

最高法院刑事庭具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文 目錄

裁判要旨

一、110 年度台上字第 2943 號.....	1
二、110 年度台上字第 4769 號.....	8
三、110 年度台上字第 5557 號.....	9
四、110 年度台上字第 6191 號.....	11
五、111 年度台上字第 11、12 號.....	14
六、111 年度台上字第 1345 號.....	16
七、111 年度台上字第 1419 號.....	17
八、111 年度台上字第 1799 號.....	20
九、111 年度台上字第 1861 號.....	21
十、111 年度台上字第 2116 號.....	22
十一、111 年度台上字第 2118 號.....	24
十二、111 年度台上字第 2136 號.....	27
十三、111 年度台上字第 2177 號.....	28
十四、111 年度台上字第 2231 號.....	30
十五、111 年度台上字第 2337 號.....	31

裁判全文

110 年度台上字第 2943 號.....	33
110 年度台上字第 4769 號.....	43
110 年度台上字第 5557 號.....	57
110 年度台上字第 6191 號.....	62
111 年度台上字第 11、12 號.....	67
111 年度台上字第 1345 號.....	72
111 年度台上字第 1419 號.....	80
111 年度台上字第 1799 號.....	81

111 年度台上字第 1861 號.....87

111 年度台上字第 2116 號.....92

111 年度台上字第 2118 號.....99

111 年度台上字第 2136 號.....105

111 年度台上字第 2177 號.....109

111 年度台上字第 2231 號.....113

111 年度台上字第 2337 號.....119

最高法院刑事庭具有參考價值裁判要旨

111 年 4 月至 5 月

一、110 年度台上字第 2943 號（裁判書全文）

(一)關於本案警方進行監聽所取得之內容（下稱監聽所得資料）之證據能力部分，擬採為裁判基礎之法律見解，涉及下列二項法律爭議：

1. 依通訊保障及監察法（下稱通保法）第 5 條第 4 項規定，執行機關應於執行監聽期間內，每 15 日至少作成 1 次以上之報告書，或依核發通訊監察書之法官之命提出報告。若執行機關於 15 日內或法官指定之期日前製作期中報告書，惟陳報至該管法院時已逾 15 日或法官指定之期日，是否違反該規定？（下稱法律爭議一）
2. 執行機關違反通保法第 5 條第 4 項之期中報告義務，其監聽所得資料，有無證據能力？（下稱法律爭議二）

(二)

1. 法律爭議一部分

(1) 通保法第 5 條第 4 項係規範執行機關二種不同之報告義務通保法在 96 年 6 月 15 日修正時，增訂第 5 條第 4 項規定：「執行機關應於執行監聽期間，至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」使執行機關於執行監聽期間負有提出期中報告書之義務；嗣立法者為強化監聽執行期間之外部監督機制，乃於 103 年 1 月 14 日修正為「執行機關應於執行監聽

期間內，每 15 日至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。檢察官或核發通訊監察書之法官並得隨時命執行機關提出報告。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」除將原條文「至少作成一次以上之報告書」，修正為「每 15 日至少作成一次以上之報告書」（下稱定期報告）外，並於該條項中段增訂「檢察官或核發通訊監察書之法官並得隨時命執行機關提出報告」。考其上述修正意旨，及新增中段之用語為法官「並得」隨時命執行機關提出報告，復佐以通保法於 96 年增訂第 5 條第 4 項，其立法理由所揭「增訂本條第 4 項，使執行機關應負於通訊監察期間提出報告之義務」之旨，可徵該項所稱之「作成」實指「作成後提出」，而非單指作成；以及法官依其為核發權人之地位，本即有隨時命執行機關提出報告之權限，以審酌是否有不應繼續執行監聽之情狀，而應撤銷原核發之通訊監察書，使外部監督更為強化，維護法律保留原則與落實比例原則。堪認該條項新增之中段規定，並非指法官命執行機關提出已作成之定期報告，而係賦予法官於認有必要時，得於定期報告外，隨時命執行機關製作且提出報告書（下稱指定報告），以供審核。準此，上開定期報告和指定報告，係兩個不同之獨立規範，倘法官另有指定，則執行機關於執行監聽期間，負有兩種不同類型之報告義務。

(2) 通保法第 5 條第 4 項之期限係指陳報至該管法院之時間通保法第 5 條第 4 項雖僅規定「作成」或「提出」報告書，而無應於 15 日內作成或法官指定期日提出「並陳報至法院」之明文，惟上開期日均應解釋為陳報至該管法院之期限，理由如下：

①該條項前段固僅規定「作成」報告書，惟由 96 年增訂該條項之立法理由，可徵執行機關除作成報告書外，尚需提出，亦即條文所稱之「作成」是指「作成及提出」。而該條項中段雖僅規定「提出」報告，然提出前應先作成報告書，乃當然之理，是條文所稱之「提出」同指「作成及提出」。基此，尚難僅以條文文義，逕認執行機關只需在該期日作成報告書，即符合該條項之期中報告義務。

②通訊監察無論在發動前或執行中，監察對象均無從得知，故而無行使防禦權或聲明不服、尋求救濟之機會。且因通訊之雙向本質，必將同時侵害無辜第三人之秘密通訊自由。復因通訊監察具有在特定期間內持續實施之特性，屬對人民通訊自由持續干預之強制處分，於執行監聽期間，倘核准之要件不復存在，或保全目的已經達成，即失去續行監聽之正當性，自應停止監聽，乃法理上之當然。鑑於通訊監察對人民秘密通訊自由與隱私之侵害既深且廣，司法院釋字第 631 號解釋除揭示通訊監察之發動，應由獨立、客觀行使職權之法官事前審查外，亦於其理由書作出法官應「隨時監督通訊監察執行情形」之指示。而執行機關之期中報告義務，即係通保法回應上開憲法

之誠命，為強化監聽進行中之外部監督機制，使法院得適時判斷是否有不應繼續執行監聽情狀，以撤銷原核發之通訊監察書而設，此觀通保法第5條第4項後段「法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書」之規定自明。則該條項所稱之15日，及法官指定提出報告書之期日，自應解釋為報告書陳報至該管法院之期限，否則執行機關僅於期限內製作期中報告書，卻遲未交付法院，或者陳報至法院時，監聽期間行將屆滿，將無從落實該規範目的。從而，執行機關雖於執行監聽期間15日內，或法官指定之期日前製作期中報告書，惟陳報至該管法院時已逾該期限，自屬違反通保法第5條第4項規定之期中報告義務。

2. 法律爭議二部分

(1) 違反期中報告義務前（下稱期限前）監聽所得資料部分

- ①通保法第5條第1項規定：「有事實足認被告或犯罪嫌疑人有下列各款罪嫌之一，並危害國家安全、經濟秩序或社會秩序情節重大，而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者，得發通訊監察書」，此為國家限制人民秘密通訊自由及隱私權之法律依據。因此，法官僅有在符合該條項所定之要件，始得核發通訊監察書。而通訊監察書之核發是否合法，應以法官核發當時之偵查狀況為審查基點，尚非以事後監聽進行之情形

為斷。是以，期中報告義務並非針對「通訊監察書核發」合法性所設之中間審查制度，自不得以執行機關違反期中報告義務，致法院無從審查先前所核發通訊監察書之合法性為由，否定期限前監聽所得資料之證據能力。

②通保法第 18 條之 1 第 3 項規定：「違反第 5 條、……規定進行監聽行為所取得之內容……，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據……。」基此，如無違反第 5 條規定進行監聽之情事，自無該條項證據絕對排除規定之適用。而執行機關僅於應為定期報告或指定報告之期限屆至時，仍未盡其作為義務，始有違反第 5 條第 4 項期中報告義務規定之可言。則所謂違反期中報告義務規定監聽所得資料，自僅止於違反期中報告義務後之監聽所得資料，不應回溯推翻違反該義務前，依法院核發之令狀合法監聽所得資料之證據能力。

③綜上，執行機關雖違反期中報告義務，但其期限前監聽所得資料，仍有證據能力。

(2)違反期中報告義務後至監察期間屆滿前（下稱期限後）監聽所得資料部分

①「保障人民秘密通訊自由及隱私權不受非法侵害」與「確保國家安全，維護社會秩序」同為通保法之立法目的。於二者發生衝突時，通保法規定就第 5 條第 1 項所列之重罪，於符合具有相當理由之關聯性，及最後手段性等實質要件時，准予核發通訊監察書，實施通訊監察。就此業經立法者權衡，明確決定人民受憲

法保障之秘密通訊自由及隱私權應為退讓之利益衡量結果，自應予尊重。則執行機關依法院核發之令狀監聽所得資料，原則上應得作為證據使用，倘因執行機關於執行監聽期間違反期中報告義務，即不問違反情節如何，均依通保法第 18 條之 1 第 3 項規定，予以絕對排除其證據能力，將天平之一端全然傾向秘密通訊自由及隱私權之保障，無異全盤否定立法者所為之權衡。

- ②期中報告義務之規範目的，除屬外部監督機制，使法院得藉此審查有無不應繼續執行監聽之情狀，以撤銷原核發之通訊監察書外，並有促使執行機關儘速聽取監聽所得資料，以確定該電信設備是否確為監察對象使用、是否已監聽到足夠之證據資料等，如有不應繼續執行監聽之情狀，應即停止監聽以履行其自我監督義務。是僅於執行機關在通訊監察期間完全未製作期中報告書，始實質違反期中報告義務之規範意旨，其期限後監聽所得資料，方屬通保法第 18 條之 1 第 3 項所規範「違反第 5 條規定」，不得採為證據之範疇；反之，於執行機關業已製作期中報告書，僅陳報至該管法院有所遲延，因執行機關仍有履行其自我監督義務，且法官亦非無據以審查之可能，尚難謂期中報告義務之立法目的全然未獲落實，此時若認仍屬通保法第 18 條之 1 第 3 項所規範「違反第 5 條規定」之射程範圍，而予絕對禁止使用，不僅有悖立法者所為之利益權衡，且違反比例原則。於此情形，監聽所得資料並非依通保法上開條項規定排除證據能力，而應依

刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，斟酌逾期情形，對法院審查判斷有無應撤銷原核發通訊監察書之影響程度、執行機關違背法定程序之主觀意圖、侵害監察對象或第三人權益之種類及輕重、犯罪所生之危險或實害、禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果、偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性、證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以認定其證據能力之有無。

③從而，通保法第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 5 條規定」，就違反期中報告義務而言，應為限縮解釋，僅指執行機關在通訊監察期間完全未製作期中報告書之情形，至其他違反情狀，期限後監聽所得資料證據能力之有無，則應依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定認定之。

3. 綜上，執行機關於執行通訊監察期間所作之期中報告書，陳報至該管法院時，如已逾 15 日之法定期限，或法官指定之期日，均屬違反通保法第 5 條第 4 項期中報告義務之規定。又執行機關違反期中報告義務，於期限前監聽所得資料，具有證據能力；於期限後監聽所得資料部分，其證據能力之有無，則視執行機關是否已於通訊監察期間製作報告書而定。如完全未製作，依通保法第 18 條之 1 第 3 項規定無證據能力；倘已製作，僅逾期陳報至該管法院者，應依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護認定之。

(三)本院刑事大法庭已就本件法律見解歧異予以統一。則本庭就本件採為裁判基礎之法律見解，依法院組織法第 51 條之

10 之規定，自應受本院刑事大法庭前揭裁定見解之拘束。簡言之，期限前監聽所得資料具有證據能力，期限後監聽所得資料部分，則視執行機關於通訊監察書核准之該次通訊監察期間，有無製作期中報告書為斷，若完全未製作，依通保法第 18 條之 1 第 3 項規定無證據能力；若已製作，僅逾期提出，其證據能力之有無，則依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定認定之。

參考法條：通訊保障及監察法第 5 條第 4 項、第 18 條之 1 第 3 項。

刑事訴訟法第 158 條之 4。

二、110 年度台上字第 4769 號（裁判書全文）

本院 64 年度第 3 次刑庭庭推總會議決議，認為裁判上一罪案件，經第二審法院就構成犯罪部分，為有罪之判決，就不構成犯罪部分，因審判不可分關係，僅於判決理由中說明，不在主文另為無罪之諭知。如被告為其利益上訴，第三審法院認為上訴有理由而須撤銷發回者，應於判決理由載明該不另為無罪諭知部分，因與發回部分有審判不可分關係，一併發回更審，受發回之第二審法院，依 110 年 6 月 16 日修正前刑事訴訟法第 348 條第 2 項規定，應就全部事實重為審判等旨。雖本院刑事大法庭於 110 年 1 月 27 日以 109 年度台上大字第 3426 號裁定，明揭檢察官以裁判上或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，該不另為無罪諭知部分已確定，並非第三審審判範圍等旨，並經本院提案庭以上開大法庭裁定所表示之法律

見解為基礎，以 109 年度台上字第 3426 號判決為終局裁判，而為法律見解之變更。惟法律見解係指法令解釋上所持之觀點，此每因「時」而異，而終審法院裁判關於法律上之見解，由於社會現象日新月異，有時因探討法律之真義，期求適應社會情勢起見，不能一成不變，然而終審法院前後裁判所持法律見解不同者，尚不能執後裁判所持之見解而指前次裁判為違法。否則，若以後之所是即指前之為非，不僅確定裁判有隨時搖動之虞，有礙法安定性，且因強使齊一之結果，解釋者為免固有秩序產生不可測之變動，因而固守原有見解，反足以阻遏法律解釋之與時俱進，故為兼顧大法庭制度統一見解之功能，及維護法安定性，自不能因後裁判與前裁判之見解不同，而使前裁判之效力受其影響。因此，在本院以 109 年度台上字第 3426 號判決變更法律見解前，本院依 64 年度第 3 次刑庭庭推總會議決議意旨所為之裁判，自屬合法有效，尚不能以其後法律見解之變更，遽指該裁判為違法而不生效力。

參考法條：修正前刑事訴訟法第 348 條第 2 項。

三、110 年度台上字第 5557 號（裁判書全文）

(一)中華民國人民被訴在中華民國領域外（含香港與澳門）涉犯刑法第 5 條至第 7 條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院究應以行為不罰為無罪判決，抑或無審判權而為不受理判決？此一法律爭議，本院先前裁判有歧異之見解，經依法院組織法第 51 條之 2 第 2 項所規定之徵詢程序，向本院其他各刑事庭徵詢後，仍有不同之見解，乃以 110 年度台上大字第 5557 號裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一

法律見解。

(二)本院刑事大法庭於 111 年 5 月 18 日以 110 年度台上大字第 5557 號裁定作成統一見解，認為：

1. 我國刑法對人、事與地的適用範圍，係以屬地原則為基準，輔以國旗原則、屬人原則、保護原則及世界法原則，擴張我國刑法領域外適用之範圍，即依刑法第 3 條至第 8 條之刑法適用法，決定我國刑罰權之適用範圍，並作為刑事案件劃歸我國刑事法院審判之準據。
2. 刑法適用法之規定，就實體法面向，為可刑罰性之前提要件，即進入構成要件該當、違法及有責性審查之前提要件，決定是否適用我國刑法規定處罰。中華民國人民被訴在中華民國領域外(含香港與澳門)涉犯刑法第 339 條之 4 之加重詐欺罪，且其行為時係於 105 年 12 月 2 日修正施行之刑法第 5 條增列第 11 款即刑法第 339 條之 4 之加重詐欺罪之前，依刑法第 2 條第 1 項規定，應比較修正前後之條文，適用最有利於行為人之修正前規定，而無我國刑法之適用。就程序法面向，則定我國刑事法院審判權之範圍，決定我國刑事法院是否得予審判。亦即刑法適用法具有實體法與程序法之雙重性質，如有欠缺，即無我國刑法之適用，不為我國刑罰權所及，且為訴訟障礙事由，我國司法機關無從追訴、審判。
3. 法院受理訴訟之基本法則，係先審查程序事項，必須程序要件具備，始能為實體之認定，倘確認個案非屬我國刑法適用範圍時，已構成訴訟障礙，欠缺訴訟要件，不可為本案之實體判決，性質上已屬法院對被告無審判權，不能追訴、審判，在偵查中檢察官應依刑事訴訟法第 252

條第 7 款規定，為不起訴處分；若經起訴，法院應依同法第 303 條第 6 款規定，諭知不受理判決，而非為無罪判決。

4. 綜上所述，中華民國人民被訴在中華民國領域外（含香港與澳門）涉犯刑法第 5 條至第 7 條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院應依刑事訴訟法第 303 條第 6 款規定諭知不受理之判決。

參考法條：刑事訴訟法第 303 條第 6 款。

四、110 年度台上字第 6191 號（裁判書全文）

- (一)按刑法第 150 條聚眾施強暴脅迫罪，原規定之構成要件「公然聚眾」部分，於民國 109 年 1 月 15 日修正為「在公共場所或公眾得出入之場所聚集三人以上」。其修正理由（同第 149 條修正說明）載敘：實務見解認為，「聚眾」係指參與之多數人有隨時可以增加之狀況，若參與之人均係事前約定，人數既已確定，便無隨時可以增加之狀況，自與聚眾之情形不合。此等見解範圍均過於限縮，也無法因應當前社會之需求。爰將本條前段修正為「在公共場所或公眾得出入之場所」有「聚集」之行為為構成要件，亦即行為（人）不論其在何處、以何種聯絡方式（包括透過社群通訊軟體：如 LINE、微信、網路直播等）聚集，其係在遠端或當場為之，均為本條之聚集行為，且包括自動與被動聚集之情形，亦不論是否係事前約定或臨時起意者均屬之等旨。查該修正條文除場所屬性不再侷限於實質上一般大眾可共見共聞之地點外，並將在現場實施騷亂之人數，明定為 3 人以上為已足，至若隨時有加入不特定之群眾，或於實施強暴脅

迫持續中，其原已聚集之人數有所變化，均無礙於「聚集 3 人以上」要件之成立。而本罪既屬妨害秩序之一種犯罪，則聚眾實施強暴脅迫之人，主觀上自須具有妨害秩序之故意，亦即應具有實施強暴脅迫而為騷亂之共同意思，始與該條罪質相符。惟此所稱聚眾騷亂之共同意思，不以起於聚集行為之初為必要。若初係為另犯他罪，或別有目的而無此意欲之合法和平聚集之群眾，於聚眾過程中，因遭鼓動或彼此自然形成激昂情緒，已趨於對外界存有強暴脅迫化，或已對欲施強暴脅迫之情狀有所認識或預見，復未有脫離該群眾，猶基於集團意識而繼續參與者，亦均認具備該主觀要件。且其等騷亂共同意思之形成，不論以明示通謀或相互間默示之合致，亦不論是否係事前鳩集約定，或因偶發事件臨時起意，其後仗勢該群眾結合之共同力，利用該已聚集或持續聚集之群眾型態，均可認有聚眾騷亂之犯意存在。又該條之修法理由固說明：倘 3 人以上，在公共場所或公眾得出入之場所聚集，進而實行強暴脅迫（例如：鬥毆、毀損或恐嚇等行為）者，不論是對於特定人或不特定人為之，已造成公眾或他人之危害、恐懼不安，應即該當犯罪成立之構成要件，以符保護社會治安之刑法功能之旨。然依本罪之規定體例，既設於刑法第二編分則第七章妨害秩序罪內，則其保護之法益自係在公共秩序及公眾安寧、安全之維護，使其不受侵擾破壞。是本罪既係重在公共安寧秩序之維持，故若其實施強暴脅迫之對象，係對群眾或不特定人為之，而已造成公眾或他人之危害、恐懼不安致妨害社會秩序之安定，自屬該當。惟如僅對於特定人或物為之，基於本罪所著重者係在公共秩序、公眾安

全法益之保護，自應以合其立法目的而為解釋，必其憑藉群眾形成的暴力威脅情緒或氛圍所營造之攻擊狀態，已有可能因被煽起之集體情緒失控及所生之加乘效果，而波及蔓延至周邊不特定、多數、隨機之人或物，以致此外溢作用產生危害於公眾安寧、社會安全，而使公眾或不特定之他人產生危害、恐懼不安之感受，始應認符合本罪所規範之立法意旨。如未有上述因外溢作用造成在該場合之公眾或他人，產生危害、恐懼不安，而有遭波及之可能者，即不該當本罪之構成要件。至犯本罪所實施之強暴脅迫，而有侵害其他法益並犯他罪者，自應視其情節不同，分別依刑法第 50 條之規定以實質數罪併合處罰，或依競合關係論處之。

(二)原判決就檢察官起訴據以認定被告 3 人被訴涉犯刑法第 150 條聚眾騷亂罪嫌部分，固已說明：刑法第 150 條公然聚眾施強暴脅迫罪之成立，以行為人為構成要件行為時，具有對於構成要件之認識為必要，則除行為人須有在公共場所或公眾得出入之場所聚集三人以上施強暴脅迫之行為外，於聚集時即須對將實施強暴脅迫有所認識，方足構成本罪。如行為人原非為實施強暴脅迫之目的而同在一處，本無將實施強暴脅迫行為之認識，僅因偶然、突發原因，而引發三人以上同時在場實施強暴脅迫行為，即與刑法第 150 條第 1 項之罪之構成要件不符等旨。然刑法第 150 條聚眾施強暴脅迫罪，其聚眾犯意之形成，本非必須起於聚集之初為限，原判決未能細繹理解該條修正之立法規範目的，正確詮釋其適用之範圍，而認本件須於聚集時即對將實施強暴脅迫有所認識方足構成本罪，自有適用法則不當

之違法。

參考法條：刑法第 150 條。

五、111 年度台上字第 11、12 號（裁判書全文）

兒童及少年性剝削防制條例第 1 條開宗明義規定：「為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展，特制定本條例。」依其立法說明，是立基於保護兒童及少年免於遭致性剝削之普世價值，而依據聯合國兒童權利公約第 34 條及兒童權利公約之精神，將侵犯兒童或少年而與其身心健全發展有關之任何性活動，均列為係對兒童及少年之「性剝削」，以防杜拍攝、製造兒童、少年為性交或猥褻行為之性影像，而侵害兒童、少年身心健全發展之基本人權，也就是以立法明文方式，揭示不容許兒童、少年放棄或處分其上述基本人權，以免因任何非法之性活動而遭致性剝削之旨。司法院釋字第 623 號解釋理由書揭示「兒童及少年之心智發展未臻成熟。……『性剝削』之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒童及少年『免於從事任何非法之性活動』，乃普世價值之基本人權。」亦說明「性剝削」含有在不對等權力地位關係下之壓榨意涵，確立「性剝削」之概念較「性交易」為廣，兒童、少年必須被視為應維護及保障的權利主體，任何對於兒童、少年以身體或性自主意識來滿足剝削者權力慾望之性活動，皆屬於對兒童、少年之性剝削。而刑事法上所稱之「猥褻」，屬評價性之不確定法律概念，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性

文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（司法院釋字第 407、617 號解釋意旨參照）。又依民國 103 年 6 月 4 日制定公布、同年 11 月 20 日生效施行之兒童權利公約施行法第 2 條規定，兒童權利公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。故前揭兒童權利公約有規定者，屬刑事法律關涉保護兒童及少年身心健全發展相關事項之特別規定，而應優先適用。又兒童及少年性剝削防制條例第 36 條第 1 項至第 3 項所列之罪，依其文義及體系解釋，乃依行為人對被害人施加手段之強弱，以及被害人自主意願之法益侵害高低程度之不同，而予以罪責相稱之不同法定刑，並於同條例第 43 條第 1 項及第 2 項規定減輕或免除其刑之適當調節機制以資衡平，為層級化規範，使規範密度周全，以達保障兒童及少年權益之立法目的，並符罪刑相當原則、比例原則之憲法要求。是法院於具體個案審查是否屬使兒童或少年被拍攝「猥褻行為」之性影像時，自應本諸上揭保障及促進兒童、少年權利及保護兒童、少年身心健全發展之立法目的，以行為人所為，是否為資源掌握者基於不對等權力地位壓榨下，與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為，作為性剝削之判斷標準，而不侷限於行為人主觀上有滿足自己性（色）慾之意念，而在客觀上施行足以誘起他人性（色）慾之舉動或行為者為限。上揭相同之法律用語（猥褻行為），因兒童及少年性剝削防制條例與刑法各自規範目的不同，為符合前者乃為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展之立法本旨與價值取向，自應依循上述

差異性之理解脈絡，而為犯罪概念個別化不同解釋內涵，即學理所稱之「法律概念相對性」，以調和使整體法律規範之適用結果，符合法秩序整體一致性及法價值體系間之和諧，俾利實現兒童及少年性剝削防制條例之核心規範保護目的，兼維護刑法之安定性。

參考法條：兒童及少年性剝削防制條例第 36 條第 3 項。

六、111 年度台上字第 1345 號（裁判書全文）

搜索，除以人身為標的（即以發現應受拘提或逮捕之被告、犯罪嫌疑人所在為目的）之對人搜索外，以物品為標的之對物搜索，係指為發現應扣押之可為證據或得沒收之物為目的，而搜查檢索被告、犯罪嫌疑人或第三人之身體、物件、住宅或其他處所之強制處分。扣押，則係為取得物之占有而對其所有人、持有人或保管人所為之強制處分（至刑事訴訟法第 143 條所規定被告、犯罪嫌疑人或第三人遺留在犯罪現場之物，或所有人、持有人或保管人任意提出或交付之物，經留存者，雖準用物品扣押後處置之相關規定，然非屬強制扣押範疇）。扣押通常雖係緊隨於搜索之後而來，然亦有獨立於搜索程序外之扣押，其型態若從用途或目的觀察，可分為保全證據之扣押與保全沒收或追徵之扣押；若從手段或方式觀察，則可分為附隨於搜索之扣押與非附隨於搜索之單獨或獨立扣押。關於非附隨於搜索之單獨或獨立扣押，觀諸刑事訴訟法第 133 條之 1 第 1 項規定非附隨於搜索之單純證據保全扣押、經受扣押標的權利人同意之扣押，以及同法第 133 條之 2 第 3 項規定有相當理由認為情況急迫而有立即扣押必要所為之逕行扣押（下

或從學理名為「緊急扣押」稱之）等情形即明。是搜索與扣押，本為二種性質不同之強制處分，其所干預之人民基本權亦不盡相同（搜索涉及人身自由、住居隱私及財產等權利；扣押則僅涉及財產權利），並各有其適法性之判斷準據。茲對於可為證據或得沒收之物，苟係依上述刑事訴訟法第 133 條之 2 規定所為非附隨於搜索之緊急扣押，即有其執行之法律依據，而難謂係非法扣押。再上述因緊急扣押而取得之證據，既非經搜索查獲，則其有無證據能力之判斷，即與搜索違法與否無關，更與被告或犯罪嫌疑人是否先經依法逮捕，而得依同法第 130 條關於司法警察（官）逮捕被告或犯罪嫌疑人時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所（下或稱逮捕時附帶逕行搜索）之規定不相干涉。至倘係經無令狀搜索而發現並扣押之證據，因屬附隨於搜索之扣押，其扣押合法與否暨所取得之證據有無證據能力，取決於搜索之適法性。苟搜索程序不合法，則附隨在後所扣押之證據，應依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定以資權衡論斷其證據能力之有無；但若搜索係依法律規定之程序而為，並據此扣押可為證據或得沒收之物，自不得謂該等查扣物品係違法搜索扣押之證據而無證據能力。

