

# 最高法院刑事具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文

## 目錄

### 裁判要旨

一、106 年度台上字第 1502 號.....	3
二、106 年度台上字第 3479 號.....	3
三、107 年度台上字第 1860 號.....	4
四、107 年度台上字第 2850 號.....	6
五、107 年度台上字第 3701 號.....	8
六、107 年度台上字第 3712 號.....	10
七、107 年度台上字第 3921 號.....	11
八、107 年度台上字第 4013 號.....	13
九、107 年度台上字第 4215 號.....	14
十、107 年度台上字第 4227 號.....	16
十一、107 年度台上字第 4276 號.....	17
十二、107 年度台上字第 4339 號.....	18
十三、107 年度台抗字第 1125 號.....	19

### 裁判全文

106 年度台上字第 1502 號.....	21
106 年度台上字第 3479 號.....	45
107 年度台上字第 1860 號.....	58
107 年度台上字第 2850 號.....	62
107 年度台上字第 3701 號.....	66
107 年度台上字第 3712 號.....	72
107 年度台上字第 3921 號.....	75
107 年度台上字第 4013 號.....	85

107 年度台上字第 4215 號.....	99
107 年度台上字第 4227 號.....	104
107 年度台上字第 4276 號.....	107
107 年度台上字第 4339 號.....	110
107 年度台抗字第 1125 號.....	113

一、106 年度台上字第 1502 號（裁判書全文）

「依法令之行為，不罰。」刑法第 21 條第 1 項定有明文。行政行為具多樣性、主動性及未來性，立法技術絕無可能僅藉各機關組織法、行政作用法、職權命令或機關內部行政規則等法令規定，即能鉅細靡遺地將各式各樣行政行為具體、詳盡、毫無遺漏地完整規定。公務員在無法令可循之情況下，為完成行政任務，本於行政行為積極主動性而為裁量決定時，基於權力分立原則，司法自應予以尊重，不能逕以無行政法規依據所作成的行政行為，即認為違反刑法，也不能以有違法或牴觸行政命令，即逕賦予刑事不法之評價。

參考法條：刑法第 21 條第 1 項。

二、106 年度台上字第 3479 號（裁判書全文）

（一）刑法第 213 條之公務員登載不實文書罪，係以公務員明知不實，故於其職務上所掌公文書予以登載而言，其犯罪主體為職掌製作公文書之公務員。又各機關製作函文之流程，一般係由承辦人擬稿，經由主管、相關人員核稿，送請機關首長或其授權之人決行後，發文。參與函文製作之各該公務員，如共同基於職務上登載不實之犯意聯絡，明知為不實之事項，於其職務上所掌公文書為擬稿、核稿、決行之行為分擔，均應成立刑法第 213 條之罪的共同正犯。依原判決事實之認定及其理由之說明，係以上訴人就核發內容不實之 96 年 4 月 30 日○○建字第○○○○○○○○○○號函

（記載本件工程乃提供社區民眾增加道路使用面積，供公眾通行及排水使用設施之不實事項），如何有犯意聯絡、行為分擔，因認上訴人共同犯公務員登載不實文書罪。所為判斷於法無違。

（二）行為人於完成犯罪行為後，為確保或利用行為之結果，而另為犯罪行為時，倘另為之犯罪行為係前一行為之延續，且未加深前一行為造成之損害或引發新的法益侵害，按之學理上所謂之「不罰之後行為」（或稱與罰後行為），固應僅就前一行為予以評價而論以一罪。惟若前後之行為已分別侵害數法益，後行為之不法內涵並已逾越前行為所該當犯罪不法內涵之範圍時，則另為之後行為顯具一般預防之必要性，而非屬不罰後行為之範疇，自應加以處罰，否則即違反充分評價原則。原判決認定上訴人圖吳○欽等 2 人免支付闢建道路之工程費用而獲取不法利益後，嗣又犯公務員登載不實文書及對非主管事務圖利等罪，行為之不法內涵已逾越前行為所該當犯罪不法內涵之範圍，並已引發新的法益侵害，難謂為最初犯罪行為之違法性所包攝，自非屬不罰後行為之範疇。上訴意旨以公務員登載不實文書等罪係不罰之後行為，爭執原判決適用法則不當，非適法之上訴理由。

參考法條：刑法第 213 條、第 55 條。

### 三、107 年度台上字第 1860 號（裁判書全文）

（一）刑事訴訟法第 95 條規定之罪名告知，植基於保障被告防禦權而設，既係被告依法所享有基本訴訟權利之

一，亦係國家課予法院的闡明告知及訴訟上照料之義務，縱使檢察官或被告向法院提出罪名變更之請求，皆不能免除法院告知與聽聞之義務。又所稱罪名變更者，除質的變更（罪名或起訴法條的變更）以外，自包含量的變更造成質的變更之情形（如包括的一罪或裁判上一罪變更為數罪），事實審法院於罪名變更時，若違反上開義務，所踐行之訴訟程序即屬於法有違，得否作為上訴第三審之合法理由，端視對被告防禦權之行使有無妨礙而定。基此，第一審法院就數個具體之犯罪行為論以包括的一罪（集合犯、接續犯），第二審法院審理之結果認係實質數罪，從形式上觀察，兩者適用之罪名相同，無須變更起訴法條，然實質上已從一罪名變更為數罪名，自會增加被告之罪責，究其本質仍屬罪名之變更，故第二審法院應踐行罪名再告知程序，告知被告罪數之變更已被包攝入審判範圍，並給予其辯明及辯論之機會。

- （二）104 年 5 月 6 日修正前後之森林法第 52 條第 1 項之罪，關於併科罰金部分，係以贓額之一定倍數作為量定基準，故盜伐林木之贓額（原木山價）若干，應適用嚴格證明法則予以確認，並應於審判期日依法定證據方法及程序進行調查，依憑證據認定於事實欄內，方於併科罰金倍數之酌定，有所依據。而修正刑法第 38 條之 2 第 1 項前段規定：「前條犯罪所得及追徵之範圍與數額，認定顯有困難時，得以估算認定之。」旨在基於訴訟經濟之考量，於事實審法院對犯罪所得沒收及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，不受

嚴格證明法則之拘束，得綜合卷證資料，依自由證明法則釋明其合理估算推計之依據即已足，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念。從而，盜伐林木之贓額與沒收新制之犯罪所得固有等同或重疊之處，但兩者法規範目的不同，審查亦有前後階段之別、嚴鬆之分，前一階段之贓額認定，自不得直接援引後一階段關於沒收犯罪所得之估算方式及自由證明法則，予以蓋然性推計。

參考法條：刑事訴訟法第 95 條。

森林法第 52 條第 1 項。

刑法第 38 條之 2 第 1 項。

#### 四、107 年度台上字第 2850 號（裁判書全文）

- （一）搜索，以有無搜索票為基準，可分為「有令狀搜索」（有票搜索）與「無令狀搜索」（無票搜索）；而「有令狀搜索」係「原則」，「無令狀搜索」為例外。於原則情形，搜索應用搜索票，搜索票由法官簽發，亦即以法院（官）為決定機關，目的在保護人民免受非法之搜索、扣押。惟因搜索本質上乃帶有急迫性、突襲性之處分，有時稍縱即逝，若均必待聲請搜索票之後始得行之，則時過境遷，勢難達其搜索之目的，故刑事訴訟法乃承認不用搜索票而搜索之例外情形，稱為無令狀搜索或無票搜索，依該法之規定，可分為：第 130 條附帶搜索、第 131 條第 1 項、第 2 項 2 種不同之緊急搜索及第 131 條之 1 之同意搜索等共 4 種。此種搜索，也應遵守法定程式，否則仍屬違法搜索。

。上開附帶搜索之範圍，以被告或犯罪嫌疑人之身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所為限。其中所謂「立即可觸及之處所」乙語，自與同法第 131 條之「住宅」、「其他處所」不同；前者必須是在逮捕、拘提或羈押被告或犯罪嫌疑人所在地附近，而可立即搜索之處所，至於後者，則無此限制。如逾此立即可觸及之範圍而逕行搜索，即係違法搜索。又上揭緊急搜索，其目的純在迅速拘捕被告、犯罪嫌疑人或發現現行犯，亦即得以逕行進入人民住宅或其他處所，搜索之對象，在於「人」，而非「物」；倘無搜索票，但卻以所謂緊急搜索方法，逕行在民宅等處所搜索「物」，同屬違法搜索。至同意搜索，必須經受搜索人「自願性」地同意，亦即該同意，必須出於受搜索人之自主性意願，非出自執行人員明示或暗示之強暴、脅迫、隱匿身分等不正方法，或因受搜索人欠缺搜索之認識所致，否則，仍非適法。又此同意權限之有無，就「身體」之搜索而言，僅該本人始有同意之權；就物件、宅第而言，則以其就該搜索標的有無管領、支配之權力為斷（如所有權人、占有或持有人、一般管理人等），故非指單純在場之無權人；其若由無同意權人擅自同意接受搜索，難謂合法，更不待言。

- （二）稽諸本件搜索票，記載案由為違反毒品危害防制條例等，搜索處所為「彰化縣○○鄉○○路○段○○○巷 24 號（按係住宅）」，應扣押物為「被搜索人涉嫌違反毒品危害防制條例之相關不法事證」，惟關於原判

決事實欄——(一)、(二)所示（即未經許可，持有槍砲之主要組成零件；未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍）之如附表編號 1 及編號 3 至 6 部分之金屬槍管、子彈、改造手槍等，均係在彰化縣○○○鄉「○○○段○○○○地號土地」查獲（見附表備註記載，按係屋外園地）。該後部分之搜索，縱如原判決所認定係屬附帶搜索，然警方另行前往搜索票所未記載之上開屋外園地搜索，是否符合法律所許附帶搜索，限於被搜索人身體所在而「立即可觸及之處所」？非無疑義（按依此搜索、扣押筆錄所載，上訴人似「未在场」）。上開搜索過程，倘不合法（包含未經有同意權人之同意情形），則其違法搜索（按依上揭搜索、扣押筆錄記載，係案外人劉○信簽名、接受執行）所得之金屬槍管、子彈、改造手槍等，有無證據能力？自應依比例原則及法益權衡原則，予以客觀判斷之。乃原判決理由逕以「有搜索票之附帶搜索，在實務上事所常有，且為查緝犯罪所必要，在不違反被告權益之情形下，『自難認為違法』。本院權衡被告人權及發現真實、維護社會治安之輕重，認為本件搜索係屬合法」等簡短數語，即認定搜索有證據能力，尚屬理由不備。且既認合法，卻又適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，亦見理由矛盾。

參考法條：刑事訴訟法第 128 條、第 130 條、第 131 條、第 158 條之 4。

五、107 年度台上字第 3701 號（裁判書全文）



證券交易法第 171 條第 4、5、7 項分別規定：犯前 3 項之罪，於犯罪後自首，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕或免除其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。犯第 1 項至第 3 項之罪，在偵查中自白，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，減輕其刑至 2 分之 1。犯第 1 項至第 3 項之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第 38 條之 1 第 2 項所列情形取得者，除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外，沒收之。旨在鼓勵犯罪行為人或被告於犯罪後自首或在偵查中自白，如有不法所得者，並自動繳交全部所得財物，且供出其他正犯或共犯，以利偵查、審判，俾得減輕或免除其刑；並配合刑法沒收新制酌為修正。上開沒收或發還被害人等與減輕或免除其刑規定之規範目的有別，自應一併適用，不可混淆。是縱被告之行為致公司遭受損害未達 5 百萬元，而成立同條第 3 項之罪，仍有上開條第 4、5、7 項減、免其刑或特別沒收規定之適用。倘被告犯上述特別背信罪並自動繳交全部所得財物者，其已自動繳交之全部所得財物，如未發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人者，仍應諭知沒收，俾於判決確定後，由檢察官依刑事訴訟法第 470 條第 1 項前段規定，據以指揮執行。又縱被告僅成立刑法第 342 條第 1 項之普通背信罪或其他罪名，若其等顧慮可能涉犯證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款、第 2、3 項之罪，為求減輕其刑之寬典，而於偵查或審判中自動繳交全部所得財物者，然若未實際發還被害人者，亦應依刑法第 38 條之 1 以下之沒收新制規定處理，始符合澈底剝奪犯罪所得

之立法目的。本件被告吳○春、莊○男、陳○如、邱○華、周○峰、郭○映、張○豈、張○文、葉○璋、王○富、冷○成、孫○娜、陳○群、黃○遠、謝○慧、李○傑、李○民等 17 人因本件犯罪所得財物，原判決雖認其等已於偵查或審理時繳回，然竟以犯罪所得既經繳回故不予宣告沒收，難認無判決適用法則不當之違法。

參考法條：證券交易法第 171 條。

刑法第 342 條第 1 項、第 38 條之 1。

#### 六、107 年度台上字第 3712 號（裁判書全文）

按債權人受領遲延，或不能確知孰為債權人而難為給付者，清償人得將其給付物，為債權人提存之，民法第 326 條定有明文。又提存法第 22 條明定：「非依債務本旨或向無受領權人所為之清償提存，其債之關係不消滅。」本件被告係負擔侵權行為損害賠償之債，於和解成立前，無從認定債權額，而得以提存清償之。且本件既非被害人受領遲延，或不知孰為債權人之得為提存情形，則被告縱為提存，是否係依據債務本旨所為清償提存，而發生清償之效力？已有疑義。況依卷附提存書記載，本案提存物，尚需待全體繼承人協議分割完成或分割遺產判決確定後，始得共同領取。而提存物受取權人，尚包括被告本人，依提存法施行細則第 31 條規定，本案被害人若欲領取提存物，仍須被告同意簽名蓋章，被告若不同意，被害人猶無從領取提存物；是本案是否合乎刑法第 38 條之 1 第 5 項所規定「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」之要件？亦有疑問。原判決認被告已將犯罪所得

發還被害人，而不予宣告沒收，不無研求餘地。

參考法條：民法第 326 條。

提存法第 22 條。

刑法第 38 條之 1 第 5 項。

## 七、107 年度台上字第 3921 號（裁判書全文）

- （一）刑事訴訟程序之目的，在於依法確定刑罰權存在與否及其範圍。而訴訟行為，係指構成訴訟之行為，並藉以產生某種訴訟法上效果之行為，具體以言，依行為者之屬性，可分為法官的訴訟行為、當事人的訴訟行為（例如：聲請、主張、立證、詢問、詰問、陳述等）、其他訴訟關係人的訴訟行為。至關於自然人的訴訟能力，則係植基於實體法上之行為能力，以有完全意思能力為前提，始能獨立以法律行為行使權利、負擔義務，倘因精神障礙或其他心智缺陷，致其意思表示或受意思表示，或辨識其意思表示效果之能力，顯有不足，已經法院宣告為受輔助宣告之人，則其為訴訟行為時，應經輔助人「同意」，否則無效（或有學者謂效力未定，即可事後同意〈追認〉，溯及行為時發生效力），此觀諸民法第 15 條之 1 第 1 項、第 15 條之 2 第 1 項第 3 款、第 2 項、第 78 條、民事訴訟法第 50 條之規定自明，而此所稱「訴訟行為」依其文義言，當然包括民事、刑事及行政程序法上之訴訟行為。然有原則，必有例外，97 年 5 月民法創設輔助宣告制度後，翌（98）年 7 月 8 日民事訴訟法即增訂第 45 條之 1，其第 2 項明定「受輔助宣告之人就他造

之起訴或上訴為訴訟行為時，無須輔助人同意。」其立法理由四，即謂「為保障他造訴訟權利，參照日本民事訴訟法第 32 條第 1 項規定，受輔助宣告之人被訴或被上訴而為訴訟行為時，不須輔助人同意，爰設本條第 2 項規定，至受輔助宣告之人就他造所為相當於起訴、上訴之聲請、抗告而為訴訟行為時，亦不須經輔助人同意，自為當然之理。」之旨，即謂受輔助宣告之人為被告或被上訴人，而被動地為訴訟行為時，無須經輔助人同意，也就是說在此限度內，對受輔助宣告之人之保障，當有所退縮；而此於刑事訴訟程序的實踐上，被告於審理期間，受輔助之宣告，因未達心神喪失之程度，自無依刑事訴訟法第 294 條第 1 項停止審判之餘地，乃係透過刑事訴訟法第 31 條強制辯護、同法第 35 條輔佐人制度之設計，保障其訴訟防禦權，職是，本諸前揭相同法理，受輔助宣告之人，自仍應以被告身分繼續接受審判、到場參與法庭活動，而其間所為訴訟行為，則無須經輔助人同意，以利訴訟程序之進行；至於其他諸如再審之聲請、撤回上訴、撤回抗告等訴訟（法律）行為，關涉另訴訟程序之啟閉，當回歸原則，須經輔助人之同意，始生效力，以符法制。

- （二）原審為最後一次 107 年 1 月 17 日審判期日訂定前，上訴人曾在第 1 次審判期日到庭，但此後歷次期日，經合法通知，均未到庭，而該最後一次審判期日的傳票，已於同年月 11 日即合法送達予上訴人及其輔助人。嗣上訴人之輔助人陳○珊及其選任辯護人，於該

審判期日均遵期到庭，原審乃於書記官朗讀案由後，開始該審理期日，其間，審判長即先詢問到場之辯護人、輔助人意見，並當庭告以上訴人之身體狀況不符合法定停止審判要件之旨，且未為准假之諭知，審判長隨即命上訴人之辯護人在場進行後續的審理程序，並以上訴人既經合法傳喚，卻無正當理由不到庭，乃不待上訴人陳述，由其辯護人在場進行辯論、陳述後，逕行判決。經核其所踐行之訴訟程序，於法尚無不合。上訴意旨所為輔助人未同意上訴人為訴訟行為，以為上訴人「有正當理由」不到庭之主張，即與法律規定之本旨不合，徒憑己意，自作主張，妄指違法，難認為合法的上訴第三審理由。

參考法條：民法第 15 條之 1、第 15 條之 2、第 78 條。

民事訴訟法第 45 條之 1、第 50 條。

刑事訴訟法第 371 條。

#### 八、107 年度台上字第 4013 號（裁判書全文）

行為人在行為著手後，改變其原來主觀犯意，究應視為犯意變更而評價為一罪，或應認係另行起意而論以數罪，當視行為人前、後所實行之數個行為，在法律上能否評價為自然的一行為，及其形式上所合致的數個犯罪構成要件，彼此間是否具有特別、補充或吸收關係而定。具體以言，倘行為人係基於單一整體犯意，在密切接近之時、地，實行數行為、持續侵害同一被害法益或客體，而依其行為所合致之數個犯罪構成要件，彼此間若具有特別、補充或吸收關係，僅論以一罪，即足以充分評價其行為之不法、罪

責內涵者，才可認係單純的犯意提升或變更，否則即屬另行起意。例如，殺人以傷害、捆綁、拘禁為前階（伴隨）行為，本於殺人之犯意而實行之傷害、剝奪行動自由的行為，當然為殺人之後階行為所吸收，不再論罪。同理，以傷害之犯意而毆打被害人四肢，過程中又欲置之於死地，復毆打其頭部等要害部位致死，則其傷害與殺人行為間，仍具有階段上之整體性，與行為人本即具有殺人故意之情形並無不同，乃可因補充關係而評價為殺人之行為。但如前行為已告失敗，無法達成目的；或已實現目的，卻再為後行為，縱侵害同一被害客體，其前、後行為，自不能再評價為一行為。例如，詐欺失敗後，再以恐嚇方法取財得手；或行為人企圖殺人滅口，藉以掩飾已經完成之傷害犯行，或拘禁被害人後，才起意殺害等，均屬原先詐欺、傷害、妨害自由目的外，另起意之犯罪行為，非犯意之提升，應論以數罪；不能以其詐欺、恐嚇取財，或傷害、殺人，或私行拘禁、殺人行為間，因具有單一整體犯意及時空緊密關係而僅論以恐嚇取財或殺人一罪。原判決業於理由參——（三），以頁餘之文字，詳為析述，林○光所犯私行拘禁、殺人犯行，何以非犯意之提升，而應依數罪論處的理由。經核於法並無不合。

參考法條：刑法第 50 條、第 271 條、第 302 條。

## 九、107 年度台上字第 4215 號（裁判書全文）

- （一）對於「初犯」及「五年後再犯」毒癮治療方式，採行「觀察、勒戒」與「緩起訴之戒癮治療」並行之雙軌模式，檢察官於施用毒品之被告到案後，選擇作成戒

癮治療之緩起訴處分，依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 2 項之規定，得參加戒癮治療被告之同意，並應向其說明完成戒癮治療及其他依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項各款規定命其應遵守事項後，指定其前往治療機構參加戒癮治療，同條例第 24 條第 2 項並明定「前項緩起訴處分，經撤銷者，檢察官應依法追訴。」是被告於施用毒品經檢察官為緩起訴確定者，嗣後提起公訴，應以原緩起訴處分已經合法撤銷為前提。若檢察官命被告於一定期間內完成戒癮治療，苟被告已遵命履行，但檢察官認其為未履行而撤銷原緩起訴處分，並於原緩起訴期間屆滿前提起公訴，本於權力分立原則，法院對檢察官職權行使，固應予以尊重；惟關於人民基本權益之維護，非謂不得為適度之司法審查。再起訴是否合法，原即屬法院應依職權審酌之範圍，倘該撤銷緩起訴之處分即有明顯之重大瑕疵，依司法院釋字第 140 號解釋之同一法理，應認撤銷緩起訴之處分為無效，與緩起訴未經撤銷無異。故於被告受緩起訴處分確定後，經檢察官撤銷緩起訴並提起公訴之情形，被告縱有未依緩起訴處分所命應遵守或履行事項之情形，法院自應先行根究被告未能遵命履行，有無正當理由，或是否出於故意或過失等原因，始足據以認定檢察官撤銷該緩起訴處分並提起公訴之程序為合法。

- (二) 稽之緩起訴處分命令通知書之附表所載本件執行起迄日為自 106 年 7 月 12 日至 107 年 7 月 11 日，則上訴人於 106 年 3 月 5 日有施用第一級、第二級毒品之犯

行，查係在附命完成戒癮治療之緩起訴處分期間開始之前，與其於緩起訴處分期間內有違反上開各款情形不合。且上開施用毒品犯行，雖經法院裁定觀察勒戒，亦與刑事訴訟法第 253 條之 3 第 1 項第 2 款之規定不符。再上訴人經檢察官於 106 年 3 月 30 日命其應於 106 年 4 月 7 日前完成醫院評估報告後，上訴人即於 106 年 4 月 6 日前往指定醫院財團法人彰化○○○醫院○○分院接受評估，並開始按日報到、服藥，直至 106 年 12 月 8 日執行觀察勒戒始未能繼續接受前揭緩起訴所指定之戒癮治療，似有依緩起訴所命內容履行；再稽之觀護人於臺灣彰化地方檢察署緩起訴戒癮個案（一級、二級毒品）毒品戒癮治療實施及完成與否認定檢視表所載，並非記載「無故」未依指定時間接受藥物治療逾七日，而係改載「執行觀察勒戒」，本件上訴人是否係屬無故未完成緩起訴所命戒癮之情形，有無可歸責於上訴人之事由，始導致其無法完成應履行之命令，應予調查釐清及為必要說明，且上訴人於原審上訴理由狀亦載明指摘起訴違背程序之旨，乃原判決未為說明，即有理由不備之違法。

參考法條：刑事訴訟法第 253 條之 2、第 253 條之 3、第 303 條第 1 款。

#### 十、107 年度台上字第 4227 號（裁判書全文）

偽證罪係屬學說上所謂之「己手犯」，「己手犯」之特徵在於正犯以外之人，雖可對之加功而成立該罪之幫助犯或教唆犯，但不得為該罪之間接正犯或共同正犯，亦即該罪



之正犯行為，唯有藉由正犯一己親手實行之，他人不可能參與其間，縱有犯意聯絡，仍非可論以共同正犯。此因證人於法院審判或檢察官偵查時，於案情有重要關係，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，構成刑法之偽證罪。數證人於同一案件各別具結而為證述，其具結之效力，僅及於具結之各該證人，所為之證述是否於案情有重要關係，是否虛偽陳述，應依各該證人之陳述事項內容而定，各自負責，不及其他證人，無由成立共同正犯。原判決認定：黃○庠、宋○煌均未在彰化縣○○鎮○○路、○○路之 T 字型路口附近綑綁競選旗幟而目擊車禍，卻均在民事事件程序中作出相同內容之證述，可見其 2 人間應有事先約定，有犯意聯絡甚明，而論其 2 人為偽證罪之共同正犯，已與偽證罪之「己手犯」性質不合。

參考法條：刑法第 28 條、第 168 條。

#### 十一、107 年度台上字第 4276 號（裁判書全文）

刑法上之「過失不純正不作為犯」，係結合不作為犯與過失犯二者，以「作為義務」與「注意義務」分別當成不作為犯與過失犯之核心概念。「作為義務」其法源依據主要係依刑法第 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。」乃以行為人是否具有「保證人地位」來判斷其在法律上有無防止犯罪結果發生之義務，進而確認是否應將法益侵害歸責予行為人之不作為。而「注意義務」其法源依據主要來自同法第 14 條第 1 項規定：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者

，為過失。」係以社會共同生活領域中之各種安全或注意規則，來檢視行為人有無注意不讓法益侵害發生之義務，進而決定其行為應否成立過失犯。是上述兩種義務法源依據不同，處理問題領域亦有異，或有重合交錯之情形，惟於概念上不應將「作為義務」與「注意義務」相互混淆，而不能以行為人一有違反「作為義務」即認違背「注意義務」。換言之，保證人地位僅是行為人「作為義務」之理由，無法直接從保證人地位導出「作為義務」之內容。至行為人是否違反「注意義務」仍應以行為人在客觀上得否預見並避免法益侵害結果為其要件。非謂行為人一經立於保證人地位，即應課予杜絕所有可能發生一切危害結果之絕對責任，仍應以依日常生活經驗有預見可能，且於事實上具防止避免之可能性，亦即須以該結果之發生，係可歸責於保證人之過失不作為，方得論以過失不純正不作為犯。

參考法條：刑法第 14 條第 1 項、第 15 條第 1 項。

## 十二、107 年度台上字第 4339 號（裁判書全文）

按刑法上所謂犯罪之吸收關係，指數個犯罪構成要件行為彼此性質相容，但數個犯罪行為間具有高度、低度，或重行為、輕行為之關係，或某種犯罪行為為他罪之階段行為（或部分行為），或某種犯罪行為之性質或結果當然包含他罪之成分在內等情形。是以當高度或重行為之不法與罪責內涵足以涵蓋低度或輕行為，得以充分評價低度或輕行為時，在處斷上，祇論以高度或重行為之罪名，其低度或輕行為則被吸收，而排斥不予適用，即不另行論罪。原判

決認定上訴人同時持有第一級毒品及純質淨重 20 公克以上第二級毒品，嗣又同時施用該第一級毒品及第二級毒品一次等情，依上揭說明，因吸收關係具有法律排斥效果，其持有第一級毒品之行為已被高度並為重行為之施用第一級毒品之行為吸收，即不另論以持有第一級毒品罪；施用第二級毒品之行為則被重行為之持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上之行為所吸收，不另論以施用第二級毒品罪。而施用第一級毒品與持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上之行為，二者並非自然意義上之一行為，亦不具有完全或局部之同一性，無足以評價為法律概念上一行為之因素，故所犯施用第一級毒品罪與持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上罪，自不生一行為觸犯數罪名之想像競合關係，無從成立想像競合犯，而應分別論罪，併合處罰。

