

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、107 年度台上字第 3573 號.....	2
二、108 年度台上字第 2254 號.....	3
三、108 年度台上字第 2274 號.....	5
四、108 年度台非字第 139 號.....	6
五、108 年度台非字第 148 號.....	7
六、108 年度台抗字第 553 號.....	8
七、108 年度台抗字第 921 號.....	9

裁判全文

107 年度台上字第 3573 號.....	12
108 年度台上字第 2254 號.....	18
108 年度台上字第 2274 號.....	21
108 年度台非字第 139 號.....	29
108 年度台非字第 148 號.....	34
108 年度台抗字第 553 號.....	39
108 年度台抗字第 921 號.....	48

一、107 年度台上字第 3573 號（裁判書全文）

（一）依刑事訴訟法第 455 條之 26 第 1 項規定，參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。惟該條規定之適用，係以第三人成為參與人為前提。又依同法第 455 條之 12 第 3 項但書規定，第三人向法院或檢察官陳明對沒收其財產不提出異議者，法院自無命該第三人參與沒收程序之必要，則該第三人既未參與沒收程序，即非參與人，法院即使認第三人財產符合沒收之要件，亦不得依上開規定，對該第三人諭知其財產應予沒收之判決，更無由因財產可能被沒收之第三人陳明對沒收不表異議，即得於本案判決內，對已由該第三人取得之物，逕對被告為沒收之宣告。由是亦徵，刑事訴訟法第七編之二增訂之「沒收特別程序」，對於第三人財產之沒收，應有控訴原則之適用，必先經檢察官之聲請，始得由法院依法裁判。亦即，在有刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項但書所定情形，該第三人之財產，如係已由檢察官聲請沒收者，於法院認符合沒收之要件時，即得依檢察官之聲請，對該第三人所取得之物為沒收之判決（即相關之沒收判決）；於不符合沒收之要件者，則予以駁回。

（二）原判決理由貳、四、（三）之 2 載稱：如附表三編號 11 至 15、17 至 22 等 11 件小家電，因尾牙摸彩而無償贈與吳○梅等 11 人。如果屬實，上開小家電，已非上訴人所有，而係第三人之財產。稽之卷內資料，本件檢察官迄未向法院聲請沒收第三人即吳○梅等 11 人所無償

取得之前揭財物。原審不察，未曉諭檢察官補正其聲請，逕以吳○梅等 11 人因上訴人違法行為而無償取得上開小家電，其等均到庭陳稱：對法院沒收沒有意見等語。即以如附表三編號 11 至 15、17 至 22 所示之小家電，係吳○梅等 11 人所取得之上訴人犯罪所得變得之物，因依刑法第 38 條之 1 第 2 項第 2 款、第 4 項之規定，逕於上訴人所犯罪刑項下，對上訴人宣告沒收。原判決關於此部分沒收之諭知，自非適法。

參考法條：刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項但書、第 455 條之 26 第 1 項。

二、108 年度台上字第 2254 號（裁判書全文）

- （一）有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。但經住居人、看守人或可為其代表之人承諾或有急迫之情形者，不在此限。於夜間搜索或扣押者，應記明其事由於筆錄，刑事訴訟法第 146 條第 1 項、第 2 項定有明文。則欲在上開處所行夜間搜索或扣押，自以已取得「住居人、看守人或可為其代表之人承諾」或「有急迫之情形」者為限。刑事訴訟法對夜間搜索之實施，既有意予以限制在特定情形下始可實施，基於憲法對人身自由及居住自由、安寧等有關人權之保障，為避免偵查機關實施強制處分之搜索、扣押時，侵害個人之隱私權及財產權，就刑事訴訟法關於搜索、扣押之規定，自不容許任意為擴張解釋，以確保實施刑事訴訟程序之公務員不致違背法定程序實施搜索、扣押，否則對人權之保障自有不周。是以該條第 1 項規定之「承諾」、

「急迫情形」，均應為嚴格之解釋。而該項之「承諾」，亦應以當事人之自願且明示之同意為限，而不包括當事人未為反對表示之情形，亦不得因當事人未為反對之表示即擬制謂當事人係默示同意，否則在受搜索、扣押之當事人因不諳相關法律規定不知可否為拒絕之表示，而執行之公務員復未主動、明確告知所得主張之權利時，偵查機關即可藉此進行並擴大夜間搜索，變相侵害當事人之隱私權及財產權，該規定之保護無異形同具文。

- (二) 依卷附臺灣臺北地方法院核發之 106 年聲搜字第 001343 號搜索票下方之注意事項欄第 6 點，已載明有人住居之處所，不得於夜間入內搜索或扣押之旨，惟臺北市政府警察局中山分局持該搜索票執行搜索之時間，依該分局之搜索扣押筆錄所載係自民國 106 年 11 月 3 日 23 時 30 分起至翌日即 4 日零時 10 分止，執行處所係在臺北市○○區○○路○段○○○巷○號○樓被告之住居所，執行之依據係出示本件搜索票實施，可見並非以附帶搜索或其他法定方式進行搜索；而其執行經過情形，則僅勾選執行人員有出示證件表明身分之欄位，其餘關於有人住居之處所，不得於夜間入內搜索或扣押等欄位則均空白未勾選，其他補充部分亦未載明被告有明示承諾或當時有何急迫之情形，有上開搜索扣押筆錄可稽，嗣被告前後兩次之警詢調查筆錄內亦無表示同意夜間搜索之記載，有其警詢筆錄可參。原判決於理由一、載敘：「本判決所援引認定上訴人即被告邱○朋犯行之非供述證據，……，且無證據證明係公務員違背法定程序所取得，……，自均具有證據能力。」等語，並於原判決理由

二、引用該搜索扣押之相關證據資料作為不利被告之論斷依據。然上開搜索時間係於夜間執行及未經被告承諾等情，若屬無訛，則原判決謂本件搜索並無證據證明違背法定程序等語，是否與卷內證據資料相符，原判決未進一步予以說明釐清，即遽為論斷本件並無違背法定程序之情形，而認上揭證據資料均具有證據能力，難謂無與證據法則有違，併有理由不備之違法。

參考法條：刑事訴訟法第 146 條。

三、108 年度台上字第 2274 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「不利益禁止變更原則」，但此原則並非禁止第二審做出任何不利於被告之變更，而是僅止於禁止「原審判決之刑」之不利變更。依此，不利益禁止變更原則其功能僅在為第二審法院劃定量刑之外部界限，只要量刑結果未超出第一審判決之刑，即無不利益變更的問題。又按量刑之輕重，固屬事實審法院得依職權裁量之事項，惟仍應受罪刑相當、比例原則及公平原則之限制，始為適法，此即所謂「罪刑相當原則」。換言之，縱使不論不利益變更禁止原則與否，在第二審法院量刑時本必須遵守實體法的規定，尤其宣告刑不得超出法定量刑空間，在此範圍內「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第 57 條一切情狀」。倘若第二審認定被告之犯罪情節較第一審為輕微時，基於「罪刑相當原則」的要求，第二審量刑亦應隨之減輕。是「不利益禁止變更原則」及「罪刑

相當原則」雖分別出於保障程序上被告之上訴決定權或正確適用實體法的要求，兩者概念應有區別，惟在適用上彼此相互關連。是若由被告上訴或為被告之利益而上訴第二審之案件，第二審所認定之犯罪情節，明顯輕於第一審者，若第二審之宣告刑猶等同於第一審，實際上無異諭知較重於第一審之宣告刑，即難謂與「不利益變更禁止原則」或「罪刑相當原則」無悖。

參考法條：刑法第 57 條。

刑事訴訟法第 370 條。

四、108 年度台非字第 139 號（裁判書全文）

毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定：「犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」，是一般而言，被告固須於偵查及審判中皆行自白，始有該減刑規定之適用。然訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名，並予以辯明犯罪嫌疑之機會，刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款、第 96 條定有明文。而上揭規定，依同法第 100 條之 2 於司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時，準用之。從而，司法警察調查犯罪於製作警詢筆錄時，就該犯罪事實未曾詢問，檢察官起訴前亦未就該犯罪事實進行偵訊，均形同未曾告知犯罪嫌疑及所犯罪名，即逕依其他證據資料提起公訴，致使被告無從於警詢及偵訊時辯明犯罪嫌疑，甚或自白，以期獲得減刑寬典處遇之機會，難謂非違反上揭程序規定，剝奪被告之訴訟防禦權，違背實質正當之法律程序。故於員警、檢察官未行警詢、偵訊，即行結案、起訴之特別情狀，縱被告祇於審判中自白，應

仍有上揭減刑寬典之適用，俾符合該條項規定之規範目的。

參考法條：毒品危害防制條例第 17 條第 2 項。

五、108 年度台非字第 148 號（裁判書全文）

- （一）刑法第 266 條第 1 項規定「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處 1000 元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。」立法者係考量賭博犯罪若在公共場合或公眾得出入之場所進行，民眾可輕易見聞，恐造成群眾仿效跟進而參與賭博，終至群眾均心存僥倖、圖不勞而獲，因之敗壞風氣，需加以處罰，反之，在非公共場所或非公眾得出入之場所賭博財物，其貽害社會尚輕，故家庭間偶然賭博，不包括於本條之內。惟此所謂之「公共場所或公眾得出入之場所」，並不以法令所容許或社會所公認者為限，如供給賭博用之花會場、輪盤賭場及其他各種賭場，縱設於私人之住宅，倘依當時實際情形，可認係屬公眾得出入之場所者，亦足當之；又如賭博者雖未親自赴場賭博，而由他人轉送押賭，但既係基於自己犯罪之意思，仍應依本罪之正犯處斷，有司法院院字第 1371、1921、4003 號解釋意旨可資參照。是以私人住宅如供不特定之人得以出入賭博者，該場所仍屬公眾得出入之場所，至於賭客係到場下注賭博，或以電話、傳真、電腦網路、或行動電話之通訊軟體等方法傳遞訊息，下注賭博，均非所問。
- （二）經查本件接受被告盧○逸簽賭之宋○享，係提供其桃園市○○區○○路○○○號自宅，聚集不特定賭客簽選號

碼簽賭「香港六合彩」、「今彩 539」等賭博，賭客或親自到場簽牌下注，或以手機通訊軟體 LINE 傳訊牌支號碼，或以傳真下注，宋○享接收牌支簽賭後，再將簽賭資料以 LINE 轉給上線綽號「阿明」等人，其中被告於民國 106 年 1 月 7 日下午 6 時 40 分許，透過 LINE 傳送簽賭訊息資料，向宋○享投注「香港六合彩」、「今彩 539」，嗣宋○享於同月 10 日下午為警在上址查獲，因而觸犯刑法第 266 條第 1 項前段在公眾得出入之場所賭博罪、第 268 條意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博罪，另案經臺灣桃園地方法院以 106 年度壟簡字第 315 號簡易判決，依想像競合犯關係從一重論以刑法第 268 條意圖營利，聚眾賭博罪刑確定等情，有相關資料在卷可稽。查宋○享提供自宅作為不特定人得以出入簽賭之場所，被告以 LINE 向宋○享傳送其簽賭下注之訊息而參與賭博，依上說明，被告應係犯刑法第 266 條第 1 項之在公眾得出入之場所賭博罪。原判決認被告所為與刑法第 266 條第 1 項前段賭博罪之構成要件不合，撤銷第一審之有罪判決，改判諭知被告無罪，依上說明，即有適用法則不當之違法。

