

# 最高法院刑事具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文 目錄

## 裁判要旨

一、一〇五年度台上字第三二號 .....	3
二、一〇五年度台上字第八八號 .....	3
三、一〇五年度台上字第一四二號 .....	5
四、一〇五年度台上字第三八八號 .....	6
五、一〇五年度台上字第四一一號 .....	7
六、一〇五年度台上字第六三七號 .....	7
七、一〇五年度台上字第七五七號 .....	8
八、一〇五年度台上字第九八四號 .....	9
九、一〇五年度台上字第一二四四號.....	11
十、一〇五年度台上字第一五五〇號.....	13
十一、一〇五年度台上字第一九一六號.....	13
十二、一〇五年度台上字第二〇八一號.....	15
十三、一〇五年度台上字第二三六八號.....	17
十四、一〇五年度台非字第四五號 .....	18
十五、一〇五年度台非字第六七號 .....	19
十六、一〇五年度台非字第八〇號 .....	20
十七、一〇五年度台非字第一二〇號.....	21
十八、一〇五年度台非字第一三三號.....	22
十九、一〇五年度台非字第二〇三號.....	23
二十、一〇五年度台抗字第三八二號 .....	24
二一、一〇五年度台抗字第四〇八號.....	26
二二、一〇五年度台抗字第四三七號.....	27
二三、一〇五年度台抗字第五四一號.....	28
二四、一〇五年度台抗字第八三〇號.....	31
二五、一〇五年度台抗字第九〇七號.....	32
二六、一〇五年度台抗字第九二七號.....	32

## 裁判全文

一〇五年度台上字第三二號 .....	34
一〇五年度台上字第八八號 .....	44

一〇五年度台上字第一四二號 .....	56
一〇五年度台上字第三八八號 .....	61
一〇五年度台上字第四一一號 .....	65
一〇五年度台上字第六三七號 .....	72
一〇五年度台上字第七五七號 .....	76
一〇五年度台上字第九八四號 .....	81
一〇五年度台上字第一二四四號.....	105
一〇五年度台上字第一五五〇號.....	111
一〇五年度台上字第一九一六號.....	116
一〇五年度台上字第二〇八一號.....	124
一〇五年度台上字第二三六八號.....	131
一〇五年度台非字第四五號 .....	138
一〇五年度台非字第六七號 .....	142
一〇五年度台非字第八〇號 .....	149
一〇五年度台非字第一二〇號.....	161
一〇五年度台非字第一三三號.....	166
一〇五年度台非字第二〇三號.....	170
一〇五年度台抗字第三八二號 .....	178
一〇五年度台抗字第四〇八號 .....	184
一〇五年度台抗字第四三七號.....	187
一〇五年度台抗字第五四一號.....	194
一〇五年度台抗字第八三〇號.....	202
一〇五年度台抗字第九〇七號.....	205
一〇五年度台抗字第九二七號.....	208

一、一〇五年度台上字第三二號（裁判書全文）

刑事訴訟法第一百五十六條第一項有關自白證據排除之規定，旨在維護被告陳述與否之意思決定與意思活動自由權。被告自白須出於自由意志，且與事實相符，始具有證據適格。設若被告自白係出於偵查人員以不正方法取得，該次自白因欠缺任意性，固不得為證據，但嗣後於不同時空由不同偵查人員再次為訊問，若未使用不正方法，則其他次自白是否予以排除（學理上稱之為非任意性自白之延續效力）？須視其他次自白能否隔絕第一次自白之影響不受其污染而定。而非任意性自白延續效力是否發生，應依具體個案客觀情狀加以認定，倘若偵訊之主體、環境及情狀已有明顯變更而為被告所明知，除非證據足以證明被告先前所受心理上之強制狀態延續至其後應訊之時，否則應認已遮斷前次非任意性自白之延續效力。

參考法條：刑事訴訟法第一百五十六條第一項。

二、一〇五年度台上字第八八號（裁判書全文）

以消極之不作為方法，實現犯罪構成要件之不作為犯，有純正不作為犯（如刑法第 149 條聚眾不散罪、第 294 條第 1 項消極遺棄罪等）及不純正不作為犯之分，應予區別。不純正不作為犯，依刑法第 15 條第 1 項規定：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」係以人之行為發生一定之結果，有因積極行為引起，有因消極之不作為引起，無論作為或不作為，法律上之效果相同，但犯罪之成立，除在客觀上，應有積極作為或消極不作為之犯罪行為外，並應在主觀上有故意過失，始足當之，故該條項乃意指消極行為之犯罪與積極行為之犯罪，在法律上有同一之效果，並非對於犯罪行為之意思要件，特設例外規定（本院 29 年上字第 2776 號判例意旨參照），是被告之行為縱令客觀上係違反法律上之防止義務，仍應視其主觀上犯意之有無及其內容為何，定其應負之刑

責。又刑法上之幫助犯，固以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為而成立，惟所謂以幫助他人犯罪之意思而參與者，指其參與之原因，僅在助成他人犯罪之實現者而言，倘以合同之意思而參加犯罪，即係以自己犯罪之意思而參與，縱其所參與者為犯罪構成要件以外之行為，仍屬共同正犯，又所謂參與犯罪構成要件以外之行為者，指其所參與者非直接構成某種犯罪事實之內容，而僅係助成其犯罪事實實現之行為而言，苟已參與構成某種犯罪事實之一部，即屬分擔實行犯罪之行為，雖僅以幫助他人犯罪之意思而參與，亦仍屬共同正犯。此為現行實務上一致之見解。是就共同正犯與從犯之區別，係採主觀（是否以合同之意思即以自己共同犯罪之意思而參與）、客觀（是否參與構成要件行為）擇一標準說（參見民國 94 年 2 月 2 日修正公布之刑法第 28 條之修正立法理由）。而就他人故意積極作為之犯罪所侵害法益具體結果之發生，負有法律上防止義務之人（即立於保證人地位者，下以此稱之），若對該他人之犯罪有所參與，其究竟應負共同正犯或從犯之責，原則上仍應依上開共同正犯、從犯之區別標準決定之。其中立於保證人地位者，縱僅消極不為阻止或防止行為，惟其與故意作為之正犯間，若於事前或事中已有以自己犯罪意思之共同正犯之犯意聯絡，其即係利用作為正犯之行為以達成其等共同犯罪之目的，即便其參與之方式，在形式上係以消極不阻止或防止之不作為使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現，而未參與作為之構成要件行為，亦係共同正犯。若立於保證人地位者，對他人故意積極作為之犯罪，與該他人間並無共同正犯之犯意聯絡，而僅能認有幫助之犯意，且其僅有上述使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現之消極不阻止或防止之不作為時，應成立該故意作為犯之幫助犯；若其主觀上亦難認有幫助之犯意（如對故意作為犯之作為無認識等），則在有過失犯處罰明文規定情形下，視其對故意作為犯之犯罪所造成之結果，是否符合應注意、能注意而不注意之過失要件，論以過

失犯。至於本院 27 年上字第 2766 號判例意旨所稱：「…若於他人實施犯罪之際，僅以消極態度不加阻止，並無助成正犯犯罪之意思，及便利其實施犯罪之行為者，即不能以從犯論擬。」係指對他人犯罪侵害法益之結果，法律上無防止其結果發生義務者之情形而言，對有刑法第 15 條規定適用而立於保證人地位者，無援用之餘地。次按刑法第 13 條第 1 項、第 2 項雖分別規定行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意；行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意者，以故意論。前者為確定故意（直接故意），後者為不確定故意（間接故意）。惟不論係何者，皆係針對「構成犯罪之事實」而言，此「構成犯罪之事實」包括正犯、幫助犯乃至於教唆犯之構成犯罪事實，而非僅限於正犯者。本院 101 年 11 月 27 日 101 年度第 11 次刑事庭會議決議所謂有意思聯絡之行為人分別基於直接故意與間接故意實行犯罪行為，可成立共同正犯，乃係指各該行為人均符合上開共同正犯之要件時，縱其等彼此間聯絡之犯意態樣，有直接故意及間接故意之別，仍不影響共同正犯之成立，要非變更前開實務所採之共同正犯、從犯之區分標準。

參考法條：刑法第十五條第一項、第二十八條、第三十條第一項。

### 三、一〇五年度台上字第一四二號（裁判書全文）

刑法公共危險罪章，以有害公共安全之行為為對象。其中抽象危險犯，係指特定行為依一般經驗法則衡量，對公共安全有引發實害或具體危險之可能性。例如放火燒燬現供人使用住宅或現有人所在建築物之行為，依火之蔓延性及難以控制性，通常情形會密接發生行為人無法控制之不特定人生命、身體、財產受侵害之具體危險或實害，係典型引起公共安全危害之危險行為，屬抽象危險犯。只要行為人認知其係放火燒燬系爭住宅或建築物，即有該抽象危險犯罪之故意，不問有無發生具體之公共危險或實害結果

，均成立犯罪。惟若行為時確定排除法律預設之抽象危險存在，亦即確定無發生具體危險或實害之可能性時，因無危險即不具刑罰正當性，自不構成該抽象危險罪。本院 28 年上字第 3218 號判例要旨(一)謂：「刑法第 173 條第 1 項之放火罪，係以放火燒燬之住宅或建築物等現既供人使用或有人所在，依通常情形往往因放火結果遭受意外之危害，為保護公共安全起見，特為加重處刑之規定。故該條項所稱之人，當然係指放火人犯以外之人而言。如果前項住宅或建築物，即為放火人犯自行使用或祇有該犯在內，則其使用或所在之人，已明知放火行為並不致遭受何種意外危害，自不能適用該條項處斷」。即指此種情形。係為限縮放火罪抽象危險犯之適用範圍，避免可罰性過度擴張，以符合規範目的。

參考法條：刑法第一百七十三條第一項。

#### 四、一〇五年度台上字第三八八號（裁判書全文）

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)在訴訟程序之何一個階段認罪，(2)在何種情況下認罪（英國 2003 年刑事審判法第一百四十四條參照），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，直到案情已明朗始認罪，其減輕之幅度則極為微小。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。又此之「認罪的量刑減讓」

，於依法律所定之處斷刑（例如毒品危害防制條例第十七條第二項），在法理上亦有其適用，但應避免重複評價。

參考法條：刑法第五十七條第十款。

#### 五、一〇五年度台上字第四一一號（裁判書全文）

所謂行政檢查（或稱行政調查），係指行政機關為達成行政上之目的，依法令規定對人、處所或物件所為之訪視、查詢、勘驗、查察或檢驗等行為。倘行政機關所為之行政檢查，具有法令上之依據，且其實施之過程及手段合於目的性與正當性，則其將行政檢查結果及所取得之相關資料，提供予偵查機關作為偵辦之證據資料，該等證據資料自屬合法取得之證據。而行政機關得選定適當之人為鑑定，為行政程序法第四十一條第一項所明定，因實施行政檢查之必要而為之鑑定（或稱檢驗、鑑驗），核屬行政檢查之一環，殊無因係行政機關基於行政檢查而委託發動者即謂該鑑定報告無證據適格之理，此與刑事訴訟法第一百九十八條第一項鑑定人由審判長、受命法官或檢察官選任之規定並不扞格。又倘事實審法院於審判程序中已賦予被告詰問權，對受行政機關委託而實際參與鑑定之人，就其專業資格、採取之鑑定方法、過程以及得結論之推理等情為充分之詰問，則該鑑定意見乃經法院合法調查所得之證據，自得採為裁判之基礎。

參考法條：行政程序法第四十一條第一項。刑事訴訟法第一百九十八條第一項。

#### 六、一〇五年度台上字第六三七號（裁判書全文）

按刑法第五十條第一項規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。」第二項規定：「前項但

書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第五十一條規定定之。」而第五十一條第五款規定：「數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依下列各款定其應執行者：……五、宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾三十年。」是除有上開但書情形，法院判處有期徒刑數罪併罰案件，本應於判決中定應執行之刑。而上開但書規定不得併合處罰之數罪，於判決確定後，受刑人既得依刑法第五十條第二項規定，請求檢察官聲請法院定應執行刑，可見該項請求為被告之權利。倘被告於法院審理中已為該項請求，如仍拘泥於刑法第五十條第二項規定，不予准許，而必待判決確定，始得請求檢察官聲請法院定應執行之刑，徒增勞費，亦非立法本意，故應認該項請求，於法院審理中亦得行使。基此，裁判確定前犯數罪，而有刑法第五十條第一項但書之情形，除被告於法院審理中請求法院，或於判決確定後受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者外，不適用併合處罰之規定，賦予其選擇權，以符合其實際受刑利益。

參考法條：刑法第五十條、第五十三條。

#### 七、一〇五年度台上字第七五七號（裁判書全文）

刑事被告對證人之詰問權利，乃憲法第十六條保障人民之訴訟權利之一，且屬憲法第八條第一項規定之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人行使反對詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並就其陳述被告不利之事項，接受被告之反對詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。例外的情形，僅在被告未行使詰問權之不利益經由法院採取衡平之措施，其防禦權業經程序上獲得充分保障時，始容許援用未經被告詰問之證詞，採為認定被告犯罪事實之證據。而被告之防禦權是否已獲程序保障，亦即有無「詰問權之容許例外」情形，應審查：(1)事實審法院為促成證人到庭接受詰問，是否已盡傳喚、



拘提證人到庭之義務（即學理上所謂之義務法則）。(2)未能予被告對為不利陳述之證人行使反對詰問權，是否非肇因於可歸責於國家機關之事由所造成，例如證人逃亡或死亡（歸責法則）。(3)被告雖不能行使詰問，惟法院已踐行現行之法定調查程序，給予被告充分辯明之防禦機會，以補償其不利益（防禦法則）。(4)系爭未經對質詰問之不利證詞，不得據以作為認定被告犯罪事實之唯一證據或主要證據，仍應有其他補強證據佐證該不利證述之真實性（佐證法則）。在符合上揭要件時，被告雖未行使對不利證人之詰問權，應認合於「詰問權之容許例外」，法院採用該未經被告詰問之證言，即不得指為違法。

參考法條：憲法第八條、第十六條。刑事訴訟法第一百六十六條。

#### 八、一〇五年度台上字第九八四號（裁判書全文）

(一)憲法第 23 條既規定：以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。則如有上開必要，自得以法律限制。又自由權利之限制，該條既未規定僅限於一定期間內之自由權利限制，自得包括自由權利之永久限制即死刑在內（因無期徒刑仍有假釋規定之適用，不屬自由權利之永久限制）。

(二)對於犯罪之「刑罰」，我國向認兼具「防治和處罰犯罪」之作用與功能。監獄行刑法第 1 條規定：「徒刑、拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的。」足見「教化」係「無期徒刑、有期徒刑及拘役」刑罰之執行目的，尚非死刑或罰金刑之刑罰執行目的。又現代刑罰理論所謂「犯罪應報」，係指理性化以後之法律概念，是基於分配正義原則之作用，對於不法侵害行為，給予等價責任刑罰之意。此即以犯罪人之行為責任為基礎，使「罪與責相符、刑與罰相當」之真意。實與最原始之「同害報應刑思想」，即「以牙還牙、以眼還眼、以命還命」之概念

有別。不能以我國不採「同害應報刑思想」，即否定我國刑罰具現代刑罰理論之「犯罪應報」作用與功能。故而，刑罰之目的就「處罰或懲罰犯罪」言，具犯罪應報及一般預防色彩；就「防治犯罪」言，具一般預防及特別預防色彩。死刑作為刑罰之一種，當亦存有現代刑罰理論之「犯罪應報」概念。

(三)法院依嚴格證據法則，調查證據、認定事實，於達超越合理可疑確信程度，而認定犯罪事實、適用刑事法規，而課以罪名後，在評價該犯罪應施予法律所許可之刑種及刑度時，首應依其「罪行」衡量出「與罪相符（等價）之責」，再依其「罪責」衡量、選擇「相應之刑」，及「與刑相當之罰」。俾符刑事審判在「實現分配正義」，及「刑罰」在「防治和處罰犯罪」之作用與功能，進而實現刑法之規範目的。至於確定罪行後衡量罪責時，應依刑法第 57 條為審酌。而該條所列尤應注意之 10 款事由，可區分為「與行為事實相關」之裁量事由（例如犯罪之動機、目的，犯罪時所受刺激，犯罪之手段，犯罪行為人違反義務之程度及犯罪所生之危險或損害），及「與形成犯罪時之行為人自我相關」之裁量事由（例如犯罪行為人之生活狀況，犯罪行為人之品行，犯罪行為人之知識程度，犯罪行為人與被害人之關係，犯罪後之態度）。關於「與形成犯罪時之行為人自我相關」之裁量事由，依一般人普遍具有之理性分析，又可依其係「明顯可歸因於外在（例如家庭、學校及社會）之事由」或「非明顯可歸因於外在之事由」，而有不同評價及衡量。即前者得為量處較輕刑度之事由，後者則否。

(四)依「罪行」衡量「與罪相符之責」，再依其「罪責」衡量、選擇「相應之刑」及「與刑相當之罰」後，認非處以死刑無法「實現分配正義」、或符合前述社會上普遍認可之法價值體系及其表彰之社會正義，達到「處罰與防治最嚴重罪行」之功用時，則該「死刑刑罰」之目的僅有「處罰及一般性預防功能」，而無「

特別預防功能」存在，從而「教化可能性」即非此時應予考量者。

參考法條：(一)憲法第二十三條。

(二)監獄行刑法第一條。

(三)刑法第五十七條。

(四)刑法第二百七十一條第一項。

#### 九、一〇五年度台上字第一二四四號（裁判書全文）

(一)、現役軍人犯刑法瀆職罪章之罪，除特別法另有規定者，從其規定外，依各該規定處罰，陸海空軍刑法第七十六條第一項第二款、第二項定有明文。貪污治罪條例為刑法瀆職罪章之特別法，故現役軍人如具有刑法第十條所定公務員身分者，其侵占軍用物品時，即應適用貪污治罪條例論罪；惟對於非獨立執行職務之士兵，或不具公務員身分之士兵侵占軍用物品，或雖具有公務員身分之現役軍人，但該犯罪行為與其職務不具有關聯性者，依陸海空軍刑法第六十四條之立法理由說明及相關實務見解，始依同法第六十四條各項論罪，合先敘明。

(二)、服務於隸屬行政院國防部以下各軍營之現役軍人中之「士兵」，究竟是否刑法上之公務員，司法院院字第一〇六三號解釋雖曰「士兵不能離軍隊獨立執行職務。故現役士兵，不得視為刑法上之公務員」，然同院院字第二三四三號已補充解釋「本院二十三年五月二十五日院字第一〇六三號復軍政部公函。係就不能離軍隊獨立執行職務之一般士兵而為解釋。若別有法令依據而從事於一定公務之士兵。自當別論。如憲兵依法執行司法警察之職務時。當然係刑法上之公務員。至於押運兵及汽車駕駛兵等。倘係依法令派充執行公務者。亦同上開解釋。與此並無牴觸。毋庸予以變更。」據此，服務於國防部所屬各軍營之士兵，並非於任何情況下皆不可能成為刑法上公務員，倘該士兵係依據法令執行公

務，於符合刑法第十條第二項各款規定之要件時，自仍可能為刑法上之公務員。

(三)、民國九十四年二月二日修正公布，九十五年七月一日施行之刑法第十條第二項規定：「稱公務員者，謂下列人員：(1) 依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。(2) 受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」。上開第一款前段學理上稱為「身分公務員」，第一款後段稱為「授權公務員」、第二款稱為「委託公務員」。身分公務員著重於服務國家或地方自治團體所屬機關之身分，蓋其服務於國家或地方自治團體所屬機關，如具有法定之職務權限，即負有特別保護義務及服從義務，自為公務員，反之，如無法令執掌權限者，例如僱用之保全或清潔人員，並未負有前述特別保護義務及服從義務，即非公務員。身分公務員之任用方式，祇須有法令之任用依據即可，不論係經考試晉用、選舉產生、約聘僱用或政治任命，更不論係專職或兼任、長期性或臨時性。又所謂「法定職務權限」，不以法律明文規定者為限，其他具有法規性質之命令、機關長官基於內部事務分配而為之職務命令，以及機關內發布之行政規章等所定之職務，皆包括在內，凡公務員在其職務範圍內所應為或得為之事務，均為其法定職務權限，且不以涉及公權力行使之事項為限，即無關公權力之公行政作用及其他私經濟行為，亦包括在內。而賦與該職務權限之方式，亦非必以書面派令為限，機關長官基於事務分配權責，以口頭命令分配執行職務者，亦屬之。

參考法條：刑法第十條第二項。

陸海空軍刑法第六十四條、第七十六條第一項第二款、第二項。

貪污治罪條例第四條第一項第一款。

十、一〇五年度台上字第一五五〇號（裁判書全文）

刑事訴訟法第一百八十二條規定，證人為藥師或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。此項拒絕證言權，即為藥師與病患間之秘匿特權。稽其立法本旨，主要在於藥師與病患間具有高度信賴關係，倘欠缺此等特殊信賴關係，將使病患人人自危。蓋藥師負責藥物之販賣、調劑及藥事照護相關業務（參藥師法第十五條第一項第一、二、八款），不僅係藥品的供應者，更為提供藥品相關資訊與諮詢之專業人員，除須按照醫師處方調劑藥物，或依據病患之病歷紀錄或醫師之診斷結果，為病患選擇最適切之藥物劑型、劑量外，更須告知病患藥物之服用方法及應注意之事項，是藥師提供藥事服務而得知病患傷勢或病況之秘密時，自不得無故洩漏而影響病患權益（參藥師法第十四條）。從而藥師此一秘匿特權之核心價值，顯非在於保護藥師之職業地位，而係出於保障病患之隱私權益，讓病患不必擔心因接受藥師服務或向其求助，致其不欲人知之傷勢或病情等隱私外洩。否則，病患因畏懼司法機關介入藥師業務而窺得其傷病隱私，致憚於向藥師求助及接受藥事服務，則憲法為增進民族健康，所普遍推行衛生保健事業及公醫制度以保障國人健康之旨趣暨病患隱私權之維護，豈非落空。是藥師之拒絕證言權，既係基於所從事之業務而知悉他人傷病隱私之秘密為其要件，而其目的復在於保護病患與藥師間之信賴關係，則倘藥師所知悉之秘密，並非基於藥事服務之信賴關係所獲悉，或病患之傷病已經公開而不具秘密之性質，自均不受此秘匿特權之保護。

參考法條：刑事訴訟法第一百八十二條。

十一、一〇五年度台上字第一九一六號（裁判書全文）

（一）證人係指在他人之訴訟案件中，陳述自己所見所聞具體事實之第三人，為證據之一種，具有不可代替之性質。刑事訴訟法

第 176 條之 1 即規定「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務」，明定凡應服從我國法權之人，無分國籍身分，均有在他人為被告之案件中作證之義務，俾能發見事實真相。又我國刑事訴訟法為強制證人據實陳述，以發現真實，乃採書面具結，即檢察官或法院（法官）對依法有具結能力之證人，於訊問前或訊問後，先告以具結之義務及偽證之處罰，再命其朗讀內載「當（係）據實陳述」、「決（並）無匿、飾、增、減」等語之書面結文，並簽名、蓋章或按指印而出具之，以擔保其所陳述之證言為真實，此觀同法第 186 條至第 189 條規定自明，係證言真實性之程序擔保；如證人於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，即應負刑法第 168 條之偽證罪責；從而，刑法上之偽證罪，本係就已出具書面擔保猶違反據實陳述義務之證人課予刑事責任，乃實現要求證人據實為證之具體規範，以達保護司法權正確行使之立法目的。故雖刑事訴訟法第 181 條同時規定證人恐因陳述致自己或與其有該法第 180 條第 1 項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，以保障證人有不自證己罪或與其有一定身分關係者入罪之拒絕證言權，避免證人在偽證處罰之負擔下，必須據實陳述而為不利於己或與其有一定身分關係之人之證言，致陷於窘境，以兼顧人情；且此所謂「恐受刑事追訴或處罰」，不限於證言有直接導致其受追訴或有罪之處罰為限，抑凡有關其刑事責任之不利證言（例如累犯加重之事由、習慣犯認定之基礎事實等）均應包括在內；然若因其陳述而有受「偽證罪」追訴、處罰者，則非屬此之拒絕證言之理由，自屬當然。否則，證人動輒以所陳述內容恐將致己或有一定身分關係之他人受「偽證罪」之追訴、處罰，而拒絕陳述，將有害於訴訟之公正，為發現事實真相而於刑事訴訟法規定為證人之義務，即無從實現。

（二）刑事訴訟法第 181 條規定，證人恐因陳述致自己或與其有家長、家屬關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言；為確保

證人此項拒絕證言權，刑事訴訟法第 186 條第 2 項並規定法院或檢察官有告知證人之義務。所謂「家長、家屬」關係者何？固依「犯罪概念個別化」，在不同法規範中，相同概念可為不同之解釋，惟為能保護司法權能正確行使，復能兼顧人情，避免證人陷於抉擇自負偽證罪或據實陳述而陷與其有家長（家屬）關係之人於罪之窘境，仍應以該據實陳述之要求，不致傾頹應長久穩固之家庭關係，為其界限；故雖非親屬，參諸民法第 1123 條第 3 項規定，仍須以永久共同生活為目的同居一家者，始得視為具有家長、家屬之關係，而為發見事實真相之司法功能所不得不容隱之範疇。

參考法條：刑事訴訟法第一百七十六條之一、第一百八十條、第一百八十一條、第一百八十六條、第一百八十七條。  
刑法第一百六十八條。  
民法第一千一百二十三條第三項

## 十二、一〇五年度台上字第二〇八一號（裁判書全文）

銀行法第一百二十五條第一項前段之罪，係以違反同法第二十九條、第二十九條之一作為構成要件，其中第二十九條第一項規定：「除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務。」第二十九條之一規定：「以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論」。

就此等構成要件文義以觀，祇見客觀行為的禁制規範，而沒有特別限定應具備如何的主觀犯意，易言之，不必如同刑法詐欺罪，須有為自己或第三人不法所有之主觀意圖，然而，仍應回歸至刑法第十二條第一項所揭示的故意犯處罰原則。從而，倘行為人認識其所作所為，將符合於上揭非法吸金罪所定的客觀要件情形，竟猶然決意實行，就應負此罪責。

析論其罪質，因屬經營業務之犯罪，具有長時、延續、複次作為的特徵，故係學理上所稱集合犯之一種，所侵害者，雖以社會（公）法益為主，但非僅此而已，尚兼及個人（私）法益，應歸類於經濟犯罪類型，一有作為，罪即成立，屬舉動犯（行為犯），又為抽象危險犯，不同於銀行法第一百二十五條之二以下規範型態，並不處罰未遂犯，無非為維持金融秩序目的而設的行政刑法，迥然有別於傳統普通刑法詐欺罪之單純侵害個人（私）法益；財產犯罪類型；結果犯，有未遂犯處罰規定。

即便如此，非法吸金罪的構成要件中，並不排除行為人在行為之初，或進行至一定程度時，利用詐術方法吸金，誑使特定的多數人或不特定人交付款項（無論以存款或投資為名），故非法吸金罪和詐欺罪二者間，即可能具有某些交集情形存在，細說之，縱有部分相同或重疊，但猶有部分相異，允宜全部給予適當的評價。斯時，於法律評價上，當依想像競合犯之例處斷，才不致有漏未評價的缺憾。日本國學界通說與其實務運作，同以此作為法理論述的基礎，足供參考。否則，倘認非法吸金罪的吸金行為，必出於合法方法，祇是未經許可核准，而予處罰，猶嫌缺乏堅強的法理基礎，且如侷限於此，豈能符合本條規範的保護目的？尤其，進而謂非法吸金罪和詐欺罪，二者不能併存，一旦成立前罪，即不再論以後罪，反之，亦然，則狡黠之徒，大可狡辯其行為之初，即基於詐意，行騙吸金，祇該當法定刑最高五年以下有期徒刑的普通詐欺罪，充其量為一年以上、七年以下有期徒刑的加重詐欺罪，法院若無從依較重的三年以上、七年以下有期徒刑的普通非法吸金罪或七年以上有期徒刑的加重非法吸金罪名論擬，顯然違背罪責相當原則，並悖離國民的法律感情。與此雷同之廢棄物清理法第四十六條第三、四款所規定，未經許可堆置廢棄物、未領有處理許可文件，從事廢棄物之清除處理等處罰，並不限於未經許可，出於合法之方法（在自己土地或合法租賃土地），其以竊佔、毀損等非法方法為之者，亦包含在內，而於後一情形，



應依上揭違反廢棄物清理法罪和竊佔等罪之想像競合犯論處，益足證明並無互斥、相排擠之處遇情形，其間所存法理基礎皆同。此為本院最新之統一見解。

參考法條：銀行法第二十九條、第二十九條之一、第一百二十五條。

刑法第三百三十九條、第三百三十九條之四。

### 十三、一〇五年度台上字第二三六八號（裁判書全文）

(一)證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易罪所指之「公司」，固指已依該法發行有價證券之公司而言。然依該罪之立法、修法背景，著眼於多起公開發行公司負責人及內部相關人員，利用職務為利益輸送、掏空公司資產，嚴重影響企業經營，損害廣大投資人權益及證券市場安定。考量利益輸送或掏空公司資產手法日新月異，於解釋該罪「以直接或間接方式，使公司為不利益交易，且不合營業常規」要件時，應重其實質內涵，不應拘泥於形式。

(二)為增加上市、上櫃公司財務資訊透明度，依證券交易法第 36 條、公司法第 369 條之 12、證券發行人財務報告編製準則第 7 條等規定（本件行為時為第 20 條），上市、上櫃公司（控制公司）應將其子公司（從屬公司）納入其合併財務報告並依法申報、公告，以利投資人了解其整體財務狀況及營運績。足見就投資人而言，上市、上櫃公司之從屬公司，其營運及財務損益結果，與其上市櫃之控制公司，具實質一體性。如控制公司對從屬公司之營運、財務等決策，具實質控制權，且控制公司行為之負責人，故意使從屬公司為不利益交易，以達利益輸送或掏空公司目的，因該從屬公司獨立性薄弱，形同控制公司之內部單位，以從屬公司名義所為不利益交易，實與控制公司以自己名義為不利益交易者無異。應認構成證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款以直接

或間接方式，使公司為不利益交易罪。方足保護廣大投資人權益及健全證券市場交易秩序。

(三)商業會計法第2條第1項規定「本法所稱商業，指以營利為目的之事業；其範圍依商業登記法、公司法及其他法律之規定。」又依所得稅法第3條第2項前段規定「營利事業之總機構在中華民國境內者，應就其中華民國境內外全部營利事業所得，合併課徵營利事業所得稅。」日揚上海公司係以營利為目的之事業，其總機構即控制公司為日揚科技公司，係我國境內上櫃公司，除應依法製作合併財務報表並申報、公告外，並應依法合併課徵營利事業所得稅。則其相關商業會計事務之處理，自影響國家課稅正確性，亦應依我國商業會計法之規定處理，屬商業會計法第2條第1項所指依其他法律規定之商業。

參考法條：證券交易法第三十六條、第一百七十一條第一項第二款。

公司法第三百六十九條之十二。

商業會計法第二條第一項、第七十一條第一款。

所得稅法第三條第二項。

證券發行人財務報告編製準則第七條。

#### 十四、一〇五年度台非字第四五號（裁判書全文）

一事不再理，為我刑事訴訟法之基本原則。同一定應執行刑之案件，既經合法提起聲請，自不容在同一法院重複聲請，為免一案兩裁，對於後之聲請，應依刑事訴訟法第三百零三條第二款之法理，以形式裁定終結之。而同法第三百零二條第一款所定，案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，必係法院判決時，其同一案件，已經實體判決確定，始有該條款之適用。同理，法院對於後聲請之案件，縱已為定應執行刑之裁定，並於先之聲請裁定後，先行確定，但後聲請之裁定，於先聲請裁定時，既未確定，即無既判力，先聲請之裁定，依法不受其拘束，其所為定應執行刑

之裁定，自不能因後聲請之裁定先確定，而成為不合法。從而，後之聲請，依上開第三百零三條第二款規定之法理，本不應受理，倘為實體裁定，即不合法且不利於被告，如已確定，應依非常上訴程序，予以撤銷，為駁回之裁定。

參考法條：刑事訴訟法第三百零二條第一款、第三百零三條第二款。

#### 十五、一〇五年度台非字第六七號（裁判書全文）

刑事訴訟法第三十條規定選任辯護人，應提出委任書狀；起訴後應於每審級提出於法院。是辯護人之選任，起訴後應於每審級法院為之，於各審級合法選任或指定之辯護人，其辯護人之權責，應終於其受選任、指定為辯護人之該當案件終局判決確定，或因上訴發生移審效力，脫離該審級，另合法繫屬於上級審而得重新選任、指定辯護人時止，俾強制辯護案件各審級辯護人權責範圍得互相銜接而無間隙，以充實被告之辯護依賴。再觀諸原審終局判決後，原審之辯護人仍得依刑事訴訟法第三百四十六條規定，為被告之利益提起上訴，並為上訴而檢閱卷宗及證物。故原審終局判決後，於案件因合法上訴而繫屬於上級審法院之前，原審辯護人在訴訟法上之辯護人地位依然存在，而有為被告利益上訴，並協助被告為訴訟行為之權責，則其自當本其受委任從事為被告辯護事務之旨，一如終局判決前，依憑其法律專業判斷，不待被告請求，主動積極於訴訟上予被告一切實質有效之協助，以保障其訴訟防禦權，維護被告訴訟上之正當利益。從而，為提起第二審上訴之被告撰寫上訴理由書狀，敘述具體理由，協助其為合法、有效之上訴，同屬第一審選任或指定辯護人權責範圍內之事務，自不待言。而強制辯護案件，被告提起第二審上訴，苟未重新選任辯護人，其於第一審原有合法選任或指定之辯護人，為被告之利益，自得代為撰寫上訴理由書狀等一切訴訟行為，予其必要之協助，已合於強制辯護案件應隨時設有辯護人為被告辯護之要

求。故關於強制辯護案件，被告於第一審終局判決後，既已有原審之辯護人（包括選任辯護人及指定辯護人）可協助被告提起合法之上訴，在該案件合法上訴於第二審法院而得以開始實體審理程序之前，尚難認第二審法院有為被告另行指定辯護人，以協助被告提出合法上訴或為被告辯護之義務與必要。至第一審選任或指定辯護人是否善盡協助被告上訴之職責，以及被告是否及如何要求第一審選任或指定辯護人代為或協助其為訴訟行為，要與被告於第二審實體審理時未經辯護人為其辯護之情形有別，亦非居於公平審判地位之法院所應介入。況且，關於強制辯護案件之被告不服第一審判決提起上訴時所撰寫之上訴理由狀，如未具體指摘原判決有何違法或不當之情形時，法律並無明文規定第二審法院必須指定辯護人命其代為提出上訴之具體理由。尤其在被告已坦承犯罪，亦未認第一審判決採證認事或量刑有何違法或顯然不當，其上訴目的僅係在拖延訴訟或僅係概略性請求法院給予自新機會之情形下，亦無指定辯護人協助被告上訴或為其辯護之實益。更何況依刑事訴訟法第三百六十七條前段規定，上訴書狀未敘述（具體）理由者，第二審法院應以判決駁回之。此項規定旨在貫徹上訴制度之目的（即撤銷、變更第一審違法、不當之判決，以實現個案救濟），並節制濫行上訴；上開規定並未特別區分刑事案件之種類，故在解釋上自應一體適用，以充分實現上述規定之立法目的，尚不宜違反上述規定之文義與立法旨意，而任意限縮其適用之範圍。準此以觀，上訴書狀應具體敘述上訴理由，為上訴合法之要件，如上訴欠缺此一要件，其上訴即非合法，應從程序上予以駁回（此項不合法上訴與上訴逾期之法律效果相同）。

參考法條：刑事訴訟法第三十條、第三百四十六條、第三百六十七條前段。

十六、一〇五年度台非字第八〇號（裁判書全文）

我國非常上訴之提起權人採檢察總長獨占制，至於非常上訴是否提起，則係採便宜主義，檢察總長有裁量權。刑事訴訟法第四百四十二條規定，檢察官發見確定判決案件之審判有違背法令情形者，應具意見書將該案卷宗及證物送交最高法院檢察署檢察總長；第四百四十三條規定，提起非常上訴，應以非常上訴書敘述理由，提出於最高法院為之。其以言詞提出者，為法所不許；且此非常上訴應敘述理由，此與通常訴訟程序之第三審上訴書狀，其理由與書狀可分別提出，即理由可於後補提者（刑事訴訟法第三百八十二條第一項參照）不同。所謂敘述理由，即敘述原確定判決之案件，其審判有何違背法令之事實及證據而言，亦因其理由須為此等事項之敘述，是以於提起非常上訴時，應併將該案之卷宗及證物送交最高法院，此刑事訴訟法雖未規定，但解釋上必須如此，否則，最高法院將無可據以為審判也。從而，檢察總長提起非常上訴，應併將證明所指審判違背法令之情形所憑之相關卷宗及證物，送交最高法院，俾得據以審判，始為適法。抑且，非常上訴顧名思義乃屬非常之救濟程序，衡以最高法院檢察署檢察官係屬法律專家，理應知悉於此，其未提出者，最高法院自無命補正之必要。經查，本件非常上訴（由被告請求檢察總長提起），僅檢送非常上訴書，並未檢附所憑之相關卷宗及證據，本院無從據以審認，揆諸上揭說明，即難謂適法。

參考法條：刑事訴訟法第四百四十二條、第四百四十三條。

#### 十七、一〇五年度台非字第一二〇號（裁判書全文）

被告鍾枝輝所犯如原確定裁定附表所示之罪，業經法院先後判處如附表所示之刑，均經分別確定在案，檢察官以原確定裁定法院為犯罪事實最後判決之法院，聲請定其應執行之刑，併諭知易科罰金折算標準，經審核結果，認於法並無不合，定應執行有期徒刑三年二月，其中三月，如易科罰金，以一千元折算一日，另二年十一月，如易科罰金，以二千元折算一日（按其易科罰金標準

經折算後為九萬元加上二百十萬元合計二百十九萬元）。其所定應執行有期徒刑三年二月，在各刑中之最長期之有期徒刑五月以上，全部各罪合併之刑（五月加上五月乘以十再加上三月乘以八，合計為有期徒刑七十九月，即有期徒刑六年七月，如以附表編號 2 至 19 已另定應執行刑有期徒刑二年十一月，與編號 1 有期徒刑五月合計為有期徒刑三年四月）以下，如易科罰金依其折算標準分別折算後，亦同（依原確定裁定所定應執行刑折算合計為二百十九萬元，在各罪最長期折算為三十萬元以上，各罪合併刑期折算為四百五十九萬元之下，如附表編號 1 與附表編號 2 至 19 已另定應執行折算為二百二十五萬元），原確定裁定符合刑法第五十一條第五款，第四十一條之規定，未逾外部界限，亦未有濫用裁量權之情形，均屬於原審自由裁量事項，於法並無不合。

參考法條：刑法第四十一條、第五十一條第五款。

#### 十八、一〇五年度台非字第一三三號（裁判書全文）

定應執行刑之裁定，與科刑判決有同等之效力，於裁定確定後，如發現有違背法令之情形，自得對之提起非常上訴。又非常上訴旨在糾正法律上之錯誤，藉以統一法令之適用，不涉及事實認定問題，故非常上訴審應依原裁判所確定之事實為基礎，僅就原裁判所認定之事實，審核適用法令有無違誤。又裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；應依刑法第 50 條、第 53 條規定定其應執行之刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之，刑法第 50 條第 1 項前段、刑事訴訟法第 477 條第 1 項分別定有明文；因之，檢察官聲請定應執行刑之案件，法院就檢察官所聲請定應執行刑之各罪審核結果，認為均合於定應執行刑之要件而為裁定，於法並無不合；縱該裁定確定後，檢察官發現其中一罪經裁定開始再審而更行審理程序，原關於該罪之確定判決失其效力（本院 33 年上字第 1742 號、54 年台上字第 2809 號判

例參照），亦僅屬檢察官是否就所餘之罪指揮執行，或於仍有數罪時，另聲請法院裁定其應執行刑之問題，此項法院裁定確定後所生之事實變更，與判斷原定應執行刑裁定是否違背法令無關，尚難執此謂原確定裁定違背法令。

參考法條：刑法第五十條、第五十三條。

刑事訴訟法第四百三十五條、第四百四十一條、第四百七十七條。

#### 十九、一〇五年度台非字第二〇三號（裁判書全文）

訴訟條件的欠缺，於起訴之後、審理之中，能否加以補正？此於我國，法無明文，德國實務、通說，持肯定說；法國相反；日本戰前採同法國，戰後採同德國，但仍有異說。我國學者間乃有主張訴訟條件之欠缺，究竟應否准予補正，必須調和「法的安定性」與「法的具體妥當性」，經作適當之衡量後，始可決定；倘准予補正反較不許補正，更能符合訴訟整體利益，且對被告亦不致發生不當之損害者，為達訴訟之合目的性，自應許可其補正。蓋此種情形，如不許其補正，必於諭知不受理後再行起訴，徒增程序上之繁瑣，並無實益，故許其補正。細言之，學說上已發展出因當事人未異議而治癒；對被告權益未生影響而治癒；基於訴訟經濟考量而治癒；及不得治癒之瑕疵等區分。既於學理上圓融合理，在實務運作上，亦合情便民。兼顧被害人權益照料，無礙被告訴訟防禦權行使，實質正義可獲彰顯。本此，檢察官以非告訴乃論之罪起訴，經法院審理結果，認為係犯告訴乃論之罪，或裁判上一罪，其犯罪事實之一部，係告訴乃論之罪，未經告訴者，仍應許其於起訴後補正（參看司法院院字第二一〇五號解釋），此因檢察官公訴提起之作為，並無可受非難的情形存在，而被害人之權益亦由此獲得適當維護。且此種告訴之補正，依上述司法院解釋，猶不限於第一審，縱是在第二審，亦得為之。至於告訴乃論之罪，無得為告訴之人或得為告訴之人不能行使告訴權者，

