

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 1337 號.....	3
二、107 年度台上字第 2052 號.....	4
三、107 年度台上字第 3357 號.....	6
四、107 年度台上字第 3559 號.....	8
五、107 年度台上字第 4037 號.....	10
六、107 年度台上字第 4321 號.....	11
七、107 年度台上字第 4337 號.....	12
八、107 年度台上字第 4600 號.....	13
九、107 年度台上字第 4775 號.....	14
十、107 年度台非字第 174 號.....	15
十一、107 年度台非字第 258 號.....	18

裁判全文

106 年度台上字第 1337 號.....	20
107 年度台上字第 2052 號.....	31
107 年度台上字第 3357 號.....	47
107 年度台上字第 3559 號.....	53
107 年度台上字第 4037 號.....	64
107 年度台上字第 4321 號.....	69
107 年度台上字第 4337 號.....	74
107 年度台上字第 4600 號.....	77
107 年度台上字第 4775 號.....	80

107 年度台非字第 174 號.....	82
107 年度台非字第 258 號.....	87

一、 106 年度台上字第 1337 號（裁判書全文）

（一）貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之公務員對於非主管或監督之事務圖利罪，除「公務員對於非主管或監督之事務，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、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，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益」外，尚須該公務員圖利之對象「因而獲得利益」，始克成立。而此所謂「因而獲得利益」，應就行為人於同一預定計畫接續而為之圖利行為，合一包括整體觀察，倘已使自己或其他私人因而獲得部分之利益，即應認為犯罪已經既遂，始與法律規定之意旨相符。

（二）本件原判決認定羅○永等 4 人以東○閣公司「向中區辦事處申請租用後再辦理價購取得，日後即能轉售牟取暴利」、「欲依『先租後售』之方式取得土地之所有權」、「意在取得土地之所有權，取得租用權僅為取得所有權之階段行為」，稽之卷內證據資料，上訴人受羅○永等 4 人請託後，為圖東○閣公司取得本件國有非公用市場用地之租、購權利，及事成之後上訴人可獲得以政治捐獻之形式支付之報酬，而利用擔任立法委員之職權機會及身分，由上訴人先後於 96 年 1 月底某日、同年 3 月 13 日邀約國有財產局副局長蘇○成、局長郭○博至其立法院 507 辦公室請託關說協助處理，國有財產局因而函示中區辦事處應同意東○閣公司免拆除地上物之承租申請；又於中區辦事處依上

開函示改變原已否准之見解，而於 96 年 4 月 30 日准予出租東○閣公司後，上訴人先就承租階段收取以「政治捐獻」名義捐款之 50 萬元利益，繼而進行本件土地承租價購案之讓售申請，接續再於 96 年 6 月 29 日下午出面主持並邀請中區辦事處廖○隆處長陪同郭○博局長至其立法院 507 辦公室參與協調會，請託關說以優惠價格儘速讓購本件土地，且廖○隆處長於該協調會中當場向東○閣公司代表羅○永等人表示本件土地因公共設施建蔽率明顯不足，不符已完成多目標使用投資計畫而不同意讓售之情形下，更於同年 7 月 16 日再度出面主持並邀請郭○博局長、東○閣公司代表羅○永等人至其立法院 507 辦公室參與協調會請託關說，希望國有財產局函示中區辦事處能洽臺中市政府解釋疑義，惟經數次公文往返，迄未能完成讓購本件土地，故羅○永等人亦未交付第 2 階段之 250 萬元報酬等情。足見本件土地先申請承租，僅係為了取得申請價購之獎勵投資資格，自應就上訴人所欲達成中區辦事處同意本件土地承租價購案，係自始出於同一預定計畫之全部請託關說行為，為合一包括之整體觀察，以綜合判斷是否已「因而獲得利益」。從而上訴人於「先租後售」之本件土地承租價購案之承租、價購接續各為 2 次之請託關說行為，並已獲取 50 萬元報酬，自屬已因而獲得利益。

參考法條：貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款。

二、 107 年度台上字第 2052 號（裁判書全文）

(一) 自白犯罪縱同時主張違法阻却事由或責任阻却事由，仍無礙於自白之性質。再因犯罪事實，是指客觀存在之犯罪一切實際情況總和，包括犯罪之全部活動及其結果，本難期犯罪嫌疑人或被告能做作全面或準確之供述，故於判斷何為「犯罪事實主要部分」時，自應綜合考量其已交代之犯罪事實與未交代之犯罪事實之危害程度、是否為不同構成要件之犯罪、係事實之抗辯或僅主張有阻卻事由等各種相關因素。尤其犯罪嫌疑人或被告對自己之犯罪事實全部或主要部分是否肯認，前後供述有所反覆時，自應綜合同一或密接之訊（詢）問期日之整體供詞，依前揭標準而為判斷，不能以其後於偵、審過程中翻異其詞或對犯罪事實之重要部分有所隱瞞，即否認其之前已成立自白之效力。是倘被告在檢察官先前偵查中對自己犯貪污治罪條例第 4 條至第 6 條之犯罪事實全部或主要部分已為承認或肯定之供述，復已繳交全部所得財物，縱其於嗣後之偵查或審理中翻異其詞或有所抗辯，亦不能因此推論其先前所為肯認之供述非屬自白。

(二) 貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之對於職務上之行為之收受賄賂罪，其中職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬職務行為之範疇。至所謂與其職務權限有密切關聯之行為，包括由行政慣例所形成，為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及

因自己之法定職務關係或因之所生之必要輔助性權力，經由指揮、監督、干預、或請託之方式，足以形成一定之影響，使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形。

參考法條：貪污治罪條例第 8 條第 2 項、第 5 條第 1 項第 3 款。

三、107 年度台上字第 3357 號（裁判書全文）

刑法第 87 條第 2 項規定：「有第 19 條第 2 項及第 20 條之原因，其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時，於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護。但必要時，得於刑之執行前為之」。考其立法意旨，係以「監護並具治療之意義，行為人如有第 19 條第 2 項之原因，而認有必要時，在刑之執行前，即有先予治療之必要，故保安處分執行法第 4 條第 2 項、第 3 項分別規定，法院認有緊急必要時，得於判決前將被告先以裁定宣告保安處分；檢察官於偵查中認被告有先付監護之必要者亦得聲請法院裁定之。惟判決確定後至刑之執行前，能否將受刑人先付監護處分，則欠缺規定，爰於第 2 項但書增設規定，使法院於必要時，宣告監護處分先於刑之執行」。因此，法院本於此項規定宣告監護處分者，自應審酌行為人需治療性之具體情狀，並考量其所受宣告之主刑種類、期間長短，以決定究係令其於「刑之執行前」或「刑之執行完畢或赦免後」，進入相當處所施以監護，始稱適法。原判決宣告被告「應於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護 5 年」，並於

理由欄貳之四(四)「刑後監護處分」項下說明：「…本院雖對被告量處…無期徒刑，然依現行刑法第 77 條第 1 項規定，無期徒刑執行逾 25 年而有悛悔實據者，得…假釋出監。是被告將來入監執行逾 25 年後，仍有假釋復歸社會之可能性…其執行逾 25 年而符合假釋要件時，不排除可能尚未滿 60 歲。依陳○璋教授團隊、臺大醫院對於被告實施鑑定結果，均認被告倘未能有效定期、長期服藥，並接受相當精神、心理治療，確有再犯風險…，而被告…將來非無『因假釋而復歸社會』之可能…為使被告於將來『假釋後』得以長期接受持續規則之精神科評估與強制治療，並避免其服刑出監時立即面對諸多社會壓力…本院認有依刑法第 87 條第 2 項前段規定，對被告施以刑後監護之必要，以作為『假釋與復歸社會之銜接轉型』…」等旨。但：

(一)刑法第 79 條第 1 項規定，無期徒刑假釋後滿 20 年而未經撤銷假釋者，其未執行之刑，始以已執行論。而假釋出監人就本案另有監護處分須於刑之執行完畢或赦免後執行者，應於假釋期滿後執行之；因此，本件被告所受宣告之監護處分，顯非在其假釋出監時執行。原判決未察及此，竟以被告受無期徒刑之宣告，依刑法第 77 條第 1 項所定「執行逾 25 年」而符合假釋要件時，可能尚未滿 60 歲，因而諭知被告於刑之執行完畢或赦免後監護 5 年，以作為「假釋與復歸社會之銜接轉型」云云，顯然混淆「假釋出監」與「執行完畢」之情形，致有判決理由矛盾及適用法則不當之違法。

(二)依原判決上開理由之說明，原判決係基於專業鑑定

結果，認被告應「有效定期、長期服藥，並接受相當精神、心理治療」而為監護處分之宣告。倘若無誤，被告既具有高度之需治療性，則是否合於刑法第 87 條第 2 項但書規定，而應於「刑之執行前」為監護處分，尚非無斟酌之餘地；原判決逕依同條項前段規定，諭知於「刑之執行完畢或赦免後」始執行監護處分，法則之適用亦非適當。

參考法條：刑法第 87 條第 2 項、第 79 條第 1 項。

四、107 年度台上字第 3559 號（裁判書全文）

- （一）散見於刑法及其特別法內關於被告或犯罪嫌疑人能經由自首、自白、供出其他正犯或共犯、自動繳交犯罪所得或其他依規定等得獲減輕或免除其刑之寬典，係為獎勵刑事案件之被告或犯罪嫌疑人於偵、審中能坦承犯罪，以求訴訟經濟、節約司法資源，或使其等勇於出面檢舉，以利犯罪之易於或擴大偵查所設。但被告或犯罪嫌疑人對於是否邀寬典而坦認犯罪或供出犯罪來源，或因考慮爭取無罪判決、避免其他案情曝光、保護其他正犯或共犯等因素，在訴訟策略上本享有自主決定權，任何人均應予以尊重；且為避免被告或犯罪嫌疑人因畏懼、服從權威或受暗示、誘導而作不實陳述之可能。故無論警察、檢察官或法院等司法機關均無「教示」或「指導」被告或犯罪嫌疑人行使上開自主決定權之義務，僅能予以適度闡明及提醒，不宜過度介入。是縱法院未告知或曉諭被告有獲邀輕典等相關規定，亦不能謂其違反訴訟照料義務。

(二) 刑事訴訟法第 370 條第 1、2 項有關不利益變更禁止原則之規定，係指由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因第一審判決適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得諭知較重於第一審判決之刑而言。所謂「刑」，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑，包括主刑及從刑。修正後刑法沒收已非從刑，係獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果，其性質類似不當得利之衡平措施；又宣告多數沒收之情形，並非數罪併罰，故已刪除現行法第 51 條第 9 款規定宣告多數沒收併執行之條文。是修正後刑法沒收已不具刑罰本質。又現行刑法第 38 條之 1 第 1 項關於犯罪所得之沒收，乃合併修正前刑法第 38 條第 1 項第 3 款後段及第 3 項對犯罪行為人犯罪所得之沒收規定，基於任何人都不得保有犯罪所得之原則，以避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪。倘於僅被告上訴或為被告之利益而上訴，而下級審就被告犯罪所得有所短計或漏算，經上級審更正計算後若不得諭知較原審為重之所得數額沒收，即無法達到徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之目的。故修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無刑事訴訟法第 370 條第 1、2 項關於不利益變更禁止原則之適用。從而，范○彥指摘原判決就其所犯附表一編號 1 至 5、7 至 10、12、17、19、20 部分，量處較第一審為重之沒收刑，有違不利益變更禁止原則云云，亦非上訴第三審之合法理由。

參考法條：刑事訴訟法第 2 條第 1 項、第 95 條、第 370 條。

刑法第 38 條之 1 第 1 項。

五、 107 年度台上字第 4037 號（裁判書全文）

- （一）刑事判決正本送達後，發現原本錯誤，係文字之誤寫、誤算，或其他類此之顯然錯誤，且不影響於全案情節與判決本旨者，固得由原法院以裁定更正。惟其更正如影響於全案情節與判決本旨，依司法院釋字第 43 號解釋意旨，自不得以裁定更正之，倘逕而為裁定，應屬自始、當然、絕對無效。
- （二）本件檢察官起訴上訴人與楊○錦等人共同運輸「純質淨重共計 782 公斤 930.54 公克」之鹽酸羥亞胺 45 包進入臺灣地區，此有該起訴書在卷可憑。第一審判決在其事實欄或理由欄，雖提及查扣之鹽酸羥亞胺共 45 包等語。然就重量部分，則均記載為「淨重 419.28 公克，純質淨重 301.62 公克」之鹽酸羥亞胺，不僅與檢察官起訴之重量不符，且與其所引之卷存證據（即內政部警政署刑事警察局鑑定書所載鑑定結果）明顯有異，其對於犯罪事實所憑之證據認定有誤，進而嚴重影響犯罪事實認定之正確性，甚而使主文之諭知因而產生違誤。揆之前開說明，已非判決有誤寫、誤算，或其他類此之顯然錯誤可言，且已嚴重影響全案情節與判決本旨。第一審於民國 107 年 4 月 30 日裁定更正第一審判決全部有關前開記載毒品重量之錯誤（即將第一審判決之原本及其正本事實、理由欄及附表編號 1 備註欄內，關於扣得黃色飼料袋包裝之鹽酸羥亞胺重量之記載均更正為「驗前總淨重 1,074,088 公克，驗餘淨重 1,074,086.93 公克，驗前純質淨重

782,930.74 公克」），誠有未合，且顯已變更主文之內容，其更正自不發生效力。

參考法條：司法院釋字第 43 號解釋。

刑事訴訟法第 379 條。

六、107 年度台上字第 4321 號（裁判書全文）

不論是被告或共犯之自白，抑或被害人（或告訴人）之供述，固均不得作為有罪判決之唯一證據，必須調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。惟所謂「其他必要之證據」即通稱之補強證據，並不因其為補充性之證據，即認其證明力較為薄弱，而應依補強證據之質量，與被告之自白或被害人之指訴（證詞）相互印證，綜合判斷，視其是否足以確信被告之自白或被害人之指訴犯罪事實之真實性而定。故補強證據與被告之自白或被害人之指訴為相輔相成之關係，其間互成反比，即補強證據之證明力較強時，則被告之自白或被害人之指訴之證明力可以較弱，反之亦然。又聞自被害人在審判外陳述之轉述，仍祇是被害人指述之累積，屬重複性之累積證據，固不能作為補強證據，但倘證人所述內容，係供為證明被害人之心理狀態、認知或所造成之影響者，乃證人之親身體驗，屬於情況證據，如與待證之指訴具有關聯性，自可為補強證據。再者，為防止自白或指訴之虛偽不實，對補強證據之需求宜從寬認定，故實質上一罪之有數罪性質者（如結合犯）及裁判上一罪之想像競合犯，自須各罪皆有補強證據；而關於實質上一罪之單純一罪性質者，如加重結果犯，其基本犯罪須補強，加

重罪既屬過失犯，則可不須補強證據；如為集合犯，因屬構成要件本質上一罪，故部分行為補強即可（如非法從事廢棄物之清除一段時間，最後當場為警查獲清除之廢棄物，該廢棄物可為其自白之補強，而不必每一廢棄物之清除皆須補強）。至犯罪競合之數罪併罰，各罪分別獨立，故每一罪之自白或指訴，皆須補強證據，固無疑義，然數罪間如有關聯性，一補強證據同為數罪自白或指訴之補強，仍有可能，自不能任指為違法。

參考法條：刑事訴訟法第 156 條第 2 項。

七、107 年度台上字第 4337 號（裁判書全文）

（一）因應刑法與刑法施行法之修正，水土保持法第 32 條第 5 項於 105 年 11 月 30 日修正為：「犯本條之罪者，其墾植物、工作物、施工材料及所使用之機具，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」立法理由係以：考量山坡地因其自然條件特殊，不適當之開發行為易導致災害發生，甚至造成不可逆之損害，為減少違規行為人僥倖心理，避免該等犯罪工具因非屬犯罪行為人所有而無法沒收，致使犯罪成本降低，而無法達到嚇阻之目的，乃修正為不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，以為刑法第 38 條第 2 項之特別規定。則依特別法優先於普通法之原則，水土保持法第 32 條第 5 項係特別規定，自應優先於刑法第 38 條第 2 項前段之適用，至於與沒收有關之其他事項，水土保持法既無特別規定，依法律適用原則，仍應回歸適用刑法。

（二）修正刑法就沒收部分，為符合比例原則，兼顧訴訟經

濟，節省法院不必要之勞費，及考量義務沒收對於被沒收人之最低限度生活產生影響，增訂過苛條款，於第 38 條之 2 第 2 項明定：「宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人之生活條件之必要者，得不宣告或酌減之」。所謂「宣告前二條之沒收或追徵」，依其文義、立法體例及立法精神，自係指依第 38 條、第 38 條之 1 規定宣告之沒收、追徵而言，其中第 38 條部分，當然包括該條第 2、3 項前段與但書在內，而非僅限於前段規定，始有適用。

參考法條：水土保持法第 32 條第 5 項。

刑法第 38 條之 2 第 2 項。

八、107 年度台上字第 4600 號（裁判書全文）

- （一）證人係陳述其自己所觀察之過去事實，具有不可代替性，其義務性較大，故刑事訴訟法第 176 條之 1 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。」刑事訴訟法除於第 186 條第 1 項對於到場之證人，設有關於具結能力之規定外，對於證人應具備何等能力，均乏直接規定。證人之「陳述資格」，即證人之陳述能力如何，不祇攸關應否令其具結，並與其證言真實性之判斷，至有關係。證人作證之目的既在陳述其自己所觀察之過去事實，自應具有正確觀察力、清晰記憶力及誠實陳述力。對此證人之「陳述資格」，英美法要求提出該證人之當事人先證明其有此項能力，並許對造當事人就此證人能力

之欠缺，舉證以彈劾之，或依反對詰問加以質問。我國刑事訴訟法雖無類似規定，仍應容許當事人為爭執異議，並由法院加以調查決定之。

- (二) 本件原判決認定上訴人有販賣第一級毒品未遂之犯行，係以檢察官所舉證人王○智於警詢及偵查中指證購毒經過之證言，為其主要依據。惟上訴人之原審辯護人於原審就王○智之陳述能力，業已爭執，具狀聲請調查證據，並辯護稱：依高雄市立凱旋醫院所送王○智病歷資料顯示，王○智確患思覺失調症，其於為前揭證言之期間，因未按時服藥，受精神疾病困擾，影響其陳述能力，所為證言欠缺憑信性，不足為不利於上訴人認定等旨。卷查高雄市立凱旋醫院之函文載明：依病歷記載王○智於民國 92 年 10 月 3 日首次至該院就醫，當時診斷係思覺失調症等情，有該函及所附病歷影本可稽。原審就王○智罹患上開思覺失調症，是否影響其陳述能力及證言之憑信性，未予調查、釐清，該部分事實仍欠明瞭，原判決逕將王○智之證言，引為認定上訴人犯罪之主要論據，難謂適法。

參考法條：刑事訴訟法第 176 條之 1、第 186 條第 1 項、第 379 條第 10 款。

九、107 年度台上字第 4775 號（裁判書全文）

中止犯本質上是未遂犯的一種，除須具備未遂犯之一般要件（法律明文處罰該未遂犯，且行為人基於犯罪故意而著手實行犯罪），尚須具備「因己意中止或防止結果發生」之特別要件，始能成立中止未遂。而刑法於普通

未遂之外，另設中止未遂應減輕或免除其刑之規定，係由於行為人著手犯罪對法益之危險性，既因己意中止行為或防止結果發生而大幅減低或消滅，其犯罪意志及法敵對性顯然低於貫徹犯行之行為人，刑罰之需求性與必要性亦較薄弱，基於刑事立法政策之考慮，乃另明定中止犯「應減輕或免除其刑」，俾促使行為人於結果發生前儘早改過遷善，以減輕其著手犯罪對法益的危害。從而著手實行犯罪而不遂之情形，若同時具備「因己意中止或防止結果發生」之特別要件，而適用中止犯之特別規定減輕或免除其刑者，即無更依普通未遂規定遞予減輕之餘地，避免對於普通未遂之基礎要件重複評價。

參考法條：刑法第 27 條第 1 項、第 25 條第 1 項。

十、107 年度台非字第 174 號（裁判書全文）

刑法第 1 條規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」為罪刑法定主義，而刑法罪刑法定主義禁止類推解釋之精神，在保障人民之自由及權利，限制國家權力之濫用，使人民不受法無處罰明文之刑罰制裁，且不因執法者以一己之念任意解釋法律，而受不測之損害。惟擴張解釋則為罪刑法定主義所不禁止，乃屬正當之解釋方法。擴張解釋係因法律規定文義過狹，不足表示立法真意，因而擴張法文之意義，以期正確適用。此擴張須在文義可能之範圍內，即須在文義「預測可能性」的射程內，若內涵相同，或為內涵所能涵蓋，並不違背立法目的，始可為擴張解釋。關於賭博行為，刑法第 266 條第 1 項規