參考法條：刑法第 55 條。

毒品危害防制條例第 10 條第 1 項、第 2 項；第 11 條第 1 項、第 2 項、第 4 項。

### 十三、107 年度台抗字第 1125 號（裁判書全文）

為達遏抑犯罪之一般及特別預防效果，犯罪所得沒收或追徵執行之保全扣押，乃有效剝奪不法利得之手段。保全扣押裁定，係一項暫時之保全執行名義，效果僅止於財產之禁止處分，而非永久剝奪，目的在於確保實體判決之將來執行，其屬不法利得剝奪之程序事項規定，以自由證明為已足，並非須經嚴格證明之犯罪實體審究。原裁定就本件所涉之林○泉等人涉嫌意圖得利剋扣上開專案補助款，刑事案件仍在偵查中，聲請人就再抗告人系爭帳戶內之金額

，聲請保全扣押，於 173,024 元之範圍內，為有理由，因認第一審准予扣押之裁定並無不合而予維持，已詳敘其認定之理由及所憑之依據，經核尚無違誤。

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

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,1502

【裁判日期】1071129

【裁判案由】違反貪污治罪條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第1502號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官曾文鐘、黃謀信

被告 蘇維成

選任辯護人 李師榮律師

林慶苗律師

被告 陳官保

選任辯護人 王寶輝律師

商桓隴律師

被告 林正榕

選任辯護人 江肇欽律師

劉紀寬律師

被告 連尤菁

選任辯護人 蔡順雄律師

被告 黃惠莉

選任辯護人 楊正評律師

被告 陳智華

選任辯護人 鄭淑燕律師

被告 沈嫚嫻

選任辯護人 陳以儒律師

被告 曾琬芬

張智傑

許慈美

王明道

上列一人

選任辯護人 林詮勝律師

劉興源律師

陳尙宏律師

被告 高麗萍

選任辯護人 賴俊榮律師

蔡文玉律師

上列上訴人等因被告等違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國105年3月29日、105年11月29日第二審更審判決（102年度上重更(一)字第6號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署96年度偵字第24144號、97年度偵字第395、1613號，追加起訴案號：同署98年度偵緝字第2207、2208號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、本件原審就被告王明道、高麗萍（以下除各別記載姓名外，簡稱王明道等2人）違反商業會計法等罪案件；被告蘇維成、陳官保、林正榕、連尤菁、黃惠莉、陳智華、沈嫚嫻、曾琬芬、張智傑、許慈美（以下除各別記載姓名外，簡稱蘇維成等10人）違反貪污治罪條例等罪案件，分別於民國105年3月29日、105年11月29日宣示判決，並各別製作判決書，以下所稱「原判決」，係指各該案件之原審判決書，合先敘明。

貳、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件經原審審理結果，認不能證明蘇維成等10人有公訴意旨所指如原判決附表（下稱附表）一所示歷審判決一覽表「本院本審主文」欄第2項所示審理範圍之違反貪污治罪條例第6條第1項第4款對於主管或監督事務直接圖利及刑法第213條公文書登載不實犯行；王明道等2人有公訴意旨所指如原判決理由貳二審理範圍之違反商業會計法第71條第1款明知為不實事項而填製會計憑證犯行，因而撤銷第一審關於蘇維成等10人及王明道等2人如前述範圍不當之科刑判決，改判諭知蘇維成等10人、王明道等2人均無罪。

參、蘇維成等10人部分：

一、本件原判決以：

- (一)公訴意旨略稱：蘇維成、陳官保、林正榕、連尤菁、黃惠莉、陳智華、沈嫚嫻、曾琬芬、張智傑、許慈美等人，或任職於財政部國有財產局（更名財政部國有財產署，以下仍簡稱國產局），或服務於國產局臺灣北區辦事處（更名財政部國有財產署北區分署，以下仍簡稱國產局北辦處），均為依法令從事於公務之人員，對於主管或監督之事務，均明知政府各機關國有眷舍及其所坐落之土地，係國有公用不動產，未經依法變更為國有非公用不動產前，房地主管機關及管理機關均不得假藉各種名目出租、轉租或讓售。緣坐落臺北市○○區○○段0 ○段000 地號土地（含分割後之131、131-1、131-2、131-3 地號）上房屋（建號254 即門牌號碼臺北市○○○路0 段00巷00號）、同小段132 地號土地（含分割後132、132-1、132-2 地號）上房屋（建號253，1 棟2 戶，門牌號碼臺北市○○○路0 段00巷00號、臺北市○○街00巷0 號）原為臺灣省工業試驗所（48年改制為臺灣省檢驗局，56年改制為經濟部商品檢驗局）經管並配住職員之眷舍，因實施精省政策，88年6 月由臺灣省政府財政廳誤以非公用財產移交國產局管理（均標示占用），並於88年10月14日完成登記之國有眷舍及土地；坐落同小段134 地號土地上房屋（共2 戶，門牌號碼分別為臺北市○○街00巷0 號、3 號，均未保存登記，1 號房屋坐落之土地嗣分割出134-1、134-2 地號）原為前臺灣省政府農林廳林務局管理之眷舍（以下土地均簡稱地號，房屋簡稱門牌號），134土地（含134、134-1、134-2）部分，臺灣省政府財政廳於88年6 月28日誤以非公用財產移交國產局北辦處管理，房屋部分則仍由改制行政院農業委員會（下稱農委會）林務局羅東林區管理處（下稱羅東林管處）管理，竟罔顧國有土地整體利用效益，將上開屬公用財產房地，由承辦人擬簽，逐級核章，而違法出租、租賃權讓與、出售及畸零地合併出售予他人，並將各申租人提出不實之切結書，明知為不實之事項，編列登載於職務上所掌之申租案卷，因認蘇維成等10人涉犯貪污治罪條例第6 條第1 項第4 款對於主管或監督事務直接圖利、刑法第213 條公文書登載不實犯嫌。
- (二)經審理結果，認檢察官所提證據尚不足以證明蘇維成等10人有上開犯罪，因而撤銷第一審關於蘇維成等10人上開審理範

圍之科刑判決，改判諭知蘇維成等10人均無罪。

## 二、檢察官上訴意旨略稱：

(一)原判決就爭點一之論述違背法令：國有公用財產之分類，應回歸國有財產法規定，依國有財產法第4條、第9條、第35條規定，國產局負有綜理國有財產事務之權責，負有多方面管理國有財產之方式與責任，非公用財產隨時有變更為公用財產之可能性，並非交由國產局管理之財產，均為準備處分之國有非公用不動產。國產局為國家財產管理最高機關，不可恣意權宜認定公用或公務用與非公用財產之區別，應從「管、用」兩方面同時觀之，凡具其一即為公用或公務用，否則依蘇維成所辯及原審認定移轉國產局名下均為非公用財產，則國產局本身所經管使用之辦公廳舍、眷舍，是否亦為非公用財產？又如警察機關因興建派出所過程，先行借用國產局土地房舍設立臨時性之派出所，是否可解釋成非公用財產？是不容國產局自行解釋成撥由國產局經管者即為非公用財產。

(二)國產局（應為財政部之誤）89年7月14日台財產管字第8900018796號函附件六（應為第六點之誤），已表明各管理機關經管國有公用財產，如屬都市計畫公共設施保留，依法應提供地方政府或需地機關申請撥用者，為簡化程序，得洽該管政府或機關申請撥用，由需地政府或機關同時報請行政院核准變更為非公用財產及核准撥用事宜。是原公用財產應變更為非公用財產後，始得作為公共設施保留地使用。已說明公共設施用地乃公共用而非公用甚明。然原判決理由陸一之一所舉國產局93年11月4日台財產局接字第0930028392號函文二(一)，載明國有公共設施保留地，各級政府機關已依第38條規定辦理撥用取得管理權，並依第11條規定直接管理，第32條規定依預定計畫規定用途或事業目的使用，屬第4條規定之公用財產，足見國產局經辦上開2函文，就公共設施保留地究竟為非公用財產撥用，或公用財產撥用，已自相矛盾，後開函釋與公共設施保留地乃公共用，而非公用之本旨亦不符合，原判決採用該有矛盾、錯誤之函釋，自有理由矛盾及違背經驗法則、論理法則。

(三)國產局77年10月7日台財產二字第77015861號函會議紀錄結論(一)之4載明：「借用之國有房地，如認定屬公用財產，其



借用須辦理管理機關變更登記，註銷借用須報請行政院核准變更爲非公用財產等作業，不僅與現行作業不符，且增加行政程序之繁複，此類不動產，往例曾有以公用財產認定，而借用機關未予配合處理，致延宕未決，無法納入正常管理，故就行政便利及解決實際問題而言，亦宜認定爲非公用財產。」足見在本函文會議結論前，國產局「往例曾有以公用財產認定」同意出借國有房地卻未辦理撥用之國產局管理財產。然該次會議卻加以變更，足見此等函釋純爲國產局內部、本位主義所爲解釋，並有變更可能性，上開會議結論與先前解釋不一，不甚可靠，亦無凌駕國有財產法本法之效用，原判決予以援用，有未依經驗法則、論理法則論斷之違法。又該會議結論(一)之2載明：「公用財產與非公用財產之認定，應以本局（國產局）管理該國有財產之『性質』認定之，非公用財產經依國有財產法第40條規定借用後，在未辦理撥用之前，不宜因借用機關用途，而變更其財產類別，本件國有房地雖均於國有財產法施行前借用，惟與國有財產法施行後，對於財產類別之認定，應無二致。」足見，會議結論對公用財產與非公用財產之認定，係以國有財產之「性質」認定之，此「性質」爲「實質用途」問題，然卻又稱在未辦理撥用之前，不宜因借用機關用途，而變更其「財產類別」，其結論自相矛盾，原判決援爲理由，有判決理由矛盾之違法。

(四)依陳官保、連尤菁於偵訊時之供述（證據編號2、5），若國產局管理之土地上的建物是屬於他機關管理的房屋或眷舍，該局會清查後註記於產籍，此爲管用未合一造成的，故國產局會要求他機關辦理撥用或將其上房屋或眷舍變更爲非公用，交給國產局管理。足見陳官保亦知他機關管理之房屋或眷舍雖在國產局財產清冊中，但有管用不一情形，應儘快辦理撥用，適見他機關使用爲「實質用途」問題，而國產局清冊僅爲「文書、管理」問題，應回歸以國有財產法第4條規定之「實質用途」判定公用財產或非公用財產，至於同法第11、12條爲管理機關規定，第32、33條爲公用財產使用限制及變更，第38、39條爲公用財產與非公用財產之流動原則。原判決未查，徒以上開涉及借用、公共設施保留地之函釋爲錯誤類比，復以不明之法條文義，認定應以「管理狀態」而非「使用狀態」作爲區分公用與非公用財產之標準，違背經

驗法則、論理法則。

- (五)依「臺灣省政府功能業務與組織調整暫行條例」（下稱「臺灣省政府功能調整條例」，94年12月31日廢止）第6條、第8條第1、2、3項，已規定原公用財產隨同業務移交接管機關管理者，如與實際登記情形之「文書、管理」不一時，仍可認定為公用財產，乃從「實質用途」認定，非僅由書面審查。原判決以「臺灣省有財產所有權移轉國有及管理機關變更登記作業辦法」（下稱「變更登記作業辦法」）第7條、第11條規定，認定移交國產局所屬各地區辦事處或分處接管之財產，即屬國產局管理之國有非公用財產結論，僅從狹隘文義機械性解釋，不解精省過程期限之急迫，且以「變更登記作業辦法」位階高於「中央各機關學校國有眷舍房地處理要點」，與中央法規標準法第16條規定自有歧異。公用財產、非公用財產之定義，其他法令如無特別說明，仍應回歸國有財產法。本件國產局對130、133、134地號土地上仍由農委會林務局、羅東林管處管理眷舍；131、132地號上為原臺灣省工業試驗所配住職員宿舍，為經濟部標準檢驗局接管之眷舍，顯無裁量空間。
- (六)原判決就爭點三論述違背法令：原判決引用有關財政部依照立法院第四屆第一會期財政、預算及決算委員會第八次聯席會議決議要求，於88年5月20日提出之「國有土地被占用及其管理情形專案報告」，對比「臺灣省政府功能調整條例」關於土地房舍處理情形，就時間、對象及數目而言，顯有不當類比。國有財產法之立法過程及區分公務員與一般民眾占用如何處理問題，公有宿舍出借應為福利措施。
- (七)原審就有關131、132、134房地之論述違背法令：對於沈嫚嫚於偵查時供述知悉131、132土地上為眷舍後，即覺得不能出售等語、陳官保、連尤菁於偵訊時供稱國產局管理之土地上建物若係他機關管理之房屋或眷舍，國產局會清查後註記於產籍，此為管用未合一所致，故國產局會要求他機關辦理撥用，或將其上房屋或眷舍變更為非公用，交國產局管理等語、依國產局接收書面資料，本案出租、出售土地上有公用眷舍、國產局曾派人實地查核，知悉本案有眷舍情形、國產局內規規定政府配住之眷舍不能出租、沈嫚嫚歷次簽文，知悉131、132土地鄰近127土地之潮州街59巷7號等國

有房屋乃經濟部標準檢驗局原為省屬單位時配予員工居住之眷舍、相同眷舍情形，國產局有不出租之前例、陳官保一人分飾二角，於93年7月28日同日簽准財政部「部函」1件及自行決行國產局「局函」文稿2件，93年8月4日同日，將此3函同時發出，其中，先以財政部93年8月4日台財產局管字第0930023038號函國產局各單位：「有關公賣局移交之不動產，經匡列適宜整體利用者，同意解除，由貴局各分支機構視個案情形，依國有財產法相關規定審酌處理」，另以國產局93年8月4日台財產局管字第0930023039號局函令北辦處：「有關公賣局移交之不動產，經匡列適宜整體利用者，業經財政部同意解除，由貴處逕視個案情形，依國有財產法相關規定處理」，再以國產局93年8月4日台財產局管字第0000000000號函「檢送柯朝和先生93年7月1日陳情書暨附件影本各乙份，請本於權責妥為處理」併附柯朝和名義之陳情書。陳官保以其在國產局擔任處分組組長之職務，以國產局函文指示國產局北辦處辦理之方式，違反國有財產法第42條第1項規定，刻意以「有無違反整體利用」原則為準否柯朝和申請案之判斷依據，置國有財產法第42條第1項法令規定於不顧，並使上述原由行政院人事行政局等各機關共同參與討論並決議之92年3月12日「研商原臺灣省菸酒公賣局資產移交本部國有財產局接管後續處理事宜會議」結論成為具文等事證，原判決未予綜合觀察，輕忽上情，就131、132、134土地之論述，自有違背法令之處。

(八)本案公務員行政裁量有嚴重濫用違背法令情事：134土地上房屋為農委會林務局管理，仍應視為公用財產，國產局北辦處於92年9月1日將134土地，分割為134及134-1地號；94年12月30日將134-1土地，分割為134-1及134-2土地，均違反整體效益利用原則。就131、132土地部分，國產局北辦處於短期內翻異前後處理方式，亦涉及濫用權力裁量而違法。

(九)依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限，刑法第21條第2項定有明文。部屬如明知長官命令違法，仍曲意奉承，同流合污，應與其長官共同負責，不得以奉命行事而解免刑責。本案沈嫚嫻、林正榕、張智傑、許慈美、連尤菁、陳智華、曾琬芬、黃惠莉等人，明

知上級公務員蘇維成、陳官保行政行為違法，仍予以配合，應負同一責任。其餘引用臺灣臺北地方法院97年度重訴字第9號、98年度重訴字第30號刑事判決理由、臺灣高等法院100年度上重訴字第23號刑事判決理由，原判決違背法令，請撤銷發回更為適當之判決云云。

### 三、惟查：

(一)犯罪事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據或證據不足以證明被告犯罪時，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判之基礎。而證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權；苟其此項裁量、判斷，並不悖乎通常一般人日常生活經驗之定則或論理法則，又於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其為違法而據為提起第三審上訴之合法理由。

(二)原判決就檢察官起訴據以認定蘇維成等10人有被訴對於主管或監督事務直接圖利、公文書登載不實犯行之各項證據，已逐一說明下列各旨：

1. 130、131、132、133、134 土地及其上矮舊木造日本式房舍，分屬臺灣省政府林務局、臺灣省工業試驗所（48年改制為省檢驗局，56年裁撤，並在中央另成立經濟部商品檢驗局）管理並配住與張天林（131）、侯傳勛、林明詩（132）、馮麗榕（134）之省有房地，位於臺北市大安區潮州街及杭州南路附近。因實施精省政策，88年6月間，除130、133、134 土地上眷舍由農委會林務局或羅東林管處管理外，上開地號土地及131、132 地號土地上建號253、254 房屋，則由臺灣省政府財政廳以國有非公用財產移交國產局管理（惟均標示占用），並於88年10月14日完成登記。
2. 依「臺灣省政府功能調整條例」第8條第4項授權財政部訂頒之「變更登記作業辦法」第3條、第7條前段、第11條規定，臺灣省政府就省有財產，先依「變更登記作業辦法」第3條規定區分其財產性質，再依財產性質區分結果辦理移交，就原省有公用不動產移交業務機關、學校或原管理機關繼續管理之；原屬「公用財產惟經檢討無須繼續公用」，或原即屬「非公用財產」者，由原管理機關編造移交清冊，移交國產局所屬各地區辦事處或分處接收管理之（原判決理由陸一）。

3. 依「臺灣省政府功能調整條例」，以現狀移交國產局接管之財產，既屬於非公用財產，國產局得依國有財產法相關規定辦理出租、出售。亦即依國有財產法第42條第1項第2款規定，如符合「82年7月21日前已實際使用，並願繳清歷年使用補償金」者，即得辦理出租；依同法第49條第1項規定，國有非公用財產如符合「其已有租賃關係者，得讓售與直接使用人」時，亦得辦理讓售（原判決理由陸三）。
4. 「中央各機關學校眷舍房地處理要點」、「財政部所屬事業機構國有眷舍房地處理實施要點」、「各機關經管國有公用被占用不動產處理原則」等行政規則，係針對公務機關學校經管之國有公用財產被占用及眷舍房地之一般處理原則，性質僅具命令之效力，非如「臺灣省政府功能調整條例」係針對精省後相關國有財產之歸屬所制定之特別法律規定，基於法律優先於命令之法理，本件房地之移交，自應依「臺灣省政府功能調整條例」第8條第3項等法律規定辦理。是以，依「臺灣省政府功能調整條例」第8條第3項，以非公用財產現狀移交予國產局接管後，國產局為處理相關業務而擬具處理計畫，就處理方式而言，為國產局依法所得為之行政裁量，無須再依「中央各機關學校眷舍房地處理要點」等行政規則辦理騰空移交或騰空標售等事宜。又系爭房地移交前縱屬於眷、宿舍，惟於移交國產局後均已非眷、宿舍性質，不再具有國有公用財產或國有宿、眷舍性質，自無從再依「中央各機關學校眷舍房地處理要點」、「財政部所屬事業機構國有眷舍房地處理實施要點」、「各機關經管國有公用被占用不動產處理原則」、「中央各機關學校眷舍房地處理要點」、「財政部所屬事業機構國有眷舍房地處理實施要點」等行政規則，辦理所謂騰空移交或騰空標售等事宜（原判決理由陸四）。
5. 131 房地、132-2 房地、132 房地等3 處房地，於56年以前雖原為臺灣省檢驗局經管並配住予所屬員工之眷舍，惟已於60年間廢止供公務用宿舍之公用財產，變更非公用財產並劃歸臺灣省所有而移交臺灣政府財政廳管理。因之，上述3 處房地自60年間以後，既屬臺灣政府省有非公用財產，因實施精省政策，88年6 月臺灣省政府財政廳依「臺灣省政府功能調整條例」第8 條第3 項規定、「變更登記作業辦法」第3

條、第7條、第11條規定，以非公用財產移交國產局北辦處管理，自屬國產局北辦處管理之國有非公用財產（原判決理由陸五(三)）。

6. 張天林（131 房地申租人張信朗之父）、侯傳勛（132 房地申租人侯俊祺之父）、林明詩（132-2 房地申租人），前均任職臺灣省檢驗局。張天林於48年間獲配住131 土地上門牌號碼臺北市○○○路0 段00巷00號（254 建號）眷舍，侯傳勛於44年間獲配住於132 土地上門牌號碼臺北市○○○路0 段00巷00號（253 建號）眷舍；林明詩於53年間獲配住132 土地上門牌號碼臺北市○○街00巷0 號（同為253 建號）眷舍。張天林、林明詩、侯傳勛退休後仍居住上址，林明詩於本件眷舍租購案發生時仍生存，為合法配住人；張天林於56年間退休後未久即死亡，由其妻張沈秀蕙以合法配住人遺眷身分續住，並設籍該址，為合法配住狀態，張天林之子張信朗早已搬遷臺中地區居住，惟於94年10月12日以前設籍上址。侯傳勛之眷舍於侯傳勛死亡後（應係83年8 月以後死亡，確實卒年不詳），實際居住其內之人不詳，但其女侯俊祺於91年2 月5 日設籍上址。因實施精省政策，88年6 月間臺灣省政府財政廳在未辦理騰空返還之情形下，將131 、132 （含132-2 ）土地及其上房屋3 處，均以非公用財產移交國產局管理，產籍表上標示「占用」，於88年10月14日完成國有財產登記。馮麗榕（已於97年4 月間死亡）、趙汝濂（早已死亡，卒年不詳）均為前臺灣省農林廳林務局員工，2 人任職期間獲配住臺灣省農林廳林務局經管134 土地上（包括分割後之134 、134-1 、134-2 土地）眷舍，其中馮麗榕配住門牌號碼臺北市大安區○○街00巷0 號房屋，該屋由林務局委託羅東林管處臺北工作站代管，趙汝濂則配住門牌號碼臺北市○○區○○街00巷0 號房屋，由林務局管理。馮麗榕、趙汝濂於退休後均仍居住上址，馮麗榕係眷舍合法配住人，趙汝濂早年死亡後，由其妻趙鮑溶續住上址，因趙汝濂曾將該眷舍出租他人，屬不合法續住戶。馮麗榕配住之房屋，因不明原因未向地政機關辦理登記，屬於「未登記建物」，實施精省政策時，134 （包括分割後之134 、134-1 、134-2 ）土地固列入臺灣省財產清冊，以非公用財產移交國產局管理，惟土地上之眷舍則漏未併同移交，仍由改制農委會林務

局、羅東林管處管理，但羅東林管處並未將134-1 管理情形告知國產局北辦處，國產局北辦處相關承辦人員自無從知悉。張天林、林明詩、侯傳勛、馮麗榕係於行政院訂頒「事務管理規則」在72年修正公布前，即已獲配住前揭房地，依行政院74年5 月18日台74年政肆字第14927 號函，自得續住至系爭宿舍處理時為止。於92年8 月間，134-1 房地實際使用人馮麗榕，以其係房屋所有權人向國產局北辦處申請承租該土地；94年間，131 、132 房地實際使用人張信朗、林明詩、侯俊祺各自向國產局北辦處申請承租該房地，其等占用之原因事實，既始於56年6 月以前原管理機關臺灣省檢驗局及臺灣省農林廳林務局眷舍配住之「有權占用」，至於張天林、林明詩、侯傳勛、馮麗榕是否有權續住，涉及國家如何貫徹國際人權公約所揭示人民所應享有適當住房權益問題，此屬行政權核心領域事項，應保留由行政機關衡酌具體情狀裁量判斷，非法院所得越權審究（原判決理由陸五）。

7. 國有財產法第42條第1 項第2 款歷次修正沿革，立法意旨已逐步放寬出租限制。89年1 月12日修正公布本條款「民國82年7 月21日前已實際使用，並願繳清歷年使用補償金」，修正理由敘明：「處理被占用不動產以出租與實際使用人最能符合現況避免訴訟排除，影響社會安定，滋生困擾，並將之納入正常管理及利民眾取得合法使用權源，兼顧政府威信，故修正國有非公用不動產於民國82年7 月21日（行政院訂頒公有土地經營及處理原則日期）前已實際使用，並願繳清歷年使用補償金者，得予出租；又為避免實務認定紛擾，刪除『其使用之始為善意』等文字。」可知「民國82年7 月21日前已實際使用，並願繳清歷年使用補償金」者，應不分其占有係有權或無權而有不同，倘符合該要件，均應有其適用。是以蘇維成等10人於受理本件系爭房地占用實際使用人之申租案時，如審核申租標的之房地屬於國產局經管的國有非公用不動產，且占用人實際使用房地係82年7 月21日以前者，即可依國有財產法第42條第1 項第2 款規定逕予出租（原判決理由陸六）。
8. 國有財產法及相關子法規並無所謂「整體利用原則」之相關規定，歷來主管機關財政部函文或會議紀錄亦無明確定義及判斷標準，如認為適用國有財產法第42條及第49條時應考量

整體利用，無疑係增加法律所無之限制。而財政部頒布之相關函令，雖有提及租售時應考量「土地之整體管理及利用效益」，惟係適用於個案特定類別土地，且屬提示性質，非強制規定，並不屬於貪污治罪條例第6 條第1 項第4 款所謂：「法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」。況財政部於93年8月4日台財產局管字第0930023039號函明確解除所謂「整體利用」之限制。因之，蘇維成在國產局北辦處93年8 月19日第8 次處務會報中所為：「處理國有財產之出租、出售業務... 均不再考量有無整體利用之需要」之裁示，或本件相關承辦人員據此辦理系爭房地之租售事宜時，難認主觀上有使各該申租人、申購人獲得不法利益之認識、意圖，而認有圖利特定人之主觀犯意，並不該當貪污治罪條例第6 條第1 項第4 款規定之要件（原判決理由陸七）。

9. 「依法令之行爲，不罰。」刑法第21條第1 項定有明文。行政行爲具多樣性、主動性及未來性，立法技術絕無可能僅藉各機關組織法、行政作用法、職權命令或機關內部行政規則等法令規定，即能鉅細靡遺地將各式各樣行政行爲具體、詳盡、毫無遺漏地完整規定。公務員在無法令可循之情況下，爲完成行政任務，本於行政行爲積極主動性而爲裁量決定時，基於權力分立原則，司法自應予以尊重，不能逕以無行政法規依據所作成的行政行爲，即認爲違反刑法，也不能以有違法或牴觸行政命令，即逕賦予刑事不法之評價。財政部、國產局管理、處分曾爲眷舍之非公用財產准予出租、出售之相關規定，已形成行政慣例，對於原屬眷舍性質，之後由國產局接管之房地，財政部、國產局行政慣例均認得依國有財產法規定予以出租或出售，司法實務上對此行政慣例向予尊重。134 土地（分割前）上，除○○街00巷0 號房屋外，尚有農委會林務局經管之潮州街55巷3 號房屋。馮麗榕以○○街00巷0 號房屋爲其所有，向國產局北辦處申請承租134 土地（分割前），經國產局北辦處審查，認其申請符合國有財產法第42條第1 項第2 款規定，並按實際使用範圍，於92年10月21日申請分割出同段134-1 土地，依國有財產法第42條第1 項第2 款及「國有非公用不動產租賃作業程序」第23條



第1 項第2 款及第2 項等規定，於法並無違誤。又132（分割前）土地及其上○○○路0 段00巷00號、○○街00巷0 號房屋，既屬非公用財產，國產局北辦處就林明詩申請承租132 房地，並依○○街00巷0 號房屋實際使用範圍，分割出132-2 土地，而予出租，亦屬有據。131 土地及其上○○○路0 段00巷00號房屋之出租事宜，亦無起訴意旨所指違法出租情事（原判決理由陸八）。

