

最高法院刑事具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文 目錄

裁判要旨

一、108 年度台上字第 1725 號.....	4
二、108 年度台上字第 2746 號.....	8
三、108 年度台上字第 4377 號.....	11
四、109 年度台上字第 394 號.....	12
五、109 年度台上字第 2316 號.....	14
六、109 年度台上字第 2507 號.....	18
七、109 年度台上字第 2785 號.....	19
八、109 年度台上字第 2802 號.....	22
九、109 年度台上字第 2851 號.....	23
十、109 年度台上字第 2857 號.....	25
十一、109 年度台上字第 2874 號.....	25
十二、109 年度台上字第 2925 號.....	28
十三、109 年度台上字第 2927 號.....	30
十四、109 年度台上字第 2938 號.....	32
十五、109 年度台上字第 2967 號.....	34
十五、109 年度台上字第 3273 號.....	34
十六、109 年度台上字第 2998 號.....	36
十七、109 年度台上字第 3093 號.....	38
十八、109 年度台上字第 3223 號.....	39
十九、109 年度台上字第 3401 號.....	40
二十、109 年度台上字第 3412 號.....	43
二一、109 年度台上字第 3604 號.....	44
二二、109 年度台非字第 86 號.....	45
二三、109 年度台抗字第 971 號.....	46

二四、109 年度台抗字第 1039 號.....	47
二五、109 年度台抗字第 1070 號.....	48
二六、109 年度台抗字第 1085 號.....	49
二七、109 年度台抗字第 1096 號.....	52
裁判全文	
108 年度台上字第 1725 號.....	54
108 年度台上字第 2746 號.....	64
108 年度台上字第 4377 號.....	76
109 年度台上字第 394 號.....	78
109 年度台上字第 2316 號.....	92
109 年度台上字第 2507 號.....	103
109 年度台上字第 2785 號.....	109
109 年度台上字第 2802 號.....	115
109 年度台上字第 2851 號.....	119
109 年度台上字第 2857 號.....	125
109 年度台上字第 2874 號.....	133
109 年度台上字第 2925 號.....	140
109 年度台上字第 2927 號.....	149
109 年度台上字第 2938 號.....	155
109 年度台上字第 2967 號.....	158
109 年度台上字第 3273 號.....	158
109 年度台上字第 2998 號.....	163
109 年度台上字第 3093 號.....	168
109 年度台上字第 3223 號.....	172
109 年度台上字第 3401 號.....	178
109 年度台上字第 3412 號.....	182

109 年度台上字第 3604 號.....	185
109 年度台非字第 86 號.....	188
109 年度台抗字第 971 號.....	199
109 年度台抗字第 1039 號.....	201
109 年度台抗字第 1070 號.....	203
109 年度台抗字第 1085 號.....	206
109 年度台抗字第 1096 號.....	209

一、108 年度台上字第 1725 號（裁判書全文）

（一）1. 修正後銀行法第 136 條之 1，將因刑法施行法第 10 條之 3 第 2 項規定，已不再適用之原規定：「犯本法之罪，因犯罪所得財物或財產上利益，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。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。」修正為「犯本法之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第 38 條之 1 第 2 項所列情形取得者，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之。」上開銀行法沒收之規定，係在 104 年 12 月 30 日修正公布（105 年 7 月 1 日施行）刑法修正沒收規定生效後始修正施行，依刑法第 38 條之 1 第 1 項但書規定，犯銀行法之罪者，應適用修正後銀行法第 136 條之 1 有關沒收之規定。至其餘關於沒收之範圍、方法及沒收之執行方式，仍有刑法第 38 條之 1 第 5 項實際合法發還排除沒收或追徵、第 38 條之 2 第 2 項之過苛條款及第 38 條之 1 第 3 項沒收之代替手段規定之適用。

2. 關於違反銀行法案件之犯罪所得，其沒收或追徵範圍，依修正後銀行法第 136 條之 1 規定，除刑法沒收以「實際合法發還」作為排除沒收或追徵之條件外，另有「應發還被害人或得請求損害賠償之人」的部分。依刑法沒收之立法目的，原為從刑，犯罪所得經執行沒收後，即歸屬國庫，未另行提供被害人求償之管道，導致實際上被害人因現實或各種因素，未另行求償

。且沒收之標的又以屬犯罪行為人「所有」為必要，此之「所有」的概念，幾近為有所有權。以致犯罪行為人雖持（占）有犯罪所得，卻無法將之宣告沒收，而仍由其保有犯罪所得之不合理現象。刑法沒收相關規定修正施行後，沒收已非從刑，其目的在於澈底剝奪犯罪行為人之犯罪所得，使其不能坐享犯罪成果，以杜絕犯罪誘因，性質上屬類似不當得利之衡平措施。關於犯罪所得沒收、追徵之規定，採義務沒收主義，係為澈底剝奪行為人之犯罪所得，並讓權利人得就沒收、追徵之財產聲請發還或給付，以回復犯罪前之財產秩序，並以「實際合法發還」作為排除沒收或追徵之條件，基此，前揭銀行法所設「應發還被害人或得請求損害賠償之人」之例外規定，自應從嚴為法律體系之目的性限縮解釋，以免適用之結果，有悖於沒收規定修正之前揭立法目的。從而，事實審法院既已查明犯罪行為人之犯罪所得及已實際合法發還等應扣除之部分，不得僅因仍有應發還被害人或得請求損害賠償之人，或其被害人、賠償數額尚屬欠明，即認無需為犯罪所得沒收、追徵之宣告，俾與刑法第 38 條之 1 所揭示之立法意旨相契合。又為貫徹修正後銀行法第 136 條之 1 之立法目的，除確無應發還被害人或得請求損害賠償之人外，於扣除已實際發還不予沒收之部分後，就其餘額，應依上開條文所定「除應發還被害人或得請求損害賠償之人外」的附加條件方式諭知沒收、追徵，俾該等被害人或得請求損害賠償之人，於案件判決確定後，得向執行檢察官聲請發還或給

付。否則將會發生被告縱有犯罪所得，且其財產已經扣押，不予宣告沒收、追徵，導致被告仍能保有其犯罪所得，已保全扣押之財產最後仍須發還給被告，此種結果，顯與修法之規範目的有違。

3. 扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；扣押物因所有人、持有人或保管人之請求，得命其負保管之責，暫行發還；扣押物未經諭知沒收者，應即發還，刑事訴訟法第142條第1項前段、第2項、第317條前段雖有明文。惟犯罪所得之財物倘有應發還被害人者，其應發還之對象係指全體被害人而言。再者，得發還之犯罪所得，以經實際依法扣押者為限，未經扣押部分，自無從發還被害人。至於金錢為替代物，重在兌換價值，雖不以原物為限，但因已混同，亦無由依上開規定先行發還各該被害人，必須俟判決確定後再行處理。檢察官依法實施保全扣押被告財產之處分，經執行扣押結果，雖扣得部分財產，但不足以返還所有被害人或得請求損害賠償之人的損害。部分被害人雖於審判中聲請發還扣押物，惟因本案另有其他被害人存在，其他被害人遭違法吸金之款項亦在其中，自無從於裁判確定前，先行就扣押物單獨發還予該聲請之被害人。
4. 本法律爭議，如採肯定說見解，於有應發還被害人或得請求損害賠償之人存在，審判程序中，事實審法院即應先行調查確定其等求償之數額，並予扣除後，始得就餘額為沒收、追徵之宣告。其數額欠明確時，即不宣告沒收、追徵，將會發生被告縱有犯罪所得，且

其財產已經扣押，既不予宣告沒收、追徵，又無法依部分被害人之聲請發還扣押物，導致被告仍能保有其犯罪所得，已保全扣押之財產最後仍須發還給被告，此種結果，顯與修法之規範目的有違。若採否定說見解，被告犯銀行法之罪，如有犯罪所得，並有應發還被害人或得請求損害賠償之人的情形，法院無須於審判程序先行確定其等求償之數額，除扣除已實際合法發還者外，僅於主文中諭知：「犯罪所得○○○，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之；於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」之旨即可。俟判決確定後，於執行程序中，由執行檢察官依「檢察機關辦理沒收物及追徵財產之發還或給付執行辦法」（刑事訴訟法第 473 條第 4 項授權行政院訂定）之規定，辦理沒收物及追徵財產之發還或給付，對被害人或得請求損害賠償之人的保障，將更為周全。

- （二）上訴人 5 人均係該集團之成員，是否獲有報酬，而有犯罪所得，原審就此未予調查、釐清，已有未合。其逕以上訴人 5 人參與本案違反銀行法之非法吸金犯行，共犯吸金規模均已逾數億元，而依卷內相關資料觀之，除部分被害投資人經退還部分投資款項外，仍有絕大多數被害投資人之投資款項未獲返還或賠償，顯然本案多數被害人所受損失仍未全部受償。從而，就上訴人 5 人共犯非法吸金之金額，雖屬其等於共犯期間該集團之犯罪所得，其個人縱有獲得分配部分報酬（上訴人 5 人均否認有獲分配報酬），惟既仍應發還被害人或得請求損害賠

償之人，依修正後銀行法第 136 條之 1 之特別規定，而不予諭知沒收或追徵等語。不但調查未盡，並有適用法則不當之違誤。

參考法條：銀行法第 136 條之 1。

刑法施行法第 10 條之 3、第 38 條之 1、第 38 條之 2。

刑事訴訟法第 142 條、第 317 條。

二、108 年度台上字第 2746 號（裁判書全文）

（一）有罪判決書事實之認定，必須前後互相一致，且須與其理由之說明，彼此互相適合，方為合法；倘其事實認定前後不相一致，或與其理由之說明，彼此互有齟齬，即有判決理由矛盾之當然違背法令。又刑法第 213 條公務員登載不實公文書罪，係以公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人，為其構成要件。故論處上開罪名之判決書，對於被告登載不實事項之公文書，是否為其職務上所掌管或具有製作權之事實，必須於其事實內明確加以認定記載明白，並於理由內說明其憑以認定之依據，並使其事實認定彼此間，以及事實認定與理由說明間，彼此互相一致，始足以為論罪科刑之依據。

（二）原判決事實欄一方面認定上述「擬聘建議表」係該校○○學系行政助理曾○○所填載製作，另一方面卻又認定上述「擬聘建議表」係上訴人本於其從事該校○○系專任教師評審職務上所製作，並於理由內為如上相同之說明，難謂無事實與事實，及事實與理由矛盾之違誤。究竟

上述「擬聘建議表」，係時任該校○○系行政助理曾○○基於其本身職務所製作之公文書，或時任該校○○系系主任之上訴人職務上所製作之公文書？曾○○當時製作上述「擬聘建議表」，究係基於其為○○系行政助理職務上之獨立權責而為？抑僅係襄助上訴人執行該系行政事務之工具角色，為上訴人執行該系行政事務手足之延伸？抑或與上訴人就同一行政流程分別為前後之擔當者，並同為有製作權之人？○○○○○藝術學院○○系對於該系系主任與行政助理之職務權責劃分，暨該系專任教師擬聘審議作業行政事務程序之分層負責明細規範詳情為何？以上疑點攸關上述「擬聘建議表」究竟是否為上訴人職務上所掌之公文書，暨上訴人對於該建議表上相關欄位在送交上訴人（即○○系系主任，單位主管）簽核前所應填載之內容是否具有製作權之認定，影響於上訴人本件刑責之論斷，事實未臻明瞭，猶有進一步詳加究明釐清之必要。原審對上述疑點未詳加調查釐清明白，遽行判決，亦嫌調查未盡。

- （三）刑法第 213 條公務員登載不實公文書罪，係指公務員對其有權登載或更改之公文書，故意為不實內容之登載或更改而言。而同法第 211 條之變造公文書罪，則係指對於無權更改之公文書，故意為不實內容之更改而言。二者區別之重點，在於行為人是否有權更改該公文書之內容。若該公文書已經依法製作完成，並經相關單位會簽完畢或已呈由上級決行人員核閱批示，縱為原製作公文書之人，若其已無權更改其內容，而其擅加更改，足以生損害於公眾或他人者，即應構成同法第 211 條之變造

公文書罪，而無成立同法第 213 條公務員登載不實公文書罪之餘地。

- (四) 惟公務員簽辦公文並已送請其他相關單位會簽意見呈核後，負責決行之主管如對於該公務員所簽辦公文之內容有所疑義或認為不妥時，固可加註意見退回原簽辦單位，或請原簽辦單位前來說明；而公文原簽辦單位若於決行主管退回公文或要求說明或更正時，此時該簽辦公務員就該單位原先簽辦之公文內容倘有所補充或變更，若該公文有會簽其他單位之必要，仍應將補充或變更後之公文重新會簽其他單位簽註意見後再呈主管核閱決行，不得將原先簽辦之公文內容補充或變更後，未經其他相關單位重新會簽，即進行其他公文流程或逕交由主管核閱決行，此舉無異架空其他會簽單位之意見，而逸脫其他會辦單位對該公文之會簽職權。蓋會簽單位原先在該公文上所簽註之意見（或未表示意見），係依據簽辦單位原先簽擬公文之內容而決定，若簽辦單位在其他相關單位會簽完畢後，始補充或變更其原先簽辦公文之重要內容，復未再送請其他會簽單位重新會簽，即進行其他流程或逕送主管決行，則其他會簽單位原先在該公文上所簽註意見（或未表示意見），已因簽辦公文內容事後變更或補充而失卻正確之依據，故此項事後變更重要內容之簽辦公文，與未經其他單位會簽無異，自須再重新送其他單位會簽，否則不僅與公文會簽之旨意有違，且影響原先在該公文上會簽人員責任之釐清。因此，原先簽辦單位自不得於經其他單位會簽完畢後，擅自變更原先簽辦公文之重要內容後進行其他公文流程或逕送主管

決行。

- (五) 上訴人於該校院教評會複審完畢，暨前述其他行政單位在該「擬聘建議表」上會簽完成後，始擅自將該建議表上「順位」欄更改為「面試序號」，並在「單位主管簽章」欄旁再行為前揭不實之註記，顯足以影響在該「擬聘建議表」上相關簽註人員責任之釐清；且蔡○○、黃○○等人當初在上述「擬聘建議表」會簽時，若發現其上已有上訴人所為之更改註記，其等絕不會在其上核章，甚至會將該「擬聘建議表」退回○○系。可見本件上訴人在該校院教評會複審完畢，暨前述其他行政單位在該「擬聘建議表」上會簽完成以後，應無權擅自將該建議表上「順位」欄更改為「面試序號」欄，並在「單位主管簽章」欄旁再行為前揭不實之註記。原判決認為上訴人於該「擬聘建議表」上修改註記時，仍有該部分文書之製作（修改）權限，因而撤銷第一審判決，改論上訴人以刑法第 216 條、第 213 條之行使公務員登載不實公文書罪，依上述說明，其法律見解容有商榷餘地。

參考法條：刑法第 211 條、第 213 條、第 216 條。

三、108 年度台上字第 4377 號（裁判書全文）

- (一) 毒品危害防制條例業於民國 109 年 1 月 15 日修正、公布，自同年 7 月 15 日生效、施行，修正前該條例第 4 條第 2 項規定：運輸第二級毒品者，處無期徒刑或 7 年以上有期徒刑，得併科新臺幣（下同）1 千萬元以下罰金；修正後規定：運輸第二級毒品者，處無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，得併科 1 千 5 百萬元以下罰金。並增訂第

17 條第 3 項：「被告因供自己施用而犯第 4 條之運輸毒品罪，且情節輕微者，得減輕其刑。」此項增訂之立法理由敘載：本法對「運輸」毒品之行為均一律依據第 4 條加以處罰，對於行為人係「自行施用」之意圖而運輸毒品之行為，並無不同規範。然此種基於自行施用之目的而運輸毒品之行為，且情節輕微者，雖有問責之必要性，惟如一律依本法第 4 條論以運輸毒品之重罪，實屬法重情輕，且亦無足與真正長期、大量運輸毒品之犯行區別，是針對自行施用而運輸毒品之犯行，增訂本條第 3 項，以達罪刑均衡之目的。可知立法者係認基於自行施用之目的而運輸毒品之行為，且情節輕微者，雖有問責之必要性，但如一律依該條論以運輸毒品之重罪，無足與真正長期、大量運輸毒品之犯行區別。

- (二) 卷查上訴人於原審準備程序，已供稱：因有嚴重憂鬱症，本案查獲大麻係（純）供自己施用等語。審酌上開立法理由之說明，本件是否符合修正後毒品危害防制條例第 17 條第 3 項之規定？又原判決雖於理由欄參、四敘載本案並無刑法第 59 條規定之適用，惟上開條例修正施行後，法院於個案中審酌是否依刑法第 59 條酌減其刑，有無影響？如何妥適適用？均非無再行審酌之餘地。原判決未及比較適用毒品危害防制條例之修正，即屬無可維持。

參考法條：毒品危害防制條例第 4 條、第 17 條。

刑法第 59 條。

四、109 年度台上字第 394 號（裁判書全文）

(一) 證據之取捨及證據證明力如何，均屬事實審法院本於確信得裁量、判斷之職權，此乃我國刑事訴訟法第 155 條第 1 項之規定，係將證據證明力之判斷，委諸法官評價，法官必需綜合當事人所提出之各項證據方法，在嚴格證明法則之下，定其取捨而形成心證。惟其各項證據方法有得共同推論同一事實者，亦有相互排斥呈現不同事實狀況者，法官即應以綜合歸納或推理演繹之方法，判斷其證明力之高低，尤應先觀察其證據類型，是否具有客觀性（作成時未受意志決定）、穩定性（不隨外在環境變易）、明白性（無待推論直接證明）等優勢，擇為最接近事實之證據，始得謂合於證據法則。苟其此項裁量、判斷，確不悖乎通常一般之人日常生活經驗之定則或論理法則，又於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其為違法，據為提起第三審上訴之合法理由。再者，對於被告有利之證據不採納者，應在判決內說明其理由，刑事訴訟法第 310 條第 1 項固有明文，惟法院並非任憑被告主張，均需逐一指駁，並說明其不採納的理由，始得謂已盡此一說理義務，鑑於歧異事實無從併立，倘法官對於資為認定被告犯罪事實之證據，已經說明其採擇之理由，並已達於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，縱未於判決理由內說明捨棄其他不相容證據之理由，仍屬法院取捨證據法理上之當然結果，因該不相容之證據，顯然於判決本旨不生影響，仍與判決不備理由之違法情形尚有未合。

(二) 證交法第 171 條第 1 項第 1 款之申報及公告不實罪，以

違反該法第 20 條第 2 項之規定為其成立要件。而「發行人依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務文件，其內容不得有虛偽或隱匿之情事。」已為該法第 20 條第 2 項所明定。依同法第 5 條規定：「本法所稱發行人，謂募集及發行有價證券之公司，或募集有價證券之發起人。」是以「募集及發行有價證券之公司」，自為上開申報及公告不實罪之犯罪主體；再依 99 年 6 月 2 日修正前（即行為時）證交法第 36 條第 1 項規定，已依該法發行有價證券之公司，應向主管機關申報並公告，經會計師查核簽證、董事會通過及監察人承認之年度財務報告，且依同法第 14 條第 2 項授權頒訂之「公開發行銀行財務報告編製準則」第 4 條第 3 項規定（98 年 12 月 29 日修正），主要報表應由銀行負責人、經理人及主辦會計人員逐頁簽名或蓋章，則上開申報及公告不實罪，所指公司（法人）之行為負責人，於公開發行股票之銀行，自係指銀行中有執行編製、申報與公告財務報告義務之公司法第 8 條所定之負責人；且因同法第 20 條第 2 項係規定：不得有「虛偽或隱匿」之情事，亦應以法人之行為負責人主觀上具有「故意」為其要件。

參考法條：刑事訴訟法第 155 條。

證券交易法第 14 條、第 20 條、第 36 條。

公司法第 8 條。

五、109 年度台上字第 2316 號（裁判書全文）

- （一）稱公文書者，謂公務員職務上製作之文書，刑法第 10 條第 3 項定有明文。故公務員於執行公務時，在職務上所

製作之文書均屬之，不因其文書之用途係對外或對內而有不同。而刑法第 213 條之公務員登載不實文書罪，係以公務員明知不實，故於其職務上所掌之公文書予以虛偽登載，足以生損害於公眾或他人，為其構成要件，並以製作該公文書之公務員為犯罪主體。該罪之處罰，係以保護公文書之正確性為目的，祇要其登載之內容失真係出於明知，其犯罪即屬成立。而該條所謂公務員於職務上所掌之公文書，係指公務員就其職務上應登載製作之文書，亦即公務員在其職權範圍內應將職務上有關事項，如實記錄製作之文書而言。故凡於公務員職務上有直接關係，或與該職務之執行有密切關聯性而應予登載相關事項之文書，均屬刑法第 213 條所規範之公務員職務上所掌之公文書。

- (二) 卷附「臺北市警察局長警察局捷運警察隊員警出入及領用槍枝彈藥、無線電機、行動電腦登記簿」（下稱系爭登記簿），依其需登載之各項內容所示，似應由該隊員警按實際出入日期、時間，及外出領用（還）槍彈、無線電機、行動電腦之型式槍號、彈數、機號，與相關領用事由、前往地點等各項如實登載，且依該系爭登記簿所示記載內容觀之，員警亦確有就退勤、巡邏備勤、返組、值班等實際執行勤務之事項予以登載，並由該員警簽署職別、姓名。果若無訛，系爭登記簿既由名義人，以文字加以記述，而記載在該登記簿上，該記載內容又係表示一定之事實，其意義符合文書之有體性、意思性、符號性、名義性之要件，自為文書之一種。而原判決亦認被告等均係值勤之捷運警察，為刑法第 10 條第 2 項所規

定之公務員。則系爭登記簿縱作為警察機關內部管理考核措施之用，然各執行警察勤務之員警，於其上登載到勤、退勤、備勤時間及領用公務上執行勤務所必須之槍彈、無線電機、行動電腦等公物事項後簽名，依上揭說明，是否與其執行警察職務無關，僅為警察主管機關對於員警之出入及領取相關物品控管之用，非屬員警職務上所掌之文書，容有再予研求之餘地。

- (三) 刑事訴訟法第 231 條第 2 項規定：「司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。」並無管轄區域之限制。又警察任務為依法維持公共秩序，保護社會治安，防止一切危害，促進人民福利；其職權包括依法協助偵查犯罪，警察法第 2 條、第 9 條第 3 款分別定有明文。內政部警政署亦頒訂「各級警察機關通報越區辦案應行注意要點」，其第 1 點即揭示：「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。」又於「各級警察機關處理刑案逐級報告紀律規定」第 2 點第 1 款明定：「各級警察機關或員警個人發現犯罪或受理報案，不論其為特殊刑案、重大刑案或普通刑案，均應立即處置迅速報告分局勤務指揮中心，按照規定層級列管，不得隱匿、延誤或作虛偽陳報擅自結案。」且依警察職權行使法第 2 條第 1 項規定，本法所稱警察，係指警察機關與警察人員之總稱。而警察勤務條例第 3 條亦明定：警察勤務之實施，應晝夜執行，普及轄區，並以行政警察為中心，其他各種警察配合之。足見警察機關雖

有轄區或行政警察及其他各種專業警察之劃分，然此僅為便利警察勤務之派定、規劃、指揮、督導及考核所為之行政措施而已，非指警察僅能於自己所屬管轄區域內協助偵查犯罪。此與地方政府警察局轄下之各地區分局、刑警大隊，或交通隊、婦幼隊等所負責之轄區地域或勤務之劃分，實質上並無不同，其上開規定之區域、勤務範圍，仍僅屬其警勤職務及地區之行政上分配，自不因其擔任何種警察而異其適用範圍。是祇要擔任警察，不論其係何種警察，均具有刑事訴訟法上司法警察之身分，並為刑法第 10 條第 2 項第 1 款所規定之公務員。另按，貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款規定之對於主管或監督之事務，直接或間接圖利罪，所稱之主管事務，係指對於自己所主掌管理與執行權責範圍內之事務而言，此種主管事務，究係主辦或兼辦，係出於法令之直接授予或主管長官之事務分配，均非所問；至所謂監督事務，係指有權監督之權責範圍內事務，即該事務雖非由其主掌管理與執行，然行為人對於該有直接主掌管理與執行等之權責事項，依法令有予以監察督促之權限而言。

- (四) 原判決本此斯旨，已於理由說明郭○○於 101 年間任職於臺北市政府警察局○○分局偵查隊，自 102 年 4 月 3 日起，則擔任臺北市政府警察局捷運警察隊刑事組偵查佐，負有轄區巡邏、執行臨檢、查報取締色情行業、賭博網站及調查轄區內犯罪等之職務，並具有警察法、警察勤務條例及刑事訴訟法所規定刑事偵查、犯罪預防等法定職務權限，是無論犯罪是否發生在其負責之特定警

勤區內，其依法仍負有舉報、查緝之職責，堪認查緝色情行業、賭博網站為其主管之事務無訛之旨。核其所為論述，並無上訴意旨(五)所指摘之理由不備。且卷查，依卷附臺北市政府警察局捷運警察隊刑事組 10 人勤務分配表及前揭系爭登記簿所示，郭○○所擔任者亦係臺北市政府警察局轄下之警察隊刑事組，負責刑事偵查之警察。臺北市政府警察局捷運警察隊與地區警察分局權責劃分暨聯繫要點第 2 點固規定：捷運警察隊權責區域範圍為(一)捷運沿線：高架部分：以高架建築結構最外緣為界。平面部分：以捷運系統結構物最外緣為界。地下部分：以地面下建築結構物（含隧道）最外緣為界。(二)捷運廠站：以捷運車站結構物及機廠圍籬最外緣為界。然此與同為臺北市政府警察局轄下之各地區分局所負責之地域轄區劃分並無不同，其上開規定之區域範圍，仍僅屬其警勤區域之行政上分配，自不因其係擔任捷運警察，即得就貪污治罪條例所規定之範圍予以限縮，而謂其無適用之餘地。

參考法條：刑法第 10 條、第 213 條。

刑事訴訟法第 231 條。

警察法第 2 條、第 9 條。

警察職權行使法第 2 條。

警察勤務條例第 3 條。

貪污治罪條例第 6 條。

六、109 年度台上字第 2507 號（裁判書全文）

(一) 「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索

票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」刑事訴訟法第 131 條之 1 定有明文，學理上歸類為無票搜索之一種，雖係令狀主義之例外，然主張有非法搜索之一方，應適時抗辯並提出釋明或證明之方法，俾供法院循線調查，非許空言，甚或在法律審時，才為此爭議。

- (二) 原判決業於理由欄甲、(五)說明：員警對上訴人所乘坐之系爭自小客車發動搜索，係因警方執行巡邏勤務時，發現上訴人疑似與黃○○正在交易毒品，乃經（上訴人）同意後進行搜索，業經（○○○）蕭○○供證綦詳等語；參諸上訴人在「自願受搜索同意書」及搜索扣押筆錄上皆親自簽名，表明同意系爭搜索之旨，且上訴人於警詢、偵查及法院羈押訊問（辯護人陪同在場）時，從未爭執搜索合法性各等情，可見該搜索於法並無不合。其實，上訴人及其辯護人於原審最後一次審判期日，審判長詢以「尚有何證據請求調查」時，答稱：「除了請求再行詰問證人『黃○文』（詳下述），其餘無」；而審判長詢以「有何最後陳述」時，上訴人答稱：「沒有話說，我愧對國家、家人、父母親」。此部分上訴意旨，殊無可取。

參考法條：刑事訴訟法第 131 條。

七、109 年度台上字第 2785 號（裁判書全文）

- (一) 刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪，係侵害財產法益之犯罪，以施用詐術之一方取得財物，致被詐欺之一方因而生財產之損害為必要。所謂財產之損害，其中所指財

產係具有經濟上價值之財物或利益而言。倘行為人施用詐術，使被害人陷於錯誤而交付一定之財物，縱被害人對該物在法律上得主張權利，但財物之交付行為，已使被害人對於該財物喪失其使用、收益或處分之權能，應認其已蒙受經濟上之不利益即財產上之損害，自應論以詐欺取財罪。

(二) 上訴人基於詐欺取財之犯意，以不實之巨○公司營業人銷售額與稅額申報書，作為巨○公司有營業收入而具還款能力之徵信資料，致臺○○○○○銀行承辦人員陷於錯誤，誤信巨○公司有還款能力，而核准貸款 4,700 萬元及 1,000 萬元等情，則臺○○○○○銀行因上訴人施用詐術致陷於錯誤，而核撥上開貸款予巨○公司，縱認臺○○○○○銀行依其與巨○公司之約定，得對巨○公司所提供之抵押物行使抵押權，惟該銀行於核撥貸款後，已對該等款項喪失其使用、收益或處分之權能，依前開說明，仍生財產之損害。從而，原判決論上訴人以詐欺取財罪，於法尚屬無違。

(三) 刑法上之競合論，乃在探討行為人之行為構成數個犯罪構成要件時，為充分評價行為人所有犯行，並避免牴觸「雙重評價禁止原則」，究應如何宣告其罪名及決定法律效果，俾符合罪責原則。在競合論之判斷體系上，首先須判斷行為人之行為究屬行為單數，抑屬行為複數。倘經判斷為行為單數者，繼又判斷並無不真正競合之情形（即法條競合），即屬真正競合而成立想像競合，產生從一重處斷之法律效果；如經判斷而屬行為複數者，同須進一步判斷是否有不真正競合之情形（即與罰之前

、後行為），若否，即屬實質競合之數罪併罰。藉由上述競合論判斷體系之運用，得以對於行為單、複數及罪數等判斷更趨細緻精確，避免概念之混淆。至於刑法學說上之行為單數可區分三類，其一為單純之行為單數（或稱自然意義之一行為），即行為人出於一個行為決意，而實現一個意思活動（例如：以一顆手榴彈丟擲至人群而炸死多人）；次一為構成要件之行為單數（或稱法之行為單數），即數個自然概念上之意思活動，因犯罪構成要件之規定，立法者將其預設為一行為，例如複行為犯、實質結合犯、繼續犯、集合犯之犯罪構成要件行為；再一則為自然之行為單數，亦即出於單一犯罪意思而實施數個同種類行為，其在時、空上具有緊密關係，且自第三人之客觀立場而言，屬一個單一行為，例如反覆性或相續性之構成要件實現行為，接續犯即屬之。倘經判斷為行為單數，始有成立刑法第 55 條前段想像競合犯之可能，否則，除有與罰之前、後行為等情形外，即應成立實質競合之數罪併罰。

- （四）本件原判決事實欄三認定上訴人為使「禧○集團」各公司之銷售額達一定目標，明知「禧○集團」各公司間並無大量交易買賣「○○」產品之事實，竟與張○○、蔡○○、黃○○、賴○○共同指示不知情之德○○生技國際股份有限公司（下稱德○○公司）會計崔○○，填製如其附表四之一至四之八所示不實統一發票（發票日期為 102 年 9 月至 103 年 12 月）之會計憑證等情；其事實欄四則認定上訴人於 102 年 11 月 22 日基於詐欺取財之犯意，以不實之巨○公司營業人銷售額與稅額申報書，

作為巨○公司有營業收入而具還款能力之徵信資料，致臺○○○○○銀行承辦人員陷於錯誤，而核准貸款 4,700 萬元及 1,000 萬元等情。是上訴人所為共同填製不實會計憑證犯行，與其所為上開詐欺取財犯行，顯非實現一個意思活動之單純之行為單數，亦非屬集合犯、繼續犯等之構成要件之行為單數。而上訴人為使銷售額達一定目標而虛增交易，因而指示德○○公司會計填製不實會計憑證之行為，與其檢具不實之巨○公司營業人銷售額與稅額申報書，對臺○○○○○銀行○○分行為詐欺取財之行為，並無全部或部分重疊之情形，在空間上已不具緊密關係，且侵害之法益互異，客觀上難認屬前述自然之行為單數。從而，上訴人前開所為填製不實會計憑證及詐欺取財犯行，即不能認係一行為，自無成立想像競合犯之餘地，且其等犯行並無與罰之前、後行為之不真正競合情形，依上述說明，應為數罪併罰。又上訴人犯意之認定，係原審採證認事之職權，原判決事實欄三既已認定上訴人係為使「禧○集團」各公司之銷售額達一定目標，而為前開填製不實會計憑證之犯行，並於理由內敘明上訴人所為其事實欄三、四所載共同填製不實會計憑證及詐欺取財等犯行，係出於各別之犯意為之，而其此項職權之行使，復無違證據法則之情形，原判決因而論斷上訴人所為前開 2 犯行應予以分論併罰，於法尚屬無違。

參考法條：刑法第 50 條、第 55 條、第 339 條。

八、109 年度台上字第 2802 號（裁判書全文）

(一) 刑事法之製造行為，乃指運用各種原、物料或方法予以加工，製成其特定目的之產品，所採取之一切措施。且該製造行為常係一連串之繼續舉動或歷程，若產品初經完成，復施以純化，或液化、結晶等求其精進之加工，仍屬製造之一環。至其既、未遂之區別，應以已否違反法規範所禁制之目的為斷，凡製成客體，已具法規範所不允許之功能、效用者，即屬既遂。是縱在液態毒品之進一步純化、加工階段，始行參與，若主觀上既知其事，且有就介入前其他先行行為者既成之條件加以利用，續予精進製造，而同予實行犯罪之意思，仍應認係該製造犯行之共同正犯。且若其產品製程結果已達法規範禁制之程度，應認該共同犯罪已經既遂。

(二) 原判決就相關事證依法踐行調查證據程序後，依其取捨判斷證據證明力之職權，認縱取得液態甲基安非他命由上訴人指導○○○純化，上訴人與○○○仍有利用其他先行行為既成條件，續予製造精進而共同製造之犯意聯絡及行為分擔，且依鑑定結果，扣案物品含第二級毒品成分及其純度，已達毒品危害防制條例之規範禁制程度，業屬既遂，而論處其犯共同製造第二級毒品既遂罪責，記明理由及所憑，並無不合。

參考法條：毒品危害防制條例第 4 條。

九、109 年度台上字第 2851 號（裁判書全文）

(一) 毒品條例第 4 條第 3 項所稱之「運輸」為一般用語，並非法律專有名詞，一般人理解之運輸，應指利用交通工具，將人或物由一地運送到另一地點。上訴人冒名「鄭

○○」，自臺南委託郵局以國際快捷郵件方式，寄送毒品至澳洲之○○，惟未及出境即在桃園經海關航郵中心查獲之事實，並無疑義。亦即上訴人於利用國內郵局寄送（運輸）毒品出境時，除須以航空機跨境運送外，尚須歷經我國及澳洲境內之國內運送，知之甚明；本件經海關攔截查獲前，已有國內運輸之事實（行為），極為明確。

- （二）我國刑法所定各類犯罪，除既遂外，併明文處罰未遂者，就既、未遂之區別標準，並未明定，即須由法院在具體個案上，斟酌一切情事，作符合法律文義及法律規範意旨之價值判斷，以發揮法律功能；且不宜逕以學術上結果犯、行為犯之分類，定位各類型犯罪，進而判斷有無成立未遂犯可能；更不能將本質上不同、獨立之各類型犯罪，僅因立法者基於立法經濟之考量將之併入同一法律條文規範者，率認應以相同之標準判斷其犯罪之既、未遂。以本件「運輸」為例，法律並無須達預定之目的地始論以既遂之規定；且運輸毒品之處罰，著重毒品來源之截堵，以戒絕毒品之流動、蔓延，故不論其為國內運送、跨境運輸，抑兼而有之，一有及之，即屬運輸。若如上訴意旨主張，應以目的（地）是否已達，定其既、未遂，將發生販賣之毒品已交付，但價金尚未取得，仍屬未遂；於本案情形，倘毒品已運抵澳洲，但於轉送○○時被查獲，亦屬未遂之顯不合理之結果，更非法規範意旨所在。

參考法條：毒品危害防制條例第4條。

刑法第25條。

十、109 年度台上字第 2857 號（裁判書全文）

按各種動物均有其生命，與人類同存於地球環境，對外界所施以其身之事亦有所感受，其生死除因順應自然法則外，人類自當以地球共同體之觀念尊重動物生命，尤其狗素有人類最忠實朋友之稱，不應對之為任何騷擾、虐待或傷害甚至宰殺之行為，是我國特別制定動物保護法，於該法第 1 條開宗明義闡明「尊重動物生命及保護動物」之立法意旨，並於同法第 12 條第 1 項前段明定「對動物不得任意宰殺」，且於同法第 25 條各款規範違反動物保護法行為之處罰以究其責。依該法第 25 條第 2 款規定為「有下列情事之一者，處二年以下有期徒刑或拘役，併科新臺幣 20 萬元以上 200 萬元以下罰金：二、違反第 12 條第 2 項或第 3 項第 1 款規定，宰殺犬、貓或經中央主管機關公告禁止宰殺之動物」，而同法第 12 條第 3 項第 1 款則規定：「任何人不得因第一項第一款所定事由，有下列行為之一：一、宰殺犬、貓或販賣、購買、食用或持有其屠體、內臟或含有其成分之食品」，因此任何人不得宰殺犬、貓。

參考法條：動物保護法第 12 條、第 25 條。

十一、109 年度台上字第 2874 號（裁判書全文）

（一）「刑罰之制定」，乃立法者針對特定犯罪所為基本之抽象非難評價，呈現為刑法分則所明文特定罪名之「法定本刑」。而「刑罰之加減」，係立法者透過在刑法總則規定類型化之絕對或相對之刑罰加重與減輕事由，而就

特定罪名對司法者為量刑框限之變動指示，展現於學理名為「處斷刑」之刑罰調整，以上皆屬立法者之刑罰制定。至「刑罰之適用」，則屬司法者之刑罰裁量，體現於法院就特定行為人所犯特定罪名，於法律規定範圍內所為之個案量刑。具體而言，相對於刑法第 185 條之 3 第 2 項所規定之基本類型罪名暨較輕之法定本刑，同條第 3 項前段增加「曾犯本條之罪經有罪判決確定或經緩起訴處分確定，於 5 年內再犯第 1 項之罪」之要件，並制定較重之法定本刑，以成立另一獨立之罪名，其乃犯罪類型變更之刑法分則加重性質，係屬立法者「刑罰之制定」，而非司法者「刑罰之裁量」。而刑法第 47 條第 1 項「受徒刑之執行完畢……，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一」之規定，則係總則性質之「刑罰之加重」。至同法第 57 條「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：……（列舉 10 款）」，則係立法者對司法者量刑裁量內涵之控制與指示，而屬「刑罰之適用」範疇。再者，刑法第 1 條揭櫫罪刑法定主義，其中「行為之處罰」一語，並明示其行為刑法之屬性，但刑罰現實上係加諸於行為人，行為人因其犯罪（即該當不法構成要件之有責行為）而受罰，刑法非難之對象，並非僅係單純之行為，實係行為人之行為，行為人短期內數度犯罪或再犯相同之罪，該等透過行為所表現出行為人敵視法規範之性格情狀（即特別惡性），由於對法益危害性之加深而提高行為之不法內涵，經立法者將相關之行為人性格情狀及對法益侵害危險性

定為犯罪構成要件，而獨立成為基本犯罪之加重處罰類型時，揭示立法者嚴懲行為人行為之非難評價（即行為人責任），係著眼於犯罪之一般預防及特殊預防，藉以嚇阻犯罪而保護法益，並矯正行為人之惡性（即反社會性）以促其再社會化。刑法第 185 條之 3 第 3 項以「曾犯本條之罪，經有罪判決確定或經緩起訴處分確定，於 5 年內再犯第 1 項之罪」為不法構成要件，其所配置之較高法定本刑，依其立法加重處罰之旨意，難謂未將行為人犯罪前科所反映之其主觀惡性或反社會危險性格考量在內，其加重法定本刑之刑罰作用，應認有針對行為人為特殊預防之涵意與目的。而以行為人犯行合於刑法第 47 條第 1 項之累犯規定而加重其刑，或以行為人有不良素行或犯罪前科，依同法第 57 條第 5 款規定，作為從重量刑之因素，不外均係偏重於針對行為性格情狀（即主觀惡性與反社會危險性）加以特殊預防之目的考量，此部分之作用具有相當程度之同質性，而非截然可分。又立法者就特定犯罪所制定之「法定本刑」，或附加特定事由以調整而加重或減輕「法定本刑」所形成之「處斷刑」，其刑罰均具有相當之裁量空間，於委託司法者確定個案具體刑罰之同時，授權其得在應報原理認可之範圍內，兼衡威懾或教育等預防目的，就與量刑有重要關聯之事項為妥適之評價，亦即於責任應報限度之下，考量預防之目的需求，以填補法定刑罰幅度所框架之空間，進而酌定其宣告刑，以期符罪刑相當之理想。依上述說明，可知重罪之法定本刑，與重罪之加重其刑，或重罪之從重、從輕或從常例量刑，三者之概念有別，且

其間並無必然之關聯性。

- (二) 行為人之故意犯行，是否應依刑法第 47 條第 1 項前段之規定論以累犯，乃「法律要件判斷」之問題，至是否依同條項後段之規定加重其刑，依司法院釋字第 775 號解釋意旨，於事實審而言，則係「法律效果裁量」之問題。個案犯行於具有相對加重其刑事由之前提下，關於是否加重其刑，係法律授權事實審法院得自由裁量之事項，於法律之外部性與內部性界限範圍內，賦予其相當之決定空間，苟符合刑罰規範體系及目的，於裁量權之行使無所逾越或濫用，而無違公平、比例及罪刑相當原則者，即不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。

參考法條：司法院釋字第 775 號。

刑法第 1 條、第 47 條、第 57 條、第 185 條之 3。

十二、109 年度台上字第 2925 號（裁判書全文）

刑事法上犯罪之成立，以具備構成要件該當性、違法性及有責性（罪責）為要件，三者缺一不可。行為人藉該當構成要件之違法行為，表現其個人主觀上違反法律規範價值之可非難性或可責性，而應負擔刑事責任，並接受刑罰之制裁。故刑罰以罪責為基礎，無罪責即無刑罰。而罪責係以行為人之判斷能力為基礎，即其在意思自由之狀態下，具有正確判斷並辨別合法與不法之能力，竟違法行事，其行為即具可責性。又除了反社會人格違常以外，凡影響人類思考、情緒、知覺、認知及行為等精神狀態表現，致適應生活功能發生障礙者，皆為精神

衛生法所定義之「精神疾病」（見精神衛生法第3條第1款規定）。然而，並非所有的精神疾病都可能影響人的知覺或現實感的判斷作用（例如精神官能症、酒癮、藥癮及衝動控制疾患等是），故刑法第19條關於精神障礙或其他心智缺陷者責任能力之規定，係以精神障礙或其他心智缺陷者，因知覺異常與現實感缺失，致辨識其行為違法之能力（辨識能力，知的要素），或依其辨識而行為之能力（控制能力，意的要素，即依其辨識進而決定自己行為的能力），於行為時是否屬不能、欠缺或顯著減低為斷。行為人所為之違法行為必須與其罹患之精神障礙或其他心智缺陷疾病所生知覺異常與現實感缺失之間，具有關聯性，始有阻卻責任可言。倘行為人非但具有正確理解法律規範，認知、辨識行為違法之辨識能力，而且具備依其認知而決定（選擇）是否為或不為之控制能力，縱經醫師診斷為精神疾病患者，仍應負完全之責任，並無同條不罰或減輕其刑規定之適用。上揭關聯性之認定，涉及行為人有無責任能力之調查，法院固應依其調查證據之結果予以判斷。然此一判斷過程，亦不免同時有依照行為人行為前（準備）、行為時、行為後（立即反應）等相關行為，涵攝精神疾病相關醫學症狀定義之必要，精神醫學之鑑定人做為「發現事實之當然輔助者」，鑑定意見對於不具有精神醫學專業之法官而言，自具有釐清事實之重要功能。當數個適格之鑑定人或機關之鑑定意見彼此互相歧異時，關於其間因醫學意見歧異而形成之爭點，事實審法院允宜傳喚正、反（或折衷）意見之鑑定人，各自說明其意見所憑之精神醫

學診斷準則，及判斷本件符合或不符合診斷準則之過程，兼及於其對不同意見之看法，藉由審、檢、辯三方交互詰問程序，以逐步釐清事實，形成確信。若數個鑑定人或機關仍各持己見，法院亦無法形成心證，無妨尋求第三鑑定意見以協助法院正確認定事實（刑事訴訟法第207條參照）。法院採取或不採取任一意見，應說明其判斷是否符合精神醫學專業領域所普遍接受之診斷準則，及其試驗、操作或推論過程，是否均無瑕疵，且具有醫學合理性之理由。正、反或折衷意見，均無法說服法院形成有無責任能力之確信時，始依罪疑唯輕原則，而為有利於行為人之認定。

參考法條：刑法第19條。

精神衛生法第3條。

刑事訴訟法第207條。

十三、109年度台上字第2927號（裁判書全文）

- （一）現代刑罰之目的，基於特別預防、積極預防等理念，不再局限、滯留於單純應報之思維中，而更寓含有矯治、改善行為人人格危險性之積極預防目的，其核心任務毋寧在於對行為人施以再社會化，使其達於規範內化之目標，以利更生。有鑑於此，法律就刑罰之量定，為實現個案裁判之妥當性，以達成刑罰之積極目的，賦予法院裁量權。故量刑之輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟法院於量刑時，已以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，又未濫用其職權，即不得遽指為違法。

(二) 原判決就檢察官第二審上訴意旨求處被告死刑一節，已說明依我國兩公約施行法規定具有國內法效力之公政公約，其第 6 條第 2 項明定未廢止死刑之國家，非犯罪情節最重大之罪，不得科處死刑。本件被告所犯殺人罪，法定刑為死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑，經依刑法第 57 條規定，以被告之責任為基礎，逐項審酌本案中屬於該規定所列舉各項科刑輕重標準之一切具體情狀，予以綜合考量，本件被告與被害人○○○為關係親密之同居男女朋友，二人因被害人工作上須接觸其他異性而時起勃谿，案發當日又故事重演，復因被害人未順從被告要求，雙方肢體衝突，被告為滿足自己偏差之兩性觀念及壓制被害人之動機與目的，竟率爾勒殺被害人；自被害人舌骨骨折之情以觀，足徵被告犯罪手段力道非輕；且因而剝奪被害人生命，造成無法彌補之損害，更致其家屬傷痛逾恆，社會治安亦蒙受不利影響；甫事發之際，被告為掩飾犯行，雖將被害人分屍並清洗現場，然經警查獲拘提到案後，已坦承犯行，陳明犯案重要經過，態度尚可；被告幼年雖遭父家暴，在校偶受同儕欺凌，然迄案發時均已事隔多年，整體言之，其成長過程並未經歷非常人所能忍受之困頓，致有人格異常之情形；教育程度為大學畢業，案發前工作、收入均正常，亦無任何其他前案紀錄等情，因認被告本件僅因細故，即徒手勒殺被害人身亡，固不宜輕縱，然被告素行尚佳，原非十惡不赦之人，本件犯罪之實行復未藉諸任何兇器械具，尚與情節最重大之殺人罪行有間，且被告除爭執其殺害被害人，主觀上非出於直接故意外，就殺人之客觀

行為，均已坦白承認，難認毫無悔悟之心，係不知自省之人，其惡性尚未達於應與世永久隔離之程度，就法定刑中，選科較最長有期徒刑更長之無期徒刑，施以長期之機構性處遇，應足以矯治其偏差價值觀與衝動性思考及行為模式，使其改過遷善。至於被告犯後為掩飾犯行而肢解、遺棄被害人屍體，固悖離國人之法感情，然已另依刑法第 247 條第 1 項之侵害屍體罪論罪科刑，自不得再於殺人罪項下重複評價。從而第一審判決量處被告無期徒刑，並未逾越法定範圍，亦無偏執於一端，致明顯失之出入而有濫用職權之嫌，難認有何不當，乃予以維持，俱於理由內闡述甚詳。顯無檢察官上訴意旨所指摘交待敘述過於簡略，而有判決理由欠備之違背法令。