定：「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。」為普通賭博罪。第 268 條規定：「意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。」為圖利賭博罪或聚眾賭博罪。上開罰金部分，依刑法施行法第 1 條之 1 規定，其單位為新臺幣，並提高為 30 倍。而社會秩序維護法第 84 條規定：「於非公共場所或非公眾得出入之職業賭博場所，賭博財物者，處新臺幣九千元以下罰鍰。」則為對賭博行為不合於刑法賭博罪之行政處罰規定。以上三種處罰賭博行為之規定，其情形並不相同。刑法第 266 條第 1 項之普通賭博罪，係以在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物為其成立要件。而社會秩序維護法第 84 條所定之賭博行為，則不以在公共場所或公眾得出入之場所為之為要件。至刑法第 268 條之圖利賭博罪或聚眾賭博罪，亦不以在公共場所或公眾得出入之場所為之為要件。依上開規定，在非公共場所或非公眾得出入之場所賭博財物，並不構成刑法第 266 條第 1 項之賭博罪。所謂之「賭博場所」，只要有一定之所在可供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間之場地始足為之。以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可為傳達賭博訊息之工具。電腦網路係可供公共資訊傳輸園地，雖其為虛擬空間，然既可供不特定之多數人於該虛擬之空間為彼此相關聯之行為，而藉電腦主機、相關設備達成其傳輸之功能，在性質上並非純屬思想之概念空間，亦非物理上絕對不存在之事物，在電腦網站開設投注簽賭網

站，供不特定人藉由網際網路連線登入下注賭博財物，該網站仍屬賭博場所。透過通訊或電子設備簽注賭博財物，與親自到場賭博財物，僅係行為方式之差異而已，並不影響其在一定場所為賭博犯罪行為之認定，此為擴張解釋，非法之所禁。惟如前所述，刑法第 266 條第 1 項之普通賭博罪在成立上，係以「在公共場所或公眾得出入之場所」作為要件。所謂「公共場所」，係指特定多數人或不特定之人得以出入、集合之場所；所謂「公眾得出入場所」，係指非屬公共場所，而特定多數人或不特定之人於一定時段得進出之場所。是網際網路通訊賭博行為，究應論以刑法第 266 條第 1 項之普通賭博罪，抑應依社會秩序維護法第 84 條處罰，則以個案事實之認定是否符合於「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博財物之要件而定。於電腦網路賭博而個人經由私下設定特定之密碼帳號，與電腦連線上線至該網站，其賭博活動及內容具有一定封閉性，僅為對向參與賭博之人私下聯繫，其他民眾無從知悉其等對賭之事，對於其他人而言，形同一個封閉、隱密之空間，在正常情況下，以此種方式交換之訊息具有隱私性，故利用上開方式向他人下注，因該簽注內容或活動並非他人可得知悉，尚不具公開性，即難認係在「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博，不能論以刑法第 266 條第 1 項之賭博罪，惟如合於社會秩序維護法第 84 條規定之要件，則依該法予以處罰。對此因科技之精進新興賭博之行為，如認其可責性不亞於刑法第 266 條第 1 項之普通賭博罪，於刑事政策上認有依刑法處罰之必要，則應循立法途徑修

法明定，以杜爭議，並符罪刑法定之原則。

參考法條：刑法第 1 條、第 266 條、第 268 條。

十一、107 年度台非字第 258 號（裁判書全文）

被告經檢察官為緩起訴處分確定，如於緩起訴期間內，故意更犯有期徒刑以上刑之罪，經檢察官提起公訴者，或於緩起訴前，因故意犯他罪，而在緩起訴期間內受有期徒刑以上刑之宣告者。檢察官即得依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴。刑事訴訟法第 253 條之 3 第 1 項第 1、2 款分別定有明文。本件被告林○成因涉施用第二級毒品罪（下稱甲案），前經臺灣新北地方檢察署（下稱新北地檢署）檢察官於民國 105 年 10 月 14 日，以 105 年度毒偵字第 4846 號為緩起訴處分（下稱原緩起訴處分），期間為 2 年，嗣經臺灣高等檢察署檢察長於同年 11 月 1 日，以 105 年度上職議字第 12975 號處分書駁回再議而確定（緩起訴期間自 105 年 11 月 1 日至 107 年 10 月 31 日）。又被告於緩起訴處分前之 105 年 8 月 26 日 8 時 22 分許，另故意犯施用第二級毒品罪，經臺灣新北地方法院（下稱新北地院）於 105 年 12 月 8 日以 105 年度簡字第 7635 號判決判處有期徒刑 3 月，於 106 年 1 月 7 日確定（下稱乙案），而經新北地檢署檢察官，以 106 年度撤緩字第 211 號撤銷緩起訴處分書撤銷原緩起訴處分確定，並以 107 年度撤緩毒偵字第 73 號聲請簡易判決處刑，經新北地院以 107 年度簡字第 2065 號簡易判決有罪確定。被告乙案之犯罪，已合於刑事訴訟法第 253 條之 3 第 1 項第 2 款「緩起

訴前，因故意犯他罪，而在緩起訴期間內受有期徒刑以上刑之宣告者」撤銷緩刑之要件，縱該撤銷緩起訴處分書關於被告係在「緩起訴處分履行期間內」再犯罪，依刑事訴訟法第 253 條之 3 第 1 項第 1 款之規定撤銷原緩起訴處分之記載，未臻正確，但猶本諸被告有乙案犯罪為其撤銷之事由，究與應撤銷原緩起訴處分之結果並無不同，不生撤銷處分應屬無效之問題，檢察官就甲案提起公訴為合法追訴，原判決逕為實體判決，即無不合。

參考法條：刑事訴訟法第 253 條之 3 第 1 項第 1 款、第 2 款

。

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,1337

【裁判日期】1071226

【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1337號

上訴人 高志鵬

選任辯護人 蕭仰歸律師

薛松雨律師

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105年11月17日第二審更審判決（103年度重矚上更（二）字第4號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署96年度偵字第3946、4353、4541號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原判決撤銷第一審之科刑判決，改判依民國98年4 月22 日修正公布之貪污治罪條例第6條第1項第5 款規定，仍論上訴人高志鵬以公務員與非公務員共同對於非主管或監督之事務圖利罪；另以本件係於96年10月22日繫屬第一審法院，已逾8 年仍未能判決確定，認侵害上訴人受迅速審判之權利，且情節重大，有予以適當救濟之必要，適用刑事妥速審判法第7條之規定酌量減輕其刑；因而處有期徒刑4年6 月，併諭知褫奪公權4 年及未扣案之犯罪所得新臺幣（下同）50萬元沒收，於全部或一部不能沒收時，追徵之。
- 三、上訴意旨略稱：
(一)原審未具體說明證人即原審同案被告姚糧鈿（以下仍依原名載為姚昇志，業經原審論處非公務員與公務員共同對於非主

管或監督之事務圖利罪刑確定）於審判外之法務部調查局南投縣調查站（下稱南投縣調查站）及檢察官偵查中陳述，何以具有證據能力，並將卷附通訊監察譯文及姚昇志之自白書採為判決之基礎，且未就非供述證據區分為文書證據或物證詳為說明有無證據能力，有判決理由不備及採證違背證據法則之違法。

- (二)檢察官原起訴上訴人與姚昇志共同對於上訴人職務上之行爲，期約賄賂1000萬元，嗣收受賄賂200 萬元等犯罪事實，嗣第一審公訴檢察官雖提出補充理由書，敘明更正起訴法條為貪污治罪條例第6條第1項第5 款，原審疏未就其所認定之圖利犯罪事實告知或訊問，有礙上訴人行使防禦權，所踐行之訴訟程序於法有違。
- (三)原審採信共同被告即證人姚昇志之不利陳述，欠缺補強證據。
- (四)證人羅朝永、曾俊雄於偵查中證稱未就期約、交付款項之事與上訴人有任何接觸之陳述，足以推翻姚昇志所為不利上訴人之證述，原判決就該等有利於上訴人之證據，未予採納亦未說明理由，自屬理由不備。
- (五)原判決認定上訴人不知情暨不構成圖利罪之其他被訴犯罪事實（即被訴已因圖利獲得不法利益超過50萬元部分，及因尚未獲得不法利益250 萬元而構成圖利罪部分），未敘明不另為無罪之諭知，有已受請求之事項未予判決之違法。
- (六)原判決認定本件土地出租不違法，讓售則迄今未能如願完成，上訴人僅該當圖自己不法利益並因而獲得利益部分，原判決主文欄併諭知上訴人圖自己「及其他私人不法利益」，因而獲得利益，且仍依刑法第10條第2項及貪污治罪條例第2條於95年7月1日修正施行前之舊法規定，於主文欄諭知「高志鵬共同依據法令從事公務之人員…」，有理由矛盾之違法。
- (七)原審仍以上訴人明知違背宣誓條例第6條第1款及立法委員行為法第16條等規定，作為論處上訴人本件圖利罪刑之依據，有適用法則不當之違誤。
- (八)本件土地之出租、讓售，姚昇志係先後2 次轉向上訴人請託，讓售部分甚且於其自行無法順利申辦後，始又另行起意轉請上訴人為之。上訴人縱令為此申請承租之事收受政治獻金50萬元，因本件土地之出租並未違背法令，亦不該當圖利罪

之構成要件；至於本件土地之申請讓售，迄未獲准，東豐閣股份有限公司（以下稱東豐閣公司）、姚昇志及上訴人均未獲取任何不法利益，僅屬未遂，並無發生圖利之結果，仍不該當圖利罪之構成要件。原審遽論上訴人以貪污治罪條例第6條第1項第5款之圖利罪名，有適用法則不當之違誤等語。

四、經查：

- (一)犯罪事實之認定，證據之取捨及其證明力如何，乃事實審法院自由判斷之職權，如其取捨不違背經驗法則與論理法則，即不得指為違法，而據為上訴第三審之理由。且經驗法則與論理法則俱屬客觀存在之法則，非當事人主觀之推測，若僅憑上訴人之主觀意見，漫事指為違背經驗與論理法則，即不足以辨認原判決已具備違背法令之形式。本件原判決綜合全辯論意旨及調查證據所得，依法認定：上訴人為立法院第6屆立法委員，負有制訂法律，及對中央政府機關有審查預算、施政質詢等監督之權，同時擔任該屆第5會期財政委員會委員，依立法院各委員會組織法第2條及立法院程序委員會組織規程第5條第1項第4款等相關規定，負責審查財政政策及有關財政部、中央銀行等相關單位掌理事項之議案及人民請願書，並得於每會期開始時，邀請各相關部會作業務報告，並備質詢，為依據法令服務於國家且具有法定職務權限之人員，與不具有公務員身分，時任上訴人之國會助理兼國會辦公室副主任，負責協助問政、法案審查及處理人民陳情等業務之共同正犯姚昇志，共同對於非屬立法委員主管或監督之事務，明知東豐閣公司申請承租價購本件臺中市○○段○○○○地號之國有非公用市場用地（下稱本件土地承租價購案），有違背法規命令即依都市計畫法第30條第2項授權訂定之都市計畫公共設施用地多目標使用辦法第3條第1項、第7條，及依都市計畫法第85條授權訂定之都市計畫法臺灣省施行細則第36條、第37條規定，暨職權命令即行政院76年1月21日(76)臺財字第1230號函釋，竟受東豐閣公司實際負責人謝聰烽與陳朝雄、綽號「阿德」之羅朝永（業經不起訴處分確定）、曾俊雄（下合稱羅朝永等4人）請託，為圖東豐閣公司取得本件國有非公用市場用地之租、購權利，及上訴人於本件土地承租價購案事成之後可獲得以政治捐獻之形式支付之報酬，而利用立法委員之職權機會及身分，由上訴人先

後於96年1 月底某日邀約財政部國有財產局（已改制為財政部國有財產署，以下仍稱國有財產局）副局長蘇維成至立法院上訴人之國會辦公室507室（下稱立法院507辦公室），及於96年3月13日上午利用國有財產局局長郭武博前往立法院507辦公室協調其他案件之際，各向國有財產局副局長蘇維成、局長郭武博當面請託關說協助處理，國有財產局因而函示中區辦事處（已改制為中區分署，以下仍稱中區辦事處）應同意東豐閣公司免拆除地上物之承租申請；又於中區辦事處依上開函示改變原已否准並註銷東豐閣公司租用申請案之見解，而於96年4 月30日准予出租東豐閣公司後，上訴人先就承租階段收取以「南投阿德」名義「政治捐獻」之50萬元利益，繼而進行本件土地承租價購案之讓售申請，上訴人接續再於96年6 月29日下午出面主持並邀請郭武博局長、中區辦事處廖蘇隆處長至其立法院507 辦公室參與協調會請託關說，且廖蘇隆處長於該協調會中當場向東豐閣公司代表羅朝永等人表示本件土地因公共設施建蔽率明顯不足，不符已完成多目標使用投資計畫而不同意讓售之情形下，更於同年7月16 日再度出面主持並邀請郭武博局長、東豐閣公司代表羅朝永及代書張秀菊等人至其立法院507 辦公室參與協調會請託關說，希望國有財產局函示中區辦事處能洽臺中市政府，解釋有關本件地上物是否屬於已依核准之投資計畫興建公共設施完成之疑義，惟經數次公文往返，迄未能完成讓購本件土地，故羅朝永等人亦未交付第2階段之800萬元報酬（因姚昇志向上訴人表示處理土地承租部分報酬為50萬元，土地價購部分報酬為250 萬元，並無積極證據證明上訴人就此以外之金額知情）。綜上，上訴人明知本件土地承租價購案有違上開法律授權之法規命令及職權命令，且非屬立法委員主管或監督之事務，仍接續邀約管理國有財產機關之首長、副首長等長官到其立法院507 辦公室會面或主持召開協調會，利用上訴人擔任立法委員之職權機會及身分請託關說，以干預管理國有財產機關對於本件土地承租價購案是否同意出租讓售之決定，圖東豐閣公司取得本件土地之租購權利及己身之報酬，並實際上因而獲得以政治捐獻名義捐款50萬元之利益等情。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。所為推理論斷，合乎推理之邏輯規則，尚非原審主

觀之推測，核無違背客觀存在之經驗法則與論理法則，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任意指摘為違法。

- (二)原判決已說明係依憑上訴人不利於己之部分供述，證人即原審同案被告姚昇志、證人即上訴人之國會助理林倖如、東豐閣公司實際負責人謝聰烽及其女謝雅慧、陳朝雄、羅朝永、曾俊雄、代書張秀菊、國有財產局局長郭武博、副局長蘇維成、中區辦事處處長廖蘇隆、秘書卓翠雲等人之證詞，佐以卷附通訊監察書及譯文、國有基地（公共設施用地）租賃契約書、相關函文資料等，暨如原判決附表各編號所載之扣押物品等證據資料，相互印證，斟酌取捨後，而認定上訴人之犯行。並說明姚昇志如何初始並未約定具體之報酬數額，嗣於96年2月6日取得由羅朝永交付之報酬承諾書後，始告知上訴人報酬數額等情，業據姚昇志於第一審羈押訊問、移審訊問，暨偵查中檢察官訊問時及第一審審理中具結證述屬實（見原判決第46至47頁之理由肆、四、(七)所載），足認上訴人知悉受託關說本件土地承租價購案可獲取相當之對價利益共300萬元，並分2階段收取，就第1 階段（即取得租用權時）其報酬為50萬元，第2 階段（即價購完成時）付清其餘報酬250 萬元，其並已收到承租部分之報酬50萬元，及上訴人對於「阿德」等人所給予之政治獻金係其請託關說協助處理本件土地承租價購案之報酬等情（見原判決第26至40頁之理由肆、三所述）。又上開證據資料，足以擔保證人姚昇志指證事實之憑信性，並非僅憑其單一之證述，即為不利上訴人之認定等旨，均已依據卷內資料予以論述及說明。核其論斷，有卷存事證足憑，並無認定事實未憑證據之情形，亦無採證違法、適用自白、補強等證據法則不當或判決理由不備、矛盾之違誤。至證人羅朝永、曾俊雄既係透過姚昇志轉達，均未直接與上訴人接洽報酬之約定或交付，其等於偵查中證稱未就期約、交付款項之事與上訴人有任何接觸之陳述，自不足以推翻姚昇志所為不利上訴人之證述，亦無上訴意旨所指判決理由欠備之違誤。
- (三)被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第159條之2定有明文。原判決已說明證人即原審同

案被告姚昇志先前以犯罪嫌疑人之身分，在南投縣調查站詢問時所為之陳述，及於檢察官偵查中或在本件審判外向法官所為之陳述，何以均係出於其任意性，難認其係為邀輕典，而為不利於上訴人之陳述，均具有證據能力，且已於第一審審理時，使其立於證人之地位具結陳述，給予上訴人及選任辯護人進行詰問、詢問之機會，並未侵害上訴人之對質詰問權。卷附通訊監察譯文，均係合法通訊監察所取得錄音帶內容所為之翻譯，且經歷審審判長踐行法定調查程序，亦具有證據能力。另卷附姚昇志之自白書1份，原審係以姚昇志已於第一審審理中確認該自白書之全部內容均係本於自由意願下親自所書寫，用以說明姚昇志陳述之任意性，並非將該自白書逕採為判決之基礎。至於原判決所引據之非供述證據即書證、物證部分，本不生供述證據始有之傳聞法則之問題，且該等物證之型態並未改變。又本件已經本院2次發回更審，上訴人經由其辯護人閱卷及歷審法院多次審理提示卷證資料，已熟諳與本件待證事實有關之非供述證據，歷審均未主張該等證據之取得過程有何違背法定程序之情事，原判決未區分為文書證據或物證分別說明，尚無違法可言。上訴意旨就此爭執，亦無足取。

- (四)本件起訴書雖認上訴人係共同涉犯貪污治罪條例第5條第1項第3款之對於職務上之行爲期約、收受賄賂罪嫌，惟此業經公訴檢察官於徵得原起訴檢察官同意後，於第一審審理中之98年6月3日提出補充理由狀更正起訴法條為貪污治罪條例第6條第1項第5款，復經第一審於98年6月12日及原審於歷次審理時，依刑事訴訟法第95條規定當庭履行告知經檢察官更正後之起訴罪名程序，且基本事實均同一，上訴人及其在原審選任辯護人，或經由第一審判決，或檢閱及抄錄歷審全案卷宗，已就圖利罪名進行答辯及辯護，其防禦及辯護依賴權之行使已獲確保，自不能執此指摘，資為上訴第三審之適法理由。
- (五)刑事訴追關於構成犯罪之具體事實及其犯罪之時間、處所、方法、金額之記載，旨在辨別犯罪之同一性。本件檢察官起訴之犯罪事實，即為上訴人受羅朝永等4人請託後，利用上訴人擔任立法委員之職權機會及身分，接續邀約管理國有財產機關之首長、副首長等長官到其立法院507辦公室會面或

主持召開協調會當面關說請託，以干預管理國有財產機關於本件土地承租價購案是否同意出租讓售之決定，圖自己及東豐閣公司不法利益，且上訴人因此獲得金錢利益50萬元之犯行，惟因迄未能完成讓購本件土地，故羅朝永等人亦未交付第2階段之800萬（上訴人僅知情為250 萬元）元報酬等情，其所訴追構成犯罪之具體時間、處所、方式、金額等客觀構成要件行為之記載，與原判決認定之基本事實均同一，是原判決認定上訴人所犯上開共同對非主管或監督之事務，明知違背法令規定，所為利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益行為之基本事實，並無已受請求之事項未予判決之情形。至於原判決另認定因姚昇志向上訴人表示處理土地承租部分報酬為50萬元，土地價購部分報酬為250 萬元，並無積極證據證明上訴人就此以外之金額知情等情，已說明撤銷第一審判決另為改判之理由（見原判決第52至53頁之理由陸、一、(一)所述），自無上訴意旨所指已受請求之事項未予判決之違法可言。

- (六)刑法於94年2月2日修正公布，並自95年7月1日施行，其第10條第2 項原規定：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。」修正後規定為：「稱公務員者，謂下列人員：一、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。二、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。」依上揭修正後規定，凡：一、服務於國家、地方自治團體所屬機關之公務人員（即身分公務員），二、依法令從事於公共事務而具有法定職務權限者（即授權公務員），三、受機關委託而從事與委託機關權限有關之公共事務者（即委託公務員），均屬刑法上之公務員。而95年5月30日修正公布，並自95年7月1 日施行之貪污治罪條例於第2 條原規定：「依據法令從事公務之人員，犯本條例之罪者，依本條例處斷；其受公務機關委託承辦公務之人，犯本條例之罪者，亦同。」配合修正為「公務員犯本條例之罪者，依本條例處斷。」原判決主文欄仍依刑法第10條第2項及貪污治罪條例第2條於95年7月1日修正施行前之舊法規定，於主文欄諭知「高志鵬共同依據法令從事公務之人員…」，雖有未洽，然上訴人為中央民意代表第6 屆立

