違背判例」，除判決之意旨違背本院歷來就具體個案關於適用法令疑義之重要事項，為統一法律見解，所作成現行有效之刑事判例外，就刑事訴訟程序依法應適用（如刑事訴訟法第六十五條期間之計算）或準用（如刑事訴訟法第六十二條送達文書之準用規定）之民事法律，因實質上已等同刑事訴訟程序應適用之刑事法律，其所形成之相關民事判例，亦應包含在內。且為符合首揭條項所彰顯嚴格法律審之立法本旨，所指違背判例，均應以足以影響於判決本旨而得構成撤銷原因者為限，自不待言。本件被告范

國豐因涉嫌業務過失致人於死罪名，經檢察官提起公訴，第一審法院認不能證明被告犯罪，因而諭知無罪之判決，復經第二審法院予以維持，駁回檢察官在第二審之上訴。檢察官以原判決違背本院十九年上字第二七四六號、四十二年台上字第八六五號、七十九年台上字第五四〇號民事判例為由，提起第三審上訴。惟上揭本院民事判例，分別係就民法上之過失以及民事訴訟法關於鑑定所為之闡述及說明。而刑法上之過失，依第十四條第一項、第二項之規定，分為無認識之過失與有認識之過失，與民事判例以欠缺注意之程度為標準所分之抽象的過失、具體的過失及重大過失有別，另刑事訴訟法第一百九十七條至第二百十條對於鑑定亦設有專節，並無適用或準用民法或民事訴訟法相關規定之餘地，故就被告應否負過失罪責以及刑事鑑定程序違背規定與否之判斷，自應以刑事法律為依據，不得以判決違背民事判例為第三審上訴之理由。上訴意旨，徒憑己意，泛詞指摘原判決違反本院上揭三則民事判例，難謂符合首揭第三審上訴之法定要件，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 十 八 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 石 木 欽

法官 段 景 榕

法官 洪 兆 隆

法官 黃 仁 松

法官 洪 佳 濱

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 二 十 四 日

V

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,1597

【裁判日期】 1020424

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第一五九七號

上 訴 人 簡新永

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇二年一月二十八日第二審判決（一〇一年度上訴字第九三一號，起訴案號：台灣雲林地方法院檢察署一〇〇年度偵字第四二二八、五六三五號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審經審理結果，認定上訴人甲○○有原判決事實欄所載販賣第一級毒品海洛因（二次）、販賣第二級毒品甲基安非他命（一次）犯行明確，因而維持第一審就上訴人販賣海洛因部分，均依刑法第五十九條減輕其刑後，論處上訴人販賣第一級毒品一罪（累犯）、共同販賣第一級毒品一罪（累犯），均處有期徒刑十五年六月；共同販賣第二級毒品一罪（累犯），處有期徒刑七年六月，定應執行有期徒刑十六年，並為相關從刑之諭知，駁回

上訴人在第二審之上訴，已綜核全部卷證資料，詳加斟酌論斷，敘明其所憑之證據及認定之理由。並就上訴人否認販賣行為，辯稱第一次係陳有慶、鄭麗鳳直接與陳耀堂交易，第二次伊有幫助二人撥打電話給藥頭陳耀堂，由渠等自行聯絡交易，就第三次部分，伊僅幫忙傅家益與藥頭陳耀堂聯絡，之後由傅家益自行與陳耀堂交易毒品云云如何不可採信，亦依卷存證據資料詳予指駁說明。從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

上訴人上訴意旨雖以：（一）、陳有慶、鄭麗鳳、傅家益三人針對上訴人是否涉犯販賣海洛因等毒品之偵查筆錄，均未給予上訴人反對詰問機會，自無證據能力，原判決卻採認有證據能力，依刑事訴訟法第一百五十八條之三規定，顯有適用法則不當之違誤。又鄭麗鳳於原審未到庭作證，原審未以拘提方式令其到庭作證，其偵查筆錄內容不利上訴人部分，既未經上訴人行使對質詰問權，其證言之虛偽性未能排除。原判決僅以鄭麗鳳另案通緝，即率採認其警詢、偵查筆錄內容之證據能力，致上訴人喪失對質詰問權，而此部分既有偵查筆錄，該警詢筆錄是否屬有必要性之證據，而認為符合刑事訴訟法第一百五十九條之三規定「為證明犯罪事實存否之必要」要件，理由付之闕如，該判決及適用之程序自已違法。（二）、本件通訊監察書均未有任何相關「受監察對象之確實姓名、相關特徵」之記載，已無法由相關資料查得本件「受通訊監察對象」之真義。而該記載目的在於確定受通訊監察人及事後審查，如確有記載代號必要，自應備代號與姓名對照表於卷內，並非僅記載代號而已，否則該欄之記載即無意義。上開通訊監察書僅在「受通訊監察對象」記載代號，復無代號、姓名對照表，該記載自不能認符合通訊保障及監察法之規定。就「監察事由」之記載，上開通訊監察書雖均記載「不能或難以其他方法蒐集或調查，有監察相關通訊之必要」，但內容抽象不明確，與通訊保障及監察法施行細則第十一條（上訴意旨誤載為第九條）規定應包括「一、受監察人涉嫌本法第五條第一項或第六條第

一項犯罪之具體事實。二、受監察之通訊與上述犯罪具有關連性之具體事證。三、就上述犯罪曾經嘗試其他蒐證方法而無效果之具體事實，或不能或難以其他方法蒐集或調查證據之具體理由。」不符，該通訊監察書顯無證據能力，原判決猶予引用，顯然違背法令。（三）、證人陳有慶、鄭麗鳳、傅家益與上訴人爲對向共犯關係，其陳述自應有補強證據擔保其證言之真實性。原判決雖依據該三人證言及卷內通訊監察譯文（下稱監察譯文）認定上訴人有本件犯行，但原判決附表二（下同）編號 1、2 與陳有慶、鄭麗鳳相關之監察譯文並無隻字片語與毒品或販賣價額有關，附表二編號 3、4、5 與傅家益相關之監察譯文內容似乎僅在澄清某事項，核與認定存在販賣甲基安非他命既遂所需之證明力，尙有差距。原審遽爲判決，其證據法則之適用，有違刑事訴訟法第一百五十六條第二項之規定。（四）、附表二編號 1 監察譯文內容無法看出是毒品交易，只是雙方約定見面而已。且陳有慶於第一審證稱當日係其女友要介紹其至上訴人欲經營之快炒店當師傅，其始打電話予上訴人，當時因檢察官未問才未提快炒店之事；當天至上訴人之店後，其向上訴人之朋友「七筒」拿藥，嗣其拿藥至廁所注射，爲上訴人發覺，上訴人亦生氣等語，上訴人於陳有慶作證後亦稱其與妻、另一員工及陳有慶、鄭麗鳳至店裡，準備營業，後「七筒」拿藥來與其交易，陳有慶、鄭麗鳳看到後亦跟「七筒」撥毒品，再到廁所施打，其即予以責罵等語，所述大致相符。因上訴人爲警查獲後即移送監獄執行，未有機會與陳有慶見面，二人應無串證可能，但陳有慶於第一審經辯護人及檢察官詰問之證述卻與上訴人所述大致相符，可見更具證明力，則陳有慶於警詢所述是否與事實相符，即有疑問。則當日上訴人有無與陳有慶、鄭麗鳳見面、有無交易毒品、係「七筒」或上訴人出售海洛因，原審均未予查明，自有判決理由不備、應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。就附表二編號 2 監察譯文部分，只能證明上訴人與鄭麗鳳相約見面，並無談及任何代號、暗語，上

訴人究竟有無與鄭麗鳳見面，係何人與鄭麗鳳見面？是否交易毒品？有無交易成功，均未有鄭麗鳳到庭作證。而陳有慶於第一審已證稱係請上訴人幫其調東西等語，可見上訴人爲代人聯絡而已，原審就此部分未予查明，顯有判決理由不備之違法。（五）、上訴人於第一審及原審均請求傳喚陳耀堂、陳有慶、鄭麗鳳，並主張證人等係向綽號「七筒」之陳耀堂購買毒品。鄭麗鳳從未於審理時到庭作證，其與陳有慶於偵查中證言亦未經對質詰問，難能從其證述探究真實。而陳有慶、鄭麗鳳偵查之證言尚非無合理懷疑，監察譯文又不能證明上訴人有與二人見面、是否交易完成抑由他人與證人等交易，原判決未再傳喚陳耀堂、陳有慶、鄭麗鳳及附表二編號 1 在場之證人，自有應於審判期日調查之證據而未予調查及判決理由不備之違法等語。

惟查：（一）、被告以外之人於偵查中向檢察官所爲陳述，除顯有不可信之情況者外，得爲證據，刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項定有明文。該規定乃現行法對於傳聞法則之例外所建構之證據容許範圍之一，依其文義及立法意旨，尚無由限縮解釋爲檢察官於訊問被告以外之人（含共同被告、共犯、被害人、證人等）之程序，須經給予被告或其辯護人對該被告以外之人行使反對詰問權之機會者，其陳述始有證據能力之可言。故偵查中檢察官訊問證人，雖未經被告親自詰問，或因被告不在場而未給予其詰問之機會者，該證人所爲之陳述，並非所謂之「顯有不可信之情況」，而得據以排除其證據能力。上訴意旨以陳有慶、鄭麗鳳、傅家益之偵查筆錄，均未給予上訴人反對詰問機會，自無證據能力云云，自非適法之上訴理由。又原判決就鄭麗鳳警詢筆錄之證據能力，亦於理由說明因鄭麗鳳前經第一審依址傳喚，均因「查無此人」而未能到庭，嗣另案經通緝中，可見鄭麗鳳已所在不明，無法傳喚到庭接受交互詰問。經審酌其警詢係基於自由意識所爲，筆錄完成後經其親閱，復於接續之偵查中未供述警詢陳述係警員違法取供等，均見該不利上訴人陳述，無違背其意思或違

法取供情形，具有可信之特別情況，且攸關上訴人是否成立本件犯罪，為證明犯罪事實存否所必要，依刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款之規定，認有證據能力，經核尚無不合。而鄭麗鳳既經傳喚無著，復遭通緝，原審未再予拘提，亦難指為違法。況本件縱除去證人鄭麗鳳警詢之陳述，仍有其偵查中證言可資認定，原判決並予引用，是原判決就鄭麗鳳警詢之論述縱有瑕疵，亦不影響原判決之認定及判決結果，自亦不得資為合法之上訴理由。

（二）、通訊保障及監察法第十一條第一項第二款規定「監察對象」為通訊監察書應記載之事項之一，其目的係在規範聲請機關慎重將事，特定其監察對象，確立實施範圍，以確保人民權益，並釐清監察責任。然關於受此強制處分人之記載方式，相較於傳票、拘票及押票須將「被告之姓名、性別、年齡、籍貫（或出生地）及住所或居所」（刑事訴訟法第七十一條第二項第一款、第七十七條第二項第一款、第一百零二條第二項第一款），為翔實記載，尚屬有別，而較諸搜索票於被告或犯罪嫌疑人不明時，得不予記載（刑事訴訟法第一百二十八條第二項第二款但書），則較類似，此乃傳票、拘票及押票係對已確定之人實施偵審，重在維護其防禦權或供證義務；搜索票、通訊監察書則對尚未確定之事證為蒐集，重在隱密（被實施者事先不知情）及真實之發現，兩者顯然有別。故前者法條規定人別須確立，後者則可得而知或未知均屬無妨，應為當然之解釋。又關於監察對象（即受監察人），依通訊保障及監察法第四條規定，除同法第五條及第七條之被告或犯罪嫌疑人外，尚包括為被告或犯罪嫌疑人發送、傳達、收受通訊或提供通訊器材、處所之人，在通訊監察之始，或因證據尚非明確、具體，致無從確認受監察人究為何人，或僅知其綽號，甚至不知發送、傳達、收受通訊者之姓名、綽號，亦所在多有，是倘因資料不足，致聲請通訊監察或核發通訊監察書時尚未能附具受監察人之真實姓名、代號或姓名對照表等資料，自不得即指為違法。本件原判決引用之通訊監察書，係由檢察官提出

聲請，其上已記載「法官指示事項：一、執行機關應於民國 100 年 5 月 4 日前作成監察報告書陳送本院，並具體說明監察進行情形及有無繼續監察之必要。二、無繼續監察必要時，應即停止監察，並陳報法院。…四、監察結束時，報告書應確實依通訊保障及監察法施行細則第二十七條第一項第十款、第十一款規定，載明監察所得內容、有無獲得監察目的之相關資料及其他相關事項與附件，報由聲請人陳報本院。…」有該通訊監察書可參，可見本件通訊監察已由法院事前依據相關卷證資料，審核具體理由後予以核准並隨時監督中，該監察對象雖記載為「密」，「監察理由」亦記載係依據通訊保障及監察法第五條第一項第一款之規定，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據，有監察其相關通訊之必要等，既經法院審核裁量應予准許，尙難指為違法。（三）、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第一百五十五條第一項規定甚明，自無許當事人任憑主觀指為違法，而資為合法之第三審上訴理由。又法院認定事實，並非悉以直接證據為限，其既綜合調查所得之各項直接、間接證據，本於合理之推斷而為認定，於法並無不合。原判決就上訴人本件三次販賣毒品犯行，就第一、二次部分，係以陳有慶、鄭麗凰獨立之證言，並參酌附表二編號 1、2 監察譯文，陳有慶、鄭麗凰均有施用海洛因前科紀錄，足見二人有取得海洛因之需，佐證陳有慶、鄭麗凰證言為真正。再依上訴人之辯解前後不一，與監察譯文內容亦未見相關等，認上訴人所辯應屬無稽。而陳有慶雖於第一審為有利上訴人之證言，亦說明所述內容並非違法之事，何以未於警詢、偵查陳述？該第一審陳述復與監察譯文未見相關。況陳有慶於警詢經警員提示多次監察譯文，亦明確分辨何者未完成交易，顯見陳有慶於第一審證言為事後迴護上訴人之詞。就上訴人第三次犯行部分，除依據傅家益證言，並有內容相符之監察譯文可佐。上訴人雖否認有此

部分犯行，傅家益於第一審亦翻異其詞，但均與監察譯文內容不符，傅家益於第一審又數度更易其詞，參酌上訴人於監察譯文中就傅家益抱怨（數量）不足部分，亦表示願再補足，可見該次交易業已完成等，據以不採上訴人辯解及傅家益於第一審有利上訴人之證言，俱有卷存證據資料可資覆按。就上訴人販賣甲基安非他命予傅家益部分，上訴人於原審亦坦承監察譯文中之「糖仔」係傅家益問其有無甲基安非他命，其有收到傅家益之新台幣九千元等語（原審卷第三一〇頁、三一二頁背面），均見原判決之論斷，並無違反客觀存在之經驗法則或論理法則情形，自屬事實審採證、認事職權之合法行使。又關於上訴人於一〇〇年五月五日販賣海洛因予鄭麗凰部分，上訴人於第一審提出之理由狀先辯稱係因鄭麗凰要至其快炒店幫忙始電話聯絡，鄭麗凰至其快炒店後再要求撥交部分毒品，其始通知藥頭送毒品至店中，鄭麗凰即自行向藥頭購買毒品施用（第一審卷第四十頁背面），嗣再以答辯狀陳稱當日係鄭麗凰獨自至其快炒店，因上訴人有約藥頭至店內購買毒品，鄭麗凰見狀即自行向藥頭購買毒品施用，有在場證人侯宗寧可證（第一審卷第四十六頁），與陳有慶於第一審改稱之證言及上訴人嗣後之辯解均不一致，原審不採上訴人之辯解，難謂違法。上訴意旨就上開原判決已論述甚詳事項再為事實爭執，或就證據證明力仍執己意為不同之判斷，自非適法之第三審上訴理由。（四）、刑事訴訟法第三百七十九條第十款所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，始足當之。若所證明之事項已臻明確，或就同一證據再度聲請調查，或僅枝節性問題，自均欠缺調查之必要性，原審未依聲請或職權為無益之調查，並無違法之可言。原判決已於理由詳敘上訴人請求詰問證人陳有慶、鄭麗凰、傅家益等人並無必要之理由，復不採上訴人之辯解，已如上述，原審

以本件事證已明，未再為無益之調查，自亦不得指為違法。上訴意旨或就原審採證認事職權之適法行使，或就原判決已說明事項，仍憑己見，泛指為違法，或再為事實爭執，俱非適法之第三審上訴理由，其上訴均違背法律上之程式，皆應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 二十四 日

最高法院刑事第十一庭

審判長法官 王 居 財

法官 郭 毓 洲

法官 沈 揚 仁

法官 林 恆 吉

法官 呂 永 福

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 二十九 日

m

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,1650

【裁判日期】 1020425

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第一六五〇號

上 訴 人 陳君瑞

選任辯護人 張麗雪律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇一年十二月二十八日第二審判決（一〇一年度上訴字第九八八號，起訴案號：台灣嘉義地方法院檢察署一〇一年度偵字第四九五號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定：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；且必須依據卷內資料為具體之指摘，並足據以辨認原判決已具備違背法令之形式，始屬相當。如果上訴理由書狀所指摘事項，純係就原審已經詳細調查並於判決理由內指駁說明之事項，執陳詞重為事實上之爭執，或對原判決就系爭之法律疑義所為適法之闡述，徒憑其主觀上之顯然誤解，任意指摘，客觀上不足據以辨認原判決具備違背法令之形式要件時，即應認其上訴不合法律上之程式，予以駁回。本件原審經審理結果，認為上訴人陳君瑞幫助施用第一級毒品海洛因之犯行明確，因而撤銷第一審所為諭知上訴人無罪之判決，改判論處上訴人幫助施用第一級毒品二罪之罪刑並定其應執行之刑，已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。並就上

訴人否認犯行之供詞及其所辯各語認非可採，予以論述。上訴人不服原判決，提起上訴。惟查：（一）、刑法上所謂幫助他人犯罪，係指對他人決意實行之犯罪有認識，而基於幫助之意思，於他人犯罪實行之前或進行中施以助力，給予實行上之便利，使犯罪易於實行，而助成其結果發生者。是行為人對其幫助之行爲與被幫助犯罪侵害法益之結果間有因果關係之認知，仍屬意爲之，即得認有幫助犯罪之故意，要不因其所爲非以助益犯罪之實行為唯一或主要目的而異其結果；且其所爲之幫助行爲，基於行爲與侵害法益結果間之連帶關聯乃刑事客觀歸責之基本要件，固須與犯罪結果間有因果關聯，但不以具備直接因果關係爲必要，舉凡予正犯以物質或精神上之助力，對侵害法益結果發生有直接重要關係，縱其於犯罪之進行並非不可或缺，或所提供之助益未具關鍵性影響，亦屬幫助犯罪之行爲。原判決依憑上訴人自白及證人楊松樺之證言，以上訴人確於其事實欄所示時、地，與楊松樺合資並駕車搭載楊松樺前往向不詳姓名成年男子購買海洛因後各依出資比例朋分施用，且楊松樺已陳明其確因上訴人之合資與搭載，而解其因每次僅購買三、五百元微量毒品致遭毒販不友善對待之窘境及獲得買毒往返交通上之便利等情，是上訴人上開所爲，對楊松樺遂行其施用海洛因犯罪，確具直接且重要之關係，顯已提供助力，因論以施用第一級毒品之幫助犯。對上訴人辯稱其所爲係應楊松樺之邀，且出於上訴人自身亦有施用海洛因之需求所致云者，亦以上訴人對楊松樺購買海洛因係爲施用本即明知，卻仍提供上開協助，即有幫助施用海洛因之故意，要不因其係受邀被動或併爲滿足自身需求而有不同，是所辯上情縱然屬實，亦無解於上訴人本件幫助施用第一級毒品之罪責等語，予以指駁說明。經核於法尙無違背。上訴意旨猶執本件上訴人合資係爲享優惠買價及己身施用需求之考量，非出於幫助楊松樺之意思，不能論以幫助施用第一級毒品罪之陳詞，指摘原判決違法云云。核係對原判決就法律疑義所爲適法之闡述，徒憑其主觀上之顯然誤解，

任意指摘，客觀上顯不足據以辨認原判決具備違背法令之形式要件。（二）、幫助犯係幫助他人犯罪，故幫助犯固須正犯已著手實行犯罪，且其行為達於可罰之程度，始能構成，然該正犯事後是否受訴追或刑罰之執行，則於幫助犯之成立不生影響。楊松樺與上訴人合資並由上訴人搭載前往購得海洛因後，業與上訴人依出資比例朋分海洛因施用等情，已經上訴人與楊松樺一致陳明無訛，是楊松樺因上訴人上開施以助力之幫助行為，購得海洛因並加以施用，其顯已著手實行施用第一級毒品海洛因犯罪達於可罰之程度，本件上訴人幫助犯罪之行為，自應成立幫助犯，要不因楊松樺該可罰之施用海洛因行為，是否經起訴、判刑或受刑之執行而受影響。至原判決所援引之上訴人於民國一〇〇年八月二十一日施用海洛因，經檢察官為緩起訴處分等相關資料，與楊松樺是否確施用本件合資購得之海洛因一節，雖並無直接關聯，然原判決憑以認定楊松樺長久為施用毒品人口，並佐證楊松樺所述與上訴人合資購買海洛因並施用等語之真實性，尚無不合。上訴意旨以一〇〇年八月二十三日楊松樺施用海洛因之行為，與原判決認定上訴人幫助楊松樺施用毒品之日期不同為由，指摘原判決併採楊松樺該施用海洛因行為為本件有罪判決之基礎，有認定事實與所採證據不相適合之違法云云，顯非適法之第三審上訴理由。

（三）、其餘上訴意旨，則係就屬原審採證認事職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑己見，任意指摘為違法，且仍為單純事實之爭執，亦難謂為合法之第三審上訴理由。依上揭說明，本件上訴不合法上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 二十五 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 張 淳 淙

法官 劉 介 民

法官 王 聰 明

法官 徐 昌 錦

法官 蔡 彩 貞

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 三十 日
Q

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,1658

【裁判日期】 1020425

【裁判案由】 妨害性自主

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第一六五八號

上 訴 人 甲 ○

上列上訴人因妨害性自主案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇二年二月二十七日第二審判決（一〇一年度侵上訴字第二四六號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署一〇一年度偵字第一五五七七號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由係屬兩事。本件原審經審理結果，認上訴人甲○有原判決事實欄所載強制性交未遂犯行，因而維持第一審論上訴人以成年人故意對少年犯強制性交未遂罪，處有期徒刑三年之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。已綜核全部卷證資料，詳加斟酌論斷，敘明其所憑之證據及認定之理由。並說明上訴人及其原審辯護人所辯僅係搭訕並出手毆打被害人甲女（民國八十七年四月生，真實姓名、年籍詳卷）而已，沒有要對其強制性交，亦未脫甲女外褲及內褲，不

知甲女身上之外褲及內褲何以會脫下來，且當時上訴人因喝醉酒，已無意識，不知甲女係未滿十八歲之少女云云，要屬嗣後卸責之詞，委無足採，詳予論述、指駁。從形式上觀察，原判決並無違背經驗及論理法則或其他足以影響判決結果之違法情形存在。上訴人不服原判決，提起第三審上訴。惟查：（一）、所謂「補強證據」，係指除該供述本身外，其他足以佐證該供述確具有相當程度真實性之證據而言。其所補強者，不以事實之全部為必要，祇須因補強證據與該供述相互印證，依社會通念，足使犯罪事實獲得確信者，即足當之。又犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，苟其取捨判斷不違背經驗法則與論理法則，即不能指為違法。被害人之指訴，縱細節部分前後稍有不同，然基本事實之陳述，若與真實性無礙時，仍非不得予以採信。本件原判決認定上訴人為成年人，故意對少年犯強制性交未遂犯行，係依憑甲女於偵訊及第一審審理時指證上訴人在案發時、地向其搭訕，藉口以機車載送，為其所拒後，竟將其壓倒在地，強行脫下其內、外褲，伸手撫摸其陰部，欲以手指插入陰道，幸經路人騎車經過，向其求救報警，始未得逞等情綦詳，上訴人於偵、審中供承伊有壓在甲女身上，甲女以腳踢伊，致伊碰到機車才倒地，並對甲女說「今日我不上妳，我是不會讓妳離開」等語，而甲女因掙扎抗拒並咬傷伊手指，後來路人將伊壓在牆邊，之後警察就來了等情不諱，互核大致相符。又甲女因上訴人施以強暴，確實受有上下唇部、頸部多處表面擦傷、頸部正面及左右兩側多處抓傷、左手背三、四指間抓傷等傷害，有受理疑似性侵害事件驗傷診斷書存卷可稽，而甲女當天穿著之上衣因本案發生而破損，胸罩肩帶損壞脫落，亦有該破損之上衣及胸罩損壞照片在卷足佐，並經證人即路人陳以倫於第一審審理時結證其原本以為係車禍，俟偕同友人第二次回到現場，見上訴人與甲女均躺在路上，且上訴人壓於甲女身上，機車倒置路邊，其趨前探詢，上訴人始爬起來說沒事，甲女乘機逃至路中間，向渠等聲

稱被強姦，一開始渠二人不相信，甲女將衣服拉起，其見甲女下半身赤裸，什麼都沒穿，且衣服破損，乃打電話報警，於報警之際，上訴人牽起機車準備逃逸，遭渠等擋住去路，並將其機車鑰匙拔起，與友人合力將上訴人壓制牆邊等詞甚詳。綜上說明，足證上訴人確有對甲女強制性交未遂之犯行無訛。且原判決認定上訴人本案犯罪，除依據甲女之指訴外，上訴人亦坦承部分犯行，尚有前揭諸多證據足資補強，確信本案犯罪事實為真實，所為證據之取捨與判斷，核與證據法則無違。上訴意旨指摘原判決僅憑甲女之指述，採為論罪之唯一證據云云，顯與卷證資料不符，非合法之上訴理由。（二）、行為人服用酒類後雖已達不能安全駕駛動力交通工具之程度，然此係基於交通運輸與公共安全之考量，與刑法第十九條所規定行為人於行為時是否因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，及行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低之情形顯有不同。動力交通工具之駕駛行為須手、腳、眼、耳多重感覺意識器官彼此高度配合，且須對於周遭道路車況持續保持極高之注意力，始得以順利安全完成駕駛，是以飲酒後，若致身體各部之相互協調或高度注意之持續上產生障礙，駕駛過程中極易產生危險而肇禍。但一般犯罪之實行，未必要求如車輛駕駛般須具高度意識能力及作為、操作能力，是以一般人縱於飲酒後，如未至泥醉之程度，自仍具有辨別判斷之意識，及依其判斷而為行為之能力。實難謂酒後已達不能安全駕駛之程度，即屬精神障礙或辨識能力顯著減低之情形，從而，對於飲酒後有無影響安全駕駛程度之判斷，依上說明，自須採較高標準，從嚴認定。因之，行為人即使酒後喪失安全駕駛之能力，不得駕駛動力交通工具，但其仍可能具有辨識犯罪之意識能力及行為能力甚明。衡之當今社會，於酒後犯罪者，時有所聞，故兩者行為能力之判斷基準迥異，不能不辨。上訴人於案發後雖經到場員警檢測其呼氣之酒精濃度高達每公升〇·七五毫克，且有語無倫

次、含糊不清、注意力無法集中及多語等情狀，固有卷附上訴人之酒精測定紀錄表、測試觀察紀錄表及員警之職務報告可稽，雖可認定已喪失安全駕駛能力（上訴人酒後駕車，違反公共安全罪，業經第一審判處有期徒刑三月確定），但仍不得據此逕認為其有精神障礙或辨識能力顯著減低之情狀，況上訴人爲本案犯行以強暴壓抑甲女之掙扎，無論其間甲女如何虛與委蛇，仍始終堅持對甲女爲強制性交之言行，並稱「妳去報，要不要我載妳去比較快」、「今日我不上妳，我是不會讓妳離開」等語，及至遭路人發覺犯罪致未能得逞時，仍再三辯解推諉，被問是否要報警，則答以「沒事」、「不用」，對答語調尚清楚正常，且企圖駕駛機車逃逸，經陳以倫與友人聯手壓制牆邊，始報警逮獲等情，在在顯示其犯罪前後之意識與行爲能力均屬正常，並無因酒後而有精神障礙或辨識能力顯著減低之情形。原判決已依據卷內證據論述甚詳，難謂上訴人於本件犯罪行爲時，有何精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行爲違法或欠缺依其辨識而行爲之能力。上訴意旨仍執此指摘原審未盡調查能事云云，自非適法之理由。（三）、甲女於案發時係甫滿十四歲之少女，有其年籍資料對照表附卷足稽，且其外觀亦屬稚齡少女模樣，有卷附第一審法院所拍攝之甲女照片七幀在卷可參，上訴人向甲女搭訕時，屢稱其爲「妹妹」，並詢問現在爲何還不回家，要不要伊載等語，業據甲女於第一審審理時證述明確，復爲上訴人直承不諱。則徵之甲女真實年齡，及第一審所拍攝前揭稚齡模樣之照片，與上訴人於案發當時，故作對少女之關懷，一再稱呼甲女爲「妹妹」而非「小姐」以觀，足見上訴人於行爲時，對於甲女係未滿十八歲之少女，應知之甚明。原判決認上訴人係成年人，故意對少年犯強制性交未遂罪，乃依兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條第一項之規定加重其刑，核其認事用法，均無不合。顯難謂有何上訴意旨所指摘判決理由矛盾之情形，同非合法之第三審上訴理由。（四）、綜上所述，本件上訴意旨乃徒就原判決已說明之事項，及

原審採證認事之職權行使，任憑己見漫為事實上之爭執，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，均不相適合，其上訴為不合法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 二十五 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 張 淳 淙

法官 劉 介 民

法官 蔡 彩 貞

法官 徐 昌 錦

法官 王 聰 明

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 三十 日

E

102 年度台上 字第1703號 係屬機密案件，不予公開。

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,2029

【裁判日期】 1020516

【裁判案由】 傷害致人於死等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第二〇二九號

上 訴 人 紀利澤

選任辯護人 許哲嘉律師

上 訴 人 曾志明

上列上訴人等因傷害致人於死等罪案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇二年二月七日第二審判決（一〇一年度上訴字第一三三九號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署一〇〇年度偵字第一二一七七、一二六六三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件上訴人紀利澤上訴意旨略稱：依被害人連耀亭之解剖報告書、法務部法醫研究所鑑定結果，可知被害人之死亡原因，固為失血過多及敗血性休克，惟因其本身患有酒精性肝硬化等病症致免疫機能低下、凝血功能不佳，均與死亡結果有直接相關，且病徵亦未顯露於外在，依案發當時情形，伊在客觀上對於案

發現場因同案被告溫宏興等人所為傷害行為所致生死結果，如何有預見可能性，已非無疑，尚難遽認伊客觀上已能預見案發當時被害人有被毆擊致死亡之危險，對此死亡結果之發生有預見之可能，並賦予伊應有防範避免對被害人發生死亡結果之義務。原判決就上開有利於伊之解剖報告與鑑定意見，並未說明其不予採納之理由，漏未詳予衡酌倘被害人於案發前並未罹患上開病症，則單以原判決所認定伊所為以腳踹踢被害人之左腹部、左肋骨等非要害部位多次之傷害行為，是否仍足以發生被害人死亡之加重結果？遽為不利伊之認定，自有判決理由不備之違法。又原判決理由謂加重結果之相當因果關係，須以存在之事實為基礎加以客觀事後審查，而非以被害人屬身強體健者或屬通常人之基礎審查之等語，亦即以客觀存在之事實，即導出行為人必然對於客觀存在事實所導致結果存有預見可能性，將法院認事用法之審查空間壓縮至零，此因果關係之論斷，亦有誤解，難認適法；上訴人曾志明上訴意旨略稱：(一)依法務部法醫研究所就被害人死因之鑑定結果，其真正死因與伊等人之毆打並無直接關係，若非死者本身之酒精性脫隱症、黃膽、貧血等嚴重肝硬化之併發症，當不致於因傷害行為即產生死者死亡結果，伊對死者之死亡客觀上無預見可能性存在，何來須負傷害致死之罪責？又伊與死者本身非熟識，無從了解其病情，且案發當時，死者係因同行口角，為和事佬角色，突然站起來遭同案被告溫宏興、紀利澤等人毆打，伊根本無時間反應，此情節下實難苛責伊對死者死亡事實，即會「在輕度外傷下即因凝血功能不全造成大出血及死亡之結果」，客觀上有預見之可能性。原判決理由中未說明伊對於客觀上可預見之依據，自有判決理由不備之違法。(二)依原判決所載證人陳奕維、程信雄、蘇振瑩、郭寬裕、林秋良歷次證述，其中陳奕維所述前後矛盾不一，自其他證人證述中可知伊案發當時並無毆打死者。證人溫宏興雖曾稱有看到伊打被害人巴掌云云，惟溫宏興實係本次事故之肇事者，亦為本案之共犯，其證言本有推諉卸責、及企圖

栽贓他人之虞，此參其餘在場之證人，均有證述證人溫宏興毆打死者，惟溫宏興自己其後竟均否認有動手毆打死者，故其證詞顯非可採。又伊雖有毆打訴外人蘇振瑩，惟此係因伊進入包廂欲了解事情之經過時，蘇振瑩即揚言要找黑道，伊始掌摑蘇振瑩，此時因伊係與死者連耀亭處在相對位置，衡情自無同時毆打連耀亭之可能，況由蘇振瑩於一審之供述，亦可證實伊從未離開蘇振瑩之身旁，足認伊確實未毆打連耀亭，原判決謂伊對於連耀亭之死亡係本件傷害致死罪之共同正犯，顯與事實不符各云云。

惟查，原判決依憑上訴人等不利於己之部分供述，證人蘇振瑩、程信雄、郭寬裕、林秋良、陳奕維、溫宏興、廖松奎之證詞，現場照片、案發現場監視器錄影畫面翻拍照片、財團法人佛教慈濟醫院台中分院出具蘇振瑩之診斷書、中國醫藥大學附設醫院出具之程信雄、連耀亭診斷證明書、連耀亭之解剖報告、解剖現場照片、台灣台中地方法院檢察署相驗屍體證明書，台灣高等法院被告（曾志明）全國前案紀錄表等證據，資以認定上訴人等有原判決事實欄所記載之犯罪事實，因而維持第一審關於論處上訴人等共同傷害人之身體，因而致人於死罪刑（曾志明，累犯，處有期徒刑七年十月；紀利澤處有期徒刑八年十月）部分之判決，駁回上訴人等在第二審之上訴，已詳述其所依憑之證據及認定之理由。對於曾志明辯稱：伊當時不知係何人叫被害人等不要離開，伊並沒有說不准離開。又伊僅打被害人蘇振瑩一巴掌，並未毆打被害人連耀亭；紀利澤辯以伊當時只是進去看到一個手上刺青的人跑過來要打伊，伊僅站在哪裡不讓該人站起來。伊並未毆打被害人連耀亭各云云。經綜合調查證據之結果，認係卸責之詞，不足採信，分別在判決理由內詳予指駁，並說明其證據取捨及判斷之理由。且敘明：(1)曾志明出手毆打連耀亭之頭部、紀利澤以腳踢連耀亭胸腹部等情，已經證人溫宏興、陳奕維證述在卷，大致相符，且曾志明與溫宏興分別為案發地點「醉情人卡拉 OK」實際、名義負責人，兩人間無仇隙，溫宏興不可能無端誣陷曾志明，且

本案案發初始，溫宏興於偵查及其第一審準備程序固未指述曾志明毆打被害人連耀亭之事，然曾志明在該案出資為溫宏興選任辯護人及辦理交保，又有與被害人連耀亭家屬洽談和解以減輕溫宏興刑責之舉，溫宏興基於自利及隱惡心理，致未指述曾志明犯行自不違情理，本件應係溫宏興事後不甘獨撐如此重罪，曾志明卻逍遙法外，方為翻供指認。又陳裕維與曾志明為同造立場，於另案（原審九十八年度上訴字第一〇三五號被告溫宏興、廖松癸）中，曾志明非屬被告，故曾志明有無毆打被害人，於該案非屬重要關係事項，陳裕維於該案中未指述曾志明犯行，並不違事理。又陳裕維稱曾志明有打被害人，其於偵查及本案第一審所證亦均相符。依溫宏興及陳奕維證詞觀之，溫宏興原即在包廂內，發生事端後，曾志明進入包廂，再約五分鐘後，陳奕維始進入包廂，溫宏興見曾志明先後掌摑蘇振瑩及被害人連耀亭，陳奕維則僅見曾志明打一人，以此先後順序觀之，陳奕維所見遭曾志明毆打之人，自係被害人連耀亭無訛。至陳奕維雖曾表示其與溫宏興為同學，惟亦證述：溫宏興沒有要頂替別人，廖松癸是頂替「阿旺」，曾志明只有交代我們說不能講說他有打人，曾志明的意思說到時候就說都是廖松癸打的等語，足證陳奕維亦無誣陷曾志明之理，參以其餘證人即被害人等非與曾志明等人熟稔，又被要求低頭，而無法窺得案發全部情形，則自應以當時能自由活動及觀察之共同被告、共犯所證較為完整，且溫宏興於自己所涉傷害致死案件中，於警詢、偵訊時明知被害人連耀亭已死亡，仍坦承有毆打連耀亭之行爲，應無欲將此事推諉予曾志明而卸責之意。綜上，足證被害人連耀亭確係先遭曾志明及溫宏興毆打頭部，其後紀利澤及「阿海」之人再行加入毆打連耀亭。(2)本件僅係因玩骰子發生衝突，連耀亭復非爭端之肇始當事人，事後曾志明尚欲以敬酒之方式言和，足見曾志明與其他共犯等人主觀上僅有普通傷害之犯意聯絡，並無殺人之犯意，惟曾志明、紀利澤與其他共犯在客觀上非不能預見被害人連耀亭或患有宿疾重病，不堪毆打凌辱，

且人之頭、臉、頸、胸、腹等部位內有多種重要器官，倘多次以拳頭毆打並以腳踹踢該些部位，可能引起頭臉出血、肋骨斷裂、內臟破裂，導致大量出血而死亡之結果，雖渠等主觀上僅為發洩不滿情緒並無意殺人，並確信連耀亭係酒醉睡著，而均未預見連耀亭會因此而死亡，惟既然因普通傷害造成連耀亭死亡之結果，自應對連耀亭之死亡，負傷害致人於死之罪責。雖檢察官相驗資料、法醫研究所鑑定結果等，均顯示被害人本身患有肝病及其併發症，然審查上訴人等犯行與被害人連耀亭死亡是否具因果關係，應以此存在之事實為基礎加以客觀事後審查，而非以被害人屬身強體健者或屬通常人之基礎審查之，被害人遭上訴人等人毆打踹踢多處器官出血，凝血功能又不全，自足使其大量出血休克死亡，本案又無上訴人等及共犯以外人之行為造成被害人連耀亭死亡結果，則上訴人等之毆打踹踢行為與被害人連耀亭死亡結果自有相當因果關係。法務部法醫研究所鑑定意見係以「若傷者連耀亭生前無肝病及其併發症」為認定基礎，此並非上訴人等行為當時所存在之客觀事實，尚無從為上訴人等有利之認定。上訴人等主觀上雖僅有普通傷害之犯意聯絡，然客觀上非不能預見被害人或患有宿疾重病，自應負傷害致人於死之罪責各等語甚詳。

原判決所為論述，核與卷證資料相符，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違背法令之情形。按(一)認事採證、證據之取捨及證據證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，苟無違背證據法則，自不能指為違法。又證人供述之證據前後縱有差異，事實審法院依憑證人前後之供述證據，斟酌其他證據，本於經驗法則與論理法則，取其認為真實之一部，作為判斷之證據，自屬合法。本件原審審酌上開證據，據此認定上訴人等有本件之犯罪事實。對於上訴人等之辯解，認不足採，已分別在判決內詳述其認事採證、證據取捨及判斷之理由，核與證據法則並無違背，為其職權之適法行使，自不能指為違法。曾志明上訴意旨(二)所指，置原判決已說明之事項或屬原審採證認事職權之適法行使，任意指摘，自

非適法之上訴第三審理由。(二)刑法第二百七十七條第二項傷害致人於死、致重傷罪，係因犯傷害罪致發生死亡或重傷結果之「加重結果犯」（刑法第二百七十八條第二項重傷致人於死罪，亦相同），依同法第十七條之規定，以行為人能預見其結果之發生為其要件，所謂能預見，乃指客觀情形而言，與行為人主觀上有無預見之情形不同。若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍。故傷害行為足以引起死亡或重傷之結果，如在通常觀念上無預見之可能，或客觀上不能預見，則行為人對於被害人因傷致死或重傷之加重結果，即不能負責。此所稱「客觀不能預見」，係指一般人於事後，以客觀第三人之立場，觀察行為人當時對於加重結果之發生不可能預見而言，惟既在法律上判斷行為人對加重結果之發生應否負加重之刑責，而非行為人主觀上有無預見之問題，自不限於行為人當時自己之視野，而應以事後第三人客觀立場，觀察行為前後客觀存在之一般情形（如傷害行為造成之傷勢及被害人之行為、身體狀況、他人之行為、當時環境及其他事故等外在條件），基於法律規範保障法益，課以行為人加重刑責之宗旨，綜合判斷之。申言之，傷害行為對加重結果（死亡或重傷）造成之危險，如在具體個案上，基於自然科學之基礎，依一般生活經驗法則，其危險已達相當之程度，且與個別外在條件具有結合之必然性，客觀上已足以造成加重結果之發生，在刑法評價上有課以加重刑責之必要性，以充分保護人之身體、健康及生命法益。即傷害行為與該外在條件，事後以客觀立場一體觀察，對於加重結果之發生已具有相當性及必然性，而非偶發事故，須加以刑事處罰，始能落實法益之保障，則該加重結果之發生，客觀上自非無預見可能性。原判決理由已敘明人之頭、臉、頸、胸、腹等部位內有多種重要器官，倘多次以拳頭毆打並以腳踹踢該些部位，可能引起頭臉出血、肋骨斷裂、內臟破裂，導致大量出血而死亡之結果，而上訴人等與共犯共計四人，先由溫宏興、曾志明徒手掌摑連耀亭之頭部，致連耀亭跌坐沙發

上，紀利澤與「阿海」旋以腳踹踢連耀亭之左腹部、左肋骨多次，致連耀亭當場流鼻血，並受有左側顳部局部出血、口部四周及嘴唇皮下出血、左側肋骨下方大面積外傷性出血、左側第八、九、十根肋骨骨折、左側後腹腔外傷性出血（使左腎周圍出血）、脾臟撕裂傷併出血休克等傷害，雖上訴人等僅有傷害之故意，並無殺人之犯意，然渠等客觀上非不能預見連耀亭或患有宿疾重病，不堪如此毆打頭部及臉部，自應對連耀亭之死亡結果，負傷害致人於死罪責。亦即上訴人等共同傷害連耀亭，致其受有嚴重之傷勢，從一般人事後第三人之立場觀之，雖連耀亭本有嚴重酒精性肝硬化及其併發症，然如此嚴重之傷勢，造成多處器官出血，凝血功能又不足，自足使連耀亭大量出血死亡，客觀上難認連耀亭之死亡純屬偶然，而無預見可能。原判決認上訴人等共同傷害行為，與連耀亭之死亡結果，有相當因果關係，且客觀上並非不能預見，應負傷害致人於死罪責，經核並無不合。自無紀利澤上訴意旨，及曾志明上訴意旨(一)所指之違法。又上訴人等其餘上訴意旨所指，或對於原判決究竟如何違背法令，並未依卷內訴訟資料為具體之指摘，或徒憑己意，就屬原審採證認事職權之適法行使，及於原判決本旨不生影響或已經說明事項，任意指摘為違法，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，均不相適合。又上訴人等對於想像競合之剝奪人行動自由部分，復未置一詞，應認其等上訴違背法律上之程式，均予以駁回。至原判決認上訴人等想像競合犯刑法第二百七十七條第一項普通傷害罪罪刑（毆打被害人程信雄、蘇振瑩）部分，核屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款所定不得上訴第三審之案件，其想像競合之重罪（傷害致人於死及剝奪人行動自由）部分之上訴既不合法，則對於不得上訴第三審部分，即無從審究，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 五 月 十 六 日
最高法院刑事第六庭

審判長法官 黃 一 鑫
法官 張 春 福
法官 吳 三 龍
法官 李 錦 樑
法官 宋 明 中

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 五 月 二十二 日
E

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,2321

【裁判日期】 1020613

【裁判案由】 妨害自由致人於死

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第二三二一號

上訴人 台灣高等法院台南分院檢察署檢察官

被告 郭炎崑

吳俊霖

陳履鴻

上列上訴人因被告等妨害自由致人於死案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇二年二月五日第二審更審判決（一〇一年度上更(一)字第一五號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署九十八年度偵字第二四四六、三二〇七號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院台南分院。

理 由

本件原判決認定被告郭炎崑、吳俊霖、陳履鴻（以下除分別載稱姓名者外，合稱為「被告等」）三人，因胡榮城積欠郭炎崑新台幣五萬元，遂於民國九十七年六月十九日上午七時許，由陳履鴻駕駛車牌號碼 00－0000 自小客車搭載郭炎崑及吳俊霖，同往台南縣（改制前）安定鄉○○村○○○○○號宏勝發飼料公司門口等候，伺機向胡榮城逼討債務，俟胡榮城騎乘車牌號碼 000－000 輕型機車來至該處，被告等竟共同基於以強暴妨害胡榮城行駛離去權利之犯意聯絡，由郭炎崑出手欲抓住胡榮城以迫使停車而未獲，胡榮城見狀，遂騎乘前開機車沿台南縣一三四縣道加速逃離，被告等接續上開強制之犯意，由陳履鴻駕駛前揭自小客車搭載郭

炎崑及吳俊霖在後緊追不捨，胡榮城因被告等追逐，於驚慌急迫之下，在台一三四縣道二點五公里缺口處滑倒在地，造成身體多處擦傷後，起身反向朝來處（即相反方向）逃跑，被告等下車繼續追逐。胡榮城因足部曾車禍受傷跛行，自忖無法迅速逃脫，為躲避追逐，復自恃水性甚佳，竟捨眼前有其他可逃路徑，出乎被告等意料，躍入緊臨台南縣一三四縣道旁之魚塢內，惟體力不支，在魚塢內載沉載浮，郭炎崑見狀，雖不善泳，仍下水搶救，惟因泳技不佳，無力救起胡榮城，力盡之後，勉強游上岸。另在漁塢岸上之陳履鴻亦適時向魚塢拋丟繩子，以搭救胡榮城，惟因繩子不夠長，致胡榮城無法拉住繩子，胡榮城終因力竭溺水窒息死亡等情，因而撤銷第一審不當之科刑判決，並變更檢察官起訴所適用之法條〔刑法第三百零二條第二項（前段）剝奪人之行動自由因而致人於死罪〕後，論處被告等共同犯刑法第三百零四條第二項、第一項之強制未遂罪刑（郭炎崑係累犯，處有期徒刑六月；吳俊霖、陳履鴻各處有期徒刑四月。並均諭知易科罰金之折算標準）之判決，固非無見。

惟查：（一）刑法第三百零二條之妨害自由罪，係妨害他人自由之概括的規定，故行為人具有一定目的，以非法方法剝奪人之行動自由者，除法律別有處罰較重之規定（例如略誘及擄人勒贖等罪），應適用各該規定處斷外，如以使人行無義務之事，或妨害人行使權利為目的，而其強暴、脅迫復已達於剝奪人行動自由之程度，即祇成立本罪，不應再依同法第三百零四條論處。誠以此項使人行無義務之事，或妨害人行使權利之低度行為，應為剝奪人行動自由之高度行為所吸收；縱剝奪人行動自由之目的係在使人行無義務之事，或妨害人行使權利，仍應逕依刑法第三百零二條論罪，並無適用同法第三百零四條之餘地。又刑法關於犯罪之故意，係採希望主義，於直接故意，須犯人對於構成犯罪之事實具備明知及有意使其發生之兩個要件，而行為人究竟有無犯罪之故意，乃個人內在之心理狀態，必須從行為人之外在表徵及其行