10. 國產局北辦處設接管課、勘測課、處分課、管理課、改良利用課等5 個業務課，分別執掌國有財產法所規定之部分業務，彼此分工合作，各具專業，各司其職。實施精省政策，臺灣省政府財政廳將131、132、134 土地以非公用財產移交國產局北辦處，依權責分工，由接管課依相關規定程序處理，並登錄於「國有非公用財產管理系統」。本件131、132、134 土地辦理申租、申購事宜時，陳智華、黃惠莉、沈嫚嫻、曾琬芬、張智傑、許慈美係任職國產局北辦處管理課、處分課，其等信賴該土地係國有非公用財產，得依國有財產法相關規定辦理出租、讓售事宜，難謂有故意違背法令。又國有財產法並無「標售優先於讓售」之原則，不得以相關地號土地從「標售」改為「讓售」，即逕推論蘇維成等10人有圖利他人鉅額利益之意圖（原判決理由陸九(二)、(三)1）。
11. 簡性琦與馮麗榕簽訂契約，同意以每坪新臺幣（下同）3萬8,000 元（共支付165 萬5,280 元）代價，將馮麗榕所配住○○街00巷0 號房屋及所坐落134 地號土地的承租、承購權均轉讓予簡性琦，馮麗榕於92年3 月9 日因失智住進康寧養護所，簡性琦為辦理該房屋之申租事宜，得知上址房屋電費收費單係「裴筱明」名義，遂於92年8 月間先偽刻裴筱明印章1 枚，再指示某不知情人士，於92年8 月22日以裴筱明名義製作申請書1 份，向臺灣電力公司申請開始用電證明，並於該申請書上蓋用偽刻裴筱明印章，提出臺灣電力公司，表示係裴筱明本人申請，經臺灣電力公司臺北營業處查明該戶原始用電憑證已逾保存年限銷燬，無法發給用電證明，僅能依現存電腦資料查詢檔記載資料，發給該戶係於54年5 月裝錶供電之證明書，簡性琦所犯行使偽造私文書犯行，已經原審前審判決有罪確定。馮麗榕申租案係以私有房屋為由，申請承租國有土地，國產局北辦處勘測課人員黃立科於92年9

月17日勘查現場時，當時馮麗榕已住進康寧養護所，黃立科僅憑到場之林瑞堂片面陳述，認定該屋所有人及使用人均為馮麗榕；又○○街00巷0 號房屋因未辦理建物登記，房屋所有權究竟誰屬，國產局勘測課前後承辦人員林超建、黃立科、黃建銘、王國章、余鴻儒之認定並未一致，致管理課人員承辦申租案人員林虹君無從查知該屋為國有眷舍，其後核章之管理課股長劉山煦、課長陳智華、副處長莊翠雲等人，自書面審核也無從查悉申租人所使用之房屋係國有眷舍，而均核章表示同意，誤認馮麗榕係○○街00巷0 號房屋所有權人，且有居住，而同意出租土地，就此部分（134-1 土地房屋）陳智華及共同被告林虹君、劉山煦、莊翠雲被訴圖利、公文書登載不實部分，已經原審前審判決諭知無罪確定。而134-1 土地上房屋，嗣由馮麗榕讓與徐火金，再由徐火金讓與蔡銘俊，蔡銘俊並與國產局北辦處簽訂國有基地租賃契約書，蔡銘俊向國產局北辦處提出承購國有非公用不動產申請書，申購134-1 土地，許慈美、張智傑、曾淑芬、連尤菁辯稱申購案之房屋買賣行為，發生在其等審辦申購案之前，其等不認識蔡銘俊、徐火金及馮麗榕，無從知悉3 人關係為何，其等任職處分課讓售股，134-1 土地出售前，未曾也無從審閱黃建銘製作之勘查表，且134-1 土地上○○街00巷0 號木造眷舍原已拆除，加上國產局北辦處勘測課94年9 月6 日勘查後製作勘查表所載的地上物情形，也已不是原有之木造眷舍，其等無從懷疑蔡銘俊切結地上物所有權歸屬為其所有之記載，有何不實等語，即屬有據（原判決理由陸九）。

12. 刑法第213條公文書登載不實罪係作為犯，必須公務員明知為不實事項並積極登載於其職務上所掌之公文書，即以積極作為方式實行犯罪，始得成立；如僅明知其為職務上應登載之事項，而故意不為登載之消極不作為，因並無登載之行為，即與該罪的構成要件有別。蘇維成等10人於審核會簽各該申租、申購案時，既係依財政部、國產局之行政慣例而為，且國有財產法第42條第1 項第2 款並不僅限於「無權占用」之情形，也不受「整體利用原則」之拘束，其等依此辦理申租、申購事宜，並不該當刑法第213 條「明知為不實之事項而登載」之要件。

13. 就盧素珍於96年11月13日偵訊時證述國產局94年8月23日函

文，係依陳官保指示所為等語、審計部針對本案多次函詢國產局北辦處提出疑點、監察院針對本案租售房地事宜糾正財政部、蘇維成於95年5月2日自國產局副局長退休後，蔡銘俊、簡性琦不僅於同年月15日設筵款待，並由詹德育作陪，更於同年月31日，招待詹德育夫婦及蘇維成夫婦共赴大陸深圳旅遊；同年8月7日，蔡銘俊、簡性琦、王明道等人為持續併購131地號土地旁的130地號土地，再度向國產局北辦處申購131地號畸零地，因該處遲未同意讓售131地號土地，簡性琦又透過詹德育與蘇維成聯繫，請蘇維成向國產局北辦處現任處長莊翠雲溝通、關說等情、謝欣憲將余鴻儒所製作95年3月8日134土地勘查表有關「地上物所有人：中華民國」、「地上物使用人：行政院農業委員會林務局」等欄位，分別更改為「蔡銘俊」等事證，如何不足為不利蘇維成等10人之證據，亦依據卷內資料逐一指駁說明理由。

(三)原判決已就卷內各項證據逐一剖析、參互審酌，說明如何無從獲得蘇維成等10人有公訴意旨所指犯嫌心證之理由。經核俱與卷內資料相符，所為論斷並無違反經驗法則、論理法則，亦無違背證據法則、判決理由不備、理由矛盾、不適用法則或適用法則不當之違誤。

(四)刑事訴訟法第161條第1項規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。原判決已就檢察官提出之所有證據，逐項說明如何無從證明蘇維成等10人有被訴審理範圍之對於主管或監督事務直接圖利、公文書登載不實犯嫌，並以檢察官之舉證既未達通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，本於「罪證有疑，利於被告」之證據法則，應為有利蘇維成等10人之認定，因而為蘇維成等10人無罪之諭知，於法難謂有違。且查：(1)國有財產法關於公用財產與非公用財產之區分，應依同法第4條、第11條、第12條、第32條、第33條、第38條及第39條規定，綜合觀察，未可偏執一端，以文害辭。原判決關於公用、非公用財產之區別，已詳為論述，並無不合。上訴意旨所指公用或

公務用與非公用財產之區別，應從「管、用」兩方同時觀之，凡具其一即為公用或公務用，尚非有據。(2)「臺灣省政府功能調整條例」第8條第3項，係規定原公用或非公用財產在實施精省政策後，如何定其管理主體，無從得出公用或非公用財產應由「實質用途」認定之結論。(3)各機關經管使用之辦公廳舍、眷舍，為公用財產，由各機關（總務或秘書單位）負責管理。國產局使用之辦公廳舍自屬公用財產，應由該機關（總務或秘書單位）管理，此與國產局管理之國有非公用財產，係由業務單位管理者，並不相同。(4)財政部89年1月3日台財接字第89000111號函及行政院89年1月18日臺89財字第1715號函，係有關行政院同意臺灣省菸酒公賣局因業務需要，擬撥回已核定變更為非公用財產移交國有財產局接管處理土地之處理方式，與本案起訴所涉房地（即131、132、134土地）係因實施精省政策，由臺灣省政府財政廳移交國產局北辦處者，尚有不同。(5)原判決並未同時援引財政部89年7月14日台財產管字第8900018796號函第六點及國產局93年11月4日台財產局接字第000000000號函有關公共設施保留地究為公用財產撥用，抑或非公用財產撥用之函釋，自無理由矛盾可言。而財政部89年7月14日函，其主旨「檢送各管理機關經管國有公用財產類之不動產請准變更為非公用財產配合辦理事項。」第6點說明「各管理機關經管國有公用財產類之不動產，如屬都市計畫公共設施保留地，依法應提供地方政府或需地機關申請撥用者，為簡化作業程序，得洽請該管政府或機關申請撥用，由該需地政府或機關同時報請行政院核准變更為非公用財產及核准撥用事宜。」係都市計畫法第52條規定「都市計畫範圍內，各級政府徵收私有土地或撥用公有土地，不得妨礙當地都市計畫。公有土地必須配合當地都市計畫予以處理，其為公共設施用地者，由當地直轄市、縣（市）（局）政府或鄉、鎮、縣轄市公所於興修公共設施時，依法辦理撥用...。」為簡化變更程序，將變更與撥用同時併辦，此與公用財產、非公用財產之區別並無關係。(6)原判決援引財政部「國有土地被占用及其管理情形專案報告」，係說明國有非公用土地長期被占用，行政部門以促進土地利用及經濟發展，向以出租為原則，即依法令得出租者，辦理出租，逾期不承租始訴訟收回，國產局自

遵照辦理。本件依「臺灣省政府功能調整條例」以現狀移交國產局接管之眷舍房地，屬於非公用財產，即使占用者為公務員，應為相同處理，而以出租為原則，無須再依相關行政規則辦理騰空移轉或騰空標售。原判決此部分論述尚無違誤或類比不當。上訴意旨援引「國有宿舍及眷舍房地加強方案」、「中央各機關學校國有眷舍房地處理要點」、「臺灣省各機關學校省有眷舍房地處理作業要點」，並未具體指摘原判決關於爭點三理由論述有何違背法令之處，僅說明公有宿舍出借為福利措施，主張系爭眷舍房地仍應適用上開行政命令，自非有據。(7)原判決已說明131、132 房地及134土地，原管理機關經管期間，雖曾供眷舍使用，但已變更為非公用財產，移交國產局北辦處管理，並非國產局北辦處經管之眷舍，而134 土地上馮麗榕配住之房屋雖為農委會林務局羅東林管處管理之眷舍，但為國產局北辦處承辦人員所不知，自無從依眷舍相關規定處理。上訴意旨以原審就131、132、134 房地之論述違背法令，並指摘未綜合審酌沈嫻嫻、陳官保、連尤菁於偵查時供述、臺灣省有非公用不動產（土地及建物）移接清冊顯示131、132、134 土地均註明「占用」、國產局經實地查核知悉本案有眷舍情形、國產局內規眷舍不得出租、國產局承辦人員承辦時知悉有眷舍、陳官保一人分飾二角等，除未具體指摘原判決究係何部分違背法令，已有未合，且係對原審採證職權之行使及已明白論斷之事項，徒憑主觀，為相異之評價；以事實不同之李劉月華等人申租案，國產局北辦處有不得申租之前例；另就與本件房地性質不同之原判決爭點二有關原臺灣省菸酒公賣局依臺灣菸酒公司條例第8 條第1 項規定移轉國產局接管後之財產，其財產的性質是否為「非公用財產」，指摘原判決違法，均非上訴第三審之合法理由。(8)其餘上訴意旨，經核係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，及對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力等職權行使，徒以自己之說詞，泛指其違法，並非適法之第三審上訴理由。

(五)從而，檢察官上訴意旨所指各節，顯非依據卷內訴訟資料，具體指出有何足資證明蘇維成等10人有公訴意旨所指犯行之事證；且置原判決理由欄內詳予說明之事項於不顧，復就原

審調查、取捨證據及對於證據證明力判斷等職權之適法行使，再為爭執，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。

四、綜上，檢察官關於蘇維成等10人上訴意旨並未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，應認檢察官此部分之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

肆、王明道等2 人部分：

一、本件原判決以：

(一)公訴意旨略稱：被告王明道（被訴圖利、公文書登載不實、偽造私文書部分，經原審前審諭知無罪確定）係六德建設股份有限公司（下稱六德公司）董事長，為商業會計法所指之商業負責人，高麗萍（被訴幫助公務員登載不實、使公務員登載不實部分，經原審前審諭知無罪確定）係六德公司經辦會計。王明道與蔡銘俊（峻和建設股份有限公司〈下稱峻和公司〉實際負責人，所犯違反商業會計法部分，經原審前審有罪判決確定；所涉圖利、行使偽造私文書部分，經原審前審諭知無罪確定）、簡性琦（所涉違反商業會計法、行使偽造私文書部分，經原審前審判決有罪確定；所涉圖利部分，經原審前審諭知無罪確定）達成合作開發取得130、131、132、133、134 土地並合建推案，並由王明道提供六德公司員工江威慶、高麗萍為人頭，取得130、131、132 土地，峻和建設公司取得133、134 地號土地之協議後，王明道、高麗萍共同基於違反商業會計法之概括犯意聯絡，明知許世雄、江威慶、高麗萍與六德公司並無真實買賣土地之資金往來關係，因六德公司購買分割前131、132 土地，原計劃以峻和公司監察人許世雄為人頭，向國產局北辦處申購分割前131 土地。王明道即指示高麗萍，於94年10月間製作如原判決附表（下稱附表）一編號1 所示之傳票，登載六德公司給付許世雄土地價款1000萬元內容之不實事項，惟許世雄嗣因故撤回該申購案。六德公司另以江威慶、高麗萍為人頭，向國產局北辦處申購（分割後）132-2、132 土地，王明道亦指示高麗萍於95年5 月間製作如附表一編號2 所示之傳票，登載六德公司給付土地價款與江威慶600 萬元、高麗萍400 萬元之不實事項，虛偽填製轉帳傳票，記入六德公司之專

案分類帳內，因認王明道、高麗萍涉犯商業會計法第71條第1款明知為不實事項而填製會計憑證罪嫌。

(二)經審理結果，認檢察官所提證據尚不足以證明王明道、高麗萍有上開犯罪，因而撤銷第一審關於王明道等2人此部分不當之科刑判決，改判諭知王明道、高麗萍均無罪（王明道、高麗萍就傳票編號0000000000、0000000000違反商業會計法第71條第1款部分，經原審本審以第一審此部分漏未判決，王明道、高麗萍之上訴不合法，另為上訴駁回判決）。

二、檢察官上訴意旨略稱：

(一)本案於峻和公司尚未取得任何申租、申購案件以前，王明道即與蔡銘俊、簡性琦間互相訂立土地預售契約，並同意預付逾千萬元之定金，且王明道與蔡銘俊、簡性琦間先後訂立多次契約，時間前後跨越逾4年之久；王明道除提供其公司人頭江威慶、高麗萍作為申租、申購名義人外，每次租、購所需資金，幾乎大部分均由王明道代表六德公司提供，而最後也係由王明道所代表之六德公司取得大部分土地；依查扣之王明道記事本，對本案相關土地如62地號及131、132、134等地號土地之取得時程、取得方法均有相當詳實之記載，且有甚多之投資規劃，甚至作成有關金華街投資分析方案、潮州街投資分析方案提出於六德公司董事會討論，業經第一審認定明確。是本件買賣過程係六德公司與峻和公司之蔡銘俊、簡性琦合資購買，雙方各提供人頭，係六德公司與峻和公司直接向國產局北辦處申購，並非蔡銘俊、簡性琦2人向國產局北辦處申購後，再由六德公司向蔡銘俊、簡性琦購買，不得以形式上王明道未在申租、申購案件中以其名義參與，即謂六德公司僅是事後單純向蔡銘俊購買土地。

(二)本案登記名義人係雙方公司各自提供，許世雄為峻和公司之人頭；江威慶、高麗萍則為六德公司之人頭。若本件買賣過程係峻和公司向國產局北辦處申購後，再由六德公司向峻和公司購買，怎可能由六德公司提供人頭，且該公司提供之人頭還佔多數？事實上，誰提供人頭登記，誰才是真正買賣之主體，否則峻和公司如何控管登記名義人變賣土地之風險？依雙方均提供人頭名義登記，用以互相制衡以觀，可知雙方公司係合資向國產局北辦處購買，並非峻和公司購買後轉售予六德公司。

(三)本件申購過程時間甚長，於租賃權轉讓時即以人頭名義爲之，並非於申購時或轉讓時才以人頭名義爲之。峻和公司若爲轉賣之出賣人，大可由峻和公司受讓租賃權，峻和公司申購、申讓後，再轉賣予六德公司，六德公司若於此時以人頭名義登記，王明道、高麗萍所辯之買賣流程或有可能，但本案並非如此，可見雙方極早即謀定共同以人頭名義爲之，並非峻和公司向國產局北辦處申購後，再由六德公司向峻和公司購買。

(四)本案金額共達2000萬元，高麗萍僅爲會計，若無上位者之指示，豈敢虛偽登載？況且本案乃金額極大之買賣，峻和公司之對口係王明道，高麗萍亦清楚其並未買賣本件土地，若非王明道之指示，其怎會充當人頭？故本案由指定人頭名義登記時起，王明道即知悉日後會有虛偽作帳問題，王明道對不實作帳怎可能不知情，可見王明道、高麗萍有犯意之聯絡。

(五)本案實爲掩飾六德公司向國產局北辦處買受房地之事實，製造六德公司與高麗萍、江威慶等人間有買賣房地之假象，王明道與高麗萍共同製作虛偽資金流程，並持六德公司與許世雄、江威慶、高麗萍間不實之不動產買賣契約書作爲原始憑證，將六德公司支付許世雄、江威慶、高麗萍購地款之不實事項，填製虛偽轉帳傳票，記入六德公司之專案分類帳。本案各該人頭與六德公司之買賣關係，均非真實，且各該買賣契約間並無實質之買賣關係，不論出賣人或買受人是江威慶、高麗萍、許世雄，均未曾提出任何自有之金錢，而均係由六德公司之會計科目下支付，均僅帳冊上虛偽金額之挪移，並非真正之買賣。

(六)綜上，原審就此部分諭知王明道等2人無罪，認事用法容有違誤，請將原判決關於此部分撤銷，更爲適當合法之判決云云。

### 三、惟查：

(一)犯罪事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據或證據不足以證明被告犯罪時，自不能以推測或擬制之方法，以爲裁判之基礎。而證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權；苟其此項裁量、判斷，並不悖乎通常一般人日常生活經驗之定則或論理法則，又於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其爲



違法而據為提起第三審上訴之合法理由。

(二)原判決就檢察官起訴據以認定王明道等2人有被訴違反商業會計法第71條第1款明知為不實事項而填製會計憑證犯行之各項證據，已逐一說明下列各旨：

- 1.國產局北辦處經管如附表二所示房地配住人（即馮麗榕、張信朗、侯俊祺、林明詩）曾分別與簡性琦簽訂契約，其後由其等向國產局北辦處申租，嗣為租賃權讓與及申購如附表三、四、五所示房地（原判決理由參四(一)）。
- 2.向國產局北辦處辦理如附表四、五所示131、132、132-2土地之申租、申購事宜，均是由峻和公司蔡銘俊、簡性琦等人處理，六德公司、王明道、高麗萍均未參與或涉入其中；峻和公司係因資金週轉不足，事後始將申租、申購之土地出售予六德公司，六德公司係單純向蔡銘俊購買所申購之前述土地（原判決理由參四(二)）。
- 3.131、132、132-2土地，峻和公司蔡銘俊係分別以許世雄、江威慶、高麗萍名義向國產局北辦處申購，並以此借用名義人分別與六德公司簽訂不動產買賣契約書，實際出資辦理申租、申購者為蔡銘俊、簡性琦所代表之峻和公司。王明道代表六德公司向蔡銘俊購買上開土地，買賣當事人為六德公司與峻和公司。
- 4.附表六傳票編號0000000000（日期：94年10月7日）之轉帳傳票（即131地號土地買賣），其交易流程如下：王明道於94年10月7日代表六德公司與許世雄（代理人蔡銘俊）簽訂不動產買賣契約書，六德公司應付第1次款1000萬元。六德公司開立發票日94年10月7日、面額1000萬元支票（支票號碼：DM00000000，付款人：臺北銀行東門分行）予蔡銘俊，蔡銘俊同日簽收，該紙支票於94年10月11日交換兌領。六德公司依據前述買賣契約書約定之第1次付款期限，製作傳票編號0000000000（日期：94年10月7日），金額1000萬元之轉帳傳票。
- 5.附表六傳票編號0000000000（日期：95年5月12日）之轉帳傳票，就132-2土地買賣部分：其交易流程如下：王明道於95年5月11日代表六德公司與江威慶（代理人蔡銘俊）簽訂不動產買賣契約書，六德公司應付第1次價款600萬元。六德公司同時與江威慶、蔡銘俊簽訂不動產買賣協議書，約定

：「第1次付款，由甲方（六德公司）支付乙方（江威慶）後轉付丙方（蔡銘俊）」。六德公司開立發票日為95年5月12日、面額600萬元支票（支票號碼：DM00000000，付款人：臺北銀行東門分行）予江威慶，江威慶於同日簽收，其後，該筆600萬元支票於江威慶開設之臺北富邦商業銀行東門分行帳戶提示兌領，轉存至蔡銘俊及簡性琦2人帳戶。就132地號土地買賣部分：其交易流程如下：王明道於95年5月11日代表六德公司與高麗萍（代理人蔡銘俊）簽訂不動產買賣契約書，六德公司第1次應付價款400萬元。六德公司同時與高麗萍、蔡銘俊簽訂不動產買賣協議書，約定：「第1次付款，由甲方（六德公司）支付乙方（高麗萍）後轉付丙方（蔡銘俊）」。六德公司依約開立發票日為95年5月12日、面額400萬元支票（支票號碼：DM 00000000，付款人：臺北銀行東門分行）與高麗萍，由高麗萍於同日簽收，其後，該筆400萬元支票於高麗萍開設之臺北銀行東門分行帳戶提示兌領，轉存至蔡銘俊及簡性琦2人帳戶。該400萬元連同六德公司支付江威慶，再轉付予蔡銘俊之600萬元合計1000萬元，經蔡銘俊於95年6月8日在該存摺影本簽收確認（以上相關契約、協議書、支票、轉帳憑證、銀行帳戶存摺、交易明細，見原審更一卷被告書狀卷一第216至233、244至253頁）。

6. 稱「借名登記」，指當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允許就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，以及出名者與該登記有關之勞務給付，具有不屬於法律上所定其他契約種類之勞務給付契約性質，應與委任契約同視，如其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，當賦予無名契約之法律效力，並依民法第529條規定，適用民法關於委任之規定。蔡銘俊、簡性琦借用許世雄、江威慶及高麗萍名義，向國產局北辦處申租、申購土地，再分別以其等名義與六德公司簽訂不動產買賣契約書及三方不動產買賣協議書，蔡銘俊與許世雄、江威慶、高麗萍間應係成立借名登記契約，如其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗，應賦予無名契約效力，並類推適用民法委任規定。
7. 六德公司與蔡銘俊借用名義人許世雄、江威慶、高麗萍間簽

訂不動產買賣契約書、協議書及買賣價款之付款流程，既屬真實，六德公司依契約、協議，支付第1 期買賣價款各1,000 萬元予蔡銘俊，並各據以製作00000000000、00000000000轉帳傳票，即無不實可言，王明道等2 人自不該當商業會計法第71條第1 款明知為不實事項而填製會計憑證罪嫌（理由欄參四(三)）。

(三)原判決已就卷內各項證據逐一剖析、參互審酌，說明如何無從獲得王明道等2 人有公訴意旨所指犯嫌心證之理由。經核俱與卷內資料相符，所為論斷並無違反經驗法則、論理法則，亦無違背證據法則、判決理由不備、理由矛盾、不適用法則或適用法則不當之違誤。

(四)刑事訴訟法第161條第1項規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。原判決已就檢察官提出之所有證據，逐項說明如何無從證明王明道等2 人有被訴之違反第71條第1 款明知為不實事項而填製會計憑證罪嫌，並以檢察官之舉證既未達通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，本於「罪證有疑，利於被告」之證據法則，應為王明道等2 人有利之認定，因而為其等無罪之諭知，於法難謂有違。且按修正前、後商業會計法第71條第1 款「以明知為不實之事項，而填製會計憑證或記入帳冊」罪，所謂不實之事項，係指其登載之內容事項失真非實而言，上開表徵經濟交易活動之憑證、帳冊是否虛偽造假，自應審究其實質內涵及原因如何而為判斷。原判決認定許世雄、江威慶、高麗萍係蔡銘俊向國產局北辦處申購各該土地之借名登記人，其實際買受人為蔡銘俊代表之峻和公司，六德公司為購買上開土地，分別與許世雄、江威慶、高麗萍簽立不動產買賣契約及三方協議書，並據此填製上開轉帳憑證，簽發支票。已詳敘其所憑之證據及認定之理由。所為論斷，亦俱有卷證資料可資覆按。其登載內容既無失真非實，原判決認王明道等2 人不該當商業會計法第71條第1 款明知為不實事項而填製會計憑證罪，並無不合。

(五)從而，檢察官上訴意旨所指各節，係就原判決已明白論斷之事項，或屬原審採證、認事職權之適法行使，徒憑主觀重為事實爭執，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。

四、綜上，應認檢察官此部分之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 29 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 林 勤 純

法官 林 立 華

法官 鄧 振 球

法官 莊 松 泉

法官 黃 斯 偉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 6 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,3479

【裁判日期】1071121

【裁判案由】違反貪污治罪條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第3479號

上訴人 鄭金盛

選任辯護人 陳光龍律師

林秀夫律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年3月22日第二審判決（104年度上訴字第193號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署100 年度偵字第6653、7717號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原審審理結果，認定上訴人鄭金盛（時任彰化縣福興鄉〔下稱福興鄉〕鄉長）係公務員，有如原判決事實欄一至六所載之共同對主管事務圖利、公務員假借職務上之機會故意竊佔；事實欄七至九所載之共同對非主管事務圖利、公務員登載不實文書等犯行均明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判依想像競合犯，從一重仍論處上訴人共同對主管事務圖利罪刑。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並就上訴人否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。
- 三、被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。此為刑事訴訟法第159條之1第2 項所明定。被告以外之人於警詢時所為之陳述，雖與審判中所

述不符，但與偵查中向檢察官所為之陳述相同，且無顯不可信之情況，此時因欠缺必要性要件，並無刑事訴訟法第 159 條之 2 規定之適用。本件原判決併引證人周慶田（與上訴人係舊識）、許明志（係福興鄉公所建設課技士）於調查站、偵查中之陳述為認定本件犯罪事實之依據。其中關於調查站之陳述與偵查中相同部分，既欠缺必要性要件，本應為無證據能力之判斷，原判決就該部分為有證據能力之認定，雖有未洽，惟除去該等贅引之調查站陳述部分，依前揭證人於偵查中之陳述，仍得為同一認定，於判決本旨不生影響。上訴意旨執以指摘，仍非適法之第三審上訴理由。