法委員，係依法令服務於國家所屬機關而具有法定職務權限，為依據法令從事公務之人員，無論上開刑法第10條第2項及貪污治罪條例第2條修正前後，均具「公務員」身分（屬於身分公務員），仍與上訴意旨所指理由矛盾之違法不相當。又本件原判決認定上訴人係利用其擔任立法委員之職權機會及身分，邀約管理國有財產機關之首長、副首長等長官到其立法院507辦公室會面或主持召開協調會當面請託關說，圖自己及東豐閣公司不法利益，惟因迄未能完成讓購本件土地，僅自己因而獲得利益50萬元，已如前述。上訴人既出於圖自己或其他私人不法利益之犯意而實行請託關說行為，縱其後因讓售申請迄未能如願完成，因而實際上僅自己獲得部分利益即50萬元之報酬，仍不能謂上訴人並無實行「利用職權機會及身分圖自己及其他私人不法利益」之圖利行為，從而原判決主文欄併論知上訴人圖自己「及其他私人不法利益」，亦無上訴意旨所指理由矛盾之違法。

- (七)貪污治罪條例第6條第1項第5款於90年11月7日修正公布為「對於非主管或監督之事務，明知『違背法令』，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。」該條款所謂「法令」，依立法理由之說明，係指法律、法律授權之法規命令、職權命令、委辦規則等對多數不特定人民就一般事項所作對外產生法律效果之規定而言。該條規定於98年4月22日再次修正公布為「對於非主管或監督之事務，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、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，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。」而將「法令」之範圍明文化。則論處被告該罪名，即應明白認定該公務員職務上有何應遵守義務之規定而未予遵守，以為適用法律之依據。原判決事實欄已敘明上訴人「知悉國有財產局及該局之各辦事處對轄區內關於國有非公用不動產出租、讓售之決定，乃屬該等單位之權限，且非屬立法委員所主管或監督之事務，而國有非公用土地之出租、讓售，依國有財產法及其相關規定，須符合一定之要件及程序，其為獲准投資辦理都市計畫事業之私人或團體，申請承租進而申請受讓所需用公有公共設施用地時，需符合都市計畫法及獎勵投資辦理都市計

畫公共設施辦法之規定，暨行政院76年1月21日（76）臺財字第1230號函釋」等情（見原判決第5 頁第10至18列），並於理由欄載明都市計畫法第53條，與法規命令即依都市計畫法第30條第2 項授權訂定之都市計畫公共設施用地多目標使用辦法第3條第1項、第7 條，及依都市計畫法第85條授權訂定之都市計畫法臺灣省施行細則第36條、第37條規定，暨職權命令即行政院76年1月21日（76）臺財字第1230號函釋之相關內容（見原判決第40至41頁之理由肆、四、（一）），復詳敘上訴人何以明知本件土地承租價購案，有違與上開管理國有財產機關公務員執行職務有直接關係之法規命令及職權命令等旨（見原判決第40、43、49頁），於法核無不合。至原判決事實欄及理由欄另載述上訴人明知宣誓條例第6條第1款及立法委員行為法第16 條之規定等語（見原判決第5、49至50頁），縱屬贅餘，予以除去仍不影響判決之結果，亦不得據為第三審上訴之合法理由。

- （八）貪污治罪條例第6條第1項第5 款之公務員對於非主管或監督之事務圖利罪，除「公務員對於非主管或監督之事務，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、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，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益」外，尚須該公務員圖利之對象「因而獲得利益」，始克成立。而此所謂「因而獲得利益」，應就行為人於同一預定計畫接續而為之圖利行為，合一包括整體觀察，倘已使自己或其他私人因而獲得部分之利益，即應認為犯罪已經既遂，始與法律規定之意旨相符。本件原判決認定羅朝永等4 人以東豐閣公司「向中區辦事處申請租用後再辦理價購取得，日後即能轉售牟取暴利」、「欲依『先租後售』之方式取得土地之所有權」、「意在取得土地之所有權，取得租用權僅為取得所有權之階段行為」（見原判決第2 頁最後2 列、第41頁第23列、第42頁第19至20列），稽之卷內證據資料，上訴人受羅朝永等4 人請託後，為圖東豐閣公司取得本件國有非公用市場用地之租、購權利，及事成之後上訴人可獲得以政治捐獻之形式支付之報酬，而利用擔任立法委員之職權機會及身分，由上訴人先後於96年1 月底某日、同年3 月13日邀約國有財產局副局長蘇維成、局長郭武博至其

立法院507 辦公室請託關說協助處理，國有財產局因而函示中區辦事處應同意東豐閣公司免拆除地上物之承租申請；又於中區辦事處依上開函示改變原已否准之見解，而於96年 4月30日准予出租東豐閣公司後，上訴人先就承租階段收取以「政治捐獻」名義捐款之50萬元利益，繼而進行本件土地承租價購案之讓售申請，接續再於96年6 月29日下午出面主持並邀請中區辦事處廖蘇隆處長陪同郭武博局長至其立法院507 辦公室參與協調會，請託關說以優惠價格儘速讓購本件土地，且廖蘇隆處長於該協調會中當場向東豐閣公司代表羅朝永等人表示本件土地因公共設施建蔽率明顯不足，不符已完成多目標使用投資計畫而不同意讓售之情形下，更於同年 7月16日再度出面主持並邀請郭武博局長、東豐閣公司代表羅朝永等人至其立法院507 辦公室參與協調會請託關說，希望國有財產局函示中區辦事處能洽臺中市政府解釋疑義，惟經數次公文往返，迄未能完成讓購本件土地，故羅朝永等人亦未交付第2階段之250萬元報酬等情（見原判決第4至9頁之事實欄三至四所述）。足見本件土地先申請承租，僅係爲了取得申請價購之獎勵投資資格，自應就上訴人所欲達成中區辦事處同意本件土地承租價購案，係自始出於同一預定計畫之全部請託關說行爲，爲合一包括之整體觀察，以綜合判斷是否已「因而獲得利益」。從而上訴人於「先租後售」之本件土地承租價購案之承租、價購接續各爲2 次之請託關說行爲，並已獲取50萬元報酬，自屬已因而獲得利益。原審論上訴人以貪污治罪條例第6條第1項第5 款之圖利罪名，並無適用法則不當之違誤。上訴意旨置原判決明白之論斷於不顧，徒憑己見，將本件土地承租價購案割裂爲承租、價購2 階段，單獨觀察分別評價，主張承租階段雖已收錢但未違背法令、價購階段縱然違法但迄未獲准，僅屬未遂，均不該當圖利罪之構成要件云云，任意爭執，自非適法之上訴第三審理由。

五、其餘上訴意旨，經核亦係置原判決所爲明白論斷於不顧，仍持已爲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之職權行使，徒憑自己之說詞，任意指摘，核與法律規定得爲第三審上訴理由之違法情形不相適合。應認其上訴爲違背法律上之程式，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 12 月 26 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發

法官 梁 宏 哲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 27 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,2052

【裁判日期】1071227

【裁判案由】貪污等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第2052號

上訴人 臺灣高等檢察署花蓮檢察分署檢察官黃怡君

上訴人 施金樹

選任辯護人 籃健銘律師

陳建宏律師

上訴人 潘富民

選任辯護人 林永頌律師

張天香律師

絲漢德律師

上訴人 蘇正清

選任辯護人 張秉正律師

曾泰源律師

鍾年展律師

上訴人 陳長明

選任辯護人 張睿文律師

上訴人 沈肇祥

選任辯護人 邱一偉律師

上訴人 林錦坤

選任辯護人 吳秋樵律師

上訴人

即 被 告 胡英明

選任辯護人 魏辰州律師

上列上訴人等因被告貪污等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國106年8月11日第二審判決（104年度原上訴字第13號；起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署102年偵字第229、421、930、3596號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於蘇正清如原判決附表四編號3，及沈肇祥、胡英明部分均撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回（即蘇正清如原判決附表〈下稱附表〉四編號3，及沈肇祥、胡英明）部分：

本件原判決認定上訴人蘇正清、沈肇祥、上訴人即被告胡英明有其事實欄（其中蘇正清僅如附表四編號3 所示）所載之貪污犯行，因而(一)、撤銷第一審關於蘇正清如附表四編號3所示之沒收部分判決，另為相關沒收諭知；暨維持第一審關於該部分論其共同犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪，處有期徒刑7 年2 月，並諭知褫奪公權5 年之部分判決，駁回其此部分在第二審之上訴。(二)、撤銷第一審關於胡英明如附表六部分之科刑判決，改判論其犯貪污治罪條例之違背職務收受賄賂、不正利益罪，處有期徒刑9 年6月，褫奪公權5年，並諭知相關沒收。(三)、撤銷第一審關於沈肇祥如附表五所示之沒收部分判決，就其中編號1 部分另為相關沒收諭知；暨維持第一審論其如附表五所示犯貪污治罪條例之違背職務收受賄賂2 罪，各處有期徒刑10年4 月、10年 2 月，並均諭知褫奪公權5 年及主刑部分定應執行有期徒刑12年之判決，駁回其此部分在第二審之上訴。固非無見。

惟查：(一)、貪污治罪條例第8 條第2項前段「犯第4 條至第6條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑」之規定，係為鼓勵公務員於犯貪污罪之後能勇於自新而設，是若被告於偵查中自白，復就全部所得財物，於偵、審中自動繳交者，因已足認確有悛悔向善之意，即應給予寬典。此所謂「自白」，係指犯罪嫌疑人或被告對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意。至其動機如何，為被動抑自動，簡單或詳盡，一次或數次，自白後有無翻異，皆非所問。又自白犯罪縱同時主張違法阻却事由或責任阻却事由，仍無礙於自白之性質。再因犯罪事實，是指客觀存在之犯罪一切實際情況總和，包括犯罪之全部活動及其結果，本難期犯罪嫌疑人或被告能做作全面或準確之供述，故於判斷何為「犯罪事實主要部分」時，自應綜合考量其已交代之犯罪事實與未交代之犯罪事實之危害程度、是否為不同構成要件之犯罪、係事實之抗辯或僅主張有阻卻事由等各種相關因素。尤其犯罪嫌疑人或被告對自己之犯罪事實全部或主要部分是否肯認，前後供述有所反覆時，自應綜合同一或密接之訊（詢）問期日之整體供詞，依前揭標準而為判斷，不能以其後於偵、審過程中翻異其詞或對犯罪事實之重要部分有所隱瞞，即否

認其之前已成立自白之效力。是倘被告在檢察官先前偵查中對自己犯貪污治罪條例第4條至第6條之犯罪事實全部或主要部分已為承認或肯定之供述，復已繳交全部所得財物，縱其於嗣後之偵查或審理中翻異其詞或有所抗辯，亦不能因此推論其先前所為肯認之供述非屬自白。本件蘇正清於民國102年1月22日調查中已供稱：「101年某日（詳細日期記不清楚）胡英明則是先告知我LED廠商有拿LED 路燈的回扣過來，我當下即告知胡英明我拿一半就好，胡英明就拿6萬5,000元（新臺幣，下同）的現金到我辦公室給我」（見偵字第229號卷(四)第4頁反面）等語；於同日及翌日（即102年1月23日）檢察官偵查時復為相同供述（見同上卷第22、23、34頁）。而沈肇祥於102年1月23日偵查時亦供稱：「林錦坤只有給我14萬元，我全部轉交給蘇正清，這一次蘇正清有將14萬元中的3萬元給我」、「蘇正清在鄉長辦公室裡面，就當場拿其中3萬元給我」、「（你在上開採購案中，除了替林錦坤轉交14萬元賄賂給鄉長蘇正清外，你有收到何好處？）就是剛剛說的3 萬元」、「我有轉交賄款給蘇正清，但我不知道該黃色紙袋內究竟有多少錢…蘇正清並沒有拿這8 萬元其中的部分款項給我」、「（是否承認在花蓮縣卓溪鄉公所辦理之100 年度防災應變設備工程中，配合林錦坤辦理虛偽比價，並於100年9月間轉交林錦坤給付之14萬元賄款給鄉長蘇正清收受，你並拿其中的3 萬元賄款？）有」、「（是否承認在花蓮縣卓溪鄉公所於101年5月間辦理之41盞LED路燈採購案中，配合林錦坤辦理虛偽比價，並於101年6 月初轉交林錦坤給付之8 萬元給鄉長蘇正清收受？）是」、「（綜上，對於你所涉嫌貪污治罪條例第5 條第1 項第3 款〈應為同條例第4 條第1 項第5 款之誤〉之違背職務收受賄賂罪，你是否認罪？）認罪」（見同上卷第35、36、37、39頁）等語。另胡英明於102 年1月23日偵查時亦供稱：「（卓溪鄉公所於101年11月初下單予晶亮公司採購LED路燈40盞…，你在這個40盞LED路燈採購案中，有無收到林錦坤給付之賄賂？）有。…。我拿到之後我先跟蘇正清說，有廠商送錢到我這裡來，蘇正清說他拿一半就好，我就在蘇正清的辦公室轉交其中6萬5, 000 元給蘇正清。我自己拿到了6萬2,000元」、「綜上，對於你所涉嫌之貪污治罪條例第5 條第1項第3款之職務上行為收受賄賂罪，你是否認罪？）認罪」（見同上卷第41、42、43頁）等語。倘若無訛，能否認蘇正清、沈肇祥、胡英明於偵查中未曾自白？原審未詳為剖析並綜合考

量其等於上開庭期全部供述是否符合自白要件，竟以其等於嗣後之偵查或審理時，辯以收受上開金錢並無違背職務、對價關係等詞，遽認其等先前之上開供述非屬自白犯罪，縱其等業於偵查中繳交全部犯罪所得，仍無貪污治罪條例第8條第2項前段規定之適用（見原判決第111 頁第5行以下至第112頁第21行），自嫌速斷，難認無判決理由不備之違誤。(二)、犯罪之處罰，其關於刑之量定及宣告，除法律另有規定者外，應在所犯罪名之法定刑度範圍以內，此為罪刑法定主義之當然解釋。本件原判決認定胡英明就其所犯如犯罪事實欄五、(二)花蓮縣卓溪鄉公所101年度LED路燈採購案，論以貪污治罪條例第4 條第1項第5款之對於違背職務上行爲收受賄賂、不正利益罪，及同條例第5 條第1項第3款之公務員對於職務上行爲要求不正利益罪之接續犯（見原判決書第100 頁第5 至8行、第101頁第19至21行），量處主刑有期徒刑9年6月，已如前述。惟貪污治罪條例第4條第1項之法定主刑為無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科1 億元以下罰金。原判決亦於理由說明胡英明並無上開條例第8 條第2項、第12條第1項之減輕其刑，或刑法第59條酌減輕其刑之適用（見原判決書第110 頁第21至23行、第113頁第5至6行、第116頁第18至19行），惟竟量處其有期徒刑9年6月，並非法定刑度範圍之內，顯有適用法則不當之違法。綜上，蘇正清、沈肇祥、胡英明及檢察官上訴意旨執以指摘，尚非全無理由，應認原判決關於蘇正清如附表四編號3 ，及沈肇祥、胡英明部分，有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回部分：

一：上訴人潘富民、陳長明、施金樹，及蘇正清如附表四編號 1 、2 ，上訴人林錦坤如附表七編號1 至3 、6 部分：

按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定潘富民、陳長明、施金樹、蘇正清、林錦坤有其事實欄（其中蘇正清如附表四編號1 、2 ；林錦坤如附表七編號1 至3、6所示）所載之貪污或違反政府採購法犯行，因而(一)、維持第一審關於論潘富民犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄

賂3 罪，均經依上開條例第8 條第2 項規定減輕其刑後，各處有期徒刑4 年、3 年8 月、5 年，並均諭知褫奪公權5 年及相關沒收及主刑部分定應執行有期徒刑7年2月之判決，駁回其在第二審之上訴。(二)、撤銷第一審關於陳長明如附表一編號1、5部分之科刑判決，改判論其犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂2 罪，均經依上開條例第8條第2項及證人保護法第14條第1 項規定遞予減輕其刑後，各處有期徒刑2年、1年4月，並均諭知褫奪公權5 年及相關沒收；暨維持第一審關於其如附表一編號2至4部分所示犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂3 罪，均經依前開規定遞予減輕其刑後，各處有期徒刑2年、1年、1年6月，並均諭知褫奪公權5 年及相關沒收之判決，駁回其此部分在第二審之上訴，並就上開所5罪定應執行有期徒刑4年6月，褫奪公權5年。(三)、撤銷第一審關於施金樹如附表二編號1 部分之科刑判決，改判論其共同犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪，處有期徒刑9 年，並諭知褫奪公權5年。(四)、撤銷第一審關於蘇正清如附表四編號1 所示之沒收部分判決，另為相關沒收諭知；暨維持第一審關於其如附表四編號1、2部分論其共同犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂2 罪，均經依上開條例第8條第2項規定減輕其刑後，各處有期徒刑3 年10月、3 年8月，並均諭知褫奪公權5年及就編號2 諭知相關沒收之部分判決，駁回其此部分在第二審之上訴。(五)、撤銷第一審關於林錦坤如附表七編號1、2所示之沒收部分判決，另為相關沒收諭知；撤銷第一審關於其附表七編號3、6部分之科刑判決，改判論其犯貪污治罪條例第11條第1 項之關於違背職務行為交付賄賂、不正利益罪，經依上開條例第11條第5 項後段規定減輕其刑後，處有期徒刑4月，並諭知褫奪公權2年；及論其犯政府採購法第87條第3項之詐術妨害投標罪，處有期徒刑6月，並諭知相關沒收及易科罰金折算標準；暨維持第一審關於其如附表七編號1、2部分論其犯貪污治罪條例第11條第1 項之關於違背職務行為交付賄賂2 罪，均經依上開規定減輕其刑後，各處有期徒刑6月、5月，並均諭知褫奪公權2 年之部分判決，駁回其此部分在第二審之上訴。係以：潘富民、陳長明、施金樹、蘇正清、林錦坤之部分自白或陳述，如原判決所示證人即同案被告蘇正清等人及證人陳昭伎等人之證詞，卷附之如原判決所述之花蓮縣卓溪鄉公所防災應變設備工程採購卷等證據資料，為綜合之判斷。已詳細敘述其所憑之證據及取捨、認定之理由，並就潘富民、

施金樹、蘇正清、林錦坤等人否認有貪污或妨害投標犯行云云，其等辯詞不可採之理由，分別予以指駁及說明。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令之情形。(一)、潘富民上訴意旨略以：①、貪污治罪條例所謂「職務上行爲」須爲「法令上職務」。依地方制度法中第36、48、50條所規定議員職權可知，雖地方議會常有議員因地方建設需求而填寫建議單行使建議權之行爲，倘行使建議權是議員依法被賦予的職權，則應長久存在，行政機關不得任意刪除，否則豈非讓行政權凌駕於議員監督立法權力之上，惟臺北市、新北市、臺南市或高雄市均已刪除議員行使建議權限，顯見議員之建議權非屬其法定職權，否則豈有可能發生縣市政府可以不編預算，或是刪除之情形？則議員行使建議權既非法定職權，縱令有填寫建議單而收受他人利益，亦不構成貪污治罪條例之「職務上行爲」，原審卻爲相反見解，自有判決適用法則不當及判決不載理由之違法。②、潘富民是否確實收受賄款，以及倘確有收受款項，其收受之次數、金額究竟爲何，均爲論斷貪污治罪條例第5條第1項第3款不違背職務收賄罪之重點。惟原判決對於潘富民收受林錦坤所交付款項之次數、金額，以及縱使潘富民有收受款項，其性質是否確屬賄款，非但判決理由相互矛盾，且對潘富民提出有利之證據不加採納，又未說明其理由，亦有判決不備理由之違誤。③、原判決犯罪事實雖認定潘富民分別於99至101年間分3次收受林錦坤所交付50萬元、10萬1,000元、150萬元賄款，惟依林錦坤歷次證述，究係付款2或3次，先後所述不一，本難採信。且就100年9月22日林錦坤有無交付款項，自始即有疑義，原審就此部分未詳實認定，顯有所憑證據與待證事實不符合之證據上理由矛盾。④、犯罪事實所載林錦坤交付款項150萬元部分，其交付原因實非用於行賄，而係潘富民向林錦坤之借款，此據證人林錦坤、潘月霞、朱調順等人證述在卷，原審就此未予採納，又未說明不予採納之理由，同有判決不備理由之違誤。⑤、潘富民曾以秘密證人「C1」身分於偵查中供述與本案有關其他正犯（即施金樹）之犯罪事實，而使檢察官得以追訴該正犯相關犯罪事實，確已達到協助檢察官有效追訴其他正犯或共犯之功能，符合證人保護法第14條第1項之立法目的，而應依該條項予以減刑。然原判決未見及此，遽認潘富民所爲供述並未符合證人保護法第14條，而未依上開規定予以減刑，顯有判決不適用法則

