

# 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、106 年度台上字第 287 號 .....	3
二、106 年度台上字第 791 號 .....	5
三、106 年度台上字第 2183 號 .....	7
四、106 年度台上字第 2189 號 .....	8
五、106 年度台上字第 2649 號 .....	8
六、106 年度台上字第 2957 號 .....	9
七、106 年度台上字第 3464 號 .....	11
八、106 年度台上字第 3989 號 .....	13
九、107 年度台上字第 8 號 .....	13
十、107 年度台上字第 46 號 .....	15
十一、107 年度台上字第 515 號 .....	16
十二、107 年度台上字第 663 號 .....	17
十三、107 年度台上字第 719 號 .....	17
十四、107 年度台上字第 922 號 .....	18
十五、107 年度台上字第 988 號 .....	18
十六、107 年度台非字第 23 號 .....	19
十七、106 年度台抗字第 842 號 .....	20
十八、107 年度台抗字第 123 號 .....	21
十九、107 年度台抗字第 169 號 .....	22
二十、107 年度台抗字第 209 號 .....	24

### 裁判全文

106 年度台上字第 287 號 .....	27
106 年度台上字第 791 號 .....	36

106 年度台上字第 2183 號 .....	53
106 年度台上字第 2189 號 .....	70
106 年度台上字第 2649 號 .....	93
106 年度台上字第 2957 號 .....	97
106 年度台上字第 3464 號 .....	108
106 年度台上字第 3989 號 .....	119
107 年度台上字第 8 號 .....	126
107 年度台上字第 46 號 .....	134
107 年度台上字第 515 號 .....	140
107 年度台上字第 663 號 .....	146
107 年度台上字第 719 號 .....	149
107 年度台上字第 922 號 .....	156
107 年度台上字第 988 號 .....	160
107 年度台非字第 23 號 .....	166
106 年度台抗字第 842 號 .....	171
107 年度台抗字第 123 號 .....	180
107 年度台抗字第 169 號 .....	184
107 年度台抗字第 209 號 .....	187

107 年 1 月至 107 年 3 月份

一、106 年度台上字第 287 號（裁判書全文）

- （一）被告以外之人於我國司法警察官或司法警察調查時所為之陳述經載明於筆錄，係司法警察機關針對具體個案之調查作為，不具例行性之要件，亦難期待有高度之信用性，非屬刑事訴訟法第 159 條之 4 所定之特信性文書。司法警察官、司法警察調查被告以外之人之警詢筆錄，其證據能力之有無，應依刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 所定傳聞法則例外之要件為判斷。又刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 警詢筆錄，因法律明文規定原則上為無證據能力，必於符合條文所定之要件，始例外承認得為證據，故被告以外之人除有第 159 條之 3 所列供述不能之情形，必須於審判中到庭具結陳述，並接受被告之詰問，而於符合(一)審判中之陳述與審判外警詢陳述不符，及(二)審判外之陳述具有「相對可信性」與「必要性」等要件時，該審判外警詢陳述始例外承認其得為證據。於此，被告之詰問權已受保障，而且，此之警詢筆錄亦非祇要審判中一經被告詰問，即有證據能力。至第 159 條之 3，係為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，於本條所列各款被告以外之人於審判中不能供述之情形，例外承認該等審判外警詢陳述為有證據能力。此等例外，既以犧牲被告之反對詰問權，除應審究該審判外之陳述是否具有「絕對可信性」及「必要性」二要件外，關於不能供述之原因，自應以非可歸責於國家機關之事由所造成者，始有其適用，以確保被告之反對詰問權。在體例上，我國傳聞

法則之例外，除特信性文書（刑事訴訟法第 159 條之 4）及傳聞之同意（刑事訴訟法第 159 條之 5）外，係視被告以外之人在何人面前所為之陳述，而就其例外之要件設不同之規定（刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 3）。此與日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項分別就法官（第 1 款）、檢察官（第 2 款）與其他之人（第 3 款）規定不同程度的傳聞例外之要件不同。因是，依我國法之規定，被告以外之人於審判外向(一)法官、(二)檢察官、(三)檢察事務官、司法警察官或司法警察等三種類型以外之人（即所謂第四類型之人）所為之陳述，即無直接適用第 159 條之 1 至第 159 條之 3 規定之可能。惟被告以外之人在域外所為之警詢陳述，性質上與我國警詢筆錄雷同，同屬傳聞證據，在法秩序上宜為同一之規範，為相同之處理。若法律就其中之一未設規範，自應援引類似規定，加以適用，始能適合社會通念。在被告詰問權應受保障之前提下，被告以外之人在域外所為之警詢陳述，應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 等規定，據以定其證據能力之有無。此為本院最近一致之見解。

- (二) 原判決就證人光○○二（日本國〈下稱日本〉水產廳所屬漁業巡護船龍星丸號〈下稱龍星丸號〉船長）、浦○○雄（龍星丸號輪機長）、福○○秀（龍星丸號船員）、勢○○○彥（日本內閣府沖繩總和事務局農林水產課漁業監督官司法警察員）等人於日本海上保安廳（為日本司法警察機關）人員面前所為之供述調書（即警詢筆錄），業已審酌上開證人經循司法互助模式，多次透過我國外交部請求日本外務省、法務省

安排到庭或透過遠距視訊方式於我國公開法庭為證述，然均未獲同意，其等無法到庭接受詰問，顯非肇因於可歸責於法院之事由。復於理由欄壹、二、~~四~~之1至5載認上開供述調書如何具有絕對可信之特別情況及證明犯罪事實存否所必要之理由。據以類推適用刑事訴訟法第159條之3規定，認具有證據能力，已記明認定之理由，並無不合。

參考法條：刑事訴訟法第159條之2、第159條之3。

## 二、106年度台上字第791號（裁判書全文）

（一）民國104年12月30日修正公布（105年7月1日施行）之刑法第38條之1第5項明定：犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。所謂實際合法發還，是指因犯罪而生民事或公法請求權已經被實現、履行之情形而言。該情形，不以發還扣押物予原權利人為限，其他如財產犯罪，行為人已依和解條件履行賠償損害之情形，亦屬之。原判決就安建計程車客運服務事業有限公司已實際支出之新臺幣（下同）1億4,259萬434元部分（包含支付：1、計程車司機之賠償金483萬9,756元、2、春來汽車有限公司修理廠及其他修車廠之投保車輛修理費各7,864萬8,847元、3,678萬2,927元、3、如原判決附表三所示產險公司之保險費1,661萬9,679元、4、案發後陸續為計程車司機轉保產險公司之保險506萬2,099元），係以該部分犯罪所得已實際合法發還被害人為由，而不予宣告沒收。依前揭規定，尚無不合。

(二) 104 年 2 月 4 日修正公布之保險法（下稱修正保險法），將第 136 條第 2 項原規定「非保險業不得兼營保險或類似保險之業務。」修正為：「非保險業不得兼營保險業務。」其立法理由謂：「按本法為規範保險業經營保險業務，非保險業不得兼營之，至於保險業務之認定，應以其兼營業務之性質及內涵判斷之，而非僅檢視其是否具『保險』之名。為免外界誤解有所謂『類似保險』之業務，爰刪除原條文第 2 項之相關文字。」同法第 167 條第 1 項亦由：「非保險業經營保險或類似保險業務者，處……。其犯罪所得達新臺幣 1 億元以上者，處……。」配合修正為：「非保險業經營保險業務者，處……。其犯罪所得達新臺幣 1 億元以上者，處……。」其立法說明謂：「配合第 136 條第 2 項，刪除第 1 項有關類似保險之文字。」依前述修法意旨，修正保險法第 136 條第 2 項、第 167 條第 1 項刪除原規定「類似保險」之文字，並非將「非保險業經營類似保險業務」之行為除罪化，而係強調非保險業所經營者是否為「保險業務」，應以所兼營業務之性質及內涵判斷之，並避免外界誤解尚有所謂「類似保險」業務存在。準此，被告行為後，修正保險法第 136 條第 2 項、第 167 條第 1 項雖刪除「類似保險」之文字，惟同法第 167 條第 1 項之法定構成要件實質上並無不同，應依一般法律適用原則，適用裁判時即修正保險法第 167 條第 1 項規定。原判決本此旨趣，說明：被告之原審辯護人所為修正保險法第 136 條第 2 項、第 167 條第 1 項規定均已刪除「類似保險」之文字，本件有犯罪後之法律已廢止其刑

罰之情形，應為免訴判決之辯護意旨，尚有誤會。經核於法並無不合。

參考法條：刑法第 38 條之 1 第 5 項。

刑法第 2 條、保險法第 167 條第 1 項。

### 三、106 年度台上字第 2183 號（裁判書全文）

- （一）刑法施行法第 10 條之 3 第 2 項規定：「民國 105 年 7 月 1 日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。」既謂「其他法律」關於上開沒收等規定不再適用，自不包括刑法本身之特別規定在內。
- （二）供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定，105 年 7 月 1 日施行之刑法第 38 條第 2 項定有明文。而犯刑法第 143 條第 1 項之投票受賄罪者，其已收受賄賂之沒收、追徵，同條第 2 項既有特別規定，自應依該規定宣告沒收、追徵。倘檢察官對犯該罪者依刑事訴訟法第 253 條規定，為職權不起訴處分，或依同法第 253 條之 1 規定，為緩起訴處分，上揭收受賄賂，應由檢察官依同法第 259 條之 1 規定，單獨聲請法院宣告沒收。
- （三）原判決既認如附表一所示之賄賂，業由投票行賄之上訴人經其他共同正犯交付予有投票權之林○賢等人，則上開賄賂係屬於林○賢等人，非屬於上訴人及其共同正犯，自無從再依刑法第 38 條第 2 項前段規定對上訴人宣告沒收。乃原判決仍對上訴人宣告沒收，自有違誤。

參考法條：刑法第 38 條第 2 項、第 143 條第 1 項、第 2 項。

刑法施行法第 10 條之 3 第 2 項。

刑事訴訟法第 259 條之 1。

#### 四、106 年度台上字第 2189 號（裁判書全文）

刑事訴訟法第 175 條第 1 項規定：「傳喚證人，應用傳票。」同條第 2 項規定：「傳票至遲應於到場期日二十四小時前送達。但有急迫情形者，不在此限。」係因證人是否到場，影響審判程序至鉅，所為之規定，非謂不可以其他方法為之，未依該方法傳喚，如證人未到場，僅生不能科予罰鍰及拘提而已，其證述之證據能力不因此而生影響。上訴人於原審主張附表十八編號 2、12、19、22、25、46、47、52、54、55、56、57、67 所示證人之傳喚違反刑事訴訟法第 175 條第 1 項、第 4 項規定，而無證據能力，尚有誤會。卷查上開證人等原係以被告身分先行接受檢察官訊問，嗣轉換為證人身分時，檢察官已確認其等作證之意願，並為權利之告知後命具結，部分復說明未及時送達證人傳票情事，有各該筆錄可稽，自無角色混淆之可能，對證據能力之判斷無影響。

參考法條：刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項、第 175 條。

#### 五、106 年度台上字第 2649 號（裁判書全文）

刑事訴訟法第 371 條係規定，被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。倘被告未經合法傳喚，或縱經合法傳喚，然有正當理由，而未於審判期日到庭陳述，第二審法院逕行判決者，依刑事訴訟法第 379 條第 6 款規定，其判決當然違背法令。本件原審 106 年 4 月 26 日上午 9 時 30 分審判程序期日之傳票（其上記載應受送達人「被



告蕭○華女士」、送達方法「已將文書付與應受送達人本人」、送達人「書記官林○念」、送達處所「本院」、送達時間「106 年 3 月 2 日下午 15 時 30 分），係由上訴人在原審之辯護人（下稱辯護人）周○宇律師於送達方法「已將文書付與應受送達人本人」欄下簽名（並加註「代」字樣）等情，有送達證書在卷可稽。又稽之卷內資料，上訴人並未依刑事訴訟法第 55 條第 1 項規定，陳明周○宇律師為送達代收人（依「刑事委任狀」記載，周○宇律師之事務所在高雄市新興區○○二路○號○樓之○，不在原審法院所在地），則將「應受送達人」註明為上訴人之傳票，逕行送達予並非「應受送達人」亦非送達代收人之周○宇律師代為收受，難認已合法送達於上訴人。則上訴人於上開審判程序期日是否無正當之理由不到庭？尚非全無疑義。此攸關保障上訴人之訴訟上權益，自應調查明白。原判決固於理由中引用上訴人之辯護人於準備程序、審判程序期日之陳述，據以說明辯護人「同意原審為被告缺席判決」、「希望為被告進行審判程序」等語。惟上訴人是否無正當之理由不到庭，純屬認定事實與適用法律之事項，辯護人並無上述「同意」或「希望」之權限。

參考法條：刑事訴訟法第 55 條、第 371 條、第 379 條第 6 款

。

## 六、106 年度台上字第 2957 號（裁判書全文）

- （一）有鑒於一般行政機關缺乏採購專業人才，採購法第 39 條第 1 項規定機關辦理採購，得依本法將其對規劃、設計、供應或履約業務之管理，以專案管理之方式委託廠商代辦。並於同條第 2 項明定承辦專案管理廠商

之負責人或合夥人，不得同時為規劃、設計、施工或供應廠商之負責人或合夥人。其立法理由並說明係規範代機關辦理專案管理之廠商，與負責規劃、設計、施工或供應之廠商間，彼此不能具有特定關係，以免產生利益輸送、相互掩護或球員兼裁判之情形。故辦理專案管理廠商之負責人或合夥人，倘隱匿其特定關係，復參加與其專案管理業務相關規劃、設計、施工或供應事務採購之投標，即係以欺罔之手段，影響採購公正，產生利益輸送或有害施工品質等攸關公共利益事項。又代機關辦理專案管理之廠商，如將其承包之業務複委任其他廠商施作者，該受複委任之廠商在被委任經辦專案管理業務之範圍，係實際從事專案管理業務，於採購法所禁令之行為，自等同於專案管理廠商之地位，應同受上開與負責規劃、設計、施工或供應之廠商間，彼此不能具有特定關係之限制，方能確實避免產生利益輸送、相互掩護或球員兼裁判之情形。否則，僅限制名義上得標之專案管理廠商負責人及合夥人，而任由實質承辦業務之受複委任廠商負責人或合夥人參加相關採購之投標，無疑形成公平採購制度之漏洞，亦無法發揮專案管理功能，更無從確保採購及施工之品質。

- (二) 富○公司就受複委任事項，已實際從事設計監造案之專案管理內容，應視同為專案管理廠商，依前述規定，該公司負責人自不得同時為規劃、設計、施工或供應廠商之負責人，即上訴人不得以其為實際負責人之遠○、海○公司投標工程建置案。而觀之基隆環保局承設計監造案所續辦之工程建置案，亦於參標文件中

之投標廠商聲明書載明投標廠商均須書面聲明其負責人或合夥人並非採購法第 39 條第 2 項所稱同時為規劃、設計、施工或供應廠商之負責人或合夥人，則上訴人以遠○、海○公司參加投標工程建置案，未如實聲明，隱匿富○公司係設計監造案之專案管理業務受複委任廠商，以及其與遠○、海○公司之特定關係，使招標機關承辦人員陷於錯誤而審認遠○、海○公司為合格投標廠商，自係以詐術行為使開標發生不正確之結果。

參考法條：政府採購法第 39 條、第 87 條。

#### 七、106 年度台上字第 3464 號（裁判書全文）

- （一）沒收新制下犯罪所得之計算，應分兩層次思考，於前階段先界定「利得存否」，於後階段再判斷「利得範圍」。申言之，在前階段利得之存否，係基於直接性原則審查，以利得與犯罪之間是否具有直接關聯性為利得存否之認定。而利得究否與犯罪有直接關聯，則視該犯罪與利得間是否具有直接因果關係為斷，若無直接關聯，僅於符合刑法第 38 條之 1 第 4 項所規定之利用及替代品之間接利得，得予沒收外，即應認非本案之利得，而排除於沒收之列。此階段係在確定利得與犯罪之關聯性，故就必要成本（如工程之工資、進料）、稅捐費用等中性支出，則不計入直接利得；於後階段利得範圍之審查，依刑法第 38 條之 1 之立法意旨，係以總額原則為審查，凡犯罪所得均應全部沒收，無庸扣除犯罪成本。如向公務員行賄之賄款或性招待之支出，因屬犯罪之支出，依總額原則，當不能扣

除此「犯罪成本之支出」。同理，被告犯罪所得之證據調查，亦應分兩階段審查，於前階段「利得存否」，因涉及犯罪事實有無、既未遂等之認定，及對被告、第三人財產權之干預、剝奪，故應適用嚴格證明法則予以確認，並應於審判期日依法定程序進行調查；於後階段「利得範圍」，由事實審法院綜合卷證資料，依自由證明法則釋明其合理之認定依據即足。

- (二) 沒收新制除確認沒收已無從屬主刑之特質，改採沒收獨立性法理外，並擴大沒收之主體範圍，從修正前對於犯罪行為人之沒收擴及至未參與犯罪之第三人，而增訂「第三人沒收」，於必要時亦可對被告以外之第三人宣告沒收，併於刑事訴訟法第 7 編之 2 增訂「沒收特別程序」，賦予第三人在刑事本案參與沒收之權限。且依刑事訴訟法第 455 條之 26 第 1 項規定：「參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決」，為課予法院對有第三人參與本案沒收程序時，應分別為被告違法行為之「本案判決」及參與人持有被告犯罪所得之「沒收判決」之依據。該條第 2 項並規範「沒收判決」之應記載事項，除應於主文諭知外，尚應於判決中適當說明形成心證之理由，以法明文使「沒收判決」之應記載事項具體明確外，更確認國家對參與人沒收之事實、範圍等沒收效力所及之內容，故如對參與人應否沒收，法院未於判決主文諭知，則難認該沒收判決之訴訟繫屬業已消滅、已生實質確定力，不得認已為判決，應屬漏判。

參考法條：刑事訴訟法第 155 條 2 項、第 455 條之 26。

## 刑法第 38 條之 1。

### 八、106 年度台上字第 3989 號（裁判書全文）

行為是否成立犯罪，係以不法與罪責為前提，故行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如欠缺實質的違法性，仍不成罪，故不論學術界或實務界，均普遍承認超法規阻卻違法事由。其中，得被害人承諾或同意，即是一例，於受保護之法益具有可處分性時（例如身體、自由、財產、隱私等），在一定要件下，容許被保護人基於自主決定權，捨棄法律的保護；而犯罪行為，既屬行為人受意思決定與意思活動所主宰支配的人類行止，就有可能發生錯誤或失誤的問題，學理上乃有錯誤理論之發展，並對於不同的錯誤態樣，給予不同的評價。就阻卻違法事由的錯誤而言，苟行為人誤認有阻卻違法事由的行為情狀存在（例如：誤想防衛、誤想避難、誤認得被害人承諾或同意等等）而為防衛、避難、毀損財物、侵害人之身體、自由等行為，依目前實務見解，認應阻卻犯罪故意（主觀構成要件），緩解其罪責；就其行為因過失造成錯誤，於法條有處罰過失行為時，祇論以過失犯；法無過失犯處罰者，不為罪。從而，苟被告於法院審理中，已就各該阻卻違法事由存在與否，有所主張，則對於此種特別例外情形的具體個案，自應詳加說明其判斷的理由，以昭折服。若無之，尚存有判決理由不備之可議。

參考法條：刑法第 12 條。

### 九、107 年度台上字第 8 號（裁判書全文）

（一）凡居住於我國領域內，不問何人，於他人為被告之案件，有為證人之義務，俾能發現事實真相。惟基於追

求社會之最高利益，刑事訴訟法另有規定特定業務、身分或利害關係之人，得拒絕證言（例如，刑事訴訟法第 179 條、第 180 條、第 181 條、第 182 條），以保護證人權利，兼及當事人之訴訟利益。惟拒絕證言權利並非不可拋棄，倘經法官告知得拒絕證言之權利後，證人猶決意為證述，並於主詰問陳述有利或不利於被告本人之事項，輪到另一造當事人行反詰問時，刑事訴訟法第 181 條之 1 特別規定證人此時不得拒絕證言，以免造成無效之反詰問。蓋反詰問之作用乃在彈劾證人之信用性，並削減或推翻其於主詰問所為證言之證明力，及引出主詰問時未揭露或被隱瞞之另一部分事實，而達發現真實之目的。倘證人在主詰問陳述完畢後，於反詰問時猶得拒絕陳述，使其信用性及陳述之真實性均未受檢驗，則要以反詰問達到上開效用，顯有困難，即有害於真實之發現。故於審理期日調查證據行主詰問時，證人作證陳述有利或不利於被告本人之事項，於反詰問中不論是合法或非法拒絕證言，使另一造當事人不能為有效之反詰問，則主詰問之證詞即應予排除，而不能採為判斷事實之證據資料，以免不當剝奪另一造當事人之反對詰問權，並有礙於發現真實。

- （二）本件證人林○威於原審由辯護人行主詰問中，其陳稱本件交通事故發生時肇事車輛內有其與林○德、陳○昌共 3 人，林○德乘坐於右後座等語，惟就檢察官行反詰問時詢問車輛內 3 人乘坐之相關位置之問題，卻表示「這個問題我不要回答」，再經檢察官詢問：「你之前不想回答的那些問題，是你擔心自己惹上麻煩

，或怕說出真相？」，亦表示「我不要回答這個問題」，甚至於法官補充詢問「陳○昌說車子是他開的，你有什麼意見？」、「他（陳○昌）說你坐在駕駛座後面有何意見？」，也均答以「我不要回答」等語，不僅使檢察官無法針對其於主詰問陳述有利於林○德之事項，進行有效之反詰問，亦拒絕釋明其拒絕證言之原因。揆諸上開說明，林○威於主詰問陳述有利於被告本人之事項，因未經檢察官有效反詰問，即不得採為判斷事實之證據資料。

參考法條：刑事訴訟法第 181 條之 1。

#### 十、107 年度台上 字第46 號（裁判書全文）

刑事訴追關於構成犯罪之具體事實及其犯罪之時間、處所、方法之記載，旨在辨別犯罪之同一性。就犯罪之時日而言，攸關刑罰法規新舊法律之適用、行為人責任（行為時年齡）、時效、科刑權範圍（如減刑與否）等項，固應記載至足以決定此等事項之程度始屬正當，倘與此等事項無關者，例如某些犯罪因現實上已難細載具體犯罪時間，則相關認定如已達其犯罪同一性之辨別可得確定之程度，縱未臻精確，因無礙於被告訴訟防禦權之行使，自不生違背法令之問題。原判決就附表一編號 2 至 5 之海洛因交易時間，業綜合購毒者證述內容及卷存通訊監察資料所示最後通訊時間等相關事證而為論斷並敘明所憑，核與毒品交易常態無違，原判決依此實體調查審理結果為認定，並經上訴人就各犯罪事實為實質答辯，無礙上訴人對於有無此部分販賣第一級毒品既、未遂各犯行之防禦權行使，並無上訴意旨所指恣意更正犯罪時間之違法情形。

參考法條：刑事訴訟法第 264 條第 2 項。

#### 十一、107 年度台上字第 515 號（裁判書全文）

本件第一審判決就檢察官起訴上訴人擔任高雄市環保局以限制性招標方式辦理「100 年度高雄市流域及水污染源稽查管制計畫勞務採購案」之評選委員，而洩漏國防以外應秘密消息部分認定有罪，處有期徒刑 4 月，並諭知如易科罰金以 1 千元折算 1 日；另就上訴人被訴擔任高雄市環保局「特殊敏感區標案」之評選委員，而洩漏國防以外應秘密消息部分則諭知無罪。嗣檢察官對第一審判決關於諭知上訴人無罪部分提起第二審上訴，上訴人亦對第一審判決其有罪部分提起第二審上訴。原審就上訴人被訴擔任高雄市環保局「特殊敏感區標案」之評選委員，而洩漏國防以外應秘密消息部分，撤銷第一審諭知上訴人無罪之判決，改判諭知上訴人以公務員洩漏國防以外應秘密之消息罪，處有期徒刑 3 月，並諭知如易科罰金以 1 千元折算 1 日；至於上訴人對於第一審判決其前述有罪部分之上訴，則因已逾上訴期間，認為其上訴不合法而駁回其上訴，該部分並未進入實體審理，故此部分之確定判決仍為第一審判決，原審僅就上訴人擔任「特殊敏感區標案」之評選委員，而洩漏國防以外應秘密消息部分為實體判決，故原判決就此實體改判有罪部分所諭知之刑期（即有期徒刑 3 月），自無庸與上訴人因上訴逾期被以程序判決駁回部分（即有期徒刑 4 月）合併定其應執行之刑。何況法院就上訴人所犯此 2 罪所宣告之刑若符合定應執行刑之要件，將來執行檢察官亦可依法向法院聲請定其應執行之刑，自不能執此指摘原判決違法。上訴意旨謂原判決漏未將此 2 罪部分



之宣告刑合併定其應執行之刑云云，依上述說明，要屬誤解。

參考法條：刑法第 50 條。

## 十二、107 年度台上字第 663 號（裁判書全文）

第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定，刑事訴訟法第 364 條固定有明文。但第一審判決之自訴案件，上訴審仍應依自訴程序辦理，司法院院字第 264 號著有解釋。原判決認對本件自訴案件之第二審上訴無管轄權，竟不依刑事訴訟法第 335 條之自訴程序規定，諭知管轄錯誤之判決外，非經自訴人聲明，毋庸移送案件於管轄法院。而依同法第 304 條之公訴程序規定，諭知管轄錯誤，並同時諭知移送於管轄之智慧財產法院，尚有未合。

參考法條：刑事訴訟法第 335 條、第 364 條。

## 十三、107 年度台上字第 719 號（裁判書全文）

刑法上所謂署押，應係指自然人所簽署之姓名或畫押，或其他代表姓名之符號而言。若係政府機關、學校、醫院及其內部單位或一般公司、行號之名稱，則不在刑法上所謂署押之列。蓋因「署押」係由自然人親手簽押，具有筆劃特徵之個別性質，足以辨別其真偽，始具有署押之意義。而政府機關或公司、行號本身，係虛擬之人格，而非自然人，並無親手簽押其名稱之能力（實務上多以蓋印之方式為之），必須委由自然人以機關或公司、行號代表人或代理人之名義，簽押該自然人之姓名為之。故機關、學校、醫院及其內部單位或一般公司、行號之名稱，在性質上並非刑法上之署押。本件上訴人在本件匯出匯款憑證上「代理人姓名欄」內所記載之

「億誠」二字，究係自然人之姓名，或公司、行號之名稱？似有未明。原審未詳加查明釐清，遽認上述「億誠」二字，即係上訴人所偽造他人之署押，遽予宣告沒收，亦嫌調查未盡。

參考法條：刑法第 219 條。

#### 十四、107 年度台上字第 922 號（裁判書全文）

販毒者意圖營利所欲謀取之利益，不限於係價差或量差，其利益之多寡及實際上是否已經獲利，亦非所問。是販賣毒品者，若出於卸責，僅為其係與購毒者合資購買或為購毒者代購之供述，固難認已對販賣毒品犯罪事實之全部或主要部分為自白。然販賣毒品之人，倘於陳述合資購買或為人代購之過程中，同時承認其有藉出面購買、代購之機會，從中謀取其個人利益之意圖，而就主觀上牟利之意圖及客觀上交付毒品、收取價款等販賣毒品罪之主要部分為肯定之供述者，仍屬已對販賣毒品之犯行為自白。原判決已說明：上訴人除於第一審準備程序暨審理時供承犯行外，另於民國 104 年 7 月 7 日檢察官偵訊時供稱：「（你幫他們拿海洛因有何好處？）沒有好處，就是一起合資可以拿比較多的量，這樣可以拿回來施用。」此項供述，顯係指其個人可於合資購買或代購之過程中，從中獲取較多之海洛因供己施用，足以認上訴人於檢察官偵訊時，曾對其有販賣毒品之營利意圖為自白。

參考法條：毒品危害防制條例第 17 條第 2 項。

#### 十五、107 年度台上字第 988 號（裁判書全文）

毒品危害防制條例第 17 條第 1 項，係特別針對犯該條例第 4 條至第 8 條、第 10 條或第 11 條之罪，供出「毒品」來源，

因而查獲其他正犯或共犯的被告，所為「特別」制定的減免其刑寬典；至於證人保護法第 14 條，係就同法第 2 條所列舉的各類犯罪（按其第 1 款規定「最輕本刑為 3 年以上有期徒刑之罪」，包含了販賣第一、二、三、四 級毒品犯罪；此外第 2 至 17 款尚列舉諸多其他犯罪），而為「一般」共同的規範。前者無時間限制，理論上，祇要在其本案判決之前，即為已足；後者僅限於本案偵查中，並須事先經檢察官同意為必要（依該法施行細則第 21 條規定，指檢察官在該本案偵查終結之前同意，並將同意之旨，記明筆錄），可見就寬典適用而言，前者限制較少，有利證人；後者較嚴，相對不利證人。從而，當 2 者競合時，應優先適用毒品危害防制條例，而非遞予 2 次的寬減，否則將與可以 1 次即減至免刑的最低程度，理論上相齟齬。原判決理由欄貳—三—(二)內，載敘：上訴人於偵查中，供出陳○霖、吳○○為本件的共犯，因而得以查獲陳○霖、吳○○的犯行，縱然同時合於毒品危害防制條例第 17 條第 1 項及證人保護法第 14 條第 1 項的規定，應優先適用毒品危害防制條例第 17 條第 1 項規定。經核於法並無不合。

參考法條：毒品危害防制條例第 17 條第 1 項。

證人保護法第 14 條第 1 項。

#### 十六、107 年度台非字第 23 號（裁判書全文）

本件僅由被告提起第二審上訴，檢察官並未提起上訴，原判決就被告販賣第一級毒品部分，雖以第一審判決未就扣案之 0000000000 門號 SIM 卡一併宣告沒收，及其事實欄未記載行動電話 1 支（含 0000000000 號 SIM 卡 1 張）係被告所有供販賣毒品所用之物，竟於主文及理由就該行動電話（含 SIM 卡

）諭知沒收，以及被告於警詢及第一審審理時均自白有本件販賣第一級毒品之犯行而獲得減刑後，於原審審理時竟翻異前詞而否認此部分犯行，毫無悔意，態度不佳等為由，撤銷第一審關於此部分之科刑判決。然原判決就被告販賣第一級毒品部分，係依毒品危害防制條例第 4 條第 1 項、第 17 條第 2 項、刑法第 47 條第 1 項及第 59 條之規定，對被告予以論罪科刑，既與第一審判決適用之法條並無不同，自應有刑事訴訟法第 370 條第 1 項前段關於不利益變更禁止原則之適用。

參考法條：刑事訴訟法第 370 條第 1 項。

#### 十七、106 年度台抗字第 842 號（裁判書全文）

（一）特赦，顧名思義，乃特別赦免，係針對「個案」，從政治上考量，特別予以寬免罪罰，依憲法第 40 條規定，專屬總統特權。實際運作上，赦免係以行政權的作用，變更了司法權的結果，目的當在於衡平刑罰的嚴苛及救濟司法無法自行糾正的錯誤。至於再審制度之設，係承認法官是人、不是神，不免偶因證據等因素而判斷、認定事實錯誤，當予糾正、救濟。其中，對有罪確定判決的聲請再審，乃有聲請再審權人，以確定有罪判決所認定的事實不當，作為理由，請求原審的法院，重新審判，撤銷或變更原確定判決的救濟方法。兩者同屬對於有罪確定判決的非常救濟手段，本質上，既都以受判決人的利益為目標，則基於公部門對於人民權益保障多多益善的法理，該 2 制度自應屬於併存、互補的關係，而不相互排斥。

(二) 依司法院釋字第 283 號解釋，總統依憲法第 40 條及赦免法第 3 條後段規定，所為罪刑宣告無效之特赦，對於已執行之刑，不生溯及既往之效力。可見該特赦，係向「將來」（非「過去」）發生效力，且只限於「罪」、「刑」宣告無效。然則，法院認定有罪的判決，係以「主文」、「事實」及「理由」3 項構成，觀諸刑事訴訟法第 308 條規定即明，上揭特赦效力，卻僅止於就「主文」乙項之罪、刑宣告，有所宣示（無效），而對於該確定判決所認定犯罪的「事實」與「理由」2 項，既無宣告，故於理論上，當是依然存在，此亦為一般國民於認知和法律感情上，多偏向認為受判決人雖經赦免，但其實隱然仍屬有罪（已執行之刑，不受影響），而非真正等同於「清清白白」的無罪。

參考法條：中華民國憲法第 40 條。

刑事訴訟法第 308 條、第 420 條。

赦免法第 3 條。

#### 十八、107 年度台抗字第 123 號（裁判書全文）

(一) 刑法第 2 條第 1 項係關於行為後法律變更者，就行為時及裁判時之法律比較適用之準據法規定，僅於被告行為後法律有變更，法院為裁判時，始有適用；倘法院「裁判確定後」，縱法律變更，檢察官於指揮執行時，除立法者另以法律規定而有例外情形，如刑法第 2 條第 3 項、刑法施行法第 6 條之 1 等情形，應從其規定外，仍應按原確定裁判主文及所適用之法律執行，並不生所謂新舊法比較適用，或是否依新法規定執

行之問題。況依法律規範之目的以觀，刑法第 50 條之規定，乃在受刑人有數罪併罰之情形，依刑法第 51 條規定定其應執行刑，資以確認受刑人（併合處罰）刑罰之範圍，是故倘法院對受刑人定應執行刑之裁定業已確定，甚且已執行完畢之情形，刑罰之目的既已完成，自無再主張適用修正後刑法第 50 條規定，請求重定應執行刑或請求易科罰金之罪易科罰金之餘地。

- （二）附表一、二所示各罪，前已分別經臺灣臺中地方法院 99 年度聲減字第 43 號及原審法院 99 年度聲字第 1608 號刑事裁定，分別定應執行有期徒刑 8 年 8 月、24 年確定，自不得割裂所定應執行刑，擇取其中部分之罪更與他罪合併定執行刑，亦即無再就附表一編號 2 所示之罪與附表二所犯各罪更合併定執行刑之餘地，復不因裁定確定後刑法第 50 條修正，即可追溯否定原裁定之實質確定力。是檢察官據前開定應執行刑之確定裁定，分別核發執行指揮書指揮接續執行，無從將該併合處罰之應執行之刑期予以割裂執行，亦屬適用裁判時之數罪併罰規定之法律上效果，尚非檢察官執行之指揮有所違法或執行方法有所不當。

參考法條：刑法第 2 條、第 50 條。

刑事訴訟法第 484 條。

#### 十九、107 年度台抗字第 169 號（裁判書全文）

- （一）再審管轄法院對於再審之聲請，應審查其聲請是否合法及有無理由。所謂合法與否，係審查其再審之聲請是否違背程序之規定；所謂有無理由，則係依再審聲請人之主張就實質上再審原因之存否予以審查。若認

再審之聲請程序違背規定而不合法，或雖合法，但實質上所主張之再審原因並不存在者，雖均應裁定駁回之，但前者係依刑事訴訟法第 433 條規定，以聲請程序不合法駁回，後者則依同法第 434 條規定，以聲請無理由予以駁回，二者之法律適用有別。又聲請再審之程式，刑事訴訟法第 429 條固規定應以再審書狀敘述理由，附具原判決之繕本及證據，提出於管轄法院為之。惟此之所謂「證據」，祇須指出足以證明所述再審原因存在之證據方法或證據資料，供管轄法院調查，即足認符合聲請之法定程式，特別是無律師協助維護聲請人訴訟上權益之情形，如已於其再審書狀敘述理由，具體指明特定卷存證據資料之實際內容，敘明其出處，應認已依上開規定附具所欲證明再審原因存在之證據。至於其所提出之證據能否證明所主張之再審原因確實存在，應屬再審聲請有無理由之範疇，不能遽以聲請人未檢具該等資料，即以其聲請再審之程序違背規定為由，裁定駁回。

