

# 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 2180 號.....	3
二、107 年度台上字第 172 號.....	4
三、107 年度台上字第 1051 號.....	5
四、107 年度台上字第 1075 號.....	7
五、107 年度台上字第 1109 號.....	9
六、107 年度台上字第 2183 號.....	10
七、107 年度台上字第 2544 號.....	12
八、107 年度台上字第 2545 號.....	13
九、107 年度台上字第 2691 號.....	14
十、107 年度台上字第 2696 號.....	15
十一、107 年度台上字第 2819 號.....	17
十二、106 年度台非字第 164 號.....	18
十三、107 年度台抗字第 617 號.....	20
十四、107 年度台抗字第 641 號.....	21
十五、107 年度台附字第 10 號.....	22

## 裁判全文

106 年度台上字第 2180 號.....	24
107 年度台上字第 172 號.....	42
107 年度台上字第 1051 號.....	50
107 年度台上字第 1075 號.....	102
107 年度台上字第 1109 號.....	55
107 年度台上字第 2183 號.....	60

107 年度台上字第 2544 號.....	64
107 年度台上字第 2545 號.....	68
107 年度台上字第 2691 號.....	75
107 年度台上字第 2696 號.....	76
107 年度台上字第 2819 號.....	79
106 年度台非字第 164 號.....	82
107 年度台抗字第 617 號.....	92
107 年度台抗字第 641 號.....	96
107 年度台附字第 10 號.....	98

一、106 年度台上字第 2180 號（裁判書全文）

（一）文書由公務員製作者，依刑事訴訟法第 39 條規定，除應記載製作之年、月、日及其所屬機關外，並應由製作人簽名。又依民法第 3 條第 2 項規定，如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。是檢察官以當事人資格提起上訴時，自應由該檢察官在其提出之上訴書狀簽名，始為合於法定程式。然此項簽名或蓋章之作用，旨在證明文書之真正，為該項文書形式上之必備程式，如有欠缺，參照司法院院解字第 3006 號解釋意旨，尚非屬絕對不得命補正之事項。此項補正之目的既在除去書狀程式上之欠缺，則其補正之法律效果自應溯及於其提出該書狀之時。因此，倘檢察官已於法定期限內具狀提起上訴，雖漏未於書狀內簽名或蓋章，然如其已補正完畢，程式上之瑕疵即已除去，其補正之法律效果，溯及於其提出書狀聲明上訴之時。

（二）本件檢察官不服第一審判決，提起第二審上訴時，雖未依規定在上訴書、上訴補充理由書上簽名，惟第一審檢察官上訴之此項疏漏，於第四次更審前原審時，已依法院之通知，於 103 年 3 月 5 日在前揭上訴書、上訴補充理由書上簽名補正，其補正之效果應溯及於其提出各該書狀之時。是經補正完畢後，程式上之瑕疵即已除去。原審就補正前歷審所為實體審理調查所得之證據，予以覆審，重新進行審判程序，依法調查後，採為判決之依據，於法無違，不生上訴意旨所指

之違法問題。

參考法條：刑事訴訟法第 39 條、第 273 條第 6 項。

## 二、107 年度台上字第 172 號（裁判書全文）

- （一）通訊保障及監察法（下稱通保法）第 11 條第 1 項第 2 款規定「監察對象」為通訊監察書應記載之事項之一，其目的係在規範聲請機關慎重將事，特定其監察對象，確立實施範圍，以確保人民權益，並釐清監察責任。然關於受此強制處分人之記載方式，相較於傳票、拘票及押票須將「被告之姓名、性別、年齡、籍貫（或出生地）及住所或居所」（刑事訴訟法第 71 條第 2 項第 1 款、第 77 條第 2 項第 1 款、第 102 條第 2 項第 1 款），為翔實記載，尚屬有別，而較諸搜索票於被告或犯罪嫌疑人不明時，得不予記載（刑事訴訟法第 128 條第 2 項第 2 款但書），則較類似，此乃傳票、拘票及押票係對已確定之人實施偵、審，重在維護其防禦權或供證義務；搜索票、通訊監察書則對尚未確定之事證為蒐集，重在隱密（被實施者事先不知情）及真實之發現，兩者顯然有別。故前者法條規定人別須確立，後者則可得而知或未知均屬無妨，應為當然之解釋。又關於監察對象（即受監察人），依通保法第 4 條規定，除同法第 5 條及第 7 條所規定者外，尚包括為被告或犯罪嫌疑人發送、傳達、收受通訊或提供通訊器材、處所之人，在通訊監察之始，或因證據尚非明確、具體，致無從確認受監察人究為何人，或僅知其綽號，甚至不知發送、傳達、收受通訊者之

姓名、綽號，亦所在多有，是倘因資料不足，致聲請通訊監察或核發通訊監察書時尚未能附具受監察人之真實姓名、代號或姓名對照表等資料，自不得指為違法。

- (二) 原判決所援引如其附表（下稱附表）一、二上訴人與呂○勤、鄭○雄之「通訊監察譯文內容」欄所載之監聽譯文，係執行機關依據檢察官聲請第一審法院所核發之通訊監察書，實施監聽，該通訊監察書，除載明監聽之電話包含上訴人所使用之 0000000000 號電話門號，監聽期間自 103 年 6 月 2 日 10 時起至同年 8 月 28 日 10 時止等情外，並記載「法官指示事項：1. 執行機關應於 103 年 7 月 25 日、同年 8 月 14 日前作成監察報告書陳送本院，並具體說明監察進行情形及有無繼續監察之必要。2. 無繼續監察必要時，應即停止監察，並陳報法院。……」有第一審法院調取附卷之該等通訊監察書影本可參。是前述之通訊監察係由法院於事前依據相關卷證資料，審酌後予以核准並隨時監督甚明，至於通訊監察書之監察對象雖僅記載「阿好」，未載明受監察人之姓名，惟依前揭說明，尚難指為違法。執行機關依該通訊監察書實施監聽所得之資料，自有證據能力。

參考法條：通訊保障及監察法第 4 條，第 11 條第 1 項第 2 款。

### 三、107 年度台上字第 1051 號（裁判書全文）

- (一) 犯罪之被害人得提起自訴，固為刑事訴訟法第 319 條

第 1 項前段所明定，但此所謂被害人，係以具有法律上人格之自然人或法人為限。再公司法所稱外國公司，謂以營利為目的，依照外國法律組織登記，並經中華民國政府認許，在中華民國境內營業之公司；外國公司經認許後，其法律上權利義務及主管機關之管轄，除法律另有規定外，與中華民國公司同，公司法第 4 條、第 375 條分別定有明文。是外國公司如未經我國政府認許，在我國不能認其為法人，無法取得權利能力，僅能認其係非法人之團體；具體以言，未經我國政府認許之外國公司，除法律有特別規定（例如公平交易法第 47 條、著作權法第 102 條、商標法第 99 條等）外，不得提起自訴。至於非法人之團體，因非屬有行為能力之法人，而刑事訴訟法復無如民事訴訟法第 40 條第 3 項之規定，是非法人團體縱然設有代表人或管理人，仍不得提起自訴。

- （二）涉外民事法律適用法於 99 年 5 月 26 日修正公布，於 100 年 5 月 26 日施行，其中第 13 條固規定：「法人，以其據以設立之法律為其本國法。」第 14 條第 1 款亦規定外國法人之設立、性質、權利能力及行為能力，依其本國法。然因涉外民事法律適用法，性質上屬於民事法之特別法，而民事法律雖為保障私權及維護交易安全，但考量非法人團體固無權利能力，然而於日常生活中，使用其團體名義進行交易或從事法律行為之情形，比比皆是，民事訴訟法第 40 條第 3 項為因應此項實際上需要，才特別規定該等團體設有代表人或管理人者，亦有當事人能力，允許其得透過民事訴

訟程序請求確定私權；然則此一制度，仍與刑事訴訟係追訴犯罪、維護社會秩序暨公共利益之規範目的，迥然不同，自不可率爾類推適用。何況我國刑事訴訟採行「國家追訴原則」，即以公訴程序為主、例外允許提起自訴，同時國家針對自訴程序得予追訴之犯罪，仍有訴追權益（若是請求或告訴乃論之罪，則須視是否提起請求或告訴為斷），是縱認未經認許之外國公司屬於非法人團體而不可提起刑事自訴，仍可循告發、告訴暨公訴程序達成追訴犯罪之目的，對其刑事程序利益，尚不生重大影響。故苟非有特別規定，自不得遽認未經認許之外國公司，得以被害人之地位，提起刑事自訴，否則，公平交易法、著作權法、商標法等就未經認許之外國法人得提起自訴之上揭特別規定，無異將形同具文，難謂符合上揭相關法律的立法本旨。

（三）原判決理由欄三一(二)內，業已詳敘：TV 公司係登記於薩摩亞之公司，並未經我國法律認許，不具有法人資格，不得提起自訴等旨。經核於法並無違誤。

參考法條：刑事訴訟法第 319 條。

公司法第 4 條、第 375 條。

#### 四、107 年度台上字第 1075 號（裁判書全文）

（一）刑法所處罰之強制猥褻罪，係指性交以外，基於滿足性慾之主觀犯意，以違反被害人意願之方法所為，揆其外觀，依一般社會通念，咸認足以誘起、滿足、發洩人之性慾，而使被害人感到嫌惡或恐懼之一切行為

而言。所稱「其他違反其意願之方法」，並不以類似同條項所列舉之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等方法為必要，祇要行為人主觀上具備侵害被害人性自主之行使、維護，以足使被害人性自主決定意願受妨害之任何手段，均屬之。而人之智能本有差異，於遭逢身體、健康等問題，處於徬徨求助之際，其意思決定之自主能力顯屬薄弱而易受影響，若又以聽診、治療為手段（例如醫療必要等），由該行為之外觀，依通常智識能力判斷其方法、目的，未必欠缺合理性，且係趁人求醫治療之心理狀態，以卸除其原本理性防禦之思考空間，使之無法如通常一般人立即拒絕而離去之性自主決定，自屬一種違反意願之方法。

- （二）本件原判決已於其理由貳之六(三)說明上訴人先利用為甲女從事心電圖醫療檢查之行為，撫弄甲女胸部，並接續利用為甲女注射點滴治療之機會，假藉觸診為撫摸屬性器部位之陰蒂，經甲女驚覺上訴人所為，顯非醫療行為而一再明確表明拒卻時，猶繼續撫摸甲女陰蒂，其行為顯逾正常醫療目的，而係滿足自己性慾之猥褻行為。況甲女當時正在注射點滴治療無法任意起身離去，年齡尚幼、生活單純，與上訴人獨處於診所，其因上訴人上開猥褻行為，致有「非常害怕、快被嚇死」之感覺，並明確表示不舒服而拒絕之意，上訴人猶不顧甲女反對續為猥褻行為，已構成「其他違反其意願之方法」甚明；而上訴人更利用甲女上述情狀為前開犯行，顯然已壓抑甲女之性自主意思，自屬違反甲女意願而有強制猥褻之故意無疑。



參考法條：刑法第 224 條。

#### 五、107 年度台上字第 1109 號（裁判書全文）

犯罪工具物之沒收，固已跳脫刑罰或保安處分之性質歸屬，而為刑罰或保安處分以外之獨立法律效果。但依法得予沒收之犯罪工具物，本質上仍受憲法財產權之保障，祇因行為人濫用憲法所賦予之財產權保障，持以供犯罪或預備犯罪所用，造成社會秩序之危害，為預防並遏止犯罪，現行刑法乃規定，除有其他特別規定者外，法官得就屬於犯罪行為人者之工具物宣告沒收之（第 38 條第 2 項參照）。而共同正犯供犯罪或預備犯罪所用之物，法無必須諭知連帶沒收之明文，雖實務上有認為本於責任共同之原則，已於共犯中之一人確定判決諭知沒收，對於其他共犯之判決仍應宣告沒收，或就各共同正犯間採連帶沒收主義，以避免執行時發生重複沒收之問題。然所謂「責任共同原則」，係指行為人對於犯罪共同加工所發生之結果，相互歸責，因責任共同，須成立相同之罪名，至於犯罪成立後應如何沒收，仍須以各行為人對工具物有無所有權或共同處分權為基礎，並非因共同正犯責任共同，即應對各共同正犯重複諭知（連帶）沒收。亦即「共同責任原則」僅在處理共同犯罪參與關係中責任之認定，與犯罪工具物之沒收重在犯罪預防並遏止犯罪係屬兩事，不得混為一談。此觀目前實務認為，共同正犯之犯罪所得如採連帶沒收，即與罪刑法定主義、罪責原則均相齟齬，必須依各共同正犯間實際犯罪利得分別沒收，始為適法等情益明。又供犯罪或預備犯罪所用之物如已扣案，即無重複沒收之疑慮，尚無

對各共同正犯諭知連帶沒收之必要；而犯罪工具物如未扣案，因法律又有追徵之規定（刑法第 38 條第 4 項），則對未提供犯罪工具物之共同正犯追徵沒收，是否科以超過其罪責之不利責任，亦非無疑。且為避免執行時發生重複沒收之違誤，祇須檢察官本於不重複沒收之原則妥為執行即可，亦無於判決內諭知連帶沒收之必要。而重複對各共同正犯宣告犯罪所用之物連帶沒收，除非事後追徵，否則對非所有權人或無共同處分權之共同正犯宣告沒收，並未使其承擔財產損失，亦無從發揮任何預防並遏止犯罪之功能。尤以對未經審理之共同正犯諭知連帶沒收，剝奪該共同正犯受審之權利，更屬違法。從而，除有其他特別規定者外，犯罪工具物必須屬於被告所有，或被告有事實上之處分權時，始得在該被告罪刑項下諭知沒收；至於非所有權人，又無共同處分權之共同正犯，自無庸在其罪刑項下諭知沒收（本院 26 年滬上字第 86 號判例及 62 年度第 1 次刑庭庭推總會議決議(六)、65 年度第 5 次刑庭庭推總會議決議(二)所採共同正犯罪刑項下均應宣告沒收之相關見解，皆已經本院 107 年 7 月 17 日第 5 次刑事庭會議決議停止援用或不再供參考）。

參考法條：刑法第 38 條第 2 項、第 4 項。

## 六、107 年度台上字第 2183 號（裁判書全文）

- （一）按數罪併罰於同一判決分別宣告各罪之刑並定其應執行刑後，當事人表示僅就定應執行刑上訴者，因應執行刑係依據各罪之宣告刑而來，又必須審酌全判決各宣告罪刑後始可決定，不能與所依據之各罪刑分離而

單獨存在，且與各罪刑間在審判上具有無從分割之關係，故不受當事人僅對定執行刑部分上訴之主張所拘束。換言之，基於上訴不可分之原則，如僅對定執行刑上訴，依刑事訴訟法第 348 條第 2 項之規定，有關係之各罪部分，亦應視為均已全部上訴，而一併審理；否則即有已受請求之事項未予判決之違法。

- (二) 上訴人於原審民國 106 年 9 月 5 日準備程序中，雖陳稱其只針對附表一編號 1、2、4 至 15 部分上訴，轉讓第一級毒品（附表一編號 3）及持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上部分，沒有提起上訴，並主張定應執行有期徒刑 10 年太重，希望判 8 年就好等語。其第二審上訴之上訴書亦載稱：「……第一審就上訴人所犯 14 次非法販賣第一級毒品（即附表一編號 1、2、4 至 15），1 次轉讓第一級毒品（即附表一編號 3），及持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上之犯行，竟合併定應執行刑為有期徒刑 10 年，與其所揭示之多數犯罪責任遞減原則，不相適合，亦難稱符合比例、平等及罪刑相當原則」等旨；且於上開原審準備程序時亦同時表明就定應執行刑部分上訴，於審判期日仍以第一審判決之應執行刑不當為上訴理由。惟依前開上訴不可分之原則，關於上訴人轉讓第一級毒品及持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上等 2 罪部分，自應視為均已提起第二審上訴，全部予以審理，始為適法。乃原審竟僅就此 2 罪相關之定執行刑部分加以裁判，而對於與定執行刑有關係之此 2 罪之罪刑部分則未併予審理，誤認未經提起第二審上訴已告確定，而函送臺灣高

等檢察署花蓮檢察分署先予執行，自有已受請求之事項未予判決之違背法令。

參考法條：刑事訴訟法第 348 條第 2 項。

#### 七、107 年度台上字第 2544 號（裁判書全文）

（一）有無供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯，乃單純之事實認定問題，與裁判上一罪之法理無關，自無所謂一部供出來源效力是否及於全部之審判不可分原則之適用。因之，關於同時施用第一級及第二級毒品之裁判上一罪案件，審酌被告有無毒品危害防制條例第 17 條第 1 項規定之適用，自應視其已否供出其所施用之第一級毒品來源，並因而查獲其他正犯或共犯為斷。倘其僅供出所施用之第二級毒品來源，縱因而查獲其他正犯或共犯，就其競合所犯之重罪（即施用第一級毒品罪），亦無從依該規定予以減輕或免除其刑。

（二）邱○錡係證稱在 106 年 5 月 24 日之前，一個禮拜以上或是一個禮拜，只提供（甲基）安非他命予被告施用。而其提供第一級毒品及第二級毒品予被告施用之時間，則是在 106 年 7、8 月間，已在被告於同年 5 月 24 日被查獲之後，顯非本件犯行之毒品來源。原判決援引邱○錡前揭證言，而為被告 106 年 5 月 24 日 9 時許施用海洛因，其來源係邱○錡之認定，有證據上理由矛盾之違法。至於被告同時施用之甲基安非他命，是否來自邱○錡，依前所述，尚非得為競合所犯之施用第一級毒品罪，適用毒品危害防制條例第 17 條第 1

項之規定，減輕其刑之依據。

參考法條：毒品危害防制條例第 17 條第 1 項。

#### 八、107 年度台上字第 2545 號（裁判書全文）

- （一）貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之罪（下稱賄賂罪）其所稱職務上之行為，係指公務員在其職務權責範圍內所應為或得為之行為而言。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連之行為，亦應認屬職務行為之範疇，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亦屬之。地方各級民意代表（直轄市或縣市議員及鄉鎮市民代表）有議決預算、監督其執行、審核決算報告之權，分為地方制度法第 35 條第 2 款、第 7 款，第 36 條第 2 款、第 7 款，第 37 條第 2 款、第 7 款所明定。此亦為地方民意代表之最重要「職務」。長期以來，各級地方政府為求府會和諧、良性互動，每賦予地方民意代表對部分預算（尤其建設補助款）有建議動支之權，多成慣例。則此由行政機關執行法定預算權限所衍生之地方民意代表預算動支建議權，自與地方民意代表固有之審查預算、監督執行權限有密切關連性，而亦屬其「職務」範圍。從而，地方民意代表如對其建議之預算，從中對他方（如得標廠商）要求期約或收受賄賂，其既屬刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段之身分公務員；所為亦構成賄賂罪不法內涵之核心一特別義務之違反；並侵害賄賂罪之保護法益一執行職

務之公正性及廉潔性，自成立公務員賄賂罪。此既在本罪構成要件「職務」之可能文義射程範圍內，並非類推解釋，更與罪刑法定主義無違。

- (二) 刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為人所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違，司法院釋字第 669 號解釋理由書闡述綦詳。此罪刑相當原則於刑事審判個案同應適用，視同憲法原則。從而罪刑相當原則於刑事訴訟法第 370 條不利益變更禁止原則之例外情況（即但書之情形）亦應適用。亦即有例外情形雖可不受不利益變更禁止原則之限制，即得量處較重原審判決之刑，但同時須另受罪刑相當原則之拘束，故如係適用較輕之罪名或犯罪情節較輕，而下級審判決非顯然失出，則禁止處以較重之刑或相同之刑，以遵循此實體法之大原則，不可偏執。換一角度，如此亦係使被告提起上訴時，如有改判機會，不致因而遭受較重之刑，而憚於提起上訴，亦為不利益變更禁止原則保護之另一體現。

參考法條：貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款。

刑事訴訟法第 370 條。

## 九、107 年度台上字第 2691 號（裁判書全文）

- (一) 鑑定，乃指具有特別知識之第三者，以其專門知識或特別專長經驗為具體之判斷，並據以提出報告，以作為訴訟之證據資料，則鑑定人（機關）為準備報告

所為資料之蒐集，自與審判程序中所為之證據蒐集、調查不同，當無受訴訟法上相關證據法則規制之餘地。

- (二) 原判決所引之鑑定人洪○惠之鑑定意見，既為原審視具體個案之需要而囑託鑑定。其曾受邀參與本件屏東縣社會局所召開之評估會議，並檢視卷內相關證據（社工所提供之甲女、乙男自 99 年最早通報至 103 年本案發生之全部相關資料），依其專業知識經驗，為相關資料之蒐集，綜合全部相關事證，憑為具體之斷定，且於原審審判期日到庭以鑑定人身分具結，就其實施鑑定之理由詳為說明，並接受檢察官、上訴人及其辯護人之詰問，原判決肯認其具有證據能力而援引為裁判資料，核無違誤。

參考法條：刑事訴訟法第 205 條。

#### 十、107 年度台上字第 2696 號（裁判書全文）

- (一) 按刑事訴訟法第 376 條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴，同法條第 1 項但書定有明文。揆其立法目的，係因上開案件經第二審法院撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決，並諭知有罪判決（含科刑判決及免刑判決）者，因不得上訴第三審法院之結果，使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，以尋

求救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違（司法院釋字第 752 號解釋意旨參照）。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，應予被告或得為被告利益上訴之人至少一次上訴救濟之機會。上開所謂無罪判決，係指經法院為實體之審理，不能證明被告犯罪或其行為不罰之實體判決而言。除單純一罪或數罪併罰案件以判決主文宣示者外，實質上或裁判上一罪，因在訴訟上只有一個訴權，基於審判不可分之原則，其一部判決效力及於全部，法院如認一部成立犯罪，其他被訴部分不能證明犯罪時，僅能為單一主文之有罪判決，其不能證明犯罪之部分，即於判決理由內說明因係被訴實質上或裁判上一罪，故不另為無罪諭知，此仍應屬已經實體審理之無罪判決。故倘檢察官係以實質上或裁判上一罪起訴而俱屬刑事訴訟法第 376 條所列各罪之案件，經第一審法院判決一部有罪，而於理由說明部分不另為無罪諭知，而檢察官對於不另為無罪諭知部分提起上訴，經第二審法院撤銷並諭知該部分有罪判決者，因實質上同屬被告於判決無罪後初次受有罪判決，為保障被告基本訴訟權，自應賦予其適當之救濟機會，認得就不另為無罪諭知部分上訴於第三審法院。

- （二）本件檢察官起訴上訴人黃○能於起訴書所載之時、地分別基於毀損、傷害犯意，（一）、先以屋瓦丟向告訴人黃○廷之玻璃櫃，造成玻璃櫃破損。（二）、再持電擊棒（原判決認定棒狀物品）刺向告訴人左胸，致其受有左胸挫傷之傷害。（三）、又以不明物體（原判決



認定澆水杓)朝告訴人背部丟擲，造成其受有右背挫傷之傷害。(四)、復持花台邊磚塊丟向黃○廷住家鐵門，造成鐵門凹損。(五)、再持黃○廷住處之水桶破壞黃○廷之監視器。(六)、並將黃○廷靠牆之玻璃拉門甩倒，致該門破損等情。經第一審法院審理結果，判決上訴人前揭(一)、(三)至(五)部分分別成立毀損、傷害罪，另(二)、(六)部分則認為不能證明上訴人犯罪，因此部分與上開論罪科刑部分有接續犯之實質上一罪關係，乃不另為無罪之諭知。檢察官除就第一審法院諭知上訴人有罪部分外，另對於不另為無罪諭知部分亦併提起第二審上訴，經原審法院認檢察官就第一審法院不另為無罪諭知部分之上訴有理由，撤銷第一審法院關於毀損、傷害部分之判決，改判上訴人此部分亦成立犯罪。上訴人就該部分提起第三審上訴，揆諸前揭說明，應認符合刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書規定意旨，得上訴於本院。

參考法條：刑事訴訟法第 376 條。

## 十一、107 年度台上字第 2819 號（裁判書全文）

- (一) 刑事訴訟法第 131 條第 4 項關於無票搜索後未依法陳報法院者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據之規定，其立法理由係以對於逕行搜索後所取得之證據，如未陳報法院或經法院撤銷者，不應不分情節，一概強制排除其證據能力，應依比例原則及法益均衡原則加以權衡，以避免僅因程序上微小瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外被排除。爰增訂該

第 4 項之規定，賦與法院裁量之權限，使法院得斟酌人權保障及公共利益之均衡原則，以作為認定證據能力有無之標準，俾兼顧理論及實際，而應需要，此與同法第 158 條之 4 關於違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，同其趣旨。