參考法條：刑事訴訟法第 130 條、第 133 條之 1、第 133 條之 2、第 158 條之 4。

七、111 年度台上字第 1419 號（裁判書全文）

（一）我國少年事件，分為保護事件與刑事案件。前者，係指 12 歲以上未滿 18 歲少年觸犯刑罰法律（即所謂「觸法行為」），

或有少年事件處理法第 3 條第 2 項各款（即所謂「曝險行為」）認有保障其健全自我成長之必要，由少年法院（庭）依調查及審理程序決定是否為保護處分之事件；後者，則係少年法院（庭）對於 14 歲以上未滿 18 歲之少年觸犯刑罰法律，經調查結果，認少年所犯係最輕本刑為 5 年以上有期徒刑之罪或事件繫屬後已滿 20 歲，或雖無前 2 項情事，但認少年所犯之罪情節重大，經參酌其品行、性格、經歷等情狀，以受刑事處分為適當，裁定移送有管轄權之檢察署檢察官偵查結果提起公訴之案件。依少年事件處理法第 1 條規定：「為保障少年健全之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格，特制定本法。」等旨，明白揭示少年司法之精神，冀以「宜教不宜罰」、「以教代罰」之理念，貫徹對少年「保護優先性」之目的。是當少年有觸犯刑罰法律之行為時，應先由少年法院（庭）就少年之品格、經歷、身心狀況、家庭情形、社會環境、教育程度及具體行為事實等為實地調查，並經由少年調查官依據科學方法加以分析，提出調查報告（即所謂「審前調查」）供法官參考，藉以決定對少年施以保護處分或刑事處分，以達個別化處遇之目的，此即少年事件處理法第 27 條第 1 項、第 2 項所規定之「先議權」制度。是在少年法院（庭）先議權發動階段，主要目的既在矯正少年之偏差行為，應無所謂「犯罪」概念，而通以「少年非行」稱之，以避免不良標籤作用造成日後之烙印效應。只有在少年法院（庭）依少年事件處理法第 27 條第 1 項、第 2 項或第 40 條規定裁定移送檢察官，或有少年事件處理法施行細則第 7 條第 1 項但書、第 2 項之檢察官受理一般刑事案件，發現被告於犯罪時係未

滿 18 歲少年，但於受理時已滿 20 歲者，檢察官始得依刑事案件之方式予以偵查、起訴，而稱為少年刑事案件，此觀諸少年事件處理法第 65 條至第 67 條，及少年事件處理法施行細則第 3 條規定至明。又檢察官、司法警察官於執行職務時，知有少年事件處理法第 3 條之事件者，依同法第 18 條第 1 項規定，應移送該管少年法院（庭）。故對於少年事件，檢察官並無逕依職權偵查之權限，縱有刑事訴訟法第 242 條至第 244 條之情形，檢察官仍須先移送少年法院（庭）為調查，不得逕自啟動偵查；又司法警察官所為之調查，亦非屬受檢察官指揮之廣義偵查行為，僅認為少年法院（庭）之輔助機關（參照少年法院〈庭〉與司法警察機關處理少年事件聯繫辦法）。其等於移送前之作為，仍應歸類為少年法院（庭）行使先議權之範疇，不能認屬偵查行為。即使少年法院（庭）在先議權發動階段所為之調查或審理，亦只為充分了解少年需保護性之程度，為其決定改善非行所需之適當處遇，亦不屬於刑事訴訟程序之調查及審理。則少年在保護事件程序中，縱對觸法或曝險行為自白，仍須藉由少年調查官及法官就少年上開行為之成因、過程為必要調查與了解，並在法庭上由法官主導，於少年調查官、少年、少年之法定代理人或現在保護少年之人及輔佐人共同參與之下，尋求對少年最有效之矯治、輔導方式，使每一個個案處遇方式之決定，均能符合少年之個別需求，與一般刑事程序中，被告之自白係為方便法院確定處罰條件、鼓勵自新或節省司法資源，使被告得獲邀減輕其刑寬典或作為量刑參考之目的截然不同。以此對照修正後之毒品危害防制條例第 17 條第 2 項所謂之犯同條

例第 4 條至第 8 條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑者。其所稱之「偵查及歷次審判」，當指少年法院(庭)依少年事件處理法第 27 條第 1 項、第 2 項或第 40 條為裁定移送，或少年事件處理法施行細則第 7 條第 1 項但書、第 2 項之檢察官所為之偵查，及起訴後之法院審判；不包括之前於少年保護事件中司法警察官所為之調查，及少年法院(庭)為落實先議權所為之調查或審理。否則，無異使少年刑事案件之少年被告較一般刑事案件之被告，就在偵、審中自白能否減刑乙節，反增添更不利之限制，非但混淆少年保護事件及刑事案件之性質，且與少年事件之「保護優先性」宗旨相違。

- (二)本件上訴人雖未於警詢及少年保護事件調查時之法官訊(詢)問時自白共同販賣第三級毒品未遂非行，然於臺灣臺中地方法院少年法庭依少年事件處理法第 27 條第 1 項第 1 款規定裁定移送臺灣臺中地方檢察署檢察官後，檢察官於提起公訴前，並未為任何訊問、交付檢察事務官或發交司法警察(官)詢問，即上訴人在偵查中並無對是否有本件共同販賣第三級毒品未遂之行為有自白之機會，嗣於第一審審判期日及原審時均自白犯罪。依據上開說明，上訴人自符合行為時毒品危害防制條例第 17 條第 2 項之規定，原審誤未依前開規定減輕其刑，有判決不適用法則之違誤，且對上訴人不利，自無從維持。

參考法條：毒品危害防制條例第 17 條第 2 項。

少年事件處理法第 27 條、第 40 條。

八、111 年度台上字第 1799 號(裁判書全文)

按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，修正後刑事訴訟法第 348 條第 3 項定有明文。本件檢察官不服原判決關於張○○部分而提起上訴，明示僅就原判決關於張○○「緩刑」部分為之，有卷附檢察官上訴書可稽。惟緩刑僅具有暫緩執行宣告刑之效力，性質上係屬刑之執行事項，雖非刑罰本身，但緩刑必須依附於主刑（即有期徒刑、拘役或罰金而言），始具有其意義，二者間具有不可分離之依存關係，故在訴訟上應合一審判，不能割裂處理。是檢察官雖僅就原判決關於張○○「緩刑」部分提起上訴，依同條第 2 項規定，其有關係之「主刑」部分，視為亦已上訴。則本件關於張○○部分之上訴範圍，僅及於如原判決附表「原判決主文」欄及「本院判決主文」欄所示之宣告刑暨其主文欄宣告緩刑（含所附負擔）部分。至於原判決認定張○○有如其事實欄一之(三)及如其附表所示之犯罪事實；暨上揭各該編號「原判決主文」欄及「本院判決主文」欄所示之罪名部分，既未經檢察官表明上訴，均不在本院之審判範圍。

參考法條：刑事訴訟法第 348 條第 3 項。

九、111 年度台上字第 1861 號（裁判書全文）

刑法第 146 條第 2 項之立法理由載稱：「……三、現未實際居住於戶籍地者有數百萬人，其因就業、就學、服兵役未實際居住於戶籍地，或為子女學區、農保、都會區福利給付優渥、保席次或其他因素而遷籍於未實際居住地，其原因不一。然此與意圖支持特定候選人當選，進而遷徙戶籍之情形不同，並非所有籍在人不在而參與投票均須以刑

罰相繩，是以第 2 項以意圖使特定候選人當選虛偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象。」等語，旨在確保選舉制度之公平運行，其所處罰者，僅限於「意圖支持特定候選人當選」，虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票之犯罪行為，並未禁止人民於選舉期間基於「其他正當目的」之意圖所為遷徙戶籍行為；而行為人是否形式上遷徙戶籍，但未實際居住，係屬客觀事實之判斷，自應由代表國家之檢察官基於實質舉證責任，以嚴格證據證明之；至遷徙戶籍行為之主觀意圖，亦非不能透過法庭上之舉證與攻防，依遷徙時間與選舉起跑時點之關連、行為與目的間之關連強度、行為人與新戶籍地址聯繫因素、行為人與新戶籍地選舉區候選人之關係等之客觀事實，由法院本於罪疑惟輕、無罪推定等刑罰原則，依一般生活經驗，為綜合判斷。尚難僅因刑法未明文「居住」、「戶籍」之定義，即謂上開條文所稱「虛偽」遷徙戶籍之要件，違反憲法法律明確性原則及刑法構成要件明確性。自不生牴觸憲法所揭示保障人民居住及遷徙自由、參政權之意旨，而有所謂違憲之問題。

參考法條：刑法第 146 條第 2 項。

十、111 年度台上字第 2116 號（裁判書全文）

(一)按審判筆錄，應於每次開庭後 3 日內整理之；審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證。刑事訴訟法第 45、47 條定有明文。又修正後之刑事訴訟法第 348 條規定：「（第 1 項）上訴得對於判決之一部為之。（第 2 項）對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。（第 3 項）

上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」其修正理由並略載：「二、惟如判決之各部分具有在審判上無從分割之關係，因一部上訴而其全部必受影響者，該有關係而未經聲明上訴之部分，亦應成為上訴審審判之範圍。…三、為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍。爰增訂本條第三項，作為第二項之例外規定，以資適用。」可見該條第3項為第2項關於有關係部分之例外規定，其修正旨在尊重當事人設定上訴攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，自應優先適用，而不受第2項之限制。惟刑罰法規除依不同犯罪構成要件要素，所涵攝相異之可罰性，而賦與相應之法定刑外，立法者基於刑罰目的及刑事政策之需要，明文規範加重、減輕、免除法定刑之具體事由，據以調整原始法定刑，而形成刑罰裁量的處斷範圍，為處斷刑；法院於具體案件之量刑過程，則從法定刑、處斷刑之範圍內，確定其刑罰種類及欲予科處之刑度，而具體形成宣告刑。刑法第59條酌減其刑之規定，係屬法院裁量減輕事由，影響於處斷刑之範圍。究其本質，與法院在法定刑、處斷刑之範圍內，所為關於形成宣告刑之量刑判斷，俱屬與犯罪情狀有關之科刑事項，而具有不可分之關係。是第一審判決後，倘檢察官未上訴，祇被告明示就判決之刑一部上訴

者，其上訴效力自及於罪責以外之法院應適用或不應適用刑法第 59 條規定之當否。

- (二)本件第一審判決後，僅被告上訴主張第一審適用刑法第 59 條規定酌減其刑後，其最低本刑減為有期徒刑 3 年 6 月，第一審仍判處有期徒刑 5 年、併科罰金 5 萬元，尚嫌過重，並說明係依修正後刑事訴訟法第 348 條之規定，明示祇就第一審判決關於量刑部分提起上訴。依其上訴意旨，固係不服第一審關於刑法第 57 條、第 58 條宣告刑之量刑判斷，提起上訴，然揆諸上開說明，原審審判對象仍包括與科刑事事項有關之刑法第 59 條酌減其刑之裁量判斷。

參考法條：刑事訴訟法第 348 條。

十一、111 年度台上字第 2118 號（裁判書全文）

- (一)為打擊跨國性之毒品犯罪，偵查機關於發現入、出國境之毒品違禁物時，當場並不予以查扣，而於控制監視下，容許該毒品繼續通過海關並搬運，俟到達相關犯罪嫌疑人時始加以查獲及逮捕之偵查手段，即毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 32 條之 1 所規定之「控制下交付」，本係一種針對隱匿於國境內之幕後操控者一網打盡之有效偵查模式。因控制下交付必須經由合法程序聲請、執行（毒品條例第 32 條之 1、第 32 條之 2 參照），有時在無情資、臨時或時間緊迫之下，偵查機關固可選擇不採取控制下交付模式而改以直接查扣毒品後，再依報關聲請人、收件人之資料而循線查緝犯罪嫌疑人，此時相關之如海關、海巡、移民、檢疫等作業人員，雖負有查扣毒品之作為義務（例如海關緝私條例第 8 條至第 12 條、懲治走私條例第 9 條），

但因無取得最高檢察署檢察總長所核可之控制下交付指揮書，原則上不應配合偵查機關以虛偽方式，將該毒品通關放行而誘使提領貨物之人前來提領；仍宜由最高檢察署檢察總長所核發之偵查指揮書協調事項，依法執行控制下交付，將各該案件有關之毒品、人員及其相關人、貨輸入、出境等指揮書所述之事項將之放行（參照依毒品條例第 32 條之 1 第 2 項規定訂定之「偵辦跨國性毒品犯罪入出境協調管制作業辦法」、「海關執行毒品控制下交付作業要點」）。蓋因上述之特殊偵查方式具有隱密性，對於人民之隱私權有侵害之疑慮，且易生稽延、包庇、毒品外流等弊端（參照毒品條例第 33 條、毒品危害防制條例施行細則第 8 條、防制毒品危害獎懲辦法第 12 條），本應循正當合法程序為之，不宜便宜行事。相對於「控制下交付」，同屬隱密型偵查之「誘捕偵查」，係指偵查機關以誘餌唆使相對人實行犯罪並藉此予以逮捕、追訴之偵查手段。又可分為「創造犯意型誘捕」及「提供機會型誘捕」兩種模式。其中「提供機會型誘捕」，因行為人原本即有犯罪之意思，其從事犯罪構成要件行為之犯意，並非他人所創造，偵查機關或受其唆使之人，僅係利用機會加以誘捕，此屬偵查犯罪技巧之範疇，為法所允許。反之，「創造犯意型誘捕」（又稱「陷害教唆」），因行為人原無犯罪意思，係受他人之引誘、創造，始生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為，偵查機關則以此方式而蒐集其犯罪之證據加以逮捕偵辦。「控制下交付」與「陷害教唆」最大的差異，以運輸毒品而言在於「控制下交付」之偵查機關在為監控前，毒品犯罪已在實行中，偵查機關在整個毒品運送過程中，原則上

並未主動積極參與，而僅係消極地對於業已發生之運輸毒品案件，從旁監視犯罪之動向，不致發生國家機關對於犯嫌施以唆使或協助其犯罪行為，係就已掌握之犯罪按兵不動，故具有正當性及合法性；反之，偵查機關在為「陷害教唆」時，因相關犯罪尚未發生，係國家機關主動並積極參與而誘發犯嫌之犯意，進而實行犯罪構成要件之行為，此與國家機關之任務在於追訴已發生之犯罪，而非製造人民犯罪，更不應蓄意挑唆人民犯罪後再予追訴等旨不合，且已逾越偵查犯罪之必要程度，自應予以禁止，以保障人民在憲法上之基本人權。

- (二)為因應各種新興精神活性物質快速推陳出新之情勢，我國對於毒品列管及分級制度，係以由法務部會同衛生福利部組成審議委員會，每3個月定期檢討，於經審議通過後，報由行政院公告調整、增減之，並送請立法院查照的方式行之（參照毒品條例第2條第2項、第3項）。換言之，現行毒品條例將毒品分級、品項授權行政機關以法規命令補充。惟對此空白構成要件部分，何種類型之新興精神活性物質應為毒品條例所應禁止與誡命，非如海洛因、甲基安非他命、大麻等毒品一望即知，復存在無可避免違反罪刑法定原則及明確性之疑慮（參照司法院釋字第522、680號解釋意旨）。若單由行政機關決定後依法公告，卻別無其他宣導、教示等措施，實難期待一般民眾得於授權之法規命令中普遍周知而預見其行為之可罰性。則空白刑法既屬於立法之例外，基於例外規定應從嚴解釋之法理，對於行為人主觀上之認知同應採取較嚴格之認定標準，以符憲法及刑法上之明確性原則，並落實罪刑法定主義之精神。

對照運輸毒品罪，倘該物件從起運輸送至入境國內時尚未經公告為毒品或僅屬較低級之毒品，其間因國家機關之積極主動介入，未能依原先正常流程送抵收貨人，卻於行政院公告為毒品或更高級毒品後，始由偵查機關依據物件收貨人資料及地址偽裝運輸業者將毒品交付收件者，與偵查機關製造收貨人犯意，或為引誘原即具有運輸較低級毒品犯意者為此暴露無異。是為避免國家機關濫用偵查手段，並兼顧刑法上罪刑法定之不溯及既往及明確性原則，自應依具體個案，從嚴認定收貨人於接受物件當時其主觀上是否明知或可得而知所收受者為毒品，或係何種級別及列管之毒品，尚不能僅因收貨人於簽收時，該貨件已經公告為毒品或更高級毒品，即遽認成立運輸毒品或屬較高級之毒品罪（至有無違反懲治走私條例或其他法律規定另當別論）。

參考法條：毒品危害防制條例第 2 條第 2 項、第 3 項、第 32 條之 1。

十二、111 年度台上字第 2136 號（裁判書全文）

（一）刑事訴訟法第 95 條第 1 項規定：「訊問被告應先告知下列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。如為低收入戶、中低收入戶、原住民或其他依法令得請求法律扶助者，得請求之。四、得請求調查有利之證據。」之告知義務（下稱告知義務），旨在使被告得適切行使法律所賦予的防禦權，以達刑事訴訟為發現真實，並顧及程序公正的目的。詳言之，被告的供述是法定證據方法之一，其供述內容在訴訟

上既得作為查明事實的方法，亦得作為認定犯罪的證據，可想見國家機關會希望能多取得被告的供述。而被告並非熟知法律的專家，對自己在訴訟上所享有的權利不見得均能瞭解。故國家機關本訴訟上的照料義務，於訊問前，應保障被告在充分瞭解自己的處境與權利（特別是緘默權與選任辯護權）後，以決定該如何行使防禦權，並接受訊問。又告知義務的規範目的，既在保護不知法律的被告訴訟上的防禦權，從而，若經由各個程序階段第一次訊問被告時，已踐行告知義務，之後相同的訊問主體再次訊問被告時，倘未變更罪名，由於被告的權利與程序處境並未產生變化，可期待被告因第一次的訊問而知悉自己在訴訟上的權利，因此無庸重複告知。準此，司法警察於第一次詢問犯罪嫌疑人、檢察官於第一次訊問被告、法院於準備程序及審理程序分別第一次訊問被告（案經發回時，因程序更新，應重新踐行）時，倘已踐行告知義務，之後縱未重複踐行，所行程序亦無違法。

- (二)本件依卷證資料，檢察官前於107年12月4日已告知上訴人有關刑事訴訟法第95條第1項各款權利，使上訴人知悉並得以行使其訴訟上之防禦權。則檢察官於108年1月18日偵查中未重複告知前開權利，依前所述，對上訴人訴訟上之防禦權行使，不生影響。並無違法可指。

參考法條：刑事訴訟法第95條第1項。

十三、111年度台上字第2177號（裁判書全文）

刑法第214條之使公務員登載不實罪，以不實之事項已使公務員登載於其所掌之公文書，並足以生損害於他人或公

眾為構成要件。又繼承人有無合法繼承權，與其於辦理繼承登記手續時，有無使用不實資料，係屬不同之事實。如繼承人雖有合法之繼承權，但於辦理繼承登記時，曾使用不實資料，該資料並經該管公務員採取，編列於所掌之公文書，此時該資料即已成為該公文書之一部，該管公務員僅係以「編列」代替「登載」而已，不得以形式上該管公務員並未將該不實資料內容「轉載」於所掌公文書上，即謂並無為不實登載。亦不得僅因該繼承人有合法之繼承權，率認「係依法所應為之行為」，並不足生損害於公眾或他人。查「申請繼承登記，除提出第 34 條第 1 項第 1 款、第 3 款之文件（即提出登記申請書，已登記者，提出其所有權狀或他項權利證明書）外，並應提出下列文件：一、載有被繼承人死亡記事之戶籍謄本。二、繼承人現在戶籍謄本。三、繼承系統表。四、遺產稅繳（免）納證明書或其他有關證明文件。」、「土地登記有下列各款情形之一者，未能提出權利書狀者，應於登記完畢後公告註銷：一、申辦繼承登記，經申請之繼承人檢附切結書。」土地登記規則第 34 條、第 67 條第 1 款、第 119 條第 1 項第 1 至 4 款，分別定有明文。是依上開土地登記規則之規定，辦理繼承登記者，除提出土地登記規則第 119 條第 1 項第 1 至 4 款所載相關繼承文件外，如不動產已登記者，應提出其權利書狀，未能提出權利書狀者，應檢附切結書，原未能提出之權利書狀於登記完畢後公告註銷。則若不能提出權利書狀，復不願出具切結書者，無法辦理繼承登記。依上說明，行為人使用之不實切結書辦理繼承登記時，該管公務員將該不實切結書以「編列」方式納入所掌公文書，即屬將上

開不實事項登載於其所掌公文書，至其後依上開不實切結書辦理繼承登記、核發以繼承為原因之新的權利書狀、公告註銷舊的權利書狀，均係使公務員登載不實之結果。

參考法條：刑法第 214 條。

十四、111 年度台上字第 2231 號（裁判書全文）

著作權法第 9 條第 1 項規定：「下列各款不得為著作權之標的：一、憲法、法律、命令或公文。二、中央或地方機關就前款著作作成之翻譯物或編輯物。三、標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆。四、單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作。五、依法令舉行之各類考試試題及其備用試題。」可見有關著作權標的之限制，並未包含違反公共秩序或善良風俗者，亦即違反公共秩序或善良風俗，並非不得取得著作權之消極要件。故色情著作是否受著作權法保護，仍應視其是否符合著作權法所要求之原創性而定，而不問其創作之品質如何，倘符合著作之要件，即應受著作權法保護，不因該創作不容於一般社會道德或法律標準，即認其非著作。至於該色情著作是否違反其他法令，亦不影響色情著作是否受著作權法保護之判斷，此係截然不同之二事，不能混為一談。本件原判決已說明附件編號 1 至 18 所示之 18 部色情影音光碟經原審勘驗結果，影片之拍攝手法、場景設定、情節設計、故事流程、服裝設計、演員間依據不同劇情設計所發展出不同互動關係、在各式情境下之情緒表達等，均足以表現作者想傳遞的情慾精神思想，而可表達作者之個性或獨特性，具有最低程度之創意，有勘驗筆錄在卷可憑，認

屬我國著作權法第3條第1項第1款所稱之著作，不因創作人創作出不容於一般社會道德或法律標準之作品，即否認該創作非為著作。至於色情影音光碟是否違反其他法令，應依各該法令，不影響色情著作是否應受著作權法保護之判斷，楊○○等7人辯稱色情影音光碟違反公序良俗不應受著作權法保護云云，自不足採。又視聽著作之內容除劇情外，尚包含導演拍攝手法、演員演出方式、服裝道具設計、燈光音樂等，故即使相同劇情亦可創作出不同之視聽著作，而附件編號1至18所示之18部色情影音光碟，雖設定以男女性交行為作為影片拍攝主題，並為敘事之主要素材，然其影片內容並非僅單純男女性交行為場景之拍攝，而係具備創作者情慾思想之精神作用表達，已達著作權法最低創作程度之要求，楊○○等7人辯稱該18部色情影音光碟僅表達男女性交行為，不應受著作權法保護云云，並不足採。所為論敘，於法尚無不合。

參考法條：著作權法第3條第1項第1款。

十五、111年度台上字第2337號（裁判書全文）

刑法係採刑罰與保安處分雙軌制度，在刑罰之外，於總則編第12章，設有保安處分專章，對於具有將來犯罪危險性之行為人，施以矯正、教育、診療等拘束身體、自由之適當處分，以達教化、治療，並防止其再犯而危害社會安全之目的。故保安處分之適用，乃針對行為人或其行為經評估將來對於社會可能造成之高度危險性，為補充或輔助刑罰措施之不足或不完備，依比例原則裁量適合於行為人本身之具體矯正、治療或預防性等拘束人身自由之補充性處

分，而與刑罰之憲法上依據及限制有本質性差異。從而，保安處分，尤其是拘束人身自由之保安處分，其制度之具體形成，包括規範設計及其實際執行，整體觀察，倘與刑罰有明顯區隔，即為法之所許（司法院釋字第 799、812 號解釋意旨參照）。而刑法第 87 條第 1 項、第 2 項所定，對於因精神障礙或其他心智缺陷原因而成為無責任能力或限制責任能力（含瘖啞者）之人宣告的監護處分，固含有拘束人身自由之性質，惟實務上係令入醫療院所接受專業精神診療（包含門診治療或住院治療），並非禁錮於監獄執行，其隔絕性、苛酷性難以等同視之，已有明顯的區隔，更不具替代性，自不能以已受刑罰宣告為由，逕謂無再予施以監護處分的必要。再者，此等監護處分之宣告，係以行為人的犯罪情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞為要件，本重在於社會防衛之需求，以隔離、教育、治療等方法，改善或減低行為人再犯的欲望，期使復歸社會，達成個別預防之效果，並非以預期之矯治成果為唯一考量，否則精神障礙或心智缺陷向為不治或難治之疾患，若謂無法治癒，即認無庸宣告監護，其制度目的豈非落空？殊非法之本旨。

參考法條：刑法第 87 條第 1 項、第 2 項。

裁判字號：最高法院 110 年度台上字第 2943 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 26 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

110年度台上字第2943號

上訴人 林慶勇

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109年12月29日第二審判決（109年度上訴字第3968號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署108 年度偵字第20752、23889號，108年度毒偵字第4214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，認為上訴人林慶勇有如原判決附表（下稱附表）編號1至4所載各犯行明確，因而維持第一審關於論處上訴人以民國109 年1月15日修正，同年7月15日施行前之毒品危害防制條例第4 條第1項之販賣第一級毒品海洛因共4罪刑（均處有期徒刑），暨相關沒收、沒收追徵部分之判決，駁回其對於此部分在第二審之上訴。已詳敘其認定犯罪事實所憑之證據及理由。

三、

（一）關於本案警方進行監聽所取得之內容（下稱監聽所得資料）之證據能力部分，本庭評議後，認為擬採為裁判基礎之法律見解，涉及下列二項法律爭議：

1.依通訊保障及監察法（下稱通保法）第5條第4項規定，執行機關應於執行監聽期間內，每15日至少作成1 次以上之報告書，或依核發通訊監察書之法官之命提出報告。若執行機關於15日內或法官指定之期日前製作期中報告書，惟陳報至該管法院時已逾15日或法官指定之期日，是否違反該規定？（

下稱法律爭議一)

2.執行機關違反通保法第5條第4項之期中報告義務，其監聽所得資料，有無證據能力？（下稱法律爭議二）

(二)關於法律爭議一，本院先前判決採作成說，認為執行機關僅須於期限內作成報告書，即符合該條項之規定，不因於前開期日後始陳報至該管法院而受影響（本院110 年度台上字第3838號判決）。至法律爭議二，本院先前判決則認執行機關違反通保法第5條第4項之期中報告義務，其監聽所得資料，依該法第18條之1第3項之規定無證據能力（本院107 年度台上字第3407號、109年度台上字第472號判決）。而本庭經評議後，就上開二項法律爭議擬採與本院先前判決不同之法律見解，經依法院組織法第51條之2第2項規定，向其他各刑事庭徵詢後，仍有不同之見解，乃以110 年度台上大字第2943號裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一法律見解。

(三)經本院刑事大法庭受理、辯論後，於111 年5月25日以110年度台上大字第2943號裁定，宣示主文：「執行機關於執行通訊監察期間所作之期中報告書，陳報至該管法院時，如已逾十五日之法定期限，或法官指定之期日，均屬違反通訊保障及監察法第5條第4項期中報告義務之規定。」、「執行機關違反通訊保障及監察法第5條第4項期中報告義務前，依法監聽所取得之內容，具有證據能力；於違反期中報告義務後至通訊監察期間屆滿前取得者，依該法第18條之1第3項規定無證據能力，但執行機關於通訊監察期間已製作期中報告書，僅逾期陳報至該管法院者，則依刑事訴訟法第158條之4規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護認定之。」並於裁定理由內說明：