之違法。⑥、潘富民係誤以為自己配合檢察官充當秘密證人後即可「不用被關、繼續選舉」。故於偵查後期之自白或第一審時之供述，均植基於檢察官之誤導而生，顯違反刑事訴訟法第156 條揭發被告自白須出於任意性之規定，原審有判決適用法則不當、判決不載理由之當然違法。⑦、原審審判法官廖曉萍於檢察官聲請羈押潘富民時，即負責審理，則其既參與下級審之裁判，依法於原審即應迴避，惟其仍參與原審審判，自屬違法等語。(二)、陳長明上訴意旨略以：①、貪污治罪條例第5 條第1項第3款所謂之「對於職務上之行爲」，係指公務人員對於其法定職務上權限之行爲，而法定職務權限之本質於立法時已預設係持續實行之複次行爲，具備反覆、延續之行爲特徵，故「對於職務上之行爲收受賄賂」應將之總括或擬制成一個構成要件之「集合犯」行爲。陳長明為花蓮縣議會第17屆議員，有建議補助經費之職務上權限，於99至102年度各有約600萬元建議補助經費額度，並均同意提供當年度之建議補助經費部分額度予林錦坤1 人。因此，陳長明就「提供當年度建議補助經費額度」本身係持續實行法定職權之複次行爲，具備反覆、延續之行爲特徵。而反覆實行提供當年度建議補助經費額度係典型、常態之行爲方式，在刑法應評價上為構成要件之行爲單數，亦即以集合犯論之。惟原判決卻認「本案被告所為之收受賄賂罪，工程不同、收受時間不同、金額不同，本質上並無反覆實行之特性」，應認分論併罰云云，自有適用法規不當之違法。②、相較於證人保護法第14條第1 項之規定係針對同法第2 條所列舉之各類規範而為一般共通性規定，貪污治罪條例8條第2項後段則僅針對同法之罪刑所為規定，更顯其特別法之性質，原判決未敘明貪污治罪條例8條第2項後段與證人保護法第14條第1 項，兩者間何者優先適用關係，逕適用證人保護法第14條第1 項，亦有判決未載理由之違誤。③、陳長明雖負責簽具建議補助款額度，然於簽具後所須踐行之行政程序，如政府採購流程等，則須由各鄉鎮市公所承辦人員負責，陳長明不能再予置喙，故在違反義務之程度上，後續之政府採購事宜，如進行不實比價等違背職務之行爲，則非陳長明所得掌握。易言之，若非有其他負責政府採購人員違背職務，光憑陳長明簽具建議補助款之行爲，尚不足以構成整起貪污之結構，原審在量刑之輕重上，對此並無審酌，容有量刑不當之違誤等語。(三)、施金樹上訴意旨略以：①、原判決雖認定施金樹與同案被告陳修福共同犯不違背職務

收受賄賂罪，然卻於事實及理由中，多次提及施金樹向陳修福「探詢」、將「支付」2 成金額以取得陳修福「同意」與「承諾」，以及施金樹向陳修福「調借、支援」並支付2 成金錢等語，則施金樹與陳修福間顯然屬央求、行求及同意、收受之對向關係，兩者應為行賄者與收賄者之關係，自無共同收賄可言，原審卻論以貪污治罪條例第5 條第1項第3款共同收受賄賂罪，除有事實與理由認定不一、證據與理由相互矛盾之違失外，並有判決適用法則錯誤之違法。②、原審固認定施金樹有收受陳申馳、楊國男交付40萬元。但原審認定施金樹交付40萬元予陳修福之時間，約在99年8月底至同年9月初之間，楊國男於99年7月間至同年8月間收受林振鋒、李柏所交付之200萬元佣金，兩者時間相差將近1個月，是否有原審所認之時間上關聯性，並非無疑。退步言之，原審既認定楊國男有收取林振鋒、李柏200 萬元佣金，則為何會變成楊國男、陳申馳交付40萬元予施金樹？楊國男、陳申馳於何時、何地交付40萬元予施金樹？楊國男與陳申馳之間的犯意聯絡與行為分擔為何？原審並未究明，自有判決理由不備之違法。③、原審僅以陳申馳之測謊鑑定報告，作為證明施金樹交付陳修福之40萬元賄款係楊國男、陳申馳所交付之唯一證據，別無調查其他證據，以察受測謊人陳申馳所述是否與事實相符，亦有違證據法則。④、花蓮縣議會通過之預算案，依地方制度法第38條規定，花蓮縣政府雖應予執行，但在法定預算範圍內，對於預算之具體執行方式及內容，花蓮縣政府仍有行政裁量之空間，施金樹係基於個人名義向花蓮縣政府建議補助，並未經花蓮縣議會討論、審查及表決，此項建議權實與議員之職權無關，故議員個案補助之建議應與議會年度預算案之法定效力不同，然原審卻逕認定均屬職務範圍內所得為之行為，自有證據上理由矛盾之違誤。⑤、原審於106年3月16日進行第1 次審判期日審理，因非一次期日所能終結，乃改於106年4 月27日進行第2次審判期日審理，其間顯已逾15日以上；嗣第2次審判期日亦非一次期日所能終結，再改於106年6月15日進行第3次審判期日審理，其間亦已逾15日以上，並定於106年8月11日宣判，有各該審判程序筆錄可稽。是其第2、3次審判期日，均已距前次審判期日，間隔至15日以上，依法自應更新審判程序，方為合法。惟依原審106年6月15日審判筆錄之記載，審判長僅諭知本案更新審理程序（提示106年3月16日、106年4月27日審判筆錄，經公訴人、施金樹，以及辯護人咸認無訛），

對卷存並經原審採為判決基礎之證據，並未重新踐行調查證據之程序，復未將更新前之審判程序筆錄，向施金樹及辯護人宣讀或告以要旨，而依書證之程序調查，使前次審判程序之內容重現於新審判期日，即命辯論終結逕行判決，而對施金樹論處罪刑，所踐行之訴訟程序自不合法。⑥、起訴書雖論施金樹與陳修福共同收受賄賂罪，但起訴書之犯罪事實欄無從見及施金樹有與陳修福共同收受賄賂之起訴事實，且對於重要事實即施金樹與陳修福何時、有何共同收受賄賂之犯意聯絡與客觀行為分擔等情，均未記載、認定。足證起訴書之記載無從表明本件起訴範圍，亦使施金樹無法為有效之防禦答辯及準備，恐有遭突襲性裁判之疑慮。遽原審仍未依據刑事訴訟法第273條第1項第1、3款規定行使法院訴訟指揮及闡明權，驟為判決，自有判決錯誤適用法律之違誤等語。

(四)、蘇正清上訴意旨略以：原審雖以蘇正清到案說明前，警方即已據通訊監察譯文及林錦坤歷次之自白，綜合研判蘇正清涉案。惟查，觀諸卷內法務部調查局北部地區機動工作站（下稱北機站）之函覆，其所引用之通訊監察譯文中關於林錦坤與林裕閔於電話中提及LED 路燈採購對話中，其「老大」所指究為何人，並無法就該譯文明確推定，且林錦坤迭稱並未行賄鄉長（即蘇正清），皆係與沈肇祥、胡英明等人接洽，亦僅與蘇正清見過一次面，且該次見面亦僅談及是否願意接受建議款補助，並未論及任何賄賂之事。職此，蘇正清於102年1月22日向調查局北機站自白前，北機站並未有實據得合理懷疑蘇正清涉案。蘇正清應符合貪污治罪條例第8條第1項自首之要件，然原審就上開有利於蘇正清之北機站函文未予認定，遽認其不符合自首要件，自有判決未載理由及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法等語。

(五)、林錦坤上訴意旨略以：①、原判決認定林錦坤犯貪污治罪條例第11條第1項之交付賄賂罪，惟林錦坤之自白外，別無其他補強證據足以證明，自與證據法則有違。②、關於附表七編號2部分，林錦坤給付潘富民150萬元，係「借貸」，而非賄賂，此有卷附之信函及證人潘月霞之證述可憑。惟原判決對此有利於林錦坤之證詞，未予採信，亦未說明不採之理由，顯有判決不備理由之違法等語。惟查：(一)、貪污治罪條例第5條第1項第3款之對於職務上之行為之收受賄賂罪，其中職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限

具有密切關聯之行爲，亦應認屬職務行爲之範疇。至所謂與其職務權限有密切關聯之行爲，包括由行政慣例所形成，爲習慣上所公認爲其擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及因自己之法定職務關係或因之所生之必要輔助性權力，經由指揮、監督、干預、或請託之方式，足以形成一定之影響，使特定之公務機關或公務員爲職務上積極之行爲或消極不爲行爲之情形。查原審就花蓮縣議員建議補助款之相關法令規定，援引中央對直轄市及縣（市）政府補助辦法第5 條第1項第2目（95年01月24日修正版）、中央對直轄市與縣（市）政府計畫及預算考核要點第5 條第1項第1至4目（99年12月27日修正）、地方制度法第1、36、38、67條、花蓮縣議會組織自治條例第15條（91年12月02日修正）、預算法第62、97條、審計法第68、69條、財政收支劃分法第2、3、35條及司法院解釋第520 號解釋意旨（見原判決第91頁第19行至第94頁第7 行），認花蓮縣議會議員建議補助款預算，係花蓮縣政府依據預算法、中央對直轄市及縣（市）政府補助辦法、中央對直轄市與縣（市）政府計畫及預算考核要點編列，於99至101 年預算書中以科目「其他公共工程——鄉鎮公共工程——設備及投資」辦理『議員』所提地方建設建議事項，及以科目「其他公共工程——鄉鎮公共工程——獎補助費」辦理花蓮縣各級民意代表暨地方仕紳建言等2項預算，有花蓮縣政府105年8月1日府民議字第0000000000號函暨附件1份可參（見原審卷(三)第279至305頁）。足認花蓮縣政府非但對於花蓮縣議員建議補助款單獨編列預算科目以爲支應，更編列另一「各級民意代表暨地方仕紳建言」科目，以備不足。花蓮縣政府之各項支出均需經預算程序，而預算案需經花蓮縣議會議決，會計年度終了後，復可審議決算之審核報告，亦即可審議爲每一會計年度財政收支計畫實施的結果，也就是預算執行的最後報告，此觀地方制度法第36條、花蓮縣議會組織自治條例第15條規定自明。故本案雖非立法院通過之預算案，然依上開規定，堪認各級地方政府議會所通過之預算案，同具有拘束地方政府行爲之法律效力。此種行政部門（縣政府）專爲議員建議補助款案編列預算，復由立法監督機構（縣議會）議決預算供已使用，雖有混淆行政、立法分立之疑慮，甚或淪爲地方政府首長與議員政治協商之籌碼，甚或有變相成爲政府出資爲議員固樁之嫌，然此種做法既在各地方政府（含花蓮縣）已行之有年，故在認定議員職務行爲時，即不得無視現實已存在之行政慣習

。又花蓮縣政府上揭所編列之預算科目「其他公共工程——鄉鎮公共工程——獎補助費」，雖執行內容為辦理「花蓮縣各級民意代表暨地方仕紳建言」。然依地方制度法相關規定，鄉鎮（市）公所已有自行編列之預算案，鄉鎮（市）民意代表之建議案，原則可依循鄉鎮（市）公所預算案辦理。花蓮縣政府僅受花蓮縣議會監督，不受鄉鎮（市）民意代表之監督。考量此政治現實層面，是項預算實際用於執行花蓮縣議員建議補助款之比率甚高，此與花蓮縣政府提供之議員建議案退件資料所呈現之情況相合（見原審院卷(四)第113至121頁及外放資料），已形同「專為」執行花蓮縣議員建議案之預算科目。故花蓮縣政府編列之預算科目「其他公共工程——鄉鎮公共工程——設備及投資」、「其他公共工程——鄉鎮公共工程——獎補助費」，均為執行花蓮縣議員建議案之預算科目。又花蓮縣議會議決通過之預算案，依地方制度法第38條規定，花蓮縣政府即應予執行，如有延不執行或執行不當，議會尙得請花蓮縣政府說明理由。再依地方制度法第1條、預算法第62條、第97條適用於地方政府，上開為議員建議補助款所編列之預算科目，不得與其他科目費用相互流用。花蓮縣政府執行該科目預算，如有執行不符、不當之情形，依審計法第68條、第69條規定，尙需受審計機關審核，如認為有未盡職責或效能過低者，則應報告監察院。足徵花蓮縣議會議決通過議員建議補助款預算案，顯有拘束花蓮縣政府之效力。上開科目既為議員建議補助款所編列之預算科目，無法挪用他處，如有不予執行及執行不當，復受議會監督及審計考核。則花蓮縣政府自當在預算範圍內，依議員建議補助對象及工程項目盡力執行。花蓮縣議會先以議決預算案方式使議員建議補助款列為花蓮縣政府應執行之預算項目之一，再以議會監督之職權，得以監督是項預算之執行情形，堪認花蓮縣議會議員對於動支、使用議員建議補助款預算，與其監督花蓮縣政府預算案執行之權限，極具密切關係，當屬其職務範圍內所得為之行爲，應無疑義。至於花蓮縣政府依議員建議案，執行是項預算經費時，須在預算金額範圍內及應符合相關法令規定（如政府採購法），乃因縣（市）議會議決通過之預算案效力之一，在於設定預算執行機關（即縣〈市〉政府）得動支之上限額度及國家行爲應依法行政使然，此無礙於認定議員建議補助款行爲乃花蓮縣議員於其職務範圍內之行爲（見原判決書第94頁第8行至第96頁第5行）。且每位議員究有無固定之建議補助款

額度、花蓮縣政府如何審查，均無礙於議員建議補助款行為為花蓮縣議員職務上行為之認定。益徵花蓮縣議員對其每年所分得之建議款額度，具有實質支配權限，而為職權範圍內之行為（見原判決書第96頁倒數第7行至第98頁最末行）。原判決既已詳細說明花蓮縣政府於政府預算案中編列特定科目供花蓮縣議會議員建議補助款使用，再由花蓮縣議會議決通過並監督執行，此種方式實已彰顯花蓮縣議員對動支議員建議補助款預算，屬其職務範圍內之行為。經核尚無違誤。潘富民、施金樹上訴意旨以職務上行為須為「法令上職務」、議員建議單僅為建議性質並非貪污治罪條例之「職務上行為」、議員提案常被花蓮縣政府退件等詞，置原審明白論斷於不顧，執憑己見，任意指摘，自非合法之第三審上訴理由。(二)、被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，刑事訴訟法第156條第1項定有明文，復為確保此意旨之具體實現，另於同條第3項前段規定：被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。然非謂被告可以無所顧忌、任意爭辯。易言之，受訊問之被告究竟出於何種原因坦承犯行，不一而足，或係遭訊（詢）問者以不正方式對待始承認，或係未遭不正方式對待，而係考量是否能獲輕判或免遭羈押，或出於自責悔悟者，或有蓄意頂替或別有企圖，此為受訊問者主觀考慮是否認罪所參酌因素，此種內在想法難顯露於外而為旁人所知悉。因此，只要訊（詢）問者於訊問之際，能恪遵法律規定，嚴守程序正義，客觀上無任何逼迫或其他不正方法，縱使被告基於某種因素而坦承犯行，要不能因此即認被告自白欠缺任意性。次按供述證據禁止以不正方法取得，乃法定之取證規範，司法警察官或司法警察因調查犯罪之需，於詢問犯罪嫌疑人時使用所謂之「詢問技巧」，必須建構在法定取證規範上可容許之範圍內，始足當之，否則即難謂係合法而肯認其證據能力。是否該當取證規範可容許之範圍，以有無誘發虛偽陳述或非任意性陳述之危險性為斷；於詢問前曉諭自白得減、免其刑之規定（如貪污治罪條例第8條第2項、證人保護法第14條第1項等），乃法定寬典之告知，並非利用對於「自白」之誤認，誘使犯罪嫌疑人自白犯罪；又司法警察對犯罪嫌疑人表示經檢察官許可後不予解送（刑事訴訟法第92條第2項）而取得自白，應屬合法之「詢問技巧」範疇。原審以潘富民自102年1月3日接受調查起，迄第一審103年4月25日

言詞辯論終結，迭以被告身分應訊時，均有辯護人在場，可見潘富民之辯護倚賴權已受充分保障，未被不當剝奪。則其以被告身分之應答，其辯護人既均在場，潘富民復未爭執其自白之任意性，因認潘富民以被告身分所為之自白並非以不正方法取得（見原判決第42頁倒數第4行至第43頁第6行）。復以本案經檢察官提起公訴後，潘富民及林錦坤應已知悉檢察官起訴之全部犯罪事實詳細內容，且其2人於審理時均有選任辯護人，故其等得否適用證人保護法、貪污治罪條例等相關減、免之規定，理應知之甚詳。而法官獨立審判，乃法治國基本原則，本件既非協商程序，在未經宣判前，被告究會獲致何種判決結果，無人可知，其等既已選任辯護人，對此當難諉為不知。然其2人猶於審理時坦認全部犯行，未有任何爭執。足認潘富民及林錦坤於偵、審之自白陳述，當屬信而有徵。再經原審勘驗潘富民爭執之其與林錦坤偵訊錄音，檢察官僅解說得減、免其刑及證人保護法之相關規定，未見檢察官向其2人「保證」絕對免刑、緩刑或不用關押等字句（見原審卷(五)第107頁反面至第108頁反面、110頁反面）。故檢察官之訊問方式，乃屬訊問技巧範疇，容無違法之疑。而檢察官以秘密證人身分就他人所涉犯罪事實訊問潘富民時，依法本毋庸通知其辯護人到場。況檢察官於102年2月18日初次以秘密證人身分訊問潘富民時，其辯護人猶在場陪同（見同上卷第108頁）。可知檢察官並無阻止辯護人知悉潘富民將以秘密證人身分作證檢舉他人犯罪事實之惡意，要無任由潘富民推諉係遭檢察官不正確解釋或欺瞞方予自白之理。潘富民上訴意旨謂其自白不具任意性、檢察官錯誤解釋證人保護法並誤導其自白云云，顯與卷內資料不合，非為適法之上訴第三審理由。(三)、刑法上之接續犯或集合犯，皆係形式上觀察之數個同種類之犯罪行為，評價為一罪，惟並非漫無限制，必須各行為侵害同一法益，且在時間上有密切接近之關聯，或出於單一之犯意及目的，始足當之。如客觀上先後有數行為，逐次實行，侵害數個相同或不同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會觀念，時間差距上可以分開，刑法評價上，各具獨立性皆可獨立成罪，所犯又非屬預設其係持續實行之複次行為，具備反覆、延續實行複次作為之特徵，自應就每一行為分別論罪，而併合處罰。原審以陳長明犯如附表一編號1至5之不違背職務收受賄賂罪，收受賄賂時間、行為、金額明白可分，犯意各別。並以陳長明所為之收受賄賂罪之工程不同、收受時間及金

額亦有異，本質上並無反覆實行之特質，憑以說明數罪應予分論併罰之論據，揆諸前開說明，於法並無違誤。陳長明上訴意旨仍謂其所犯數罪應評價為集合犯而處以一罪云云，亦非上訴第三審之合法理由。(四)、原判決就陳長明所犯如附表一編號1至5所示不違背職務收受賄賂5罪，認其所為同時符合貪污治罪條例第8條第2項「前段」及證人保護法第14條第1項之規定，已併引用上開2法條之規定予以遞減輕其刑（見原判決書第108頁第18行至第109頁第8行）。則縱原判決未就貪污治罪條例第8條第2項「後段」與證人保護法第14條第1項規定，是否具有特別法與普通法之法規競合關係，僅能擇一適用等情予以說明，亦無礙於判決之本旨及量刑，自不得據為上訴第三審之適法理由。(五)、認定犯罪事實所憑之證據，不僅指直接證據而言，即間接證據亦包括在內，故綜合各種間接證據，本於推理作用，足以證明待證事實，依所得心證而為事實判斷，亦難指係顯違事理。本件原判決以施金樹於原審時已坦認曾交付40萬元賄款予陳修福，取得陳修福99年度200萬元建議款額度等情，核與證人陳修福於偵查、第一審時證述情節相符（見偵字第930號卷(四)第4頁、第一審卷(三)第102頁反面、第103頁反面）。再佐以經徵得陳申馳之同意，由法務部調查局施以測謊鑑定結果，就「你有和楊國男一起去找鄉長蘇連進談LED路燈經費補助案嗎？」、「有關本案（萬榮鄉公所LED路燈採購案），你有交付任何金錢給施金樹嗎？」等問題，陳申馳均答稱「沒有」，均呈不實反應之測謊鑑定資料以為補強，因而認定施金樹成立犯罪。則原判決既非僅以陳申馳之測謊報告，作為證明施金樹交與陳修福之40萬元賄款，確為楊國南、陳申馳所交付之唯一證據。施金樹指摘原審有調查未盡、不適用證據法則云云，亦非第三審上訴之合法理由。(六)、審判非一次期日所能終結者，除有特別情形外，應於次日連續開庭，如下次開庭因事故間隔至15日以上者，固應依刑事訴訟法第293條更新審判程序；然審判程序更新之規定，旨在促使法院於續行開庭時，重新實施應於審判期日踐行之程序而言。卷查，原審於106年6月15日行最後審判程序時，距前次審判期日雖已間隔15日以上，惟審判長已諭知更新審理程序，並提示106年3月16日、4月27日審判筆錄，經當事人及辯護人確認無誤後，重新告知刑事訴訟法第95條規定事項，暨施金樹等其犯罪嫌疑及所犯罪名，且請檢察官及施金樹等人各陳述上訴意旨並為答辯，嗣依序調查證據並行言詞辯論等，有

