

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、108 年度台上字第 2261 號.....	2
二、109 年度台上字第 4075 號.....	6
三、109 年度台上字第 4222 號.....	7
四、109 年度台上字第 4519 號.....	9
五、109 年度台上字第 4534 號.....	10
六、109 年度台上字第 4986 號.....	11
七、109 年度台抗字第 1372 號.....	13
八、109 年度台抗字第 1511 號.....	15

裁判全文

108 年度台上字第 2261 號.....	18
109 年度台上字第 4075 號.....	28
109 年度台上字第 4222 號.....	31
109 年度台上字第 4519 號.....	35
109 年度台上字第 4534 號.....	40
109 年度台上字第 4986 號.....	47
109 年度台抗字第 1372 號.....	51
109 年度台抗字第 1511 號.....	54

一、108 年度台上字第 2261 號（裁判書全文）

本件上訴人 2 人違反證交法等罪案件，本庭評議後，認為擬採為裁判基礎之法律見解，涉及下列二項法律爭議：

（一）關於證交法第 171 條第 1 項第 2 款之不合營業常規交易罪（或稱非常規交易罪、使公司為不利益交易罪），是否以真實交易行為為限？（下稱法律爭議一）。

（二）行為人以一行為該當證交法第 171 條第 1 項第 2 款不合營業常規交易罪、第 3 款特別背信罪之構成要件時，應如何論罪？（下稱法律爭議二）。

（三）關於法律爭議一：本院先前相同事實之裁判，已有複數紛爭見解之積極歧異。有採肯定說之見解，認為：證交法第 171 條第 1 項第 2 款之不合營業常規交易罪，係指真實交易但屬不合營業常規之情形；有採否定說之見解，認為證交法第 171 條第 1 項第 2 款之不合營業常規交易罪，實質並無交易之虛假行為，亦屬不合營業常規交易之範疇。至於法律爭議二，因本庭與本院其他刑事庭先前裁判所採法律見解歧異，且具原則重要性，乃就上開二法律問題應適用之法律見解，於民國 109 年 7 月 29 日向本院其他刑事庭提出徵詢。

（四）徵詢程序完成，關於：

1、法律爭議一部分，受徵詢之各刑事庭，均同意採否定說。是前揭採為裁判基礎之法律見解，經徵詢庭與受徵詢庭均採上開否定說之見解，已達大法庭統一法律

見解之功能，此部分無須提案予刑事大法庭裁判，即應依該見解就本案逕為終局裁判。法律爭議一採取否定說之見解，理由為：93 年 4 月 28 日修正前證交法第 171 條第 1 項第 2 款之不合營業常規交易罪，其立法目的，係以已發行有價證券公司之董事、監察人、經理人及受僱人等相關人員，使公司為不利益交易行為且不合營業常規，嚴重影響公司及投資人權益，有詐欺及背信之嫌，因受害對象包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大，實有必要嚴以懲處，以發揮嚇阻犯罪之效果。因此，在適用上自應參酌其立法目的，以求得法規範之真義。所謂「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」，祇要形式上具有交易行為之外觀，實質上對公司不利益，而與一般常規交易顯不相當，其犯罪即屬成立。以交易行為為手段之利益輸送、掏空公司資產等行為，固屬之，在以行詐欺及背信為目的，徒具交易形式，實質並無交易之虛假行為，因其惡性尤甚於有實際交易而不合營業常規之犯罪，自亦屬不合營業常規交易之範疇。不因 93 年修法時，為期法律適用之明確，另增訂第 3 款之公司董事、監察人及經理人背信、侵占罪，即認虛假交易行為不構成前揭不合營業常規交易罪。

- 2、法律爭議二部分，經依徵詢程序，向本院其他各刑事庭徵詢後，仍有不同之見解，乃以 108 年度台上大字第 2261 號裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一法律見解，經刑事大法庭於 109 年 10 月 29 日以 108 年度台上大第四字第 2261 號裁定，宣示主文：「行為人以一

行為該當證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款不合營業常規交易罪、第 3 款特別背信罪之構成要件時，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷。」並於裁定理由內說明：（1）一行為觸犯數罪名之想像競合犯，係指行為人以一個意思決定發為一個行為，而侵害數相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，成立數罪名之謂，乃處斷上之一罪（或稱科刑上一罪）。至於法條競合（或稱法規競合），則法未有明文規定，係指同一犯罪構成要件之一個犯罪行為，侵害同一法益，而因法條之錯綜關係，同時有數法條可以適用，乃依一般法理擇一適用之謂，為單純一罪。則關於保護重層性法益之犯罪，究係想像競合或法條競合，應就個別刑罰法律之規範保護目的及立法精神，探究其保護法益之主要、次要關係，並依主要保護法益是否同一定其競合關係。（2）證交法第 1 條明白揭示「為發展國民經濟，並保障投資，特制定本法。」為其立法目的，可知「發展國民經濟」及「保障投資」為該法的核心精神。89 年 7 月 19 日修正公布增訂第 171 條第 1 項第 2 款規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受損害者。」之不合營業常規交易罪，立法理由說明：「使公司為不合營業常規或不利益交易行為，嚴重影響公司及投資人權益，有詐欺及背信之嫌，因受害對象包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大，實有必要嚴以懲處。」復於 93 年 4 月 28 日修正時，將「致

公司遭受損害」，修正為「致公司遭受重大損害」，並說明：「本條所規定之證券犯罪均屬重大影響金融秩序，且常造成廣大投資人之重大損失，為使法益侵害與刑罰刑度間取得衡平，爰提高刑期三年以上十年以下有期徒刑。」故前揭構成要件中所稱「致公司遭受重大損害」，通常雖指金錢等財物損失，並以損失金額與公司規模等衡量損害是否重大，但法無明文限於金錢等有形之財物損失，如對公司之商業信譽、營運、智慧財產權等造成重大損害者，縱未能證明其具體金額，仍亦屬之。依此修法歷程，足見不合營業常規交易罪所保護之法益，並非僅止於發行有價證券公司之財產法益，反而主要著重在整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，屬重層性法益犯罪。（3）證交法於前揭 93 年修法時，增訂第 171 條第 1 項第 3 款規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產。」之特別背信、特別侵占罪。再於 101 年 1 月 4 日修正時，增列「致公司遭受損害達新臺幣五百萬元」之要件；同時增訂第 3 項規定：「有第一項第三款之行為，致公司遭受損害未達新臺幣五百萬元者，依刑法第三百三十六條及第三百四十二條規定處罰。」以符合處罰衡平性及侵占、背信罪本質為實害結果之意涵，明揭第 171 條第 1 項第 3 款為刑法侵占、背信罪之特別規定，參酌證交法之立法目的，顯將原僅保護公司財產法益之侵占罪及背信罪轉為重層性法益之罪，

而使該罪亦兼及保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益。(4) 以上二罪雖均屬重層性法益之罪，保護之法益不免互有重疊，但特別侵占、特別背信罪係以行為人侵占或背信致發行有價證券公司遭受之損害，是否達 500 萬元的量性指標，作為適用證交法或刑法之依據，足見係側重於保護個別公司之整體財產法益，此與不合營業常規交易罪主要在於保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，明顯有別。(5) 綜合證交法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款之立法目的、構成要件之涵攝範圍及規範保護目的，不合營業常規交易罪與特別背信罪雖規定在同一條項，但二者主要保護法益並不具同一性，非屬法條競合關係，行為人以一行為該當此二罪之構成要件，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷等旨。已就本件前揭擬採為裁判基礎之法律見解予以統一。

參考法條：證券交易法第 171 條第 1 項第 2、3 款。

二、109 年度台上字第 4075 號（裁判書全文）

毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項運輸毒品罪之「運輸」，係指基於運輸犯意，將毒品轉運輸送至異地而言。是除行為人之傳送持有行為，性質上已為其他高度犯行包含評價在內者外，不論其運輸毒品之動機與方法如何、目的係為自己或他人，均不能對其本於轉運輸送意思所為獨立運輸行為，置而不論，以免評價不足。此觀之毒品危害防制條例於民國 109 年 1 月 15 日修正公

布增訂第 17 條第 3 項（因供自己施用而犯運輸毒品罪且情節輕微者，得減輕其刑）之規定（自同年 7 月 15 日生效施行），於立法理由明示：本法對「運輸」毒品之行為均一律依據第 4 條加以處罰，對於行為人係自行施用之意圖而運輸毒品之行為，並無不同規範之旨亦明。而毒品交易之買賣雙方，就販賣行為本身而言，固為對向關係，但若購毒者與出賣人，除買賣意思相對立之關係外，尚就毒品之轉運輸送具有平行一致、朝同一目的之犯意聯絡，或就彼此行為相互利用分擔，達成運輸毒品至異地交付買受人（或指定之人）收取之目的，即難僅因買賣雙方內部具對向性質，而排除共同運輸之適用。此與單純由賣方一己運輸至臺灣後，方售予買受人之情形不同，應予辨明。

參考法條：毒品危害防制條例第 4 條。

三、109 年度台上字第 4222 號（裁判書全文）

- （一）判斷賄賂罪之隱藏性構成要件「對價關係」的成立與否，衡酌面向可歸納出包括是否偏離常軌及影響力二個層面。前者之審查基準，在於判認授受行為究為符合一般社會通念所容許之禮尚往來，或係偏離常軌之逸脫往來；後者之審查基準，則係釐清授受行為是否足以影響公務員就其職權作為之決定，或民眾對於公務員執行職務之信賴，亦即依據一般社會健全通念，而判斷行求之一方所提供之金錢、財物或利益，是否足以收買公務員職權行為之行使或不行使。此二層面的具體認定標準，除了應探求授受雙方之認知及法律規範容許範圍（例如政

治獻金法等)外，在偏離常軌之審查，也必須詳加探求例如授受之目的是否暗藏有擔保不法行為免遭查緝或稽查，抑在補貼職權行為之用意；授受行為是建立在業務上之審核關係，或如一般親朋好友間送往迎來之非業務關係；授受標的之名目、內容、價額或消費地點是否偏離常軌；授受之名義是否與系爭待決或已決事項有關；收受者是否出現一反常態的特別表現等客觀情形，本於社會常情及人性觀點加以判斷。在影響力之審認，亦須綜合衡酌例如授受行為是否足以影響公務員就職權行為之決定，或民眾對於公務員執行職務之信賴；職權行為之內容是否為特定關係事項；授受之時間是否與職權行為之決定有關聯性等客觀情形。至於該收受者實際上是是否真正被影響、有無踐履行賄者所冀求之行為，皆不影響對價關係之認定。

- (二) 原判決已依卷證內容，敘明上訴人宴請陳○財及招待按摩之目的，係冀求陳○財進行鑽心取樣、檢查時，不要依規定行事，只要任由業者自行辦理，俾免被估驗不合格；而基於雙方平日無交情（欠缺經常送往迎來之相互交誼關係）；估驗者與被估驗者之工程業務審查關係；偏離常軌之消費地點、內容、名目；授受利益之價額；足以影響陳○財就估驗等職權行為之決定；陳○財果真實現上訴人之冀求；估驗係陳○財職權行為之特定關係事項；授受之時間與職權行為之決定有關聯性等各項因素綜合判斷，認上開利益之給予，並不符合一般社會健全通念所容許之正常禮儀酬酢。因認上訴人之賄賂行為與陳○財所為違背職務行為間，具有對價關係。經核並

無不合。

參考法條：貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款。

四、109 年度台上字第 4519 號（裁判書全文）

（一）依本案行為時勞動基準法（下稱勞基法）第 2 條第 6 款規定，勞動契約係指約定勞雇關係之契約。而勞動契約之類型特徵，觀諸勞基法就勞動契約主要給付義務之規定，關於勞務給付之方式，勞務債務人受有工作時間、休息、休假之限制，必須依勞務債權人所定之工作時間、時段給付勞務，而不能自由支配工作時間、時段，即勞務債務人對於勞務債權人有人格上之從屬性；關於報酬之給付，勞務債務人依約給付勞務，勞務債權人即必須依約給付報酬，此勞務債務人報酬之有無，繫諸於勞務債權人經營之成敗，而非勞務債務人提供勞務之成果，即勞務債務人對於勞務債權人有經濟上之從屬性。當勞務契約具備上開類型特徵時，即應屬於勞基法所稱之勞動契約。而勞動契約中之勞、雇雙方，分屬職業安全衛生法第 2 條第 2 款受僱從事工作獲致工資之勞工，及同條第三款之事業主或事業之經營負責人。