- (二) 本件抗告人傅○盛因強盜案件，於原審聲請再審，其聲請意旨已指明：檢察官偵查訊問抗告人時，已當庭勘驗抗告人身上傷勢，抗告人頭部及右膝均無新傷，走路也未一跛一跛，胸部亦無被手肘撞擊疼痛等情形，有檢察官勘驗筆錄附於臺灣新竹地方法院檢察處 77 年度偵字第 2604 號卷(一)第 28 頁、第 29 頁可證，此為對抗告人有利之新證據等語，顯已指陳其欲證明再審原因存在之證據資料。原裁定不察，逕以：聲請再審意旨就其憑為新證據之檢察官偵查勘驗結果，僅說明出處，並未檢附該證據資料，認其聲請與法定程式不

符，而依刑事訴訟法第 433 條規定，以其聲請為不合法為由，裁定駁回抗告人再審之聲請，自有未當。

參考法條：刑事訴訟法第 429 條、第 433 條、第 434 條。

## 二十、107 年度台抗字第 209 號（裁判書全文）

- （一）檢察官就得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑或拘役執行之案件，若於傳喚受刑人之傳票上註明該受刑人不得易科罰金或不得易服社會勞動之旨，應認檢察官實質上已為否定該受刑人得受易刑處分利益之指揮命令，該部分之記載，自得為聲明異議之標的，不受檢察官尚未製作執行指揮書之影響。
- （二）依刑法第 41 條第 1 項及刑事訴訟法第 457 條等規定，得易科罰金之案件，法院裁判所諭知者，僅易科罰金折算之標準，至是否不准易科罰金，係由執行檢察官依刑法第 41 條第 1 項但書規定，審酌受刑人是否有因易科罰金，「難收矯正之效或難以維持法秩序」之例外情形，而為決定。所謂「難收矯正之效」及「難以維持法秩序」，乃指執行檢察官依具體個案，經考量犯罪特性、情節及受刑人個人特殊事由等事項後，綜合評價、權衡之結果。此一評價、權衡結果，固屬檢察官裁量權之範疇，惟仍須以其裁量權行使之程序無明顯瑕疵為前提。是就受刑人對於檢察官否准易科罰金之相關命令聲明異議案件，法院應先審查檢察官所踐行之否准程序有無明顯瑕疵，而後始有審查檢察官所審酌之事項有無錯誤，有無與刑法第 41 條第 1 項但書所定之裁量要件欠缺合理關連性之情事，所為之裁量有無超越法律授權範圍等實體事項之問題。其中犯



罪特性、情節等事項，固得事先依確定之卷內資料予以審查，惟受刑人個人特殊事由等事項，則須在給予受刑人有向執行檢察官表示（包括言詞或書面）其個人特殊事由之機會之情況下（包含在檢察官未傳喚受刑人，或已傳喚受刑人但受刑人尚未到案前，受刑人先行提出易科罰金聲請之情形），檢察官始能對受刑人是否有個人之特殊事由及其事由為何，一併予以衡酌；若檢察官未給予受刑人表示有無個人特殊事由之機會，即遽為不准易科罰金之執行命令，其所為否准之程序，自有明顯瑕疵，即屬執行之指揮不當。至於執行檢察官於給予受刑人表示其個人特殊事由之機會，經審酌上述包括受刑人個人特殊事由在內之事項，並綜合評價、權衡後，仍認受刑人有刑法第 41 條第 1 項但書所定之情形，而為否准受刑人易科罰金之執行命令，始為檢察官裁量權之行使，與上述程序瑕疵，為不同層次之問題，不可不辨。

- （三）本件執行檢察官就得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑之執行，於傳喚再抗告人之傳票上註明不得易科罰金或不得易服社會勞動之旨，實質上已為否定再抗告人得受易刑處分利益之指揮命令，該部分之記載，自得為聲明異議之標的，不受檢察官尚未製作執行指揮書之影響。乃原裁定認此非聲明異議程序所得審究之事項，已有違誤。又上開傳票命令寄出前，或寄出後但再抗告人尚未到案前，檢察官是否有給予再抗告人提出易科罰金、易服社會勞動之聲請，或再抗告人是否已主動聲請易科罰金、易服社會勞動，並經檢察官對再抗告人其個人特殊事由及其事由為何等事項

一併予以衡酌後，始為上開傳票備註欄之記載，原審就此等攸關上開執行傳票備註欄記載之執行命令指揮程序，是否完備各情，均未予詳查、審酌，而以再抗告人所執非屬得為聲明異議之標的，從程序上遽行裁定駁回，自難謂妥適。

參考法條：刑事訴訟法第 457 條、第 484 條。

刑法第 41 條。

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,287

【裁判日期】1070227

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第287號

上 訴 人 王明賢

選任辯護人 黃志樑律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國105年8月16日第二審更審判決（104年度重上更(三)字第24號，起訴案號：臺灣基隆地方法院檢察署93年度偵字第2684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，認為上訴人王明賢違反毒品危害防制條例案件之犯行明確，因而撤銷第一審無罪判決，改判論處上訴人共同運輸第二級毒品罪刑（處有期徒刑10年），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、按被告以外之人於我國司法警察官或司法警察調查時所爲之陳述經載明於筆錄，係司法警察機關針對具體個案之調查作爲，不具例行性之要件，亦難期待有高度之信用性，非屬刑事訴訟法第159條之4所定之特信性文書。司法警察官、司法警察調查被告以外之人之警詢筆錄，其證據能力之有無，應依刑事訴訟法第159條之2、第159條之3所定傳聞法則例外之要件爲判斷。又刑事訴訟法第159條之2、第159條之3警詢筆錄，因法律明文規定原則上爲無證據能力，必於符合條文所定之要件，始例外承認得爲證據，故被告以外之人除有第159條之3所列供述不能之情形，必須於審判中到庭具結陳述，並接受被告之詰問，而於符合(一)審判中之陳述與審判外警詢陳述不符，及(二)審判外之陳述具有「相對可信性」與「必要性」等要件時，該審判外警詢陳述始例外承認其得爲證據。於此，被告之詰問權已受保障，而且，此之警詢筆錄亦非祇要審判中一經被告詰問，即有證據能力。至第159條之3，係爲補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，於本條所列各款被告以外之人於審判中不能供述之情形，例外承認該等審判外警詢陳述爲有證據能力。此等例外，既以犧牲被告之反對詰問權，除應審究該審判外之陳述是否具有「絕對可信性」及「必要性」二要件外，關於不能供述之原因，自應以非可歸責於國家機關之事由所造成者，始有其適用，以確保被告之反對詰問權。在體例上，我國傳聞法則之例外，除特信性文書（刑事訴訟法第159條之4）及傳聞之同意（刑事訴訟法第159條之5）外，係視被告以外之人在何人面前所爲之陳述，而就其例外之要件設不同之規定（刑事訴訟法第159條之1至第159條之3）。此與日本刑事訴訟法第32

1條第1項分別就法官（第1款）、檢察官（第2款）與其他之人（第3款）規定不同程度的傳聞例外之要件不同。因是，依我國法之規定，被告以外之人於審判外向(一)法官、(二)檢察官、(三)檢察事務官、司法警察官或司法警察等三種類型以外之人（即所謂第四類型之人）所為之陳述，即無直接適用第159條之1至第159條之3規定之可能。惟被告以外之人在域外所為之警詢陳述，性質上與我國警詢筆錄雷同，同屬傳聞證據，在法秩序上宜為同一之規範，為相同之處理。若法律就其中之一未設規範，自應援引類似規定，加以適用，始能適合社會通念。在被告詰問權應受保障之前提下，被告以外之人在域外所為之警詢陳述，應類推適用刑事訴訟法第159條之2、第159條之3等規定，據以定其證據能力之有無。此為本院最近一致之見解。原判決就證人光田浩二（日本國〈下稱日本〉水產廳所屬漁業巡護船龍星丸號〈下稱龍星丸號〉船長）、浦田英雄（龍星丸號輪機長）、福田正秀（龍星丸號船員）、勢理客安彥（日本內閣府沖繩總和事務局農林水產課漁業監督官司法警察員）等人於日本海上保安廳（為日本司法警察機關）人員面前所為之供述調書（即警詢筆錄），業已審酌上開證人經循司法互助模式，多次透過我國外交部請求日本外務省、法務省安排到庭或透過遠距視訊方式於我國公開法庭為證述，然均未獲同意，其等無法到庭接受詰問，顯非肇因於可歸責於法院之事由。復於理由欄壹、二、(四)之1至5載認上開供述調書如何具有絕對可信之特別情況及證明犯罪事實存否所必要之理由。據以類推適用刑事訴訟法第159條之3規定，認具有證據能力，已記明認定之理由，並無不合。上訴意旨執此指摘，主張原判決認定上開供述調書具有證據能力為違法，核與法律規定得為第三審上訴理由

之違法情形，不相適合。

四、原判決另就證人光田浩二、浦田英雄、福田正秀、勢理客安彥於接受日本海上保安廳人員詢問時，為配合其等供述內容而在雷達鎖定目標圖（下稱雷達圖）上標註中華民國籍「新再發二號」漁船（下稱新再發二號）、龍星丸號船隻各時間之所在位置（即現場認定位置圖）等證據資料，說明其中之雷達圖係將船隻裝載之雷達儀器所收集之航跡、時間資料予以機械列印，並非供述證據，並無傳聞法則之適用，且該雷達圖之取得亦無證據證明有不法，認有證據能力。另說明證人光田浩二、福田正秀、勢理客安彥在上開雷達圖上標註本案相關位置，性質上固屬被告以外之人於審判外所為書面陳述，然以其等均係日本官方所屬巡護船之船長、船員，或係司法警察，長期從事航海巡護、蒐證作業，平日多係靠雷達儀器、雷達圖等方能判斷位置，認有判讀雷達圖之專業，且其等係於接受日本海上保安廳人員詢問之同時在雷達圖上標註位置，用以補充、說明其等供述內容，核其性質要屬各證人供述之一部，而應與各證人供述之證據能力為相同認定，得類推適用刑事訴訟法第159條之3規定，採為判決之基礎等旨綦詳，核無不合。上訴意旨猶執原判決已經明白說明之事項，徒憑己見，再事爭執，主張上開證據資料不具證據能力，亦屬無據。

五、原判決復就卷附日本海上保安廳總務部海上保安試驗研究中心科學搜查研究課（下稱日本科學搜查研究課）出具2004年（平成16年）8月25日之鑑定書（含文字說明、檢體照片、儀器測試圖片、鑑定資料質量一覽表等鑑驗過程照片、數據資料）（下稱鑑定書）影本，說明雖非我國檢察官、法院等司法機關依法委託鑑定之政府機構或團體所為，該實施鑑定

者亦非受我國司法單位所委託。惟審酌：(一)龍星丸號人員於民國93年7月13日上午8時55分許至9時15分期間，在日本沖繩縣八重山郡與那國屬與那屋手久1219號的東崎燈塔的144度約25.9海浬（東經123度19.2分、北緯24度06.9分）之附近海域，陸續打撈取得之漂流物共4大袋，已經全數攜回日本予以查扣、保存，不同意將之交予我國執法人員處理。原審依職權委請外交部協助向日本海上保安廳及其相關單位詢問可否提供查扣之毒品物證或少許樣品，迭經日本以台日尚乏司法互助協議而拒絕提供。是原審雖始終無法取得本案查獲之甲基安非他命之全部或一部，然已窮盡調查之能事，且無法取得查獲之毒品以供鑑驗，亦非肇因於可歸責於法院之事由。(二)日本科學搜查研究課上開鑑定書所採之鑑定方法為：先進行外觀檢查，將所鑑定之鑑定資料白色結晶體，分別放入鑑定資料(1)20袋、鑑定資料(2)25袋、鑑定資料(3)31袋、鑑定資料(4)28袋，充分攪拌各自袋中的結晶後，從每袋用藥湯匙取出分配作為分析式樣1到分析式樣104，使用硝酸銀來確認分析式樣1到分析式樣104確認鹽類存在，再以紅外吸收光譜法、熔點的測量分析式樣1到分析式樣104，後以氣體色層分離法為質量分析，鑑定結果皆為鹽酸鹽的成分，全體純度的平均值為98.95%，經乾燥後所存留的鑑定物分別為(1)19930.979公克、(2)24148.761公克、(3)26057.922公克、(4)27792.399公克（總計：97930.061公克），係經我國行政院衛生署認可之鑑驗方法；且所出具之鑑定書中，詳予列載使用硝酸銀確認分析式樣1到分析式樣104確認鹽類存在，再以紅外吸收光譜法、熔點的測量分析式樣1到分析式樣104，後以氣體色層分離法為質量分析等過程及相關數據，自兼具公示性各情。並敘明日本科學搜查研究課人員所為鑑驗過程及其

檢驗結果如何具有可信性之特別情況之理由綦詳，載認上開鑑定書具有證據能力之理由。又就日本科學搜查研究課上開鑑定書及證人光田浩二、浦田英雄、福田正秀、勢理客安彥供述調書之中文翻譯本，於其理由欄壹、一之（六）敘明：本件第二次更審前原審審理期間，曾將卷附上開鑑定書及供述調書囑託證人童唯綺（金石翻譯公司之翻譯人員）據實翻譯，而童唯綺係畢業於日本國學校法人集團學園日本外國語專門學校，為日文翻譯中文之語文學校，亦從事日文翻譯為中文之翻譯工作，並通過日語檢定第1 級資格，領有日本語能力認定書（1 級），載認上開鑑定書、供述調書之中文譯本具有證據能力之理由。均無不合。上訴意旨就原判決上開已經明白論斷、指駁之事項，徒憑己見，再事爭執，指摘原判決違法，核與首揭法定上訴要件不符。

六、被告以外之人所為之供述證據，究為傳聞或非傳聞，應求之待證事實與該一供述者之知覺間之關係如何為定，供述者所為知覺體驗之內容，以之為待證事實者，自非傳聞，若供述者僅係轉傳述與待證事實有直接知覺之人之見聞者，則為傳聞，是以同一供述證據之組合，可能涵括傳聞與非傳聞，應分別情形定其證據能力之有無。原判決就證人陳家宏、黃嘉威（均為我國行政院海岸巡防署派遣該署海岸巡防總局蘇澳〈第七〉海巡隊隊員）分別於偵查及法院審理之供述，業於其理由欄壹、二之（九）說明彼等係以證人身分到庭經具結後，就案發當日下午登船檢查、與日方人員檢測毒品之過程等節為證述，均係彼等本於親自聽聞體驗之經歷所為陳述，並非傳聞證詞，載認其等之證詞具有證據能力之理由。並無違誤。上訴意旨執此主張上開2 位證人之證詞屬於傳聞證據而無證據能力，並非適法之第三審上訴理由。



七、採證認事、取捨證據及證據證明力之判斷，乃事實審法院之職權，倘其採證認事之論斷無違證據法則，即不容任意指為違法，而據為上訴第三審之理由。原判決綜合上訴人部分之供詞，證人鄭塗柱、杜豐宜（以上2 人為共犯）、黃嘉威、陳家宏、高凌維、陳泰翔（以上2 人當時任職於臺東縣富岡漁港伽蘭漁船安檢所〈下稱安檢所〉人員）、光田浩二、浦田英雄、福田正秀、勢理客安彥之證詞，卷附日本科學搜查研究課之鑑定書、雷達圖及其上標註新再發二號、龍星丸號船隻各時間之所在位置之現場認定位置圖，第一、二次更審前原審審理時曾3 次當庭勘驗國際刑警組織日本中央局提供之「93.7.13 日本水產廳」錄影帶之勘驗結果，及第一審勘驗陳家宏等人於案發當日下午登上日本海上保安廳船隻過程拍攝錄影帶之勘驗結果，暨案內相關證據資料，本於調查所得，相互勾稽之結果，除已明確記載上訴人以船長身分駕駛新再發二號，如何與鄭塗柱、杜豐宜（所涉共同運輸第二級毒品犯行，業經判決確定）基於共同運輸甲基安非他命之犯意聯絡，於龍星丸號人員發現前之某時許，在某海域內，取得甲基安非他命，朝日本海域方向（即北向）航行而運輸，於龍星丸號人員為阻止其進入日本海域作業，欲加以驅離之際，由共犯鄭塗柱、杜豐宜在船隻右側，利用船體為遮掩，將船上裝有甲基安非他命之4 大袋黑色塑膠袋丟入大海，如何為龍星丸號人員發現之犯罪事實，並於理由內敘明：（一）觀諸卷附日本海上保安廳人員於案發日就撈獲毒品予以檢驗過程照片，原來無色的液體試劑，經與查扣之白色結晶物混合後，液體試劑變成藍色。佐以「迷幻藥檢試藥的使用方法」，日方人員所使用之液體試劑係碳酸鈉溶液、硝苯酸鈉溶液、乙醛酒精溶液等3 劑，依序滴入後，若溶液瞬間變色為「

青色～青藍色」，表示檢體裡可能含有苯甲氨丙基類或同性質的鹽類，而此「迷幻藥檢試藥的使用方法」，並非罕見特有，又因本案案發地係在茫茫大海，衡以一般船艦均無可能配置高科技檢測毒品（違禁物）儀器，是日方人員於查獲後，以此方式（試劑）進行初步檢測，尚屬合理。(二)嗣經日本海上保安廳續行追查，將該4 大袋黑色塑膠袋包裝之白色結晶物全數攜回日本，依日本法規送交日本科學搜查研究課進行鑑驗，鑑驗結果認：4 袋黑色塑膠拉鍊袋內各有20包、25包、31包、28包白色結晶狀物（共104 包），經以紅外線吸收光譜法、熔點測量法、氣體色譜法（GC）、氣體色譜法 / 質量分析法（即氣相層析質譜儀法， GC/MS）等方式進行鑑驗，確認上開白色結晶狀物均含有甲基安非他命（或稱「苯甲氨丙基類鹽酸鹽」、「甲基苯丙胺鹽酸鹽」，日文為「フェニルメチルアミノプロパン鹽酸鹽」）成分，平均純度為98.95%，應認日方人員所打撈之4 大袋黑色塑膠袋內裝之白色結晶物均係屬甲基安非他命無訛各情。憑以論述上訴人與鄭塗柱、杜豐宜共同運輸之毒品為甲基安非他命等由，並非如上訴意旨所指僅以日本海上保安廳人員於案發日初步檢驗結果為據。所為論斷說明，並不悖乎經驗與論理法則。另依原判決事實之認定，本件係推由共犯鄭塗柱、杜豐宜在新再發二號右側，利用船體為遮掩而將船上裝有甲基安非他命之4 大袋黑色塑膠袋丟入大海，並於理由欄引用證人光田浩二、浦田英雄、福田正秀、勢理客安彥於當時在龍星丸號出於各自見聞之證詞為據，並未悖於證據法則，雖證人黃嘉威於第一審、第一次更審前原審雖分別證稱：依據龍星丸號人員之說法，當時並未目擊新再發二號丟包等語，則屬傳聞供述，亦無上訴意旨所指理由矛盾或理由不備之違法。又原判決

既認定新再發二號係在某海域內自不詳漁船及人員處取得本件毒品，是該漁船於93年7月7日上午9時35分自安檢所報關出海時，安檢人員上船檢查並未發現裝載毒品，要屬當然。至日方人員所打撈之上開4 大袋黑色塑膠袋是否存有上訴人及其他船員之指紋或掌紋一節，雖無鑑定資料供參，惟本件事證已臻明確，業如前述，原判決對此縱未審酌，因於判決結果不生影響，亦無上訴所指理由欠備或應於審判期日調查之證據未予調查之違法。其餘上訴意旨置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，均非適法之第三審上訴理由。

八、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 107 年 2 月 27 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 李 英 勇

法官 何 信 慶

法官 朱 瑞 娟

法官 鄧 振 球

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 1 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,791

【裁判日期】1070314

【裁判案由】違反保險法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第791號

上 訴 人 臺灣高等法院檢察署檢察官邱美育

上 訴 人

即 被 告 林宏錫

選任辯護人 陳岳瑜律師

黃珊珊律師

梁宵良律師

上列上訴人等因被告違反保險法案件，不服臺灣高等法院中華民國105年12月29日第二審更審判決（104年度金上重更(二)字第14號，起訴案號：臺灣士林地方法院檢察署99年度偵字第3484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。

貳、本件原審審理結果，認定上訴人即被告（下稱被告）林宏錫

有如原判決犯罪事實所載違反保險法之犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判論處被告犯保險法第167條第1項後段之罪刑及為相關沒收、追徵之宣告，已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由。

參、檢察官及被告對於本件均有上訴，茲分別說明之：

甲、檢察官上訴部分

一、關於刑法第59條之適用一節，原判決已說明被告所犯違反保險法罪，有如何情輕法重，犯罪情狀顯可憫恕之情形，縱科以該罪法定最低度刑，仍嫌過重，爰依該條規定酌減其刑之依據及理由。其關於酌量減輕其刑之適用，尚未逾越法律所賦予裁量權行使之範圍。檢察官上訴意旨持不同之評價，指摘原判決違法，並非適法之第三審上訴理由。

二、民國104年12月30日修正公布（105年7月1日施行）之刑法（下稱修正刑法）第38條之1第5項明定：犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。所謂實際合法發還，是指因犯罪而生民事或公法請求權已經被實現、履行之情形而言。該情形，不以發還扣押物予原權利人為限，其他如財產犯罪，行為人已依和解條件履行賠償損害之情形，亦屬之。原判決就安建計程車客運服務事業有限公司（下稱安建公司）已實際支出之新臺幣（下同）1億4,259萬434 元部分（包含支付：1、計程車司機之賠償金483萬9,756元、2、春來汽車有限公司修理廠及其他修車廠之投保車輛修理費各7,864萬8,847元、3,678萬2,927元、3、如原判決附表〔下稱附表〕三所示產險公司之保險費1,661萬9,679元、4、案發後陸續為計程車司機轉保產險公司之保險506萬2,099元），係以該部分犯罪所得已實際合法發還被害人為由，而不予宣告沒收。依前揭規定，尚無不合。原判決並未認該部分屬犯罪

成本，亦非以應扣除犯罪成本為由，不予宣告沒收。上訴意旨執該部分屬犯罪成本，不應扣除，指摘原判決有適用法則不當之違法，核係未依卷內資料而為指摘，亦非上訴第三審之適法理由。

三、原判決理由貳之三說明：「被告於本院上訴審提出華山產物保險股份有限公司清理人財團法人保險事業發展中心101 年10月24日（101）保清（二）總字第0000 號函及保險費明細表，及以……新光產物保險公司為收款人之支票，主張轉保金額尚有1,926,560元及3,845,288元，應認可採，原審未及審酌，自有未妥。」因認第一審判決有該撤銷原因。卷查保險費明細表之總額為192萬6,560元（如附表三編號5 所載），支票36張面額合計396萬768元（如附表三編號6所示），有明細表及支票影本可憑。其中有3張支票，其發票人係春來汽車有限公司（面額分別為17,599、78,140、19,741元），原判決從寬認定，仍予計入安建公司代為辦理向新光產物保險股份有限公司投保之金額，因而產生11萬5,480 元之差額，致判決理由所載「3,845,288 元」有誤寫之情形，此一誤載，並不影響全案情節與判決本旨（第一審判決確有該撤銷原因），此由原審依職權或聲請裁定更正即可，不得據為上訴第三審之理由。上訴意旨執以指摘，仍非適法。

乙、被告上訴部分

一、104年2月4 日修正公布之保險法（下稱修正保險法），將第136條第2項原規定「非保險業不得兼營保險或類似保險之業務。」修正為：「非保險業不得兼營保險業務。」其立法理由謂：「按本法為規範保險業經營保險業務，非保險業不得兼營之，至於保險業務之認定，應以其兼營業務之性質及內涵判斷之，而非僅檢視其是否具『保險』之名。為免外界誤

解有所謂『類似保險』之業務，爰刪除原條文第2 項之相關文字。」同法第167條第1項亦由：「非保險業經營保險或類似保險業務者，處……。其犯罪所得達新臺幣1 億元以上者，處……。」配合修正為：「非保險業經營保險業務者，處……。其犯罪所得達新臺幣1 億元以上者，處……。」其立法說明謂：「配合第136條第2項，刪除第1 項有關類似保險之文字。」依前述修法意旨，修正保險法第136條第2項、第167條第1項刪除原規定「類似保險」之文字，並非將「非保險業經營類似保險業務」之行爲除罪化，而係強調非保險業所經營者是否爲「保險業務」，應以所兼營業務之性質及內涵判斷之，並避免外界誤解尚有所謂「類似保險」業務存在。準此，被告行爲後，修正保險法第136條第2項、第167 條第1項雖刪除「類似保險」之文字，惟同法第167條第1 項之法定構成要件實質上並無不同，應依一般法律適用原則，適用裁判時即修正保險法第167條第1項規定。原判決本此旨趣，說明：被告之原審辯護人所爲修正保險法第136條第2項、第167條第1項規定均已刪除「類似保險」之文字，本件有犯罪後之法律已廢止其刑罰之情形，應爲免訴判決之辯護意旨，尚有誤會。經核於法並無不合。上訴意旨就原判決已說明之事項，仍執己見再事爭辯，要非適法之第三審上訴理由。至原審判決後，保險法第167條第1項後段，雖於107年1月31日再行修正公布，惟僅係將法條中「其犯罪所得」之文字，修正爲「其因犯罪獲取之財物或財產上利益」，明確規定所謂犯罪所得之範圍，以杜爭議。本件原判決係以安建公司因「犯罪獲取之財物」，即所收取之全部互助金爲範圍，認定犯罪所得達1億元以上，是無論依107年1月31日修正前或修正後保險法第167條第1項後段規定，本件均符合加重處罰要

件。原審雖未及審酌前揭法律之修正，惟適用修正前法律之結果，尚非不利於被告，對論罪科刑亦無影響，無庸因前揭法律之修正，而予撤銷改判，附此敘明。

- 二、由前述立法理由可知，實際上，並無所謂「類似保險」業務之存在。經營保險業，須經主管機關許可，非保險業，以保險之名稱經營業務者，固為法所不許，其所經營之業務，雖未使用保險之名稱，但有保險之實質者，仍屬非法經營保險業務之範疇。修法前，為便於與使用保險名稱經營保險業務者相區別，乃稱之「類似保險」業務。修法前所稱「類似保險」業務，係指所經營者實質上屬保險業務，僅未使用保險之名稱而已，並非於保險業務之外，另有「類似保險」業務之存在。是無論在修法前或修法後，行為人所為該當保險法第167條第1項之規定與否，均應以其所經營者是否屬保險業務為判斷依據。至於保險之定義，保險法第1條第1項已明定：「本法所稱保險，謂當事人約定，一方交付保險費於他方，他方對於因不可預料或不可抗力之事故所致之損害，負擔賠償財物之行爲。」非保險業經營該條項規定之業務，即係經營保險業務，而為法所不許。原判決就被告爭執安建公司所經營者，並非保險業務一節，已說明：非保險業所經營之業務是否為保險法第167條第1項所定之「保險業務」，應權衡保險監理之目的及保險制度之本質，實質觀察所經營業務之性質及內涵判斷之。關於保險之本質，學理上認應具備「對價關係」、「保險利益」、「可保危險」及「危險承擔」等4要件。安建公司經營互助會之型態分為3類：（一）第1類：參與互助會之計程車司機按月繳交8百元之互助金予安建公司，倘保險事故發生時，由安建公司於事故發生時協助處理，並就投保車輛之損失支付最高5萬元之金額。（二）



第2類：參與互助會之計程車司機依車況新舊，按月繳交1,200元或1,300元之互助金予安建公司，安建公司扣除第1類之互助金後，其餘費用則由安建公司任要保人，以計程車司機為被保險人，向附表三所列之產物保險公司投保責任險，於保險事故發生時，由安建公司協助處理，除就投保車輛之損失賠付最高10萬元之金額外，並由產物保險公司依保險契約承保內容，賠付事故對方之車損與人體受傷等金額。（三）第3類：參與互助會之計程車司機年繳3千元之互助金予安建公司，由安建公司於保險事故發生時協助處理，並賠付事故對方之車輛損失最高10萬元之金額。其營運方式符合「對價關係」（計程車司機交付金錢，作為安建公司承擔風險之對價）、「保險利益」（計程車司機對投保車輛、對方車輛具有利害關係）、「可保危險」（計程車司機事故之發生係可能，且未發生、不確定）及「危險承擔」（安建公司針對特定事故所致之損失，賠付計程車司機一定之金額，計程車司機將風險移轉予安建公司承擔）等要件，本質上即屬保險。安建公司經營前揭業務，依其業務之性質及內涵，如何足認係保險法第167條第1項所定之保險業務無訛等由甚詳。所為判斷，於法並無違誤。上訴意旨援引行政院金融監督管理委員會（下稱金管會）之相關函釋，主張保險尚有危險分散、契約名稱、經濟制度等3要件，指摘原判決之認定違誤。然依上訴意旨所稱金管會之函釋內容，亦肯認具備前述對價關係等4要件者，即該當修法前之「類似保險」（即雖無保險之名，但有保險之實），實質上，已屬經營保險業務。再者，保險本含有互助之性質，被保險人以交付保險費為對價，換取保險人承擔危險（承諾給付一定金額服務），保險人再將其所承擔之危險，經由全體參與保險之被保險人（對象為

多數人或不特定人）共同承擔，以達分散風險之效果。本件安建公司所經營前揭互助會之模式，亦符合危險分散之要求。非保險業有無經營保險業務，應依其所經營業務之性質及內涵判斷之，至所謂經濟制度（從經濟的觀點，認為係一種經濟制度）、契約名稱（是否使用「保險」之名），尚非前述判斷之必備要件。上訴意旨前揭指摘，難謂係上訴第三審之合法理由。又保險法第167條第1項，係以非保險業經營保險業務為其犯罪構成要件，祇須其有經營保險業務之實質，即成立犯罪。至其所訂契約有無作成書面，保險費如何收取，均非所問。否則非法經營保險業務者，反而得以藉此規避法律之制裁，顯與立法之本旨不符。上訴意旨另以安建公司未與車行或計程車司機簽訂書面契約，指摘原判決認定安建公司經營保險業務，有適用法則不當之違法，亦非適法之上訴理由。

三、經主管機關許可經營之保險業者，關於保險費收取數額，有其精密之計算方式，係以科學方式預估危險發生之可能性，計算得向要保人收取保險費用之多寡，以追求保險人及被保險人之最大利益。大數法則之理念係避免要保人繳交不足之保險費，以免於事故發生時出現理賠額不足情事，或保險人收取過高保費，反藉此謀得不合理利潤。依此可知，大數法則之運用係依保險人（業）之規模及經驗而定，就合法之保險業而言，係以現代企業之經營方式，為追求自身之最大利益，於計算應收取保險費之數額時，自係於法令之規範下，由專家為風險評估及精算企業經營成本始能得出，該等保險業之大數法則係以精緻化、系統化、科學化之數據呈現，自不待言。惟在未經主管機關許可之非保險業，因係非法經營，未受主管機關監督及法令限制，其承保規模及範圍，自無

法與合法保險業相比，則其關於保險費之計算上，自較為粗糙、簡略，其所收取之費用，足以維持其經營之成本，於事故發生時亦足夠理賠，即應認與大數法則之精神無違。原判決理由貳、一之（六）載述：保險費係保險人以大數法則為基礎精算而得，保險人運用大量危險暴露單位，估計損失發生機率，加上行政費用、利潤、稅金及業務員佣金等成本，以決定向被保險人收取之保險費。收取之保險費與承擔之風險相當，因而得以降低客觀風險。安建公司縱未如合法保險業者精算所應收取之保險費，惟其依據以往之經營經驗，按計程車司機參加之保險類型，決定應收取之定額費用，前後經營近14年，並無虧損，亦能依約理賠，其就保險費（即所謂互助金）之決定，尚非毫無大數法則之運用，僅係精確與否之程度上差別而已等旨，係在說明安建公司仍有運用大數法則決定保險費，惟尚非達精確之程度。此與其後所稱：況保險監理之目的即在確保保險業者業務經營之健全及維繫其清償能力，非保險業未依大數法則精算其保險費，有高度不能清償之風險，更有監管之必要等情。則在強調非保險業經營保險，更須予監督管理。二者並無上訴意旨所指理由矛盾之情形。原判決認定安建公司所經營之保險，尚非毫無大數法則之運用，並非認無須依危險之高低收取保險費。此與「對價平衡原則」，不生牴觸。原判決就安建公司經營之互助會，其營運方式符合經營保險業務之要件，已詳為說明，並援引被告所為做這十幾年沒有虧錢等語之供述，認安建公司經營之互助會有大數法則之運用，尚非無據。此部分欠缺調查之必要性，原審未另為其他無益之調查，亦無上訴意旨所稱應於審判期日調查之證據而未予調查之違法可言。

四、保險要件中所謂之對價關係，係指危險移轉者，支付一定價

金，將危險移轉由危險共同團體成員承擔，即支付價金係為移轉風險，此對價之數額，取決於危險移轉者與承擔者之約定。至於約定數額多少、是否精算而得、客觀上合理與否、是否於契約訂定時已收取等項，均非對價要件之考慮因素。原判決已說明計程車司機所交付之金錢，與安建公司承擔之風險間，如何有對價關係之理由。尚無上訴意旨所稱理由不備、理由矛盾之違法情形。就此指摘，同非適法。

五、81年2月26日修正公布前之保險法第136條第2項規定：「非保險業不得兼營保險或類似保險之業務。」其第167條原規定「非保險業經營保險或類似保險業務者，應勒令停業，並得處負責人各1萬元以上、2萬元以下罰鍰。」經修正為：「非保險業經營保險或類似保險業務者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。」並改列於同條第1項。因之，自81年2月28日起，對於非法經營該項業務之行爲，即構成犯罪，以刑罰制裁。90年7月9日修法，將得併科罰金部分提高為2千萬元以下。嗣於93年2月4日修正公布（同年月6日生效）為「非保險業經營保險或類似保險業務者，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。其犯罪所得達新臺幣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。」再次提高法定刑度，對於犯罪所得達1億元以上者，加重處罰。又經營業務之犯罪，具有長時、延續、複次作為之徵，故係學理上所稱集合犯之一種。非保險業經營保險業務，係基於一個經營業務目的而為之數次行為，保險法第167條第1項之規定，核屬包括一罪之集合犯性質。因就整體行為僅予以一罪之刑罰評價，關於行為之時間認定，當自著手之初，持續至行為終了，並延伸到結果發生為止，倘上揭

犯罪時間適逢法律修正，跨越新、舊法，其中部分行為，或結果之發生，已在新法施行之後，應即適用新規定，不生依刑法第2 條比較新、舊法而為有利適用之問題。原判決本此見解，以：被告擔任實際負責人之安建公司經營保險業務之時間既自85年2月間起至98年7月28日止，其行為完成已在新法施行之後，關於保險法第167條第1項，認無新、舊法比較適用之問題。被告之原審辯護人所為：保險法於93年2 月4日，始修正第167條第1項，規定犯罪所得達1億元以上者，提高其刑度，安建公司於該條修正後所收取之互助金既未達1億元以上，自應比較新、舊法，不應累計安建公司於修正前、後所收取之互助金，逕認犯罪所得已逾1 億元之辯護意旨，自屬誤解等語。所為判斷，於法並無不合。上訴意旨就原判決已說明之事項，仍持己意再事爭辯，殊非適法之第三審上訴理由。