參考法條：刑法第 266 條第 1 項。

六、108 年度台抗字第 553 號（裁判書全文）

再審聲請若經法院以無再審理由而裁定駁回後，依刑事訴訟法第 434 條第 2 項規定，固不得更以同一原因聲請再審，此時再審無理由裁定將產生一種「禁止再訴」之效力，然上開業經審酌無再審理由並已列為「禁止再訴」之新事證，若重新增加其他未曾提出之新事證，經與卷內原有證

據綜合評價後，如合理相信足以動搖原確定判決，使受有罪判決之人應受前揭較有利判決時，則應准許開啟再審程序，使受錯誤定罪之人能循再審程序獲得救濟之權利，以喚醒法院正視冤案救濟且符合修法後再審開始標準應從寬認定之本旨。換言之，法院對於聲請人所夾陳曾經審酌並列為「禁止再訴」之事證及增添未曾判斷過之新事證提起再審時，應綜合判斷有無開啟再審之理由，不宜將曾經法院判斷無再審理由之證據，先割裂以本法第 434 條第 2 項規定認有違「禁止再訴」之效力予以剔除，再個別判斷該新增未曾提出之新事證是否符合再審要件。

參考法條：刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款、第 434 條第 2 項。

七、108 年度台抗字第 921 號（裁判書全文）

- （一）按人民得請求受公正而獨立之法院依正當程序予以審判之權利，乃憲法第 16 條保障人民訴訟權之核心內容之一。而公正獨立法院尤繫諸於法官執行職務之客觀中立與公正，公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項中段即訂明：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。」誠然，法官不唯有責亦須自我期許應依據法律公正而獨立進行審判，然遇法官與案件有利害關係及其對案件恐存預斷成見之情形，雖不代表裁判即是不公正，但單是有利害關係及預斷成見疑慮之外觀，便足以腐蝕司法公信力之基礎。因為正義不僅必須被實踐，而且必須以人民看得見的方式加以實踐；正義女神如掀開蒙眼布，

即使手持正義的天平，也難令人信賴。由於裁判為法官之內心活動，其偏見與預斷存否，外界難以全盤知悉，故法官不僅有責基於採證認事結果，本於法律之確信作出公正不偏之裁判，亦須在外觀上讓當事人或人民相信其係基於客觀中立與公正之立場而為之，始能激發社會大眾對司法之信賴。而為確保人民受公平審判之權利，並維持司法公正不偏之形象，刑事訴訟法設有迴避制度，規範法官之個案退場機制，排除與案件有一定關係之法官於審判之外，期以達成裁判公平性並維護審級利益。是迴避制度乃是公平審判之基石，為法定法官原則之例外容許，對於保障人民訴訟權影響重大。其中刑事訴訟法第 17 條列舉法官當然應自行迴避之原因，同條第 8 款規定，法官曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務。且法官有應自行迴避以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者，當事人得聲請迴避，同法第 18 條第 2 款另設有概括規定。所謂足認其執行職務有偏頗之虞者，係指以一般通常之人所具有之合理觀點，對於該承辦法官能否為公平之裁判，均足產生懷疑；且此種懷疑之發生，存有其完全客觀之原因，而非僅出諸當事人自己主觀之判斷者，始足當之。是如有客觀原因，就各種情形，作個別具體觀察，足令一般通常人對法官能否本於客觀中立與公正之立場參與審判，產生合理懷疑，顯然不當侵害被告受憲法保障公平審判之權利者，即構成前開所稱執行職務有偏頗疑慮之要件。

- (二) 徵諸前案與本案有關抗告人與吳○民、呂○燦、林○騰共同犯罪之事實高度重疊。且前案於審理中已以抗告人

為證人，調查前揭犯罪事實，並綜合全卷證據資料及取捨判斷，對於抗告人就上開餐會係由呂○燦、林○騰自行舉辦並支付餐費，其不知情等主張，為實質評價、審酌而不採，從而認定抗告人為共同正犯之事實及理由，論述甚為綦詳，難謂二案就上揭犯罪事實之調查事證有何重大差異。本件客觀上已足令一般通常之人，合理懷疑謝○敏法官就本案與前案相同之上開事實非無產生預斷之可能，難期其保持空白心證參與本案第二審審判，顯然嚴重損及抗告人之審級利益，參以原審法院法官人數之配置，應不至於因本案受命法官迴避而造成審判上之困難，為免不當侵害抗告人受憲法保障公平審判之權利，增進人民對於司法審判之信賴，謝○敏法官自以迴避本案第二審審判程序為宜。

參考法條：公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項。

刑事訴訟法第 18 條。

裁判字號：最高法院 107 年台上字第 3573 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 07 月 31 日

裁判案由：違反貪污治罪條例

最高法院刑事判決

107年度台上字第3573號

上訴人 陳淑娟

選任辯護人 謝曜焜律師

高進發律師

張國彬律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國107年6月13日第二審判決（106年度上訴字第63 號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署101 年度偵字第24503號，102年度偵字第2779號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於陳淑娟部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審關於上訴人陳淑娟（時任桃園縣政府衛生局〔已改制為桃園市政府衛生局，以下仍稱桃園縣政府衛生局〕綜合企劃科科长）部分之科刑判決，改判仍論處上訴人公務員犯利用職務上機會詐取財物罪刑及為相關沒收之宣告。固非無見。

二、惟按：

（一）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，故凡於適用法律有關之重要事項，必須詳加認定，明確記載，然後於理由內敘明犯罪事實所憑之證據及認定之理由，始足為適用法律之依據。又客觀上為法院認定事實及適用法律基礎之證據，雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查。再者，貪污治罪條例第5條第1項第2 款之利用職務上機會詐取財物罪，係刑法詐欺取財罪之特別法，其構成要件除行為人利用職務上機會以詐術使人將本人或第三人財物交付外，主觀上尚應具有為自己或第三人不法所有之意圖，始克成立，本罪係以行為人自始即基於為自己不法所有之意圖，利用職務之便，以欺罔詐偽之方法，使人交付財物為構成要件。本件上訴人始終否認涉犯利用職務上機會詐取財物罪，並辯稱其沒有為自己不法所

有的意圖，購買的小家電都是綜合企劃科的公物等語。原判決事實認定：上訴人利用綜合企劃科辦理「超越100：愛與祥和邁向101元旦」活動，得以使用活動經費新臺幣（下同）7萬元之機會，指示該科人員吳雪梅向廠商即采運興業有限公司（下稱采運公司）購買小家電，並要求向該公司負責人江惠蘭索取交易品項為「計步器429台」（金額為6萬元）、「孔夾等6項文具用品」（金額為1萬元）等不實事項之統一發票（下稱不實發票），江惠蘭填製不實發票交予吳雪梅，上訴人指示吳雪梅將不實發票交予陳佳妤（時係綜合企劃科專案助理）辦理核銷，陳佳妤亦依上訴人指示，以不實發票黏貼於活動之「桃園縣政府衛生局黏貼憑證用紙」，並據此登載不實內容之公文書，持之逐級層轉向桃園縣政府會計人員行使，而以活動經費7萬元核銷購買如其附表（下稱附表）三所示小家電之用。上訴人以此方式施用詐術，致桃園縣政府衛生局會計人員陷於錯誤，誤認經費確係用於購買活動中籌備之文具用品及分送民眾之計步器等宣導品，而於民國101年2月6日由桃園縣政府如數撥款至采運公司之銀行帳戶完成核銷，因而詐得7萬元等情（見原判決第2、3頁）。原判決係以吳雪梅證稱附表三編號11至22所示之12件小家電是受上訴人指示於101年1月16日送末尾牙會場，又上訴人在當日餐會現場，對於陳秋萍所稱獎品為科長提供，沒有表示反對之意。上訴人既將以上開活動經費7萬元所購置之小家電作為個人公關使用，其主觀上有將該筆7萬元活動經費作為己用之不法所有意圖。為其認定上訴人對於該7萬元活動經費，有為自己不法所有之意圖的論據（見原判決第14至17頁）。但卷查：1、證人江惠蘭於第一審證稱：「（你這些小家電，還有印象共分了幾次送貨？）連同餐廳這次總共有3次」「（另外兩次是送到哪裡去？）第2次好像是送到衛生局的大廳，但是沒有放到衛生局4樓的倉庫，第3次是送到衛生局4樓後段頂樓倉庫，順便將第2次送來的貨物一起搬到衛生局4樓倉庫。」等語（見第一審卷二第156頁背面）。2、證人吳雪梅於第一審證述：「（另外兩次是什麼時候送來的？）另外在（101年1月）17日那天又送了30件左右，是送到衛生局1樓服務台那邊，是我點收的

，因為那時候科長口頭說局長說要去參加別科室的尾牙要一些禮品，反正就是科長指示，所以我才請廠商再送這一批，但後來又說不要了，就先堆在一樓的儲藏室，因為那時候快下班了怕不見，所以就先堆在1樓的儲藏室」「（第3批是什麼時候送的？）是（101年1月）18日，當天是衛生局整個局的尾牙，是在竹園餐廳，我後來有打電話請廠商把剩餘的家電送過去，當時有聯絡了幾次，一下說要，一下又說不要，那都是科長指示，最後決定不要了，就全部送到4樓的倉庫，我記得當時我還請廠商把（101年1月）17日放在儲藏室的家電搬到4樓的倉庫去。」「（就你的認知，在綜合企劃科倉庫裡面的物品，是屬於科裡面的物品還是當作私人的倉庫置放物品？）科裡面的物品。」等語（見第一審卷二第40頁、第46頁背面）。吳雪梅於偵訊時，就前揭小家電如何管理，陳述：「（衛生局綜合企劃科的倉庫，對於採購而來、用於公務的財物，如何管理？有無編列財產清冊？）以前有造冊，後來因為管理上困難，就沒有繼續造冊，但我自己經手的東西，我都會造冊」「（今日扣案的小家電77件，有無列入管理清冊中？）我另外有做一份明細。」等詞（見101年度他字第6063號卷第92頁）。如果均無訛，依證人江惠蘭、吳雪梅所述情形，上訴人就其餘小家電原欲做為局長參加其他科室之尾牙禮品及衛生局的尾牙禮品，嗣因取消而送到衛生局，放置於綜合企劃科之倉庫內，各該小家電雖未編列財產清冊，但經吳雪梅製作明細，吳雪梅亦認置於倉庫裡之物品應屬科裡面的物品等情，綜合以觀，上訴人主觀上是否有將7萬元經費所購置之小家電全部供作己用之不法所有意圖，仍欠明瞭，尚非無疑。此部分攸關上訴人有無不法所有意圖之認定，及其不法意圖係就該7萬元活動經費所購置之小家電全部，抑僅限於前揭12件小家電部分。而詐欺取財之數額，亦影響於本件有無貪污治罪條例第12條第1項規定之適用。原審就上開事項，未予調查、釐清，逕以上訴人有將7萬元活動經費購得之部分小家電，據為個人公關使用之不法所有意圖，認其對7萬元活動經費有為自己不法所有之詐欺意圖，即遽行判決，不但調查未盡，並有判決不備理由之違法。