（二）本件更換藝術玻璃工程，係由吳○亮負責先拆卸藝術玻璃後，被害人始進行安裝，是被害人必須在歐○公司指定之地點，親自進行工作；且因僅安裝，不包括拆卸，故項目內容需與歐○公司人員分工，時間、方式上亦需互相配合；復以被害人因安裝玻璃向歐○公司領取報酬，其用以更換之藝術玻璃則由歐○公司提供，並非連工帶料；工作是否完成，由仁○○智中心與歐○公司認定

，被害人並未參與其中；另參諸上開外牆藝術玻璃原第一次之安裝工程，係由其他人員安裝，足徵該工作並不具有不可代替性之高度專業。從而，被害人就本件工程其負責之藝術玻璃安裝部分，對歐○公司有人格上、經濟上及組織上之從屬性，歐○公司與被害人間具有僱傭契約之性質等語甚詳。此乃屬原審採證認事職權之適法行使，核與客觀上之經驗法則、論理法則尚無違背。

參考法條：職業安全衛生法第 2 條第 2 款、第 3 條。

刑法第 276 條。

五、109 年度台上字第 4534 號（裁判書全文）

- （一）傳聞證據，係指作為認定事實基礎之事實，未經直接體驗者本人於公判庭陳述，而以其他方式提出於公判庭之證據。換言之，公判庭之供述或書面如係以公判庭外之供述為其內容，並用以證明該「供述內容」是否真實，該公判庭之供述或書面即屬傳聞證據，應依傳聞法則定其證據能力之有無。反之，待證事實倘係證明該「供述本身」之存否，而非該「供述內容」是否真實，縱公判庭之供述或書面係以公判庭外之供述為其內容，亦無所謂傳聞之問題，自無傳聞法則之適用。
- （二）卷查證人 B 姨及 C 友關於上訴人如何徒手猥褻 A 女生殖器及上訴人說不可以跟別人說一節，均屬其等以聽聞自 A 女在審判外之陳述而到庭轉述之證言，非其等親身之經驗見聞，性質上固屬傳聞證據，且為 A 女陳述之重覆或累積，而不足採為 A 女指訴之補強證據。然證人 B 姨就關於案發時 C 友及 A 女與上訴人睡在同一張床上，及

證人 C 友證稱：其與 A 女和上訴人一起睡在同一張床上，上訴人將 A 女抱至客廳，其察覺有異查看時，發現上訴人抱著 A 女躺在沙發上，上訴人躺在外側、A 女躺在內側，當時就有所懷疑，因而把 A 女抱起來，並生氣的大聲質問上訴人，上訴人沒有回答等語，則為其等直接經驗見聞之事項，既非傳聞證據，亦與 A 女陳述分屬不同之獨立證據，原判決在此範圍內，採為判斷 A 女主要陳述內容為真實之補強證據。經核乃其認事用法之合法職權行使，既無違背經驗及論理等證據法則，亦無證據與理由矛盾之違法。

參考法條：刑事訴訟法第 159 條。

六、109 年度台上字第 4986 號（裁判書全文）

- （一）對於特定類型犯罪有規定被告自白應給予司法豁免或減輕刑事責任寬典，係本於突破法院應能積極發現實體真實之理想主義傳統思維，間接承認在訴訟制度下「發現真實」有其極限，當無礙於公益與法秩序前提下，鼓勵被告或犯罪嫌疑人能積極參與真實之發現，使犯罪事實能早日釐清、追訴權可順利發動與使案件之審判及早確定，故給予相當程度之司法豁免或減刑利益。此處所謂自白，係指承認犯罪事實之全部或主要部分，並為應負刑事責任之陳述。其中犯罪事實之全部固無論矣，至何謂犯罪事實之「主要部分」，仍以供述包含主觀及客觀之構成要件該當事實為基本前提，且須視被告或犯罪嫌疑人未交代犯罪事實部分係歪曲事實、避重就輕而意圖減輕罪責，或係出於記憶之偏差，或因不諳法律而異其

效果。倘被告或犯罪嫌疑人未交代之犯罪事實，顯然係為遮掩犯罪真象，圖謀獲判其他較輕罪名甚或希冀無罪，自難謂已為自白；惟若僅係記憶錯誤、模糊而非故意遺漏犯罪事實之主要部分，或只係對於自己犯罪行為之法律評價有所誤解。均經偵、審機關根據已查覺之犯罪證據、資料提示或闡明後，於明瞭後而對犯罪事實之全部或主要部分為認罪之表示，自不影響自白之效力。又不論被告或犯罪嫌疑人之自白，係出於主動或被動、簡單或詳細、一次或多次，均得稱為自白，即法律上並不排除「概括自白」之效力，但尚不能單憑其等供述「有做（某行為）」、「承認」或「知錯」等概括用語，即逕認已對犯罪事實之全部或主要部分為自白，仍應綜合被告或犯罪嫌疑人於單一或密接之訊（詢）問之全部供述內容、先後順序及承辦人員訊（詢）問之問題密度等情綜合判斷被告或犯罪嫌疑人是否確有自白或有無被剝奪自白之機會。尤以案件於偵查階段時，因其事實具有浮動及不確定性，更有隨時增減之可能，不若在審判中，因刑事訴訟法第 264 條第 2 項第 2 款規定檢察官對於犯罪事實應記載於起訴書中，已然特定且明確，故被告或犯罪嫌疑人對於司法警察移送之犯罪事實往往並不清晰，更遑論有些移送內容過於籠統、概括，故只要被告或犯罪嫌疑人於檢察官起訴前就司法警察或檢察官訊（詢）問過之起訴犯罪事實曾為認罪之表示，即應認符合自白之要件，僅司法警察及檢察官未曾就起訴犯罪事實訊（詢）問過被告或犯罪嫌疑人，或其等已曾表示認罪，但司法警察及檢察官未進一步加以訊（詢）問是否願

為自白，致妨礙被告或犯罪嫌疑人因自白而可獲取司法豁免或減刑之權益時，始應例外為其等有利之認定。

- (二) 以上訴人行為時之毒品危害防制條例第 17 條第 2 項為例，其規定犯同條例第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑，係為鼓勵此類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設。其中所謂「自白」，係指被告或犯罪嫌疑人對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意。於毒品案件而言，販賣毒品與無償轉讓、合資購買、幫助他人施用毒品或與他人共同持有毒品，係分屬不同之犯罪事實，倘被告或犯罪嫌疑人供稱係為他人購買毒品，自難認已就販賣毒品之事實為自白，要無前揭減刑規定之適用。且行為人主觀上有無營利之意圖，乃販賣、轉讓毒品、為他人購買毒品而成立幫助施用毒品等犯罪之主要分際，亦為各該犯罪異其刑罰輕重之評價原因，屬販賣毒品犯罪之重要主觀構成要件事實，如被告或犯罪嫌疑人就販賣毒品犯罪之營利意圖未作供認，即難謂已就販賣毒品之犯行有所自白。

參考法條：毒品危害防制條例第 17 條第 2 項。

七、109 年度台抗字第 1372 號（裁判書全文）

法院依刑法第 74 條第 1 項及第 2 項為附負擔緩刑宣告確定，其後該緩刑之宣告，因同法第 75 條第 1 項或第 75 條之 1 第 1 項所定事由遭撤銷時，因該緩刑宣告原屬合法，其撤銷之效力當非如違法之宣告（如不符合刑法第 74 條第 1 項之規定而宣告緩刑）應溯及既往失效，而係

自撤銷緩刑確定時起失效，亦即排除其未來之效力。準此，被告尚未履行之部分，既已失踐行之依據，自無庸再履行。至已履行之部分，則因立法者就撤銷緩刑所定之事由，分別為緩刑前因故意所犯之他罪或緩刑期內因故意更犯之新罪，而在緩刑期內受一定刑度之有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定；或緩刑期內因過失更犯罪，而在緩刑期內受有期徒刑之宣告確定；或違反第 74 條第 2 項第 1 款至第 8 款之所定負擔情節重大者（參刑法第 75 條第 1 項、第 75 條之 1 第 1 項），核均屬被告在緩刑期內或緩刑期前所為可歸責之事由，且各該事由皆屬其事前所得知悉，並可預見緩刑被撤銷之可能性。是上開事由既為立法者所預設，屬立法形成，復無違背憲法基本原則，且客觀上均可歸責於被告。從而，被告依緩刑宣告已履行之負擔，並無值得保護之信賴，尚難謂有信賴保護原則之適用，自不得請求返還或賠償。且查與所附負擔及撤銷事由幾近相同之附負擔緩起訴（參刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項、第 253 條之 3 第 1 項），於檢察官撤銷緩起訴之處分時，就被告已履行之部分，同法第 253 條之 3 第 2 項明定「不得請求返還或賠償」；另授予利益之合法附負擔行政處分，於法規准許廢止，或受益人未履行該負擔，而由原處分機關依職權廢止時，該行政處分自廢止時或自廢止機關所指定較後之日時起，失其效力，且受益人就其已履行之部分，亦無請求補償之權，此觀行政程序法第 123 條、第 125 條、第 126 條之規定即明。本諸相同法理，緩刑之宣告經依法撤銷後，被告已履行之部分，當亦不得請求返還或賠償。又

原刑法緩刑之規定，僅設定 2 至 5 年之觀察期間，並無附負擔之規定，欠缺在緩刑期間內對受緩刑宣告人之具體觀察手段，為落實緩刑意旨，且基於個別預防、鼓勵被告自新及復歸社會之目的，94 年 2 月 2 日刑法修正時，仿刑事訴訟法緩起訴附負擔之規定，於刑法第 74 條增訂第 2 項，導入緩刑期間內附負擔之機制，並於 95 年 7 月 1 日施行。依增訂緩刑附負擔規定之立法意旨，復參以違反緩刑所定負擔，須情節重大，始構成裁量撤銷緩刑之事由，且此事由亦非撤銷緩刑之唯一原因。足見緩刑所附之負擔與撤銷緩刑間，並無絕對性之聯結，且緩刑所附之負擔，或係對於被害人關係之修復；或為賦予被告社會公益責任；或者係使被告回復身心正常之處遇；抑或為預防犯罪與保護被害人之相應舉措，皆非刑罰之替代性措施。因此，緩刑之宣告經撤銷後，被告已履行部分不予返還或賠償，亦無違反一罪不二罰原則之可言。

參考法條：刑法第 74 條、第 75 條、第 75 條之 1。

刑事訴訟法第 253 條之 2、第 253 條之 3。

八、109 年度台抗字第 1511 號（裁判書全文）

- （一）刑罰乃國家防止犯罪及維護社會生活秩序之必要手段，惟其為最嚴厲之制裁，對於輕微犯罪之人，一旦置諸罪犯薈聚之所，耳濡目染，未見改善，反生流弊，自宜有所節制，為防止短期自由刑之流弊，並藉以緩和自由刑之嚴厲性，刑法第 41 條設有易科罰金及易服社會勞動制度，以符自由刑最後手段原則，此觀民國 90 年 1 月

10 日、98 年 12 月 30 日修正刑法第 41 條之立法理由載敘：易科罰金及易服社會勞動制度係在替代短期自由刑之執行，避免其流弊等旨即明。而依中華民國九十六年罪犯減刑條例第 2 條之規定，減刑係減其宣告刑，亦不失為宣告刑，且因最終應執行之刑，仍為減得之刑，而非原宣告刑，倘其減得之刑為 6 月以下有期徒刑或拘役，既為短期自由刑，其執行仍有刑法第 41 條得易科罰金及易服社會勞動規定之適用，俾符防止短期自由刑流弊之立法本旨。是刑法第 41 條第 1 項、第 3 項關於得易科罰金及得易服社會勞動要件所定「受 6 月以下有期徒刑或拘役宣告」，亦包括減刑之宣告。此由向來實務對於被告所犯之罪符合得易科罰金之要件者，併於判決主文諭知易科罰金之折算標準，因此中華民國八十年罪犯減刑條例第 10 條、九十六年罪犯減刑條例第 9 條，本於上述刑法第 41 條之立法宗旨，明定減得之刑符合「6 月以下有期徒刑、拘役」得易科罰金要件者，應於為減刑裁判時，併諭知易科罰金之折算標準，益可瞭然。