- (二) 本件於司法警察逕行搜索查獲所示之第一級毒品海洛因及第二級毒品甲基安非他命後，未於 3 日內向法院陳報而經撤銷，與刑事訴訟法第 131 條規定固有未合，但原判決已說明依據本案逕行搜索之緣由及事證，員警確有相當理由須執行無令狀之緊急搜索，且搜索結果，確因此查獲所示之毒品海洛因及相當數量之毒品甲基安非他命，經衡量防止因毒品流通對社會治安所肇致危害之公共利益及上訴人個人基本人權之保障，認本件搜索縱有程序上之瑕疵，仍不應排除所查扣毒品之證據能力，於法並無違誤。

參考法條：刑事訴訟法第 131 條第 4 項，第 158 條之 4。

## 十二、106 年度台非字第 164 號（裁判書全文）

- (一) 刑法第 38 條之 2 第 1 項前段規定：「前條犯罪所得的範圍與數額，認定顯有困難時，得以估算認定之。」依其立法理由說明，有關犯罪所得之沒收與追徵，其範圍及於違法行為所得、變得之物或財產上利益及其孳息，考量其範圍及價額並不具有特定性，爰參考德國刑法第 73b 條之規定，明定在認定顯有困難時，得估算之，以符實務需求。另因犯罪所得之沒收，性質

上屬類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰，自不適用嚴格證明法則，僅需自由證明為已足，以表明合理之證明負擔。而所謂認定（非）顯有困難，指沒收之範圍與價額之相關事實已臻明確，無庸另行估算認定者而言。申言之，估算是欠缺更好的調查可能性下的應急手段，只有在不法所得之範圍與價額認定顯有困難時，始得以估算。相對的，若是在認定上非顯有困難時，法院就必須履行通常的調查義務，原則上，法院必須先善盡顯而易見的調查可能性與證據方法，之後仍無法確定沒收的範圍與價額時，才能援用估算的規定，否則，法院若未盡合理調查及依憑相當證據，即遽採單方、片面說法，進而認定沒收的範圍與價額，顯然未依職權調查、審認，並非適法。

- （二）原判決事實欄內，記載：被告及國○公司以竊佔靈○禪寺系爭土地，致靈○禪寺受到鉅大損害。被告因此得以墓園出售塔位，使國○公司獲得如附表三所示不法利益等旨；理由欄內，則載敘：被告為第三人即高○公司與國○公司申請取得開發墓園即擁○藝術園區建築執照所需建築線與水土保持設施兼聯外橋樑道路用地之不法利益，而擅自將靈○禪寺系爭土地納入其開發墓園之建築基地範圍，…以經營墓園出售塔位獲得鉅額開發利益，其犯罪所得，核算如下：(1)高○公司收容棄土之營業利益 1,847 萬 9,450 元。(2)國○公司相當於租金之不當得利 100 萬 4,320 元。(3)國○公司土地增值利益 1 億 6,337 萬 7,626 元。(4)國○公司使用墓園設施營利之營業利益 1,489 萬 6,524 元等文。可

見上揭事實及理由之記載，並不相符，且依上揭理由欄內所載，核算收容棄土之營業利益、土地增值利益、使用墓園設施營利之營業利益，似係參照告訴人靈○禪寺提出之陳述意見狀、刑事陳報補正狀內之訴訟資料以作依據，然而，參與人高○公司、國○公司對此均有不同意見，並提出對己有利之憑據。原審卻未就此加以調查，原確定判決亦未說明其對於參與人有利證據不予採納的理由，遽行判決，猶有應於審判期日調查之證據未予調查之違失。

參考法條：刑法第 38 條之 2 第 1 項。

### 十三、107 年度台抗字第 617 號（裁判書全文）

- （一）司法院釋字第 681 號解釋後段謂「受假釋人之假釋處分經撤銷者，依上開規定（指刑事訴訟法第 484 條）向法院聲明異議，須俟檢察官指揮執行殘餘刑期後，始得向法院提起救濟，對受假釋人訴訟權之保障尚非周全，相關機關應儘速予以檢討改進，俾使不服主管機關撤銷假釋之受假釋人，於入監執行殘餘刑期前，得適時向法院請求救濟」。本件法務部因抗告人之甲案、乙案數罪併罰，刑期變更為有期徒刑 5 年 7 月，致不符合假釋條件，而以 106 年 12 月 26 日法授矯字第 00000000000 號函「註銷」抗告人甲案之假釋，參照上開解釋意旨之法理，就「註銷假釋」處分部分，因係由法務部為之，非檢察官之指揮執行，不得向法院聲明異議，但就檢察官執行註銷假釋後重行核計之刑期部分，則係檢察官之指揮執行，得向法院聲明異

議。

- (二) 原裁定以抗告人是否對法務部所為重核假釋期間或有關行刑累進處遇條例等事項應如何適用，與檢察官之指揮執行，分屬兩事，不在檢察官之指揮是否違法或執行方法是否不當而得向法院聲明異議之範圍部分之立論，尚非允當。惟本件檢察官以執行傳票命令通知抗告人到案執行應執行之刑，該執行傳票命令並未記載、認定重行核算之期間，亦即應扣除甲案「已執行」部分，此已執行之期間，除甲案在監執行期間外，是否包括甲案假釋出獄之期間在內，此執行傳票命令並未記載，猶待檢察官審酌刑法第 78 條、第 79 條或相關法令等規定，依法核算、執行，即難認檢察官之指揮執行有何違法或不當。

參考法條：司法院釋字第 681 號解釋。

刑事訴訟法第 484 條。

#### 十四、107 年度台抗字第 641 號（裁判書全文）

- (一) 刑事訴訟法第 477 條規定「依刑法第 48 條應更定其刑者，或依刑法第 53 條及第 54 條應依刑法第 51 條第 5 款至第 7 款之規定，定其應執行之刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之。前項定其應執行之刑者，受刑人或其法定代理人、配偶，亦得請求前項檢察官聲請之。」是應併合處罰之數罪定應執行刑之聲請，除有中華民國九十六年罪犯減刑條例第 8 條第 3 項所定「依本條例應減刑之數罪，經二以上法院裁判確定者，得由一檢察官或應減刑

之人犯合併向其中一裁判法院聲請裁定之」情形，得由受刑人直接向法院聲請外，其餘均應由檢察官向該管法院聲請。

- (二) 本件再抗告人李○興並未說明有上開減刑條例規定情形。原裁定以再抗告人自行向第一審法院聲請定應執行之刑，與上開規定不符，因認第一審裁定予以駁回，並無不當。而再抗告人請求裁定停止訴訟程序及聲請司法院解釋，尚屬無據，乃駁回其抗告。經核於法並無違誤。

參考法條：刑事訴訟法第 477 條。

中華民國九十六年罪犯減刑條例第 8 條第 3 項。

## 十五、107 年度台附字第 10 號（裁判書全文）

按附帶民事訴訟，係於刑事訴訟中附帶提起之民事訴訟，因之，在犯罪行為中私法上權利被侵害之人，得利用刑事訴訟程序請求回復其損害。理論上，民、刑事訴訟之目的不同，刑事訴訟之目的在於實現國家之刑罰權，民事訴訟之目的則在於確定當事人之私權，是故二者所採行之訴訟程序未必全然相同。同一犯罪行為而致民法損害賠償責任之產生，其間既有「實體關聯性」之存在，附帶民事訴訟與刑事訴訟採行同一程序之目的，在於使刑事訴訟所認定之犯罪事實得據以認定民事侵權行為，可避免民事訴訟與刑事訴訟之程序重複，節省司法資源，不但符合訴訟經濟原則，且能免於裁判之相互歧異，維護整體司法之威信。就被害人言，其復有異於民事訴訟之原告，可利用刑事

訴訟之訴訟資料，毋須自己為證據之提出，減少訴訟費用之浪費等之利益。又刑事訴訟審理結果，對被告為有罪之判決時，原則上應就附帶民事訴訟同時判決，僅於法院認附帶民事訴訟確係繁雜，非經長久時日不能終結其審判者，始得以合議裁定（其因不足法定人數不能合議者，由院長裁定之）移送該法院之民事庭，該移送之案件，免納裁判費。至刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理之判決，法院應以判決駁回原告之訴。但經原告聲請，應將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭，並應繳納訴訟費用。刑事訴訟法第 503 條第 1 項、第 3 項定有明文。前開情形，依同法條第 4 項規定，於自訴案件經裁定駁回自訴者，準用之。至於刑事訴訟諭知有罪之判決，原告所提之附帶民事訴訟與刑事訴訟法第 487 條第 1 項規定之要件不符者，依同法第 502 條第 1 項雖規定應以判決駁回原告之訴。惟如原告聲請將附帶民事訴訟移送於管轄法院之民事庭時，得否依其聲請而為移送，刑事訴訟法對此未予明定。經參照刑事訴訟法第 503 條第 1 項但書、第 3 項規定，就原不合同法第 487 條第 1 項所定要件之附帶民事訴訟，為兼顧原告之程序選擇權、請求權時效、紛爭解決及維持實體審理結果等程序與實體利益，宜允原告於繳納訴訟費用後，由民事法院審理。

參考法條：刑事訴訟法第 487 條第 1 項，第 503 條第 1 項但書、第 3 項。

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,2180

【裁判日期】1070704

【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2180號

上訴人 張榮味

選任辯護人 蕭仰歸律師

上訴人 陳河山（於民國103年12月31日由陳河山改名陳秉

選任辯護人 劉叡輝律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國105年10月13日第二審更審判決（104年度重囑上更(四)字第26號，起訴案號：臺灣雲林地方檢察署93年度偵字第2536、2960、3040、3073號，93年度偵緝字第229號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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

貳、本件原審審理結果，認上訴人張榮味（時任雲林縣縣長）、陳河山（時係雲林縣林內鄉〔下稱林內鄉〕鄉長，其於民國103年12月31日由陳河山改名陳秉立，107年3月28日再改回陳河山，下以陳河山稱之，與張榮味合稱張榮味等2人）違反貪污治罪條例之犯行均明確，因而撤銷第一審關於其2人部分之科刑判決，改判論處一、張榮味依據法令從事公務之人員，對於職務（上）之行為，期約賄賂罪刑；二、陳河山依據法令從事公務之人員，對於職務（上）之行為，收受賄賂罪刑及為相關沒收、追徵之宣告。已載敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並就張榮味等2人否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。

參、張榮味等2人對於原判決均提起上訴，茲就其2人之上訴分別



論述如下：

一、張榮味部分

- (一) 刑事訴訟法第95條第1項第1款規定，訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。此一規定旨在使被告能充分行使防禦權，事實審法院於審判過程中，如已就被告所犯罪名、應變更罪名之構成要件為實質之調查，被告已知所防禦，縱未告知所犯罪名或應變更罪名，對被告防禦權之行使並無妨礙，踐行之訴訟程序雖有瑕疵，惟於判決顯無影響，仍不得據為適法之第三審上訴理由。本件檢察官起訴書雖指張榮味涉犯貪污治罪條例之對於職務上之行為收受賄賂罪嫌，惟第四次更審前原審時，已告知張榮味變更後之對於職務上之行為期約賄賂罪名，張榮味及其辯護人亦就此罪名為答辯。原審雖未再行告知張榮味涉犯該罪名，但於審判過程中，已就張榮味涉犯對於職務上之行為期約賄賂之犯罪嫌疑及所犯罪名之構成要件，為實質之調查，並予其辯解之機會，張榮味及其原審辯護人亦就期約賄賂罪部分進行辯解與辯護，張榮味防禦權之行使已獲確保，原審踐行之訴訟程序雖有微瑕，然不影響於判決本旨，仍不能執為上訴第三審之適法理由。
- (二) 原判決就鄭炳煌（係達和環保服務股份有限公司〔下稱達和公司〕副總經理）於93年8月3日之偵查筆錄、朱國源（原係達和公司業務處處長，91年6月間起擔任該公司副總經理）於93年7月26日之調查及偵查筆錄，暨鄭炳煌於偵查中供詞，敘明關於其等聽聞自邢國樑（時任達和公司總經理）如何與張榮味達成期約賄賂之言詞而為轉述部分，雖屬傳聞供述。然就邢國樑曾經轉達給朱國源、鄭炳煌（下稱朱國源等2人），達和公司其後，確有編列疏通費用及如何編列部分，均係朱國源等2人所為知覺之體驗，自非傳聞。茲原始證人邢國樑已無從傳喚到庭作證，自無法接受張榮味及其辯護人究詰，而朱國源等2人所為該部分之傳聞供述，核與其他非傳聞部分相符，否則達和公司不會如此編列預算，且確實據而執行。是上開屬傳聞供述部分，具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，依刑事訴訟法第159條之3相同法理，宜解為例外賦予其證據能力。已說明其認定朱國源等2人之陳述有證據能力之理由。
- (三) 原判決關於本件偵訊筆錄之記載方式，已勘驗檢察官於93

年8月2日複訊朱國源，及於同年月10日複訊徐治國（係旭鼎開發股份有限公司〔下稱旭鼎公司〕之董事長兼總經理）之偵訊錄音光碟（偵訊錄音帶轉檔為光碟），其結果為檢察官係依照其2人於調查局的筆錄全部逐字逐句再一次訊問，就是否於調查詢問時如此回答，朱國源、徐治國均稱檢察官並非祇問「警詢筆錄是否實在？」一語，即答：「實在。」此亦經其2人證述明確。可知承辦檢察官之偵訊方式，係先由調查員對證人詢問後，再依調查員詢問內容全部逐字逐句進行複訊，並讓證人對其於調查員詢問時之內容再表示意見之複訊模式。原審審判長於勘驗93年8月10日檢察官複訊徐治國之錄音光碟後，訊問徐治國「（有無去到檢察官那裡，檢察官問你調查局說的實不實在，你說都實在，之後就結束了？）基本上是像剛聽到的，一問一答。」「（有無你在調查局裡講的內容與檢察官複訊時唸的內容不一樣？）沒有這種情況。」等語明確，有勘驗、審判程序筆錄可參。就已損壞之部分錄音帶，則參酌前揭檢察官所採訊問方式，認檢察官於93年8月9日亦係循同樣模式複訊徐治國。所為判斷，核屬有據。原審就徐治國之93年8月9日偵訊筆錄，於依法調查後，將之採為判決依據，無違法可言。上訴意旨指原判決就此部分係憑推想、臆測之詞，而為認定，核係未依卷內訴訟資料所為之指摘，殊非上訴第三審之適法理由。

- （四）原判決理由欄甲之伍就徐治國於第一審證述檢察官沒有威脅或利誘伊等情，認徐治國於第一審所為之陳述，出於任意性，無辯護人所主張檢察官以不正方法誘導之情形，已論列甚詳，於法並無違誤。上訴意旨置原判決明白論斷於不顧，依憑己意而為爭辯，非適法之上訴理由。
- （五）「證人恐因陳述致自己或與其有前條第1項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。」為刑事訴訟法第181條所明定。又證人有第181條之情形者，應告以得拒絕證言，同法第186條第2項亦有明文。然拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張，證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人及與其有刑事訴訟法第180條第1項各款所列關係之人而設，非為保護被告，法院或檢察官違反告知義務所生之法律效果，僅對證人生效，故違反告知義務之證人證詞，對訴訟當事人仍具證據能力，至於證據之證明力如何，則由法院依衡平法則就具體個案判斷之。徐治國經警察及調查機關移送檢察官，其以證人身

分於本案偵查中作證，有部分雖未經履行告知得拒絕證言之程序，然依前揭說明，原判決認該證人之證言具證據能力，未適用刑事訴訟法第158條之4規定以權衡證據能力，不生違法問題。上訴意旨執以指摘，尚非合法之第三審上訴理由。

- (六) 犯罪事實之認定、證據取捨及證據證明力之判斷，均屬事實審法院之職權，審理事實之法院綜據卷內訴訟資料而為事實認定、取捨證據，以及其判斷證據證明力之職權行使，如無悖經驗法則或論理法則，即不得任意指摘其為違背法令。本件原審已在判決內說明其就案內所有證據本於調查所得之心證，定其取捨而為張榮味犯罪事實判斷之理由，並依確認之事實，記明其犯如原判決主文所載罪名之論據，自屬原審採證認事之適法職權行使，核無違背客觀存在之證據法則。並敘明：1、依憑朱國源等2人、徐治國之證述，認定徐治國向張榮味行求賄賂，進而達成期約賄賂新臺幣（下同）3 千萬元。就張榮味所辯與徐治國之友人廖泉裕係政敵關係，不可能與徐治國期約賄賂等語，及林清標所為不可能介紹徐治國與張榮味見面之證述，說明如何不足採納。2、參採徐治國之證述及所其提出之聲明書、徐治國與其友人林明衍間之通聯紀錄等證據資料，如何足證張榮味與達和公司間達成期約賄賂意思合致。復本於證據取捨之職權行使，說明林明衍之證述，與事實不符，不足採取。所為推理論斷衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，不生上訴意旨所指採證違法之問題。
- (七) 原判決關於：1、援引證人徐治國證稱：我與張榮味見面後，主動提出給付張榮味8 千萬元賄款，張榮味很豪爽的說：「沒關係，只要在開工前處理好就可以了」，張榮味所說的「處理好」就是交付等語之證言。旨在說明徐治國與張榮味期約賄賂之經過，並非據此即認賄款金額為8 千萬元。徐治國前揭證言，並未指張榮味已收受賄賂，此與原判決所為不能證明張榮味確有授權呂昆展（係張榮味之友人）收受賄賂之認定，無矛盾之處。2、綜合朱國源等2人所為達和公司編列7千萬元，其中3 千萬元用來行賄張榮味等情之證詞，及嗣後達和公司於土地價款中所編列之金額，達和公司匯入旭鼎公司7 千萬元賄賂之時間及數額觀之，認其等所述期約賄賂金額係3 千萬元，為可採信。至徐治國陳稱達和公司要求伊匯款「3、4」千萬元等語，經與前述證據資料相互參酌，認期約賄款金額為3 千萬元

，亦無上訴意旨所指原判決認定與援引徐治國之證詞，有證據上理由矛盾之違法情形。3、綜合證人黃輝強（係達和公司業務處專員）所為：顏嘉賢（時係雲林縣環境保護局〔下稱環保局〕局長）為何這樣說，我只是感覺很震驚。因為這個時刻我意識到縣長有拿錢，所以我很震驚等語之證述。整體而觀，認其對顏嘉賢所說感到震驚，係因其意識到縣長就本案涉及收受賄賂之事，並非指證縣長確有拿到錢。上訴意旨主張黃輝強前揭證言係指證張榮味有拿到錢，指摘原判決理由矛盾。此部分上訴意旨，容有誤會。4、依朱國源證述：「（既然當時係邢國樑與林清標協議的，為何你會知悉？）另外在達和公司辦理地目變更時發現徐治國可能沒有依約定將達和公司要支付給林清標及張榮味的6千萬元交付後，我曾數次要找徐治國，但一直都沒有找到，為了怕影響到地目變更作業，所以我與邢國樑便去找林清標詢問……」等情。其所述並非傳聞自邢國樑，而是依其親身見聞所述。又鄭炳煌於偵訊時所為：「開會的場合聽邢國樑及朱國源說要跟地方加強關係、要編列疏通費用，但金錢數字多少及要分給誰我不知道……縣長部分有明確的聽到他們講要給，但確實金額多少我不知道。縣長部分的錢準備擺在徐治國部分」等語之證詞。亦係鄭炳煌本於親身參與所體驗或親自見聞之事實為基礎所為之證言，與單純之傳聞供述不同。原判決以朱國源等2人之證述，資為徐治國供述之補強，無違證據法則。又依憑徐治國之陳述、張榮味行程表、晶華酒店張榮味之住宿資料、住宿套房平面圖及內部照片，並參酌朱國源等2人之陳述及事後呂昆展要求徐治國匯款1千萬元之事實，如何足認張榮味與達和公司達成期約賄賂之意思表示合致。原判決理由所為徐治國經張榮味要求支付賄款後，因其先前收受自達和公司的7千萬元，業已花用，其經呂昆展、邢國樑、朱國源一再催促下，不得已始匯款1千萬元入呂昆展的美國銀行帳戶等情之說明，與所引徐治國之證述，並無上訴意旨所指判決理由矛盾之情形。至原判決敘及呂昆展可能係張榮味白手套一語，旨在說明無其他證據足以證明呂昆展經張榮味授權委託催討1千萬元賄賂之事實，因而未為張榮味已達收受賄賂犯行之認定，要與證據法則無違。5、綜合顏嘉賢、黃輝強及朱國源之陳述，認顏嘉賢曾向黃輝強所稱：「徐治國將你們公司的錢提走了，錢都沒給人家，縣長很生氣」等語，為可採信。顏嘉賢於第

一審、第三次更審前原審證述：伊沒有說徐治國把錢拿走，縣長不高興的話等詞，則為不可採。至於顏嘉賢責問黃輝強：「徐治國將你們公司的錢提走了，錢都沒給人家，縣長很生氣」，及黃輝強聽聞顏嘉賢上開陳述所為之轉述。就張榮味而言，雖屬傳聞供述，惟顏嘉賢確有向黃輝強說上開言語，原判決採用黃輝強、顏嘉賢之陳述，為不利於張榮味之證據，無違證據法則。6、所採證人朱國源證述當場聽聞邢國樑向張榮味說「該做的都做了」之證言，係就其與邢國樑共同拜會張榮味時，實際與張榮味往來之親身見聞之客觀事實而為之證言，尚非出於其主觀臆測。原判決綜合該證言及黃輝強（於第一審陳稱雲林縣政府的作業很慢等語）、潘淑慧（於第一審證述付款日期將屆，伊卻一直找不到徐治國等詞）及徐治國（於偵查中陳稱原本達和公司行賄張榮味的對價是地目變更在91年5月完成，但未如預期，達和公司及朱國源有另找張榮味，地目變更確實於91年10月完成之經過）之證述，暨事後達和公司於給付尾款時不再匯給旭鼎公司，以免遭徐治國挪為他用等情，認張榮味確有與達和公司達成期約賄賂合意。並無上訴意旨所指摘之認定事實未依證據等違法情形。7、朱國源所為「想透過他找到徐治國，因為地目的變更也是徐治國的工作之一，但是我們發現進度很慢。林清標答應找徐治國出面」等語之證言，與其另證述其與林清標見面之主要目的係為了地目變更程序儘快完成之證詞，並無牴觸。原判決併採上開證述，無上訴意旨所指證據上理由矛盾之違法。就朱國源之證言，原審參酌卷內相關資料，採為判決依據之一，採證亦無違法。

- （八）證人之陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可採，法院仍得本其心證予以斟酌，非謂一有不符或矛盾，即應認其全部均為不可採信。原判決關於徐治國之證言，就張榮味有無授權呂昆展催討並收受1千萬元賄款部分，雖以尚難僅憑徐治國之證述，無其他證據證明，即行認定，然非據此即認徐治國之證言，完全不可採信。此部分因無相關佐證，而未予採認，徐治國其他所為與事實相符，並有相關證據可資佐證，且與測謊鑑定之結果相同部分，原判決將之採為判斷依據，復以測謊鑑定結果相互參酌，顯無上訴意旨所指證據上理由矛盾、判決理由不備之違法。又朱國源等2人及徐治國對於行賄金額證述，雖非一致，但關於行賄張榮味係由徐治國所為一情，互核

相符，為可採信。此屬原審採證認事之職權行使，核與經驗法則、論理法則無違。上訴意旨指摘原判決採取徐治國有瑕疵之供述，作為論斷依據，有違證據法則等語，非適法之上訴理由。

- (九) 刑法第2條第1項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法。所謂行為後法律有變更者，包括構成要件之變更而有擴張或限縮，或法定刑度種類（包括死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金）及範圍之變更。行為後法律有變更者，何者為最有利於行為人之法律，應就有關犯罪構成要件及刑之加重或減輕等一切情形，綜合全部罪刑之結果而為比較適用。又104 年12月30日修正公布，105年7 月1日施行之刑法（下稱修正刑法）第33條第5款規定「罰金：新臺幣1千元以上，以百元計算之。」係屬法律變更，應依刑法第2條第1項規定適用最有利於行為人之法律。原判決審酌張榮味無論依新法或舊法規定均屬公務員，新法並無有利於其之情形。修正刑法第33條第5 款規定，無異提高法定刑關於罰金部分之最低刑度，綜合比較新舊法結果，以舊法較有利於張榮味，因依刑法第2條第1項前段規定，適用行為時法即依95年7月1日修正施行前刑法第10條第2項、第33條第5款及貪污治罪條例第 2 條規定論處。經核於法並無違誤。上訴意旨以本件並未對張榮味部分處以罰金刑，指摘原判決就罰金部分之法定刑，為新舊法之比較，有所違誤，容有誤會。
- (十) 刑事訴訟法第310條第7款規定有罪之判決書，應於理由內記載「適用之法律」。此所稱之「法律」，指基於程序法及罪刑法定之原則，有罪判決書之理由欄應記載主文所由生之程序法及實體法條文。以往實例上，雖於「理由」之後，另列「據上論結」一欄，記載該判決所適用之法律，即包括程序法及實體法之全部條文。惟此欄尚非法律明定應記載之事項，本不生違法與否之問題。況就實體法條文為重複記載部分，原非必要，關於據上論結一欄，應認以記載引用之程序法條文，即為已足，無庸重複記載理由欄已列明之實體法條文。上訴意旨指摘原判決之據上論結欄，關於實體法條文之記載，有所違誤一節，殊非適法之上訴理由。
- (十一) 刑事訴訟被告之上訴，係以受有不利益之裁判，為求自己之利益起見，請求上級法院救濟而設，故其上訴應以為自己之利益為限，並不許其為自己之不利益而上訴。