爲時之客觀情況，依經驗法則審慎判斷，方能發現真實，當無所謂必以有構成犯罪事實（結果）之發生爲前提，然後方能本此事實以判斷行爲人究有無此故意之情況。依原判決事實欄之記載：

「共同基於以強暴妨害胡榮城行駛離去權利之犯意聯絡，由郭炎崑出手欲抓住胡榮城以迫使停車而未獲，胡榮城見狀，遂騎乘……機車沿……一三四縣道加速逃離，被告等見狀，乃……駕駛前揭自小客車……在後方緊追不捨，胡榮城因被告等之追逐，於驚慌急迫之下，不慎……滑倒在地，造成身體多處擦傷後，再起身反向朝來處逃跑，被告等見胡榮城人車倒地繼續奔逃後……乃下車繼續追逐」等情（見原判決第二頁）。如果無訛，則以被告等出手欲抓住胡榮城以迫使停車未果，仍駕駛汽車追逐騎乘機車之胡榮城，並於胡榮城人車倒地、受傷奔逃時，猶下車繼續追逐等行爲觀之，果被告等係基於「以強暴妨害胡榮城行駛離去權利之犯意」，則於胡某摔車跑步時，似已達成妨害其行駛之目的，然被告等猶繼續追逐，如此能否謂其等主觀上無剝奪胡榮城行動自由之故意？已非無疑，何況，證人莊志忠證稱：「因爲該白色自小客車的男子要『抓他』，他（指被害人）有嚇到所以加速離開」等語（見警卷第九十三頁，偵字第二四四六號卷第一三三頁）、陳如益證稱：「但是差一點被我同事莊志忠撞上的那名男子欲『抓』機車騎士沒有抓到後，該機車騎士後來時速有明顯增加」等語（見警卷第一〇四頁，同上偵卷第一三四頁），果爾，上開證人所見之被告等欲「抓」胡某之客觀情狀，是否可以認定被告等妨害行動自由之犯意，已顯著飛躍於外？雖僅止於出手抓而未抓著，能否謂非已著手於妨害自由之構成要件？而不成立刑法第三百零二條第一項、第三項妨害自由未遂罪？猶有商榷餘地，惟若成立妨害自由未遂罪，與其後之過失致人於死罪部分，則不能成立同條第二項之加重結果犯。原審對此未說明其取捨之理由，遽以被告等自稱主觀上並無私行拘禁之故意，即認被告等所爲不成立刑法第三百零二條之罪，其採證認事職權之行使，殊堪質疑

，有理由不備及適用法則不當之違法。（二）刑法上之過失犯，係指行為人依客觀情狀負有義務，而依其個人情況有能力且可期待其注意，竟疏於注意，以致實現犯罪構成要件之行為。又對於犯罪構成要件該當結果之發生負有防止義務之人，不為其應為之防止行為，致發生與以作為之行為方式實現法定構成要件情況相當之不作为犯，亦屬過失犯。再按不法追逐他人，於追逐時有一定之危險性，被追逐者因避免被趕上，不免欠缺詳細之觀察注意力，往往選擇荒僻處逃避，極易生危險，為吾人之一般生活常識，故追逐者在客觀上即負有注意避免因追逐而發生危險之義務，若因而對被追逐者之法益造成危險者，即負有防止危險發生之義務，此等違背義務之危險前行為，即構成不純正不作为犯之保證人地位。原審認被告等追逐被害人，致其跳水死亡，乃其自招，被告等無防免之責等語（見原判決第二十四頁），惟縱被害人有所過失，然被告等能否因而解免其危險前行為之保證人注意義務？亦待研求，原判決逕認被告等不負防免之責，復有適用法則不當之違法。（三）所謂過失係指應注意能注意而不注意，亦即客觀上可能預見，行為人主觀上有注意之義務能預見而未預見而言。依原審認定被害人落水之魚塢，緊靠一三四縣道旁，面對魚塢之右手邊（緊臨魚塢之西邊），有泥土便道……其上雜草叢生，高低起伏凹凸不平等情，有勘驗筆錄、現場圖及現場照片附卷可參（見原審更(一)卷一第一三五、一三八、一三九至一五八頁），如果無訛，魚塢既屬客觀存在為人所共見之事實，且被害人及被告等確行經該處，則於客觀上似非不可預見被害人有落入魚塢之可能，且人落水若無防護裝備，不論泳技如何，均有溺水之可能，雖被告等自承：「不知他會跳下去，但我們妨害他的自由跟他跳入水中有因果關係」等語（見原審更(一)卷三第九十一頁反面、第一〇四頁、第一〇六頁反面、第一〇八頁反面），固可認被告等主觀上未預見，然究難與客觀上無法預見同視，能否謂被告等對被害人死亡之結果無庸負責？仍有疑義，原審逕認被告等無庸

負過失致人於死罪責，復有適用法則不當之違法。以上或為上訴意旨指摘所及，或為本院得依職權調查之事項，上開違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認仍有發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 六 月 十三 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 黃 正 興

法官 陳 世 雄

法官 許 錦 印

法官 陳 春 秋

法官 周 政 達

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 六 月 十八 日

m

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,2421

【裁判日期】 1020619

【裁判案由】 強制性交殺人

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第二四二一號

上 訴 人 蔡榮樹

上列上訴人因強制性交殺人案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年十一月二十二日第二審判決（一〇一年度侵上重訴字第一號，起訴案號：台灣士林地方法院檢察署一〇〇年度偵字第七三一四號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於甲○○部分撤銷，發回台灣高等法院。

理 由

本件原判決認定上訴人甲○○有其事實欄所載以強暴手段對於未滿十四歲之被害人A女（民國六十六年九月出生，姓名年籍均詳卷）予以強制性交，並基於未必故意（即不確定故意）予以殺害之犯行，因而撤銷第一審對於上訴人科刑之判決，改判論上訴人以對十四歲以下之女子強制性交，而故意殺害被害人罪，處無期徒刑，並宣告褫奪公權終身，固非無見。

惟查：(一)、按時效已完成者，應諭知免訴之判決，此觀之刑事訴訟法第三百零二條第二款規定甚明。又本件上訴人行爲時刑法第二百二十三條「犯強姦罪而故意殺被害人者，處死刑」，於行爲後之八十八年四月二十一日修正公布刪除該條文，增列第二百二十六條之一「強制性交而故意殺害被害人罪」，前者法定本刑爲唯一死刑，後者法定本刑爲死刑或無期徒刑。而上訴人行爲時刑法第八十條第一項規定追訴權時效「死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑者，二十年」；迄九十四年二月二日同條項公布修正爲

「犯最重本刑爲死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑者，三十年」，於九十五年七月一日生效施行。是依上述公布修正後追訴權時效規定，上訴人所涉犯本件「強制性交而故意殺害被害人罪」，其追訴權時效爲三十年。原判決就上訴人所犯本件罪刑暨其他相關一切情形綜合比較新舊法後，認爲以八十八年四月二十一日修正公布而於同年月二十三日生效施行之刑法（下稱八十八年修正之刑法）對上訴人較爲有利，而認應適用八十八年修正之刑法規定論以「強制性交而故意殺害被害人罪」，並依該法第八十條第一項所規定之時效期間二十年以計算本件上訴人追訴權時效期間。又九十五年七月一日修正施行後刑法關於時效進行或停止之計算，將原規定之追訴權因一定期間「不行使」而消滅，修正爲因一定期間內「未起訴」而消滅。原判決參酌上述修正意旨，本於法律不得分割適用之原則，以本案既應適用八十八年修正之刑法第八十條第一項所規定之二十年以計算上訴人之追訴權時效，則關於追訴權時效之停止進行及其期間與計算，亦應一體適用八十八年修正之刑法即九十五年七月一日修正施行前刑法關於時效進行或停止之計算之規定，亦即應以「行使追訴權」爲時效進行中斷（即停止進行）之原因。原判決復認爲所謂「追訴權」，係對「行刑權」而言，應指形式之刑罰權，包括偵查、起訴及審判權在內，若已實施偵查，此時既無追訴權不行使之情形，自不生時效進行之問題；故「偵查」應屬追訴權時效停止進行之法定事由；並進一步認爲此所謂「偵查」之意義，係指「凡檢察官以調查犯罪事實爲目的所進行之程序，有助於發現本案犯罪嫌疑人或客觀犯罪事實，促使本案刑事證據不致發生晦暗不明確之作爲」，均可包括在內云云（見原判決第五頁倒數第十二至九行）。惟查刑法時效制度設置之目的，在學理上雖有不同見解，然通說認爲除有督促偵審機關積極行使追訴權，避免怠於行使致舉證困難以外，兼有尊重向來狀態，以維持社會安定之意義。就九十五年七月一日修正施行前刑法關於追訴權時效之規定而言，檢察官開

始實施偵查作為，在解釋上固可認為已經行使追訴權，而為追訴權時效停止進行之法定事由。然「偵查」本有廣義與狹義之分，廣義之偵查不論犯人是否已經明瞭，祇須實際進行調查犯人之犯罪情形及相關證據，即得謂為「偵查」；刑事訴訟法所規定之偵查，即指此而言。但就刑法時效制度設置之本旨而言，此所謂「偵查」應從狹義解釋，即必須已明瞭犯人後之偵查，始得謂之「偵查」；在犯人未明之前，無論曾否進行調查犯罪情形及相關證據，均不能認為已經開始偵查，亦即不能視為已對本案犯罪嫌疑人行使追訴權而阻卻其追訴權時效之進行（鄭健才著「刑法總則」第四〇八頁亦採相同見解）。原判決理由雖謂此所謂「偵查」，係指凡檢察官以調查犯罪事實為目的所進行之程序，有助於發現本案犯罪嫌疑人或客觀犯罪事實，促使本案刑事證據不致發生晦暗不明確之作為，均可包括在內云云。然追訴權時效之進行，對於不同犯罪事實及各別犯人之間均具有獨立性，亦即必須針對不同犯罪事實或各別犯罪嫌疑人予以各別計算，在檢察官已有特定犯罪嫌疑人之前提下，以調查犯罪事實為目的所進行之一切偵查程序（包括相驗屍體、勘驗現場、訊問證人，鑑定證物等），固可認為對該特定犯罪嫌疑人已行使其追訴權，而為該特定犯罪嫌疑人追訴權時效停止進行之法定事由。但檢察官在「犯罪嫌疑人不明」（包括誤認他人為本案犯罪嫌疑人）之情形所進行之一切相關偵查程序，能否遽認已對本案犯罪嫌疑人行使其追訴權，而成為本案犯罪嫌疑人追訴權時效停止進行之法定事由，即非全無爭議。尤其依新修正刑法第八十條規定，追訴權因一定期間「未起訴」而消滅，亦即以犯罪事實發生後經過一定期間「未起訴」某特定犯罪嫌疑人，作為該某特定犯罪嫌疑人追訴權消滅之法定事由。若已在一定期間內「起訴」某特定犯罪嫌疑人，則僅該特定犯罪嫌疑人追訴權時效停止進行，其他未受起訴之共犯或犯罪嫌疑人追訴權時效之進行，仍不因該特定犯罪嫌疑人被起訴而受影響。否則一人被起訴，其他共犯及犯罪嫌疑人之追訴權時效

全部停止進行，不僅違反前述追訴權時效之獨立性，亦與追訴權時效制度設立之本旨不符。準此以觀，檢察官在「犯罪嫌疑人不明」（包括誤認他人為本案犯罪嫌疑人）之情形下所進行之一切相關偵查程序，似不能認為已對本案犯罪嫌疑人行使其追訴權，而成為本案犯罪嫌疑人追訴權時效停止進行之法定事由。又刑事訴訟法上之偵查程序及相關活動，與檢察體系內部之行政管理事務，係屬不同概念與性質之事項，前者對外發生刑事訴訟法上之效力，後者則純屬機關內部管理事宜，對外並不發生刑事訴訟法上之效果。故前述追訴權之行使，在解釋上雖可涵蓋檢察官為調查犯罪事實及證據所進行之偵查程序或相關活動，但能否包括檢察機關單純就內部管理所實施之相關行政作為（例如行政分案作業及核退、發查、發交等作業），亦非全無疑義。原判決理由雖謂：①、檢察官或司法警察受檢察官之命開始進行案情調查。②、檢察署收受告訴、告發、自首狀或警局移送書後，至分案實施偵查過程（例如行政分案作業及核退、發查、發交等作業，及檢察首長依法指揮所屬檢察官調查犯罪事實及證據之機關內部檢察行政作為）。③、相驗案件係就非病死或可疑為非病死者，檢察官所為之勘驗，意在發現犯罪嫌疑人之有無，縱相驗當時未有明確之偵查對象亦然等情形，均應認為檢察官已經開始偵查，而為追訴權時效停止進行之原因云云（見原判決第五頁倒數第九行至第六頁第八行），然並未進一步說明何以檢察官在「未有明確偵查對象（即犯罪嫌疑人不明）」之情況下所實施之偵查程序及活動，以及何以檢察機關單純就內部管理所實施之前述相關行政作為，均應作為該案件犯罪嫌疑人追訴權時效停止進行事由之法律上依據或適法性理由，則其理由尚欠完備，本院自無從為原判決適法與否之審斷。（二）、本件關於追訴權時效問題，原判決基於前揭見解認為檢察官所為下列偵查及檢察行政作為期間，均屬偵查期間，該等期間均不生追訴權時效進行問題，亦即：（1）、台灣台北地方法院士林分院檢察署（現已改為台灣士林地方法院檢察署

，下稱士林地檢署）檢察官於本件案發當日即七十九年五月七日率法醫前往案發現場對A女屍體進行相驗（下稱系爭「相」字案件），並命警方追查兇手；嗣簽發搜索票對嫌疑人住處進行搜索、勘驗A女屍體，及對涉嫌少年曾○○及相關證人訊問等偵查作為，均應認檢察官持續偵查相關犯罪嫌疑人，嗣檢察官於八十年一月二十九日對少年曾○○為不起訴處分。其後檢察官因查無犯罪嫌疑人而於八十年三月二日將系爭「相」字案件簽請士林地檢署檢察長歸檔暫結，經台灣高等法院檢察署（下稱高檢署）檢察長於同年月七日核准暫結備查；因認系爭「相」字案件之偵查期間，係自七十九年五月七日案發當日檢察官到場相驗時起，計至八十年三月七日高檢署核准暫結備查日之前一日為止，總計為十個月，此段期間上訴人之追訴權時效應停止進行。(2)、台北市政府警察局南港分局（下稱南港分局）於八十一年九月二日，將涉嫌人謝○○移送士林地檢署偵辦，經士林地檢署於八十一年九月二十五日分案（八十一年度他字第三九七號）由檢察官偵查後，於同年十二月十一日簽結。該他案偵查期間係自八十一年九月二日士林地檢署收案起，至同年十二月十一日簽結前一日為止，總計三個月又九日，上訴人之追訴權時效應停止進行。(3)、上訴人於一〇〇年四月間，因涉嫌高雄市旗津區某地性侵害中度智障幼女案，經警方採集其唾液檢體與資料庫中檢體之DNA比對結果相符。南港分局旋於一〇〇年六月八日報請士林地檢署檢察官指揮偵辦，士林地檢署於同日核發拘票拘提上訴人到案，而開啓本案偵查程序。嗣檢察官於同年十月三日偵查終結，對上訴人及蔡○○提起公訴，並於同年月六日繫屬第一審法院，因認自一〇〇年六月八日警方依檢察官指揮拘提上訴人之日起算至同年十月三日本件起訴之日止，共有三個月又二十六日，上訴人之追訴權時效應停止進行。而其結論並以本件自上訴人行為時（即七十九年五月七日）起，加計依行為時刑法第八十條第一項第一款所定之時效期間二十年，再加計上述三段因偵查而時效停止進行期間後

，本件追訴權時效期間應於一〇〇年十月十二日始屆滿（計算式：七十九年五月七日，加計二十年，再加計十個月，又加計三個月又九日，再加計三個月又二十六日，等於一〇〇年十月十二日）；而本件係於一〇〇年十月六日繫屬第一審法院，上訴人之追訴權時效尚未消滅而得為實體之審判云云。然查：①、原判決雖認為七十九年五月七日本件案發當日檢察官到場相驗時起，至八十年三月七日高檢署檢察長核准暫結備查日之前一日止，總計為十個月，此段期間上訴人之追訴權時效應停止進行，惟檢察官於該段期間雖已進行相驗A女屍體、命警方追查兇手、搜索嫌疑人住處、勘驗A女屍體、訊問涉嫌少年曾〇〇及相關證人後，並於八十年一月二十九日對少年曾〇〇為不起訴處分；其後因查無犯罪嫌疑人而於八十年三月二日將系爭「相」字案件簽請士林地檢署檢察長歸檔暫結，復經高檢署檢察長於同年月七日核准暫結備查。然上述偵查活動或檢察行政作為均係在「犯罪嫌疑人不明」，或「誤認其他人為本案犯罪嫌疑人」之情形下所進行，依前述說明，能否認為已對本件上訴人行使其追訴權，而得以據為上訴人追訴權時效停止進行之法定事由，非無研酌餘地；原判決就其所採計算方式，未詳敘其法理依據，其理由尚欠完備。②、原判決復以南港分局於八十一年九月二日，將涉嫌人謝〇〇移送士林地檢署偵辦，經該署於八十一年九月二十五日分案（八十一年度他字第三九七號）由檢察官偵查後，於同年十二月十一日簽結，因認該他案偵查期間即自八十一年九月二日士林地檢署收案起，至同年十二月十一日簽結前一日為止，總計三個月又九日，上訴人於此段期間之追訴權時效應停止進行。然依原判決之記載，南港分局於八十一年九月二日將涉嫌人謝〇〇移送士林地檢署後，士林地檢署遲至八十一年九月二十五日始行分前述他字案偵辦，士林地檢署於收受警方移送該案件後，迄簽分他字案開始偵查前，此段期間約二十三日之久，似無任何具體偵查動作或檢察行政作為。而該署於八十一年九月二十五日簽分他字案後，迄同年十

二月十一日簽結，此段期間約七十六日之久，亦無任何具體偵查或檢察行政作為，則上述二段期間（前者為二十三日，後者為七十六日，合計九十九日），何以能成為上訴人追訴權時效停止進行之法定事由？亦有進一步商榷餘地。究竟南港分局於八十一年九月二日將謝○○移送士林地檢署後，該署或其所屬檢察官於八十一年九月二十五日分他字案偵辦前之二十三日期間，以及於八十一年九月二十五日簽分他字案後，迄同年十二月十一日簽結前之七十六日期間，有無針對本案實施何種具體偵查活動或檢察行政作為？原判決既認上述偵查活動與檢察行政作為攸關上訴人追訴權時效之計算，卻未對此詳加調查認定記載明白，遽謂上訴人之追訴權時效在上述二段期間內均應停止進行而將該二段期間扣除，亦有調查未盡之可議。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決關於上訴人部分有撤銷發回更審之原因。至蔡○○部分業經第一審判決無罪，由原判決駁回檢察官之上訴確定，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 六 月 十 九 日
最高法院刑事第十一庭

審判長法官 王 居 財
法官 呂 永 福
法官 沈 揚 仁
法官 林 恆 吉
法官 郭 毓 洲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 六 月 二 十 日

Q

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,2732

【裁判日期】 1020709

【裁判案由】 公共危險

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第二七三二號

上 訴 人 鄭彥伯

上列上訴人因公共危險案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年四月十一日第二審判決（一〇一年度交上訴字第二五號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署一〇〇年度偵字第五四七二號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於公共危險部分撤銷，發回台灣高等法院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人鄭彥伯於民國 99 年 12 月 31 日 22 時 45 分許，駕駛車號 0000-00 號自用小客車（下稱甲車），行經台北市大安區基隆路、辛亥路口時，不慎擦撞前方林書正（起訴書誤載為「王」書正）騎乘車號 000-000 號重型機車（下稱乙車）之左側把手（未至毀損程度）及後座搭載姜少棋之左側膝蓋（未成傷）而逕自駛離，林書正旋驅車追趕，於同日 22 時 46 分許，在台北市〇〇區〇〇路 0 段 000 號前，因上訴人停等紅燈，林書正將乙車左側橫停在上訴人駕駛甲車前方，欲與上訴人理論。上訴人竟基於傷害、毀損犯意，駕駛甲車朝坐在乙車上之林書正、姜少棋左側衝撞，致林書正、姜少棋人車倒地，林書正受有肢體及背部多處擦挫傷、疑似腓總神經受損等傷害，姜少棋受有兩側腕挫傷、右踝挫傷、左骨盆挫擦傷、大腿挫傷及兩側膝挫傷等傷害，並致乙車左側邊條破裂而毀損不堪使用，足生損害於林書正（傷害、毀損

部分業經原審維持第一審科刑之判決確定）。上訴人肇事後，仍未停留查看並施以必要之措施，竟另基於肇事逃逸之犯意，於肇事後，駕甲車繼續行駛逃離現場。嗣經警由姜少棋提供甲車車號，始循線查獲等情。因而維持第一審論上訴人以駕駛動力交通工具肇事，致人受傷而逃逸罪（下稱「肇事致人死傷而逃逸罪」），處有期徒刑 1 年部分之判決，駁回上訴人此部分在第二審之上訴。固非無見。

二、惟按：刑法第一百八十五條之四之「肇事致人死傷而逃逸罪」，其立法理由係為維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護，乃參考同法第二百九十四條第一項遺棄罪刑度而增設上述罪名。該罪之成立，固不以行為人對於事故之發生應負過失責任為必要，但仍以行為人對於事故之發生「非出於故意」為前提。蓋所謂駕駛動力交通工具肇事，依文義係指「發生交通事故」、「發生車禍」而言，應屬「意外」之情形，行為人如出於故意殺人、傷害、重傷害之主觀犯意，而駕駛動力交通工具肇事，致人死傷時，其死傷之結果，本可包括評價於殺人罪、傷害罪、重傷害罪及其加重結果犯之刑責內，行為人既以殺人、傷害、重傷害之故意而駕車撞人，立法者本難對於行為人於殺人、傷害或重傷害人後，仍留現場對於被害人為即時救護或採取其他必要措施之期待。若對於行為人於殺人、傷害或重傷害人後，仍課以應採取與其殺人、傷害或重傷害人本意迥不相容之救護或其他必要措施，並向警察機關報告之義務，顯悖於事理。故其適用上，應限於車禍肇事之交通案件，亦即惟有以行為人非因故意，駕駛動力交通工具肇事，並於肇事後逃逸，始克成立。倘行為人故意駕駛動力交通工具，以作為其殺人、傷害或重傷害人之犯罪方法者，自與首揭罪名所指之駕駛動力交通工具「肇事」之情形有間，核與刑法增設「肇事致人死傷而逃逸罪」之立法旨意亦有不符

，而無成立上揭「肇事致人死傷而逃逸罪」之餘地，此為本院最近統一之見解。本件原判決認定上訴人係「基於傷害之犯意」，駕駛甲車，衝撞林書正、姜少棋，致其等受有原判決事實欄一之(一)所載傷勢，上訴人無視於此，仍逕自駕車逃逸等情，如果無訛，則原判決認上訴人事後逕行逃逸之行爲，應另構成刑法第一百八十五條之四之「肇事致人死傷而逃逸罪」云云，依上述說明，其適用法則即有不當。上訴意旨指摘原判決此部分違誤，尚非無理由。因上訴人此部分應為有罪或無罪之判決，非只單純之法律見解，尚涉及有無符合法定構成要件之犯罪事實認定問題（原判決係為有罪之事實認定），為兼顧雙方當事人之審級利益，應認原判決此部分有發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 七 月 九 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 孫 增 同

法官 李 英 勇

法官 蘇 振 堂

法官 李 麗 玲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 七 月 十六 日

Q

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,2878

【裁判日期】 1020718

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第二八七八號

上 訴 人 李欣翰

選任辯護人 舒建中律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服台灣高等法院中華民國一〇二年四月十一日第二審判決（一〇二年度上訴字第一七三號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署一〇一年度偵字第一三二二八號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審審理結果，認為上訴人李欣翰基於營利目的，二次販賣第二級毒品甲基安非他命予許祐嘉之犯行明確，因而撤銷第一審科刑之判決，改判仍論處上訴人販賣第二級毒品共二罪刑（均累犯，主刑部分定應執行有期徒刑八年六月），已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由，並就上訴人否認有營利販賣之供詞及所辯其係代許祐嘉購買毒品，並未從中獲利各語認非可採，予以論述。又本於證據取捨之職權

行使，針對證人許祐嘉於原審翻異前供，而為附和上訴人之說詞，何以不足採信之理由，復已論述明白。所為論斷說明，與卷內訴訟資料悉無不合，並不違背經驗法則與論理法則，自不容任意指摘。查(一)、刑事訴訟法第九十五條第一項第二款、第一百條之二規定國家機關於訊問被告或詢問犯罪嫌疑人前，應先告知其享有緘默權，本法第一百五十六條第四項復明定「緘默之禁止不利評價」，乃本乎證據裁判與無罪推定諸原則之理論而來。被告行使緘默權與否，均不影響法院調查證據之義務，從而本法第九十六條所謂訊問被告，應予以辯明犯罪嫌疑之機會，當係在被告不行使緘默權之下，賦予其罪嫌之辯明權，而為之任意供述。此之供述，自包括被告就其被指控犯罪事實之全部或其主要部分為自白。程序法上禁止僅因被告或犯罪嫌疑人保持緘默，而推斷其罪行，實體法上關於自白減免其刑之優惠規定，於此情形自亦無適用餘地。毒品危害防制條例第十七條第二項規定：「犯第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」係為鼓勵是類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設。除司法警察調查犯罪於製作警詢筆錄時，就該犯罪事實未曾詢問，且檢察官於起訴前亦未就該犯罪事實進行偵訊，致有剝奪被告罪嫌辯明權之情形，始得例外承認僅以審判中自白亦得獲邀減刑之寬典外，一般而言，均須於偵查及審判中皆行自白，始有適用，缺一不可。故如被告於檢察官訊問或犯罪嫌疑人在司法警察詢問時行使緘默權，消極不為陳述，即令嗣後於審判中自白，仍無上開減刑規定之適用。上訴意旨，以其對於民國一〇一年四月二十二日第一次販賣毒品之犯行，於審判中已自白，雖偵查中檢察官訊問時保持緘默，但行使緘默權並不表示否認犯罪，從反面解釋更是對檢察官之訊問為默示之承認，執以指摘原判決未適用上開條例第十七條第二項規定減輕其刑，有適用法則不當之違法，揆之說明，自非適法之第三審上訴理由。(二)、上訴人已坦認確有於原判決事實欄所載時間、地點二次交付毒品甲基安非他命予許

祐嘉並收取價金之情事，而原判決係綜合上訴人之部分供述，證人許祐嘉於偵查中之證詞，上訴人與許祐嘉間對話之通訊監察譯文，暨案內其他證據資料，分別定其取捨而資為判斷犯罪事實，並說明上訴人具有營利意圖之論據，要無採證違法可言。上訴意旨置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 七 月 十 八 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 呂 丹 玉

法官 李 嘉 興

法官 張 惠 立

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 七 月 二 十 四 日

E

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3024

【裁判日期】 1020725

【裁判案由】 違反銀行法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三〇二四號

上 訴 人 劉邦燕

上列上訴人因違反銀行法案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年十一月二十七日第二審更審判決（一〇〇年度金上重更(四)字第一六號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十年偵字第二四四二六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

理 由

本件原判決撤銷第一審之科刑判決，改判仍依牽連犯關係，從一重論處上訴人劉邦燕銀行職員，連續意圖為自己不法之利益，而為違背其職務之行爲，致生損害於銀行之財產罪刑，固非無見。惟按單一性或裁判上一罪案件，由於在實體法上之刑罰權單一，在訴訟法上為一個審判客體，就其全部事實，自應合一審判，不得割裂為數個訴訟客體；是以此類案件之追訴、審判，應適用公訴不可分、審判不可分及上訴不可分諸原則，此觀刑事訴訟法第二百六十七條、第三百四十八條第二項等規定自明。又屬單一性或裁判上一罪案件，經第一審法院就其全部事實為合一裁判，如被告與其對立之檢察官（自訴人）均合法提起上訴而繫屬於上級法院，基於刑罰權單一，審判客體為不可分，其等請求就已判決之單一刑罰權事實為裁判之目的，自不可分離裁判，上訴法院仍應就不同之上訴權人之上訴，為合一裁判，如非就全部上訴為合一裁判，即屬已受請求之事項未予判決之違背法令，其漏未

裁判之他上訴權人之上訴部分，並非可以補充判決資以救濟。因此，單一性或裁判上一罪案件經第二審判決後，被告及檢察官均提起第三審上訴，經本院審理結果，認一造之上訴有理由，他造之上訴為不合上訴第三審之程式，分別為其准駁之判決，而將全部案件撤銷發回原審法院時，案件即回復至第一審判決後上訴至第二審法院之狀態，第二審法院仍應就前已繫屬之上訴權人之全部案件為合一審判，並同列為上訴人，不能認為被本院駁回之上訴權人部分之案件已確定而不加以審判，否則，未經裁判部分即屬已受請求之事項而未予判決之當然違背法令。卷查本件經第一審判決依牽連犯關係，從一重論處上訴人銀行職員，連續意圖為自己不法之利益，而為違背其職務之行爲，致生損害於銀行之財產罪刑後，非僅檢察官循告訴人請求，對該判決提起第二審上訴（見上訴審卷(一)第十七、十八頁），上訴人亦於法定期限內之民國九十五年一月十三日聲明提起上訴（同上卷(一)第十九頁），主張略以依現存證據難認其有偽造文書等犯行，另其已提供名下所有財產供被害人銀行抵償損失，陸續歸墊不法所得約新台幣七千三百萬元，而請求從輕量刑等旨，有相關筆錄及書狀附卷可稽（同上卷(一)第二六〇頁、第二六七至二七二頁）。而上訴人及檢察官所提起第二審之上訴，經原審法院判決後，由本院先後撤銷原審全部判決發回更審，有各該案卷及判決書可稽，縱本院前於九十九年度台上字第五八五號判決中，僅採認檢察官之上訴理由，對於上訴人之上訴理由以違背法律上程式予以駁回，然理由二末段已經敘明「被告（即上訴人）之上訴雖因違背法律上之程式予以駁回，但檢察官之上訴既為有理由，因而本件被告之判決，仍未確定，附此敘明。」等情，且原審判決既經全部撤銷，自不能認為上訴人之上訴部分已經本院前揭判決駁回而告終局確定，遂於更審程序否定其原上訴人之身分，自應回復至第一審判決後，繫屬第二審之狀態。乃原判決誤以上訴人上訴二審部分，業經本院前揭判決駁回確定，上訴人僅餘檢察官（見原判決第二十頁九

），於當事人欄僅列載檢察官為上訴人，於理由內亦祇就檢察官上訴意旨指稱第一審判決就有裁判上一罪部分，疏未併予審理等情，說明其如何不足採，對上訴人之上訴有無理由，則全未論及，顯係對於已受請求之事項未予判決，其判決自屬違背法令，而此項違法，要與得依補充判決救濟之情形不同，無由依補充判決以資救濟。又第二審審判長依刑事訴訟法第九十四條訊問被告後，應命上訴人陳述上訴之要旨，同法第三百六十五條定有明文。本件檢察官及上訴人既分別不服第一審判決提起第二審上訴，據原審審判筆錄之記載，審判長僅命檢察官陳述上訴意旨，並未命上訴人陳述上訴要旨（見更(四)審卷(一)第一二二頁背面），所踐行之審判程序亦非適法。上訴意旨執以指摘原判決不當，非無理由，應認仍有撤銷發回更審之原因。原判決其他裁判上一罪及不另為無罪諭知部分，基於審判不可分原則，應併予發回。至上訴人另涉偽造文書等罪案件，經台灣台北地方法院檢察署一〇二年度偵字第二五二五號移送本院併辦部分，與本件有無裁判上一罪關係而為本件起訴效力所及，案經發回，宜併注意及之。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 七 月 二十五 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 石 木 欽

法官 洪 佳 濱

法官 洪 兆 隆

法官 黃 仁 松

法官 段 景 榕

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 七 月 三十 日

G

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3046

【裁判日期】 1020731

【裁判案由】 違反銀行法等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三〇四六號

上 訴 人 黃建璋

選任辯護人 許恆輔律師

上列上訴人因違反銀行法等罪案件，不服台灣高等法院中華民國一〇二年三月二十日第二審判決（一〇一年度金上訴字第五一號；起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十九年度偵字第四三〇八號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

理 由

一本件原判決事實認定：上訴人黃建璋係○○○○商業銀行股份有限公司（下稱○○銀行）理財專員，為負責銷售其銀行相關基金、債權及衍生性金融商品與替客戶理財等業務之職員，明知應忠實履行該銷售、理財職務，卻為增加業績、取得佣金，而基於意圖為自己不法利益和不法所有之犯意，分別於民國九十五年十月十四日、九十六年四月二十日，對於純賴退休金理財、務必保本之客戶崔玫玲，佯稱「4789JP2 年台幣日本零售類股連動債券」及「41461 年台幣投資大亨連動債券」係保本商品，未告知具有本金虧損之風險，致崔玫玲陷於錯誤，各以新台幣（下同）一百萬元，投資上揭連動債。嗣九十六年五月中旬某日，崔玫玲對系爭連動債連結標的走勢猶豫，想要撤單，上訴人為保持其業績，竟另行起意，利用該銀行提供理財專員內部使用之系爭連動債教育訓練「DM」（按即廣告文宣品；

下仍以該英文字簡稱），將其內提示警語「不保本（最差情況：本金全損失）」、「到期可能損失 100%本金」之文字塗銷，予以影印、變造後，持向崔玫玲行使，掩飾系爭投資風險，足以生損害於○○銀行及崔玫玲。終因崔玫玲投資失敗，於九十七年九月間提出申訴，該銀行因上訴人之不實銷售，認賠崔玫玲九十五萬元，而生此財產損害等情。因而撤銷第一審之科刑判決，改判論處上訴人以銀行職員，意圖為自己不法之利益，而為違背其職務之行爲，致生損害於銀行之財產二罪刑（皆想像競合犯刑法詐欺輕罪名；各處有期徒刑三年四月，合併應執行有期徒刑四年四月）；又行使變造私文書，足以生損害於他人一罪刑（處有期徒刑六月，如易科罰金以新台幣一千元折算一日）。固非無見。

二惟查：

（一）有罪之判決書，應於理由內，對於被告有利之證據不採納者，記載其判斷之理由，觀諸刑事訴訟法第三百十條第二款規定甚明。倘竟漏載，即嫌理由欠備，足以構成撤銷之原因。

系爭連動債券之「產品條件內容說明」附件一，其中有關「本人（委託人兼受益人）已充分瞭解下列產品特性與條件」第十一點，原印刷文似乎載為「本債券為不保本型債券，委託人於到期時有可能 100%損失原始投資本金」，遭以不同顏色筆劃記，並在其旁手書「在下限保護，價格跌破就是不保本，就……（按此二字不明）到期現值（按後一字又似為『估』）拿回」（見他字卷第八十四頁），上揭劃記部分究係刪除，抑或提示促醒特別注意？手書部分，究係上訴人或崔玫玲或○○銀行人員所寫？原審未加根究明白，倘係將印刷文字刪除，而改以手寫替代，或既以色筆促醒注意，復以手寫加註說明，則似皆屬有利於上訴人之證據，攸關上訴人是否違背職務，虛偽推銷商品？其否認背信、違反銀行法之辯解，是否無可採信？竟未詳查，復不說明不採納之理由，自嫌查證未盡，且理由不備。

(二)、銀行法第一百二十五條之二關於銀行負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，而為違背其職務之行爲，致生損害於銀行之財產或其他利益罪規定，性質上屬刑法第三百四十二條背信罪之特別法，雖限於銀行負責人或職員（按對於後者，學術界有批評立法不當之意見，於司法，仍應受法之拘束，充其量祇能依刑法第五十九條規定，加以緩衝、衡平，詳見後述）有此適用，但仍應回歸刑法之基本原則，以故意犯爲對象，不及於過失犯。是行爲人如何具有犯罪之主觀犯意，當需依憑證據認定，並於判決內說明理由，不能僅因事後客觀上銀行發生損害，遽行倒推逕謂行爲人於行爲之時，具有背信之主觀犯意。

原判決引據崔玫玲在第一審所爲：被告打電話跟我說定存利息太少，可以改買連動債投資、拿紅利，約我到銀行，講得也是很扼要，沒有講風險的部分，並跟我說有大銀行連保，我聽了就覺得很安全，我不太記得有無 DM，那些都是很專業的，我也看不懂，祇是完全聽被告的口述，當時沒有詳閱契約內容，時間上也不允許，後來有一本契約書，我有翻到內容寫可能會拿不到本金、全損的文字等語之證言（見第一審訴字卷第七十至七十六頁；原判決第七頁倒數第四至十一行、第八頁第十至十二行），認定上訴人未主動告知崔玫玲投資之風險。然而崔玫玲既謂上訴人「講得很扼要」，又稱「沒有詳閱（契約）內容」，卻另言契約書內載有可能全損之文字，則上訴人究係出於過失、語焉不詳，抑或刻意隱瞞、存有不法意圖？原判決未就此說明，非無理由欠備之情。

(三)、刑法之詐欺罪，係以行爲人具有不法所有之意圖，而施用詐術，使人陷於錯誤、交付財物爲其主、客觀構成要件，其中所稱詐術，乃指詐罔方法，具體以言，於交易場合，以無本或客觀上顯不相當之成本，騙取對方交付非對等之財物，雖屬之；然如雙方所交易者，依交易時之社會一般價值判斷，認爲尙屬相當，或

縱然事後發現存有瑕疵，尙無逕以詐欺罪責相繩之餘地，不容將之與民事不完全給付或瑕疵擔保之情形相混淆。

原判決認定崔玫玲先後向上訴人購買○○銀行銷售之系爭連動債商品（見原判決第一頁最末行、第二頁第一行），崔玫玲亦直言有收到該契約書，甚至不諱言有依約收得紅利，足見雙方交易之初，銀貨兩訖，價值相當。偵查檢察官亦無以詐欺罪名起訴上訴人（見起訴書第四頁法條欄），第一審誤依公訴檢察官之議予以論擬，原審未加糾正，實有法則適用不當之違法。

(四)科刑判決所認定之事實，必須與理由說明互相適合，方為合法，倘竟齟齬，即有判決理由矛盾之當然違法情形存在。

原判決認定上訴人係因崔玫玲於九十六年五月「中旬」某日，「想要撤單」，為「保持其業績」，而起意變造系爭「DM」內容（見原判決第二頁第二至七行），然所引據之○○銀行一〇一年十二月二十一日○○○字第○○○○○○○○○○○○○○○號函，則係記載為：系爭連動債券匯出資金之日期，分別為九十五年十一月一日、九十六年五月七日，若客戶（於上揭期日之前）提出撤單申請，本行仍會受理，退還客戶信託資金，與此相關之業績收益，「（就）不會計算予黃建樟」（按指將影響上訴人之業績），「但若是客戶於產品無法撤單後，再自行申請贖回或為轉換等交易指示」，上訴人原已計算之業績效益，「並不會取消」（見原審卷第四十四頁；原判決第十一頁第十九至二十五行），原判決卻進而說明「可見客戶崔政玲投資 4789、4146 連動債之『撤單』時間已過，益徵被告為確保其銷售業績」，而變造系爭「DM」（見原判決第十一頁倒數第一至五行），容有誤會該函意旨而錯判之理由矛盾。

(五)刑事審判旨在實現刑罰權分配之正義，故法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第五十七條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列十款事項以為科刑輕重之標準。同法第五

十九條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」及第七十四條所定之緩刑制度，均旨在避免嚴刑峻罰，法內存仁，俾審判法官得確實斟酌個案具體情形，妥適裁量，務期裁判結果，臻致合情、合理、合法之理想。銀行法第一百二十五條之二背信罪之立法意旨，依其立法說明，係「為防範銀行、外國銀行及經營貨幣市場業務機構之負責人或職員，藉職務牟取不法利益，爰參考組織犯罪防制條例第三條第一項之制度，而較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任」。衡諸組織犯罪防制條例，係專為防制組織性犯罪而設計，對操縱指揮與參與者規定不同刑度異其罪責評價；銀行法第一百二十五條之二第二項亦就銀行負責人或職員二人以上共同實施之情形，定為「得加重其刑至二分之一」，再參諸同條第一項後段，就犯罪所得達新台幣一億元以上者，設有較重於該額數以下者之刑度，足見本罪之犯罪所得與行為人數多寡，於量刑斟酌時，至關重要。復依其法條文義，所稱職員，固指銀行所屬人員，無論職稱、層級、權限、編制內常任成員或編制外臨時員工，均涵攝在內，然而實際上仍應視此具體情形之不同，為差別待遇，斯為等則等之、不等者不等之之真正平等原則精神所在，並因有前揭法定減刑、寬典處遇相配合，可濟立法上硬將銀行負責人和職員相提併論之窮。

原判決雖認定○○銀行受有九十五萬元和解金之財產損害，但未認定上訴人獲取多少「不法利益」，且置崔玫玲於第一審當庭就科刑範圍，表示「我壓根就沒有要告他」（見第一審訴字卷第七十八頁）之意見於不顧，量處上訴人以如前所述之重刑，是否確實符合罪刑相當原則及比例、平等原則，尚非無疑。

以上或為上訴意旨所指摘，或屬本院得依職權調查之事項，應認原判決具有撤銷發回更審之原因。原判決關於刑法詐欺罪名部分，雖屬刑事訴訟法第三百七十六條第四款所定不得上訴於第三審之輕罪名，但既與違反銀行法重罪名部分具有想像競合犯關係，

依審判不可分原則，應併予發回。更審後，倘認上訴人犯罪，原判決關於違反銀行法部分之地點，及關於行使變造私文書部分之時間、地點，咸無明白認定、記載，允宜妥處，附此指明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 七 月 三十一 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 徐 昌 錦

法官 宋 祺

法官 洪 昌 宏

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 一 日

v

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3050

【裁判日期】 1020731

【裁判案由】 強盜等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三〇五〇號

上 訴 人 陳建文

上列上訴人因強盜等罪案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇二年五月二十四日第二審更審判決（一〇二年度上更(一)緝字第一〇號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十三年偵字第一五三二六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事被告有受律師協助之權利，此觀刑事訴訟法第一編「總則」編於第四章定有「辯護人、輔佐人及代理人」專章即明。所謂被告律師協助權，係指被告於各審級有受律師實質、有效協助之權利，其內涵應包括國家機關不得否定被告有此項權利，國家機關不得干涉辯護人的重要辯護活動，例如被告與律師的充分溝通權，以及辯護人應提供有效之協助，以確保被告辯護倚賴權應有的功能，並應排除辯護人利益衝突之情形。被告律師所提供之辯護如非實質、有效的辯護，即屬無效之律師協助，固得構成合法上訴之理由，以維護公平正義與被告利益。惟是否構成無效之律師協助，除應由被告具體指出辯護人之辯護行為有瑕疵，致未發揮辯護人應有的功能外，必也該瑕疵行為嚴重至審判已不公平，審判結果亦因而不可信，亦即，所謂無效之辯護應同時具備「行為瑕疵」與「結果不利」二要件，始足語焉。又上訴之撤回，即撤回已為上訴之意思表示，亦即所謂於提起上訴後，表示不求裁

判之意思。此項表示，祇要是出於任意性、未附有條件，不問其撤回之原因何在，均於撤回之效力不生影響。上訴係被告所提起者，惟有提起該上訴之被告本人始有撤回之權，被告以外之第三人不得為之。被告是否撤回上訴，當然亦享有受其所選任或指定辯護人協助之權利，至其律師之協助是否有效，仍應同受無效之辯護二要件之檢驗。本件上訴人陳建文因強盜等罪案件，於民國一〇二年五月九日原審審判期日，當庭撤回其第二審之上訴，有審判筆錄及其出具之撤回上訴聲請書可稽。原判決以：該次審理期日，上訴人之選任辯護人在場全程參與，其之撤回上訴，係出於自由意志，上訴權既已因撤回上訴而喪失，上訴人復聲請繼續審判，為不合法（原判決誤載為無理由，應予更正），爰依刑事訴訟法第三百六十七條前段之規定，駁回其第二審之上訴，已記明其理由，核無違誤。上訴意旨略以：上訴人係在匆促間來不及與辯護人充分溝通之情形下，因思慮不周而撤回上訴，此與「被告有受辯護人實質有效辯護」之原則有違，應類推適用民法第七十四條之規定撤銷該撤回上訴行為，據以指摘原判決遽予駁回有消極不適用法規之違法等語。然查，稽之卷內資料，本件檢察官原起訴上訴人涉犯二次加重強盜犯行，為連續犯，第一審法院判處其犯加重強盜及妨害自由二罪刑，嗣經更審前原審駁回其上訴，遞由本院撤銷發回更審，指明第二次犯行論處上訴人妨害自由罪刑，有理由不備之違法，而於九十七年十月三十日繫屬於原審法院。上訴人之配偶於原審選任楊俊樂律師為上訴人辯護，提出準備程序書狀，聲請調查證據。上訴人經傳、拘無著而遭通緝，迄於一〇一年十二月二十五日緝獲。上訴人於一〇二年五月九日原審審判期日，亦有其辯護人在場協助，辯護人並提出辯護意旨書狀，據以爭執本案除上訴人在警、偵訊之自白及被害人等之供述外，別無補強證據等旨。依此情形，則原審審判長於詢問上訴人：「依照最高法院判決發回意旨，被告應該有可能都是涉犯加重強盜罪，而且是連續犯，如果本院認為是加重強盜罪，而且是

連續犯的話，本院將不受刑事訴訟法第三百七十條不利益變更禁止原則的拘束，被告是否仍繼續要上訴？」時，既無證據足以證明原審有限制或剝奪上訴人與其辯護人溝通之權利，在客觀上其辯護人亦無不能協助上訴人之情形，則該辯護人本可適時提供其專業上之意見供上訴人參酌判斷，乃上訴人徒憑空言，以其不及與辯護人充分溝通為由，漫謂其之撤回上訴有違「被告有受辯護人實質有效辯護」之原則，已非有據，更遑論上訴人並未具體指摘其辯護人該次之辯護行為，究竟有如何符合無效辯護之要件。揆之說明，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 七 月 三十一 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 呂 丹 玉

法官 李 嘉 興

法官 張 惠 立

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 五 日

G

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3127

【裁判日期】 1020807

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三一二七號

上 訴 人 蔡文忠

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇一年十月九日第二審判決（一〇一年度上訴字第一一二七號；起訴案號：台灣苗栗地方法院檢察署一〇〇年度偵字第五一九四號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院台中分院。

理 由

一、本件原判決事實認定：上訴人蔡文忠明知愷他命係列管之第三級毒品，竟以其持用之○○○○○○○○○○號行動電話作為聯絡工具，販賣愷他命給黃靖嵐、林皓瑋、張為康等人牟利，詳情如原判決附表所示，經警持搜索票查扣得該行動電話機等情。因而維持第一審論處上訴人以販賣第三級毒品六罪刑（各處有期徒刑五年三月，合併應執行有期徒刑八年；另有從刑宣告）之判決，駁回上訴人之第二審上訴。固非無見。