1.法律爭議一部分

(1)通保法第5條第4項係規範執行機關二種不同之報告義務

通保法在96年6 月15日修正時，增訂第5條第4項規定：「執行機關應於執行監聽期間，至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」使執行機關於執行監聽期間負有提出期中報告書之義務；嗣立法者為強化監聽執行期間之外部監督機制，乃於103年1月14日修正為「執行機關應於執行監聽期間內，每15日至少作成一

次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。檢察官或核發通訊監察書之法官並得隨時命執行機關提出報告。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」除將原條文「至少作成一次以上之報告書」，修正為「每15日至少作成一次以上之報告書」（下稱定期報告）外，並於該條項中段增訂「檢察官或核發通訊監察書之法官並得隨時命執行機關提出報告」。考其上述修正意旨，及新增中段之用語為法官「並得」隨時命執行機關提出報告，復佐以通保法於96年增訂第5條第4項，其立法理由所揭「增訂本條第4項，使執行機關應負於通訊監察期間提出報告之義務」之旨，可徵該項所稱之「作成」實指「作成後提出」，而非單指作成；以及法官依其為核發權人之地位，本即有隨時命執行機關提出報告之權限，以審酌是否有不應繼續執行監聽之情狀，而應撤銷原核發之通訊監察書，使外部監督更為強化，維護法律保留原則與落實比例原則。堪認該條項新增之中段規定，並非指法官命執行機關提出已作成之定期報告，而係賦予法官於認有必要時，得於定期報告外，隨時命執行機關製作且提出報告書（下稱指定報告），以供審核。準此，上開定期報告和指定報告，係兩個不同之獨立規範，倘法官另有指定，則執行機關於執行監聽期間，負有兩種不同類型之報告義務。

(2)通保法第5條第4項之期限係指陳報至該管法院之時間

通保法第5條第4項雖僅規定「作成」或「提出」報告書，而無應於15日內作成或法官指定期日提出「並陳報至法院」之明文，惟上開期日均應解釋為陳報至該管法院之期限，理由如下：

- ①該條項前段固僅規定「作成」報告書，惟由96年增訂該條項之立法理由，可徵執行機關除作成報告書外，尚需提出，亦即條文所稱之「作成」是指「作成及提出」。而該條項中段雖僅規定「提出」報告，然提出前應先作成報告書，乃當然之理，是條文所稱之「提出」同指「作成及提出」。基此，尚難僅以條文文義，逕認執行機關只需在該期日作成報告書，即符合該條項之期中報告義務。
- ②通訊監察無論在發動前或執行中，監察對象均無從得知，

故而無行使防禦權或聲明不服、尋求救濟之機會。且因通訊之雙向本質，必將同時侵害無辜第三人之秘密通訊自由。復因通訊監察具有在特定期間內持續實施之特性，屬對人民通訊自由持續干預之強制處分，於執行監聽期間，倘核准之要件不復存在，或保全目的已經達成，即失去續行監聽之正當性，自應停止監聽，乃法理上之當然。鑑於通訊監察對人民秘密通訊自由與隱私之侵害既深且廣，司法院釋字第631號解釋除揭示通訊監察之發動，應由獨立、客觀行使職權之法官事前審查外，亦於其理由書作出法官應「隨時監督通訊監察執行情形」之指示。而執行機關之期中報告義務，即係通保法回應上開憲法之誡命，為強化監聽進行中之外部監督機制，使法院得適時判斷是否有不應繼續執行監聽情狀，以撤銷原核發之通訊監察書而設，此觀通保法第5條第4項後段「法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書」之規定自明。則該條項所稱之15日，及法官指定提出報告書之期日，自應解釋為報告書陳報至該管法院之期限，否則執行機關僅於期限內製作期中報告書，卻遲未交付法院，或者陳報至法院時，監聽期間行將屆滿，將無從落實該規範目的。從而，執行機關雖於執行監聽期間15日內，或法官指定之期日前製作期中報告書，惟陳報至該管法院時已逾該期限，自屬違反通保法第5條第4項規定之期中報告義務。

2. 法律爭議二部分

(1) 違反期中報告義務前（下稱期限前）監聽所得資料部分

- ①通保法第5條第1項規定：「有事實足認被告或犯罪嫌疑人有下列各款罪嫌之一，並危害國家安全、經濟秩序或社會秩序情節重大，而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者，得發通訊監察書」，此為國家限制人民秘密通訊自由及隱私權之法律依據。因此，法官僅有在符合該條項所定之要件，始得核發通訊監察書。而通訊監察書之核發是否合法，應以法官核發當時之偵查狀況為審查基點，尚非以事後監聽進行之情形為斷。是以，期中報告義務並非針對「通訊監察書核發」合法性所設之中間審查制度，自不得以執行機關違反

期中報告義務，致法院無從審查先前所核發通訊監察書之合法性為由，否定期限前監聽所得資料之證據能力。

②通保法第18條之1第3項規定：「違反第5條、……規定進行監聽行為所取得之內容……，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據……。」基此，如無違反第5條規定進行監聽之情事，自無該條項證據絕對排除規定之適用。而執行機關僅於應為定期報告或指定報告之期限屆至時，仍未盡其作為義務，始有違反第5條第4項期中報告義務規定之可言。則所謂違反期中報告義務規定監聽所得資料，自僅止於違反期中報告義務後之監聽所得資料，不應回溯推翻違反該義務前，依法院核發之令狀合法監聽所得資料之證據能力。

③綜上，執行機關雖違反期中報告義務，但其期限前監聽所得資料，仍有證據能力。

(2)違反期中報告義務後至監察期間屆滿前（下稱期限後）監聽所得資料部分

①「保障人民秘密通訊自由及隱私權不受非法侵害」與「確保國家安全，維護社會秩序」同為通保法之立法目的。於二者發生衝突時，通保法規定就第5條第1項所列之重罪，於符合具有相當理由之關聯性，及最後手段性等實質要件時，准予核發通訊監察書，實施通訊監察。就此業經立法者權衡，明確決定人民受憲法保障之秘密通訊自由及隱私權應為退讓之利益衡量結果，自應予尊重。則執行機關依法院核發之令狀監聽所得資料，原則上應得作為證據使用，倘因執行機關於執行監聽期間違反期中報告義務，即不問違反情節如何，均依通保法第18條之1第3項規定，予以絕對排除其證據能力，將天平之一端全然傾向秘密通訊自由及隱私權之保障，無異全盤否定立法者所為之權衡。

②期中報告義務之規範目的，除屬外部監督機制，使法院得藉此審查有無不應繼續執行監聽之情狀，以撤銷原核發之通訊監察書外，並有促使執行機關儘速聽取監聽所得資料，以確定該電信設備是否確為監察對象使用、是否已監聽到足夠之證據資料等，如有不應繼續執行監聽之情狀，應即停止監聽以履行其自我監督義務。是僅於執行機關在通訊監察期間完全未製作期中報告書，始實質違反期中報告

義務之規範意旨，其期限後監聽所得資料，方屬通保法第18條之1第3項所規範「違反第5條規定」，不得採為證據之範疇；反之，於執行機關業已製作期中報告書，僅陳報至該管法院有所遲延，因執行機關仍有履行其自我監督義務，且法官亦非無據以審查之可能，尚難謂期中報告義務之立法目的全然未獲落實，此時若認仍屬通保法第18條之1第3項所規範「違反第5條規定」之射程範圍，而予絕對禁止使用，不僅有悖立法者所為之利益權衡，且違反比例原則。於此情形，監聽所得資料並非依通保法上開條項規定排除證據能力，而應依刑事訴訟法第158條之4規定，斟酌逾期情形，對法院審查判斷有無應撤銷原核發通訊監察書之影響程度、執行機關違背法定程序之主觀意圖、侵害監察對象或第三人權益之種類及輕重、犯罪所生之危險或實害、禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果、偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性、證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以認定其證據能力之有無。

③從而，通保法第18條之1第3項所稱「違反第5條規定」，就違反期中報告義務而言，應為限縮解釋，僅指執行機關在通訊監察期間完全未製作期中報告書之情形，至其他違反情狀，期限後監聽所得資料證據能力之有無，則應依刑事訴訟法第158條之4規定認定之。

3.綜上，執行機關於執行通訊監察期間所作之期中報告書，陳報至該管法院時，如已逾15日之法定期限，或法官指定之期日，均屬違反通保法第5條第4項期中報告義務之規定。又執行機關違反期中報告義務，於期限前監聽所得資料，具有證據能力；於期限後監聽所得資料部分，其證據能力之有無，則視執行機關是否已於通訊監察期間製作報告書而定。如完全未製作，依通保法第18條之1第3項規定無證據能力；倘已製作，僅逾期陳報至該管法院者，應依刑事訴訟法第158條之4規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護認定之。

(四)本院刑事大法庭已就本件法律見解歧異予以統一。則本庭就本件採為裁判基礎之法律見解，依法院組織法第51條之10之規定，自應受本院刑事大法庭前揭裁定見解之拘束。簡言之，期限前監聽所得資料具有證據能力，期限後監聽所得資料部分，則

視執行機關於通訊監察書核准之該次通訊監察期間，有無製作期中報告書為斷，若完全未製作，依通保法第18條之1第3項規定無證據能力；若已製作，僅逾期提出，其證據能力之有無，則依刑事訴訟法第158條之4規定認定之。稽之卷內資料，本案檢察官依法向第一審法院聲請對上訴人持用之門號0000000000號行動電話門號實施通訊監察，經第一審法院審核認符合通保法第5條第1項之規定，乃核發通訊監察書，執行機關（海洋委員會海巡署偵防分署新竹查緝隊）並自107年8月22日起執行監聽，檢察官復於各次監察期間屆滿前，向第一審法院聲請繼續監察。第一審法院於核發准予自108年1月11日10時至同年2月9日10時止繼續監察之通訊監察書時，並命執行機關應於同年1月24日前提出監察報告書。而執行機關於108年1月24日製作監察報告書，惟於翌（25）日始陳報至第一審法院等情，有通訊監察書、海洋委員會海巡署偵防分署新竹查緝隊函檢送之期中報告書，暨其上第一審法院收文章戳在卷可參。依上開說明，執行機關固違反期中報告義務，惟其於違反該義務前，依法院核發之令狀合法監聽所得資料，自仍有證據能力。從而，原判決認執行機關自108年1月11日至同年月24日監聽所得資料具有證據能力，自無違法可指。又本案執行機關係違反指定報告義務，原判決誤為違反定期報告義務，雖有瑕疵，惟結論並無不合，於判決本旨不生影響。上訴意旨以該段期間監聽所得資料，係執行機關違反期中報告義務所取得，依通保法第18條之1第3項之規定，應無證據能力為由，指摘原判決違法云云，難認是合法之第三審上訴理由。

四、刑事訴訟法第159條之1第2項規定：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」係鑒於檢察官代表國家偵查犯罪，依法有訊問證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須具結，其可信性極高，在立法政策上特予承認原則上具有證據能力，於顯有不可信之情況，始例外否定其得為證據。故當事人若主張被告以外之人於檢察官處具結所為之陳述顯有不可信之情形者，本乎當事人主導證據調查原則，自應負舉證責任。原判決已敘明證人黃華章、劉振文於偵查中向檢察官所為之陳述，尚無違法取供或非出於供述者真意等顯不可信之情況，復經具結擔保其證言之憑信性，且上訴人及其原審選任之辯護人亦未釋明黃華章、劉振文於偵訊時之

證述，有何顯不可信之狀況，因認有證據能力等旨，經核於法尚無不合。又將合法監聽所得資料轉錄成文字之通訊監察譯文，其證據能力之有無，並非通保法規範之對象，而應適用刑事訴訟法之傳聞法則。查上訴人及其原審辯護人於原審僅以執行機關違反期中報告義務，主張監聽所得資料無證據能力，並未就通訊監察譯文之真實性為爭執或有所懷疑，則原審乃認非屬爭執事項，而未記敘該譯文如何符合傳聞證據例外情況之理由，自不影響其判決本旨。上訴意旨此部分指摘，尚難憑為適法之第三審上訴理由。另依同法第159條之2規定，被告以外之人於司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，需同時具備可信性及必要性兩項傳聞法則例外之要件，其先前在警詢所為之陳述，始得為證據。原判決雖以上訴人爭執黃華章、劉振文警詢陳述之證據能力，然其等於警詢之陳述，具備上述傳聞法則例外之要件，而依前述條文認具有證據能力，並引為證據。惟查黃華章、劉振文於警詢所述各節，亦為其等於檢察官處結證所陳，是原判決所引其等警詢所述，並不具有為證明犯罪事實存否所必要之要件，自不符刑事訴訟法第159條之2所規定傳聞法則例外之要件。原判決以符合該規定，認黃華章、劉振文警詢所述具證據能力，固有未合。惟原判決所引其等警詢證述部分，既得以其等於偵訊中所述為證據，上開瑕疵，於判決之本旨及結果自不生影響，是上訴意旨此部分指摘，同非適法之第三審上訴理由。

五、採證認事，係事實審法院之職權，其對證據證明力所為之判斷，如未違背經驗法則與論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。且法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得之直接、間接證據，本於合理的推論而為判斷，要非法所不許。原判決依憑上訴人之部分供述，佐以黃華章、劉振文於偵訊中之證詞，及卷附通訊監察譯文等證據資料，認定上訴人有前述販賣第一級毒品各犯行；並說明如何認定黃華章、劉振文於偵查中之證詞，可以採信；又黃華章、劉振文雖於第一審翻異前陳，黃華章改稱：其係請上訴人幫忙買毒品，上訴人並非其上游；劉振文則稱：其與黃華章合資購買毒品。其至交易現場時，除上訴人外，尚有一不認識之人在場，其係將價款交給該不認識之人，毒品亦係該人交付各等語，及陳炳坤證稱：上訴人因其朋友要買海洛因，要

其幫忙詢問，其且幫上訴人送毒品至金門等語，何以均不足為有利上訴人之認定；以及如何認定上訴人有營利之意圖等旨所依憑之證據及理由。且就上訴人否認犯行所辯各節，何以不足採信，亦皆於理由內詳為論述、指駁。所為論斷，俱有卷內資料可資佐證，係合乎推理之邏輯規則，尚非原審主觀之推測，核與證據法則無違，亦無理由矛盾或不備，及調查職責未盡之違法情事。上訴意旨，猶執陳詞，以黃華章、劉振文於偵查中所述各節與常情有違，且其等係因不認識藥頭，為求減刑，始於偵訊中指證上訴人。又依該2人與陳炳坤於第一審所證各情，足認上訴人僅係幫忙找毒品，並未販賣。原審不採其等交互詰問之證詞，未審酌上開證人於第一審作證時，均在監或在押，並無與上訴人串證之可能，所為採證有違證據法則云云，乃係就原審採證、認事職權之適法行使，及原判決已說明事項，任意指摘為違法，抑或單純為事實上之爭執，均非適法之第三審上訴理由。

六、本件有關黃華章、劉振文與上訴人間之通訊監察譯文內容，雖未言及其等要向何人購買何種毒品，然原審參酌黃華章、劉振文於偵訊中之供證，並本於事實審採證認事之職權行使及推理作用，據以認定其等係向上訴人購買海洛因等情，所為論斷，並無悖於經驗法則與論理法則，自無上訴意旨所指違反證據法則之可言。又買賣毒品係非法交易，政府查緝甚嚴，並有可能遭偵查機關依法監聽，為避免不法行為被查緝之風險，買賣雙方往往使用代號、暗語或隱晦不明之對話，此乃法院審判職務所已知之事，而通訊監察譯文內容之解讀，為證據證明力問題，屬事實審法院之職權。況原判決認上揭通訊監察譯文及其中之隱晦不明之對話，係有關毒品買賣之內容一節，復有上訴人之供述，及黃華章、劉振文於偵訊中之證言可據，原審採取通訊監察譯文作為判斷依據之一，於法自無不合。上訴意旨此部分指摘，同非適法之第三審上訴理由。

七、其餘上訴意旨，經核亦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，同非適法之第三審上訴理由。綜上，應認本件上訴不合法律上之程式，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 111 年 5 月 26 日

刑事第三庭審判長法官 徐 昌 錦
法 官 林 恆 吉
法 官 林 海 祥
法 官 侯 廷 昌
法 官 江 翠 萍

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 5 月 30 日

裁判字號：最高法院 110 年度台上字第 4769 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 12 日

裁判案由：違反證券交易法等罪

最高法院刑事判決

110年度台上字第4769號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官陳淑雲

被告 辜仲諒

選任辯護人 賴文萍律師

葉建廷律師

被告 張明田

選任辯護人 蕭仰歸律師

黃璽麟律師

被告 林祥曦

選任辯護人 黃文昌律師

洪健樺律師

參與人 中國信託金融控股股份有限公司

代表人 顏文隆

代理人 陳彥希律師

林哲誠律師

上列上訴人因被告等違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國110年4月28日第二審更審判決（108 年度金上重更二字第21號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署95年度偵字第 22201號、96年度偵字第2540號，最高檢察署特別偵查組98年度偵緝字第1、2、3、4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。

檢察官關於張明田、林祥曦所涉間接操縱股價部分之上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分：

一、本件原判決以公訴意旨略稱：(一)被告辜仲諒、張明田分別擔任中國信託金融控股股份有限公司（下稱中信金控）副董事長兼副總執行長或財務長，並分別於兼任中信金控子公司中國信託商業銀行股份有限公司（下稱中信銀行）董事長或財務總管理處總處長、資深副總經理期間，及被告林祥曦於擔任中信銀行法人金融事業總管理處金融投資處副處長暨副總經理期間，負有依外部法令及中信銀行內部各項規定，管理

中信銀行既有之未上市長期股權投資部位，並妥適協辦各項投資專案之責任。而與時任中信金控法人金融執行長兼中信銀行法人金融總經理、金融投資處處長之陳俊哲，以及時任中信金控策略長兼中信銀行綜合企劃部資深副總經理林孝平（以上2 人均經臺灣臺北地方檢察署通緝中），共同為中信金控處理轉投資兆豐金融控股股份有限公司（下稱兆豐金控）之事務，嗣中信銀行持有英商巴克萊銀行股份有限公司（下稱巴克萊銀行）所發行之30年期保本連結股權型結構債（連結標的為兆豐金控股票），竟於民國94年12月間共同意圖為自己不法利益之犯意聯絡，未經中信銀行董事會決議，利用設於英屬維京群島之 Red Fire Developments Limited（下稱紅火公司）承接上開結構債，將上述結構債讓售予紅火公司，使紅火公司嗣後因贖回上開結構債而獲利美元 3,047萬4717.12 元之財產利益，致生損害於中信銀行。(二)辜仲諒雖知悉上開結構債已出售予紅火公司，為謀於兆豐金控95年6 月23日召開股東常會之前，於短期內取得大量兆豐金控股份，藉以爭取預定之兆豐金控董事與監察人席次，並降低成本，竟與陳俊哲、林孝平等人共同基於意圖壓低、操縱兆豐金控股票交易價格而獲取不當利益之犯意聯絡，由中信金控於95年2月14日至同年3月2 日期間內，在國內證券集中交易市場，委託買進兆豐金控股票共計58萬8,416 張，紅火公司則自95年2 月14日起，透過向巴克萊銀行贖回結構債之方式，使巴克萊銀行因無須繼續持有兆豐金控之部位，在國內證券集中交易市場上，委託賣出兆豐金控股票，將系爭結構債所連結之44萬3,905 張兆豐金控股票全數售出，以此供需配合之方式，使中信金控得以在短期內大量買進兆豐金控股票，復因巴克萊銀行大量賣出兆豐金控股票使供給增加，使中信金控雖大量買進兆豐金控股票，其股票價格仍不致因需求增加而劇烈上漲，並得以控制在一定之區間，而間接操縱股價，同時使中信金控節省取得兆豐金控股票之成本，紅火公司亦獲有美元3047萬4717.12 元之利益等情。因認辜仲諒就上揭公訴意旨(一)部分，係一行為同時觸犯銀行法第125條之2第2項、第1項之特別背信，及證券交易法第171條第2項、第1項第3款之特別背信罪嫌；張明田、林祥曦就該公訴意旨(一)部分，係一行為同時觸犯銀行法第125條之2第2項、第1項之

特別背信、證券交易法第171條第2項、第1項第3款之特別背信，及103年6月18日修正前刑法第342條第1項之普通背信等罪嫌，均具有法規競合關係，應擇一論以銀行法之特殊背信罪嫌；且辜仲諒就上揭公訴意旨(二)部分，係違反證券交易法第155條第1項第7款之禁止間接影響證券集中交易市場有價證券價格之操縱行為規定，觸犯證券交易法第171條第2項、第1項第1款之操縱股票交易價格罪嫌。惟經審理結果，認為不能證明被告3人此部分犯罪，因而撤銷第一審關於此部分科刑之判決，改判諭知被告3人均無罪，並諭知參與人中信金控之財產不予沒收及追徵，固非無見。

二、惟查：

- (一)、法院組織法於108年1月4日經修正公布，並於同年7月4日施行，而為因應大法庭制度之推行，刪除原第57條規定之判例選編及變更制度，另增訂第57條之1，該條第1、2項明文規定若該判例已無裁判全文可資查考者，應停止適用；其餘未經停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之本院裁判相同，亦即未經停止適用之判例，回歸裁判之本質。至於決議制度於大法庭制度施行之後，當然廢止，不待明文規定。又關於最高法院先前為統一法律見解所作成之決議，仍為最高法院先前表示之法律見解，若欲提交大法庭，應以依據系爭決議意旨作成之後續裁判，資為認定是否有裁判歧異之情形。但未經停止適用之判例及決議所表示之法律見解，於最高法院未認有變更之必要而循大法庭相關程序變更前，其性質上仍為最高法院統一之見解。而在本件繫屬於原審（即原法院更二審）前，關於檢察官以裁判上或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，該不另為無罪諭知部分，是否為第三審審判範圍？依本院當時所持之法律見解，係援用本院64年度第3次刑庭庭推總會議決議，認為裁判上一罪案件，經第二審法院就構成犯罪部分，為有罪之判決，就不構成犯罪部分，因審判不可分關係，僅於判決理由中說明，不在主文另為無罪之諭知。如被告為其利益上訴，第三審法院認為上訴有理由而須撤銷發回者，應於判決理由載明該不另為無罪諭知部分，因與發回部分有審判不可分關係，一併發回更審，受發回之第二審法院，依110年6月16日修正前刑

事訴訟法第348條第2項規定，應就全部事實重為審判等旨。雖本院刑事大法庭於110年1月27日以109年度台上大字第3426號裁定，明揭檢察官以裁判上或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，該不另為無罪諭知部分已確定，並非第三審審判範圍等旨，並經本院提案庭以上開大法庭裁定所表示之法律見解為基礎，以109年度台上字第3426號判決為終局裁判，而為法律見解之變更。惟法律見解係指法令解釋上所持之觀點，此每因「時」而異，而終審法院裁判關於法律上之見解，由於社會現象日新月異，有時因探討法律之真義，期求適應社會情勢起見，不能一成不變，然而終審法院前後裁判所持法律見解不同者，尚不能執後裁判所持之見解而指前次裁判為違法。否則，若以後之所是即指前之為非，不僅確定裁判有隨時搖動之虞，有礙法安定性，且因強使齊一之結果，解釋者為免固有秩序產生不可測之變動，因而固守原有見解，反足以阻遏法律解釋之與時俱進，故為兼顧大法庭制度統一見解之功能，及維護法安定性，自不能因後裁判與前裁判之見解不同，而使前裁判之效力受其影響。因此，在本院以109年度台上字第3426號判決變更法律見解前，本院依64年度第3次刑庭庭推總會決議意旨所為之裁判，自屬合法有效，尚不能以其後法律見解之變更，遽指該裁判為違法而不生效力。查：

- 1.依本件檢察官起訴書之記載，公訴意旨係認辜仲諒涉犯(1)銀行法第125條之2第2項、第1項後段之特別背信罪，(2)證券交易法第171條第2項、第1項第3款之特別背信罪，(3)證券交易法第171條第2項、第1項第2款之非常規交易罪，(4)105年12月28日修正前洗錢防制法第11條第1項、第2條第1款之洗錢罪，(5)98年1月21日修正前金融控股公司法第59條、第17條第3項之向金控子公司交易對象收受不當利益罪，(6)證券交易法第171條第2項、第1項第1款之相對委託罪，(7)證券交易法第171條第2項、第1項第1款之間接操縱股價罪，(8)證券交易法第171條第2項、第1項第1款之內線交易罪，並認(1)、(2)所示2罪部分具有法規競合關係，應擇一論以銀行法之特別背信罪；(1)、(3)、(4)、(5)所示4罪部分，具有修正前刑法牽連犯關係，應從一重之銀行法特別背信罪處斷；(6)、(7)、(8)

所示3 罪部分，亦具有修正前刑法牽連犯關係，應從一重處斷。張明田、林祥曦則涉犯①銀行法第125條之2第2項、第1項後段之特別背信罪，②證券交易法第171條第2項、第1項第3款之特別背信罪，③103年6月18日修正前刑法第342條第1項之普通背信罪，④證券交易法第171條第2項、第1項第2款之非常規交易罪，⑤證券交易法第171條第2項、第1項第1款之相對委託罪，⑥證券交易法第171條第2項、第1項第1款之內線交易罪，並認①、②、③所示3 罪部分具有法規競合關係，應擇一論以銀行法之特別背信罪；①、④所示2 罪部分，具有想像競合犯關係，應從一重之銀行法特別背信罪處斷；⑤、⑥所示2 罪部分，具有修正前刑法牽連犯關係，應從一重處斷。原法院上訴審經審理結果，撤銷第一審關於辜仲諒、張明田及林祥曦部分之科刑判決，改判論以銀行法特別背信罪（與辜仲諒所犯(2)所示之罪，為法規競合；亦與張明田及林祥曦所犯②、③所示之罪具有法規競合關係，而擇一論以銀行法特別背信罪），及間接操縱股價罪，並依牽連犯關係，從一重之銀行法特別背信罪處斷。另以不能證明辜仲諒之行為成立(3)、(4)、(5)、(6)、(8)所示之罪，以及不能證明張明田、林祥曦之行為成立④、⑤、⑥所示之罪，而就此部分說明應維持第一審不另為無罪諭知之理由，被告3 人均不服原法院上訴審判決之有罪部分，提起第三審上訴，檢察官雖未提起第三審上訴，惟經本院以103 年度台上字第2792號刑事判決撤銷原判決發回更審，且就上開不另為無罪諭知部分一併發回。嗣原法院更一審經審理結果，撤銷第一審關於被告3 人部分之科刑判決，並變更起訴法條，改判論其等以金融控股公司法第57條第2 項之共同背信罪（與辜仲諒所犯(1)(2)所示之罪，為法規競合；亦與張明田及林祥曦所犯①、②、③所示之罪，具有法規競合關係，而擇一論以金融控股公司法特別背信罪），另以不能證明辜仲諒之行為成立(3)、(4)、(5)、(6)、(8)所示之罪，以及不能證明張明田、林祥曦之行為成立④、⑤、⑥所示之罪，而就辜仲諒被訴(6)、(8)所示之罪部分均諭知無罪，以及就辜仲諒被訴涉犯(3)、(4)、(5)所示之罪，暨張明田、林祥曦被訴涉犯④所示之罪部分說明應不另為無罪諭知之理由，並維持第一審就張明田、林祥曦被訴涉犯⑤、⑥所示之罪部分所為之無罪判決，嗣檢察官及

