

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 2790 號..... | 3 |
| 二、106 年度台上字第 2862 號..... | 3 |
| 三、106 年度台上字第 3111 號..... | 5 |
| 四、106 年度台上字第 3202 號..... | 7 |
| 五、106 年度台上字第 3780 號..... | 9 |
| 六、107 年度台上字第 2085 號..... | 10 |
| 七、107 年度台上字第 2797 號..... | 11 |
| 八、107 年度台上字第 2958 號..... | 15 |
| 九、107 年度台上字第 3038 號..... | 17 |
| 十、107 年度台上字第 3182 號..... | 19 |
| 十一、107 年度台上字第 3183 號..... | 21 |
| 十二、107 年度台上字第 3348 號..... | 22 |
| 十三、107 年度台上字第 3415 號..... | 23 |
| 十四、107 年度台上字第 3416 號..... | 24 |
| 十五、107 年度台上字第 3428 號..... | 26 |
| 十六、107 年度台上字第 3466 號..... | 27 |
| 十七、107 年度台上字第 3589 號..... | 28 |
| 十八、107 年度台非字第 142 號..... | 29 |
| 十九、107 年度台抗字第 770 號..... | 31 |
| 二十、107 年度台抗字第 891 號..... | 32 |

裁判全文

| | |
|------------------------|----|
| 106 年度台上字第 2790 號..... | 35 |
|------------------------|----|

| | |
|------------------------|-----|
| 106 年度台上字第 2862 號..... | 41 |
| 106 年度台上字第 3111 號..... | 45 |
| 106 年度台上字第 3202 號..... | 63 |
| 106 年度台上字第 3780 號..... | 66 |
| 107 年度台上字第 2085 號..... | 70 |
| 107 年度台上字第 2797 號..... | 75 |
| 107 年度台上字第 2958 號..... | 90 |
| 107 年度台上字第 3038 號..... | 99 |
| 107 年度台上字第 3182 號..... | 103 |
| 107 年度台上字第 3183 號..... | 110 |
| 107 年度台上字第 3348 號..... | 117 |
| 107 年度台上字第 3415 號..... | 122 |
| 107 年度台上字第 3416 號..... | 125 |
| 107 年度台上字第 3428 號..... | 129 |
| 107 年度台上字第 3466 號..... | 133 |
| 107 年度台上字第 3589 號..... | 134 |
| 107 年度台非字第 142 號..... | 139 |
| 107 年度台抗字第 770 號..... | 143 |
| 107 年度台抗字第 891 號..... | 145 |

一、106 年度台上字第 2790 號（判決書全文）

（一）竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫者，依刑法第 329 條之規定，應以強盜論。其所謂之「當場」應包括行為人於犯罪實行中，或甫結束但仍處於未能確定全部犯罪成員已然脫免逮捕，其因而接續施以強暴脅迫之行為仍與其原先犯行及盜所現場緊接，有時空之密接不可分之情形而言；再所謂「脫免逮捕」，非僅指脫免逮捕施行強暴脅迫之行為人本身，亦指為避免共犯之遭受逮捕之情事。

（二）依原判決認定之事實及其論述之理由，謝○林等 4 人與黃○鑫基於共同加重竊盜之犯意聯絡，攜帶兇器，著手竊取被害人車內之財物，雖已得手即為被害人發覺，且黃○鑫亦經被害人壓制在現場，謝○林等 4 人甫行逃離盜所，為營救黃○鑫，旋再返回現場，持槍（未扣案，無證據顯示具有殺傷力）指向郭○君，要求釋放未離開盜所之黃○鑫，而施以強暴，乃為脫免共同正犯黃○鑫之受逮捕。此時，共同竊盜之黃○鑫因無與謝○林等 4 人共同對被害人施強暴之犯意聯絡，固僅成立結夥 3 人以上攜帶兇器竊盜罪，但原判決認定謝○林等 4 人應該當於加重準強盜之構成要件，並無謝○林、黃○庭上訴意旨所指適用法則不當之違誤。

參考法條：刑法第 329 條。

二、106 年度台上字第 2862 號（判決書全文）

(一) 刑法明文處罰公務員各種包庇他人犯罪之行為，所指「包庇」，即包攬庇護之意，固與單純不舉發之消極縱容有別，而須有積極掩蔽庇護之行為，始能成立，其本質上仍屬他人犯罪之幫助犯，僅因法律明文處罰始獨立成罪，是舉凡一切藉其勢力，提供庇護，以利他人犯罪進行或使犯罪不易被人發覺，而助益他人犯罪完成之積極行為，概皆屬之。又依警察勤務條例第11條規定，警察執行勤務，其方式包括勤區查察、巡邏、臨檢、守望、值班與備勤，其目的係為達成取締、檢肅、查緝等法定任務，維護社會治安，是各級勤務機構因應治安之需求所規畫之勤務內容，包括如何指派人員、運用與組合警力、積極採取甚或消極不採取上開任一勤務執行方式等，均攸關上開任務目的能否圓滿達成，故透露警察之勤務計畫，不論其既定內容係積極作為或消極不作為，均足以影響取締效果。從而為使他人得以規避查緝，趁隙進行犯罪，而告知警察勤務，既已為告知之積極行為，且有助益他人犯罪之完成，即屬包庇，要不因其所告知之內容係積極作為或消極不作為，而有不同。又公務員藉其勢力，利用職權機會或身分，提供庇護，以利他人犯罪進行或使犯罪不易被人發覺，而助益他人犯罪完成之積極行為即屬包庇行為，不以其包庇對象為其主管或監督之事務權責範圍內為限。

(二) 本件上訴人於100年2月間行為時，擔任桃園縣政府（現改制為桃園市政府）警察局八德分局警備隊隊員，明知勤務內容、執行時間，均與國家事務或公共利

益有深切之利害關係，均屬應維護之秘密，不得洩漏，以免助長犯罪，竟將員警即將出勤之訊息告知賭場業者呂○濱，使之得以預先防範，所為業已實際提供庇護而助益他人犯罪之完成，自屬積極之包庇行為。縱上訴人非主管排定或執行該等勤務計畫內容之人，亦未必實際知悉勤務計畫及內容，惟員警何時外出執行勤務，本非一般人均可輕易知悉之消息，仍屬於應秘密之消息，不得洩漏。上訴人將員警集結、即將進行非例行性專案勤務之訊息洩漏予呂○濱，使之得以事先知悉而有所防備、規避查緝，顯係以積極行為排除犯罪阻力，使呂○濱就其犯行防免事跡敗露，自當屬積極包庇賭博之行為。

參考法條：刑法第 132 條第 1 項、第 270 條、第 268 條、第 55 條。

警察勤務條例第 11 條。

三、106 年度台上字第 3111 號（判決書全文）

（一）刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之業務文書，除依文書本身之外觀判斷是否出於通常業務過程之繼續性、機械性而為準確之記載外，因其內容可能含有其他陳述在內，在特別可信之情況擔保要求下，其製作者之證言等自非不可作為判斷之資料。查證交所依證券交易法授權訂定之實施股市監視制度辦法等相關規定，於證券交易集中市場，就每日交易時間內，於盤中、盤後分析股票等有價證券之交易情形、結算等資料，執行線上監視與離線監視系統，進行觀察、調查、追

蹤及簽報等工作，此等依監視系統事先設定處理方式之「程式性決策」所製作之監視報告（即交易分析意見書），其中有關股票交易紀錄之記載，既係出於營業之需要而日常性為機械連續記載，具有不間斷、有規律而準確之特徵，應無疑問，其中依據股票交易紀錄異常所為之分析意見，如經製作者在審判庭具結陳述係據實製作，應認已有其他特別可信之情況為擔保，既與股票之交易紀錄合一構成法律上規定製作之業務文書之一部，允許其具有證據能力，應不違背刑事訴訟法上開規定之本旨。至於分析意見是否可採，則屬於證據如何調查及證明力之問題。本件卷附各版本之交易分析意見書，所載投資人姓名、買進賣出股數、占市場比例、金額等交易紀錄，係從事業務之人依電腦作業予以記錄，誤差機會甚小，而該分析意見書之製作人周○、王○珠、郭○霖皆以證人身分具結證述並受詰問，則原審認上開分析意見書有證據能力，按之刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之規定，不能指係違法。

- （二）共同正犯犯罪所得之沒收、追徵，應就各人所分得之數為之。所謂各人「所分得」之數，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言。因此，若共同正犯各成員內部間，對於犯罪所得分配明確時，應依各人實際所得宣告沒收；若共同正犯對犯罪所得無處分權限，與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知沒收；然若共同正犯對於犯罪所得享有共同處分權限時，如彼此間分配狀況未臻具體或明確，自

應負共同沒收之責。所稱負共同沒收之責，參照民法第 271 條「數人負同一債務，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔之」，民事訴訟法第 85 條第 1 項前段「共同訴訟人，按其人數，平均分擔訴訟費用」等規定之法理，即係平均分擔之意。

參考法條：刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款。

刑法第 38 條之 1 第 1 項。

四、106 年度台上字第 3202 號（判決書全文）

- （一）94 年 2 月 5 日公布施行之原住民族基本法，揭示落實保障原住民族基本權，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，其中第 19 條第 1 項第 1 款、第 2 項明定原住民基於傳統文化、祭儀得在原住民族地區依法從事獵捕「野生動物」之非營利行為，並未將保育類野生動物排除在外。又野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項於 93 年 2 月 4 日自第 21 條第 5 款移列而單獨立法，亦明定臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕「野生動物」之必要者，不受同法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制，用以特別保護原住民族之傳統獵捕文化。其第 2 項並規定「前項獵捕、宰殺或利用『野生動物』之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」。主管機關行政院農業委員會，因而會

同原住民族委員會，基於上開野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項之授權，於 101 年 6 月 6 日訂頒「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其中第 6 條第 2 項，關於原住民族基於傳統文化及祭儀需要，而獵捕、宰殺、利用野生動物之種類，除「一般類野生動物」外，屬「其他應予保育」之保育類野生動物山羌，亦包含在內。而野生動物，區分為「保育類野生動物」及「一般類野生動物」2 類，為野生動物保育法第 4 條第 1 項所明定。上開野生動物保育法第 21 條之 1 第 1、2 項，既明定其範圍為「野生動物」，且未規定排除「保育類野生動物」，則行政院農業委員會頒訂之上開管理辦法將保育類野生動物包括在內，即難認屬無據。是原住民族於其傳統文化、祭儀期間，若供各該傳統文化、祭儀之用，且符合依野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項授權規定而訂頒之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 6 條及其附表之各項規定，僅事先未經向主管機關申請核准，持自製獵槍獵捕屬上開辦法第 6 條第 2 項附表所列准許獵捕之保育類野生動物「山羌」，不能因野生動物保育法第 51 條之 1 僅規定對於未經許可獵捕、宰殺或利用「一般類野生動物」科以行政罰，即認同法第 21 條之 1 第 1 項所謂野生動物僅指一般類野生動物而不包括保育類野生動物。

- (二) 依原判決之認定上訴人與共同正犯林○哲、林○孝分別為泰雅族及太魯閣族原住民，復說明渠等獵捕、宰

殺動物作為糧食來源之所為，係原住民族慣有之生活方式，「屬原住民族之傳統文化」等語。倘若無訛，則上訴人與林○哲等獵捕、宰殺山羌，雖未依規定事先向主管機關辦理申請核准，但原審就渠等之族別、其獵捕山羌之區域、獵捕期間、獵捕動物種類等項目，是否符合「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」附表所列或主管機關依法律之授權而訂定之範圍，此至為攸關上訴人有無違反野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項之規定及是否成立同法第 41 條犯罪之認定，自應詳為調查說明。

參考法條：原住民族基本法第 19 條。

野生動物保育法第 4 條、第 21 條之 1。

五、106 年度台上字第 3780 號（判決書全文）

對於具保證人地位者之不作為結果加以責難之可罰性基礎，在於不作為與作為具有等價性。而刑法對於不作為犯之處罰，並非僅在於不履行作為義務，還須考慮如予作為，能否必然確定防止結果發生，而非無效之義務，以免僅因結果發生之「可能性」，即令違反作為義務之不作為均負結果犯罪責，造成不作為犯淪為危險犯之疑慮。從而，必行為人若履行保證人義務，則法益侵害結果「必然」或「幾近」確定不會發生，始能令之對於違反作為義務而不作為所生法益侵害結果負責，且此所謂「必然或幾近確定」可以避免結果不發生，應由檢察官負舉證責任。原判決根據中區勞檢所勘查研判結論及卷存相關事證綜合判斷，認定被告依其職務，縱有排除現場道路濕滑泥濘、設置護欄

或相關警告標誌等作為義務，然案發時本件混凝土車已迴轉並調轉車頭完畢，仍因實際載重超載達近 2 倍之多而滑落山坡，被害人因而成傷致死，非被告能避免，無足認此部分作為義務之違反與被害人死亡結果間有相當因果關係，業依案內資料，逐一剖析論述，尚無不合。檢察官上訴意旨並未對於何以足認被告若履行本件工區銜接路面清潔、排除濕滑泥濘、設置護欄等作為義務，即必然或幾近確定結果不會發生之依據，根據案內資料詳為舉證說明，僅就原判決已經論斷之事項持不同見解，任意爭執並為指摘，難認有據，並非適法之第三審上訴理由。

參考法條：刑法第 15 條、第 276 條第 2 項。

六、107 年度台上字第 2085 號（判決書全文）

（一）組織犯罪防制條例於 106 年 4 月 19 日修正公布，依同條例第 19 條規定並自公布日施行，而依中央法規標準法第 13 條規定，法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算至第 3 日起發生效力，因此 106 年 4 月 19 日修正公布之組織犯罪防制條例，應自同年月 21 日起生效施行。則關於上訴人等於 106 年 4 月 20 日以前（含同日）操縱或主持該具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團之犯行，除其行為符合其他法律所規定之犯罪構成要件，應依該其他法律論處以外，基於罪刑法定原則，應無適用 106 年 4 月 21 日生效施行之組織犯罪防制條例規定論罪科刑之餘地。

（二）上訴人等於「106 年 4 月 19 日起至同年月 20 日止」

（即組織犯罪防制條例修正公布後，生效施行前）所為「3 人以上以實施詐術為手段之罪所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團」之行為，因當時「組織犯罪防制條例」僅修正公布，既尚未發生效力，上訴人等在此段期間所為之前揭行為，應無適用 106 年 4 月 19 日修正後組織犯罪防制條例上述規定予以論罪科刑之餘地。原判決將上訴人等自「106 年 4 月 19 日起至同年月 20 日」止所為之上述行為，一併依 106 年 4 月 19 日修正後組織犯罪防制條例第 2 條及同條例第 3 條第 1 項規定予以論罪科刑，自有適用法則不當之違法。

參考法條：中央法規標準法第 13 條。

組織犯罪防制條例第 2 條、第 3 條第 1 項。

七、107 年度台上字第 2797 號（判決書全文）

（一）刑罰法規除依不同犯罪構成要件要素，所涵攝相異之可罰性，而賦與相應之法定刑外，立法者基於刑罰目的及刑事政策之需要，亦常明文規範加重、減輕、免除法定刑之具體事由，據以調整原始法定刑，而形成刑罰裁量的處斷範圍，即為處斷刑。法院於具體案件之量刑過程，就是從法定刑、處斷刑之範圍內，確定其刑罰種類及欲予科處之刑度而為宣告，具體形成宣告刑。是法定刑、處斷刑俱為量刑之外部性界限，該當於各種犯罪構成要件與法定加重、減輕、免除事由之具體事實，既共同形成刑罰裁量範圍，故法院於量刑過程中，自不得再執為裁量刑罰輕重之標準。否則

，即違反重複評價之禁止。又刑法上之共同正犯，應就全部犯罪結果負其責任，乃基於共同犯罪行為，應由正犯各負其全部責任之理論，至於為刑之量定時，則仍應審酌刑法第 57 條所列各款情狀，分別情節，為各被告量刑輕重之標準；共同正犯間並非必須科以同一之刑，且於個案裁量權之行使時，仍應受比例原則、平等原則之拘束，俾符合罪刑相當，使罰當其罪，輕重得宜。如共同正犯間情節輕重明顯不同，應本乎正義理念，分別適度量處，倘一律科以同一之刑，即於平等原則有悖，當非持法之平，即難謂為適法。毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規範運輸第一級毒品之法定刑為死刑或無期徒刑（得併科罰金），遇有法定減輕事由者，死刑減為無期徒刑；無期徒刑減為 20 年以下 15 年以上有期徒刑，此即屬處斷刑。刑法第 64 條第 2 項、第 65 條第 2 項分別定有明文。依原判決事實認定，蔡○章為負責對外聯絡溝通、招募郭○得等 4 名船員參與本次航行運輸毒品海洛因犯行，居於主要分工角色，而郭○得等 4 名船員僅參與內部分工，並受蔡○章指揮支配，參與先後有別、分擔航海運輸工作亦異，在本案之角色分工，顯然低於蔡○章，預期所獲得報酬亦少於蔡○章，原審並認蔡○章於本案係屬主謀地位，其惡性較其餘 4 名上訴人為重，復認蔡○章、郭○生、許○助同有毒品危害防制條例第 17 條第 2 項之法定減輕事由，卻均選科處斷刑之上限即無期徒刑，顯有違比例、平等原則。又原判決對郭○得未適用毒品危害防制條例第 17 條第 2 項之規定，予

以減輕其刑，乃處無期徒刑，併科罰金 30 萬元，顯非適法，已如前述。本件由郭○得上訴，檢察官並未上訴第三審，基於不利益變更禁止原則，本院依法減輕其刑後，自為判決，依減得後之處斷刑範圍所宣告之刑，自應較原審所宣告之刑為輕。而郭○得、郭○生、許○助之宣告刑向下修正之後，連動影響在本案角色分工、參與情節屬最輕地位之邱○通，原審對其宣告之刑亦失之過重。

- (二) 公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約（下稱兩公約）施行法已於 98 年 12 月 10 日施行，其第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」同法第 8 條第 1 項進而規定：「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定」。行政院依上開立法意旨，已陸續檢討槍砲彈藥刀械管制條例第 7 條第 1 項關於製造、販賣或運輸槍砲、彈藥罪刑，及懲治走私條例第 4 條關於犯走私罪而持械拒捕或持械拒受檢查致重傷罪刑，提案函送立法院修正公布刪除死刑規定（參見各條文修正之立法理由）。惟兩公約施行法及毒品危害防制條例主管機關之行政院法務部，就毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規定製造、運輸或販賣第一級毒品所設之法定刑度，為死刑或無期徒刑，迄今仍未予以修正，容有其防制毒品氾濫，澈底根絕毒害之刑事政策考量，或認若有情輕法重之情形，裁判時本有刑法第 59 條酌量減輕其刑規定之適用

，足以避免過嚴之刑罰。然而，一味採行嚴刑峻法，毒品案件卻逐年增加，有日益泛濫之趨勢。由於在立法規範上，一方面，縱同為製造、運輸或販賣毒品之人，其犯罪情節不盡相同，或有大盤毒梟者，亦有中小盤之分，甚或有僅止於吸毒者友儕間為求互通有無之有償轉讓亦有之，其造成危害社會之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，未參照毒品危害防制條例第 11 條規定，以毒品數量多寡作為評價不法內涵孰重孰輕之標準，並據此制定高低法定刑，使有所區隔，符合比例原則，反而不分不法內涵高低，所設之法定最低本刑同為無期徒刑，不可謂不重。而其法定刑無法適當反應具體不法行為，就會迫使法院適用刑法第 59 條之規定酌量減輕其刑，自行調整處斷刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當。如此一來，適用刑法第 59 條之量刑例外規定，在某種程度上演化為原則，已有過度濫用之趨勢。另一方面，同條例第 17 條第 2 項規定，為鼓勵被告自白認罪，採行寬厚減刑之刑事政策，卻不分毒品種類、數量、危害程度，祇要偵審中各有一次自白即有其適用，而未採被告認罪之階段（時間）以浮動比率予以遞減調整之，即不問被告是否因人贓俱獲而無從否認，其自白有否達到訴訟經濟，及被告是否出於真誠之悔意或僅心存企求較輕刑期之僥倖，一律減輕其刑，似有減損宣示嚴懲毒販之規範目的，使澈底根絕毒害之效果不彰。例如，運輸、製造或販賣第一級毒品者於偵查中自白，取得減輕其刑之入門門票後，卻於第一審審理中翻異前供，否認犯行，

縱使第一審法院認定其犯行，通常均會適用第 59 條之規定酌減其刑，其再於上訴第二審中自白犯行，即符合毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減輕其刑之規定，另獲一次減刑的寬典；反之，若於第一審審理中即自白犯行，而獲減輕其刑之寬典，法院因此不再適用刑法第 59 條之規定酌減其刑，亦屬常見。如此，在第一審否認犯罪者，反而較第一審即勇於自白者，獲得較輕之量刑，不僅難於獲致公平，且有趨使狡黠之徒玩弄訴訟技巧，亦悖乎為達訴訟經濟、節約司法資源而設寬典之立法目的。蔡○章上訴意旨引據本院另案判決，主張運輸第一級毒品所設法定刑，關於死刑部分已遭凍結，原審仍以死刑為量刑基礎，有判決理由不備或適用法規不當之違法等語，揆諸前揭說明，容有誤會。況個案情節不同，蔡○章引據之前開另案判決，該案被告依原判決認定僅係負責居間聯繫運輸毒品事宜，而蔡○章於本案係居於實際參與運輸毒品之主謀者，自不得比附援引另案所為之量刑，指摘原判決違法。

參考法條：公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條、第 8 條。

毒品危害防制條例第 4 條第 1 項、第 17 條第 2 項。

刑法第 59 條、第 57 條。

八、107 年度台上字第 2958 號（判決書全文）

我國刑事訴訟制度本採職權主義，92 年修正前刑事訴訟

法第 287 條規定檢察官陳述起訴要旨後，「審判長應就被訴事實訊問被告」，既謂「訊問」，自與單純徵詢意見之「詢問」不同，乃係以究明真偽為目的之問話，即將被告作為調查之對象，視被告之陳述為證據方法之一，帶有濃厚之糾問色彩，以落實法院調查證據職權之行使，並予被告辯明犯罪嫌疑之機會，為審判長於審判期日所應踐行之訴訟程序，否則，遽行辯論終結，即屬於法有違。然修正後，刑事訴訟調整為改良式當事人進行主義，加強當事人訴訟地位，審判程序之進行，以當事人間之攻擊、防禦為主，法院依職權調查證據，僅具輔助性質，於當事人聲請調查之證據調查完畢後，始補充進行，故修正後將上開規定移列至同法第 288 條第 3 項，並修正為「審判長就被告被訴事實為訊問『者』，應於調查證據程序之最後行之」，同時於原第 287 條「檢察官陳述起訴要旨後」，增列「審判長應告知被告第 95 條規定之事項」，就訊問被告被訴事實而依職權調查證據之進行與否，明文賦與審判長斟酌判斷之職權，於認有必要時方始為之，予被告辯明犯罪嫌疑之機會，俾淡化職權主義色彩，以符合改良式當事人進行主義精神，復使被告仍於調查程序伊始，即知悉其被訴之犯罪嫌疑與所犯所有罪名，而得請求調查有利之證據，資以兼顧其訴訟上防禦權之保障。另為免於調查證據之初，即對被告產生偏見，並利交互詰問之順暢進行，明定審判長若為該訊問，應於調查證據程序之最後行之。是具體個案基於實質真實發現與被告利益考量，有無行上開被訴事實訊問必要，乃屬事實審法院行審判程序時依職權自

由裁量之事項，苟認無調查必要，而未予訊問，亦無違法可言。又上開訊問旨在使被告得有辯明犯罪嫌疑之機會，以保障其訴訟上防禦權之行使，故審判長於調查證據程序之最後，已訊問被告者，苟依其訊問及被告應訊所為陳述之內容，足認被告就其被訴事實之意見，得有充分表達之機會，不論其訊問之形式如何，於被告防禦權之行使，並無妨礙，所踐行之訴訟程序亦難遽認違背上開規定，而於判決有影響，自不得執為第三審上訴之理由。

參考法條：刑事訴訟法第 288 條第 3 項。

九、107 年度台上字第 3038 號（判決書全文）

- （一）刑法上所稱之文書，係指使用文字、記號或其他符號記載一定思想或意思表示之有體物，除屬刑法第 220 條之準文書外，祇要該有體物以目視即足明瞭其思想或意思表示之內容，而該內容復能持久且可證明法律關係或社會活動之重要事實，復具有明示或可得而知之作成名義人者，即足當之。又所謂名義人，並非指文書之製作人或書寫人，而是指在文書之形式上為思想或意思表示之表意人且須為文書內容負責之人；從而，自文書本身或由該文書之附隨情況觀察，而得以推知須為文書之內容負責者，該須負責之特定名義人，即為文書之名義人，至該名義人是否實際存在，並非所問。易言之，祇要文書具備「有體性」、「持久性」、「名義性」及足以瞭解其內容之「文字或符號性」之特徵，並具有「證明性」之功能，即為刑法上

偽造或變造私文書罪之客體。而就偽造或變造行為之結果必須足以生損害於公眾或他人之構成要件觀之，此之文書乃係以法律關係或社會活動之重要事實為思想內容者為限，未記載名義人之學術論著或文藝創作固不與焉，但所稱之足生損害，係指他人有可受法律保護之利益，因此遭受損害或有受損害之虞，不以實際發生損害者為必要；而所謂損害，亦不以經濟上之損害為限，即民事、刑事或行政上之損害亦皆屬之。

- (二) 本件系爭之 2 紙維修估價單上記載維修單號、維修車輛之相關資料、離廠日期及交修項目、各項零件、工資費用之金額，並分列有「修護人」、「收款人」、「付款方式」、「顧客簽名」及「建議事項」等欄位，其上並註明：「交修車輛內之隨車工具等應當面驗收，簽認人代客戶簽認應與客戶負連帶責任，委修車主對本單所記載之各項修理同意更換必要零件及材料並准許承修人員為檢查或試驗目的，可在公路或其他地點作必要試車」等詞，則本件維修估價單如填載完備，自己具備「有體性」、「持續性」、「名義性」及足以瞭解其內容之「文字或符號性」之特徵，並具有證明其間法律關係重要事實之「證明性」功能。原審依上訴人於收款人欄內之簽名及於修護人欄內假冒維修人郭○坪之代理人名義，書寫「郭」、「代」二字，因認系爭維修估價單，除得以表彰係由上訴人收取顧客款項外，亦同時表彰郭○坪為負責修護車輛之維修人，及其維修之項目、零件、數量及價額，是其作成名義人當然包含維修人「郭○坪」，而上開估價

單既非未記載名義人之學術論著或文藝創作，其因此論斷維修估價單為刑法上偽造文書罪所稱之文書，於法自無違誤。

參考法條：刑法第 210 條。

十、107 年度台上字第 3182 號（判決書全文）

- （一）刑事訴訟法第 154 條第 2 項規定：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」係採證據裁判主義，故證據調查，當為整個審判的重心之一。學理上，關於「供述證據」與「非供述證據」，作為證據法上之類型區別，主要是以證據資料是否來自「人之陳述」作為基準。具體以言，前者係以人的語言（含書面陳述）構成證據，後者則為前者以外之各種其他證據。而「供述證據」於認定事實過程中的特徵，在於涉及犯罪事項相關內容情報資訊，因人的知覺感官留存記憶，並藉由敘述表達，方能傳達該訊息內容，例如：被告的自白、證人（含共犯、被害人）的指述；「非供述證據」則係有關犯罪事實之物件或痕跡，留存於人的感官以外的物理世界，例如：指紋、血跡、偽造文件等犯罪跡證、兇器等犯罪工具等等（含氣味、顏色、聲音、情況跡象）。由於「人之陳述」，往往因各人主觀之觀察力、記憶力、陳述能力及性格等因素，影響其陳述內容之真實性，甚至因無法盡情所言，或故為誇大、偏袒，致其陳述之內容或其認識之事實，與真相事實並不相符，何況翻供更是常有，遭不正取供，亦曾發生，正所謂：「曾參殺人」、

「三人成虎」、「眾口鑠金」、「以訛傳訛」等日常成語，皆在說明人言並不完全可靠，不得盡信；至於「非供述證據」，則以物（包括一般之物及文書）之存在或狀態為其證據，通常具有客觀性與長時間不會變易性及某程度之不可代替性，甚或係於不間斷、有規律之過程中所取得，並無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機。是就認定事實所憑之證據以言，「非供述證據」（尤其具有現代化科技產品性質者）應屬優勢證據，其評價上之裁量，自較「供述證據」為強。倘經合法調查之供述及非供述證據，均存於訴訟案卷而可考見時，自不能僅重視採納「供述證據」，卻輕忽或疏略「非供述證據」，否則其證明力判斷之職權行使，即難認合於經驗法則、論理法則。

- （二）晚近司法實務上，偶見判刑確定的案件，再審結果，改判無罪的情形發生，檢討起來，多因原先過度重視供述證據，而忽略與之不完全相適合的非供述證據所致。但話說回來，既然諸多供述證據先後、分別、一致、堅決指向同一被告的犯罪事實，除非刻意勾串誣陷，或遭不正取供，逕謂其完全無可採用，恐亦不切實際。其實，非供述證據同樣不能排除遭人有意、無意污染，甚或故意偽造、變造而失真、不完整，何況其所能證明的事項，通常祇有部分，並非全部事實，證明力的廣度有限，尤其在證明有利被告的消極事實方面，如非強而有力，既不能完全排除其他足以證明有積極事實的供述和非供述證據，予以綜合觀察、判斷不利於被告的結果，則上揭表面上有利於被告的非

供述證據，必屬辯方極力主張之爭點，亦可能成為案件確定後，仍會一再爭議之癥結，究竟應如何評價、取捨，自宜查明，並在判決理由內，詳加剖析、說明，以昭折服，並預收杜爭議、釋群疑的功效。

參考法條：刑事訴訟法第 154 條、第 155 條。

十一、107 年度台上字第 3183 號（判決書全文）

（一）刑事訴訟法第 376 條第 1 項於民國 106 年 11 月 16 日修正為「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴：……」，其修正目的，乃為本屬不得上訴第三審法院之輕罪案件，經第二審法院撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決，並諭知有罪判決（含科刑判決及免刑判決）者，將使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，應予被告或得為被告利益上訴之人至少一次上訴救濟之機會。

（二）上開修法，雖未規定不得上訴第三審法院之罪，苟未經第一審法院判決，待上訴後，經第二審法院以第一審法院漏未判決，且與上訴部分，有裁判上一罪關係，經第二審法院併為有罪判決之情形，亦得提起第三審上訴。然訴訟權保障之核心內容，在人民權利遭受

侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲得「及時有效救濟」之機會。是為貫徹上開修法目的，及司法院釋字第 752 號解釋精神，使初次受有罪判決之被告或得為被告利益上訴之人，至少一次上訴救濟之機會，此種情形，亦應適用刑事訴訟法第 376 條第 1 項之規定，賦予被告或得為被告利益上訴之人得提起第三審上訴之機會。

- (三) 本件原判決依其事實欄二所載犯罪事實，而論上訴人石○欣、王○德、葉○辰、蔡○憲、官○鈞犯刑法第 277 條第 1 項傷害罪、同法第 354 條毀損罪部分，核屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 1 款之罪，未經第一審法院判決，經第二審法院認與石○欣成年人與少年犯刑法第 330 條第 1 項之結夥攜帶兇器強盜罪；與王○德、葉○辰、蔡○憲、官○鈞犯結夥攜帶兇器強盜罪、槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項之未經許可持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪、同條例第 12 條第 4 項之未經許可持有子彈罪，分別有想像競合犯之裁判上一罪關係，第一審法院未予判決，有已受請求事項未予判決之違法，乃併予審判，而為有罪判決。依上開說明，上訴人等自得提起第三審上訴。

參考法條：刑事訴訟法第 376 條。

十二、107 年度台上字第 3348 號（判決書全文）

刑罰制裁妨害性自主行為，係為保障他人關於性意思形成與決定之自由，因性侵害犯罪係侵犯他人之性自主權，即任何他人在法律範圍內，得自主決定其是否及如何

實施性行為而不受他人強迫及干涉之權利，屬人格權之範疇。關於性自主權之內容，至少包含拒絕權（指對於他人無論善意或惡意的性要求，均可拒絕，無須任何理由）、自衛權（指任何人對於指向自己之性侵害皆有防衛之權利）、選擇權（指任何人均享有是否進行以及選擇如何進行性行為之權利）、承諾權（指任何有承諾能力之人對於他人提出之性要求，有不受干涉而得完全按自己意願作出是否同意之意思表示）等內涵。我國刑法第 221 條及同法第 224 條之罪，係以對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為性交或猥褻之行為者，為構成要件。所謂「其他違反其意願之方法」，係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法而言。其違反意願之程度，並不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，祇要達於妨害被害人之意思自由，即侵犯被害人之性自主權者，即可認符合「違反其意願」之要件。故如被害人對於性行為之拒絕、自衛、選擇及承諾等性自主權遭壓抑或破壞時，即應認係「違反其意願」。

參考法條：刑法第 221 條、第 224 條。

十三、107 年度台上字第 3415 號（判決書全文）

- （一）刑法沒收犯罪所得，本質上是一種準不當得利的衡平措施，藉由沒收犯罪所得回復犯罪發生前之合法財產秩序狀態，而非用以清算當事人間全部民事法律關係

。又為了避免雙重（沒收及求償）剝奪，我國採行求償優先原則（刑法第 38 條之 1 第 5 項），即個案若存在對犯罪所得有求償權的犯罪被害人，應優先保障其求償權，其已實際取得合法發還，該部分即不予沒收；故所謂發還被害人，係指刑事不法行為直接遭受財產上不利益，而可透過因此形成之民法請求權向獲得犯罪所得者取回財產利益之人，亦即犯罪所得唯有直接從被害人處取得，才是理應發還被害人的產自犯罪之所得（如竊取的贓物，詐騙的得款），讓被害人取回犯罪所失去的財產利益而免予沒收（如將竊盜或詐欺所得財物返還或賠償被害人）。至於犯罪行為人因其犯罪而取得的對價給付之財產利益，性質上雖同屬不法犯罪所得，惟此種犯罪所得並非來自侵害他人財產法益，自不能主張其犯罪所得因他人有民事上求償權而排除沒收，始符合準不當得利的衡平法理。

（二）上訴人媒介甲女、乙女如附表之性交易後，按附表各編號各分得性交易所得代價〈按上訴人合計分得 6,600 元〉，屬因其犯罪而取得的對價，且男客亦係因不法之原因而為給付，是上訴人上開媒介性交易之犯罪所得，自無因已支付甲女、乙女和解金，而憑以免除沒收之義務。