該管檢察官得依利害關係人之聲請或依職權指定代行告訴人，刑事訴訟法第二百三十六條第一項固定有明文，此代行告訴制度之設計，本具有充實訴訟要件，滿足公共利益之用意，是檢察官指定代行告訴人之指定方式，並無一定限制。若檢察官偵查結果，認為被告所涉，非屬告訴乃論之罪（例如殺人未遂、重傷害），本不生指定代行告訴問題；但在案件調、偵查中，如被害人已成年、無配偶，傷重陷於昏迷，其父母不諳法律，基於親情，單憑國民法律感情，向司法警察（官）或檢察官表示欲對於該加害之被告，提出控訴，此情固不生合法告訴之效力，嗣於檢察官依非告訴乃論罪名提起公訴後，審判中，被害人之父母，經人指點，依法向民事法院聲准宣告禁治產，並取得監護人（法定代理人）身分，而刑事案件審理結果，認屬告訴乃論之罪，則先前該父母之不合法告訴瑕疵，當認已經治癒，並發生補正告訴之效果，此部分訴訟條件無欠缺，法院為實體的罪刑判決，尚難謂程序違法。唯有如此理解，才能確實保護被害人，符合現代進步的刑事訴訟法律思潮。

參考法條：刑法第二百七十七條第一項、第二百八十七條。

兒童及少年福利與權益保障法第一百一十二條第一項。

刑事訴訟法第二百三十六條第一項。

## 二十、一〇五年度台抗字第三八二號（裁判書全文）

為了避免犯罪者保有犯罪所得，以杜絕犯罪誘因，而澈底剝奪犯罪所得，食品安全衛生管理法於民國一〇三年十二月十日增訂公布第四十九條之一，於第一項明文揭示「不法犯罪所得之沒收」適用範圍，規定：「犯本法之罪者，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人外，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之；如全部或一部不能沒收時，應追徵其價額或以其財產抵償之。但善意第三人以相當對價取得者，不在此限。」故對犯罪行為人及非



善意第三人，除犯罪所得財物或財產上利益之原物沒收（下稱利得原物沒收）之外，尚包括於不能原物沒收時之替代價額之追徵及財產之抵償（下稱追徵抵償。一〇四年十二月三十日增訂公布，一〇五年七月一日施行之刑法第三十八條之一第三項統稱為「追徵價額」）。又倘不法犯罪所得未能有效及時保全，犯罪者於案發後，立即藏匿或移轉，日後縱使判決諭知沒收，也無從實現，不僅使偵查、審判作為枉然，更將令司法滿足實現正義之目的落空，因此，該條第二項明定於判決確定前對犯罪所得之保全措施：「為保全前項財物或財產上利益之沒收，其價額之追徵或財產之抵償，必要時，得酌量扣押其財產。」乃學理上所稱之「犯罪利得扣押」，賦予凍結（保全）人民財產權之法律依據，有別於保全偵查犯罪證據之「證據扣押」。

至犯罪利得扣押之標的，因所保全者係利得原物之沒收或係追徵抵償而有不同：犯罪利得原物之沒收，於判決確定後，應沒收標的之所有權或被沒收之權利自動移轉至國家；而追徵抵償，則於判決確定後，國家取得對義務人之金錢給付請求權，並以義務人之財產為責任財產以實現該債權，基此，犯罪利得扣押之標的，於保全利得原物之沒收時，係對於具體之不法所得原物為「（狹義）扣押」；於保全追徵抵償時，則是依追徵抵償價額之額度而對義務人之一般財產為「假扣押」，使其發生禁止處分之效果。再者，犯罪利得之沒收性質係類似不當得利之衡平措施，然對犯罪利得之扣押，仍具有干預人民財產權之性質，故應遵守比例原則，扣押須以有保全之必要性為要件，亦即，若無保全措施，勢將阻礙日後沒收判決之執行者，始得為之；又在保全追徵抵償之假扣押，既非原物扣押，為避免過度（假）扣押而侵害義務人之財產權，就義務人責任財產之（假）扣押範圍，同應遵守比例原則，此所以上開條項規定「酌量」之理由。又倘事實審法院依卷內資料，為合目的性之裁量，綜合審酌應沒收之不法利得數額（應追徵抵償之價額）、扣押財產之狀況、經濟價值及保全利益等

情，認扣押與比例原則無違者，核屬事實審法院本於職權所為之適法裁量，尚難逕指為違法。

參考法條：食品安全衛生管理法第四十九條之一第一項、第二項。

## 二一、一〇五年度台抗字第四〇八號（裁判書全文）

在國人的日常生活中，無論是口語或行文，都經常將「聲明」、「聲請」、「請求」及「申請」，混用不分，頗有異詞同義的情形。但是，法規文字有其嚴謹性，前二者係用在司法機關（廣義，含法院、法官和檢察署、檢察官、檢察總長）；末者用在行政機關；請求則較為中性通用。既稱聲明，乃單純將自己的意思，對上揭司法機關有所表示，一經表明，原則上不待受理機關、人員處理，即生一定的法律效果，例如聲明上訴、聲明抗告，但有例外情形，例如聲明異議、聲明疑義，受理聲明的機關，應本於職權，適切處理；而所謂聲請，顧名思義，除為聲明之外，更進一步請求受理的機關、人員，應依其職權作成一定的決定或作為（包含裁定、處分及命令；其准駁應具理由），例如聲請迴避、聲請回復原狀、聲請羈押、聲請搜索、聲請調查證據、聲請再議、聲請撤銷緩起訴、聲請交付審判、聲請簡易判決處刑、聲請再審、聲請非常上訴、聲請撤銷緩刑、聲請更定其刑、聲請單獨宣告沒收、聲請撤銷假釋等等；至於請求，通常指單方要求為如何的一定行為，而其相對受請求的機關、人員，原則上雖然不得拒絕，例如受訊問人請求於筆錄上為增刪記載、利害關係人請求逮捕通緝犯、告訴人請求檢察官上訴、被告請求對質等，但其實受請求之一方，仍有自由裁量權，甚至縱然不加置理，猶難遽謂必然違法，祇是基於現今「司法為民」的理念，恐非適宜，故無論准駁，皆宜以適當方式，使請求人得悉其請求的處理結果。

鑑於對上述各種訴訟行為，所作成的決定或作為有所不服時，其救濟、審查機制，並不盡相同，分別得提起抗告；準抗告；不得

聲明不服（如拒提非常上訴）；祇能附隨在相關本案上訴審中再行爭議，而不能獨立抗辯（如否准調查證據）；甚至祇能追究行政責任，而別無他途（如檢察官不理會告訴人上訴請求）之各種情形，故究竟其性質如何，攸關權益保障，自當審慎、清楚分辨。

從而，於司法實務運作上，就所受理當事人或其相關人員的請求、聲明或聲請案，概不受其所用詞文拘束，亦即仍應尋繹其意涵，探求真意，而後依法律規定適切處理。舉例而言，當事人雖然表示是「請求」或「聲明」，而實際上該當於「聲請」者，受理的司法機關仍應依「聲請」案件的相關規定，加以處理，並附具准駁的理由；反之，亦同。倘竟誤辦，自非適法，不能維持。

參考法條：刑事訴訟法第四百八十三條、第四百八十四條。

## 二二、一〇五年度台抗字第四三七號（裁判書全文）

當事人及依法得聲請閱覽卷宗之人（告訴代理人如為律師，依刑事訴訟法第二百七十一條之一第二項準用第三十三條規定，係屬得聲請閱覽卷宗之人），因主張或維護其法律上利益（如核對更正筆錄、他案訴訟所需，或認法院指揮訴訟方式對其訴訟權益有影響之虞等），得向法院聲請交付法庭錄音或錄影內容。法院除以涉及國家機密、當事人或第三人之隱私或營業秘密為由，得不予許可其聲請或限制交付法庭錄音或錄影內容；如屬涉及其他依法令應予保密之事項者，得為限制交付之裁定外，原則應予許可。是就上述涉及其他依法令應予保密事項，司法機關不得揭露足以識別被害人、兒童及少年身分資料之相關案件，其規範目的，旨在防止揭露上開身分資料，以免造成被害人、兒童及少年之二度傷害。倘法院已依法令規定辦理，未揭露上開應予保密之資料，或無揭露之虞，因無侵害被害人、兒童及少年之權益，自無從為限制交付，或逕為不予許可之決定。至聲請交付之法庭錄音或錄影內容，縱有部分因疏於注意而揭露上開應予保密之資料，法

院仍得視其揭露內容、程度、範圍等，以限制僅交付不含（或除去）上開應予保密資料之法庭錄音或錄影內容，以達法院組織法第九十條之一第三項後段之規範目的。

參考法條：法院組織法第九十條之一。

刑事訴訟法第三十三條。

性侵害犯罪防治法第十二條。

少年事件處理法第八十三條第一項。

兒童及少年福利與權益保障法第六十九條第二項。

### 二三、一〇五年度台抗字第五四一號（裁判書全文）

憲法第十條規定人民有居住、遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括入出國境之權利。惟為維護國家安全及社會秩序，人民入出境之權利，並非不得限制，但須符合憲法第二十三條之比例原則，並以法律定之（司法院釋字第五五八號解釋參照）。是限制人民出境，不論為行政機關之行政處分，抑或係司法機關之強制處分，均須符合「法律保留原則」及「比例原則」，方稱合憲。查受刑人假釋中付保護管束，係刑法保安處分之一種，由於受保護管束者均係經法院判處有期徒刑以上之刑確定，而尚未執行完畢之假釋受刑人，故執行保護管束者對於受保護管束人，應注意其生活行動及其交往之人（參保安處分執行法第七十四條）。倘受保護管束人在保護管束期間內，未保持善良品行，而與素行不良之人往還，或不服從檢察官及執行保護管束者之命令，或對被害人、告訴人或告發人尋釁，或未按月向執行保護管束者報告其生活情況及工作環境，甚至未經許可或核准，即離開受保護管束地等情形之一情節重大者，檢察官即得聲請法院撤銷保護管束，並由典獄長報請法務部撤銷假釋（參保安處分執行法第七十四條之二、之三），此時受保護管束人就尚未執行完畢之殘刑仍須入監服刑。是國家為擔保對假釋出獄之受保護管束人之刑罰權得以完全實現，自可在必要時限制其出境，

此為法理上所當然。又入出國及移民法第六條第一項各款係規定內政部入出國及移民署（於民國一〇四年一月二日更名為內政部移民署，下稱移民署）應禁止國民出國之各種情形，該條於九十二年二月六日修正公布，為配合保安處分執行法及少年事件處理法之規定而增列第二項：「受保護管束人經指揮執行之少年法院法官或檢察署檢察官核准出國者，不適用前項第一款（經判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢者）及第九款（依其他法律限制或禁止出國者）規定」（參該條立法理由）。而依該法條交由立法院內政及民族委員會審查通過，所提報立法院院會公決之修正條文對照表提案理由說明：「……準此，雖然受保護管束之國民，其部分自由權利確有需要予以限制，但『殺雞焉用牛刀』的將所有情形（無論刑度之輕重）均予限制，似有不當，若比照國家安全法及保安處分執行法的規定，將限制其出境的權利交由檢察官來認定，比較符合『比例原則』，同時兼顧人民權利與社會公共秩序的適當要求。」亦即認受保護管束人是否限制出境，應由執行檢察官按其刑度之輕重，在兼顧人民權利與社會公共秩序之要求下，依「比例原則」加以認定，賦予檢察官得依保安處分執行法及入出國及移民法第六條第二項之規定，合理限制受保護管束人出境。嗣該條項文字復於九十六年十二月二十六日修正公布為「受保護管束人經指揮執行之少年法院法官或檢察署檢察官核准出國者，入出國及移民署得同意其出國。」稽其立法理由雖僅略載：「照黨團協商條文通過」，惟觀之行政院提案理由說明：「……為明確主管機關及各權責機關間之分工，且簡化相關行政作業程序，爰……，並修正現行條文第二項。」足見其修正目的僅在明確主管機關及各權責機關間之分工，就受保護管束人須經指揮執行之少年法院法官或檢察署檢察官核准始得出國之規定，則無變更。另依保安處分執行法第七十四條之二第五款規定：「受保護管束人在保護管束期間，非經執行保護管束者許可，不得離開受保護管束地；離開在十日以上時，應經檢察官

核准。」所謂「受保護管束地」，參照同法第六十四條第一項、第六十九條之一等規定，應係指「受保護管束人日常生活之住居所地或為特定行為之所在地」，是受保護管束人出國，不論係觀光、就醫、探親、奔喪或工作，均屬離開受保護管束地之行為。參照入出國及移民法第六條第二項：「受保護管束人經指揮執行之少年法院法官或檢察署檢察官核准出國者，入出國及移民署得同意其出國。」之規定，顯見檢察官於開始執行假釋受刑人之保護管束時，為落實保護管束之意旨，積極輔導其就學或就業，並加強監督其生活情狀，防範再犯，自得於必要時，通知移民署而為假釋付保護管束人應得核准始得出國之限制，以確保保護管束之執行。倘受保護管束人提出出國之聲請，檢察官審酌其保護管束期間之表現及聲請出境之事由，依個案之必要性核准其出國者，移民署始得依入出國及移民法第六條第二項規定同意受保護管束人出國。而入出國及移民法第六條第二項既明定須經檢察官核准，始得出國，並無出國日數之限制，則不論出國日數多寡，均須經檢察官核准。是上開受保護管束人不論出國日數，均須經核准始得出國之規定，乃係獨立之出國限制事由，與入出國及移民法第六條第一項各款所列禁止國民出國及同條第一項但書（宣告六月以下有期徒刑或緩刑者），不得禁止其出國等規定尚屬無涉。雖入出國及移民法第六條第二項未以正面方式明定「受保護管束人未經檢察官核准出國者，移民署應禁止其出國」等意旨之文字，而易滋得否限制出國之爭議，但依上述立法經過及立法理由，基於目的論解釋，仍難謂無法律依據而有違法律保留或法律明確性原則。至檢察官依職權為準駁之裁量決定時，在依法行政下，自須斟酌個案之具體情形，本乎保護管束之目的，並參考行政程序法第七條行政行為比例原則之規定，而為妥適之裁量；倘受保護管束人或其法定代理人或配偶認檢察官所為裁量有恣意之不當情事，法院自得因其等異議之聲明，而予以審究（參刑事訴訟法第四百八十四條）。又法律既規定此項異議歸由法院裁定，復

未限制法院之裁定內容，則經法院認為異議有理由而為撤銷檢察官限制出國（離開受保護管束地）之裁定者，除依裁定意旨，得由檢察官重行為適當之斟酌外，如有必要法院自非不得於裁定內同時諭知准予出國，以達救濟目的（參司法院釋字第二四五號解釋）。此與刑事訴訟法第四百十六條第四項準用同法第四百十三條，關於法院就準抗告案件得撤銷或變更檢察官處分之規定，具有同一之法律上理由。

參考法條：憲法第十條。

入出國及移民法第六條第一、二項。

保安處分執行法第六十四條、第六十九條之一、第七十四條之二、之三。

#### 二四、一〇五年度台抗字第八三〇號（裁判書全文）

法院因受理刑事訴訟案件，於職權範圍內作成或取得之各種存在於文書、磁碟等媒介內之訊息，屬政府資訊公開法所指之政府資訊。於訴訟進行中，關於訴訟卷宗、證物等之檢閱、抄錄或攝影，涉及被告訴訟基本權之保障，被告及其辯護人之檢閱，應依刑事訴訟法及其相關規定辦理。於訴訟終結、判決確定後，訴訟關係消滅，相關訴訟卷宗、證物等政府資訊之檢閱或公開，已與被告訴訟權保障或防禦權之行使無關，而與被告法律上利益或保障人民知的權利有關。因現行刑事訴訟法就此無相關規定，關於確定刑事案件卷證資訊之公開，除其他法令另有規定（如檢察機關律師閱卷要點第二點及法院組織法第 90 條之 1）外，應依檔案法或政府資訊公開法之規定，向檔案管理機關或政府資訊持有機關申請辦理。

參考法條：刑事訴訟法第三十三條第二項。

政府資訊公開法第三條。

法院組織法第九十條之一。

## 二五、一〇五年度台抗字第九〇七號（裁判書全文）

按裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；又數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第五十一條之規定，定其應執行之刑，刑法第五十條第一項前段、第五十三條分別定有明文。次按依刑法第五十三條及第五十四條應依刑法第五十一條第五款至第七款之規定，定其應執行之刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之，復為刑事訴訟法第四百七十七條第一項所明定。此數罪併罰之定應執行刑，係出於刑罰經濟與責罰相當之考量，本含有恤刑性質，故二裁判以上之數罪應併合處罰者，須在該數罪之刑全部未曾定應執行刑，且尚未全部執行完畢前，聲請定其應執行之刑，始有實益。檢察官聲請定應執行刑之數罪中，倘有部分罪刑已執行完畢者，因僅係檢察官指揮執行時，應如何予以扣抵之問題，要與定應執行刑無涉，參照本院四十七年台抗字第二號刑事判例意旨，法院不能因此即認檢察官之聲請為不合法，予以駁回；惟該數罪前曾分別經定應執行刑並已全部執行完畢時，因受刑人已受恤刑之利益，且已無剩餘之罪刑可供執行，檢察官即無再聲請法院定應執行刑之必要，檢察官如對於此已全部執行完畢之數罪聲請定其應執行刑，法院自得不予准許。

參考法條：刑法第五十條、第五十一條、第五十三條。

刑事訴訟法第四百七十七條。

## 二六、一〇五年度台抗字第九二七號（裁判書全文）

刑法第五十七條之規定，係針對個別犯罪為科刑裁量時，明定科刑基礎及尤應注意之科刑裁量事項，屬宣告刑之酌定。至數罪併罰合併定應執行刑之制度目的，在就所犯數罪，以各罪宣告刑為基礎，合併後綜合評價犯罪人最終應具體實現多少刑罰，方符合罪責相當要求並達刑罰目的。足見宣告刑與應執行刑有別，其應裁量事項，論理上應有不同。刑法第五十一條明定數罪併罰之方



法，就宣告多數有期徒刑者，於該條第五款所定界限內，其衡酌之裁量因子為何，法無明文。惟依其制度目的，應綜合評價各罪類型、關係、法益侵害之綜合效果，考量犯罪人個人特質，認應對之具體實現多少刑度，即足達到矯治教化之必要程度，並符罪責相當原則，以緩和宣告刑可能存在之不必要嚴苛。此裁量權之行使，屬實體法上賦予法院依個案裁量之職權，如所為裁量未逾法定刑範圍，且無違背制度目的或公平正義情形，即無違法可言。

參考法條：第五十一條第五款、刑法第五十七條。

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,32

【裁判日期】1050107

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台上字第三二號

上訴人 林伊靜

選任辯護人 池泰毅律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇四年五月二十七日第二審判決（一〇三年度上訴字第一〇四八號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署一〇二年度偵字第二九〇七、四六九二號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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

二、本件原審經審理結果，認定上訴人林伊靜有原判決事實欄所記載如附表一編號2、3二次販賣第一級毒品海洛因予洪臣豐之犯行，事證明確，因而維持第一審論處上訴人販賣第一級毒品（一罪）、共同販賣第一級毒品（一罪）罪刑之判決（均處有期徒刑），駁回上訴人在第二審之上訴。已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由；並就上

訴人否認犯罪及其所辯各節認非可採，予以論述、指駁。從形式上觀察，尚無足以影響判決結果之違法情形存在。

### 三、上訴意旨略以：

(一)上訴人民國一〇二年三月七日之警詢筆錄，及同日檢察官訊問筆錄，均係警方違反法定程序，造成上訴人之心理強制，進而取得之自白，應無證據能力，原審判決未予辨明，據以之認定上訴人犯罪，判決有違背法令之違法。理由如下：

(1)該日七時五十五分警方搜索上訴人住家結束後，無拘票即強行將上訴人押解至警局，構成非法拘束上訴人人身自由之違法逮捕、拘禁，而警方於違法逮捕、拘禁後，逕行製作警詢筆錄取得上訴人之自白，依刑事訴訟法第一百五十六條第一項、第一百五十八條之四規定，應無證據能力。

(2)該日九時至十六時三十九分，警方未依法踐行告知義務，即開始對上訴人就案情為「實質詢問」，時間長達八個多小時，且違反應全程錄音錄影之法定程序，該日上訴人之警詢筆錄，係違法取得，應無證據能力。

(3)該日十六時三十九分，警方始開始製作筆錄，於首次踐行權利告知時，惡意欺騙上訴人「有無選任辯護人不影響上訴人權益」，嚴重侵害上訴人受律師協助之權利。甚者，警方於該日二十一時十三分開始，以結果錯誤之「尿液初步檢驗報告」及「通訊監察譯文」，強迫上訴人承認施用、販賣毒品犯行，否則即要羈押上訴人。違法取得之上訴人自白，依法應無證據能力。

(4)該日搜索、警詢及偵查等筆錄，司法警察官、檢察官均未告知上訴人所犯罪名、法條，以及違反該罪之法定刑度，致上訴人無從有效行使防禦權，違反刑事訴訟法第九十五條第一項第一款之規定，進而亦違反憲法第八條、第十六條，以及公民與政治權利國際公約第十四條等規定。該日筆錄，應無證據能力。

(5)該日警詢筆錄，係上訴人遭違法拘束人身自由，為警反覆脅迫羈押，心生恐懼又無辯護律師在場協助，乃按照「通訊監察譯文」內容虛構情節，與卷內其他證據多有不符，欠缺任意性及真實性，依刑事訴訟法第一百五十六條第一項規定，應無證據能力。

(二)上訴人於一〇二年三月七日因警方非法逮捕拘禁後移送檢察署，警察以非法拘禁人身自由之不正方法使上訴人之身體、精神強制之狀態，延伸至檢方偵訊時依舊存在，亦即警詢筆錄之非任意性自白排除效力應延續至檢察官偵訊階段，故上訴人於該日檢察官偵訊時之自白不具任意性，不得作為認定事實之依據，原審採為證據，有判決違背法令之處。

(三)上訴人於一〇二年四月二十三日之警詢筆錄及其同日偵查中訊問筆錄，因受不正詢問而配合警方要求，依通訊監察譯文記載為虛偽自白，上訴人該日警詢及偵查中之供述亦不具任意性及真實性，應不得作為認定事實之依據，原判決未查，自有判決違背法令之違法。

(四)證人洪臣豐一〇二年三月十五日之警詢筆錄，經原審法院勘驗光碟，發現洪臣豐於警詢筆錄製作當時，確有毒癮發作，不停流眼淚、流鼻涕、打哈欠，甚至雙眼闔上打瞌睡等身體不適且精神不濟等情，且警方反覆誘導、強勢干擾，故證人洪臣豐該日筆錄確有信用性及憑信性之嚴重瑕疵，其警詢所述顯不具有較可信之特別情況，應無證據能力。另證人洪臣豐一〇二年三月十八日偵查筆錄，經原審法院勘驗光碟，發現洪臣豐涉及施用毒品罪嫌，經警方強制拘提到庭，檢察官隨即以一〇二年三月十五日警詢筆錄記載內容質問，洪臣豐冀邀毒品危害防制條例第十七條第一項減免其刑之寬典，因而不敢作出與警詢筆錄相反之回答，依刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項除書之規定，顯有不可信之情況，應無證據能力，原審將洪臣豐上開二筆錄採為認定上訴人犯罪之依

據，自屬判決違背法令。

(五)上訴人偶然代接其配偶黃弘彬（所犯販賣第一級毒品罪，業經判決確定）電話，通話內容無涉買賣要素之意思形成，客觀上所實施者，係犯罪構成要件以外之行爲。且上訴人根本不瞭解其所通話內容涉及毒品交易，主觀上無販賣毒品或幫助販賣毒品之故意，更遑論與黃弘彬有販賣毒品之犯意聯絡。原判決認上訴人突然接獲購毒者林春平來電表示「我要小的」，是否知悉所稱「小的」之價金爲何，有可議之處爲理由，而撤銷第一審不利於上訴人之判決（此部分上訴人已判決無罪確定）。然原判決卻認定上訴人同日接聽洪臣豐來電即知悉販賣予洪臣豐之毒品品質、數量、價格，何以同日上訴人可知悉洪臣豐來電之意，又不知悉林春平來電之意，原判決有判決理由矛盾之違法。再者，一〇一年十二月二十三日黃弘彬已取回手機自用，已親自接聽多名藥腳來電，上訴人雖有代接黃弘彬電話，但絕無參與黃弘彬販賣第一級毒品予洪臣豐之犯行，承辦員警洪振茂亦認上訴人並未有涉毒行爲，證人洪臣豐於偵查中所供上訴人使用之手機號碼與公訴人所指上訴人使用之手機號碼不符，且洪臣豐偵查中陳述，業經原審法院勘驗確無可信之特別情況，應無證據能力。而購毒者陳述非另有補強證據，不得作爲認定上訴人販毒之充分證據，洪臣豐亦證稱係黃弘彬販毒而非上訴人，上訴人確無販毒予洪臣豐之犯行，原審未予辨明，有判決違背法令之違法。

(六)證人洪臣豐於偵查中之供述，屬於「購毒者陳述」，其證明力本質上即有欠缺，且依照通訊監察譯文，亦無法證明上訴人確實與洪臣豐就毒品交易之價金、時間、地點等買賣要素達成合意，或上訴人知悉洪臣豐於通話中所述爲何意，無法證明上訴人於一〇一年十二月二十二日當天有交付毒品給洪臣豐之事實。此外，查無其他補強證據足以佐證洪臣豐所陳

述之事實確具有相當程度之真實性。原判決認定上訴人知悉洪臣豐於一〇一年十二月二十三日通話中所述「那個一半」，以及「舊的那裡」所指為何，認上訴人與洪臣豐已達成毒品交易上之合意，惟依該日之通訊監察譯文觀之，上訴人無非被動回應「嗯」、「喔」、「你就舊的那裡嗎？」等語，根本無從證明上訴人於該通話中對洪臣豐所述有所了解，亦未顯示上訴人對於毒品交易標的、價金、地點等買賣要素，已達成合意，原判決逕以未確定之一〇一年十二月二十二日上訴人有販賣毒品予洪臣豐之事實作為前提，擬制推測上訴人一〇一年十二月二十三日之犯行，有適用證據法則不當之判決違背法令。

(七)上訴人無施用海洛因之紀錄，亦無證據證明有任何販賣海洛因之事實，不了解海洛因之價格，更遑論對於販賣後所得利益、買賣之間有無差價利潤可圖等攸關販賣毒品行為人意圖營利主觀要件之事項能有所認知，是上訴人根本不具販賣毒品之主觀上營利意圖。原判決泛言推論上訴人具有販賣毒品之主觀營利意思，未於理由內說明憑以認定之證據，有適用證據法則不當之違背法令。

(八)原審法院對於上訴人究竟有無毒品可供販賣，毒品來源、取得管道為何？等對於公平正義之維護及上訴人之利益有重大關係之事項，未依職權調查證據，逕為上訴人有罪之判決，有應於審判期日調查之證據未予調查之當然違背法令等語。

#### 四、經查：

(一)原判決並未援引上訴人一〇二年三月七日之搜索扣押筆錄、警詢筆錄及同日偵查筆錄作為認定上訴人有事實欄所載如附表一編號 2、3 犯行之依據，雖原判決對於該日各該筆錄證據能力之判斷為論述，然對於上訴人有罪部分之判決結果均不生影響，上訴意旨(一)、(二)，未依據卷內訴訟資料為具體指摘，非適法之第三審上訴理由。

(二)按刑事訴訟法第一百五十六條第一項有關自白證據排除之規定，旨在維護被告陳述與否之意思決定與意思活動自由權。被告自白須出於自由意志，且與事實相符，始具有證據適格。設若被告自白係出於偵查人員以不正方法取得，該次自白因欠缺任意性，固不得為證據，但嗣後於不同時空由不同偵查人員再次為訊問，若未使用不正方法，則其他次自白是否予以排除（學理上稱之為非任意性自白之延續效力）？須視其他次自白能否隔絕第一次自白之影響不受其污染而定。而非任意性自白延續效力是否發生，應依具體個案客觀情狀加以認定，倘若偵訊之主體、環境及情狀已有明顯變更而為被告所明知，除非證據足以證明被告先前所受心理上之強制狀態延續至其後應訊之時，否則應認已遮斷前次非任意性自白之延續效力。本案上訴人於一〇二年三月七日經警詢及檢察官訊問後，諭知限制居住，其人身自由即未受拘束，嗣一〇二年四月二十三日於自由未受限制之情形下，經檢察官傳喚到案並發交警方製作第二次警詢筆錄，由不同之偵查人員製作警詢筆錄，上訴人於該次警詢中否認前次警詢及偵查中之自白（即附表一編號1部分）。另自白附表一編號2之犯罪事實，並表示「做錯事情就是要認錯」、「警方有播放錄音檔給我聽，我有看譯文，因為那一天我老公黃弘彬有被警方查獲，所以我有印象。」（見偵卷第一一二、一一三頁），至於附表一編號3之事實則表示「真的沒印象」、「這二通是我和洪臣豐通話沒錯，我真的忘記到底有沒有去。」等語（見偵卷第一一三頁反面）。就犯罪事實部分否認、部分自白、部分表示沒印象，嗣檢察官於同日複訊時，其供稱：警局所講實在，警察並未對其施以強暴、脅迫、威脅、利誘或其他不正方法，其有跟洪臣豐收取三百元並再次否認附表一編號1之事實（見偵卷第一三〇、一三一頁）。姑不論，上訴人一〇二年三月七日之警、偵訊筆錄是否因不具任意性而應

予排除，其一〇二年四月二十三日警詢、偵查筆錄距其爭執之第一次警詢時間已超過一個半月，偵訊之時間、主體、客觀環境及情狀均已不同，且上訴人就所涉犯行部分否認、部分自白、部分表示沒印象，顯係基於自由意志陳述，尚難認上訴人主張第一次警詢時所受心理上強制狀態延續至該次應訊之時，依上開說明，應認其一〇二年四月二十三日警詢及偵查筆錄均有證據能力。上訴意旨(三)所指，容有誤解，原判決將之採為認定犯罪事實之依據，於法尚無不合。

(三)證人洪臣豐於一〇二年三月十五日警詢光碟經原審法院勘驗，認警方詢問人員並未誘導詢問，詢問期間洪臣豐雖有打呵欠略有睏意情形，然對警員之問答多能明瞭，並予回答，因而判斷證人洪臣豐意識清楚，精神狀態足以接受詢問，並無信用性及憑信性之嚴重瑕疵（見原判決第十二至十六頁），原判決已就證人警詢時之客觀上環境及條件，整體加以觀察而為判斷；另證人洪臣豐同年月十八日偵訊光碟同經原審法院勘驗，認證人洪臣豐陳述時之心理狀況未受妨礙，無顯不可信之情況（見原判決第十六至二十三頁），原判決認定上開證人洪臣豐之陳述均具證據能力，於法並無不合。上訴意旨(四)所指，自難認係合法之第三審上訴理由。

(四)採證認事、取捨證據及證據證明力之判斷，乃事實審法院之職權，苟其採證認事之論斷無違證據法則，即不容指為違法。原判決 1.認定上訴人有上開附表一編號 2 犯行，係依憑上訴人於一〇二年四月二十三日警詢及偵查中之供承、證人洪臣豐之證詞，再佐以附表二編號 1 所示通訊監察譯文內容及通訊監察書等卷證，認此部分犯罪事實足堪認定。並說明：(1)證人洪臣豐於一〇一年三月十五日警詢時對於員警的問題均能切題回答，且清楚證述二次向上訴人購買海洛因，確定交易成功；其不願意出庭指證，是怕黃弘彬會來找其等語；嗣於一〇一年三月十八日檢察官偵訊時，亦證稱：跟上訴人



買過二次，有在相片及通聯譯文旁邊簽名、蓋指印，其精神狀況聽得懂檢察官的訊問等語。證人洪臣豐於警詢、偵訊時陳述一致，且能明確表達不願出庭指證黃弘彬與上訴人之理由，顯然能夠清楚瞭解員警所問問題及其回答之內容與後果。其於第一審雖翻異前詞，改稱當天在交易地點等了一、二個小時才拿到毒品云云，係迴護上訴人之虛偽證述，無足採信。本次毒品交易係上訴人出面交付海洛因及收取價金一節，應堪認定。(2)證人黃弘彬於一〇一年十二月二十二日當日因持有毒品遭警逮捕並移送台灣屏東地方法院檢察署訊問，至二十一時十六分許始結束偵訊，此有該案刑事案件報告書、偵訊筆錄可稽。而上訴人與證人洪臣豐均陳稱本次毒品交易時間在二十一時許，且互核相符，顯無可能如證人黃弘彬證稱：當日係其拿毒品與洪臣豐交易云云，證人黃弘彬所證係迴護上訴人之虛偽證述。上訴人辯稱：當日係由黃弘彬出面赴洪臣豐之約，亦不足採信。2.認定上訴人有上開附表一編號3犯行，係依憑證人洪臣豐於警詢、偵查中證稱上訴人有於附表一編號3所示之時間接聽其購毒電話，並與之議定交易金額、時間、地點等事實，佐以附表二編號2、3所示通訊監察譯文內容及上訴人亦不否認該等通訊監察譯文係其與洪臣豐通話等情，並有通訊監察書可佐，此部分犯罪事實足堪認定。並說明：(1)上訴人於原審一〇三年十二月一日開庭時始辯稱其僅係代正在洗澡之黃弘彬接聽電話並傳話予洪臣豐云云，距離案發時已長達二年之久，若上訴人上開所辯為真，理應於警詢及偵查時即將此情供出，而非二年之後，始為此抗辯，倘上訴人確係代黃弘彬傳話予洪臣豐，亦無於電話中向洪臣豐表示「好，我馬上到」，而非「他」馬上到，是上訴人所辯及證人黃弘彬迴護之證詞，均不足採信。(2)附表二編號3之監聽譯文內容，有關證人洪臣豐「那個一半，我十分鐘到」及上訴人「你在哪裡」、「舊的那裡嗎」、「

我馬上到」等內容及洪臣豐證述相符，堪認上訴人係與洪臣豐議定交易毒品海洛因之金額、時間、地點。上訴人辯稱不知係海洛因云云，不足採信。(3)依證人黃弘彬、洪臣豐均證稱係黃弘彬交付毒品及附表二編號 2、3 所示通訊監察譯文，上訴人於與洪臣豐通電話時，尚未到達現場，不能認係交付毒品之人，依罪證有疑利於被告之法則，認此次出面交付毒品收取價金者係黃弘彬，上訴人與黃弘彬具共犯關係。3.販賣毒品海洛因係違法行為，無公定價格，販賣者藉價差或量差牟利之方式雖異，其意圖營利之販賣行為均同。且海洛因量微價高，取得不易，販賣率有暴利可圖。我國查緝販賣海洛因執法甚嚴，對於販賣毒品者科以重度刑責，苟非意圖販賣營利，上訴人焉有可能甘冒重度刑責而提供毒品海洛因與他人並收取價金，或接聽購毒者電話並議定交易金額、時間、地點之行為，上訴人主觀上係基於營利之販賣意圖而為等情。俱憑卷證資料逐一審酌論述及指駁，經核尚無悖經驗及論理法則。有關上訴人於附表三編號 2 接獲林春平來電表示「我要小的」部分，原判決係認上訴人與林春平就買賣毒品之「數量」，雙方意思表示合致，但依通話內容並未提及「價金」，就交易地點亦未達成合意，與上訴人就附表一編號 2、3 部分有提及「一半」、「3」等內容，而得認定上訴人就買賣毒品之數量、價金已有合意，自屬二事，無相左之處。又原判決並就全案證據資料，參互佐證，為綜合判斷，而認定上訴人營利之事實及意圖，核無判決理由矛盾及違背證據法則之處。上訴意旨(五)至(七)係就原審採證、認事職權之行使或已調查、說明論斷之事項，徒以自己之說詞或持不同之評價，重為事實之爭執，泛指原判決違法，難謂係適法之第三審上訴理由。

(五)依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無

限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定者，始足當之。因此，事實審法院得本於職權裁量之事項，而綜合其他證據已可為事實之判斷者，非可認係應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。上訴人於警詢中供承其所販賣之毒品海洛因係取自其夫黃弘彬之小皮包內（見偵卷第一一三頁反面），而證人黃弘彬亦坦認其所販賣之海洛因係向綽號「國良」者購買等語（見警詢卷第一七六頁反面），原判決認綜合全案卷證，已足認定上訴人之犯行。且原審於審理期日，審判長問：「尚有何證據請求調查？」，上訴人及其辯護人均稱：「無」等語（見原審卷三第二一三頁），則原審認事證已明，未再為無益之調查，並非調查未盡，上訴意旨(八)所指自非適法之第三審上訴理由。

(六)其餘上訴意旨，亦係對原審取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使及原判決理由已經說明之事項，徒以自己之說詞，再事爭辯，泛指原判決違法，自非適法之第三審上訴理由，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 一 月 七 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 陳 宗 鎮

法官 何 菁 菝

法官 李 英 勇

法官 江 振 義

法官 蘇 素 娥

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 一 月 十二 日

Q

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,88

【裁判日期】1050113

【裁判案由】家暴傷害致人於死等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台上字第八八號

上 訴 人 王慧瑩

選任辯護人 嚴庚辰律師

上 訴 人 李易哲

選任辯護人 簡承佑律師

張育誠律師

上列上訴人等因家暴傷害致人於死等罪案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇四年八月二十七日第二審判決（一〇四年度上訴字第二八六號，起訴案號：台灣雲林地方法院檢察署一〇三年度偵字第八七六、三三九五號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於甲○○共同傷害致人於死部分撤銷，發回台灣高等法院台南分院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷發回部分（即上訴人甲○○共同傷害致人於死部分）

一、原判決認定甲○○（行為時尚未成年）有其犯罪事實欄（下稱事實）二所載之與上訴人丙○○（丙○○此部分之上訴因不合法法律上之程式而駁回，詳後述）共同傷害甲○○年僅2歲之女兒A童（人別資料詳卷）致A童於死、共同對A童施以凌虐妨害A童身心自然發育及共同非法剝奪A童行動自由之犯行，均甚為明確，因而撤銷第一審關於甲○○該部分之無罪判決，改判論甲○○以共同傷害致人於死罪（與共同妨

害幼童發育罪，依法規競合法理，適用傷害致人於死罪論處）及共同剝奪人行動自由罪，依想像競合犯之規定，從一重之共同傷害致人於死罪處斷，處有期徒刑8年6月。固非無見。

二、惟按以消極之不作爲方法，實現犯罪構成要件之不作爲犯，有純正不作爲犯（如刑法第149條聚眾不散罪、第294條第1項消極遺棄罪等）及不純正不作爲犯之分，應予區別。不純正不作爲犯，依刑法第15條第1項規定：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止，與因積極行爲發生結果者同。」係以人之行爲發生一定之結果，有因積極行爲引起，有因消極之不作爲引起，無論作爲或不作爲，法律上之效果相同，但犯罪之成立，除在客觀上，應有積極作爲或消極不作爲之犯罪行爲外，並應在主觀上有故意過失，始足當之，故該條項乃意指消極行爲之犯罪與積極行爲之犯罪，在法律上有同一之效果，並非對於犯罪行爲之意思要件，特設例外規定（本院29年上字第2776號判例意旨參照），是被告之行爲縱令客觀上係違反法律上之防止義務，仍應視其主觀上犯意之有無及其內容爲何，定其應負之刑責。又刑法上之幫助犯，固以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行爲而成立，惟所謂以幫助他人犯罪之意思而參與者，指其參與之原因，僅在助成他人犯罪之實現者而言，倘以合同之意思而參加犯罪，即係以自己犯罪之意思而參與，縱其所參與者爲犯罪構成要件以外之行爲，仍屬共同正犯，又所謂參與犯罪構成要件以外之行爲者，指其所參與者非直接構成某種犯罪事實之內容，而僅係助成其犯罪事實實現之行爲而言，苟已參與構成某種犯罪事實之一部，即屬分擔實行犯罪之行爲，雖僅以幫助他人犯罪之意思而參與，亦仍屬共同正犯。此爲現行實務上一致之見解。是就共同正犯與從犯之區別，係採主觀（是否以合同之意思即以自己共同

犯罪之意思而參與）、客觀（是否參與構成要件行為）擇一標準說（參見民國 94 年 2 月 2 日修正公布之刑法第 28 條之修正立法理由）。而就他人故意積極作為之犯罪所侵害法益具體結果之發生，負有法律上防止義務之人（即立於保證人地位者，下以此稱之），若對該他人之犯罪有所參與，其究竟應負共同正犯或從犯之責，原則上仍應依上開共同正犯、從犯之區別標準決定之。其中立於保證人地位者，縱僅消極不為阻止或防止行為，惟其與故意作為之正犯間，若於事前或事中已有以自己犯罪意思之共同正犯之犯意聯絡，其即係利用作為正犯之行為以達成其等共同犯罪之目的，即便其參與之方式，在形式上係以消極不阻止或防止之不作為使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現，而未參與作為之構成要件行為，亦係共同正犯。若立於保證人地位者，對他人故意積極作為之犯罪，與該他人間並無共同正犯之犯意聯絡，而僅能認有幫助之犯意，且其僅有上述使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現之消極不阻止或防止之不作為時，應成立該故意作為犯之幫助犯；若其主觀上亦難認有幫助之犯意（如對故意作為犯之作為無認識等），則在有過失犯處罰明文規定情形下，視其對故意作為犯之犯罪所造成之結果，是否符合應注意、能注意而不注意之過失要件，論以過失犯。至於本院 27 年上字第 2766 號判例意旨所稱：「…若於他人實施犯罪之際，僅以消極態度不加阻止，並無助成正犯犯罪之意思，及便利其實施犯罪之行為者，即不能以從犯論擬。」係指對他人犯罪侵害法益之結果，法律上無防止其結果發生義務者之情形而言，對有刑法第 15 條規定適用而立於保證人地位者，無援用之餘地。次按刑法第 13 條第 1 項、第 2 項雖分別規定行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意；行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。前者為確定故意（

直接故意），後者為不確定故意（間接故意）。惟不論係何者，皆係針對「構成犯罪之事實」而言，此「構成犯罪之事實」包括正犯、幫助犯乃至於教唆犯之構成犯罪事實，而非僅限於正犯者。本院 101 年 11 月 27 日 101 年度第 11 次刑事庭會議決議所謂有意思聯絡之行為人分別基於直接故意與間接故意實行犯罪行為，可成立共同正犯，乃係指各該行為人均符合上開共同正犯之要件時，縱其等彼此間聯絡之犯意態樣，有直接故意及間接故意之別，仍不影響共同正犯之成立，要非變更前開實務所採之共同正犯、從犯之區分標準。經查：

