

# 最高法院刑事庭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 4349 號.....	1
二、109 年度台上字第 3750 號.....	8
三、109 年度台上字第 5099 號.....	9
四、110 年度台上字第 576 號.....	9
五、110 年度台上字第 1979 號.....	10
六、110 年度台上字第 2104 號.....	11
七、110 年度台上字第 2337 號.....	13
八、110 年度台非字第 98 號.....	15
九、110 年度台非字第 142 號.....	21

## 裁判全文

108 年度台上字第 4349 號.....	23
109 年度台上字第 3750 號.....	44
109 年度台上字第 5099 號.....	54
110 年度台上字第 576 號.....	58
110 年度台上字第 1979 號.....	62
110 年度台上字第 2104 號.....	66
110 年度台上字第 2337 號.....	71
110 年度台非字第 98 號.....	75
110 年度台非字第 142 號.....	85

一、108 年度台上字第 4349 號（裁判書全文）

（一）法律爭議一部分（即證交法第 171 條第 1 項第 1 款之內線交易罪，因犯罪獲取之財物或財產上利益，應如何計算？）

1. 證交法立法目的在發展國民經濟及保障投資，係以保障投資為方法，達到發展國民經濟之終極目標。而保障投資必須透過防範證券詐欺，維護健全證券市場，始可達成。證券市場上之不法行為，不論種類為何，均可被歸類為廣泛之證券詐欺。公開說明書不實、操縱市場、內線交易等行為即係由原本抽象之證券詐欺概念中所衍生，取得獨立規範之地位，可稱之為「特殊證券詐欺」。其中證交法第 157 條之 1「內線交易行為之禁止」，係植基於「平等取得資訊理論」之精神，兼及學理上所稱「私取理論」，為防止公開發行股票公司內部人（含準內部人、消息受領人）憑其特殊地位，於獲悉（實際知悉）重大影響公司價格之消息後，未公開前或公開後一定沈澱時間內，即先行買入或賣出股票，造成一般投資人不可預期之交易風險及破壞金融秩序，以維護證券市場交易之公平性及健全性所設。違反者，除須填補民事損害外，同法第 171 條並以刑罰手段遏止之，祇須符合內部人有「獲悉（實際知悉）發行股票公司有重大影響其股票價格之消息」及「在該消息未公開前或公開後一定沈澱時間（現行法為公開後 18 小時）內，買入或賣出該公司股票」之要件，即足成立內線交易罪。至於行為人是否存有「利用」該消息買賣股票獲利或避損之主觀意圖，並不影響犯罪之成立。且行為人最終是否實際因

該內線交易，而獲利或避損，亦非所問。從而，自內線交易罪之構成要件要素以觀，其獲取之財物或財產上利益並不限於與內線消息具有因果關係為必要。

2. 證交法第 171 條於 93 年 4 月 28 日修正公布，其修法目的係為使法益侵害與刑罰刑度間平衡，並避免犯罪者不當享有犯罪所得，以發揮嚇阻犯罪之效。而關於犯罪所得(現行法修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」)，其立法理由說明：「第二項所稱犯罪所得，其確定金額之認定，宜有明確之標準，俾法院適用時，不致產生疑義，故對其『計算犯罪所得時點』，依照刑法理論，應以『犯罪行為既遂』或『結果發生時』，該股票之市場交易價格，或當時該公司資產之市值為準。至於『計算方法』，可依據相關交易情形，或帳戶資金進出情形，或其他證據資料加以計算。例如對於內線交易，可以行為人買賣之股數，與消息公開後價格漲跌之變化幅度，差額計算之」等旨，並未揭示明確之內線交易犯罪利得計算方法，且證券交易市場影響股價之因素錯綜複雜，股價之漲跌、成交數量之多寡，皆以市場供需決定，投資人對股票買賣之數量、金額，各有其個人之價值判斷及投資決策，變化因素過大，實難斷定股價漲跌之絕對原因。立法理由就內線交易犯罪利得之計算方法，雖例示說明「可以行為人買賣之股數，與消息公開後價格漲跌之變化幅度，差額計算之」，但僅係一種原則性例示，尚難完全規範各種不同行為態樣之內線交易。縱使理論上可以計算「消息公開後價格漲跌之變化幅度差額」，實務上仍可能提出不同之計算模式，或由不同專家提供

意見，導出分歧之結論，造成內線交易犯罪利得計算無法確定之困境，且係人為設算，難謂客觀，亦不利於司法安定性。故單以「消息公開後價格漲跌之變化幅度差額」計算所有內線交易犯罪利得，無異緣木求魚，殊不可行。況且立法理由終究非屬法律本文，僅能供為法院解釋、適用法律之參考，尚不具有絕對拘束力。

3. 從內線交易罪之立法目的而言，既著重「避免犯罪者不當享有犯罪所得」，苟行為人獲悉內線消息而買入（或賣出）股票，股價上漲（下跌）之增益（避損）也在犯罪既遂之後，如認應扣除消息公開之前及公開之後，因市場因素所產生之增益（避損），無異使行為人「不當享有犯罪利得」，豈非與立法目的背道而馳。且不論是法律文義或是立法理由，均未揭示股票「價格漲跌之變化幅度」，須與「重大消息」之公開，具有因果關係，故法院於計算內線交易犯罪利得時，自無需考量影響股價漲跌之經濟或非經濟因素。
4. 再從罪刑相當原則立論，行為人於何時買入與賣出股票，既均出於自主之選擇與判斷，則其因自身決定之買賣行為產生利得，自當承受「利得越多、刑責越高」之結果，此並無違罪刑相當原則。蓋行為人係因內線消息而買入（或賣出）股票，在其決定賣出（或買入）以前，得以享受期間內各種市場因素所促成之利益（增益或避損），因此其實現利得全部可謂係因內線交易行為所得。從而，行為人獲悉內線消息後，在消息未公開前或公開後一定沈澱時間內，買入（或賣出）股票，嗣後再行賣出（或買入）股票，即已實現利得之個案情狀，法院擇

用「實際所得法」，亦即以其前後交易股價之差額乘以股數，作為內線交易罪所獲取財物之計算方法，不僅合於法律之文義解釋、目的解釋，亦無違罪刑相當及法律明確性原則。

5. 又就損益之概念，除以差額說為基礎之「自然意義損益概念」外，尚應以「規範意義損益概念」補充之，後者係指損益之認定，應探討法規及相關情事規範意旨，倘損益行為發生後，財產總額未出現計算上之差額，但依法規範之意旨，仍認為行為人獲有利益或被害人受有損害者，即不得以行為人或被害人之財產無差額，而否定其損益之存在。行為人獲悉「利多內線消息」後買入，但於消息公開後持續持有而未出售之部分；及行為人獲悉「利空內線消息」後出售避損且未買回之情形，考量證交法第 157 條之 1 第 3 項內線交易民事損害賠償金額之計算、同法第 171 條第 2 項加重罪刑之目的等規範意旨，並審酌依通常情形，客觀上可得預期有增益或避損之財產上利益，不能僅因行為人嗣後並未賣出或買回，即認未獲得財產上利益。

6. 107 年 1 月 31 日修正公布證交法第 171 條，將其第 2 項「犯罪所得」修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，固僅係避免法律用語混淆所為之文字修正，而非法律之變更，但自一般通常文義來理解，可知內線交易罪所稱「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，係指犯罪「獲取之財物」與「獲取之財產上利益」之總和，其中「獲取財物」之部分，為行為人實際買入（或賣出）再行賣出（或買入）之價差而已實現之利得；而「獲取財

產上利益」部分，即為行為人未實現之利得。誠然，關於消息公開後應以何時點、何一價額計算行為人未實現之利得，證交法並無明文，但基於損、益常為一體兩面、同源對稱之論理上假設，將行為人因犯罪獲取利益擬制為證券市場秩序或不特定投資人所受損害，不失為一種可行之方式。參之同法第 157 條之 1 第 3 項就內線交易所生民事損害賠償金額，明定以「消息公開後 10 個營業日收盤平均價格」為基準計算差額，係採取擬制性交易所得計算公式。此既屬立法者就內部人因其資訊優勢所劃定之損害賠償範圍，可認立法者應係本於證券實務之考量及損害額之估算，以此作為計算民事損害賠償數額之擬制基準。則犯內線交易罪之擬制所得既無明文規定計算方法，上開計算民事損害賠償規定，經斟酌其立法政策、社會價值及法律體系精神，應係合乎事物本質及公平正義原則，為價值判斷上本然或應然之理，本院自可援用民事上處理類似情形之前揭規定，以消息公開後 10 個營業日收盤平均價格，作為擬制賣出（或買入）之價格，據以計算行為人獲取之財產上利益。此「擬制所得法」既具有客觀上之計算基準，亦兼顧民、刑法律體系之調和，使民事責任損害與刑事犯罪利得擬制基準齊一，符合法律秩序一致性之要求。

7. 綜上所述，犯內線交線罪獲取之財物或財產上利益之計算方法，應視行為人已實現或未實現利得而定。前者，以前後交易股價之差額乘以股數計算之（即「實際所得法」）；後者，以行為人買入（或賣出）股票之價格，與消息公開後 10 個營業日收盤平均價格之差額，乘以

股數計算之（即「擬制所得法」）。亦即，採用簡明方便之實際所得法，輔以明確基準之擬制所得法，援為犯內線交易罪獲取之財物或財產上利益之計算方法，不僅合於證交法之立法目的，亦不悖離法律明確性、可預期性原則，有利於司法判斷之穩定及一致。

(二)法律爭議二部分（即計算內線交易因犯罪獲取之財物或財產上利益之範圍，應否扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費成本？）

1. 在證券交易市場買賣有價證券者，其證券交易稅係由出賣有價證券人負擔，並由證券經紀商負責代徵、繳納，證券交易稅條例第2條第1款、第3條及第4條第1項第2款分別定有明文。另依證交法第85條規定，證券交易手續費係由證券經紀商向委託人收取。亦即，依現行證券交易市場之款券交割機制，買賣股票者，不論其原因、動機為何，均應依法繳交前述稅、費，不能拒繳或免除此部分支出，且係由證券經紀商結算後，直接將扣除應繳稅、費之餘額匯給股票出賣人，股票投資人並未實際支配過前述稅、費。從而，實務上對於因內線交易罪獲取之財物或財產上利益之範圍，向來多採「差額說」（或稱「淨額說」），即應扣除證券交易稅與證券交易手續費，以貼近真實利得之計算方法。

2. 107年1月31日修正公布證交法第171條第2項，將「犯罪所得」修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，其修正理由說明：「原第二項之『犯罪所得』，指因犯罪該股票之市場交易價格，或當時該公司資產之市值為認定基準，而不擴及之後其變得之物或財產上利

益及其孳息。其中關於內線交易之犯罪所得，司法實務上亦認為計算時應扣除犯罪行為人之成本（最高法院九十六年度台上字第七六四四號刑事裁判參照），均與一百零四年十二月三十日修正公布之刑法第三十八條之一第四項所定沒收之『犯罪所得』範圍，包含違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息，且犯罪所得不得扣除成本，有所不同。為避免混淆，造成未來司法實務犯罪認定疑義，爰將第二項『犯罪所得』修正為『因犯罪獲取之財物或財產上利益』，以資明確。」等旨，明揭「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，係指因犯罪而直接取得的直接利得，不包含間接利得，且應扣除成本，與刑法沒收新制下「犯罪所得」之範圍，有所區別，為避免混淆，乃予修正。且同條第4項、第5項、第7項關於「沒收」或「犯罪後自首、偵查中自白，如繳交犯罪所得」等條文，仍維持「犯罪所得」之用語。足見立法者有意將「因犯罪獲取之財物或財產上利益」與沒收之「犯罪所得」明白區隔，兩者概念各別，範圍不同，應予明辨。

3. 是以，依司法實務向來多數見解及前揭修法意旨，應以內線交易買賣股票之價差，扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費成本，據以計算行為人因犯罪獲取之財物或財產上利益之數額。本院刑事大法庭既已就前揭二項法律見解予以統一，則本庭就本件關於內線交易部分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，自應受本院刑事大法庭前揭裁定見解之拘束。

參考法條：證券交易法第171條。



## 二、109 年度台上字第 3750 號（裁判書全文）

證據對事實發揮證明之作用，並據以認定其是否存在，係指藉由對證據方法之調查獲得證據資料，並因而對相關待證事實之存否產生確信之過程與結果。所稱待證事實，係指得涵攝於被訴犯罪構成要件之具體社會事實而言，包括一般人日常生活所體驗感知行為人之原始複數舉動或行為之實然存在，此應依訴訟法上相關證據法則證明認定之。至待證之具體社會事實，在法律上之特定條件下，合為包括一行為予以評價為行為單數，而論以犯罪單數之接續犯，則屬應然之規範評價問題，尚與證據法則無涉。又被告及證人（包括身為共同被告之廣義共犯（即幫助犯、教唆犯及共同正犯））均為法定證據方法之一，①被告應訊供承犯罪事實全部或主要部分以外之間接事實，乃自白以外之「其他不利（於己）之陳述」（刑事訴訟法第 100 條、第 158 條之 2 第 1 項參照），以及②廣義共犯所為不利於其他廣義共犯（例如幫助犯對正犯，或正犯對幫助犯）之陳述，與③選舉受賄之人所為就對向行賄者向其行賄情節之指證，本均係適於證明事實之積極證據，祇不過證明力受限而已，亦即非有自身以外之其他證據補強其憑信性，不得僅憑其各自之單一證據遽以認定事實。而被告、廣義共犯及行賄對向犯，既係相互獨立而屬不同來源之證據方法，則其等所為不利於選舉行賄之正犯或幫助犯相關情節之陳述，自可互為彼此之補強佐證，或與其他立證相結合而據以認定賄選之犯罪事實。

參考法條：刑事訴訟法第 155 條第 1 項。

### 三、109 年度台上字第 5099 號（裁判書全文）

憲法第 11 條言論自由之保障，包含表現自由；且引發爭議係言論自由之功能之一，充分保障具挑釁尤其是飽含政治意味之理念性表達行為，在多元、自由社會中，確實彌足珍貴；容忍、尊重人民對觸及既有秩序之核心議題，得反其道而行，任意表達異於多數人看法之自由，不僅不削弱自由，更將彰顯言論自由之內涵，並使之屹立不搖；反之，則形同要求人民以言語或行動說謊，將斷喪得之不易之言論自由。因此，單純公開表達對國旗之輕蔑、藐視，仍在表現自由之保障範疇。國旗原僅是國家之表徵，但於當今我國之內外處境及社會氛圍下，它更具強烈之特殊角色；保護國旗已非單純維護國家之象徵性價值或藉以團結國家、鼓舞人民感情。於目前情狀，以侮辱中華民國為目的，公然焚燒國旗，其傳遞之訊息過於強烈，若因容認而形成風潮，已不是行為人對國旗之不認同、危及國旗之象徵性利益、國旗不再代表國家，或中華民國不再是團結一致國家，這類表現自由應如何保障之簡單問題，可謂與國家安全甚至生存相關，所產生之影響以及對國家利益之危害，實已超越言論自由所欲保障之原意。

參考法條：刑法第 160 條第 1 項。

### 四、110 年度台上字第 576 號（裁判書全文）

(一)臨檢/盤查與搜索固為不同之強制處分，然衡諸犯罪之發覺，通常隨證據之浮現而逐步演變，故員警依警察職權行使法等法律規定執行臨檢、盤查勤務工作時，若發覺受檢

人行為怪異或可疑，有相當理由認為可能涉及犯罪，自得進一步依刑事訴訟法之相關規定為拘捕或搜索。又刑事訴訟法第 131 條第 1 項之緊急搜索，其搜索之目的雖在「發現應受拘捕之人」或阻止犯罪，但如發現犯罪或有犯罪痕跡，除得逮捕人犯，並搜索其身體及其立即可觸及之範圍，亦得扣押因此所得暨目視所及之應扣押物，除逾越逮捕人犯所必要之搜索外，其搜索、扣押所得之物，非不得為證據。

- (二)員警於執行勤務之際，依憑其個人經驗，認上訴人、江○茵情跡可疑而盤查，既非出於恣意，亦未逾越必要程度，不因是否據報前往而有異，難謂有悖司法院釋字第 535 號解釋或警察職權行使法相關規定，且原判決已認員警所為程序先後符合臨檢/盤查及刑事訴訟法第 131 條第 1 項第 3 款緊急搜索，依上開說明，亦無所指理由矛盾或理由不備之違法。

參考法條：警察職權行使法第 6 條、第 7 條。

刑事訴訟法第 131 條第 1 項。

## 五、110 年度台上字第 1979 號（裁判書全文）

被告、犯罪嫌疑人乃刑事案件偵查、審理之對象，其身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，為匯總其日常生活起居作息與各種個人隱私資訊之重要場域，關涉被告、犯罪嫌疑人案件之證據或應（得）沒收物等扣押標的存在其中之蓋然性甚高；然被告、犯罪嫌疑人以外之第三人，因非涉案之人或偵查、審理之對象，彼等所屬之上開處所、物件等存有關涉被告、犯罪嫌疑人案件扣押標的，則非常態。

故刑事訴訟法第 122 條規定對被告、犯罪嫌疑人上開處所之搜索，於必要時即得為之；對其他第三人上開處所之搜索，則須有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時，始得為之。是二者實施搜索應具備之前提要件，寬嚴不一。故以被告、犯罪嫌疑人為受搜索人之搜索票，其所載搜索處所苟非受搜索人之住所或其他處所，而係其他第三人之住所或其他處所，則於該址實施之搜索，性質上應屬對第三人之搜索，縱形式上未逾越搜索票所載搜索之範圍，然除非法官簽發搜索票時，併審核認已具備可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在於該處之相當理由，否則，既未達於得啟動搜索之門檻，即非合法搜索。

參考法條：刑事訴訟法第 122 條、第 128 條。

## 六、110 年度台上字第 2104 號（裁判書全文）

（一）人民有言論、講學、著作及出版之自由；凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障；以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之，憲法第 11 條、第 22 條、第 23 條定有明文。司法院釋字第 509 號解釋亦謂言論自由為人民之基本權利，憲法第 11 條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮；惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由為合理之限制。又公民與政治權利國際公約第 19 條第 1 項、第 2 項

前段固明揭：「人人有保持意見不受干預之權利」、「人人有發表自由之權利」，但同條第 3 項亦定有：「本條第 2 項所載權利之行使，附有特別責任及義務，故得予以某種限制，但此種限制以經法律規定，且為下列各項所必要者為限：(一)尊重他人權利或名譽。(二)保障國家安全或公共秩序，或公共衛生或風化。」是憲法所保障之言論自由基本權利，並非毫無限制，於符合憲法第 23 條所定 4 種情形，仍得以法律限制之。而刑法之所以對毀損他人所有或事實上管領支配之物行為設有處罰規定，乃因憲法第 15 條規定人民之財產權應予保障，是刑法毀損罪所欲保護之財產法益，亦屬憲法明文保障之人民基本權利。如人民言論表達之自由，造成他人財產權受損害之結果，因而產生憲法上所保障言論自由、財產權等基本權衝突之問題，此時必然有一方之權利主張必須退讓，方能維持憲法價值秩序之內部和諧，而憲法所揭示之各種基本權，並沒有特定權利必然優先於另一權利之抽象位階關係存在，在發生基本權衝突時，即須透過進一步之價值衡量，以探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。至於限制基本權之刑法規定，亦須在憲法基本權之脈絡下進行解釋，以便將各自基本權所包含之價值意義考慮在內，並進行價值衡量，若行為人所保護之利益具有優越性，構成要件該當之行為因而被阻卻違法；反之，若行為人所欲保護之利益，不具有優越性，具有實質違法性，自不得主張該構成要件該當行為具有超法規阻卻違法事由而不成立犯罪。

(二)原審本於相同法律意見，敘明：上訴人等之行為，固可認係透過該行為宣示應移除設置在陽明山國家公園本案銅像

之政治主張，而屬憲法學理上所稱之「象徵性言論」。惟本案銅像為日本落合國際獅子會、臺北市信義國際獅子會等國內外民間團體共同捐贈，而非以政府公款建造，且 69 年 2 月 23 日揭幕當日亦為當年之陽明山花季開幕日，屬臺北市政府與上開國內外民間團體交流往來之歷史文物，且設置已有 30 餘年（以本件行為時計之），亦構成陽明山國家公園景觀之一部分，是本案銅像是否應移除或如何處置，應由相關單位討論規劃後決定。然上訴人等不循合法之方式表達上開訴求，而以暴力方式為本案行為，非屬訴求上開言論之適當方法，已逾越其等上開言論主張之目的甚明，所為並減損該銅像之效用與價值，經權衡結果，認上訴人等所為本案行為之損害性，顯大於其等所主張之言論自由必要範圍，且其等行為逸脫社會生活中為歷史所形成的社會倫理秩序的相當性，非法律整體秩序所容許，而不具優越性，自不得藉此主張本案犯行屬「象徵性言論」而阻卻行為之違法性。

參考法條：司法院釋字第 509 號解釋。

刑法第 354 條。

## 七、110 年度台上字第 2337 號（裁判書全文）

(一)依立法體例，各種法律多於首編章置總則，適用於其他各編章，至各編章相互間則各自獨立，除有準用之規定外，尚難比附援引。而協商程序規定於刑事訴訟法第七編之一，屬有別於通常程序之特別程序。有關依協商程序所為科刑判決之救濟，該編第 455 條之 11 第 1 項規定：「協商判決之上訴，除本編有特別規定外，準用第三編第一章及第二

章之規定。」而刑事訴訟法於第三編上訴置第一章通則、第二章第二審、第三章第三審，乃屬通常程序，茲協商程序之上訴既無準用第三審上訴之規定，依上開說明，自應認協商程序僅例外許可為第二審上訴，不得提起第三審上訴。另雖刑事訴訟法第 375 條第 1 項規定，不服高等法院之判決而上訴者，應向最高法院為之，惟此條乃規定在通常上訴編章內，當係指通常程序之高等法院判決，至特別程序之協商判決上訴第二審之高等法院判決，既獨立規定於協商程序編，自無該法第 375 條第 1 項規定之適用可言。又依刑事訴訟法第 455 條之 10 第 2 項規定，第二審法院對於例外得上訴之協商判決案件，其調查之範圍以上訴理由所指摘之事項為限，並無得依職權調查事項之規定，較諸同法第 393 條第三審之調查範圍更狹。由訴訟構造以觀，自無准予上訴第三審，卻使第二審調查範圍反較第三審為窄之理。

- (二)本法就請求進行協商程序之要件及協商程序之審理，設有須經當事人雙方合意且被告認罪；被告表示所願受科之刑逾有期徒刑 6 月，且未受緩刑宣告，應有辯護人協助進行協商；法院於判決前，應訊問被告並告以所認罪名、法定刑及因適用協商程序所喪失之權利；法院協商訊問終結前，被告得隨時撤銷協商之合意，檢察官於被告違反與其協議之內容時，亦得撤回協商之聲請等規定。而上訴與否又屬當事人訴訟上之處分權，是法律就協商判決，既設有上開諸多適用上之限制，及強化被告辯護倚賴權保障，以及當事人得撤銷或撤回協商之機制，則檢察官及被告就法院在其等雙方合意範圍內而為之協商判決，理論上即已等同放

棄救濟機會，除有特別情形外，自不許其上訴。故而刑事訴訟法就協商判決，採原則上不得上訴，僅於例外之情形，賦予當事人上訴救濟之機會，且上訴審為事後審之性質，並僅準用上訴編通則及第二審之規定，顯然本法對於該例外得上訴之第二審判決，是採不得提起第三審上訴甚明。況刑事訴訟法增訂協商程序，提供檢察官與被告藉協商方式溝通，達成協商之合意，法院即得以迅速、簡易方式終結訴訟，對無爭執之非重罪案件明案速判，以達疏減訟源，合理、有效運用有限司法資源之目的。而此一程序之溝通性、迅速性、終局性，復為簡易程序或通常程序之簡式審判程序所無，亦不容違反立法意旨，將協商程序與一般程序同視，就其例外得提起上訴之第二審判決，再許提起第三審上訴，以延滯訴訟之理。

(三)綜上，無論從協商程序之立法體例、立法目的以及訴訟構造等各個面向以觀，均應認本案徵詢「第一審依刑事訴訟法第七編之一協商程序所為之科刑判決，提起第二審上訴經判決後，得否上訴於第三審？」之法律問題，應採不得提起第三審上訴之法律見解。