二、惟查：

（一）、透過程序的正義，以實現實體的正義，是現代刑事司法的基本理念。實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意，刑事訴訟法第二條第一項定有明文。搜索、扣押，屬於強制處分權之一種，對於憲法所保障之人民居住安全、財產維護和隱私等基本人權，侵害非小，故負責犯罪調、偵查之人員，原則上必須有相當理由（對於第三人），且於

必要之時，聲請法院核發搜索票，觀諸同法第一百二十二條、第一百二十八條及第一百二十八條之一規定即明，學理上稱之爲令狀主義（例外時，始採無令狀主義）。鑑於搜索之發動，關乎偵查作爲之方式與走向，法院對於聲請機關之請求，宜允尊重，然而仍有一定之限度。所稱相當理由，即必須有相當之情資、線報或跡象，作爲基礎，據此可以合理相信犯罪之人、事、物存在，或然率要有百分之五十以上，既非憑空想像，亦非杯弓蛇影，自須有一定程度之把握；而所謂必要，乃指除此之外，別無他途可以取代，是應衡量可能之所得和確定所失之比例。從而，受理聲請之公平法院，必須居於中立、客觀、超然立場，在打擊犯罪及損害人民權益之間，對於聲請機關提出之資料，確實審核，善盡把關職責，不能一概准許，淪爲檢、警之橡皮圖章。具體而言，倘祇有單項之情資、線報或跡象，既未經檢、警初步查對補強，應認聲請搜索之理由不相當；若另有其他較爲便捷、有效之蒐證方法，當認無搜索之必要。例如毒品有關之事件，除有第一、二、三、四級毒品之分類外，尚有製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、轉讓、持有或大量持有、施用等各種不同之犯罪行爲態樣，更有持有一定數量以下或單純施用第三、四級毒品者，祇屬行政罰之情形。對於施用毒品之嫌疑人，所涉者究竟係何級毒品？刑事犯罪或行政罰？所憑情資品項多少？可信性如何？是否除強制搜索之外，別無其他蒐證之良策（例如徵求同意搜索、採驗尿液）？若聲請機關就此等癥結事項，無何說明或籠統含混，遽然對於毒品之施用和販賣嫌疑人，全部一起聲請搜索，法院當應就施用毒品之嫌疑人部分，否准核發搜索票，必於重新補正、釋疑，而後方許。苟法院未盡責把關，持票搜索結果，毫無所獲或根本無關犯罪，聲請機關依刑事訴訟法第一百三十二條之一規定陳報法院，法院固然祇能存查，不能有同法第四百十六條第二項關於宣告扣押物不得作爲證據規定之制裁法效，但該聲請作爲，既然違背正當法律程序而多所瑕疵，自得於相關之本案裁判中，加

以揭露，俾相關機關、單位知悉檢討改進，並受社會公評。又證人保護法第三條規定：「依本法保護之證人，以願在檢察官偵查中或法院審判中到場作證，陳述見聞之犯罪或流氓事證，並依法接受對質及詰問之人為限。」自反面而言，如表明不願意接受被告之反對詰問或對質，即無該法適用之餘地。

依卷附資料，顯示本件有關之通訊監察書，係以「詹某」作為監察對象，卻對姓「蔡」之上訴人所持用之○○○○○○○○○○號行動電話（按申用人為蔡文輝，係上訴人之兄）進行監聽（見偵查卷第六十二、六十三、六十六頁），原判決逕認合法性無疑（見原判決第四頁第一至九行），恐怕未必。又警方係依憑監聽紀錄，聲請第一審法院核發搜索票，微論其所謂之監聽紀錄內容，無非一般通聯常見之閒聊、相約見面言語（此部分再詳見後述），未見初步查對或側面訪查（察）報告等補強資料，已嫌欠洽；況祇籠統記載毒品，無從辨識究屬刑事犯罪案件或行政罰鍰事件，尤其對於可疑為祇屬行政罰之買方，連同賣方，一律以「犯罪嫌疑人」身分，准予簽發搜索票（以上分見警卷第十六、十八、四十、四十二、六十六、六十八頁），是否已經完全符合令狀搜索所必須具備之相當理由（例如較為翔實寓有毒品交易明、暗語之監聽紀錄及適合之初步或側面查證）與必要性（例如僅對賣方發動搜索，或請求買方合作進行釣魚式偵查）暨受搜索人身分之法定要件，似有可議。而搜索結果，買方張為康部分，竟毫無所獲；林皓瑋、黃靖嵐部分，雖有施用愷他命之盤子、刮片（以上分見警卷第二十一、四十五、七十一頁），卻屬「非」犯罪行為之用物，顯見上揭搜索發動草率，此情陳報法院時，法院縱然認為不該遭受利用，則已無可奈何。

再本件警詢時，張為康、林皓瑋及黃靖嵐皆以真實姓名，在筆錄上簽名並按指印（以上分見警卷第十四、三十五、六十一頁），黃靖嵐且供明「我可以指證他（按指上訴人），但……我不要與他當面對質」（同上卷第六十頁），警員於詢問上訴人時，並明

言：「張為康坦供你販賣毒品」、「林皓瑋指證你共販賣五次K他命毒品給他」、「經黃靖嵐指證你共販賣三次K他命毒品給他」（以上分見偵查卷第三十八、四十二、四十四頁）；詎檢察官同日稍後接續訊問上揭諸人，命張為康、林皓瑋與黃靖嵐改以秘密證人 A1、A2、A3 之身分出現，製作秘密證人筆錄（同上卷第十一至十八頁），未見檢察官另有其他偵查作為，逕行僅以該三人之警、偵供述及前揭內容不明確之監聽紀錄與上訴人遭查扣之行動電話機（此節另詳後述），作為上訴人犯罪證據，提起公訴（以上見起訴書第二頁下半段）。第一審受理後，受命法官在第一次準備程序伊始，即向公訴檢察官提出質疑，略謂：偵查檢察官在初始階段，既不指揮警員依據證人保護法規定處理，警員已將相關顯名指證資料，全部呈現於上訴人面前，則事後匿名有何意義等語，公訴檢察官當庭表示確無保密必要，同意揭露證人身分資訊（見第一審卷第九頁正、背面）。

由上可知，所謂經由程序正義，以形成實體正義云者，就本案而言，容非適切。原審置上揭諸多違背程序正義事項於不顧，未就因此取得之有關證據資料，如何可以賦予證據能力，依刑事訴訟法第一百五十八條之四或第一百五十九條之五規定，說明權衡、審酌情形，自嫌理由欠備。

（二）、供述證據，常受限於供述人之察覺、認知、記憶、表達、誠實、抗壓，與紀錄人之理解、書寫等主、客觀條件，故單一之供述證據，實不足以形成正確之心證，必須有賴其他證據予以補強；又雖然所補強者，不以對於供述證據之全部為必要，其若祇針對部分，尚非不可，但必須具有某程度之質量或份量，在客觀上可獲普遍之認同，始謂充足。再刑法已刪除連續犯規定，修正後當以一行為一罪為原則，往昔數行為一罪、證據籠統混合通用之採證認事態度，亦當隨之調整，易言之，所認定之各罪行為，必須各有其獨立、充足之證據，予以嚴格證明。因此，在無被告之自白（無論全部或重要之基本部分）情況下，倘缺乏任何毒品或

毒販常備之分裝袋、杓、研磨器、稀釋物、帳冊、交易現金等證物，而祇有施用毒品人之片面陳述，別無其他任何關於毒品交易必須之毒品種類、數量、價錢等要項之明、暗語者，當認檢察官之舉證尙嫌不足。

上訴人堅決否認犯罪，辯稱遭監聽之電話聯繫，祇是尋常對話，皆與販毒無關等語。原審則係依憑上揭三證人個別所爲有向上訴人購買毒品之指述，作爲主要證據，加上該三證人之尿液呈現愷他命陽性反應之檢驗報告，與系爭監聽紀錄，資爲補強證據，因而認定上訴人有販售愷他命之犯行。

然則微論審理中林皓瑋經傳、拘無著，未到場接受反對詰問，其餘二證人並部分翻供，何部分可信，雖屬證據取舍問題，但該三證人之尿液檢驗報告，祇能證明其三人有施用該毒品之事，尙不足直接證明上訴人販賣毒品給此三人；系爭監聽紀錄竟祇是一般之相約見面通話，時間最長者爲一分十七秒，最短者僅十八秒，未見任何毒品交易之明、暗語（詳見偵查卷第二十二至二十六、三十頁；原審卷第五十頁正面至五十二頁背面），似亦不足憑爲該三證人口供完全絕對可採之補強證明。從而，在上揭每一行爲犯罪補強證據質量、數量均非充分之情形下，如何能排除口供難信之合理懷疑？原判決單純依憑上揭籠統含混之證據資料，認定上訴人犯「六次」販賣第三級毒品罪行，上訴意旨指摘其率斷，即非全無理由。

（三）、我國現行刑事訴訟採改良式當事人進行主義，本院晚近新見認爲刑事訴訟法第一百六十三條第二項前段所稱「法院得依職權調查證據」，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認爲事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。但書所指「公平正義之維護」，專指利益被告而攸關公平正義者而言。至案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有

調查之可能者，法院自得依刑事訴訟法第二百七十三條第一項第五款之規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請，並藉由告訴人、被害人等之委任律師閱卷權、在場權、陳述意見權等各保障規定，強化檢察官之控訴功能，法院並須確實依據卷內查得之各項直接、間接證據資料，本於經驗法則、論理法則而為正確判斷。因此，非但未減損被害人權益，亦顧及被告利益，於訴訟照料及澄清義務，兼容並具。

上訴人遭警持搜索票搜獲二包「愷他命」重量六點七公克（此部分錯誤再詳後述）、一包夾鏈袋、一台電子磅秤及施用愷他命工具卡片、吸盤、吸管等物（見扣押物品目錄表、清單，存偵查卷第五十一、五十七、七十七、七十八頁），前三樣似可供販賣毒品使用，屬於「案內存在形式上不利於被告之證據」，詎偵查檢察官未將之載入證明上訴人犯罪之證據清單（見起訴書第二頁下半段），原因如何，不得而知，然而如不調查，或許將致判決結果有所影響，原審未依刑事訴訟法第二百七十三條第一項第五款規定，曉諭公訴檢察官為此證據調查之聲請，乃竟主動介入，依職權逕行調出扣案物品，當庭提示、調查、辯論（見原審卷第五十九、六十三頁），卻又不將之採憑為認定犯罪之依據，所踐行之訴訟程序即非完全毫無瑕疵可指，而採證認事是否悉合客觀存在之經驗法則、論理法則，亦非無疑。

(四)、證據雖經調查，倘事實尚未明瞭，要同未經調查無異，遽行判決，仍有證據調查職責未盡之違失，足以構成撤銷之原因。

上訴人遭搜扣之二包「愷他命」，偵查檢察官未送鑑定，即行起訴，第一審法院送驗後，發現警方所秤合計六點七公克之白色結晶物，實際上，其中一包含塑膠袋及標籤，重量為九點四六五〇公克，「未檢出愷他命成分」；另包亦含塑膠袋及標籤，重量為一點一八六四公克，「檢出愷他命成分」（按如扣除塑膠袋及標籤重量，餘額當微；以上見第一審卷第二十四頁），上揭未驗出愷他命成分之物，其實係屬具有止痛、解熱效果之藥物，「普拿

疼・肌立・長效錠」即同此效（同上卷第二十五頁），然而上訴人在警詢時，卻供承其為「K他命」（見偵查卷第三十七頁），非無疑義？又系爭監聽紀錄之交談內容，無何毒品交易之明、暗語，然則警員於旁註記「※毒品交易」，並以之提示於上揭三證人，詢問通聯何事（見警卷第十二至十五；二十八至三十八；五十八至六十五頁），是否存有強烈暗示、誘導之意思？且該三證人縱有施用愷他命之情事，卻尚不構成犯罪，警員竟以供出毒品來源可獲減刑寬典處遇為由，要求張為康、黃靖嵐指訴上訴人販售毒品（同上卷第十一、五十六頁），是否有不當詐欺或利誘之情形？果若無訛，上揭非任意性陳述，是否延續至同日稍後進行之偵訊程序？甚至在第一審審理中，猶然留存驚懼？攸關上訴人重大利益及公平正義維護，原審未遑究明，遽行判決，當認有查證未盡之違失。

以上，或為上訴意旨所指摘，或屬本院得依職權調查之事項，應認原判決具有撤銷發回更審之原因。又更審後，倘認上訴人確實犯罪，原判決未將扣案之行動電話機，列為認定犯罪之間接證據，當予補正，併此指明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 七 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 徐 昌 錦

法官 周 盈 文

法官 洪 昌 宏

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 九 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3128

【裁判日期】 1020807

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三一二八號

上 訴 人 郭忠義

選任辯護人 張運弘律師

上 訴 人 劉佩昌

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服台灣高等法院中華民國一〇二年四月三十日第二審判決（一〇一年度上訴字第三〇二三號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇〇年度偵字第三二八三〇、三二八三四號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由係屬二事。本件原審經審理結果，認為上訴人郭忠義、劉佩昌有原判決附表一所示共同販賣第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命，及郭忠義另犯如原判決附表二所示販賣第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基

安非他命等之犯行明確，因而撤銷第一審此部分之科刑判決，改判仍論處上訴人等共同販賣第一、二級毒品各罪刑（均累犯，其中共同販賣第一級毒品四罪，郭忠義皆處有期徒刑十六年、劉佩昌皆處有期徒刑十五年二月，並均為相關從刑之宣告；共同販賣第二級毒品一罪，上訴人等皆處有期徒刑三年八月，並均為相關從刑之宣告）；另論處郭忠義販賣第一、二級毒品各罪刑（均累犯，其中販賣第二級毒品十罪，皆處有期徒刑三年八月，並為相關從刑之宣告；販賣第一級毒品八罪，均處有期徒刑十六年，並為相關從刑之宣告），已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。從形式上觀察，並無違反經驗、論理法則或其他足以影響判決結果之違法情形存在。

二、郭忠義上訴意旨略稱：(一)本件縱依郭忠義之自白及監聽譯文之內容，亦僅能證明本件有毒品交易，但未能證明有販賣圖利之行爲，且至多是集資購買，並非營利。原判決認有販賣營利，於法不合。(二)監聽譯文之內容從未提到海洛因及安非他命，且僅有證人李誌盛之單一指訴，不足以認定上訴人等有販賣毒品。至販賣第一級毒品部分，皆僅憑單一證人之證述，於法有違。(三)監聽譯文內容之真實性有待確認，李誌盛之證述亦非出於自己之意思，應為不實之指控，原審未傳喚李誌盛查明，且以李誌盛之尿液為佐證，顯有違法。另郭忠義交付之毒品至多僅為安非他命，絕無海洛因。(四)郭忠義已主張其於偵查中有供出毒品來源，應有毒品危害防制條例第十七條第一項規定之適用。(五)郭忠義於到案時，已將手機交付警方，不會憑空消失，門號○○○○○○○○○○號之手機究竟從何而去，應傳喚員警到庭說明。(六)本件交易是否成功，依李誌盛之證述，皆回答「應該有」、「好像有」，並非十分確定，屬臆測之詞，自不得作為證據。(七)原審並未實質辯論，亦未依法調查，且於審判中告以販賣第一級毒品部

分並不成立，讓郭忠義誤會而未就第一級毒品部分辯論，涉有違法。(八)原判決附表二編號十三部分，認定郭忠義有販賣第一、二級毒品，僅以推測擬制之方法，且與證人所述僅買安非他命不符；至編號十一至十八部分，僅交付安非他命，並非海洛因，且無交易，只是代購。(九)劉佩昌前後所供不一，其所為證述是否實在，並未查明。且不能因未聲請調查證據，即為郭忠義不利之認定，原審應播放監聽內容，不該草率審理云云。劉佩昌上訴意旨則略稱：(一)原判決附表一編號二、三、四部分，僅依劉佩昌之自白及李誌盛之證詞，即為不利之認定，但劉佩昌係自白交付安非他命，並非海洛因，且本件並無補強證據，原判決違反「無罪推定」、「罪疑唯輕」等原則。(二)李誌盛對劉佩昌於原判決附表一編號一所列各次時間、地點均有協助郭忠義交付毒品之事，於原審證述時均表示已忘記，偵查中，李誌盛亦無法就原判決附表一編號二、三之交易是否為劉佩昌代為交付予以證實。況郭忠義於警詢時自承尚有另一協助交付毒品綽號「阿沛」之小弟林俊成，實難斷定交付毒品者即為劉佩昌，原判決認定劉佩昌有罪，已違反無罪推定原則云云。

三、經查：

- (一)、證據之取捨及其證明力之判斷與事實之認定，俱屬事實審法院自由判斷裁量之職權，此項自由判斷職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則及論理法則，即難任憑己意，指摘為違法，而據為第三審上訴之適法理由。且法院憑以認定犯罪事實之證據，並不悉以直接證據為限，即綜合各種直接、間接證據，本於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，並非法所不許。又證人之陳述，雖前後稍有差異或彼此矛盾，事實審法院並非不得本於經驗及論理法則，斟酌其他情形，作合理之比較，定其取捨，非謂其中一有不符，即應全部不予採信。就上訴人等於原判決附表一所示時、地共同販賣第一、

二級毒品部分，原判決係採納證人李誌盛、劉佩昌、樊孝德、郭忠義於偵查中或第一審之部分證詞、卷附行動電話通訊監察譯文、台灣檢驗科技股份有限公司濫用藥物檢驗報告及扣案之電子磅秤、分裝袋、分裝勺、分裝碗、分裝匙及門號○○○○○○○○○○號行動電話 SIM 卡等證據資料，再審酌郭忠義坦承有於原判決附表一編號 2、5 所示之時、地，販賣甲基安非他命予李誌盛、樊孝德，及劉佩昌於偵查中坦承郭忠義除販賣甲基安非他命外，亦有販賣海洛因，另劉佩昌有於原判決附表一編號 2、5 所示之時、地，代郭忠義交付甲基安非他命予李誌盛、樊孝德，並於原判決附表一編號 1 至 4 所示時、地，代郭忠義交付毒品予李誌盛等事實，詳加研判，認定上訴人等有如原判決附表一所示共同販賣毒品海洛因及甲基安非他命等情；就郭忠義於原判決附表二所示時、地販賣第一、二級毒品部分，原判決係採納郭忠義之部分自白、證人陳泰良、何狄清、樊孝德、劉佩昌及李誌盛之證詞、卷附行動電話通訊監察譯文、台灣檢驗科技股份有限公司濫用藥物檢驗報告及扣案之電子磅秤、分裝袋、分裝勺、分裝碗、分裝匙及門號○○○○○○○○○○號行動電話 SIM 卡等證據資料，再審酌郭忠義坦承有於原判決附表二編號 1 至 11、13、17 所示之時、地，販賣甲基安非他命予李誌盛、樊孝德、陳泰良、何狄清之事實，詳加研判，認定郭忠義有如原判決附表二所示販賣海洛因及甲基安非他命之行爲等情；復說明郭忠義所辯：「伊並未販賣海洛因予李誌盛，伊被抓到分局時是先承認販賣甲基安非他命部分，之後跟李誌盛說伊其已經認了，你認沒有關係，李誌盛就以監聽譯文有說到海洛因部分，說伊也有賣海洛因，李誌盛所述應屬不實」云云，及劉佩昌所辯：「伊代郭忠義交付毒品予李誌盛之前沒有看過裡面的東西，伊心裡知道可能是毒品，但如果知道是海洛因的話，伊就不會幫郭忠義送貨，另伊也沒有代郭忠義

收取販賣毒品之價款云云，如何均係卸責之詞，不可採信；劉佩昌另於原審所稱：其於偵查中所述係因藥癮發作所為之陳述，且不記得有陳述該筆錄內容云云之證詞，如何不足為憑等旨，皆係合乎推理之邏輯規則，尚非原審主觀之推測，核與經驗及論理法則並不相違背；且非僅憑上訴人等之自白及李誌盛等購毒者單一之證言，即為上訴人等不利之認定，亦難認有何採證及證據上理由矛盾之違法情事。

(二)、第一審於進行交互詰問時，檢察官已對李誌盛提示本案監察譯文之內容，再請李誌盛回答（見第一審卷第一七〇至一七八頁），其所為詰問內容皆有所本，李誌盛亦針對監察譯文之內容仔細思慮後再行回應，難認李誌盛因此所為之證述，係非出於真實記憶之臆測之詞，原審因認事證已明，而未再傳訊李誌盛，亦不能指為違法。況郭忠義於原審亦明白表示本案監察譯文有證據能力，並同意將監察譯文作為證據使用（見原審卷第八三、一六七、一六八頁），其於本院任指原審未播放監聽內容，草率審理云云，亦非適法之第三審上訴理由。

(三)、郭忠義雖否認有販賣毒品營利之意圖，但原審已依上述證據認定其有此事實，並於理由內說明其依憑之證據及認定之理由，亦無違法可言。且倘非有利可圖，郭忠義應無平白甘冒被查緝重罰之高度風險，而單純代他人購買毒品之必要，是不能僅因郭忠義否認有營利之意圖，即妄指原判決調查職責未盡。

(四)、毒品買賣之對話，恆使用代號或暗語，此乃審判職務所已知，而監聽通話內容之解讀，為證據證明力問題，亦屬事實審法院之職權。原判決依郭忠義及李誌盛等人之供述，暨行動電話監聽譯文中有郭忠義與李誌盛等人間以暗語交易之語音對話（如「一個」、「母的」、「女生」、「硬的」等），相互勾稽之結果，憑為認定郭忠義販賣海洛因及甲基安非他

命犯罪事實之依據，縱監聽譯文之內容並未提及「海洛因」、「安非他命」之字眼，亦核無違法可言。

(五)、郭忠義如何無「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」之情事，無從依毒品危害防制條例第十七條第一項之規定減免其刑，已據原判決於理由內闡述甚詳（見原判決第四三、四四頁）。上訴意旨無視於原判決此部分論述，仍執陳詞，重為事實之爭辯，尚與法律所規定得上訴第三審之理由不相適合。至門號○○○○○○○○○○號之手機是否扣案，於郭忠義販賣上揭毒品犯罪之成立不生影響，亦難謂有調查未盡之違法而得執為上訴第三審之理由。

(六)、原審於民國一〇二年四月十六日上午十一時進行審判時，確有依法定程序進行，對於本案相關監聽譯文、證人筆錄等文書證據，均有向上訴人等及其等辯護人提示、朗讀並告以要旨，上訴人等及其等辯護人亦均有陳述意見或表示「沒有意見」等語；且就上訴人等被訴及第一審認定之犯罪事實訊問上訴人等，並於調查證據後，請檢察官、上訴人等及其等辯護人就事實及法律進行辯論（見原審卷第一六〇至一七二頁），則原審踐行之訴訟程序難謂違法。上訴意旨漫言原審並未實質辯論，亦未依法調查，且於審判中告以販賣第一級毒品部分並不成立，讓郭忠義誤會而未就第一級毒品部分辯論云云，自非依卷內訴訟資料而為之爭執。

(七)、按被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪，刑事訴訟法第一百五十四條第一項定有明文，此即所謂之「無罪推定原則」。其主要內涵，無非要求負責國家刑罰權追訴之檢察官，擔負證明被告犯罪之責任，倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無法說服法院形成被告有罪之心證，縱使被告之辯解疑點重重，法院仍應予被告無罪之諭知。亦即被告在法律上固有自證無罪之權利，但無自證無罪之義務；而法官或檢察官對於移送或起訴之

案件則須秉公處理，審慎斷獄，不可先入為主，視被告如寇仇，刻意忽略對被告有利之證據。又「無罪推定原則」與「罪疑唯輕原則」固屬息息相關，惟「無罪推定原則」適用於法院判決有罪確定前之所有程序（包括偵查、起訴及審判各階段），故即便是檢察官，其於辦案時亦應嚴守無罪推定原則，對公平正義之維護或被告之利益有重大關係之事項，皆應詳加蒐證及調查，以避免侵害人權。至「罪疑唯輕原則」則是在法院依法調查證據並於證據評價結束之後，方有適用，其存在之內涵並非在指導法官如何評價證據之證明力，而係在指導法官於未能形成心證之確信時，應如何判決之裁判法則，二者仍有不同。查本件就劉佩昌於原判決附表一所示時、地與郭忠義共同販賣第一、二級毒品部分，原判決已說明係採納李誌盛、樊孝德於偵、審中之證詞，及劉佩昌於偵查中坦承郭忠義除販賣甲基安非他命外，亦有販賣海洛因之事實，並參酌卷附行動電話通訊監察譯文、台灣檢驗科技股份有限公司濫用藥物檢驗報告及扣案之電子磅秤、分裝袋、分裝勺、分裝碗、分裝匙及門號○○○○○○○○○○號行動電話 SIM 卡等證據資料，而認檢察官所提出之相關證據，已足為劉佩昌共同販賣第一、二級毒品犯罪事實之積極證明，並形成有罪心證之確信，因而為劉佩昌有罪之諭知，其依法所為犯罪事實之認定，既無違反「無罪推定原則」，亦無悖離「罪疑唯輕原則」可言。

(八)、其餘上訴意旨徒就原審採證認事之職權行使，及判決內明白論斷之事項，任憑己見漫為指摘，並為單純事實上之爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，均不相適合。依上說明，應認上訴人等之上訴不合法律上之程式，皆予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 七 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 洪 昌 宏

法官 周 盈 文

法官 徐 昌 錦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 九 日

m

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3203

【裁判日期】 1020808

【裁判案由】 妨害性自主

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三二〇三號

上 訴 人 陳凱晟

選任辯護人 傅爾洵律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服台灣高等法院花蓮分院中華民國一〇二年四月十五日第二審判決（一〇一年度侵上訴字第五〇號，起訴案號：台灣台東地方法院檢察署一〇〇年度偵字第一二二六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院花蓮分院。

理 由

本件原判決維持第一審所為論處上訴人甲○○犯強制性交罪共二罪刑（均累犯）之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，固非無見。惟查：（一）、犯罪事實應依證據認定，有罪之判決書內並應將認定犯罪事實所憑之證據，於理由內記載，為刑事訴訟法第三百十條第一款、第三百六十四條所明定，此項證據，自係指實際上確係存在，就該案卷宗不難考見者而言，如判決書內所記載之證據，與原卷內容顯不相符，即其判決基以認定犯罪之根據實際上並不存在，自屬採證違法。原判決於事實欄一之（一）載認上訴人於民國九十九年七月二日後某日晚上七時許，在台東縣台東市中華橋底下對甲男（八十五年七月間生，姓名及年籍資料在卷）為性侵害等情，理由內引用第一審卷第二十一頁筆錄，以上訴人已供認「確實有騎機車搭載甲男至中華大橋橋下」等語為證據。惟稽之案內資料，上訴人於第一審並未供承有載甲男至上開地點，其於

原審更再次否認上情（見原審卷第四十六頁反面）。原判決以卷內所不存在之證據資為上訴人不利之判斷，其採證難謂適法。(二)、採為判決基礎之證據資料，必須經過調查程序以顯出於審判庭者，始與直接審理主義相符，否則其所踐行之訴訟程序，即有違背法令。本件原判決所憑之被害人甲男個案總彙報表（由台東縣政府社工人員製作），係檢察官於第一審審判期日當庭提出並附於第一審卷證物袋內，該項個案總彙報表究竟有無證據能力，原審於準備程序並未處理，於審判期日復未進行法定之調查證據方法，令上訴人為適當之辯解，以期符於直接審理，即採為斷案佐證，按之首開說明，不能謂無刑事訴訟法第三百七十九條第十款之違誤。(三)、刑事訴訟法第一百五十六條第四項明定「被告之緘默禁止不利評價」，是具備證據適格之測謊鑑定報告（指符合鑑定人具備專業之知識技能，復基於保障緘默權而事先獲得受測者之同意，所使用之測謊儀器及其測試之問題與方法又具專業可靠性等條件），如受測者之被告就被訴事實有利之供述，經鑑定並無任何虛偽供述之情緒波動反應，應認係在被告不行使緘默權之下，基於刑事訴訟法第九十六條罪嫌辯明權與第一百六十一條之一主動證明權等防禦權之行使，所提出有利之證明方法。倘無其他合法之積極證據足以證明該部分之犯罪事實時，即可印證其真實性，自應為有利於被告之認定。此項對於被告有利之證據，恰與被害人之指述互為對立之證據。被害人就其被害之經過，雖依人證之調查程序具結陳述，究仍與一般證言之證據價值並不相同，且為防止虛偽，以確保其供述之真實性，因此判例上乃認有補強證據要求之必要性。被告就被訴事實有利之供述經測謊鑑定並無任何虛偽之情緒波動反應，與被害人之指證間，何者為可採，何者為不可採，應依經驗法則為合理之比較，詳予闡述取捨之心證理由，始足以昭折服。本件上訴人經原審囑託法務部調查局實施測謊鑑定結果認：「(一)此案 0000-000000（即甲男，下同）有對你口交嗎？答：沒有。(二)你有沒有壓著 0000-000000 的頭含你

的生殖器？答：沒有。經鑑定結果無不實反應」等情，有該局鑑定說明書及相關資料可參。自屬對上訴人有利之證據資料。原判決並未論列說明上開有利之測謊證據，何以與真實性不符之理由，徒以測謊鑑定報告不得作為唯一認定之證據，並以甲男年僅十餘歲，若非遭上訴人性侵害，豈有可能任意指述遭性侵害地點、時間及方式之理，乃認不得以測謊鑑定報告否認甲男證詞之真實性云云，揆之說明，其自由判斷之職權運用顯不合證據法則。另原判決關於事實欄一之(二)犯行，於理由內僅引用甲男之指述為證據，同有理由不備之違法。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決有撤銷發回更審之原因。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 八 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 呂 丹 玉

法官 李 嘉 興

法官 張 惠 立

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 十六 日

G

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3234

【裁判日期】 1020808

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三二三四號

上 訴 人 林首臣

選任辯護人 楊正評律師

上 訴 人 曹登傑

選任辯護人 巫宗翰律師

賴呈瑞律師

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例案件，不服台灣高等法院中華民國一〇二年一月二十九日第二審判決（一〇〇年度上訴字第三〇〇八號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十九年度偵字第八四九四號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決綜合全部卷證資料，認定上訴人林首臣、曹登傑二人有如其事實欄所載之販賣第三級毒品犯行，已詳敘認定犯罪事實所憑之證據與認定之理由，因認上訴人等犯行明確，而撤銷第一審有關其等販賣第三級毒品部分之科刑判決，改判仍論

處林首臣販賣第三級毒品二罪刑，曹登傑販賣第三級毒品十八罪刑，從形式上觀察，無足以影響判決結果之違法情形存在。林首臣上訴意旨略稱：其在原審聲請傳喚證人陳治國、陳武亮以調查是否有供出毒品來源為高國壽、盧立傑、楊門義等人並因而查獲之事實，原判決未予調查復未說明不予調查之理由，有調查未盡及理由不備之違誤；又其除供出毒品來源為詹伯生外，尚供出高國壽、盧立傑、楊門義等人亦為其毒品來源，並因而查獲，原判決雖就其供出毒品來源為詹伯生部分，適用毒品危害防制條例第十七條第一項規定減輕其刑，但就其供出毒品來源為高國壽等三人部分，未說明不適用上開規定減輕其刑之理由，有理由不備之違誤。其所販賣第三級毒品之數量不大，金額不高，原判決就此部分，未說明不適用刑法第五十九條規定酌減其刑，有理由不備之違誤云云。曹登傑上訴意旨略稱：原審於民國一〇二年一月十五日更新審判程序時，審判長係先就是否適用毒品危害防制條例第十七條第一項規定之事實進行調查，再對其之犯罪事實重行更新調查程序，而與刑事訴訟法第二百八十八條第四項應先調查犯罪事實再調查科刑資料之規定有違；原判決未審酌其犯後坦承犯行，販毒所得不多，並無前科等情，未適用刑法第五十九條規定酌減其刑，有適用法則之違誤；原判決所為量刑及定執行刑未考量該罪輕重間體系之平衡，整體犯罪非難評價，各行為間之偶發性，前科之關聯性等，有違比例原則及公平正義原則，並請宣告緩刑云云。按證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，苟其判斷無違經驗法則或論理法則，即不能任意指為違法。本件原判決依憑林首臣、曹登傑之自白、證人吳秉洋、彭士哲、劉珂成、湯發駿之證述，通訊監察書及通訊監察譯文、行動電話門號雙向通聯查詢資料、扣案之行動電話等證據資料，及參酌卷內其他證據調查之結果，綜合判斷，認定林首臣確有販賣第三級毒品二次犯行，曹登傑確有販賣第三級毒品十八次犯行，已敘明其取捨證據及認定事實之心證理由，所為論斷無違經驗法則及論理法

則。查(一)刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，若僅枝節性問題，或所證明之事項已臻明確，或就同一證據再度聲請調查，自均欠缺其調查之必要性，未為無益之調查，無違法可言。原判決就林首臣供出其毒品來源為詹伯生因而查獲部分，已適用毒品危害防制條例第十七條第一項規定減輕其刑。而高國壽、盧立傑、楊門義等人雖因販賣第三級毒品犯行，經台灣桃園地方法院檢察署檢察官以一〇一年度偵字第九九三三、一一五六九號起訴書提起公訴，惟依起訴書所記載之犯罪事實，並無其等販賣第三級毒品予林首臣之犯行（見原審卷第二三八頁以下），而與林首臣應否適用毒品危害防制條例第十七條第一項規定減輕其刑並無關聯，原判決就此部分未說明其理由，核無調查未盡及理由不備之違誤。(二)毒品危害防制條例第十七條第一項對於供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑之規定，涉及刑罰權範圍擴張、減縮事由，應視同構成刑罰權成立之基礎事實，屬於嚴格證明事項，所採之證據應具備證據能力，並應於審判期日依法定程序進行調查，始能作為刑罰量處之依據，其調查程序屬於證據調查範圍。而刑事訴訟法第二百八十八條第四項所稱科刑資料係指刑法第五十七條或第五十八條所規定之內容，為單純科刑情狀之事實，屬自由證明事項，其調查次序列於審判長調查證據及就被訴事實訊問被告後行之，兩者所適用之程序並不相同。本件曹登傑是否供出來源並因而查獲其他正犯或共犯，因攸關毒品危害防制條例第十七條第一項減輕或免除其刑之適用，屬應經嚴格證明事項，原審依嚴格證明程序調查此部分證據以認定事實，核無違誤。(三)應否依刑法第五十九條酌量減輕其刑，乃法院依審判職權，得為自由裁量之事項，原審審酌上訴人等之犯罪情狀，認無可憫恕之事由，未依該條規定酌減其刑，並不違法。

而量刑輕重及應執行刑之量定，係實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。原判決以曹登傑之責任為基礎，具體審酌曹登傑知悉愷他命為第三級毒品，對施用者身心將造成嚴重傷害，影響其經濟能力，甚且造成家庭破裂戕害國力，仍加以販賣，販賣次數頻繁，並無前科，始終坦承不諱等一切情狀，而為刑之量定並定其應執行刑，核屬事實審法院量刑職權之適法行使。此外，上訴意旨，對於原判決究竟如何違背法令，並未依據卷內資料為具體之指摘，對原審採證認事之職權行使，任意爭執，難謂已符合首揭法定上訴要件，其等關於販賣第三級毒品部分之上訴不合法律上之程式，均應予駁回。本件既從程序上駁回上訴，曹登傑請求本院宣告緩刑，自無從審酌，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 八 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 石 木 欽

法官 洪 佳 濱

法官 段 景 榕

法官 洪 兆 隆

法官 黃 仁 松

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 十五 日

E

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3288

【裁判日期】 1020815

【裁判案由】 違反貪污治罪條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三二八八號

上 訴 人 蔡瑞湖

選任辯護人 吳建勛律師

上 訴 人 傅仁和

選任辯護人 陳清朗律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇一年四月二十五日第二審更審判決（一〇〇年度重上更(三)字第二六號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署九十二年度偵字第一三三八、一七三三、一七七九、四三九一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於蔡瑞湖部分撤銷，發回台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、本件原判決撤銷第一審關於上訴人蔡瑞湖部分之不當判決，改判論處蔡瑞湖連續有調查職務之公務員，對於違背職務之行爲，收受賄賂，及依想像競合犯關係，從一重論處其連續對於主管之事務，明知違背法令，利用身分圖自己不法利益，因而獲得利益各罪刑。固非無見。
- 二、惟按法院組織法第六十二條規定，檢察官於其所屬檢察署管轄區域內執行職務，但遇有緊急情形或法律另有規定者，不在此限。足見除非有但書情形外，否則檢察官僅於其所屬檢

察署管轄區域內，始有行使偵查犯罪之職權。而刑事訴訟法第二百二十九條第一項第一款規定，警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長於其管轄區域內為司法警察官，有協助檢察官偵查犯罪之職權。可見該款司法警察官，於管轄區域內，才有協助檢察官偵查犯罪之職權。又同法第二百三十條第一項第一款、第二項、第二百三十一條第一項第一款、第二項，雖僅規定警察官長、警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查。但既規定警察官長應將犯罪嫌疑調查之情形報告該管檢察官及協助偵查犯罪之司法警察官；警察應將犯罪嫌疑調查之情形報告該管檢察官及司法警察官；警察官長應受檢察官之指揮，偵查犯罪；警察應受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪。顯見上開警察官長、警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查之職權，亦應限於管轄區域內，始得為之。再警察勤務條例第三條規定，警察勤務之實施，應晝夜執行，普及轄區。各級警察機關通報越區辦案應行注意要點第一點規定，為發揮各級警察機關整體偵防力量，提升打擊犯罪能力及避免於越區辦案時，因執行、配合不當，引致不良後果，特訂定本要點。第三點第一項前段規定，各級協助偵查犯罪人員，於管轄區外執行搜索、逮捕、拘提等行動時，應通報當地警察機關會同辦理。第六點第二項規定，各級警察機關搜獲他轄犯罪確切情報，可通報當地警察機關偵處，因而偵破刑案或緝獲逃犯，視同共同偵破。均可見警察官長、警察原各有管轄區域，於管轄區域內始有調查犯罪之職權，因調查犯罪，如欲於管轄區外執行搜索、逮捕、拘提等行動時，應通報當地警察機關會同辦理。而於搜獲他轄犯罪確切情報，則可通報當地警察機關偵處。並非得於管轄區域外調查犯罪。否則，無異較檢察官與協助偵查犯罪之司法警察官，擁有更廣泛不受轄區限制之調查犯罪權限，顯非適宜。

三、貪污治罪條例第四條第一項第五款所謂「職務」，係指公務

員法定職務權限範圍內，並有具體影響可能之事務；同條例第六條第一項第四款所謂「主管之事務」，係指依法令於職務上有主持或執行權責之事務。查原判決事實認定蔡瑞湖於民國八十九年十二月至九十年四月十八日，在屏東縣警察局屏東分局，九十年四月十九日起在該局東港分局，均擔任刑事小隊長，而洪旭芳在屏東縣東港鎮○○路○○○號一樓經營「泛亞電子遊藝場」、在同縣枋寮鄉○○○○○○○○區○○路○○號一樓經營「遠傳電子遊藝場」，擺設賭博性電動機具與不特定之人賭博財物，蔡瑞湖明知「泛亞電子遊藝場」有賭博犯行，竟同意協助洪旭芳避免員警取締、偵辦，而連續於九十年一月間某日及同年二月間某日，向洪旭芳收取「公關費」各新台幣（下同）五萬元，並自八十九年十二月起，在「泛亞電子遊藝場」入股二股，自九十年五月起在「遠傳電子遊藝場」入股二股，至九十二年二月二十四日止，共獲得不法利益計二百三十萬元（見原判決第二至四頁）。倘屬無訛，八十九年十二月至九十年四月十八日，「泛亞電子遊藝場」非在蔡瑞湖轄區內，而「遠傳電子遊藝場」亦從未在其轄區內，依上開說明，縱其知悉該等遊藝場內有賭博犯行，既無調查犯罪之職權，則其收取上開「公關費」，是否構成貪污治罪條例第四條第一項第五款違背職務之行爲收受賄賂罪，又其於八十九年十二月至九十年四月十八日在「泛亞電子遊藝場」、九十年五月至九十二年二月二十四日在「遠傳電子遊藝場」入股參與賭博，是否構成同條例第六條第一項第四款之對於主管之事務圖利罪，殊有研求餘地。上訴意旨執以指摘原判決不當，非無理由。應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。至原判決不另諭知無罪部分，基於審判不可分原則，應併予發回。

貳、上訴駁回部分：

一、按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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、上訴人傅仁和上訴意旨略以：(一)所謂「股東名冊」非屬刑事訴訟法第一百五十九條之四規定之文書，不得為證據，原判決遽認有證據能力，於法未合。(二)洪旭芳、張英惠於法務部調查局南部機動組（以下簡稱南機組）之陳述與審判中不符，原判決未就外部狀況為調查、判斷及說明，遽認先前陳述具有較可信之特別情況，違背證據法則，並有理由不備之違法。(三)「股東名單」並未記載其姓名，而其配偶姓名係邱秀英，非邱秀櫻，「股東名單」所記載「櫻」非其配偶，且「股東名單」與「罰款股東分攤」之記載內容不符，「股東名單」顯有重大瑕疵，應調查其他事證，又經原審函查，其在彰化銀行屏東分行、屏東林森郵局之帳戶，配偶邱秀英在合作金庫屏東分行之帳戶，並無平均四萬元之額外收入，足見其並無入股收取「股利」，原判決均未詳查，有應於審判期日調查證據未予調查之違法云云。

三、惟查原判決撤銷第一審關於傅仁和部分之不當判決，改判依想像競合犯關係，從一重論處其連續對於主管之事務，明知違背法令，利用身分圖自己不法利益，因而獲得利益罪刑。已詳敘認定犯罪事實之依據及憑以認定之理由。並對洪旭芳、張英惠於南機組調查中所為之陳述與審判中不符，其先前之陳述因受外力干擾、威嚇、利誘可能性甚低，洪旭芳有選任辯護人在場陪同，張英惠陳稱無刑求、非法逼供，具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要，如何得為證據，依據卷內資料予以說明。從形式上觀察，原判決並無

任何違背法令之處。又查：(一)原判決係依憑洪旭芳於警詢、南機組調查、偵查中及張英惠於南機組調查中之證述，卷附洪旭芳、張英惠測謊報告書、測謊鑑定過程參考等資料，而認定傅仁和插股泛亞、遠傳電子遊藝場收取「股利」，至扣案股東名單固係被告以外之人於審判外之書面陳述，然除去該證據並不影響傅仁和犯罪之認定。(二)傅仁和收取之「股利」非必然存入其及配偶之上開銀行等帳戶，尙無從據此銀行帳戶資料而為其有利認定，原判決雖未說明，於判決無影響，要難執為適法上訴第三審之理由。上訴意旨置原判決之論敘於不顧，徒憑己見，再為事實上之爭辯，且對原審採證認事之職權行使及於判決無影響事項，任意指摘，難謂已符合首揭法定上訴要件。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條、第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 十 五 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 何 菁 莪

法官 洪 曉 能

法官 韓 金 秀

法官 郭 玫 利

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 十 六 日

Q

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3381

【裁判日期】 1020822

【裁判案由】 違反銀行法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三三八一號

上 訴 人 劉奕樑

陳長生

共 同

選任辯護人 陳峰富律師

上 訴 人 姜志峰

蘇明智

郁麗榮

許鈞濱

洪政堯

浦美如

浦美娟

姜紹甫

王益聰

張寶珠

劉月紅

方文孜

呂明聰

孫秀薇

張家淳

上列十七人

共 同

選任辯護人 張簡勵如律師

上 訴 人 黃玉珠
陳錦美
林正修

上 列 三 人
共 同

選任辯護人 李慧千律師

上 訴 人 蔣馨誼
黃秀年
李泳弘（原名李正達）

上列上訴人等因違反銀行法案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇二年二月二十日第二審更審判決（一〇〇年度金上重更(一)字第四號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十五年度偵字第一八四八九、一八八八三、二三一四〇、二六八六二號，追加起訴案號：同署九十六年度偵字第九四八〇號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於劉奕樑、陳長生、姜志峰、蘇明智、郁麗榮、許鈞濱、洪政堯、浦美如、浦美娟、姜紹甫、王益聰、張寶珠、劉月紅、方文孜、呂明聰、孫秀薇、張家淳、黃玉珠、陳錦美、林正修、蔣馨誼、黃秀年部分撤銷，發回台灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分

本件原判決撤銷第一審關於上訴人劉奕樑、陳長生違反銀行法部分科刑之判決及上訴人姜志峰、蘇明智、郁麗榮、許鈞濱、洪政堯、浦美如、浦美娟、姜紹甫、王益聰、張寶珠、劉月紅、方文孜、呂明聰、孫秀薇、張家淳、黃玉珠、陳錦美、林正修、蔣馨誼、黃秀年等二十人被訴違反銀行法無罪之判決，改判均各論處上訴人等共同法人行為負責人犯銀行法第一百五十五條第一項前

段之非法經營銀行業務罪刑，固非無見。

惟查：(一)、銀行法第一百二十五條第一項之罪，在類型上係違反專業經營特許業務之犯罪，屬於特別行政刑法，其後段將「犯罪所得達新台幣一億元以上者」，資為非法經營銀行業務之加重處罰條件，無非係基於違法辦理收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務所收受之款項或吸收之資金規模達新台幣（下同）一億元以上者，因「犯罪所得愈高，對社會金融秩序之危害影響愈大」所為之立法評價。就違法吸金而言，立法目的既在處罰達一定規模之吸金行為，則犯罪行為人於對外違法吸收取得資金時，犯罪已然既遂，即使犯罪行為人事後再予返還，仍無礙於本罪之成立。從而本條項後段所稱「犯罪所得」，自係指犯罪行為人參與違法吸收之資金總額而言，即令犯罪行為人負有依約返還本息之義務，亦不得用以扣除，始符立法本旨。至於同法第一百三十六條之一關於「犯罪所得」財物之沒收，所以規定「除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，屬於犯人者，沒收之」，乃側重在剝奪犯罪行為人從犯罪中取得並保有所有權之財物，有將之強制收歸國家所有，使其無法享受犯罪之成果，故得為沒收之「犯罪所得」財物，必須是別無他人對於該物得以主張法律上之權利者，始足語焉。細繹兩者「犯罪所得」之規定，同詞異義，概念個別。違法吸金當事人約定返還本金者，因與計算「犯罪所得」無涉，自無庸扣除，為本院最近一致之見解。原判決事實認定本件違法吸收之資金，截至民國九十五年八月十五日止，共計二十二億餘萬元（詳如原判決附表《下稱附表》三所載），如若所認無訛，則上訴人等所犯者應為銀行法第一百二十五條第一項後段之罪，原判決以本案吸收之資金依約定尚須返還本金予投資人，乃認其犯罪所得未達一億元以上，除據此撤銷第一審所為論處劉奕樑、陳長生犯銀行法第一百二十五條第一項後段之非法經營銀行業務罪刑，並均改諭知上訴人等共同犯同條第一項前段之罪，揆之說明，自有適用法則不當之違背法令。(二)