被告3 人均對原法院更一審判決提起第三審上訴，再經本院以107 年度台上字第4941號刑事判決，將原判決關於辜仲諒部分及張明田、林祥曦有罪部分均撤銷發回更審，且就原法院更一審判決關於上開不另為無罪諭知部分一併發回。另以張明田、林祥曦被訴涉犯⑤、⑥所示之罪部分，業經第一審均諭知無罪，復經原法院更一審維持此部分諭知無罪之判決，檢察官就此部分提起第三審上訴，與刑事妥速審判法第 9 條所定要件不符，乃不合法法律上程式，因而駁回檢察官此部分上訴確定。而本院103年度台上字第2792號及107年度台上字第4941號刑事判決，均本諸本院64年度第3 次刑庭庭推總會議決議意旨之統一見解而為裁判，併就原法院上訴審、更一審判決關於上開不另為無罪諭知部分一併發回，且原法院更一審判決經本院撤銷發回更審後，於108 年11月27日繫屬於原審法院，嗣原審審理時，本院刑事大法庭始於110年1月27日以109 年度台上大字第3426號裁定變更法律見解，並經本院提案庭以上開大法庭裁定所表示之法律見解為基礎，於110 年1月28日以109年度台上字第3426號判決為終局裁判。而原法院更一審判決後，檢察官已就不另為無罪諭知部分一併提起第三審上訴，與上開大法庭裁定所採法律見解，係指被告僅就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，而檢察官就第一、二審判決說明不另為無罪諭知部分，並未一併上訴之情形，並不相同，是自不能以其後本院刑事大法庭裁定已變更見解為由，遽指本院107 年度台上字第4941號刑事判決為違法而不生效力。至原法院上訴審判決後，檢察官雖未提起第三審上訴，惟本院103 年度台上字第2792號刑事判決就原法院上訴審判決關於不另為無罪諭知部分一併發回時，既與本院64年度第3 次刑庭庭推總會議決議意旨相符，且上開大法庭裁定尚未作成，依前開說明，自不能以其後法律見解之變更，遽指該判決為違法而不生效力，而認該不另為無罪諭知部分業已確定。則辜仲諒被訴涉犯(3)、(4)、(5)、(6)、(8)所示之罪，以及張明田、林祥曦被訴涉犯④所示之罪部分，既經本院以107 年度台上字第4941號刑事判決發回原法院更為審理，並未確定，仍為原審審理範圍。乃原判決以本院刑事大法庭前揭裁定已變更法律見解，依變更後之見解，認此部分經原法院上訴審判決後，因檢察官未提起第三審上訴而告確

定，嗣後本院上開判決將此部分一併撤銷發回更審，均屬無效訴訟作為，因認此部分非屬原審審理範圍，依上述說明，難謂適法。

2. 刑事訴訟之審判採彈劾主義，未經合法起訴（包括自訴）或請求之事項，法院不得加以審判，亦即不告不理原則。反之，案件經合法起訴（包括自訴）或請求，法院即有審判之義務。因此，法院對於未經起訴或上訴之案件，固無從裁判，對於已經起訴或上訴之事實，則須全部加以裁判，方屬適法。法院對於起訴或上訴所請求審判之裁判上可分之數罪案件，如部分漏未判決，固可補行判決，以終結全部裁判程序；但對於一訴所請求審判之裁判上不可分之單一性案件，如僅對一部分事實為終局判決，因訴訟關係已經消滅，對於其他部分事實，無從補為判決，即有已受請求之事項而未予判決之違法。依本件檢察官起訴書之記載，公訴意旨係認辜仲諒被訴涉犯(1)、(3)、(4)、(5)所示4罪，及(6)、(7)、(8)所示3罪部分，分別具有修正前刑法牽連犯關係；並認張明田、林祥曦被訴涉犯①、④所示2罪部分，具有想像競合犯關係，原判決竟僅對辜仲諒被訴涉犯(1)所示銀行法第125條之2第2項、第1項後段之特別背信罪，暨(7)所示證券交易法第171條第2項、第1項第1款之間接操縱股價罪部分，以及張明田、林祥曦被訴涉犯①所示上開銀行法特別背信罪部分審判，均改為無罪之諭知，惟對於辜仲諒被訴(3)、(4)、(5)、(6)、(8)所示之罪，及張明田、林祥曦被訴涉犯④所示之罪部分，未予判決，揆諸上揭說明，自有已受請求之事項而未予判決之違法。
- (二)、審理事實之法院對於被告有利、不利之證據應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於經驗法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由於判決內詳為說明，如援引有利於被告之證據作為被告有利之認定，對於卷內不利之證據未敘明不足採取之理由，遽行判決，即難謂於法無違。原判決以被告3人既無致生損害於中信金控或中信銀行之情事，已難認其等主觀上有損害中信金控或中信銀行之意圖。且其等係因中信金控轉投資兆豐金控之考量，始決定將系爭結構債出售予紅火公司，出售之際無法完全掌握時隔逾半個月後，巴克萊銀行因紅火公司贖回結構債而出售兆豐金控股票時之股價漲跌及其幅度等狀況，再參諸公訴意旨自始未認為被告

3人涉有連續高買低賣、連續相對成交等犯行，其3人被訴相對委託及間接操縱兆豐金控股價部分，均不構成犯罪，因認被告3人出售上開結構債予紅火公司，主觀上並無損害中信金控或中信銀行之犯意，而無背信之故意（見原判決第97至99頁）。惟原判決已說明被告3人及陳俊哲辦理出售前開結構債予紅火公司，未於中信金控或中信銀行董事會中提出報告或決議，違背內控及外部規定，已有違背任務之情事等旨，且依卷內資料，辜仲諒於檢察官97年11月24日訊問時已供稱：「紅火公司向巴克萊銀行贖回結構債賺了錢，陳俊哲來找我，才跟我說有賺錢這件事，問我怎麼辦。我們討論結果，除了950萬美金要用來回補原先我們墊出去拿給總統及夫人（按指前總統陳水扁及其夫人吳淑珍）的7筆共2億9千萬臺幣外，其餘2千多萬美金全數匯回中信金控公司。950萬美金的部分，除了回補已經墊出去的錢之外，多出來的錢也有打算萬一總統或是夫人再跟我們要錢的話，作為給他們的準備金」、「只有差不多950萬美金沒有回到中國信託，是拿去補91年至94年的7筆總統跟總統夫人來跟我要錢的部分」等語（見97年度特偵字第21號卷一第199、201頁），復於檢察官98年12月9日訊問時供稱：「（問：賺了10億臺幣的事是否知道？）當時陳俊哲有跟我講說結構債賣了之後有賺了10億怎麼辦，我第一時間連想都沒有想就是還給銀行。後來陳俊哲有跟我說，夫人吳淑珍有透過蔡銘杰來跟我講要3億，我就跟陳俊哲說這個事情要處理。」「（問：這件事的時間點是何時？）95年3月，而且蔡銘杰不止是跟陳俊哲講，而且還透過中國信託公關部的高人傑副總跟我們講說夫人不高興，因為我們都沒有表示」等語（見98年度偵緝字第1號卷第24頁）。而陳俊哲於偵查中所提出刑事陳報狀亦載敘：「95年3、4月間，陳報人（指陳俊哲）係擔任中國信託商業銀行股份有限公司法人金融總經理職務。在該段期間，…。之後陳報人向辜仲諒報告有關利用紅火公司處理結構債所獲利益約臺幣10億元情形…，辜仲諒表示既然是幫忙銀行做事，有賺錢應該要把10億元交給中信銀行，當時陳報人向辜仲諒表示蔡銘杰所提及上情，人家既然已經來要錢，是否應該保留其中約3億元以備吳淑珍女士來要錢時之用，辜仲諒表示同意。陳報人後來即將7億餘元新臺幣轉回中國信託，剩

下的約3 億元左右，則留待日後如果吳淑珍女士來要錢之用」等語（見98年度偵緝字第1 號卷第42頁）。倘若俱屬無訛，則辜仲諒於95年3、4月間自陳俊哲處獲悉紅火公司因贖回結構債而獲利時，既未經董事會同意，即與陳俊哲一起討論具體用途，並將部分獲利款項私下支應政治獻金等用途，而未交付中信金控或中信銀行，能否謂辜仲諒並無背信之故意？自有再加研酌之必要。原審對於上述不利辜仲諒之證據，並未加以調查釐清，並於判決內說明其取捨之理由，且被告3 人之行為是否未肇致中信金控損害，猶有調查釐清之必要（詳如後述），原判決遽以被告3 人之行為未致生中信金控或中信銀行損害，而憑以認定其等主觀上並無背信故意，不無混淆特別背信罪之主、客觀要件。原判決逕為被告3 人有利之認定，依上述說明，尚嫌速斷，自有調查未盡及理由欠備之違法。

- (三)、銀行法第125條之2第1項、證券交易法第171條第1項第3款及金融控股公司法第57條第1項之特別背信罪，與刑法第342條第1 項之普通背信罪，均以行為人違背其職務（任務），造成被害人本人（銀行、公司）受有財產上之損害為要件。無論特別背信罪或普通背信罪，既以被害人遭受財產上損害為其不法結果之要件，故其性質應屬實害結果犯，而所謂財產之損害，不僅包括既存財產積極地減少（即積極的損害），尚包括喪失日後可得期待之利益（即消極的損害），應從經濟上之觀點評價被害人之財產是否積極減少或消極不增加。本件檢察官起訴意旨指被告3 人未經中信銀行董事會決議，利用紅火公司承接中信銀行香港分行所持有前開結構債，將前開結構債讓售予紅火公司，使紅火公司嗣後因贖回上開結構債而獲利美元3,047萬4717.12元之財產利益，致生損害於中信銀行，被告3人均涉有前述背信罪嫌。原判決則以被告3 人及陳俊哲辦理出售前開結構債予紅火公司，未於中信金控或中信銀行董事會中提出報告或決議，違背內控及外部規定，固有違背任務之情事，惟參酌卷內證據，認被告3 人及陳俊哲、林孝平等人，係以上開結構債作為中信金控轉投資兆豐金控之工具，該結構債之連結標的，乃配合此項轉投資而全部連結至兆豐金控股票。而中信銀行綜合企劃部副總經理柯育誠為中信金控向行政院金融監督管理委員會（下稱金管

會)申請轉投資兆豐金控，須申報中信金控及其子公司當時所投資持有兆豐金控股票之股數一事，乃撰寫簽呈及公文簽辦單，會請相關單位表示意見，因張明田將中信銀行向巴克萊銀行所購買上述結構債有高度連結兆豐金控股票之情，告知中信金控法務長鄧彥敦（業經原法院更一審判決無罪，並經本院以107 年度台上字第4941號判決駁回檢察官上訴確定），鄧彥敦遂於前揭簽呈、公文簽辦單上出具法律意見，認為柯育誠於簽呈及公文簽辦單上所記載上情有違反銀行法第74條之1 關於持股限制規定之法律風險，為求審慎，乃建議於申請轉投資前逕行處分上述結構債，以免爭議等旨，復依據鄧彥敦在上述會辦意見中所建議繼續持有、回贖及出售上開結構債之3種作法，與被告3人將上開結構債出售予紅火公司之作法相較，認被告3 人及陳俊哲等人無論採取繼續持有、回贖或出售上開結構債予紅火公司以外第三人之作法，中信金控或中信銀行均無法獲取上開美元3,047萬4,717.12 元之差額，甚至極可能蒙受更為重大之交易損失，難認被告 3 人出售上開結構債予紅火公司，致生損害於中信金控或中信銀行（見原判決第84至97頁），因而為被告3 人有利之認定。然依原判決理由所敘：紅火公司係陳俊哲為承接系爭結構債而安排取得之紙上公司，中信金控得透過陳俊哲等人對紅火公司有事實上之掌控及影響力，兩者間具有公司法第 369 條之1第1款所定之「控制與從屬」關係，而為關係企業。且紅火公司購買系爭結構債之資金及付款等交易條件，來自被告3 人及陳俊哲等人之有利安排，因中信金控積極買進兆豐金控股票，致該結構債連結標的兆豐金控股價上漲等情（見原判決第62、87頁），復參酌卷內中信金控西元2010年、2011年年報所記載：「依據本公司內部調查並提報中信金第三屆第五十次董事會結果顯示，Red Fire係孫公司CTO 以成本法投資所實質控制之SPV（即Special Purpose Vehicle之簡稱，中譯為特殊目的個體）」、「依據本公司獨立董事指示進行並提報中信金第三屆第五十次董事會之內部調查結果顯示，Red Fire係孫公司CTO以成本法實質控制之SPV」等旨（見更一審卷十八第80、82頁），似認紅火公司係中信金控之特殊目的個體。而原法院更一審囑託鑑定人蔡彥卿實施鑑定，依其所出具鑑定意見書所載，鑑定結果亦認紅火公司符合

95年當時國際會計準則規範S I C 12所列舉四大綜合判斷指標，因而認為紅火公司係中信金控之特殊目的公司等情（見更一審卷二十四第94至95頁），是紅火公司既係陳俊哲為承接系爭結構債而安排取得之紙上公司，中信金控得透過陳俊哲等人對該公司有事實上之掌控及影響力，且紅火公司亦為中信金控特殊目的公司，則中信金控似已委任紅火公司承接系爭結構債，並由負責經營管理中信金控、中信銀行之被告3人及陳俊哲，就紅火公司購買系爭結構債之資金及付款等交易條件為有利安排，從而紅火公司嗣後因贖回結構債之上開獲利，似係為中信金控取得，而應交付中信金控。惟依卷內證人傅祖聲、余彥良、陳碧真、王鎮華、吳豐富、許建基、羅聯福、張麗珠及許妙靜之證詞（見99年度金上重訴字第75號卷二第83至85、125至133頁，96年度重訴字第19號卷八第106至114頁、卷十第24、86至87頁，更一審卷二十二第550至551、566至570頁），與金管會函附紅火公司之獲利資金流向圖，暨仲俊投資股份有限公司、利祺投資股份有限公司函附內容（見96年度重訴字第19號卷十三第91至93頁，99年度上重訴字第75號卷二第70至74頁），互為勾稽，似顯示中信銀行或中信金控董事會不知悉紅火公司贖回系爭結構債之獲利流向、所在，且上開獲利之部分款項，已經陳俊哲用以購買藝術品或汽車等私人用途，而遭其挪用，並未交付中信金控。如果無誤，此影響公司營運之重大事項，何以中信銀行或中信金控董事會均不知悉？參與安排購買系爭結構債之陳俊哲何以得以該獲利之款項購買私人用品？被告3人能否謂不知情？有無參與？能否謂中信金控並無損害？皆非無研求之餘地。又前述銀行法、金融控股公司法之特別背信罪或刑法之普通背信罪，均明文處罰未遂犯，其既遂與未遂之區別，以本人（銀行、公司）之財產或其他利益已否生損害為準。如已生損害，即為既遂犯，如尚未生損害，即為未遂犯。則倘被告3人有背信故意，縱認其等行為未致生中信金控損害，是否仍應成立未遂犯？亦有究明釐清之必要。而上開疑點攸關被告3人之行為是否符合背信罪之要件，乃原審未詳加調查釐清，遽認被告3人之行為並未致中信金控損害，而為被告3人無罪之諭知，尚嫌速斷，難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

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

四、按刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定：「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。」亦即被告違法行為存在，為沒收參與人財產前提要件之一，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於被告違法行為之判決，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上之矛盾，非但有損裁判公信力，且滋生沒收裁判之執行上困擾，故對本案關於違法行為之裁判上訴者，其效力應及於相關之參與人財產沒收部分。原判決以本案既無證據足以證明辜仲諒確有如檢察官所指操縱兆豐金控股票價格犯行，且張明田、林祥曦所涉操縱兆豐金控股票價格犯行，亦經判決無罪確定，則檢察官所指中信金控因辜仲諒等人為其犯罪，獲有減輕購入兆豐金控股票成本達2 億6,169萬5,800元之不法利益部分，並無違法行為存在，自不能依刑法第38條之1第2項、第3 項規定沒收及追徵，因而依刑事訴訟法第455條之26第1項規定，就中信金控之財產諭知不予沒收及追徵。惟檢察官既對於本案即原判決關於辜仲諒被訴間接操縱股價部分合法上訴，且就參與人中信金控之相關沒收部分，其依附之前提即上述間接操縱股價部分既經本院撤銷發回，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於違法行為部分，於發回後經原審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上矛盾，原判決關於參與人中信金控之相關沒收部分，自應予一併發回。

貳、上訴駁回（即檢察官關於張明田、林祥曦所涉間接操縱股價之上訴）部分：

當事人得上訴於第三審法院之案件，除法律有特別規定外，以不服第二審判決者為限，則未受第二審判決之事項，不得上訴於第三審法院。原判決就張明田、林祥曦所涉證券交易法第171條第2項、第1項第1款之間接操縱股價犯行部分，何以非原審審判範圍，已敘明：本院107 年度台上字第4941號刑事判決以公訴意旨所指其2 人所涉證券交易法第171條第2項、第1項第1款之相對委託及內線交易犯行部分，業經第一審均諭知無罪，復經原法院更一審維持此部分諭知無罪之判

決，檢察官就此部分提起第三審上訴，與刑事妥速審判法第9條所定要件不符，乃不合法律上程式，因而駁回檢察官此部分上訴。再參諸原法院更一審判決認其2人被訴相對委託犯行部分未構成犯罪，併於此部分理由內一併說明其2人被訴事實如何不構成間接操縱股價罪之理由，而其2人被訴之「相對委託」與間接操縱股價犯行，核屬同一事實，僅因間接操縱股價犯行所涉處罰條文，為相對委託犯行所涉處罰條文之補充性規定，而應優先適用相對委託之規定而已。是起訴基本事實既皆不構成相對委託及間接操縱股價之犯行，而檢察官起訴法條亦未包括間接操縱股價罪名及論罪法條，乃不再於主文中一併諭知無罪，嗣檢察官就本院更一審判決提起第三審上訴時，仍主張其2人行為應成立間接操縱股價罪，而納入最高法院審酌範圍，故應認上開間接操縱股價部分已併由最高法院駁回檢察官之第三審上訴而告無罪確定，自非原審審判範圍等旨。是第一審就張明田、林祥曦被訴相對委託犯行部分諭知無罪，原法院更一審判決既予以維持，並於理由內一併說明就被訴之同一基本事實，何以不能證明其等犯相對委託及間接操縱股價罪之理由，該說明已屬原法院更一審維持第一審所為無罪判決之範疇，是張明田、林祥曦所涉間接操縱股價罪嫌部分，已因最高法院駁回檢察官對於其等被訴相對委託罪嫌部分之第三審上訴，而告確定。從而，原審未就張明田、林祥曦所涉間接操縱股價罪嫌部分審判，於法尚屬無違。又此部分既未經原審判決，即非得為上訴第三審之對象，檢察官對於此部分之上訴，自屬不合法，應予駁回。

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

中	華	民	國	111	年	5	月	12	日							
				刑	事	第	三	庭	審	判	長	法	官	徐	昌	錦
												法	官	周	政	達
												法	官	江	翠	萍
												法	官	侯	廷	昌
												法	官	林	海	祥

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 5 月 17 日

裁判字號：最高法院 110 年度台上字第 5557 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 18 日

裁判案由：加重詐欺

最高法院刑事判決

110年度台上字第5557號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官鄭益雄

被告 蘇柏誠

選任辯護人 陳思成律師

吳志浩律師

上列上訴人因被告加重詐欺案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國110年8月25日第二審更審判決（109年度上更一字第43號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署105年度偵字第11323、15810、19152、19153號、106年度偵字第2981、12273、14865號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原判決以公訴意旨略以：被告蘇柏誠（偽造特種文書罪部分，業經第一審判刑確定）與林憲吾（業經原審法院前審判刑確定）、蘇志誠（通緝尚未到案），得知告訴人高維辰因違反銀行法案件遭通緝，藏匿於泰國，因告訴人欲返國，又恐遭緝獲後羈押，於民國104年6月間，經被告、蘇志誠聯繫林憲吾尋求能返臺免於羈押。被告與林憲吾、蘇志誠（下合稱被告等3人）遂基於三人以上共同詐欺取財（下稱加重詐欺）之犯意聯絡，商議由林憲吾出面向告訴人開價新臺幣（下同）250萬元後，由林憲吾於104年9月18日前往泰國曼谷，與蘇志誠共同會見告訴人，佯稱可由熟識之司法或警察人員執行逮捕通緝犯，並承諾可不被羈押、辦理交保等語，致告訴人陷於錯誤，誤認被告等3人有管道可以運作，以達

其返國後不受羈押之目的，遂允諾支付250萬元。再於104年10月7日，經被告向告訴人佯稱有管道可行賄司法人員，使告訴人誤認並陸續共支付美金4萬元。因認被告涉犯刑法第339條之4第1項第2款之加重詐欺罪嫌等情。惟經審理結果，認為被告係於105年12月2日修正施行之刑法第5條增列第11款即刑法第339條之4之加重詐欺罪之前，在泰國曼谷及香港，被訴涉犯上開加重詐欺罪嫌，依被告行為時之刑法第5條至第7條規定，及香港澳門關係條例第1條、第43條第1項之特別規定，中華民國人民在該條款施行前，於中華民國領域外（含香港與澳門）犯該罪，並無我國刑法之適用，無從追訴、審判而無審判權，因而撤銷第一審之科刑判決，改依刑事訴訟法第303條第6款規定，諭知被告被訴上開加重詐欺罪嫌部分公訴不受理。已詳述其調查、取捨證據之結果及形成心證之理由。

- 三、原判決已說明係依憑證人即告訴人於偵查中結證如何在國外即泰國、香港等地，與林憲吾、蘇志誠相約見面、交款之內容，及於原審法院更一審復證稱：我在國外即泰國、香港等地與林憲吾、蘇志誠及萬建樺律師談回臺灣的事，沒見過被告蘇柏誠，也不曾與蘇柏誠聯繫等語，核與證人萬建樺律師結證：確有與林憲吾、蘇志誠於104年10月底與告訴人在曼谷見面、商討案情，及證人林憲吾所述其與告訴人見面之過程相符，佐以卷附林憲吾確於104年9月18日及同年10月30日出境至泰國曼谷、於105年4月25日出境至香港之入出境資訊連結作業資料，相互印證，斟酌取捨，經綜合判斷而認定告訴人所述其因案遭通緝躲藏於泰國，未曾與被告聯繫，僅在104年9月18日、10月30日、105年4月25日分別在泰國曼谷市、香港尖沙嘴酒店，與林憲吾、蘇志誠討論返國投案事宜，並允諾給付費用250萬元。則被告未曾與告訴人聯繫，且共同正犯蘇志誠、林憲吾對告訴人施用詐術之地點，係在泰國、香港，均在中華民國領域外等情。並敘明告訴人就其於何時、地，以何方式，如何交付款項，何以無從證明告訴人所指告訴人曾於我國境內受被告等3人詐騙或交付金錢之證據。復載敘檢察官所指被告請其配偶陳品臻匯給林憲吾之款項，何以未必是告訴人遭詐騙而匯入我國銀行之款項，仍無從據此作為認定檢察官所指犯罪之結果地，有部分在中華民國

領域內之憑據。另就被告與林憲吾如原判決附表編號①、②所示之通訊監察譯文資料，其通話時間在104年9月、10月間，均在其等與蘇志誠可能形成犯罪決意時間（104年6月間）之後，應係犯罪決意形成後之相互間聯繫討論，並非犯罪決意形成之行為，亦非對告訴人施以詐術之行為，縱依林憲吾之證述，其當時在我國境內，而被告在大陸地區，仍不能以其等間上述通訊監察譯文內容涉及告訴人回臺及林憲吾取得之金錢數目等事宜，即認本案部分犯罪行為地有在我國境內等情。綜上足認本案被告等3人對告訴人施用詐術之行為地係在泰國、香港等中華民國領域以外之地區，且卷內並無確切證據足以證明其等犯意形成地在我國境內，亦無確切證據證明告訴人曾在我國境內交付受詐騙之款項給被告等3人，從而，被告經檢察官起訴之加重詐欺罪嫌之犯罪行為地、結果地，均無法證明有部分在我國境內，而依其行為時所犯之罪名及該罪法定最輕本刑，依前開說明，並無我國刑法之適用，無從追訴、審判而無審判權，應為不受理之判決等旨。所為論斷，俱有卷存事證足憑，經核於法並無不合，並無上訴意旨所指適用法則不當之違法，自屬原審採證認事之適法職權行使，不容任意指摘為違法。

四、中華民國人民被訴在中華民國領域外（含香港與澳門）涉犯刑法第5條至第7條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院究應以行為不罰為無罪判決，抑或無審判權而為不受理判決？此一法律爭議，本院先前裁判有歧異之見解，經依法院組織法第51條之2第2項所規定之徵詢程序，向本院其他各刑事庭徵詢後，仍有不同之見解，乃以110年度台上大字第5557號裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一法律見解。

五、本院刑事大法庭於111年5月18日以110年度台上大字第5557號裁定作成統一見解，認為：

- (一)我國刑法對人、事與地的適用範圍，係以屬地原則為基準，輔以國旗原則、屬人原則、保護原則及世界法原則，擴張我國刑法領域外適用之範圍，即依刑法第3條至第8條之刑法適用法，決定我國刑罰權之適用範圍，並作為刑事案件劃歸我國刑事法院審判之準據。
- (二)刑法適用法之規定，就實體法面向，為可刑罰性之前提要件，即進入構成要件該當、違法及有責性審查之前提要件，決

定是否適用我國刑法規定處罰。中華民國人民被訴在中華民國領域外（含香港與澳門）涉犯刑法第339條之4之加重詐欺罪，且其行為時係於105年12月2日修正施行之刑法第5條增列第11款即刑法第339條之4之加重詐欺罪之前，依刑法第2條第1項規定，應比較修正前後之條文，適用最有利於行為人之修正前規定，而無我國刑法之適用。就程序法面向，則定我國刑事法院審判權之範圍，決定我國刑事法院是否得予審判。亦即刑法適用法具有實體法與程序法之雙重性質，如有欠缺，即無我國刑法之適用，不為我國刑罰權所及，且為訴訟障礙事由，我國司法機關無從追訴、審判。

(三)法院受理訴訟之基本法則，係先審查程序事項，必須程序要件具備，始能為實體之認定，倘確認個案非屬我國刑法適用範圍時，已構成訴訟障礙，欠缺訴訟要件，不可為本案之實體判決，性質上已屬法院對被告無審判權，不能追訴、審判，在偵查中檢察官應依刑事訴訟法第252條第7款規定，為不起訴處分；若經起訴，法院應依同法第303條第6款規定，諭知不受理判決，而非為無罪判決。

(四)綜上所述，中華民國人民被訴在中華民國領域外（含香港與澳門）涉犯刑法第5條至第7條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院應依刑事訴訟法第303條第6款規定諭知不受理之判決。

六、本院刑事大法庭既已就本件前揭擬採為裁判基礎之法律見解予以統一。依法院組織法第51條之10規定，本庭自應受刑事大法庭上開裁定見解之拘束。卷查，原判決以被告係中華民國人民，得知告訴人因違反銀行法案件被通緝而藏匿在泰國，欲返國又恐遭羈押，遂基於加重詐欺之犯意聯絡，推由其他共同正犯，先後於104年6月、9月、10月間在泰國曼谷，及於105年4月25日在香港，對告訴人佯稱熟識警察及司法人員，可安排返國歸案而不被羈押，致告訴人陷於錯誤陸續共支付美金4萬元。而認定被告係於105年12月2日修正施行之刑法第5條增列第11款即刑法第339條之4之加重詐欺罪之前，在泰國曼谷及香港，被訴涉犯加重詐欺罪嫌，依被告行為時之刑法第5條至第7條規定，及香港澳門關係條例第1條、第43條第1項之特別規定，中華民國人民在該條款施行前，於中華民國領域外（含香港與澳門）犯該罪，並無我國刑法