- (一)、原判決事實二認定甲○○就丙○○於 102 年 11 月中旬至 12 月初某日起迄同年 12 月 23 日止，在其二人同居之處所，對 A 童接續毆打（傷害）、凌虐、剝奪行動自由之犯行，與丙○○有犯意聯絡（見原判決第 2 至 3 頁），並於論罪時說明對丙○○所為傷害致人於死之傷害犯行及剝奪人行動自由之犯行，甲○○與丙○○均有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯（見原判決第 17 頁，理由參、(四)）。然依原判決認定之事實，客觀上對 A 童為故意毆打（傷害）、凌虐、剝奪行動自由等積極作為者，僅丙○○一人，甲○○對 A 童並無任何積極作為之侵害行為，原判決雖謂：甲○○對 A 童有保護義務，既知悉僅口頭制止無法阻止丙○○繼續對 A 童施虐，即負有救護 A 童免於遭受丙○○虐待對待甚至走避上開受虐環境之作為義務，而當時又無不能救護之情形，竟坐視不救，僅從事無效之口頭制止行為，未為任何讓 A 童脫離遭虐環境之積極作為，致 A 童終遭虐待致死，甲○○對於構成犯罪事實之發生，居於可防止之地位而不防止，其不防止之行為，要與積極行為發生結果者同，即與結果間有相當因果關係，甲○○就丙○○上開行為自應負相同之正犯罪責等語（見原判決第 11 至 12 頁，理由貳、一、(三)之 4）。惟此顯係僅以刑法第 15 條第 1 項規定之不純正不作為犯客觀要件而論，就甲○○

主觀上犯意之內容為何，並未說明。且依原判決之認定，甲○○未將A童帶離遭丙○○持續毆打、施虐及剝奪行動自由之環境，乃未為有效防止結果發生之行爲，係屬違反作為義務；然甲○○終究並非著手對A童為積極傷害、施虐及剝奪行動自由等作為之人，其違反之義務，係未使A童脫離上述受虐環境之作為義務，是其未為有效防止或阻止結果發生之不作为，縱認應與在物質上或精神上積極給予丙○○實現上揭犯罪之助力等價，然仍無以逕行將之評價為與丙○○所實行之犯罪構成要件行為相當，自難遽認甲○○之不作为係屬參與丙○○所為相關故意犯行之構成要件行為。原判決另又引用本院上揭決議，而抽象載稱：甲○○主觀上對A童遭丙○○虐待、限制人身自由及飲食之事實既然有所認知，仍容任該事實持續發生，顯然有「即使如此亦無所謂」之間接故意，其與丙○○就上開行為之實施，自得合而為一，形成犯罪意思之聯絡，且係以消極不救助行為參與上開犯罪行為，應與丙○○就上開犯行成立共同正犯云云（見原判決第11至12頁，理由貳、一、(三)之4）。此項論斷，不僅將間接故意與共同正犯之犯意聯絡之認定，混為一談，且就甲○○對丙○○所為上揭故意作為犯行，與丙○○之間是否有以自己共同犯罪意思而參與之犯意聯絡一節，仍無一語論及。以上，原判決均非無理由欠備之可議。

(二)、原判決事實一(二)記載：於丙○○接續對A童施以毆打、凌虐，限制A童每日只能食用5片吐司，並常以鞋帶綁住A童雙手、以鞋帶或背包肩帶將A童綁於同居處所之衣帽架上之期間，甲○○起初有口頭制止，然見丙○○不予理會，甚至變本加厲後，即不再加以阻止，而係俟丙○○出門上班後，將A童解除綑綁，或在有多餘金錢時，會購買其他食物餵食A童；迨至102年12月23日上午，丙○○上班前循往例以鞋帶將A童捆綁於同居處所衣帽架，甲○○如同以往，待丙○○



出門上班後，將A童鬆綁，同日晚間6、7時許，丙○○回至同居處所時，見A童未捆綁於衣帽架而大怒，再次將A童捆綁於衣帽架，徒手毆打A童臀部及大腿等處，並以硬底拖鞋大力揮打A童頭部，直到甲○○予以制止，始行停手，其後甲○○餵食A童吐司並哄A童睡覺，此時A童已略呈癱軟狀，待A童睡著後，丙○○與甲○○二人出門前往網咖，至翌（24）日凌晨3、4時許返回租屋處，丙○○見A童睡在其床鋪位置並且尿床，一時大怒，再徒手毆打A童臀部及腹部，甲○○出言制止，丙○○將A童抱到浴室，以毛巾塞住A童嘴巴，並以鞋帶將A童綁在浴室淋浴用水龍頭處沖水，繼續徒手毆打A童腹部及屁股，並對A童稱：「妳那麼想死，我送妳去見閻王」（然A童年僅2歲餘，尚無法理解上開言詞內容，故不構成恐嚇危害安全罪），直至A童氣息微弱始行罷手，將A童抱出浴室交給甲○○，期間甲○○除在浴室外拍門口頭制止，並未為任何救護A童之作為等情（見原判決第2至3頁）。依原判決此一認定，甲○○係無自救力之A童之母，依法負有養育、保護A童之義務，其在丙○○對A童長期施以身心凌虐及傷害時，所為相關口頭制止、購物餵食A童、解開A童或拍門制止之動作，皆屬無效之防止或阻止行為，乃在能使A童脫離如此環境（如離開丙○○或向警方、親友求援）之情況下，未採取使A童脫離該環境之保護作為，其此項不作為，在客觀上，究屬刑法第294條第1項消極遺棄罪之純正不作為，或係同法第15條第1項所定不純正不作為犯之不作為，仍欠明瞭，亟待釐清。縱如原判決理由所載（見原判決第8至11頁），係屬後者，然甲○○既有上述制止、購物餵食等動作，102年12月23日，丙○○並因甲○○之出言制止，而將A童抱至浴室毆打，避開甲○○口頭制止之干擾。如此是否猶能認甲○○就丙○○該等故意作為之犯罪，與丙○○間有以自己犯罪意思之共同正犯之犯意聯絡

，亦顯非無疑。原判決對上開各情未詳加調查、根究明白，遽論甲○○以上揭傷害致人於死罪名之共同正犯，亦有調查未盡及理由不備之違誤。

三、甲○○上訴意旨執以指摘，尚非全無理由，且其違背法令影響於甲○○上開部分事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於此部分有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回部分（即丙○○部分及甲○○共同遺棄屍體部分）

一、按刑事訴訟法第 377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審經審理結果，認為丙○○係成年人，有事實二所載之傷害 A 童致死、對 A 童施以凌虐妨害 A 童身心自然發育、非法剝奪 A 童行動自由之犯行，丙○○與甲○○有事實三所載之共同遺棄 A 童屍體之犯行，均甚為明確，因而撤銷第一審關於丙○○部分之科刑判決及甲○○相關部分之無罪判決，改判分別論丙○○以成年人共同傷害兒童致死罪（與妨害幼童發育罪，依法規競合法理，適用傷害兒童致死罪論處）及成年人共同剝奪兒童行動自由罪，依想像競合犯之規定，從一重之成年人共同傷害兒童致死罪處斷，處有期徒刑 13 年，又論丙○○、甲○○以共同遺棄屍體罪，處丙○○有期徒刑 7 月、甲○○有期徒刑 8 月；並定丙○○應執行刑為有期徒刑 13 年 4 月。已敘述其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。對於丙○○、甲○○所為辯解認非可採，亦於理由內予以指駁及說明。

二、上訴意旨略稱：

(一)、丙○○部分

(1)A 童之頭部雖曾遭丙○○毆打，然 A 童於上開期間並無明顯病症、異狀或疼痛產生，仍得站立，且反應力及活動力均屬正常，則一般人依此客觀事實得否預見倘再毆打 A 童之頭部或其他身體部位，或雖未再毆打 A 童，然 A 童因自己哭鬧，即會致生死亡結果，乃非無疑。惟原判決就丙○○之傷害犯行及 A 童之死亡結果間是否具有因果關係，而應負加重結果犯罪責，未詳予調查釐清，遽為丙○○有罪認定，有應於審判期日調查之證據而未予調查及理由不備之違法。(2)丙○○於案發時見 A 童呼吸心跳停止，即施以心肺復甦術急救，足認其良心未泯，並於偵、審時坦承客觀事實，感到悔悟，且與告訴人即 A 童生父乙○○達成和解及賠償損失，家人對丙○○亦多有關懷教誨，顯有堪值憫恕之處。惟原判決未審酌及此，認丙○○所犯之罪行，不符合刑法第 59 條酌減其刑規定之要件，則其量刑難認已合於比例原則、平等原則及罪刑相當原則，有判決不適用法則之違法等語。

(二)、甲○○部分

(1)甲○○眼見 A 童死亡，心理遭受莫大打擊，已無任何心思預見丙○○對 A 童屍體會作何種處置，難認甲○○對此於客觀上有違反法律上之防止義務，主觀上有以不作為方式實行犯罪之故意。惟原判決以甲○○容認丙○○遺棄 A 童屍體為由，遽以其客觀上違反法律上之防止義務，而論以不作為犯，有理由不備之違法。(二)不純正不作為犯之認定與行為人犯意之判斷並無絕對關係，縱認甲○○於本案成立不作為犯，然其不作為應僅認與積極作為相同評價，尚難認其與丙○○係基於共同犯意而實行犯行。惟原判決未詳予敘明所憑理由，僅以甲○○違反作為義務為由，就遺棄 A 童屍體部分，認甲○○與丙○○間有共同之犯意聯絡及行為分擔，而論以共同正犯，亦有理由矛盾及不備之違法等語。

### 三、惟查：

(一)、刑法上之加重結果犯，係以行為人對於加重結果之發生客觀上有預見之可能，能預見而不預見者為要件。刑法第 277 條第 1 項前段之傷害致人於死罪，係對於犯普通傷害罪致發生死亡結果所規定之加重結果犯，依同法第 17 條規定，以行為人能預見其重傷害結果之發生而不預見為要件，此所謂能預見，係指客觀情形而言，與加害人本身主觀上有無預見之情形不同。原判決以 A 童屍體經法醫師解剖及檢查鑑定結果略以：發現 A 童身上存有多處鈍（瘀）傷，分佈於頭部及四肢，其雙側手腕皮膚顏色較為深沈且呈帶狀，應考慮被捆綁而掙扎所遺留下痕跡，其身體多處之瘀痕，為不同時間之傷害，與受虐兒常為多次且輕微之傷害形態不相違背，切開其頭部皮膚，出現帽狀腱膜瀰漫性出血，於左後枕部有血腫，頭骨無骨折，且未出現明顯器械傷，應考量因人力多次拍打頭部導致腦水腫，造成中樞神經壓迫而休克（神經性休克）死亡，死亡方式為他殺等語。法醫師劉景勳於檢察官偵訊時亦證稱：從 A 童頭部瀰漫性出血來看，其以前就已被打過很多次，剛開始受傷腦水腫還不嚴重時，小孩腦部可以承受比較大壓力，可能在 2、3 天腫到一定程度後才會出現症狀，若沒有治療，之後超過腦部可承受壓力時，就可能死亡，若頭部已受傷再打其他部位，小孩哭鬧，導致身體裡鹽份被帶出體外，會影響身體離子平衡，也會加速腦水腫等語。併綜觀丙○○持續毆打傷害 A 童之行爲，已可認定 A 童係遭丙○○於上開期間多次毆打身體及以硬底拖鞋大力揮打頭部造成腦水腫，最終導致神經性休克死亡。丙○○長期虐打 A 童之行爲確係造成 A 童死亡結果之原因，二者間存在相當因果關係。而參以 A 童年齡不及 3 歲，體型弱小，身體器官、機能並非健壯，依一般生活經驗法則，對於外來攻擊之抵禦能力顯然遠低於成人，而丙○○毆打之部位乃生命中樞之頭部，為脆

弱致命部位，如持續遭外力毆擊，有可能因顱內出血或傷及神經而發生死亡結果，此為一般人於客觀上所得認識，丙○○屬正常智識之人，對此當有認知，就其多次虐打A童會導致A童發生死亡之加重結果，客觀上應能預見等由，因認A童之死亡結果雖非丙○○主觀上所預見，其仍應負傷害致人於死之罪責。已依卷內證據資料，詳為說明，其此部分論斷，無理由不備或調查未盡之違法可言。丙○○上訴意旨(1)顯係對原判決已說明之事項，徒憑己意，漫事爭執，尚非適法之第三審上訴理由。

(二)、採證認事、取捨證據及證據證明力之判斷，乃事實審法院之職權，苟其採證認事之論斷無違證據法則，即不容任意指為違法。原判決係依憑丙○○所為伊將A童屍體丟棄於水圳中等語之自白，佐以證人即於水流中發現A童屍體之黃吉生之證詞，雲林縣警察局虎尾分局元長分駐所102年12月30日受理各類案件紀錄表、A童屍體發現地點之現場圖、Google示意圖、現場照片，並參酌甲○○相關之供述等證據資料，綜合判斷，本於事實審推理之作用，認定甲○○確有事實三所示之與丙○○共同遺棄A童屍體之犯行。並說明：甲○○承認其全程目睹丙○○將已失去呼吸心跳之A童及衣物放入袋內攜出之經過，丙○○亦證稱：發現A童無法恢復呼吸及心跳後，甲○○抱著A童問伊要怎麼辦，伊說如果送醫可能會讓伊等行蹤曝光，甲○○沈默快5分鐘，伊說不然伊把屍體處理掉，甲○○沒有說話，伊就幫A童換穿粉紅色洋裝及襪子，拿棉被袋將A童放進去，之後就攜出騎車找尋棄屍地點等語，參諸丙○○將A童屍體攜出前，並未聯繫殯葬業者，或為辦理後事之準備，且時值深夜，火葬場尚未運作等情觀之，丙○○攜帶A童屍體外出，應僅有棄屍一途，甲○○為具正常智識之人，對此情當有所認知，縱使丙○○對甲○○當場之詢問未予明確之回答，亦無法為甲○○有利之認定。

甲○○既為A童之生母，對A童屍體負有安葬之義務，其知悉丙○○要遺棄A童屍體，依刑法第15條第1項規定，即有阻止丙○○為上開作為之義務，甲○○於第一審亦曾供稱：當時（丙○○抱A童屍體出門之前）沒有阻止丙○○，也沒有要求丙○○火化或埋葬等語，足見甲○○應防止而未防止。且甲○○於知悉丙○○要遺棄A童屍體之情形下，卻容任丙○○將A童屍體置入袋內於深夜攜出，顯就丙○○遺棄屍體行為，與丙○○間達成默示之合致，而有共同犯罪之意思聯絡，自應與丙○○負共同正犯之責等情。所為此部分論斷，俱有卷內證據資料可資覆按。查：甲○○既有安葬A童屍體之義務，又開口詢問丙○○要怎麼辦，已在徵詢丙○○如何處理A童屍體，丙○○復已明白告知若將A童送醫可能會讓伊等行蹤曝光，並稱：不然伊把屍體處理掉云云，甲○○縱未答話，亦可證其對丙○○欲將A童屍體棄於不易為人發覺之處，已有認識，且顯無何不能出言阻止或表達意見之情事存在，惟其仍任由丙○○將A童攜出，在丙○○將A童屍體攜出前又不為任何提議，自足認其就丙○○遺棄A童屍體之行為，與丙○○達成共同犯罪意思之默示合致，乃以自己共同犯罪之意思，不為任何阻止之動作，以資配合，縱認其不為阻止之配合動作，非屬遺棄屍體之構成要件行為，然依前述共同正犯與從犯區別標準之說明，甲○○就丙○○遺棄A童屍體之犯行，仍應成立共同正犯。原判決理由載稱甲○○與丙○○間就遺棄A童屍體犯行有默示合致，理由縱較為簡略而已，仍與判決不備理由或理由矛盾之違法情形，尚有未合。甲○○此部分上訴意旨，係就屬原審採證認事職權之行使，徒憑自己之說詞，而為事實上之爭執，不能認係適法之第三審上訴理由。

(三)、刑法第59條減輕其刑之規定，必須犯罪另有其特殊之原因與環境等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最

低刑期，猶嫌過重者，始有其適用，此屬事實審法院得依職權審認、裁量之事項。原審認丙○○本件犯行，並無客觀上足以引起一般同情及情輕法重之處，無適用刑法第 59 條酌減其刑規定之餘地，已詳述其理由（見原判決第 18 至 19 頁，理由參、(七)），不生違背法令之問題。丙○○上訴意旨(2)亦非上訴第三審之合法理由。

四、其餘上訴意旨亦係就屬原審自由判斷證據證明力職權之適法行使，任意指摘，均不能認係適法之第三審上訴理由。本件關於丙○○部分及甲○○共同遺棄屍體部分之上訴，顯俱屬違背法律上之程式，均應予駁回。

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

中 華 民 國 一〇五 年 一 月 十 三 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 卿

法官 楊 力 進

法官 王 復 生

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 一 月 十 五 日

V

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,142

【裁判日期】1050114

【裁判案由】家暴公共危險

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台上字第一四二號

上 訴 人 劉智勇

上列上訴人因家暴公共危險案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇四年七月八日第二審判決（一〇四年度上訴字第六二號，起訴案號：台灣嘉義地方法院檢察署一〇三年度偵字第二一九一、二六四六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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

二、本件上訴人劉智勇上訴意旨略以：

(一)系爭住宅乃其與家人共同居住之處，若燒燬，全家將失去住處，其無放火燒燬之動機。其點火目的在洩憤，且母親劉陳○鳳於其放火3至5分鐘後回家，猶能自力滅火，可見火勢甚微小，其有無放火罪故意，即有可疑，應為有利其之認定。

原判決認其有放火故意，尚有違誤。

(二)刑法第173條第1項之規範目的，在於保護公共安全。倘放火人犯已明知放火行為並不致遭受何種意外危害，且若無不知



情之他人在內時，依本院 28 年上字第 3218 號判例意旨，應認與該條放火罪之客體不符，而不成立該罪。另系爭住宅係獨棟建築，四週無其他建物，且屋內僅其一人而無他人在場，則其主觀上顯無法預見本件放火行為將損害其他多數人之生命、身體、財產安全，客觀上亦不致對該棟房屋以外之他人住宅，造成任何危險或公共危險。其無公共危險之犯意與行為，依上開判例意旨，應不能論處刑法第 173 條第 1 項之放火罪刑。

(三)依刑法體系解釋方法，其所為僅犯保護個人法益之刑法第 353 條第 1 項、第 3 項毀壞他人建築物未遂罪，而非犯保護社會法益之刑法第 173 條第 1 項公共危險罪。原判決法律之適用，顯有不當云云。

(四)案發時，其行為與常人有異，判斷能力及依其判斷能力而為行為之能力，確實較常人為低。且其妻林○純於案發當天通報嘉義縣消防局時，即稱其有「精神病」；其母、兄均曾證述其受不了刺激、精神或情緒不穩定；其服役時曾確診有精神疾病，因而停役，足證其確實罹患精神方面疾病。原判決未調查其平時之精神狀態，逕認其無刑法第 19 條減輕其刑規定之適用，有應調查之證據而未予調查之違法。另原判決未適用刑法第 59 條規定減輕其刑，亦有違誤。爰請依刑法第 59 條規定減輕其刑云云。

### 三、惟查：

(一)原判決維持第一審論處上訴人犯放火燒燬現供人使用之住宅未遂罪刑之判決，駁回其在第二審之上訴，已詳敘認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。並對如何認定：其否認犯罪之辯詞，不足採信；其有本件放火罪之犯意與犯行；其行為時無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，或有因上開原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低等情形，其 10

餘年前因病停役之事證，不足憑為有利認定；其犯罪情狀，難認有何顯可憫恕之處，無刑法第 19 條及第 59 條規定之適用；均依據卷內證據資料予以指駁或說明。從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。

(二)刑法公共危險罪章，以有害公共安全之行為為對象。其中抽象危險犯，係指特定行為依一般經驗法則衡量，對公共安全有引發實害或具體危險之可能性。例如放火燒燬現供人使用住宅或現有人所在建築物之行為，依火之蔓延性及難以控制性，通常情形會密接發生行為人無法控制之不特定人生命、身體、財產受侵害之具體危險或實害，係典型引起公共安全危害之危險行為，屬抽象危險犯。只要行為人認知其係放火燒燬系爭住宅或建築物，即有該抽象危險犯罪之故意，不問有無發生具體之公共危險或實害結果，均成立犯罪。惟若行為時確定排除法律預設之抽象危險存在，亦即確定無發生具體危險或實害之可能性時，因無危險即不具刑罰正當性，自不構成該抽象危險罪。本院 28 年上字第 3218 號判例要旨(一)謂：「刑法第 173 條第 1 項之放火罪，係以放火燒燬之住宅或建築物等現既供人使用或有人所在，依通常情形往往因放火結果遭受意外之危害，為保護公共安全起見，特為加重處刑之規定。故該條項所稱之人，當然係指放火人犯以外之人而言。如果前項住宅或建築物，即為放火人犯自行使用或祇有該犯在內，則其使用或所在之人，已明知放火行為並不致遭受何種意外危害，自不能適用該條項處斷」。即指此種情形。係為限縮放火罪抽象危險犯之適用範圍，避免可罰性過度擴張，以符合規範目的。

(三)放火行為是否對公共安全有引發實害或具體危險之可能性，於現今社會生活情況，應審酌放火燃燒具蔓延性、難以控制性，住宅、建築物使用或所在之人，在該住宅或建築物內有隨時進出之流動性、他人於每一空間之滯留可能性及放火客

體所在位置、四鄰關係等為判斷。就獨棟式房屋或建築物而言，必須確定屋內每一角落均已無人，居住或所在及其他不特定人，不會有隨時進入之可能。且依其坐落位置，無論火勢、風勢如何，均不致延燒波及他人生命、身體、財產之安全，而得確認無發生公共危險可能時，始得謂明知放火行為無抽象危險存在。

(四)系爭住宅除放火之上訴人外，尚有其母、兄、嫂及妻等人共同居住其內，與本院 28 年上字第 3218 號判例事實僅放火人犯（含共同正犯）居住其內者，顯不相同，自難援引。又依卷附嘉義縣消防局火災原因調查鑑定書內現場相關位置圖及相片，系爭房屋雖南向鄰 166 縣道，其餘三面鄰農田，無四鄰，然本件放火人犯以外之他人生命、身體安全之具體危險或實害之不發生，係繫於偶然之「其他居住者之外出未歸」，亦不能排除其他不特定人隨時有進出或路過受波及之可能，難認該放火行為無公共安全之抽象危險存在，而謂上訴人明知其放火行為無抽象危險。另上訴人既對所實行之放火罪構成要件行為有認知，原判決認其有公共危險之故意與行為，於法尚無不合。

四、上訴意旨置原判決之論述於不顧，仍執陳詞，為事實上之爭辯，並對原審採證認事暨其他自由裁量之職權行使，任意指摘，與首揭上訴要件不符，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 一 月 十 四 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 吳 三 龍

法官 陳 宏 卿

法官 王 敏 慧

法官 黃 瑞 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 一 月 十 五 日

Q

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,388

【裁判日期】1050204

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台上字第三八八號

上 訴 人 翁志峯

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇四年十一月十二日第二審判決（一〇四年度上訴字第七〇八號，起訴案號：台灣雲林地方法院檢察署一〇四年度偵字第一八三八號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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

二、本件原審審理結果，認為上訴人翁志峯違反毒品危害防制條例之犯行明確，因而維持第一審論處上訴人犯販賣第二級毒品未遂（累犯）罪刑（主刑處有期徒刑五年六月）之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已載述其調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。查扣案之白色晶體十四包，經送鑑定結果均檢出第二級毒品甲基安非他命成分（驗前總淨重 484.30 公克，驗餘總淨重 484.14 公克），隨機抽取其中編號 11 檢驗純度約百分之九十七，有鑑定書可稽。按毒品不論

檢出之純度為何，既均屬毒品，即無礙本件犯罪事實之認定，自無再就其他毒品調查其純度之必要性。又所謂陷害教唆，係指犯罪行為人原不具犯罪之故意，純因司法警察之設計教唆，始萌生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為之謂，上訴人既已於偵、審中供承其有販賣毒品以營利之意圖，是其販賣毒品之行為自非因司法警察之設計教唆而起。上訴意旨以原審未就其餘十三包毒品鑑驗其純度為何，及未調查本件是否為陷害教唆，執為指摘原判決有應調查之證據未予調查及判決理由矛盾之違法，並非適法之第三審上訴理由。

三、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)在訴訟程序之何一個階段認罪，(2)在何種情況下認罪（英國 2003 年刑事審判法第一百四十四條參照），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，直到案情已明朗始認罪，其減輕之幅度則極為微小。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。又此之「認罪的量刑減讓」，於依法律所定之處斷刑（例如毒品危害防制條例第十七條第二項），在法理上亦有其適用，但應避免重複評價。本件原判決以上訴人前已有因違反毒品危害防制條例案件，經判刑確定之情事，對於認罪自白享有減輕其刑之優惠，知之甚詳，因認第一審以上訴人係於檢察官第三次偵訊時方坦承犯行

爲由，納爲量刑參考，並無不當，因而維持第一審所處之刑期，揆之前揭說明，自屬有據。上訴意旨謂，原判決以上訴人在第三次偵訊時始自白，進而作爲量刑之參考，有違罪刑相當原則，無非係就原審量刑裁量權之合法行使，漫詞爭辯，殊非合法。

四、刑法第六十六條爲關於減輕其刑之標準所設訓示規定，所謂

「減輕其刑至二分之一」，乃指減輕之最大幅度，並就法定本刑減輕而言，裁判時可在此幅度內自由酌量，並非必須減至二分之一，如減輕之刑度係在此範圍內，即非違法。至於有無說明減爲幾分之幾，祇屬文字簡略之枝節問題，於判決無影響。原判決就上訴人所犯販賣第二級毒品未遂罪，依累犯加重其刑（無期徒刑除外），再依毒品危害防制條例第十七條第二項及刑法第二十五條規定遞減輕其刑，以行爲人之責任爲基礎，已詳爲敘明如何審酌刑法第五十七條所列各款情事，而爲維持第一審所爲量處上訴人有期徒刑五年六月之理由綦詳。又中盤商僅屬一相對概念，係相較於小額零星販賣者，或僅止於吸毒者友儕間爲求互通有無之有償轉讓者，上訴人欲販賣之甲基安非他命重量將近五百公克，若遭轉手散布，將對社會所造成之危害非輕，原判決將上開事由作爲科刑之部分理由，經核並無違誤。從而上訴人所指原判決違法，顯然與上開法條之規定不相符合。

五、依上所述，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 二 月 四 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 呂 丹 玉

法官 韓 金 秀

法官 林 清 鈞

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 二 月 十 九 日

E



## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,411

【裁判日期】1050204

【裁判案由】違反廢棄物清理法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台上字第四一一號

上 訴 人 楊景川

選任辯護人 石宜琳律師

杜英達律師

郭登富律師

上列上訴人因違反廢棄物清理法案件，不服台灣高等法院中華民國一〇四年四月二十八日第二審判決（一〇三年度上訴字第三二九二號，起訴案號：台灣新北地方法院檢察署一〇二年度偵字第五二六三、一六六五七、三〇六三三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審審理結果，認上訴人楊景川有原判決事實欄所載之犯行明確，因而維持第一審依想像競合犯從一重論處上訴人共同未依廢棄物清理法第四十一條第一項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物清除、處理罪刑（累犯）之判決，駁回其在第二審

之上訴，已詳述認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。並對其否認犯罪所辯各節，如何不足採信，均已依據卷內資料，詳予指駁及說明，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

二、本件上訴意旨略稱：

- (一)、新北市政府於民國一〇二年八月二日會同檢察官、員警、台灣省土木技師公會代表，前往原○○○○股份有限公司位於新北市○○區○○段○○段地號 000、000-0、000-00 等九筆土地（下稱系爭土地）會勘，然廢棄物清理法第九條第一項前段僅規定行政主管機關得以「進入」、「攔檢」、「檢查」或「採樣」之手段確認廢棄物處理等情形，並未允許行政機關得開挖探知地底土壤內容物等資訊，所為逾越法律授權，實係無令狀之違法搜索，且會勘紀錄為傳聞證據，無證據能力，原判決採為裁判之基礎有適用法則不當之違法。
- (二)、新北市政府會同台灣省土木技師公會指派之趙○台進行鑑定，然其非由審判長或檢察官依法選任，且其未具專業鑑定經驗，又未依專業科學方法檢測，僅以目測、觸摸認定廢棄物，鑑定結果不具證據能力，原判決認有證據能力且未究明其適格性，有適用法則不當、違反證據法則及調查未盡之違法。
- (三)、原審僅以林○駿、劉○良、劉○斌及劉○俊之證詞及趙○台所提之鑑定報告、證人林○駿拍攝之採證照片，逕為認定上訴人有本件犯行，惟鑑定報告不具證據能力，證人均證稱未親眼目睹，且其未具備地質之專業知識，所證乃主觀推想、臆測之詞，既無補強證據，況上訴人另行委託之○○環境分析股份有限公司（下稱○○公司）所為之鑑定報告，記載 C、D、E 區之土石成分為石頭、磚塊 RC、砂石加瀝青混合物等，係出自現場廠房等地上物之成分，絕無傾倒廢棄物，原判決遽認本件犯行顯有違誤。又原判決對吳創成有利之證詞

，復未說明不足採之理由，亦屬理由不備。

(四)、原判決逕依上揭證據認定上訴人有本件犯行，卻未依上訴人之聲請至現場履勘，亦未准予上訴人聲請專業鑑定機構為土地內容物之鑑定，復未查明○○○○公司遭勒令停工時之原始土地狀況，及上訴人與新北市○○○公之代表人達成協議內容，顯有調查未盡之違誤。

(五)、原判決未說明現場堆置之碎石級配是否為營建剩餘之廢棄土石？是否符合營建廢棄土處理方案之可作為資源利用？即逕認上訴人違反廢棄物清理法，判決理由不備云云。

三、惟查：

(一)、所謂行政檢查（或稱行政調查），係指行政機關為達成行政上之目的，依法令規定對人、處所或物件所為之訪視、查詢、勘驗、查察或檢驗等行為。倘行政機關所為之行政檢查，具有法令上之依據，且其實施之過程及手段合於目的性與正當性，則其將行政檢查結果及所取得之相關資料，提供予偵查機關作為偵辦之證據資料，該等證據資料自屬合法取得之證據。而行政機關得選定適當之人為鑑定，為行政程序法第四十一條第一項所明定，因實施行政檢查之必要而為之鑑定（或稱檢驗、鑑驗），核屬行政檢查之一環，殊無因係行政機關基於行政檢查而委託發動者即謂該鑑定報告無證據適格之理，此與刑事訴訟法第一百九十八條第一項鑑定人由審判長、受命法官或檢察官選任之規定並不扞格。又倘事實審法院於審判程序中已賦予被告詰問權，對受行政機關委託而實際參與鑑定之人，就其專業資格、採取之鑑定方法、過程以及得結論之推理等情為充分之詰問，則該鑑定意見乃經法院合法調查所得之證據，自得採為裁判之基礎。查本案係新北市政府以廢棄物清理法第九條第一項前段規定「主管機關得自行或委託執行機關派員攜帶證明文件，進入公私場所或攔檢廢棄物、剩餘土石方清除機具，檢查、採樣廢棄物貯存、

清除、處理或再利用情形，並命其提供有關資料」為依據，於民國一〇二年八月二日會同台灣新北地方法院檢察署檢察官及員警等，前往本件○○○○廠廠區之土地現場，對於有違法之虞處所進行開挖、測量及採樣檢查，並委託台灣省土木技師公會會同至現場鑑定（含堆置物名稱、成分、比率、數量、體積及價值等），乃主管機關依法令明定之權責所實施之行政檢查，且其委託鑑定亦屬行政檢查之一環，新北市政府實施行政檢查而為之「新北市○○區○○段○○○段 000-0 等 40 筆土地（原○○○○）現場開挖、測量及鑑定調查工作」會勘紀錄以及台灣省土木技師公會一〇二年九月三日（102）省土技字第 0000 號鑑定報告書，自屬合法取得之證據，具證據適格，自無上訴意旨指摘「違法搜索扣押」、「非審判長及檢察官選任鑑定人」之違法。又本件經台灣省土木技師公會指派負責鑑定之趙○台土木技師，已於一〇三年五月八日之審判期日到庭就其為本件鑑定所具備之土木工程專業背景、鑑定經過、鑑定方法（含未利用實驗室分析之原因）及得結論之推理等情，經上訴人為詳盡、充分地詰問（見第一審卷第一一二至一一七頁），則該鑑定意見乃經法院合法調查所得之證據，原審採為裁判之基礎，洵無違法可指。

(二)、證明力之判斷與事實之認定，俱屬事實審法院得依職權自由判斷之事項，倘其判斷未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即無違法可言。原判決係依憑上訴人之部分供述，並採取證人即新北市政府環境保護局稽查科人員林○駿、地主祭祀公業新北市○○○公派下員劉○良、劉○斌、劉○俊於偵查中及原審審理時、○○公司負責人吳○華、同案被告藍○浩於偵查中之證詞、證人趙○台於第一審之證言，佐以卷附新北市政府之「新北市○○區○○段○○○段 000-0 等 40 筆土地（原○○○○）現場開挖、測量及鑑定調查工作」會勘

紀錄及○○○○廠舊址衛星影像蒐證圖、台灣省土木技師公會一〇二年九月三日（102）省土技字第 0000 號鑑定報告書及現場採證照片等證據資料，參互勾稽判斷，於理由內逐一論述其採證認事之理由，且就摒棄上訴人否認清除廢棄物之辯解，及吳創成於第一審之證言如何不足採為上訴人有利之認定，均於理由內詳為論述、指駁，因而認定上訴人盜挖砂石及載運並回填廢棄物之事實，所為論斷，核無與經驗法則、論理法則相違之情形，屬事實審法院取捨證據職權之適法行使，亦無所指理由不備或調查未盡之違法。

- (三)、廢棄物清理法所稱之廢棄物，分為一般廢棄物及事業廢棄物二類；建築廢棄物，屬於事業廢棄物之範圍。而工程施工建造、建築拆除、裝修工程及整地刨除所產生之事業廢棄物，固屬內政部於九十九年三月二日修正公布之「營建事業廢棄物再利用種類及管理方式」編號七所規定之「營建混合物」；然依其規定，須經具備法定資格（編號七第三點）及具廢棄物分類設備或能力之再利用機構，將產生之營建事業廢棄物加以分類（編號七第四點），經分類作業後，屬營建剩餘土石方部分依「營建剩餘土石方處理方案」處理；屬內政部公告之一般事業廢棄物再利用種類部分，依公告之管理方式辦理；至其他非屬營建剩餘土石方，亦非屬公告可再利用部分，應依廢棄物清理法規定清除處理或再利用，送往合法掩埋場、焚化廠、合法廢棄物代處理機構或再利用事業機構（編號七第五點）。亦即，僅在分類後，依相關規定處理可作為資源利用者，始非屬於廢棄物，倘若未經分類，即非屬「營建剩餘土石方」或「一般事業廢棄物再利用種類」，自仍應依廢棄物清理法之規定清除、處理或再利用。原判決已說明本件上訴人所傾倒回填掩埋者為營建廢土（黑色軟黏土）、瀝青廢料、油泥垃圾、廢木材、廢布等物，係營建混合物，屬一般事業廢棄物，上訴人既未經分類，且未依相關規定

之管理方式辦理，逕自載運至系爭土地回填掩埋，自仍屬廢棄物清理法第四十六條第四款所規範之廢棄物「清除」、「處理」行為，雖其理由之說明略簡，洵無適用法則不當或理由不備之違法可指。

(四)、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，在客觀上認為應行調查，為法院認定事實與適用法律之基礎者而言。原審依憑卷內證據資料，認定上訴人於系爭土地上開挖並回填掩埋廢棄物之事實已臻明確，未再次囑託鑑定土地內容物及至現場履勘而為無益之調查，駁回上訴人此部分聲請，顯無應於審判期日調查之證據未予調查之違法可言。

(五)、上訴意旨，無非就原審採證認事之職權行使，或原判決明白論斷之事項，徒憑己意，重為爭執，並非依據卷內資料而為具體之指摘，自非適法之第三審上訴理由，應認本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。原判決另認上訴人想像競合犯之輕罪即竊盜部分，依刑事訴訟法第三百七十六條第二款之規定，本不得上訴於第三審法院；而重罪即上開未依廢棄物清理法第四十一條第一項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物清除、處理罪部分之上訴，既應從程序上予以駁回，則此輕罪部分之上訴，自無從依審判不可分原則，併為實體上之審判，而為法所不許，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 二 月 四 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 佳 濱

法官 陳 世 雄

法官 段 景 榕

法官 楊 力 進

法官 王 梅 英

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國一〇五年二月十五日

E

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,637

【裁判日期】1050316

【裁判案由】違反毒品危害防制條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台上字第六三七號

上訴人 台灣高等法院檢察署檢察官

上訴人

即 被 告 童雯惠

選任辯護人 古乾樹律師

上列上訴人等因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，不服台灣高等法院中華民國一〇四年十一月二十四日第二審判決（一〇四年度上訴字第二三七二號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署一〇三年度偵字第二四三五三號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原審及第一審關於定應執行刑部分之判決均撤銷。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷部分（即定應執行刑部分）：

一、本件原判決維持第一審論處上訴人即被告童雯惠如原判決附表一編號 1、2、4 至 11 所示販賣第二級毒品十罪、編號 3 所示共同販賣第二級毒品一罪、附表二所示販賣第一級毒品未遂一罪（均處有期徒刑）、附表一編號 12、13 所示轉讓禁藥二罪各罪刑及定應執行刑之判決，駁回其在第二審之上訴，固非無見。

二、惟按刑法第五十條第一項規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金



之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。」第二項規定：「前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第五十一條規定定之。」而第五十一條第五款規定：「數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依下列各款定其應執行者：……五、宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾三十年。」是除有上開但書情形，法院判處有期徒刑數罪併罰案件，本應於判決中定應執行之刑。而上開但書規定不得併合處罰之數罪，於判決確定後，受刑人既得依刑法第五十條第二項規定，請求檢察官聲請法院定應執行刑，可見該項請求為被告之權利。倘被告於法院審理中已為該項請求，如仍拘泥於刑法第五十條第二項規定，不予准許，而必待判決確定，始得請求檢察官聲請法院定應執行之刑，徒增勞費，亦非立法本意，故應認該項請求，於法院審理中亦得行使。基此，裁判確定前犯數罪，而有刑法第五十條第一項但書之情形，除被告於法院審理中請求法院，或於判決確定後受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者外，不適用併合處罰之規定，賦予其選擇權，以符合其實際受刑利益。

三、被告所犯上開各罪中之轉讓禁藥二罪，係分別判處有期徒刑三月，屬得易服社會勞動之刑，而所犯其餘販賣第二級毒品、販賣第一級毒品未遂共十二罪，分別經判處三年八月至七年八月不等有期徒刑，均不得易服社會勞動，依上開說明，應經被告於法院審理中請求，始得定應執行刑。乃第一審判決就定執行刑部分，未經被告請求，逕就上開十四罪定其應執行刑，原判決未予糾正，仍予維持，皆有判決不適用法則之違法。檢察官上訴意旨執此指摘，為有理由，應由本院將原審及第一審關於定應執行刑部分之判決均撤銷。因被告是否請求就該十四罪定其應執行刑，尚屬未定，故本院不就得易服社會勞動之罪、不得易服社會勞動之罪，分別為無益之

定執行刑，應俟確定後，由檢察官徵詢被告意見再為聲請，併此敘明。

貳、上訴駁回部分（即定應執行刑以外部分）：

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

二、童雯惠上訴意旨略以：

（一）卷內並無其聯繫買家販賣第一級毒品海洛因之通訊監察譯文，可見其係為朋友代購海洛因，嗣另起貪念，摻以葡萄糖分裝而意圖販賣，但未及為聯繫買家、交付海洛因及收取價金等販賣行為，已遭檢調搜索查獲，僅犯毒品危害防制條例第五條第一項意圖販賣而持有第一級毒品罪，及刑法第三十條第一項、同條例第十條第一項幫助施用第一級毒品罪。原審竟論以同條例第四條第六項、第一項販賣第一級毒品未遂罪刑，有採證違反證據法則及判決適用法則不當之違法。

（二）其犯後深感悔悟，原判決所為量刑過重，請從輕量刑云云。

三、惟查原判決維持第一審論處被告上開各罪刑之判決，駁回其在第二審之上訴。已詳敘認定犯罪事實之依據及憑以認定之理由。並對如何認定：被告否認販賣第一級毒品未遂之辯詞，不足採信；其販入海洛因時，即有從中賺取價差牟利之營利意圖；均已依據卷內資料予以指駁與說明。從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。又刑之量定，係事實審法院得依職權自由裁量之事項，原判決已說明第一審判決以被告之責任為基礎，並審酌刑法第五十七條各款所列情狀而為量刑，並無不當，而予維持之理由（見原判決第八頁），核

屬事實審法院自由裁量之事項，既未逾法定刑度，且無違背公平正義情形，即不得遽指為違法。

四、被告上訴意旨置原判決之論述於不顧，徒為事實上之爭辯，並對原審採證認事及量刑之職權行使，任意指摘，與首開法定上訴要件不符，其此部分上訴違背法律上之程式，應予駁回。本件既從程序上駁回，則請求從輕量刑，無從審酌。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段、第三百九十七條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 三 月 十 六 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 吳 三 龍

法官 黃 瑞 華

法官 許 錦 印

法官 陳 宏 卿

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 三 月 十 八 日

G

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,757

【裁判日期】1050331

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台上字第七五七號

上 訴 人 蔡輝燁

選任辯護人 陳 鎮律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇四年九月二日第二審判決（一〇四年度上訴字第一九九號，起訴案號：台灣南投地方法院檢察署一〇二年度偵字第二五五五號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審審理結果，認為上訴人蔡輝燁有原判決事實欄所載之犯行明確，因而維持第一審論處上訴人販賣第二級毒品罪刑（累犯，處有期徒刑）部分之判決，駁回其在第二審之上訴。已詳敘認定犯罪事實所憑之證據及認定之理由。並對其否認犯罪所辯各節，如何不足採信，均已依據卷內資料，詳予指駁及說明，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