四、刑事訴訟法第196 條規定：「證人已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會，其陳述明確，別無訊問之必要者，不得再行傳喚。」旨在避免對於同一證人一再傳訊，而為再行傳訊之限制。又法院依職權傳喚之證人，經審判長訊問後，當事人或辯護人得詰問之，其詰問之次序由審判長定之。此為同法第166條之6第1 項所明定。再者，當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有特別規定外，得向法院聲明異議。刑事訴訟法第288條之3第1 項亦有明文。關於傳訊證人與否，屬有關調查證據之事項，當事人、代理人、辯護人或輔佐人如對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，得依法向法院聲明異議。卷查證人許明志係第一審法院依職權傳喚作證，因各次審判期日，傳喚不同之證人行交互詰問程序，許明志為重要證人，第一審審判長於其他證人作證完畢後，就各該證人所證述之相關待證事項，認亦有訊問許明志之必要，因而於各該審判期日傳訊許明志，以資究明實情，此與刑事訴訟法第196 條規定證人「陳述明確，別無訊問之必要」的情形，已屬有間。又上訴人及其第一審辯護人就第一審審判長所為此項調查證據之處分，未予爭執，亦未聲明異議。於第一審審判長依職權訊問許明志後，並予上訴人之第一審辯護人詰問許明志之機會，此有各該審判筆錄可稽。原審就許明志於第一審之證言，經依法調查後，採為判決依據，與證據法則無違。上訴人於上訴第三審，始爭執第一審多次傳喚許明志作證，與刑事訴訟法第196 條規定有違，指摘原判決援引許明志於第一審之證詞為論

罪之證據，有不適用法則之違法。此一指摘，難謂適法。

- 五、證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷無違經驗法則或論理法則，即不能任意指為違法。又證人證述前後不符或有矛盾，事實審法院自可本於經驗法則、論理法則及審理所得之心證，為合理之取捨判斷。再者，同一證人前後證述情節彼此不能相容，則採信其部分證言時，自己排除其他不相容部分之證詞，此為法院取捨證據法理上之當然結果。原判決認定上訴人確有本件犯行，係綜合卷內證據資料，相互勾稽結果，據以判斷犯罪事實，已記明所憑證據及其理由。並就上訴人所為沒有圖利地主吳朝欽、吳明德（下稱吳朝欽等2人）之故意之辯解，詳為指駁，其推理論斷衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背。又原審本於證據取捨之職權行使，對於證人黃憲照（係福興鄉公所建設課課長）、許明志所為不一致之陳述，予以取捨，為證明力之判斷。原判決既採用證人周慶田所為「我就直接拜託鄉長鄭金盛，請他撥經費來施作一條道路，我有跟鄉長講施作道路的目的是要將上開土地的地目由農地變更成建地。」等語之證言，自己不採其所為其他不相容之證詞，此為採證之當然結果，縱未就此特別說明，無判決不備理由之違法可言。原判決並非單憑周慶田、許明志之證述，即行論罪，亦無上訴意旨所指欠缺補強證據、理由不備等違法情形。至於證人之證言，其證據之證明力，法院本可斟酌一切情形以為取捨，自不能因其陳述時期有先後不同，即執為判定證明力強弱之標準。上訴人主張依一般經驗，案重初供，應採許明志最初於調查站之陳述，尚屬無據。原判決既參採周慶田所為第三次再去找上訴人時，上訴人說要捐土地，這樣公務員才安全等語之證言，認定本件福興鄉三元段道路排水改善工程（下稱本件工程），在公益上並無施作之必要，而係圖利私人。周慶田另陳稱捐地後上訴人才答應施作工程之證詞，不足為上訴人係為公益目的而施作工程之有利證明。上訴意旨就原審採證、認事職權之行使或已說明論斷之事項，仍執係為多數人之利益，而施作本件工程，並非圖利私人等前詞，或持不同之評價，而為指摘，均非上訴第三審之適法理由。
- 六、政府採購法上所稱承辦、監辦採購等人員，並不以實際承辦、監辦採購之基層人員為限，其依規定層層審核、核定各項

採購程序之辦理採購人員包括各級主管，甚至機關首長及其授權人員，倘實質上具有參與決定、辦理採購程序之權限，足以影響採購結果，應均屬之，始符立法本旨。是同法第15條第1項之機關承辦採購人員，所稱「承辦」，指辦理機關採購業務並擔負其責任者而言。亦即從採購之簽辦逐層審核至機關首長核定該採購業務等流程之相關人員均屬之。倘其採購依法令應經上級機關核定，則該上級機關含機關首長在內之相關人員，亦屬該條規定之承辦採購人員。原判決本此見解，以：福興鄉公所有關政府採購法規範之工程新建、規劃設計等採購定作業務，均由鄉公所建設課基層人員實際承辦，上訴人雖非屬政府採購法規定機關之基層承辦、監辦採購人員，惟其依地方制度法第57條第1項、公務員法制及分層負責明細等規定層層審核、核定福興鄉公所各項工程採購程序之辦理，其實質上對於該公所之工程採購業務，具有參與決定、辦理採購程序之權限，足以影響採購結果，依政府採購法之立法意旨，屬政府採購法所指負責承辦、監辦政府採購之人員。所為認定於法並無不合。上訴意旨執上訴人無承辦、監辦採購業務之職掌，並非政府採購法及採購人員倫理準則所稱之承辦、監辦採購之人員，指摘原判決違法。此部分持憑己見而為爭執，自非適法之第三審上訴理由。

- 七、依民國98年4月22日修正貪污治罪條例第6條之立法理由：該條條文中所指之「法令」，應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限，以達公務員廉潔及公正執行職務信賴要求外，更避免原條文及有關「違背法令」的範圍不明確，致使公務人員不敢勇於任事，延滯行政效率的不良影響。爰將「明知違背法令」的概括規定修正為「明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則或委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」，以杜爭議等語。此之「法令」，須與公務員之執行職務所應遵循或行使裁量權有直接關係者為限。即公務員於執行具體職務時，須違反該具體職務之相關義務所為之特別規範，如於辦理政府採購業務時，違反政府採購法及相關採購、營繕等之法令。至於，如公務員服務法第6條、第20條，僅係一般性規範公務員於執行職務時，不得有濫權之行爲，及應負保管文書、財物之責任，並非就執行具



體職務時，就該具體職務之相關義務所爲之特別規定，仍非屬貪污治罪條例第6條圖利罪所稱之違背法律。又政府採購法第6條係揭示辦理採購應遵循之原則，91年2月6日修正公布前，該條第1、2項依序規定爲：「機關辦理採購，對廠商不得爲無正當理由之差別待遇。」「機關訂定採購契約應以維護公共利益及公平合理爲原則。」依其立法理由說明，維護公共利益及公平合理爲民事契約之基本內涵，於政府採購尤應加以重視，爰於第2項明定契約之訂定應以維護公共利益及公平合理爲原則。前揭二項嗣經合併爲同法條第1項，並酌爲文字修正，即「機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理爲原則，對廠商不得爲無正當理由之差別待遇。」原條文第3項則移列爲第2項，明定「辦理採購人員於不違反本法規定之情況下，得基於公共利益、採購效益或專業判斷之考量，爲適當之採購決定。」以鼓勵公務員本於職權勇於任事，不畏懼對採購案做出決定。所爲作爲及不作爲義務之規範具體明確，與一般具有濃厚道德性、抽象性或與職務無直接關係之義務法令，顯屬有別。原判決認上訴人身爲鄉長，明知辦理採購，依政府採購法第6條第1項規定「應以維護公共利益及公平合理爲原則」行之，其違反該規定而爲採購，自屬違法。上訴意旨以同條項關於「對廠商不得爲無正當理由之差別待遇」規定，主張此係規範機關與廠商間之事項，不得作爲圖利罪所稱違背法律之依據。係持憑己見而爲指摘，並非適法之上訴理由。再者，行政程序法第4條、第6條至第8條規定行政行爲應受法律及一般法律原則之拘束、行政行爲應遵守平等、比例及誠實信用原則。「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論。」行政訴訟法第4條第2項定有明文。行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的，其過程不符合法律授權之目的者，爲濫用權力之行政處分，以違法論。行政程序法第4條、第6條至第8條規定，均爲行政裁量時所應遵循之法令。原判決認上訴人違背前揭規定，屬貪污治罪條例第6條圖利罪之違背法律，所爲論斷，經核並無違誤。上訴意旨以政府採購法、行政程序法僅係道德性、抽象性之規範，與職務無直接關係，爭執非屬貪污治罪條例第6條圖利罪所謂之「法令」。此一指摘，同非上訴第三審之適法理由。

- 八、原判決就本件工程係圖特定地主之不法利益而動支預算，如何違反預算法第25條（原判決漏寫第1項）部分，已敘明：參酌證人黃憲照之證言及相關資料，如何足認經福興鄉鄉民代表會（下稱鄉代會）審議通過之預算科目九一二項目，只能使用於與公益有關之公共建設，以符鄉代會審議授權之預算支出範圍目的，若動支科目九一二項預算之目的，僅係藉公共建設之名，行圖特定地主私益損害公益之不法目的，該動用預算之裁量，不但與行政程序法平等及比例原則有違，並違反鄉代會審議通過預算執行目的須為公益之法規授權目的，屬濫用裁量權構成違法。上訴人明知違背法令，使特定私人取得不法利益之故意等由甚詳。上訴意旨主張依黃憲照所述，本件預算支出均符合預算科目，與預算法之規定無違。相關預算編列及核銷，係由許明志規劃，黃憲照依職責處理，難認上訴人有違反預算法規定之主觀意圖及客觀行為，指摘原判決適用法則不當。核係置原判決所為明白論斷（上訴人所為，係假藉公共建設之名，行圖特定地主私利之實）之事項於不顧，持憑己意或以不同之評價，而為指摘，要非適法之上訴理由。
- 九、貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪，因公務員不待他人意思之合致或行為之參與，其單獨一人亦得完成犯罪，故非屬學理上所謂具有必要共犯性質之「對向犯」，自不得引用「對向犯」之理論而排除共同正犯之成立。公務員與無公務員身分之人，如具有犯意聯絡、行為分擔，共同對於該公務員主管之事務，圖無公務員身分者（即圖利之對象）之不法利益並因而使其獲得利益，依貪污治罪條例第3條及刑法第28條、第31條第1項之規定，自得成立圖利罪之共同正犯。此為本院一致之見解。依原判決事實之認定及其理由之說明，上訴人身為鄉長，綜理鄉政，指揮、監督所屬員工，又為實質上具有參與決定、辦理採購程序之權限，足以影響採購結果之主管、機關首長，竟對於主管事務圖利私人，該私人因而獲得利益。非公務員之周慶田與上訴人間有犯意聯絡及行為分擔，均係共同正犯。依原判決所確認之事實，其適用法律並無違誤。上訴意旨以上訴人僅居監督地位無法定職權，又周慶田與上訴人係立於對向關係，應屬「對向犯」，指摘原判決認其係主管事務圖利罪之共同正犯，有適用法則

不當之違法。此項指摘，尤非上訴第三審之合法理由。

十、原判決事實欄所為上訴人與周慶田等人何時有共同犯意聯絡之認定，與其理由欄說明：周慶田請託上訴人以福興鄉公所預算施作本件工程時，已將目的係要不法變更地目之情告知上訴人，上訴人與周慶田共謀動支福興鄉公所預算，圖吳朝欽等2人變更地目不法利益之情，如何有犯意聯絡。許明志知依上訴人指示而為，係屬違法，仍闢建水溝道路，如何與上訴人有犯意聯絡。又上訴人、許明志自變更工程設計時起，即有共同與周慶田合意，以福興鄉公所預算辦理工程變更，並施作本件工程之犯意聯絡等情。前後並無牴觸，核無上訴意旨所指事實與理由記載矛盾之情形。

十一、原判決認定黃憲照轉交包含施工位置平面圖在內之圖說數紙，供許明志持至吳朝欽等2人所有分割前編定為福興鄉○○段0000000000000000地號等土地現場，作為會勘後規劃道路水溝之用等情。係綜合許明志所為：「黃憲照有先把一份示意圖給我」，及上訴人透過黃憲照交付草圖或示意圖，以供伊製作施工圖說，伊是依一份2、3張草圖來畫，該草圖以專業術語而言，就是設計圖。黃憲照是在95年8月22日伊去會勘前，拿同年9月22日收件字號0000號代書何珮琳所附本件工程施工位置平面圖、縱橫斷面設計圖給伊看，伊會勘回來製作施工圖時，有參考黃憲照提供給伊的圖面來繪製施工圖等語之證言及相關證據資料，而為認定。其事實之認定與理由之說明，無不相適合之處。就黃憲照否認曾將一份示意圖或草圖交付許明志，及上訴人否認此情之辯解，亦已說明如何不予採納之理由。上訴意旨就原判決已說明之事項，擷取許明志之片段證言，及以95年8月22日工程會勘紀錄之部分內容，與同年9月22日土地複丈申請書所附施工位置平面圖、縱橫斷面設計圖有所不同，指原判決有理由矛盾之違法。此部分之指摘，同非上訴第三審之適法理由。至於原判決理由欄另敘及許明志證述：「……鄭金盛交辦三元段道路排水改善工程未出具書面依據……我依鄭金盛所指示內容製作一份會勘紀錄，並要求鄭金盛在會勘紀錄上面簽名，該會勘紀錄即作為鄭金盛交辦三元段道路排水改善工程給我規劃、設計之依據。」等語。旨在說明：許明志係依上訴人口頭指示，規劃

設計本件工程，並未以書面交辦，許明志為取得上訴人交辦之證據，因而請上訴人在工程會勘紀錄上簽名。此與前述上訴人透過黃憲照交付草圖或示意圖予許明志之認定，二者並無牴觸。上訴意旨指為有事實與理由矛盾之違法，此部分核係未依卷內訴訟資料所為之指摘，尤非適法之上訴理由。

十二、刑法第213 條之公務員登載不實文書罪，係以公務員明知不實，故於其職務上所掌公文書予以登載而言，其犯罪主體為職掌製作公文書之公務員。又各機關製作函文之流程，一般係由承辦人擬稿，經由主管、相關人員核稿，送請機關首長或其授權之人決行後，發文。參與函文製作之各該公務員，如共同基於職務上登載不實之犯意聯絡，明知為不實之事項，於其職務上所掌公文書為擬稿、核稿、決行之行為分擔，均應成立刑法第213 條之罪之共同正犯。依原判決事實之認定及其理由之說明，係以上訴人就核發內容不實之96年4 月30日福鄉建字第0000000000號函（記載本件工程乃提供社區民眾增加道路使用面積，供公眾通行及排水使用設施之不實事項，下稱96年4 月30日函），如何有犯意聯絡、行為分擔，因認上訴人共同犯公務員登載不實文書罪。所為判斷於法無違。上訴意旨主張福興鄉公所96年2月2日及97年1月4日之函文，係由主任秘書施有信決行，原審未審究公文流程。又上訴人依下屬層層簽核之公文，並非明知不實而為登載。至於96年4 月30日函係依事實所為之記載，上訴人無公務員登載不實文書之犯意，指摘原判決認定有誤。惟查原判決僅認定上訴人就前揭96年4 月30日函部分，觸犯公務員登載不實文書罪，此部分或未依卷內資料或憑己見而為指摘，均非上訴第三審之適法理由。

十三、原判決已載述：如何參採證人林士傑（時任彰化縣政府工務局技士）之證詞，及林士傑簽呈內容暨彰化縣政府工務局97年1 月10日函，以林士傑至現場勘查後，無法認定本件工程之道路，是否符合供公眾通行之要件，林士傑遂以福興鄉公所96年2月2日、同年4月30日及97年1月4日等3函文內容綜合判斷，遭誤導而認本件工程鋪設道路係福興鄉公所開闢供地方居民出入之道路。因認上訴人利用不知情

彰化縣政府員工林士傑及柯銘池（係彰化縣政府地政局業務承辦人），使吳朝欽等2人之土地獲得核准不法變更地目編定為交通用地及甲種建築用地行政處分等不法利益，為間接正犯等情。業已說明認定福興鄉公所之函文與彰化縣政府核准變更地目間有因果關係，吳朝欽等2人獲有不法利益及上訴人係間接正犯，所憑之證據及理由。至彰化縣政府相關單位審查是否同意變更地目時，未能查得是否供公眾通行，及林士傑、柯銘池關於變更地目相關程序之證詞，尚不足為上訴意旨所稱二者之間，無相當因果關係之有利證明。上訴意旨以核准變更地目屬彰化縣政府之職權，原判決認係受誤導，與卷證資料已有不符。又福興鄉公所前揭函文與彰化縣政府核准變更地目間無因果關係，吳朝欽等2人因地目變更所獲得者係反射利益，並非不法利益，上訴人亦非間接正犯，指摘原判決違法。此部分或以自己之說詞或未依卷內資料所為爭執，均非適法之上訴理由。

- 十四、所謂對於被告有利之證據不予採納者，應說明其理由，係指該項證據倘予採納，能予推翻原判決所確認之事實，而得據以為有利於被告之認定者而言。如非此項有利於被告之證據，縱未於判決內說明其不足採納之理由，因本不屬於上開範圍，仍與判決理由不備之違法情形有間。原判決依憑卷內證據資料，認定上訴人明知其違法動用政府預算，利用行政職權，對於主管事務，以假公濟私方式，不法圖吳朝欽等2人免支付費用，即可取得道路水溝供使用不法利益，且該道路水溝無法供公眾使用，而圖利私人，以及上訴人如何有公務員登載不實文書等犯行甚詳。上訴意旨所引證人許明志（於調查站陳稱：「鄭金盛要求我在不違反規定下與周慶田配合」）、黃憲照、林士傑、張寶玲、顏國祥、簡枝益之部分證詞，及福興鄉公所曾3次駁回吳朝欽等2人申請指定建築線之書面資料，暨黃憲照、黃清球、施有信所為關於公文簽辦過程之部分證言，均不足以推翻原判決所確認之事實。原判決就前揭部分，雖未特別說明如何不足為上訴人有利之認定，因不影響判決本旨，核與理由不備並不相當，自不得據為提起第三審上訴之合法理由。

十五、貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪，其所謂「利益」之範圍，係指一切足使圖利對象（本人或第三人）之財產，增加經濟價值之現實財物及其他一切財產利益，不論有形或無形、消極或積極者均屬之。故公務員圖利對象所得「不法利益」，乃其可領得之工程款，於扣除成本、稅捐及其他費用後之餘額。原判決認定上訴人動支福興鄉公所預算，興辦本件工程，圖利吳朝欽等2人可免支付本件工程費用總計新臺幣119萬3,565元，為圖利對象（即吳朝欽等2人）所得之不法利益。而以此不法利益認定為吳朝欽等2人所獲得之犯罪所得，並將該犯罪所得宣告沒收，前後並無矛盾之處。闢建道路，須先有土地之存在，提供土地予政府闢建施作道路工程，顯非免付工程費用之不法利益的成本。吳朝欽等2人出資購買鄰近土地，供作道路使用，此部分並非屬承作本件工程所需支出之合法、正當成本、稅捐及其他費用。原判決未將之從其等所獲取之不法利益中扣除，與本院98年度台上字第1991號判決所揭示：為圖得不法利益而支出之相關成本及其他必要費用部分，應從行為人所獲得之「不法利益」中扣除，不能算入犯圖利罪所獲得的不法利益內之旨無違。上訴意旨執以指摘原判決未扣除其2人所支出購買土地之成本，有適用法則不當之違法，尚有誤會。至於因本件工程所受免付工程費用之不法利益，與其後應否繳納工程受益費，係屬二事，不生扣除受益費之問題（況依卷附福興鄉公所105年8月9日函所示，本件工程並無徵收受益費）。上訴意旨指摘原判決未區分不法利益與犯罪所得，亦未扣除受益費及提供土地之成本，將預算支出作為地主個人之犯罪所得等項，均非適法之上訴理由。

十六、有罪之判決書應記載犯罪事實，且得與理由合併記載，此為刑事訴訟法第308條後段所明定。本件依原判決事實之認定及其理由之說明，合併觀察，關於上訴人、周慶田等人實行犯罪之時間，已有記載。上訴意旨指稱原判決除事實欄敘及吳朝欽等2人經由周慶田於95年5、6月間持相關地籍資料向柯銘池詢問地目變更之時間外，其他犯罪時間，未一語敘及。核係未依卷內資料所為之指摘，顯非適法理由。

- 十七、一行爲觸犯數罪名者，爲想像競合犯，應從一重處斷，刑法第55條前段定有明文。所謂從一重處斷，應就所犯之數罪中，擇其所犯法條之本刑最重之一罪處罰，若所犯法條相同，而可就其構成要件之基本犯罪區別其輕重者，仍應以其基本犯罪之本刑最重者處罰，倘所犯各罪輕重相等者，始應審酌犯罪情節，擇一處斷。本件上訴人所犯對主管事務圖利、對非主管事務圖利、公務員登載不實文書、公務員假借職務上之機會故意犯竊佔等罪間，係一行爲所觸犯之想像競合犯，其中對主管事務圖利與對非主管事務圖利雖屬較重之罪，惟其本刑相同，原判決從情節較重之對主管事務圖利罪之處斷，於法並無不合。上訴意旨徒憑己見，主張對非主管事務圖利罪屬目的行爲，情節應屬較重，指摘原判決有適用法則不當之違法，要非上訴第三審之合法理由。
- 十八、行爲人於完成犯罪行爲後，爲確保或利用行爲之結果，而另爲犯罪行爲時，倘另爲之犯罪行爲係前一行爲之延續，且未加深前一行爲造成之損害或引發新的法益侵害，按之學理上所謂之「不罰之後行爲」（或稱與罰後行爲），固應僅就前一行爲予以評價而論以一罪。惟若前後之行爲已分別侵害數法益，後行爲之不法內涵並已逾越前行爲所該當犯罪不法內涵之範圍時，則另爲之後行爲顯具一般預防之必要性，而非屬不罰後行爲之範疇，自應加以處罰，否則即違反充分評價原則。原判決認定上訴人圖吳朝欽等 2 人免支付闢建道路之工程費用而獲取不法利益後，嗣又犯公務員登載不實文書及對非主管事務圖利等罪，行爲之不法內涵已逾越前行爲所該當犯罪不法內涵之範圍，並已引發新的法益侵害，難謂爲最初犯罪行爲之違法性所包攝，自非屬不罰後行爲之範疇。上訴意旨以公務員登載不實文書等罪係不罰之後行爲，爭執原判決適用法則不當，非適法之上訴理由。
- 十九、刑法第57條第10款明定「犯罪後之態度」爲量刑輕重事由之一。而刑事訴訟法基於保障被告防禦權而設之陳述自由、辯明及辯解（辯護）權，係被告依法所享有基本訴訟權利之一，法院復有闡明告知之義務。則於科刑判決時，對刑之量定，固不得就被告基於防禦權行使之陳述、辯解內

容與法院依職權認定之事實有所歧異或相反，即予負面評價，逕認其犯罪後之態度不佳，而採為量刑畸重標準之一。但被告於犯罪後有無悔悟，係屬犯後態度之範疇，倘於犯後坦承犯行，非不得據為已有悔悟之判斷，並作為犯罪後態度是否良好依據之一，事實審法院以被告有無坦承犯行列為量刑審酌事項，即無不可。原審以上訴人之責任為基礎，審酌刑法第57條所列各款情形而為量刑，並無逾越法律規定範圍或濫用權限情事，即難指為違法。至原判決載稱上訴人「犯後飾卸責任，未具悔意」等語，係就其犯罪後之態度（即是否坦承犯行等），所為之審酌，不生違背憲法所保障人民之基本訴訟權之問題。上訴意旨就此指摘，殊非適法之上訴理由。

二十、刑事被告之上訴，以受有不利益之判決，為求自己利益起見請求救濟者，始得為之。原判決就上訴人圖吳朝欽等 2 人之不法利益，不予沒收部分，對上訴人並無不利，上訴意旨指摘原判決關於該部分有判決理由不備、理由矛盾之違法。此部分與為自己利益請求救濟之旨未合，仍非上訴第三審之合法理由。

二十一、其餘上訴意旨，經核亦係就原審取捨證據與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，徒憑己意，再為事實上或枝節性之爭辯，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件關於對主管事務圖利、對非主管事務圖利及公務員登載不實文書部分，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。上開得上訴第三審部分既從程序上駁回，則與之有裁判上一罪且經第一、二審均認定有罪，不得上訴第三審之公務員假借職務上之機會故意犯竊佔罪（原判決係認上訴人犯刑法第320條第2項之罪，雖依同法第134 條前段規定加重其刑，仍屬刑事訴訟法第376條第1項第2 款之罪案件）部分，自亦無從為實體上之審判，應併從程序上駁回。

二十二、對於本案之判決提起上訴者，依刑事訴訟法第455 條之 27第1 項前段規定，其上訴效力固及於以被告違法行為存在為前提之第三人（參與人）相關沒收判決部分。但須其上訴係合法時，始有效力相及之可言。本件原判決僅上訴人提起上訴，茲上訴人之上訴既不合法，其上訴



效力自不及於原判決關於參與人即吳朝欽等2 人之沒收  
判決部分，此沒收部分不在本院審判範圍，無須記載原  
審參與人爲本判決之當事人，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 21 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 何 信 慶

法官 朱 瑞 娟

法官 楊 真 明

法官 李 英 勇

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 107 年 11 月 26 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,1860

【裁判日期】1071114

【裁判案由】違反森林法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第1860號

上訴人 馬世運

選任辯護人 戴維余律師

上訴人 張忠信

選任辯護人 梁燕妮律師

上訴人 林俊良

選任辯護人

兼

原審辯護人 呂立彥律師

上訴人 馬亞伯

選任辯護人

兼

原審辯護人 王憲勳律師

上列上訴人等因違反森林法案件，不服臺灣高等法院中華民國106年9月19日第二審判決（106年度原上訴字第33號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署104年度偵字第20311號），馬世運、張忠信提起上訴，林俊良、馬亞伯由原審辯護人代為提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於馬世運、張忠信、林俊良、馬亞伯部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審上訴人馬世運關於其事實欄貳部分，及上訴人張忠信、林俊良、馬亞伯部分之科刑判決，改判論處(1)馬世運犯如原判決附表（下稱附表）三及五所示竊取森林主產物共4罪刑，(2)張忠信犯如附表一至三所示竊取森林主產物共9罪刑，(3)林俊良犯如附表一及六所示竊取森林主產物共5罪刑，(4)馬亞伯犯如附表二至四所示竊取森林主產物共8罪刑，固非無見。