如原審判決於被告並無不利，被告仍對之提起上訴，既與上揭上訴之本質不符，自應認為不合法。關於：1、原判決認定張榮味期約賄賂3千萬元，上訴意旨指摘原審對於期約賄賂超過3千萬元部分，未加審究，有已受請求之事項未予判決之違法，核係對自己之不利益而提起上訴，顯與被告為自己利益請求救濟之上訴制度本旨相違。2、原判決所為不另為無罪諭知部分，係就張榮味被訴該部分之犯行，為不能證明其犯罪之判斷，對張榮味並無不利，張榮味對於該部分自無上訴利益可言。是張榮味對於前揭1、2部分所為之上訴，均非適法。

- (十二) 原判決理由欄乙、伍之三所列事實（即關於達和公司就焚化廠建廠用地所簽訂契約及付款情形），於載述「有下列證據佐證：（一）被告張榮味、證人鄭炳煌、朱國源、徐治國、潘淑慧等於第一審中供證屬實。」等語之後，另列有（二）至（八）等七項證據資料，可知顯非單以張榮味之供述，為認定前揭理由乙、伍之三所列事實之證明方法，亦即並非指張榮味已供承上開全部事實。上訴意旨執此指摘，仍非上訴第三審之合法理由。

## 二、陳河山部分

- (一) 文書由公務員製作者，依刑事訴訟法第39條規定，除應記載製作之年、月、日及其所屬機關外，並應由製作人簽名。又依民法第3條第2項規定，如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。是檢察官以當事人資格提起上訴時，自應由該檢察官在其提出之上訴書狀簽名，始為合於法定程式。然此項簽名或蓋章之作用，旨在證明文書之真正，為該項文書形式上之必備程式，如有欠缺，參照司法院院解字第3006號解釋意旨，尚非屬絕對不得命補正之事項。此項補正之目的既在除去書狀程式上之欠缺，則其補正之法律效果自應溯及於其提出該書狀之時。因此，倘檢察官已於法定期限內具狀提起上訴，雖漏未於書狀內簽名或蓋章，然如其已補正完畢，程式上之瑕疵即已除去，其補正之法律效果，溯及於其提出書狀聲明上訴之時。本件檢察官不服第一審判決，提起第二審上訴時，雖未依規定在上訴書、上訴補充理由書上簽名，惟第一審檢察官上訴之此項疏漏，於第四次更審前原審時，已依法院之通知，於103年3月5日在前揭上訴書、上訴補充理由書上簽名補正，其補正之效果應溯及於其提出各該書狀之時。是經補正完畢後，程式上之瑕疵即已除去。原審就補正前歷審所

為實體審理調查所得之證據，予以覆審，重新進行審判程序，依法調查後，採為判決之依據，於法無違，不生上訴意旨所指之違法問題。

- (二) 關於黃輝強於偵訊時陳述之證據能力，原判決已敘明黃輝強在原審雖陳稱：那時蔡啟文（係訊問黃輝強之檢察官）把我跟潘淑慧放在同一個小房間裡，那時我不接受他的說法，當時潘淑慧在旁邊講：「你就照檢察官的說法說就好了。」我說根本不是這樣子，然後蔡啟文說：「你是機器人是不是，只會123，不會轉嗎？」我說：「我不是，我不可能做這種事」。他就把所有的文件摔下來，我說要打架是不是等語。惟其並未指陳有何影響其陳述之任意性。原判決理由欄記載黃輝強並未證稱檢察官曾對其有不當取供情形等詞，核與卷內資料並無不合。上訴意旨持憑己意指摘原判決違法，非適法之第三審上訴理由。
- (三) 共同被告、共同正犯等被告以外之人，在偵查中未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於具有「特信性」、「必要性」時，即得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢等之陳述，顯然失衡。因此，被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有「特信性」、「必要性」時，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第159條之2、第159條之3之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。原判決於理由欄甲之貳就潘淑慧、黃輝強及朱國源（下稱潘淑慧等3人）於偵查中以共同被告身分所為之陳述，已敘明如何具有「特信性」、「必要性」，而應賦予證據能力之理由。上訴意旨稱原判決未就如何依客觀之觀察得出結論詳予說明，有判決理由不備之違法，係就原判決已明白論敘之事項，而為爭執，亦非適法之第三審上訴理由。
- (四) 本件原審已在判決內說明其就案內所有證據本於調查所得之心證，定其取捨而為陳河山犯罪事實判斷之理由，並依確認之事實，記明其犯如原判決主文所載罪名之論據，自屬原審採證認事之適法職權行使，核無違背客觀存在之證據法則。並敘明：1、原判決援引潘淑慧所為：「（檢察官蔡啟文到底有無於93年7月22日下午至雲林看守所？）忘記了，蔡啟文檢察官他有去，但日期不記得。」（檢



察官蔡啟文有無恐嚇你？有無要求陳河山做不實不利張榮味之陳述？）沒有恐嚇我，也沒有要求陳河山做不利於張榮味的陳述。」等語之證詞，及潘淑慧亦經檢察官以其涉犯背信罪起訴，並經原審法院判刑確定。足見陳河山辯稱「潘淑慧為避免自己背信犯行被追究，才配合檢察官辦案故意誣指伊收受賄賂」一節，非屬事實，無可採信。2、援引潘淑慧、黃輝強、鄭龍雄之陳述，及出售土地之陳建谷等人於偵訊時所為：「出售土地及土地款之事，陳河山沒有與我們接洽，是潘淑慧與鄭龍雄和我們接洽的」、「鄉長陳河山未介入土地買賣，我們也沒有聽說過陳河山有介入本案土地買賣」、「鄭龍雄是仲介人，因為鄭龍雄是本地人，才知道地主是誰，他帶潘淑慧來的，價錢是潘淑慧決定的」、「鄉長陳河山沒有介入土地買賣」等語之證言，認定陳河山所收受之款項係賄賂，而非土地仲介費。潘淑慧、黃輝強及相關證人嗣翻異前詞之證述，不足採信。陳河山所為該款係土地仲介費之辯解，為卸責之詞，亦不足採。3、徐治國於第四次更審前原審雖為：見面後才知道陳河山是地主代表，我們最後土地談差不多之後，準備跟地主簽約，達和公司的邢國樑、朱國源介紹潘淑慧給我認識，準備由她買地作業跟付款，我認為土地代表是陳河山等語之陳述。然因興建林內焚化廠之土地作業，實際上係由潘淑慧全權處理，並非徐治國，其此部分所述，無從為有利陳河山之認定。徐治國於原審證稱：我帶著潘淑慧與陳河山見面，陳河山已經找好一塊地，也說服了地主，價格也談出一個數字，所以達和公司是說潘淑慧可以做土地代書作業，不是真正說服地主的等語，與前揭所為之證述相類似，自己為原審所不採，無從為陳河山有利之認定。4、潘淑慧、朱國源、鄭龍雄所述陳河山曾提供本焚化場地籍圖部分，僅係提供資訊，與土地仲介不相關，無法為陳河山有利之認定各等情。所為論列說明，並不悖乎經驗法則與論理法則，自不容任意指摘。原判決已詳敘認定陳河山犯罪所憑之證據及得心證理由，並無上訴意旨所指以推測之詞認定達和公司行賄陳河山，有認定事實不憑證據之違法。又原判決並非單憑陳河山之供述為其論罪之唯一證據，亦無上訴意旨所稱欠缺補強證據、判決不備理由之違法。至上訴意旨所稱如係賄款何以需扣除稅金一節，係就原判決已明白認定確係賄款並非土地仲介費之事實，以自己之說詞而為爭執。上訴意旨另以朱國源偵訊筆錄

有疏漏，朱國源自潘淑慧取得2 千萬元，檢察官未追查流向，以此要脅朱國源配合辦案，朱國源供述證據之證明力有瑕疵等臆測之詞，指摘原判決採證違法，亦非適法。至原判決既採用朱國源於偵查中所為對陳河山不利之證言，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，無違法可言。原判決本於證據取捨之職權行使，參酌相關證據資料，認潘淑慧、黃輝強、鄭炳煌所為不利於陳河山之陳述為可採，與證據法則無違。上訴意旨徒以朱國源、潘淑慧為掩飾自身取得之金錢流向，始強逼黃輝強誣陷陳河山等語，指摘其等證言不可信，非適法之第三審上訴理由。

- (五) 貪污治罪條例第5條第1項第3 款之公務員對於職務上之行為收受賄賂罪，係以公務員所收受之賄賂或不正利益與其職務上之行為具有相當對價關係者，為其要件。此所謂「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者而言。至其職務權限，係依憲法或行政法上規定之權限，而為判斷，與何人擔任該職位無涉。原判決參酌地方制度法第57條及地方行政機關組織準則第19條第 1 項前段之規定，以陳河山擔任鄉長，對外代表該鄉，綜理鄉政，列席環境評估審查會，表達意見，進而配合上級政府興建焚化廠政策時，排除民眾抗爭等事項，認此係其職務上之行為。本件林內焚化廠BOO（即 BUILD—OPERATE—OWN ）案（下稱林內焚化廠案）雖由雲林縣政府主辦，惟陳河山身為鄉長，負有配合上級機關政策執行之義務，對焚化廠之興建，在監督管理上有其職權，而認屬其職務上之行為。所為判斷，於法並無違誤。原判決並非以其對之有重大影響力，為認定職務上行為之依據。上訴意旨主張：原判決認定陳河山對前揭事項「具有重大影響力」係出於推測；又依鼓勵公民營機構興建營運垃圾焚化廠作業辦法之規定，垃圾焚化廠之主辦機關為雲林縣政府，原判決認定陳河山對於興建之焚化廠有監督管理之職權，亦與前揭作業辦法規定不符。核係未依卷內訴訟資料或憑己見所為之指摘，均非適法之上訴理由。至原判決理由內援引90年5 月16日公布之「雲林縣區域性垃圾處理場管理自治條例」相關規定，說明陳河山係依據法令從事於公務之人員。與事實欄關於陳河山之職務上行為之認定，不生牴觸。上訴意旨指摘雲林縣區域性垃圾處理場管理自治條例制定在後，其並無動機與目的收受賄賂及焚化廠尚未完工，其

尚未擔任副主任委員職務等語，亦非上訴第三審之合法理由。

- (六) 原判決事實欄十三已載明陳河山以其職務上行爲為對價與達和公司代表黃輝強達成期約賄賂之意思表示合致。無上訴意旨所指事實記載不明之違法情形。原判決援引朱國源於偵查中證述：「為求順利取得建廠土地、減少抗爭且依環評審查結論第1 條之要求加強與民眾溝通，所以達和公司於買賣土地款中，即有編列與地方人士加強關係、疏通費用之預算5 千萬元……林內鄉長陳河山的疏通費是由黃輝強去洽談的，後來扣除稅金，實際支付金額為1千8百萬元。」等語，此部分係針對檢察官所詢：「達和公司有關本案在環境評估完成前，如何與地方人士加強關係、疏通費用之預算若干？」所為之回答，有訊問筆錄可稽。原判決參採該部分證言，而為編列疏通費用之認定，並無不相適合之處。上訴意旨以環境影響評估係於90年5 月10日始通過，朱國源所稱環評審查結論編列疏通費用，指摘原判決有證據上理由矛盾違法，此部分係未依卷內訴訟資料所為之指摘。
- (七) 原判決綜合卷內相關證據資料，認定陳河山與達和公司代表黃輝強雙方意思表示合致時，屬「期約」賄賂，嗣進而收受賄賂。上訴意旨擷取潘淑慧所為「黃輝強上車即跟我說陳河山『要』2 千萬元」之部分證言，指摘原判決未為「要求」賄賂之認定，有判決理由不備、理由矛盾之違法，殊非適法之第三審上訴理由。
- (八) 原判決就達和公司行賄陳河山之目的係希望陳河山贊成興建焚化廠，並適時宣導排除民眾抗爭等情，已載明所憑之證據及其認定之理由，無上訴意旨所指認定事實未憑證據及判決理由不備之違法。又原判決理由載述達和公司行賄陳河山之目的係希望陳河山「贊成興建焚化廠並適時宣導排除民眾抗爭」之旨，與事實欄記載「期待陳河山支持並協助本焚化廠之興建」，尚無牴觸，亦無上訴意旨所稱事實與理由矛盾之違法情形。至朱國源有無支付疏通費用予代表會之人員，於陳河山與達和公司達成期約賄賂並收受賄賂之認定，並無必要之關連。執此指摘，同非適法上訴理由。
- (九) 判決書應分別記載其裁判之主文與理由；有罪之判決書並應記載犯罪事實，且得與理由合併記載，刑事訴訟法第308 條定有明文。原判決於事實欄雖未記載陳河山如何踐履

賄求對象之行為，惟於理由內已說明陳河山擔任鄉長，列席環評審查會，表達意見，進而配合上級政府興建焚化廠政策時，排除民眾抗爭等事項，與其職務有相當關係，所為如何該當於收受賄賂罪之構成要件。合併觀察原判決此部分事實之記載與理由之說明，並無上訴意旨所指判決理由不備之情形。

- (十) 事實審法院得本於職權裁量之事項，而綜合其他證據已可為事實之判斷者，非可認係應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。原判決綜合卷內證據資料，已足認定陳河山之犯行。待證事實並無不明瞭之處，欠缺調查之必要性。原審審判長於審判期日，詢以：「尚有何證據請求調查？」陳河山及其原審辯護人均稱：「無」等語，有審判筆錄可稽。原審未另就達榮環保股份有限公司（該公司係達和公司之投標組合依雲林縣政府指示為將來建廠營運而成立之公司）股東潘淑禎與潘淑慧之關係，為其他無益之調查，並無調查未盡之違法。至陳河山之辯護人提出自行勘驗並製作有關潘淑慧等3人之調查、偵訊錄音光碟之筆錄，聲請勘驗一節，原判決已於理由欄甲、拾壹說明何以未予勘驗之理由。上訴意旨仍憑己意而為爭執，亦非上訴第三審之適法理由。
- (十一) 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。原判決就陳河山對於職務上行為收受賄賂一節，已綜合卷內證據資料，詳為認定，並就陳河山所為其所收受為土地仲介費而非賄款之辯解，予以指駁。上訴意旨所稱陳河山於原審所提另案仲介土地收受仲介費之比例，占買賣價金百分之十二等情，顯不足以推翻原判決所確認之事實，原判決就此未特別說明如何不足為陳河山有利之認定，與理由不備之違法並不相當。就此指摘，仍非第三審上訴之合法理由。
- (十二) 原判決以證人鄭炳煌於偵訊時陳稱：開會の場合聽邢國樑及朱國源說要跟地方加強關係，要編列「疏通費用」等語。於第一審準備程序時雖稱：我曾經聽過邢國樑及朱國源說為了土地之取得需要協調地方士紳等，且需要適度的溝通相關人員，並且編列相關費用，所以「公關

費用」並不是為了使公務員違背職務之行為或是決定等語。然檢察官於第一審詰問鄭炳煌時，提示其偵訊筆錄，問：「你是否對檢察官說開會の場合，有聽到邢國樑及朱國源說要跟地方加強關係，要編列『疏通費用』，但金錢數字多少及要分給誰不知道？」鄭炳煌回答：「有，我有這樣說，但疏通費用應該是指公關費用……」等詞。足認鄭炳煌於第一審將疏通費用改稱為公關費用。惟所編列費用名稱為何，不影響於鄭炳煌所述為疏通地方關係，曾編列相關費用之事實。原判決併採其於偵訊及第一審之證述，要無上訴意旨所指判決理由不備、理由矛盾之違法情形。

- (十三) 關於賄賂之金額，依原判決事實之認定及其理由之說明，係認達和公司於土地款虛增編列費用，供疏通之用，規劃其中2 千萬元用以行賄陳河山，後因扣除稅金，陳河山與達和公司代表黃輝強達成期約賄賂1千8百萬元之意思表示合致。黃輝強即向朱國源回報購地的土地款必須加上給陳河山的1千8百萬元賄款，朱國源亦表示同意。達和公司行賄陳河山之賄款，虛列於土地款中，透過潘淑慧按每期撥交金額之一定比例給付陳河山（即簽約時約1%、第1期款約10%、第2期款約30%、第3期約59%）。土地價款係分別在90年5月4日、同年10月15日、91年3月26日及同年11月5日分期支付，則1千8百萬元賄款，應於簽約時交付18萬元，其餘分三期，第1 期款約10%180萬元（實付200萬元，比約定多出20萬元），第2 期款約30%540萬元（實際給付182萬7,000元、170萬元、190萬2,400元，合計542萬9,400元，比約定多出 2萬9,400元），第3期約59%1,062萬元（實付150萬元、644萬元、220萬5,250元，合計1,014萬5,250 元）。陳河山於歷次審理時並未否認曾收受前揭款項之事實，於原審準備程序時亦供稱：「（潘淑慧陸續有分四次將1,800 萬元存到你的那些帳戶，你認為你不是賄款，而是仲介土地應得的款項？）對。按照土地款，分期給我的。」等語，於準備書狀，亦將「被告（指陳河山）收受潘淑慧簽發支票或以現金支付……1,800 萬元之事實」列為不爭執事項。其於105年8月31日原審審判期日，審判長詢以：「（陳河山）91年11月26日收受220萬5,250元，合計實際收受1,775萬4,650元？」僅爭執：「那只是單純的土地仲介費。」未就收受之數額有所爭執。況

於第三次更審前原審100年11月2日審判期日，審判長就收取款項數額訊問陳河山時，其供稱：「對於黃清溪、柯火墀，她（指潘淑慧）也有支付仲介費，加起來由我與潘淑慧、鄭龍雄分擔，剩餘的才開支票，才有 5,250 的零頭現象發生。」等語。陳河山就91年11月26日之220萬5,250元部分並未爭執，僅辯稱是仲介費。原判決就陳河山收受賄款之數額，依憑卷內證據認定明確。至收受賄賂之方式（現金或支票）及收受賄款後之流向（存入自己或他人帳戶），均不影響於陳河山確有收受賄賂之認定。原判決事實欄十六之（五）與原判決附表（下稱附表）五編號8就面額220萬5,250 元之支票兌現後，其中20萬5,250 元流向之記載，雖欠一致，惟於陳河山收受該賄款之認定，不生影響。上訴意旨就此指摘，要非適法之上訴理由。又依原判決事實欄十五及附表三、5之(3)與附表一「非供述證據」第15號90年10月15日達和公司匯款2,255 萬元予旭鼎公司之轉帳傳票及匯款回條聯所載，達和公司經旭鼎公司交付潘淑慧之第1 期款係於90年10月15日支付。則原判決理由欄所載「達和公司經由旭鼎公司交付潘淑慧第1期土地款係在90 年10月25日」等語。參酌原判決事實欄及前揭附表所引證據資料，可知25日應係15日之誤寫。潘淑慧於90年10月15日收受該筆土地款後，於同年月17日交付200 萬元予陳河山，二者並無矛盾之處。原判決理由欄乙、柒、二之（二）所稱「況達和公司經由旭鼎公司交付潘淑慧第1 期土地款……潘淑慧即於如附表五編號2所示交付2百萬元現金予陳河山。」等語，旨在說明確有交付2 百萬元之賄賂。至於係以現金或支票（業已兌領）交付，於判決本旨不生影響，要無上訴意旨所指判決理由矛盾之違法。至扣除利息24萬5,350元，係包含90 年11月間先行墊借200萬元之利息17萬3,000元，及給付第1期、第2期金額，比約定多出之20萬元、2萬9,400元部分所生之利息甚明。上訴意旨指摘此部分事實不明，賄賂金額究係 2千萬元或1,800萬元有所矛盾，22萬9,400元，4 個月餘之利息，竟高達24萬5,350 元，顯不合理。此部分或憑己意或係未依卷內訴訟資料所為之指摘，均非適法之上訴理由。

- （十四）原判決參採潘淑慧所為：「第1期款係90年10月，我拿2百萬元……第2次是隔不到1個月，他（指陳河山，下同

）說他1 月24日要選鄉長，需要用錢，他要我跟公司反應，我說沒有辦法，後來他一直急，我就說要幫他調看看，我就跟朋友借200萬元，我預扣利息，他實際拿182萬7千元，隨後分成2次給他，那是我私人跟人借錢，到下一筆錢到後再扣回來。」等證詞。而為潘淑慧在尚未收受第二期款前，先於90年11月間交付陳河山182萬7千元之認定。所為判斷，與常情無悖。上訴意旨漫詞指摘前揭認定有違常情，並彈劾潘淑慧證詞之憑信性，指摘原判決以推測之詞，認定達和公司行賄陳河山，有認定事實不憑證據之違法。係以自己之說詞任意指摘原判決違法，同非適法之第三審上訴理由。

- (十五) 原判決於事實欄十五明白認定：達和公司實際交付1,775萬4,650元，陳河山亦係收受該金額等情。其附表五就收受賄款之總金額雖記載「1,775萬4,650元加利息24萬5,350 元」，然由原判決事實及其附表五所載陳河山收受賄款之方式而觀，顯不包括利息24萬5,350 元甚明。同附表就收受賄款之總金額的敘述，用詞雖欠精確，然於判決本旨不生影響。又原判決事實欄六及其理由欄乙、伍之三所載達和公司於90年8月27日預借100萬元予徐治國等情，有原判決所引之銀行匯款回條影本可憑。至附表三、5之(4)載為90年8月17日，其中17顯係27之文字誤寫，此項錯誤尚非不得裁定更正，執以指摘，仍非適法之上訴理由。
- (十六) 原判決事實欄十六就附表五編號7 ①、②所示部分，係分別存入蘇淑霞、洪彩雲帳戶，附表五編號7③ 所示部分則係存入陳河山帳戶，已明白認定，此與附表五編號7 之記載，並無歧異。上訴意旨指二者有所不符，容有誤會，尤非上訴第三審之合法理由。
- (十七) 原判決關於張榮味部分，係以：達和公司與旭鼎公司簽約，將公關費用，隱藏於土地款，以合法掩護非法之方式掩飾其行賄之資金來源等語。此與其所為達和公司用以行賄陳河山之賄款，亦係隱藏在土地款中之認定，二者並無矛盾。陳河山以其所收款項既均列冊載明，即非不法，指摘原判決認定事實違誤。核係以自己之說詞而為指摘，同非適法之上訴理由。
- (十八) 原判決事實欄六已載述：達和公司為取得本焚化廠之開發營運權，首先要取得合適之建廠用地，為遂行行賄陳河山，以達到順利取得焚化廠興建營運權之目的，於建

廠用地土地款中虛增編列款項，做為疏通費用等情。參以達和公司於89年5月18日第2次招標截止日前，即已檢具環境影響說明書審查，惟環評結果未通過而流標之招標經過即明。原判決認定達和公司係在尋覓林內鄉建廠用地時，與陳河山達成期約賄賂之意思合致，尚無上訴意旨所指判決理由矛盾之違法情形。又達和公司與陳河山達成期約賄賂之合意後，陳河山亦於90年4月2日、90年4月23日參與環評審查會，認達和公司於土地款中隱藏編列疏通費用，以供行賄，隨土地款分期交付陳河山。所為認定亦與常理無違。上訴意旨指達和公司編列預算給鄉公所系統，不是指鄉長一個人，若有疏通費用，陳河山怎會北上抗爭，況90年5月間收取款項時，達和公司並未確定能否得標，先行支付疏通費用，有違常理。核係持憑己意或以不同之評價，漫指原判決違法，殊非合法之上訴理由。

(十九) 修正刑法已刪除原第34條之規定，其立法說明，係以：「追繳、抵償既屬無法執行沒收時之替代手段，最終目的在無法執行沒收時，自其他財產剝奪相當價額，其方式可為價額追徵或財物之追繳、抵償，惟此本係執行之方法，而非從刑，亦無於本法區分，故統一替代沒收之執行方式為追徵；再依沒收標的之不同，分別於第38條及第38條之1為追徵之規定。」原判決就未扣案之貪污所得財物1,775萬4,650元，適用修正刑法第38條之1第1項規定宣告沒收，並諭知如全部或一部不能沒收時，追徵其價額，於法並無不合。上訴意旨執修法前之舊見解，主張犯罪所得既係現金，如全部或一部不能沒收時，自應為以其財產抵償之諭知，方為適法等語。此一指摘，仍非上訴第三審之合法理由。