參考法條：刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 5 項。

十四、107 年度台上字第 3416 號（判決書全文）

（一）警察任務為依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利（警察法第 2 條參照），但

其在執行任務時，所行使者多屬干預性行為，會限制人民之身體、自由及財產。為使警察執行勤務有所依循，警察勤務條例第 11 條乃就警察勤務之內容為明文規定，其中第 2、3 款規定：「二、巡邏：劃分巡邏區（線），由服勤人員循指定區（線）巡視，以查察奸宄，防止危害為主；並執行檢查、取締、盤詰及其他一般警察勤務。三、臨檢：於公共場所或指定處所路段，由服勤人員擔任臨場檢查或路檢、執行取締、盤查及有關法令賦予之勤務。」巡邏、臨檢等勤務橫跨警察行政及刑事訴訟 2 領域，其一方面為事前危害預防之勤務，另一方面為事後之犯罪調查。例如於指定區巡邏或於公共場所臨場檢查，原係預防性工作，但可能因此發現酒後駕車之事證，因此轉為犯罪調查，此為警察任務之雙重功能。而警察職權行使法第 6 條規範查證身分之臨檢發動要件，其中第 1 項第 1 款規定：「合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者。」目的在使警察能事先預防犯罪發生及防止危害產生，其依客觀情況或專業經驗，經合理判斷後認有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞，得查證身分，因此時犯罪已存在或瀕臨發生之邊緣，常會於查證身分後，刑事調查作為隨即發動；同法第 7 條規定查證身分之程序，為查證身分，警察得為攔停、詢問姓名及年籍資料、命出示身分證明文件、有明顯事實時得檢查身體及所攜帶物等措施。立法目的是在維持公共秩序、保護社會安全，與憲法保障隱私、行動自由、人性尊嚴之間取得衡平。

- (二) 核林○華警員係依警察職權行使法第 6 條第 1 項第 1 款、第 7 條第 1 項之規定，對上訴人實施攔停、命出示身分證明文件等查證身分措施，期間因上訴人身體有明顯酒味，疑為酒後駕車之現行犯，此時轉為犯罪調查之發動，且經上訴人同意後，採取吐氣作為犯罪證據。林○華警員於攔停、命出示身分證明文件等措施係屬警察行政階段，符合前述警察職權行使法之規定，之後即屬刑事調查階段，此即為警察任務之雙重功能，核其程序並無違法，自無適用刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡證據能力之餘地。

參考法條：警察職權行使法第 6 條、第 7 條。

刑事訴訟法第 158 條之 4。

十五、107 年度台上字第 3428 號（判決書全文）

- (一) 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 21 條之規定，係為阻斷感染者與他人為未隔絕器官黏膜或體液之接觸感染途徑，以達愛滋病防治與疫情控制之目的，感染者本身 HIV 病毒量之多寡，以及其感染可能性高低，均不影響是否屬危險性行為範圍之認定，此乃基於維護潛在不特定大眾身體健康之公共利益考量，並衡量 HIV 感染者之個人性自主權，以要求「戴保險套從事性行為」之最小限制方式，進行愛滋病防治。
- (二) 至於「危險性行為」之範圍，乃經立法者授權中央主管機關參照世界衛生組織相關規定加以訂定，事涉愛滋病防治之重大公共利益，固可能隨愛滋病防治研究

之進展而有所調整，然目前醫學上既無法完全排除未隔絕器官黏膜或體液而直接接觸者之感染可能性，上開定義自仍有其適用，即在未隔絕器官黏膜或體液而直接接觸之性行為，於醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒傳染者即屬之。

參考法條：人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 21 條。

十六、107 年度台上字第 3466 號（判決書全文）

（一）我國刑事訴訟法之規定，被害人參與刑事審判程序之情形有二，依人證之法定程序具結，陳述被害經過而為證言；依刑事訴訟法第 271 條第 2 項之規定，於審判期日到庭陳述意見。前者，乃法院基於發現真實之目的，本於職權或依當事人之聲請，傳喚被害人於審判期日到場，以證人身分接受詰問作證；後者，旨在經由參加訴訟之機制，使被害人或其家屬將其等因被告之行為所受及其後衍生之痛苦遭遇傳達法院，而使法院判決時考慮其等之被害因素，用以確保司法之妥適公平，與被告訴訟權之行使無涉。按證人已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會，其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚。又審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。但經合法傳喚無正當理由不到場，或陳明不願到場，或法院認為不必要或不適宜者，不在此限。刑事訴訟法第 196 條、第 271 條第 2 項分別定有明文。

（二）原判決於理由已說明 A 母及 C 女業已於第一審到庭作

證，接受檢察官及辯護人交互詰問明確，無再予傳喚之必要。復說明細觀辯護人提出之A母錄音譯文內容表示她在法院時「他就說這不要緊，叫我跟著他唸，我哪裡知道在講什麼，就跟著他念，具結不能反悔不能說謊這樣」、「有兩個字其他有比較深的字我看不懂，他說不要騙我喔，他說如果有做這個，才會處罰，如果沒有，唸也沒有關係」云云，倘錄音中之女子係A母，則其所述顯係證人作證前告知證人偽證之處罰及令證人依法朗讀具結結文之程序，A母於第一審審理中係經辯護人、檢察官交互詰問，詰問人當庭即時聽取A母證述後始依其證述內容提出下一個詰問問題，尚無可能發生A母跟著他人念筆錄之情，此顯屬被告對證人具結程序之不理解而生之誤解，乃認A母並無再次傳喚之必要。且卷查，A女、A母均已於第一審準備程序、審理中均到庭，予陳述意見之機會，其等陳述意見之機會及參與審判之權益並未被剝奪，則原審認無再傳喚A女、A母之必要，於判決之本旨不生影響，其證據調查及踐行之訴訟程序均無違法。

參考法條：刑事訴訟法第163條之2、第271條第2項。

十七、107年度台上字第3589號（判決書全文）

組織犯罪防制條例第3條第1項前段與後段，分別就「發起、主持、操縱或指揮」犯罪組織之人，和單純「參與」犯罪組織之人，所為不同層次之犯行，分別予以規範，並異其刑度，前者較重，後者較輕，係依其情節不同而為處遇。其中有關「指揮」與「參與」間之分際，乃在「指揮

」係為某特定任務之實現，可下達行動指令、統籌該行動之行止，而居於核心角色，即足以當之；而「參與」則指一般之聽取號令，實際參與行動之一般成員。又詐欺集團之分工細緻，不論電信詐欺機房（電信流）、網路系統商（網路流）或領款車手集團及水房（資金流），各流別如有3人以上，通常即有各該流別之負責人，以指揮各該流別分工之進行及目的之達成，使各流別各自分擔犯罪行為之一部，相互利用其他流別之行為，以達整體詐欺集團犯罪目的之實現，則各流別之負責人，尤其是電信流之負責人，縱有接受詐欺集團中之發起、主持或操縱者之指示而為、所轄人員非其招募、薪資非其決定，甚至本身亦參與該流別之工作等情事，然其於整體詐欺犯罪集團中，係居於指揮該流別行止之核心地位，且為串起各流別分工之重要節點，自屬組織犯罪防制條例第3條第1項所指「指揮」犯罪組織之人，與僅聽取號令，而為行動之一般成員有別。是原判決依憑上訴人自白及林○毅等7人之證述，而認上訴人實際負責金福氣第一線機房之一切運作，指揮該機房等情，符合組織犯罪防制條例第3條第1項所稱「指揮」之要件，即無不當；其縱未敘明上情，對於判決本旨不生影響，僅係理由說明較為簡略而已，仍與判決不載理由或調查未盡之違法有別。

參考法條：組織犯罪防制條例第3條第1項。

十八、107年度台非字第142號（判決書全文）

- （一）犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，刑法

第 38 條之 1 第 1 項、第 5 項分別定有明文。而該條立法理由六以：「為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，參考德國刑法第 73 條第 1 項，增訂第 5 項，限於個案已實際合法發還時，始毋庸沒收，至是否有潛在被害人則非所問。若判決確定後有被害人主張發還時，則可依刑事訴訟法相關規定請求之。」已明揭優先保障被害人之原則。另扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；其係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人。且扣押之贓物，依第 142 條第 1 項應發還被害人者，應不待其請求即行發還，刑事訴訟法第 142 條第 1 項、第 318 條第 1 項亦有明定。是如犯罪所得之贓物扣案，而被害人明確，又無第三人主張權利時，自應適用刑事訴訟法第 142 條第 1 項、第 318 條第 1 項規定，不待請求即行發還被害人。

- (二) 本件被告於檢察官偵訊時已明白陳稱：「現在我發現那筆錢並不是我的，我願意還給那個人。」「（你是否願意自動繳回不法所得 23,274 元？）願意。」等語，且已繳出該款項，有臺灣雲林地方檢察署查扣所得檢視表、贓證物款收據、扣押物品清單在卷可佐。故該筆款項，被告既表明不是其所有而願返還被害人，且於偵查中繳出，經以贓物扣案，檢察官仍以被告為當事人就該款項聲請單獨宣告沒收，已有未妥。且該筆款項依卷附證據資料，確屬上開被害人王○儀等 3 人被詐騙匯入款項之餘額，被害人明確，又無第三人主張權利，自應依法逕行發還被害人。

參考法條：刑法第 38 條之 1 第 5 項。

刑事訴訟法第 142 條第 1 項、第 318 條第 1 項。

十九、107 年度台抗字第 770 號（判決書全文）

- （一）按上訴期間為 10 日，自送達判決後起算。但判決宣示後送達前之上訴，亦有效力，刑事訴訟法第 349 條定有明文。前開上訴期間之起算，以合法送達判決為前提，如判決未合法送達，其上訴期間即無由起算。又刑事訴訟法第 55 條規定：被告、自訴人、告訴人、附帶民事訴訟當事人、代理人、辯護人、輔佐人或被害人為接受文書之送達，應將其住所、居所或事務所向法院或檢察官陳明。被害人死亡者，由其配偶、子女或父母陳明之。如在法院所在地無住所、居所或事務所者，應陳明以在該地有住所、居所或事務所之人為送達代收人（第 1 項）。前項之陳明，其效力及於同地之各級法院（第 2 項）。送達向送達代收人為之者，視為送達於本人（第 3 項）。本條第 1 項後段指定送達代收人規定之立法目的，在減少因距離產生之交通障礙或郵寄、遞送之遲滯，以便捷文書之送達，是以必須在法院所在地無住所、居所或事務所者，始有陳明「指定送達代收人」之必要，並生送達於本人之效力。若在法院所在地已有住所、居所或事務所，仍贅為陳明指定送達代收人，既非依上開規定合法陳明指定之送達代收人，則對於該代收人遞送文書，自不生同條第 3 項視為送達於本人之效力，必待應受送達人實際接受判決或另向應受送達人為送達，始生合法

送達效力。

- (二) 依卷內資料，本件抗告人王○澤在原審之送達處所除設籍臺北市○○區○○路○號 2 樓，並陳明其居所為臺北市○○區○○路○段○號 4 樓，則抗告人在原審法院所在地既設有住、居所，即無依上開規定陳明指定送達代收人之必要。縱抗告人陳明指定陳○善（事務所設臺北市○○區○○路○號 4 樓）為送達代收人，仍不生合法指定之效力。乃原審於判決後，僅對代收人陳○善為送達，自不生合法送達本人之效力。

參考法條：刑事訴訟法第 55 條。

二十、107 年度台抗字第 891 號（判決書全文）

- (一) 按數罪併罰，應按分別宣告之罪刑為基礎，然後依法定標準定其應執行之刑。因此數罪併罰，有二裁判以上，而依刑法第 51 條第 7 款之規定定其應執行刑時，關於易服勞役，應以原確定裁判諭知之折算標準為基礎，依法定其折算 1 日之額數。若原確定裁判諭知易服勞役折算 1 日之額數違背法令，即無從依刑法第 42 條第 6 項規定，就所定應執行之罰金刑併諭知易服勞役折算標準。必其違法部分，先經非常上訴程序糾正改判，始得據為數罰金刑定其應執行刑及易服勞役標準之基礎。又刑法第 42 條第 5 項前段係規定罰金總額縱以 3000 元最高額數折算勞役 1 日，其易服勞役期限仍逾 1 年，而不能依同條第 3 項前段定折算標準時之辦法。是倘所科罰金以 1000 元、2000 元或 3000 元折算 1 日易服勞役，尚可不逾 1 年，即無依第 5 項前段

之比例方法折算易服勞役額數之必要。易言之，第 42 條第 5 項前段所謂「罰金總額折算逾 1 年之日數者，以罰金總額與 1 年之日數比例折算」，必其裁判所科罰金總額，依刑法第 42 條第 3 項前段之標準（即 1000 元、2000 元或 3000 元）折算結果，其易服勞役期限均逾 1 年者，始得以罰金總額與 1 年之日數比例折算，俾符合上開易服勞役期限上限規定之法制本旨。

- （二）本件檢察官依刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定，就附表編號 3、4 二裁判所科罰金刑，聲請依刑法第 51 條第 7 款定應執行刑，其中編號 4 所科罰金 60 萬元，如依第 42 條第 3 項前段規定以 2000 元或 3000 元折算 1 日易服勞役，其易服勞役期限均未逾 1 年，依照上開說明，即無依第 42 條第 5 項前段規定以罰金總額與 1 年之日數比例折算之餘地。乃編號 4 原確定判決疏未依第 42 條第 3 項前段規定以 2000 元或 3000 元折算 1 日之法定標準，裁量定其易服勞役折算額數，即逕以罰金總額 60 萬元與 1 年之日數比例折算 1 日，諭知易服勞役折算標準，顯然逾越前述法律所定裁量範圍，因而致該確定判決所科罰金折算之易服勞役日數逾越依第 3 項之法定標準折算之日數，並非合法。法院自無從依檢察官之聲請，以編號 4 判決違法諭知之折算標準為基礎，定其應執行之罰金刑併諭知易服勞役折算 1 日之額數。是檢察官關於編號 3、4 二裁判所科罰金刑聲請定其應執行刑，即無從准許，應予駁回。

參考法條：刑法第 42 條、第 51 條第 7 款。

刑事訴訟法第 477 條第 1 項。

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,2790

【裁判日期】1070920

【裁判案由】強盜等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第2790號

上 訴 人 謝清林
曾志弘

上列一 人
選任辯護人 朱立鈴律師
上 訴 人 葉永森
黃書庭

上列一 人
選任辯護人 王淑琍律師
上 訴 人 黃茂鑫

上列上訴人等因強盜等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國 106 年4月19日第二審判決（105年度上訴字第1713號，起訴及追加案號：臺灣桃園地方檢察署104年度偵字第3142、3664、8090、19288、18095、16462號，104年度偵緝字第1605、1271 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、上訴人曾志弘加重強盜、謝清林、葉永森、黃書庭部分

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，認定上訴人謝清林、葉永森、黃書庭有共犯原判決事實二之準強盜犯行，謝清林並與上訴人曾志弘有共犯原判決事實三之加重強盜犯行，因而維持第一審論處謝清林、葉永森、黃書庭犯結夥三人以上攜帶兇器竊盜，因脫免逮捕，而當場施以脅迫及謝清林、曾志弘意圖為自己不法之所有，結夥三人以上攜帶兇器，以脅迫至使不能抗拒，

而取他人之物等罪刑部分之判決，駁回謝清林等4 人在第二審之上訴，已詳述認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。又查：

- (一)證據之取捨與事實之認定，乃事實審法院之職權，苟其判斷無違經驗法則或論理法則，即不能任意指為違法。再法院憑以認定犯罪事實之證據，並不悉以直接證據為限，即綜合各種直接、間接證據，本於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，並非法所不許。原判決依憑謝清林等4人之部分供述（準強盜部分，謝清林、葉永森、黃書庭均供認共同至本件案發現場被發覺，離去後，又折回現場；加重強盜部分，謝清林及曾志弘均直承黃茂鑫被釋放後，黃茂鑫原欲駕駛被害人林信齊所有之車牌號碼0000 -00號自用小客車離去，惟其嗣表示不會駕駛手排車輛，乃改由謝清林駕駛該車輛，跟隨曾志弘駕駛搭載黃茂鑫之車牌號碼0000 -00號小客車離去，謝清林嗣將林信齊之上開車子棄置於桃園市觀音區新華路2 段某處，再搭曾志弘之車輛離開各等情），共同正犯曾志弘就準強盜部分之自白，證人即被害人林信齊、郭怡君，證人趙文通之證詞，佐以卷附搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表、汽車買賣合約書、贓物認領保管單、車牌號碼00-0000 號自用小客車及車牌號碼0000-0 0號租賃小客車車輛詳細資料報表、租賃定型化契約書、承租人身分證及駕照影本、紀錄列表、監視器翻拍照片、現場照片、趙文通所書立之交車事故回憶紀錄、扣押物品清單及證人林信齊手繪之現場圖、內政部警政署刑事警察局鑑定現場所遺留之手套上有與葉永森相符之DNA- STR型別之鑑定書等證據資料，參酌卷內其他證據調查之結果，綜合判斷，已敘明本於推理作用，如何得以認定謝清林、葉永森、黃書庭有準強盜犯行，謝清林與曾志弘有加重強盜犯行之心證理由，並說明上開證詞如何確與事實相符之依憑，對於謝清林等4 人否認有上開犯行之辯詞，如何不足採信，均於理由內詳為論述、指駁，所為論斷乃原審本諸職權之行使，對調查所得之證據而為價值上之判斷，據以認定謝清林等4 人犯罪事實，並未違背客觀上之經驗法則與論理法則。謝清林等4 人上訴意旨就原審採證、認事職權之適法行使，及就原判決已說明之事項，徒以自己之說詞或持不同之評價，再為事實上之爭執，並非上訴第三審之適法理由。難謂有上訴意旨所指違背證據法則之違法。
- (二)葉永森固確於民國103年8月3 日因車禍受有左側股骨幹、左尺骨骨幹及左肱骨閉鎖性骨折等傷勢，而接受診治等情。但

此距其所為之104年1月29日本案已近半年，其傷勢如何應有相當程度之回復，佐以於現場所扣得嫌犯遺留之手套上，係驗出與葉永森相符之DNA-STR 型別，復未驗出其他之上訴人等之DNA，因認葉永森確有參與本案，其於第一審之相關病歷資料，無從資為其有利之認定，原判決已詳敘其論斷之理由，並無葉永森上訴意旨所指認定事實與卷內證據未合之違法情形。

(三)竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫者，依刑法第329 條之規定，應以強盜論。其所謂之「當場」應包括行為人於犯罪實行中，或甫結束但仍處於未能確定全部犯罪成員已然脫免逮捕，其因而接續施以強暴脅迫之行為仍與其原先犯行及盜所現場緊接，有時空之密接不可分之情形而言；再所謂「脫免逮捕」，非僅指脫免逮捕施行強暴脅迫之行為人本身，亦指為避免共犯之遭受逮捕之情事。依原判決認定之事實及其論述之理由，謝清林等 4 人與黃茂鑫基於共同加重竊盜之犯意聯絡，攜帶兇器，著手竊取被害人車內之財物，雖已得手即為被害人發覺，且黃茂鑫亦經被害人壓制在現場，謝清林等4 人甫行逃離盜所，為營救黃茂鑫，旋再返回現場，持槍（未扣案，無證據顯示具有殺傷力）指向郭怡君，要求釋放未離開盜所之黃茂鑫，而施以強暴，乃為脫免共同正犯黃茂鑫之受逮捕。此時，共同竊盜之黃茂鑫因無與謝清林等4 人共同對被害人施強暴之犯意聯絡，固僅成立結夥3 人以上攜帶兇器竊盜罪，但原判決認定謝清林等4 人應該當於加重準強盜之構成要件，並無謝清林、黃書庭上訴意旨所指適用法則不當之違誤。

(四)證人之證言，何者可採，亦屬事實審法院自由心證之職權，其證據取捨，如不違背經驗法則或論理法則，即不能指為違法。亦即證人之供述前後稍有不符或相互間有所歧異，究竟何者為可採，事實審法院非不可本於經驗法則，斟酌其他情形，作合理之比較，定其取捨；若其基本事實之陳述與真實性無礙時，仍非不得予以採信，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均為不可採信。因之，證人之供述彼此或前後縱有差異，事實審法院依憑證人前後之供述，斟酌其他證據，本於經驗法則與論理法則，取其認為真實之一部，作為論罪之證據，自屬合法，難因所認事實與捨棄不採部分之供述證據不符，即指判決有證據上理由矛盾之違法。證人林信齊於原審審理中關於何人持鐵棍之細節事項，雖有與偵查及警詢所述略有不一之情事，然其如何係因時間經過而記憶模糊所致，

應以其於警詢及偵查中之證述較為可採，原判決亦詳加敘明其取捨理由，並無葉永森上訴意旨所指判決理由矛盾之違誤。

- (五)刑法第55條所謂一行為觸犯數罪名，就故意犯而言係指對於該數罪同時有各別之犯意而藉一個行為以達成之而言，若對於另一犯罪係臨時起意，而行為亦不止一個，或基於同一之犯意而行為又先後可分，即非刑法第55條之想像競合犯，應為數罪併罰。原判決依憑卷內證據，已說明謝清林等4人所犯準強盜部分與謝清林、曾志弘所犯之加重強盜行為明顯可分，係其等先為準強盜後，再另行起意為加重強盜，應予分論併罰。另依原判決事實之記載及理由之說明，謝清林等所犯上開二罪部分所使用之槍枝雖非扣案之具殺傷力之槍枝，惟客觀上仍足對人之生命、身體、安全構成威脅，林信齊、郭怡君當時如何確有不能抗拒之情事，均已分別詳為論述，核無違法。謝清林上訴意旨指摘原判決此部分有適用法則不當之違誤，顯非上訴第三審法院之具體理由。
- (六)刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，若僅枝節性問題，或所證明之事項已臻明確，或就同一證據再度聲請調查，自均欠缺其調查之必要性，未為無益之調查，無違法可言。原審綜合調查證據結果，已說明曾志弘所共同參與之加重強盜部分如何確有不法所有意圖之依憑，且於原審106年2月22日及同年3月29日之審判期日，經審判長詢以「尚有何證據請求調查？」謝清林等4人及其辯護人均答以：「沒有」等語（見原審卷二第314、376至377頁），又在原審辯論終結前，審判長再度詢以「尚有何證據請求調查？」謝清林等4人及其辯護人仍僅答稱以：「同前所述」等語（見原審卷二第314、376至377頁、390頁），均未曾聲請為證據之調查。原審因認本案事證明確，未再為無益之調查，即與未於審判期日調查證據之違法情形並不相當，尤不得指為違法。曾志弘上訴主張其就林信齊所有之上開自用小客車，並無不法所有之意圖；葉永森主張原審未再調閱現場監視器，查明其能否參與準強盜犯行，原判決有證據調查職責未盡及理由不備違法各等情，均非合法之第三審上訴理由。
- (七)共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯

罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責；亦即共同正犯，只須具有犯意聯絡及行為分擔，而不問犯罪動機起於何人，亦不問每一階段犯行是否均經參與，皆無礙於共同正犯之成立。依原判決事實之認定，及理由之說明，已就黃書庭及葉永森均有參與返回前揭中古車倉庫營救黃茂鑫，其中黃書庭並負責把風，等待接送謝清林等人離去，而其所駕駛車輛之所以會較林信齊及曾志弘之車輛早1 分鐘餘出現於該監視器，黃書庭仍無先行駕車離開現場之情，詳為論斷。彼等既在共同正犯之犯意聯絡範圍內，對於他共同正犯所實行之行為應共同負責，是原判決論黃書庭及葉永森均為共同正犯，於法俱無不合。

三、其餘上訴意旨，則置原判決之明白論斷於不顧，或仍持原判決已說明理由而捨棄不採之陳詞辯解，再為事實上之爭執；或就屬於事實審法院採證認事職權之行使；或就不影響於判決本旨之枝節事項，全憑己見，任意指摘，難謂已符合首揭法定上訴第三審之要件。其等之上訴均違背法律上之程式，應予駁回。

貳、曾志弘未經許可，寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造手槍、準強盜及黃茂鑫加重強盜部分

按第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後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；上訴未聲明為一部者，視為全部上訴，同法第348條第1項亦定有明文。又對於數罪併罰之第二審判決提起上訴，其補提之上訴理由書，如僅就部分犯罪敘述理由，則關於其他未敘述理由之犯罪部分，其上訴仍具有同法第395 條後段之情形，應為駁回之判決。查本件上訴人曾志弘未經許可，寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造手槍、準強盜及上訴人黃茂鑫加重強盜部分，不服原判決，依序於106年5月5日、同年9月9日提起上訴，其上訴狀並未聲明為一部上訴，應視為全部上訴。惟曾志弘補提之上訴理由狀，並未敘述關於原判決論處其未經許可，寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造手槍、準強盜部分之上訴理由，另黃茂鑫未曾補提上訴理由狀，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依首引規定，其等此部分之上訴均非合法，應併予駁回。

參、黃茂鑫加重竊盜部分

按刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之案件，經第二審維持第一審有罪之判決者，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。黃茂鑫加重竊盜部分，原審係依刑法第321條第1項第3、4款論處罪刑，核屬刑事訴訟法第376條第1項第2款之案件。依首開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，黃茂鑫就其加重竊盜部分猶提起上訴（未聲明一部上訴），顯為法所不許，亦應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 20 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 陳 宗 鎮

法官 何 菁 莪

法官 段 景 榕

法官 張 智 雄

法官 陳 世 雄

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 9 月 25 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,2862

【裁判日期】1070927

【裁判案由】違反貪污治罪條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第2862號

上訴人 黃源平

上列上訴人因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國105 年11月15日第二審判決（105 年度上訴字第1830號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署102 年度偵字第24442 號，103 年度偵字第17831 、17834 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人黃源平有其事實欄所載洩漏國防以外之秘密，公務員包庇圖利聚眾賭博2 次之犯行，因而撤銷第一審關於此部分不當之判決，改判依想像競合犯從一重論處公務員包庇圖利聚眾賭博共 2 罪刑之判決；另駁回檢察官就被訴圖利部分無罪判決之上訴。已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於上訴人所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明，核其所為之論斷，俱與卷存證據資料相符；從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、上訴意旨略以：

(一)依卷附錄音譯文顯示，上訴人係在呂學濱來電詢問時，被動告知有關警察勤務之訊息，且僅提及有員警集結，但對集結之目的為何，有無針對呂學濱之賭場查緝，並不知情，難認係積極包庇掩護之行為，所為應僅屬幫助犯。而賭博之正犯呂學濱當日既無因聚眾賭博為警查獲，上訴人所為之幫助行為自不為罪，原審遽以論罪科刑，自有違誤。

(二)縱認上訴人有包庇聚眾賭博之行為，惟2次洩漏訊息之時間

，分別為民國100年2月11日、2月18日，相距僅7日，行為態樣相同，顯係在單一犯意下所為之接續行為，應僅論以接續犯1罪，原判決論以數罪，適用法規有誤云云。

三、惟查：

(一)證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法，而資為合法之第三審上訴理由。又刑法明文處罰公務員各種包庇他人犯罪之行為，所指「包庇」，即包攬庇護之意，固與單純不舉發之消極縱容有別，而須有積極掩蔽庇護之行為，始能成立，其本質上仍屬他人犯罪之幫助犯，僅因法律明文處罰始獨立成罪，是舉凡一切藉其勢力，提供庇護，以利他人犯罪進行或使犯罪不易被人發覺，而助益他人犯罪完成之積極行為，概皆屬之。又依警察勤務條例第11條規定，警察執行勤務，其方式包括勤區查察、巡邏、臨檢、守望、值班與備勤，其目的係為達成取締、檢肅、查緝等法定任務，維護社會治安，是各級勤務機構因應治安之需求所規畫之勤務內容，包括如何指派人員、運用與組合警力、積極採取甚或消極不採取上開任一勤務執行方式等，均攸關上開任務目的能否圓滿達成，故透露警察之勤務計畫，不論其既定內容係積極作為或消極不作為，均足以影響取締效果。從而為使他人得以規避查緝，趁隙進行犯罪，而告知警察勤務，既已為告知之積極行為，且有助益他人犯罪之完成，即屬包庇，要不因其所告知之內容係積極作為或消極不作為，而有不同。又公務員藉其勢力，利用職權機會或身分，提供庇護，以利他人犯罪進行或使犯罪不易被人發覺，而助益他人犯罪完成之積極行為即屬包庇行為，不以其包庇對象為其主管或監督之事務權責範圍內為限。原判決依憑上訴人不利於己之供述，佐以證人呂學濱、鍾孟霖之證述，及卷附警察人員人事資料簡歷表、100年2月10日、2月17日桃園縣政府警察局八德分局八德警備隊13人勤務分配表、員警出入及領用應勤裝備登記簿、100年2月10日、2月17日桃園縣政府警察局八德分局八德偵查隊40人勤務分配表、通訊監察譯文等證據資料，經相互參酌印證，綜合判斷，認上訴人有包庇呂學濱聚眾賭博之犯行。原判決並說明：本件上訴人於100年2月間行為時，擔任桃園縣政府（現改制為桃園市政府）警察局八德分局警備隊隊員，係依法令服務於地方自治團體所屬機關

而具有法定職務權限之人員，且屬負有協助偵查、調查犯罪等法定職務之警察人員，對轄區內非法聚眾經營賭博場所者，負有取締、查緝之責。其知悉呂學濱為其轄區內職業賭場經營業者（呂學濱於99年10月19日後某日起，至100年12月間，在八德市多處經營職業賭場之行為，業經原審判決確定），利用擔任值班勤務之機會，分別查知八德分局偵查隊員警正聚集即將出勤，時值農曆春節前夕之春安工作期間，檢警機關莫不以取締色情美容護膚、職業賭場、檢肅非法槍彈等為專案勤務查緝重點，上訴人明知勤務內容、執行時間，均與國家事務或公共利益有深切之利害關係，均屬應維護之秘密，不得洩漏，以免助長犯罪，竟將員警即將出勤之訊息告知賭場業者呂學濱，使之得以預先防範，所為業已實際提供庇護而助益他人犯罪之完成，自屬積極之包庇行為。縱上訴人非主管排定或執行該等勤務計畫內容之人，亦未必實際知悉勤務計畫及內容，惟員警何時外出執行勤務，本非一般人均可輕易知悉之消息，仍屬於應秘密之消息，不得洩漏。上訴人將員警集結、即將進行非例行性專案勤務之訊息洩漏予呂學濱，使之得以事先知悉而有所防備、規避查緝，顯係以積極行為排除犯罪阻力，使呂學濱就其犯行防免事跡敗露，自當屬積極包庇賭博之行為（原判決第11至12頁）。所為論斷及證據取捨，俱與卷內資料相符，核與證據法則無違。上訴意旨猶謂係被動告知呂學濱，非屬積極之包庇，應為一般之幫助行為云云，顯係對原判決已明白論斷敘明之事項，圖憑己見再事爭執，顯非依據卷內訴訟資料具體指摘，自非合法上訴第三審之理由。

(二)刑事法上所稱「接續犯」，係指數個在同時同地或密切接近之時、地，侵害同一法益之行為，因其各個舉動之獨立性極為薄弱，依一般社會通念，認為無法強行分割，乃將之包括視為一個行為之接續進行，給予單純一罪評價之謂。惟並非漫無限制，如客觀上先後有數行為，逐次實行，侵害數個相同或不同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會觀念，時間差距上可以分開，刑法評價上，各具獨立性皆可獨立成罪，所犯又非屬預設其係持續實行之複次行為，具備反覆、延續實行複次作為之特徵，即應就每一行為分別論罪，而併合處罰。依原判決認定之事實，上訴人先後包庇賭博之犯罪時間為100年2月11日、2月18日，前後相距7日之久，在時間差距上可以分別而非密接，且各次犯行在刑法評價上，各具獨立性，均可獨立成罪，尚難認係屬於各個舉動

接續實行之接續犯，難認係基於同一犯意所為，且行為亦相互獨立，自應予以分論。上訴意旨就此客觀上明確可分之行為，認應論以接續犯之一罪，原判決論以數罪併罰，適用法規錯誤云云，與原判決認定之事實不符，不能認係適法之上訴第三審理由。

(三)綜上所述，上訴人之上訴意旨乃置原判決之明白論敘於不顧，對事實審法院事實認定及證據取舍職權之適法行使，徒憑己見，任意爭執，均不能認係適法之第三審上訴理由。依首揭說明，本件上訴均違背法律上之程式，應予駁回。

四、上訴人競合犯刑法第132 條第1 項洩漏國防以外之秘密罪部分，為最重本刑3 年以下有期徒刑之罪，核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款所列之案件，第一、二審均為有罪之判決，原不得上訴於第三審法院，因重罪之公務員包庇賭博罪部分上訴不合法，應從程序上予以駁回，則競合犯洩漏國防以外秘密輕罪部分，亦無從依審判不可分原則，併為實體審判，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 27 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 | 楊 | 真 | 明 |
| 法官 | 鄭 | 水 | 銓 |

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 10 月 1 日

書 記 官

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,3111

【裁判日期】1070912

【裁判案由】違反證券交易法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第3111號

上訴人 傅崐萁

選任辯護人 林春榮律師

林永頌律師

陳峰富律師

上訴人 楊愷悌

余素緣

共 同

選任辯護人 梁宵良律師

上訴人 廖昌禧

選任辯護人 宋永祥律師

上列上訴人等因違反證券交易法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年6月20日第二審更審判決（103年度重金上更（二）字第11號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署93年度偵字第21024、20735、22110號、94年度偵字第846、10173 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、原判決撤銷第一審關於上訴人楊愷悌、余素緣、傅崐萁、廖昌禧部分之科刑判決，比較新舊法，適用民國93年4月28日修正前之證券交易法，並依刑事妥速審判法及中華民國九十六年罪犯減刑條例之規定，改判仍論上訴人等四人以共同違反對於在證券交易所上市之有價證券，不得有意圖抬高集中交易市場合機電線電纜股份有限公司（下稱合機公司）股票之交易價格，自行及以他人名義（楊愷悌、余素緣部分）或以他人名義（傅崐萁、廖昌禧部分），對合機公司股票，連續以高價買入之規定罪，楊愷悌、余素緣、傅崐萁各處有期徒刑1年4月，均減為有期徒刑8月，余素緣緩刑3年；廖昌禧處有期徒刑10月，減為有期徒刑5月。並諭知未扣案犯罪所得新臺幣（下同）6511萬8654元中之209萬2253元，由楊愷悌、余素緣與袁淑錦共同沒收，於全部或一部不能沒收或不

宜執行沒收時，共同追徵其價額；另6302萬6401元由楊愷悌、余素緣、傅崐其與袁淑錦、張世傑及不詳姓名之合機公司員工二人共同沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，共同追徵其價額（袁淑錦、張世傑分別於原審上訴審及第一審經判刑確定，袁淑錦並宣告緩刑）。