六、原判決已載述：依保險法第167條第1項歷次修正之立法理由所列：「以利管理」、「為強化市場紀律」、「鑒於非保險業經營保險，對於社會及保險市場秩序之安定妨礙甚鉅」之意旨。並參酌同法第137 條保險業應繳納保證金，及同法第146 條關於保險業資金之運用及管理規定，可知非保險業者未經保險主管機關之高度監督、管理，享有競爭優勢，除影響合法保險業者之經營外，亦無從確保其業務經營之健全及維繫其清償能力，為避免參與保險之眾多消費者突失保障，有礙社會及保險市場秩序之安定，乃有以刑事處罰非保險業經營保險業務之必要。非保險業者未精算其保險費，有高度不能清償之風險，安建公司並非保險業，其經營保險業務，如何該當保險法第167條第1項犯罪構成要件之理由。保險法前揭規定之立法目的，既在避免消費者突失保障，防止社

會及保險市場秩序之紊亂，尚不能以事後審查非保險業所經營之保險業務，未造成保險市場秩序紊亂，即認其不構成犯罪。上訴意旨以原判決既認安建公司無虧損，能依約理賠，則其所為，顯無大量吸金不能賠付致保險市場秩序紊亂之結果，不在保險法第167條第1項處罰之列，指摘有判決理由矛盾之違法，容有誤會。上訴意旨另指摘原判決未附理由逕認破壞社會及保險市場秩序，其認定違法一節，亦非適法之第三審上訴理由。

七、保險法第51條第1項，旨在規範保險契約訂立時，保險標的之危險已發生或消滅，契約無效之情形。此與本件計程車車行將欲參加投保之車輛告知安建公司（要保），經安建公司登記（同意承保）後，雙方意思表示合致，成立保險契約，保險法並未禁止雙方約定保險費可於契約成立後之一定期間內繳交，是依安建公司與計程車行間之約定，保險費於次月一併收取，若於保險費收取前發生保險事故，仍予理賠，二者顯屬二事。上訴意旨執保險法第51條第1項規定，指摘原判決認定安建公司經營保險業務，有所違誤。係將二者相混淆，此部分上訴意旨，尤非第三審上訴之合法理由。

八、關於犯罪所得（即因犯罪獲取之財物）部分

（一）93年2月4日修正公布之保險法，其立法背景為考量當時國內金融市場陸續發生重大舞弊案件，不僅造成國家整體金融環境衝擊，影響金融體系安定，更直接損及廣大投資人及存款人權益，其所造成之損害或謀取之不法利益，動輒數以億元計，甚至達數十億、上百億元，對此類重大金融犯罪行為，實有衡酌其影響層面，適度提高其刑責，以嚇阻違法之必要。因此一併就「銀行法」、「金融控股公司法」、「票券金融管理法」、「信託業法」、「信用合作

社法」、「保險法」及「證券交易法」等7項法律審議，提出修正案，立法重點於前揭7項法律均增訂對犯罪所得達1億元以上之重大金融犯罪案件提高刑責之相關條文。而保險法第167條之立法理由謂：「鑒於非保險業經營保險或類似保險業務，對於社會及保險市場秩序之安定妨礙甚鉅，爰參考銀行法第125條規定，提高第1項之刑期並提高罰金刑度……。其次，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常愈大。爰於第1項後段增訂，其犯罪所得達新臺幣1億元以上者，處……。」與銀行法第125條之立法理由：「鑒於非銀行違法吸金，除侵害人民財產法益外，並對於社會秩序之安定妨礙甚鉅，爰提高罰金刑度……。其次，針對違法吸金、違法辦理匯兌業務之金融犯罪而言，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常愈大。爰於第1項後段增訂，如犯罪所得達新臺幣1億元以上者，處……。」二者並無相異之處。又保險法第167條第1項後段及銀行法第125條第1項後段以其「犯罪所得」達1億元以上，加重法定本刑，無非以其犯罪結果影響我國金融市場之紀律及秩序，及社會大眾權益重大，而有嚴懲之必要，自與行為人犯罪所得之利益無關。

- (二) 保險法第167條既與銀行法第125條同時修正，且立法背景、目的及理由均相同，原判決參酌銀行法關於犯罪所得之計算方式，以安建公司所收取之互助金總額，為其犯罪所得，以反映非保險業經營保險業務之真正規模，而不予扣除其轉投保之金額。並就被告之原審辯護人所為：違反保險法之犯罪所得之計算，不應援引關於違反銀行法之犯罪所得之計算方式等語之辯護意旨，說明如何不足採取之理由。經核於法並無違誤。至原判決另載述：縱經扣除安建

公司自91年至98年7月間，自任要保人以參與互助會之計程車司機為被保險人，投保如附表三所示產險公司所支付之保險費1,661萬9,679元等語。僅在說明縱予扣除該部分保險費，其犯罪所得仍達1億元以上，二者並無矛盾之處。依前述犯罪所得之計算方式，原審未予扣除安建公司歷年所支出之理賠金、返還計程車行及司機之金額、轉保產險及安建公司歷年之人事等費用，無適用法則不當之違法可言。上開部分既與犯罪所得之認定無涉，原審未另為無益之調查及說明，亦不生違法之問題。

- (三) 本件因未扣得 96 年 2 月至 97 年 12 月期間之帳冊，無從得知安建公司向參與互助會之計程車司機收取互助金之實際數額，原判決乃參酌 85 年 2 月至 96 年 1 月及自 98 年 1 月至 6 月共 138 個月安建公司收取之互助金合計 2 億 2,176 萬 1,258 元，計算該 23 個月收取之互助金為 3,696 萬 210 元，因認安建公司自 85 年 2 月至 98 年 6 月向參與互助會之計程車司機收取互助金合計 2 億 5,872 萬 1,468 元。依原判決之認定，該 23 個月部分，其金額為 3,696 萬 210 元，縱未予計入，本件犯罪所得仍達 1 億元以上，是該部分，於原判決所為犯罪所得達 1 億元以上之認定，顯不生影響。上訴意旨就此爭執，指摘原判決違法，難謂係適法之上訴理由。

九、事實審法院得本於職權裁量之事項，而綜合其他證據已可為事實之判斷者，非可認係應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。原判決綜合卷內證據資料，已足認定被告之犯行，並就被告所經營之安建公司收取互助金，符合保險對價性、保險利益及大數法則，暨安建公司有高度不能清償之風險，計程車司機預繳保費而將未發生、不確定之事故風險移轉予安建公司承擔等項，俱已詳敘其認定之理由，並無不明瞭



之處。且原審於審理期日，審判長問：「尙有無證據請求調查？」被告答：「請辯護人陳述」；被告之辯護人均稱：「沒有」等語，亦有審判程序筆錄可稽。本件待證事實既臻明瞭，欠缺調查之必要性，原審未另就互助會收費時點，危險要件等項，爲其他無益之調查，不生調查未盡之違法問題。上訴意旨執以指摘，亦非合法之上訴理由。

十、違法性認識係指行爲人對於其行爲有法所不容許之認識，不以行爲人確切認識其行爲之處罰規定或可罰性爲必要，祇須行爲人知其行爲違反法律規範，即有違法性認識。又刑法第16條前段規定「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。」係指行爲人誤信法所不許之行爲係法所允許，且須有正當理由，並爲通常人均無法避免之誤信，始足當之。原判決參酌被告於調查人員詢問時所爲互助會是提供計程車司機減輕負擔的方法，雖違反保險法，但無侵占司機之保險金或不賠付司機等語之供述，而爲被告並未欠缺違法性認識之認定。依前揭說明，於法並無違誤。至刑事被告不自證己罪，係基於法治國自主原則下，被告並非訴訟客體而係訴訟主體，有權決定是否及如何行使其訴訟上防禦權，而不自陷於不利地位之考量，乃禁止強迫被告爲不利於己之陳述，是被告保持沈默、拒絕陳述而消極否認犯罪，爲緘默權行使之態樣，雖屬不自證己罪原則之內涵。然被告如自願打破沈默，爲任意性之供述，無侵害其緘默權之可言。上訴意旨以原判決依憑被告之供述，爲判斷其無違法性錯誤之論據，有違不自證己罪原則，要非上訴第三審之合法理由。

十一、修正刑法第38條之2第1項規定：犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之。其立法理由說

明：本次修正有關犯罪所得之沒收與追徵，其範圍及於違法行為所得、變得之物或財產上利益及其孳息，考量其範圍及價額並不具有特定性，爰參考德國刑法第73b 條之規定，明定在認定顯有困難時，得估算之，以符實務需求。

是原判決依估算之方式，認定96年2月至97年12月間安建公司所收取之金額，並諭知沒收該犯罪所得，核與前揭刑法第 38 條之 2 第 1 項之規定無違。上訴意旨指摘原判決未善盡調查義務，以估算方式認定應沒收之犯罪所得，有判決理由矛盾及調查未盡之違法，並非適法之第三審上訴理由。

十二、為符合比例原則，兼顧訴訟經濟，節省法院不必要之勞費，及考量義務沒收對於被沒收人之最低限度生活產生影響，修正刑法雖於其第38條之2第2項增訂過苛條款，允由法院依個案情形，就應沒收之物，得不予宣告沒收或酌減之。然此係屬事實審法院得依職權裁量之事項，由法院就具體個案情形，衡以公平正義及犯罪預防之目的，為裁量權之行使，非許當事人逕憑己意，指稱法院不給此寬典，即有判決不適用法則之違法。原判決並未認本件就犯罪所得，予以宣告沒收、追徵，有修正刑法第 38 條之 2 第 2 項所定之情形，而未適用過苛條款，屬原審裁量權之適法行使。上訴意旨對此指摘，仍非合法之上訴第三審理由。

十三、其餘上訴意旨，亦係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據與判斷證據證明力之職權行使，徒以自己說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

肆、依上所述，本件檢察官及被告之上訴俱違背法律上之程式，

均應予駁回。

伍、司法院釋字第572 號解釋，已揭示：「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，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。」等旨甚明。本件被告雖以保險法第167條第1項之非保險業經營保險業務罪，其中關於「保險業務」之規定，違反法律明確性原則及罪刑法定主義，有牴觸憲法之虞為由，請本院向司法院聲請解釋。然所謂有違憲之虞，「僅係對法律是否違憲發生疑義」，並非謂對於「法律為違憲」，已達於合理之確信。而上開解釋已明示：「如僅對法律是否違憲發生疑義，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」。本件既欠缺「確信法律為違憲之具體理由」，被告前揭所述，與得裁定停止訴訟程序，聲請釋憲應具備之程式不符，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 3 月 14 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 何 信 慶  
法官 朱 瑞 娟  
法官 林 立 華  
法官 李 英 勇

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 16 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,2183

【裁判日期】1070307

【裁判案由】違反公職人員選舉罷免法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第2183號

上 訴 人 李宗富

選任辯護人 蘇清水律師

李永裕律師

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106年5月4日第二審更審判決（105年度重選上更(二)字第11號，起訴案號：臺灣臺南地方法院檢察署99年度選偵字第77、94、98、156、182號、99年度偵字第18041號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於附表一所示沒收部分撤銷。

其他上訴駁回。

### 理 由

#### 壹、撤銷部分：

- 一、本件原判決撤銷第一審關於上訴人李宗富部分之科刑判決，改判仍論處其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，並就附表一所示由林訓賢等分別交出扣案之現金新臺幣（下同）共5,500元部分宣告沒收，固非無見。
- 二、惟按現行刑法之沒收，係刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非從刑。又因沒收具備獨立性，得由檢察官另聲請法院為單獨沒收之宣告（刑法第40條第3 項、刑事訴訟法第259條之1、第455條之34至37參照），因而在訴訟

程序，沒收得與罪刑區分，非從屬於主刑。本件上訴人就本案全部提起上訴，然本於沒收之獨立性，本院自得單獨就部分沒收予以撤銷，其他部分以上訴不合法予以駁回，合先敘明。

三、原判決認定上訴人交付20萬元予洪進生，2 人與洪美玲、鄭黃菊花、劉文榮、陳泰全、林英男共同對於有投票權之人交付賄賂或預備行求賄賂。其中交付予林訓賢等人如附表一所示之賄賂（林訓賢等另有收受而尚未轉交予其等家眷如附表二所示預備行求之賄賂，詳後論述），並經查扣在案。因而對上訴人宣告沒收上開林訓賢等人所交出查扣如附表一所示之賄賂，固非無見。

四、然查：

(一)刑法施行法第 10 條之 3 第 2 項規定：「民國 105 年 7 月 1 日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。」既謂「其他法律」關於上開沒收等規定不再適用，自不包括刑法本身之特別規定在內。

(二)供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定，105 年 7 月 1 日施行之刑法第 38 條第 2 項定有明文。而犯刑法第 143 條第 1 項之投票受賄罪者，其已收受賄賂之沒收、追徵，同條第 2 項既有特別規定，自應依該規定宣告沒收、追徵。倘檢察官對犯該罪者依刑事訴訟法第 253 條規定，為職權不起訴處分，或依同法第 253 條之 1 規定，為緩起訴處分，上揭收受賄賂，應由檢察官依同法第 259 條之 1 規定，單獨聲請法院宣告沒收。

(三)原判決既認上開如附表一所示之賄賂，業由投票行賄之上訴人經其他共同正犯交付予有投票權之林訓賢等人，則上開賄

賄係屬於林訓賢等人，非屬於上訴人及其共同正犯，自無從再依刑法第38條第2 項前段規定對上訴人宣告沒收。乃原判決仍對上訴人宣告沒收，自有違誤。

五、上訴意旨指摘原判決上開部分沒收違法，為有理由，自應將原判決關於該違法沒收部分撤銷。至林訓賢等人所涉投票收賄罪部分，既經檢察官依刑事訴訟法第 253 條之 1 為緩起訴處分確定，自應由檢察官依刑事訴訟法第 259 條之 1 規定，單獨聲請法院將上開扣案之賄款宣告沒收，併此敘明。

貳、上訴駁回部分：

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、上訴人上訴意旨略以：

(一)證人洪進生於 99 年 11 月 30 日上午前往臺灣臺南地方法院檢察署（下稱臺南地檢署）接受調查時，檢察官無正當理由延至下午開始偵訊，且有關閉錄影設備、不當誘導訊問，及指示書記官記載與證人實際陳述不符之內容等嚴重違背法定程序情事，則洪進生於該次偵查中之陳述，應無證據能力。原判決認定洪進生上開偵訊筆錄有證據能力，採證自非適法。

(二)洪進生於偵查中、第一審及更一審審理時之證述前後不一，顯有重大瑕疵；且洪進生所證述其要求洪進生行賄買票及交付賄款之時間，與證人鄭黃菊花、陳淑娟、劉文榮所證述洪進生向其等賄選之時間先後順序，並不相符。又洪進生與洪

美玲於偵查中就買票金額、賄款發放後有無剩餘、是否交回剩餘賄款等情節，2 人之供述亦有出入，卻於選任同一位辯護人後，供述趨於一致，顯然係透過辯護人而相互串供。再者，本案僅洪進生1 人證述買票賄款來自於上訴人，其他證人侯明坤、陳淑娟、李立燁、許玉琴、黃水明、邱淑惠、吳大樹、吳明朗、林崇德、洪美玲、劉文雄、黃一男、陳泰全及林英男等人，或證稱不知道洪進生所交付賄款之來源，或主觀臆測該賄款可能係其交付予洪進生；而依洪美玲、鄭黃菊花、劉文榮、陳泰全、林英男之證述內容，亦僅能證明洪進生有出資賄選之犯行，均不足以證明其有交付20萬元賄款予洪進生，並囑咐洪進生為其賄選買票之事實。況洪進生本身所涉行賄、收賄部分，可因供出行賄者而獲減刑寬典，故洪進生所為不利於其之證言，存有虛偽陳述之危險而不具憑信性。又觀諸陳泰全、潘美純與吳承芳間於 100 年 1 月 14 日及同年月17日之對話錄音內容，可知本案所有買票對象、票數及日期均係洪進生在其當時辯護人之指導下，與陳泰全、林英男、劉文榮事先串供，並刻意隱瞞實際出資行賄者為洪進生胞弟洪和雄之事實，且依原審勘驗劉文榮於 99年12月3日檢察事務官詢問錄影光碟內容，多為檢察事務官主動誘導詢問而劉文榮附和應聲，足見劉文榮與檢察事務官已事先講好案情，則陳泰全、劉文榮及林英男所為關於其出錢買票之證言，均不具有憑信性，不足以資為洪進生對其指證之補強證據。故本件並無補強佐證，原判決僅依洪進生之片面陳述，遽為不利其之認定，違反證據法則。

(三)由林訓賢、黃水明、陳泰全、劉文榮、鄭黃菊花及洪進生在偵查中之證言觀之，洪進生早於 99 年 11 月 13、14 日前，已請鄭黃菊花及里內各鄰長調查買票名單；復依梁育偉、翁明樹



及潘美純於原審上訴審之證言，洪進生於同年 11 月 13 至 15 日之間不可能前往其競選總部，足見洪進生係自行起意為其賄選買票。又證人林英男於偵查中證稱：洪進生告知自行出資為上訴人買票等語，而陳泰全在與潘美純、吳承芳間之對話錄音內容，亦提及不知悉何人出資買票等語；另洪進生經測謊鑑定結果，因圖譜反應欠缺一致性而無法鑑別，均屬對其有利之證據。原判決未採信上開對其有利之證據，亦未說明何以不予採納之理由，有判決理由不備之違法。

(四)依原審勘驗林英男於 99 年 12 月 3 日檢察事務官詢問筆錄錄影光碟內容，林英男係證稱當時自己要洪進生將賄款拿去幫助其他人，而非洪進生要林英男收下賄款去幫助其他人等語；又依原審更一審勘驗洪進生於 99 年 11 月 30 日檢察事務官詢問及檢察官偵訊錄影光碟內容，洪進生係證稱不知悉 20 萬元賄款剩餘多少，嗣改稱剩餘 2 萬多元云云，並非證稱買票賄款剩餘 13 萬多元。再者，陳泰全於第一審係證稱買票資金為洪和雄所交付等語，而非指稱賄款來源係洪進生。原判決所引用上開相關證人筆錄之內容均與卷內證據資料不符，有證據上理由矛盾之違法。

(五)原判決犯罪事實欄記載「洪美玲於（原判決）附表一編號 1 所示時地交付賄款 1,000 元予鄭黃菊花」、「鄭黃菊花帶同洪美玲交付賄款予附表一編號 2 至 7 所示收受賄款之人」、「洪進生前往劉文榮位在臺南市○區○○路 000 巷 000 號之居所交付賄款 1,500 元予劉文榮」、「洪進生交付賄款 8,500 元予劉文榮，由劉文榮在附表二編號 2、3 所示時地轉交給各有投票權之人」、「洪進生交付賄款 2,000 元予陳泰全」、「洪進生交付賄款 6,000 元予陳泰全，由陳泰全在附表三編號 2、3 所示時地轉交給有投票權之人」、「洪進生交付賄款

6,000元予林英男」、「其囑咐洪進生每票以500元之代價賄選」等情。嗣原判決又於其附表一編號1 記載「洪進生對鄭黃菊花行賄」、附表一編號2至7記載「交付賄款之人為鄭黃菊花」、附表二編號1 記載「洪進生賄買地點為劉文榮位在臺南市○○區○○○00號之2住所，交付賄款總金額為5,500元」、附表二編號2、3記載「扣案之賄款總金額為4,500元」、附表三編號1 記載「洪進生交付予陳泰全之賄款總金額為4,500元」、附表三編號2、3 記載「扣案之賄款總金額為3,500元」、附表四編號1記載「洪進生交付賄款1,500元予林英男」、「莊聰榮（1票）部分扣案（預備行賄）賄款為1,000元」。則就行賄者、賄款金額、賄買地點，原判決所認定之事實與其附表一至四說明不相一致，復未說明其理由，有判決理由不備之違誤。又原判決附表二、三另記載「劉文榮預備向其他有投票權人行賄、扣案賄賂4,000元」及「陳泰全預備向其他有投票權人行賄、扣案賄賂2,500元」部分，其事實及理由均未予認定及說明，自有已受請求之事項而漏未判決之違法。

(六)原判決一方面認定其於案發後，就洪進生等人之行爲，理當積極查問清楚，並要求洪進生等人出面向檢調人員說明，以求自清，因其未爲此項要求之態度，據以爲對其不利之情況證據。另一方面又認定潘美純、吳承芳與陳泰全間對話錄音之時，偵查機關已積極調查其賄選案件，潘美純等人談論有關賄選之內情，時機甚爲敏感，而質疑其所提出上開對話錄音內容之憑信性，原判決採證標準顯然前後不一。

(七)由證人陳泰全與潘美純、吳承芳間之對話錄音內容，及陳泰全於第一審之證言觀之，足見本件實係洪和雄自行出資爲其買票。依之前賄選案件之實例，不乏由與候選人無關且未受

委託之人出面買票之情形，且證人洪三德與其並非熟識，卻仍自行出資為其買票之事實，亦經第一審判決認定無訛並判刑確定。原判決以洪和雄與其並不相識，遽認洪和雄不可能自行出資為其買票，有違經驗法則。

(八)其胞弟李宗貴與洪進生係朋友關係，而李宗貴係執業律師，則洪進生遭查獲賄選後尋求李宗貴之協助，尚與常情無違。原判決並無其他佐證，僅憑主觀臆測，推論若非其交付賄款予洪進生為其賄選買票，洪進生不可能尋求李宗貴幫忙，李宗貴亦無可能協助藏匿洪進生云云，同有判決理由不備之違法。

(九)本件扣案賄款為洪進生所有，非屬其所有，且預備交付賄賂罪無共犯之概念，其自無須負共同沒收之責，則本件所扣案之賄款既為第三人洪進生之物，原審於審判程序應依職權通知洪進生參與沒收程序。乃原判決遽依刑法第38條第2項前段規定，諭知沒收洪進生、劉文榮、陳泰全、林英男交出扣案供賄選犯罪預備之現金16萬3,500元、4,000元、2,500元及4,500元，以及林訓賢等人交出扣案尚未轉交預備行求如附表二所示之賄賂1萬5,500元，顯有適用法則不當之違法。

(十)其於歷審請求傳喚洪三德、蔡百川到庭行交互詰問，以釐清本件是否為洪進生或洪和雄自行出資賄選。又請求傳喚吳承芳到庭，以證明陳泰全與吳承芳、潘美純間之對話錄音內容具有憑信性。另洪進生供稱有將部分賄款供作個人里長選舉服務處之開銷，然該服務處於99年10月13日即已成立，與洪進生證稱其交付20萬元賄款之時間係於99年11月13至15日，時間上顯有矛盾，況洪進生並未提出里長服務處之開銷單據及其郵局帳戶往來明細，則究竟洪進生所稱之20萬元賄款是否存在，尚有疑義。原審就以上疑點未予調查、釐清，遽認

其有與洪進生共同行賄買票之犯行，有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法云云。

- 三、惟查原判決撤銷第一審關於上訴人部分之科刑判決，改判仍論處其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，及宣告洪進生、劉文榮、陳泰全、林英男及林訓賢等人交出扣案之預備行求之賄款16萬3,500元、4,000元、2,500元、4,500元，暨如附表二所示之賄賂1萬5,500元沒收。已詳敘認定犯罪事實之依據及憑以認定之理由。並對如何認定：上訴人否認犯罪之辯詞，不足採信；洪進生於99年11月30日偵查中經具結所為之證言，有證據能力；洪進生及洪美玲、劉文榮、陳泰全、林英男於偵查中或法院審理時所為不利於上訴人之證言，具有憑信性；洪進生就交付洪美玲之賄款金額，及洪美玲事後有無剩餘款項交回等事項，與洪美玲之陳述雖略有出入，然尚難執此認定其等全部證詞均不可採信；洪進生自上訴人處收受買票賄款之時間，與嗣後交付或輾轉交付予鄭黃菊花、陳淑娟及劉文榮賄款之時間順序，並無矛盾；洪進生為達使林英男能依其與其他選民之關係，助其為上訴人賄選買票，套以彼此交情偽稱買票資金係其個人所出，符合常情；洪進生向上訴人取得20萬元後，部分用作個人里長服務處之開銷，與其服務處成立時間並無必然之關聯性；洪進生經內政部警政署刑事警察局進行測謊鑑定結果，因圖譜反應欠缺一致性而無法鑑判，無從採為有利上訴人之證據；由陳泰全與潘美純、吳承芳間之對話錄音內容，尚難據以認定陳泰全在對話中有表示洪和雄出資為上訴人買票，亦無法證明洪進生與陳泰全有相互串供、虛捏事實之行為，且選舉賄款係洪進生交付陳泰全，並非洪和雄所交付；證人翁明樹、潘美純之證言，何者可採，何者不足採；證

人梁育偉及李宗貴所爲之證言，不足採爲對上訴人有利之認定；洪和雄並未自己出資爲上訴人買票；上訴人於99年11月25日競選總部遭搜索之後，亦未積極尋找洪進生出面澄清，反任由其從事律師工作之胞弟李宗貴將洪進生藏匿，繼又提供資金與行動電話，讓洪進生於99年11月27日前往臺北躲避，顯然違常；上訴人就本件是否爲洪進生或洪和雄自行出資賄選一節，雖聲請傳喚洪三德、蔡百川到庭行交互詰問，另就陳泰全與吳承芳、潘美純間之對話錄音內容是否具有憑信性，雖亦聲請傳喚吳承芳到庭作證。然洪三德向蔡百川買票賄選部分，已經第一審判刑確定，且與李宗富本案之犯行並無關聯；另吳承芳與潘美純及陳泰全間對話之錄音內容，業經法院全程勘驗，並將有爭議部分送請專業機構鑑定，相關談話內容均已完整呈現，其相關待證事實已臻明確，上開證人均無傳訊之必要；上訴人與洪進生、洪美玲、鄭黃菊花、劉文榮、陳泰全、林英男等人有原判決犯罪事實欄二所載對於有投票權之人交付賄賂、預備交付賄賂之犯行，彼此間有犯意聯絡及行爲分擔，爲共同正犯；均已依據卷內資料予以指駁及說明。

四、原判決從形式上觀察，並無任何違背法令之處。又查：

(一)洪進生是否於99年11月13、14日前，請鄭黃菊花及里內各鄰長調查買票名單，與其是否自行出資爲上訴人賄選，並無直接關聯，尙難據以認定洪進生有出資20萬元爲上訴人賄選之事實。

(二)原判決事實欄二之(二)、(三)、(四)就洪進生交付賄款數額部分，係分別記載(1)劉文榮、陳泰全、林英男「自己收賄」之金額（劉文榮係其家眷部分，不包含其本身；陳泰全係自己和家人部分），及(2)洪進生交付劉文榮等人，由其等向其他

有投票權之人行賄之金額。原判決附表二至四計算賄賂方式，則分別記載(1) 劉文榮、陳泰全、林英男「自己收賄」之金額，(2)其等「已經發出」之金額，及(3)其等「預備」向其他有投票權人行賄，「但未發出」之金額（即剩餘金額）。另於理由欄內說明林英男「預備向其他有投票權人行賄，但未發出之賄款4,500元」（見原判決第20頁第7至8行）。綜上，原判決犯罪事實欄及其附表二至四所載洪進生分別交付予劉文榮、陳泰全、林英男等人對於有投票權之人行賄或預備行賄之金額僅屬簡略與詳細之差別，並無上訴意旨所指前後不一之情形。

- (三) 1.原判決犯罪事實欄二之(一)記載「洪美玲」交付賄款 1,000 元予鄭黃菊花，其理由內並已說明其所憑之證據（見原判決第 2 頁第 25 至 27 行、第 12 頁第 9、10 行），其附表一編號1關於記載「洪進生」交付賄款予鄭黃菊花，顯係誤寫。
- 2.原判決犯罪事實欄二之(一)係記載其附表一編號2至7部分，為鄭黃菊花帶同洪美玲對於各該有投票權之人行賄，其理由內已說明同附表一編號2部分交付賄款2,500元予林訓賢者係「鄭黃菊花」，同附表編號3至7部分，交付賄款予許玉琴、黃水明、侯明坤、陳淑娟及李立燁者係「洪美玲」之論據（見原判決第2頁第22至24行、第10頁第1行至第13頁第3行），則原犯罪事實欄二之(一)記載其附表一編號2部分，為鄭黃菊花帶同「洪美玲」對於林訓賢行賄，應屬誤寫；而同附表一編號3 至7 交付賄款人欄記載為「鄭黃菊花」部分，同為誤寫。
- 3.原判決事實欄記載，洪進生交付賄款予劉文榮之地點係在「臺南市○區○○路000巷000號之居所」，理由並已說明所憑之依據（見原判決第 2 頁第 28 至 30 行、第 15 頁最末行至第

16頁第3行），其附表二編號1 關於記載為「臺南市○○區○○○00號之2」，顯亦為誤寫。

4.以上誤寫部分，因於判決本旨均無影響，應予更正，不得執為適法上訴第三審之理由。

(四)原判決理由已說明洪進生交付劉文榮、陳泰全之部分尚未發出之賄款，係犯對於有投票權之人預備交付賄賂之低度行為，為交付賄賂之高度行為所吸收，不另論罪等旨綦詳（見原判決第38頁第24行至第40頁第8行），並無上訴意旨所指已受請求之事項而未予判決之情形。

(五)原判決係以上訴人之胞弟李宗貴藏匿洪進生期間，對於檢警調查洪進生等人為上訴人賄選一事，上訴人自當知悉，卻未向洪進生問清緣由，甚至於99年11月25日其競選總部遭搜索之後，亦未積極找洪進生出面澄清上訴人賄選疑慮，反任由李宗貴將洪進生藏匿等情況證據，據以作為上訴人交付20萬元賄款予洪進生買票之補強證據（見原判決第25頁第18行至第26頁第10行）。至上訴人在第一審所提出潘美純、吳承芳與陳泰全間之對話錄音部分，原判決以該對話當時偵查機關已積極調查上訴人之賄選案件，談論有關賄選之內情，時機甚為敏感，且綜觀對話內容，錄音者均故意切入有關「洪進生小弟」、「金錢來源」、「律師有無教導如何陳述」及「李宗富有叫大家不要買票」等話題，明顯有誘導之意圖等旨，據以說明該錄音內容憑信性堪疑（見原判決第30頁第29行至第31頁第7行）。是原判決係參酌潘美純、吳承芳在與陳泰全之對話中，有明顯誘導之情形，而不予以採信，並非僅憑該對話錄音時機敏感，而不為對上訴人有利之認定。從而，關於上開2項證據，原判決並無採證標準前後不一之情形。

(六)按刑法第 38 條第 2 項前段規定供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。依原判決確認之事實，上訴人與洪進生、洪美玲、鄭黃菊花、劉文榮、陳泰全、林英男就本件賄選犯罪係共同正犯（見原判決第 40 頁第 1 至 4 行）；原判決以共同正犯因相互間利用他人之行為，以遂行其犯意之實現，本於責任共同之原則，依上開規定，將洪進生、劉文榮、陳泰全、林英男持有並交出扣案供預備行求（即尚未發出）之賄賂 16 萬 3,500 元、4,000 元、2,500 元及 4,500 元，以及洪進生暨其共同正犯交付林訓賢等人尚未轉交，而交出扣案供預備行求如附表二所示之賄賂部分共 1 萬 5,500 元（因尚在賄選預備階段，應認此部分賄賂仍屬洪進生暨其共同正犯所持有），對上訴人宣告沒收（見原判決第 43 頁第 1 至 31 行），於法並無不合。上訴人執此指摘原判決不當，亦非適法第三審上訴之理由。

(七)洪進生於檢察事務官詢問及檢察官偵訊時固證稱：有將收受上訴人交付 20 萬元之一部分，支付其里長服務處之開銷，嗣於 99 年 11 月 30 日投案所繳 16 萬 3,500 元之賄款，曾至郵局領錢回補等語（見原判決第 22 頁第 21 至 31 行）。然洪進生在里長服務處之開銷是否有單據，及其郵局帳戶往來明細情形如何，與上訴人是否有交付 20 萬元予洪進生之待證事實無直接關聯。且於原審審判期日，就審判長所詢尚有何證據請求調查時，上訴人、辯護人均答稱：沒有（見原審卷二第 369 頁）。原審未再依職權為無益之調查，要難謂有應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

五、上訴意旨置原判決之論敘於不顧，仍執己見，為事實上之爭辯，並對原審採證認事之職權行使，或於判決無影響事項，任意指摘。難認符合首揭法定之第三審上訴要件。此部分上



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397條、第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 3 月 7 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 黃 瑞 華

法官 洪 于 智

法官 楊 智 勝

法官 陳 宏 卿

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 9 日

附表一：

編號	賄買對象（即收受賄款之人）	沒收繳交扣案之賄賂
1	林訓賢 （臺南地檢署99年選偵字第 94、95、156 號緩起訴處分確 定）	500元 （另案扣於臺南地檢署 保管字號：99年保管字 2753號）
2	許玉琴 （同上）	500元 （同上）
3	黃水明	500元

	(同上)	(同上)
4	侯明坤	500元
	(同上)	(同上)
5	陳淑娟	500元
	(同上)	(同上)
6	李立燁	500元
	(同上)	(同上)
7	劉文雄	500元
	(同上)	(同上)
8	黃一男	500元
	(同上)	(同上)
9	李焜財	500元
	(同上)	(同上)
10	吳秋福	500元
	(同上)	(同上)
11	莊吳秀琴	500元
	(同上)	(同上)

附表二：

編號	賄買對象 (括弧內為繳交賄款之人)	繳交扣案預備行求之賄 賂
1	林訓賢之家眷： 妻子：林庭安 長子：林盟翰 次子：林盟璉 次媳：李貞慧 (林訓賢未轉交)	2,000元 (另案扣於臺南地檢署 保管字號：99年保管字 2753號)
2	許玉琴之家眷： 丈夫：楊少鏗 長子：楊中傑 長女：楊羽萍 小姑：楊綠芳 母親：楊何碧文(100.04.11 死亡) (許玉琴未轉交)	2,500元 (同上)
3	黃水明之家眷： 妻子：黃鄭美華 參子：黃薪譽 肆子：黃摘耀 (黃水明未轉交)	1,500元 (同上)

4	侯明坤之家眷：	500元	
	妻子：陳瑞芬	（同上）	
	（侯明坤未轉交）		
<hr/>			
5	陳淑娟之家眷：	500元	
	丈夫：楊瑞榮	（同上）	
	（陳淑娟未轉交）		
<hr/>			
6	李立燁之家眷：	1,500元	
	丈夫：樂興洲	（同上）	
	長子：樂中濂		
	次女：樂君懿		
	（李立燁未轉交）		
<hr/>			
7	劉文雄之家眷：	2,000元	
	妻子：李秀珍	（同上）	
	長女：劉家好		
	長子：劉信成		
	次女：劉佳琪		
	（劉文雄未轉交）		
<hr/>			
8	黃一男之家眷：	1,500元	
	妻子：黃高碧玉	（同上）	
	長媳：劉依青		
	長子：黃煒智		
	（黃一男未轉交）		
<hr/>			

9	李焜財之家眷：	1,000元	
	妻子：李徐玉霞	(同上)	
	肆女：李佳芳		
	(李焜財未轉交)		
<hr/>			
10	吳秋福之家眷：	1,500元	
	妻子：吳劉美雲	(同上)	
	長子：吳祥豪		
	次子：吳祥賓		
	(吳秋福未轉交)		
<hr/>			
11	莊吳秀琴之家眷：	1,000元	
	丈夫：莊聰榮(101.08.13死	(同上)	
	亡)		
	(莊吳秀琴未轉交)		
<hr/>			