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

伍、依上所述，張榮味等2人之上訴俱違背法律上之程式，均應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 4 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 劉 興 浪  
法官 李 英 勇

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 7 月 5 日  
書 記 官

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,172

【裁判日期】1070731

【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172號

上訴人 惠家棟

選任辯護人 王淑琍律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國106年3月8日第二審判決（105年度上訴字第2227號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署104年度偵字第1624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、本件原審經審理結果，認定上訴人甲○○有如原判決事實欄（下稱事實欄）所載販賣第一級毒品海洛因之犯行，罪證明確，因而維持第一審論處上訴人販賣第一級毒品（共2罪，均累犯，均處有期徒刑）罪刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由；對於上訴人否認犯行及其所辯各節，認非可採，予以論述及指駁。從形式上觀察，尚無足以影響判決結果之違法情形存在。
- 三、上訴意旨略稱：（一）、原判決未調查上訴人是否有因吃藥致警詢時不能為健全意識之陳述，違背自白任意性，顯已違刑事訴訟法第379條第10款規定，有調查未盡之違法；且由第一審勘驗上訴人受偵訊之錄影光碟，可知其係在檢察官反覆訊問下為假設性回答，上訴人曾於法院審理時主張係受檢察官不斷的逼問，足見上訴人偵查時之陳述與疲勞訊問無異，有違自白任意性，應不具證據能力，原判決率採上訴人偵查之

供述為論罪依據，其認事用法顯有違誤。(二)、證人呂紹勤與鄭智雄2人於警局製作筆錄後，隨即被依現行犯上銬押解至檢察署偵訊，此已不符傳喚證人之法定程序；更因偵查時由警方協助值庭，未脫離警方壓力，尚難期待證人向檢察官自承警詢係不實陳述，足認其等2人偵查中之具結證述仍不具任意性，況偵查中之陳述乃審判外陳述，上訴人未對其等行對質詰問，是呂紹勤與鄭智雄偵查中之陳述應屬有不可信之特別情況，且無刑事訴訟法第159條之3傳聞法則例外之適用，無證據能力，原判決卻僅以呂紹勤與鄭智雄在偵查中未表明受到任何不正取供之情事，漏未查明其等2人有前揭未脫離警方壓力之情事，自有調查職責未盡之違誤。再原判決理由欄雖記載「鄭智雄經原審及本院合法傳喚均未到庭，且均拘提無著，足認鄭智雄所在不明，致無法到庭交互詰問，有刑事訴訟法第159條之3第3款所定情形」等語，但未查明證人鄭智雄是否有在監在押，即有調查未盡，且鄭智雄警詢筆錄既屬審判外陳述，未給予上訴人為對質詰問之機會，應無證據能力。(三)、上訴人與劉娜於民國103年6月15日之通訊監察譯文，可知悉受監察對象為「滷蛋」而非通訊監察書所載之「阿好」，然監察機關卻便宜行事，後續監察書監察對象仍記載「阿好」而非「滷蛋」，則該通訊監察書與上訴人無涉，所得之監聽錄音及譯文屬違法監聽取得，自無證據能力。且原判決未調閱監察書及檢、警製作之監察報告書，查明是否有故意違背法定程式等情，亦有採證違法與調查未盡之違誤。(四)、通訊監察譯文如依社會通念尚不足以辨明毒品品項、數量及價金等交易事項，即令指證者證述該等對話內容之含意係交易毒品，本身仍屬購毒者單方之指證，不得作為其所述犯罪事實之補強證據；原判決援引上訴人與呂紹勤於103年6月15日之通訊監察譯文內容僅有呂紹勤打電話予上訴人，請上訴人等他一下，要討工具等情，尚無法自該譯文內容得出與交易毒品具相當程度關聯性，依前揭意旨應仍屬購毒者單方之指證，不得作為呂紹勤證述之補強證據；又呂紹勤雖證述當日係上訴人指派「亨利」交付毒品予伊，然譯文中均無上訴人與亨利之通話紀錄，原判決未查明呂紹勤是否確實有向「亨利」之男子購買海洛因，即採呂紹勤之單一指述而認上訴人與「亨利」之男子有販賣毒品之犯意聯絡及行為分擔，其判決採證違法，且鄭智雄與呂紹勤同車解送後而翻異前詞，足認鄭智雄之證述存有強迫取證或相互勾串等疑義。再依通常經驗，上訴人與鄭智雄103年7月12日22時55

分之通訊監察譯文中，尚有鄭智雄稱樂華夜市那麼遠等語，則上訴人與鄭智雄實不可能於同日23時即完成交易，原判決僅憑鄭智雄之指證即逕認雙方於同日稍晚某時完成交易，顯缺乏實據，有未依證據即認定事實之違誤；況樂華夜市人潮眾多，二人除前揭通話相約見面後即未聯絡，更無確認到達交易地點之電話聯繫，上訴人辯稱當天沒有見面交易應屬真實。而通訊監察譯文中雖亦提到昨天欠新臺幣（下同）1,000元及不要洗的太嚴重等語，此仍不足證明上訴人與鄭智雄有於103年7月12日23時見面乙事及與毒品交易有關，是上訴人與鄭智雄間之通訊監察譯文或有隱晦不明，尚不足為鄭智雄證述之補強證據，原判決逕引鄭智雄之指證為補強證據，顯有判決理由不備之違誤。(五)、原判決事實認定上訴人與鄭智雄於103年7月12日22時55分29秒許通話約定碰面地點後，於同日稍晚某時許在新北市永和區樂華夜市附近交付第一級毒品海洛因予鄭智雄等情；然檢察官起訴書所載之犯罪時間為103年7月12日22時55分許，顯見原判決已變更檢察官起訴之犯罪事實，影響犯罪事實同一性之認定，有未受請求而予以裁判之違誤。(六)、本案未扣到上訴人有任何毒品或販賣毒品的工具，檢察官起訴之犯罪時間為103年6至7月間，此與上訴人於104年1月22日之驗尿結果亦無涉，足見呂紹勤與鄭智雄等人之指證無任何補強證據，原判決實有違法之各等語。

#### 四、經查：

(一)刑事訴訟程序中，對於被告之行為，應受審判之對象（範圍），乃指起訴書（或自訴狀）所記載之被告「犯罪事實」而言；是以若起訴書犯罪事實欄內，對此項行為已予以記載，且「足以表明其起訴範圍」，即為法院應予審判之對象，而無刑事訴訟法第268條所稱「法院不得就未經起訴之犯罪審判」之問題。本件依起訴書記載「甲○○基於意圖營利，販賣毒品之犯意，以其持用之0000000000號行動電話門號為聯絡工具，於103年7月12日22時55分許，在新北市永和區樂華夜市附近某處，以3000元之代價，出售重約0.45公克之第一級毒品海洛因與使用0000000000號門號行動電話聯絡之鄭智雄」（見本案起訴書第1、4頁）等語，已足以特定本件上訴人被訴販賣第一級毒品海洛因予鄭智雄部分之犯罪事實，嗣經原審調查、審理結果認：上訴人與鄭智雄嗣於該日（103年7月12日）晚間22時55分29秒許，以上開行動電話聯繫，約定在新北市永和區樂華夜市附近交易後，同日稍晚某

時許，上訴人即在樂華夜市附近，將第一級毒品海洛因1包（1/8錢、重約0.45公克）交付鄭智雄，並當場向鄭智雄收取購毒價金2000元（尚欠1000元未收），販賣第一級毒品海洛因予鄭智雄，而完成交易。則二者認定之社會基本事實同一（時間、地點特定，交易方式與條件相同），所犯罪名亦屬相同。自難謂法院審判之此部分犯罪事實為未經檢察官起訴。上訴意旨(五)所指，顯非依據卷內資料執為指摘，自非適法之第三審上訴理由。

(二)刑事訴訟法第156條第1項明定：「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」，此項自白並非專以審判筆錄所記載者為限，即在有調查犯罪職權之司法警察（官）詢問，及檢察官訊問所得，如未施用上開不正方法，且與事實相符者，仍不失有證據能力。原判決針對上訴人於104年1月12日12時44分許起至同日13時14分許止之警詢，及104年11月19日檢察官偵訊時之自白，已逐一敘明如何認為，均有證據能力（見原判決第3、4頁），並就上訴人辯稱：警詢時伊還在提藥，也不知道伊在說什麼；而在偵查中檢察官問伊怎麼樣時，伊回答因為時間太久遠，已經記不清楚了，所以伊當時的回答有很多是要搪塞檢察官的問話，惟檢察官不停的逼問伊，伊回答不清楚，但檢察官就說不可能啦，一直要伊回答云云，及辯護人所辯：上訴人意思是說他在偵查中回答時，本來都是回答記不得、記不清楚，但檢察官當時硬要他去做假設性的猜想，被告偵查中的陳述多少有不是出於他自由意願云云，說明如何認係事後卸責之詞而不可採等旨（見原判決第4頁）；核與卷內資料並無不符，於法亦無不合。上訴意旨(一)係對原判決採證認事適法之職權行使任意指摘，難認係上訴第三審之合法理由。

(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，刑事訴訟法第159條之1第2項定有明文。是以被告以外之人在檢察官偵查中所為之陳述，原則上屬於法律規定為有證據能力之傳聞證據，於例外顯有不可信之情況，始否定其得為證據。又刑事訴訟法規定之交互詰問，乃證人須於法院審判中經踐行合法之調查程序，始得作為判斷之依據，屬人證調查證據程序之一環，與證據能力係指符合法律規定之證據適格，亦即得成為證明犯罪事實存否之證據適格，其性質及在證據法則之層次並非相同，應分別以觀。基此，被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述

得為證據之規定，並無限縮檢察官在偵查中訊問證人之程序，須已給予被告或其辯護人對該證人行使反對詰問權者，始有其適用。此項未經被告詰問之陳述，應認屬於未經合法調查之證據，並非無證據能力，而禁止證據之使用，且該詰問權之欠缺，非不得於審判中由被告行使以補正，而完足為經合法調查之證據。經查，證人呂紹勤除於檢察官偵查中以證人身分所為之陳述，已經依法具結外，於第一審亦已經法官合法訊問，且以證人身分具結證述，並經交互詰問，原審採為認定犯罪判斷之證據，核無不合。至證人鄭智雄則經第一審與原審合法傳喚均未到庭，復均拘提無著，有刑事訴訟法第159條之3第3款所定情形，且鄭智雄偵查證述，既係經檢察官命其具結後，在檢察官面前所為之陳述，復經鄭智雄於偵查中明白表示得自由陳述，無因員警在庭戒護而影響陳述任意性之情事（見偵查卷第19頁）。再審酌呂紹勤、鄭智雄於偵查筆錄作成時，在客觀外部情狀上，並無遭檢察官違法取供及外力干擾等證明力明顯過低之瑕疵，並考量呂紹勤、鄭智雄於偵查中證稱向上訴人購買海洛因經過之時點，距離本件案發時間較為接近，較無心詳予考量供詞對自已或他人所生之利害關係、受人情壓力及恐遭報復等外力干擾因素而變更證詞之情形較低，所為陳述又均係出於呂紹勤、鄭智雄之真意等情，足徵呂紹勤、鄭智雄偵查之陳述，無顯不可信之情況，復據第一審及原審審理時提示呂紹勤、鄭智雄偵查筆錄及告以要旨，由檢察官、上訴人及辯護人依法辯論，已完足證據調查之程序，是呂紹勤、鄭智雄偵查之陳述，應均有證據能力；且查原審卷所附臺灣高等法院被告前案紀錄表、臺灣高等法院出入監簡列表，其查詢對象均為證人鄭智雄（原審卷第218至229、234、235頁），並無上訴意旨所指未查明鄭智雄是否有在監在押紀錄，而有調查未盡之情形。上訴意旨（二）徒憑己見而指摘原判決採證違法，尚屬無據。自非合法之第三審上訴理由。

- (四)通訊保障及監察法（下稱通保法）第11條第1項第2款規定「監察對象」為通訊監察書應記載之事項之一，其目的係在規範聲請機關慎重將事，特定其監察對象，確立實施範圍，以確保人民權益，並釐清監察責任。然關於受此強制處分人之記載方式，相較於傳票、拘票及押票須將「被告之姓名、性別、年齡、籍貫（或出生地）及住所或居所」（刑事訴訟法第71條第2項第1款、第77條第2項第1款、第102條第2項第1款），為翔實記載，尚屬有別，而較諸搜索票於被

告或犯罪嫌疑人不明時，得不予記載（刑事訴訟法第128 條第2 項第2 款但書），則較類似，此乃傳票、拘票及押票係對已確定之人實施偵、審，重在維護其防禦權或供證義務；搜索票、通訊監察書則對尚未確定之事證為蒐集，重在隱密（被實施者事先不知情）及真實之發現，兩者顯然有別。故前者法條規定人別須確立，後者則可得而知或未知均屬無妨，應為當然之解釋。又關於監察對象（即受監察人），依通保法第4 條規定，除同法第5 條及第7 條所規定者外，尚包括為被告或犯罪嫌疑人發送、傳達、收受通訊或提供通訊器材、處所之人，在通訊監察之始，或因證據尚非明確、具體，致無從確認受監察人究為何人，或僅知其綽號，甚至不知發送、傳達、收受通訊者之姓名、綽號，亦所在多有，是倘因資料不足，致聲請通訊監察或核發通訊監察書時尚未能附具受監察人之真實姓名、代號或姓名對照表等資料，自不得指為違法。原判決所援引如其附表（下稱附表）一、二上訴人與呂紹勤、鄭智雄之「通訊監察譯文內容」欄所載之監聽譯文，係執行機關依據檢察官聲請第一審法院所核發之通訊監察書（103 年聲監字第661 號、103 年聲監續字第639 、752 號），實施監聽，該通訊監察書，除載明監聽之電話包含上訴人所使用之0000000000號電話門號，監聽期間自 103 年6 月2 日10時起至同年8 月28日10時止等情外，並記載「法官指示事項：1.執行機關應於103 年7 月25日、同年8 月14日前作成監察報告書陳送本院，並具體說明監察進行情形及有無繼續監察之必要。2.無繼續監察必要時，應即停止監察，並陳報法院。……」有第一審法院調取附卷之該等通訊監察書影本可參（見第一審卷第87至89頁）。是前述之通訊監察係由法院於事前依據相關卷證資料，審酌後予以核准並隨時監督甚明，至於通訊監察書之監察對象雖僅記載「阿好」，未載明受監察人之姓名，惟依前揭說明，尚難指為違法。執行機關依該通訊監察書實施監聽所得之資料，自有證據能力。原審經調查後，將之採為判決依據，於法尚無違誤。上訴意旨(三)就此爭執，要非上訴第三審之合法理由。

(五)證據之取捨、證明力之判斷與事實之認定，俱屬事實審法院得自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即無違法可言。又所謂經驗法則，係指吾人基於日常生活經驗所得之定則，並非個人主觀上之推測；論理法則，乃指理則上當然之法則，一般人均不致有所懷疑之理論上定律，具有客觀性，非許由當事人依其主

觀自作主張。又毒品交易之買賣雙方，乃具有對向性之關係，為避免毒品購買者圖邀減刑寬典而虛構毒品來源，雖須調查其他補強證據，以確保其陳述與事實相符，始能採為被告犯罪之證據。惟所謂補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘得以佐證購毒者之指證非屬虛構，而能予保障其陳述之憑信性者，即已充足，且因販賣毒品行為一向懸為厲禁，販毒者為避免遭監聽查緝，以電話聯繫時，基於默契，免去代號、暗語，僅以相約見面，且未敘及交易細節，即可於碰面時進行交易，於電話中未明白陳述實情，並不違背常情，雖非直接可以推斷該被告之犯罪，但以此項證據與購買毒品者之陳述或其他案內證據為綜合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂非補強證據。原判決認定上訴人確有本件犯行，係依憑上訴人之部分供述（坦承伊認識1位名為亨利之外籍人士，及附表一、二通訊監察譯文確分別係伊與呂紹勤、鄭智雄間之對話及簡訊內容，而依據7月13日的譯文，應該是有與鄭智雄見面，因為7月13日譯文看得出來其7月12日有差伊1000元等情），證人呂紹勤於偵查、第一審、鄭智雄於警詢、偵查之證述，與卷附臺灣新北地方法院103年聲監字第661號、103年聲監續字第639、752號通訊監察書暨電話附表、如附表一、二之通訊監察譯文等證據資料，綜合判斷，於理由內逐一論述其採證認事之心證理由。並敘明：1.由呂紹勤於偵查、第一審之證述，及上訴人之供述，參酌如附表一之通訊監察譯文內容，其中呂紹勤與上訴人103年6月15日當天最後一次通話，即該附表編號177通訊監察譯文對話中，呂紹勤催促上訴人下樓交易，及呂紹勤在該附表編號179通訊監察譯文簡訊中，開始質問為何所交付之毒品重量不足之情，即堪認定上訴人係在其與呂紹勤如附表一編號177通訊監察譯文（即103年6月15日上午5時53分24秒許）該次通話結束後，至呂紹勤於同日上午6時11分14秒許傳送如附表一編號179通訊監察譯文之簡訊予上訴人前之該段期間內之某時，指派亨利之成年男子前往約定地點與呂紹勤完成毒品交易甚明。2.依鄭智雄在警詢、偵查中之證述，其除警詢時誤記購毒價金為2000元外，關於去電上訴人聯絡購買1包3000元海洛因事宜之交易過程，原約定在新北市中和區景平路附近交易，後改在新北市永和區樂華夜市附近交易；僅支付2000元購毒價金，尚欠上訴人1000元等節，均分別核與附表二編號487、489、492、495之通訊監察譯文內容相符；再佐以上訴人於偵查及第一審之供



述，上開如附表二編號492 通訊監察譯文內容，可知上訴人確係在其與鄭智雄103 年7 月12日晚間22時55分29秒許通話結束後之同日某時，在新北市永和區樂華夜市附近販賣第一級毒品海洛因予鄭智雄，亦堪認定各等情。俱憑卷證資料逐一審酌認定、論述指駁甚詳，其推理論斷衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，就證人呂紹勤、鄭智雄之證言，於依法調查後，予以取捨而為證明力之判斷，原判決尚非僅憑其等指證為據，即行論處上訴人罪刑，原判決所採用上訴人與呂紹勤、鄭智雄間之通訊監察譯文內容，足資為上訴人有本件前揭犯行之佐證，並無上訴意旨所稱無任何補強證據即認定上訴人犯行之違法情形。又本件原判決並未以上訴人於 104 年1 月22日之驗尿結果為據，該驗尿結果亦查與本案無涉。上訴意旨(四)、(六)或係就原審採證認事、取捨證據之適法職權行使及與判決本旨無關之枝節問題，或係就原判決已說明之事項，徒憑自己之說詞，再為事實上之爭執，均非適法之第三審上訴理由。

(六)綜上，上訴人之上訴意旨所指，均難謂已符合首揭法定之第三審上訴要件，應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 31 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	段	景	榕
法官	張	智	雄

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 3 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,1051

【裁判日期】1070711

【裁判案由】加重詐欺等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第1051號

上訴人 TIME VALUE LIMITED

代表人 賴澤彥

上訴人 賴昇濱

共同

代理人 徐豐益律師

被告 曾永璋

林心瑜

林志儒

陳宏煒

游美智

上列上訴人等因自訴被告等加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國106年12月4日第二審判決（106年度上易字第2376號；自訴案號：臺灣臺北地方法院106年度自字第82號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、加重詐欺部分：

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

二、本件原判決維持第一審就上訴人TIME VALUE LIMITED（下稱TV公司）及賴昇濱自訴被告曾永璋、林心瑜、林志儒、陳宏煒、游美智等人犯刑法第339條之4第1項第2款之加重詐欺罪部分，諭知不受理之判決，駁回其等在第二審之上訴，已詳敘其理由。並對如何認定上訴人TV公司係登記於薩摩亞之公司，並未在臺灣地區申經我國政府許可，如何不具法人

資格，不得提起自訴；及上訴人賴昇濱既非本件金融交易契約之當事人，而難認係其等所指詐欺得利之「直接」被害人，亦不得提起自訴，因而維持第一審諭知不受理之判決，皆依據卷內資料予以指駁及說明。從形式上觀察，原判決並無違背法令之情形存在。

### 三、上訴意旨略以：

- (一)涉外民事法律適用法就外國法人人格之有無，既於民國99年5月26日修正為應依其本國法之規定，則本案上訴人TV公司自訴部分，自應適用該法第13、14條規定而有自訴權能。
- (二)上訴人賴昇濱為本件金融交易的連帶保證人，而保證契約書既是總約定書之一部分，賴昇濱當然即是此交易當事人之一，因受重大財物損害，自屬該犯罪之直接被害人，應得提起自訴。

### 四、惟查：

- (一)犯罪之被害人得提起自訴，固為刑事訴訟法第319條第1項前段所明定，但此所謂被害人，係以具有法律上人格之自然人或法人為限。再公司法所稱外國公司，謂以營利為目的，依照外國法律組織登記，並經中華民國政府認許，在中華民國境內營業之公司；外國公司經認許後，其法律上權利義務及主管機關之管轄，除法律另有規定外，與中華民國公司同，公司法第4條、第375條分別定有明文。是外國公司如未經我國政府認許，在我國不能認其為法人，無法取得權利能力，僅能認其係非法人之團體；具體以言，未經我國政府認許之外國公司，除法律有特別規定（例如公平交易法第47條、著作權法第102條、商標法第99條等）外，不得提起自訴。至於非法人之團體，因非屬有行為能力之法人，而刑事訴訟法復無如民事訴訟法第40條第3項之規定，是非法人團體縱然設有代表人或管理人，仍不得提起自訴。

涉外民事法律適用法於99年5月26日修正公布，於100年5月26日施行，其中第13條固規定：「法人，以其據以設立之法律為其本國法。」第14條第1款亦規定外國法人之設立、性質、權利能力及行為能力，依其本國法。然因涉外民事法律適用法，性質上屬於民事法之特別法，而民事法律雖為保障私權及維護交易安全，但考量非法人團體固無權利能力，然而於日常生活中，使用其團體名義進行交易或從事法律行為之情形，比比皆是，民事訴訟法第40條第3項為因應此項實際上需要，才特別規定該等團體設有代表人或管理人者，亦有當事人能力，允許其得透過民事訴訟程序請求確定私權

；然則此一制度，仍與刑事訴訟係追訴犯罪、維護社會秩序暨公共利益之規範目的，迥然不同，自不可率爾類推適用。何況我國刑事訴訟採行「國家追訴原則」，即以公訴程序為主、例外允許提起自訴，同時國家針對自訴程序得予追訴之犯罪，仍有訴追權益（若是請求或告訴乃論之罪，則須視是否提起請求或告訴為斷），是縱認未經認許之外國公司屬於非法人團體而不可提起刑事自訴，仍可循告發、告訴暨公訴程序達成追訴犯罪之目的，對其刑事程序利益，尚不生重大影響。故苟非有特別規定，自不得遽認未經認許之外國公司，得以被害人之地位，提起刑事自訴，否則，公平交易法、著作權法、商標法等就未經認許之外國法人得提起自訴之上揭特別規定，無異將形同具文，難謂符合上揭相關法律的立法本旨。

原判決理由欄三一(二)內，業已詳敘：TV公司係登記於薩摩亞之公司，並未經我國法律認許，不具有法人資格，不得提起自訴等旨。經核於法並無違誤。

此部分上訴意旨，係置原判決已明白論斷的事項於不顧，猶憑己意，異持評價，妄指違法，不能認為適法的第三審上訴理由。

(二)刑事訴訟法第319條第1項前段所稱犯罪之被害人，係指因他人犯罪而直接被害之人而言；被害之是否直接，應以犯罪行為與受害之法益有無直接關係以為斷，係從所訴事實形式上觀察，如果屬實，在實體法上足認其為直接遭受損害之人而言。若在形式上判斷並非直接被害人，縱令以被害人自居，仍不得提起自訴。又不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第334 條定有明文。

保證契約，性質上，係保證人與債權人間所締結之契約。保證債務之存在，固以主債務之存在為前提，惟保證契約與主債務人及債權人間所成立之債權債務契約，終究屬於2 個獨立存在之契約。非可因保證債務有其從屬性，或因該2 契約形諸於同一書面上，即可置保證契約之獨立存在性於不顧。換言之，如係出於自願利他、心甘情願訂立保證契約，難認受騙而遭詐。

原判決理由欄三一(三)內，指出：細繹本件自訴狀所載犯罪事實，並未言及上訴人賴昇濱參與洽談本件金融交易過程，賴昇濱亦未出名委任被告等5 人處理本件交易事宜，其僅係基於保證書之連帶保證人關係，事後同負清償之責而已，顯非本件金融交易契約之當事人；賴昇濱復未釋明因本件金融交