（二）關於沒收部分

- 1、犯罪所得之沒收，刑法第38條之1第1項規定屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。同條第2項規定「犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。」第1、2項分別為有關對犯罪行為人、或其以外之自然人、法人或非法人團體（下稱第三人）之犯罪所得沒收之規定。犯罪所得或屬犯罪行為人，或係第三人所有，除兩者有競合之情形，關於沒收之宣告，僅能對犯罪行為人或第三人擇一為之，不得重複諭知。換言之，犯罪所得已由第三人取得，並符合該條第2項所列情形之一者，即應對該第三人為沒收之宣告，如不符合第2項所定情形，仍應對犯罪行為人為沒收之宣告。至第三人因他人違法行為以相當對價取得犯罪所得者，仍保有其合法權利，法院對犯罪行為人諭知沒收，而有全部或一部不能沒收之情形，應予追徵其價額，則屬另一問題。
- 2、刑法沒收修正後，既將沒收定位為獨立的法律效果，則檢察官對於被告起訴之效力，並不當然擴張及於第三人財產之沒收。是以，刑事訴訟法第455條之13第2項、第3項乃分別規定，檢察官於起訴時或審理中，認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載聲請沒收之旨，或於審理中向法院聲請沒收，並通知第三人，以便利第三人向法院聲請參與沒收程序及為訴訟準備。至於刑事訴訟法第455條之12第1項、第3項規定，主要在賦予財產可能被沒收之第三人參與刑事本案沒收程序之權限，確立其程序主體地位，以保障其權利。上開條文規定之立法順序雖然倒置，但就體系解釋而言，必先充足刑事訴訟法第455條之13所定檢察官向法院聲請沒收第三人財產，並通知第三人之前提要件，而有第三人未依同法第455條之12第1項、第2項以書狀向該管法院聲請參與沒收程序之情形，法院始得啟動同條第3項前段之「認有必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序」，俾符控訴原則。蓋非如此，刑事訴訟法第455條之13將形同具文。又同法第455條之13第3項所指檢察

官於審理中「得以言詞或書面向法院聲請」，係指檢察官於審理中聲請沒收第三人之財產（法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第181 點參照），而非聲請法院依職權通知第三人參與沒收程序。從而，依卷證顯示本案沒收可能涉及第三人財產，而檢察官於提起公訴之同時，未於起訴書記載聲請沒收第三人財產之旨，亦未於審理中追加聲請者，法院即應曉諭檢察官為聲請，如檢察官未聲請，法院不得依刑事訴訟法第455條之12第3項規定，依職權裁定命該第三人參與沒收程序，對該第三人財產諭知沒收。

- 3、依刑事訴訟法第455條之26第1項規定，參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。惟該條規定之適用，係以第三人成為參與人為前提。又依同法第455條之12第3項但書規定，第三人向法院或檢察官陳明對沒收其財產不提出異議者，法院自無命該第三人參與沒收程序之必要，則該第三人既未參與沒收程序，即非參與人，法院即使認第三人財產符合沒收之要件，亦不得依上開規定，對該第三人諭知其財產應予沒收之判決，更無由因財產可能被沒收之第三人陳明對沒收不表異議，即得於本案判決內，對已由該第三人取得之物，逕對被告為沒收之宣告。由是亦徵，刑事訴訟法第七編之二增訂之「沒收特別程序」，對於第三人財產之沒收，應有控訴原則之適用，必先經檢察官之聲請，始得由法院依法裁判。亦即，在有刑事訴訟法第455條之12第3項但書所定情形，該第三人之財產，如係已由檢察官聲請沒收者，於法院認符合沒收之要件時，即得依檢察官之聲請，對該第三人所取得之物為沒收之判決（即相關之沒收判決）；於不符合沒收之要件者，則予以駁回。

- 4、原判決理由貳、四、（三）之2載稱：如附表三編號11 至15、17至22等11件小家電，因尾牙摸彩而無償贈與吳雪梅等11人（見原判決第32頁）。如果屬實，上開小家電，已非上訴人所有，而係第三人之財產。稽之卷內資料，本件檢察官迄未向法院聲請沒收第三人即吳雪梅等11人所無償取得之前揭財物。原審不察，未曉諭檢察官補正其聲請，逕以吳雪梅等11人因上訴人違法行為而無償取得上開小家

電，其等均到庭陳稱：對法院沒收沒有意見等語。即以如附表三編號11至15、17至22所示之小家電，係吳雪梅等11人所取得之上訴人犯罪所得變得之物，因依刑法第38條之1第2項第2款、第4項之規定，逕於上訴人所犯罪刑項下，對上訴人宣告沒收。原判決關於此部分沒收之諭知，自非適法。

三、以上或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。因前述違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於上訴人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 108 年 7 月 31 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官	吳	燦
法官	何	信
法官	朱	瑞
法官	林	恆
法官	李	英

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 108 年 8 月 2 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 2254 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 07 月 25 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

108年度台上字第2254號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官楊四猛

被告 邱志朋

選任辯護人 趙友貿律師

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國107年10月4日第二審判決（107年度上訴字第2395號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署107年度偵字第520號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審關於被告邱志朋非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝等罪之科刑判決，改判仍依想像競合犯之例，論處被告非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪刑（累犯），並諭知沒收，固非無見。

二、惟查：

（一）有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。但經住居人、看守人或可為其代表之人承諾或有急迫之情形者，不在此限。於夜間搜索或扣押者，應記明其事由於筆錄，刑事訴訟法第146 條第1 項、第2 項定有明文。則欲在上開處所行夜間搜索或扣押，自以已取得「住居人、看守人或可為其代表之人承諾」或「有急迫之情形」者為限。刑事訴訟法對夜間搜索之實施，既有意予以限制在特定情形下始可實施，基於憲法對人身自由及居住自由、安寧等有關人權之保障，為避免偵查機關實施強制處分之搜索、扣押時，侵害個人之隱私權及財產權，就刑事訴訟法關於搜索、扣押之規定，自不容許任意為擴張解釋，以確保實施刑事訴訟程序之公務員不致違背法定程序實施搜索、扣押，否則對人權之保障自有不周。是以該條第1 項規定之「承諾」、「急迫情形」，均應為嚴格之解釋。而該項之「承諾」，亦應以當事人之自願且明示之同意為限，而不包括當事人未為反對表示之情形，亦不得因

當事人未為反對之表示即擬制謂當事人係默示同意，否則在受搜索、扣押之當事人因不諳相關法律規定不知可否為拒絕之表示，而執行之公務員復未主動、明確告知所得主張之權利時，偵查機關即可藉此進行並擴大夜間搜索，變相侵害當事人之隱私權及財產權，該規定之保護無異形同具文。卷查，依卷附臺灣臺北地方法院核發之106 年聲搜字第001343號搜索票下方之注意事項欄第6 點，已載明有人住居之處所，不得於夜間入內搜索或扣押之旨（見偵字第520 號卷〈下稱偵卷〉第11頁），惟臺北市政府警察局中山分局持該搜索票執行搜索之時間，依該分局之搜索扣押筆錄所載係自民國106 年11月3 日23時30分起至翌日即4 日零時10分止，執行處所係在臺北市00區000路 0 段000 巷0號4樓被告之住居所，執行之依據係出示本件搜索票實施，可見並非以附帶搜索或其他法定方式進行搜索；而其執行經過情形，則僅勾選執行人員有出示證件表明身分之欄位，其餘關於有人住居之處所，不得於夜間入內搜索或扣押等欄位則均空白未勾選，其他補充部分亦未載明被告有明示承諾或當時有何急迫之情形，有上開搜索扣押筆錄可稽（見偵卷第12、13頁），嗣被告前後兩次之警詢調查筆錄內亦無表示同意夜間搜索之記載，有其警詢筆錄可參（見偵卷第5 至10頁背面）。原判決於理由一、載敘：「本判決所援引認定上訴人即被告邱志朋犯行之非供述證據，……，且無證據證明係公務員違背法定程序所取得，……，自均具有證據能力。」等語，並於原判決理由二、引用該搜索扣押之相關證據資料作為不利被告之論斷依據。然上開搜索時間係於夜間執行及未經被告承諾等情，若屬無訛，則原判決謂本件搜索並無證據證明違背法定程序等語，是否與卷內證據資料相符，原判決未進一步予以說明釐清，亦未依證據能力權衡法則加以衡酌是否具有證據能力，即遽為論斷本件並無違背法定程序之情形，而認上揭證據資料均具有證據能力，難謂無與證據法則有違，併有理由不備之違法。

- （二）按刑法第62條所規定之自首，係以犯人在犯罪未發覺前，向該管公務員自承犯罪，而受法律之裁判為要件。所謂發覺，不以有偵查犯罪之機關或人員確知其人犯罪無誤為必

要，僅須有確切之根據得為合理之可疑者，亦屬發覺。經查，臺北市政府警察局中山分局持以執行搜索之搜索票，係於106年11月2日核發，而案由及應扣押物分別載明「違反槍砲彈藥刀械管制條例等」、「涉嫌槍砲、毒品案之相關不法證物（非法槍枝、彈藥、改造槍枝工具、毒品、磅秤、販賣毒品之帳冊、通訊人證據、通聯用電話、SIM卡等不法犯罪之物品）。」則警方於報請檢察官許可而向法院聲請核發上開搜索票前，是否對被告關於本件之犯罪嫌疑，尚無確切根據及合理可疑，非無再予究明之必要；且被告於原審供稱警方出示證件時，並說是有人檢舉等語（見原審卷第60頁），此情如若屬實，則警方係基於如何之情資線報，而據以聲請本件搜索票，攸關被告是否符合自首並報繳槍彈之減免規定，自應函詢或傳訊相關人員以資調查釐清。原判決逕以警方於執行搜索前，尚未確定被告係犯何種罪嫌，且被告係在搜索前主動交出本件槍彈等情，即認符合槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1項前段自首報繳要件，而減輕其刑，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

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，應認上訴為有理由。而第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決之基礎，原判決上述部分違背法令情形，已影響於事實之確定，本院尚無從據以為裁判，應認原判決此部分有撤銷之原因，而將原判決發回原審法院更為審判。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 7 月 25 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官	林	勤	純
法官	許	錦	印
法官	鄧	振	球
法官	黃	斯	偉
法官	莊	松	泉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 7 月 30 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 2274 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 07 月 31 日