二、上訴意旨略以：

- (一)、許清池於第一、二審審判程序中均未到庭接受上訴人之反對詰問，其經傳喚、拘提未到，顯係擔心不實之陳述遭上訴人行使反對詰問權而揭穿，須負偽證罪之刑責，其於偵查中之證述顯不可信，且上訴人於第一審即已提出許清池自承偵查中所述不實之錄音光碟，原審未予勘驗，逕認不可採，遽採許清池未經反對詰問之偵查中證詞為上訴人不利之認定，顯有違誤。
- (二)、許○池於警詢時之陳述，屬被告以外之人於審判外之陳述，核與刑事訴訟法第一百五十九條之二規定要件不符，無證據能力，原審卻以警詢與偵查中陳述相符為由，逕認有證據能力，有適用法則不當之違誤。
- (三)、許○池係犯施用第二級毒品罪之人，供出毒品來源得獲減刑，自身有利害關係，原審未詳查其有獲邀減刑之寬典而誣指上訴人販賣毒品之可能，逕以雙方並無怨隙而認許清池無偽證之可能，已有違誤，且民國一〇二年一月二日之通話內容無法證明彼此係毒品買賣，翌日（三日）內容充其量看出許○池對毒品內容不滿意而以回去考慮為由拒絕交易，原審誤解許清池之表示，並單憑許○池之片面證詞，逕為不利上訴人之認定，顯違證據裁判法則、論理及經驗法則且有判決理由不備之違誤云云。

### 三、惟查：

- (一)、刑事被告對證人之詰問權利，乃憲法第十六條保障人民之訴訟權利之一，且屬憲法第八條第一項規定之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人行使反對詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並就其指述被告不利之事項，接受被告之反對詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。例外的情形，僅在被告未行使詰問權之不利益經由法院採取衡平之措施，其防禦權業經程序上獲得充分保障時，始容許援用未經被告詰問之證詞，採為認定被

告犯罪事實之證據。而被告之防禦權是否已獲程序保障，亦即有無「詰問權之容許例外」情形，應審查：(1)事實審法院為促成證人到庭接受詰問，是否已盡傳喚、拘提證人到庭之義務（即學理上所謂之義務法則）。(2)未能予被告對為不利指述之證人行使反對詰問權，是否非肇因於可歸責於國家機關之事由所造成，例如證人逃亡或死亡（歸責法則）。(3)被告雖不能行使詰問，惟法院已踐行現行之法定調查程序，給予被告充分辯明之防禦機會，以補償其不利益（防禦法則）。(4)系爭未經對質詰問之不利證詞，不得據以作為認定被告犯罪事實之唯一證據或主要證據，仍應有其他補強證據佐證該不利證述之真實性（佐證法則）。在符合上揭要件時，被告雖未行使對不利證人之詰問權，應認合於「詰問權之容許例外」，法院採用該未經被告詰問之證言，即不得指為違法。查證人許○池於偵查中為不利於上訴人之指證，而上訴人於第一審及原審聲請傳訊其對質詰問，經第一審及原審法院迭次傳喚、拘提許○池，均因所在不明未到案，可知事實審法院已盡促使證人到庭之義務，且其不到庭乃因所在不明，係非可歸責於法院之事由。又原審於一〇四年七月二十九日之審理期日，就證人許○池之偵查筆錄，依法對上訴人及其辯護人、檢察官提示、告以要旨或宣讀，並詢問有何意見，賦予上訴人及其辯護人充分辯明之機會（見原審卷第九十八頁），原判決併已敘明證人許○池於偵查中不利供述，如何與其他補強證據調查結果相符，並非以該不利供述作為認定上訴人本件犯行之唯一證據。依上揭說明，上訴人於事實審法院固未對證人許○池行使對質詰問權，然原判決採用該未經對質詰問之偵查供述為證據，已合於容許例外之情形，自不能指為違法。另原判決已說明不認許○池於警詢時之陳述有證據能力，因而未採為論罪證據之理由（原判決第三頁倒數第一行至第四頁第十七行），自無其上訴理由(二)所指之違

誤。

(二)、證明力之判斷與事實之認定，俱屬事實審法院得依職權自由判斷之事項，倘其判斷未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即無違法可言。本件原判決依憑上訴人部分不利己之供述、證人即購毒者許○池指述全部事實之證言、卷附與許○池指述內容相符之台灣台中地方法院通訊監察書及許○池持用行動電話門號 0000000000 號與上訴人持用行動電話 0000000000 號之通訊監察譯文、顯示許清池有施用甲基安非他命惡習之台中市政府警察局刑事警察大隊委託尿液代號、真實姓名對照表、○○○○科技股份有限公司濫用藥物實驗室-高雄一〇二年五月二十二日 KH/2013/00000000 號濫用藥物檢驗報告等證據資料，相互參酌，於理由內逐一論述其採證認事之理由，對於上訴人否認犯行所為之辯解，以及其提出之錄音光碟，如何均不足採為上訴人有利之認定，亦於理由內詳為論述、指駁，因而認定上訴人有販賣第二級毒品甲基安非他命之犯行。所為說明，無違經驗法則或論理法則，且非僅以購毒者之指證為唯一證據，自不得指為違法。

(三)、上訴意旨，無非就原審採證認事之職權行使，及原判決明白論斷之事項，徒以自己之說詞，任意指為違法，自非適法之第三審上訴理由。依上說明，應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 三 月 三十一 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 陳 世 雄

法官 吳 信 銘

法官 許 錦 印

法官 江 振 義

法官 王 梅 英

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國一〇五年四月一日

v



## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,984

【裁判日期】1050422

【裁判案由】殺人

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台上字第九八四號

上 訴 人 鄭 捷

選任辯護人 梁家羸律師

黃致豪律師

林俊宏律師

上列上訴人因殺人案件，不服台灣高等法院中華民國一〇四年十月三十日第二審判決（一〇四年度矚上重訴字第六號，起訴案號：台灣新北地方法院檢察署一〇三年度偵字第一四八六四號），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：上訴人鄭捷為成年人，於民國 103 年 5 月 21 日下午 4 時 10 分 23 秒，在台北捷運板南線國父紀念館站，搭乘往土城永寧方向列車，行經龍山寺站與江子翠站隧道途中，於下午 4 時 24 分 17 秒起，在第 5 車廂內，分別基於殺人犯意，持預購之鈦鋼刀一把，無預警、隨機、不問對象是否為少年，先後朝附表所示乘客解○雲等人猛刺及砍殺，致解○雲等人胸腹等處受傷，編號 1 至 4 所示乘客解○雲、張○翰、李○雲、潘○珠因而死亡，編號 5 至 25 之乘客林○等人（含 86 年 7 月生，為未滿 18 歲之少年林○○），或因及時閃躲，或因上訴人倉促之間未能擊中要害，或因及時救治而倖免於死亡。於同日下午 4 時 26 分 54 秒，該列車抵達江子翠站，上訴人走出車廂，往月台西側出口方向移動，至該站西側閘門出

口時，另基於殺人犯意，持鈦鋼刀朝聞訊趕至之該站保全陳○志砍殺。陳○志因閃躲得宜而倖免於死亡，惟仍受有如附表編號 26 所示之傷害。迄同日下午 4 時 30 分許，上訴人始遭民眾圍捕制伏在地，再經員警以現行犯逮捕，並扣得行兇用鈦鋼刀 1 把等情。

二、原判決以上開事實，業據上訴人於警詢、偵查及審理時自白不諱，並經如附表編號 5 至 26 所示被害人分別證述明確，且有扣案鈦鋼刀 1 把，卷附新北市政府警察局 103 年 5 月 28 日北警鑑字第 000000000 號函暨所附現場勘察報告、刑案現場示意圖、現場勘察照片、勘察採證同意書、證物清單、證物清冊、刑事案件證物採驗紀錄表、新北市政府警察局 103 年 5 月 26 日北警鑑字第 000000000 號鑑驗書及跡證鑑驗結果列表等資料、新北市政府警察局 103 年 6 月 11 日北警鑑字第 00000000 00 號函檢附現場勘察報告、刑案現場示意圖、現場勘察照片等資料及上揭時地捷運車廂、江子翠捷運站之監視錄影光碟 8 片可佐；而附表編號 1 至 4 所示被害人死亡及編號 5 至 26 所示被害人受有各編號所示傷害，並與上訴人持刀刺、砍殺之行爲間，有相當因果關係，有新北市政府消防局救護紀錄、行政院衛生福利部台北醫院、雙和醫院、亞東紀念醫院、新北市立聯合醫院、國立台灣大學醫學院附設醫院總院區、台北市立聯合醫院（和平院區、和平婦幼院區）、馬偕紀念醫院、板橋中興醫院、行天宮醫療志業醫療財團法人恩主公醫院等診斷證明書、台北市立聯合醫院死亡通知單、病歷等資料、台灣新北地方法院檢察署檢察官督同法醫相驗之相驗屍體證明書、法務部法醫研究所解剖報告書、鑑定報告書及相驗、解剖照片等存卷可憑。上訴人上揭自白具任意性且與事實相符，足堪採信。上訴人有上開殺人、殺人未遂及故意殺害少年未遂之犯意與犯行。爲所憑之證據及其認定之理由。並對辯護人稱：上訴人對附表編號 5、6、9 至 11、13、23、25

、26 所示被害人之行爲，並非基於殺人故意之辯詞，如何不足採，依據卷內資料予以指駁及說明。因認上訴人本件殺人 4 犯行及殺人未遂 22 犯行，均事證明確，堪以認定。

三、原判決以上訴人所爲如附表編號 1 至 4 所示部分，均係犯刑法第 271 條第 1 項之殺人罪。如附表編號 5 至 8、10 至 26 所示部分，均係犯刑法第 271 條第 2 項、第 1 項之殺人未遂罪。如附表編號 9 所示部分，上訴人係成年人，而被害人林○○當時則爲未滿 18 歲之少年，屬兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段之故意對少年犯刑法第 271 條第 2 項、第 1 項之殺人未遂罪，檢察官認係犯上開刑法殺人未遂罪，尙有未洽，起訴法條應予變更。此部分除法定刑爲死刑、無期徒刑不得加重外，其餘加重其刑。如附表編號 5 至 26 所示部分，爲未遂犯，各依刑法第 25 條第 2 項規定減輕其刑。並就上訴人行爲時無因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行爲違法或欠缺依其辨識而行爲之能力，亦無行爲時因精神障礙或其他心智缺陷之原因，致其辨識行爲違法或依其辨識而行爲之能力，顯著減低等情事，無刑法第 19 條第 1 項不罰或第 2 項得減輕其刑規定之適用。依據卷內資料予以說明。

四、(一)原判決因將第一審判決關於其附表編號 9 所示殺人未遂部分予以撤銷，改判論上訴人以成年人故意對少年犯殺人未遂罪，而以上訴人之責任爲基礎，審酌其對少年犯罪及後述其餘殺人未遂罪之量刑事項，量處有期徒刑 6 年 6 月。扣案鈦鋼刀 1 把，係上訴人所有，爲供犯罪所用之物，依刑法第 38 條第 1 項第 2 款諭知沒收。(二)原判決認第一審判決就附表編號 1 至 4、5 至 8、10 至 26 所示部分，適用上開有關法條，論處上訴人犯殺人 4 罪、殺人未遂 21 罪。審酌刑事審判旨在實現刑罰權之分配正義，對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當原則，使輕重得宜、罰當其罪，以上訴人之（行爲）責任爲基礎，並依據卷內資料，逐一審酌刑法第 57 條所列各款事項及其

有關矯正教化可能性之評估等一切情狀，其中認上訴人基於預謀隨機、大量殺人之動機與目的；犯罪時未受外來刺激；對象係與上訴人毫無嫌隙、糾紛，未予上訴人任何刺激之無辜大眾運輸乘客；選定密閉式大眾捷運車廂，持尖銳鋒利、質地堅硬之鈦鋼刀 1 把朝人體要害，任意、無差別之大規模殺戮，心態兇殘冷血，手段殘酷，令人駭異。被害人在大眾運輸之密閉車廂內，遭上訴人持刀襲擊、幾無可逃之處，身心受到極大痛苦、恐懼與折磨，案發後更造成社會大眾集體恐慌效應，人人自危，破壞社會治安及公共安全至深且鉅（見原判決第 74、75、80、81、94、95 頁）。而附表編號 1 至 4 所示殺人既遂部分，併審酌上訴人未留被害人任何生機，恣意剝奪其等寶貴生命，家庭因而破碎，家屬驟失親人，悲痛欲絕。堪認罪大惡極，無可寬貸，其情節之殘酷嚴重性，已無其他解釋空間，實屬最殘酷嚴重之犯行（見原判決第 94、95 頁）。再衡諸我國一般國民對法律應實現社會公義、良知、人性普世價值等之期待與認知，其所犯上開殺人既遂犯行之手段、情節、所生損害及犯後未見悔悟之態度等一切情狀，均顯示其惡性重大至極，人神共憤，檢察官請求對其處以死刑，屬罪刑相當，合乎法律之目的，且無違背內部性界限，亦無權力濫用之違法，或違反比例原則、平等原則及公平正義等法則，而各量處死刑，並均宣告褫奪公權終身。其餘殺人未遂部分，兼考量各該被害人所受傷勢之輕重情形，分別量處如附表編號 5 至 8、10 至 26 所示之有期徒刑。扣案鈦鋼刀 1 把，係上訴人所有，供犯罪所用之物，各依刑法第 38 條第 1 項第 2 款諭知沒收（見原判決第 93 頁）。均無不合，予以維持，駁回上訴人此部分在第二審之上訴。復就上開撤銷改判及上訴駁回部分，定其應執行死刑及褫奪公權終身。扣案鈦鋼刀 1 把沒收。經核尚無違誤，量刑及定執行刑，亦屬適當。

## 五、上訴意旨略以：

(一)原審訴訟程序之進行違法，違反程序正義，侵害上訴人之訴訟權；且部分採證違法，無證據能力，不得憑為證據。包括：

- 1.上訴人於偵查中無辯護人協助，違反公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第 14 條之程序保障規定。
- 2.上訴人於案發當天第一次警詢起至次日凌晨法院羈押庭之自白，均屬疲勞訊問，無證據能力。
- 3.警察於案發次日凌晨至東海大學學生宿舍之搜索，非事先獲得上訴人同意，為違法之夜間搜索，所扣證物無證據能力。
- 4.偵查中，看守所擅自對外發言稱：上訴人已獲准延押，違反偵查不公開及無罪推定原則。
- 5.原判決附表編號 9 被害人為少年部分，原審審理時未告知變更起訴法條及變更後之罪名，所踐行之訴訟程序，亦有違法。
- 6.原審隔離訊問證人（上訴人之高中老師）並無必要；證人即看守所心理師彭○寧之證言，攸關上訴人有無教化可能問題。因此，限制辯護人詰問證人彭○寧，嚴重侵害上訴人之對質詰問權，原判決判處上訴人死刑，違反正當法律程序之要求。

(二)原判決認上訴人無刑法第 19 條第 2 項規定之責任減輕事由，其法律之適用違法。包括：

- 1.台灣新北地方法院檢察署囑託國立台灣大學醫學院附設醫院（下稱台大醫院）對上訴人所做之精神鑑定，因其過程違反令狀前置及法官保留原則，且違法情節重大。
- 2.鑑定人於鑑定前未依法具結。
- 3.無證據證明鑑定人具「司法精神醫學」之專業，故非適格鑑定人。
- 4.鑑定報告未詳載鑑定之經過及其結果，不具備鑑定報告之基本程式要件。
- 5.鑑定人採用鎮靜劑之不正手法取得上訴人之供述，違背鑑定精神及醫療倫理，鑑定報告因而受污染，情節嚴重。
- 6.鑑定人逾越權限，取代法院認事用法之職權，就應由法官獨立判斷之刑事責任能力、就審能力及量刑因子，提供非屬其專業之意見。故該鑑定報告無證據能力。
- 7.該鑑

定報告既認上訴人患有葛瑞夫茲氏症（Graves'disease）以致控制情緒及衝動能力有問題，且強調應進一步調查會診。就上訴人上開生理疾患，是否伴隨精神人格疾患，並造成犯罪行為等關連如何，乃有利上訴人事項，原審不理會辯護人之聲請，未予調查，有應於審理期日調查之證據而未予調查之違法。原判決憑上開無證據能力之鑑定報告，認上訴人無刑法第 19 條第 2 項規定之適用，並判處死刑，其判決違背法令。

(三)刑法關於死刑之相關規定，及本件死刑判決，均屬違憲。原審未遵刑事訴訟法第 288 條第 4 項，於調查證據程序最末、訊問被訴事實完畢之後，始能調查科刑資料之規定；就不利被告之科刑證據，亦未踐行嚴格證明要求，證明上訴人已「顯無教化可能性或復歸社會更生可能性」，並達無合理可疑之確信程度。只有嚴格證明，始可避免任何恣意可能，而使死刑之科處符合比例原則。若非無教化可能性，則無處以極刑之理由。又公政公約第 6 條第 2 項前段所指「最嚴重之犯罪或情節重大之罪」，必須至少為滅絕種族行為之重大罪名，且實質上之個人情狀或犯罪情節，亦屬最為重大時，始得為死刑之諭知。另依刑罰之綜合理論，預防才是刑罰的「目的及重心」，罪責原則，不過是限定國家刑罰權之「界限」，以防範所科刑罰大於所犯罪責之功能。本件非最嚴重或情節最重大之犯罪，本案死刑判決，無法通過比例原則之檢驗。應有比死刑更經濟有效之預防方法，死刑在預防功能上，欠缺其適當性、必要性及衡平性，從而必須放棄選擇死刑云云。

#### 六、惟查：

(一)關於犯罪事實及上訴人於行為時責任能力之認定部分：

1.自上訴人東海大學宿舍扣得上訴人所有之筆電與隨身碟（見偵卷六第 191 頁），原判決並未憑為認定上訴人犯行及責任能力之依據（見原判決第 20 至 50、52 至 54 頁）。又上訴人犯

行至為明確，上訴意旨指摘其他有違背法定程序及因而取得之供述或非供述證據部分，縱令屬實，因原判決或未憑為認定犯行及責任能力之依據，或除去各該部分之相關證據，亦不影響上訴人犯行之認定；而偵查中看守所是否違反偵查不公開及無罪推定原則，與本案偵審程序之進行無關。又上訴人非「因智能障礙無法為完全陳述或具原住民身分之人」，於偵查程序中，縱未經辯護人協助，依刑事訴訟法第 31 條第 5 項規定，於法無違。

2.原判決依卷附衛生福利部中央健康保險署函及其檢附之上訴人自 87 年 1 月 1 日至 103 年 4 月 30 日期間就醫申報資料、台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司濫用藥物檢驗報告暨新北市政府警察局海山分局毒品案件尿液檢體編號及姓名對照表、證人李○博、馮○昌、吳○堯等人之證言，及上訴人於警詢、偵查及審理中之供述等證據資料，說明上訴人於本件犯行前，未曾有因精神疾病前往醫院精神科就診紀錄，亦無施用毒品情形（扣除上訴人警詢自承其未施用毒品之供述後，於本判斷結果不生影響），於案發前、案發當時及案發後不久，上訴人與證人之言談內容、行為舉止及應對進退，均屬正常無異樣，所述犯案過程、殺人細節等各行為之取捨、原因，均合於理性選擇，其於本件犯罪行為前及犯罪行為當時，對外界事物之認知、感受、反應及肢體運作協調能力等，均不低於一般正常人，其理解法律規範、辨識其行為違法之意識能力，或依其辨識而為行為之控制能力，均無欠缺或顯著減低之情形存在，其精神狀態正常，具一般人辨別事理之意識能力及依其辨識而為行為之控制能力，難認上訴人行為當時有何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，或致其辨識行為違法或其依辨識而行為之能力顯著減低等情事（見原判決第 52 至 54 頁）。因認上訴人應負完全之刑事責任，無刑法第 19 條第 1 項不罰

或第 2 項減輕其刑規定之適用（見原判決第 57 頁）。係依據卷內資料判斷上訴人行爲時之責任能力，並非以台大醫院精神鑑定報告作爲其判斷之依據。原判決引用該報告，僅係說明該鑑定報告與其判斷相符（見原判決第 54、55 頁）。故該鑑定報告縱有如上訴意旨(二)所指瑕疵，而不予採用，亦不影響上訴人責任能力之認定。另上開報告僅謂「無法排除上訴人罹患葛瑞夫茲氏症而導致『委靡型甲狀腺亢進症』或『其他身體病況造成之鬱性疾患』之可能。」並未認定上訴人於行爲時之精神狀態，有何「理解法律規範、辨識其行爲違法之意識能力，或依其辨識而爲行爲之控制能力等，有所欠缺或顯著減低」之情形。故而，縱依「將來進一步之內科與精神科檢查治療所得之新資料，確認上訴人因罹患葛瑞夫茲氏症，並導致『委靡型甲狀腺亢進症』或『其他身體病況造成之鬱性疾患』」，亦不生刑法第 19 條所指之「行爲時因精神障礙或其他心智缺陷，致其辨識能力或行爲控制能力有所欠缺或顯著減低」之問題，而與上訴人本件刑事責任能力之認定，不生影響。

(二)附表編號 9（被害人爲少年）部分，原審於審理時縱未告知應變更此部分之起訴法條及變更後之罪名，惟原判決既已說明第一審判決已就此部分爲論述，且檢察官復以第一審量刑過輕爲由，提起上訴，該項違法並不影響上訴人權益及訴訟防禦權之行使（見原判決第 51 頁）。經核尙無不合，亦難執爲適法上訴第三審之理由。

(三)死刑是否合憲及其相關問題：

1.死刑立法之合憲審查：

(1)贊成或反對廢除死刑，乃無關對、錯之價值選擇，屬言論自由範疇。台灣係民主法治國家，對不同之言論，應互相尊重及包容。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）施行法公布生效後，公政公約



第 6 條所揭示之「廢除死刑目標」，雖已為我國成文法所設定之目標，然迄今仍僅止於「目標」，在全國達成共識，並經立法廢除死刑規定前，法院仍應依法審判，不得迴避死刑規定之適用。

(2)憲法第 80 條明定「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」。此「審判獨立」之憲法保障，以「法官依據法律」審判為前提，目的在確保代表人民集體意志所制定之法律，得有效貫徹、施行，俾落實主權在民之民主憲政原理。因此「審判獨立」僅係手段，不是最終目的。而所謂法律，係指具合憲性之法律。故依法制定、公布施行之法律，於法官（法院）依其合理確信，認有牴觸憲法之疑義時，固得停止審判，而聲請釋憲機關解釋，但若法官（法院）無合理確信認有牴觸憲法之疑義者，則無停止審判聲請釋憲之必要。而於該法未經釋憲機關解釋為違憲並宣告無效前，尚不得拒絕適用。亦不得逾越立法論及解釋論分際，逕以「廢除死刑」之刑事政策目標，拒絕適用死刑規範。

(3)憲法明定我國係主權在民之民主國家，所有治權均來自人民之付託，司法審判權亦然。法官既係受人民之託付，依法行使司法審判權限，則其依此授權及公正審判程序，判處刑事被告法律所定之死刑刑罰，並非基於其個人身分或人格地位剝奪或否定他人人性尊嚴，自無違反憲法第 7 條平等原則問題。

(4)我國屬尚未廢除死刑之國家，本案應適用之死刑規定即刑法第 33 條第 1 款及第 271 條第 1 項，法院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。而不能依司法院釋字第 371 號解釋意旨，裁定停止訴訟並聲請司法院大法官解釋。

2. 本院尚無死刑規定牴觸憲法疑義之合理確信：

憲法之效力高於法律，法官有優先遵守之義務。本案適用之刑法第 271 條第 1 項（含刑法第 33 條第 1 款）死刑規定，上訴人雖認有違憲疑慮，但憲法第 23 條既規定：以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。則如有上開必要，自得以法律限制。又自由權利之限制，該條既未規定僅限於一定期間內之自由權利限制，自得包括自由權利之永久限制即死刑在內（因無期徒刑仍有假釋規定之適用，不屬自由權利之永久限制）。民國元年 3 月 10 日公布施行之暫時新刑律（主要援用大清新刑律）、17 年 3 月 10 日公布施行之舊刑法及 24 年 1 月 1 日公布之現行刑法，均有死刑規定，於 35 年 12 月 25 日國民大會通過憲法並於隔年實施後，並未改變。故死刑立法應合於憲法第 23 條之規定。至具體之合憲審查，詳如後述。上訴人聲請傳喚法律專家鑑定死刑是否違憲一節，尚無必要。

(四) 兩公約內國法化後，對死刑規定之影響及死刑判決有無違憲問題：

1. 兩公約施行法第 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。第 3 條規定：適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。則上開公約、立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋，均具有我國內國法之效力。至其與我國其他法律之效力位階如何，法無明文。於二者發生法律衝突時之適用順序，基於人權保障之法治國原則，自應優先適用人權保障密度較高之兩公約規範。從而兩公約內國法化後，已生實質限縮刑法死刑規定適用範圍之效果。關於刑法死刑規定之闡釋、適用，應與兩公約之規定、解釋等合併觀察，方足窺其全貌。

2. 憲法第 15 條明定：人民之生存權應予保障。公政公約第 6 條

第 1 項明定：「人人皆有天賦之生存權。此種權利應受法律之保障。任何人之生命不得無理剝奪。」所指之「人民」、「人人」或「任何人」，應包括殺人案件之被告及被害人在內。其等生命價值，無高低差異，均屬無價，同被保護，不得被「無理」剝奪。

3.聯合國人權事務委員會第 6 號一般性意見書第 3 段指出：「任何人之生命不得無理剝奪，這是極其重要的規定。委員會認為，各締約國應當採取措施，不僅防止和懲罰剝奪生命的犯罪行為，而且防止本國保安部隊任意殺人。國家機關剝奪人民生命是極其嚴重的問題。因此，法律必須對這種國家機關剝奪人民生命的各種可能情形加以約束和限制」。足見，國家為「防止和懲罰剝奪生命的犯罪行為」，有「採取措施」的義務。而其措施，並不排除國家機關非「任意或無理」剝奪人民生命之情形，僅應嚴加約束與限制。

4.2006 年聯合國新聞部聯合國網頁事務科於聯合國官網公布之公政公約第 6 條中文版係謂「在未廢除死刑的國家，判處死刑只能是作為對最嚴重的罪行之懲罰，判處應按照犯罪時有效並且不違反本公約規定和防止及懲治滅絕種族罪公約的法律。這種刑罰，非經合格法庭最後判決。不得執行。」足見該公約揭示：死刑判決是「對最嚴重的罪行（the most serious crimes）之懲罰」。

5.聯合國人權事務委員會第 6 號一般性意見書第 7 段謂：「the most serious crimes」這個詞要嚴格限定，《公約》規定的程序保證必須遵守，包括有權由一個獨立的法院進行公正的審判、無罪推定原則、對被告方的最低程度之保障和由上級法院審核之權利。第 32 號一般性意見書第 59 段謂：「在審判最終處以死刑的案件中，嚴格遵守公正審判的保障特別重要。審判未遵守《公約》第 14 條而最終判以死刑，構成剝奪生命權（《公約》第 6 條）。」足見死刑判決若符合公政公

約所定之上開實質及程序上限制、拘束，即不構成公政公約第 6 條所指之「無理剝奪」生命權。從而，死刑判決是否違反憲法第 23 條之比例原則及兩公約，自應視其是否為最嚴重罪行，及有無踐行審判中程序保障為斷。非有公政公約第 6 條第 2 項所指之「最嚴重罪行」，並於遵守公正審判之程序保障，不得判處死刑。

#### (五)死刑判決之合憲性審查：

##### 1.最嚴重罪行（the most serious crimes）之界定：

我國刑罰原則採「行為責任」，而非「行為人責任」；刑法係對某一「犯罪行為」，施以相對應之「刑罰」。犯罪行為是否符合公政公約第 6 條第 2 項所指之「最嚴重罪行」，如上所述，應嚴格限定。以死刑係「剝奪犯罪人生命」之刑罰言，「最嚴重之罪行」，至少必須是「無理剝奪他人生命」，或與之相當之其他極為嚴重罪名；然並非所有「無理剝奪他人生命」罪名之犯行，均當然係「最嚴重罪行」；基於「行為責任」原則，尚應考量與犯罪行為本身攸關之事項，是否已達最嚴重程度，方足當之。例如，其犯罪行為動機是否具倫理特別可責性（例如嗜血殺人魔、謀財害命、性癮摧花或其他卑鄙動機等）、犯罪手段或情節具特別殘暴性、行為結果具嚴重破壞性、危害性等。

##### 2.死刑之刑罰目的在處罰與一般預防，不及於特別預防：

對於犯罪之「刑罰」，我國向認兼具「防治和處罰犯罪」之作用與功能。監獄行刑法第 1 條規定：「徒刑拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的。」足見「教化」係「無期徒刑、有期徒刑及拘役」刑罰之執行目的，尚非死刑或罰金刑之刑罰執行目的。又現代刑罰理論所謂「犯罪應報」，係指理性化以後之法律概念，是基於分配正義原則之作用，對於不法侵害行為，給予等價責任刑罰之意。此即以犯罪人之行為責任為基礎，使「罪與責相符、刑與罰相當

」之真意。實與最原始之「同害報應刑思想」，即「以牙還牙、以眼還眼、以命還命」之概念有別。不能以我國不採「同害應報刑思想」，即否定我國刑罰具現代刑罰理論之「犯罪應報」作用與功能。故而，刑罰之目的就「處罰或懲罰犯罪」言，具犯罪應報及一般預防色彩；就「防治犯罪」言，具一般預防及特別預防色彩。死刑作為刑罰之一種，當亦存有現代刑罰理論之「犯罪應報」概念。辯護人謂刑罰之目的僅在預防云云，尚非的論。

### 3.目的正當性之審查：

每一個人之生命價值，均同等珍貴、無價，受國家法律之同等保障。除不容許國家機器「無理或任意剝奪」外，更不容許任何包括上訴人在內之個人「任意、無理剝奪」。基於「維護人性尊嚴及確保人格自主」乃現代法治國憲法之核心價值，而死刑刑罰之最終目的，在防止人民之生命權遭他人「無理剝奪」，使社會上每一個人之人性尊嚴與人格自主，得獲有效保障，此乃「極端重要之公益」，其目的自符合憲法第 23 條所指：「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序及增進公共利益」之目的正當性要求。

### 4.手段適合性之審查：

(1)法律規範係社會生活之產物，其解釋與適用不能與社會脫離。除法律有明顯漏洞或法官有違憲之確信時，法官才能造法或暫時停止法律之適用，而聲請釋憲。此外，適用法律之法官，有義務尋找最適合於當代社會需求之立法真意，使法律之適用與社會絕大多數人之是非觀或價值觀相契合，俾法律真正發揮其應有的規範功能，而具實效性，並謀求社會最大多數人之安全與福祉。

(2)現階段社會絕大多數人之價值觀或法意識普遍認為：每一心智健全之成年人，都應為自己任意、無理剝奪他人生命之犯罪行為負責；若有心智健全、復無其他歸因事由之成

年人，可不負全責，無異表示該人享有侵害他人之特權，亦無異承認該犯罪人之人性尊嚴高於被害人；則社會秩序難以維持、公共利益難以增進，他人自由之妨礙或其他緊急危難，亦難以防止、避免。從而，當無理、任意剝奪他人生命之殺人犯行明確無誤，復無法定責任減輕事由，且依其犯罪行為動機具倫理之特別可責性、犯罪手段或情節具特別殘暴性、行為結果具嚴重破壞性、危害性，已達最嚴重罪行之程度時，依現代刑罰理論之「犯罪應報」思維，課以「罪與責相符、刑與罰相當」之死刑處罰，當能與上開社會絕大多數人之法價值體系或其所表彰之社會正義相契合。則社會一般人將更願意從內心服從法律，發揮法律之實效性，使每一個人同樣平等、尊貴的生命權，降低被模仿殺害（一般預防功效）或私刑正義犯罪歪風，增加生命權有效保障之機會。故而，死刑措施與其所欲達到之目的（即對最嚴重罪行之處罰與防治，以有效維護社會每一個人的生命權）間，具合理適當關係，且是有效手段，符合手段適合性之要求。

#### 5.手段必要性之審查：

當「最嚴重罪行」之罪責極端嚴重，非課以死刑之處罰，不足以滿足「罪與責相符、刑與罰相當」之要求，亦無法符合上述社會上普遍認可之法價值體系及其表彰之社會正義時，則死刑以外之措施，將無法達到「處罰與防治最嚴重罪行」所欲達到之維護社會每一個人生命權之目的。此時死刑之措施即無其他替代措施，而得認符合比例原則之「手段必要性」要求。

(六)本件殺人既遂之犯罪事實，符合公政公約第 6 條第 2 項前段所定「最嚴重罪行」之要件。關於死刑部分之判決符合憲法第 23 條之規定，無違法或不當問題：

1.依原判決所認上訴人如前揭犯罪動機、目的，犯罪時未受任

何刺激，犯罪之手段，犯罪所生之危險及損害等情節觀之，其犯罪動機具倫理之特別可責性，犯罪手段或情節具特別殘暴性，行為結果具嚴重破壞性、危險性。原判決認殺人既遂犯行，符合公政公約第 6 條第 2 項前段所指「最嚴重罪行」，尚無違誤。辯護人謂「最嚴重罪行」係指符合「防止及懲治殘害人群罪公約」定義之犯罪行為，方足當之云云，尚屬無據。

2. 法院依嚴格證據法則，調查證據、認定事實，於達超越合理可疑確信程度，而認定犯罪事實、適用刑事法規，而課以罪名後，在評價該犯罪應施予法律所許可之刑種及刑度時，首應依其「罪行」衡量出「與罪相符（等價）之責」，再依其「罪責」衡量、選擇「相應之刑」，及「與刑相當之罰」。俾符刑事審判在「實現分配正義」，及「刑罰」在「防治和處罰犯罪」之作用與功能，進而實現刑法之規範目的。至於確定罪行後衡量罪責時，應依刑法第 57 條為審酌。而該條所列尤應注意之 10 款事由，可區分為「與行為事實相關」之裁量事由（例如犯罪之動機、目的，犯罪時所受刺激，犯罪之手段，犯罪行為人違反義務之程度及犯罪所生之危險或損害），及「與形成犯罪時之行為人自我相關」之裁量事由（例如犯罪行為人之生活狀況，犯罪行為人之品行，犯罪行為人之知識程度，犯罪行為人與被害人之關係，犯罪後之態度）。關於「與形成犯罪時之行為人自我相關」之裁量事由，依一般人普遍具有之理性分析，又可依其係「明顯可歸因於外在（例如家庭、學校及社會）之事由」或「非明顯可歸因於外在之事由」，而有不同評價及衡量。即前者得為量處較輕刑度之事由，後者則否。

3. 就「與形成犯罪時之行為人自我相關」之裁量事由部分，原判決依卷內資料認定上訴人於行為時係屬心智正常之成年人，其生活成長過程，家庭功能健全、環境良好，父母關心，

彼此能作有效溝通。求學過程中，在師長、同學眼中，表現均屬良好、正常。除課業成績、與同儕人際相處之枝節挫折外，未有生活上巨大變故。而國防大學理工學院之退學經驗，固係其壓力，然綜合上訴人所述及卷內資料顯示，自其國小起至大學中所受一切「人生奮鬥過程之挫折」而言，並未因此造成上訴人辨識其行為違法之意識能力或依其辨識而為行為之控制能力，有所欠缺或顯著減低。則就「與形成犯罪時之行為人自我相關」裁量事由中，尚查無「明顯可歸因於外在之事由」，而得為量處較輕刑度之事由。

4.就「與行為事實相關」之裁量事由部分，依原判決所認如前所示之犯罪動機、目的，犯罪時未受任何刺激，犯罪之手段，犯罪所生之危險及損害等情節觀察，本件殺人既遂犯行，已達最殘酷嚴重程度。就「與行為事實相關」之裁量事由中，亦無得量處較輕刑度之事由。上訴人應對其全部罪行負完全之罪責，當無疑義。

5.上訴人殺人既遂罪行已達「最嚴重」程度，復應負完全責任，已如上述。依此部分罪行相應之罪責而言，堪認亦達「最嚴重」之程度。則依現代刑罰理論之「犯罪應報」思維，若非課以死刑之處罰，實無以滿足「罪與責相符、刑與罰相當」之刑責要求。亦無法符合上述社會上普遍認可之法價值體系及其表彰之社會正義，達到「處罰與防治最嚴重罪行」所欲達到之維護社會每一個人生命權之目的。且無法有效發揮刑法之社會規範功能。原判決就殺人既遂罪部分，均量處死刑，符合憲法第 23 條之比例原則，無違法或不當可言。

(七)「教化」非死刑刑罰之目的：

於依「罪行」衡量「與罪相符之責」，再依其「罪責」衡量、選擇「相應之刑」及「與刑相當之罰」後，認非處以死刑無法「實現分配正義」、或符合前述社會上普遍認可之法價值體系及其表彰之社會正義，達到「處罰與防治最嚴重罪行



」之功用時，則該「死刑刑罰」之目的僅有「處罰及一般性預防功能」，而無「特別預防功能」存在，已如前述。從而「教化可能性」即非此時應予考量者。本件殺人既遂部分，尚無因「教化」目的而考量上訴人「教化更生可能性」之餘地。上訴意旨主張：對證人彭○寧為詰問，目的係為取得與上訴人有無「教化可能」相關之有利證據，則原審限制辯護人詰問彭○寧，尚有不當，縱屬無訛，對原判決量處死刑，亦不生影響。

(八)上訴人係現行犯，所有犯行除目擊者外，復有相關監視紀錄等科學證據足憑，絕無誤判可能。而刑事訴訟法第 288 條第 4 項規範意旨，乃為避免與犯罪事實無關之科刑資料會影響法官認定事實的心證，而規定科刑資料之調查，應於被訴事實訊問後行之。關於上訴人犯行之認定，並無該項疑慮。則原審縱未遵照刑事訴訟法第 288 條第 4 項規定之程序調查科刑資料，於判決無影響。

七、綜上所述，上訴人之上訴難認有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十六條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 四 月 二十 二 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 吳 三 龍

法官 陳 宏 卿

法官 王 敏 慧

法官 黃 瑞 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 四 月 二十 五 日

Q

附錄條文：

刑法第 271 條

殺人者，處死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑。

前項之未遂犯罰之。

預備犯第 1 項之罪者，處 2 年以下有期徒刑。

兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段

成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定。

附表

編號	被害人	鄭捷持刀砍殺之結果	原判決主文
1	解○雲	遭刺中胸部 1 刀，並 有心臟、肝臟穿刺傷 ，並造成肺塌陷、血 胸、腹血，致呼吸衰 竭及心因性休克死亡	鄭捷殺人，處死刑 ，褫奪公權終身， 扣案之鈦鋼刀壹把 沒收之。
2	張○翰	遭刺創於左前胸腹區 ，前胸致命傷有多方 向穿刺傷並刺及心臟 並造成橫隔、胃壁（ 向左後）並傷及胰臟 及左腎，並翻轉傷及 肝臟、腸繫膜，致因 出血性休克死亡	鄭捷殺人，處死刑 ，褫奪公權終身， 扣案之鈦鋼刀壹把 沒收之。
3	李○雲	遭刺傷右上臂、右側 胸及右前胸，其中右 前胸之傷導致右上肺 葉刺創並有向左側傷 及心包膜囊、心臟之 右心房及右心室，並 向下傷及右側橫隔膜 及肝臟，致出血性休 克、心因性休克死亡	鄭捷殺人，處死刑 ，褫奪公權終身， 扣案之鈦鋼刀壹把 沒收之。

4	潘○珠	單一刺創於右頸部，造成右頸總動脈、右頸靜脈橫斷銳創，頸部大出血致出血性休克死亡	鄭捷殺人，處死刑，褫奪公權終身，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
5	林 ○	右大腿內側撕裂傷 2 公分	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑伍年貳月，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
6	顏○音	右手背穿刺傷 2 公分	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑伍年貳月，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
7	陳○慧	左上臂、右胸、右前臂、後頸切割傷、右手多處屈肌腱斷裂經肌腱修復手術、左側三角肌及斜方肌部分斷裂經肌肉修復手術、創傷後壓力症候群症狀	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑捌年，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
8	史○○琳	右胸穿刺傷、右上臂穿刺傷合併肌肉斷裂急性出血	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑捌年，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。

9	少年林○ ○	右手肘深度撕裂傷合併肌腱神經血管損傷	鄭捷成年人故意對少年犯殺人未遂罪，處有期徒刑陸年陸月，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
10	蔡○林	右上肢撕裂傷約 12 公分	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑陸年，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
11	蔡○婷	左手伸背肌腱斷裂	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑陸年，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
12	蕭○華	腹壁創傷及下腹壁動脈斷裂併低血容性休克	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑捌年，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
13	張○燕	上肢開放性傷口	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑伍年貳月，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
14	詹○宏	腹部穿刺傷、胃穿孔、腹膜炎等	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑捌年，扣

			案之鈦鋼刀壹把沒收之。
15	陳○志	左胸穿刺傷 3 公分	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑柒年，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
16	張○立	左肘深裂傷併肱動脈及正中神經完全斷裂、肌肉斷裂、側腹壁穿刺傷	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑捌年，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
17	叢○萱	左胸穿刺傷合併氣血胸及左上臂撕裂傷	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑柒年，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
18	蔡○銀	左手中指開放性傷口併肌腱斷裂、左手食指切開傷	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑陸年，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
19	許○娟	腹部穿刺傷致嚴重肝臟撕裂傷出血性休克之重大創傷	鄭捷殺人未遂，處有期徒刑捌年，扣案之鈦鋼刀壹把沒收之。
20	林○強	胸（壁）開放性傷口	鄭捷殺人未遂，處

		，伴有併發症、創傷	有期徒刑捌年，扣
		後壓力症候群	案之鈦鋼刀壹把沒
			收之。
21	陳○蘋	胸壁開放性傷合併創	鄭捷殺人未遂，處
		傷性氣血胸及肝臟撕	有期徒刑捌年，扣
		裂傷	案之鈦鋼刀壹把沒
			收之。
22	陳○安	左手開放性傷口、右	鄭捷殺人未遂，處
		小腿開放性傷口、左	有期徒刑伍年陸月
		後背開放性傷口	，扣案之鈦鋼刀壹
			把沒收之。
23	游○筑	上肢開放性傷口約 2	鄭捷殺人未遂，處
		公分	有期徒刑伍年貳月
			，扣案之鈦鋼刀壹
			把沒收之。
24	王○光	頸部割傷	鄭捷殺人未遂，處
			有期徒刑陸年，扣
			案之鈦鋼刀壹把沒
			收之。
25	顧○萱	右前臂深裂傷	鄭捷殺人未遂，處
			有期徒刑伍年貳月
			，扣案之鈦鋼刀壹
			把沒收之。