參考法條：刑法第 57 條、247 條。

兩公約施行法第 6 條。

十四、109 年度台上字第 2938 號（裁判書全文）

- （一）宣告刑是否得易科罰金，須以所犯屬最重本刑為「5 年以下」有期徒刑以下之刑之罪，而受 6 月以下有期徒刑或拘役之宣告者為限，觀諸刑法第 41 條第 1 項規定甚明。而最重本刑，係指法定之最重本刑，即以法定刑之上度作為認定基準；惟如遇有加重或減輕情形時，則視其為刑法「分則」之加重、減輕或「總則」之加重、減輕，而異其處理方式。倘為前者，法定本刑因法律明示應予加重、減輕，而有延長、縮短法定本刑之性質，法院無裁量之權，如加重後最重本刑已逾 5 年，則不得為易科罰金之宣告；如減輕後最重本刑為 5 年以下者，則

可。倘為後者，法律授權由法官自由裁量，不影響原法定本刑，最重本刑係為有期徒刑 5 年以下者，縱經加重，仍不影響上揭易科罰金規定之適用；反之，原最重本刑係逾有期徒刑 5 年者，雖經減輕，仍無易科罰金規定適用之餘地。

又依中華民國九十六年罪犯減刑條例第 9 條規定，犯最重本刑為「5 年以下」有期徒刑以下之刑之罪，依本條例規定減為 6 月以下有期徒刑、拘役者，應於為減刑裁判時，併諭知易科罰金折算之標準，屬宣告刑之減輕，尚與法定刑之減輕不同，不宜混淆。

（二）第一審判決就被告所犯公益侵占犯行共 4 罪，均認有情堪憫恕之情形，依刑法第 59 條酌減其刑（屬刑法總則之減輕），均量處有期徒刑 8 月；又其中 2 罪（即 94 學年度、95 學年度）之公益侵占罪部分，認符合中華民國九十六年罪犯減刑條例，減輕其刑二分之一，均宣處減為有期徒刑 4 月（屬宣告刑之減輕）。

惟被告所犯刑法第 336 條第 1 項之公益侵占罪，其法定刑為 1 年以上「7 年以下」有期徒刑，並非最重本刑為 5 年以下有期徒刑以下之刑之罪，而上揭刑法第 59 條規定，乃總則減輕，法定本刑不變，第一審判決就被告上開所犯（94 學年度、95 學年度）2 罪，依前揭減刑條例，宣告減為有期徒刑 4 月，竟誤為易科罰金之諭知，原判決未予糾正，逕為維持，顯有適用法則不當之違誤。

參考法條：刑法第 41 條、第 59 條、第 336 條。

中華民國九十六年罪犯減刑條例第 9 條。

十五、109 年度台上字第 2967 號（裁判書全文）

109 年度台上字第 3273 號（裁判書全文）

- (一) 1. 犯罪係不法（即構成要件該當、欠缺阻卻違法事由）且有罪責之行為。行為人實行犯罪，合於數個犯罪構成要件，為充分但不過度、重複評價其犯罪之不法及罪責內涵，使刑罰符合比例原則之要求，應考量所侵害之法益是否同一、是否出於一個意思決定、法規之形式構造、規範功能及行為之關連性等情形，依法理評價為一罪（法條競合、「吸收犯」等），或依法律評價為數罪（想像競合、實質競合），不能恣意僅擇一重罪處罰，就輕罪翹置不論。
2. 所謂法條競合，係指一個犯罪行為形式上合於數個犯罪構成要件，同時有數法條可以適用，依一般法理，擇一最適合之法條適用，排斥其他法條之適用。學理上可分為特別關係、吸收關係、補充關係等類型。其中補充關係，係指一個行為合於數法條罪名之構成要件，侵害同一法益，而侵害法益之程度強弱有別或參與、行為型態不同，由數法條罪名之形式構造觀察，具有一規定（即補充規定）之存在僅在補充另一規定（即基本規定）之不足之關係，亦即僅在後者不適用時，才能適用前者。如教唆或幫助他人犯罪後，進而實行犯罪行為者，僅論以該罪之正犯。而「吸收犯」概念，係指在犯罪性質上，或依日常生活經驗習慣（某種犯罪之性質或結果，當然含有他罪之成分），認為一個犯罪行為，為另一犯罪行為所吸收，較為適當，而僅包括的論以一罪。如低度行為，為高度行為所吸收。輕度行為，為重度行為所吸

收。法條競合與「吸收犯」，均僅成立一罪，即足以充分評價其犯罪之不法與罪責內涵。與想像競合犯、實質競合（數罪併罰），係成立數罪有別。

（二）組織犯罪防制條例增訂第 4 條第 1 項之招募他人加入犯罪組織罪（於 106 年 4 月 21 日生效施行），考其立法理由，係為防範犯罪組織坐大。行為人一有招募他人加入犯罪組織之行為，即已成罪，與該人有無實行加入、參與犯罪組織無涉，不具從屬性。且招募他人加入犯罪組織，亦不以自己已加入犯罪組織為必要。二罪並不存在一規定之存在僅在補充另一規定之不足之關係，自不能比附援引教唆犯與正犯，謂行為人招募他人加入犯罪組織，又自己加入、參與犯罪組織，僅應論以參與犯罪組織罪（或招募他人加入犯罪組織罪）。

（三）組織犯罪防制條例第 4 條第 2 項之成年人招募未滿 18 歲之人加入犯罪組織罪，因加重處罰，法定刑固較參與犯罪組織罪為重。然成年人招募未滿 18 歲之人加入犯罪組織，又自己加入犯罪組織，既無在犯罪性質上，或依日常生活經驗習慣，認為一個犯罪行為，為另一犯罪行為所吸收，較為適當之情形，僅論以成年人招募未滿 18 歲之人加入犯罪組織罪，不足以充分評價其犯罪之不法與罪責內涵，自不能謂參與犯罪組織罪之行為應為成年人招募未滿 18 歲之人加入犯罪組織之行為所吸收，而排斥參與犯罪組織罪之適用。

（四）原判決徒憑成年人招募未滿 18 歲之人加入犯罪組織罪之法定刑較參與犯罪組織罪為重，遽認後者之輕度行為應為前者之重度行為所吸收，不另論罪，進而認定被告參

與犯罪組織部分、檢察官追加起訴之加重詐欺取財部分，雖未據起訴，惟分別與成年人招募未滿 18 歲之人加入犯罪組織部分，具有實質上、裁判上一罪之關係，皆為起訴效力所及。檢察官追加起訴部分，係就同一案件重行起訴，而諭知公訴不受理，有適用法則不當之違法。

參考法條：刑法第 50 條、第 55 條。

組織犯罪防制條例第 4 條。

十六、109 年度台上字第 2998 號（裁判書全文）

行政院（主政機關為法務部）依毒品危害防制條例第 33 條第 2 項，訂定「特定人員尿液採驗辦法」（下稱尿液採驗辦法）乙種，其中第 11 條規定「尿液檢驗以『嗎啡類』及『安非他命類』為基本項目；主管機關並得依所屬或監督之特定人員業務特性，增加檢驗項目。」該辦法第 4 條並規定「對特定人員之尿液採驗，以受僱檢驗、懷疑檢驗、意外檢驗、入伍檢驗、復學檢驗、在監（院、所、校）檢驗、不定期檢驗或隨機檢驗之方式行之。」其中，所謂「懷疑檢驗」，依同辦法第 3 條第 3 款之規定，乃指「被懷疑有施用、持有毒品之可能時實施之尿液檢驗」。可見凡是非法持有毒品者，無論何級，皆當受採尿送驗，且檢驗項目至少應具「嗎啡類」及「安非他命類」2 種，係因這 2 種毒品經常兼有，事關社會治安維護之公共利益，為詳實蒐證，發現真實，並善用鑑定資源，以收畢其功於一役之效，而為此設計，無違比例原則，故無許受採驗之犯罪嫌疑人，自作主張，限定僅能就其中 1 種而為鑑定，更不能於真相遭發覺後，

提出種種藉口，指摘司法警察（官）依上揭辦法所為之採驗尿液，違背正當法律程序。

又行政院（主政機關為衛生福利部）依毒品危害防制條例第 33 條之 1 第 3 項，訂有「濫用藥物尿液檢驗作業準則」（下稱尿液檢驗作業準則）乙種，其中第 15 條第 1 項規定「初步檢驗應採用免疫學分析方法。檢驗結果尿液檢體中濫用藥物或其代謝物之濃度在下列閾值以上者，應判定為陽性。一、安非他命類藥物：500ng/mL。二、鴉片代謝物：300ng/mL…」該準則第 18 條並規定「初步檢驗結果在閾值以上或有疑義之尿液檢體，應再以氣相或液相層析質譜分析方法進行確認檢驗。確認檢驗結果在下列閾值以上者，應判定為陽性：…二、海洛因、鴉片代謝物：（一）嗎啡：300ng/mL…」同準則第 20 條且規定「司法案件之濫用藥物尿液，必要時得採用最低可定量濃度為閾值，不受第 15 條、第 18 條規定限制。」則就毒品有關尿液鑑定方法與判斷標準，為符合科學性之規範，既經雙重檢驗，已無偽陽性之疑慮，雖非絕對不能爭執，但無許空言否定，至少應提供具體可行之調查方向或指出證明方法，以免延滯訴訟。

而司法實務上對於施用毒品之犯罪嫌疑人或被告，採集其尿液檢體送驗鑑定之處分，乃為調查有無施用毒品之犯罪事實，對人採集檢體之取證行為，因攸關人身自由與隱私等基本人權，倘強制為之，須合於法律保留原則。惟實際操作上，係由排尿者自行排放，無外力介入，且不具侵入性，干涉程度較輕，故如得其同意，自願排尿後，取樣送驗，並非法所不許。參諸刑事訴訟法第 131

條之 1 受搜索人自願性同意搜索，與第 133 條之 1 受扣押標的權利人同意扣押，及第 205 條之 2 後段強制採驗尿液屬適法蒐證方式，暨毒品危害防制條例第 33 條第 1 項對特定人員得強制採驗尿液等規定之規範意旨，尚不得任意指遭違法採證，而執為適法之第三審上訴理由。原判決以上訴人為警查獲時，既遭搜出甲基安非他命，且坦承施用毒品，司法警察因實施調查之必要，認有採尿調查犯罪之相當理由，徵得上訴人同意，自動排尿，該尿液檢體送驗所得之檢驗報告（其閾值均超過尿液檢驗作業準則判定陽性之數值，且經氣相層析質譜儀確認）既非不法取得，自有證據能力。經核於法尚無不合。

參考法條：毒品危害防制條例第 33 條、第 33 條之 1。

刑事訴訟法第 131 條之 1、第 133 條之 1、第 205 條之 2。

十七、109 年度台上字第 3093 號（裁判書全文）

- （一）組織犯罪防制條例第 2 條規定，所稱犯罪組織，指三人以上，以實施強暴、脅迫、詐術、恐嚇為手段或最重本刑逾五年有期徒刑之刑之罪，所組成具有持續性或牟利性之有結構性組織。前項有結構性組織，指非為立即實施犯罪而隨意組成，不以具有名稱、規約、儀式、固定處所、成員持續參與或分工明確為必要。其 107 年 1 月 3 日修正時之立法理由二、三敘載略以：新興犯罪組織雖有可能因企業、公司化之經營而以營利為目的，然將犯罪組織定義限於均需有牟利性，恐過於狹隘，且使執法蒐證及舉證困難，導致具有眾暴寡、強凌弱，常對民

眾施以暴利、脅迫等危害社會甚鉅之持續性組織犯罪行為，僅因難以舉證該組織具有牟利性質，而無法有效訴追及嚴懲不法，顯已背離人民之法感情及對法的期待，而有修正必要。又參照西元 1994 年 11 月 21 日聯合國會員國發表「那不勒斯政治宣言和打擊有組織跨國犯罪的全球行動計畫」後，於 1996 年 7 月 24 日第 47 次全體會議中，對組織犯罪給予定義，可知追求利潤之牟利性可為組織犯罪之特徵之一，但非必要之特性，是以，具有持續性或牟利性之有結構性的組織活動，均應納入組織犯罪之定義規範以為妥適。詳為說明修正犯罪組織定義關於持續性「或」牟利性之緣由。

- (二) 上訴人於警詢時供稱：「（你加入該集團多久？）我沒有加入，我只是當天接到那通電話協助他們而已」、「我印象中是約 3 個月前在市區的某間 KTV 喝的」、「他叫我留個電話給他，說以後有賺錢的機會在（再）介紹給我」、「（找你進集團的人打過幾次電話給你）只有這次」等語。原判決認定上訴人已「自白」參與持續性、牟利性之犯罪組織，似與卷內證據不相適合；又上訴人所參與詐欺集團，如何具有「持續性」？其具體事證為何？亦未敘明其所憑之事證，非無理由不備之違誤。

參考法條：組織犯罪防制條例第 2 條。

十八、109 年度台上字第 3223 號（裁判書全文）

- (一) 公職人員選舉罷免法第 99 條第 1 項之罪，係以對「有投票權之人」，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使為構成要件，不論

何階段之行為態樣，行為人均須對於有投票權之人為之，始該當上開條項之罪。又刑法第 28 條排除陰謀犯、預備犯為共同正犯，其修法原理乃數人雖於陰謀、預備之階段有共同參與之行為，惟於著手實行犯罪構成要件行為前，即已脫離者，對犯罪結果如令負共同正犯刑責，實有悖於平等原則，且與一般國民感情有違，故確定在「實行」概念下之共同參與行為，始成立共同正犯。而上開排除之「預備共同正犯」，係指法無處罰預備犯之情形而言，如法律已將預備階段獨立成罪者，其共同參與該犯罪構成要件之行為者，仍應論以該罪之共同正犯。預備犯「對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權，或為一定之行使」之罪者，公職人員選舉罷免法第 99 條第 2 項有處罰之明文規定，則共同實行該犯罪者，自應論以共同正犯。

- (二) 上訴人係以一行為同時為交付賄賂、行求賄賂、期約賄賂及預備行求賄賂罪，屬實現同一投票行賄犯罪事實之不同階段，其行為目的既屬相同，且係侵害同一選舉公正之法益，仍應視為實現一個犯罪構成要件，依接續犯論以情節較重之投票交付賄賂罪包括之一罪。原判決並無認上訴人與其他共犯成立預備共同正犯，且縱上訴人僅成立預備投票交付賄賂罪，依上述說明，仍得成立該罪之共同正犯，原審並無適用法則不當之違法。

參考法條：公職人員選舉罷免法第 99 條。

刑法第 28 條。

十九、109 年度台上字第 3401 號（裁判書全文）

(一) 刑法上所要禁止「重複評價」，係禁絕法院於量刑時就立法者已經考量並賦予特定法定效果之情形，重複再以之為「從重」量刑評價之依據。相對之，如以之作為「從輕」量刑，甚而「減輕」其刑之根據，則不在禁止之列。民國 100 年 1 月 5 日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例，其第 8 條增列第 6 項「犯第 1 項、第 2 項或第 4 項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑」之規定，依其立法說明係認依司法院釋字第 669 號解釋，同條第 1 項（指行為時法，以下第 2 項、第 4 項均同）以未經許可，製造、販賣或運輸空氣槍為處罰要件部分，因空氣槍殺傷力較低，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或 5 年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，尚嫌「情輕法重」，致罪責與處罰不相對應，對人民受憲法第 8 條保障人身自由權所為之限制，有違憲法第 23 條之比例原則；又同條第 2 項及第 4 項有關未經許可，轉讓、出租、出借、持有、寄藏或意圖販賣而陳列空氣槍之行為，其惡性均較未經許可，製造、販賣、運輸空氣槍為輕，不問行為人犯罪情節之輕重，以 5 年以上或 3 年以上 10 年以下有期徒刑相繩，亦有上開解釋所指「情輕法重」，致罪責與處罰不相對應，有違比例原則之情形，均應配合修正，爰增列同條第 6 項規定，於犯同條第 1 項、第 2 項或第 4 項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑，俾兼顧實質正義及維護社會秩序，保障人民生命財產安全。雖已將行為人犯罪情節有「情輕法重」，致罪刑不相當之因素考量在內，惟若行為人依上開條例第 8 條第 6 項規定減輕其刑後，倘另有特殊之

原因與環境等，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告減刑後之最低度處斷刑猶嫌過重時，仍非不得再依刑法第 59 條規定遞予減輕其刑，此觀刑法第 60 條規定依法律加重或減輕者，仍得依同法第 59 條之規定酌量減輕其刑等語即明。然是否得再依刑法第 59 條規定酌量減輕其刑，係事實審法院之職權，除其裁量權之行使，明顯違反比例原則外，不得任意指為違法。

- (二) 本件上訴人雖未經許可持有具殺傷力之空氣槍，所為有害於社會秩序，惟扣案之空氣槍係警方取締其危險駕駛而查獲，其復自陳係為玩生存遊戲而購入，亦乏事證足認係為其他犯罪而持用空氣槍，則上訴人持有之初既非出於危害社會治安之不法目的，亦無其他積極證據足證其確有其他不法目的或犯罪意圖，所為對社會治安後續潛在之危險性顯然較低。且本件扣案空氣槍之單位面積動能為每平方公分 23 焦耳，雖有殺傷力但程度尚非甚高，因認上訴人犯罪情節尚屬輕微，乃依上開條例第 8 條第 6 項之規定減輕其刑等語。又衡酌具有殺傷力之空氣槍仍屬危險物品，上訴人竟無視法令而購入持有之，足見其守法觀念淡薄，且對社會治安造成潛在隱憂，原審認第一審依上開規定減輕上訴人之刑期，已足評價其犯罪行為之輕微程度，縱未再依刑法第 59 條規定酌量減輕其刑，此項職權之裁量行使，核無違反比例原則，上訴意旨執為指摘原判決違法，自非合法上訴第三審之理由。

參考法條：憲法第 8 條、第 23 條。

司法院釋字第 669 號。

刑法第 59 條、第 60 條。

槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條。

二十、109 年度台上字第 3412 號（裁判書全文）

- （一）由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第 370 條第 1 項前段定有明文，即學理上所稱「上訴不利益變更禁止原則」。惟同條項但書另明定，因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。因此我刑事訴訟法係採取相對不利益變更禁止原則，僅禁止上訴審法院為較重之刑之宣告，不及於被告之不利益事實之認定與法律之適用，一旦有前揭但書情形，即可解除不利益變更禁止原則之拘束，上訴審法院自能重新宣告符合罪責程度之較重刑罰，俾合理、充分評價行為人之犯行，使罰當其罪，以契合人民之法律感情。接續犯因屬於包括之一罪，故法律上就全部犯罪行為給予一次之評價，惟接續犯既係為達單一犯罪目的而以數個舉動接續進行，而所為之每一舉動均足以達成侵害同一犯罪法益之目的，故其行為次數之多寡，與處罰所適用之法律，就形式上觀察，雖無差異，但實質上其法條所蘊含刑罰輕重之程度，顯有不同。又第二審法院採覆審制，應就第一審判決為完全重覆之審理，第一審漏未審判之部分，如屬裁判上或實質上之一罪，基於審判不可分之原則，自應就全部事實加以審理。本件原審及第一審均認定上訴人基於選舉當選之目的，反覆或同時向有投票權之人預備、行求、期約或交付賄賂，而約其投票權為一定之行使，應依接續犯

論以包括之一罪。

- (二) 原判決認定上訴人實行預備行求、行求或交付賄賂之次數，較第一審認定者超出 62 次之多，雖原判決認定附表三編號 15、16 部分僅達預備行求賄賂階段，另就附表一編號 1 至 8、附表二編號 1 至 9 部分，剔除部分共犯參與，均較第一審法院認定已達交付賄賂或有多數人參與之程度稍輕，然綜合以觀，原審認定犯罪情節已較第一審所認定為重，實質上其適用法條所蘊含刑罰輕重之程度，顯有不同，則第一審判決適用之接續犯刑罰法條，實質上即難謂當，原審將之撤銷改判，量處較第一審判決所諭知之刑度為重之刑，並敘明無悖乎上訴不利益變更禁止原則之理由，經核與刑事訴訟法第 370 條第 1 項但書規定無違，亦無判決理由不備之情形，自不得任意指為違法。

參考法條：刑事訴訟法第 370 條。

二十一、109 年度台上字第 3604 號（裁判書全文）

刑事訴訟上所稱之訴訟行為（包括法院、訴訟當事人、第三人）係指符合法定要件且足以發生訴訟上原有效果之行為，當訴訟行為發生瑕疵時，若其行為能藉由如當事人未異議（如被告放棄就審期間）、對被告權益未生影響（如被告已獲判無罪）、原因除去（如補正上訴或抗告理由）或基於訴訟迅速或經濟之考量（如當事人已對案件有所聲明或陳述後，不得聲請法官迴避）等行為取代瑕疵之訴訟行為即稱「瑕疵訴訟行為之治癒」。故除法院恣意、濫用權利或嚴重違背程序（如被告有正當

理由不到庭，仍行一造辯論判決、法院組織不合法等）外，若只是個別訴訟條件之欠缺，因第二審採覆審制並兼具事實審，僅須將第一審判決違法或不當部分撤銷，就該案自為判決，原第一審存在之訴訟行為瑕疵，經第二審撤銷判決後亦不復依存，本無治癒問題。又倘第一審訴訟行為之瑕疵並非嚴重（如漏未諭知被告所犯所有罪名、漏未將證物提示當事人等辨認），如第二審已依法踐行應有程序或業經補正，基於法安定性與實體正義權衡之結果，縱未於判決內糾正第一審訴訟行為之瑕疵，甚或仍維持第一審判決，亦應認第一審原有之訴訟行為瑕疵業已治癒，不能據為上訴第三審之理由。

參考法條：刑事訴訟法第 377 條、第 378 條、第 379 條、第 380 條。

二十二、109 年度台非字第 86 號（裁判書全文）

非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決或與實體判決具同等效力之裁定所設之非常救濟程序，刑事訴訟法第 441 條既定明以「發見」而非「認為」上開確定判決或裁定違背法令，最高檢察署檢察總長「得」向最高法院提起非常上訴，則非常上訴自應以上開確定判決或裁定客觀上顯然違背法令為要件；如以主觀上之認知，對尚有爭議之法律見解、法律事後審對上訴或抗告理由是否為適法理由之審認、或事實審所為證據之取捨、判斷，徒持相異之評價，據以提起非常上訴，要非適法之非常上訴理由，亦與非常上訴採便宜主義之本旨有違。又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，是否予以宣告緩刑，但事後執行檢察官發現當時所為緩刑之判斷有誤時，得向法院聲請是否撤銷緩刑，法院即得在一定之條件下，撤銷緩刑（參刑法第 75 條、第 75 條之 1），並不受當時法院判決或檢察官所為意思表示之拘束，使行為人執行其應執行之刑，以符刑罰之目的，此與當事人依刑事訴訟法第 451 條之 1 第 1 項或第 3 項規定表示願受科刑範圍（指被告）或為求刑或為緩刑宣告之請求（指檢察官）者，法院如於被告所表示範圍內科刑，或依檢察官之請求（求刑或請求宣告緩刑）為判決者，依第 455 條之 1 第 2 項規定，各該當事人不得上訴，採「禁反言」之方式立論，並不相同。

參考法條：刑法第 75 條、第 75 條之 1。

刑事訴訟法第 377 條、第 378 條、第 379 條、第 380 條、第 441 條、第 451 條之 1。

二十三、109 年度台抗字第 971 號（裁判書全文）

- （一）按刑事訴訟之目的，係法院基於檢察官之起訴或自訴人之自訴，經由正當程序之進行，確定國家對於被告的具體刑罰權。是法院及兩造當事人（被告、檢察官或自訴人），均為刑事訴訟之主體。被告既為刑事訴訟當事人之一造，欲在訴訟上為合法當事人，並為有效之訴訟行為，以保障其訴訟上權益，自應具備當事人能力及訴訟能力。所謂當事人能力，係指具備人格，有接受刑罰之可能性，得為刑事訴訟當事人之法律上能力；所謂訴訟能力，則係指具有意思能力，並自由決定防禦訴訟上利

益，得為有效刑事訴訟行為之能力。為自然人之被告死亡者，同時喪失當事人能力及訴訟能力，其為訴訟主體之地位，已然不復存在，除法律另有特別規定（例如刑事訴訟法第 427 條為受判決人之利益聲請再審），自無再為實體裁判之必要。而數罪併罰定其應執行刑之裁判，係由法院以被告分別受宣告之罪刑為基礎，依法定標準為之，所為裁判與科刑判決有同等效力，屬實體裁判，理當以被告在訴訟上為合法當事人為前提。從而，法院受理檢察官聲請受刑人數罪併罰定其應執行刑之聲請後，受刑人死亡，因其在訴訟上已非合法當事人，不得更為應執行刑之實體裁定。

- (二) 本件抗告人不服原裁定，於民國 109 年 6 月 5 日依法提起第三審抗告後，已於同年 0 月 0 日死亡，有抗告人○○○○醫院診斷證明書在卷可憑，原審未及審酌，所為裁定，揆之上開說明，自屬無可維持，應由本院將原裁定撤銷，駁回檢察官之聲請。

參考法條：刑法第 53 條。

刑事訴訟法第 3 條。

二十四、109 年度台抗字第 1039 號（裁判書全文）

- (一) 刑事訴訟法第 101 條之 1 第 1 項第 7 款關於預防性羈押規定之主要目的，在於防止被告再犯，防衛社會安全，是法院依該規定判斷應否羈押時，允由其犯罪歷程及多次犯罪之環境、條件觀察，若相關情形仍足認有再為同一犯行之危險，即可認有反覆實施同一犯行之虞。至羈押之必要與否，除有刑事訴訟法第 114 條各款所列情形

外，應由法院依經驗法則與論理法則，按具體個案訴訟進行程度、犯罪性質與實際情狀及其他一切情事妥為審酌認定。如就客觀情事觀察，該羈押或延長羈押之裁定在目的與手段間之衡量，並無明顯違反比例原則之情形，即無違法或不當可言。

- (二) 原裁定綜合考量抗告人所涉各加重詐欺等犯罪情節非輕，透過計畫性、組織性分工，對不特定人犯罪之規模非微，且對社會治安危害之程度重大，經權衡國家社會公益及抗告人之基本權利，認有羈押之必要，而裁定延長羈押，已說明其裁定之依據及理由。其目的與手段間之衡量，與比例原則尚屬不悖。

參考法條：刑事訴訟法第 101 條之 1、第 114 條。

二十五、109 年度台抗字第 1070 號（裁判書全文）

- (一) 抗告法院認為抗告有理由者，應以裁定將原裁定撤銷；於有必要時，並自為裁定，刑事訴訟法第 413 條定有明文。所謂「有必要時」，如事實已明，為訴訟經濟以免徒增無益之勞費，即應自為適當之裁定。聲明異議人抗告意旨明載：其親屬已籌得資金有能力代繳納其罰金，請毋庸再行撤銷上開 2 執行指揮書，以免造成司法資源虛耗之不當等語。已就本件羈押日期折抵之執行方法明確表明同意檢察官上開 2 執行指揮書之執行方法。原審依當時事實而為裁定固無違誤，惟聲明異議人上開抗告意旨之表明，已令原裁定形同無實益，原裁定未及審酌，而撤銷上開執行指揮書，自有未妥；聲明異議人之抗告即有理由，應由本院予以撤銷。且本於訴訟經濟以免

徒增無益勞費之考量，爰由本院自為駁回其聲明異議之裁定。

- (二) 檢察官對於法院，獨立行使職權；除遇有緊急情形或法律另有規定者外，僅能於其所屬檢察署轄區內執行職務。法院組織法第 61 條、第 62 條分別定有明文。檢察制度雖屬一體，但檢察官既因審級而配置，其權限自屬各別。配置各級檢察署之檢察官其執行職務或行使職權，對於法院固獨立行使職權，惟仍應依法院之管轄定其分際，故下級檢察署檢察官對於上級法院之裁判，或上級檢察署檢察官對於下級法院之裁判，均不得提起上訴或抗告。本件原審所為撤銷臺灣高雄地方檢察署檢察官之執行指揮書裁定，得提起抗告之檢察官，依上揭說明，為配置之臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官，抗告人為第一審即下級審檢察署檢察官，自不得提起抗告，其抗告為不合法，應予駁回。

參考法條：刑事訴訟法第 413 條、第 484 條、第 486 條。

法院組織法第 61 條、第 62 條。

二十六、109 年度台抗字第 1085 號（裁判書全文）

- (一) 按關於訴訟或非訟程序之停止，因攸關人民訴訟權益甚大，自應有法律依據且合於法定事由方可裁定停止，並審慎為之。又「憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第 171 條、第 173 條、第 78 條及第 79 條第 2 項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條定有明文，故依法公布施行之法律

，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。」「其中所謂『先決問題』，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂『提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由』，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。」「所謂『法官於審理案件時』，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事事件及非訟事件等而言，因之，所稱『裁定停止訴訟程序』自亦包括各該事件或案件之訴訟或非訟程序之裁定停止在內。裁定停止訴訟或非訟程序，乃法官聲請釋憲必須遵循之程序。惟訴訟或非訟程序裁定停止後，如有急迫之情形，法官即應探究相關法律之立法目的、權衡當事人之權益及公共利益、斟酌個案相關情狀等情事，為必要之保全、保護或其他適當之處分。」此為司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號解釋意旨闡釋甚明。是依上開解釋

意旨，法官於審理案件時，對於應適用之法律，確信該法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響，認有聲請大法官解釋之必要，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋，於此情形，自可參照上開解釋意旨，裁定停止訴訟或非訟程序，如僅對法律之適用發生疑義，或單純指摘有違憲之可能，但未提出釋憲聲請，自與已提出「確信法律違憲」之要件不符，其據此裁定停止訴訟或非訟程序，除對人民訴訟權益保障影響重大，更與上開解釋意旨所指法官聲請解釋憲法時，必須一併裁定停止訴訟程序之意旨有違。

(二) 原裁定固以抗告人前於假釋期間內另犯幫助詐欺取財罪，經法院判處有期徒刑確定，經依刑法第 78 條第 1 項規定撤銷其假釋，由檢察官執行所餘殘刑及新宣告刑，有因微罪而遭撤銷假釋後再服長期殘刑，違反憲法第 23 條比例原則之問題，並依憑高等法院高雄分院 107 年度聲字第 703 號案件已就刑法第 78 條第 1 項規定有違憲疑義，向司法院大法官聲請解釋，抗告人亦適用同條規定遭撤銷假釋，有相同牴觸憲法之疑義，而為停止本件訴訟程序之裁定。

(三) 惟原裁定並未敘明應適用之刑法第 78 條第 1 項規定，有何客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，亦未依此向大法官聲請釋憲，已難認符合上開解釋意旨所指裁定停止之法定事由，且在法無明文規定之情形，原裁定僅以另案高等法院高雄分院 107 年度聲字第 703 號案件承審法官已就同法條為釋憲聲請，即據以裁定停止本件訴訟程序，不唯尚嫌速斷，且於法未合。抗告意旨執以指摘

原裁定不當，非無理由。

參考法條：憲法第 23 條、第 78 條、第 79 條、第 80 條、第 171 條、第 173 條。

司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號。

刑法第 78 條。

二十七、109 年度台抗字第 1096 號（裁判書全文）

- （一）按不服法院之裁定，得提起抗告者，以「當事人」、「受裁定之證人、鑑定人、通譯及其他非當事人」為限，刑事訴訟法第 403 條定有明文。該法抗告編之第 419 條雖設有「抗告，除本章（編）有特別規定外，準用同法第三編第一章關於上訴規定」之例；而同法第三編即上訴編第一章「通則」內之第 346 條前段，雖規定原審之辯護人，得為被告之利益而上訴之規定；但關於「抗告權人」，在該法第四編內之第 403 條既有明文，即不能更準用同法第 346 條前段，准許原審之辯護人，得為被告之利益而提起抗告，此觀諸同法第 419 條所載抗告以無特別規定為限，始得準用上訴規定之旨甚明。
- （二）本件抗告人雖曾委任律師黃○○為代理人（委任狀載稱「再審辯護人」、陳○○律師部分則於原審裁判後始提出委任狀）向原審聲請再審，然黃○○益等律師於 109 年 6 月 12 日以林○○之名義具狀提起抗告時，抗告狀內僅以打字方式記載「抗告人即再審聲請人：林○○」、「具狀人即抗告人：林○○」，全無林○○簽名或蓋章，僅有黃○○律師蓋章及陳○○律師簽名；然則陳○○、黃○○律師皆非當事人，亦非受裁定之人，刑事訴訟

法既無「被告之原審代理人提起之抗告，視為被告提起」之規定，則黃○○律師為再審聲請人林○○所提起之抗告，核無法律依據，縱使係為林○○之利益而提起抗告，亦於法不合。

(三) 109 年 1 月 8 日修正公布刑事訴訟法增訂第 429 條之 1，規定：「聲請再審，得委任律師為代理人」。其立法理由稱：為應實務上之需要，並期以律師之專業學識協助聲請人聲請再審。是自該條增訂施行之日起，再審聲請案之代理人需具備律師資格。該條雖未明定再審抗告案件之代理人資格，然聲請再審經法院以無理由駁回者，其抗告理由，須就該駁回之裁定有何違誤，具體指摘；申言之，再審抗告理由狀之專業性，絕不亞於再審之聲請，本其增訂意旨，倘聲請人欲委任代理人提起抗告，自仍以律師為限。

(四) 莊○○並非律師，自無從許可為抗告人林○○之代理人，本件當事人欄爰不予列載。

參考法條：刑事訴訟法第 346 條、第 403 條、第 419 條、第 429 條之 1。

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 1725 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 08 日

裁判案由：違反銀行法

最高法院刑事判決

108年度台上字第1725號

上訴人 賴月女

選任辯護人 蔡文斌律師

上訴人 章琳琳

李秣蓁（原名李靜雪）

林琦崧

許金葉

共 同

選任辯護人 楊惠雯律師

上列上訴人等因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108年1月29日第二審更審判決（105年度金上重更(二)字第27號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署95 年度偵字第4689、4996、5326、9513、9934號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

理 由

壹、本件原判決撤銷第一審關於上訴人賴月女、章琳琳、李秣蓁、林琦崧、許金葉（下稱上訴人5 人）部分之科刑判決，改判均論處上訴人5人共同犯銀行法第125條第1 項後段之罪刑。固非無見。

貳、惟查：

甲、關於犯罪所得沒收之法律適用部分

一、本件上訴人5 人因違反銀行法案件，不服原審判決提起第三審上訴，本庭評議後，認為擬採為裁判基礎之法律見解，即民國107年1月31日修正公布施行（同年2月2日生效）之銀行法（下稱修正後銀行法）第136條之1規定：「犯本法之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第38條之1第2項所列情形取得者，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之。」依前揭規定，犯銀行法之罪的被告，有犯罪所得，該案並有被害人或得請求損害賠償之人（即潛在被害人），是否須先行確定其等之求償數額，並予扣除後，始就餘額為沒收、追徵之宣告？本院先前

相同事實之裁判，已有複數紛爭見解之積極歧異。有採肯定說之見解，認：應於審判中先行調查確定其等求償數額，並予扣除後，始就餘額為沒收、追徵之宣告；有採否定說之見解，認犯銀行法之罪的犯罪行為人，有犯罪所得，並有應發還之被害人或得請求損害賠償之人，此時，法院無須先行確定其等之求償數額，並予扣除後，始為沒收、追徵之宣告。逕行於判決主文諭知：「犯罪所得○○○，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之；於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」之旨即可。本庭經評議後，擬採否定說之見解，因本院先前裁判既有前開積極歧異，乃就上開法律問題應適用之法律見解，於109年6月3日向本院其他刑事庭提出徵詢。徵詢程序業已完成，受徵詢之各刑事庭，均主張採取否定說之見解。是本件採為裁判基礎之法律見解，經徵詢庭與受徵詢庭均採上開否定說之見解，已達大法庭統一法律見解之功能，無須提案予刑事大法庭裁判，即應依該見解就本案逕為終局裁判，先予說明。茲敘述理由如下：

- (一) 修正後銀行法第136條之1，將因刑法施行法第10條之3第2項規定，已不再適用之原規定：「犯本法之罪，因犯罪所得財物或財產上利益，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。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。」修正為「犯本法之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或法人團體因刑法第38條之1第2項所列情形取得者，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之。」上開銀行法沒收之規定，係在104年12月30日修正公布（105年7月1日施行）刑法修正沒收規定生效後始修正施行，依刑法第38條之1第1項但書規定，犯銀行法之罪者，應適用修正後銀行法第136條之1有關沒收之規定。至其餘關於沒收之範圍、方法及沒收之執行方式，仍有刑法第38條之1第5項實際合法發還排除沒收或追徵、第38條之2第2項之過苛條款及第38條之1第3項沒收之代替手段規定之適用。
- (二) 關於違反銀行法案件之犯罪所得，其沒收或追徵範圍，依修正後銀行法第136條之1規定，除刑法沒收以「實際合法發還」作為排除沒收或追徵之條件外，另有「應發還被害

人或得請求損害賠償之人」的部分。依刑法沒收之立法目的，原為從刑，犯罪所得經執行沒收後，即歸屬國庫，未另行提供被害人求償之管道，導致實際上被害人因現實或各種因素，未另行求償。且沒收之標的又以屬犯罪行為人「所有」為必要，此之「所有」的概念，幾近為有所有權。以致犯罪行為人雖持（占）有犯罪所得，卻無法將之宣告沒收，而仍由其保有犯罪所得之不合理現象。刑法沒收相關規定修正施行後，沒收已非從刑，其目的在於澈底剝奪犯罪行為人之犯罪所得，使其不能坐享犯罪成果，以杜絕犯罪誘因，性質上屬類似不當得利之衡平措施。關於犯罪所得沒收、追徵之規定，採義務沒收主義，係為澈底剝奪行為人之犯罪所得，並讓權利人得就沒收、追徵之財產聲請發還或給付，以回復犯罪前之財產秩序，並以「實際合法發還」作為排除沒收或追徵之條件，基此，前揭銀行法所設「應發還被害人或得請求損害賠償之人」之例外規定，自應從嚴為法律體系之目的性限縮解釋，以免適用之結果，有悖於沒收規定修正之前揭立法目的。從而，事實審法院既已查明犯罪行為人之犯罪所得及已實際合法發還等應扣除之部分，不得僅因仍有應發還被害人或得請求損害賠償之人，或其被害人、賠償數額尚屬欠明，即認無需為犯罪所得沒收、追徵之宣告，俾與刑法第38條之1所揭示之立法意旨相契合。又為貫徹修正後銀行法第136條之1之立法目的，除確無應發還被害人或得請求損害賠償之人外，於扣除已實際發還不予沒收之部分後，就其餘額，應依上開條文所定「除應發還被害人或得請求損害賠償之人外」的附加條件方式諭知沒收、追徵，俾該等被害人或得請求損害賠償之人，於案件判決確定後，得向執行檢察官聲請發還或給付。否則將會發生被告縱有犯罪所得，且其財產已經扣押，不予宣告沒收、追徵，導致被告仍能保有其犯罪所得，已保全扣押之財產最後仍須發還給被告，此種結果，顯與修法之規範目的有違。

- （三）扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；扣押物因所有人、持有人或保管人之請求，得命其負保管之責，暫行發還；扣押物未經諭知沒收者，應即發還，刑事訴訟法第142條第1項前段、第

2項、第317條前段雖有明文。惟犯罪所得之財物倘有應發還被害人者，其應發還之對象係指全體被害人而言。再者，得發還之犯罪所得，以經實際依法扣押者為限，未經扣押部分，自無從發還被害人。至於金錢為替代物，重在兌換價值，雖不以原物為限，但因已混同，亦無由依上開規定先行發還各該被害人，必須俟判決確定後再行處理。檢察官依法實施保全扣押被告財產之處分，經執行扣押結果，雖扣得部分財產，但不足以返還所有被害人或得請求損害賠償之人的損害。部分被害人雖於審判中聲請發還扣押物，惟因本案另有其他被害人存在，其他被害人遭違法吸金之款項亦在其中，自無從於裁判確定前，先行就扣押物單獨發還予該聲請之被害人。

- (四) 本法律爭議，如採肯定說見解，於有應發還被害人或得請求損害賠償之人存在，審判程序中，事實審法院即應先行調查確定其等求償之數額，並予扣除後，始得就餘額為沒收、追徵之宣告。其數額欠明確時，即不宣告沒收、追徵，將會發生被告縱有犯罪所得，且其財產已經扣押，既不予宣告沒收、追徵，又無法依部分被害人之聲請發還扣押物，導致被告仍能保有其犯罪所得，已保全扣押之財產最後仍須發還給被告，此種結果，顯與修法之規範目的有違。若採否定說見解，被告犯銀行法之罪，如有犯罪所得，並有應發還被害人或得請求損害賠償之人的情形，法院無須於審判程序先行確定其等求償之數額，除扣除已實際合法發還者外，僅於主文中諭知：「犯罪所得○○○，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之；於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」之旨即可。俟判決確定後，於執行程序中，由執行檢察官依「檢察機關辦理沒收物及追徵財產之發還或給付執行辦法」（刑事訴訟法第473條第4項授權行政院訂定）之規定，辦理沒收物及追徵財產之發還或給付，對被害人或得請求損害賠償之人的保障，將更為周全。

- 二、本件依原判決事實認定：章琳琳原係華氏鼎證券投資顧問股份有限公司幹部，於94年11月間陳佩綺出境潛逃後，擔任陳育坤之特別助理，負責聯繫及整合「陳系」旗下各投顧公司之業務及處理投資人退款要求；李秝蓁係崇光證券投資顧問

股份有限公司實際負責人；賴月女為德聯證券投資顧問股份有限公司實際負責人；林琦崧係尚益證券投資顧問股份有限公司實際負責人；許金葉係豐朝證券投資顧問股份有限公司臺東總公司實際負責人；均為該集團主要成員，負責執行吸收資金業務及管理所屬投顧公司，向不特定之社會大眾招攬收受投資，及非法從事全權委託代操業務。……上訴人5 人加入該集團後，已知悉該集團吸金運作之模式，仍為獲得不法報酬，先後與陳育坤、張臆泳、李誌丞、陳佩綺、沈愛金、吳梅邑、陳筠臻、邵雪珠、盧明娟、王國庭、陳淑麗、吳乃一、張永祥、高東花、沈子渝、黃恩盛、郭慧君、俞秋霞、黃名世、林芝及謝顯璋（下稱陳育坤等人）基於……犯意聯絡……，而依序……參與該集團……對外吸收資金之運作（見原判決第3、4、6 頁），及原判決所引李秣蓁供稱：其與業務人員抽佣的方式，是以獲利的百分比來計算，客戶拿獲利的六成，公司拿三成，業務人員拿一成等語（見原判決第21頁）；賴月女供述：……保證獲利有6%至7%，其中2.8%給投資人，其餘給公司，我個人只能拿到0.2%等詞（見原判決第32、33頁）。以上如果均無訛。上訴人5 人均係該集團之成員，是否獲有報酬，而有犯罪所得，原審就此未予調查、釐清，已有未合。其逕以上訴人5 人參與本案違反銀行法之非法吸金犯行，共犯吸金規模均已逾數億元（如原判決附表二之一至五所示），而依卷內相關資料觀之，除部分被害投資人經退還部分投資款項外，仍有絕大多數被害投資人之投資款項未獲返還或賠償，顯然本案多數被害人所受損失仍未全部受償。從而，就上訴人5 人共犯非法吸金之金額，雖屬其等於共犯期間該集團之犯罪所得，其個人縱有獲得分配部分報酬（上訴人5 人均否認有獲分配報酬），惟既仍應發還被害人或得請求損害賠償之人，依修正後銀行法第136 條之1 之特別規定，而不予諭知沒收或追徵等語（見原判決第74頁）。不但調查未盡，並有適用法則不當之違誤。

乙、關於共同違反銀行法之認定部分

- 一、銀行法第125條第1項規定：「違反第29條第1項規定者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以上2億元以下罰金。其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣1 億元以上者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣2千5 百萬元

以上5 億元以下罰金」。本項之非法吸金罪係以違反同法第29條、第29條之1為其犯罪構成要件，其中同法第29條第1項規定：「除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務。」第29條之1 規定：「以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論。」就此等構成要件文義以觀，祇見客觀行為之禁制規範，而無特別限定應具備如何之主觀犯意，雖不必如同刑法之詐欺取財罪，須有為自己或第三人不法所有之主觀意圖，然而仍應合於刑法第12條第1 項所揭示故意犯處罰原則。即行為人認識其所為，將該當於前揭非法吸金罪所定之客觀構成要件，猶決意實行，始足當之。

二、卷查：

- (一) 本件檢察官起訴上訴人5 人與陳育坤等人除涉有行為時刑法第339條第1項之詐欺罪、證券投資信託及顧問法（下稱證券投顧法）第107條第1款未經主管機關許可經營證券投資顧問及全權委託投資業務罪、同法第105條第2項經營證券投資顧問業務而對大眾為詐偽罪外，並說明上訴人5 人與陳育坤等人均有銀行法第29條之1 所定「以收受存款論」之行為，而認其等均涉犯同法第125條第1項（後段）之罪嫌（見起訴書第29、30頁）。
- (二) 第一審法院、第一次發回更審前原審及第二次發回更審前原審判決，均以：銀行法第125條第1項之罪，以非銀行而經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產，或辦理國內外匯兌業務為要件。所謂收受存款，依同法第5條之1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。換言之，必其之取得款項、吸收資金，係出於「合法方法」，但因經營收受存款、吸收資金業務未經依法核准、許可為非法者，始足成立違反非銀行不得經營收受存款業務罪，如果行為人之取得款項，係基於「不法原因」如「詐欺」行為，因其並無「返還本金或給付相當或高於本金」之意思，縱有給付利息之約定，亦僅為詐取財物之方法而已，即非所謂之「收受存款」，應逕依詐欺罪論處，無成立銀行法第

125條第1項之罪之餘地。認陳育坤等人係以「詐欺」之方式吸收資金，原即無返還本金或給付相當或高於本金之意思，揆之上開說明，陳育坤等人之行為，核與非銀行「合法」收受存款之要件尚有不合，縱有給付本金及高額投資報酬利潤之約定，亦僅為詐取財物之手段，並無返還收受資金之真意，難謂與銀行法第29條之1、第125條第1項規定之構成要件相當，尚難遽以此罪相繩。因認違反銀行法之罪與詐欺取財罪（含加重詐欺罪及其他特別法規定之詐偽罪）之間具有不能併存之關係（即構成詐欺或詐偽罪即不構成非法吸金罪），不能證明上訴人5人有如檢察官起訴意旨所指違反銀行法之非法吸金罪部分之犯罪，而就此部分說明「不另為無罪之諭知」。惟檢察官就此均提起上訴。

- （三）因違反銀行法之罪與詐欺取財罪（含加重詐欺罪及其他特別法規定之詐偽罪）之間是否具有不能併存之關係，存有爭議，經本院以105年刑議字第1號：違反銀行法第29條之1規定，非法吸金，若其非法方式存有欺罔不實情形，行為人並有不法所有的主觀犯意，是否僅成立刑法第339條第1項之詐欺罪，而無依銀行法第125條之非法吸金罪名處斷餘地？易言之，上揭二罪，是否絕對不能併存？有甲、乙兩說，甲說認為如行為人自始具有不法所有之主觀意圖，而以與投資人所為約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬，作為其詐取資金之引人入彀之方法，即與銀行法所謂之「收受存款」並不相當，而屬於刑法詐欺取財罪之範疇，兩罪無論就立法解釋或文義解釋分析，在性質上互不相容，要無同時成立犯罪之餘地。乙說則以：行為人所為既同時符合非法吸金罪構成要件與詐欺罪構成要件，自應認屬一行為觸犯數罪名的想像競合犯，從一較重的違反銀行法非法吸金罪處斷，否則即有評價不足情形存在。嗣於105年8月16日105年度第13次刑事庭會議作成決議，採乙說見解。本院105年度台上字第2687號判決，本此一致之見解，撤銷原採甲說之原審102年度金上重更（一）字第32號判決，發回更審。
- （四）上訴人5人於原審均否認有共同違反銀行法之犯行，原判決事實之認定，雖以：陳育坤明知非銀行不得以收受投資