裁判案由：違反組織犯罪防制條例等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第2274號

上訴人 柯喬偉
潘昱瑞
陳昭銘
陳敬文
戴弘儒
王佩陵
孟慶毅
張珮蓉

上列上訴人等因違反組織犯罪防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年11月6日第二審判決（107年度原上訴字第23號，起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署106年度偵字第5498號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於柯喬偉如其附表二編號19所示罪刑部分撤銷。

柯喬偉犯主持、指揮犯罪組織罪，處有期徒刑貳年陸月，並於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作參年。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷改判（即關於上訴人柯喬偉如原判決附表〈下稱附表〉二編號19）罪刑部分：

一、本件原判決認定柯喬偉有其事實欄一至三所載之違反組織犯罪防制條例及加重詐欺等情，經警於民國106年5月24日持搜索票，至其設置電信詐欺機房及上訴人潘昱瑞位於○○市○○區○○路000號及○○市○○區○○路0000號之住處實施搜索，分別扣得如其附表（下稱附表）三、四所示之物等情。係以上開事實，業據柯喬偉及其餘上訴人等自白不諱，並有卷附之房屋租賃契約書、搜索現場座位圖、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、查扣證物相片、現場數位證物採證紀錄、扣案電腦之數位鑑識報告，暨扣案如附表三、四等物品可稽，足見柯喬偉之任意性自白與事實相符可以採信。核本案詐騙集團係由柯喬偉於106年3月18日成立後，陸續招募

潘昱瑞等成員於如附表一所示之期間參與擔任話務人員，柯喬偉並持續主持、指揮至106年5月24日（組織犯罪防制條例修正施行後）為警查獲時為止，故柯喬偉此部分於106年4月21日起至為警查獲期間所為，係犯組織犯罪防制條例第3條第1項之主持、指揮犯罪組織罪及同條例第4條第1項之招募他人加入犯罪組織罪。又柯喬偉雖於上開規定生效施行後，招募陳泳豐、陳宗奕、周叔嫻等人加入本案詐騙集團，然其行為均係出於經營、發展本案詐騙集團之意思，於密切接近之時、地招募他人加入本案詐騙集團，應合為包括之一罪予以評價，而論以接續犯。核柯喬偉就附表二編號19部分係犯刑法第339條之4第2項、第1項第2款之3人以上共同詐欺取財未遂罪。其與其餘詐騙集團成員所為前開詐欺未遂犯行，應依刑法第28條論以共同正犯。柯喬偉就附表二編號19部分係一行為觸犯前開各罪，應從一重論其犯主持、指揮犯罪組織罪。因而撤銷第一審關於其如附表二編號19部分之科刑判決。改判依刑法上想像競合規定從一重論柯喬偉犯主持、指揮犯罪組織罪，經依組織犯罪防制條例第8條第1、2項規定減輕其刑後，處有期徒刑3年2月，並應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作3年。經核除下述說明部分外，於法尚無違誤。

- 二、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「不利益禁止變更原則」，但此原則並非禁止第二審做出任何不利於被告之變更，而是僅止於禁止「原審判決之刑」之不利變更。依此，不利益禁止變更原則其功能僅在為第二審法院劃定量刑之外部界限，只要量刑結果未超出第一審判決之刑，即無不利益變更的問題。又按量刑之輕重，固屬事實審法院得依職權裁量之事項，惟仍應受罪刑相當、比例原則及公平原則之限制，始為適法，此即所謂「罪刑相當原則」。換言之，縱使不論不利益變更禁止原則與否，在第二審法院量刑時本必須遵守實體法的規定，尤其宣告刑不得超出法定量刑空間，在此範圍內「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條一切情狀」。倘若第二審認定被告之犯罪情節較第一審為輕微時，基於「罪刑相當原則」的要求，第二審量刑亦應隨之減輕。是「不利益禁止

變更原則」及「罪刑相當原則」雖分別出於保障程序上被告之上訴決定權或正確適用實體法的要求，兩者概念應有區別，惟在適用上彼此相互關連。是若由被告上訴或為被告之利益而上訴第二審之案件，第二審所認定之犯罪情節，明顯輕於第一審者，若第二審之宣告刑猶等同於第一審，實際上無異諭知較重於第一審之宣告刑，即難謂與「不利益變更禁止原則」或「罪刑相當原則」無悖。本件第一審原認柯喬偉就所犯如附表二編號19至23部分，其籌組進而主持、指揮本案詐騙集團之目的，自始即在於透過招募成員組成犯罪集團，聚集3人以上以網際網路向大陸地區民眾施用詐術以詐取財物，其於持續主持、指揮本案詐騙集團期間（即民國106年4月21日至同年5月24日）之行為繼續中之緊密時間，本於同一目的透過招募他人參加並以主持、指揮詐騙集團之方式共犯如附表二編號19至23所示之詐欺取財未遂犯行，顯係基於單一主觀上意思所為，且犯罪時間重疊，具有行為局部之同一性，在法律上應評價為一行為，認係一行為觸犯數罪名之想像競合犯，依刑法第55條之規定，從一重之主持、指揮犯罪組織罪處斷（見第一審判決第12頁第15至24行），即認柯喬偉就附表二編號19至23部分僅成立主持、指揮犯罪組織之裁判上一罪。惟原判決係以柯喬偉僅就附表二編號19部分犯主持、指揮犯罪組織及加重詐欺罪，應依刑法上想像競合規定從一重論以主持、指揮犯罪組織罪，其餘如附表二編號20至23部分，基於禁止雙重評價原則，應各論以加重詐欺4罪（見原判決理由貳、二、（三）、2.），即認除附表二編號19部分成立主持、指揮犯罪組織之裁判上一罪外，並與附表二編號20至23部分分論併罰。則原審認定柯喬偉所犯附表二編號19之罪之犯罪情節顯較第一審為輕，然原審就上開部分均處以如第一審相同之刑期，又未說明第一審原量處之刑期有何過輕，而仍量處相同之刑等情，自有違罪刑相當或不利益變更禁止原則。柯喬偉以此指摘原判決此部分量刑不當，尚非全無理由，惟因不影響於事實之確定，本院自可據以為裁判。爰將前揭部分之罪刑（不含沒收）予以撤銷，並同依組織犯罪防制條例前述規定減輕其刑，且審酌原判決量刑時所考量之一切情狀，暨其犯罪情節有所更異，改判如主文第二項所示之刑。又犯組織犯罪防制條例第3條第1項之罪者，應

於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為3 年，同條例第3 條第3 項定有明文。雖此類犯罪組織成員間有發起、主持、操縱、指揮、參與等之區分，然以組織型態從事犯罪，內部結構階層化，並有嚴密控制關係，其所造成之危害、對社會之衝擊及對民主制度之威脅，遠甚於一般之非組織性犯罪。是故本條例第3 條第3 項乃設強制工作之規定，藉以補充刑罰之不足，協助其再社會化；此就一般預防之刑事政策目標言，並具有防制組織犯罪之功能，為維護社會秩序、保障人民權益所必要。至於針對個別受處分人之不同情狀，認無強制工作必要者，於同條第4 項已有免其執行與免予繼續執行之規定，足供法院斟酌保障人權之基本原則，為適當、必要與合理之裁量，與憲法第8 條人民身體自由之保障及第23條比例原則之意旨不相牴觸（司法院釋字第528 號解釋意旨參照）。是柯喬偉犯本條例第3 條第1 項之主持、指揮犯罪組織罪，應依上開規定於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3 年。

貳、上訴駁回（關於柯喬偉如附表二編號1 至18、20至23及19之沒收、潘昱瑞、陳昭銘、戴弘儒、王佩陵、孟慶毅、張珮蓉如附表二編號1 至23、陳敬文如附表3 至23）部分：

按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定柯喬偉有其事實欄所載之加重詐欺犯行；潘昱瑞、陳昭銘、陳敬文、戴弘儒、王佩陵、孟慶毅、張珮蓉有其事實欄所載之加重詐欺或違反組織犯罪防制條例犯行。(一)、因而撤銷第一審關於柯喬偉如附表二編號20至23、潘昱瑞、陳昭銘、陳敬文、戴弘儒、王佩陵、孟慶毅、張珮蓉如附表二編號19至23部分之科刑判決。①、改判論柯喬偉犯如附表二編號20至22所示之3 人以上共同詐欺取財未遂3 罪，經依刑法第25條第2 項規定減輕其刑後，各處有期徒刑9 月。又犯如附表二編號23所示之3 人以上共同以網際網路對公眾散布而詐欺取財未遂罪，同依上開規定減輕其刑後，處有期徒刑9 月。並為相關沒收諭知。②、改判

論潘昱瑞、陳昭銘、戴弘儒、王佩陵、孟慶毅、張珮蓉各犯如附表二編號19至22所示之3人以上共同詐欺取財未遂4罪（其中編號19部分應依刑法上想像競合規定從一重處斷），潘昱瑞、陳敬文均累犯（潘昱瑞前因公共危險案件，經法院論罪科刑並送執行，甫於105年4月13日執行完畢。另陳敬文前因違反懲治盜匪條例、公共危險、過失傷害等多項案件，經法院論罪科刑並送執行，於假釋期間再犯案，經撤銷假釋，並又再犯上開各罪。顯見其等對於刑罰反應力薄弱，故依累犯規定加重其最低本刑，並無司法院釋字第775號解釋有刑罰過苛之罪刑不相當情形，附予敘明），皆依同上規定減輕其刑後，其中潘昱瑞各處有期徒刑8月，陳敬文各處有期徒刑7月，陳昭銘、戴弘儒、王佩陵、孟慶毅、張珮蓉各處有期徒刑6月。又各犯如附表二編號23所示之3人以上共同以網際網路對公眾散布而詐欺取財未遂罪，均依同上規定減輕其刑後，其中潘昱瑞處有期徒刑8月，陳敬文處有期徒刑7月，陳昭銘、戴弘儒、王佩陵、孟慶毅、張珮蓉各處有期徒刑6月之部分判決，駁回其等此部分在第二審之判決。係以：上訴人等之自白，卷附之房屋租賃契約書、搜索現場座位圖、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、查扣證物相片、現場數位證物採證紀錄、扣案電腦之數位鑑識報告等證據資料，為綜合之判斷。已詳細敘述其所憑之證據及認定之理由。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令之情形。(一)、柯喬偉就此部分上訴意旨乃謂：關於附表二編號20至23部分，其所實行之加重詐欺行為，應為前述所犯主持、指揮犯罪組織即詐騙集團之效力所及，與附表二編號19部分應僅成立實質上一罪，原判決竟認此部分成立加重詐欺4罪，並分論併罰，自有判決理由矛盾之違法；另其自始坦承犯行不諱，原審維持第一審之量刑及改判如前之刑期，量刑過重等語。(二)、潘昱瑞、陳昭銘、陳敬文、戴弘儒、王佩陵、孟慶毅、張珮蓉上訴意旨略以：其等自警詢以迄審理時均坦承犯行，態度良好，原審未考量其等犯罪動機及