、學理上所稱之相續共同正犯（承繼共同正犯），固認後行為者於先行行為者之行為接續或繼續進行中，以合同之意思，參與分擔實行，其對於介入前先行行為者之行為，苟有就既成之條件加以利用而繼續共同實行犯罪之意思，應負共同正犯之全部責任。但刑法修正前之連續犯、牽連犯等裁判上一罪，以及集合犯、結合犯與刑法修正前之常業犯等實質上一罪，本係合併數個獨立犯罪或結合成一罪，而從一重處斷或以一罪論，故如後行為者介入前，先行行為者之行為已完成，又非其所得利用者，自不應令其就先行行為者之行為，負其共同責任。違反銀行法第二十九條第一項規定而經營銀行業務之行為，行為人先後多次非法經營銀行業務之犯行，依社會客觀通念，符合一個反覆、延續性之行為概念，屬於集合犯實質上一罪關係。犯罪行為人對外違法吸收資金，於反覆多次收取被害人交付之資金時，其各該當次之犯罪實已成立，僅在評價上以一罪論而已。因此，其他犯罪行為人在共同意思聯絡範圍內，應僅止於對其參與之後，就嗣後違法吸收之資金，負共同正犯之罪責，對於參與之前已違法吸收之資金，既與其參與之行為不具因果關係，亦非其所得利用，自不應令負違反銀行法之共同正犯罪責。姜志峰、蘇明智、郁麗榮、許鈞濱、洪政堯、浦美如、浦美娟、姜紹甫、王益聰、張寶珠、劉月紅、方文孜、呂明聰、孫秀薇、張家淳、黃玉珠、陳錦美、林正修、蔣馨誼、黃秀年等二十人，究竟各係於何時任職於成豐開發股份有限公司（下稱成豐開發公司）參與吸收資金之行為，攸關其等共同「犯罪所得」總額多寡之計算，以及銀行法第一百二十五條第一項前段或後段法律正確適用，自有根究明白之必要。原判決對此並未翔實調查、審認，闡述其憑以認定之依據，而僅泛以其等曾在成豐開發公司任職，即使令就附表三違法吸收之總資金與劉奕樑、陳長生負共同正犯罪責，自非適法。上訴意旨執以指摘原判決違法，為有理由，應認關於劉奕樑、陳長生、姜志峰、蘇明智、郁麗榮、許鈞濱、洪政堯、浦美如、浦美娟、姜紹甫、王益聰、張寶

珠、劉月紅、方文孜、呂明聰、孫秀薇、張家淳、黃玉珠、陳錦美、林正修、蔣馨誼、黃秀年部分有撤銷發回更審之原因。至原判決不另為無罪諭知部分，基於審判不可分原則，應併予發回，附此敘明。

貳、上訴駁回部分

查第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後十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，刑事訴訟法第三百八十二條第一項、第三百九十五條後段規定甚明。本件上訴人李泳弘（原名李正達）因違反銀行法案件，不服原審判決，於一〇二年三月十四日提起上訴，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，其上訴自非合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條、第三百九十五條後段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 二十二 日
最高法院刑事第七庭

審判長法官 賴 忠 星
法官 呂 丹 玉
法官 李 嘉 興
法官 張 惠 立
法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 二十九 日

G

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3457

【裁判日期】 1020823

【裁判案由】 違反性騷擾防治法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三四五七號

上 訴 人 國防部最高軍事法院檢察署檢察官

上 訴 人

即 被 告 鍾昌賜

選任辯護人 劉龍飛律師

黃宗哲律師

上列上訴人等因被告違反性騷擾防治法案件，不服國防部最高軍事法院中華民國一〇二年五月九日第二審判決（一〇二年度上訴字第二號，起訴案號：國防部高等軍事法院檢察署一〇一年度偵字第二五號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於有罪部分撤銷。

上開撤銷部分不受理。

理 由

本件原判決認性騷擾防治法第二十五條第一項之罪（下稱性騷擾罪），係陸海空軍刑法第七十六條第一項第七款、第二項所定刑法妨害性自主罪章之特別法，軍事法院對現役軍人犯性騷擾罪有審判權。並認定上訴人即被告甲○○係現役軍人有原判決事實欄所記載之犯罪事實，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判仍論以被告意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為觸摸其他身體隱私處之行爲（即犯性騷擾罪），量處有期徒刑四月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，固非無見。

惟按對於被告無審判權者，應諭知不受理之判決；法院受理訴訟

不當者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百零三條第六款、第三百七十九條第五款，分別定有明文。又對於被告無審判權者，應諭知不受理之判決，並同時諭知移送於管轄法院檢察署，為軍事審判法第一百六十九條第六款、第一百七十條所明定。再民國一〇二年八月十三日修正公布（下稱修正）前軍事審判法第一條第一項前段規定，現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判之。而陸海空軍刑法第七十六條第一項第七款及第二項分別規定「現役軍人犯刑法妨害性自主罪章之罪，除本法另有規定外，依各該規定處罰。」、「前項各罪，特別法另有規定者，從其規定。」則現役軍人於修正軍事審判法施行前（修正軍事審判法第二百三十七條第二項規定，第一條第一項自公布日施行，依中央法規標準法第十三條規定，自公布之日起算至第三日即同年月十五日起生效）犯不屬刑法妨害性自主罪章及其特別法之罪者，不得依軍事審判法之規定追訴審判之，即軍事法院並無審判權。次按中央法規標準法第十六條規定「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」明定特別法優於普通法之法律適用原則。又普通刑法係適用於一般人、事、時、地及犯罪行為，特別刑法則因應特殊需要所制定，其適用範圍限定在特定人、事、時、地及犯罪行為。而特別刑法所定犯罪類型，有就普通刑法已有規定之犯罪行為重複規定者，有就普通刑法所無之犯罪行為補充規定者。前者依特別法優於普通法之適用原則，應優先適用特別刑法之規定，後者並無特別刑法與普通刑法之法條競合關係，應直接適用特別刑法之規定。陸海空軍刑法第七十六條第二項既明定「前項各罪，特別法另有規定者，從其規定。」明白揭示特別法優於普通法之法律適用原則，應係指普通刑法已有規定之犯罪行為重複規定之情形而言。參酌性騷擾防治法第二條規定「本法所稱性騷擾，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為，且有下列情形之一者：一、以該

他人順服或拒絕該行為，作為其獲得、喪失或減損與工作、教育、訓練、服務、計畫、活動有關權益之條件。二、以展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之方式，或以歧視、侮辱之言行，或以他法，而有損害他人人格尊嚴，或造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響其工作、教育、訓練、服務、計畫、活動或正常生活之進行。」明定性騷擾係指「性侵害犯罪以外」之行為，而同法第二十五條第一項之性騷擾罪，其犯罪構成要件為意圖「性騷擾」，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為，與刑法妨害性自主罪章（第十六章）所定刑法第二百二十四條之強制猥褻罪、第二百二十四條之一之加重強制猥褻罪所定行為態樣與保護法益，俱有明顯不同，應係就不成立（加重）強制猥褻罪之行為，加以補充而非重複規定為犯罪行為，應不屬刑法妨害性自主罪章所定（加重）強制猥褻罪之特別法。否則，倘認性騷擾罪係（加重）強制猥褻罪之特別法，依特別法優於普通法之法律適用原則，性騷擾罪應優先於（加重）強制猥褻罪而為適用，顯不合立法本意。是以性騷擾罪並非刑法妨害性自主罪章之特別法，並無陸海空軍刑法第七十六條第二項、第一項第七款之適用。至於原判決理由所援引「行政院秘書長七十六年七月七日台七六法字第一五〇四五號函抄行政院及司法院研商結論」，係針對特別刑法應歸屬為「刑法」或「陸海空軍刑法」之特別法所為，與判斷性騷擾罪是否屬於刑法妨害性自主罪章之特別規定，並無直接關聯，不能比附援引。是以，現役軍人於修正軍事審判法施行前犯性騷擾罪，應不得依軍事審判法之規定追訴審判之，亦即軍事法院並無審判權。

經查：本件第一審及原審係軍事法院，對本件被告被訴涉犯性騷擾罪，依上述說明，並無審判權。原判決關於有罪部分（原判決就被告被訴涉犯性騷擾罪諭知無罪部分，不屬軍事審判法第一百八十一條第四項所定得向最高法院提起上訴之案件，檢察官亦未

提起上訴，已經判決確定，不在本院審判範圍），雖撤銷第一審所爲有罪判決，但未依軍事審判法第一百六十九條第六款、第一百七十條之規定，改判諭知不受理並移送管轄法院檢察署，而爲實體判決諭處被告犯性騷擾罪之罪刑，被告上訴意旨執此指摘原判決此部分有判決適用法則不當之違法（檢察官上訴意旨未指摘及此），應認爲有理由，爰依修正後軍事審判法第一條第二項第一款規定，適用刑事訴訟法第三編第三章第三審之規定，將原判決關於有罪部分撤銷，改判諭知不受理。又被告被訴涉犯性騷擾罪既不屬修正前軍事審判法第一條第一項所定應依軍事審判法追訴審判之陸海空軍刑法或其特別法之罪，亦非修正後軍事審判法第一條第一項、第二項第一款（自公布日施行）所定應依軍事審判法追訴、處罰之陸海空軍刑法或其特別法之罪，應依刑事訴訟法規定追訴、處罰，故適用刑事訴訟法第三編第三章第三審之規定審判，而不適用軍事審判法第二百零六條第一項前段所定準用軍事審判法第一編第三章第一百七十條有關因無審判權而諭知不受理之判決，並同時諭知移送於管轄法院檢察署之規定（刑事訴訟法第三百八十七條規定，第三審之審判，除有特別規定外，準用第一審審判之規定，然第三百零三條第六款規定對於被告無審判權者，應諭知不受理之判決，並未規定同時諭知移送於管轄法院檢察署），故不同時諭知移送於管轄法院檢察署。管轄法院檢察署檢察官於指揮執行時，應就原判決關於有罪部分另行偵辦；本件原判決認定被告所犯陸海空軍刑法第七十六條第一項第七款、第二項、性騷擾防治法第二十五條第一項之性騷擾罪，其最重本刑爲有期徒刑二年，雖屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款之案件，然參酌八十八年十月二日修正公布軍事審判法第一百八十一條第四項立法理由揭示：依司法院釋字第四三六號解釋，平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告以判決違背法令爲理由向普通法院請求救濟，係基於憲法保障軍人訴訟權利及司法院爲國家最高司法機關之意旨，使軍人得向最高法院

上訴，增加審級救濟之利益，爰衡酌司法資源能量有限，應予妥適分配，明定被告（按九十二年六月十一日修正公布第一百八十一條修正為「當事人」）不服最高軍事法院宣告有期徒刑以上之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向最高法院提起上訴，即便屬刑事訴訟法第三百七十六條之案件，既為最高軍事法院所判，仍得以最高法院為終審法院，增訂為第四項之意旨，被告及國防部最高軍事法院檢察署檢察官於修正軍事審判法施行前之一〇二年五月二十四日、六月五日，分別以判決違背法令為理由上訴於本院，自屬合乎規定，且不受其後修正軍事審判法施行影響，爰適用修正前之程序終結之，附此敘明。

據上論結，應依修正軍事審判法第一條第二項第一款，刑事訴訟法第三百九十八條第二款、第三百零三條第六款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 二十三 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 黃 一 鑫

法官 張 春 福

法官 吳 三 龍

法官 蔡 彩 貞

法官 李 錦 樑

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 二十七 日

V

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3464

【裁判日期】 1020828

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三四六四號

上 訴 人 林祺歲

選任辯護人 陳泓年律師

上列上訴人因毒品危害防制條例等罪案件，不服台灣高等法院中華民國一〇二年五月八日第二審判決（一〇一年度上訴字第一五三七號，起訴案號：台灣士林地方法院檢察署一〇〇年度偵字第八五七一、八五七二、八五七三、九〇二七號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由係屬二事。本件原審經審理結果，認為上訴人林祺歲意圖販賣而持有第二級毒品 MDMA 搖頭丸、四氫大麻酚、第三級毒品愷他命及對氯安非他命，暨未經許可持有制式半自動手槍、子彈之犯行明確，因而撤銷第一審關於上訴人共同持有第二級毒品純質淨重二十公克以上部分之

科刑判決及諭知上訴人其餘被訴部分無罪之判決，改判變更檢察官起訴販賣第二、三級毒品罪之起訴法條，依想像競合犯之規定，論處上訴人意圖販賣而持有第二級毒品罪刑（處有期徒刑四年，並為相關從刑之宣告）及未經許可，持有手槍罪刑（處有期徒刑五年六月，併科罰金新台幣〈下同〉十萬元，罰金如易服勞役，以一千元折算一日，並為相關從刑之宣告），已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。從形式上觀察，並無違反經驗、論理法則或其他足以影響判決結果之違法情形存在。上訴人上訴意旨略稱：（一）第一審法院就上訴人犯行並無管轄權，其欠缺亦無從經公訴人追加起訴對之有管轄權之同案被告蕭叡鴻而補正，且蕭叡鴻其後已經法院判決無罪確定，更足徵本件所認對上訴人有管轄權係屬不當。原審率為實體判決，自有認定管轄不當之違法。（二）原審拒卻上訴人傳喚證人黃義澄及請求測謊之聲請，復未函查蕭叡鴻之工作打卡單以釐清其說詞真偽，致誤判上訴人係自行租賃房屋存放毒品、槍枝，而非代蕭叡鴻承租房屋，自有調查未盡之違法。爰聲請本院將扣案槍枝及其外罩衣物送請法務部調查局為 DNA 鑑定，並請求傳喚證人黃義澄、魏果易等人，上訴人並願接受測謊鑑定，以證上訴人並無持有槍枝犯行，亦未有販賣毒品之意圖。（三）上訴人就租屋處藏放槍枝一事毫不知情，此觀該租屋處係上訴人受他人指示而租賃，及上訴人遭查獲當下之驚訝言行等情即明，且上訴人既自首交付毒品以求減刑，焉有不併交付槍枝以求寬免之理？原審單憑民國一〇〇年七月七日之通聯紀錄率認該藏放槍枝犯行與蕭叡鴻無涉，卻置其餘通聯紀錄及蕭叡鴻之矛盾陳述於不顧，均有判決理由不備及理由矛盾之違誤云云。

二、惟查：

（一）、證據之取捨及其證明力之判斷與事實之認定，俱屬事實審法

院自由判斷裁量之職權，此項自由判斷職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則及論理法則，即難任憑己意，指摘為違法，而據為第三審上訴之適法理由。且法院憑以認定犯罪事實之證據，並不悉以直接證據為限，即綜合各種直接、間接證據，本於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，並非法所不許。又證人之陳述，雖前後稍有差異或彼此矛盾，事實審法院並非不得本於經驗及論理法則，斟酌其他情形，作合理之比較，定其取捨，非謂其中一有不符，即應全部不予採信。原判決採納證人陳憲興、蕭叡鴻之證詞、卷附房屋租賃合約書、相片、行政院衛生署食品藥物管理局檢驗報告書、內政部警政署刑事警察局毒品、槍枝鑑定書及 101 年 2 月 21 日刑鑑字第 0000000000 號函、通聯紀錄，暨扣案毒品、槍、彈、包裝袋、塑膠夾鍊袋，電子磅秤等證據資料，再審酌上訴人坦承於其出面承租房屋內為警查獲上揭第二、三級毒品及槍枝、子彈等物之事實，詳加研判，認定上訴人有上述犯行等情；復說明上訴人所辯：「查獲之毒品、手槍及子彈均係蕭叡鴻攜至上開租屋處藏放，並非伊所有」云云，如何係卸責之詞，不可採信；扣案手槍上未採驗得上訴人之指紋，如何不足為上訴人有利之認定；及上訴人持有上述毒品部分，如何有販賣營利之意圖，並非單純持有等旨，係合乎推理之邏輯規則，尚非原審主觀之推測，核與經驗及論理法則並不相違背，且非僅憑蕭叡鴻之證言，即為上訴人不利之認定，亦難認有何採證及證據上理由矛盾之違法情事。

(二)、按法院之管轄，乃裁判權之分配，即法院對具體之一定案件所得行使裁判權之界限。而法院管轄權之發生係以先有審判權為前提，必也普通法院先有審判權，始得審究應由何一法院管轄。又刑事案件依刑事訴訟法第五條第一項規定，固由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，但數同級法院管轄之案件相牽連而未繫屬於數法院者，自得依刑事訴

訟法第六條第一項之規定，由其中一法院合併管轄，此為法定管轄之擴張。而關此管轄之有無，固以起訴時為準，但起訴時雖欠缺管轄權，倘在法院未為管轄錯誤之判決前，復適法取得管轄權，則原管轄權之瑕疵即因此治癒，不得認法院無管轄權。以檢察官就相牽連案件中無管轄權部分之案件起訴為例，倘於起訴後法院判決前，隨即將相牽連而有管轄權部分之案件追加起訴，則此時應認其已補正先前案件管轄權之欠缺，而得對相牽連之兩案合併審判；且相牽連之兩案既經為合併管轄，並予受理在案，則經審理結果，縱認原有管轄權部分之案件應為無罪、免訴或不受理之判決，法院仍應就合併管轄之他案續行審理，不得認原適法取得管轄之他案因此喪失其管轄權。否則，相牽連案件合併管轄之有無，竟繫於各案件事後審理之結果，豈不謬誤！本件依檢察官起訴書及追加起訴書犯罪事實欄一所載：「林祺歲與……蕭叡鴻……二人明知 MDMA（搖頭丸）、四氫大麻酚（神奇蘑菇）為……第二級毒品；愷他命、對氯安非他命（喵喵）為……第三級毒品，依法均不得販賣，詎二人……竟共同基於意圖營利而販賣第二級、第三級毒品之犯意聯絡，於民國一〇〇年四月十九日，由蕭叡鴻囑林祺歲承租位在台北市〇〇區〇〇街〇〇號〇樓之〇之房屋，作為屯放毒品之倉庫後，自翌日（二十）起，由蕭叡鴻於不特定之時間，向姓名年籍不詳之成年人販入數量不詳之 MDMA、四氫大麻酚、愷他命及對氯安非他命後，以計程車載運至台北市〇〇區〇〇街〇〇號附近，再囑林祺歲至計程車上將不詳數量之毒品持至上址租屋處藏放……」等情，係認定上訴人與蕭叡鴻共犯毒品危害防制條例第四條第二、三項之販賣第二、三級毒品罪。雖其時上訴人之住、居地及其被訴上開犯罪地點，均非在原審管轄區域，然檢察官所認共同正犯蕭叡鴻則居住在台北市〇〇區，有該追加起訴書在卷足憑。則上訴人與蕭叡鴻上開被訴犯行，即屬

刑事訴訟法第七條第二款所規定之「數人共犯一罪或數罪」之相牽連案件，第一審法院對上訴人被訴本件犯行，自有相牽連之管轄權。縱其後蕭叡鴻被判無罪確定，仍不影響原法院就上訴人部分之案件適法取得之管轄權。上訴意旨以原法院對上訴人無管轄權云云置辯，自屬誤會。

(三)、上訴人於原審始終未曾聲請傳喚證人黃義澄、魏果易等人，亦未請求原審將扣案槍枝及其外罩衣物送請法務部調查局為DNA鑑定及對上訴人為測謊鑑定，更未聲請函查蕭叡鴻之工作打卡單；其於最後審判期日調查證據完畢開始辯論前，審判長問上訴人及其辯護人最後尚有何證據請求調查，上訴人及其辯護人均答稱：「無」，亦未聲請原審為如何之調查（見原審卷第一二一頁）。而本院為法律審，上訴人在本院又為此爭執，亦非依據卷內資料執為指摘之適法第三審上訴理由。

(四)、本院為法律審，除訴訟程序及刑事訴訟法第三百九十三條所列得依職權調查之事項外，不得為證據之調查。上訴意旨聲請本院傳喚證人黃義澄、魏果易，並聲請本院將扣案槍枝及其外罩衣物送請法務部調查局為DNA鑑定及對上訴人進行測謊鑑定一節，亦顯為法所不許。

(五)、其餘上訴意旨就屬原審採證認事職權之適法行使，任憑己意妄加指摘為違法，不能認已具備合法上訴第三審之形式要件。依上說明，應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 二十八 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 洪 昌 宏

法官 李 錦 樑

法官 徐 昌 錦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 八 月 三十 日

m

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3692

【裁判日期】 1020912

【裁判案由】 妨害性自主

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三六九二號

上 訴 人 鄭鶴謙

選任辯護人 顏火炎律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服台灣高等法院中華民國一〇二年四月二十四日第二審判決（一〇二年度侵上訴字第五五號，起訴案號：台灣新北地方法院檢察署九十九年度偵字第二二一九五、二六四五七號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決綜合全部卷證資料，認定上訴人甲○○有如其事實欄所載之妨害性自主犯行，已敘明所憑之證據與認定之理由；對於上訴人辯稱未與被害人甲女、丁女（真實姓名、年籍詳卷）為性交，縱有性交亦獲二女同意，未有違背意願情事云云，為不足採，亦依調查所得證據予以指駁、說明。因認上訴人犯行明確，而維持第一審論處上訴人強制性交六罪刑，駁回檢察官及其在第二審之上訴。上訴意旨略稱：（一）原判決所認定上訴人之使

甲、丁二女同意與其性交，向其等所恫稱「如不以新鮮精液當作材料，法術將無效果，先前之付出都將浪費，改運之目的即無法達成」之語，與刑法恐嚇之要件不合，且二女有拒絕且隨時離去之自由，伊未施加強制力，縱有性交亦非違背二女之意願；而該所稱恫語如何會有恫嚇效果而使女子違背意願為性交，理由中並未說明，有理由不備之違法。(二)檢察官於（第一審）審判中主詰問丁女時有以誘導方式使丁女為陳述，有違刑事訴訟法第一百六十六條之一之規定，原審採之為證據，自有違法云云。經查：(一)犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，苟其取捨判斷不違背經驗法則與論理法則，即不能指為違法。本件原判決已敘明依憑上訴人偵查中供承其與甲、丁二女本不認識，平素對前來求「情降」術者，會以男性精液與女性唾液調配佛油，精液係由伊身上取得，伊會讓客戶幫伊口交、手淫或性交等情，證人即被害人甲女、丁女之證述，及電話錄音譯文等證據資料，暨卷內其他證據調查之結果，參互勾稽判斷，於理由內逐一論述剖明其採證認事之理由，認上訴人係以施法術有效且恫以「如不以新鮮精液當作材料，法術將無效果，先前之付出都將浪費，改運之目的即無法達成」等詞之方法違背甲女、丁女之意願而為性交，及上訴人所辯甲女、丁女係自願與其性交云云，如何不足採信，於理由內亦詳為論述、指駁，並敘明本於調查所得之心證，分別定其取捨而為事實判斷之理由，所為論斷及說明，無違經驗法則與論理法則，且屬事實審法院取捨證據職權之適法行使，尚難漫指為違法。(二)刑法第二百二十一條第一項規定所稱「其他違反其意願之方法」，並不以類似同條項所列舉之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等方法為必要，祇要行為人主觀上具備侵害被害人性自主之行使、維護，以足使被害人性自主決定意願受妨害之任何手段，均屬之。而人之智能本有差異，於遭逢感情、健康、事業等挫折，而處於徬徨無助之際，其意思決定之自主能力顯屬薄弱而易受影響，若又以科學上無法即為印證之手段為

誘使（例如法力、神怪、宗教或迷信等），由該行為之外觀，依通常智識能力判斷其方法、目的，欠缺社會相當性，且係趁人急迫無助之心理狀態，以能解除其困境而壓制人之理性思考空間，使之作成通常一般人所不為而損己之性交決定，此行為即屬一種違反意願之方法。是以行為人若施以上開方法而使人為性交之行為，即與犯罪構成要件該當。上訴人假施法力改運之名，利用甲女與男友感情不睦、丁女運勢及工作不順而均陷於非理性求助法術之心理無助壓抑狀態，佯以須取男人新鮮精液製作佛油施法為由，而使二女對法術生效之期待，以口交或以陰莖插入陰道方式，與甲、丁二女為性交，顯係違背甲、丁二女意願而強制性交，原審論以強制性交罪，適用法則，核無不合，不能任意指摘為違法。(三)交互詰問之異議，係為能即時糾正訴訟程序違背法令之情形，防止因不當、不適法之詰問及證人、鑑定人之恣意回答，而誤導事實致影響真實之發見，兼使程序之進行得以迅速、公正為目的，除有刑事訴訟法第一百六十七條之三但書所定例外之情形，原則上應即時提出，倘未即時提出，而程序已進行至另一訴訟階段（包括不同審級），即因已失其實效，此異議時機之遲誤，可視為異議權之喪失（即瑕疵已被治癒），不得執為合法上訴第三審之理由。卷查第一審之審判筆錄，審判長係依檢察官之聲請傳喚證人丁女到庭，並由檢察官行主詰問，縱認檢察官所詰問問題間有「問題中涵攝回答」之誘導詰問而非允當，惟上訴人及其辯護人並未即時就檢察官詰問之方式，以有違背法令或不當為由，而聲明異議，有該審判筆錄可稽（見第一審卷第九十一頁以下審判筆錄）；況上揭證人於原審中再依上訴人之聲請到庭接受其辯護人主詰問仍為相同不利上訴人之陳述，有審判筆錄可按。應認該第一審程序之詰問瑕疵因已進行至另一階段之原審程序而已被治癒。原審乃於該等證詞經合法調查後，本於確信自由判斷其證明力，採為論罪之部分依據，無違法可言。上訴人提起第三審上訴始以證人有受第一審檢察官誘導訊問之嫌為由，爭執該詰問

程序有違刑事訴訟法第一百六十六條之一之規定，顯非第三審上訴之適法理由。此外，上訴意旨，就原審依職權採證認事之適法行使，或就原判決已說明事項，專憑己見，泛指為違法，且為單純事實之爭執，或與判決本旨無關之枝節問題為事實之爭辯，俱非適法之第三審上訴理由，其上訴違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 十二 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 石 木 欽

法官 洪 佳 濱

法官 段 景 榕

法官 黃 仁 松

法官 洪 兆 隆

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 十七 日

G

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3780

【裁判日期】 1020918

【裁判案由】 違反公職人員選舉罷免法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三七八〇號

上 訴 人 吳卿祥

選任辯護人 文 聞律師

高奕驤律師

涂逸奇律師

上列上訴人因違反公職人員選舉罷免法案件，不服台灣高等法院中華民國一〇二年三月二十一日第二審判決（一〇一年度選上訴字第一四號；起訴案號：〈前〉台灣板橋地方法院檢察署九十九年度選偵字第一六〇號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

本件上訴人吳卿祥上訴意旨略稱：（一）、上訴人和案外人張家偉（按未遭起訴，亦未經歷審認定為共同正犯或相關共犯）原均係改制前之台北縣三重市市民代表，純屬同事，並無深交，張家偉欲參選改制後之新北市市議員，因係無黨籍身分，而上訴人則為中

國國民黨黨員，上訴人自不可能爲之助選。張家偉競選總部所申設之電話地址，雖然登記在上訴人戶籍地，且有向上訴人經營之公司借用水電情形，但上訴人既按月收費，業經該公司會計吳麗萍證實，可見毫無特殊待遇；張少峰縱有替人買票賄選，遭判刑確定之情，實與上訴人無關，證人陳雅紋（按係張家偉服務處助理）所供，祇能證明張少峰替張家偉助選，不能推認上訴人與其等諸人熟識；民防人員陳傳富所爲上訴人和關鍵證人李火元（按經另案判罪、附條件緩刑確定）因參加民防活動多年而相熟之證言，無非受檢察官之誘導而陳述，悉不足憑爲不利於上訴人認定之依據。詎原審竟以之推認上訴人和張家偉、張少峰、李火元「交情匪淺」，並與後二人共同賄選，顯然違背經驗法則、論理法則；尤其既未詳加認定彼此之間，究竟如何同謀、分擔行爲或教唆，且無於理由之內充分說明，即嫌理由不備。(二)、李火元在調查中，乃遭調查人員以威脅、利誘之不正手段取供，此由第一審法院勘驗其警詢錄音光碟，發現長達二十分鐘中斷錄音之情，已足證明，李火元在審理中，更直言其在交保之前（按李火元係於另案先遭調、偵查，起訴、移審時，始具保開釋），所爲不利於上訴人之供述，皆不具有任意性，願意承擔偽證責任，還給上訴人清白等語，證人即李火元之選任辯護人游鈺添律師亦詳言李火元翻供經過原委。原審罔顧此情，僅憑李火元在審判外之不實陳述，逕行認定上訴人共同犯罪，自違證據法則。其中，民國一〇〇年一月十七日之偵訊程序，檢察官提解李火元和上訴人對質，卻未通知上訴人之選任辯護人到場，違背刑事訴訟法第二百四十五條第四項規定，原判決認爲不影響上訴人之訴訟防禦權，亦非允洽。(三)、證人黃月鳳（按亦經另案判罪，並附條件緩刑確定）既供稱此次賄選所用之「親友芳名錄」已經燒燬等語，原判決卻採用扣案之空白「親友芳名錄」，作爲認定上訴人參與犯罪之證據資料，當有證據上理由矛盾之違誤。又李火元之妻林麗雲、黃月鳳之夫李武雄及黃月鳳本人，均一致指稱其等遭調查之後，只

有張少峰前去關心，未見上訴人出面等語，足見上訴人與之無涉，乃屬有利於上訴人之供述，原審不加採納為有利上訴人之依據，復未說明不採之理由，同有判決理由欠備之違失。(四)、上訴人為求釐清冤情，曾於偵查中聲請函調上訴人之電話通聯紀錄與相關賄選地點之監視器錄影資料，以證明上訴人絕無和張少峰、李火元聯繫，甚或指示如何買票之事，檢察官未理，歷審亦忽略，遽行判決仍嫌查證未盡。(五)、退萬步言，縱然認定上訴人犯罪，但所參與之情節尚屬輕微，當予輕判，甚或緩刑，原審未為，應認量刑失當，請予撤銷改判云云。

惟查：

(一)、刑事訴訟法第二百四十五條第四項規定：「偵查中訊問被告或犯罪嫌疑人時，應將訊問之日、時及處所通知辯護人。但情形急迫者，不在此限。」係為保護偵查程序中之被告、犯罪嫌疑人而作設計，賦予律師倚賴權，藉由律師在場，以督促程序公正進行無虞，受訊問人能夠任意陳述，從而獲致訴訟防禦功能，屬於被告訴訟防禦權之一環，但與「被告以外之人」無關，無傳聞法則適用，檢察官若有違反，法律並未特別規定其效果，自當依同法第一百五十八條之四關於權衡法則之規定，判斷被告偵訊筆錄之證據適格與否，至於被告以外之人之偵訊筆錄，如何具有證據能力，乃屬同法第一百五十九條之一第二項規定範疇，不應混淆。

本件偵查檢察官因上訴人和李火元各執一詞，於一〇〇年一月十七日提解其等進行偵訊、命為對質，卻漏未依法通知上訴人當時已選任之辯護律師到場，原判決於其理由欄貳——(六)——(1)內，載明李火元對質時，仍堅指上訴人「叫阿峰（按指張少峰）拿一張紙（按指欲供賄選名冊使用之空白親友芳名錄）給我」，而上訴人則否認此情，有該偵訊筆錄可稽，尚難謂檢察官有違法取供之情，且上訴人既否認共同犯罪，訴訟防禦權行使無礙；至李火元之偵訊口供，依其所處環

境及附隨條件以觀，無何顯不可信之情況存在，自得採憑。

經核於法並無不合，此部分上訴意旨，顯有誤會。

(二)、證據之取捨、證明力之判斷與事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，則無違法可指，觀諸刑事訴訟法第一百五十五條第一項規定甚明。又法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得之直接、間接證據，本於合理之推論而為判斷，要非法所不許。再同法第三百七十九條第十款所謂應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上認為有調查之必要性，且有調查之可能性，為認定事實、適用法律之基礎者而言；若事實已臻明確，或調查途徑已窮，自無庸為無益之調查，亦無未盡調查證據職責之違法可言。

原判決主要係依憑共同正犯李火元、黃月鳳、秘密證人 A2（基本資料詳卷）、賣票之王秋燕、張雅恩、李麗華、陳美娟、吳郭麗愛、蔡綉香、王蔡環及李武雄（下稱王秋燕等八人）在偵查中先後、一致供證於系爭市議員競選期間，確有填載親友芳名錄資料，約投候選人張家偉（按競選標語取名末字，諧音為「爲了你」），以金錢作代價之證言；李火元非但在本件偵查中，甚且在其另案被訴與上訴人共同賄選，移審由值日法官訊問時，多次供承此情不移，更明言：上訴人要張少峰交伊一紙（親友芳名錄），伊填載完成後，「將抄好的名單交給吳卿祥」，後來有一不詳姓名人來電，自稱「吳代表那邊的人」，與伊約見，將錢交伊等語；在另共同正犯張少峰住處搜獲之空白親友芳名錄一紙；王秋燕等八人和洪邱彩眉、朱彩美、王美珍、林美宏、鄭春梅、李胡明珠及李隆貴繳回之受賄款新台幣三萬元；參諸上訴人並不否認與張家偉、張少峰及李火元均相認識；陳雅紋指稱：上訴人和張家偉都是三重市代表會代表，又是民防人員，上訴人常到

張家偉服務處，一星期二、三次，張少峰為該服務處秘書，「有碰面幾次」；民防人員陳傳富供稱：上訴人與李火元皆參加民防工作，時間已多年，彼此熟識；復衡諸張家偉競選總部聯絡電話申設地址係在上訴人戶籍地，有顯示該申租情形之登記相關文書可憑；該總部所用水、電，皆借自上訴人經營之公司，經吳麗萍陳明等情況證據資料，乃認定上訴人確有如原判決事實欄所載之犯行，因而維持第一審論處上訴人以共同對於有投票權之人交付賄賂，而約其投票權為一定之行使罪刑（處有期徒刑四年二月，並有從刑宣告），駁回上訴人在第二審之上訴。對於上訴人僅承認係前三重市市民代表，又為民防有關人員，而與具有相同身分之張家偉認識，並因此見過張少峰等情，卻矢口否認共同犯罪，所為未參加拉票、助選，李火元之指述不實云云之辯解，如何係飾卸之詞，不足採信，亦據卷內訴訟資料詳加指駁、說明。並指出：李火元在會同第一審法院勘驗其調查單位之警詢錄音光碟後，旋即供稱未遭不正方式取供，中斷之二十分鐘，「可能是調查員帶我出去抽菸」；調查員吳祥憶亦謂係李火元自己願意說出實情，「沒有用任何方式突然讓他願意講」各等語，況李火元與上訴人為舊識，素無仇怨，當不致誣攀，可見先前所述可信，日後翻供，雖然原因不明，仍無可採；游鈺添在原審審理中到庭，作證附和李火元翻供，因非於上訴人與李火元（共同或各別）犯罪時在場目擊，亦無可信（按其實游鈺添在李火元遭偵查期中，曾代具狀以李火元業已供出受上訴人指使從事賄選，乏串供翻異之虞為由，請求具保停押。核與其上揭證述難合；詳見九十九年度選偵字第六一號卷第二六一頁）；吳麗萍雖供證：上訴人曾因張家偉借用水、電，而向張家偉請款獲償乙情，僅足證明張家偉付費使用，尚無法推翻李火元審判外陳述可信性；李武雄、黃月鳳夫妻所為案發後，祇有張少峰前往關切，未見上訴人乙節之

證言，僅能證明張少峰確與本件賄選有關，不足反推上訴人無關；從而，上情悉不能憑為上訴人有利認定之依據。

以上所為之事實認定及得心證理由，俱有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得之各直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，即未違背客觀存在之經驗法則、論理法則，且事證已臻明確。前揭上訴意旨置原判決已明白論斷之事項於不顧，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，且猶執陳詞，仍為單純事實爭議，不能認為已經具備合法上訴第三審之形式要件。至其餘上訴意旨，無非就不影響於判決本旨之枝節問題而為指摘，參照刑事訴訟法第三百八十條規定之法理，亦不能憑為適法之第三審上訴理由。依上說明，應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 十 八 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 徐 昌 錦

法官 宋 祺

法官 洪 昌 宏

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 二 十 四 日

G

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3790

【裁判日期】 1020918

【裁判案由】 違反銀行法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三七九〇號

上 訴 人 盧啓聰

選任辯護人 林德昇律師

上列上訴人因違反銀行法案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇一年五月三十日第二審更審判決（一〇〇年度金上重更(二)字第一四五號，起訴案號：台灣嘉義地方法院檢察署九十五年度偵字第五三五三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於盧啓聰部分撤銷，發回台灣高等法院台南分院。

理 由

本件原判決撤銷第一審關於上訴人盧啓聰所為科刑之判決，改判論處盧啓聰非法經營銀行業務罪刑。固非無見。

惟查：（一）、原判決事實認定上訴人胞兄盧啓煌（業於民國九十四年四月二十八日死亡）、胞弟盧啓祐（經原審判處罪刑後，因未上訴而告確定）自六十四年起，即非法經營銀行業務收受存款；上訴人則係於「八十五年一月」間，始基於犯意之聯絡共同參與等情。然其理由內，併引上訴人所自承「於五十七年至六十五年間」先後參選嘉義縣太保鄉（嗣已於八十年間改制為太保市）鄉民代表、鄉代會主席及鄉長，競選經費均由盧啓煌籌措等語，及盧啓祐所陳上訴人明知上開收受之存款，部分用以支應競選經費等語為據，說明上訴人應係「自始」即知悉盧啓煌、盧啓祐長期經營收受存款業務，用以籌措置產資金與競選經費，且同意盧啓煌、盧啓祐以其名義簽發「借用證」，而與盧啓煌、盧啓祐

有犯意聯絡、行為分擔，應就盧啓祐、盧啓煌所為共同負責等情（原判決正本第九頁至第十八頁）。似意指上訴人因於五十七年至六十五年間參與上開選舉，由盧啓煌挹注所收受之存款助選之際，即知情而參與本件非法經營銀行業務收受存款犯行。核此部分理由之說明，與上開所載上訴人自八十五年一月間起共同犯本案之事實，不相適合，已有判決理由矛盾之違法。（二）、共同正犯之所以於犯意聯絡範圍內，對全部犯罪結果同負其責，乃因在此範圍內，各正犯係基於遂行特定犯罪之同一犯意，即均有共同犯罪之意思，而各自分擔部分犯罪行為之實行，並相互利用、補充其他正犯之行為，其各自分擔實行之部分行為，對犯罪之實現均有原因力，自應視為一體合併觀察，予以同一非難評價。鑑此，對他人已開始但尚未結束之犯罪行為，中途加入而共同犯者，必須主觀上，對加入前其他正犯之行為有予以利用而共同犯罪之意思，客觀上並立基於該前行為上賡續進行犯罪，該前行為因此與其加入後之行為存有相互利用、補充等不可分離之依附關係，而對其加入後犯罪之實現具原因力時，始應對該前行為負共同正犯之責；否則，中途加入之正犯，苟非立於該前行為之基礎上續行犯罪，對加入前其他正犯之前行為，主觀上既無利用以共同犯罪之意思，客觀上亦無利用之行為，自毋庸共同負責。共同非法收受存款經營銀行業務者，其所參與非法收受存款之行為，非必立於其加入前他正犯非法收受存款行為之基礎上始得進行，性質上既無利用之必要，事實上亦未加以利用，即毋須對該前行為負責。原判決依憑盧啓聰所有，嘉義縣太保市農會南新分部第一一〇〇〇〇四八〇號支票存款帳戶，於八十五年一月二十九日啓用時及九十四年五月十二日變更印鑑時，印鑑卡上所留存之印文，均與同時期借用證上所蓋用盧啓聰印章之印文相符，有卷附該支票存款帳戶印鑑卡二紙、支票存款領票退票歸戶卡四紙可稽，而支票存款印鑑卡之啓用、變更及支票之領用，均須本人親自為之，為眾所周知，因認上訴人對盧啓祐等收受存款時，於所出

具之借用證上蓋用上訴人印章一事，殊難諉為不知，並以上開帳戶啓用之日八十五年一月二十九日為據，推論上訴人自八十五年一月間起，共同犯本件非法收受存款經營銀行業務等情。苟屬非虛，則上訴人就本件犯行負共同正犯罪責之範圍，應自其加入之時即八十五年一月間起，迄原判決所認定行為終了時之九十五年五月二日止，此期間，非法收受存款之數額若干，攸關上訴人本件犯罪情節輕重之判斷，自屬與論罪科刑有關之事實，自應詳為記載。乃原判決就此未於事實欄內予以認明記載，對上訴人與盧啓祐係分別自不同時日開始共同犯本案竟不加區辨，而將彼等非法收受存款之數額，一律認定自八十一年八月二十日起至九十五年五月二日止，約新台幣（下同）十億餘元，殊不足為適用法律及判斷其適用當否之準據；其理由欄內復未說明此部分事實所憑之證據及認定之理由，顯有判決理由不備之違法。（三）、原判決上開關於本件收受存款之借用證上所蓋用上訴人印章之印文，與上訴人親自開設之上開帳戶印鑑卡上所留存之上訴人印文相符，足認加蓋於借用證之上訴人印章係真正，且上訴人對借用證上加蓋其印章一事確係知情之論述，固非無見，然徒此尚無從據以判斷上訴人開設上開帳戶之目的、用途及與本件非法收受存款經營銀業務行為間是否有何關聯。乃原判決俱未為必要之說明，遽認上訴人上開支票存款帳戶開設之日，即為其加入共同犯本案之時點，同屬理由不備。（四）、銀行法第一百二十五條第一項後段關於非法經營銀行業務犯罪所得達一億元者加重其刑之規定，揆其立法意旨，係針對行為人違法吸金規模達一億元以上者，以其對金融秩序之危害通常愈大，故加重刑罰，從而其所稱犯罪所得，自以行為人對外所吸收之全部資金、因犯罪取得之報酬及前述各項所變得之物或財產上之利益為範圍，而不應以事後損益或盈虧作為計算犯罪所得之標準，俾符合其以違法吸金規模大小異其處罰輕重之規範目的。是違法吸金共同正犯為經營該業務所支出之人事、營業及管銷等費用，均無扣除之必要，俾免經營無方

或恣意揮霍致虧空殆盡者，竟因事後計算損益未達上開加重標準，反得邀輕刑，致生情理失平之矛盾（此為本院最近統一之見解）。乃原判決未依此詳為說明上訴人共同參與本件犯行之犯罪所得若干，資為認事用法之依據，而以行為人於實行犯罪行為過程中所收取之他人財物，如依法律規定或契約約定仍須返還者，即非本條項後段所謂之犯罪所得，而收受存款，依銀行法第五條之一規定，係指向不特定多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金之行為而言，本件上訴人與盧啓祐等人經營收受存款業務，因未經依法核准、許可，而成立非法經營銀行業務罪，其收取款項或資金，依約定既須返還本金或給付高於本金予存款人，應無犯罪所得可言，固成立銀行法第一百二十五條第一項前段之罪，但無適用同條項後段加重刑度之餘地云爾。因而撤銷第一審所為論處上訴人該條項後段罪刑之判決，改論以同條項前段之罪刑。容有適用法則不當之違法。以上，或為上訴意旨所指摘，或係本院得依職權調查之事項。原判決上述之違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於盧啓聰部分有發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 十 八 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 張 淳 淙

法官 劉 介 民

法官 王 梅 英

法官 洪 曉 能

法官 蔡 彩 貞

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 二 十 六 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3818

【裁判日期】 1020918

【裁判案由】 違反銀行法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三八一八號

上 訴 人 陳誼昀

選任辯護人 吳晉賢律師

上列上訴人因違反銀行法案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇一年七月二十日第二審判決（一〇一年度金上重訴字第一號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署一〇〇年度偵字第三四八四、一五五四一、一五五四二號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。原判決綜合全案卷證資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人陳誼昀有其事實欄所載違反銀行法第二十九條第一項、第二十九條之一之規定，而犯同法第一百二十五條第一項後段之非銀行經營收受存款業務達新台幣（下同）一億元以上之犯行，因而變更起訴法條，維持第一審論上訴人以非銀行經營收受存款達一億元以上之罪，處有期徒刑七年二月，暨相關沒收之從

刑，另就上訴人被訴同時涉及刑法第三百三十九條第一項詐欺取財罪嫌部分，經審理結果，尚不能證明上訴人犯罪，因檢察官認與前開有罪部分具有實質上一罪關係，而不另為無罪諭知之判決，而駁回上訴人在第二審之上訴，已就上訴人有罪部分敘明其所憑之證據及認定之理由，對於上訴人所辯各節何以均不足採信，亦在理由內詳加指駁說明；就上訴人不另為無罪諭知部分亦詳敘取捨論斷之心證理由，俱有卷存證據資料可資覆按。

上訴人上訴意旨略以：(一)、上訴人於原審主張銀行自存戶所收受存款之總額與因收受存款轉投資所獲得之利益，兩者之意義不同，前者為銀行之存款額，存款所有權仍屬於存戶，後者則為營業所得，所有權屬於銀行。銀行法第一百二十五條第一項後段既規定「犯罪所得」，應不包括原屬投資人之財產，原審對於此主張未說明不採之理由，已有判決不備理由之違法。又該法第一百二十五條第一項之罪，係以非銀行之行為人實行同法第二十九條第一項「收受存款」、第二十九條之一「以收受存款論」之行爲為成立要件。如該條項後段係以行為人收受之存款作為計算違法吸收資金之總額，為加重處罰之要件，即應規定為「其收受存款達一億元以上者」。再者，行為人於實行犯罪行爲過程中所收取之他人財物，如依法律規定或契約約定仍須返還者，即非銀行法第一百二十五條第一項後段所謂之犯罪所得，則上訴人應僅論以該條前段之罪，原判決亦有適用法則不當之違法。(二)、上訴人於原審主張其行爲動機良善、智識程度不高、犯後態度良好，應有刑法第五十七條第一、六、十款從輕量刑之事由，原審對此主張未說明不採之理由，同有判決理由未備之違誤。又上訴人於原審宣判日前，幾與全部投資人達成和解，原審未審酌以量處較輕之刑，亦有判決不適用法則之違法。(三)、原判決於事實欄認定上訴人與劉永清共同吸金一億一千三百四十三萬元，分別為黃莉媛吸金二千三百七十萬元、宋玠誼吸金五千九百萬元、汪宜庭吸金四百五十萬元，卻漏列上訴人個人吸金部分之金額。且原判決所載附

表（下稱附表）一上訴人吸金三千五百八十三萬元、附表二宋玠誼吸金五千九百萬元、附表三黃莉媛吸金一千五百三十萬元、附表四汪宜庭吸金三百三十萬元，均與事實欄記載有所出入，實有釐清之必要。又原判決於理由欄引用證人陳貞於警詢所陳：伊前後計投資三百萬元等語，則上訴人與劉永清吸金總額應另加計此三百萬元，共計為一億一千六百四十三萬元，與附表所載之總額不符。另原審於審判期日未提示台灣高雄地方法院民國一〇〇年八月十八日一〇〇年度金訴字第十一號字第 33980 號函文內容予上訴人表示意見，俱有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。(四)、原判決於理由欄先稱附表一編號 20 至 54、附表二編號 99 所示之投資人及投資金額；附表四編號 1 所示黃台珍之投資金額三十萬元部分，固無現金保管證明、本票或收據可資證明；後謂上揭投資金額均與該投資人之現金保管證明及本票相符云云，前後論述矛盾。又原判決附表二編號 48、87、90 之備註欄均記載：每十萬元月息二二五〇元，月息 9%；編號 54 至 58、55-1 備註欄均載：每十萬元月息一二五〇元，月息 5%，惟每一編號每筆投資支付利息數額、利率之記載應單一明確，原判決卻為前揭不確定之記載，亦有判決理由矛盾之違法。(五)、劉永清現已通緝到案，並經檢察官於偵訊時命以證人身分到庭作證，原判決既認劉永清為本件之共同正犯，卻未於審判期日傳訊其到庭陳述以供上訴人、檢察官詰問，有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法等語。惟查：(一)、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第一百五十五條第一項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法，而資為合法之第三審上訴理由。原判決依憑上訴人之自白，證人即共同正犯宋玠誼、黃莉媛、汪宜庭之自白，證人即蔡貴幸、蔡麗寶、殷美全、蕭子莉、鍾秋珠、林文彬、何瑞玲、柯素雲、紀向曦、許清文、李松江、林楨花、張林美媛、陳貞、施惠貞、林