之名義向多數人或不特定之人吸收資金，且知未經設立公司登記，不得以公司名義經營業務，另非經主管機關金融監督管理委員會證券期貨局（下稱證期局）核准，不得經營證券投資顧問業務、全權委託投資業務，及經營證券投資顧問業務、全權委託投資業務不得有虛偽、詐欺及其他足致他人誤信之行為，竟與陳育坤等人共同基於意圖為自己不法所有之常業詐欺、以未經設立登記之公司名義經營業務及非法經營證券投資顧問業務、全權委託投資業務，而對不特定之投資人為虛偽、詐欺行為以達非法吸收資金目的之犯意聯絡，以類似老鼠會傳銷之組織架構，大量吸收業務員並四處招攬投資人，以分層負責方式進行吸金。陳育坤等人為招攬投資人大量吸收資金，誣稱於每檔股票到期結算獲利後，除將獲利之一成作為中央管理處之行政管理費用，三成作為各級幹部之獎金外，其餘六成均歸投資人所有，並保證每檔股票均能以低於市場甚低之價格買進，且每檔股票均能獲利等虛偽不實方法，為其宣傳手法，並由邵雪珠、盧明娟、陳淑麗、吳乃一、張永祥、高東花、沈子渝、黃恩盛、郭慧君、俞秋霞、黃名世等人各自向下線糾集幹部，並指示投資人以現金交付或匯款至相關投顧實際負責人指定之帳戶，再由相關投顧實際負責人將資金上繳陳育坤。上訴人5 人加入該集團後，已知悉該集團吸金運作之模式，仍為獲得不法報酬，先後與陳育坤等人基於上開相同之犯意聯絡，而依序自93年2月、93年4月、93年7月、94年1月、94年4 月起，參與該集團以上開方式對外吸收資金之運作（李秣蓁、林琦崧、許金葉部分，於93年10月31日之前〈含當日〉之行為，尚不構成證券投顧法部分之犯行，自93年11月1 日起，始該當證券投顧法部分之犯行）（見原判決第5、6頁）。並於理由欄說明：上訴人5 人或為投顧公司之實際負責人，或為投顧公司之幹部，在該集團內均具有一定之地位，復分擔各項行為，難謂毫無犯意之聯絡及行為之分擔。堪認上訴人5 人於其各人參與該集團犯罪之期間內，其彼此間及與陳育坤等人間，就本案相關犯行而言，應有犯意之聯絡及行為之分擔，應論以共同正犯（見原判決第51頁）。……上訴人5 人所屬「聖堡威廉」集團係以如事實欄所示之保證獲利情形

，共同向社會上不特定大眾吸收資金……之事實，業經……認定如前，且李秣蓁、林琦崧、賴月女、章琳琳對此客觀事實亦不爭執（見原審更二卷四第199至201頁）。……上訴人5 人與陳育坤等人共同以投資股票為訛，向不特定多數人吸收資金，而約定給付與本金顯不相當之紅利或報酬，其因犯罪獲取之財物或財產上利益又已達1 億元以上，除構成修正前刑法第340 條之常業詐欺罪或證券投顧法第105條第2項之詐偽罪外，亦已符合銀行法第29條之1 所規定「以收受存款論」之情形，而構成同法第125條第1項後段規定之加重非法吸金罪（見原判決第53、54頁）。

（五）前述陳育坤等人部分，雖均經第一審法院或原審法院判處罪刑確定，有第一審法院95年度重訴字第16號、原審法院102 年度金上重更（一）字第32號判決在卷可憑。惟各該判決均未認定陳育坤等人有共同違反銀行法之犯意，亦未論以共同非法吸金罪名。原判決事實欄載稱：陳育坤明知非銀行不得以收受投資之名義向多數人或不特定之人吸收資金……與張臆泳……共同基於意圖為自己不法所有之常業詐欺、以未經設立登記之公司名義經營業務及非法經營證券投資顧問業務、全權委託投資業務，而對不特定之投資人為虛偽、詐欺行為以達非法吸收資金目的之犯意聯絡……上訴人5 人加入該集團後，已知悉該集團吸金運作之模式，仍為獲得不法報酬，先後與陳育坤等人基於上開相同之犯意聯絡等情（見原判決第5、6頁）。其理由欄僅以本件客觀事實符合銀行法第29條之1 所規定之情形（見原判決第53、54頁），對於如何認定上訴人5 人有違反銀行法第125條第1項後段之主觀犯意，及如何與陳育坤等人有共同犯意之聯絡，並未記載憑以認定之證據及其理由，有判決不備理由之違法。

參、以上或為上訴意旨所指摘，或係本院得依職權調查之事項，原判決前揭違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認有撤銷發回更審之原因。關於本件已保全扣押之財產，如係第三人（包括本案被告以外之共同正犯等）所有而屬可能被沒收之財產，有無應適用刑事訴訟法第455 條之12 第3 項前段規定，裁定命該第三人參與沒收程序，並依審理結果，諭知沒收之判決的情形。案經發回，宜併注意及之。

據上論結，依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 8 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 吳 燦

法官 何 信 慶

法官 朱 瑞 娟

法官 高 玉 舜

法官 李 英 勇

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 7 月 8 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 2746 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 23 日

裁判案由：偽造文書

最高法院刑事判決

108年度台上字第2746號

上訴人 吳素芬

選任辯護人 顏世翠律師

王炳梁律師

上列上訴人因偽造文書案件，不服臺灣高等法院中華民國107 年10月23日第二審判決（107 年度上訴字第496 號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署105 年度偵字第13437 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

本件原判決認定上訴人吳素芬於本件案發當時擔任國立臺灣藝術大學（下稱臺藝大）表演藝術學院舞蹈學系（下或稱舞蹈系）系主任，為該系教師評審委員會（下稱系教評會）當然委員兼召集人及主席。其於辦理該系專任教師聘任相關事項，係依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限之授權公務員，而有其事實欄所載明知臺藝大表演藝術學院舞蹈學系系教評會於民國102 年2 月18日召開之101 學年度第2 學期第1 次會議，就該系擬新聘專任教師一案，初審決議依甄試成績排列擬聘建議人選優先順序，依序第一為姚淑芬（92.4分），第二為張婷婷（87.2分），第三為張夢珍（86.16 分），並由該系行政助理（或稱助教）曾伊莉依系教評會審議通過之上開建議擬聘教師優先順序，如實填載「國立臺灣藝術大學擬聘專任教師（含專技）建議表」（下稱「擬聘建議表」）之相關內容（包括上述擬聘教師優先順序、擬聘教師姓名、擬聘職稱、擬聘原因、學經歷、品德素行查核情形及擬任課程等項），交與上訴人在該擬聘建議表「單位主管簽章」項下簽名後，由曾伊莉將該建議表連同相關資料送交該校表演藝術學院教師評審委員會（下稱院教評會）於同年3 月11日開會複審後，再由該校教務處、人事室及表演藝術學院院長會同簽注意見後，於同年月18日送交該校校長謝顯丞（由原審法院另案審理）批示將該「擬聘建議表」交付該校教師評審委員會（下稱校教評會）決議之前，竟與謝顯丞共同基於登載不實公文書之犯意聯絡，

由謝顯丞在臺藝大校長辦公室內指示上訴人將該「擬聘建議表」關於上開擬聘教師之優先「順位」欄（內載1 姚淑芬、2 張婷婷、3 張夢珍），修改為「面試序號」欄（另在修改處旁簽署其姓氏「吳」字），並在該建議表「學經歷及品德素行查核情形欄」內之「單位主管簽章」項下上訴人簽名處右方添註「本系沒有依順位排序，敬請鈞長勾選」等不實內容文字，而將上述不實之事項登載於該「擬聘建議表」上，嗣由校長謝顯丞在該建議表上「校長核示欄」批示「提校教評審議」後，透過不知情之人事室秘書黃珠玲持向該校校教評會提出以行使之犯行，因而撤銷第一審科刑之判決，改判論上訴人以行使公務員登載不實公文書罪，處有期徒刑1 年4 月，固非無見。

惟查：

(一)、有罪判決書事實之認定，必須前後互相一致，且須與其理由之說明，彼此互相適合，方為合法；倘其事實認定前後不一致，或與其理由之說明，彼此互有齟齬，即有判決理由矛盾之當然違背法令。又刑法第213 條公務員登載不實公文書罪，係以公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人，為其構成要件。故論處上開罪名之判決書，對於被告登載不實事項之公文書，是否為其職務上所掌管或具有製作權之事實，必須於其事實內明確加以認定記載明白，並於理由內說明其憑以認定之依據，並使其事實認定彼此間，以及事實認定與理由說明間，彼此互相一致，始足以為論罪科刑之依據。原判決對於本件上訴人所涉登載不實之公文書即前述「擬聘建議表」，於其事實欄記載係由臺藝大舞蹈學系行政助理曾伊莉以該校公布之「國立臺灣藝術大學擬聘專任教師（含專技）建議表」為底稿，依該系101 學年度第2 學期第1 次系教評會審議該專任教師聘任案之決議，在該「擬聘建議表」上「順位」欄填入排列姚淑芬順位第一、張婷婷順位第二、張夢珍順位第三之優先順序內容，並在該建議表內填載「擬聘職稱」、「擬聘原因」、「擬任課程」等欄位內容後，再由上訴人在該擬聘建議表之「單位主管簽章」欄簽名等情（見原判決第2 頁第13 至22行）。依原判決前揭事實之記載，似認定該「擬聘建議表」係由該校舞蹈學系行政助理曾伊莉製作完畢後，送交上訴人在該表（學經歷及品德素行查核情形欄內）之「單位主

管簽章」項下簽名，而非由上訴人所親自製作，惟其事實欄卻在上述記載後緊接記載：「而於其（指上訴人）從事該專任教師聘任案之評審職務上『製作』該擬聘建議表公文書後，由曾伊莉將該『擬聘建議表』連同該系系教評會會議紀錄及姚淑芬、張婷婷、張夢珍之個人資料送交該院秘書蘇麗君據以辦理院教評會之複審程序」云云（見原判決第2 頁第22 至27行）；並於理由內說明：「查『擬聘建議表』乃係上訴人於從事公立大學教師聘任評審之公權力作用之職務上所製作之文書，其文書內容具有公權力性質」云云（見原判決第9 頁倒數第8 至6 行）。則原判決事實欄一方面認定上述「擬聘建議表」係該校舞蹈學系行政助理曾伊莉所填載製作，另方面卻又認定上述「擬聘建議表」係上訴人本於其從事該校舞蹈系專任教師評審職務上所製作，並於理由內為如上相同之說明，難謂無事實與事實，及事實與理由矛盾之違誤。究竟上述「擬聘建議表」，係時任該校舞蹈系行政助理曾伊莉基於其本身職務所製作之公文書，或時任該校舞蹈系系主任之上訴人職務上所製作之公文書？曾伊莉當時製作上述「擬聘建議表」，究係基於其為舞蹈系行政助理職務上之獨立權責而為？抑僅係襄助上訴人執行該系行政事務之工具角色，為上訴人執行該系行政事務手足之延伸？抑或與上訴人就同一行政流程分別為前後之擔當者，並同為有製作權之人？臺藝大表演藝術學院舞蹈系對於該系系主任與行政助理之職務權責劃分，暨該系專任教師擬聘審議作業行政事務程序之分層負責明細規範詳情為何？以上疑點攸關上述「擬聘建議表」究竟是否為上訴人職務上所掌之公文書，暨上訴人對於該建議表上相關欄位在送交上訴人（即舞蹈系系主任，單位主管）簽核前所應填載之內容是否具有製作權之認定，影響於上訴人本件刑責之論斷，事實未臻明瞭，猶有進一步詳加究明釐清之必要。原審對上述疑點未詳加調查釐清明白，遽行判決，亦嫌調查未盡。

- (二)、刑法第213 條公務員登載不實公文書罪，係指公務員對其有權登載或更改之公文書，故意為不實內容之登載或更改而言。而同法第211 條之變造公文書罪，則係指對於無權更改之公文書，故意為不實內容之更改而言。二者區別之重點，在於行為人是否有權更改該公文書之內容。若該公文書已經依

法製作完成，並經相關單位會簽完畢或已呈由上級決行人員核閱批示，縱為原製作公文書之人，若其已無權更改其內容，而其擅加更改，足以生損害於公眾或他人者，即應構成同法第211 條之變造公文書罪，而無成立同法第213 條公務員登載不實公文書罪之餘地。

- (1)、本件依原判決事實之認定，即臺藝大舞蹈系行政助理曾伊莉依據該系系教評會審議本件專任教師聘任案之決議，在「擬聘建議表」上「順位」欄填入排列姚淑芬順位第一、張婷婷順位第二、張夢珍順位第三之擬聘優先順位內容，並填載該建議表其他相關欄位內容後，送由上訴人在該建議表內（學經歷及品德素行查核情形欄）之「單位主管簽章」項下簽名後，再將該「擬聘建議表」連同相關系教評會會議紀錄及擬聘教師候選人個人資料送交該校表演藝術學院秘書蘇麗君據以辦理院教評會之複審程序。該學院即於102 年3 月11日召開院教評會，由該學院院長蔡永文擔任主席，與該學院教評會委員吳素芬、林秀貞、林昱廷等人共同開會複審該專任教師聘任案後，亦決議按照系教評會審議之結果，即前述「擬聘建議表」原先所排列之優先順位（姚淑芬第一、張婷婷第二、張夢珍第三）建議擬聘，由該學院院長蔡永文於同年月15日在該「擬聘建議表」內「學院院長簽章欄」內簽具「經本院101 學年度第6 次院評會議通過」之意見，並加蓋院長蔡永文之職章，再由該學院（秘書蘇麗君）將該業經院教評會審議通過之上述「擬聘建議表」及院教評會會議紀錄等相關資料，層送該校教務處組長陳怡如於同日、副校長兼教務處教務長楊清田、人事室秘書黃珠玲及人事室主任曾朝煥於同年月18日，分別在該「擬聘建議表」上相關欄位內會簽後，於同日送交該校校長謝顯丞核閱。上訴人與謝顯丞均明知依該校「專任教師聘任辦法」規定，該校各級教評會就教師聘任案之審議及上開「擬聘建議表」之製作，均必須對建議擬聘教師排列優先順序，且明知前揭系教評會及院教評會審議結果先後作成排列順位為「姚淑芬第一、張婷婷第二、張夢珍第三」之決議，詎其2 人為使該「擬聘建議表」呈現為未有建議擬聘優先順位之不實內容，以使校長謝顯丞可以不違反該校系、院教評會先後審議通過之擬聘建議優先順位，而逕行勾選排列優先順序第二之張婷婷，使其獲聘擔任該系

專任教師之目的，竟基於共同犯意聯絡，由謝顯丞指示上訴人將該「擬聘建議表」上「順位」欄修改為「面試序號」欄，且在其旁簽署上訴人之姓氏「吳」字，並在其先前已簽名之「單位主管簽章」欄旁，再行添註「本系沒有依順位排序，敬請鈞長勾選」之不實內容文字，足以生損害於姚淑芬及該校教師聘任之正確性、妥適性，暨該校相關簽註人員責任之釐清等情，而論上訴人以刑法第213條之公務員登載不實公文書罪（原判決另就其行使上開登載不實擬聘建議表部分論以行使公務員登載不實公文書罪）。並於理由內說明：「雖上訴人修改註記內容之時間點係在該學院院長、教務處、人事室等單位會簽之後，惟參諸該『擬聘建議表』之會簽順序及簽章、核示相關欄位所示，以及一般行政公文簽核流程，該『擬聘建議表』之提出單位係舞蹈學系，上訴人為提出之單位主管，『擬聘建議表』提出後，教務處、人事室為會簽單位，學院院長則應於左下方『學院院長簽章』欄位簽章及加註意見，最後由校長在右下方『校長核示』欄位為決行之意見核示。而依照公文簽核流程，會簽單位可於會簽時加註意見，最後決行之主管如對於簽辦公文之內容或會簽意見有所疑義或認為不妥、不甚明瞭時，可加註意見退回原簽辦單位或會簽單位，或請原簽辦單位或會簽單位前來說明，而公文原簽辦單位或會簽單位雖前業已完成簽辦或會簽意見，惟於決行主管退回公文或要求再為說明時，此時該簽辦單位或會辦單位就該單位原已表示之意見再予說明或補充、變更，應仍屬於該簽辦單位或會辦單位有權登載之範疇。本件『擬聘建議表』係在校長謝顯丞決行核示之前，召集上訴人前來說明討論，其2人共同商議，由謝顯丞指示上訴人修改『擬聘建議表』上有關該系應填載之欄位及內容，是上訴人所為之修改及填載，應屬於其有權修改填載之範圍，縱使上訴人所為之修改及填載之內容不實，其所為仍與刑法第211條之變造公文書之構成要件有別」云云（見原判決第38頁倒數第8行至第39頁第13行）。

- (2)、惟公務員簽辦公文並已送請其他相關單位會簽意見呈核後，負責決行之主管如對於該公務員所簽辦公文之內容有所疑義或認為不妥時，固可加註意見退回原簽辦單位，或請原簽辦單位前來說明；而公文原簽辦單位若於決行主管退回公文或

要求說明或更正時，此時該簽辦公務員就該單位原先簽辦之公文內容倘有所補充或變更，若該公文有會簽其他單位之必要，仍應將補充或變更後之公文重新會簽其他單位簽注意見後再呈主管核閱決行，不得將原先簽辦之公文內容補充或變更後，未經其他相關單位重新會簽，即進行其他公文流程或逕交由主管核閱決行，此舉無異架空其他會簽單位之意見，而逸脫其他會辦單位對該公文之會簽職權。蓋會簽單位原先在該公文上所簽註之意見（或未表示意見），係依據簽辦單位原先簽擬公文之內容而決定，若簽辦單位在其他相關單位會簽完畢後，始補充或變更其原先簽辦公文之重要內容，復未再送請其他會簽單位重新會簽，即進行其他流程或逕送主管決行，則其他會簽單位原先在該公文上所簽註意見（或未表示意見），已因簽辦公文內容事後變更或補充而失卻正確之依據，故此項事後變更重要內容之簽辦公文，與未經其他單位會簽無異，自須再重新送其他單位會簽，否則不僅與公文會簽之旨意有違，且影響原先在該公文上會簽人員責任之釐清。因此，原先簽辦單位自不得於經其他單位會簽完畢後，擅自變更原先簽辦公文之重要內容後進行其他公文流程或逕送主管決行。本件依原判決事實之認定，上述「擬聘建議表」內容（包括順位欄內所載擬聘建議優先順位，即姚淑芬第一、張婷婷第二、張夢珍第三）係曾伊莉依據舞蹈系系教評會之決議所製作，送由上訴人在該建議表內之「單位主管簽章」項下簽名（當時其簽名位置後方為空白，並無任何加註事項）後，再將該「擬聘建議表」連同相關資料送交該校表演藝術學院秘書蘇麗君據以辦理院教評會複審程序。該學院院長蔡永文旋即召開院教評會，與該學院教評會委員共同複審該專任教師聘任案後，亦決議按照系教評會審議之結果，即前述「擬聘建議表」原先所排列之前述優先順位建議擬聘，由院長蔡永文於該「擬聘建議表」內「學院院長簽章欄」內簽具「經本院101 學年度第6 次院評會議通過」之意見，並加蓋其職章，再由該學院（秘書蘇麗君）將上述「擬聘建議表」及院教評會會議紀錄等相關資料，層送該校教務處組長陳怡如、副校長兼教務處教務長楊清田、人事室秘書黃珠玲及人事室主任曾朝煥，分別依序在該「擬聘建議表」上相關欄位內會簽後，再送交該校校長謝顯丞核閱等情。倘若

無訛，則上述「擬聘建議表」中關於順位欄內所載擬聘建議順位之內容（即姚淑芬第一、張婷婷第二、張夢珍第三），以及該建議表內「單位主管簽章」項下上訴人簽名位置後方為空白而無任何加註事項之情況，均為前述表演藝術學院教評會主席與全體委員開會審議之基礎資料，以及院長蔡永文在該「擬聘建議表」上「學院院長簽章欄」內簽具意見之依據，亦為其他會簽人員即該校教務處組長陳怡如、副校長兼教務處教務長楊清田、人事室秘書黃珠玲及人事室主任曾朝煥，分別在該「擬聘建議表」上相關欄位內會簽意見之重要根據。若上訴人於系教評會審議後，尚未送院教評會複審及其他相關行政單位會簽之前，即將上述「擬聘建議表」上「順位」欄更改為「面試序號」，並在其先前已簽名之「單位主管簽章」欄旁，補行註記「本系沒有依順位排序，敬請鈞長勾選」之不實內容，則該院教評會複審審議結果是否仍屬相同，以及院長蔡永文及前述其他相關行政單位人員是否仍會在本件「擬聘建議表」相關會簽欄內為如前述相同之會簽意見，暨是否會影響嗣後該校校教評會審議結果，均非無疑。且上訴人於該校「院教評會」審議本件教師聘任案完畢，暨前述其他相關行政單位在該「擬聘建議表」上會簽完成後，始擅自將該建議表上「順位」欄更改為「面試序號」，並在其先前已簽名之「單位主管簽章」欄旁再行註記「本系沒有依順位排序，敬請鈞長勾選」之不實內容，而未再簽請准許依其變更內容後之「擬聘建議表」重新召開該校「院教評會」審議，並將變更內容後之「擬聘建議表」及重新召開之院教評會審議結果送請其他相關行政單位重新會簽，即進行其他流程（如送該校校教評會審議及該校校長核決），則該校院教評會之複審審議結果及其他會簽單位原先在該「擬聘建議表」上所簽注意見，已因上述「擬聘建議表」重要內容變更而失所依據，該變更後之「擬聘建議表」實與未經該校院教評會審議及其他行政單位會簽無異，不僅有違該「擬聘建議表」送請其他單位會簽之本旨，抑且影響該校院教評會參與該教師擬聘案審議之主席、委員，以及其他在該「擬聘建議表」上會簽意見人員責任之釐清，應屬無權變更。參諸原判決理由內亦說明：上訴人更改註記之「擬聘建議表」與該次系教評會、院教評會審議通過之決議不符等旨，並引用

①、證人蔡永文於偵查及第一審證稱：「擬聘建議表」上「順位」欄就是「優先順序」，也是院教評會決議後要提交校教評會的優先順序，我第1次看到「擬聘建議表」時，其上沒有這些更改註記，我才會蓋章，並由表演藝術學院將「擬聘建議表」連同院教評會會議紀錄提報校方，若我當初看到「擬聘建議表」時，其上有這些更改註記，因這些更改註記與院教評會決議有排列優先順序不符，違反院教評會決議，且對表演藝術學院造成傷害，也與規定必須排列優先順序不合，我絕對不會蓋章送出，這些更改註記是在表演藝術學院將這張「擬聘建議表」送出後所為等語（見偵二卷第285至291頁、第一審卷二第119至121頁、第125頁）。②、證人林昱廷於偵訊時證稱：「擬聘建議表」上「順位」欄就是「優先順序」，「擬聘建議表」有列出「順位」，不能更改這個「順位」，其上記載的內容，也不能違反院教評會決議，「擬聘建議表」上這些更改註記與系教評會及院教評會的決議都有排序有違，若舞蹈系將「擬聘建議表」送交蔡永文時，其上有這些更改註記，蔡永文絕對不會核章，否則蔡永文要負責等語（見偵三卷第23至26頁）。③、證人黃珠玲於偵查中證稱：我會簽「擬聘建議表」時，因綜合其上有排序「順位1、2、3」及舞蹈系系教評會會議紀錄記載「依成績順位前3名」，可知舞蹈系系教評會有排序姚淑芬順位第一、張婷婷順位第二、張夢珍順位第三，且院教評會也有排序，我才會會簽蓋章，若當初送給我會簽時，就寫成舞蹈系「沒有排序」，我會退件請舞蹈系重新處理，始符合規定，我已核章後，上訴人才改寫成舞蹈系「沒有排序」，等我發現時，校長已核章，我也無法再退件等語（見偵一卷第423頁、第426頁）。④、證人曾朝煥於偵訊時證稱：我在「擬聘建議表」上會簽蓋章前，有核閱「擬聘建議表」所附系教評會及院教評會會議紀錄，確認系教評會及院教評會都有排序後，才核章並寫下日期「0318」等語（見偵二卷第199至202頁），據以說明該校表演藝術學院院長蔡永文及其他在該「擬聘建議表」上會簽人員係依權責審核該次系教評會及院教評會就該專任教師聘任案之評審決議及「擬聘建議表」原記載之內容均符合該校「專任教師聘任辦法」對擬聘教師應排列優先順序之規定後，始予以會簽核章等旨（見原判決

第33頁第19行至第34頁倒數第3行），並說明：上訴人於該「擬聘建議表」修改登載前開不實內容之時，證人蔡永文已在「擬聘建議表」上簽註核章及教務處、人事室等相關人員已在該「擬聘建議表」上依序會簽，其上已有蔡永文作成確定而登載對該3名擬聘教師有排列優先順序之既有內容，上訴人事後修改為不實內容之「擬聘建議表」，顯足以影響在該「擬聘建議表」上相關簽註人員責任之釐清，此由證人蔡永文、黃珠玲迭次強調倘當初在「擬聘建議表」上核章時，其上已有上訴人所為之更改註記，絕不會核章，甚至會退回該系之情自明云云（見原判決第41頁第7至15行）。可見原判決亦認為上訴人於該校院教評會複審完畢，暨前述其他行政單位在該「擬聘建議表」上會簽完成後，始擅自將該建議表上「順位」欄更改為「面試序號」，並在「單位主管簽章」欄旁再行為前揭不實之註記，顯足以影響在該「擬聘建議表」上相關簽註人員責任之釐清；且蔡永文、黃珠玲等人當初在上述「擬聘建議表」會簽時，若發現其上已有上訴人所為之更改註記，其等絕不會在其上核章，甚至會將該「擬聘建議表」退回舞蹈系。可見本件上訴人在該校院教評會複審完畢，暨前述其他行政單位在該「擬聘建議表」上會簽完成以後，應無權擅自將該建議表上「順位」欄更改為「面試序號」欄，並在「單位主管簽章」欄旁再行為前揭不實之註記。原判決認為上訴人於該「擬聘建議表」上修改註記時，仍有該部分文書之製作（修改）權限，因而撤銷第一審判決，改論上訴人以刑法第216條、第213條之行使公務員登載不實公文書罪，依上述說明，其法律見解容有商榷餘地。

- (三)、證據雖已調查，若仍有重要疑竇未予調查釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。原判決認定本件臺藝大舞蹈系專任教師聘任案經該校表演藝術學院教評會按照該系教評會初審決議（即前述「擬聘建議表」原先所排列之優先順位）通過後，分別由該學院院長蔡永文及其他相關單位人員分別在該「擬聘建議表」上相關欄位內會簽後，送交該校校長謝顯丞核閱。上訴人與謝顯丞均明知依該校「專任教師聘任辦法」規定，該校各級教評會就教師聘任案之審議及該「擬聘建議表」之製作，均必須對擬聘教師排列優先順序

，且明知前揭系教評會及院教評會審議結果先後作成擬聘優先順位為「姚淑芬第一、張婷婷第二、張夢珍第三」之決議，其2人為使該「擬聘建議表」呈現為未有建議擬聘優先順位之不實內容，以使校長謝顯丞可以不違反該校系、院教評會先後審議通過之建議擬聘優先順位，而逕行勾選原先列為建議擬聘優先順序第二之張婷婷，使其獲聘擔任該系專任教師之目的，竟基於共同犯意聯絡，由謝顯丞指示上訴人將該「擬聘建議表」上「順位」欄修改為「面試序號」欄，且在其旁簽上訴人之姓氏「吳」字，並在上訴人先前已簽名之「單位主管簽章」欄旁，再行添註「本系沒有依順位排序，敬請鈞長勾選」之不實內容等情，而論以共同正犯。依原判決上開認定，上訴人與謝顯丞共同謀議本件犯罪之時點，亦即謝顯丞指示上訴人為本件犯行之時間，係在本件專任教師聘任案經該校系教評會及院教評會先後審議完畢，並經該學院院長及其他相關單位人員分別在該「擬聘建議表」會簽完成送交校長謝顯丞核閱之後（即102年3月18日）。惟依原判決理由之記載，上訴人之選任辯護人在原審為上訴人辯稱：上訴人在該校院教評會開會時，已明確向在場院教評會委員報告系教評會未排列優先順序之事，上訴人僅係應謝顯丞要求如實記載系教評會未排列優先順序之狀況，才在「擬聘建議表」上更改註記，其中上訴人註記「本系沒有依順位排序，敬請鈞長勾選」部分，與系教評會未排列優先順序之結論相符，並無不實云云（見原判決第6頁倒數第9至2行）。且原判決所引用之證人林秀貞、朱美玲、楊桂娟、曾照薰亦均證稱：在系教評會審議本件專任教師聘任案時，上訴人即提議不予排序優先順位，然遭其他系教評會委員反對，且未得全體系教評會委員一致共識等語（見原判決第22頁倒數第6行以下）。倘若上訴人及前揭證人上開所述俱屬可信，則上訴人似於本件教師聘任案於系教評會審議時，亦即在本件教師聘任案送請院教評會審議之前，即有不按照上述3位候選人甄試成績排列優先順位之意思與表示，似非在該校校長謝顯丞召集其前來校長辦公室會商時，經謝顯丞授意始萌生上開不按甄試成績排列優先順位之意圖。再參諸謝顯丞於偵查中證稱：本件「擬聘建議表」由人事室送給我時，當時我誤以為這件人事案已經由校教評會審議通過，才找上訴人到

辦公室來瞭解舞蹈系的排序及3位教師狀況暨舞蹈系發展情形。我問上訴人舞蹈系的順位，上訴人告訴我因3個教師都很優秀，故舞蹈系系教評會決定不排優先順序，交由校方決定，我就問上訴人「擬聘建議表」上為何會記載「順位」，上訴人回答其上「順位」是「面試序號」，因「擬聘建議表」是制式表格，無法改變，故她才沒更動。我就對上訴人說「擬聘建議表」還是應完整呈現優先順序，我才比較好判斷。但上訴人堅持因這3人都很優秀，舞蹈系不知道如何抉擇，才沒有排序。我就請上訴人去找（表演藝術學院）院長報告這個情形，詢問院長該如何處理。上訴人找完院長後回到辦公室，稱院長表示已經召開院教評會，無法再處理，然後我建議上訴人依照事實據實填載「擬聘建議表」，上訴人就當場將「擬聘建議表」上「順位」欄劃掉改成「面試序號」欄且簽其姓「吳」字，及註記「本系沒有依順位排序，敬請鈞長勾選」等文字，當時我還請上訴人分析這3位（候選教師）之背景及條件，並說明舞蹈系系教評會委員的看法及舞蹈系需求，上訴人說明完後就離開，接著我就在「擬聘建議表」上批示後送出等語（見偵二卷第46至47頁）。嗣於第一審亦作大致相同之證述，並陳稱：伊請上訴人逐一說明這3位（候選）教師狀況與舞蹈系發展需求，上訴人對我強調因舞蹈系系教評會認為這3個教師都非常優秀，很難抉擇，故決定不排優先順位，交由校方決定，我向上訴人確認「擬聘建議表」上所寫「順位」，確定是指「面試序號」後，認為若「擬聘建議表」寫的不是事實，伊無法批示，因此建議上訴人依照事實製作「擬聘建議表」，上訴人斟酌後就將「擬聘建議表」上「順位」欄劃掉，改成「面試序號」欄及簽「吳」字，並註記「本系沒有依順位排序，敬請鈞長勾選」等文字，我才在「擬聘建議表」上批示「經諮詢吳主任（即上訴人）三位面試者均很優秀，惟必需（參酌）該系講師比例問題，因此此次聘以張婷婷助理教授為第一人選。顯丞0318」等旨後送出，但人事室向我報告這件聘任案尚未經校教評會審議，我才驚覺自己搞錯，當下用立可白塗掉原先的批示，改批示「提校教評審議」等語（見第一審卷一第193至206頁）。若證人謝顯丞上開證述可信，則其是否受上訴人向其謊稱該系並未依候選教師甄試成績優先順位排序等語之矇

蔽，而誤信該校舞蹈系系教評會並未按3 位候選教師甄試成績排列優先順位，因而建議上訴人應據實修改上開「擬聘建議表」上之順位欄之記載，並在修改處加簽其姓氏「吳」字，以及在該建議表「單位主管簽章」後端添註「本系沒有依順位排序，敬請鈞長勾選」等文字，以示此部分修改及添註之文字應由上訴人自行負責？即非全無研酌餘地？究竟此部分實情如何？謝顯丞前揭證述（即其與上訴人商談之內容及過程）是否可信？上訴人是否因原先即有意使依甄試成績排列第二順位之張婷婷獲得謝顯丞優先圈選，而故意向謝顯丞為前揭不實之說明？又若謝顯丞係與上訴人共同謀議變更上述「擬聘建議表」之內容，何以又要求上訴人必須於該建議表「順位欄」修改處加註其姓氏「吳」字，以示其自行承擔修改之責任？其緣由何在？實情如何？以上疑點，與上訴人是否與謝顯丞共犯本件犯行攸關，猶有一併加以調查釐清之必要。原審對於上述疑點未一併加以釐清說明，遽認上訴人與謝顯丞就本件犯行成立共同正犯，亦有調查未盡及理由欠備之違誤。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決前開違誤涉及事實之認定，本院無從據以自行判決，應認有撤銷原判決發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第401 條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 23 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官	郭	毓	洲
法官	沈	揚	仁
法官	林	靜	芬
法官	高	玉	舜
法官	蔡	憲	德

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 109 年 7 月 27 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 4377 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 23 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第4377號

上訴人 康泰佑（英文姓名：KHAN TAYAB，國籍：紐西蘭）

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年12月27日第二審判決（106年度上訴字第2800號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署105年度偵字第1611號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原審認定上訴人康泰佑有原判決事實欄所載之犯行，因而撤銷第一審之不當科刑判決，改判論處上訴人犯毒品危害防制條例第4條第2項之共同運輸第二級毒品罪刑（想像競合犯懲治走私條例第2條第1項私運管制物品進口罪），並宣告扣案物及毒品之沒收、銷燬。固非無見。

二、惟查：

毒品危害防制條例業於民國109年1月15日修正、公布，自同年7月15日生效、施行，修正前該條例第4條第2項規定：運輸第二級毒品者，處無期徒刑或7年以上有期徒刑，得併科新臺幣（下同）1千萬元以下罰金；修正後規定：運輸第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科1千5百萬元以下罰金。並增訂第17條第3項：「被告因供自己施用而犯第4條之運輸毒品罪，且情節輕微者，得減輕其刑。」此項增訂之立法理由敘載：本法對「運輸」毒品之行為均一律依據第4條加以處罰，對於行為人係「自行施用」之意圖而運輸毒品之行為，並無不同規範。然此種基於自行施用之目的而運輸毒品之行為，且情節輕微者，雖有問責之必要性，惟如一律依本法第4條論以運輸毒品之重罪，實屬法重情輕，且亦無足與真正長期、大量運輸毒品之犯行區別，是針對自行施用而運輸毒品之犯行，增訂本條第3項，以達罪刑均衡之目的。可知立法者係認基於自行施用之目的而運輸毒品之行為，且情節輕微者，雖有問責之必要性，但如一律依該條論以運輸毒品之重罪，無足與真正長期、大量運

輸毒品之犯行區別。

卷查上訴人於原審準備程序，已供稱：因有嚴重憂鬱症，本案查獲大麻係（純）供自己施用等語（見原審卷第80頁）。審酌上開立法理由之說明，本件是否符合修正後毒品危害防制條例第17條第3項之規定？又原判決雖於理由欄參、四敘載本案並無刑法第59條規定之適用，惟上開條例修正施行後，法院於個案中審酌是否依刑法第59條酌減其刑，有無影響？如何妥適適用？均非無再行審酌之餘地。原判決未及比較適用毒品危害防制條例之修正，即屬無可維持。

三、上訴意旨雖未指摘即此，惟上開違背法令情形，為本院得依職權調查之事項，影響於減刑事由事實之確定，本院無可據以為裁判，為維持審級利益，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 23 日
最高法院刑事第三庭

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

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 7 月 31 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 394 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 01 日

裁判案由：違反證券交易法

最高法院刑事判決

109年度台上字第394號

上訴人 劉炳輝

選任辯護人 陳一銘律師

呂月瑛律師

上列上訴人因違反證券交易法案件，不服臺灣高等法院中華民國108年11月20日第二審判決（108年度金上重訴字第16號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署105 年度偵字第8844、11714、20151號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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

二、上訴人劉炳輝上訴意旨略稱：

(一)新舊法比較部分

證券交易法（下稱證交法）第179條規定業於民國100年12月12日修正、101 年1月4日施行，原判決認定本案上訴人之犯罪行為，既係發生在99年間，則其行為後法律已有變更，原審對此未於判決理由中有所說明，自屬判決理由不備。

(二)廖美雲（被訴違反銀行法非法授信、特別加重背信等罪嫌，業經原審判決無罪確定）並非如原判決附表（下稱附表）一所示6筆土地（下合稱系爭土地）之實際購買人部分

1. 系爭土地均登記為許永壽（另經原審判處使公務員登載不實罪確定）及其子許英宗所有，各該所有權狀及印鑑章均由許永壽保管，且係許永壽自行繳納系爭土地的地價稅，而許永壽曾於100 年間前往中國進行換肝手術，倘系爭土地實際購買人為廖美雲，衡情應會將系爭土地移轉所有權登記、設定

擔保予廖美雲，或由廖美雲自行取回所有權狀等文件，廖美雲卻無任何作為，顯見許永壽始為系爭土地的實際購買人；況許永壽亦證稱：系爭土地為其所購買，僅因資金一時無法周轉而向廖美雲借貸等語。原審對於上開有利於上訴人之事證，並未敘明不採信之理由，逕認廖美雲為系爭土地的實際購買人，已違反論理法則及經驗法則，且有判決不備理由之違誤。

2. 原判決既認定許永壽為廖美雲購買系爭土地之人頭，又認許永壽為使廖美雲順利取得系爭土地所有權，而與時任板信資產管理股份有限公司（下稱板信資產公司）總經理趙建崇（另經原審判處使公務員登載不實罪確定）以虛偽贈與之方式，排除系爭土地其他共有人行使優先承買權，卻謂無證據憑認廖美雲與該2人就此有犯意聯絡，洵有判決理由矛盾之違法。
3. 系爭土地係許永壽為自己計算而購買，有證人許永州於原審之證述可憑，原審一方面援引許永州之證述為憑，又認該證述僅得證明許永壽擔任董事長之上勝建設企業有限公司（下稱上勝建設公司）於81年間成立初期之營運情形，所為認定與卷內事證不相適合，顯有證據上理由矛盾之違法。再者，上訴人就此曾於原審聲請傳訊許永壽，原審竟以許永壽具有土地專業，待證事實均為事後行為，無從推翻本案犯罪事實之認定為由未予准許，亦有證據調查職責未盡之違誤。
4. 原判決既認定許永壽為購買系爭土地而以支票支付之定金新臺幣（下同）100 萬元，實為廖美雲欲購買系爭土地所支付，卻又認定廖美雲匯予許永壽之1,798 萬元，金額恰與許永壽用以支付系爭土地價金之支票面額相當，則許永壽該100 萬元定金之支票既已兌現，倘該筆匯款為許永壽之借款，廖美雲豈須多匯101 萬元，因而不採上訴人關於該筆匯款為許永壽借款之辯解，即係認該定金100 萬元支票為許永壽自行支付，則其判決理由顯然矛盾。
5. 廖美雲已於原審提出證據說明許永壽清償借款之過程，原審就此均不採納，亦未說明，其判決顯不備理由；又許永壽向廖美雲所借之款項，為其購買系爭土地之定金及頭期款，是所清償之款項自包含上開款項之本金及據以計算之利息，此有證人陳素卿之證述可憑，原審就上開證據略而不論，逕以

匯款金額計算借款利息甚高為由，認定廖美雲所匯款項實係購買系爭土地的價款，有認定事實與卷內事證不符，判決理由矛盾及理由欠備之違法。

6. 板信資產公司業已將出售系爭土地所得價金，用以清償對於板信商業銀行股份有限公司（下稱板信銀行）之債務，有該公司覆函可憑，原審竟認板信資產公司實際上根本未依行政院金融管理委員會（下稱金管會）要求處理資產，即與卷內事證不相適合，亦有採證上之理由矛盾。

(三)廖美雲亦非系爭土地之實際貸款人部分

1. 以系爭土地持向板信銀行申請貸款（下稱系爭土地貸款），係採機動計息，且貸款利息有一直調升而無調降或維持原定利息之情形，倘如原審所認定上開貸款實際為廖美雲所借，何以廖美雲並未取得貸款優惠利息，反係被逐步調升貸款利息？自有詳查之必要，原審遽為不利上訴人之認定，有違論理法則及經驗法則，又未說明上訴人就此之辯解不予採納之理由，其判決亦屬理由欠備。
2. 許永壽父子於系爭土地貸款對保時，即應板信銀行人員要求預先於取款憑條上用印，以使該行人員得於貸款撥款時，直接將款項匯入板信資產公司帳戶內，以確保系爭土地交易完成，是系爭土地貸款根本非廖美雲所能掌控；至扣案陳素卿所製作之三輝建設股份有限公司（下稱三輝建設公司）資金札記，實為廖美雲於100年間受許永壽之託，代管該公司建案及代墊系爭土地貸款利息，而交由陳素卿協助處理時所製作，原判決就此有利於上訴人之證據，未說明不採之理由，遽以該資金札記內載之帳戶，均為三輝建設公司使用之人頭帳戶，而認定系爭土地貸款係匯至廖美雲掌控之帳戶，顯有判決理由不備之違法；原審又認系爭土地貸款係板信資產公司欲清償積欠板信銀行債務之款項，本即不會流入上訴人及廖美雲個人帳戶，顯見原審就板信銀行撥付系爭土地貸款1億6,160萬元之流向，前後論述不一，有判決理由矛盾之違法。
3. 上訴人既未參與許永壽向廖美雲以借款購買系爭土地之經過，對於系爭土地貸款細節亦不清楚，原審就證人何岳晉、李文琪、葉正隆、魏禮欽、吳俊彥之證述，並未具體指明其等所證何處出自臆測之詞，逕以其等證述憑信性仍有可疑為由

，而不予採信，自屬判決不備理由。

4. 許永壽於偵查中已交代系爭土地貸款因係短期借貸、期滿即須還款，故其再逐次向遠銀租賃公司及臺灣工銀租賃股份有限公司轉貸以清償借款等情，廖美雲亦已陳稱：伊係基於多年友情誼及確認許永壽有十足擔保，遂向上訴人請求一同擔任許永壽轉貸之連帶保證人等語，可見上訴人係被動擔任系爭土地嗣後轉貸之連帶保證人，原審未再調查其他證據，即遽行認定許永壽為廖美雲之人頭，且上訴人對此都知情，顯有判決理由不備及證據調查職責未盡之違誤。
5. 原審先採認廖美雲辯護人所稱：系爭土地貸款係因於102 年間房價飆漲，央行要求緊縮放款之「政策因素」，而不再續借等語為真；繼又認：板信銀行因接獲金管會通知，知悉廖美雲與許永壽資金關係匪淺而不再續借等情，其前後理由之敘述矛盾。

(四)關於原審認定板信銀行財報不實部分

1. 原判決認定系爭土地之「購地」交易未於板信銀行的財務報告揭露之犯罪事實，並未於起訴事實內載明，第一審對此部分亦漏未判決，原審卻併為判決，自有害於上訴人的審級利益；且原審於審理時未告知本案有證交法第179 條規定之適用，未予上訴人就此有辯論之機會，除有未受請求事項予以判決之違法外，其訴訟程序並已違法，亦顯然影響於判決結果。
2. 原判決認定系爭土地之購買及貸款，均屬關係人重大交易事項，上訴人故意隱匿不報，構成證交法之財報不實罪，然未於事實欄中詳載系爭土地之購買、貸款該當於「重大性」交易事項之構成要件相關事實；理由欄內又未逐一說明所憑證據，復未敘明究採「量性指標」或「質性指標」，或兼有之，洵有理由欠備之違誤。
3. 證交法第179 條係法人負責人參與違反證交法行為之規定，原審既未於判決事實欄中載明上訴人參與製作板信銀行98年度財務報告，並隱匿本案所涉關係人重大交易事項而違反同法第20條第2 項規定之主、客觀構成要件事實，且未敘明其得心證之理由，即遽行認定事實，顯屬速斷；原判決主文又僅記載上訴人為法人負責人犯證交法之罪，而非載明上訴人為法人之行為負責人犯證交法之罪，其主文與事實之記載，

亦不相適合。

4. 原判決固憑卷附財團法人金融聯合徵信中心查詢公司董監事及經理人名單，認定廖美雲係板信銀行董事，惟該名單僅係板信銀行106 年間之董監事名單，並非本案發生時即98、99 年間之董監事名單，原審未予詳查，逕認廖美雲為板信銀行之關係人，且本案屬於關係人交易事項等情，有認定事實與所引證據不相適合之判決理由矛盾及採證違法。
5. 依98年12月29日修正之「公開發行銀行財務報告編製準則」第16條第1款第5目規定，應收關係人款項達3 億元或公開發行銀行實收資本額百分之十以上，始為財務報告應揭露事項，原審漏未審酌本案並未符合上開應揭露事項之規定，逕以該準則第17條關於公開發行銀行實質關係人判斷規定之內容，認定本案為應揭露之關係人交易，顯有判決理由欠備、矛盾之違法。
6. 原判決事實欄中僅認定許永壽與趙建崇共謀將系爭土地之部分土地辦理假贈與，並未認定上訴人或廖美雲對此知情；卻於理由內以上訴人明知系爭土地買賣契約書中並未包含該假贈與之3 筆土地，說明上訴人故意隱匿此情而未於板信銀行財務報告中揭露，洵有違誤。
7. 證交法第171 條第1項第1款之規範目的，包含保護不特定投資大眾之財產法益，解釋上即應以行為人主觀具有造成不特定投資人財產實害之故意為必要，原審並未認定上訴人有此犯意，卻論以該條之罪，自屬錯誤。
8. 縱認板信銀行確有未將關係人交易之重大事項揭露於財務報告之事實，然依其情節應為「公開發行銀行財務報告編製準則」第5條，或證交法第14條第3項後段規定之情形，僅應由公開發行銀行之主管機關通知調整更正財務報告，或依證交法第178 條第1項第2款規定處以行政罰鍰，原審未適用上開規定，且未說明本案不適用上開規定之理由，有判決理由不備之違法云云。

三、惟查：

- (一) 原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權行使及推理作用，認定上訴人確有其事實欄一、(二)、(三)所載：上訴人為有價證券發行人板信銀行之負責人，板信銀行依證交法第20條第2 項規定，申報、公告之財務報告及財務業

務文件，其內容不得有虛偽或隱匿之情事，又廖美雲為板信銀行董事，屬關係人，許永壽、許英宗在該銀行之帳戶實為廖美雲所掌握，系爭土地於98年間之購買及貸款皆係廖美雲利用許永壽、許英宗的名義所為，均屬板信銀行與其關係人之重大交易，應揭露於該銀行相關財務報告之附註，然板信銀行卻於99年間編製「板信商業銀行股份有限公司及其子公司合併財務報表（98年及97年12月31日）」、「板信商業銀行股份有限公司財務報告（98年及97年12月31日）」時（會計師查核報告日期為99年3月15日），無故隱匿上開2項關係人重大交易，致使該等財務報告發生不實之結果，嗣並公告及持向主管機關申報之犯行，因而撤銷第一審關於上訴人部分之科刑判決，改判仍論處上訴人法人負責人犯證交法第171條第1項第1款之申報公告不實罪刑，已詳細說明其採證認事的理由。所為論斷，亦俱有卷證資料可資覆按。