二、惟查：

(一)刑事訴訟法第95條規定之罪名告知，植基於保障被告防禦權而設，既係被告依法所享有基本訴訟權利之一，亦係國家課予法院的闡明告知及訴訟上照料之義務，縱使檢察官或被告向法院提出罪名變更之請求，皆不能免除法院告知與聽聞之義務。又所稱罪名變更者，除質的變更（罪名或起訴法條的變更）以外，自包含量的變更造成質的變更之情形（如包括的一罪或裁判上一罪變更為數罪），事實審法院於罪名變更時，若違反上開義務，所踐行之訴訟程序即屬於法有違，得否作為上訴第三審之合法理由，端視對被告防禦權之行使有無妨礙而定。基此，第一審法院就數個具體之犯罪行為論以包括的一罪（集合犯、接續犯），第二審法院審理之結果認係實質數罪，從形式上觀察，兩者適用之罪名相同，無須變更起訴法條，然實質上已從一罪名變更為數罪名，自會增加被告之罪責，究其本質仍屬罪名之變更，故第二審法院應踐行罪名再告知程序，告知被告罪數之變更已被包攝入審判範圍，並給予其辯明及辯論之機會。本件檢察官起訴上訴人等自民國103年12月間起，至104年7、8 月止，個人或結夥2人以上，分別至(1)新北市○○區○○○○區○○段00地號、(2)烏來區羅宏段79地號、(3)烏來區大桶山段17地號等國有林地，竊取森林主產物肖楠木，前後次數至少10餘次，均涉犯修正前森林法第52條第1項第4款、第6 款之竊取森林主產物罪嫌，並未主張上訴人等所犯有數罪併罰關係。第一審係以犯罪地號作為罪數之判別基準，就馬世運在(1)國有林地之4 次行竊行為，論以接續犯竊取森林主產物罪刑；張忠信在(1)國有林地之7次行竊行為、在(2)國有林地之2次行竊行為，各論以接續犯竊取森林主產物，共2罪刑；林俊良在(2)國有林地之2次行竊行為、在(3)國有林地之3次行竊行為，各論以接續犯竊取森林主產物，共2罪刑；馬亞伯在(1)國有林地之8次行竊行為，論以接續犯竊取森林主產物罪刑。上訴人等以第一審判決量刑過重及併科罰金之金額不當為由，提起第二審之上訴。第二審撤銷上開科刑之判決，改以行竊次數作為罪數之判別基準，論處馬世運犯竊取森林主產物共4 罪刑，張忠信犯竊取森林主產物共9 罪刑，林俊良犯竊取森林主產物共5罪刑，馬亞伯犯竊取森林主產物共8罪刑。卷查原審準備程序及審判筆錄均記載法官或審判長「對被告告知其犯罪

之嫌疑及所犯罪名（詳如起訴書及原審《即第一審》判決書所載）」，並未告知上訴人等關於罪數的變更，亦僅就起訴書及第一審判決書記載之事實踐行調查、辯論之程序而予終結，即撤銷第一審上開科刑判決，改判將上訴人等所犯，逕依行竊次數論以數罪，並就上訴人等所定其應執行之刑，均較第一審所處之刑或應執行刑為重，實已剝奪上訴人等所應受保障之罪名告知、辯明及辯論（護）權，使上訴人等無從調整防禦策略或改變訴訟方針，而遭受突襲性之不利裁判，於判決結果顯然有影響，依上揭說明，原判決此部分自屬違背法令。

(二)104年5月6日修正前後之森林法第52條第1項之罪，關於併科罰金部分，係以贓額之一定倍數作為量定基準，故盜伐林木之贓額（原木山價）若干，應適用嚴格證明法則予以確認，並應於審判期日依法定證據方法及程序進行調查，依憑證據認定於事實欄內，方於併科罰金倍數之酌定，有所依據。而修正刑法第38條之2第1項前段規定：「前條犯罪所得及追徵之範圍與數額，認定顯有困難時，得以估算認定之。」旨在基於訴訟經濟之考量，於事實審法院對犯罪所得沒收及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，不受嚴格證明法則之拘束，得綜合卷證資料，依自由證明法則釋明其合理估算推計之依據即已足，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念。從而，盜伐林木之贓額與沒收新制之犯罪所得固有等同或重疊之處，但兩者法規範目的不同，審查亦有前後階段之別、嚴鬆之分，前一階段之贓額認定，自不得直接援引後一階段關於沒收犯罪所得之估算方式及自由證明法則，予以蓋然性推計。是原判決徒憑上訴人等部分自白，並未說明有何補強證據可佐，逕依估算方式，推計上訴人等未經指認之盜伐林木之重量及山價，資為併科罰金倍數之酌定，顯有違反證據法則及理由不備之違誤。

三、以上，或係馬世運、張忠信、馬亞伯上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，上述違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應將原判決關於上訴人等部分撤銷，發回原審法院更為審判。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 14 日

最高法院刑事第八庭

審判長	法官	吳	燦
	法官	李	英
	法官	朱	瑞
	法官	楊	真
	法官	何	信

燦  
勇  
娟  
明  
慶

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 107 年 11 月 16 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,2850

【裁判日期】1071115

【裁判案由】違反槍砲彈藥刀械管制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第2850號

上訴人 詹力行

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年11月22日第二審判決（106年度上訴字第299號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署105年度偵字第3661、3981號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於未經許可，持有槍砲之主要組成零件；未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷（未經許可，持有槍砲之主要組成零件；未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍）部分：

一、本件原判決此部分事實認定略為：

（一）上訴人詹力行於民國100年間某日起，在臺中市某跳蚤市場，以不詳價格購買如原判決附表（下稱附表）編號1 所示屬槍枝主要組成零件之金屬槍管1支（起訴書誤載為槍機1支）及附表編號2至5所示具殺傷力之制式子彈共71顆、具殺傷力之非制式子彈共11顆而持有之。

（二）上訴人於104年12月間某日至105年2、3月間某日，在彰化縣永靖鄉○○村○○路0段000巷00號住處，接續以換裝槍管之方式（起訴書誤載為以改造槍枝工具及電鑽製造），未經許可製造如附表編號6至8所示可發射子彈具有殺傷力之改造手槍共3支。嗣於105年4月15日上午10時58分許，經警前往上址及同縣、鄉○○○段0000地號土地等處執行搜索，當場扣得如附表編號1至8所示之物。因而維持第一審論處上訴人未經許可，持有槍砲之主要組成零件（累犯，判處有期徒刑1年，併科罰金新臺幣5萬元）；未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪刑（累犯，判處有期徒刑7年，併

科罰金新臺幣15萬元)之判決，駁回上訴人此部分的第二審上訴。固非無見。

## 二、惟查：

(一)搜索，以有無搜索票為基準，可分為「有令狀搜索」（有票搜索）與「無令狀搜索」（無票搜索）；而「有令狀搜索」係「原則」，「無令狀搜索」為例外。於原則情形，搜索應用搜索票，搜索票由法官簽發，亦即以法院（官）為決定機關，目的在保護人民免受非法之搜索、扣押。惟因搜索本質上乃帶有急迫性、突襲性之處分，有時稍縱即逝，若均必待聲請搜索票之後始得行之，則時過境遷，勢難達其搜索之目的，故刑事訴訟法乃承認不用搜索票而搜索之例外情形，稱為無令狀搜索或無票搜索，依該法之規定，可分為：第130條附帶搜索、第131條第1項、第2項2種不同之緊急搜索及第131條之1之同意搜索等共4種。此種搜索，也應遵守法定程式，否則仍屬違法搜索。

上開附帶搜索之範圍，以被告或犯罪嫌疑人之身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所為限。其中所謂「立即可觸及之處所」乙語，自與同法第131條之「住宅」、「其他處所」不同；前者必須是在逮捕、拘提或羈押被告或犯罪嫌疑人所在地附近，而可立即搜索之處所，至於後者，則無此限制。如逾此立即可觸及之範圍而逕行搜索，即係違法搜索。

又上揭緊急搜索，其目的純在迅速拘捕被告、犯罪嫌疑人或發現現行犯，亦即得以逕行進入人民住宅或其他處所，搜索之對象，在於「人」，而非「物」；倘無搜索票，但卻以所謂緊急搜索方法，逕行在民宅等處所搜索「物」，同屬違法搜索。至同意搜索，必須經受搜索人「自願性」地同意，亦即該同意，必須出於受搜索人之自主性意願，非出自執行人員明示或暗示之強暴、脅迫、隱匿身分等不正方法，或因受搜索人欠缺搜索之認識所致，否則，仍非適法。又此同意權限之有無，就「身體」之搜索而言，僅該本人始有同意之權；就物件、宅第而言，則以其就該搜索標的有無管領、支配之權力為斷（如所有權人、占有或持有人、一般管理人等），故非指單純在場之無權人；其若由無同意權人擅自同意接受搜索，難謂合法，更不待言。

(二)稽諸本件搜索票，記載案由為違反毒品危害防制條例等，搜索處所為「彰化縣永靖鄉○○路0段000巷00號（按係住宅）」，應扣押物為「被搜索人涉嫌違反毒品危害防制條例之相關不法事證」（見105年度偵字第3661號偵查卷第27頁），惟關於原判決事實欄一一(一)、(二)所示（即未經許可，持有槍砲之主要組成零件；未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍）之如附表編號1 及編號3至6部分之金屬槍管、子彈、改造手槍等，均係在彰化縣永靖鄉「○○○段0000地號土地」查獲（見附表備註記載，按係屋外園地）。該後部分之搜索，縱如原判決所認定係屬附帶搜索，然警方另行前往搜索票所未記載之上開屋外園地搜索，是否符合法律所許附帶搜索，限於被搜索人身體所在而「立即可觸及之處所」？非無疑義（按依此搜索、扣押筆錄所載，上訴人似「未到場」；見同上卷第32頁）。上開搜索過程，倘不合法（包含未經有同意權人之同意情形），則其違法搜索（按依上揭搜索、扣押筆錄記載，係案外人劉永信簽名、接受執行）所得之金屬槍管、子彈、改造手槍等，有無證據能力？自應依比例原則及法益權衡原則，予以客觀判斷之。乃原判決理由逕以「有搜索票之附帶搜索，在實務上事所常有，且為查緝犯罪所必要，在不違反被告權益之情形下，『自難認為違法』」。本院權衡被告人權及發現真實、維護社會治安之輕重，認為本件搜索係屬合法」等簡短數語，即認定搜索有證據能力，尚屬理由不備。且既認合法，卻又適用刑事訴訟法第158條之4規定，亦見理由矛盾。

(三)審理事實之法院，對於被告有利及不利的證據，均應一併加以注意，並綜合全部證據資料，本於經驗及論理法則定其取捨而為判斷，並應詳述其全部證據取捨判斷的理由，否則即有判決理由不備之違法。

卷查證人即負責搜索之警員黃俊璋於原審證稱：「（被告自殘之後，你在安撫他時，那時也不知道他持有槍械？）那時候還沒搜到，還不知道」、「在被告住處搜索過程中，我問被告，園子那邊還有東西嗎？被告就說那邊還有東西…」、「（A1〈係秘密證人〉有沒有指訴園子裡面藏什麼東西？）沒有，他只說那裡可能有東西，他沒有說是什麼東西」等語（見原審卷一第174頁背面、175頁反面）。上開證人證言倘



若屬實，則就警員另在搜索票所未記載之搜索處所即上揭屋外園地內，所查獲之如附表編號1 及編號3至6之金屬槍管、子彈、改造手槍等物，是否係因上訴人之供述而查獲？尚待釐清。原判決既認事實欄一一(一)、(二)所示部分，係上訴人另行起意而為，為數罪併罰關係，則證人黃俊璋上開有利於上訴人之證言，事關該部分上訴人是否成立自首，原審未予審酌，並說明取捨之理由，亦有理由不備之處。

三、以上，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決關於未經許可，持有槍砲之主要組成零件；未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍部分，均具有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（未經許可，寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造手槍）部分：

一、查第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後10日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項、第395 條後段規定甚明。

二、本件上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，關於未經許可寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造手槍〈即原判決事實欄一一(三)〉部分，不服原審判決，於106年12月8日提起上訴，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，其上訴自非合法，應予駁回。

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

中 華 民 國 107 年 11 月 15 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 李 欽 任

法官 王 國 棟

法官 許 錦 印

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 20 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3701

【裁判日期】1071108

【裁判案由】違反證券交易法等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3701號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官楊四猛

被告 施啓彬  
吳祝春  
洪士鑫  
莊明男

上一人

選任辯護人 楊曉邦律師  
陳威智律師

被告 陳敏如  
邱垂華  
周烱峰  
郭敏映  
張仕豈  
張輔文  
張信雄  
葉一璋  
王贊富  
周余珊

上一人

選任辯護人 徐秀鳳律師

被告 冷必成  
孫典娜  
李皓民

上一人

選任辯護人 陳峰富律師  
黃博駿律師

被告 陳智群  
黃智遠  
謝淑慧

## 李仁傑

上列上訴人因被告等違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107 年5 月8 日第二審判決（105 年度金上重訴字第24號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署99年度偵字第10657 、10893 、15099 、11200 、11387 、13851 號，100 年度偵字第2745號；追加起訴案號：99年度偵字第11620 號、100 年度偵字第7719、8127、9847號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決除許德南無罪部分外均撤銷，發回臺灣高等法院。

### 理 由

本件原判決認定被告施啓彬、吳祝春、洪士鑫、莊明男、陳敏如、邱垂華、周烱峰、郭敏映、張仕豈、張輔文、張信雄、葉一璋、王贊富、周余珊、冷必成、孫典娜、李皓民、陳智群、黃智遠、謝淑慧、李仁傑有其事實欄所載之背信、行使業務登載不實文書或詐欺取財犯行，因而撤銷第一審關於施啓彬、吳祝春、洪士鑫、莊明男、陳敏如、邱垂華、周烱峰、郭敏映、張仕豈、張輔文、張信雄、葉一璋、王贊富、周余珊、冷必成、孫典娜、李皓民、陳智群、黃智遠、謝淑慧部分之科刑判決，改判如原判決主文欄第2 至21項所示之罪刑，部分被告並諭知相關沒收、易科罰金之折算標準、緩刑（或附條件緩刑）；另維持第一審關於論李仁傑犯如第一審判決主文欄第4 項所示之罪刑，並諭知易科罰金折算標準，及為附條件緩刑宣告之判決，駁回檢察官關於此部分之第二審上訴。固非無見。

惟查：（一）、民國101 年1 月4日修正施行前證券交易法第171條第1 項第3 款原規定：已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行爲或侵占公司資產，處3 年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣（下同）1 千萬元以上2 億元以下罰金。因上揭處罰規定，未如同條項第2 款須以致公司遭受重大損害為要件。該次修正以已依證券交易法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，凡有違背職務或侵占公司資產之行爲，不論背信、侵占之情節如何輕微，一律以證券交易法第171 條第1 項之重刑相繩，尚有未妥，爰參考德、日立法例及我國洗錢防制法第3 條第2 項規定，於證券交易法第171 條第1 項第3 款增訂「致公司遭受損害達5 百萬元」之要件，以符合處罰衡平性及背信罪本質為實害結果之意涵

。另增訂同條第3 項「有第1 項第3 款之行爲，致公司遭受損害未達5 百萬元者，依刑法第336 條及第342 條規定處罰。」並自101 年1 月4 日公布施行。又因證券交易法第171 條第3 項條文本本身並無刑罰之規定，屬「借刑立法」之例，故於適用時，仍屬違反證券交易法第171 條第3 項之特別背信罪，僅於量刑時係依刑法第342 條規定之刑處斷。換言之，倘背信行爲未致公司遭受損害達5 百萬元者，係成立證券交易法第171 條第3 項之罪，應依刑法第342 條第1 項背信罪規定之刑處罰。反之，若背信行爲致公司遭受損害達5 百萬元以上者，則成立證券交易法第171 條第1 項第3 款之特別背信罪。又證券交易法第171 條第2 項同時將「犯罪所得」之高低作爲財產利益損害外之另一衡量法益侵害程度之判斷指標，故倘因犯罪獲取之財物或財產上利益金額達 1 億元以上者，則成立該條第2 項規定之加重特別背信罪。再背信罪其既遂、未遂之區別，以本人之財產或其他利益已否受損爲準，因證券交易法第171 條關於特別背信罪並無處罰未遂犯之規定，故若背信行爲未致公司遭受損害，既無行爲之結果，則應回歸適用刑法第342 條第2 項普通背信罪之未遂犯處斷。由此觀之，無論成立何種背信罪，本質上均屬實害結果犯，是事實審法院於具體案件適用證券交易法第171 條第1 項第3 款罪名或與上開罪名有關之同條第2 項或第3 項規定處斷時，自應調查並認定被告之行爲致公司遭受損害是否達5 百萬元，方足資爲適用上述法律論斷其所犯罪名之依據。縱公司遭受損害金額確有難以估算之情形，亦非不得依「事實存疑有利被告」之解釋原則，爲有利於被告之認定。故除有不符合「已依本法發行有價證券公司」規定或前述未致公司遭受損害之情形外，自不能以所造成公司之損害無法量化而置證券交易法第171 條各項特別規定不論，而逕回歸適用刑法第342 條之普通背信罪處斷（按被告施啓彬等人之行爲雖均於101 年1 月4 日證券交易法前揭規定修正前，惟倘其等成立犯罪，因新法有上開171 條第3 項之特別規定，原判決比較新舊法結果，以新法較有利於被告施啓彬等人，故均以新法規定爲論述，以下同）。本件原判決以被告施啓彬等人之背信行爲，影響台証綜合證券股份有限公司（下稱台証證券）、永豐金證券股份有限公司（下稱永豐證券）、通嘉科技股份有限公司（下稱通嘉公司）受有商譽上之損害，而此等商譽上之損害將會造成公司未來業務量之減損，因此財產上之損害無法計算具體數額，認不宜

擴張解釋特別法即證券交易法第171 條之構成要件，應回歸適用刑法論處等語（見原判決理由甲、玖及拾）。其依據無非係認被告施啓彬等人所為，致台証證券關於通嘉公司IPO（即 Initial Public Offering 之簡稱）股票因其配售額減少100 張，影響台証證券可將此100 張額度之股票配售予對公司有正面助益或潛在影響力之人，而減少此等重要客戶在未來增加台証公司之下單量，對業務亦造成負面影響，惟此等未來業務量之降低乃一種期待的利益，實際上難以評估（見原判決第87頁第25行以下至第88頁第16行），暨第一審曾就通嘉公司是否因本案受有損害乙節，委託臺北市會計師公會鑑定，經臺北市會計師公會推薦智富會計師事務所會計師林素菁鑑定結論略稱：通嘉公司異於大盤的走勢明顯異常，故可推論應受此案件金管會裁處之影響，股價下跌對通嘉營運及形象一定深具影響且必受有損失，但無法對此損失量化；及鑑定人林素菁於第一審時證稱：「（鑑定報告中所載『受有損失但無法損失量化』，其意思為何？是否為無法正確計算其確切損害金額？）是。」等語（見原判決第89頁第7 行以下至第90頁倒數第3 行），然若台証證券關於通嘉公司IPO 股票因被告施啓彬等人之行為致配售額減少100 張，此結果何以不能資為計算台証公司之損失？又鑑定人林素菁於第一審時亦同時證稱：「（雖然無法量化，關於通嘉公司部分，有無辦法確定其最小損失金額為多少？）若要得知其真正影響損失之金額，可能必須查核通嘉公司該段期間相關業務的變動，例如訂單是否短少，價格有無被砍價，供應商這端進貨價格有無被哄抬，營運上的真正損失必須深入查核才能量化。（妳有無針對此深入調查？）沒有，因為我無接受此部分委託。」等語（見原判決第90頁倒數第3 行以下至第91頁第4 行），似亦非不得計算通嘉公司之損失。此攸關被告施啓彬等人究竟有無成立證券交易法第171 條第1 項第3 款、第2 、3 項之罪，暨依其等行為時洗錢防制法第11條第2 項掩飾因他人重大犯罪所得財物或財產上利益之罪相繩之判斷。乃原判決並未明白剖析及認定被告等人行為致上開公司遭受損害之金額究竟若干，遽排除前揭特別背信罪或洗錢罪規定之適用，逕依刑法相關規定論處，難謂無調查未盡與理由欠備之違誤。(二)、證券交易法第171 條第4 、5 、7 項分別規定：犯前3 項之罪，於犯罪後自首，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕或免除其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。犯第1 項至第3 項之罪，

在偵查中自白，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，減輕其刑至2 分之1 。犯第1 項至第 3 項之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第38條之1 第2 項所列情形取得者，除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外，沒收之。旨在鼓勵犯罪行為人或被告於犯罪後自首或在偵查中自白，如有不法所得者，並自動繳交全部所得財物，且供出其他正犯或共犯，以利偵查、審判，俾得減輕或免除其刑；並配合刑法沒收新制酌為修正。上開沒收或發還被害人等與減輕或免除其刑規定之規範目的有別，自應一併適用，不可混淆。是縱被告之行為致公司遭受損害未達 5 百萬元，而成立同條第3 項之罪，仍有上開條第4 、5 、7 項減、免其刑或特別沒收規定之適用。倘被告犯上述特別背信罪並自動繳交全部所得財物者，其已自動繳交之全部所得財物，如未發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人者，仍應諭知沒收，俾於判決確定後，由檢察官依刑事訴訟法第470 條第1 項前段規定，據以指揮執行。又縱被告僅成立刑法第342 條第1 項之普通背信罪或其他罪名，若其等顧慮可能涉犯證券交易法第171 條第 1 項第3 款、第2 、3 項之罪，為求減輕其刑之寬典，而於偵查或審判中自動繳交全部所得財物者，然若未實際發還被害人者，亦應依刑法第38條之1 以下之沒收新制規定處理，始符合澈底剝奪犯罪所得之立法目的。本件被告吳祝春、莊明男、陳敏如、邱垂華、周烱峰、郭敏映、張仕豈、張輔文、葉一璋、王贊富、冷必成、孫典娜、陳智群、黃智遠、謝淑慧、李仁傑、李皓民等17人因本件犯罪所得財物，原判決雖認其等已於偵查或審理時繳回（見原判決第12頁第4 至5 行、第14頁第20至21行、第15頁第15至16行、第16頁第9 、25至26行、第17頁第9 至10行、第21頁11至12行、第22頁第14至15行、第24頁第22行、第27頁第24行、第29頁第2 至3 行、第66頁第16至21行），然竟以犯罪所得既經繳回故不予宣告沒收（見原判決第115 頁8 至12行），難認無判決適用法則不當之違法。綜上，檢察官上訴意旨執為指摘，尚非全無理由，應認原判決除同案被告許德南無罪部分外，均有撤銷發回更審之原因。至原判決理由甲、拾肆被告施啓彬不另為無罪諭知部分，因公訴人認與上開部分有實質上一罪關係，基於審判不可分原則，一併發回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第401 條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 8 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 14 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3712

【裁判日期】1071115

【裁判案由】偽造文書等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3712號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官 盧筱筠

上訴人

即被告 杜淑婉

選任辯護人 林永頌律師

白禮維律師

上列上訴人因被告偽造文書等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年1月23日第二審判決（104 年度上訴字第2715號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署103年度偵字第657號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、原判決撤銷第一審科刑判決，改判依想像競合犯之規定（即一行爲觸犯行使偽造私文書罪、詐欺取財罪），從一重論處被告杜淑婉行使偽造私文書4罪刑。固非無見。

二、惟查：

（一）刑法上所稱之接續犯，係指行爲人之數行爲，於同一時、地或密切接近之時、地實行，侵害同一之法益，因各行爲之獨立性極爲薄弱，依一般社會健全觀念，認爲在時間差距上實難以強行分開，而以視爲數個舉動之接續施行，合爲包括之一行爲予以刑法評價，較爲合理之情形。反之，如數行爲之時間差距，既清楚可分，且各行爲之獨立性亦強，即非可認爲接續犯，而應以數罪併罰論擬之，不可不辨。

（二）原判決事實欄一—（三）（即原判決附表三、四）部分，雖認定被告7次行使偽造私文書及詐欺取財犯行，均係利用同一機會，在密切接近之時、地實施，並侵害同一法益，各行爲之獨立性極爲薄弱，依一般社會健全概念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視爲數個舉動之接續施行，合爲包括之一行爲予以評價，較爲合理，均爲接續犯，各僅



論以一罪。但依原判決事實欄之記載，被告係分別於民國100年2月9日、10日、14日，分3次前往臺北市○○區○○路0段00號3樓之1之華南永昌證券投資信託股份有限公司（下稱華南永昌證券公司），冒用李啓東名義，在3張屬於私文書之基金交易申請書內，各填寫買回價金匯入帳戶等資料，並盜用李啓東印章而蓋用印文共5枚，偽造完成用以表彰李啓東同意買回基金之私文書，再交予不知情之經辦人員以行使，而將買回基金款項全數匯入李啓東元大商業銀行股份有限公司承德分行（下稱元大銀行承德分行）帳戶內。再分別於同年月10日、11日、15日（即上開偽造基金交易申請書之翌日），持李啓東元大銀行承德分行之存摺及印章，前往臺北市○○區○○路0段000號該銀行，冒用李啓東名義，在4張屬於私文書之取款憑條上填寫帳號、取款金額及日期等項目，並盜用李啓東印章，在該取款憑條上蓋用印文共計6枚，偽造完成用以表彰李啓東同意自該帳戶提款之私文書，再交予不知情之行員以行使，使該承辦行員開立如附表四各編號所示之臺灣銀行支票4張交予被告收執等情。若所認無訛，則被告先分開3日，在華南永昌證券公司，偽造基金交易申請書；再於偽造該申請書之翌日，分3日前往元大銀行承德分行，分別偽造性質不相同之銀行取款憑條私文書，其犯罪地點或公司行號亦有不同，其每次行使偽造文書時，既皆足以生損害於相關被害人，則各次犯罪行為即已完成，能否謂被告多次行使偽造文書之行為，在時間差距上，悉不能分開？被告是否基於複數行使偽造私文書之犯意而為？即存有疑問。上開情形攸關被告所為，在刑法評價上，是否各具獨立性？如何評價為包括一罪之認定？乃原判決未就被告上開具體犯罪情節，詳予究明剖析，逕謂被告7次行使偽造私文書及詐欺取財犯行，均係利用同一機會，在密切接近之時、地實施，並侵害同一法益，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，均為接續犯，僅論以一罪，尚有可議之處。

(三)按債權人受領遲延，或不能確知孰為債權人而難為給付者，清償人得將其給付物，為債權人提存之，民法第326條定有明文。又提存法第22條明定：「非依債務本旨或向無受領權人所為之清償提存，其債之關係不消滅。」

本件被告係負擔侵權行為損害賠償之債，於和解成立前，無

從認定債權額，而得以提存清償之。且本件既非被害人受領遲延，或不知孰為債權人之得為提存情形，則被告縱為提存，是否係依據債務本旨所為清償提存，而發生清償之效力？已有疑義。況依卷附提存書（見原審卷一第120 頁）記載，本案提存物，尚需待全體繼承人協議分割完成或分割遺產判決確定後，始得共同領取。而提存物受取權人，尚包括被告本人，依提存法施行細則第31條規定，本案被害人若欲領取提存物，仍須被告同意簽名蓋章，被告若不同意，被害人猶無從領取提存物；是本案是否合乎刑法第38條之1第5項所規定「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」之要件？亦有疑問。原判決認被告已將犯罪所得發還被害人，而不予宣告沒收，不無研求餘地。

三、檢察官上訴意旨執以指摘原判決不當，非無理由，而上述違背法令情形，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於被告行使偽造私文書部分有撤銷發回更審的原因。至原判決關於被告被訴詐欺取財部分，雖屬刑事訴訟法第376 第1項第4款所定不得上訴第三審之罪，但因公訴人認與被告上開經發回之偽造私文書部分，有想像競合犯之裁判上一罪關係，基於審判不可分之原則，應一併發回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第401 條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 15 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官	洪	昌	宏
法官	吳	信	銘
法官	李	欽	任
法官	王	國	棟
法官	許	錦	印

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 20 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3921

【裁判日期】1071129

【裁判案由】偽證等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3921號

上訴人 呂聖富

選任辯護人 陳德義律師

上列上訴人因偽證等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年1月25日第二審判決（105年度上訴字第280號；起訴案號：臺灣桃園地方檢察署101年度調偵字第1451、1452號、102年度偵字第6825號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於事實欄一—(六)誣告、偽證部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷發回（即原判決事實欄一—(六)部分）部分：

一、原判決認定上訴人呂聖富有其事實欄一—(六)所載誣告、偽證之犯行，因而維持第一審關於此部分依想像競合犯之例，從一重論處上訴人以誣告罪刑之判決，駁回上訴人此部分在第二審的上訴。固非無見。