26	陳○志	肩開放性傷口、肘挫	鄭捷殺人未遂，處
		傷、膝挫傷	有期徒刑伍年貳月
			，扣案之鈦鋼刀壹
			把沒收之。



## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,1244

【裁判日期】1050519

【裁判案由】貪污

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台上字第一二四四號

上 訴 人 林億尙

選任辯護人 徐建光律師

上列上訴人因貪污案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇四年十月六日第二審判決（一〇四年度軍上訴字第一號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署一〇三年度偵字第一〇六四〇、一一六八一、一二四四〇、一二八二六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決認上訴人林億尙有其事實欄所載之犯行，已詳敘所憑之證據與認定之理由。因而撤銷第一審關於上訴人部分之科刑判決，改判依貪污治罪條例第四條第一項第一款論處犯侵占公有財物罪刑（處有期徒刑）。

上訴意旨略以：(一)、上訴人為一般士兵，受其所隸屬營部委託，從事與經理補給士權限有關之公共事務，惟僅係在上級任務編組下，協助處理行政事務，性質上屬機關之輔助人力，並不具有自

主之地位，難謂爲委託公務員；上訴人爲士兵，並非士官、軍官等公務員，其侵占行爲應適用陸海空軍刑法第七十六條規定，原判決誤引貪污治罪條例第四條第一項第一款予以處罰，有適用法則不當之違背法令。(二)、上訴人多次變賣軍需用品之行爲，每次間隔至少半月以上，前後相距約七個月，時空上不具緊密性，每次可獨立成罪，應併合處罰，此攸關各次所得均在新台幣（下同）5萬元以下，得否依貪污治罪條例第十二條減刑之適用，原判決論以接續犯一罪，亦有違誤云云。

惟查：一、(一)、現役軍人犯刑法瀆職罪章之罪，除特別法另有規定者，從其規定外，依各該規定處罰，陸海空軍刑法第七十六條第一項第二款、第二項定有明文。貪污治罪條例爲刑法瀆職罪章之特別法，故現役軍人如具有刑法第十條所定公務員身分者，其侵占軍用物品時，即應適用貪污治罪條例論罪；惟對於非獨立執行職務之士兵，或不具公務員身分之士兵侵占軍用物品，或雖具有公務員身分之現役軍人，但該犯罪行爲與其職務不具有關聯性者，依陸海空軍刑法第六十四條之立法理由說明及相關實務見解，始依同法第六十四條各項論罪，合先敘明。(二)、服務於隸屬行政院國防部以下各軍營之現役軍人中之「士兵」，究竟是否刑法上之公務員，司法院院字第一〇六三號解釋雖曰「士兵不能離軍隊獨立執行職務。故現役士兵，不得視爲刑法上之公務員」，然同院院字第二三四三號已補充解釋「本院二十三年五月二十五日院字第一〇六三號復軍政部公函。係就不能離軍隊獨立執行職務之一般士兵而爲解釋。若別有法令依據而從事於一定公務之士兵。自當別論。如憲兵依法執行司法警察之職務時。當然係刑法上之公務員。至於押運兵及汽車駕駛兵等。倘係依法令派充執行公務者。亦同上開解釋。與此並無牴觸。毋庸予以變更。」據此，服務於國防部所屬各軍營之士兵，並非於任何情況下皆不可能成爲刑法上公務員，倘該士兵係依據法令執行公務，於符合刑法第十條第二項各款規定之要件時，自仍可能爲刑法上之公務員。(三)

、民國九十四年二月二日修正公布，九十五年七月一日施行之刑法第十條第二項規定：「稱公務員者，謂下列人員：(1) 依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。(2) 受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」。上開第一款前段學理上稱為「身分公務員」，第一款後段稱為「授權公務員」、第二款稱為「委託公務員」。身分公務員著重於服務國家或地方自治團體所屬機關之身分，蓋其服務於國家或地方自治團體所屬機關，如具有法定之職務權限，即負有特別保護義務及服從義務，自為公務員，反之，如無法令執掌權限者，例如僱用之保全或清潔人員，並未負有前述特別保護義務及服從義務，即非公務員。身分公務員之任用方式，祇須有法令之任用依據即可，不論係經考試晉用、選舉產生、約聘僱用或政治任命，更不論係專職或兼任、長期性或臨時性。又所謂「法定職務權限」，不以法律明文規定者為限，其他具有法規性質之命令、機關長官基於內部事務分配而為之職務命令，以及機關內發布之行政規章等所定之職務，皆包括在內，凡公務員在其職務範圍內所應為或得為之事務，均為其法定職務權限，且不以涉及公權力行使之事項為限，即無關公權力之公行政作用及其他私經濟行為，亦包括在內。而賦與該職務權限之方式，亦非必以書面派令為限，機關長官基於事務分配權責，以口頭命令分配執行職務者，亦屬之。(四)、原判決認定上訴人為陸軍步兵第 0000 旅第 00 營營部暨營部連服志願役之上等兵，自一〇一年九月間起，因任務編組，接任該單位「經理補給士」職務，負責該單位所屬「〇〇營區」軍品之需求判斷、申請、獲得、儲存、分配及超量廢舊與擄獲物資之處理等情。而經理補給士之補給作業範圍，應包含軍品之需求判斷、申請、獲得、儲存、分配及超量廢舊與擄獲物資之處理，有陸軍第八軍團指揮部 103 年 12 月 10 日陸八軍人字第 0000000000 號函文及所附國防部陸軍司令部 98 年 3 月 4 日所

頒陸軍後勤教則第2版第2章第2節第1款202005條在卷可稽。且上訴人陳稱其自一〇一年九月起經連長指派代理經理補給士，向正職之經理補給士提領裝備，發放給軍人使用，至一〇二年五月起正職經理補給士受訓，祇剩伊一個人負責，即開始保管裝備等語（見一審卷第150頁以下）。依原判決上開確認之事實，上訴人雖為士兵，然係服務於國家或地方自治團體所屬機關之軍事單位，因營部長官本於任務編組需要，命其擔任經理補給士之職，賦與實際執行經理補給士之職務權限，即有就軍品需求判斷、申請、獲得、儲存、分配之法定職權，依上說明，自係刑法上身分公務員，而非不具有自主之地位之輔助人員。(五)、上揭陸軍第八軍團指揮部103年12月10日陸八軍人字第0000000000號函文雖尚載曰：林君接任單位經理補給士為任務編組且無相關派令，故無經理補給士之法定職務權限云云。然法官應依據法律獨立審判，行政機關依其職掌，就有關法規所為釋示，法官於審判時固非不可參考引用，但仍得依據法律表示適當之不同見解，且行政機關之釋示，並非毫無限制，仍須遵守法律保留原則，非謂其釋示為法規構成要件之一部而得拘束司法權之行使。該函文之此項意見與刑法第十條第二項公務員規定之立法意旨與司法實務見解不同，本院自不受其拘束。二、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。原判決依憑上訴人之自白，證人王譽霖、蘇美璉、林展賢、鍾子翔、賴柏廷之證述，搜索筆錄、扣押物品目錄表，陸軍第四地區支援指揮部補給油料庫台南分庫函與裝備鑑定統計表等證據資料，依法認定上訴人為陸軍步兵第000旅第0營營部暨營部連服志願役之上等兵，自一〇一年九月間起，因任務編組，接任該單位經理補給士職務，負責該單位所屬「○○營區」軍品之需求判斷、申請、獲得、儲存、分配及超量廢舊與擄獲物資之處理，竟基於一個侵占公有財物之犯意，自一〇二年十二月上旬起至一〇三

年六月中旬止，接續將所保管之迷彩衣等軍用物品載出營區外，經王譽霖介紹賣給蘇美璉（王譽霖、蘇美璉均判刑確定），共獲取 217500 元等情，已說明本於調查所得心證，分別定其取捨而為事實判斷之理由。所為論斷，核無違背客觀存在之經驗法則與論理法則，自屬原審採證、認事之適法職權行使。雖依上揭說明，上訴人行為時為身分公務員，原判決僅簡略說明係受營部委託，從事與該營部權限有關之公共事務之委託公務員，而有欠完備，然上訴人仍係刑法第十條第二項規定之公務員，原判決之上揭微瑕即於本件判決主旨無影響，依刑事訴訟法第三百八十條之規定，不得為合法之上訴第三審之理由。又原判決綜合上訴人犯罪之時間、手法、目的、侵害法益等一切情狀，認其係基於一個侵占公有財物之犯意，分次實行侵占所保管之軍用物品，數次行為之時空相當接近，又係侵害同一法益，乃接續犯之單純一罪，核屬事實審採證、認事之合法職權行使，並無違法。況基於上訴利益之原則，上訴人不得為自己之不利益上訴，上訴意旨指其所為應係數罪，係為自己之不利益上訴，難認係合法之第三審上訴理由。三、其餘上訴意旨，就屬原審採證、認事職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑己見，任意指摘為違法，且仍為單純事實之爭執，均非適法之第三審上訴理由。應認本件上訴違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 五 月 十 九 日

最高法院刑事第十庭

審判長法官 蘇 振 堂

法官 吳 燦

法官 林 清 鈞

法官 胡 文 傑

法官 呂 丹 玉

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國一〇五年五月二十五日

Q

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,1550

【裁判日期】1050622

【裁判案由】偽證

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台上字第一五五〇號

上訴人 張和峰

選任辯護人 沈崇廉律師

林柏劭律師

上列上訴人因偽證案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇四年十二月二十九日第二審判決（一〇三年度上訴字第一六七六、一六八八號，起訴案號：台灣彰化地方法院檢察署一〇〇年度偵字第三六〇七號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審經審理結果，認為上訴人張和峰有原判決事實欄二所載，於檢察官就醫師沈祿從等人所涉偽造文書等案件進行偵訊時，基於偽證之犯意，就沈祿從是否看診後始開立管制藥品而與案情有重要關係之事項，供前具結而虛偽證稱：「醫生（即沈祿從）都有看診」等語，足以影響國家司法權正確行使之犯行罪證明確，因而撤銷第一審關於上訴人偽證部分之無罪判決，改判論上

訴人以偽證罪，並以上訴人於所虛偽陳述之案件裁判確定前，在第一審審理時自白，爰依刑法第一百七十二條規定減輕其刑，判處有期徒刑四月。已詳敘認定犯罪事實之依據及憑以認定之理由，從形式上觀察，並無任何違背法令之處。

二、上訴意旨略稱：(一)原判決除援引上訴人於第一審坦白認罪之自白外，並未調查其他必要證據，亦無審查上訴人此一自白是否與事實相符，對於「上訴人是否知悉醫生並無看診，而有偽證故意」、「上訴人所辯為何不可採」等節，全然未予論述，自屬判決違背法令。(二)上訴人所供「醫生沒有說沒有看診的事情，醫師都有看診」，是概括籠統之說法，語意應為「醫師沒有說過他沒有看診的事情，所以應該是都有看診」，本即有「臆測」之性質在內，主觀上並無偽證之犯意。原判決據此而認上訴人有偽證故意，其採證違反經驗及論理法則。(三)上訴人之身分為藥師，依刑事訴訟法第一百八十二條之規定，就業務上知悉之秘密事項，本得拒絕證言，故檢察官偵訊時，既未告知上訴人得拒絕證言，自不得令上訴人負偽證罪之責云云。

三、惟按：

(一)、採證認事，係事實審法院之職權，其對證據證明力所為之判斷，如未違背經驗法則與論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。而所謂補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐憑被告之自白非屬虛構，已達於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，即已充分。且得據以佐證者，雖非直接可以推斷被告之犯罪行為，但以此項證據與被告之自白為綜合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂其非屬補強證據。原判決依憑上訴人於第一審坦承偽證之自白（見第一審卷四第三〇八頁），佐以上訴人分別於民國九十九年十二月二十二日、一〇〇年一月十九日檢察官偵訊時所作之偵訊筆



錄；復參酌卷內上訴人以證人身分具結之結文、第一審勘驗筆錄等證據資料，本於調查所得心證，已詳為說明上訴人有上開犯行之認定理由。此屬事實審法院證據取舍之職權判斷，並無違背客觀存在之經驗法則或論理法則，自不容上訴人漫事指為違法。且原判決就上訴人本件犯行，係以檢察官偵訊時所作之偵訊筆錄及上述證人結文、第一審勘驗筆錄等證據資料，作為上訴人上揭自白之補強證據，並以該補強證據與上訴人之自白相互利用，使犯罪事實獲得確信，要非僅憑上訴人之單一自白，即為上訴人不利之認定，尚難認有何採證及理由不備之違法情事。又原判決既已敘明上訴人有上開犯行之認定理由，縱未特別載明「上訴人所辯不可採」字樣，亦僅係行文簡略而已，對論罪科刑並無影響，亦難指為違法。

(二)、刑事訴訟法第一百八十二條規定，證人為藥師或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。此項拒絕證言權，即為藥師與病患間之秘匿特權。稽其立法本旨，主要在於藥師與病患間具有高度信賴關係，倘欠缺此等特殊信賴關係，將使病患人人自危。蓋藥師負責藥物之販賣、調劑及藥事照護相關業務（參藥師法第十五條第一項第一、二、八款），不僅係藥品的供應者，更為提供藥品相關資訊與諮詢之專業人員，除須按照醫師處方調劑藥物，或依據病患之病歷紀錄或醫師之診斷結果，為病患選擇最適切之藥物劑型、劑量外，更須告知病患藥物之服用方法及應注意之事項，是藥師提供藥事服務而得知病患傷勢或病況之秘密時，自不得無故洩漏而影響病患權益（參藥師法第十四條）。從而藥師此一秘匿特權之核心價值，顯非在於保護藥師之職業地位，而係出於保障病患之隱私權益，讓病患不必擔心因接受藥師服務或向其求助，致其不欲人知之傷勢或病情等隱私外

洩。否則，病患因畏懼司法機關介入藥師業務而窺得其傷病隱私，致憚於向藥師求助及接受藥事服務，則憲法為增進民族健康，所普遍推行衛生保健事業及公醫制度以保障國人健康之旨趣暨病患隱私權之維護，豈非落空。是藥師之拒絕證言權，既係基於所從事之業務而知悉他人傷病隱私之祕密為其要件，而其目的復在於保護病患與藥師間之信賴關係，則倘藥師所知悉之祕密，並非基於藥事服務之信賴關係所獲悉，或病患之傷病已經公開而不具祕密之性質，自均不受此秘匿特權之保護。卷查上訴人於一〇〇年一月十九日接受檢察官偵訊之筆錄記載：「（問：你與沈祿從等有无親屬、婚約或法定代理人關係？）答：無。（問：以下就檢察官訊問的問題，有關你自己涉嫌的部分，你可以保持緘默不回答，有關他人涉嫌的部分，你有作證的義務，必須據實陳述，但如果問你問題時，你怕陳述會導致自己受刑事追訴或處罰，你可以針對該問題不回答，你是否願意陳述並作證？）答：願意。」嗣檢察官並諭知證人具結之義務及偽證之處罰，命其（或書記官）朗讀結文後具結，結文附卷（見他字第二七五六號偵查卷(二)第三七、三八頁）。足見上訴人於沈祿從被訴業務登載不實等罪案件中，檢察官先調查上訴人與沈祿從有无刑事訴訟法第一百八十一條第一項規定得拒絕證言之關係，上訴人既稱無前述關係，檢察官自無同法第一百八十五條第二項之告知義務；又上訴人於具結作證時，其於供前先經檢察官告知有關上訴人自己涉嫌犯罪部分得保持緘默，並告以具結義務及偽證處罰，而於上訴人在證人結文上簽名後，始接受檢察官之偵訊，是檢察官並無違反告知義務之情形，上訴人之具結證言自屬合法有效；另上訴人之身分為藥師，雖因藥師身分而知悉病患祕密之事項，在未得病患允許前，就病患祕密有得拒絕證言之情形，然上訴人與沈祿從間並非藥師與病患之關係，上訴人所知悉沈祿從業務登載不實之犯

行，顯非基於其與病患間之信賴關係而獲悉，自無從主張拒絕證言權之可言。況刑事訴訟法第一百八十五條第二項、第一百八十六條第二項所規定應主動告知得拒絕證言之情形，亦不包括第一百八十二條規定之藥師等人。上訴意旨指稱其有拒絕證言權，檢察官未予告知，於法有違云云，而漫言爭執，顯係誤解，亦非適法之第三審上訴理由。

(三)、其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證、認事職權之適法行使及原判決已說明事項，任意指摘為違法，或單純為事實上之爭執，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。依上說明，應認上訴人之上訴不合法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 六 月 二 十 二 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 蔡 國 卿

法官 王 復 生

法官 張 祺 祥

法官 徐 昌 錦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 六 月 二 十 九 日

V

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,1916

【裁判日期】1050728

【裁判案由】偽證

【裁判全文】

最高法院刑事判決 一〇五年度台上字第一九一六號

上 訴 人 台灣高等法院檢察署檢察官

被 告 李文成

上列上訴人因被告偽證案件，不服台灣高等法院中華民國一〇四年四月二十八日第二審更審判決（一〇三年度矚上更(二)字第一號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十九年度偵字第二〇六〇號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

理 由

一、本件原判決以公訴意旨略以：梁柏薰因涉案恐遭判刑確定而入獄，圖以非正式管道脫身，誤信時任總統府副秘書長之陳哲男能為其疏通司法案件，於民國 91 年 9 月間在其女友陳麗香位於台北市忠孝東路 4 段住處，當場開立發票人為立浦機電股份有限公司、付款人為萬通商業銀行股份有限公司松山分行、票號分別為 AK0000000、AK0000000 號、面額均為新台幣（下同）300 萬元之支票 2 紙（下稱 300 萬元支票 2 紙）交付陳哲男。陳哲男為避免遭察覺收取不法財物，將該 2 紙支票交由劉幸宜存入銀行帳戶提示兌領，而取得現款 600 萬元。惟陳哲男實際上並未為梁柏薰疏通官司，梁柏薰所涉案件均經判處罪刑確定，且因未到案而經檢察官發布通緝。梁柏薰因氣憤受陳哲男訛騙，於 93 年 3 月 16 日在香港召開記者會說明曾交付上開 2 紙支票予陳哲男之來龍去脈。陳哲男見難以掩飾，乃於 93 年間某日，向楊振豐稱其與梁柏薰間有 600 萬

元之政治獻金往來關係，非如梁柏薰所指係其從事司法黃牛所詐取之不法財物，經楊振豐勸說應儘快返還，陳哲男乃於93年8、9月間某日將裝有現金300萬元之紙袋請楊振豐輾轉交予陳麗香。(一)惟台灣台北地方法院檢察署（下稱台北地檢署）依梁柏薰召開記者會陳述之事，將陳哲男列為被告，分93年度他字第2148號案件偵查，楊振豐因接獲待證事由欄載有「被告陳哲男貪污」案傳訊作證之傳票，詢之陳哲男，陳哲男（偽證犯行，業經第一審判處罪刑確定）明知楊振豐為上開案件傳喚之證人，竟基於使楊振豐為偽證之犯意，教唆楊振豐於應訊時，虛偽證述上開支票與陳哲男無關，又見楊振豐內心尚非堅定，恐事有變，乃於楊振豐作證前某日，偕同被告李文成前往楊振豐位於台北市○○○路0段00號之招待所，向楊振豐、劉幸宜介紹李文成時任台灣高等法院刑事庭庭長，為法律專業人士，再稱其因擔任總統府副秘書長，不適合與商人有支票往來，也不能承認有賭博欠債之事，請求楊振豐於檢察官訊及梁柏薰所交付之3紙支票（即梁柏薰前因陳哲男母喪致贈之奠儀111萬元支票1紙、前述請求疏通官司交付之300萬元支票2紙）時，不要說出陳哲男與梁柏薰間有金錢往來關係。李文成聽聞上開對話，依其身為刑事庭庭長之專業及實務經驗，已明確知悉陳哲男係教唆楊振豐為虛偽之證述，且可推知陳哲男邀其同來，係為去除楊振豐內心之疑慮，確保楊振豐應訊時為虛偽之證述，竟基於幫助陳哲男教唆楊振豐為偽證之犯意，經詢問確認楊振豐與梁柏薰為同證券公司董事，支票往來頻繁後，判斷楊振豐如將上開支票指為其與梁柏薰間之金錢往來，確實不易查明，乃作勢輕拍陳哲男之肩膀，稱：如果楊振豐肯幫忙，那你就沒事等語。因李文成之精神助力，使楊振豐認為只要陳述上開支票為自己與梁柏薰間之支票往來，即可幫助陳哲男脫身，自己亦不會有何罪責。楊振豐（偽證犯行，業經第一審判處罪刑

確定)乃基於偽證之犯意，於94年1月27日至台北地檢署，於具結後虛偽證稱：上開2紙支票是梁柏薰向其調借現金，用來清償之前向其借的錢云云，就案情重要相關之事項為虛偽之證述。致台北地檢署承辦該案件之檢察官因證據不足而將上開案件簽准結案。(二)95年間，因梁柏薰表示要回國接受執行，並親自說明陳哲男收受支票之過程，上開案件因有新證據而再啓偵查(按台北地檢署分95年度他字第2190號案件調查)，楊振豐接獲證人傳票後，乃又電詢陳哲男，陳哲男為求卸免罪責，由基於幫助犯意之李文成出面邀約；李文成、陳哲男、楊振豐及劉幸宜即於95年3月29日在香格里拉遠東國際大飯店(下稱遠東飯店)2211號房內見面商議因應對策，但苦思無解。嗣梁柏薰果於95年4月1日返國，陳哲男見情勢困窘，又請承前犯意之李文成致電邀約，李文成、陳哲男、楊振豐及劉幸宜乃於95年4月3日至遠東飯店1807號房會面。陳哲男為求脫身，接續前述教唆楊振豐為偽證之犯意，苦苦哀求楊振豐承擔此事，並要求楊振豐上次作證(指94年1月27日)怎麼講，這次就怎麼講，並表示如果兩次講的不一樣，會有偽造文書的問題云云。楊振豐聽聞可能有刑責，心有質疑，陳哲男乃以：「如果有問題，你可以問李文成庭長」云云。李文成見狀，再基於承前幫助使楊振豐為偽證之接續犯意，除未依其專業明白表示偽證有何不法之外，並告知楊振豐於傳喚作證時只要說不曉得、不清楚即可，使楊振豐心意堅定，遂基於偽證之犯意，於95年4月6日至台北地檢署接受檢察官訊問時，具結後證稱：上開3紙支票都是梁柏薰本人所交付，是打麻將賭輸的錢，陳哲男從來沒有拿過支票請其或劉幸宜代為提示，其沒有問過陳麗香為何會開票給陳哲男，其不知道此事云云，就案情重要相關之事項為虛偽之陳述。嗣經檢察官查明梁柏薰交付支票之始末，再度訊問楊振豐，楊振豐始坦承前開證述均為虛偽，而自白有偽證之

犯行。因認李文成涉犯刑法第 30 條、第 168 條之幫助偽證罪嫌云云。經原審審理結果，認不能證明李文成有上開公訴意旨所指之犯罪，因而撤銷第一審關於被告李文成部分之科刑判決，改判諭知無罪。固非無見。

## 二、惟查：

- (一) 證人係指在他人之訴訟案件中，陳述自己所見所聞具體事實之第三人，為證據之一種，具有不可代替之性質。刑事訴訟法第 176 條之 1 即規定「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務」，明定凡應服從我國法權之人，無分國籍身分，均有在他人為被告之案件中作證之義務，俾能發見事實真相。又我國刑事訴訟法為強制證人據實陳述，以發現真實，乃採書面具結，即檢察官或法院（法官）對依法有具結能力之證人，於訊問前或訊問後，先告以具結之義務及偽證之處罰，再命其朗讀內載「當（係）據實陳述」、「決（並）無匿、飾、增、減」等語之書面結文，並簽名、蓋章或按指印而出具之，以擔保其所陳述之證言為真實，此觀同法第 186 條至第 189 條規定自明，係證言真實性之程序擔保；如證人於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，即應負刑法第 168 條之偽證罪責；從而，刑法上之偽證罪，本係就已出具書面擔保猶違反據實陳述義務之證人課予刑事責任，乃實現要求證人據實為證之具體規範，以達保護司法權正確行使之立法目的。故雖刑事訴訟法第 181 條同時規定證人恐因陳述致自己或與其有該法第 180 條第 1 項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，以保障證人有不自證己罪或與其有一定身分關係者入罪之拒絕證言權，避免證人在偽證處罰之負擔下，必須據實陳述而為不利於己或與其有一定身分關係之人之證言，致陷於窘境，以兼顧人情；且此所謂「恐受刑事追訴或處罰」，不限於證言有直

接導致其受追訴或有罪之處罰為限，抑凡有關其刑事責任之不利證言（例如累犯加重之事由、習慣犯認定之基礎事實等）均應包括在內；然若因其陳述而有受「偽證罪」追訴、處罰者，則非屬此之拒絕證言之理由，自屬當然。否則，證人動輒以所陳述內容恐將致己或有一定身分關係之他人受「偽證罪」之追訴、處罰，而拒絕陳述，將有害於訴訟之公正，為發現事實真相而於刑事訴訟法規定為證人之義務，即無從實現。經查，本件原判決以楊振豐於台北地檢署偵辦陳哲男（因自梁柏薰處收受 300 萬元支票 2 紙）涉司法黃牛詐欺案件偵查中，先後於 94 年 1 月 27 日、95 年 4 月 6 日檢察官訊問時，就關於該案案情有重要關係之事項即所經手 300 萬元支票 2 紙之來源、用途及金錢去向之證述內容，均虛偽不實；惟楊振豐對劉幸宜於 94 年 1 月 13 日至台北地檢署作證時所為上開 300 萬元支票 2 紙係梁柏薰持向伊等借錢，由楊振豐交給伊等不實證言，於劉幸宜作證前，曾教唆或施以助力，有教唆或幫助劉幸宜偽證之行爲；是楊振豐於 94 年 1 月 27 日、95 年 4 月 6 日於台北地檢署就同一事實作證，如據實陳述，劉幸宜所為偽證有遭偵辦而受有刑事追訴或處罰之虞，其本人亦有因教唆或幫助劉幸宜偽證而受有刑事追訴或處罰之危險，依同法第 181 條規定，得拒絕證言；而檢察官已懷疑劉幸宜證述之真實性，然於 94 年 1 月 27 日、95 年 4 月 6 日訊問楊振豐前，皆未依同法第 186 條第 2 項踐行告知義務，即命其具結陳述，程序有所瑕疵等情，認楊振豐之具結不生合法之效力，縱有陳述不實，亦不能遽依偽證罪責論擬；則為供述之楊振豐既不構成犯罪，即無正犯行為存在，李文成亦不成立幫助偽證之罪，為李文成無罪諭知之主要論據。然證人不能以恐因陳述將致己或與其有一定關係之他人受偽證罪之追訴、處罰，作為拒絕證言之理由，前已論述甚明。再依原判決理由



所載，原判決亦未認楊振豐、劉幸宜於該陳哲男所涉司法黃牛詐欺案件有任何犯罪嫌疑，則楊振豐之據實陳述，似無肇致其就該案自陷入罪，或陷劉幸宜於罪之危險？原判決未詳加究明，遽以楊振豐於前揭案件作證，如據實陳述，劉幸宜所為偽證有受刑事訴追或處罰之虞，楊振豐本人亦有因教唆或幫助劉幸宜偽證而有受刑事訴追或處罰之危險；楊振豐有同法第 181 條規定之拒絕證言權，檢察官於命其具結前，未踐行該項告知程序，楊振豐之具結不生效力，而為李文成有利之認定，難謂無理由欠備，併有適用法則不當之違法。

- (二) 刑事訴訟法第 181 條規定，證人恐因陳述致自己或與其有家長、家屬關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言；為確保證人此項拒絕證言權，刑事訴訟法第 186 條第 2 項並規定法院或檢察官有告知證人之義務。所謂「家長、家屬」關係者何？固依「犯罪概念個別化」，在不同法規範中，相同概念可為不同之解釋，惟為能保護司法權能正確行使，復能兼顧人情，避免證人陷於抉擇自負偽證罪或據實陳述而陷與其有家長（家屬）關係之人於罪之窘境，仍應以該據實陳述之要求，不致傾頹應長久穩固之家庭關係，為其界限；故雖非親屬，參諸民法第 1123 條第 3 項規定，仍須以永久共同生活為目的同居一家者，始得視為具有家長、家屬之關係，而為發見事實真相之司法功能所不得不容隱之範疇。原判決雖以劉幸宜之證詞、楊振豐供稱劉幸宜在國泰世華銀行大安分行、建華銀行大安分行及寶華銀行台北分行帳戶，大部分是其在使用，劉幸宜使用部分，均係為家用等語；及其 2 人所生之女之戶籍資料；酌以楊振豐於偵、審中所陳報住、居處所情形；認台中市○區○道○街 0 號（下稱台中地址）僅為楊振豐之設籍地，其自 90 年間與劉幸宜育有 1 女迄於 99 年間於第一審作證時，均

與劉幸宜共同生活於台北市○○區○○路0段000巷00號4樓（下稱台北市大安區地址），顯有在該處所以永久共同生活為目的，而同居一家之事實，具有家長、家屬之關係。惟依楊振豐之戶籍資料所載，其於94年1月27日、95年4月6日偵查中為證時，係有配偶之人，且與配偶江麗玲共同設籍於上開台中地址（見更(二)審卷第175頁），並未離異；楊振豐於第一審審理中亦對所詢陳哲男是否曾請其幫忙，打電話叫梁柏薰不要回來一節，答稱：「有這件事情，陳哲男有打電話到我『台中家裡』跟我說打電話叫梁柏薰不要回來，因為陳哲男從來沒有打電話到我『台中家裡』過，這是第一次，因為當天我剛好回台中，是在週六或是禮拜天，所以我對此有印象。」等語（見第一審卷第180頁反面），果係如此，楊振豐似非已完全離開該台中地址別居？則楊振豐於94年1月27日、95年4月6日為證時，倘與一同設籍並居住於該台中地址之其他人，仍有永久共同生活之意思，而互為家長、家屬，如何又於婚姻關係存續中，與另居於上開台北市大安區地址之劉幸宜亦成立家長、家屬關係，即不無疑。原審未予查明，遽以楊振豐與劉幸宜具有家長、家屬關係，即認楊振豐作證時有拒絕證言權，亦有可議。

三、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項；且因原判決上述違背法令，影響李文成是否成立犯罪，本院無從據以為裁判，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 七 月 二十八 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 李 伯 道

法官 林 立 華

法官 李 錦 樑

法官 洪 昌 宏

法官 彭 幸 鳴

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 八 月 一 日

G

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,2081

【裁判日期】1050817

【裁判案由】違反銀行法

【裁判全文】

最高法院刑事判決 一〇五年度台上字第二〇八一號

上訴人 台灣高等法院檢察署檢察官

被告 朱明德

選任辯護人 林傳智律師

上列上訴人因被告違反銀行法案件，不服台灣高等法院中華民國一〇四年二月十七日第二審判決（一〇三年度金上訴字第三六號；起訴案號：台灣台北地方法院檢察署一〇二年度偵字第一五六九八、二一二一五號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

### 理 由

一、原判決以公訴意旨略謂：被告朱明德明知非銀行不得經營收受存款，亦不得以借款、收受投資或其他名義，向多數人或不定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息或其他報酬，竟基於意圖為自己不法所有，非法經營收受存款業務，且明知杜拜國「博瑞外島金融集團」（下稱博瑞集團）海外投資乃虛設的公司，而自民國一〇一年四月起，從中國大陸地區攜帶「BORRACKS FINANCIAL MANAGEMENT 博瑞外島金融管理集團 [www.BOSFMC.com](http://www.BOSFMC.com)」宣傳資料，宣稱該集團於全球有八家子公司，參與海底打撈寶藏的國際競標，獲利甚高，名目計有「每日效益分紅」、「投資股本返還」、「個人銷售佣金」、「團隊銷售佣金」四樣，投資者分成「基礎客戶」、「貴賓客戶」和「尊爵客戶」三種，分別為五千美元、一萬美元、三萬美元（按後二者起訴

書誤繕爲一千美元、三十萬美元），每月返本依序爲「8%、9%、10%」。被告化名「朱宸睿」，自稱爲「朱老師」，印製名片，以該集團在台負責人之姿出現，分別在台北市福華、天成飯店及台中市等地召開說明會，鼓吹民眾投資，上揭前二種客戶美金，折合新台幣（下如未特別標明美金者，即同爲新台幣）約各爲十六萬元、三十二萬元。被告即以上揭宣傳手法，招募得王金陽（按起訴書認亦爲共同正犯，另案處理）、張崑宗、駱玫秀、王朝正及詹振芳，分別投資三十二萬元、三十二萬元、一百六十萬元、九十六萬元與十六萬元。被告先期果然按月付給與本金顯不相當之「10%」利息，尙賦予各投資人會員編號及密碼，使其等得以利用網路，查詢其所謂之博瑞集團投資事業計畫，並在網站上登錄點數，取得上揭「分紅獎金」。迨同年十月十四日，被告召開說明會，詐稱「博瑞深海打撈公司」因中東拜耳有颱風，影響打撈本金分紅，將延至翌（一〇二）年一月發放，然而嗣又於該一月，竟然關閉網站，上揭各投資人始知受騙等情。因認被告所爲，違反銀行法第二十九條規定，涉犯同法第一百二十五條第一項前段之罪（下以違法吸金罪稱之）及刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪嫌，二罪具有想像競合犯關係，從較重之違法吸金罪名處斷等語。經審理結果，認爲檢察官舉證尙嫌不足，因而撤銷第一審關於被告部分之科刑判決，改爲無罪之諭知。固非無見。

## 二、惟查：

- （一）、法院所爲的判斷，必須符合經驗法則、論理法則，爲刑事訴訟法第一百五十五條第一項所揭示的當然法理，是其所憑獲致結論的理由，亦應前後一貫，方屬適法，倘竟互相齟齬，即有判決理由矛盾之違法，足以構成撤銷的原因。原判決先於其理由五一（一）內，說明：被告於一〇一年四月間，前往中國大陸地區，攜回所謂的「博瑞集團」宣

傳資料，旋自次（五）月起，在台灣飯店等公開場所，召開說明會，以化名，且為投資理財專家之姿，大肆宣傳，利用厚利相誘，邀人入會，吸收資金，並鼓勵會員更邀下線參加，許以上揭各種名目的獎金，結果確有多人出資，加入未經我國金融主管機關核准的機構，成為會員等情，因有諸多無爭議的供述及非供述證據可證，此事「堪以認定」（見原判決第四頁下半至第六頁前二行）。果若無訛，則此行為似已符合「非銀行不得經營收受存款業務」、「以收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬，以收受存款論」的情形，似應依銀行法第一百二十五條第一項前段規定論處。原判決且於其理由七前段，載敘：「按銀行法第一百二十五條第一項之非法經營銀行業務，規範目的在保障社會投資大眾之權益，及有效維護經濟金融秩序，條文既未規定行為人之主觀構成要件，（則）祇須未經依法核准許可，擅自實行本法第二十九條之一所定與收受存款相當之客觀構成要件行為，即足以成立同法第一百二十五條第一項之罪」（見原判決第十三頁第十二至十六行），卻於該理由七末段，判定被告「不單獨成立銀行法第一百二十五條第一項之非法經營銀行業務罪」（見原判決第十四頁第九、十行），已見判決理由前後矛盾，且似乎不符合客觀存在的經驗法則、論理法則。

又原判決既說明被告供承：因從事推廣上揭投資案，「自己投資一萬（元）美金，約三十天後就有九百元美金的獲利，我從一〇一年五月到十月，總共拿了六次的獲利」，另外若有「投資客投入一萬美金，我（還）可以從中抽取10%的佣金」（見原判決第八頁第十五至十七、二十六行），而因被告之引介，計有王金陽、張崑宗、駱玫秀及王

朝正四人，分別投資美金一萬元、一萬元、五萬元和三萬元（見原判決第五頁第十四至十六行），倘若不虛，則被告的獲利與佣金，總計當有一萬五千四百美元之多，已逾其出資額數，根本無被害可言。原判決卻認其「也是投資人、被害人」（見原判決第十三頁第十行），似亦有理由矛盾情形存在。

(二)、裁判所憑的證據，必須和卷內訴訟資料所顯示者相符合，方為適法；如有齟齬，則其判斷基礎，並不確實存在，應認有證據上理由矛盾之違法。

依照卷附被告所持用的「0000000000」、「0000000000」號行動電話，經警依法實施通訊監察所得紀錄，顯示被告在電話交談中，言及「我們做當初鴻元（按應為『源』之誤繕；指違法吸金事件）的那一個人」、「如果讓我賺一億，一億錢都在國外，我關二年半」、「用詐欺求刑二年半」、「只有詐欺；沒有違反公司法、銀行法嗎？」、「趁著這個機會能賺錢，為什麼不賺錢」、「我懷疑這支（電話）好像有被那個、有回音（按指遭監聽）」、「絕對不能在台灣成立公司，…因為（會）牽扯到銀行法的問題」、「他大概賺了二億，你知道高（雄）檢這次偵結完畢，用甚麼罪給他起訴，你知道嗎？詐欺起訴他，求刑二年半」、「關兩年出來（後）就是一條好漢」、「二年，關一年就出來了」、「募資就牽扯到銀行法，你（在）台灣成立公司，不是此地無銀三百兩嗎？」、「（利息、紅利）太高，人家反而會怕」、「有投資的，這半年內加入的人，都不會賠到錢」、「我們就半年就好了嘛，我們就運作這三個月…後面就不運作了嘛」、「我上台講課（按指招募投資吸金），都有點怕怕的，怕人家錄音、錄影」、「李董跟王董（按指化名王查理之蘇忠燕，亦名蘇庭寬，另案違反銀行法，業經判刑確定，未到案執行，通緝中）

他們開會，在香港開會，因為大陸市場包含小彭他們啦，是新加坡的小彭，有跟他們建議說大陸市場正要啟動，…我剛剛問的結果是這樣」（見第一審卷第一宗第一七六頁正面至二一五頁背面），被告並不諱言曾從香港入境到中國大陸，與「王查理老師」見面，王查理陸續介紹「博瑞」相關人員，談論系爭投資案，嗣帶回文宣資料返台募資，甚至坦承「我覺得奇怪，十度公司（按係另非法吸金案）在大陸已經是非法集資」各等情（見第一五六九八號偵卷第八十五至八十七頁），似乎就系爭所謂的投資案，並非不知為騙局，且對化名「王查理」的蘇庭寬底細，早已知悉，亦了解上情可能有違反銀行法或（行為時）公平交易法或詐欺的法律評價，恐遭秘蒐，卻仍願為求利而行險一博。原判決遽認被告無具詐欺主觀犯意，非屬蘇庭寬等人所組跨國詐騙集團的同夥（見原判決第十三頁第五至十一行），是否符合卷內訴訟資料，猶待詳加研求。

(三)、銀行法第一百二十五條第一項前段之罪，係以違反同法第二十九條、第二十九條之一作為構成要件，其中第二十九條第一項規定：「除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務。」第二十九條之一規定：「以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論」。

就此等構成要件文義以觀，祇見客觀行為的禁制規範，而沒有特別限定應具備如何的主觀犯意，易言之，不必如同刑法詐欺罪，須有為自己或第三人不法所有之主觀意圖，然而，仍應回歸至刑法第十二條第一項所揭示的故意犯處罰原則。從而，倘行為人認識其所作所為，將符合於上揭非法吸金罪所定的客觀要件情形，竟猶然決意實行，就應



負此罪責。

析論其罪質，因屬經營業務之犯罪，具有長時、延續、複次作為的特徵，故係學理上所稱集合犯之一種，所侵害者，雖以社會（公）法益為主，但非僅此而已，尚兼及個人（私）法益，應歸類於經濟犯罪類型，一有作為，罪即成立，屬舉動犯（行為犯），又為抽象危險犯，不同於銀行法第一百二十五條之二以下規範型態，並不處罰未遂犯，無非為維持金融秩序目的而設的行政刑法，迥然有別於傳統普通刑法詐欺罪之單純侵害個人（私）法益；財產犯罪類型；結果犯，有未遂犯處罰規定。

即便如此，非法吸金罪的構成要件中，並不排除行為人在行為之初，或進行至一定程度時，利用詐術方法吸金，誑使特定的多數人或不特定人交付款項（無論以存款或投資為名），故非法吸金罪和詐欺罪二者間，即可能具有某些交集情形存在，細說之，縱有部分相同或重疊，但猶有部分相異，允宜全部給予適當的評價。斯時，於法律評價上，當依想像競合犯之例處斷，才不致有漏未評價的缺憾。日本國學界通說與其實務運作，同以此作為法理論述的基礎，足供參考。否則，倘認非法吸金罪的吸金行為，必出於合法方法，祇是未經許可核准，而予處罰，猶嫌缺乏堅強的法理基礎，且如侷限於此，豈能符合本條規範的保護目的？尤其，進而謂非法吸金罪和詐欺罪，二者不能併存，一旦成立前罪，即不再論以後罪，反之，亦然，則狡黠之徒，大可狡辯其行為之初，即基於詐意，行騙吸金，祇該當法定刑最高五年以下有期徒刑的普通詐欺罪，充其量為一年以上、七年以下有期徒刑的加重詐欺罪，法院若無從依較重的三年以上、七年以下有期徒刑的普通非法吸金罪或七年以上有期徒刑的加重非法吸金罪名論擬，顯然違背罪責相當原則，並悖離國民的法律感情。與此雷同之廢

棄物清理法第四十六條第三、四款所規定，未經許可堆置廢棄物、未領有處理許可文件，從事廢棄物之清除處理等處罰，並不限於未經許可，出於合法之方法（在自己土地或合法租賃土地），其以竊佔、毀損等非法方法為之者，亦包含在內，而於後一情形，應依上揭違反廢棄物清理法罪和竊佔等罪之想像競合犯論處，益足證明並無互斥、相排擠之處遇情形，其間所存法理基礎皆同。此為本院最新之統一見解。

原判決秉持非法吸金之違反銀行法罪與刑法詐欺罪，具有互斥，不能併存的舊見解，先謂被告不該當詐欺，難以詐欺罪相繩，復以上揭二罪行因無法併存，故「亦不單獨成立銀行法第一百二十五條第一項之非法經營銀行業務罪」（見原判決第十四頁第九、十行），致應受評價之各行為兩頭落空，欠缺歸屬，核非允洽。

以上，均為檢察官上訴意旨所指摘，經核洵有理由，應認原判決具有撤銷發回更審的原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 八 月 十 七 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 何 菁 莪

法官 李 英 勇

法官 洪 昌 宏

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 八 月 十 八 日

G

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台上,2368

【裁判日期】1050922

【裁判案由】違反證券交易法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台上字第二三六八號

上訴人 黃坤欝

選任辯護人 李永裕律師

上列上訴人因違反證券交易法案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇四年十月八日第二審更審判決（一〇二年度金上更(二)字第七一號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十九年度偵字第一〇一〇六、二七七二九號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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