該期日之審判筆錄為憑（見原審卷(六)第158至207頁）。即已重新實施審判期日應踐行之程序，並無不合。施金樹上訴意旨執為指摘，自與第三審上訴合法理由不相適合。(七)、法院雖不得就未經起訴之犯罪審判，然犯罪是否已經起訴，應以起訴書所記載之「犯罪事實」為準，不受所載法條拘束，故法院於不妨害事實同一之範圍內，得自由認定事實，適用法律。而此「犯罪事實」之重要內容，包括犯罪構成要件事實及所組成之具體「人、事、時、地、物」等基本要素，亦即與犯罪成立具有重要關係之基本社會事實，足以表明其起訴之範圍，不致與其他犯罪相混淆，並使被告知悉因何犯罪事實被提起公訴而為防禦之準備，即使記載粗略未詳或不夠精確，亦應認為已經起訴。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。原審於106年4月27日審判期日，關於告知施金樹所犯所有罪名之記載，為「詳如起訴書、原審（即第一審）判決書所載」（見原審卷(五)第125頁），而起訴書犯罪事實欄三（即第一審判決犯罪事實欄十二）已詳細記載陳修福與施金樹對於職務上之行爲，共同收受賄賂之犯意及過程（見原審卷(一)第170頁倒數第10行至171頁倒數第9行、第227頁第13行至第228頁第19行），另起訴書證據及所犯法條欄亦明確記載施金樹係犯貪污治罪條例第5 條第1項第3款對於職務上行爲收受賄賂罪嫌（見原審卷(一)第210頁第7至10行）等語。自無礙於施金樹之訴訟防禦權。其上訴意旨爭辯原審未予指揮訴訟及盡闡明義務云云，亦非合法上訴第三審之理由。(八)、刑事訴訟法第17條第8 款所謂推事（法官）曾參與前審之裁判，應自行迴避者，係指其對於當事人所聲明不服之裁判，曾經參與，按其性質，不得再就此項不服案件執行裁判職務而言，易言之，法官於下級審曾參與該案審判，即不得再參與上訴審之審判。經查，原審參與判決法官廖曉萍雖於第一審就檢察官聲請潘富民羈押程序曾為裁定（裁定罪嫌不足，當庭釋放，見第一審102 年聲羈字第2 號卷第16至27頁），惟究與參與本案第一審裁定或判決仍有不同，依法自毋庸迴避。潘富民指摘原判決有法院組織不合法云云，亦非上訴第三審之適法可由。(九)、至潘富民、陳長明、施金樹、蘇正清、林錦坤其餘上訴意旨，均係就原判決已說明事項及屬原審採證認事、量刑職權之適法行使，持憑己見，就相同證據資料而為不同之評價，且重為事實之爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其等前開上訴均不合法律上

之程式，應予駁回。

二、林錦坤如附表七編號4、5 部分：

按上訴得對於判決之一部爲之，未聲明爲一部者，視爲全部上訴，刑事訴訟法第348 條第1 項定有明文。上訴人對原判決不服，提起上訴，未聲明爲一部上訴，依前開規定，應視爲全部上訴，合先敘明。又修正後刑事訴訟法第376 條第1 項各款所列之案件，經第二審判決者，除有同項但書之情形外，不得上訴於第三審法院，爲該法條所明定。本件林錦坤所犯如附表七編號4、5 貪污治罪條例第11條第2 項關於不違背職務之行爲交付賄賂部分，核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款之案件，既經第二審判決，又無同項但書規定之情形，自不得上訴於第三審法院。林錦坤一併提起上訴，爲法所不許，應併予駁回。

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

中 華 民 國 107 年 12 月 27 日
最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財
法官 蘇 振 堂
法官 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 12 月 28 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3357

【裁判日期】1071220

【裁判案由】殺人

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3357號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官黃東焄

上訴人

即被告 王景玉

選任辯護人 薛煒育律師

鄭凱鴻律師

黃致豪律師

上列上訴人等因被告殺人案件，不服臺灣高等法院中華民國 107 年7 月3 日第二審判決（106 年度上重訴字第14號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署105 年度偵字第4461號），提起上訴（被告係原審法院依職權逕送本院審判，視為已提起上訴），本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

本件原判決略以：上訴人即被告甲○○（下稱被告）於民國 105 年3 月28日8 時45分許，雖知殺人為違法行為，然因受思覺失調症發作影響，發展出同時認為自己是古時候的堯，可以不受我國法律制裁之妄想認知，與必須殺害1 名四川女子，將來才會有四川女子與其傳宗接代之妄想性偏邏輯思考驅使之精神障礙，使其辨識殺人行為違法之是非辨別能力，及依其辨識而控制自己不要殺人之控制能力，均較通常一般人顯著減低之情形下，基於殺人之直接犯意，自其住處騎乘機車至臺北市內湖區（下同）舊宗路之大潤發購物中心，購買全長28公分、單面開鋒、刀刃長17公分、寬8.5 公分之菜刀1 把，騎乘機車返回住處，將機車停妥後，再於同日10時26分許，持該把菜刀步行至位於環山路之臺北市立西湖國民小學（下稱西湖國小）圍牆外，欲隨機尋找不特定之國小女童作為行兇對象；在其攀爬圍牆蹲在圍牆柱子上向校園內觀望時，因行徑怪異遭他人察覺，其擔心行兇計畫遭識破，乃退至附近徘徊。同日10時37分許，被告行經內湖路1 段285 巷8 弄內

時，因擔心前述人員追來，發現其持有菜刀，故先將菜刀藏置在路旁盆栽處，待確認無人尾隨後，再取回菜刀，並於同日11時 8 分許，步行至西湖國小對面之治馨社區騎樓處等待並尋找行兇對象。同日11時15分許，適有劉○○（101 年4 月出生，名字詳卷；下稱劉童）騎乘滑步車與母親王○○（名字詳卷）沿西湖國小大門行經環山路1 段9 巷口，欲由該處人行道上坡進入騎樓，被告自對街觀察，認定劉童為其欲尋找之行兇對象且欠缺抵抗能力，遂於同日11時17分許，穿越馬路至劉童後方，先將劉童推倒、壓制在地，再持菜刀多次猛力砍切劉童後頸部，造成劉童當場死亡等情，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處被告成年人故意對兒童犯殺人罪刑（處無期徒刑，褫奪公權終身，並應於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護5 年），並宣告扣案之菜刀1 把沒收。固非無見。

惟查：

一刑法第19條所定刑事責任能力之內涵，包含行為人於行為當時，辨識其行為違法之辨識能力，以及依其辨識而行為之控制能力。行為人是否有足以影響辨識能力與控制能力之精神障礙或其他心理缺陷等生理原因，因事涉醫學上精神病科之專門學問，非有專門精神病醫學研究之人予以診察鑑定，不足以資斷定；至於該等生理原因之存在，是否致使行為人不能辨識其行為違法或欠缺控制能力，又是否致使行為人之辨識能力或控制能力顯著減低，因係依行為時狀態定之，得由法院依調查證據之結果，加以判斷。而證據之取舍與事實之認定，固為事實審法院之職權，惟如調查所得之證據，就待證事實之內容不相一致時，仍應依經驗法則、論理法則定其取舍，並於判決書之理由內詳予說明其所得心證之理由，方足為事實認定之依據。原判決雖以臺北榮民總醫院（下稱北榮）及該院劉英杰醫師關於被告於行為時之辨識能力及控制能力均無顯著減低，以及臺灣大學醫學院附設醫院（下稱臺大醫院）及該院吳建昌醫師關於被告行為時之控制能力並無顯著減低等鑑定意見均無足採，而認被告於行為時之辨識能力及控制能力，均因其罹患慢性思覺失調症之精神障礙而顯著減低，故適用刑法第19條第2 項規定減輕其刑（見原判決第39至66頁）。但：

（一）關於被告辨識其行為違法之辨識能力部分：

①原判決既認同「所謂辨識其行為違法之能力（即辨識能力），

乃指能否辨識自己即將所為的行為，因違反整體法秩序而為法所不許之能力，換言之，乃對於事物有無辨別是非善惡的能力，屬於認知與理解能力的問題」之見解（見原判決第43頁）；則被告對其殺人行為違法之辨識能力如何，自應由其是否有能力辨識殺人是違反整體法秩序之行為，作為判斷基準，並不以其是否知悉有中華民國刑法所定殺人罪為限。然而，原判決竟又謂：北榮及劉英杰醫師關於被告行為時辨識能力之鑑定意見，未考量被告行為前及行為時均妄想自己是「堯」，是「當下皇上」，並無中華民國存在，自己殺人行為可以不受中華民國法律制裁之整體法秩序認知重大衝突之情況，遽指其行為時辨識殺人行為違法之辨識能力，未因精神障礙而顯著減低，亦嫌速斷，難以憑採（見原判決第53頁）；即以被告於行為時並無我國法制認知為由，認定其辨識能力顯著減低。此部分理由之說明，前後並非一致，已有未恰。

- ②再依卷內資料：(1)被告於105年4月21日偵訊時稱：「…我殺了小女生要去自首…就自首啊，看能不能減輕其刑…（問：知否殺人可能會被判死刑？答：）知道…」（見偵查卷二第61、62頁）；(2)北榮精神狀況鑑定書載稱：被告於鑑定時認為不論是在「你們中華民國」的社會，或是以「堯」為主政者的國度，「拿刀將人的頭砍下殺掉」是需要被苛責或是受法律處分（見偵查卷二第114頁背面）；(3)臺大醫院精神鑑定報告書載稱：被告認為做完這個行動（即殺人）可能會受到法律制裁，所以必須要事先安頓好，要是用家裡的菜刀會被沒收，家裡就沒有菜刀用了，所以一定要去買1把新的、殺人是一定被抓的（見原審卷二第342、343頁）。倘若無誤，則被告對於殺人行為係屬違法乙情之辨識能力是否顯著減低，洵有再予究明之必要。原判決對此未加說明釐清，徒以被告行為時並非意思完全自由之人，即認為其對於殺人係屬違法行為之辨識能力顯著減低，理由亦有欠完備。

(二)關於被告依其辨識而行為之控制能力部分：

原判決認北榮、臺大醫院及劉英杰、吳建昌醫師關於被告於行為時，控制能力並無顯著減低之鑑定意見，均不足採為判斷被告責任能力之參考依據，無非以：

- ①上開鑑定意見作成之前提事實，有重大誤認之瑕疵；亦即，依原判決確認之事實，被告攀爬並蹲在圍牆柱子上向校園內觀望

時，係因行徑怪異遭他人察覺，其擔心行兇計畫遭識破，乃退至附近徘徊（見原判決第2至3頁），是被告跳下圍牆離開，「係因發覺有人觀望注意」，並非「遭人質問」、「受西湖國小教師質問」，上開鑑定意見卻以被告係遭人質問而離開為據，判斷其「控制能力未達到顯著減低程度」、「做選擇之能力、避免逮捕能力良好」，均有前提事實誤認之重大瑕疵（見原判決第58至64頁）。然而，被告係「因發覺有人注意到其行徑怪異」或係「因遭人質問」而選擇避開，對於其控制能力是否顯著減低之判斷，到底有何差別？原判決並未敘明，乃逕將鑑定意見捨棄不採，理由已有欠備。又此項事實之誤認，是否會影響北榮、臺大醫院及劉英杰、吳建昌醫師之相關鑑定意見？原審若認有疑，自應再請鑑定醫院、醫師依專業學識為說明，乃竟捨此未為，亦有調查證據職責未盡之違誤。

- ②北榮、臺大醫院及劉英杰醫師認為被告「忍耐遲延能力良好」之鑑定意見，未考量被告蹲在圍牆柱子上時，僅止於觀察尋找作案目標之預備殺人階段，尚未形成殺害特定人之犯意，無所謂「延遲忍耐」可言（見原判決第60、63頁）。然而，刑法第271條第3項、第1項之預備犯殺人罪，係指行為人主觀上已有殺人之犯意者而言，並不以殺害特定人為必要。原判決既認被告蹲在圍牆柱子上時，已屬預備殺人階段，則被告見有人注意到其行徑怪異即行避開，進而將菜刀先行隱藏，何以不屬於有能力延遲忍耐其殺人之意？何況，依原判決認定之事實，被告當時係欲隨機尋找不特定之國小女童作為行兇對象。原判決並未說明有何依據，乃逕以被告尚未形成殺害特定人之意作為區分標準，認為相關鑑定意見不足採，亦有判決理由不備之違法。

二刑法第87條第2項規定：「有第19條第2項及第20條之原因，其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時，於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護。但必要時，得於刑之執行前為之」。考其立法意旨，係以「監護並具治療之意義，行為人如有第19條第2項之原因，而認有必要時，在刑之執行前，即有先予治療之必要，故保安處分執行法第4條第2項、第3項分別規定，法院認有緊急必要時，得於判決前將被告先以裁定宣告保安處分；檢察官於偵查中認被告有先付監護之必要者亦得聲請法院裁定之。惟判決確定後至刑之執行前，能否將

受刑人先付監護處分，則欠缺規定，爰於第2 項但書增設規定，使法院於必要時，宣告監護處分先於刑之執行」。因此，法院本於此項規定宣告監護處分者，自應審酌行為人需治療性之具體情狀，並考量其所受宣告之主刑種類、期間長短，以決定究係令其於「刑之執行前」或「刑之執行完畢或赦免後」，進入相當處所施以監護，始稱適法。原判決宣告被告「應於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護5 年」，並於理由欄貳之四(四)「刑後監護處分」項下說明：「…本院雖對被告量處…無期徒刑，然依現行刑法第77條第1 項規定，無期徒刑執行逾25年而有悛悔實據者，得…假釋出監。是被告將來入監執行逾25年後，仍有假釋復歸社會之可能性…其執行逾25年而符合假釋要件時，不排除可能尚未滿60歲。依陳若璋教授團隊、臺大醫院對於被告實施鑑定結果，均認被告倘未能有效定期、長期服藥，並接受相當精神、心理治療，確有再犯風險…，而被告…將來非無『因假釋而復歸社會』之可能…為使被告於將來『假釋後』得以長期接受持續規則之精神科評估與強制治療，並避免其服刑出監時立即面對諸多社會壓力…本院認有依刑法第87條第2 項前段規定，對被告施以刑後監護之必要，以作為『假釋與復歸社會之銜接轉型』…」等旨（見原判決第78至80頁）。但：

- (一)刑法第79條第1項規定，無期徒刑假釋後滿20年而未經撤銷假釋者，其未執行之刑，始以已執行論。而假釋出監人就本案另有監護處分須於刑之執行完畢或赦免後執行者，應於假釋期滿後執行之；因此，本件被告所受宣告之監護處分，顯非在其假釋出監時執行。原判決未察及此，竟以被告受無期徒刑之宣告，依刑法第77條第1 項所定「執行逾25年」而符合假釋要件時，可能尚未滿60歲，因而諭知被告於刑之執行完畢或赦免後監護5 年，以作為「假釋與復歸社會之銜接轉型」云云，顯然混淆「假釋出監」與「執行完畢」之情形，致有判決理由矛盾及適用法則不當之違法（另：原判決既認被告受無期徒刑之宣告，仍有假釋之可能，竟於第78頁倒數第6 列又謂：「…量處被告無期徒刑，使被告與社會『永久隔絕』，始符…」云云，用語亦稍欠嚴謹）。
- (二)依原判決上開理由之說明，原判決係基於專業鑑定結果，認被告應「有效定期、長期服藥，並接受相當精神、心理治療」而

為監護處分之宣告。倘若無誤，被告既具有高度之需治療性，則是否合於刑法第87條第2項但書規定，而應於「刑之執行前」為監護處分，尚非無斟酌之餘地；原判決逕依同條項前段規定，諭知於「刑之執行完畢或赦免後」始執行監護處分，法則之適用亦非適當。

三已受請求之事項未予判決，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第379條第12款前段定有明文。依卷內資料，本件檢察官及被告均不服第一審判決而提起第二審上訴（見原審卷一第66、100至112、122至136頁）。原判決僅就被告第二審上訴意旨指摘第一審「認定被告於行為時已罹有思覺失調症，而有精神障礙，行為時並未因其精神障礙，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，自應負完全之刑事責任，恐有違誤」部分，說明如何認為有理由等旨（見原判決第66至67頁）；但就檢察官第二審上訴意旨指摘第一審未依法量刑，認事用法未恰等情，究竟有無理由及法律上應為如何處理，則全未論及，顯係對於已受請求之事項未予判決，其判決自屬違背法令。

以上，或為檢察官上訴意旨指摘所及，或為本院得依職權調查之事項，且原判決上述違背法令情形，已影響於事實之確定，本院無從據以為裁判，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 12 月 20 日

最高法院刑事第九庭

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

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 21 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3559

【裁判日期】1071220

【裁判案由】違反銀行法等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3559號

上訴人 范綱彥

選任辯護人 游朝義律師

王炳梁律師

上訴人 許永財

選任辯護人 李明諭律師

陳逸華律師

陳韶瑋律師

上訴人 鄭介恩

選任辯護人 范值誠律師

上列上訴人等因違反銀行法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年4月11日第二審判決（105年度金上訴字第46號；起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署104年偵字第2159、3362號、104年度少連偵字第19號，追加起訴案號：同署104年度偵字第4716、5485號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於范綱彥所犯如其附表一編號14至16部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

甲、撤銷發回（即上訴人范綱彥所犯如原判決附表〈下稱附表〉一編號14至16）部分：

本件原判決認定范綱彥有其事實欄所示如附表一編號14至16所載之加重詐欺犯行，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判仍論其成年人與少年犯3人以上共同冒用公務員名義詐欺取財3罪，各處有期徒刑1年8月（2罪）、1年9月，並為相關沒收諭知。固非無見。

惟查：依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定：「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2分之1。」係以成年之行爲

人所教唆、幫助、利用、共同犯罪或其犯罪被害者之年齡，作為加重刑罰之要件，雖不以該行為人明知（即確定故意）上揭諸人的年齡為必要，但至少仍須存有不確定故意，亦即預見所教唆、幫助、利用、共同實行犯罪或故意對其犯罪之人，係為兒童或少年，而不違背其本意者，始足當之。此項刑罰加重事由，自應於理由欄詳予載明並說明所憑之依據。原判決認定范綱彥與少年潘○偉（姓名、年籍詳卷）共犯附表一編號14至16犯行時，其中潘○偉係民國86年0月間出生，有其個人戶籍資料查詢結果在卷可稽，為12歲以上未滿18歲之少年。是范綱彥就上揭犯行，均應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項之規定加重其刑（見原判決第18頁第5行至第9行）。然依附表一編號14至16所載之犯罪方式，均係由少年潘○偉與另案被告謝政男（起訴書誤載為謝正男）假冒公務員之名義以偽造公文書出面向各該被害人詐騙，范綱彥似未與其等共同行動，且其自始即否認參與本件犯行，或認識潘○偉、謝政男等人，則范綱彥究係如何明知或可得而知潘○偉為未滿18歲之少年？未見原判決於理由予以說明，即逕依上揭規定加重其刑，自有判決理由不備之違誤。范綱彥執以指摘原判決此部分違法，尚非全無理由，應認原判決關於范綱彥所犯如附表一編號14至16部分有撤銷發回更審之原因。

乙、上訴駁回（范綱彥其餘有罪，暨上訴人許永財、鄭介恩有罪）部分：

按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定范綱彥有其事實欄所載之違反銀行法及加重詐欺，暨許永財、鄭介恩有其事實欄所載之加重詐欺犯行，因而撤銷第一審關於范綱彥如附表一編號1至5、7至10、12、17、19、20，及許永財如附表一編號7至13，暨鄭介恩部分之科刑判決，改判論范綱彥共同犯非銀行不得辦理國內外匯兌業務罪，處有期徒刑3年2月，並為相關沒收諭知。另依刑法上想像競合規定從一重論其犯3人以上共同冒用公務員名義詐欺取財13罪，各處有期徒刑1年7月（7罪）、1年8月（5罪）、1年9月，並