易虧損而直接受有具體財產損失，則縱令自訴意旨所指之犯罪事實非虛（即直接受害者係TV公司），賴昇濱並非其所指詐欺得利罪嫌之直接被害人，自不得提起自訴等旨。經核於法並無不合。

此部分上訴意旨，係就原判決已明白論斷事項，猶執前詞，任憑己見，而為指摘，並非適法的第三審上訴理由。

(三)至於原判決末端教示欄雖記載本件「不得上訴」，惟上訴人等既主張被告等5人涉犯刑法第339條之4 第1 項第2 款之共同詐欺罪責，而此係屬得上訴於第三審法院之罪，此部分上訴，自不因原判決上開誤載而受影響，附此敘明。

貳、行使業務上登載不實、背信部分：

一、按刑事訴訟法第376條第1項各款所列之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。

二、本件上訴人等指摘被告等5 人另犯行使業務上登載不實，及被告陳宏煒、游美智另犯背信部分，原判決係維持第一審諭知不受理之判決，駁回其等在第二審之上訴，該部分核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款、第5 款之案件。依上開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院。上訴人等猶就此部分提起上訴，顯為法所不許，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 11 日  
最高法院刑事第七庭

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

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 107 年 7 月 16 日

107年度台上字第1075號判決 依法屬不得公開之案件

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,1109

【裁判日期】1070719

【裁判案由】妨害自由

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第1109號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官李月治

上訴人

即被告 黃家濠

被告 黃舜傑

選任辯護人 劉國斯律師

上列上訴人等因被告等妨害自由案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年5月23日第二審判決（106年度上訴字第406、419號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署104年度偵字第952號、105年度偵緝字第3號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審經審理結果，認為上訴人即被告黃家濠、被告黃舜傑有原判決事實欄一所載為了索討飲酒消費之欠款，夥同2名姓名年籍不詳之成年男子，共同基於以非法方法剝奪他人行動自由之犯意聯絡，攜帶電擊棒、手銬等器具，在苗栗縣苗栗市○○街00號前，先持電擊棒電擊被害人金○夫之身體，並將被害人之手以手銬銬住，強令被害人上車，將被害人載往臺北市中山區錦州街之「鑫海酒店」房間後，要脅簽立票面金額各為新臺幣（下同）15萬元之本票2張，用以擔保上開債務，而以非法方法剝奪被害人行動自由之犯行，已為明確，因而撤銷第一審此部分之科刑判決，改判論處被告等共同剝奪他人行動自由各罪刑（黃舜傑為累犯）。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

二、檢察官上訴意旨略稱：(一)被告2人要脅簽立面額15萬元之本票2張，顯已逾越被害人負債之金額（積欠之酒店帳單5萬4820元及利息），被告等具不法所有意圖顯可認定。且被害人民國103年8月7日簽立後，黃家濠即於同年9月15日具狀向法院起訴請求給付票款，而非至同年9月22日始請求票款，則何以原判決就告訴人欠款利息之計算算至103年9月22日，其理由何在？原判決僅論以妨害自由罪，而認定不成立強盜既遂罪，所為判決即與論理法則有違，並有理由不備之違法。(二)共犯間供犯罪所用之物，縱屬他共同正犯所有，亦應於主刑後併為沒收之諭知。原判決未本於「責任共同原則」，於黃舜傑之主文欄下諭知黃舜傑與黃家濠及另兩名不詳男子連帶沒收，如全部或一部不能沒收或不宜沒收時，與黃家濠及另兩名不詳男子連帶追徵其價額，此部分亦有適用法令不當之違誤等語。黃家濠上訴意旨則略稱：(一)原審僅引用被害人之證詞，尚乏目擊證人，卷內亦無扣案之電擊棒或手銬等證物可資補強，所為判決即有判決理由不備之違誤。(二)黃家濠並無犯罪前科，因年紀尚輕，本性又屬良善，實非惡性重大難以矯治之徒，僅因一時失慮，以不法之方式索回代墊之酒店消費款，而誤觸刑法。又黃家濠患有「藥物所致器質性妄想徵候群」及「藥物所致幻覺症」，需接受治療並賴藥物控制，驟然入監將使病情惡化。爰聲請為緩刑之宣告云云。

三、惟按：

(一)、犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法，而資為合法之第三審上訴理由。且法院憑以認定犯罪事實之證據，並不悉以直接證據為限，即綜合各種直接、間接證據，本於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，並非法所不許。而所謂「補強證據」，係指除被害人之陳述本身外，其他足以佐證其陳述之事實確具有相當程度真實性之證據而言。其所補強者，非以事實之全部為必要，因補強證據與被害人之陳述，相互利用，而足使犯罪事實獲得確信者，即足當之。原判決除依憑被害人於偵、審中指證被告等有妨害自由之證詞外，並佐以黃家濠持用之門號0000000000號電話通聯調閱查詢單所查得之通訊基地台位置，認與被害人所稱剝奪行動自由期間停留及移動地點吻合。再衡酌黃家濠於偵查時或第一審審理中自陳其會開車，有駕駛執照，家中有自用小客車並坦承將



電擊棒放在搭載被害人之車上、與被害人間有債務糾紛，被害人避不見面；以及黃家濠之弟黃勝淦於第一審證稱被害人在黃家濠住處數日，沒有看到被害人外出，黃家濠睡在被害人旁邊各等語；並參酌員警莊元亨出具之職務報告，記載告訴人於103年8月10日至景美派出所尋求協助；證人即被害人之外婆張○伶於第一審審理中證稱被害人於電話中被要求講國語，不准講客語，被害人有說：「阿婆，妳一定要救我」等節；暨卷內汽車出租約定切結書、車輛詳細資料報表、現場監視器錄影翻拍照片、本票等證據資料，綜合研判，詳敘憑為判斷黃家濠所辯被害人積欠酒店帳單5萬4820元及利息由其墊付，其與被害人有債權債務糾紛等語，並非無據，被害人指證被告等人有原判決事實欄一所載時、地非法剝奪其行動自由及要脅其簽本票還錢等證詞與事實相符。因上開證據足以擔保被害人指證事實之憑信性，原審乃本諸職權行使，對調查所得之證據為價值上之判斷，據以認定被告等之犯罪事實，並未違背客觀上之經驗與論理法則，況黃舜傑對於上述共同妨害自由之犯罪事實均坦承不諱（見原審卷第67頁），自無黃家濠上訴意旨所指未憑證據認定事實之違法。

- (二)、原判決已引用卷內證據，說明被害人之欠款金額5萬4820元，自結帳單顯示之日期103年6月24日起，至黃家濠起訴請求返還上開款項，該裁判作成日期103年9月23日之前一日止，計算被害人欠款加上利息已逾30萬元。因此被告等雖有剝奪被害人之行動自由，仍難認主觀上有強盜之不法所有意圖存在等旨（見原判決第11、12頁），經核尚無違背證據法則，亦無判決理由不備之違法。檢察官無視於原判決此部分論述，仍執陳詞，重為爭辯，亦與法律所規定得上訴第三審之理由不相適合。
- (三)、第三審為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據而資為第三審上訴之理由。又緩刑之宣告，除應具備同法第74條第1項所定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之，係屬法院裁判時得依職權自由裁量之事項，當事人不得以原審未諭知緩刑指為違背法令。原判決斟酌黃家濠犯罪之情節、身心狀況，並衡酌其智識程度、工作收入，及生活狀況等一切情狀，量處如原判決主文第2項所示之刑，縱未予宣告緩刑，經核亦無違誤，不能任意指為違法。黃家濠於本院聲請宣告緩刑，本院自無從斟酌。
- (四)、犯罪工具物之沒收，固已跳脫刑罰或保安處分之性質歸屬，

而為刑罰或保安處分以外之獨立法律效果。但依法得予沒收之犯罪工具物，本質上仍受憲法財產權之保障，祇因行為人濫用憲法所賦予之財產權保障，持以供犯罪或預備犯罪所用，造成社會秩序之危害，為預防並遏止犯罪，現行刑法乃規定，除有其他特別規定者外，法官得就屬於犯罪行為人者之工具物宣告沒收之（第38條第2項參照）。而共同正犯供犯罪或預備犯罪所用之物，法無必須諭知連帶沒收之明文，雖實務上有認為本於責任共同之原則，已於共犯中之一人確定判決諭知沒收，對於其他共犯之判決仍應宣告沒收，或就各共同正犯間採連帶沒收主義，以避免執行時發生重複沒收之問題。然所謂「責任共同原則」，係指行為人對於犯罪共同加工所發生之結果，相互歸責，因責任共同，須成立相同之罪名，至於犯罪成立後應如何沒收，仍須以各行為人對工具物有無所有權或共同處分權為基礎，並非因共同正犯責任共同，即應對各共同正犯重複諭知（連帶）沒收。亦即「共同責任原則」僅在處理共同犯罪參與關係中責任之認定，與犯罪工具物之沒收重在犯罪預防並遏止犯罪係屬兩事，不得混為一談。此觀目前實務認為，共同正犯之犯罪所得如採連帶沒收，即與罪刑法定主義、罪責原則均相齟齬，必須依各共同正犯間實際犯罪利得分別沒收，始為適法等情益明。又供犯罪或預備犯罪所用之物如已扣案，即無重複沒收之疑慮，尚無對各共同正犯諭知連帶沒收之必要；而犯罪工具物如未扣案，因法律又有追徵之規定（刑法第38條第4項），則對未提供犯罪工具物之共同正犯追徵沒收，是否科以超過其罪責之不利責任，亦非無疑。且為避免執行時發生重複沒收之違誤，祇須檢察官本於不重複沒收之原則妥為執行即可，亦無於判決內諭知連帶沒收之必要。而重複對各共同正犯宣告犯罪所用之物連帶沒收，除非事後追徵，否則對非所有權人或無共同處分權之共同正犯宣告沒收，並未使其承擔財產損失，亦無從發揮任何預防並遏止犯罪之功能。尤以對未經審理之共同正犯諭知連帶沒收，剝奪該共同正犯受審之權利，更屬違法。從而，除有其他特別規定者外，犯罪工具物必須屬於被告所有，或被告有事實上之處分權時，始得在該被告罪刑項下諭知沒收；至於非所有權人，又無共同處分權之共同正犯，自無庸在其罪刑項下諭知沒收（本院26年滬上字第86號判例及62年度第1次刑庭庭推總會議決議(六)、65年度第5次刑庭庭推總會議決議(二)所採共同正犯罪刑項下均應宣告沒收之相關見解，皆已經本院107年7月17日第5次刑事庭會

議決議停止援用或不再供參考)。故而原審未依「責任共同原則」，就未扣案之電擊棒於黃舜傑之主文欄下諭知黃舜傑與黃家濠及另兩名不詳男子連帶沒收及連帶追徵其價額，核無適用法令不當之違誤可言。檢察官上訴意旨漫事指摘，尚非適法之第三審上訴理由。

(五)、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，應認檢察官及黃家濠之上訴皆不合法律上之程式，均予駁回。

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 7 月 19 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 何 信 慶

法官 徐 昌 錦

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 7 月 23 日

書 記 官

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,2183

【裁判日期】1070704

【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2183號

上 訴 人 周忠勇

選任辯護人 李百峯律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國106 年9 月26日第二審判決（106 年度上訴字第126 號，起訴案號：臺灣臺東地方檢察署105 年度偵字第2450、2875、2876號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於轉讓第一級毒品及持有第二級毒品純質淨重二十公克以上部分撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

其他上訴駁回。

### 理 由

#### 壹、撤銷發回部分

- 一、本件原判決認為上訴人周忠勇所犯轉讓第一級毒品（即其附表〈下稱附表〉一編號3 ）及持有第二級毒品純質淨重20公克以上等2 罪部分，因未據提起第二審上訴，業已確定，僅就此2 罪與後述理由貳所示各罪之宣告刑，維持第一審合併定應執行刑為有期徒刑10年部分之判決，駁回上訴人此部分在第二審之上訴，經核有如下之違誤。
- 二、按數罪併罰於同一判決分別宣告各罪之刑並定其應執行刑後，當事人表示僅就定應執行刑上訴者，因應執行刑係依據各罪之宣告刑而來，又必須審酌全判決各宣告罪刑後始可決定，不能與所依據之各罪刑分離而單獨存在，且與各罪刑間在審判上具有無從分割之關係，故不受當事人僅對定執行刑部分上訴之主張所拘束。換言之，基於上訴不可分之原則，如僅對定執行刑上訴，依刑事訴訟法第348條第2項之規定，有關係之各罪部分，亦應視為均已全部上訴，而一併審理；否則即有已受請求之事項未予判決之違法。
- 三、經查：上訴人於原審民國106 年9月5日準備程序中，雖陳稱其只針對附表一編號1、2、4 至15部分（即後述理由貳部分）上訴，轉讓第一級毒品（附表一編號3 ）及持有第二級毒品純質淨重20公克以上部分，沒有提起上訴，並主張定應執

行有期徒刑10年太重，希望判8 年就好等語（見原審卷第62頁反面）。其第二審上訴之上訴書亦載稱：「……第一審就上訴人所犯14次非法販賣第一級毒品（即附表一編號1、2、4 至15），1次轉讓第一級毒品（即附表一編號3），及持有第二級毒品純質淨重20公克以上之犯行，竟合併定應執行刑為有期徒刑10年，與其所揭示之多數犯罪責任遞減原則，不相適合，亦難稱符合比例、平等及罪刑相當原則」等旨（見原審卷第18頁）；且於上開原審準備程序時亦同時表明就定應執行刑部分上訴，於審判期日仍以第一審判決之應執行刑不當為上訴理由（見原審卷第70頁反面、71頁）。惟依前開上訴不可分之原則，關於上訴人轉讓第一級毒品及持有第二級毒品純質淨重20公克以上等2 罪部分，自應視為均已提起第二審上訴，全部予以審理，始為適法。乃原審竟僅就此2 罪相關之定執行刑部分加以裁判，而對於與定執行刑有關係之此2 罪之罪刑部分則未併予審理，誤認未經提起第二審上訴已告確定，而函送臺灣高等檢察署花蓮檢察分署先予執行（見原審卷第66至71頁及第99頁），自有已受請求之事項未予判決之違背法令。上訴意旨雖未指摘及此，但為本院得依職權調查之事項，應認原判決此部分有撤銷發回之原因。

## 貳、駁回部分

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、原判決維持第一審論處上訴人販賣第一級毒品累犯14罪刑（如附表一編號1、2、4 至15，均處有期徒刑）之判決，駁回其在第二審之上訴，已詳敘認定犯罪事實所憑之證據及認定之理由。
- 三、上訴意旨略稱：原判決未予以說明第一審如何依累犯之規定加重其刑，再減輕其刑至2分之1後，再遞減其刑至3分之2，竟可得出上訴人所犯各該非法販賣第一級毒品之犯行，應予分別量處如附表一所示之有期徒刑5年4月，或有期徒刑5年8月，或有期徒刑5年9月，自屬理由不備。又第一審係以上訴人交易金額為新臺幣（下同）800元或1,000元者，即量處有期徒刑5年4月；交易金額為5,000元者，即量處有期徒刑5年

8月；交易金額為6,000元者，即量處有期徒刑5年9月，原審予以維持，亦難調合於罪刑比例原則。

四、惟按：(一)死刑、無期徒刑不得加重，死刑減輕者為無期徒刑，無期徒刑減輕者為20年以下15年以上有期徒刑（刑法第64、65條參照）；有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至2分之1。但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至3分之2（刑法第66條參照），所謂減輕其刑至2分之1或至3分之2，係指最多只能減輕其刑2分之1或3分之2，至於最少可減幾分之幾，法律則無限制，悉由法官於裁判時自由酌量。有二種以上刑之加重或減輕者，遞加或遞減之（刑法第70條參照）；其減輕標準不同者，先依較少之數減輕之（刑法第71條參照）。所謂遞減者，係指就法定刑減輕後，再就減得之刑予以減輕者而言，並非先就減得之刑定其刑期，再於已定之刑期上加以遞減。(二)刑之量定，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘其為違法，據為上訴第三審之理由。經查：原判決維持第一審判決就上訴人所犯毒品危害防制條例第4條第1項之販賣第一級毒品14罪（法定本刑為死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣2千萬元以下罰金），經分別先適用累犯規定加重（死刑、無期徒刑部分，不得加重其刑），再依毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑，復依同條第1項遞減其刑後，就上訴人所犯各罪量處如附表一編號1、2、4至15所示之刑，除引用第一審判決審酌刑法第57條所定科刑輕重之標準等一切情狀及數罪併罰定應執行刑所採限制加重原則外，並說明：本件量刑不受他案判決拘束等旨。經核於法核無不合，且第一審所量上開刑度已屬從輕，並無逾越法律所規定之範圍，或明顯違反比例、公平及罪刑相當原則之情形。上訴意旨徒憑己意，指摘原判決所量之刑均屬過重云云，無非對於原審量刑裁量職權之適法行使，暨原判決已明確說明之事項，再事爭執，均與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。應認此部分上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

參、併予敘明部分

上訴人所犯如主文第1項所示2罪既經本院撤銷發回，原審維持第一審定其應執行刑部分，即失所依附而當然失效，本院自無庸再為關於定執行刑部分撤銷之諭知。又本件相關各罪之定執行刑，應待各罪均先確定後，另由檢察官聲請法院依法裁定，附此敘明。

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

中 華 民 國 107 年 7 月 4 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 梁 宏 哲

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 7 月 9 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,2544

【裁判日期】1070718

【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2544號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官林蓉蓉

上訴人

即被告 簡士豪

上列上訴人等因被告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4月12日第二審判決（106年度上訴字第1968號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度毒偵字第3393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即被告簡士豪（下稱被告）同時施用第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命之犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判依想像競合犯，從一重仍論處被告犯施用第一級毒品罪刑。固非無見。
- 二、惟按：毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」旨在鼓勵毒品下游者具體供出其上游供應人，俾進一步擴大查緝績效，揪出其他正犯或共犯，以確實防制毒品泛濫或更為擴散。所謂「毒品來源」，自指「與本案犯行相關毒品」從何而來之情形。倘被告供出之毒品上手與其所涉案件之毒品不具關聯性，既無助該案之追查，僅屬對該上手涉犯其他毒品犯罪之告發，要非就其所涉案件之毒品供出來源，自無上開減刑規定之適用。又有無供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯，乃單純之事實認定問題，與裁判上一罪之法理無關，自無所謂一部供出來源效力是否及於全部之審判不可分原則之適用。因之，關於同時施用第一級及第二級毒品之裁判上一罪案件，審酌被告有無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用，自應視其已否供出其所施用之第一級毒品來源，並因而查獲其他正犯或共犯為斷。倘其僅供出所施用之第二級毒品來源，縱因而查獲其他正犯或共犯，就其競合所犯之重罪（即施用



第一級毒品罪），亦無從依該規定予以減輕或免除其刑。

三、本件原判決係以：被告前於警詢時供述施用之毒品來源係向真實姓名年籍不詳、綽號「邱ㄟ」之男子所取得。然並未提供「邱ㄟ」之真實姓名年籍資料或其他足以辨別其特徵之具體資訊，供檢、警機關追查，致檢、警機關無從據以發動追查等情，有臺中市政府警察局大甲分局函及所附職務報告，暨臺灣臺中地方檢察署函在卷可參。被告於原審始陳明「邱ㄟ」係邱俊錡，證人邱俊錡於原審證述：曾經不止一次提供被告第一、二級毒品，在被告坐牢之前，印象中在民國 106 年5 月24日之前，有提供毒品給被告，應該是前面幾天，日期真的不記得了等語。若無此事實，邱俊錡斷無上開證述使自己涉犯轉讓毒品罪行之理，其證述應可採信，是被告確有供出毒品來源，因而查獲轉讓第一級、第二級毒品予被告之邱俊錡（應由檢察官另行偵辦）等情，爰依上開規定減輕其刑（見原判決第5、6頁）。然卷查：（一）被告於警詢時供稱：「（員警查獲的已施用過安非他命吸食器1 個以及吸食器內的毒品殘渣來源為何？）……毒品殘渣是我於106年5月23日14時許，在臺中市○○區○道0 號交流道旁，向綽號『邱ㄟ』的男子以新臺幣1,000 元代價購得。」「（該名綽號『邱ㄟ』男子的真實年籍資料為何？有何特徵？如何聯繫？）我不知道真實姓名年籍資料……我沒有他的電話號碼無法主動跟他聯繫。」等語（見偵卷第19頁）。（二）證人邱俊錡於107年2 月8日在原審證稱：「（你有沒有賣過毒品給被告簡士豪？）那個應該不算賣，我曾經提供給他。」「（你提供給被告簡士豪什麼樣的毒品？）兩種都有，一級跟二級。」「（你是什麼時候曾經提供給被告簡士豪？）曾經有一段時間，我忘了，大概在他坐牢之前。」「（時間大概是什麼時候？）應該是去年。」「（去年大概幾月？）去年夏天大概7、8月的時候。」「（你在什麼地方提供給被告簡士豪？）在朋友家。」「（哪一個朋友家？）應該是在外埔區的一個朋友家。」「（那個朋友叫什麼名字或是綽號？）蘇富英。」「（被告問：在106年4 月至6月這一段時間，那時候我都有在陳玉梅的家裡，你是不是曾經去那裡找我，然後有拿東西給我用？）她家我去過一次，應該是一次，那一次還滿多人的，那一次不是針對於提供給他（指被告），反正大家都在那邊吸食。」「（檢察官問：針對剛剛被告簡士豪講陳玉梅家的這一次是吸食什麼毒品？）安非他命。」「（只有吸食甲基安非他命這一種毒品嗎？）對，只有這一種。」

「（你這一次有提供給被告簡士豪用嗎？）其實那個就是放在那邊大家一起吃，沒有特定要給誰，而且我記得他不在外面。」「（你在106年5月24日之前有沒有提供毒品給被告簡士豪來施用？）我印象中應該有。」「（那是在106年5月24日之前多久？）應該是前面好幾天，大概有一個禮拜以上或是一個禮拜，不會是當天，大概會有一段時間，大概一個禮拜左右，因為我印象中那時候簡士豪好像住在他們家，我也好幾天才聯絡一次。」等詞（見原審卷第136頁背面至第137頁背面、第139頁背面、第140頁）。以上各節，如果無訛。邱俊錡所為提供毒品給被告之證言，與被告供述毒品係其購得之情形，已有不符。又邱俊錡係證稱在106年5月24日之前，一個禮拜以上或是一個禮拜，只提供（甲基）安非他命予被告施用。而其提供第一級毒品及第二級毒品予被告施用之時間，則是在106年7、8月間，已在被告於同年5月24日被查獲之後，顯非本件犯行之毒品來源。原判決援引邱俊錡前揭證言，而為被告106年5月24日9 時許施用海洛因，其來源係邱俊錡之認定，有證據上理由矛盾之違法。至於被告同時施用之甲基安非他命，是否來自邱俊錡，依前所述，尚非得為競合所犯之施用第一級毒品罪，適用毒品危害防制條例第17條第1 項之規定，減輕其刑之依據。原判決僅以前揭有瑕疵之被告供述及邱俊錡之證言，遽認被告所施用之毒品（海洛因、甲基安非他命），均係來自邱俊錡，本件合於同條例第17條第1 項之規定，予以減輕其刑，尚嫌速斷。此部分攸關法律之正確適用，原審未予調查、釐清，亦有應於審判期日調查之證據未予調查之違誤。

四、檢察官上訴意旨指摘及此，為有理由，被告亦上訴聲明不服，因上開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 7 月 18 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 劉 興 浪

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 7 月 20 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,2545

【裁判日期】1070726

【裁判案由】違反貪污治罪條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第2545號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官俞秀端

上訴人

即被告 翁振富

選任辯護人 文 聞律師

張永福律師

紀互彥律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國107年5月3日第二審更審判決（107年度重上更三字第3號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署98年度偵字第22082號、100年度偵字第3534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。

本件原判決撤銷第一審關於被告翁振富部分之科刑判決，改判論被告以公務員犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪，處有期徒刑1年11月，褫奪公權3年，並為相關沒收之宣告。

檢察官上訴意旨略稱：被告收取之賄賂款達新臺幣（下同）110萬元，可謂金額巨大，其情節確屬重大，亦無何客觀上足以引起一般人之同情之可能，其犯罪實無任何犯罪之情狀顯可憫恕，而得認為科以最低度刑仍嫌過重之情事，且對於國家法紀造成嚴重損害，原判決援引刑法第59條規定減輕其刑，顯有適用論理法則不當之違誤。本件雖被告上訴第二審，然原判決既認為被告並無證人保護法之適用，及第一審判決就桃園市東門國民小學（下稱東門國小）採購案部分認被告亦構成犯罪，而依刑法第56條、第71條第1項規定先加後減，顯然適用法條不當。依刑事訴訟法第

370 條規定，原審撤銷第一審判決，自無不利益變更禁止原則之適用。原審以「為符合罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意」，作為援引第59條情堪憫恕以減輕其刑之理由，亦有適用法則不當之違誤等語。