犯後態度等情，量刑實屬過重等語。惟查：(一)、原判決已於理由貳、二、(三)、2內說明，柯喬偉所犯如附表二編號20至23所示之加重詐欺取財未遂犯行，縱認其此部分所犯，亦有組織犯罪防制條例第3條第1項前段之主持、指揮犯罪組織之行為，然此部分犯罪組織行為乃為其繼續行為，為已經評價之附表二編號19部分之主持、指揮犯罪組織罪所包攝，基於刑罰禁止雙重評價原則，柯喬偉就該編號20至23所示之犯行，應另論以加重詐欺未遂4罪等語。經核並無不合。柯喬偉上訴意旨係就原判決已說明之事項重為指摘，自非合法上訴第三審之理由。(二)、刑罰之量定，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷，倘以被告之責任為基礎，說明審酌刑法第57條所列事項而為刑之量定，若未逾越法定刑度，亦未濫用其權限，即無違法。原審審酌柯喬偉規劃、籌組本案詐騙集團之成立，並於成立後繼續招募成員、主導指揮集團運作，本件詐欺集團分工細膩，具有相當組織架構及犯罪計畫，潛在危害非輕，其行為實屬可議，且上訴人等人均正值青壯，具有勞動能力，卻不思循正當管道獲取財物，為圖謀不法獲利，竟以共組詐騙集團之方式對大陸地區人民行騙，以期獲取不法財物，其等詐欺行為雖尚未得逞，然仍已擾亂社會秩序，均值非難。然念及本案詐騙集團存續時間非長，又未實際詐得財物，且其等犯後均能坦承犯行，並衡酌柯喬偉於全案居於主導地位、潘昱瑞擔任話務人員兼現場管理人員，並以平板電腦撥打如附表二編號1至18所示電話，陳昭銘、陳敬文、戴弘儒、王佩陵、孟慶毅、張珮蓉則擔任話務人員，參與程度較潘昱瑞為輕；並考量柯喬偉於審理時自述高職畢業之學歷、目前從事汽車美容工作，月入約新臺幣（下同）2萬元至3萬元、與母親、姊姊同住之生活狀況，潘昱瑞於審理時自述高中肄業之學歷、現從事餐飲工作，月入約2萬元、與父母、妻子、兄姐同住之生活狀況，陳昭銘於審理時自述高職畢業之學歷、現從事廚房學徒工作，月入約2萬餘元、與父母、姊姊同住之生活狀況，陳敬文於審理時自陳高中畢業之學歷、現從事鋼鐵工作，月入約3萬元、與母親及子女同住，戴弘儒於審理時自陳大專肄業之學歷、現從事大夜班工作，月入約3萬元、與母親及妹妹之子女同住之生活狀況，孟慶毅於審理時自陳高職畢業之學歷、現從事廚房工作，月入約2萬元、與祖父同住之生活狀況，王佩陵於審理時自陳高職

畢業之學歷、現從事彩券行工作，月入約2 萬餘元、與父母、兄姐同住之生活狀況，張珮蓉於審理時自陳國中肄業之學歷、現從事網拍工作，月入約2 至3 萬元、現與配偶、公婆、兄姐及其子女同住之生活狀況等一切情狀，分別量處或維持第一審如前之刑期。既未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，核屬原審量刑職權之合法行使。其等就此上訴意旨指摘原判決量刑失當，自非上訴第三審之合法理由。至潘昱瑞、陳昭銘、陳敬文、戴弘儒、王佩陵、孟慶毅、張珮蓉其餘上訴意旨所指原判決對於其等詐騙模式係單日運作獨立，於時間上有明顯區隔乙節未詳予調查，有判決理由不備之違法云云，均係就原審已調查及依憑卷證資料所為採證認事職權之合法行使，依憑已見，任意指為違法，並重為事實之爭執，否認犯罪，殊與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。另就柯喬偉如附表二編號19之沒收部分，原判決既認係其所有供犯上開之罪所用之物而係依刑法第38條第2 項前段規定予以沒收，尚無不合。柯喬偉關於此沒收上訴部分，亦非合法上訴第三審之理由。其等此部分上訴均不合法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第398 條第1 款、395 條前段，組織犯罪防制條例第3 條第1 項、第3 項、第4 條第1 項、第8 條，刑法第11條、第339 條之4 第2 項、第1 項第2 款、第55條，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 7 月 31 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 蘇 振 堂

法官 林 立 華

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 8 月 5 日

附錄本案論罪科刑法條

組織犯罪防制條例第3 條第1 項、第3 項：

發起、主持、操縱或指揮犯罪組織者，處3 年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1億 元以下罰金；參與者，處6 月以上5 年

以下有期徒刑，得併科新臺幣1 千萬元以下罰金。但參與情節輕微者，得減輕或免除其刑。

犯第1 項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為3 年。

組織犯罪防制條例第4 條第1 項：

招募他人加入犯罪組織者，處6 月以上5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣1 千萬元以下罰金。

刑法第339條之4

犯第339 條詐欺罪而有下列情形之一者，處1 年以上7 年以下有期徒刑，得併科1 百萬元以下罰金：

一、冒用政府機關或公務員名義犯之。

二、三人以上共同犯之。

三、以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他媒體等傳播工具，對公眾散布而犯之。

前項之未遂犯罰之。

裁判字號：最高法院 108 年台非字第 139 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 07 月 11 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

108年度台非字第139號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 鄭博升

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於臺灣高等法院高雄分院中華民國99年12月28日第二審確定判決（99年度上訴字第1872、1880號；起訴案號：臺灣屏東地方檢察署99年度偵字第1128、3951號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於其附表編號5、6、7、10部分均撤銷。

鄭博升犯如附表編號5、6、7、10所示各罪，各處如附表所示之刑。

理 由

壹、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又毒品危害防制條例第17條第2項規定：『犯第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。』係為鼓勵是類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設。除司法警察調查犯罪於製作警詢筆錄時，就該犯罪事實未曾詢問，且檢察官於起訴前亦未就該犯罪事實進行偵訊，致有剝奪被告罪嫌辯明權之情形，始得例外承認僅以審判中自白亦得獲邀減刑之寬典外，一般而言，均須於偵查及審判中皆行自白，始有適用，缺一不可。故如被告於檢察官訊問或犯罪嫌疑人在司法警察詢問時行使緘默權，消極不為陳述，即令嗣後於審判中自白，仍無上開減刑規定之適用。查：（一）、毒品危害防制條例於民國98年5月20日修正公布，其中第17條增列第2項規定：『犯第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。』其立法目的為使犯該條例第4條至第8條案件之刑事訴訟程序儘早確定，並鼓勵被告自白認罪，以開啟其自新之路，爰對犯上開罪名之被告，於偵查及審判中均自白時，採行寬厚之刑事政策。亦即，立法者基於鼓勵被告自白認罪以啟自新，並促使案件儘早確定之刑事政策考量

，就實體事項規定符合特定條件者，予以減輕其刑。又刑事被告之基本訴訟權利，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權，被告完全知悉其被訴事實及相關法律適用之前提事實，則為其充分行使防禦權之先決條件。故刑事訴訟法第95 條第1款前段規定『訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。』此一訊問被告前，應先踐行之法定義務，屬刑事訴訟之正當程序，於偵查程序同有適用。如檢察官於偵查中訊問被告時，未予告知其犯罪嫌疑及所犯所有罪名，且亦未就被告所為特定犯行進行訊問，進而影響被告充分行使其防禦權或本應享有刑事法規所賦予之減刑寬典時，法院即應本於該刑事法規所賦予減刑寬典之立法意旨及目的，妥慎考量被告於偵查中就符合該刑事法規所賦予減刑寬典之前提要件，有無實現之機會，如未予賦予被告此一實行前提要件之機會，因而影響被告防禦權之行使及刑事法規賦予減刑之寬典時，即應為有利於被告之認定。最高法院100 年度台上字第2604號判決意旨、102 年度台上字第2878號判決意旨可資參照。二、經查，被告鄭博升所涉犯原審判決附表編號5、6、7、10 所示販賣第三級毒品愷他命予李文智及蔡侑成之4 次犯行，遍觀卷附之被告鄭博升警詢及偵訊筆錄，承辦警員雖於99 年2月4 日之第4次警詢筆錄中有概括提問『你除所說4人，有無賣K他命給他人？被告答：沒有。』（詳見屏東縣政府警察局刑案偵查卷宗第29頁及屏東地檢署99年度偵字第1128號案卷第33頁），隨後同日檢察官偵訊被告時，並未再予提及上開問題。嗣承辦警員分別於99年3月3日及同年月30日製作證人李文智及蔡侑成之調查筆錄（內容陳述證人李文智及蔡侑成有於原審判決附表編號5、6、7、10 所示時間、地點向被告購買第三級毒品愷他命，李文智部分詳見上開偵查卷宗第62 頁至第64頁；蔡侑成部分詳見上開偵查卷宗第83 頁至第87頁），之後並未見警員及檢察官曾再提訊被告，讓被告對於有無於原審判決附表編號5、6、7、10 所示時間、地點販賣第三級毒品愷他命予李文智及蔡侑成表示意見，揆諸上開最高法院判決意旨，被告就附表編號5、6、7、10 所示販賣第三級毒品愷他命予李文智及蔡侑成之犯行，得依毒品危害防制條例第17條第2 項規定減輕其刑。原審未依毒品危害防制條例第17條第2 項規定減輕其刑，顯有判決不適用法則之

違背法令。三、案經確定，且不利於被告，而有提起非常上訴之必要。爰依刑事訴訟法第441條、443條提起非常上訴，以資糾正」等語。

貳、本院按：

判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。查毒品危害防制條例第17條第2項規定：「犯第4條至第8條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」，是一般而言，被告固須於偵查及審判中皆行自白，始有該減刑規定之適用。然訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名，並予以辯明犯罪嫌疑之機會，刑事訴訟法第95條第1項第1款、第96條定有明文。而上揭規定，依同法第100條之2於司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時，準用之。從而，司法警察調查犯罪於製作警詢筆錄時，就該犯罪事實未曾詢問，檢察官起訴前亦未就該犯罪事實進行偵訊，均形同未曾告知犯罪嫌疑及所犯罪名，即逕依其他證據資料提起公訴，致使被告無從於警詢及偵訊時辯明犯罪嫌疑，甚或自白，以期獲得減刑寬典處遇之機會，難謂非違反上揭程序規定，剝奪被告之訴訟防禦權，違背實質正當之法律程序。故於員警、檢察官未行警詢、偵訊，即行結案、起訴之特別情狀，縱被告祇於審判中自白，應仍有上揭減刑寬典之適用，俾符合該條項規定之規範目的。原判決認定被告鄭博升犯有如其附表（下稱附表）編號5、6、7、10所示，販賣第三級毒品愷他命予李文智及蔡侑成之4次犯行，固以被告於審判中之自白及卷證資料為憑據，然遍觀卷附被告之警詢及偵訊筆錄，員警雖於99年2月4日警詢時曾概括提問「你除所說4人〈不包含李文智、蔡侑成〉，有無賣K他命給他人？」，經被告答稱「沒有」（見屏東縣政府警察局刑案偵查卷宗第29頁、第1128號偵卷第33頁），隨後檢察官於同日偵訊被告時，則未再提及上揭問題。嗣員警分別於99年3月3日及同年3月30日製作證人李文智及蔡侑成之調查筆錄（內容證述其等有於附表編號5、6、7、10所示時、地向被告購買第三級毒品愷他命，見上揭偵查卷宗第62至64頁、第83至87頁），而員警及檢察官均未曾再提訊被告，致被告未能對其有無於附表5、6、7、10所示時、地販賣第三級毒品予李文智及蔡侑成之事表示意見，揆諸上揭說明，被告就