參考法條：刑事訴訟法第 455 條之 10、第 455 條之 11。

〈本案經徵詢程序各庭法律見解一致〉

## 八、110 年度台非字第 98 號（裁判書全文）

(一)（修正前）毒品危害防制條例第 24 條規定的解釋

1. 犯毒品危害防制條例第 10 條之罪者，檢察官應聲請法院裁定，或少年法院（地方法院少年法庭）應先裁定，令被告或少年入勒戒處所觀察、勒戒，其期間不得逾 2



月；依第 1 項規定為觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，5 年後（修正後已改為 3 年後）再犯第 10 條之罪者，適用本條例前 2 項之規定，毒品危害防制條例第 20 條第 1 項、（修正前）第 3 項分別定有明文。另（修正前）毒品危害防制條例第 24 條第 1 項明定：「本法第 20 條第 1 項及第 23 條第 2 項之程序，於檢察官先依刑事訴訟法第 253 條之 1 第 1 項、第 253 條之 2 之規定，為附命完成戒癮治療之緩起訴處分時，或於少年法院（地方法院少年法庭）認以依少年事件處理法程序處理為適當時，不適用之。」亦即檢察官對施用毒品之被告得為「附命緩起訴」處分，排除觀察、勒戒及起訴（含聲請簡易判決處刑）規定之適用，而檢察官得為緩起訴處分之對象，包括初犯及 5 年後（〈修正後〉3 年後）再犯、5 年內（〈修正後〉3 年內）再犯之施用毒品者。若上開「附命緩起訴」處分經撤銷時，自應回復為原緩起訴處分不存在之狀態，由檢察官依毒品危害防制條例第 20 條第 1 項或（修正前）第 23 條第 2 項規定，視其為初犯及 5 年後（〈修正後〉3 年後）再犯、5 年內（〈修正後〉3 年內）再犯施用毒品者，而決定應適用之程序。

- 2.（修正前）毒品危害防制條例第 24 條第 2 項規定：「前項緩起訴處分（即『附命緩起訴』處分），經撤銷者，檢察官應『依法追訴』」，法條用語既非「依法起訴」，在字義上有不同解釋空間，自不限於依刑事訴訟法所為之追訴程序。

（二）未完成戒癮治療是否等同曾受觀察、勒戒之處遇所謂「等同」係指將不同事物視為相同，或當做相同事物看待之意

1. (修正前)毒品危害防制條例第 24 條第 2 項所稱之緩起訴處分經撤銷，其撤銷原因非一，若非與戒癮治療實質有關之事項，例如有毒品戒癮治療實施辦法及完成治療認定標準（下稱「戒癮治療完成認定標準」）第 12 條第 3 款之「對治療機構人員有強暴、脅迫、恐嚇等行為。」而被撤銷時，被告根本沒有機會接受檢驗其戒癮治療的實效，此時如直接對被告起訴（或聲請簡易判決處刑），顯然違背毒品危害防制條例第 20 條第 1 項之立法意旨，故應回復未為緩起訴處分之狀態，由檢察官續行偵查，視個案證據，為適當之處分，不得強解為應「依法起訴」。而施用毒品之被告於治療期程屆滿前未完成戒癮治療，遭撤銷緩起訴處分時，其原因若係被告於緩起訴期間，有「戒癮治療完成認定標準」第 12 條第 1、2 款所列情形（即於治療期間，無故未依指定時間接受藥物治療逾 7 日、於治療期間，無故未依指定時間接受心理治療或社會復健治療逾 3 次。）之一，視為未完成戒癮治療之情形，若符合初犯或前案觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，5 年後（〈修正後〉3 年後）再犯施用毒品罪者，其戒癮治療既提前中斷而未完成，更應依毒品危害防制條例第 20 條第 1 項、第 3 項規定，接受完整療程之觀察、勒戒處分。此在被告係初犯，從未執行任何毒品觀察、勒戒之情形，更有其必要。何況戒癮治療之執行，係以社區醫療處遇替代監禁式治療，使施用毒品者得繼續正常家庭及社會生活，並非集中於勒戒處所執行觀察、勒戒處分者所可比擬，不得率認未完成戒癮治療者，即無再受觀察、勒戒處分之實效。況檢察官依（修

正前)毒品危害防制條例第24條第1項為「附命緩起訴」時，亦得依刑事訴訟法第253條之2第1項併命被告於一定期間遵守或履行其他事項(如支付公益金、為義務勞務、完成其他適當之處遇措施等)，若施用毒品之被告係因未履行該項其他負擔而遭撤銷緩起訴處分，更不得認其戒癮治療難達預期治療效果，而應回歸刑事處罰程序。

2. 97年4月30日修正公布之毒品危害防制條例第24條第1項，已改採「觀察、勒戒或強制戒治」與「附命緩起訴」處分並行之雙軌模式，「附命緩起訴」處分並擴及毒品危害防制條例第23條第2項之情形，可見立法者有意在「附命緩起訴」處分程序，對施用第一、二級毒品者，採更寬容之態度。上述二程序之執行方式有別，其間仍有差異。前者依毒品危害防制條例第20條第1項、第2項規定，視其執行成效，由觀察、勒戒，進而強制戒治，循序為之。後者依(修正前)毒品危害防制條例第24條第1項規定，檢察官得為「附命緩起訴」處分。而依「戒癮治療完成認定標準」第3條、第7條、第11條規定，「戒癮治療」包括「藥物治療、心理治療、社會復健治療」、「戒癮治療之期程以連續1年為限」、檢察官為「附命緩起訴」處分，得指定被告應遵行事項。被告同意參加「附命緩起訴」處分，即應完成「戒癮治療」、檢察官指定之應遵行事項至緩起訴期間屆滿止。前者與後者對照以觀，「附命緩起訴」處分雖得佐以採尿、對相關規定遵守等約制方式，使被告確實完成「戒癮治療」，但被告在「戒癮治療」完成前，難認得與觀

察、勒戒「已執行完畢」之情形等同視之。故被告因「戒癮治療」未完成，其「附命緩起訴」處分被撤銷，自與觀察、勒戒執行完畢之情形有別，不能等同曾受觀察、勒戒之處遇。

### (三)本院最近所持見解引起的相關效應

關於（修正後）毒品危害防制條例第 20 條第 3 項所謂「3 年後再犯」，本院最近所持見解，已對現行「觀察、勒戒或強制戒治」及「附命緩起訴」處分之雙軌治療模式引起下列相關效應：

1. 本院最近所持見解認：（修正後）毒品危害防制條例第 20 條第 3 項及第 23 條第 2 項，雖僅將原條文之再犯期間由「5 年」改為「3 年」，惟鑑於將施用毒品者監禁於監獄內，僅能短期間防止其接觸毒品，因慣用毒品產生之「心癮」根本無法根除，本次修正後對於施用毒品者之思維，自應與時俱進，擺脫以往側重於「犯人」身分之處罰，著重其為「病患」之特質，並以「治療」疾病為出發點，重新評價前揭所謂「3 年後再犯」之意義，對於毒品危害防制條例第 20 條第 3 項及第 23 條第 2 項所謂「3 年後（內）再犯」，自應跳脫以往窠臼，以「3 年」為期，建立「定期治療」之模式。該規定所謂「3 年後再犯」，只要本次再犯（不論修正施行前、後）距最近 1 次觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放，已逾 3 年者，即該當之，不因其間有無犯第 10 條之罪經起訴、判刑或執行而受影響。換言之，被告是否因再犯施用毒品罪而經起訴、判刑或執行，均不影響法院再令觀察、勒戒之認定。則舉重以明輕，被告縱曾經檢察官為「附命

緩起訴」處分，若未完成戒癮治療，依理亦不影響法院再令觀察、勒戒之認定。

2. 毒品危害防制條例於 97 年 4 月 30 日修法時新增第 24 條「附命緩起訴」處分制度，希望藉由機構外之完整醫療體系，提供毒癮戒治者合法妥適之治療，再以事後密集之監控措施防止施用毒品者再犯，而確立「附命緩起訴」處分及「觀察、勒戒或強制戒治」雙軌治療模式。如前述，立法者有意在「附命緩起訴」處分程序，對施用第一、二級毒品者，採更寬容之態度。此制度建立以來，就雙軌各自衍生之相關問題，本院所採的法律見解寬嚴約略一致。惟本院最近就其中一軌，即與「觀察、勒戒或強制戒治」有關之「3 年後再犯」所持見解，既已跳脫既往窠臼，重新評價所謂「3 年後再犯」之意義，而採對被告寬厚之解釋方法。與此同時，對於另一軌，即「附命緩起訴」處分，亦宜採相同態度，方不致對於適用「觀察、勒戒或強制戒治」之被告採寬厚之見解，然對於適用另一軌，即「附命緩起訴」處分之被告，採嚴苛之解釋，認被告即使未完成戒癮治療，事實上仍等同已接受「觀察、勒戒」之處遇，致本院對雙軌各自衍生之相關問題，解釋嚴苛不一，厚此薄彼，使適用不同程序之被告，遭受不同的對待，當非所宜，且如此解釋亦與立法原意背道而馳。

(四)綜上，本院依先前統一見解作成之肯定說相關裁判，在當時的時空背景，雖有其立論基礎。惟上開見解，已因（修正後）毒品危害防制條例第 20 條第 3 項所謂「3 年後再犯」，本院最近所持見解，引起相關效應，致原先所採的

肯定說見解，在目前的時空環境，不但在法理上有待斟酌，並造成本院對於雙軌所衍生的相關問題，解釋嚴苛不一，已不合時宜。因此，原先認「附命緩起訴」處分之被告未能履行所定條件，經檢察官撤銷緩起訴處分，事實上已接受等同「觀察、勒戒」處遇，竟未能履行該條件，自應於撤銷緩起訴處分後，依法起訴之見解，確有改採否定說的必要。

參考法條：修正前毒品危害防制條例第 24 條。

〈本案經徵詢程序各庭法律見解一致〉

## 九、110 年度台非字第 142 號（裁判書全文）

由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第 370 條第 1 項前段定有明文，此即所謂「不利益變更禁止原則」，其意義在於被告不會因害怕被第二審改判較重之刑而畏懼上訴，保障其上訴權的行使。此原則雖為保障被告上訴權而設，但發現真實為刑事訴訟的基本原則，正確地適用法律，亦為法官憲法上之義務。另刑事上訴制度除使當事人對於下級審判決不服之救濟途徑外，亦有糾正違法失當判決的功能，是刑事上訴制度雖在維護被告之審級救濟權利，藉以保護人權，但所謂人權非僅專指被告之人權，尚包含被害人之人權，及整體國家社會法益在內，是上級審如發現原審判決適用法條不當，即不受原審判決量刑之限制。換言之，我國刑事訴訟制度一方面為了保障被告之上訴權，設有不利益變更禁止原則規定，另一方面又為兼顧實體真實之發現，設有例外規定以確保法律的正確適用。刑事訴訟

法第 370 條第 1 項本文及但書之規定，本質上既為保障被告之上訴權，又為兼顧實體真實之發現，因此於適用時，自不得偏廢任一方。非常上訴理由稱刑事訴訟法第 370 條第 1 項但書之規定將無法有效保障被告上訴權之行使，有違憲法第 16 條保障人民訴訟權意旨云云，僅著重於被告利益之維護，而忽略上開規定之另一立法目的，即「發見真實」，亦非妥適。

參考法條：刑事訴訟法第 370 條第 1 項。

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 4349 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 05 月 20 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4349號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官侯千姬

上訴人

(被告) 王格琮

選任辯護人 方伯勳律師

李建慶律師

上訴人

(被告) 黃子紳(原名黃志成)

選任辯護人 陳濬理律師

上訴人

(被告) 張勛達

選任辯護人 陳慶尚律師

王兆華律師

上訴人

(被告) 王格瑞

選任辯護人 李傳侯律師

方伯勳律師

上訴人

即被告 許訓誠

選任辯護人 林新傑律師

上訴人

即被告 張秉彥(原名張利潔、張秣截、張立杰)

選任辯護人 蔡吉記律師

許博智律師

上訴人

即被告 張芳源

蘇麗月

許鴻展

被告 吳萬發

羅能楨

黃美芳

柯齡蘭



戴俊成  
徐文雄  
莊炎杰  
官林（原名官月琴）  
葉慶隆  
郭進國  
洪源謙

上列上訴人等因被告等違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年8月20日第二審判決（106 年度金上重訴字第8號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署102年度偵字第881、3003、3004、9184、9185、10405、10828號），提起上訴，本院判決如下：

#### 主 文

原判決關於黃子紳、張勛達有罪部分；其事實欄二之(四)所載王格琮部分；王格瑞部分；許訓誠未予沒收扣案之犯罪所得部分，均撤銷。除許訓誠未予沒收扣案之犯罪所得部分外，其餘均發回臺灣高等法院。

許訓誠扣案之犯罪所得新臺幣壹佰零陸萬伍仟伍佰陸拾玖元沒收。

其他上訴駁回。

#### 理 由

甲、撤銷改判（即許訓誠扣案之犯罪所得）部分

一、刑法沒收新制將沒收性質變革為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，已非刑罰（從刑），其與犯罪（違法）行為並非絕對不可區分，即使對本案上訴，當原判決採證認事及刑之量定均無不合，僅沒收部分違法或不當，自可分離將沒收部分撤銷改判，其餘本案部分予以判決駁回。本件原判決關於上訴人即被告許訓誠沒收部分與犯罪事實之認定及刑之量定，予以分割審查，並不發生裁判歧異之情形，則基於前述沒收之獨立性，本院自得於關於許訓誠罪刑部分之上訴不合法而予以駁回時（詳如後述），將其沒收部分分離，予以撤銷改判，合先敘明。

二、原判決認許訓誠犯證券投資信託及顧問法第108條第2項之違背職務收受財物罪，犯罪所得計新臺幣（下同）1,065,569元，其已於原審審理中自動繳交上揭犯罪所得，扣案在卷，

因認第一審就上開犯罪所得為沒收及追徵之諭知，有所失當，予以撤銷，而未諭知沒收。固非無見。

三、犯罪所得之沒收或追徵其價額，係法院剝奪犯罪行為人之不法所得，將之收歸國有之裁判。目的係著重於澈底剝奪犯罪行為人之實際犯罪所得，使其不能坐享犯罪之成果，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪。並基於被害人發還優先原則，限於個案已實際合法發還被害人時，始無庸宣告沒收或追徵，刑法第38條之1第5項定有明文。是以，本件許訓誠犯上述違背職務收受財物罪，雖於原審審理中已自動繳交全部所得1,065,569 元，有贓物款收據在卷可憑，原判決固無庸再諭知追徵，惟仍應諭知沒收，俾於判決確定後，由檢察官依刑事訴訟法第470條第1項前段規定，據以指揮執行。否則在判決確定後，將因確定判決未就自動繳交之全部所得財物諭知沒收，檢察官指揮執行沒收缺乏依據，徒生處理上無謂之爭議，亦不符沒收新制澈底剝奪犯罪所得之立法目的。檢察官上訴意旨執以指摘原判決未予沒收上開扣案犯罪所得，係屬不當，為有理由。原判決此項違誤，不影響於事實之確定，本院可據以為判決，自應將原判決關於許訓誠未予沒收扣案犯罪所得1,065,569 元部分予以撤銷，改判如主文第二項所示。

## 乙、撤銷發回部分

壹、原判決事實欄（下稱事實欄）五所載張勛達、王格瑞部分

一、本件原判決認定上訴人張勛達、王格瑞有事實欄五所載違反證券交易法（下稱證交法）第157條之1禁止內線交易規定之犯行，因而維持第一審所為論處張勛達、王格瑞犯證交法第171條第1項第1 款之內線交易各罪刑，並為相關沒收諭知之判決，駁回其2人此部分在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

（一）張勛達、王格瑞如事實欄五所載內線交易部分，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：

- 1.證交法第171條第1項第1 款之內線交易罪，因犯罪獲取之財物或財產上利益，應如何計算？（下稱法律爭議一）。
- 2.計算內線交易因犯罪獲取之財物或財產上利益之範圍，應否扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費成本？（下稱法律

爭議二）。

(二)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(1)實際所得法：行為人獲悉內線消息後買入（或賣出）股票，並再行賣出（或買入）股票，應以買賣股價之差額乘以股數，計算其犯罪利得。(2)關聯所得法：計算內線交易犯罪利得，必須該股票價格之變動與該重大消息之公開，其間有相當之關聯者為必要。(3)擬制所得法：以行為人買入（或賣出）股票之價格，與重大消息公開後某基準點價格之差額，計算犯罪利得。就如何擇定擬制之基準價格，又可分為：①消息公開後10個營業日收盤平均價格；②消息公開後連續漲（跌）停收盤營業日平均價格；③消息公開後股價已達平穩之首日營業日收盤價格；(4)兩個交易日差額法：以消息公開前最近交易日之每股成交均價，擬制為行為人買入（或賣出）之價格，並以消息公開後18小時最近交易日之每股成交均價，擬制為再行賣出（或買入）時之價格，兩者差額乘以股數即為犯罪利得。至於法律爭議二，亦有積極歧異見解，有採差額說（或稱淨額說）之見解，認為應扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費成本；有採相對總額說之見解，即無庸扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費成本。因此，本庭乃就上開二法律問題應適用之法律見解，於民國109年12月18日向本院其他刑事庭提出徵詢。徵詢程序完成，本庭就法律爭議一部分認具有原則重要性，而法律爭議二部分仍有不同見解，乃以108年度台上大字第4349號裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一法律見解。

(三)經本院刑事大法庭受理、辯論後，於110年5月19日以108年度台上大字第4349號裁定，宣示主文：「證券交易法第171條第1項第1款之內線交易罪，因犯罪獲取之財物或財產上利益之計算方法，應視行為人已實現或未實現利得而定。前者，以前後交易股價之差額乘以股數計算之（即『實際所得法』）；後者，以行為人買入（或賣出）股票之價格，與消息公開後10個營業日收盤平均價格之差額，乘以股數計算之（即『擬制所得法』）。」「計算前項利得之範圍，應扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費成本。」並於裁定理由內說明：

#### 1.法律爭議一部分

- (1)證交法立法目的在發展國民經濟及保障投資，係以保障投資為方法，達到發展國民經濟之終極目標。而保障投資必須透過防範證券詐欺，維護健全證券市場，始可達成。證券市場上之不法行為，不論種類為何，均可被歸類為廣泛之證券詐欺。公開說明書不實、操縱市場、內線交易等行為即係由原本抽象之證券詐欺概念中所衍生，取得獨立規範之地位，可稱之為「特殊證券詐欺」。其中證交法第157條之1「內線交易行為之禁止」，係植基於「平等取得資訊理論」之精神，兼及學理上所稱「私取理論」，為防止公開發行股票公司內部人（含準內部人、消息受領人）憑其特殊地位，於獲悉（實際知悉）重大影響公司價格之消息後，未公開前或公開後一定沈澱時間內，即先行買入或賣出股票，造成一般投資人不可預期之交易風險及破壞金融秩序，以維護證券市場交易之公平性及健全性所設。違反者，除須填補民事損害外，同法第171條並以刑罰手段遏止之，祇須符合內部人有「獲悉（實際知悉）發行股票公司有重大影響其股票價格之消息」及「在該消息未公開前或公開後一定沈澱時間（現行法為公開後18小時）內，買入或賣出該公司股票」之要件，即足成立內線交易罪。至於行為人是否存有「利用」該消息買賣股票獲利或避損之主觀意圖，並不影響犯罪之成立。且行為人最終是否實際因該內線交易，而獲利或避損，亦非所問。從而，自內線交易罪之構成要件要素以觀，其獲取之財物或財產上利益並不限於與內線消息具有因果關係為必要。
- (2)證交法第171條於93年4月28日修正公布，其修法目的係為使法益侵害與刑罰刑度間平衡，並避免犯罪者不當享有犯罪所得，以發揮嚇阻犯罪之效。而關於犯罪所得（現行法修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」），其立法理由說明：「第二項所稱犯罪所得，其確定金額之認定，宜有明確之標準，俾法院適用時，不致產生疑義，故對其『計算犯罪所得時點』，依照刑法理論，應以『犯罪行為既遂』或『結果發生時』，該股票之市場交易價格，或當時該公司資產之市值為準。至於『計算方法』，可依據相關交易情形，或帳戶資金進出情形，或其他證據資料加以計算。例如對於內線交易，可以行為人買賣之股數，與消息公開後價格漲跌之變化幅度，差額計算之」等旨，並未揭示明確之內線交易犯罪利得

計算方法，且證券交易市場影響股價之因素錯綜複雜，股價之漲跌、成交數量之多寡，皆以市場供需決定，投資人對股票買賣之數量、金額，各有其個人之價值判斷及投資決策，變化因素過大，實難斷定股價漲跌之絕對原因。立法理由就內線交易犯罪利得之計算方法，雖例示說明「可以行為人買賣之股數，與消息公開後價格漲跌之變化幅度，差額計算之」，但僅係一種原則性例示，尚難完全規範各種不同行為態樣之內線交易。縱使理論上可以計算「消息公開後價格漲跌之變化幅度差額」，實務上仍可能提出不同之計算模式，或由不同專家提供意見，導出分歧之結論，造成內線交易犯罪利得計算無法確定之困境，且係人為設算，難謂客觀，亦不利於司法安定性。故單以「消息公開後價格漲跌之變化幅度差額」計算所有內線交易犯罪利得，無異緣木求魚，殊不可行。況且立法理由終究非屬法律本文，僅能供為法院解釋、適用法律之參考，尚不具有絕對拘束力。

- (3)從內線交易罪之立法目的而言，既著重「避免犯罪者不當享有犯罪所得」，苟行為人獲悉內線消息而買入（或賣出）股票，股價上漲（下跌）之增益（避損）也在犯罪既遂之後，如認應扣除消息公開之前及公開之後，因市場因素所產生之增益（避損），無異使行為人「不當享有犯罪利得」，豈非與立法目的背道而馳。且不論是法律文義或是立法理由，均未揭示股票「價格漲跌之變化幅度」，須與「重大消息」之公開，具有因果關係，故法院於計算內線交易犯罪利得時，自無需考量影響股價漲跌之經濟或非經濟因素。
- (4)再從罪刑相當原則立論，行為人於何時買入與賣出股票，既均出於自主之選擇與判斷，則其因自身決定之買賣行為產生利得，自當承受「利得越多、刑責越高」之結果，此並無違罪刑相當原則。蓋行為人係因內線消息而買入（或賣出）股票，在其決定賣出（或買入）以前，得以享受期間內各種市場因素所促成之利益（增益或避損），因此其實現利得全部可謂係因內線交易行為所得。從而，行為人獲悉內線消息後，在消息未公開前或公開後一定沈澱時間內，買入（或賣出）股票，嗣後再行賣出（或買入）股票，即已實現利得之個案情狀，法院擇用「實際所得法」，亦即以其前後交易股價之差額乘以股數，作為內線交易罪所獲取財物之計算方法，

不僅合於法律之文義解釋、目的解釋，亦無違罪刑相當及法律明確性原則。

- (5)又就損益之概念，除以差額說為基礎之「自然意義損益概念」外，尚應以「規範意義損益概念」補充之，後者係指損益之認定，應探討法規及相關情事規範意旨，倘損益行為發生後，財產總額未出現計算上之差額，但依法規範之意旨，仍認為行為人獲有利益或被害人受有損害者，即不得以行為人或被害人之財產無差額，而否定其損益之存在。行為人獲悉「利多內線消息」後買入，但於消息公開後持續持有而未出售之部分；及行為人獲悉「利空內線消息」後出售避損且未買回之情形，考量證交法第157條之1第3項內線交易民事損害賠償金額之計算、同法第171條第2項加重罪刑之目的等規範意旨，並審酌依通常情形，客觀上可得預期有增益或避損之財產上利益，不能僅因行為人嗣後並未賣出或買回，即認未獲得財產上利益。
- (6)107年1月31日修正公布證交法第171條，將其第2項「犯罪所得」修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，固僅係避免法律用語混淆所為之文字修正，而非法律之變更，但自一般通常文義來理解，可知內線交易罪所稱「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，係指犯罪「獲取之財物」與「獲取之財產上利益」之總和，其中「獲取財物」之部分，為行為人實際買入（或賣出）再行賣出（或買入）之價差而已實現之利得；而「獲取財產上利益」部分，即為行為人未實現之利得。誠然，關於消息公開後應以何時點、何一價額計算行為人未實現之利得，證交法並無明文，但基於損、益常為一體兩面、同源對稱之論理上假設，將行為人因犯罪獲取利益擬制為證券市場秩序或不特定投資人所受損害，不失為一種可行之方式。參之同法第157條之1第3項就內線交易所生民事損害賠償金額，明定以「消息公開後10個營業日收盤平均價格」為基準計算差額，係採取擬制性交易所得計算公式。此既屬立法者就內部人因其資訊優勢所劃定之損害賠償範圍，可認立法者應係本於證券實務之考量及損害額之估算，以此作為計算民事損害賠償數額之擬制基準。則犯內線交易罪之擬制所得既無明文規定計算方法，上開計算民事損害賠償規定，經斟酌其立法政策、社會價值及法律體系精神，應係合乎

事物本質及公平正義原則，為價值判斷上本然或應然之理，本院自可援用民事上處理類似情形之前揭規定，以消息公開後10個營業日收盤平均價格，作為擬制賣出（或買入）之價格，據以計算行為人獲取之財產上利益。此「擬制所得法」既具有客觀上之計算基準，亦兼顧民、刑法律體系之調和，使民事責任損害與刑事犯罪利得擬制基準齊一，符合法律秩序一致性之要求。