貳、上訴意旨

一、楊愷悌、余素緣上訴意旨略以：

- (一)、臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）98年3月17日臺證密字第0980004471號函附之分析意見書，其結論雖稱袁淑錦等有明顯影響開盤價或收盤價之情形，然楊愷悌、余素緣當時買賣合機公司股票，係欲將現股轉成融資股票，並無操縱拉抬之目的，此與證人陳文有、馮垂青等之證詞相符。原判決認定伊等有欲利用臺灣電力股份有限公司（下稱臺電公司）第六輪配電工程（下稱六輪工程）致公司出貨順暢、營收增加之利多消息，使合機公司股價上揚之目的，然未敘明所憑證據，有認定事實未依證據之違法。
- (二)、原判決一方面認「原判決附表《下稱附表》二編號1至9所示證券帳戶於該段期間內，實際上係由楊愷悌、余素緣指示袁淑錦為操盤買賣合機公司股票」，又稱袁淑錦供述：「（92年）6月至10月要現股轉融資，要一買一出那個價格是我決定的」等語，足見楊愷悌、余素緣雖指示袁淑錦操盤買賣合機公司股票，但高價買進之行為係袁淑錦個人所決定，何得認有犯意聯絡與行為分擔？其事實認定與理由相矛盾。
- (三)、楊愷悌、余素緣與傅崐其等不認識，證人詹萬裕雖於法務部調查局調查時證稱李金亮曾帶二個合機公司員工至傅崐其辦公室與其見面，要合作某件事等語，惟檢方無法提出當日詢問之錄影錄音光碟為憑，詹萬裕之該調查陳述應無證據能力，嗣後詹萬裕於審判中已改稱不知道他們要談什麼等語，張世傑亦未提及楊愷悌、余素緣或合機公司人員參與其中，足見原判決認定事實未憑證據。
- (四)、原判決認定楊愷悌、余素緣與袁淑錦拉抬合機公司股價之效果未如預期。然袁淑錦將現股轉成融資時，股價維持在15、16元上下，並無融資斷頭壓力，有各證券公司回函附卷可憑，原判決未說明其認定之依據，有理由不備之違法。
- (五)、原判決認定楊愷悌、余素緣為應付市場融券放空及繼續拉抬股價，乃提前召開股東會，欲迫使融券者追價買入股票（俗稱軋空）。然袁淑錦依馮垂青（業經原審判刑確定）之指示掛單陸續賣出合機公司股票，並未在92年10月30日至93年 1

月31日間配合張世傑買進股票，且依張世傑、馮垂青、廖昌禧等之供述，可知融券張數增加係傅崐萁或張世傑同時以融資買進、融券賣出之方式所致，而非真正融券放空之投資人所為，原判決置而不論，亦非適法。

- (六)、依馮垂青之陳述，其與傅崐萁、張世傑、廖昌禧等開會討論軋空事宜之日期，最快應在93年1月13日，會後第二天馮垂青始請余素緣提前召開股東會，而合機公司早在93年1月13日即公布股東會召開日期，足見馮垂青所稱之軋空會議乃其杜撰之詞，不足採信。原判決以該供述為據，顯有疏誤。
- (七)、原判決認為楊愷悌等提供資料給張世傑宣傳、拉抬股價。惟張世傑在媒體宣傳之資料，均屬一般投資人在公開場合得以取得之資訊，投信法人等也會來拜訪詢問拿取，合機公司亦曾不定期邀集投信法人來公司辦理說明會，於會中提供相關資料供參考，可見張世傑稱該資料一般人無法取得云云，與事實不符；馮垂青取得之報表等物，均為實際業務資訊，並無誇大或不實之訊息，若有共同炒股拉抬股價之犯意聯絡，豈有一方面利用傳播媒體散布誇大不實之資訊，另一方面卻在重大訊息觀測站提醒投資人該訊息為未經公司證實發布之理。原判決之認定有理由不備之違失。
- (八)、無論馮垂青替陳文有尋找之買主是傅崐萁或張世傑，該合機公司股票於陳文有同意以每股15元轉讓後，尚未在集中交易市場賣出以前，即已經在張世傑等人間互為轉讓約定，轉讓價格甚且超過陳文有同意轉讓之價格，可見超過每股15元之差價，均由袁淑錦取交馮垂青再轉交張世傑等人，不能認為是楊愷悌、余素緣之犯罪所得。原審未詳查楊愷悌、余素緣之犯罪所得各若干，即諭知共同沒收，應屬違法云云。

二、傅崐萁上訴意旨略稱：

- (一)、袁淑錦、詹萬裕等陸續接受調查時，距離最後犯罪之93年1月14日已經10月16天，自無記憶深刻，可立即反應所知之問題。原審未比較陳述時之外在環境及情況，即以調查陳述距案發日較近，記憶自深刻，無虛偽不實指證或事後串證可能，認為調查陳述有證據能力，使交互詰問流於形式，違反司法院釋字第582號解釋及刑事訴訟法第159條之2規定，且違背論理法則。
- (二)、傅崐萁未犯罪，如依原判決認定傅崐萁於92年10月30日至93年1月14日間，使用附表二編號23、24之人頭帳戶參與附表一編號11至29之犯行，則應合計虧損1327萬700元，而楊愷悌、余素緣於92年9月1日至93年1月14日間使用附表二編號1

至9帳戶參與附表一編號1至29之犯行，獲有利益，二者之犯罪時間與惡害不同，原審竟量處傅崐其與楊愷悌、余素緣相同之刑度，有未審酌刑法第57條之違法。

- (三)、共同正犯犯罪所得之沒收，應以各人實際所得而定，分別諭知沒收、追徵。原審未調查各人犯罪所得，遽行創設法律所無之「共同沒收、共同追徵」制度，令傅崐其就他人犯罪所得6302萬6401元沒收，違背罪刑法定原則，又未依刑事訴訟法第455條之13第3項規定行使闡明權，使檢察官向法院為沒收第三人財產之聲請，致其無就沒收陳述意見之機會，自非適法；原判決認定傅崐其僅參與附表一編號11至29共19天之犯罪，計算犯罪所得時卻將92年10月30日至93年1月14日共54個交易日全部併計，違背論理法則；證交所計算式係以37人計算，原判決雖扣除張世俊等13人，但未說明該13人之數額為何及所憑依據，有理由不備之可議。
- (四)、卷附通聯紀錄非由電信單位從電腦設備列印，而是調查人員逕行製作，原審認為有證據能力，於法未合；原判決僅說明張世傑之監聽合法，至於傅崐其等之監聽何以合法、何以僅因監聽合法，即得不探究通訊監察譯文是否被告以外之人於審判外之陳述，而得引為證據，均未說明，同非適法。
- (五)、各版本之證交所分析意見書，除93年2月24日製作者以外，其餘均係證交所人員依檢調人員指示之範圍作分析，已預見會作為證據，不具慣常性，顯無特別可信性，不能因製作人周誠、王美珠、郭冬霖到庭作證而治癒其瑕疵，此等分析與「公布或通知注意交易資訊暨處置作業要點」前提要件不符，應無證據能力。原審引版本四之查核分析意見為據，違背刑事訴訟法第159條之4、第208條、第202條規定及論理法則；製作人郭冬霖證言僅就分析意見書中數營業日之部分交易時段舉例說明，占分析意見書之比例極低，不得以此認定此分析意見書有證據能力。
- (六)、情節重大之違法通訊監察所得資料是否有證據能力，應優先依通訊保障及監察法第5條、第6條規定判斷，而排除刑事訴訟法第158條之4權衡法則之適用。原判決認為我國未引用毒樹果實理論，於法未合，且卷內無某立法委員之林姓助理與監察對象之對話內容，亦無傅崐其涉及炒作之事證，檢察官竟虛構事實濫權簽分案件，以追查傅崐其，且施以通訊監察，原判決未說明檢察官違法簽分取得之證據何以有證據能力之理由，即認偵查及監聽合法，係違背法令。
- (七)、馮垂青等於偵查時以被告身分之供述，原判決未說明何以具

有必要性之理由，即予採用，於法不合；廖昌禧、馮垂青等之調查、偵訊陳述或係疲勞訊問，或被威脅、利誘，原審認有證據能力，同非適法；廖昌禧於93年12月9日之偵訊供述，檢察官未依刑事訴訟法規定告知罪名及訴訟上得享有之基本權利，原審未命檢察官提出非惡意之證據及理由，逕以調查員已告知權利，即認有證據能力，洵有未合；詹萬裕等之偵訊證詞，因檢察官未命彼等朗讀結文，結文僅有簽名、日期，其餘均空白，不知是供前或供後具結，顯未完成刑事訴訟法第189條第1、2項規定之程序，應無證據能力，原審仍予採用，自屬違法；原判決未論斷詹萬裕等之偵查供述得否例外有證據能力，逕謂該等陳述僅對爭執此證言證據能力之被告，沒有證據能力，於法有違；93年12月9日對廖昌禧、馮垂青、張世傑之偵訊，有檢察官、檢察事務官、調查員穿插提問之情形，混淆究係向檢察官、檢察事務官或司法警察官、司法警察之陳述，應將程序違法瑕疵之不利益歸於檢察官，原審認為同時在場之檢察官得指揮事務官、調查員詢問，而全部視為向檢察官之陳述，有適用法則不當之違法；原判決理由謂其餘未經當事人爭執而視為同意之供述證據部分，審酌其作成時之情況並無違法取證之瑕疵，認以之作為證據為適當，均有證據能力，然未就該等審判外陳述製作時之過程、內容、功能等，及是否具備合法可信之適當性保障等要件，予以綜合判斷，有適用法則不當之違法。

- (八)、以薛寶卿等名義買賣合機公司股票之事實，業經起訴，原審未以裁判使此訴訟關係消滅，逕認係起訴書誤認，即變更起訴之犯罪事實，有已受請求之事項未予判決之違法。
- (九)、郭冬霖、周誠、王美珠之陳述，係以其事後觀察所得，報告專業判斷之鑑定意見，原審祇以證人身分命其具結，而未命加具鑑定人之結文，訴訟程序欠缺法定程式，遽行援引此鑑定意見為證據，違背證據法則。
- (十)、原審106年4月17日審判期日，僅諭知本件更新審理程序，並未踐行朗讀或提示前次審判筆錄並告以要旨之更新審理程序，使前次審判程序之內容重現於新審判期日，訴訟程序有重大瑕疵；審判長未就所諭知沒收、追徵之要件及事實，實質證據調查及訊問，即突襲宣告沒收追徵，違背憲法第8條第1項非由法院依法定程序不得審問處罰之規定，於判決結果有影響，乃違背法令。
- (十一)、原判決事實欄未就沒收為認定，致理由、主文宣告沒收失所根據，足以構成撤銷之原因。

(十二)、證券交易法第155條第1項第4款於104年7月1日修正公布，增加有影響市場價格或市場秩序之虞之要件，原判決未比較適用，未說明傅崐其之行為是否影響市場價格或市場秩序之虞，有適用法則不當等違法。

(十三)、原判決尚有下列違背法令：

- 1、呂啟銓係聽從沈江男之建議買賣合機公司股票，並非張世傑借用之人頭帳戶，原判決以呂啟銓之陳述，作為指駁沈江男供述不可採信之依據，應非合法。
- 2、廖昌禧證稱：合機公司股票，伊個人以太太劉碧珠帳戶購買，傅崐其委託下單時，則打電話給金主鄭熹之營業員，營業員利用何人帳戶買入股票，伊不知情等語。足見廖昌禧未使用劉碧珠帳戶幫傅崐其買賣合機公司股票，此與原判決之事實認定相牴觸。則扣除劉碧珠帳戶後，對傅崐其等委託買入合機公司股票數量占同時段股票成交量之比例有否影響？對漲幅有否助益？攸關犯罪所得沒收、追徵之數額，原判決未予審認調查說明，自屬違法。
- 3、原判決引張世傑之第一審證言為據，而張世傑於第一審證稱起訴書記載之人頭戶是正確的等語，然原判決認定之人頭戶與起訴書記載的不盡相同，足見事實認定與所引證據不符。
- 4、原判決之認定縱令無誤，傅崐其亦祇於附表一編號11至29與楊愷悌等有犯意聯絡，原判決第210 頁第28列卻記載「附表一編號1至29」，顯然矛盾。
- 5、依原判決事實記載，傅崐其與張世傑等人(不包括袁淑錦)於附表一編號11至29之時間連續高價買入，此與理由欄載述傅崐其與楊愷悌、余素緣、馮垂青、廖昌禧及「袁淑錦」、張世傑意圖抬高股價連續高價買入等語，互相矛盾；倘傅崐其與袁淑錦共同高價買入，就以袁淑錦名義買入部分，應視同是傅崐其自行買入，原判決卻諭知傅崐其以「他人名義」買入，主文與理由不相符合。
- 6、起訴書祇有一個附表，並無附表一，原判決第219頁第8列記載「…起訴書附表一編號1至32…」，前後不符。
- 7、郭冬霖供述漲幅高過6%之營業日中，有數個營業日非原判決認定傅崐其意圖拉抬股價而高價買入之時間，可見漲幅超過6%係市場自然供需之結果，與傅崐其、張世傑等無必然關連，原審未予審認調查說明，亦非適法。

(十四)、原審法院106年4月17日審判筆錄記載有提示證交所106年4月5日臺證密字第1060004965號函，然辯護人詳聽錄音結果，並未提到此函文或內容，經廖昌禧向監察院陳情，監察院於

107年8月15日做成調查報告，亦認為「確實難認當庭有提示該函文供辯護人及被告表示意見，以此作為論罪科刑及沒收依據，對被告訴訟基本權保障不周，更二審法院具有違失」，原判決以此函文作為認定犯罪所得之依據，違背刑事訴訟法第155條第2項、第165條第1項規定。至於原審辯護人林春榮律師接獲書記官通知而至法院閱覽該函文後，雖即製作「刑事全辯護意旨補充狀」，於審判期日一開始即提交法院，然辯護人製作該書狀時，不會知道審判長當天開庭是否會提示此函文，故不得據此而認審判長在審理時已將該函文提示予上訴人表示意見。

- (十五)、證交所105年10月6日臺證密字第1050018184號函之計算式，有計入證券交易稅與手續費，106年4月5日臺證密字第1060004965號函則未計入，後者自應少於前者。惟前者詹淑惠4個帳戶於加計稅費計算後，虧損453萬5000元，後者虧損239萬985元，足見計算式悖於經驗法則。原審未請鑑定單位說明，即以106年4月5日函之計算式為依據認定犯罪所得，亦屬違法。
- (十六)、證交所查核分析意見係綜合37名投資人帳戶計算之買賣價差，原判決認定炒股者有15名帳戶，計算犯罪所得卻採計24名帳戶，而未說明其理由，又未調查、說明共同正犯間不法利得之分配情形，即諭知共同沒收6302萬6401元，同非適法。
- (十七)、原判決認定馮垂青、廖昌禧各自傳崐其處取得300萬元報酬，係僅憑馮垂青、廖昌禧之供述，欠缺補強證據；如傳崐其使用編號23、24帳戶獲利581萬3426元，該金額即為傳崐其之犯罪所得，而馮垂青、廖昌禧各取得不法利益300萬元，則傳崐其、馮垂青、廖昌禧共同繳回之和解金1483萬6424元已逾三人犯罪所得1181萬餘元，原判決未說明繳回款各人實際支付若干，即認馮垂青、廖昌禧無須再沒收犯罪所得，傳崐其應與其他共同正犯共同沒收6302萬6401元，即有違誤；原判決對帳戶使用認定有誤，且既認定各帳戶分別由何人掌控使用，余素緣或袁淑錦當日會算出傳崐其、張世傑應得價差後交付，應可算出一定分配方式，竟以分配情形不明確，而認為犯罪所得應由共同正犯負共同沒收之責，均有違法。
- (十八)、呂天炎、呂啟銓之帳戶非張世傑所使用，呂啟銓也證稱其帳戶與張世傑無關，原審祇採納張世傑之矛盾供述，且引用與本件無關之他案判決書內資料，據以推測張世傑使用呂啟銓等帳戶，核屬違法；呂啟銓之帳戶非起訴書起訴範圍，原判決將其交易列為本案審判範圍，且為附表三交易之一部，有

訴外裁判之違誤。

- (十九)、不法炒作股票犯罪所得金額之計算，不應扣除手續費、證券交易稅等成本，原判決將交易稅及手續費等成本扣除，違背刑法第38條之1修正意旨及最高法院106年度台上字第1009號判決意旨。
- (二十)、證券交易法第171條第7項於105年7月1日刑法沒收新制施行後失其效力，原判決引用證券交易法第171條第7項為計算犯罪所得沒收之依據，適用法則不當。
- (㉓)、原判決認定傅崐其與楊愷悌、余素緣不相識，又認彼此間有犯意聯絡，就其間如何達成何種謀議，未明白認定，尚有違失；原判決認定詹萬裕介紹合機公司不詳姓名員工二人與傅崐其認識，然詹萬裕證稱不認識該二人，也不確定是否合機公司員工，其認定有理由矛盾等違誤。
- (㉔)、原判決認定合機公司提前召開股東會係為炒作股票，使融券者回補股票須追高價格云云，若如此，上訴人等應會先囤積股票，並於開股東會前大量高價出售以炒高價格，原判決卻認定炒作時間至93年1月14日止，顯有不備理由及不符經驗與論理法則之違誤云云。

三、廖昌禧上訴意旨略稱：

- (一)、原判決認定廖昌禧以附表二編號23之詹淑惠、編號24之劉碧珠帳戶買進合機公司股票，但未敘述如何配合高價買入；馮垂青、廖昌禧僅提及金主鄭熹，並無提及鄭熹有提供詹淑惠帳戶，且依鄭熹等人所言，詹淑惠帳戶內股票是鄭熹及其他證券公司客戶所買賣，甚至融資賣出或賠款，益見此帳戶非廖昌禧所使用；劉碧珠帳戶內合機公司股票於93年1月14日全部出售完畢，如為傅崐其之人頭戶，何以不待股價上漲後再售出？原判決未加說明，有理由不備等違失。
- (二)、原判決認定傅崐其提供廖昌禧、馮垂青、張世傑各一支已輸入彼此門號之行動電話，供炒股聯繫之用。此支行動電話係93年2月間由蔡進忠交給馮垂青時，廖昌禧適巧在場，向其索取而得，取得時間已逾原判決認定之犯罪時間92年10月30日起至93年1月14日，原審不採此有利證據，尚有違誤。
- (三)、廖昌禧並未參與92年12月間之軋空協商會議，如有參加，何以在93年1月14日即將劉碧珠帳戶之股票出售完畢；廖昌禧於93年1月13日晚上9點多在家中從網路獲悉合機公司召開股東會之訊息，隨手記在回收紙上，原審依據此張回收紙認定廖昌禧參與軋空會議，與客觀事證不符。
- (四)、廖昌禧一再辯稱傅崐其交付之300萬元，係補償其請廖昌禧

擔任凱聚股份有限公司之名義董（監）事，而被財政部證券暨期貨管理委員會科處之罰鍰418 萬元，所辯與傅崐其之證言一致。原判決仍認定300 萬元是傅崐其給付之報酬，然未敘明馮垂青之陳述如何足以採信之理由，亦非適法。

(五)、原判決認定廖昌禧等犯罪時間為92年10月30日至93年1 月14 日，惟犯罪所得計算時記載92年9月30日至93年1月14日，顯然矛盾。

(六)、原審於106年4月17日審判期日未提示證交所106年4月5 日臺證密字第1060004965號函供辨識，雖審判筆錄記載有提示編號12之此函文，但錄音顯示審判長口中宣讀者係「6至11 其中…有期貨交易人保護中心函…」等語，明確未宣示編號12之函文，顯見審判筆錄與錄音內容不符。上訴人等曾向原審法院聲請更正筆錄遭拒，事關犯罪所得之認定，有應於審判期日調查之證據未予調查之違法；廖昌禧向監察院陳情後，監察院出具調查意見，稱「證交所106年4月5日臺證密字第1000000000 號函乃涉及案關股票交易差額計算之關鍵事證，惟縱勘驗系爭庭訊錄音內容，仍難認定當庭確有提示該事證供陳訴人及其辯護人就該函設算金額之當否，為言詞辯論；以之作為論罪科刑及設算沒收金額之依據，對陳訴人訴訟基本權之保障，程序上顯有不周」等語，亦認定該筆錄記載不實云云。

參、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。

肆、經查：

一犯罪事實之認定，證據之取捨及其證明力如何，乃事實審法院自由判斷之職權，如其取捨不違背經驗法則與論理法則，即不得指為違法，而據為上訴第三審之理由。且經驗法則與論理法則俱屬客觀存在之法則，非當事人主觀之推測，若僅憑上訴人之主觀意見，漫事指為違背經驗與論理法則，即不足以辨認原判決已具備違背法令之形式。

二原判決綜合全辯論意旨及調查證據所得，依法認定：(一)、楊愷悌係股票上市公司合機公司之董事長兼總經理，余素緣為副總經理兼關係企業洋華光電股份有限公司（下稱洋華公司

）等之財務主管或董事，袁淑錦為洋華公司員工，張世傑（綽號古董張）為多家證券投資顧問公司之實際負責人，馮垂青為倍利國際綜合證券股份有限公司前協理，任工商時報記者時結識經常投資股票之立法委員傅崐萁（綽號小傅），廖昌禧係傅崐萁朋友，多次為傅崐萁處理股票相關事宜。(二)、92年6月間，合機公司獲得臺電公司六輸工程計劃訂單，楊愷悌、余素緣欲利用六輸工程致公司出貨順暢、營收增加之利多消息，使合機公司股價上揚，指示袁淑錦以不知情之人頭帳戶下單以現股買進，部分並以現股賣出改以融資買進之方式，大量買進合機公司股票。其後，楊愷悌、余素緣、袁淑錦共同基於意圖抬高合機公司股票交易價格而連續高價買入之犯意聯絡，自92年9月1日起至同年10月23日止，由袁淑錦負責以附表二編號1至9之帳戶，連續多筆以附表一編號1至10之大量高價買進，意圖製造交易熱絡假象，吸引投資人買賣，將股價維持一定價位以上，使合機公司股價自14.35元抬高至15.7元。總計楊愷悌、余素緣、袁淑錦於此期間犯罪所得為209萬2253元。(三)、嗣余素緣經楊愷悌同意，透過李金亮（另案通緝中）、詹萬裕介紹，指示某合機公司員工二人至臺北市○○區○○路0段00號3樓傅崐萁之立法委員辦公室，協議由傅崐萁另覓金主及炒手拉抬股價，以便楊愷悌、余素緣等逢高賣出，傅崐萁乃邀馮垂青、廖昌禧、張世傑至其辦公室內商議，傅崐萁、廖昌禧、馮垂青、張世傑、楊愷悌、余素緣、袁淑錦及前揭二位合機公司員工，即共同基於意圖抬高合機公司股票交易價格之犯意聯絡，由馮垂青與余素緣接洽取得合機公司之型錄等資料，張世傑利用此等資料於其主持之財經節目、說明會、投資講座、廣播頻道、報章雜誌上宣傳，再由袁淑錦配合逢高賣出，傅崐萁並提供4支專屬行動電話，1支供己使用，其餘3支交給馮垂青、廖昌禧、張世傑使用（每支均已輸入其餘3人專線電話號碼），以便聯繫及逃避查緝。張世傑即自92年10月30日起至93年1月14日止，以附表二編號10至22之帳戶，或洽金主黃三郎提供陳慶年等帳戶，傅崐萁指示廖昌禧以附表二編號24劉碧珠（廖昌禧之妻）帳戶，並洽尋金主鄭熹使用附表二編號23詹淑惠（鄭熹之妻）帳戶，下單買賣合機公司股票，連續多筆相對成交，且高價買入，造成交易熱絡之情形，張世傑密集散布合機公司之利多消息，吸引投資人跟進，同時推薦給其經營之投顧公司會員進場買賣，使合機公司股價由92年10月30日開盤之每股15.5元，上漲至93年1月14日收盤之40.6元

。其間因股票持續上漲，市場融券餘額（即借股票賣出，俗稱放空）一路增加，且居高不下，為應付融券放空及繼續拉抬股價，傅崐其與馮垂青、張世傑、廖昌禧研議洽請合機公司提前召開股東會，利用融券者於股東會召開前2個月之第6個營業日前，必須強制回補股票之規定，可使股價不跌反漲（俗稱軋空），馮垂青即轉知余素緣請合機公司提前召開股東會，合機公司果於93年1月13日由楊愷悌、余素緣召開董事會，決議將於93年4月23日提前召開股東會，同日下午對外公布，融券餘額即自93年1月13日起持續減少，總計於此期間內，傅崐其等之犯罪所得為1億1848萬1139元，傅崐其並從中各撥出300萬元分配予廖昌禧、馮垂青，作為渠2人之報酬等情。已說明本於調查所得心證，定其取捨而為事實判斷之理由，並就所有採為論罪證據之被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，如何具有證據能力，本件通訊監察如何係屬合法，因通訊監察取得之通訊監察譯文如何得為證據，以及廖昌禧於93年12月9日檢察官偵訊時具結之證言，雖檢察官漏未告知刑事訴訟法第95條規定之事項，但權衡人權保障與公共利益之均衡維護，該證言如何有證據能力等，詳加論敘。復就確認之事實，說明楊愷悌、余素緣就92年9月1日至同年10月23日間之行為，有共同之犯意聯絡，並分擔部分犯行，二人為共同正犯；楊愷悌、余素緣、傅崐其、廖昌禧與馮垂青、張世傑及另二名合機公司員工就92年10月30日起至93年1月14日止之行為，亦有共同之犯意聯絡，並分擔部分犯行，為共同正犯之論據。就上訴人等否認犯罪之所辯，如何不足採信，及有利於上訴人等之證據，如何不能採納等，亦於理由內予以指駁、說明甚詳。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。

三按判決書應分別記載其裁判之主文與理由，有罪之判決書並應記載犯罪事實，且得與理由合併記載，刑事訴訟法第308條規定甚明。本件原判決事實欄已記載上訴人等犯罪之時間、犯罪之方法，以及犯罪所得等具體社會事實，且於理由欄載述如何計算犯罪所得與宣告沒收之論據，要無不備理由之可言。至原判決援引證券交易法第171條第7項、將附表一編號11至29載為編號1至29、將起訴書附表載為附表一、計算犯罪所得時間將92年10月30日載為92年9月30日等，綜觀原判決全文，經核皆係文字上之顯然誤寫，非不得以裁定更正之，不能指係違法。

四刑事訴訟法第159條之4第2款之業務文書，除依文書本身之外觀判斷是否出於通常業務過程之繼續性、機械性而為準確之記載外，因其內容可能含有其他陳述在內，在特別可信之情況擔保要求下，其製作者之證言等自非不可作為判斷之資料。查證交所依證券交易法授權訂定之實施股市監視制度辦法等相關規定，於證券交易集中市場，就每日交易時間內，於盤中、盤後分析股票等有價證券之交易情形、結算等資料，執行線上監視與離線監視系統，進行觀察、調查、追蹤及簽報等工作，此等依監視系統事先設定處理方式之「程式性決策」所製作之監視報告（即交易分析意見書），其中有關股票交易紀錄之記載，既係出於營業之需要而日常性為機械連續記載，具有不間斷、有規律而準確之特徵，應無疑問，其中依據股票交易紀錄異常所為之分析意見，如經製作者在審判庭具結陳述係據實製作，應認已有其他特別可信之情況為擔保，既與股票之交易紀錄合一構成法律上規定製作之業務文書之一部，允許其具有證據能力，應不違背刑事訴訟法上開規定之本旨。至於分析意見是否可採，則屬於證據如何調查及證明力之問題。本件卷附各版本之交易分析意見書，所載投資人姓名、買進賣出股數、占市場比例、金額等交易紀錄，係從事業務之人依電腦作業予以記錄，誤差機會甚小，而該分析意見書之製作人周誠、王美珠、郭冬霖皆以證人身分具結證述並受詰問，則原審認上開分析意見書有證據能力，按之刑事訴訟法第159條之4第2款之規定，不能指係違法。

五鑑定證人係指依特別知識得知已往事實之人，如就使其依特別知識而對某事實陳述其判斷之意見上，與鑑定人無異，如就陳述已往事實而言，則與證人相似，有不可替代性，刑事訴訟法第210條乃明定「訊問依特別知識得知已往事實之人者，適用關於人證之規定。」依卷內資料，周誠、王美珠、郭冬霖長期任職於證交所，其等於法院作證係陳述依股票監視專業而製作分析意見書之經過，並非陳述其等鑑驗或判斷之意見，觀諸原審選任辯護人於詰問時，亦有表示周誠、郭冬霖等是以證人或專家證人身分到庭陳述等語，有相關審判筆錄在卷可稽，從而周誠、王美珠、郭冬霖以證人身分而為具結，並無不合。上訴意旨認為應加具鑑定人結文始屬合法云云，難認係合法之第三審上訴理由。

六證券交易法第155條第1項第4款規定，對於在證券交易所上市之有價證券，不得有意圖抬高或壓低集中交易市場某種有

價證券之交易價格，自行或以他人名義，對該有價證券，連續以高價買入或以低價賣出，而有影響市場價格或市場秩序之虞，旨在防止人為操控股價，導致集中交易市場行情發生異常變動，影響市場自由、公開決定價格之秩序。故行為人如客觀上有操縱行為，致市場行情有異常變動而影響市場秩序之危險，於考量該有價證券之特性、行為人之屬性、交易動機、交易前後之狀況、交易型態、交易占有率、是否違反投資效率等客觀情形因素，綜合判斷後，如操縱行為無其他合理之投資、經濟上目的（例如因應市場上之經濟或非經濟因素，基於合理投資判斷而大量高價買進、低價賣出）時，自得認定主觀上有拉抬或壓抑之意圖。本件原判決已說明綜合調查所得之直接、間接證據，認定楊愷悌、余素緣、袁淑錦先有抬高合機公司股票之意圖與行為，嗣後又找公司派以外之傅崐其等人合作，再密集發布利多消息，繼續拉抬炒作，由袁淑錦依指示之價量配合賣出獲利，其間合機公司尚配合提前召開股東會，使融券者被迫高價回補股票，顯見其等主觀上有拉抬股票價格之意圖，客觀上有拉抬行為，楊愷悌、余素緣所辯無操作拉抬目的與犯意云云，均不足採信，暨陳文有之有利證言不能採納之理由，並無判決不備理由可言。

七刑之量定，屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟於量刑時，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，而未逾越法定範圍，且無濫用其職權情形，共同正犯間所科之刑又與公平原則無悖，即不得遽指為違法。傅崐其與其他上訴人等之刑度雖然相同或相近，但其等有關刑法第57條各款所列事項既有不同，原判決以個人之責任為基礎，說明審酌刑法第57條各款所列事項而為刑之量定，此裁量權之行使，並無違反比例原則及平等原則，亦未見有濫用情形，即無違法。

八共同正犯犯罪所得之沒收、追徵，應就各人所分得之數為之。所謂各人「所分得」之數，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言。因此，若共同正犯各成員內部間，對於犯罪所得分配明確時，應依各人實際所得宣告沒收；若共同正犯對犯罪所得無處分權限，與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知沒收；然若共同正犯對於犯罪所得享有共同處分權限時，如彼此間分配狀況未臻具體或明確，自應負共同沒收之責。所稱負共同沒收之責，參照民法第271條「數人負同一債務，而其給付可分者，除法律另有規

定或契約另有訂定外，應各平均分擔之」，民事訴訟第85條第1項前段「共同訴訟人，按其人數，平均分擔訴訟費用」等規定之法理，即係平均分擔之意。又共同正犯各人有無犯罪所得、所得數額各若干、對犯罪所得有無處分權等，因非犯罪事實有無之認定，不適用嚴格證明法則，事實審法院得視具體個案之實際情形，綜合卷證資料及調查結果，依自由證明程序釋明其合理之依據而為認定。查楊愷悌等否認犯罪及有犯罪所得，原審因認除馮垂青、廖昌禧各自傳岷其處分得300萬元外，其餘共同正犯就其餘犯罪所得有共同處分權限，而利得分配情形不明，甚且無從證明業已完成分派，乃諭知除已實際發還被害人（指財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心）者外，應由各共同正犯共同沒收、追徵，已敘明其綜合卷內證據資料憑以認定之依據與理由，依上說明，亦無違法。

九依104年12月30日修正，105年7月1日施行之刑法第38條之1規定，犯罪所得，屬於犯罪行為人者，除有特別規定依其規定者外，應予沒收。至於刑事訴訟第455條之12規定「財產可能被沒收之第三人」得聲請參與沒收程序，第455條之13規定檢察官得向法院聲請沒收第三人財產，此之「財產可能被沒收之第三人」，依其立法理由說明，係指被告（含共同被告）以外之第三人。上訴人及已判刑確定之張世傑等人，彼等於實體法上係犯罪行為人，於程序上為被告或共同被告，並非財產可能被沒收之第三人，自不生刑事訴訟法第455條之13及之14所規定有關檢察官聲請沒收第三人財產，及法院就參與沒收程序之聲請為裁定前，應予第三人或本案當事人等陳述意見機會之問題。

十審判非一次期日所能終結者，除有特別情形外，應於次日連續開庭，如下次開庭因事故間隔至15日以上者，應更新審判程序，此種關於審判期日之訴訟程序，是否依法踐行，專以審判筆錄為證。經核閱原審卷宗，原審於106年4月17日續行審判程序時，審判長已諭知更新審判程序，並重新告知刑事訴訟法第95條規定之事項、命檢察官陳述起訴要旨、告知上訴人等其犯罪嫌疑及所犯罪名，且調查證據並行言詞辯論等，有該次審判筆錄為憑，即已重新實施審判期日應踐行之程序，其審判程序並無不合。而刑事訴訟法並無更新審判程序應就之前審判筆錄踐行朗讀或提示告以要旨之規定，上訴意旨指未使前次審判程序內容重現係違背法令云云，尚屬無據。

- 十一依卷內資料，證交所106年4月5 日臺證密字第1060004965號函及其查覆說明，係扣除成本、利潤及稅費（包含手續及證券交易稅）等支出後，計算其買賣價差，其合計之價差金額（指實際價差金額《已實現獲利》與擬制性價差金額《未實現獲利》之合計）比較未扣除之同所105年10月6日臺證密字第1050018184號函查覆說明所算得之金額為低，並無計算式違背經驗法則之情形。上訴意旨僅摭拾其中一個帳戶之片斷交易資料，遽指其計算方式違背經驗法則，尚非合法。
- 十二刑事訴訟之上訴制度，乃為受不利益判決之被告請求上級法院救濟而設，故被告不得為自己之不利益提起上訴。原判決於計算上訴人等炒作股票之犯罪所得時，既扣除證券交易稅與手續費，且就尚未賣出股票部分之交易稅與手續費等，亦予扣除，縱非允當，然扣除此等稅費，上訴人等之犯罪所得即相對減少，係對其有利之事項，上訴意旨指為違背法令，乃對自己之不利益而上訴，殊非合法之第三審上訴理由。
- 十三非法交易之股票未必於當日隨即處分完畢，亦會因其持股時間長短而影響犯罪所得之認定，故原判決依犯罪行為延續之起訖期間，作為計算不法所得之時間斷點等旨，核屬事實審採證、認事之適法職權行使，無違法可言。
- 十四檢察官就被告犯罪事實之一部起訴者，依刑事訴訟法第 267 條規定，其效力及於全部，法院自應就有實質上或裁判上一罪關係之全部犯罪事實予以合一審判。本件檢察官起訴上訴人等共同利用諸多人頭帳戶，於特定期間一起拉抬合機公司股票價格，犯證券交易法第171 條之罪嫌，原判決認其中薛寶卿等帳戶未有買賣合機公司股票而減縮其犯罪事實，雖未詳加說明其理由而稍欠完備，然仍以實質上一罪裁判，依上說明，自無已受請求之事項未予裁判之情形；又起訴書犯罪事實之附表記載高買低賣之群組帳戶包括呂啟銓，證據並所犯法條欄亦有呂啟銓帳戶，顯見以呂啟銓帳戶操縱股票之事實，已在起訴事實範圍之內，原審予以裁判，要無訴外裁判之違法可言。
- 十五關於106年4月17日審判期日有無提示編號12證交所106年4月5 日臺證密字第1060004965號函一節：
- (一)、按審判期日之訴訟程序，是否依法踐行，專以審判筆錄為證。經核閱原審法院106年4月17日審判筆錄，內載：「審判長問…⁷⁹對於本院卷(五)所附：1.本院106年1 月5日公務電話查詢紀錄表2.臺灣證券交易所105年6月23日臺證密字第0000000000號覆函檢附函查事項回復說明3.財團法人證