之適用，無從追訴、審判而無審判權，依刑事訴訟法第 303 條第6 款規定，諭知被告被訴上開加重詐欺罪嫌部分公訴不受理。依前揭本院刑事大法庭裁定之法律見解，核無不合。檢察官上訴意旨指摘依原審認定之事實，被告所為係刑法第 7 條之不罰行為，應依刑事訴訟法第301條第1項行為不罰之規定，諭知無罪之判決云云，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，徒憑己意而為相異法律評價，重為爭執，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，徒以自己之說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，自非適法之第三審上訴理由。

七、綜上，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 5 月 18 日

刑事第九庭審判長	法官	蔡	彩	貞
	法官	周	盈	文
	法官	蔡	廣	昇
	法官	莊	松	泉
	法官	梁	宏	哲

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 5 月 19 日

裁判字號：最高法院 110 年度台上字第 6191 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 19 日

裁判案由：妨害秩序等罪

最高法院刑事判決

110年度台上字第6191號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官蔡顯鑫

被告 陳奕安

選任辯護人 喬政翔律師

被告 陳泓立

選任辯護人 柏仙妮律師

被告 楊宇修（原名楊旻翰）

選任辯護人 李建璋律師

上列上訴人因被告等妨害秩序等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國110年9月23日第二審判決（110 年度上訴字第1585號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署109年度偵字第26447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、本件經原審審理結果，認為不能證明被告陳奕安、陳泓立及楊宇修（下稱被告3人）有公訴意旨所載涉犯刑法第150條第1 項後段之妨害秩序罪嫌，因而撤銷第一審變更檢察官起訴所引之法條，依同條第2項第1款、第1項後段論處被告3人共同犯攜帶兇器在公共場所聚集三人以上，下手實施強暴罪刑之判決，改判被告3 人此部分無罪（就陳奕安論處犯強制罪刑，其被訴妨害秩序罪部分，不另為無罪諭知）。固非無見。
- 二、按刑法第150 條聚眾施強暴脅迫罪，原規定之構成要件「公然聚眾」部分，於民國109年1月15日修正為「在公共場所或公眾得出入之場所聚集三人以上」。其修正理由（同第 149 條修正說明）載敘：實務見解認為，「聚眾」係指參與之多數人有隨時可以增加之狀況，若參與之人均係事前約定，人數既已確定，便無隨時可以增加之狀況，自與聚眾之情形不合。此等見解範圍均過於限縮，也無法因應當前社會之需求。爰將本條前段修正為「在公共場所或公眾得出入之場所」有「聚集」之行為為構成要件，亦即行為（人）不論其在何

處、以何種聯絡方式（包括透過社群通訊軟體：如LINE、微信、網路直播等）聚集，其係在遠端或當場為之，均為本條之聚集行為，且包括自動與被動聚集之情形，亦不論是否係事前約定或臨時起意者均屬之等旨。查該修正條文除場所屬性不再侷限於實質上一般大眾可共見共聞之地點外，並將在現場實施騷亂之人數，明定為3人以上為已足，至若隨時有加入不特定之群眾，或於實施強暴脅迫持續中，其原已聚集之人數有所變化，均無礙於「聚集3人以上」要件之成立。而本罪既屬妨害秩序之一種犯罪，則聚眾實施強暴脅迫之人，主觀上自須具有妨害秩序之故意，亦即應具有實施強暴脅迫而為騷亂之共同意思，始與該條罪質相符。惟此所稱聚眾騷亂之共同意思，不以起於聚集行為之初為必要。若初係為另犯他罪，或別有目的而無此意欲之合法和平聚集之群眾，於聚眾過程中，因遭鼓動或彼此自然形成激昂情緒，已趨於對外界存有強暴脅迫化，或已對欲施強暴脅迫之情狀有所認識或預見，復未有脫離該群眾，猶基於集團意識而繼續參與者，亦均認具備該主觀要件。且其等騷亂共同意思之形成，不論以明示通謀或相互間默示之合致，亦不論是否係事前鳩集約定，或因偶發事件臨時起意，其後仗勢該群眾結合之共同力，利用該已聚集或持續聚集之群眾型態，均可認有聚眾騷亂之犯意存在。又該條之修法理由固說明：倘3人以上，在公共場所或公眾得出入之場所聚集，進而實行強暴脅迫（例如：鬥毆、毀損或恐嚇等行為）者，不論是對於特定人或不特定人為之，已造成公眾或他人之危害、恐懼不安，應即該當犯罪成立之構成要件，以符保護社會治安之刑法功能之旨。然依本罪之規定體例，既設於刑法第二編分則第七章妨害秩序罪內，則其保護之法益自係在公共秩序及公眾安寧、安全之維護，使其不受侵擾破壞。是本罪既係重在公共安寧秩序之維持，故若其實施強暴脅迫之對象，係對群眾或不特定人為之，而已造成公眾或他人之危害、恐懼不安致妨害社會秩序之安定，自屬該當。惟如僅對於特定人或物為之，基於本罪所著重者係在公共秩序、公眾安全法益之保護，自應以合其立法目的而為解釋，必其憑藉群眾形成的暴力威脅情緒或氛圍所營造之攻擊狀態，已有可能因被煽起之集體情緒失控及所生之加乘效果，而波及蔓延至周邊不特定、多數、

隨機之人或物，以致此外溢作用產生危害於公眾安寧、社會安全，而使公眾或不特定之他人產生危害、恐懼不安之感受，始應認符合本罪所規範之立法意旨。如未有上述因外溢作用造成在該場合之公眾或他人，產生危害、恐懼不安，而有遭波及之可能者，即不該當本罪之構成要件。至犯本罪所實施之強暴脅迫，而有侵害其他法益並犯他罪者，自應視其情節不同，分別依刑法第50條之規定以實質數罪併合處罰，或依競合關係論處之。

三、惟查：

- (一) 原判決就檢察官起訴據以認定被告3人被訴涉犯刑法第150條聚眾騷亂罪嫌部分，固已說明：刑法第150條公然聚眾施強暴脅迫罪之成立，以行為人為構成要件行為時，具有對於構成要件之認識為必要，則除行為人須有在公共場所或公眾得出入之場所聚集三人以上施強暴脅迫之行為外，於聚集時即須對將實施強暴脅迫有所認識，方足構成本罪。如行為人原非為實施強暴脅迫之目的而同在一處，本無將實施強暴脅迫行為之認識，僅因偶然、突發原因，而引發三人以上同時在場實施強暴脅迫行為，即與刑法第150條第1項之罪之構成要件不符。且依被告3人分別於警詢、偵訊及原審所為之供述，均稱本案是臨時發生之行車糾紛，糾紛發生前被告3人即已在同一臺車上等語。是其等於案發前即已共乘一車，要去吃飯、找朋友，路程中因偶然與被害人陳則言發生行車糾紛，才肇生本案，並非其等原先即係為實施強暴、脅迫行為而聚集（見原判決第4頁第21至29行、第5頁第22至27行）。因認無由成立第一審判決所論處之刑法第150條第1項後段、第2項第1款攜帶兇器在公共場所聚集三人以上下手實施強暴罪。乃就被告3人此部分犯罪，改判諭知無罪（其中陳奕安部分係不另為無罪之諭知）。然刑法第150條聚眾施強暴脅迫罪，其聚眾犯意之形成，揆諸前揭說明，本非必須起於聚集之初為限，原判決未能細繹理解該條修正之立法規範目的，正確詮釋其適用之範圍，而認本件須於聚集時即對將實施強暴脅迫有所認識方足構成本罪，自有適用法則不當之違法。
- (二) 稽之卷內資料，被告3人及共同被告黃昱軒分別供陳其等下車分持棍棒或徒手毆打被害人1人，嗣見警察前來隨即

上車逃離現場；被害人亦陳稱其騎機車行經新北市○○區○○路0段000號前，遭被告3 人及黃昱軒駕車攔下後，就跑到巷子內，旋即被其等分持棍棒毆打受傷，後因警察過來查案，對方看到警察來就都跑掉；證人即當時在場之員警狄育苗亦於偵訊時證稱：當時伊到場看到好幾個人在追一個人，要攔查並沒有攔查到，對方就很快上車而全都跑掉了等語。其等所述若均無訛，被告3 人當時在現場雖對特定之被害人施強暴之行為，然客觀上已否造成在該場合之公眾或他人，產生危害、恐懼不安之影響？未見原判決予以釐清。而檢察官於起訴書已記載提出現場監視器翻拍影像光碟1片、擷圖照片6張及Google街景圖1 份（見起訴書證據並所犯法條欄一、證據清單編號7 ），並指明待證事實：證明被告等人如犯罪事實欄所載犯行。此既屬檢察官所具體提出已存於卷內之證據資料，且有調查之可能，法院自得依刑事訴訟法第165條之1之規定顯示該監視器紀錄內容而予調查，或依刑事訴訟法第273條第1項第5 款之規定，曉諭檢察官為必要之證據調查方法聲請，再依據卷內查得之各項直接、間接證據資料，查究明白當時現場狀況是否因被告3 人對被害人施以強暴之追打結果，已達因外溢作用而對於周遭公眾安寧、社會安全造成恐懼不安之危害情狀。原判決未為必要之調查，復未為完足之說明，逕認與刑法第150條第1項之妨害秩序罪之構成要件不符，而撤銷第一審判決並改判此部分無罪，亦非無證據調查未盡及理由不備之違法。

四、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，原判決上述違背法令情形，攸關本件犯罪事實是否成立之認定，應認原判決有撤銷發回更審之原因。至原判決認陳奕安所犯強制罪部分，基於審判不可分原則，併予發回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 5 月 19 日

刑事第二庭審判長	法官	林	勤	純
	法官	王	梅	英
	法官	李	欽	任
	法官	吳	秋	宏
	法官	莊	松	泉

本件正本證明與原本無異

書記官
中 華 民 國 111 年 5 月 23 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第11號、第12號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 04 日

裁判案由：違反兒童及少年性剝削防制條例等罪

最高法院刑事判決

111年度台上字第11號

111年度台上字第12號

上訴人 柯有駿

選任辯護人 王捷拓律師

蘇文斌律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國110 年8月19日第二審判決（110年度上訴字第583、584號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署109 年度少連偵字第90號，109 年度偵字第5819、5944、6594號；追加起訴案號：同署109 年度偵字第9736號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原判決撤銷第一審關於上訴人柯有駿犯如原判決附表（下稱附表）編號1 至5、7至10所示各罪部分之不當判決，改判從一重論處上訴人犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之如附表編號1、3、7所示以脅迫，編號2、8所示以強暴、脅迫等方法，使少年被拍攝猥褻行為之性影像共5 罪刑（均尚想像競合犯成年人故意對少年犯剝奪他人行動自由罪），及論處上訴人犯如附表編號4 、5、9、10所示共同剝奪他人行動自由4罪刑，並定應執行有期徒刑9年，暨諭知相關沒收。已依卷內證據資料及調查證據之結果，載敘所憑之證據及憑以認定之得心證理由。上訴人對原判決之上開罪刑不服，提起上訴。

- 三、原判決已說明上訴人為民國87年出生，行為時已為成年人，而被害人丁○（91年5月生）、甲○（91年6月生）、丙○（91年3月生）、乙○（91年1月生）於各該案發時均為17歲之少年，有丁○、甲○、丙○、乙○之警詢筆錄在卷可參（上開4少年之人別資料均詳卷，合稱被害少年），且上訴人就知悉被害少年於案發時皆為未滿18歲之少年，均不爭執（見原審卷第437至439、445頁），足認上訴人於本案行為時，主觀上已知悉被害少年均為未滿18歲之少年等旨。所為論斷，核與卷證資料相符，自屬原審法院採證認事職權之適法行使，並無上訴意旨所指證據調查職責未盡或判決理由欠備、矛盾之違法。
- 四、兒童及少年性剝削防制條例第1條開宗明義規定：「為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展，特制定本條例。」依其立法說明，是立基於保護兒童及少年免於遭致性剝削之普世價值，而依據聯合國兒童權利公約第34條及兒童權利公約之精神，將侵犯兒童或少年而與其身心健全發展有關之任何性活動，均列為係對兒童及少年之「性剝削」，以防杜拍攝、製造兒童、少年為性交或猥褻行為之性影像，而侵害兒童、少年身心健全發展之基本人權，也就是以立法明文方式，揭示不容許兒童、少年放棄或處分其上述基本人權，以免因任何非法之性活動而遭致性剝削之旨。司法院釋字第623號解釋理由書揭示「兒童及少年之心智發展未臻成熟。……『性剝削』之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒童及少年『免於從事任何非法之性活動』，乃普世價值之基本人權。」亦說明「性剝削」含有在不對等權力地位關係下之壓榨意涵，確立「性剝削」之概念較「性交易」為廣，兒童、少年必須被視為應維護及保障的權利主體，任何對於兒童、少年以身體或性自主意識來滿足剝削者權力慾望之性活動，皆屬於對兒童、少年之性剝削。而刑事法上所稱之「猥褻」，屬評價性之不確定法律概念，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（司法院釋字第407、617號解釋意旨參照）。又依103年6月4

日制定公布、同年11月20日生效施行之兒童權利公約施行法第2條規定，兒童權利公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。故前揭兒童權利公約有規定者，屬刑事法律關涉保護兒童及少年身心健全發展相關事項之特別規定，而應優先適用。又兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項至第3項所列之罪，依其文義及體系解釋，乃依行為人對被害人施加手段之強弱，以及被害人自主意願之法益侵害高低程度之不同，而予以罪責相稱之不同法定刑，並於同條例第43條第1項及第2項規定減輕或免除其刑之適當調節機制以資衡平，為層級化規範，使規範密度周全，以達保障兒童及少年權益之立法目的，並符罪刑相當原則、比例原則之憲法要求。是法院於具體個案審查是否屬使兒童或少年被拍攝「猥褻行為」之性影像時，自應本諸上揭保障及促進兒童、少年權利及保護兒童、少年身心健全發展之立法目的，以行為人所為，是否為資源掌握者基於不對等權力地位壓榨下，與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為，作為性剝削之判斷標準，而不侷限於行為人主觀上有滿足自己性（色）慾之意念，而在客觀上施行足以誘起他人性（色）慾之舉動或行為者為限。上揭相同之法律用語（猥褻行為），因兒童及少年性剝削防制條例與刑法各自規範目的不同，為符合前者乃為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展之立法本旨與價值取向，自應依循上述差異性之理解脈絡，而為犯罪概念個別化不同解釋內涵，即學理所稱之「法律概念相對性」，以調和使整體法律規範之適用結果，符合法秩序整體一致性及法價值體系間之和諧，俾利實現兒童及少年性剝削防制條例之核心規範保護目的，兼維護刑法之安定性。

- 五、依卷內資料，上訴人為達逼迫清償賭債之目的，以強暴或脅迫方式逼令前揭被害少年脫光衣褲全身赤裸站立或下跪、跳舞，供其持用手機拍攝裸露性器官、陰毛之數位圖檔電子訊號，因其拍攝上開內容含有裸露性器官、陰毛之身體隱私部位性影像之行為，與性相關且客觀上足以引起性慾或羞恥，從上訴人行為之表徵性、外顯性判斷，已該當兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項所規定使少年被拍攝猥褻行為之性影像罪之構成要件。上訴意旨猶執陳詞，援引與本案基礎

事實不同之本院其他案件之裁判情形，爭執其上開所為，主觀上絲毫未有刺激、滿足自己或同案被告性慾之目的，客觀上亦未見上述被害少年有依其或同案被告要求或指示，做出足以誘起他人性慾之情色行為等言，而指摘原判決從一重論處其成立兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪責，有適用法則不當之違法云云，顯係就兒童及少年性剝削防制條例與刑法關於「猥褻行為」概念，因各自之法規範目的及保護法益未全一致，因而解釋上詞同意異，並未詳予釐清而逕為錯誤解讀，仍就原判決已說明論駁之事項，徒以自己之說法，就相同證據為不同評價，重為爭執，自非上訴第三審之適法理由。

- 六、刑之量定及酌定應執行之刑期，均屬事實審法院得依職權裁量範疇。又同案被告之共同正犯，參與情節不同，亦無從比附援引指摘量刑不當。原判決已敘明是以上訴人之責任為基礎，審酌其僅因被害人積欠賭債或債務，未獲清償，竟非法剝奪被害人之行動自由，期間或加以毆打、凌虐，甚至以強暴及脅迫或以脅迫等方法使前揭被害少年脫光衣褲全身赤裸站立、下跪或跳舞，而被拍攝猥褻行為之性影像，及強制成年被害人戊○○、庚○○、己○○脫光衣褲供拍攝裸體之性影像，對人身自由及隱私侵害甚鉅，且其此等暴力討債行為，已對社會秩序造成重大不良影響，並與法治社會禁止個人任意動用私刑之觀念相牴觸，應予嚴懲。參以上訴人在本案擔任主導角色，恣意率眾對被害人為上揭犯行，偏差行徑囂張跋扈，顯然欠缺法治觀念，難認僅因一時思慮未周而犯下本案。惟念上訴人均坦承所為客觀犯行，犯後態度尚佳，已與被害人皆達成民事和解，有各該和解協議書及撤回告訴狀在卷為憑。兼衡上訴人之刑法第57條所列各款事項，而分別量刑及定應執行刑等旨，既未逾越法定刑度及刑法第51條第5款規定範圍，且無違不利益變更禁止原則，屬其刑罰裁量職權之適法行使，並未違背公平正義、比例及罪刑相當原則，亦不得指為違法。
- 七、綜合前述及其他上訴意旨，均係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，對於原審採證認事及刑罰裁量之職權適法行使，徒憑自己之說詞，任意爭執，或非依據卷內資料漫為指摘，或就不影響判決結果之枝節

事項，執為指摘，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 5 月 4 日
刑事第九庭審判長法官 蔡 彩 貞
法官 鄧 振 球
法官 周 盈 文
法官 蔡 廣 昇
法官 梁 宏 哲

本件正本證明與原本無異

書記官
中 華 民 國 111 年 5 月 11 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 1345 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 26 日

裁判案由：加重強盜

最高法院刑事判決

111年度台上字第1345號

上訴人 倪茗澤

選任辯護人 余昇峯律師（嗣解除委任）

上列上訴人因加重強盜案件，不服臺灣高等法院中華民國110年1月18日第二審判決（110年度上訴字第1637號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署108年度偵字第17410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，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人倪茗澤有如其事實欄所載，於民國108年11月20日凌晨4時16分許，在臺北市○○區○○路000巷000號附近，攜帶兇器電擊棒威嚇、脅迫左永剛（原判決誤載為左勇剛）至使不能抗拒，而強盜左永剛所有現金新臺幣（下同）8萬2,000元之犯行，因而維持第一審論上訴人以攜帶兇器強盜罪，處有期徒刑 7年10月，並諭知扣案電擊棒 1支及犯罪所得現金6萬2,000元均沒收，暨未扣案犯罪所得 2萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額之判決，而駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於上訴人所辯為何不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。
- 二、上訴人上訴意旨略以：(1)、負責調查本件強盜案之臺北市政府警察局北投分局（下稱北投警分局）偵查佐施信佑，於案

發當日在臺北市北投區中和街 446巷內，持槍盤查並逮捕伊之後，在未經向法院聲請核發搜索票之情況下，逕行搜索伊所騎乘之000-0000號機車座墊下置物箱，並查扣與本案無關之電擊棒1支、現金6萬2,000元、中國信託匯款單據2紙、手套及安全帽等物，顯係違法之搜索扣押；再伊於警方逮捕當時處於喪失自由意志之情況下，始終未曾同意警方對伊上開車輛及置放其內之物品為搜索、勘察及採證，故上開扣案物品均係警方非法搜索、扣押所取得之證據，而不具有證據能力，依法不得資為本件認定事實之憑據。乃原審未詳查釐清上情，遽認上開扣案物品均非警方違法搜索及扣押所取得之證據，復予以調查並採為認定伊犯罪之證據，要屬不當。(2)、伊向原審聲請將扣案 2,000元金額之鈔票，送法務部調查局或內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）鑑定其上是否遺存告訴人左永剛之指紋，以釐清扣案鈔票是否確係左永剛遭強盜之贓款。然原審徒以公務電話詢問法務部調查局某陳姓調查官答覆略稱：礙於鈔票材質及印刷之特性，難以採得清晰之指紋加以鑑定云云，遽依此項不具有證據能力之審判外傳聞陳述，認為並無依伊上開聲請為調查之實益與必要，而不予調查，非無可議。況依刑事警察局指紋鑑識人員所發表「實驗室潛伏指紋採證新方法：真空金屬鍍膜術介紹」之期刊論文提及：依刑事警察局之設備與技術，在鈔票上採集指紋鑑驗，並非技術上不可能等旨，為究明上揭疑義以發現真實，自有囑託刑事警察局在本件扣案鈔票上採集指紋實施鑑定之必要。惟原審遽認伊聲請為上述指紋之採集暨鑑定，並無調查必要性，而不予調查，殊嫌率斷。(3)、本件警方在伊所騎乘機車上扣得之現金，係伊平日蒐集而來之不同金額鈔票，且伊能夠背誦出其中數張鈔票之特殊號碼分別為「576、456、333」，故請求勘驗扣案鈔票之號碼加以比對，以證明伊所辯非虛。但原審卻以無從排除伊係於案發後檢視並記憶強盜所得部分鈔票之號碼為由，遽認縱伊能夠指出扣案部分鈔票之號碼，亦不足據以為有利於伊之認定，同認無調查之必要而不予調查，亦屬失當云云。

三、惟查：

(一)、搜索，除以人身為標的（即以發現應受拘提或逮捕之被告、犯罪嫌疑人所在為目的）之對人搜索外，以物品為標的之對

物搜索，係指為發現應扣押之可為證據或得沒收之物為目的，而搜查檢索被告、犯罪嫌疑人或第三人之身體、物件、住宅或其他處所之強制處分。扣押，則係為取得物之占有而對其所有人、持有人或保管人所為之強制處分（至刑事訴訟法第 143 條所規定被告、犯罪嫌疑人或第三人遺留在犯罪現場之物，或所有人、持有人或保管人任意提出或交付之物，經留存者，雖準用物品扣押後處置之相關規定，然非屬強制扣押範疇）。扣押通常雖係緊隨於搜索之後而來，然亦有獨立於搜索程序外之扣押，其型態若從用途或目的觀察，可分為保全證據之扣押與保全沒收或追徵之扣押；若從手段或方式觀察，則可分為附隨於搜索之扣押與非附隨於搜索之單獨或獨立扣押。關於非附隨於搜索之單獨或獨立扣押，觀諸刑事訴訟法第 133 條之 1 第 1 項規定非附隨於搜索之單純證據保全扣押、經受扣押標的權利人同意之扣押，以及同法第 133 條之 2 第 3 項規定有相當理由認為情況急迫而有立即扣押必要所為之逕行扣押（下或從學理名為「緊急扣押」稱之）等情形即明。是搜索與扣押，本為二種性質不同之強制處分，其所干預之人民基本權亦不盡相同（搜索涉及人身自由、住居隱私及財產等權利；扣押則僅涉及財產權利），並各有其適法性之判斷準據。茲對於可為證據或得沒收之物，苟係依上述刑事訴訟法第 133 條之 2 規定所為非附隨於搜索之緊急扣押，即有其執行之法律依據，而難謂係非法扣押。再上述因緊急扣押而取得之證據，既非經搜索查獲，則其有無證據能力之判斷，即與搜索違法與否無關，更與被告或犯罪嫌疑人是否先經依法逮捕，而得依同法第 130 條關於司法警察（官）逮捕被告或犯罪嫌疑人時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所（下或稱逮捕時附帶逕行搜索）之規定不相干涉。至倘係經無令狀搜索而發現並扣押之證據，因屬附隨於搜索之扣押，其扣押合法與否暨所取得之證據有無證據能力，取決於搜索之適法性。苟搜索程序不合法，則附隨在後所扣押之證據，應依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定以資權衡論斷其證據能力之有無；但若搜索係依法律規定之程序而為，並據此扣押可為證據或得沒收之物，自不得謂該等查扣物品係違法搜索扣押之證據而無證據能力。

- (1)、卷查上訴人在原審之辯論意旨，主要係謂警方未持搜索票，逕行直接非法查扣其所有之電擊棒 1支、現鈔贓款6萬2,000元及中國信託匯款單據 2紙等物云云；復次另主張：持有兇器或贓物之準現行犯，須與犯罪時空具有緊密關係始克當之，而警方係在本件強盜案發後約 8個小時，始在非案發地點盤查上訴人，並恰巧發現上開疑似本件強盜作案用之電擊棒及現鈔贓款而加以逮捕，然由於警方在上述情境下，並無從認為上訴人係準現行犯，而不得依準現行犯之規定實施逮捕，自無從進而依同法第 130條關於逮捕時附帶逕行搜索之規定，搜索上訴人及其所使用之交通工具並查扣上揭物品，故上揭物品係警方違法搜索扣押之證據而無證據能力等旨（見原審卷第116至120頁）。惟揆諸卷內資料，北投警分局偵查佐施信佑於案發當日調查本件強盜案，依證人即告訴人左永剛之指述情節，以及路口監視器攝錄本案相關影像等事證，得悉犯罪嫌疑人於作案時係以000-0000號機車代步並持電擊棒犯案，且曾於案發前夕從登記在上訴人名下之 000-000號機車座墊下置物箱拿取外套，因認上訴人犯罪嫌疑重大。施信佑嗣於案發當日根據地緣關係蒐證時，恰巧在臺北市北投區中和街000巷內偶遇上訴人及其所騎乘之上開 000-0000號機車，且該機車座墊適呈掀起之狀態，經徵得上訴人同意後檢視置物箱內物品，發現可為證據之疑似本件強盜作案用電擊棒及所得現鈔贓款（另認為上訴人為準現行犯並加以逮捕且為附帶逕行搜索，而查扣中國信託匯款單據部分，詳下述），因事出突然，有相當理由認為情況急迫，而有立即扣押以免遭湮滅之必要，乃逕為緊急扣押以保全證據，且依刑事訴訟法第133條之2第3項及第4項關於非附隨於搜索而緊急扣押後並陳報審查之規定，報告該管臺灣士林地方檢察署檢察官陳報臺灣士林地方法院准予備查，有臺灣士林地方檢察署108年11月22日士檢家玉 108偵17410字第0000000000號函，及臺灣士林地方法院 108年11月28日士院彩刑聖108急扣7字第0000000000號函各 1份在卷可稽（見108年度偵字第17410號卷第223至225頁及317頁），則警方未經搜索而逕行緊急扣押上揭電擊棒及現鈔贓款之蒐證作為，依上揭規定及說明，尚非於法無據。上訴人上訴意旨指摘警方非法扣押上揭電擊棒及現鈔贓款云云，依上述說明，顯非依據卷內訴訟資料