- (7)綜上所述，犯內線交易罪獲取之財物或財產上利益之計算方法，應視行為人已實現或未實現利得而定。前者，以前後交易股價之差額乘以股數計算之（即「實際所得法」）；後者，以行為人買入（或賣出）股票之價格，與消息公開後10個營業日收盤平均價格之差額，乘以股數計算之（即「擬制所得法」）。亦即，採用簡明方便之實際所得法，輔以明確基準之擬制所得法，援為犯內線交易罪獲取之財物或財產上利益之計算方法，不僅合於證交法之立法目的，亦不悖離法律明確性、可預期性原則，有利於司法判斷之穩定及一致。

## 2.法律爭議二部分

- (1)在證券交易市場買賣有價證券者，其證券交易稅係由出賣有價證券人負擔，並由證券經紀商負責代徵、繳納，證券交易稅條例第2條第1款、第3條及第4條第1項第2款分別定有明文。另依證交法第85條規定，證券交易手續費係由證券經紀商向委託人收取。亦即，依現行證券交易市場之款券交割機制，買賣股票者，不論其原因、動機為何，均應依法繳交前述稅、費，不能拒繳或免除此部分支出，且係由證券經紀商結算後，直接將扣除應繳稅、費之餘額匯給股票出賣人，股票投資人並未實際支配過前述稅、費。從而，實務上對於因內線交易罪獲取之財物或財產上利益之範圍，向來多採「差額說」（或稱「淨額說」），即應扣除證券交易稅與證券交易手續費，以貼近真實利得之計算方法。
- (2)107年1月31日修正公布證交法第171條第2項，將「犯罪所得」修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，其修正理由說明：「原第二項之『犯罪所得』，指因犯罪該股票之市場交易價格，或當時該公司資產之市值為認定基準，而不擴及之後其變得之物或財產上利益及其孳息。其中關於內線交易之犯罪所得，司法實務上亦認為計算時應扣除犯罪行為人之

成本（最高法院九十六年度台上字第七六四四號刑事裁判參照），均與一百零四年十二月三十日修正公布之刑法第三十八條之一第四項所定沒收之『犯罪所得』範圍，包含違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息，且犯罪所得不得扣除成本，有所不同。為避免混淆，造成未來司法實務犯罪認定疑義，爰將第二項『犯罪所得』修正為『因犯罪獲取之財物或財產上利益』，以資明確。」等旨，明揭「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，係指因犯罪而直接取得的直接利得，不包含間接利得，且應扣除成本，與刑法沒收新制下「犯罪所得」之範圍，有所區別，為避免混淆，乃予修正。且同條第4項、第5項、第7項關於「沒收」或「犯罪後自首、偵查中自白，如繳交犯罪所得」等條文，仍維持「犯罪所得」之用語。足見立法者有意將「因犯罪獲取之財物或財產上利益」與沒收之「犯罪所得」明白區隔，兩者概念各別，範圍不同，應予明辨。

- (3)是以，依司法實務向來多數見解及前揭修法意旨，應以內線交易買賣股票之價差，扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費成本，據以計算行為人因犯罪獲取之財物或財產上利益之數額。

本院刑事大法庭既已就前揭二項法律見解予以統一，則本庭就本件關於內線交易部分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，自應受本院刑事大法庭前揭裁定見解之拘束。

- (四)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，並於理由內敘明所憑之證據及認定之理由，始足為適用法律之依據。原判決事實欄五之(三)載明張勛達、王格瑞獲悉內線消息後，出脫普格科技股份有限公司（下稱普格公司）股票，分別得以規避損失2,747,138元、9,838,818元。並於理由欄敘明證交法第171條第2項係以內線交易罪之犯罪所得（現行法已將「犯罪所得」修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，原判決仍沿用修正前之用語）為刑度加重之要件，依該條項之立法理由，及學說上之「特殊獲利或避損機會說」，計算內線交易之犯罪所得時點，必須該股票價格之變動與該重大消息之公開，其間有相當之關聯者為必要，故



於計算內線交易犯罪所得時，需界定重大消息與股價變動關聯之期間，並以該期間內之價格變動作為犯罪所得計算之基礎。復參酌證券櫃檯買賣中心公告普格公司股票101年3月至101年12月之歷史成交資訊，該股價於101年10月25日晚間消息公開後之隔日即呈現明顯下跌之趨勢，自同年10月26日至同年11月19日（共計17個營業日）均以跌停收盤，於同年11月20日以後始出現止跌之現象，即為股價反應本件重大消息之結束日，而以該日收盤價4.29元作為反應期間結束時之股價（見原判決上冊第187至189頁）。即以此4.29元作為擬制買入之股價，與張勛達、王格瑞出脫普格公司股票價格之差額，扣除證券交易稅與證券交易（賣出、擬制買進）手續費，認定張勛達、王格瑞分別獲得避損2,747,138元、9,838,818元之犯罪所得等語（見原判決下冊附表二六）。其計算方法不惟有違本院前揭統一見解，且將概念個別之「因犯罪獲取之財物或財產上利益」與「犯罪所得」，混為一談，自有適用法則不當及理由矛盾之違誤。而計算「因犯罪獲取之財物或財產上利益」多寡，除影響科刑輕重外，更關係沒收犯罪所得金額之計算，自應詳加釐清。

- (五)沒收適用裁判時之法律，為刑法第2條第2項所明定。又 107年1月31日修正公布之證交法第171條第7項規定：「犯第一項至第三項之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第三十八條之一第二項所列情形取得者，除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外，沒收之」，係在刑法修正沒收規定生效後始修正施行，依刑法第38條之1第1項但書規定，犯證交法第171條第1項至第3項之罪者，應適用修正後證交法第171條第7項有關沒收之規定。至其餘關於沒收之範圍、方法及沒收之執行方式，仍有刑法第38條之1第5項被害人實際合法發還優先條款、第38條之2第2項之過苛條款及第38條之1第3項沒收之代替手段規定之適用。又修正後證交法第171條第7項規定優先發還對象，較刑法第38條之1第5項範圍為廣，不限於被害人，尚及於第三人或得請求賠償損害之人，以落實證交法保障投資人之立法目的，故除確無應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外，於扣除已實際發還不予沒收之部分後，就其餘額，應依上開條文所定「除應發還被害人或得請求損害賠償之

人外」之附加條件方式諭知沒收及追徵，俾該等被害人或得請求損害賠償之人，於案件判決確定後，得向執行檢察官聲請發還或給付，方符合法條文義及立法意旨。原判決認定張勛達、王格瑞此部分犯罪所得各為2,747,138元、9,838,818元，未據扣案，仍應宣告沒收、追徵等情（見原判決上冊第261頁），惟張勛達、王格瑞違反內線交易禁止之規定，賣出普格公司股票，依證交法第157條之1第3項規定，當日善意從事相反買賣之人均得請求損害賠償，是其2人犯罪所得，若尚有應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人的情形，即應於主文中附加「除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外」，沒收之旨，始為適法。乃原判決就張勛達、王格瑞之犯罪所得，是否已無應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人之情形，恕置不論，逕行宣告沒收、追徵，自有適用法則不當及調查未盡之違法。另王格瑞業於109年4月24日與財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心就本件此部分犯行達成和解，並約明賠償500萬元，是王格瑞之犯罪所得是否應扣除上開金額，案經發回，併請注意及之。

貳、事實欄二之(一)至(三)及三所載黃子紳、張勛達部分；事實欄二之(四)所載王格琮部分

- 一、本件原判決維持第一審依想像競合犯從一重論處關於黃子紳、張勛達分別有如第一審判決附表（下稱附表）一編號(一)、(二)所載事實欄二(一)至(三)及事實欄三，與王格琮有如附表一編號(五)所載事實欄二之(四)各罪刑及諭知相關沒收之判決，駁回其等此部分在第二審之上訴，固非無見。
- 二、刑法第55條牽連犯廢除後，依立法理由之說明，在適用上，得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷。是廢除前經評價為牽連犯之案件，如其二行為間，具有行為局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相侔，而改評價為想像競合犯，以避免對於同一不法要素予以過度評價。故所謂「同一行為」係指實行者為完全或局部同一之行為而言。倘實行者所實行之二行為，無完全或局部之重疊，或行為著手實行階段前後已有明顯區隔，自難論以想像競合犯，而應以數罪併罰加以處斷。亦即刑法上行為人如對另一犯罪係臨時起意，

而行為不止於一個，且先後之數行為，在客觀上係逐次實行，侵害數個相同或不同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，固應按照其行為之次數，一罪一罰。若行為人以一個意思決定發為一個行為，而侵害數個相同或不同之法益，同時具備數個犯罪之構成要件，因而成立數罪名，乃處斷上一罪，即非數罪併罰，為刑法第55條之想像競合犯。依事實欄二認定黃子紳（普格公司財務長，於101年8月28日起轉任董事長特別助理）與張勛達（101年6月28日起為普格公司實質董事）於100年12月21日起至101年10月19日止，有填製不實會計憑證、申報公告不實、不合營業常規交易、特別背信等犯行，目的在於使黃子紳得以逢高行使普格公司國內第三次有擔保可轉換公司債（下稱普格三可轉債）選擇權獲利，張勛達亦可因此獲得普格三可轉債選擇權履約獲利之半數作為報酬，並得將普格公司支付廠商之貨款挪作他用，張勛達並曾表示願將交易過程中之獲利分與黃子紳等情。復依事實欄三記載，黃子紳、張勛達為逢高行使普格三可轉債選擇權以獲利，於101年3月2日起至同年7月30日止，有操縱普格公司股票股價之犯行。且理由欄亦載述黃子紳、客觀上確有散布普格公司不實財務報告，主觀上與張勛達以此方式影響櫃檯買賣市場普格公司股票交易價格之意圖（見原判決上冊第118頁）。倘若無訛，似認黃子紳及張勛達係為取得普格三可轉債選擇權及交易過程中其他利益，而為填製不實會計憑證、申報公告不實、不合營業常規交易、特別背信及操縱股價犯行，雖侵害數法益，並具備數個犯罪構成要件，惟犯罪時間上有所重疊，且初始即以取得普格三可轉債選擇權及交易過程中其他利益之意思決定，能否評價為一行為，而依想像競合犯論以一罪？非無研求之餘地。此攸關黃子紳、張勛達上開所為究應如何論罪，自應調查釐清，原審未予究明，即行判決，自有調查職責未盡，並有理由不備及矛盾之違法。

三、司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時，應先告知刑事訴訟法第95條所列各款事項，此觀同法第100條之2準用第95條之規定甚明。此之詢問，舉凡只要是在功能上相當於對犯罪嫌疑人为案情之詢問，不論係出於閒聊或教誨之任何方式，

亦不問是否在偵訊室內，均應有上開規定之準用，不以製作犯罪嫌疑人詢問筆錄時為限，而告知之情狀，祇須犯罪嫌疑人之地位形成即負有告知之義務，不管其身心是否受拘束。至於違反之效果，在犯罪嫌疑人受拘提、逮捕，其身心受拘束之情況下，司法警察官或司法警察詢問時，如有違反第95條第2款緘默權與第3款辯護權之告知義務，依同法第158條之2第2項準用第1項之規定，其所為自白或其他不利之陳述，除符合第1項但書所定「善意原則之例外」，應予絕對排除。惟在犯罪嫌疑人心身未受拘束之情形下，若有違反前揭告知義務時，所取得之自白及其他不利陳述，則應依同法第158條之4規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護而認定。稽之案內資料，證人即調查官林明獻於原審審判期日到庭證稱，其於製作黃子紳調查筆錄前，並不否認有進行事前溝通（即泛談）之情（見原審卷(四)第442、443、460頁）。原判決理由欄雖謂，黃子紳於102年4月3日之調查筆錄，全程有經連續錄音，且林明獻到庭證稱，製作詢問筆錄過程均符合法律規定等語，另經第一審法院勘驗，認筆錄所載要旨與受詢問人之陳述大致相符，而認黃子紳前開調查筆錄具證據能力之說明（見原判決上冊第54頁）。惟原審未針對製作調查筆錄前即已進行之事情溝通，是否有涉及案情之詢問，調查官於何時踐行上開告知程序，原審並未查證、審認明白，為必要之論述，遽認黃子紳之上開詢問筆錄具有證據能力，依上說明，自有採證違反證據法則及判決理由不備之違法。

- 四、科刑判決所認定之事實，若與其所採用之證據，及認定之理由不相適合者，即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令。而有罪之判決書，對於被告有利之證據，如不加採納，必須說明其不予採納之理由，否則難謂無判決理由不備之違誤。(一)原判決認定黃子紳有事實欄二之(一)編號1.至18.、二之(二)編號1.至8.所載與張勛達介紹廠商、客戶與普格公司進行虛偽循環交易，而為不合營業常規交易及特別背信之犯行，主要係依憑黃子紳之供述，共犯證人張勛達、張家銘、蔡弦甫之證言，證人即普格公司董事長王格琮及相關員工之證詞，暨卷附普格公司建立之客戶資料表及其相關交易資料等證據，因而認定黃子紳確有上開犯行（見原判決上冊第98、99頁）。惟查，上開證人並未述及黃子紳知悉上開交易為假交易，雖

張家銘證稱黃子紳知悉虛偽交易等語（見原判決上冊第80頁），惟僅屬其推測之詞，且由黃子紳、張勛達之陳稱，可知黃子紳因上開非營業常規交易所獲得之利益僅得知為交易回扣，亦無法據此推論上開交易之真偽。以上，均無法證明黃子紳知悉前開交易為假交易，則原判決上開理由與採用證據內容，已不相適合，難謂無判決理由矛盾之違法。再由黃子紳之供稱，及證人王格琮、陳維萍之證述，可知張勛達簽立自白書證明上開交易為假交易時，黃子紳與王格琮、陳維萍均在場要求張勛達簽立該自白書，衡情若黃子紳與張勛達為假交易之共犯，應不會一同要求張勛達簽立上開自白書。從而，原審未進一步審究及為必要說明，遽為判決，亦有調查未盡及理由欠備之違法。(二)原判決認定王格琮有事實欄二之(四)所載財報不實之犯行，主要係依憑王格琮之供述，證人紀明德、陳維萍之證詞，普格公司相關財務資料、自白書等證據資料以為論斷。惟原判決所引用之普格公司財報卷，並未載明所引資料出處，該卷內有數份普格公司財務報告，究係指何份財務報告，似嫌籠統而非明確。又查101年10月31日之普格公司財務報告暨會計師核閱報告101及100年度前三季第5頁（見第一審普格公司財報卷第144頁、第155頁反面），似已將普格公司因假交易所受損害金額及原因揭露，且102年3月29日之普格公司財務報告101年度及100年度第4、30頁，亦已將普格公司因假交易所受損害金額及原因再度載明（見第一審普格公司財報卷第183頁反面、第195頁反面），就上開有利王格琮之證據資料，原判決未予審酌及採納，復未說明何以不予採納之理由，已有理由欠備之瑕疵。復於原判決第253頁載述王格琮未曾否認普格公司財務報告申報公告不實之事實，惟王格琮業於原審提出相關證據否認普格公司有財務報告申報公告不實之事實（見原審卷第1376至1382頁）。原判決此部分之事實認定與卷內資料不符，亦有理由矛盾之違法。

五、本件原判決認定黃子紳、張勛達因操縱股價、非常規交易及特別背信罪，係犯證交法第171條第1項、第2項之罪，揆之前揭乙、壹、二之(五)說明，其2人此部分犯罪所得，若尚有應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人的情形，即應於主文中附加「除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償

之人外」，沒收之旨，始為適法。乃原判決就黃子紳、張勛達此部分犯罪所得，是否已無應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人之情形，恕置不論，逕行宣告沒收、追徵，自有適用法則不當及調查未盡之違法。另原判決就黃子紳因犯非營業常規交易及背信而獲取之犯罪所得，據黃子紳歷次供述，依「有疑利歸被告原則」，認應沒收600萬元，然據黃子紳歷次供述，其陳稱因此獲得金額有500萬元或600萬元，是原判決此部分說明，亦有判決理由矛盾之違誤。

參、以上，或係黃子紳、張勛達、王格琮、王格瑞上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，上述違背法令影響於事實之確定，本院無從據以自為裁判，應認原判決關於黃子紳、張勛達有罪部分；事實欄二之(四)所載王格琮部分；王格瑞部分，有撤銷發回更審之原因。

丙、上訴駁回部分

壹、張芳源、許鴻展、張秉彥有罪部分；許訓誠罪刑部分

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、本件原審審理結果，認為上訴人即被告張芳源、許鴻展、張秉彥、許訓誠分別有違反證券交易法、證券投資信託及顧問法、填製不實會計憑證各犯行明確，因而撤銷第一審關於許訓誠罪刑部分之科刑判決，改判仍論處許訓誠有如附表一編號(貳)所示罪刑，及維持第一審論處張芳源、許鴻展分別犯如附表一編號(肆)、(伍)，張秉彥犯填製不實會計憑證各罪刑之判決，駁回檢察官及張秉彥、張芳源、許鴻展在第二審之上訴，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。並就張芳源、許鴻展等人否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。又本於證據取捨之職權行使，對於(1)證人郭正炫證稱，展航科技股份有限公司與杜拜耳國際開發股份有限公司（下稱杜拜耳公司）交易，有交貨至張芳源指定處所；(2)證人謝宏國證述，杜拜耳公司於10

0年10、11月間至101年間，有向得佑公司買7、8批電子零件，有送貨到杜拜耳公司指定處所；(3)證人蕭嘉嫻證稱，其於杜拜耳公司及賣座實業有限公司（下稱賣座公司）擔任總務工作期間，曾送過2次訂購單至普格公司（應係張勛達建國北路辦公室）等語，如何不足為有利張芳源認定之理由，業已載述明白。

- 三、按被告或共犯之自白固不得作為認定犯罪之唯一證據，而須以補強證據證明其確與事實相符，然茲所謂補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐證自白之犯罪非屬虛構，能予保障所自白事實之真實性，即已充分。又得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告之實行犯罪，但以此項證據與被告或共犯之自白為綜合判斷，如足以認定犯罪事實者，仍不得謂其非屬補強證據。原判決綜合許訓誠於原審之自白，共犯證人陳幸德、張家銘、蔡錦洲、柳建民、李柏俊、譚期升、張老福、喬仁傑及證人王宏裕、簡秀瓊等證詞，第一金證券投資信託股份有限公司（下稱第一金投信公司）函文及其相關資料、第一金投信公司第一金店頭市場證券基金（下稱第一金店頭市場基金）投資相關資料，暨案內其他證據，資為論斷許訓誠身為第一金店頭市場基金經理人，如何意圖為謀自己不法利益，而以投信基金承接特定人之持股，並將基金買賣股票決策等職務上所知悉之消息洩漏他人，為有損害基金即受益人之行為，如何有違背職務之行為收受財物之犯罪事實，已記明認定之理由。所為論斷說明，並不悖乎論理法則及經驗法則，亦非僅以許訓誠之自白為論罪唯一依據，尤非單以推測或擬制之方法為裁判基礎。要無許訓誠上訴意旨所指判決理由不備、調查未盡及違背證據法則之違法情形可言。又主要事證既明，許訓誠上訴意旨謂其管理之第一金店頭市場基金於購買普格公司股票前，均有符合內部行政規定，且經各級主管核准，可知其並無違背職務等相關說詞，仍無足否定卷存事證，而於判決結果無影響，亦無判決不備理由之違法可言。
- 四、供述證據縱令先後未盡相符或互有矛盾，但事實審法院本於審理所得之心證，取其認為真實之一部，作為論罪之證據，原非法所不許。又同一證人前後供述證據彼此不能相容，則採信同一證人之部分證言時，當然排除其他部分之證言，此

為法院取捨證據法理上之當然結果，縱未於判決理由內說明捨棄他部分證言，而僅說明採用某部分證言之理由，於判決本旨亦無影響，此與判決不備理由尚有未合。原判決綜合全案證據資料而為論斷張芳源有如事實欄二(一)之3.及二(二)之4.，許鴻展有如事實欄二(一)之16.部分犯行，即使證人葉慶隆、饒銘雯之證詞，或有部分細節事項前後不一，然因其等對於基本事實之陳述與真實性無礙，縱未敘明捨棄部分細節不一證言之理由，於判決本旨仍無影響，究非判決理由不備之違法。復就張芳源謂其為實際負責人之賣座公司及杜拜耳公司與普格公司間之交易為真實交易，及許鴻展陳稱介紹宏亞環球有限公司與普格公司之交易係屬真實，僅係未交易成功等語，敘明不可採信之理由（見原判決上冊第99至109 頁）。又張芳源雖提出賣座公司向全衡科技開發股份有限公司、津準有限公司購買貨物之相關證明文件，或證人黃小玲（普格公司財會人員）縱證述其所製作之表格內記載賣座公司為實際進貨廠商等詞，仍無從為有利張芳源之認定。原判決未就此贅為其他無益之說明，於結果並無影響。張芳源上訴意旨執此指摘原判決未說明不予採取黃小玲該對張芳源有利說詞之理由欠備，仍非第三審上訴之適法理由。另張秉彥透過假交易取得普格公司給付之款項，雖原判決理由欄認屬借貸關係而取得，然經普格公司催討債務時，張秉彥僅先償還 100 萬元，尚有餘額未清償完畢（見原判決上冊第252 頁），顯見張秉彥就已屆期之債務無法償還，實質上確係造成普格公司財務上之損害，且張秉彥取得款項既係屬借款性質，並非犯罪所得，原判決記載張秉彥取得之貨款金額與理由欄記載有所矛盾，縱有微疵，對判決本旨亦不生影響，其執以指摘原判決有判決理由矛盾、調查未盡及適用法則不當之違法，亦非合法之第三審上訴理由。

- 五、刑之量定，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，苟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者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。本件原判決已具體審酌關於刑法第57條科刑等一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，就許訓誠所犯情節量定刑罰，客觀上並未逾越法定刑度，



亦與罪刑相當原則無悖，難認有逾越法律所規定之範圍，或濫用其裁量權限之違法情形，無違法可言，亦無從比附援引他案之量刑或定執行刑情形指摘本件違法。檢察官上訴意旨漫指原判決關於許訓誠部分量刑過輕等詞，及許訓誠上訴意旨比附援引他案量刑結果，而指摘原判決量刑過重等語，均係對原審量刑職權之合法行使，任意指摘，同非適法之第三審上訴理由。

六、基於「任何人都不得保有犯罪所得」之普世基本法律原則，修正後刑法第38條之1 明文規範犯罪利得之沒收，期澈底剝奪不法利得，以杜絕犯罪誘因。惟由於國家剝奪犯罪所得之結果，可能影響被害人權益，基於利得沒收本質為準不當得利之衡平措施，應將犯罪所得返還被害人，為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，並避免國家與民爭利，修正後刑法第38條之1第5項規定：「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵」，以不法利得實際合法發還被害人，作為封鎖沒收或追徵之條件，此亦能避免被告一方面遭國家剝奪不法利得，另一方面須償還被害人而受雙重負擔之不利結果。反之，倘利得未實際合法發還被害人，縱被害人放棄求償，法院仍應為沒收之宣告，藉以避免修法前不法利得既不發還被害人，亦未經法院宣告沒收，而使犯罪行為人繼續保有不法利得之不合理現象。故倘若犯罪行為人雖與被害人達成民事賠償和解，惟實際上並未將犯罪所得返還被害人，自仍應就該犯罪所得諭知沒收或追徵，始符合沒收新制之立法本旨。原判決已敘明許鴻展之犯罪所得為50萬元（見原判決上冊第258 頁），而許鴻展並非將上開所得返還被害人，縱其將該不法所得歸還共犯張家銘，亦僅屬犯罪所得之處分行為。許鴻展上訴意旨任憑己意，謂其已將犯罪所得歸還張家銘，而未保有上開犯罪所得等語，據以指摘原判決此部分諭知沒收及追徵為不當，並非合法之第三審上訴理由。

七、綜合前旨及其他上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於不顧，就原判決已說明事項，徒憑己意而為相異評價，重為事實之爭執，或對於事實審法院取捨證據、自由判斷證據證明力與量刑之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件此部分上訴違背法律上