券投資人及期貨交易人保護中心95年11月6 日刑事附帶民事訴訟起訴狀影本4.財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心98年11月9日和解協議書影本5.本院106年2 月13日電話查詢紀錄表6.臺灣臺中地方法院97年度金字第14號民事判決影本7.財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心106年2月15日證保法字第1060000309號函8.操縱股價表9.臺中地院判決附表一備註欄之群組買進、賣出明細表 10.呂天炎等11名大額投資人信用交易明細表11.犯罪期間前300大投資人買賣明細表12.臺灣證券交易所股份有限公司106年4月5日臺證密字第1060004965號覆函及檢附買賣合機電線電纜股份有限公司股票差價金額計算情形、光碟（第209-219 頁）等證據資料，有何意見？」（逐一提示令其閱覽並告以要旨），有審判筆錄在卷可稽（見原審更二卷六第39頁以下）。依此審判筆錄之記載，編號12證交所106年4月5日臺證密字第0000000000 號函與所附資料業經審判長依法提示並由上訴人等閱覽及表示意見。

(二)、同上筆錄復記載：「檢察官起稱：關於卷證提示部分，由於本案經最高法院第二次發回更審，相關資料被告、辯護人應已熟悉，在不影響辯護人、被告就個別證據表示意見之情況下，請法院參酌是否依照螢幕顯示之證據內容，給當事人、被告表示意見，勿庸逐一唸出證據名稱，以利程序進行，並給與被告、辯護人、檢察官充分時間可以論告及辯護。」就此，除馮垂青之選任辯護人張睿文律師稱「由於受命法官與陪席法官是第一次接觸卷證，對於證據內容恐嫌陌生，請再《在》逐頁提示過程中，酌留適當時間讓辯護人、檢察官、被告有充分時間表示意見」外，上訴人等及其餘選任辯護人均表示沒有意見（見原審更二卷六第9 頁背面以下）。而依監察院勘驗當日之「庭訊錄音」光碟，審判長確有提到「本院卷五，那有1 到11」、「我們先看1到5，卷五1到5是協議書，好，復函」、「6 到11，看一下6 到11，期貨保護中心的函、買賣明細表」、「對這些有沒有什麼意見？」等語（見廖昌禧107年8月29日提出本院之陳報狀所附監察院調查報告第3頁（三）），顯示審判長係分批依照螢幕顯示之證據編號，摘要唸出證據簡稱給當事人等表示意見。查「審判筆錄」編號6 至12當中，祇有編號7 係財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心函，可見庭訊錄音中編號6 之「期貨保護中心函」，即指審判筆錄編號7 之「財團法人證券投資人及期貨交易

人保護中心函」，依此遞推，上開「庭訊錄音」編號11即審判筆錄編號12之證交所106年4月5日臺證密字第0000000965 號函。從而原審法院106年8月24日106中分道刑乾103重金上更（二）11 字第10949 號函復廖昌禧之辯護人宋永祥律師稱：「法庭錄音中顯示審判長所述編號11之證據，因書記官製作之庭前筆錄編號為11，審判長於提示時即以此稱之，此項證據即書記官事後製作庭後筆錄所記載編號12，兩者確屬同一項證據。關於編號之落差，係因書記官事後製作庭後筆錄時，發現《本院106年2月13日電話查詢紀錄表》此項證據漏未編號，而事後補充將該項證據由空白編號改編為5，而該項下之證據均逐一增加一個號數，至末號為12…」，所稱關於錄音編號與筆錄編號差異之原因，與卷內證據資料並無不符。足認證交所106年4月5 日臺證密字第1060004965號函業經原審法院依法提示，供上訴人等表示意見，上訴意旨僅執著於形式上之證物編碼落差，指摘原審未予提示，即非可取。

(三)、何況依卷內資料，證交所將106年4月5日臺證密字第1060004965 號函檢送原審法院後，審判長即批示通知當事人閱卷，書記官亦記載「已電知辯護人閱卷並傳真」（見原審更二卷五第209 頁）。且傅崐萁之選任辯護人林春榮律師於106年4月17日審判期日當庭提出之「刑事全辯護意旨補充狀」內，已就此函文計算買賣價差之方式、數額等表示意見（見原審更二卷六第84頁以下），則上訴人等與其辯護人於原審審判期日以前，已獲悉此函文之內容，並於審判期日表示意見，從而原審法院書記官於開庭後，依刑事訴訟法第45條之規定整理筆錄時，因發現「原審法院 106年2 月13日電話查詢紀錄表」之證據漏未編號，遂將該項證據補編號為5，其後各項證據之編號因而順延，即原編號11者調整為12，此舉於上訴人等之訴訟防禦顯無影響，不能執為上訴第三審之正當理由。

(四)、廖昌禧提出本院之上開監察院調查意見，雖認為：「……縱勘驗系爭庭訊錄音內容，仍難認定當庭確有提示該事證供陳訴人及其辯護人就該函設算金額之當否，為言詞辯論；以之作為論罪科刑及設算沒收金額之依據，對陳訴人訴訟基本權之保障，程序上顯有不周。……（對照庭訊錄音）其前後僅約40秒，殊難想像審判庭如何能於如此短暫之時間內，就多達12件之證據『逐一提示令其閱覽並告以要旨』，系爭筆錄記載顯然不符常理」等語。然本件因卷證

浩繁，原審法院依當事人之要求，依照書記官庭前製作而顯示於電腦螢幕之證據編號、名稱，分批、摘要唸出證據簡稱給上訴人等表示意見，已如前述，核諸監察院本於監察權行使，就個案所作之調查報告，係監察院自行調查獲得之結論，而依憲法所定之權力分立原則，本院為審判機關，依據法律獨立審判，自不受該調查意見之拘束。上訴意旨執監察院之調查報告指摘原判決違法，仍非合法之第三審上訴理由。

十六上訴人等其餘上訴意旨，經核亦係就屬原審採證、認事職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑己見，任意指摘為違法，且仍為單純事實之爭執，均非適法之第三審上訴理由。綜上所述，應認本件上訴均違背法律上之程式，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 9 月 12 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 梁 宏 哲

法官 沈 揚 仁

法官 莊 松 泉

法官 呂 丹 玉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 9 月 14 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,3202

【裁判日期】1070927

【裁判案由】違反野生動物保育法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第3202號

上訴人 杜仲文

選任辯護人 林靜文律師

上列上訴人因違反野生動物保育法案件，不服臺灣高等法院中華民國105年11月29日第二審判決（105年度原上訴字第52號，起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署104年度偵字第229、1726號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

- 一、本件原判決認定上訴人杜仲文係太魯閣族山地原住民，於民國103年12月24 日下午某時許，與泰雅族山地原住民林濬哲及太魯閣族原住民林仁孝相約，共同基於獵捕保育類野生動物山羌之不確定故意，由林濬哲開車攜帶自製土造獵槍1 支及鋼珠、底火，至宜蘭縣南澳鄉山區，於同日晚上至翌（25）日凌晨間，分別由林濬哲、林仁孝開槍擊中山羌2 隻而予以獵捕並宰殺，嗣於同日下午為警查獲，並扣得土造獵槍、鋼珠顆、喜得釘底火、揸架、山羌死體2 隻等情。因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處上訴人共同犯野生動物保育法第41條第1項第1款之非法獵捕、宰殺保育類野生動物罪刑之判決，並為相關沒收之諭知。固非無見。
- 二、按原判決係以：野生動物保育法第21條之1 及原住民族基本法第19條第1 款所指「野生動物」均未明定是否包含保育類野生動物，應依照專法之野生動物保育法規定劃定原住民族得以獵捕之野生動物範圍。而參諸野生動物保育法之立法目的在於保育野生動物及維護物種多樣性及自然生態之平衡，應認該法第21條之1 所指原住民族得以獵捕、宰殺或利用之「野生動物」，並不包含保育類野生動物。且依「臺灣原住民基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項」第5 點前段：「獵捕動物以一般類野生動物為限」，益證野生動物保育法第21條之1 所指「野生動物」，已將保育類野生動物排除在外。因認上訴人共同獵捕宰殺山羌之行為，違反野生動

物保育法第18條之規定，其未依「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」申請許可，應依野生動物保育法第41條以刑罰制裁，而執為上訴人論罪科刑之依據（見原判決第6頁）。惟查：(一)94年2月5日公布施行之原住民族基本法，揭示落實保障原住民族基本權，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，其中第19條第1項第1款、第2項明定原住民基於傳統文化、祭儀得在原住民族地區依法從事獵捕「野生動物」之非營利行為，並未將保育類野生動物排除在外。又野生動物保育法第21條之1第1項於93年2月4日自第21條第5款移列而單獨立法，亦明定臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕「野生動物」之必要者，不受同法第17條第1項、第18條第1項及第19條第1項各款規定之限制，用以特別保護原住民族之傳統獵捕文化。其第2項並規定「前項獵捕、宰殺或利用『野生動物』之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」。主管機關行政院農業委員會，因而會同原住民族委員會，基於上開野生動物保育法第21條之1第2項之授權，於101年6月6日訂頒「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其中第6條第2項，關於原住民族基於傳統文化及祭儀需要，而獵捕、宰殺、利用野生動物之種類，除「一般類野生動物」外，屬「其他應予保育」之保育類野生動物山羌，亦包含在內。而野生動物，區分為「保育類野生動物」及「一般類野生動物」2類，為野生動物保育法第4條第1項所明定。上開野生動物保育法第21條之1第1、2項，既明定其範圍為「野生動物」，且未規定排除「保育類野生動物」，則行政院農業委員會頒訂之上開管理辦法將保育類野生動物包括在內，即難認屬無據。是原住民族於其傳統文化、祭儀期間，若供各該傳統文化、祭儀之用，且符合依野生動物保育法第21條之1第2項授權規定而訂頒之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第6條及其附表之各項規定，僅事先未經向主管機關申請核准，持自製獵槍獵捕屬上開辦法第6條第2項附表所列准許獵捕之保育類野生動物「山羌」，不能因野生動物保育法第51條之1僅規定對於未經許可獵捕、宰殺或利用「一般類野生動物」科以行政罰，即認同法第21條之1第1項所謂野生動物僅指一般類野生動物而不包括保育類野生動物。(二)依原判

決之認定上訴人與共同正犯林濬哲、林仁孝分別為泰雅族及太魯閣族原住民，復說明渠等獵捕、宰殺動物作為糧食來源之所為，係原住民族慣有之生活方式，「屬原住民族之傳統文化」等語（見原判決第6頁倒數第5行起至第7頁第4行）。倘若無訛，則上訴人與林濬哲等獵捕、宰殺山羌，雖未依規定事先向主管機關辦理申請核准，但原審就渠等之族別、其獵捕山羌之區域、獵捕期間、獵捕動物種類等項目，是否符合「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」附表所列或主管機關依法律之授權而訂定之範圍，此至為攸關上訴人有無違反野生動物保育法第21條之1第1項之規定及是否成立同法第41條犯罪之認定，自應詳為調查說明。乃原審未予調查審認並予說明，有判決理由不備及調查職責未盡之違誤。（三）查上述「臺灣原住民基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項」係85年1月26日由行政院農業委員會、內政部會銜發布，但訂定該管理事項所依據之野生動物保育法施行細則第22條，業於94年8月8日經修正刪除，得否置上開嗣後修訂之野生動物保育法第21條之1及94年2月5日公布施行之原住民族基本法之規定及立法意旨於不論，遽依據該管理事項之規定，解釋野生動物保育法第21條之1第1項、第2項所規定「野生動物」之範圍，尤有疑義。原審未予詳查，即為不利上訴人之認定，亦有違誤。上訴意旨指摘原判決違背法令，非無理由，且上開違背法令之情形，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決有撤銷發回之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 27 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 陳 宗 鎮

法官 陳 世 雄

法官 段 景 榕

法官 張 智 雄

法官 何 菁 莪

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 1 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,3780

【裁判日期】1070905

【裁判案由】業務過失致人於死

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第3780號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官陳惠珠

被告 徐添水

上列上訴人因被告業務過失致人於死案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年2月14日第二審判決（105年度交上訴字第1764號，裁定交付審判案號：臺灣南投地方法院103年度聲判字第9號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原判決以第一審法院裁定交付審判意旨略謂：被告徐添水受僱並為進順土木包工業承攬「南投縣政府101年度8月蘇拉及天秤颱風H3-049中寮鄉和興村仙洞坪支線災修復建工程」（下稱本件工程）等工地負責人，職司指揮監督施工、現場管理及安全維護，係執行業務之人。進順土木包工業與興威股份有限公司（下稱興威公司）訂立預拌混凝土訂貨契約書，約由興威公司提供及運送混凝土，並由泰棋企業社向興威公司承攬運送之。被告徐添水明知本件工程工地入口斜坡泥土路狹窄陡峭，緊鄰山崖，預拌混凝土車（下稱混凝土車）無法正向爬坡駛至工地內將混凝土卸入貯斗，需至距工地約100公尺轉彎處迴轉倒車始能駛入工地，迴轉處亦狹窄陡峭，緊鄰山崖，散落泥土；且施工期間常驟降陣雨，工地入口及迴轉處濕滑泥濘，混凝土車輪胎摩擦力降低，又嚴重超載，滑落山坡翻覆風險極高。依進順土木包工業與興威公司預拌混凝土訂貨辦法第2條約定，如遇雨天候，興威公司並

無運送混凝土至工地卸料之義務，且依進順土木包工業與南投縣政府、興威公司間契約，被告有排除工地入口、迴轉處濕滑泥濘之不安全狀況，及監督興威公司以合法未超載車輛運送混凝土、維護運送人員安全之注意義務。而依其智識經驗及當時情形，並無不能注意情事，竟未阻止混凝土車超載，亦未排除工地入口斜坡及迴轉處路面濕滑泥濘之不安全狀況，或按本件工程編列之小搬運預算，以轉換搬運方式卸料（擇適當處設中途卸料區，再以小搬運方式將混凝土運至工地貯斗內），乃消極容任混凝土車超載，以挖土機拖拉混凝土車倒車爬坡之危險方式進入工地卸料；經興威公司要求改善該不安全運送狀況，仍未依其注意義務採取防止混凝土車翻覆之適當安全措施。嗣民國102年6月18日13時15分許，被害人陳登棋駕駛車牌號碼00-000號混凝土車運送混凝土途中遇雷陣雨，工地入口及迴轉處濕滑泥濘，無法進入工地卸料，乃迴轉倒車欲循例等候工地人員以挖土機拖拉方式至工地卸料，詎因路面濕滑泥濘，又嚴重超載（載運淨重約16.8公噸，核定總重為8.7公噸），自迴轉斜坡處滑下山坡約20公尺，經緊急送醫仍因胸部挫傷致創傷性休克不治死亡，因認被告涉犯刑法第276條第2項之業務過失致死罪嫌。惟經原審審理結果，以不能證明被告此犯行，撤銷第一審科刑之判決，改判諭知無罪。係以：(一)本件混凝土運送途中雖遇陣雨，然案發時被害人車輛已駛抵工地前約100公尺轉彎處（非工區範圍內）將車頭轉向後，始滑落翻覆，興威公司並未將混凝土車抵達時間告知工地，被害人到達工地外道路迴轉等待卸料時，亦未通知工地人員，難認被告有何未協助安排拖拉致被害人滑落翻覆之過失。(二)行政院勞工委員會中區勞動檢查所（改制為勞動部職業安全衛生署中區職業安全衛生中心，下稱中區勞檢所）勘查研判本件事故主要不安全狀況，係被害人載運混凝土重量（16.8公噸）嚴重超過車輛核定載重（8.7公噸），於濕滑斜坡處以倒車方式行駛。惟本案並非迴轉過程發生事故，與被告是否負排除工程外道路濕滑、泥濘及設置安全護欄等作為義務，並無相當之因果關係。(三)是否設置卸料區執行小搬運，應由進順土木包工業、興威公司協議，依相關預算編列、執行情形暨目的及被害人先前運送混凝土卸載經驗、實際狀況等項，及被害人車輛滑落山谷前，已經迴轉完成而等待挖土機拖拉進入工地等情，難認被害人死亡結果與未設暫時卸料區、未派員到場指揮或未設置暫時卸料區及相關警告標誌有相當因果關係。況過失不純正不

作為犯之實現，以結果可避免性為前提，本件被害人因車輛嚴重超載，天候驟變致路況不佳，滑落山谷成傷致死，非被告能預見避免，無從繩以業務過失致死罪責。另就證人陳憲明所為相異證述，何以無足為不利被告之認定各節，詳為說明。又別無其他證據足資認定被告有被訴罪嫌，應為被告有利之認定。已記明論斷之理由，所為論述說明，無悖乎經驗法則與論理法則，並無適用法則不當之違法情形。

三、對於具保證人地位者之不作為結果加以責難之可罰性基礎，在於不作為與作為具有等價性。而刑法對於不作為犯之處罰，並非僅在於不履行作為義務，還須考慮如予作為，能否必然確定防止結果發生，而非無效之義務，以免僅因結果發生之「可能性」，即令違反作為義務之不作為均負結果犯罪責，造成不作為犯淪為危險犯之疑慮。從而，必行為人若履行保證人義務，則法益侵害結果「必然」或「幾近」確定不會發生，始能令之對於違反作為義務而不作為所生法益侵害結果負責，且此所謂「必然或幾近確定」可以避免結果不發生，應由檢察官負舉證責任。原判決根據中區勞檢所勘查研判結論及卷存相關事證綜合判斷，認定被告依其職務，縱有排除現場道路濕滑泥濘、設置護欄或相關警告標誌等作為義務，然案發時本件混凝土車已迴轉並調轉車頭完畢，仍因實際載重超載達近2 倍之多而滑落山坡，被害人因而成傷致死，非被告能避免，無足認此部分作為義務之違反與被害人死亡結果間有相當因果關係，業依案內資料，逐一剖析論述，尚無不合。檢察官上訴意旨並未對於何以足認被告若履行本件工區銜接路面清潔、排除濕滑泥濘、設置護欄等作為義務，即必然或幾近確定結果不會發生之依據，根據案內資料詳為舉證說明，僅就原判決已經論斷之事項持不同見解，任意爭執並為指摘，難認有據，並非適法之第三審上訴理由。

四、依刑事訴訟法第154條第2項規定，犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。倘相關證據不足為被告有罪之積極證明，或其證明方法，無從使法院形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。原判決針對被告何以無須就未採取小搬運方式負過失罪責之認定，業說明小搬運方式採取與否及其方式應由進順土木包工業與興威公司協商，並依相關預算編列目的、執行情形及被害人先前運送混凝土至本件工地之卸載經驗與實際狀況等項，詳為敘論，列明所憑。且被告依其工地負責人身分固有督導工地安全之義務，然是否及如何以小搬運方式轉運混凝土，

須經施工廠商與混凝土商協議約定始能確認其具體內容，本件既未由施工廠商與混凝土商就前述小搬運相關事項進行任何判斷或約定，檢察官上訴意旨亦指明法律未有明文且無應以小搬運方式卸料之慣例，是被告就本件工地是否及如何採取小運送方式轉運混凝土、暨其費用成本如何攤付等項，是否有作為義務及決定權能即有未明。檢察官此部分上訴意旨徒以雖法無明文且無以小搬運方式卸料之慣例，仍應事前評估施工環境並採取必要安全措施，謂被告應負過失罪責，仍未針對此部分作為義務之基礎詳為舉證論述，顯非有據，而與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

五、綜上所述，檢察官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395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 5 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 恆 吉

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 9 月 6 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,2085

【裁判日期】1070913

【裁判案由】違反組織犯罪防制條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第2085號

上訴人 梁子杉

選任辯護人 舒建中律師

上訴人 鄭偉志

上列上訴人等因違反組織犯罪防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年3月20日第二審判決（106年度上訴字第3284號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署106年度偵字第11590、12168、17337號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於梁子杉、鄭偉志部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人梁子杉及鄭偉志有其事實欄一所載於民國106年2、3月間謀議在泰國設立詐欺機房，以電信詐欺之方式詐騙大陸地區人民財物，約定由梁子杉負責全額出資及招募周君誠（業經原審同案判刑確定）加入，鄭偉志則實際負責該機房之現場管理，鄭偉志與周君誠隨即分別於同年3月至4月間某日前往泰國，該機房則自同年4月間某日開始運作。梁子杉及鄭偉志即自同年4月19日起至同年5月9日被泰國警方查獲時止，均為上開3人以上，以實施詐術為手段之犯罪所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團成員，而由梁子杉在臺灣地區幕後操縱該詐欺集團，鄭偉志則出面主持該詐欺集團之犯行，及其事實欄二所載共同犯加重詐欺取財共2次之犯行，因而維持第一審論梁子杉以操縱犯罪組織1罪，及加重詐欺取財2罪，以及論鄭偉志以主持犯罪組織1罪，及加重詐欺取財2罪，分別處如原判決附表一編號1、2「主文」欄所示之刑，復就上訴人等前開3罪所處之有期徒刑，合併定其等應執行之刑均為有期徒刑5年6月，而駁回上訴人等在第二審之上訴，固非無見。

二、惟查：

（一）、106年4月19日修正公布，同年月21日生效施行之組織犯罪防制條例第8條第1項規定「犯第3條之罪自首，並自動解

散或脫離其所屬之犯罪組織者，減輕或免除其刑；因其提供資料，而查獲該犯罪組織者，亦同；偵查及審判中均自白者，減輕其刑」。此所謂「偵查及審判中均自白者，減輕其刑」，採義務減輕主義，法院並無裁量之權。原判決理由既說明：梁子杉於警詢、偵查及第一審審理時均供稱：鄭偉志於106年2月初找伊投資籌組泰國電信詐欺機房，約定出資部分由伊全部負責，伊投資總金額前後共約新臺幣200萬元，可分得詐欺機房不法所得之4成，鄭偉志則可分得6成。伊並介紹及提供機票讓周君誠去泰國幫忙，復透過WECHAT與「JOSEPHINE」聯繫，由「JOSEPHINE」將（詐欺集團）成員名單及機票等相關費用傳送給伊，伊再透過地下匯兌將款項匯至「JOSEPHINE」指定帳戶，讓（詐欺集團）成員得以前往泰國詐欺機房。至於詐欺機房之實際運作，伊只知係透過電信詐欺方式詐騙大陸地區人士，並不清楚具體狀況，但伊會透過FACETIME等通訊軟體與鄭偉志、周君誠保持聯繫，約2至3天會聯絡鄭偉志1次，主要是詢問鄭偉志業績如何等語。鄭偉志於警詢、偵查及第一審審理時亦均自承：伊在106年1、2月間與梁子杉提到在泰國設立詐欺機房一事，之後與梁子杉談妥由梁子杉負責全額出資，為幕後老闆，伊則負責管理機房現場，擔任機房現場負責人，另由綽號「小賀」之成年男子（下稱「小賀」）負責幫忙找人、地點及提供設備，故有關詐欺獲利分配，梁子杉可分得4成，剩餘之6成則由伊與「小賀」平分。伊於同年3月間前往泰國，機房則自同年4月間開始運作，伊主要負責管理現場及開銷之計算，伊會將泰國詐欺機房所需生活費用包括房租、監視器費用等及機票、簽證費用等帳目製表，提供給梁子杉，據以向梁子杉請款，伊幾乎每天都會透過FACETIME等通訊軟體與梁子杉保持聯繫，梁子杉偶爾會問伊業績狀況，若資金不足，伊會跟梁子杉說，讓梁子杉匯錢過來等語（原判決第6頁第7至22行、第8頁第1至17行）。如果無訛，依梁子杉所述其負責本案詐欺集團之全部出資，以維持詐欺集團及機房之運作，且於國內（即臺灣）持續透過通訊軟體與在泰國之機房現場負責人保持聯繫，除可掌握在泰國之機房現場狀況與營運情形，更可分得高達4成之犯罪所得等情，以及鄭偉志所述其負責詐欺機房之現場管理及營運，記錄並彙整機房開銷，且持續將犯罪所得及資金需求等現場狀況告知梁子杉，並與綽號「小賀」之成年男子平分6成犯罪所得等情，則其等於偵查及審判中是否已自白有本件操縱或主持該詐欺集團之犯罪事

實，即有查明確認之必要，此攸關上訴人等應否依組織犯罪防制條例第8條第1項後段規定減輕其刑，自應由事實審法院加以究明、釐清。原審對此未予調查釐清，就上訴人等上開陳述是否符合上開自白減刑之規定，亦未為任何論敘說明，遽行判決，本院自無從為原判決就上訴人等被訴操縱、主持犯罪組織部分為適法與否之審斷，難謂無判決理由欠備之違法。

- (二)、刑法第1 條前段規定：行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限；此即刑法開宗明義所揭示之「罪刑法定原則」。
- 。原判決認定梁子杉及鄭偉志「自106 年4 月19日起至同年5 月9 日止」，由梁子杉在臺灣地區幕後操縱，鄭偉志則出面主持該3 人以上，以實施詐術為手段，所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團之犯行，而論梁子杉以犯組織犯罪防制條例第3條第1項之操縱犯罪組織罪，另論鄭偉志以犯同條例同條項之主持犯罪組織罪。並於理由內說明組織犯罪防制條例業於106年4月19日修正公布，依同條例第19條規定，自公布日施行，則上訴人等自106年2、3 月間起至同年4 月18日止操縱、主持上開詐欺集團之行為（即上開條例修正公布前之行為），固無前開106年4月19日修正後組織犯罪防制條例規定之適用，且上開修正前組織犯罪防制條例就此亦無處罰之明文。則梁子杉及鄭偉志自106年4月19日組織犯罪防制條例修正後既仍繼續操縱、主持犯罪組織，其等於修法後之操縱、主持犯罪組織之行為，自均應依修正後之組織犯罪防制條例處斷云云（見原判決第11頁第12至13行、第14頁第8至28行）。惟查，組織犯罪防制條例於106 年4月19日修正公布，依同條例第19條規定並自公布日施行，而依中央法規標準法第13條規定，法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算至第3日起發生效力，因此106年4 月19日修正公布之組織犯罪防制條例，應自同年月21日起生效施行。則關於上訴人等於106年4月20日以前（含同日）操縱或主持該具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團之犯行，除其行為符合其他法律所規定之犯罪構成要件，應依該其他法律論處以外，基於罪刑法定原則，應無適用106年4月21日生效施行之組織犯罪防制條例規定論罪科刑之餘地。原判決認定上訴人等自「106年4月19日起，至同年5月9日止」之操縱及主持犯罪組織之行為，均係犯106年4 月19日修正後組織犯罪防制條例第2條及同條例第3條第1 項規定之操縱或主持3 人以上，以實施詐術為手段之罪所組成具

有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團罪，而予以論罪科刑。惟上訴人等於「106年4月19日起至同年月20日止」（即組織犯罪防制條例修正公布後，生效施行前）所為「3人以上以實施詐術為手段之罪所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團」之行為，因當時「組織犯罪防制條例」僅修正公布，既尚未發生效力，上訴人等在此段期間所為之前揭行為，應無適用106年4月19日修正後組織犯罪防制條例上述規定予以論罪科刑之餘地。原判決將上訴人等自「106年4月19日起至同年月20日」止所為之上述行為，一併依106年4月19日修正後組織犯罪防制條例第2條及同條例第3條第1項規定予以論罪科刑，依上述說明，自有適用法則不當之違法。

- (三)、證據雖已調查，若尚有其他足以影響於判決結果之重要證據或疑點未予調查釐清者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。原判決認定上訴人等由其等所操縱及主持之詐欺集團成員假冒大陸地區公安局名義，撥打電話向大陸地區人民佯稱：因涉及洗錢犯罪，請撥打電話向案發地公安局說明案情云云，再由該詐欺集團其他成員假冒案發地公安局人員向受騙而撥打電話詢問之民眾謊稱：因已涉嫌洗錢，須監管銀行帳戶，必須配合將帳戶內款項匯至指定帳戶保管云云，以此分工方式詐取如原判決附表二編號1、2所示大陸地區人民馬麗麗、于亞男之財物等情，而就上訴人等此部分所為論以刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同詐欺取財罪。而卷查案發當時警方查扣電腦所附USB隨身碟中存有對被害人馬麗麗之「北京市國家信德公證處」函文，及對被害人于亞男之「逮捕通知書」各1份，有臺灣臺北地方檢察署檢察官補充上訴理由書及檢附之證3可佐（見原審卷第322至358頁）。且大陸地區被害人于亞男亦指證來電者假冒大陸公安名義指稱其涉及洗錢犯罪，有大陸公安機關核發之逮捕證，其按照對方指示登錄該網址，確實看到該逮捕證，才信以為真，對方則將電話轉接給「曹檢察官」，其再依「曹檢察官」指示操作提款機將款項匯入指定帳戶等情（見106年度偵字第11590號卷一第235至237頁）。如果無訛，上述2份文件是否上訴人等或該詐欺集團其他成員所偽造？若是，上訴人等與該詐欺集團其他成員是否併有偽造上述文書，並持以向馬麗麗及于亞男行使以詐財之犯行？該「北京市國家信德公證處」下方之「北京市公證處信德所印文」，及「逮捕通知書」下方之「

北京市中級民法院印文」，是否均屬偽造之印文而應依刑法第219條規定宣告沒收？以及上述部分是否為本件檢察官起訴效力所及？均有疑竇。原審對於卷存上述文書及印文之真偽，暨是否為供上訴人等犯罪所用之物，以及上訴人等是否併有偽造及行使偽造相關文書之犯行而為起訴效力所及？均未一併加以論斷說明，遽行判決，亦有調查未盡之違誤。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決上開違誤，影響於事實之認定，本院無從據以為裁判，應認原判決關於上訴人等部分均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 9 月 13 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 海 祥

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 9 月 17 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,2797

【裁判日期】1070926

【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2797號

上 訴 人 蔡志章
郭英得

上 列一 人
選任辯護人 許惠珠律師
上 訴 人 郭仕生
邱盈通

上 列一 人
選任辯護人 歐陽珮律師
上 訴 人 許金助
選任辯護人 黃泰翔律師
參 與 人 林嘉宏

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年5月16日第二審判決（107年度矚上重訴字第1號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署106年度偵字第9594、10103、10469號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於蔡志章如其附表一編號12所示船舶（參與人林嘉宏所有）沒收部分，及郭英得、郭仕生、邱盈通、許金助關於罪刑及沒收部分均撤銷。

上開撤銷關於其附表一編號12所示船舶（參與人林嘉宏所有）沒收部分，發回臺灣高等法院高雄分院。

郭英得共同運輸第一級毒品，處有期徒刑拾捌年，褫奪公權拾年。扣案如附表編號1所示之物均沒收銷燬；扣案如附表編號2至11所示之物均沒收。

郭仕生共同運輸第一級毒品，累犯，處有期徒刑拾捌年陸月，褫奪公權拾年。扣案如附表編號1所示之物均沒收銷燬；扣案如附表編號2至11所示之物均沒收。

邱盈通共同運輸第一級毒品，處有期徒刑拾柒年，褫奪公權拾年。扣案如附表編號1所示之物均沒收銷燬；扣案如附表編號2至11所示之物均沒收；未扣案犯罪所得新臺幣伍萬元沒收，於全部或一部不能沒收時，追徵之。

許金助共同運輸第一級毒品，累犯，處有期徒刑拾捌年陸月，褫奪公權拾年。扣案如附表編號1 所示之物均沒收銷燬；扣案如附表編號2至11所示之物均沒收。

其他上訴駁回。

理 由

壹、本件原判決認定：上訴人蔡志章、郭英得（綽號「遛仔」，同音）、郭仕生（綽號「媽麼」，同音）、許金助（綽號「阿助」）與邱盈通（綽號「阿李」）（下稱蔡志章等5 人）均明知海洛因係毒品危害防制條例第2條第2項第1 款所列之第一級毒品，亦屬行政院依懲治走私條例第2條第3項授權公告之「管制物品管制品項及管制方式」所列第1項第3款（起訴書誤載為懲治走私條例「公告管制物品項目及其數額」甲類第4 項）之管制進出口物品，未經許可，不得運輸、私運進口及非法持有。詎蔡志章與自稱「彭鴻明」之成年男子共同基於運輸及私運管制物品第一級毒品海洛因進口之犯意聯絡，先由蔡志章於民國105年10月17日至同年11月1日間，前往大陸地區深圳市與「彭鴻明」見面，兩人研擬由「彭鴻明」先行給付新臺幣（下同）100 萬元予蔡志章，作為蔡志章製作碰墊容器及找尋船隻、船員與出海相關之費用，待準備就緒後，再由蔡志章駕駛漁船前往泰國、緬甸外海以漁船裝載碰墊夾藏海洛因之方式，走私運輸海洛因至「彭鴻明」指定之海域，並約定事成後蔡志章與各船員可分別獲得100 萬元、50萬元之報酬。蔡志章允諾及於上開期間某時收受「彭鴻明」交付之100 萬元後，返臺先前往高雄市前鎮漁港之五金行，購買總數約90塊之方形泡棉墊及製作碰墊容器所使用之強力膠1批，與如原判決附表一（下稱附表）編號5至11所示之物，復於105 年10月、11月間，詢問郭英得、許金助，確認其等共同前往泰國、緬甸外海走私運輸毒品海洛因之意願，並告知運毒成功後，各可獲得50萬元之高額報酬，經郭英得及許金助應允，其等即基於共同運輸及私運管制物品海洛因進口之犯意聯絡，由郭英得、許金助各持附表編號3、4所示之行動電話作為與蔡志章聯絡運毒事宜之工具。蔡志章為取得漁船運輸海洛因，經與附表編號12所示「永富升1 號」漁船（漁船編號：CT0-0000號，下稱永富升漁船）所有人林嘉宏磋商使用該漁船事宜（無證據證明林嘉宏與蔡志章等人有犯意聯絡），取得該漁船後，即將之作為運輸海洛因毒品之交通工具，而為測試該漁船機器設備及性能，蔡志章除邀約不知情之李金村擔任輪機長外，並邀集知情之郭英得擔