- (二) 受刑人行為時所犯之罪法定刑為 7 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 25 萬元以下罰金，經臺灣高等法院以前開判決處有期徒刑 1 年，減為有期徒刑 6 月，符合刑法第 41 條第 3 項規定得易服社會勞動。檢察官援引臺灣高等法院暨所屬法院 97 年法律座談會刑事類提案第 5 號及本院 103 年度第 4 次刑事庭會議（二）決議意旨，否准受刑人易服社會勞動之聲請，顯係增加法律所無之限制，難謂適法。因而撤銷臺灣臺北地方檢察署

否准受刑人易服社會勞動之執行指揮（109 年 7 月 31 日北檢欽持 109 執聲他 0000 字第 00000000000 號函），經核於法尚無違誤。

參考法條：刑法第 41 條。

中華民國八十年罪犯減刑條例第 10 條。

中華民國九十六年罪犯減刑條例第 9 條。

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 2261 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 10 月 30 日

裁判案由：違反證券交易法等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第2261號

上訴人 楊淑嬌

選任辯護人 魏雯祈律師

上訴人 陳燦堂

選任辯護人 陳守煌律師

上列上訴人等因違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108年3月28日第二審判決（106 年度金上重訴字第329號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署102年度偵字第2354、5039、5741、7001、7002、7003、7250、8686、9200、9388、10117、10199、10645、14935號），提起上訴，除原判決事實欄二所示楊淑嬌共同背信部分外，本院判決如下：

主 文

原判決關於其附表一編號一（三）至（六）、附表一編號二（二）至（五）所示部分撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

其他上訴駁回。

理 由

甲、撤銷發回部分

壹、本件原判決認上訴人楊淑嬌、陳燦堂（下稱上訴人2 人）均有如其事實欄（下稱事實欄）四至七所載之犯行，因而撤銷第一審判決關於楊淑嬌如原判決附表（下稱附表）一編號一（三）、一（五）部分之科刑判決，改判各依想像競合犯關係，依序從一重論處楊淑嬌如附表一編號一（三）所示共同犯證券交易法（下稱證交法）第171條第1項第3 款之背信罪刑及為相關沒收之宣告、附表一編號一（五）所示共同犯證交法第171條第2項之背信罪刑。另維持第一審關於依想像競合犯，從一重論處：（一）楊淑嬌如附表一編號一（四）、一（六）所示共同犯證交法第171條第1項第3款之背信2罪刑。（二）陳燦堂如附表一編號二（二）、（三）及（五）所示共同犯證交法第171條第1項第3款之背信3罪刑、如附表一編號二（四）所示共同犯證交法第171條第2項之背信罪刑部分之判決，駁回其2 人各該部分在第二審之上訴。固非無見。

貳、惟查：

一、本件上訴人2 人違反證交法等罪案件，本庭評議後，認為擬採為裁判基礎之法律見解，涉及下列二項法律爭議：

（一）關於證交法第171條第1項第2 款之不合營業常規交易罪（或稱非常規交易罪、使公司為不利益交易罪），是否以真實交易行為為限？（下稱法律爭議一）。

（二）行為人以一行為該當證交法第171條第1項第2 款不合營業常規交易罪、第3 款特別背信罪之構成要件時，應如何論罪？（下稱法律爭議二）。

（三）關於法律爭議一：本院先前相同事實之裁判，已有複數紛爭見解之積極歧異。有採肯定說之見解，認為：證交法第171條第1項第2 款之不合營業常規交易罪，係指真實交易但屬不合營業常規之情形；有採否定說之見解，認為證交法第171條第1項第2 款之不合營業常規交易罪，實質並無交易之虛假行為，亦屬不合營業常規交易之範疇。至於法律爭議二，因本庭與本院其他刑事庭先前裁判所採法律見解歧異，且具原則重要性，乃就上開二法律問題應適用之法律見解，於民國109年7月29日向本院其他刑事庭提出徵詢。

（四）徵詢程序完成，關於：

- 1、法律爭議一部分，受徵詢之各刑事庭，均同意採否定說。是前揭採為裁判基礎之法律見解，經徵詢庭與受徵詢庭均採上開否定說之見解，已達大法庭統一法律見解之功能，此部分無須提案予刑事大法庭裁判，即應依該見解就本案逕為終局裁判。法律爭議一採取否定說之見解，理由為：93年4月28日修正前證交法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪，其立法目的，係以已發行有價證券公司之董事、監察人、經理人及受僱人等相關人員，使公司為不利益交易行為且不合營業常規，嚴重影響公司及投資人權益，有詐欺及背信之嫌，因受害對象包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大，實有必要嚴以懲處，以發揮嚇阻犯罪之效果。因此，在適用上自應參酌其立法目的，以求得法規範之真義。所謂「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」，祇要形式上具有交易行為之外觀，實質上對公司不利益，而與一般常規交易顯不相當，其犯罪即屬成立。

以交易行為為手段之利益輸送、掏空公司資產等行為，固屬之，在以行詐欺及背信為目的，徒具交易形式，實質並無交易之虛假行為，因其惡性尤甚於有實際交易而不合營業常規之犯罪，自亦屬不合營業常規交易之範疇。不因93年修法時，為期法律適用之明確，另增訂第3款之公司董事、監察人及經理人背信、侵占罪，即認虛假交易行為不構成前揭不合營業常規交易罪。

- 2、法律爭議二部分，經依徵詢程序，向本院其他各刑事庭徵詢後，仍有不同之見解，乃以108年度台上大字第2261號裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一法律見解，經刑事大法庭於109年10月29日以108年度台上大四字第2261號裁定，宣示主文：「行為人以一行為該當證券交易法第171條第1項第2款不合營業常規交易罪、第3款特別背信罪之構成要件時，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷。」並於裁定理由內說明：（1）一行為觸犯數罪名之想像競合犯，係指行為人以一個意思決定發為一個行為，而侵害數相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，成立數罪名之謂，乃處斷上之一罪（或稱科刑上一罪）。至於法條競合（或稱法規競合），則法未有明文規定，係指同一犯罪構成要件之一個犯罪行為，侵害同一法益，而因法條之錯綜關係，同時有數法條可以適用，乃依一般法理擇一適用之謂，為單純一罪。則關於保護重層性法益之犯罪，究係想像競合或法條競合，應就個別刑罰法律之規範保護目的及立法精神，探究其保護法益之主要、次要關係，並依主要保護法益是否同一定其競合關係。（2）證交法第1條明白揭示「為發展國民經濟，並保障投資，特制定本法。」為其立法目的，可知「發展國民經濟」及「保障投資」為該法的核心精神。89年7月19日修正公布增訂第171條第1項第2款規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受損害者。」之不合營業常規交易罪，立法理由說明：「使公司為不合營業常規或不利益交易行為，嚴重影響公司及投資人權益，有詐欺及背信之嫌，因受害對象包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大，實有必要嚴以懲處。」復於93年4月28

日修正時，將「致公司遭受損害」，修正為「致公司遭受重大損害」，並說明：「本條所規定之證券犯罪均屬重大影響金融秩序，且常造成廣大投資人之重大損失，為使法益侵害與刑罰刑度間取得衡平，爰提高刑期三年以上十年以下有期徒刑。」故前揭構成要件中所稱「致公司遭受重大損害」，通常雖指金錢等財物損失，並以損失金額與公司規模等衡量損害是否重大，但法無明文限於金錢等有形之財物損失，如對公司之商業信譽、營運、智慧財產權等造成重大損害者，縱未能證明其具體金額，仍亦屬之。依此修法歷程，足見不合營業常規交易罪所保護之法益，並非僅止於發行有價證券公司之財產法益，反而主要著重在整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，屬重層性法益犯罪。（3）證交法於前揭93 年修法時，增訂第171條第1項第3 款規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產。」之特別背信、特別侵占罪。再於101年1 月4日修正時，增列「致公司遭受損害達新臺幣五百萬元」之要件；同時增訂第3 項規定：「有第一項第三款之行為，致公司遭受損害未達新臺幣五百萬元者，依刑法第三百三十六條及第三百四十二條規定處罰。」以符合處罰衡平性及侵占、背信罪本質為實害結果之意涵，明揭第171條第1項第3 款為刑法侵占、背信罪之特別規定，參酌證交法之立法目的，顯將原僅保護公司財產法益之侵占罪及背信罪轉為重層性法益之罪，而使該罪亦兼及保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益。（4）以上二罪雖均屬重層性法益之罪，保護之法益不免互有重疊，但特別侵占、特別背信罪係以行為人侵占或背信致發行有價證券公司遭受之損害，是否達500 萬元的量性指標，作為適用證交法或刑法之依據，足見係側重於保護個別公司之整體財產法益，此與不合營業常規交易罪主要在於保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，明顯有別。（5）綜合證交法第171條第1項第2款、第3 款之立法目的、構成要件之涵攝範圍及規範保護目的，不合營業常規交易罪與特別背信罪雖規定在同一條項，但二者

主要保護法益並不具同一性，非屬法條競合關係，行為人以一行為該當此二罪之構成要件，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷等旨。已就本件前揭擬採為裁判基礎之法律見解予以統一。則本庭就本件採為裁判基礎之法律見解，依法院組織法第51條之10之規定，自應受刑事大法庭前揭裁定見解之拘束。

二、原判決認上訴人2 人及其他正犯所為僅有交易之外觀，而實質上並無交易之虛假行為，亦屬證交法第171條第1項第2 款之不合營業常規交易罪之範疇，並與所犯第3 款之特別背信罪，二者依想像競合犯關係，從一重論以特別背信罪，此部分法律之適用，依上開本院一致之見解及刑事大法庭之裁定，原無不合。惟證交法第171條第1項第2 款之不合營業常規交易罪，乃針對嚴重影響公司及投資人權益之惡性重大不法交易，基於保護廣大投資大眾目的，於93年4 月28日修正時，將原致公司遭受「損害」之規定，修正為致公司遭受「重大損害」為其結果要件，性質上屬實害結果犯。其損害是否重大之認定，應以受損害之金額與該公司之規模（例如公司年營業額及公司資產等）加以比較，以衡量判斷之。又有罪判決書，對於此項「重大損害」結果要件之具體事實，不僅須詳加認定記載明白，且須說明其憑以計算之依據及理由，方足資以論罪科刑。原判決雖於事實欄四、五、六、七認定上訴人2 人與其他正犯共同為不利益且不合營業常規之交易，依序掏空和鑫光電股份有限公司（下稱和鑫光電公司）資產新臺幣（下同）1,968萬元、5,082萬元、1億5,676萬8,209.94 元（係由510萬7,084美元折算成新臺幣）、3,491萬2,500 元，使該公司受有重大損害等情。然其理由欄僅就上開交易行為，致和鑫光電公司遭受前揭金額之損害為說明，並未進一步與公司當時規模（例如年營業額及資產等）加以分析比較，以究明其行為對和鑫光電公司經營或規模是否達重大損害之程度？並說明其憑以認定之依據及理由，遽認上訴人2 人所為均成立前述罪名，有應於審判期日調查證據未予調查及判決理由欠備之違法。

三、有罪判決書所記載之犯罪事實，為論罪科刑適用法律之基礎，故凡於構成要件有關之重要事項，必須詳加認定，明確記載，並敘明所憑之證據及認定之理由，且其事實認定與理由

說明，應互相適合，方為合法。倘事實認定與理由說明，不相一致，或事實與理由欄內之記載，前後不一致，依刑事訴訟法第379 條第14款規定，均屬判決理由矛盾。原判決事實欄七先稱：陳燦堂明知交易為不實，工程款將退回給張文毅等人，除與張文毅等人有犯意聯絡外，亦基於填製不實會計憑證之犯意，於97年5月2日指示不知情之林秀美開立發票號碼為ZU000000000，銷售額3,325萬元，稅額166萬2,500元，金額3,491萬2,500元之不實統一發票1張。於97年5月5日，自和鑫光電公司設於台新國際商業銀行竹科分行帳號000-00-000000-0-00號帳戶全額匯款至「百總華銀五甲帳戶」內等情（見原判決第32頁）。其後於理由欄卻謂：「百總工程公司（即百總工程股份有限公司，下同）既未施工，為何會開立統一發票取款，經原審（指第一審）傳喚證人林秀美到庭結證稱：百總工程公司有承攬和鑫光電公司廠房樓地板微振動檢測工程，工程款3千多萬元，是游裕發指示我開立發票，那時候好像很急，但我不知道我有沒有跟陳總（指陳燦堂）報告這張發票，假如有說，應該也只跟他說要開請款發票而已等語……顯見游裕發確有急於要林秀美開立統一發票之事實……本件全部工程款係於開出發票當日匯款又輾轉匯出提現交付楊淑嬌等情」（見原判決第90、91頁）。原判決前揭事實之認定與理由之說明，顯不相適合，自有判決理由矛盾之違誤。