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,2189

【裁判日期】1070329

【裁判案由】違反公職人員選舉罷免法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第2189號

上 訴 人 黃澄清

選任辯護人 徐文宗律師

羅閔逸律師

江雍正律師

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106年2月24日第二審判決（104年度選上訴字第879 號，起訴案號：臺灣臺南地方法院檢察署103年度選偵字第 35 號，104 年度選偵字第 4、5 號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於黃澄清與李麗華共同行賄李順發、王昌禹、陳再德、劉陳香（共計新臺幣貳萬壹仟元）；黃澄清與李麗華、康清良共同行賄羅來好、康壹（共計新臺幣壹萬元）等沒收部分撤銷。

其他上訴駁回。

### 理 由

甲、撤銷部分：

一、按現行刑法之沒收，係刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非從刑。又因沒收具備獨立性，得由檢察官另聲請法院為單獨沒收之宣告（刑法第40條第3 項、刑事訴訟法第 259 條之 1、第 455 條之 34 至 37 參照），因而在訴訟程序，沒收得與罪刑區分，非從屬於主刑。本件上訴人黃澄清

就本案全部提起上訴，然本於沒收之獨立性，本院自得於本案罪刑部分上訴不合法予以駁回時，單獨就部分沒收予以撤銷，其他部分以上訴不合法予以駁回，合先敘明。

二、本件原判決撤銷第一審關於上訴人部分之科刑判決，改判仍論處其共同犯公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）第99條第1項之交付賄賂罪刑，並就其與李麗華共同行賄，由李麗華交付予李順發、王昌禹、陳再德、劉陳香部分之賄款（即原判決附表〈下稱附表〉一編號1至4）共計新臺幣（下同）2萬1000元；上訴人與李麗華、康清良共同行賄，由康清良交付羅來好、康壹部分之賄款（即附表一編號8、9）共計1萬元，均宣告沒收，固非無見。

三、惟查：

（一）刑法施行法第10條之3第2項規定：「民國105年7月1日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。」既謂「其他法律」關於沒收等規定不再適用，自不包括刑法本身之特別規定在內。是上訴人犯選罷法第99條第1項之罪，不再適用同條第3項，而應依刑法規定宣告沒收。

（二）供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定，105年7月1日施行之刑法第38條第2項定有明文。而犯刑法第143條第1項之投票受賄罪者，其已收受賄賂之沒收、追徵，同條第2項既有特別規定，自應依該規定宣告沒收、追徵。倘檢察官對犯該罪者依刑事訴訟法第253條規定，為職權不起訴處分，或依同法第253條之1規定，為緩起訴處分，上揭收受賄賂，應由檢察官依同法第259條之1規定，單獨聲請法院宣告沒收。原判決既認定上訴人之共犯李麗華或康清良已

將賄款交付予附表一編號 1 至 4、8、9 所示之人，自屬上開各編號之人所有，非屬於上訴人及其共同正犯所有，自無從再依刑法第38條第2 項前段規定，對上訴人宣告沒收。乃原判決就此部分仍對上訴人宣告沒收，自有違誤。

四、上訴意旨指摘原判決上開部分之沒收違法，為有理由，自應將原判決關於該違法沒收部分撤銷。

乙、上訴駁回部分：

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卷證資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人有其事實欄所示，與李麗華、康清良（均經判決確定）共同賄選犯行，因而撤銷第一審關於上訴人部分之科刑判決，改判仍論以共同犯選罷法第 99 條第 1 項之交付賄賂罪，量處有期徒刑 5 年，褫奪公權4年，並為相關沒收（除上開經撤銷部分）之諭知。已詳述其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。所為之論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，尚無足以影響判決結果之違背法令情形存在。

貳、上訴意旨略稱：

一、程序部分：

(一)本案既經第一審判決，自無偵查不公開情事，原審雖依上訴人之聲請調閱另案臺灣臺南地方法院檢察署103 年度選他字第64號等22宗卷，卻以檢舉人身分保密及卷中有關李全教、



葉枝成部分仍續行偵查中，基於偵查不公開原則等情，拒絕辯護人閱覽，致辯護人無法檢視證據原物及筆錄原本，無從確認卷證之真偽，更無法檢視卷內對上訴人有利或不利之全部證據，嚴重妨礙上訴人受實質辯護之權利，有違大法官會議第737號解釋意旨。

(二)檢察官起訴上訴人交付李麗華 30 萬元，囑其以 5000 元為單位，交付予設籍臺南市第8選區（即玉井區、左鎮區、楠西區、南化區），有市議員投票權之人，約使渠等投票與李全教等情。則檢察官除原判決認定之上訴人行賄之10人及不另為無罪諭知之1人外，亦已就上訴人預備行賄其餘49 人之犯罪事實提起公訴，雖起訴書於所犯法條未記載上訴人另涉預備賄選罪，仍無礙此部分事實業經檢察官提起公訴。惟原判決就此與經其判決有罪部分有實質上一罪關係之部分未予判決，有已受請求事項未予判決之違法。又原判決於理由內已敘明李麗華、康清良分別有24萬4000元、1 萬元未發放，做為預備賄選之用，並於主文為沒收之諭知。但未就上訴人所犯預備賄選罪為論斷說明，顯有理由不備。苟上訴人並犯預備賄選罪，則上開未發放之金額，應屬供犯罪所用之物，原判決以預備供犯罪所用之物沒收，亦屬適用法則不當。

(三)本案 106 年 1 月 13 日最後審判期日，距前次審判期日（105 年 11 月 25 日）已間隔 15 日以上，審判長僅諭知更新審判程序，未實際踐行更新審理程序。原判決引為上訴人論罪依據之郭順吉、謝萬福不起訴處分書未於該審判期日提示，亦有審判期日應調查之證據未予調查之違法。

(四)附表十八編號 2、12、19、22、25、46、47、52、54、55、56、57、67之筆錄，均係在同一偵查程序，先以被告身分，再以證人身分訊問，已使受訊問人不知係本於何種地位而為

陳述，有違被告在同一偵、審程序中不能同時兼具證人之原則，原判決未釐清檢察官轉換證人程序是否合法，及被告作證是否有違不自證己罪原則，自有應於審判期日調查之證據未予調查及判決適用法則不當之違誤。原判決既未區分上開筆錄究係以被告或證人身分所為，係警詢或偵訊？均認無刑事訴訟法第175 條規定之適用而有證據能力，顯與證據法則相悖；又認：①附表十八編號2、67部分，依同條第4項規定，有未用傳票之法定違誤，係屬違法取得之證據，但違法情節輕微，依同法第158條之4之規定衡平後，認有證據能力，除前後矛盾外，亦未就如何衡平、判斷，予以論述說明，有理由不備之違法。②附表十八編號46部分屬審判外陳述而無證據能力。顯就同一供述證據能力之有無為不同認定，有判決理由矛盾之違法。

(五)附表十八編號 10、14、20、23、27、30、34、69、75 所示筆錄，受訊問人均未就訊問或詰問事項為連續陳述或具體回答，僅空泛答以「對」、「是」、「有」等語，與刑事訴訟法第 190 條、第 166 條之 7 第 1 項規定及本院認不得為包裹式訊問之例示相違。原判決未加審酌，逕認上開筆錄有證據能力，與證據法則有悖。

(六)原判決引為上訴人論罪依據之證人證述中多有「可能」、「應該是」、「我認為」等證人個人意見或臆測之詞，依刑事訴訟法第160 條之規定不得為證據，原判決未敘明得為論罪證據之依據，有理由欠備與違反證據法則之違法。

(七)原判決未區分附表十八編號 2、3、6、7、12、13、19、22、25、26、29、32、35至37、43、44、47、48、50至52、54、56、57、60、67、68、71至73部分之筆錄，究係以被告或經具結之證人身分所為，況編號35、50、51、54之筆錄乃

檢察事務官所製作，一概認係偵查中未經具結之陳述，援引本院102年度第13次刑事庭會議決議(一)之結論，論斷其證據能力，亦未敘明各該陳述如何符合傳聞法則例外得為證據，或如何類推適用刑事訴訟法第159條之2、之3規定而得為證據之理由，有判決不載理由或理由矛盾之違誤。至編號60，係先以被告身分製作筆錄，供後具結時未告知證人拒絕證言權，原判決逕採其以被告身分所為供述為證人證述，亦與證據法則未合。

(八)上訴人於103年11月27日中午12時43分，開始接受法務部調查局臺南市調查處（下稱臺南市調處）詢問，迄翌日上午4時許檢察官訊問結束，人身自由受拘束長達16小時，嗣經檢察官聲請羈押，於翌日近中午12時始接受法院訊問，人身自由受拘束已達24小時，檢察官訊問時復無辯護人陪同，其身體、心理均承受極大壓力，其如附表十八編號78至80所為供述，因疲勞訊問而無證據能力，原判決認有證據能力，有理由欠備及適用法則不當之違法。

(九)上訴人於原審已提出書狀，說明附表十八編號18、27、44之筆錄不具證據能力之理由，原判決漏未審酌，採為上訴人犯罪之證據，有判決不載理由之違法。

## 二、實體部分：

(一)原判決所認定事實或與理由矛盾、或有理由失據：①既認定上訴人與李麗華有共同賄選之犯意聯絡，惟對二人究於何時、地如何有行求或交付賄賂之犯意聯絡未明確認定記載及說明憑以認定之證據，理由已屬欠備。且其理由說明，上訴人以小樁腳一人5000元計算，將30萬元連同名單交給李麗華，然遍查全卷，並無60位樁腳名單，至附表十四所示列印資料，僅有30餘人，尚有投票所監票員及聯絡人等，顯非樁腳名

單，且事實欄未就上開分工關係為認定記載，有理由失據及採證違法之失。②事實二之(一)、(二)認定李麗華交付5000元、6000元予李順發、王昌禹分別係其等預定於選舉當日提供載客勞務或選舉期間幫忙造勢之報酬，其後又認係投票時支持李全教之對價。前後記載認定有判決理由矛盾之違法。③事實二之(五)認定，郭順吉「收受」李麗華交付之5000元，乃賄選之對價，其後又認定李麗華此部分屬「行求」賄賂，有事實與理由矛盾之違法。④事實欄認定因望明里鄰里間口耳相傳，可得知李麗華支持之對象為李全教，惟附表所示10位有投票權人有數人已證稱，其等不知李麗華於本次市議員選舉究支持哪位候選人等語，顯見上情非望明里週知之事，原判決上開認定，有判決事實與理由不符之違法。

(二)依附件一所示，104年4月24日，李麗華及其辯護人林欽堡律師與附件一譯文內所示本案數位有投票權人，討論後續訴訟作證內容之過程可知，上開有投票權人已受李麗華及林欽堡律師之影響，故其等於第一審仍為不利於上訴人之證述，且難以排除檢察官以緩起訴處分誘使本案有投票權人認罪，或誘導李麗華、康清良、本案10位有投票權人、呂添財為不利於上訴人之陳述，或筆錄有漏記其等對上訴人有利陳述之可能，實有勘驗其等偵訊錄音光碟之必要。且第一審對附件一所示有投票權人為交互詰問前，附件一尚未提出，故有傳喚上開證人再為詰問之必要，原審就上開證據調查之聲請，逕予駁回，難謂無審判期日應調查之證據未予調查之違誤。另原判決就上訴人其餘調查證據之聲請認無關聯性，或待證事實已明而不予調查，並未敘明何部分屬無關聯性，何部分屬待證事實已明，亦屬理由不備。

(三)依卷附李麗華、康清良，附表一所示10位有投票權人之證

述資料，足證李麗華、康清良交付金錢予上開人等，分係為補貼其開計程車、造勢、插旗之勞務付出、或茶水費等原因，其等均未認知李麗華、康清良交付上開金錢係為賄選。甚有投票權人認罪後仍不知收受該筆金錢有何不法，或認罪後猶不承認有約定要投票予李全教，自難以其等認罪之表示為上訴人不利之認定。另有投票權人證稱，不知李麗華當時支持哪位市議員候選人，而原係支持李全教者，就該款項之收受僅有幫李全教拉票之認知。顯見收受雙方均無賄選之認知，甚就原本係李全教之支持者而言，更不會因收受該筆款項而影響其投票意願。而李麗華於偵查中亦證稱上訴人稱該款是給鄰長、參與造勢活動人員茶水費、工作費，並非賄款等語，核與康清良所證相符，顯見上訴人交付該筆款項予李麗華時已指明用途，未要求其作為賄選之用，至李麗華實際如何運用，自非上訴人所得預見。又原判決未慮及收受者中，確有為此付出勞務或持以購買飲料、吃食者，以此補貼其等收入或財產之減損亦屬事理之常，則李麗華或康清良所交付之款項是否為勞務之對價、聊天、拜票時零食之支出，原審未予究明，致其認定之事實與上開證人陳述不符。且未審酌理念相同者，並無應為無償助選之理，委請他人代為助選拜票，亦無定則可循，至如何核銷選舉經費、是否要求開立支出憑證報銷，或如何出具發票或收據，要難有一定模式。原判決就上開對上訴人有利之證述及情況未予審酌，遽以證人臆測之詞或為求緩起訴或緩刑之不利於上訴人之供述、或以交付之金額甚高等情，認理念相同之助選應係無給職，有支出應憑據給付、核銷，推認李麗華支持李全教，上開款項與選舉有關，收受雙方已達賄選之意思合致，有證據調查未盡、理由不備、證據與理由矛盾及認定事實不憑證據，違反經驗

及論理法則之違法。

(四)李全教競選總部未設總幹事，有李全教競選總部成立邀請卡、組織架構表、成立大會當日照片可證。上訴人係臺南市玉井區農會總幹事、該區黨部主委，民眾均稱呼總幹事。原判決就上開有利於上訴人之證據未採信，且未說明何以不採納之原因，復就上訴人否認為李全教競選總部總幹事（下稱競選總幹事）等與本案待證事實有關之重要事項未予調查，遽為上訴人不利之認定，難謂適法。

(五)共同正犯之陳述，須有補強證據，始得採為被告論罪之依據。本案與上訴人接觸者僅李麗華，則康清良及本案10位有投票權人所為與上訴人有關之證述，均非親身見聞而屬傳聞，且無傳聞法則例外得為證據規定之適用，其等證述縱經交互詰問，對上訴人亦無證據能力。李麗華雖坦承犯行，惟其供述前後不一有嚴重瑕疵，且就交付金錢數額、交付方式、用途等，所證與上訴人所供不符。況其亦證稱，上訴人稱該款是給鄰長、鄉民的茶水費，請他們有空來幫忙造勢，非賄款等語，自不足據為上訴人不利之認定，尚難僅依康清良所證，其知悉李麗華在市議員選舉時支持李全教等語，遽採為李麗華證述之補強證據；縱附表一所示10位有投票權人所述為真，亦無從做為上訴人不利認定之補強證據。原審未審酌上情，遽行判決，就上訴人否認犯罪於原審聲請調查之證據未予調查，有調查職責未盡、採證不依證據法則及理由不備之違失。

(六)上訴人雖曾於臺南市調處、偵查時供稱，30萬元係李全教競選總部執行長葉枝成所交付，而原判決認定上訴人藉詞發放「工作費」，交付30萬元予李麗華用以賄選等情，除金額之認定與卷內資料不相適合外，葉枝成未經檢察官起訴，且否

認該筆款項係其交付，該款項之來源及目的即有調查之必要，上訴人於原審審理時聲請傳喚葉枝成，原審未予傳喚。又李麗華曾供承，錢未完全發出去，有些錢做公益、環境改造等語，核與丁丁有限公司負責人陳福慶於原審法院105 年度選上字第 2 號民事案件審理時所證，其曾於 103 年 8 月間交付30萬元予上訴人，回饋地方等語相符，復有玉井區農會理事長王民雄於原審之證言可佐，足徵上訴人嗣稱交予李麗華之30萬元係陳福慶所交付，與選舉無關等語屬實。原判決逕認本案30萬元與陳福慶無關，未詳述理由，逕駁回上訴人傳喚陳福慶之聲請，且未採納陳福慶、王民雄之前有利於上訴人之證言，均有應於審判期日調查之證據未予調查及理由不備、違反經驗與論理法則，適用法則不當之違法。

- (七)原判決關於沒收部分有如下之適用法則不當：①各共同正犯間係採連帶沒收主義，縱原判決認定之事實理由俱屬無誤，然於主文、理由未為共犯連帶沒收之諭知，亦屬於法有違。②選罷法第99條第3 項之規定為刑法之特別法，應優先於刑法適用，原判決既論上訴人以選罷法第99條第1 項之罪，卻依刑法規定為沒收之諭知，有適用法規不當之違法。③附表十三編號16所示光碟，為劉宜佩所有及提出，原判決亦認係劉宜佩製作，且僅作星星記號部分與上訴人有關（詳附表十四），既未認定為上訴人或其他共犯所有，復就其他無關部分一併為沒收之諭知，理由矛盾。

參、惟查：

一、程序部分：

- (一)本於憲法第 8 條及第 16 條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人

獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。固經司法院大法官以釋字第737 號解釋在案，惟上訴人所請求調閱偵查中之卷宗，該案犯罪嫌疑人為李全教、葉枝成，並非上訴人，與上開解釋所指情形不同，自難比附援引。查與上訴人有關之本案偵查案卷均已移送，雖部分為影印本，對上訴人檢視其內書證、物證及調閱證物原本無影響，且原判決並未認定李全教、葉枝成為本案之共犯，亦未認定上訴人交付李麗華之30萬元係葉枝成所交付或來自李全教競選總部，原審合議庭評議後認與上訴人有關部分有民事卷可參，其餘與本案關聯性不大，否准上訴人閱覽上開尚在偵查中另案卷宗之請求（原審卷四第59頁），無礙上訴人受實質辯護之權利，亦與大法官會議第737 號解釋意旨無違。

(二)刑法第 25 條所謂已著手於犯罪行為之實行，係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行者而言，若於著手此項要件行為以前之準備行動，係屬預備行為，即未達著手程度之前，為便利將來行為之遂行而實施之各種準備行為。原判決與起訴事實均認，上訴人為使李全教於 103 年 11 月 29 日舉行之臺南市第2 屆市議員選舉（下稱本次選舉）中順利當選，交付30 萬元予李麗華，囑其以每單位5000元之代價，將上開賄款交予選區內有投票權之人，使渠等於本次選舉時投票予李全教，經李麗華與康清良分別交付予選區內有投票權人後，分別有餘款未發出等情。準此，上訴人於交付30萬元予李麗華，囑其交予選區內有投票權人時，再由李麗華、康清良分別交



付予附表一所示之人，已著手於賄選行為之實行，成立交付或行求賄賂罪，而論以一交付賄賂罪，先前之預備行為，已為嗣後之行求、交付行為所吸收，無庸再論以預備賄選罪，至未發放之金錢，自屬準備供賄選用之賂賄，原判決主文亦標明（行賄後之剩餘款），自無上訴意旨一、(二)所指之違法。

(三)審判程序之更新，以實際上是否踐行更新審理為準。如依法更新者，證人或其他訴訟關係人於更新前所為之陳述，既經記明筆錄，該筆錄即為書證，審判長向當事人、辯護人宣讀或告以要旨後，採為判決之證據，自屬合法。原審於106年1月13日最後審判期日前，曾於105年11月25日進行審判程序，詰問證人王民雄、李淑敏（原審卷四第61至75頁），於106年1月13日行審判程序時，審判長已諭知更新審理（原審卷四第308頁），並提示上開二人證述筆錄，向上訴人及其辯護人宣讀並告以要旨（原審卷四第326頁），有各該審判筆錄可稽，已實際踐行更新審理程序。上訴意旨指摘原審未實際踐行更新審判程序云云，與卷內資料不符，顯非適法之上訴第三審理由。至上訴人對郭順吉、謝萬福行求賄賂，有附表一編號5、10所列多項證據（原判決第133至134、140至142頁），縱無上開二人之不起訴處分書，對上訴人此部分犯罪事實之認定亦無影響，原判決於審判期日未提示該不起訴處分書，顯然於判決無影響，不得執為上訴第三審之合法理由。

(四)按刑事訴訟法第175條第1項規定：「傳喚證人，應用傳票。」同條第2項規定：「傳票至遲應於到場期日二十四小時前送達。但有急迫情形者，不在此限。」係因證人是否到場，影響審判程序至鉅，所為之規定，非謂不可以其他方法為

之，未依該方法傳喚，如證人未到場，僅生不能科予罰鍰及拘提而已，其證述之證據能力不因此而生影響。上訴人於原審主張附表十八編號 2、12、19、22、25、46、47、52、54、55、56、57、67所示證人之傳喚違反刑事訴訟法第175 條第1項、第4項規定，而無證據能力，尙有誤會。卷查上開證人等原係以被告身分先行接受檢察官訊問，嗣轉換為證人身分時，檢察官已確認其等作證之意願，並為權利之告知後命具結，部分復說明未及時送達證人傳票情事，有各該筆錄可稽，自無角色混淆之可能，對證據能力之判斷無影響。至編號46部分，原判決說明其屬臺南市調處所製作之審判外陳述，因上訴人爭執其證據能力，予以排除（原判決第26頁）；既未採為上訴人論罪依據，原判決所述該部分不因其違反證人傳喚規定而無證據能力，核屬贅文。上訴意旨關於此部分之指摘，亦非上訴第三審之合法理由。

(五)按訊問及詰問證人之詢答方式，不論是使證人為連續陳述之「敘述式」，抑或係由證人針對個別問題回答之「問答式」，訊問與詰問人均應就個別問題為具體之發問，不可空泛其詞，受訊、詰問人亦應對該問題為具體的回答，不可籠統含糊，此觀刑事訴訟法第190 條「訊問證人，得命其就訊問事項之始末連續陳述」、第166條之7第1 項「詰問證人及證人之回答，均應就個別問題具體為之」等規定甚明。查原判決附表十八編號10、14、20、23、27、30、34、69、75所示筆錄內容（原判決第12至21頁），乃檢察官確認各該證人警詢、偵訊中所為證述之真意，經整體觀察詢（訊）問過程，詰問方式並無不當，上訴人節錄片段證詞，謂其等證述違反上開規定而無證據能力，應無可採，業據原判決明白論斷（原判決第22頁），無上訴意旨一、(五)所指之違法。

(六)「證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據。」刑事訴訟法第160 條定有明文。是證人以其實際經驗為基礎，所為與其體驗有不可分離或相關聯之陳述，既不是單純個人意見或憑空推測之詞，自非不得為證據。原判決就上訴人主張係不得為證據之證人陳述部分（原判決第22至25頁），說明均係證人基於自身經驗，或依當時與李麗華或其他證人之互動、談話等所衍生之個人體驗或相關聯之事項，且其等均為本次選舉有投票權之人，就所在選區之選情、何人支持何位候選人均能知悉，此與其等體驗事實有不可分離或相關聯之事項，並非純屬個人之意見。上訴人擷取證人片段供述，割裂前後文義，未為整體觀察，泛指證人之陳述，係個人之意見或推測之詞無證據能力，應不可採等旨（原判決第25頁）。已就此辯解，指駁明白，均有卷內證據資料可按，難認有違背法令情形。

(七)被害人、共同被告、共同正犯等被告以外之人，在偵查中未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於其等警詢所為之陳述，是以其等於偵查中未經具結所為之陳述，如有與警詢陳述相同之「特信性」（即具有可信之特別情況）、「必要性」時，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第159條之2、第159條之3之同一法理，應例外認為有證據能力，為本院統一之見解。所謂「具有可信之特別情況」，係「信用性」之證據能力要件，而非「憑信性」之證據證明力，法院自應就其陳述當時之原因、過程、內容、功能等外在環境加以觀察，以判斷其陳述，是否出於「真意」、有無違法取供等，其信用性已獲得確定保障之特別情況，加以論斷說明其憑據。所稱「為證明犯罪事實存否所必要者」，係指就具體個案案情及相關卷證判斷，為發現實質真實目的，認為除

該項審判外之陳述外，已無從再就同一供述者，取得與其上開審判外陳述之相同供述內容，倘以其他證據代替，亦無從達到同一目的之情形而言。原判決已敘明李麗華、康清良、附表一所示10位有投票權人、劉宜佩於偵查中以被告身分所為未經具結之供述，符合「特信性」、「必要性」之情況，應有證據能力；附表十八編號60之劉宜佩偵訊筆錄先係以被告身分製作，雖檢察官嗣後令其具結，未告知得拒絕證言，程序上縱有瑕疵，僅不生具結之效力，然本於刑事訴訟法第159條之2、之3 之同一法理，例外亦有證據能力（原判決第26至30頁）。已就上開供述如何具證據能力詳為說明，核無違法。至附表十八編號35、50、51、54所示筆錄，雖為檢察事務官所製作，惟未經原判決採為上訴人論罪依據，有關證據能力之說明，核屬贅文，於判決結果不生影響，不得執為上訴第三審之理由。

(八)原判決又敘明，上訴人 103 年 11 月 27 日於臺南市調處受詢問時，有讓其休息或用餐、如廁或應其要求暫停（原判決第31頁），且檢察官偵訊時間僅2小時，尚在合理範圍內，上訴人又得隨時請求休息，無違反刑事訴訟法第156條第1項規定情形。而上訴人於103年11月27日中午12時43分於臺南市調處接受詢問，至翌日上午4時1分，由檢察官諭知逮捕並聲請羈押（103年度選偵字第35號卷一第26 頁反面），期間未逾24小時，程序與刑事訴訟法第93條第2 項規定無違。原審辯護人謂上訴人因人身自由受拘束，未能為任意性供述，係泛言臆測，不足採之理由（原判決第31至32頁）。已就上訴人如附表十八編號78至80所為供述，如何無違上開規定，得為證據，詳為說明，均有卷內證據資料可佐，核無違誤，上訴意旨仍執陳詞再事爭執，就相同之證據資料為相異之評價，

任指原判決違法，非上訴第三審之適法理由。

(九)上訴意旨就附表十八編號 27 劉陳香之筆錄，爭執其未實質訊問，且採用證人個人意見；附表十八編號44羅來好之筆錄，爭執其為審判外陳述，二者均無證據能力，業經原判決依卷內資料審酌、論斷認有證據能力（原判決第11、17、24、26、28頁）。附表十八編號18未經原判決採為上訴人論罪依據（原判決第130 頁），縱原判決誤認上訴人不爭執其證據能力，於判決結果亦無影響。此部分上訴意旨未依據卷內資料為具體指摘，亦非上訴第三審合法理由。

## 二、實體部分：

(一)按證據之取捨、證據證明力之判斷，及事實有無之認定，為事實審法院之職權，苟其取捨判斷與認定，並不違背論理法則及經驗法則，即不容任意指為違法。所謂對於被告有利之證據不予採納者，應說明其理由，係指該項證據倘予採納，能推翻原判決所確認之事實，而得據以為有利於被告之認定者而言。如非此項有利於被告之證據，縱未於判決內說明其不足採納之理由，因本不屬於上開範圍，亦不生理由不備之違法問題。再按選罷法之賄選罪，以行為人主觀上有行賄之犯意，而約使有投票權人為投票權一定之行使或不行使，行為人客觀上所行求、期約或交付之賄賂或不正利益可認係約使投票權人為投票權之一定行使或不行使之對價為要件。是否對價關係，除審酌行為人之主觀意思、行為時之客觀情狀，本於推理作用加以綜合判斷外，並應衡量給付之對象、時間、方法、價額、數量及其他客觀情狀，依國民之法律感情及生活經驗，評價有無逾越社會相當性，兼及是否足以影響或動搖投票意向等項，審慎認定之。如具有相當對價關係，縱假借餽贈、走路工、到場造勢之報酬等各種名義之變相給

付，仍非所問。又投票交付賄賂罪之投票賄賂意思表示合致，不以明示為必要，包括默示之意思表示。亦即依表意人之舉動或其他情事，相對人客觀上已可得知其效果意思而為允諾者，亦屬之。原判決依憑上訴人部分供述、共犯李麗華、康清良、附表一所示10位證人、劉宜佩之證述及卷內其他證據資料綜合判斷後，認定上訴人於本次市議員選舉，擔任李全教競選總幹事，為使李全教順利當選，於103年8月中旬，交付30萬元予李麗華，囑其以每單位5000元之方式，交付予選區內有投票權之人（小樁腳），使其等投票與李全教，李麗華再將其中3萬元交予康清良代為發放。李麗華、康清良分別於附表一所示時、地，以「工作費」、「茶水費」等名義，交付附表一所示金錢予附表一所示之人，以約使其等將票投予李全教等情。並說明：依李麗華、康清良、附表一所示10位有投票權人之證述可知，此種金錢非常態性給付，甚或係本次選舉始有之，李麗華、康清良於交付其等金錢時，或有明白表示請其支持或幫忙李全教，未明示部分，收受者於鄰里走動時，亦可聽聞李麗華、康清良請託支持李全教之意，從雙方認知關係中，客觀上已可得知該款項之效果意思仍允為收受，即不因係默示而有不同。李麗華、康清良交付附表一所示之人每人現金高達5000元（王昌禹6000元），卻未具體交待工作執行內容或為事後查核，縱其名稱謂「工作費」（李順發）、「造勢車馬費」（王昌禹）或「茶（涼）水費」甚或「補助費」（戴其才），依國民之法律感情及生活經驗，評價亦逾越社會相當性，該金額已足以影響或動搖投票意向，顯係基於賄選之犯意而交付，足認該等現金之交付與附表一所示之人投票權為一定行使間，具有對價關係。又：①李麗華、康清良發放5000元之對象係小樁腳（原判

決第 101 頁至 103 頁），對李麗華、康清良於本次選舉中支持何人，豈有不知之理。李麗華、康清良於選前敏感時刻，交付用途不明之高額款項，縱未明白告知目的及要支持何人，收受者自李麗華陪同李全教向其等拜票或望明里間鄰里口耳相傳，亦知係為約使投票予李全教之代價。②原判決事實二之(一)、(二)認定李麗華交付金錢予李順發、王昌禹金錢之藉口，雖未具體指示工作內容，乃賄選之對價；事實二之(五)認定郭順吉係因推卻不掉而收受，嗣將之捐予李全教政治獻金專戶等情。理由內說明，郭順吉之捐款行為屬退還賄款，無收受之意，僅屬行求賄賂階段（原判決第116 頁）。③衡情，候選人賄選時，若一般選民都有賄賂，如獨漏原本支持者，有引起心理反彈之可能，縱附表一所示之人中，有原係李全教支持者，亦不能認無須對之為賄選等旨。對於上訴人否認犯罪所辯各節，如何係飾卸之詞，均不足採信，亦詳加說明指駁，俱有卷內資料可稽，難認有理由矛盾、採證違法等情形。上訴意旨徒憑己見，任意指摘原判決違法，重為單純事實之爭執，自非上訴第三審之適法理由。

(二)刑事訴訟法第156條第2 項之規定，在防範被告或共犯之自白與真實不符，故對自白在證據上之價值加以限制，明定須藉補強證據以擔保其真實性，始得採為斷罪之依據。所謂補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘得以佐憑其指證非屬虛構，達於通常一般人得確信其為真實之程度者，即已充足。原判決以：

①上訴人於偵查中多次供承，其為臺南市玉井區農會總幹事，擔任李全教競選總幹事，且附表二所示李全教競選總部成立大會流程表上已明載「總幹事黃澄清」（原判決第142 頁），認上訴人擔任李全教競選總幹事，其否認所辯各節，均不

足採。又依上訴人供述、劉宜珮證述、自競選總部電腦列印而得之附表十四資料，足證上訴人負責蒐集各里椿腳名單後，將名單交給劉宜珮建檔，以每單位（小椿腳）5000元計算所需費用，再交由各里負責人按名單發放，望明里之負責人即為李麗華，望明里9-17鄰連絡人為康清良（詳附件十四，原判決第177至178頁），故由其交付30萬元予李麗華，由李麗華親自或指派他人（康清良）發放。上訴人僅交代一個小椿腳5000元「工作費」，但未具體指示與報酬相當之工作內容，不須李麗華回報各椿腳費用執行情形，李麗華亦稱，就是要讓李全教當選等語。若確實因理念相同而助選，理應是無給職。按常理，助選應該交付宣傳單，或指派具體助選工作。衡以公正純潔之助選方法應是按照名冊之地址逐一拜訪選民之後，若開車有油資花費，再將加油之發票、收據予以列冊、報帳、核銷為是。故以社會常情及經驗法則而論，上訴人顯然基於給支持者一些「好處」之賄選意圖為之。為維護選舉之公平性，端正不法賄選歪風，對於訴諸金錢、巧立名目之賄選行為，均應嚴格檢視。是以「茶水費」、「補助費」或「工作費」等名目交付財物，與選民自發性、義務性因認同候選人而前來造勢、助選有別，認交付之金錢應屬賄選之對價。

- ②李麗華在望明里里長選舉中係同額競選，無買票之動機，綜合卷內證據判斷，本案30萬元係來自上訴人，前曾任望明村村長林進能之陳述書，謂李麗華（為自己選舉）以事先綁椿之目的而交付金錢云云，認尚不足為上訴人有利之認定。依李麗華、玉井區農會理事長王民雄所述，縱陳福慶有交付上訴人30萬元，惟該筆款項係為撫平民怨、達敦親睦鄰之效，與做為里內小椿腳工作費之本案30萬元無涉，認無傳喚陳福



慶作證之必要（原判決第112至113頁）。另王民雄之證言僅能證明上訴人曾向其提及陳福慶捐30萬元回饋鄉里之事實，亦不足為上訴人有利之認定（原判決第113至114頁）。

③附表十四（原判決第 177 至 178 頁）載明：望明里 1 至 8 鄰（0573投票所）、9至17鄰（0574 投票所），扣除監票員、連絡人，合計61人，與上訴人交付30萬元，以5000元為一單位計算大致相符。因認上訴人為達使李全教順利當選之目的，提供賄款30萬元，囑李麗華以每單位5000元交付選區內就該選舉有投票權人，雖非其親自交付，仍難就李麗華、康清良從事發放賄賂之行爲諉為不知，應負交付賄賂之責。均有卷內資料可稽，原判決非僅憑共犯李麗華、康清良之供述為論罪依據，難認採證違法，理由失據。

(三)同一證人前後證述縱不能相容，則採信部分證言，當然排除其他不相容之部分，乃法院取捨證據法理上之當然結果，縱未說明捨棄他部分，而僅說明採用部分證言之理由，於判決本旨亦無影響，難謂有判決不備理由之違法。原判決說明上訴人就其交付李麗華金錢，李麗華交付康清良金錢、李麗華、康清良分別交付金錢予附表一編號 2 至 5、編號 8 至 10 所示之人，其等所述細節雖稍有出入，惟經審理中交互詰問結果，可認上訴人有交付30萬元予李麗華、李麗華已交付3 萬元予康清良，而李麗華、康清良確有交付金錢予附表一所示之人，為上開人等一致之證述，自難以其與相對人間所供細節稍有不符，即認全無可採。審酌李麗華、康清良交付金錢之對象不止一人，應以收受者所證較清楚明確為可採，因認上訴人、李麗華、康清良交付賄款如附表一所示等情，尚非無據，難認其採證違法。

(四)檢察官依掌握之事證，於偵查中，就法律形諸明文之緩起訴

處分等對被告有利之規定，以適當方法曉諭，使其有邀合法寬典適用之機會，均與刑事訴訟法及一般偵查規範無違，難謂超越合法偵查作為之範圍。檢察官為附表一所示之人剖析利害關係或告知法律規定，並未給予法律所不允許之利益，有卷附筆錄可稽，自不在法律禁止之列，難認有使用不正方式訊問之違法。上訴意旨徒憑主觀臆測檢察官以緩起訴誘使附表一編號 1 至 4、8、9 所示之人認罪，非上訴第三審之合法理由。