文斐、劉坤國、黃台珍、陳袖銘、洪永裕之證詞，佐以卷附現金保管條、本票、收據、紅利分派清單、合作金庫鳳松分行一〇〇年十月四日合金鳳松字第 0000000000 號函、一〇〇年十一月二十九日合金鳳松字第 0000000000 號、0000000000 號函所附之存款憑條、合作金庫南永康分行一〇〇年十月二十五日合金南永康存字第 0000000000 號函、買賣報告書、台灣證券交易所股份有限公司一〇〇年八月十八日台證密字第 0000000000 號函、台灣期貨交易所股份有限公司一〇〇年八月二十三日台期交字第 0000000000 號函、對話錄音譯文等證據資料經綜合判斷，認定上訴人有違反銀行法第二十九條之一規定，應論以同法第一百二十五條第一項後段之非銀行不得經營收受存款業務罪。並敘明：①附表一編號 20 至 54、附表二編號 99 所示之投資人及投資金額；附表四編號 1 所示黃台珍之投資金額三十萬元部分，固無現金保管證明、本票或收據可證。惟依上訴人提出之紅利分派清單，其上確實記載如附表一編號 20 至 54、附表二編號 99 所示之投資人及投資金額暨黃台珍之投資三十萬元，且因該清單上記載黃莉媛、汪仰真、汪宜庭、劉坤國、鍾秋珠、宋玠誼、林文斐、曾李良、王耀田、張富美、黃秋菊、羅明珠、曾雍雅、翟自立、林碧珠、景聖禾等人之投資金額，均核與該投資人之現金保管證明及本票相符，顯見該紅利分派清單之記載，洵屬真實。②宋玠誼直接或透過下線招攬如附表二所示人員投資，並於上訴人給付其月息 12%或 15%之紅利後，宋玠誼即給付下線月息 5%至 10%，至下線收取紅利後，於扣除一定比例之月息後，將餘額給付下下線等情，其證據之取捨、說明與審認俱憑卷內訴訟資料詳加論述、指駁，所為論斷衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，上訴意旨(四)指摘原判決論述矛盾云云，僅係對原判決已說明及審酌之事項，徒憑己見而為不同之評價，並重為單純事實之爭執，殊非合法之第三審上訴理由。(二)、除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務，銀行法第二十九條第

一項定有明文。前揭規定之立法意旨，固係鑑於以違法吸收資金之公司，所以能蔓延滋長，乃在於行為人與投資人約定或給付與本金顯不相當之紅利、股息、利息或其他報酬，爰參考刑法第三百四十四條重利罪之規定，併予規定為要件之一，以期適用明確。是該條所定「以收受存款論」之行為，應以約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬為要件。又銀行法於九十三年二月四日增訂第一百二十五條第一項後段規定，犯罪所得達一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科二千五百萬元以上五億元以下罰金，其立法意旨在貫徹取締地下投資公司之目的，及考量此種對外違法吸金業務之金融犯罪，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常越大，故該法第一百二十五條第一項後段之可責性，在於「對外違法吸金且達一定規模」之行為態樣，是於犯罪行為人對外違法吸金後，該犯罪行為即屬既遂，不論犯罪行為人事後有無依約返還投資人所投資之本金，抑或以支付業務人員佣金、公司管銷費用等，均無礙其先前已成立違法吸金之行為，是於計算犯罪所得，自無扣除之必要。況此類型之犯罪，行為人多以保證獲利、定期回收本息之方式為犯罪手段，藉以誘使他人投入資金、取信投資人，如不列入犯罪所得之計算，顯難明確判斷犯罪行為人違法吸金之規模，且與立法意旨及人民感情有悖，更無法達到抑制犯罪之目的，故原吸收資金之數額及嗣後利用該等資金獲利之數額俱屬犯罪所得，不應僅以事後損益利得計算之。本件上訴人吸收資金之金額已超過一億元以上，自有前揭加重刑責規定之適用，投資人所投資之本金，不論事後已否返還或將來應否返還，既均屬行為人對外違法所吸收之資金，於計算犯罪所得時，自應計入，而無扣除之餘地，是上訴意旨(一)執此指摘，自非適法之上訴第三審理由。(三)、「被告以外之人(含證人、共同被告等)於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者(刑事訴訟法第一百五十九條第一項參照)，除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序。」，固有司

法院釋字第五八二號解釋理由可參。然本件證人劉永清先前因遭台灣高雄地方法院檢察署通緝（見原審卷(二)第六七之一頁），上訴人之辯護人雖於原審準備程序聲請傳訊證人劉永清（見原審卷(一)第一九五頁），惟其於審判期日時對於證人劉永清經傳喚未到庭之情形，答稱：捨棄傳訊證人劉永清（見原審卷(二)第七十九頁背面），是客觀上劉永清顯有不能於審判中到庭接受詰問之情形，已無從依法踐行詰問程序。劉永清嗣於原審宣判後方遭緝獲，原審事實上亦無從再為傳喚而納入判決審酌之證據，與法律規定應於審判期日調查之證據而未予調查之違法情形，不相適合，上訴意旨(五)就此指摘，仍非適法之上訴第三審理由。(四)、關於刑之量定，係實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘為違法。原判決以上訴人之責任為量刑基礎，就刑法第五十七條所列事項，審酌上訴人未經主管機關准許，擅自經營銀行收受存款業務，不僅對國家金融秩序造成重大危害，亦損害影響多數投資人之財產法益；另參酌上訴人係主要招攬投資之人，及違法吸收資金之金額、時間，已與部分投資人和解，尚未返還投資之資金等一切情狀，量處有期徒刑七年二月，核其所量定之刑，既未逾越法定刑度，又未濫用自由裁量之權限，即不能任意指摘為違法。又科刑時應以行為人之責任為基礎，並應審酌刑法第五十七條各款事項，為科刑輕重之標準，然非謂需逐一論述，原判決既已為上開審酌而為量刑，於法即無不合。至於原判決雖未就上訴人於第一審判決後仍有與投資人和解，對於量刑之審酌有如何之影響予以說明，僅將上訴人和解之情形列出，稍嫌簡略，惟依上訴人違反銀行法第一百二十五條第一項後段觀之，其法定刑之最低刑度為有期徒刑七年，參以上訴人為主要招攬投資之人，原審仍認第一審論處低度之刑度已為妥適，未再予以從輕，係屬其審酌、裁量之職權行使，允無違法可言，上訴意旨(二)係就原判決已敘明、審酌之情狀，猶指摘量刑不當，核係對於原審刑罰裁量權之適法行使

，任意指摘，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，亦不足為適法之上訴第三審理由。(五)、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，刑事訴訟法第一百五十五條第二項定有明文。又依同法第一百六十五條第一項之規定，卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，應向被告宣讀或告以要旨；此為事實審法院於審判期日就文書證據所應踐行之調查方法及程式，旨在使被告澈底瞭解該等文書記載之內容及意涵，而為充分之辯論，以使法院形成正確之心證。卷查第一審法院依職權調查劉永清之交易資料，以一〇〇年八月十八日雄院高刑日一〇〇金訴十一字第33980 號函發文各銀行要求提供劉永清之歷史交易明細資料（見第一審卷(一)第一六〇頁），嗣經台灣銀行、台灣土地銀行、彰化商業銀行、台新商業銀行、聯邦商業銀行、兆豐國際商業銀行、下營區農會、合作金庫商業銀行北台南分行、上海商業儲蓄銀行永康分行、中國信託商業銀行（見第一審卷(一)第一九七、一九九、二〇〇、二〇二、二一一、二一二、二一三、二一五、二三二、二三六頁）分別予以回覆。原審於一〇一年六月二十二日行審判程序時，固漏未就第一審法院之前揭函文向上訴人及其辯護人提示並告以要旨，然觀諸該函文之內容，僅係請求各銀行提供劉永清之交易資料，而原審於審理時既已就前揭銀行函覆之內容向上訴人及其辯護人提示並告以要旨，有該審判筆錄可稽（見原審卷(二)第一〇一頁背面至一〇五頁背面），實質上已使其等得以知悉上開函文之內容，並已予陳述意見及辯論之機會，既合法踐行調查證據程序，難認有侵害上訴人之訴訟防禦權。又原判決已分別於事實欄及理由欄敘明上訴人吸金總額之計算，係以附表一上訴人、附表二宋玠誼、附表三黃莉媛、附表四汪宜庭計四個部分之金額為基準（見原判決第三頁第三至五行、第八頁倒數第六至第三行），並無漏列之情事。並已於理由欄內各別論述黃莉媛、宋玠誼、汪宜庭吸金之計算方式及總額（見原判決第十三頁第一至四行、倒數第一行至第十四頁第二行、第十七頁第八至十行

），核與事實欄所載其等吸金之總額相符。再者，陳貞所投資之總額三百萬元，已列入附表一編號 6 予以計算，無庸再另行加計，並未影響上訴人吸金總額之計算結果。則上訴意旨(三)指摘原判決有應調查事項未予調查、吸金總額計算有漏列、錯誤、不符云云，均非依據卷內資料為具體指摘，皆難執為適法之上訴第三審理由。至其餘上訴意旨，或係就原審採證認事職權之行使，及於原判決本旨不生影響或已說明事項，徒憑己見，任意指摘，或仍為單純事實之爭執，均不能認係適法之第三審上訴理由。揆之首揭說明，上訴人之上訴違背法律上程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 十 八 日

最高法院刑事第十庭

審判長法官 王 居 財

法官 郭 毓 洲

法官 呂 永 福

法官 林 清 鈞

法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 二 十 四 日

V

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3819

【裁判日期】 1020918

【裁判案由】 違反商業會計法等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三八一九號

上訴人 德益制動科技股份有限公司

代表人 陳德三

自訴代理人 洪梅芬律師

涂欣成律師

李政儒律師

被告 布萊滋 (Rainer Braatz)

上列上訴人因自訴被告違反商業會計法等罪案件，不服智慧財產法院中華民國一〇二年三月二十九日第二審更審判決（一〇二年度刑智上更(一)字第一號，自訴案號：台灣台南地方法院一〇一年度自字第二號）判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回智慧財產法院。

理 由

一、本件原判決以上訴人即自訴人德益制動科技股份有限公司（下稱德益公司）自訴意旨略以：被告布萊滋自民國九十四年起，即為上訴人公司董事長並兼任總經理，迄上訴人公司於一〇〇年十月十三日遭經濟部經授中字第第一〇〇三四二四七二九〇號函命令解散為止。而股份有限公司固應由董事長對外代表公司，惟公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，則由監察人或股東會所選任之人代表公司為訴訟，公司法第二百零八條第三項、第二百十三條定有明文，其立法目的乃恐董事長代表公司對董事起訴，難免有徇私之舉。若公司已解

散行清算程序，公司董事雖不得以董事身分執行職務，而應由清算人執行清算事務，但依該法第三百二十二條第一項、第三百二十四條之規定，公司之清算，原則是董事為清算人，除非公司法或章程另有規定或股東會另選清算人時，不在此限，且清算人於執行清算事務範圍內，除另有規定外，其權利義務與董事同。是董事原則上應為清算人，且清算人之權利義務與董事同，則董事以清算人身分對董事為訴訟，亦難免有徇私之舉。依同一法理，仍不宜由董事以清算人身分對董事為訴訟。再查清算中，公司股東會與監察人依然存續，對董事之訴訟仍應由監察人或股東會所選任之人代表公司為之，始為適法。上訴人公司遭經濟部命令解散，逕開始進行清算程序，對被告訴訟應由監察人代表公司為之，故監察人陳德三係合法代理上訴人公司對被告所涉不法事實提起本件自訴云云。經原審審理結果，以經濟部因上訴人公司遭命令解散未向主管機關申請解散登記，遂於一〇〇年十二月二十九日以函通知上訴人公司，表示依公司法第三百九十七條第一項規定，廢止其公司登記，其公司之董事會已不存在，已無從依上開規定由董事擔任清算人，即應依公司法第三百二十二條第二項規定，由利害關係人向法院聲請選派清算人，上訴人公司既未向法院聲請監察人陳德三為清算人，陳德三自無從代表上訴人公司提起自訴。至於公司法第二百十四條第一項固規定繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟，惟此一規定係適用在公司「正常營運階段」，非公司清算階段，如係清算階段，自當選派董事以外之人為清算人，並依法向法院申報後，再由清算人對董事提起訴訟，因認上訴人援引公司法第二百十四條第一項規定，主張其股東會已選任監察人對被告提起訴訟，已符法治云云，忽略有關選任、申報清算人之程序，及清算人始為清算階段中得對外代表

公司之規定，上訴人提起本件自訴程序不符法制，因而維持第一審之不予受理判決，駁回上訴人在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：(一)、公司法第二十六條之一規定，公司經中央主管機關撤銷或廢止登記者，準用前三條規定。即公司雖經廢止公司登記，仍應依同法第二十四條至第二十六條規定行清算程序。是本件上訴人公司於一〇〇年十二月二十九日經經濟部以函文通知廢止公司登記後，依公司法第二十六條之一準用同法第二十五條規定，於清算範圍內，視為尚未解散。再依同法第三百二十二、三百二十四條規定，原則上應由董事任清算人，於其執行清算事務之範圍內，其權利義務與董事同；即謂清算人在清算程序中，係取代原董事所組成的董事會地位，在公司所從事清算業務範圍內，清算人為代表公司之法定執行機關。公司僅有在董事因故（如因經濟犯罪而逃匿無蹤）不能擔任清算人，而章程未規定清算人，且股東會亦未選任清算人時，法院始得因利害關係人之聲請而選派清算人。本件原判決認定上訴人公司經廢止後，董事會已不存在，自無從依公司第三百二十二條第一項規定由董事擔任清算人，而應依該條第二項規定，由利害關係人向法院聲請選派清算人（見原判決第四頁第四至七行），然公司於清算程序，董事雖已不得以董事身分執行職務，而應由清算人執行清算事務，但公司之清算，原則上仍以董事為清算人，原判決未就上訴人公司之董事有無不能擔任清算人之原因、章程有無就此規定，或股東會有無選任清算人為調查，以釐清上訴人公司有無該法第三百二十二條第一項之法定清算人、章定清算人及選任清算人之情形，遽以董事會已不存在，認應依該條第二項規定由法院選派清算人，尚嫌速斷，難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。(二)、狹義之法律解釋方法，固有文義解釋、體系解釋、法意解釋（又稱歷史解

釋或沿革解釋）、比較解釋、目的解釋及合憲解釋（後五者合稱為論理解釋），及偏重於社會效果之預測與社會目的考量之社會學解釋。然典型之解釋方法，是先依文義解釋，而後再繼以論理解釋；惟論理解釋及社會學解釋，始於文義解釋，而其終也，亦不能超過其可能之文義，故如法文之文義明確，無複數解釋之可能性時，僅能為文義解釋，自不待言。而文義解釋，係依照法文用語之文義及通常使用方式而為解釋，據以確定法律之意義；體系解釋，係以法律條文在法律體系上之地位，即依其編章節條項款之前後關連位置，或相關法條之法意，闡明規範意旨；法意解釋（歷史解釋），乃探求立法者於制定法律時所作價值判斷及其所欲實踐目的，以推知立法者之意思；目的解釋，則係以法律規範目的，為闡釋法律疑義之方法。公司法第二百十四條第一項規定：「繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。」，係明文就少數股東得以書面請求監察人，為公司對董事提起訴訟，其法條文字並無抽象晦澀或有複數解釋之可能性，而須以論理解釋或社會學解釋等方法加以闡釋，始得明確之情形，要無捨文義解釋再以他法別事探求之必要。況：①體系解釋乃為維護整個法律體系之一貫及概念用語之一致，使法體系完整順暢而不生衝突，上開公司法少數股東請求對董事訴訟之規定，文義明確，與公司法其他規定或其他相關法律規定，尚無不完整，或彼此矛盾等體系違反之情形，自無以此解釋方法將該條項限縮侷限適用在公司「正常營運階段」，而排除公司「清算階段」適用之必要；②依公司法第二百十三條規定：「公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代表公司為訴訟之人。」，其立法目的乃恐董事長代表公司對董事起訴，難免有徇私之舉或利害衝突之虞。而該條所謂「除法律另有規定」，即係指同

法第二百十四條第一項規定之情形，然完全期待公司自行追究董事之責任，事實上不無困難，故第二百十四條第一項規範之目的，係借助於少數股東權之發動，以期董事責任之必獲追究，強化股東對公司監控之權能。而清算程序中，董事原則上為清算人，且清算人之權利義務與董事同，則董事以清算人身分對董事為訴訟，亦難免有徇私之舉或利益衝突之虞，依同一法理，自不宜由董事以清算人身分對董事為訴訟。再者，清算中，股份有限公司股東會與監察人依然存續，對董事之訴訟仍應由監察人或股東會所選任之人，或由少數股東以書面請求監察人代表公司為之，始符合公司法第二百十三條、第二百十四條第一項之立法規範目的。原判決僅謂該法第二百十四條第一項規定係適用在公司「正常營運階段」，非公司「清算階段」（見原判決第五頁第四至七行、倒數第七、八行），卻未就此限縮解釋具體敘明其所憑之證據及理由，逕為推論清算中公司與董事間之訴訟，必須依同法第三百二十二條第二項規定選派清算人，併有判決理由不備之違法。上訴人之上訴意旨執以指摘，為有理由，應認原判決關於違反商業會計法部分有撤銷發回更審之原因。至被告被訴背信、洩漏業務上知悉之工商祕密等部分，雖不得上訴第三審，因與前開違反商業會計法得上訴第三審部分，是否有實質或裁判上一罪審判不可分之事實不明，尚待釐清，應併予撤銷發回更審。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 十 八 日

最高法院刑事第十庭

審判長法官 王 居 財

法官 郭 毓 洲

法官 呂 永 福

法官 林 清 鈞

法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 二十四 日

m

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3893

【裁判日期】 1020926

【裁判案由】 違反貪污治罪條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三八九三號

上 訴 人 鄭文忠

選任辯護人 邱鎮北律師

陳偉芳律師

上 訴 人 李文龍

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服台灣高等法院中華民國一〇二年五月二日第二審更審判決（一〇〇年度重上更(三)字第一三九號，起訴及追加起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十二年度偵字第一九二八〇號，九十三年度偵字第九三三八號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審審理結果，認為上訴人鄭文忠、李文龍違反貪污治罪條例之犯行明確，經比較新舊法律規定，因而維持第一審所為論處鄭文忠依據法令從事公務之人員，對於職務上之行為收受賄賂罪刑之判決，駁回鄭文忠在第二審之上訴，及撤銷第一審

關於李文龍部分科刑之判決，改判仍論處李文龍依據法令從事公務之人員，連續對於職務上之行爲收受賄賂罪刑。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由，並就上訴人等否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述。查(一)、行政處分創設或確認行政主體與相對人（包括繼受人）間之權利義務關係，在未遭撤銷或廢止之前，亦未因其他事由失其效力，除具有形式存續力，不得再爲爭訟外，亦具有實質存續力，當事人及原處分機關均應受其拘束。此乃基於法秩序安定性之要求，除當事人外，原處分機關自應同受拘束，否則不啻任令行政機關得恣意反覆。茲土石採取法係於民國九十二年二月六日公布施行，其前之土石採取行政規章爲「土石採取規則」（九十二年三月十二日廢止）。在土石採取規則有效期間，主管機關對於土石採取案件之審核分兩階段規範，其第一階段之土石採取申請許可案件，審核作業流程爲由各單位共同會勘並審查書件，重在其申請之形式性、文件完整性、合法性，而第二階段之申報開工請領土石採取場登記證案件，審核作業流程則爲派員查明土石採取場設施是否符合規定，旨在審查實際設置與原採取計畫是否相符。本件台碩有限公司（下稱台碩公司）就坐落桃園縣○○鄉○○○段○○○段 000○0○000○0 地號二筆特定農業區農牧用地，申請土石採取案，業經桃園縣政府相關單位及經濟部礦務局分別審查並填載各項審查意見，此有卷附九十年九月十一日桃園縣政府審查台碩公司土石採取計畫書意見一覽表可稽。又依蔡穗礦業技師所製作之系爭二筆土地土石採取計畫書（定稿本），已附有漢城營造有限公司及其負責人林炎燈所出具同意提供營建棄土材予台碩公司之同意書、切結書二紙，此顯示台碩公司在第一階段業已備妥土方來源證明，則依據上揭審查流程，在第二階段審核是否發給土石採取場登記證案件，即應著重在確認實際設置是否與計畫相符，設若在此一階段再要求土方來源證明，並無法源依據，亦非行政慣例，從而負責審核之公務員自應受此拘束，不得恣意反

覆，否則將使第一階段各單位之共同審查失去作用。凡此，均據原判決依據調查所得，論述說明甚詳，要無鄭文忠上訴意旨所指判決理由矛盾或認定事實不依證據之違法可言。又本件土石採取申請案係發生在土石採取法公布施行前之九十年九月間，鄭文忠上訴意旨另執持土石採取法公布施行後，桃園縣政府於九十二年十月七日以府商公字第 0000000000 號公告之「桃園縣政府辦理土石採取申請審查及管理作業要點」，資為其在第二階段亦可要求業者再提供土方來源證明之說詞，自非有據。(二)、受領國家薪俸，執行法定職務之公務員，本負有誠實、清廉義務，公務員之誠實清廉可謂人民對政府信賴之基礎及維護社會公義之根本。貪污破壞公務純潔性，有悖人民付託，惡性非輕，故我國對貪污者，除特以貪污治罪條例為規範外，並課予甚重罪責，而貪污犯行多半隱秘為之，並以合法程序為飾，如於授益行政處分時，或積極增加申請者法律上所無，且欠缺合理關聯性之額外負擔，或消極無故延宕申請者之案件以為刁難，目的無非在使申請案件受阻，迫使申請者出資買通關節，又得以依法行政之名規避查緝。至貪污治罪條例所謂「違背職務」者，係指於職務上應為而不為，或不應為而為而言，屬於行政裁量之事項，如非依當時情狀，僅有唯一選擇，此外別無其他作為，即所謂「裁量權收縮至零」之情形，又或有明顯違背裁量法則之情形，否則，均尚不能僅以公務員之行政裁量不當，即遽認為違背職務。原判決綜合案內證據資料，憑以判斷台碩公司已通過第一階段審核，取得土石採取之許可，而在第二階段證照之申請，則受阻於鄭文忠再次要求土方來源證明，但此一要求，並非行政慣例，亦乏法源依據，實為鄭文忠刻意設限，藉以向台碩公司承包商劉承莘索賄。迨劉承莘如數交付新台幣（下同）三十萬元賄款予鄭文忠收受後，台碩公司雖未補正，仍領得土石採取場登記證等犯罪事實，已記明認定之理由。並非單憑證人即行賄者劉承莘、樓顯政等人之指證為唯一證據，而無鄭文忠上訴意旨所指欠缺補強證據之違法情形。再原判

決以鄭文忠係在其職務範圍內所得爲之行爲，藉機收受賄賂，所爲該當於貪污治罪條例第五條第一項第三款對於職務上行爲收受賄賂罪，揆之說明，其適用法則亦無違誤。(三)、原判決依憑證人劉承莘、樓顯政等人之證詞，劉承莘自郵局及台北富邦銀行提領款項之資料，李文龍接受法務部調查局測謊之鑑定報告，以及劉承莘因台碩公司土石採取場遭勒令停工，於九十二年十一月七日撥打電話質問李文龍之錄音譯文，依雙方對話內容，劉承莘最初怒斥李文龍收錢，李文龍初未予否認，嗣劉承莘再多次指責李文龍收錢，李文龍僅略微爭執、一度否認外，就收受金額之事，不敢再予爭執各情等證據資料，而爲論斷李文龍先後收受賄款三萬元、三萬元及七萬元等犯罪事實。並比較劉承莘、樓顯政所供交付賄款之時間等細節，據以說明應以其二人在第一審之證述爲可採信之理由，復以劉承莘、樓顯政所指交付賄款時間，係在九十一年二月至三月二十九日前某日，及同年四月二十六日，而李文龍所述遭劉承莘恐嚇，則發生在九十二年十一月間，兩者相距達一年以上，李文龍收賄在先，縱其後遭劉承莘恐嚇，亦不影響收受賄款罪責之成立。尙難以李文龍曾報案遭人恐嚇，採爲有利之認定。因認李文龍聲請鑑定警察吳餘松之聲紋，以證明其向警局報案云云，爲不具調查之必要性，另敘明台碩公司之總資本、股東出資額等節，與李文龍究有無收受賄款，係屬二事，難據爲李文龍有利認定之論據。凡此，概屬原審採證認事職權之合法行使，所爲論述並不違背經驗法則或論理法則，自不容任意指爲違法。核無李文龍上訴意旨所指認定事實不依證據或判決理由矛盾或調查證據未盡之違法。(四)、原判決於理由欄參、一之(一)、(二)，已說明李文龍上揭測謊鑑定報告如何具有證據能力之理由，而原判決係採憑證人劉承莘、樓顯政之證言爲判斷依據，並未以樓顯政製作之帳冊爲證據，故該等帳冊究竟有無證據能力，即無審究之必要。李文龍關於此部分所爲之指摘，難謂適法。從而其二人針對帳冊內容部分之上訴，自無庸審酌。(五)、依上所述，上訴人等

上訴意旨所指，無非置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其等之上訴違背法律上之程式，俱應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 二十六 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 蘇 振 堂

法官 張 惠 立

法官 徐 文 亮

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 三 日

m

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3895

【裁判日期】 1020926

【裁判案由】 妨害自由

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三八九五號

上 訴 人 吳進利

選任辯護人 王國傑律師

上列上訴人因妨害自由案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇二年五月二十二日第二審更審判決（一〇一年度上更(一)字第一〇九號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十九年度偵字第七八〇四號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審審理結果，認為上訴人吳進利私行拘禁被害人陳中新致死及私行拘禁被害人吳永鳳、王松山（以上三人均為大陸地區漁工）等犯行明確，因而撤銷第一審不當之判決，改判處上訴人犯私行拘禁致人於死罪刑，及犯私行拘禁共二罪刑，已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由，並就上訴人否認犯行之供詞及所辯(1)、陳中新係自願進入小船艙內與其他船員隔離，(2)、因遭陳中新恐嚇始將之關入船艙並

將艙門電焊之，(3)、對陳中新之死亡無預見可能性，(4)、拘禁王松山、吳永鳳係出於正當防衛各語認非可採，予以論述指駁；又本於證據取舍之職權行使，針對證人張文正、張再發、林正方等人於審判中之證詞，何以不足採信之理由，復已論述明白。所為論斷說明俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則之情形。查(一)、刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項之檢訊筆錄，係鑒於檢察官代表國家偵查犯罪，依法有訊問證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須具結，而以具結之陳述已具足以取代被告反對詰問權信用性保障情況之要件，在立法政策上特予肯認除顯有不可信之情況者外，得為證據。亦即，此之檢訊筆錄，原則上均得為證據，僅於例外存有顯不可信之情況，始否定其證據能力。故使用此項供述證據之檢察官，自無庸先就該例外情況之不存在負提證責任，而應由主張反對使用之被告，就其主張有此例外之情形為釋明後，由法院為必要之調查；於此，檢察官始須舉證證明該例外顯不可信情況如何不存在，俾供法院審酌判斷。稽之案內資料，上訴人及其辯護人僅單純否認證人吳永鳳、王松山已具結之檢訊筆錄為無證據能力，並未釋明該等陳述有如何顯不可信之情況，原判決於理由欄壹、二之(二)，業已說明上開檢訊筆錄未有何顯不可信之情況，得為證據，經核尚無不合。上訴意旨以原判決未說明該檢訊筆錄為何並無顯不可信，執以指摘原判決理由欠備，揆之說明，自非合法之第三審上訴理由。又原判決於理由欄壹、二之(一)，已明載證人吳永鳳、王松山之警詢筆錄為無證據能力，上訴意旨謂原判決係適用刑事訴訟法第一百五十九條之五，認上開警詢筆錄有證據能力，即與卷內資料不符，而不無誤會。(二)、船員法之所以需在刑法第二十四條緊急避難之體系外，於第五十八條、第五十九條另就船長權為特別規定，資為刑法第二十一條第一項依法令行為之阻卻違法事由，應在於船長權之性質近似於海上之警察權甚至司法權，而有私人代替國家行使公權力之意義。而漁船之船員，除有關航行安

全與海難處理外，不適用船員法之規定，此為船員法第三條第一項第二款所明定。故漁船船員之管理係依據漁業法第十二條授權行政院農業委員會制訂之漁船船員管理規則，而非依船員法第二十五條之二（民國一〇〇年二月一日修正前為第八十八條第一項）授權交通部訂定之船員服務規則，此乃立法者有意對於漁船船長及其他船舶船長為之區別。又刑法第二十一條第一項規定之「依法令之行爲，不罰」，係指該項行爲在外觀上雖然具備犯罪之形態，然其係依據法律或命令所應為之行爲，在刑法之評價上，不認其具有違法性與可罰性，故特以明文規定阻卻其違法而不予處罰而言。漁船船長既無如同船員法第五十八條、第五十九條所定船長指揮權及緊急處分權之明文，自無從認為漁船船長得以適用或類推適用上開船員法之規定，而主張其行使船員法該項權力仍屬依法令之行爲。上訴人係我國籍「長利一號」漁船船長，於前往南太平洋海域捕魚途中，將陳中新、吳永鳳、王松山等人隔離於小船艙內之行爲，即無構成依上開法令行爲之餘地，是上訴人關於此部分之上訴，即難謂適法。(三)、陳中新自九十八年六月十七日經上訴人決定將其關進船艙後，迄至同年七月八日死亡之前，均不曾離開過該小船艙，且關在艙內，其大、小便均須以塑膠袋解決，艙內燈光亦壞掉各情，均據上訴人供認在卷。原判決綜合全案證據資料，本於調查所得，憑以判斷上訴人將陳中新隔離於小船艙內禁止其自由進出，限制陳中新之飲食、便溺均需於狹小船艙內解決，應屬違背陳中新之意願，無由陳中新自由決定是否入住船艙之餘地，已記明其認定理由。凡此，概屬原審採證、認事職權之適法行使，自不容任意指摘，尤無上訴意旨所指判決理由不備或採證違法之可言。依此情形，上訴人自始具有妨害陳中新行動自由之犯意甚明，即令證人崔付祥證述其每日送兩次食物給陳中新無訛，亦不足資為上訴人有利之認定。(四)、事實上本無阻卻違法事由之存在，而誤信為有此事由之存在，並因而實行行爲者，即所謂阻卻違法事由之錯誤。此種錯誤，其屬於阻卻

違法事由前提事實之錯誤者，乃對於阻卻違法事由所應先行存在之前提事實，有所誤認，例如本無現在不法之侵害，而誤認為有此侵害之存在而為正當防衛，此即所謂誤想防衛，學說稱之為「容許構成要件錯誤」。誤想防衛本非正當防衛，蓋其欠缺正當防衛要件之現在不法之侵害，故誤想防衛不阻卻違法性，然而對於此種情形，即不知所實行者為違法行為，是否得以阻卻故意，因學說對於容許構成要件錯誤之評價所持理論的不同，而異其後果。在採限縮法律效果之罪責理論者，認為容許構成要件錯誤並不影響行止型態之故意，而只影響罪責型態之故意，亦即行為人仍具構成要件故意，但欠缺罪責故意，至於行為人之錯誤若係出於注意上之瑕疵，則可能成立過失犯罪。本院二十九年上字第509號判例意旨以行為人出於誤想防衛（錯覺防衛）之行為，難認有犯罪故意，應成立過失罪責，論以過失犯，即與上開學說之見解相仿。但亦有學說認為，在一些重大案件中，不能完全適用過失犯之刑罰，否則會產生難以彌補的可罰性漏洞，因此應放棄罪責理論之適用，轉而適用嚴格罪責理論，亦即將容許構成要件錯誤視為禁止錯誤，並不排除行為人之故意。本院二十七年上字第2879號判例意旨，即對於阻卻違法事由前提事實之錯誤，不認為得阻卻故意。上訴人雖主張其拘禁吳永鳳、王松山二人，有誤想防衛之情形，惟原判決業已說明上訴人明白供述吳永鳳、王松山並未對其恐嚇，其係因該二人工作不努力，經規勸不聽，始分別將之關入船艙各語，復經查證吳永鳳、王松山亦無所謂破壞漁具及私下煽動其他船員不要工作之情事，至於船上之殺魚刀固曾有遺失之事，但嗣後已在殺魚處旁之繩堆中尋獲，此或不無可能係船員未依規定擺放或經風浪拍打所致，既無證據證明係王松山或吳永鳳所藏放，則上訴人將其二人隔離拘禁達數月之久，應無以上開恐嚇、謀議罷工、殺魚刀遺失等情作為私禁之誤認，得以認係誤想防衛而阻卻故意等旨綦詳，與卷證資料核無不合。上訴論旨，徒憑己意，重為爭辯，難謂適法。(五)、綜核上訴意旨所

指各情，無非係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，或單純就各該證人之證詞，執持己見而為不同評價，或為事實上枝節性之爭辯，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 二十六 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 蘇 振 堂

法官 呂 丹 玉

法官 張 惠 立

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 三 日

G

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3990

【裁判日期】 1021003

【裁判案由】 違反組織犯罪防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三九九〇號

上 訴 人 戴嘉良

郭威辰（原名郭子豪）

上 列 一 人

選任辯護人 涂惠民律師

吳偉豪律師

上列上訴人等因違反組織犯罪防制條例案件，不服台灣高等法院中華民國一〇二年六月四日第二審更審判決（一〇一年度重上更(三)字第八一號，起訴及追加起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十二年度偵字第七九四八、二〇一六三、二三九二三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於戴嘉良、郭威辰部分撤銷，發回台灣高等法院。

理 由

本件原判決撤銷第一審關於上訴人戴嘉良違反組織犯罪防制條例及上訴人郭威辰（原名郭子豪）部分科刑之判決，改判依行為時牽連犯規定從一重論處戴嘉良、郭威辰共同犯主持犯罪組織罪刑，固非無見。

惟查：(一)、組織犯罪乃具有內部管理結構之集團性犯罪，組織犯罪防制條例並就其管理階層與非管理階層，依其情節之輕重分別訂定刑責，故其發起、主持、操縱、指揮或參與犯罪組織者之間，性質上為共同正犯、結夥犯之另一種獨立處罰型態。從而，犯罪組織之成員間縱所自白之內容一致，因仍屬共犯（指共同正犯

<任意共犯及必要共犯中之聚合犯>、教唆犯、幫助犯)之自白範疇，究非自白以外之其他必要證據，而記錄犯罪組織成員相互通話之通訊監察譯文，殆為共犯審判外之自白，依刑事訴訟法第一百五十六條第二項之規定，均應認有補強證據要求之必要性，藉以限制該自白之證據價值，以擔保其陳述與真實相符。又此之所謂補強證據，應求諸於共犯之自白以外，實際存在之有關被告與犯罪者間相關聯之一切證據，必也其中一共犯之自白先有補強證據，而後始得以該自白作為被告或其他共犯自白之補強證據，殊不能逕以共犯兩者之自白相互間作為證明其中一方所自白犯罪事實之補強證據。至所補強之範圍，則不以事實之全部為必要，祇須因補強證據之質量，與自白之相互利用，足使犯罪事實獲得確信者，即足當之。原判決於理由欄貳、二之(一)，分別引述所謂四海幫「海罡堂」犯罪組織成員陳昭男、劉臣耀、邱漢哲等人之供詞，及如其附表一、二所載戴嘉良與郭威辰、郭威辰與曹耀仁（由原審通緝中），或與其他成員間通話之通訊監察譯文，資為認定戴嘉良與郭威辰有共同主持「海罡堂」犯罪組織之犯罪事實，揆之說明，自尚欠補強。而依原判決之認定，郭威辰係以台北市○○○路○段○○○號○樓之○租屋處作為堂口，對外以艾琳多媒體公司為掩飾，則究竟有無該「海罡堂」組織及有如何之內部管理組織結構，即有究明之必要，原審未曉諭檢察官立證（例如聲請向警察機關查證），已有未當，稽之案內資料，標示「四海機構」名義之圖騰（見九十二年度偵字第七九四八號卷(一)第九八頁），是否即係「海罡堂」之圖騰，此與艾琳多媒體公司有無關聯，得否作為上開共犯自白之補強證據，至有關係。原審悉未進一步調查其他必要之補強證據以資判斷，為必要之論斷及說明，單憑共犯之自白遽以為上訴人等主持犯罪組織論罪之依據，難謂無調查職責未盡及判決理由不備之違背法令。本院前次發回意旨第一點，已特指明及此，原判決未置一詞，致原有瑕疵仍然存在。(二)、有罪之判決書，應於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據

，刑事訴訟法第三百十條第一款規定甚明。依原判決之認定，究竟「海罡堂」有無於民國九十二年一月二十四日開會，推舉戴嘉良、郭威辰分別擔任該堂堂主、副堂主，此攸關上訴人等有無主持該犯罪組織犯行之認定，原判決於理由內並未記載其認定所憑之證據，即不無判決理由欠備之違背法令。(三)、被告以外之人於審判外之警詢或檢察事務官調查中所為之陳述，係以其之陳述具有可信性之情況保證等要件而予以肯認其得為證據，並非僅因被告在審判中已對該被告以外之人進行詰問而當然取得證據能力，此觀刑事訴訟法第一百五十九條之二規定甚明。同法第一百五十九條之一第二項檢察官訊問筆錄，則係鑒於我國檢察官依法代表國家偵查犯罪，依法有訊問證人、鑑定人之權，證人、鑑定人且需具結，其可信性極高，而以具結之陳述已具足以取代被告反對詰問權信用性保障情況之要件，在立法政策上，除顯有不可信之情況者外，特予承認其具有證據能力。此種證據須於法院審判中經踐行含詰問程序在內之合法調查程序，始得作為判斷之依據，乃屬於人證之調查證據程序規定，與本條項係有關被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述之證據能力規定，應分別以觀。具有共犯關係之共同被告（下稱共犯被告）在本質上兼具被告與證人雙重身分，偵查中檢察官以被告身分訊問共犯被告，就我國法制而言，固無令其具結陳述之問題，但當共犯被告陳述之內容，涉及另一共犯犯罪時，就該另一共犯而言，其證人之地位已然形成。此際，檢察官為調查另一共犯犯罪情形及蒐集證據之必要，即應將該共犯被告改列為證人訊問，並應踐行告知證人得拒絕證言之相關程序權，使其具結陳述，其之陳述始符合刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項所定得為證據之傳聞例外。至於以共犯被告身分所為關於該他人犯罪之陳述，因不必擔負偽證罪責，其信用性顯不若具結證言，即與本條項規定之要件不符，惟衡諸其等於警詢或檢察事務官調查所為之陳述，同為無須具結，卻於具有特信性與必要性之要件時，即得為證據，若謂此偵查中之陳述，

一概否認其證據能力，無異反而不如警詢之陳述，顯然失衡。從而，此未經具結之陳述，依舉輕以明重原則，本於同法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規定之同一法理，得於具有相對或絕對可信性之情況保障，及使用證據之必要性時，例外賦予其證據能力，俾應實務需要。此為本院最近一致之見解。依此，當無僅憑共犯被告於審判中已具結陳述，並接受被告之詰問，或有不能傳喚之情形，即得謂其先前（未具結）之陳述具有證據能力之可言。又組織犯罪防制條例第十二條第一項「訊問證人之筆錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定訊問證人之程序者為限，始得採為證據」之規定，係以立法排除被告以外之人於警詢或檢察事務官調查中所為之陳述，得適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之規定，至於共犯被告於偵查中以被告身分之陳述，仍應類推適用上開規定，定其得否為證據。原判決就戴嘉良、郭威辰、楊喬瑋、歐文凱、邱漢哲、吳凱群、劉臣耀、江昱賢、陳昭男等人於檢察官偵查中以被告身分所為之陳述，以該等被告於審判時，已依證人程序為調查，乃認對上訴人等違反組織犯罪防制條例部分，均有證據能力之說明（見原判決理由欄壹、二），即非允當。案經發回，於更審時，上開證據如有採為判斷之依據者，宜依本院最近之見解重為敘明其得為證據之理由。上訴意旨執以指摘原判決違背法令，為有理由，應認關於戴嘉良、郭威辰部分仍有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 三 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 蘇 振 堂

法官 呂 丹 玉

法官 張 惠 立
法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 九 日
E

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,3993

【裁判日期】 1021003

【裁判案由】 妨害家庭

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第三九九三號

上 訴 人 台灣高等法院台中分院檢察署檢察官

上 訴 人

即 被 告 羅○○

尹○○

上列二人共同

選 任辯護 人 常照倫律師

王東山律師

上列上訴人等因被告等妨害家庭案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇二年五月二十九日第二審判決（一〇二年度上更（一）字第九號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署一〇〇年度偵字第一三六六八號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。本件原判決撤銷第一審之科刑判決，改判仍依想像競合犯規定，從一重論處上訴人即被告羅○○、尹○○（真實姓名詳

卷)共同犯刑法第二百四十二條第一項之移送被誘人出中華民國領域外罪刑(均依刑法第二百四十四條、第五十九條之規定遞減其刑,各量處有期徒刑二年,羅○○緩刑二年)。已詳敘認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。並對羅○○、尹○○否認犯罪,所辯各語,認不足取,均依調查所得證據,詳予指駁、說明。從形式上觀察,並無違背法令之情形存在。檢察官及羅○○、尹○○均不服提起上訴。惟查:(一)、犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷,俱屬事實審法院之職權,苟其取捨判斷不違背經驗法則與論理法則,即不能指為違法。按對於未成年子女之權利義務,除法律另有規定外,由父母共同行使或負擔之。父母之一方不能行使權利時,由他方行使之。父母不能共同負擔義務時,由有能力者負擔之。父母對於未成年子女重大事項權利之行使意思不一致時,得請求法院依子女之最佳利益酌定之。法院為前項裁判前,應聽取未成年子女、主管機關或社會福利機構之意見,民法第一千零八十九條定有明文。此乃民法目前對於未成年人保護規定,改採「子女本位思想」與「未成年人最佳利益思想」作為立法指導原則。而刑法第二百四十一條第一項規定:「略誘未滿二十歲之男女,脫離家庭或其他有監督權之人者,處一年以上七年以下有期徒刑」,該罪係以被略誘人之年齡未滿二十歲為構成要件。被誘人如係未滿七歲之兒童,本無行為能力,當無從認知拐誘之目的而予同意,縱以和平之手段誘使脫離家庭或其他有監督權之人,仍應成立本條項之略誘罪。又本罪在保護家庭間之圓滿關係,及家長或其他有監督權人之監督權,並未就犯罪主體設有限制,解釋上享有親權之人,仍得為該罪之犯罪主體,即於有數監督權人之情形下,若有監督權之一方出於惡意之私圖,對於未滿二十歲之被誘人施用強暴、脅迫或詐術等不正手段而將被誘人置於一己實力支配下,使其脫離其他有監督權人之監督,仍不當排除該條項之適用(本院二十七年非字第十六號、二十一年上字第一五〇四號判例意旨參照)。從而,未成年子

女之父母在法律上固享有親權，但一方對於未滿七歲之子女，縱未施以強暴、脅迫、詐術等手段，然意使脫離他方親權之行使，擅自移送出境，長期阻隔他方探視及監護，置於一己實力支配下，顯已以自己之行爲侵害他方監督權之行使，並使未成年子女無從獲得雙親照顧扶養及身心正常發展，自應令負相當罪責。本件原判決綜合全案卷證資料，本於事實審法院採證認事之職權行使，認定尹○○與告訴人查○○（真實姓名、年籍詳卷）原爲夫妻，羅○○係尹○○之母親。告訴人與尹○○於婚姻關係存續期間生下尹伯○、尹仲○（均民國九十五年四月生，真實姓名、年籍詳卷）孿生子，至一○○○年四月十五日，告訴人與尹○○因故爭吵，尹○○帶尹伯○外出接送羅○○，告訴人帶同尹仲○離家他住，雙方未再同居一處，自此感情不睦，告訴人於同年四月底訴請裁判離婚（按於一○○○年六月十四日調解離婚成立，原定尹伯○、尹仲○之權利義務由父母共同行使或負擔，嗣於同年十一月二十八日改定均由告訴人一人行使或負擔）。詎尹○○、羅○○於上述離婚事件訴訟期間，明知告訴人爲尹伯○之母，對之得行使親權，而爲有監督權之人，於告訴人訴請離婚訴訟期間，雙方在尹伯○、尹仲○就讀之台中市○○幼稚園碰面時，已然發生爭奪親權之紛爭，告訴人當即表明不同意尹伯○出國，竟於未獲告訴人同意之情形下，共同基於略誘尹伯○（甫滿五歲之幼童，無同意能力）脫離告訴人之親權行使，及移送出中華民國領域外之犯意聯絡，於一○○○年六月八日由羅○○帶同尹伯○搭機前往加拿大，而使尹伯○完全脫離告訴人之監督權，爰認羅○○、尹○○共犯刑法第二百四十二條第一項之移送被誘人出中華民國領域外罪（均一行爲觸犯同法第二百四十一條第一項之略誘罪），惟其等初衷囿於宗族、親情觀念，將尹伯○送往加拿大期間，羅○○如常給予生活照料及提供就學，迄同年十二月二十三日羅○○自加拿大攜尹伯○返回台灣，並於裁判宣告前之一○一年二月十五日交還告訴人，客觀上確有情輕法重、堪予憫恕情狀（均依刑

法第五十九條遞減其刑）。已依憑卷內資料，說明其所憑之證據及認定之理由。併逐一敘明：告訴人在加拿大生產尹伯○、尹仲○，二子雖同時取得加拿大公民身分，返台之初其二子之照顧，尹伯○多委由羅○○照顧，尹仲○則由告訴人之母任之，羅○○多次攜帶尹伯○前往加拿大居住時，因而約定由尹○倩（尹○○之妹）擔任在地監護人；惟尹○○於九十九年九月二日假釋出監後，即與告訴人、尹伯○、尹仲○在台中市居住共同生活，並安排尹伯○、尹仲○就讀上開幼稚園，共同行使、負擔二子之權利及義務，羅○○既非監護人，亦無監督（護）權；嗣告訴人因與尹○○感情生變，訴請離婚期間，夫妻雖未同住，且各自照顧一子，但不因此影響告訴人對於尹伯○之親權之行使，竟就尹伯○移送出國之重大事項，確知告訴人已表明不同意之情形下，仍由羅○○將無同意能力之尹伯○攜往加拿大，其等移送尹伯○出中華民國領域外之行爲，客觀上已然侵害告訴人之親權，並使脫離告訴人之監督權；復以，羅○○於第一審審理中供承：在加拿大遷居他處，未告知告訴人，尹伯○證述：告訴人有打電話，但被羅○○掛掉，所以無法聯絡等情（見第一審卷第一八五、一八六頁），及尹伯○就讀幼稚園老師賴姁升所證：告訴人要帶尹伯○，遭羅○○、尹○○所拒，雙方發生爭吵、搶奪小孩之糾紛（見原審上訴卷(一)第一三三頁），佐以告訴人以手機傳送簡訊，通知尹○○不得擅自將尹伯○移送出國，則羅○○、尹○○於移送尹伯○出國前，明知告訴人欲行使對尹伯○之親權，惟尹○○仍執意由羅○○移送尹伯○出境，此移送未成年之子出國而攸關親權行使之重大事項，事前未獲告訴人同意，事後未主動告知尹伯○之加拿大新址、甚或阻撓告訴人之正常聯繫，其等置尹伯○於一己實力支配下，不僅違反尹伯○得享父母雙方照顧扶養、身心正常發展權利之最佳利益，亦侵害告訴人親權之行使，主觀上難謂無剝奪告訴人行使監督權之惡意私圖。又尹○○於分居訴訟期間，難以妥善照顧尹伯○，即應交由告訴人任之，如謂尹伯○前暫