二、上訴人黃坤欝上訴意旨略以：

(一)我國上櫃公司○○科技股份有限公司（下稱○○科技公司）在中國上海設立之百分百持股子公司○○電子科技（上海）有限公司（下稱○○上海公司），並非「股份有限公司」，亦非依我國公司法、證券交易法設立之公開發行公司，不適用證券交易法及商業會計法。乃原判決認上訴人利用○○上

海公司二次購買機器設備之際，套取溢價差，並於○○科技公司合併財務報表上為虛偽內容之登載，違反證券交易法第171條第1項第1至3款及商業會計法第71條第1款規定。將上開二法之公司或商業範圍，擴及於「子公司」及非依我國公司法設立或公開發行之公司，其擴張法條文義，與罪刑法定主義相違，適用法則顯有違誤。

(二)本件 LCD 機器設備，係由○○上海公司與 0000 00000 Co.Ltd.（下稱○○公司）簽訂契約並交付價金。則受損害者應為日揚上海公司，非○○科技公司。乃原判決竟認為不利益交易者及遭受重大損害者，均係○○科技公司，且其事實一、(二)對上訴人犯罪所得究係若干，前後認定不一，均有判決理由矛盾之違誤。

(三)原判決主要依據財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心（下稱櫃買中心）民國 99 年 11 月 22 日證櫃監字第 0000000000 號函件等作為判決之基礎。然該函件非該中心本於自己調查之結果，而係以他人檢舉之內容函覆台灣台中地方法院檢察署，卷內並無證據可認系爭二次買賣所得之○○上海公司固定資產，有列入○○科技公司之財報內。原判決未予釐清，徒以○○科技及○○上海二公司必須合併編制財務報表，遽認上訴人犯證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款之申報不實二罪，自有未洽。

(四)原判決未說明向○○公司購買機器設備事，使○○科技公司遭受之損害，已達「重大」之理由；若上訴人罪名成立，係以一行為同時構成證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款至第 3 款之罪，各罪法定刑相同，原判決並未說明認定該條項第 3 款之罪重於其他二款之理由，遽從一重論處其犯該條項第 3 款之罪刑，均有理由不備之違法。

(五)原判決認定之上訴人所為犯行，縱認屬實，然事實認定範圍，較更審前或第一審所認定者為輕，而原判決竟量處最嚴厲

之刑度，無視其自白犯行，且各自給付新台幣（除另載幣別外，下同）1858 萬 0939 元予○○科技公司、財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心，更撤銷前審判決之緩刑諭知，有違罪刑相當原則及禁止不利益變更原則。

(六)○○上海公司確有本件二機械設備之交易，且取得系爭設備，縱使○○科技公司合併財務報表之固定資產項下機械設備交易價格，與真實情形不符，但其不實金額占○○科技公司資產比例尚不足 1%，系爭合併財務報表申報公告後，○○科技公司股價未因此上漲，交易量亦未明顯增加，足證其虛偽或隱匿之內容，尚非重要內容，不具「重大性」，應不違反證券交易法第 20 條第 2 項規定，而構成該法第 171 條第 1 項第 1 款之罪云云。

三、惟查原判決撤銷第一審之不當科刑判決，改判分別依想像競合犯規定，從一重論處上訴人法人之行爲負責人犯證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款之申報公告不實罪，及犯同條項第 3 款之證券背信罪各罪刑。已詳敘認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。並對如何認定：上訴人主張證券交易法第 20 條第 2 項所規定「發行人依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務文件，其內容不得有虛偽或隱匿之情事」，係以所虛偽或隱匿之內容，具重大性或重要性者而言云云，並不足採；上訴人就事實一、(二)所爲，係一行爲觸犯證券交易法第 179 條第 1 項、第 171 條第 1 項第 1、2、3 款及商業會計法第 71 條第 1 款各罪，以獲取日幣 5568 萬元（即新台幣 1603 萬 9913.2 元）之情節較重；均依據卷內資料詳予說明。又查：

(一)證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易罪所指之「公司」，固指已依該法發行有價證券之公司而言。然依該罪之立法、修法背景，著眼於多起公開發行公司負責人及內部相關人員，利用職務爲利益輸送、掏空公司資產，嚴重影響企業經營，損害廣大投資人權益及證券市場安定。考量利益輸送

或掏空公司資產手法日新月異，於解釋該罪「以直接或間接方式，使公司為不利益交易，且不合營業常規」要件時，應重其實質內涵，不應拘泥於形式。

(二)為增加上市、上櫃公司財務資訊透明度，依證券交易法第 36 條、公司法第 369 條之 12、證券發行人財務報告編製準則第 7 條等規定（本件行為時為第 20 條），上市、上櫃公司（控制公司）應將其子公司（從屬公司）納入其合併財務報告並依法申報、公告，以利投資人了解其整體財務狀況及營運績效。足見就投資人而言，上市、上櫃公司之從屬公司，其營運及財務損益結果，與其上市櫃之控制公司，具實質一體性。如控制公司對從屬公司之營運、財務等決策，具實質控制權，且控制公司行為之負責人，故意使從屬公司為不利益交易，以達利益輸送或掏空公司目的，因該從屬公司獨立性薄弱，形同控制公司之內部單位，以從屬公司名義所為不利益交易，實與控制公司以自己名義為不利益交易者無異。應認構成證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款以直接或間接方式，使公司為不利益交易罪。方足保護廣大投資人權益及健全證券市場交易秩序。

(三)原判決事實認定，本件行為時，上訴人為○○科技公司董事兼總經理，同時為○○科技公司百分百持股之子公司○○上海公司董事長兼總經理，且就原判決事實一(二)所示不利益交易之決策、契約價格及購買名義人，均由上訴人實質控制、主導。上訴人故意以實質控制之○○上海公司名義，簽訂本件虛列交易價額、將溢價退至其私人使用帳戶之不利益交易契約，使○○科技公司最後受有 1603 萬 9913.2 元之損害。則依上說明，原判決認上訴人之行為構成證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款使公司為不利益交易罪，並無違誤。

(四)依卷附櫃買中心 99 年 11 月 22 日證櫃監字第 0000000000 號函文所載，該中心係向台灣台中地方法院檢察署說明「（系爭）

二筆購買固定資產交易編入合併財務報表後向本中心申報之相關過程」，顯非直接「轉載」卷附「檢舉信函」之內容後函覆。又原判決依證人即查核簽證○○科技公司財務報表之會計事務所人員李○珍、楊○欽於偵查中之證言及上開中心檢送之附件等，憑認系爭二筆設備買賣確併入○○科技公司之合併財務報表並申報、公告。尙無認定事實未依證據之違法。

(五)證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之結果要件，原規定為「致公司遭受損害」，93 年 4 月 28 日修正為「致公司遭受重大損害」。關於「重大」損害之認定標準，立法者委由司法機關依個案裁量認定。實務見解有按損害金額與公司規模為衡量者；然是否重大，亦無以百分比定之者。101 年 1 月 4 日立法院修訂同上法條第 3 款之證券背信（侵占）罪之結果要件為「致公司遭受損害達新台幣 500 萬元」。原判決認其事實一、(二)之損害金額 1603 萬 9913.2 元，已達重大，雖漏未說明其認定標準，惟經參酌上開標準，難認有何不當。

(六)刑事訴訟法第 370 條第 1 項規定「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」此為禁止不利益變更原則規定，惟若檢察官為被告之不利益上訴，或第一審判決適用法條有不當而撤銷者，即無該原則之適用。本件第一審判決係依接續犯理論及想像競合犯規定，從一重論處上訴人行為之負責人犯證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款之申報公告不實罪刑（一罪）。上訴人不服該判決上訴於第二審，嗣經撤回；檢察官則以其量刑不當，為上訴人不利益提起上訴。原審（更(二)審）以第一審判決適用法條不當而撤銷改判，自無禁止不利益變更原則之適用。至原審 101 年度金上更(一)字第 63 號判決，業經本院 102 年度台上字第 4712 號判決撤銷發回更審，該更(一)審判決既非第一審判決，更(二)審

判決自不受其拘束，亦無所謂禁止不利益變更問題。

(七)商業會計法第 2 條第 1 項規定「本法所稱商業，指以營利為目的之事業；其範圍依商業登記法、公司法及其他法律之規定。」又依所得稅法第 3 條第 2 項前段規定「營利事業之總機構在中華民國境內者，應就其中華民國境內外全部營利事業所得，合併課徵營利事業所得稅。」○○上海公司係以營利為目的之事業，其總機構即控制公司為○○科技公司，係我國境內上櫃公司，除應依法製作合併財務報表並申報、公告外，並應依法合併課徵營利事業所得稅。則其相關商業會計事務之處理，自影響國家課稅正確性，亦應依我國商業會計法之規定處理，屬商業會計法第 2 條第 1 項所指依其他法律規定之商業。原判決認上訴人犯商業會計法第 71 條第 1 款之罪，於法無違。

(八)刑之量定係事實審法院得予自由裁量之事項，原判決以上訴人之責任為基礎，斟酌刑法第五十七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，尚難指為違法。

(九)原判決理由欄雖載事實一、(二)之上訴人犯罪所得為 1603 萬 0993.20 元（見原判決第 29 頁），經參照其事實及理由欄係認定上訴人浮增之價差金額為日圓 5568 萬元（契約交易價額日圓 2 億 8780 萬元扣除實際交易價格日圓 2 億 3212 萬元，餘日圓 5568 萬元；折合新台幣為 1603 萬 9913.20 元。見原判決第 4、5、14、21 頁），足見該 1603 萬 0993.20 元，顯為誤載，因不影響判決本旨，應予更正，不得執為適法上訴第三審之理由。

四、上訴意旨置原判決之論述於不顧，徒為事實上之爭辯，並對原審採證認事或量刑之職權行使，及以不影響判決結果之事項，任意指摘，難謂已符合首揭法定之第三審上訴要件。其上訴應予駁回。



據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 九 月 二十二 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 吳 三 龍

法官 洪 于 智

法官 徐 昌 錦

法官 黃 瑞 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 九 月 二十六 日

v

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台非,45

【裁判日期】1050309

【裁判案由】違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台非字第四五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 呂哲毅

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑案件，對於台灣宜蘭地方法院中華民國一〇四年十月三十日第一審確定裁定（一〇四年度聲字第七〇〇號，聲請案號：台灣宜蘭地方法院檢察署一〇四年執字第二二七六號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、非常上訴理由稱：「一、按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；而定應執行刑之裁定，與實體判決有同等效力，此項裁定確定後，如發現有違背法令者，自得提起非常上訴（最高法院 98 年度台非字第 18、90、116、189 號、100 年度台非字第 295 號等判決意旨參照）。又刑法第 51 條之數罪併罰，應以合於刑法第 50 條之規定為前提；而刑法第 50 條之併合處罰，係以裁判確定前犯數罪為條件，若於一罪之裁判確定後又犯他罪者，自應於他罪之科刑裁判確定後，與前罪應執行之刑併予執行，不得適用刑法第 51 條所列各款，定其應執行之刑（最高法院 18 年上字第 1360 號、32 年非字第 63 號判例意旨參照）。至於被告一再犯罪，經受諸多科刑判決確定之情形，上開所謂裁判確定，乃指首先確定之科刑判決而言，亦即以該首先判刑確定之

日為基準，在該確定日期之前所犯各罪，應依刑法第 51 條各款規定，定其應執行之刑；在該確定日期之後所犯者，則無與之前所犯者合併定執行刑之餘地；惟在該確定日期之後所犯之罪，倘另符合數罪併罰者，仍得依前述法則處理，固不待言。數罪併罰定應執行之刑，既有上揭基準可循，自無許法院任擇其中最為有利或不利於被告之數罪，合併定其應執行刑之理；否則，仍有適用法則不當之違背法令。故對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行之刑者，如又重複裁定其應執行之刑，即係違反一事不再理之原則而違背法令，自得對於後裁定提起非常上訴救濟（最高法院 104 年度台非字第 41 號、104 年度台非字第 42 號、104 年度台非字第 181 號、104 年度台非字第 227 號、104 年度台非字第 276 號等刑事判決意旨參照）。二、查被告呂哲毅①先犯重利罪，經台灣宜蘭地方法院以 104 年度簡字第 234 號刑事判決判處有期徒刑 2 月、2 月，應執行有期徒刑 3 月確定；②繼犯施用毒品罪，經台灣宜蘭地方法院以 104 年度簡字第 401 號刑事判決判處有期徒刑 4 月、3 月，應執行有期徒刑 6 月確定；③再犯非法攜帶刀械罪，經台灣宜蘭地方法院以 104 年度易字第 165 號刑事判決判處有期徒刑 4 月確定；該署檢察官因前述①②③罪合於刑法第 50 條之數罪併罰要件，乃於 104 年 10 月 26 日聲請定其應執行之刑，由台灣宜蘭地方法院於 104 年 10 月 30 日以 104 年度聲字第 700 號刑事裁定定應執行有期徒刑 1 年，已於 104 年 11 月 25 日確定（先聲請後確定）；其後該署檢察官又疏就前述①②③罪於 104 年 11 月 4 日聲請定其應執行之刑，由台灣宜蘭地方法院於 104 年 11 月 12 日以 104 年度聲字第 730 號刑事裁定定應執行有期徒刑 11 月，已於 104 年 11 月 23 日確定（後聲請先確定）；以上事實有刑事裁定、刑案資料查註紀錄表、執行案件資料表在卷可稽。承上說明可知前述①②③罪業經上開兩裁定重複定應其執行之刑，則後確定之台灣宜蘭地方法

院 104 年度聲字第 700 號刑事裁定顯已違反一事不再理之原則，即屬違背法令。三、案經確定，且不利於受刑人，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正。」

二、本院按：一事不再理，為我刑事訴訟法之基本原則。同一應執行刑之案件，既經合法提起聲請，自不容在同一法院重複聲請，為免一案兩裁，對於後之聲請，應依刑事訴訟法第三百零三條第二款之法理，以形式裁定終結之。而同法第三百零二條第一款所定，案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，必係法院判決時，其同一案件，已經實體判決確定，始有該條款之適用。同理，法院對於後聲請之案件，縱已為定應執行刑之裁定，並於先之聲請裁定後，先行確定，但後聲請之裁定，於先聲請裁定時，既未確定，即無既判力，先聲請之裁定，依法不受其拘束，其所為定應執行刑之裁定，自不能因後聲請之裁定先確定，而成為不合法。從而，後之聲請，依上開第三百零三條第二款規定之法理，本不應受理，倘為實體裁定，即不合法且不利於被告，如已確定，應依非常上訴程序，予以撤銷，為駁回之裁定。

三、本件被告呂哲毅所犯如原確定裁定附表所示重利等五罪，檢察官於民國 104 年 10 月 26 日以 104 年執字第 2276 號聲請書聲請定其應執行之刑（下稱前之聲請）。原審法院於 104 年 10 月 30 日以 104 年度聲字第 700 號裁定定其應執行之刑為有期徒刑一年，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，於 104 年 11 月 25 日確定。檢察官復於 104 年 11 月 3 日以同上案號聲請書，就同上五罪在同一法院重複聲請定其應執行之刑（下稱後之聲請）。原審法院於 104 年 11 月 12 日以 104 年度聲字第 730 號裁定，定其應執行之刑為有期徒刑十一月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，於 104 年 11 月 23 日確定。有上開二聲請案全卷附卷可稽。本件前之聲請為裁定時，後之聲請既未提出，依上揭說明，自不能因後聲請之裁定先確定，而成

爲不合法。從而，法院對後之聲請，本不應受理，其所爲之實體裁定，即不合法且不利於被告，既經確定，應依非常上訴程序予以救濟。非常上訴意旨不爲該項指摘，反指摘前之聲請確定裁定違反一事不再理原則，屬違背法令，爲無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 三 月 九 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 吳 三 龍

法官 陳 宏 卿

法官 吳 信 銘

法官 黃 瑞 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 三 月 十 五 日

Q

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台非,67

【裁判日期】1050421

【裁判案由】違反毒品危害防制條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台非字第六七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 鍾永麟

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國九十八年十一月二十三日第二審確定判決（九十八年度上訴字第一一三〇號；起訴案號：台灣台南地方法院檢察署九十六年度偵字第一三〇六六號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按刑事訴訟法第三百六十一條及第三百六十七條修正後，提起第二審上訴，其上訴書狀應敘述具體理由，否則即不合法律上之程式，應為駁回之裁判，修法意旨固在於揚棄先前得不附任何理由，允許『空白上訴』之流弊，以節制浮濫提起上訴，俾使有限之司法資源能夠合理分配利用，乃為立法者對提起上訴所加之限制，屬立法之形成空間。然因同法第三百四十四條第五項仍規定：『宣告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應不待上訴依職權逕送該管上級法院審判，並通知當事人。』第六項規定：『前項情形，視為被告已提起上訴。』並不受上揭第二審上訴門檻之限制，不生未附具體理由即不能上訴之問題，向無疑義。於此角度而言，非但係法益衝突抉擇結果，本身亦屬司法資源之合理分配利用，也足徵

上開上訴第二審應附具體理由之限制，並非絕無例外。於強制辯護案件，如無辯護人代為製作上訴理由狀，致上訴未敘述具體理由，固仍屬同法第三百六十一條之情形，惟若其辯護倚賴權未受合理照料，自首開訴訟防禦權受侵害之立場觀之，兩相權衡，上揭上訴第二審之限制條件，同應有某種程度之退縮。換言之，強制辯護案件既因案情重大或被告本身弱勢（智障或窮困），由國家主動給與辯護人為協助，此倚賴權尤甚於一般之選任辯護，更應受保障。是在第二審審判中，既應強制辯護，則提起第二審上訴時所設定之門檻，亦應受辯護人協助，否則強制辯護案件，率因無辯護人代提上訴理由，遭以未敘述具體理由而駁回上訴，等同架空強制辯護制度，有違其防禦權之保障。何況實際上，是類強制辯護案件之被告，不服第一審判決，當係已受相對較重刑度之宣告，更應給予一定程度之保護，不能將之與一般案件同視。從而，在第一審法院將卷證移送第二審法院之前，原第一審法院之辯護人因尚且負有提供法律知識、協助被告之義務（刑事訴訟法第三百四十六條，公設辯護人條例第十七條，律師法第三十二條第二項、第三十六條），第一審法院自應以適當之方法，提醒受相對宣判重刑之被告，倘有不服，得請求其辯護人代撰上訴理由狀（例如在判決書之末，或作成附件資料，以教示方式、載明上旨；或提解到庭聆判，當庭告知、記明筆錄），其若漏未處理，或原辯護人違背職責，第二審法院仍應指定辯護人，命其代為提出上訴之具體理由，俾強制辯護制度所保障之辯護倚賴權，能有效發揮作用。此時，（第）二審法院即不得逕以上訴書未具理由駁回。否則即有違反刑事訴訟法第三十一條第一項第一款規定：犯最輕本刑為三年以上有期徒刑案件，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護之違法，及同法第三百七十九條第七款規定：依本法應用辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判之違法。最高法院九十九年度台上字第五〇七九號著有判決可供參照。二、經查：本件被告鍾永麟因

不服台灣台南地方法院九十六年度訴字第一七三五號以販賣（第）一級毒品及轉讓（第）一級毒品等共十一罪（按非常上訴書誤為共六罪），各處有期徒刑十六年及一年二月，定應執行有期徒刑二十年一案，於九十八年八月十三日（按非常上訴書誤為八月十四日）向台灣高等法院台南分院提出之聲請上訴書，及八月二十四日（按非常上訴書誤為八月二十五日）提出之上訴理由書，皆係由被告鍾永麟自行製作上訴書，非由（第）一審指定辯護人鄭嘉慧代為製作（見〈第〉二審卷第十頁至十五頁）。另原（第）一審判決內就其得請求其辯護人代撰上訴理由狀一節，亦未在判決書之末，或作成附件資料，以教示方式、載明上旨；或提解到庭聆判，當庭告知、記明筆錄（〈第〉一審卷第四十四頁）。則以本件上訴被告所犯係最輕本刑為三年以上有期徒刑之強制辯護案件，原審於程序上對本件被告鍾永麟之上訴，疏未依職權代被告鍾永麟指定辯護人，命其代為提出上訴之具體理由後再行審理，卻遽以被告鍾永麟之上訴理由，徒以原審量刑失之過重為由，而未具體指摘或表明原判決有何認定事實錯誤、違背法令或量刑等足以影響判決本旨之不當或違法，難謂已具體提出上訴理由，逕依刑事訴訟法第三百六十一條第一項、第二項、第三百六十七條前段等規定，以本件上訴未敘述具體理由，其上訴不合法律上程式，並不經言詞辯論，逕行駁回被告鍾永麟之上訴。致刑事訴訟法保障應行強制辯護案件之辯護倚賴權，未能有效發揮作用。即有依本法應用辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判之違法。三、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

本院按刑事訴訟法第三十條規定選任辯護人，應提出委任書狀；起訴後應於每審級提出於法院。是辯護人之選任，起訴後應於每審級法院為之，於各審級合法選任或指定之辯護人，其辯護人之權責，應終於其受選任、指定為辯護人之該當案件終局判決確定



，或因上訴發生移審效力，脫離該審級，另合法繫屬於上級審而得重新選任、指定辯護人時止，俾強制辯護案件各審級辯護人權責範圍得互相銜接而無間隙，以充實被告之辯護依賴。再觀諸原審終局判決後，原審之辯護人仍得依刑事訴訟法第三百四十六條規定，為被告之利益提起上訴，並為上訴而檢閱卷宗及證物。故原審終局判決後，於案件因合法上訴而繫屬於上級審法院之前，原審辯護人在訴訟法上之辯護人地位依然存在，而有為被告利益上訴，並協助被告為訴訟行為之權責，則其自當本其受委任從事為被告辯護事務之旨，一如終局判決前，依憑其法律專業判斷，不待被告請求，主動積極於訴訟上予被告一切實質有效之協助，以保障其訴訟防禦權，維護被告訴訟上之正當利益。從而，為提起第二審上訴之被告撰寫上訴理由書狀，敘述具體理由，協助其為合法、有效之上訴，同屬第一審選任或指定辯護人權責範圍內之事務，自不待言。而強制辯護案件，被告提起第二審上訴，苟未重新選任辯護人，其於第一審原有合法選任或指定之辯護人，為被告之利益，自得代為撰寫上訴理由書狀等一切訴訟行為，予其必要之協助，已合於強制辯護案件應隨時設有辯護人為被告辯護之要求。故關於強制辯護案件，被告於第一審終局判決後，既已有原審之辯護人（包括選任辯護人及指定辯護人）可協助被告提起合法之上訴，在該案件合法上訴於第二審法院而得以開始實體審理程序之前，尚難認第二審法院有為被告另行指定辯護人，以協助被告提出合法上訴或為被告辯護之義務與必要。至第一審選任或指定辯護人是否善盡協助被告上訴之職責，以及被告是否及如何要求第一審選任或指定辯護人代為或協助其為訴訟行為，要與被告於第二審實體審理時未經辯護人為其辯護之情形有別，亦非居於公平審判地位之法院所應介入。況且，關於強制辯護案件之被告不服第一審判決提起上訴時所撰寫之上訴理由狀，如未具體指摘原判決有何違法或不當之情形時，法律並無明文規定第二審法院必須指定辯護人命其代為提出上訴之具體理由。尤其在

被告已坦承犯罪，亦未認第一審判決採證認事或量刑有何違法或顯然不當，其上訴目的僅係在拖延訴訟或僅係概略性請求法院給予自新機會之情形下，亦無指定辯護人協助被告上訴或為其辯護之實益。更何況依刑事訴訟法第三百六十七條前段規定，上訴書狀未敘述（具體）理由者，第二審法院應以判決駁回之。此項規定旨在貫徹上訴制度之目的（即撤銷、變更第一審違法、不當之判決，以實現個案救濟），並節制濫行上訴；上開規定並未特別區分刑事案件之種類，故在解釋上自應一體適用，以充分實現上述規定之立法目的，尚不宜違反上述規定之文義與立法旨意，而任意限縮其適用之範圍。準此以觀，上訴書狀應具體敘述上訴理由，為上訴合法之要件，如上訴欠缺此一要件，其上訴即非合法，應從程序上予以駁回（此項不合法上訴與上訴逾期之法律效果相同）。則第二審既應從程序上駁回其上訴，而無庸進入實體審理程序，自無為被告指定辯護人為其提起合法上訴或辯護之必要。本件被告鍾永麟經檢察官起訴涉犯毒品危害防制條例第四條第一項之販賣第一級毒品罪嫌共五罪，該罪之最輕法定本刑為無期徒刑，係屬強制辯護案件。台灣台南地方法院受理後指定鄭嘉慧律師為其辯護；嗣於民國九十八年七月十四日，以九十六年度訴字第一七三五號判決論被告以如其附表一所示之販賣第一級毒品五罪及轉讓第一級毒品六罪（共十一罪），並就其所犯販賣第一級毒品五罪，每罪各處有期徒刑十六年；另就其所犯轉讓第一級毒品六罪，每罪各處有期徒刑一年二月，並合併定其應執行刑為有期徒刑二十年。被告不服該判決，於九十八年八月十三日向台灣高等法院台南分院（下稱原審法院）提出第二審上訴狀，並於同年月二十四日補提上訴理由狀。原審法院以其上訴書狀並未敘述具體上訴理由，其上訴不合法律上程式，而於同年十一月二十三日，以九十八年度上訴字第一一三〇號判決駁回其上訴。被告不服該判決而上訴於本院，本院認被告上訴意旨並非依據卷內資料就原判決以其上訴不合法定程式之理由駁回其上訴，究竟如何

不適用法則或適用不當而為具體指摘，認其上訴違背法律上之程式而於九十九年二月十一日，以九十九年度台上字第九八七號判決駁回其上訴確定。查被告不服第一審判決，而於九十八年八月十三日向原審法院提起第二審上訴後，並未重新選任第二審辯護人，亦未獲第一審法院指定辯護人鄭嘉慧律師之協助，其所提出之上訴狀及補提之上訴理由狀，均係由被告自行製作。依被告前揭上訴狀及補提之上訴理由狀內容以觀，其僅泛謂該案件第一審行準備程序及審理程序之法官不一（按法律並未規定行準備程序及審理程序之法官必須一致，故第一審縱有此情形，亦無違法可言），且其已自白犯罪，知所悔悟，第一審判決量刑過重，請求給予自新機會云云（見原審卷第十至十五頁）；並未具體指摘或表明第一審判決究竟有何採證認事、用法或量刑等足以影響判決本旨之不當或違法，而構成應予撤銷之具體事由。從而原審法院以其上訴書狀並未具體敘述上訴理由，且依其上訴理由狀所載，其已完全坦承犯罪，並未作何實體事項之爭執，其上訴目的僅係單純請求從輕量刑，給予自新機會而已，並無裁定命其補正具體上訴理由之必要，因認其上訴不合法法律上之程式，依刑事訴訟法第三百六十七條前段，不經言詞辯論程序，逕以判決駁回其上訴，經核於法尚無不合。至第一審指定辯護人於第一審法院判決後，雖未協助被告替其撰寫上訴理由狀，惟依上揭說明，此應屬該指定辯護人就本件個案判斷有無為被告撰寫上訴理由狀之必要，或其是否善盡辯護職責之問題，與原審判決是否違法之判斷無關。而第一審法院及原審法院於被告具狀聲明上訴後，雖均未以適當方法提醒被告得請求第一審指定辯護人為其代撰合法上訴理由，然此亦屬法院是否應針對個案需要而強化訴訟照料之範疇，尚不能遽謂原審法院即有依刑事訴訟法第三十一條第一項之規定為其指定辯護人以協助其提出合法上訴理由之義務，尤難執此遽謂原確定判決違背法令。本件被告所犯販賣第一級毒品共五罪部分雖均係強制辯護之案件，然因原審法院認其上訴欠缺上開合法要

件，且無命補正之必要，而依上述規定從程序上駁回其上訴，即無進入實體審判程序之餘地。而原審法院對於本件上訴既依規定應從程序上駁回，而無庸進入實體審判程序，即無適用刑事訴訟法第三十一條第一項之規定指定辯護人或律師為被告提出合法上訴辯護之必要。非常上訴意旨謂原審未依上述規定指定辯護人或律師為被告提出合法上訴與辯護，進而指摘原判決關於上述強制辯護案件部分（即販賣第一級毒品共五罪部分）有同法第三百七十九條第七款「依本法應用辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判」之違背法令云云，依上述說明，要屬誤會；是其對於原判決關於被告販賣第一級毒品五罪部分之上訴均難認為有理由，應併予駁回。又原判決關於被告轉讓第一級毒品共六罪部分（該罪之法定本刑為一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金），均非屬刑事訴訟法第三十一條第一項所規定之強制辯護案件。非常上訴意旨併指原判決關於被告所犯轉讓第一級毒品共六罪部分，併有相同之違背法令情形，亦屬誤解，其對於此六罪部分之上訴，亦無理由，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 四 月 二十一日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 陳 宏 卿

法官 呂 丹 玉

法官 劉 興 浪

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 四 月 二十六日

E

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台非,80

【裁判日期】1050512

【裁判案由】毀損

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台非字第八〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 尤英夫

上列上訴人因被告毀損案件，對於台灣高等法院中華民國一〇三年十月七日第二審確定判決（一〇二年度上易字第一二五六號，起訴案號：台灣士林地方法院檢察署一〇一年度偵字第一一一六、二二〇〇號），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

一、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法三百七十八條定有明文。又依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬違背法令，得提起非常上訴，亦經司法院大法官釋字第一百八十一號著有解釋。又所稱依法應於審判期日調查之證據而未予調查者，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，始足當之（最高法院一〇三年度台上字第七五號刑事判決意旨參照）。次按，刑事訴訟法第一百六十四條、第三百六十四條規定，第二審法院固應於審判庭將證物提示被告，令其辨認，否則，即有應於審判期日調查之證據未予調查

之違法（最高法院八十七年度台上字第三五〇五號刑事判決意旨參照）；又按法院採為判決基礎之證據，依法應於辯論終結前踐行調查程序，並予被告以辯解之機會，原第二審法院在辯論終結前，並未調閱某案卷宗，在辯論終結後調到該卷，又未依法再開辯論，令被告得為適當之辯解，遽採為證據，其判決顯已違法（最高法院二十一年上字第七六七號判例）。再按九十二年一月十四日修正之刑事訴訟法為落實當事人進行體制下之證據調查程序，修正第一百六十五條第一項，關於筆錄或其他文書證據規定為：『卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，審判長應向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨』，使得採為判決基礎之文書證據，均能顯現於公判庭，令當事人、代理人、辯護人或輔佐人有足夠辨認，旨在使嗣後得以充分辯論；且修正前第一百七十三條規定移列為第二百八十八條之一，並將第一項『審判長每調查一證據畢，應詢問被告有無意見』，將後段文字修正為應詢問『當事人』有無意見，旨在使每一得採為判決基礎之證據，當事人均能充分就其證據能力與證明力表示意見，資為嗣後之辯論程序作準備。是審判長於審判期日調查證據時，就此種文書證據所踐行之上述程序，如實質上不能使獲致『辨認』或『表示意見』之效果者，其調查證據程序之進行，即難認為適法（最高法院九十七年度台上字第五〇六二號判決意旨參照）。二、經查，原判決理由欄記載：『或對告訴人所列舉之財產及其價值多所否認，例如主張姜孟璋持有之太一本業股份有限公司（以下簡稱太一公司）股份為每股零元、仁富框廠股份有限公司（以下簡稱仁富公司）股份每股至多十至十八元、富岡太一股份有限公司股份每股為零元、威林頓股份有限公司股票價值為零元等；或主張係受贈所得之物；或主張為無法交易之不動產；或主張並無所有權；或主張已聲明放棄權利；或否認存有該債權或投資款（見

本院卷四第八至三五頁之民事陳報狀及其附表），或表明其財產遭受張雄俊、張令等人詐騙，被告代理其出售名下坐落桃園縣○○鄉土地，並代收價金一億五千二百四十萬元，竟未顧其權益，將扣除費用後之餘款一億三千六百十二萬餘元均轉交張雄俊等情（見本院卷四第三六至三七頁之民事陳報狀），均可得見姜孟璋並未承認其確有如告訴人所列之財產及其價值。另自姜孟璋亦尚受有其他債權人之請求者，如受蔡鴻鈞起訴請求給付約一千二百八十六萬元，及就姜孟璋之仁富公司股份四十五萬股為強制執行（見本院卷三第一一二至一一三頁之民事強制執行聲請書狀、卷一第九九頁）、受張令主張有美金六百七十萬元債權（見本院卷三第一一四至一一五頁之民事支付命令聲請狀、民事追加執行暨聲請分配狀）、受張雄俊主張有美金三百六十萬餘元之債權（見本院卷三第一一八頁之台北地院執行命令）、受仁富公司請求返還六百五十萬元之不當得利（見本院卷三第一一七頁之言詞辯論筆錄），上開請求或有尚未終局確定者，惟已足顯示姜孟璋之實際財產與告訴人於離婚訴訟中所列報之情形出入甚巨，實不足以告訴人於請求分配剩餘財產時所表列之姜孟璋財產，即憑為認定其財產價值遠大於告訴人所聲請之一億六千萬元假扣押範圍，進而認定被告就姜孟璋之光正公司股份所為之處分不足以生損害於告訴人之債權』云云（見原判決第十頁）。查原判決第十頁第十行，引用二審卷四第八至三五頁之民事陳報狀及其附表；同頁第十四行，引用二審卷四第三六至三七頁之民事陳報狀，當做剩餘財產不多之證據，並以該證據為認定被告犯罪事實之依據。但對此重要證據，原審並未於審判期日依法提示被告，予以辯解之機會（見一〇三年九月二日審判程序筆錄），逕加以引用作為被告論罪之依據，揆諸上開最高法院判決（例）意旨，顯有依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。三、本件原審審理

時，被告曾於一〇三年九月二日提出刑事上訴理由（五）狀暨聲請調查證據狀（即二審卷四第七九頁第十一行起）之聲請調查證據部份『一、調取台北地檢署九十八年度偵字第四一六號卷宗』以證明姜欽圳所說，印鑑放保險箱之辦公室有多人使用，亦即證明保險箱有多人使用，並非只有姜孟瑋或姜欽圳兩人使用而已（進而可證明姜明甫打開保險箱，取走光正公司股票並匿藏，以致姜孟瑋無法及時出售系爭光正公司股票，導致本案之發生）。但原審對此調查證據之請求，未經調查（未調取台北地檢署九十八年度偵字第四一六號卷宗），又不說明何以不調查之理由，難謂無刑事訴訟法第三百七十九條第十款調查證據未盡之違法。四、被告於一〇三年九月二日提出刑事上訴理由（五）狀暨聲請調查證據狀，第三頁第十一行之聲請調查證據部份（即二審卷四第七九頁第十四行起）『二、其他書狀如一〇三年二月六日之聲請調查證據』等文字，而在一〇三年二月六日之聲請調查證據（二審卷二第一八一頁起）中，被告聲請『傳喚證人姜育富』證明仁富公司股票價值每股新台幣五千元以上；聲請『傳喚證人羅翠宇』證明太一公司土地價值新台幣五億元或六億元以上；聲請『傳喚證人姜明志、姜守謙』證明有無或何時拿到股票（證明股票放保險箱內，沒有拿）；聲請『履勘現場』，可直接看到保險箱存與放置情形，負責人姜明甫不可能不打開而能經營公司，如同多位民庭法官所說的（沒有打開保險櫃，還能經營公司）。而上開證據，如經調查，或可發現告訴人自己書狀所列姜孟瑋之剩餘財產價值在九億多元（見一審一〇二年度易字第九二號卷第七二頁、二審卷一第六七頁、二審卷二第一二九頁反面至一三八頁）。原審就此與待證事實具有重要關聯之證據，並在客觀上顯有調查必要性，且據此可推翻原判決所確認之事實，進而為不同之認定，惟原判決竟率認尚無調查之必要而未予調查，自亦屬依法應



於審判期日調查之證據而未予調查之違法。五、原判決理由謂：『另被告聲請傳喚之證人姜欽圳因病住院，且有意識障礙情形而未能到庭（見本院卷三第二〇頁；被告未請求拘提，見本院卷三第六五頁）；然證人姜欽圳曾於另確認股東權存在事件到庭證稱：仁富公司是家族式公司，伊向姜鏡泉表明不做時，姜鏡泉說交給姜孟璋，故伊未交接給當時董事長姜明甫，而是交接給姜孟璋，伊離開時（時），股票均放在保險箱，但伊沒有清點，該鐵櫃姜孟璋也可以使用，密碼也是姜孟璋設定的，該保險箱僅伊與姜孟璋可打開，因姜孟璋有將密碼告知伊等語（見本院卷二第二〇八頁反面至二一一頁），已說明依其所知可開啓該保險箱之人，無可證明姜明甫或告訴人知悉姜孟璋所設保險箱之密碼，進而有取出光正公司股票而使姜孟璋尋覓未著之情形』云云（見原判決第一七頁第十二行起）。惟查，證人姜欽圳因病一時未能到庭作證，被告請求：『等他（指姜欽圳）病好後再傳喚或傳喚同公司之其他人』，檢察官亦答稱：沒有意見（見二審卷三第六五頁第五行）。詎原判決竟謂『被告未請求拘提』（見原判決第一七頁第十四行），核與法定得否拘提之事由尚有未合。何況，當初原審既有傳訊證人姜欽圳（見二審卷三第四頁案件審理單），即表示該證人有傳喚之必要，嗣證人因臨時生病，住進台北榮總，無法到庭作證』（見二審卷三第一九頁公務電話紀錄），依法即應改期再傳訊，而檢察官就此證據調查亦表示沒有意見，則原審未改期再傳訊上開證人，自有依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。六、按『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，其判決當然為違背法令』（最高法院六十九年台上字第四九一三號判例參照）。原判決認定：『但被告或姜孟璋於光正公司股份遭扣押之兩年期間，從未依法定程序主張超額查封……被告既未主張超額查封……』云云

（見原判決一三頁第十九行起）。惟查，被告事實上有主張超額查封，要求啓封部份之財產（見二審卷四第九四頁），並非沒有主張超額查封。事實上，縱未提起異議之訴，並非即可認定被告沒有主張超額查封，是原判決如此認定，自屬調查證據未盡，且有認定之事實，與所採之證據，不相適合之違法情形。七、原判決理由謂：『姜孟璋所持有之仁富公司股份，於另案曾屢經鑑定，每股價格為二十一點七元或十八元，有台北地院一〇一年七月十九日北院木一〇一司執壬字第二五一號民事執行處通知、中華工業技術鑑定股份有限公司一〇二年一月二十九日鑑價報告書在卷可按（見本院卷一第九九至一〇一頁，由台北地院民事執行處委託鑑定），則姜孟璋所持有之六十萬股價格在一千零八十萬元至一千三百零二萬元之間』云云（見原判決第一二頁）。惟查：(1)按姜孟璋所持有之仁富公司股份雖經中華工業技術鑑定股份有限公司鑑定（下稱中華鑑定報告），亦僅此一次而已，何來原判決所稱『曾屢經鑑定』？(2)上述鑑價報告書是依公司基本資料、資產負債表、營利事業所得結算申報書等少數書面資料就加以鑑定，並未實際至現場之數層仁富公司所有大樓察看，因此，該鑑價報告書第八頁謂：『以上評估係以市場資料分析法及經驗法則等方法分析，並於有限條件下所作之動產評估』。該鑑價報告書是『動產評估』（二審卷一第一〇一頁第七行）。既僅評估動產，並未評估不動產，顯然並非是完整評估，又如何得據以認定僅值一千零八十萬元至一千三百零二萬元之間？(3)況且，中華工業技術鑑定股份有限公司於一〇二年三月八日函復台北地院民事執行處之詢問，亦明指『本公司鑑定【仁富框廠股份有限公司股票價值】並不考慮不動產價值』（見二審卷二第六七頁）。準此，仁富公司主要財產在不動產，既然未考慮不動產價值，則原判決將上開中華鑑定報告據為被告論罪之基礎，自難謂適法。八

、原判決理由又謂：『又姜孟璋所持有之太一公司股份，因太一公司已進入清算程序，前經法務部行政執行署桃園行政執行處委託鑑定該公司土地價值，鑑定結果約為三億一千二百零五萬元，以該公司總股數一萬三千四百三十七股計，平均每股價格約二萬三千二百二十三元，有正聯國際不動產估價師事務所之土地鑑定報告書、太一公司股東名簿在卷可參（見本院卷一第一〇二至一〇三、一〇五頁），則姜孟璋所持有之五千八百七十二股價格約為一億三千六百三十六餘萬元』云云（見原判決第一二頁）。按正聯國際不動產估價師事務所之土地鑑定報告書固然鑑定結果約為三億一千二百零五萬元，以該公司總股數一萬三千四百三十七股計，平均每股價格約二萬三千二百二十三元云云。但此鑑定結果與實際不符。蓋因全力不動產估價師事務所鑑定結果約為五億六千五百三十二萬九百四十一元（二審卷二第八五頁起）；亞仕德不動產估價師事務所鑑定結果約為四億四千六百九十九萬四千三百二十三元（二審卷二第一二四頁反面）。相差如此巨大，原審卻加漠視。亦即姜孟璋所持有原判決認定之五千八百七十二股價格最高約可達二億四千七百零四餘萬元（五億六千五百三十二萬九百四十一元除以一萬三千四百三十七股乘以五千八百七十二股）原判決竟僅認定『姜孟璋所持有之五千八百七十二股價格約為一億三千六百三十六餘萬元』云云，兩者相差一億一千零六十八餘萬元。原審審理時，被告辯護人即一再請求對股票鑑價，詳如第一審一〇二年度易字第九二號卷第一一二至一一三頁提出之聲請狀（見二審卷一第四六頁）。原判決並未就被告之請求加以調查，亦未說明其證據取舍審酌之理由，原判決自亦有調查證據未盡及理由不備之違法。九、原判決理由又謂：『然證人姜欽圳曾於另確認股東權存在事件到庭證稱：仁富公司是家族式公司，伊向姜鏡泉表明不做時，姜鏡泉說交給姜孟璋，故伊未交接