(五)按審判期日應調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關連性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，若僅係枝節性問題，或所證明之事項已臻明瞭，當事人聲請調查之證據，僅在延滯訴訟，自均欠缺其調查之必要性，原審未依聲請為無益之調查，自無違法可言。①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。是應由主張有顯不可信情況，例外無證據能力者，負舉證之責。原審以李順發、王昌禹、劉陳香、羅來好在檢察官偵查中，具結後所為之陳述，經其等於審判中到庭行交互詰問，完足人證調查程序，自得為證據。上訴人既未能具體指出其等「如何受到檢察官誘導訊問而為不實陳述，及筆錄如何漏未記載有利於上訴人部分之陳述。」徒憑個人臆測、憑空質疑，聲請勘驗其等在檢察官偵查中之偵訊光碟，認無勘驗調查之必要，否准其此部分勘驗之聲請，已於判決內敘明其理由（原判決第43、51、63至64、79至80頁）。至上訴人指出陳再德、郭順吉、康壹、謝萬福偵訊筆錄有如何之違失部分，均經原審勘驗在卷，並

於判決內論述明白（原判決第56至57頁、67至69頁、83至86頁、94至96頁、98頁）。②原判決附件一所示錄音譯文內容，係林欽堡律師當初為涉案到場之有投票權人為法律諮詢之善意提醒，告知其等照實陳述，核無串證不法。而其等於第一審審理時，經檢、辯交互詰問，對於法庭活動之發展，已非林欽堡所能控制，況上訴人之辯護人於交互詰問前，已知上開諮詢過程，亦未為彈劾詰問，原審認事證已臻明確，依刑事訴訟法第196條規定，無再次傳喚上開證人訊問之必要，而未依聲請再行傳喚訊問。③原審綜合卷內證據資料調查結果，認事證明確，於判決內說明對於上訴人聲請調查之證據未予調查部分，經合議庭評議結果，由審判長於105年11月25日審判期日，諭知不予勘驗錄音檔及不再傳喚其他證人到庭作證之意旨及理由（上訴人及其辯護人對該項駁回證據調查之裁定，並未表示意見，見原審卷四第59頁）。原判決就依聲請而調查部分，已敘明其調查審酌及取捨之依據與理由，對於未調查部分亦說明不予調查之理由（見原判決理由說明）。乃事實審法院調查證據職權之適法行使，難認有調查未盡或理由不備之違法。上訴意旨相關指摘，與卷證不符，非適法上訴第三審之理由。

（六）沒收部分：①有關共同正犯犯罪所得之沒收或追徵，本院已改採應就各人實際分受所得之財物為沒收，追徵亦以其所費失者為限，不再諭知共犯連帶沒收，乃本院最近統一之見解。上訴意旨謂原判決主文、理由未載明共犯連帶沒收之旨於法有違，顯係誤解。②原判決已說明，依刑法施行法第10條之3之規定，本件關於沒收不再適用選罷法之規定，應回歸適用修正後刑法第38條第2項前段、第4項規定宣告沒收。再原判決既認定上訴人與李麗華共同行賄附表一編號5所示郭

順吉部分僅止於行求階段，郭順吉亦因無收賄犯意，經檢察官為不起訴處分，此部分賄款仍屬供行賄所用，應依刑法第38條第2項前段、第4項之規定沒收。除上開撤銷部分，核無違誤。上訴意旨謂原判決沒收部分未適用特別法有違誤，自非上訴第三審之合法理由。③扣案如附表十三編號16所示之名冊、光碟，係上訴人委託劉宜珮製作，供發放賄款給附表一編號1至10 所示選民之用，自屬上訴人所有，供犯罪所用之物，原判決依刑法第38條第2 項宣告沒收，亦無不合（原判決第122 頁）。上訴意旨有關此部分之指摘，與卷內資料不符，亦非上訴第三審之合法理由。

肆、其餘上訴意旨，無非仍就原審採證認事職權之適法行使，或原判決已明確論斷說明之事項，或不影響判決結果之枝節問題，漫為指摘，均非上訴第三審之適法理由，其上訴（除前開撤銷部分外）不合法律上程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 3 月 29 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 謝 靜 恒

法官 鄭 水 銓

法官 王 敏 慧

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 29 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,2649

【裁判日期】1070226

【裁判案由】偽造文書等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第2649號

上 訴 人 蕭淑華

選任辯護人 周振宇律師

上列上訴人因偽造文書等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國106年5月24日第二審更審判決（105年度重上更(三)字第11號，起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署98年度偵續字第301號、98年度偵字第27051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蕭淑華有原判決事實欄（下稱事實欄）（包括原判決附表「下稱附表」編號 1至27）所記載之犯罪事實，因而撤銷第一審關於上訴人行使偽造私文書、犯商業會計法第72條第1款之輸入不實罪部分之科刑判決，改判(一)依刑法第55 條之想像競合犯規定，從一重論上訴人以犯行使偽造私文書罪，共計27罪，各處有期徒刑2月（其中7罪）、3月（其中19罪）、4月（其中1罪），及就其中犯罪時間在民國96年4月24 日以前者（即附表編號1 至7、9至11），適用中華民國九十六年罪犯減刑條例之相關規定，減其宣告刑2分之1，暨諭知沒收、追徵（詳如附表編號1至27「宣告刑」欄所示）；(二)依想像競合犯規定，從一重論上訴人以犯商業會計法第72條第1款之輸入不實罪，處有期徒刑 5月；(三)就所處有期徒刑部分，定應執行有期徒刑2

年，並諭知有期徒刑如易科罰金之折算標準，固非無見。

惟查：(一)刑事訴訟法第371條係規定，被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。倘被告未經合法傳喚，或縱經合法傳喚，然有正當理由，而未於審判期日到庭陳述，第二審法院逕行判決者，依刑事訴訟法第379條第6款規定，其判決當然違背法令。本件原審106年4月26日上午9時30分審判程序期日之傳票（其上記載應受送達人「被告蕭淑華女士」、送達方法「已將文書付與應受送達人本人」、送達人「書記官林心念」、送達處所「本院」、送達時間「106年3月2日下午15時30分」），係由上訴人在原審之辯護人（下稱辯護人）周振宇律師於送達方法「已將文書付與應受送達人本人」欄下簽名（並加註「代」字樣）等情，有送達證書在卷可稽（見原審卷第204頁）。又稽之卷內資料，上訴人並未依刑事訴訟法第55條第1項規定，陳明周振宇律師為送達代收人（依「刑事委任狀」記載，周振宇律師之事務所在高雄市○○區○○路000號0樓之0，不在原審法院所在地），則將「應受送達人」註明為上訴人之傳票，逕行送達予並非「應受送達人」亦非送達代收人之周振宇律師代為收受，難認已合法送達於上訴人。再辯護人於原審準備程序及審判程序期日，一再提出最新申請取得長庚醫療財團法人林口長庚紀念醫院（下稱長庚醫院）出具之診斷證明書據以陳稱，上訴人經診斷結果，罹患第二型躁鬱症（重鬱期），於長庚醫院住院及門診長期治療中，精神狀況不佳，因此「無法」到庭等語（見原審卷第71、74、179、183、190、197頁）。則上訴人於上開審判程序期日是否無正當之理由不到庭？尚非全無疑義。此攸關保障上訴人之訴訟上權益，自應調查明白。原判決固於理由中引用上訴人之辯護人於準備程序、審判程序期日之陳述，據以說明辯護人「同意原審為被告缺席判決」、「希望為被告進行審判程序」等語

（見原判決第23 頁）。惟上訴人是否無正當之理由不到庭，純屬認定事實與適用法律之事項，辯護人並無上述「同意」或「希望」之權限。又辯護人於準備程序、審判程序期日係先後陳稱「（法官問：若審理期日被告合法傳喚無正當理由不到庭，會行一造辯論，有何意見？）尊重合議庭依法辦理」或「（審判長問：被告為何未到庭？）因被告精神狀況不佳，我可以為她進行審理程序」（見原審卷第196、210頁），原判決認為辯護人有前開「同意」或「希望」情事，核與卷內訴訟資料未盡相符。至於原判決所援引卷附長庚醫院103年7月25日函所述意見（見原判決第23頁），距離上開審判程序期日已有2年9月之久，尚難認具有相當參考價值。原審未能就上情進一步調查、審認，僅參酌上述診斷證明書、長庚醫院函及辯護人之意見，即遽認上訴人經合法傳喚，無正當之理由不到庭，爰不待其陳述，逕行判決，致上訴意旨執此指摘，依首揭說明，難認適法。（二）事實欄一、（二）認定：上訴人於仲盈有限公司（下稱仲盈公司）之日記帳上，故意漏載附表編號6至24 所示彰化商業銀行東台北分行、松山分行帳戶款項之會計事項，不為登錄，致使仲盈公司96年度財務報表發生不實之結果等情（見原判決第2頁）。惟其中附表編號7所示提領款項之時間，係「95年12月11日」而非96年間（見97年度他字第6551號卷第15頁、原判決第27頁）。倘若無訛，附表編號7 所示會計事項，與所謂仲盈公司96年度財務報表發生不實之結果，應無直接關聯，原判決予以列入，不無疏誤。（三）事實欄一、（一）係認定：上訴人偽造取款條，利用不知情之黃榮祥，持以向附表編號1至27 所示銀行不知情之承辦人員行使以領取款項，致使各該銀行承辦人員陷於錯誤，誤認黃榮祥係經合法授權之人，而如數交付附表編號1至27所示款項等情，因認上訴人犯103年6 月18日修正公布（同年月20日施行）前刑法第339條第1項之詐欺取財罪（見原判

決第2、15、16頁）。則附表編號4、11、12、13、17所示提領之款項新臺幣（下同）67萬元、320萬元、320萬元、320萬元、320萬元，應全屬上訴人犯詐欺取財罪所得財物，不因上訴人將其中37萬元、295萬元、290萬元、290萬元、270萬元，分別「轉存」到仲盈公司之銀行帳戶而受影響。原判決復認定附表編號4、11、12、13、17所示犯行之犯罪所得僅係30萬元、25萬元、30萬元、30萬元、50萬元，據以宣告沒收（見原判決第26、28、29、30頁），又未就此為必要之論敘說明，同有可議。以上，或係上訴意旨所指摘，或屬本院得依職權調查之事項，且原判決之上述違誤，已影響於事實之確定，本院無從自為判決。應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 2 月 26 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 林 立 華

法官 彭 幸 鳴

法官 黃 斯 偉

法官 何 菁 莪

法官 李 錦 樑

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 6 日



## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,2957

【裁判日期】1070226

【裁判案由】違反政府採購法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第2957號

上 訴 人 楊翼聰

選任辯護人 顧定軒律師

上列上訴人因違反政府採購法案件，不服臺灣高等法院中華民國106年6月15日第二審更審判決（105年度重上更(一)字第31號，起訴案號：臺灣基隆地方法院檢察署100年度偵字第286、287、2558號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。又上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查，至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由為兩事（本院71年台上字第7728號判例參照）。本件原審審理結果，認上訴人楊翼聰為○○科技股份有限公司（下稱○○公司）負責人、○○航天科技股份有限公司（下稱○○公

司)及○○科技顧問股份有限公司(下稱○○公司)之實際經營、決策者，且就基隆市環境保護局(下稱基隆環保局)辦理「基隆市焚化廠回饋設施監視及廣播系統建置案委託技術服務計畫」之委託技術服務招標(下稱設計監造案)，○○公司已與得標之成大電機工業技師事務所(下稱成大事務所)締結複委託契約，竟有原判決事實欄所載於基隆環保局承設計監造案所辦理「基隆市信義區天鷹防護網建置及維護計畫」之工程建置招標(下稱工程建置案)時，隱匿○○公司在設計監造案之關係，及其為○○及○○公司實際經營、決策者身分，仍以○○公司參加工程建置案之投標，並商由○○、○○公司(該二公司負責人蕭○書、李○陽違反政府採購法〈下稱採購法〉部分，經原審法院另案判處罪刑確定)參加工程建置案之陪標，使開標發生不正確結果之犯行事證明確，因而撤銷第一審關於諭知上訴人此部分無罪之判決，變更檢察官之起訴法條(採購法第87條第5項前段)，改判諭知上訴人共同以詐術使開標發生不正確結果，處有期徒刑1年6月，減為有期徒刑9月(另被訴關於設計監造案違反採購法部分，經原法院前審維持第一審無罪之諭知，未據檢察官提起第三審上訴而確定；另被訴對於○○公司違法審查而違反採購法部分，經原法院前審維持第一審無罪之諭知，並經本院前審駁回檢察官之第三審上訴，亦告確定)，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。

## 二、上訴意旨略以：

- (一)上訴人就設計監造案以○○公司名義與陳○昌成立者，係複委託契約，原判決未憑證據，逕為推論上訴人與陳○昌間為合夥關係，有理由矛盾及不備之違法。況陳○昌尚負責工程建置案之監造，倘為上訴人之合夥人，對上訴人為

施工者一事，當已知情，應為上訴人違反採購法之共同正犯，然陳○昌卻經判決無罪確定，足見上訴人與陳○昌並無合夥關係，原判決於此亦有理由矛盾之違法。

（二）原判決認上訴人與蕭○書、李○陽共謀，就工程建置案形成競標假象，與評選委員之證詞不符，其論斷亦違反論理及經驗法則：

1. 評選委員王○熊於法務部調查局基隆市調查站詢問（下稱調詢）時已證稱○○公司雖未在服務建議書列出報價，但其記得○○公司在簡報時應有提出服務費用，故給○○公司報價欄位16分等語；另評選委員徐○智亦稱伊係使用預算金額去衡量各廠商提供標案價格之合理性及可行性，為合理之名次排序，先給總分，再依據各細項分配分數，因○○公司服務建議書漏列總價，故給予較其他2 家廠商各給18分為低之17分等語；足見評選委員並不認為○○公司於「報價欄位未為任何標價之記載」，原判決僅憑○○公司未記載標價之外觀，驟論○○公司與上訴人有合意圍標之協議，亦未敘明不採前揭對上訴人有利證據之理由，有理由不備之違法。
2. 評選委員王○熊於調詢時已證稱各評審委員係獨立評分，並未規定參標廠商未出席簡報即必須評為零分等語，原判決僅憑○○公司未進行簡報之外觀，論斷○○公司與上訴人有合意圍標之協議，已有未符。且○○及○○公司之財務部分，雖與上訴人有關，但該二公司業務部分，實仍由各該公司自行處理，此經蕭○書於第一審審理時證稱其與上訴人係合作關係，其負責測量相關業務，會領取相關牌照費用，亦有僱用員工、參與招標業務等決定權等語，從而於業務經營方面，係由蕭○書自任負責人，○○公司同

意參與相關標案，非上訴人單方面所能決定，故蕭○書或認所提出之文書業已完善，或認自身不擅言詞，故雖到現場，卻未進行簡報，非上訴人所能知悉。且若蕭○書自始並無投標競爭之真意，其何需親自前往工程建置案之投標現場，原審就此忽而不論，以蕭○書未進行簡報而率稱海能公司無意得標，難稱合理。

3. 上訴人不知除○○、○○及或○○公司外，是否尚有其他廠商亦將參加工程建置案之投標，且係基於○○、○○公司得標，亦可能獲取協助施作利益之想法，而提供服務建議書，使○○、○○公司具備較佳競爭優勢；倘有陪標之事，上訴人不提供任何服務建議書，或僅提供內容粗略而不易得分之服務建議書，當更為簡易；且○○公司最終得標，係○○公司負責人蕭○書因不詳原因而未進行簡報，及○○公司負責人李○陽因第一次參加最有利標而疏未填載標價所致，依評選委員之證述，此等情事均非絕對不利，原判決以上訴人提供服務建議書之行爲，當然推論係使○○、○○公司不爲競爭，違反論理法則等語。

### 三、惟查：

- (一) 證據之取捨與事實之認定，爲事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，即不得任意指爲違法；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爲確實之定則，又已敘述其何以爲此判斷之理由者，亦不容漫指爲違法，而據爲適法之第三審上訴理由。再按，爲建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，爰有該法之制定，採購法第 1 條已明定斯旨。又採購法第 18 條第 2

項規定本法所稱公開招標，指以公告方式邀請不特定廠商投標，未限制投標廠商須達一定家數始能開標決標，且為避免參加投標廠商一再往返投標，甚至因流標曝光而損害其權益，於採購法第48條第1項規定機關依本法規定辦理招標，除有該條項第1款至第8款之情形不予開標決標外，有3家以上合格廠商投標，即應依招標文件所定時間開標決標；蓋採購法已依公開化、透明化、制度化，為採購制度之設計，且有異議申訴制度供廠商利用，而有3家以上廠商參加投標，已可藉由市場競爭機制，減省國庫支出，當應避免機關一再流標或延期開標，延宕採購時效。然亦不乏有不法廠商以圍標、虛設行號投標或邀同其他行號陪標虛湊3家廠商等欺罔手段，害及應由廠商公平競爭機制所達成節省公帑及確保採購品質之採購制度設立目的，乃有採購法於第87條第1項就強制圍標、第4項就合意圍標、第5項就借牌圍標行為分別加以處罰，並於同條第3項課責於以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果之行為；是行為人如運用使人陷於錯誤而無法做出正確合理決定之不正手段或其他非法之方法，致廠商無法投標或使開標發生不正確結果，即構成上開犯罪。又廠商於投標前，基於使開標發生不正確結果之犯罪目的，營造係不同廠商競標之假象，分別參與投標，實則合意部分廠商不為競價，已足使招標機關承辦人員誤認投標廠商間存有競爭關係，破壞招標程序之價格競爭功能，縱因無法預知有若干競爭者，然客觀上已實質增加得標機會，仍有使開標發生不正確結果之危險。

1. 原判決於理由欄貳、一(四)1.及2.已說明依憑上訴人供述負責○○公司資金調度等語；證人即○○公司技術人員王○

宗證稱○○公司之實際負責人為上訴人等語；負責建置監視錄影系統之代工者何○宏證稱上訴人要求其開標時到場為○○公司作技術上的解釋，○○公司得標後，工程施作亦均與上訴人接觸，是向○○公司請款，也收過○○公司的支票等語；○○公司人員陳○逸證稱上訴人以○○公司名義僱用伊，○○、○○、○○公司均由上訴人負責等語，認定上訴人係○○公司之實際負責人。再以上訴人供述其如何原為○○公司董事長，因受採購法規定，須以技師為公司負責人，才找具技師資格的蕭○書接手負責人等語；蕭○書證稱○○公司實際由上訴人經營，聘伊擔任技師，付伊薪水，本件標案由上訴人負責處理，伊因上訴人告知開標時要出席，故於開標時到場等語，認上訴人是○○公司之實際負責人，經登記負責人蕭○書之同意參加工程建置案之理由。

2. 原判決並依上訴人坦承以○○公司資金作為○○公司之部分押標金等情；依施○輝、高○生之證詞顯示上訴人以高價委由施○輝撰寫工程建置案必備之服務建議書，施○輝轉囑高○生代為撰寫並獲○○公司付款等情；上訴人及李○陽均陳述○○公司有獲上訴人提供參標資料等情；再經對照○○、○○、○○公司因參加投標工程建置案而提出之服務建議書，內容明顯雷同，認均係援用上訴人以高價委由他人代撰之相同資料而為繕製。且上訴人為○○、海能公司之實際負責人，○○公司之投標資料除記載總標價外，尚檢具規格文件並詳載36項報價，然○○公司僅於參標文件記載總標價，負責人蕭○書雖有到場，卻未進行簡報，認○○公司顯無得標之意思。另依李○陽之證詞，彼無參加最有利標案之經驗，不清楚應備何事，亦未詢問他

人，僅參考上訴人提供的資料而以○○公司參加投標，甚而未於參標文件記載任何標價，顯亦無得標之意思；認上訴人係與蕭○書、李○陽共謀以○○及○○公司名義陪標，虛增投標廠商家數，形成競標假象，形式上具比價之名，實際上由上訴人單獨控制得標價格，其行為確屬施用詐術，使承辦招標程序之公務員因而陷於錯誤而予以開標及決標，發生由○○公司得標之不正確結果；上訴人辯稱未施用詐術及參與工程建置投標事宜云云，為無可採。

3. 綜上，原判決認定上訴人商由○○、○○公司陪標，構成多家廠商參與投標假象，以實際上並無相互競爭之實之詐術，使開標發生不正確結果之犯行，併上訴人所辯如何不足為採，俱已依憑卷證資料，逐一說明指駁，既係綜合調查所得之各直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，即未違背客觀存在之經驗法則、論理法則。上訴意旨猶執已見指摘原判決有適用法則不當、理由不備或矛盾之違法，自非上訴第三審之合法理由。

（二）按有鑒於一般行政機關缺乏採購專業人才，採購法第39 條第1 項規定機關辦理採購，得依本法將其對規劃、設計、供應或履約業務之管理，以專案管理之方式委託廠商代辦。並於同條第2 項明定承辦專案管理廠商之負責人或合夥人，不得同時為規劃、設計、施工或供應廠商之負責人或合夥人。其立法理由並說明係規範代機關辦理專案管理之廠商，與負責規劃、設計、施工或供應之廠商間，彼此不能具有特定關係，以免產生利益輸送、相互掩護或球員兼裁判之情形。故辦理專案管理廠商之負責人或合夥人，倘隱匿其特定關係，復參加與其專案管理業務相關規劃、設計、施工或供應事務採購之投標，即係以欺罔之手段，影

響採購公正，產生利益輸送或有害施工品質等攸關公共利益事項。又代機關辦理專案管理之廠商，如將其承包之業務複委任其他廠商施作者，該受複委任之廠商在被委任經辦專案管理業務之範圍，係實際從事專案管理業務，於採購法所禁令之行爲，自等同於專案管理廠商之地位，應同受上開與負責規劃、設計、施工或供應之廠商間，彼此不能具有特定關係之限制，方能確實避免產生利益輸送、相互掩護或球員兼裁判之情形。否則，僅限制名義上得標之專案管理廠商負責人及合夥人，而任由實質承辦業務之受複委任廠商負責人或合夥人參加相關採購之投標，無疑形成公平採購制度之漏洞，亦無法發揮專案管理功能，更無從確保採購及施工之品質。

1. 原判決於理由欄貳、一(三)依上訴人、陳○昌、○○公司人員陳○容之陳述，及成大事務所與○○公司間之複委託契約，說明上訴人經營之○○公司於成大事務所投標設計監造案時，已提供技術人員陳○容、王○宗加入該團隊，使成大事務所符合投標廠商資格；於成大事務所得標後，○○公司亦與成大事務所締結複委託契約，且派陳○容到場實地督工，迄民國95年8月31日終止上開複委託契約爲止之事實。
2. 再稽之卷內資料，上訴人供稱係其告知成大事務所關於設計監造案之訊息，其認爲若陳○昌得標，有可能委託其設計監造等語（見第一審卷(一)第114頁），及陳○昌陳述伊負責之設計監造案，係設計監視錄影系統，包括路線規劃、位置安排、環境規格、施工規範、施工預算等，提供給業主發包使用，因伊在高雄，而設計監造案在基隆，故委託○○公司派人到現場調查、勘驗及實際督工等語（見第



一審卷(一)第83至84頁)，及證稱因成大事務所之競圖資格不足，上訴人於投標前，有提供陳○容、王○宗資料，協議若得標，就成為複委託廠商等語（見第一審卷(二)第 247 至248 頁），而參以工程複委託書所載，成大事務所複委任○○公司處理之項目包括調查計畫需求及分析、研擬、為相關資料之分析、整理、訪價、協辦製作預算書、踏勘調查各里實際需求、建議及研擬可行性報告及設計標的相關資料、為基本設計圖及綱要規範之基本設計、擬定施工規範及施工初步時程、配合成大事務所向基隆環保局報告基本設計及參加會議、協助擬定細部設計準則、協辦製作設計圖文資料或計算書、施工圖，配合基隆環保局委外公正單位審查、協辦編擬施工或材料規範、擬定施工計畫及進度、協辦估算或編擬工程、材料單價、數量等項（見偵字第2558號偵查卷第49至50頁），涵括設計監造案之規劃、設計、供應業務之管理事項，與設計監造案之工作項目第 1 至 13 項大致相符（見偵字第 286 號偵查卷第 111 頁反面）；則○○公司就受複委任事項，已實際從事設計監造案之專案管理內容，應視同為專案管理廠商，依前述規定，該公司負責人自不得同時為規劃、設計、施工或供應廠商之負責人，即上訴人不得以其為實際負責人之○○、○○公司投標工程建置案。而觀之基隆環保局承設計監造案所續辦之工程建置案，亦於參標文件中之投標廠商聲明書載明投標廠商均須書面聲明其負責人或合夥人並非採購法第 39 條第 2 項所稱同時為規劃、設計、施工或供應廠商之負責人或合夥人，則上訴人以○○、○○公司參加投標工程建置案，未如實聲明，隱匿○○公司係設計監造案之專案管理業務受複委任廠商，以及其與○○、○○公司之特定

關係，使招標機關承辦人員陷於錯誤而審認○○、○○公司為合格投標廠商，自係以詐術行為使開標發生不正確之結果。原判決未審酌及此，率謂上訴人為成大事務所之合夥人云云，致此部分論述存有瑕疵，然無礙於上訴人有以詐術行為使開標發生不正確結果之犯罪事實，於判決之本旨並不生影響，上訴意旨執此指摘，仍不得認係上訴第三審之合法理由。

- 3.再稽之原法院前審諭知陳○昌無罪部分之判決，陳○昌之被訴事實與本件上訴人之犯罪事實並非相同，自無從以之而認上訴人未隱匿前揭特定關係，上訴意旨指摘原判決理由矛盾云云，尙難謂為合法之上訴第三審理由。

（三）所謂對於被告有利之證據不予採納者，應說明其理由，係指該項證據倘予採納，能予推翻原判決所確認之事實，而得據以為有利於被告之認定者而言；如非此項有利於被告之證據，縱未於判決內說明其不足採納之理由，因本不屬於上開範圍，不生判決不備理由之違法，即不得據以為第三審上訴之適法理由。原判決已說明如何認定上訴人商由○○、○○公司陪標之理由如前，上訴理由所引王○熊、徐○智證述彼等如何評選等語，無礙於原判決前揭關於海能、○○公司均無競標真意之認定，原審對此等部分雖漏未斟酌說明其併為不可採取之理由，然此單純係訴訟程序上之簡略，並非理由不備，因尙不足以動搖原判決認定犯罪事實之基礎，於判決自不生影響，亦非適法之上訴第三審理由。

（四）至其餘上訴意旨，核屬對於事實審法院證據取舍及證明力判斷之職權行使，徒以自己之說詞，泛指其為違法，並就原判決理由已經說明之事項，再為單純之事實上爭執，難

認已符合首揭法定之第三審上訴要件。

四、綜上，上訴人對原判決之上訴，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 107 年 2 月 26 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 林 立 華

法官 李 錦 樑

法官 黃 斯 偉

法官 何 菁 莪

法官 彭 幸 鳴

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 7 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,3464

【裁判日期】1070315

【裁判案由】偽造文書等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第3464號

上 訴 人 臺灣高等法院檢察署檢察官施清火

被 告 林孝宗

徐百英

共 同

選任辯護人 羅閔逸律師（原名：羅豐胤律師）

廖學能律師

被 告 曾美珍（原名曾淪柔）

李梅芳

上 訴 人

即 被 告 趙錦懋（原名趙理奇）

參 與 人 瑪特爾生物科技有限公司

代 表 人 林孝宗

參 與 人 合生康生物科技有限公司

代 表 人 林孝宗

參 與 人 家方國際有限公司

代 表 人 徐百英

參 與 人 全藥國際有限公司

代 表 人 葉春梅

上列上訴人等因被告等偽造文書等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國106年8月10日第二審判決（104年度上重訴字第28號，起訴案號：臺灣士林地方法院檢察署101年度偵字第1551、5432

號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

上訴駁回。

### 理 由

甲、檢察官上訴部分：

壹、原判決附表（下稱附表）六（即附表二之一至二之四犯行之犯罪所得）之沒收部分：

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

二、檢察官上訴意旨略以：原判決就附表(六)「銷售名義人」欄所示之公司因被告林孝宗、徐百英、曾美珍、趙錦懋之違法行為，所取得之犯罪所得合計新臺幣（下同）5,438萬5,144元為相關沒收及追徵其價額之諭知。惟原判決認定上揭犯罪所得，核與第一審判決認定金額差距高達5,762 餘萬元，第一審引用資料及金額計算均有憑據，並無失出、違誤，而林孝宗之選任辯護人所委任會計師事務所製作之「會計查核報告書」所載金額，亦與第一審之認定相近，故第一審認定之犯罪所得金額應屬正確。原判決未就其認定詳加說明，為差異性比較，逕行大幅刪除所得金額，有理由未備之違法等語。

三、惟查：

(一)參與人瑪特爾生物科技有限公司、家方國際有限公司、全藥國際有限公司（下稱瑪特爾公司、家方公司、全藥國際公司

）之部分：

- 1.沒收新制下犯罪所得之計算，應分兩層次思考，於前階段先界定「利得存否」，於後階段再判斷「利得範圍」。申言之，在前階段利得之存否，係基於直接性原則審查，以利得與犯罪之間是否具有直接關聯性為利得存否之認定。而利得究否與犯罪有直接關聯，則視該犯罪與利得間是否具有直接因果關係為斷，若無直接關聯，僅於符合刑法第 38 條之 1 第 4 項所規定之利用及替代品之間接利得，得予沒收外，即應認非本案之利得，而排除於沒收之列。此階段係在確定利得與犯罪之關聯性，故就必要成本（如工程之工資、進料）、稅捐費用等中性支出，則不計入直接利得；於後階段利得範圍之審查，依刑法第38條之1 之立法意旨，係以總額原則為審查，凡犯罪所得均應全部沒收，無庸扣除犯罪成本。如向公務員行賄之賄款或性招待之支出，因屬犯罪之支出，依總額原則，當不能扣除此「犯罪成本之支出」。同理，被告犯罪所得之證據調查，亦應分兩階段審查，於前階段「利得存否」，因涉及犯罪事實有無、既未遂等之認定，及對被告、第三人財產權之干預、剝奪，故應適用嚴格證明法則予以確認，並應於審判期日依法定程序進行調查；於後階段「利得範圍」，由事實審法院綜合卷證資料，依自由證明法則釋明其合理之認定依據即足。
- 2.本件第一審判決認定因林孝宗、徐百英、曾美珍、趙錦懋之偽造文書、詐欺等犯行之犯罪所得如第一審判決附表二所示之銷售金額（見第一審判決第38至39頁），嗣檢察官及被告均不服，提起第二審上訴，因逢刑法沒收專章修正，原審認參與人瑪特爾公司、家方公司、全藥國際公司因而取得如附表六所示林孝宗等人所為犯行之犯罪所得。經細繹第一審與

原判決就犯罪所得金額認定之差異，在於附表二之一編號 1、3 銷售金額之計算及各項銷售金額之營業稅扣除與否。原審依憑卷附美好家庭購物公司（下稱美好公司）所呈之家方公司歷次產品資料明細清單，於理由及附表六敘明：(1) 附表二之一編號1 部分，將家方公司於民國99年2月10日提出變造檢驗報告之前、與此部分行使變造私文書犯行無直接關聯之編號210539、211548、214612號之產品銷售金額排除，僅以援引變造檢驗報告之編號218327號產品銷售金額，扣除百分之五之增值營業稅後，認此部分之犯罪所得為613,257 元。(2)附表二之一編號3部分，扣除與家方公司所提出附表二之一編號3②廣告文宣無直接關聯之編號212747、217893 號之產品，及編號218154號部分退貨產品之銷售價額，僅以使用該廣告文宣之編號215510、215870、216443號產品及編號218154號部分產品之銷售金額，扣除百分之五之增值營業稅後，認此部分參與人瑪特爾公司、家方公司、全藥國際公司因林孝宗等人之犯行而取得之犯罪所得為48,655,324元等節，已綜合卷內證據資料，依循證據證明程序，將此部分與林孝宗等人犯行無直接關聯之利得排除，並就參與人公司為履行公法上義務所繳交之營業稅，係屬中性成本支出，在前階段審查即予扣除，未計入直接利得，就犯罪所得之存否、範圍皆一一論列說明，並為合理之推論，核與上揭犯罪所得之計算方式、證據法則無違，且屬事實審法院依憑卷內證據所為判斷之適法職權行使，上訴意旨執持不同評價，指摘原判決之犯罪所得計算有誤、認有理由不備云云，尚非上訴第三審之適法理由。

(二)參與人合生康生物科技有限公司（下稱合生康公司）之部分：

沒收新制除確認沒收已無從屬主刑之特質，改採沒收獨立性法理外，並擴大沒收之主體範圍，從修正前對於犯罪行為人之沒收擴及至未參與犯罪之第三人，而增訂「第三人沒收」，於必要時亦可對被告以外之第三人宣告沒收，併於刑事訴訟法第 7 編之 2 增訂「沒收特別程序」，賦予第三人在刑事本案參與沒收之權限。且依刑事訴訟法第 455 條之 26 第 1 項規定：「參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決」，為課予法院對有第三人參與本案沒收程序時，應分別為被告違法行為之「本案判決」及參與人持有被告犯罪所得之「沒收判決」之依據。該條第 2 項並規範「沒收判決」之應記載事項，除應於主文諭知外，尚應於判決中適當說明形成心證之理由，以法明文使「沒收判決」之應記載事項具體明確外，更確認國家對參與人沒收之事實、範圍等沒收效力所及之內容，故如對參與人應否沒收，法院未於判決主文諭知，則難認該沒收判決之訴訟繫屬業已消滅、已生實質確定力，不得認已為判決，應屬漏判。本件原判決於當事人欄將合生康公司列為參與人，就其應否沒收犯罪所得，雖於主文欄諭知「如附表六『銷售名義人』欄所示之公司因.....之犯罪所得均沒收...」，惟審諸附表六「銷售名義人」僅列載家方公司、全藥國際公司、瑪特爾公司，並無合生康公司，理由欄沒收部分亦未敘及，則原審顯就合生康公司應否宣告沒收之部分漏判。檢察官上訴理由書之當事人欄列合生康公司為參與人（見本院卷第 169 頁），顯以合生康公司為上訴對象，惟參與人合生康公司沒收與否既未經原審於主文確認，即不能認此部分已經判決，僅得聲請原審法院補充判決，不得對之提起上訴，檢察官此部分上訴，顯非合法上訴第三審之



理由。

檢察官就參與人瑪特爾公司、家方公司、全藥國際公司部分之上訴意旨，係就原判決已說明事項，持憑己見，重為爭執；就參與人合生康公司部分，則係對原審漏判部分提起上訴，均與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其此部分上訴均不合法律上之程式，應予駁回。

貳、徐百英偽造海關進口報單4張部分：

一、按刑事妥速審判法第9條第1項規定，除同法第8條情形外

，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以該判決所適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例者為限。同條第2 項並明定刑事訴訟法第377條至第379條、第393條第1款規定，於前項案件之審理，不適用之。是檢察官對於上開案件提起第三審上訴，上訴理由書狀應具體敘明原判決有何刑事妥速審判法第9條第1項各款所列事項，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未具體敘明該等事項，自應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。此之所謂第二審法院維持第一審所為無罪判決，包括第二審法院維持第一審所為不另為無罪諭知之判決在內。