四、有罪之判決書，事實認定與理由說明不相一致，即有判決理由矛盾之違法。原判決於事實欄六認定陳燦堂之犯意，包括：基於意圖為自己或他人之利益，違背職務、非常規交易、違反證交法第174條第1項第5款傳票內容虛偽記載之犯意聯絡，及參與各該犯行之分擔等情（見原判決第25、26頁）。惟其理由欄卻僅稱陳燦堂就事實欄六所為，係犯證交法第171條第1項第2款、第2項加重非常規交易罪、同法第171條第1項第3款、第2項加重特別背信罪（見原判決第110、111頁）。關於陳燦堂被訴涉犯證交法第179條、第174條第1項第5款之帳簿文書記載不實罪嫌部分，是否成立犯罪，未為判斷及說明，難謂適法。

參、以上或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，原判決前揭違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁

判，應認原判決關於上開部分有撤銷發回更審之原因。

乙、上訴駁回部分

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，認定陳燦堂、楊淑嬌依序有如事實欄二、三所載之犯行明確，因而撤銷第一審關於陳燦堂如附表一編號二（一）部分之科刑判決，改判依想像競合犯關係，從一重論處陳燦堂犯商業會計法第71條第1 款之填製不實（尚犯刑法背信）罪刑，並適用中華民國九十六年罪犯減刑條例宣告減得之刑；另維持第一審依想像競合犯關係，從一重論處楊淑嬌如附表一編號一（二）所示共同法人之行為負責人犯證交法第171條第1項第1 款之申報、公告不實（尚犯行使變造私文書、行使偽造私文書）罪刑及為相關沒收之宣告部分之判決，駁回其該部分在第二審之上訴（至原判決事實欄二所示楊淑嬌共同背信部分，本院已於109年9月2 日先行判決駁回上訴確定）。已詳敘認定犯罪事實所憑證據及理由。

參、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。本件關於陳燦堂如事實欄二部分，原判決係綜合陳燦堂之陳述（供稱2億3,010萬元工程款是虛列），及證人劉志春、黃鴻傑（依序為實際施作南鑫光電公司第五代彩色濾光片廠無塵室及一般空調新建工程〔下稱本案工程〕之天汗工程股份有限公司負責人、監造本案工程之人）之證言，及卷內相關證據資料，而為陳燦堂有事實欄二所示商業會計法第71條第 1 款之填製不實（下稱違反商業會計法）犯行之認定，並說明百總工程公司與南鑫光電公司於92年9 月28日簽訂本案工程契約時，確有浮報工程款2億3,010萬元之事實，陳燦堂係百總工程公司之負責人，竟與張錫強、張文毅（依序為南鑫光

電公司董事長、總經理）有墊高南鑫光電公司之工程成本之謀議，其明知附表三所示之3 張統一發票，實際上均為浮報之工程款，最終將匯至非其保管之百總工程公司合作金庫商業銀行五股分行帳戶，供張錫強、張文毅、楊淑嬌運用，百總工程公司實際上未收受此浮報之銷售金額，卻將此不實事項，記載於前揭統一發票（會計憑證），其有違反商業會計法之犯意甚明。陳燦堂知悉無施作該等工程，卻配合開立統一發票請款，自有填製不實憑證無誤。陳燦堂所為其不知情，無違反商業會計法等語之辯解，難以採信之理由。所為論列說明，與卷證資料悉相符合，亦不違背經驗法則與論理法則。且該部分事證已臻明確，欠缺調查之必要性，原審未再為無益之調查，無違法可言。陳燦堂上訴意旨稱其主觀上認為百總工程公司得向業主請領工程款項，並無幫助南鑫光電公司逃漏稅捐之犯意，自無故意違反商業會計法罪之認識，並爭執原審就工程款實際金額究係若干未予查明，指摘原判決違誤等語。係就原審採證、認事職權之行使及原判決已說明論斷之事項，依憑己意而為指摘，難認屬上訴第三審之適法理由。

肆、關於楊淑嬌如事實欄三（即和鑫光電公司95年上半年度財務報告、合併財務報告、95年度財務報告、合併財務報告、96年第一季財務報告不實）部分，原判決係以：於96年4 月間，時屆95年度及96年度第一季財務報告申報及公告期限，擔任和鑫光電公司財務處處長之楊淑嬌獲悉會計師楊文安、佟韻玲對和鑫光電公司、鑫新投資股份有限公司在 LGT Bank in Liechtenstein Ltd（中譯：列支敦士登皇室家族銀行）之定期存款有重大疑慮，要求將該定期存款須全數匯回，否則拒絕簽證財務報告一情，遂向張文毅、陳威宇（係和鑫光電公司監察人）告知應儘速匯回該定期存款，張文毅即向楊淑嬌說明該定期存款已轉投資北京建廠，楊淑嬌仍與張文毅、陳威宇共同基於違反證交法第171條第1項第1 款財報不實及行使變造、偽造私文書之犯意聯絡，而為行為之分擔等情。並於理由欄說明憑以認定之證據及理由。因而依想像競合犯從一重論處其共同法人之行為負責人犯證交法第171條第1項第1 款之申報、公告不實罪刑。所為判斷於法無違。楊淑嬌上訴意旨主張其無違反證交法第171條第1項第1 款規定之

犯意，其所為僅可能涉犯刑法第216條、第215條之行使業務登載不實文書罪。係以自己之說詞、持不同之評價而為事實之爭執，並非上訴第三審之合法理由。

伍、刑之量定，屬為裁判之法院得依職權裁量之事項，如其量刑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，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。原判決就陳燦堂所犯商業會計法第71條第1款之填製不實罪，以陳燦堂之責任為基礎，具體審酌關於刑法第57條科刑等一切情狀，在罪責原則下行使裁量權，而為刑之量定。所處之刑，既未逾越法定刑度，又無濫用其裁量權限或違反比例原則等情形，於法尚無不合。陳燦堂上訴意旨執另經檢察官為緩起訴處分或法院諭知緩刑之案例，指摘原判決量刑不公及過重。惟個案情節不同，自無從比附援引，不得執另案之偵查或判決結果，資為指摘原判決量刑違法之論據。又原判決係以第一審判決就陳燦堂所犯上開部分，雖於理由內說明應適用中華民國九十六年罪犯減刑條例予以減刑，惟其主文中並未為減刑之諭知，而予撤銷，改判仍論處第一審判決所宣告之罪刑，並另諭知減得之刑，其於附表一第一審主文之後，「減刑事由」欄記載有中華民國九十六年罪犯減刑條例之適用，並無矛盾之情形。陳燦堂上訴意旨執以指摘，同非適法之第三審上訴理由。

陸、上訴人2人其餘上訴意旨，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，或為事實上之枝節爭執，難認符合前述法定之第三審上訴要件。至陳燦堂另就想像競合所犯行為時刑法第342條第1項之背信罪（係不得上訴於第三審之案件）部分，所為之指摘，自無庸論列。

柒、依上所述，楊淑嬌上開部分及陳燦堂前揭違反商業會計法部分之上訴，俱違背法律上之程式，均應駁回。陳燦堂前揭違反商業會計法部分之上訴，既從程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪關係，經第一審及原審均認有罪屬不得上訴第三審之背信（修正前刑法第342條第1項）部分之上訴，自無從為實體上審判，亦應一併駁回。

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 109 年 10 月 30 日

刑事第九庭審判長法官 許錦印
法官 何信慶
法官 朱瑞娟
法官 高玉舜
法官 李英勇

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 109 年 11 月 3 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 4075 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 10 月 07 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第4075號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官李豫雙

被告 張書淵

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年10月29日第二審判決（108年度上重訴字第29號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署104年度偵字第18754號、105年度毒偵字第627號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於運輸第一級毒品、私運管制物品進口無罪部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審關於被告張書淵共同運輸第一級毒品部分之科刑判決（依想像競合犯從一重論處），改判諭知該部分無罪，固非無見。

二、惟查：

（一）毒品危害防制條例第4條第1項至第4項運輸毒品罪之「運輸」，係指基於運輸犯意，將毒品轉運輸送至異地而言。是除行為人之傳送持有行為，性質上已為其他高度犯行包含評價在內者外，不論其運輸毒品之動機與方法如何、目的係為自己或他人，均不能對其本於轉運輸送意思所為獨立運輸行為，置而不論，以免評價不足。此觀之毒品危害防制條例於民國109年1月15日修正公布增訂第17條第3項（因供自己施用而犯運輸毒品罪且情節輕微者，得減輕其刑）之規定（自同年7月15日生效施行），於立法理由明示：本法對「運輸」毒品之行為均一律依據第4條加以處罰，對於行為人係自行施用之意圖而運輸毒品之行為，並無不同規範之旨亦明。而毒品交易之買賣雙方，就販賣行為本身而言，固為對向關係，但若購毒者與出賣人，除買賣意思相對立之關係外，尚就毒品之轉運輸送具有平行一致、朝同一目的之犯意聯絡，或就彼此行為相互利用分擔，達成運輸毒品至異地交付買受人（或指定之人）收取之目的，即難僅因買賣雙方內部具對向性質，而排除共同運輸之適用。此與單純由賣方一己運輸至

臺灣後，方售予買受人之情形不同，應予辨明。

(二)原判決既根據相關通訊內容，與依指示自柬埔寨運輸本件海洛因至臺灣之馬來西亞籍人FAMI SAFRINA BINTI MOHAMED FADZILLAH（下稱FAMI。業經判處運輸第一級毒品罪刑確定。於104年8月8日下午5時10分許自柬埔寨金邊搭機至馬來西亞，於同年9月9日凌晨1時25分許經由馬來西亞吉隆坡轉機，於同日上午7時許進入臺灣）所為證述，及其他證據資料，認FAMI所稱「HENRY」（LINE名稱為「Rose Rodney」者）係出售海洛因之人、所稱「JOHN」（即被告所指綽號「長腳」，LINE名稱為「Han Andrew」者）為居間聯絡雙方買賣之人，被告則為購毒者。稽之原判決所憑相關通訊資料，被告先於104年8月8日晚間8時前，透過通訊軟體以暗語與「長腳」商定海洛因交易內容，約明以美金計價，「長腳」復於次日邀「Rose Rodney」加入通訊，以英語指示（由「長腳」翻譯）取交海洛因時間、地點與注意事項（見104年度偵字第16826號卷第46至52頁）。依彼等交代匯款銀行帳號（柬埔寨設有銀行）、等候「Rose Rodney」指示前往飯店向外籍人士接取海洛因及需要翻譯等聯絡過程，均不待彼此言明，即互相意會、應答，被告顯然知悉該海洛因交易係約定由國外運輸進入臺灣至指定飯店取交之事，仍決意配合。且被告經檢察官訊以「是否請『Han Andrew』去柬埔寨仲介毒品」時，業陳明：是要去買毒品，「Han Andrew」好像在柬埔寨，因而以LINE與之聯絡，由對方通知拿取海洛因時間、地點，…之前已將一部分價款匯給柬埔寨的「Han Andrew」，預備拿到貨之後再匯錢過去（見104年度偵字第16826號卷第78頁背面）；並於第一審供承案發時「長腳」在柬埔寨各情（見第一審卷二第21頁背面）。如若無訛，被告似知悉仍決意透過「長腳」（即起訴書所指「JOHN」）自柬埔寨購買海洛因、約定運至臺灣交貨，且已支付部分價金，而等候安排並配合該海洛因自國外運抵臺灣交其收取。則原判決疏未就被告與出賣人間，除買賣意思相對立之關係外，被告是否因自國外購買海洛因，且與出賣人約定從國外轉運輸送交易標的進入臺灣境內交付，而對於運輸海洛因一事具有平行一致、朝同一目的之犯意聯絡？或是否已透過指定、配合收取地點，彼此互相利用，達成運輸海洛因進入臺灣交付買受人目的