任漁航員、許金助擔任輪機員，於106年2月1日13時自行政院海岸巡防署（下稱海巡署）南部地區巡防局旗後安檢所出海，航行至大陸地區與臺灣地區海峽中線時，因儀器及引擎設備損壞折返。蔡志章復於106年3月29日至4月1日，再依「彭鴻明」指示，搭機前往柬埔寨，與有共同運輸及私運管制物品海洛因進口犯意聯絡之綽號「小胖」不詳姓名成年男子見面，雙方討論接駁及載運目的地之經緯度位置，並約定以衛星電話聯繫接駁之時間。蔡志章返臺後，因永富升漁船船員不足，遂於106年4月間，詢問郭仕生、邱盈通，確認其等前往泰國、緬甸外海走私運輸毒品海洛因之意願，並告知運毒成功後，各可獲得50萬元之高額報酬，經郭仕生與邱盈通應允並萌與蔡志章等人共同運輸及私運管制物品進口海洛因之犯意聯絡。蔡志章即於106年4月13日至14日某時許，交付郭英得3萬元，指示郭英得購買出海所需之食物及礦泉水，又於高雄市旗津風車公園廁所旁，自某不詳姓名之成年男子（無證據證明有犯意聯絡）處取得「彭鴻明」所交付之如附表編號2衛星電話1支，再於出海前交付邱盈通5萬元作為前金。俟準備就緒後，於106年4月17日17時5分許，蔡志章擔任船長，與代理輪機長郭仕生、輪機員許金助、漁航員郭英得、邱盈通一同駕駛永富升漁船出海，蔡志章並於後艙船頂及魚艙內放置事先準備之方形泡棉墊，航行途中由蔡志章教導郭仕生、許金助、郭英得、邱盈通，以附表編號5至11所示之工具切割方形泡棉墊，再以強力膠膠合6片方形泡棉墊之方式，製作15個碰墊容器以備放置海洛因，而於106年5月6日上午某時許航行至泰國、緬甸西南外海（約北緯8度半、東經96度）後，與一艘插有泰國國旗（起訴書誤為緬甸國籍）之船隻接觸，由該船隻上與其等共具運輸及私運管制物品第一級毒品進口犯意聯絡之不詳外籍成年人士，將裝滿海洛因磚之黃色麻布袋共30包丟至永富升漁船甲板上，蔡志章再指示郭仕生、許金助、郭英得、邱盈通等人，將該黃色麻布袋裝入已製作完成之15個碰墊內，以方形泡棉墊蓋住碰墊上方，並以強力膠膠合密封，再以附表編號9所示之纜繩套住碰墊，合力將該15個碰墊放置於永富升漁船之駕駛室船頂及後艙船頂，蔡志章隨即回航，並以附表編號2所示衛星電話聯繫「彭鴻明」，依其指示預計航行至大陸地區平潭外海（北緯25度40分、東經120度0分）。嗣臺灣高雄地方檢察署（下稱高雄地檢署）接獲線報後，與海巡署海岸巡防總局南部地區巡防局高雄第二機動查緝隊、第五海巡總隊、內政部警

政署航空警察局等單位組成專案小組，於106年5月25日5 時30分許，由專案小組成員持搜索票及拘票，在我國領海內即金門縣烏坵鄉東南方約12.5浬海域（北緯24度52分、東經119度39分，距小烏坵低潮線約11.66浬）登檢永富升漁船執行搜索，然因海象惡劣顧及安全，遂先押解永富升漁船返回第五海巡隊公務碼頭，翌（26）日8時50分至9時30分許，專案小組實施清艙搜索，自永富升漁船駕駛室船頂及後艙船頂扣得15個碰墊，經拆解後，發現每1碰墊內有黃色麻布袋2只，每1黃色麻布袋內有海洛因磚60 塊，共計扣得如附表所示之海洛因磚及物品等情。係以：

- 一、上開蔡志章等5 人如何有共同運輸及私運管制物品海洛因之犯罪事實，業據其等供承有上開私運海洛因遭查獲之情，並經證人林嘉宏（船舶所有人）、李金村等人證陳在卷，且有海巡署海洋巡防總局中部地區機動海巡隊檢查紀錄表、永富升漁船漁業執照、中華民國船舶檢查證書、查獲現場照片、VDR 航跡資料、漁船進出港記錄清單及明細、永富升漁船過戶相關資料、高雄地檢署勘驗光碟筆錄暨翻拍照片（106 年4 月17日永富升漁船出港畫面）、蔡志章入出境資訊連結作業附卷，與扣案如附表編號2至12所示之物，及附表編號1所示海洛因磚1800塊，經檢驗均含第一級毒品海洛因成分，合計淨重63萬727.79公克（驗餘淨重共計63萬718.90公克，純度85.83%，純質淨重共計54萬1353.66 公克），有法務部調查局濫用藥物實驗室鑑定書可證。已載明認定犯罪事實所憑證據及其認定之理由。
- 二、就郭英得、郭仕生、邱盈通所辯各語，分別指駁說明：
 - (一)據蔡志章於警詢、偵查中證陳，郭英得、郭仕生、許金助、邱盈通（下稱郭英得等4 名船員）皆係由其招募上船（其中郭仕生係蔡志章透過郭英得介紹），其等於出港前，均已知悉此次出海之目的，係為載運海洛因等語，酌以下情，可認定蔡志章所述與事實相符，而堪採信：①郭英得於第一審審理時，於辯護人陪同在庭之情況下，供稱承認檢察官起訴之犯罪事實，佐以蔡志章於偵查中稱，於本次出海前，郭英得早已知悉其欲利用永富升漁船載運毒品等語，以運輸毒品風險極大，運輸毒品種類、數量，涉及不同刑責、報酬等情，郭英得自無不於本次出海前，問明運送毒品之種類及運送細節，郭英得所辯此次出海與毒品、甚或海洛因並無關聯，非屬可採。②郭仕生於第一審偵查中羈押訊問時，並不否認蔡志章陳述於出海前其餘4 名船員均知欲載運海洛因，及已說

好報酬為50萬元之事，復於第一審在有辯護人陪同下，仍迭次表示就檢察官起訴之犯罪事實全部認罪，且據郭仕生自陳其出海經驗約有20年，則依許金助、郭英得偵查中證稱，可知永富升漁船出海時，其船上裝載甚多欲用以製作碰墊之保麗龍，多至連魚艙亦予置放，許金助於本次出海前，即已知悉蔡志章欲利用永富升漁船載運毒品等情。況許金助於原審審理時，就檢察官所詰問有關其等所稱出海釣魚所使用之工具細節均無法回答，顯見郭仕生、許金助於出海時，已明確知悉出海之目的在於載運海洛因毒品，郭仕生辯稱其就本案並無犯罪之直接故意，殊不足取。③邱盈通供承其於出海後曾參與碰墊之製作，而據許金助證述其等所製作之碰墊挖空約1 個拳頭厚度，邱盈通對於該碰墊材質、容積大小、適於裝盛之物為何，自應知之甚詳。且據郭仕生所述，邱盈通亦有參與出海準備之相關事項，並非單純跟隨蔡志章等人出海，況邱盈通曾於第一審準備程序時，在其辯護人在場之情形下，亦就本件檢察官起訴之犯罪事實為認罪之陳述，可見其於出海之初即知此次與蔡志章共同出海之目的無訛，證人邱呂淑燕、莊志成之證詞，並不足為有利於邱盈通之認定。

(二)據蔡志章於警詢已明確陳稱，其與郭英得等4 名船員於出港前均知曉此次出海就是要載海洛因，此並有蔡志章於查獲員警詢以碰墊內放置何物，其立即答以「號仔」（即海洛因之俗稱），有原審勘驗清艙光碟筆錄可參。又蔡志章於第一審及原審均證稱，有跟郭英得等4 名船員講說這次去載運毒品，每個人可以分得50萬元報酬等語，依此蔡志章就其於出海前，已告知郭英得等4 名船員出海目的，且蔡志章於為警查獲前早已知悉碰墊內所裝何物。蔡志章翻異前供，改稱出海前是向郭英得等4 名船員說出海是要載運愷他命與甲基安非他命，甚或被查獲後始知載運的是海洛因等語，並無足為郭英得等4名船員有利之認定。

(三)據蔡志章於警詢及偵查供述，從「彭鴻明」交付之100 萬元中，出海錢總共花了90幾萬元，再扣除其交付予邱盈通之 5 萬元等語，業已說明郭英得、郭仕生、許金助稱並未有收受蔡志章所說各10萬元之報酬，應為可採。

(四)酬勞多寡，涉及個人主觀之認知、經濟狀況、成長背景與有無急需用錢之現況等各方面，只要雙方達成意思合致，即無所謂酬勞過低之問題。郭英得逕以查獲之海洛因可能市價達百億以上，即反論50萬元之報酬微薄，無足令其與蔡志章共同出海載運海洛因等所辯，核無可採。

三、蔡志章等5人於泰國、緬甸外海（約北緯8度半、東經96度）接駁裝有海洛因磚之黃色麻布袋30包，行駛至我國金門縣烏坵鄉東南方約12.5浬海域（北緯24度52分、東經119度39分），經海巡人員登船執行搜索，該海域雖非屬於我國國防部依「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」第29條第2項規定於93年06月07日猛獅字第0000000000號公告修正「臺灣、澎湖、東沙、金門、東碇、烏坵、馬祖、東引、亮島、南沙地區限制、禁止水域範圍及事項」中之烏坵地區及限制水域範圍內，而係距小烏坵低潮線約11.66浬，應屬低潮線向外推12浬以內，仍可認定為我國領海，有內政部函文及第一審公務電話紀錄存卷可按，可認蔡志章等5人自我國12浬領海範圍外私運毒品海洛因已進入我國領海範圍內，其等運輸第一級毒品海洛因自屬既遂。而以蔡志章等5人所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第1項之運輸第一級毒品罪、懲治走私條例第2條第1項之私運管制物品進口罪。持有海洛因之低度行為，為運輸之高度行為所吸收，均不另論罪。蔡志章等5人與「彭鴻明」、「小胖」、插有泰國國旗之船隻上不詳外籍人士間，均係相互利用他人之行為以達共同犯罪之目的，縱其中有部分行為人互不相識，但透過蔡志章居間聯繫，而得彼此間互通有無，相互利用其他人所為之行為，就其等上開所犯，皆應論以共同正犯。蔡志章於105年10月間先搭機至大陸地區與「彭鴻明」聯絡，復於106年2月1日邀約郭英得、許金助進行正式出航運輸海洛因前之試船，嗣於106年3月間前往柬埔寨與「小胖」討論接駁海洛因位置，再於106年4月間邀約郭仕生、邱盈通一同出海運輸海洛因，並共同製作用以包裝該海洛因之碰墊，又於106年5月間與郭英得等4名船員及插有泰國國旗之船隻上不詳外籍人士一同協力接駁海洛因至永富升漁船上，隨後將該海洛因運入我國領海內得逞，雖蔡志章等5人係同一段期間實行數行為，然該數行為在時間上難以強行分開，各行為間之獨立性極為薄弱，且均係出於同一運輸、私運管制物品海洛因入境之目的，依一般社會觀念，其等各個行為難以強行分開，為接續犯，自各應僅論以一罪，且係以一行為觸犯運輸第一級毒品罪、私運管制物品進口罪等2罪，為想像競合犯，均應從一重之運輸第一級毒品罪處斷。另敘明：(1)郭仕生、許金助分別因前犯他案，於受該有期徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯，除法定本刑為死刑、無期徒刑部分不得加重外，應依刑法第47條第1項規定加重其刑。(2)蔡

志章、郭仕生、邱盈通、許金助均曾於偵查及審判中自白犯行，爰依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其等之刑。郭仕生、許金助二人部分，並與前開累犯加重部分，依法先加重（法定本刑為死刑、無期徒刑部分不得加重）後減輕之。(3)經第一審向偵辦本案之高雄地檢署及各司法單位函詢有無因蔡志章之供述，而查獲本案之毒品來源或其他正犯或共犯之情事，據函覆稱：並無因蔡志章之供述而查獲正犯或共犯等語，有各單位函文在卷可憑，足見蔡志章雖稱供出「彭鴻明」為毒品來源，然偵查機關並未因此查獲「彭鴻明」，蔡志章顯無適用毒品危害防制條例第17條第1項減刑規定。(4)本案運輸之海洛因磚多達1800塊，合計淨重63萬727.79公克（純度85.83%），數量至為龐大，蔡志章等5人為圖一己之私利，不顧毒品海洛因對人類之殘害至深且鉅，竟私運該數量龐大之海洛因，縱無證據證明其等運送之目的地為臺灣，且因遭查獲而未流入市面，仍難謂其等所為對其他地球居民之危害非屬重大，且若以尚未流入市面為酌量減輕其刑之原因，不啻變相鼓勵更多人僅為謀一己之私利即運輸毒品，實非事理之平，且誠有重大危害社會治安之虞，難認其等犯罪情狀，在客觀上有足以引起一般人同情之情堪憫恕情狀，無從依刑法第59條酌減其等之刑等情。

- 四、原審因而撤銷第一審不當之判決，適用毒品危害防制條例第4條第1項等規定，審酌：(1)本件經查獲之海洛因磚，共計1800塊，淨重共計63萬727.79公克（純度85.83%），以臺灣2300萬人民為例計算，亦即可供臺灣每一人民施用純度高達85.83%之海洛因0.0274公克，數量之龐大、對人類之危害，不言可諭。其等為一己之私利，不惜私運數量如此龐大之海洛因，而為此殘害人類之舉，實應給予嚴厲之譴責。(2)蔡志章等5人於偵審中雖多次表示認罪，然實則就所為時常反覆其詞，尚難認其等均已知己所為之非是，而有確實與徹底悔悟之心。(3)蔡志章於本案係屬主謀地位，其惡性較之郭英得、郭仕生、許金助為重，又蔡志章前有違反懲治走私條例、菸酒管理法等前科；郭英得有違反懲治走私條例、重利、違反藥事法等前科；郭仕生有違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例、懲治走私條例等前科；許金助有違反懲治走私條例、毒品、竊盜等前科（郭仕生、許金助構成累犯部分不予重複評價），有臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷可按，堪認素行尚非良好，暨蔡志章等5人於原審審理時自陳之智識程度、生活狀況，與其等於本案之分工行為、犯罪手段等一切情

狀，衡處(1)蔡志章無期徒刑，併科罰金500 萬元，罰金如易服勞役，以罰金總額與1 年之日數比例折算之；(2)郭英得無期徒刑，併科罰金30萬元，罰金如易服勞役，以3000元折算1日；(3)郭仕生無期徒刑；(4)邱盈通有期徒刑19年；(4)許金助無期徒刑。蔡志章、郭英得、郭仕生、許金助均併依刑法第37條第1 項規定宣告褫奪公權終身；邱盈通則宣告褫奪公權10 年。並敘明附表編號1所示之海洛因及直接包覆該毒品之包裝，因其上殘留之毒品難以析離，應整體視為第一級毒品，除因鑑驗用罄之部分外，依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定，隨同蔡志章等5人所犯罪刑，均宣告沒收銷燬之。復說明扣案如附表編號2至11 所示之物，為蔡志章、郭英得或許金助所有，屬本案共同犯罪所用之物，應依毒品危害防制條例第19條第1項規定，隨同蔡志章等5人所犯罪刑均宣告沒收。經核原判決認事用法除下述撤銷部分，原無不合。

貳、本件撤銷自為判決（即郭英得、郭仕生、邱盈通、許金助）部分

- 一、原判決於理由欄壹之二，敘明經原審勘驗蔡志章警詢筆錄關於邱盈通是否知悉運輸海洛因部分之陳述，因蔡志章先後陳詞反覆，方遭詢問員警質疑等情，有勘驗筆錄為佐，載論蔡志章之警詢筆錄如何具有證據能力之理由，經核尚無不合。邱盈通上訴意旨，仍執陳詞泛稱蔡志章之警詢筆錄係遭員警誘導陳述，並無理由。
- 二、原判決綜合全案卷證資料，業已詳為論述蔡志章等5 人如何於出海前知悉要載運之物為海洛因，相互利用彼此行為運輸第一級毒品，應論擬共同正犯之理由，並非僅以蔡志章之證詞為論罪唯一依據，復說明證人邱呂淑燕、莊志成之證詞如何無法為有利邱盈通之論據綦詳。所為論列說明，與卷證資料悉無不合，並不違背經驗法則與論理法則。另原判決理由欄貳、二、(二)、1 之(1)業已說明郭仕生於本案如何構成累犯之理由，並不以事實欄明載為必要，要無郭仕生上訴意旨所指判決理由矛盾之違法。郭英得上訴意旨復以其於出海前不知運送物品為海洛因之陳詞，再事爭辯；邱盈通上訴意旨所指欠缺補強證據、理由不備、調查未盡各節，難謂有理由。

三、惟按：

- (一)毒品危害防制條例第17條第2 項「犯第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」之規定，係指偵查及審判中均有自白犯罪者，即應酌減其刑，法院並無裁量權。所

稱偵查中，參諸刑事訴訟法第108條第3項規定，於起訴案件，係指檢察官向法院提出起訴書併將卷宗及證物送交法院繫屬前。則被告於司法警察詢問及檢察官終結偵查前，自白犯罪事實，固屬偵查中之自白；倘於檢察官終結偵查後，至起訴書併卷證移送法院繫屬前，自白犯罪事實，仍屬偵查中自白。而所謂自白乃對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述，不以言詞坦認為必要，縱以書面坦承犯行，亦屬之。卷查，本件係檢察官於106年7月18日起訴，於同年月26日繫屬第一審法院，有起訴書及第一審法院收案戳記在卷可稽，而郭英得於106年7月18日具狀陳述：「被告除106年7月13日於鈞署之自白供述外，茲此並再次坦承自白於本案之時間、地點，共同運輸海洛因毒品之事實……請求准予依法減刑」等語，經臺灣高雄地方檢察署於同日收文，附於106年度偵字第9594號卷宗併送第一審法院。揆之前揭說明，郭英得已於偵查中自白，其復於審判中自白，顯已該當於偵查及審判中均自白之要件。原審未察，遽認郭英得僅於審判中自白，於偵查中並未自白，而未依上開規定減輕其刑，自屬於法有違。

(二)刑罰法規除依不同犯罪構成要件要素，所涵攝相異之可罰性，而賦與相應之法定刑外，立法者基於刑罰目的及刑事政策之需要，亦常明文規範加重、減輕、免除法定刑之具體事由，據以調整原始法定刑，而形成刑罰裁量的處斷範圍，即為處斷刑。法院於具體案件之量刑過程，就是從法定刑、處斷刑之範圍內，確定其刑罰種類及欲予科處之刑度而為宣告，具體形成宣告刑。是法定刑、處斷刑俱為量刑之外部性界限，該當於各種犯罪構成要件與法定加重、減輕、免除事由之具體事實，既共同形成刑罰裁量範圍，故法院於量刑過程中，自不得再執為裁量刑罰輕重之標準。否則，即違反重複評價之禁止。又刑法上之共同正犯，應就全部犯罪結果負其責任，乃基於共同犯罪行為，應由正犯各負其全部責任之理論，至於為刑之量定時，則仍應審酌刑法第57條所列各款情狀，分別情節，為各被告量刑輕重之標準；共同正犯間並非必須科以同一之刑，且於個案裁量權之行使時，仍應受比例原則、平等原則之拘束，俾符合罪刑相當，使罰當其罪，輕重得宜。如共同正犯間情節輕重明顯不同，應本乎正義理念，分別適度量處，倘一律科以同一之刑，即於平等原則有悖，當非持法之平，即難調為適法。毒品危害防制條例第4條第1項規範運輸第一級毒品之法定刑為死刑或無期徒刑（得併科

罰金），遇有法定減輕事由者，死刑減為無期徒刑；無期徒刑減為20年以下15年以上有期徒刑，此即屬處斷刑。刑法第64條第2項、第65條第2項分別定有明文。依原判決事實認定，蔡志章為負責對外聯絡溝通、招募郭英得等4名船員參與本次航行運輸毒品海洛因犯行，居於主要分工角色，而郭英得等4名船員僅參與內部分工，並受蔡志章指揮支配，參與先後有別、分擔航海運輸工作亦異，在本案之角色分工，顯然低於蔡志章，預期所獲得報酬亦少於蔡志章，原審並認蔡志章於本案係屬主謀地位，其惡性較其餘4名上訴人為重，復認蔡志章、郭仕生、許金助同有毒品危害防制條例第17條第2項之法定減輕事由，卻均選科處斷刑之上限即無期徒刑，顯有違比例、平等原則。又原判決對郭英得未適用毒品危害防制條例第17條第2項之規定，予以減輕其刑，乃處無期徒刑，併科罰金30萬元，顯非適法，已如前述。本件由郭英得上訴，檢察官並未上訴第三審，基於不利益變更禁止原則，本院依法減輕其刑後，自為判決，依減得後之處斷刑範圍所宣告之刑，自應較原審所宣告之刑為輕。而郭英得、郭仕生、許金助之宣告刑向下修正之後，連動影響在本案角色分工、參與情節屬最輕地位之邱盈通，原審對其宣告之刑亦失之過重。郭英得、郭仕生、邱盈通、許金助上訴意旨執以原判決此部分違背法令，亦有理由。

參、撤銷發回（即關於參與人林嘉宏所有如附表編號12永富升漁船沒收）部分

一、按刑法沒收新制自105年7月1日施行後，就扣押在案而得沒收之供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，應以「該物之所有人」為判定標準，如該物屬於犯罪行為人所有或有事實上處分權者，應適用修正刑法第38條第2項規定，如屬於犯罪行為人以外之第三人（自然人、法人或非法人團體）所有者，應適用同條第3項規定，亦即其「沒收主體」，可區別為「犯罪行為人」及「犯罪行為人以外之第三人」二類，而在刑事沒收程序，亦於刑事訴訟法第7編之2增訂「沒收特別程序」，賦予犯罪行為人以外之第三人在刑事本案參與沒收之權限，而與犯罪行為人之沒收程序，彼此互斥，不能混淆。且第三人參與沒收程序係以參與人為沒收主體，針對特定財產為沒收客體，進行審理，故判決結果無論認定該等財產應否沒收，均須逐一於主文內對參與人為諭知，並於判決中說明認定所憑之證據與形成心證之理由，刑事訴訟法第455條之26第1項、第2項分別定有明文。另毒品危害防制條

例第19條第2 項規定「犯第四條之罪所使用之水、陸、空交通工具，沒收之。」係採相對義務沒收，仍應區別沒收對象為「犯罪行為人」或「犯罪行為人以外之第三人」，而為相應之程序。

二、又依刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定，對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。故本案經蔡志章等5 名犯罪行為人合法上訴，相關之第三人沒收判決雖未經參與人林嘉宏上訴，因係本案判決上訴效力所及，視為亦已上訴，林嘉宏亦取得於第三審參與人之地位，本院仍應對其踐行相關之法定程序。原審依法啟動第三人參與沒收審理程序，而於理由欄載明附表編號12所載永富升漁船係參與人林嘉宏所有，無正當理由提供予蔡志章作為運輸毒品之交通工具，符合毒品危害防制條例第19條第2項、刑法第38條第3項之沒收規定。倘若無訛，揆諸前開說明，原判決即應於主文對參與人諭知沒收永富升漁船，方屬適法，乃原判決未為之，而在蔡志章等5 名犯罪行為人主文項下分別宣告沒收，自有主文與理由矛盾、判決適用法則不當之違誤。

肆、以上，或係郭英得、郭仕生、邱盈通及許金助上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，惟原判決上開違誤，關於其等4 人部分，因僅屬法律適用不當，尚不影響事實之確定，本院可據以為裁判。爰將原判決關於郭英得、郭仕生、邱盈通及許金助罪刑及沒收部分均撤銷，郭英得並適用毒品危害防制條例第17條第2 項之規定酌減其刑，復審酌上述情狀，各改判量處如主文第3項至第6項所示，期臻適法。至於附表編號12所示永富升漁船沒收部分，原判決應依毒品危害防制條例第19第2項、刑法第38條第3項規定諭知沒收，卻未於主文對參與人諭知沒收，且參與人於第二審審判期日未到庭陳述，為保障其審級利益，應將原判決關於此部分沒收撤銷，發回原審法院更為審判。

伍、上訴駁回（即原判決關於蔡志章罪刑及附表編號1 至11所示沒收）部分

本院審查原判決關於蔡志章部分認定事實、適用法律，除前述沒收永富升漁船部分外，尚無違誤。且刑罰之量定已依刑法第57條規定，以行為人責任為基礎，並具體綜合審酌該條各款所列一切情狀，核無裁量權濫用之情形，所為量刑亦無違罪刑相當或比例原則之理由：

一、公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約（下稱兩公約）施行法已於98年12月10日施行，其第2 條規定：

「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」同法第8條第1項進而規定：「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定」。行政院依上開立法意旨，已陸續檢討槍砲彈藥刀械管制條例第7條第1項關於製造、販賣或運輸槍砲、彈藥罪刑，及懲治走私條例第4條關於犯走私罪而持械拒捕或持械拒受檢查致重傷罪刑，提案函送立法院修正公布刪除死刑規定（參見各條文修正之立法理由）。惟兩公約施行法及毒品危害防制條例主管機關之行政院法務部，就毒品危害防制條例第4條第1項規定製造、運輸或販賣第一級毒品所設之法定刑度，為死刑或無期徒刑，迄今仍未予以修正，容有其防制毒品氾濫，澈底根絕毒害之刑事政策考量，或認若有情輕法重之情形，裁判時本有刑法第59條酌量減輕其刑規定之適用，足以避免過嚴之刑罰。然而，一味採行嚴刑峻法，毒品案件卻逐年增加，有日益泛濫之趨勢。由於在立法規範上，一方面，縱同為製造、運輸或販賣毒品之人，其犯罪情節不盡相同，或有大盤毒梟者，亦有中小盤之分，甚或有僅止於吸毒者友儕間為求互通有無之有償轉讓亦有之，其造成危害社會之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，未參照毒品危害防制條例第11條規定，以毒品數量多寡作為評價不法內涵孰重孰輕之標準，並據此制定高低法定刑，使有所區隔，符合比例原則，反而不分不法內涵高低，所設之法定最低本刑同為無期徒刑，不可謂不重。而其法定刑無法適當反應具體不法行為，就會迫使法院適用刑法第59條之規定酌量減輕其刑，自行調整處斷刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當。如此一來，適用刑法第59條之量刑例外規定，在某種程度上演化為原則，已有過度濫用之趨勢。另一方面，同條例第17條第2項規定，為鼓勵被告自白認罪，採行寬厚減刑之刑事政策，卻不分毒品種類、數量、危害程度，祇要偵審中各有一次自白即有其適用，而未採被告認罪之階段（時間）以浮動比率予以遞減調整之，即不問被告是否因人贓俱獲而無從否認，其自白有否達到訴訟經濟，及被告是否出於真誠之悔意或僅心存企求較輕刑期之僥倖，一律減輕其刑，似有減損宣示嚴懲毒販之規範目的，使澈底根絕毒害之效果不彰。例如，運輸、製造或販賣第一級毒品者於偵查中自白，取得減輕其刑之入門門票後，卻於第一審審理中翻異前供，否認犯行，縱使第一審法院認定其犯行，通常均會適用第59條之規定酌減其刑，其

再於上訴第二審中自白犯行，即符合毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑之規定，另獲一次減刑的寬典；反之，若於第一審審理中即自白犯行，而獲減輕其刑之寬典，法院因此不再適用刑法第59條之規定酌減其刑，亦屬常見。如此，在第一審否認犯罪者，反而較第一審即勇於自白者，獲得較輕之量刑，不僅難於獲致公平，且有趨使狡黠之徒玩弄訴訟技巧，亦悖乎為達訴訟經濟、節約司法資源而設寬典之立法目的。蔡志章上訴意旨引據本院另案判決，主張運輸第一級毒品所設法定刑，關於死刑部分已遭凍結，原審仍以死刑為量刑基礎，有判決理由不備或適用法規不當之違法等語，揆諸前揭說明，容有誤會。況個案情節不同，蔡志章引據之前開另案判決，該案被告依原判決認定僅係負責居間聯繫運輸毒品事宜，而蔡志章於本案係居於實際參與運輸毒品之主謀者，自不得比附援引另案所為之量刑，指摘原判決違法。

二、原判決已具體審酌關於刑法第57條科刑等一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，就蔡志章所犯之罪量定之刑罰，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。蔡志章上訴意旨漫指原判決量刑理由未備，係對原審量刑職權之合法行使，任意指摘，自無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第398條第1款、第396條第1項，毒品危害防制條例第4條第1項、第17條第2項、第18條第1項前段、第19條第1項，懲治走私條例第2條第1項，刑法第11條前段、第28條、第55條前段、第47條第1項、第37條第1項、第2項、第38條第3項、第38條之1第1項前段、第3項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 26 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 | 恆 吉 |
| 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 9 月 28 日

附錄本判決論罪科刑法條：

懲治走私條例第2條第1項

私運管制物品進口、出口者，處7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

毒品危害防制條例第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2千萬元以下罰金。

附表：

| 編號 | 扣案物品名稱 | 數量 | 所有人或鑑定結果 |
|----|---|-------|---|
| 1 | 海洛因 | 1800塊 | 鑑定結果： 送驗塊狀檢品1800包經檢驗均含第一級第6 項毒品海洛因成分，合計淨重630727.79 公克（驗餘淨重630718.90 公克，空包裝總重58356 公克），純度85.83%，純質淨重541353.66 公克。 備註： (1)本案獲案毒品表登載毛重692900公克，拆封實際稱得毛重689083.79 公克 (2)純質淨重係淨重乘以純度計算所得。 (3)採樣檢品已檢驗用罄。 |
| 2 | inmarsat衛星電話 | 1 支 | 蔡志章 |
| 3 | SAMSUNG 行動電話 （含門號000000000 66號SIM卡1枚） | 1 支 | 郭英得 |
| 4 | SAMSUNG 行動電話 （含門號000000000 33號SIM卡1枚） | 1 支 | 許金助 |
| 5 | 工具籃 | 1 個 | 蔡志章 |
| 6 | 黏著劑 | 1 個 | 蔡志章 |
| 7 | 鋸子 | 2 支 | 蔡志章 |

| | | | |
|----|----------------------|-----|-----|
| 8 | 替換刀片 | 1 個 | 蔡志章 |
| 9 | 纜繩 | 1 捲 | 蔡志章 |
| 10 | 奇異筆 | 2 包 | 蔡志章 |
| 11 | 美工刀 | 1 支 | 蔡志章 |
| 12 | 船舶 (船名：永富升1 號) | 1 艘 | 林嘉宏 |

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,2958

【裁判日期】1070927

【裁判案由】家暴殺人

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第2958號

上訴人 龔信綦

選任辯護人 陳宏哲律師

洪國欽律師

林易志律師

上列上訴人因家暴殺人案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年6月7日第二審判決（107 年度上重訴字第2號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署106年度偵字第12327號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、本件原判決認定：上訴人龔信綦為龔○雲之弟、龔○亂之子，龔○亂係上訴人的直系血親尊親屬，龔○雲係上訴人的 4 親等以內之旁系血親，3人具有家庭暴力防治法第3條第3、4款所定之家庭成員關係。緣龔○雲於民國98年12月7 日中風，左側肢體無力，無法行走、意識清楚，但語言能力不佳，僅能陳述單字片語，可以用單手自行緩慢進食或由他人餵食。龔○亂於105年3月5日中風，右手及左腳無力；又於106年2月22日第2次中風，傷及語言區，有失語狀況，無法言語、意識清楚，須以輪椅協助行動，除以鼻胃管灌食外，尚可由他人餵食之方式以嘴進食。龔○雲、龔○亂2 人均因病臥床行動不便，生活無法自理需專人照料，分別於100年5月23日、106年3月22日先後住進由陳寶秀負責經營之高雄市○○區○○路0號「信展老人養護中心」。龔○雲嗣於102年間起，轉住由同一負責人陳寶秀經營之高雄市○○區○○路00號「永虹老人養護中心」。龔○雲需支付每月新臺幣（下同）1,5000元之費用，龔○亂需支付每月25,000元之費用，2 人均為低收入戶，龔○雲每月領有家庭生活補助6,115 元、身心障礙者生活補助8,499 元（計14,614元，每年春節慰問金2,000元另計），龔○亂每月領有低收入老人生活津貼7,463 元（龔○亂於105年10月31日尚有郵局存款645,886元）。該

2 人所領之前述補助及其等之郵局存摺、印章、金融卡均由上訴人保管，並支領花用。詎上訴人因沉迷賭博性電玩及線上遊戲、購買彩券，又因自106年3月起失業無固定收入，導致經濟拮据，無法支付母、兄106年5月份之養護中心費用。其明知若未主動提供龔○亂及龔○雲食物，其2 人無法自行採買食物進食，仍執意於106年5月30日將龔○亂、龔○雲從信展、永虹老人養護中心接回高雄市○○區○○路00○0 號之居所後。竟分別基於殺害直系血親尊親屬之犯意、殺人之犯意，自106 年6月2日中午起，即不再供應龔○亂、龔○雲任何飲水、食物，導致龔○亂於106 年6月6日10時30分許死亡。上訴人見其母龔○亂死亡後，至其兄龔○雲房內告知龔雷亂死訊，並餵食龔○雲安眠藥，龔○雲因多日未進食，於106年6月9日約4、5時許死亡。上訴人以上揭方式殺害2人後，為免犯行被發現，遂在龔○亂及龔○雲房間內撒上鹽、蘇打粉及樟腦丸掩蓋遺體腐敗臭味，用藍色膠帶將兩間房間之門縫、窗戶與鑰匙孔封死，從此深居簡出在家中伴屍並焚香祭拜，且持續花用社會局每月固定匯入該2 人郵局帳戶內之前述補助款（詐欺或侵占部分未據檢察官起訴）。然因接獲高雄市政府環保局通知近日要進入住宅噴灑登革熱藥劑，唯恐罪行敗露，乃於106年6月28日離開上址。嗣上訴人之胞姊龔雅惠一直無法聯繫上訴人，擔心母、兄無人照顧，遂前往高雄市政府警察局鳳山分局新甲派出所（下稱新甲派出所）報案，並於106 年7月4日13時40分許會同員警前往上址查看，赫然發現龔○亂、龔○雲已死亡多時，屋內客廳留有上訴人撰寫之遺書，但上訴人已不知去向。經檢察官相驗遺體後組成專案小組指揮警方追查上訴人可能去向，於106 年7月8日17時20分，在高雄市○○區○○路000 號「大都會網路咖啡」前，將藏匿在網咖多日之上訴人拘提到案。

二、原判決認定前揭殺人之事實，係以上訴人迭於警詢、偵查、第一審羈押訊問時及原審準備程序中坦承不諱，核與證人陳寶秀於第一審證述：上訴人於106年5月30日，前往信展老人養護中心，表示因身上錢不夠無法繳納2 人106年5月份之療養院費用，將龔○亂、龔○雲接回家中照顧等語相符，並有信展養護老人中心護理記錄、國軍高雄總醫院龔○亂病歷資料、現場照片、新甲派出所受理刑事案件報案三聯單、臺灣高雄地方檢察署履勘筆錄、屍體複驗筆錄、檢驗報告書、相驗屍體證明書、法務部法醫研究所函及解剖報告書暨解剖鑑定書，扣案之綠色膠帶、龔○雲、龔○亂郵局存摺、龔○雲