二、惟查：

科刑之判決書，對於犯罪事實必須詳加認定，而後於理由內敘明其認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，方足以論罪科刑。其中，所載事實、理由與所宣告之主文，尤必互相一致；若有矛盾，即非適法。

細繹第一審判決事實欄一—(六)所認定之事實，僅載敘：「呂聖富…因與林秋祥間之合作關係生變，竟意圖使林秋祥及陳淑華受刑事處分而基於誣告之犯意，接續…提出刑事補充告訴理由…接受檢察官訊問時以言詞陳述之方式…指訴…林秋祥及陳淑華…構成背信犯嫌；又…接受檢察官訊問時，基於偽證之犯意，…接續證稱…」之旨（見第一審判決第4頁倒數第9行至第5頁第21行），似未有其他共犯參與此部分犯罪之記載，嗣於其理由欄甲—貳—二—(五)為論罪、科刑之說

明時，亦無就此如何與其他共犯，有犯意聯絡、行為分擔之相關論述。然第一審判決關於此部分之主文，卻載為「呂聖富『共同』犯誣告罪，處…」，顯然有判決主文與事實、理由，不相一致的情形存在，已非適法。原審未予糾正，猶於其判決內為相同的事實記載、理由論述，逕予維持，駁回上訴人此部分之上訴，自難謂當。

此部分上訴意旨所為指摘，既非全無理由，應認原判決關於此部分，具有撤銷的原因。復為維持當事人審級利益之必要，應將該部分發回原審。

貳、上訴駁回（即原判決事實欄一一(一)、(五)部分）部分：

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

二、上訴人上訴意旨略謂：

(一)上訴人前經衛生福利部桃園療養院（下稱桃園療養院）於民國106年5月2日實施精神鑑定，其鑑定結果認為「上訴人因血管型失智症，致不能為意思表示或受意思表示，或不能辨識其意思表示之效果」、「目前認知功能呈現明顯的退化，整體適應行為表現不佳」，應已達於心神喪失之程度。原審竟然無視，又不說明其不採的理由，猶以在此之前，長庚醫療財團法人桃園長庚紀念醫院（下稱桃園長庚醫院）的病情說明復函、社團法人桃園市社會工作師公會（下稱桃園市社工師公會）訪視報告，以及原審在同年2月15日審理時所見，偏採臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）民事庭105年度監宣字第870號裁定之結論，逕認上訴人未達心神喪失之程度，不停止審判，其採證顯然違背證據法則及經驗法則，並有判決理由欠備、判決不適用法則及適用不當的違誤。

(二)退一步言，上訴人已經宣告為「受輔助宣告之人」，則依民法第15條之2第1項第3款規定，其為訴訟行為時，應經輔助人「同意」。然而，上訴人之輔助人即配偶陳惠珊，並未同意上訴人為本件訴訟行為，且具狀表明因病無法出庭，可

見上訴人未於107 年1 月17日審理期日到庭，當認具有正當理由。原審不察，竟不待上訴人到庭陳述，逕行一造辯論終結，自有判決適用法則不當的違失。

(三)稅捐稽徵法第41條之逃漏稅捐罪，係結果犯，未上市公司之股票，如該公司擅自停業或他遷不明，已確實無財產價值，可核實認定其資產淨值，業經財政部函釋有案。本件騏正光電企業股份有限公司（下稱騏正公司）之財產，已經民事強制執行，拍定後，尚不足清償債權人金錢債權，其淨值即屬負數，根本無贈與稅可言，當然不生逃漏稅捐之問題。原審不察，猶援引稅捐機關錯誤的核課資料，為上訴人此部分有罪的認定，亦有判決適用法則不當的違失。

(四)事實上，上訴人對於所謂共犯林秋祥、陳淑華等人辦理騏正公司股票贈與、虛偽填製會計憑證等行為，均不知情，原審僅憑證人吳佩玲、劉漢章所為「呂聖富應該都知情」、「我感覺呂聖富要將股票過戶給陳淑華」等個人臆測之詞，也未說明上訴人如何與林秋祥、陳淑華共同謀議，及上訴人為騏正公司負責人的依據，遽逕為上訴人有此部分犯罪的判斷，顯然違反採證法則，並判決理由欠備。

(五)再者，原判決既認定上訴人共同犯逃漏稅捐、行使業務上登載不實文書、填製不實會計憑證、誣告等罪，卻漏未於結論欄內引用相關法條，致科刑失所依據，顯然違法。尤以，原判決認定上訴人與共犯林秋祥、陳淑華（此2 人所犯，均經判處罪刑確定）所為原判決事實欄一一(一)至(四)犯行之目的，係在謀取上訴人的最大利益，則所犯使公務員登載不實、行使業務上登載不實文書罪，當係基於同一目的、接續為之，應論以一罪；而所犯原判決事實欄一一(一)逃漏稅捐部分，又與使公務員登載不實罪具有想像競合犯之關係，祇能從一重之逃漏稅捐罪處斷，則上訴人本案所犯使公務員登載不實、行使業務上登載不實文書罪，依上訴不可分原則，當均可上訴至第三審。原審竟均以數罪併罰論處，復裁定駁回上訴人關於使公務員登載不實、行使業務上登載不實文書罪部分之第三審上訴，自非適法云云。

三、惟查：

(一)按被告心神喪失者，應於其回復以前停止審判，刑事訴訟法第294 條第1 項定有明文。而被告是否達到心神喪失之生理

程度，事涉醫療專業，固應囑託具有特別知識經驗之醫學專家為鑑定，惟是否存在此項生理程度，仍應由事實審法院審酌卷內相關證據資料調查結果，本於職權加以判斷。是醫學專家對被告是否達到心神喪失程度進行鑑定之結果，僅屬事實審法院綜合判斷時，應予審酌之重要證據資料，非謂鑑定結果得以全然取代事實審法院之判斷。從而，事實審法院綜合被告於審判期間所呈現之一切情狀，據以合理判斷究竟被告實際上有無符合上開應予停止審判之情形，並非法所不許。原判決業於其理由欄壹一二內，以長達3 頁之篇幅，詳細說明，上訴人何以尚未達到心神喪失的程度，而無停止審判適用的理由，指出：

- 1.上訴人之配偶陳惠珊，向桃園地院民事庭聲請上訴人應受監護宣告，經該院認上訴人雖因精神障礙或其他心智缺陷，致其為意思表示之能力顯較通常人為低，已達處理自己事務之能力顯然不足之情形，但尚未達到完全不能為意思表示，或受意思表示，及不能辨識其意思表示效果之程度，並未達受監護宣告之必要，爰僅依法宣告上訴人為「受輔助宣告之人」。
- 2.原審於依職權函詢上訴人長期就診之桃園長庚醫院關於上訴人之病情，據該院覆稱：「依病歷所載，病患呂君105年9月12日最近乙次，於本院住院之診斷，為左側肢體無力，經住院接受復健治療後，於同年10月4日出院，就其最新病情研判，其仍遺存左側肢體偏離、無法站立與行走，需以輪椅代步，吞嚥困難、使用鼻胃管進食之情形，臨床評估（結果），病患呂君雖反應較慢，（但）仍可以理解簡單語言，有時（亦）可做簡單之問答，對於複雜之語句理解較有障礙，陳述表達上亦有部分障礙。」。
- 3.稽諸桃園市社工師公會的調查訪視報告，載為：「實訪所見，相對人（指上訴人）乘坐在輪椅上，意識清醒、氣色佳，情緒平穩…相對人有言語表現，但說話稍嫌含糊，可正確說出個人姓名、出生年月日、身分證字號、看護身分、復健時間及地點與正確分辨左右，可說出住所地址為『○○路○段000 巷00號8 樓』，但未說出行政區域，經訪員提醒數次後，相對人才恍然大悟的說出完整之地址，另相對人可說出配偶與兒子姓名…」。

- 4.上訴人於原審106 年2 月15日審理時，對於審判長就年籍資料之詢問，均能理解並即時回應、正確陳述，且陳述稱：「我都聽得懂，並知道陳惠珊爲我太太。」等語。
- 5.上訴人之選任辯護人前曾爲停止審判之聲請，經原審駁回後，提起抗告，經本院以107 年度台抗字第1 號駁回其抗告確定。綜合上述，足認上訴人理解力及陳述能力無礙，並非無法就審判活動爲正確知覺、理會或判斷，前開桃園長庚醫院及桃園療養院依醫學專業，就上訴人之「爲意思表示、受意思表示及辨識其意思表示效果之能力」所爲之判斷，係僅達「顯有不足」，卻尚未達「完全喪失」程度，乃認應予繼續審判。

以上，經核於法並無不合。此部分上訴意旨，置原判決已明白論述之事項於不顧，純憑己意，猶執陳詞，重行爭執，難謂適法。

(二)刑事訴訟程序之目的，在於依法確定刑罰權存在與否及其範圍。而訴訟行爲，係指構成訴訟之行爲，並藉以產生某種訴訟法上效果之行爲，具體以言，依行爲者之屬性，可分爲法官的訴訟行爲、當事人的訴訟行爲（例如：聲請、主張、立證、詢問、詰問、陳述等）、其他訴訟關係人的訴訟行爲。至關於自然人的訴訟能力，則係植基於實體法上之行爲能力，以有完全意思能力爲前提，始能獨立以法律行爲行使權利、負擔義務，倘因精神障礙或其他心智缺陷，致其意思表示或受意思表示，或辨識其意思表示效果之能力，顯有不足，已經法院宣告爲受輔助宣告之人，則其爲訴訟行爲時，應經輔助人「同意」，否則無效（或有學者謂效力未定，即可事後同意〈追認〉，溯及行爲時發生效力），此觀諸民法第15條之1 第1 項、第15條之2 第1 項第3 款、第2 項、第78條、民事訴訟法第50條之規定自明，而此所稱「訴訟行爲」依其文義言，當然包括民事、刑事及行政程序法上之訴訟行爲。然有原則，必有例外，97年5 月民法創設輔助宣告制度後，翌（98）年7 月8 日民事訴訟法即增訂第45條之1，其第2 項明定「受輔助宣告之人就他造之起訴或上訴爲訴訟行爲時，無須輔助人同意。」其立法理由四，即謂「爲保障他造訴訟權利，參照日本民事訴訟法第32條第1 項規定，受輔助宣告之人被訴或被上訴而爲訴訟行爲時，不須輔助人同意，

爰設本條第2 項規定，至受輔助宣告之人就他造所為相當於起訴、上訴之聲請、抗告而為訴訟行為時，亦不須經輔助人同意，自為當然之理。」之旨，即謂受輔助宣告之人為被告或被上訴人，而被動地為訴訟行為時，無須經輔助人同意，也就是說在此限度內，對受輔助宣告之人之保障，當有所退縮；而此於刑事訴訟程序的實踐上，被告於審理期間，受輔助之宣告，因未達心神喪失之程度，自無依刑事訴訟法第294 條第1 項停止審判之餘地，乃係透過刑事訴訟法第31條強制辯護、同法第35條輔佐人制度之設計，保障其訴訟防禦權，職是，本諸前揭相同法理，受輔助宣告之人，自仍應以被告身分繼續接受審判、到場參與法庭活動，而其間所為訴訟行為，則無須經輔助人同意，以利訴訟程序之進行；至於其他諸如再審之聲請、撤回上訴、撤回抗告等訴訟（法律）行為，關涉另訴訟程序之啓閉，當回歸原則，須經輔助人之同意，始生效力，以符法制。

又審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第47條定有明文。而被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決，同法第371 條亦有明定。

卷查：原審為最後一次107 年1 月17日審判期日訂定前，上訴人曾在第1 次審判期日到庭，但此後歷次期日，經合法通知，均未到庭，而該最後一次審判期日的傳票，已於同年月11日即合法送達予上訴人及其輔助人，此有原審歷次審判筆錄、送達證書在卷足稽。嗣上訴人之輔助人陳惠珊及其選任辯護人，於該審判期日均遵期到庭，原審乃於書記官朗讀案由後，開始該審理期日，其間，審判長即先詢問到場之辯護人、輔助人意見，並當庭告以上訴人之身體狀況不符合法定停止審判要件之旨，且未為准假之諭知，審判長隨即命上訴人之辯護人在場進行後續的審理程序，並以上訴人既經合法傳喚，卻無正當理由不到庭，乃不待上訴人陳述，由其辯護人在場進行辯論、陳述後，逕行判決，亦有該審判筆錄在卷可稽。經核其所踐行之訴訟程序，於法尚無不合，上訴人之訴訟防禦權，已獲充分保障，要無違法的情形存在。

揆諸前旨，上揭上訴意旨(二)，所為輔助人未同意上訴人為訴訟行為，以為上訴人「有正當理由」不到庭之主張，即與法律規定之本旨不合，徒憑己意，自作主張，妄指違法，難認



為合法的上訴第三審理由。

(三)第三審法院應以第二審判決所確認的事實為判決基礎，以判斷其適用法律之當否。又證據的取捨、證明力的判斷及事實的認定，均屬事實審法院的自由裁量、判斷職權；如其此項裁量、判斷，並不違反客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第155 條第1 項規定甚明；既已於判決內論敘其何以作此合理、客觀判斷的心證理由者，即不得單憑當事人之主觀，任意指摘為違誤，而據為其提起第三審上訴的合法理由。

再者，犯罪態樣究竟屬於集合犯、接續犯的部分作為，或單純可以獨立成罪的情形；抑或係基於一個意思決定，一個實行行為，發生侵害數個法益的結果，而屬想像競合犯的一行為；或出於各別犯意，而為先後可分、各具獨立性、侵害不同法益，應數罪併罰的數行為等各情，都屬事實審法院採證認事職權的行使，倘不違背客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指。

1.關於原判決事實欄一—(一)（即逃漏稅捐）部分：

原判決此部分主要係依憑上訴人於第一審審理中，不否認其為騏正公司負責人，因公司經營不善，聘請林秋祥、陳淑華分別擔任顧問、特別助理，並坦言：有請公司人事人員鄒惠如將公司大、小章交給陳淑華、林秋祥使用，且交代公司的會計主管劉漢章，指導陳淑華辦理股票過戶事宜的部分自白；證人即共犯林秋祥、陳淑華迭於偵查、歷審審理中，證實上情，復一致供證：上訴人知道股票過戶之事；林秋祥另詳言：我受上訴人之邀，擔任騏正公司的顧問，上訴人答應將其所持有之騏正公司股票의 3 成給我，作為報酬，而我則向陳淑華表示，我會再將所領得的股票，其中的三分之一給她，當作酬勞，後來上訴人有提供密碼、鑰匙給陳淑華，讓她從公司保險箱內取出實體股票，去辦理過戶；陳淑華更直言：我擔任上訴人的特別助理，負責幫忙處理騏正公司的事務，上訴人確實有叫我將股票過戶給林秋祥，在確認要移轉的股票張數後，上訴人還叫我直接到騏正公司大溪工廠的保險櫃內拿取，並給我保險櫃的密碼、鑰匙及印章，我就請公司出納吳佩玲陪我一起去拿，然後辦理股票過戶移轉；證人即騏正公司出納吳佩

玲於偵查、第一審審理中，證實確有陪同陳淑華前往該公司大溪工廠，自保險櫃內取出系爭股票之事；另證人即騏正公司的會計主管劉漢章於偵查中，亦供證稱：上訴人確有交代我指導陳淑華辦理公司股票過戶，而且保險櫃鑰匙、密碼只有上訴人的姐姐才有各等語之證言，衡諸系爭股票既經上訴人深鎖在公司保險櫃內，陳淑華若非經得上訴人之同意、授權，取得鑰匙、密碼，如何取出？可見林秋祥、陳淑華所言非虛，可堪採信；顯示系爭股票係以「買賣」方式，辦理過戶的股票過戶簡表、證券轉讓過戶申請書、證券交易稅一般代繳稅額繳款書；證券交易所得查詢清單；顯示財政部北區國稅局大溪稽徵所，以騏正公司已停業，而根據其資產負債表之每股淨值，核課逃漏贈與稅的書函等各項證據資料，乃認定上訴人確有如原判決事實欄一—(一)所載犯行，因而撤銷第一審關於此部分不當之科刑判決，改判仍依想像競合犯之例，從一重論上訴人以納稅義務人與非納稅義務人共同犯逃漏稅捐罪（另想像競合犯使公務登載不實罪，詳如後述），宣處有期徒刑5月，並為易刑標準之諭知。

原判決復以上訴人僅承認上揭部分自白，而矢口否認有共同犯逃漏稅捐罪，所為無將系爭股票給林秋祥等人之意思，也未出售系爭股票云云之辯解，如何係飾卸之詞，不足採信，除據卷內訴訟資料詳加指駁及說明外，並指出：上訴人係商業負責人，有相當知識能力，既以無償移轉系爭股票，充作林秋祥擔任顧問之報酬，當知此屬「贈與」，非「買賣」，應繳贈與稅，且為贈與稅的納稅義務人，受贈人林秋祥等人佯以「買賣」辦理系爭股票移轉，圖謀逃漏稅捐，意使上訴人受益，而與上訴人有犯意聯絡，上訴人自應就此負共同正犯之罪責。

2. 關於原判決事實欄一—(五)（即填製不實會計憑證）部分：原判決此部分主要係依憑共犯林秋祥、陳淑華迭於偵查、第一審審理中，供承確有填製不實會計憑證，替騏正公司作假交易的認罪自白；林秋祥於偵查、第一審及原審審理時，並直言：因騏正公司於96年、97年間，募集數億元，若公司在97年底倒閉，騏正公司將無法變更負責人，所以才會製作虛偽進、銷項憑證，作假交易，讓國稅局以為公

司有在經營，以便屆時變更公司負責人，這是我向上訴人建議的，上訴人相信我，也知情並同意，陳淑華則負責執行；陳淑華於第一審審理時，供稱：有依照林秋祥的指示，填製會計憑證，作假交易，並向稅捐機關申報各等語之證言；衡諸林秋祥、陳淑華等2人，歷次證言，就其等行為之過程、目的等節，前後一致，互核相符，復於原審審理時，見上訴人罹病現況，或深感同情當庭哭啜、或表示願意原諒上訴人（所為誣告、偽證行為），可徵其等應無設詞誣陷上訴人的可能，所證非虛、可採；（顯示上訴人係騏正公司負責人的公司變更登記表）；騏正公司97年1月至12月進項憑證報表；財政部臺灣省北區國稅局桃園縣分局（現已改制為財政部北區國稅局桃園分局）檢送之財政部臺灣省北區國稅局99年度財營業字第Z00000000000000號裁處書及違章案件罰鍰繳款書（均以騏正公司為受處分人，呂聖富為公司負責人〈代表人〉）等各項證據資料，認上訴人所為就此部分完全不知情云云之辯解，應屬飾卸、難信，乃認定上訴人確有如原判決事實欄一一(五)所載犯行，因而維持第一審關於此部分論處上訴人以共同犯商業會計法第71條第1款之填製不實會計憑證罪刑之判決（宣處有期徒刑5月，並為易刑標準之諭知），駁回上訴人此部分在第二審的上訴。

以上所為事實認定及得心證理由，都有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得的各項直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，即未違背客觀存在的經驗法則、論理法則，且事證已臻明確。此部分上訴意旨，或置原判決已明白論斷的事項於不顧，或就屬原審採證、認事職權的適法行使，任憑己意，異持評價，妄指違法，加以指摘，且猶執陳詞，為單純的事實爭議，或未確實依據卷內訴訟資料，誤為原判決部分適用法條漏列之指摘，均不能認為合法的上訴第三審理由。至於原判決此部分究有無違法，與上訴是否以違法為理由，而合於第三審上訴之法定程式，係屬二事，附此敘明。

綜上，應認其此部分之上訴，為違背法律上之程式，予以駁回。

至於原判決事實欄一一(一)部分，所想像競合犯使公務員登載

不實罪部分，核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款的案件，既經第一審判決有罪，第二審維持有罪判決，而不符合同條第1 項但書所揭示得提起第三審上訴的例外情形，自不得上訴於第三審法院。上開逃漏稅捐的重罪部分，上訴既不合法，無從為實體上的審理，則此輕罪部分，自亦無從依審判不可分原則，併為實體審判，應同予駁回。

四、原判決認定上訴人所為事實欄一—(二)、(三)、(四)部分之使公務員登載不實、行使業務上登載不實文書之犯行，犯意各別，行為互殊（見原判決第31頁）。上訴意旨自作主張，為不同評價，殊無可取；且關此使公務員登載不實、行使業務上登載不實文書罪部分的第三審上訴，業經原審以裁定駁回其上訴，確定在案（見原審卷二第250 、251 頁），自不在本院審理範圍，附此敘明。

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

中 華 民 國 107 年 11 月 29 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏  
法官 吳 信 銘  
法官 許 錦 印  
法官 王 國 棟  
法官 李 欽 任

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 7 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,4013

【裁判日期】1071129

【裁判案由】殺人等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第4013號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官 洪威華

上訴人

即被告 林舜銘

選任辯護人 簡翊玟律師

上訴人

即被告 林宇光

選任辯護人 徐明水律師

上訴人

即被告 林仕琅

選任辯護人 鄭凱鴻律師

上列上訴人等因被告等殺人等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年7月26日第二審判決（107年度上訴字第749號；起訴案號：臺灣新北地方檢察署106年度偵字第19611號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並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。

壹、關於原判決有罪（即上訴人即被告林舜銘、林宇光共同犯私行拘禁罪、殺人及損壞遺棄屍體罪；上訴人即被告林仕琅共同犯私行拘禁罪部分）部分：

一、林舜銘上訴意旨略謂：

（一）我曾就所犯殺人、私行拘禁及損壞遺棄屍體等3罪，有無自

首減刑之適用，加以爭執，原審雖傳喚承辦員警施純興、徐湘棠到庭作證、釐清，然細觀所證內容，無非是以事後諸葛之姿，單憑主觀「臆測」，無有客觀具體證據以實其說，可見其等所謂早在我供出犯罪細節之前，已經掌握相當證據，知悉犯罪事實梗概的證言，不能採信；相反地，本案若非我將事實經過全盤托出自首、自白，當無法完整拼湊，更無從得到所謂的「確信」。原審不察，逕認我尚不符合自首減刑的要件，未給予減刑寬典，自有判決適用法則不當，並理由欠備的違誤。

(二)我殺害被害人樓永豐，實因其向我父親林仕琅詐騙新臺幣（下同）四千餘萬元，經多方追討無效，我父親仍真心相待，後來我出面催討，他非但全無償還之意，還出言嘲笑我父親，我身為人子，怎能忍受如此屈辱。詎原審違反一般國民感情，率認我非屬「基於義憤殺人」，同有判決適用法則不當的違失云云。

## 二、林宇光上訴意旨略謂：

(一)我對於私行拘禁、損壞遺棄屍體部分，已自白認罪；但殺人部分我著實冤枉。祇因林舜銘於羈押庭訊時，曾表示所稱「林光宇未參與殺人，我是單獨犯案」乙語，係在「維護我弟弟（指林光宇）」，原審即認我所辯不實，顯然率斷；尤其是我的自白具有「不完整」性，時有補充，致使原審錯認事實發生之時序，更對於我在羈押庭訊時，所為「認罪」的真意及範圍有所誤解，因而認為我犯後態度不佳。事實上，我不僅未「殺人」，更曾試圖制止林舜銘，祇因林舜銘體格壯碩，且歷時甚短，我力有未逮，致生憾事，非我所願；況且我在不知被監聽的情況下，和林舜銘電話通聯時，就一再質問「我是清白的，為什麼我是被告，明明不是我的事，事實上也不干我的事，為什麼要牽扯到我」等語，可見此事純因林舜銘個人「失控」所造成，我確實未和林舜銘存有殺人的犯意聯絡。原審未審及現場模擬失真，復未細究我和林舜銘供述的真意，竟割裂、拼湊，扭曲原意，並對於我所為重新傳證林舜銘、進行測謊鑑定的請求，置之不理，且就前述有利於我的審判外陳述，不加採信，亦不說明其理由，逕為我「未制止林舜銘行兇」、「有參與殺人」的認定，其採證顯然違反論理法則及經驗法則，並判決理由欠備。

(二)原判決既認定我和林舜銘先有私行拘禁的犯意，嗣在私行拘禁行為持續中，因遭樓永豐嘲諷，才萌生殺人的默示犯意聯絡。準此，當係在私行拘禁行為結束前的「犯意提升」，非私行拘禁終了後的「另行起意」。原審不察，竟重複評價，論以數罪，判決適用法則顯然不當；此外，直接故意與間接故意，行為態樣不同、評價互異，然原判決就此殺人部分，究竟係基於直接故意或間接故意而為，未見詳細說明，尤其是我和林舜銘，係各自出於直接、間接故意而為，如何能成立共同正犯？又如何能有默示的殺人犯意聯絡？原審均未釐清，遽為我係殺人共同正犯的論斷，自屬判決理由欠備、矛盾。

(三)其實，事發前，我已依循法律途徑，將樓永豐所開立的本票，向法院聲請本票裁定，因其名下無財產，追討無著，邀其出面協商，又避不見面，才出此下策，並非一開始即思以非法方式催討債務。第一審量刑審酌謂我等不思依循正途催討債務云云，顯然與事實不符。再者，我本非檢警掌握的犯罪嫌疑人，僅因我與林舜銘有兄弟關係，警方才以「釣魚方式」發通知約詢，藉以協助釐清案情，而我到案即主動說明自身涉案部分，向被害人家屬致歉，並表示願意賠償每人80萬元，以求諒解，可見我所犯私行拘禁、損壞遺棄屍體部分，當已合於自首的要件，且犯後態度良好。詎原審未審酌上情，又不依自首規定，給予減刑寬典，且未就第一審違法、不當的量刑，給予糾正，遽逕維持，當有判決不適用法則，並理由欠備的違失。

### 三、林仕琅上訴意旨略謂：

(一)原判決就我如何在主觀上能預見林舜銘、林宇光（下稱林舜銘等）欲以「私行拘禁」之方式為「債務協商」乙節，並未說明，徒以其等就該犯罪細節的客觀陳述，作為我有主觀預見的判斷，其採證認事，顯然違法；何況林舜銘等在偵審中，已多次證述我確實完全不知債務協商的細節，也未曾和我討論過相關事宜等語，則我如何會有如原判決所認定，能預見其等將以「私行拘禁」的不法手段，進行債務協商？原判決不僅理由欠備，且與卷內證據不符，自有理由、證據矛盾的違誤。

(二)我雖於偵查中，曾自承「要給樓永豐『教訓』」。然衡諸「

教訓」乙詞，本具多意，大聲喝斥亦屬之，並非專指「私行拘禁」的不法手段；況林宇光於偵審中，已供證稱：林仕琅有表示「不要對樓永豐太兇」等語，且交給樓永豐的紙條上所載地址，又係一便利商店，益見絕無於該址，公然從事「拘禁」行為的可能；尤其，我因年邁，老花嚴重、視力不佳，未曾詳閱系爭紙條所載地址，不知該址係何所屬、用途，我又如何能對林舜銘等人「私行拘禁」犯行有所預見？凡此，可徵我所供「教訓」之真意，絕非「私行拘禁」。原審未能查實、釐清，逕行臆斷我有「私行拘禁」犯罪的主觀預見及犯意聯絡，當有查證未盡，並判決理由欠備的違失。