程式，俱應予駁回。

## 貳、檢察官上訴部分（除許訓誠部分）

### 一、關於違反證交法部分

(一)按刑事訴訟法對於提起第三審上訴者，依第376條、第377條之規定，本即有案件之禁止及理由之限制，刑事妥速審判法第9條，則係專就同法第8條情形以外之第二審法院維持第一審諭知被告無罪判決之案件，對於檢察官或自訴人提起第三審上訴所設之上訴理由更為嚴格限制，亦即其上訴理由須以該條第1項所列各款之事項為限，此係刑事訴訟法關於第三審上訴理由一般限制規定之特別法，應優先而為適用。又刑事妥速審判法第9條之立法理由明揭：案件於第一審判決無罪，第二審法院仍維持第一審所為無罪判決，若允許檢察官或自訴人就無罪判決一再上訴，被告必須承受更多之焦慮及不安，有礙被告接受公平、迅速審判之權，因此合理限制檢察官、自訴人之上訴權，以落實嚴格法律審，並促使檢察官、自訴人更積極落實實質舉證責任。則該條所稱「維持第一審所為無罪判決」，除維持第一審在主文諭知無罪之判決外，自包括第二審法院經實體審理結果，就裁判上一罪案件之一部，維持第一審於判決理由內論敘不另為無罪諭知之情形，始合於前述立法本旨。且其目的既在避免檢察官或自訴人對於上開經一、二審均為無罪認定之案件一再上訴，影響被告受公正與迅速審判之權利，自無區別該無罪判決之理由究為不能證明被告犯罪或行為不罰，而異其規範之必要。尤無針對裁判上一罪中之一部經一、二審均不另為無罪諭知之第三審上訴要件，另予差別待遇之正當理由。從而檢察官對於裁判上一罪中之一部經一、二審均說明不另為無罪諭知者，提起第三審上訴，其上訴理由書狀應具體敘明原判決該部分有何刑事妥速審判法第9條第1項各款所列事項，係屬法定要件。檢察官之上訴理由書狀如果未具體指明前述法定事由，法院應以其第三審上訴違背法律上之程式，予以駁回。

(二)又刑事妥速審判法第9條第1項第2款所稱「判決違背司法院解釋」，與同條項第1款所定「判決所適用之法令牴觸憲法」乃「判決適用之抽象法規違憲」之情形不同。其第2款所定「判決違背司法院解釋」，係指判決之意旨違背司法院針對本案援引之法令條文或判斷之爭點就具體案件之法令適用

重要事項認有統一法律見解之必要所作成之「院字」或「院解字」解釋（行憲前），或由司法院大法官作成有關憲法解釋及法令之統一解釋（行憲後）而言。若自訴人或檢察官依前述規定提起第三審上訴所憑司法院解釋，並非針對該具體案件援引之法令條文或判斷之爭點所為解釋，而僅就其他抽象法規闡釋憲法保障人民基本權利意旨或法益保護內容者，自非屬之。至同條項第3款所稱「判例」，依108年1月4日修正，於同年7月4日施行之法院組織法第57條之1第2項規定，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同，非謂原依法選編之判例所示法律見解因而失效，是依刑事妥速審判法第9條第1項第3款規定提起第三審上訴者，應理解為以「判決違背原法定判例之法律見解」為理由上訴。惟若主張者係違背刑事訴訟法第377條至第379條及第393條第1款有關之法律見解，仍非刑事妥速審判法第9條第1項第3款之範疇。

(三)本件檢察官起訴關於上訴人即被告張芳源、蘇麗月、許鴻展、張秉彥及被告黃美芳、葉慶隆、郭進國、吳萬發、羅能楨、官林、柯齡蘭、戴俊成、徐文雄、莊炎杰、洪源謙等人（下稱張芳源等15人）填製不實會計憑證而使普格公司為不合營業常規交易，涉有證交法第171條第1項第1、2、3款等罪嫌。原審審理結果，以均不能證明張芳源等15人有此部分違反證交法第171條第1項之犯罪，因而維持第一審不另為無罪諭知之認定。檢察官對於原判決上開維持第一審不另為無罪之諭知部分，提起第三審上訴，自有前揭刑事妥速審判法第9條規定之適用。茲檢察官以原判決違背原本院選編之53年台上字第2067號判例及63年台上字第3220號判例為由，提起上訴。

(四)查原本院選編之53年台上字第2067號判例意旨謂「證據之證明力如何，雖屬於事實審法院自由判斷職權，而其所為判斷，仍應受經驗法則與論理法則之支配。」係在說明事實審法院判斷證據證明力之職權行使，應受經驗與論理法則之支配，係屬與刑事訴訟法第378條規定有關之判例，即與刑事妥速審判法第9條第1項第3款所稱之「判決違背判例」不該當。另原本院選編之63年台上字第3220號判例意旨：「判決不載理由者當然為違背法令，所謂判決不載理由，係指依法應記載於判決理由內之事項不予記載，或記載不完備者而言。」

」係屬刑事訴訟法第379 條第14款所定「判決不載理由」之判例，與刑事妥速審判法第9條第1項第3 款所稱之「判決違背判例」不該當。

- (五)是檢察官上訴意旨形式上雖以原判決違背前揭判例為由，提起第三審上訴，但所指如何違背判例之意旨，仍係對於原判決採證認事職權之適法行使，任意為不同評價，重為事實上爭執，泛言其違反經驗法則、論理法則或判決不載理由而為指摘，與刑事妥速審判法第9條第1項第3 款規定不相適合。其此部分之上訴違背法律上之程式，應予駁回。

## 二、關於張芳源等15人有罪部分

- (一)上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348條第1項定有明文。第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，亦為刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段所明定。

- (二)本件檢察官不服原審判決關於張芳源等15人，於108年10月5日提起上訴，並未聲明為一部上訴，自應視為全部上訴，然其所提出之上訴書，僅指摘原判決關於張芳源等15人違反證交法不另為無罪諭知部分有違誤，但對於原判決對張芳源等15人論罪科刑部分，則並未敘述不服之理由，迄今逾期已久，於本院判決前仍未補提理由書，檢察官此部分之上訴自非合法，應併予駁回。

## 參、蘇麗月上訴部分

- 一、第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項、第395 條後段分別定有明文。

- 二、本件蘇麗月因違反商業會計法之填製不實會計憑證犯行，不服原審判決，於108年10月4日提起上訴，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，其上訴自非合法，亦應駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第398條第1款、第401條、第395條，判決如主文。

中 華 民 國 110 年 5 月 20 日  
刑事第六庭審判長法官許錦印  
法官朱瑞娟  
法官劉興浪  
法官高玉舜  
法官何信慶

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 110 年 5 月 27 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 3750 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 05 月 27 日

裁判案由：違反公職人員選舉罷免法

最高法院刑事判決

109年度台上字第3750號

上訴人 詹振煌

選任辯護人 劉錦勳律師

賴鴻鳴律師

上訴人 黃福萬

選任辯護人 高進根律師

高運珣律師

上列上訴人等因違反公職人員選舉罷免法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國 109年5月20日第二審更審判決（109年度選上更一字第 16號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署107年度選偵字第143、150、154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非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。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人詹振煌參加民國 107年苗栗縣卓蘭鎮第21屆鎮民代表選舉（下或稱本件選舉）而為該鎮第 3選舉區之候選人，其為求順利當選，透過知悉詹振煌意欲賄選之上訴人黃福萬居中牽線，而有如其事實欄所載，即詹振煌由黃福萬全程陪同，於 107年10月底某日中午時分，在苗栗縣卓蘭鎮壠西坪之「寨酌然野奢莊園」內，先後將新臺幣（下同）4,000元、2,000元分別交付與對於上開選舉有投票權之郭玲秀及張連花（上開 2人均經檢察官為職權不起訴處分確定），要求郭玲秀、張連花及渠等同有上開選舉投票權之家人投票支持之賄選（即投票行賄）犯行，因而維持第一審依接續犯關係論詹振煌以對於有投票權之人交付

賄賂而約其投票權為一定之行使罪，處有期徒刑3年6月，並宣告褫奪公權4年，且諭知扣案之賄賂6,000元沒收；另論黃福萬以幫助對於有投票權之人交付賄賂而約其投票權為一定之行使罪，處有期徒刑 1年8月，並宣告褫奪公權2年之判決，而駁回上訴人等在第二審之上訴，已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於上訴人等所辯為何均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

## 二、上訴人等上訴意旨

- (一)、詹振煌上訴意旨略以：(1)、原判決依憑卷內關於本件選舉第3選舉區候選人登記冊、選舉人名冊及郭玲秀與張連花之全戶戶籍資料作為認定伊賄選之證據，然就該等文書資料何以得作為認定事實之基礎，原審完全未予調查審認並於判決理由內加以說明，遽採為認定伊犯罪之證據，顯有失當。又原判決既認為張連花於法務部調查局苗栗縣調查站（下稱苗栗縣調查站）所為之陳述，係被告以外之人於審判外之陳述，且並無得以採為證據之傳聞法則例外情形，而認為該等證據並無證據能力，卻復引用張連花之上開審判外陳述，綜合認為張連花所為不利於伊之指證可予採信，而資為認定伊有本件賄選犯行之證據，採證同失允當。(2)、郭玲秀與張連花所述關於①伊等與詹振煌見面時，詹振煌曾否自稱具有相關政黨黨籍，及有無與張連花談及本件選舉而獲悉其「公公」（指其夫之父，下同）有支持不同政黨之傾向，因而產生是否仍對張連花行賄之遲疑。②黃福萬當時有無表示由詹振煌自行考慮是否對張連花行賄之言語。③當時詹振煌用以賄選之千元紙鈔，係從其衣物口袋中取出，抑本即握在手上。④郭玲秀收受詹振煌所交付之選舉賄款後，是否轉交與其家人等事項，不僅前後不一，且彼此互有齟齬，其等所為不利於伊之賄選指證，顯難信為真實。復次，伊於案發當時若曾因詢問張連花而知悉其公公已有支持某特定政黨之傾向，而伊為無黨籍，自不可能對張連花及其家人行賄。又郭玲秀自陳其不諳客語，則其如何能聽聞並理解黃福萬有以客語建議伊自行斟酌是否行賄張連花之情事。況伊曾多次高票當選苗栗縣卓蘭鎮鎮民代表，顯無為求勝選而賄買郭玲秀、張連花及其等家人合計不過區區 6票之必要，更何況政府查緝賄選甚嚴

，伊若有意賄選，亦應隱身幕後，殊無親自出面行賄之理。原審未詳查究明上情，遽為不利於伊之認定，顯屬違誤。(3)、本案前經最高法院判決發回意旨指摘原法院前審，對於卷內化名「朱小明」者檢舉劉翰松在「寨酌然野奢莊園」內為伊向任職該莊園之某外籍配偶賄選買票之事，究竟與郭玲秀及張連花本件選舉受賄之間有無關聯等疑點，未予調查釐清為不當，因而撤銷原法院前審判決而發回更審。乃原審未傳喚「朱小明」到庭作證以查明實情，竟遽行判決，且為不利於伊之認定，亦有可議云云。

- (二)、黃福萬上訴意旨略以：(1)、關於伊有無本件被訴幫助詹振煌賄選犯行之重要情節，郭玲秀先前於苗栗縣調查站詢問及檢察官訊問時均未提及「黃福萬於邀約伊與詹振煌在『寨酌然野奢莊園』見面之前，有先以通訊軟體Line電話聯絡說詹振煌要拿『那個』來，且伊理解所謂『那個』係金錢」等情，迨第一審審理時，郭玲秀始突然證稱伊有上揭聯絡情事，且張連花亦係直到第一審審理時方附和郭玲秀上開情詞而證稱：郭玲秀有跟伊講說詹振煌要拿「那個」云云。其 2 人於偵查中並未提及上述攸關本件待證事實之重要情節，迄第一審審理時始謂有上開情事，實不合常情而難以採信。原判決疏未究明郭玲秀及張連花上開陳述何以有前揭瑕疵之原因，遽採為認定伊犯罪之證據，洵有未洽。況且，本件伊與詹振煌被訴賄選案件，僅有收賄之對向共犯郭玲秀及張連花所為之不利指證，而郭玲秀、張連花分別提供扣案之千元紙鈔，既非其等所稱詹振煌所交付之原始賄款，自仍屬與其等陳述具有同一性暨重複性之證據，除此之外，卷內並無其他補強證據可資擔保其等所指證關於伊與詹振煌之賄選情事為可信。原審未調查有何其他補強證據足以佐證郭玲秀及張連花陳述之憑信性，僅憑其 2 人前述具有瑕疵之指證，遽行認定伊與詹振煌有本件被訴賄選犯行，於法有違。(2)、依郭玲秀與張連花所為關於收受詹振煌所交付本件選舉賄款之陳述以觀，郭玲秀於案發當時，已向詹振煌表明其自己及家人就本件選舉均傾向支持某特定政黨之候選人，然詹振煌自稱係無黨籍候選人，猶對郭玲秀行賄；張連花則本不欲受賄，嗣在詹振煌之勸說下始收受賄款。故郭玲秀、張連花雖分別收受詹振煌所交付之現金，然其等並無對詹振煌允諾將投票予以支持



之表示，故本件顯無證據足以證明伊有幫助詹振煌約使郭玲秀及張連花於本件選舉為投票權一定行使之犯行。原審未查明上情，遽認郭玲秀及張連花知悉詹振煌交付賄款之目的係在請託投票支持，猶當場允諾為投票權之一定行使而加以收受，洵屬率斷。又原判決既認定詹振煌係對郭玲秀、張連花個人行賄而分別交付4,000元及2,000元，另方面卻謂賄選多以同一家戶內有投票權之人口作為賄款計算單位云云，前後論述齟齬，非無可議。(3)、郭玲秀一度供稱：伊曾將詹振煌所交付之賄款轉交與伊之家人，但伊家人退還與伊等語，而張連花則供稱：伊逕將詹振煌所交付之賄款花用，並未轉交與伊丈夫等語。惟郭玲秀及張連花既均陳稱詹振煌係以1 票1,000 元之代價賄選買票，但其等各自收受之賄款金額卻分別為4,000元及2,000元，可見郭玲秀及張連花似有為詹振煌分別向其等家人賄選買票之意思或行為，自不能排除其2 人與詹振煌就本件賄選犯行成立共同正犯之可能性，此攸關詹振煌賄選之對象暨金額，究侷限於僅行賄郭玲秀或張連花本人各1,000 元，抑尚包括向其等各自之家人行賄，暨行賄金額是否應按人數計算等事實之認定。乃原審對於郭玲秀、張連花主觀上是否具有行賄之意思，以及究竟有無將詹振煌所交付之賄款分別轉交其等家人，暨本件原始賄款之去向為何等諸多疑點，皆未詳查釐清，遽認伊有幫助詹振煌先後向郭玲秀及其配偶陳家正、婆婆陳周明珠及小姑陳美玉共4 人，以及向張連花及其配偶詹益清共2人賄選，賄款金額各為4,000元及2,000 元之犯行，並謂：郭玲秀與張連花均僅係單純代替其等同戶籍之各該家人收賄，而其等家人是否果收受取得各該賄款，僅係其等各該家人應否承擔選舉收賄罪責之問題而已，與伊及詹振煌有無本件賄選犯行之認定不生影響云云，顯屬率斷。(4)、檢調人員根據化名「朱小明」者之檢舉與其他相關情資，懷疑劉翰松在「寨酌然野奢莊園」內，為詹振煌向受僱於該莊園之郭玲秀、張連花及蔡明珠等外籍配偶賄選買票，經通知劉翰松接受調查詢問。上開賄選情事雖為劉翰松所否認，然該化名「朱小明」者向苗栗縣調查站檢舉賄選略謂：伊於106 年10月23日或24日，看見劉翰松向某外籍配偶買票請求支持詹振煌，伊回家問伊外籍配偶，亦發現其收受買票賄款2,000元，伊遂帶該賄款即千元鈔2張前來

檢舉並提供扣案等語，比對郭玲秀、張連花所陳述選舉受賄之經過略為：伊等於同（106）年10月底或該月份之23日或24日，在「寨酌然野奢莊園」內分別收受詹振煌所交付之買票賄款4,000元及2,000元等情，兩者之時空背景幾無不同，堪認該化名「朱小明」者與郭玲秀及張連花所指陳者似係相同之賄選場景，可見該化名「朱小明」者疑即張連花之配偶詹益清。而郭玲秀及張連花所指關於伊陪同詹振煌賄選之情節，既與該化名「朱小明」者之檢舉賄選內容相異，足以證明郭玲秀及張連花所為不利於伊及詹振煌之指證與事實不符，自可合理懷疑本件係對立黨派利益衝突或貪圖檢舉賄選獎金等因素所引起之冤案。上述相關疑點，前經最高法院以原法院前審判決有證據調查未盡之瑕疵，而判決予以撤銷並發回更審，乃原審猶未就上開疑點詳予調查釐清，遽以無調查必要性為由，而不予調查，洵屬不當云云。

### 三、惟查：

- (一)、本件卷查原審受命法官於109年3月5日行準備程序時，依刑事訴訟法第273條第1項第4款規定，調查卷附相關證據資料之證據能力，經提示卷內包括107年苗栗縣第21屆鄉鎮市民代表選舉卓蘭鎮第3選舉區候選人登記冊、選舉人名冊及郭玲秀暨張連花之全戶戶籍資料在內等證據資料，訊問上訴人等及其等在原審之選任辯護人關於證據能力之意見，其中詹振煌及其在原審之選任辯護人陳稱：「引用答辯狀1第1頁之記載」等語，而上開答辯狀內容，除爭執郭玲秀及張連花若干陳述無證據能力外，另載明「其他供述、非供述證據之證據能力，無意見」等旨（見原審卷第66、69頁），可見原審已就本件相關非供述證據（包括本件選舉相關簿冊及選舉人戶籍資料等文件）之證據能力加以調查。詹振煌上訴意旨指摘原審並未調查上揭選舉簿冊及戶籍資料是否具有證據能力一節，顯與卷內訴訟資料不符。又上述關於選舉簿冊及戶籍資料均屬公務員職務上所製作之紀錄文書或證明文書，既無顯不可信之情形，依刑事訴訟法第159條之4第1款之規定，應具有適法之證據能力。詹振煌及其在原審之選任辯護人就上揭選舉簿冊及戶籍資料等非供述證據是否有不得作為證據之情形，於原審審理時既未有所主張或爭執，則縱原判決對於該等核屬公務文書之適格證據資料，未特予說明其何以得

作為判斷依據之理由而略欠周詳，然顯不影響原審對於該等證據資料具有證據能力及採證適法性之判斷，詹振煌就此部分之上訴意旨，要非合法之第三審上訴理由。

(二)、所謂「彈劾證據」，係指消極地作為爭執（即彈劾）證人陳述憑信性或其他證據證明力之證據資料，因其並非用以積極地證明犯罪事實存在之實質證據，故不以具有證據能力為必要。原判決就上訴人等爭辯：張連花提供扣案之現金 2,000 元，並非其所稱詹振煌賄選所交付之原始款項，上開扣案款項自無從據以認為張連花所為不利於伊等之指證為可信之依據云云，已於理由內說明：張連花雖於苗栗縣調查站調查員詢問時陳稱：伊已將詹振煌所交付之賄款2,000 元花用完畢，遂另提出同額現金2,000 元供查扣等語，然張連花上開所陳將所收受之賄款與自己金錢摻混花用一節尚無違常情，不能以張連花所提出扣案者並非原始之賄款，即認其證述為不可採信等旨（見原判決第18頁第18至24行）。核原判決上開論斷，係以縱將張連花於調查詢問時所為不具有證據能力之陳述，消極地作為「彈劾證據」使用，尚不足以減弱或降低其嗣於偵查中及第一審審理時經具結而為不利於上訴人等指證之憑信性或證明力，而非以該等審判外之傳聞供述，作為積極地證明上訴人等犯罪事實存在之實質證據，於證據法則自屬無違。上訴意旨執以指摘原判決採證不當，依上述說明，顯屬誤解，亦非適法之第三審上訴理由。

(三)、證據對事實發揮證明之作用，並據以認定其是否存在，係指藉由對證據方法之調查獲得證據資料，並因而對相關待證事實之存否產生確信之過程與結果。所稱待證事實，係指得涵攝於被訴犯罪構成要件之具體社會事實而言，包括一般人日常生活所體驗感知行為人之原始複數舉動或行為之實然存在，此應依訴訟法上相關證據法則證明認定之。至待證之具體社會事實，在法律上之特定條件下，合為包括一行為予以評價為行為單數，而論以犯罪單數之接續犯，則屬應然之規範評價問題，尚與證據法則無涉。又被告及證人（包括身為共同被告之廣義共犯（即幫助犯、教唆犯及共同正犯））均為法定證據方法之一，①被告應訊供承犯罪事實全部或主要部分以外之間接事實，乃自白以外之「其他不利（於己）之陳述」（刑事訴訟法第100條、第158條之2第1項參照），以及

②廣義共犯所為不利於其他廣義共犯（例如幫助犯對正犯，或正犯對幫助犯）之陳述，與③選舉受賄之人所為就對向行賄者向其行賄情節之指證，本均係適於證明事實之積極證據，祇不過證明力受限而已，亦即非有自身以外之其他證據補強其憑信性，不得僅憑其各自之單一證據遽以認定事實。而被告、廣義共犯及行賄對向犯，既係相互獨立而屬不同來源之證據方法，則其等所為不利於選舉行賄之正犯或幫助犯相關情節之陳述，自可互為彼此之補強佐證，或與其他立證相結合而據以認定賄選之犯罪事實。

1．原判決認定詹振煌有本件被訴向郭玲秀及張連花買票之賄選犯行；另認定黃福萬有本件被訴幫助詹振煌向郭玲秀及張連花買票而幫助賄選之犯行，業於理由內說明其憑據及理由略以：詹振煌及黃福萬對於詹振煌透過黃福萬居中牽線，於 107年10月底某日中午時分，與郭玲秀及張連花在「寨酌然野奢莊園」內碰面，並由黃福萬全程陪同詹振煌向郭玲秀及張連花拜票以尋求支持等情，均供承確有其事，彼此所述一致，且郭玲秀及張連花分別於偵查中及第一審審理時經具結所為不利於詹振煌及黃福萬之指證，互核相符，對照詹振煌、黃福萬上揭一致之陳述，復無齟齬。從而，(1)、就詹振煌本件被訴賄選犯行而言，其中關於對郭玲秀賄選部分，有詹振煌不利於己之陳述，與共犯被告黃福萬及對向犯即郭玲秀之陳述，暨證人張連花之證詞可證。另關於對張連花賄選部分，同有詹振煌不利於己之陳述，與共犯被告黃福萬及對向犯即張連花之陳述，暨證人郭玲秀之陳述可稽。(2)、另就黃福萬本件被訴幫助賄選犯行而言，其中關於幫助詹振煌對郭玲秀賄選部分，有黃福萬所為不利於己之陳述，與正犯詹振煌及對向犯郭玲秀之陳述，暨證人張連花之證詞可證。另關於幫助詹振煌對張連花賄選部分，同有黃福萬所為不利於己之陳述，與正犯詹振煌及對向犯張連花之陳述，暨證人郭玲秀之陳述足憑。綜上相關供述證據大致吻合，可互為彼此所述憑信性擔保之補強佐證，復有卷附郭玲秀之全戶戶籍資料，以及 107年苗栗縣第21屆鄉鎮市民代表選舉卓蘭鎮第 3選舉區候選人登記冊暨選舉人名冊等證據資料附卷足參等旨綦詳（見原判決第 5頁第18行至第9 頁第25行，及第13頁第18行至第17頁第16行）。

2．對於上訴人等在原審所為包括如其本件上訴意旨所述之

辯解為何不足以採信，亦於理由內指駁說明略以：(1)、供述證據之內容略有參差或出入，本許斟酌情形作合理之比較後加以取捨。本件詹振煌於案發當時，曾否自稱無黨籍或具有相關特定政黨黨籍，係郭玲秀轉述詹振煌於拉票時之言語，尚非郭玲秀決定是否受賄之主要依據，郭玲秀因而未詳加記憶，以致前後陳述不盡一致，尚非不合情理，難以因此遽認其所為不利於上訴人等之證詞不可採信。(2)、上訴人等既主動邀約郭玲秀及張連花見面拉票，郭玲秀及張連花與上訴人等素無嫌怨，其等被動收受詹振煌所交付之選舉賄款，嗣均自白收賄犯行，並為不利於上訴人等之陳述，苟非事實，殆無為此等損人且不利己陳述之理，是難認郭玲秀及張連花有積極設詞栽誣上訴人等入罪之可能。(3)、詹振煌既自陳於案發當時曾對張連花陳稱認識其從事土木包工之丈夫及「公公」等語，顯見郭玲秀及張連花所證述：詹振煌於案發當時與張連花談及本件選舉而獲悉其「公公」之政黨支持傾向後，因而產生是否仍對張連花或其家人行賄之遲疑，而黃福萬當下則表示由詹振煌自行考慮是否對張連花行賄等語，尚非無憑。故張連花縱稱其忘記詹振煌當時有無提及認識其「公公」之事云云，尚不足以執此遽認張連花所為不利於上訴人等之證言全無可信。又張連花既已證稱：伊係就伊本人及配偶部分，收受詹振煌之賄款 2,000元，伊不敢代替公婆收詹振煌的錢等語，則詹振煌自不可能於知悉張連花之「公公」已有其他特定支持對象之情況下，猶將其向張連花「公公」買票之賄款交由張連花轉交其「公公」。再郭玲秀、張連花收受詹振煌之選舉賄款後，是否轉交其等家人收受，僅係其等各該家人應否承擔選舉受賄罪責之問題而已，無礙上訴人等有無本件賄選犯行之判斷。(4)、參加競選之候選人能否順利當選，於投票結果公布或當選人名單公告前，本難逆料，苟為求勝出而兼採賄選之不法策略，通常係審時度勢就選區內有投票權之複數選民行賄，然礙於犯罪學上「犯罪黑數」（指未登錄或顯示在官方統計資料上之犯罪事件），或檢警人員所獲情資或蒐證不足等因素，僅能查獲部分賄選情事，故於本件選舉而言，尚難以詹振煌先前競選或本件選舉之得票數逾當選門檻甚多，遽謂其不可能亦無必要賄買郭玲秀與張連花及其等家人共計6票等旨綦詳（見原判決第9頁第26行至