居加拿大，曾約定由尹○○倩在該地行使監護權，尹○○、羅○○即可專擅自為，移送尹伯○出境前往加拿大，無非片面剝奪尹伯○受雙親照顧扶養之權利，兼及告訴人對該未成年之子行使負擔權利義務，排除告訴人親權之行使，亦與上揭法條規定之目的欲令父母共同行使親權之立法原意盡失，俱見尹○○、羅○○有主觀之犯意，並有犯意之聯絡及行為之分擔，原判決理由已詳敘其審酌之依據及理由。所為論斷，乃原審本諸職權之行使，對調查所得之證據而為價值上之判斷，據以認定其等犯罪事實，並未違背客觀上之經驗法則與論理法則，亦無上訴意旨所指調查未盡、理由不備、理由矛盾及適用法則不當之違誤。（二）、刑罰之量定及緩刑之宣告，事實審法院本有自由裁量之權，倘量刑時係以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第五十七條所列各款情狀，而所量定之刑既未逾法定刑範圍，復無違反比例、公平及罪刑相當原則者，自不得任意指為違法。原判決以羅○○、尹○○之責任為基礎，已說明審酌刑法第五十七條各款所列情狀，其犯罪手段危險程度，造成告訴人飽受骨肉分離之痛苦及涉訟奔波之折磨，惟衡酌羅○○、尹○○等犯罪初衷，顯係思慮未周，尹伯○被移送至加拿大期間，其生活及就學仍獲妥善照料，其後羅○○已攜返入境，交還告訴人監護，所為客觀上確有情輕法重、堪予憫恕之情狀，均酌減其刑各量處有期徒刑二年，既未逾越法定刑度，亦無濫用自由裁量之權限，尚無違法可言。又羅○○未曾故意犯罪，符合宣告緩刑之條件，認以暫不執行為適當之情形，而宣告緩刑二年，自屬其裁量權之適法行使，要難指為不當。檢察官上訴意旨仍執陳詞，任意指摘原判決量刑過輕及緩刑之宣告為不當，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。（三）、羅○○、尹○○另援引本院十九年上字第一九七一號判例，辯稱刑法第二百四十條第一項、第二百四十一條第一項（即舊法第二百五十七條第一項）之犯罪主體，必限於本無親權或監督權等之人云云。惟上開判例係針對童養媳因婚姻預約關係而由原

生父母寄養於人，然原生父母固有之親權不因而喪失，縱令於寄養期間復行帶回，亦僅發生民事問題，不以該條罪責相繩，亦無悖於童養媳之未成年子女利益，且與本件案情迥不相牟，自不得比附援引。其他上訴意旨，徒憑己見，漫指原判決未審酌其等主觀上無略誘犯意，就原審依職權採證認事之適法行使，或就原判決已說明事項，專憑己見，任意揀擇無關之判決或報載資料，遽指摘為違法，且為單純事實之爭執，難謂已符合法定上訴要件，應認其等上訴均不合法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 三 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 蘇 振 堂

法官 呂 丹 玉

法官 吳 燦

法官 張 惠 立

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 二十 二 日

M

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,4092

【裁判日期】 1021009

【裁判案由】 偽造文書

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第四〇九二號

上 訴 人 鍾德璋

上列上訴人因偽造文書案件，不服國防部最高軍事法院中華民國一〇一年十一月八日上訴審判決（一〇一年上訴字第〇〇九號，起訴案號：國防部高等軍事法院高雄分院檢察署一〇〇年偵字第〇三七號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於鍾德璋部分撤銷，發交台灣高等法院台南分院。

理 由

本件原判決認定：上訴人鍾德璋原係陸軍後備九〇八旅通信連中士台長，為該連參四（補給）業務承辦人，係身分公務員。民國九十四年間，前後備九一四旅通信連之「M 1 3 A 1 式雙目望遠鏡」（下稱M型望遠鏡）四具遺失報准核賠，惟未撥補新品或除帳。嗣九一四旅裁撤移交由九〇八旅接收，陳志銘（判刑確定）接任該通信連連長，重新報請遺失核賠，因相關資料遺失，屢遭退件，造成「有帳無料」情況，陳員為解決此困境，乃自費訂購仿製「T S - 7 1 式雙目望遠鏡」（下稱T型望遠鏡）四具，於一〇〇年七月間，指示上訴人以裝檢時發現M型望遠鏡型式不符，實為T型望遠鏡，應辦理帳籍調整變更為由，在該連辦公室，由陳志銘指導上訴人以公務電腦登載不實理由於職務上所掌之「軍品調整報告表」等公文書，另由不知情之陳宇楓、潘星迪（二人均無罪確定）簽章後，上訴人再依陳志銘指示，在公務電腦上製作不實之呈文正本，由陳宇楓呈報後備九〇八旅，足生損害於

國軍裝備管理之正確性等情。因而撤銷第一審無罪之判決，改判論處上訴人行使公務員明知為不實之事項而登載於職務上所掌之公文書罪刑，固非無見。

惟按刑法第二十一條第二項規定：依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不罰。但明知命令違法者，不在此限。則以但書所定排除本文之阻卻違法事由之適用，應就明知命令違法為嚴格之證明。尤其軍人以服從為天職，陸海空軍刑法第四十七條第一項並就違抗長官職權範圍內所下達與軍事有關之命令者，定有處罰。於此，雖非可謂軍人排除上開刑法但書之適用，惟於判斷其是否明知上級命令違法時，自應與一般公務員不同，即應採更高密度之審查標準，以免在違法執行與抗命間產生義務衝突。就具體個案，並應審酌有無期待可能性而阻卻責任。依原判決之認定事實，連長陳志銘就有關本件九〇八旅通信連裝備呈報事宜，應屬長官職權範圍內所為與軍事有關之命令，身為參四承辦人之上訴人，有不得違抗之義務，揆之首開說明，於認定其係明知命令違法，自須高度、嚴格之標準。原判決理由參、一之(三)徒以上訴人、陳志銘、證人陳宇楓等人之供證及相關文書，即認定其與陳員有犯意聯絡及行為分擔（原判決第十三至十五頁），未就上揭明知命令違法之要旨詳查審認，自有證據調查未盡及理由不備之違法。又陳志銘供稱，因此有帳無料之困境，始終無法解決，詢問上級單位後備司令部承辦人，告以可用此帳籍調整之方式進行轉移，故為此登載上報，伊有將此情告知上訴人，其始同意辦理等語（偵一卷第九十四頁），如果無訛，上訴人有無程序、命令均合法之誤認，為容許構成要件之錯誤而阻卻故意，原審未予究明，同嫌速斷。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決此部分有撤銷發交之原因。再上訴人涉犯刑法第二百十六條、第二百十三條之罪，屬陸海空軍刑法第七十六條第一項第四款之罪，依一〇二年八月十五日施行之軍事審判法第一條第二項第一款、第二百三十七條第二項規定，應依刑事訴訟法

追訴、處罰，故發交同級之他法院，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，軍事審判法第一條第二項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 九 日
最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 洪 昌 宏

法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 在

法官 韓 金 秀

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 十 四 日
E

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,4161

【裁判日期】 1021016

【裁判案由】 誣告

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第四一六一號

上訴人 台灣高等法院台中分院檢察署檢察官

被告 陸○○（名字、年籍、

上列上訴人因被告誣告案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇二年六月十九日第二審判決（一〇〇年度上訴字第二〇一二號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署一〇〇年度偵字第七〇五六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由係屬二事。本件原判決綜合被告陸○○（名字、年籍均詳卷）之陳述、證人丙男（姓名、年籍均詳卷）、陳薇庭之證詞、卷附錄音譯文、驗傷診斷書、不起訴處分書、原審法院一〇〇年度訴字第四四一號卷等全案卷證資料，本於事實審法院之推理作用，認定被告有其事實欄所載之誣告犯行，因而維持第一審論處被告誣告罪刑（處有期徒刑一年六月）之判決，駁回其於第二審之上訴；並以

被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，因心繫兒子監護權而犯案，又因在公務機關上班，恐坦承犯行而遭免職，致不敢貿然自白，仍屬可憫，且於原審審理時，已表示小孩由其前妻監護，極為適當。原審為維持被告父子情感，避免永留芥蒂，因認所宣告之有期徒刑以暫不執行為當，爰予宣告緩刑四年，以啟自新。已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實暨給予緩刑宣告之心證理由；並就被告所辯其無誣告之犯意，丙男所以翻供係受其前妻影響等語認非可採，詳予說明論述。就形式上觀察，原判決要無採證認事違背經驗法則、論理法則或理由不備、理由矛盾等違背法令之情形。

檢察官上訴意旨略以：(一)原判決係以被告惡性重大，不宜輕縱，始量處有期徒刑一年六月之重刑，乃又以其情可憫，宣告緩刑四年，有判決理由矛盾之違法。(二)被告誣告被害人尹其俊對丙男性侵害，是為求目的，不擇手段，且被告始終否認犯行，未曾表示道歉，復未賠償任何損失，自難認其有何悔改之心。是本件被告能否因宣告緩刑而策其自新，應知所警惕而無再犯之虞，不無可疑，原判決有不適用法則之違背法令。(三)原判決就被告所為緩刑之宣告部分，顯然僅偏重於被告犯案之動機、目的及維護其父子情感等之事項，卻毫無顧及丙男、被害人因此遭受嚴重損害及應如何彌補，原判決未調查該等爭點，復未為上開整體之考量，逕為被告緩刑之諭知，同時未命被告於緩刑期內付保護管束，顯有應於審判期日調查之證據而未予調查及判決不載理由之違背法令云云。

惟查：(一)行為經法院評價為不法之犯罪行為，且為刑罰科處之宣告後，究應否加以執行，乃刑罰如何實現之問題。依現代刑法之觀念，在刑罰制裁之實現上，宜採取多元而有彈性之因應方式，除經斟酌再三，認確無教化之可能，應予隔離之外，對於有教化、改善可能者，其刑罰執行與否，則應視刑罰對於行為人之作用而定。倘認有以監禁或治療謀求改善之必要，固須依其應受威嚇

與矯治之程度，而分別施以不同之改善措施（入監服刑或在矯治機關接受治療）；反之，如認行為人對於社會規範之認知並無重大偏離，行為控制能力亦無異常，僅因偶發、初犯或過失犯罪，刑罰對其效用不大，祇須為刑罰宣示之警示作用，即為已足，此時即非不得緩其刑之執行，並藉違反緩刑規定將入監執行之心理強制作用，謀求行為人自發性之改善更新。而行為人是否有改善之可能性或執行之必要性，固係由法院為綜合之審酌考量，並就審酌考量所得而為預測性之判斷，但當有客觀情狀顯示預測有誤時，亦非全無補救之道，法院仍得在一定之條件下，撤銷緩刑（參刑法第七十五條、第七十五條之一），使行為人執行其應執行之刑，以符正義。由是觀之，法院是否宣告緩刑，有其自由裁量之職權，而基於尊重法院裁量之專屬性，對其裁量宜採取較低之審查密度，祇須行為人符合刑法第七十四條第一項所定之條件，法院即得宣告緩刑，與行為人犯罪情節是否重大，是否坦認犯行並賠償損失，並無絕對必然之關聯性；倘事實審法院未有逾越法律所規定之範圍，或恣意濫用其權限，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。查本件被告如何合於刑法第七十四條第一項所定之條件，及何以諭知緩刑等情，已據原判決於理由內闡述甚詳（見原判決第二二頁，理由參），核無恣意濫權或逾越法律所規定之範圍。上訴意旨無視於原判決此部分論述，仍以行為人犯罪情節重大，且未坦認犯行並賠償損失云云，而為爭辯，自與法律所規定得上訴第三審之理由不相適合。(二)緩刑是否為附負擔條件，係屬法院諭知緩刑時裁量之事由，自得衡酌具體情狀定之，其未為附負擔條件，亦難逕認為違法。而受緩刑之宣告者，除有刑法第九十三條第一項所列第一、二款或少年事件處理法第八十二條第一項等情形應於緩刑期間付保護管束者外，其他情形付保護管束與否，事實審法院本有自由裁酌之權。本件被告並無上開應於緩刑期間付保護管束之情形，原判決未予宣示付保護管束，仍無不合。(三)檢察官於原審始終未曾就丙男、被害人遭受之

損害及應如何彌補聲請調查；其於最後審判期日調查證據完畢開始辯論前，審判長問檢察官最後尚有何證據請求調查，檢察官亦僅答稱：「沒有」等語，亦未聲請原審就丙男、被害人遭受之損害及應如何彌補為如何之調查（見原審卷(二)第四三頁）。而本院為法律審，檢察官在本院又為此爭執，自非第三審上訴之適法理由，亦難認有何應於審判期日調查之證據未予調查之違法。依上揭說明，本件上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 十六 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 洪 昌 宏

法官 蔡 國 在

法官 徐 昌 錦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 十八 日

G

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,4356

【裁判日期】 1021024

【裁判案由】 違反保險法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第四三五六號

上 訴 人 林宏錫

選任辯護人 劉俊彥律師

陳岳瑜律師

上列上訴人因違反保險法案件，不服台灣高等法院中華民國一〇二年三月七日第二審判決（一〇一年度金上重訴字第二〇號，起訴案號：台灣士林地方法院檢察署九十九年度偵字第三四八四號，一〇〇年度偵字第一二〇二五號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

理 由

本件原判決認定：上訴人甲○○係「安建計程車客運服務事業有限公司」（下稱安建公司）之實際負責人，明知安建公司依法不得經營保險或類似保險業務，竟未經主管機關核准，基於非法經營保險及類似保險業務之犯意，自民國八十四年十月二十六日起至九十八年七月間止，以「車碰車聯保互助理賠」之方式，將保險型態大致分為下列三類：(一)第一類：參與互助會之計程車司機按月繳交新台幣（下同）八百元互助金予安建公司，倘保險事故發生，安建公司協助處理，投保車輛之損失最高五萬元。(二)第二類：參與互助會之計程車司機依車況新舊，按月繳交一千二百元或一千三百元之互助金予安建公司，扣除第一類之互助金後，其他費用轉向原判決附表（下稱附表）三所列之合法產物保險公司

投保責任險，於保險事故發生，安建公司協助處理，除就投保車輛之損失賠付最高十萬元外，另由轉保之合法產物保險公司依保險契約承保內容，賠付事故對方之車損與人體受傷等金額。(三)第三類：參與互助會之計程車司機年繳三千元互助金予安建公司，安建公司於保險事故發生時協助處理，並賠付事故對方之車輛損失最高十萬元。此外，參與互助會之計程車司機，依車況尚可每月多支付一千九百元至二千五百元之互助金與安建公司，由安建公司加強保障任意險部分，亦即倘保險事故發生時，安建公司就事故對方車輛及人體受傷之損失，亦在一定額度內予以賠付。安建公司即以上開保險型態，招攬附表二所示計程車行負責人為旗下車輛及靠行計程車司機投保，雙方大多係以相互口頭約定方式完成契約，並未簽訂書面契約亦未交付保險單，少部分客戶則要求簽立「車碰車聯保互助理賠範圍條款說明契約」，安建公司即以此方式經營保險及類似保險業務，自八十五年二月份起至九十八年六月份止（不含九十六年二月份起至九十七年十二月份止），共計收取保險費二億二千一百七十六萬一千二百五十八元，扣除附表三所示轉保其他產物保險公司之費用後，亦有二億零二百萬零四百六十二元，犯罪所得已達一億元以上之犯行，因而撤銷第一審不當之科刑判決，改判仍論處上訴人法人之行爲負責人，其法人非保險業經營保險及類似保險業務，犯罪所得達一億元以上罪刑（處有期徒刑三年六月），固非無見。

惟查：（一）判決所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。所謂所載理由矛盾，指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，有互相矛盾者而言。原判決事實欄一前載「上訴人未經主管機關核准，基於非法經營保險及類似保險業務之犯意，自民國八十四年十月二十六日起至九十八年七月間止，以『車碰車聯保互助理賠』之方式」（見原判決第一頁），後載：「安建公司即以此方式經營保險及類似保險業務，自八十五年二

月份起至九十八年六月份止（不含九十六年二月份起至九十七年十二月份止），共計收取保險費二億二千一百七十六萬一千二百五十八元，扣除附表三所示轉保其他產物保險公司之費用後，亦有二億零二百萬零四百六十二元，犯罪所得已達一億元以上」（見原判決第二頁），則上訴人非法經營保險或類似保險之時間，究竟係「八十四年十月二十六日起至九十八年七月間止」，抑或為即「八十五年二月至九十八年六月」？前後不一，有理由矛盾之違法，其認定事實不明，本院無從據以判斷其適用法律之當否。

（二）保險法第一條規定：「本法所稱保險，謂當事人約定，一方交付保險費於他方，他方對於因不可預料，或不可抗力之事故所致之損害，負擔賠償財物之行爲。根據前項所訂之契約，稱為保險契約。」第四十三條規定：「保險契約，應以保險單或暫保單爲之。」據此，保險契約之要件爲：①要保人對保險標的需有保險利益。②要保人對於標的之利益，因特定意外事故之發生，而有遭遇損失之危險。③保險人需承擔上述損失之危險。④保險人需將所承擔之危險分散於可能遭遇同類危險之大眾。⑤對於保險人承擔危險之允諾，要保人須支付相當之對價。⑥需有書面。至於「類似保險」之定義、要件爲何？法無明文，學理上依合於保險基本原理之類推解釋，所謂「類似保險」應以是否具備保險之一般要件，如對價（無須經精算技術計算）、保險利益、危險承擔（承諾給一定金額或服務）與大數法則（對象爲多數人或不定人）等爲判定原則。其中「危險承擔」及「對價關係」，乃保險人因承擔危險所取得之相當對價，除包含支應其承擔風險發生責任之純保險費外，亦包含支應其營業管銷成本之附加保險費，及其他保險人應追求之營收利潤。另依財政部九十一年核准之「汽車保險費率規章」第二章關於車體損失保險（包括甲式、乙式）及免自負額車對車碰撞損失險之保險費計算爲：保險費＝基本保費×被保險汽車製造年度及費率代號係數×從人因素係數；或爲：保險費＝被保險汽車重價值×費率×（1＋廠牌車系減

加費係數) × (1 + 車齡減費係數 + 賠款紀錄係數)、從人因素係數 = 被保險人年齡、性別係數 + 賠款紀錄等。本件觀諸「車碰車聯保互助理賠範圍條款說明契約」第三條載有：「本互助金為一次給付，不得退保，每月限出險一次，得加一千三百元續保」等情（見九十九年度偵字第三四八四號卷(二)第三十六頁），及上訴人所稱：「我們每月收取八百元費用，職業駕駛對自己就有五萬元保險。若包含任意險攤提費用，亦即將任意險轉給保險公司，每輛車每月一千三百元。該條款是每月只限出險一次，若該車同月肇事第二次則不予理賠，該客戶該月若要續保，則必須另外再給一千三百元互助費。我們沒有侵占費用」等語（見九十九年度偵字第三八八九號卷第九頁），證人林鴻榮所證：「投保內容是出租車碰撞部分，轉保出去的是任意險，包括對方車體、對方的體傷；保費一千二百到一千三百元左右」等語（見九十九年度偵字第三四八四號卷(一)第二十二頁）；證人盧泰山所證：「保費每月伊是交給安建一千三百元」等語（見同上卷頁）；證人蔡東明所證：「保費每部車大概是一千三百元」等語（見同上卷第二十三頁），雖似有保險事故及危險承擔情事，然上訴人所收取之「八百元互助費」部分，為固定之金額，似未以被保險人之年齡、出事率，被保車輛之車齡等為收費標準，已與上開規章之保費計算方法不符，則此一金額，除承擔風險發生責任之純保險費外，有無支應其營業管銷成本之附加保險費，及並其他保險人應追求之營收利潤？是否符合保險之對價性、保險利益及大數法則之評估計算等？均有待深究，事涉是否屬於類似保險之問題，原審未予究明，即予判決，有調查職責未盡之違法。（三）保險法第一百六十七條非保險業不得經營保險或類似保險業務規定之立法目的為：「非保險業經營保險或類似保險業務，對於社會及保險市場秩序之安定妨礙甚鉅」、「為強化市場紀律」、「以利管理」。參酌同法第一百三十七條保險業應繳納保證金，及第一百四十六條關於保險業資金之運用及管理規定，則禁止未經許可經

營保險或類似保險契約，無非避免該經營者未經政府監督，大量吸金而無力履行契約，或未能提存責任準備金而無法賠付，進而造成金融市場秩序紊亂，或收取保費運用投資牟利。因此，若有類似保險之外觀（如危險移轉契約），然不會形成上開立法目的所欲防免之結果，則此類行為，能否認仍屬保險法第一百六十七條處罰之範圍？即有再事研求之餘地。原判決認定：「安建公司所管理之互助會，實際上乃係因應我國保險公司承保營業小客車車體險之態度消極，是在保險公司對營業小客車收取高額保費、理賠卻有限的情況下……安建公司收取保費後，確實將部分金額轉投保於其他產險公司……非單純為牟取自身利益、吸收資金」

（見原判決第十三至十四頁），則上訴人經營之安建公司，是否有大量吸金而無力履行保險約定之風險？或因未提存責任準備金而無法賠付，造成金融市場秩序紊亂？其運作方式，究僅係互助會員間收取費用後存放某處，待危險發生，提出部分用以分攤風險？抑或就所收取之互助金運用投資增加利潤？均有待釐清。原審未予究明，遽論以保險法第一百六十七條罪責，有調查職責未盡及理由不備之違法。（四）原判決既記載：「職業小客車駕駛人向此類名為互助會之個人或公司投保，以彌補損害之習慣已存在多年，有其存在之客觀環境需求因素及彌補保險公司保障不足的功能」（見原判決第十三頁），復認定：「安建公司對於保險金融市場之安定產生妨礙」（見原判決第十四頁），前者肯定其可彌補保險公司保障不足之功能，後者竟認有妨礙保險市場之安定，亦有理由矛盾之違法。以上或為上訴意旨指摘所及，或為本院得依職權調查之事項，上開違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認仍有發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 二十四 日
最高法院刑事第八庭

審判長法官 黃 正 興
法官 張 春 福
法官 陳 世 雄
法官 許 錦 印
法官 周 政 達

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 二十八 日

m

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,4364

【裁判日期】 1021024

【裁判案由】 違反藥事法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第四三六四號

上訴人 台灣高等法院台中分院檢察署檢察官

被告 鄭慶麟

上列上訴人因被告違反藥事法案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇二年八月十三日第二審判決（一〇二年度上訴字第一〇〇七號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署一〇一年度偵字第二一八九一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

本件原判決已敘明依憑被告鄭慶麟於原審所為不利於己之部分供述，核與證人即自被告取得禁藥（亦屬第二級毒品）甲基安非他命施用之江茂全於警詢、檢察官訊問時之證述情節相符，並有卷附通訊監察錄音譯文可稽，資以認定被告有原判決事實欄所記載之犯罪事實。並敘明上訴人有原判決事實欄所記載犯罪、科刑及執行之情形，有卷附台灣高等法院被告（鄭慶麟）前案紀錄表可

按。其受有期徒刑之執行完畢後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，應依刑法第四十七條第一項之規定，論以累犯並加重其刑。因而撤銷第一審關於轉讓禁藥部分不當之科刑判決，改判仍論被告以明知為禁藥而轉讓之罪（累犯），量處有期徒刑六月。原判決已敘明調查、取捨證據及認定事實所憑理由，所為論斷均有卷內證據資料可按。

檢察官上訴意旨略以：藥事法第八十三條第一項之法定刑為七年以上有期徒刑，得併科新台幣（下同）五百萬元以下罰金，而毒品危害防制條例第八條第二項之法定刑為六月以上，五年以下有期徒刑，得併科七十萬元以下罰金。本件原判決認定被告係屬累犯，應予加重其刑，則原判決就被告轉讓禁藥即甲基安非他命犯行，依輕法即毒品危害防制條例第八條第二項之法定刑，即應量處有期徒刑七月以上，乃原判決依重法即藥事法第八十三條第一項論處，竟僅量處有期徒刑六月，顯未依法定刑度量刑，有判決適用法則不當之違法。況原判決量刑除應符合藥事法第八十三條第一項法定刑之「外部界限」以外，尚應符合毒品危害防制條例第八條第二項法定刑之「內部界限」。乃原判決就被告並無其他減輕其刑之情事，且被告係屬累犯（應依法加重其刑）之情形下，僅量處有期徒刑六月，不符毒品危害防制條例第八條第二項之法定刑之「內部界限」，有違反罪刑相當及比例、平等原則之違法等語。

惟按：學理上所稱法條（規）競合，係指一行為同時該當於數法條所定犯罪構成要件之競合情形，但應就競合之數法條中擇一適用，而排斥其他法條之適用，以避免犯罪之重複評價，屬於單純一罪。刑法第五十五條前段規定之想像競合犯，則指一行為觸犯數罪名之競合情形，應就數罪名中從較重之一罪處斷，但不排斥其他輕罪之成立，惟不另加以處罰，以避免犯罪之重複評價，屬於裁判上一罪。想像競合犯既規定從一重處斷，為避免遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重

罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑，以致發生與法律規定從一重處斷之本旨不合之情形，故刑法第五十五條但書特別規定「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失。而法條（規）競合，既純屬數法條之擇一適用，而排斥其他法條之適用，於量定宣告刑時，本不受刑法第五十五條但書規定之拘束，又無其他法定不得量處低於已被排斥而不適用之其他法條最輕本刑以下之刑之限制，祇須以行為人之責任為基礎，審酌刑法第五十七條各款所列一切情狀而為量刑即可。原判決認被告轉讓甲基安非他命犯行，同時有毒品危害防制條例第八條第二項及藥事法第八十三條第一項之規定可資處罰，係屬法條（規）競合關係，應依「重法優於輕法」、「後法優於前法」之法理，優先適用藥事法第八十三條第一項之規定論處，因而量處被告有期徒刑六月，已詳為敘明審酌刑法第五十七條各款所定一切情狀而為量刑所憑理由（見原判決第五、六頁），既符合藥事法第八十三條第一項之法定刑（並依刑法第四十七條第一項之規定，予以加重其刑）之範圍（即裁量權行使之「外部界限」），與經排斥不用之毒品危害防制條例第八條第二項之罪之法定刑無涉，依上開說明，係屬原審量刑裁量權之適法行使，難認有檢察官上訴意旨所指量刑違反比例、公平及罪刑相當原則（即裁量權行使之「內部界限」）之違法。檢察官上訴意旨，就原審行使量刑裁量權之事項，任意指摘為違法，核非適法之第三審上訴理由。應認本件檢察官之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 二十四 日

最高法院刑事第十一庭

審判長法官 李 伯 道

法官 林 立 華

法官 黃 瑞 華

法官 許 仕 楓

法官 李 錦 樑

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 二十九 日
E

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,4629

【裁判日期】 1021114

【裁判案由】 違反貪污治罪條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第四六二九號

上 訴 人 林文華

選任辯護人 許哲嘉律師

鍾秉憲律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇二年六月十三日第二審更審判決（一〇二年度重上更(一)字第二〇號，起訴案號：台灣雲林地方法院檢察署九十六年度偵字第四一九七、四七九七、六四九三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院台南分院。

理 由

- 一、本件原判決撤銷第一審關於上訴人林文華違背職務收受賄賂、交付賄賂部分之科刑判決，改判論上訴人以共同違背職務收受賄賂罪，處有期徒刑 12 年，褫奪公權 5 年，及為相關追繳、抵償之宣告。固非無見。
- 二、惟按：(一)共同正犯之成立，以有犯意聯絡與行為分擔為要件，而此項要件，應詳加記載認定，並說明其所憑之證據，方足資為論罪科刑之根據。原判決事實（下稱事實）五記載「林文華明知（雲林縣政府警察局）斗南分局（下稱斗南分局）所存放鄭家豪之尿液乃鄭家豪施用第二級毒品之刑事案件之證據，又其為公務員，明知鄭家豪犯施用毒品之罪，依毒品危害防制條例第 15 條第 2 項之規定，不應予庇護，竟與鄭

家豪、吳寶同、黃永雄（下稱鄭家豪等 3 人，均經判處罪刑確定）達成調換鄭家豪尿液（即與吳寶同、黃永雄共同毀棄、湮滅、偽造、使用偽造關係鄭家豪刑事被告案件證據，與鄭家豪共同毀棄公務員職務上掌管物品）之犯意聯絡，並本於庇護鄭家豪施用毒品之犯意，答應去了解狀況，……。同日下午 3、4 時左右，林文華第 2 次駕駛上述車輛回豪寶車行（下稱車行），在辦公室門口，林文華告知黃永雄、吳寶同晚點會帶斗南分局之採尿警察到場供鄭家豪指認，如果無誤，則可另行採尿，調換已儲存斗南分局之鄭家豪尿液。……鄭家豪、吳寶同、黃永雄乃共同基於對公務員關於違背職務之行爲，交付賄賂之犯意聯絡，交付上開（新台幣，下同）60 萬元賄款予林文華，做為處理調換鄭家豪尿液之對價。林文華於收受 60 萬元後，隨即駕車離去」（見原判決第 6、7 頁），及事實六記載「在甜蜜西餐廳內，林文華詢問鄭家豪施用毒品案件之處理情形，楊茂賢（係斗南分局偵查隊毒品調查業務承辦人，業經第一審就違背職務收受賄賂、共同犯公務員庇護他人施用第二級毒品部分，依序諭知免刑、有期徒刑 1 年 2 月，減為有期徒刑 7 月，緩刑 2 年確定）予以說明後，林文華表示因其好友拜託幫忙，提議請楊茂賢調換鄭家豪的尿液，並告以『尿是你採的，換過就好了。』楊茂賢稱：『這樣好嗎？』林文華再度勸稱：『不要緊啦』，並自身上外套取出現鈔 20 萬元，自餐桌下方交與楊茂賢，楊茂賢答稱『這個我不要，這樣不好。』林文華又勸稱『沒關係啦，你也要擔風險啦。』『不夠再說』等語。楊茂賢禁不住請託，乃同意為調換尿液等違背職務之行爲，並收受該 20 萬元之賄賂。自此林文華與楊茂賢形成共同違背職務收受賄賂之犯意聯絡，……林文華乃因而從中取得收受之 40 萬元賄款」（見原判決第 7、8 頁）等情之部分，似認上訴人與楊茂賢就掉包換尿違背職務之行爲，收受鄭家豪等 3 人交付之 60 萬元賄款，

均有犯意聯絡及行為分擔。但其理由貳之九、「犯意聯絡」部分，記載「林文華雖非鄭家豪施用毒品一案之承辦人，但因其教示、勸導，而使具有職務之楊茂賢同意為鄭家豪換尿脫罪，並收受對價 20 萬元賄款，再約同楊茂賢前來車行採尿，並檢視、確認先前之警詢筆錄，藉以對鄭家豪等人宣示，表達已履行換尿之承諾，自己再從中取得 40 萬元賄款。」等旨（見原判決第 44 頁），似又認定楊茂賢就其違背職務收受 20 萬元部分，與上訴人間有犯意聯絡及行為分擔，至於上訴人自己取得鄭家豪等 3 人交付之其餘 40 萬元部分，則為上訴人個人之行為。倘屬無訛，非但事實與理由不相適合，且原判決理由就上訴人收受 40 萬元賄款部分，如何與楊茂賢間互有犯意聯絡及行為分擔等情，並未為明白、具體之認定記載，致其論處上訴人以共同對於違背職務之行為，收受賄賂（60 萬元）一罪，適用法律是否適當，尚無從判斷，已屬無可維持。(二)警察為司法警察，為維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利，除依刑事訴訟法第 231 條第 1 項第 1 款、第 2 項規定，受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪；於知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官外，依警察法第 9 條第 3 款、第 4 款規定，負有協助偵查犯罪、執行搜索、扣押、拘提及逮捕等職權；又警察各級勤務機構因治安需要，得指派人員編組機動隊（組），運用組合警力，在指定地區執行巡邏、路檢、臨檢等勤務以達成取締、檢肅、查緝等法定任務，並得保留預備警力，機動使用；警察局基於事實需要，須將個別勤務與共同勤務分別實施時，得以分局或分駐所、派出所為單位，指派員警專責執行勤區查察；必要時，得將其警勤區擴大之，並另指派員警輪服共同勤務，警察勤務條例第 14 條、第 19 條亦有明文。是以，警勤區或警察局內各員警之勤務分配，僅係具有劃分員警行政責任之功能，並非限制員

警調查犯罪之職務權限，亦不能剝奪、禁止或限制各員警調查職務之執行。本件已定讞之楊茂賢對於上訴人單獨收受 40 萬元賄款部分，若不知情而無從就該部分論為共同正犯，然原判決認定：上訴人自民國 95 年 7 月 17 日起任職雲林縣警察局台西分局（下稱台西分局）偵查隊隊長，為有調查職務之人員。於 96 年 1 月 2 日受黃永雄請託了解鄭家豪遭臨檢之相關案情，而於是日 6 時許，先電話聯絡任職於斗南分局第 2 小隊負責承辦調查毒品業務之偵查佐楊茂賢，確認此案係斗南分局承辦；中午，鄭家豪等 3 人在車行會面，鄭家豪表明想要行賄警察，調換尿液之意，除央人提領 80 萬元備用外，一行人另至台西分局請託上訴人，未幾，即重返車行；下午 1、2 時，上訴人第 1 次至車行，明知依毒品危害防制條例第 15 條第 2 項之規定，不應庇護鄭家豪施用毒品犯行，竟與鄭家豪等 3 人達成毀棄、偽造並行使該偽造之刑事證據之犯意聯絡；下午 3、4 時許，上訴人第 2 次至車行，表示稍晚帶同採尿員警到此，供鄭家豪指認無訛，即可處理。黃永雄透過吳寶同轉告鄭家豪代價 60 萬元，鄭家豪自備用金中取出 20 萬元，將裝有餘額 60 萬元之牛皮紙袋交吳寶同，轉由黃永雄將之放入上訴人駕駛車輛之副駕駛座內，並叮囑「大仔，這件事再麻煩你」等語；同日下午 6、7 時許，上訴人聯絡楊茂賢在同縣虎尾鎮甜蜜西餐廳見面後，拿出 20 萬元現金，自餐桌下遞交楊茂賢；下午 8 時 20 分許，上訴人第 3 次至車行，迨楊茂賢攜帶鄭家豪於凌晨製作之警詢筆錄及採尿空瓶到場後，經上訴人閱覽上開筆錄確認鄭家豪未坦承施用毒品，楊茂賢將上開空瓶交予鄭家豪，轉由林建賀（業經判處罪刑確定）排尿而完成檢體採集等程序；楊茂賢再折返斗南分局，進行調換尿液與毀棄原採鄭家豪尿液之刑案證據等情。倘若無訛，上訴人於收受 60 萬元賄款時，明知掉包換尿須楊茂賢配合辦理始克竟全功，除因未主動取締鄭家豪施用第二級毒品之犯行

，並報告直屬司法警察官或檢察官，致違背職務而單獨收受 40 萬元外，並與楊茂賢達成共同以湮滅、行使偽造關係鄭家豪刑事被告案件證據，毀棄公務員職務上掌管物品，以庇護鄭家豪施用毒品犯行之目的，由楊茂賢掉包換尿而共同違背職務收受 20 萬元。則上訴人收受鄭家豪等 3 人交付之 60 萬元，其中收賄 40 萬元係單獨犯、收賄 20 萬元為共同正犯，然其前後數違背職務收賄之行爲於密切接近之時、地實行，侵害同一執行公務公正性之法益，各行爲之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上屬「接續犯」，固得從情節較重之共同對於違背職務之行爲，收受賄賂論以一罪。乃原審未詳加究明、仔細論斷，遽行判決，顯有判決理由欠備之違法。(三)刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，則係就犯罪類型變更之個別犯罪行爲予以加重，成為另一獨立之罪名。貪污治罪條例第 7 條規定：「有調查、追訴或審判職務之人員，犯第 4 條第 1 項第 5 款、第 5 條第 1 項第 3 款之罪者，加重其刑至 2 分之 1。」既係依行爲人具上述之身分條件，而特設之加重處罰，其併須以具備該身分條件為構成要件，法定本刑亦經加重，俱與原定犯罪類型有異，自屬犯罪類型變更，成為另一獨立之罪名。且有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，刑事訴訟法第 309 條前段亦有明定；其罪名如何記載，始堪謂「載明」，法無明文，實務上固以與論罪科刑法條所揭示之罪名相一致為必要，但如係簡省若干文字而為記載之情形，仍須於全案情節與判決本旨無影響，並無礙於罪名之區別者，始能謂與該規定不悖。原判決認定上訴人行爲時係台西分局偵查隊隊長，為有調查犯罪職務之人員，所犯本件貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之違背職務收受賄賂罪，應依同條例第 7 條規定加重其刑等情；依上揭說明，上訴人因其身分條件應依上開規定加重其刑，即屬犯

罪類型變更，成立另一獨立之罪名。但原判決主文所載罪名僅為「對於違背職務之行爲，收受賄賂」，未併載明其係「有調查職務之人員」之犯罪類型變更後之成罪條件，此與其實事及理由所載上訴人所犯罪名未盡一致，難謂並無影響於全案情節及判決本旨，且無從與未依上述身分條件加重其刑之貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之罪名相區別，尚非僅為判決主文罪名記載文字簡略而已，自嫌欠洽。以上，或為上訴人上訴意旨所指摘，或屬本院得依職權調查之事項，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。至於上訴人所犯共同包庇他人施用第二級毒品罪（包括與之想像競合之刑法第 165 條偽造湮滅刑事證據罪、同法第 138 條毀棄公務員職務上掌管物品罪）部分，倘原審法院認上開部分與上訴人共同所犯違背職務收受賄賂罪有想像競合犯之裁判上一罪關係，上開部分形式上雖已確定，但基於單一性案件上訴不可分原理，應為上訴效力所及而不發生部分先行確定之效力。案經發回，原審法院應併注意及之，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十 一 月 十 四 日
最高法院刑事第三庭

審判長法官 邵 燕 玲
法官 孫 增 同
法官 李 英 勇
法官 楊 力 進
法官 李 麗 玲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 一 月 十 九 日

Q

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,4750

【裁判日期】 1021121

【裁判案由】 妨害秘密

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第四七五〇號

上 訴 人 陳永財

宋韋汎

上列上訴人等因妨害秘密案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇二年八月二十八日第二審判決（一〇二年度上訴字第六二六號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署一〇一年度偵字第二八一三七號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第 377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審經審理結果，認上訴人陳永財、宋韋汎（下稱陳永財等）有原判決事實欄（下稱事實）一之(一)所載共同妨害秘密之犯行；陳永財接續有事實一之(二)所載妨害秘密之犯行，罪證明確，因而撤銷第一審關於事實一之(一)部分之不受理判決及一之(二)部分之科刑判決，改判依接續犯論陳永財以共同犯意圖營利供給工具，便利他人窺視、竊聽罪，累犯，處有期徒刑 6 月；論宋韋汎以共同

意圖營利供給工具，便利他人窺視、竊聽罪，處有期徒刑 4 月；並均諭知易科罰金之折算標準，復分別為沒收之宣告。已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，對於陳永財等所辯各節認非可採，亦詳加指駁。從形式上觀察，原判決並無足以影響判決結果之違法情形存在。

二、陳永財等上訴意旨略以：(一)實務上對於徵信業者販賣衛星定位追蹤器及監聽器予欲調查配偶外遇情形之他方配偶認為並非「無故」。陳永財等於民國 101 年 5 月 24 日行為時，合理確信販賣設備並不違法。詎 102 年 6 月 6 日最高法院以 102 年度台上字第 2302 號判決變更上開見解，原判決遽以援用，違反「罪刑法定原則」而有判決不適用法則之違誤。(二)台灣高等法院 93 年度上訴字第 3167 號判決、台灣高等法院高雄分院 101 年度上訴字第 863 號判決及台灣高等法院花蓮分院 89 年度上易字第 213 號判決，均認配偶對他方配偶在不違反比例原則下，有外遇調查權及蒐證權，因此，配偶調查他方是否外遇而蒐證，並不構成刑法第 315 條之 1 第 1 項之罪。且同法第 315 條之 2 第 1 項之罪，須以購買設備之人構成刑法第 315 條之 1 第 1 項之罪為前提，因之，販賣予他人合法使用監聽、監視之設備，亦不構成犯罪。原判決遽認陳永財等有本件犯行，顯有不適用法則之違失等語。

三、惟查：(一)現今社會普遍使用照相、錄音、錄影、望遠鏡及各種電子、光學設備，用以窺視、竊聽、竊錄他人隱私活動、言論或談話者，危害社會善良風氣及個人隱私，遂增訂刑法第 315 條之 1 規定，以保障隱私權。該條所謂「無故」，係指無正當理由之謂。而理由是否正當，應依吾人日常生活經驗法則，由客觀事實資為判斷，並應符合立法旨趣及社會演進之實狀。又婚姻關係存續中之配偶，本有為維持圓滿婚姻而互負忠貞、純潔保持之道德上與法律上之義務，一方配偶因他方行為而合理懷疑他方違反婚姻忠貞、純潔義務，亦不能

藉口保障私人權益或蒐證爲由，全面監控他方之日常生活及社交活動，進而侵犯個人生活私密領域免於他人侵擾之人性尊嚴與個人主體性之維護，而排除刑罰之適用。原判決依憑陳永財等之供述；證人即被害人李旻謫、證人即李旻謫之配偶劉怡伶、證人君悅偵防器材科技有限公司高雄分公司員工曹海怡之證述；暨行動電話 0000000000 號之通聯調閱查詢單、追蹤器之採證照片 3 幀、現場查獲照片 4 幀、扣案物品照片 1 幀、「君悅徵信」徵信委任契約 1 份、案件審閱單 3 份、「君悅偵防器材科技有限公司」之台北市政府營利事業登記證、「君悅徵信」名片等證據資料，認定陳永財等於 101 年 6 月初，共同基於營利之意圖，由陳永財提供，交由宋韋汎將具有竊聽並記錄被追蹤者行蹤功能之衛星追蹤器 1 台（內含行動電話門號 0000000000 號 SIM 卡），安裝於李旻謫使用車牌號碼 0000-00 號自用小客車（下稱甲車）後側保險桿內，便利劉怡伶窺視、監聽李旻謫之非公開活動、談話；陳永財接續於同年月下旬某日，基於意圖營利之犯意，提供監聽器（內含劉怡伶不詳行動電話門號之 SIM 卡），由劉怡伶自行裝設在甲車儀表板內側，便利其竊聽李旻謫非公開之言論、談話。陳永財先後向劉怡伶收費達新台幣（下同）100 萬元，其中宋韋汎分得 2 萬元等情。其推理論斷衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，亦無違背罪刑法定原則，即不容指爲違法。至台灣高等法院 93 年度上訴字第 3167 號判決，業經本院以 96 年度台上字第 3465 號判決撤銷，發回台灣高等法院；另台灣高等法院高雄分院 101 年度上訴字第 863 號判決，針對調查配偶外遇之林慧雯獲判處無罪確定，然圖利供給設備便利林慧雯窺視、竊聽之徵信社業者楊品鑫、徐恭瓊均經同法院以 101 年度上訴字第 1218、1480 號判處罪刑，並經本院以 102 年度台上字第 2300、2302 號從程序上駁回上訴確定，有上開判決電腦列印資料存卷可參，均不足爲有利於陳永財等之認

定。再台灣高等法院花蓮分院 89 年度上易字第 213 號判決，因個案情節不一，尚難比附援引。況他案判決，亦無當然拘束本案判決之效力。上訴意旨執以指摘原判決違背罪刑法定原則，自非合法之上訴第三審理由。(二)刑法第 315 條之 1 規定之妨害秘密罪，屬保護社會善良風俗及個人隱私為目的之立法，因立法者認意圖營利供給場所、工具或設備便利他人窺視、竊聽、竊錄，惡性尤為嚴重，遂提高該犯罪處罰之刑度，而另立刑法第 315 條之 2 規定加以處罰。因之，刑法第 315 條之 1 與同法第 315 條之 2 係各自獨立之罪名，二者無正犯與幫助犯之限制從屬性關係可言。原判決認定陳永財等提供監聽器、衛星追蹤器，便利劉怡伶窺視、監聽李旻謨非公開言論、談話、活動，並因而獲得相當之報酬等犯行，應成立刑法第 315 條之 2 第 1 項之罪名，所為論斷，經核於法尚無不合。陳永財等執上開二罪間有限制從屬性關係，指摘原判決適用法令不當，要非適法之第三審上訴理由。其餘上訴意旨，經核亦係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞，專憑己意再事爭辯，或任意指摘原判決違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。陳永財等上訴違背法律上之程式，均應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十 一 月 二十 一 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 孫 增 同

法官 李 英 勇

法官 楊 力 進

法官 李 麗 玲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 一 月 二十六 日
Q

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,5052

【裁判日期】 1021212

【裁判案由】 傷害致人於死

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第五〇五二號

上 訴 人 蔡志明

上列上訴人因傷害致人於死案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇二年八月六日第二審判決（一〇一年度上訴字第九七四號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署一〇〇年度偵字第二一〇九三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審審理結果，認為上訴人蔡志明與友人潘世偉因言語不合，基於傷害之犯意，徒手猛力毆打潘世偉腹部及背部左下方靠近腰部處，復以腳踢潘世偉腹部，致潘世偉於拉扯中往右撲倒在地，因此受有頭左顳部頭皮下肌肉出血、背部左下方近腰處之肌肉出血、脾臟破裂、腸繫膜出血等傷害而當場昏迷，經送醫急救仍不治死亡之犯行明確，因而維持第一審所為論處上訴人犯傷害致人於死罪刑（處有期徒刑七年六月）之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定

犯罪事實之心證理由，並就上訴人否認有傷害致死犯行之供詞及所辯其僅徒手毆打潘世偉頭部、胸部，及腳踢潘世偉之大腿而已，並未毆打或腳踢其腹部，潘世偉因脾臟破裂出血死亡，係其起身欲毆打上訴人時，不慎跌倒撞到桌角倒地所致各語認非可採，予以論述。查(一)、被告在審判外之自白，原不以有其陳述之筆錄或書面為唯一之證明方法，被告犯罪後對人透露犯罪行為之語，亦不失為審判外之自白，從而被告以外之人在檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中，轉述其聽聞自被告向其自白犯罪經過所為之陳述，或於偵、審中為此轉述者，本質上即與被告在審判外之自白無殊，至其證據能力有無之判準，除原始陳述者即被告之陳述應先受刑事訴訟法第一百五十六條第一項自白法則之規範外，鑒於該被告以外之人所轉述者為屬不利於被告之傳聞供述，故在類型上，此之供述必以經被告之言詞或書面予以肯認者，始得為證據，若被告未有肯認該陳述，則須有可信之特別情況，或已經給予被告充分詰問之適當機會，以確保該陳述之真實性，方具證據之適格。上訴人針對證人蔡梅仔於警詢供稱：蔡志明在財團法人義大醫院（下稱義大醫院）停車場向我陳述他於民國一〇〇〇年六月十四日十九時三十分許，在高雄市阿蓮區大觀佛寺有打潘世偉耳光及踹潘世偉肚子等語，固不肯認蔡梅仔所證以腳踹潘世偉腹部之說詞，惟原判決業於理由欄一、(一)之 2.，說明蔡梅仔上開證詞如何具有可信之特別情況而得為證據之理由，經核依法並無不合。(二)、原判決綜合上訴人之部分供述，上訴人於案發後經警帶至現場採證，指出案發當時其與潘世偉及泡茶桌相對位置之供詞與採證照片，潘世偉送醫急救過程及義大醫院診治病歷，檢察官督同法醫師相驗解剖報告與法務部法醫研究所出具之鑑定報告，改制前行政院衛生署醫事鑑定委員會（下稱醫審會）之鑑定書，暨案內其他證據資料，憑以判斷潘世偉所受「脾臟破裂出血、腸繫膜出血」等傷害致死之原因，係因外力撞擊所致，然供為上訴人與潘世偉泡茶使用之泡茶桌，其高度未及潘世偉之腹部