給當時董事長姜明甫，而是交接給姜孟瑋，伊離開時，股票均放在保險箱，……證明仁富公司負責人不可能不打開該保險箱而能經營公司等情，均欲證明該保險箱非僅姜欽圳、姜孟瑋可得開啟（啓），姜明甫亦有開啟（啓）而作手腳之可能；惟於一〇一年三月七日另案強制執行當日開版（啓）上開保險箱時，業經台北地院所屬民間公證人趙之敏到場事實體驗並封存保險箱內未經債務人指封之物品，有敏律聯合事務所一〇三年一月六日（103）本院九民公敏函覆字第〇〇〇〇〇〇〇號函所附之一〇一年度北院民公敏字第〇〇〇〇〇〇〇號公證書及封存物品照片三十一幀在卷可稽，已臚列當日於仁富公司保險箱內取出之物品，被告未能明確指出何者為姜明甫、告訴人有取用或放入之物，僅憑臆測牽連，難認與本件光正公司之股票有關，核無為此部分調查之必要。』云云（見原判決第一七頁第十五行起）。惟查，當日法院強制執行時（公證人趙之敏在場），於仁富公司保險箱內取出而查封之物品，即有系爭光正公司股票（見二審卷一第一三九頁）。原判決竟謂『難認與本件光正公司之股票有關，核無為此部分調查之必要』云云，顯與卷內資料不符，亦有認定之事實，與所採之證據，不相適合之違法情形。十、原判決理由以：『按損害債權罪為行為犯而非結果犯，債務人於執行名義成立後處分責任財產之際，罪即成立，並非取決於債務人事後是否業已清償該債務或債務人有無足夠之財產足以清償債務為要件，觀之刑法第三百五十六條規定，亦無債權人須因此受有實質損害始能成罪之法律要件，否則是類案件，勢將逐案清算債務人處分財產時之全部財產狀況，顯然不合實際』等語（見原判決第一三頁）。查上開見解固非無見，然實務上均認為：『不能僅以債權人已持有執行名義，即債務人係處於將受強制執行之際，債務人對其財產就一概失去處分權。』謹臚列台灣高等法院最近三年之判決意旨如下：

01、一〇四上易字第三六五號：『客觀之價值已超過當時告訴人所聲請執行之債權額，……即難認其主觀上有意圖損害告訴人債權之犯意。』02、一〇四上易字第八九三號：『惟扣除被告黃秋財之借款一千萬元，縱使再扣除所擔保之最高限額抵押權一千二百萬元，所餘殘值仍得供擔保告訴人江玉霞取得執行名義之六百萬元債權額度。』03、一〇三上易字第一五八〇號：『被告雖將系爭房地抵價出售予易新寰，然此實係對抵押權人之優先債權為債務履行，自不能逕行推論被告主觀上即存有損害告訴人債權之意思，更無從以毀損債權罪相繩。』04、一〇三上易字第一九八二號：『否則，如認一有債權人持有執行名義（如確定判決），不論實際上有無進行強制執程序，即一律剝奪債務人對於其所有財產之處分權，社會經濟即有相當部分處於停滯之狀態，當非刑罰法律規範之目的。』05、一〇三上易字第一三二二號：『但如債務人處分其財產，並不影響債權人之情（清）償者，即無損害債權人之意思，自不為罪。』06、一〇二上易字第二三三六號：『是債務人須在將受強制執行之際，主觀上基於損害債權人債權之意圖，客觀上有毀壞、處分或隱匿其財產之行爲始足當之；非行爲人在將受強制執行之際，不得任意處分其財產。』07、一〇二上易字第一六六〇號：『可知告訴人對被告之債權並無優先性，自難僅以被告處分財產，先行清償其他債權人，而未先清償對告訴人之債權，遽認被告具有損害告訴人債權之意圖。』08、一〇二上易字第五〇六號：『行爲人究有無損害債權之犯意，自應審酌債權人行爲時是否尙有其他財產，債務人處分財產之行爲，是否損及債權人之受償利益。』十一、另爲原判決之審判長及受命法官在其他類同之案件中，亦持相同之見解，如：01、一〇一上易字第二二五八號：『衡諸告訴人謝立維之本票債權額本金爲一千萬元，縱依法定週年利率百分之五計算利息，仍可獲

相當之清償，是被告所辯當時連帶債務人之一之方渝生的房產已遭執行，其主觀上認為告訴人債權應可得到滿足等語，即非無據。……，是以能否單憑被告有處分前揭各該不動產之事實，即遽認其自始有毀損告訴人債權之不法意圖，實有疑問。』（與本件判決同一審判長之見解）02、一0二上易字第一八一六號：『惟取得執行名義，並非當然進入強制執程序，如債權人不欲執行、未依強制執行法第五條規定聲請強制執行，即難僅以債權人已持有執行名義，即概認債務人係處於將受強制執行之際，失卻對其財產之處分權；蓋刑法第三百五十六條關於毀損債權罪之規範目的，在於彰顯已進入強制執程序之債權人之財產，應為全體債權之總擔保，避免債務人惡意毀壞、處分或隱匿其財產，致全部或一部之債權人因債務人之毀損行為致無財產可供執行，使債權受有損害，其性質究屬憲法所保障個人財產權之例外，係以刑罰手段介入私人間民事債務不履行之事務，為維護自由經濟之發展，避免混淆民、刑事責任之分界，應維持刑罰之謙抑性與最後手段性，將該例外情形嚴格限縮於立法者明訂「將受強制執行之際」、「意圖損害債權人之債權」之不法構成要件，苟債務人所為與上開要件不符者，縱使客觀上仍有害於債權人之受償權，亦僅能循民事途徑尋求救濟，無從以刑事責任相繩；否則，如認一有債權人持有執行名義（如確定判決），不論實際上有無進行強制執程序，即一律剝奪債務人對於其所有財產之處分權，社會經濟即有相當部分將處於停滯之狀態，當非刑罰法律規範之目的。』（與本件判決同一受命法官之見解）十二、另被告對此確定判決，亦提出『陳訴事項』指出原確定判決確有多項應於審判期日調查之證據未予調查致影響心證而為違背法令。況目前實務上類同之案情於法院均作出『債務人處分其財產，若不影響債權人之求償，即不能認為具有損害債權人之犯意。』、『不能僅

以債權人已持有執行名義，即債務人係處於將受強制執行之際，債務人對其財產就一概失去處分權。』之見解，本件卻持相異之見解；尤有甚者，承辦本件之審判長及受命法官於其他類同之案件亦持：『能否單憑被告有處分前揭各該不動產之事實，即遽認其自始有毀損告訴人債權之不法意圖，實有疑問。』、『如認一有債權人持有執行名義（如確定判決），不論實際上有無進行強制執程序，即一律剝奪債務人對於其所有財產之處分權，社會經濟即有相當部分將處於停滯之狀態，當非刑罰法律規範之目的。』（詳前臚列之判決意旨），何以獨獨本件採相異之見解，如何讓當事人心服？自有提起非常上訴以統一法令適用之必要。十三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

二、本院按：我國非常上訴之提起權人採檢察總長獨占制，至於非常上訴是否提起，則係採便宜主義，檢察總長有裁量權。刑事訴訟法第四百四十二條規定，檢察官發見確定判決案件之審判有違背法令情形者，應具意見書將該案卷宗及證物送交最高法院檢察署檢察總長；第四百四十三條規定，提起非常上訴，應以非常上訴書敘述理由，提出於最高法院為之。其以言詞提出者，為法所不許；且此非常上訴應敘述理由，此與通常訴訟程序之第三審上訴書狀，其理由與書狀可分別提出，即理由可於後補提者（刑事訴訟法第三百八十二條第一項參照）不同。所謂敘述理由，即敘述原確定判決之案件，其審判有何違背法令之事實及證據而言，亦因其理由須為此等事項之敘述，是以於提起非常上訴時，應併將該案之卷宗及證物送交最高法院，此刑事訴訟法雖未規定，但解釋上必須如此，否則，最高法院將無可據以為審判也。從而，檢察總長提起非常上訴，應併將證明所指審判違背法令之情形所憑之相關卷宗及證物，送交最高法院，俾得據以審判，始

為適法。抑且，非常上訴顧名思義乃屬非常之救濟程序，衡以最高法院檢察署檢察官係屬法律專家，理應知悉於此，其未提出者，最高法院自無命補正之必要。經查，本件非常上訴（由被告請求檢察總長提起），僅檢送非常上訴書，並未檢附所憑之相關卷宗及證據，本院無從據以審認，揆諸上揭說明，即難謂適法。本件非常上訴為無理由，應予駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 五 月 十 二 日

最高法院刑事第十庭

審判長法官 蘇 振 堂

法官 呂 丹 玉

法官 林 清 鈞

法官 胡 文 傑

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 五 月 十 九 日

G



## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台非,120

【裁判日期】1050714

【裁判案由】詐欺等罪聲請定應執行刑

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台非字第一二〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 鍾枝輝

上列上訴人因被告詐欺等罪聲請定應執行刑案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國一〇四年八月十八日第二審確定裁定（一〇四年度聲字第一三〇〇號，聲請案號：台灣高等法院台中分院檢察署一〇四年度執聲字第五〇〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、非常上訴理由稱：「(一)按判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴；次按與科刑判決有同等效力之確定裁定，如發現有違背法令情事，得提起非常上訴（參酌最高法院九十一年度台非字第一九三號判決意旨），而定應執行刑之裁定，具有與科刑判決同一之效力（參酌最高法院一〇四年度台非字第一二七號判決意旨）。又諭知易科罰金之裁定，與科刑判決具有同等之效力，對於該確定裁定，得提起非常上訴（最高法院八十六年度台非字第三五三號判決參照）。再刑法第五十一條第五款規定係定應執行刑之參考標準，並非定應執行刑易科罰金之折算標準。(二)以『鍾枝輝因犯原裁定附表所示各罪所處之刑，應執行有期徒刑三年二月，其中三月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，另二年十一月，如易科

罰金，以新台幣二千元折算一日。其考量係以本件附表編號一與編號二至十九各罪之易科罰金折算標準既有所不同，無法酌定一適合之執行金額，依刑法第五十一條第五款規定就所定應執行之刑，分別採取不同易科罰金之折算標準，即如主文所示，較為妥適。』，即依刑法第五十一條第五款規定就所定應執行之刑，分別採取不同易科罰金之折算標準。(三)在數罪併罰而有二裁判以上，應定其應執行刑之案件，法院所為定應執行刑易科罰金折算標準，司法實務上，有從定執行刑之立法意旨，應採取最有利受刑人之標準，如被告分犯甲、乙二罪，甲罪經判處有期徒刑三月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，乙罪部分，經判處有期徒刑二月，如易科罰金，以新台幣二千元折算一日，分別確定後，據檢察官聲請定應執行刑時，應以最有利受刑人之標準，即以新台幣一千元為折算標準（參酌台灣高等法院暨所屬法院因應新修正刑法施行座談會提案第三十二號決議）。(四)宣告多數有期徒刑者，其定應執行刑之標準，固應參酌刑法第五十一條第五款規定，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾三十年，刑法第五十一條第五款定有明文。至定應執行刑易科罰金折算標準，刑法並無規定，亦無規定應依刑法第五十一條第五款規定為易科罰金折算標準，因而原裁定以前揭規定為易科罰金折算標準，於法無據；再原裁定附表一之罪（宣告有期徒刑五月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日）於定執行刑時已易科罰金執行完畢（台中地檢一〇二年度執字第九五六八號），參酌最高法院一〇四年度第六次刑事庭會議有關刑法第四十七條累犯之決議最新見解已肯認：數罪併罰之案件，雖應依刑法第五十條、第五十一條規定就數罪所宣告之刑定其應執行之刑，然此僅屬就數罪之刑，如何定其應執行者之問題，本於數宣告刑，應有數刑罰權，此項執行方法之規定，並不能推翻被告所

犯係數罪之本質，若其中一罪之刑已執行完畢，自不因嗣後定其執行刑而影響先前一罪已執行完畢之事實。本件雖非有關累犯適用問題，然其法律見解不容割裂適用，致無所適從。本件原確定裁定定執行刑時，附表一之罪已執行完畢，參酌前揭最高法院刑事庭會議決議見解，定執行刑執行方法，不能推翻被告所犯係數罪之本質，數宣告刑，應有數刑罰權，不得因嗣後定其執行刑而影響先前一罪已執行完畢之事實。然原確定裁定以刑法第五十一條第五款規定為易科罰金折算標準，採取二種不同折算標準方式，容有與前揭最高法院刑事庭會議決議最新見解歧異，及否定原裁定附表一之罪部分已易科罰金執行完畢事實，造成刑事執行之困擾，難謂與法律秩序之理念及法律目的無違。原裁定非無適用法則不當之違背法令，且於受刑人不利。(五)案經確定，且於受刑人不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正」等語。

二、本院按：(一)數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第五十一條之規定，定其應執行之刑，同法第五十三條定有明文，而如何定其應執行刑，則應由法院視個案具體情節之不同，以其各罪所宣告之刑為基礎，本其自由裁量之職權，依刑法第五十一條規定之方法為之，法院為自由裁量時考量法律之目的，法律秩序之理念所在，為內部界限，與外部界限同為定應執行刑時，不得踰越。又易科罰金之折算標準依刑法第四十一條之規定，同屬法院自由裁量事項。(二)同一被告所犯數罪倘均為最早判決確定日前所犯者，即合乎定應執行刑之要件，與各罪是否已執行完畢無關。縱其中一罪已先執行完畢，亦不影響檢察官得就各罪聲請合併定其應執行刑，要屬檢察官日後指揮執行時應予扣除之問題，與定應執行刑之裁定無涉。

三、本件被告鍾枝輝所犯如原確定裁定附表所示之罪，業經法院

先後判處如附表所示之刑，均經分別確定在案，檢察官以原確定裁定法院為犯罪事實最後判決之法院，聲請定其應執行之刑，併諭知易科罰金折算標準，經審核結果，認於法並無不合，定應執行有期徒刑三年二月，其中三月，如易科罰金，以一千元折算一日，另二年十一月，如易科罰金，以二千元折算一日（按其易科罰金標準經折算後為九萬元加上二百十萬元合計二百十九萬元）。其所定應執行有期徒刑三年二月，在各刑中之最長期之有期徒刑五月以上，全部各罪合併之刑（五月加上五月乘以十再加上三月乘以八，合計為有期徒刑七十九月，即有期徒刑六年七月，如以附表編號 2 至 19 已另定應執行有期徒刑二年十一月，與編號 1 有期徒刑五月合計為有期徒刑三年四月）以下，如易科罰金依其折算標準分別折算後，亦同（依原確定裁定所定應執行刑折算合計為二百十九萬元，在各罪最長期折算為三十萬元以上，各罪合併刑期折算為四百五十九萬元之下，如附表編號 1 與附表編號 2 至 19 已另定應執行折算為二百二十五萬元），原確定裁定符合刑法第五十一條第五款，第四十一條之規定，未逾外部界限，亦未有濫用裁量權之情形，均屬於原審自由裁量事項，於法並無不合。又原確定裁定既已依法定應執行刑，其中附表編號 1 已執行完畢，僅係檢察官執行時應予扣除該部分有期徒刑五月而已，不因本件定應執行刑採取不同折算標準而否認附表一已執行完畢之事實，亦與法律規定無違，附此敘明。非常上訴意旨認原確定裁定就易科罰金之折算標準採取二種不同折算方式與應依最利被告之原則有違，並認原裁定違反本院刑事庭決議，推翻附表編號 1 已執行完畢之事實等語，指摘原確定裁定有適用法則不當之違法，應有誤解，難認有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 七 月 十 四 日

最高法院刑事第十庭

審判長法官 蘇 振 堂

法官 呂 丹 玉

法官 吳 燦

法官 胡 文 傑

法官 林 清 鈞

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 七 月 二十 日

G

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台非,133

【裁判日期】1050818

【裁判案由】偽造有價證券等罪定應執行刑

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台非字第一三三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 楊健男

上列上訴人因被告偽造有價證券等罪定應執行刑案件，對於台灣高等法院中華民國一〇四年十月二十三日確定裁定（一〇四年度聲字第三四二四號；聲請案號：台灣高等法院檢察署一〇四年度執聲字第一四七七號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

非常上訴理由稱：

「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文。次按『開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序更為審判，刑事訴訟法第 436 條定有明文。是於本院裁定開始再審後，前審判決，已於開始再審之裁定確定後，失其效力，自應就上訴人等不服第一審判決所為之上訴有無理由，加以裁判，縱使開始再審之裁定不無違法情形，然其既經確定，亦非上級審法院所能糾正，更無從於再審程序，就再審之訴是否合法另為裁判』（最高法院 27 年上字第 2093 號、33 年上字第 1742 號判例要旨參照）。

二、查被告楊健男前因違反破產法案件，經台灣高等法院 98 年度上重訴字第 73 號判決、最高法院 102 年度台上字第 5269

號判決判處有期徒刑 2 年，緩刑 4 年確定（即原裁定附表 1 所示之罪，下稱第 1 案）；復因偽造有價證券案件，經台灣高等法院 102 年度上重更二字第 9 號判決、最高法院 104 年度台上字第 1794 號判決判處有期徒刑 3 年 6 月確定（即原裁定附表 2 所示之罪，下稱第 2 案）。嗣經台灣嘉義地方法院 104 年度撤緩字第 68 號裁定撤銷第 1 案之緩刑宣告確定。台灣高等法院嗣於 105 年 3 月 9 日以 104 年度聲再字第 531 號裁定，對第 2 案確定判決裁定開始再審（105 年 3 月 17 日確定），並停止刑罰之執行（105 年 3 月 21 日確定）在案。是原裁定定應執行刑所憑藉之第 2 案確定判決既經裁定再審確定而失其確定效力，則第 2 案確定判決即回復至尚未確定前之狀態，此與原裁定定應執行刑所依據之刑法第 53 條規定『數罪併罰，有二裁判以上者，依第 51 條之規定，定其應執行刑』之要件不合，原裁定顯有適用法則不當之違背法令。

三、案經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正及救濟。」等語。

本院按：

（一）定應執行刑之裁定，與科刑判決有同等之效力，於裁定確定後，如發現有違背法令之情形，自得對之提起非常上訴。又非常上訴旨在糾正法律上之錯誤，藉以統一法令之適用，不涉及事實認定問題，故非常上訴審應依原裁判所確定之事實為基礎，僅就原裁判所認定之事實，審核適用法令有無違誤。又裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；應依刑法第 50 條、第 53 條規定定其應執行之刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之，刑法第 50 條第 1 項前段、刑事訴訟法第 477 條第 1 項分別定有明文；因之，檢察官聲請定應執行刑之案件，法院就檢察官所聲請定應執行刑之各罪審核結果，認為均合於定應執行

刑之要件而為裁定，於法並無不合；縱該裁定確定後，檢察官發現其中一罪經裁定開始再審而更行審理程序，原關於該罪之確定判決失其效力（本院 33 年上字第 1742 號、54 年台上字第 2809 號判例參照），亦僅屬檢察官是否就所餘之罪指揮執行，或於仍有數罪時，另聲請法院裁定定其應執行刑之問題，此項法院裁定確定後所生之事實變更，與判斷原定應執行刑裁定是否違背法令無關，尙難執此謂原確定裁定違背法令。

（二）經查，本件被告楊健男曾於民國 100 年間，因違反破產法案件，經台灣高等法院以 98 年度上重訴字第 73 號判決處有期徒刑 2 年，緩刑 4 年，並經本院 102 年度台上字第 5269 號判決，以檢察官及被告之第三審上訴均不合法律上之程式，駁回檢察官及被告之上訴而告確定（下稱甲案）。復因偽造有價證券案件，經台灣高等法院以 102 年度上重更(二)字第 9 號判決處有期徒刑 3 年 6 月，並經本院 104 年度台上字第 1794 號判決，以被告之第三審上訴不合法律上之程式，駁回被告之上訴而確定（下稱乙案）。嗣上開甲案經台灣嘉義地方法院以 104 年度撤緩字第 68 號裁定撤銷緩刑宣告確定。台灣高等法院檢察署檢察官即以 104 年度執聲字第 1477 號聲請就上開甲、乙二案之罪所處之刑定其應執行刑；台灣高等法院乃於 104 年 10 月 23 日以 104 年度聲字第 3424 號裁定應執行有期徒刑 5 年確定（下稱原確定裁定）。經核並無違誤。故雖台灣高等法院於 105 年 3 月 9 日以 104 年度聲再字第 531 號裁定就上開乙案開始再審，並停止該案刑罰之執行，致原確定裁定所列之乙案確定判決失其效力，然此為事實之變更，與判斷原確定裁定是否違背法令無涉，尙難執此謂原確定裁定違法。揆諸上揭說明，非常上訴意旨執此指摘原確定裁定違背法令，自難認為有理由，應予駁回。



據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 八 月 十 八 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 李 伯 道

法官 林 立 華

法官 李 錦 樑

法官 洪 昌 宏

法官 彭 幸 鳴

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 八 月 二 十 二 日

E

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台非,203

【裁判日期】1051124

【裁判案由】傷害

【裁判全文】

最高法院刑事判決

一〇五年度台非字第二〇三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 張基相

上列上訴人因被告傷害案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國一〇四年十二月二十三日第二審確定判決（一〇四年度重上更(六)字第二號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十五年度偵字第一九五四三號、九十六年度偵字第四七四四、一〇〇七五號、九十六年度少連偵字第三二、四二號），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

一、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。查本件原確定判決理由以：『按犯罪之被害人，得為告訴；被害人之法定代理人或配偶，得獨立告訴，刑事訴訟法第二百三十二條、第二百三十三條第一項分別定有明文。無行為能力者固亦得為告訴（最高法院二十六年渝上字第六九號判例可資參照），但其能力畢竟低於有完全之行為能力者，故為保護無行為能力（或無完全之行為能力）之被害人，使其法定代理人或配偶亦得獨立告訴。查被害人周仲達因本案受有硬腦膜下出血、頭部外傷併腦挫傷、顱骨缺陷而致兩側肢體乏力，認知功能受損及大小便失禁、語言溝通障礙等傷害，嗣經台灣台中地方法院於民國九十七年六月二十日以九十七年度

禁字第一五三號裁定宣告周仲達爲禁治產人，由其父母周鼎祐、余淑春（嗣更名爲余佳臻）爲法定監護人（嗣因周鼎祐、余佳臻離婚，於一〇〇年四月二十九日經同法院以一〇〇年度監字第九五號裁定改定監護人爲余佳臻），依民法第一千一百十三條準用第一千零九十八條第一項規定，於監護權限內，爲被害人之法定代理人；而在此之前，周鼎祐、余佳臻分別於九十五年十二月十四日、九十六年一月十二日調查筆錄時即指訴其子周仲達於九十五年十二月六日遭人討債毆傷，表明提出告訴之旨（見九十五年度偵字第一九五四三卷第一八六頁、九十六年度偵字第四七四四號卷一第一九八頁），則縱當時周仲達爲成年人（無配偶）且尚未聲請禁治產，周鼎祐、余佳臻尙非周仲達之法定代理人，其等提出告訴當時並無告訴權，惟嗣後周仲達既經法院裁定宣告爲禁治產人，且該裁定理由中說明其父母周鼎祐、余淑春依法爲其監護人，其二人於該裁定送達後已依法成爲周仲達之法定代理人，而因周鼎祐、余淑春於警詢時，業已明確表示欲對被告等提出傷害告訴，依上開說明，自無重爲告訴之必要，即其二人於警詢時之告訴應自成爲周仲達之法定代理人時，視爲補正而合法，此亦符合刑事訴訟法著眼保護無行爲能力（或無完全之行爲能力）之被害人之本旨（參司法院~~83~~廳刑一字第21149號研究意見亦同此見解，載於司法院公報第三十七卷第六期第八十至八一頁）。是本件業經合法告訴，程序上並無不合，合先說明。』（見原判決第五頁至第六頁）固非無見。二、惟查，上開司法院~~83~~廳刑一字第21149號研究意見乃係針對與本案性質不同之代行告訴制度所爲解釋，與本案係獨立告訴權人於尙無告訴權時所爲不合法之告訴，於取得獨立告訴權後能否補正告訴問題，兩者性質不同，自不能比附援引。參酌最高法院九十六年度台非字第六七號判決：『按告訴乃論之罪案件，未經告訴者，應諭知不受

理之判決；又告訴乃論之罪，無得為告訴人之人或得為告訴之人不能行使告訴權者，該管檢察官得依利害關係人之聲請或依職權指定代行告訴人。刑事訴訟法第三百零三條第三款、第二百三十六條第一項分別定有明文。……按刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，依同法第二百八十七條之規定須告訴乃論，卷查本件被害人自被毆傷案發後即陷入昏迷，呈植物人狀態，迄未能行使告訴權，亦未經檢察官依法指定代行告訴之人，其父林圭三雖於警詢時表明要提出告訴，但被害人係六十年十一月十一日生，有卷內警局刑事案件移送報告書、診斷證明書等記載可稽，其於九十一年十一月二十四日案發時已為成年人，林圭三並非其法定代理人，無刑事訴訟法第二百三十三條第一項規定得獨立告訴之權，其告訴即非合法。是本案被告曾金華所犯刑法第二百七十七條第一項之普通傷害罪，並未經合法告訴，揆諸上揭說明，即應為公訴不受理之判決。原審不察，竟為被告有罪之實體判決，即有判決不適用法則及適用法則不當之違背法令。』亦明指無獨立告訴權時之告訴即非合法。三、又刑事訴訟法上有關補正之規定（例如：刑事訴訟法第一百六十一條第二項、第二百十九條之二第一項、第二百十九條之四第四項、第二百七十三條第六項、第三百六十一條第三項、第三百六十二條、第三百六十七條、第三百八十四條、第三百九十四條第三項、第四百零八條第一項、第四百十一條），均係原告（公訴人）應為未為之訴訟程序事項行為，影響法院裁判之形成，因刑事訴訟法之特別規定許其補為該訴訟行為，以補正訴訟程序之欠缺。本件原確定判決之所謂告訴之補正，告訴權人竟無需補為告訴之訴訟行為，是該項情形即顯與刑事訴訟法上所定之補正訴訟行為意義相左，就法律用語言，容應係『追認』，即已為不合法之訴訟行為，追認其為合法之行為而已，而刑事訴訟法上並無『追認』之規定，僅有補正之規定

，原確定判決就此訴訟追訴條件之訴訟上程式之欠缺，未依刑事訴訟法第二百七十三條第六項之規定命檢察官為合法補正，即應命檢察官補正之訴訟追訴條件即告訴，竟創設刑事訴訟法上所無之追認制度，其所謂『視為補正』尚乏法律依據，原確定判決自難認適法。四、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

二、本件原確定判決以經六次更審審理結果，認被告張基相確有如原確定判決事實欄所載之傷害犯行，因而撤銷第一審，關於被告被訴教唆殺人無罪部分之判決，依刑事訴訟法第三百條之規定，變更起訴法條，改判依想像競合犯，從一重論處被告成年人與少年共同犯傷害罪刑（宣處有期徒刑三年六月，因行為係在民國九十六年四月二十四日以前，適用中華民國九十六年罪犯減刑條例規定，減為有期徒刑一年九月；兩造未上訴第三審，全案定讞）。復說明犯罪之被害人，得為告訴；被害人之法定代理人或配偶，得獨立告訴，刑事訴訟法第二百三十二條、第二百三十三條第一項分別定有明文。無行為能力者，固亦得為告訴，但其能力畢竟低於有完全之行為能力者，故為保護無行為能力（或無完全之行為能力）之被害人，使其法定代理人或配偶，亦得獨立告訴。查被害人周仲達因本案，受有上揭傷害，嗣經台灣台中地方法院，於九十七年六月二十日，以九十七年度禁字第一五三號，裁定宣告其為禁治產人，並由其父母周鼎祐、余淑春（嗣更名為余佳臻）為法定監護人（嗣因周鼎祐、余佳臻離婚，於一〇〇年四月二十九日，經同法院以一〇〇年度監字第九五號裁定，改定監護人為余佳臻），依民法第一千一百十三條準用第一千零九十八條第一項規定，於監護權限內，周鼎祐、余淑春為被害人之法定代理人；而在此之前，周鼎祐、余淑春分別於九十五年十二月十四日、九十六年一月十二日在法

務部調查局台中縣調查站、台中縣警察局大甲分局詢問時，已指訴其子即被害人遭人討債毆傷，表明提出告訴之旨（見九十五年度偵字第一九五四三卷二第一八六頁、九十六年度偵字第四七四四號卷一第一九八頁），則縱當時被害人為成年人（無配偶），且尚未聲請禁治產，周鼎祐、余淑春尚非其法定代理人，其等提出告訴當時，並無告訴權，惟嗣後被害人既經法院裁定，宣告為禁治產人，並依法由其父母周鼎祐、余淑春擔任監護人，其等於該裁定送達後，已依法成為被害人之法定代理人，而因其等於警詢時，業已明確表示，欲對被告提出傷害告訴，依上開說明，應自成為被害人之法定代理人時，視為補正而合法，而無重為告訴之必要，此亦符合刑事訴訟法著眼保護無行為能力（或無完全之行為能力）之被害人之本旨。是本件業經合法告訴，程序上並無不合等語。

三、按非常上訴之提起，以發見確定判決之審判係違背法令者為限，所謂審判違背法令，係指審判程序或其判決之援用法令，與當時應適用之法令有所違背而言。換言之，非常上訴所稱之審判違背法令，係指法院就該確定案件之審判，顯然違背法律明文所定者而言，若僅是法文上有發生解釋上之疑問，致因法文解釋之不同，而產生不同之法律上見解，尚不得謂為審判違背法令，而據為提起非常上訴之理由。

又刑事訴訟之基本目的，乃在於實體之真實發現與刑罰之實現，而被告受無罪推定等基本人權保障，並享有受公正、妥速審判之權利，是必須藉由程序正義的遵守，而達致實體正義之實現理想。其中，訴訟條件的充足，屬程序正義之一環，除有特別情形（例如管轄權之有無，採起訴恆定原則，不因其後住居所遷移而受影響）外，通常於起訴時，必須具備，於判決之際，仍應繼續存在，乃控方（特別是檢察官）應盡的義務；倘若有所欠缺，案件不能進行實體審查，法院應

爲程序判決，終結其訴訟關係，被告可以因此及早脫免於刑事訴訟程序上的負擔，並由此展現出程序正義之遵循。

然而訴訟條件的欠缺，於起訴之後、審理之中，能否加以補正？此於我國，法無明文，德國實務、通說，持肯定說；法國相反；日本戰前採同法國，戰後採同德國，但仍有異說。我國學者間乃有主張訴訟條件之欠缺，究竟應否准予補正，必須調和「法的安定性」與「法的具體妥當性」，經作適當之衡量後，始可決定；倘准予補正反較不許補正，更能符合訴訟整體利益，且對被告亦不致發生不當之損害者，爲達訴訟之合目的性，自應許可其補正。蓋此種情形，如不許其補正，必於諭知不受理後再行起訴，徒增程序上之繁瑣，並無實益，故許其補正。細言之，學說上已發展出因當事人未異議而治癒；對被告權益未生影響而治癒；基於訴訟經濟考量而治癒；及不得治癒之瑕疵等區分。既於學理上圓融合理，在實務運作上，亦合情便民。兼顧被害人權益照料，無礙被告訴訟防禦權行使，實質正義可獲彰顯。

本此，檢察官以非告訴乃論之罪起訴，經法院審理結果，認爲係犯告訴乃論之罪，或裁判上一罪，其犯罪事實之一部，係告訴乃論之罪，未經告訴者，仍應許其於起訴後補正（參看司法院院字第二一〇五號解釋），此因檢察官公訴提起之作爲，並無可受非難的情形存在，而被害人之權益亦由此獲得適當維護。且此種告訴之補正，依上述司法院解釋，猶不限於第一審，縱是在第二審，亦得爲之。

至於告訴乃論之罪，無得爲告訴之人或得爲告訴之人不能行使告訴權者，該管檢察官得依利害關係人之聲請或依職權指定代行告訴人，刑事訴訟法第二百三十六條第一項固定有明文，此代行告訴制度之設計，本具有充實訴訟要件，滿足公共利益之用意，是檢察官指定代行告訴人之指定方式，並無一定限制。若檢察官偵查結果，認爲被告所涉，非屬告訴乃

論之罪（例如殺人未遂、重傷害），本不生指定代行告訴問題；但在案件調、偵查中，如被害人已成年、無配偶，傷重陷於昏迷，其父母不諳法律，基於親情，單憑國民法律感情，向司法警察（官）或檢察官表示欲對於該加害之被告，提出控訴，此情固不生合法告訴之效力，嗣於檢察官依非告訴乃論罪名提起公訴後，審判中，被害人之父母，經人指點，依法向民事法院聲准宣告禁治產，並取得監護人（法定代理人）身分，而刑事案件審理結果，認屬告訴乃論之罪，則先前該父母之不合法告訴瑕疵，當認已經治癒，並發生補正告訴之效果，此部分訴訟條件無欠缺，法院為實體的罪刑判決，尚難謂程序違法。唯有如此理解，才能確實保護被害人，符合現代進步的刑事訴訟法律思潮。

四、從而，就本案而言，犯罪之調、偵查機關既已開始對被告為相關調、偵查程序，被告並再三就其被訴之涉嫌犯行，進行實體辯論，若因被害人不能行使告訴權，而要檢察官再行指定代行告訴人，或由嗣後成為被害人之法定代理人，再補提告訴，重起繁瑣之偵查、訴訟程序，委實不合訴訟經濟原則。尤其，告訴期間早已經過，被害人權益豈非受剝奪，實質正義如何彰顯，法的具體妥當性竟被湮沒，其不符合刑事訴訟法的基本目的，淺而可見。原確定判決就被告本件傷害犯行，是否經合法告訴乙節，業已論述其所持之法律見解，結論尚無不合，縱與非常上訴意旨所持意見不同，猶不得逕謂違背法令。

五、至於本院九十六年度台非字第六七號判決，係以該案被告所犯之傷害罪，因被害人（已成年）自被毆傷後，即陷入昏迷，而未能行使告訴權，亦未經檢察官依法指定代行告訴之人，而其父既非其法定代理人，則於警詢時所為之告訴，並非合法，該案竟為有罪之實體判決確定，有判決不適用法則及適用法則不當之違背法令，因而將原確定判決，予以撤銷，



改判公訴不受理。此與本件被害人，嗣後經法院宣告禁治產，由其父母為監護人，合法成為法定代理人，取得告訴權，先前之不合法告訴，因而補正，原訴訟條件之欠缺，從而治癒，成為合法之情形，兩者有別。關於此部分非常上訴意旨，執以指摘原確定判決違法，難認有據。

六、綜上，本件非常上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 十 一 月 二 十 四 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 王 國 棟

法官 李 欽 任

法官 許 錦 印

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 十 二 月 一 日

Q

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台抗,382

【裁判日期】1050512

【裁判案由】違反食品安全衛生管理法等罪聲請解除禁止處分命令

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇五年度台抗字第三八二號

抗 告 人 強冠企業股份有限公司

兼 代 表 人 葉文祥

上列抗告人等因違反食品安全衛生管理法等罪案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇五年二月十九日駁回其聲請解除禁止處分命令之裁定（一〇五年度聲字第一五六號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

壹、葉文祥抗告部分：

一、按爲了避免犯罪者保有犯罪所得，以杜絕犯罪誘因，而澈底剝奪犯罪所得，食品安全衛生管理法於民國一〇三年十二月十日增訂公布第四十九條之一，於第一項明文揭示「不法犯罪所得之沒收」適用範圍，規定：「犯本法之罪者，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人外，不問屬於犯罪行爲人與否，沒收之；如全部或一部不能沒收時，應追徵其價額或以其財產抵償之。但善意第三人以相當對價取得者，不在此限。」故對犯罪行爲人及非善意第三人，除犯罪所得財物或財產上利益之原物沒收（下稱利得原物沒收）之外，尙包括於不能原物沒收時之替代價額之追徵及財產之抵償（下稱追徵抵償。一〇四年十二月三十日增訂公布，一〇五年七月一日施行之刑法第三十八條之一第三項統稱爲「追徵價額」）。又倘不法犯罪所得未能有效及時保全，犯罪者於案

發後，立即藏匿或移轉，日後縱使判決諭知沒收，也無從實現，不僅使偵查、審判作為枉然，更將令司法滿足實現正義之目的落空，因此，該條第二項明定於判決確定前對犯罪所得之保全措施：「為保全前項財物或財產上利益之沒收，其價額之追徵或財產之抵償，必要時，得酌量扣押其財產。」乃學理上所稱之「犯罪利得扣押」，賦予凍結（保全）人民財產權之法律依據，有別於保全偵查犯罪證據之「證據扣押」。

至犯罪利得扣押之標的，因所保全者係利得原物之沒收或係追徵抵償而有不同：犯罪利得原物之沒收，於判決確定後，應沒收標的之所有權或被沒收之權利自動移轉至國家；而追徵抵償，則於判決確定後，國家取得對義務人之金錢給付請求權，並以義務人之財產為責任財產以實現該債權，基此，犯罪利得扣押之標的，於保全利得原物之沒收時，係對於具體之不法所得原物為「（狹義）扣押」；於保全追徵抵償時，則是依追徵抵償價額之額度而對義務人之一般財產為「假扣押」，使其發生禁止處分的效果。

再者，犯罪利得之沒收性質係類似不當得利之衡平措施，然對犯罪利得之扣押，仍具有干預人民財產權之性質，故應遵守比例原則，扣押須以有保全之必要性為要件，亦即，若無保全措施，勢將阻礙日後沒收判決之執行者，始得為之；又在保全追徵抵償之假扣押，既非原物扣押，為避免過度（假）扣押而侵害義務人之財產權，就義務人責任財產之（假）扣押範圍，同應遵守比例原則，此所以上開條項規定「酌量」之理由。又倘事實審法院依卷內資料，為合目的性之裁量，綜合審酌應沒收之不法利得數額（應追徵抵償之價額）、扣押財產之狀況、經濟價值及保全利益等情，認扣押與比例原則無違者，核屬事實審法院本於職權所為之適法裁量，尚難逕指為違法。

二、本件抗告人葉文祥聲請意旨略以：檢察官於偵查中凍結葉文祥所有原裁定附表（下稱附表）二編號 1、2 所示之土地、建物，另凍結強冠企業股份有限公司（下稱強冠公司）所有附表一各編號所示之土地、建物，市值高達新台幣（下同）七億一千萬元，而附表一編號 3 至 11、19 至 30 所示部分價值已達五億多元，應可滿足附帶民事訴訟原告之損失，為避免強冠公司未能支付銀行債務而遭行強制執行，聲請就附表二編號 1、2 所示之不動產解除禁止處分云云。

三、原裁定略以：

(一)、本件台灣屏東地方法院檢察署檢察官以葉文祥等人涉嫌違反食品安全衛生管理法等罪案件，認有扣押財產之必要，於偵查中對葉文祥所有附表二所示之土地、建物為禁止處分之命令，依食品安全衛生管理法第四十九條之一規定核屬有據。又第一審法院審理後，認葉文祥犯行明確，依想像競合犯論處葉文祥犯一〇三年二月五日修正之食品安全衛生管理法第四十九條第一項之罪三十二罪、刑法第三百三十九條之四第一項第二款之加重詐欺罪一百四十一罪罪刑，檢察官及葉文祥等人均不服提起上訴，由原審法院審理中。雖第一審判決並未就犯罪所得諭知沒收，然葉文祥究竟有無犯罪、有無犯罪所得、犯罪所得若干等事項，尙待原審法院審認。

(二)、檢察官起訴書固記載葉文祥製造之劣油銷售予二百三十五家被害廠商，本案犯罪所得為三千八百零五萬六千六百四十元，惟本案經檢察官起訴後，因發現尚有其他被害廠商，故追加起訴及移送併辦，檢察官主張本案之犯罪所得顯逾上開起訴書記載之金額；又本案同時遭扣押之附表一編號 3 至 11、19 至 30 所示之不動產，已遭債權人聲請民事強制執行，此有台灣高雄地方法院民事執行處一〇四年十二月十四日雄院隆 104 司執菊字第 170212 號通知存卷可憑，衡諸不動產之過戶容易，苟在本案判決確定前，即將附表二編號 1、2（以及附

表一編號 1 至 2、12 至 18 所示強冠公司部分）之不動產解除扣押發還，則其餘不動產既經強冠公司之債權人聲請民事強制執行，剩餘之價值恐不足供本案犯罪所得之沒收，顯有礙將來本案審理及判決之執行。茲為確保日後審理之需要及保全將來執行之可能，認本件有繼續扣押之必要，因而駁回葉文祥解除前揭禁止處分命令（實為返還扣押物）之聲請。經核原裁定於法並無不合。

四、抗告意旨略稱：檢察官起訴後再予以追加起訴及移送併辦部分，被害廠商多已在原起訴範圍內，故本案之犯罪所得增加不多。又原裁定似認遭債權人聲請民事強制執行之不動產僅有附表一編號 3 至 11、19 至 30 部分，核屬誤認。實則，其餘包含附表二編號 1、2 所示不動產已受民事查封，此部分解除禁止處分後，葉文祥始得與銀行團達成合意將出售之款項返還，否則根本無法辦理買賣程序，原裁定認倘解除扣押將可輕易過戶，導致剩餘財產不足供本案犯罪所得之沒收，確實有誤云云。

五、惟查：

(一)、本案第一審法院審理後認葉文祥故意犯一〇三年二月五日修正之食品安全衛生管理法第四十九條第一項之罪等罪，並於第一審判決事實認定葉文祥有製造、販賣偽攙或假冒之食品予其附件一所示之被害人，強冠公司並取得如其附件一所示之價款，倘若無訛，業已認定葉文祥等人因本案犯罪而有犯罪所得，本案因葉文祥等人及檢察官均提起上訴，由原審法院審理中，則本案將來即有判決諭知沒收犯罪所得及於不能沒收時追徵抵償之可能性，原裁定因認本件為了確保將來可能之執行而有扣押之必要性，所為論斷，洵非無據。

(二)、本件檢察官於偵查中對葉文祥所有如附表二編號 1、2 所示土地及建物為扣押處分，因而發生禁止處分之效果，就該不動產本身難認係本案違反食品安全衛生法犯罪所得之原物，本