(二)證據之取捨及證據證明力如何，均屬事實審法院本於確信得裁量、判斷之職權，此乃我國刑事訴訟法第155條第1項之規定，係將證據證明力之判斷，委諸法官評價，法官必需綜合當事人所提出之各項證據方法，在嚴格證明法則之下，定其取捨而形成心證。惟其各項證據方法有得共同推論同一事實者，亦有相互排斥呈現不同事實狀況者，法官即應以綜合歸納或推理演繹之方法，判斷其證明力之高低，尤應先觀察其證據類型，是否具有客觀性（作成時未受意志決定）、穩定性（不隨外在環境變易）、明白性（無待推論直接證明）等優勢，擇為最接近事實之證據，始得調合於證據法則。苟其此項裁量、判斷，確不悖乎通常一般之人日常生活經驗之定則或論理法則，又於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其為違法，據為提起第三審上訴之合法理由。再者，對於被告有利之證據不採納者，應在判決內說明其理由，刑事訴訟法第310條第1項固有明文，惟法院並非任憑被告主張，均需逐一指駁，並說明其不採納的理由，始得謂已盡此一說理義務，鑑於歧異事實無從併立，倘法官對於資為認定被告犯罪事實之證據，已經說明其採擇之理由，並已達於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，縱未於判決理由內說明捨棄其他不相容證據之理由，仍屬法院取捨證據法理上之當然結果，因該不相容之證據，

顯然於判決本旨不生影響，仍與判決不備理由之違法情形尚有未合。

原判決係依憑上訴人、廖美雲、許永壽、許英宗、李連生、陳素卿、房瑞琪、洪村山、李文琪、葉正隆、魏禮欽等人之供述證據，及卷附銀行交易往來紀錄、系爭土地謄本、核貸相關文件，暨扣案系爭土地共有人名冊、筆記本、資金札記、財務紀錄、上勝建設公司及其負責人之大小印章等優勢證據，認定上訴人確有前揭犯行，已載敘其判斷之憑據，並就上訴人否認犯罪之辯解，逐一指駁、說明：

1. 系爭土地之買賣定金及頭期款支票，均係上訴人之妻廖美雲即三輝建設公司負責人，以自己及上訴人之資金，指示員工陳素卿匯款存入，並輾轉透過洪村山之人頭帳戶匯款，提供板信資產公司提示兌領；其中陳素卿於99年5月12日匯至許永壽支票存款帳戶之1,798萬元，恰與許永壽用以支付系爭土地之定金及頭期款之2紙支票金額（合計1,797萬3,000元）相當，惟該定金100萬元之支票早已兌現，若係借款，何以多匯？而該支付頭期款之面額1,697萬3,000元支票，發票日為99年1月31日，板信資產公司竟遲於99年5月12日始予提示兌領，佐以前述購地款之資金來源確係廖美雲及上訴人，暨證人陳素卿、房瑞琪、洪村山之證述，應係廖美雲授意遲延付款，堪認系爭土地之實際買受人為廖美雲。
2. 許永壽於偵查中雖先稱：上開1,798萬元係伊向廖美雲之借款，且已歸還，然卻表示不記得何時歸還，嗣又改稱並未歸還各云云，前後不一，而許永壽係於100年12月14日將2,100萬元匯款至其陽信銀行中和分行帳戶，再於同日轉匯至洪村山的安泰銀行板橋分行帳戶，復依次轉帳至廖美雲的安泰銀行農安分行帳戶、陽信銀行板橋分行帳戶，若許永壽係為還款，何不直接匯款予廖美雲，反而先匯至其本人之帳戶？且該2,100萬元與前開1,798萬元之匯款金額不符，辯護人雖指其中差額300萬元係借款利息，然與廖美雲於第一審證稱：並未向伊收取利息之語不符，可見辯護人所辯：該2,100萬元係許永壽清償對廖美雲之「借款」云云，不足採信。
3. 陳素卿於偵查中證稱：許永壽上開板信銀行貸款之本金及利息，均係由三輝建設公司以現金支出，廖美雲及許永壽有交代我不要引人注意，許永壽、許英宗並未歸還前揭三輝建設

公司支付之貸款本息等語；廖美雲亦坦認由其支付上開貸款本息，僅辯稱：此係對許永壽之借款云云。惟依卷內三輝建設公司財務紀錄，其上載有本案貸款；而許永壽及上勝建設公司之財務紀錄，卻皆無此項記載。足認本案貸款並非許永壽或上勝建設公司之開發需求，應係廖美雲以許永壽名義而為。

4. 綜合證人即板信銀行員工李文琪、葉正隆、魏禮欽之證詞，本案核貸時程僅有1天，放款比例高達9成，佐以廖美雲於本案購地開發貸款過程涉入甚深，可認係上訴人利用其為板信銀行董事長職位，影響下屬加速核貸時間，其就此情自不能諉為不知，而前開相關員工證述渠等並未接獲上訴人關說之證詞，亦皆不足採。
5. 嗣後許永壽復將上開貸款餘額，依次轉貸至遠銀租賃公司、臺灣工銀租賃股份有限公司，該轉貸過程均係由陳素卿處理，且由廖美雲及上訴人為連帶保證人，而許永壽於偵查中對此轉貸之流向、數額、匯款過程，竟稱忘記了、無法解釋等語，亦可認系爭土地貸款實係廖美雲所借，且為上訴人明知，否則何需2次提供鉅款融資予許永壽，並擔任連帶保證人。
6. 上訴人與廖美雲之住處經調查人員實施搜索後，經扣得如附表一編號2、3所示土地之名冊1紙，其上載有：「三輝有優先承買權，也不怕給別人買」之印刷文字，及許永壽手寫「用訴訟以『分割共有物』主張以價金分割即判決確定後公開拍賣，我再去投標」等文字，益可證系爭土地實係廖美雲即三輝建設公司負責人所購買；此外，復扣得男用公事包1個，內有上訴人使用的筆記本（封面為地政士手札）、上勝建設公司的大章及許永壽、許英宗的小章等物，而該筆記本上99年4月18日處記載「延吉段轉貸」等文字，亦可證上訴人對系爭土地之開發利用有一定之了解；再前述扣得之許英宗小章及上勝建設公司大章各1個、上勝建設公司大小章4個，數量甚多，雖上訴人辯稱：許永壽係將其事業託付予廖美雲云云，惟並未能合理說明，且繳納貸款本息亦無需使用上開印章，堪認各該印章皆係廖美雲所使用之物。
7. 許永壽申貸當時所提出之買賣契約書，並未包括如附表編號2、3、6「贈與契約」欄內所示之3筆系爭土地，惟上訴人於

主持板信銀行常務董事會議中卻仍照單全收，決議核貸，顯然係故意放水，且其核貸金額1億6,160萬元，亦恰與許永壽購地需用額度相當，益證上訴人對廖美雲利用許永壽名義購買系爭土地及持以申請貸款的計劃知之甚詳。

8. 許永壽既為系爭土地之形式上登記名義人，由其親自出面處理上開各項所須手續及繳納稅賦，本屬事理之常，許永壽復有處理土地事務之專長，憑此仍不足認許永壽即為系爭土地之實質所有權人，而非廖美雲購地、貸款之人頭；況本案自105 年間起即為法務部調查局所偵辦，則許永壽之後再以自己名義為系爭土地之開發及利用，實因犯行曝露後，企圖掩飾之舉，抑或可能原為廖美雲於購地時即受委託，自不得以此事後行為遽認其為系爭土地真正所有人。又本案貸款係板信資產公司欲清償積欠板信銀行的債務，本即不會流入「劉炳輝」、「廖美雲」的個人帳戶，上訴人關於此部分之各項辯解均不足資為有利於己之認定，因而認定廖美雲確為系爭土地之實際購買人及貸款人，本件確屬板信銀行與其關係人之交易，且此情為上訴人所明知等旨。

以上諸情，乃原審於踐行證據調查程序後，本諸合理性裁量而為之證據評價判斷，經核並未違反客觀存在的經驗法則、論理法則或其他證據法則，縱未贅為其他無益之調查或說明，仍於判決本旨顯無影響，上訴意旨(二)、(三)關於此部分，仍持憑己見，純為事實上之爭辯，任意指摘原判決調查未盡、理由欠備、矛盾、採證違法云云，均非適法的第三審上訴理由。

- 四、原判決並載敘：證交法第20條第2 項規定所稱「不得有虛偽或隱匿情事」，係指某項資訊的表達或隱匿，對於一般理性投資人的投資決定，具有重要的影響者而言；參諸同法第20條之1 規定，暨依目的性解釋、體系解釋，及比較法之觀點，應以具備「重大性」為限，亦即應以相關資訊之主要內容或重大事項之虛偽或隱匿，足以生損害於（理性）投資人為限。而此「重大性」原則之判斷標準，除依法規命令所定明之「量性指標」外，尚應參考美國證券交易委員會發布之「第99號幕僚會計公告」所列舉之不實陳述是否掩飾收益或其他趨勢、使損失變成收益（或收益變成損失）、影響發行人遵守法令之規範、貸款契約或其他契約上之要求、增加管理

階層的薪酬、涉及隱藏不法交易等因素，而演繹出之「質性指標」；而此「質性指標」，並非單純以關係人間之「交易金額」若干為斷，尚包括公司經營階層是否有「舞弊」、「不法行為」的主觀犯意，或該內容是否足以「掩飾營收趨勢」、「影響履約或償債能力」及「影響法律遵循」等各項「質性因子」，加以綜合研判，只要符合其中之一，即屬重大而應揭露，並不需要兩者兼具，俾發揮「質性指標」補漏網的功能，避免行為人利用「量性指標」、形式篩檢，而為實質脫法規避行為，以維護證券市場之誠信；又證券發行人違反資訊強制公開之規範，並非必有謀取私利或其他不法目的，然以此等行為對證券交易秩序負面作用之強烈影響，即屬不能容許而應嚴予誡命禁止。而公司財務報告為投資人投資有價證券之主要參考依據，為使投資大眾明瞭公司之現況及未來展望，其財務報告之編製自應允當真實揭露公司之財務狀況。再關係人重大交易應予揭露之目的，並非在嚇阻關係人交易之發生，而是在於充分揭露關係人交易之條件以避免關係人間利用非常規交易進行利益輸送，關係人交易之所以具有可非難性與違法性，在於關係人間利用非常規之重大交易進行利益輸送，而使現行法對於提高財務報告於資訊透明度之及時性、真實性、公平性與完整性以建立成熟資本市場機能形同虛設。本案板信資產公司形式上似因出售系爭土地而清償對板信銀行的債務，然實際上並未依金管會之要求處理資產，反而係將系爭土地賣予板信銀行之關係人，使板信銀行的債務人只是名義上從子公司轉為關係人而已。又上訴人明知許永壽申貸當時所提出之買賣契約書中缺少如附表一編號2、3、6「贈與契約」欄所示3筆土地，卻於主持板信銀行常務董事會議時放水通過貸款，且於該銀行編製財報時故意隱匿上情不報，卻一再辯稱其不知關係人交易云云，顯見其極具惡性；且本案購地及貸款的金額均逾1億元，標的為極具價值之系爭土地，關係人又是上訴人之配偶廖美雲，而上開極具價值之土地，經此交易，實際上仍掌握在板信銀行關係人手中，顯屬重大交易事項，上訴人明知卻未予揭露，已使板信銀行之財務報告失其公開透明之作用，對一般理性投資人而言，具有顯著影響，蓋因投資大眾無法利用該財務報表取得正確資訊，無從窺知板信銀行營運健全與否及經營

能力之良窳，而為投資策略之決斷，在整體資訊考量下，可能實質改變其投資決策，實已符合前述「重大性」要件。是以板信銀行依「公開發行銀行財務報告編製準則」第17條規定，應於申報及公告之財務報表中，揭露此關係人廖美雲之交易事項，且此情既為上訴人所明知，卻予隱匿，並已具備「重大性」，爰認定上訴人為法人負責人犯證交法第171 條第1項第1款之申報公告不實之犯行等詞，亦即原判決係依據前揭「質性指標」，認定上訴人隱匿之關係人交易，具有「重大性」，並無理由不備、矛盾之違誤情節可指。況銀行吸收公眾資金，尤重法規遵循，上訴意旨(四)之2、5、7、8仍執前詞，指摘原判決不當，要非合法之第三審上訴理由。

- 五、刑事訴訟法第95條第1項第1款規定訊問被告前，有關罪名告知之義務，旨在使被告獲悉其現已被追訴或可能被訴（如起訴效力所及之潛在性事實）之犯罪事實，俾能由此而知為適切之防禦，及時提出有利之證據。此項告知義務之違反，係訴訟程序違背法令之一種，然是否影響於判決結果，應以其有無妨害於被告防禦權之行使為斷。

經查，原審於審理時雖僅告知上訴人係涉犯起訴及第一審判決所載之法條，即證交法第171 條第1項第1款之申報公告財務報告不實罪、第174 條第1項第5款之財務報告之內容有虛偽之記載罪，及商業會計法（下稱商會法）第71條第4 款之故意遺漏會計事項不為記錄，致使財務報表發生不實結果罪，而漏未告知上訴人為法人負責人，應依證交法第179 條規定處罰，此有起訴書、論告書及歷次審判筆錄在卷可查。惟證交法第179 條規定：「處罰其為行為之負責人」的意旨，係因該法所定犯罪構成要件之主體，形式上雖係法人，實際上係為犯罪行為之負責人，始具惡性，為免其藉法人資格脫免責任所為規定，而法人非憑自然人之行為無從運作，對於法人犯罪之追訴，本係針對其為行為之負責人所為，則上訴人既係因擔任板信銀行之董事長，卻於該銀行公告及申報之財務報表上隱匿其配偶廖美雲即板信銀行之關係人的重大交易，而為法人之行為負責人，經檢察官提起公訴，於審理中上訴人亦已對其有無此犯罪行為而為完足之辯論，則原審關於此項訴訟程序之進行，固有微疵，仍不影響上訴人訴訟防禦權之行使，而於判決結果顯然無影響，自不能執為適法之

第三審上訴理由。

- 六、起訴書犯罪事實欄一、(二)已詳載：板信銀行關係人廖美雲經由趙建崇使許永壽與其子許英宗自板信資產公司獲贈及購買系爭土地，復以系爭土地向板信銀行申請無擔保貸款等相關交易事實，則其犯罪事實欄一、(三)載述：上訴人基於違反證交法及商會法之犯意，於99年間編製板信銀行98年度財務報表時，隱匿「上揭關係人交易」，自係指上開「贈與、購買」系爭土地及「申請貸款」之交易事實，且此均係同一犯罪事實，原審經依法調查、辯論後，因此以第一審判決就板信銀行財報公告、申報不實部分，未載認廖美雲向板信資產公司以1億7963萬3千元購買系爭土地部分，認定事實尚有疏漏而併予判決，亦無侵害上訴人審級利益可言，核無上訴意旨(四)之1所指之違法。
- 七、刑事訴訟法第308 條規定「判決書應分別記載其裁判之主文與理由；有罪之判決書並應記載犯罪事實，且得與理由合併記載」，是有罪判決所應記載之事實，應係賦予法律評價而經取捨並符合犯罪構成要件之具體社會事實，而非與該當犯罪構成要件無涉或不生影響之自然事實始末。再者，犯罪事實之記載本為判決理由之一部分，有罪判決書所記載之犯罪事實與理由，均係論罪科刑或免刑所由生之基礎與依據，不論係合併或分別為之，皆屬適法。又證交法第171條第1項第1款之申報及公告不實罪，以違反該法第20條第2項之規定為其成立要件。而「發行人依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務文件，其內容不得有虛偽或隱匿之情事。」已為該法第20條第2項所明定。依同法第5條規定：「本法所稱發行人，謂募集及發行有價證券之公司，或募集有價證券之發起人。」是以「募集及發行有價證券之公司」，自為上開申報及公告不實罪之犯罪主體；再依99年6月2日修正前（即行為時）證交法第36條第1 項規定，已依該法發行有價證券之公司，應向主管機關申報並公告，經會計師查核簽證、董事會通過及監察人承認之年度財務報告，且依同法第14條第2項授權頒訂之「公開發行銀行財務報告編製準則」第4條第3項規定（98年12月29日修正），主要報表應由銀行負責人、經理人及主辦會計人員逐頁簽名或蓋章，則上開申報及公告不實罪，所指公司（法人）之行為負責人，於公開發行股票

之銀行，自係指銀行中有執行編製、申報與公告財務報告義務之公司法第8條所定之負責人；且因同法第20條第2項係規定：不得有「虛偽或隱匿」之情事，亦應以法人之行為負責人主觀上具有「故意」為其要件。

原判決事實欄已載明：上訴人為有價證券發行人板信銀行之負責人，因上開購地及貸款均屬板信銀行與其關係人之重大交易，應揭露於相關財務報告之附註，然在「板信商業銀行股份有限公司及其子公司合併財務報表（98年及97年12月31日）」、「板信商業銀行股份有限公司財務報告（98年及97年12月31日）」中，無故隱匿上開2項關係人重大交易，致使該等財務報告發生不實之結果等情，屬於犯罪構成要件之社會事實；再於理由中詳敘：上訴人對廖美雲利用許永壽、許英宗名義購買系爭土地，持以貸款的計劃知之甚詳，且利用其為板信銀行董事長職位，影響下屬加速核貸時間，復於主持該銀行常務董事會議時，故意放水通過核貸，而板信銀行對於上開以1億7,967萬3千元購地及持以貸款1億6,160萬元之交易，均屬於關係人之重大交易事項，自應於所申報及公告之上開2份財務報告中加以揭露，卻不為記載，而予隱匿，上訴人為該銀行公司負責人，自應依法論科等旨，業就上訴人所為該當於本案犯行之構成要件事實，詳敘其得心證之理由，並無違法情節可言。上訴意旨(四)之3任意指摘原判決違誤，洵非適法之第三審上訴理由。至原判決主文第3項固載為：「劉炳輝法人之負責人犯證券交易法第171條第1項第1款之申報公告不實罪」；而未依證交法第179條之明文記載為：「劉炳輝法人之『行為』負責人犯證券交易法第171條第1項第1款之申報公告不實罪」，漏載「行為」2字，雖稍簡略，惟依前揭事實認定及理由說明，顯與判決本旨並無影響，亦非合法之第三審上訴理由。

- 八、上訴人行為時之證交法第179條規定：「法人違反本法之規定者，依本章各條之規定處罰其為行為之負責人。」（後於101年1月4日修正增列同條第2項，原規定未修正移列為同條第1項），嗣雖於108年4月17日修正公布為：「法人及外國公司違反本法之規定者，除第177條之1及前條規定外，依本章各條之規定處罰其為行為之負責人。」惟此僅係配合公司法第177條之1及第178條之1之罰鍰處分所為之修正，與本件板

信銀行法人違反同法第20條第2 項，應依同法第171條第1項第1 款規定，處罰其為行為之負責人乙節無關，要無法律變更之情形，原判決無庸費詞說明。上訴意旨(一)執此率指原判決此部分為違法，容有誤會。

九、稽諸卷內板信銀行98年年報記載（見他字第6702號卷第24頁），廖美雲確於為前述交易之98年間擔任板信銀行董事，上訴意旨(四)之4 顯非依憑卷內資料執為指摘之合法第三審上訴理由。

十、至於上訴人之其餘上訴意旨，經核亦係就屬原審採證、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，均非適法之第三審上訴理由。應認本件上訴違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 1 日
最高法院刑事第九庭

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

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 7 月 6 日
書記官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2316 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 23 日

裁判案由：違反貪污治罪條例等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2316號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官陳佳秀

上訴人

即被告 郭仲文

選任辯護人 陳怡榮律師

翁偉倫律師

洪巧華律師

被告 李國輝

辛西壽

上列上訴人等因被告等違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109年2月18日第二審判決（106年度上訴字第3302號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署103年度偵字第5466、5798、9561、9562、9563、9564、9565號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於郭仲文、李國輝及辛西壽行使公務員登載不實文書無罪部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分（即被告郭仲文、李國輝及辛西壽被訴行使公務員登載不實文書無罪部分）：

一、本件原判決以公訴意旨略以：被告郭仲文、李國輝、辛西壽（下稱被告等）於民國102年8月19日起至103年5月9日止，均係任職於捷運警察隊刑事組警員，為依據法令服務於地方自治團體所屬機關，而具有法定職務權限之公務員，竟基於公務員登載不實文書之犯意聯絡，為下列犯行，嗣更持以申領超勤加班費而行使之，足以生損害於警察機關對於員警備勤、退勤管理及核發加班費之正確性：(一)郭仲文、李國輝均明知郭仲文於102年8月19日晚間8時至12時，未實際擔服刑案偵查勤務而與姓名年籍不詳友人在外聚餐飲酒；郭仲文明知其於103年1月4日晚間8時至12時，未實際擔服侵占（案）勤務而係在家休息；郭仲文、李國輝均明知郭仲文於

103年5月9日晚間9時至12時，未實際擔服備勤勤務而係與袁雲澂在外聚餐飲酒，且均未返回捷運警察隊隊部簽退，卻由李國輝在該警察隊所設置「警員出入及領用槍枝彈藥、無線電機、行動電腦登記簿」上，偽簽退勤紀錄。(二)郭仲文、辛西壽均明知辛西壽於102年9月24日上午11時至下午3時，並未在捷運警察隊隊部擔服備勤勤務而係在賴俊宏所任職、址設於○○市○○區○○○○路0段00號之格上當舖，卻由郭仲文在該警察隊所設置系爭登記簿上，偽簽到勤紀錄。因認被告等均涉犯刑法第216條、第213條之行使公務員登載不實文書罪嫌。惟經審理結果，認為不能證明被告等犯罪，因而撤銷第一審關於上開分別論處被告等（共同）犯公務員登載不實罪刑部分之判決，改判諭知被告等此部分均無罪，固非無見。

二、惟查：

- (一) 稱公文書者，謂公務員職務上製作之文書，刑法第10條第3項定有明文。故公務員於執行公務時，在職務上所製作之文書均屬之，不因其文書之用途係對外或對內而有不同。而刑法第213條之公務員登載不實文書罪，係以公務員明知不實，故於其職務上所掌之公文書予以虛偽登載，足以生損害於公眾或他人，為其構成要件，並以製作該公文書之公務員為犯罪主體。該罪之處罰，係以保護公文書之正確性為目的，祇要其登載之內容失真係出於明知，其犯罪即屬成立。而該條所謂公務員於職務上所掌之公文書，係指公務員就其職務上應登載製作之文書，亦即公務員在其職權範圍內應將職務上有關事項，如實記錄製作之文書而言。故凡於公務員職務上有直接關係，或與該職務之執行有密切關聯性而應予登載相關事項之文書，均屬刑法第213條所規範之公務員職務上所掌之公文書。
- (二) 本件卷附「臺北市政府警察局捷運警察隊員警出入及領用槍枝彈藥、無線電機、行動電腦登記簿」（下稱系爭登記簿），依其需登載之各項內容所示，似應由該隊員警按實際出入日期、時間，及外出領用（還）槍彈、無線電機、行動電腦之型式槍號、彈數、機號，與相關領用事由、前往地點等各項如實登載，且依該系爭登記簿所示記載內容觀之，員警亦確有就退勤、巡邏備勤、返組、值班等實際

執行勤務之事項予以登載，並由該員警簽署職別、姓名。果若無訛，系爭登記簿既由名義人，以文字加以記述，而記載在該登記簿上，該記載內容又係表示一定之事實，其意義符合文書之有體性、意思性、符號性、名義性之要件，自為文書之一種。而原判決亦認被告等均係值勤之捷運警察，為刑法第10條第2項所規定之公務員。則系爭登記簿縱作為警察機關內部管理考核措施之用，然各執行警察勤務之員警，於其上登載到勤、退勤、備勤時間及領用公務上執行勤務所必須之槍彈、無線電機、行動電腦等公物事項後簽名，依上揭說明，是否與其執行警察職務無關，僅為警察主管機關對於員警之出入及領取相關物品控管之用，非屬員警職務上所掌之文書，容有再予研求之餘地。況有關本件系爭登記簿之設置（登載）目的，有無對該隊員警執行勤務之考核、簽到退、領用（還）槍彈、電機管制，甚或據以核發加班費之依據等作用，故應由服勤之員警（本人）親自登載（簽署）之事實，似未見原判決加以剖析說明，即以系爭登記簿之登載本係主管單位之職責，即使委由員警自行登載，仍非屬員警職務上所掌之公文書，認被告等在系爭紀錄簿上故為不實登載，仍與刑法第213條公務員登載不實文書罪之構成要件有間，而不構成該罪等語，亦難謂無理由欠備之違法。

三、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認檢察官上訴為有理由。原判決前揭部分既有上揭違誤，本院無從據以為裁判，原判決關於該部分即有應予撤銷發回更審之原因。

貳、駁回上訴部分（即關於郭仲文上訴及檢察官對被告郭仲文上訴部分）：

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件經原審審理結果，認上訴人即被告郭仲文有原判決事實欄二、三所記載之犯行，均事

證明確，因而撤銷第一審關於郭仲文上開事實欄三部分之不當之判決，改判仍依想像競合犯之例，從一重論處對於主管事務圖利罪刑，暨褫奪公權及相關之沒收追徵；另維持第一審關於上開事實二依想像競合犯之例，從一重論處郭仲文對於主管事務圖利罪刑，暨褫奪公權及相關沒收追徵之判決，駁回郭仲文此部分在第二審之上訴；並就上開撤銷改判及上訴駁回部分，定其應執行刑為有期徒刑6年，褫奪公權5年。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之得心證理由。

二、郭仲文上訴意旨略稱：

- (一) 原判決僅以郭仲文時常前往英皇酒店消費，且出資新臺幣（下同）30萬元投資，即推論郭仲文對於英皇酒店有小姐在包廂內裸露上半身跳舞供男客觀看撫摸一事知之甚詳，而為上訴人犯主管事務圖利罪之有罪認定，徒以推論方式將郭仲文可能為不確定故意之認識，混淆認定為明知違背法令之直接故意。而證人即同案被告陳俊宏未曾告知郭仲文該酒店轉變經營模式，郭仲文雖匯款與陳俊宏30萬元款項，惟僅負責出資，並不知悉公司實際經營狀況，其投資金額亦不足左右該酒店之經營模式。原判決就此未論述其形成心證之理由，亦未就郭仲文係基於直接故意或間接故意予以區分析述，有理由矛盾或不備理由之違法。
- (二) 原審對於郭仲文是否知悉英皇酒店何時轉型、前往該酒店消費之時間、次數，係轉型前或後，及曾否於102年6月底前往消費等事實，此攸關其主觀上是否知悉英皇酒店內有脫衣秀舞猥褻行為之重要事實認定，原判決均未詳加調查及說明，就酒店幹部許至輝、股東李世斌、客人陳俊宏3人對於英皇酒店何時轉型之不同說法，亦未說明取捨之理由，自有證據調查未盡及理由不備之違法。
- (三) 原判決雖認郭仲文向以匯款方式交付金錢與陳俊宏，核與陳俊宏於第一審證稱以現金交付46,230元之交易往來習慣不符，而難採認。然陳俊宏與郭仲文間，曾親自見面，雙方亦有酒錢分攤等現金往來紀錄，且郭仲文以其配偶許翠真帳戶匯款與陳俊宏之時間均集中在101年8、9月間，而詹政樺以其配偶王倍怡匯款46,230元與郭仲文之時間點為102年6月13日，二者時間相差甚遠，無法援引為證據使用

。再者，陳俊宏於第一審多次於郭仲文在庭時具結陳述，未曾向法官聲請隔離訊問，可見其並無畏懼而不願與之對質，或因心理壓力而有脫免郭仲文刑責之可能，且其於原審就水錢部分，再次到庭作證時僅有詹政樺及陳俊宏在庭，郭仲文並不在場，然陳俊宏仍稱郭仲文後來有將46,230元退還給我之相同陳述。原判決捨此不採遽為不利郭仲文之認定，除有說明與所憑卷證不符，而採證違背經驗法則及理由矛盾外，亦有適用法則不當之違法。

(四) 原判決認定共同被告詹政樺已將水錢依下注金額千分之15比例全數退給郭仲文，惟依證人柯秉和所述，其退水比例分別為千分之9.8、1.9，其比例顯小於千分之15，原審就此所認定事實與理由顯有矛盾。況水錢計算方式，涉及圖利不法利益金額之多寡，為量刑之重要依據，原審認定郭仲文收取水錢金額為100,339元，如剔除其已退還陳俊宏關於國華之水錢46,230元，及就柯秉和上開陳述，計算郭仲文收取水錢所圖不正利益之金額，將為48,663元，符合貪污治罪條例第12條第1項減刑規定。原判決就水錢認定違誤，影響甚鉅，應予撤銷發回，以維權益。

(五) 郭仲文於102年4月3日起任職於臺北市政府警察局捷運警察隊，擔任刑事組偵查佐。而觀之臺北市政府警察局捷運警察隊與地區警察分局權責劃分聯繫要點，係遵照大眾捷運法第40條第1項開宗明義所明定之：「為防護大眾捷運系統路線、維持場、站及行車秩序、保障旅客安全。」立法意旨，於要點第3點明定捷運警察隊任務有其特殊性，係專為保障捷運沿線之乘客之安全、車站秩序等目的而設立。基於特別法優於普通法之原則，大眾捷運法既已規定捷運警察係專為防護大眾捷運系統路線、維持場、站及行車秩序、保障旅客安全而設，則除上開立法目的範圍外，其餘為了一般警察所制定的一般性規範，自非捷運警察執行其具體職務時所應遵守或行使裁量有直接關係之法令。郭仲文擔任之職責，主要既在為防護捷運沿線行車秩序及保障旅客安全，其職務範圍，並未包含查緝中山區色情酒店及網路賭博，則該等部分自非其職務上主觀或監督之事務。原判決逕予於援用警員與警員間僅為地理上地域之區分見解，無視本件係專業警察與一般警察間權責區分之

不同，認定其有偵查「制服酒店」與「賭博網站」之權責而犯公務人員圖利罪，有違貪污治罪條例第6條1 項第4款修正理由之限縮適用範圍，自屬理由不備。

三、惟查：

（一）證據之取捨與事實之認定，為事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，即不得任意指為違法；又證據之證明力如何，由事實審法院本於確信自由判斷之，此項自由判斷之職權行使，苟係基於吾人日常生活之經驗，而未違背客觀上應認為確實之定則，又已敘述其何以為此判斷之理由者，亦不容漫指為違法，而據為適法之第三審上訴理由。原判決依憑調查證據之結果並綜合卷內證據資料，認定郭仲文有原判決所記載之上開犯罪事實，對於其於原審所為略如第三審上訴意旨否認犯罪之辯解如何不足採，已依據相關證據逐一指駁，所為論斷及說明，俱有相關證據在卷可資佐證，並無上訴人所指摘採證違背證據法則，或證據調查未盡，或判決理由不備、理由矛盾，或適用法則不當等違法情形存在。且查：原判決於理由壹、二、三說明：

1. 依陳俊宏、許至輝及證人即英皇酒店領檯小姐王怡婷、袁婕瑜、鄭怡華、證人即英皇酒店現場負責人周凱文之證述，並參酌郭仲文與他人之通訊監察譯文、WECHAT通訊軟體對話內容可知，郭仲文以1 股30萬元投資蝴蝶匯酒店後，蝴蝶匯酒店改名英皇酒店繼續營業，該蝴蝶匯酒店之股份則轉入英皇酒店，且英皇酒店轉型兼營制服店後，郭仲文曾於102 年6 月底前往消費，知悉英皇酒店有小姐在包廂內裸露上半身秀舞供男客觀看撫摸，至英皇酒店於103 年2 月底歇業前，其尚曾領取分紅3 次，並時常與陳俊宏或他人前往英皇酒店或其他酒店消費，對於酒店消費型態、經營模式、業界術語（如訪檯、一節、S 等）均甚為熟稔，參以其身為警察人員，查緝色情行業為其業務內容，對於酒店經營型態、消費方式，自當相當明瞭，尤以其出資30萬元投資英皇酒店，而領取分紅，其對於英皇酒店之營運、績效，應更為關注，並多次與陳俊宏討論英皇酒店及其他酒店之開幕日期、股份處理、分紅、投資虧損、結束營業、退股金額等事宜，佐以許翠真記事本內容，亦提及

「酒店開幕」、「拆帳」、「退股」等詞，足認郭仲文當無不知英皇酒店轉型為兼營制服店而有脫衣秀舞供男客觀看撫摸之理；況其亦於警詢中自承：我知道制服店酒店小姐穿制服，有上空秀舞2首歌，秀完舞衣服會回穿，禮服店酒店小姐穿禮服，沒有上空秀舞，我知道英皇酒店開幕日期等語，益徵其對於英皇酒店有小姐在包廂內裸露上半身跳舞供男客觀看撫摸一事，知之甚詳。至陳俊宏、許至輝於第一審翻異前詞所證，距案發日已久，記憶恐已模糊，復無法排除因心理壓力而刻意為虛偽不實之證述，以脫免郭仲文刑責之可能，自無從採為有利之認定。

2. 由證人詹政樺、陳俊宏、嚴華郁、柯秉和、黃大發、章國民、李敦勝、周瑞朋之證述，並佐以郭仲文與詹政樺使用WeChat通訊軟體之訊息內容可知，郭仲文向詹政樺索取上開賭博網站之帳號、密碼後，提供予嚴華郁、柯秉和、黃大發、周瑞朋下注簽賭，並透過章國民引介李敦勝下注簽賭，復介紹陳俊宏認識詹政樺，由陳俊宏引介「國華」在上開賭博網站下注簽賭，詹政樺就每筆下注均會以下注金額千分之15之比例退水錢予郭仲文，復要求詹政樺設定水錢比例，與輸贏之賭金分帳計算，並將輸贏金額及水錢金額顯示在詹政樺開立給郭仲文之管理帳號中。再參酌上開通訊軟體訊息內容，其中「水」即指水錢，可見詹政樺每隔數日即將賭客之輸贏金額及水錢金額告知郭仲文，並就輸贏金額及水錢金額分開計算，再將賭客之輸贏金額及詹政樺須支付之水錢金額加總後，向郭仲文一併結算。況郭仲文甚至向詹政樺要求「水退35元給我」，益徵郭仲文介紹他人下注簽賭，確有分得水錢無疑。又詹政樺既已將水錢依下注金額千分之15之比例全數退給郭仲文，復無證據證明郭仲文是否有退水錢給嚴華郁、柯秉和、黃大發及退水錢之數額、比例為何，堪認郭仲文就嚴華郁、柯秉和、黃大發之下注部分，係取得下注金額千分之15之水錢。而嚴華郁、柯秉和固於原審證述其等結算給郭仲文之金額會比電腦螢幕顯示之金額少一點或扣掉尾數等情，然其等無法明確敘述扣除金額之數額及佔下注金額之比例，且嚴華郁僅籠統表示5,000元少100元，柯秉和則約略敘述10,099元扣除99元，10,020元扣除20元等語。自難認嚴華郁、

柯秉和前開所述扣除金額確係郭仲文退回之水錢，而無從為郭仲文有利之認定。另由詹政樺、陳俊宏陳述可知，郭仲文尚因介紹陳俊宏予詹政樺，而就陳俊宏引介「國華」下注簽賭一事，取得水錢46,230元，此觀詹政樺於102年6月13日以其配偶王倍怡之帳戶匯款46,230元至郭仲文之帳戶之交易往來明細即明。陳俊宏雖於第一審改稱：詹政樺匯款46,230元給郭仲文之後，郭仲文有將該筆款項以現金退給我云云。然觀諸郭仲文於101年3月25日至102年10月22日間，均以其配偶許翠真之帳戶匯款予陳俊宏之臺灣中小企業銀行帳戶，足見郭仲文向以匯款方式交付金錢與陳俊宏，是陳俊宏所述郭仲文係將該筆款項以現金交還云云，核與郭仲文與陳俊宏之交易往來習慣不符，難認屬實。況陳俊宏於偵查中曾表示日後不要當庭對質，則陳俊宏於第一審翻異其詞，尚無法排除係郭仲文在庭造成心理壓力，而為虛偽陳述以脫免郭仲文刑責之可能，自不能因其證述其已將該筆款項退給郭仲文，遽為有利郭仲文之認定。郭仲文所辯其水錢已予扣抵並未獲利，委無可採。

3. 郭仲文就賭客下注簽賭所取得水錢之不法利益之數額，係如何依嚴華郁、柯秉和、李敦勝之證述，及郭仲文與詹政樺WECHAT通訊內容，並勾稽郭仲文、詹政樺、許翠真、王倍怡之各帳戶交易往來明細相互計算，其所取得嚴華郁、柯秉和、李敦勝、「國華」下注簽賭水錢之不法營業利益金額共計100,339元（計算式：26,692+6,235+21,182+4,6230=100,339）等旨（見原判決第6至28頁）。經核其所為論述，均與卷內訴訟資料相符，並無上訴意旨(一)至(四)所指摘之違法情形。至原判決所引述柯秉和於原審所稱10,099元扣除99元，10,020元扣除20元等語部分，前已先敘明柯秉和固於原審中證述其結算給郭仲文之金額會比電腦螢幕顯示之金額少一點或扣掉尾數等情，然無法明確敘述扣除金額之數額及佔下注金額之比例，且柯秉和所稱上情，亦僅約略敘述（見原判決第19頁第25至31行）；另就如於賭客之證述與WECHAT通訊內容記載矛盾不符時，亦予敘明WECHAT通訊內容係詹政樺於賭客賭博後立即作成之紀錄，據以與郭仲文結算賭博金額，應係基於當時輸贏之真實狀況而為記載，較無發生錯誤之可能，當以WECHAT通訊內

容較為可採（見原判決第22頁第22至27行）。是其關於柯秉和所述扣除金額與下注金額之比例已大於詹政樺退給郭仲文之水錢比例千分之15等語，查係意在指駁柯秉和於原審所述之情，無從據為郭仲文有利之認定，尚非憑以為郭仲文此部分有罪事實之認定，自不得據為上訴第三審之適法理由。

- （二）刑事訴訟法第231 條第2 項規定：「司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。」並無管轄區域之限制。又警察任務為依法維持公共秩序，保護社會治安，防止一切危害，促進人民福利；其職權包括依法協助偵查犯罪，警察法第2 條、第9 條第3 款分別定有明文。內政部警政署亦頒訂「各級警察機關通報越區辦案應行注意要點」，其第1 點即揭示：「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。」又於「各級警察機關處理刑案逐級報告紀律規定」第2點第1款明定：「各級警察機關或員警個人發現犯罪或受理報案，不論其為特殊刑案、重大刑案或普通刑案，均應立即處置迅速報告分局勤務指揮中心，按照規定層級列管，不得隱匿、延誤或作虛偽陳報擅自結案。」且依警察職權行使法第2條第1項規定，本法所稱警察，係指警察機關與警察人員之總稱。而警察勤務條例第3 條亦明定：警察勤務之實施，應晝夜執行，普及轄區，並以行政警察為中心，其他各種警察配合之。足見警察機關雖有轄區或行政警察及其他各種專業警察之劃分，然此僅為便利警察勤務之派定、規劃、指揮、督導及考核所為之行政措施而已，非指警察僅能於自己所屬管轄區域內協助偵查犯罪。此與地方政府警察局轄下之各地區分局、刑警大隊，或交通隊、婦幼隊等所負責之轄區地域或勤務之劃分，實質上並無不同，其上開規定之區域、勤務範圍，仍僅屬其警勤職務及地區之行政上分配，自不因其擔任任何種警察而異其適用範圍。是祇要擔任警察，不論其係何種警察，均具有刑事訴訟法上司法警察之身分，並為刑法第10條第2項第1款所規定之公務員。另按，貪污治罪條例第6條第1 項第4款規定之對於主管或監督之事務，直接

或間接圖利罪，所稱之主管事務，係指對於自己所主掌管理與執行權責範圍內之事務而言，此種主管事務，究係主辦或兼辦，係出於法令之直接授予或主管長官之事務分配，均非所問；至所謂監督事務，係指有權監督之權責範圍內事務，即該事務雖非由其主掌管理與執行，然行為人對於該有直接主掌管理與執行等之權責事項，依法令有予以監察督促之權限而言。原判決本此斯旨，已於理由說明郭仲文於101年間任職於臺北市政府警察局北投分局偵查隊，自102年4月3日起，則擔任臺北市政府警察局捷運警察隊刑事組偵查佐，負有轄區巡邏、執行臨檢、查報取締色情行業、賭博網站及調查轄區內犯罪等之職務，並具有警察法、警察勤務條例及刑事訴訟法所規定刑事偵查、犯罪預防等法定職務權限，是無論犯罪是否發生在其負責之特定警勤區內，其依法仍負有舉報、查緝之職責，堪認查緝色情行業、賭博網站為其主管之事務無訛之旨（見原判決第33頁第6至12行）。核其所為論述，並無上訴意旨(五)所指摘之理由不備。且卷查，依卷附臺北市政府警察局捷運警察隊刑事組10人勤務分配表及前揭系爭登記簿所示，郭仲文所擔任者亦係臺北市政府警察局轄下之警察隊刑事組，負責刑事偵查之警察。臺北市政府警察局捷運警察隊與地區警察分局權責劃分暨聯繫要點第2點固規定：捷運警察隊權責區域範圍為(一)捷運沿線：高架部分：以高架建築結構最外緣為界。平面部分：以捷運系統結構物最外緣為界。地下部分：以地面下建築結構物（含隧道）最外緣為界。(二)捷運廠站：以捷運車站結構物及機廠圍籬最外緣為界。然此與同為臺北市政府警察局轄下之各地區分局所負責之地域轄區劃分並無不同，其上開規定之區域範圍，仍僅屬其警勤區域之行政上分配，自不因其係擔任捷運警察，即得就貪污治罪條例所規定之範圍予以限縮，而謂其無適用之餘地。上訴意旨(五)所執論點，難認係適法上訴第三審理由。

四、綜上，郭仲文上揭及其餘上訴意旨係就屬於原審採證、認事之取捨，及已為說明論斷之事項，執其無關枝節，再為事實之爭執，任憑主觀而為指摘或不同法律之評價，均非上訴第三審之合法理由。應認其上訴違背法律上之程式，予以駁回

。又裁判上一罪案件之重罪部分得提起第三審上訴，其輕罪部分依審判不可分原則亦應併予審判者，以重罪部分之上訴合法為前提，如第三審法院既從程序上予以駁回，對於輕罪部分自無從併為實體上審判。郭仲文所犯前揭對於主管事務圖利罪部分，其上訴既不合法，而從程序上駁回，則與該罪有想像競合犯關係之刑法第268條之賭博輕罪部分，已無從併為審判，亦應予駁回（另郭仲文所犯刑法第132條第1項洩密罪部分，經原審裁定駁回上訴確定，附此敘明）。

五、檢察官其餘上訴部分：

上訴人不服原判決，提起第三審上訴，並未聲明一部上訴，應視為全部上訴。又第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段規定甚明。檢察官不服原判決提起上訴，並未聲明僅就前揭關於郭仲文之行使公務員登載不實文書無罪部分提起上訴，應視為其對郭仲文其餘之貪污罪部分亦均提起上訴。惟其上訴書僅就郭仲文之上開行使公務員登載不實文書無罪部分提出理由，關於貪污部分則未提出上訴理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，其此部分上訴自非合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條、第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 23 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 林 勤 純

法官 許 錦 印

法官 王 梅 英

法官 蔡 新 毅

法官 莊 松 泉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 7 月 28 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2507 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 09 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

109年度台上字第2507號

上訴人 陳重志

選任辯護人 黃信豪律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108年6月5日第二審判決（108 年度上訴字第182 號；起訴案號：臺灣臺南地方檢察署107 年度偵字第5473號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、販賣第一級毒品未遂部分：

一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。至於原判決究竟有無違法，與上訴人是否以違法為理由，係屬二事。

二、經查：

本件原判決此部分主要係依憑上訴人陳重志迭於偵查及第一審時，一再坦承確有販賣第一級毒品未遂之完全自白；證人黃志翔（按係購毒者）、黃漢文（按係搭載上訴人前往交易毒品者）、蕭志寶（按係查獲之員警）皆證實上情無誤；當場查扣之海洛因2 包、鑑明屬第一級毒品之檢驗報告等證據資料，乃認定上訴人有如其事實欄所載之販賣海洛因未遂犯行，因而撤銷第一審論處上訴人以販賣第一級毒品未遂（累犯）罪刑之不當科刑判決，改判仍論處上訴人販賣第一級毒品未遂罪刑（依毒品危害防制條例第17條第2 項、刑法第25 條第2項、第59條規定，遞減輕其刑，處有期徒刑3年10月）。

。其採證認事，俱有卷證可資覆按，核屬事實審對證據證明力判斷之職權合法行使，並無上訴意旨所指違背經驗、論理

等證據法則、判決不備理由或調查未盡之情形。

三、本院按：

- (一)「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」刑事訴訟法第131條之1定有明文，學理上歸類為無票搜索之一種，雖係令狀主義之例外，然主張有非法搜索之一方，應適時抗辯並提出釋明或證明之方法，俾供法院循線調查，非許空言，甚或在法律審時，才為此爭議。

原判決業於理由欄甲、(五)說明：員警對上訴人所乘坐之系爭自小客車發動搜索，係因警方執行巡邏勤務時，發現上訴人疑似與黃志翔正在交易毒品，乃經（上訴人）同意後進行搜索，業經（小隊長）蕭志寶供證綦詳等語；參諸上訴人在「自願受搜索同意書」及搜索扣押筆錄上皆親自簽名，表明同意系爭搜索之旨，且上訴人於警詢、偵查及法院羈押訊問（辯護人陪同在場）時，從未爭執搜索合法性各等情，可見該搜索於法並無不合。其實，上訴人及其辯護人於原審最後一次審判期日，審判長詢以「尚有何證據請求調查」時，答稱：「除了請求再行詰問證人『黃漢文』（詳下述），其餘無」；而審判長詢以「有何最後陳述」時，上訴人答稱：「沒有話說，我愧對國家、家人、父母親」（見原審卷第311、315頁）。此部分上訴意旨，殊無可取。

- (二)對質詰問權雖係受憲法保障之被告基本權，但非絕對防禦權，證人如有刑事訴訟法第159 條之3 所定客觀上不能受詰問之事實，縱然未經對質詰問，亦不能逕謂已經侵害了被告的訴訟防禦權。

原審係先後於108年4月17日、5月15日 進行審理，既依法通知上訴人該指定之審理期日，上訴人依刑事訴訟法第176 條之2 規定，即應促使證人黃漢文到場，然則黃漢文卻經合法傳喚未到，此部分上訴意旨核與卷內訴訟資料不相適合。

黃漢文既經傳、拘均不到，可見所在不明、傳喚不到，當認法院已經盡保障被告詰問權之能事。

原判決理由甲、(三)、②及③內更載敘：依勘驗黃漢文之警詢錄音、錄影，顯示其受詢問當時，精神狀況正常、身體未受拘束，警方並無施用強暴、脅迫方法，可見出於自由意志（按上訴人及辯護人對勘驗結果均表示無意見；上訴人在勘驗

後更直言：「我承認販賣未遂」）。再稽諸黃漢文所述內容，既無實問虛答情形，且就黃志翔與上訴人交易海洛因之過程，陳述完整，可見其未受上訴人或其他因素干擾，陳述之信用性獲得確定保障，而具有較可信之特別情況。尤其，該黃漢文警詢陳述，攸關上訴人是否成立犯罪，而為證明上揭犯罪事實之存否所必要，法院已無從經由交互詰問，取得關此部分之證詞，則黃漢文之警詢供述，自得為證據等旨。經核於法並無不合，上訴意旨就此仍執前詞，指摘原判決採證違法，顯非適法之第三審上訴理由。

- (三)刑事訴訟法第159 條之2 所定之傳聞法則例外，係以被告以外之人於檢察事務官、司法警察官、司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符，而其先前之陳述，具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要，為因應司法實務之需要，乃規定賦予證據能力。其中，所謂「與審判中不符」，包括就主要待證事實前後供述不符；先前詳盡，於後簡略；甚至改稱忘記、不知道等，皆在其列。而法院於判斷審判外陳述是否具有較可信之特別情況時，尤應比較其前後陳述時之外部附隨環境或條件，諸如詢問是否出於不正方法？陳述是否出於非任意性？情況顯示為自然性之發言？有無違反自己利益等各情，而為整體之考量。