四、檢察官此部分上訴意旨略以：林舜銘等犯罪後，態度惡劣、手段兇殘，在員警帶同其等履勘現場時，猶然輕鬆、平靜，甚至臉帶笑意，可見毫無愧疚感；而林仕琅則一再狡飾，為自己及林舜銘等開脫罪名，視人命如草芥，任意摧殘，對被害人家屬更是二度傷害。原審未能酌斟上情，遽認第一審量刑妥適、無過輕，尙嫌率斷，實非允洽。

五、惟查：

(一)證據的取捨、證明力的判斷與事實的認定（含是否成立共同正犯；是否符合自首要件；是否基於義憤），都屬事實審法院自由裁量判斷的職權，此項職權的行使，倘不違背客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可言，觀諸刑事訴訟法第155 條第1 項規定甚明，自無由當事人任憑己意，指摘為違法，而執為上訴第三審合法理由之餘地。又法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得的直接、間接證據，本於合理的推論而為判斷，要非法所不許。而供述證據雖然先後不一或彼此齟齬，究竟何者為可採，事實審法院非不可本於經驗法則，斟酌其他情形，作合理的比較，定其取捨，若其基本事實的陳述與真實性無礙時，仍非不得予以採信，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均為不可採信。至於證人證述，縱然前後不符或有矛盾，事實審法院自可本於經驗法則、論理法則及調查所得的其他各項證據資料，為合理的判斷、取捨；再者，同一證人，前後證述情節彼此不能相容，則採信其部分證言時，當然排除其他不相容部分之證詞，無非法院取捨證據，法理上之當然結果，不待煩言。至於同法第379 條第10款所謂應於審判期日調查之證據，



係指與待證事實具有重要關係，在客觀上認有調查之必要性，且有調查的可能性，為認定事實、適用法律的基礎者而言，若事實已臻明確，或調查途徑已窮，自毋庸為無益的調查，亦無未盡調查證據職責之違法可言。

又共同正犯之成立，祇須具有犯意之聯絡，行為之分擔，既不問犯罪動機起於何人，亦不必每一階段犯行，均經參與；而此犯意之聯絡，不僅限於明示，縱屬默示，亦無不可，且無論事前或事中皆同，因出於共同犯罪的意思，在合同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。再者，刑法第13條第1項、第2項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。學理上稱前者為直接故意（確定故意），後者為間接故意（不確定故意或未必故意）。其實，不論「明知」或「預見」，僅係認識程度的差別，間接故意應具備構成犯罪事實的認識，與直接故意並無不同，共同正犯對於構成犯罪事實既已「明知」或「預見」，其認識完全無缺，進而基此共同的認識，「使其發生」或「容任其發生（不違背其本意）」，彼此間在意思上自得合而為一，形成犯罪意思的聯絡。換言之，行為人分別基於直接故意與間接故意實行犯罪行為，無礙於共同正犯之成立，祇不過法院就行為人責任及量刑審酌時，宜考量其故意的性質、態樣不同，而異其評價而已。

另按刑法第62條前段所規定之「自首」，係以對於未發覺之犯罪，在有偵查犯罪職權之公務員知悉犯罪事實及犯人之前，向職司犯罪偵查之公務員坦承犯行，並接受法院之裁判而言。而所謂發覺犯罪事實，祇需有偵查犯罪職權之公務員，已知該犯罪事實之梗概為已足，不以確知該犯罪事實之具體內容為必要；而所知之人犯，亦僅須有相當根據，可為合理之懷疑，即該當於犯罪業已發覺，不以確知其人為該犯罪之行為人為必要。詳言之，苟職司犯罪偵查之公務員，已知悉犯罪事實及犯罪嫌疑人後，犯罪嫌疑人始向之坦承犯行者，當僅屬「自白」犯罪或「犯罪後態度之問題」，而與「自首」之要件未合，要無適用「自首」減刑之餘地。

1.關於林舜銘部分：

(1)本件原審經審理結果，認定林舜銘的自白與事實相符，而有如原判決事實欄所載私行拘禁、殺人及損壞遺棄屍體之犯行，因而維持第一審論處林舜銘以私行拘禁、殺人及損壞遺棄屍體罪刑之判決（分別宣處有期徒刑10月、14年、3年10月，合併定其應執行之刑為有期徒刑18年），駁回其在第二審的上訴。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。從形式上觀察，並無任何違背法令之情形。

(2)原判決復於其理由欄參一二一(六)、(七)內，就林舜銘所犯如何不符合自首的要件，及不該當「基於義憤殺人」的理由，詳為剖析，指出：

①證人即承辦員警施純興、徐湘棠於原審時，一致供稱：樓永豐失蹤後，基隆市警察局已對林仕琅進行調查，發現樓永豐與林仕琅間有欠款糾紛，樓永豐最後通聯的基地臺位置是在三峽，而林舜銘、林宇光兄弟2人的行動電話基地臺位置，也曾出現在三峽，林舜銘又於事發後數日離境出國，之後，因有登山客發現樓永豐的脛骨，便由我們重啟調查，經研判樓永豐已被肢解，並根據相關金流、親屬關係、地緣、入出境資料等判斷，發現林舜銘涉嫌重大，乃報請檢察官指揮偵辦，進行監聽、跟監、搜索、傳訊等偵查作為等語，並有通訊監察書、通訊監察譯文、跟監時序表、通知送達證書等證在卷可稽，可徵林舜銘自承本件犯罪時，該等有偵查犯罪職權之公務員，早已掌握其犯罪事實之梗概，並合理懷疑林舜銘涉案，而與自首要件不符，無自首減輕其刑的適用。

②林舜銘等係以非法手段私行拘禁樓永豐在先，其間，又與林宇光輪流對樓永豐掐頸、捏鼻，進行恫嚇，催討欠款，縱然樓永豐堅持己見，不願清償欠款，又出言嘲諷，但在客觀上，仍難謂此情該當於足以引起公憤的不義行為，而達於一般人無可容忍的程度。從而，林舜銘所為殺人行為，不符合基於義憤而下手之情形。

以上，所為事實認定及得心證理由，皆有各項直接、間接證據資料在卷可供覆核，從形式上觀察，並不違反客觀存在的經驗法則及論理法則。林舜銘上訴意旨，置原判決已

明白論斷的事項於不顧，就屬原審採證認事職權適法的行使，純憑己意，任意指摘，妄指違法，難認為合法的上訴第三審理由。

## 2. 關於林宇光部分：

### (1) 共同犯私行拘禁、損壞遺棄屍體部分：

原審就此部分經審理結果，認定林宇光此部分的自白與事實相符，而有如原判決事實欄一、三所載私行拘禁、損壞遺棄屍體之犯行，因而維持第一審關於此部分論處林宇光以私行拘禁、損壞遺棄屍體罪刑之判決（分別宣處有期徒刑10月、3 年6 月），駁回其此部分在第二審的上訴。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。從形式上觀察，並無任何違背法令之情形。

復卷查：如證人施純興等人前證，警方係已確認林舜銘涉嫌重大，乃報請檢察官指揮偵辦，並向法院聲准搜索、以殺人等罪嫌疑人身分傳訊（通知）林舜銘及林宇光到案（見他字590 號卷二第20、21、36、65頁）；林舜銘到案後，即於民國106 年6 月26日初次警詢時，供出全部犯情，並指述林宇光牽涉其中（見同上卷第153 至168 頁），嗣於偵查中，再為相同的供述（見同上卷第343 至347 頁）；同日，林宇光於警詢中，縱先否認涉案（見同上卷第357 至367 頁），但至偵查中，經檢察官質以林舜銘所為其等共同犯罪的自白內容，林宇光亦就其所涉私行拘禁、損壞遺棄屍體部分為自白，雖仍否認參與殺人（見同上卷第527 至530 頁），然而依此偵查、訊問時序，可見林宇光於偵查中為此部分犯行之自白時，相關職司偵查職權的公務員，顯然已經知悉其此部分犯罪事實的梗概，難認符合自首的法定要件。林宇光此部分上訴意旨，既未確實依據卷內訴訟資料而為指摘，徒憑主觀，任指違法，核非適法的上訴第三審理由。

### (2) 共同殺人部分：

原判決關於此部分，主要係依憑林宇光迭於第一審羈押庭訊、偵查現場模擬及第一審審理中，再三坦承：事發當日約出樓永豐，主要是要其承認詐騙、提出償還計畫，樓永豐到場後，「我和林舜銘就將其綁住、逼迫還債，但因其出言嘲諷，我等甚是憤怒，我便以徒手掐勒脖子、捏鼻子

，不讓其呼吸，同時，林舜銘則以腳踏車輪內胎，自後套住樓永豐脖子並拉緊，逼問是否還錢，後來發現樓永豐沒有了氣息」，而當時我是站立在林舜銘的左前方等語；共犯證人林舜銘亦於第一審羈押庭訊、偵查現場模擬中，證實上情，並直言：我掐樓永豐脖子時，林宇光沒有出手制止等語；死亡案現場測繪圖、現場照片、臺灣新北地方檢察署檢驗報告書、無名屍骨相驗照片；確認該無名屍骨為樓永豐的血清證物鑑定書、無名屍骨鑑定報告書；現場勘察報告；現場模擬影像彙整表等各項證據資料，復衡以林宇光大學畢業、具有相當社會經驗，且所涉乃殺人重罪，苟非確實參與犯罪，當無率為不利於己之陳述而自陷罪責的可能，況所陳與共犯林舜銘所證，並無明顯扞格，其任意性的自白，應與事實相符、可信。乃認定林宇光確有如原判決事實欄二所載之犯行，因而維持第一審關於此部分論處林宇光以共同殺人罪刑之判決（宣處有期徒刑11年），駁回其此部分在第二審的上訴。

原判決復對於林宇光事後翻異，矢口否認共同殺人，所為略如其前揭上訴意旨之辯解，如何係飾卸之詞，不足採信，除依據卷內訴訟資料指駁、說明外，並指出：

- ①人之頸部甚為脆弱，徒手猛力捏掐或以器物勒住，皆能致人於死，老年人體力衰退，器官機能及耐受能力明顯不如青壯年人，如遭勒掐頸部、封住口鼻，尤易發生死亡結果，此乃一般人均甚熟知之常識，林宇光亦係具備通常事理能力之成年人，絕難諉為不知。其既係在樓永豐出言嘲笑，怒不可遏的情況下，出手掐住樓永豐脖子，復於林舜銘以腳踏車橡膠內胎勒絞樓永豐脖子之過程中，壓住樓永豐鼻子，自有殺人之（直接）故意，且與林舜銘間，有默示的犯意聯絡、行為分擔，為殺人的共同正犯。
- ②林宇光係因樓永豐出言嘲笑林仕琅，氣憤莫名，突萌殺意，自前方以手掐、捏其頸、鼻，應已溢脫於其先前意在討債所實施私行拘禁之強暴、脅迫行為，在法律評價上，迥不相同，非犯意提升，應分論併罰。
- ③林舜銘雖於第一審審理中，翻稱：我用輪胎內胎勒樓永豐的過程中，林宇光在我旁邊，一直要把我拉開，但拉

不開我等語，然此不僅與其於偵查中歷次所供不符，復與林宇光自承兩人相對位置有異，顯係迴護、附和林宇光之詞，不足採信。且事證已明，無再行傳訊林舜銘及為測謊鑑定之必要。

以上所為之事實認定及得心證理由，都有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得之各項直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，即未違背客觀存在之經驗法則、論理法則，且事實已臻明確。林宇光此部分上訴意旨，置原判決已明白論斷之事項於不顧，或就屬原審採證認事職權之適法行使，任憑己意，翻異陳詞，重為單純的事實爭辯，或未確實依據卷內訴訟資料，自作主張，妄為指摘，均不能認為適法的第三審上訴理由。

至於林宇光與林舜銘間之通聯對話，固有向林舜銘表明，其應與本案無關之旨，但細繹該對話內容，不僅與林宇光自承有參與犯罪的情形不符，更意在撇清自身責任，暗示林舜銘應獨自承擔、遠走他鄉，以免事情曝光，自難憑此為有利於林宇光之認定。原審對此部分雖漏未斟酌說明其併為不可採取的理由，因尚不足以動搖原判決此部分認定犯罪事實之基礎，於判決自不生影響，依刑事訴訟法第380條規定之法理，尚難據為適法的第三審上訴理由。

### 3. 關於林仕琅（即共同犯私行拘禁罪）部分：

原判決關於此部分，主要係依憑林仕琅迭於警詢、偵查、第一審審理時，再三坦言：樓永豐欠我四千多萬元，遲不清償，林舜銘等欲出面代為催討，乃佯稱三峽某地主欲參與投資，約樓永豐見面、交付寫有三峽地址的字條，要其自行前往，林舜銘等則在該三峽址處等候，因樓永豐拿我很多錢，卻避不見面，他們說這個人太不上道，意思就是要把樓永豐修理一下，給他一個警告、教訓教訓，我有交代他們不要對他太兇，「可以兇他一下」等語；共犯證人林舜銘、林宇光迭於偵查、第一審審理中，證實上情；林舜銘於偵查、第一審審理中，並詳言：（依）我們的認知，給樓永豐一點教訓就是打他幾下、恐嚇他一下，限制他的行動自由，拖住一段時間；林宇光則於第一審審理時，直言：我沒有要馬上讓樓永豐走，也許還會讓他待上一、二天，我們一開始就沒有要以和平的方式去做，控制行動自由是在我們預期的範圍內各等

語之證言；林仕琅持用之0000000000號行動電話雙向通聯紀錄；林仕琅進出社區及板橋火車站之監視錄影畫面；樓永豐簽發之商用本票存根影本、借據；民事本票裁定等證據資料，乃認定林仕琅確有如原判決事實欄一所載犯行，因而維持第一審關於此部分論處林仕琅以共同私行拘禁罪刑之判決（宣處有期徒刑8月），駁回其在第二審的上訴。

原判決復對於林仕琅矢口否認有共同犯私行拘禁罪，所為略如其前揭上訴意旨之辯解，如何係飾卸之詞，不足採信，亦依據卷內訴訟資料指駁、說明，並指出：

(1)林仕琅因樓永豐積欠債款、避不見面，經追討無著，林舜銘等乃提議以非和平的方式進行催討，竟應允、配合，親自邀約樓永豐見面，並將載有三峽房屋地址之紙條交予樓永豐，致樓永豐一抵達該址房屋，即遭在該處等候的林舜銘等壓制、拘禁，足見林仕琅就此部分犯行，與林舜銘等確有犯意聯絡及行為分擔，應負共同正犯之責。

(2)林仕琅既自承親自交代林舜銘等「可以兇他（指樓永豐）一下，畢竟他年紀已經大了，不能對他太兇」等語，則其所辯「不知林舜銘、林宇光將如何與樓永豐『協商債務』」云云，顯屬空言，委無足採。

以上所為之事實認定及得心證理由，都有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得之各項直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，即未違背客觀存在之經驗法則、論理法則，且事實已臻明確。林仕琅上訴意旨，置原判決已明白論斷之事項於不顧，就屬原審採證認事職權之適法行使，任憑己意，翻異陳詞，重為單純的事實爭辯，難認為適法的第三審上訴理由。

(二)行為人在行為著手後，改變其原來主觀犯意，究應視為犯意變更而評價為一罪，或應認係另行起意而論以數罪，當視行為人前、後所實行之數個行為，在法律上能否評價為自然的一行為，及其形式上所合致的數個犯罪構成要件，彼此間是否具有特別、補充或吸收關係而定。具體以言，倘行為人係基於單一整體犯意，在密切接近之時、地，實行數行為、持續侵害同一被害法益或客體，而依其行為所合致之數個犯罪構成要件，彼此間若具有特別、補充或吸收關係，僅論以一罪，即足以充分評價其行為之不法、罪責內涵者，才可認係

單純的犯意提升或變更，否則即屬另行起意。例如，殺人以傷害、捆綁、拘禁為前階（伴隨）行為，本於殺人之犯意而實行之傷害、剝奪行動自由的行為，當然為殺人之後階行為所吸收，不再論罪。同理，以傷害之犯意而毆打被害人四肢，過程中又欲置之於死地，復毆打其頭部等要害部位致死，則其傷害與殺人行為間，仍具有階段上之整體性，與行為人本即具有殺人故意之情形並無不同，乃可因補充關係而評價為殺人之一行為。但如前行為已告失敗，無法達成目的；或已實現目的，卻再為後行為，縱侵害同一被害客體，其前、後行為，自不能再評價為一行為。例如，詐欺失敗後，再以恐嚇方法取財得手；或行為人企圖殺人滅口，藉以掩飾已經完成之傷害犯行，或拘禁被害人後，才起意殺害等，均屬原先詐欺、傷害、妨害自由目的外，另起意之犯罪行為，非犯意之提升，應論以數罪；不能以其詐欺、恐嚇取財，或傷害、殺人，或私行拘禁、殺人行為間，因具有單一整體犯意及時空緊密關係而僅論以恐嚇取財或殺人一罪。

原判決業於理由參一一(三)，以頁餘之文字，詳為析述，林宇光所犯私行拘禁、殺人犯行，何以非犯意之提升，而應依數罪論處的理由。經核於法並無不合。

林宇光此部分上訴意旨，置原判決已明白之論斷於不顧，自作主張，任意指摘，核非適法的上訴第三審理由。

- (三)關於刑之量定，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，法院除就具體個案犯罪，斟酌其犯罪情狀，有無可堪憫恕之情外，並以行為人的責任為基礎，審酌刑法第57條所列各項罪責因素後予以整體評價，而為科刑輕重標準的衡量，使罰當其罪，以實現刑罰權應報正義，並兼顧犯罪一般預防與特別預防的目的，倘其未有逾越法律所規定範圍，或濫用其權限情形，即不得任意指摘為違法，據為適法上訴第三審的理由。而法律上屬於自由裁量之事項，雖然仍有一定之拘束，以法院就宣告刑自由裁量權之行使而言，應受比例原則、公平正義原則的規範，並謹守法律秩序之理念，體察法律之規範目的，使結果實質正當，俾與立法本旨相契合，亦即合於裁量的內部性界限。反之，客觀以言，倘已符合其內、外部性界限，當予尊重，無違法、失當可指。

原判決既以行為人的責任為基礎，於其理由欄參一二(十一)

內，說明第一審審酌林舜銘、林宇光、林仕琅不思依循正途催討債務，反以私行拘禁等強暴、脅迫手段爲之，已甚屬不該，林舜銘、林宇光於私行拘禁樓永豐期間，又不知理性克制己身情緒，僅因樓永豐之出言嘲諷，即超出原先討債之犯罪計畫，憤而將之勒斃，無情剝奪樓永豐之寶貴性命，行兇後爲掩飾犯行，復肢解樓永豐屍體予以棄置，以圖滅跡，更是一錯再錯，致迄今僅能尋獲樓永豐之脛骨1 根，造成樓永豐家屬永難抹滅之傷害，又尚未賠償樓永豐家屬所受損害或取得原諒，及本案事出有因，與無差別隨機恣意殺人之情形，尚屬有別，（就林舜銘、林宇光所犯殺人部分，給予長期監禁，施以教化已足，尚無處以極刑之必要）暨其等具體之主、客觀、前案紀錄、林舜銘已坦承全部犯罪事實，供陳犯案過程及細節，林宇光僅承認私行拘禁及損壞遺棄屍體犯行，林仕琅則矢口否認犯罪，犯後態度難認良好，兼衡其等參與程度之差異、智識程度、犯罪之動機、目的、手段、所受刺激等一切情狀，分別就林舜銘、林宇光、林仕琅所犯各罪，爲前揭刑之宣處，並就林舜銘、林宇光部分，分別定其應執行之刑爲有期徒刑18年、14年8 月，客觀上既未逾法定刑度，又未濫用自由裁量權限，且無違背公平正義、責罰相當等原則，亦無重複評價之情事，其量刑尚稱妥適，未失之過輕、過重，因予維持之旨。

以上，經核於法都無不合，且林舜銘、林宇光所犯殺人罪及損壞遺棄屍體罪部分，其法定本刑分別爲「死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑」、「6 月以上5 年以下有期徒刑」，前揭量刑，已屬中度刑，核無檢察官此部分上訴意旨所指量刑過輕的情形存在。

林宇光及檢察官此部分上訴意旨，無非就事實審法院量刑職權的適法行使，任憑主觀而爲指摘，均難認爲適法的上訴第三審理由。

依上說明，應認林舜銘、林宇光、林仕琅及檢察官此部分之上訴，均爲違背法律上之程式，均予以駁回。

貳、關於原判決不另爲無罪諭知（即林仕琅被訴共同殺人部分）部分：

一、依刑事妥速審判法第9 條第1 項規定，除同法第8 條情形外，第二審法院維持第一審所爲無罪判決，所得提起上訴之理



由，以該判決所適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例者為限。同條第2 項並明定：「刑事訴訟法第377 條至第379 條、第393 條第1 款規定，於前項案件之審理，不適用之。」學理上稱為上訴不對稱主義，以嚴格要求控方應善盡其實質舉證責任，並保障被告受公正、合法、迅速審判之權利。是檢察官對於前項案件提起第三審上訴，其上訴理由書內，應敘明原判決有何刑事妥速審判法第9 條第1 項各款所列事項，係屬法定要件；如果上訴理由書並未具體指摘原判決有何該等事項的違法情形，則其上訴，即屬違背法律上之程式，應予駁回。申言之，此程序事項之規定，猶如上訴門檻，一旦不能通過，就無從進一步進行實體方面的審查。從而，上訴人的上訴程式是否合法，與原審判決的實質內容是否完全適法、妥當，要屬二事，不應混淆。

再者，上揭所稱無罪判決，尚包括第一審雖對被告為有罪判決，然以被告其餘被訴部分，屬犯罪不能證明，卻因控方主張與論罪部分具有裁判上或實質上一罪之關係，而於理由內說明不另為無罪諭知之旨者，則就該部分而言，實質上亦屬無罪之判決。具體以言，在第二審法院就第一審判決所為不另為無罪諭知部分予以維持的情形下，檢察官若就此部分提起上訴，仍屬上開刑事妥速審判法第9 條第1 項所謂對第二審法院維持第一審所為的無罪判決提起上訴。是檢察官對上開無罪判決（含不另為無罪諭知）提起第三審上訴，其上訴理由書內，當須具體敘明原判決究竟有何刑事妥速審判法第9 條第1 項各款所列的事項，若否，即應認其上訴為不合法法律上之程式，予以駁回。

- 二、原審以此部分公訴意旨略謂：林仕琅基於殺人之未必故意，於104 年7 月20日19時28分撥打電話，向樓永豐佯稱同意再借予款項，且有朋友為三峽地主，有意參與優先承購及開發中華理教總會土地事宜，希望能當面說明投資開發細節云云，而與樓永豐相約於翌日見面，翌（21）日上午10時許，林仕琅與樓永豐在新北市板橋區板橋火車站大廳碰面，林仕琅將記載有三峽房屋地址之紙條交予樓永豐後，即藉詞離去，由樓永豐自行前往三峽房屋，致樓永豐嗣於該處遭林舜銘、林宇光勒斃，因認林仕琅此部分涉犯刑法第271 條第1 項之殺人罪嫌云云。

三、第一審判決已就林仕琅此被訴部分，以不能證明林仕琅犯罪，於理由內說明不另為無罪諭知之旨（見第一審判決理由欄肆，第一審判決第18至21頁），復經原審審理結果，仍認尚難證明林仕琅有犯罪，且此部分與其所犯其他論罪科刑（私行拘禁）部分之犯行間，因檢察官認有裁判上一罪之關係，爰不另為無罪之諭知。揆諸前揭說明，實質上已經合於刑事妥速審判法第9條之上訴不對稱規定，檢察官縱然不服，仍受上開特別規定之限制。

四、檢察官此部分第三審上訴意旨略謂：林仕琅既供承設計，約出樓永豐，他如果不承諾還錢，就「揍他，教訓教訓」，而事實上他確遭林舜銘等人弄死，自當負共同殺人的罪責。原審竟未論處，其採證顯有悖於經驗法則及論理法則等語。

五、惟查：檢察官此部分上訴意旨，雖指摘原判決採證違反論理法則及經驗法則等語，然既未指出原判決所適用之法令如何牴觸憲法，復未說明原判決有何具體違背解釋、判例之重大違背法令事由，僅就原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，徒憑主觀而為相異評價，重為事實之爭執，自應認其此部分第三審上訴，不合法律上的程式，併予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 29 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 許 錦 印

法官 王 國 棟

法官 李 欽 任

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 7 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,4215

【裁判日期】1071129

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第4215號

上訴人 黃俊宏

選任辯護人 蕭博仁律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年8月21日第二審判決（107年度上訴字第1012號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署107年度撤緩毒偵字第16號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人甲○○有原判決事實欄所記載施用第一級毒品之犯行，因而維持第一審論處上訴人犯施用第一級毒品罪刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，雖已說明：毒品危害防制條例第24條第2項明定「前項（第1項）緩起訴處分，經撤銷者，檢察官應依法追訴。」並未就檢察官撤銷緩起訴處分之事由設限。是被告於附命完成戒癮治療之緩起訴處分期間內，有刑事訴訟法第253條之3第1項各款規定之情形，經檢察官撤銷緩起訴處分者，無論其有無違反戒癮治療命令，檢察官均應依法追訴（見原判決第3頁末第5行至第4頁第2行）。並認定上訴人於民國105年7月13日9時許施用第一級毒品海洛因之行爲，經臺灣彰化地方檢察署檢察官以105年度毒偵字第1946號案件爲附命完成戒癮治療之緩起訴處分，於106年5月11日確定，緩起訴期間自確定日起算至108年5月10日止；嗣被告於緩起訴處分前之106年3月5日因施用第一級、第二級毒品犯行，經臺灣彰化地方檢察署檢察官以106年度毒偵字第1271號、106年度聲觀字第146號聲請書聲請觀察、勒戒，由臺灣彰化地方法院於106年8月7日以106年度毒聲字第166號裁定被告應送觀察、勒戒確定，並於同年12月8日入法務部矯正署臺中戒治所附設觀察勒戒處所執行觀察、勒戒，臺灣彰化地方檢察署檢察官遂以被告於緩起

訴期間內，未完成戒癮治療、精神治療、心理輔導等其他適當之處遇措施，及違反預防再犯所爲之必要命令等事實，以106年度撤緩字第229號處分書撤銷上開緩起訴處分，未經再議而告確定，並以上訴人既於附命完成戒癮治療之緩起訴處分期間內，經檢察官依刑事訴訟法第253條之3第1項第3款規定撤銷緩起訴處分確定，則依毒品危害防制條例第24條第2項規定，其訴追前提條件業已充足等情，固非無見。