附表編號5、6、7、10 所示販賣第三級毒品予李文智及蔡侑成之犯行，當有依毒品危害防制條例第17條第2 項規定減輕或免除其刑之適用。原判決就此例外僅有審判中之自白亦得適用上開減刑規定之部分，漏未適用該條項減刑，各判處有期徒刑5 年，自有判決不適用法則之違法。案經確定，且不利被告，此部分非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告上開部分予以撤銷，另適用前揭條例自白減刑之規定，判決如主文第2 項所示之刑，以資救濟。至原判決論處被告同附表其餘販賣第三級毒品罪刑部分，非常上訴意旨並未指摘有何違法，自不在本院審究之列，故原判決就被告所犯附表編號1至15 之罪刑，原諭知之應執行刑部分，縱然認有違法，但因其中編號5、6、7、10 之罪刑部分，業經本院撤銷改判，原諭知之應執行刑即已失所依附，且上開撤銷改判部分，尚待與附表其餘所示之罪刑，另定其應執行刑，本院爰不於本件另為無實益之定應執行刑。又非常上訴係代替原審，就其裁判時應適用之法律而為裁判，自應以原裁判當時之法律為適用之準據。原判決確定後，刑法及毒品危害防制條例之沒收相關條文雖經修正，本院仍適用原審判決時相關法條，以為判決之依據，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447 條第1 項第1 款、第446 條，毒品危害防制條例（104年2月4日修正生效前）第4條第3 項、第17 條第2項、（105年7月1日修正生效前）第19條第1項，刑法第11 條、（105年7月1日修正生效前）第38條第1項第1款、第2 款，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 7 月 11 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 徐 昌 錦
法官 蔡 國 在
法官 梁 宏 哲
法官 楊 智 勝
法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 7 月 15 日

本案論罪條文

104年2月4日修正生效前毒品危害防制條例第4條第3項：
製造、運輸、販賣第三級毒品者，處五年以上有期徒刑，得併科
新臺幣七百萬元以下罰金。

裁判字號：最高法院 108 年台非字第 148 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 07 月 17 日

裁判案由：賭博

最高法院刑事判決

108年度台非字第148號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 盧進逸（原名盧東逸）

上列上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院中華民國107年1月14日第二審確定判決（107年度上易字第1709號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署106年度偵字第17150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、判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378 條定有明文。查被告盧東逸基於賭博之犯意，於民國106年1月7日下午6時40分許，透過手機通訊軟體LINE傳送訊息，向宋柏享投注『香港六合彩』、『今彩539』，賭博方式為賭客任選一組2個號碼（俗稱二星）、一組3個號碼（俗稱三星），一組4個號碼（俗稱四星），『二星』、『三星』下注賭金均為新臺幣（下同）80元，賭客簽中『二星』、『三星』、『四星』者分別可向宋柏享領取5,300 元、5萬7,000元、80萬元之彩金，若未簽中賭資則全歸宋柏享所有，嗣於106年1 月10日下午3時20分許，宋柏享為警查獲，並扣得宋柏享之手機等物。檢察官因認被告涉犯刑法第266條第1項前段之賭博罪嫌而起訴，臺灣桃園地方法院106年度審易字第2885號判決，被告上訴後，臺灣高等法院107年度上易字第1709號判決撤銷原判決並判決被告無罪確定。二、按由罪刑法定主義派生之明確性原則，固使法律之可預測性提高，達到刑法之一般預防效果，惟刑法如過度具體明確，可能使刑法過於龐大僵化，欠缺必要之彈性，將使法律過於僵化與個案化。且立法者之預見能力有時而窮，無法完全且鉅細靡遺的預知未來在無數個案中，具體事實如何展現何種多樣性及個別性。因此，刑法之構成要件必須能透過解釋而得悉其意義內涵。刑法之所以處罰賭博之行為，係因賭博之本質是透過某一射倖性事項發生與否，決定財物歸屬，

對於參與對賭當事人而言，贏得賭局之一方，其取得財物形同不勞而獲，倘若時日一久，恐養成心存僥倖而僅欲以此方式獲取財物，以致不事生產，敗壞社會風氣。則刑法對於賭博行為之非難程度，自不宜僅因科技發展所致參與賭博方式變革而異，否則，將易造成處罰之漏洞，令有心人士遊走於法律處罰之灰色地帶。三、現行刑法第266條第1項之規定係於民國23年10月31日制訂，24年1月1日公布，同年7月1日施行。舊刑法第278條第1項原規定『賭博財物者，處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。』嗣制訂公布為『在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。』乃因在非公共場所或非公眾得出入之場所賭博財物者，貽害社會尚輕，故家庭間偶然賭博，不包括於本條之內。（參考陳應性編著，中華民國刑法解釋圖表及條文，商務印書館發行，民國25年8月版，第227頁）。『本罪所謂公共場所或公眾得出入之場所，不以法令所容許或社會所公認者為限，如供給賭博用之花會場、輪盤賭場及其他各種賭場，雖設於私人之住宅，亦屬公眾得出入之場所。又如賭博者雖未親自赴場賭博，而由專業者轉送押賭，但既係基於自己犯罪之意思，仍應依本罪之正犯處斷。（院字第1371號解釋參照）』（褚劍鴻著，刑法分則釋論，上冊，76年10月第3版，第821頁）又『刑法圖利供給賭博場所罪，本不以其場所為公眾得出入者為要件，而所謂之『賭博場所』，只要有一定之所在可供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間場地始足為之。且以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可為傳達賭博訊息之工具，例如主觀上有營利意圖而提供網址供人賭博財物者，亦屬提供賭博場所之一種，而以傳真或電話之方式簽注號碼賭博財物，與親自到場簽注賭博財物，僅係行為方式之差異而已，並不影響其為犯罪行為之認定。』最高法院94年度台非字第108號判決要旨可資參照，本判決雖係針對刑法第268條之圖利供給賭博場所罪，然已指出賭博場所之『場所』實指『一定之所在』，不應侷限於可供人前往之一定空間場地。刑法第266條第1項所稱之公眾得出入之『場所』，本應與刑法第268條之『場所』為同一解釋；至該場所是否『公眾得出入』，應以不特定人或特定多數人

得以任何方式在該所在參與賭博或將賭博之意思傳達至該所在為標準，無論透過電話、傳真、或通訊軟體，此與人身前往無異，既無限於由人親往下賭，亦非依該賭博場所之外界可見聞性為判斷，參照上述院字第1371號解釋意旨，該賭博場所雖設於私人之住宅，亦屬公眾得出入之場所。況透過科技方式如電話、傳真或通訊軟體而下賭，因不再拘泥於傳統須人以前往之一定空間場地，其賭博金額、方式、範圍均更無忌憚，對社會公序良俗貽害更大，要非民國23年原立法者所能設定之『在家庭內偶然之賭博』所能比擬，亦非立法者當時所能預想現今社會變遷下，賭博與科技結合發展之多樣性及產生之鉅大危害，此一概念之補充，或可認為係符合立法者原意之歷史解釋及合目的性解釋，惟並非類推解釋，應無悖於罪刑法定原則。四、本案原判決將刑法第266條之『公眾得出入』限於不特定多數人得以共見共聞，且人須前往賭博場所下注，而刑法第266條第1項僅以『公共場所或公眾得出入之場所』為要件，並未提及賭博行為須『公然』為之或以他人得觀看、共見共聞為必要，原判決對犯罪構成要件之解釋，顯有判決適用法則不當之違法。五、案經確定，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

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非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。刑事訴訟法第441條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。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，即無提起非常上訴之必要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法

之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且法律已有明確規定，向無疑義，因疏失致未遵守者，或司法院已有解釋可資依循、無再行闡釋之必要者，或其違背法令情形，業經本院著有判例、判決或作成決議、決定予以糾正在案，實務上並無爭議者，或因「前提事實之誤認」，其過程並不涉及法令解釋錯誤之問題者等諸情形，對於法律見解並無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性。基於刑事訴訟法第441 條係採便宜主義之法理，檢察總長既得不予提起，如予提起，本院自可不予准許。

(二)、刑法第266條第1項規定「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處1000元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。」立法者係考量賭博犯罪若在公共場合或公眾得出入之場所進行，民眾可輕易見聞，恐造成群眾仿效跟進而參與賭博，終至群眾均心存僥倖、圖不勞而獲，因之敗壞風氣，需加以處罰，反之，在非公共場所或非公眾得出入之場所賭博財物，其貽害社會尚輕，故家庭間偶然賭博，不包括於本條之內。惟此所謂之「公共場所或公眾得出入之場所」，並不以法令所容許或社會所公認者為限，如供給賭博用之花會場、輪盤賭場及其他各種賭場，縱設於私人之住宅，倘依當時實際情形，可認係屬公眾得出入之場所者，亦足當之；又如賭博者雖未親自赴場賭博，而由他人轉送押賭，但既係基於自己犯罪之意思，仍應依本罪之正犯處斷，有司法院院字第1371、1921、4003號解釋意旨可資參照。是以私人住宅如供不特定之人得以出入賭博者，該場所仍屬公眾得出入之場所，至於賭客係到場下注賭博，或以電話、傳真、電腦網路、或行動電話之通訊軟體等方法傳遞訊息，下注賭博，均非所問。

(三)、經查本件接受被告盧東逸簽賭之宋柏享，係提供其桃園市00區00路000 號自宅，聚集不特定賭客簽選號碼簽賭「香港六合彩」、「今彩539」等賭博，賭客或親自到場簽牌下注，或以手機通訊軟體LINE傳訊牌支號碼，或以傳真下注，宋柏享接收牌支簽賭後，再將簽賭資料以LINE轉給上線綽號「阿明」等人，其中被告於民國106年1月7日下午6時40分許，透過LINE傳送簽賭訊息資料，向宋柏享投注「香港六合彩