均為相關沒收諭知；同依刑法上想像競合規定從一重論許永財犯3人以上共同冒用公務員名義詐欺取財7罪，均累犯，各處有期徒刑1年5月（5罪）、1年6月、1年7月，並均為相關沒收諭知及定應執行有期徒刑4年2月；論鄭介恩犯3人以上共同詐欺取財罪，累犯，處有期徒刑3年8月，並為相關沒收諭知。係以：上訴人等之部分自白或陳述，證人即另案被告陳嘉明、曾俊憲、黃子權、謝政男、陳世原、陳曉生、證人即共犯少年潘○偉、證人即同案被告滕中豪，證人即如附表一編號1至5、7至13、17、19、20所示之被害人楊小美等人之證詞，卷附之行動電話通訊監察譯文、紀錄、記帳單、匯款單存根聯、偽造之「臺灣臺北地方法院公證申請書」、郵局存簿、偽造之「臺灣台北地方法院地檢署刑事傳票」、監視錄影器翻拍畫面、刑案現場照片、內政部警政署刑事警察局104年2月10日刑紋字第1040010856號鑑定書、范綱彥匯款照片、偽造之「台北地方法院地檢署監管科公文書」、跟監照片、搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、通聯調閱查詢單、電腦擷取畫面、如附表四所載卷證，扣案如附表二編號1至3、6之物品等證據資料，為綜合之判斷。已詳細敘述其所憑之證據及取捨、認定之理由，並就上訴人等否認有加重詐欺犯行云云，其等辯詞不可採之理由，分別予以指駁。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令之情形。（一）、范綱彥上訴意旨略以：①、范綱彥於偵查中自白違法辦理國內外匯兌業務之事實，復曾於審理時表明願意繳回該部分之犯罪所得新臺幣（下同）40萬元。原審法院既知范綱彥有意繳回犯罪所得，即應善盡法院之訴訟照料義務，予以適度闡明或協助辦理繳回手續，使其得受有銀行法第125條之4減輕其刑之恩典。詎原審未盡此注意義務，即以范綱彥未於偵、審期間自動繳交其全部所得財物為由，認無上開減刑規定之適用，所踐行之訴訟程序自難謂為適法。②、本件第一審認定范綱彥有罪部分，檢察官並未為其不利益提起上訴，則原審所認定范綱彥之犯罪事實既與第一審相同，且無其他應加重量刑之因素，自不應量處范綱彥較重於第一審所諭知之主刑及從刑。然原審就范綱彥所犯附表一編號1至5、7至10、12、17、19、20部分，竟量處較第一審為重之沒收從刑，自有違刑事訴訟法第370條第1項前段之不利益變更禁止規定。③、原審認定范綱彥違法辦理國內外匯兌業務部分，除范綱彥之自白

外，並無其他補強證據，原審遽以范綱彥之自白，為其犯罪所得額度之唯一證據，顯與採證法則有違。④、原審既認定范綱彥偽造「臺灣台北地方法院地檢署刑事傳票」、「台北地方法院地檢署監管科公文書」等公文書，惟上揭公文皆應由「檢察官」或「書記官」等公務員簽名或蓋章，始算製作完成，否則僅屬內部簽稿，則原審既未認定該等公文書究有無「檢察官」或「書記官」簽名、蓋章？其名義人為何？遽認定范綱彥成立行使偽造公文書罪，亦有判決理由不備之違誤。⑤、刑法第219 條規定：偽造之印文或署押，不問屬於犯人與否，沒收之。係採絕對義務沒收主義，凡偽造之印文或署押，不論是否屬於犯人所有，亦不論有無搜獲扣案，苟不能證明其已滅失，均應依法宣告沒收。原審就附表一編號1 至5 、7 至10、12、17、19、20部分僅宣告沒收如附表二編號1 至3 、6 之物，並未將各該附表內所述「公文書」內之偽造印章、印文或署押沒收。另對范綱彥成立3 人以上共同冒用公務員名義詐欺取財罪，惟是否想像競合犯刑法第158 條第 1 項之僭行公務員職權罪或同法第159 條之冒用公務員官銜罪，均置而不論，均有判決不適用法則之違法。⑥、如附表一編號10之被害金額為95萬元，編號17、19之被害金額則各為20、22萬元，原審均判處范綱彥有期徒刑1 年7 月，惟其中編號17、19之被害犯罪金額明顯較編號10為輕，原審對此未予斟酌說明，即因循第一審判決而量處相同之刑度，難謂與罪刑相當原則無悖。⑦、原審就附表一編號1 至5 、7 至10、12、17、19、20之部分，認范綱彥犯3 人以上共同冒用公務員名義詐欺取財罪，惟其行為後，組織犯罪防制條例第2 、3 條業於106 年4 月19日修正公布，並自同年月21日起施行。而行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。倘范綱彥有為上開加重詐欺犯行，既有組織犯罪防制條例第2 、3 條規定之適用，然上開條文既尚未生效，本案即不應適用修正後條文，原審卻未依刑法第2 條規定予以比較新舊法，並說明不能適用該條文之理由，自有判決不適用法則之違法等語。(二)、鄭介恩上訴意旨略以：鄭介恩之所以於警詢、偵查中自白犯罪，係因當時警方告知若其坦承犯罪，即得交保云云，其係因擔心年幼之子女無人照顧，而出於得獲交保之動機下，方為自白。原審法院未審酌上情，且於無其他補強證據情況下，僅憑鄭介恩於偵查中之自白，即認其成立前揭犯罪，自有違證據法則。(三)、許永財上訴意旨略以：①、同案被告滕中豪於警詢、偵查時

之不利益許永財之供述，依傳聞法則與司法院釋字第582 號解釋意旨，應無證據能力，原審未敘明何以上開供述具備證據能力之情由，逕以滕中豪無證據能力之陳述，作為許永財成立犯罪之依據，自有違證據法則。②、附表一編號13所列之犯罪時點係 104 年2 月28日「以後」，其餘編號7 至12所列之犯罪時點均係 104 年2 月28日「以前」，原審將許永財於104 年2 月28日「以後」與滕中豪賃屋共居之行爲，作為論斷其於104 年2 月28日「以前」有與滕中豪共犯詐欺罪犯行之理由，自有採證違反論理法則、證據法則之違誤。③、許永財未經警訊、偵訊相關程序逕遭起訴爲加重詐欺罪之共犯，毋寧已剝奪其訴訟防禦權，致其失卻本案初始即可設法爲己辯白或請求調查對己有利證據之機會，難謂無違反實質正當法律程序等語。

惟查：(一)、憲法第16條規定人民有訴訟之權，乃屬人民在司法上之受益權，包含人民得享由法院依法定程序縝密審判之保障。現代刑事司法的基本理念，是透過程序的正義，以實現實體的公正。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 項定有明文，故衍生所謂「訴訟照料義務」，蓋刑事被告於面臨龐大的國家機關動用豐富的資源以對之進行訴追時，在審判程序中往往處於相對弱勢地位，此種不對等的情形在被告未聘任辯護人時更爲加劇，是法院有義務適時提供被告些許法律上的協助，以稍微彌補兩造當事人不對等的地位，而能達到實質上的當事人進行主義（例如刑事訴訟法第31條、31條之1 爲被告指定公設辯護人或律師爲其辯護等規定）。換言之，在被告相對弱勢而無法依其個人之能力，就實體或訴訟上相關之權利爲實質有效行使時，乃能從偵、審程序中均使其得受訴訟照料之助力，以保障人權，並藉由程序之遵守確保裁判之公正。惟散見於刑法及其特別法內關於被告或犯罪嫌疑人能經由自首、自白、供出其他正犯或共犯、自動繳交犯罪所得或其他依規定等得獲減輕或免除其刑之寬典，係爲獎勵刑事案件之被告或犯罪嫌疑人於偵、審中能坦承犯罪，以求訴訟經濟、節約司法資源，或使其等勇於出面檢舉，以利犯罪之易於或擴大偵查所設。但被告或犯罪嫌疑人對於是否爲邀寬典而坦認犯罪或供出犯罪來源，或因考慮爭取無罪判決、避免其他案情曝光、保護其他正犯或共犯等因素，在訴訟策略上本享有自主決定權，任何人均應予以尊重；且爲避免被告或犯罪嫌疑人因畏懼、服從

權威或受暗示、誘導而作不實陳述之可能。故無論警察、檢察官或法院等司法機關均無「教示」或「指導」被告或犯罪嫌疑人行使上開自主決定權之義務，僅能予以適度闡明及提醒，不宜過度介入。是縱法院未告知或曉諭被告有獲邀輕典等相關規定，亦不能謂其違反訴訟照料義務。原判決以范綱彥雖於檢察官訊問時即坦承其從事地下匯兌而有違反銀行法第125 條之犯行，然迄至原審審理辯論終結，其仍未將所得財物自動繳交，認難依銀行法第125 條之4 第2 項前段規定減輕其刑，則范綱彥指摘原審違反訴訟照料義務，有礙於其防禦權之行使及減刑寬典之適用云云，自非適法上訴第三審之理由。(二)、刑事訴訟法第370 條第1、2項有關不利益變更禁止原則之規定，係指由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因第一審判決適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得諭知較重於第一審判決之刑而言。所稱「刑」，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑，包括主刑及從刑。修正後刑法沒收已非從刑，係獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果，其性質類似不當得利之衡平措施；又宣告多數沒收之情形，並非數罪併罰，故已刪除現行法第51條第9 款規定宣告多數沒收併執行之條文。是修正後刑法沒收已不具刑罰本質。又現行刑法第38條之 1 第1 項關於犯罪所得之沒收，乃合併修正前刑法第38條第1 項第3 款後段及第3 項對犯罪行為人犯罪所得之沒收規定，基於任何人都不得保有犯罪所得之原則，以避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪。倘於僅被告上訴或為被告之利益而上訴，而下級審就被告犯罪所得有所短計或漏算，經上級審更正計算後若不得諭知較原審為重之所得數額沒收，即無法達到徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之目的。故修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無刑事訴訟法第370 條第1、2 項關於不利益變更禁止原則之適用。從而，范綱彥指摘原判決就其所犯附表一編號1 至5、7 至10、12、17、19、20部分，量處較第一審為重之沒收從刑，有違不利益變更禁止原則云云，亦非上訴第三審之合法理由。(三)、被告或共犯之自白固不得作為認定犯罪之唯一證據，而須以補強證據證明其確與事實相符，然茲所謂之補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐證自白之犯罪非屬虛構，能予保障所自白事實之真實性，即已充分。又得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告之實行犯罪，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。本件原審依據上訴人等及共犯陳嘉明、曾俊憲、黃子權、謝政男、陳世原、陳曉生、潘○偉、滕中豪等人之自白，佐以如附表一編號1 至5 、7 至13、17、19、20 所示之被害人楊小美等人之證詞，暨卷附之前揭行動電話通訊監察譯文等證據資料，作為補強證據，認上開補強證據已足以佐證上訴人等或其餘共犯等人自白之真實性，因而認定上訴人等均成立犯罪，所為論斷，核無違反經驗法則、論理法則，亦無任意推定犯罪事實、違背證據法則、判決理由不備之違誤。上訴人等以原審除共犯自白外，別無其他補強證據執以指摘原判決違法，即非上訴第三審之適法理由。(四)、刑法所謂公印，係指公署或公務員職務上所使用之印信；所謂公印或公印文，係專指表示公署或公務員資格之印信，即俗稱大印與小官印及其印文。又公印之形式凡符合印信條例規定之要件而製頒，無論為印、關防、職章、圖記，如足以表示其為公務主體之同一性者，均屬之。而不符印信條例規定或不足以表示公署或公務員之資格之印文，如機關長官之簽名章僅屬於代替簽名用之普通印章，即不得謂之公印。又刑法第218 條第1 項所謂偽造公印，係屬偽造表示公署或公務員資格之印信而言，其形式如何，則非所問。是以，該條規範目的既在保護公務機關之信用性，凡客觀上足以使社會上一般人誤信為公務機關之印信者，不論公務機關之全銜是否正確而無缺漏，應認仍屬本法第218 條第1 項所規範之偽造公印文，始符立法目的。前開「臺灣台北地方法院地檢署刑事傳票」、「台北地方法院地檢署監管科公文書」上之印文，雖與我國公務機關全銜未盡相符，惟客觀上仍足使一般人誤認為公務機關之印信，且與機關大印之樣式相仿，而足使社會上一般人誤認為公家機關印信之危險，即應認屬偽造公印文。再公文書係指公務員職務上製作之文書，本法第10條第3 項定有明文；而刑法上偽造文書罪，係著重於保護公共信用之法益，即使該偽造文書所載名義製作人實無其人，而社會上一般人仍有誤信其為真正文書之危險，仍難阻卻犯罪之成立。是無論該文書上有無使用「公印」或由公務員於其上署名，若由形式上觀察，文書之製作人為公務員，且文書之內容係就公務員職務上之事項所製作，即令該偽造之公文書上所載製作名義機關不存在，或該文書所載之內容並非該管公務員職務上所管轄，然社會上一般人既無法辨識而仍有誤信為真正之危險時，仍難謂非公文書。查本件前開偽造之文書，從形式上觀之，均

已表明係「臺灣台北地方法院地檢署」、「台北地方法院地檢署監管科」等政府機關所出具，縱前揭文書實際上並無該等單位處理相關事宜，或欠缺承辦人員簽名或蓋章，惟衡之一般人民，苟非熟知機關組織內部運作情形，不足以分辨是否為該機關之業務範圍、內部單位之配置，已足使人誤信為真，仍有誤信該等文書為該機關所屬公務員職務上所製作真正文書之危險，該等文書確屬偽造公文書無訛。范綱彥指摘原審認定其成立行使偽造公文書罪，有判決理由不備之違誤云云，亦非適法上訴第三審之理由。

(五)、刑事被告之上訴，以受有不利益之裁判，為求自己利益起見請求救濟者，方得為之。原判決未論知沒收或擴張犯罪事實部分，即無不利益可言，自不得據為上訴第三審之理由。原審就范綱彥所犯附表一編號1 至5 、7 至10、12、17、19、20行使偽造公文書部分，縱未依刑法第219 條將其中偽造之印章、印文或署押論知沒收，或擴張認定其另成立刑法第158 條第1 項、第159 條之罪，對於范綱彥既無不利益。其關於此部分之指摘，自非適法之第三審上訴理由。

(六)、刑罰之量定，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷，倘以被告之責任為基礎，說明審酌刑法第57條所列事項而為刑之量定，若未逾越法定刑度，亦未濫用其權限，即無違法。原判決審酌范綱彥正值青壯之年，竟不循正途賺取所需，參與詐欺集團，利用一般民眾欠缺法律專業知識、對於司法及檢察機關案件進行流程未必瞭解，暨民眾對於公務人員執行職務公信力之信賴等心理，而以偽造公文書之方式遂行其詐騙行為，並影響一般民眾對司法人員辦案之信賴，嚴重破壞國家公權力機關之威信，於共同犯罪中所扮演之角色與涉案情節亦屬非輕，衡諸其犯後尚能坦承違反銀行法犯行，然仍否認詐欺犯行，暨考量其為大學畢業之智識程度，從事電腦工程師，月入5 萬元，未婚，而與其弟共同扶養62歲之母等生活情狀，而量處如前述之刑。既未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，且並非以被害人被害之金額多寡為量刑之唯一標準，核屬原審量刑職權之合法行使。范綱彥上訴意旨以此指摘原判決量刑失當，自非第三審上訴合法理由。

(七)、原審並未認定范綱彥有違反修正後之組織犯罪防制條例第2 、3 條等規定，則原判決未依刑法第2 條規定予以比較新舊法並說明無該條例第2 、3 條規定適用等情，自無判決不適用法則之違法。

(八)、鄭介恩、許永財

及其等辯護人於原審時就犯罪事實之證據方法及卷內之各項證據之證據能力，或均表示「沒有意見，同意作為證據」（見原審卷(一)第368頁）等語，或僅對同案被告滕中豪於警詢或偵、審時陳述，爭執其證明力（見原審卷(二)第245頁）等情。卻於上訴本院時始主張鄭介恩於警詢、偵查中自白非出於自由意志，或同案被告滕中豪於警詢及偵查中之陳述並無證據能力云云，均非合法上訴第三審之理由。(九)、認定犯罪事實所憑之證據，不僅指直接證據而言，即間接證據亦包括在內，故綜合各種間接證據，本於推理作用，足以證明待證事實，依所得心證而為事實判斷，亦難指係顯違事理，是被害人所述被害情形，如無瑕疵可指，而就其他方面調查，又與事實相符，則其供述未始不足據為判罪基礎。本件原判決已敘明許永財雖否認有與同案被告滕中豪共同為附表一編號7 至13之詐欺犯行，惟依據滕中豪於警詢、偵訊均稱於為上開詐欺犯行時，係由許永財負責把風，並依其指示匯出詐得之款項，佐以許永財自承與滕中豪賃屋共居，而警方依滕中豪之供述，持搜索票前往建國路附近之新北市○○區○○○路00巷00號 0樓搜索時，扣得作案用之行動電話1 支，而該門號確為許永財所申請，且行動電話亦為許永財所交付等情，其既係綜合各種證據，本於推理作用，而為事實判斷，自非僅以許永財究竟何時與滕中豪賃屋共居之日期，作為論斷許永財有與滕中豪共犯詐欺罪犯行之理由，自無許永財所指原審採證違反論理法則、證據法則之違誤。(十)、檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。被告之所在不明者，亦應提起公訴，刑事訴訟法第251 條定有明文。顯見檢察官依偵查所得的事證判斷，被告之犯罪很可能致有罪判決，即應提起公訴，不以被告經詢（訊）問為必要。是若被告未經司法警察（官）或檢察官詢（訊）問即被起訴，仍非不得於審理中行使其訴訟防禦權。許永財上訴意旨指摘其未經未經司法警察（官）或檢察官詢（訊）問，有違實質正當法律程序云云，亦非上訴第三審之合法理由。至(一)、范綱彥上訴意旨其餘所指其與另案被告陳嘉明、黃子權、謝政男、滕中豪均不認識，僅係依真實姓名不詳之綽號「小莉」之女子指示向其等收取地下匯兌款項。原審推論其與陳嘉明等人應有相識，有違論理法則；原審認定其參與附表一編號1 至5 、7 至10、12、17、19、20所示之犯行，並認定參與共犯中有姓名年籍不詳、綽號「小莉」、「洪仔」之成年女子或男子及其所屬之大陸地區詐欺集

團成員，然所屬之大陸地區詐欺集團成員如何？是否確實有該集團？原審均未明確調查認定，有調查未盡之違法；原審雖認定其違法辦理匯兌業務，惟對於其將匯款匯入特定銀行之帳戶，是否符合「辦理匯兌業務之要件」？該綽號「小莉」之女子，究於何時、何地，由何人以何方式先行要求其收受何客戶多少款項等關於「匯款」之犯罪構成要件均語焉不詳，且係何種幣別？款項多少？均付之闕如，難謂無調查未盡及理由不備之違法；原審就同案被告鄭介恩依「所犯重於犯人所知或相等者，從其所知」之法理，僅能論以其犯刑法第339 條之4 第1 項第2 款之3 人以上共同詐欺取財罪。而范綱彥僅為收款者，原審卻認其構成3 人以上共同冒用公務員名義詐欺取財罪，輕重顯然失衡，有違反平等原則等語。(二)、鄭介恩其餘所指原審調查之證據僅得證明其曾先後於「鄭哥」、「盧哥」處擔任會計工作，且受「盧哥」所託與范綱彥聯絡，將款項交付於伊等事實，惟該證據之內容尚未明瞭，不足以認定鄭介恩確有涉犯本案，原審證據雖已調查而其內容尚未明瞭，自有調查未盡之違法；原判決犯罪事實參所載詐欺集團成員，除鄭介恩遭逮捕外，包括「鄭哥」、「盧哥」在內之其他成員皆未查獲，且僅見「鄭哥」等人綽號，其餘真實姓名、住居所皆不詳，亦無其他證據得證明鄭介恩與該詐欺集團成員間有任何犯意聯絡、行為分擔，原審遽論以加重詐欺罪之共同正犯，有違無罪推定原則等語。(三)、許永財其餘所指同案被告滕中豪於第一審時即證稱伊去收取詐欺款時，其實並無所謂之「把風」人士，且許永財並非其所稱實際參與詐欺之綽號「阿財」者，並承認之前不利於許永財之證詞均屬偽證等語。原審就滕中豪上開有利於許永財之證詞置而未論，且並未於判決書內詳加敘明何以不採納之理由，有判決不備理由之瑕疵等語。均係就原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見，就相同證據資料而為不同之評價，且重為事實之爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其等上訴均不合法律上之程式，應予駁回。

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

中 華 民 國 107 年 12 月 20 日
最高法院刑事第四庭
審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂
法官 鄭 水 銓
法官 楊 真 明
法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 12 月 25 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,4037

【裁判日期】1071226

【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4037號

上訴人 張慶龍

選任辯護人 趙家光律師

陳姿樺律師

王舜信律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年5月31日第二審判決（107年度上訴字第204號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署106年度偵字第5869、5872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，認上訴人張慶龍有如原判決事實欄所記載與正犯楊政錦（經第一審法院判處罪刑確定）及自稱「許利發」之成年男子共同自大陸地區運輸、私運第四級毒品鹽酸羥亞胺（Hydroxylamine、HCl，係毒品先驅原料）之管制物品，進入臺灣地區之犯行，事證明確，因而撤銷第一審關於上訴人部分之科刑判決，改判依想像競合犯，從一重仍論處上訴人共同運輸第四級毒品罪刑及沒收。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。
- 三、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。並敘明：（一）參酌上訴人之部分供述，證人楊政錦（亦係共同正犯）、高應志（登船查緝之人員）、ENTAKA（當時在場之印尼籍漁工）等人之部分證言，及卷內相關資料，憑以認定上訴人知悉所載運者係毒品鹽酸羥亞胺。（二）證人楊政錦證稱：當初我是騙上訴人只是要載運農產品，及上訴人所辯我係誤認幫楊政錦載運的是香菇，又當天風大，我沒有聞到任何異味等語，如何不足採納，亦予論述、指駁明白。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。原判決並非僅憑楊政錦所述，即行論罪，亦無欠缺補強證據、判決不備理由之情形。原判決就證人ENTAKA證述：上訴人始終在駕駛艙上面即船之前方站著、看著之證言，如何可採；證人楊政錦於第一審所為當時上訴人都在開船，一直留在船艙中沒有出來等語之證詞，如何為不可採。已說明其取捨判斷之理由。又原判決既採用楊政錦、ENTAKA所述與事實相符而不利於上訴人之證言，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，亦無違法可言。上訴意旨或仍執上訴人否認犯罪及所辯護之前詞，或擷取證人之片段證言，指摘原判決違誤。係就原審採證、認事職權之行使及已說明論斷之事項，或未依卷內訴訟資料，或以自己之說詞、持不同之評價，單純為事實之爭辯，其所為指摘，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