，潘世偉倒臥之處在上訴人原座位之後方，並未與泡茶桌相臨，明顯與泡茶桌有一段距離，即令潘世偉自所坐之塑膠矮板凳起身欲毆打上訴人，於起身時遭矮板凳絆倒而往前傾倒，亦不可能如上訴人所辯撞擊到桌角，再參酌上訴人並不諱言其有用腳踢潘世偉等情，因而採認證人蔡梅仔上開警詢證言為證據，並據以認定潘世偉所受「頭左顳部頭皮下肌肉出血、脾臟破裂出血、腸繫膜出血」等傷害，係遭上訴人徒手毆打頭部，及猛力毆打腹部、背部左下方靠近腰部處，以腳踢腹部所致，已記明其理由。所為論述說明，與卷內訴訟資料悉無不合，並不違背經驗法則與論理法則，自不容任意指為違法。(三)、原判決於理由內已指明潘世偉於案發前是否飲酒，均非造成本件事件之原因，是就義大醫院入院紀錄及檢驗單彙總表所載潘世偉血液中之酒精濃度，即令原判決疏未說明，仍於判決本旨及結果不生影響，不得執為適法之第三審上訴理由。而潘世偉上開傷害究竟如何造成，此為事實審法院認定之職權，義大醫院病歷所載潘世偉左側第九根肋骨骨折，以及醫審會鑑定結果所載「脾臟破裂出血最主要之原因為受到外力撞擊，例如車禍或腹部鈍傷大力撞擊左上腹所致，可能係因本案病人跌倒撞擊桌子（亦屬外力之一種），致脾臟破裂」等情，主要在說明潘世偉脾臟破裂出血最主要之原因為受到外力撞擊，尚難據此即可確認潘世偉係跌倒撞擊桌角，而有判決理由不備之情形。至於上訴人所辯膝蓋受過傷，不能抬腳踢到潘世偉腰部云云，參酌潘世偉係坐在塑膠矮板凳上，以及上訴人自承能以腳踢潘世偉，自亦無應調查之證據而未予調查之違法可言。本件依上所述，上訴人上訴意旨所指，無非置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取舍證據與自由判斷證據證明力之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十二 月 十二 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 蘇 振 堂

法官 呂 丹 玉

法官 張 惠 立

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十二 月 二十 日

G

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,5092

【裁判日期】 1021217

【裁判案由】 殺人

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第五〇九二號

上 訴 人 陳勇志

選任辯護人 王文聖律師

盧明軒律師

林俊儀律師

上列上訴人因殺人案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇二年七月九日第二審判決（一〇二年度上重訴字第一號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十九年度偵緝字第二五三七至二五四六、二五四八至二五五〇號、一〇〇年度偵字第一二九九、一五二三、一五二四、一七二五號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院台中分院。

理 由

一、本件原判決維持第一審論處上訴人陳勇志犯如其附表二編號2共同殺人、編號3連續殺人、編號4共同殺人各罪刑之判決，駁回其在第二審之上訴，固非無見。

二、惟查：

（一）、刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，此為人民依憲法第十六條規定賦予訴訟權所衍生之基本權，功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位，而受法院公平之審判。基此，我國立法政策上，採多數辯護制度，於刑事訴訟法第二十八條規定：「每一被告選任辯護人

，不得逾三人。」即同一被告至多得選任三位辯護人爲其辯護。而每位辯護人之辯護權，均各自獨立，可居於自身之辯護權能，從不同之面向，展現不同之辯護內容，自主、充分地爲被告辯護，彼此無法取代，以彰顯多數辯護制度之目的。本件於原審，上訴人選任王文聖律師、其弟爲上訴人選任呂勝賢律師爲辯護人，各有委任狀附卷可憑（見原審卷第五十三、一二三頁）。原審民國一〇二年六月十四日審判期日，呂勝賢律師雖到庭爲上訴人辯護，而王文聖律師於當日上午十一時四十分進行至「就被告之科刑範圍有無意見？」程序始到庭，其僅就此部分陳述意見，有當日審判筆錄可稽（見原審卷第三四四頁）。然王文聖律師當日到庭時之審判程序，既未辯論終結，參照刑事訴訟法第二百八十九條第二項：「已辯論者，得再爲辯論，審判長亦得命再行辯論。」設有得再爲辯論、再行辯論之規定。審判長當時本得命王文聖律師爲上訴人辯護。且呂勝賢律師雖已爲上訴人辯護，但無法取代或兼及王文聖律師之辯護。乃原審竟未注意刑事訴訟法第二條第一項：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」之規定，未令王文聖律師爲上訴人辯護，即諭知辯論終結（見原審卷第三三一頁反面、三四四頁），致王文聖律師未能爲上訴人辯護，顯不足以維護訴訟上之程序正義，影響上訴人充分行使其防禦權，不符上開多數辯護制度之旨，難謂適法。

(二)、科刑之判決書其宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然爲違背法令。原判決認定上訴人有如原判決附表二編號 3 所示犯罪事實壹、三之「路易十三 KTV」槍擊黃宏茂等人行爲，而維持第一審諭知連續殺人，處死刑，及編號 4 所示犯罪事實壹、四之「普羅酒店」槍殺陳詠吟行爲，而維持第一審諭知共同殺人，處無期徒刑各判決（見原判決第五十九頁）。然理由內卻記載：

(1)在「普羅酒店」殺人案中，上訴人與被害人黃宏茂、陳鴻謨、許隆喬、周忠永素無怨隙（見原判決第四十五頁）；(2)在「路易十三 KTV」殺人案中，…就「路易十三 KTV」殺人部分，第一審量處無期徒刑，…就「普羅酒店」殺人案部分，第一審依公訴人之具體求刑量處死刑（見原判決第四十五、四十六頁）；(3)另對被害人陳詠吟家屬（「路易十三 KTV 」殺人案）及被害人許隆喬、周忠永（「普羅酒店」殺人案中遭殺人未遂之傷者）部分（見原判決第四十六頁）；(4)上訴人持槍、開槍致他人死亡，除「普羅酒店」案件二條人命外，前後各另犯一件殺人案（「金錢豹夜總會」殺人案、「路易十三 KTV 」殺人案），益徵其潛在對社會治安人身安全之危險性極高（見原判決第四十八頁）；(5)本院再三斟酌，認「普羅酒店」殺人一案，上訴人已泯滅天良，罪孽深重，無從寬恕，顯已非死刑以外之其他教育矯正刑所得導正教化（見原判決第四十八頁）；(6)本院再斟酌以上各情，認「普羅酒店」殺人案部分，第一審量處死刑，併依法宣告褫奪公權終身，另「路易十三 KTV 」殺人案部分，第一審量處無期徒刑，併予依法宣告褫奪公權終身，均無不當等情（見原判決第四十八頁）。多處將「路易十三 KTV 」殺人案與「普羅酒店」殺人案錯置論述，致主文、事實與理由不相適合，自屬理由矛盾，其判決當然為違背法令。

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，應認原判決有撤銷發回之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十 二 月 十 七 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 吳 三 龍

法官 何 菁 莪

法官 郭 玫 利

法官 洪 曉 能

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十二 月 十八 日

v

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台上,5093

【裁判日期】 1021217

【裁判案由】 違反槍砲彈藥刀械管制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台上字第五〇九三號

上 訴 人 蔡忠誠

選任辯護人 林宗儀律師

詹順貴律師

林長振律師

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇一年十二月十八日第二審更審判決（一〇一年度上更(一)字第三四號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署九十八年度偵字第七三一〇號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

蔡忠誠無罪。

理 由

一、本件公訴意旨略以：上訴人蔡忠誠自民國九十七年六月間起，在屏東縣牡丹鄉石門村竹社段山區某工寮，未經許可，以其所有之砂輪機、電焊機製造具殺傷力、可發射彈丸之土造長槍一支（槍枝管制編號 0000000000），完成後放在屏東縣牡丹鄉○○村○○路○○○號之一住處。又自九十七年六月間起，在前揭工寮，未經許可，以其所有之砂輪機、電焊機製造具殺傷力、可發射彈丸之土造長槍一支（槍枝管制編號 0000000000），完成後放在上開住處。嗣於九十八年九月三十日八時二十分許，在上開住處遭警查獲，並扣得前揭土造長槍二支、砂輪機及電焊機各一台。案經屏東縣政府警察局

恆春分局報告台灣屏東地方法院檢察署檢察官偵查起訴等情。原判決依憑上訴人坦承有製造扣案土造長槍、內政部警政署刑事警察局鑑定書、扣案之土造長槍二支、砂輪機及電焊機各一台等證據，並依內政部八十七年六月二日（八七）台內警字第八七七〇一一六號函就「自製之獵槍」所為之定義，說明扣案之土造長槍非屬槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一項所稱之「自製獵槍」，認定上訴人犯未經許可，製造可發射子彈具殺傷力之槍枝罪名，因而撤銷第一審諭知上訴人無罪之判決，依本條例第八條第一項，刑法第十一條前段、第五十九條、第四十二條第三項、第三十八條第一項第一款、第二款規定，改判論處上訴人犯非法製造可發射子彈具殺傷力之槍枝罪刑，並宣告扣案之土造長槍二支、砂輪機及電焊機各一台沒收，原非無見。

二、惟查，中華民國憲法增修條文第十條第十一項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」為落實憲法保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，原住民族基本法第十條規定，政府應保存維護原住民族文化，第三十條亦規定，制定法律，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益等旨。因此，在依相關法律踐行保障原住民族之基本權利，促進其生存發展時，自應尊重其傳統習俗、文化及價值觀。而依同法第十九條之規定，原住民基於傳統文化、祭儀或自用，得在原住民族地區依法從事獵捕野生動物之非營利行為，原住民基於此項需求，非因營利，以自製獵槍從事獵捕野生動物即屬其基本權利。槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一項即在尊重原住民族此一權利下，逐步將原住民為供作生活工具之用而製造或持有自製獵槍之行為，從刑事罰改為行政罰，以資因應。此所謂「自製之獵槍」係指原住民為供作生活工具之用，而自行製造本條例第四條具有獵槍性能之

可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝而言，所自製之獵槍裝填火藥或子彈之方式，法律既未設有限制，無論「前膛槍」或「後膛槍」均應包括在內；又狩獵係原住民族傳統維生方式之一，並與其祭典文化有關，原住民在狩獵過程中，可訓練膽識、學習互助精神及生存技能，亦得藉與族人分享狩獵經驗與成果，獲得認同，提昇在部落族人中之地位，故原住民族自製獵槍獵捕野生動物，乃其傳統生活習俗文化之重要內容。惟因社會整體發展急遽變遷，原住民族生活型態亦隨之改變，復因野生動物保育法獵捕規定之限制，難期其仍專以狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容，基於維護原住民傳統習俗文化及發展之考量，本條項「供作生活工具之用」之解釋，自應因應生活型態之改變而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，然如溢出此範圍而使用自製獵槍，自不在此限。從而，中央主管機關上開八十七年六月二日函釋及依本條例第二十條第三項授權訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第二條第三款將自製獵槍定義為「原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具」、「其結構、性能須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出」等情，增加法律所無之限制，已逾越法律之授權，法院自不受其拘束。至原住民既得供作生活工具之用而自製獵槍，自包括該獵槍所適用之「自製子彈」，為本條例第二十條第一項規定之「隱藏性」要件，此乃法律條文與法規體系之當然解釋。又原判決已認定「被告係住居於屏東縣牡丹鄉之偏鄉原住民，其昧於法令，非法製造具殺傷力之槍枝，固有不當，惟其本意僅在依其傳統生活習俗，充為打獵供家人或友人食用，並非用以供犯罪或擁槍自重」等情，則依原判決所確認之事實，上訴人所製造之扣案土造長槍二支，既基於其傳統生

活習俗，充爲打獵之用，所爲即與本條例第二十條第一項規定相符，其行爲應屬不罰。原審未察，論處上訴人非法製造可發射子彈具殺傷力槍枝之罪刑，自有判決適用法則不當之違法。上訴意旨執以指摘原判決不當，非無理由。原判決此項違法，不影響於事實之確定，本院可據以爲判決。爰將原判決撤銷，改判諭知上訴人無罪，以期適法。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第三百九十八條第一款、第三百八十七條、第三百零一條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十 二 月 十 七 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 石 木 欽

法官 洪 佳 濱

法官 段 景 榕

法官 洪 兆 隆

法官 黃 仁 松

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 二 月 二 十 日

E

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台非,72

【裁判日期】 1020321

【裁判案由】 違反槍砲彈藥刀械管制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台非字第七二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 陳文彬

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣高等法院台南分院於中華民國一〇一年二月二十二日第二審確定判決（一〇一年度上訴字第四七號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署一〇〇年度偵字第三九六七號），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均撤銷。

陳文彬未經許可持有子彈，處有期徒刑伍月，併科罰金新台幣貳萬伍仟元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新台幣壹仟元折算壹日。

理 由

非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法累犯之成立，以受徒刑之執行完畢，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要件，故有期徒刑如尚未執行完畢，或未經一部之執行而赦免以前，故意再犯有期徒刑以上之罪者，即不得依刑法第四十七條累犯之規定加重其刑，否則，即有適用法則不當之違背法令。又被告有應併合處罰之數罪，經法院分別判處有期徒刑確定，其中一罪或數罪之有期徒刑先執行期滿後，法院經檢察官之聲請，以裁定定其數罪之應執行刑確定，其在

未裁定前已先執行之有期徒刑部分，因嗣後合併他罪定應執行刑之結果，檢察官所換發之執行指揮書，係執行應執行刑，其前形式上已執行之有期徒刑部分，僅應予扣除，而不能認為已執行完畢。又被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條規定加重其刑，為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性，應依職權調查。倘被告不合累犯之要件，事實審法院未予調查，誤依累犯規定加重其刑，即屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定之依本法應於審判期日調查之證據而未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，其判決為當然違背法令。

二、經查：被告陳文彬於九十五年間，先後犯違反毒品危害防制條例案件二罪、竊盜七罪，經台灣台南地方法院分別以九十六年度訴字第二八二號、九十六年度易字第四四五號刑事判決判處有期徒刑確定，以上九罪並經同法院於九十六年八月三十日，以九十六年度聲減字第三六一五號裁定定應執行刑為有期徒刑三年確定（以下稱甲案），被告於九十六年六月二十日入監執行後，於九十八年三月十一日假釋出獄，至同年十一月二十六日縮刑期滿。另於九十五年間，犯竊盜罪，經同法院於一〇〇年十二月二十九日以一〇〇年度易字第一三五〇號刑事判決判處有期徒刑四月，減為有期徒刑二月確定（以下稱乙案）。以上形式上已執行完畢之甲案九罪與尚未執行之乙案竊盜罪，符合數罪併罰，有二裁判以上，應定其應執行刑規定，經同法院於一〇一年七月二日以一〇一年度聲字第一二一八號刑事裁定定應執行刑為有期徒刑三年一月確定，此有判決書、裁定書、被告刑案資料查註紀錄表可稽。檢察官雖於一〇一年九月十八日換發一〇一年執更己字第一六五五號執行指揮書，記載：『刑期起算日期：九十六年六月二十一日；執行期滿日：九十九年一月二十五日』。但於備註欄記載：『4、本指揮書係供監所重核假釋之用』，非真正發監執行，後接續執行他案刑期之各指揮書向前換發（詳見一〇一年度執更字第一六五五號執行卷二十一頁、二十六頁至二十九頁所載）

，故其執行完畢日期，並非指揮書所記載之九十九年一月二十五日（接續執行之刑期至一一九年六月二十四日始執行完畢）。則被告再於九十九年十一月至十二月間某日及一〇〇年二月十二日犯本案未經許可，持有子彈罪時，上開甲案及乙案，所定應執行之刑期，既尚未執行完畢，依首揭說明，被告所為無故持有子彈罪，即與累犯構成要件不符，不得論以累犯。乃第一審法院對上情，未調查清楚，誤認前開甲案及乙案，所定應執行之刑，已執行完畢，被告係於徒刑執行完畢五年以內，故意再犯本件無故持有子彈罪，合於累犯之要件。因而適用槍砲彈藥刀械管制條例第十二條第四項，刑法第十一條前段，論處被告未經許可，持有子彈罪，並依刑法第四十七條第一項規定，以累犯加重其刑，量處有期徒刑六月，併科罰金新台幣三萬元。該累犯部分，顯有適用法則不當及應調查之證據未予調查之違法。被告上訴於原審法院，原審亦未詳查，對上開違法部分，未予糾正，而駁回其上訴，同有上述之違法。三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正」等語。

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑之執行完畢，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，加重本刑至二分之一，亦為刑法第四十七條第一項所明定。所謂執行完畢，於數罪併罰定應執行刑之案件，須就該數罪所定之應執行刑全部執行完畢，始足當之；如於定執行刑之前，因有部分犯罪已確定，形式上先予執行，此部分先執行之罪，因嗣後與他罪合併定執行刑，而由檢察官換發執行指揮書執行應執行刑者，其前已執行之部分，僅應予扣除，不能認為已執行完畢。而被告之前科及其執行情形，攸關上開累犯規定之適用，為法院應予認定之事實及適用法律之依據，法院自應依職權調查，倘被告不合累犯要件，事實審法院不察，竟依累犯規定加重其刑，即屬刑事訴訟法

第三百九十七條第十款所規定應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，且顯然於判決有影響者，其判決當然違背法令。

查被告陳文彬於民國九十五年間，先後違反毒品危害防制條例二罪、犯竊盜七罪，經台灣台南地方法院分別以九十六年度訴字第二八二號、九十六年度易字第四四五號刑事科刑判決各處有期徒刑確定，以上九罪並經該院於九十六年八月三十日，以九十六年度聲減字第三六一五號裁定定其應執行刑為有期徒刑三年確定（以下總稱甲案），被告於九十六年六月二十日入監執行，九十八年三月十一日假釋出獄，原應於同年十一月二十六日假釋期滿。然被告另於九十五年間犯竊盜罪，經同一法院於一〇〇年十二月二十九日，以一〇〇年度上易字第一三五〇號刑事判決處以有期徒刑四月，減為有期徒刑二月確定（以下稱乙案），本由檢察官核發一〇一年執己字第一一三八號指揮書，執行期間原定自一〇八年四月二十四日起迄同年六月二十三日止，但因與甲案之九罪合於數罪併罰之規定，故經同一法院於一〇一年七月二日以一〇一年度聲字第一二一八號刑事裁定就甲、乙二案共十罪，重定其應執行刑為有期徒刑三年一月確定，有各該判決書、裁定書及被告刑案資料查註紀錄表可稽。檢察官乃於一〇一年九月十八日，註銷上開乙案之一一三八號指揮書，依該一〇一年度聲字第一二一八號定應執行刑裁定，就甲、乙二案共十罪，改發一〇一執更己字第一六五五號指揮書，記載執行期間自九十六年六月二十日起至九十九年一月二十五日止。至被告另犯與甲、乙二案十罪不符合數罪併罰規定之其他多起犯罪，檢察官原核發指揮書，擬於上開乙案之一一三八號指揮書執行完畢後接續執行，然因乙案之罪已改依上開第一一六五號指揮書提前與甲案九罪合併定執行刑之裁定執行，該一一三八號指揮書業經註銷，原擬接續其後執行之該其他多起犯罪，因而亦經檢察官依序換發一〇一年執己字第二〇七六之一號、一〇一年執己字第二一一七之一號、一〇一年

執己字第二四六九之一號等執行指揮書，而提前自原預定依該一一三八號指揮書執行開始執行乙案之日即一〇八年四月二十四日起，開始接續執行，預計至一百十八年十一月二十五日執行完畢，亦有卷附各該指揮書為憑。而本件被告於九十九年十一、十二月間某日起迄一〇〇年二月十二日非法持有子彈，經台灣高等法院台南分院以一〇一年上訴字第四七號判決，維持第一審所為處被告有期徒刑六月，併科罰金新台幣三萬元之有罪科刑判決，駁回被告之第二審上訴而告確定，並經檢察官核發一〇一年執己字第一六六四之二（有期徒刑六月部分）、一六六四之三號執行指揮書（罰金易服勞役部分），擬於上開被告所犯其他多起犯罪之後接續執行，預計至一百十九年六月二十四日執行完畢，有歷審判決書及執行指揮書足稽。

上訴人前即曾以被告所犯甲案九罪原預計於九十八年十一月二十六日假釋期滿，然因另與乙案定應執行刑，該假釋期滿日期已非得視為甲案執行完畢日期，本件犯罪即非累犯為由，對原確定判決聲請非常上訴，經本院一〇一年度台非字第四〇號判決，依其所檢附之卷證資料，以甲、乙二案十罪重定應執行刑後，檢察官據以改發之上開第一六五五號指揮書所載執行完畢日期為九十九年一月二十五日，本案犯罪仍在其執行完畢之後五年內，上訴人聲請非常上訴所執之理由不無誤會，因認其提起非常上訴為無理由而予以駁回。茲上訴人對原確定判決重行提起本件非常上訴，其聲請意旨固以該第一六五五號指揮書之備註欄已載明「本指揮書係供監所重核假釋之用」等字樣，足徵該指揮書未真正發監執行，甲、乙案之真正執行完畢日期，非該指揮書所載執行期滿日期九十九年一月二十五日，而係上開接續執行刑期屆滿之日一百十九年六月二十四日，是被告本案犯罪並非累犯云云。然該第一六五五號指揮書屬檢察官依刑事訴訟法第四百五十八條為執行刑事裁判所核發之執行指揮書，並得為刑事訴訟法第四百八十四條聲明異議之對象，為昭慎重，除應合於法定格式外，其記載之內

容並具有一定之客觀意涵，豈容因核發之檢察官主觀上另有其他用意或考量而異其認定。本件聲請意旨以該一六五五號指揮書備註欄內有上開供假釋用之註記，主張其上所載之執行完畢日期非真正執行完畢日期云云，非但於法無據，且嚴重斲傷公文書之公信力，殊不足取。又本件聲請意旨竟將本確定判決上開檢察官指揮書所載之預計執行完畢日期一百十九年六月二十四日，誤為被告所犯甲、乙前案十罪應執行刑之執行完畢日期，並據以提起本件非常上訴，以該等前案未執行完畢，指摘原確定判決對被告本案犯罪論以累犯，有證據調查職責未盡及適用法則不當之違背法令云云，尤屬顯然錯誤。是本件就原確定判決第二度提起非常上訴所執理由，仍諸多違誤，固難謂為適法。

惟本院關於受刑人減刑後之執行完畢日期所持一貫見解，咸認受刑人於刑之執行期間適逢減刑，減刑後因前所執行之刑期業逾減刑後之刑期致已無殘刑者，其因而得享有毋庸繼續執行之利益，係緣由於減刑裁定，故其執行完畢日期，應為該減刑裁定由檢察官指揮執行之日，不應回溯至原執行最末之日。本此同一法理，數罪併罰之情形，因我國非採併科主義而係採限制加重主義，就俱發之各罪中，以最重之宣告刑為基礎，由法院參酌他罪之宣告刑裁量定之，故被告所犯數罪原宣告之刑期，於定應執行刑後，若受有應執行之總刑期已較原各刑合併之刑期為短之寬典，係由於定應執行刑裁定，故其經定應執行刑結果，因原已執行之刑期業逾應執行之總刑期，致無須再執行時，其執行完畢日期，亦應以該定應執行刑之裁定由檢察官指揮執行之日，而非回溯至原執行最末之日。被告所犯甲、乙二案十罪，係於一〇一年七月二日始經台灣台南地方法院以一〇一年度聲字第一二一八號刑事裁定定應執行刑為有期徒刑三年一月，並於一〇一年九月十八日，由檢察官核發上開第一六五五號指揮書，已如前述，故其執行完畢日期應為一〇一年九月十八日。依原確定判決認定之事實，被告係於九十九年十一、二月間至一〇〇年二月間再犯本案，則其本

案犯罪顯非在該甲、乙等前案十罪執行完畢之後，自不成立累犯。原確定判決誤認被告所犯甲案九罪已執行完畢，應成立累犯，而維持第一審適用槍砲彈藥刀械管制條例第十二條第四項，刑法第十一條前段、第四十七條第一項、第四十一條第一項前段、第四十二條第三項，所為依累犯規定加重其刑後，量處被告有期徒刑六月，併科罰金新台幣三萬元之判決，關於累犯部分即有適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴所指摘關於誤認累犯一節，尚非全然無據，而可認有理由。爰將原審及第一審判決均撤銷，另行依法判決如主文第二項所示，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，槍砲彈藥刀械管制條例第十二條第四項，刑法第十一條前段、第四十一條第一項前段、第四十二條第三項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 二十一日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 張 淳 淙

法官 劉 介 民

法官 王 聰 明

法官 韓 金 秀

法官 蔡 彩 貞

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 二十八日

V

附錄：本件論罪法條

槍砲彈藥刀械管制條例第十二條第四項

未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列子彈者，處五年以下有期徒刑，併科新台幣三百萬元以下罰金。

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台非,86

【裁判日期】 1020328

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台非字第八六號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 陳文彬

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，對於台灣台南地方法院中華民國一〇一年三月八日第一審確定判決（一〇一年度訴字第一五一號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署一〇〇年度毒偵字第一九九五號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於諭知累犯部分撤銷。

陳文彬施用第一級毒品，處有期徒刑捌月。又施用第二級毒品，處有期徒刑肆月。應執行有期徒刑拾月。

理 由

非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文。又刑法累犯之成立，以受徒刑之執行完畢，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要件，故有期徒刑如尚未執行完畢，或未經一部之執行而赦免以前，故意再犯有期徒刑以上之罪者，即不得依刑法第 47 條累犯之規定加重其刑，否則，即有適用法則不當之違背法令。又被告有應併合處罰之數罪，經法院分別判處有期徒刑確定，其中一罪或數罪之有期徒刑先執行期滿後，法院經檢察官之聲請，以裁定定其數罪之應執行刑確定，其在未裁定前已先執行之有期徒刑之罪，因嗣後合併他罪定應執行刑之結果，檢

察官所換發之執行指揮書，係執行應執行刑，其前形式上已執行之有期徒刑部分，僅應予扣除，而不能認為已執行完畢。又被告有無累犯之事實，應否適用刑法第 47 條規定加重其刑，為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性，應依職權調查。倘被告不合累犯之要件，事實審法院未予調查，誤依累犯規定加重其刑，即屬刑事訴訟法第 379 條第 10 款規定之依本法應於審判期日調查之證據而未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，其判決為當然違背法令。二、經查，被告陳文彬於 95 年間，先後犯違反毒品危害防制條例案件 2 罪、竊盜 7 罪，經台灣台南地方法院分別以 96 年度訴字第 282 號、96 年度易字第 445 號刑事判決判處有期徒刑確定，以上 9 罪並經同法院於 96 年 8 月 30 日，以 96 年度聲減字第 3615 號刑事裁定定應執行刑為有期徒刑 3 年確定（以下稱甲案），被告於 96 年 6 月 20 日入監執行後，於 98 年 3 月 11 日假釋出獄，至同年 11 月 26 日縮刑期滿。另於 95 年間，犯竊盜罪，經同法院於 100 年 12 月 29 日以 100 年度易字第 1350 號刑事判決判處有期徒刑 4 月，減為有期徒刑 2 月確定（以下稱乙案）。以上形式上已執行完畢之甲案 9 罪與尚未執行之乙案竊盜罪，符合數罪併罰，有二裁判以上，應定其應執行刑規定，經同法院於 101 年 7 月 2 日以 101 年度聲字第 1218 號刑事裁定定應執行刑為有期徒刑 3 年 1 月確定，此有判決書、裁定書、被告刑案資料查註紀錄表可稽。檢察官雖於 101 年 9 月 18 日換發 101 年執更已字第 1655 號執行指揮書，記載：『刑期起算日期：96 年 6 月 21 日；執行期滿日：99 年 1 月 25 日』。但於備註欄記載：『4、本指揮書係供監所重核假釋之用』，非真正發監執行，後接續執行他案刑期之各指揮書向前換發（詳見 101 年度執更字第 1655 號執行卷 21 頁、26 至 29 頁所載），故其執行完畢日期，並非指揮書所記載之 99 年 1 月 25 日（接續執行之刑期至 119 年 6 月 24 日始執行完畢）。則本件被告分別基於施用第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命之犯意，於 100 年 9 月 23 日 7、8 時許，在其前位於台南市中西區

文賢路 77 號 505 室租屋處，分別將海洛因摻入香菸內、甲基安非他命置於吸食器內以火燒烤產生煙氣，再以口鼻吸食之方式，先後施用第一級毒品海洛因及第二級毒品甲基安非他命各 1 次時，上開甲案及乙案，所定應執行之刑期，既尚未執行完畢，依首揭說明，被告所為上開施用毒品 2 罪，即與累犯構成要件不符，不得論以累犯。乃原判決誤認被告係於徒刑執行完畢五年以內，故意再犯本件上開施用毒品 2 罪，均合於累犯之要件，以累犯加重其刑，分別量處有期徒刑 9 月及 5 月，並定應執行為有期徒刑 1 年。該累犯部分，顯有適用法則不當及應調查之證據未予調查之違法。三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正」等語。

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又受徒刑之執行完畢，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，為刑法第四十七條第一項所明定。裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，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，定其刑期，同法第五十條（修正前）、第五十一條第五款前段分別定有明文。刑法第四十七條第一項所謂執行完畢，就數罪併罰案件，係指所定之執行刑執行完畢而言；如於定執行刑之前，有部分犯罪先行確定，而先予執行，仍應於數罪之裁判均確定後，依刑法規定，定其應執行之刑，俟檢察官指揮執行其應執行之刑時，再就形式上已執行部分，予以折抵扣除，不能謂先前確定之罪，已經執行完畢。本件原判決以：被告陳文彬曾於民國九十五年間因竊盜等案件，經原審法院以九十六年度易字第四四五號判處罪刑，並定應執行有期徒刑五年確定；於九十六年間因違反毒品危害防制條例案件，經原審法院以九十六年度訴字第二八二號判處罪刑並定應執行有期徒刑十月確定。上開各罪嗣經原審法院以九十六年度聲減字第三六一五號裁定減刑，並定應執行有期徒刑三年確定（即甲案，共九罪），於九

十八年三月十一日縮短刑期假釋出監，並於九十八年十一月二十六日縮刑期滿執行完畢。被告猶不知悔改，復分別基於施用第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命之犯意，於一〇〇年九月二十三日，在其台南市中西區文賢路七十七號五〇五室租屋處，分別將海洛因摻入香菸內，將甲基安非他命置於吸食器內以火燒烤產生煙氣，再以口鼻吸食之方式，先後施用第一級毒品海洛因及第二級毒品甲基安非他命各一次。因而論被告以施用第一級毒品罪，累犯，處有期徒刑九月；施用第二級毒品罪，累犯，處有期徒刑五月。應執行有期徒刑一年。固非無見。惟查：被告另於九十五年間犯竊盜罪，經原審法院於一〇〇年十二月二十九日以一〇〇年度易字第一三五〇號判處有期徒刑四月，減為有期徒刑二月確定（即乙案）。上開乙案之罪與甲案之罪，合於數罪併罰之規定，經原審法院一〇一年七月二日一〇〇年度聲字第一二一八號裁定，合併定應執行有期徒刑三年一月確定。嗣經台南地方法院檢察署檢察官於一〇一年九月十八日核發一〇一年度執更已字第一六五五號執行指揮書指揮執行。雖上開執行指揮書記載該三年一月之執行刑刑期起算日期為九十六年六月二十日、執行期滿日期為九十九年一月二十五日。然依卷內上訴人此次非常上訴所提出之台灣台南地方法院檢察署一〇一年十一月二日南檢欽已一〇一執更一六五五字第六七九九一號函，說明台灣台南地方法院檢察署上開第一六五五號檢察官執行指揮書之情形，為「僅係供監所辦理重核假釋或註銷假釋事宜之用，並未發監執行」等語。此有被告刑案資料查註紀錄表、上開刑事判決書、裁定書、執行指揮書及上開函文等附卷可稽。另按裁判除關於保安處分者外，於確定後執行之，但有特別規定者，不在此限。為刑事訴訟法第四百五十六條所明定。而對於有罪判決宣告有期徒刑之刑之執行，刑事訴訟法並無於判決確定前即得執行之特別規定。從而判決未確定前，即無執行之問題。至於刑法第四十六條第一項規定：「裁判確定前羈押之日數，以一日抵有期徒刑或拘役一日

，或第四十二條第六項裁判所定之罰金額數。」則係關於判決確定前之羈押日數如何折抵之問題，亦不能謂判決確定前之羈押即屬刑之執行。原審法院就乙案之判決日期係在一〇〇年十二月二十九日，就甲、乙案合併定執行刑之裁定，係於一〇一年七月二日爲之，均在本件確定判決所認定被告施用毒品犯罪時間一〇〇年九月二十三日之後。更無從執在被告犯罪後之另一確定裁判所處有期徒刑之執行情形（不論有無執行），資爲論被告以累犯之依據，自不待言。本件被告所犯甲、乙案，既與乙案另定應執行刑爲有期徒刑三年一月，則其甲案部分有期徒刑三年之執行刑不能認已執行完畢；亦不能謂甲、乙案所定之有期徒刑三年一月之執行刑，於被告本件一〇〇年九月二十三日犯罪之前已執行完畢。被告所犯本件施用毒品二罪，即與累犯之要件不符。原判決依累犯之規定加重其刑，即屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決關於諭知累犯部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。未查，非常上訴經認爲有理由，依法應撤銷原判決另行改判時，本係代替原審就其裁判時應適用之法律而爲判決。故本件定應執行刑不受刑法第五十條修正之影響，即無刑法第二條第一項規定之適用；另原判決沒收及其他部分，非常上訴意旨均未指摘，非本院所得審究，一併敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，毒品危害防制條例第十條第一項、第二項，刑法第十一條前段、第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 三 月 二十八 日

最高法院刑事第十二庭

審判長法官 李 伯 道

法官 蘇 振 堂

法官 林 立 華

法官 許 仕 楓

法官 蔡 國 在

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 四 月 一 日

m

本案論罪科刑法條

毒品危害防制條例第十條

施用第一級毒品者，處六月以上五年以下有期徒刑。

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台非,145

【裁判日期】 1020523

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台非字第一四五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 陳俊嘉

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣高等法院中華民國九十八年七月十七日第二審確定判決（九十八年度上訴字第二一九五號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十七年度偵字第三四三七、六三三〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於陳俊嘉罪刑部分撤銷。

陳俊嘉販賣第二級毒品，處有期徒刑柒年貳月。未扣案之販賣安非他命所得新台幣壹萬元沒收，如全部或一部不能沒收時，以其財產抵償之。

理 由

壹、非常上訴理由稱：一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。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，該項判決即屬違背法令，得提起非常上訴，亦經司法院大法官釋字第一八一號著有解釋。故事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條第一項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，客觀上有其調查之必要性，應依職權加以調查。倘被告並非累犯，而事實審未加詳查，致判決誤用累犯之規定

論處，自屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定所稱依法應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決當然為違背法令。復按刑法第四十九條原規定：累犯之規定（指同法第四十七、四十八條），於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之。已於民國九十四年二月二日修正刪除其中關於「依軍法」受裁判者部分，並於九十五年七月一日施行。參照新修正刑法第四十九條立法理由之說明：「八十八年十月二日公布修正之軍事審判法，有關第三審上訴程序，依上訴原因，分別由司法審判機關之最高法院或高等法院審理，依本條自應適用累犯加重之規定；反觀依軍法受裁判者，則排除累犯適用之規定，則將發生同一案件視被告是否提起第三審上訴，而發生是否適用累犯加重規定之歧異結果，實有未妥，爰將本條關於『依軍法』受裁判者不適用累犯之規定刪除，以求司法、軍事審判程序中，適用法律之一致。」應認立法原意對修正前刑法第四十九條中所稱依軍法受裁判者，係指前所犯罪案件，其審判程序全程由軍法機關裁判者而言，並不以犯罪性質及裁判適用之實體法為準（司法院三十四年院解字第2957號解釋意旨參照）。申言之，依八十八年十月二日公布修正之軍事審判法，軍法機關裁判之「前所犯罪案件」，經提起第三審上訴，由本院或高等法院審判者，既經司法審判機關審判，即非屬修正前刑法第四十九條規定「依軍法」受裁判者，該等案件不論係刑法第四十九條修正前或修正後，於「後所犯罪之案件」，如該當累犯要件者，均有累犯規定之適用。又修正前刑法第四十九條法條文義既明定「依軍法受裁判」，自係重在案件之審判程序，是否全程由軍法機關審理進而裁判，是案件執行完畢之日自不在考量之範圍。苟前所犯罪案件其審判程序全程於九十五年六月三十日以前由軍法機關裁判而宣告徒刑者，該案件執行完畢之日，縱在九十五年七月一日以後，而於五年內再犯罪

者，爲被告之利益且基於法律不溯既往之法理，對於後所犯罪均不能適用修正後刑法第四十九條之規定以累犯加重其刑。至前所犯罪案件其審判程序於九十五年七月一日以後全程由軍法機關裁判者，其所處徒刑已執行完畢，而於五年內再犯罪者，因刑法第四十九條之規定已修正施行，於後所犯罪案件應有累犯規定之適用，自不待言（最高法院一〇〇年度台上字第七三五〇號判決意旨參照）。二、本件依原判決事實之認定，被告陳俊嘉曾於九十一年間因違反陸海空軍刑法之違反職役職責罪，經國防部北部地方軍事法院桃園分院於九十二年一月二日判處有期徒刑六月確定，甫於九十二年二月十一日易科罰金執行完畢。其明知安非他命爲毒品危害防制條例所管制之第二級毒品，竟基於販賣第二級毒品以營利之犯意，於九十六年十二月十七日販賣第二級毒品予黃國正，爲警查獲。本件被告之犯罪行爲在刑法第四十九條修正後，因其上開前所犯罪，係在刑法第四十九條修正前受軍法機關判處徒刑確定且已執行完畢，揆諸上開說明，自無累犯規定之適用，乃原判決除法定本刑無期徒刑部分，依法不得加重外，竟一時失察，就法定刑爲有期徒刑及罰金刑部分，依刑法第四十七條第一項之規定加重其刑，自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，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正等語。

貳、本院按刑法第四十九條原規定：累犯之規定，於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之。已於九十四年二月二日修正刪除其中關於「依軍法」受裁判者部分，並於九十五年七月一日施行。參照其立法理由說明以：「八十八年十月二日公布修正之軍事審判法，有關第三審上訴程序，依上訴原因，分別由司法審判機關之最高法院或高等法院審理，依本條自應適用累犯加重之規定；反觀依軍法受裁判者，則

排除累犯適用之規定，則將發生同一案件視被告是否提起第三審上訴，而發生是否適用累犯加重規定之歧異結果，實有未妥，爰將本條關於『依軍法』受裁判者不適用累犯之規定刪除，以求司法、軍事審判程序中，適用法律之一致」，應認立法原意對修正前刑法第四十九條中所稱依軍法受裁判者，係指前所犯罪案件，其審判程序全程由軍法機關裁判者而言，並不以犯罪性質及裁判適用之實體法為準。申言之，依八十八年十月二日公布修正之軍事審判法，軍法機關裁判之「前所犯罪案件」，經提起第三審上訴，由本院或高等法院審判者，既經司法審判機關審判，即非屬修正前刑法第四十九條規定「依軍法」受裁判者，該等案件不論係刑法第四十九條修正前或修正後，於「後所犯罪之案件」，如該當累犯要件者，均有累犯規定之適用，是修正前刑法第四十九條法條文義既明定「依軍法受裁判」，自係重在案件之審判程序，而以是否全程由軍法機關審理並裁判而定之。依原確定判決事實之認定，被告曾於九十一年間，因違反陸海空軍刑法之違反職役職責罪，經國防部北部地方軍事法院桃園分院於九十二年一月二日判處有期徒刑六月確定，於九十二年二月十一日易科罰金執行完畢。其明知安非他命為毒品危害防制條例所管制之第二級毒品，竟基於販賣第二級毒品以營利之犯意，於九十六年十二月十七日販賣第二級毒品予黃國正，為警查獲。此有該確定判決及台灣高等法院被告前科紀錄表在卷可參。被告犯罪行為雖在刑法第四十九條修正後，然其前案之犯罪，係在刑法第四十九條修正前，受軍法機關判處徒刑確定，且已執行完畢。揆諸上開說明，自無累犯規定之適用。乃原確定判決竟論以累犯，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決罪刑部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，毒品
危害防制條例第四條第二項，刑法第十一條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 五 月 二十三 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 洪 曉 能

法官 郭 玫 利

法官 徐 昌 錦

法官 何 菁 莪

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 五 月 二十四 日

E

附錄本案論罪科刑法條全文：

毒品危害防制條例第四條第二項

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或七年以上有期徒
刑，得併科新台幣七百萬元以下罰金。

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台非,403

【裁判日期】 1021114

【裁判案由】 強盜聲請續行審判

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇二年度台非字第四〇三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 謝慶利

謝明忠

上列上訴人因被告等強盜案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇一年五月二十九日駁回聲請續行審判之確定裁定（一〇一年度聲字第四三六號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

非常上訴理由稱：「一按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。復查刑事強制辯護，係國家依犯罪嚴重性、案件繁難度、被告能力缺陷致生之個別保護必要性加以判斷，對犯罪嚴重、案情繁難、被告亟需保護之案件，限制被告依其意願決定是否選任辯護人之程序自主權，而由國家積極介入，強制指定辯護人為被告辯護，以貫徹辯護制度，藉由辯護人本其法律專業，一則強化被告訴訟上主體之地位，協助被告有效行使防禦權等訴訟上之程序權利，並督促法官、檢察官等實施刑事訴訟程序公務員，善盡刑事訴訟法第二條所規定對被告有利事項之注意義務，而對訴訟進行作有利被告之導向，使被告獲致更有利之判決結果，再則彌補被告與國家間實力落差，確保訴訟當事人間之實質對等，促成國家刑罰權適當行使

之制度目的，俾落實被告利益之保障，並兼顧審判公平之維護，而追求司法利益之最大化。又刑事訴訟法第三十條規定選任辯護人，應提出委任書狀；起訴後應於每審級提出於法院。是辯護人之選任，起訴後應於每審級法院為之，於各審級合法選任或指定之辯護人，其辯護人之權責，應終於其受選任、指定為辯護人之該當案件終局判決確定時，若提起上訴者，並應至上訴發生移審效力，脫離該審級，另合法繫屬於上級審而得重新選任、指定辯護人時止，俾強制辯護案件各審級辯護人權責之射程範圍得互相銜接而無間隙，以充實被告之辯護依賴；因之，強制辯護案件，除經宣告死刑、無期徒刑者應依職權逕送上訴審審判外，是否對於第一審判決提起上訴、願否請求第一審辯護人代作上訴理由書，固應由被告本其訴訟主體所享有之程序自主權自行斟酌決定，然為兼顧強制辯護係由國家公權力積極介入以追求司法利益最大化之立法旨趣，被告對第一審判決倘已遵期提起上訴，但因未由第一審辯護人代作上訴理由書狀，而其自行提出之上訴理由書狀未能敘述具體理由時，法院自應善盡其對被告有利事項之注意義務，以書面、口頭或其他任何適當方法告知被告有請求第一審辯護人代作上訴理由書狀之權利，俾被告得充分行使刑事訴訟法上之防禦權。第一審業經指定公設辯護人為上訴人辯護，第一審就此部分為上訴人有罪科刑之判決後，上訴人於法定期間內具狀提起上訴，辯護人未到庭時，被告表示撤回上訴時，因訴訟關係將因撤回上訴而消滅，自應告知被告可請求第一審辯護人代作撤回上訴理由書狀，或於辯護人在場時為之。因之，強制辯護案件，除經宣告死刑、無期徒刑者應依職權逕送上訴審審判外，是否對於第一審判決提起上訴、願否請求第一審辯護人代作上訴理由書，是否撤回上訴，固應由被告本其訴訟主體所享有之程序自主權自行斟酌決定，然為兼顧強制辯護係由國家公權力積極介入以追求司法利益最大化之立法意旨，法院自應善盡其對被告有利事項之注意義務，告知被告有待第一審辯護人在場或請辯護人具狀撤

回之權利，俾被告得充分行使刑事訴訟法上之防禦權。二本件被告二人經下級審台灣嘉義地方法院於判決中認定『謝慶利與其兄謝明忠均為中度智能障礙，心理年齡均介於六歲至未滿九歲間，對於依其辨識而為行為之能力，有顯著降低之情形，．．．』並共同指定辯護人，屬刑事訴訟法第三十一條第一項第三款強制辯護之案件。則依同法第二百八十四條前段規定：『第三十一條第一項所定之案件無辯護人到庭者，不得審判』，即不應於無辯護人到庭之情形下審判。原審法官於移審程序，選任辯護人未到場之情形下，仍詢問被告等『是否仍要上訴』，經被告等各表示『我不上訴了』並即由被告簽署撤回上訴聲請書，被告容有訴訟程序自主權，惟法院並未善盡其對被告有利事項之注意義務，告知被告有待第一審辯護人在場或請辯護人具狀撤回之權利，俾被告得充分行使刑事訴訟法上之防禦權，被告等之辯護倚賴權顯未依法受保障，如同未經辯護，亦不生撤回上訴之效力。三綜合上述，本件應認被告等合法上訴仍屬存在有效，案件仍繫屬於台灣高等法院台南分院，被告二人前所提起之合法上訴，既並不因而失效，檢察官聲請台灣高等法院台南分院續行審判程序即屬有據，原審以裁定駁回檢察官之聲請，此項裁定與確定判決有同一效力，且對被告不利。其裁定顯有不適用法則之違法，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

惟查：一上訴於判決前，得撤回之；撤回上訴者，喪失其上訴權，刑事訴訟法第三百五十四條、第三百五十九條定有明文。而撤回上訴係就已上訴於上級審之案件，使之向將來不發生上訴之效力，與訴訟程序之發展（上訴權是否喪失）相關，係屬程序形成之訴訟行為，故撤回之人應具有得有效實施訴訟行為之能力，其撤回始生效力，而能否有效實施訴訟行為，以能辨別訴訟法上之重要利害關係，於知悉自己權利下，得依其辨別而獨立為完全意思表示為斷。智能障礙被告如不能為完全陳述者，其辨別訴訟法