之行為分擔等項細予研求，並為必要之說明。即逕以賣方於交付毒品前之運輸行為，係為完成或履行出賣人販賣行為之一部分，被告僅為毒品交易之買方，難認有共同運輸之犯意聯絡或行為參與，無從令其就賣方交付毒品前之運輸行為共同負責等由，而為有利被告之認定，難認無理由欠備或適用法則失當之違誤。

三、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決該部分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 109 年 10 月 7 日

刑事第九庭審判長法官 許 錦 印
法官 李 英 勇
法官 何 信 慶
法官 高 玉 舜
法官 朱 瑞 娟

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 109 年 10 月 12 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 4222 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 10 月 08 日

裁判案由：違反貪污治罪條例

最高法院刑事判決

109年度台上字第4222號

上訴人 杜奇清

選任辯護人 張振興律師

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109年6月23日第二審更審判決（106年度重上更（二）字第46號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署99年度偵字第22328 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原判決認定上訴人杜奇清有如其事實欄所載共同連續對於公務員違背職務行為交付賄賂犯行明確，因而撤銷第一審所認上訴人共同連續犯利用職務機會詐取財物罪刑之判決，經比較新舊法，改判依修正前刑法連續犯、牽連犯等規定，從一重論處上訴人共同連續對於公務員違背職務行為交付賄賂罪刑（宣處有期徒刑1年6月，減為有期徒刑9 月，褫奪公權1 年）。經核原判決均已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由。
- 三、上訴意旨略以：伊與共犯湯憲金（系爭工程施工廠商負責人，另案審理中）、周德福（系爭工程施工廠商副總經理，業經判刑確定）都否認周德福曾將湯憲金交待系爭舖瀝清工程要偷工減料之旨轉告伊照辦，則如何建構渠等3 人間的共犯關係？另原判決認本件是由伊決定賄賂之方式，惟伊在公司之位階係在湯憲金、周德福之下，如何能作主？其事證為何？再者，本件之賄賂方式是否與公務員之違背職務行為間有

對價關係，或僅為一般性應酬交際？原判決均未予說明，判決理由顯然欠備。退步言，若仍認伊犯行明確，也請考量伊罹患腫瘤及輸尿管結石等病症，請予改判緩刑。

四、惟查：

- (一)原判決主要是依憑：(1)上訴人在歷次偵訊時，一再直言：「周德福……有要求我要控制成本、偷工減料」「湯憲金也曾在公司開會（中），講授如何將鑽孔試體調包的技巧」「瀝青厚度鋪薄一點，是公司政策的考量，湯憲金在開會時會向員工講，要大家考慮成本」等語之自白；湯憲金、周德福一致坦稱：湯憲金有交待周德福須轉知上訴人就系爭工程不能鋪那麼厚，應考慮成本問題等情之證言；湯憲金與周德福關於上開交待上訴人（杜的）要偷工減料之通訊監察譯文；參以相關單位嗣後至現場會勘，經鑽心取樣測量厚度、觀察施作品質，確認本件系爭工程存在偷工減料及估驗不實情形，此有相關會勘紀錄在卷，足見渠等3 人間就系爭工程之偷工減料情形，有犯意聯絡及行為分擔。(2)上訴人始終坦認：系爭餐宴、按摩之報銷清單3 紙，皆由其註明消費時間、地點、項目、金額、用途（名義）等，並均簽名為憑（其中有2 張亦經周德福簽名確認），並據以向公司會計請款等語之自白；同案被告陳福財（當時任職改制前臺北縣政府工務局養護工程課，另案審理中）所坦認：上訴人確實有於系爭時、地，約其前往餐宴、按摩及付款結帳等語之證言；周德福、湯憲金、另案被告周文騰（系爭工程施工廠商人員，業經判刑確定）及證人許素蘭（系爭工程施工廠商會計）、湯淑華（系爭工程施工廠商蓋公司小章人員）等所述：上訴人持系爭餐宴、按摩之報銷清單3 紙請款，公司有如數付款，公司容許不須拿發票而以「工地零用金」名義請款，只要請款人寫好報銷清單呈單位主管（周德福）轉呈負責人湯憲金簽章，即可付款等節之證詞；註明消費時間、地點、項目、金額、用途（名義）等之報銷清單3 紙，而認上訴人確實有以上開利益行賄陳福財之事實，且雖湯憲金、周德福未一同前往消費，但3 人就本件行賄行為，仍具有犯意聯絡及行為分擔。因而論上訴人共同連續犯貪污治罪條例第11條第4 項、第1 項之對於公務員違背職務行為交付賄賂罪，並無理由不備可言。

(二)判斷賄賂罪之隱藏性構成要件「對價關係」的成立與否，衡酌面向可歸納出包括是否偏離常軌及影響力二個層面。前者之審查基準，在於判認授受行為究為符合一般社會通念所容許之禮尚往來，或係偏離常軌之逸脫往來；後者之審查基準，則係釐清授受行為是否足以影響公務員就其職權作為之決定，或民眾對於公務員執行職務之信賴，亦即依據一般社會健全通念，而判斷行求之一方所提供之金錢、財物或利益，是否足以收買公務員職權行為之行使或不行使。此二層面的具體認定標準，除了應探求授受雙方之認知及法律規範容許範圍（例如政治獻金法等）外，在偏離常軌之審查，也必須詳加探求例如授受之目的是否暗藏有擔保不法行為免遭查緝或稽查，抑在補貼職權行為之用意；授受行為是建立在業務上之審核關係，或如一般親朋好友間送往迎來之非業務關係；授受標的之名目、內容、價額或消費地點是否偏離常軌；授受之名義是否與系爭待決或已決事項有關；收受者是否出現一反常態的特別表現等客觀情形，本於社會常情及人性觀點加以判斷。在影響力之審認，亦須綜合衡酌例如授受行為是否足以影響公務員就職權行為之決定，或民眾對於公務員執行職務之信賴；職權行為之內容是否為特定關係事項；授受之時間是否與職權行為之決定有關聯性等客觀情形。至於該收受者實際上是否真正被影響、有無踐履行賄者所冀求之行為，皆不影響對價關係之認定。

查原判決已依卷證內容，敘明上訴人宴請陳福財及招待按摩之目的，係冀求陳福財進行鑽心取樣、檢查時，不要依規定行事，只要任由業者自行辦理，俾免被估驗不合格；而基於雙方平日無交情（欠缺經常送往迎來之相互交誼關係）；估驗者與被估驗者之工程業務審查關係；偏離常軌之消費地點、內容、名目；授受利益之價額；足以影響陳福財就估驗等職權行為之決定；陳福財果真實現上訴人之冀求；估驗係陳福財職權行為之特定關係事項；授受之時間與職權行為之決定有關聯性等各項因素綜合判斷，認上開利益之給予，並不符合一般社會健全通念所容許之正常禮儀酬酢。因認上訴人之賄賂行為與陳福財所為違背職務行為間，具有對價關係。經核並無不合。

五、綜上，上訴意旨無非就原審之認事、用法等職權之適法行使

，仍執陳詞，重複爭執，非確實依據卷內訴訟資料而為指摘，難認為適法的第三審上訴理由。應認本件上訴，都不合法律上之程式，予以駁回。至原判決有無違法，與上訴是否以違法為理由係屬二事，應予辨明。

本件上訴既不合法，不能為實體審理，上訴人所請宣告緩刑，無從處理，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 10 月 8 日

刑事第三庭審判長法官 洪 昌 宏
法官 蔡 彩 貞
法官 林 孟 宜
法官 吳 淑 惠
法官 邱 忠 義

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 109 年 10 月 13 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 4519 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 10 月 22 日

裁判案由：過失致人於死

最高法院刑事判決

109年度台上字第4519號

上訴人 吳金霖（原名吳雋熙、吳佳祐）

選任辯護人 許文彬律師

李儼峰律師

上列上訴人因過失致人於死案件，不服臺灣高等法院中華民國108年11月28日第二審判決（108年度上訴字第1924號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署105年度偵字第11227號、106年度偵字第6243號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按依刑事訴訟法第377 條規定，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；而上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。如果上訴理由書狀並未具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所為指摘，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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由係屬二事。
- 二、本件原審經審理結果，認為上訴人吳金霖過失致人於死犯行明確，因而撤銷第一審關於上訴人部分所為不當判決，改判仍論處上訴人過失致人於死罪刑，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。上訴人不服，提起上訴。

三、經查：

- (一)依本案行為時勞動基準法（下稱勞基法）第2條第6款規定，勞動契約係指約定勞雇關係之契約。而勞動契約之類型特徵，觀諸勞基法就勞動契約主要給付義務之規定，關於勞務給付之方式，勞務債務人受有工作時間、休息、休假之限制，必須依勞務債權人所定之工作時間、時段給付勞務，而不能自由支配工作時間、時段，即勞務債務人對於勞務債權人有人格上之從屬性；關於報酬之給付，勞務債務人依約給付勞

務，勞務債權人即必須依約給付報酬，此勞務債務人報酬之有無，繫諸於勞務債權人經營之成敗，而非勞務債務人提供勞務之成果，即勞務債務人對於勞務債權人有經濟上之從屬性。當勞務契約具備上開類型特徵時，即應屬於勞基法所稱之勞動契約。而勞動契約中之勞、雇雙方，分屬職業安全衛生法第2條第2款受僱從事工作獲致工資之勞工，及同條第三款之事業主或事業之經營負責人。

原判決認定歐美藝術琉璃有限公司（下稱歐美公司）因承攬「財團法人新竹市私立天主教仁愛啟智中心」（下稱仁愛啟智中心）之「小型住宿機構外牆造型鑲嵌藝術玻璃更換安裝工程」，僱用被害人洪守憲於該工地從事玻璃更換安裝工作。上訴人擔任該公司負責人，為職業安全衛生法第2條第3款所稱雇主，對該工程之工作場所之設備及勞工有管理、監督或指揮權責，卻疏未注意依法使勞工配戴安全帽並提供安全帶等防墜設施，致被害人於該工程工地四樓陽台進行工作時，因未配戴安全帽及使用安全帶，不慎墜落地面，傷重死亡等情，已綜合上訴人、證人即上訴人之父吳寬亮、母陳瑩娟分別於偵查、審理中所為之供述，及第一審勘驗案發當天錄影光碟、筆錄等，說明本件更換藝術玻璃工程，係由吳寬亮負責先拆卸藝術玻璃後，被害人始進行安裝，是被害人必須在歐美公司指定之地點，親自進行工作；且因僅安裝，不包括拆卸，故項目內容需與歐美公司人員分工，時間、方式上亦需互相配合；復以被害人因安裝玻璃向歐美公司領取報酬，其用以更換之藝術玻璃則由歐美公司提供，並非連工帶料；工作是否完成，由仁愛啟智中心與歐美公司認定，被害人並未參與其中；另參諸上開外牆藝術玻璃原第一次之安裝工程，係由其他人員安裝，足徵該工作並不具有不可代替性之高度專業。從而，被害人就本件工程其負責之藝術玻璃安裝部分，對歐美公司有人格上、經濟上及組織上之從屬性，歐美公司與被害人間具有僱傭契約之性質等語甚詳。此乃屬原審採證認事職權之適法行使，核與客觀上之經驗法則、論理法則尚無違背。

上訴意旨未具體指摘原判決此部分說明如何違法或不當，徒主張本案歐美公司與洪守憲間應係承攬關係，並非僱傭關係，原判決遽援引上開供述證據與施工現場之表象而推斷彼等

間係僱傭關係，事實認定有適用法則不當之違背法令云云，顯係置原判決上開論述於不顧，徒憑其個人主觀見解，任意指摘原判決違法，並重為事實之爭執，已無足採。況依上開被害人對歐美公司之人格上、經濟上及組織上從屬性之說明，彼等之契約，縱非典型之僱傭契約，而兼有承攬性質，然既為勞動契約，應亦有職業安全衛生法上開規定之適用。此部分上訴意旨殊非適法之第三審上訴理由。