執為指摘之適法第三審上訴理由。又依卷附上訴人於 108 年 11 月 20 日案發當天警詢，以及翌（21）日由臺灣士林地方法院為羈押訊問時供陳略以：（警方偵辦本件強盜案，於案發當天下午 2 時 15 分許，在臺北市北投區中和街 446 巷內，經上訴人同意檢視隨身攜行物品及所駕駛 000-0000 號機車置物箱內物品，是否屬實？）屬實，伊機車座墊原即係打開的，警察說要看，伊有讓他看，但伊不是真心同意讓他看等語（俱見臺灣士林地方法檢察署 108 年度偵字第 17410 號卷第 14 頁及臺灣士林地方法院 108 年度聲羈字第 238 號卷第 37、41 頁），核與證人即偵查佐施信佑於原審作證時證稱：伊在臺北市北投區中和街 446 巷內偶遇上訴人，經上訴人同意讓伊檢視其機車座墊下置物箱內物品，旋即發現本件強盜作案所使用之電擊棒及現鈔贓款等語相符。上訴人雖謂其並非真心同意讓警察檢視機車置物箱內物品云云，然此為其未顯露於外之內心態度問題，尚難謂其意志自由已遭警方非法或不當壓抑，而無上訴人上訴意旨所指其受警方壓迫簽立勘察採證同意書之情形，其執此任意指摘原判決採用警方以其所指控之上開非法取得之證物作為本案判斷依據云云，亦屬誤解，同非第三審上訴之適法理由。

- (2)、犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯；因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者，以現行犯論；而現行犯，不問何人得逕行逮捕之；又司法警察（官）逮捕犯罪嫌疑人時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所，刑事訴訟法第 88 條第 1 項、第 2 項、第 3 項第 2 款及第 130 條分別規定甚明。對照上揭現行犯與準現行犯規定之差異，可知準現行犯並不以「犯罪在實施中或實施後」被「即時發覺」為要件，故發覺持有與犯罪有關器物或曝露犯罪痕跡而顯可疑為犯罪人之情事者，其相距犯罪時空之久暫或遠近，並非準現行犯之判斷準據。本件依偵查佐施信佑所證述前揭於初步蒐證認為上訴人涉犯本件強盜案嫌疑重大，嗣復偶然發覺上訴人持有疑似本件強盜作案用電擊棒及所得現鈔贓款之過程與情境，認為上訴人顯可疑為本件犯罪之人而為準現行犯。除上開電擊棒及現鈔贓款經依法緊急扣押，業如前述外，並依上揭逮捕準現行犯並附帶逕行

搜索之規定，逮捕上訴人且附帶逕行搜索上訴人當時所使用停放在旁之000-0000號機車置物箱，而查扣前揭中國信託匯款單據 2紙等物（按上開匯款單據，係施信佑於搜索扣押當時尚未明確知悉與本件強盜案具體關聯性之證據，原判決綜合其他相關證據，用以證明並認定上訴人在案發前遭催討債務，需款孔急，於案發後約1個半小時，即案發當日清晨5時50分及同時點53分，操作自動櫃員機將其強盜所得現鈔贓款2,000元鈔票5張、1,000元鈔票1張、500元鈔票14張及100元鈔票20張，合計現金 2萬元存入其債主所指定金融帳戶以償還債務之間接事實）。警方嗣復據而在搜索、扣押筆錄空白例稿勾選依刑事訴訟法第130 條關於逮捕犯罪嫌疑人時得附帶逕行搜索之選項（按該搜索扣押筆錄「執行之依據」欄位闕漏於105年6月22日增訂公布且於同年7月1日生效施行刑事訴訟法第133條之2關於緊急扣押規定之選項，然關於查扣上揭電擊棒及現鈔贓款之程序，警方已另依同條第 4項關於緊急扣押事後審查之規定，報告該管檢察官陳報其所對應之法院審核而准予備查），尚無違誤，而無上訴人上訴意旨所指摘警方非法逮捕並搜索扣押之情形。從而，警方緊急扣押上揭電擊棒與現鈔贓款，且於逮捕上訴人後附帶逕行搜索查扣上揭中國信託匯款單據，於法難謂不合。原判決論斷扣案電擊棒、現鈔贓款及中國信託匯款單據等物，並非警方違法所取得而無不得作為證據之情形，皆有卷存訴訟資料可資察考，縱認其理由說明稍嫌疏略，然容屬顯然於判決結果無影響之微瑕。上訴人上訴意旨執以指摘原判決不當，依前揭說明，自非適法之第三審上訴理由。

- (二)、原判決綜合調查證據所得及全案辯論意旨，認定上訴人有本件被訴攜帶兇器強盜之犯行，已詳敘其憑據及理由，對於上訴人所為之相關辯解，為何均係卸責情詞而不足以採信，亦依卷證資料逐一剖析指駁說明理由綦詳（見原判決第8頁第16 行至第29頁第16行），核其論斷，尚無違經驗及論理法則。又審判期日應調查之證據，係指與待證事實具有重要關係，在客觀上確為法院認定事實適用法律基礎而有調查必要性者而言，若事實已臻明瞭，或所欲證明之事項僅係無礙主要事實認定之枝節性問題者，均屬欠缺調查之必要性，法院未依聲請為無益之調查，自無違法可言。再刑事訴訟所謂之嚴

格證明法則，係指須依法律所規定之嚴格方式提出證據之訴訟證明方式與過程，其內涵包括法定證據形式（證據方法與證據能力），以及法定證據調查程序（直接、言詞及原則公開審理）此二項雙重限制條件，其適用對象，主要係指涉及犯罪責任及國家刑罰權存否之實體事項。除此以外，對於無關犯罪成立之量刑情狀，以及訴訟程序上諸如：證據與待證事實之關聯性、證據有無證據能力，或證據調查之可能性與必要性等事項，法院為獲得相關訴訟資料所使用之證據方法，則擁有較廣泛之選擇或裁量自由，暨較寬鬆之證據調查程序及證明程度要求，而從自由證明法則即可，並不受嚴格證明法則之拘束。又傳聞法則原則上排斥「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述」之證據能力，限制法院不得依憑無證據能力之傳聞證據認定犯罪事實，係屬刑事訴訟嚴格證明法則中對於證據形式要求之範疇。關於證據調查可能性與必要性等僅涉及訴訟程序事項之審認，既與罪責刑罰之實體無涉，自可透過得合理探知之證據方法及調查證明方式為之即可，並不受嚴格證明法則中傳聞法則之限制。關於上訴人聲請將扣案 2,000 元金額鈔票送請相關專業機關鑑定其上遺存指紋一節，原審就指紋採集暨鑑定事宜，透過公務電話詢問法務部調查局負責指紋鑑識業務之某陳姓調查官答覆略稱：鈔票材質及印刷具有不平整之紋路特性，縱能在其上發現疑似指紋遺留痕跡，但根據鑑識經驗，或係鈔票印刷之紋路，或多條紋線中斷而欠缺個體特徵之指紋，而難以採得清晰之指紋加以鑑定等語，因認姑不論指紋僅具有短期存續之特性，縱可採得疑似之潛伏指紋，亦屬殘缺不全之鑑驗標的，而難以為完整精確之鑑定；至上訴人另聲請勘驗扣案鈔票之號碼，則與本案事實之認定並無重要關係，且本件事證已臻明確，而就上訴人在原審所為包括如其前揭上訴意旨所示之證據調查聲請，何以均無調查之必要而不予調查，業於理由內論敘說明甚詳（見原判決第 29 頁第 21 行至第 30 頁第 26 行），其論斷於法尚無不合。上訴人上訴意旨徒執己見，任意指摘原判決證據調查未盡云云，依前開說明，亦非第三審上訴之合法理由。

四、綜上，本件上訴人上訴意旨並非依據卷內資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒就原審採證認事職權

之適法行使，以及原判決已詳細論斷說明之事項，漫為爭辯並任意為空泛之指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆諸首揭規定及說明，其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 111 年 5 月 26 日

刑事第一庭審判長法官 郭 毓 洲

法官 林 英 志

法官 林 靜 芬

法官 何 信 慶

法官 蔡 憲 德

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 5 月 27 日

111年度台上字第1419號為依法不得公開之案件

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 1799 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 04 月 28 日

裁判案由：加重詐欺等罪

最高法院刑事判決

111年度台上字第1799號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官呂光華

上訴人

(被告) 林坤建

上訴人

(被告) 林建銘

被告 張家瑋

上列上訴人等因被告加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國110年11月30日第二審判決（109年度上訴字第4109號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署106年度少連偵字第2、169號，106年度偵字第20628、28851號，107年度偵緝字第396、784 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於張家瑋部分之宣告刑及緩刑（含所附負擔）均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回（即張家瑋）部分：

- 一、本件原判決認定被告張家瑋有如其事實欄一之(三)即如其附表一編號34至37、42至45、47、48、55至64及87至89所示三人以上共同詐欺取財（下稱加重詐欺取財）共23次犯行，因而撤銷第一審關於張家瑋如其附表一編號42、45、64及89所示4 罪及定應執行刑部分之科刑判決，改判仍論處張家瑋加重詐欺取財共4 罪刑；暨維持第一審判決關於張家瑋所犯如其附表一編號34至37、43、44、47、48、55至63、87、88所示分別論處加重詐欺取財共19罪刑之判決，而駁回張家瑋就上開19罪部分在第二審之上訴，及諭知張家瑋上開撤銷改判及上訴駁回部分共23罪，每罪均緩刑3 年，並應履行如其附表三所示調解筆錄之內容。以上原判決關於宣告張家瑋如上所述共23罪之宣告刑及諭知緩刑部分，固非無見。
- 二、按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，修正後刑事訴訟法第348條第3項定有明文。本件檢察官不服原

判決關於張家瑋部分而提起上訴，明示僅就原判決關於張家瑋「緩刑」部分為之，有卷附檢察官上訴書可稽（見本院卷第83頁）。惟緩刑僅具有暫緩執行宣告刑之效力，性質上係屬刑之執行事項，雖非刑罰本身，但緩刑必須依附於主刑（即有期徒刑、拘役或罰金而言），始具有其意義，二者間具有不可分離之依存關係，故在訴訟上應合一審判，不能割裂處理。是檢察官雖僅就原判決關於張家瑋「緩刑」部分提起上訴，依同條第2項規定，其有關係之「主刑」部分，視為亦已上訴。則本件關於張家瑋部分之上訴範圍，僅及於如原判決附表一編號34至37、42至45、47、48、55至64及87至89「原判決主文」欄及「本院判決主文」欄所示共23罪之宣告刑暨其主文欄第6項宣告緩刑（含所附負擔）部分。至於原判決認定張家瑋有如其事實欄一之(三)及如其附表一編號34至37、42至45、47、48、55至64及87至89所示共23罪之犯罪事實；暨上揭各該編號「原判決主文」欄及「本院判決主文」欄所示之罪名部分，既未經檢察官表明上訴，均不在本院之審判範圍，合先敘明。

- 三、按緩刑目的旨在對於初犯、偶發犯、過失犯及輕微犯罪者，於一定期間內，暫緩（猶豫）其刑之執行，以促使被告改過自新，並避免被告因入監執行短期自由刑而沾染獄中惡習之流弊。故現行刑法第74條第1項規定，未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，或前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，而受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告者，始符合緩刑之要件。本條所謂「受2年以下有期徒刑之宣告」，被告於本案如係犯單純一罪、實質上或裁判上一罪者，固係指所宣告或處斷上一罪之宣告刑而言；然本案如係數罪併罰，則係指依各罪宣告刑所定之執行刑。換言之，被告於本案犯數罪併罰之案件，除各罪之宣告刑均未逾越有期徒刑2年以外，必須數罪併罰所定之執行刑亦未超過2年，始得宣告緩刑。若非如此解釋，則法文對於短期自由刑之限制，恐將淪於虛設，而有悖於緩刑制度之立法意旨。舊例固曾有：「緩刑以宣告刑為標準，而非以執行刑為標準。故同時宣告數個4等有期徒刑以下之刑，亦得緩刑」（大理院統字第334號解釋）；「若數罪之刑均在2年以下，其一罪經

宣告緩刑者，該緩刑之宣告如撤銷時，自應依刑法第72條定其應執行之刑」(司法院院字第781 號解釋)等見解，與本條之立法目的未合，為本院所不採。故數罪併罰案件，法院依刑法第51條之規定，於同一判決內分別宣告其罪之刑，縱未定其應執行之刑，檢察官因仍得依刑事訴訟法第477條第1項規定，聲請法院裁定之，固不能認為違法。然法院如同時為被告緩刑之宣告者，仍應依法先定其應執行之刑，必以其各罪之宣告刑及執行刑均在有期徒刑2 年以下，其緩刑之宣告始為適法。本件原判決撤銷改判及維持第一審論處張家瑋加重詐欺取財共23罪刑，其各罪之宣告刑雖均在有期徒刑 2 年以下（有期徒刑10月至有期徒刑1年2月之間），惟並未依法定其應執行刑，尚無法反映張家瑋本件整體犯罪情節、不法程度及其罪責之輕重，遽行宣告張家瑋上開撤銷改判及上訴駁回部分共23罪，每罪均緩刑3 年，並應履行如其附表三所示調解筆錄之內容，依上述說明，尚有未洽，難謂無判決適用法則不當之違法。檢察官上訴意旨執此指摘原判決上開部分不當，為有理由。原判決上揭緩刑宣告，既屬違法而有撤銷原因，且定應執行刑復係以各罪之宣告刑為其基礎，自應由本院將原判決關於張家瑋部分之宣告刑及緩刑（含所附負擔）均予撤銷，發回原審更為適法之判決。

貳、上訴駁回（即林坤建、林建銘）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，認定上訴人林坤建有其事實欄一之(四)即其附表二編號1 至94所載加重詐欺取財共94次犯行；暨上訴人林建銘有其事實欄一之(五)即其附表二編號16至26、29所載加重詐欺取財共12次犯行，因而撤銷第一審關於林坤建、林建銘及其等定應執行刑部分之科刑判決，改判仍均論以加重詐欺取財罪（林坤建共94罪，其中如原判決附表二編號10所示部分為加重詐欺取財未遂罪，另林建銘計12罪）

，分別量處如原判決附表二編號1 至94及同附表編號16至26、29「本院判決主文欄」所示之刑，暨諭知相關之沒收及追徵，已詳敘其所憑證據及認定之理由。對於其等所辯何以均不足以採信，亦在理由內逐一詳加指駁及說明，俱有卷存證據資料可資覆按；從形式上觀察，原判決關於林坤建、林建銘部分並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、林坤建、林建銘上訴意旨：

(一)林坤建上訴意旨略以：伊並未指示蔣定裕、林建銘、陳江濱、葉又翔等「車手」提領如原判決附表二編號1至6、11至22、29至32、35至61、63至66、68至94所示之贓款，蔣定裕等人實係依綽號「發哥」者（下稱「發哥」）之指揮提領後交付贓款予「發哥」本人，與伊無關。又伊並未借用蔣定裕名下之中國信託商業銀行股份有限公司帳戶（下稱中信銀行帳戶）存摺，其帳戶內之贓款，亦係蔣定裕所自行提領。另林建銘供述其僅依林坤建之指示提款2次，每次各新臺幣（下同）3萬元，合計僅6萬元，並非18萬元，原判決未予詳查，認定林建銘依伊之指示共提領18萬元，殊有未合。以上各節，伊於原審聲請傳喚陳江濱到庭調查釐清，原審未予傳喚，自屬可議云云。

(二)林建銘上訴意旨略以：伊為酒店幹部，前往臺北市○○區○○路000 號12樓詐欺集團工作場所（即原判決所稱之12樓套房）目的係在收取林坤建消費之「酒單」費用，並非擔任「車手」提領贓款，此業經張家瑋於第一審證述在卷可按。原判決不予採信，已有未洽。且伊主觀上亦不知所提領之款項係詐欺集團詐騙被害人之贓款，原判決就此亦未說明其憑以認定之理由，遽為不利於伊之認定，並有違誤云云。

三、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適法之第三審上訴理由。(一)原判決綜合證人即原審同案被告張家瑋、林坤建證詞，及林建銘各該次提款之自動提款機監視錄影畫面，暨其他卷內相關證據，資以認定林建銘主觀上明知其所提領之款項係詐欺集團向被害人詐騙所得，仍依林坤建指示而提領如原判決附表二編號16至26、29所示之贓款共12次，金額合計達18萬元之犯行明確。對於林建銘否認犯行，辯稱：伊僅持林坤建交付之提款卡與密碼提款2次共6萬元，

目的在清償林坤建積欠酒店之消費款項，並非擔任「車手」提領贓款，主觀上亦不知所提領之款項係他人受詐欺集團詐騙而匯入之贓款云云。及張家瑋於第一審翻異前詞，改稱：不知林建銘有無提領贓款云云，認不可採，或不足為林建銘有利之認定，已分別在判決內詳予指駁，並說明其證據取捨及判斷之理由。(二)林建銘、蔣定裕及陳江濱提領如原判決附表二編號1至6、11至22、29至32、35至61、63至66、68至94所示贓款之行為，如何均係依林坤建之指示為之；其中如原判決附表二編號1至6所示被害人匯入蔣定裕及呂欣蓉中信銀行帳戶，復係由林坤建透過蔣定裕取得等情，原判決業依憑林建銘、蔣定裕、陳江濱等人之證詞及卷內相關證據，詳敘其整體調查、取捨證據之結果及憑以認定之心證理由。且對於林坤建否認指示蔣定裕、林建銘、陳江濱等「車手」提領如上所述贓款，或曾借用蔣定裕名下之中信銀行帳戶等犯行，辯稱：蔣定裕等人係受「發哥」指揮提款；蔣定裕帳戶內之贓款，亦係其自行提領；及林建銘僅提款2次，每次各3萬元，合計6萬元云云，究竟如何不足採信，亦在理由中詳加指駁及說明。復敘明本件事證已臻明確，並無傳訊證人陳江濱之必要，乃駁回其傳喚陳江濱到庭調查之聲請，經核於法無違，自不得任意指為違法。林坤建、林建銘上訴意旨均未依據卷內資料具體指摘原判決對於其2人部分究有如何違背法令之情形，徒就原審採證認事職權之適法行使，暨判決內已明白論斷說明之事項，任意指摘為違法，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆諸首揭說明，其2人上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

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

中 華 民 國 111 年 4 月 28 日

刑事第一庭審判長法官 郭 毓 洲

法官 林 靜 芬

法官 周 盈 文

法官 蔡 憲 德

法官 林 英 志

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 5 月 2 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 11 日

裁判案由：妨害投票

最高法院刑事判決

111年度台上字第1861號

上訴人 劉惠宗

趙剛

朱良駿

共同

選任辯護人 周宇修律師

周政律師

李郁婷律師

上列上訴人等因妨害投票案件，不服臺灣高等法院中華民國110年12月29日第二審更審判決（110 年度上更一字第172號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署108年度選偵字第67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、本件上訴人劉惠宗、趙剛、朱良駿上訴意旨略稱：

(一)刑法第146條第2項對「選舉幽靈人口」所為刑罰，是否具正當性及合憲性，學界多有疑慮，憲法法庭已受理此釋憲之聲請。刑法並未定義何謂「居住」、「戶籍」，依教育部重編國語辭典之解釋，殊難解答何謂「居住」，而所謂「生活」之釋義為「生存」，概念上無所不包，非僅人民之存在本身，人民所從事之一切活動，均是生活。戶籍法限制一人同時不得有二戶籍，縱係國家行政管理之不得不然，然在人民於複數地區均有真實生活之情況下，如何認定戶籍登記於何處算是「真實」、何處又算是「虛偽」，上開條文所稱「虛偽

遷徙戶籍」之要件，實為曖昧、不明確，與憲法「法律明確性原則」及刑法「構成要件明確性」均有所齟齬。實應以合憲性解釋限縮該「虛偽遷徙戶籍」要件之射程範圍，而本罪之立法目的即「住民自決」，解釋上應認為只要對於當地之政治、文化、經濟及社會事務有最低限度之熟悉，且與當地有最低限度之連結，縱遷徙戶籍至當地取得投票權，亦不構成本罪所稱「虛偽遷徙戶籍」。依上訴人等先前提出附卷之在職證明及其他資料，其等已在桃園市之中華航空股份有限公司服務二、三十年之久，與桃園市之政治、文化、經濟及社會等事務有相當程度之熟悉與連結，已足建立其等與桃園市間之地緣、認同關係並產生住民意識。原判決認其等僅將戶籍遷至桃園市，並未實際居住於桃園市，係為取得投票權而遷徙戶籍至桃園市，不能在桃園市取得選舉權，屬虛偽遷徙戶籍。然就其等上開各項主張，既未記載其如何斟酌，亦未說明其未予斟酌之理由，均有判決不備理由之違法。

(二)原判決既認其等雖將戶籍遷至桃園市，然未實際居住於戶籍地，不符公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）第15條取得投票權之要件；卻又認其等均於桃園市工作，倘對桃園市之政治、文化、經濟及社會等事務確有熟悉或連結關係，係為表達其等社會及政治理念而遷入桃園市戶籍，理應在桃園市工作之初或工作經過一定期間即將戶籍遷入桃園市，以建立其等與選舉人和選舉區之地緣與認同關係，產生榮辱與共、切身利害感覺，進而使其地方生活與政治責任相結合等語。豈非肯認其等若將戶籍遷至桃園市，即能在桃園市取得選舉權？就其等能否取得桃園市選舉人資格之論述，有判決理由矛盾之違法。

三、惟查：原判決維持第一審論處上訴人等均意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票罪刑，併諭知緩刑及褫奪公權之判決，駁回其等及檢察官在第二審之上訴。已詳敘認定犯罪事實所憑證據及理由。

四、

(一)公職人員經由各選舉區選出，係代表人民行使公權力，自應獲得各該選舉區內具有一定資格居民多數之支持與認同，始具實質代表性。依我國公職人員選舉之實況，出現為支持特定人選舉之目的，以形式上遷徙戶籍登記，但未實際居住戶

籍地之方式，取得投票權參與投票之情形，對此未實際居住於選舉區內戶籍地之選舉人，一般以「選舉幽靈人口」稱之，因此行為影響民主運作及選舉公平性甚深，為此乃增訂刑法第146條第2項之規定，以禁止主觀上出於使特定候選人當選之意圖，客觀上虛偽遷徙戶籍以取得投票權，並因而投票之行為。依此規定之立法理由載稱：「……三、現未實際居住於戶籍地者有數百萬人，其因就業、就學、服兵役未實際居住於戶籍地，或為子女學區、農保、都會區福利給付優渥、保席次或其他因素而遷籍於未實際居住地，其原因不一。然此與意圖支持特定候選人當選，進而遷徙戶籍之情形不同，並非所有籍在人不在而參與投票均須以刑罰相繩，是以第2項以意圖使特定候選人當選虛偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象。」等語。上揭法律規定，旨在確保選舉制度之公平運行，其所處罰者，僅限於「意圖支持特定候選人當選」，虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票之犯罪行為，並未禁止人民於選舉期間基於「其他正當目的」之意圖所為遷徙戶籍行為；而行為人是否形式上遷徙戶籍，但未實際居住，係屬客觀事實之判斷，自應由代表國家之檢察官基於實質舉證責任，以嚴格證據證明之；至遷徙戶籍行為之主觀意圖，亦非不能透過法庭上之舉證與攻防，依遷徙時間與選舉起跑時點之關連、行為與目的間之關連強度、行為人與新戶籍地址聯繫因素、行為人與新戶籍地選舉區候選人之關係等之客觀事實，由法院本於罪疑惟輕、無罪推定等刑罰原則，依一般生活經驗，為綜合判斷。尚難僅因刑法未明文「居住」、「戶籍」之定義，即謂上開條文所稱「虛偽」遷徙戶籍之要件，違反憲法法律明確性原則及刑法構成要件明確性。自不生牴觸憲法所揭示保障人民居住及遷徙自由、參政權之意旨，而有所謂違憲之問題。再者，選罷法第15條第1項規定：「有選舉權人在各該選舉區繼續居住4個月以上者，為公職人員選舉各該選舉區之選舉人。」寓有二義，一係自積極層面言，基於住民意識與民主精神，欲藉繼續居住4個月之期間，以建立選舉人和設籍地之地緣與認同關係，產生榮辱與共、切身利益感覺之住民意識，進而使其地方生活與政治責任相結合，本於關心地區公共事務，及對於候選人之理解，投下神聖一票，方能反映當地人民的心聲，體現參與式民主之精神

；另則在於消極防弊，倘非繼續居住相當期間，而純為選舉之目標，製造所謂「投票部隊」之「選舉幽靈人口」，自外地遷入戶籍，未與設籍地之政治、文化、經濟及社會事務有最低限度的熟悉、連結之情形下，使自己被登錄於選舉人名冊，而取得選舉權參與投票，勢必危害選舉之公平、公正和純潔性。為增進公共利益之必要而依法律就其自由權予以限制，自有其憲法上正當性。

- (二)原判決已敘明：1.依上訴人等之供述、遷入戶籍登記申請書、委託書及卷內其他相關資料，足認其等係基於要投票給朱梅雪之目的，而將戶籍遷入桃園市之各戶籍地址，但實際上均未居住該戶籍地址，並於民國107年11月24日前往投票所領取選票及投票，主觀上具有使特定候選人當選之意圖，客觀上亦符合「虛偽遷徙戶籍」取得投票權之要件，並為投票；2.憲法第10條所謂「居住及遷徙」，係指住居於某地或由甲地遷移至乙地而言，倘非出於居住或遷徙之主觀意思，以及客觀上有居住某地或遷移某地之事實，即非屬居住及遷徙自由權之內涵所含蓋，自不受憲法所保障。倘無居住、遷徙之事實，卻故意為不實遷出、遷入登記申請，因非屬憲法所保障居住及遷徙自由權之內涵所含蓋，是人民雖有居住遷徙之自由，但並無虛偽戶籍登記之自由權；又選罷法係採實際居住主義，選舉人取得投票權，仍應透過實際居住戶籍地4個月方式取得，未居住於戶籍地者，縱於該戶籍地工作，亦不符選罷法第15條取得投票權之要件，其等所為刑法第146條第2項對「選舉幽靈人口」所為刑罰不具合憲性、投票權應不限於實際居住始可取得及其他辯解，均不可採，因認上訴人等意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票犯行等理由甚詳。而所述上訴人等於桃園市工作，倘為表達其等社會及政治理念而遷入桃園市戶籍，理應在工作之初或經過一定期間即將戶籍遷入桃園市，以建立與選舉人和選舉區之地緣與認同關係，竟於選舉日4個月前才遷入，幾乎精準計算遷入日期等理由，係就認定上訴人等為取得選舉權人資格及使特定候選人當選方遷徙戶籍所為說明，與另上訴人等雖將戶籍遷至桃園市，但未實際居住於戶籍地，不符選罷法第15條取得投票權要件等理由，並無矛盾之情形。上訴意旨執此主張原判決有理由不備、理由矛盾之違法，

係憑己見，所為之指摘，非上訴第三審之適法理由。

五、原判決敘明上訴人等雖在桃園市工作，然將戶籍遷至桃園市，但未實際居住於戶籍地等情，係就選罷法第15條規定取得投票權之要件而為論述，與另敘明上訴人等工作於桃園市轄內，倘因表達其等社會及政治理念之考量而遷戶籍，理應在工作之初或工作經過一定期間即將戶籍遷入之理由，係依上訴人等遷徙時間與選舉期間時點之客觀關連事實，資為其遷徙戶籍之主觀意圖判斷之依據，論述之目的不同，難謂二者理由之敘述有何矛盾之情形。上訴意旨執以指摘，並非上訴第三審之合法理由。

六、原判決從形式上觀察，並無違背法令之處。上訴意旨置原判決之論敘於不顧，徒憑己見，為不同法律評價，並對原審採證認事之職權行使，任意指摘，難認已符合首揭法定上訴要件，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 5 月 11 日

刑事第六庭審判長法官 李 英 勇

法官 楊 智 勝

法官 吳 冠 霆

法官 邱 忠 義

法官 洪 兆 隆

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 5 月 13 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 2116 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 19 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