被告上訴意旨略稱：（一）地方制度法所規定之市民代表行使之法定職權，並無執行、動支、建議、指定預算之權限。原判決認民意代表得為建議、指定預算或補助款之執行，並認該等行為乃民意代表職務上之行為，與法自有未合。地方行政機關固有於預算中編列及預留部分經費，作為對地方立法機關之民意代表所建議之相關事項進行補助，然此等預算之編列，與預算法之立法精神至有違背，而地方制度法及財政收支劃分法，亦無一規定民意代表有動支地方行政機關預算之權利，是該等預算之編列及動支執行，為地方行政機關之法定職權，而非地方立法機關之法定職權。是被告縱有收取賄賂，因動支預算非被告之法定職權，建議書之出具亦非被告擔任地方立法機關之民意代表之職務上行為，與貪污治罪條例之構成要件並不該當，原判決即有適用法規不當之違背法令。況縱認市民代表所出具之建議書，確實對行政機關於某些預算之執行，具有實質影響力，惟該影響力畢竟因地方行政機關懼於立法機關之嚴厲監督，所為給予地方立法機關民意代表之方便，然仍非法所規定之地方立法機關之職權。原判決逾越法律明文規定，將預算等同於法律，又超越法律所無之限制，擴張市民代表對預算之建議權等同於執行法律賦予之職務，適用法律嚴重違背罪刑法定主義。（二）原判決認定本案補助款名義上雖仍為行政機關所編列的預算，本質上已使民意代表兼有執行的權限，實有法則適用不當之違誤。且原判決針對本案所涉職務上之行為，僅為抽象之論斷，並未闡述明白，有理由不備之瑕疵。

（三）原判決認定桃園市公所對於本案補助款預算之補助用途、補助對象及數額，自會依民意代表之建議加以執行補助，乃屬公眾所週知之事，具有證據上理由矛盾之違法。又原審審判長在審判期日，未予被告就此所謂公眾所週知之事陳述意見。原判決引用被告之供述，至多僅能得知被告於案發時，擔任桃園市市民代表，得建議本案補助款之用途、補助對象及數額，無從推論主觀上身為市民代表，明知他對於該補助款的建議、指定，乃屬其擔任市民代表的職務上行為，更無法證明桃園市公所客觀上會依民意代表之建議加以執行補助。足見原判決顯有證據上理由矛盾之違背法令。（四）卷內桃園縣桃園市（已改制為桃園市桃園區，以下仍沿舊制記載）公所函復證明，案發時桃園市公所會實質審核本案補助款之合理性、需求性，不當然必定依民意代表之建議

撥款，乃原審對此不察，其判決有理由欠備及理由矛盾之違誤。

（五）簡秀珍、岳月明<sup>2</sup> 人為案發當時桃園市公所補助所轄各國中小學教育建設經費之承辦人，對於此等經費申請與核撥之流程，知之甚詳，渠等出庭作證，最能釐清本案補助款之核撥流程與運作情形。原審未依被告之聲請傳喚簡秀珍、岳月明出庭作證，復未於判決內說明不予傳喚之理由，有調查未盡及理由不備之違背法令。（六）原審所認被告之犯罪事實，較諸第一審所認之犯罪事實少一半，雖有證人保護法第14條之減輕事由不存在之情事，然原判決又認被告有刑法第59條之減輕事由，於第一審所認連續犯之加重事由又不存在之情況下，就實質量刑僅較第一審判決減輕1 月，顯然有悖罪刑相當原則、不利益變更禁止原則及比例原則。（七）原判決既依刑法第59條之規定予以減輕其刑，然卻於被告要求緩刑之駁回理由中，稱被告身為市民代表，竟於職務上行為收受賄賂110 萬元，傷害公務員身分之廉潔性、執行職務之公正性、及人民對於公務員公正執行職務之信賴，所生危害非輕，是依其犯罪情節及所生危害，難認本件所宣告之刑以暫不執行為適當。而認不宜宣告緩刑。前後所述理由顯然矛盾。又就被告應否宣告緩刑乙節，原審漏未審酌被告之家庭狀況及長期熱心教育、公益之素行，以致其判斷容有理由欠備之違法。（八）被告有高齡雙親待奉養，4 名子女均在學，被告須供應經濟上之需求，且被告之父親年紀已逾86歲，又罹患重度老年失智症，領有重度身心殘障證明。原判決以被告育有2 名子女，父母亡故云云，資為量刑審酌事由，有認定事實未憑證據之違法等語。惟查：

（一）貪污治罪條例第5條第1項第3 款之罪（下稱賄賂罪）其所稱職務上之行為，係指公務員在其職務權責範圍內所應為或得為之行為而言。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連之行為，亦應認屬職務行為之範疇，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亦屬之。地方各級民意代表（直轄市或縣市議員及鄉鎮市民代表）有議決預算、監督其執行、審核決算報告之權，分為地方制度法第35條第2款、第7款，第36條第2款、第7款，第37條第2款、第7款所明定。此亦為地方民意代表之最重要「職務」。長期以來，各級地方政府為求府會和諧、良性互動，每賦予地方民意代表對部分預算（尤其建設補助款）有建議動支之權，多成慣例。則此由行政機關執行法定預算權限所衍生之地方民意代表預算動支建議權，自與地方民意代表固有之審查預算、監督執行權限有密切關連性，而亦屬其「職務」範圍。從而，地方民意代表如對其建議之預算

，從中對他方（如得標廠商）要求期約或收受賄賂，其既屬刑法第10條第2項第1款前段之身分公務員；所為亦構成賄賂罪不法內涵之核心—特別義務之違反；並侵害賄賂罪之保護法益—執行職務之公正性及廉潔性，自成立公務員賄賂罪。此既在本罪構成要件「職務」之可能文義射程範圍內，並非類推解釋，更與罪刑法定主義無違。

原判決以桃園縣桃園市公所為提供桃園市市民代表會各代表對桃園市各國中小學補助購買相關器材設備等經費，歷年來均於年度預算中在「政府機關間之補助」項下編列預算，90年度桃園市公所經桃園市市民代表會通過編列新臺幣（下同）1億3,200萬元預算，用以補助市轄各國中小學藝文民俗活動器材設備等經費。此有桃園縣桃園市總預算歲出計畫說明提要與各項費用明細表在卷可參。該經費的使用，是由各市民代表於其所獲分配補助款額度內填具建議書，交由受補助學校送交桃園市公所申請後，由受補助學校依政府採購法規定，辦理招標、決標、履約及驗收程序。受補助學校於完成採購後，再檢送相關驗收資料，報經桃園市公所審核後撥款予受補助學校，再由受補助學校付款予得標承作廠商。故桃園市民代表會之代表就其所分配之「補助款」（即建議款）已基於上開之議決編列預算而取得執行預算之建議（指定）權限。雖然市民代表對於建議補助的款項仍然必須依實向桃園市公所提出建議，但市公所接到市民代表的建議書後，只要接受補助的學校機關提出相關申請文件之後，於年度預算充足下，即直接將款項撥入受補助之學校，此由桃園市公所函覆：「於『桃園市公所補助市轄各國中小學教育建設經費申請作業要點』通過前，查有1 案有建議書仍不通過情事，其理由為年度預算已用罄」等語甚明。被告係桃園市第8 屆市民代表，係依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員，對於前述補助款的建議、指定，即屬於其擔任市民代表職務上之行為。被告於警詢供稱：我連任3屆之市民代表，年度補助款額度約係200萬元至400 萬元，多係用在桃園市內之學校，若學校有需求，校長即會向我表示該校需求之項目及金額，倘尚有補助額度，便會允諾並填具建議書等語。益見被告明知其對於該補助款之建議、指定，乃屬其擔任市民代表之職務上行為。至於桃園市公所雖先後函覆稱：「於民國93年2月18日桃園市第2次市務會議通過『桃園市公所補助市轄各國中小學教育建設經費申請作業要點』前後，並無規定申請補助時需檢附市民代表建議書，該要點通過前，現查有4案無建議書仍通過情事」、「90 年並未制訂補助要點，作為審核依據，補助經費以其預算書（表）合理性、需求性來決定核准

與否及補助金額」等。然僅能說明於申請補助款的法定流程並無規定必須附有市民代表的建議書及桃園市公所的法定審查核撥程序，尚無從推翻市民代表就其所分配的補助款具有動支此部分預算之建議權之職務權限之認定。被告因出具建議書予桃園市同安國民小學（下稱同安國小），用以向桃園市公所申請補助辦理教育視訊系統設備採購，於該校獲得補助款向特定廠商採購後，被告就此職務上之行為，向廠商收受110 萬元賄賂，依社會通念，已足以認被告所收取的金錢與其職務上行為間具有對價關係等旨。因而對被告論以貪污治罪條例第5條第1項第3 款之不違背職務收受賄賂罪。其法則之適用並無違誤。被告上訴意旨就此斤斤指摘，自非合法之第三審上訴理由。

又法雖未明定民意代表之建議可得拘束地方政府機關，惟一般而言，上開預算之編列，既在表達地方政府對民意代表建議權之尊重，則地方政府對於該項補助款預算之補助用途、補助對象及數額，依其尊重民意代表、民意機關之編列本項預算目的，原則上均依民意代表之建議予以執行補助，此雖難調為一般公眾所週知。然既為預算編列及執行運作之慣例，自為地方政府機關相關人員及地方民意代表所知悉。原判決亦憑引被告於警詢之供述，佐證被告明知其對於該補助款之建議、指定，乃屬其擔任市民代表之職務上行為。原判決認此屬「公眾所週知之事」，雖不無疑義，然並無礙於判決本旨，揆之刑事訴訟法第380 條之旨，仍不得執此資為上訴第三審之合法理由。

（二）刑事訴訟法第379條第10 款所謂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之證據而言。故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，始足當之。若所證明之事項已臻明瞭，當事人聲請調查之證據，又不足以推翻原判決所確認之事實，自欠缺其調查之必要性，原審未依聲請為無益之調查，即無違法可言。原判決已就本案同安國小之補助款經費是第8屆各市民代表於90 年度所分配之「建議款」經費預算，被告對於前述補助款的建議、指定，屬於其擔任市民代表職務上之行為，被告藉出具建議書予同安國小，收受廠商之賄款，所收取的金錢，與其職務上行為間具有對價關係等旨，於理由詳予說明。此部分事證已明，至於此等經費之申請及核撥流程如何，於被告是否成立犯罪，並不生影響。原審未依被告之聲請傳訊證人為無益之調查，即非有應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令情形。原判決就此未說明不予調查之理由，雖有瑕疵，然不影響判決結果，即不能執以資為上訴第三



審之適法理由。

（三）刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為人所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第23條比例原則無違，司法院釋字第669號解釋理由書闡述綦詳。此罪刑相當原則於刑事審判個案同應適用，視同憲法原則。從而罪刑相當原則於刑事訴訟法第370條不利益變更禁止原則之例外情況（即但書之情形）亦應適用。亦即有例外情形雖可不受不利益變更禁止原則之限制，即得量處較重原審判決之刑，但同時須另受罪刑相當原則之拘束，故如係適用較輕之罪名或犯罪情節較輕，而下級審判決非顯然失出，則禁止處以較重之刑或相同之刑，以遵循此實體法之大原則，不可偏執。換一角度，如此亦係使被告提起上訴時，如有改判機會，不致因而遭受較重之刑，而憚於提起上訴，亦為不利益變更禁止原則保護之另一體現。本案第一審判決認定被告就同安國小採購案收受賄賂110萬元及就東門國小採購案與陳添丁共同收受賄賂109萬4000元等情，而論以修正前刑法第56條、貪污治罪條例第5條第1項第3款連續不違背職務收受賄賂罪，依連續犯加重其刑，並以被告合於貪污治罪條例第8條第2項前段減輕其刑，及證人保護法第14條第1項減輕其刑之規定，遞減其刑，審酌被告犯罪之一切情狀，量處有期徒刑2年。第一審判決後，僅被告上訴，檢察官並未上訴。原判決審理結果，就東門國小採購案部分於理由說明不另為無罪諭知之旨，亦即僅就同安國小採購案部分對被告論罪，因認被告之犯罪情節，已較第一審所認定者為輕，依貪污治罪條例第8條第2項之規定予以減刑後，最低法定刑度為有期徒刑3年6月，且檢察官又未提起上訴，縱量處最低度刑有期徒刑3年6月，亦較第一審所量處之有期徒刑2年為重，難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意相符；而同為不違背職務收受賄賂之人，其犯罪情節未必盡同，所造成危害社會程度自屬有異，法律科處此類犯罪，所設法定最低本刑不可謂不重，於此情形，倘依其情狀處以有期徒刑，即足懲儆，並可達防衛社會之目的者，非不可依客觀犯行與主觀惡性考量其情狀是否有可憫恕之處，適用刑法第59條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑能斟酌至當，而符合比例原則。被告無視國家法紀及公務人員應廉潔自持之本分，固屬不當，應予非難，然考量被告坦承犯行，已具悔意，及其利用職務上之行為收受賄賂罪之金額非巨，且於犯後已繳回國庫，就其犯罪情節觀之，尚非重大惡極，為符合罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意，並衡酌被告之犯罪情狀，認縱處以經依法減輕其刑後之最低度

刑，猶嫌過重，在客觀上應足以引起一般人之同情，顯可憫恕，爰依刑法第59條規定減輕其刑，並依法遞減之。而以行為人之責任為基礎，審酌其犯罪之一切情狀，量處如前揭之刑；並說明：依被告犯罪情節及所生危害，難認本件所宣告之刑以暫不執行為適當，應有令其實際接受刑罰執行以收警惕制裁之必要，認不宜宣告緩刑等旨。經核其刑之量定，及未為緩刑之宣告，並未濫用自由裁量之權限，亦難謂有判決不備理由、理由矛盾或適用法則不當之違法情形，檢察官及被告上訴意旨就原審量刑裁量權之適法行使，任意指摘，自非第三審上訴之合法理由。又被告之家庭狀況，雖非不得資為科刑審酌之情狀，然此並非刑法第57條所列各款審酌事項之一，原判決就被告家庭狀況之記載縱與實情有出入，然審酌其犯罪之一切情狀，此部分之瑕疵實不足資以使被告量處較原判決更低度之刑。被告執此指摘，仍非上訴第三審之合法理由。

（四）綜上，檢察官及被告上訴意旨，均難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。應認其上訴俱屬違背法律上之程式，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 7 月 26 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 何 信 慶

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 7 月 31 日

107年度台上字第2691號判決 依法屬不得公開之案件

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,2696

【裁判日期】1070726

【裁判案由】傷害等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第2696號

上訴人 黃建能

上列上訴人因傷害等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國106年11月28日第二審判決（106年度上易字第2057號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署105年度偵字第11024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376條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴，同法條第1項但書定有明文。揆其立法目的，係因上開案件經第二審法院撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決，並諭知有罪判決（含科刑判決及免刑判決）者，因不得上訴第三審法院之結果，使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違（司法院釋字第752號解釋意旨參照）。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，應予被告或得為被告利益上訴之人至少一次上訴救濟之機會。上開所謂無罪判決，係指經法院為實體之審理，不能證明被告犯罪或其行為不罰之實體判決而言。除單純一罪或數罪併罰案件以判決主文宣示者外，實質上或裁判上一罪，因在訴訟上只有一個訴權，基於審判不可分之原則，其一部判決效力及於全部，法院如認一部成立犯罪，其他被訴部分不能證明犯罪時，僅能為單一主文之有罪判決，其不能證明犯罪之部分，即於判決理由內說明因係被訴實質上或裁判上一罪，故不另為無罪諭知，此仍應屬已經實體審理之無罪判決。故倘檢察官係以實質上或裁判上一罪起訴而俱屬刑事訴訟法第376條所列各罪之案件，經第一審法院判決一部有罪，而於理由說明部分不另為無罪諭知，而檢察官對

於不另為無罪諭知部分提起上訴，經第二審法院撤銷並諭知該部分有罪判決者，因實質上同屬被告於判決無罪後初次受有罪判決，為保障被告基本訴訟權，自應賦予其適當之救濟機會，認得就不另為無罪諭知部分上訴於第三審法院。本件檢察官起訴上訴人黃建能於起訴書所載之時、地分別基於毀損、傷害犯意，(一)、先以屋瓦丟向告訴人黃曜廷之玻璃櫃，造成玻璃櫃破損。(二)、再持電擊棒（原判決認定棒狀物品）刺向告訴人左胸，致其受有左胸挫傷之傷害。(三)、又以不明物體（原判決認定澆水杓）朝告訴人背部丟擲，造成其受有右背挫傷之傷害。(四)、復持花台邊磚塊丟向黃曜廷住家鐵門，造成鐵門凹損。(五)、再持黃曜廷住處之水桶破壞黃曜廷之監視器。(六)、並將黃曜廷靠牆之玻璃拉門甩倒，致該門破損等情。經第一審法院審理結果，判決上訴人前揭(一)、(三)至(五)部分分別成立毀損、傷害罪，另(二)、(六)部分則認為不能證明上訴人犯罪，因此部分與上開論罪科刑部分有接續犯之實質上一罪關係，乃不另為無罪之諭知。檢察官除就第一審法院諭知上訴人有罪部分外，另對於不另為無罪諭知部分亦併提起第二審上訴，經原審法院認檢察官就第一審法院不另為無罪諭知部分之上訴有理由，撤銷第一審法院關於毀損、傷害部分之判決，改判上訴人此部分亦成立犯罪。上訴人就該部分提起第三審上訴，揆諸前揭說明，應認符合刑事訴訟法第376條第1項但書規定意旨，得上訴於本院，合先敘明。

- 二、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法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人有其事實欄所載如前述檢察官起訴(一)至(六)之傷害、毀損犯行，因而撤銷第一審關於傷害、毀損部分之科刑判決（包括上開不另為無罪諭知部分），改判論其毀損他人物品罪，處拘役40日；犯傷害罪，處有期徒刑3月。並均諭知易科罰金之折算標準。係以：上訴人部分自白，證人即告訴人之證詞，卷附之告訴人傷情診斷證明書、現場照片、證人陳隆正繪製之現場圖等證據資料，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，並就上訴人否認有前述(二)、(六)傷害、毀損犯行云云，其辯詞不可採之理由，分別予以指駁。所為論

斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，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。上訴意旨乃謂：原判決僅憑上訴人唯一之指訴，別無其他補強證據即認其此部分成立犯罪，自有違證據法則等語。惟查，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。本件原判決已敘明告訴人陳述遭上訴人傷害及毀損物品之經過，如何與卷附之上開傷情診斷證明書、現場照片及現場圖等證據資料相符等情，因而認告訴人實無故意設詞誣指上訴人之可能，其陳述應與事實相符，並據以認定上訴人應成立此部分犯罪，其既係綜合各種間接證據以為補強，本於推理作用，而為事實判斷，自難指為違法。上訴意旨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。其上訴均不合法律上之程式，應予駁回。至與其相接續犯傷害、毀損部分（即前述檢察官起訴(一)、(三)至(五)判決有罪部分），一、二審均為有罪判決核屬修正後刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件，依該條規定，既經原審撤銷第一審科刑判決，改判如前述之罪刑，自不得上訴於第三審法院，有接續關係之上開(二)、(六)傷害、毀損部分，上訴人之上訴既不合法，無從為實體上審理，其相接續犯傷害、毀損部分，亦無從適用審判不可分原則，併同為實體上審判，亦應從程序上予以駁回。

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 7 月 26 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 王 敏 慧

法官 鄭 水 銓

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 8 月 1 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,2819

【裁判日期】1070719

【裁判案由】違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第2819號

上訴人 張定棋

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年5月2日第二審判決（106年度上訴字第2145號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署104年度偵字第20606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、本件原判決維持第一審依想像競合犯，從一重論處上訴人張定棋未經許可，寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪刑以及持有第二級毒品純質淨重二十公克以上罪刑（2罪均累犯）之判決，駁回其在第二審之上訴，已載敘其調查證據之結果及憑以認定各犯罪事實之心證理由，俱有卷存資料可資覆按。又：
  - (一)、刑事訴訟法第131條第4項關於無票搜索後未依法陳報法院者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據之規定，其立法理由係以對於逕行搜索後所取得之證據，如未陳報法院或經法院撤銷者，不應不分情節，一概強制排除其證據能力，應依比例原則及法益均衡原則加以權衡，以避免僅因程序上微小瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外被排除。爰增訂該第4項之規定，賦與法院裁量之權限，使法院得斟酌人權保障及公共利益之均衡原則，以作為認定證據能力有無之標準，俾兼顧理論及實際，而應需要，此與同法第158條之4關於違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之

認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，同其趣旨。本件於司法警察逕行搜索查獲所示之第一級毒品海洛因及第二級毒品甲基安非他命後，未於3 日內向法院陳報而經撤銷，與刑事訴訟法第131 條規定固有未合，但原判決已說明依據本案逕行搜索之緣由及事證，員警確有相當理由須執行無令狀之緊急搜索，且搜索結果，確因此查獲所示之毒品海洛因及相當數量之毒品甲基安非他命，經衡量防止因毒品流通對社會治安所肇致危害之公共利益及上訴人個人基本人權之保障，認本件搜索縱有程序上之瑕疵，仍不應排除所查扣毒品之證據能力等語，詳加指駁說明。此乃事實審法院職權之合法行使，於法並無違誤。上訴意旨所稱本件逕行搜索業經法院撤銷，查扣之毒品無證據能力，悉應排除云云，係徒憑其主觀對法律之誤解，任意指摘，非適法之第三審上訴理由。

- (二)、刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。原判決就上訴人所犯非法寄藏改造手槍之罪，已綜合審酌刑法第57條科刑等一切情狀，並說明所犯危害人身安全及社會秩序至鉅，兼衡其智識能力、生活狀況及持槍彈數量、犯後坦承犯行等情，依累犯及槍砲彈藥刀械管制條例第18 條第1項前段等規定，加重及減輕其刑後，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，維持第一審科處有期徒刑1年8月（併科罰金新臺幣3 萬元），其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有濫用其裁量權限之違法情形。又應否依刑法第59條酌量減輕其刑，法院本屬有權斟酌決定，故未酌減其刑，既不違背法令，自不得執為提起第三審上訴之理由。原審審酌上訴人所犯情狀，認無可憫恕之事由，未酌減其刑，無違法可言。上訴意旨猶執本案係非法搜索，查扣之毒品無證據能力等前情，指摘原判決違法，或以自己說詞，就原審前述量刑裁量權之合法行使，任意指摘，均與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，應認其非法寄藏改造手槍及持有逾量第二級毒品等罪之上訴違背法律上之程式，應予駁回。上開得上訴第三審部分，既從程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪關係之持有毒品海洛因部分之上訴，原判決論以相同於第一審之持有第一級毒品之罪，核屬刑事訴



訟法第376 條第1 項第1 款所列不得上訴於第三審法院之案件，自亦無從為實體上之審判，應併從程序上駁回。  
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 7 月 19 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 7 月 24 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台非,164

【裁判日期】1070711

【裁判案由】竊佔

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台非字第164號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 陳振豐

參與人 高意建設開發股份有限公司

代表人 王萬陵

參與人 國統開發股份有限公司

代表人 陳盛元

上列上訴人因被告竊佔案件，對於臺灣高等法院中華民國106 年5 月18日第二審確定判決（105 年度上易字第1267號；起訴案號：臺灣基隆地方檢察署103 年度偵續一字第9 號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決撤銷，由臺灣高等法院依判決前之程序更為審判。

### 理 由

一、本件非常上訴理由稱：「一、按未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，為刑事訴訟法第379 條第12款所明定。依起訴書犯罪事實欄記載『陳振豐係高意建設開發股份有限公司（下稱高意公司）及國統環保工程開發股份有限公司（下稱國統公司）之創辦人及實際負責人，於民國（下同）84年間，為在基隆市○○區○○○段00000 地號土地上開發興建墓園，其出入必須經過靈泉禪寺所有之坐落於如附表所示基隆市○○區○○○段○地號土地，遂向靈泉禪寺商借上開如附表所示地號土地，雙方並約定上開土地僅供其施作工程時運送土方之使用，且於屆期後應原狀、原貌返還靈泉禪寺。詎其取得靈泉禪寺同意後，竟違反上開約定，未於98年12月25日前將前開如附表所示之地號土地返還靈泉禪寺，且自96年間起，即擅自占用前開如附表所示地號土地，並僱用年籍不詳工人開挖整地、填土、鋪設人行道鋪面、柏油路面、種植草皮及興建圍籬、警衛亭等工作物、設施。而分別占用如附表所示之面積，供其規劃、設計之擁恆藝術園區之墓園使用，迭經靈泉禪寺屢次索討，均拒不返還』等語。足見檢察官起訴被告陳振豐竊佔犯行之時間係96年間。而原審