(二)當事人聲請調查之證據，非但須與待證事實有重要關係，且就其案情亦確有調查之必要者，方與刑事訴訟法第379 條第10款之「應於審判期日調查之證據」相當，否則，事實審法院縱未予調查，亦不屬於上開條款規範之範圍，自不得執為上訴第三審之理由。

原判決就上訴人於民國108年11月6日具狀，以被害人第一次與歐美公司合作施作另件墾丁天主教堂藝術玻璃扶手工程，證人鄧德富曾在場親睹被害人與歐美公司洽談該工程施作時間、報酬等為由，聲請訊問該證人，資以證明被害人此次承作本件工程，與歐美公司間係承攬關係一節，業於理由內敘明被害人與歐美公司人員如何洽談施作本件工程相關細節，非其他旁人所能知悉，且該墾丁天主教堂藝術玻璃扶手工程與本件工程契約，係毫不相涉之不同契約，二者間並無必然之關聯性，是原審認上訴人此部分訊問證人之聲請，無贅行調查之必要，並無不合。

上訴人上訴意旨雖以其於原審言詞辯論終結後，復於同年11月6 日具狀補陳仁愛啟智中心上開藝術玻璃第一次鑲嵌工程係由鄧德富施作，鑲嵌範圍並包括本案「五餅藝術玻璃」部分，而再度聲請訊問鄧德富，調查本件安裝玻璃勞務內容與專業程度，此外，並以本件工程之「專業程度」如何，亦有委請相關專業機構鑑定之必要為由，請求原審委託鑑定，乃原審竟認鄧德富無訊問之必要，且漠視卷內無任何專業鑑定，未經鑑定即逕自認定本件工程專業程度較低，均有證據調查職責未盡之違法云云。

惟衡情工程之施作，常因歷次施作目的、規模大小、時空、經費預算等之考量，而採取不同之方式與規劃，與該工程先後施作之處所、標的是否同一，施作內容專業性高低，尚無直接、必然之關聯性。是縱上開藝術玻璃原始鑲嵌工程，係

採承攬之方式由鄧德富承包，且具高度專業性，亦無從因此認定本次僅部分玻璃之安裝，亦必同樣採取承攬方式。原判決未依上訴人之請求，再開辯論，重為調查，及就本件工程之專業程度委請鑑定，核均無何證據調查職責未盡可言。此部分上訴意旨，純係徒憑己意，漫事指摘原判決違法，亦非適法之第三審上訴理由。

(三)至於上訴意旨指原審未查明被害人已獨資設立「宏田玻璃不銹鋼工程行」，不可能復以個人身分受僱於歐美公司，其自負營業盈虧，且本身即為該項業務之技術專家，在人格、經濟、組織等各方面均具獨立性，並未從屬於上訴人等情，有證據調查職責未盡；原審以上訴人未提供安全帽及安全帶為由，認定上訴人對被害人之死亡應負過失罪責，顯係將上訴人應否負過失罪責之判斷時點，自被害人墜落之際，提前至其進入施工鷹架之時，認定失之寬濫而擴張上訴人過失責任，有違論理法則等各節；核亦均係就原審已詳為論述之事項，徒憑自己之說詞，恣意指摘，重為事實之爭執，尤無足取。另上訴意旨主張被害人遺屬已獲勞保給付新臺幣（下同）2百餘萬元及案外人信展營造有限公司等已賠償80萬元、被害人領得之被害補償金款項已逾第一審法院判決之賠償金額款項勢將致使上訴人遭代位求償、上訴人從事玻璃藝術業務與家庭等狀況及其有給付慰問金之意願、被害人遺屬另對歐美公司及上訴人提起多件民事訴訟尚在調查進行中等各節，則俱對本件上訴人過失致人於死罪責之認定，尚不生影響，上訴人執為上訴理由，客觀上自不足憑以認定原判決已具備違法之形式要件。

四、綜上所述，本件上訴意旨，無非係就原審採證認事職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑己見，任意指摘為違法，要難謂為適法之第三審上訴理由。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中	華	民	國	109	年	10	月	22	日							
				刑	事	第	三	庭	審	判	長	法	官	洪	昌	宏
												法	官	林	孟	宜
												法	官	吳	淑	惠
												法	官	邱	忠	義

法 官 蔡 彩 貞

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 109 年 10 月 29 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 4534 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 10 月 29 日

裁判案由：妨害性自主

最高法院刑事判決

109年度台上字第4534號

上訴人 吳○○（代號000000000000Z，真實姓名年籍詳卷）

選任辯護人 邱超偉律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108年11月28日第二審判決（108年度侵上訴字第76號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署107 年度偵字第7296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、上訴人吳○○上訴意旨略以：

(一)原判決根據被害人A女（民國00年0月生，姓名、年籍詳卷）於105年7月15日、106年9月4日偵查及108年3月13日第一審之陳述，作為認定上訴人犯罪事實之依據。然A女另於：(1) 105年7月15日偵查時證稱：「（問：阿公只有在咕咕外面摸？）裡面摸。（問：是插進去嗎？）（點頭）。…（問：阿公摸妳的次數？）很多次」等語，(2) 106年9月4日偵查時證稱：「（問：所提及阿公對妳做的事為何？）他有用舌頭舔我咕咕，也有用手跟雞雞弄我咕咕，這是不同天發生的事。…（問阿公用舌頭舔妳咕咕時，是在上午、中午、下午、晚上、睡覺？）是在要睡覺時，當時我和哥哥和小惠阿姨在阿嬤房間睡覺，阿公有時在客廳打麻將，有時候在阿嬤房間，阿姨則是在客廳看電視，阿公把我抱出去到客廳…阿公把我抱出去時，我眼睛已經睜開了，我有叫阿公不要舔，阿公說要舔一下，小惠阿姨有看到我被抱出去。…（問：阿公用

手弄妳咕咕是何時？）是跟用舌頭舔我咕咕是同一天。（問：阿公用雞雞弄妳咕咕是何時？）是在晚上，也是在阿嬤家發生，但與用舌頭舔我咕咕是不同天。…（問：小惠阿姨有做什麼嗎？）她有把我抱回房間。…（問：阿公用雞雞弄妳咕咕時，妳為何當時會在阿嬤家？）阿姨帶我去阿公家玩，當時只有帶我一個人去，哥哥沒有去，小惠阿姨也有去，當時是在學期中，是跟現在唸同一所學校，是在一、二年級的時候。…（問：阿公用雞雞弄妳咕咕，是在早上、中午、下午、晚上、睡覺？）那一天阿姨是早上就帶我去阿嬤家，本來阿嬤要帶我回家，但因為阿姨家很遠，阿嬤說再留下一下，那天晚上是在阿嬤家睡覺，我是在阿嬤的房間睡覺，當時阿姨也有在阿嬤房間內，改稱只有小惠阿姨在阿嬤房間睡，阿姨在車上睡」等語，(3)108年3月13日第一審證稱：「（問：妳又進去房間睡覺，是小惠阿姨抱妳進去嗎？）小惠阿姨牽著我的手進去」等語。A女關於「阿公有時在客廳打麻將」、「阿姨則是在客廳看電視」、「哥哥沒有去」、「那一天阿姨是早上就帶我去阿嬤家，本來阿嬤要帶我回家，…阿嬤說再留下一下…我是在阿嬤的房間睡覺」，及如何摸、裡面或外面、次數、天數及侵害之方式等，除與原判決認定之犯罪事實不符，亦與其他證人所述之場景、人物不合。原判決僅擷取A女部分證詞而為不利於上訴人之論斷，置其互為矛盾之陳述不顧，認事用法有違論理法則及理由矛盾之違失。

(二)A女指訴上訴人性侵害之時間，係105年5月29日，高雄榮民總醫院鑑定之時間為同年6月6日，相距僅1星期，且其鑑定事由是「就個案疑似遭受性侵害案件，協助鑑定個案是否有創傷壓力症候群、理解及表達能力、與證詞的可信度」，亦係就性侵害案件為鑑定，雖該案對象非上訴人，但案由相同。依經驗法則，A女倘確遭上訴人性侵害，豈有可能未於該案鑑定中提及之理。原判決僅因該案鑑定內容與本案無關，遽認無從為有利上訴人之認定。所為論斷違反經驗法則，且有不適用法則之違失。

(三)證人C友於第一審證稱：「（問：那天有無很熱？）有。（問：當天的床有多大？）不大。（問：可否形容是單人床或雙人床？）差不多是雙人床。（問：大概可以睡幾個人？）3個大人就很擠了，轉身就會互相碰到。（問：妳當天晚上

睡覺，有無看到被告對A女做不好的動作？）沒有」等語，與上訴人所辯「當時很熱」、「床上很擠」相符，且未見上訴人對A女有何不法行為。此為有利於上訴人之證據，原判決未說明何以不採之理由，有理由不備之違法。

- (四)證人B姨證述：當天我跟C友一起帶A女去上訴人住處過夜，我睡在外面車上，C友跟A女睡在房間，C友早上有跟我說上訴人半夜把A女抱出去，之後我有問A女，一開始A女都不說，後來慢慢問，才說上訴人把她抱到沙發上，讓她躺在沙發內側，上訴人躺在外側，用手弄她的生殖器弄得很痛等語，及C友證稱：我跟B姨於案發時帶A女一起去上訴人居處過夜，我跟A女睡房間床上，上訴人把A女抱出來，一開始我覺得應該沒關係，但是因為超過半小時都還沒回來，我就出去外面看，發現上訴人抱著A女躺在沙發上，上訴人躺在外側、A女躺在內側，我當時就有懷疑上訴人在做甚麼，直接把A女抱起來，生氣大聲的問上訴人說在做甚麼，上訴人沒有回答，繼續睡覺，後來A女有跟我說上訴人摸她生殖器摸到很痛，A女一開始說「怕說出來會被罵，阿公說不可以跟別人說」等語，均係聽聞而來之傳聞證據。原判決援引B姨及C友之上開證詞，作為認定A女陳述為真實之補強證據，與上開有利於上訴人之事證不符，亦有證據與理由矛盾之違失。

三、惟查：

- (一)原判決依憑上訴人之部分供述、證人A女、B姨、C友及D社工（高雄市社會局代號187 社工，姓名、年籍詳卷）於警詢、偵查及第一審之證言、兒少保護個案工作服務紀錄表、性侵害犯罪事件通報表、指認犯罪嫌疑人紀錄表、現場照片、相關真實姓名年籍對照表等證據資料，資以認定上訴人有原判決事實欄所記載之犯罪事實，因而維持第一審論處上訴人犯對未滿14歲之女子強制猥褻罪刑之判決，駁回其在第二審之上訴，已詳述其依憑之證據及認定之理由。並對於上訴人否認犯行，辯稱：我只是要把A女抱到客廳沙發睡覺，並無對A女為猥褻行為云云。經綜合調查證據之結果，認不可採，已在判決內詳予指駁，並說明其理由。以上所為的事實認定及得心證理由，俱有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得的各直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，即未違背客觀存在的經驗法則、論理法則及證據法則。

(二)證據的取捨及其證明力的判斷與事實之認定，俱屬事實審法院自由判斷裁量的職權，此項自由判斷職權的行使，倘不違背客觀存在的經驗法則及論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定意旨甚明。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。而補強證據所補強者，不以犯罪事實之全部為必要，祇須因補強證據與被害人之指述相互利用印證，在客觀上足以使人對該犯罪事實獲得確信之心證者，即足當之。又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，法院仍得本其自由心證予以斟酌，非謂一有不符或矛盾，即應認其全部均為不可採信；尤其關於犯人之特徵、犯罪之手段及結果等之細節方面，證人之指陳，難免因時間與記憶等因素，略有出入或故予誇大渲染；然其對基本事實之陳述，若果與真實性無礙時，則仍非不得採信。原判決理由已說明：