原判決業於理由欄詳敘：黃志翔在原審時，對於重要待證事實，答稱「我忘記了」，甚或拒絕回答；較之其在警詢翔實、完整之陳述，已見隱匿；復參諸蕭志寶所述本件查獲經過，以及警方查獲本件後，既將黃志翔、黃漢文與上訴人隔離、分別詢問；黃志翔未遭不法取供，其在警詢陳述內容又出於自願，復未受不當影響、污染，自具有較為可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要，應認具有證據能力等旨。於法核無不符，尚無上訴人所指理由不備之違誤。

- (四)證據的取捨、證據的證明力及事實的認定，都屬事實審法院的自由裁量、判斷職權；如其此項裁量、判斷，並不違反客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第155 條第1 項規定甚明；且既已於判決內論敘其何以作此判斷的心證理由者，即不得單憑主觀，任意指摘其為違誤，而據為其提起第三審上訴的合法理由。

又被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應

調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，刑事訴訟法第156條第2項定有明文。故須以補強證據證明其自白確與事實相符，此所謂補強證據，不問其為直接證據、間接證據，或係間接事實之本身即情況證據，均得為補強證據的資料。而供述證據，每因陳述人之觀察能力、覺受認知、表達能力、記憶，是否受他人干擾、壓力，及相對詢問者之提問方式、重點等各種主、客觀因素，而不免先後齟齬或矛盾，審理事實之法院自當依憑調查所得之各項直接、間接、供述和非供述證據，予以綜合判斷，定其取捨。故證人證述之內容，縱然前後不符或有部分矛盾，事實審法院自可本於經驗法則、論理法則及調查所得的其他各項證據，為合理的判斷、取捨，非謂其中一有不符，即應全部不予採信。

原判決業載敘購毒者黃志翔在警詢堅指上情不移，偵查中雖稱尚未與上訴人談妥交易金額云云，但其不諱言當日原本要與上訴人交易新臺幣（下同）1,000 元海洛因，且先與黃漢文電話聯絡，應是黃漢文告知上訴人，說我要買毒品（顯然避重就輕）；而搭載上訴人赴約之黃漢文在警詢、偵查中，皆直言其居間為上訴人、黃志翔轉達買賣毒品訊息，該2 人正在交易海洛因時，當場為警查獲各等語。稽諸警方確在上訴人所坐的副駕駛座腳踏板處扣得海洛因2 包，經與上訴人送於警詢、偵查及第一審時的完全自白，相互勾稽、對照，足認本件事證已明。理由中復說明上訴人在原審否認犯行，如何與相關卷證不符，不容狡展；另黃志翔在原審所為迴護上訴人之陳述，以及黃漢文在偵查中改稱不知上訴人、黃志翔相約何事云云，如何不足採信，俱有卷證可稽，若無利可圖，上訴人何須（央請黃漢文搭載）特地帶毒品赴約（按黃志翔在內勤檢察官訊問時，稱與上訴人剛認識不久），並無上訴意旨所指違背經驗、論理等證據法則、判決不備理由或調查未盡之情形。

- (五)毒品危害防制條例第17條第1 項關於供出毒品來源，減免其刑寬典之規定，所稱「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係指犯罪行為人供出毒品來源之對向性正犯，或與其具有共同正犯、共犯關係之毒品由來之人的相關資料，使調查或偵查犯罪之公務員得據以對之發動調查或偵查程序，並因而確實查獲其人、其犯行者，即須具有先後因果關係

的關聯性存在，始足當之。若調查或偵查機關在被告所供出的資訊前，業已開始偵辦同一嫌疑人或與被告所犯的「本案」無關，縱該他案的正犯或共犯終以販毒遭定罪，亦與本案無先後因果關係之關聯性存在，被告自不能逕依上揭規定予以減輕或免除其刑。

原判決已詳述上訴人雖供出毒品販售者黃建榮，黃員亦經警方移送販賣毒品罪，然移送的犯罪事實皆是賣給他人之事，而與上訴人無關（按警方在上訴人供出前，業已開始偵辦黃員犯行），故無適用毒品危害防制條例第17條第1項，減免上訴人其刑之餘地。經核無不合，上訴意旨就此仍執前詞，指摘原判決違誤，亦非適法之第三審上訴理由。

(六)司法院釋字第775號解釋固以刑法第47條第1項規定，不分情節，一律須加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，因不符罪刑相當原則、比例原則，於此範圍內，在刑法第47條第1項修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院應斟酌個案情形，裁量是否依該規定加重最低本刑。

原判決既已審酌上訴人有多項科刑執行之紀錄，且因施用第二級毒品案件，經易科罰金執行完畢，再犯本件販賣海洛因未遂，可見上訴人（變本加厲）有其特別惡性，且對刑罰反應薄弱，除法定本刑為死刑、無期徒刑部分不得加重外，認上訴人應依累犯規定加重其刑等語。則原判決之量刑，並無致上訴人所受刑罰超過所應負擔罪責，或人身自由遭受過苛侵害之情形，並與罪刑相當、比例原則無違。

四、綜合前旨及其他上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於不顧，就原判決已說明事項，徒憑己意而為相異評價，重為事實之爭執，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，自作主張，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。應認本件上訴人此部分之上訴，違背法律上之程式，予以駁回。

貳、轉讓第一級毒品部分：

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

全部上訴。而第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院；如已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段規定甚明。

本件上訴人就轉讓第一級毒品部分，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上揭規定，此部分之上訴，並非合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 9 日

最高法院刑事第三庭

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

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 7 月 20 日

書記官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2785 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 02 日

裁判案由：違反商業會計法等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2785號

上訴人 張元貞

選任辯護人 林三元律師

上列上訴人因違反商業會計法等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國109年2月12日第二審判決（107 年度上訴字第1868號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署105年度偵字第665、4840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，均應認其上訴為不合法法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原判決綜合全案證據資料，認定上訴人張元貞有其事實欄三所載與張子筠、蔡欸在、黃雅珉、賴素綺（以上4 人均經第一審判處罪刑確定）共同填製如其附表四之一至四之八所示不實統一發票之會計憑證；及其事實欄四所載對被害人臺灣中小企業銀行詐欺取財之犯行。因而撤銷第一審關於上開詐欺取財部分之科刑判決，改判仍論處上訴人詐欺取財罪刑。另維持第一審關於依商業會計法第71條第1 款規定，論處上訴人共同填製不實會計憑證罪刑之判決，而駁回上訴人此部分在第二審之上訴，已詳敘認定犯罪事實所憑證據及認定之理由。
- 三、上訴人上訴意旨略以：（一）巨桑生技國際有限公司（下稱巨桑公司）於民國102年5月20日向臺灣中小企業銀行申貸之款項，已償還新臺幣（下同）1,713萬3,803元，未償還4,286 萬6,197 元；對於同年11月22日向該銀行申貸之款項，已償還3,004萬7,633元，未償還2,695萬2,367元，則上訴人申貸後

曾有還款之紀錄，顯見其自始即無詐欺之犯意，否則其大可將巨桑公司名下財產脫產，而無繳交前揭款項之必要。縱使上訴人事後惡意遲延給付，亦僅屬民事紛爭，尚無從以詐欺取財罪相繩。又上訴人申貸時，除以機器設定動產抵押及以廠房為擔保品，復提供土地由該銀行設定本金最高限額9,000萬元之抵押權，而上開公司至今尚未清償之金額，經由上述抵押權之行使，已足使該銀行之債權獲得滿足，應無受有損害可言。再者，臺灣中小企業銀行屬本案之被害人，若上訴人真有詐欺之事實及犯意，何以該銀行於已有兩名職員擔任證人之情況下，仍選擇放棄依法救濟之機會？顯然該銀行亦不認為上訴人有何構成詐欺之情事，而未提起告訴。原審未審酌上開有利於上訴人之情，顯有違誤。(二)上訴人要求會計人員開立之統一發票，內容包含巨桑公司於102年9月至10月之銷售額及營業稅額，其後於同年11月22日，即以上開資料證明巨桑公司具還款能力，為該公司向臺灣中小企業銀行提出貸款申請。是上訴人所為如原判決事實欄三所示填製不實會計憑證犯行，乃其事實欄四所示詐欺取財犯行之一環，因此，上訴人犯罪行為之全部過程，在自然意義上縱非完全一致，仍有部分合致，且其犯罪目的單一，依一般社會通念，若猶將之評價為數行為，而予以併合處罰，難以契合人民感情，反有過度處罰之疑，故應評價為法律上之一罪，方符合刑罰公平原則。從而，上訴人所為如原判決事實欄三、四之犯行，自應論以想像競合犯，原判決予以分論併罰，亦有可議云云。

四、惟查：

- (一)、證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為上訴第三審法院之適法理由。本件原判決係依憑證人謝政安、黃嶸棠所為不利於上訴人之證述內容，復參酌客戶授信申請書影本、巨桑公司之營業人申報銷售額分析表、臺灣中小企業銀行營業單位經理權限以上企業授信報核書一批覆聯、巨桑公司登記資料、臺灣中小企業銀行徵信報告、不動產抵押權設定暨價值核算表、週轉金貸款契約影本、授信動用申請書及借據影本、臺灣中小企業銀行匯款申請書影本，以及臺灣中小企業銀行埔里分行函暨檢附巨桑公司授信資料，而據以

認定上訴人有其事實欄四所示詐欺取財之犯行，已詳敘其採證認事之理由。並就上訴人所辯：關於巨桑公司向臺灣中小企業銀行埔里分行貸款，係楊肇容所找，其並未實際申請，對貸款用途及金額均不清楚，銀行人員至巨桑公司會議室對保時，其只記得有蓋章云云，何以不足採信，已斟酌卷內資料詳加指駁，及說明其取捨之理由甚詳（見原判決第40至49頁）。併敘明：依據卷附臺灣中小企業銀行徵信報告、客戶授信申請書，及不動產抵押權設定暨價值核算表內容，佐以謝政安之證詞，可見「營業收入」為巨桑公司償還貸款本息之主要資金來源，故巨桑公司之營業收入狀況與展望，為授信評估之重要項目。而授信評估除資產鑑價外，「還款能力」方為準貸與否之重要信用因素，否則欠缺還款能力而僅提供不動產為擔保，恐將陷於無法償還而步入拍賣取償之強制執执行程序，即與以資產套現之變相坑詐現象無異。而上訴人既然擔任連帶保證人，且為巨桑公司實際負責人，上開貸款係由上訴人提出申請及提供資料，臺灣中小企業銀行人員於徵信時均與上訴人晤談與接洽，其提出不實之營業人申報銷售額資料申請本案貸款，致臺灣中小企業銀行陷於錯誤，誤信巨桑公司有良好之營業收入而具還款能力，因而准予核貸4,700萬元及1,000萬元，上訴人自係施用詐術使臺灣中小企業銀行人員陷於錯誤，而取得上述貸款，其確係意圖為巨桑公司不法所有，而為本件詐欺取財犯行無訛等旨甚詳（見原判決第41頁第12行至第43頁第20行、第49頁第6至16行），其論斷說明俱有前揭證據資料可稽，且並不違背證據法則及論理法則，即屬事實審法院採證認事、判斷證據證明力職權之適法行使，自不能任意指摘為違法。至上訴人於核撥貸款後雖有還款，惟僅屬犯後填補該銀行所生財產損害之行為，此與臺灣中小企業銀行於本案未提出告訴等情，均不影響原判決關於上訴人基於詐欺之故意，而為此部分詐欺犯行之認定。上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，仍就上訴人有無詐欺犯意之單純事實，再事爭辯，而據以指摘原判決採證不當，依前揭說明，自非適法之第三審上訴理由。

- (二)、刑法第339條第1項之詐欺取財罪，係侵害財產法益之犯罪，以施用詐術之一方取得財物，致被詐欺之一方因而生財產之損害為必要。所謂財產之損害，其中所指財產係具有經濟上

價值之財物或利益而言。倘行為人施用詐術，使被害人陷於錯誤而交付一定之財物，縱被害人對該物在法律上得主張權利，但財物之交付行為，已使被害人對於該財物喪失其使用、收益或處分之權能，應認其已蒙受經濟上之不利益即財產上之損害，自應論以詐欺取財罪。原判決於其事實欄既已認定上訴人基於詐欺取財之犯意，以不實之巨桑公司營業人銷售額與稅額申報書，作為巨桑公司有營業收入而具還款能力之徵信資料，致臺灣中小企業銀行承辦人員陷於錯誤，誤信巨桑公司有還款能力，而核准貸款4,700萬元及1,000萬元等情，則臺灣中小企業銀行因上訴人施用詐術致陷於錯誤，而核撥上開貸款予巨桑公司，縱認臺灣中小企業銀行依其與巨桑公司之約定，得對巨桑公司所提供之抵押物行使抵押權，惟該銀行於核撥貸款後，已對該等款項喪失其使用、收益或處分之權能，依前開說明，仍生財產之損害。從而，原判決論上訴人以詐欺取財罪，於法尚屬無違。上訴意旨謂前開銀行行使抵押權後，並無財產上之損害云云，而據以指摘原判決不當，依上述說明，顯屬誤解詐欺取財罪之成立要件，同非適法之第三審上訴理由。

- (三)、刑法上之競合論，乃在探討行為人之行為構成數個犯罪構成要件時，為充分評價行為人所有犯行，並避免牴觸「雙重評價禁止原則」，究應如何宣告其罪名及決定法律效果，俾符合罪責原則。在競合論之判斷體系上，首先須判斷行為人之行為究屬行為單數，抑屬行為複數。倘經判斷為行為單數者，繼又判斷並無不真正競合之情形（即法條競合），即屬真正競合而成立想像競合，產生從一重處斷之法律效果；如經判斷而屬行為複數者，同須進一步判斷是否有不真正競合之情形（即與罰之前、後行為），若否，即屬實質競合之數罪併罰。藉由上述競合論判斷體系之運用，得以對於行為單、複數及罪數等判斷更趨細緻精確，避免概念之混淆。至於刑法學說上之行為單數可區分三類，其一為單純之行為單數（或稱自然意義之一行為），即行為人出於一個行為決意，而實現一個意思活動（例如：以一顆手榴彈丟擲至人群而炸死多人）；次一為構成要件之行為單數（或稱法之行為單數），即數個自然概念上之意思活動，因犯罪構成要件之規定，立法者將其預設為一行為，例如複行為犯、實質結合犯、繼

續犯、集合犯之犯罪構成要件行為；再一則為自然之行為單數，亦即出於單一犯罪意思而實施數個同種類行為，其在時、空上具有緊密關係，且自第三人之客觀立場而言，屬一個單一行為，例如反覆性或相續性之構成要件實現行為，接續犯即屬之。倘經判斷為行為單數，始有成立刑法第55條前段想像競合犯之可能，否則，除有與罰之前、後行為等情形外，即應成立實質競合之數罪併罰。本件原判決事實欄三認定上訴人為使「禧悅集團」各公司之銷售額達一定目標，明知「禧悅集團」各公司間並無大量交易買賣「沁露」產品之事實，竟與張子筠、蔡欵在、黃雅珉、賴素筠共同指示不知情之德裕伸生技國際股份有限公司（下稱德裕伸公司）會計崔麗霞，填製如其附表四之一至四之八所示不實統一發票（發票日期為102年9月至103年12月）之會計憑證等情；其事實欄四則認定上訴人於102年11月22日基於詐欺取財之犯意，以不實之巨桑公司營業人銷售額與稅額申報書，作為巨桑公司有營業收入而具還款能力之徵信資料，致臺灣中小企業銀行承辦人員陷於錯誤，而核准貸款4,700萬元及1,000萬元等情（見原判決第5至6頁）。是上訴人所為共同填製不實會計憑證犯行，與其所為上開詐欺取財犯行，顯非實現一個意思活動之單純之行為單數，亦非屬集合犯、繼續犯等之構成要件之行為單數。而上訴人為使銷售額達一定目標而虛增交易，因而指示德裕伸公司會計填製不實會計憑證之行為，與其檢具不實之巨桑公司營業人銷售額與稅額申報書，對臺灣中小企業銀行埔里分行為詐欺取財之行為，並無全部或部分重疊之情形，在空間上已不具緊密關係，且侵害之法益互異，客觀上難認屬前述自然之行為單數。從而，上訴人前開所為填製不實會計憑證及詐欺取財犯行，即不能認係一行為，自無成立想像競合犯之餘地，且其等犯行並無與罰之前、後行為之不真正競合情形，依上述說明，應為數罪併罰。又上訴人犯意之認定，係原審採證認事之職權，原判決事實欄三既已認定上訴人係為使「禧悅集團」各公司之銷售額達一定目標，而為前開填製不實會計憑證之犯行，並於理由內敘明上訴人所為其事實欄三、四所載共同填製不實會計憑證及詐欺取財等犯行，係出於各別之犯意為之（見原判決第52頁第4至6行），而其此項職權之行使，復無違證據法則之情形，

原判決因而論斷上訴人所為前開2 犯行應予以分論併罰，於法尚屬無違。上訴意旨謂其前開犯行，應論以想像競合犯而僅從一重處斷云云，據以指摘原判決不當，亦非合法之第三審上訴理由。

- (四)、其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決有不適用何種法則或如何適用不當之情形，徒就原判決已明確論斷說明之事項，暨不影響於判決結果之枝節問題，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆之首揭說明，本件上訴為不合法律上之程式，應予以駁回。又本件上訴人所犯如原判決事實欄四所示詐欺取財罪部分，經第一審法院判決一部（即對臺灣中小企業銀行詐貸1,000 萬元部分）有罪，而於理由說明部分（即對臺灣中小企業銀行詐貸4,700 萬元部分）不另為無罪諭知，嗣檢察官對於不另為無罪諭知部分提起上訴，經第二審法院撤銷並諭知該部分有罪判決，因實質上同屬上訴人於判決無罪後初次受有罪判決，為保障上訴人之訴訟權，賦予其適當之救濟機會，應認其所犯前開詐欺取財罪部分，係屬刑事訴訟法第376 條第1 項但書所列之案件，上訴人自得提起第三審上訴，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 2 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 在

法官 林 恆 吉

法官 江 翠 萍

法官 林 海 祥

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 7 月 6 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2802 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 29 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

109年度台上字第2802號

上訴人 許峻源

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國108年6月5日第二審判決（107年度上訴字第3468號，追加起訴案號：臺灣新竹地方檢察署105年度偵字第11951號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、原審審理結果，認定上訴人許峻源違反毒品危害防制條例之犯行明確，因而維持第一審論處上訴人犯共同製造第二級毒品罪刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並就上訴人否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。
- 三、原判決認定上訴人上開犯行，係綜合上訴人之部分供述、證人王家宏（共同正犯）與A10（年籍資料在卷。於檢察官訊問時陳明保密身分之必要性，及陳述自己見聞犯罪事證之人）之證述，及卷附相關證據資料，而為論斷。並依調查證據所得之直接、間接證據為合理推論，相互勾稽，說明上訴人如何帶同王家宏購買製毒器具、指導其純化甲基安非他命等製程，而共同製造含甲基安非他命等第二級毒品成分之扣案毒品等論據。針對王家宏、A10 證述上訴人帶領王家宏購買製毒器具、指導純化甲基安非他命暨相關製程等情，與扣案毒品及其鑑定報告、現場查獲相關跡證之指紋與DNA-STR 型

別鑑定結果等其他證據資料，如何互核相符。且與上訴人供承曾至查獲製毒地點即王家宏租屋處，與王家宏討論製造甲基安非他命之方法，及同往購買製毒器具、指導王家宏結晶、製造第二級毒品各情無違。經綜合為整體判斷，何以足認王家宏、A10 證述上情並非虛構，及上訴人就本件犯行如何已有犯意聯絡及行為分擔，應負共同正犯罪責之認定，詳為論述。所為論列說明，與卷證資料悉無不合，無悖乎經驗法則與論理法則。並非僅以共同正犯王家宏之證述，或單憑現場跡證之指紋鑑定結果為其唯一證據。又上訴人於原審民國108年2月21日準備程序期日業陳明不予爭執A10偵查中陳述之證據能力，且捨棄聲請傳喚調查，而放棄詰問機會，則原判決採取該證人於偵查中之證述為證，自無不合。上訴意旨泛言共犯王家宏之證述有推諉卸責可能，A10 之證述未經詰問，可信性有疑義，及現場查獲上訴人指紋，僅能證明曾予幫助，無足證明共同製造，且其未參與購買鹵水，又非當場為警查獲，至多僅涉幫助罪責，指摘原判決僅憑指紋鑑定結果，論處共犯罪責及其他採證違法，乃對於法院採證認事之職權行使，任意割裂、擷取其中部分事證而為有利自己之主張，並非適法之第三審上訴理由。且前述事證既明，縱除去證人A11 於檢察官訊問時之證述，結論仍無不同。上訴意旨徒以原判決採取證人A11 偵查時之證述違反證據法則，無足影響前述判決結果，同非合法。

四、刑事法之製造行為，乃指運用各種原、物料或方法予以加工，製成其特定目的之產品，所採取之一切措施。且該製造行為為常係一連串之繼續舉動或歷程，若產品初經完成，復施以純化，或液化、結晶等求其精進之加工，仍屬製造之一環。至其既、未遂之區別，應以已否違反法規範所禁制之目的為斷，凡製成客體，已具法規範所不允許之功能、效用者，即屬既遂。是縱在液態毒品之進一步純化、加工階段，始行參與，若主觀上既知其事，且有就介入前其他先行為者既成之條件加以利用，續予精進製造，而同予實行犯罪之意思，仍應認係該製造犯行之共同正犯。且若其產品製程結果已達法規範禁制之程度，應認該共同犯罪已經既遂。原判決就相關事證依法踐行調查證據程序後，依其取捨判斷證據證明力之職權，認縱取得液態甲基安非他命由上訴人指導王家宏純化

，上訴人與王家宏仍有利用其他先行為既成條件，續予製造精進而共同製造之犯意聯絡及行為分擔，且依鑑定結果，扣案物品含第二級毒品成分及其純度，已達毒品危害防制條例之規範禁制程度，業屬既遂，而論處其犯共同製造第二級毒品既遂罪責，記明理由及所憑，並無不合。上訴意旨泛言扣案液體尚未純化結晶，無從證明前述製造犯行或已達既遂程度，指摘原判決認定事實未依證據、適用法則不當，顯就同一事項，持不同見解，任意爭執，並非上訴第三審之合法理由。至原判決附表編號2、39之扣案液體所含甲基安非他命等第二級毒品成分、純度雖差異非大，充其量乃2 者為警查扣當時各毒品製程進展之自然結果，無從據此否定上訴人曾指導純化該毒品與製程之前述客觀事證。上訴意旨執此否認參與本件提高毒品純度之純化犯行，指摘原判決論處共同製造毒品罪責違背法令，自非有據，同非適法。又上訴人行為後，毒品危害防制條例第4條第2項之規定業於109年1月15日修正公布，提高其最低法定刑及得併科罰金之數額，並於同年7月15日施行，經比較新舊法結果，修正後之規定並未較有利於上訴人，仍應適用修正前之規定，原判決未及比較適用，於結果並無影響，附此說明。

五、量刑輕重，屬為裁判之法院依職權裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，而無違反公平、比例及罪刑相當原則，致明顯輕重失衡情形，自不得指為違法。原判決具體審酌刑法第57條科刑等相關一切情狀，維持第一審之量刑，既係合法行使其量刑裁量權，於客觀上未逾越法定刑度，無悖於前述量刑原則，難認有逾越法律規定範圍，或濫用裁量權限之違法可言。又適用刑法第59條酌減其刑與否，法院本有權斟酌決定，原判決依審理結果，就本件共同製造第二級毒品犯行何以不依該規定酌減之理由，業闡述明確，並無不適用法則之違法情形。而刑法第47條第1項規定累犯處罰「加重本刑至二分之一」，採「必加主義」，雖經司法院釋字第775號解釋以其不分情節，一律須加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，不符罪刑相當原則、比例原則，於此範圍內，在刑法第47條第1項修正前，為避免發生上述罪

刑不相當之情形，法院應斟酌個案情形，裁量是否依該規定加重最低本刑。本件原判決已具體審酌上訴人前揭犯罪情節，認除法定本刑為無期徒刑部分不得加重外，其依累犯規定加重其刑，並無致上訴人所受刑罰超過所應負擔罪責，或其人身自由因此遭受過苛侵害之情形，且與罪刑相當原則無違，記明其裁量之理由，難指有違反前述司法院解釋意旨或適用法則不當之違誤。上訴意旨持憑己見，純就該科刑裁量權之適法行使，指摘原判決依累犯規定加重，又未予酌減，違背罪責相當、比例原則而適用法則不當，並非合法上訴第三審之理由。

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

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 29 日

最高法院刑事第四庭

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

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 109 年 8 月 4 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2851 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 08 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

109年度台上字第2851號

上訴人 林士庭

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108年6月26日第二審判決（108年度上訴字第550號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署107年度偵字第18674號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原審審理結果，認為上訴人林士庭有原判決事實欄所載之運輸第三級毒品愷他命、硝甲西洋等事實，犯行明確，因而維持第一審適用毒品危害防制條例第17條第2項，依刑法想像競合犯規定，論處上訴人運輸第三級毒品罪刑（處有期徒刑3年8月），並依法諭知沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。
- 三、上訴意旨略稱：

(一)原判決雖認區別運輸毒品罪之既遂、未遂，應以已否起運為準。然毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第4條第3項係規定「製造、運輸、販賣第三級毒品...」，其構成要件僅有「運輸」二字，是否當然解釋如上，尚非無疑。且該條將運輸與製造、販賣並列，而通說認為製造、販賣毒品均屬結果犯，原判決卻將「運輸」毒品定性為行為犯（舉動犯）。則同條並列之數種行為態樣能否如此區別定性？立法者是否有意為差別待遇？均值懷疑。況毒品條例第4條第6項，就運輸各級毒品者有「未遂犯」之規定，如認運輸毒品係行為犯，

於著手起運、離開原出發地即已既遂，則何情況始得成立未遂？前開未遂犯之規定豈非形同具文？且一般毒品交易或幫助施用毒品，多先有運輸之前行為，若不區分其目的，概以起運與否為標準，將使販賣或具營利目的之毒品交易與運輸毒品在體系上混淆不清，而違公平原則。又行為犯有無成立未遂犯之餘地，以及如何成立，學理上均有爭議，益徵運輸毒品應採結果犯解釋為宜。再者，犯罪之解釋為結果犯抑行為犯應以行為對法益形成之實害或危險為斷，若欲以行為犯處罰，應有嚴格之基礎，構成要件之範圍應更限縮，否則將陷入單純處罰惡性或犯意之窠臼。司法機關解釋「運輸」行為之構成要件時，是否能認為「運輸」行為相較於「製造」、「販賣」行為，所造成之法益侵害危險明顯較高，而不得不待有實害之結果，逕以行為犯之解釋方式提前處罰？

(二)刑罰權之內容與範圍必須由法律明定，對於罪、刑的規定應力求明確，以符「明確性原則」。「運輸」係日常生活用語，並非法律專業名詞，相關法律並無定義性規定。依教育部網站國語辭典之釋義，運輸意指「利用交通工具，將人或物由一地運送到另一地，有海、陸、空等不同途徑」。亦即，運輸是一整體過程，有空間變換轉移，未抵目的地前，運輸行為尚未完成，較符合人民對運輸之通常理解。原判決之前開認定與中文「運輸」之定義不同，與人民認知之常情不符，有違罪刑法定及法律明確性原則。又等者等之，不等者不等之。若不論毒品是否運抵目的地，一概依既遂論處，不惟違反行為階段理論，抑且恣意未為合理之差別待遇，其法律評價已違反平等原則，亦與人民之法律感情相悖。本件上訴人係為將系爭毒品以航空運送出口至澳洲，但於我國之航郵中心即遭扣押，其運輸行為尚未完成，僅該當運輸未遂。縱認應以已否起運作為區別標準。然系爭毒品於出關前即被扣押，意即尚未放置進入運輸工具或啟航，能否謂已起運？本件應屬刑法第25條規定之障礙未遂。原判決未詳加說明，有不備理由之違法情事。何況本件上訴人係以無償方式寄送毒品予友人，並未牟利，亦無散布於不特定人之故意，原審之前開見解並未參照司法院釋字第476號解釋理由書之意旨，亦有判決不適用法則之違法。

(三)上訴人係基於友人之託將毒品交付友人之主觀意思，並先向

友人確認毒品係供友人自行施用。上訴人之主觀上並無散布毒品於不特定人士之故意，對於自己的行為最後可能造成不確定範圍的生命、身體或財產的損害，難認有所認識。縱認運輸毒品係行為犯，上訴人亦欠缺行為時所應有之對於不確定範圍的實害認識，而難認上訴人有主觀故意，原審以既遂論罪，即有判決違背實體法則之違法。

(四)原判決雖認上訴人不符合自首之要件。然上訴人於民國 107 年8月29 日，係以證人身分，在林美雲所涉毒品案（本院按：即臺灣臺南地方檢察署〈下稱臺南地檢署〉107 年度偵緝字第518 號），接受傳喚，足見檢察官尚無上訴人共同涉案之合理懷疑；上訴人於檢察官開始訊問前即表明自首之意，並就所犯所知據實陳述，自該當自首要件；且檢察官係迄至庭後之107年10月1日始以上訴人涉犯本案簽請自動檢舉偵辦，甚至於其後之107年11月6日訊問時仍表示上訴人符合自首。足徵檢察官於首次傳訊上訴人之前，其「主觀上」應尚未達合理懷疑之程度，否則豈會有上開表示？原判決就上開有利上訴人之證據，未說明不予採納之理由，即有判決不備理由之違法。臺南地檢署事後雖函覆原審表示：自林美雲至該署陳述時（指107年5月25日）即已合理懷疑上訴人為犯罪嫌疑人等語。惟依卷內資料，可見系爭郵件之寄件人記載為「鄭竹宏」，持0000000000電話致電航郵中心查詢郵件者亦自稱「鄭竹宏」；林美雲復陳述其不知「鄭竹宏」與上訴人之關係，實不能排除上訴人與林美雲均受託代寄郵件。檢察官經調取雙向通聯後送分析結果亦記載「0000000000姓名：小星」等字樣；再對照檢察官係以證人傳訊上訴人之事實，在在顯示檢察官於林美雲案傳喚上訴人到庭作證時，對上訴人之涉案至多僅單純為主觀上之懷疑，要非已達發生嫌疑而屬發覺犯罪之程度，上訴人應符合自首之規定，原判決認事用法顯有違誤。

(五)上訴人非以運輸毒品為業，前此亦無散布毒品之前案紀錄，係因心儀之女性友人之請託而代為寄送，更未獲得任何報酬，實為一時失慮，且係對國家重典認識不足，性格尚非不可教化；再衡諸系爭毒品並未運送出境，尚未造成危害，堪認上訴人之惡性及犯罪情節並非重大；加以上訴人智識程度不高，於偵、審均坦承犯罪，顯具悔意，其從事車床工作，單

身，須扶養照顧父親及年邁生病之祖母。觀其犯罪情節，與一般運輸毒品既遂情狀，妨害社會秩序與民眾健康，重大危害治安者有別；對照本罪之法定最低刑度為七年以上有期徒刑，自有「情輕法重」之憾，客觀上足以引起社會上一般人之同情，顯有堪資憫恕之處，原審認不得適用刑法第59條，難謂符合罪刑相當、比例原則及平等原則。

四、惟查：原判決以上訴人有如其判決事實欄所載行使偽造私文書以運輸、私運前開毒品之犯行，係以上訴人於偵查、審判中均坦白承認，核與林美雲之證述相符，並有郵政寄件單、國際快捷郵件託運單、電話語音譯文、電話通聯調閱查詢單等相關證據資料，及扣案之毒品為其佐證。就上訴人及其辯護人所辯系爭毒品尚未運抵目的地即被查獲，應僅成立運輸毒品之未遂犯等語，如何不可採認，亦詳予論斷、說明（見原判決第3、4頁）。從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形。且法律係吾人社會生活之規範，故法律用語應以通常方式，依一般人所理解之意義而為闡釋；然依文義解釋結果，法律之用語若已明確並符合法規規範目的，即不應另為引伸。查毒品條例第4條第3項所稱之「運輸」為一般用語，並非法律專有名詞，一般人理解之運輸，應指利用交通工具，將人或物由一地運送到另一地點。本件上訴人冒名「鄭竹宏」，自臺南委託郵局以國際快捷郵件方式，寄送毒品至澳洲之伯斯，惟未及出境即在桃園經海關航郵中心查獲之事實，並無疑義（見106年度他字第6584號卷第8、9、11頁）。亦即上訴人於利用國內郵局寄送（運輸）毒品出境時，除須以航空機跨境運送外，尚須歷經我國及澳洲境內之國內運送，知之甚明；本件經海關攔截查獲前，已有國內運輸之事實（行為），極為明確。其次，我國刑法所定各類犯罪，除既遂外，併明文處罰未遂者，就既、未遂之區別標準，並未明定，即須由法院在具體個案上，斟酌一切情事，作符合法律文義及法律規範意旨之價值判斷，以發揮法律功能；且不宜逕以學術上結果犯、行為犯之分類，定位各類型犯罪，進而判斷有無成立未遂犯可能；更不能將本質上不同、獨立之各類型犯罪，僅因立法者基於立法經濟之考量將之併入同一法律條文規範者，率認應以相同之標準判斷其犯罪之既、未遂。以本件「運輸」為例，法律並無須達預定之目的地始

論以既遂之規定；且運輸毒品之處罰，著重毒品來源之截堵，以戒絕毒品之流動、蔓延，故不論其為國內運送、跨境運輸，抑兼而有之，一有及之，即屬運輸。若如上訴意旨主張，應以目的（地）是否已達，定其既、未遂，將發生販賣之毒品已交付，但價金尚未取得，仍屬未遂；於本案情形，倘毒品已運抵澳洲，但於轉送伯斯時被查獲，亦屬未遂之顯不合理之結果，更非法規範意旨所在。原判決認上訴人已有國內運輸毒品之事實（行為），認成立毒品條例第4條第3項運輸毒品之既遂罪，即無上訴意旨所指不合法情形。上訴人於原審表示認罪（見原審卷第78頁筆錄），並未否認其無運輸毒品之主觀犯意，其於上訴本院後，任意援用前述司法院解釋之理由書，指摘原判決未予參酌，為判決不適用法則，於法亦有未合。

五、上訴人何以不合自首要件，原判決已詳予說明，略稱：海關查獲本案毒品並移送法務部調查局桃園市調查處後，經調查結果，發現郵件託運單上所載寄件人電話「0000000000」係林美雲所申請，帳寄地址亦與託運單所載相符；而上開電話復曾致電航郵中心查詢寄件情形，又查無林美雲有名為「鄭竹宏」之三等親屬，乃將林美雲列為犯罪嫌疑人移送檢察官偵辦；嗣林美雲經通緝到案後，於檢察官訊問時已陳稱：上開電話係由其申辦交由姪兒林士庭（上訴人）使用，包裹係林士庭託其到郵局寄送，寄件單及託運單係林士庭事先寫好等語，可知偵查機關已因林美雲之陳述知悉上訴人為幕後寄件人，而有確切根據得合理懷疑上訴人涉案，進而於107年8月29日同時傳喚林美雲及上訴人（本院按：先以證人訊問，訊問後旋即轉為被告）到庭；臺灣臺南地方檢察署其後覆函，亦表明相同意旨；自不因檢察官先以「證人」身分傳喚，而指檢察官尚未察覺；至於檢察官於其後之偵查中誤認合於自首要件，對於上訴人是否符合自首之認定不生影響，亦不能拘束法院（見原判決第6、7頁）。核其論斷，並無上訴意旨所指違法情形。上訴人就已經原判決明白說明之事項再為爭執，已難認是合法之上訴理由。且林美雲初次到案後，除有前開陳述外，並稱：林士庭說如果郵局問，就說包裹裡面是食物，待其到達郵局時忘了林士庭如何交待，還當場致電林士庭，由後者直接跟郵局小姐說等語（見107 年度偵緝字

第518號卷第56 頁）。足見上訴人託林美雲寄送本案包裹並對林美雲隱瞞包裹內容於先，續冒名「鄭竹宏」致電航郵中心查詢寄件情形於後（見同上他卷第17頁譯文），均為檢察官所知悉，已有客觀事實上足以懷疑上訴人涉犯本案，否則檢察官當不會於以證人訊問上訴人後，當場改以被告訊問上訴人（見同上偵卷第87至89頁）；其後檢察官對上訴人稱：我認為是符合自首的等語（見第一審卷第97頁勘驗錄音光碟筆錄），自不能影響法院之認定，況檢察官亦稱：但法官會不會按照，那就看他決定等語（見同上筆錄）。上訴人依憑己意為不同之認定，自難認係適法之上訴理由。

六、刑法第59條之適用，係事實審法院得自為裁量之事項，不得以其未適用，逕指為違法。查原判決就上訴人本案所為已說明何以不適用刑法第59條之理由（見原判決第7 至9 頁），核其說明，並無違法或濫用權限情形。上訴意旨就原審裁量職權之合法行使，任意爭執，自非合法之上訴理由。

七、依上說明，本件上訴人之上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 8 日

最高法院刑事第八庭

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

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 7 月 10 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2857 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 09 日

裁判案由：違反動物保護法

最高法院刑事判決

109年度台上字第2857號

上訴人 NGUYEN DUY THU（越南籍，中文譯名阮維書）

選任辯護人 袁烈輝律師

上訴人 邱坤豐

莊金樹

上列上訴人等因違反動物保護法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國109年3月24日第二審判決（108年度上易字第1322 號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署107年度偵字第4415 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非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人邱坤豐、莊金樹、NGUYEN DUY THU（中文譯名阮維書，下稱阮維書）有其犯罪事實欄所載共同違法宰殺犬隻1 隻之犯行，因而撤銷第一審就此部分所為無罪之判決，改判論上訴人等3 人以共同犯動物保護法第25條第2 款之非法宰殺動物罪，邱坤豐、莊金樹均處有期徒刑5 月，併科罰金新臺幣（下同）25萬元；阮維書處有期徒刑6 月，併科罰金27萬元，並均諭知有期徒刑如易科罰金；罰金如易服勞役，均以1 仟元折算1 日，及就邱坤豐部分諭知相關之沒收及追徵，並宣告阮維書應於刑之執行完畢或赦免後驅逐出境，已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於上訴人等3 人否認上述犯行及其等所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。另以不能證明上訴人等3 人有如檢察官起訴書所指非法宰殺如其附表二編號 2

至10所示犬隻共 9隻部分之犯行，而就此部分併予說明不另為無罪諭知之理由，核其所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按，從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、上訴人等3 人上訴意旨：

(一)、邱坤豐、莊金樹等2 人共同上訴意旨略以：

- 1.本件檢察官起訴意旨指伊等所為涉犯動物保護法第25條第 2 款之非法宰殺動物罪嫌，惟該罪構成要件除行為人有宰殺犬隻之行為外，尚須行為人係供食用、肉用、皮毛用，或餵飼其他動物之經濟目的始克該當。原審固認定共同被告阮維書宰殺系爭犬隻係為供人食用之目的而為，然就其所憑以認定之證據，僅於理由內說明「其2 人及阮維書均未就此點陳述，僅能就現有卷證加以判斷」之模糊說詞草率帶過，且未於審理程序中提示其所謂「現有卷證」以供調查辯論，顯有欠當。
- 2.本件檢察官並未就其所起訴阮維書宰殺系爭犬隻之事實提出具體證據資料，以資證明，卷內亦乏證據足以佐證上開事實。原審僅以假設性之空洞推論而認定其等有此犯行，雖警方在莊金樹住處發現與本件系爭犬隻所配戴相同之項圈，惟此是否即係該系爭犬隻所配戴之項圈？實有疑義，在無確切證據之情形下，應基於罪疑唯輕原則，為有利於上訴人等3 人之認定。惟原判決僅以阮維書於偵查中及審理時所述前後不一為由，遽為不利於上訴人等之認定，顯有可議云云。

(二)、阮維書上訴意旨略以：

- 1.邱坤豐於警詢時所述，與其於偵查中及原審審理時具結後證述之內容歧異，可見其於警詢時所為不利於上訴人等陳述之可信性，尚非無疑。何況邱坤豐係本案共同正犯，其警詢筆錄對伊而言，應無證據能力。伊之選任辯護人於原審迭次主張邱坤豐於警詢時之陳述，為審判外陳述，不具有證據能力。又共同被告莊金樹既未親自見聞伊有宰殺犬隻之行為，其於警詢時之證述亦不得採為不利於伊之認定。惟原判決仍認邱坤豐及莊金樹之警詢筆錄均有證據能力，而採為伊論罪科刑之依據，實有欠妥。
- 2.證人潘翊誠所為之證述，僅能據以判斷警方在莊金樹住處查獲之其中一只項圈與原判決附表二編號1 所示犬隻之特徵相

符，惟仍無從依此辨認現場血跡或其他跡證是否即為該犬隻所遺留，何況本件警方於現場查獲並採證送驗之動物毛髮，並非全然為犬隻之毛髮，尚有與野豬或家豬相符者。另現場查扣之「血跡鍋」則因混合型而不能檢出係何種動物所遺留，亦不能據以認定現場有無宰殺犬隻之行為。縱令現場遺留之動物毛髮及狗頭與腳殘骸，經鑑識結果有與犬隻之基因序列相符之情形，卻分屬3隻不同犬隻；且動物之毛髮、血跡殘留於現場之原因不一，非僅「遭宰殺」之單一可能。況本件復不能檢驗出該等殘留之毛髮或血跡究與原判決附表二編號1至10所示之何一犬隻之基因序列相符，亦無從勾勒比對本件在莊金樹住處查獲之動物跡證與原判決附表二編號1所示之該犬隻相符，原判決遽行憑此認定上訴人等有宰殺同上附表編號1所示犬隻之犯行，而予以論罪科刑，亦有欠當。

3. 警方搜索查獲本案相關動物跡證之地點既非伊及邱坤豐、莊金樹等實際居住之處所，且邱坤豐、莊金樹亦均否認曾前往該處，而本件扣案物品亦不能比對出伊等3人之指紋，原判決亦未能查出能據以證明伊等3人有使用過上述物品之證據，遽依該等證據作為不利於伊等3人之認定，殊有可議云云。

三、惟查：

- (一)、關於本件共同被告邱坤豐於警詢時所為之陳述何以對其他共同被告例外具有證據能力一節，原判決已敘明經第一審勘驗該筆錄詢問內容詳如其附表一所載，係採一問一答方式，其中關於警方在臺中市○○區○○路000巷0號搜索現場（下稱本案查獲現場），查扣之藍色尼龍項圈綴有綠色尼龍繩，即係如其附表二編號1所示犬隻所配戴。又邱坤豐於警詢時就犬隻來源、交付及宰殺過程等情之答覆，均係警員以開放式問題之方式加以詢問，再就邱坤豐回答之內容加以確認，並無任何誘導詢問之情形，且警員製作筆錄之方式，並非如法院審理行交互詰問證人時，可委外轉譯逐字照錄所可比擬。經原審詳細勾稽比對邱坤豐前揭警詢筆錄之記載與如其附表一所載之勘驗內容，認並無嚴重失出或不符其原意之處。何況，苟邱坤豐當時認該筆錄文字記載與其陳述之本意有所出入，自可請求修改或拒絕於筆錄上簽名，然邱坤豐卻於親閱該筆錄內容後予以簽名認可，足見該筆錄記載係出於其

自由意志無訛，參以邱坤豐於上開警詢時，係在無任何現實壓力下，充份自由地陳述，較諸嗣後於第一審行交互詰問時，其已明確知悉所供將影響其與其他共同被告莊金樹、阮維書宰殺本案犬隻之罪責成立與否，外在壓力明顯不同。因此，就警詢筆錄製作之背景、原因、過程等客觀事實以觀，並無任何違法、外力干擾或不正誘導之情形，顯然邱坤豐於警詢時之陳述係在具有較可信之特別情況下所為，且其於警詢時之陳述，為證明上訴人等3 人是否確有如原判決事實欄所載違法宰殺犬隻之犯罪事實存否所必要，而具有證據能力等旨甚詳（見原判決第3 頁第27行至第5 頁第7 行），核其此部分關於證據能力之論斷，於法尚無違誤。阮維書上訴意旨1 所云，無非任憑己見，對於原判決上揭適法論斷說明之事項任意指為違法，依上述說明，顯屬誤解，要非適法之第三審上訴理由。

- (二)、證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，並已詳述其取捨證據及得心證之理由者，自不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決依憑上訴人等3 人所為不利於己之供述（邱坤豐坦承有於如其附表二至四所示之時間、地點，領養如同上附表各該編號所示之犬隻，將其中部份犬隻交給莊金樹，並收取200 至300 元貼補油錢。現場查扣藍色尼龍項圈綴有綠色尼龍繩，即為如上開附表二編號1 所示犬隻所配戴。並於警詢時供認其並未殺狗，是阮維書在莊金樹住處殺狗。其領養犬隻送到莊金樹前揭住處以供阮維書宰殺之事實。莊金樹坦承警方在其居住處所查扣得如原判決犯罪事實欄所示之鍋子等物，其有收受邱坤豐交付之犬隻，並給付200 至300 元作為油錢補貼，阮維書平常會在本案查獲現場之房屋活動出入之事實。阮維書坦承認識邱坤豐與莊金樹，並會在本案查獲現場殺豬自己吃，並於警詢時供認本案查獲現場之房屋明顯看起來就是殺狗之場所等事實），證人即苗栗縣動物保護防疫所動物保護課課長潘翊誠所為不利於上訴人等3 人之證述（其證稱邱坤豐前後共領養10隻狗後，我們覺得奇怪，詢問其之前所領養之狗現況如何，他說以前領養之犬隻因走失、腸炎及中毒等原因而死亡，所以想再領養，我們就登記在卷附寵物死亡除戶證明內，但因為邱坤豐領養太多了，就沒有再

讓他認養。又警方搜索時我有去本案查獲現場即莊金樹住處，看到現場狗毛很多，及某些容器上有乾掉的血跡，查扣到一些殺狗器具如籠子、刀具，地上還有血跡，以及堆有一些斷掉的狗項圈6條、1條牽繩，室內角落有一包白色袋子裝著好像狗的頭顱，還有2個不確定是前肢還是後肢腳掌的骨頭，斷面是被（刀）切平的。上揭查扣之6條狗項圈跟1條牽繩，其中一條上面有綠色塑膠繩，我認為是來自收容所由邱坤豐認養的其中一隻狗等語），佐以卷附如原判決附表一所示第一審勘驗邱坤豐警詢陳述之勘驗筆錄、寵物遺失啟示、遺失資訊、晶片登記資料、寵物死亡除戶證明、本案查獲現場房屋搜索照片及紀錄表（顯示現場遺留血跡、大量動物毛髮，且在麻布袋內發現動物頭顱及腳殘骸）、阮維書持用手機門號0000000000（內存種類不詳動物屠體照片）、邱坤豐持用手機門號0000000000及莊金樹持用手機門號0000000097間之通聯記錄及苗栗縣警察局通宵分局偵查報告、法務部調查局107年7月3日調科肆字第0000000000號函暨所附之DNA鑑識實驗室鑑定書（經鑑定結果：〈現場查扣〉動物毛髮與動物頭骨與腳殘骸，檢出之粒腺體DNA細胞色素b基因片段序列，經與美國生物資訊中心NCBI基因資料庫比對結果，顯示與犬有100%之相似度，研判前開檢體之物種來源極有可能為犬，再以犬體染色體DNA-STR型別分析法進行檢測，經兩兩比對發現彼此間之相對應型別均計有12項以上不符，研判「前述證物檢體源自3隻不同犬隻個體」等情）等證據資料，再參酌本案查獲現場搜索照片及上開查扣物鑑定結果分屬3隻不同犬隻，及邱坤豐領養如原判決附表二、三、四所示之犬隻後，將部分犬隻載往莊金樹前揭住處，由阮維書在本案查獲現場之房屋內予以宰殺。因囿於目前動物保護防疫所收容之犬類，並無先行鑑驗DNA加以建檔之情形，因此無從就上開扣案經鑑定為犬類之毛髮、動物頭骨與腳殘骸進行比對是否即為邱坤豐所領養者。然如原判決附表二編號1所示犬隻，邱坤豐領養後送至莊金樹住處時，身上所配戴藍色尼龍項圈綴有綠色尼龍繩，與現場查扣之項圈相符，綜合前揭邱坤豐所為不利於己之自白、證人莊金樹及潘翊誠之證述與相關照片，且該犬隻亦經邱坤豐申報死亡，而查扣該犬所配戴之項圈，係遭人以外力平整剪斷。是邱坤豐前揭