- 二、惟按，起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第303條第1款定有明文。97年4月30日修正公布之毒品危害防制條例第24條第1項規定：「本法第二十條第一項及第二十三條第二項之程序，於檢察官先依刑事訴訟法第二百五十三條之一第一項、第二百五十三條之二之規定，爲附命完成戒癮治療之緩起訴處分時，或於少年法院（地方法院少年法庭）認以依少年事件處理法程序處理爲適當時，不適用之。」對於「初犯」及「五年後再犯」毒癮治療方式，採行「觀察、勒戒」與「緩起訴之戒癮治療」並行之雙軌模式，檢察官於施用毒品之被告到案後，選擇作成戒癮治療之緩起訴處分，依刑事訴訟法第253條之2第2項之規定，得參加戒癮治療被告之同意，並應向其說明完成戒癮治療及其他依刑事訴訟法第253條之2第1項各款規定命其應遵守事項後，指定其前往治療機構參加戒癮治療，同條例第24條第2項並明定「前項緩起訴處分，經撤銷者，檢察官應依法追訴。」是被告於施用毒品經檢察官爲緩起訴確定者，嗣後提起公訴，應以原緩起訴處分已經合法撤銷爲前提。若檢察官命被告於一定期間內完成戒癮治療，苟被告已遵命履行，但檢察官認其爲未履行而撤銷原緩起訴處分，並於原緩起訴期間屆滿前提起公訴，本於權力分立原則，法院對檢察官職權行使，固應予以尊重；惟關於人民基本權益之維護，非謂不得爲適度之司法審查，而檢察機關對於緩起訴處分相關事項，訂有「檢察機關辦理緩起訴處分作業要點」供檢察官爲辦理相關事務之依循，且「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」刑事訴訟法第2條第1項亦定有明文，是職司犯罪追訴、審判之檢察官、法院於承辦案件，尤應對被告有利及不利之情形，一併明白審究，期能正確適用法律。再起訴是否合法，原即屬法院應

依職權審酌之範圍，倘該撤銷緩起訴之處分即有明顯之重大瑕疵，依司法院釋字第140 號解釋之同一法理，應認撤銷緩起訴之處分為無效，與緩起訴未經撤銷無異。故於被告受緩起訴處分確定後，經檢察官撤銷緩起訴並提起公訴之情形，被告縱有未依緩起訴處分所命應遵守或履行事項之情形，法院自應先行根究被告未能遵命履行，有無正當理由，或是否出於故意或過失等原因，始足據以認定檢察官撤銷該緩起訴處分並提起公訴之程序為合法。卷查，上訴人經檢察官為緩起訴之期間為2 年，並命應於緩起訴期間內遵守及履行下列處遇措施與命令：「(一)於接受本署檢察官執行緩起訴處分命令通知書之日起1 年內，繼續至財團法人彰化基督教醫院鹿東分院接受戒癮治療，並應遵守該院醫師於戒癮療程必要範圍內之要求，及每日按時服用該院醫師處方用藥即美沙冬（METHADONE）或其他指定之替代藥品至無繼續服用之必要，且於戒癮治療期程屆滿後7 日內，應接受該院尿液毒品與其代謝物檢驗及毛髮毒品殘留檢驗；或於戒癮治療期程屆滿後15日內，每隔3至5日，連續接受該院尿液毒品及其代謝物檢驗3次，而完成戒癮治療程序為止。(二)於接受本署檢察官執行緩起訴處分命令通知書之日起，至緩起訴處分屆滿日前 2 個月之日止，應依本署觀護人指定之期日，至特定處所，接受心理輔導治療、社會復健治療及尿液檢體檢驗。(三)並不得再有任何施用毒品之犯行。」該緩起訴處分命令通知書及附表，係於106年6月13日送達於上訴人等情，有上開緩起訴處分命令通知書、附表及送達證書在卷可憑（見緩字第691 號卷第5、6、14頁），而稽之緩起訴處分命令通知書之附表所載本件執行起迄日為自106年7月12日至107年7月11日，則依原判決上開說明及認定，上訴人於106年3月5 日有施用第一級、第二級毒品之犯行，查係在附命完成戒癮治療之緩起訴處分期間開始之前，與其於緩起訴處分期間內有違反上開各款情形不合。且上開施用毒品犯行，雖經法院裁定觀察勒戒，亦與刑事訴訟法第253條之3第1項第2款之規定不符。再上訴人經檢察官於106年3月30日命其應於106年4月7 日前完成醫院評估報告後，上訴人即於106年4月6 日前往指定醫院財團法人彰化基督教醫院鹿東分院接受評估，並開始按日報到、服藥，直至106年12月8日執行觀察勒戒始未能繼續接受前

揭緩起訴所指定之戒癮治療等情，有臺灣彰化地方檢察署緩起訴處分被告參與毒品戒癮治療方案應行注意事項具結書、同署戒癮治療評估摘要表、同署觀察勒戒處分執行指揮書，及彰化基督教醫療財團法人鹿港基督教醫院107年7月30日107鹿基院字第1000000000號函所附之服用美沙冬記錄資料可稽（見毒偵字第1946號卷第64、67頁、原審卷第51、74至82頁），依上資料所示，上訴人似有依緩起訴所命內容履行；再稽之觀護人於臺灣彰化地方檢察署緩起訴戒癮個案（一級、二級毒品）毒品戒癮治療實施及完成與否認定檢視表所載，並非記載「無故」未依指定時間接受藥物治療逾七日，而係改載「執行觀察勒戒」，有卷附該檢視表可參（見緩護療字第97號卷第9頁），況依辦理戒癮治療之醫師於彰化縣毒品危害防制中心、臺灣彰化地方檢察署毒品戒癮治療重要記事通知表第四欄醫院評估建議部分，係勾選1.建議持續服藥/門診「是」；2.建議進入司法程序，否則難達矯治之效：「否」（見上開卷第10頁）。則綜上資料及專業醫師之建議，本件上訴人是否係屬無故未完成緩起訴所命戒癮之情形，有無可歸責於上訴人之事由，始導致其無法完成應履行之命令，應予調查釐清及為必要說明，且上訴人於原審上訴理由狀亦載明指摘起訴違背程序之旨（見原審卷第12頁），乃原判決未為說明，即有理由不備之違法。

三、以上為上訴意旨所指摘，又第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，刑事訴訟法第394條第1項前段定有明文，原判決上述違背法令，影響關於起訴程序合法與否之確定，本院無可據以自為裁判，應將原判決撤銷，發回原審法院更為審判。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中華民國 107 年 11 月 29 日  
最高法院刑事第九庭

審判長法官	林	勤	純
法官	林	立	華
法官	鄧	振	球
法官	黃	斯	偉
法官	莊	松	泉

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 12 月 7 日  
書 記 官

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,4227

【裁判日期】1071122

【裁判案由】偽證

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第4227號

上訴人 黃文庠（原名黃泰祐）

宋玉煌

上列上訴人等因偽證案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年2月14日第二審判決（106年度上訴字第1458 號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署105年度偵字第1976 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

- 一、本件原判決認定上訴人黃文庠（原名黃泰祐）、宋玉煌有其事實欄所載偽證之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論以共同偽證罪，各處有期徒刑6月、4月，固非無見。
- 二、惟查：客觀上為法院認定事實及適用法律基礎之證據，雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又偽證罪係屬學說上所謂之「己手犯」，「己手犯」之特徵在於正犯以外之人，雖可對之加功而成立該罪之幫助犯或教唆犯，但不得為該罪之間接正犯或共同正犯，亦即該罪之正犯行為，唯有藉由正犯一己親手實行之，他人不可能參與其間，縱有犯意聯絡，仍非可論以共同正犯。此因證人於法院審判或檢察官偵查時，於案情有重要關係，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，構成刑法之偽證罪。數證人於同一案件各別具結而為證述，其具結之效力，僅及於具結之各該證人，所為之證述是否於案情有重要關係，是否虛偽陳述，應依各該證人之陳述事項內容而定，各自負責，不及其他證人，無由成立共同正犯。原判決認定：黃文庠、宋玉煌均未在彰化縣和美鎮和利路、平順路之T 字型路口附近綑綁競選旗幟而目擊車禍，竟共同基於偽證之犯意聯絡，於臺灣彰化地方法院（下稱彰化地院）104年度彰簡字第104號盧素琴因車禍訴請陳



傳霖損害賠償事件中，民國104年3月12日上午言詞辯論期日，分別以證人身分供前具結，先由黃文庠證述：其看見汽車已轉彎過去，兩台汽車併排，其中一台TOYOTA汽車〔即盧素琴兒子駕駛之汽車〕，有停了一下，然後就往右前方爆衝，應該是先撞到併排那台汽車，後來那台TOYOTA汽車有倒退一下，其和宋玉煌有討論那台汽車怎麼會爆衝云云；宋玉煌證述：TOYOTA汽車就頓了幾秒，爆衝上去，當時其是在對向車道，距離約3、40公尺左右云云，於案情有重要關係之事項，而為虛偽陳述；嗣盧素琴敗訴，提起上訴由彰化地院以104年度簡上字第63號損害賠償事件審理，104年8月13日下午準備程序，黃文庠再於供前具結證述：其有目擊車禍過程，其當時在路口捆綁競選旗幟，有看到兩輛在轉彎的位置先併排，後來左方的TOYOTA銀色汽車就往右前方爆衝撞到貨車（即陳傳霖駕駛之自用小客車）云云，接續就此與案情有重要關係之事項，而為虛偽陳述，並說明其2人均未在該路口附近目睹車禍發生，卻均在民事事件程序中作出相同內容之證述，可見其2人間應有事先約定，有犯意聯絡甚明，而論其2人為偽證罪之共同正犯，已與偽證罪之「己手犯」性質不合。又宋玉煌於彰化地院簡易庭審理中雖有為前述之證言，且證述其剛好在現場工作，所以有看到云云（見105年度交查字第78號卷第14頁正面），然其同日亦證稱：「我要說的與證人陳信義一樣。」等語，而證人陳信義於當日審理中係證稱：「我沒有看到現場。」等語（均見同上卷第14頁背面），則宋玉煌於當日證言之真意如何？再黃文庠、宋玉煌既經具結作證，所為具結之效力如何？是否為案情有重要關係之事項？有無虛偽陳述？應分別審究判斷，因與其等是否成立之偽證罪攸關，自有詳加調查釐清之必要。原審就此未予查明，遽行判決，併有應於審判期日調查之證據而未予調查及判決不備理由之違誤。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，原判決上述之違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 22 日  
最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財  
法官 蘇 振 堂  
法官 謝 靜 恒  
法官 鄭 水 銓  
法官 楊 真 明

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 11 月 22 日  
書 記 官

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,4276

【裁判日期】1071122

【裁判案由】業務過失傷害

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第4276號

上訴人 陳嘉峰

選任辯護人 黃達元律師

上列上訴人因業務過失傷害案件，不服臺灣高等法院中華民國107年3月14日第二審判決（106年度上易字第326號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署105年度調偵字第100號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於陳嘉峰部分撤銷，發回臺灣高等法院。

### 理 由

本件原判決認定上訴人陳嘉峰有其事實欄所載之業務過失傷害犯行，因而撤銷第一審關於上訴人部分之無罪判決，改判論其犯從事業務之人，因業務上之過失傷害人罪，處有期徒刑2月，並諭知易科罰金之折算標準。固非無見。

惟查：刑法上之「過失不純正不作爲犯」，係結合不作爲犯與過失犯二者，以「作爲義務」與「注意義務」分別當成不作爲犯與過失犯之核心概念。「作爲義務」其法源依據主要係依刑法第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，與因積極行爲發生結果者同。」乃以行爲人是否具有「保證人地位」來判斷其在法律上有無防止犯罪結果發生之義務，進而確認是否應將法益侵害歸責予行爲人之不作爲。而「注意義務」其法源依據主要來自同法第14條第1項規定：「行爲人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，爲過失。」係以社會共同生活領域中之各種安全或注意規則，來檢視行爲人有無注意不讓法益侵害發生之義務，進而決定其行爲應否成立過失犯。是上述兩種義務法源依據不同，處理問題領域亦有異，或有重合交錯之情形，惟於概念上不應將「作爲義務」與「注意義務」相互混淆，而不能以行爲人一有違反「作爲義務」即認違背「注意義務」。換言之，保證人地位僅是行爲人「作爲義務」之理由，無法直接從保證人地位導出「作爲義務」之內

容。至行為人是否違反「注意義務」仍應以行為人在客觀上得否預見並避免法益侵害結果為其要件。非謂行為人一經立於保證人地位，即應課予杜絕所有可能發生一切危害結果之絕對責任，仍應以依日常生活經驗有預見可能，且於事實上具防止避免之可能性，亦即須以該結果之發生，係可歸責於保證人之過失不作為，方得論以過失不純正不作為犯。經查，本件依原判決事實之認定，中華工程股份有限公司（下稱中華工程公司）與協德機電工程有限公司（下稱協德公司）、誼昌空調工程公司、陳信樟建築事務所共同承攬國防部軍備局「第202 廠B 線廠房整建工程」。其中中華工程公司將X光室防爆鐵門（下稱防爆門）工程轉包予安銓鋼鐵有限公司（下稱安銓公司）承作，安銓公司復轉包予虹牌鋼鐵有限公司（下稱虹牌公司）施作；協德公司則將機電工程轉包予彩霖機電工程有限公司（下稱彩霖公司）承作，彩霖公司復就系爭工程之後續維修工程轉包予品竣工程行施作。上訴人為彩霖公司派駐工程現場之負責人，本應「依規定」注意於事前告知再承攬人（即品竣工程行）有關其事業工作環境、上開防爆門之倒塌危害因素暨應採取適當防護措施，竟疏未注意，未予事前告知，因虹牌公司施作防爆門工程之人員王信雄，於案發前日，在X光室施作防爆門吊掛焊接工程後，僅將高空作業車駛至防爆門旁以示尚未設置完成，嗣至翌日，品竣工程行之水電技工即告訴人劉俊弦於詢問上訴人可否使用高空作業車並獲得同意後，遂在該X光室駕駛高空作業車駛離原處，並欲以之用以施作水電配管工程，然於下車之際，該防爆門突然倒塌壓及告訴人，致其受有左側踝骨粉碎性骨折合併移位、雙側骨盆恥骨上枝骨折、左眉撕裂傷等傷害等情。然於理由內卻說明，依證人王信雄及虹牌公司現場工程負責人即同案被告倪君豪之陳述，其等確有將防爆門尚未設置完成，而僅以高空作業車置前阻擋之資訊告知中華工程公司人員，然直至案發當時，相關現場工程負責人仍均未聯繫協調相關承攬廠商如上訴人之彩霖公司及設置防止倒塌危害之安全措施或警告標誌，以致告訴人不知防爆門尚未施作完成而有倒塌之危險，進而駕駛高空作業車並靠近防爆門，嗣該防爆門果因焊接點斷裂致壓傷告訴人等語（見原判決第12頁第18行以下至13頁第8行）；另證人即臺北市勞動檢查處檢查員初明於偵查時亦證稱：本件防爆門未完工乙事，係中華工程公司未做橫向聯繫，本件工程每天進場會做危害告知簽名，而從協議組織和危害告知均未

見有就防爆門做預防設施；每月召開的協議組織會議要告知該月施工進度以及可能發生之危害，並要請施工單位注意，既然有擺放高空作業車就應該做橫向聯繫並告知相關施工人員不移動高空作業車等語（見原判決第16頁第17至22行）。倘若無訛，本件應依職業安全衛生法第27條第1項於工作現場負責工作連繫與調整，或為防止職業災害之必要事項之事業單位者，似為中華工程公司而非上訴人，則原判決事實欄所謂上訴人應「依規定」，究係指何種安全或注意規則，原判決並未詳細釐清。又上訴人縱代表彩霖公司於本件工程現場從事管理、指揮或監督工作，合於保證人地位，負有監督之作為義務，惟其負責監督之機電工程與防爆門工程既為不同單位施作之項目，告訴人從事之配管工程亦與防爆門無關，而防爆門施作人員王信雄於案發前施工後，僅將防爆門暫時固定，並未設置任何安全設施或警告標誌，縱其事後有將防爆門工程仍未施作完畢之情告知中華工程公司，然該公司疏未將此情轉知上訴人，則上訴人對於防爆門於工程現場可能會倒塌壓及人員造成危險乙情，在客觀上如何可以預見並防止危險結果之發生？未見原判決予以剖析明白。遽以上訴人因立於保證人地位，對於涵蓋防爆門工程及機電工程之工作場所及環境均屬其業務範圍，即認其違反本應通知中華工程公司並事前瞭解該工作場所之工作環境所有工程對依其指示施作相關機電工程之勞工安全有無影響，並採取適當防護措施之注意義務云云，自有調查未盡與判決理由矛盾之違誤。上訴意旨執以指摘，尚非全無理由，應認原判決關於上訴人部分有撤銷發回之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 22 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 27 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,4339

【裁判日期】1071114

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第4339號

上訴人 吳志偉

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國107年4月11日第二審判決（107年度上訴字第579號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署106 年度毒偵字第1723號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原審審理結果，認為上訴人吳志偉違反毒品危害防制條例各犯行明確，因而維持第一審論處上訴人犯持有第二級毒品純質淨重20公克以上及施用第一級毒品（均累犯）罪刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已載認其調查證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由。
- 三、原判決綜合上訴人於警詢、偵查中及第一審審理時坦承犯行之供述，扣案之毒品海洛因、甲基安非他命及吸食器，卷附毒品成分鑑定書、濫用藥物檢驗報告，暨案內其他證據資料，憑為認定上訴人持有第二級毒品純質淨重20公克以上及施用第一級毒品各該犯罪事實之理由，已論述綦詳。並就上訴人於警員表明身分並出示證件後，同意警員搜索其住處，當場在其住處查獲上開毒品及吸食器等物，經警以現行犯逮捕，此有上訴人簽名、捺印之自願受搜索同意書、搜索扣押筆錄及執行逮捕書在卷可稽，自形式上觀察，其搜索、逮捕合

乎法定程序，而員警查獲上訴人持有第一、二級毒品，已合理懷疑上訴人有施用第一、二級毒品犯行，上訴人應警之詢問，始自白前開犯行，如何不符自首之理由，亦論述明白。所為論列說明，與卷證資料悉無不合，並不違背經驗法則與論理法則。原判決並非單憑上訴人之自白為唯一論據，要無上訴意旨所指違背證據法則之違法情形可言，另上訴意旨仍執陳詞，漫指本件搜索、逮捕不合法定程序，原判決未適用自首規定為違法等語，亦非適法之第三審上訴理由。

- 四、按刑法上所謂犯罪之吸收關係，指數個犯罪構成要件行為彼此性質相容，但數個犯罪行為間具有高度、低度，或重行為、輕行為之關係，或某種犯罪行為為他罪之階段行為（或部分行為），或某種犯罪行為之性質或結果當然包含他罪之成分在內等情形。是以當高度或重行為之不法與罪責內涵足以涵蓋低度或輕行為，得以充分評價低度或輕行為時，在處斷上，祇論以高度或重行為之罪名，其低度或輕行為則被吸收，而排斥不予適用，即不另行論罪。原判決認定上訴人同時持有第一級毒品及純質淨重20公克以上第二級毒品，嗣又同時施用該第一級毒品及第二級毒品一次等情，依上揭說明，因吸收關係具有法律排斥效果，其持有第一級毒品之行為已被高度並為重行為之施用第一級毒品之行為吸收，即不另論以持有第一級毒品罪；施用第二級毒品之行為則被重行為之持有第二級毒品純質淨重20公克以上之行為所吸收，不另論以施用第二級毒品罪。而施用第一級毒品與持有第二級毒品純質淨重20公克以上之行為，二者並非自然意義上之一行為，亦不具有完全或局部之同一性，無足以評價為法律概念上一行為之因素，故所犯施用第一級毒品罪與持有第二級毒品純質淨重20公克以上罪，自不生一行為觸犯數罪名之想像競合關係，無從成立想像競合犯，而應分別論罪，併合處罰。原判決基此論處2 罪刑，於法尚無不合，自不得任意指為違法。上訴意旨徒憑己見，執此指摘原判決適用法則不當，亦非合法之第三審上訴理由。
- 五、刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，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，若僅係枝節性問題，或所證明之事項已臻明瞭，當事人聲請調查之證據，僅在延滯訴訟，甚或就同一證據再度聲請調查，自均欠缺其調查之必要性，原審未依聲請為無益之調查，皆無違法之可言。原判決認定上訴人基於自主意思自願同意搜索，事證已臻明確，上訴人聲請傳喚證人陳秀雯作證警方違法搜索，如何不具調查之必要性，原審就此未為無益之調查，亦難謂有調查未盡之違法。另本院為法律審，不為事實之調查，上訴意旨請求本院傳喚承辦員警作證，及命警方提出查獲上訴人之錄影光碟，即非第三審上訴之合法理由。

六、其他上訴意旨，無非置原判決所為明白論斷於不顧，就原判決已說明事項，徒憑己意而為相異評價，重為事實之爭執，或對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，徒以自己說詞，任意指為違法，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 14 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 李 英 勇

法官 朱 瑞 娟

法官 楊 真 明

法官 何 信 慶

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 16 日



## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台抗,1125

【裁判日期】1071114

【裁判案由】違反貪污治罪條例扣押財產

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

107年度台抗字第1125號

再 抗 告 人 雲林縣台西鄉養殖權益促進會

代 表 人 林源泉

代 理 人 吳君婷律師

上列再抗告人因被告林源泉等違反貪污治罪條例案件，經扣押財產，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國107年9月13日駁回抗告之裁定（107年度抗字第326號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

再抗告駁回。

理 由

一、本件原裁定以：

(一)本件聲請人即法務部調查局雲林縣調查站主任蔡正哲原聲請意旨略以：行政院農業委員會漁業署（下稱漁業署）於民國106年8月間委託再抗告人即雲林縣台西鄉養殖權益促進會辦理106 年度台西鄉文蛤復育專案補助計畫，只要是在台西鄉有文蛤養殖事實且確實有異常死亡之養殖戶，並領有雲林縣陸上魚塢養殖漁業登記證之負責人或土地合法使用者，提出照片或廢棄文蛤殼清運等可資證明之單據，經再抗告人勘查確認有異常死亡且有案可稽者，皆可提出申請，最高補助額度以每公頃新臺幣（下同）2 萬元為限，經再抗告人審核符合資格之養殖戶計740 件，總面積1,008.6014公頃，漁業署補助9 成，總共撥款18,702,013元匯入再抗告人設於台西鄉農會崙豐分部帳號0000000000000000號帳戶（下稱系爭帳戶）內，以供轉發申請者，惟再抗告人理事長林源泉、監事林文新、執行人蔡文志、會計林雅惠等人（下稱林源泉等人），明知上開補助對象及條件，竟基於圖利犯意，假藉再抗告人理監事暨代表大會決議之名義，以函文通知所有會員，規定「補助款申請須為雲林縣台西鄉養殖權益促進會會員，會員會費繳納每公頃8千元，並配合簽領本計畫補助款每公頃2萬元，完成申領作業程序則以每公頃1萬2千元撥款」等情，變

相利用漁業署委託辦理該專案補助計畫，強迫欲申請補助之養殖戶須加入再抗告人爲會員，並繳納每公頃8 千元計算之會費，才能申請補助款，且偽造養殖戶以每公頃2 萬元計算之補助款領據向漁業署核銷，實際上僅以每公頃1萬2千元計算撥款給養殖戶，藉機剋扣補助款達8,068,811 元，此爲犯罪所得，依法應予扣押爲由，聲請扣押系爭帳戶內之金額，並以8,068,811 元爲上限，經第一審審酌後，認聲請人之聲請在173,024元範圍內爲有理由，而准予扣押。

- (二)經綜合全案卷證，依據證人即漁業署技士、證人即多位上開專案補助申請者之證述，卷附再抗告人組織章程、函文、林源泉當選證書、理監事暨會員代表名冊，漁業署就上開計畫審查、撥款、核銷等相關函文及計畫說明書、成果報告，暨系爭帳戶之交易明細表等全部卷證，有關林源泉等人涉嫌意圖得利剋扣上開專案補助款，已有合理之懷疑。考量林源泉等人分別爲再抗告人之理事長、幹部，可輕易領取該部分之犯罪所得加以隱匿，是本案確有對再抗告人之系爭帳戶扣押之必要。至於扣押之金額，第一審裁定依據卷內資料，以否認有加入再抗告人爲會員之申請者所申請補助總面積，換算本案犯罪所得約爲173,024元，並非無據。
- (三)再抗告人雖主張本案並無任何其他證據可證明林源泉等人有涉嫌意圖得利剋扣專案補助款之情事，原裁定之認定顯屬速斷云云。然刑事審判程序，在確定刑罰權之有無及其範圍；扣押，則屬保全程序，係爲保全將來沒收、追徵之目的，而禁止犯罪嫌疑人或第三人處分其財產所實施之強制處分，二者性質及目的有別，不可不辨。又扣押與否之審查，僅在判斷有無實施扣押強制處分之必要，至於再抗告人之理事長、幹部等人是否確實成立犯罪，乃本案實體事項，應留待將來審理實體事實之法院加以判斷、認定。是再抗告人以此指摘原裁定不當，並無理由。至於經第一審法院裁定准許扣押部分金額後，聲請人何以未於有效期間內，持該裁定進行扣押之後續作爲，其原因多端，與犯罪事實有無之認定，並無必然關連。再抗告人以第一審裁定應予扣押範圍內之系爭帳戶存款，似未遭扣押之情事，即推論連聲請人亦認爲無任何犯罪事實云云，尙非有據。
- (四)綜上所述，第一審綜合全卷相關事證後，認聲請人聲請保全

扣押，於173,024 元之範圍內，為有理由，而予以准許，尚無不合，亦無違反比例原則情形。抗告意旨仍執前詞，指摘第一審裁定不當，為無理由，應予駁回等語。

二、再抗告意旨略稱：再抗告人就會員繳納會費之金額，已於會員代表大會討論，並以公文公告全體申請者周知，縱令有部分補助計畫申請人否認有加入或未同意繳納會費，僅屬對於是否已加入以及會員權利義務履行等私權事項有所爭執，應依循民事法律予以認定，而與再抗告人幹部有無涉嫌意圖得利剋扣專案補助之刑事不法無涉，該扣押之款項非「得沒收之物」，倘若日後再抗告人與有爭議之會員達成解決共識後，再抗告人會依照解決共識將有爭議之會費妥適處理（例如退還不願繳費之會員），是該款項顯然並無以扣押方式為保全處分之必要，第一審裁定及原審裁定均疏未慮及於此，准予扣押再抗告人之財產，容有違誤。為此，依法提起再抗告，請求撤銷原裁定，以維再抗告人之權益等語。

三、惟查：犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得犯罪所得者，亦同；前2 項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，刑法第38條之1第1項前段、第2項第2款、第3 項分別定有明文。又可為證據或得沒收之物，得扣押之；為保全追徵，必要時得酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產；偵查中檢察官認有聲請扣押裁定之必要時，應以書面記載刑事訴訟法第133條之1第3項第1款、第2 款之事項，並敘述理由，聲請該管法院裁定；司法警察官認有為扣押之必要時，得依前項規定報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發扣押裁定，刑事訴訟法第133條第1項、第2項及第133條之2第1 項、第2項亦分別規定甚明。再者，為達遏抑犯罪之一般及特別預防效果，犯罪所得沒收或追徵執行之保全扣押，乃有效剝奪不法利得之手段。保全扣押裁定，係一項暫時之保全執行名義，效果僅止於財產之禁止處分，而非永久剝奪，目的在於確保實體判決之將來執行，其屬不法利得剝奪之程序事項規定，以自由證明為已足，並非須經嚴格證明之犯罪實體審究。原裁定就本件所涉之林源泉等人涉嫌意圖得利剋扣上開專案補助款，刑事案件仍在偵查中，聲請人就再抗告人系爭帳戶

內之金額，聲請保全扣押，於173,024 元之範圍內，為有理由，因認第一審准予扣押之裁定並無不合而予維持，已詳敘其認定之理由及所憑之依據，經核尙無違誤。再抗告意旨置原裁定已詳予說明之論斷於不顧，徒憑己見任意指摘，並非可取。本件再抗告為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第412條，裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 14 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發

法官 梁 宏 哲

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 11 月 20 日  
書 記 官