1. 證人A女於偵訊及第一審審理時證稱：B姨和C友帶我去○○以前阿嬤跟阿公（即上訴人）住的地方房間睡覺，C友也在房間睡覺，我本來在房間睡覺，阿公把我抱到客廳沙發躺著，摸我尿尿的地方，那時候我已經醒了，我有跟阿公說我不喜歡，叫阿公不要摸，後來是C友出來把我抱回去房間，阿公才沒有摸等語，核與：(1)上訴人自承：當天我有喝酒醉，半夜看到A女睡在我旁邊，我就要把A女抱到客廳沙發睡，後來是C友出來把A女從我手中抱走等語；(2)證人C友於警詢、偵訊及第一審審理時證稱：我跟B姨於案發時帶A女一起去上訴人居處過夜，我跟A女睡房間床上，上訴人把A女抱出來，一開始我覺得應該沒關係，但是因為超過半小時都還沒回來，我就出去外面看，發現上訴人抱著A女躺在沙發上，上訴人躺在外側、A女躺在內側，我當時就有懷疑上訴人在做甚麼，直接把A女抱起來，生氣大聲的問上訴人說在做甚麼，上訴人沒有回答，繼續睡覺等語；(3)證人B姨於警詢、偵訊及第一審審理時證稱：當天我跟C友一起帶A女去上訴人住處過夜，我睡在外面車上，C友跟A女睡在房間，C友早上跟我說上訴人半夜把A女抱出去，之後我有問A女，一開始A女都不說，後來慢慢問，才說上訴人把她抱到沙發上，讓她躺在沙發內側，上訴人躺在外側，用手弄她的生殖器弄得很痛等

語相符。

2. 證人D社工於偵訊時證稱：我於105年6月22日到A女就讀學校進行訪視時，A女向我提到之前阿姨帶她去○○阿嬤住的地方，阿公有用手摸她尿尿的地方，所以由我通報，我有詢問A女家屬，B姨一開始吞吞吐吐說沒有，後來才說A女有說上訴人亂摸她身體等語。依本案發現之經過，係由D社工主動發現通報，並非A女及其家屬主動提出告訴，已見A女及其家屬並無主動訴追本案之意；參以：(1)證人A女於第一審審理時證稱：我小的時候都是B姨照顧我，每天都會帶我去○○看阿嬤，都會看到阿公，我不會因為阿公不買東西給我吃生氣等語；(2)證人B姨第一審證稱：上訴人是我母親的同居人，A女在這件事情發生之前跟上訴人很好，上訴人現在也還在我們家住等語；(3)證人C友於第一審證稱：阿嬤很疼A女，A女跟上訴人關係也不錯等語；(4)證人A母於第一審審理時證稱：我母親跟我說要原諒上訴人，要我幫上訴人講話，叫我撤告，不要告上訴人等語，更見上訴人與A女及其家族成員，平日關係良好，彼此甚為熟稔，並無利益衝突，A女及其家屬亦未對上訴人提出民事求償，A女之外祖母甚而要求A母撤回告訴，其等實無刻意設詞誣陷之必要，應認證人A女並無任何構陷上訴人之動機。
3. 細繹證人A女歷次之證述內容，其對於遭受上訴人性侵害之過程雖有不一，但對於指述上訴人用手撫摸其生殖器乙節，則屬一致。佐以證人A女於第一審證稱：之前我有講得不一樣的地方，是因為我看到阿公會怕，而且阿嬤希望我原諒阿公，所以我沒有講等語，及證人A母於第一審證稱：我母親跟A女說，要A女不要追究此事，我母親也叫我原諒上訴人，要我幫上訴人講話等語，足證A女係因受到外部人際壓力，始未能完整證述全部過程。縱基於罪疑有利被告之原則，僅能認定上訴人僅有撫摸A女生殖器外部之行為，但不得執此指摘A女證述不一。
4. 上訴人於案發前固有飲酒，然其於案發時尚知悉將A女自臥室抱出至無人之客廳沙發處再加以猥褻，可見其當時神智清醒，並無因酒醉而致其辨識行為違法或依其辨識而為行為之能力減低或喪失之情形。又高雄榮民總醫院鑑定報告，鑑定內容與本案並無關連，無從憑為有利上訴人之認定。

5.上訴人雖辯稱：「因為床上很擠，而且當時很熱，我跟A 女都醒了，我有問A 女要不要出去比較涼快，而且臥室裡面很擠，A女也同意，是A女過來讓我抱的」云云。惟上訴人於案發時如覺得熱，自己出去即可，何須抱著A 女一同出去；況案發時上訴人是與A 女躺在同一張沙發上，上訴人躺在外側、A 女躺在內側，豈不更熱。上訴人所辯不符常情，而難以採信。

綜上，均足以認定A 女歷次指述之重要內容一致，與上訴人坦承其於案發時將睡在旁邊之A 女抱至客廳沙發睡，後來是C友將A女從其手中抱走之供述勾稽相合，且有前揭證人B 姨、C友及D社工之證言等補強證據佐證其為真實等旨（見原判決第4頁至第8頁）。經核其論斷衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，自不得據為提起第三審上訴之理由，亦無上訴意旨(一)至(三)所指A 女陳述與其他證人所述之場景、人物不合，或僅擷取A 女部分證詞，或理由不備、理由矛盾及不適用法則等違法情形存在。

(三)傳聞證據，係指作為認定事實基礎之事實，未經直接體驗者本人於公判庭陳述，而以其他方式提出於公判庭之證據。換言之，公判庭之供述或書面如係以公判庭外之供述為其內容，並用以證明該「供述內容」是否真實，該公判庭之供述或書面即屬傳聞證據，應依傳聞法則定其證據能力之有無。反之，待證事實倘係證明該「供述本身」之存否，而非該「供述內容」是否真實，縱公判庭之供述或書面係以公判庭外之供述為其內容，亦無所謂傳聞之問題，自無傳聞法則之適用。卷查證人B姨及C友關於上訴人如何徒手猥褻A 女生殖器及上訴人說不可以跟別人說一節，均屬其等以聽聞自A 女在審判外之陳述而到庭轉述之證言，非其等親身之經驗見聞，性質上固屬傳聞證據，且為A 女陳述之重覆或累積，而不足採為A女指訴之補強證據。然證人B姨就關於案發時C友及A女與上訴人睡在同一張床上，及證人C友證稱：其與A女和上訴人一起睡在同一張床上，上訴人將A 女抱至客廳，其察覺有異查看時，發現上訴人抱著A 女躺在沙發上，上訴人躺在外側、A女躺在內側，當時就有所懷疑，因而把A女抱起來，並生氣的大聲質問上訴人，上訴人沒有回答等語，則為其等直接經驗見聞之事項，既非傳聞證據，亦與A 女陳述分屬不同之

獨立證據，原判決在此範圍內，採為判斷A 女主要陳述內容為真實之補強證據。經核乃其認事用法之合法職權行使，既無違背經驗及論理等證據法則，亦無證據與理由矛盾之違法。上訴意旨(四)所指原判決違法援引B姨及C友之證詞作為A 女之補強證據云云，並非的論。

四、以上及其餘上訴意旨，或置原判決已明白論斷之事項於不顧，就屬原審採證認事職權之適法行使，任憑己意，異持評價，妄指違法，且猶執陳詞，或為單純之事實爭議，或對於不影響於判決本旨之枝節事項，予以爭執，均不能認為適法之第三審上訴理由。應認上訴人之上訴，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 109 年 10 月 29 日

刑事第四庭審判長法官 林 勤 純

法官 王 梅 英

法官 楊 力 進

法官 蔡 廣 昇

法官 吳 秋 宏

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 109 年 11 月 5 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 4986 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 10 月 21 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第4986號

上訴人 陳思穎

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109 年5 月28日第二審判決（109 年度上訴字第 605 號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署107 年度偵字第14112 、18 649 、19916 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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人陳思穎有其事實欄所載之單獨及共同販賣第三級毒品愷他命共6 次犯行，因而(一)、撤銷第一審關於原判決事實欄（下稱事實欄）一部分之科刑判決，改判仍論上訴人共同犯行為時毒品危害防制條例第4 條第3 項之販賣第三級毒品2 罪，均依同條例第17條第1 項規定減輕其刑後，各處有期徒刑3 年8 月，並皆諭知相關沒收；(二)、維持第一審關於事實欄二關於論上訴人犯行為時之販賣第三級毒品4 罪，各處有期徒刑7 年 6 月，並均諭知相關沒收之部分判決，駁回上訴人就此在第二審之上訴。並就上開(一)、(二)部分定應執行有期徒刑8 年6 月。已詳細敘述所憑之證據及取捨、認定之理由。並就上訴人曾否認有單獨及共同販賣第三級毒品犯行等語，其辯詞不可採之理由，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，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨乃謂：其於警詢時曾「概括自白」販賣毒品愷他命予羅建豐、陳芸均2 人，嗣於檢察官及第一審時雖否認犯罪

，惟於原審時已坦承全部犯行不諱，然原審未依上開條例第17條第2 項規定減輕其刑，自有判決不適用法則之違誤等語。

三、惟查：對於特定類型犯罪有規定被告自白應給予司法豁免或減輕刑事責任寬典，係本於突破法院應能積極發現實體真實之理想主義傳統思維，間接承認在訴訟制度下「發現真實」有其極限，當無礙於公益與法秩序前提下，鼓勵被告或犯罪嫌疑人能積極參與真實之發現，使犯罪事實能早日釐清、追訴權可順利發動與使案件之審判及早確定，故給予相當程度之司法豁免或減刑利益。此處所謂自白，係指承認犯罪事實之全部或主要部分，並為應負刑事責任之陳述。其中犯罪事實之全部固無論矣，至何謂犯罪事實之「主要部分」，仍以供述包含主觀及客觀之構成要件該當事實為基本前提，且須視被告或犯罪嫌疑人未交代犯罪事實部分係歪曲事實、避重就輕而意圖減輕罪責，或係出於記憶之偏差，或因不諳法律而異其效果。倘被告或犯罪嫌疑人未交代之犯罪事實，顯然係為遮掩犯罪真象，圖謀獲判其他較輕罪名甚或希冀無罪，自難謂已為自白；惟若僅係記憶錯誤、模糊而非故意遺漏犯罪事實之主要部分，或只係對於自己犯罪行為之法律評價有所誤解。均經偵、審機關根據已查覺之犯罪證據、資料提示或闡明後，於明瞭後而對犯罪事實之全部或主要部分為認罪之表示，自不影響自白之效力。又不論被告或犯罪嫌疑人之自白，係出於主動或被動、簡單或詳細、一次或多次，均得稱為自白，即法律上並不排除「概括自白」之效力，但尚不能單憑其等供述「有做（某行為）」、「承認」或「知錯」等概括用語，即逕認已對犯罪事實之全部或主要部分為自白，仍應綜合被告或犯罪嫌疑人於單一或密接之訊（詢）問之全部供述內容、先後順序及承辦人員訊（詢）問之問題密度等情綜合判斷被告或犯罪嫌疑人是否確有自白或有無被剝奪自白之機會。尤以案件於偵查階段時，因其事實具有浮動及不確定性，更有隨時增減之可能，不若在審判中，因刑事訴訟法第264 條第2 項第2 款規定檢察官對於犯罪事實應記載於起訴書中，已然特定且明確，故被告或犯罪嫌疑人對於司法警察移送之犯罪事實往往並不清晰，更遑論有些移送內容過於籠統、概括，故只要被告或犯罪嫌疑人於檢察官起訴前