印章、郵政儲金金融卡、樂合彩券等證據資料可資佐證。而認上訴人所為之自白，與事實相符。

三、原判決另說明：

(一)、上訴人雖於原審翻異前詞，所辯：伊係因媽媽及哥哥不想再痛苦地活下去，依照其2 人的吩咐才沒有提供他們飲食，伊是加工自殺，不是殺人等語，並不足採。理由：

- 1、上訴人於警詢及偵查中均未曾提及龔○亂、龔○雲生前有囑託其加工自殺乙事。證人龔雅惠於偵訊時證稱：106 年農曆過年時，媽媽還沒有第2 次中風時，我有回高雄，媽媽跟我和我弟弟聊，說她如果再中風就不想活了，她平常也常講她是歹命人等語，並未提及龔○亂有囑託上訴人加工自殺，又依其於第一審及偵查中所稱：「媽媽於第2 次中風前，生活可自理，可以自己洗澡；第2次中風後即無法言語；伊106年4 月帶母親回屏東娘家，她沒表現出不想活，很正常」之證言，證人陳寶秀、劉秀琪（看護）所稱：「龔○亂於106年3月22日住進信展老人養護中心後，並無拒絕進食或欲尋死之言語或舉動，尚可自己吞嚥進食，平日表情正常，照顧者有時候跟她講話，她還會笑」之證詞，及綜合國軍高雄總醫院（即802醫院）龔○亂之病歷資料內容，應認龔○亂於第1次中風後，有努力欲恢復健康之生存決意及行動，縱如龔雅惠所述，龔○亂有情緒低落、不想活、沮喪等久病之情緒反應，仍難認龔○亂有結束自己生命或囑託上訴人對其實施加工自殺之意思。況且，上訴人於106 年6月2日著手實行殺人，距離龔○亂於106年2月間第2次中風，已逾3個月餘，此時，龔○亂對外界狀況已無法回應，更難認其有明確真摯之意思囑託上訴人為其加工自殺。至於龔○雲，依證人陳寶秀、吳孟華、郭蔓馨（以上2 人為龔○雲看護）之證言，及卷附龔○雲病歷資料、永虹養護老人中心護理記錄所示其上訪客欄之紀錄所示，於中風後，自100年5月23日起，即居住在信展老人養護中心，死亡前4年（即102年間）起改居住在同一負責人陳寶秀經營之永虹老人養護中心，神智雖清楚，但僅能講2、3個單字，從無拒絕進食或欲尋死之言語或舉動，可自己緩慢進食，上訴人或其姊從未前往探視龔○雲，104年9月27日中秋節前後亦同。佐以國軍高雄總醫院106年12月20 日醫雄企管字第1060008199號函示內容，龔○雲住院期間並無拒絕進食或欲尋死、放棄治療之言語或舉動。足見龔○雲未曾向上訴人表示不想活並囑託其加工自殺。至於龔○惠於第一審附和上訴人上開辯解之證言，乃因其住桃園又有工作，

很少回家探望母親及哥哥，對於上訴人心存愧咎，屬迴護之詞，亦不足信。

- 2、上訴人殺害龔○亂、龔○雲，苟因係其2人求死之決意，並受其囑託加工自殺，於犯後傾向吐實較符常情。惟上訴人於第一時間對於偵查人員詢問被害人為何死亡一節，竟坦承係因經濟壓力無法繼續照料之故，隻字未提加工自殺乙事。又苟上訴人係受囑託而殺之，而龔雅惠亦知情，則亦僅需立即通知龔雅惠表明完成所託，並向警方、檢察官誠實交代事情經過即可，無需因害怕事情曝光而在被害人房間地板撒鹽、蘇打粉及樟腦丸掩蓋臭味，又用膠帶將房間門縫、窗戶及鑰匙孔封死，更無恐被發覺而離開住處之理。且一般因長期飽受病痛煎熬之尋死者，為達不再受苦之目的，通常會以上吊、悶死、吞服毒藥或大量安眠藥等迅速死亡方式以求解脫，不可能以忍受長達數日飢餓之漫長痛苦自殺方式。是上訴人於案發初之自白，較符合真實。
- 3、綜觀上訴人於警詢及偵查之自白，龔○惠、陳寶秀、吳孟華、劉秀琪、郭蔓馨之證詞，高雄市政府社會局107年2月1日高市社救助字第10731055500號函；龔○雲、龔○亂2人之病歷、郵局存摺、郵局帳戶開戶資料暨交易明細，扣案之「49樂台彩」券，應認：龔○雲自98年12月7日中風起住院至99年11月6日，及自100年5月23日起開始居住在信展、永虹養護中心，每月需支出15,000元；龔○亂於106年2月22日中風傷及語言區，有失語狀況，自106年3月22日起住進信展老人養護中心，每月需支出25,000元，合計龔○亂、龔○雲2人每月需花費40,000元。而龔○亂、龔○雲2人均為低收入戶，龔○雲每月領有家庭生活補助6,115元、身心障礙者生活補助8,499元，計14,614元，每年春節慰問金2,000元另計，龔○亂每月領有低收入老人生活津貼7,463元，龔○亂於105年10月31日尚有郵局存款645,886元。佐以上訴人雖有上開社會救濟金、母親儲蓄及前述鄰居捐款46,000元可以支應，但其於警偵訊中自承：於3月間即失業無收入，已將母、兄名下存款花用殆盡，無力再付安養費等語；龔雅惠證稱：上訴人從年輕就會跟我或媽媽要錢，他有賭博習慣，常常去遊藝場打電玩會輸錢，就會伸手要錢，我有聽我媽媽生病前說上訴人有去玩賓果的樂透等語，堪認上訴人可支配之社會補助、捐款、存款均不足支付母、兄及自己之開銷，日漸坐吃山空，照護費用負擔沈重，因不堪經濟壓力而萌生終結被害人生命之犯意。遑論上訴人亦自承提領母親儲蓄、母、兄之

社會補助、捐款花用，殺死母、兄後，不願母、兄之死訊走漏，仍繼續領取社會補助花用等情。

- 4、依卷內資料所示，上訴人雖書立遺書，並買木炭，表示欲燒炭自殺，謀為同死等語，惟其於警詢中自承：「在106年6月23日或24日，我在自己的房間燒炭自殺。（問：依據燒炭自殺一氧化碳中毒後所顯示之特徵，患者會有頭昏無力、無法動作、及事後腦部受損之跡象。你當時是否有點燃木炭？為何無此一氧化碳中毒跡象？）我有先在房間點木炭，我在客廳有服用安眠藥、飲用酒類，可是我就在客廳醉倒了」等語，則其在房間內燒炭，人坐在客廳喝酒，無法達到因一氧化碳中毒而死亡之結果，顯無自殺之真意。

- 5、本件事證明確，上訴人所辯，係飾卸之詞，並無可採。

- (二)、上訴人為龔○亂之子、龔○雲之弟，與2人有親屬關係，本負有法定扶養義務，後因無法支付養護中心費用將龔○亂、龔○雲接回住處，明知其2人因病無法自行進食，竟自106年6月2日起不給予2人任何食物及飲水，致龔○亂、龔○雲因而先後死亡，顯已構成殺人之不作為犯。上訴人與龔○亂、龔○雲，具有家庭暴力防治法第3條第3、4款規定之家庭成員關係，對其2人實施身體上不法侵害之行為，屬家庭暴力防治法第2條第2項所定之家庭暴力罪，惟因家庭暴力防治法並無另立罰則，所為犯行仍應依刑法規定予以論處。核上訴人殺害龔○亂，係犯刑法第272條第1項之殺害直系血親尊親屬罪，殺害龔○雲，係犯刑法第271條第1項殺人罪。所犯上開2罪名間，犯意各別，罪名互殊，犯行互異，應分論併罰。

- 四、原判決維持第一審所為應執行無期徒刑之量刑，已詳敘：第一審依刑法第57條規定，審酌上訴人與被害人2人為一家人，原同居一處，生活互相扶持，竟因見母、兄均中風，身體日漸虛弱，無回復之可能，復因自己失業，沉迷網咖、彩券等賭博遊戲，入不敷出，因而萌生拒養、殺人之犯意，以不提供其等飲食之方式，餓死被害人，犯罪情節實屬重大。復考量上訴人未有前科紀錄，學歷為高中畢業，失業前從事玻璃工程業務，月入至少40,000元，認上訴人並非習於犯罪或冥頑不靈、泯滅人性之人；再斟酌上訴人對其部分犯行坦承不諱，反應其面對所犯重罪，一方面知悉其罪行天理不容，但基於求生本能，仍希望留一線生機，其上開反應尚可視為合理之舉動。再者，生存權為憲法第15條及國際公約所保護之基本人權，乃職司審判之法院所應審慎考量，固然「殺人

償命」係一般民眾之認知，然觀之我國刑法第271條第1項殺人罪之法定本刑為死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑，同法第272條第1項殺害直系血親尊親屬罪之法定本刑為死刑、無期徒刑，顯然立法者仍賦與法院於具體個案妥適裁量適當之刑度，以昭慎重。參以龔○亂之女龔○惠於第一審亦表示希望給上訴人機會，審酌上訴人犯罪後仍有悔悟之心，並非全無教化之可能等一切情狀，就其所犯殺人罪量處有期徒刑12年，就其所犯殺害直系血親尊親屬罪，量處無期徒刑，並宣告褫奪公權終身。應執行無期徒刑，褫奪公權終身。復敘明：本案被害人均因中風不良於行、不能言語或拙於言語，但生命徵狀穩定，未經醫師診斷認為不可治癒，無醫學上之證據證明近期內其等病程進行至死亡已不可避免，且無立意願書選擇安寧緩和醫療或作維生醫療抉擇，自不得因上訴人因經濟困頓、倦於照料，遽認有安寧緩和醫療條例之適用。再說明：上訴人雖因自己因素導致經濟困頓，無力照料被害人，萌生殺意以求解脫，惟亦另圖領取該2人之社會救助金，而為本件殺人犯行，再衡量上訴人殺人之犯罪原因、動機、手段、情節及結果等各情，認本案並無「情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重」之情形，無刑法第59條規定酌減其刑之適用。

五、原判決復敘明：扣案之藍色膠帶、木炭、統一發票、彩券等扣案物，雖係上訴人所有，但非供其犯罪所用之物，亦非違禁物，爰不為沒收之諭知。

六、原判決以第一審判決認定事實、適用法律，尚無不合，量刑亦屬妥適。上訴人在第二審之上訴否認有殺人故意，並指摘原判決量刑過重，均無理由，應予駁回。經核於法並無違誤。

七、上訴人上訴意旨略稱：

(一)、依原審107年5月17日審判筆錄第17頁之記載，原審訊問上訴人被訴事實，係就第一審判決所認定之事實為籠統、整體訊問，並非逐一詢問，此種方式無法使上訴人為充分防禦、答辯，亦違反刑事訴訟法第288條第3項之規定。又依同上筆錄第11、12頁之記載，原審於調查證據階段，曾中途詢問上訴人關於被訴事實之相關問題，並非如刑事訴訟法第288條第3項所定「應於調查證據程序之最後行之」，此部分同有判決違背法令之違誤。

(二)、卷附上訴人書寫之遺書，除書寫「請求善心開化的法官判我死刑」外，更有其內心感受之內容，原判決未具體說明上訴

人自書共計7 頁之遺書何以不足採信之理由；又原判決認定上訴人因恐罪行敗露而逃匿，並無為同死之真意，惟上訴人離開原住處，故意待在離家僅有10分鐘步行距離的地方，係避免因自首而獲輕判，並攜帶若干數量安眠藥為遭警逮捕後使用，有謀為同死之真意。原判決此部分亦有理由不備之違誤。

- (三)、依原判決之認定，龔○雲每月領有補助共14,614元，另加計每年春節慰問金2,000 元；龔○亂每月領有低收入老人生活津貼7,463元，於105 年10月31日尚有郵局存款645,886元。縱上訴人無力支付龔○雲、龔○亂於養護中心之費用，依其2 人每月所得領取之社會補助合計為22,077元，應尚足生活開銷；且養護中心未令上訴人應將該2 人帶離養護中心，上訴人縱積欠養護中心費用，仍無從認定上訴人有經濟壓力，而萌生殺害至親之可能。原判決此部分之認定有違證據法則。又上訴人縱有隱瞞被害人死訊之舉，目的不是繼續領取被害人之社會補助花用，原判決之認定亦與經驗法則不符。

八、惟查：

- (一)、我國刑事訴訟制度本採職權主義，92年修正前刑事訴訟法第287 條規定檢察官陳述起訴要旨後，「審判長應就被訴事實訊問被告」，既謂「訊問」，自與單純徵詢意見之「詢問」不同，乃係以究明真偽為目的之問話，即將被告作為調查之對象，視被告之陳述為證據方法之一，帶有濃厚之糾問色彩，以落實法院調查證據職權之行使，並予被告辯明犯罪嫌疑之機會，為審判長於審判期日所應踐行之訴訟程序，否則，遽行辯論終結，即屬於法有違。然修正後，刑事訴訟調整為改良式當事人進行主義，加強當事人訴訟地位，審判程序之進行，以當事人間之攻擊、防禦為主，法院依職權調查證據，僅具輔助性質，於當事人聲請調查之證據調查完畢後，始補充進行，故修正後將上開規定移列至同法第288條第3項，並修正為「審判長就被告被訴事實為訊問『者』，應於調查證據程序之最後行之」，同時於原第287 條「檢察官陳述起訴要旨後」，增列「審判長應告知被告第95條規定之事項」，就訊問被告被訴事實而依職權調查證據之進行與否，明文賦與審判長斟酌判斷之職權，於認有必要時方始為之，予被告辯明犯罪嫌疑之機會，俾淡化職權主義色彩，以符合改良式當事人進行主義精神，復使被告仍於調查程序伊始，即知悉其被訴之犯罪嫌疑與所犯所有罪名，而得請求調查有利之證據，資以兼顧其訴訟上防禦權之保障。另為免於調查證據

之初，即對被告產生偏見，並利交互詰問之順暢進行，明定審判長若為該訊問，應於調查證據程序之最後行之。是具體個案基於實質真實發現與被告利益考量，有無行上開被訴事實訊問必要，乃屬事實審法院行審判程序時依職權自由裁量之事項，苟認無調查必要，而未予訊問，亦無違法可言。又上開訊問旨在使被告得有辯明犯罪嫌疑之機會，以保障其訴訟上防禦權之行使，故審判長於調查證據程序之最後，已訊問被告者，苟依其訊問及被告應訊所為陳述之內容，足認被告就其被訴事實之意見，得有充分表達之機會，不論其訊問之形式如何，於被告防禦權之行使，並無妨礙，所踐行之訴訟程序亦難遽認違背上開規定，而於判決有影響，自不得執為第三審上訴之理由。卷查，本件審判長於調查證據程序之最後，引用第一審事實欄認定之全部事實，訊問上訴人對之有何意見，上訴人答以：「我是依照母親及哥哥的吩咐才會這樣做，他們吩咐我，要我不要讓他們再那麼難過了，這是長久以來的囑託，我是要讓母親及哥哥不再那麼痛苦，所以我才會沒有提供他們飲食。且我有在旁播放母親愛聽的歌給母親聽，並在母親的旁邊陪伴她3天。」等語，審判長再問以：「龔○亂有財產，於龔○亂生前，應該都是龔○亂在照顧你，若將母兄繼續交由養護中心照護，你只要去探望即可，為何要將母兄從養護中心接回家中？且你於106年5月30日將母兄從養護中心接回之後，僅僅照顧2日就不再提供母兄飲食，是否幾乎都沒有照顧到你的母親？」上訴人則答稱：「我承認我母親生前一直都有照顧我，但我認為若是再繼續照顧他們，也只是讓他們繼續拖下去而已。」等語（以上見原審卷第77至79頁），顯然已充分給與上訴人辯明犯罪嫌疑之機會，亦未剝奪其訴訟防禦權之行使，揆之上開說明，核無上訴意旨(一)所指違反刑事訴訟法第288條第3項規定之情形。又稽之卷內資料，審判長於調查證據程序階段，曾提示國軍高雄總醫院106年9月20日醫雄企管字第1060006060號函暨龔○亂、龔○雲病歷資料，訊問上訴人有何意見，上訴人答以：「我的母親龔○亂於106年2月22日是第2次中風，之前她就已經中風。」審判長乃問上訴人：「龔○亂第1次中風是小中風，還可以煮飯給家人吃，106年2月22日第2次中風比較嚴重，於106年3月23日轉住養護中心，被告於106年5月30日將母親接回，隔2日之後即106年6月2日就不再提供飲食予母親，導致龔○亂於106年6月6日死亡，被告是否根本就沒有照顧到自己的母親？」上訴人答稱：「我是看我母親這

半年的回復狀況才會這樣做。」審判長又訊以：「養護中心人員表示母親在養護中心過得很好、還會笑，為何要將母親從養護中心接回？」上訴人回稱：「媽媽與我的感受狀況不同。」審判長再問：「是否將母親的存款花盡就將母親從養護中心接回家中？」上訴人則未答（以上見原審卷第74頁正反面）。審判長上開證據之調查，形式上雖已涉及犯罪事實之訊問，惟因與提示之龔○亂病歷資料有關，上訴人所答內容亦在辯明龔○亂於當時之身體狀況，尚無礙於上訴人之防禦權行使，難認於判決本旨有所影響，遑論原判決亦未據為判決基礎。上訴意旨(一)執此指摘原判決違法，並不足採。

(二)、原判決認定上訴人殺害龔○亂、龔○雲2人，係依憑上訴人之自白，及卷內相關證據資料而為論斷，已詳敘其調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並於理由欄貳、二之(六)載認上訴人並無自殺真意之理由。雖未就卷附遺書全部內容逐一說明，並不影響判決認定之結果，上訴意旨(二)執此指摘原判決違法，並無理由。又本件事證堪稱明確，其他上訴意旨(二)及(三)所指，核係對原審明白論斷之事項或取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，持不同之評價，任意指為違法，均不足取。

九、綜上，本件上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第396條第1項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 27 日

最高法院刑事第九庭

| | | | |
|-------|---|---|---|
| 審判長法官 | 林 | 勤 | 純 |
| 法官 | 林 | 立 | 華 |
| 法官 | 黃 | 斯 | 偉 |
| 法官 | 莊 | 松 | 泉 |
| 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 10 月 1 日

附錄法條：

中華民國刑法第271條第1項

殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。

中華民國刑法第272條第1項

殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3038

【裁判日期】1070913

【裁判案由】偽造文書

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3038號

上訴人 彭傳烈

選任辯護人 蔡慶文律師

上列上訴人因偽造文書案件，不服臺灣高等法院中華民國106年11月9日第二審判決（106年度上訴字第1924號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署105年度偵字第8258號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審經審理結果，認為上訴人彭傳烈有原判決事實欄一所載基於偽造私文書之犯意，擅自於內容不實之估價單上偽簽「郭」（代）署押，而偽以郭珍坪之名義簽立維修估價單2紙，並於同日交付許富翔以行使，足以生損害於許富翔及郭珍坪之犯行罪證明確，因而撤銷第一審之無罪判決，改判論上訴人以行使偽造私文書罪，判處有期徒刑3月，並為易科罰金折算標準及相關沒收之諭知。已詳敘認定犯罪事實之依據及憑以認定之理由。
- 二、上訴意旨略稱：（一）本件未見上訴人交予告訴人許富翔之車輛維修單內容有何記載不實之情，且其於該維修單之修護人欄書寫「郭」、「代」二字，是否確係基於偽造郭珍坪署名之意思而為，並未達到通常一般之人均不致有所懷疑而得確信其為真實之程度，自應依法為上訴人無罪之諭知。（二）上訴人於系爭估價單之「修護人」欄記載「郭」（將郭圈起，右下角註明「代」），與許富翔之認知並不違背，許富翔並未受到損害。又上訴人有明確向郭珍坪表示由其對許富

翔負責，郭珍坪亦知悉其無庸對許富翔負修護責任，則估價單修護欄中縱使記載「郭」、「代」等字，顯然不會導致郭珍坪需對許富翔負修護責任，是郭珍坪亦無損害。乃原審未予說明即遽認上訴人行為「足生損害於公眾或他人」，自有理由不備之違誤。（三）系爭估價單係上訴人取車時未帶單子而向郭珍坪借用，而估價單上既無郭珍坪或其公司之名義與用印，其外觀無法辨識其內容係出自於何人，縱其上有維修內容等相關記載，仍與上訴人自行拿取白紙供自己記錄該次維修內容、應收款項無異，故系爭估價單應不具文書之效力。（四）郭珍坪既同意出借估價單予上訴人使用，並於出借時遮隱自己店名，堪認應有將該估價單視為便條紙或紀錄紙予上訴人任意使用之意，是上訴人應有填載、製作估價單之權。又上訴人既僅將該估價單作為筆記之用，縱使郭珍坪不同意上訴人於維修人欄簽署其名，上訴人之代簽，亦應無偽造郭珍坪簽名之意，僅發生辨識功能，與署押有別。況上訴人如有意偽造，何不簽署全名。乃原審逕認上訴人偽造郭珍坪名義，卻未就「代」之真意為何說明理由，自有理由不備之違誤云云。

三、惟按：

- （一）刑法上所稱之文書，係指使用文字、記號或其他符號記載一定思想或意思表示之有體物，除屬刑法第220 條之準文書外，祇要該有體物以目視即足明瞭其思想或意思表示之內容，而該內容復能持久且可證明法律關係或社會活動之重要事實，復具有明示或可得而知之作成名義人者，即足當之。又所謂名義人，並非指文書之製作人或書寫人，而是指在文書之形式上為思想或意思表示之表意人且須為文書內容負責之人；從而，自文書本身或由該文書之附隨情況觀察，而得以推知須為文書之內容負責者，該須負責之特定名義人，即為文書之名義人，至該名義人是否實際存在，並非所問。易言之，祇要文書具備「有體性」、「持久性」、「名義性」及足以瞭解其內容之「文字或符號性」之特徵，並具有「證明性」之功能，即為刑法上偽造或變造私文書罪之客體。而就偽造或變造行為之結果必須足以生損害於公眾或他人之構成要件觀之，此之文書乃係以法律關係或社會活動之重要事實為思想內容者為限，未記載名義人之學術論著或文藝創作固不與焉，但所稱之足生損害，係指他人有可受法律保護之利益，因此遭受損害或有受損害之虞，不以實際發生損害者為必要；而所謂損害

，亦不以經濟上之損害為限，即民事、刑事或行政上之損害亦皆屬之。

- (二) 本件系爭之2 紙維修估價單上記載維修單號、維修車輛之相關資料、離廠日期及交修項目、各項零件、工資費用之金額，並分列有「修護人」、「收款人」、「付款方式」、「顧客簽名」及「建議事項」等欄位，其上並註明：「交修車輛內之隨車工具等應當面驗收，簽認人代客戶簽認應與客戶負連帶責任，委修車主對本單所記載之各項修理同意更換必要零件及材料並准許承修人員為檢查或試驗目的，可在公路或其他地點作必要試車」等詞，則本件維修估價單如填載完備，自己具備「有體性」、「持續性」、「名義性」及足以瞭解其內容之「文字或符號性」之特徵，並具有證明其間法律關係重要事實之「證明性」功能。原審依上訴人於收款人欄內之簽名及於修護人欄內假冒維修人郭珍坪之代理人名義，書寫「郭」、「代」二字，因認系爭維修估價單，除得以表彰係由上訴人收取顧客款項外，亦同時表彰郭珍坪為負責修護車輛之維修人，及其維修之項目、零件、數量及價額，是其作成名義人當然包含維修人「郭珍坪」，而上開估價單既非未記載名義人之學術論著或文藝創作，其因此論斷維修估價單為刑法上偽造文書罪所稱之文書，於法自無違誤。況依郭珍坪所證，上訴人曾表示要代其於「修護人」欄內簽名，但為其所堅拒，其並要上訴人不要亂搞等語（見簡易第一審卷第22頁反面），則該「修護人」欄上之簽名，顯非僅具辨識之功能而已，而係負責修護車輛者郭珍坪之署押。再者，原審採納郭珍坪所陳：「當時上訴人已經寫好了，要我簽名，我說這是對車主的，我不要簽，上訴人說他要簽，我說你不要亂寫，這有法律責任」之證詞，而認上訴人知悉維修估價單上之「修護人欄」即是「維修人簽名欄」，並對於上訴人所辯其在估價單上書寫「郭」、「代」二字，僅指由郭珍坪代工之意云云，認不足採信，亦已依據卷內資料詳加說明指駁，難認有何理由不備之違法。況上訴人所書「郭」、「代」二字如屬「由郭珍坪代工」之意，何以上訴人於警詢、偵查及第一審簡易程序訊問時迭稱有經郭珍坪同意，而皆未曾為上開抗辯？上訴人所辯已非無疑，再參酌上訴人坦承未經過郭珍坪同意即於估價單修護人欄逕自簽署「郭」、「代」二字及系爭估價單所示之維修價格與實際維修價格不符且遠高於實際維修價格等情，原審乃認

定上訴人所為足生損害於郭珍坪及委由上訴人代為送修並收受該估價單之許富翔，於法尚無不合。上訴意旨漫指無損於他人之合法利益，與偽造文書罪之構成要件不合云云，而指摘原判決適用法則不當，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。

- (三) 本件檢察官對於上訴人之犯罪事實，既已盡實質之舉證責任，所提出之證據，更足為不利於上訴人之積極證明，自無「罪疑唯輕」、「無罪推定」等原則適用之可言。上訴意旨執此指摘原判決不當，亦非合法之第三審上訴理由。至其餘上訴意旨，均係就原判決已明白論斷之事項，或對於事實審法院採證認事職權之適法行使，徒以自己之說詞，漫為事實之爭辯，或任意指摘原判決違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 13 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 蔡 國 在

法官 林 恆 吉

法官 吳 進 發

法官 徐 昌 錦

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 9 月 18 日

書 記 官

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3182

【裁判日期】1070906

【裁判案由】加重強盜等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3182號

上訴人 陳敬清

選任辯護人 黃呈熹律師

上訴人 林介山

原 審

選任辯護人 陳炎琪律師

上訴人 陳慶輝

上列上訴人等因加重強盜等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國106年12月21日第二審判決（106年度上訴字第1112號；起訴案號：臺灣基隆地方檢察署105年度偵字第3294、3528、3887、4737、4842號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於陳敬清、林介山、陳慶輝結夥攜帶兇器強盜罪及定應執行刑部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷（即上訴人陳敬清、林介山、陳慶輝〈下稱陳敬清等3人〉結夥攜帶兇器強盜罪及定應執行刑）部分：

一、本件原判決認定陳敬清等3人有其事實欄所載之犯行，因而撤銷第一審此部分之科刑判決，改判仍論以陳敬清等3人共同犯刑法第330條第1項結夥攜帶兇器強盜罪（另想像競合犯槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之未經許可，持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪），分別宣處陳敬清有期徒刑8年，林介山、陳慶輝均累犯、有期徒刑5年。固非無見。

二、惟查：

（一）共同正犯雖非僅就自己實施之行為負其責任，惟仍應以共同正犯間犯意聯絡之範圍為限，對於他共同被告所實施之行為負責；倘共同正犯中之人，逾越原本犯意聯絡範圍，所為行為，即令該行為係利用原本犯罪計畫之機會而作為，亦不得令其他共同正犯共負其責。

本件依原判決事實欄所載：陳敬清等3人及高銘璋、張火龍

（按後2人，業經原審判刑確定）等人（下稱陳敬清等5人）共同基於意圖為自己不法所有之犯意聯絡，「謀議強盜賽鴿」，向鴿主勒贖，以獲取金錢利益，「約定」由林介山提供作案車輛、銀行帳戶，而於民國105年7月20日凌晨3至5時間之某時，由陳慶輝駕車搭載陳敬清、林介山、高銘璋與張火龍，從陳敬清住處出發，於同日上午6時50分許，在基隆市（中正區）北寧路望海巷停車場附近，覓得等待放飛賽鴿之載鴿車，陳敬清與林介山見載鴿司機陳永厚下車進行賽鴿放飛準備時，陳敬清即接手駕駛，並命林介山、高銘璋、張火龍與陳慶輝下車「壓制」陳永厚。張火龍明知非經主管機關許可，不得非法持有具殺傷力之手槍，竟仍持有可發射子彈具殺傷力之改造手槍（下稱系爭手槍）及不具殺傷力之子彈4顆下車使用。林介山與陳慶輝2人1組、高銘璋與張火龍2人1組，均戴帽子及口罩，分從大貨車之車尾與車頭出現，拉扯陳永厚。陳永厚見人多勢眾，即逃跑而不慎跌倒，張火龍「趁機」持系爭手槍抵住陳永厚右後腰，並恫稱：「不要動，你好好配合，我只要鴿子」等語，使陳永厚不能抗拒後，高銘璋、陳慶輝與林介山即持預先準備之網子與鴿袋，將大貨車上之賽鴿抓取約20至30隻裝入鴿袋內，放入上揭自小客車內而得手等情（見原判決第3頁第7行至第4頁第15行）。倘若無訛，似乎僅認定陳敬清等5人共同謀議強盜賽鴿（按係結夥3人以上強盜財物），張火龍「趁機」持系爭手槍抵住陳永厚後腰部，並未認定陳敬清等5人「共同謀議『持槍』強盜賽鴿」；又依原判決理由欄所載：陳永厚於偵查中，證稱：4個人就湧上來拉我，拉扯過程中，我跌倒，其中一人把槍「拿出來」，因為我拉扯就是反抗，他把槍頂著我右後腰；於第一審中，再證稱：（我）在車頭那附近因拉扯而跌倒，其中一個人「拿槍」出來，抵住我右邊的腰，…當時我被拿槍壓制時，看到對方從身上「掏出」1把手槍拉槍機，那時我已經跌倒，他把我拉起來，抵住我的腰各等語（見原判決第11頁倒數第8至10行、第12頁第10、11、20至22行）。倘若如此，似僅足證明張火龍是於強盜陳永厚之過程中，「始」從身上掏出系爭手槍，則其他共犯「事前」是否知悉張火龍將另持系爭手槍犯案，已非無疑；其他共犯林介山、高銘璋、陳慶輝等人亦均否認知道張火龍另攜帶系爭手槍（陳敬清則自始否認參與其中），而此攸關共犯各別罪責範圍，同待查明釐清；又原判決理由欄內，另載敘：陳慶輝自承在105年7月18日凌晨，就已在陳敬清家中

，計劃好要去抓鴿子，俾向被害人勒贖，核與林介山於（第一審）審判中，供稱：7月19日第1次行動之前（7月18日），在陳敬清家裡，就有講好到時候是由張火龍、陳慶輝及高銘璋3個（人）下車去「壓制」鴿子車司機跟抓鴿子，（得財）大家1人分1份等情大致相符，足認早在出發為本案犯行前，陳敬清等5人已就犯罪分工、犯後分贓，均互有犯意聯絡，是陳慶輝、林介山空言辯稱其等對於持槍壓制陳永厚乙節，毫無所悉云云，核與上列卷內事證不符，亦與常情有違，顯係臨訟卸責之詞等旨（見原判決第15頁第6至16行）。惟林介山上揭於第一審中，所言「壓制」陳永厚的手段，並非必以系爭手槍為之，似不排除可能由多人徒手或持棍棒、刀械等實施，則原判決此部分理由之論述，似仍無法證明陳敬清等3人與高銘璋，於事前就張火龍將另攜帶系爭手槍犯案乙情，確已知情。從而，張火龍於犯罪當時使用系爭手槍為強盜行為，是否已超越其他共犯即陳敬清等3人及高銘璋之犯意聯絡範圍，而非其等事先所能預見，此與陳敬清等3人所為是否該當「攜帶兇器」強盜罪之加重要件，及有無共同違反槍砲彈藥刀械管制條例之法律適用判斷攸關，原審遽依前揭各重罪之共同正犯論擬（見原判決第27頁第14至22行、第28頁第10、11行），猶非允洽，並嫌理由不備。

(二)刑事訴訟法第154條第2項規定：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」係採證據裁判主義，故證據調查，當為整個審判的重心之一。學理上，關於「供述證據」與「非供述證據」，作為證據法上之類型區別，主要是以證據資料是否來自「人之陳述」作為基準。具體以言，前者係以人的語言（含書面陳述）構成證據，後者則為前者以外之各種其他證據。而「供述證據」於認定事實過程中的特徵，在於涉及犯罪事項相關內容情報資訊，因人的知覺感官留存記憶，並藉由敘述表達，方能傳達該訊息內容，例如：被告的自白、證人（含共犯、被害人）的指述；「非供述證據」則係有關犯罪事實之物件或痕跡，留存於人的感官以外的物理世界，例如：指紋、血跡、偽造文件等犯罪跡證、兇器等犯罪工具等等（含氣味、顏色、聲音、情況跡象）。由於「人之陳述」，往往因各人主觀之觀察力、記憶力、陳述能力及性格等因素，影響其陳述內容之真實性，甚至因無法盡情所言，或故為誇大、偏袒，致其陳述之內容或其認識之事實，與真相事實並不相符，何況翻供更是常有，遭不正取供，亦曾發生，正所謂：「曾參殺人」、「三人成虎」、「

眾口鑠金」、「以訛傳訛」等日常成語，皆在說明人言並不完全可靠，不得盡信；至於「非供述證據」，則以物（包括一般之物及文書）之存在或狀態為其證據，通常具有客觀性與長時間不會變易性及某程度之不可代替性，甚或係於不間斷、有規律之過程中所取得，並無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機。是就認定事實所憑之證據以言，「非供述證據」（尤其具有現代化科技產品性質者）應屬優勢證據，其評價上之裁量，自較「供述證據」為強。倘經合法調查之供述及非供述證據，均存於訴訟案卷而可考見時，自不能僅重視採納「供述證據」，卻輕忽或疏略「非供述證據」，否則其證明力判斷之職權行使，即難認合於經驗法則、論理法則。

晚近司法實務上，偶見判刑確定的案件，再審結果，改判無罪的情形發生，檢討起來，多因原先過度重視供述證據，而忽略與之不完全相適合的非供述證據所致。但話說回來，既然諸多供述證據先後、分別、一致、堅決指向同一被告的犯罪事實，除非刻意勾串誣陷，或遭不正取供，逕謂其完全無可採用，恐亦不切實際。其實，非供述證據同樣不能排除遭人有意、無意污染，甚或故意偽造、變造而失真、不完整，何況其所能證明的事項，通常祇有部分，並非全部事實，證明力的廣度有限，尤其在證明有利被告的消極事實方面，如非強而有力，既不能完全排除其他足以證明有積極事實的供述和非供述證據，予以綜合觀察、判斷不利於被告的結果，則上揭表面上有利於被告的非供述證據，必屬辯方極力主張之爭點，亦可能成為案件確定後，仍會一再爭議之癥結，究竟應如何評價、取捨，自宜查明，並在判決理由內，詳加剖析、說明，以昭折服，並預收杜爭議、釋群疑的功效。

原判決主要係以林介山於偵查及第一審中；陳慶輝、張火龍於第一審中，均指證陳敬清確有同往案發現場，參與共同強盜賽鴿得手等語的證言，認定陳敬清是本案主謀等旨（見原判決第15、16、19、20、22頁；此部分再詳見後述），惟陳敬清於105年8月24日偵查中，即辯稱其所有0000000000號行動電話於案發前二日借給高銘璋使用，其另使用0000000000號行動電話，並曾以其太太所有0000000000號行動電話，撥打電話給高銘璋催還0000000000號行動電話，其未參與本案云云。檢察官旋即批示調取上揭0000000000、0000000000號行動電話自同年7月18日起至21日之雙向通聯，並經書記官蓋印職章送請調取（見105年度偵字第3294號卷二第63、