自白、莊金樹及潘翊誠之證述，得與卷內相關證據互為補強，而採為上訴人等本件犯罪之證據，因認如原判決附表二編號1 所示之犬隻，係邱坤豐領養後，將之載往莊金樹住處，由阮維書在系爭房屋宰殺，而遺留下扣案之藍色尼龍項圈綴有綠色尼龍繩在現場等情無訛。且依據卷內證據資料顯示，阮維書對於動物如何宰殺、清潔、分切供食用等情，甚為熟稔。而本案查獲現場所查扣之狗頭與腳殘骸斷面平整，又與上開阮維書手機內顯示之動物屠體照片所呈現之屠體狀況一致，如原判決附表二編號1 所示犬隻，既在該地點遭阮維書所宰殺，則其等3 人宰殺該犬隻之目的即為供人食用無疑等情，據以認定上訴人等3 人確有如原判決事實欄所載共同非法宰殺動物之犯行，已詳敘其憑據及理由（見原判決第6 頁第12行至第11頁第25行）。且原判決亦敘明：依邱坤豐於領養如其附表二編號1 之犬隻當日，如何與莊金樹、阮維書密集通聯之情形，及邱坤豐領養上開犬隻後隨即將該犬隻載往莊金樹住處等情以觀，足證邱坤豐、莊金樹與阮維書對宰殺如其附表二編號1 之犬隻供人食用乙節，有犯意聯絡與行為分擔。並就邱坤豐嗣後所辯其僅係領養狗後交給莊金樹飼養云云；莊金樹所辯其未曾殺狗，亦未指示阮維書殺狗云云，以及阮維書空言否認有本件被訴宰殺犬隻之犯行，如何均係卸責之詞而不足以採信，亦予以剖析說明其取捨之理由綦詳（見原判決第12頁第20行至第20頁第19行），核其所為之論斷，尚與經驗法則及論理法則無違。邱坤豐、莊金樹上訴意旨 2，以及阮維書上訴意旨 2、3 所云，無非徒憑己見，對於原審上揭採證認事職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，任意指為違法，依上述說明，均非合法之第三審上訴理由。

- (三)、按各種動物均有其生命，與人類同存於地球環境，對外界所施以其身之事亦有所感受，其生死除因順應自然法則外，人類自當以地球共同體之觀念尊重動物生命，尤其狗素有人類最忠實朋友之稱，不應對之為任何騷擾、虐待或傷害甚至宰殺之行為，是我國特別制定動物保護法，於該法第1 條開宗明義闡明「尊重動物生命及保護動物」之立法意旨，並於同法第12條第1 項前段明定「對動物不得任意宰殺」，且於同法第25條各款規範違反動物保護法行為之處罰以究其責。依

該法第25條第2款規定為「有下列情事之一者，處二年以下有期徒刑或拘役，併科新臺幣20萬元以上200萬元以下罰金：二、違反第12條第2項或第3項第1款規定，宰殺犬、貓或經中央主管機關公告禁止宰殺之動物」，而同法第12條第3項第1款則規定：「任何人不得因第一項第一款所定事由，有下列行為之一：一、宰殺犬、貓或販賣、購買、食用或持有其屠體、內臟或含有其成分之食品」，因此任何人不得宰殺犬、貓，原判決因而據此論上訴人等3人以上開刑責，依法並無違誤，邱坤豐、莊金樹上訴意旨1所云，依上述說明，顯有誤解，亦非第三審上訴之適法理由。

(四)、證據能力，係指該證據可以作為判斷事實之基礎或資料之資格；而證據證明力，則係指具有證據能力之證據，依經驗法則及論理法則之推理作用，而得據以直接或間接證明待證事實，或使法院形成心證之影響力而言。又刑事案件被告對證人之對質詰問權，雖為憲法所保障之基本訴訟防禦權，不容任意剝奪；然此係以人證為證據方法時，有無踐行合法調查證據程序之問題，與該證人於警詢時、偵查中及審理時所為之陳述，有無證據能力暨其證明力如何之判斷，係屬二事，兩者並不相侔。原判決已說明共同被告莊金樹於警詢時及偵查中所為之陳述，分別符合刑事訴訟法第159條之1及第159條之5之規定，而均具有適法證據能力之理由（見原判決第5頁第8行至第6頁第6行），且莊金樹於第一審審理時曾以證人身份到庭具結作證，並接受阮維書及其選任辯護人之詰問，亦有第一審審判筆錄可稽（見第一審卷第192至199頁），則阮維書對證人莊金樹之對質詰問權在第一審審理時已受保障。從而，原判決採用具有適法證據能力，且經踐行合法調查證據程序之莊金樹於警詢時及偵查中所為不利於阮維書之證詞，作為認定阮維書有本件被訴共同非法宰殺動物犯行之依據，其採證於法尚無違誤。阮維書上訴意旨1所云，無非徒憑己見，任意指摘原審採證不當，同非合法之第三審上訴理由。

四、綜上，本件上訴意旨均非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，而仍就原審採證認事職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，暨其有無殺狗食用之單純事實，以及原判決對於相關法律之合法適用

，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首揭說明，其等3 人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395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 9 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 林 靜 芬

法官 蔡 憲 德

法官 沈 揚 仁

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 7 月 14 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2874 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 09 日

裁判案由：公共危險等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2874號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官柯怡伶

上訴人

即 被告 林韋逸

上列上訴人等因被告公共危險等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國109 年3 月26日第二審判決（108 年度交上訴字第1592號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署108 年度偵字第10816、11002 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、檢察官上訴部分：

一、按刑事訴訟法第377 條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人即被告林韋逸（下稱被告）有其事實欄所載曾犯酒後不能安全駕駛動力交通工具罪經有罪判決確定後，於5 年內再犯酒後不能安全駕駛動力交通工具肇事致人死亡，復於肇事後另行起意逃逸之犯行，因而撤銷第一審科刑之判決，改判仍論被告以曾犯刑法第185 條之3 之（酒後不能安全駕駛動力交通工具）罪經有罪判決確定，於5 年內再犯同條第1 項之罪因而致人於死罪（下稱加重酒後駕車公共危險致人於死罪），及駕駛動力交通工具肇事致人死亡而逃逸罪（均累犯），分別處有期徒刑5 年9 月及有期徒刑1 年11月，且合併定其應執行之刑為有期徒刑7 年2 月，已詳敘其所憑證據及認定之理由（被告於偵查、第一審及原審均自白本件上揭2 罪犯行，未為否認犯罪之辯解），並就刑罰之裁量詳予說明，俱有卷存證據資料可資覆

按，從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

- 二、檢察官上訴意旨略以：(1)、刑法第185 條之3 第3 項前段將「曾犯本條之罪經有罪判決確定或經緩起訴處分確定，於5 年內再犯第1 項之罪因而致人於死者」規定為特別犯罪構成要件，係變更同條第2 項之加重結果犯罪類型，而成立另一獨立之罪名即「加重酒後駕車公共危險致人於死罪」，並提高其法定本刑，屬刑法分則之加重，即法定本刑之加重，自仍應與其他犯罪一體適用刑法總則即同法第47條第1 項之累犯加重其刑規定。原判決就被告本件所犯加重酒後駕車公共危險致人於死罪雖論以累犯，但未依上開規定加重其刑，於法有違。蓋上述加重酒後駕車公共危險致人於死罪，係將行為人之特別實質惡意反映於犯罪構成要件，立法目的著重於維護用路人安全，保障人民生命及身體法益，其僅以行為人不知醒悟，於短期內再犯不能安全駕駛動力交通工具罪（含加重結果犯），且因而肇事致人於死為構成要件，著重於刑罰之一般預防及特殊預防作用，而不論行為人先前所曾犯相同之罪是否已執行完畢，與累犯加重其刑規範之基礎並非相同。申言之，加重酒後駕車公共危險致人於死罪，係以行為人曾經歷刑事司法程序（即有罪判決或緩起訴處分確定）卻仍再犯為由，而提高法定本刑以為儆懲，其與累犯之加重其刑，係因行為人之刑罰反應力薄弱，未因曾經徒刑執行完畢而心生警惕之規範作用不同，該罪關於上述短期內再犯相同罪名之構成要件，並非「特別累犯」之規定，並無競合之問題，故犯該罪而為累犯者，仍應適用同法第47條第1 項規定加重其法定最低本刑，且依司法院釋字第775 號解釋意旨，並未違反一行為不二罰原則，亦無針對同一犯罪構成要件或要素，於量刑時再度考量而予以重複評價之問題。何況，倘行為人犯加重酒後駕車公共危險致人於死罪而非累犯者，法律既加重其法定本刑，則苟係累犯之情形，兼有對於刑罰執行反應力薄弱之問題，舉輕以明重，更應加重其刑。乃原判決就被告本件所犯該罪，既認成立累犯，卻又謂不應依累犯之規定加重其刑，殊有不當。(2)、被告先前兩度犯刑法第185 條之3 第1 項第1 款前段之酒後不能安全駕駛動力交通工具罪，均經法院判處徒刑確定，甚且分別易科罰金執行完畢

，於5 年內再犯本件同條第3 項前段之加重酒後駕車公共危險致人於死罪，而為累犯，乃原判決卻認為不應依刑法第47 條第1 項規定加重其法定最低本刑，相較於設若有某人前犯同條第1 項第1 款前段酒後不能安全駕駛動力交通工具罪，係經緩起訴處分確定，於5 年內再犯相同罪名因而致人於死，同論以同條第3 項前段之加重酒後駕車公共危險致人於死罪（非累犯），而僅在法定刑度內科刑之案例，被告本件所犯該罪之情節及惡性尤有過之，且構成累犯，原判決卻不依刑法第47條第1 項規定加重其刑，而同在該罪之法定本刑範圍內量刑，此無異於不當變相減輕被告之刑責，洵與該罪提高刑責之立法目的相違，而不符罪刑相當原則，顯有違誤。(3)、刑法第57條第5 款將犯罪行為人之品行列為科刑輕重標準之一，茲行為人不構成累犯之不良素行或前科，尚且應依上開規定予以審酌而從重量刑，舉輕以明重，情節較重之累犯，自無不加重其刑之理。原判決就被告本件加重酒後駕車公共危險致人於死犯行，認為不應依累犯之規定加重其刑，實有輕縱之嫌，顯與立法目的相悖，自屬違法。(4)、被告駕車肇事致被害人鄭美雪死亡後棄車逃逸，一度由其配偶蔡依潔到場出面謊稱為肇事車輛駕駛人，被告則躲在一旁窺視，意在拖延警方對其施以酒精濃度測試之時間，以規避其酒後不能安全駕車而肇事致人死亡之重罪責任，原判決未察上情並於量刑時加以斟酌，徒以第一審判決未及審酌被告已賠償被害人家屬新臺幣50萬元為由，而撤銷第一審判決，遽對被告所犯前揭2 罪均為降低第一審判決所處刑度之判決，亦屬失當云云。

三、惟查：

- (一)、「刑罰之制定」，乃立法者針對特定犯罪所為基本之抽象非難評價，呈現為刑法分則所明文特定罪名之「法定本刑」。而「刑罰之加減」，係立法者透過在刑法總則規定類型化之絕對或相對之刑罰加重與減輕事由，而就特定罪名對司法者為量刑框限之變動指示，展現於學理名為「處斷刑」之刑罰調整，以上皆屬立法者之刑罰制定。至「刑罰之適用」，則屬司法者之刑罰裁量，體現於法院就特定行為人所犯特定罪名，於法律規定範圍內所為之個案量刑。具體而言，相對於刑法第185 條之3 第2 項所規定之基本類型罪名暨較輕之法

定本刑，同條第3 項前段增加「曾犯本條之罪經有罪判決確定或經緩起訴處分確定，於5 年內再犯第1 項之罪」之要件，並制定較重之法定本刑，以成立另一獨立之罪名，其乃犯罪類型變更之刑法分則加重性質，係屬立法者「刑罰之制定」，而非司法者「刑罰之裁量」。而刑法第47條第1 項「受徒刑之執行完畢……，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一」之規定，則係總則性質之「刑罰之加重」。至同法第57條「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：……（列舉10款）」，則係立法者對司法者量刑裁量內涵之控制與指示，而屬「刑罰之適用」範疇。再者，刑法第1 條揭櫫罪刑法定主義，其中「行為之處罰」一語，並明示其行為刑法之屬性，但刑罰現實上係加諸於行為人，行為人因其犯罪（即該當不法構成要件之有責行為）而受罰，刑法非難之對象，並非僅係單純之行為，實係行為人之行為，行為人短期內數度犯罪或再犯相同之罪，該等透過行為所表現出行為人敵視法規範之性格情狀（即特別惡性），由於對法益危害性之加深而提高行為之不法內涵，經立法者將相關之行為人性格情狀及對法益侵害危險性定為犯罪構成要件，而獨立成為基本犯罪之加重處罰類型時，揭示立法者嚴懲行為人行為之非難評價（即行為人責任），係著眼於犯罪之一般預防及特殊預防，藉以嚇阻犯罪而保護法益，並矯正行為人之惡性（即反社會性）以促其再社會化。刑法第185 條之3 第3 項以「曾犯本條之罪，經有罪判決確定或經緩起訴處分確定，於5 年內再犯第1 項之罪」為不法構成要件，其所配置之較高法定本刑，依其立法加重處罰之旨意，難謂未將行為人犯罪前科所反映之其主觀惡性或反社會危險性格考量在內，其加重法定本刑之刑罰作用，應認有針對行為人為特殊預防之涵意與目的。而以行為人犯行合於刑法第47條第1 項之累犯規定而加重其刑，或以行為人有不良素行或犯罪前科，依同法第57條第5 款規定，作為從重量刑之因素，不外均係偏重於針對行為性格情狀（即主觀惡性與反社會危險性）加以特殊預防之目的考量，此部分之作用具有相當程度之同質性，而非截然可分。又立法者就特定犯罪所制定之「法定本刑」，或附加特定事由以調整而加重或減輕「法定

本刑」所形成之「處斷刑」，其刑罰均具有相當之裁量空間，於委託司法者確定個案具體刑罰之同時，授權其得在應報原理認可之範圍內，兼衡威懾或教育等預防目的，就與量刑有重要關聯之事項為妥適之評價，亦即於責任應報限度之下，考量預防之目的需求，以填補法定刑罰幅度所框架之空間，進而酌定其宣告刑，以期符罪刑相當之理想。依上述說明，可知重罪之法定本刑，與重罪之加重其刑，或重罪之從重、從輕或從常例量刑，三者之概念有別，且其間並無必然之關聯性。

- (二)、行為人之故意犯行，是否應依刑法第47條第1項前段之規定論以累犯，乃「法律要件判斷」之問題，至是否依同條項後段之規定加重其刑，依司法院釋字第775號解釋意旨，於事實審而言，則係「法律效果裁量」之問題。個案犯行於具有相對加重其刑事由之前提下，關於是否加重其刑，係法律授權事實審法院得自由裁量之事項，於法律之外部性與內部性界限範圍內，賦予其相當之決定空間，苟符合刑罰規範體系及目的，於裁量權之行使無所逾越或濫用，而無違公平、比例及罪刑相當原則者，即不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決於理由內說明略以：被告兩度違犯刑法第185條之3第1項第1款前段之酒後不能安全駕駛動力交通工具罪，均經法院判決確定，且分別易科罰金執行完畢，5年內故意再犯本件有期徒刑以上之加重酒後駕車公共危險致人於死罪，依同法第47條第1項前段規定論以累犯等旨（見原判決第8頁倒數第10行至第9頁第4行）。另說明從寬理解司法院釋字第775號解釋關於「裁量是否加重最低本刑」之意旨，審酌被告所犯本件加重酒後駕車公共危險致人於死罪，特以「曾犯本條（指刑法第185條之3）之罪經有罪判決確定或經緩起訴處分確定，於5年內再犯第1項之罪」為構成要件，並提高處罰而制定較同條第2項酒後不能安全駕駛動力交通工具致人於死罪為重之法定本刑，雖與累犯「受徒刑之執行完畢……，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪」之要件不盡相同，然被告歷經同類型酒後不能安全駕駛動力交通工具公共危險案件之刑事司法程序，非唯業經判決確定，甚且其罪刑已執行完畢，卻仍未知悔改，一再違犯，關於被告具有特別實質惡性之評價，係加重酒後駕車公共

危險致人於死罪既有之不法內涵，其不法內涵既有相當程度競合之情形，為免有違反重複評價禁止原則之疑慮，乃認尚無依累犯規定加重其刑之必要，因而裁量不依刑法第47條第1項後段之規定加重其刑；復依刑法第57條所列各款規定，審酌被告犯罪之動機、目的、手段、所生危害及犯後態度，兼衡其前科素行、智識程度、工作、婚姻、家庭、經濟暨生活狀況等一切情狀，量處有期徒刑5年9月等旨（見原判決第9頁第5行至第10頁第6行及第11頁第1行至第14頁倒數第13行）。核原判決以與累犯加重其刑與否具有關聯性之事項作為考量依據，而其所斟酌之量刑事項亦與卷內證據資料相符，且兼顧法羈束性與自由性之裁量規範意旨，尚無逾越法律所賦予刑罰自由裁量之外部性界限，或違背公平、比例及罪刑相當原則等內部性界限之情形，尚難指為違法。檢察官上訴意旨主張被告所犯加重酒後駕車公共危險致人於死此一重罪，既經論以累犯，即應依法加重其刑，且應從重量刑，而據以指摘原判決未依累犯之規定加重其刑，且所量處之刑過輕為不當云云，依上述說明，不無混淆「刑罰之制定（重罪之法定本刑）」與「刑罰之加重（重罪之加重其刑）」，及「刑罰之適用（重罪之從重、從輕或從常例量刑）」概念之誤會，包括指摘原判決就被告所犯前揭2罪之量刑失出部分，無非均係執憑已見而對原審量刑裁量職權之適法行使所為之任意指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆諸上揭規定及說明，其上訴皆為違背法律上之程式，均應予以駁回。

貳、被告上訴部分：

第三審上訴書狀應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前，仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，此觀刑事訴訟法第382條第1項及第395條後段規定甚明。本件被告因加重酒後駕車公共危險致人於死及駕駛動力交通工具肇事致人死亡而逃逸共2罪案件，不服原審判決而於民國109年4月24日具狀提起上訴，惟其所提出之「刑事上訴狀」並未敘述其不服原審判決之理由，而其於同年6月4日所提出之「刑事答辯狀」所載內容，僅係針對檢察官前揭上訴意旨加以反駁，亦未敘述其不服原判

決之理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出其上訴理由，依上開規定，其就上述2 罪之上訴自非合法，均應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 9 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 沈 揚 仁

法官 林 靜 芬

法官 蔡 憲 德

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 7 月 13 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2925 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 22 日

裁判案由：殺人

最高法院刑事判決

109年度台上字第2925號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官 吳祚延

上訴人

即 被 告 賴○○

選任辯護人 謝明智律師

上列上訴人等因被告殺人案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國109年4月29日第二審判決（108年度矚上重訴字第4號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署107 年度偵字第15447、16344號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於賴○○犯如其附表編號一至三所示之罪部分撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人即被告賴○○因長期罹患思覺失調症，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力顯著降低，因不滿其胞妹賴○茜不孝父母、不敬兄長，雙方不睦日久。民國107 年3月間，又因口角而生閒隙；同年5月24日前數日，復前往賴○茜任職之臺中市南區「麗○牙醫診所」找尋賴○茜未果。同日上午11時許，另數度以電話詢問賴○茜的配偶陳○智及「麗○牙醫診所」人員有關賴○茜去向，仍經告知：「不知」或「不在、未上班、這星期都沒班」等語，而加深對賴○茜之不滿，竟於同日下午2 時許，基於預備殺人之犯意，依其殺害賴○茜之計畫，預藏折疊刀、瑞士刀各1 把，騎機車前往「麗○牙醫診所」，預備持刀刺殺賴○茜（預備殺人部分業經原審判決有罪確定）。賴○茜因獲其父親賴○望通知而事前躲藏於診所3 樓辦公室內，並預先通報其診所同仁知悉。賴○○於進入診所前，先詢問大樓保全員得知賴○茜確實在內後，方於同日下午2 時25分許進入診所，並在櫃檯向羅○○表示欲找賴○茜，羅○○則仍推稱賴○茜未上班。賴○○因不滿診所人員有意隱瞞賴○茜行蹤，基於殺人犯意，佯稱：「我有東西要拿給她（指賴○茜），你可以幫我拿給她嗎？」等語，使羅○○疏於防備，隨即取出預藏

之折疊刀，朝羅○○頸部刺擊，再進入櫃檯內，續持刀朝羅○○頭部攻擊，羅○○則持椅子奮力阻擋，幸未傷及要害，惟仍受有左顳1.5公分之撕裂傷。翁○○因聽聞羅○○尖叫前往查看，賴○○另基於殺人之犯意，再持折疊刀朝翁○○右胸刺殺（長約7公分、深約10公分），致其鎖骨下動靜脈破裂，臂神經叢損傷及大量出血休克倒地。此時，賴○○又見王○○醫師朝櫃檯而來，又基於殺人之犯意，再持折疊刀攻擊王○○左下顎（0.8x0.5公分淺層銳器傷，深度約0.7公分）、左耳後（2處淺層銳器割傷，各2.7x0.2公分、1x0.4公分），王○○負傷後退至X光室前，以小推車阻隔抗拒，賴○○仍不罷手，接續持刀朝王○○頸部刺入，致王○○受有頸部前方5x1公分銳器刺入傷、刺入深約9公分、刺穿右側頸部皮膚（右側頸部有皮下出血傷3x2公分、1處銳器傷0.4x0.1公分，右側頸部皮下組織、肌肉組織有大面積銳器傷出血8x5公分，右側胸鎖乳突肌有銳器傷出血，左側頸部皮下組織、肌肉組織有局部出血），並傷及氣管（長度約1.5公分）、右側頸靜脈血管，王○○隨即因大量出血，休克倒地失去意識。賴○○因認先前刺殺翁○○，用刀感覺不若刺殺王○○順利，復折返櫃檯，承前殺害翁○○之犯意，再持折疊刀刺擊翁○○臉頸部、手臂等部位，致其受有頸部穿刺傷併氣管破裂及呼吸衰竭、右前胸穿刺傷併鎖骨下動靜脈、臂神經損傷及出血性休克、下巴穿刺傷、左上臂穿刺傷（共3處）、術後合併急性肝腎功能衰竭等傷害（頸部傷長約3公分、深約3公分，顏面下巴處傷長約6公分、深約1公分，左上臂3處傷分別長4公分、3公分、1公分，深約3至4公分）。賴○○行兇後，仍在診所內到處搜尋賴○○未果，警方據報於同日下午2時35分許到場，始予制伏逮捕，並扣得折疊刀及瑞士刀各1把。王○○、翁○○隨即經送醫急救，翁○○終倖免於難，惟王○○仍於同日下午4時34分許經宣告不治死亡等情，因而維持第一審關於論處賴○○如原判決附表（下稱附表）編號一所示殺人罪刑（處無期徒刑，褫奪公權終身，並應於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護5年），及如附表編號二、三所示殺人未遂2罪刑（均處有期徒刑）暨諭知相關沒收部分之判決，駁回檢察官及賴○○此部分各在第二審之上訴，固非無見。

二、惟按：刑事法上犯罪之成立，以具備構成要件該當性、違法性及有責性（罪責）為要件，三者缺一不可。行為人藉該當構成要件之違法行為，表現其個人主觀上違反法律規範價值之可非難性或可責性，而應負擔刑事責任，並接受刑罰之制裁。故刑罰以罪責為基礎，無罪責即無刑罰。而罪責係以行為人之判斷能力為基礎，即其在意思自由之狀態下，具有正確判斷並辨別合法與不法之能力，竟違法行事，其行為即具可責性。又除了反社會人格違常以外，凡影響人類思考、情緒、知覺、認知及行為等精神狀態表現，致適應生活功能發生障礙者，皆為精神衛生法所定義之「精神疾病」（見精神衛生法第3條第1款規定）。然而，並非所有的精神疾病都可能影響人的知覺或現實感的判斷作用（例如精神官能症、酒癮、藥癮及衝動控制疾患等是），故刑法第19條關於精神障礙或其他心智缺陷者責任能力之規定，係以精神障礙或其他心智缺陷者，因知覺異常與現實感缺失，致辨識其行為違法之能力（辨識能力，知的要素），或依其辨識而行為之能力（控制能力，意的要素，即依其辨識進而決定自己行為的能力），於行為時是否屬不能、欠缺或顯著減低為斷。行為人所為之違法行為必須與其罹患之精神障礙或其他心智缺陷疾病所生知覺異常與現實感缺失之間，具有關聯性，始有阻卻責任可言。倘行為人非但具有正確理解法律規範，認知、辨識行為違法之辨識能力，而且具備依其認知而決定（選擇）是否為或不為之控制能力，縱經醫師診斷為精神疾病患者，仍應負完全之責任，並無同條不罰或減輕其刑規定之適用。上揭關聯性之認定，涉及行為人有無責任能力之調查，法院固應依其調查證據之結果予以判斷。然此一判斷過程，亦不免同時有依照行為人行為前（準備）、行為時、行為後（立即反應）等相關行為，涵攝精神疾病相關醫學症狀定義之必要，精神醫學之鑑定人做為「發現事實之當然輔助者」，鑑定意見對於不具有精神醫學專業之法官而言，自具有釐清事實之重要功能。當數個適格之鑑定人或機關之鑑定意見彼此互相歧異時，關於其間因醫學意見歧異而形成之爭點，事實審法院允宜傳喚正、反（或折衷）意見之鑑定人，各自說明其意見所憑之精神醫學診斷準則，及判斷本件符合或不符合診斷準則之過程，兼及於其對不同意見之看法，藉由審、檢

、辯三方交互詰問程序，以逐步釐清事實，形成確信。若數個鑑定人或機關仍各持己見，法院亦無法形成心證，無妨尋求第三鑑定意見以協助法院正確認定事實（刑事訴訟法第207條參照）。法院採取或不採取任一意見，應說明其判斷是否符合精神醫學專業領域所普遍接受之診斷準則，及其試驗、操作或推論過程，是否均無瑕疵，且具有醫學合理性之理由。正、反或折衷意見，均無法說服法院形成有無責任能力之確信時，始依罪疑唯輕原則，而為有利於行為人之認定。

三、驅動賴○○殺人之動機，與其罹患之思覺失調症有無關聯？

(一)原審之認定及其引用鑑定人何儀峰醫師之鑑定意見：

本件原判決認定賴○○預備殺害賴○茜、殺害羅○○、翁○○均未遂及殺害王○○既遂之行為當時，係因罹患思覺失調症，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力顯著降低，因而適用刑法第19條第2項規定，予以減輕其刑等情，主要係依憑第一審囑託衛生福利部草屯療養院（下稱草屯療養院）鑑定報告及鑑定人何儀峰醫師於原審所為陳述，並援引賴○望等相關證人，暨賴○茜與翁○○及陳○智、翁○○、賴○茜等3人分別與陳珮慈間之LINE對話內容、麗○牙醫診所之監視器錄影紀錄等相關事證，敘明賴○○因罹患思覺失調症，對人事物之間的關聯性易扭曲解讀，致其自幼與賴○茜相處不睦。案發前因未能順利覓得賴○茜，計劃攜帶折疊刀及瑞士刀前往殺害賴○茜。又認診所人員刻意阻撓，遂對在場之羅○○、翁○○及王○○萌生殺意，而不及於在場其他病患，固可認賴○○仍有判斷其欲殺害之對象，僅限賴○茜及麗○牙醫診所人員之能力，然其殺人犯意之形成，係導因於對賴○茜長久以來的不滿；且其殺人行為之著手，與罹患思覺失調症而對賴○茜「有怪異且固著想法」有密切關聯，或「受妄想症狀干擾」，其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，達顯著降低之程度等旨（見原判決第63至83頁）。然並未進一步說明賴○○（預備）殺害賴○茜、羅○○、翁○○及王○○等人之行為，究竟如何「怪異且固著」，而符合思覺失調症診斷準則關於「妄想」（Delusions）之定義？卷查鑑定人何儀峰醫師於原審陳稱，略以：賴○○妄想的核一一直是他的妹妹（賴○茜），但依其陳述對賴○茜不滿或憤怒的原因，從現實觀之，與其憤怒之程度有所扭曲

、偏離常情或並不相當，此與其妄想性的僵化、固著性思考有關；賴○茜實際上對賴○○並無任何客觀之侵害行為，家人之間也無差別對待，賴○○對賴○茜產生憤怒的情緒，程度甚至激烈到要殺害賴○茜，是因為妄想而不是現實；而殺害羅○○、翁○○與王○○，則係因其認為診所人員聯合協助賴○茜，說謊掩飾賴○茜行蹤，或阻止伊進入診所內找尋賴○茜，妄想已經瀰漫，開始殺人以後就殺紅眼了；單就賴○○殺人之客觀行為觀察，賴○○具有選擇殺人對象及選擇、等待最佳下手時機的能力（忍耐、遲延能力），例如，選擇只殺害阻止其尋找賴○茜的人，也懂得誘騙羅○○，再出其不意的予以刺殺，最後見到制服警察出現，也會有逃匿行為等等，均未受到幻覺或其他知覺異常影響，而是因妄想而動心起念，產生殺人之動機，他不是完全沒有現實感，而是因為受到妄想的影響，以致在現實判斷上出問題，但沒有嚴重到心神喪失的程度等語（見原判決第39頁第28行至第40頁第12行、第41頁第26行至第42頁第2行、第44頁第7至13行、第15至20行、第45頁第18至21行、第47頁第1至6行、第48頁第19至23行、第51頁第19至29行、第54頁第1至7行、第58頁第15至20行、第63頁第7至13行）。上情如果無訛，則原判決似認賴○○（預備）殺害賴○茜、羅○○、翁○○及王○○之「動機」，係因妄想而生與客觀現實不相當之憤怒情緒，進而生殺人故意，因故意而生殺人行為。

(二)臺中榮民總醫院之鑑定意見：

原審依檢察官聲請另行囑託臺中榮民總醫院鑑定結果，卻與草屯療養院及何儀峰醫師有相反之意見，略認：(1)犯案前的精神狀態：賴○○的認知功能並沒有受到精神疾患影響，具有一般社會應有的判斷能力。(2)犯案的心理狀態與動機：賴○○在多次的偵訊筆錄、鑑定會談與心理衡鑑的敘述，包括「被證一」賴○○本人手寫的資料上，所有的陳述意見（關於殺害賴○茜的動機），內容均一致（指賴○茜不孝、叛逆、賴○○自幼即與賴○茜關係不佳）；賴○○與賴○茜的關係長期不佳，與其思覺失調症呈現的症狀「幻影」、「魔神」等精神症狀，並無顯著關聯；賴○○陳述犯案動機是基於對賴○茜的不滿，以及診所人員多次阻撓賴○○見到賴○茜等事由，整體而言，其犯案動機與思覺失調症並沒有顯著相

關。(3)犯案行為當時的精神狀態：賴○○在犯案行為當時可以清楚認知其殺人前準備折疊刀、停車、詢問一樓管理員，到診所之後詢問櫃台工作人員，佯稱交付東西，繼而伺機砍殺被害人等，以及後續與警方對峙等過程，清楚顯示賴○○犯案行為當時，可以理解殺人行為之違法本質，砍殺脖子是人的要害，以及行為的後果等；賴○○在犯案行為當時，並無因為精神疾病的影響，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，亦無辨識能力、控制能力顯著減低之情形。(4)犯案後的精神狀態：賴○○在陳述此案的歷程，並未受到幻聽、妄想的直接影響，另由人際行為量表來看，賴○○是依賴與消極性攻擊的態度面對環境，一般而言，對於人際互動是採疏離的方式面對，但因消極的態度而會持續累積負向的情緒，也因此容易因無法承受本身內在負向的情緒出現失控的行為，賴○○的犯案行為大致與其人格特質相符合，並無顯著受到精神疾病症狀的影響。(5)精神鑑定總結：精神鑑定結果顯示賴○○「並未因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或依其辨識而行為之能力。」「也沒有因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力顯著降低之情形」等情（見原判決第29至31頁）。

- (三)比較草屯療養院（何儀峰醫師）與臺中榮民總醫院之鑑定意見，關於賴○○犯罪之動機，前者認為其對賴○茜不滿或憤怒的原因，與其憤怒之程度，與現實不符，而且僵化、固著，已合於思覺失調症之妄想徵候。後者卻認為，賴○○對賴○茜或診所人員之不滿，前後陳述一致，與其妄想之「幻影」、「魔神」等精神症狀無關；其因憤怒情緒失控而殺人，係其人格特質所致，並未受思覺失調症之影響。則關於賴○○長期以來對於賴○茜蓄積不滿之情緒，進而產生殺害賴○茜之動機，是否與現實解離而符合思覺失調症之妄想徵候定義，或者只是人格違常？判斷賴○○憤怒的情緒與現實是否解離之標的，是其原因（賴○茜不孝、叛逆），還是結果（高漲的憤怒情緒）？或者，兩者均應綜合觀察？此既涉及精神醫學之專業領域，非不能就上開疑點，命雙方鑑定人到場說明，或囑託其他機關另行鑑定，以期詳實。況且，原審囑託臺中榮民總醫院鑑定，並檢附包含賴○望等相關證人，暨賴○茜與翁○○及陳○智、翁○○、賴○茜等3人分別與陳

珮慈間之L I N E對話內容在內之全案卷宗以供鑑定參考，資料內容甚至包含第一審卷內之草屯療養院鑑定報告書及原審卷內之何儀峰醫師審理筆錄。臺中榮民總醫院鑑定報告書於「三、案件經過欄」，即註記其資料來源係本件起訴書及草屯療養院鑑定報告書；「心理衡鑑結論欄」亦引用賴○○於草屯療養院鑑定當時所接受「魏氏成人智力量表第四版」之測驗結果（見原審卷第3 宗第325頁、第4宗第61、65頁）。則臺中榮民總醫院鑑定人於事前閱覽草屯療養院鑑定報告書（或何儀峰醫師筆錄）以後，未受拘束，作成與之意見相反之鑑定結論，並直指賴○○殺人「動機」與其思覺失調症無關，反而是其容易情緒失控的人格特質，才是影響其作成殺人決定之原因。原判決不予採取，卻僅泛稱：臺中榮民總醫院之鑑定意見，「未充分考量」相關證人之供陳及L I N E對話所顯現案發前賴○○之言行舉止與精神狀態，確已受思覺失調症所顯著之影響等詞，並未具體說明臺中榮民總醫院之鑑定意見，何以不能為精神醫學專業領域所普遍接受或如何不具有醫學合理性之理由，非但事實仍未明瞭，並有理由欠備之違法。

（四）賴○○殺人是因「不能控制」之情緒衝動（Irresistible Impulse）？

又姑不論犯罪動機只是內在之心理狀態（例如，出於洩憤、報仇或謀財之動機而殺人），仍可因法律、道德、良知之認知而阻其犯罪決意。殺人動機縱然受妄想影響而與現實悖（解）離，如果行為人仍然具有完整辨識違法之能力，可以正確理解其正在殺「人」（不是外星人、魔神或鬼怪），殺人是違法行為，且並無因為妄想或幻聽（覺）而理解為正當防衛或緊急避難之情形，則究竟其因高漲之憤怒情緒進而著手殺人，是行為人「不願」控制或「不能」控制情緒，自應斟酌行為人是否具有(1)選擇之能力；(2)忍耐遲延之能力；(3)避免逮捕之能力；及(4)警察在旁（Police at the elbow）時是否仍不放棄殺人等各項情狀，妥為區別判斷。本件縱使依草屯療養院何儀峰醫師之鑑定意見，認為賴○○因妄想而生高漲之憤怒情緒，為求洩憤而生殺害賴○茜或阻礙其達成目的之診所人員之動機，然依原判決認定之事實，賴○○為遂行殺害賴○茜計畫，事前準備折疊刀、瑞士刀各1 把，藏於

隨身包包內。再騎機車前往麗○牙醫診所所在大樓，先詢問保全員確認賴○茜在內，始進入診所，再因羅○○之推詞，而生殺害阻礙其殺害賴○茜目的之診所人員犯意，先藉口轉交他物而鬆懈羅○○心防後，再猝不及防突然刺殺，繼而殺害聞聲而來之翁○○、王○○，但未殺害同在診所內之黃瑋婷或其他病患。賴○○在診所搜尋賴○茜行蹤未果，急欲離去，經人阻擋，再遭警方逮捕等情。而賴○○亦坦承其因不滿、氣憤而欲殺害賴○茜及阻止伊找尋賴○茜之診所人員，亦明知刺殺頸部會導致死亡結果，殺人後因未尋獲賴○茜，急欲離去現場以避免被逮捕等語（見原判決第14、15頁）。自賴○○從預備至實行殺人之整體過程觀之，其殺人前事先計劃（多方詢問賴○茜行蹤、準備凶器、詢問保全員確認賴○茜在診所內）；殺人時選擇對象（不及於其他不妨礙其殺害賴○茜目的之人）、忍耐遲延以選擇最佳下手時機（趁羅○○不備再突然下手）；殺人後則急欲離去現場以避免被捕，似具有正確理解判斷殺人之違法性及有效控制其行為之能力。臺中榮民總醫院上揭鑑定意見第(4)點，因而指明賴○○於行為時之辨識能力、控制能力均未受思覺失調症之影響，亦無顯著減低之情形。即何儀峰醫師亦不否認賴○○行為時仍具有上揭選擇、忍耐、遲延及避免逮捕之能力。則賴○○既然具有控制其殺人與否、如何殺人及停止殺人之能力，又如何能合理說明其控制能力因受病態之妄想殺人動機影響，而較一般人顯著降低？賴○○因不滿賴○茜欲殺之而後快之高漲情緒，又如何係「不能」而非「不願」控制之衝動？原判決就此未詳為調查、審酌，並進一步敘明其論斷之理由，已有調查未盡之違法。況其一方面說明賴○○具有辨識或判斷能力（見原判決第82頁第21至24行），他方面又敘明賴○○行兇當下知道藏匿兇刀，再出其不意取刀刺殺羅○○，警察到場時也知道閃躲，案發後也能清楚陳述行兇過程，均「如一般人正常」，只是因罹患思覺失調症產生對賴○茜不滿之怨恨妄想，故不是完全沒有辨識能力或控制能力，只是顯著降低等詞（見原判決第85頁第3至10行）。則依原判決之說明，賴○○之辨識能力、控制能力均與一般人無異，又如何比一般人顯著降低？其前、後理由之說明顯不一致，並有矛盾可指。

四、檢察官及賴○○之上訴意旨指摘原判決違法或不當，非無理由，但原判決上述之違背法令，影響於事實之確定及法律之適用，本院無可據以為裁判，應將原判決關於賴○○犯如附表編號一至三所示之罪部分撤銷，發回原審法院更為審判。

五、至賴○○另犯如附表編號四所示之預備殺人罪部分，因不得上訴第三審，業經原審裁定駁回該部分之上訴，已確定，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 22 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 吳 信 銘

法官 何 菁 莪

法官 梁 宏 哲

法官 蔡 廣 昇

法官 林 英 志

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 7 月 27 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2927 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 30 日

裁判案由：家暴殺人等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2927號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官蘇南桓

被告 吳茂騰

上列上訴人因被告家暴殺人等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國109年5月13日第二審判決（108年度上重訴字第1505號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署108年度偵字第2863號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、按刑事訴訟法第377條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件，如果上訴理由書狀未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由係屬二事。

貳、本件原審經審理結果，認為被告吳茂騰殺人部分犯行明確，因而維持第一審所為，論處上訴人殺人罪刑（處無期徒刑）之判決，已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

參、上訴意旨略以：

一、原判決固以被告已坦認殺人犯行，僅否認有直接故意，並非毫無悔悟，不知自我反省之人，透過無期徒刑之執行，輔以適切教化，使其能深入反省矯正偏差價值觀念與衝動式思考，培養正確之人生觀，尚非全無改過遷善之可能，因認被告應有教化之可能，其惡性未達應與世永久隔離之程度云云。然就被告何以有矯正教化及再社會化之合理期待可能性，並未依訪視、鑑定等卷內存在之客觀資料，徒以上開理由簡略交代，即憑主觀臆測做出上開論述，形同就此科刑之重要事項，絲毫未加調查、審酌，自有違背法令之瑕疵。

- 二、原判決於論述被告犯罪後態度、教化可能性時，認定其「自警拘提到案後，已坦認犯行，並交待犯案過程」、「坦認犯行（僅否認有直接故意），並非毫無悔悟，不知自我反省之人」，似認被告除主觀犯意外，對於客觀犯案過程已全部坦承，然被告自到案後迄原審審判中，均矢口否認有直接殺人故意，且對於為何要以電線環繞被害人頸部一節，亦諉稱：不知自己為何有此舉動云云，原審既駁斥被告此部分辯解均屬無稽，又認被告已坦認犯行並交待全部犯案過程，則其事實認定及理由論述前後矛盾，容有判決理由矛盾之違誤。
- 三、依聯合國人權事務委員會對公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）及經濟社會文化權利國際公約（以上二公約下稱兩公約）不定期發表之「一般性意見」（general comments），即條約機構對特定條文所作之解釋，為適用公政公約應參照之標準，並未認為締約國應廢除死刑，或死刑係屬公政公約第7條所稱之「酷刑」或「殘忍、不人道或有辱人格之處罰」，而係期望各締約國最終皆能對廢除死刑達成共識，非謂維持死刑之國家即屬違反公政公約。故公政公約各締約國是否採取廢除死刑之措施，乃各國國民公意或立法者之抉擇。我國現行法制，既未廢除死刑，且死刑制度迭經司法院釋字第194、263及476號為合憲之解釋，則個案符合上開公政公約及一般性意見之要件者，自得科處死刑。
- 本件被告直接故意殺害被害人且予以分屍，而犯刑法第271條第1項之殺人罪，屬於「蓄意造成生命喪失」之犯行，若判處死刑自不違反上開公約規定。參酌被告與被害人張○○同居交往二年多，卻僅因被告另結新歡，加上被害人一時違逆其要求，即對被害人勒殺，過程中無視於被害人之痛苦掙扎抵抗，仍持續以強勢體力施壓被害人頸部長達15分鐘，再以充電線纏繞被害人頸部兩圈以確認被害人確已死亡，顯見被告欲置被害人於死地之意思甚堅，犯罪手段殘暴。且被告勒斃被害人後，仍冷靜外出購買工具以支解被害人遺體及清理犯罪現場，並將被害人屍塊分地藏匿丟棄，再佯裝被害人之語氣與被害人親友聯繫，避免被害人親友起疑，同時仍持續有計畫、冷靜地逐步滅證，甚至照常與另名女友裴○○交往，足見被告之冷血無情、惡性重大。另以被告所供情詞：被害人於頸部遭壓制勒住之危急情狀下，仍不斷罵被告之母

，被告沒有注意到被害人有無掙扎，此等情節顯與常情及經驗法則不符，實難憑採，此亦足徵被告迄至本案審理當時，仍未據實供出殺害被害人之細節，僅空泛指責被害人罵被告之母，欲藉此淡化被告個人可歸責原因以卸責。且被告為本件令人髮指之犯行後，迄今均未試圖對被害人家屬為任何精神或實質上之賠償，足見被告犯後面對司法並無悔悟反省之心。再依據證人即被告之母郭○○於一審之證述、證人即被告於本件經拘提查獲時在場之女友裴○○偵查中之證述，堪認被告屢次對於交往對象不忠誠，先是不顧情份，於已登記結婚之配偶籌辦婚禮之期間，堅持與被害人交往，再於被害人同居交往之期間，同時與證人裴○○以男女朋友相稱，甚至於本件兇殘絞殺被害人、將被害人遺體支解丟棄之後，仍若無其事搬至裴○○住處，此等冷血自私之情感歷程，屢屢對交往之對象造成身心傷害，實難認被告素行良好有教化之可能及必要。是審酌上開事由後，足認被告為本案犯行顯已泯滅人性，惡性重大至極，罪責深重，而達罪無可逭之程度，縱原審於審酌量刑參考因子時，有考量到包括被告之犯罪動機、目的、手段、智識程度、生活狀況等因子，且縱認無法排除被告有接受教化導正之可能，但經綜合評價所有有利、不利之量刑因子後，如以被告之罪責為衡量及決定之基礎，仍認其有與社會永久隔離之必要，只有選擇死刑一途，無從迴避，才能符合法律之目的及法律秩序之理念。原審不顧公訴人及死者家屬具體求處死刑之主張，竟認被告尚有一絲天良，非無教化之可能，尚無予永久與世隔絕之必要，而量處被告無期徒刑，自屬違反量刑相當原則，有適用法則不當之違法。

肆、經查：

- 一、現代刑罰之目的，基於特別預防、積極預防等理念，不再局限、滯留於單純應報之思維中，而更寓含有矯治、改善行為人人格危險性之積極預防目的，其核心任務毋寧在於對行為人施以再社會化，使其達於規範內化之目標，以利更生。有鑑於此，法律就刑罰之量定，為實現個案裁判之妥當性，以達成刑罰之積極目的，賦予法院裁量權。故量刑之輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟法院於量刑時，已以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第57條各款所列情狀，

而未逾越法定範圍，又未濫用其職權，即不得遽指為違法。原判決就檢察官第二審上訴意旨求處被告死刑一節，已說明依我國兩公約施行法規定具有國內法效力之公政公約，其第6條第2項明定未廢止死刑之國家，非犯罪情節最重大之罪，不得科處死刑。本件被告所犯殺人罪，法定刑為死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑，經依刑法第57條規定，以被告之責任為基礎，逐項審酌本案中屬於該規定所列舉各項科刑輕重標準之一切具體情狀，予以綜合考量，本件被告與被害人張○○為關係親密之同居男女朋友，二人因被害人工作上須接觸其他異性而時起勃谿，案發當日又故事重演，復因被害人未順從被告要求，雙方肢體衝突，被告為滿足自己偏差之兩性觀念及壓制被害人之動機與目的，竟率爾勒殺被害人；自被害人舌骨骨折之情以觀，足徵被告犯罪手段力道非輕；且因而剝奪被害人生命，造成無法彌補之損害，更致其家屬傷痛逾恆，社會治安亦蒙受不利影響；甫事發之際，被告為掩飾犯行，雖將被害人分屍並清洗現場，然經警查獲拘提到案後，已坦承犯行，陳明犯案重要經過，態度尚可；被告幼年雖遭父家暴，在校偶受同儕欺凌，然迄案發時均已事隔多年，整體言之，其成長過程並未經歷非常人所能忍受之困頓，致有人格異常之情形；教育程度為大學畢業，案發前工作、收入均正常，亦無任何其他前案紀錄等情，因認被告本件僅因細故，即徒手勒殺被害人身亡，固不宜輕縱，然被告素行尚佳，原非十惡不赦之人，本件犯罪之實行復未藉諸任何兇器械具，尚與情節最重大之殺人罪行有間，且被告除爭執其殺害被害人，主觀上非出於直接故意外，就殺人之客觀行為，均已坦白承認，難認毫無悔悟之心，係不知自省之人，其惡性尚未達於應與世永久隔離之程度，就法定刑中，選科較最長有期徒刑更長之無期徒刑，施以長期之機構性處遇，應足以矯治其偏差價值觀與衝動性思考及行為模式，使其改過遷善。至於被告犯後為掩飾犯行而肢解、遺棄被害人屍體，固悖離國人之法感情，然已另依刑法第247條第1項之侵害屍體罪論罪科刑，自不得再於殺人罪項下重複評價。從而第一審判決量處被告無期徒刑，並未逾越法定範圍，亦無偏執於一端，致明顯失之出入而有濫用職權之嫌，難認有何不當，乃予以維持，俱於理由內闡述甚詳。顯無檢察官上訴意旨