受命法官為確定檢察官起訴被告陳振豐被訴竊佔犯行之始點及其範圍，於準備程序中訊問檢察官，檢察官明確答稱『（法官問：起訴的犯罪事實是96年間，設置人行道鋪面、柏油路面、草皮圍牆，警衛亭的行為？）沒有意見』、『（法官問：起訴行為始點是96年6月4日？）沒有意見』各等語。查刑法第320條第2項之竊佔罪，為即成犯，於其竊佔行為完成時犯罪即成立，以後之繼續竊佔乃狀態之繼續，而非行為之繼續（最高法院66年台上字第3118號判例意旨參照）。確定判決認定被告陳振豐被訴竊佔犯行之時間為94年8月20日（見確定判決第4頁理由欄第1行；第11頁倒數第4、5行；第32頁倒數第9、10行），則起訴書所指『自96年間起，即擅自占用前開如附表所示地號土地，並僱用年籍不詳工人開挖整地、填土、鋪設人行道鋪面、柏油路面、種植草皮及興建圍籬、警衛亭等工作物、設施。而分別占用如附表所示之面積，供其規劃、設計之擁恆藝術園區之墓園使用』等行為，顯係完成竊佔行為後之狀態繼續。是被告陳振豐94年8月20日之竊佔行為，與其被訴之前揭自96年間起設置人行道鋪面等行為間，並無起訴一部效力及於全部之適用，然確定判決卻就未經檢察官起訴之被告陳振豐於94年8月20日完成之竊佔行為予以判決，顯有未受請求之事項予以判決之當然違背法令，且明顯對被告陳振豐不利。至於檢察官起訴之自96年間起設置人行道鋪面等涉犯竊佔行為，因屬竊佔行為後之狀態繼續，不成立竊佔罪。二、抑有進者，第二審受命法官於準備程序中為確定檢察官起訴被告陳振豐被訴竊佔犯行之始點，第二審檢察官在該程序中竟主張『從申請建築線開始，就是竊佔行為開始及彰顯…所以申請建築線應該就是竊佔行為的開始』（二審卷二第158頁反面）。而申請建築線日期為93年1月9日（見確定判決第2頁），若謂基於檢察一體，第二審檢察官將第一審檢察官起訴事實變更為合法（即將起訴之96年6月4日竊佔行為時間變更為93年1月9日），則93年1月9日之竊佔行為，確定判決並未加以審判，確定判決有已受請求之事項未予判決之違背法令情事。依此，益見確定判決就審理之範圍自我混淆，雜亂無章。三、另依確定判決認定之事實，附表一之記載及卷附之高意公司84年7月26日切結書暨所附之土地使用分配面積計算表、土地使用權同意書等證據資料，被告陳振豐自84年7月26日起，即基於與靈泉禪寺間之使用借貸關係，而管領、占有判決書所載6,662平方公尺土地（下稱系爭土地），對該土地有

事實上之管領力，得在其上進行切結書所載之使用行為；嗣被告陳振豐將系爭土地連同高意公司所有之其他土地，一併列入基隆市○○區○○○段00000 ○地號棄土場先期水土保持計劃（下稱先期水土保持計劃）範圍內，於其上設置沈砂、滯洪池、安全排水設施及邊坡穩定設施等，系爭土地全部包含在先期水土保持計劃範圍內，於88年4月30日完工檢查後，經基隆市政府於88年5月22日核發基建農水字第88005號水土保持完工證明書在案，有該府88年6月17日八八基府建農字第57880號函在卷可按。確定判決既認被告於系爭土地上施作永久性水土保持設施竣工時，即為其竊佔行為完成時，則先期水土保持計劃永久性水土保持設施竣工時間為88年4月30日，如有竊佔，行為時間應為該水土保持設施竣工時。然確定判決卻又認竊佔行為係其後另外之水土保持設施完工日期之94年8月20日為竊佔行為完成時（見確定判決第31頁倒數第5、6行）。就同為水土保持設施之竣工，先完成者認為非竊佔行為，後完成者則認係竊佔行為，先後認定標準不一，有證據上理由矛盾之違法。又如以永久性水土保持設施竣工時間認定係竊佔行為完成時，則被告陳振豐縱令有確定判決所稱之竊佔行為，該行為於88年5月22日在前之竣工時，已然完成。迄該管檢察署檢察官就本件於99年10月26日偵查時，顯已逾10年之追訴權時效期間，依法應為被告免訴之判決。確定判決不察，誤認竊佔行為完成為94年8月20日，亦有判決不適用法則、適用法則不當等之審判違背法令。四、被告陳振豐向靈泉禪寺借用系爭土地始自84年7月26日，借用屆滿日期為98年12月25日（見確定判決第2頁），在借用期間，被告陳振豐基於使用借貸關係而占有使用系爭土地；若被告未依約使用系爭土地，乃民事違約問題，債權人之靈泉禪寺得解除或終止契約或請求損害賠償，並不生竊佔之刑事責任。亦即在使用借貸關係存續期間，被告陳振豐就系爭土地之使用，係依契約產生，非為不法利益而占有系爭土地。縱然使用借貸關係屆滿，被告陳振豐未依約返還系爭土地，其後之占有為無權占有，亦僅屬債權人能否請求返還及請求損害賠償之問題，單純之債務遲延，並不當然成立竊佔罪或侵占罪（最高法院95年度台上字第5828號判決意旨參照）。何況被告陳振豐於偵查中之100年1月13日已依約將地上工作物拆除，返還土地，確定判決卻仍為被告有罪之判決，有判決適用法則不當之違背法令。五、刑法第38條之1第1項至第4項分別規定『犯罪所得，屬於犯罪行為人者

，沒收之。但有特別規定者，依其規定』、『犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得』、『前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額』、『第一項及第二項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息』。確定判決依上開規定諭知沒收參與人高意公司收容棄土之營業利益新臺幣（下同）1,847萬9,450元；沒收參與人國統公司土地增值利益1億6,337萬7,626元、使用墓園設施營利之營業利益1,489萬6,524元，以及相當於租金之不當得利100萬4,320.69元，並以此等犯罪所得利益，作為量處被告陳振豐有期徒刑4年刑期之審酌事由。惟確定判決僅以告訴人靈泉禪寺106年1月21日陳述意見狀之片面記載，即以基隆市信義區每立方公尺棄土收容獲利為110元；以及依靈泉禪寺同年月26日刑事陳報補正狀之主張，認擁恆藝術園區販售墓園塔位第一期5千單位於102年完銷，總銷售金額12億元，以此計算參與人國統公司使用墓園設施之營業利益及參與人高意公司收容棄土之營業利益，而分別對高意公司及國統公司併為沒收及追徵其價額之宣告。並未調查告訴人所述被害情形是否與事實相符，有認定事實不憑證據及採證違背證據法則之違法。而依參與人高意公司出具之84年7月26日切結書暨所附土地使用權同意書所載『茲有高意建設開發有限公司擬在下列土地（按指前揭系爭6,662平方公尺土地）設置棄土場，業經本人（按指靈泉禪寺）等人完全同意，為申請整地執照特立此同意書為憑』等語，顯見系爭土地設置為棄土場，屬告訴人靈泉禪寺同意高意公司之使用借貸目的及雙方約定範圍內，豈能以高意公司於使用借貸合意範圍內之使用土地行為，認其獲取收容棄土之利益，係出於被告陳振豐為高意公司犯竊佔罪之犯罪所得？又確定判決附表一所示土地，所有權人仍屬靈泉禪寺，參與人國統公司縱令擅將該等土地納入墓園範圍興建，致該等土地增值獲利，惟該等土地獲得之增值利益仍屬土地所有權人所有，國統公司並未取得該等6,662平方公尺土地之增值利益。確定判決就靈泉禪寺取得之該等土地增值利益，誤認係國統公司因被告陳振豐犯竊佔罪所取得之利益，而為沒收1億6,337萬7,626元犯罪所得之諭知，與卷內土地登記資料不相適合，自屬判決違背法令。再參與人國統公司開發擁

恆藝術園區墓園販售塔位營利，乃該公司營運、開發所得，販售墓園塔位之銷售所得，顯非單純來自使用土地之一端，此乃一般人所習知之事實，更何況靈泉禪寺所有之系爭6,662 平方公尺土地並未供作建築墓園塔位使用。確定判決僅以土地面積比例（即系爭土地占擁恆藝術園區整體開發面積之比例），計算使用系爭土地占塔位總銷售獲利之數額，此種計算方式顯與公眾週知之事實及論理法則有違。質言之，關於沒收之諭知，並未經合法之證據調查程序，卻恣意認定事實，此部分判決亦係違背法令。六、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第441 條、第443 條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

## 二、本院按：

(一)刑事訴訟採控訴原則，法院之審判，以檢察官或自訴人控訴的基本社會事實作為範圍，此外，不告不理。刑事訴訟法第268 條、第379 條第12款明定，法院不得對未經起訴之犯罪審判；除刑事訴訟法有特別規定外，未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令。是對於未受請求的事項，除該部分與已受請求部分具有審判不可分關係而應一併審理外，基於上開不告不理原則，對於該未受請求的部分，自不能加以審判。換句話說，若法院對於未受請求的事項予以審判者，即屬訴外裁判，該部分判決自屬當然違背法令。至於犯罪有無被提起公、自訴的判斷，亦即法院應予審判的事項範圍如何，應以起訴書或自訴狀內，事實欄記載的犯罪時間、地點、行為人、被害人及犯罪行為等事項為準，即應視案件是否具有單一性，被告與犯罪事實是否同一而定；被告同一，固無論矣，犯罪事實亦應同一。而犯罪事實乃刑罰權之客觀對象，縱被告同一，而犯罪事實不同一時，仍非同一案件。至犯罪事實是否同一，應以基本社會事實是否同一為準，而基本社會事實是否同一，則應視訴之目的及侵害性行為之內容是否同一而定；又是否為起訴效力所及，則依實體法關於罪數認定，作為判斷標準。具體而言，若係實質上一罪（例如接續犯、繼續犯、集合犯、吸收犯、結合犯、加重結果犯等屬之）或裁判上一罪（例如想像競合犯及刑法修正前之牽連犯、連續犯等屬之），即符合上揭起訴一部，效力及於全部之情形（刑事訴訟法第267 條參照）；反之，如實體法上認屬數罪併罰者，並不生起訴效力所及問題。

基於檢察一體原則，不論偵查組或公訴組檢察官，在案件起訴後，於審判中所「主張」的控訴範圍，常因訴訟階段及事

證顯現的不同，增減或變更訴訟資料，進而引發檢察官究竟係依據最初由起訴書架構的起訴範圍，而為一罪關係下的「擴張、減縮」，或為數罪關係下的「追加、撤回」的新主張，從而，導致控訴、審理、防禦範圍發生動態變化、難以特定的現象。而法院對於較後提出的「新主張」，是否適法而得變更「前主張」，固有終局判斷的權限，惟法院對此之判斷，仍應受法律的拘束，亦即，在「訴之不可分」之一罪情形下，法院僅能審酌檢察官事後「擴張、減縮」起訴範圍之主張，是否符合一罪的概念，以判斷檢察官「擴張、減縮」主張的合法性，必須法院就已起訴部分與未起訴部分，認定都是有罪，且兩部分具有實質上或裁判上一罪的不可分關係，始能適用；反之，如法院對已起訴部分認定不能證明犯罪，或未予審判，則未起訴部分既無所依附，自不得加以判決，否則即有訴外裁判的違法。至於審理結果，認定屬於數罪的情形，法院則應依同法第161 條第2 項審查檢察官「追加起訴」是否跨過「起訴門檻」、檢察官的「撤回起訴」是否符合同法第269 條的撤回要件（法定事由、要式主義），及是否均在第一審辯論終結前，「追加起訴」或「撤回」（同法第265 條第1 項、第269 條第1 項參照），仍不能恣意認定起訴或控訴範圍，否則其判決即構成同法第379 條第12款之當然違背法令的事由。

刑法第320 條第2 項的竊佔罪，實務上一向認屬即成犯之一種，於犯罪行為人完成其竊佔行為時，犯罪即成立，以後的繼續竊佔，屬狀態的繼續，並非行為的繼續，是倘法院認定被告竊佔的時間、犯罪行為的態樣，與被告被訴的情形不同時，即難謂兩者有何實質上一罪關係，而無得併予審判之可言，於此情況下，若又不合於追加起訴或撤回起訴時，如法院就被告被訴的竊佔犯行，未予判決，卻逕行認定被告其他竊佔的時間、犯罪行為的態樣，自應認存有已受請求之事項未予判決或未受請求之事項予以判決之違背法令。

卷查：

1. 本件起訴書犯罪事實欄記載：被告陳振豐係高意建設開發股份有限公司（下稱高意公司）和國統環保工程開發股份有限公司（下稱國統公司）的創辦人及實際負責人，民國84年間，為在基隆市○○區○○○段00000 地號土地上開發興建墓園，其出入口必須經過靈泉禪寺所有坐落於如（起訴書）附表（下稱附表）所示基隆市○○區○○○段○地號土地，遂向靈泉禪寺商借上開土地，並約定僅供其施作工程時運送土

方之使用，於屆期後，應原狀、原貌返還靈泉禪寺。詎其取得靈泉禪寺同意後，違反上開約定，未於98年12月25日前將上開土地返還靈泉禪寺，且自「96年間」起，即擅自占用上開土地，僱用真實姓名年籍不詳之工人，「開挖整地、填土、鋪設人行道鋪面、柏油路面、種植草皮及興建圍牆、警衛亭等工作物、設施」，而分別占用如附表所示之面積，供其規劃、設計之「擁恆藝術園區」的墓園使用，迭經靈泉禪寺屢次索討，均拒不返還等旨（見起訴書第1 頁）。原審受命法官於準備程序時，為確認經檢察官擇為起訴客體的被告竊佔時間及行為，曾詢問檢察官有關本件起訴的犯罪事實，是否為「96年間，設置人行道鋪面、柏油路面、（種植）草皮、圍牆（即興建圍籬）、警衛亭的行為」？起訴（竊佔）行為始點，是否為「96年6 月4 日」（起訴書第4 頁）？檢察官均答稱：「沒有意見」各等語（見原審卷3 第76頁背面、第77頁），似見公訴檢察官並未確實針對問題回答，而僅以籠統欠明之言詞帶過。

2. 起訴書既載稱：被告自「96年間」起，擅自僱用工人「開挖整地、填土、鋪設人行道鋪面、柏油路面、種植草皮及興建圍牆、警衛亭等工作物、設施」，分別占用如附表所示土地的面積，供其規劃、設計之「擁恆藝術園區」的墓園使用等情；而依原確定判決之記載，則認定被告係於「94年8 月20 日」完成「擋土牆、橋樑結構」等永久性水土保持設施之時，即為竊佔犯行等文（見原判決第4 、11、31、32、39頁）。顯見兩者認定被告犯罪的時間、行為態樣，均不相同。
3. 原判決理由欄二內，雖說明：起訴犯罪事實係以被告「自84 年間起」，即以施作工程時運送土方使用的理由，向靈泉禪寺借用上開土地，嗣被告逾越使用約定，擅自興建墓園設施，占用上開土地，屆期未能回復原狀返還，涉嫌竊佔，爰認本件並非起訴被告於96年起，始開始竊佔等旨（見原判決第7 頁第4 至10行），但因與卷附上開起訴書、原審準備程序筆錄所載內容不合，被告被訴犯罪時間、地點如何，攸關案件基本的社會事實同一性和起訴範圍的確認，及有無訴外裁判、漏未裁判、免訴、無罪的各種判斷，此項疑情，猶待釐清。
4. 又檢察官雖於「第二審」程序中，另追加主張「從申請建築線開始，就是竊佔行為開始及彰顯…所以申請建築線應該就是竊佔行為的開始」（見原審卷2第158頁反面），而申請建築線日期是93年1 月9 日（見原確定判決第2 頁），則檢察



官似係於第二審，才追加主張被告另有其他部分的竊佔犯行。果若如此，似已遲誤追加起訴的時間，顯不合法。

(二)判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬違背法令，得提起非常上訴，亦有司法院釋字第181號解釋可稽。

沒收新制，已確認不具從屬於主刑的特質，改採獨立的法律效果主義，並擴大沒收的主體範圍，從修正前僅止於對犯罪行為人有沒收規範外，擴及至未參與犯罪之第三人，而增訂「第三人沒收」規定，亦即於必要時，亦可對被告以外之第三人宣告沒收，復於刑事訴訟法第7編之2增訂「沒收特別程序」作為配套，賦予第三人在刑事本案參與沒收之權源。刑事訴訟法第455條之26第1項規定：「參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。」此為課予法院對有第三人參與本案沒收程序時，應分別為被告違法行為之「本案判決」及參與人持有被告犯罪所得之「沒收判決」之依據。該條第2項並規範「沒收判決」之應記載事項，除應記載主文、構成沒收之事實與理由外，尚應於判決理由內，分別情形記載認定事實所憑之證據及其認定應否沒收之理由、對於參與人有利證據不採納之理由等，以法律明文使「沒收判決」之應記載事項具體明確外，更確認國家對參與人沒收之事實、理由，應說明其認定所憑之證據，及對於參與人有利證據不採納之理由。

又刑法第38條之2第1項前段規定：「前條犯罪所得的範圍與數額，認定顯有困難時，得以估算認定之。」依其立法理由說明，有關犯罪所得之沒收與追徵，其範圍及於違法行為所得、變得之物或財產上利益及其孳息，考量其範圍及價額並不具有特定性，爰參考德國刑法第73b條之規定，明定在認定顯有困難時，得估算之，以符實務需求。另因犯罪所得之沒收，性質上屬類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰，自不適用嚴格證明法則，僅需自由證明為已足，以表明合理之證明負擔。而所謂認定（非）顯有困難，指沒收之範圍與價額之相關事實已臻明確，無庸另行估算認定者而言。申言之，估算是欠缺更好的調查可能性下的應急手段，只有在不法所得之範圍與價額認定顯有困難時，始得以估算。相對的，若是在認定上非顯有困難時，法院就必須履行通常的調查

義務，原則上，法院必須先善盡顯而易見的調查可能性與證據方法，之後仍無法確定沒收的範圍與價額時，才能援用估算的規定，否則，法院若未盡合理調查及依憑相當證據，即遽採單方、片面說法，進而認定沒收的範圍與價額，顯然未依職權調查、審認，並非適法。

原判決事實欄內，記載：被告及國統公司以竊佔靈泉禪寺系爭土地，致靈泉禪寺受到鉅大損害。被告因此得以墓園出售塔位，使國統公司獲得如附表三所示不法利益等旨（見原判決第4 頁第2 至13行）；理由欄內，則載敘：被告為第三人即高意公司與國統公司申請取得開發墓園即擁恆藝術園區建築執照所需建築線與水土保持設施兼聯外橋樑道路用地之不法利益，而擅自將靈泉禪寺系爭土地納入其開發墓園之建築基地範圍，…以經營墓園出售塔位獲得鉅額開發利益，其犯罪所得，核算如下：(1)高意公司收容棄土之營業利益1,847萬9,450 元。(2)國統公司相當於租金之不當得利100萬4,320元。(3)國統公司土地增值利益1 億6,337萬7,626 元。(4)國統公司使用墓園設施營利之營業利益1,489 萬6,524 元等文（見原判決第42頁第15行起至第44頁倒數第7 行、第52、53頁）。可見上揭事實及理由之記載，並不相符，且依上揭理由欄內所載，核算收容棄土之營業利益、土地增值利益、使用墓園設施營利之營業利益，似係參照告訴人靈泉禪寺提出之陳述意見狀、刑事陳報補正狀內之訴訟資料以作依據，然而，參與人高意公司、國統公司對此均有不同意見，並提出對己有利之憑據（見原審卷四第55頁背面至第105 頁）。原審卻未就此加以調查，原確定判決亦未說明其對於參與人有利證據不予採納的理由，遽行判決，猶有應於審判期日調查之證據未予調查之違失。

(三)綜上所述，原確定判決關於被告部分，自形式上觀察，確有非常上訴意旨所指已受請求之事項未予判決或未受請求之事項予以判決或適用法則不當之違背法令；而關於參與人高意公司、國統公司部分，除有上揭應於審判期日調查之證據未予調查之違誤外，因係以被告犯罪及有無因此取得犯罪所得為論斷依據，被告部分，既有上揭訴外裁判或漏未裁判之情形，自連帶影響得否沒收上揭參與人犯罪所得部分。案經確定，且不利於被告及參與人，非常上訴意旨執以指摘，為有理由。而因上情，屬事實之認定範圍，為維持被告及參與人審級利益，應將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第447 條第2 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 11 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 許 錦 印

法官 李 欽 任

法官 王 國 棟

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 107 年 7 月 16 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台抗,617

【裁判日期】1070711

【裁判案由】違反商業會計法等罪聲明異議

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

107年度台抗字第617號

抗 告 人 張俊宏

上列抗告人因違反商業會計法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年5月21日駁回聲明異議之裁定（107年度聲字第562號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、原裁定以：

(一)、聲明異議意旨略稱：抗告人張俊宏因違反商業會計法、公司法及背信案件，經法院判處罪刑，並由原審法院以104年度聲字第476號裁定定應執行有期徒刑3年8 月確定（下稱甲案），檢察官指揮執行，刑期自民國104年1 月26日起至107年9月5日止，於105 年12月27日假釋出監。又抗告人於假釋前另因違反證券交易法案件，經法院判處有期徒刑2 年確定（下稱乙案）。嗣後抗告人接獲臺灣臺北地方檢察署106 年度執更字第2362號執行傳票命令，命於107年1月23日向檢察官報到、入監執行，經查詢結果，得知原在執行中之假釋已遭執行檢察官註銷。檢察官逕行「註銷假釋」，無非依法務部矯正署106年11月9日法矯署教字第00000000000 號函要旨為之，認為假釋期間不列入已執行之刑，需重新審核是否符合假釋要件及累進處遇之要件。然抗告人於假釋期間中並未有刑法第78條之撤銷假釋事由，卻因上開函示而被註銷假釋，且假釋期間不計入已執行之刑期，權利顯受侵害。註銷假釋對人身自由有重大侵害，不容由法務部以行政規則為之，檢察官之註銷假釋於法無據，檢察官取消出獄日數應算入刑期之權利，有違憲之虞。爰請求撤銷執行檢察官及矯正署逕行「註銷假釋」及命向監所報到之執行命令云云。

(二)、惟抗告人所犯甲案、乙案合於數罪併罰要件，經原審法院以106年度聲字第2273號裁定定應執行有期徒刑5年7月確定，此裁定有執行力，檢察官據此以106 年度執更字第2362號執行傳票命令通知其到案執行，並無不合；上開檢察官之執行

命令並未記載任何刑期起算日、保護管束折抵或扣除期間等文字，無從認為檢察官之指揮執行有何違法、不當，聲明異議意旨並未敘明此執行傳票命令有何瑕疵，其請求撤銷此執行命令，尚屬無據，抗告人逕行援引法務部矯正署106年11月9日法矯署教字第00000000000號函文，指摘其假釋期間既無再犯得撤銷假釋之事由，應以已執行論，卻取消假釋日數應算入刑期之權利，有違法違憲之虞云云，自無可採；抗告人所犯甲、乙二案既經法院裁定執行刑確定，檢察官指揮執行者，係執行該應執行之刑，其中甲案已執行部分，僅應予扣除，不能認為已經執行完畢，至於甲案已執行部分，其假釋期間如何核算，應由檢察官於抗告人到案執行時，斟酌刑法第79條或相關法令等規定，適法執行；再者，依監獄行刑法第81條第1項規定，對於受刑人累進處遇進至二級以上，悛悔向上，而與應許假釋情形相符合者，經假釋審查委員會決議，報請法務部核准，假釋出獄，是以假釋之核准機關係法務部，本件抗告人註銷假釋，係由法務部106年12月26日法授矯字第00000000000號函以其因數罪併罰，刑期變更為有期徒刑5年7月，致不符合刑法第77條之假釋條件，該部105年12月23日法授矯字第00000000000號函准予假釋部分應予註銷，經調卷核閱無誤，是以抗告人之註銷假釋並非由執行檢察官為之，不生檢察官執行指揮是否違法不當而得向法院聲明異議之問題，至抗告人是否對法務部所為重核假釋期間或有關行刑累進處遇條例等事項應如何適用，與本件檢察官之指揮執行，分屬兩事，不在檢察官之指揮是否違法或執行方法是否不當而得向法院聲明異議之範圍。綜上，聲明異議意旨請求撤銷檢察官或矯正署所為逕行註銷假釋之執行指揮，或有誤會，或不可採，其聲明異議為無理由。