第13頁第16行，及第 17頁第17行至第21頁第6行)。核原判決依憑上揭證據資料，互為補強印證而資為上訴人等本件被訴犯罪事實認定之依據，尚無違經驗、論理及相關證據法則，並無如上訴人等上訴意旨所指未調查其他必要證據以為補強佐證，單憑對向犯郭玲秀及張連花所為之片面不利指證，遽行認定上訴人等犯罪事實之情形。上訴意旨無視原判決明確之論斷與說明，猶執其等不為原審所採信之相同陳詞，再事爭辯，並就其等有無被訴賄選買票之單純事實，重為爭執，無非係對原審採證認事職權之適法行使任意指摘，洵非合法之第三審上訴理由。

- (四)、審判期日應調查之證據，係指與待證事實具有重要關係，且在客觀上確為法院認定事實適用法律基礎而有調查必要者而言，若所欲證明之事項已臻明瞭，即屬欠缺調查之必要性，法院未依聲請為無益之調查，自難謂於法有違，而不得執為第三審上訴之合法理由。上訴人等在原審審理時，雖聲請傳喚劉翰松及本件賄選檢舉人即化名「朱小明」者，或請求向苗栗縣調查站函詢相關事項，以釐清劉翰松究竟有無該化名「朱小明」者檢舉所稱在「寨酌然野奢莊園」內為詹振煌向某外籍配偶賄選買票之情事，以及查明上訴人等本件賄選案件，是否係郭玲秀或張連花或其等之配偶或家屬所檢舉？倘若本件檢舉人即該化名「朱小明」者，即係張連花之配偶詹益清，則該化名「朱小明」者於向苗栗縣調查站檢舉時既已提出所謂之賄款2,000 元供查扣，何以張連花嗣於到案後猶另提供2,000 元扣案？且本件相關檢舉人是否因檢舉本件上訴人等賄選案件而獲發檢舉獎金等疑義，以查明上訴人等是否遭抹黑陷害云云。然原審以該化名「朱小明」者之檢舉內容，係檢舉劉翰松在「寨酌然野奢莊園」內，為詹振煌向某外籍配偶賄選買票，此與上訴人等本件被訴事實係詹振煌經黃福萬全程陪同，親自在「寨酌然野奢莊園」內，先後向郭玲秀及張連花賄選買票之情節，迥然有別。且化名「朱小明」者上述檢舉賄選，僅係檢調機關展開調查蒐證之原因或情資線索，檢察官據以起訴上訴人等有本件賄選罪嫌之依據，係其嗣經偵查所得之前述其他足以證明上訴人等確涉有本件賄選犯嫌之相關證據資料，並不包括該化名「朱小明」者向苗栗縣調查站檢舉時所製作之詢問筆錄。又檢調人員因該化

名「朱小明」者之前述賄選檢舉，併參以其他相關情資，懷疑劉翰松在「寨酌然野奢莊園」內，為詹振煌向受僱該莊園之郭玲秀、張連花及蔡明珠等外籍配偶賄選買票，經通知劉翰松接受調查詢問而俱為其所否認，可見檢調所掌握之受賄情資，非僅郭玲秀及張連花而已。是不論該化名「朱小明」者之真實身分為何，暨其所為關於不利於劉翰松及詹振煌之檢舉內容是否出於捏造，又或者有無相關檢舉人因檢舉上訴人等本件賄選案件而獲發獎金，均與本件詹振煌係經黃福萬陪同而主動親自向郭玲秀及張連花賄選買票事實之認定不生影響。原審因認本件相關事證已臻明確，就上訴人等上揭證據調查之聲請，何以並無調查之必要而不予調查，亦於理由內論敘說明甚詳（見原判決第24頁第 26行至第29頁第6行），經核於法尚屬無違。上訴人等上訴意旨執此指摘原判決失當，亦非適法之第三審上訴理由。至上訴人等其餘上訴意旨，均非依據卷內資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒就原審採證認事職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，暨不影響原判決結果之枝節問題，任意指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆諸首揭規定及說明，其等上訴均為違背法律上之程式，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 110 年 5 月 27 日

刑事第一庭審判長法官 郭 毓 洲

法官 沈 揚 仁

法官 王 敏 慧

法官 林 靜 芬

法官 蔡 憲 德

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 110 年 6 月 1 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 5099 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 05 月 20 日

裁判案由：妨害秩序

最高法院刑事判決

109年度台上字第5099號

上訴人 李嘉宇

選任辯護人 何朝棟律師

上列上訴人因妨害秩序案件，不服臺灣高等法院中華民國109年1月14日第二審判決（108年度上易字第2097 號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署107年度偵字第7720 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條第1項各款所列之案件，第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪並改諭知有罪之判決者，被告得上訴於第三審法院，此為該條項所明定。本件上訴人李嘉宇被訴犯刑法第160條第1項之侮辱國旗罪，雖屬刑事訴訟法第376條第1項第1 款之案件，然原判決係撤銷第一審諭知上訴人無罪判決而改判有罪，依上開說明，上訴人自得上訴於第三審法院。次按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原審審理結果，認為上訴人意圖侮辱中華民國而公然焚燬中華民國國旗之犯行明確，因而撤銷第一審諭知無罪之判決，改判處其犯共同損壞國旗罪刑（處拘役50日並諭知易科罰金之折算標準）。

三、上訴意旨略稱：

(一)原審卷內民國108年11月19 日報到單記載上訴人未到，惟同日之筆錄卻記載「被告在庭身體未受拘束」；且當庭勘驗錄影光碟後未見審判長簽名，卻未附記不能簽名之事由，於訴訟程序有誤。相類情形，108年12月24 日審判筆錄亦無審判



長及兩位法官簽名，同未附記不能簽名之事由，法院組織顯非合法。前述勘驗光碟之程序違法，等同未經調查，原判決據為認定上訴人有罪之依據，當然違背法令。

(二)本案遭焚燒者並非中華民國國旗，依扣案證物及照片，已無法辨識該旗幟是否符合法定格式。

(三)上訴人所為係具政治性之象徵性言論，應受憲法最高度保障；且不得針對政治性言論之「內容」為限制或審查，而僅能針對「非內容」部分為之，此由司法院釋字第445號解釋認為（舊）集會遊行法對「主張共產主義或分裂國土」之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表意自由之意旨有違，而認定此部分違憲，即可印證。又刑法侮辱國旗罪之目的在於懲罰侮辱國家重要象徵之行為，希藉保護國家象徵，以促進愛國價值，固有其立法之時代意涵。惟人民若以損壞國旗作為其政治性言論之表達內容，自不能審查或限制此種表意自由，否則將有違憲之虞，而不能再以本罪相繩，此乃基於憲法高度之構成要件內涵或超法規之阻卻違法事由。且正因肯認憲法對於包括損壞國旗在內之政治性言論俱為最高度保障，適足以彰顯國旗保障表意自由之精神。原判決既認本案為「象徵性言論」，卻又以上訴人「不顧在場警員警告試圖滅火，又強力阻擋」所實施之強暴手段，認非屬憲法保障云云，顯有矛盾。申言之，本案係以「損壞國旗」為構成要件，與燒旗時之滅火、阻擋何干？

(四)臺灣高等法院受理與本案案情相類之另案，認為刑法第160條之罪，如何與憲法第11條、23條規定相違，已敘明理由，聲請司法院大法官解釋。原判決就此有利上訴人之證據，並未審酌，亦未敘明其理由，有判決不備理由之違法。

(五)立法目的須具正當性，手段須有助於立法目的之達成，且無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用時，始得為之；手段對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，尚處於合乎比例之關係者，方無乖於比例原則，司法院釋字第554號解釋已明確斯旨。亦即，立法者（或公權力）對於人民基本權利之限制，須符合目的正當性、手段必要性、限制妥當性。原判決理由違反前述司法院解釋及憲法原理原則，倒過來，以「比例原則」來審

查上訴人「象徵性言論」之表現或行為，違憲違法。

#### 四、惟查：

- (一)審判筆錄應由審判長簽名；審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第46條及第47條分別定有明文。亦即法院之審判筆錄，僅須由審判長簽名即可，合議庭之受命或陪席法官，並無應於審判筆錄上簽名之規定；且是否簽名，均以審判筆錄之記載為準。查原審108年11月19日及同年 12月24日之審判筆錄，均經審判長陳筱珮簽名其上，此有各該筆錄可查（見原審卷第51至54頁、第77至88頁）。上訴意旨以審判長或合議庭之其餘法官未於筆錄上簽名，認違反程序，或法院組織不合法等，均有誤會。至於上訴人於108年 11月19日期日並未到庭（見同日之筆錄及報到單），因此，筆錄上「被告在庭身體未受拘束」之記載，應係單純之贅記，於判決結果不生影響，尚不能指為違法。
- (二)原判決以上訴人有前述犯行，已敘明其所憑之依據，及憑以認定之理由。有關上訴人所焚燬者何以係中華民國國旗，係以上訴人於偵查及第一審均坦承所燒燬者係中華民國國旗，並依憑勘驗現場蒐證錄影所得，及扣案被焚燒後殘留之碎片等，綜合判斷後，認定明確（見原判決第3、4頁）。上訴人就原審採證認事之職權認定，重為爭執，難認係合法之上訴第三審理由。
- (三)有關上訴人係基於侮辱中華民國而焚燒中華民國國旗，所為如何不受憲法言論自由保障，原判決係以上訴人公開宣示要推倒中華民國體制，建立臺灣國，雖非法所禁止，然並非必須以焚燒國旗之方式始能宣示其政治理念；上訴人在公共場合且有群眾聚集情形下，不顧在場員警警告，強行焚燒國旗，於警員試圖滅火並搶救燃燒中之國旗時又強力阻擋，所實施之強暴手段，超越和平表達訴求之界線而不具必要性與合理性等語（見原判決第7 頁）。已敘明上訴人所為如何合於刑法第160 條所定之要件，並已逾越憲法保障之言論自由之程度。又憲法第11條言論自由之保障，包含表現自由；且引發爭議係言論自由之功能之一，充分保障具挑釁尤其是飽含政治意味之理念性表達行為，在多元、自由社會中，確實彌足珍貴；容忍、尊重人民對觸及既有秩序之核心議題，得反其道而行，任意表達異於多數人看法之自由，不僅不削弱自

由，更將彰顯言論自由之內涵，並使之屹立不搖；反之，則形同要求人民以言語或行動說謊，將斲喪得之不易之言論自由。因此，單純公開表達對國旗之輕蔑、藐視，仍在表現自由之保障範疇。國旗原僅是國家之表徵，但於當今我國之內外處境及社會氛圍下，它更具強烈之特殊角色；保護國旗已非單純維護國家之象徵性價值或藉以團結國家、鼓舞人民感情。於目前情狀，以侮辱中華民國為目的，公然焚燒國旗，其傳遞之訊息過於強烈，若因容認而形成風潮，已不是行為人對國旗之不認同、危及國旗之象徵性利益、國旗不再代表國家，或中華民國不再是團結一致國家，這類表現自由應如何保障之簡單問題，可謂與國家安全甚至生存相關，所產生之影響以及對國家利益之危害，實已超越言論自由所欲保障之原意。原判決關於此部分之說明，並無上訴意旨所指之違法情形。上訴人就已經原判決論斷之事項，依憑己見，再為爭執，自非合法之上訴理由。

(四)末查，法官應依據法律審判，臺灣高等法院另案聲請司法院解釋所持之理由，並非具規範性質之法律，原判決未予審酌或未敘明取捨之理由，亦不能指為違法。

五、依上說明，本件上訴人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，判決如主文。

中	華	民	國	110	年	5	月	20	日
						刑	事	第	四
						庭	審	判	長
						法	官	林	立
						法	官	謝	靜
						法	官	楊	真
						法	官	李	麗
						法	官	林	瑞
								斌	

本件正本證明與原本無異

書記官

中	華	民	國	110	年	5	月	21	日
---	---	---	---	-----	---	---	---	----	---

裁判字號：最高法院 110 年台上字第 576 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 05 月 26 日

裁判案由：違反藥事法

最高法院刑事判決

110年度台上字第576號

上訴人 林承諭

選任辯護人 林世超律師

歐瓊心律師

上列上訴人因違反藥事法案件，不服臺灣高等法院中華民國 109 年 5 月 26 日第二審判決（109 年度上訴字第 400 號，起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署 107 年度偵字第 1837 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第 377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原審審理結果，認為上訴人林承諭有其犯罪事實所載違反藥事法各犯行明確，因而撤銷第一審科刑之判決，改判論處上訴人犯轉讓禁藥 2 罪刑，並諭知相關之沒收，已載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，就上訴人否認犯行之辯詞認非可採，亦依調查所得證據予以論述，俱有卷存資料可資覆按。
- 三、上訴意旨略以：(一)本件除密錄器勘驗筆錄所載內容外，並無證據足認員警有接獲通報，而合理懷疑上訴人、江淮茵投宿之○○旅館 000 室有毒品相關犯罪，未達臨檢之門檻，且員警既已查明 2 人身分，即應讓渠等離去，竟仍脅迫同往 000 室查看，已屬搜索範疇，原判決復未說明有何符合緊急搜索之「明顯事實足信有人內在犯罪而情形急迫」要件，且將臨檢、緊急搜索混為一談，有判決不載理由、理由矛盾之違法。(二)證人陳馮君未證述所施用毒品（禁藥）甲基安非他命係上

訴人所轉讓，而江淮茵與上訴人有利益衝突，所述不足為上訴人自白之補強證據，且依密錄器勘驗筆錄所載，員警將上訴人、江淮茵、陳馮君帶回警局前，曾要求至少 1 人出面承擔刑責，原判決未說明該內容何以不足採之理由，亦屬理由欠備。(三)上訴人於同地及密切接近時間轉讓禁藥予江淮茵、陳馮君，為接續犯，原判決論以 2 罪，有適用法則不當之違失。

四、臨檢/ 盤查與搜索固為不同之強制處分，然衡諸犯罪之發覺，通常隨證據之浮現而逐步演變，故員警依警察職權行使法等法律規定執行臨檢、盤查勤務工作時，若發覺受檢人行為怪異或可疑，有相當理由認為可能涉及犯罪，自得進一步依刑事訴訟法之相關規定為拘捕或搜索。又刑事訴訟法第 131 條第 1 項之緊急搜索，其搜索之目的雖在「發現應受拘捕之人」或阻止犯罪，但如發現犯罪或有犯罪痕跡，除得逮捕人犯，並搜索其身體及其立即可觸及之範圍，亦得扣押因此所得暨目視所及之應扣押物，除逾越逮捕人犯所必要之搜索外，其搜索、扣押所得之物，非不得為證據。稽諸本件查獲之經過，員警於執行兒少保護勤務之際，在○○旅館外見上訴人、江淮茵形跡可疑，乃上前盤詰，復因 2 人有毒品前科，且所述紛歧，合理懷疑所投宿旅館房內有毒品犯罪，經 2 人同意同往 000 室門口時，適陳馮君開啟房門，員警目睹房內桌上毒品及吸食器具，並聞到施用毒品氣味，有明顯事實足信有人在內從事毒品相關犯罪，倘聲請搜索票無從及時查獲人犯或阻止犯罪，遂入內搜索，同時將目光所及之桌上毒品甲基安非他命、吸食器具併予扣押，且於搜索後 3 日內向臺灣宜蘭地方檢察署及臺灣宜蘭地方法院報告，經法院准予備查在案。原判決本諸前旨，綜觀卷內事證，就上情已依調查所得，於理由內詳為析述，因認本件員警盤查、搜索及扣押之程序，並無違法、不當。經核於法尚無不合。又員警於執行勤務之際，依憑其個人經驗，認上訴人、江淮茵情跡可疑而盤查，既非出於恣意，亦未逾越必要程度，不因是否據報前往而有異，難謂有悖司法院釋字第 535 號解釋或警察職權行使法相關規定，且原判決已認員警所為程序先後符合臨檢/ 盤查及刑事訴訟法第 131 條第 1 項第 3 款緊急搜索，依上開說明，亦無所指理由矛盾或理由不備之違法。

- 五、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。原判決認定上訴人上開犯行，係綜合其警偵訊之自白、證人江淮茵、陳馮君、邱添福不利於上訴人之供證，酌以其餘證據資料，暨案內其他證據調查之結果而為論斷，已載敘憑為判斷上訴人分別無償轉讓禁藥甲基安非他命予江淮茵、陳馮君，所為均該當藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪構成要件之理由綦詳，另本於證據取捨職權之行使，對於陳馮君證稱不知所施用毒品為何人所有，江淮茵於警察詢問時坦承扣案毒品為其所有等旨之說詞，俱不足為上訴人有利之認定，併於理由內論駁明白。凡此，概屬原審採證認事職權之合法行使，核其論斷說明，衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，既非僅以上訴人之自白或江淮茵之指證為論罪之唯一證據，且綜合調查所得之各直接、間接證據而為論斷，自非法所不許，無所指欠缺補強證據或理由欠備等違法。又原判決就江淮茵、陳馮君之證述非出於不正訊問，且互核一致，已依調查結果析論明白，與卷內資料委無不合。而被告之自白若無遭非法取供情事，且與事實相符，自得採為論罪之證據。稽之卷內筆錄之記載，上訴人自承其警偵訊之供述係出於自由意志（見第一審訴緝卷第49、169頁，原審卷第176頁），該項自白既非出於（詢）訊問者非法取供，即無礙於任意性之判斷，至於上訴人係基於如何之動機或訴訟策略而為不利己之陳述，無關乎任意性之判斷，原判決勾稽江淮茵、陳馮君之供述，及其他補強證據，因認其自白任意性供述與事實相符，自得為證據，經合法調查後，採為上訴人論罪之部分依據，並無違法，且原判決已說明無證據可證明承辦員警有違反江淮茵、陳馮君之意願，強迫渠等為不實陳述或討論何人承擔刑責之理由，亦無所指判決不備理由之違法。
- 六、行為人基於單一犯意，於同時、同地或密切接近之時地實行數行為，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以

評價，較為合理者，始屬接續犯，而為包括之一罪。然若客觀上有先後數行為，主觀上出於不同之犯意，依一般社會健全觀念，每次行為皆可獨立成罪，縱構成同一之罪名，亦應依數罪併罰之例予以分論併罰。依原判決認定之事實，上訴人所犯前揭轉讓禁藥2犯行，雖構成同一罪名，惟係基於不同之犯意而分別為之，在刑法評價上各具獨立性，予以分論併罰，核無違誤。上訴意旨猶以未依接續犯論以一罪云云，指摘原判決違法，難認有據。

七、綜合前旨及其他上訴意旨仍置原判決所為明白論斷於不顧，而再事爭辯，或對於事實審法院職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件上訴違背法律上程式，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 110 年 5 月 26 日

刑事第九庭審判長法官 段 景 榕

法官 鄧 振 球

法官 楊 力 進

法官 汪 梅 芬

法官 宋 松 璟

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 110 年 6 月 2 日

裁判字號：最高法院 110 年台上字第 1979 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 05 月 20 日

裁判案由：違反槍砲彈藥刀械管制條例

最高法院刑事判決

110年度台上字第1979號

上訴人 尤憲基

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國109年度9月16日第二審判決（109年度上訴字第1321號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署108年度偵續字第148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尤憲基明知可發射子彈具有殺傷力之改造手槍及具有殺傷力之子彈，均為槍砲彈藥刀械管制條例列管之槍砲、彈藥，非經中央主管機關許可不得無故持有，竟於民國107年3月間，在臺中市北區太平路麥當勞附近巷弄，以新臺幣四萬元，向綽號「小蔡」之不詳姓名者購買改造手槍一支（管制編號0000000000，含彈匣二個）及子彈一顆，而非法持有之。嗣於同年9月14日20時5分許，經警員持臺灣臺中地方法院核發之搜索票，至臺中市○○區○○路0段000○○00號5樓之3上訴人住處執行搜索，於上訴人使用之房間內衣櫥上方，扣得上開槍、彈，始悉上情。因而維持第一審所為，依想像競合犯，從重論處上訴人非法持有可發射子彈具殺傷力之改造槍枝罪刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。固非無見。

二、惟按：

（一）被告、犯罪嫌疑人乃刑事案件偵查、審理之對象，其身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，為匯總其日常生活起居作息與各種個人隱私資訊之重要場域，關涉被告、犯罪嫌疑人案件之證據或應（得）沒收物等扣押標的存在其中之蓋然性甚高；然被告、犯罪嫌疑人以外之第三人，因非涉案之人或偵查、審理之對象，彼等所屬之上開處所、物件等存有關涉被告、犯罪嫌疑人案件扣押標的，則非常態。故刑事訴訟法第122條規定對被告、犯罪嫌疑人上開處所之搜索，於必要時即得為之；對其他第三人上開處所之搜索，則須有相當



理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時，始得為之。是二者實施搜索應具備之前提要件，寬嚴不一。故以被告、犯罪嫌疑人為受搜索人之搜索票，其所載搜索處所苟非受搜索人之住所或其他處所，而係其他第三人之住所或其他處所，則於該址實施之搜索，性質上應屬對第三人之搜索，縱形式上未逾越搜索票所載搜索之範圍，然除非法官簽發搜索票時，併審核認已具備可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在於該處之相當理由，否則，既未達於得啟動搜索之門檻，即非合法搜索。

本件依警員據以實施搜索之臺灣臺中地方法院107年9月10日搜索票之記載，受搜索人為違反毒品危害防制條例（下稱毒品條例）案件之犯罪嫌疑人蔡宸瑋，搜索處所雖為臺中市○○區○○路0段000○○00號5樓之3，有卷附搜索票可按，然警員於107年9月14日執行搜索時，該址正由上訴人承租中，實際居住該處者僅上訴人及其友人張珮齡、王修安等三人，業經彼等於警詢時一致供述明確，則本件警員執行搜索時，該址實際上究係上訴人等三人居住之處所，抑或屬蔡宸瑋之住所或與其有關聯之其他處所？本件警員於該址進行搜索，性質上，究屬對搜索票所載受搜索人即犯罪嫌疑人蔡宸瑋執行搜索，當時在場之上訴人等三人僅具單純在場人之身分？抑或屬對其他第三人即上訴人等三人執行搜索？此攸關本案搜索應具備何種前提要件等合法性之判斷，自有審慎區辨之必要。乃原審未遑為該調查，亦未敘明不予調查之理由，逕以本件執行搜索之處所既未逾搜索票原載之範圍，僅搜索票上所載受搜索人不盡符實，並執刑事訴訟法第128條第2項第2款但書，受搜索人本非必要記載事項之規定為由，認本件執行搜索之處所未逾搜索票原載之範圍，僅記載之受搜索人與事實不符之瑕疵，情節輕微，而未進一步調查、釐清，其證據調查職責已嫌未盡。又原判決雖援引權衡法則，說明本案搜索之上開違失情形與公共利益兩相權衡結果，認本件扣得之槍、彈有證據能力云云，然於原審未查明上址是否仍為受搜索人蔡宸瑋之住所或其他處所之前提下，似無從憑認該址存有蔡宸瑋所涉案件之扣押標的之高度可能，原判決併以該案相關事證顯有立遭湮滅、隱匿之急迫不得已情形，為權衡之具體事由，顯欠妥適。再者，原判決就違反毒品條例之本

案搜索獲取之證據，是否應認有證據能力，依權衡法則進行審酌時，將本案搜索程序中，因偶然發現而另案扣押之槍、彈，危害社會治安甚鉅一節，併夾雜列入考量，亦非允當。

(二)依刑事訴訟法第128 條規定，搜索須經法官審查、簽發搜索票，並載明搜索之對象、處所及應扣押物等，以監督、限制搜索範圍及扣押標的，即採「法官保留」原則，期由法院以第三人中立、公正立場進行審查，俾節制濫權，落實保障人民上開基本權。同法第152 條為使執行搜索之公務員對於職權行使過程中所發現之他案證據，得及時扣押，以掌握調查取得證據之契機，俾利他案之發現真實，所設「實施搜索或扣押時，發現另案應扣押之物亦得扣押」之另案扣押規定，固僅設有須於原搜索過程中為之之外部性界限，明示其毋庸另行聲請法官核發搜索票，然為符合上揭保障人民基本權之精神，解釋上，所扣押之另案證據，自須係於合法搜索過程中，毋庸額外另啟搜索行為，即自然地為執行人員視線所及，而一目瞭然立可發現，符合英美法所謂「一目瞭然」原則者，始足當之；蓋此附隨於合法搜索程序之另案扣押，因係於未偏離原合法搜索之常軌中併予扣押他案證據，較諸原搜索行為並未擴大或深化對受搜索人隱私之干預，故未要求其另經司法審查，既無悖於搜索採法官保留原則之精神，併兼顧另案扣押制度適時保全刑事證據之規範目的。從而，合法之另案扣押繫於本案搜索係屬合法之前提；非依法定程序進行之本案搜索，寄託其上之另案扣押合法性亦將失所附麗，扣押所得物品即屬違背法定程序取得之證據，其證據能力有無之判斷，自應遵循刑事訴訟法第158條之4規定認定之。