」、「今彩539」，嗣宋柏享於同月10日下午為警在上址查獲，因而觸犯刑法第266條第1項前段在公眾得出入之場所賭博罪、第268條意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博罪，另案經臺灣桃園地方法院以106年度壢簡字第315號簡易判決，依想像競合犯關係從一重論以刑法第268條意圖營利，聚眾賭博罪刑確定等情，有相關資料在卷可稽。查宋柏享提供自宅作為不特定人得以出入簽賭之場所，被告以LINE向宋柏享傳送其簽賭下注之訊息而參與賭博，依上說明，被告應係犯刑法第266條第1項之在公眾得出入之場所賭博罪。原判決認被告所為與刑法第266條第1項前段賭博罪之構成要件不合，撤銷第一審之有罪判決，改判諭知被告無罪，依上說明，即有適用法則不當之違法。惟此違背法令尚非不利於被告，且該違法情形，司法院已著有上開院字第1371、1921、4003號解釋意旨可資依循，實務上並無爭議，自無再行闡釋之必要，於法律見解欠缺原則上之重要性，客觀上難認有給予非常上訴救濟之必要性，應認非常上訴為無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 7 月 17 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 梁 宏 哲

法官 吳 進 發

法官 李 欽 任

法官 呂 丹 玉

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 7 月 23 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 108 年台抗字第 553 號刑事裁定

裁判日期：民國 108 年 07 月 04 日

裁判案由：誣告聲請再審

最高法院刑事裁定

108年度台抗字第553號

抗 告 人 雲文平

上列抗告人因誣告案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國 108 年3 月18日駁回再審聲請之裁定（108 年度聲再字第23號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、我國刑事訴訟法再審制度於民國104 年2 月4 日修正公布，將實務上所創設的再審條件重新定義，於刑事訴訟法第 420 條第1 項第6 款條中段增列「單獨或與先前之證據綜合判斷」，即新證據可與原先卷內資料綜合判斷是否有利被告，使其得受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決。並新增同條第3 項：「第1 項第6 款之新事實或新證據，指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據。」規定。參酌本次再審修法理由，指出過去部分判例創設出「新規性」及「明確性」要件之限制，不僅毫無合理性且無必要性，更侵害人民受憲法保障依循再審途徑推翻錯誤定罪判決之基本權利，增加法律所無之限制，已違法律保留原則。並明白指出：「再審制度之目的在發現真實並追求具體公平正義之實現，為求真實之發見，避免冤獄，對於確定判決以有再審事由而重新開始審理，攸關被告權益影響甚鉅，故除現行規定所列舉之新證據外，若有確實之新事實存在，不論單獨或與先前之證據綜合判斷，合理相信足以動搖原確定判決，使受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決，應即得開啟再審程序。爰參酌德國刑事訴訟法第359 條第5 款之立法例，修正原條文第1 項第6 款之規定。」可見立法者對於為受判決人利益再審之開啟，已由立法之初的嚴格解釋改採放寬標準，並逐漸朝向人權保障及為受判決人之利益方向改革。對於再審原先之實務見解，主要採取「單獨評價說」之判斷方法，認為能夠開啟再審並在之後的審理程序足以推翻原判決

有罪認定之證據，僅限直接證明足以推翻原事實認定之證據，在考量原審法院於做成確定判決時，本即會針對所有之證據予以認定、評價，因此若要檢討原確定判決認定事實正確與否，勢必應重新檢視所有之舊證據。是於修法後，已趨向採取「綜合評價說」之方式，於判斷新事證有「明確性」時，不應將該新事證與其他全部之證據分離，單獨以新事證作為判斷是否足以動搖原確定判決，而應就原確定判決中認定事實存在之積極證據與相反之消極證據全體予以觀察，再加列所聲請之新事證，綜合判斷是否具有開始再審之理由。同理，再審聲請若經法院以無再審理由而裁定駁回後，依刑事訴訟法第434 條第2 項規定，固不得更以同一原因聲請再審，此時再審無理由裁定將產生一種「禁止再訴」之效力，然上開業經審酌無再審理由並已列為「禁止再訴」之新事證，若重新增加其他未曾提出之新事證，經與卷內原有證據綜合評價後，如合理相信足以動搖原確定判決，使受有罪判決之人應受前揭較有利判決時，則應准許開啟再審程序，使受錯誤定罪之人能循再審程序獲得救濟之權利，以喚醒法院正視冤案救濟且符合修法後再審開始標準應從寬認定之本旨。換言之，法院對於聲請人所夾陳曾經審酌並列為「禁止再訴」之事證及增添未曾判斷過之新事證提起再審時，應綜合判斷有無開啟再審之理由，不宜將曾經法院判斷無再審理由之證據，先割裂以本法第434 條第2 項規定認有違「禁止再訴」之效力予以剔除，再個別判斷該新增未曾提出之新事證是否符合再審要件。

- 二、本件聲請再審意旨略以：抗告人雲文平因犯誣告罪，前經臺灣臺南地方法院（下稱臺南地院）於民國102 年9 月25日以102 年度訴字第80號判決判處有期徒刑10月，抗告人不服提起上訴，經原審法院於103 年9 月18日以102 年度上訴字第1100號判決駁回上訴，復經抗告人上訴本院，經本院於 104 年3 月6 日以104 年度台上字第508 號判決駁回其上訴確定。惟原確定判決之事實認定有諸多重大違誤，嚴重侵害其基本人權，且抗告人因發現新證據，與先前之證據綜合判斷，足以動搖原確定判決，爰依刑事訴訟法第420 條第1 項第 6 款規定聲請再審，並敘明理由：（一）、新證據部分：原審106 年度金訴字第1 號案件，於最後言詞辯論時，該案被告林湧

盛於107 年8 月21日所提之民事言詞辯論狀內，已扼要陳述於96至97年間與該案原告即本案許作舟間就金嶺養生村事業股份有限公司（前為九層嶺育樂事業股份有限公司、九層嶺養生村事業股份有限公司，下稱九層嶺公司）股票質借及解除設質等相關過程。事關本件案情，且係於原確定判決後始出現之新資料，其實質證據價值未經原確定判決加以判斷，自屬刑事訴訟法第420 條第1 項第6 款所稱之新證據。上開新證據與先前卷存之證據綜合判斷，足以動搖原確定判決認定抗告人犯誣告罪所採認基礎事實之蓋然性。(二)、上述新證據結合各項觀察，確具開啟再審原因，扼要說明如下：1.觀諸許作舟、金天元建設股份有限公司（下稱金天元公司）、蘇慧娥與抗告人於97年1 月22日簽立協議書（下稱系爭協議書），其第3 項約定：在簽訂本協議書之日之前，乙方（即抗告人）以九層嶺公司名義所發生之負債及稅捐，甲方（即許作舟、金天元公司、蘇慧娥）僅承認九層嶺公司向合作金庫商業銀行股份有限公司（下稱合作金庫）貸款新臺幣（下同）1,250 萬元及華南商業銀行股份有限公司信用貸款 300 萬元2 筆存在，其他負債、稅捐皆由乙方自行負責清理，甲方一概不予承認。另依合作金庫99年5 月14日合金府營字第0000000000號函文，就許作舟名下土地於合作金庫借貸還款情形，於該函說明欄四提及：「前揭土地係擔保林秀琴之借款於83年5 月4 日初貸後，經多次展期。於94年6 月30日原借保人申請分期償還，於96年8 月21日林湧盛邀許作舟申請以一次清償本金1,178 萬元整加計6 個月之利息，後因財務週轉困難未能一次清償，於97年2 月4 日再申請以1,260 萬元和解，分10期平均攤還，僅兌現2 期後，復於97年6 月 4 日由九層嶺公司提出修正清償方案（下略）」等內容。再依九層嶺公司96年8 月份董監事聯席會議議事錄參、臨時動議之結論載明：「由許董事作舟以每股9 元，共認購4,960 股股票，其中庫藏股3,060 張股票。…並請許董事協助處理公司相關債務清償及保全公司產權（下略）」等語，而該會議紀錄復經許作舟於確認議事錄簽名表上簽名確認，堪認許作舟知悉並已確認上開協議及議事錄內容。2.證人陳德安於臺灣臺南地方檢察署（下稱臺南地檢署）106 年10月31日偵查中證稱：「（檢察官問：你簽名時，有無看到前面的議事錄

再簽？詳情為何？）我簽名時，就有附前面的議事紀錄，我是看完議事紀錄才簽的，上開簽名就是確認議事錄的簽名，沒有看過的話不可能簽名。」；「（檢察官問：上開議事錄臨時動議，載明『並請許董事協助處理公司相關債務清償及保全公司產權』等語，是何意？）…以我瞭解，公司可能有欠錢，要請許作舟代為清償，原因是因為許作舟有認購公司股票，要付的股金就代公司清償債務。」等語，及證人嚴麗鸞於同日偵查中亦證稱：「（檢察官問：你簽名時，有無看到前面的議事錄再簽？詳情為何？）當然啊，簽名時候我們每個人都有拿到1份，我有看過議事錄內容才簽名。」；「（檢察官問：上開議事錄臨時動議，載明『並請許董事協助處理公司相關債務清償及保全公司產權』等語，是何意？）當時我們的共識，許作舟在開會前已經有向我父親嚴錫良買公司股票，當初是用10元成交，但開會時許先生表示要改成9元。就我所知，許先生要付的股款，就代公司清償債務。」等語。3.綜合上開協議書、函文、議事錄及證人陳德安、嚴麗鸞之證詞，足證許作舟曾經承諾協助九層嶺公司清償向合作金庫借貸之債務，嗣因許作舟未履行承諾協助九層嶺公司清償債務，可見許作舟積欠九層嶺公司金錢債務乙節確屬真實，亦堪認林湧盛於103年5月15日審理時證稱：「在97年5月20日該年度股東常會之前，股票已經解除質押，因許作舟答應要替公司還債，但還有1,000多萬股款沒有進來，公司向許作舟借款才310萬元，許作舟既還欠公司錢，公司何必將股票質押給許作舟。」等語屬實。則97年5月20日召開年度股東常會時，許作舟積欠九層嶺公司債務既仍有1千多萬元，九層嶺公司豈有可能將4,696張股票（下稱系爭股票）設質予許作舟？益徵綜合上開協議書等內容，均可證明97年5月20日召開年度股東常會時，系爭股票實已解除質權設定之擔保。4.本件新證據若與上開證人陳德安、嚴麗鸞之證詞，與卷內既存之前開協議書等資料，及林湧盛前於本案之證述等進行綜合評價後，即可認定系爭股票於經強制執行拍賣前早已解除質權設定之擔保，即足以動搖該原確定判決認定抗告人犯誣告罪所採認基礎事實之蓋然性，抗告人當時基於監察人職責，在聽取林湧盛之陳述後，請林湧盛向當時之施旭錦律師說明，經律師客觀及專業研判，認已損及股