上重要利害關係之能力本有欠缺，於刑事訴訟程序中常有易受誘導、畏懼或服從權威、習慣默許傾向之精神特質，故其撤回上訴之能力，應獲完足之補充，始生撤回之效力。又刑事訴訟法第三十一條第五項、第一項第三款規定，被告因智能障礙無法為完全之陳述者，未經選任辯護人，於偵查中，檢察官、司法警察（官）應通知法律扶助機構指派律師到場為其辯護；於審判中審判長應指定辯護人為被告辯護，其立法目的乃因該等被告無法依其個人之能力，就訴訟上相關之權利為實質有效之行使，乃從偵查程序及審判中均使其得受辯護之助力，以保障人權，並藉由程序之遵守確保裁判之公正。且上訴之撤回於判決前均得為之，不能完全陳述之智能障礙被告，倘未獲辯護人協助下，在程序進行中許其獨自為撤回之表示，訴訟權益之保護難謂周延，且與上揭立法意旨相悖。因此，此類案件於繫屬法院後，基於延續偵查中保障智能障礙被告之立法意旨，解釋上，法院於判決前所進行之一切訴訟行為，即屬「審判」程序之一部分，不論對在押被告所進行之訊問、準備或審理程序，均有強制辯護規定之適用，如有違反，所為撤回上訴之表示，應認不生撤回之效力。稽之卷內資料，本件被告謝慶利、謝明忠均有「中度智能障礙，心理年齡均介於六歲至未滿九歲間，對於依其辨識而為行為之能力，有顯著降低」之情形，其等於民國一〇〇年五月六日具狀上訴，於同年五月十六日並委任辯護人在卷，原審法官於同年六月七日第一次進行審判提訊時詢以「是否要委任律師或是由本院指定公設辯護人？」被告等均答稱「請指定公設辯護人。」有相關之精神鑑定書、上訴狀、委任狀及訊問筆錄可稽。上開訊問顯係法院所進行審判程序之一環，原審於審判程序進行中提訊被告等，未通知其等選任辯護人或指定公設辯護人，到庭為被告等辯護或提供必要之法律協助，忽略被告等係智能障礙之人，且未就被告等能否辨識撤回上訴之利害、是否瞭解此一表述之意義，為必要之曉諭及說明，即主動詢以「是否仍要上訴？」被告等答以「我不上訴了」，

是否係在明確知悉自己權利為撤回上訴之意思表示，仍屬有疑，難謂已生撤回之效力，本案仍然繫屬於原審法院。當事人均得再為繼續審判之請求，由原審依法為審理判決之或為本件撤回程序瑕疵補正之確認。二非常上訴以對確定判決違背法令，始得提起，此觀之刑事訴訟法第四百四十一條規定自明，而屬於適用刑罰權之裁定，因與確定實體判決具有同一效力，如違背法令，亦得對之提起非常上訴。然如裁定僅係法院因程序事項所為之裁判，因不具實質之確定力，即不得為非常上訴之客體。本件被告等因不服台灣嘉義地方法院第一審有罪判決，經上訴繫屬於原審審判中，當庭表示撤回並簽署撤回上訴聲請書，原審法院認其撤回合法，而終止審判並送執行，嗣後檢察官認該撤回不生效力，本案訴訟仍繫屬中，聲請繼續審判，原確定裁定以無理由駁回其聲請，雖原審未依上揭說明意旨為繼續審判為不當，然該裁定僅係針對審判是否繼續進行所為程序上判斷，與實體判決不具同等效力，自不得為非常上訴之客體。非常上訴意旨以上開事由，指摘原確定裁定違法而提起本件非常上訴，難認有理由，應予駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十 一 月 十 四 日
最高法院刑事第五庭

審判長法官 石 木 欽
法官 洪 佳 濱
法官 段 景 榕
法官 黃 仁 松
法官 洪 兆 隆

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 一 月 十 八 日

Q

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台抗,1

【裁判日期】 1020102

【裁判案由】 妨害性自主延長羈押

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇二年度台抗字第一號

抗 告 人 吳鑑洲

上列抗告人因妨害性自主案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年十一月二十八日延長羈押之裁定（一〇一年度侵上訴字第一六九號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷。

理 由

一按羈押係一種剝奪人身自由之強制處分，必須符合憲法第八條第一項關於人身自由保障與正當法律程序之要求，刑事訴訟法第一百零一條關於一般性羈押及第一百零一條之一關於預防性羈押，均規定除有各該條第一項所定之法定（實質）原因外，並須先經法官訊問之正當法律程序，於認為犯罪嫌疑重大，且有羈押之必要（前者尚以「非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者」之嚴厲、限制語氣懸為誡命），始得為之。第一百零八條第一項之延長羈押，同有此規範。其中關於法官訊問之規定，係民國八十六年修正之要點，立法趣旨在於扭轉已往由偵查檢察官逕行決定，不免流於主觀或恣意，不足以確實保障人民基本權之弊病，一般稱之為「羈押權回歸法院」，基本原理則為司法院釋字第三九二號解釋，釋明檢察官並非憲法第八條所稱為審問之法院。是法官行使此項職權，當體斯旨，必須開庭言詞審理，訊問被告（含其辯護人），確定人別，並略事調查其有無檢察官所謂之犯罪嫌疑、羈押必要，給予陳述意見機會，而後以客觀、中立、超然、

公正立場，依卷內訴訟資料，審慎判斷、決定。足見法院於裁定羈押被告之前，所為之開庭言詞訊問，係正當法律程序之一環，為獲取正確心證之基礎所在。獨任制法院之法官，本此言詞訊問，獲致心證，固無疑義；合議制法院，例如就社會矚目案件起訴移審之接押，先行組成合議庭受理，或於合議（包含第一、二審）審理中之延長羈押，理論上以合議開庭方式處理，原屬正辦，並有法定法官原則之適用，如為兼顧實務運作之人力負擔，至少應由受命法官或合議庭其他成員（即審判長或陪席法官）為此訊問。其若不然，所踐行之程序難謂正當，所為之羈押裁定，並非適法。又對於此種違法羈押裁定，被告得為抗告；原審法院如認其抗告有理由，即應更正其裁定，觀諸刑事訴訟法第四百零四條第二款、第四百零八條第二項規定甚明，否則抗告法院當依同法第四百十三條撤銷原裁定。

二、本件抗告人吳鑑洲因妨害性自主案件，經第一審判處重刑，上訴繫屬原審法院，以審判長法官周煙平、陪席法官陳如玲、受命法官林銓正組織合議庭受理後，裁定於一〇一年十月七日起，第一次延長羈押二月，同年十一月六日審判，定同年、月二十七日宣判，然屆期提解抗告人未到，原合議庭當日作成再開辯論裁定，卻於翌（二十八）日，改由非屬該合議庭成員之王屏夏法官，就欲行第二次延押之事宜，提訊抗告人，但同（十一月二十八）日，仍由原合議庭作成自同年「十二月七日起，延長二月」之第二次延押裁定，有各該筆錄及裁定書在案可稽，足見此第二次延押前之法官訊問，違背正當法律程序，所形成延押之心證，是否悉為合適，非無瑕疵可指。此第二次延押裁定正本，於同年十一月三十日送達於抗告人，抗告人於同年十二月三日向原審法院提起本件抗告，指明上揭違法情形，原受命法官未察，批示：「如未逾期檢卷送抗告」，有該送達證書、抗告狀存卷可考，致錯失及時自省救濟良機。迨案繫本院，已是同年、月十一日，有本院收文紀錄足徵，顯然逾越原審第一次有效延押之最後期限。本

件原審之第二次延長羈押裁定，經核既有抗告意旨所指之違法情形存在，應認其抗告為有理由，爰將原裁定撤銷。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十三條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 二 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 徐 昌 錦

法官 宋 明 中

法官 洪 昌 宏

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 二 日

v

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台抗,76

【裁判日期】 1020131

【裁判案由】 強盜聲請再審

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇二年度台抗字第七六號

再 抗 告 人 林煜靈

彭金信

上列再抗告人等因強盜聲請再審案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇一年十一月二十一日駁回抗告之裁定（一〇一年度抗字第三〇四號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定及第一審裁定均撤銷。

彭金信再審之聲請駁回。

理 由

為受判決人之利益聲請再審，僅得由管轄法院之檢察官、受判決人、受判決人之法定代理人或配偶，受判決人已死亡者，其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬為之，刑事訴訟法第四百二十七條定有明文。再審之聲請為訴訟行為，聲請人應具備訴訟能力，始生效力，否則即違背聲請再審應具備之法律上程式。而自然人之訴訟能力，係植基於實體法上之行為能力，以有完全意思能力為前提，始能獨立以法律行為負義務。受判決人因精神障礙或其他心智缺陷，致其意思表示或受意思表示，或辨識其意思表示效果之能力，顯有不足，已經法院為輔助宣告之人，其為訴訟行為時，應經輔助人「同意」，而訴訟行為係單獨行為，倘未經輔助人同意，訴訟行為無效，即欠缺訴訟行為必備之法律上程式，此觀之民法第十五條之一第一項、第十五條之二第一項第三款、第二項及第七十八條之規定自明

。所稱「訴訟行為」包括民事、刑事及行政程序法上之訴訟行為，刑事再審之聲請自亦屬之。上開輔助人之同意，僅具補充受輔助宣告之人意思能力之性質，非謂輔助人因此有獨立為訴訟行為之權利，此與無行為能力或受監護宣告之人應由法定代理人為訴訟行為之情形不同，此觀之民事訴訟法第四十五條之一之規定自明。故刑事受判決人雖係受輔助宣告之人，其聲請再審時，僅須得其輔助人同意，即可以自己名義聲請，至輔助人則無獨立為受判決人聲請再審之權利。另當事人對於法院之裁定有不服者，苟無特別規定，均得抗告於直接上級法院。證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。刑事訴訟法第四百零三條亦定有明文。稱當事人，指檢察官、自訴人及被告，當事人對於法院之裁定，苟無特別規定，均得提起抗告，並不以受裁定者為限；至非當事人對於法院之裁定得提起抗告，以受裁定者為限。是不服法院之裁定，當事人及受裁定之非當事人均得提起抗告。本件再審聲請人係受判決人林煜靈及其母彭金信，有刑事再審聲請狀可稽，其中彭金信之聲請，揆之首揭說明，既無為林煜靈獨立聲請再審之權利，此部分之聲請原屬違背法律上之程式而為不合法。第一審法院未從程序上駁回彭金信之聲請，遽為實體上之裁定，原法院不察，猶予維持，自有未洽。再抗告意旨雖未指摘及此，但為本院得依職權調查之事項，仍應認其再抗告為有理由，爰將原裁定及第一審裁定撤銷，並由本院自為裁定如主文第二項所示。至已得輔助人彭金信同意之林煜靈之再審聲請部分漏未裁定，屬第一審應補充裁定之問題，非本件再抗告審究範圍，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十三條、第四百三十三條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 一 月 三十一 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 石 木 欽

法官 洪 佳 濱
法官 段 景 榕
法官 黃 仁 松
法官 洪 兆 隆

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 二 月 四 日
K

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台抗,83

【裁判日期】 1020206

【裁判案由】 偽造文書等罪定應執行刑

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇二年度台抗字第八三號

抗 告 人 黃坤男

上列抗告人因偽造文書等罪案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇一年十二月十一日定應執行刑之裁定（一〇一年度聲字第二一二六號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷，應由台灣高等法院台中分院更為裁定。

理 由

本件原裁定以抗告人黃坤男因犯原裁定附表編號一至四所示偽造文書等罪，經分別判刑確定，該數罪係裁判確定前所犯，應併合處罰，而有二裁判以上，因依檢察官之聲請，定其應執行之刑，固非無見。惟按併合處罰之數罪本屬各自獨立之罪，其罪責分別存在，僅係處罰上發生合併之關係。倘併罰數罪之宣告刑，其中得易刑處分者與不得易刑處分者併合處罰結果，而不得易刑，造成受刑人之不利益，有違限制刑罰加重之恤刑目的。民國一〇二年一月二十三日修正公布刑法第五十條第一項規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。」第二項規定：「前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第五十一條規定定之。」故裁判確定前犯數罪，而有修

正後刑法第五十條第一項但書之情形，除受刑人於判決確定後請求檢察官聲請定應執行刑者外，不適用併合處罰之規定，賦予受刑人選擇權，以符合其實際受刑利益。從而修正後刑法第五十條之規定，自較修正前之規定為有利於受刑人。查抗告人犯原裁定附表所示之罪，其中編號一傷害罪處有期徒刑六月、編號二強制罪處有期徒刑四月、編號四傷害罪處有期徒刑四月，均屬得易科罰金之刑，而編號三偽造文書罪處有期徒刑一年五月，則不得易科罰金，依修正後刑法第五十條規定，應經抗告人請求檢察官聲請定應執行之刑，始得為之。本件檢察官聲請及原法院裁定時，不及適用修正後刑法第五十條之規定，遽為裁定，仍應認抗告有理由，由本院予以撤銷，發回原法院更為適法之裁定。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十三條前段，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 二 月 六 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 何 菁 莪

法官 洪 曉 能

法官 郭 玫 利

法官 陳 東 誥

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 二 月 十 八 日

m

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台抗,88

【裁判日期】 1020206

【裁判案由】 偽造文書等罪對檢察官指揮執行聲明異議

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇二年度台抗字第八八號

抗 告 人 寸光輝

上列抗告人因偽造文書等罪案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年十月二十九日駁回其對檢察官指揮執行聲明異議之裁定（一〇一年度聲字第三三〇五號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

本件原裁定以抗告人即受刑人寸光輝於原審聲明異議意旨略稱：強制工作係拘束人身自由之保安處分，依照大法官會議釋字第四七一、六三六號意旨，應受較為嚴格之審查。現行法規雖未賦予執行強制工作日數可以折抵刑罰之規定，然亦無明文禁止折抵，且同為刑罰外拘束人身自由之感訓處分及刑前強制治療均可視所執行之日數直接折抵刑罰（此觀檢肅流氓條例第二十一條、修正前刑法第九十一條之一第三項規定甚明），是依據平等原則，刑前強制工作當可類推適用，故就檢察署否准受刑人強制工作日數折抵刑期之處分提起聲明異議，請求撤銷原處分云云。經查：（一）抗告人因偽造文書等罪案件，分別經台灣士林地方法院九十七年度訴字第七四八、九七六、九八一號，及原審法院九十八年度上訴字第一一九六號判決（下稱「本案」）判處罪刑確定，嗣其中所犯三十三罪再經原審法院以九十九年度聲更(一)字第一三號裁定定其應執行有期徒刑四年三月確定，其中關於受刑人所犯竊盜部分，「本案」以抗告人前已有偽造文書罪等科刑紀錄，再度犯下

本件多起竊盜犯行，堪認其具有犯竊盜罪之習慣，且就本件所犯竊盜罪刑部分，應執行刑遠逾一年，爰依竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項規定，併諭知應於刑之執行前令入勞動場所強制工作三年之保安處分，檢察官並依上開確定裁判核發執行竊盜犯、贓物犯保安處分指揮書（九十九年執更戊字第七九號，經撤銷換發為九十九年執更戊字第一三二號），令入勞動場所執行強制工作。嗣執行機關以其執行已滿二年三月，考核其在場行狀良好，悛悔有據，認有應免予強制工作執行處分之必要，報經法務部函示核准並聲請免予繼續執行強制工作，經原審法院認其聲請為正當，於民國一〇一年十月八日以一〇一年度聲字第三二四七號裁定抗告人免予繼續執行強制工作處分確定等情，有各該裁判、抗告人前案紀錄表及檢察官指揮書在卷足參。(二)按「裁判確定前羈押之日數，以一日抵有期徒刑或拘役一日，或第四十二條第六項裁判所定之罰金額數。」「羈押期間自簽發押票之日起算。但羈押前之逮捕、拘提期間，以一日折算裁判確定前之羈押日數一日。」刑法第四十六條第一項、刑事訴訟法第一百零八條第四項分別定有明文，是受刑人得折抵刑期，以因本案受我國司法權行使致受羈押或逮捕、拘提為限。由是可知，所謂折抵刑期，係裁判尚未確定前對於受刑人或犯罪嫌疑人所為羈押之人身自由拘束，程度等同刑罰，故特規定於裁判確定後以所受拘束之日數折抵所受刑罰之有期徒刑或拘役之日數或罰金額數。是得否折抵刑期抑或得為折抵之客體、對象，均限於法律有明文規定者至明。次按有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於刑之執行前，令入勞動場所強制工作。依刑法第九十條第一項規定宣告之保安處分，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行，刑法第九十條第一項、第九十八條第二項分別定有明文。而竊盜犯贓物犯保安處分條例則係針對犯刑法竊盜罪或與竊盜罪有關之贓物罪之犯罪行為人，對於強制工作保安處分之宣告及執行所為之特別規定，其中第

三條第一項規定：「十八歲以上之竊盜犯、贓物犯，有左列情形之一者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作：一、有犯罪習慣者。二、以犯竊盜罪或贓物罪為常業者。」自應優先於刑法第九十條強制工作保安處分之規定適用。又竊盜犯贓物犯保安處分條例第六條復規定，依該條例執行強制工作之結果，執行機關認為無執行刑之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免其刑之執行。從而，關於強制工作保安處分之執行，僅得按其情形為免除刑之全部或一部之執行，尚無折抵刑期之規範，自無適用之餘地。(三)抗告人主張其所受之強制工作保安處分，未如檢肅流氓條例之「感訓處分」或修正前刑法第九十一條之一「強制治療」等規定得折抵刑期之規定，有違平等原則，應得類推適用云云，惟按保安處分係針對受處分人將來之危險性所為之處置，以達教化、治療之目的，為刑罰之補充制度。而保安處分中之強制工作，旨在對嚴重職業性犯罪及欠缺正確工作觀念或無正常工作因而犯罪者，強制其從事勞動，學習一技之長及正確之謀生觀念，使其日後重返社會，能適應社會生活。是執行保安處分與有期徒刑，二者非屬同種之刑至明，除有特別規定，不得互相折抵。本件既無明文得以所執行保安處分之日數折抵刑期之特別規定，自無折抵刑期之問題。另受刑人主張得類推適用之檢肅流氓條例中「感訓處分」或刑法第九十一條之一「強制治療」等相關規定，查檢肅流氓條例已於九十八年一月二十一日經以總統華總一義字第 00000000000 號令公布廢止，而刑法第九十一條之一之強制治療亦於九十四年二月二日以總統華總一義字第 00000000000 號令修正，並於九十五年七月一日施行，改於刑後執行之，抗告人前開主張均非現行有效法律，已無可資比附援引之基礎，當無再行主張類推適用之理。從而抗告人前開主張顯無足採。因認其聲明異議為無理由，予以駁回。

抗告意旨雖以：現行法規雖未賦予執行強制工作日數可以折抵刑罰之規定，但同為刑罰外拘束人身自由之感訓處分及刑前強制治

療均可視執行之日數直接折抵刑罰，雖強制工作有所謂「免刑之全部或一部執行」措施，但與直接折抵仍有程度上差異，此差別待遇情況，難謂與憲法平等權保障原則無違。此差別待遇乃立法疏漏所致，由嗣後立法之檢肅流氓條例及刑前強制治療均可視執行之日數直接折抵刑期可知。「本案」抗告人行爲時檢肅流氓條例尚未廢止，自可作爲類推適用比附援引之依據，以彌補現行法之疏失。再由刑法第四十六條明定羈押日數無刑罰可抵時，可折抵拘束人身自由之保安處分，足見立法者認拘束人身自由之保安處分，本質上有替代刑罰之作用，如不予折抵，顯對抗告人不利。抗告人主張予以類推適用於強制工作所執行日數，自屬有據等語。

惟查：我國法制採刑罰與保安處分雙軌制，既仍維持行爲責任之刑罰原則，並期協助行爲人再社會化功能，改善行爲人潛在危險性格，俾達成根治犯罪原因、預防犯罪之特別目的。保安處分係針對受處分人將來之危險性所爲之處置，以達教化、治療之目的，爲刑罰之補充制度。其中之強制工作，旨在對嚴重職業性犯罪及欠缺正確工作觀念或無正常工作而犯罪之人，強制其從事勞動，學習一技之長與正確謀生觀念，使其日後順利重返社會，適應社會生活。顯見刑罰與保安處分各有其目的與功能，二者相輔相成，並行不悖。而依刑法第九十八條第一項、第二項之規定「依第八十六條第二項、第八十七條第二項規定宣告之保安處分，其先執行徒刑者，於刑之執行完畢或赦免後，認爲無執行之必要者，法院得免其處分之執行；其先執行保安處分者，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認爲無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。依第八十八條第一項、第八十九條第一項、第九十條第一項、第九十一條第二項規定宣告之保安處分，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認爲無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。」另「依本條例宣告之強制工作處分，其執行以三年爲期。但執行已滿一年六個月，而執行機關認

爲無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。」「依本條例執行強制工作之結果，執行機關認爲無執行刑之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免其刑之執行。」竊盜犯贓物犯保安處分條例第五條第一項、第六條亦分別定有明文。足認依上開規定，刑法所爲之保安處分，無論先執行徒刑或保安處分，前者得於刑之執行完畢或赦免後，認爲無執行之必要者，法院得免其處分之執行；後者則於處分執行完畢或一部執行而免除後，認爲無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。依竊盜犯贓物犯保安處分條例之強制工作，其執行已滿法定期間者，執行機關亦得檢視其執行成效，倘認無繼續執行強制工作之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。如執行機關認爲併無執行刑之必要者，亦得檢具事證，報請檢察官聲請法院免其刑之執行。俱見立法者爲取得刑罰與保安處分間之平衡，避免發生過度執行問題，已針對依刑法宣付之保安處分或依竊盜犯贓物犯保安處分條例宣付之強制工作，規定得視執行成效予以免除刑之（全部或一部）執行，而非以互相折抵方式爲之，此屬立法形成範疇，自與立法疏漏情形有間，亦無再類推適用其他折抵規定餘地，難謂與憲法平等權保障原則有違。本件原裁定已詳爲說明「本案」抗告人不符法定折抵刑期之規定，應依竊盜犯贓物犯保安處分條例第六條，倘執行機關認爲無執行刑之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免其刑之執行等理由，據以駁回抗告人之聲明，已如上述，經核於法均無不合。抗告意旨猶執上開相同理由指摘原裁定，難認有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十二條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 二 月 六 日

最高法院刑事第十一庭

審判長法官 王 居 財

法官 郭 毓 洲

法官 沈 揚 仁
法官 林 恆 吉
法官 呂 永 福

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 二 月 十八 日
E

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台抗,616

【裁判日期】 1020718

【裁判案由】 傷害致重傷聲請撤銷假扣押裁定

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇二年度台抗字第六一六號

再 抗 告 人 李明興

上列再抗告人因傷害致重傷聲請撤銷假扣押裁定案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇二年六月十八日駁回抗告之裁定（一〇二年度抗字第一三三號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

再抗告駁回。

理 由

一、本件原裁定意旨略以：台灣高雄地方法院一〇〇年度訴字第二六三號傷害致重傷案件，被害人趙志誠對再抗告人即被告李明興提起刑事附帶民事訴訟（台灣高雄地方法院一〇〇年度附民字第七六號），並對再抗告人聲請假扣押，經台灣高雄地方法院一〇〇年度刑全字第一五號裁定准許。嗣台灣高雄地方法院一〇〇年度訴字第二六三號判決，論處再抗告人共同犯傷害致人重傷罪之罪刑；台灣高雄地方法院一〇〇年度附民字第七六號刑事附帶民事訴訟判決，准許趙志誠對再抗告人請求侵權行為損害賠償。經檢察官、再抗告人、趙志誠分別提起第二審上訴，台灣高等法院高雄分院一〇〇年度上訴字第一三四三號判決撤銷第一審關於再抗告人部分之有罪判決，改判再抗告人無罪；台灣高等法院高雄分院一〇〇年度重附民字第一號刑事附帶民事訴訟判決，因刑事部分諭知再抗告人無罪，乃依刑事訴訟法第五百零三條第一項前段之規定，撤銷第一審刑事附帶民事訴訟判決關於再抗告人部

分，並駁回趙志誠在第一審之訴及假執行之聲請。檢察官、趙志誠分別提起第三審上訴，業經最高法院一〇二年度台上字第一五二四號判決駁回上訴；最高法院一〇二年度台附字第七號判決駁回上訴而確定。則刑事附帶民事訴訟確定判決，僅屬程序判決，並非認定趙志誠對再抗告人之民事請求權是否存在之實體判決，第一審裁定認再抗告人以趙志誠提起之本案訴訟已受敗訴判決確定為由，聲請撤銷上開假扣押裁定，為無理由，予以駁回，並無不合。抗告意旨雖以趙志誠既已提起刑事附帶民事訴訟，即屬民事訴訟法第五百二十九條第一項規定之「起訴」，雖經駁回確定，然趙志誠既已「起訴」，又未撤回「起訴」，再抗告人無由依民事訴訟法第五百二十九條第一項之規定，聲請法院命趙志誠於一定期間內起訴，再抗告人勢必無法獲得救濟為由，指摘第一審裁定不當。惟按民事訴訟法關於假扣押之規定，於附帶民事訴訟準用之；假扣押之原因消滅、債權人受本案敗訴判決確定或其他命假扣押之情事變更者，債務人得聲請撤銷假扣押裁定，刑事訴訟法第四百九十一條第十款、民事訴訟法第五百三十條第一項，分別定有明文。則債務人依民事訴訟法第五百三十條第一項之規定，聲請撤銷假扣押裁定，應限於「假扣押之原因消滅」、「債權人受本案敗訴判決確定」、「其他命假扣押之情事變更」等事由。所稱「假扣押之原因消滅」者，係指債權人於聲請假扣押時，所主張之假扣押原因，已無日後不能強制執行或甚難執行之虞，或以原應在外國為強制執行，現已得於國內強制執行等是；所謂「命假扣押之情事變更」者，則指債權人依假扣押保全執行之請求已歸消滅，或經本案判決予以否認，或已喪失其請求假扣押之權利等情形而言。又債權人受本案敗訴判決確定者，債務人得聲請撤銷假扣押裁定，固為民事訴訟法第五百三十條第一項所明定，惟所謂受本案敗訴判決確定，係指債權人依假扣押所欲

保全強制執行之請求，經本案之實體確定判決確認其不存在或不得行使者而言，苟該請求未經確定實體判決確認為不存在或不得行使，即無容債務人據此為由，聲請撤銷假扣押裁定之餘地。再刑事訴訟程序附帶提起之民事訴訟，雖與民事訴訟法第五百二十九條第一項規定之「起訴」，同其意義，然非謂提起之刑事附帶民事訴訟，不論是否經實體判決，均有同法第五百三十條第一項規定之適用。是刑事附帶民事訴訟因刑事判決無罪、免訴或不受理而駁回原告之訴者，原告對於此項未經實體上審理之案件，既得另行提起民事訴訟，即不得謂該判決已就原告請求權之存否為判斷，援為認定命假扣押之情事有所變更之依據。另假扣押係保全強制執行方法之一種，原為在本案請求尚未經判決確定以前，預防將來債權人勝訴後，有不能強制執行或甚難執行之虞者而設。債權人聲請假扣押所主張之權利，債務人對之有所爭執者，乃係債權人所主張權利之實體上理由是否正當，屬本案判決問題，非假扣押保全程序裁判中所能解決。依假扣押所欲保全之請求，既未經本案判決否認，自難認命假扣押之情事已有變更。是以，再抗告人以趙志誠已受本案敗訴判決確定，且命假扣押之情事已有變更，據以聲請撤銷假扣押裁定，自無理由。至於趙志誠提起刑事附帶民事訴訟，既經程序判決駁回確定，再抗告自得再聲請限期命趙志誠起訴，以為救濟，併予敘明。抗告意旨指稱趙志誠既已提起刑事附帶民事訴訟，再抗告人無從聲請法院命趙志誠限期起訴云云。惟按「附帶民事訴訟，因刑事判決諭知無罪、免訴或不受理，駁回原告之訴，原告對於此項未經實體上審理之案件，得另行提起民事訴訟」（司法院院字第一六〇一號解釋參照）。又「本件相對人聲請假扣押再抗告人之財產後，法院命相對人於七日內起訴，相對人在此期間內於刑事訴訟程序附帶提起民事訴訟，此種附帶民事訴訟，旨在確定其私權存在，取得給付

之確定判決，與民事訴訟法第五百二十九條第一項規定之起訴意義相同，再抗告人自不得以相對人未於期間內起訴為由而聲請撤銷假扣押裁定。」（最高法院六十九年度台抗字第五〇三號判例意旨參照）。再「宣告無罪之案件，關於附帶民事訴訟部分，雖可駁回原告之訴，但祇能從程序上駁回，不得以其實體上之請求為無理由而駁回之」（最高法院二十五年七月二十一日民刑庭總會決議、六十五年第九次民庭總會決議參照）。抗告意旨所指上情，顯有誤會。應認本件抗告為無理由，予以駁回等語。經核於法並無違誤。

二、再抗告意旨略以：再抗告人已於抗告狀記載趙志誠既已提起刑事附帶民事訴訟，依最高法院六十九年度台抗字第五〇三號判例意旨，與民事訴訟法第五百二十九條第一項規定之「起訴」意義相同，趙志誠又未撤回起訴，再抗告人無從聲請法院命趙志誠限期起訴等情，原裁定並未敘明不採之理由；倘再抗告人聲請法院命趙志誠限期起訴，若法院以趙志誠已經起訴為由，駁回聲請，再抗告人豈非兩頭落空，無從獲得救濟，足認原裁定有理由不備之違法云云。經查：原裁定已敘明再抗告意旨所指再抗告人無從聲請法院命趙志誠限期起訴等情，核屬誤會所憑理由，並強調再抗告人得依民事訴訟法第五百二十九條第一項之規定，聲請法院命趙志誠限期起訴（見原裁定第四至六頁）。再抗告意旨指摘原裁定有裁定理由不備之違法云云，核與卷內訴訟資料不合，顯有誤會。況趙志誠所提起刑事附帶民事訴訟，既經程序判決駁回起訴確定，訴訟繫屬已經消滅，與未起訴無異。再抗告意旨指稱再抗告人聲請法院命趙志誠限期起訴，法院可能以趙志誠已經起訴為由，予以駁回云云，純屬憑空臆測之詞，洵不足取。再抗告意旨仍執陳詞，任意指摘原裁定違法、不當，應認為無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十二條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 七 月 十八 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 黃 一 鑫

法官 張 春 福

法官 吳 三 龍

法官 魏 新 和

法官 李 錦 樑

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 七 月 二十三 日

G

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台抗,840

【裁判日期】 1020926

【裁判案由】 違反貪污治罪條例聲請解除限制出境

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇二年度台抗字第八四〇號

抗 告 人 林光華

選任辯護人 顧立雄律師

許慧如律師

上列抗告人因違反貪污治罪條例案件，不服台灣高等法院中華民國一〇二年八月十三日駁回聲請解除限制出境之裁定（一〇二年度聲字第二五八四號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

本件原裁定以抗告人林光華於原審聲請意旨略以：本案自民國九十七年一月起訴迄已五年餘，抗告人遭限制出境前，於偵、審中均按時到庭。又抗告人畢生投入客家文化之傳承與發展，茲抗告人應中華海峽兩岸客家文經交流協會理事長饒穎奇之邀，將於一〇二年八月十二日至同年月十五日，前往大陸江西省贛州參加第六屆海峽兩岸客家高峰論壇，並就「台灣客家遷徙與原鄉客家文化之關聯」發表演說，不僅係抗告人多年心血努力之成果，亦肩負我國代表之責任，倘因案遭限制出境致無法如期赴會，抗告人數十年聲譽將遭不可回復之損害；會後，抗告人因事前已與大陸江西省贛州師範大學客家學院羅水院長等學者相約研商討論客家文化，故預定於一〇二年八月十八日下午返台，懇請准許抗告人於上揭會期前後期間暫解除出境之限制云云。然抗告人涉犯貪污治罪條例第五條第一項第三款對於職務上之行爲收受賄賂罪嫌，

屬最輕本刑爲五年以上有期徒刑之重罪，前經原審法院第一次更審判決論處抗告人依法令服務於國家所屬機關而具有法定職務權限之公務員，對於職務上之行爲收受賄賂罪刑（處有期徒刑八年），抗告人不服，提起上訴，經本院發回更審，現正由原審法院第二次更爲審理中，尙未終結，自形式上觀察，抗告人犯罪嫌疑重大，後續仍有審判及刑事执行程序尙待進行；最高法院檢察署亦於一〇二年八月九日，以台特荒九六特偵一字第第一〇二〇〇〇一五六五號最速件函知抗告人有潛逃出境之虞，建請預爲防範，有卷附該函爲憑。是倘若解除抗告人限制住居及出境之限制，將喪失擔保其能遵期到庭之強制力，難以期待抗告人日後於審判中仍將如期到庭。至抗告人聲請意旨所述前往大陸參加第六屆海峽兩岸客家高峰論壇，並發表演說一事，徵諸現今通訊發達，且台海兩岸間電子通訊並無何限制，抗告人自可以電話、傳真、信函、電子郵件或視訊等方式，與對岸之與會人員充分溝通，甚至利用視訊方式參與該論壇會議，並非必抗告人親赴大陸始能與會及交流而屬不可替代；況縱抗告人出國之權益因此受有影響，但與更重要之國家司法權行使互相權衡，尙屬輕微。是本案經審酌保全刑事審判及刑罰執行得以順利進行之公共利益及抗告人權益之均衡維護，認限制抗告人出境之理由仍然存在，爲達保全刑事審判及刑罰執行之目的，仍有限制抗告人出境之必要，其聲請解除出境之限制爲無理由，乃予駁回。抗告意旨雖略以：（一）、實施強制處分之目的，在於保全證據並確保刑罰之執行，但因強制處分手段不免會侵害被告之身體自由及其他利益，故應就個案審酌人權保障及公共利益之均衡維護，不宜遽科以限制出境之強制處分，否則即有侵害人權、違憲且違法之虞。本件抗告人應邀赴大陸參與交流活動，係爲推廣我國客家文化及推動台灣精緻、休閒農業之發展等增進公共利益爲目的，具正當理由，並非爲個人私益；且本案自九十五年開始進行調查，檢察官於九十七年提起公訴，迄今已約七年，不知何時判決定讞，本案限制出境處分並

未附加期限，無異使抗告人長期不能離開台灣，形同遭圈禁，對抗告人之自由侵害甚鉅，應以解除為宜。（二）、抗告人自九十五年間涉貪污治罪條例罪嫌受調查以來，均按檢、調通知到庭接受訊問，無不全力配合提供相關資料，歷審審判程序中亦均準時到庭，足見抗告人始終願意配合本案訴訟進行，並無逃亡之意圖，且原審對抗告人為有罪判決後以及上訴第三審過程中，抗告人仍無任何畏罪逃亡之跡象，益證抗告人絕無任何逃亡之意圖。原裁定不察，認有限制抗告人住居及出境之必要，逕為駁回抗告人解除限制出境之聲請，顯有違誤。（三）、本件第一審法院已諭知抗告人無罪，最高法院發回意旨亦對抗告人有利，是抗告人所涉罪嫌並非重大，原裁定遽以抗告人曾經原審二度判處有期徒刑八年，作為認定抗告人應予限制出境之判斷依據，其理由顯失所憑。（四）、原裁定空泛以目前於審理中或已判決確定之人，出境後即不歸者時有所聞，為防止抗告人出境後故意不入境接受審理或於判決確定後即速出境拒絕接受執行為由，率認有限制抗告人出境之必要，係徒以與抗告人不相干之人曾發生之逃亡行為，認定抗告人有逃亡之可能，而全然未說明有何具體事證足資認定抗告人有逃亡或滯留國外之虞，殊屬臆測，有不備理由之違法。（五）、最高法院檢察署上開函文意見，並非客觀具體事實，原審決定是否對抗告人限制出境時，既無任何關於抗告人接洽偷渡離境之監聽紀錄或供述證詞，更無任何確切書面證據或情況證據，例如抗告人不正常資金流動調度之情形，竟僅依一紙公文，即認定抗告人有逃亡之虞，已嫌率斷。況據抗告人所知，上開函文有可能係遭與抗告人有私怨之第三人呂永田挾怨報復，捏造不實資訊，向新竹縣調查站檢舉抗告人有潛逃出境之虞，均非真實，不足採信。（六）、抗告人因擔任數祭祀公業管理人，該等祭祀公業資產均高達數十億元，另並管理義民廟之財產及擔任數文化基金會董事長，實不可能怠忽職守潛逃出境。另依抗告人長期有高血壓、高血糖、高血脂以及心血管阻塞等疾病，須定期在台大

等醫院就診、長期服藥控制病情之健康情況，亦根本不容逃亡。

（七）、中國國際貿易促進委員會青島市分會邀請抗告人參加一〇三年四月起在當地舉辦之青島世界園藝博覽會（下稱青島博覽會），另抗告人並受諸多台商委託，赴青島洽談台商參與、投資該博覽會事宜，是抗告人有於會前赴青島實地會勘、商討相關事項之必要，且此行攸關台商重大投資決策之形成與後續人、物力之規劃，須耗費相當時日，復以距上開會期僅約半年，時間急迫，爰請求依法撤銷原裁定，速為裁定，以維人權，並符法治云云。惟按：（一）、憲法對人身自由之保障，並非絕對不得剝奪，而係禁止恣意剝奪，故對人身自由之干預，苟已具備法定要件並踐行法定程序，合於外部性界限，且亦符合比例原則等內部性界限而具實質正當性，即非法所禁止；而其判斷，並非僅憑單一、抽象規定建立絕對之準據，必須綜合考量干預之措施、模式、時間、地點等具體手段、強度及其所生影響等，建立在「個案審查基礎」之上，審酌特定個案中，干預手段所欲保障之利益與人身自由間之均衡維護定之。故法院對具體個案中之強制處分，因所干預之基本權內容不同，而異其寬嚴之審查密度，乃理所當然。刑事訴訟上之限制出境，其目的在保證被告到庭，避免被告出境滯留他國，俾保全偵查、審判程序之進行及刑罰之執行，依其限制被告應住居於我國領土範圍內之對被告人身自由限制內容觀之，係執行限制住居具體方法之一，性質上固亦屬拘束人身自由之強制處分，然依刑事訴訟法第九十三條第三項、第一百零一條之二前段，其與具保、責付及其他方式之限制住居，均僅為被告有得予羈押之法定理由，但無羈押必要時，用以置換羈押之替代手段，其雖因干預之目的與羈押同為保全刑事訴訟程序之進行與實現，致其准否亦應與羈押同其法定理由，然其對人身自由干預之手段、強度顯較羈押輕微，從而准駁之審查標準，自應相應放寬。舉如強制處分之實施，羈押因積極、強烈干預人身自由，故法律明定須以被告犯罪嫌疑重大為前提；至限制出境因僅消極防阻

被告擅自出國，且干預人身自由之強度亦顯較輕微，故從一般、客觀角度觀之，苟以資訊及事實作為現實之基礎，而有理由認為被告涉嫌犯罪，即被告具有「有理由之罪嫌」即足。原裁定以抗告人所涉犯公務員對於職務上之行為收受賄賂罪嫌，屬最輕本刑為五年以上有期徒刑之重罪，並經原審法院二度判處有期徒刑八年，自係罪嫌重大，目前訴訟尚未審結，再參以最高法院檢察署亦致函建請防範抗告人潛逃出境，堪認抗告人確有限制住居及出境，以擔保其日後於審判中仍將如期到庭之必要；至抗告人所擬參與之交流活動，尚可以其他現代電子方式替代，當無需抗告人親自與會交流之情形存在，本案經審酌保全使刑事審判及刑罰執行順利進行之公共利益及抗告人權益之均衡維護，因認限制抗告人出境之理由仍然存在，為達保全刑事審判及刑罰執行之目的，仍有限制抗告人出境之必要。顯已就其認定抗告人具有「有理由之罪嫌」，係以抗告人二度經法院為有罪判決之資訊、事實為客觀、現實之基礎，且因二次所宣告俱為有期徒刑八年之重刑，客觀上已導致抗告人逃亡之可能性增加，訴訟復未終結，對之實施保全強制處分的需求因而升高，有予以限制住居及出境，以擔保日後於審判中仍將如期到庭之必要，基於個案審查原則，經權衡本件個案中上開公共利益與抗告人據以提起解除限制出境之個人權益，認抗告人本件暫時解除出境限制之聲請，以不准許為宜，逐一析述甚詳。核屬原審法院裁量職權之適法行使。抗告意旨徒以其被訴上開貪污罪嫌，曾經第一審法院判決無罪，嗣原審法院雖為有罪判決，然業據本院撤銷，已難謂其係罪嫌重大，又其前未曾有逃亡之具體情事與跡證，且現仍擔任數重要職務，並須定時就醫始能維持健康等情，主張其將來絕無逃亡之虞，並執以指摘原裁定認其罪嫌重大，仍有限制住居及出境之必要，係屬違法云云，殊非足採。至原裁定理由中所述目前審理中或已判決確定之人出境後即不歸者，時有所聞一節，無非以過往其他經判處重刑之被告滯留國外不歸之事例，說明抗告人因受重刑宣告導致逃

亡可能性增加之客觀經驗，核非無據，且其並非徒憑此一端，即認抗告人有逃亡之虞。抗告意旨執以指摘原裁定違憲且違法，亦非有理由。（二）、本件抗告人據以於一〇二年八月十二日向原審聲請解除限制出境之理由，無非為其自當天迄同年月十五日止，將於大陸參加上開高峰論壇，繼並赴與當地學者之約，共同研討客家文化，預計於一〇二年八月十八日返台。然原審於同年月十三日裁定駁回其聲請後，抗告人於同年月二十日提起抗告聲明不服時，已在其預計返台日期之後，有各該聲請狀及抗告狀上之法院收狀章戳為憑，是抗告人於斯時提起本件抗告已無實益。從而本件抗告為無理由，應予駁回。（三）、抗告人於一〇二年九月二十五日下午具狀，另以其受邀前往大陸參加青島博覽會，並有實地勘察、洽商之必要為由，請求本院儘速撤銷原裁定，另為裁定云云，核與抗告人於原審以前往大陸江西省參加客家高峰論壇為由，所為於該高峰論壇會期即一〇二年八月十二日至同年月十五日前後「暫時解除限制出境」之聲請，係屬二事，此部分抗告意旨所為解除限制出境之主張，既未經抗告人於原法院提出聲請復未經原法院裁定，自不得對之向本院提起抗告。抗告人併予提起，殊難認為適法，亦應予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十一條前段、第四百十二條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 九 月 二十六 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 張 淳 淙

法官 劉 介 民

法官 王 梅 英

法官 韓 金 秀

法官 蔡 彩 貞

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十 月 一 日
V

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】 102,台抗,1077

【裁判日期】 1021212

【裁判案由】 違反毒品危害防制條例聲請法官迴避

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇二年度台抗字第一〇七七號

抗 告 人 黃士豪

選任辯護人 何宗翰律師

上列抗告人因違反毒品危害防制條例案件，聲請法官迴避，不服台灣高等法院中華民國一〇二年十月九日駁回裁定（一〇二年度聲字第二八五四號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

按刑事訴訟法第十八條第二款對於不公正法官拒絕事由之規定，係從當事人之觀點質疑法官有不能期待公平為客觀性之審判，冀使其不得參與特定之審判程序，或者應從所參與之審判程序退出，乃規範法官之個案退場機制，為法定法官原則之例外容許。法官執行職務是否有偏頗之虞，足以構成迴避之原因，應本諸客觀之情事，就各種情形，作個別具體之觀察，亦即應以個案之訴訟上全部行為有無足生不公平之裁判為判斷標準。憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利（司法院釋字第五一二號解釋理由書），是案件於審判長終結言詞辯論前，亦即案件尚未解明以前，合議庭法官若一致性地或多數意見潛露出被告為有罪之見解，則此一行為因已經以違反無罪推定方式形成被告有罪心證之預斷，顯然不當侵害被告受憲法保障公平審判之權利，固應認為足資懷疑其公平審判之理由，構成迴避之原因。惟設若在言詞辯論之前，僅受命法官

一人於準備程序就有關調查證據或訴訟指揮為不法或不當之處分，或即令受命法官在與辯護人就有關調查證據程序之詢答中，有予人預想為不利判決之感覺者，被告亦不得以之有「不為公平審判」之虞，而聲請該受命法官迴避。蓋現行刑事訴訟法為強化當事人訴訟上地位，於第二百八十八條之三第一項賦予當事人、代理人、辯護人或輔佐人（下稱當事人等）異議聲明權（此異議之對象，立法理由固僅限「不法」之處分，不及於「不當」之處分，惟有關證據調查等相關程序，如所為措置有「預斷」之虞者，因與真實之發見至有關係，故就此之情形，當事人等宜以促請法院注意之方式出之，俾其能依職權自我約制而為適法且適當之處置），並於第二項明定法院（即所屬合議庭）對此異議，應予以裁定，俾當事人等為維護自己之利益，對於法院所為調查程序得加以監督。此之聲明異議，並且不僅限於積極之「作為」，即關於消極的「不作為」之證據調查，亦屬之。是以，當事人等尤其是具有專業之辯護人對於此一專為訴訟主體利益而設，能及時、迅速糾正訴訟程序違背法令之情形，而使程序適法進而達到妥適目的之「異議權」，自應依法、適時地行使，據以落實被告有受律師協助保障其權益之機制，並得以藉此導正部分法官流於情緒或不經意的逸脫程序之行止。又行合議審判之案件，受命法官在準備程序對於當事人等聲請調查之證據，如認有調查之必要者，於經當事人等依刑事訴訟法第一百六十一條之二提出所謂「證據排棒」之意見後，固得依同法第二百七十九條第二項、第二百七十三條第一項第六款規定，裁定排定審判程序中「證據調查之範圍、次序及方法」，惟同法第一百六十三條之二所定當事人等聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之，此之「法院」當係專指合議庭而言。故受命法官於準備程序，或審判長於審判中，對於當事人等聲請調查之證據，逕自認為不必要而予以駁回者，即屬有關調查證據之處分違法，應依聲明異議之方式請求救濟，由所屬合議庭裁定。本件原審受理一〇二年度重上更(三)

字第三七號抗告人黃士豪違反毒品危害防制條例案件，受命法官曾德水於民國一〇二年八月十六日所進行之準備程序，經原裁定法院勘驗錄音光碟之結果，認為法官曾德水確有對辯護人為抗告人所提出聲請調查之證據，表示「原則上不會調查」、「判決書我會交代」、「將來可以讓你做上訴第三審的上訴理由」、「像這樣對你更好，可以上訴第三審啊」等語無訛。則依原裁定所列法官曾德水在準備程序上開舉措，包括在與辯護人問答對話中，雖有語露可能使人預想為不利判決之不當感覺各情，惟本院基於前述理由，認為凡此尚屬在該次程序中有關調查證據或訴訟指揮之處分有所違法或不當之範疇，辯護人如有不服，自應依法、適正地聲明異議，再由所屬合議庭裁決，尚難謂得作為聲請該法官迴避之事由。原裁定以：受命法官得依其所得心證審酌抗告人及其辯護人調查證據之聲請是否有調查之必要，並非一經抗告人及其辯護人聲請，法院即有調查之必要，是縱受命法官已諭知否准辯護人調查證據之聲請，尚難據此推論其即屬執行職務有偏頗之情形，因而駁回抗告人所為法官迴避之聲請。經核原裁定所持合議審判之案件，受命法官對於當事人等聲請調查之證據，得逕自認為不必要予以否准駁回（處分）之見解，雖不免誤會，惟依上所述，原裁定駁回抗告人在原審之聲請，其結果仍無不合。抗告意旨，據以指摘本院有關執行職務有偏頗之虞之判例過於限縮，容有不同之見地，然本件以聲明異議方式即足以濟其程序上之違失，與聲請法官迴避之原因並不該當，已如前述。準此，本件抗告，即為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十二條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十 二 月 十 二 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 蘇 振 堂

法官 呂 丹 玉

法官 張 惠 立

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十二 月 二十 日

G