所指摘交待敘述過於簡略，而有判決理由欠備之違背法令。

二、判決以被告就於案發時地，因上開原因與被害人發生爭執後，勒住被害人之頸部，致被害人不能呼吸，過程中被害人雖不斷掙扎反抗，其仍未鬆手，最終引發被害人窒息死亡；被告於觸探被害人其鼻息，發現已無呼吸後，再隨手持塑膠製充電線，以環狀方式從後到前緊繞被害人頸部2 圈，繼再以前述方式肢解及棄置被害人遺體等情，均如實供述，顯已就殺人罪部分之客觀行為坦承不諱，故於量刑時，將被告自拘提到案後，已坦認犯行，並交待犯案過程之犯後態度列入考量，核無不合。縱被告就其殺人行為是否出於直接故意之主觀意圖有所爭辯，亦無礙於其已就殺人犯行自白之客觀事實，上訴意旨猶執被告否認其殺害被害人係基於直接故意，且未能明確交待以電線環繞被害人頸部之動機，質疑被告仍有所隱匿，並指摘原判決理由前後矛盾云云，顯非適法之第三審上訴理由。

三、刑法第271 條殺人罪，本即係以「蓄意造成生命喪失」之故意殺人行為為規範對象，然其法定刑非僅死刑，尚包括無期徒刑及十年以上有期徒刑，顯非唯一死刑之犯罪，具體個案之刑罰，自應由法院本其職權，依刑法57條規定妥為裁量。上訴意旨猶執被告蓄意殺害被害人之陳詞，並以無證據足堪證明與本件被告殺人犯罪有直接關聯之被告感情不忠，喜結新歡等事由，且置原判決關於被告棄屍部分行為已另依遺棄屍體罪論擬，不應於殺人罪重複評價之說明於不顧，而求處被告死刑，並指摘原判決量刑違反罪刑相當原則，有適用法則不當之違法，自難謂係適法之第三審上訴理由。

四、綜上所述，本件上訴意旨，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，要難謂為適法之第三審上訴理由。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 30 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 李 錦 樑

法官 吳 淑 惠

法官 黃 瑞 華
法官 蔡 彩 貞

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 8 月 6 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2938 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 16 日

裁判案由：侵占等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2938號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官翁珮嫻

被告 黃靜惠

上列上訴人因被告侵占等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年8月27日第二審判決（108年度上重訴字第1號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署105年度偵字第8630號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決維持第一審論處被告黃靜惠犯刑法第336條第1項公益侵占罪刑之判決（共4罪，其中2罪依中華民國九十六年罪犯減刑條例減刑），駁回其在第二審之上訴。並諭知緩刑2年（緩刑期內付保護管束，及向國庫支付新臺幣〈下同〉10萬元、義務勞務140小時、法治教育24小時之附條件緩刑）。固非無見。

二、惟查：

（一）宣告刑是否得易科罰金，須以所犯屬最重本刑為「5年以下」有期徒刑以下之刑之罪，而受6月以下有期徒刑或拘役之宣告者為限，觀諸刑法第41條第1項規定甚明。而最重本刑，係指法定之最重本刑，即以法定刑之上度作為認定基準；惟如遇有加重或減輕情形時，則視其為刑法「分則」之加重、減輕或「總則」之加重、減輕，而異其處理方式。倘為前者，法定本刑因法律明示應予加重、減輕，而有延長、縮短法定本刑之性質，法院無裁量之權，如加重後最重本刑已逾5年，則不得為易科罰金之宣告；如減輕後最重本刑為5年以下者，則可。倘為後者，法律授權由法官自由裁量，不影響原法定本刑，最重本刑係為有期徒刑5年以下者，縱經加重，仍不影響上揭易科罰金規定之適用；反之，原最重本刑係逾有期徒刑5年者，雖經減輕，仍無易科罰金規定適用之餘地。

又依中華民國九十六年罪犯減刑條例第9條規定，犯最重

本刑為「5 年以下」有期徒刑以下之刑之罪，依本條例規定減為6 月以下有期徒刑、拘役者，應於為減刑裁判時，併諭知易科罰金折算之標準，屬宣告刑之減輕，尚與法定刑之減輕不同，不宜混淆。

本件第一審判決就被告所犯公益侵占犯行共4 罪，均認有情堪憫恕之情形，依刑法第59條酌減其刑（見第一審判決第33頁第12行至第34頁第6 行；屬刑法總則之減輕），均量處有期徒刑8 月；又其中2 罪（即94學年度、95學年度）之公益侵占罪部分，認符合中華民國九十六年罪犯減刑條例，減輕其刑二分之一，均宣處減為有期徒刑4 月（屬宣告刑之減輕）。

惟被告所犯刑法第336 條第1 項之公益侵占罪，其法定刑為1 年以上「7 年以下」有期徒刑，並非最重本刑為5 年以下有期徒刑以下之刑之罪，而上揭刑法第59條規定，乃總則減輕，法定本刑不變，第一審判決就被告上開所犯（94學年度、95學年度）2 罪，依前揭減刑條例，宣告減為有期徒刑4 月，竟誤為易科罰金之諭知，原判決未予糾正，逕為維持，顯有適用法則不當之違誤。

（二）宣告緩刑與否，固屬實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，惟法院行使此項職權時，除應審查被告是否符合緩刑之法定要件外，仍應就被告有以暫不執行刑罰為適當之情形，亦即應就被告犯罪狀況、有無再犯之虞，及能否由於刑罰之宣告而策勵其自新等各情，加以審酌，並於判決理由中，適當說明，始足受外界公評檢驗，而免誤會並昭折服。

原判決於理由欄僅敘載：「被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有本院被告前案紀錄表可按，衡諸上開各項情事，被告應係一時失慮誤蹈法網，經此次偵、審程序教訓，當已知所警惕，信無再犯之虞，本院因此認為所宣告之刑以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1 項第1 款之規定，併宣告緩刑2 年，以啟自新」等旨（見原判決第15頁第2 至7 行）。檢察官上訴意旨指摘其尚嫌空泛，核非全無理由，允宜補充說明，以昭折服。

三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，為維護被告之審級利益，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397 條、第401 條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 16 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 李 錦 樑

法官 蔡 彩 貞

法官 林 孟 宜

法官 吳 淑 惠

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 7 月 23 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2967、3273號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 29 日

裁判案由：違反組織犯罪防制條例等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第2967號

109年度台上字第3273號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官林蓉蓉

被告 王城翰

上列上訴人因被告違反組織犯罪防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年7月18日第二審判決（107年度上訴字第2190、2193號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署107年度偵字第8571號、同年度少連偵字第111號，追加起訴案號：107年度偵字第10008號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審判決附表四編號(一)所示部分之不當判決，改判依想像競合犯關係，從一重論處被告甲○○犯原判決附表二編號(一)所示成年人共同犯招募未滿18歲之人加入犯罪組織罪刑及收沒。又維持第一審判決附表四編號(二)所示論處其成年人與少年犯三人以上共同詐欺取財罪刑及沒收部分之判決，駁回其在第二審之上訴。併就檢察官追加起訴其對被害人乙○○犯三人以上共同詐欺取財罪部分，諭知公訴不予受理。固非無見。

二、惟查：

(一)1.犯罪係不法（即構成要件該當、欠缺阻卻違法事由）且有罪責之行為。行為人實行犯罪，合於數個犯罪構成要件，為充分但不過度、重複評價其犯罪之不法及罪責內涵，使刑罰符合比例原則之要求，應考量所侵害之法益是否同一、是否出於一個意思決定、法規之形式構造、規範功能及行為之關連性等情形，依法理評價為一罪（法條競合、「吸收犯」等），或依法律評價為數罪（想像競合、實質競合），不能恣意僅擇一重罪處罰，就輕罪恕置不論。

2.所謂法條競合，係指一個犯罪行為形式上合於數個犯罪構成要件，同時有數法條可以適用，依一般法理，擇一最適合之法條適用，排斥其他法條之適用。學理上可分為特別

關係、吸收關係、補充關係等類型。其中補充關係，係指一個行為合於數法條罪名之構成要件，侵害同一法益，而侵害法益之程度強弱有別或參與、行為型態不同，由數法條罪名之形式構造觀察，具有一規定（即補充規定）之存在僅在補充另一規定（即基本規定）之不足之關係，亦即僅在後者不適用時，才能適用前者。如教唆或幫助他人犯罪後，進而實行犯罪行為者，僅論以該罪之正犯。而「吸收犯」概念，係指在犯罪性質上，或依日常生活經驗習慣（某種犯罪之性質或結果，當然含有他罪之成分），認為一個犯罪行為，為另一犯罪行為所吸收，較為適當，而僅包括的論以一罪。如低度行為，為高度行為所吸收。輕度行為，為重度行為所吸收。法條競合與「吸收犯」，均僅成立一罪，即足以充分評價其犯罪之不法與罪責內涵。與想像競合犯、實質競合（數罪併罰），係成立數罪有別。

3. 原判決事實認定：被告於民國107 年1 月9 日與洪敏睿（經第一審判處罪刑確定）共同基於招募他人加入犯罪組織之犯意聯絡，介紹少年周○諺（經第一審法院少年法庭裁定交付保護管束確定）至「蠟筆小新」詐欺集團擔任車手，而招募未滿18歲之少年周○諺加入該詐欺集團犯罪組織，分得少年周○諺提領款項之1%作為報酬。嗣被告自己於同年1 月10日至12日間某時，加入「蠟筆小新」詐欺集團，參與犯罪組織（見原判決第2 頁）。理由說明：教唆他人犯罪後，又進而實行犯罪行為者，其教唆行為已為實行行為所吸收，應以實行正犯論科。組織犯罪防制條例第4 條第2 項之法定刑較同條例第3 條第1 項之參與犯罪組織罪高，本諸行為不法內涵高低行為判斷標準，應認成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織之行為屬高度行為而得吸收參與犯罪組織行為。被告為成年人招募未滿18歲之少年周○諺加入「蠟筆小新」詐欺集團犯罪組織後，又自行參與該犯罪組織，其參與犯罪組織之輕度行為應為其成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織之重度行為所吸收，不另論罪（見原判決第12、13頁）。
4. 組織犯罪防制條例增訂第4 條第1 項之招募他人加入犯罪組織罪（於106 年4 月21日生效施行），考其立法理由，係為防範犯罪組織坐大。行為人一有招募他人加入犯罪組

織之行為，即已成罪，與該人有無實行加入、參與犯罪組織無涉，不具從屬性。且招募他人加入犯罪組織，亦不以自己已加入犯罪組織為必要。二罪並不存在一規定之存在僅在補充另一規定之不足之關係，自不能比附援引教唆犯與正犯，謂行為人招募他人加入犯罪組織，又自己加入、參與犯罪組織，僅應論以參與犯罪組織罪（或招募他人加入犯罪組織罪）。

5.組織犯罪防制條例第4 條第2 項之成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織罪，因加重處罰，法定刑固較參與犯罪組織罪為重。然成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織，又自己加入犯罪組織，既無在犯罪性質上，或依日常生活經驗習慣，認為一個犯罪行為，為另一犯罪行為所吸收，較為適當之情形，僅論以成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織罪，不足以充分評價其犯罪之不法與罪責內涵，自不能謂參與犯罪組織罪之行為應為成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織之行為所吸收，而排斥參與犯罪組織罪之適用。原判決徒憑成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織罪之法定刑較參與犯罪組織罪為重，遽認後者之輕度行為應為前者之重度行為所吸收，不另論罪，進而認定被告參與犯罪組織部分、檢察官追加起訴之加重詐欺取財部分，雖未據起訴，惟分別與成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織部分，具有實質上、裁判上一罪之關係，皆為起訴效力所及。檢察官追加起訴部分，係就同一案件重行起訴，而諭知公訴不受理（見原判決第15、21、22頁），有適用法則不當之違法。

(二) 1.實質上或裁判上一罪之案件，檢察官就犯罪事實一部起訴者，依刑事訴訟法第267 條規定，其效力及於全部，受訴法院基於審判不可分原則，對於未經起訴之其餘事實，仍應合一審判。又洗錢防制法業於105 年12月28日修正公布，並於106 年6 月28日生效施行。該法第2 條規定：「本法所稱洗錢，指下列行為：一、意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴，而移轉或變更特定犯罪所得。二、掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者。三、收受、持有或使用他人之特定犯罪所得。」、第3 條規定：「本法所稱特

定犯罪，指下列各款之罪：一、最輕本刑為六月以上有期徒刑以上之刑之罪。…」、第14條第1項規定：「有第二條各款所列洗錢行為者，處七年以下有期徒刑，併科新臺幣五百萬元以下罰金。」。

2. 原判決認定被告與所屬詐欺集團成員，基於三人以上共同詐欺取財之犯意聯絡，分別由不詳集團成員於107年1月12日、17日向被害人乙○○、丙○○施詐，致被害人等陷於錯誤，分別匯款至被告、翁自強之郵局帳戶，再由被告、少年周○諺持上開帳戶之金融卡，至自動櫃員機提領款項，並將提領之款項交予集團成員（見原判決第3頁）。如果無誤，被告所屬詐欺集團以被告、翁自強之郵局帳戶作為詐欺犯罪使用，被告與少年周○諺復持上開帳戶之金融卡至自動櫃員機提領贓款，交予集團成員之行為，是否已發生製造詐欺犯罪所得金流斷點，實質上使該犯罪所得嗣後之流向不明，達成隱匿犯罪所得之效果？被告主觀上是否知悉詐欺集團係以上開帳戶及金融卡隱匿詐欺犯罪所得之去向，以逃避偵查機關追查犯罪所得之實際持有人及去向？此等事項攸關被告是否另成立洗錢防制法第14條第1項之一般洗錢罪，而與其被訴加重詐欺取財犯行部分，具有想像競合之裁判上一罪關係之認定。檢察官雖未就洗錢部分起訴，惟倘與追加起訴、起訴之加重詐欺取財犯行部分具有裁判上一罪關係，當為起訴效力所及，法院仍應併予審理。原審未予調查釐清，並為必要之說明及論斷。難謂無判決不備理由及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

- 三、檢察官上訴意旨指摘原判決不當，為有理由。應認原判決有撤銷發回更審之原因。又原審於更審時，倘認被告成立組織犯罪防制條例第3條第1項後段參與犯罪組織罪，應詳酌被告犯該罪之具體情節，是否有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則，始得依同條第3項規定宣告刑前強制工作，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 29 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 黃 瑞 華
法官 洪 兆 隆
法官 吳 冠 霆
法官 楊 智 勝

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 7 月 31 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 2998 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 09 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

109年度台上字第2998號

上訴人 黃炳源

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國108年7月17日第二審判決（108 年度上訴字第1705號；起訴案號：臺灣新北地方檢察署107 年度毒偵字第4520號、5420號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、施用第一級毒品部分：

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

二、本件上訴人黃炳源上訴意旨略謂：

(一)員警於民國107年5月29日及同年6月25 日先後對上訴人搜索，祇扣得甲基安非他命，從未扣得任何第一級毒品。其實，我祇施用第二級毒品，並未施用第一級毒品；又驗尿結果，嗎啡指數也僅297ng/mL（按其實本件2 次採尿驗得閾值，分別為1879、399ng/mL），是我服用甘草咳嗽藥水，而非吸毒所致，法院不應因我有吸毒前科（自88年起，有甚多此類犯罪紀錄），逕為有罪認定。

(二)我雖同意採尿，但只限於採驗第二級毒品部分，不及於第一級毒品，詎警方逕行檢驗尿液中有無第一級毒品，顯違正當法律程序。況該檢驗報告，性質上屬傳聞證據，應無證據能力，我要聲請傳喚承辦員警及彭耀宗、賴力瑋等證人，並重新以氣相層析質譜儀檢驗、確認各該尿液。如此，就可證明我沒有施用海洛因。

三、惟按：

(一)行政院（主政機關為法務部）依毒品危害防制條例第33條第2項，訂定「特定人員尿液採驗辦法」（下稱尿液採驗辦法）乙種，其中第11條規定「尿液檢驗以『嗎啡類』及『安非他命類』為基本項目；主管機關並得依所屬或監督之特定人員業務特性，增加檢驗項目。」該辦法第4條並規定「對特定人員之尿液採驗，以受僱檢驗、懷疑檢驗、意外檢驗、入伍檢驗、復學檢驗、在監（院、所、校）檢驗、不定期檢驗或隨機檢驗之方式行之。」其中，所謂「懷疑檢驗」，依同辦法第3條第3款之規定，乃指「被懷疑有施用、持有毒品之可能時實施之尿液檢驗」。可見凡是非法持有毒品者，無論何級，皆當受採尿送驗，且檢驗項目至少應具「嗎啡類」及「安非他命類」2種，係因這2種毒品經常兼有，事關社會治安維護之公共利益，為詳實蒐證，發現真實，並善用鑑定資源，以收畢其功於一役之效，而為此設計，無違比例原則，故無許受採驗之犯罪嫌疑人，自作主張，限定僅能就其中1種而為鑑定，更不能於真相遭發覺後，提出種種藉口，指摘司法警察（官）依上揭辦法所為之採驗尿液，違背正當法律程序。

又行政院（主政機關為衛生福利部）依毒品危害防制條例第33條之1第3項，訂有「濫用藥物尿液檢驗作業準則」（下稱尿液檢驗作業準則）乙種，其中第15條第1項規定「初步檢驗應採用免疫學分析方法。檢驗結果尿液檢體中濫用藥物或其代謝物之濃度在下列閾值以上者，應判定為陽性。一、安非他命類藥物：500ng/mL。二、鴉片代謝物：300ng/mL…」該準則第18條並規定「初步檢驗結果在閾值以上或有疑義之尿液檢體，應再以氣相或液相層析質譜分析方法進行確認檢驗。確認檢驗結果在下列閾值以上者，應判定為陽性：…二、海洛因、鴉片代謝物：(一)嗎啡：300ng/mL…」同準則第20條且規定「司法案件之濫用藥物尿液，必要時得採用最低可定量濃度為閾值，不受第15條、第18條規定限制。」則就毒品有關尿液鑑定方法與判斷標準，為符合科學性之規範，既經雙重檢驗，已無偽陽性之疑慮，雖非絕對不能爭執，但無許空言否定，至少應提供具體可行之調查方向或指出證明方法，以免延滯訴訟。

而司法實務上對於施用毒品之犯罪嫌疑人或被告，採集其尿

液檢體送驗鑑定之處分，乃為調查有無施用毒品之犯罪事實，對人採集檢體之取證行為，因攸關人身自由與隱私等基本人權，倘強制為之，須合於法律保留原則。惟實際操作上，係由排尿者自行排放，無外力介入，且不具侵入性，干涉程度較輕，故如得其同意，自願排尿後，取樣送驗，並非法所不許。參諸刑事訴訟法第131條之1受搜索人自願性同意搜索，與第133條之1受扣押標的權利人同意扣押，及第205條之2後段強制採驗尿液屬適法蒐證方式，暨毒品危害防制條例第33條第1項對特定人員得強制採驗尿液等規定之規範意旨，尚不得任意指遭違法採證，而執為適法之第三審上訴理由。原判決以上訴人為警查獲時，既遭搜出甲基安非他命，且坦承施用毒品，司法警察因實施調查之必要，認有採尿調查犯罪之相當理由，徵得上訴人同意，自動排尿，該尿液檢體送驗所得之檢驗報告（其閾值均超過尿液檢驗作業準則判定陽性之數值，且經氣相層析質譜儀確認）既非不法取得，自有證據能力。經核於法尚無不合。

(二)證據之取捨與事實之認定，為事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，即不得任意指為違法；又證據之證明力如何，由事實審法院本於法的確信，自由判斷之，此項自由判斷之職權行使，苟係基於吾人日常生活之經驗，而未違背客觀上應認為確實之定則，即無不可，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定可明。從而，如已敘述其何以為此判斷之理由者，自不容漫指為違法，而據為適法之第三審上訴理由。

本件原判決主要係依憑上訴人於第一審時，坦承有施用第一級毒品之自白（按上訴人於第一審準備程序供稱：海洛因的部分，可能是在藥頭那邊施用時摻到；6月份則可能是同時施用2種毒品）及與其自白相符之檢驗報告（包含2次尿液及搜扣之毒品）；上訴人親簽之勘察採證同意書等證據資料，乃認定上訴人有如其事實欄所載之施用海洛因犯行，因而維持第一審論處上訴人以施用第一級毒品(2)罪刑（事實欄一(二)部分，另想像競合施用第二級毒品）之判決，駁回上訴人此部分之上訴；並對上訴人否認施用第一級毒品，如何不足採信，予以說明、指駁，其採證認事，俱有卷證可資覆按，核屬事實審對證據證明力判斷之職權合法行使，並無上訴意旨

所指違背經驗、論理等證據法則、判決不備理由或調查未盡之情形。

- (三)按本院為法律審，應以第二審判決所確認之事實為基礎，據以判斷原判決是否違背法令，故於第二審判決後，不得主張新事實或請求調查新證據為其第三審之上訴理由。

本件原審審理時，經審判長詢以「尚有何證據請求調查」時，上訴人並未有如前揭上訴意旨所稱重行鑑定尿液、傳喚證人（見原審卷第127、128頁；其實，在第一審也表示無證據調查）之聲請，自不得於上訴法律審時再行請求。此部分上訴意旨，亦非適法上訴第三審的理由。

- 四、綜合前旨及其他上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於不顧，就原判決已說明事項，徒憑己意而為相異評價，重為事實之爭執，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，自作主張，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。應認本件上訴人此部分之上訴，違背法律上之程式，予以駁回。

至於上訴意旨以其另案（臺灣新北地方法院107 年度審訴字第1059號），論罪科刑亦有疑義，懇請本院一併詳查部分，既與本件無關，本院不能逕予處理，併此敘明。

貳、施用第二級毒品部分：

- 一、按上訴得對於判決之一部為之，未聲明一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348條第1項定有明文。

本件上訴人不服原判決，提起上訴，未聲明一部上訴，依上揭說明，當視為全部上訴；亦即，施用第二級毒品部分，視為已經上訴。

- 二、而刑事訴訟法第376條第1項各款所定案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，此為該條項所明定。

上訴人施用甲基安非他命（即原判決附表一編號二）部分，原審係維持第一審論處上訴人施用第二級毒品罪刑之判決，駁回上訴人此部分在第二審之上訴，核屬刑事訴訟法第 376 條第1項第1款所列案件，此部分既經第二審判決，即不得上

訴第三審法院。上訴人對之提起上訴，顯為法所不許，亦應駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 9 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 李 錦 樑

法官 蔡 彩 貞

法官 吳 淑 惠

法官 林 孟 宜

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 7 月 20 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3093 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 30 日

裁判案由：加重詐欺等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第3093號

上訴人 蔡嘉儒（原名蔡冠彥）

上列上訴人因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108年9月5日第二審判決（108年度上訴字第655號，起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署107年度偵字第9038號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理 由

一、原判決認定：上訴人蔡嘉儒於民國107年5月間，加入李唯源（另由檢察官偵辦）及真實姓名年籍不詳綽號「風仔」等成年人所組成3人以上，以實施詐術為手段，具有持續性、牟利性之詐欺集團犯罪組織，擔任車手工作，共同基於參與犯罪組織及3人以上詐欺取財之犯意聯絡，於同年8月14日詐騙喬青芝取得財物等情，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍依想像競合犯之規定，從一重論上訴人以犯3人以上共同詐欺取財罪（處有期徒刑1年），並為相關沒收之宣告。

固非無見。惟查：

- （一）認定犯罪事實所憑之證據，必須是有證據能力之證據，且經合法調查者，缺一不可，觀諸刑事訴訟法第155條第2項規定甚明。又有罪之判決，其所認定之事實與所記載之證據及理由，必須互相適合，否則即屬證據上理由之矛盾。

原判決理由欄壹內，既先說明：依組織犯罪防制條例第12條第1項中段規定，證人於警詢時之陳述，於違反組織犯罪防制條例案件，絕對不具有證據能力，不得採為判決基礎之理由之旨。惟同欄貳、一、（一）、（二）內，仍引用被害人喬青芝、證人方柏沂2人之警詢筆錄，作為認定上訴人參與犯罪組織犯行之依據（見原判決第3頁第7至8行、第15至16行），未為必要區辨及說明，致其理由之論敘，前後不相一致，難謂無判決理由矛盾之違誤，並有採證違背證據法則之違法。

(二) 犯罪事實應依證據認定之，刑事訴訟法第154 條前段規定甚明；又有罪判決書，應於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，同法第310 條亦有明文，倘若不然，即有理由不備的違法。再者，科刑之判決書，其所載事實與理由的說明，必須彼此互相適合，方為適法。

組織犯罪防制條例第2 條規定，所稱犯罪組織，指三人以上，以實施強暴、脅迫、詐術、恐嚇為手段或最重本刑逾五年有期徒刑之刑之罪，所組成具有持續性或牟利性之有結構性組織。前項有結構性組織，指非為立即實施犯罪而隨意組成，不以具有名稱、規約、儀式、固定處所、成員持續參與或分工明確為必要。其107 年1 月3 日修正時之立法理由二、三敘載略以：新興犯罪組織雖有可能因企業、公司化之經營而以營利為目的，然將犯罪組織定義限於均需有牟利性，恐過於狹隘，且使執法蒐證及舉證困難，導致具有眾暴寡、強凌弱，常對民眾施以暴利、脅迫等危害社會甚鉅之持續性組織犯罪行為，僅因難以舉證該組織具有牟利性質，而無法有效訴追及嚴懲不法，顯已背離人民之法感情及對法的期待，而有修正必要。又參照西元1994年11月21日聯合國會員國發表「那不勒斯政治宣言和打擊有組織跨國犯罪的全球行動計畫」後，於1996年7 月24 日第47次全體會議中，對組織犯罪給予定義，可知追求利潤之牟利性可為組織犯罪之特徵之一，但非必要之特性，是以，具有持續性或牟利性之有結構性的組織活動，均應納入組織犯罪之定義規範以為妥適。詳為說明修正犯罪組織定義關於持續性「或」牟利性之緣由。

本件原判決於理由欄貳、一、(二)敘載略以：就上訴人參與詐欺集團犯罪組織為上開三人以上共同詐欺取財之事實部分，經上訴人自白在卷，且依卷內物證，可認定本案參與詐欺取財犯行者，至少有4 人以上，再依本案犯行係以電話詐欺恐嚇而牟利，取款及交款過程更以變換交通工具方式完成，顯然經過策劃指揮與執行，足見參與犯行之人員具有組織性及持續性，是上訴人參與成年人3 人以上，以實施詐術為手段所組成具有持續性、牟利性詐欺集團犯罪組織之事實，亦堪認定等語。惟查，依據上訴人於警詢時供稱：「（你加入該集團多久？）我沒有加入，我只是當

天接到那通電話協助他們而已」、「我印象中是約3 個月前在市區的某間KTV 喝的」、「他叫我留個電話給他，說以後有賺錢的機會在（再）介紹給我」、「（找你進集團的人打過幾次電話給你）只有這次」等語（見107 年8 月24日調查筆錄第2 次、第3 次）。原判決認定上訴人已「自白」參與持續性、牟利性之犯罪組織，似與卷內證據不相適合；又上訴人所參與詐欺集團，如何具有「持續性」？其具體事證為何？亦未敘明其所憑之事證，非無理由不備之違誤。

- （三）行為人以一行為觸犯組織犯罪防制條例第3 條第1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第339 條之4 第1 項第2 款之3 人以上共同詐欺取財罪，依刑法第55條前段規定，從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依組織犯罪防制條例第3 條第3 項規定，一併宣告刑前強制工作，此為本院最近一致之見解。又裁量應否適用組織犯罪防制條例上開規定諭知強制工作時，宜考量強制工作之保安處分性質，僅屬刑罰之補充，審慎為之，以避免重疊而流於嚴苛。

本件原判決認定上訴人觸犯刑法第339 條之4 第1 項第2 款之加重詐欺取財罪，想像競合犯組織犯罪防制條例第3 條第1 項後段之參與犯罪組織罪，從一重之加重詐欺取財罪。倘若無誤，原審為科刑時，自應詳為審酌上訴人參與犯罪組織之具體情節，是否確實有預防矯治其社會危險性之必要，且已符合比例原則，應否依組織犯罪防制條例第3 條第3 項規定，一併宣告刑前強制工作？原審雖於理由欄貳、五、（三）說明上訴人所處刑罰，無論知強制工作之必要，但未及依本院最近見解充分調查釐清，尚嫌判決理由不備。

- 二、以上，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且上述原判決之違誤，已影響於事實之確定及法律之適用，本院無從自為判決，應認原判決，有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第401 條，判決如主文。
中 華 民 國 109 年 7 月 30 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官	洪	昌	宏
法官	李	錦	樑
法官	蔡	彩	貞
法官	黃	瑞	華
法官	吳	淑	惠

本件正本證明與原本無異

					書	記	官	
中	華	民	國	109	年	8	月	7
								日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3223 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 29 日

裁判案由：違反公職人員選舉罷免法

最高法院刑事判決

109年度台上字第3223號

上訴人 王建男

選任辯護人 蘇清水律師

蘇國欽律師

上列上訴人因違反公職人員選舉罷免法案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108年9月26日第二審判決（108 年度選上訴字第722號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署107年度選偵字第 150、204、254、265、272、273、335、380、387號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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

二、本件原判決撤銷第一審關於上訴人王建男部分之科刑判決，改判仍論處上訴人共同犯公職人員選舉罷免法第99條第1 項之交付賄賂（下稱投票交付賄賂）罪刑（處有期徒刑2年8月，褫奪公權6 年。至其被訴如原判決附表〔下稱附表〕四所示之投票交付賄賂罪嫌部分，經原審不另為無罪之諭知），並為相關沒收（追徵）之宣告，已詳敘調查證據之結果及證據取舍並認定事實之理由，所為論斷，均有卷存證據可資覆按。

三、上訴意旨略以：

（一）附表一編號1至30 「劉石舜交付賄賂者之金額及用途」欄中之金錢總額為新臺幣（下同）11萬元，與原判決事實欄（下稱事實欄）一（一）認定之20萬元不符。再事實欄一（二）認定謝俊雄投票行賄之金額4萬8千元，加計附表三編號1至10 「謝俊

雄交付賄賂者之金額及用途」欄之金錢總額3萬5千元，總和為8萬3千元，與原審認定上訴人交付謝俊雄之賄款8萬5千元不合。又附表二編號1至9「吳獻瑞交付賄賂者之金額及用途」欄之金錢總額為3萬6千元，亦與原審認定謝俊雄交付吳獻瑞之賄款4萬3千元不符。上開3項行賄之對價金額並未明確，且行賄者與收賄者就對價之意思是否合致，亦未查明，事涉投票交付賄賂罪之情節，對科刑有重大影響，原判決有未盡調查職責及理由矛盾之違法。

(二)原審既認上訴人與他人對有投票權之人預備行求、交付賄賂，係屬預備犯，未達著手階段，即與刑法第28條「實行」文義不符，自無法成立預備共同正犯，惟原審卻逕認成立預備共同正犯，其判決違背法令。附表一、二、三所示賄款對象除受賄者本人外，尚包含預備行求賄賂其他同戶家屬，然其同戶家屬是否為有投票權人，且其有投票權之人數、姓名為何，均未特定，原審未加詳查，有未盡調查義務及理由不備之違法。

(三)原判決既認上訴人之行為係屬接續犯，僅成立對有投票權之人交付賄賂一罪，卻又認上訴人分別與同案被告何里、劉石舜、謝俊雄間就投票行賄犯行，有犯意聯絡及行為分擔，各成立共同正犯，實則上訴人與前開之人形成一個犯罪共同體，彼此相互為用，以完成共同之犯罪目的，原判決有違背法令及理由矛盾之違法。

(四)上訴人已於偵審中坦承犯行，且對民事當選無效事件判決結果誠然接受，未再上訴救濟，心生悔悟，退出政壇，並盡心參與公益活動，以彌補對社會造成之損害，足見有從善之心，並非極惡之人，行為時係渴求當選鄉鎮市民代表，能為民服務，而誤觸法網。又上訴人於民國107年2月發現肝硬化及罹患肝癌，接受肝動脈腫瘤栓塞治療，且合併淋巴腺轉移，每月須1至3次門診，接受放射線電療及口服標靶治療，復於108年5月併發細菌性腹膜炎，隨時可能復發，上開病情顯不適合受刑之執行。且上訴人母親高齡81歲，現受心臟衰竭及慢性心房顫動之苦，上訴人配偶亦罹患甲狀腺惡性腫瘤，均需上訴人在旁照顧，原判決僅以上訴人破壞民主法治為由，量處重刑，並不予上訴人緩刑宣告之機會，有裁量濫用及理由不備之違誤等語。

四、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，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155條第1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第三審上訴理由。

1.原判決綜合卷內所有證據資料及調查證據之結果，敘明認定上訴人係嘉義縣鄉鎮市民代表會第21屆代表選舉溪口鄉○○○○區○○○○0 號候選人，為使自己順利當選，有如事實欄一(一)所示，先交付20萬元給劉石舜（經第一審判處有期徒刑2年，褫奪公權5年，附條件緩刑5 年確定），再由劉石舜於107年11 月間，接續為如附表一所示之交付賄賂行為；並有如事實欄一(二)所示，先交付8萬5千元給謝俊雄，再由謝俊雄交付吳獻瑞（該2人均經第一審判處有期徒刑2年，褫奪公權5年，附條件緩刑5年確定）4萬3千元，吳獻瑞接續為如附表二所示之交付賄賂行為，謝俊雄則接續為如附表三所示之交付賄賂行為；又有如事實欄一(三)所示，先交付1 千元給何里（經原審判處有期徒刑1年，褫奪公權5年，附條件緩刑3 年確定），再由何里交付賄賂與莊貴女等犯行之得心證理由（見原判決第6 頁）。另說明上訴人在偵查中自白，適用公職人員選舉罷免法第99條第5項規定減輕其刑（見原判決第8頁）。

2.經核原判決關於王建男部分之採證認事並無違反經驗法則、論理法則，亦無任意推定犯罪事實、違背證據法則、判決理由不備、理由矛盾或不適用法則、適用法則不當之違誤。

3.又：原判決於事實欄係記載上訴人分別交付劉石舜、謝俊雄作為投票行賄用之金額為20萬元、8萬5千元，而附表一「劉石舜交付受賄者之金額及用途」欄、附表三「謝俊雄交付受賄者之金額及用途」欄、附表二「吳獻瑞交付受賄者之金額及用途」欄所載之金額，則分別係劉石舜、謝俊雄受上訴人之託，及吳獻瑞受謝俊雄之託所交付之受賄者及金額，兩者本即不同。況原判決亦於事實欄一(二)2敘明，謝俊雄未將所收賄款中之4 千元轉交其子及謝勇治夫妻；於事實欄一(二)3記載，吳獻瑞未將所收賄款中之2 千元轉交伊之家屬，及李雲程拒絕接受吳獻瑞欲交付之賄款等情，核均與卷內資料相

符，更可證明上開二項金錢總額並不存在絕對相同之必然性，尚難執此認為原判決有未盡調查職責及理由矛盾之違法。

(二)公職人員選舉罷免法第99條第1項之罪，係以對「有投票權之人」，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使為構成要件，不論何階段之行為態樣，行為人均須對於有投票權之人為之，始該當上開條項之罪。又刑法第28條排除陰謀犯、預備犯為共同正犯，其修法原理乃數人雖於陰謀、預備之階段有共同參與之行為，惟於著手實行犯罪構成要件行為前，即已脫離者，對犯罪結果如令負共同正犯刑責，實有悖於平等原則，且與一般國民感情有違，故確定在「實行」概念下之共同參與行為，始成立共同正犯。而上開排除之「預備共同正犯」，係指法無處罰預備犯之情形而言，如法律已將預備階段獨立成罪者，其共同參與該犯罪構成要件之行為者，仍應論以該罪之共同正犯。預備犯「對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權，或為一定之行使」之罪者，公職人員選舉罷免法第99條第2項有處罰之明文規定，則共同實行該犯罪者，自應論以共同正犯。原判決已敘明上訴人係以一行為同時為交付賄賂、行求賄賂、期約賄賂及預備行求賄賂罪，屬實現同一投票行賄犯罪事實之不同階段，其行為目的既屬相同，且係侵害同一選舉公正之法益，仍應視為實現一個犯罪構成要件，依接續犯論以情節較重之投票交付賄賂罪包括之一罪（見原判決第7至8頁）。原判決並無認上訴人與其他共犯成立預備共同正犯，且縱上訴人僅成立預備投票交付賄賂罪，依上述說明，仍得成立該罪之共同正犯，原審並無適用法則不當之違法。另原審於事實欄已載明附表一、二、三所示之受賄者及同戶家屬均為有投票權人，並於上開附表「緩起訴案號」欄記載對上開受賄者為緩起訴處分之案號（該3份處分書亦認定受賄者及同戶家屬均為有投票權人）而援引為認定此部分事實之依據。且於原審審判期日，審判長訊問本案犯罪事實，有問及上開附表之受賄者及同戶家屬為有投票權人一節，上訴人均表示「承認」等情（見原審卷二第322至325頁），復經審判長詢以有無其他證據提出或聲請調查時，上訴人及其原審之辯護人均答稱：「沒有」（見原審卷二第326至327頁），原審因認此部分事實已

臻明瞭，而未為其他無益之調查，自無調查證據職責未盡及判決不載理由之違法。

(三)共同正犯係以完成特定之犯罪為其共同目的，彼此間就該犯罪之實行有共同犯意聯絡，而各自本於共同之犯意，分擔犯罪行為之一部，並相互利用其他正犯之行為，以完成犯罪。而此共同正犯之犯意聯絡，固不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，亦包括在內，然此共同正犯間之行為決意，仍以有認識犯罪須繫諸共同正犯間彼此協力才能完成，或認識到自己分擔的行為對其他共同正犯具有相互協力、互為補充之作用為必要，如共同正犯中之部分成員未與其他成員形成共同行為之決意，即難謂有行為共同之存在，自無須對其他成員之犯罪行為負責。原判決已敘明上訴人係分別與劉石舜、謝俊雄、何里間，各就其等參與之犯行，有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯（見原判決第8 頁）。是依原判決確認之事實，劉石舜、謝俊雄、何里除與上訴人間各自有犯意聯絡外，並未認知有其他人參與本件犯行，而與之有犯意聯絡或行為分擔，依上開之說明，原判決並無適用法則不當之違法。

(四)刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項，倘於科刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條所列各款事項，而未逾越法定刑度，即難謂違法。原判決已敘明以上訴人犯罪之責任為基礎，經審酌刑法第57條所定科刑輕重應審酌之事項（包括其品行、生活狀況、犯罪動機、目的、手段、所生損害暨犯後態度〔坦承犯行，參與公益團體及相關捐款〕等一切情狀）而為量刑之旨（見原判決第12至13頁）；並無理由不備，且無濫用量刑職權之情事，自難率指為違法。又上訴人現罹患之疾病，是否會因執行而不能保其生命，有拒絕收監之情事，屬監獄行刑法第13條第1 項之審酌事由，尚非得執此指摘原審量刑不當。

(五)法院對於具備緩刑要件之刑事被告，認為以暫不執行刑罰為適當者，得宣告緩刑，固為刑法第74條第1 項所明定；然暫不執行刑罰之是否適當，應由法院就被告之性格、犯罪狀況、有無再犯之虞及能否由於刑罰之宣告而策其自新等一切情形，予以審酌裁量。原判決不予宣告上訴人緩刑，已說明對上訴人所科處之刑，不符刑法第74條關於緩刑之要件，及無

「以暫不執行刑罰為適當」之情形，而認其第二審上訴請求宣告緩刑為無理由之旨（見原判決第16至17頁）。揆諸上開說明，原判決既無裁量濫用，亦無判決理由不備之違誤。

(六)上訴人上開上訴意旨所指各節，就原審採證認事、量刑適法職權行使及原判決未宣告上訴人緩刑乙事，徒憑己意而為指摘，俱非適法之第三審上訴理由。

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

六、綜上，應認上訴人之上訴違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 29 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 林 立 華

法官 謝 靜 恒

法官 林 瑞 斌

法官 李 麗 珠

法官 楊 真 明

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 7 月 31 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3401 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 22 日

裁判案由：違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第3401號

上訴人 施宇澤

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109年3月18日第二審判決（108年度上訴字第3811號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署107年度偵字第26319號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人施宇澤有其理由欄一引用第一審判決事實欄一之(一)所載之違反槍砲彈藥刀械管制條例，暨一之(二)所載之公共危險及妨害公務等犯行，因而維持第一審(一)、論其犯非法持有空氣槍罪，累犯，經依上開條例第8條第6項規定減輕其刑後，處有期徒刑1年10月，併科罰金新臺幣2萬元，並諭知相關沒收及罰金如易服勞役折算標準；(二)、依刑法上想像競合規定從一重論其犯妨害公眾往來安全罪，累犯，處有期徒刑6月，並諭知易科罰金折算標準之判決，駁回其在第二審之上訴。已詳細敘述其所憑之證據及認定之理由。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨乃謂：其自始坦承犯行，完全配合調查，且持有扣案之空氣槍僅供玩生存遊戲使用，並非預作犯罪工具，其犯罪情節屬實輕微。又其目前家中尚有2名未成年子女待其照顧，且依司法院釋字第775號解釋意旨，縱其成立累犯，亦

可不加重其刑。惟原審竟依累犯規定加重其刑，復未就其非法持有空氣槍部分依刑法第59條規定酌量減輕其刑，自有判決適用法則不當及不適用法則之違法等語。

- 三、惟查：(一)、刑法上所要禁止「重複評價」，係禁絕法院於量刑時就立法者已經考量並賦予特定法定效果之情形，重複再以之為「從重」量刑評價之依據。相對之，如以之作為「從輕」量刑，甚而「減輕」其刑之根據，則不在禁止之列。民國100年1月5日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例，其第8條增列第6項「犯第1項、第2項或第4項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑」之規定，依其立法說明係認依司法院釋字第669號解釋，同條第1項（指行為時法，以下第2項、第4項均同）以未經許可，製造、販賣或運輸空氣槍為處罰要件部分，因空氣槍殺傷力較低，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或5年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，尚嫌「情輕法重」，致罪責與處罰不相對應，對人民受憲法第8條保障人身自由權所為之限制，有違憲法第23條之比例原則；又同條第2項及第4項有關未經許可，轉讓、出租、出借、持有、寄藏或意圖販賣而陳列空氣槍之行為，其惡性均較未經許可，製造、販賣、運輸空氣槍為輕，不問行為人犯罪情節之輕重，以5年以上或3年以上10年以下有期徒刑相繩，亦有上開解釋所指「情輕法重」，致罪責與處罰不相對應，有違比例原則之情形，均應配合修正，爰增列同條第6項規定，於犯同條第1項、第2項或第4項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑，俾兼顧實質正義及維護社會秩序，保障人民生命財產安全。雖已將行為人犯罪情節有「情輕法重」，致罪刑不相當之因素考量在內，惟若行為人依上開條例第8條第6項規定減輕其刑後，倘另有特殊之原因與環境等，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告減刑後之最低度處斷刑猶嫌過重時，仍非不得再依刑法第59條規定遞予減輕其刑，此觀刑法第60條規定依法律加重或減輕者，仍得依同法第59條之規定酌量減輕其刑等語即明。然是否得再依刑法第59條規定酌量減輕其刑，係事實審法院之職權，除其裁量權之行使，明顯違反比例原則外，不得任意指為違法。本件原審引用之第一審判決理由貳、二、(五)已說明：本件上訴人雖未經許可持有具殺傷力之

空氣槍，所為有害於社會秩序，惟扣案之空氣槍係警方取締其危險駕駛而查獲，其復自陳係為玩生存遊戲而購入，亦乏事證足認係為其他犯罪而持用空氣槍，則上訴人持有之初既非出於危害社會治安之不法目的，亦無其他積極證據足證其確有其他不法目的或犯罪意圖，所為對社會治安後續潛在之危險性顯然較低。且本件扣案空氣槍之單位面積動能為每平方公分23焦耳，雖有殺傷力但程度尚非甚高，因認上訴人犯罪情節尚屬輕微，乃依上開條例第8條第6項之規定減輕其刑等語。又衡酌具有殺傷力之空氣槍仍屬危險物品，上訴人竟無視法令而購入持有之，足見其守法觀念淡薄，且對社會治安造成潛在隱憂，原審認第一審依上開規定減輕上訴人之刑期，已足評價其犯罪行為之輕微程度，縱未再依刑法第59條規定酌量減輕其刑，此項職權之裁量行使，核無違反比例原則，上訴意旨執為指摘原判決違法，自非合法上訴第三審之理由。(二)、原審引用第一審判決理由貳、二、(四)內亦敘明：上訴人前因公共危險案件，經第一審法院判處有期徒刑4月確定，於105年8月30日易科罰金執行完畢，其於受有期徒刑之執行完畢後，5年以內故意再犯本件有期徒刑以上之前揭各罪，為累犯，應依刑法第47條第1項之規定加重其刑。又本件依其之犯罪情節及其素行綜合以觀，並無應予量處最低法定本刑之情形，則依累犯規定加重其刑，尚不至於發生罪刑不相當之情形，而與司法院釋字第775號解釋意旨無違等語。原審予以維持，經核於法並無違誤，上訴意旨係就原判決已說明事項，持憑己見，重為爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其關於非法持有空氣槍及妨害公眾往來安全部分之上訴均不合法律上之程式，應予駁回。其想像競合犯刑法第135條第1項妨害公務部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件，依該條規定，既經原審維持第一審科刑判決，自不得上訴於第三審法院。有想像競合關係之妨害公眾往來安全部分，上訴人之上訴既不合法，無從為實體上審理，其相競合犯妨害公務輕罪部分，亦無從適用審判不可分原則，併同為實體上審判，亦應從程序上予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 22 日

最高法院刑事第八庭

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

本件正本證明與原本無異

					書	記	官	
中	華	民	國	109	年	7	月	27 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3412 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 29 日

裁判案由：違反公職人員選舉罷免法等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第3412號

上訴人 劉威德

選任辯護人 尤伯祥律師

郭皓仁律師

任君逸律師

上列上訴人因違反公職人員選舉罷免法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109年5月19日第二審判決（107年度選上訴字第2號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署103 年度偵字第25424號，103 年度選偵字第25、26、27、34、35、38、51號，103 年度選偵緝字第2 號，104年度選偵字第11、16、32、37號，104年度選偵緝字第1、2號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、原判決關於違反公職人員選舉罷免法部分

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原審審理結果，認為上訴人劉威德違反公職人員選舉罷免法之犯行明確，因而撤銷第一審關於該部分之科刑判決，改判仍論處上訴人共同犯公職人員選舉罷免法第99條第1 項之交付賄賂罪刑，已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。並就上訴人否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述。
- 三、由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第370條第1項前段定有明文，即學理上所稱「上訴不利益變更禁止原則」。惟同條項但書另明定，因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此