件扣押性質上應非對不法利得原物之扣押，而係為保全價額追徵之執行而對葉文祥之責任財產所為之假扣押，則扣押財產之範圍（價值）自需滿足將來執行之實現，惟另方面不能過度溢額扣押，同應考量比例原則，合適地為合目的性裁量。本件依卷附資料，本案檢察官起訴後，復追加起訴及請求併案審理，是被害人及被害金額，已難逕以起訴書所載認定；再者，附表一編號 3 至 11、19、21 至 30 所示之不動產上設有鉅額之最高限額抵押權，擔保債權額總計高達四億三千九百八十六萬元（計算式：2.4 億+1.1 億+3240 萬+5600 萬+146 萬=4 億 3986 萬），權利人分別為第一商業銀行股份有限公司（下稱第一商銀）、兆豐國際商業銀行股份有限公司（下稱兆豐商銀）、台灣銀行股份有限公司，且權利人第一商銀及兆豐商銀已向台灣高雄地方法院聲請就附表一編號 3 至 11、19 至 30 所示之不動產強制執行，有卷附之土地、建物登記第二類謄本及台灣高雄地方法院民事執行處一〇四年十二月十四日雄院隆 104 司執菊字第 170212 號通知書可憑（原審卷第一二至八三頁），則上揭扣押標的之實際經濟價值，自不可與未負有負擔者相提並論，故抗告意旨主張上揭扣押標的價值五億多元云云，尚非的論，原裁定認倘准予本件之解除扣押後，剩餘扣押如附表一編號 3 至 11、19、21 至 30 所示不動產之實際價值，恐不足供本案犯罪所得沒收（價額之追徵）之實現，有礙將來可能之本案判決之執行，附表二編號 1、2 所示之不動產，仍有扣押之必要，應予扣押，因而駁回葉文祥之聲請，雖理由說明略嫌簡略，惟其意旨經核於法並無不合。抗告意旨就原審適法裁量職權之行使，仍執陳詞再事爭辯，難認有理由，應予以駁回。

#### 貳、強冠公司抗告部分：

不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所為裁定，不得抗告，刑事訴訟法第四百零五條定有明文。是以對第二審

法院所為裁定得否抗告，端視該案件是否為得上訴於第三審法院而定。本件原判決就抗告人強冠公司部分，係依食品安全衛生管理法第四十九條第五項論罪，科以食品安全衛生管理法第四十九條第一項之罰金刑。該罪係專科罰金，核屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款所列之案件，既經第二審判決，不得上訴於第三審法院。則強冠公司本件解除禁止處分（實為返還扣押物）之聲請，經原審予以裁定駁回後，自不得抗告於第三審法院。且此不得抗告之規定乃上開法律之明文，要不因原裁定末尾附記誤載抗告期間即認得抗告。是強冠公司對於依法不得抗告之案件而提起，自屬抗告不合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十一條前段、第四百十二條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 五 月 十 二 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 陳 世 雄

法官 吳 信 銘

法官 許 錦 印

法官 江 振 義

法官 王 梅 英

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 五 月 十 六 日

G

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台抗,408

【裁判日期】1050525

【裁判案由】殺人等罪聲明異議

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇五年度台抗字第四〇八號

抗 告 人 李憲璋

上列抗告人因殺人等罪案件，不服台灣高等法院中華民國一〇五年三月三十一日駁回聲明異議之裁定（一〇五年度聲字第七九四號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷。

理 由

一、在國人的日常生活中，無論是口語或行文，都經常將「聲明」、「聲請」、「請求」及「申請」，混用不分，頗有異詞同義的情形。但是，法規文字有其嚴謹性，前二者係用在司法機關（廣義，含法院、法官和檢察署、檢察官、檢察總長）；末者用在行政機關；請求則較為中性通用。既稱聲明，乃單純將自己的意思，對上揭司法機關有所表示，一經表明，原則上不待受理機關、人員處理，即生一定的法律效果，例如聲明上訴、聲明抗告，但有例外情形，例如聲明異議、聲明疑義，受理聲明的機關，應本於職權，適切處理；而所謂聲請，顧名思義，除為聲明之外，更進一步請求受理的機關、人員，應依其職權作成一定的決定或作為（包含裁定、處分及命令；其准駁應具理由），例如聲請迴避、聲請回復原狀、聲請羈押、聲請搜索、聲請調查證據、聲請再議、聲請撤銷緩起訴、聲請交付審判、聲請簡易判決處刑、聲請再審、聲請非常上訴、聲請撤銷緩刑、聲請更定其刑、聲請單獨宣告沒收、聲請撤銷假釋等等；至於請求，通常指單方要



求為如何的一定行為，而其相對受請求的機關、人員，原則上雖然不得拒絕，例如受訊問人請求於筆錄上為增刪記載、利害關係人請求逮捕通緝犯、告訴人請求檢察官上訴、被告請求對質等，但其實受請求之一方，仍有自由裁量權，甚至縱然不加置理，猶難遽謂必然違法，祇是基於現今「司法為民」的理念，恐非適宜，故無論准駁，皆宜以適當方式，使請求人得悉其請求的處理結果。

鑑於對上述各種訴訟行為，所作成的決定或作為有所不服時，其救濟、審查機制，並不盡相同，分別得提起抗告；準抗告；不得聲明不服（如拒提非常上訴）；祇能附隨在相關本案上訴審中再行爭議，而不能獨立抗辯（如否准調查證據）；甚至祇能追究行政責任，而別無他途（如檢察官不理會告訴人上訴請求）之各種情形，故究竟其性質如何，攸關權益保障，自當審慎、清楚分辨。

從而，於司法實務運作上，就所受理當事人或其相關人員的請求、聲明或聲請案，概不受其所用詞文拘束，亦即仍應尋繹其意涵，探求真意，而後依法律規定適切處理。舉例而言，當事人雖然表示是「請求」或「聲明」，而實際上該當於「聲請」者，受理的司法機關仍應依「聲請」案件的相關規定，加以處理，並附具准駁的理由；反之，亦同。倘竟誤辦，自非適法，不能維持。

## 二、經查：

(一)、本件抗告人李憲璋之文狀，首先標題為：「請求士檢聲請定應執行刑，勿拖泥帶水」；其次記載「受文者：士檢朝執丙 100 執 1157 字第 602 號（士林地檢署）」；主旨略載為「(1) 請士檢應將台灣新北地方法院檢察署 101 年執字第 4189 號案，違反商業會計法；台灣士林地方法院 98 年訴字第 300、390 號案，向士林地方法院聲請定應執行之刑。(2) 請撤銷士檢 100 年執丙字第 1157 號暫執行指揮書」；末尾載明「此致士林

地檢署丙股 公鑒」。可見所請求受理的機關為上揭檢察署檢察官，而性質上是請求該檢察官應為一定之作為，屬於請求案，並非聲請案，更非聲明異議案，尤非聲明疑義案。

(二)、詎台灣士林地方法院檢察署逕將上揭文狀，函送原審法院，主旨載為「檢送李憲璋狀紙乙份，該員就本署 100 年執字第 1157 號執行指揮書（即貴院 98 年上重訴字第 49 號刑事判決）聲明異議，請查照。」可見誤將請求案，解讀屬聲明異議案。

(三)、原審本應不受其不當移文之拘束，而應將文退回（按通常敘明「事屬貴管，還請 卓處」之旨已足），卻疏未明察，逕依分受之「聲明異議」案進行審查，而諭知「聲明異議駁回」。容係遭上揭不當移文，與相關行政分案作業所誤導。

(四)、抗告意旨載敘：抗告人「從未」就相關之定應執行刑提出異議，原審當係「無中生有，依法不合」，請求撤銷原裁定。經核洵有理由，爰予撤銷，由原審法院另行妥處。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十三條前段，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 五 月 二十五 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 韓 金 秀

法官 吳 燦

法官 許 錦 印

法官 洪 昌 宏

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 五 月 二十六 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台抗,437

【裁判日期】1050601

【裁判案由】妨害性自主交付法庭錄音光碟

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇五年度台抗字第四三七號

抗 告 人 簡敦煌

上列抗告人因妨害性自主案件，不服台灣高等法院中華民國一〇五年一月十五日駁回其聲請交付法庭錄音光碟之裁定（一〇四年度聲字第四三〇一號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷，應由台灣高等法院更為裁定。

理 由

一、按民國一〇四年七月一日增訂公布法院組織法第九十條之一規定：「當事人及依法得聲請閱覽卷宗之人，因主張或維護其法律上利益，得於開庭翌日起至裁判確定後六個月內，繳納費用聲請法院許可交付法庭錄音或錄影內容。但經判處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑之案件，得於裁判確定後二年內聲請。」（第一項）、「前項情形，依法令得不予許可或限制聲請閱覽、抄錄或攝影卷內文書者，法院得不予許可或限制交付法庭錄音或錄影內容。」（第二項）、「第一項情形，涉及國家機密者，法院得不予許可或限制交付法庭錄音或錄影內容；涉及其他依法令應予保密之事項者，法院得限制交付法庭錄音或錄影內容。」（第三項）。又該條之立法理由，針對上開所指「依法令得不予許可或限制交付」之情形，揭示：「現行法令中就卷內之文書有涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，基於保護當事人或第三人權益，不乏明定法院得依其聲請或依職權裁定不予准許或限制閱覽、抄錄或攝影，例如：刑事訴訟法第三十三條第二項、民

事訴訟法第二百四十二條第三項、智慧財產案件審理法第九條第二項、第二十四條、營業秘密法第十四條第二項、家事事件審理細則第二十四條第一項、第八十三條等。基於法庭錄音或錄影內容既為訴訟資料之一部分，且為輔助筆錄之製作，則法院不予許可或限制交付法庭錄音或錄影內容之裁量標準，當與上開不予准許或限制閱覽、抄錄或攝影卷內文書之規定一致。是聲請人聲請法庭錄音或錄影內容時，法院如認依法令有不予許可或限制閱覽、抄錄或攝影卷內文書之情形，自得不予許可或限制交付錄音或錄影內容，…。」「法庭錄音或錄影內容如涉及國家機密者，因國家機密保護法、法院辦理涉及國家機密案件保密作業辦法均有規範法院人員對於職務上知悉國家機密時，負有保密之義務，此類案件之法庭錄音或錄影內容之交付，允宜限制，爰於第三項前段規定法院就此類案件亦得不予許可或限制交付法庭錄音或錄影內容。又其他諸如性侵害犯罪防治法第十二條、少年事件處理法第八十三條第一項及兒童及少年福利與權益保障法第六十九條第二項等相關規定，均有司法機關不得揭露足以識別被害人、兒童及少年身分資料之相關規定，且為落實並強化性侵害被害人、兒童及少年保護之保密工作，以免造成其等之二度傷害，並恪守法令規定應予保密之義務，此類案件之法庭錄音或錄影內容之交付，亦宜予以限制，爰於第三項後段明定案件如涉及其他依法令應予保密之事項者，法院得限制交付法庭錄音或錄影內容。」另一〇四年八月七日配合修正之「法庭錄音錄影及其利用保存辦法」（下稱利用保存辦法）第八條，其規範理由亦說明：「本法（即法院組織法）第九十條之一第一項已增訂當事人及依法得聲請閱覽卷宗之人，因主張或維護其法律上利益（如核對更正筆錄、他案訴訟所需，或認法院指揮訴訟方式對其訴訟權益有影響之虞，欲用以保障其法律上利益等），得繳納費用聲請交付法庭錄

音或錄影內容之規定，…。」綜上所述，可知當事人及依法得聲請閱覽卷宗之人（告訴代理人如為律師，依刑事訴訟法第二百七十一條之一第二項準用第三十三條規定，係屬得聲請閱覽卷宗之人），因主張或維護其法律上利益（如核對更正筆錄、他案訴訟所需，或認法院指揮訴訟方式對其訴訟權益有影響之虞等），得向法院聲請交付法庭錄音或錄影內容。法院除以涉及國家機密、當事人或第三人之隱私或營業秘密為由，得不予許可其聲請或限制交付法庭錄音或錄影內容；如屬涉及其他依法令應予保密之事項者，得為限制交付之裁定外，原則應予許可。是就上述涉及其他依法令應予保密事項，司法機關不得揭露足以識別被害人、兒童及少年身分資料之相關案件，其規範目的，旨在防止揭露上開身分資料，以免造成被害人、兒童及少年之二度傷害。倘法院已依法令規定辦理，未揭露上開應予保密之資料，或無揭露之虞，因無侵害被害人、兒童及少年之權益，自無從為限制交付，或逕為不予許可之決定。至聲請交付之法庭錄音或錄影內容，縱有部分因疏於注意而揭露上開應予保密之資料，法院仍得視其揭露內容、程度、範圍等，以限制僅交付不含（或除去）上開應予保密資料之法庭錄音或錄影內容，以達法院組織法第九十條之一第三項後段之規範目的。

二、本件原裁定略以：抗告人甲○○向原審法院聲請交付同法院一〇四年度侵上訴字第一八一號妨害性自主案件（下稱系爭案件），一〇四年九月二十二日審判期日筆錄（下稱系爭筆錄）之法庭錄音光碟。因本件為涉及妨害性自主案件，不公開審理，系爭筆錄雖已依法遮掩被害人姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別被害人身分的資訊。但該日法庭審判活動除有抗告人、辯護人參與辯論外，也有對證人徐○○、杜○○進行交互詰問，更有被害人、告訴代理人到庭陳述意見，則本件在決定應否交付該日法庭錄音光碟時，因為涉及

被害人私密敏感事件，隱私程度較高，自應予以相當的利益權衡。而依抗告人主張交付法庭錄音光碟之目的，雖為維護其法律上利益。然聲請意旨並未敘明卷附系爭筆錄記載內容有何失真或不實之處，僅以空泛、臆測之理由，聲請交付法庭錄音全部內容；且未釋明何以有不經由閱卷後請求更正之方式，亟需聲請交付法庭錄音方得以救濟的必要，已難使原審法院審酌各項事由而為適當之利益權衡。況本件為性侵害案件，關於犯罪情節自須嚴予保密，避免造成被害人之二度傷害。乃抗告人及其辯護人在該次審判期日進行詰問辯論時，猶多次透過言詞，對於第一次與抗告人認識，即遭俗稱「撿屍」之被害人節操多所質疑，因損及被害人名譽及基本尊嚴，遭檢察官當庭嚴予駁斥（該日筆錄第三十頁），法院也無從以「限制交付法庭錄音或錄影內容」方式為之（即以擷取、遮掩或其他限制較小的方式為之）。因抗告人未敘明聲請之必要性，又為保護被害人身分資料及避免造成被害人二度傷害，據以認定抗告人所請繳納費用交付法庭錄音光碟一節，無從准許，而駁回抗告人之聲請。

### 三、惟查：

(一)、抗告人於原審聲請交付系爭筆錄之法庭錄音光碟，已敘明係為瞭解該審判期日筆錄記載有無錯誤或遺漏，及當日實際所為調查證據程序有無違背法令，憑供撰擬補充上訴理由，應有請求交付當日審判筆錄法庭錄音光碟之正當理由等語，有聲請狀可憑。而原審法院係於一〇四年十月六日，就系爭案件為抗告人有罪之判決，抗告人則於同年月二十一日提起第三審上訴，並於同日改委任涂○○律師為第三審選任辯護人，再於同年月二十六日向原審法院聲請閱卷，業經檢閱系爭案件無訛。抗告人就系爭案件於第三審既另選任辯護人，該辯護人自未參與系爭案件在第二審之訴訟程序，抗告人釋明為瞭解系爭案件審判期日之訴訟程序有無違法，主張應有上

述請求交付當日法庭錄音光碟的正當理由，於法難謂不合。即原裁定亦認抗告人主張交付法庭錄音光碟的目的，係「為維護其法律上利益」等語。

(二)、如上述法院組織法第九十條之一之立法說明，系爭案件乃該條第三項後段所指「涉及其他依法令應予保密之事項」之案件。法院於決定是否限制或駁回其交付法庭錄音光碟之聲請，自應審酌該法庭錄音內容，有無揭露足以識別被害人、兒童及少年身分資料等，苟有揭露，其揭露情形、程度、範圍如何，俾權衡、決定是否或如何限制交付，或逕為否准之決定。依系爭筆錄之記載，審判長於程序之始，先諭知「本案因依性侵害犯罪防治法第十八條規定不公開審理，請與本案無關之人退庭。」旋由「（法警引導被害人經由專用通道進入指認室，並由其男友陪同在場）」。「審判長諭知：請被害人於指認室內掛上耳機，對準麥克風接受訊問。」「審判長訊問受訊問人姓名、年齡、住居所等項…」、「被害人答：A女（經核對身分證，與置於彌封袋內之年籍資料相符）」、「被害人A女之陪同人答：A女男友，年籍資料詳陪同人代號與真實姓名對照表」。再由告訴代理人吳○○律師提出刑事陳述意見狀乙件，繕本均交檢察官簽收（原審卷第一一四至一一五頁）。繼而由選任辯護人、檢察官對證人徐○○、杜○○行交互詰問、證據調查、審判長訊問抗告人犯罪事實、辯論等。嗣於提示抗告人前案紀錄表後，訊問被害人「對本案有何意見？」被害人稱「請告訴代理人回答」，告訴代理人答「請參考刑事陳述意見狀，被告犯行明確，迄今否認犯行，請從重量刑。」（原審卷第一二七頁背面）其餘未見有被害人之主張、陳述，該筆錄內亦均以「被害人」稱呼A女，並無記載A女及同行之男友姓名年籍等資料，復未見原裁定有記載抗告人及其辯護人「在該次審判期日進行詰問辯論時，猶多次透過言詞，對於第一次與聲請人認識，即

遭俗稱『撿屍』的被害人的節操多所質疑，因損及被害人的名譽及基本尊嚴，遭檢察官當庭嚴予駁斥（該日審判筆錄第30頁）」之內容，有該筆錄可憑。即原裁定亦認定系爭筆錄「已依法遮掩被害人姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別被害人身分的資訊」。如果無訛，究系爭筆錄之錄音光碟內，實際有無揭露足以識別被害人A女身分之資料等？苟未揭露，是否仍未符合法院組織法第九十條之一第三項後段之要件？苟有揭露，其揭露情形、程度、範圍如何？至系爭案件之犯罪情節、審理期日進行詰問時，抗告人及其辯護人是否質疑被害人之節操等，何以有特別予以保護必要，並致無法許可本件聲請？本件何以無從以「限制交付法庭錄音」的方式為之？原裁定就此均未詳予敘明其衡酌及決定之依據，即遽為駁回本件聲請，自有可議。

(三)、原裁定雖以抗告人「未釋明何以有不經由閱卷後請求更正的方式，亟需聲請交付法庭錄音方得以救濟的必要」，據為駁回聲請理由之一。但相關法規俱無應先聲請閱卷請求更正後始得聲請交付光碟之明文，原裁定此部分論述自乏依據。

(四)、抗告意旨指摘原裁定不當，非無理由，自應予撤銷，由原審更為適法之裁定。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十三條前段，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 六 月 一 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 謝 靜 恒

法官 王 敏 慧

法官 李 錦 樑

法官 呂 永 福

本件正本證明與原本無異

書 記 官



中 華 民 國 一〇五 年 六 月 六 日  
E

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台抗,541

【裁判日期】1050713

【裁判案由】偽造文書等罪

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇五年度台抗字第五四一號

再 抗 告 人 汪怡瑋

上列再抗告人因偽造文書等罪案件，對於檢察官執行之指揮聲明異議，不服台灣高等法院中華民國一〇五年五月十六日所為撤銷發回更審之裁定（一〇五年度抗字第四四四號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定及第一審裁定均撤銷。

異議之聲明駁回。

理 由

一、本件係再抗告人甲○○對檢察官就其所犯偽造文書等罪假釋中付保護管束之指揮執行聲明異議，並請求第一審法院准許其出境。第一審裁定後，檢察官不服，而依刑事訴訟法第四百十五條第一項第五款規定向原審提起抗告，其抗告自屬合法。再抗告意旨認本件屬同法第四百十六條之準抗告，檢察官不得抗告云云，容有誤會。又刑事訴訟法所規定之法定期間，因其遲誤效果之不同，得分為失權期間及訓示期間二者。所謂「失權期間」，係指因期間之經過即喪失為該訴訟行為之權利，如上訴期間、抗告期間、聲請回復原狀期間等屬之，法院不得任意依職權加以伸張或縮短；另所謂「訓示期間」，係就法院為訴訟行為而設，僅有訓示之意義者，如宣示判決期間、抗告案件裁定之期間等屬之，遲誤此項期間，僅生是否應負行政上之責任而已，於裁判效力不生影響。再抗告意旨稱本件已逾刑事訴訟法第四百十條第三項所規定之

十日裁定期間云云，惟該十日期間屬訓示期間，雖有逾期，於其裁定之效力不生影響，難認有違法情事，合先敘明。

二、憲法第十條規定人民有居住、遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括入出國境之權利。惟為維護國家安全及社會秩序，人民入出境之權利，並非不得限制，但須符合憲法第二十三條之比例原則，並以法律定之（司法院釋字第五五八號解釋參照）。是限制人民出境，不論為行政機關之行政處分，抑或係司法機關之強制處分，均須符合「法律保留原則」及「比例原則」，方稱合憲。查受刑人假釋中付保護管束，係刑法保安處分之一種，由於受保護管束者均係經法院判處有期徒刑以上之刑確定，而尚未執行完畢之假釋受刑人，故執行保護管束者對於受保護管束人，應注意其生活行動及其交往之人（參保安處分執行法第七十四條）。倘受保護管束人在保護管束期間內，未保持善良品行，而與素行不良之人往還，或不服從檢察官及執行保護管束者之命令，或對被害人、告訴人或告發人尋釁，或未按月向執行保護管束者報告其生活情況及工作環境，甚至未經許可或核准，即離開受保護管束地等情形之一情節重大者，檢察官即得聲請法院撤銷保護管束，並由典獄長報請法務部撤銷假釋（參保安處分執行法第七十四條之二、之三），此時受保護管束人就尚未執行完畢之殘刑仍須入監服刑。是國家為擔保對假釋出獄之受保護管束人之刑罰權得以完全實現，自可在必要時限制其出境，此為法理上所當然。又入出國及移民法第六條第一項各款係規定內政部入出國及移民署（於民國一〇四年一月二日更名為內政部移民署，下稱移民署）應禁止國民出國之各種情形，該條於九十二年二月六日修正公布，為配合保安處分執行法及少年事件處理法之規定而增列第二項：「受保護管束人經指揮執行之少年法院法官或檢察署檢察官核准出國者，不適用前項第一款（經判處有期徒

刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢者）及第九款（依其他法律限制或禁止出國者）規定」（參該條立法理由）。而依該法條交由立法院內政及民族委員會審查通過，所提報立法院院會公決之修正條文對照表提案理由說明：「……準此，雖然受保護管束之國民，其部分自由權利確有需要予以限制，但『殺雞焉用牛刀』的將所有情形（無論刑度之輕重）均予限制，似有不當，若比照國家安全法及保安處分執行法的規定，將限制其出境的權利交由檢察官來認定，比較符合『比例原則』，同時兼顧人民權利與社會公共秩序的適當要求。」亦即認受保護管束人是否限制出境，應由執行檢察官按其刑度之輕重，在兼顧人民權利與社會公共秩序之要求下，依「比例原則」加以認定，賦予檢察官得依保安處分執行法及入出國及移民法第六條第二項之規定，合理限制受保護管束人出境。嗣該條項文字復於九十六年十二月二十六日修正公布為「受保護管束人經指揮執行之少年法院法官或檢察署檢察官核准出國者，入出國及移民署得同意其出國。」稽其立法理由雖僅略載：「照黨團協商條文通過」，惟觀之行政院提案理由說明：「……為明確主管機關及各權責機關間之分工，且簡化相關行政作業程序，爰……，並修正現行條文第二項。」足見其修正目的僅在明確主管機關及各權責機關間之分工，就受保護管束人須經指揮執行之少年法院法官或檢察署檢察官核准始得出國之規定，則無變更。另依保安處分執行法第七十四條之二第五款規定：「受保護管束人在保護管束期間，非經執行保護管束者許可，不得離開受保護管束地；離開在十日以上時，應經檢察官核准。」所謂「受保護管束地」，參照同法第六十四條第一項、第六十九條之一等規定，應係指「受保護管束人日常生活之住居所在地或為特定行為之所在地」，是受保護管束人出國，不論係觀光、就醫、探親、奔喪或工作，均屬離開受保護管束地之行為。

參照入出國及移民法第六條第二項：「受保護管束人經指揮執行之少年法院法官或檢察署檢察官核准出國者，入出國及移民署得同意其出國。」之規定，顯見檢察官於開始執行假釋受刑人之保護管束時，為落實保護管束之意旨，積極輔導其就學或就業，並加強監督其生活情狀，防範再犯，自得於必要時，通知移民署而為假釋付保護管束人應得核准始得出國之限制，以確保保護管束之執行。倘受保護管束人提出出國之聲請，檢察官審酌其保護管束期間之表現及聲請出境之事由，依個案之必要性核准其出國者，移民署始得依入出國及移民法第六條第二項規定同意受保護管束人出國。而入出國及移民法第六條第二項既明定須經檢察官核准，始得出國，並無出國日數之限制，則不論出國日數多寡，均須經檢察官核准。是上開受保護管束人不論出國日數，均須經核准始得出國之規定，乃係獨立之出國限制事由，與入出國及移民法第六條第一項各款所列禁止國民出國及同條第一項但書（宣告六月以下有期徒刑或緩刑者），不得禁止其出國等規定尚屬無涉。雖入出國及移民法第六條第二項未以正面方式明定「受保護管束人未經檢察官核准出國者，移民署應禁止其出國」等意旨之文字，而易滋得否限制出國之爭議，但依上述立法經過及立法理由，基於目的論解釋，仍難謂無法律依據而有違法律保留或法律明確性原則。至檢察官依職權為准駁之裁量決定時，在依法行政下，自須斟酌個案之具體情形，本乎保護管束之目的，並參考行政程序法第七條行政行為比例原則之規定，而為妥適之裁量；倘受保護管束人或其法定代理人或配偶認檢察官所為裁量有恣意之不當情事，法院自得因其等異議之聲明，而予以審究（參刑事訴訟法第四百八十四條）。又法律既規定此項異議歸由法院裁定，復未限制法院之裁定內容，則經法院認為異議有理由而為撤銷檢察官限制出國（離開受保護管束地）之裁定者，除依裁定意旨

，得由檢察官重行為適當之斟酌外，如有必要法院自非不得於裁定內同時諭知准予出國，以達救濟目的（參司法院釋字第二四五號解釋）。此與刑事訴訟法第四百十六條第四項準用同法第四百十三條，關於法院就準抗告案件得撤銷或變更檢察官處分之規定，具有同一之法律上理由。

三、本件原裁定以再抗告人甲○○聲明意旨略以：再抗告人因犯偽造文書、詐欺等罪，定應執行刑為有期徒刑四年，於假釋中付保護管束，經台灣桃園地方法院檢察署（下稱桃園地檢署）桃檢兆午一〇五執更護六四號字第九六三一號執行保護管束指揮書（下稱保護管束指揮書）限制出境。再抗告人於一〇五年三月二日向桃園地檢署聲請解除出境之限制並聲請出境，先後經該署否准。然再抗告人所犯詐欺、偽造文書等罪之宣告刑均在六個月以下，應不得依入出國及移民法第六條第一項之規定限制出境。而保安處分執行法第七十四條之二第五款之規定，係賦予執行保護管束者就受保護管束人聲請離開保護管束地時就個案核駁之權，亦非事先、通案禁止離開該地；且除非受保護管束人離開之時間超過十日，否則檢察官無准駁之權限，從而桃園地檢署保護管束指揮書之限制出境處分應予撤銷。又再抗告人聲請於一〇五年四月四日至四月八日出境五日、四月十七日至四月二十三日出境七日、四月二十六日至五月二日出境七日，皆無逾越保安處分執行法第七十四條之二第五款之十日規定，執行檢察官無權予以否准。而本件檢察官否准之理由為再抗告人甫假釋出監，僅向桃園地檢署觀護人報到一次，故不同意再抗告人出國等旨，該理由實無法源依據，已侵害再抗告人之遷徙自由，亦違反比例原則。因認檢察官之指揮執行不當，為此依法聲明異議，請求第一審法院准予再抗告人出境云云。查再抗告人犯數罪，且各罪均經判處六月以下有期徒刑，定應執行刑逾六月，依入出國移民法第六條第一項第一款、法院辦理入出

國及移民法第六條第一項第一款案件通知作業要點，法院於判決確定時，固無庸通知移民署限制其出境。然此並不同再抗告人入監執行，經假釋付保護管束後，不問具體案情，均不得再限制其出境。再抗告人既經假釋付保護管束，所犯之詐欺罪又係上網佯為販售航空公司里程數而詐得財物，且自假釋後僅向執行保護管束之觀護人報到一次，檢察官審酌及此，認不應同意其出國，以利保護管束之執行，並依入出國及移民法第六條第二項規定暨保安處分執行法相關規定，以執行保護管束指揮書通知移民署，說明再抗告人係受保護管束人，在未經執行保護管束者或檢察官同意下，不得離開保護管束地；移民署依據上開執行保護管束指揮書而作成限制再抗告人出境之行政處分，即非無據。第一審裁定引用刑事訴訟法第四百十六條第一項、第四項準用同法第四百十三條規定為其裁定依據，復認再抗告人均受六月以下有期徒刑之宣告，依入出國及移民法第六條第一項第一款但書，不得事先為限制出境，亦不得依保安處分執行法第七十四條之二第五款為限制出境之處分，因而將再抗告人限制出境之處分撤銷，容有商榷之餘地。又執行保護管束者之許可與檢察官之同意實係同一，仍係由檢察官指揮執行。則對再抗告人前開出境聲請之核准與否，第一審裁定以其無權審究，逕行駁回此部分聲請，亦有未洽。因認檢察官指摘第一審裁定不當，提起第二審抗告，非無理由，爰將第一審裁定撤銷發回等語，固非無見。

四、惟抗告法院認為抗告有理由者，應以裁定將原裁定撤銷；於有必要時，並自為裁定，刑事訴訟法第四百十三條定有明文。所謂「有必要時」，如事實已明，僅適用法律不當者，為訴訟經濟以免徒增無益之勞費，即應自為適當之裁定。本件檢察官以再抗告人為假釋中受保護管束之受刑人（犯詐欺、偽造文書等罪，定執行刑為有期徒刑四年），依入出國及移

民法第六條第二項及上開保安處分執行法之相關規定，簽發保護管束指揮書，通知移民署，敘明再抗告人係受保護管束人，在保護管束期間，如未經檢察官核准，不得出境離開受保護管束地；並於再抗告人聲請核准出國時，審酌其犯罪之案情及甫假釋出監，僅向執行保護管束之觀護人報到一次，不足以確認其保護管束期間之表現，因而暫不准許出國，駁回其聲請，按諸上揭說明，於法即無不合。乃再抗告人以其所犯詐欺、偽造文書等罪之宣告刑均在六個月以下，且其聲請出國之時間皆不超過十日，檢察官無准駁之權為由，認檢察官保護管束之指揮執行（限制出境之處分）不當，而向第一審法院聲明異議，請求解除限制出境處分，並准予出境，即難認為有理由。原審就本件異議之聲明，既認事實已明，第一審僅有適用法律不當之違法，即應撤銷第一審裁定並自為裁定，乃竟祇予撤銷，而疏未自行裁定，自有未當。再抗告意旨雖未指摘及此，但此為本院得依職權調查之事項，仍應認其再抗告為有理由。至再抗告意旨另略謂：(一)入出國及移民法第六條第二項之規定，必須先有同條第一項各款之限制出境事由，方有適用；(二)受保護管束人欲離開保護管束地，若未超過十日，只需觀護人許可；(三)再抗告人聲請出境係為工作因素，原裁定未予考量，已違憲法第十五條對人民工作權之保障。(四)受宣告刑為六個月以下，若屬得易科罰金且分期繳納者，其在未全數繳完即未執行完畢前，依法不會被限制出境，與宣告刑同為六個月以下，因經濟受限或檢察官不予易科罰金而入監執行者相較，於未執行完畢而假釋時卻得被限制出境，有違憲法第七條平等權之立法意旨，亦有歧視入監者之人權；(五)保安處分執行法與入出國及移民法並無規定得以「案情」作為限制出境之依據，原裁定以再抗告人前所犯罪名之案情作為限制出境之依據，與法律明確性原則不符云云，經核皆不足以作為原裁定不當之理由。又執行異



議之聲明，係請求法院撤銷或變更檢察官執行指揮之處分之意，就本件而言，自包含聲請撤銷限制出境，同意其出境之意，並非除撤銷限制出境異議之聲明之外，復有同意其出境之另一聲請。從而再抗告人異議之聲明既無理由，其聲請撤銷檢察官所為限制出境處分，並同意其出境，自難准許，本院仍應予以駁回。爰將原裁定及第一審裁定均撤銷，自為裁定如主文第二項所示。另再抗告人於本院聲請於裁定前先行停止限制出境之處分部分，因該限制出境處分並無違法不當，本院自不得任意予以停止（撤銷），併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十三條、第四百八十六條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 七 月 十 三 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 蔡 國 卿

法官 王 復 生

法官 林 英 志

法官 徐 昌 錦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 七 月 十 九 日

G

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台抗,830

【裁判日期】1051027

【裁判案由】違反毒品危害防制條例聲請付與卷內監獄接見錄音光碟

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇五年度台抗字第八三〇號

抗 告 人 李俊農

上列抗告人因違反毒品危害防制條例聲請付與卷內監獄接見錄音光碟及法院勘驗筆錄案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇五年八月八日更審裁定（一〇五年度聲更(一)字第三號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

- 一、本件抗告人李俊農於原審申請意旨略以：為聲請非常上訴之參考或附證用，依政府資訊公開法申請付與原審法院 100 年度上更(二)字第 89 號，其被訴販賣第一級毒品經判決有罪確定案件之審判筆錄影本（此部分原裁定予以准許，未據抗告人抗告而確定）、證人陳依億民國 99 年 8 月 6 日於法務部矯正署高雄監獄接見其之錄音光碟及原審勘驗該錄音光碟之勘驗筆錄影本等情。
- 二、原裁定以：刑事訴訟卷宗資料除筆錄外，係屬文書證物。抗告人請求交付之上開監獄接見錄音光碟，屬卷內證物，並非筆錄，無從依刑事訴訟法第 33 條第 2 項規定，予以准許，而予駁回。另原審未管理保存確定刑事案件卷宗，無依檔案法或政府資訊公開法向原審申請之餘地，而於主文諭知「其餘聲請駁回」（含駁回抗告人申請交付法院勘驗上開監獄接見錄音筆錄影本）。

三、按法院因受理刑事訴訟案件，於職權範圍內作成或取得之各種存在於文書、磁碟等媒介內之訊息，屬政府資訊公開法所指之政府資訊。於訴訟進行中，關於訴訟卷宗、證物等之檢閱、抄錄或攝影，涉及被告訴訟基本權之保障，被告及其辯護人之檢閱，應依刑事訴訟法及其相關規定辦理。於訴訟終結、判決確定後，訴訟關係消滅，相關訴訟卷宗、證物等政府資訊之檢閱或公開，已與被告訴訟權保障或防禦權之行使無關，而與被告法律上利益或保障人民知的權利有關。因現行刑事訴訟法就此無相關規定，關於確定刑事案件卷證資訊之公開，除其他法令另有規定（如檢察機關律師閱卷要點第二點及法院組織法第 90 條之 1）外，應依檔案法或政府資訊公開法之規定，向檔案管理機關或政府資訊持有機關申請辦理。

四、依卷附台灣高等法院被告前案紀錄表所載，上開刑事確定案件，業經台灣高雄地方法院檢察署檢察官於 100 年 12 月 8 日以 100 年度執字第 16005 號執行在案，則該案訴訟關係早已消滅，抗告人已不具訴訟上「被告」之法律地位，無被告訴訟權或防禦權保障問題。本件申請，顯與保障審判中被告訴訟防禦權為目的之刑事訴訟法第 33 條第 2 項規定要件不符。又上開案件既已在執行中，原審並非卷宗檔案之管理或持有機關，亦無從受理抗告人之申請。原裁定駁回抗告人上開申請，部分理由固有未妥，但結論尚無不合。抗告意旨仍執其憲法上「訴訟權」保障，主張應有公平利用、請求交付上開卷證資訊之權利云云，再事爭執，為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十二條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 十 月 二十七日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 吳 三 龍

法官 洪 于 智

法官 蔡 國 在

法官 黃 瑞 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 十 月 三十一 日

E

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台抗,907

【裁判日期】1051124

【裁判案由】偽造文書等罪定應執行刑

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇五年度台抗字第九〇七號

抗 告 人 周子維（原名周晟熙、周俊達）

上列抗告人因偽造文書等罪案件，不服台灣高等法院中華民國一〇五年九月五日定應執行刑之裁定（一〇五年度聲字第二六六八號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

一本件原裁定略以：抗告人周子維（原名周晟熙、周俊達）犯原裁定附表編號1至5（以下僅記載編號序列）所示均得易科罰金之五罪，經分別判處罪刑確定。檢察官以該五罪符合數罪併罰之規定，聲請定應執行刑，係屬正當，因而裁定抗告人應執行有期徒刑一年，如易科罰金，以新台幣（下同）一千元折算一日。固非無見。

二惟：

(一)按裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；又數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第五十一條之規定，定其應執行之刑，刑法第五十條第一項前段、第五十三條分別定有明文。次按依刑法第五十三條及第五十四條應依刑法第五十一條第五款至第七款之規定，定其應執行之刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之，復為刑事訴訟法第四百七十七條第一項所明定。此數罪併罰之定應執行刑，係出於刑罰經濟與責罰相當之考量，本含有恤刑性質，故二裁判以上之數罪應併

合處罰者，須在該數罪之刑全部未曾定應執行刑，且尚未全部執行完畢前，聲請定其應執行之刑，始有實益。檢察官聲請定應執行刑之數罪中，倘有部分罪刑已執行完畢者，因僅係檢察官指揮執行時，應如何予以扣抵之問題，要與定應執行刑無涉，參照本院四十七年台抗字第二號刑事判例意旨，法院不能因此即認檢察官之聲請為不合法，予以駁回；惟該數罪前曾分別經定應執行刑並已全部執行完畢時，因受刑人已受恤刑之利益，且已無剩餘之罪刑可供執行，檢察官即無再聲請法院定應執行刑之必要，檢察官如對於此已全部執行完畢之數罪聲請定其應執行刑，法院自得不予准許。

(二)抗告人所犯：

- 1.編號 1 至 3 所示妨害秘密、毀損、傷害等罪部分，曾經原審法院以一〇五年度上易字第九四五號刑事判決，維持台灣基隆地方法院一〇四年度易字第四一三號之科刑判決（有期徒刑部分，分別判處如編號 1 至 3 「宣告刑」欄所示之刑，並定其應執行有期徒刑七月，如易科罰金，以一千元折算一日）確定。並經台灣基隆地方法院檢察署（下稱基隆地檢）於民國一〇五年七月十八日，以一〇五年度執字第二二三二號，易科罰金執行完畢。
- 2.編號 4、5 所示竊盜、行使偽造私文書等罪部分，曾經原審法院以一〇五年度上訴字第八四一號刑事判決，維持台灣新北地方法院一〇四年度訴字第三三五號之科刑判決（有期徒刑部分，分別判處如編號 4、5 「宣告刑」欄所示之刑，並定其應執行有期徒刑六月，如易科罰金，以一千元折算一日）確定。並經台灣新北地方法院檢察署（下稱新北地檢，編號 4、5 之「備註」欄誤載為「基隆地檢」）於一〇五年八月二十二日，以一〇五年度執字第一二三〇七號，執行原定之應執行刑即有期徒刑六月完畢（包括羈押折抵刑期五十四日及易科罰金十三萬元）。

3.上開裁判及執行各情，有相關判決、台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽（見原審卷第六至二六頁）。

(三)依首揭說明，本件檢察官於一〇五年八月三十一日（聲請書日期為同年月二十六日），始就已執行完畢之編號1至5所示五罪所處有期徒刑聲請合併定其應執行刑，顯然欠缺實益，應認其聲請為無理由。原審疏未注意及此，仍准其所請，於法容有未合。

三抗告人之抗告意旨以原裁定漏未註明編號4、5部分亦已執行完畢為由，對原裁定聲明不服，核屬有理由。應由本院將原裁定撤銷，並自為裁定如主文第二項所示。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十三條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 十 一 月 二 十 四 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 李 伯 道

法官 李 錦 樑

法官 彭 幸 鳴

法官 黃 斯 偉

法官 林 立 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 十 一 月 二 十 九 日

E

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】105,台抗,927

【裁判日期】1051208

【裁判案由】違法藥事法等罪定應執行刑再抗告

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

一〇五年度台抗字第九二七號

再抗告人 林哲躍

上列再抗告人因違反藥事法等罪定應執行刑案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇五年十一月十日駁回抗告之裁定（一〇五年度抗字第六四〇號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

再抗告駁回。

理 由

一、按刑法第五十七條之規定，係針對個別犯罪為科刑裁量時，明定科刑基礎及尤應注意之科刑裁量事項，屬宣告刑之酌定。至數罪併罰合併定應執行刑之制度目的，在就所犯數罪，以各罪宣告刑為基礎，合併後綜合評價犯罪人最終應具體實現多少刑罰，方符合罪責相當要求並達刑罰目的。足見宣告刑與應執行刑有別，其應裁量事項，論理上應有不同。刑法第五十一條明定數罪併罰之方法，就宣告多數有期徒刑者，於該條第五款所定界限內，其衡酌之裁量因子為何，法無明文。惟依其制度目的，應綜合評價各罪類型、關係、法益侵害之綜合效果，考量犯罪人個人特質，認應對之具體實現多少刑度，即足達到矯治教化之必要程度，並符罪責相當原則，以緩和宣告刑可能存在之不必要嚴苛。此裁量權之行使，屬實體法上賦予法院依個案裁量之職權，如所為裁量未逾法定刑範圍，且無違背制度目的或公平正義情形，即無違法可言。

二、本件第一審裁定以：再抗告人林哲躍因犯藥事法等罪，先後



經判處如其附表所示之刑確定（共二十一罪），因符合刑法第五十三條、第五十一條第五款、第五十條第二項併合處罰之規定，經依再抗告人請求檢察官聲請，定應執行有期徒刑十五年。再抗告人不服，以其均認罪、真心悔悟、家庭因素可憫請求從輕量刑為適法之裁定云云，向原審提起抗告。原裁定則以第一審裁定並無違法或不當。因認其抗告無理由，予以駁回。經依首揭合併定應執行刑須衡酌事項觀察，第一審之裁量，無違法或不當，原裁定駁回其抗告，於法並無違誤。

三、再抗告意旨以其所犯多屬接續犯，第一審定應執行刑為有期徒刑十五年，扣除最重宣告刑有期徒刑七年二月，其餘多屬微罪之合併應執行刑，達七年十月，違反比例原則等，並不妥適云云，任意指摘，難認有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十二條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 十 二 月 八 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 吳 三 龍

法官 洪 于 智

法官 王 復 生

法官 黃 瑞 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 十 二 月 十 四 日

Q