就司法警察或檢察官訊（詢）問過之起訴犯罪事實曾為認罪之表示，即應認符合自白之要件，僅司法警察及檢察官未曾就起訴犯罪事實訊（詢）問過被告或犯罪嫌疑人，或其等已曾表示認罪，但司法警察及檢察官未進一步加以訊（詢）問是否願為自白，致妨礙被告或犯罪嫌疑人因自白而可獲取司法豁免或減刑之權益時，始應例外為其等有利之認定。以上訴人行為時之毒品危害防制條例第17條第2項為例，其規定犯同條例第4條至第8條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑，係為鼓勵此類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設。其中所謂「自白」，係指被告或犯罪嫌疑人對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意。於毒品案件而言，販賣毒品與無償轉讓、合資購買、幫助他人施用毒品或與他人共同持有毒品，係分屬不同之犯罪事實，倘被告或犯罪嫌疑人供稱係為他人購買毒品，自難認已就販賣毒品之事實為自白，要無前揭減刑規定之適用。且行為人主觀上有無營利之意圖，乃販賣、轉讓毒品、為他人購買毒品而成立幫助施用毒品等犯罪之主要分際，亦為各該犯罪異其刑罰輕重之評價原因，屬販賣毒品犯罪之重要主觀構成要件事實，如被告或犯罪嫌疑人就販賣毒品犯罪之營利意圖未作供認，即難謂已就販賣毒品之犯行有所自白。本件上訴人雖於警詢中曾供稱與羅建豐、陳芸均為單純「毒品愷他命買賣關係」等語（見偵字第14112號卷第21頁），惟亦同時供稱：不記得民國107年3月20日、24日有無拿毒品給羅建豐，印象中是其室友將毒品交予羅建豐，只是幫陳芸均拿毒品，因為剛好自己也有毒品需求，順便詢問她要不要愷他命，其是協助陳芸均拿愷他命，乃至警方詢問末尾時仍堅稱「沒有獲利」等語（見同上卷第22至28頁），而於檢察官偵查中，上訴人亦全然否認有販賣毒品愷他命之事實，僅供稱係幫忙陳芸均、羅建豐拿毒品愷他命等語（見同上卷第164至167頁、第266至267頁），難認已「概括自白」販賣第三級毒品犯行，則其縱於原審時坦承全部犯罪事實，亦無上開條例第17條第2項規定之適用。原審同此認定，並於判決理由內詳予敘明所憑依據（見原判決理由貳、二、(三)），經核於法並無不合。上訴意旨仍執前詞指摘原判決有不適用法則之違法，自非合法上訴第三審之理由。其上訴均不合法

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 109 年 10 月 21 日

刑事第七庭審判長法官林立華

法官楊真明

法官李麗珠

法官侯廷昌

法官謝靜恒

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 109 年 10 月 23 日

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 1372 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 10 月 08 日

裁判案由：違反證券交易法聲明異議

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第1372號

抗 告 人 吳訪和

上列抗告人因違反證券交易法案件，不服臺灣高等法院中華民國109年7月31日駁回聲明異議之裁定（109 年度聲字第2955號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、本件原裁定略以：抗告人吳訪和前因違反證券交易法案件，經原審法院以98年度矚上重訴字第23號判處有期徒刑2年，緩刑4年，應向公庫支付新臺幣（下同）100萬元，並經本院以102年度台上字第3250號駁回上訴確定。嗣檢察官以其於緩刑前另故意犯證券交易法之罪，經原審法院以101年度金上訴字第4號判處有期徒刑3年6月，且經本院以104年度台上字第320號駁回上訴確定，而依刑法第75條第1項第2款規定聲請撤銷上開緩刑宣告，經臺灣士林地方法院以104 年度撤緩字第44號裁定撤銷確定，抗告人且自民國104年6月16日入監執行。茲抗告人以其已入監執行，自應返還其前依上開確定判決向公庫繳交之30萬元，惟檢察官卻駁回其聲請，為此聲明異議云云。惟查法院於宣告緩刑時，基於個別預防、鼓勵被告自新及復歸社會之目的，依刑法第74條第2 項各款規定課以被告履行一定負擔之義務，性質上類似「解除條件」（倘違反所定負擔情節重大者，得依刑法第75條之1第1項第4 款規定撤銷緩刑之宣告），難謂與緩刑宣告有何「對價關係」。是被告對法院所命應遵守之事項已履行全部或一部後，嗣緩刑之宣告經依法撤銷者，已履行部分自無請求返還之餘地。再參諸刑事訴訟法第253條之3第2 項明定：「檢察官撤銷緩起訴之處分時，被告已履行之部分，不得請求返還或賠償。」之相同法理，緩刑之宣告經依法撤銷後，被告已履行之部分自亦不得請求返還。從而，臺灣臺北地方檢察署109年4月13日北檢欽哲109執聲他587字第0000000000號函復抗告人之請求於法無據、礙難照准等語，核無違法或不當可言。抗告人對檢察官本件執行之指揮聲明異議，為無理由，因

而裁定予以駁回等語。

二、抗告意旨略以：緩起訴處分附加金額係用於社會公益救濟貧困，而緩刑附加金額，繳納單位則是公庫，二者意義顯然不同，自無類推適用刑事訴訟法第253條之3第2項規定之餘地。又抗告人繳納之30萬元與入獄服刑間具有因果關係，於情於理均應退還云云。

三、惟查：

(一)法院依刑法第74條第1項及第2項為附負擔緩刑宣告確定，其後該緩刑之宣告，因同法第75條第1項或第75條之1第1項所定事由遭撤銷時，因該緩刑宣告原屬合法，其撤銷之效力當非如違法之宣告（如不符合刑法第74條第1項之規定而宣告緩刑）應溯及既往失效，而係自撤銷緩刑確定時起失效，亦即排除其未來之效力。準此，被告尚未履行之部分，既已失踐行之依據，自無庸再履行。至已履行之部分，則因立法者就撤銷緩刑所定之事由，分別為緩刑前因故意所犯之他罪或緩刑期內因故意更犯之新罪，而在緩刑期內受一定刑度之有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定；或緩刑期內因過失更犯罪，而在緩刑期內受有期徒刑之宣告確定；或違反第74條第2項第1款至第8款之所定負擔情節重大者（參刑法第75條第1項、第75條之1第1項），核均屬被告在緩刑期內或緩刑期前所為可歸責之事由，且各該事由皆屬其事前所得知悉，並可預見緩刑被撤銷之可能性。是上開事由既為立法者所預設，屬立法形成，復無違背憲法基本原則，且客觀上均可歸責於被告。從而，被告依緩刑宣告已履行之負擔，並無值得保護之信賴，尚難謂有信賴保護原則之適用，自不得請求返還或賠償。且查與所附負擔及撤銷事由幾近相同之附負擔緩起訴（參刑事訴訟法第253條之2第1項、第253條之3第1項），於檢察官撤銷緩起訴之處分時，就被告已履行之部分，同法第253條之3第2項明定「不得請求返還或賠償」；另授予利益之合法附負擔行政處分，於法規准許廢止，或受益人未履行該負擔，而由原處分機關依職權廢止時，該行政處分自廢止時或自廢止機關所指定較後之日時起，失其效力，且受益人就其已履行之部分，亦無請求補償之權，此觀行政程序法第123條、第125條、第126條之規定即明。本諸相同法理，緩刑之宣告經依法撤銷後，被告已履行之部分，當亦不得請求返還或賠償。又原刑法緩刑之規定，僅設定2至5年之觀察期間，

並無附負擔之規定，欠缺在緩刑期間內對受緩刑宣告人之具體觀察手段，為落實緩刑意旨，且基於個別預防、鼓勵被告自新及復歸社會之目的，94年2月2日刑法修正時，仿刑事訴訟法緩起訴附負擔之規定，於刑法第74條增訂第2項，導入緩刑期間內附負擔之機制，並於95年7月1日施行。依增訂緩刑附負擔規定之立法意旨，復參以違反緩刑所定負擔，須情節重大，始構成裁量撤銷緩刑之事由，且此事由亦非撤銷緩刑之唯一原因。足見緩刑所附之負擔與撤銷緩刑間，並無絕對性之聯結，且緩刑所附之負擔，或係對於被害人關係之修復；或為賦予被告社會公益責任；或者係使被告回復身心正常之處遇；抑或為預防犯罪與保護被害人之相應舉措，皆非刑罰之替代性措施。因此，緩刑之宣告經撤銷後，被告已履行部分不予返還或賠償，亦無違反一罪不二罰原則之可言。

(二)從而，原裁定認抗告人聲明異議無理由，而予以駁回，經核於法尚無不合。抗告意旨並未針對原裁定駁回其聲請之論述，如何違法或不當為具體指摘，猶執前詞，泛稱本件無類推適用刑事訴訟法第253條之3第2項規定之餘地，及其前向公庫支付30萬元與其入獄服刑具有因果關係云云，徒憑自己主觀臆測及判斷，指摘原裁定違法、失當，依照上開說明，難認有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第412條，裁定如主文。

中	華	民	國	109	年	10	月	8	日
				刑事第五庭審判長	法官	徐	昌	錦	
					法官	林	恆	吉	
					法官	周	政	達	
					法官	林	海	祥	
					法官	江	翠	萍	

本件正本證明與原本無異

						書記官			
中	華	民	國	109	年	10	月	13	日

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 1511 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 10 月 08 日

裁判案由：違反證券交易法撤銷執行指揮書

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第1511號

抗 告 人 臺灣高等檢察署檢察官鄧媛

受 刑 人 林家榛

上列抗告人因受刑人違反證券交易法案件，不服臺灣高等法院中華民國109年8月20日撤銷執行指揮書之裁定（109年度聲字第3215號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

- 一、刑罰乃國家防止犯罪及維護社會生活秩序之必要手段，惟其為最嚴厲之制裁，對於輕微犯罪之人，一旦置諸罪犯薈聚之所，耳濡目染，未見改善，反生流弊，自宜有所節制，為防止短期自由刑之流弊，並藉以緩和自由刑之嚴厲性，刑法第41條設有易科罰金及易服社會勞動制度，以符自由刑最後手段原則，此觀民國90年1月10日、98年12月30日修正刑法第41條之立法理由載敘：易科罰金及易服社會勞動制度係在替代短期自由刑之執行，避免其流弊等旨即明。而依中華民國九十六年罪犯減刑條例第2條之規定，減刑係減其宣告刑，亦不失為宣告刑，且因最終應執行之刑，仍為減得之刑，而非原宣告刑，倘其減得之刑為6月以下有期徒刑或拘役，既為短期自由刑，其執行仍有刑法第41條得易科罰金及易服社會勞動規定之適用，俾符防止短期自由刑流弊之立法本旨。是刑法第41條第1項、第3項關於得易科罰金及得易服社會勞動要件所定「受6月以下有期徒刑或拘役宣告」，亦包括減刑之宣告。此由向來實務對於被告所犯之罪符合得易科罰金之要件者，併於判決主文諭知易科罰金之折算標準，因此中華民國八十年罪犯減刑條例第10條、九十六年罪犯減刑條例第9條，本於上述刑法第41條之立法宗旨，明定減得之刑符合「6月以下有期徒刑、拘役」得易科罰金要件者，應於為減刑裁判時，併諭知易科罰金之折算標準，益可瞭然。
- 二、本件原裁定以：受刑人林家榛聲明異議意旨主張其因共同連續犯高買低賣證券罪，經臺灣高等法院以104年度金上重更

（三）字第13號判決處有期徒刑1年，減為有期徒刑6月，受刑人不服提起上訴，經本院以108 年度台上字第1367號判決駁回上訴確定。茲因受刑人向臺灣臺北地方檢察署負責執行之檢察官聲請易服社會勞動，經該署以109年7月31日北檢欽持109 執聲他1475字第0000000000號函覆：「臺端經宣告之本刑已逾有期徒刑6 月，參照臺灣高等法院暨所屬法院97年法律座談會刑事類提案第5 號，最高法院103年度第4次刑事庭會議（二）決議意旨，尚不符刑法第41條第3 項得易服社會勞動之規定，所請於法未合，礙難准許。」等旨，乃依法聲明異議。經審酌受刑人行為時所犯之罪法定刑為7 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣25萬元以下罰金，經臺灣高等法院以前開判決處有期徒刑1年，減為有期徒刑6月，符合刑法第41條第3 項規定得易服社會勞動。檢察官援引臺灣高等法院暨所屬法院97年法律座談會刑事類提案第5 號及本院103年度第4次刑事庭會議（二）決議意旨，否准受刑人易服社會勞動之聲請，顯係增加法律所無之限制，難謂適法。因而撤銷臺灣臺北地方檢察署否准受刑人易服社會勞動之執行指揮（109年7月31日北檢欽持109執聲他1475字第0000000000 號函），經核於法尚無違誤。至法院辦理九十六年減刑案件應行注意事項第21、22點，係規定減刑裁判之主文如何記載宣告刑、減得之刑暨緩刑期間，以及緩刑事項，與易刑處分無關。抗告意旨以無關之前開應行注意事項規定，指摘原裁定不當，其抗告自難認為有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第412 條，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 10 月 8 日

刑事第五庭審判長法官 徐 昌 錦

法官 林 恆 吉

法官 周 政 達

法官 江 翠 萍

法官 林 海 祥

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 109 年 10 月 12 日