二、徐百英被訴行使變造財政部基隆關稅局第 AW/98/3890/1160 號海關進口報單，涉犯刑法第216條、第211條條行使變造公文書罪嫌，第一審判決認徐百英此部分不成立犯罪，而不另為無罪之諭知（見第一審判決第52至53頁），檢察官及徐百英不服提起第二審上訴，第二審雖為撤銷，惟就此部分仍維持第一審所為不另為無罪之諭知（見原審判決第51至52頁）。則徐百英被訴犯行使變造公文書罪部分，既經第一審判決不另為無罪之諭知，復經第二審予以維持，檢察官不服，提起第三審上訴，自應於上訴理由書狀具體敘明原判決此部分

有何刑事妥速審判法第9條第1項各款所列事項。然其上訴理由書對此部分究竟有何所適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違被判例等情事，並未具體敘明，難謂符合上揭法定要件。其此部分上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

參、李梅芳被訴共同犯附表三之五之行使變造私文書部分：

- 一、本件原判決就此部分以公訴意旨略以：李梅芳與林孝宗、徐百英、趙錦懋、曾美珍共同自如附表二之三編號1至3、二之四編號2、4所示行使時間，行使附表一編號 7、4、14、3、11、20所示之偽造、變造檢驗報告私文書，認李梅芳共同涉犯刑法第216條、第210條之行使偽造、變造私文書罪嫌等語。惟經審理結果，認為不能證明其犯罪，因而撤銷第一審論處李梅芳各罪刑之判決，改判諭知李梅芳無罪。已敘明其調查、取捨證據之結果及形成心證之理由。
- 二、檢察官上訴意旨略以：第一審判決對李梅芳所犯附表三之五所示之罪，均為有罪判決，原審將此撤銷，均宣告無罪，而此部分之事實應係指行使偽造、變造附表一編號 3、4、7、11、14、20之私文書，然原判決理由欄之記載，核與此部分之事實無關，亦即其宣告無罪部分與事實及理由欄部分之敘述不合，顯有違誤等語。
- 三、惟犯罪事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據或證據不足以證明被告犯罪時，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判之基礎。而證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權；苟其此項裁量、判斷，並不悖乎通常一般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而據為提起第三審上訴之合法理由。本件原判決已說明：就附表一編號 3、4、7 所示之檢驗報告，均係李梅芳

至家方公司任職之前所變造，該變造行為顯與李梅芳無涉，雖嗣行使該變造私文書係於李梅芳任職期間，惟李梅芳既未參與變造該檢驗報告，縱其將公司之既存報告交予其他公司以行使，然其於行使前，並無理由懷疑該報告係變造之私文書，其於行使該報告前亦無義務查核該報告是否遭變造，自難僅因其在職期間曾行使該報告乙情遽認其知悉該報告係變造之私文書；就附表一編號14所示之檢驗報告，確係瑪特爾公司送請暉凱國際檢驗科技股份有限公司（下稱暉凱公司）檢驗，嗣瑪特爾公司再去電要求暉凱公司修改報告內容，暉凱公司遂配合更正、補正，此業經暉凱公司出函澄清，是該份檢驗報告確係暉凱公司所出具，並非偽造；就附表一編號11、20所示之檢驗報告，業經趙錦懋自承此部分之檢驗報告為其所變造，並據徐百英、林孝宗具結證述屬實，且衡諸常情，變造檢驗報告交付予通路平台係屬違法行為，徐百英理應找其信任員工為之以保密，讓越少人知道越好，以免東窗事發，故李梅芳就此部分之檢驗報告確實未參與變造，而行使該變造檢驗報告，雖有部分在李梅芳任職期間，惟當時李梅芳甫任職未久，屬公司新進員工，對老闆尚無忠誠度可言，徐百英殊無可能委請李梅芳變造該檢驗報告，並告知其變造之事實。因認檢察官所提出之證據及說明，尚不足以說服法院形成李梅芳有此部分犯罪之確信心證等情。俱依卷內證據資料審認、論述，於法洵無違誤，並無被訴事實與理由敘述不符之情形。檢察官上訴意旨，顯係就屬原審證據取捨及證據證明力判斷職權之行使，或對原判決已說明之事項，任意指摘為違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。此部分之上訴違背法律上之程式，應予駁回。

肆、林孝宗、徐百英共同犯附表二之一編號 1、3、二之三編號1

至3、二之四編號2、4及附表一編號6之行使變造私文書罪；徐百英共同行使變造農禪寺捐款收據之行使變造私文書罪；趙錦懋被訴共同犯附表二之一編號1、二之三編號1至3之行使變造私文書、趙錦懋共同犯附表二之四編號2、4、附表一編號6 所示之行使變造私文書罪、行使變造農禪寺捐款收據之行使變造私文書罪；曾美珍被訴共同犯附表二之一編號1、3、二之三編號1、2 之行使變造私文書、曾美珍共同犯附表二之三編號3、二之四編號2、4 之行使變造私文書罪部分：

查第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後10日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項、第395 條後段規定甚明。本件檢察官因林孝宗、徐百英、趙錦懋、曾美珍上揭行使變造私文書等罪案件，不服原審判決，於106年9月4日提起上訴，並未敘述理由（其於106年9月25日之上訴理由書僅針對上揭參與人之「沒收判決」部分，除本院上揭理由貳之徐百英被訴偽造海關進口報單4張載有上訴理由外，並無對林孝宗等人「本案判決」之行使變造私文書部分記載上訴理由），迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，其上訴自非合法，應予駁回。上開得上訴第三審部分既不合法予以駁回，則相關有裁判上一罪關係之詐欺取財罪部分（林孝宗、徐百英、趙錦懋共同所犯附表一編號6；徐百英、趙錦懋所犯行使變造農禪寺捐款收據；趙錦懋被訴犯附表二之一編號1、二之三編號1至3；曾美珍被訴共同犯附表二之一編號1、3、二之三編號1、2之部分除外）之上訴，原判決雖予撤銷，惟仍係維持第一審之有罪認定，

核屬刑事訴訟法第376條第1項第4款所列不得上訴於第三審法院之案件，自亦無從適用審判不可分原則一併加以審理，應併同程序上駁回。

伍、林孝宗、徐百英、趙錦懋、曾美珍被訴於99年間行使附表一編號20之變造檢驗報告為詐術販賣固節靈液態葡萄糖胺，另涉犯共同詐欺取財罪（原判決不另為無罪諭知）；林孝宗、徐百英共同犯附表二之一編號2、二之二編號1、二之四編號1、3、5、6之共同詐欺取財罪；趙錦懋被訴共同犯附表二之一編號1、二之三編號1至3之詐欺取財；曾美珍被訴共同犯附表二之一編號1、3、二之三編號1、2之詐欺取財；李梅芳被訴共同犯附表二之三編號1至3、附表二之四編號2、4之詐欺取財部分：

按刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，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，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，為該條項所明定。原判決就林孝宗、徐百英、趙錦懋、曾美珍、李梅芳上揭詐欺取財罪部分，或係第一審、第二審均論處有罪判決，或係第二審撤銷第一審有罪判決，改諭知無罪或不另為無罪諭知。核屬刑事訴訟法第376條第1項第4款之案件。依上開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，檢察官猶提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。

乙、趙錦懋上訴部分：

趙錦懋因就原判決附表三之三編號5至8所示共同犯行使變造私文書罪部分，不服原審判決，於106年8月30日提起上訴，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提

出，依上開刑事訴訟法第 382 條第 1 項、第 395 條後段規定，其上訴自非合法，應予駁回。上開得上訴第三審部分既非合法予以駁回，則相關有裁判上一罪關係之附表三之三編號 5、6 詐欺取財罪部分之上訴，原判決雖予撤銷，惟仍係維持第一審之有罪認定，核屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 4 款所列不得上訴於第三審法院之案件，自亦無從適用審判不可分原則併予審理，應併同駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 395 條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 3 月 15 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 在

法官 沈 揚 仁

法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 19 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,3989

【裁判日期】1070111

【裁判案由】妨害自由

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第3989號

上 訴 人 廖金英

郭玫娟

楊素卿

共 同

選任辯護人 陳文松律師

吳俊賢律師

上列上訴人等因妨害自由案件，不服臺灣高等法院中華民國106年1月24日第二審判決（105年度上訴字第2456 號；起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署104年度偵續字第2 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於廖金英罪刑部分撤銷。

上開撤銷部分不受理。

原判決關於郭玫娟、楊素卿部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

壹、撤銷改判（即上訴人廖金英）部分：

一、按被告死亡者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第 303 條第 5 款定有明文。又被告在第二審判決後，合法上訴第三審中死亡者，依同法第 394 條第 1 項但書、第 393 條第 5 款、第 398 條第 3 款、第 387 條規定，第三審之審判亦有上開條款之適用，且為第三審得依職權調查之事項。第三審法院應

撤銷第二審判決，就該案件自為判決。

二、本件廖金英被訴涉犯刑法第302條第1 項之剝奪他人行動自由罪嫌，案經原審於民國106年1月24 日撤銷第一審所為之科刑判決，改判仍論處廖金英以共同犯剝奪他人行動自由罪刑。廖金英不服，於同年2月13日具狀提起第三審上訴。惟廖金英於合法上訴後之同年9月21日死亡，有宏鴻診所死亡證明書及個人除戶資料查詢結果各1份附卷可稽。依上開說明，自應由本院將原判決關於廖金英罪刑部分撤銷，另為不受理之諭知。

貳、撤銷發回（即上訴人郭玫娟、楊素卿）部分：

一、此部分原判決事實認定略為：郭玫娟（按係被害人丁○○之表嬸，廖金英之妯娌；被害人罹精神方面疾病）於102年 11月29日上午9時30 分許，開車搭載廖金英（按係被害人之表伯母）、被害人及其母張純妹，一同前往臺北市信義區吳興街600 巷小山坡處，由楊素卿擔任住持的「東王寶殿」，抵達後，因被害人不願進入「東王寶殿」從事宗教儀式（治療），上訴人等竟與姓名年籍不詳之成年男子（按原判決稱甲男），共同基於剝奪行動自由之犯意聯絡，由郭玫娟先徒手掌摑被害人左臉頰，並強取行動電話，阻其對外求援，繼之，廖金英及郭玫娟分別抓住被害人雙臂，楊素卿與甲男則掌摑被害人臉頰，並強拉進入「東王寶殿」內，命下跪，被害人不從，郭玫娟即示意另名與渠等亦有犯意聯絡之姓名年籍不詳成年男子（按原判決稱乙男），持棍棒打被害人小腿後方，迫令跪在神桌前，楊素卿一夥人隨即將被害人之上衣掀起，在其背後畫符，進行宗教儀式，並以紅繩自其上半身圈網至腳，使被害人無法自由行動，迨至中午時分，始將被害人鬆綁，令至房間內休息，迄至同日下午，才由郭玫娟駕車



，將被害人及張純妹等人載送下山等情。因而撤銷第一審不當之科刑判決，改判仍論處郭玫娟、楊素卿以共同剝奪他人行動自由罪刑（各宣處有期徒刑4月）。固非無見。

## 二、惟查：

(一)客觀上為法院認定事實及適用法律基礎之證據，雖已調查，而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如逕行判決，仍有依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又有罪判決所記載之犯罪事實及理由，為判斷其適用法令當否之準據，法院應將依職權認定與論罪科刑有關之事實，詳實記載，並逐一說明其憑以認定之證據，使事實認定與理由說明，互相適合，方為合法。倘若判決所認定的事實，與其所採用的證據不相適合，或認定事實與卷證資料不符，即屬證據上理由矛盾，足以構成撤銷之原因。

原判決認定郭玫娟、楊素卿與廖金英3 人係因「丁○○不願進入『東王寶殿』從事宗教儀式」，欲使其就範，才基於剝奪他人行動自由之犯意聯絡，對被害人施以強暴手段、強取手機阻其報警、拉人入內、命下跪、綑綁等作為（見原判決第1 頁倒數第1 至4 行、第11 頁第6 至14 行），並援引張純妹於第一審審理中之證言：「當天丁○○情緒沒有不好的情況」（見原判決第4 頁倒數第4 行），及102 年11 月29 日的救護紀錄表為據，認被害人此時是否處於「雙極性情感疾患之急性發作」，尚屬有疑，而無從為上訴人等有利之認定（見原判決第8 頁第5 至12 行）。然稽諸卷附被害人的病歷資料及診斷證明書，記載「2013/11/09，走在路上會有看到幻影，情緒仍波動大、有自傷、睡眠片斷」、「2013/11/22，情緒仍波動大，昨有至急診打針」；102年11 月間迄至案發前，曾因「雙相情感疾患」前往門診7 次、急診6 次，其中

同年月28日急診治療，係發生在凌晨1 時多許（見偵續卷第49 頁；偵卷第27 頁）；另於同年11 月9 日起，即有多次因「打電話進119尖叫、騷擾、精神疾病」，電請消防局派救護車前往協助，甚至同年月28日、29日上午，連續2 日電召救護車施救，此有消防局救護紀錄表在卷可考（見原審卷第214 至223 頁）。苟被害人於該29 日即案發當日上午，情緒毫無異樣，為何需要電召救護車前去救護？參諸張純妹在偵查中，猶稱：前一天（按指同年、月28日）我有帶我女兒（指被害人）到「東王寶殿」去，因為當時女兒生病，希望他去那邊心情可以好一點，…第二天（按即29日），我女兒「人不舒服」，有打電話叫救護車，但因為我跟廖金英講好了，所以就沒讓我女兒搭救護車去醫院，而與廖金英他們去「東王寶殿」，（當天）我進入佛堂時，我女兒有「罵我是神經病」等語（見偵卷第71頁背面、第83頁），似見前述判決理由與上揭卷內證據資料，已有不相適合之可議。

再衡以，被害人於第一審審理中，尙稱：我當時坐在泡茶區，我用眼睛看，覺得旁邊的人看我（的）眼神很詭異等語（見第一審卷第111 頁背面、第114 頁背面），果若無訛，被害人案發當時身體、精神狀況是否全然無恙？尤其是案發前一日，被害人既曾隨其母及上訴人等前往「東王寶殿」，情緒尙稱平順、無事，何以翌日再度前往，即認在場之人神情詭異、突然抗拒入內，豈不違常？何況，郭玫娟既非「東王寶殿」之執事，與張純妹、被害人母女又屬親戚，復係受託搭載被害人前往「東王寶殿」求助，如何具有強押被害人入內參香、行宗教儀式的違法動機或不正意圖？又為何要強取被害人手機，阻其向警求助？且按被害人正值青壯、體型高大（時齡25歲，女性，身高近180公分，體重約70 公斤；詳

情見第一審卷第117 頁背面），郭玫娟供稱其等難以爲忤、並央求旁人將其與廖金英、被害人3 人綑綁在一起，加以約束（見第一審卷第81頁背面），而依附卷現場照片，顯示神像前供桌，器物傾倒、凌亂，香爐落地，供品、金紙、朱硯散落一地，楊素卿手臂、臉頰紅腫等情（見偵卷第35至45頁），似可見當時狀況混亂，上訴人等指稱係遭被害人（不理性）加害所致（見偵卷第69頁背面、第70頁正、背面、第105頁；偵續卷第28頁背面、第29 頁背面），甚至稱須將自己及相關人員一起束縛，才能約束被害人躁動，其真實原因究竟如何？是否出於剝奪被害人行動自由的犯罪故意而作爲？上揭疑情未明，因屬有利於上訴人等的事項，原審未能詳查，允宜釐清。

(二)行爲是否成立犯罪，係以不法與罪責爲前提，故行爲雖適合於犯罪構成要件之規定，但如欠缺實質的違法性，仍不成罪，故不論學術界或實務界，均普遍承認超法規阻卻違法事由。其中，得被害人承諾或同意，即是一例，於受保護之法益具有可處分性時（例如身體、自由、財產、隱私等），在一定要件下，容許被保護人基於自主決定權，捨棄法律的保護；而犯罪行爲，既屬行爲人受意思決定與意思活動所主宰支配的人類行止，就有可能發生錯誤或失誤的問題，學理上乃有錯誤理論之發展，並對於不同的錯誤態樣，給予不同的評價。就阻卻違法事由的錯誤而言，苟行爲人誤認有阻卻違法事由的行爲情狀存在（例如：誤想防衛、誤想避難、誤認得被害人承諾或同意等等）而爲防衛、避難、毀損財物、侵害人之身體、自由等行爲，依目前實務見解，認應阻卻犯罪故意（主觀構成要件），緩解其罪責；就其行爲因過失造成錯誤，於法條有處罰過失行爲時，祇論以過失犯；法無過失犯

處罰者，不爲罪。從而，苟被告於法院審理中，已就各該阻卻違法事由存在與否，有所主張，則對於此種特別例外情形的具體個案，自應詳加說明其判斷的理由，以昭折服。若無之，尙存有判決理由不備之可議。

原判決雖於理由二一(五)內，就上訴人等之行爲，何以不構成正當防衛、緊急避難等法定阻卻違法事由，加以敘述、論斷，惟如前揭病歷資料，載稱：「家人帶病人接受民俗療法」（見偵續卷第49頁）；廖金英於偵查中，亦供稱：被害人是因爲憂鬱症及躁鬱症，所以張純妹才請我們處理，當天要幫被害人「祭改（解）」（按屬民間信仰，利用宗教儀軌，化解身心障礙等不順遂事）等語（見偵卷第104頁背面；偵續卷第71頁背面）。倘皆屬實，參諸張純妹既稱「楊素卿跟我說，我女兒身上有無形的三胞胎附身」，則張純妹要求上訴人等，陪同將被害人載往「東王寶殿」之目的，是否僅止於到該處泡茶、聊天、踏青而已？張純妹下車後，說要上廁所，即丟下被害人，兀自前往菜園，逗留多時，未陪伴在被害人身側，爲張純妹所自承（見偵卷第71頁背面、第83頁背面、第105頁背面；偵續卷第42頁、第65頁背面），其實際原由如何？上訴人等指稱被害人下車後即要跳欄杆，迨至「東王寶殿」供桌前，精神病仍發作，將桌上供品揮倒滿地（見偵卷第70頁背面、第83頁、第104頁背面、第105頁），是否實情？上訴人主張係欲進行另類的民俗療法，被害人隨同前往，是否已有相同的認知？尤以被害人獲鬆綁後，猶見續留上址，在房間內睡覺休息，嗣並出房與各相關人員一起用膳，此爲被害人與張純妹一致陳明（見偵卷第71頁；偵續卷第42頁正、背面、第66頁背面）。綜合以觀，上訴人等是否因發生錯誤、誤想，致有前述壓制、束縛的作爲？凡此均

攸關上訴人等的行爲，是否構成犯罪（阻卻故意）之適用，原判決說理，容未詳盡，允宜再加詳查，用爲論斷依據，以期平允。

三、以上，或爲上訴意旨所指摘，或爲本院得依職權調查之事項，事實既尙欠明確，本院無從爲其法律適用是否適當之判斷，應認原判決關於郭玫娟、楊素卿部分，具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398條第3款、第387條、第303條第5款、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 1 月 11 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 許 錦 印

法官 王 國 棟

法官 李 欽 任

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 1 月 18 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,8

【裁判日期】1070314

【裁判案由】公共危險等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第8號

上 訴 人 林豐德

林健郡

共 同

選任辯護人 陳靖昇律師

葉銘進律師

林石猛律師

上列上訴人等因公共危險等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國106年9月29日第二審更審判決（106年度重上更(一)字第2號，起訴案號：臺灣屏東地方法院檢察署101年度偵字第8839、9015、9205、9400、9401、9402、9756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，認為上訴人乙○○有如原判決事實欄所載公共危險、偽證及上訴人甲○○有公共危險各犯行明確，因而撤銷第一審關於乙○○公共危險部分之科刑判決，比較新舊法律，改判仍論處乙○○成年人故意對兒童犯肇事致人死傷逃逸罪刑；另維持第一審所為論處乙○○犯偽證，及比較新舊法律，論處甲○○幫助犯成年人故意對兒童犯肇事致人於死傷逃逸各罪刑部分之判決，駁回檢察官及上訴人等對於此部分在第二審之上訴，已載敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由，並就乙○○、甲○○均否認有公共危險犯行，乙○○另否認有偽證犯行等供詞，及其2 人所辯各語，均認非可採，予以論述。又本於證據取捨之職權行使，針對(1)同案被告陳文昌（頂替部分，業經原審法院論處罪刑確定）供述其為本件肇事車輛之駕駛人；(2)證人吳咏松（偽證部分，業經原審法院論處罪刑確定）證述本件肇事車輛係由陳文昌所駕駛，其與乙○○僅係乘客；(3)證人林克威所述本件肇事時，其與乙○○、陳文昌共3 人均在肇事車輛內，乙○○並非駕駛人，而是乘坐在右後座；(4)證人柯基明陳稱其曾與乙○○、陳文昌等人去喝酒唱歌，有見到乙○○被載走，陳文昌也在現場等說詞，如何無法為有利於上訴人等之認定，復已論述明白。

三、凡居住於我國領域內，不問何人，於他人為被告之案件，有為證人之義務，俾能發現事實真相。惟基於追求社會之最高利益，刑事訴訟法另有規定特定業務、身分或利害關係之人，得拒絕證言（例如，刑事訴訟法第179條、第180條、第181條、第182條），以保護證人權利，兼及當事人之訴訟利益。惟拒絕證言權利並非不可拋棄，倘經法官告知得拒絕證言之權利後，證人猶決意為證述，並於主詰問陳述有利或不利

於被告本人之事項，輪到另一造當事人行反詰問時，刑事訴訟法第181條之1特別規定證人此時不得拒絕證言，以免造成無效之反詰問。蓋反詰問之作用乃在彈劾證人之信用性，並削減或推翻其於主詰問所為證言之證明力，及引出主詰問時未揭露或被隱瞞之另一部分事實，而達發現真實之目的。倘證人在主詰問陳述完畢後，於反詰問時猶得拒絕陳述，使其信用性及陳述之真實性均未受檢驗，則要以反詰問達到上開效用，顯有困難，即有害於真實之發現。故於審理期日調查證據行主詰問時，證人作證陳述有利或不利於被告本人之事項，於反詰問中不論是合法或非法拒絕證言，使另一造當事人不能為有效之反詰問，則主詰問之證詞即應予排除，而不能採為判斷事實之證據資料，以免不當剝奪另一造當事人之反對詰問權，並有礙於發現真實。本件證人林克威於原審由辯護人行主詰問中，其陳稱本件交通事故發生時肇事車輛內有其與乙○○、陳文昌共3人，乙○○乘坐於右後座等語，惟就檢察官行反詰問時詢問車輛內3人乘坐之相關位置之問題，卻表示「這個問題我不要回答」，再經檢察官詢問：「你之前不想回答的那些問題，是你擔心自己惹上麻煩，或怕說出真相？」，亦表示「我不要回答這個問題」，甚至於法官補充詢問「陳文昌說車子是他開的，你有什麼意見？」、「他（陳文昌）說你坐在駕駛座後面有何意見？」，也均答以「我不要回答」等語，不僅使檢察官無法針對其於主詰問陳述有利於乙○○之事項，進行有效之反詰問，亦拒絕釋明其拒絕證言之原因。揆諸上開說明，林克威於主詰問陳述有利於被告本人之事項，因未經檢察官有效反詰問，即不得採為判斷事實之證據資料。原判決雖未敘及此，但於理由欄二、(二)、3、(1)、⑤之II、III針對證人林克威之證詞如何不足



採信，及採自肇事車輛中央置物處之統一發票（編號DS-16275238，日期為民國101年7月30日，本件肇事日期為同年10月20日）上有林克威之指紋乙節，均無從為上訴人等有利認定之理由，亦載敘明白，究於判決結果不生影響，要無上訴意旨所指判決理由不備、調查未盡之違法。

四、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背經驗法則或論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法；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，復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。另原判決援用某項證據，固有未當，然綜合卷存資料，除去該項證據，仍應為同一事實之認定，於判決本旨不生影響，即難認原判決違背法令而應構成撤銷之原因。原判決綜合上訴人等部分供述，證人曾傳地、羅燦生、楊竣婷、王清誥等證詞，卷附道路交通事故現場圖、道路交通事故調查報告表(一)(二)、車損照片、診斷證明書、相驗報告書、相驗屍體證明書、雙向通聯紀錄、現場勘察報告暨採證照片、DNA型別及指紋鑑定書，暨案內其他證據，分別定其取捨而資為判斷，憑以認定乙○○係本件肇事車輛之駕駛人，其與肇事後趕赴現場之甲○○均知悉傷者中有2名兒童，並未採取救護措施及通知警察機關處理，即由甲○○提供車輛予乙○○，幫助乙○○逕自離去事故現場之犯罪事實，已記明其認定之理由。所為論斷說明，俱有各項證據資料可稽，既係綜合調查所得之各直接、間接證據，本於事實審採證認事之職權行使及推理作用，而為認定，並不悖乎證據法則。縱除去原判決併

以其附表所謂另案監聽之通訊監察譯文，作為證明乙○○為肇事者之說明，仍無礙於上開犯罪事實之認定。本件係乙○○駕車肇事之待證事實既臻明確，即使曾傳地曾證述肇事車輛內有3人，而其餘2人為何人、乘坐相關位置為何等事項，無關乎上開犯罪事實之認定，況乙○○及同案被告陳文昌辯稱肇事車輛係由陳文昌駕駛等語，業據原判決一一指駁並敘明如何不採信之理由，原審未再為無益之調查，當與所謂應於審判期日調查之證據未予調查之違法有別。另上開DNA 型別鑑定書之鑑定結果欄已載敘自肇事車輛駕駛座安全氣囊採集剪取之3處跡證，經萃取DNA，固均未檢出DNA—STR型別，但其中剪取標示00000000處，另以高性能膠帶轉移其上微物，經萃取DNA，型別如鑑驗結果表等情，而依鑑驗結果表所載，該微物 DNA 型別及乙○○之 DNA 型別比對結果相符，從而其鑑定結論敘明得出二者DNA—STR型別相符之結論，有該鑑定書在卷可稽，並無鑑驗結果與鑑驗結論矛盾之情形可言。而卷查本件肇事車輛側門之安全氣囊並無採樣記錄，至於該DNA型別鑑定書固載有採集肇事車輛方向盤、排擋桿轉移DNA，前者檢出與甲○○相符之DNA—STR型別，後者並未檢出足資比對之DNA—STR型別等情，而上訴人等2 人或其他同案被告均未主張甲○○為本件肇事車輛之駕駛人，此部分鑑驗結果亦無從推翻上開犯罪事實之認定，原判決就此雖未說明，於判決本旨仍無影響，究非判決理由不備或調查未盡之違法。上訴人等上訴意旨任憑己意，執以指摘原判決有理由不備、矛盾及適用證據法則不當、調查未盡之違法，難謂為合法之上訴第三審理由。

五、具有共犯關係之共同被告在同一訴訟程序中，兼具被告及互為證人之身分，倘檢察官係分別以被告、證人身分而為訊問

，並於身分轉換時，各別踐行刑事訴訟法第95條、第186 條第2 項之告知義務，使該被告瞭解其係基於何種身分應訊，得以適當行使各該身分之權利，不致造成身分混淆而剝奪其權利之行使，則檢察官此種任意偵查作為之訊問方式，尚難謂為於法有違。又證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，刑事訴訟法第181 條定有明文，旨在免除證人因據實陳述而自入於罪，或因陳述不實而受偽證之處罰，或因拒絕陳述而受罰鍰處罰，而陷於抉擇之三難困境。惟證人此項拒絕證言權，固與被告之緘默權，同屬其不自證己罪之特權，但非不可拋棄，倘經檢察官或法官告知得拒絕證言之義務，其猶決意為證述，已拋棄不自證己罪之拒絕證言權，如具結後，故意違反自己明知之事實，而就案情有重要關係之事項，為虛偽不實之陳述，仍應負偽證罪責。本件檢察官於陳文昌涉嫌公共危險案件偵查中，雖以被告身分拘提乙○○到庭，然係分別訊問乙○○本身所涉過失致死、肇事逃逸罪嫌及使其就陳文昌涉案情節為證，且均各別踐行前揭告知義務明確，並於轉換乙○○之身分為證人時，一再諭知其有不自證己罪之特權，得拒絕證言，經乙○○表示願意作證後，檢察官乃依刑事訴訟法第187條第1項規定，告知其具結之義務及偽證之處罰，命乙○○朗讀結文後令具結等情，有該訊問筆錄存卷可憑，並無違法取證可言。原判決綜合全卷證據資料，憑為認定乙○○明知其本人肇事後逃逸之事實，竟在陳文昌涉嫌公共危險案件偵查中，以證人身分供前具結偽稱陳文昌係本件肇事車輛之駕駛人等語，乃認乙○○具有偽證之故意，已記明其認定之理由。所為論斷，核無違背客觀存在之經驗法則與論理法則，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任意指摘為違法。

六、有期徒刑加減者，其最高度及最低度同加減之，刑法第67條定有明文。而兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑至二分之一，為最高度之規定，並無最低度之限制，法院於二分之一以下範圍內，如何加重，本有自由裁量之餘地，並非必加重至二分之一，自不得以法院未依該條規定將法定最低度刑加重至二分之一，即指為違法。而刑之量定，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，亦不得指為違法。原判決就乙○○肇事逃逸犯行，依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段加重其刑，衡處有期徒刑6年6月，係以乙○○之責任為基礎，具體審酌刑法第57條各款所列情狀，予以綜合考量，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有逾越法律所規定之範圍，或濫用其裁量權限之違法情形。乙○○上訴意旨指摘原判決上開部分量刑過重，而有適用法則不當、判決不備理由之違法，係對原審量刑職權之合法行使，任意指摘，自非合法。

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

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 3 月 14 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 李 英 勇

法官 朱 瑞 娟

法官 林 立 華

法官 何 信 慶

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 15 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,46

【裁判日期】1070307

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第46號

上 訴 人 陳長生

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106年2月23日第二審判決（105年度上訴字第876號，起訴案號：臺灣嘉義地方法院檢察署104年度偵字第436、2602、3269、3516號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於其附表一編號1 販賣第一級毒品部分撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷發回（即原判決附表[下稱附表]一編號1）部分：

一、本件原判決就附表一編號1（即其事實欄一(一)）部分，撤銷第一審該部分之科刑判決，改判仍論處上訴人陳長生販賣第一級毒品罪刑，固非無見。

二、惟查：

(一)毒販間交易毒品，為減少被查緝風險，固多隱密進行並以暗語聯絡，甚或以相約見面之方式暗示交易訊息。然毒品危害防制條例所稱毒品，依其成癮性、濫用性及對社會危害性分為四級，並於第4條第1項至第4 項就販賣第一級、第二級、第三級、第四級毒品罪，分別定其處罰規定。衡以各罪之法定刑度差異甚大，尤其販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑

刑，因此，若以購毒者與毒販間通話之通訊監察譯文作為購毒者指證販毒者犯罪事實之補強證據，必須渠等通訊內容等客觀事態，依社會通念已足辨明所指交易毒品之種類，始足當之，否則縱令指證者證述其語意隱晦不明之對話內容係交易某種類之毒品，除非被指販毒之被告坦認其毒品種類，或依被告之品格證據可供證明具犯罪之同一性（例如前案販賣同種類毒品之暗語與本案通訊監察譯文內容相同，兩案手法具有驚人相似性或同一性），或司法警察依據通訊監察結果即時啟動調查因而破獲客觀上有可認為販賣該類毒品之跡證者外，仍不能僅憑指證者一己所為單方陳述，即於缺乏其他佐證之情形下，遽認其指述該種類毒品交易之事屬實。

(二)原判決雖依證人陳惠如於警詢及檢察官訊問時所為指證，及上訴人與陳惠如間如附表四編號3 所示通訊監察譯文，認定陳惠如指證上訴人附表一編號1 所販賣者係「海洛因」。然上訴人始終否認有陳惠如所指販賣附表一編號1 所示「海洛因」第一級毒品之犯行，且原判決對於上開通訊監察譯文所示「泡茶」究否確係前述「海洛因」交易之暗語，除購毒者陳惠如之證述外，並未說明其所憑依據，即全憑陳惠如之說詞，即予論斷陳惠如所述毒品交易種類屬實，其採證顯與證據法則有違，難認與事理相合。案關販賣第一級毒品之重典，原判決未詳加析究，遽就附表一編號1 部分論處販賣第一級毒品重刑，自不足以昭折服，難謂無調查職責未盡及判決理由欠備之違背法令。

三、以上，為本院得依職權調查之事項，應認原判決上開部分有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即附表一編號2至5）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，認為上訴人如附表一編號2至5所示違反毒品危害防制條例各犯行（即原判決事實欄一(二)至(五)）明確，因而撤銷第一審該部分科刑判決，改判仍各論處上訴人販賣第一級毒品既遂、未遂共4 罪刑（均累犯，各處有期徒刑），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，予以論述及指駁。
- 三、原判決認定上訴人上開販賣毒品犯行，係綜合上訴人所為部分供述、證人陳惠如、游志豪（以上2 人為購毒者）等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，說明上訴人如何具備營利意圖而基於販賣第一級毒品海洛因之犯意，先後販賣附表一編號2至5所示海洛因既、未遂各犯行之論據。且針對陳惠如、游志豪於檢察官訊問時證述透過電話或簡訊以交易「暗語」聯絡購買海洛因及各次交款或取毒及既、未遂各情，如何與通訊監察錄音譯文或簡訊所示聯繫交易經過及上訴人所供陳惠如、游志豪分別透過前述通訊方式向之洽購海洛因等節相合，詳為論述。並依各該通訊內容及前述購毒者與上訴人間之海洛因交易習慣、無誣陷情事等項，就相關通訊歷程何以足認上訴人係以賣方身分營利販賣海洛因、附表一編號2部分何以並非合資購買、編號3何以足認已完成海洛因



交易、編號4何以非爲買方聯繫交易而幫助施用，暨編號5何以足認已著手販賣而不遂各情，依卷證資料，詳爲認定並論列所憑。另本於證據取舍之職權，就陳惠如、游志豪於第一審所爲相異陳述，何以無足爲有利上訴人之認定，分別依據卷證資料，敘明理由。所爲論列說明，與卷證資料悉無不合，且與毒品交易聯絡內容常依交易常習進行而隱諱避談具體細節之常情無違，無悖乎經驗法則與論理法則。並非僅以購毒者陳惠如、游志豪之證述或通訊監察譯文、簡訊爲其唯一證據。又上開主要事證既已明確，縱未查扣各次交易之海洛因及價金等事證，仍無礙前述販賣第一級毒品各犯行之認定，原判決就相關事證踐行調查證據程序後，本於證明力判斷之職權，憑以論斷並記明理由，自無採證違法可言。上訴意旨任憑己意徒言卷附通訊監察錄音譯文及簡訊內容未指明毒品交易價金、種類、數量，無足佐證前述販賣海洛因各犯行，又未查扣交易之毒品及價款等事證，指摘原判決此部分採證違反證據法則，均屬無據，並非第三審上訴之適法理由。再原判決諭知無罪部分與附表一編號2至5部分之起訴事實有別，證據資料互異，各起訴內容是否成立犯罪之判斷完全無涉，原判決區別其起訴事實及證據，分別爲相異之認定並詳敘其理由，本無上訴意旨所指判決理由矛盾可言。此部分上訴意旨擅就起訴內容、證據迥異之不同案件援引比附並爲指摘，顯然無稽，亦非合法之上訴第三審理由。

四、刑事訴追關於構成犯罪之具體事實及其犯罪之時間、處所、方法之記載，旨在辨別犯罪之同一性。就犯罪之時日而言，攸關刑罰法規新舊法律之適用、行爲人責任（行爲時年齡）、時效、科刑權範圍（如減刑與否）等項，固應記載至足以決定此等事項之程度始屬正當，倘與此等事項無關者，例如