本件警員於違反毒品條例之本案搜索過程中所扣得之槍、彈，乃與違反毒品條例本案無關之事證，縱符合另案扣押之「一目瞭然」原則，然違反毒品條例之本案搜索既有上開違背法定程序之情形，已非合法搜索，揆諸上揭說明，該另案扣押所得之槍、彈，即無從再附隨本案搜索而認係合法取得之證據。乃原判決徒以本件發現與扣押之槍、彈，符合另案扣押之一目瞭然原則為由，遽認有證據能力，容有適用法則不當之違法。

(三)依刑事訴訟法第146 條規定，有人住居或看守之住宅或其他處所，除經住居人、看守人或可為其代表之人承諾或有急迫

之情形外，原則上不得於夜間入內搜索或扣押；且於夜間搜索或扣押者，應記明其事由於筆錄。

本件警員執行搜索、扣押之時間為20時5分迄20時52分，屬夜間時段，然遍查該搜索、扣押筆錄，並無任何有關於夜間搜索、扣押事由之記載；且依卷附警員之職務報告，執行搜索之人員於當天14時30分即抵達上開搜索處所等候，距實際執行搜索之時間，已近六小時之久。然原判決就警員於夜間搜索有無經住居人、看守人或可為其代表之人承諾或急迫等例外情形，未置一詞，即採用搜索所得之槍、彈，為本件不利於上訴人判決之證據，併有理由不備之違法。

三、以上各節，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決之上開違法，已影響於事實之確定，本院無從自為判決，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 110 年 5 月 20 日

刑事第七庭審判長法官 李 錦 樑

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 110 年 5 月 27 日

裁判字號：最高法院 110 年台上字第 2104 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 05 月 20 日

裁判案由：毀損

最高法院刑事判決

110年度台上字第2104號

上訴人 郭志剛

選任辯護人 曾威凱律師

上訴人 林廷穎

上列上訴人等因毀損案件，不服臺灣高等法院中華民國109年8月25日第二審判決（109年度上訴字第1896 號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署106年度偵字第9311 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文  
上訴駁回。

理 由

- 一、刑事訴訟法第376條第1項各款所列之案件，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上訴於第三審法院，為該條項所明定。上訴人郭志剛、林廷穎（以下除分別列載姓名者外，合稱為「上訴人等」）犯刑法第354條之毀損罪，雖屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件，然原判決係撤銷第一審無罪之判決而改判有罪，依上開說明，上訴人等自得上訴於第三審法院。先予敘明。
- 二、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。
- 三、本件原判決撤銷第一審諭知上訴人等無罪之判決，改判諭處上訴人等共同犯毀損他人物品罪刑（郭志剛處有期徒刑3 月，林廷穎處有期徒刑2月，如易科罰金，均以新臺幣1千元折算1日。另上訴人等被訴犯刑法第138條毀損公務員職務上掌管之物品罪嫌部分，經第一審判決無罪，原審復不另為無罪之諭知，已確定），已詳敘其調查證據之結果及證據取捨並

認定事實之理由，所為論斷，均有卷存證據可資覆按。

#### 四、上訴人等之上訴意旨分述如下：

##### (一)郭志剛上訴意旨略以：

- 1.蔣介石銅像（下稱本案銅像）立於本案現場已數十年，其後頸部上所謂之痕跡，究係切割、燒熔或因年代久遠而斑駁，無從判斷，不能逕認是郭志剛所造成，原判決撤銷第一審無罪判決改判有罪，違背罪疑唯輕與直接審理原則。
- 2.縱認郭志剛有切割或燒熔本案銅像之後頸部，但一般參觀瞻仰之民眾，根本無從看見該處，究如何減損其效用？減損何等效用？又或者僅係效用一時受到影響或妨害？原審均漏未審酌，其認事用法亦有違誤。
- 3.本件縱認構成毀損罪，郭志剛之犯罪情節甚為輕微，原審竟量處有期徒刑3月，與向來有關毀損案件判處拘役之科刑相較，本件並無特殊而應予加重之量刑因素，原審依何標準量處重刑，殊值懷疑。原審故意不依法律、證據審判，依法應予以撤銷等語。

##### (二)林廷穎上訴意旨略以：

- 1.原判決既認林廷穎之本案行為，可認是以行動宣示本案銅像應予移除之政治主張，而屬象徵性言論，卻又以本件是以「暴力方式恣意燒熔本案銅像後部」，自不得藉此主張本案犯行屬象徵性言論而阻卻其行為之違法性，顯有矛盾。
- 2.憲法第23條之比例原則，依司法院釋字第476號、第544號及第554號解釋意旨，係指立法者（或公權力）對於人民基本權利之限制，須符合目的正當性，手段必要性，限制妥當性，至為明確。原判決竟違前述解釋及憲法原理原則，以比例原則來審查上訴人等之「象徵性言論」，顯然違憲、違法，且有判決理由矛盾之違法等語。

#### 五、惟查：

##### (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第三審上訴理由：

- 1.原判決綜合卷內所有證據資料及調查證據之結果，敘明認定上訴人等共同基於毀損他人物品之犯意，於民國106年6月14

日晚間9 時許，在陽明山國家公園辛亥光復樓前廣場，由林廷穎將乙炔噴槍、鋁梯搬運至該廣場中之本案銅像旁，再由郭志剛將鋁梯架設於該銅像基座後方，攀爬鋁梯再持乙炔噴槍燒熔、切割該銅像之後頸部，致該銅像頸部後方之油漆遭燒熔，並有切割痕跡等犯行之得心證理由。

2.並對上訴人等否認有為本件毀損犯行，辯稱：本案銅像頸部後方僅產生細微白色痕跡，顯未喪失識別、觀瞻、追憶之功能，僅屬未遂，而刑法第354 條毀損罪不罰未遂，是本案應為無罪判決等語，敘明：如何依上訴人等之供述，證人張毓貴、李依韋之證述，及搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、現場勘查照片、扣案物品照片等證據資料，足認林廷穎有將乙炔噴槍、鋁梯搬運至本案銅像旁，郭志剛再攀爬鋁梯持乙炔噴槍燒熔切割本案銅像後頸部之事實；本案銅像後頸部油漆遭燒熔，並有切割痕跡，損壞油漆保護本案銅像內部及美觀之功能，且使該銅像較原來狀態發生不良改變，已減損其一部效用與價值，而與刑法第354 條毀損罪之「致令不堪用」之要件相當等旨（見原判決第4至6頁）。

3.經核原判決之採證認事並無違反經驗法則、論理法則，亦無任意推定犯罪事實、違背證據法則、判決理由不備、理由矛盾或不適用法則、適用法則不當之違誤。

(二)人民有言論、講學、著作及出版之自由；凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障；以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之，憲法第11條、第22條、第23條定有明文。司法院釋字第509 號解釋亦謂言論自由為人民之基本權利，憲法第11條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮；惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由為合理之限制。又公民與政治權利國際公約第19條第1項、第2項前段固明揭：「人人有保持意見不受干預之權利」、「人人有發表自由之權利」，但同條第3項亦定有：「本條第2項所載權利之行使，附有特別責任及義務，故得予以某種限制，但此種限制以經法律規定，且為下列各項所必要者為限：(一)尊重他人權利或名譽。(二)保

障國家安全或公共秩序，或公共衛生或風化。」是憲法所保障之言論自由基本權利，並非毫無限制，於符合憲法第23條所定4種情形，仍得以法律限制之。而刑法之所以對毀損他人所有或事實上管領支配之物行為設有處罰規定，乃因憲法第15條規定人民之財產權應予保障，是刑法毀損罪所欲保護之財產法益，亦屬憲法明文保障之人民基本權利。如人民言論表達之自由，造成他人財產權受損害之結果，因而產生憲法上所保障言論自由、財產權等基本權衝突之問題，此時必然有一方之權利主張必須退讓，方能維持憲法價值秩序之內部和諧，而憲法所揭示之各種基本權，並沒有特定權利必然優先於另一權利之抽象位階關係存在，在發生基本權衝突時，即須透過進一步之價值衡量，以探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。至於限制基本權之刑法規定，亦須在憲法基本權之脈絡下進行解釋，以便將各自基本權所包含之價值意義考慮在內，並進行價值衡量，若行為人所保護之利益具有優越性，構成要件該當之行為因而被阻卻違法；反之，若行為人所欲保護之利益，不具有優越性，具有實質違法性，自不得主張該構成要件該當行為具有超法規阻卻違法事由而不成立犯罪。原審本於相同法律意見，敘明：上訴人等之行為，固可認係透過該行為宣示應移除設置在陽明山國家公園本案銅像之政治主張，而屬憲法學理上所稱之「象徵性言論」。惟本案銅像為日本落合國際獅子會、臺北市信義國際獅子會等國內外民間團體共同捐贈，而非以政府公款建造，且69年2月23日揭幕當日亦為當年之陽明山花季開幕日，屬臺北市政府與上開國內外民間團體交流往來之歷史文物，且設置已有30餘年（以本件行為時計之），亦構成陽明山國家公園景觀之一部分，是本案銅像是否應移除或如何處置，應由相關單位討論規劃後決定。然上訴人等不循合法之方式表達上開訴求，而以暴力方式為本案行為，非屬訴求上開言論之適當方法，已逾越其等上開言論主張之目的甚明，所為並減損該銅像之效用與價值，經權衡結果，認上訴人等所為本案行為之損害性，顯大於其等所主張之言論自由必要範圍，且其等行為逸脫社會生活中為歷史所形成的社會倫理秩序的相當性，非法律整體秩序所容許，而不具優越性，自不得藉此主張本案犯行屬「象徵性言論」而阻卻行為之違

法性（見原判決第6至8頁）。核均與卷內資料相符，依上開之說明，難認原判決有適用法則不當或理由矛盾之違法。

(三)刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項，倘於科刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條所列各款事項，而未逾越法定刑度，即難謂違法。原判決業以上訴人等之責任為基礎，審酌刑法第57條所定科刑輕重應審酌之事項（包括上訴人等之犯罪動機、手段、所生損害、生活經濟狀況，犯罪後態度等一切情狀）而為量刑之旨（見原判決第11至12頁）；並無理由不備，且無濫用量刑職權之情事，自難率指為違法。

(四)上訴人等上開上訴意旨，係以其等個人主觀意見，就原審採證認事適法及量刑職權行使暨及原判決已明白論斷之事項，再為爭執，難認係上訴第三審之適法理由。

六、至上訴人等之其他上訴意旨，並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決關於有罪部分有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。

七、綜上，應認上訴人等之上訴均違背法律上之程式，俱予以駁回。

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	110	年	5	月	20	日
						刑	事	第	四
						庭	審	判	長
						法	官	林	立
						法	官	謝	靜
						法	官	李	麗
						法	官	林	海
						法	官	楊	真
									明

本件正本證明與原本無異

書記官

中	華	民	國	110	年	5	月	21	日
---	---	---	---	-----	---	---	---	----	---



裁判字號：最高法院 110 年台上字第 2337 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 05 月 12 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

110年度台上字第2337號

上訴人 陳奕霖

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109年7月8日第二審判決（109年度上訴字第2360號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署108 年度毒偵字第1385號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、大法庭前置徵詢程序就歧異法律見解之統一：

關於本案裁判基礎之法律問題，即「第一審依刑事訴訟法第七編之一協商程序所為之科刑判決（非屬刑事訴訟法第376 條不得上訴於第三審之案件），提起第二審上訴經判決後，得否上訴於第三審？」本庭評議後擬採之法律見解，因本院先前裁判具有積極性歧異，有採肯定說及否定說之見解，本庭依法院組織法第51條之2第2項規定，向本院其他刑事庭提出徵詢。受徵詢各庭回復結果，與本庭均採相同見解，主張「不得提起第三審上訴」，已達成大法庭統一法律見解之功能，應依該見解就本案為終局裁判，合先敘明。茲敘述理由如下：

(一)依立法體例，各種法律多於首編、章置總則，適用於其他各編章，至各編章相互間則各自獨立，除有準用之規定外，尚難比附援引。按協商程序規定於刑事訴訟法第七編之一，屬有別於通常程序之特別程序；有關依協商程序所為科刑判決之救濟，該編第455 條之10規定：「依本編所為之科刑判決，不得上訴。但有第455條之4第1項第1款、第2款、第4款、第6款、第7款所定情形之一，或協商判決違反同條第2 項之規定者，不在此限。」並於第455條之11第1項規定：「協商判決之上訴，除本編有特別規定外，準用第三編第一章及第二章之規定。」而刑事訴訟法於第三編上訴置第一章通則、第二章第二審、第三章第三審，乃屬通常程序，茲協商程序之上訴既無準用第三審上訴之規定，依上開說明，自應認協商程序僅例外許可為第二審上訴，不得提起第三審上訴。另

雖刑事訴訟法第375條第1項規定，不服高等法院之判決而上訴者，應向最高法院為之，惟此條乃規定在通常上訴編章內，當係指通常程序之高等法院判決，至特別程序之協商判決上訴第二審之高等法院判決，既獨立規定於協商程序編，自無該法第375條第1項規定之適用可言。

(二)依刑事訴訟法第455條之10第2項規定，第二審法院對於例外得上訴之協商判決案件，其調查之範圍以上訴理由所指摘之事項為限，並無得依職權調查事項之規定，較諸同法第393條第三審之調查範圍更狹。是協商判決之第二審上訴絕非通常程序之覆審，亦無續審性質，而為嚴格之事後審。由訴訟構造以觀，自無重複上訴第三審，而使第二審調查範圍反較第三審為窄之理。

(三)觀諸刑事訴訟法第455條之10第1項及第2項規定，協商判決除有第455條之4第1項第1款（撤銷合意或撤回協商聲請）、第2款（被告協商之意思非出於自由意志）、第4款（被告所犯之罪非依法得以聲請協商判決）、第6款（被告有其他較重之裁判上一罪之犯罪事實）、第7款（法院認應諭知免刑、免訴或不受理）情形之一，或違反同條第2項之科刑超過協商判決得科之刑者，賦予當事人事後審救濟之機會外，均不得上訴，且上訴採嚴格之事後審。立法者就協商判決採原則上不得上訴，第二審為事後審，與同為特別程序之簡易判決採原則上得上訴（第455條之1第2項為例外），第二審為覆審制不同。究其理由，當係本法就請求進行協商程序之要件及協商程序之審理，設有須經當事人雙方合意且被告認罪（同法第455條之2）；被告表示所願受科之刑逾有期徒刑6月，且未受緩刑宣告，應有辯護人協助進行協商（同法第455條之5）；法院於判決前，應訊問被告並告以所認罪名、法定刑及因適用協商程序所喪失之權利，例如受公開審判、與證人對質詰問權、如依協商合意而為判決，原則上不得上訴等（同法第455條之3第1項及該條立法理由）；法院協商訊問終結前，被告得隨時撤銷協商之合意，檢察官於被告違反與其協議之內容時，亦得撤回協商之聲請等規定。其程序較諸同屬特別程序之簡易程序為嚴格（簡易判決之當事人未必就科刑等事項為協商；法院於判決前亦未必訊問被告）。而簡易判決既不得提起第三審上訴，則舉輕以明重，協商判決

自亦無提起第三審上訴之理。

(四)上訴與否屬當事人訴訟上之處分權；而法院為協商判決前須行訊問被告程序，並告知以前揭事項，且設有當事人得撤銷或撤回協商之機制，則檢察官及被告就法院在其等雙方合意範圍內而為之協商判決，理論上即已等同放棄救濟機會，自不得上訴。刑事訴訟法就協商判決，採原則上不得上訴，僅於例外之情形，賦予當事人上訴救濟之機會，且上訴審為事後審之性質，並僅準用上訴編通則及第二審之規定，顯然本法對於該例外得上訴之第二審判決，是採不得提起第三審上訴甚明。況刑事訴訟法增訂協商程序，提供檢察官與被告藉協商方式溝通，達成協商之合意，法院即得以迅速、簡易方式終結訴訟，對無爭執之非重罪案件明案速判，以達疏減訟源，合理、有效運用有限司法資源之目的。而此一程序之溝通性、迅速性、終局性，復為簡易程序或通常程序之簡式審判程序所無，亦不容違反立法意旨，將協商程序與一般程序同視，就其例外得提起上訴之第二審判決，再許提起第三審上訴，以延滯訴訟之理。

(五)綜上，無論從協商程序之立法體例、立法目的以及訴訟構造等各個面向以觀，均應認本案徵詢之法律問題應採不得提起第三審上訴之否定說。

## 二、本案之說明：

### (一)施用第一級毒品部分：

本件上訴人陳奕霖因施用第一級毒品犯行，經第一審法院依刑事訴訟法所定之協商程序為科刑判決。上訴人不服，提起第二審上訴，經原審以其上訴與刑事訴訟法第455條之10第1項但書之規定不符，上訴不合法而予以駁回。依首開說明，對此第二審法院所為之判決，自不得上訴於第三審法院。上訴人猶對第二審判決提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。

### (二)施用第二級毒品部分：

按刑事訴訟法第376條第1項各款所定之案件，就經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷並自為有罪之判決者，不得上訴第三審法院，為該條項所明定。原判決就上訴人所犯施用第二級毒品部分，係維持第一審之科刑判決，駁回其此部分在第二審之上訴，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。揆諸前開說明，既經第

二審判決，自不得上訴於第三審法院。上訴人猶對此部分提起上訴，顯為法所不許，亦併予駁回。

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 110 年 5 月 12 日

刑事第三庭審判長法官 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 110 年 5 月 17 日

裁判字號：最高法院 110 年台非字第 98 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 05 月 05 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

110年度台非字第98號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 廖昆江

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於臺灣臺南地方法院中華民國109年12月15日第一審確定簡易判決（109年度簡字第3779號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣臺南地方檢察署 109年度撤緩毒偵字第304 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。

本件不受理。

理 由

一、非常上訴理由稱：「一、按判決確定後，發現該案件之審判係違背法令者，最高檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴，刑事訴訟法第441 條定有明文；又判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。次按毒品危害防制條例對於施用第一、二級毒品者，認其係具有『病患性犯人』之特質，採行觀察、勒戒以戒除其身癮之措施。犯同條例第10條之罪者，依修正前同條例第20條、第23條之規定，將其刑事處遇程序，區分為『初犯』及『5年內再犯（現改為3年）』、『5年後再犯（現改為3 年）』。依其立法理由之說明：『初犯』，始須經觀察、勒戒；經觀察、勒戒執行完畢釋放後，『5 年內再犯』者，因其再犯率甚高，原實施之觀察、勒戒既已無法收其實效，應依法追訴。至於經觀察、勒戒執行完畢釋放後，『5 年後再犯』者，前所實施之觀察、勒戒已足以遮斷其施用毒品之毒癮，為期自新及協助其斷除毒癮，仍適用『初犯』規定，先經觀察、勒戒之程序。從而，於『初犯』及經觀察、勒戒執行完畢釋放後『5 年後再犯』情形，倘檢察官逕對被告起訴，與毒品危害防制條例之法定訴追要件不符，起訴程序違背規定，法院應諭知不受理之判決。至檢察官『附命緩起訴』之該次施用第一、二級毒品犯行前之其他施用第一、二級毒品犯行，倘為『初犯』或經觀察、勒戒

或強制戒治執行完畢釋放後『5年後再犯（現改為3年）』，依毒品危害防制條例第20條第1項規定，本應由檢察官聲請法院裁定將被告送觀察、勒戒。如被告犯罪時，無事實上已接受等同『觀察、勒戒』處遇之情形，即使『附命緩起訴』經撤銷，基於被告受觀察、勒戒處遇權益之維護，並遵守正當法律程序，自應為有利於被告之解釋，仍應由檢察官聲請法院裁定將被告送觀察、勒戒，尚不得逕對被告起訴（參酌最高法院109年度台非字第105號、第76號判決意旨）。二、查被告因施用毒品案件，經臺灣臺南地方檢察署檢察官於（民國）109年1月1日以108年度營毒偵字第243號為緩起訴處分，惟因其於緩起訴期間無故未依指定時間返診、未完成戒癮治療，經該署檢察官以109年度撤緩字第439號撤銷緩起訴處分，於109年8月24日確定，又被告犯本件施用毒品案件前，查無經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放之紀錄等情，有卷附前開緩起訴處分書、該署刑案資料查註紀錄表、撤銷緩起訴處分書等在卷可稽。被告於緩起訴期間並未曾完成戒癮治療，自難等同曾受觀察勒戒或強制治療之執行完畢，參酌上開說明，檢察官於撤銷緩起訴處分後，基於被告受觀察、勒戒處遇權益之維護，並為有利於被告之解釋，應先聲請法院裁定將被告送觀察、勒戒，惟該署檢察官於撤銷緩起訴處分後，以109年度撤緩毒偵字第304號聲請簡易判決處刑，並經臺灣臺南地方法院以109年度簡字第3779號判決有期徒刑2月確定，原判決未諭知公訴不受理，非無適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告。三、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）非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法，以統一法令之適用為主要目的。基於非常上訴制度係採便宜主義，是否提起，應依非常上訴制度之本旨，衡酌人權保障、判決違法情形以及訴訟制度之功能等因素，為正當合理之考量。除與統一適用法令有關，或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟方法，而無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性。所謂與統一適用法令有關，係指涉及之法律見解具有原

則上之重要性而言。亦即所涉及之法律問題意義重大，有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義，或因屬新興、重大且普遍性之法律問題，有統一見解之必要，以確保裁判之一致性，始克相當。另起訴之程序違背規定者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第303條第1款定有明定。

(二)施用第一、二級毒品為犯罪行為，毒品危害防制條例第10條定有處罰明文。故施用第一、二級毒品者，依前揭規定本應科以刑罰。惟基於刑事政策，對合於一定條件之施用者，依同條例第20條規定，施以觀察、勒戒或強制戒治之保安處分。而依同條例第23條第2項之規定，以於觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，5年內（109年1月15日修正〈簡稱修正，下同〉後規定3年內）再犯施用第一、二級毒品罪者，始依法追訴。至於未曾受觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放紀錄之被告，因施用毒品，經檢察官為附命完成戒癮治療之緩起訴處分（或簡稱「附命緩起訴」處分），被告於緩起訴期間未完成戒癮治療，經檢察官撤銷其緩起訴處分，是否等同曾受觀察、勒戒之處遇？若檢察官逕對被告上開施用毒品行為起訴或聲請簡易判決處刑，即涉及其起訴之程序是否合乎規定，所涉及之法律見解具有原則上之重要性，而與統一適用法令有關，雖（修正後）毒品危害防制條例第24條業經公布自110年5月1日施行，檢察官有多種選擇方式，然未完成戒癮治療是否等同觀察、勒戒，亦係影響檢察官後續如何處分決定的因素之一，難謂無闡釋、釐清之必要。

(三)本件被告甲○○前未曾受觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放之紀錄，其於108年7月22日或23日某時，因施用第二級毒品甲基安非他命行為，經臺灣臺南地方檢察署檢察官於109年1月1日以108年度營毒偵字第243號為「附命緩起訴」處分，惟被告於緩起訴期間，無故未依指定時間接受戒癮治療門診超過4次，而未完成戒癮治療，經同署檢察官於109年7月31日，以109年度撤緩字第439號處分書撤銷其緩起訴處分（於同年8月24日確定），並於同年11月24日，就被告上開施用甲基安非他命行為聲請簡易判決處刑。本庭評議後，認為擬採為裁判基礎之法律見解，即關於被告未曾受觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放之紀錄，因施用甲基安非他命行為，經檢察官為「附命緩起訴」處分後，因於緩起訴期間，未