限。因此我刑事訴訟法係採取相對不利益變更禁止原則，僅禁止上訴審法院為較重之刑之宣告，不及於被告之不利益事實之認定與法律之適用，一旦有前揭但書情形，即可解除不利益變更禁止原則之拘束，上訴審法院自能重新宣告符合罪責程度之較重刑罰，俾合理、充分評價行為人之犯行，使罰當其罪，以契合人民之法律感情。接續犯因屬於包括之一罪，故法律上就全部犯罪行為給予一次之評價，惟接續犯既係為達單一犯罪目的而以數個舉動接續進行，而所為之每一舉動均足以達成侵害同一犯罪法益之目的，故其行為次數之多寡，與處罰所適用之法律，就形式上觀察，雖無差異，但實質上其法條所蘊含刑罰輕重之程度，顯有不同。又第二審法院採覆審制，應就第一審判決為完全重覆之審理，第一審漏未審判之部分，如屬裁判上或實質上之一罪，基於審判不可分之原則，自應就全部事實加以審理。本件原審及第一審均認定上訴人基於選舉當選之目的，反覆或同時向有投票權之人預備、行求、期約或交付賄賂，而約其投票權為一定之行使，應依接續犯論以包括之一罪。惟原判決依其事實欄一所載犯罪事實，而認上訴人有如其附表（下稱附表）一編號 9 至11、附表二編號10至14、附表三編號14所示投票行求或投票交付賄賂犯行，業經起訴，第一審法院未予判決，有已受請求事項未予判決之違法，乃併予審判，於法並無不合，難謂有上訴意旨所指訴外裁判及侵害審級利益情事。另就附表四至六（共計53次）部分，上訴人亦犯投票預備行求或交付賄賂罪，第一審法院就此部分均不另為無罪之諭知，亦有未當。是原判決認定上訴人實行預備行求、行求或交付賄賂之次數，較第一審認定者超出62次之多，雖原判決認定附表三編號15、16部分僅達預備行求賄賂階段，另就附表一編號 1 至8、附表二編號1至9部分，剔除部分共犯參與，均較第一審法院認定已達交付賄賂或有多數人參與之程度稍輕，然綜合以觀，原審認定犯罪情節已較第一審所認定為重，實質上其適用法條所蘊含刑罰輕重之程度，顯有不同，則第一審判決適用之接續犯刑罰法條，實質上即難謂當，原審將之撤銷改判，量處較第一審判決所諭知之刑度為重之刑，並敘明無悖乎上訴不利益變更禁止原則之理由，經核與刑事訴訟法第370條第1項但書規定無違，亦無判決理由不備之情形，自不

得任意指為違法。上訴意旨任憑己意，執以指摘，難認為適法之上訴第三審理由。

四、依上所述，本件此部分上訴違背法律上之程式，應予駁回。

貳、原判決關於妨害公務部分

查刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之案件，就經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷並自為有罪判決者，不得上訴第三審法院。參諸該條項法文規定甚明。本件上訴人所犯妨害公務部分，經第一、二審均論以刑法第135條第1項之罪，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件。依前開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，上訴人對此部分一併提起上訴，顯為法律所不允許，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 29 日

最高法院刑事第四庭

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

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 109 年 7 月 30 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3604 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 29 日

裁判案由：違反槍砲彈藥刀械管制條例

最高法院刑事判決

109年度台上字第3604號

上訴人 李維哲

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國109 年4 月14日第二審判決（108 年度上訴字第4228 號，起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署108 年度偵字第408 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人李維哲有其事實欄所載之違反槍砲彈藥刀械管制條例犯行，因而撤銷第一審所為之科刑判決，改判依刑法上想像競合規定從一重論上訴人犯行為時同條例第8 條第4 項之未經許可持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪，處有期徒刑3 年，併科罰金新臺幣5 萬元，並諭知相關沒收。已詳細敘述所憑之證據及認定之理由。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨乃謂：(一)、本件扣案之彈匣共2 個，惟第一審法院於審判期日僅提示其中1 個彈匣供其辨認，原審雖撤銷第一審之科刑判決，惟就第一審踐行程序之錯誤未於判決理由內予以糾正，自有判決理由不備之違法。(二)、原判決將扣案之2 個彈匣均認屬違禁物予以宣告沒收，惟其中一個彈匣似未經過鑑定是否屬槍枝主要零件，原審遽予宣告沒收，同有判決理由不備之違誤等語。
- 三、惟查：刑事訴訟上所稱之訴訟行為（包括法院、訴訟當事人

、第三人）係指符合法定要件且足以發生訴訟上原有效果之行為，當訴訟行為發生瑕疵時，若其行為能藉由如當事人未異議（如被告放棄就審期間）、對被告權益未生影響（如被告已獲判無罪）、原因除去（如補正上訴或抗告理由）或基於訴訟迅速或經濟之考量（如當事人已對案件有所聲明或陳述後，不得聲請法官迴避）等行為取代瑕疵之訴訟行為即稱「瑕疵訴訟行為之治癒」。故除法院恣意、濫用權利或嚴重違背程序（如被告有正當理由不到庭，仍行一造辯論判決、法院組織不合法等）外，若只是個別訴訟條件之欠缺，因第二審採覆審制並兼具事實審，僅須將第一審判決違法或不當部分撤銷，就該案自為判決，原第一審存在之訴訟行為瑕疵，經第二審撤銷判決後亦不復依存，本無治癒問題。又倘第一審訴訟行為之瑕疵並非嚴重（如漏未諭知被告所犯所有罪名、漏未將證物提示當事人等辨認），如第二審已依法踐行應有程序或業經補正，基於法安定性與實體正義權衡之結果，縱未於判決內糾正第一審訴訟行為之瑕疵，甚或仍維持第一審判決，亦應認第一審原有之訴訟行為瑕疵業已治癒，不能據為上訴第三審之理由。本件扣案之槍枝（本含彈匣1個）及另1個彈匣，經內政部警政署刑事警察局以檢視法、性能檢驗法及試射法鑑定結果，認送鑑之槍枝具有殺傷力（見偵查卷第22頁），而扣案之2個彈匣既均作為槍枝擊發所使用，縱未個別就彈匣部分說明有無殺傷力，亦不影響其為違禁物之認定。原審認此2個彈匣應連同槍枝1支予以沒收，經核於法並無不合。又依卷附之鑑定照片顯示，扣案之槍枝原即含彈匣1個（見同上卷第23頁影像1、2），並扣得另1個彈匣（見同前影像5），則第一審法院於審判期日將扣案之槍枝1支（含彈匣1個）及彈匣1個分別提示（見第一審卷第68頁），所踐行之程序並無違刑事訴訟法第164條第1項之規定，原審未予糾正，亦無判決理由不備之違法。上訴意旨執此指摘原判決違法，自非合法上訴第三審之理由。其上訴不合法法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 29 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 林 立 華

法官 林 瑞 斌
法官 楊 真 明
法官 李 麗 珠
法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 8 月 3 日

裁判字號：最高法院 109 年台非字第 86 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 07 月 29 日

裁判案由：妨害性自主等罪撤銷緩刑

最高法院刑事判決

109年度台非字第86號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 郭○佑

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，對於臺灣高等法院中華民國 108 年9月16日第二審撤銷緩刑確定裁定（108年度抗字第1428號，聲請案號：臺灣臺北地方檢察署108年度執聲字第846號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、非常上訴理由稱：「一、按刑法第75條之1 第1項第1款（下稱該款）之得撤銷緩刑之宣告，為於緩刑前因故意犯他罪，而在緩刑期內受6 月以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定者，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，得撤銷其宣告，法有明文。而該款之撤銷緩刑宣告案件（下稱撤緩案件），與撤銷緩刑原因案件（即「故意犯他罪」之案件，下稱原因案件），以判決確定日期為基準，必須有前、後案之關係。且撤緩案件在前，原因案件在後。緩刑案件與其他案件如無前、後案之關係，而於同日判決確定，該案即非原因案件，不能據以撤銷緩刑案件之緩刑宣告，並無該款之適用。茲敘述理由如後：（一）就法文之文義解釋而言：該款規定：『緩刑前因故意犯他罪，而在緩刑期內受6 月以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定者。』又依刑法第74條第1 項規定，撤緩案件之緩刑期間自判決確定之日起算，故原因案件必須在撤緩案件判決確定後至緩刑期滿前判決確定。因必須先有宣告緩刑確定之撤緩案件，始發生得否撤銷緩刑之問題，亦即始發生是否為撤銷緩刑原因案件之問題。該款規定原因案件判決確定時，必須在撤緩案件緩刑期內，此時撤緩案件已經起算緩刑期間，當然撤緩案件已經先判決確定。（二）就立法理由而言：依94年2月2日刑法第75條項下（雖置於該條項下，實與該款規定有關）之立法理由四記載：依現行法規定及實務上見解，（一）緩刑期內，因故意犯他罪，受徒刑以

上刑之宣告確定者；（二）緩刑前因故意犯他罪，在緩刑期內受徒刑以上刑之宣告確定者，均須在緩刑期滿前，『後案』之裁判已確定，始得撤銷緩刑之宣告（參照刑法第76條、司法院院字第387號解釋），爰分別於第1項第1款、第2款增列『於緩刑期內』、『確定』之用語，以資明確等語。足見撤緩案件與原因案件，以判決確定日期為基準，必須有前、後案之關係。且撤緩案件在前，原因案件在後。（三）就實務見解而言：司法院院字第1980號解釋文記載：『某人先後犯子、丑兩罪。丑罪先發覺，經宣告緩刑。在緩刑期內，又發覺子罪復經宣告緩刑確定者。如子罪受有期徒刑以上刑之宣告，依刑法第75條第1項第2款規定（雖為修正前規定，但修正後該款規定應作同樣處理），應為撤銷丑罪緩刑宣告之原因。至子罪緩刑之宣告，與同條各款所列情形未符，如丑罪係宣告有期徒刑以上之刑者，得依非常上訴程序糾正。』，足以說明撤緩案件與原因案件，以判決確定日期為基準，必須有前、後案之關係。且撤緩案件在前，原因案件在後。實務上，二案合併審判，同日判決且同日確定之案件，從未發生撤銷緩刑之案例。本件二案雖同日判決且同日確定，原裁定卻因二案分開審判，以二件判決形式出現，而撤銷緩刑，實係出於對該款意涵之誤會。實務上，二案分開審判，法官湊巧同日判決之機率甚小，又因判決送達時間、當事人是否上訴等因素，同日確定之機率幾乎為零。實務上尚未發現二案分開審判，而同日均判決緩刑，且同日確定，而以其中一案為原因，撤銷另一案緩刑之例子。本件應為首例。又撤銷緩刑係以「罪」為對象（法文稱「緩刑前因故意犯他『罪』」），而非以是否合併審判之「訴訟案件」為對象，故本件撤銷緩刑不能說明何以合併審判不得撤銷緩刑之理由。事實上，二案是否合併審判，實與得否撤銷緩刑無關。不論合併審判或分開審判，同日判決確定之案件，不能作為撤緩案件之原因案件，不得據以撤銷緩刑案件之緩刑宣告，並無該款之適用。（四）就公平正義而言：如二案均宣告緩刑，因判決確定有先後，至多僅有一案緩刑被撤銷。而同日確定之二案，因無先後，可互為原因案件，二案緩刑反而均可能被撤銷。此豈事理之平？又舉例而言，不論是否合併審判，如同日確定之案件，可互為原因案件，則法官判決二罪皆逾 6

月，均不可緩刑，因嗣後均應依刑法第75條第1項第2款撤銷。如二罪皆未逾6月，則均不宜緩刑，因嗣後均得依該款撤銷。如一罪逾6月，一罪未逾6月，則逾6月者不宜緩刑，因嗣後得撤銷；未逾6月者，不可緩刑，因嗣後應撤銷。此不僅不符實務，且違反公平正義。故同日確定之二案，不可互為原因案件而撤銷緩刑。二、次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。經查原裁定係撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑之確定判決有同一效力，如有違背法令，自得提起非常上訴。又查被告郭○佑前於105年7月26日犯恐嚇危害安全罪1罪，105年11月6日、105年12月26日犯拍攝少年為性交行為之照片2罪，經臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）於108年1月25日，以108年度審簡字第130號判決，依序判處有期徒刑2月、6月、6月，應執行有期徒刑10月，均諭知易科罰金折算標準，緩刑3年，並於108年2月24日確定（下稱另案）。又於106年1月15日犯強制性交1罪、拍攝少年為性交行為之電子訊號1罪，106年1月15日、106年3月1日犯恐嚇危害安全2罪項，經臺北地院於108年1月25日，以107年度侵訴字第16號判決，依序判處有期徒刑1年8月、7月、拘役20日、20日。有期徒刑部分應執行有期徒刑2年，緩刑5年；拘役部分應執行拘役30日，並諭知易科罰金折算標準，緩刑2年，於108年2月24日確定（下稱本案）。有另案與本案（下稱二案）卷證可證。是二案均於108年1月25日判決，且均於108年2月24日判決確定，係同日判決，且同日判決確定之案件。依前開說明，另案自不能作為本案之撤銷緩刑原因案件，不得據以撤銷本案之緩刑宣告，並無該款之適用。乃臺灣臺北地方檢察署（下稱原署）檢察官誤以另案為原因案件，依該款聲請撤銷本案之緩刑宣告。臺北地院108年度撤緩字第99號裁定，亦疏未查明，而撤銷本案之緩刑宣告。經被告抗告，原裁定仍為駁回抗告之裁定而告確定。依上述說明，原裁定有適用法則不當之違背法令。三、退一步言，即令二案分開審判，同時判決、且同時確定，有該款之適用，原裁定仍違背法令。理由如後：（一）經查本案雖係後犯罪，原署巨股檢察官卻先於107年1月25日起訴，本案於107年6月7日第1次開庭，被告否認犯罪，法官問告訴代理人：『有無意願和解？』告訴代理人答：『目前

沒有實際談過。』（見本案審理卷一第146頁、第148頁）。本案於107年6月26日第2次開庭，被告辯護人稱：被告有另案正在偵查，請法院給予時間，等另案起訴後，再往和解及認罪方向處理。告訴代理人亦表達：同意和另案一起處理和解問題。檢察官亦表示無意見（見本案審理卷一第170頁）。另案於107年5月18日亦由原署巨股檢察官起訴，被告乃於107年7月20日向臺北地院聲請，為保障被告訴訟上之防禦權，請盡速將另案分案，併由本案法官審理。臺北地院於107年9月10日分案，被告乃於107年10月8日第2次聲請將二案併案審理，並於聲請書中敘明：本案正積極和解中，如獲得被害人原諒，本案法官同意緩刑。若分開審理，恐使本案法官之美意落空等旨（見另案審訴卷第23頁、第37頁至第41頁）。另案於107年10月11日第1次開庭，被告與另案告訴人當庭和解，被告亦當庭提出聲請狀，第3次聲請併案審判，同時另案告訴人均同意予被告緩刑（見另案審訴卷第85頁、第91頁、第104頁）。本案於107年11月2日第3次開庭，法官易人，被告辯護人稱：前法官認為如和解，願意給予緩刑，現另案法官亦表示願意給予緩刑，願意等本案宣判時一併宣判，這樣就沒有撤銷緩刑之問題。如現在審理之法官及檢察官願意給被告機會，被告願意認罪等語。並當庭達成36萬元和解之合意。檢察官及本案告訴人代理人均同意給被告緩刑自新之機會（見本案審理卷二第73頁至第76頁）。另案於107年11月15日第2次開庭，法官詢問本案開庭之進度（見另案審訴卷第112頁）。本案告訴人於107年11月23日具狀撤回告訴，並附送和解書（見本案審理卷二第93頁至第99頁）。本案於107年12月28日第4次開庭，被告承認犯罪，各方均同意緩刑（見本案審理卷二第121頁至第127頁）。本案於108年1月14日開審理庭，再度確定各方均同意緩刑，並定108年1月25日宣判（見本案審理卷二第169頁至第181頁）。另案於108年1月8日第3次開庭，法官亦關心本案進度。被告於108年1月14日向另案法官陳報本案之宣判日期（見另案審訴卷第130頁、第159頁）。另案合議庭旋於108年1月21日裁定，將原審訴字案件改為審簡字案件，由受命法官獨任逕以簡易判決處刑（見另案審訴卷第165頁），並於108年1月25日判決，宣告緩刑（見另案審簡卷第9頁至第19頁）。本案亦於同日

宣判緩刑（見本案審理卷二第195頁至第203頁）。另案、本案依序於108年1月31日、108年2月1日送達判決書於被告。二案並於108年2月13日同一日送達判決書予公訴檢察官（見另案審簡卷第23頁、第21頁；本案審理卷二第210頁、第218頁），而於108年2月24日同日判決確定等事實。有各該案卷、筆錄、刑事聲請狀及送達證書可證。足見被告非常上訴聲請狀所稱：二案審理期間，二案法官均一再勸諭被告認罪並與告訴人等和解，復告知被告如認罪而確有悔悟之心，且與二案告訴人達成和解，告訴人均表明宥恕聲請人之意，即考慮予被告宣告緩刑。本案公訴檢察官亦當庭表示對緩刑之宣告無意見，為此，被告乃認罪並累及母親籌措資金，積極尋求告訴人之諒解，逐一賠償而全部達成和解。且本案之合議庭於審酌是否對被告併為宣告緩刑時，雖明知另案之犯罪事實猶在同法院審理中，惟仍認被告係因一時失慮，誤罹重典，犯後又坦承犯行，告訴人亦同意給予聲請人緩刑，其受此偵審程序及刑之宣告教訓，當能知所警惕，應無再犯之虞，本案所宣告之刑以暫不執行為適當，故而併對聲請人為緩刑之宣告；同時二案法官又均認二案如若於同一日宣示判決，其後於同一日判決確定，即可規避緩刑前故意犯罪嗣於緩刑期內受有罪之判決確定而「應」或「得」撤銷緩刑等規定之適用。是以二案雖係分別踐行不同之審判程序，然卻均定在108年1月25日判決，二案之檢察官亦均未上訴，二案乃同於108年2月24日判決確定等情（見本署108年度非字第2081號卷第8頁），確為事實，可以採信。（二）又按該款採用裁量撤銷主義，賦予法院撤銷與否之權限，特別規定實質要件為「足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要」，供作審認之標準。亦即法官應依職權本於合目的性之裁量，妥適審酌原宣告緩刑之背景有無變更、被告所犯前後數罪間之情節、被告主觀犯意等情，是否已使前案原為促使被告改過自新而宣告之緩刑，已難收其預期之效果，而確有執行刑罰之必要。如其審酌違反比例原則或公平原則，其撤銷緩刑即屬違背法令，亦得提起非常上訴。承前所述，本案法官審理時即勸諭被告認罪並與告訴人等和解，復告知被告如認罪，且與二案告訴人和解，即考慮予被告宣告緩刑，並知悉：被告犯另案之犯罪，另案已經和解，另案為避免將來

二案緩刑被撤銷，而配合本案進行程度為處理等情，終為緩刑之宣告。此一宣告緩刑之背景至今並未變更。又二案由同一股檢察官偵查，原可同時起訴，雖因案件難易不同，而分別起訴。惟二案之案件型態、罪質相同，犯罪時間相近，犯罪情節相似，並無於本案偵審、緩刑期間更為犯罪，或為其他不良行為之問題，自宜為相同之判斷、處理。故二案法官、公訴檢察官及所有告訴人均同意緩刑，甚為妥適。且被告犯罪時年僅18歲，情竇初開，為社會不良風氣所迷，因情色而犯另案之恐嚇危害安全、拍攝少年為性交行為之照片罪，主觀之惡性尚非嚴重。原裁定未審酌原宣告緩刑之背景有無變更、被告所犯前後數罪間之情節、被告主觀犯意等情，而以得易科罰金之另案，撤銷不得易科罰金之本案，顯然違反比例原則。是以臺北地院108年度撤緩字第99 號裁定（下稱99號裁定）認為：二案不僅案件型態、罪質均與前案相同，且犯罪情節亦高度相似，堪認其非一時失慮而犯之，況被告於前案犯行後未及1 月即再犯罪質、型態均相同之本案，益見其主觀惡性，故本案緩刑宣告未能收預期效果，有執行刑罰必要等情，尚有不當。原裁定認可99號裁定前開之見解，並進而認定：本案不僅侵害他人性自主權，二案案件型態、罪質相同，犯罪情節復極為近似，而具重複性，同為故意犯，堪認被告法治觀念薄弱，且其已非一時失慮犯之。況其於另案中拍攝少年為性交行為照片後未及1 月即再犯罪質、型態均相同之本案中拍攝性交行為電子訊號之犯行，益見被告主觀犯意顯現之惡性及未能尊重社會規範之反社會性已然非微，不符「緩刑制度係為促使惡性輕微之被告或偶發犯、初犯改過自新而設」之本旨，應難收其預期之效果，而有執行刑罰之必要等語，顯然混淆「宣告緩刑」要件與「撤銷緩刑」要件，亦有不當。況原裁定於108年9月16日裁定前，已知悉另案之緩刑宣告已以本案為原因而撤銷確定（見第99號案卷第25頁至第31頁），則以二案互為原因案件，而撤銷二案之緩刑，與其他撤銷緩刑案件僅能撤銷一個案件相較，顯然違反公平原則。依前開說明，原裁定即屬違背法令。（三）復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527 號解釋理由書第2 段所載意旨，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8條之規定，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、執行程序，不論係其偵查、公訴或執行職務之執行，自仍受上開原則之拘束。如前所述，本案107年6月26日第2次開庭，公訴檢察官已經知悉被告有另案正在偵查，被告欲二案一起往和解及認罪方向處理等情，對此並表示無意見。本案公訴檢察官於107年11月2日、107年12月28日、108年1月14日3次開庭時，均表示同意緩刑，並於本案判決後未上訴。另案公訴檢察官亦知悉另案完全配合本案進度，為避免撤銷緩刑，而同日判決、同日確定等情，並同意緩刑，判決後亦未上訴。乃執行檢察官未詳查前開情形，違反同署2位公訴檢察官之言行意旨，而於108年5月6日，以108年度執聲字第846號聲請撤銷本案緩刑，依前開說明，已違反禁反言原則。而原裁定未審酌執行檢察官違反禁反言原則，且違背二案法官欲以同日判決、同日確定之方式規避撤銷緩刑之作為，而准許執行檢察官之聲請，撤銷本案緩刑，顯然失信於被告等人，難謂無損於司法威信。原裁定尚有違誤。（四）另按刑事訴訟法第2條明定：實施刑事訴訟程序之公務員，應於被告有利及不利之情形，一律注意，被告並得請求為有利於己之必要處分。本此立法意旨，法院於訴訟程序進行中，對涉及法律規定之適用，而可能對被告產生無法預見之不利益時，即應善盡訴訟照顧義務，告知所擬制之法律效果，以促請注意，使被告能合法行使訴訟防禦權，兼顧被告對於裁判效力之信賴及國家刑罰權之正確行使。查被告對於二案分開審判，有撤銷緩刑之虞，而於107年7月20日、107年10月8日、107年10月11日3次聲請合併審判。二案法官因確認：分開審理、同日判決及同日確定，即不得撤銷緩刑之法律見解，而未合併審判。其法律見解洵屬正確，惟不為原裁定所採。如依原裁定之法律見解，分開審理、同日判決及同日確定，得撤銷緩刑，僅於合併審判時，始不得撤銷緩刑，則二案法官未准許合併審判，致二案緩刑均被撤銷，依前開說明，均對被告未善盡訴訟照顧義務。原裁定未審酌此一情形，撤銷本案緩刑，亦有違誤。四、綜上所述，二案同日判決且同日確定，另案不得據以撤銷本案之緩刑宣告，並無該款之適用，原裁定

竟撤銷本案緩刑，有適用法則不當之違法。退一步言，即令二案分開審判，同時判決、且同時確定，有該款之適用。因原裁定審酌撤銷本案緩刑之實質要件，違反比例原則及公平原則，亦屬違背法令。且原裁定未審酌執行檢察官違反禁反言原則，且違背二案法官規避撤銷緩刑之作為，而准許執行檢察官之聲請，撤銷本案緩刑，尚有違誤。又原裁定未審酌二案法官均對被告未善盡訴訟照顧義務，而撤銷本案緩刑，亦有違誤。五、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正及救濟。」等語。

二、本院按：

(一)緩刑之期間自裁判確定之日起算；緩刑前因故意犯他罪，而在緩刑期內受6 月以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定者，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷其緩刑之宣告，刑法第74條第1項、第75條之1第1項第1款分別定有明文。是祇要被告更犯罪之時間在宣告緩刑之前，而受上開有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定之時間又在緩刑期內，並經法官依職權本於合目的性之裁量，審酌相關因素，是否已使原為促使惡性輕微之被告或偶發犯、初犯改過自新而宣告之緩刑，已難收其預期之效果，而確有執行刑罰之必要，即得撤銷其緩刑。本件被告郭○佑於民國106 年1月15日犯強制性交1罪、拍攝少年為性交行為之電子訊號1 罪，106年1月15日、106年3月1日犯恐嚇危害安全2罪，經臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）於108年1月25日以107年度侵訴字第16號判決依序判處有期徒刑1年8月、7月、拘役20日、20日。有期徒刑部分應執行有期徒刑2年，緩刑5年；拘役部分應執行拘役30日，並諭知易科罰金折算標準，緩刑2年，於108年2月24日確定（下稱本案）。被告另於105年7月26日犯恐嚇危害安全罪1罪，105年11月6日、105年12月26日犯拍攝少年為性交行為之照片2罪，經臺北地院於108年1月25日以108 年度審簡字第130號判決依序判處有期徒刑2月、6月、6月，應執行有期徒刑10月，均諭知易科罰金折算標準，緩刑3 年，並於108年2月24日確定（下稱前案）。臺灣臺北地方檢察署檢察官以被告所為屬於緩刑前故意犯前案，而在緩刑期內受6 月以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定

，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要，得撤銷其緩刑之宣告，向臺北地院（下稱第一審）聲請撤銷其緩刑之宣告，第一審以被告合於上揭要件，審酌被告所犯本案強制性交、拍攝少年為性交行為之電子訊號罪、恐嚇危害安全罪之案件，不僅案件型態、罪質均與前案相同，且犯罪情節亦高度相似，堪認其非一時失慮而犯之，況被告於前案犯行後未及1 月即再犯罪質、型態均相同之本案，益見其主觀惡性，堪認本案判決緩刑宣告未能收預期之效果，而有執行刑罰必要，因認檢察官聲請撤銷本案所宣告之緩刑，核無不合，乃於108 年8月2日裁定，將被告之緩刑宣告撤銷。嗣被告不服第一審之裁定，向原審法院提起抗告。原確定裁定以第一審之裁定，經核於法尚屬無違，並說明抗告意旨被告係置第一審裁定已載敘之理由、裁量依據於不顧及其他與緩刑宣告應否撤銷之判斷無涉之事由，任意指第一審裁定不當，難認有理由，乃維持第一審裁定，而駁回被告所提起之抗告。揆之首揭說明，即無不合。非常上訴意旨以依刑法第75條之1 第1項第1款、第74條法文之文義解釋、同法第75條之立法理由、實務見解及公平正義等面向，認本案與前案為同日判決且同日確定，前案不得據以撤銷本案之緩刑宣告，即無刑法第75條之1 第1項第1款之適用，原裁定竟撤銷本案緩刑，有適用法則不當之違法等語，尚難認為有理由。

(二)非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決或與實體判決具同等效力之裁定所設之非常救濟程序，刑事訴訟法第441 條既定明以「發見」而非「認為」上開確定判決或裁定違背法令，最高檢察署檢察總長「得」向最高法院提起非常上訴，則非常上訴自應以上開確定判決或裁定客觀上顯然違背法令為要件；如以主觀上之認知，對尚有爭議之法律見解、法律事後審對上訴或抗告理由是否為適法理由之審認、或事實審所為證據之取捨、判斷，徒持相異之評價，據以提起非常上訴，要非適法之非常上訴理由，亦與非常上訴採便宜主義之本旨有違。又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，是否予以宣告緩刑，但事後執行檢察官發現當時所為緩刑之判斷有誤時，得向法院聲請是否撤銷緩刑，法院即得在一定之條件下，撤銷緩刑（參刑法第75條、第75條之1 ），並不受當時法院判決或檢察官所

為意思表示之拘束，使行為人執行其應執行之刑，以符刑罰之目的，此與當事人依刑事訴訟法第451條之1第1項或第3項規定表示願受科刑範圍（指被告）或為求刑或為緩刑宣告之請求（指檢察官）者，法院如於被告所表示範圍內科刑，或依檢察官之請求（求刑或請求宣告緩刑）為判決者，依第455條之1第2項規定，各該當事人不得上訴，採「禁反言」之方式立論，並不相同。本件原確定裁定已明白認定被告所提之抗告意旨：**1.**前案乃被告實行本案犯行前所犯，並非被告犯本案後再犯，且前案與本案係因檢察官先後提起公訴，以致先後繫屬於第一審法院，且被告自前案及本案經檢察官分案偵查後，別無其他不法情事，足認被告自「前案」及「本案」踐行偵查程序時起，即未再犯罪，亦無因藐視法律而再有觸法之行為，自難認被告本案所宣告之緩刑，將因前案事實之存在即難收預期效果，而有執行刑罰之必要。**2.**本案與前案經第一審法院分別受理，礙於不同法官以不同程序審理而不併案，惟於前案及本案審理期間，前案獨任審理法官及本案合議庭，均已查明被告確有悔悟之心，且與本案及前案被害人均已達成和解，表明宥恕被告之意，因而皆認被告無再犯之虞，本案合議庭於審酌是否對被告併為宣告緩刑時，雖明知前案犯罪事實尚在同法院審理中，仍認被告係因一時失慮，誤罹重典，犯後又坦承犯行，被害人亦同意給予被告緩刑，其受此偵審程序及刑之宣告教訓，當能知所警惕，應無再犯之虞，本案所宣告之刑以暫不執行為適當，故而併對被告為緩刑之宣告，是以前案與本案雖係分別踐行不同審判程序，均定在108年1月25日製作或宣示判決，前案及本案檢察官亦皆肯認前案與本案對被告之緩刑宣告為適當，以致俱未提起上訴，前案與本案乃同於108年2月24日判決確定。**3.**是以，第一審法院逕自「反言」推認於本案合議庭已知悉前案事實存在之前提下所宣告之本件緩刑，必因該前案事實存在即難收其預期效果，而有執行刑罰必要，乃依刑法第75條之1第1項第1款規定，撤銷本案對受刑人之緩刑宣告，自難認允當等語。俱與緩刑宣告應否撤銷之判斷無涉，乃憑己意任指第一審裁定為不當，難認有理由，應予駁回。核已對被告抗告意旨加以審查，並加以說明，客觀上並無顯然違背法令之情形，非常上訴意旨猶執詞爭執原裁定確定未審酌撤銷

本案緩刑之實質要件，違反比例原則及公平原則，且未審酌二案法官均對被告未善盡訴訟照顧義務，而撤銷本案緩刑，均有違背法令等語，自係對確定裁定所為抗告理由之審認，任持異見指摘；又此撤銷緩刑乃事後審查，並無禁反言之適用，非常上訴意旨仍以原確定裁定未審酌執行檢察官違反當時公訴檢察官之意思，揆之上開說明，亦非適法之非常上訴理由。

三、綜上，非常上訴意旨以前揭事由，指摘原判決違背法令，依上開說明，難認為有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 29 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 陳 世 雄

法官 段 景 榕

法官 鄧 振 球

法官 汪 梅 芬

法官 吳 進 發

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 109 年 8 月 4 日

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 971 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 07 月 29 日

裁判案由：偽造文書等罪定其應執行刑

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第971號

抗 告 人 楊奇峯

上列抗告人因偽造文書等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109年5月19日定其應執行刑之裁定（109年度聲字第1760號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

- 一、原裁定以抗告人楊奇峯所犯如原裁定附表編號1 至50所示各罪，有得易科罰金之刑，亦有不得易科罰金之刑，分別經法院判處罪刑確定在案。檢察官依抗告人之請求聲請定其應執行之刑，原審審核後，認其聲請為正當，爰定應執行刑有期徒刑16年4月，固非無見。
- 二、惟按刑事訴訟之目的，係法院基於檢察官之起訴或自訴人之自訴，經由正當程序之進行，確定國家對於被告的具體刑罰權。是法院及兩造當事人（被告、檢察官或自訴人），均為刑事訴訟之主體。被告既為刑事訴訟當事人之一造，欲在訴訟上為合法當事人，並為有效之訴訟行為，以保障其訴訟上權益，自應具備當事人能力及訴訟能力。所謂當事人能力，係指具備人格，有接受刑罰之可能性，得為刑事訴訟當事人之法律上能力；所謂訴訟能力，則係指具有意思能力，並自由決定防禦訴訟上利益，得為有效刑事訴訟行為之能力。為自然人之被告死亡者，同時喪失當事人能力及訴訟能力，其為訴訟主體之地位，已然不復存在，除法律另有特別規定（例如刑事訴訟法第427 條為受判決人之利益聲請再審），自無再為實體裁判之必要。而數罪併罰定其應執行刑之裁判，係由法院以被告分別受宣告之罪刑為基礎，依法定標準為之，所為裁判與科刑判決有同等效力，屬實體裁判，理當以被告在訴訟上為合法當事人為前提。從而，法院受理檢察官聲請受刑人數罪併罰定其應執行刑之聲請後，受刑人死亡，因其在訴訟上已非合法當事人，不得更為應執行刑之實體裁定

。本件抗告人不服原裁定，於民國109 年6月5日依法提起第三審抗告後，已於同年7月8日死亡，有抗告人羅東聖母醫院診斷證明書在卷可憑，原審未及審酌，所為裁定，揆之上開說明，自屬無可維持，應由本院將原裁定撤銷，駁回檢察官之聲請。

據上論結，應依刑事訴訟法第413條，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 29 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 陳 世 雄

法官 段 景 榕

法官 吳 進 發

法官 汪 梅 芬

法官 鄧 振 球

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 8 月 6 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 1039 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 07 月 22 日

裁判案由：加重詐欺等罪延長羈押

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第1039號

抗 告 人 龔家維

上列抗告人因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109年6月15日延長羈押之裁定（109年度上訴字第972號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

- 一、按羈押之目的，在於確保刑事偵查、審判及執行之進行。刑事被告是否犯罪嫌疑重大、有無法定羈押事由、有無羈押之必要，及羈押後有無繼續羈押必要之判斷，乃事實審法院得依職權裁量之事項，事實審法院自得斟酌訴訟進行程度及其他一切情事而為認定。
- 二、本件原裁定綜合卷存事證以：抗告人龔家維因加重詐欺等罪案件，經第一審依想像競合犯從一重論處抗告人犯三人以上共同詐欺取財共13罪刑，並定其應執行刑為有期徒刑5年6月，案經抗告人上訴，原審法官訊問後，依相關事證認其涉犯詐欺與加重詐欺各犯罪嫌疑重大，有反覆實施同一犯罪之虞，有刑事訴訟法第101條之1第1項第7款所定情形，有羈押之原因及必要，於民國109年3月18日裁定羈押。前述延長羈押期限將屆前，再經原審法官訊問後，認該羈押之事由俱存，仍有刑事訴訟法第101條之1第1項第7款之情形，縱抗告人表示已與被害人和解，猶無足異其認定，仍有繼續羈押之必要，而裁定其羈押期間自109年6月18日起延長2 月，核屬有據。
- 三、刑事訴訟法第101條之1第1項第7款關於預防性羈押規定之主要目的，在於防止被告再犯，防衛社會安全，是法院依該規定判斷應否羈押時，允由其犯罪歷程及多次犯罪之環境、條件觀察，若相關情形仍足認有再為同一犯行之危險，即可認有反覆實施同一犯行之虞。至羈押之必要與否，除有刑事訴訟法第114 條各款所列情形外，應由法院依經驗法則與論理法則，按具體個案訴訟進行程度、犯罪性質與實際情狀及其

他一切情事妥為審酌認定。如就客觀情事觀察，該羈押或延長羈押之裁定在目的與手段間之衡量，並無明顯違反比例原則之情形，即無違法或不當可言。原裁定綜合考量抗告人所涉各加重詐欺等犯罪情節非輕，透過計畫性、組織性分工，對不特定人犯罪之規模非微，且對社會治安危害之程度重大，經權衡國家社會公益及抗告人之基本權利，認有羈押之必要，而裁定延長羈押，已說明其裁定之依據及理由。其目的與手段間之衡量，與比例原則尚屬不悖。

四、抗告意旨徒以：其負債已經清償，且從事DJ等工作足與母親一同負擔祖母化療費用，客觀條件已不相同，復自知前述犯罪危害程度，深刻反省悔悟，並無再犯之虞，爰請求以具保、定期報到或限制出境等方式替代羈押，俾返家陪伴家人，而為指摘。顯係依憑己意泛言無反覆實施同一犯罪之虞及羈押必要，而就前述羈押原因與必要性之同一事項，持不同見解任意爭執，或對於事實審法院前述裁量職權之適法行使，為不同評價，非有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第412條，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 22 日

最高法院刑事第四庭

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

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 109 年 7 月 27 日

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 1070 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 07 月 22 日

裁判案由：違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪聲明異議

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第1070號

抗 告 人 臺灣高雄地方檢察署檢察官李侑姿

抗 告 人

即聲明異議人 陳志濱

上列抗告人等因聲明異議人違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪聲明異議案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國109年6月18日撤銷執行指揮書之裁定（109年度聲字第823號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷。

異議之聲明駁回。

檢察官之抗告駁回。

理 由

一、本件抗告人即聲明異議人陳志濱聲明異議意旨略稱：其因違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，經原審法院判處應執行有期徒刑8 年10月，併科罰金新臺幣（下同）15萬元，罰金如易服勞役，以1千元折算1日確定，由臺灣高雄地方檢察署檢察官以民國109 年1月2日108年執岱字第10967號執行指揮書指揮執行有期徒刑，並以其羈押日數330 日折抵有期徒刑部分刑期。且以同日108年執岱字第10967號之1 執行指揮書指揮執行併科罰金部分（易服勞役150 日）。執行方法應採優先折抵罰金易服勞役額，對其較為有利，檢察官未考量刑罰目的及對受刑人有利方向，逕自決定採折抵徒刑之執行指揮尚有可議，應撤銷上開2 指揮書等語。原裁定以上開之執行指揮書及調執行案卷瞭解，均未見檢察官記載或函知聲明異議人採擇羈押日數優先折抵徒刑部分之具體事由，而無從審認檢察官之裁量適法與否，有無裁量濫用、逾越裁量範圍、牴觸法律授權目的或摻雜與授權意旨不相關因素等情事。且立於中立裁判者，不能在檢察官未敘明執行方法之理由時，事後為檢察官補正，尋求合理之說法。聲明異議人既主張採優先折抵罰金易服勞役額對其較為有利而為異議，認檢察官執行之指揮尚有可議，因而撤銷上開2 指揮書。固非無見。

二、惟抗告法院認為抗告有理由者，應以裁定將原裁定撤銷；於有必要時，並自為裁定，刑事訴訟法第413 條定有明文。所謂「有必要時」，如事實已明，為訴訟經濟以免徒增無益之勞費，即應自為適當之裁定。聲明異議人抗告意旨明載：其親屬已籌得資金有能力代繳納其罰金，請毋庸再行撤銷上開2 執行指揮書，以免造成司法資源虛耗之不當等語。已就本件羈押日期折抵之執行方法明確表明同意檢察官上開2 執行指揮書之執行方法。原審依當時事實而為裁定固無違誤，惟聲明異議人上開抗告意旨之表明，已令原裁定形同無實益，原裁定未及審酌，而撤銷上開執行指揮書，自有未妥；聲明異議人之抗告即有理由，應由本院予以撤銷。且本於訴訟經濟以免徒增無益勞費之考量，爰由本院自為駁回其聲明異議之裁定。

三、檢察官對於法院，獨立行使職權；除遇有緊急情形或法律另有規定者外，僅能於其所屬檢察署轄區內執行職務。法院組織法第61條、第62條分別定有明文。檢察制度雖屬一體，但檢察官既因審級而配置，其權限自屬各別。配置各級檢察署之檢察官其執行職務或行使職權，對於法院固獨立行使職權，惟仍應依法院之管轄定其分際，故下級檢察署檢察官對於上級法院之裁判，或上級檢察署檢察官對於下級法院之裁判，均不得提起上訴或抗告。本件原審所為撤銷臺灣高雄地方檢察署檢察官之執行指揮書裁定，得提起抗告之檢察官，依上揭說明，為配置之臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官，抗告人為第一審即下級審檢察署檢察官，自不得提起抗告，其抗告為不合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第411條前段、第413條、第486條，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 22 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 黃 瑞 華

法官 楊 智 勝

法官 吳 冠 霆

法官 洪 兆 隆

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 7 月 27 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 1085 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 07 月 29 日

裁判案由：違反懲治盜匪條例聲明異議

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第1085號

抗 告 人 康伯全

選任辯護人 李明洳律師

上列抗告人因違反懲治盜匪條例聲明異議案件，不服臺灣高等法院中華民國109年6月9日停止訴訟程序之裁定（109年度聲字第1359號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷，應由臺灣高等法院更為裁定。

理 由

- 一、本件原裁定略以：抗告人康伯全前因強劫致人於死罪，經臺灣高等法院以81年度上更二字第155 號判處無期徒刑，其提起上訴後，經本院以82年度台上字第427 號判決上訴駁回確定。抗告人入監執行後，於民國94年12月14日經裁定假釋付保護管束出監，嗣於假釋期間內另犯幫助詐欺取財罪，經法院判處有期徒刑6月確定，法務部依刑法第78條第1項規定撤銷其假釋，由臺灣臺北地方檢察署檢察官執行撤銷假釋後所餘之殘刑（25年）及新宣告刑（6月）計有期徒刑25年6月，顯有因微罪而遭撤銷假釋後再服長期殘刑，違反憲法第23條比例原則之問題，而臺灣高等法院高雄分院（下稱高等法院高雄分院）107年度聲字第703號案件以刑法第78條第1 項規定有違憲疑義，聲請司法院大法官解釋，審酌抗告人既有相同抵觸憲法疑義，爰依司法院釋字第371、572、590 號解釋，裁定於司法院大法官就高等法院高雄分院107 年度聲字第703號聲明異議案件所聲請刑法第78條第1項規定有無抵觸憲法作成解釋公布前，停止本件訴訟程序，固非無見。
- 二、按關於訴訟或非訟程序之停止，因攸關人民訴訟權益甚大，自應有法律依據且合於法定事由方可裁定停止，並審慎為之。又「憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第171條、第173條、第78條及第79條第2 項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第80條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認

定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。」「其中所謂『先決問題』，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂『提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由』，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。」「所謂『法官於審理案件時』，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事事件及非訟事件等而言，因之，所稱『裁定停止訴訟程序』自亦包括各該事件或案件之訴訟或非訟程序之裁定停止在內。裁定停止訴訟或非訟程序，乃法官聲請釋憲必須遵循之程序。惟訴訟或非訟程序裁定停止後，如有急迫之情形，法官即應探究相關法律之立法目的、權衡當事人之權益及公共利益、斟酌個案相關情狀等情事，為必要之保全、保護或其他適當之處分。」此為司法院釋字第371號、第572號、第590號解釋意旨闡釋甚明。是依上開解釋意旨，法官於審理案件時，對於應適用之法律，確信該法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響，認有聲請大法官解釋之必要，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋，於此情形，自可參照上開解釋意旨，裁定停止訴訟或非訟程序，如僅對法律之適用發生疑義，或單純指摘有違憲之可能，但未提出釋憲聲請，自與已提出「確信法律違憲」之要件不符，其據此裁定停止訴訟或非訟程序，除對人民訴訟權益保障影響重大，更與上開解釋意旨所指法官聲請解釋憲法時，必須一併裁定停止訴訟程序之意旨有違。經查原裁定固以抗告人前於假釋期間內另犯幫助詐欺取財罪，經法院判處有期徒刑確定，經依刑法第78條第1項規定撤銷其假釋，由檢察官執行所餘殘刑及

新宣告刑，有因微罪而遭撤銷假釋後再服長期殘刑，違反憲法第23條比例原則之問題，並依憑高等法院高雄分院107年度聲字第703號案件已就刑法第78條第1項規定有違憲疑義，向司法院大法官聲請解釋，抗告人亦適用同條規定遭撤銷假釋，有相同牴觸憲法之疑義，而為停止本件訴訟程序之裁定等旨。惟原裁定並未敘明應適用之刑法第78條第1項規定，有何客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，亦未依此向大法官聲請釋憲，已難認符合上開解釋意旨所指裁定停止之法定事由，且在法無明文規定之情形，原裁定僅以另案高等法院高雄分院107年度聲字第703號案件承審法官已就同法條為釋憲聲請，即據以裁定停止本件訴訟程序，不唯尚嫌速斷，且於法未合。抗告意旨執以指摘原裁定不當，非無理由，自應將原裁定撤銷，由原審法院更為適法之裁定。

據上論結，應依刑事訴訟法第413條前段，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 29 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 陳 世 雄

法官 段 景 榕

法官 鄧 振 球

法官 吳 進 發

法官 汪 梅 芬

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 8 月 4 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 1096 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 07 月 23 日

裁判案由：重傷害等罪聲請再審

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第1096號

抗 告 人

即 被 告 林廷羿

抗 告 人 黃國益律師（即被告聲請再審選任辯護人）

陳力銓律師

上列抗告人等因被告重傷害等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109年5月28日駁回聲請再審之裁定（109年度聲再字第106號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、抗告人林廷羿部分：

刑事訴訟法第434 條規定：「法院認為無再審理由者，應以裁定駁回之。聲請人或受裁定人不服駁回聲請之裁定者，得於裁定送達後10日內抗告」。

本件抗告人林廷羿聲請再審案件，經原審以無理由駁回後，於民國109年6月10日送達監所，由抗告人親收，抗告期間自抗告人收受送達翌日起算10日，於109年6月22日（6月20 日星期六，係假日，順延至6 月22日〈星期一〉）屆滿。乃抗告人遲至同年月28日，始提起抗告，顯已逾期，且無從補正，應予駁回。

二、抗告人黃國益律師、陳力銓律師部分：

按不服法院之裁定，得提起抗告者，以「當事人」、「受裁定之證人、鑑定人、通譯及其他非當事人」為限，刑事訴訟法第403條定有明文。該法抗告編之第419條雖設有「抗告，除本章（編）有特別規定外，準用同法第三編第一章關於上訴規定」之例；而同法第三編即上訴編第一章「通則」內之第346 條前段，雖規定原審之辯護人，得為被告之利益而上訴之規定；但關於「抗告權人」，在該法第四編內之第 403 條既有明文，即不能更準用同法第346 條前段，准許原審之辯護人，得為被告之利益而提起抗告，此觀諸同法第419 條所載抗告以無特別規定為限，始得準用上訴規定之旨甚明。

本件抗告人雖曾委任律師黃國益為代理人（委任狀載稱「再審辯護人」、陳力銓律師部分則於原審裁判後始提出委任狀）向原審聲請再審，然黃國益等律師於109年6月12日以林廷羿之名義具狀提起抗告時，抗告狀內僅以打字方式記載「抗告人即再審聲請人：林廷羿」、「具狀人即抗告人：林廷羿」，全無林廷羿簽名或蓋章，僅有黃國益律師蓋章及陳力銓律師簽名；然則陳力銓、黃國益律師皆非當事人，亦非受裁定之人，刑事訴訟法既無「被告之原審代理人提起之抗告，視為被告提起」之規定，則黃國益律師為再審聲請人林廷羿所提起之抗告，核無法律依據，縱使係為林廷羿之利益而提起抗告，亦於法不合。是陳力銓律師及林廷羿原審之代理人黃國益律師提起本件抗告，為法律上所不應准許，應予駁回。

三、末查，109年1月8日修正公布刑事訴訟法增訂第429條之1，規定：「聲請再審，得委任律師為代理人」。其立法理由稱：為應實務上之需要，並期以律師之專業學識協助聲請人聲請再審。是自該條增訂施行之日起，再審聲請案之代理人需具備律師資格。該條雖未明定再審抗告案件之代理人資格，然聲請再審經法院以無理由駁回者，其抗告理由，須就該駁回之裁定有何違誤，具體指摘；申言之，再審抗告理由狀之專業性，絕不亞於再審之聲請，本其增訂意旨，倘聲請人欲委任代理人提起抗告，自仍以律師為限。

莊榮兆並非律師，自無從許可為抗告人林廷羿之代理人，本件當事人欄爰不予列載，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第411條前段，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 23 日

最高法院刑事第三庭

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

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 109 年 7 月 28 日