- 四、第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，以判斷其適用法律之當否。又運輸毒品或運送走私物品罪之成立，並非以所運輸之毒品或運送之走私物品已運抵目的地為完成犯罪之要件，區別各該罪既、未遂之依據，應以已否起運離開現場為準，如已起運離開現場，其構成要件之輸送行為即已完成，應論以既遂。而運輸毒品行為，係指一切轉運與輸送毒品之情形而言，不論係自國外輸入或國內各地間之輸送，凡將毒品由甲地運輸至乙地，均屬之。亦不以兩地間毒

品直接搬運輸送移轉存置於特定地點為限，各行為人之間若基於共同之犯意以迂迴、輾轉方法，利用不相同之運輸工具、方法，將特定之標的物（毒品）移轉運送至終極之目的地者，亦包括的認其各階段之「運輸」行為，均在運輸毒品罪之內，而各應對全部犯罪事實，負共同正犯之責。本件依原判決事實之認定及其理由之說明，係以：上訴人與楊政錦所為，雖僅係在臺灣領海內接運大陸鐵殼船運送之毒品鹽酸羥亞胺，並於接運後準備再轉運予某黑金剛快艇之接駁行為，然其2人係基於與「許利發」等人共同私運毒品鹽酸羥亞胺之犯意聯絡，而各自分擔犯罪行為之一部分，其等就運輸鹽酸羥亞胺之全部犯行，自應共同負責。本件鹽酸羥亞胺既已自大陸地區，由操大陸口音之數名大陸成年男子運輸進入臺灣領海內，已至臺灣地區，並經上訴人與楊政錦接駁上船，其等運輸之行為自屬既遂。因認上訴人以一行為想像競合觸犯共同運輸第四級毒品既遂、準私運管制物品進口等2罪名，從一重論處其共同運輸第四級毒品罪刑。依原判決所確認之事實及上開論斷說明，其適用法律並無不合。上訴意旨以上訴人及楊政錦之共同犯意範圍，僅有充當接貨、轉貨之中繼站角色，並無參與全部運輸毒品過程之犯意聯絡，既僅於定點接收、轉出毒品，並未起運毒品，難認運輸毒品既遂，指摘原判決遽認上訴人觸犯共同運輸第四級毒品既遂、準私運管制物品進口罪，有適用法規不當之違法。此部分上訴意旨，徒憑己見而為指摘，難認係適法之上訴理由。

- 五、刑事判決正本送達後，發現原本錯誤，係文字之誤寫、誤算，或其他類此之顯然錯誤，且不影響於全案情節與判決本旨者，固得由原法院以裁定更正。惟其更正如影響於全案情節與判決本旨，依司法院釋字第43號解釋意旨，自不得以裁定更正之，倘逕而為裁定，應屬自始、當然、絕對無效。原審本此見解，敘明：本件檢察官起訴上訴人與楊政錦等人共同運輸「純質淨重共計782 公斤930.54公克」之鹽酸羥亞胺45包進入臺灣地區，此有該起訴書在卷可憑。第一審判決在其事實欄或理由欄，雖提及查扣之鹽酸羥亞胺共45包等語。然就重量部分，則均記載為「淨重419.28公克，純質淨重301.62公克」之鹽酸羥亞胺，不僅與檢察官起訴之重量不符，且與其所引之卷存證據（即內政部警政署刑事警察局鑑定書所

載鑑定結果）明顯有異，其對於犯罪事實所憑之證據認定有誤，進而嚴重影響犯罪事實認定之正確性，甚而使主文之諭知因而產生違誤。揆之前開說明，已非判決有誤寫、誤算，或其他類此之顯然錯誤可言，且已嚴重影響全案情節與判決本旨。第一審於民國107年4月30日裁定更正第一審判決全部有關前開記載毒品重量之錯誤（即將第一審判決之原本及其正本事實、理由欄及附表編號1 備註欄內，關於扣得黃色飼料袋包裝之鹽酸羥亞胺重量之記載均更正為「驗前總淨重1,074,088公克，驗餘淨重1,074,086.93 公克，驗前純質淨重782,930.74公克」），誠有未合，且顯已變更主文之內容，其更正自不發生效力。所為判斷於法並無不合。又稱法院者，有廣狹不同之意。狹義之法院，指行使國家司法權，專司裁判之機關，其成員必為法官，以獨任或合議制行之；廣義之法院，則指國家為裁判而設置之人及物之綜合組織體，性質上屬司法行政機關，法官祇為其中成員之一，尙有其他行政人員。前者乃審判意義之法院，後者則為行政意義之法院，二者有別，不可混淆。審判意義之法院審理具體個案，為意思表示，應以裁定或判決方式為之。行政意義之法院，本於司法行政權之作用，固得就案件相關資訊發布新聞稿，但不能以之補充或變更審判意義之法院就個案所為之裁判內容。上訴意旨執第一審法院之更正裁定及該院所發新聞稿指摘原判決違背法令，殊非上訴第三審之適法理由。

六、刑事訴訟法第370 條固明定，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。因此所謂不利益變更之禁止，僅禁止其為較重之刑之宣告，不及於被告之不利益事實之認定與法律之適用。而法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使罰當其罪，以契合人民之法律感情，此所以刑法第57條明定科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意該條所列各款事項，以為科刑輕重之標準。此項原則於刑事訴訟法第370 條所定不利益變更禁止情形，自亦有其適用。卷查原審進行審理程序時已就本件有無不利益變更禁止原則之適用，予上訴人及其辯護人充分辯論之機會。並於判決理由內說明：本件雖僅由上訴人提起上訴，又與第一審判決同認上訴人所為，係犯毒品危

害防制條例第4 條第4 項運輸第四級毒品罪，及懲治走私條例第12條、第2 條第1 項準私運管制物品進口罪，依想像競合犯，從一重論處上訴人共同運輸第四級毒品罪刑。然第一審判決認定上訴人運輸之鹽酸羥亞胺之數量（按第一審雖稱鹽酸羥亞胺45包，惟載明淨重419.28公克，純質淨重301.62公克，見第一審判決第2 、13、18頁），較之實際數量減少甚多（以純質總淨重而言，減少78萬2,629.12公克之多）。原審認定運輸鹽酸羥亞胺之數量，既遠多於第一審判決，兩者適用之刑罰法條，形式上雖無差異，但實質上其法條所蘊含刑罰輕重之程度，顯有不同。原審撤銷第一審不當之判決，以上訴人之責任為基礎，依刑法第57條規定，具體審酌上訴人為圖一己之私利，不惜與楊政錦等人共同運輸數量龐大之鹽酸羥亞胺等一切情狀，改判較重於第一審判決刑度，難謂與不利益變更禁止原則有違。上訴意旨執此指摘，仍非適法之第三審上訴理由。

七、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論斷事項，任憑己意指為違法，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，上訴人之上訴不合法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 12 月 26 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	王	國 棟
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 12 月 28 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,4321

【裁判日期】1071213

【裁判案由】妨害性自主

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第4321號

上 訴 人 甲○○

選任辯護人 呂承璋律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國107年3月29日第二審判決（106年度原侵上訴字第21號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署105年度偵字第7447號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件經原審審理結果，認為上訴人甲○○有原判決事實欄一所載明知被害人A女（民國00年0月生，人別資料詳卷）為未滿14歲之女子，性觀念未臻成熟，欠缺完全之性自主判斷能力，竟基於對未滿14歲之女子為性交之各別犯意，先後於原判決事實欄一、(一)至(四)所示時間、地點及方式，對A女為性交行為共4次等犯行，均為明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判論處上訴人對於未滿十四歲之女子為性交各罪刑（共4罪，各處有期徒刑3年，並定執行刑為有期徒刑6年）。已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。
- 二、上訴意旨略稱：(一)本件檢察官係起訴4個可分之案件，然原審未將各次犯行分別檢視各事實之補強證據，而僅單一採信證人A女、B女（即A女之母，人別資料詳卷）及A女之輔導老師乙○○之證詞，概括認定4次犯罪行為皆成立，惟A

女與B女就上訴人與A女在醫院病床上性交所供述之時、地完全不同，且病房內有其他病患，倘有性交，豈有不被發覺之理。況原審以一次包裹式之事實調查方式，認定上訴人有4次犯行，而未予詳細調查，顯與司法實務審理之方式不同，有違背論理及經驗法則之違法。(二)本件於偵查、第一審及原審審理時皆對上訴人進行測謊，何以有不同之判定？足見測謊不具科學性。又原判決捨法務部調查局所為之調查鑑定，僅以內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）所為不利上訴人之測謊鑑定為判決依據，其證據之取捨並無基準。況刑事警察局對上訴人進行之測謊，施測之問題未確切特定時間及地點，所施測之內容與本案無關，縱施測結果出現不實反應，仍不能作為本案事實之補強證據，其測謊結果不具證據能力。(三)B女及乙○○之證述內容及輔導紀錄，係延續A女單方之陳述，並非適格之補強證據。(四)原審以A女應無誣陷上訴人之必要，其證述之可信度高，而認定上訴人有罪，違反無罪推定及證據裁判原則。至驗傷診斷書雖有驗出A女陰道受侵入之現象，然無從指明何人以何種方式侵入，且驗傷時間與原判決認定之4個犯罪時間有差距，不足作為判斷上訴人有無本件犯行之證據云云。

三、惟按：

- (一)、不論是被告或共犯之自白，抑或被害人（或告訴人）之供述，固均不得作為有罪判決之唯一證據，必須調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。惟所謂「其他必要之證據」即通稱之補強證據，並不因其為補充性之證據，即認其證明力較為薄弱，而應依補強證據之質量，與被告之自白或被害人之指訴（證詞）相互印證，綜合判斷，視其是否足以確信被告之自白或被害人之指訴犯罪事實之真實性而定。故補強證據與被告之自白或被害人之指訴為相輔相成之關係，其間互成反比，即補強證據之證明力較強時，則被告之自白或被害人之指訴之證明力可以較弱，反之亦然。又聞自被害人在審判外陳述之轉述，仍祇是被害人指訴之累積，屬重複性之累積證據，固不能作為補強證據，但倘證人所述內容，係供為證明被害人之心理狀態、認知或所造成之影響者，乃證人之親身體驗，屬於情況證據，如與待證之指訴具有關聯性，自可為補強證據。再者，為防止自白或指訴之虛偽不實，對

補強證據之需求宜從寬認定，故實質上一罪之有數罪性質者（如結合犯）及裁判上一罪之想像競合犯，自須各罪皆有補強證據；而關於實質上一罪之單純一罪性質者，如加重結果犯，其基本罪須補強，加重罪既屬過失犯，則可不須補強證據；如為集合犯，因屬構成要件本質上一罪，故部分行為補強即可（如非法從事廢棄物之清除一段時間，最後當場為警查獲清除之廢棄物，該廢棄物可為其自白之補強，而不必每一廢棄物之清除皆須補強）。至犯罪競合之數罪併罰，各罪分別獨立，故每一罪之自白或指訴，皆須補強證據，固無疑義，然數罪間如有關聯性，一補強證據同為數罪自白或指訴之補強，仍有可能，自不能任指為違法。經查，B女及乙○○不利於上訴人之部分證詞（如B女證稱：A女向其提到遭上訴人性侵害時，當下就哭了；A女逛街時，手會勾著上訴人，其看A女與上訴人間之互動像是情侶關係；在其追問下，上訴人坦承有與A女發生性關係；而乙○○所稱其與A女談到有關性方面的話題時，A女就會想到本案，並且覺得不舒服，甚至認為性行為是噁心的，但是提到上訴人時會很開心，感覺A女與上訴人間關係不錯各等語），如何係供為證明被害人之心理狀態、認知或所造成之影響，乃B女及乙○○之親身體驗，屬於情況證據，並與待證之指訴有關聯性等情，已據原判決於理由內逐一闡述甚詳（見原判決第5至8頁），且經原審合法調查（見原審卷第238頁正、反面），自可採為補強證據。而A女證述上訴人於上開時間、地點，對A女為性交行為共4次等情，核與B女於偵查中所證其追問上訴人於（000年）0月0日在醫院有無碰A女，起初上訴人不講話，隔一週才承認，0月0日上訴人另承認在A女及上訴人房間有碰過A女，上訴人說有戴保險套，共有4至6次等語大致相符（見偵查卷第51頁），則A女指訴上訴人與其為性交4次，該4罪間顯有被害人同一之關聯性，是原審認B女之上開證言，既與A女之指訴大致相符，自得同為A女被性侵4次指訴之補強證據，核無違法可言。上訴意旨(一)、(三)所指，自非適法之第三審上訴理由。

- (二)、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。而如何依經驗法則，從多

數之事實證據中，擇其最接近真實事實之證據，此為證據之評價問題。原判決主要係依憑A女所稱上訴人於上述時、地與其發生性交行為共4次之指訴，佐以B女及乙○○上開所為之證詞，參酌上訴人坦認其知悉A女之年紀，且於原判決事實欄一之(一)、(二)、(四)所示之時間、地點，與A女共處一室，並有如事實欄一之(三)所示之時間，與A女同返○○市○○區住處，其與A女並無何等仇怨嫌隙等情之供述，再酌以A女於案發後前往○○○○醫院驗傷結果，為陰部7點鐘方向有陳舊性撕裂傷；且刑事警察局對上訴人進行測謊鑑定結果，上訴人於測前會談就「你有沒有將生殖器放入被害人下體」、「本案，你有無將生殖器放入A女下體」等問題，均回答「沒有」，經判讀結果，皆呈不實反應，此均有驗傷診斷書、測謊鑑定書可稽，及本案非因A女主動舉報而查獲，難認有誣陷上訴人之動機等證據資料，綜合判斷，本於事實審推理之作用，認定上訴人確有原判決事實欄一所載之本案犯行。並說明上訴人所辯其未與A女發生性關係云云，如何係屬卸責之詞，不足採取，及A女之證述如何具高度可信度等旨。所為論斷，俱有卷內資料可資覆按。且原判決就上訴人本件犯行，係以B女及乙○○之證言、上訴人之上揭供述及卷附測謊鑑定及驗傷診斷書等證據資料，作為A女上揭指訴之補強證據；並以該補強證據與A女之指訴相互利用，使犯罪事實獲得確信，要非僅憑A女、B女或乙○○之單一指訴或證言，即為上訴人不利之認定，其採證認事即無何違反無罪推定及證據裁判原則之違誤可言。

- (三)、證明同一事實之證據，如有二種以上，而其中之一種縱有採證違反法則之情形，然如除去該部分，綜合案內其他證據，仍應為同一事實之認定者，則原審此項違誤並不影響於判決，仍不得據以提起第三審上訴。本件原判決認定上訴人有本件犯行，如上所述，並非專以刑事警察局之測謊鑑定內容為主要證據，是縱該測謊鑑定內容有如上訴人所指無證據能力或證明力之違法，然本件除去該部分證據，綜合案內其他所有之證據，仍應為同一事實之認定，並不影響於原判決之主旨，亦不能執為上訴第三審之理由。
- (四)、審判期日之訴訟程序，專以筆錄為證，刑事訴訟法第47條定有明文。又同法第164條、第165條規定，審判長於審判期

日調查證據時，應將卷宗內之筆錄、文書或物證等證據提示或告以要旨，在使當事人明瞭卷內證據所在及內容，俾於此項證據調查時，能夠互為辯明、陳述意見，以發現真實。查原審於107年3月15日審判期日係就每一證人供述證據之筆錄、非供述證據之文書、物證等證據，分別逐一提示或告以要旨，均使上訴人及其辯護人得以逐一表示意見，上訴人及其辯護人就訴訟程序之進行亦未聲明異議，且就相關證據之證據能力或證明力表示意見，此有審判筆錄可稽，並未以一次包裹式之事實調查方式，調查證據。上訴意旨所指原審以一次包裹式之事實調查方式，認定上訴人有 4次犯行云云，顯非依據卷內資料指摘，要非適法之第三審上訴理由。

四、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395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 12 月 13 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 蔡 國 在

法官 林 恆 吉

法官 呂 丹 玉

法官 徐 昌 錦

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 12 月 18 日

書記官

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,4337

【裁判日期】1071226

【裁判案由】違反水土保持法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第4337號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官王清杰

被告 吳永宏

陳西榮

上列上訴人因被告等違反水土保持法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年4月26日第二審判決（106年度上訴字第1828號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署105年度偵字第728 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、原審維持第一審論處被告吳永宏、陳西榮共同犯水土保持法第32條第4 項之非法墾殖、修建道路致水土流失，未遂罪刑之判決，駁回被告二人及檢察官之第二審上訴；併就陳西榮部分為附條件之緩刑4年宣告。
- 二、上訴意旨略以：民國105 年11月30日修正之水土保持法第32條第5 項規定：「犯本條之罪者，其墾殖物、工作物、施工材料及所使用之機具，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」，係採義務沒收主義，本於特別法優先普通法、後法優於前法原則，此規定應優先於刑法第五章之一沒收章之適用，其餘有關沒收之規定則回歸適用刑法第五章之一等規定。既採義務沒收主義，應無刑法第38條之2第2項所謂過苛條款之適用，蓋刑法第38條之2第2項係針對依刑法第38條及第38條之1 宣告沒收、追徵者，方有適用，至於在特別法明定義務沒收者，因有其立法政策考量，而無適用之餘地，否則即無另為規定之必要。本案挖土機1 輛非被告二人所有，此涉及對第三人財產沒收，雖因卷內無該挖土機所有權人之真實姓名年籍，致無從依刑事訴訟法第455條之12第3項規定命該所有權人參與沒收程序，但仍應依水土保持法第32條第5 項規定宣告沒收。第一審判決認為如宣告沒收、追徵，有過苛之

虞，而不予沒收，自屬不當，原判決竟予維持，同有不適用法則或適用不當之違法云云。

三、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。

四、經查：

(一)、刑法關於沒收之規定，於104年12月17日修正，自105年7月1日起施行。修正後刑法第38條規定：「（第1 項）違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。（第2 項）供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。（第3 項）前項之物屬於犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，而無正當理由提供或取得者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。」刑法施行法第10條之3第2項亦修正為：「一百零五年七月一日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。」為因應刑法與刑法施行法之修正，水土保持法第32條第5項於105年11月30日修正為：「犯本條之罪者，其墾殖物、工作物、施工材料及所使用之機具，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」立法理由係以：考量山坡地因其自然條件特殊，不適當之開發行為易導致災害發生，甚至造成不可逆之損害，為減少違規行為人僥倖心理，避免該等犯罪工具因非屬犯罪行為人所有而無法沒收，致使犯罪成本降低，而無法達到嚇阻之目的，乃修正為不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，以為刑法第38條第2 項之特別規定。則依特別法優先於普通法之原則，水土保持法第32條第5 項係特別規定，自應優先於刑法第38條第2 項前段之適用，至於與沒收有關之其他事項，水土保持法既無特別規定，依法律適用原則，仍應回歸適用刑法。

(二)、修正刑法就沒收部分，為符合比例原則，兼顧訴訟經濟，節省法院不必要之勞費，及考量義務沒收對於被沒收人之最低限度生活產生影響，增訂過苛條款，於第38條之2第2項明定

：「宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之」。所謂「宣告前二條之沒收或追徵」，依其文義、立法體例及立法精神，自係指依第38條、第38條之1 規定宣告之沒收、追徵而言，其中第38條部分，當然包括該條第2、3項前段與但書在內，而非僅限於前段規定，始有適用。

(三)、個案是否適用過苛條款，而就應沒收之物，不予宣告沒收或給予酌減，係屬法院得依職權裁量之事項，倘衡以公平正義及犯罪預防之目的而不予宣告沒收，客觀上無顯然濫權、失當，即不得指為違法。本件第一審法院衡酌被告二人於本案土地上墾殖、修建道路使用之挖土機1 輛，屬其等僱請之不知情之工人使用，非屬被告等所有之物，因挖土機價格不菲，相較於其因本案犯罪之代價，顯不相當，又非屬違禁物，亦非專供本案犯罪之用，如併予宣告沒收或追徵，對被告二人所招致損害及產生懲罰效果，顯逾其犯行之可責程度，有過苛之虞，且欠缺刑法上之重要性，衡諸比例原則，認以不予沒收或追徵為宜，而不予沒收。原審法院認為並無不合，予以維持，已敘明其理由。此項裁量權之行使，難謂有何濫用權限之情形，不能任意指為違法而執為合法之第三審上訴理由。

五、上訴意旨就原判決已詳為說明之事項，徒以自己之說詞，任意指為違法，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395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 12 月 26 日