完成戒癮治療，檢察官撤銷其緩起訴處分，則檢察官對於被告上開施用甲基安非他命行為直接起訴（或聲請簡易判決處刑），是否合乎起訴程序？本院先前依統一見解作成裁判之肯定說見解認：毒品危害防制條例對於施用第一、二級毒品者，認其係具有「病患性犯人」之特質，採行觀察、勒戒以戒除其身癮之措施。犯同條例第10條之罪者，依（修正前）同條例第20條、第23條規定，將其刑事處遇程序，區分為「初犯」及「5年內再犯」、「5年後再犯」。依其立法理由之說明：「初犯」，始須經觀察、勒戒；經觀察、勒戒執行完畢釋放後，「5年內再犯」者，因其再犯率甚高，原實施之觀察、勒戒既已無法收其實效，應依法追訴。至於經觀察、勒戒執行完畢釋放後，「5年後再犯」者，前所實施之觀察、勒戒已足以遮斷其施用毒品之毒癮，為期自新及協助其斷除毒癮，仍適用「初犯」規定，先經觀察、勒戒之程序。於此，僅限於「初犯」及「5年後再犯」二種情形，始應先經觀察、勒戒程序。又（修正前）毒品危害防制條例第24條規定：本法第20條第1項及第23條第2項之程序，於檢察官先依刑事訴訟法第253條之1第1項、第253條之2之規定，為「附命緩起訴」處分時，或於少年法院（地方法院少年法庭）認以依少年事件處理法程序處理時，不適用之（第1項）。前項緩起訴處分，經撤銷者，檢察官應依法追訴（第2項）。係一般刑事訴訟程序之例外規定，屬刑事訴訟法第1條第1項規定之「其他法律所定之訴訟程序」。該第2項既規定，前項（第1項）緩起訴處分，經撤銷者，檢察官應依法追訴；即已明示施用毒品案件於撤銷緩起訴處分後之法律效果為「依法追訴」，而非適用刑事訴訟法第253條之3所定撤銷緩起訴處分後得「繼續偵查或起訴」之規定，此乃因檢察官已依（修正前）毒品危害防制條例第24條第1項為「附命緩起訴」處分，被告事實上已接受等同「觀察、勒戒」之處遇，竟未能履行該條件，自應於撤銷緩起訴處分後，依法起訴，而無再次聲請法院裁定觀察、勒戒之必要。本庭經評議後，擬採否定說見解，即未曾經觀察、勒戒之被告因施用毒品，經檢察官依刑事訴訟法第253條之1第1項、第253條之2規定，為「附命緩起訴」處分者，若被告於緩起訴期間未完成戒癮治療，經檢察官撤銷緩起訴處分，因不等同曾受觀察、勒戒



之處遇，自應回復原緩起訴處分不存在之狀態，由檢察官依現行法規定為相關處分，不得逕行起訴。因與本院先前無紛歧之裁判為不同見解之潛在歧異，乃就上開法律問題應適用之法律見解，於110年3月18日向本院其他刑事庭提出徵詢。徵詢程序業已完成，受徵詢之各刑事庭，均主張採取否定說見解。是本件採為裁判基礎之法律見解，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，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，茲敘述理由如下：

## 1.（修正前）毒品危害防制條例第24條規定的解釋

(1)犯毒品危害防制條例第10條之罪者，檢察官應聲請法院裁定，或少年法院（地方法院少年法庭）應先裁定，令被告或少年入勒戒處所觀察、勒戒，其期間不得逾2月；依第1項規定為觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，5年後（修正後已改為3年後）再犯第10條之罪者，適用本條例前2項之規定，毒品危害防制條例第20條第1項、（修正前）第3項分別定有明文。另（修正前）毒品危害防制條例第24條第1項明定：「本法第20條第1項及第23條第2項之程序，於檢察官先依刑事訴訟法第253條之1第1項、第253條之2之規定，為附命完成戒癮治療之緩起訴處分時，或於少年法院（地方法院少年法庭）認以依少年事件處理法程序處理為適當時，不適用之。」亦即檢察官對施用毒品之被告得為「附命緩起訴」處分，排除觀察、勒戒及起訴（含聲請簡易判決處刑）規定之適用，而檢察官得為緩起訴處分之對象，包括初犯及5年後（〈修正後〉3年後）再犯、5年內（〈修正後〉3年內）再犯之施用毒品者。若上開「附命緩起訴」處分經撤銷時，自應回復為原緩起訴處分不存在之狀態，由檢察官依毒品危害防制條例第20條第1項或（修正前）第23條第2項規定，視其為初犯及5年後（〈修正後〉3年後）再犯、5年內（〈修正後〉3年內）再犯施用毒品者，而決定應適用之程序。

(2)（修正前）毒品危害防制條例第24條第2項規定：「前項緩起訴處分（即『附命緩起訴』處分），經撤銷者，檢察官應『依法追訴』」，法條用語既非「依法起訴」，在字義上有不同解釋空間，自不限於依刑事訴訟法所為之追訴程序。

## 2.未完成戒癮治療是否等同曾受觀察、勒戒之處遇

所謂「等同」係指將不同事物視為相同，或當做相同事物看待之意。

- (1) (修正前) 毒品危害防制條例第24條第2 項所稱之緩起訴處分經撤銷，其撤銷原因非一，若非與戒癮治療實質有關之事項，例如有毒品戒癮治療實施辦法及完成治療認定標準（下稱「戒癮治療完成認定標準」）第12條第3 款之「對治療機構人員有強暴、脅迫、恐嚇等行為。」而被撤銷時，被告根本沒有機會接受檢驗其戒癮治療的實效，此時如直接對被告起訴（或聲請簡易判決處刑），顯然違背毒品危害防制條例第20條第1 項之立法意旨，故應回復未為緩起訴處分之狀態，由檢察官續行偵查，視個案證據，為適當之處分，不得強解為應「依法起訴」。而施用毒品之被告於治療期屆滿前未完成戒癮治療，遭撤銷緩起訴處分時，其原因若係被告於緩起訴期間，有「戒癮治療完成認定標準」第12條第1、2款所列情形（即於治療期間，無故未依指定時間接受藥物治療逾7 日、於治療期間，無故未依指定時間接受心理治療或社會復健治療逾3 次。）之一，視為未完成戒癮治療之情形，若符合初犯或前案觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，5年後（〈修正後〉3年後）再犯施用毒品罪者，其戒癮治療既提前中斷而未完成，更應依毒品危害防制條例第20條第 1 項、第3 項規定，接受完整療程之觀察、勒戒處分。此在被告係初犯，從未執行任何毒品觀察、勒戒之情形，更有其必要。何況戒癮治療之執行，係以社區醫療處遇替代監禁式治療，使施用毒品者得繼續正常家庭及社會生活，並非集中於勒戒處所執行觀察、勒戒處分者所可比擬，不得率認未完成戒癮治療者，即無再受觀察、勒戒處分之實效。況檢察官依（修正前）毒品危害防制條例第24條第1 項為「附命緩起訴」時，亦得依刑事訴訟法第253條之2第1 項併命被告於一定期間遵守或履行其他事項（如支付公益金、為義務勞務、完成其他適當之處遇措施等），若施用毒品之被告係因未履行該項其他負擔而遭撤銷緩起訴處分，更不得認其戒癮治療難達預期治療效果，而應回歸刑事處罰程序。
- (2) 97年4月30日修正公布之毒品危害防制條例第24條第1項，已改採「觀察、勒戒或強制戒治」與「附命緩起訴」處分並行之雙軌模式，「附命緩起訴」處分並擴及毒品危害防制條例

第23條第2 項之情形，可見立法者有意在「附命緩起訴」處分程序，對施用第一、二級毒品者，採更寬容之態度。上述二程序之執行方式有別，其間仍有差異。前者依毒品危害防制條例第20條第1項、第2項規定，視其執行成效，由觀察、勒戒，進而強制戒治，循序為之。後者依（修正前）毒品危害防制條例第24條第1 項規定，檢察官得為「附命緩起訴」處分。而依「戒癮治療完成認定標準」第3條、第7條、第11條規定，「戒癮治療」包括「藥物治療、心理治療、社會復健治療」、「戒癮治療之期程以連續1 年為限」、檢察官為「附命緩起訴」處分，得指定被告應遵行事項。被告同意參加「附命緩起訴」處分，即應完成「戒癮治療」、檢察官指定之應遵行事項至緩起訴期間屆滿止。前者與後者對照以觀，「附命緩起訴」處分雖得佐以採尿、對相關規定遵守等約制方式，使被告確實完成「戒癮治療」，但被告在「戒癮治療」完成前，難認得與觀察、勒戒「已執行完畢」之情形等同視之。故被告因「戒癮治療」未完成，其「附命緩起訴」處分被撤銷，自與觀察、勒戒執行完畢之情形有別，不能等同曾受觀察、勒戒之處遇。

### 3.本院最近所持見解引起的相關效應

關於（修正後）毒品危害防制條例第20條第3項所謂「3年後再犯」，本院最近所持見解，已對現行「觀察、勒戒或強制戒治」及「附命緩起訴」處分之雙軌治療模式引起下列相關效應：

- (1)本院最近所持見解認：（修正後）毒品危害防制條例第20條第3項及第23條第2項，雖僅將原條文之再犯期間由「5 年」改為「3 年」，惟鑑於將施用毒品者監禁於監獄內，僅能短期間防止其接觸毒品，因慣用毒品產生之「心癮」根本無法根除，本次修正後對於施用毒品者之思維，自應與時俱進，擺脫以往側重於「犯人」身分之處罰，著重其為「病患」之特質，並以「治療」疾病為出發點，重新評價前揭所謂「3 年後再犯」之意義，對於毒品危害防制條例第20條第3 項及第23條第2項所謂「3年後（內）再犯」，自應跳脫以往窠臼，以「3 年」為期，建立「定期治療」之模式。該規定所謂「3 年後再犯」，只要本次再犯（不論修正施行前、後）距最近1次觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放，已逾3年者，

即該當之，不因其間有無犯第10條之罪經起訴、判刑或執行而受影響。換言之，被告是否因再犯施用毒品罪而經起訴、判刑或執行，均不影響法院再令觀察、勒戒之認定。則舉重以明輕，被告縱曾經檢察官為「附命緩起訴」處分，若未完成戒癮治療，依理亦不影響法院再令觀察、勒戒之認定。

(2)毒品危害防制條例於97年4月30日修法時新增第24條「附命緩起訴」處分制度，希望藉由機構外之完整醫療體系，提供毒癮戒治者合法妥適之治療，再以事後密集之監控措施防止施用毒品者再犯，而確立「附命緩起訴」處分及「觀察、勒戒或強制戒治」雙軌治療模式。如前述，立法者有意在「附命緩起訴」處分程序，對施用第一、二級毒品者，採更寬容之態度。此制度建立以來，就雙軌各自衍生之相關問題，本院所採的法律見解寬嚴約略一致。惟本院最近就其中一軌，即與「觀察、勒戒或強制戒治」有關之「3年後再犯」所持見解，既已跳脫既往窠臼，重新評價所謂「3年後再犯」之意義，而採對被告寬厚之解釋方法。與此同時，對於另一軌，即「附命緩起訴」處分，亦宜採相同態度，方不致對於適用「觀察、勒戒或強制戒治」之被告採寬厚之見解，然對於適用另一軌，即「附命緩起訴」處分之被告，採嚴苛之解釋，認被告即使未完成戒癮治療，事實上仍等同已接受「觀察、勒戒」之處遇，致本院對雙軌各自衍生之相關問題，解釋嚴苛不一，厚此薄彼，使適用不同程序之被告，遭受不同的對待，當非所宜，且如此解釋亦與立法原意背道而馳。

4.綜上，本院依先前統一見解作成之肯定說相關裁判，在當時的時空背景，雖有其立論基礎。惟上開見解，已因（修正後）毒品危害防制條例第20條第3項所謂「3年後再犯」，本院最近所持見解，引起相關效應，致原先所採的肯定說見解，在目前的時空環境，不但在法理上有待斟酌，並造成本院對於雙軌所衍生的相關問題，解釋嚴苛不一，已不合時宜。因此，原先認「附命緩起訴」處分之被告未能履行所定條件，經檢察官撤銷緩起訴處分，事實上已接受等同「觀察、勒戒」處遇，竟未能履行該條件，自應於撤銷緩起訴處分後，依法起訴之見解，確有改採否定說的必要。

(四)本件原確定判決援引檢察官聲請簡易判決處刑書之記載，認被告前未曾受觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放之紀錄，

於108年7月22日或23日某時，因施用甲基安非他命行為，經臺灣臺南地方檢察署檢察官於109年1月1日以108年度營毒偵字第243號為緩起訴處分，惟因其於緩起訴期間未完成戒癮治療，經該署檢察官以109年度撤緩字第439號處分書，撤銷其緩起訴處分，於109年8月24日確定，並於同年11月24日，就被告上開施用甲基安非他命行為聲請簡易判決處刑。被告既曾經檢察官為戒癮治療之緩起訴處分，事實上已接受等同觀察、勒戒之處遇，竟未能履行該條件，自應於撤銷緩起訴處分後，依法起訴，而無再次聲請法院裁定觀察勒戒之必要，因而判處被告有期徒刑2月，並諭知如易科罰金以新臺幣（下同）1千元折算1日，以上有前開緩起訴處分書、撤銷緩起訴處分書、被告之刑案資料查註紀錄表及刑事簡易判決等在卷可稽（見臺灣臺南地方檢察署108年度營毒偵字第243號卷第3頁至第5頁背面、第23頁及背面，同署109年度撤緩字第439號卷第3頁、原審法院109年度簡字第3779號卷第19至21頁）。然被告於緩起訴期間既未完成戒癮治療，經檢察官撤銷其緩起訴處分，因不等同曾受觀察、勒戒或強制戒治執行完畢之處遇，自應回復原緩起訴處分不存在之狀態，由檢察官依現行法規定為相關處分，不得逕行起訴。檢察官於撤銷緩起訴處分後，對於被告上開施用甲基安非他命行為，逕向原審法院聲請簡易判決處刑，其起訴之程序違背規定，自應諭知不受理之判決，原審於毒品危害防制條例第20條第3項及第23條第2項修正後，未察本院對同條例第20條第3項所謂「3年後再犯」已採全新思維模式之統一見解，致誤予論罪科刑，雖難以苛責，然原確定判決對本案涉及之法律問題闡述有誤，且涉及之法律見解具有原則上之重要性，與統一適用法令有關，仍難謂無違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原確定判決撤銷，改為不受理之諭知，以資救濟。

- (五)法院組織法第51條之10規定：「民事大法庭、刑事大法庭之裁定，對提案庭提交之案件有拘束力。」上開規定僅針對「大法庭裁定」的拘束力為規定，至於透過大法庭「徵詢」程序取得一致見解部分，法院組織法並未規定對提案庭提交之案件是否有拘束力，但因「徵詢」程序係針對具體個案，在具體個案事實的連結下，所表示的法律見解，依同一法理，

該徵詢結果對提案庭提交之案件自有拘束力。本件非常上訴案件，所涉及之法律問題因有前述潛在歧異，透過大法庭徵詢程序取得一致見解，並將徵詢程序之過程及結論呈現於本判決，上開徵詢獲致之結論，對本案被告自發生個案效力。另確定判決之內容，關於確定事實之援用法令如無不當，僅係所憑終審法院前後判決所採法令上之見解不同者，尚不能執後判決所持之見解，而指前次判決為違背法令，誠以終審法院判決關於法令適用上之闡釋，在未經法定程序統一見解前，有時因探討法律之真義，期求適應社會情勢起見，不能一成不變，若以後之所是即指前之為非，不僅確定判決有隨時動搖之虞，且因強使齊一之結果，反足以阻遏運用法律之精神，故就統一法令解釋之效果而言，自不能因後判決之見解不同，而使前之判決效力受其影響。惟此係指本院先後有不同見解時，不能執後判決所持之見解而指前之判決為違背法令，並不包括依大法庭相關程序取得一致見解，而要變更法律見解之情形。否則，若前判決之見解已不合時宜，要變更見解時，仍受此限制，不能於非常上訴案件，透過大法庭相關程序予以變更，反而無法適應社會情勢，且足以阻遏運用法律之精神，亦與非常上訴之目的在於統一適用法令不符。至於經法定程序（即大法庭制度）變更統一見解後，不能執變更後所持之見解，而指前之判決為違背法令，乃當然之理。故原先已確定之案件均不受影響，尚不能持本判決所表示之見解，指先前依本院統一見解作成之其他肯定說確定裁判為違背法令，特此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款、第303條第1款，判決如主文。

中	華	民	國	110	年	5	月	5	日
			刑事第六庭審判長	法	官	許	錦	印	
				法	官	何	信	慶	
				法	官	朱	瑞	娟	
				法	官	高	玉	舜	
				法	官	劉	興	浪	

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 110 年 5 月 10

裁判字號：最高法院 110 年台非字第 142 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 05 月 26 日

裁判案由：違反貪污治罪條例等罪

最高法院刑事判決

110年度台非字第142號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 吳建成

上列上訴人因被告違反貪污治罪條例等罪案件，對於臺灣高等法院中華民國109年3月24日第二審更審確定刑事判決（108年度重上更二字第37號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署101年度偵字第12307、15116、23158號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、非常上訴理由稱：「一、本案歷審審判過程：本案被告吳建成經臺灣桃園地方檢察署檢察官（101年度偵字第12307號、第15116號、第23158號），以涉嫌受賄縱放被告劉展驛，犯貪污治罪條例第4條第1項第5款違背職務之行為期約賄賂罪，提起公訴。一審（臺灣桃園地方法院101年度囑訴字第31號）判決被告所為係犯貪污治罪條例第7條、第4條第1項第5款之有調查職務人員對於違背職務之行為期約賄賂罪（下稱甲罪），及刑法第163條第1項之縱放人犯罪（下稱乙罪），二罪為想像競合依刑法第55條前段，從一重論以甲罪，處有期徒刑11年，褫奪公權5年。案經被告上訴，二審（臺灣高等法院104年度上訴字第2233號）判決甲、乙二罪皆無罪。案經檢察官上訴，三審（最高法院106年度台上字第116號）撤銷發回。更一審（臺灣高等法院106年度重上更(一)字第10號）撤銷一審判決，改判乙罪有罪，處有期徒刑6月，甲罪不另為無罪之諭知。嗣僅被告就乙罪提起上訴，甲罪檢察官未上訴。結果三審（最高法院以107年度台上字第2777號）撤銷更一審判決，發回更審時併判示：『原判決甲罪部分基於審判不可分原則，應併予發回。』更二審（臺灣高等法院108年度重上更二字第37號）審理後認甲、乙皆有罪後，維持一審判決，駁回被告上訴。被告再上訴，三審（最高法院109年度台上字第2788號）再駁回上訴。本案最終以甲、乙

二罪皆有罪，處有期徒刑11年，褫奪公權5 年確定。二、本案法律爭點及提起非常上訴之理由：就本案檢察官以裁判上一罪起訴甲、乙二罪，更一審為乙罪有罪，處有期徒刑6 月，甲罪不另為無罪諭知，僅被告就乙罪有罪部分上訴，經三審撤銷更一審，諭知甲、乙二罪全部發回後，最終以甲、乙二罪皆有罪，處有期徒刑11年，褫奪公權5 年確定之案件。其法律爭點即：裁判上一罪僅被告一部上訴（或檢察官為被告利益一部上訴）時，(一)、法院應『如何審』？(二)、罪刑應『如何判』？前者涉及刑事訴訟法（下稱本法）第348 條裁判上一罪一部上訴時，上訴審法院（包括受發回更審法院）得調查審理之範圍。後者涉及第370條第1項依不利益變更禁止原則，法院得宣判罪名及刑度之範圍。此二個問題，基於罪刑之『審』與『判』範圍，本即相互關連，法理相通，前者解釋所採之應然法理，勢必影響後者解釋之當然結論。從而，對此二個法律爭點，應本同一法理為統一解釋，不宜各自分別解釋，否則會造成前後法則適用之矛盾。茲就本案法律爭點，何以必須為前後統一解釋之關聯性，說明本案應提起非常上訴之理由如下：(一)、就前者言，即裁判上一罪僅被告（包括檢察官）一部上訴時，上訴審法院（包括受發回更審法院）得調查審理之範圍，有下列三說：甲說：不承認裁判上一罪之被告（或檢察官）有一部上訴權。基於審判不可分，縱一部上訴，仍發生全部移審上訴審之效果。採此說者，即最高法院64年度第3 次刑庭庭推總會議之決議。理由：雖本法第348 條明定被告有一部上訴權，但基於裁判上一罪審判不可分及本法第348條第2項之規定，解釋上僅限數罪併罰案件始有一部上訴權，不及裁判上一罪之案件。故裁判上一罪縱僅被告就乙罪有罪部分為一部上訴時，依基於審判不可分原理，其有關係之甲罪無罪部分，應視為已上訴，併發生移審三審法院（受發回之更審）之效果，第三審法院自得就甲乙二罪之全部事實為審判。如被告為其利益上訴，第三審法院認為上訴有理由者：第三審判決主文應記載『原判決撤銷發回○○高等法院』，於理由載明原判決認為無罪部分，因與發回部分有審判不可分關係，一併發回更審。受發回之第二審法院，依刑事訴訟法第348條第2項規定，應就全部事實重為審判。乙說：承認裁判上一罪，被告有一部上訴權



。故甲罪不另為無罪之諭知部分，不生移審效果。並於上訴權人之上訴期間最後屆滿時，即告確定。採此說者即最高法院刑事大法庭裁定109 年度台上大字第3426號裁定（下稱大法庭裁定）。理由：(1)、除應依職權上訴之案件外，檢察官或自訴人於第二審判決後，不續行追訴，或當事人對第二審判決並無不服，第三審法院即無逕行審判而糾正錯誤可言，以尊重上訴權人一部上訴之權利。且檢察官對不另為無罪諭知部分並未不服，倘僅因被告提起上訴，其上訴為有理由時，即適用審判及上訴不可分之規定，一概將不另為無罪諭知部分併同發回第二審更為審理，不僅不尊重被告一部上訴之權利，且有礙被告接受公平、迅速審判之訴訟權益。此相較於檢察官違反前述限制上訴之規定，對不另為無罪諭知部分，提起第三審上訴被駁回時，反而使該不另為無罪諭知部分確定之情形，前者無異懲罰僅就有罪部分提起上訴之被告，有違事理之平。(2)、基於尊重當事人一部上訴權，以及國家刑罰權之實現植基於追訴權行使之法理，就第一、二審判決理由內，均說明不另為無罪諭知者，於檢察官未就該不另為無罪諭知部分提起第三審上訴之情形，採取體系及目的性限縮解釋，認該不另為無罪諭知部分，已非第三審審理之範圍，並無上開審判及上訴不可分規定之適用，而限縮案件單一性之效力。換言之，於此情形，該不另為無罪諭知部分，因不生移審效果，於上訴權人上訴期間最後屆滿時即告確定，倘三審法院就上訴部分撤銷發回更審時，自無將該不另為無罪諭知部分，一併發回之必要，庶免該部分懸而未決，以貫徹憲法第16條保障人民訴訟權之意旨。(3)、依『無不服，即無審查』之上訴權核心理念。以上訴乃對判決不服而請求救濟之制度，上訴所主張之內容自應有上訴利益，『無利益，即無上訴』可言，而不另為無罪諭知部分之判決，對於提起上訴之被告，顯無上訴利益。從而，於第一、二審判決理由內均說明不另為無罪諭知者，檢察官對該不另為無罪諭知部分並未聲明不服之情形，當事人既無意就不另為無罪諭知部分聲明第三審上訴，而將之排除在攻防對象之外，該部分自非上訴理由所指摘之事項，基於法之安定性，及尊重當事人設定攻防之範圍，應認該部分並非第三審審判範圍，如此始無違第三審為法律審之本旨，避免被告受突襲性裁判。丙說

：基於審判不可分，不承認裁判上一罪之被告有一部上訴權。雖一部上訴等同全部移審上訴之效果。但就甲罪不另為無罪諭知部分，三審及更二審皆不得調查審理。採此說者，即日本最高法院實務見解。學者稱此說為『攻防對象論』。理由：日本刑事訴訟法第357條雖與我國348條同樣規定：『上訴，得對裁判之一部為之。未聲明為一部上訴者，視為全部上訴。』故當事人當然可以一部上訴。惟所謂一部上訴，限於裁判內容可分者。由於包括一罪及科刑上一罪（即裁判上一罪），因也是一罪，當然為不可分。故當事人即使就其一部上訴，也視為對全部上訴。結果等同我國第348條第2項『對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。』。何以日本不採乙說之『僅當事人一部上訴，不生移審效果，於上訴權人之上訴期間最後屆滿時，即告確定。』，其理由乃裁判上一罪，原審法院為部分有罪；部分不另為無罪諭知時，基於無罪與有罪不生審判不可分關係，僅有罪與有罪始有審判不可分之關係。因此，僅被告就有罪之一部上訴，與僅檢察官就無罪之一部上訴，於三審撤銷發回更審時，就會發生二者審判之不可分效力有別之問題。亦即，前者在二審確定之無罪部分，與被告有罪一部上訴經三審撤銷發回部分，此時採乙說認『當事人皆未上訴之無罪部分，不生移審效果，於上訴權人之上訴期間最後屆滿時，即告確定』。受發回法院得就三審撤銷發回部分，單獨審判，因無罪與有罪不生審判不可分之關係，故理論上固無問題。但後者，當僅檢察官就不另為無罪諭知部分上訴時，則在二審確定之有罪部分，與檢察官無罪一部上訴經三審撤銷發回部分，基於有罪與有罪有審判不可分關係，此時採乙說之『當事人皆未上訴部分，不生移審效果，於上訴權人之上訴期間最後屆滿時，即告確定』。即會發生受發回之二審法院，當不另為無罪之甲罪部分，被三審撤銷發回，更二審改認甲罪有罪時，如何將甲罪與乙罪皆有罪之審理結果，併案判決之問題。故日本不採乙說。而採只要是對科刑上一罪為一部上訴，觀念上案件即全部移審繫屬於上訴審。但為尊重當事人未就無罪部分以上訴聲明不服之意思，故成為上級審審判對象者，只限有罪上訴部分，不及無罪移審部分。故上訴審所為之職權調查，即不得及於無罪部分而變更之。此可參之日本大法庭