65頁），嗣於原審中，陳敬清亦請求調取上揭2電話於105年7月間之通聯，法官雖批示調取，但因僅能查詢最近6個月之通聯紀錄，而未獲取所需資料（見原審卷二第29、41、47至55頁），則檢察官於偵查中，實際上有無調得上揭2電話之通聯紀錄，似有未明，究竟實情如何，非不得請檢察官查明釐清（例如書記官有無確實發文？電信公司如何查覆？是否併有附件紀錄？能否循此線索，覓得餘情？）；又依卷附陳敬清所有上揭0000000000號行動電話之通聯紀錄顯示，該電話於同年7月19日晚上18時14分許受話72秒（基地台位置係於桃園市○○區○○路0段000號12樓）之後，直到翌（20）日上午9時46分許受話22秒（基地台位置係於新北市○○區○○路000巷0號11樓）之間，並無發、受話紀錄（見105年度偵字第4842號卷一第311頁），當屬表面上有利於陳敬清未共同參與本件犯罪的證據（消極證明）。然而原判決卻依憑共同正犯林介山迭在偵查及審理中；陳慶輝在第一審審理中；張火龍在第一審準備程序中（此人在第一審審理中翻供）分別、先後、一致供明陳敬清如何為主謀而共同犯案，林介山更提出私錄陳敬清企圖卸責的談判錄音光碟，另參酌其他不利陳敬清的間接證據（見原判決第15至23頁），認定陳敬清確係主謀，其等5人係於同年、月20日凌晨3至5時間之某時，駕車出發作案，迄於同日上午6時50分許，在基隆市（中正區）北寧路望海巷停車場附近，覓得陳永厚駕駛的載鴿車後，因此結夥強盜賽鴿，並以同日上午，陳敬清所有上揭門號基地台位置一路與林介山等人強盜賽鴿地點、使用公共電話等地點大致相符，足認陳敬清確有參與本案等旨（見原判決第3頁倒數第5行至第4頁第15行、第20頁倒數第8至10行），固非無據，但似仍與上揭行動電話通聯紀錄（非供述證據）所顯示之情形不符，縱然該通聯紀錄，祇能證明部分消極事實，不能排除另有其他積極通聯方式（例如利用公共電話、私宅電話、他人手機或面見），但此情既攸關陳敬清上開所辯是否為真，及有無共同參與犯行之認定，原審未進一步究明，並說明理由，應認有證據調查未盡與理由不備的違失。

(三)按量刑的輕重，固屬事實審法院得依職權自由裁量的事項，惟仍應受公平原則的限制，以符罪刑相當的原則，否則其判決即非適法。而所謂平等原則，非指一律齊頭的平等待遇，應從實質上加以客觀判斷，倘條件有別，應本乎正義理念，分別適度量處，禁止恣意為之。

又被告犯罪後悔悟之程度，包括被告在刑事訴訟程序中，於緘默權保障下所為之任意供述，是否坦承犯行或為認罪之陳述。法院對於認罪之被告為科刑時，應如何適正地行使其裁量權，俾避免欠缺標準及可預測性，英美法有所謂「認罪的量刑減讓」，可資參考。亦即，在被告認罪之減輕幅度上，應考慮被告係(1)在訴訟程序之哪一個階段認罪，(2)在何種情況下認罪（英國2003年刑事審判法第144條參照，詳見司法研究年報第27輯〈刑事類〉第6篇刑法新制下論我國量刑準據之展望，司法院印行，民國99年11月，第41、42頁），按照被告認罪之階段（時間）以浮動比率予以遞減調整之。被告係於最初有合理機會時即認罪者，可獲最高幅度之減輕，其後（例如開庭前或審理中）始認罪者，則依序遞減調整其減輕之幅度，倘被告始終不認罪，直到案情已明朗時始認罪，其減輕之幅度則極為微小。具體而言，被告究竟在何一訴訟階段認罪，攸關訴訟經濟及被告是否出於真誠之悔意或僅心存企求較輕刑期之僥倖，法院於科刑時，自得列為「犯罪後之態度」是否予以刑度減讓之考量因子。

本件原判決既認定林介山「於偵查中」即坦承犯行，並「指認」共犯陳敬清參與本案且為主謀，另提出其與陳敬清於105年11月30日之錄音光碟及譯文供法院調查以釐清事實；陳慶輝係「於第一審中」，「大致」坦承犯行，並以書狀詳細供出本案發生經過等旨（見原判決第29頁倒數第7至11行），則林介山、陳慶輝上述認罪階段即有不同，林介山尚自行蒐證提出證明，勇於指認陳敬清為本案主謀，則其與陳慶輝上揭「犯罪後之態度」量刑因子，似乎已有差異，自宜分別適度量處，乃原審就其等所犯結夥攜帶兇器強盜部分，皆量處有期徒刑5年，及與其等上訴駁回部分（即後述恐嚇取財部分），均定應執行刑為5年6月，客觀上尚難昭折服。

三、以上或為各上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。原判決此部分違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於陳敬清等3人結夥攜帶兇器強盜罪及定應執行刑部分，具有撤銷發回更審的原因。

貳、上訴駁回（即陳敬清等3人共同犯恐嚇取財）部分：

一、按上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348條第1項定有明文。

陳敬清等3人不服原判決，具狀提起上訴，並未聲明為一部上訴，依上開說明，原判決除上開關於陳敬清等3人結夥攜帶兇器強盜罪部分有上訴外，其餘部分，應視為亦已上訴。

二、次按刑事訴訟法第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。

陳敬清等3 人所犯刑法第346 條第1 項之恐嚇取財罪部分，原判決係維持第一審此部分有罪的科刑判決，駁回陳敬清等3 人此部分之第二審上訴。核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第6 款之案件。依前開說明，既經第二審判決，陳敬清等3 人就此即不得上訴於第三審法院，竟猶提起，顯為法所不許，此部分上訴，自應駁回。

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 9 月 6 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 9 月 11 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3183

【裁判日期】1070912

【裁判案由】強盜等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3183號

上訴人 石世欣

選任辯護人 趙元昊 律師

鄒易池 律師

上訴人 王瑋德

葉俊辰

蔡汶憲

官聖鈞

上列上訴人等因強盜等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國 106 年12月5日第二審判決（106年度上訴字第1705號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署105年度偵字第8620、8948、9372、10104、10106號，105年度少連偵字第56號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於石世欣非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝、成年人與少年犯結夥攜帶兇器強盜及王瑋德部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、一、刑事訴訟法第376條第1項於民國106 年11月16日修正為「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴：……」，其修正目的，乃為本屬不得上訴第三審法院之輕罪案件，經第二審法院撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決，並諭知有罪判決（含科刑判決及免刑判決）者，將使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，應予被告或得為被告利益上訴之人至少一次上訴救濟之機會。

二、上開修法，雖未規定不得上訴第三審法院之罪，苟未經

第一審法院判決，待上訴後，經第二審法院以第一審法院漏未判決，且與上訴部分，有裁判上一罪關係，經第二審法院併為有罪判決之情形，亦得提起第三審上訴。然訴訟權保障之核心內容，在人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲得「及時有效救濟」之機會。是為貫徹上開修法目的，及司法院釋字第752號解釋精神，使初次受有罪判決之被告或得為被告利益上訴之人，至少一次上訴救濟之機會，此種情形，亦應適用刑事訴訟法第376條第1項之規定，賦予被告或得為被告利益上訴之人得提起第三審上訴之機會。

三、本件原判決依其事實欄二所載犯罪事實，而論上訴人石世欣、王瑋德、葉俊辰、蔡汶憲、官聖鈞犯刑法277條第1項傷害罪、同法第354條毀損罪部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之罪，未經第一審法院判決，經第二審法院認與石世欣成年人與少年犯刑法第330條第1項之結夥攜帶兇器強盜罪；與王瑋德、葉俊辰、蔡汶憲、官聖鈞犯結夥攜帶兇器強盜罪、槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之未經許可持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪、同條例第12條第4項之未經許可持有子彈罪，分別有想像競合犯之裁判上一罪關係，第一審法院未予判決，有已受請求事項未予判決之違法，乃併予審判，而為有罪判決（見原判決第24、25、27頁）。依上開說明，上訴人等自得提起第三審上訴（石世欣另犯原判決事實欄三所載之傷害罪部分已判刑確定）。

貳、撤銷發回部分：

- 一、原判決撤銷第一審關於石世欣非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝、成年人與少年犯結夥攜帶兇器強盜及王瑋德部分之科刑判決，改判均依想像競合犯從一重論處石世欣非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝、成年人與少年犯結夥攜帶兇器強盜各罪刑、王瑋德結夥攜帶兇器強盜罪刑，並皆諭知沒收等，固非無見。
- 二、惟按刑法第19條第1項、第2項分別規定「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰」、「行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑」。而行為人於犯罪當時，其理解法律規範，辨識行為違法之意識能力，與依其辨識而為行為之控制能力，是否因精

神障礙或其他心智缺陷等生理原因而受影響，因事涉醫療專業，必要時固得委諸醫學專家鑑定，然該等生理原因之存在，是否致使行為人意識能力與控制能力欠缺或顯著減低之心理結果，係依犯罪行為時狀態定之，自應由法院依調查證據之結果，加以判斷（參94年2月2日刑法第19條修正立法理由二）。石世欣於偵查中經檢察官聲請羈押，在法官訊問時，提出診斷證明書，主張有情感性精神病、精神官能性憂鬱症，有該診斷證明書在卷可證（見第一審聲羈字第150 號卷第11頁）。而其於第一審法院判決後，上訴第二審，於上訴狀亦主張法院應審酌其有上開疾病，縱不符不罰要件，亦屬辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，應減輕其刑（見原審卷(一)第64、66頁）。但原審對其上開主張，並未調查釐清，亦未於判決說明不足採之理由，遽為判決，顯有應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

三、原判決事實欄認定石世欣強盜後，將第三級毒品愷他命分裝6 包各約5公克，呂緯宸、葉俊辰、蔡汶憲、官聖鈞各分得1包，少年劉○○（名字年籍詳卷）分得現金新臺幣（下同）1,000元，剩餘財物均歸石世欣所有（見原判決第6頁），並未認定王瑋德分得約5公克之愷他命1包。理由欄貳、二、(一)段亦記載，呂緯宸、葉俊辰、蔡汶憲、官聖鈞各分得1 包約5 公克之愷他命，王瑋德、劉○○均未收下等情（見原判決第13頁）。然於理由欄貳、二、(三)段卻記載「王瑋德確（分得）自石世欣強盜而來之1 包愷他命」（見原判決第16頁），復於理由欄貳、四、(四)段說明，王瑋德收受5 公克之愷他命，應予沒收（見原判決第27頁），有事實與理由矛盾之違法。究竟王瑋德有無分取結夥攜帶兇器強盜所得愷他命1 包？原審未予調查釐清，亦有應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

四、上訴意旨指摘原判決不當，為有理由，應認原判決關於石世欣、王瑋德上開部分有撤銷發回更審之原因。

參、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、本件上訴意旨略稱：

(一)葉俊辰部分

- 1.石世欣及其他共同正犯均證稱不知石世欣攜帶槍、彈一事，原判決理由中也引用其他共犯「聽到槍聲才確定他有帶槍」之供述，卻未說明認定其知悉石世欣有攜帶槍枝、子彈所依憑之證據及理由，亦未就上情調查，遽認其知悉石世欣攜帶槍、彈，顯有程序不合及判決理由不備之違法。
- 2.其於原審認罪且與告訴人饒鼎詮達成和解，依刑法第57條審酌應給予較一審判決輕之刑度，然原判決量刑與第一審判決相同，無異變相加重，有違不利益變更禁止原則。

(二)蔡汶憲部分

- 1.原審106 年11月14日審判筆錄記載審判長告知被告犯嫌及所犯罪名，僅載明「詳如起訴書及原審判決書所載」，然起訴書及第一審判決書均未論其涉犯槍砲彈藥刀械管制條例第8 條第4項、第12條第4項之罪，且審判長僅詢問其是否知悉石世欣攜帶槍枝，其餘事項均未闡明告知，亦未就其與石世欣共同犯槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項、第12條第4 項罪之構成要件事實踐行實質調查及辯論，已剝奪其之訴訟權及違反憲法第8條第1項所稱「非由法院依法定程序不得審問處罰」之規定。
- 2.原判決理由中先認其遲至聽到槍聲才確定石世欣有攜帶槍枝，復又認上訴人等謀議由石世欣攜帶槍枝且知悉車上有槍，顯有矛盾。其於原審審判時供稱不知石世欣有攜帶槍枝，直至聽到槍聲始確定，石世欣於原審審理時亦供稱下車後才拿槍出來。原判決未審酌上開有利之證言，顯有違法。
- 3.原判決就刑法第57條關於其之具體犯罪情節、不法與責任嚴重程度、動機、目的等情，刑法第59條犯罪情狀是否顯可憫恕，未以「存貨盤點」逐一檢視審酌，並為實質具體之說明，理由欠備，有違正當法律程序；又呂緯宸未與饒鼎詮和解，僅於第一審認罪，其犯罪情節不比呂緯宸嚴重，亦於第二審認罪並與饒鼎詮和解，所處之刑與呂緯宸所受刑度相較，顯有違平等及比例原則。

(三)官聖鈞部分

- 1.石世欣、王瑋德、葉俊辰、蔡汶憲及劉姓少年均證稱其係呂緯宸帶來之朋友，彼等均不認識。原判決忽略上開證述，認定其係石世欣所聯繫，顯有違法。
- 2.其受呂緯宸邀約吃宵夜無端遭捲入本案，並遭其他共同被

告誣指，其所為購買口罩及開啟車門等不利於己且不實之供述，係因呂緯宸誘導所致。石世欣於警詢及偵查時證述係呂緯宸去購買口罩，呂緯宸卻證述係石世欣於另一台車上打電話叫其去購買，然所有同案被告均證稱石世欣當時坐在呂緯宸之副駕駛座，顯見呂緯宸之證述有所不實；饒鼎詮亦指述係石世欣獨自進入車內搜刮現金及毒品。其於原審中請求傳喚石世欣及呂緯宸，卻遭原審駁回，顯有違法。

三、惟查原判決撤銷第一審關於葉俊辰、蔡汶憲、官聖鈞部分之科刑判決，改判依想像競合犯從一重論處彼等結夥攜帶兇器強盜罪刑暨沒收等，已詳敘認定犯罪事實所憑證據及認定理由。並對如何認定：葉俊辰等3人否認共同持有可發射子彈具殺傷力槍枝之辯解，不足採信；石世欣、葉俊辰之供（證）述，何者足採，何者不足採；葉俊辰、蔡汶憲、官聖鈞於原審自白共同強盜之犯行，與事實相符；彼等與石世欣謀議共同強盜饒鼎詮，而責由石世欣持有槍枝強盜；官聖鈞就強盜部分，有犯意聯絡及行為分擔；葉俊辰等3人在共同犯意聯絡範圍內，應就其他共同正犯之行為，負全部責任；官聖鈞聲請詰問石世欣、呂緯宸，無再行調查必要；均依卷內資料予以指駁及說明。從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。次查：

- (一)審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第47條定有明文。原審於106年11月14日審判期日，關於告知蔡汶憲條文部分記載，起訴書所載包含「槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之持有殺傷力改造手槍罪嫌、第12條第4項之持有殺傷力子彈罪嫌」之條文及罪名，有該日審判筆錄可憑（見原審卷(三)第15頁）。蔡汶憲爭辯原審未告知罪名，尚乏依據。
- (二)本件由檢察官提起公訴，經第一審判決後，蔡汶憲上訴至第二審。則原審審判長、法官所為訊問及判決，即係依刑事訴訟法定程序所為，自無違反憲法第8條之規定。又原審審判長於上開期日，詢問被告等對於犯罪事實之意見，蔡汶憲表示「承認強盜，槍枝我不知情」等語（見原審卷(三)第43頁），則蔡汶憲既已否認不知石世欣持有槍枝事實，審判長自無從再續予詢問相關事實。是蔡汶憲已就共同犯罪情形答辯說明，即難認原審未調查，而剝奪其之訴訟權。
- (三)對於卷內證據的取捨及證明力，均屬於事實審法院判斷職權。此一職權行使，如未違背經驗法則或論理法則，即無違法

，此從刑事訴訟法第155條第1項規定即可知。而且法院認定事實，不以直接證據為必要，若綜合各項調查所得的直接、間接證據，再以合理的推論後來判斷，即為法律所許。況法律並未規定，何種證據類型，始能作補強證據，無論是直接證據、間接證據，或是間接事實本身，抑或為情況證據，均可為補強證據的資料。原判決以呂緯宸偵查中供述：到景觀橋時知道石世欣有帶槍等語，及蔡汶憲於偵查中供稱：在綠芳園討論時看到石世欣的槍等語，補強石世欣於偵查中自白共同正犯都知道有槍及鐵棍等語（見原判決第17頁），且有扣案槍枝佐證，則原判決據上開供（證）述、扣案槍枝之情況，認定葉俊辰、蔡汶憲與石世欣等謀議強盜，而責由石世欣持槍一節，即無不合。至於蔡汶憲雖曾供述「聽到槍聲才確定他有帶槍」等語，亦無從推翻原判決認定之上開事實，自不得執為適法上訴第三審之理由。

(四)官聖鈞於原審之自白，既經原審認定與事實相符，且與其他共同正犯有犯意聯絡及行為分擔，則原判決事實欄簡略記載：石世欣於105年5月29日晚上某時許起至同年月30日上午1時許間，聯繫呂緯宸、官聖鈞（官聖鈞當時恰巧與呂緯宸在一起）、葉俊辰、少年劉○○、王瑋德、蔡汶憲等6人（見原判決第4頁），未予詳細記載共同正犯間直接、間接聯繫之情形，復未逐一指駁石世欣、呂緯宸之供（證）述，然均不影響判決之結果，自不得執為適法上訴第三審之理由。

(五)量刑所應審酌之刑法第57條事由，以經自由證明為已足，且刑法第59條酌減其刑及刑之量定，同屬事實審法院得依職權裁量事項，原判決已敘明蔡汶憲犯罪情狀，不符上開酌減其刑要件，而其以葉俊辰、蔡汶憲之責任為基礎，斟酌刑法第57條所列各款事項，及彼等已與饒鼎詮達成和解等情形，而為量刑，既未逾越法定刑範圍，亦非明顯違背正義，自均屬裁量權之行使，尚難指為違法。又葉俊辰、蔡汶憲固於第二審審理期間與饒鼎詮達成和解，然彼等經原審判決犯第一審所未認定之非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝、傷害及毀損等罪，僅係以想像競合犯從一重處斷，仍處與第一審判決相同之罪名（結夥攜帶兇器強盜罪），依罪刑相當原則，彼等罪責既已重於第一審判決之認定，原判決處以與第一審判決相同刑度，並無違法可言。

四、上訴意旨置原判決的論述於不顧，只憑己見，為事實上爭辯，並對於原審採證認事的職權行使，任意指摘，不能認為已經符合首述法定上訴要件，葉俊辰、蔡汶憲、官聖鈞上訴均

違背法律上的程式，應予駁回。
據上論斷，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 9 月 12 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 陳 朱 貴

法官 楊 智 勝

法官 洪 于 智

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 9 月 17 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3348

【裁判日期】1070913

【裁判案由】妨害性自主

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3348號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官侯名皇

上訴人

即被告 林○○

選任辯護人 吳秉祐律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國107年6月14日第二審更審判決（107年度重侵上更二字第1號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署101年度偵字第388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即被告林○○（下稱被告）有其事實欄所載之利用其監督之權勢對於被害人A女（姓名、年籍詳卷）為猥褻、性交犯行，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判論其犯對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻之行為5罪，各處有期徒刑8月；犯對於14歲以上未滿16歲之女子為性交未遂2罪，各處有期徒刑1年2月。並定應執行有期徒刑4年。固非無見。

惟按：(一)、科刑判決所認定之事實，與所採之證據不相適合，即屬證據上理由矛盾，其判決當然違背法令。又刑罰制裁妨害性自主行為，係為保障他人關於性意思形成與決定之自由，因性侵害犯罪係侵犯他人之性自主權，即任何他人在法律範圍內，得自主決定其是否及如何實施性行為而不受他人強迫及干涉之權利，屬人格權之範疇。關於性自主權之內容，至少包含拒絕權（指對於他人無論善意或惡意的性要求，均可拒絕，無須任何理由）、自衛權（指任何人對於指向自己之性侵害皆有防衛之權利）、選擇權（指任何人均享有是否進行以及選擇如何進行性行為之權利）、承諾權（指任何有承諾能力之人對於他人提出之性要求，有不受干涉而得完全按自己意願作出是否同意之意思表示）等內涵。我國刑法第221條及同法第224條之罪，係以對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為性交或猥褻之行為者，為構成要件。所謂「其他違反其意願之方法」，係指

該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法而言。其違反意願之程度，並不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，祇要達於妨害被害人之意思自由，即侵犯被害人之性自主權者，即可認符合「違反其意願」之要件。故如被害人對於性行為之拒絕、自衛、選擇及承諾等性自主權遭壓抑或破壞時，即應認係「違反其意願」。經查，原判決認定被告成立上開罪名，主要係依據證人即被害人A女於警詢或偵、審時之陳述，資為論罪科刑之佐證之一，惟觀之原判決理由記載被告就其事實一之(七)各項猥褻或性交犯行，A女不乏指訴：「伊當下反應就是用雙手頂他（指被告，下同）身體，但是伊的力氣沒有那麼大，當時伊的反應就是想哭」（見原判決第10頁第13至14行）、「伊整個人都僵硬了，伊整個人嚇到不知道要怎麼反應…，心裡感到很不舒服很害怕」（見同頁第26至27行、第30行）、「然後他就抱著伊說：可不可以把妳的第一次給伊，伊就搖頭，當時沒有表情，因為伊完全不知所措。…，但是伊的嘴巴一直緊閉著，不想讓他親伊，伊當時很想把他推開，但是伊的力氣沒有那麼大，無法把他推開來，接著他就整個把伊的身體強壓下去，他就用他的腳把伊的腳撐開，再用他的生殖器隔著褲子一直頂伊的下面，伊整個嚇到，已經哭出來了」（見原判決第11頁第18至19行、第21至25行）、「然後他就把伊的手拉到他的生殖器上面，很噁心，他的表情很猥褻，表現出很舒服的樣子，伊又嚇哭了，並試圖要把車門打開，但是伊才發現他把車門都鎖住了」（見原判決第12頁第3至6行）、「他的右手就開始伸進伊的內褲，在伊陰道外面附近搓來搓去，伊當時已經都哭出來了，他當時企圖要脫伊的褲子，伊就一直掙扎雙腳縮起來不讓他脫」（見同頁第12至14行）、「然後他開始親伊，伊的嘴巴就閉緊，不讓他親，他又把伊的手拉到他的生殖器上，另一手摸揉伊的胸部，接著又開始摸伊的下面，那時伊就趕緊把雙腳夾緊」（見同頁第24至26行）、「之後他就把門鎖起來，又開始抱伊強吻伊，伊又用雙手把他擋住」（見原判決第13頁第15至16行）、「突然把伊拉到門後面，就用力抱住伊並親伊的嘴巴，當時伊把手擋在胸前，因為伊不想讓胸部碰到他身體」（見原判決第14頁第25至26行）、「他看了一下窗戶外沒有人後，就面對面緊緊抱住伊，然後就強吻伊，還咬伊的嘴唇，伊當時雙手想要把他推開，但是他雙手環抱住伊，抱的很緊，所以伊推不開，他親了伊滿久的，伊記得快1分鐘，過程中伊一直掙扎想要推開，但他把伊抱得很緊，伊推不開」（見原判決第15頁第26至30行）、「他就突然把伊拉

向他，緊抱住伊，然後就強吻伊的嘴巴還用手摸伊的胸部，那時他是隔著衣服摸伊的胸部，當時伊用力要推開他，但是推不動」（見原判決第16頁第24至27行）等語。顯見被告對於被害人A女所為之猥褻或性交行為，已全然否定A女之拒絕、自衛、選擇及承諾等性自主權，難謂無違反A女其意願。乃原判決竟僅認被告成立刑法第227條第4項之對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻之行為罪，及同條第5項、第3項之對於14歲以上未滿16歲之女子為性交未遂罪，自有判決理由矛盾之違法。(二)、性侵害犯罪案件因具有隱密性，蒐證不易，常見辯方以性侵害案件舉報時間距離案發時間過久，或被害人證述內容前後不一，質疑被害人指控的動機與證詞之可信性。特別是被害人為兒童或青少年，復與加害人具有師生關係時，因囿於被害人年幼、身心發展未臻成熟，且曲從加害人身為人師之服從關係，在經歷性侵害事件後，其原有之信任感被破壞，除生理上受到傷害外，心理層面上所受之傷害亦匪淺，因而罹患「創傷後壓力症候群」或出現相關精神、心理疾病之可能性甚高。被害人於案發後除會向親友求救或傾吐外，為保護具有學生身分之被害人，並防止性侵害事件之發生，我國性別平等教育法第21條第1項、第3項規定，學校校長、教師、職員或工友知悉服務學校發生疑似校園性侵害、性騷擾或性霸凌事件者，除應立即依學校防治規定所定權責，依性侵害犯罪防治法、兒童及少年福利法、身心障礙者權益保障法及其他相關法律規定通報外，並應向學校及當地直轄市、縣（市）主管機關通報。且學校或主管機關處理校園性侵害、性騷擾或性霸凌事件，應將該事件交由所設之性別平等教育委員會調查處理。同法第24條亦規定學校或主管機關處理校園性侵害、性騷擾或性霸凌事件，得轉介至相關機構處理；於必要時，並得委請醫師、心理師、社會工作師或律師等專業人員，提供心理輔導、保護措施或其他協助。另性侵害犯罪防治法第6條亦規定直轄市、縣（市）主管機關應設性侵害犯罪防治中心，配置社工、警察、醫療及其他相關專業人士，以即時處理協助被害人就醫診療、驗傷及取得證據，暨心理治療、輔導、緊急安置與提供法律服務等事項。並於第8條、第14條規定一定人員於執行職務時知有疑似性侵害犯罪情事者，負有向主管機關通報之義務，及責由專人處理性侵害事件，整合社政、醫療、警察等體系，以落實性侵害被害人完整之程序保障。另鑒於此類型案件其直接證據取得之困難性及被害人之特殊性，同法第15條復明定一定關係之人得於偵查、審判中陪同在場及陳述意見。而當性侵害案件進入司法程序時，檢察官於徵得被害人同意後，應即命法醫師或檢驗員檢查被害人身體及採集

相關分泌物、毛髮等；必要時亦應轉介責任醫院為被害人驗傷、採證，並應即時通知轄區直轄市、縣（市）政府所設之性侵害防治中心；而被害人為女性時，應由女性法警或女性書記官陪同在場。另檢察機關或法院在辦理性侵害犯罪案件，如發現被害人有接受心理治療、輔導、緊急安置、緊急診療等之必要時，應即通知該管直轄市、縣（市）主管機關設立之性侵害防治中心協助處理。被害人為兒童或少年時，除顯無必要者外，應通知直轄市、縣（市）主管機關，指派社工人員於審判中陪同在場，並陳述意見；並得依職權或依聲請指定或選任相關領域之專家證人到庭陳述專業意見。檢察機關辦理性侵害犯罪案件應行注意事項第5點、第7點、第8點，暨法院辦理性侵害犯罪案件應行注意事項第7點、第16點亦分別定有明文。上開規定之所以對性侵害之被害人為如此縝密之保護，係因被害人由親友或相關社工等專業人士陪同在場，具有穩定及緩和被害人不安與緊張之情緒，避免受到二度傷害。另法律社會工作者機制之介入，著重在藉由心理諮商或精神醫學等專業以佐證被害人證詞之有效性或憑信性，並兼負有協助偵、審機關發見真實之義務與功能。因此，被害人之親友、社工或相關輔導人員就其所陪同或介入輔導個案經過之直接觀察及以個人實際經驗為基礎所為之書面或言詞陳述，即屬於見聞經過之證人性質，而醫療或心理衛生人員針對被害人於治療過程中所產生之與待證事實相關之反應或身心狀況（如有無罹患創傷後壓力症候群或相關精神、心理疾病）所提出之意見，或以其經驗及訓練就通案之背景資訊陳述專業意見，以供法院參佐，則為鑑定證人或鑑定人身分。凡此，均屬與被害人陳述不具同一性之獨立法定證據方法，而得供為判斷被害人陳述憑信性之補強證據。卷查，被害人A女於警詢或偵、審中，係由臺北市家庭暴力暨性侵害防治中心鐘月霜等社工陪同在場（見偵查卷(一)第13、48、99、262頁；第一審卷第82頁），並經臺北市立○○國民中學（校名詳卷）組成「性別平等委員會」（下稱性平會）約訪A女（見偵查卷第79頁），則A女於社工輔導、陪同或於性平會調查時之情緒表現如何？被害人有無出現通常遭性侵害後之情緒震驚、不信任感、尷尬、羞恥、罪惡感、情緒低落、無能為力、混亂、否定、恐懼、憂慮、憤怒等具體表現行為？而在司法調查過程中，有否因心理受創、精神、體力無法負荷等因素，致無法陳述或為完整陳述，甚至拒絕陳述或哭泣等情？又本件經檢察官囑託諮商學會理事長鄔佩麗為鑑定，並由心理師謝馨儀對A女為心理諮詢，上開鑑定證人於第一審或原審前審時均證述，在與A女接觸過程中，其有不斷哭泣等負面或不愉快之情緒表現（見第一審

卷第111 頁反面、第118 頁；原審更一審卷(一)第155 頁及其反面、第162 頁反面、第163 頁反面)等語；另A女之母親(姓名、年籍詳卷)於偵、審中亦證稱，其係偶見A女於臉書社團與同學對話時，有述及被告是變態等語，遭同學質疑、不信任，因而察覺有異，經詢問A女何出此言，A女忍不住大哭，始全盤託出案情(見偵查卷(一)第53頁；第一審卷第94頁)等語。則鑑定證人鄔佩麗、謝馨儀及證人即A女之母之前揭證言，何以不得作為A女指訴被告對其為強暴或違反其意願之猥褻及性交行為證詞之補強證據？亦未見原審予以剖析明白，即遽為被告有利之判決，自有判決理由不備及調查未盡之違誤。檢察官上訴意旨執以指摘，尚非全無理由，應認原判決有撤銷發回之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 13 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 | 楊 | 真 | 明 |
| 法官 | 沈 | 揚 | 仁 |
| 法官 | 謝 | 靜 | 恒 |

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 9 月 18 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3415

【裁判日期】1070919

【裁判案由】違反兒童及少年性剝削防制條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3415號

上訴人 顧傑

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年1月3日第二審判決（106年度上訴字第1104號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署105 年度偵字第22817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、本件原判決認定上訴人甲○有其附表（下稱附表）編號1至4所示圖利媒介甲女（真實姓名及年籍詳卷）為性交易、使少年甲女或乙女（真實姓名及年籍詳卷）為有對價之性交犯行明確，因而維持第一審論處上訴人如附表所示圖利媒介性交1罪刑、圖利媒介使少年為有對價之性交4罪刑（均累犯），及為沒收、追徵宣告之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。已敘其認定犯罪事實之依據及憑以認定之理由，並對上訴人所辯認非可採，予以論敘及指駁。
- 三、上訴意旨略稱：原判決認定上訴人犯罪所得合計新臺幣（下同）為6,600 元，然上訴人於第一審已與被害人甲女、乙女及其等家屬分別和解，亦已交付部分和解金，其中和解當下上訴人所支付之第一筆和解金早已超過上開原審認定之犯罪所得6,600 元，顯可認定上訴人已經將犯罪所得實際合法發還被害人，惟原判決未適用刑法第38條之1第5項之規定不予宣告沒收犯罪所得；且對於上訴人有利之證據，未敘明不採納之理由。顯有不適用法則或適用不當及理由不備之違法。

四、惟按刑法沒收犯罪所得，本質上是一種準不當得利的衡平措施，藉由沒收犯罪所得回復犯罪發生前之合法財產秩序狀態，而非用以清算當事人間全部民事法律關係。又為了避免雙重（沒收及求償）剝奪，我國採行求償優先原則（刑法第38條之1第5項），即個案若存在對犯罪所得有求償權的犯罪被害人，應優先保障其求償權，其已實際取得合法發還，該部分即不予沒收；故所謂發還被害人，係指刑事不法行為直接遭受財產上不利益，而可透過因此形成之民法請求權向獲得犯罪所得者取回財產利益之人，亦即犯罪所得唯有直接從被害人處取得，才是理應發還被害人的產自犯罪之所得（如竊取的贓物，詐騙的得款），讓被害人取回犯罪所失去的財產利益而免予沒收（如將竊盜或詐欺所得財物返還或賠償被害人）。至於犯罪行為人因其犯罪而取得的對價給付之財產利益，性質上雖同屬不法犯罪所得，惟此種犯罪所得並非來自侵害他人財產法益，自不能主張其犯罪所得因他人有民事上求償權而排除沒收，始符合準不當得利的衡平法理。原判決已敘明：上訴人媒介甲女、乙女如附表之性交易後，按附表各編號各分得性交易所得代價〈按上訴人合計分得6,600元、計算式：1,200+1,200+2,700+1,500=6,600〉，此乃上訴人為本案媒介性交易所得金錢，均未扣案，則附表犯罪所得均應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定，隨同上訴人所犯附表各罪，宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額等旨（見原判決第13頁）。經核與經驗、論理法則無違，於法亦無違；又上訴人係媒介甲女、乙女與男客為性交易，因而取得上開犯罪所得，屬因其犯罪而取得的對價，且男客亦係因不法之原因而為給付，是上訴人上開媒介性交易之犯罪所得，自無因已支付甲女、乙女和解金，而憑以免除沒收之義務，上訴意旨就此爭執，尚非可取。至其餘上訴意旨僅泛稱：原判決對於上訴人有利之證據，未敘明不採納之理由云云，而未具體指摘原判決有何違法情形，亦不得認係適法之上訴第三審理由。

五、經核上訴意旨，或係以自己之說詞，或未具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，難謂已符合首揭法定之第三審上訴要件，應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 19 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

中 華 民 國 107 年 9 月 25 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3416

【裁判日期】1070920

【裁判案由】公共危險

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3416號

上訴人 劉莊淑敏

上列上訴人因公共危險案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年12月28日第二審判決（106年度交上易字第1408號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度速偵字第1353 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決綜合全案卷證資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人甲○○○有其事實欄一所載之公共危險犯行，因而撤銷第一審之無罪判決，改判論處上訴人刑法第185條之3第1項第1款罪刑（依刑事訴訟法第376條第1項但書得上訴於第三審法院）。已詳細敘述其所憑之證據及認定之理由，對於上訴人所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。核其所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨略以：本案應審認者，為警員林慶華於案發時地攔停上訴人之機車，是否合乎法律規定？因此取得之證據是否有證據能力？林慶華於第一審審理中證稱：其於案發當日凌晨，係執行一般例行性之巡邏勤務，當日並未擴大臨檢或有指定路口執行路檢，其係隨機在路上攔檢上訴人等語，可知林慶華當時非執行犯罪偵查之司法警察職務，亦未接受指派而在指定地區執行取締酒駕之法定任務；又其證稱：在便利商店盤查另1 人時，直覺上訴人轉彎路徑比較大，騎車速度