某些犯罪因現實上已難細載具體犯罪時間，則相關認定如已達其犯罪同一性之辨別可得確定之程度，縱未臻精確，因無礙於被告訴訟防禦權之行使，自不生違背法令之問題。原判決就附表一編號2至5之海洛因交易時間，業綜合購毒者證述內容及卷存通訊監察資料所示最後通訊時間等相關事證而為論斷並敘明所憑，核與毒品交易常態無違，原判決依此實體調查審理結果為認定，並經上訴人就各犯罪事實為實質答辯，無礙上訴人對於有無此部分販賣第一級毒品既、未遂各犯行之防禦權行使，並無上訴意旨所指恣意更正犯罪時間之違法情形。上訴人執此上訴指摘原判決該部分違法，難認有據，同非適法之第三審上訴理由。

五、依上所述，上訴意旨置原判決關於此部分所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取舍證據與自由判斷證據證明力之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其上開部分之上訴違背法律上程式，應予駁回。

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

中 華 民 國 107 年 3 月 7 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 李 英 勇

法官 何 信 慶

法官 林 立 華

法官 朱 瑞 娟

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 107 年 3 月 9 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,515

【裁判日期】1070308

【裁判案由】瀆職

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第515號

上 訴 人 吳銘圳

上列上訴人因瀆職案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國106年6月6日第二審判決（106年度上易字第232號，起訴案號：臺灣高雄地方法院檢察署101年度偵字第22926號，102年度偵字第17914號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第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，認定上訴人吳銘圳原係高雄市立○○大學○○○○系助理教授兼系主任，擔任高雄市政府環境保護局（下稱高雄市環保局）公告辦理之「100年度高雄市特殊敏感區監測業務計畫（仁大、林園區）」勞務採購標案（下稱「特殊敏感區標案」）之評選委員，為從事公共事務而具有法定職務權限之授權公務員，有其事實欄所載洩漏其本人擔任評選委員之身分予環佑實業有限公司（下稱環

佑公司)負責人陳美霞之國防以外應秘密消息之犯行，因而撤銷第一審就此部分諭知上訴人無罪之判決，改判論上訴人以公務員洩漏國防以外應秘密消息罪，處有期徒刑3 月，並諭知如易科罰金以新臺幣(下同)1 千元折算1 日，已詳述其所憑證據及認定之理由；對於上訴人所辯何以不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。核其所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按；從形式上觀察，原判決關於上開部分並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

上訴人上訴意旨略以：(一)、原判決係採用卷附「特殊敏感區標案」限制性招標更正公告及決標公告、伊於民國100年5月18日就「特殊敏感區標案」之採購評選委員切結書及回條、高雄市環保局「特殊敏感區標案」之開會通知單、高雄市環保局辦理「特殊敏感區標案」投標廠商簡報順序表、委員評選結果統計表及評分彙總表、高雄市環保局100年8月5日高市環局總字第1000080674號函及簽呈、高雄市環保局99年至101 年相關計畫名冊等各項文書證據，據以認定伊有本件公務員洩漏國防以外應秘密消息之犯行。惟原審於106年5月23日行審判程序時，審判長僅概括訊問：對上開文件有何意見等語，而未針對各該文件之具體名稱、內容與待證事實之關聯性逐一訊問，並給予伊辯論之機會，其所踐行之調查證據程序尚非適法，殊屬可議。(二)、原判決僅憑陳美霞之證述，遽認伊有本件洩漏國防以外應秘密消息之犯行。惟陳美霞與上訴人係對向性共犯，故其所為不利於己，且不利於上訴人之供述係屬共犯自白之累積性證據，並不具備補強證據之適格，何況其證述之內容前後不一，自不得採為伊有罪之唯一證據。原判決並未調查其他補強證據，僅憑陳美霞所為不利於伊之陳述，遽認伊有本件洩密犯行，亦有未合。(三)、原判決主文第1 項及第2 項諭示撤銷第一審判決伊無罪部分，改判論伊以公務員洩漏

國防以外應秘密之消息罪，處有期徒刑3 月，並諭知如易科罰金以1 千元折算1 日，其主文第3 項則諭示駁回伊對第一審判決有罪部分之上訴。惟原判決並未將其撤銷改判部分與上訴駁回部分所處之有期徒刑，合併定伊應執行之刑，亦有未當云云。

惟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，復於判決內說明其取捨證據及認定之理由者，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。(一)、原審於106年5月23日審理時，已就卷附「特殊敏感區標案」限制性招標更正公告及決標公告、上訴人於100年5月18日就「特殊敏感區標案」之採購評選委員切結書及回條、高雄市環保局「特殊敏感區標案」之開會通知單、投標廠商簡報順序表、委員評選結果統計表及評分彙總表、高雄市環保局100年8月5日高市環局總字第1000080674 號函及簽呈、高雄市環保局99年至101年相關計畫名冊等各項文書證據資料逐一提示並告以要旨，並給予上訴人表示意見之機會，有原審上開期日審判筆錄在卷可憑（見原審卷第78至80頁背面）。上訴意旨謂原審於106年5月23日行審判程序時，審判長僅概括訊問其對上開文書證據有何意見，並未針對各該文件之具體名稱、內容與待證事實之關聯性逐一訊問，並予上訴人辯論之機會云云，核與卷內資料不符，其執此指摘原判決不當，要非適法之第三審上訴理由。(二)、原判決認定本件上訴人為授權公務員，而有將其擔任高雄市環保局「特殊敏感區標案」評選委員身分之國防以外應秘密之消息洩漏予環佑公司負責人陳美霞之犯行，雖陳美霞在本案係對向性共犯，基於自首或自白有減輕之寬典，其自白證據之憑信性較為薄弱，固不能以其證詞作為認定上訴人犯本件洩漏國防以外應秘密消息罪之唯一證據，但其所為不利於己且不利於上訴人之證述，若與卷內其他證據資料內容相符，足以擔保其陳述之真實性者，尚非不得作為認

定上訴人犯罪之補充性證據。原判決依憑上訴人之供述，及臺灣高雄地方法院100年度聲監續字第1804 號通訊監察書、通訊監察譯文、「特殊敏感區標案」限制性招標更正公告及決標公告、上訴人於100年5月18日就「特殊敏感區標案」之採購評選委員切結書及回條、高雄市環保局「特殊敏感區標案」之開會通知單、投標廠商簡報順序表、委員評選結果統計表及評分彙總表、高雄市環保局100年8月5日高市環局總字第1000080674號函及簽呈、高雄市環保局99年至101 年相關計畫名冊等證據資料，認為陳美霞所為不利於己且不利於上訴人之證述與卷內資料相符，足資擔保其證述之真實性，而採為認定上訴人有本件公務員洩漏國防以外應秘密消息犯行之補充性證據，依上述說明，尚不能遽謂其採證違法。且原判決對於陳美霞於偵、審中就上訴人究係於何時及何地向其透露評選委員身分一節，雖證稱：忘記了、不記得等語，而未能清楚證述上訴人向其透露評選委員身分之經過情形，惟其所述關於上訴人洩漏前述國防以外應秘密消息之主要事實，前後並無重大歧異，不得僅因其證述之部分情境不確定，即全盤否認其證言之真實性，亦於理由內加以指駁及論敘甚詳（見原判決第3頁第6行至第6頁第18行），核其論斷於法尚無違誤。且依上述說明可知，原判決係綜合前開各項證據資料認定上訴人有洩漏國防以外應秘密消息犯行，並非僅憑陳美霞之指證作為上訴人犯罪之唯一證據。上訴意旨置原判決上開明確之論斷說明於不顧，任意指摘原判決僅憑陳美霞所為不利於上訴人之指證，作為認定其犯罪之唯一依據云云，依上述說明，亦非依據卷內資料執為指摘之合法第三審上訴理由。(三)、本件第一審判決就檢察官起訴上訴人擔任高雄市環保局以限制性招標方式辦理「100 年度高雄市流域及水污染源稽查管制計畫勞務採購案」之評選委員，而洩漏國防以外應秘密消息部分認定有罪，處有期徒刑4 月，並諭

知如易科罰金以 1 千元折算 1 日；另就上訴人被訴擔任高雄市環保局「特殊敏感區標案」之評選委員，而洩漏國防以外應秘密消息部分則諭知無罪。嗣檢察官對第一審判決關於諭知上訴人無罪部分提起第二審上訴，上訴人亦對第一審判決其有罪部分提起第二審上訴。原審就上訴人被訴擔任高雄市環保局「特殊敏感區標案」之評選委員，而洩漏國防以外應秘密消息部分，撤銷第一審諭知上訴人無罪之判決，改判諭上訴人以公務員洩漏國防以外應秘密之消息罪，處有期徒刑 3 月，並諭知如易科罰金以 1 千元折算 1 日；至於上訴人對於第一審判決其前述有罪部分之上訴，則因已逾上訴期間，認為其上訴不合法而駁回其上訴，該部分並未進入實體審理，故此部分之確定判決仍為第一審判決，原審僅就上訴人擔任「特殊敏感區標案」之評選委員，而洩漏國防以外應秘密消息部分為實體判決，故原判決就此實體改判有罪部分所諭知之刑期（即有期徒刑 3 月），自無庸與上訴人因上訴逾期被以程序判決駁回部分（即有期徒刑 4 月）合併定其應執行之刑。何況法院就上訴人所犯此 2 罪所宣告之刑若符合定應執行刑之要件，將來執行檢察官亦可依法向法院聲請定其應執行之刑，自不能執此指摘原判決違法。上訴意旨謂原判決漏未將此 2 罪部分之宣告刑合併定其應執行之刑云云，依上述說明，要屬誤解，其執此指摘原判決不當，仍非適法之第三審上訴理由。至其餘上訴意旨，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，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 107 年 3 月 8 日



最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 李 錦 樑

法官 林 靜 芬

法官 劉 興 浪

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 9 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,663

【裁判日期】1070321

【裁判案由】違反商業會計法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第663號

上 訴 人 Rainer Braatz（布萊茲）

選任辯護人 林國明律師

上列上訴人因德益制動科技股份有限公司自訴違反商業會計法案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國106年12月29 日第二審判決（106年度上訴字第1211 號，自訴案號：臺灣臺南地方法院103年度自更(一)第1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

一、按上訴得對於判決之一部爲之，未聲明爲一部者，視爲全部上訴，刑事訴訟法第 348 條第 1 項定有明文。本件自訴人德益制動科技股份有限公司對於第一審諭知上訴人 Rainer Braatz（布萊茲）全部無罪之判決不服，提起第二審上訴，觀諸其刑事上訴狀案由係記載：「爲上列被告（即布萊茲）涉犯背信等案件，因不服（臺灣）臺南地方法院103 年度自更（一）字第1 號判決，謹於法定期間內提起上訴。」復於該上訴狀最末記載：「三、就原判決其餘之上訴理由，上訴人（即自訴人）容後補陳。」等語（見原審卷第37、45頁）。雖其上訴理由一、二部分僅就原判決所載自訴意旨一、(一)之1.及3.部分敘述上訴理由，然綜觀其刑事上訴狀全部記載，並無聲明爲一部上訴之意思，依前開規定，應視爲全部上

訴。原判決因認自訴人自訴關於刑法第317 條、著作權法第 91條第1 項之罪名部分，爲自訴人提起第二審上訴效力所及，此部分經核於法並無違誤，合先敘明。

二、原判決以自訴人不服第一審諭知上訴人布萊茲無罪之判決，提起第二審上訴。因自訴意旨指上訴人涉犯（修正前）刑法第 342 條之背信、同法第 317 條之洩漏業務上知悉之工商秘密、著作權法第 91 條第 1 項之重製、商業會計法第 71 條第 1 項第4款之不爲記錄致生不實等罪，無論係一人犯數罪之相牽連案件或具有裁判上一罪關係，均應由智慧財產法院管轄。因而諭知管轄錯誤，移送智慧財產法院。固非無見。

三、惟按第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定，刑事訴訟法第364 條固定有明文。但第一審判決之自訴案件，上訴審仍應依自訴程序辦理，司法院院字第 264 號著有解釋。

四、原判決認對本件自訴案件之第二審上訴無管轄權，竟不依刑事訴訟法第335 條之自訴程序規定，諭知管轄錯誤之判決外，非經自訴人聲明，毋庸移送案件於管轄法院。而依同法第 304 條之公訴程序規定，諭知管轄錯誤，並同時諭知移送於管轄之智慧財產法院，尙有未合。上訴意旨雖未執爲指摘，然爲本院得依職權調查之事項，應認原判決有撤銷發回更審之原因。又案經發回，宜給予自訴人陳述是否聲明移送於管轄第二審法院之機會，以期周全，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第399條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 3 月 21 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 黃 瑞 華

法官 洪 于 智  
法官 楊 智 勝  
法官 陳 宏 卿

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 26 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,719

【裁判日期】1070329

【裁判案由】偽造有價證券等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第719號

上 訴 人 陳元嘉

上列上訴人因偽造有價證券等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國106年5月18日第二審判決（106年度上訴字第274號，起訴案號：臺灣士林地方法院檢察署104年度偵字第13477號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於行使偽造私文書部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

### 理 由

一、撤銷發回（即原判決附表編號2）部分：

本件原判決認定上訴人陳元嘉有其事實欄一、（二）（包括原判決附表編號2）所載行使偽造私文書犯行，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判仍論上訴人以犯行使偽造私文書罪，處有期徒刑3月，並諭知有期徒刑如易科罰金之折算標準及相關之沒收，固非無見。

惟查：（一）原判決附表編號2所示「國泰世華商業銀行匯出匯款憑證（客戶收執聯）」（下稱本件匯出匯款憑證，見偵查卷第39頁），係用以證明匯款人（林淑鳳）委託「國泰世華商業銀行西松分行」將新臺幣2百萬元匯予受款人（許峻瑋）在「臺北富邦商業銀行內湖分行」所設帳戶之事實。依本件匯出匯款憑證之文義與性質，以及其下方所加蓋之國泰世華商業銀行西松分行橢圓形

戳章及承辦人小長方形章，可知其製作之名義人係「國泰世華商業銀行西松分行」，並非受款人、匯款人或其代理人。因本件匯出匯款憑證之製作名義人係「國泰世華商業銀行西松分行」，故必須由該銀行及承辦人簽章，始具有匯款憑證（即私文書）之法律效力。至於本件匯出匯款憑證上所載「受款人姓名」、「匯款人姓名」、「代理人姓名」，揆其性質，均屬本件匯出匯款憑證之相關內容，而非製作人名義，毋庸由受款人、匯款人或其代理人親自簽名，故其性質均非屬「簽名」或「署押」。本件匯出匯款憑證之製作人既係國泰世華商業銀行西松分行，而非受款人、匯款人或其代理人。自理論上而言，匯款憑證之相關內容原應由銀行人員自行填載後用印或簽章；惟目前各金融機構在實務上為求便利，均先印妥空白匯款憑證（一式數聯），委由匯款人或其代理人於匯款時先行填載其內容，再將填妥之匯款憑證及欲匯出之款項交由銀行人員點收、審核及用印，於匯款辦妥後，將其中「客戶收執聯」交由匯款人或其代理人收執，作為匯款之憑據。如匯款人不能或不便自行填載匯款憑證之內容，仍可由銀行人員依匯款人所提供之相關匯款人姓名、匯款金額、受款人姓名、帳戶等資料，自行填載匯款憑證內容而為客戶辦理匯款事宜。準此以觀，益見本件匯出匯款憑證上「受款人姓名欄」、「匯款人姓名欄」及「代理人姓名欄」內所記載之姓名，其性質應僅係匯款憑證之相關內容，而非屬表徵製作人名義而具有法效意思之「署押」，故此部分姓名縱有故意填載不實之情形，應非屬刑法偽造署押之範疇。原判決認為本件匯出匯款憑證上「代理人姓名欄」內所記載之「億誠」，係上訴人所偽造之署押，而予以宣告沒收，依上述說明，其認事用法容有違誤。上訴意旨執此指摘原判決不當，應屬有據。(二)刑法上所謂署押，應係指自然人所簽署之姓名或畫押，或其他代表姓名之符號而言。若係政府機關、學校、

醫院及其內部單位或一般公司、行號之名稱，則不在刑法上所謂署押之列。蓋因「署押」係由自然人親手簽押，具有筆劃特徵之個別性質，足以辨別其真偽，始具有署押之意義。而政府機關或公司、行號本身，係虛擬之人格，而非自然人，並無親手簽押其名稱之能力（實務上多以蓋印之方式為之），必須委由自然人以機關或公司、行號代表人或代理人之名義，簽押該自然人之姓名為之。故機關、學校、醫院及其內部單位或一般公司、行號之名稱，在性質上並非刑法上之署押。本件上訴人在本件匯出匯款憑證上「代理人姓名欄」內所記載之「億誠」二字，究係自然人之姓名，或公司、行號之名稱？似有未明。原審未詳加查明釐清，遽認上述「億誠」二字，即係上訴人所偽造他人之署押，遽予宣告沒收，亦嫌調查未盡。(三)本件上訴人在警詢時供稱：「（你如何造假？）上部分是我填寫好的，下半部印有銀行章是我使用別張匯款憑證來影印，然後傳真給許峻瑋」等語（見偵查卷第11頁）。嗣於檢察官訊問時供稱：「（如何偽造？）我拿其他的匯款單將國泰世華戳章承辦人員的章剪下來貼在另外書寫的匯款單上再傳真給許峻瑋」等語（見偵查卷第118 頁），可見其已坦承有以「剪貼」及「影印」之方式，偽造本件匯出匯款憑證上國泰世華商業銀行西松分行戳章及承辦人員之印文，進而偽造本件匯出匯款憑證並持以行使之犯行。若其所供屬實，則上訴人所偽造本件匯出匯款憑證下端「國泰世華商業銀行西松分行收訖之橢圓形戳章印文」及其旁「銀行承辦人小長方形印文」，似均屬偽造之印文，應依刑法第219 條規定宣告沒收。原判決對於上訴人此部分犯行，究應如何論究，並未一併加以論斷說明，亦未依上述義務沒收之規定，將上述偽造之印文宣告沒收，亦有調查未盡及判決不適用法則之違誤。(四)本件檢察官起訴意旨併指，上訴人有在本件匯出匯款憑證上偽造「林淑鳳」署名之犯行（見起訴書第 1

頁）。原判決認為上訴人此部分所為，尚不成立偽造署押罪（見原判決第5、11 頁），並未一併說明此部分究竟應否諭知無罪，或應不另為無罪之諭知，亦嫌理由欠備。以上，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決之上述違法，已影響於事實之確定，本院無從自為判決，應認原判決關於行使偽造私文書（即原判決附表編號 2）部分，有撤銷發回更審之原因。

## 二、上訴駁回（即原判決附表編號1、3）部分：

按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，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，認定上訴人有其事實欄一、(一)及(三)（包括原判決附表編號1、3）所載偽造有價證券、行使偽造私文書犯行，因而維持第一審關於論上訴人以犯意圖供行使之用，而偽造有價證券罪計2 罪（其中附表編號 3 所載偽造本票、請款單各 3 紙犯行，應依刑法第 55 條之想像競合犯規定，從一重論以偽造有價證券罪），分別處有期徒刑 3 年 2 月及有期徒刑 4 年 6 月，並定應執行有期徒刑 5 年及諭知相關之沒收（詳如原判決即第一審判決附表編號1、3「主文及宣告刑」欄所示）部分之判決，而駁回上訴人就此2 罪部分在第二審之上訴，已詳為敘述其所憑之證據及認定理由（上訴人於警詢、檢察官訊問時及第一審、原審均坦承此部分偽造有價證券、行使偽造私文書犯行，並未提出否認犯罪之辯解）。核原判決所



爲論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

上訴人上訴意旨略以：(1)伊係一時失慮而有本件偽造有價證券（本票）犯行，其目的僅作爲清償原本借款之清償憑證，並未再次獲得不法利益，核與一般偽造有價證券而擾亂金融秩序者有所不同，亦非以營利爲目的而偽造大量有價證券牟利，倘科以所犯刑法第201條第1項偽造有價證券罪之法定最低度刑有期徒刑3年，殊嫌過重，有犯罪情狀顯可憫恕之情形，應符合刑法第59條之酌量減輕其刑規定。原判決未依上述規定酌量減輕其刑，應有未當。(2)原判決並未審酌其附表編號1所載偽造本票犯行，被害人即上訴人之父親陳廷瑞已表明不願追究，及伊所偽造之上開本票已逾3年之權利行使時效，縱於市面上流通，亦不致於造成危害。另就其附表編號3所述偽造本票犯行，被害人可以經由訴訟程序免除該偽造本票之票據責任，其所受損害並非重大等情狀，予以從輕量刑，猶維持第一審分別量處有期徒刑3年2月及有期徒刑4年6月，及定應執行刑爲有期徒刑5年之判決，實在過重云云。惟查：(一)刑法第59條之酌量減輕其刑，必其犯罪之情狀顯可憫恕，在客觀上足以引起一般人之同情，認爲予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。而是否援引刑法第59條規定酌減其刑，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，除其裁量權之行使，明顯違反比例原則而有濫用之情形外，自不得任意指爲違法。原判決認爲上訴人所犯本件偽造有價證券2罪，均不符合刑法第59條之規定，因而未據以酌量減輕其刑，已詳細說明所憑理由（見原判決第10、11頁），核其裁量權之行使，並無明顯違法或濫用之情形，自不得任意指爲違法。上訴意旨(2)所指犯罪情狀，係屬刑法第57條所定科刑輕重應審酌之事項，並非即屬同法第59條所指犯罪之情狀顯可憫恕情形。上訴意旨(2)指摘原判決就上訴人

所犯本件偽造有價證券2 罪，均未依刑法第59條規定予以酌量減輕其刑為不當云云，依上述說明，並非上訴第三審之適法理由。

(二)刑之量定，事實審法院本有裁量權限，倘科刑時係以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條所列各款情狀，而所量定之刑既未逾法定刑範圍（即裁量權行使之外部性界限），復無違反比例、公平及罪刑相當原則（即裁量權行使之內部性界限），自不得任意指為違法。原判決認為第一審就上訴人所犯本件偽造有價證券2 罪所為量刑，尚稱允當而予以維持，已引用第一審判決以上訴人之責任為基礎，並審酌刑法第57條所列各款情狀，詳加審酌及說明（見原判決第8、9頁），既未逾越偽造有價證券罪之法定刑度，亦無明顯濫用裁量權而有違反公平、比例及罪刑相當原則之情形。上訴意旨空言指摘原判決量刑過重云云，亦非合法之第三審上訴理由。綜上，本件上訴意旨無非對於原審量刑裁量職權之適法行使，暨原判決已明確論斷詳細說明之事項，再事爭執，均非依據卷內資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，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，應認本件關於偽造有價證券2罪（即原判決附表編號 1、3）部分之上訴，均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、第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 3 月 29 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 劉 興 浪

法官 林 靜 芬

法官 李 錦 樑

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 107 年 3 月 31 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,922

【裁判日期】1070328

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第922號

上 訴 人 林勝雄

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國106年6月16日第二審更審判決（106年度上更(一)字第5號，起訴案號：臺灣花蓮地方法院檢察署104年度偵字第3540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之科刑判決，改判依毒品危害防制條例第17條第2項及刑法第59 條規定遞減其刑後，仍論處上訴人林勝雄如原判決附表（下稱附表）各編號所示販賣第一級毒品11罪刑（均處有期徒刑）及沒收，並定其應執行有期徒刑16年。已詳述憑以認定犯罪事實之依據及如何審酌量刑之理由。並敘明：上訴人自承與證人即購毒者黃千倫、陳祺昌

、沈明立、劉建發僅有普通交情，甚或僅會因毒品之事相約見面，當無甘冒重典，依販入之相同價格或數量轉售毒品而毫無利潤可圖之理，況上訴人於合購時可自販毒者取得數量較多的海洛因供己施用，並可因代購而無償自購毒者獲得海洛因供己施用，上訴人有償交付海洛因之行爲，顯係基於意圖營利之犯意所爲，其於如附表各編號所示時、地之販賣毒品犯行，確實均具有營利之意圖甚明，所辯並無營利之意圖云云，不足採信等旨，均已依據卷內資料予以論述及說明。所爲推理論斷，衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，經核於法並無不合。

三、販毒之人，主觀上必有營利之意圖，又毒品交易亦不必然以現貨買賣爲常態，毒品交易通路賣方上、下手間，基於規避查緝風險，節約存貨成本等不一而足之考量，臨交貨之際，始互通有無之情形，亦所在多有，故販毒者與買方議妥交易並取得價金後，始轉而向上手取得毒品交付買方，不論該次交易係起因於賣方主動兜售或買方主動洽購，販毒者既有營利意圖，非可與無營利意圖，而單純爲便利施用之人，僅代爲購買毒品或合資等幫助施用之情形等同視之。前者與後者係不同之犯罪事實，其行爲之實質意義及法律上之評價，亦屬有別，而其間之差別，主要即在於營利意圖之有無。至於販毒者意圖營利所欲謀取之利益，不限於係價差或量差，其利益之多寡及實際上是否已經獲利，亦非所問。是販賣毒品者，若出於卸責，僅爲其係與購毒者合資購買或爲購毒者代購之供述，固難認已對販賣毒品犯罪事實之全部或主要部分爲自白。然販賣毒品之人，倘於陳述合資購買或爲人代購之過程中，同時承認其有藉出面購買、代購之機會，從中謀取其個人利益之意圖，而就主觀上牟利之意圖及客觀上交付毒

品、收取價款等販賣毒品罪之主要部分為肯定之供述者，仍屬已對販賣毒品之犯行為自白。原判決已說明：上訴人除於第一審準備程序暨審理時供承犯行外，另於民國 104年7月7日檢察官偵訊時供稱：「（你幫他們拿海洛因有何好處？）沒有好處，就是一起合資可以拿比較多的量，這樣可以拿回來施用。」（見他字卷第80頁反面），此項供述，顯係指其個人可於合資購買或代購之過程中，從中獲取較多之海洛因供已施用，足以認上訴人於檢察官偵訊時，曾對其有販賣毒品之營利意圖為自白。而上訴人除於第一審自白犯罪外，復於偵查中為上開自白，自應就如附表所示之罪，均適用毒品危害防制條例第17條第2 項規定減輕其刑等情甚詳。核其論斷，有卷存事證足憑，並無認定事實未憑證據之情形，亦無適用自白法則不當之違誤。

四、上訴意旨置原判決之論敘於不顧，猶執陳詞，仍謂：上訴人與購毒者至毒販處合資購買或代購，縱分得較多毒品供已施用，然原審未詳查究明上訴人所為究係販賣毒品，抑或幫助販賣或施用，遽為不利上訴人之認定，要屬違法等語。經核或係憑持己見，再為事實上之爭辯，或對原審採證認事職權之適法行使，任意爭執，並非依據卷內訴訟資料執為指摘之合法第三審上訴理由，難謂已符合首揭法定上訴要件。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 3 月 28 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發  
法官 梁 宏 哲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 31 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,988

【裁判日期】1070322

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第988號

上 訴 人 吳孟軒

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106年12月14日第二審判決（106年度上訴字第2255號；起訴案號：臺灣基隆地方法院檢察署105 年度偵字第3193、3748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、上訴人吳孟軒上訴意旨略稱：(一)我於上訴原審時，原有爭執我的自白欠缺補強證據，指摘第一審未加詳查，有判決未依證據的違失，而主張要對證人交互詰問，嗣經原審及公訴檢察官「暗示」我若仍爭執此節，將以我犯後態度不佳為由，撤銷第一審適用刑法第59條給我的減刑寬典，我因此不得不捨棄，但對照今昔，原審似有違誠信。(二)本案經警移送後，



檢察官指揮警方追查共犯時，「同意」警方告知我有關證人保護法第14條減免其刑的規定，以利我供認販毒事實及追出共犯陳韋霖（業經原審判刑確定）、少年吳○○（民國87年8月生，基本資料詳卷），嗣警方果然因此查獲陳韋霖及吳○○，此情可函詢原偵查檢察官查覆即明，詎原審徒以卷內未見存有檢察官事先同意我適用上揭減免規定的筆錄或書面，而為不利於我的認定，自有應調查之證據未予調查的違誤；而我既有供出販毒的其他共犯，因而查獲，同時符合毒品危害防制條例第17條第1項及證人保護法第14條第1項減免其刑的規定，二者自均應適用，原審竟為相異的判斷，自有未洽。(三)共犯陳韋霖與我犯罪情狀相同，原審既認為陳韋霖部分有刑法第59條情輕法重的適用，卻認為我不符合該要件，明顯違反比例及公平原則等語。

### 三、惟查：

(一)證據的取捨及其證明力的判斷與事實的認定，俱屬事實審法院自由判斷裁量的職權，此項自由判斷職權的行使，倘不違背客觀存在的經驗法則及論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定意旨甚明，自難任憑己意，指摘為違法，而據為上訴第三審的適法理由。至於所謂應於審判期日調查之證據，係指與待證事實具有重要關係，在客觀上認有調查的必要性，且有調查的可能性，為認定事實、適用法律的基礎者而言，若事實已臻明確，或調查途徑已窮，自毋庸為無益的調查，亦無未盡調查證據職責的違法可言。再被告對於被訴的事實，完全供承，予以自白，嗣經下級審法院採納，憑為認定其犯罪的依據，雖然並非絕對不能再行翻供，否認先前的自白犯罪，或為其他抗辯主張，但應指出其證明方法，以供上級審法院詳查，乃竟祇是空言，自屬無

據，不能認為已經符合第三審上訴的法定形式要件。

原判決業於其理由欄貳一一內，指出：上訴人（於偵查及歷審中）坦承確有與陳韋霖、少年吳○○共同販賣第三級毒品愷他命的自白；核與購毒者高偉玲、陳家豪、趙信煌、劉宇傑、連兆維、黃建盛、方芳琪等人證述情節相符，並有通訊監察譯文、行動電話簡訊內容翻拍照片附卷可憑；上訴人並於第一審中，坦稱：我們販賣毒品是賺價差，買入會比較便宜，賣出會以比較高的價格出售，1 公克約賺新臺幣（下同）2、300 元等語，足認上訴人的自白，既有諸多補強證據，且與事實相符，乃認定上訴人確有如原判決事實欄所載犯行，因而撤銷第一審的科刑判決，改判仍論處上訴人犯共同販賣第三級毒品（共17罪）罪刑。

以上所為的事實認定及得心證理由，俱有前揭各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得的各直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，即未違背客觀存在的經驗法則、論理法則，且事證已臻明確。上訴人於法律審之本院，空言主張本件自白缺少補強證據云云，係置原判決已明白論斷的事項於不顧，就屬原審採證、認事職權的適法行使，任憑己意、妄指違法，而猶為單純的事實爭議，顯非確實依據卷內訴訟資料而為指摘，不能認為適法的第三審上訴理由。

(二)證人保護法第 14 條第 1 項規定：「第 2 條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑。」其立法目的，係藉刑罰減免的誘因，以鼓勵特定類型的刑事案件被告或犯罪嫌疑人，使其勇於供出與案情有重要關係的待證事項或其

他正犯或共犯犯罪的事證，以協助檢察官有效追訴其他正犯或共犯，俾確實打擊該類型的犯罪。而毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」上揭2種法律效果，皆同為減輕或免除其刑，而其目的，均在於藉由證人的供述，得使職司偵查的公務員因而能夠掌握調查犯罪的先機，而有助益偵查、追訴犯罪。

然毒品危害防制條例第17條第1項，係特別針對犯該條例第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出「毒品」來源，因而查獲其他正犯或共犯的被告，所為「特別」制定的減免其刑寬典；至於證人保護法第14條，係就同法第2條所列舉的各類犯罪（按其第1款規定「最輕本刑為3年以上有期徒刑之罪」，包含了販賣第一、二、三、四級毒品犯罪；此外第2至17款尚列舉諸多其他犯罪），而為「一般」共同的規範。前者無時間限制，理論上，祇要在其本案判決之前，即為已足；後者僅限於本案偵查中，並須事先經檢察官同意為必要（依該法施行細則第21條規定，指檢察官在該本案偵查終結之前同意，並將同意之旨，記明筆錄），可見就寬典適用而言，前者限制較少，有利證人；後者較嚴，相對不利證人。從而，當2者競合時，應優先適用毒品危害防制條例，而非遞予2次的寬減，否則將與可以1次即減至免刑的最低程度，理論上相齟齬。

原判決理由欄貳－三－(二)內，載敘：上訴人於偵查中，供出陳韋霖、吳○○為本件的共犯，因而得以查獲陳韋霖、吳○○的犯行，縱然同時合於毒品危害防制條例第17條第1項及證人保護法第14條第1項的規定，應優先適用毒品危害防制條例第17條第1項規定。經核於法並無不合。此部分上訴意

旨，依憑主觀為相異主張，顯然誤解，難認係合法的第三審上訴理由。

(三)案件有無依刑法第59條關於犯情可憫、減輕其刑規定處遇的必要，屬法院的自由裁量權，非許當事人逕憑己意，指稱法院不給此寬典，即有判決不適用法則的違法。

原判決業於理由欄貳—三—(三)內，說明：販賣第三級毒品罪的法定本刑為7年以上有期徒刑，得併科7百萬元以下罰金，上訴人依毒品危害防制條例第17條第1、2項之規定遞減其刑後，其應科之各罪最低刑度為有期徒刑1年2月（共17罪，分別均僅量處1年4月，並定應執行刑為2年，已屬輕判），依其犯罪情狀，已無情輕法重，足以引起一般人同情的情形，並不符合刑法第59條規定的要件（至於陳韋霖部分，先依毒品危害防制條例第17條第2項減刑後，應科之各罪最低刑度為3年6月，尚有情輕法重情形，再依刑法第59條遞減其刑）。經核於法並無不合，尚難謂有何違反比例及公平原則的情形，自無此部分上訴意旨所指的違法情形存在。

(四)綜上所述，應認本件上訴為不合法律上之程式，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 107 年 3 月 22 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 許 錦 印

法官 李 欽 任

法官 王 國 棟

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 27 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台非,23

【裁判日期】1070322

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台非字第23號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 姚皓中

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於臺灣高等法院花蓮分院中華民國 100 年 5 月 31 日第二審確定判決（100 年度上訴字第 9、16 號，起訴案號：臺灣花蓮地方法院檢察署 99 年度偵字第 630、2762 號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於販賣第一級毒品罪刑部分（沒收部分除外）撤銷。

姚皓中販賣第一級毒品，累犯，處有期徒刑拾貳年。

### 理 由

一、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文。又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。但因原審判決適用法條不當而撤銷者，不在此限。前項所稱之刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑，刑事訴訟法第 370 條第 1 項、第 2 項亦著有規定。二、查被告姚皓中因違反毒品危害防制條例案件，為臺灣花蓮地方法院以 99 年度訴字第 66 號、212 號判決，就意圖販賣而持有第一級毒品罪部分，判處有期徒刑 11 年；另就販賣第一級毒品部分，判處有期徒刑 12 年；有該刑事判決書在卷可稽。被

告不服上訴由臺灣高等法院花蓮分院以 100 年度上訴字第 9、16 號案審理，該院就上開部分均撤銷，就意圖販賣而持有第一級毒品罪部分，仍判處有期徒刑 11 年；惟就販賣第一級毒品部分，更改判處有期徒刑 14 年，並定應執行有期徒刑 17 年，亦有該院刑事判決書存卷足憑。惟查本件係被告上訴，該院並非因原審判決適用法條不當而撤銷，而係以被告在警詢及原審自白販賣第一級毒品，卻於獲得減刑後又翻異前供，毫無悔意，態度不佳等由，就此撤銷重判 14 年，並定應執行有期徒刑 17 年，徵諸前揭法條規定，顯有違反禁止不利益變更原則而有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾濟。」等語。