111年度台上字第2116號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官蔡麗宜

上訴人

即被告 劉翔義

選任辯護人 蔡清河律師

上列上訴人等因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國111年2月9日第二審判決（110年度上訴字第1308號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署110 年度偵字第7439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。本件上訴人即被告劉翔義經第一審調查審理後，認定其確有第一審判決書事實欄所記載之犯行，事證明確，因而論處被告犯民國109年6月10日修正公布、同年月12日生效施行（下稱修正後）之槍砲彈藥刀械管制條例第7條第1項之非法製造非制式手槍罪刑（適用刑法第59條規定，處有期徒刑5年，併科罰金新臺幣【下同】5萬元，尚想像競合犯同條例第12條第1 項之非法製造子彈罪），並諭知相關之沒收（追徵）。第一審判決後，僅被告明示就關於量刑部分提起上訴，經原審審理結果，認第一審量刑妥當，因而駁回被告在第二審之上訴。已詳述憑以認定第一審量刑並無過重之得心證理由，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

二、上訴人等之上訴意旨：

(一)檢察官上訴意旨略以：

1. 被告既就第一審判決關於量刑部分提起上訴，則與量刑有關係之審酌事項「即刑法第57條所列舉之10款事項」（包括從輕或從重量刑因子），均應視為業已上訴，而為原審審查之範圍。刑法第57條所列舉之10款事項，與刑法第59條所定「犯罪之情狀顯可憫恕」之審酌事項相同，二者之差異，僅前者係在「法定刑範圍內」審酌，後者係「可酌減法定刑」。足見是否適用刑法第59條之減刑規定，與被告上訴之「量刑」部分，具有在審判上無從分割之關係。參諸110年6月16日修正公布、同年月18日生效施行（下稱修正後）之刑事訴訟法第348 條規定之修正理由略載：「二、惟如判決之各部分具有在審判上無從分割之關係，因一部上訴而其全部必受影響者，該有關係而未經聲明上訴之部分，亦應成為上訴審審判之範圍。」是關於刑法第59條規定之適用，縱未經被告或檢察官聲明上訴，當然亦應成為原審審判之範圍。原判決因認檢察官未聲明上訴，遽認本案得否依刑法第59條減輕其刑，非原審得以審查之範圍，容有誤解刑事訴訟法第348 條修正規定之真意，而有過度限縮上訴審審理範圍之違誤。且原判決既認第一審關於適用刑法第59條規定酌減其刑部分，非原審審查範圍，理由內卻又認定第一審判決依刑法第59條酌減被告刑度並無違法之情形，並有理由矛盾之違誤。

2. 被告漠視法令禁制，以改造工具非法製造本案槍、彈，該行為本身對社會治安影響即大，已值非難。被告復未提出其犯罪另有特殊之原因與環境等，在客觀上足以引起一般之同情，認為確可憫恕，而符合刑法第59條規定之要件。第一審判決漏未審酌及此，竟依刑法第59條規定酌減其刑，並祇量處有期徒刑5年，併科罰金5萬元，就有期徒刑之宣告刑部分，形式上等同量處修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第1項之非法製造其他可發射金屬或子彈而有殺傷力槍枝罪之法定最低刑度，顯有判決適用法則不當之違法。原審未予詳查，且無視檢察官於原審爭執及此，仍逕予駁回被告之上訴，亦有判決理由不備之違誤。

(二) 被告上訴意旨略以：

1. 原判決理由載敘：修正後之槍砲彈藥刀械管制條例第7條第1項之非法製造非制式手槍罪，其法定最低本刑已由有期徒刑5年提高為7年，其修法目的係因認非制式槍枝普遍具備與制

式槍枝相當之殺傷力，且製造、持有比例高出甚多，提高法定刑，以遏止製造、持有非制式槍枝進行犯罪。第一審判決依刑法第59條規定酌減其刑，並量處有期徒刑5年，併科罰金5萬元，形式上實已等同量處修正前之法定最低刑度，對於被告已相當優惠，實難認為有過重之情等旨。惟就上開宣告刑何以相當優惠，而不得量處3年6月，理由內並未說明，有理由不備之違誤。

2. 被告接續貫通2枝槍管，固屬實情，然原判決認定被告上訴主張第一審判決量刑過重，為無理由乙節，所執「是否意謂倘若被告又遭人恐嚇，亦欲持本案手槍恐嚇甚至報復傷害他人？被告製造本案手槍之動機非但難認良善單純，更潛藏莫大危險，對於社會治安已造成重大危害」等旨，純屬臆測之詞，亦有不適用法則之違誤。

三、惟查：

- (一) 按審判筆錄，應於每次開庭後3日內整理之；審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證。刑事訴訟法第45、47條定有明文。又修正後之刑事訴訟法第348條規定：「（第1項）上訴得對於判決之一部為之。（第2項）對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。（第3項）上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」其修正理由並略載：「二、惟如判決之各部分具有在審判上無從分割之關係，因一部上訴而其全部必受影響者，該有關係而未經聲明上訴之部分，亦應成為上訴審審判之範圍。…三、為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍。爰增訂本條第三項，作為第二項之例外規定，以資適用。」可見該條第3項為第2項關於有關係部分之例外規定，其修正旨在尊重當事人設定上訴攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，自應優先適用，而不受第2項之限制。惟刑罰法規除依不同犯罪構成要件要素，所涵攝相異之可罰性，

而賦與相應之法定刑外，立法者基於刑罰目的及刑事政策之需要，明文規範加重、減輕、免除法定刑之具體事由，據以調整原始法定刑，而形成刑罰裁量的處斷範圍，為處斷刑；法院於具體案件之量刑過程，則從法定刑、處斷刑之範圍內，確定其刑罰種類及欲予科處之刑度，而具體形成宣告刑。刑法第59條酌減其刑之規定，係屬法院裁量減輕事由，影響於處斷刑之範圍。究其本質，與法院在法定刑、處斷刑之範圍內，所為關於形成宣告刑之量刑判斷，俱屬與犯罪情狀有關之科刑事項，而具有不可分之關係。是第一審判決後，倘檢察官未上訴，祇被告明示就判決之刑一部上訴者，其上訴效力自及於罪責以外之法院應適用或不應適用刑法第59條規定之當否。

1. 本件第一審判決後，僅被告上訴主張第一審適用刑法第59條規定酌減其刑後，其最低本刑減為有期徒刑3年6月，第一審仍判處有期徒刑5年、併科罰金5萬元，尚嫌過重，並說明係依修正後刑事訴訟法第348條之規定，明示祇就第一審判決關於量刑部分提起上訴（見原審卷第19至20頁）。依其上訴意旨，固係不服第一審關於刑法第57條、第58條宣告刑之量刑判斷，提起上訴，然揆諸上開說明，原審審判對象仍包括與科刑事項有關之刑法第59條酌減其刑之裁量判斷。
2. 依本件原審審判筆錄之記載，原審檢察官於111年（審判筆錄誤植為110年）1月12日審判期日，以言詞主張第一審依刑法第59條規定酌減被告刑度，有所不當乙節，性質上祇具有促請法院依職權審查當否之效果。法院審查結果，如認第一審適用刑法第59條規定違法或不當，固得撤銷改判，但倘認無違法或不當，理由內縱未更予說明，亦不得任意指為違法。查本件關於第一審依刑法第59條規定酌減其刑乙節之當否，業經原審於審判期日列為爭點，且經被告之原審辯護人於辯論時略稱：「…被告改造槍枝的動機，係因先前與他人發生糾紛，憂慮他人加害於己身或家人，而生製造槍枝以求自衛之想法，被告未進行膛線加工，亦未曾交給他人作為犯罪工具使用，對社會所生之危害非高，經查獲後亦就其犯行坦承不諱，…請求考量被告家裡有小孩及母親需要被告的扶養，原審（按指第一審）適用刑法第59條減輕其刑並無違誤…」等語（見原審卷第74頁），並於原審審判長曉諭雙方當事

人「就被告之科刑範圍表示意見及進行辯論」後，經原審檢察官論告：「被告犯罪情節並無客觀上引起同情之處，被告犯後坦承犯行，應是刑法第57條量刑考量因素，槍枝有無作為其他人犯罪使用，這是另外更重刑度之處罰規定，原審（按指第一審）適用刑法第59條減輕其刑適用不當」等語（見原審卷第74頁），及被告之原審辯護人辯護：「有關刑法第59條規定適用，依最高法院判決有闡述刑法第57條10款因素可以做為刑法第59條酌減其刑認定依據，槍枝有無作為其他人犯罪使用，司法院頒布量刑依據裡也作為是否從重量刑依據，請求作為量刑考量」等語（見原審卷第75頁）。足認第一審酌減其刑之當否，業經原審於審判期日踐行調查、辯論程序。原判決事實及理由欄一載敘：第一審判決後，檢察官並未提起上訴，被告明示僅就第一審判決量刑部分提起上訴，是本案審判範圍為第一審量刑妥適與否，關於犯罪事實、所犯法條及論罪、沒收之認定，均非原審審查範圍，檢察官雖於原審爭執第一審判決依刑法第59條規定酌減被告刑度不當，惟檢察官既未上訴，則本案得否依刑法第59條規定減輕其刑，非原審所得審查等旨（見原判決第1至2頁），說明原審審查範圍不及於第一審判決依刑法第59條規定酌減其刑之當否，固有微疵，惟原審既已踐行調查、辯論程序，且其事實及理由欄四復載敘：第一審已審酌被告明知手槍及子彈亟具威脅性，且為違禁物，竟漠視國家法令禁制，僅為自保，即加以製造及持有，對於治安構成一定程度之潛在危險性；兼衡其犯後坦認犯行之態度，製造槍、彈之數量，暨其○○畢業之教育程度，月收入約3萬元，○○、需扶養0歲幼童等家庭經濟狀況等一切情狀，已審酌被告之犯罪情節、犯罪所生損害、犯罪後態度、家庭經濟狀況等一切情狀，依刑法第59條之規定，於法定刑度內裁量，並無違法之情形等旨（見原判決第2至3頁），堪認實際上業已審判。檢察官上訴意旨

（一）1.主張原審誤解刑事訴訟法第348條修正規定之真意，而有過度限縮上訴審審理範圍之違誤乙節，與原審審判筆錄之記載不合，並非適法之上訴第三審理由。至原判決上開理由記載之微疵，依無害瑕疵審查原則，尚不構成撤銷之理由。

（二）刑罰係以行為人之責任為基礎，而刑事責任復具有個別性，

因此法律授權事實審法院依犯罪行為人個別具體犯罪情節，審酌其不法內涵與責任嚴重程度，並衡量正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的之實現，而為適當之裁量，此乃審判核心事項，故事實審法院在法定刑度範圍內裁量之宣告刑，倘其量刑已符合刑罰規範體系及目的，於裁量權之行使無所逾越或濫用，即屬適法妥當，自不得任意指摘為違法。又刑法第59條規定之酌量減輕其刑，係指犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，即有其適用；此項犯罪情狀是否顯可憫恕而酌量減輕其刑之認定，亦屬法院得依職權自由裁量之事項。本件原審就被告上開犯行，業於審判期日就科刑相關審酌事項依法提示調查，並依序由檢察官、上訴人及其原審辯護人就科刑範圍為辯論（見原審卷第73至75頁），其理由復已就刑法第57、58條所列科刑情狀斟酌記述，兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上未逾越法定刑度及處斷刑之外部性界限，亦未與罪刑相當原則扞格，難認有何濫用刑罰其裁量權限或違反內部性界限之違法。且原判決就被告於原審主張第一審量刑過重，如何無理由乙節，並於理由內說明：第一審判決依刑法第59條規定酌減其刑，量處有期徒刑5年，併科罰金5萬元，形式上實等同量處修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第1項之法定最低刑度，已給予相當優惠。況被告於原審稱其因遭人恐嚇，而非法製造本案槍、彈防身，其犯罪動機難認良善，且潛藏危險，對於社會治安造成重大危害等旨（見原判決第3頁）。因認第一審關於酌減其刑及具體形成宣告刑之判斷，既無濫用裁量權限，亦無被告所指量刑過重之不當，因而駁回被告在第二審之上訴。所為論斷說明，核乃原審關於量刑裁量職權之適法行使，亦無理由不備之情形，自不容任意指為違法。檢察官上訴意旨（一）2.指摘被告如何不符合刑法第59條酌減其刑規定及理由不備云云，被告上訴意旨（二）1.指原判決未說明不得量處有期徒刑3年6月之原因，上訴意旨（二）2.謂原判決駁回上訴所執理由出於臆測，而有理由不備或不適用法則各云云，或係置原判決所為明白論斷於不顧，或係就屬於事實審法院量刑裁量職權之適法行使，任持己見再事爭執，均難認是合法之上訴第三審理由。

四、檢察官或被告以上及其餘上訴意旨，或係就不影響原判決結果正確性之無害瑕疵，而為指摘，或係就原審量刑職權之適法行使及已明白說明之事項，任憑己意，異持評價，而再事爭執，均不能認為適法之第三審上訴理由。應認其等上訴，違背法律上之程式，均予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 5 月 19 日

刑事第二庭審判長法官 林 勤 純

法官 王 梅 英

法官 莊 松 泉

法官 李 欽 任

法官 吳 秋 宏

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 5 月 24 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 2118 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 31 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

111年度台上字第2118號

上訴人 賴建誠

原審辯護人 楊 光律師

上訴人 何靖惠

上列上訴人等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110 年11月18日第二審判決（110 年度上訴字第2434號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署109 年度偵字第17514 號），提起上訴（賴建誠部分，由其原審辯護人代為上訴），本院判決如下：

主 文

原判決關於有罪部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

- 一、本件原判決認定上訴人賴建誠、何靖惠（下稱上訴人2 人）有其事實欄（下稱事實欄）所載之共同運輸第四級毒品先驅原料「三級丁氧羰基去甲基愷他命」未遂犯行，因而撤銷第一審所為之科刑判決，改判論上訴人2 人均共同犯行為時毒品危害防制條例第4 條6 項、第4 項之共同運輸第四級毒品未遂罪，皆依同條例第17條第1 項、第2 項、刑法第25條第2 項規定遞予減輕其刑後，各處有期徒刑10月，並諭知相關沒收。固非無見。
- 二、惟按：為打擊跨國性之毒品犯罪，偵查機關於發現入、出國境之毒品違禁物時，當場並不予以查扣，而於控制監視下，容許該毒品繼續通過海關並搬運，俟到達相關犯罪嫌疑人時始加以查獲及逮捕之偵查手段，即毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第32條之1 所規定之「控制下交付」，本係一種針對隱匿於國境內之幕後操控者一網打盡之有效偵查模式。因控制下交付必須經由合法程序聲請、執行（毒品條例第32條之1 、第32條之2 參照），有時在無情資、臨時或時間緊迫之下，偵查機關固可選擇不採取控制下交付模式而改以直接查扣毒品後，再依報關聲請人、收件人之資料而循線查緝犯罪嫌疑人，此時相關之如海關、海巡、移民、檢疫等作業人員，雖負有查扣毒品之作為義務（例如海關緝私條例第 8

條至第12條、懲治走私條例第9條)，但因無取得最高檢察署檢察總長所核可之控制下交付指揮書，原則上不應配合偵查機關以虛偽方式，將該毒品通關放行而誘使提領貨物之人前來提領；仍宜由最高檢察署檢察總長所核發之偵查指揮書協調事項，依法執行控制下交付，將各該案件有關之毒品、人員及其相關人、貨輸入、出境等指揮書所述之事項將之放行（參照依毒品條例第32條之1第2項規定訂定之「偵辦跨國性毒品犯罪入出境協調管制作業辦法」、「海關執行毒品控制下交付作業要點」）。蓋因上述之特殊偵查方式具有隱密性，對於人民之隱私權有侵害之疑慮，且易生稽延、包庇、毒品外流等弊端（參照毒品條例第33條、毒品危害防制條例施行細則第8條、防制毒品危害獎懲辦法第12條），本應循正當合法程序為之，不宜便宜行事。相對於「控制下交付」，同屬隱密型偵查之「誘捕偵查」，係指偵查機關以誘餌唆使相對人實行犯罪並藉此予以逮捕、追訴之偵查手段。又可分為「創造犯意型誘捕」及「提供機會型誘捕」兩種模式。其中「提供機會型誘捕」，因行為人原本即有犯罪之意思，其從事犯罪構成要件行為之犯意，並非他人所創造，偵查機關或受其唆使之人，僅係利用機會加以誘捕，此屬偵查犯罪技巧之範疇，為法所允許。反之，「創造犯意型誘捕」（又稱「陷害教唆」），因行為人原無犯罪意思，係受他人之引誘、創造，始生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為，偵查機關則以此方式而蒐集其犯罪之證據加以逮捕偵辦。「控制下交付」與「陷害教唆」最大的差異，以運輸毒品而言在於「控制下交付」之偵查機關在為監控前，毒品犯罪已在實行中，偵查機關在整個毒品運送過程中，原則上並未主動積極參與，而僅係消極地對於業已發生之運輸毒品案件，從旁監視犯罪之動向，不致發生國家機關對於犯嫌施以唆使或協助其犯罪行為，係就已掌握之犯罪按兵不動，故具有正當性及合法性；反之，偵查機關在為「陷害教唆」時，因相關犯罪尚未發生，係國家機關主動並積極參與而誘發犯嫌之犯意，進而實行犯罪構成要件之行為，此與國家機關之任務在於追訴已發生之犯罪，而非製造人民犯罪，更不應蓄意挑唆人民犯罪後再予追訴等旨不合，且已逾越偵查犯罪之必要程度，自應予以禁止，以保障人民在憲法上之基本人權。

- 三、復按：運輸毒品罪之成立，只要行為人有此意圖，一有搬運輸送之行為，犯罪即已成立，並非以運抵目的地為完成犯罪之要件。故於走私毒品入境之情形，當自外國之某處起運，包含中間之出、入境（海關），迄至國內最後之收貨完成止，皆屬運輸行為之一部。至居於中間或最末端之收貨人，屬前段起運行為之「相續共同正犯」，固無疑義，然其於收貨後，除非另有運輸之犯意，尚不能因有將所簽收毒品「交付」予他人，即遽認此「交付」行為必另成立新的「運輸」毒品罪，不可不辨。
- 四、再以，為因應各種新興精神活性物質快速推陳出新之情勢，我國對於毒品列管及分級制度，係以由法務部會同衛生福利部組成審議委員會，每3 個月定期檢討，於經審議通過後，報由行政院公告調整、增減之，並送請立法院查照的方式行之（參照毒品條例第2 條第2 項、第3 項）。換言之，現行毒品條例將毒品分級、品項授權行政機關以法規命令補充。惟對此空白構成要件部分，何種類型之新興精神活性物質應為毒品條例所應禁止與誡命，非如海洛因、甲基安非他命、大麻等毒品一望即知，復存在無可避免違反罪刑法定原則及明確性之疑慮（參照司法院釋字第522 、680 號解釋意旨）。若單由行政機關決定後依法公告，卻別無其他宣導、教示等措施，實難期待一般民眾得於授權之法規命令中普遍周知而預見其行為之可罰性。則空白刑法既屬於立法之例外，基於例外規定應從嚴解釋之法理，對於行為人主觀上之認知同應採取較嚴格之認定標準，以符憲法及刑法上之明確性原則，並落實罪刑法定主義之精神。對照運輸毒品罪，倘該物件從起運輸送至入境國內時尚未經公告為毒品或僅屬較低級之毒品，其間因國家機關之積極主動介入，未能依原先正常流程送抵收貨人，卻於行政院公告為毒品或更高級毒品後，始由偵查機關依據物件收貨人資料及地址偽裝運輸業者將毒品交付收件者，與偵查機關製造收貨人犯意，或為引誘原即具有運輸較低級毒品犯意者為此暴露無異。是為避免國家機關濫用偵查手段，並兼顧刑法上罪刑法定之不溯及既往及明確性原則，自應依具體個案，從嚴認定收貨人於接受物件當時其主觀上是否明知或可得而知所收受者為毒品，或係何種級別及列管之毒品，尚不能僅因收貨人於簽收時，該貨件已經

公告為毒品或更高級毒品，即遽認成立運輸毒品或屬較高級之毒品罪（至有無違反懲治走私條例或其他法律規定另當別論）。

五、經查：本件依事實欄之記載，賴建誠受范政龍（通緝中）之委託，同意代為收受如原判決附表（下稱附表）一各編號所示內藏「三級丁氧羰基去甲基愷他命」之包裹，賴建誠另邀何靖惠加入。范政龍即於民國108年6月4日前某日將上開包裹自香港起運，於同年6月4日運抵入境臺灣，經財政部關務署臺北關（下稱海關）關員發覺可疑拆箱查驗後進行送驗。而「三級丁氧羰基去甲基愷他命」於108年6月11日始經行政院公告為毒品條例第2條第2項第4款之第四級毒品先驅原料，如附表一所示之物，於108年7月12日才經法務部調查局（下稱調查局）鑑定出含第四級毒品先驅原料「三級丁氧羰基去甲基愷他命」成分。上訴人2人因曾幫范政龍將所交付之第三級、第四級毒品粉末加以混摻、分裝（上訴人2人此部分犯行業經臺灣基隆地方法院以108年度訴字第641號刑事判決判處其等罪刑，嗣經上訴原審及本院，均經駁回上訴而確定），而知悉范政龍所委託代收之物件為毒品，仍與范政龍基於運輸第四級毒品之犯意聯絡，於宅配人員於108年7月30日中午12時許，由宅配人員撥打何靖惠之行動電話連絡，由何靖惠簽收貨物，準備嗣後交付范政龍指派前來之姓名、年籍不詳成年男子，尚未起運，於宅配人員準備卸貨時，經埋伏之調查員查獲而未遂。認上訴人2人共同成立運輸第四級毒品未遂等情。倘若無訛，則：

（一）、本件「三級丁氧羰基去甲基愷他命」，自起運至運抵臺灣時，若未經海關人員查扣，原本於1日內即可交付宅配公司作後續派送（參見臺灣桃園地方檢察署108年度他字第5704號卷〈下稱他字卷〉第60頁之陪驗員葉永照之調查筆錄），斯時，本件已運抵海關之「三級丁氧羰基去甲基愷他命」既未經行政院公告為第四級毒品先驅原料，且亦非懲治走私條例第2條第1項所稱之「管制物品」（見原審卷第97、98頁），則海關當初之查扣依據為何？調查局何以於同年6月5日即啟動調查程序（見他字卷第59頁）？若無海關及調查局之積極參與，本件包裹依一般正常運送流程能否於108年6月11日前即送交上訴人2人？而在海關主動介入查扣後，何以

延至行政院將之公告為毒品後，調查局亦遲至同年7月12日始驗得本件屬第四級毒品先驅原料？其間有何辦案上之考量或延宕之原因？

- (二)、行政院於108年6月11日公告內容僅載明：「新增『三級丁氧羰基去甲基愷他命（N-Boc-Norketamine）』為第四級毒品先驅原料」等語（見原審卷第47頁），並無說明「三級丁氧羰基去甲基愷他命」可供製造第三級毒品愷他命之用。而上訴人2人所犯前述毒品犯罪，其等參與混摻、分裝之毒品咖啡包成分，分別有甲基苯基乙基胺戊酮、1-氯苯基-2-(1-吡咯烷基)-1-戊酮、3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮、4-甲基甲基卡西酮、甲基苯基甲胺戊酮、氯乙基卡西酮（以上均第三級毒品）及氯二甲基卡西酮（第四級毒品），與本件毒品內容完全不同，何能僅憑上訴人2人有前述分裝毒品咖啡包之犯行即認其等知悉所收受之包裹必為本案第四級毒品？
- (三)、上訴人2人於同意受託收受本件包裹時，「三級丁氧羰基去甲基愷他命」既未經公告為第四級毒品先驅原料，且非管制物品，縱何靖惠有稱：以為收受之包裹為賴建誠購買之釣魚或機車相關用品，但賴建誠要求其不要管、不要問，其覺得很奇怪，或猜測為毒品（見他字卷第76頁及反面、第77頁反面、第184頁反面、第185頁）；另賴建誠亦曾稱：范政龍有交代不要打開包裹，保證內容物為合法，如害其被抓，會出錢幫忙請律師；知悉范政龍有製造愷他命之行為（見他字卷第187頁反面、第188頁、第190頁及反面、第202頁反面）等語，確啟人疑竇。惟如前述，斯時「三級丁氧羰基去甲基愷他命」並非毒品或管制物品，而當上訴人2人主觀之認知與客觀上存在之事實不一致時，或有刑法上「錯誤」、「所知及所犯」等問題，但尚難對此置而不論。再刑法上所稱之「著手」，既指行為人對於犯罪構成事實主觀上有此認識，客觀上並有開始實行此一構成事實之行為，而所實行者乃犯罪行為之開端，且與犯罪行為之實行已達到相當密接之程度而言。原審僅以上訴人2人原欲將所收受含「三級丁氧羰基去甲基愷他命」之包裹交付范政龍指派不詳姓名之人，而於收貨時未予拒絕，即認已著手運輸第四級毒品犯罪（見原判決第6頁第13至18列），對此未拒絕簽收行為如何與所欲實行之運輸毒品構成要件已達於相當密接之關連性，亦未

見原判決有所著墨。且本件調查局於108 年7 月30日指示宅配人員送達包裹時，僅何靖惠1 人到場簽收，賴建誠根本不在場，何有表達拒絕收受之機會？又賴建誠多次供稱：本件後續范政龍會聯絡不知名之人或其弟「范政輝」前來領取包裹（見他字卷第188 、203 頁）等語，倘係該不知名之人或「范政輝」者前來向上訴人2 人拿取包裹，則在客觀上又如何認定其等已著手於有「空間移動」之運輸行為？均未見原審予以釐清，自有調查未盡及論證違背經驗法則、論理法則之違法。

(四)、原判決已將上訴人2 人於簽收前與范政龍前階段運輸行為切割而說明該部分不另為無罪之諭知（見原判決理由五），卻又於事實欄中認定上訴人2 人與范政龍有共同運輸第四級毒品之犯意聯絡（見原判決第2 頁第19至20列），亦有判決理由矛盾之違法。

六、以上或為上訴人等上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決關於有罪部分有撤銷發回更審之原因。至原判決理由五之不另為無罪諭知部分，依修正後之刑事訴訟法第348 條第1 項、第2 項、刑事訴訟法施行法第7 條之13等規定意旨，應不屬上訴人2 人本件上訴範圍內，而已確定，自不在應發回之列，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 111 年 5 月 31 日

刑事第四庭審判長法官 林立華

法官 林瑞斌

法官 王敏慧

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 111 年 6 月 2 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 2136 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 11 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

111年度台上字第2136號

上訴人 余慧仁

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110年12月17日第二審判決（110年度上訴字第1126號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署107 年度偵字第32114號、108 年度偵字第1669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、本件上訴人余慧仁上訴意旨略稱：

（一）購毒者黃春雄所述乃傳聞證據，原審未讓其行使對質詰問權，已剝奪其憲法第16條所保障的訴訟權。況本件並未扣得販賣毒品的器具，亦無毒品及販毒交易畫面，不足認定其犯罪。

（二）就其轉讓禁藥給吳瑋柔部分，吳瑋柔偵查中並未具結，應無證據能力；且其亦未對吳瑋柔行使詰問權。而其於民國108 年1月18日偵查中所述，未經告知三項權利，亦有違誤。

（三）持有第二級毒品大麻部分，其雖坦承犯行，但扣押物大麻已遺失，顯屬重大違背法令，本件有關證物之移交，多有缺失，其於原審聲請勘驗，原審未予勘驗，亦未於理由內說明，有理由不備之違法。