## 二、經查：

- (一)、被告有應併合處罰之數罪，先後經法院分別判處有期徒刑確定，其中部分罪之有期徒刑先執行，嗣法院經檢察官之聲請，以裁定定此數罪之「應執行刑」後，檢察官換發執行指揮書，執行此「應執行刑」時，被告在未裁定前已先執行之有期徒刑部分，僅應予扣除，不能認為該罪已經執行完畢。本件抗告人所犯甲案「已執行」部分，於執行二案之「應執行刑有期徒刑5年7月」時，依上說明，自應算入已執行之期間，予以扣除。抗告意旨謂「何以祇能扣除，而非算入已執行之刑」，顯屬誤解。
- (二)、司法院釋字第681號解釋後段謂「受假釋人之假釋處分經撤

銷者，依上開規定（指刑事訴訟法第484 條）向法院聲明異議，須俟檢察官指揮執行殘餘刑期後，始得向法院提起救濟，對受假釋人訴訟權之保障尚非周全，相關機關應儘速予以檢討改進，俾使不服主管機關撤銷假釋之受假釋人，於入監執行殘餘刑期前，得適時向法院請求救濟」。本件法務部因抗告人之甲案、乙案數罪併罰，刑期變更為有期徒刑5年7月，致不符合假釋條件，而以106年12月26日法授矯字第000000000000號函「註銷」抗告人甲案之假釋，參照上開解釋意旨之法理，就「註銷假釋」處分部分，因係由法務部為之，非檢察官之指揮執行，不得向法院聲明異議，但就檢察官執行註銷假釋後重行核計之刑期部分，則係檢察官之指揮執行，得向法院聲明異議。原裁定以抗告人是否對法務部所為重核假釋期間或有關行刑累進處遇條例等事項應如何適用，與檢察官之指揮執行，分屬兩事，不在檢察官之指揮是否違法或執行方法是否不當而得向法院聲明異議之範圍部分之立論，尚非允當。惟本件檢察官以執行傳票命令通知抗告人到案執行應執行之刑，該執行傳票命令並未記載、認定重行核算之期間，亦即應扣除甲案「已執行」部分，此已執行之期間，除甲案在監執行期間外，是否包括甲案假釋出獄之期間在內，此執行傳票命令並未記載，猶待檢察官審酌刑法第78條、第79條或相關法令等規定，依法核算、執行，即難認檢察官之指揮執行有何違法或不當。至於抗告人查詢而得之法務部矯正署106年11月9日法矯署教字第000000000000 號函，僅在提示相關機關人員於重新審核假釋案件時應注意之作業方式而已，並非本件檢察官之指揮執行，自不待言。

- (三)、抗告人提起抗告後，提出其曾以罹患疾病為由，於107年2月23日另行具狀向檢察官聲請暫緩執行而被否准一節，核與原聲明異議之意旨無涉，不得執以指摘原裁定違背法令。從而原裁定駁回抗告人之聲明異議，尚無違誤。應認本件抗告為無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第412條，裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 11 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

中 華 民 國 107 年 7 月 17 日  
書 記 官

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台抗,641

【裁判日期】1070725

【裁判案由】違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

107年度台抗字第641號

再抗告人 李建興

上列再抗告人因違反毒品危害防制條例等罪聲請定應執行之刑案件，不服臺灣高等法院中華民國107年4月30日駁回抗告之裁定（107年度抗字第626號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

再抗告駁回。

理 由

- 一、刑事訴訟法第477 條規定「依刑法第48條應更定其刑者，或依刑法第53條及第54條應依刑法第51條第5款至第7款之規定，定其應執行之刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之。前項定其應執行之刑者，受刑人或其法定代理人、配偶，亦得請求前項檢察官聲請之。」是應併合處罰之數罪定應執行刑之聲請，除有中華民國九十六年罪犯減刑條例第8條第3項所定「依本條例應減刑之數罪，經二以上法院裁判確定者，得由一檢察官或應減刑之人犯合併向其中一裁判法院聲請裁定之」情形，得由受刑人直接向法院聲請外，其餘均應由檢察官向該管法院聲請。
- 二、本件再抗告人李建興並未說明有上開減刑條例規定情形。原裁定以再抗告人自行向第一審法院聲請定應執行之刑，與上開規定不符，因認第一審裁定予以駁回，並無不當。而再抗告人請求裁定停止訴訟程序及聲請司法院解釋，尚屬無據，乃駁回其抗告。經核於法並無違誤。
- 三、再抗告意旨以檢察官不願依其請求，向法院聲請定應執行之刑，其當然得自己向法院聲請，此乃憲法所保障訴訟權。第一審及原審均不願替其解決問題，請本院能定應執行之刑，或由本院認定應由司法院解釋，以資解決其問題云云。
- 四、惟查憲法第16條保障人民有訴訟權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至訴訟之提起，應循之程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理規定。定應執行刑之聲請，依刑事訴訟法第477條第1



項規定，由該案犯罪事實最後判決法院之檢察官為之，乃立法機關衡量此案件性質，係以法院確定判決為對象，並以裁判確定前所犯之數罪為限，依各罪宣告刑，為定應執行刑之對象。則是否符合定應執行之刑要件，即非單純得以判決辨別，為防止濫行聲請，避免虛耗國家有限司法資源，限由執掌刑罰執行權之檢察官為之。並於同條第2 項規定，受刑人或其法定代理人、配偶，亦得請求檢察為聲請，以資保障。是上開對於聲請人資格所為限制，應符合憲法第23條比例原則，無聲請司法院解釋之必要。

五、再抗告人之訴訟權既未受侵害，其聲請本院定其應執行之刑，或主張本院應聲請司法院解釋，指摘原裁定不當，均無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第411條前段，裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 25 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 黃 瑞 華

法官 陳 宏 卿

法官 楊 智 勝

法官 洪 于 智

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 7 月 27 日

書 記 官

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台附,10

【裁判日期】1070718

【裁判案由】公共危險附帶民事訴訟損害賠償

【裁判全文】

最高法院刑事附帶民事訴訟裁定

107年度台附字第10號

抗 告 人 曾憲正

上列抗告人與蔡素榛等間因公共危險附帶民事訴訟損害賠償案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年3月21日所為之刑事附帶民事訴訟裁定（106年度重交附民字第7號，原審法院誤以判決之形式為之），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

- 一、刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理之判決者，應以判決駁回原告之訴。但經原告聲請時，應將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭。刑事訴訟法第503條第1項定有明文。就前揭移送之裁判，同法並未規定以判決行之，依同法第220 條規定，應以裁定行之。原審法院既類推適用刑事訴訟法第503 條第1 項但書規定，將本件附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭，自應以裁定行之。其雖誤以判決之形式為之，惟仍應視為係以裁定為移送，抗告人對之具狀聲明上訴，亦應視為抗告，而依抗告程序辦理之，合先說明。
- 二、按附帶民事訴訟，係於刑事訴訟中附帶提起之民事訴訟，因之，在犯罪行為中私法上權利被侵害之人，得利用刑事訴訟程序請求回復其損害。理論上，民、刑事訴訟之目的不同，刑事訴訟之目的在於實現國家之刑罰權，民事訴訟之目的則在於確定當事人之私權，是故二者所採行之訴訟程序未必全然相同。同一犯罪行為而致民法損害賠償責任之產生，其間既有「實體關聯性」之存在，附帶民事訴訟與刑事訴訟採行同一程序之目的，在於使刑事訴訟所認定之犯罪事實得據以認定民事侵權行為，可避免民事訴訟與刑事訴訟之程序重複，節省司法資源，不但符合訴訟經濟原則，且能免於裁判之相互歧異，維護整體司法之威信。就被害人言，其復有異於民事訴訟之原告，可利用刑事訴訟之訴訟資料，毋須自己為證據之提出，減少訴訟費用之浪費等之利益。又刑事訴訟審理結果，對被告為有罪之判決時，原則上應就附帶民事訴訟

同時判決，僅於法院認附帶民事訴訟確係繁雜，非經長久時日不能終結其審判者，始得以合議裁定（其因不足法定人數不能合議者，由院長裁定之）移送該法院之民事庭，該移送之案件，免納裁判費。至刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理之判決，法院應以判決駁回原告之訴。但經原告聲請，應將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭，並應繳納訴訟費用。刑事訴訟法第503條第1項、第3項定有明文。前開情形，依同法條第4項規定，於自訴案件經裁定駁回自訴者，準用之。至於刑事訴訟諭知有罪之判決，原告所提之附帶民事訴訟與刑事訴訟法第487條第1項規定之要件不符者，依同法第502條第1項雖規定應以判決駁回原告之訴。惟如原告聲請將附帶民事訴訟移送於管轄法院之民事庭時，得否依其聲請而為移送，刑事訴訟法對此未予明定。經參照刑事訴訟法第503條第1項但書、第3項規定，就原不合同法第487條第1項所定要件之附帶民事訴訟，為兼顧原告之程序選擇權、請求權時效、紛爭解決及維持實體審理結果等程序與實體利益，宜允原告於繳納訴訟費用後，由民事法院審理。再者，因犯罪而受損害之人（在刑事訴訟係告訴人）向檢察官提出告訴，檢察官以同一案件已經起訴，認該告訴部分之事實，為起訴效力所及，爰出具移送併辦意旨書移送法院併辦。告訴人於刑事訴訟審理中，對於該案被告請求回復其損害，提起附帶民事訴訟（在附帶民事訴訟係原告）。法院審理結果，認移送併辦部分與起訴部分，無裁判上一罪關係，而予退併辦。此時關於附帶民事訴訟，如原告未聲請將之移送管轄法院之民事庭，法院固應以其起訴不合法判決駁回。但經原告聲請時，基於同一法理，應予類推適用，裁定將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭，以維護其訴訟上之權益。

- 三、本件抗告人曾憲正因公共危險案件，經蔡素榛、顏紫甯、顏守和（下稱蔡素榛等3人）於原審106年度交上訴字第13號公共危險案件審理中，對抗告人提起附帶民事訴訟，共同對抗告人請求侵權行為損害賠償。其等3人係主張抗告人涉有如臺灣高雄地方檢察署105年度偵字第7587號移送併辦意旨書所載之酒後駕車致被害人顏春成（係蔡素榛之夫，顏紫甯、顏守和之父）於死之犯罪事實。並於提起附帶民事訴訟時，陳明倘原審法院刑事庭不為實體判決時，聲請將之移送管轄法院之民事庭，有其刑事附帶民事起訴狀在卷可稽。蔡素榛等3人明白表示於不合附帶民事訴訟之要件時，仍有對抗告人提起民事訴訟之意。

四、原裁定係以：抗告人所涉酒後駕車犯行，雖經第一審法院以105年度交訴字第28號判決判處有期徒刑4月，如易科罰金以新臺幣1,000元折算1日，檢察官及抗告人均不服，提起第二審上訴，經原審以106年度交上訴字第13號判決駁回其等之上訴（未據提起第三審上訴，業已確定）。蔡素榛等3人所主張抗告人另涉酒後駕駛動力交通工具致人於死之事實，雖經檢察官移請併辦，惟原審認無積極事證足認抗告人涉有該項犯行，與其前揭酒後駕車犯行不生加重結果犯之實質上一罪關係，遂退由檢察官另為適法之處理，此有前揭判決可稽。該判決主文雖非諭知無罪，然其理由已對檢察官請求併辦之酒後駕駛動力交通工具致人於死之事實，併予實質審酌，而為上開論述說明，刑事訴訟對該併辦罪名雖無從諭知無罪判決，然於理由中已內含類同之論斷。茲據蔡素榛等3人聲請移送管轄法院民事庭，為兼顧其等程序選擇權、請求權時效、紛爭解決及維持實體審理結果等程序與實體利益，揆諸首揭說明，自應類推適用刑事訴訟法第503條第1項但書規定等由，因而將本件移送臺灣高雄地方法院民事庭。

五、抗告意旨略以：（一）刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理之判決，經原告聲請時，始應將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭，其餘原告之訴不合法或無理由之情形，應依刑事訴訟法第502條第1項予以駁回，否則該條項規定，豈不成為具文？原審就檢察官移送併辦部分，係退併辦。原裁定理由稱：「刑事訴訟對該併辦罪名雖無從諭知無罪判決，然於理由中已內含類同之論斷。」已有矛盾。本件應屬原告之訴不合法或無理由，無從類推同法第503條第1項但書規定，原裁定將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭，有不適用法則或適用法則不當之違法。（二）最高法院104年度台抗字第647號民事裁定，係就刑事訴訟諭知有罪判決，所提起之附帶民事訴訟而為闡釋，與本件係退併辦之情形有別，原裁定援引為據，亦有違誤等語。

六、惟查：（一）附帶民事訴訟之原告，所提起之訴不合法或無理由，其未聲請移送管轄法院之民事庭時，法院即應依刑事訴訟法第502條第1項予以判決駁回。僅於原告聲請時，始依其聲請而裁定移送，自不生抗告意旨所述，該一規定成為具文之問題。（二）案件起訴後，檢察官就其認有裁判上一罪關係之事實函請併辦，該公函非屬訴訟上之請求，目的僅在促請法院之注意，法院如果併同審判，固係基於審判不可分法則之適用所使然，如認不成立犯罪或無裁判上一罪關係，

法院就該函送併辦部分，自無從予以裁判，應退回由原檢察官另為適法之處理。原審刑事判決關於併辦部分，僅說明如何無從併辦之旨，原裁定稱已含類同無罪之論斷部分，用語雖欠精確。惟就本件蔡素榛等3 人所提起之附帶民事訴訟，類推適用同法第503條第1項但書規定，依其等之聲請，將之移送管轄法院之民事庭。按之前揭說明，裁定結果並無不合，應認抗告人之抗告為無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第490條前段、第412條，裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 18 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 劉 興 浪  
法官 李 英 勇

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 7 月 20 日  
書記官

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,1075

【裁判日期】1070725

【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1075號

上訴人 黃御統

選任辯護人 黃俊華律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國106年8月14日第二審判決（106 年度侵上訴字第16號，追加起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署105 年度偵字第3446號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於成年人故意對受照護之少年利用機會猥褻部分撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷發回部分：

- 一、本件原審審理結果，認為上訴人黃御統為花蓮縣壽豐鄉○○村○○路00號○○中○診所（下稱中○診所）之醫師，有原判決事實欄（下稱事實欄）一之(一)所載故意對受其照護之病患即未滿18歲之少年甲女（民國00年00月生，人別資料詳卷）利用其就診之機會予以猥褻之犯行，甚為明確，因而維持第一審論處上訴人以成年人故意對少年犯對受照護之人利用機會猥褻罪刑之判決，駁回其此部分在第二審之上訴，固非無見。
- 二、惟按：證據之證明力，雖由法官評價，且證據法亦無禁止得僅憑一個證據而為判斷之規定，然自由心證，係由於舉證、整理及綜合各個證據後，本乎組合多種推理之作用而形成，單憑一個證據通常難以獲得正確之心證，故當一個證據，尚不足以形成正確之心證時，即應調查其他證據。尤其證人之陳述，往往因受其觀察力之正確與否，記憶力之有無健全，陳述能力是否良好，以及證人之性格如何等因素之影響，而具有游移性；其在一般性之證人，已不無或言不盡情，或故事偏袒，致所認識之事實未必與真實事實相符，故仍須賴互補性之證據始足以形成確信心證；而在對立性之證人（如被害人、告訴人）、目的性之證人（如刑法或特別刑法規定得

邀減免刑責優惠者）、脆弱性之證人（如易受誘導之幼童）或特殊性之證人（如秘密證人）等，則因其等之陳述虛偽危險性較大，為避免失真，除施以具結、交互詰問、對質等預防方法外，尤應認有補強證據以增強其陳述之憑信性，始足為認定被告犯罪事實之依據。

三、經查：原判決認定上訴人有事實欄一之(一)所載對甲女乘機猥褻罪，所憑證據固有：(1)甲女於偵查中及原審之證述；(2)中○診所105年8月00日之監視錄影畫面；(3)甲女及其家人105年8月00日之手機翻拍照片；(4)上訴人105年8月00日之手機拍攝畫面；(5)證人即診所護士楊○如針對甲女105年7月00、00日就診印象及8月00日前後態度差異之證述；(6)甲女家人就告訴人於105年8月00日案發後之情緒反應之證言。然上訴人始終否認事實欄一之(一)所載利用聽診時機以左手手指在甲女右胸乳頭上下來回撫摸之行為。稽之甲女所指述之第一次被撫摸之時間為「105年6月份下午」、「6月中左右」（見警卷第13頁、他字卷第11頁、一審卷第1宗第226頁）已與卷附中○診所病歷紀錄所記載甲女之就診日期不相符合。起訴意旨逕謂「105年6、7月間某日下午」，第一審及原審則以甲女該時段就診之日期而認定為「105年7月間某日下午」，究係何時已有差異。再觀諸原判決所引上開證據，除甲女之指述外，楊○如針對甲女於105年7月00、00日（6月份沒有就診紀錄而該月份只有此2次就診紀錄）就診時僅證稱：「7月00、00日這2次伊印象中是沒有中途離開，甲女躺在床上至結束應該需要約25分鐘，若正在做心電圖時有其他病患進診所掛號，我們會請病患暫時在護理站外面坐一下，等心電圖做完後才幫他掛號，醫生進診間幫病患做診療時，若有其他病患進來掛號，若病患上身沒有衣服時，醫護人員要在旁邊。」等語，而未及其他，自難據為甲女指述之補強證據。況依甲女所述「當時我沒有想這麼多，但是我非常不舒服，我以為做心電圖都會這樣」（見警卷第16頁）、「我以為是因為檢查碰到」（見一審卷第1宗第215頁），足見甲女當下單純認係觸診檢查關係，而未立即報案或告知其他親人。參以在場護士楊○如並未發現異狀，則上訴人於該次診療過程，持聽診器於甲女胸前按壓，倘確有以手滑過甲女胸部乳頭，似仍不能完全排除係合理醫療處遇中誤觸之可能性，自難以甲女事後推想之單一指述形成正確之心證。至其餘上開(2)至(6)證據，似均僅足以就原判決事實欄一之(二)即上訴人另為105年8月00日犯行（即下述貳部分）為補強，原判決援引為

甲女指述上訴人此部分乘機猥褻之補強證據，難謂符合證據法則。

四、上訴意旨指摘原判決此部分不當，非無理由；因真相如何，仍待釐清究明，上述違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即強制猥褻）部分：

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

二、本件經原審審理結果，認為上訴人有事實欄一之(二)所載成年人故意對未滿18歲之甲女為強制猥褻之犯行，甚為明確，因而維持此部分第一審變更檢察官之起訴法條，改依刑法第224條及兒童及少年福利與權益保障法第112 條第1項規定，論處上訴人成年人故意對少年犯強制猥褻罪刑之判決，駁回檢察官及上訴人關於此部分在第二審之上訴。已詳述調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，對於上訴人否認犯行等所辯各詞何以不足採信，亦在理由內詳加指駁及說明。

三、上訴意旨略以：

(一)、原審論處上訴人強制猥褻犯行，就上訴人究如何對甲女為猥褻行為及施以強制力，除甲女指述外，於乏專業性之證據補強下，原判決遽認上訴人構成刑法第224 條強制猥褻之犯行，有判決不適用法則及理由不備之違法。

(二)、原審未依聲請對上訴人或甲女送請測謊鑑定，亦未指派專家對甲女為心理狀況之鑑定，實有應調查證據未予調查之違法。

(三)、強制猥褻部分，原審維持第一審之刑度，未予考量「司法院妨害性自主量刑資訊系統」所列量刑因子而判處高於平均刑度之有期徒刑2年4月，顯然過重，有違比例、平等及罪刑相當原則各等語。

四、惟按：證據之取捨、證明力之判斷與事實之認定，俱屬事實審法院裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即無違法可言，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之直接、間接證據，本於合理之推論而為判斷，要非法所不許。再被害人之供述證據，固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，倘其得以佐證供述所見所聞之犯罪非虛構，能予保障所供述事實之真實性，即已充分；至得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告之實行犯罪，但以此項證據與證人之供述綜合判斷，如足以認定犯罪事實者，仍不得謂其非補強證據。

經查：

- (一)、原判決係依憑上訴人不利於己之供述（坦承當日有為甲女吊掛點滴，於未有護士在場時為甲女腹部觸診之治療行為之事實），甲女（指證被害之經過）、楊○如（證述依規定醫生觸診時應有護理人員在旁，當天甲女做心電圖時其未全程在場等情）、甲女之母、兄嫂（均證述其親身見聞甲女當天就診後之情緒反應情形）之證言，佐以甲女繪製之現場圖、員警製作刑案現場測繪圖、中○診所照片及監視錄影畫面、甲女及其家人手機翻拍照片、上訴人手機翻拍照片及勘驗筆錄等證據資料，本於事實審推理之作用，認定上訴人確有本件強制猥褻犯行，並從上述證據相互勾稽、判斷，足以積極擔保甲女指訴確具相當真實性，得資為認定上訴人本件強制猥褻犯行之補強證據；核與經驗及論理等證據法則無違。
- (二)、證人陳述之內容，苟係供作證明被害人之身心狀態，或證明被害人之認知，或證明其聽聞被害人所造成之影響者，由於並非用來證明被害人轉述之內容是否真實，而是作為情況證據（間接證據）以之推論被害人陳述當時之心理或認知，或是供為證明對該被害人所產生之影響，實已等同證人陳述其當時所目睹被害人之情況，其待證事實與證人之知覺間有關連性，自屬適格之補強證據。原判決援引甲女之母、兄嫂之證言，係用以證明其目睹甲女於當日案發後之心理情緒反應，均具有補強證據之適格。上訴意旨認甲女之指述尚乏補強而執為指摘，尚非合法之第三審上訴理由。
- (三)、刑法所處罰之強制猥褻罪，係指性交以外，基於滿足性慾之主觀犯意，以違反被害人意願之方法所為，揆其外觀，依一般社會通念，咸認足以誘起、滿足、發洩人之性慾，而使被害人感到嫌惡或恐懼之一切行為而言。所稱「其他違反其意願之方法」，並不以類似同條項所列舉之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等方法為必要，祇要行為人主觀上具備侵害被害人

性自主之行使、維護，以足使被害人性自主決定意願受妨害之任何手段，均屬之。而人之智能本有差異，於遭逢身體、健康等問題，處於徬徨求助之際，其意思決定之自主能力顯屬薄弱而易受影響，若又以聽診、治療為手段（例如醫療必要等），由該行為之外觀，依通常智識能力判斷其方法、目的，未必欠缺合理性，且係趁人求醫治療之心理狀態，以卸除其原本理性防禦之思考空間，使之無法如通常一般人立即拒絕而離去之性自主決定，自屬一種違反意願之方法。本件原判決已於其理由貳之六(三)說明上訴人先利用為甲女從事心電圖醫療檢查之行為，撫弄甲女胸部，並接續利用為甲女注射點滴治療之機會，假藉觸診為撫摸屬性器部位之陰蒂，經甲女驚覺上訴人所為，顯非醫療行為而一再明確表明拒卻時，猶繼續撫摸甲女陰蒂，其行為顯逾正常醫療目的，而係滿足自己性慾之猥褻行為。況甲女當時正在注射點滴治療無法任意起身離去，年齡尚幼、生活單純，與上訴人獨處於診所，其因上訴人上開猥褻行為，致有「非常害怕、快被嚇死」之感覺，並明確表示不舒服而拒絕之意，上訴人猶不顧甲女反對續為猥褻行為，已構成「其他違反其意願之方法」甚明；而上訴人更利用甲女上述情狀為前開犯行，顯然已壓抑甲女之性自主意思，自屬違反甲女意願而有強制猥褻之故意無疑。核無上訴意旨所指有理由欠備及採證違背經驗及論理法則之情形。

- (四)、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且有調查可能之證據而言，若僅枝節性問題，或所欲證明之事項已臻明確，或就同一證據再度聲請調查，自均欠缺調查之必要性，未為無益之調查，即無違法可言。原審以本件事證已臻明確，且因上訴人罹患有不適宜進行測謊之慢性病史（見原判決第32頁），始未對上訴人及甲女為測謊鑑定之無益調查，自無違法可言。
- (五)、量刑之輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟法院於量刑時，已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，又未濫用其職權，即不得遽指為違法。原判決審酌上訴人身為醫師，明知甲女為年僅00歲之少女，社會生活經歷較淺，對醫師有相當之信任而聽從上訴人指示，袒露隱私部位接受檢查及聽診，竟利用醫療之機會，違反甲女意願加以強制猥褻，侵害其性自主決定權，使其身心受創不輕，惡性非淺，併其智識程度、身體狀況、家庭情況及犯罪後態度等一切情狀，量處有期徒刑2年4月。其刑之量定，既未逾

越法定刑度，又未濫用自由裁量之權限，即不能指為違法，而執為第三審上訴之合法理由。

五、上訴意旨，經核或係置原判決之論敘於不顧，或仍執陳詞再為事實上之爭辯，或就事實審法院證據取捨及量刑之職權行使，憑持己意泛言指摘，難謂已符合首揭法定上訴要件。上訴人此部分之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、第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 25 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 梁 宏 哲

法官 吳 進 發

法官 沈 揚 仁

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 7 月 30 日