- 二、本院按刑事訴訟法第 370 條第 1 項規定：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法院判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。上開規定係指由被告上訴或為被告利益上訴，且原審判決並無適用法條不當之違法情形者，上級審於撤銷改判時，不得諭知較重於原審判決之刑，此即學理上所稱「不利益變更禁止原則」。故由被告上訴或為被告利益而上訴之案件，除合於上開但書之規定外，第二審法院如違反上開規定，而諭知較重於第一審判決之刑者，即屬違反「不利益變更禁止原則」，而有判決不適用法則之違法。本件被告姚皓中因違反毒品危害防制條例等罪案件，經臺灣花蓮地方法院以 99 年度訴字第 66、212 號判決，就被告所犯意圖販賣而持有第一級毒品罪（累犯）部分，量處有期徒刑 11 年；就被告另犯之販賣第一級毒品罪（累犯）部分，先依刑法關於累犯之規定，加重其罰金部分之法定刑，再依毒品危害防制條例第 17 條第 2

項及刑法第59條規定遞減其刑後，量處有期徒刑12年；另就被告所犯之販賣第二級毒品共2 罪，分別量處有期徒刑3年8月及有期徒刑4年；並就上開4罪所處之徒刑，合併定其應執行之刑為有期徒刑19年。被告不服提起第二審上訴（販賣第二級毒品共2 罪部分，嗣經撤回第二審上訴而確定），原審審理後，將第一審判決關於意圖販賣而持有第一級毒品及販賣第一級毒品暨定應執行刑部分均撤銷改判，就意圖販賣而持有第一級毒品罪部分，仍處有期徒刑11年；另就販賣第一級毒品罪部分，仍先依刑法關於累犯之規定，加重其罰金部分之法定刑，再依毒品危害防制條例第17條第2 項及刑法第59條規定遞減其刑後，改處有期徒刑14年，並就上開2 罪所處之主刑，定其應執行之刑為有期徒刑17年。

三、惟查：本件僅由被告提起第二審上訴，檢察官並未提起上訴，原判決就被告販賣第一級毒品部分，雖以第一審判決未就扣案之0000000000門號SIM 卡一併宣告沒收，及其事實欄未記載行動電話 1 支（含 0000000000 號SIM卡 1 張）係被告所有供販賣毒品所用之物，竟於主文及理由就該行動電話（含SIM卡）諭知沒收，以及被告於警詢及第一審審理時均自白有本件販賣第一級毒品之犯行而獲得減刑後，於原審審理時竟翻異前詞而否認此部分犯行，毫無悔意，態度不佳等為由，撤銷第一審關於此部分之科刑判決。然原判決就被告販賣第一級毒品部分，係依毒品危害防制條例第4條第1項、第17條第2項、刑法第47條第1項及第59條之規定，對被告予以論罪科刑，既與第一審判決適用之法條並無不同，自應有刑事訴訟法第370條第1項前段關於不利益變更禁止原則之適用。乃原判決就被告販賣第一級毒品部分，先依刑法關於累犯之規定，加重其罰金部分之法定刑，再依毒品危害防制條例第17



條第2項及刑法第59條規定遞減其刑後，改處有期徒刑14年，此部分顯較第一審判決所處有期徒刑12年為重，依前揭說明，自有違反不利益變更禁止原則之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原確定判決關於販賣第一級毒品罪刑部分（沒收部分除外）撤銷，另行判決如主文第2項所示，以資救濟。至原判決另適用民國105年7月1日施行前之毒品危害防制條例第18條第1項前段、第19條第1項規定宣告沒收部分，依沒收新制，係具有獨立性之法律效果，已非從刑，且非常上訴意旨亦未指摘原判決關於宣告沒收部分有何違法，自不在本院審判範圍，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，毒品危害防制條例第4條第1項、第17條第2項，刑法第11條前段、第47條第1項、第59條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 3 月 22 日  
最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲  
法官 李 錦 樑  
法官 劉 興 浪  
法官 黃 瑞 華  
法官 林 靜 芬

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 26 日

附錄論罪科刑法條：

毒品危害防治條例第4條第1項

製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣二千萬元以下罰金。

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台抗,842

【裁判日期】1070208

【裁判案由】違反懲治盜匪條例聲請再審

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

106年度台抗字第842號

抗 告 人 臺灣高等法院檢察署檢察官 黃東焄

相 對 人 即

再審聲請人 蘇炳坤

選任辯護人 尤伯祥律師

任君逸律師

劉佩瑋律師

上列抗告人因再審聲請人蘇炳坤違反懲治盜匪條例聲請再審案件，不服臺灣高等法院中華民國 106 年 9 月 19 日准予開始再審之裁定（106年度聲再字第225號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、本件相對人即再審聲請人蘇炳坤（下稱聲請人）因違反懲治盜匪條例（強劫而故意殺人未遂）案件（下稱本案），前經臺灣高等法院（下稱原審法院）75年度上重一訴字第355 號判決處有期徒刑15年，褫奪公權10年，上訴後，經本院以76年度台上字第1660號（實體）判決駁回上訴確定，乃對於本院上開確定判決，向原審法院聲請再審。

原裁定略以：(一)聲請人雖經總統對其為「罪刑之宣告為無效」的特赦，但因赦免是向將來發生效力，且與再審之規範目的與功能，皆不相同，為確保受冤抑的受刑人有請求刑事補

償的機會，自應認聲請人仍得聲請再審。(二)檢察官雖於民國104年2月6日再審新制生效施行前，曾經4次為聲請人的利益聲請再審，均遭法院駁回，但因再審新制已放寬過去司法實務有關刑事訴訟法第420條第1項第6款必須具備「新規性」與「確實性」要件的限制，將該款原規定：「因發現確實之新證據，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」修正放寬為：「因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」而依聲請人所提出之原審法院84年度上易字第881號陳榮輝（按係本案遭強盜殺人未遂的被害人）詐欺案件確定判決書（證明原確定判決所憑陳榮輝指稱警方搜獲的金飾，係其遭強盜的被害財物乙情的證言，乃屬虛偽）；81年8月4日陳文昌檢察官履勘現場筆錄（證明本案共同被告郭中雄所為如何爬牆進入盜所的警詢自白，不符合經驗法則、論理法則）；檢察官勘驗扣案金飾外觀、重量筆錄（認為顯然與陳榮輝遭強盜者不同）等新證據，加以判斷，堪認已經符合該條、項第2款、第6款及第3項所定「原確定判決所憑之證言已證明其為虛偽」，並發現新事實、新證據，足以動搖原確定判決所認定事實的基礎等要件，爰准予開始再審。

二、檢察官抗告意旨略以：(一)依赦免法第3條後段規定所為罪刑宣告無效的特赦，與經大赦相同，不但赦免其刑，並視為與未犯罪者同，僅其效力不能溯及既往，而係自赦免之時起，往後生效而已。本件聲請人原受的罪刑宣告，既經總統於89年12月10日，依憲法第40條及赦免法第3條後段規定，給予特赦，即歸無效而消滅，對之聲請再審，此情於我國，尚不曾見，但參照日本實務見解，當認「即屬不具理由」。(二)縱

然國內、外學者，有「贊成」再審的聲請，不因赦免而受影響者，但此於「情」上，雖可如此主張，然而除非法律有明文規定，否則，在「法」上，仍屬不可行。盱衡目前我國「法律」，並無「再審之聲請，不因赦免而受影響」的明文規定，則原遭認定有罪而判決所宣處之罪刑，既因特赦歸於無效，聲請再審之標的，即失所依附，理論上，豈能對於已經不存在之訴訟標的，聲請再審？(三)退一步言，本件檢察官先前曾為聲請人的利益，4次聲請再審，均經原審法院認為無再審理由（按其實亦有以「不合法」為由駁回者），予以裁定駁回，抗告後，復經最高法院駁回而告確定。稽諸歷次聲請再審所為主張內容及裁定駁回理由，顯然本次原審據以裁定准予開始再審之上揭「原審法院84年度上易字第881號陳榮輝詐欺案件確定判決、81年8月4日陳文昌檢察官履勘現場筆錄、檢察官勘驗扣案金飾外觀、重量」筆錄等證據資料，均經審查，認為「無理由」，予以駁回；且上情既非刑事訴訟法施行法第7條之8第1項所謂「經法院專以非屬事實審法院於判決前因未發現而不及調查斟酌之新證據」，自仍應回歸適用刑事訴訟法第434條第2項規定，亦即不得更以同一原因，聲請再審。詎原裁定持相反態度，當非適法，爰請將原裁定撤銷，更為適當的裁定等語。

### 三、惟按：

(一)對於有罪確定判決聲請再審的救濟制度，和總統予以特赦的救濟制度，並不互相排斥，而可併存：

特赦，顧名思義，乃特別赦免，係針對「個案」，從政治上考量，特別予以寬免罪罰，依憲法第40條規定，專屬總統特權。實際運作上，赦免係以行政權的作用，變更了司法權的結果，目的當在於衡平刑罰的嚴苛及救濟司法無法自行糾正

的錯誤。至於再審制度之設，係承認法官是人、不是神，不免偶因證據等因素而判斷、認定事實錯誤，當予糾正、救濟。其中，對有罪確定判決的聲請再審，乃有聲請再審權人，以確定有罪判決所認定的事實不當，作為理由，請求原審的法院，重新審判，撤銷或變更原確定判決的救濟方法。兩者同屬對於有罪確定判決的非常救濟手段，本質上，既都以受判決人的利益為目標，則基於公部門對於人民權益保障多多益善的法理，該2 制度自應屬於併存、互補的關係，而不相互排斥。

依司法院釋字第283號解釋，總統依憲法第40 條及赦免法第3條後段規定，所為罪刑宣告無效之特赦，對於已執行之刑，不生溯及既往之效力。可見該特赦，係向「將來」（非「過去」）發生效力，且只限於「罪」、「刑」宣告無效。然則，法院認定有罪的判決，係以「主文」、「事實」及「理由」3項構成，觀諸刑事訴訟法第308條規定即明，上揭特赦效力，卻僅止於就「主文」乙項之罪、刑宣告，有所宣示（無效），而對於該確定判決所認定犯罪的「事實」與「理由」2 項，既無宣告，故於理論上，當是依然存在，此亦為一般國民於認知和法律感情上，多偏向認為受判決人雖經赦免，但其實隱然仍屬有罪（已執行之刑，不受影響），而非真正等同於「清清白白」的無罪。

衡諸刑事訴訟法第420 條關於為受判決人之利益而聲請再審的規定，不僅無聲請期間、次數的限制，即使於刑罰執行完畢或已不受執行時，仍得為之（第423 條），甚至於受判決人已死亡之情形，猶許其配偶或直系血親等親屬聲請再審（第427條第4款），在在彰顯係對於「誤判零容忍」的堅持與救濟。而有罪之判決確定後，經由開始再審，依其審級之通

常程序，更為審判，若改獲無罪判決確定，不僅應依同法第440條規定，將該無罪判決書刊登公報或其他報紙，以回復受判決人之名譽（參諸「二二八事件處理及賠償條例」第6條、「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」第4條，均將「回復名譽」專定為賠、補償標的，同徵其意義特殊與重要性）；如有先前曾受羈押、刑罰之執行情形，甚至可依刑事補償法第1條規定，請求國家補償，而此等附隨效果，卻非僅宣告罪刑無效之特赦，所能展現、達成。何況，就邏輯上言，未經赦免的受判決人，於有罪判決確定後，既得隨時為自己之利益聲請再審，毫無限制，則豈有因獲得了強化個案救濟的特赦，反而不得聲請再審之理，益見2種制度互斥、不相容之主張，有其缺陷、不夠周延，未完全把握赦免制度設計的本旨。

政府施政，雖不宜媚俗，但仍應以呼應人民的感受，作為重要指針之一。當一個自認無辜的人，受有罪判決確定，並遭執行刑罰，縱經總統特赦宣告其罪刑無效，仍不斷控訴、高喊「總統（特赦）還我清白，司法沒還我清白」，可見心中未平，特赦猶不能消弭其怨。況且特赦既不免帶有濃厚恩惠的政治性質，赦與不赦之間，並無任何客觀標準；而再審則是法律正當途徑，准許受判決人在特赦後聲請再審，非但不違人性，且與大眾的「正義感情」相契合，更是保障人民訴訟權的具體實踐，自無所謂可能會滋生「司法對於總統高權行使的特赦，再加以進行審查，恐屬違憲」的疑慮。

檢察官抗告意旨，雖謂日本實務見解，認為經特赦後，若復聲請再審，應認其「不具理由」等語，但既未提出相關資料供參，且與本院行「專家諮詢」所得日本實務及多數學說見解，恰恰相反；美國亦採2種制度併行、不互斥的作法，西

元2017年，加州Craig Richard Coley 被訴謀殺案，經判罪確定、監禁近40 年，因DNA鑑定證明其非真正兇手，不但州長發布特赦令，法院更連下2 裁定，除撤銷原有罪判決外，並宣告其「真實無辜」；德國則認為因特赦的效力，主要在於構成一個「執行障礙事由」而已，亦即，原確定判決所定的制裁效果，將不再或繼續予以執行，但既無回復名譽與冤獄賠償的效果，故如受判決人認為其所受之原有罪確定判決，因事實認定嚴重錯誤，或是經歐洲人權法院確認有違歐洲人權公約者，同准為受判決人之利益，聲請再審。上揭3 國作法，足供我國參考。

吾人相信：設立國家，組織各種機關，其目的就是要建立一個具有良好秩序、追求公益、符合正義的社會，以保障人民的合法權益。所以，如果有人無辜、蒙冤、受屈，國家當盡一切力量，給予救濟，係現代文化進步、法治昌明國家應有的基本理念。而法院作為國家司法機關，自應懷於「保障民權乃司法之天職」的認知，積極承擔審判職責，以貫徹保障人民權益的本旨。既然受特赦之受判決人，對於其先前受有罪判決確定，仍感冤抑，出於「在哪裡跌倒，就從那裡站起」的心願，依循司法再審途徑請求救濟，法院沒有理由將之拒於門外，倘符合再審所定法律要件，准予再審，即不失為釜底抽薪、一勞永逸的解決方式。至於准予開始再審後，依通常程序更為審判，法院究竟得為如何之判決，係屬另一問題，不在本裁定中論述，但於本院行專家諮詢中，已列為研究事項，各家表述、記錄在卷，併此敘明。

原審本於上揭理念，於其裁定理由肆內，詳細剖析：赦免權雖然是刑事訴訟法上再審、非常上訴以外，具有改變原司法確定判決的第3 種非常救濟程序，但赦免與再審的規範目的



與功能，既不相同，且聲請人縱然曾經總統於89年12月10日，考量其可能受有冤抑，而為其「罪刑之宣告為無效」的特赦，但此特赦令並無溯及效力，聲請人自認其仍是遭司法誤判而蒙冤的「有罪之身」，尋求透過再審程序平反，以便註銷前科紀錄、重拾清白、回復名譽，並向國家請求刑事補償，客觀上當認其具有利用再審制度救濟的實益等旨。經核於法、於理、於情，均無不合。

此部分檢察官抗告意旨，容有誤解。

- (二)聲請人所提出的聲請事證，符合准許開始再審新規定要件：有罪之判決確定後，為受判決人之利益聲請再審，而以原判決所憑之證言已證明其為虛偽，作為原因者，此項證明，祇須提出該虛偽之事（含證言），業經判決（有罪）確定為已足；又因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者，也得聲請再審；上揭所稱新事實或新證據，係指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據，觀諸104年2月4日修正公布，於同年月6日施行之刑事訴訟法第420條第1項第2款、第6款、第2項及第3項規定甚明。揆其修正意旨，乃放寬聲請再審的條件限制，承認「罪證有疑、利歸被告」原則，並非祇存在於法院一般審判之中，而是於判刑確定後之聲請再審，仍有適用；亦即，只要事證具有明確性（確實性），不管其出現係在判決確定之前或之後，亦無論係單獨，或結合先前已經存在卷內的各項證據資料，予以綜合判斷，若因此對於原確定判決所認定的事實，能夠產生合理懷疑，並相信有足以動搖原確定判決，而為有利受判決人之判決蓋然性者，則為受判決人之利益，即得聲請再審。換言之，各項新

、舊證據綜合判斷結果，基於合理、正當的理由，懷疑原已確認的犯罪事實並不完全實在，可能影響判決的結果或本旨，就為已足，無需達到毫無疑問的確信程度。至於新事實、新證據實質的證據力（或稱證明力）如何，單獨或與其他證據綜合判斷後，能否獲得受判決人有利的判決，則有待於開始再審後的審判程序，予以處理，此徵諸同法第436 條規定「開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序，更為審判」，即可明瞭。本件聲請再審，既係於前開規定修正施行後，則依程序從新的大原則，自應適用修正後之刑事訴訟法第420條新制規定。

原裁定業於其理由伍內，指出：本案確定後，檢察官雖曾於104年2月6日再審新制施行之前，4次為聲請人的利益聲請再審，並以81年8月4日陳文昌檢察官履勘現場筆錄、84年度上易字第881號陳榮輝成立詐欺罪判決書，作為聲請再審的事由，均經原審法院認為無理由（或不合法），駁回再審的聲請；而聲請人自己據以提出本件聲請再審的4 個新事證中，雖然同樣包括上揭2 項證據，但依照再審新制上揭修正的說明，原確定判決據為認定事實基礎之共犯郭中雄，所稱其自金瑞珍銀樓（盜所）後方空房4樓，攀爬至該銀樓5樓的作案入侵路線，對照81年8月4日陳文昌檢察官履勘現場筆錄觀之，顯示兩者高度相差懸殊（按實際丈量高度達550公分），郭中雄（按身高不滿160 公分）難以攀爬，足以懷疑郭中雄上揭所述與事實不符；而原審法院84年度上易字第881 號陳榮輝詐欺案件確定判決書，已確認陳榮輝明知員警於寶興銀樓（按係郭中雄出售其所謂「劫得金飾」的處所）起出的扣案金飾，並不是陳榮輝被強劫之財物，陳榮輝卻向員警詐稱為其所有，予以指認、具領，該當詐欺罪確定；又檢察官勘

驗扣案金項鍊約9錢8分、金手鐲約4錢5分3釐（無花環空洞）筆錄，核與陳榮輝被劫當日手寫的損失清單中，金手鐲部分記載：「手鐲（機刻花環）8只（每只約莫5錢重）」，金項鍊部分，雖有多項，但重量都未超過5錢等情不合，均足以推翻扣案金飾確屬陳榮輝所經營之金瑞珍銀樓，被劫贓物的認定，而動搖原確定判決所認定的犯罪事實正確性，亦符合「原判決所憑之證言已證明其為虛偽」的再審要件。綜合上情，聲請人提出上揭事證，經與原確定判決據以認定聲請人構成強劫而故意殺人未遂罪的舊證據，綜合判斷結果，確實有足以推翻原確定判決所認定事實的高度可能性，應認符合刑事訴訟法第420條第1項第2款、第6款及第3項再審新制要件，聲請再審意旨所為主張，為有理由，爰准予開始再審等旨。經核於法並無違誤。此部分檢察官抗告意旨，猶憑已見，再事爭辯，當認為無理由。

綜上所述，應認本件檢察官之抗告為無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第412條，裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 2 月 8 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 許 錦 印

法官 李 欽 任

法官 王 國 棟

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 2 月 12 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台抗,123

【裁判日期】1070307

【裁判案由】違反毒品危害防制條例等罪聲明異議

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

107年度台抗字第123號

再抗告人 邱欽棋

上列再抗告人因違反毒品危害防制條例等罪聲明異議案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年12月29 日駁回抗告之裁定（106年度抗字第821號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

再抗告駁回。

理 由

一、按裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。數罪併罰，有二裁判以上者，依第51條規定，定其應執行之刑，刑法第50條第 1 項前段、第53條定有明文。於被告一再犯罪，經受諸多科刑判決確定之情形，上開所謂裁判確定，係指首先確定之科刑判決而言，亦即以該首先判刑確定之日為基準，在該確定日期之前所犯各罪，應依刑法第51條規定，定其應執行之刑，在該確定日期之後所犯者，即無與之前所犯者合併定執行刑之餘地，惟倘與他罪另符合數罪併罰者，仍得依前述法則處理。數罪併罰定應執行之刑，既有上揭基準可循，自無許任擇其中最為有利或不利於受刑人之數罪，合併定其應執行刑之理。又鑑於數罪併罰規定未設限制，造成併罰範圍於事後不斷擴大有違法安定性，為明確數罪併罰適用範圍，並避免不得易科罰金之罪與得易科罰金之罪合併，造成得易科罰金之罪無法單獨易科罰金，罪責失衡，不利於受刑人，立法者

固於民國102年1月23日修正公布刑法第50條（同年月25日生效），增訂第1項但書及第2項，規定對於確定判決前所犯數罪有該條第1項但書各款所列情形，除受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者外，不得併合處罰。然依刑法第2條第1項係關於行為後法律變更者，就行為時及裁判時之法律比較適用之準據法規定，僅於被告行為後法律有變更，法院為裁判時，始有適用；倘法院「裁判確定後」，縱法律變更，檢察官於指揮執行時，除立法者另以法律規定而有例外情形，如刑法第2條第3項、刑法施行法第6條之1等情形，應從其規定外，仍應按原確定裁判主文及所適用之法律執行，並不生所謂新舊法比較適用，或是否依新法規定執行之問題。況依法律規範之目的以觀，刑法第50條之規定，乃在受刑人有數罪併罰之情形，依刑法第51條規定定其應執行刑，資以確認受刑人（併合處罰）刑罰之範圍，是故倘法院對受刑人定應執行刑之裁定業已確定，甚且已執行完畢之情形，刑罰之目的既已完成，自無再主張適用修正後刑法第50條規定，請求重定應執行刑或請求易科罰金之罪易科罰金之餘地。

二、本件原裁定略以：再抗告人所犯如第一審裁定附表（下稱附表）一、二所列之罪，其首先確定之科刑判決，為附表一編號1所示之罪，確定日期為92年3月31日，徵諸前揭說明，自應以該首先判刑確定之日即92年3月31日為基準，凡在該日期之前所犯各罪（即如附表一編號2所示之罪），應依刑法第51條第5款規定，定其應執行之刑，而非謂因其業已執行完畢，即非屬本件首先裁判確定之罪；至在該日期後所犯餘罪（即如附表二所示之各罪），自均不得與之前所犯者合併定執行刑，僅得依前述法則處理，另合併定其應執行刑。又附表一編號1所示之原確定判決係判處有期徒刑8月（非屬得

易科罰金之刑），嗣因該犯行符合中華民國九十六年罪犯減刑條例之規定，經同法院以99年度聲減字第43號裁定減為有期徒刑4月，並依法諭知易科罰金之折算標準，經與附表一編號2所示之罪定應執行有期徒刑8年6月後，即全部不適用易科罰金之規定，係法院適用裁判時法律之結果，自非檢察官所得自由裁量。況附表一、二所示各罪，前已分別經臺灣臺中地方法院99年度聲減字第43號及原審法院99年度聲字第1608號刑事裁定，分別定應執行有期徒刑8年8月、24年確定，自不得割裂所定應執行刑，擇取其中部分之罪更與他罪合併定執行刑，亦即無再就附表一編號2所示之罪與附表二所犯各罪更合併定執行刑之餘地，復不因裁定確定後刑法第50條修正，即可追溯否定原裁定之實質確定力。是檢察官據前開定應執行刑之確定裁定，分別核發執行指揮書指揮接續執行，無從將該併合處罰之應執行之刑期予以割裂執行，亦屬適用裁判時之數罪併罰規定之法律上效果，尚非檢察官執行之指揮有所違法或執行方法有所不當。則檢察官否准再抗告人具狀聲請撤銷如附表一所示案件之執行指揮書，自屬於法有據。第一審裁定認為再抗告人以上述檢察官執行之指揮為不當，聲明異議，為無理由，予以駁回，並無不合。抗告意旨以刑法第50條既已修正，不得易科罰金之罪與得易科罰金之罪合併，繫乎受刑人之請求與否，補足原法條之不足，自應採用有利於受刑人之規定更定應執行刑。本件伊從未就附表一編號1、2所列二罪聲請合併定應執行刑，第一審法院裁定合併定刑，於法未合，檢察官據此核發之執行指揮書，自失所附麗。是附表一編號1、2所列二罪應分開單獨執行，則附表一編號2與附表二所示各罪即符合數罪併罰之規定，應予合併另定應執行刑云云，指摘第一審駁回聲明異議之裁

定違法、不當，為無理由，應予駁回等語。於法核無不合。

三、經查原裁定已載敘如何認為本件應無修正後刑法第50條規定之適用，再抗告人就附表一編號1 所示之罪刑，請求准予易科罰金及重定應執行刑，於法無據，而否准再抗告人聲請撤銷該執行指揮書，並無違法或不當之理由，經核並無不當。再抗告意旨猶執陳詞，徒憑己見，對於原裁定已說明、指駁之事項，再為爭執，尚非可採，其再抗告為無理由，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 107 年 3 月 7 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 梁 宏 哲

法官 吳 進 發

法官 沈 揚 仁

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 9 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台抗,169

【裁判日期】1070321

【裁判案由】強盜聲請再審

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

107年度台抗字第169號

抗 告 人 傅永盛

上列抗告人因強盜案件，不服臺灣高等法院中華民國107年1月12日駁回聲請再審之裁定（106年度聲再字第342號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷，由臺灣高等法院更為裁定。

理 由

按再審管轄法院對於再審之聲請，應審查其聲請是否合法及有無理由。所謂合法與否，係審查其再審之聲請是否違背程序之規定；所謂有無理由，則係依再審聲請人之主張就實質上再審原因之存否予以審查。若認再審之聲請程序違背規定而不合法，或雖合法，但實質上所主張之再審原因並不存在者，雖均應裁定駁回之，但前者係依刑事訴訟法第433 條規定，以聲請程序不合法駁回，後者則依同法第434 條規定，以聲請無理由予以駁回，二者之法律適用有別。又聲請再審之程式，刑事訴訟法第429 條固規定應以再審書狀敘述理由，附具原判決之繕本及證據，提出於管轄法院為之。惟此之所謂「證據」，祇須指出足以證明所述再審原因存在之證據方法或證據資料，供管轄法院調查，即足認符合聲請之法定程式，特別是無律師協助維護聲請人訴訟上權益之情形，如已於其再審書狀敘述理由，具體指明特定卷存證據資料之實際內容，敘明其出處，應認已依上開規定附具所欲證明再審原因



存在之證據。至於其所提出之證據能否證明所主張之再審原因確實存在，應屬再審聲請有無理由之範疇，不能遽以聲請人未檢具該等資料，即以其聲請再審之程序違背規定為由，裁定駁回。本件抗告人傅永盛因強盜案件，於原審聲請再審，其聲請意旨已指明：檢察官偵查訊問抗告人時，已當庭勘驗抗告人身上傷勢，抗告人頭部及右膝均無新傷，走路也未一跛一跛，胸部亦無被手肘撞擊疼痛等情形，有檢察官勘驗筆錄附於臺灣新竹地方法院檢察處77年度偵字第2604號卷(一)第28頁、第29頁可證，此為對抗告人有利之新證據等語，顯已指陳其欲證明再審原因存在之證據資料。原裁定不察，逕以：聲請再審意旨就其憑為新證據之檢察官偵查勘驗結果，僅說明出處，並未檢附該證據資料，認其聲請與法定程式不符，而依刑事訴訟法第433條規定，以其聲請為不合法為由，裁定駁回抗告人再審之聲請，自有未當。抗告意旨雖未指摘及此，惟此為本院得依職權調查之事項，應由本院將原裁定撤銷，由原審法院更為適法之裁定。又原審78年度上更(一)字第291號判決上訴後，經本院79年度台上字第561號判決以其上訴無理由，從實體上駁回上訴確定，是前述聲請本旨所示原確定判決應係本院79年度台上字第561號（原裁定誤為原審78年度上更(一)字第291號）判決，惟本件對於在第三審確定之判決聲請再審，並非以參與該判決之本院法官有第420條第1項第5款情形為原因，依刑事訴訟法第426條第3項規定，仍由第二審法院管轄，附此說明。

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 107 年 3 月 21 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 李 英 勇

法官 何 信 慶

法官 林 立 華

法官 朱 瑞 娟

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 22 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台抗,209

【裁判日期】1070307

【裁判案由】加重重利等罪聲明異議

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

107年度台抗字第209號

再 抗 告 人 陳振德

選任辯護人 林湘清律師

江信賢律師

蔡麗珠律師

上列再抗告人因加重重利等罪聲明異議案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國 106 年 12 月 29 日裁定（106 年度抗字第 346 號），提起再抗告，本院裁定如下：

### 主 文

原裁定撤銷，應由臺灣高等法院臺南分院更為裁定。

### 理 由

一、本件原裁定認為再抗告人陳振德對於臺灣臺南地方法院檢察署民國 106 年 11 月 8 日 106 年度執字第 9427 號檢察官執行傳票命令聲明異議案件，該執行傳票命令僅係踐行刑事訴訟法第 469 條第 1 項所規定刑罰執行前之傳喚程序，檢察官尚未核發執行指揮書令再抗告人入監服刑，自無所謂檢察官執行指揮不當之情事，而再抗告人聲明異議意旨係就實體事項而為爭執，並非聲明異議程序所得審究，乃撤銷第一審實體上之裁定，改從程序駁回再抗告人之聲明異議，固非無見。

二、惟按：

（一）受刑人以檢察官執行之指揮為不當者，得向諭知該裁判之法院聲明異議，刑事訴訟法第 484 條定有明文。而此所稱「檢

察官執行之指揮不當」，係指就刑之執行或其方法違背法令，或雖非違法而因處置失當，致受刑人蒙受重大不利益者而言。而是否屬檢察官執行之指揮，得為聲明異議之標的，應從檢察官所為之實質內容觀察，不應侷限於已核發執行指揮書之情形。又同法第469條第1項「受死刑、徒刑或拘役之諭知，而未經羈押者，檢察官於執行時，應傳喚之；傳喚不到，應行拘提」之規定，固屬刑罰執行前之先行程序。惟檢察官就得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑或拘役執行之案件，若於傳喚受刑人之傳票上註明該受刑人不得易科罰金或不得易服社會勞動之旨，應認檢察官實質上已為否定該受刑人得受易刑處分利益之指揮命令，該部分之記載，自得為聲明異議之標的，不受檢察官尚未製作執行指揮書之影響。

(二)依刑法第41條第1項及刑事訴訟法第457條等規定，得易科罰金之案件，法院裁判所諭知者，僅易科罰金折算之標準，至是否不准易科罰金，係由執行檢察官依刑法第41條第1項但書規定，審酌受刑人是否有因易科罰金，「難收矯正之效或難以維持法秩序」之例外情形，而為決定。所謂「難收矯正之效」及「難以維持法秩序」，乃指執行檢察官依具體個案，經考量犯罪特性、情節及受刑人個人特殊事由等事項後，綜合評價、權衡之結果。此一評價、權衡結果，固屬檢察官裁量權之範疇，惟仍須以其裁量權行使之程序無明顯瑕疵為前提。是就受刑人對於檢察官否准易科罰金之相關命令聲明異議案件，法院應先審查檢察官所踐行之否准程序有無明顯瑕疵，而後始有審查檢察官所審酌之事項有無錯誤，有無與刑法第41條第1項但書所定之裁量要件欠缺合理關連性之情事，所為之裁量有無超越法律授權範圍等實體事項之問題。其中犯罪特性、情節等事項，固得事先依確定之卷內資料予

以審查，惟受刑人個人特殊事由等事項，則須在給予受刑人有向執行檢察官表示（包括言詞或書面）其個人特殊事由之機會之情況下（包含在檢察官未傳喚受刑人，或已傳喚受刑人但受刑人尚未到案前，受刑人先行提出易科罰金聲請之情形），檢察官始能對受刑人是否有個人之特殊事由及其事由為何，一併予以衡酌；若檢察官未給予受刑人表示有無個人特殊事由之機會，即遽為不准易科罰金之執行命令，其所為否准之程序，自有明顯瑕疵，即屬執行之指揮不當。至於執行檢察官於給予受刑人表示其個人特殊事由之機會，經審酌上述包括受刑人個人特殊事由在內之事項，並綜合評價、權衡後，仍認受刑人有刑法第41條第1項但書所定之情形，而為否准受刑人易科罰金之執行命令，始為檢察官裁量權之行使，與上述程序瑕疵，為不同層次之問題，不可不辨。

三、經查：再抗告人因犯加重重利等罪，經第一審法院以106 年度訴字第537號判決判處有期徒刑2月（42罪）、3月（7罪）、4月、6月，並定應執行有期徒刑2年，及諭知如易科罰金，以新臺幣1千元折算1日確定後，經移送臺灣臺南地方法院檢察署執行，該署以再抗告人有「數罪併罰+4罪以上故意犯罪而受有期徒刑之宣告（犯51罪）」之情形，符合「因不執行所宣告之刑，難收矯正之效或難以維持法秩序」之事由，不准再抗告人易服社會勞動；又以「受刑人自102年迄104年間共51罪，其對象均為外籍人士，趁外籍勞工離鄉背景，需款孔急時，以顯不相當之重利放款，而於渠等無力還款時，以暴力或恐嚇脅迫手段強行使借款人還款，其惡性重大，獲利甚豐，期間甚長，對社會秩序危害非輕，次數高達51次，雖原判決諭知易科罰金標準，然若准予易科罰金，則顯係以金錢解決徒刑矯正之效，難達矯正效果，亦無法維護法秩

序」等由，不准再抗告人易科罰金，並於執行傳票備註欄附註：「本件因危害社會秩序甚鉅，經核為不准易服社會勞動及不准易科罰金，應入監執行2年」後，於106年11月8日寄發傳票通知再抗告人於同年月28日下午2時到案入監執行原確定判決宣告之有期徒刑2年，有臺灣臺南地方法院檢察署易服社會勞動審查表、聲請易科罰金案件審核表、刑事執行案件進行單及再抗告人所提出上開註明「不准易科罰金及易服社會勞動」之執行傳票命令各1件附卷可參。則依前揭說明，本件執行檢察官就得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑之執行，於傳喚再抗告人之傳票上註明不得易科罰金或不得易服社會勞動之旨，實質上已為否定再抗告人得受易刑處分利益之指揮命令，該部分之記載，自得為聲明異議之標的，不受檢察官尚未製作執行指揮書之影響。乃原裁定認此非聲明異議程序所得審究之事項，已有違誤。又上開傳票命令寄出前，或寄出後但再抗告人尚未到案前，檢察官是否有給予再抗告人提出易科罰金、易服社會勞動之聲請，或再抗告人是否已主動聲請易科罰金、易服社會勞動，並經檢察官對再抗告人其個人特殊事由及其事由為何等事項一併予以衡酌後，始為上開傳票備註欄之記載，原審就此等攸關上開執行傳票備註欄記載之執行命令指揮程序，是否完備各情，均未予詳查、審酌，而以再抗告人所執非屬得為聲明異議之標的，從程序上遽行裁定駁回，自難謂妥適。再抗告意旨指摘原裁定不當，非無理由，應將原裁定撤銷，由原審法院另為適法之裁定。

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 107 年 3 月 7 日  
最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲  
法官 呂 丹 玉  
法官 梁 宏 哲  
法官 沈 揚 仁  
法官 吳 進 發

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 3 月 13 日