判例（最大昭和46.3.24刑集25.2.293 所謂新島飛彈試射場案件）認為：『對於以牽連犯或包括一罪起訴的事實，認定其一部有罪，而對其餘事實在理由中說明無罪的一審判決，當中僅被告聲請上訴時，包括無罪部分在內，雖均移審繫屬於上訴審。不過，基於當事人主義的原則及上訴審之權利救濟性質，既然上述無罪部分不存在被告聲明不服之利益，且檢察官沒有上訴，則該無罪部分即應置於當事人攻擊防禦對象外，從而法院職權調查範圍即應以有罪部分為限。不及於被告上訴未涉及的無罪部分。』。亦即實質上承認：科刑上一罪僅被告就一部上訴時，對法院往被告不利方向之職權調查設下限制。學說稱此理論為『攻防對象論』（參見日本刑事程序法入門，三井誠著，陳運財譯，頁294- 295）。雖此法理，仍有人批判：一方面既承認包括無罪部分，全部公訴事實皆移審繫屬上訴審，同時卻又認對該部分不能為審判，這是自相矛盾。但學者認『既構成概括一罪或裁判上一罪之各部分，在實體法上都各自能具備一個犯罪構成要件，在訴訟法上也應可以作為各別訴因（審判對象）而獨立。況檢察官知第一審已將包括一罪及裁判上一罪之一部為無罪判決，當其決定不對該無罪部分繼續追訴處罰而未提起上訴時，等同起訴時將包括一罪及裁判上一罪之一部訴因（即審判對象）從中排除一樣，可以認為檢察官已放棄該部分追訴處罰之意思。因此應認法院不許對該部分進行職權調查。』（日本刑事訴訟法要義，土本武司著，董璠輿、宋光輝譯，五南圖書，85年初版，頁409）。最近之日本判例仍重申攻防對象論之法理，表示『第一審判決因無法認定被告成立本位訴因之營利開設賭場共同正犯，惟已認定其成立預備訴因之營利開設賭場幫助犯，對此判決，僅被告提起第二審上訴，檢察官並未聲明上訴時，如第二審依職權就本位訴因加以調查，而自為有罪判決者，因已踰越發動職權所容許之範圍，即屬違法』（最決平成25.3.5刑集67卷3號267頁）。換言之，若更二審以不可分為由，開啟職權調查，合併為有罪之認定，則該更二審判決即違法（宇藤崇、松田岳士、堀江慎司，第二版，有斐閣，2018年2月，515頁。525 頁）。綜上分析，可知就裁判上一罪僅被告（包括檢察官）一部上訴時，上訴審法院（包括受發回更審法院）得調查審理範圍之問題，昔

日實務採甲說之見解者，業經最高法院大法庭裁定變更見解改採乙說，則基於大法庭裁定上述採乙說之法理，可知裁判上一罪，當僅被告就更二審有罪之乙罪一部上訴，檢察官就不另為無罪諭知之甲罪未上訴時，甲罪於二審檢察官上訴期滿日，即已確定。如最高法院發回更審時為：『原判決不另為無罪諭知部分之甲罪，基於審判不可分原則，應併予發回。』之諭知，應認其諭知違法而無效。不生發回移審更二審之效果。此時，更二審僅應就乙罪，依其審理結果分別逕為有罪或無罪之宣告。不必就甲罪以其已確定為由，再為免訴判決。否則本案之甲罪，會同時存在有罪及免訴二個衝突之判決。從而，本件原判決在更二審時，仍將甲罪納入審判範圍，並認被告甲乙二罪犯行明確，因而駁回上訴，維持一審有罪之判決，即與上開大法庭裁定之法則相背。固然大法庭裁定揭示之新法則，是在原判決之後始公布，不能指原判決違反大法庭裁定法則，即屬違法。惟因大法庭裁定之新法則，目前僅解決第三審及更二審審判範圍之問題（如何審？），未及後續之更二審判決面對不利益變更禁止法則應如何適用之問題（如何判？）。為全面解決二個問題，本諸法律解釋之法理一貫性，自應本諸上述大法庭裁定之相同法理，檢討迄今有關不利益變更禁止法則之審判實務舊見解，並提出變更後之新見解如下：(二)、就僅由被告提起或為被告利益上訴之案件，就後續更二審判決面對不利益變更禁止法則應如何適用，尚有二個問題待解決，即(1)、更二審能否宣告為較重之罪名及刑度？(2)、判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，是以前審刑度或一審之刑度相比？就此問題，法制設計有二類，茲分析如下：甲類：(1)、不但得宣告更重之罪名，亦得宣告更重之刑度。且(2)、判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，是以現在之更審與一審之刑度相比，不是與被聲請不服之前審（更一審）之刑度相比。採此法制者即我國現行法制。理由：(1)、就是否得宣告更重之罪名及刑度，因本法第370條第1項但書設有『因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限』之不利益變更禁止例外規定。結果，係指舉凡變更原審判決所引用之刑罰法條（無論刑法總則、分則或特別刑法，均包括在內），皆不受上訴不利益變更禁止原則之限制，俾合理、充分評價行為人的犯行，以實現實

體的正義（106 年度台上字第2263號刑事裁判）。故只要更二審認定原無罪之甲罪應成立重罪，或原有罪之乙罪應論以更重情節之罪名時（如未遂變既遂，幫助變正犯，單獨犯變結夥）時，則更二審不但得論以更重之罪名，並得處以更重之刑度。(2)、就判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，因本法第370條第1項之法條用語是：『第二審法院不得論知較重於原審判決之刑』，且迄今我國實務見解皆認：『刑事訴訟法第370 條有關不利益變更禁止原則之規定，係指由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因第一審判決適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得論知較重於第一審判決之【刑】而言，至於上訴人對該部分之第二審判決不服，提起第三審上訴，經本院將該部分之第二審判決撤銷發回原審法院更審，是原審法院更審前之第二審判決，既經本院撤銷，已失其效力，原審更審後之判決自不受其拘束，與被撤銷之更審前判決更無所謂不利益變更禁止之問題。』（90年度台上字第639 號、89年度台上字第2102號。）結果，判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，是以現在之更審與一審之刑度相比，不是與被聲請不服之前審（更一審）之刑度相比。乙類：(1)、僅得宣告更重之罪名，不得宣告更重之刑度，且(2)、判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，是以現在之更二審與被聲請不服之前審（更一審）之刑度相比，不是與一審之刑度相比。採此制者即德日法制。詳述如下：1.德國法制：(1)、是否得宣告更重之罪名及刑度，依德國刑事訴訟法第331 條就『事實審』之上訴，明定：『事實審之上訴，若僅由被告提起或為被告利益而由檢察官或被告之法定代理人提起時，不得對原判決在犯罪法律效果之種類及刑度上，為不利被告之變更。』，同法第358條第2項復就『法律審』之上訴，明定：『僅由被告提起或為其利益由檢察官或其法定代理人提起法律審上訴者，不得對於被聲請不服之判決，在犯罪法律效果之種類及刑度上，為不利被告之變更。』其稱『犯罪之法律效果』者，指德國刑法第三章（第38條以下）所規定，因違法犯罪行為而要施加之法律效果，包括刑罰（徒刑、罰金、禁止駕駛、褫奪公權）、保安處分、沒收（M KoStPO/uentin,.Auf1.2016, StPO§331Rn.10.）。稱『犯罪法律效果之種類』不得加重者，例如不得以徒刑取代

罰金刑，就算有宣告緩刑亦然；但可以罰金刑取代徒刑（注意換算標準），就算徒刑有宣告緩刑；也可以罰金刑加上禁止駕駛取代徒刑。（Meyer-Großner/Schmitt, Beck' Kurzkommentare Strafprozessordnung 61. Aufl., 2018, § 331 Rn. 13.）。稱『犯罪法律效果之刑度』不得加重者，於罰金刑的情形，日額罰金的金額及總額都不得增加；徒刑的情形，不得提高，就算去掉一併宣告的罰金刑，也不得提高；個別宣告刑（Einzelstrafe）及應執行刑（Gesamtstrafe）均有不利益變更禁止之適用。保安處分原則上也適用第331條第1項之規定，僅同條第2項所稱之安置精神病醫院或戒癮處所之命令，可以僅基於被告之上訴而命令之。（M. KoStPO/Quentin, 1. Aufl. 2016, StPO § 331 Rn. 16, 17, 18, 22），只要被告不是僅將其上訴限縮在法律效果的部分，被告就必須承受罪責可能會變更。例如：就算一審認定是秩序違反行為而僅判處罰鍰，上訴後也可在維持罰鍰的處罰之下，認定為是刑事犯罪行為；上訴審法院也可認定為一個行為，而非數行為，就算區法院曾部分宣告無罪（Meyer-Großner/Schmitt, Beck' che Kurzkommentare Strafprozessordnung 61. Aufl., 2018, § 331 Rn. 8.）。德國之不利益變更禁止原則，不適用於罪責的宣告，上訴審因此得為不利被告而為變更罪責的宣告，例如較重之罪、既遂而非未遂、共犯而非幫助犯，或是不利的情狀，例如常業、完全責任能力而非限制責任能力（M. KoStPO/Quentin, 1. Aufl. 2016, StPO § 331 Rn. 17.）。總之，因不利益變更之禁止，只是就刑罰而言，非就罪責而言，例如，僅被告就其一審被判竊盜有罪處60日率，每日率折算50馬克之罰金案件上訴時，縱二審認定被告應構成強盜罪，雖得改論被告以強盜罪名，但刑度亦僅能處罰同樣的罰金刑度。如二審將處罰之日率數提高即不合法。（參見德國刑事訴訟法 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，三民書局87年初版，頁 567-568）可知在德國法制，僅由被告提起或由檢察官為被告利益而上訴之案件，雖得較前審論以更重之罪名，但不得量處更重之刑度。(2)、就判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，依德國刑事訴訟法第331條及第358條第2項之法條用語是：不得對『原判決』…，為不利被告之變更及不得對於『被聲請不服之判決』，為不利被告之變更。結果判斷刑度是否違

反不利益禁止時，亦是以現在之更審與被聲請不服之前審刑度相比，不是現在之更審與一審之刑度相比。**2.日本法制：**

(1)、是否得宣告更重之罪名及刑度，日本法制之不利益變更禁止原則，最早基於刑事政策，認上訴本為提供當事人誤判之救濟制度，以改判重刑絕非被告上訴之本意，為讓被告安心上訴，不致對上訴權之行使（二審、三審）感到猶豫之考量。故刑事訴訟法第402條、第414條乃規定：『被告提起二審上訴或為被告利益提起上訴之案件，不得宣告較重於原判決之刑。』（最大判昭27.12.24刑集3 卷11號1363頁）。但近日多數學者改從上訴審之當事人主義構造，及上訴本為上訴人尋求利益之救濟制度性格，認不利益變更禁止原則，乃作為法律救濟手段之上訴審，為保障同為訴訟主體之被告權益，用以限制法院量刑權限及檢察官追訴行動之原則。（高田昭正，刑事訴訟の構造と救済，成文堂，1994年，頁223，田宮469頁，福井，382頁，鈴木，頁255）本此原則，即使檢察官、被告皆上訴，但檢察官之上訴遭無理由駁回時，亦應有不利益變更禁止原則之適用。（白取佑司，刑事訴訟法第4版，日本評論社，2007，頁432）。可知，雖日本法制無如我國第370條第1項但書『因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限』之不利益變更禁止例外規定。但日本實務皆認，依不利益變更禁止原則，僅重在更審後之『刑度』，不是『罪名』，故僅被告上訴或為被告利益上訴之案件，雖不妨上級審論斷更重之罪名，但仍限制上級審不得論處更重之刑度，結果縱量刑結果，可能論處之刑度低於論斷重罪之法定刑度，但也不得不如如此。（日本刑事訴訟法要義，土本武司著，董璠輿、宋光輝譯，五南圖書，85年初版，頁420）。俾使不利益變更禁止之運作，兼顧發現真實之公益（罪名可以加重）及被告一部之上訴利益（但刑度不可加重）。

(2)、其次就判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，依日本刑事訴訟法第402條、第414條則規定：『被告提起二審上訴或為被告利益提起上訴之案件，不得宣告較重於原判決之刑。』，從其法條用語是：不得宣告較重於『原判決』之刑，不是一審之刑。可知，判斷刑度是否違反不利益變更禁止，是以現在之更二審與被聲請不服之前審（更一審）刑度相比，不是更二審與一審之刑度相比。**3.綜上德日法制分析**

，核皆與我國現行法制及實務運作法則不同。從而可發現本法第370條第1項之規定，目前有下列三個問題之實務見解，應予立即變更者如下：(1)、第一個問題即：即本法第370條第1項後段但書『但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。』。此『不利益變更禁止例外』之但書規定，若依上述大法庭裁定採乙說之相同法理，應認已違憲，理應聲請釋憲停止適用？或再以大法庭裁定為排除適用之限縮解釋？蓋因迄今實務依本法第370條第1項：『由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限』之規定。故最高法院一向皆認：『上開但書規定，係指舉凡變更原審判決所引用之刑罰法條（無論刑法總則、分則或特別刑法，均包括在內），皆不受上訴不利益變更禁止原則之限制，俾合理、充分評價行為人的犯行，以實現實體的正義（106年度台上字第2263號刑事裁判）』。結果，當僅被告上訴或檢察官為被告利益上訴之案件，縱更一審時本已受較輕罪刑判決之被告，只要因第一審判決適用法條不當而撤銷者，即可能因其一部上訴反而改判更重之罪名及刑度。故本法第370條（第1項）但書之規定，對已預知其一部上訴可能更被重判之被告言，或因而不敢為其訴訟利益而為一部有罪上訴，實無異剝奪其行使一部上訴之訴訟受益權。對無預知其上訴可能更被重判之被告言，基於對原審僅宣告輕罪輕刑之信賴，其本為自己利益而為一部上訴之結果，事後竟被重判，實無異法院予突襲性重懲。尤其考量，被告蒙受更重罪名及刑度之不利益改判，竟係應歸責於原（或前）審法院適用法條不當之司法誤判，而非應歸責於被告之事由，如此豈符事理之平。故依大法庭裁定之相同法理，可知我國本法第370條（第1項）但書之規定，縱昔日刑事訴訟構造，因刑事訴訟之本質，重在發見真實以實現正義，故在法院職權調查主義下，才会有如此嚴苛之但書規定。但在今日刑事訴訟已改採當事人進行主義及彈劾主義為基礎構造下，基於刑事被告基本人權之保障，理應更重於實體正義之實現，上訴程序本應更重視程序進行之正義。故不但憲法第8條強調人身自由之剝奪，應循正當法律程序，第16條更強調刑事被告之上訴權本質乃司法受益權，在當事人皆無爭議而未以上訴請求救



濟或改判之情況下，法院之審判權即應予充分尊重並限縮。以僅被告上訴，或檢察官為被告利益而上訴之案件，既檢察官對被告為其利益之上訴，都無異議，則任令更審法院得依職權突襲性判處更重之罪名及刑度，不但已然侵害憲法第16條保障之刑事被告一部上訴權益，併違反憲法第8條之正當法律程序，自屬違憲。此可佐之日本及德國就不利益變更禁止之法制及實務，皆未設有如我國第370條（第1項）但書之例外規定，不採對被告一部上訴權如此不利之嚴苛法制設計。益見本條（第1項）但書規定不但違憲，且違反保障刑事被告基本人權之普世價值。(2)、第二個問題，苟本法第370條第1項但書之不利益變更禁止原則例外規定，經排除適用後，本法第370條第1項前段之不利益變更禁止原則性規定，仍有適用，則如本案經更二審審認後，認乙罪仍為有罪時，則所謂不利益變更禁止，究指不論罪名或刑度皆不得加重？或者只要刑度不加重，仍可以加重罪名？就此法律問題，基於不利益變更重在禁止刑度之加重，不重在禁止罪名之加重之法則，為使不利益變更禁止之運作，兼顧發現真實之公益（罪名可以加重）及被告一部之上訴利益（但刑度不加重），本法第370條第1項前段之不利益變更禁止原則，應採德日法制之解釋。即亦即上級審雖不妨論斷比原判決更重之罪名，但仍不得宣告比原判決更重之刑度。縱此時，量刑結果可能宣告之刑度低於宣告重罪之法定刑度，但為兼顧發現真實之公益及刑事被告一部上訴權益，實不得不如此。(3)、第三個問題，即判斷刑度是否違反不利益變更禁止時，究應以更二審之刑度與被聲請不服之前審（更一審）刑度相比，或應與一審刑度相比？就此問題，雖迄今實務見解如前述皆認：『原審法院更審前之第二審判決，既經本院撤銷，已失其效力，原審更審後之判決自不受其拘束，與被撤銷之更審前判決更無所謂不利益變更禁止之問題。』（90年度台上字第639號、89年度台上字第2102號。）從而判斷刑度是否違反不利益變更禁止時，是以現在之更審與一審之刑度相比，不是與被聲請不服之前審（更一審）之刑度相比。但基於苟被告不上訴，本來所受最重罪刑，亦不過如更一審判決之罪刑。當其為自己利益行使一部上訴權，俾獲取更輕罪刑之救濟時，竟因不可歸責於己之原審判決適用法則不當之司法誤判事

由，遭致比前審更重之罪刑改判。此絕非憲法保障被告一部上訴權益，及被告以上訴循求更輕罪刑救濟之本意。為保障在刑事訴訟全程中已獲得輕罪輕刑利益之刑事被告，仍可放心就現有之輕罪輕刑判決，繼續行使一部上訴之訴訟權益，實現憲法第16條保障刑事被告刑事上訴受益權之本旨，現行法院實務就不利益變更禁止之標準，所採應與一審刑度相比，而非與被聲請不服之前審判決刑度相比之見解，自應予變更。此佐之日德法制，皆採現在之更審與被聲請不服之前審刑度相比，不是現在之更審與一審之刑度相比。益證我國現行法制及實務運作之法則，應予變更。綜上，本諸刑事被告一部上訴，乃憲法保障訴訟受益權之本質；無爭議即無審理之上訴核心理念；當事人主義之上訴審基本構造；及不利益變更禁止原則本為提供當事人誤判之救濟制度，改判重刑絕非被告上訴之本意，為讓被告安心上訴，不致對上訴權之行使（二審、三審）感到猶豫之立法政策考量，以本件被告在更一審改判被告乙罪有罪，僅處有期徒刑6月；甲罪不另為無罪之諭知後，連檢察官就被告為其利益之一部上訴，皆無異議情況下，僅因其就乙罪為一部上訴，結果更二審審理範圍便可依職權納入甲罪及乙罪，並認原一審結果所認被告有如原判決事實欄所載甲罪及乙罪等犯行明確，因而維持第一審依想像競合犯從一重論處被告共犯甲罪及乙罪，論處被告有期徒刑11年之罪刑。核原判決所持迄今最高法院上述 106年度台上字第2263號、90年度台上字第639號、89年度台上字第2102號等刑事判決意旨之舊見解，駁回被告上訴後，突襲性的重判被告11年徒刑，懲罰為自己利益一部上訴之被告，縱非無據。但既最高法院迄今舊實務見解所採之法理，核皆與大法庭裁定之法理相背，且明顯侵害憲法保障被告一部上訴權及違背不利益變更禁止之法則，即有適用法則不當之違法，為維持法則解釋適用法理之一貫性，自應以非常上訴糾正救濟之。復因本案涉及不利益變更禁止原則見解之重大變更，事關法律重要性原則，故建請或停止審判聲請釋憲，或召開大法庭進行辯論，俾更新並統一上開法律重要性原則之適用。三、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正救濟。」等語。

二、本院按：

(一)本案被告吳建成因涉嫌受賄縱放犯人劉展驛，涉犯貪污治罪條例第4條第1項第5款之違背職務期約賄賂罪，為臺灣桃園地方檢察署檢察官以101年度偵字第12307號、第15116號、第23158號提起公訴。嗣臺灣桃園地方法院以101年度矚訴字第31號判決論處被告犯貪污治罪條例第7條、第4條第1項第5款之有調查職務人員對於違背職務之行為期約賄賂罪（簡稱甲罪），及刑法第163條第1項之縱放人犯罪（簡稱乙罪），二罪具有想像競合關係，依刑法第55條前段從一重論以甲罪，處有期徒刑11年，褫奪公權5年。被告不服提起上訴，臺灣高等法院以104年度上訴字第2233號判決認被告涉犯之甲、乙二罪皆無罪。檢察官不服判決提起第三審上訴，經本院以106年度台上字第116號判決撤銷發回更審。臺灣高等法院更一審（106年度重上更（一）字第10號）判決撤銷第一審判決，改判乙罪有罪，處有期徒刑6月，甲罪則不另為無罪之諭知。嗣僅被告就乙罪提起上訴，檢察官並未對甲罪提起上訴，本院以107年度台上字第2777號判決撤銷更一審判決，發回臺灣高等法院更審，並於理由中說明：「原判決就被告被訴涉犯甲罪罪嫌說明不另為無罪之諭知…部分，基於審判不可分原則，應併予發回。」嗣臺灣高等法院更二審（108年度重上更二字第37號）審理後，認甲、乙二罪皆有罪，維持第一審判決（即甲、乙二罪皆有罪，處有期徒刑11年，褫奪公權5年），駁回被告之上訴。被告不服更二審判決（或稱原確定判決）提起上訴，經本院以109年度台上字第2788號判決上訴駁回確定，有相關之起訴書、判決書及臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可憑，以上事實自堪認定。

(二)關於裁判上一罪案件，經第二審法院就構成犯罪部分，為有罪之判決，就不構成犯罪部分，因審判不可分關係，僅於判決理由中說明，不在主文另為無罪之諭知。如被告為其利益上訴，第三審法院認為上訴有理由者，第三審判決主文應記載「原判決撤銷發回○○高等法院」，於理由載明原判決認為無罪部分，因與發回部分有審判不可分關係，一併發回更審，固為本院64年度第3次刑事庭會議決議所持之見解，惟上開決議所指之情形，與本院最近所持見解（即109年度台上字第3426號判決）認檢察官以裁判上或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就

得上訴第三審之有罪部分提起上訴，該不另為無罪諭知部分不生移審效果，於上訴權人上訴期間最後屆滿時即告確定，並非第三審審判範圍。倘本院就上訴部分撤銷發回更審時，自無將該不另為無罪諭知部分一併發回之必要，庶免該部分懸而未決，以貫徹憲法第16條保障人民訴訟權之意旨，所提及之情形並不相同，非常上訴意旨稱本院已改變見解云云，尚有誤會。何況本件被告涉犯之上開案件，臺灣高等法院104年度上訴字第2233號判決認被告涉犯之甲、乙二罪皆無罪。檢察官不服判決提起第三審上訴，經本院以106年度台上字第116號判決撤銷發回更審。臺灣高等法院更一審（106年度重上更(一)字第10號）判決撤銷第一審判決，改判乙罪有罪，處有期徒刑6月，甲罪則不另為無罪之諭知。亦即就被告涉犯之甲部分，「第二審」即臺灣高等法院上訴審及更一審分別為無罪及不另為無罪之諭知，與上開本院最近所持見解（即109年度台上字第3426號判決）認檢察官以裁判上或實質上一罪起訴之案件，其一部於「第一、二審」均不另為無罪之諭知之情形並不相同，尚難比附援引，非常上訴意旨執上開本院最近所持見解，指摘原確定判決違背法令，難認有理由。

- (三)由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第370條第1項前段定有明文，此即所謂「不利益變更禁止原則」，其意義在於被告不會因害怕被第二審改判較重之刑而畏懼上訴，保障其上訴權的行使。此原則雖為保障被告上訴權而設，但發現真實為刑事訴訟的基本原則，正確地適用法律，亦為法官憲法上之義務。另刑事上訴制度除使當事人對於下級審判決不服之救濟途徑外，亦有糾正違法失當判決的功能，是刑事上訴制度雖在維護被告之審級救濟權利，藉以保護人權，但所謂人權不僅專指被告之人權，尚包括被害人之人權，及整體國家社會法益在內，是上級審如發現原審判決適用法條不當，即不受原審判決量刑之限制。換言之，我國刑事訴訟制度一方面為了保障被告之上訴權，設有不利益變更禁止原則規定，另一方面又為兼顧實體真實之發現，設有例外規定以確保法律的正確適用。刑事訴訟法第370條第1項本文及但書之規定，本質上既為保障被告之上訴權，又為兼顧實體真實之發現，因