有點快，乃過去實施盤查等語。然林慶華忙碌的同時，取決於何種標準認定目測上訴人轉彎路徑比較大，騎車速度有點快？再者，林慶華出具的職務報告記載，上訴人「對員警指揮、號誌反應遲緩異常狀況」，但其在第一審審理中又證稱：上訴人對於號誌反應沒有遲緩等語。足見林慶華所言不具可信性，其應有強搶績效之嫌？檢警復未能提出其他相關客觀跡證，佐證林慶華本案隨機攔檢勤務過程之合法性、純潔性。故本案員警於非執行勤務之際，率自攔停上訴人，並進而要求上訴人做呼氣酒精濃度檢查，應是不符合警察職權行使法第8條第1項第3款之規定，並未恪遵正當法律程序之誠命，應係屬違法，亦已侵害上訴人受到憲法核心保障之人身自由基本權利。本案員警因違背法定程序，所取得酒精測定紀錄表等證據資料，其有無證據能力之認定，應依刑事訴訟法第158條之4規定予以權衡審酌。原審未積極調查犯罪證據，僅以違法攔檢盤查後聞到濃濃酒味，及本案警方因蒐證器材電力不足，只錄部分酒測過程未全程記錄的影片，得出警員最後所測得吐氣酒精濃度為每公升0.27毫克，有認事用法之疏漏及違背法令之不當云云。

三、惟查：

(一)犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法而資為合法第三審上訴理由。又警察任務為依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利（警察法第2條參照），但其在執行任務時，所行使者多屬干預性行為，會限制人民之身體、自由及財產。為使警察執行勤務有所依循，警察勤務條例第11條乃就警察勤務之內容為明文規定，其中第2、3款規定：「二、巡邏：劃分巡邏區（線），由服勤人員循指定區（線）巡視，以查察奸宄，防止危害為主；並執行檢查、取締、盤詰及其他一般警察勤務。三、臨檢：於公共場所或指定處所路段，由服勤人員擔任臨場檢查或路檢、執行取締、盤查及有關法令賦予之勤務。」巡邏、臨檢等勤務橫跨警察行政及刑事訴訟2領域，其一方面為事前危害預防之勤務，另一方面為事後之犯罪調查。例如於指定區巡邏或於公共場所臨場檢查，原係預防性工作，但可能因此發現酒後駕車之事證，因此轉為犯罪調查，此為警察任務之雙重功能。而警察職權行使法第6條規範查證身分之臨檢發動要件，其

中第1項第1款規定：「合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者。」目的在使警察能事先預防犯罪發生及防止危害產生，其依客觀情況或專業經驗，經合理判斷後認有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞，得查證身分，因此時犯罪已存在或瀕臨發生之邊緣，常會於查證身分後，刑事調查作為隨即發動；同法第7條規定查證身分之程序，為查證身分，警察得為攔停、詢問姓名及年籍資料、命出示身分證明文件、有明顯事實時得檢查身體及所攜帶物等措施。立法目的是在維持公共秩序、保護社會安全，與憲法保障隱私、行動自由、人性尊嚴之間取得衡平。

(二)原判決依據上訴人坦認有酒後駕車、同意進行吐氣酒精濃度測試之自白、李慶華警員第一審審判中之證言、道路交通事故當事人酒精測定紀錄表、臺中市政府警察局舉發違反道路交通管理事件通知單、呼氣酒精測試器檢定合格證書、警方勤務分配表、第一審於民國106年8月31日勘驗蒐證錄影檔案光碟之勘驗筆錄等證據資料，調查之結果，為綜合判斷，認定林慶華警員於案發當日凌晨2至4時，係執行巡邏勤務，工作內容為巡簽巡邏表，見可疑人車並實施盤查；其在某便利商店另執行查證身分勤務時，見及上訴人機車在路口左轉，覺得轉彎路徑較大，騎車速度稍快，似在趕時間，依其取締酒駕案件之經驗，認有酒後駕車嫌疑，在臺中市豐原區向陽路與圓環東路路口利用上訴人停等紅燈時，進行攔停、命出示身分證等查證身分措施，而於查證期間，因上訴人身上有濃厚酒味，經同意後，對之進行吐氣酒精濃度測試作為犯罪證據等情，已詳述其憑據及理由。對於上訴人辯稱：警方之錄影畫面並無拍攝至全部結束，過程中尚有吐氣酒精濃度為每公升0.06毫克云云，於理由內說明依林慶華之證言：係因其密錄器電力不足，而另1位同時值勤員警亦忘記開啟配戴密錄器；上訴人於測試過程曾多次吹測失敗，警方不會將失敗紀錄附卷，僅會將最後吹測數值附卷等語，核與勘驗筆錄、常情相符，應可採信，俱有卷內資料可按。經核林慶華警員係依警察職權行使法第6條第1項第1款、第7條第1項之規定，對上訴人實施攔停、命出示身分證明文件等查證身分措施，期間因上訴人身體有明顯酒味，疑為酒後駕車之現行犯，此時轉為犯罪調查之發動，且經上訴人同意後，採取吐氣作為犯罪證據。林慶華警員於攔停、命出示身分證明文件等措施係屬警察行政階段，符合前述警察職權行使法之規定，之後即屬刑事調查階段，此即為警察任務之雙重功能，核

其程序並無違法，自無適用刑事訴訟法第158條之4權衡證據能力之餘地。上訴人上訴意旨認為：警察對其進行酒精濃度測試，不符警察職權行使法第8條第1項第3款之規定，所取得之證據宜權衡認無證據能力云云，誠屬曲解。

(三)上訴意旨無非就原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見，就相同證據資料而為不同之評價，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其上訴不合法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 20 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 | 楊 | 真 | 明 |

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 9 月 20 日

書 記 官

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3428

【裁判日期】1070912

【裁判案由】違反人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3428號

上訴人 蔡○○

選任辯護人 陳政宏律師

上列上訴人因違反人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例案件，不服臺灣高等法院中華民國106年12月20日第二審判決（106年度上訴字第458號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署105年度偵字第7645號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、原判決認定上訴人蔡○○有其事實欄所載與告訴人陳○○（人別資料詳卷）為危險性行為之犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判論處上訴人如其附表（下稱附表）一、二所示犯明知自己感染人類免疫缺乏病毒，隱瞞而與他人進行危險性行為，致傳染於人未遂，共282罪刑，併定應執行有期徒刑2年，已詳述認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。並對上訴人否認犯罪所辯各節，如何不足採信，均已依據卷內資料，詳予指駁及說明。

三、上訴意旨略稱：

- （一）行政院衛生福利部所訂定之危險性行為之範圍標準第2條規定，必須未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸「且」經醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒（英文縮寫為HIV，俗稱愛滋病）感染之性行為，始能被認定為危險性行為，以符合人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條第

1 項刑事處罰之客觀構成要件。然原判決並未將「經醫學上評估可能造成感染」此一於法律上明文規定之構成要件，做為判斷無套性行為是否為危險性行為之考量，自有判決不適用法則及適用不當之違背法令。況現今醫學技術日新月異，傳染病學界早已研究出較僅隔絕器官黏膜及體液（即戴保險套）更為安全之傳染防治措施（即使用抗反轉病毒藥物治療），「無套性行為」早已不等於「危險性行為」此一論點早為醫學界之共識。是雖有危險外觀（無套性行為）而無實質（傳染風險極低）之性行為，都不應該該當於上開條例第21條所稱之危險性行為。

(二)依國立臺灣大學醫學院附設醫院（下稱臺大醫院）之鑑定意見指出，上訴人於起訴書所指案發之時期，「有規則接受治療，檢驗結果皆未檢測到病毒」，是以「目前醫學研究顯示，在未檢出病毒量的當時，可視為無傳染性」、「若持續規則服藥，規則追蹤病毒量皆未檢出，且無生殖器潰瘍的情形下，皆可視為無傳染性」，有該醫院回覆意見表可稽，則病歷上未記載上訴人有生殖器潰瘍的情形，自可合理推斷並無此情形。況規則接受治療之結果，病毒量皆為未檢出，亦可合理推論上訴人有持續規則服藥。原判決枉顧此等有利於上訴人之鑑定結果，亦未指明未採此一鑑定結果之理由，其認定與證據矛盾，自有不載理由及所載理由矛盾之違法。又上訴人於上開期間有無可視為無傳染性之事由，與上訴人至關重大，原審可進行職權調查或訊問當事人有無該情況，惟原審逕自定可能無法排除而認為本件上訴人係進行危險性行為，亦有對於尚未查明之事實逕自判決，而有應於審判期日調查之證據而未予調查及判決不備理由之違法。

(三)告訴人事實上未感染HIV，而上訴人與告訴人卻已進行多次性行為，足證上訴人於歷次審理所主張在未驗出病毒量之前提與告訴人進行性行為，並非所謂之危險性行為，應屬有據。縱然法院認定上訴人有罪，也應從輕量刑，故法院各判處上訴人有期徒刑1年4月顯屬過重，不符罪刑相當性。

四、惟按：

(一)證據之取捨與事實之認定，為事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，即不得任意指為違法；又法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得的直接、間接證據，本於合理的推論而為判斷，要非法所不許；又刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，

其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，若僅枝節性問題，或所欲證明之事項已臻明確，自均欠缺其調查之必要性，未為無益之調查，無違法可言。經查：人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條第4項之規定：「危險性行為之範圍，由中央主管機關參照世界衛生組織相關規定訂之。」另危險性行為之範圍標準第2條之規定：「危險性行為之範圍，指未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸，醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為。」即祇須感染者未經隔絕器官黏膜而直接與他人接觸，經醫學上評估可能造成HIV 感染之性行為，即屬本罪所規範之「危險性行為」。原判決認定上訴人如原判決事實欄所載之性行為係屬「危險性行為」，且其主觀上明知其與告訴人進行未戴保險套之性行為屬危險性行為，對於此等危險性行為可能導致將HIV 病毒傳染他人之結果，亦有所認識，卻仍隱瞞告訴人而進行危險性行為，具有將「HIV 」傳染給他人之不確定故意等情，係依憑上訴人部分自白（明知自己已經檢驗確診為「HIV」之感染者，自101 年8月起與告訴人交往，未告知自己為HIV 感染者，分別於如附表一、二所示時間，多次未戴保險套隔絕性器官而與告訴人進行肛交之黏膜或體液接觸之性行為）、告訴人之指述、證人即治療愛滋病專家林錫勳之證言、臺大醫院之鑑定意見，以及卷內相關證據資料等，並敘明：①在愛滋病防治研究上，病患血中HIV 病毒負荷量未檢出之當時，經由肛交傳染給未感染者之可能性固然極低，然客觀上終非完全無傳染力，且在一定情況下，仍有傳染予未感染者之可能。是上訴人辯稱其CD4 值高於200，有規則服藥、亦無生殖器潰瘍之情形，客觀上並無傳染於他人之可能云云，並不足採。②上訴人辯稱其主觀上並無將HIV 傳染於告訴人之故意，至多僅是過失云云，係如何不足採信。核其所為論斷，俱有卷內資料可憑，與經驗、論理法則無違，屬事實審法院依憑卷內證據所為判斷之適法職權行使，且未違反上開條文之相關規定；又人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條之規定，係為阻斷感染者與他人為未隔絕器官黏膜或體液之接觸感染途徑，以達愛滋病防治與疫情控制之目的，感染者本身HIV 病毒量之多寡，以及其感染可能性高低，均不影響是否屬危險性行為範圍之認定，此乃基於維護潛在不特定大眾身體健康之公共利益考量，並衡量HIV 感染者之個人性自主權，以要求「

戴保險套從事性行為」之最小限制方式，進行愛滋病防治等旨甚詳，其縱未另就臺大醫院鑑定意見關於「在未檢出病毒量的當時，可視為無傳染性」、「若持續規則服藥，規則追蹤病毒量皆未檢出，且無生殖器潰瘍的情形下，皆可視為無傳染性」等，尚不影響於本件是否屬危險性行為之認定，特予說明，仍與判決不載理由或調查未盡之違法情形不相適合。至於「危險性行為」之範圍，乃經立法者授權中央主管機關參照世界衛生組織相關規定加以訂定，事涉愛滋病防治之重大公共利益，固可能隨愛滋病防治研究之進展而有所調整，然目前醫學上既無法完全排除未隔絕器官黏膜或體液而直接接觸者之感染可能性，上開定義自仍有其適用，即在未隔絕器官黏膜或體液而直接接觸之性行為，於醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒傳染者即屬之，原判決亦無不適用法則或適用不當之情形。

(二)刑之量定為事實審法院得依職權裁量事項，原判決已敘明以上訴人責任為基礎，斟酌刑法第57條所列各款事項而為量刑，既未逾越法定刑範圍，亦非明顯違背正義，且已從寬定其應執行刑，自屬裁量權之行使，尚難指為違法。

五、經核上訴意旨，或置原判決之論敘於不顧，徒憑己見再事爭執，或係就原審採證認事、量刑之職權行使，任意指摘，不能認為已經符合首述法定上訴要件，其上訴違背法律上的程式，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 9 月 12 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 9 月 18 日

107年度台上字第3466號判決 依法屬不得公開之案件

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3589

【裁判日期】1070926

【裁判案由】違反組織犯罪防制條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3589號

上訴人 王思漢

選任辯護人 張右人律師

上列上訴人因違反組織犯罪防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年7月12日第二審判決（107 年度上訴字第814號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度少連偵字第181、217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、本件原判決認定王思漢有其事實欄（下稱事實）一、二所載之犯行明確，因而撤銷第一審關於事實一部分之科刑判決，改判論處上訴人如其附表（下稱附表）二編號1 所示指揮犯罪組織1 罪刑（一行為同時觸犯成年人與少年共同犯三人以上加重詐欺取財未遂罪）並為刑前強制工作及沒收宣告；另事實二部分，則維持第一審論處上訴人如附表二編號2至207 所示之成年人與少年共同犯三人以上加重詐欺取財既遂15罪刑、成年人與少年共同犯三人以上加重詐欺取財未遂191 罪刑及沒收宣告之判決，駁回上訴人此部分之第二審上訴。已詳述調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。
- 三、上訴意旨略稱：
 - (一)原判決就上訴人所犯關於指揮犯罪組織之證據能力認定，援引刑事訴訟法第159條之5，而認證人即共犯林盈毅、劉信緯、蕭舜展，以及少年即共犯鍾○達、朱○成、鄭○銘、郭○

愷等人（下稱林盈毅等7人、均另案審理）於警詢之陳述，及其等於偵查中以被告身分所為之陳述，有證據能力，與組織犯罪防制條例第12條第1項中段規定：「訊問證人之筆錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定訊問證人之程序者為限，始得採為證據」有違。

(二)原判決未就組織犯罪防制條例新法修正後之構成要件變更部分，加以比較論述、論斷說明，有判決理由不備之違誤。

(三)林盈毅、劉信緯、蕭舜展所為證述雖堪認上訴人係代號「金福氣」電信詐欺第一線機房（下稱金福氣第一線機房）之現場管理人。然第一線機房之成員並非上訴人所招募，被害人名冊為第二線機房所提供，且另有第二、三線機房、話務系統商、設備商分擔犯行，薪資數額為綽號「阿東」之成年男子所決定，上訴人亦須實際撥打詐騙電話，則上訴人的任務是否屬於組織犯罪防制條例第3條第1項所稱之「指揮」實有疑義；又相類似之電信詐欺案件，即擔任電信詐欺第一線機房之現場管理人，各級地方法院認尚未達犯罪組織之「指揮」程度者，所在多有。是上訴人前開所為是否已達「指揮」犯罪組織之程度，抑或僅係「參與」犯罪組織？應有詳細調查、認定之必要。原判決並未詳加調查釐清，亦未於判決理由內為必要之論述說明，而有調查未盡及理由欠備之違法。

(四)上訴人於警詢時即坦白認罪，其後歷經第一審、原審審理亦均自白認罪，未曾更易，顯見上訴人係出於真誠之悔意，亦有助於訴訟經濟，節省司法資源；且上訴人有祖父母及子女需扶養。原判決未審酌上情，猶量處附表二所示之刑及對上訴人定應執行有期徒刑5年4月，並為刑前強制工作3年，應屬過重，而有違反罪刑相當、比例原則及公平原則之違法。

(五)原判決所適用之組織犯罪防制條例第3條第3項規定：「犯第一項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為3年。」並未審酌行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當，不論行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作3年，應有牴觸憲法第23條所定比例原則之疑義，爰依司法院釋字第371號解釋之意旨，聲請本院裁定停止訴訟程序，聲請司法院解釋。

四、惟按：

(一)組織犯罪防制條例第12條第1項中段規定：「訊問證人之筆錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定訊問證人之程序者為限，始得採為證據」，係以立法排除被

告以外之人於警詢或檢察事務官調查中所為之陳述，得適用刑事訴訟法第159條之2、第159條之3及第159條之5之規定，是證人於警詢時之陳述，於違反組織犯罪防制條例案件，即絕對不具有證據能力，自不得採為判決基礎；至於共犯被告於偵查中以被告身分之陳述，仍應類推適用上開規定，定其得否為證據。查原判決固於證據能力部分，援引刑事訴訟法第159條之5之規定，將林盈毅等7人警詢之陳述及偵查中以被告身分所為陳述，併採為上訴人所犯指揮犯罪組織部分之證據，與上述規定有違，惟林盈毅等7人除為上開陳述外，亦於檢察官偵查時依法具結，而為相同之陳述，及於法院審理中在法官面前為大致相同之陳述，一併經原判決採為證據（見原判決第4至5頁），是除去林盈毅等7人上開有瑕疵部分，仍應為相同犯罪事實之認定，該項瑕疵即與判決本旨不生影響，不容據為第三審上訴之合法理由。

(二)原判決已敘明關於指揮、參與犯罪組織之法定刑並未修正，是上訴人所犯違反組織犯罪防制條例部分，尚無新舊法比較之問題等旨（見原判決第6至7頁）。核無上訴意旨所指之違誤。

(三)組織犯罪防制條例第3條第1項前段與後段，分別就「發起、主持、操縱或指揮」犯罪組織之人，和單純「參與」犯罪組織之人，所為不同層次之犯行，分別予以規範，並異其刑度，前者較重，後者較輕，係依其情節不同而為處遇。其中有關「指揮」與「參與」間之分際，乃在「指揮」係為某特定任務之實現，可下達行動指令、統籌該行動之行止，而居於核心角色，即足以當之；而「參與」則指一般之聽取號令，實際參與行動之一般成員。又詐欺集團之分工細緻，不論電信詐欺機房（電信流）、網路系統商（網路流）或領款車手集團及水房（資金流），各流別如有3人以上，通常即有各該流別之負責人，以指揮各該流別分工之進行及目的之達成，使各流別各自分擔犯罪行為之一部，相互利用其他流別之行為，以達整體詐欺集團犯罪目的之實現，則各流別之負責人，尤其是電信流之負責人，縱有接受詐欺集團中之發起、主持或操縱者之指示而為、所轄人員非其招募、薪資非其決定，甚至本身亦參與該流別之工作等情事，然其於整體詐欺犯罪集團中，係居於指揮該流別行止之核心地位，且為串起各流別分工之重要節點，自屬組織犯罪防制條例第3條第1項所指「指揮」犯罪組織之人，與僅聽取號令，而為行動之一般成員有別。是原判決依憑上訴人自白及林盈毅等7人之證

述，而認上訴人實際負責金福氣第一線機房之一切運作，指揮該機房等情，符合組織犯罪防制條例第3條第1項所稱「指揮」之要件，即無不當；其縱未敘明上情，對於判決本旨不生影響，僅係理由說明較為簡略而已，仍與判決不載理由或調查未盡之違法有別。

(四)刑之量定及定其應執行之刑，屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘其裁量未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘其為違法。原判決已於理由內具體敘明如何以上訴人之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列事項而分別改判或維持第一審量處上訴人如附表二「罪名及宣告刑」欄所示各刑，並定其應執行刑為有期徒刑5年4月，及依法宣告刑前強制工作。經核各該量處之刑及定應執行刑，均係在法定範圍內，既無明顯失輕、失重或濫用裁量權之情形，亦難遽指為違法。

(五)法院就所適用之法律若無合理確信認有牴觸憲法之疑義，基於法秩序之安定性及權力分立民主憲政原則之尊重，自應做合憲解釋。而不生依司法院釋字第371號解釋意旨，裁定停止訴訟程序並聲請司法院大法官解釋之問題。本件上訴人就附表二編號1所為，係犯組織犯罪防制條例第3條第1項前段之指揮犯罪組織罪，其惡性及為害均較一般「參與」者為鉅，亦與一般「參與」者可能誤入歧途、參與程度較淺有所不同，是以原判決依組織犯罪防制條例第3條第3項之規定，宣告上訴人應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作3年等情，核與強制工作之宣告乃補充刑罰之不足，協助犯罪行為人再社會化，及就一般預防之刑事政策目標，並具有消泯犯罪組織及有效遏阻組織犯罪發展之功能，為維護社會秩序、保障人民權益所必要等實質內涵相符，尚無違憲之疑義。

五、上訴意旨或係對原審採證、認事及量刑等職權之行使，或就枝節性而不影響判決本旨之事項，任意指摘，經核均與首述法定上訴要件不符。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 26 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

中 華 民 國 107 年 10 月 2 日
書 記 官

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台非,142

【裁判日期】1070905

【裁判案由】詐欺聲請單獨宣告沒收

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台非字第142號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 林鴻文

上列上訴人因被告詐欺聲請單獨宣告沒收案件，對於臺灣雲林地方法院中華民國106年9月15日第一審確定裁定（106 年度單聲沒字第50號，聲請案號：臺灣雲林地方檢察署106 年度聲沒字第74號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、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。次按單獨宣告沒收之確定裁定，與科刑之確定判決有同一之效力，如有違法自得提起非常上訴，司法院院字第2507號著有解釋。本件原裁定就檢察官聲請對扣案之23,274元宣告沒收一節以：「依刑法第38條之1 該條立法理由六明揭：『為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，參考德國刑法第73條第1 項，增訂第5 項，限於個案已實際合法發還時，始毋庸沒收，至是否有潛在被害人，則非所問。若判決確定後有被害人主張發還時，則可依刑事訴訟法相關規定請求之。』之優先保障被害人原則。在犯罪所得扣案之情形，如被害人已明確，檢察官即應逕發還該被害人，而非聲請法院宣告沒收。換言之，即應優先適用刑事訴訟法第142條第1項、第318條第1項規定，不待請求即發還被害人，不宜適用刑法第38條之1第5項規定，認尚未發還而宣告沒收，否則不啻違反刑法第38條之1第5項優先保障被害人之意旨，亦對被告財產權造成影響」之理由，認本件該等金額固屬被告因他人違法行為而無償取得之犯罪所得，但既已扣案，且可明確認定被害人，依刑法第38條之1第5項規定優先保障被害人之原則，即不得逕行宣告沒收，應由檢察官發還告訴人王鳳儀等3 人，因認本件聲請難調有據，而予駁回聲請，固非無據。惟按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。於全部或一部不能沒收，或不宜執行

沒收時，追徵其價額。又上述犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。再犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵；民國105年7月1日起修正施行之刑法第38之1第1項前段、第3、4、5項分別定有明文。上述規定旨在澈底剝奪犯罪行為人因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪。並為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，限於個案已實際合法發還被害人時，始無庸沒收。有最高法院106年度台非字第134號刑事判決，可資參照。原裁定逕引學者個人見解，排除新修正刑法沒收規定適用，認本案犯罪所得既已扣案，且可明確認定被害人，檢察官應優先適用刑事訴訟法第142條第1項、第318條第1項規定，不待請求即發還被害人，不得依刑法第38條之1第5項規定聲請宣告沒收，即有裁定不適用法則之違法。二、案經確定，且原裁定雖非不利於被告，然所涉及之法律見解具有原則上之重要性，而與統一法令之適用有關，即應將原裁定關於違背法令部分撤銷，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

貳、本院按：

- 一、犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，刑法第38條之1第1項、第5項分別定有明文。而該條立法理由六以：「為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，參考德國刑法第73條第1項，增訂第5項，限於個案已實際合法發還時，始毋庸沒收，至是否有潛在被害人則非所問。若判決確定後有被害人主張發還時，則可依刑事訴訟法相關規定請求之。」已明揭優先保障被害人之原則。另扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；其係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人。且扣押之贓物，依第142條第1項應發還被害人者，應不待其請求即行發還，刑事訴訟法第142條第1項、第318條第1項亦有明定。是如犯罪所得之贓物扣案，而被害人明確，又無第三人主張權利時，自應適用刑事訴訟法第142條第1項、第318條第1項規定，不待請求即行發還被害人。
- 二、本件原確定裁定以：被告林鴻文將其申辦之國泰世華商業銀行二重分行0000000*****號帳戶（詳卷，下稱甲帳戶），以郵寄方式交付給自稱「宗謙」之真實姓名、年籍不詳成年人

，嗣某詐欺集團成員以不詳方式取得甲帳戶之提款卡及密碼後，各於105年3月28日18時36分許、18時37分許、20時2分許，先後冒用拍賣網站賣家、金融機構人員等名義分別撥打電話給告訴人王鳳儀、黃詩佳、黃敬恩（下稱王鳳儀等3人），向其等佯稱網路購物輸入有誤云云，致王鳳儀等3人陷於錯誤，而分別依該詐欺集團成員之指示，王鳳儀匯款新臺幣（下同）29,989元、黃詩佳匯款29,988元、黃敬恩匯款23,212元至甲帳戶，旋遭該詐欺集團成員提領後餘33,274元（被告自動繳回23,274元經扣押在案），所涉詐欺案件，嗣經臺灣雲林地方檢察署檢察官認被告罪嫌不足，而以105年度偵字第2783、3096、3297號為不起訴處分確定後，檢察官因認該扣押款項屬被告無償因詐欺集團詐欺犯行取得之物，爰依刑法第38條之1第2項第2款、第40條第3項，聲請單獨宣告沒收被告自動繳回之23,274元等情，雖經核閱相關卷宗審認無訛。而前開案件經被告繳回之款項固屬其因他人違法行為而無償取得之犯罪所得，但既已扣案，且可明確認定被害人，依優先保障被害人之原則，自不得逕行宣告沒收等理由，而排除新修正刑法沒收規定之適用，駁回臺灣雲林地方檢察署檢察官單獨宣告沒收之聲請。

三、經查本件被告於檢察官偵訊時已明白陳稱：「現在我發現那筆錢並不是我的，我願意還給那個人。」「（你是否願意自動繳回不法所得23,274元？）願意。」等語（見第2783號偵查卷第25、29頁），且已繳出該款項，有臺灣雲林地方檢察署查扣所得檢視表、贓證物款收據、扣押物品清單在卷可佐（見查扣卷第4至6頁）。故該筆款項，被告既表明不是其所有而願返還被害人，且於偵查中繳出，經以贓物扣案，檢察官仍以被告為當事人就該款項聲請單獨宣告沒收，已有未妥。且該筆款項依卷附證據資料，確屬上開被害人王鳳儀等3人被詐騙匯入款項之餘額，被害人明確，又無第三人主張權利，自應依法逕行發還被害人。是原審基於優先保障被害人之原則，所為駁回檢察官聲請之裁定，經核並無不合。非常上訴意旨指摘其違背法令，難認為有理由，應予駁回。

四、至於非常上訴理由提及之本院106年度台非字第134號判決意旨，雖認該案原確定判決未諭知犯罪所得沒收部分違背法令。然查該確定判決之被告陳碧凱所犯搶奪案件（臺灣彰化地方法院105年度訴字第890號），犯罪所得贓物（即搶奪銀樓之金飾）均經陳碧凱先後變賣成現金或轉購他物，且部分現金係於第三人陳麗華住處經警查扣，是否屬被害人所有或有

無第三人主張權利，尚有未明；此有該案原確定判決可稽，
與本件個案情節明顯不同，自不得比附援引，併予敘明。
據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 5 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 9 月 11 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台抗,770

【裁判日期】1070905

【裁判案由】偽造文書

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

107年度台抗字第770號

抗 告 人 王峰澤

上列抗告人因偽造文書案件，不服臺灣高等法院中華民國107 年6 月19日駁回第三審上訴之裁定（107年度上訴字第381號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷。

理 由

- 一、按上訴期間為10日，自送達判決後起算。但判決宣示後送達前之上訴，亦有效力，刑事訴訟法第349 條定有明文。前開上訴期間之起算，以合法送達判決為前提，如判決未合法送達，其上訴期間即無由起算。又刑事訴訟法第55條規定：被告、自訴人、告訴人、附帶民事訴訟當事人、代理人、辯護人、輔佐人或被害人為接受文書之送達，應將其住所、居所或事務所向法院或檢察官陳明。被害人死亡者，由其配偶、子女或父母陳明之。如在法院所在地無住所、居所或事務所者，應陳明以在該地有住所、居所或事務所之人為送達代收人（第1 項）。前項之陳明，其效力及於同地之各級法院（第2 項）。送達向送達代收人為之者，視為送達於本人（第3項）。本條第1項後段指定送達代收人規定之立法目的，在減少因距離產生之交通障礙或郵寄、遞送之遲滯，以便捷文書之送達，是以必須在法院所在地無住所、居所或事務所者，始有陳明「指定送達代收人」之必要，並生送達於本人之效力。若在法院所在地已有住所、居所或事務所，仍贅為陳明指定送達代收人，既非依上開規定合法陳明指定之送達代收人，則對於該代收人遞送文書，自不生同條第3 項視為送達於本人之效力，必待應受送達人實際接受判決或另向應受送達人為送達，始生合法送達效力。
- 二、依卷內資料，本件抗告人王峰澤在原審之送達處所除設籍臺北市○○區○○路000號2樓，並陳明其居所為臺北市○○區○○路0段00號4樓，則抗告人在原審法院所在地既設有住、居所，即無依上開規定陳明指定送達代收人之必要。縱抗告

人陳明指定陳崇善（事務所設臺北市○○區○○路00號4 樓）為送達代收人，仍不生合法指定之效力。乃原審於判決後，僅對代收人陳崇善為送達，自不生合法送達本人之效力。本件判決已否合法送達，攸關抗告人於民國107年6月14日具狀上訴是否合於刑事訴訟法第349 條之認定，原審未予究明該代收人有無或何時轉交判決正本予抗告人，即以已經向代收人送達判決，遽謂其上訴逾期，予以裁定駁回，自欠允洽。抗告意旨指摘原裁定不當，非無理由，應將原裁定撤銷，由原審法院另為適當之處理。

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 9 月 5 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 恆 吉

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 9 月 6 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台抗,891

【裁判日期】1070912

【裁判案由】違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪定應執行刑

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

107年度台抗字第891號

抗 告 人 陳益哲

上列抗告人因違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年8月7日定應執行刑之裁定（107年度聲字第2187號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定關於罰金刑所定應執行刑及易服勞役折算標準部分撤銷。

檢察官上開聲請駁回。

其他抗告駁回。

理 由

壹、撤銷部分（即罰金刑部分）：

- 一、本件原裁定略以：抗告人即受刑人陳益哲因犯原裁定附表（下稱附表）編號3、4所示之違反槍砲彈藥刀械管制條例2 罪，分別經判決併科罰金新台幣（下同）10萬元、60萬元確定在案，檢察官聲請就該罰金刑定應執行刑，並無不合，爰依刑事訴訟法第477條第1項、刑法第53條、第51條第7 款、第42條第5項等規定，就前述罰金刑定應執行刑為罰金65 萬元，如易服勞役，以罰金總額與1 年之日數比例折算等語。固非無見。
- 二、按數罪併罰，應按分別宣告之罪刑為基礎，然後依法定標準定其應執行之刑。因此數罪併罰，有二裁判以上，而依刑法第51條第7 款之規定定其應執行刑時，關於易服勞役，應以原確定裁判諭知之折算標準為基礎，依法定其折算1 日之額數。若原確定裁判諭知易服勞役折算1 日之額數違背法令，即無從依刑法第42條第6 項規定，就所定應執行之罰金刑併諭知易服勞役折算標準。必其違法部分，先經非常上訴程序糾正改判，始得據為數罰金刑定其應執行刑及易服勞役標準之基礎。又刑法第42條第5 項前段係規定罰金總額縱以3000元最高額數折算勞役1日，其易服勞役期限仍逾1年，而不能依同條第3項前段定折算標準時之辦法。是倘所科罰金以1000元、2000元或3000元折算1日易服勞役，尚可不逾1 年，即無依第5 項前段之比例方法折算易服勞役額數之必要。易言

之，第42條第5項前段所謂「罰金總額折算逾1年之日數者，以罰金總額與1年之日數比例折算」，必其裁判所科罰金總額，依刑法第42條第3項前段之標準（即1000元、2000元或3000元）折算結果，其易服勞役期限均逾1年者，始得以罰金總額與1年之日數比例折算，俾符合上開易服勞役期限上限規定之法制本旨。

三、本件檢察官依刑事訴訟法第477條第1項規定，就附表編號3、4二裁判所科罰金刑，聲請依刑法第51條第7款定應執行刑，其中編號4所科罰金60萬元，如依第42條第3項前段規定以2000元或3000元折算1日易服勞役，其易服勞役期限均未逾1年，依照上開說明，即無依第42條第5項前段規定以罰金總額與1年之日數比例折算之餘地。乃編號4原確定判決疏未依第42條第3項前段規定以2000元或3000元折算1日之法定標準，裁量定其易服勞役折算額數，即逕以罰金總額60萬元與1年之日數比例折算1日，論知易服勞役折算標準，顯然逾越前述法律所定裁量範圍，因而致該確定判決所科罰金折算之易服勞役日數逾越依第3項之法定標準折算之日數，並非合法。法院自無從依檢察官之聲請，以編號4判決違法論知之折算標準為基礎，定其應執行之罰金刑併論知易服勞役折算1日之額數。是檢察官關於編號3、4二裁判所科罰金刑聲請定其應執行刑，即無從准許，應予駁回。原審就此未予詳察，竟依檢察官之聲請，定其應執行刑併論知易服勞役之折算標準，顯然於法有違。抗告意旨雖未指摘及此，但原裁定此部分既有違誤，應由本院將原裁定此部分撤銷，並駁回檢察官該部分之聲請，以臻適法。

貳、駁回部分（即有期徒刑部分）：

一、按刑事訴訟法第370條第2項、第3項，已針對第二審上訴案件之定應執行之刑，明定有不利變更禁止原則之適用；而分屬不同案件之數罪併罰有應更定執行刑之情形，倘數罪之刑，曾經定其執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束。亦即，另定之執行刑，其裁量所定之刑期，不得較重於前定之執行刑加計後裁判宣告之刑之總和。又法院於裁量定應執行之刑時，只須在不逸脫上開範圍內為衡酌，而無全然喪失權衡意義或其裁量行使顯然有違比例原則之裁量權濫用之例外情形，並不悖於定應執行刑之恤刑目的者，即無違裁量權之內部性界限。

二、本件抗告人所犯如原裁定附表所示各罪，分別經法院判處罪刑確定在案。檢察官聲請就有期徒刑部分定應執行之刑，原

審認其聲請為正當，定應執行刑為有期徒刑11年6 月，未逾法定範圍，且無濫用裁量權之情形，並無違誤。

三、原裁定依抗告人所犯各罪質及罪責非難評價等整體情狀，就有期徒刑部分定其應執行刑，已審酌各責任非難重複情形。抗告意旨泛言原裁定此部分未考量責任非難重複程度較高，應酌定較低之應執行刑，其裁量違反公平正義而過度評價，致罪責不相當等詞，乃僅憑己意，就原裁定關於有期徒刑部分量定之應執行刑，漫言指摘過重，自非有據。依上所述，此部分抗告為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第413條、第412條，裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 12 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 恆 吉

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 9 月 14 日