最高法院刑事第二庭

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

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 108 年 1 月 4 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,4600

【裁判日期】1071212

【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4600號

上訴人 林文賢

選任辯護人 李靜怡律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年9月26日第二審判決（107年度上訴字第756號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署97年度偵字第25276、26410號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人林文賢有如其事實欄所載販賣第一級毒品海洛因未遂之犯行明確，因而維持第一審論處上訴人販賣第一級毒品未遂罪刑及沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。固非無見。

二、惟按：

（一）證人係陳述其自己所觀察之過去事實，具有不可代替性，其義務性較大，故刑事訴訟法第176條之1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。」刑事訴訟法除於第186條第1項對於到場之證人，設有關於具結能力之規定外，對於證人應具備何等能力，均乏直接規定。證人之「陳述資格」，即證人之陳述能力如何，不祇攸關應否令其具結，並與其證言真實性之判斷，至有關係。證人作證之目的既在陳述其自己所觀察之過去事實，自應具有正確觀察力、清晰記憶力及誠實陳述力。對此證人之「陳述資格」，英美法要求提出該證人之當事人先證明其有此項能力，並許對造當事人就此證人能力之欠缺，舉證以彈劾之，或依反對詰問加以質問。我國刑事訴訟法雖無類似規定，仍應容許當事人為爭執異議，並由法院加以調查決定之。本件原判決認定上訴人有販賣第一級毒品未遂之犯行，係以檢察官所舉證人王純智於警詢及

偵查中指證購毒經過之證言，爲其主要依據。惟上訴人之原審辯護人於原審就王純智之陳述能力，業已爭執，具狀聲請調查證據，並辯護稱：依高雄市立凱旋醫院所送王純智病歷資料顯示，王純智確患思覺失調症，其於爲前揭證言之期間，因未按時服藥，受精神疾病困擾，影響其陳述能力，所爲證言欠缺憑信性，不足爲不利於上訴人認定等旨（見原審卷第69、165、166、170 頁）。卷查高雄市立凱旋醫院之函文載明：依病歷記載王純智於民國92年10月3 日首次至該院就醫，當時診斷係思覺失調症等情，有該函（見原審卷第74頁）及所附病歷影本（置於外放之證物袋）可稽。原審就王純智罹患上開思覺失調症，是否影響其陳述能力及證言之憑信性，未予調查、釐清，該部分事實仍欠明瞭，原判決逕將王純智之證言，引爲認定上訴人犯罪之主要論據，難謂適法。

- （二）刑事妥速審判法第7條規定：「自第一審繫屬日起已逾8年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，法院依職權或被告之聲請，審酌下列事項，認侵害被告受迅速審判之權利，且情節重大，有予適當救濟之必要者，應減輕其刑：一、訴訟程序之延滯，是否係因被告之事由。二、案件在法律及事實上之複雜程度與訴訟程序延滯之衡平關係。三、其他與迅速審判有關之事項。」本件經檢察官提起公訴，於98年3 月30日繫屬於第一審法院（見審訴字卷第2頁），迄原審107年9月26日判決時，已逾8年。原審未依上開規定審酌說明有無應減輕其刑之情形（縱有可歸責於被告之訴訟延滯，仍應說明審酌不減輕其刑之理由），有判決不適用法則及理由不備之違背法令。

三、以上或係上訴意旨所指摘，或爲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，本院無可據以爲裁判，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 12 月 12 日
最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦
法官 何 信 慶
法官 朱 瑞 娟

法官 林 海 祥
法官 李 英 勇

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 12 月 14 日
書 記 官

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,4775

【裁判日期】1071205

【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4775號

上訴人 陳富呈

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9月26日第二審判決（107年度上訴字第2301號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署107年度偵字第813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，認為上訴人陳富呈違反毒品危害防制條例及懲治走私條例之犯行明確，因而維持第一審依想像競合犯規定從一重論處上訴人犯共同運輸第三級毒品未遂（累犯）罪刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已載敘其調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。
- 三、原判決認定上訴人上開犯行，係綜合上訴人所為認罪之陳述及卷附相關證據資料，而為論斷。又中止犯本質上是未遂犯的一種，除須具備未遂犯之一般要件（法律明文處罰該未遂犯，且行為人基於犯罪故意而著手實行犯罪），尚須具備「因己意中止或防止結果發生」之特別要件，始能成立中止未遂。而刑法於普通未遂之外，另設中止未遂應減輕或免除其刑之規定，係由於行為人著手犯罪對法益之危險性，既因己意中止行為或防止結果發生而大幅減低或消滅，其犯罪意志及法敵對性顯然低於貫徹犯行之行為人，刑罰之需求性與必

要性亦較薄弱，基於刑事立法政策之考慮，乃另明定中止犯「應減輕或免除其刑」，俾促使行為人於結果發生前儘早改過遷善，以減輕其著手犯罪對法益的危害。從而著手實行犯罪而不遂之情形，若同時具備「因己意中止或防止結果發生」之特別要件，而適用中止犯之特別規定減輕或免除其刑者，即無更依普通未遂規定遞予減輕之餘地，避免對於普通未遂之基礎要件重複評價。原判決針對普通未遂與中止未遂二者要件之區別，詳為剖析論述，說明上訴人本件犯行符合中止犯要件，適用刑法第27條第1項前段規定減輕其刑，及無從遞依普通未遂規定再予減輕之論據，記明所憑，並無違誤。上訴意旨執以指摘，無非就同一事項持不同見解，任意爭執，並非適法之第三審上訴理由。

四、量刑輕重，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，原判決具體審酌刑法第57條科刑等相關一切情狀，以第一審判決量定之刑，並無不合，而予維持，既係合法行使其量刑裁量權，於客觀上未逾越法定刑度，且與罪刑相當原則無悖，難認有逾越法律規定範圍，或濫用裁量權限之違法情形。而適用刑法第59條酌減其刑與否，法院本有權斟酌決定，原判決依審理結果，認無犯罪情狀顯可憫恕，科以最低度刑仍嫌過重之情形，而未依該規定酌減其刑，亦無不適用法則或適用不當之違法可言。上訴意旨徒憑己意，就原判決量刑裁量權之合法行使漫為指摘，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

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395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 12 月 5 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官	吳	燦
法官	李	英 勇
法官	何	信 慶
法官	林	海 祥
法官	朱	瑞 娟

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 107 年 12 月 10 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台非,174

【裁判日期】1071220

【裁判案由】賭博

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台非字第174號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 謝穎盈

上列上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院高雄分院中華民國107年3月7日第二審確定判決（107年度上易字第39號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣高雄地方檢察署106年度偵字第15508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

非常上訴理由稱：「一、按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。經查本案被告謝穎盈先於民國104年5月底至『九州娛樂城』賭博網站，向該賭博網站申請帳號、自設密碼加入成為會員，並將款項轉帳至該賭博網站所提供之帳戶後，由該賭博網站經營者以1比1之比例將所匯款項轉換為點數以取得下注額度，並自104年5月底至105年初接續多次利用電腦或手機連接網際網路，以取得之帳號、密碼登入該賭博網站後，賭博方式為撲克牌、百家樂，並以其名下之帳戶匯款至前開賭博網站供作賭金，以此方式與該賭博網站經營者對賭財物。嗣因警方清查前開賭博網站使用之帳戶來往資金，始悉上情，案經新北市政府警察局土城分局移送後，因被告坦承不諱，經檢察官認被告涉犯刑法第266條第1項之罪，以106年度偵字第15508號聲請簡易判決處刑。嗣經臺灣高等法院高雄分院107年度上易字第39號判決維持臺灣高雄地方法院106年度審易字第1906號無罪判決原判而駁回上訴確定。惟查『所謂之【賭博場所】，只要有一定之所在可供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間之場地始足為之。且以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可為傳達賭博訊息之工具，例如主觀上有營利意圖而提供網址供人賭博財物者，亦屬提供賭博場所之一種』最高法院94年度台非字第108號判決意旨可資參照。二、本案原

判決將刑法第266 條之『場所』拘泥於三維空間地域之傳統定義，逕認限於『外觀可見、實體之場所』，復將『公眾得出入』解釋為『公眾得以自由見聞』，惟刑法分則中公然二字之意義，祇以不特定人或多數人得以共見共聞之狀況為已足，司法院院字第2033號解釋足參，而刑法第266條第1項僅以『公共場所或公眾得出入之場所』為要件，並未提及賭博行為須『公然』為之或以他人得觀看、共見共聞為必要，且再賭博網站為刑法第266條第1項之『公眾得出入之場所』，為歷來法院所持之見解，如臺灣高等法院臺中分院89年度上易字第343號判決、臺灣高等法院106年度上易字第369 號判決等。原判決顯混淆二者之區別，已非僅係法律見解之不同，而係對犯罪構成要件之解釋錯誤，顯有判決適用法則不當之違法。三、案經確定，爰依刑事訴訟法第441 條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

本院按：

一、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。案件如經確定，固得提起非常上訴，以資糾正，但必須有各該情形存在為前提，始得為之。又最高法院之調查，以非常上訴理由所指摘之事項為限，為刑事訴訟法第445條第1項所明定。

二、刑法第1 條規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」為罪刑法定主義，而刑法罪刑法定主義禁止類推解釋之精神，在保障人民之自由及權利，限制國家權力之濫用，使人民不受法無處罰明文之刑罰制裁，且不因執法者以一己之念任意解釋法律，而受不測之損害。惟擴張解釋則為罪刑法定主義所不禁止，乃屬正當之解釋方法。擴張解釋係因法律規定文義過狹，不足表示立法真意，因而擴張法文之意義，以期正確適用。此擴張須在文義可能之範圍內，即須在文義「預測可能性」的射程內，若內涵相同，或為內涵所能涵蓋，並不違背立法目的，始可為擴張解釋。

關於賭博行為，刑法第266條第1項規定：「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。」為普通賭博罪。第268 條規定：「意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。」為圖利賭博罪或聚眾賭博罪。上開罰金部分，依刑法施行法第1條之1規定，其單位為新臺幣，並提高為

30倍。而社會秩序維護法第84條規定：「於非公共場所或非公眾得出入之職業賭博場所，賭博財物者，處新臺幣九千元以下罰鍰。」則為對賭博行為不合於刑法賭博罪之行政處罰規定。以上三種處罰賭博行為之規定，其情形並不相同。刑法第266條第1項之普通賭博罪，係以在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物為其成立要件。而社會秩序維護法第84條所定之賭博行為，則不以在公共場所或公眾得出入之場所為之為要件。至刑法第268條之圖利賭博罪或聚眾賭博罪，亦不以在公共場所或公眾得出入之場所為之為要件。依上開規定，在非公共場所或非公眾得出入之場所賭博財物，並不構成刑法第266條第1項之賭博罪。所謂之「賭博場所」，只要有一定之所在可供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間之場地始足為之。以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可為傳達賭博訊息之工具。電腦網路係可供公共資訊傳輸園地，雖其為虛擬空間，然既可供不特定之多數人於該虛擬之空間為彼此相關聯之行為，而藉電腦主機、相關設備達成其傳輸之功能，在性質上並非純屬思想之概念空間，亦非物理上絕對不存在之事物，在電腦網站開設投注簽賭網站，供不特定人藉由網際網路連線登入下注賭博財物，該網站仍屬賭博場所。透過通訊或電子設備簽注賭博財物，與親自到場賭博財物，僅係行為方式之差異而已，並不影響其在一定場所為賭博犯罪行為之認定，此為擴張解釋，非法之所禁。惟如前所述，刑法第266條第1項之普通賭博罪在成立上，係以「在公共場所或公眾得出入之場所」作為要件。所謂「公共場所」，係指特定多數人或不特定之人得以出入、集合之場所；所謂「公眾得出入場所」，係指非屬公共場所，而特定多數人或不特定之人於一定時段得進出之場所。是網際網路通訊賭博行為，究應論以刑法第266條第1項之普通賭博罪，抑或依社會秩序維護法第84條處罰，則以個案事實之認定是否符合於「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博財物之要件而定。於電腦網路賭博而個人經由私下設定特定之密碼帳號，與電腦連線上線至該網站，其賭博活動及內容具有一定封閉性，僅為對向參與賭博之人私下聯繫，其他民眾無從知悉其等對賭之事，對於其他人而言，形同一個封閉、隱密之空間，在正常情況下，以此種方式交換之訊息具有隱私性，故利用上開方式向他人下注，因該簽注內容或活動並非他人可得知悉，尚不具公開性，即難認係在「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博，不能論

以刑法第266條第1項之賭博罪，惟如合於社會秩序維護法第84條規定之要件，則依該法予以處罰。對此因科技之精進新興賭博之行爲，如認其可責性不亞於刑法第266條第1項之普通賭博罪，於刑事政策上認有依刑法處罰之必要，則應循立法途徑修法明定，以杜爭議，並符罪刑法定之原則。

三、本件原判決以：檢察官聲請簡易判決處刑意旨略以：被告謝穎盈基於在公眾得出入場所賭博之犯意，於民國104年5月底以網際網路聯結至由姓名年籍不詳之成年人所架設經營之「九州娛樂城」賭博網站，向該賭博網站申請帳號、自設密碼加入成爲會員，並將款項轉帳至該賭博網站所提供之廖翊妍合作金庫銀行帳戶後，由該賭博網站經營者以1比1之比例將所匯款項轉換爲點數以取得下注額度，並自104年5月底至105年初接續多次在其位於高雄市○○區○○路00號18樓住處內，利用電腦或手機連接網際網路，以取得之帳號、密碼登入該賭博網站後，賭博方式爲撲克牌、百家樂，並以其名下之中國信託銀行帳戶匯款至前開賭博網站供作賭金，以此方式與該賭博網站經營者對賭財物。嗣因警方清查前開賭博網站使用之帳戶來往資金，始悉上情。因認被告涉犯刑法第266條第1項賭博罪嫌等語。惟經審理結果，以：刑法第266條第1項之賭博罪，係以在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物爲其成立要件。基於刑法罪刑法定主義，禁止類推解釋之精神，行爲人在此等場所以外之地方進行賭博，自不構成本罪。個人設定之帳號、密碼經由電腦連線上線至該網站，其賭博活動及內容具有一定封閉性，僅爲對向參與賭博之人私下聯繫，其他民眾無從知悉其等對賭之事，對於其他人而言，形同一個封閉、隱密之空間，在正常情況下，以此種方式交換之訊息具有隱私性，故利用上開方式向他人下注，因該簽注內容或活動並非他人可得知悉，不具公開性，尙難符合該公共場所或公眾得出入之場所之要件。本案連線上網簽賭下注等情，並無一得由不特定人共見共聞，並得穿梭其中之空間存在，不符合刑法第266條第1項賭博罪於公共場所或公眾得出入場所賭博之要件。而刑法第268條，係以意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者爲其構成要件，該供給「賭博場所」或「聚眾賭博」要件，並未限於公共場所或公眾得出入之場所，自與刑法第266條第1項規定之要件不同。刑法第268條之「賭博場所」或「聚眾」之構成要件，只要有一定所在可供人賭博財物即可，故在概念上，包括有形及無形之空間場所，

不能以刑法第268條之賭博場所可包括網路空間，即認刑法第266條賭博罪，亦應為相同解釋等旨（尚須符合公共場所或公眾得出入之場所）。因而維持第一審諭知被告無罪之判決，駁回檢察官在第二審之上訴。

四、經核原判決並無違誤。至於本院94年度台非字第108 號判決意旨關於「賭博場所」之說明，係指刑法第268 條圖利供給「賭博場所」而言。然該賭博場所仍應屬「公共場所」或「公眾得出入之場所」，始與刑法第266條第1項賭博罪之構成要件相當。原判決以被告雖有賭博行為，然既非在「公共場所」或「公眾得出入之場所」下注簽賭，即難認其行為已符合刑法第266條第1項賭博罪之構成要件，因而為無罪之判決，詳予說明，並無違誤。非常上訴意旨執本院不同之案件及憑持不同之法律見解而為指摘，即非有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 12 月 20 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 徐 昌 錦

法官 林 恆 吉

法官 呂 丹 玉

法官 蔡 國 在

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 107 年 12 月 25 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台非,258

【裁判日期】1071213

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台非字第258號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 林鶴成

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於臺灣新北地方法院中華民國107年3月31日第一審確定簡易判決（107年度簡字第2065號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署107年度撤緩毒偵字第73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：「一按起訴之程式違背規定者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第303條第1款定有明文。又判決適用法則不當者，為違背法令；法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者，其判決當然為違背法令，同法第378條、第379條第5款亦有明文。二又『被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當者，得定一年以上三年以下之緩起訴期間為緩起訴處分，其期間自緩起訴處分確定之日起算。』『被告於緩起訴期間內，有左列情形之一者，檢察官得依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴：一於期間內故意更犯有期徒刑以上刑之罪，經檢察官提起公訴者。二緩起訴前，因故意犯他罪，而在緩起訴期間內受有期徒刑以上刑之宣告者。』同法第253條之1第1項、第253條之3第1項第1、2款亦分別定有明文。三查本件被告林鶴成基於施用第二級毒品之犯意，於民國105年6月5日17時許，在新北市○○區○○路0段000○0號住處內，以將甲基安非他命置於玻璃球內點火燒烤後吸食其煙霧之方式，施用第二級毒品甲基安非他命1次，經臺灣新北地方檢察署檢察官以105年度毒偵字第4846號為緩起訴處分確定，緩起訴期間自105年11月1日起至107年

10月31日止。因被告105 年8 月26日8 時22分許，為警採尿回溯96小時內之某時許，即上開緩起訴處分確定前，再基於施用第二級毒品之犯意，施用第二級毒品甲基安非他命1 次，經臺灣新北地方法院以105 年度簡字第7635號判決判處有期徒刑3 月確定，臺灣新北地方檢察署檢察官誤以該105 年8 月26日8 時22分許犯施用第二級毒品罪嫌，係在被告『緩起訴處分履行期間內』，乃依刑事訴訟法第253 條之3 第 1 項第1 款之規定以106 年度撤緩字第211 號撤銷緩起訴處分書撤銷被告上開緩起訴處分，進而以107 年度撤緩毒偵字第73號聲請簡易判決，經臺灣新北地方法院以107 年度簡字第2065號簡易判決確定，該撤銷緩起訴處分顯有違誤，難認其後提起之公訴為合法追訴，而上開臺灣新北地方法院亦疏未注意而逕為實體判決，以被告施用第二級毒品，判處有期徒刑3 月確定，判決違背法令。四案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第441 條、第443 條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

- 二、本院按：被告經檢察官為緩起訴處分確定，如於緩起訴期間內，故意更犯有期徒刑以上刑之罪，經檢察官提起公訴者，或於緩起訴前，因故意犯他罪，而在緩起訴期間內受有期徒刑以上刑之宣告者。檢察官即得依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴。刑事訴訟法第253 條之3第1項第1 、2 款分別定有明文。本件被告林鶴成因涉施用第二級毒品罪（下稱甲案），前經臺灣新北地方檢察署（下稱新北地檢署）檢察官於民國105 年10月14日，以105 年度毒偵字第4846號為緩起訴處分（下稱原緩起訴處分），期間為2 年，嗣經臺灣高等檢察署檢察長於同年11月1 日，以105 年度上職議字第12975 號處分書駁回再議而確定（緩起訴期間自105 年11月1 日至107 年10月31日）。又被告於緩起訴處分前之105 年8 月26日8 時22分許，另故意犯施用第二級毒品罪，經臺灣新北地方法院（下稱新北地院）於105 年12 月8 日以105 年度簡字第7635號判決判處有期徒刑3 月，於 106 年1 月7 日確定（下稱乙案），而經新北地檢署檢察官，以106 年度撤緩字第211 號撤銷緩起訴處分書撤銷原緩起訴處分確定，並以107 年度撤緩毒偵字第73號聲請簡易判決處刑，經新北地院以107 年度簡字第2065號簡易判決有罪確定。

以上各情，有上開緩起訴處分書、再議處分書、撤銷緩起訴處分書、聲請簡易判決處刑書、判決書、臺灣高等法院被告前案紀錄表等件在卷可稽。又揆之上開說明，被告乙案之犯罪，已合於刑事訴訟法第253 條之3 第1 項第2 款「緩起訴前，因故意犯他罪，而在緩起訴期間內受有期徒刑以上刑之宣告者」撤銷緩刑之要件，縱該撤銷緩起訴處分書關於被告係在「緩起訴處分履行期間內」再犯罪，依刑事訴訟法第253 條之3 第1 項第1 款之規定撤銷原緩起訴處分之記載，未臻正確，但猶本諸被告有乙案犯罪為其撤銷之事由，究與應撤銷原緩起訴處分之結果並無不同，不生撤銷處分應屬無效之問題，檢察官就甲案提起公訴為合法追訴，原判決逕為實體判決，即無不合，自難認得據為提起非常上訴之適法事由，非常上訴執此指摘，不能認為有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第446 條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 12 月 13 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 陳 宗 鎮

法官 陳 世 雄

法官 何 菁 莪

法官 張 智 雄

法官 段 景 榕

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 107 年 12 月 17 日