（四）原判決量刑並未妥善，有違罪責相當之要求。

三、惟查：原判決撤銷第一審關於販賣第二級毒品（共2 罪）及轉讓禁藥之有罪部分之科刑判決，改判仍論處上訴人販賣第二級毒品（共2 罪）及明知為禁藥而轉讓各罪刑，及為相關

沒收之宣告。均已詳敘認定犯罪事實所憑之證據及理由。並對如何認定：(一)黃春雄於偵查中所述可採，佐以上訴人與黃春雄間行動電話通聯譯文，及上訴人所駕駛車牌號碼為7823-QM 自用小客車之高速公路ETAG行車紀錄，足證上訴人確有販賣第二級毒品予黃春雄之行為。(二)黃春雄於第一審審理時到場行交互詰問，已保障上訴人對黃春雄之詰問權。(三)吳瑋柔經第一審傳拘無著，客觀上已有不能受詰問之情形，上訴人及其原審辯護人，復未再聲請傳喚吳瑋柔，得認已捨棄對吳瑋柔之詰問權，而無不當剝奪上訴人詰問權之情。均依據卷內資料予以指駁及說明。

四、

- (一) 刑事訴訟法第95條第1 項規定：「訊問被告應先告知下列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。如為低收入戶、中低收入戶、原住民或其他依法令得請求法律扶助者，得請求之。四、得請求調查有利之證據。」之告知義務（下稱告知義務），旨在使被告得適切行使法律所賦予的防禦權，以達刑事訴訟為發現真實，並顧及程序公正的目的。詳言之，被告的供述是法定證據方法之一，其供述內容在訴訟上既得作為查明事實的方法，亦得作為認定犯罪的證據，可想見國家機關會希望能多取得被告的供述。而被告並非熟知法律的專家，對自己在訴訟上所享有的權利不見得均能瞭解。故國家機關本訴訟上的照料義務，於訊問前，應保障被告在充分瞭解自己的處境與權利（特別是緘默權與選任辯護權）後，以決定該如何行使防禦權，並接受訊問。又告知義務的規範目的，既在保護不知法律的被告訴訟上的防禦權，從而，若經由各個程序階段第一次訊問被告時，已踐行告知義務，之後相同的訊問主體再次訊問被告時，倘未變更罪名，由於被告的權利與程序處境並未產生變化，可期待被告因第一次的訊問而知悉自己在訴訟上的權利，因此無庸重複告知。準此，司法警察於第一次詢問犯罪嫌疑人、檢察官於第一次訊問被告、法院於準備程序及審理程序分別第一次訊問被告（案經發回時，因程序更新，應重新踐行）時，倘已踐行告知義務，之後縱未重複踐行，所行程序亦無違法。

(二) 本件依卷證資料，檢察官前於107年12月4日已告知上訴人有關刑事訴訟法第95條第1 項各款權利，使上訴人知悉並得以行使其訴訟上之防禦權。則檢察官於108年1月18日偵查中未重複告知前開權利，依前所述，對上訴人訴訟上之防禦權行使，不生影響。並無違法可指。

五、原判決敘明吳瑋柔於107年12月4日偵查筆錄中，已有具結，並以該次證述為認定上訴人犯罪之依據之一。至吳瑋柔於108年1月18日偵查中未具結之陳述，原判決並未引為認定上訴人犯罪之依據，不生違法之問題。

六、上訴人雖爭執原審未對扣押物進行勘驗而有違法，然其中所指大麻部分，上訴人於原審已就持有第二級毒品部分撤回上訴，並無勘驗必要；至於其餘物品，因偵辦該案之警察機關沒有找到該等物品，而未檢送至原審法院，自無從為勘驗。原判決亦未以該等扣押物作為認定上訴人犯罪之依據，則上訴人以該等物品遺失顯屬違法為由，執以指摘，顯難認屬合法上訴第三審之理由。

七、刑之量定，屬事實審法院得依職權裁量事項。原判決以上訴人之責任為基礎，審酌其販賣毒品之數量、轉讓禁藥之次數、犯後態度等一切情狀，始為量刑。既未逾越法定刑度，亦無違背公平正義之情形，屬原審裁量職權之適法行使，自難指為違法。

八、從形式上觀察，原判決並無違背法令之處。上訴意旨置原判決之論敘於不顧，僅以自己之說詞，再事爭辯，並對原審裁量及量刑之職權行使，及與判決無影響之事項，而為指摘，與首述法定上訴要件不符，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

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 111 年 5 月 11 日

刑事第六庭審判長法官 李 英 勇

法官 洪 兆 隆

法官 楊 智 勝

法官 邱 忠 義

法官 吳 冠 霆

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 5 月 16 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 2177 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 11 日

裁判案由：偽造文書

最高法院刑事判決

111年度台上字第2177號

上訴人 翁莢鋒

選任辯護人 孫丁君律師

謝建弘律師

趙天昀律師

上列上訴人因偽造文書案件，不服臺灣高等法院中華民國110 年12月30日第二審判決（110年度上易字第102號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署108年度偵字第13520號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於翁莢鋒有罪（含沒收）部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決認定：上訴人翁莢鋒有如其事實欄所載，明知不實之事項使公務員登載不實犯行，因而撤銷第一審關於上訴人部分之無罪判決，改判論上訴人以使公務員登載不實罪，量處有期徒刑3 月及諭知易科罰金之折算標準，並就如其附表（下稱附表）二所示犯罪所得為沒收、追徵之宣告。固非無見。

二、惟查：

（一）刑法第214 條之使公務員登載不實罪，以不實之事項已使公務員登載於其所掌之公文書，並足以生損害於他人或公眾為構成要件。又繼承人有無合法繼承權，與其於辦理繼承登記手續時，有無使用不實資料，係屬不同之事實。如繼承人雖有合法之繼承權，但於辦理繼承登記時，曾使用不實資料，該資料並經該管公務員採取，編列於所掌之公文書，此時該資料即已成為該公文書之一部，該管公務員僅係以「編列」代替「登載」而已，不得以形式上該管公務員並未將該不實資料內容「轉載」於所掌公文書上，即謂並無為不實登載。亦不得僅因該繼承人有合法之繼承權，率認「係依法所應為之行為」，並不足生損害於公眾或他人。查「申請繼承登記」，除提出第34條第1項第1款、第3 款之文件（即提出登記申

請書，已登記者，提出其所有權狀或他項權利證明書）外，並應提出下列文件：一、載有被繼承人死亡記事之戶籍謄本。二、繼承人現在戶籍謄本。三、繼承系統表。四、遺產稅繳（免）納證明書或其他有關證明文件。」、「土地登記有下列各款情形之一者，未能提出權利書狀者，應於登記完畢後公告註銷：一、申辦繼承登記，經申請之繼承人檢附切結書。」土地登記規則第34條、第67條第1款、第119條第1項第1至4款，分別定有明文。是依上開土地登記規則之規定，辦理繼承登記者，除提出土地登記規則第119條第1項第1至4款所載相關繼承文件外，如不動產已登記者，應提出其權利書狀，未能提出權利書狀者，應檢附切結書，原未能提出之權利書狀於登記完畢後公告註銷。則若不能提出權利書狀，復不願出具切結書者，無法辦理繼承登記。依上說明，行為人使用之不實切結書辦理繼承登記時，該管公務員將該不實切結書以「編列」方式納入所掌公文書，即屬將上開不實事項登載於其所掌公文書，至其後依上開不實切結書辦理繼承登記、核發以繼承為原因之新的權利書狀、公告註銷舊的權利書狀，均係使公務員登載不實之結果。

- (二)原判決經審理結果認定：上訴人之配偶陳春助（於民國 106 年9月15日死亡，被繼承人為上訴人與2人之子陳汶杉、陳方易）生前擔任正承建設有限公司（下稱正承公司）之名義負責人，亦為附表一編號1 至37所示不動產（下稱本案不動產，權利範圍如附表二所示）之登記名義人，上開不動產之所有權狀則由正承公司保管，陳春助之妹陳春惠則為正承公司之實際負責人。上訴人明知上情，竟基於使公務員登載不實之犯意，由上訴人及不知上情之陳汶杉、陳方易一同出具內容為「被繼承人陳春助於106年9月15日逝世，其遺留下列不動產之所有權狀，因遍尋不著，致未能檢附，茲為申辦繼承登記，特立本切結書，如有不實，致他人權益受損害者，立切結書人願負法律責任」之不實切結書，委由不知情之地政士詹鴻鵠，於107年1月30日接續前往本案不動產所屬之各該地政事務所，持上開切結書使該管公務員於形式審查後，辦理本案不動產之繼承登記，由上訴人與陳汶杉、陳方易公司共有，足以生損害於地政機關對於地籍管理之正確性及正承公司之利益。核上訴人所為係犯刑法第214 條之使公務員登

載不實罪。若果無訛，本案不實之事項乃切結書所載本案不動產之所有權狀「遍尋不著」。原判決事實謂：「使該管公務員於形式審查（即形式審查不實切結書）後，辦理如附表一編號1 至37所示不動產公同共有於上訴人、陳汶杉、陳方易名下之繼承登記」、理由謂「出具內容為…之不實切結書而行使之，致前開地政事務所承辦之公務員形式上審查後，將此不實事項登載於職務上所掌之地政資料上，據以辦理如附表一所示不動產公同共有…之繼承登記」（分見原判決第2、11頁），惟卷內各該地政事務所函文所附之土地登記第一類謄本、註銷原所有權狀之公告，均無上開不實記載，若上訴人有使公務員將不實事項登載於公文書犯行，究係登載於何處，以何種形式登載？原判決均未於事實、理由內詳為說明論述，並就上訴人所辯本案卷附地政事務所之土地登記謄本、註銷原所有權狀之公告等，均無切結書上所謂不實事項之記載等，足以影響其本案犯行成立之辯解，如何不可採，亦未加說明，有理由不備及理由矛盾之違法。

- (三)「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定」、「犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。」刑法第38條之1第1項、第2項分別定有明文。上訴人以不實切結書申請辦理繼承登記，而得以辦理繼承登記，並取得以繼承為原因之新的權利書狀，從而其犯罪所得，究係地政事務所有關本案不動產權利繼承之書面登記？抑係實際取得之本案不動產權利？據此核發之新的所有權狀是否屬犯罪所得？是否應予沒收？均未見原判決就此為說明論述。再原判決係認為本案不動產為上訴人之犯罪所得（見原判決第14頁），則因上訴人之犯罪行為致本案不動產之所有權為上訴人、陳汶杉、陳方易公同共有，陳汶杉、陳方易既經原判決判處無罪，就上訴人而言應屬第三人，法院審理結果若認此部分有第三人之財產應予沒收，自應審酌有無依刑事訴訟法第七編之二之規定開啟沒收特別程序之必要，再行沒收此部分犯罪所得。惟原判決認所有權均為上訴人所有，屬上訴人之犯罪所得，應依刑法第38條之1第1項前段、第3

項規定宣告沒收，適用法律顯有錯誤。

三、上訴意旨執以指摘原判決關於上訴人部分違法不當，為有理由。而原判決上開違誤，影響於事實之認定，本院無從據以為裁判，應認原判決就上訴人有罪（含沒收）部分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 111 年 5 月 11 日

刑事第四庭審判長法官 林立華

法官 謝靜恒

法官 林瑞斌

法官 李麗珠

法官 王敏慧

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 5 月 13 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 2231 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 11 日

裁判案由：違反著作權法

最高法院刑事判決

111年度台上字第2231號

上訴人 楊文輝

楊顯智

潘紀豪

賴騏鴻（原名賴○凱）

洪偉儒

楊修武

許百濬

上七人共同

選任辯護人 李永裕律師

許景棠律師

上列上訴人等因違反著作權法案件，不服智慧財產及商業法院中華民國110年12月9日第二審判決（106 年度刑智上易字第58號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署104 年度偵字第7967號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

上七人共同

選任辯護人 李永裕律師

許景棠律師

上列上訴人等因違反著作權法案件，不服智慧財產及商業法院中華民國110年12月9日第二審判決（106 年度刑智上易字第58號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署104 年度偵字第7967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、本件原審審理結果，認定上訴人楊文輝、楊顯智、潘紀豪、賴騏鴻（原名賴○凱）、洪偉儒、楊修武、許百濬（下稱楊文輝等7人）有如原判決事實欄所載之犯行明確，因而撤銷第一審科刑之判決（僅論以共同販賣猥褻物品罪，涉犯著作權法第91條之1部分不另為無罪之諭知），改判依想像競合犯規定，從一重論處楊文輝等7人共同犯著作權法第91條之1第3項前段之散布侵害著作財產權之光碟罪刑，並諭知相關之沒收、追徵，已詳敘其調查證據之結果及憑以認定之心證理由。
- 三、搜索，應用搜索票，並應記載下列事項：一、案由；二、應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物；但被告或犯罪嫌疑人不明時，得不予記載；三、應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄；四、有效期間，逾期不得執行搜索及搜索後應將搜索票交還之意旨。搜索票，由法官簽名。法官並得於搜索票上，對執行人員為適當之指示；搜索，除由法官或檢察官親自實施外，由檢察事務官、司法警察官或司法警察執行，刑事訴訟法第128條第1項至第3項、第128條之2第1項分別定有明文。至於同法第128條第3項規定法官得於搜索票上對執行人員為適當之指示，其指示之範圍如何，雖法無明文，然為順利執行搜索，應係與搜索之範圍、限制、時間、方法、特定地點搜索通知長官或可為其代表之人在場等有關之事項。原判決已敘明本件搜索票，法官於應扣押物欄位註明：「一、有關違反著作權法、妨害風化之證物、進出貨單、供犯罪所用工具及本案相關事證。二、電腦電磁紀錄。三、有關違反著作權法相關事證，請告訴人指派人員協助確認其侵權物件後查扣。」有臺灣臺北地方法院搜索票2份在卷可憑，可見本件搜索票之記載，已針對搜索現場狀況及應扣押物均難以精準掌握之情形，根據現有事證、一般經驗法則及邏輯推理，限定應扣押物之範圍，對搜索者搜索之範圍進行合理節制，符合明確界定搜索對象與範圍之要求。嗣於搜索現場經告訴人指派人員協助確認侵權物件後扣得如原判決附表（下稱附表）編號1、2所示之色情影音光碟，並未逾越上開

應扣押物之範圍，上開搜索程序合法，搜索所得之扣案物以及相關衍生證據，均有證據能力等旨。經核於法尚無違誤，且是否為違反著作權法之侵權物件，告訴人最清楚，因此法官於搜索票之應扣押物欄指示有關違反著作權法相關事證，請告訴人指派人員協助確認其侵權物件後查扣。則告訴人指派之人協助確認侵害著作權之物後，警方予以查扣，難認係違法搜索。楊文輝等7人上訴意旨仍執其不為原審所採之辯稱，主張扣案光碟係由隨同到場之日本人從陳列架上將光碟取下，逐一裝箱封存，最後才由司法警察製作搜索扣押筆錄，而命在場人簽名，搜索程序既非全程由司法警察為之，搜索程序違法，所扣得之證據應予排除云云，指摘原判決採用搜索取得之色情影音光碟，認定其等有罪有所不當，無非對搜索票之記載有所誤解，難係適法之第三審上訴理由。

- 四、檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索或扣押時，發現本案應扣押之物為搜索票或扣押裁定所未記載者，亦得扣押之；實施搜索或扣押時，發見另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官，刑事訴訟法第137條第1項及第152條分別定有明文。前者為本案的附帶扣押，後者為另案扣押，以上二種情形與搜索票上已載明應扣押物者，尚有不同。如前標題三所述，本件搜索票，法官於應扣押物欄位註明：「一、有關違反著作權法、妨害風化之證物、進出貨單、供犯罪所用工具及本案相關事證。……」而扣案如附表編號1、2所示之無碼色情影音光碟及有碼色情影音光碟共99,397片（計算式：1,330 + 98,067 = 99,397），其中附表編號2所示之光碟中尚包括原判決附件（下稱附件）編號1至18所示之違反著作權影音光碟，且上開有碼及無碼之色情影音光碟均含有裸露男女生性器官、男女交媾狀態、男女相互口交等足以刺激或滿足性慾、引起一般人羞恥或厭惡感之猥褻畫面，且販賣地點臺北市大安區新生北路1段7號地下1樓及同址2樓「數位夢天堂」光碟店，未為任何適當之阻絕措施，以每片新臺幣20至50元不等之價格，公然陳列、販售予不特定人，原判決因認警方於搜索時將店內有關違反著作權法及妨害風化之上揭色情影音光碟均予扣押，並未逾越搜索票記載之範圍。經核於法並無不合，且與搜索票記載之應扣押物相符。楊文輝等7人上訴意旨指摘警方未依搜索

票之記載執行，即將店內全部影音光碟予以扣押，形同無票搜索云云，尚與卷附搜索票之記載不符，並非依據卷內資料執為指摘之合法第三審上訴理由。

五、刑事訴訟法第164條、第165條規定，審判長於審判期日調查證據時，應就卷宗內之筆錄、文書或物證等證據為提示或告以要旨。此為事實審法院於審判期日，就判斷犯罪事實所採用之證據，應踐行之調查方法及程序，其立法旨趣係在使訴訟有關人員透過法庭調查證據活動，充分表達對於各項證據及該證據與待證事實關聯性之意見，以擔保證據資料之真實性，兼具保護被告之防禦權。倘某一證據於不同卷證重複出現，即或以不同之形式呈現，原審審判期日就該證據存在於某卷證部分，漏未提示調查或告以要旨，其所踐行之訴訟程序雖稍欠周延，然該證據存在於其他卷證部分，既經原審提示調查或告以要旨，並予檢察官、上訴人及辯護人表示意見之機會，自難謂該項證據係應於審判期日調查之證據而未予調查，法院援引該證據，即難謂於被告之訴訟防禦權實質上有所妨礙。查附件編號1 至18所示之18部色情影音光碟，業已不同形式存在於不同卷證，其中附件編號1至4所示之色情影音光碟截圖及封面封底，於偵查卷及原審卷重複出現；附件編號5 至17所示之色情影音光碟亦存在於偵查卷所整理之Excel 光碟中；另附件編號18之色情影音光碟，業經○○大學黃○傑教授予以鑑定，有鑑定報告附於偵查卷。再者，附件編號1 至17所示色情影音光碟之影片摘要及具備原創性說明等資料，經告訴人於民國106年2月18日向原審提出，並有該18部色情影音光碟扣案可證。則原審於110年11月4日審判期日，雖就原審卷五附件編號1 至17所示之色情影音光碟截圖及封面封底，漏未提示調查或告以要旨，所踐行之訴訟程序稍欠周延。惟如前說明，上開證據既於不同卷證重複出現，或以不同之方式呈現，其存在於其他卷證部分，既經原審提示調查並告以要旨，並予檢察官、上訴人及原審辯護人表示意見之機會，自難謂該項證據係應於審判期日調查之證據而未予調查，對楊文輝等7 人之訴訟防禦權實質上有所妨礙。楊文輝等7 人上訴意旨執此指摘原判決不當，亦非適法之第三審上訴理由。

六、著作權法第9條第1項規定：「下列各款不得為著作權之標的

：一、憲法、法律、命令或公文。二、中央或地方機關就前款著作作成之翻譯物或編輯物。三、標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆。四、單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作。五、依法令舉行之各類考試試題及其備用試題。」可見有關著作權標的之限制，並未包含違反公共秩序或善良風俗者，亦即違反公共秩序或善良風俗，並非不得取得著作權之消極要件。故色情著作是否受著作權法保護，仍應視其是否符合著作權法所要求之原創性而定，而不問其創作之品質如何，倘符合著作之要件，即應受著作權法保護，不因該創作不容於一般社會道德或法律標準，即認其非著作。至於該色情著作是否違反其他法令，亦不影響色情著作是否受著作權法保護之判斷，此係截然不同之二事，不能混為一談。本件原判決已說明附件編號1 至18所示之18部色情影音光碟經原審勘驗結果，影片之拍攝手法、場景設定、情節設計、故事流程、服裝設計、演員間依據不同劇情設計所發展出不同互動關係、在各式情境下之情緒表達等，均足以表現作者想傳遞的情慾精神思想，而可表達作者之個性或獨特性，具有最低程度之創意，有勘驗筆錄在卷可憑，認屬我國著作權法第3條第1項第1 款所稱之著作，不因創作人創作出不容於一般社會道德或法律標準之作品，即否認該創作非為著作。至於色情影音光碟是否違反其他法令，應依各該法令，不影響色情著作是否應受著作權法保護之判斷，楊文輝等7 人辯稱色情影音光碟違反公序良俗不應受著作權法保護云云，自不足採。又視聽著作之內容除劇情外，尚包含導演拍攝手法、演員演出方式、服裝道具設計、燈光音樂等，故即使相同劇情亦可創作出不同之視聽著作，而附件編號1 至18所示之18部色情影音光碟，雖設定以男女性交行為作為影片拍攝主題，並為敘事之主要素材，然其影片內容並非僅單純男女性交行為場景之拍攝，而係具備創作者情慾思想之精神作用表達，已達著作權法最低創作程度之要求，楊文輝等7 人辯稱該18部色情影音光碟僅表達男女性交行為，不應受著作權法保護云云，並不足採。所為論敘，於法尚無不合，楊文輝等7 人上訴意旨置原判決明白之論斷說明於不顧，仍執其不為原審所採之相同辯解，指摘原判決不當，仍非適法之第三審上訴理由。

七、楊文輝等7 人其餘上訴意旨，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，徒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，暨其他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，楊文輝等7 人之上訴皆違背法律上之程式，均應予駁回。又刑事訴訟法第376條第1項各款所列之案件，如經第一審判決有罪，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。原判決關於楊文輝等7 人想像競合犯刑法第235條第1項販賣猥褻物品罪部分，係刑事訴訟法第376 條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件。其等對於得上訴於第三審法院之散布侵害著作財產權之光碟罪部分之上訴，既屬不合法而應從程序上駁回，則不得上訴於第三審法院之販賣猥褻物品罪部分，自無從適用審判不可分原則併為實體上審判，應一併駁回。

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 111 年 5 月 11 日

刑事第八庭審判長法官 何 菁 莪
法官 何 信 慶
法官 朱 瑞 娟
法官 高 玉 舜
法官 劉 興 浪

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 5 月 16 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 2337 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 05 月 18 日

裁判案由：妨害性自主

最高法院刑事判決

111年度台上字第2337號

上訴人 江俊延

選任辯護人 許仁豪律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國111年1月7日第二審判決（110年度原侵上訴字第4號，起訴案號：臺灣臺東地方檢察署108年度偵字第1803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，提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件；而上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。如果上訴理由書狀並未具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所為指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原審經審理結果，認為上訴人甲○○為輕度智能障礙之人，其辨識行為違法或依其辨識而為行為之能力，顯著減低，而有原判決犯罪事實欄所載之犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處上訴人對未滿14歲之男子犯強制猥褻（下稱加重強制猥褻）罪刑，並應於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護處分1年，已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。所為論斷，亦俱有卷證資料可資查考。
- 三、經查：
 - (一)刑法第59條規定，係賦予事實審法院特別之裁量權，以調和個案量刑的妥適，惟為防止酌減其刑之濫用，已嚴定其適用條件，而特加一「顯」字，以免法定刑形同虛設，破壞罪刑法定原則。是以此之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境等，因在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告「法定最低度刑」猶嫌過重者，始有其適用，而濟法定

刑之窮，俾符罪刑相當。亦即必須配合法定最低度刑觀察其刑罰責任是否相當，尚難僅以刑法第57條所列之犯罪情狀即據為酌量減輕之理由，惟此仍為事實審法院得依職權裁量審認之事項，除其裁量權之行使，明顯違反立法本旨及比例原則外，不得任意指為違法。

原判決對上訴人請求適用刑法第59條規定予以酌減其刑，已說明：上訴人所犯之加重強制猥褻犯行，經適用刑法第19條第2項規定減輕其刑後，其法定最低本刑為有期徒刑1年6月，已難謂有情輕法重之情形；且上訴人無視被害人A男年齡幼小，竟違反其意願對之為強制猥褻行為，戕害其身心健全發展，難謂上訴人所為危害輕微，在客觀上並無足以引起一般人同情，難認其犯罪之情狀顯可憫恕，自無刑法第59條所定酌量減輕其刑之適用等旨。上訴意旨仍持上訴人係因身心疾病誘發犯罪，指原判決有消極適用刑法第59條之違誤云云，自係無視於原判決已為之說明，對於原審量刑職權之適法行使，執詞爭論，並非合法之第三審上訴理由。

- (二)刑法係採刑罰與保安處分雙軌制度，在刑罰之外，於總則編第12章，設有保安處分專章，對於具有將來犯罪危險性之行為人，施以矯正、教育、診療等拘束身體、自由之適當處分，以達教化、治療，並防止其再犯而危害社會安全之目的。故保安處分之適用，乃針對行為人或其行為經評估將來對於社會可能造成之高度危險性，為補充或輔助刑罰措施之不足或不完備，依比例原則裁量適合於行為人本身之具體矯正、治療或預防性等拘束人身自由之補充性處分，而與刑罰之憲法上依據及限制有本質性差異。從而，保安處分，尤其是拘束人身自由之保安處分，其制度之具體形成，包括規範設計及其實際執行，整體觀察，倘與刑罰有明顯區隔，即為法之所許（司法院釋字第799、812號解釋意旨參照）。而刑法第87條第1項、第2項所定，對於因精神障礙或其他心智缺陷原因而成為無責任能力或限制責任能力（含瘖啞者）之人宣告的監護處分，固含有拘束人身自由之性質，惟實務上係令入醫療院所接受專業精神診療（包含門診治療或住院治療），並非禁錮於監獄執行，其隔絕性、苛酷性難以等同視之，已有明顯的區隔，更不具替代性，自不能以已受刑罰宣告為由，逕謂無再予施以監護處分的必要。再者，此等監護處分之

宣告，係以行為人的犯罪情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞為要件，本重在於社會防衛之需求，以隔離、教育、治療等方法，改善或減低行為人再犯的欲望，期使復歸社會，達成個別預防之效果，並非以預期之矯治成果為唯一考量，否則精神障礙或心智缺陷向為不治或難治之疾患，若謂無法治癒，即認無庸宣告監護，其制度目的豈非落空？殊非法之本旨。

原判決係依憑臺北榮民總醫院臺東分院於民國109年7月10日函送之精神鑑定報告書所載，上訴人智能落於輕度障礙程度，雖可簡單分辨是非對錯，但衝動控制、問題判斷與解決能力不佳；其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，有顯著降低之情形，其再犯可能性為中高度，建議除須負刑事責任外，應考量強化外在監控能量等情；再斟酌同院110年11月30日函送之精神鑑定書意見，認上訴人並無重大精神病之診斷，可針對其問題行為提供輔導與結構環境等旨為據，因認第一審併予宣告上訴人應於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護3年，期間尚嫌過長，而予撤銷改判上訴人應令入相當處所，施以監護1年，核屬原審保安處分裁量權之適法行使，並無違誤。上訴意旨徒以上訴人之戀童癖及輕度智能障礙，目前並無適當之治療方式，謂執行刑罰已可兼顧隔離社會之目的，尚無再施以監護處分之必要，而指摘原判決違法云云，亦屬誤解法律，與適法之第三審上訴理由不相符合。

四、綜上，應認本件上訴不合法律上之程式，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 111 年 5 月 18 日

刑事第九庭審判長	法官	蔡	彩	貞
	法官	梁	宏	哲
	法官	周	盈	文
	法官	莊	松	泉
	法官	蔡	廣	昇

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 5 月 24 日