東及公司權益，因許作舟、蘇慧娥分別是公司的副董事長及董事長，必須由監察人提出訴訟，抗告人始依職權提出訴訟，林湧盛在本案中同列偽證被告，惟法院判處林湧盛偽證無罪，卻判抗告人誣告有罪，顯然違背邏輯，且抗告人與本案相關之「妨害名譽罪」，經法院裁定再審後，改判抗告人無罪，顯見本案確屬冤判。上開新證據適足以說明抗告人係對林湧盛的陳述信以為真，且係受託偕同林湧盛會見律師，經律師專業判斷後，抗告人始依律師建議於98年6月11日對許作舟、蘇慧娥提起告訴，以維護股東及公司權益。此與先前卷存之證據綜合審酌判斷，即可證抗告人確無明知系爭股票為許作舟、蘇慧娥占有，係因林湧盛曾以該股票向許作舟質押借款之故，卻故意捏造許作舟、蘇慧娥涉犯業務侵占罪之犯罪故意，而足以對原確定判決認定之事實產生合理懷疑，使抗告人所涉犯誣告罪為無罪判決之高度可能，抗告人自得依法聲請再審。(三)、其餘再審理由：1.股份有限公司董事長對外固得代表公司，然於執行業務時，應以董事會決議之，此項決議，除公司法另有規定外，應有過半數董事之出席，出席董事過半數之同意行之，其設常務董事者，於董事會休會而以集會方式經常執行董事職權時，亦同，公司法第208條第3項、第4項、第202條、第206條第1項規定可資參照。足見公司董事長之執行業務，非其獨自一人所得全權決定。此外，董事議決任何公司業務事項，必須在董事會中，依法定程序由董事長召集，於開會前載明召集事由通知董事，並於開會時就其議事作成議事錄，同法第202至207條規定亦明，其議決始符法律規定，倘未經此項程序作成董事會之意思決定，即不能認係依公司法之程序而為，自不能對公司發生效力。2.準此，原確定判決認定林湧盛自93年起擔任九層嶺公司董事長，並自96年10月25日起至97年7月26日止，陸續代表九層嶺公司分別向許作舟及金天元公司借款4次，且將系爭股票設定質權予許作舟及金天元公司作為借款擔保，然就九層嶺公司是否有召開董事會議決該借款及質權設定乙節，卻均隻字未提。則上開借款及質權設定契約，既未經九層嶺公司董事會普通決議通過，此即不合公司法前揭規定，對九層嶺公司自不生效力，縱令系爭股票因質權設定曾由許作舟及蘇慧娥占有，其等占有，仍非有權占有。故上開

新證據與先前卷存之證據綜合判斷，足以動搖原確定判決認定抗告人犯誣告罪所採認基礎事實之蓋然性，本件確具開啟再審之原因。3.董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表，同法第223 條亦定有明文。許作舟僅為九層嶺公司之董事，依法借款及質權設定應由公司監察人代表為之，惟無任何文件可證明該借資行為有合法知會公司監察人即抗告人，可見該借款及質權設定已違反上開公司法規定，復未經九層嶺公司董事會決議，自對九層嶺公司不生效力，此新事實於原確定判決前即已存在，卻為原確定判決所未及調查審酌，且亦足資認定抗告人並無誣告之犯意，並足以動搖該原確定判決認定抗告人犯誣告罪所採認基礎事實之蓋然性，請准予再審等語。

三、原裁定則以：(一)、原確定判決依據抗告人供述、證人林湧盛、蘇慧娥、許作舟之證述、卷附第1 至4 次借款分別由林湧盛、蔡譯瑩代表九層嶺公司書立之借據或本票、臺南地院98 年度司拍字第392 、393 號卷內拍賣抵押物聲請狀及股票明細表、刑事告訴狀、刑事補充告訴理由狀、刑事再議聲請狀、刑事聲請再議補充狀、相關警、偵訊問筆錄、臺南地檢署檢察官99年度偵字第12302 號不起訴處分書、100 年度偵續字第61號不起訴處分書、林湧盛於96年10月19日簽立之庫藏股點交簽收單、96年10月25日由蘇慧娥簽收之簽收單、97年3 月8 日九層嶺公司庫藏股清點明細表、蘇慧娥簽收 3,196 張股票之庫藏股點交簽收單、98年4 月15日抗告人寄發予林湧盛與蘇慧娥之存證信函、許作舟96年11月29日通知抗告人函、98年3 月21日董監事會議光碟譯文、98年3 月14日臨時股東會會議譯文、第一審勘驗開會錄音光碟筆錄、97年12月15日存證信函暨所附之九層嶺公司97年12月份董監事聯席會議事錄、98年4 月10日存證信函及其他情況證據等全部證據資料，詳加研判，認定抗告人犯本案誣告罪等情，已於判決內詳述其認定犯罪事實所憑之證據及理由。復就抗告人所辯各節及證人林湧盛、許作舟部分證詞不可採信、蘇慧娥簽收3,196 張股票之點交簽收單與履行97年1 月22日協議書內容無關、97年5 月20日股東常會會議紀錄內容無法認定已有解除系爭股票質權設定之意、97年7 月22日董監事聯席會議紀錄無法逕予推論系爭股票非屬質押股票等節，逐一予以指駁

及說明。其論述核與經驗及論理法則並不相違背，已難遽認有何採證認事違誤情事。(二)、抗告人固舉林湧盛107年8月21日就原審法院106年度金訴字第1號案件所提出之民事言詞辯論狀，認此一新證據攸關本案案情至甚，如再綜合先前1.許作舟、金天元公司、蘇慧娥與抗告人於97年1月22日簽立之協議書、2.合作金庫99年5月14日合金府營字第0000000000號函文、3.九層嶺公司96年8月份董監事聯席會議議事錄、4.證人陳德安、嚴麗鸞分別於臺南地檢署106年10月31日偵查時之證詞、5.原審法院104年度再字第1號刑事判決影本等證據及其前述再審聲請意旨(三)所示再審理由判斷，認已足證許作舟曾承諾協助九層嶺公司清償該公司對合作金庫借貸之債務，卻未依約協助代償，應可認抗告人確無「明知4,698股庫藏股為許作舟、蘇慧娥占有，係因林湧盛曾以該庫藏股向許作舟質押借款之故，卻故意捏造許作舟、蘇慧娥有涉犯業務侵占罪之事實」。然查：1.聲請不合法部分：抗告人前以上述二之(三)、1至3所示之理由，認係屬「新事實」，曾向原審法院聲請再審，經該院於107年7月3日以107年度聲再字第47號裁定，認其所稱之新事實主張，未檢附具證明該新事實之「證據」，其聲請再審程式不合法，予以駁回，並經本院107年度台抗字第786號裁定駁回抗告人之抗告確定，抗告人復持相同理由，且亦未附相關證明該些事實之「證據」，顯係以同一原因再聲請再審，依刑事訴訟法第434條第2項規定，其再審應不合法。2.聲請無理由部分：(1)、抗告人雖另以林湧盛107年8月21日就原審法院106年度金訴字第1號案件所提出之民事言詞辯論狀，認該狀前述內容為新證據，然該書狀內容係林湧盛嗣後於另案之相關陳述，此確係未經法院斟酌之證據資料，尚符再審證據新規性要件，應進而為得否開始再審之證據確實性判斷。(2)、查抗告人所引上述林湧盛民事言詞辯論狀內容，固提及其於96年至97年間與許作舟間就股票質借及解除設質等相關過程，然此僅係林湧盛於民事訴訟過程中，以書狀向法院所為之個人陳述，是否屬實而可採信，尚待調查，自難僅以其片面陳述即認有動搖原確定判決認定之事實之可能。(3)、另抗告人主張與其所提上述新證據合併判斷之再審證據5.前亦經抗告人據以聲請再審，惟經原審法院104年度再字第1號（按應依105

年度聲再字第37號之誤）刑事裁定認為基於個案拘束原則，不得以他案判決結果，執為原確定判決認定事實錯誤之證據，難認係新證據，駁回其再審聲請，且經本院106 年度台抗字第7 號裁定駁回抗告人之抗告確定；其餘1.至4.所示證據，亦前經抗告人執為再審新證據，向原審法院聲請再審，經該於107 年7 月3 日以107 年度聲再字第47號裁定，認1.至4.所示之證據認此證據不論單獨或與先前之證據綜合判斷，欠缺學理所稱之確實性，無從准予開啟再審程序，以再審無理由，駁回其聲請，此並經本院107 年度台抗字第786 號裁定駁回抗告人之抗告確定。(4)、依據林湧盛先前之陳述，及其於原審法院104 年度再字第1 號案件105 年2 月25日審理時所述，其確有於96年10月25日將九層嶺公司編號93-ND-0015001至93-ND000000000號等500 張可處分股票質押予許作舟，以供借款之擔保，並有96年10月25日第一次借款所出具之借據為憑，而此情至遲於抗告人在98年6 月12日對許作舟、蘇慧娥提起侵占告訴之前，即為抗告人所知悉。詎抗告人竟仍認此部分500 張股票係遭許作舟、蘇慧娥共同侵占，而一併就此部分500 張股票（此部分亦係許作舟於98年3 月13日聲請法院裁定准許拍賣質物範圍之一部分）對渠等提起侵占告訴，已難遽認抗告人全無誣告之犯意及行為，而此部分（編號93-ND000000000至93-ND000000000號等500 張可處分股票）亦包含於原確定判決論罪科刑之範圍。基此，即便其他九層嶺公司股票確無質押借款之情形，然因此部分與抗告人誣告許作舟、蘇慧娥共同侵占上開500 張股票部分仍屬一罪之關係，原確定判決至多僅須於理由中為「不另為無罪諭知」之說明，並於審酌科刑時因情節較輕微而予以量處較輕之「刑」，尚無法因此而改變其應論處之「誣告」罪名。是抗告人所提出據以聲請再審之新證據，不論此部分所舉證據資料，不論單獨或與先前之證據綜合判斷，均無法使法院合理相信足以動搖原確定判決所認定之罪名，而得為受判決人無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決，亦即欠缺學理上所稱之「明確性」，仍無從准予開啟再審程序。此部分再審無理由，應予駁回。綜上，抗告人聲請再審，或違背程序規定，聲請為不合法；或不具法定再審事由，聲請為無理由，應分別依刑事訴訟法第433 條、第434 條第1 項等規定，

予以裁定駁回等語。

四、本院判斷：揆諸前揭一之說明，原裁定將抗告人提出之上開再審理由，分別依刑事訴訟法第434 條第2 項、第1 項以聲請不合法或再審無理由予以駁回，而未一併與所提新證據及卷存資料予以綜合評價，固有悖於修法後再審程序應發揮個案救濟及邁向人權保障之立法初衷。惟經核除此之外，原裁定其餘論述於法尚無違誤。且經本院就抗告人所提前述二之(一)至(三)所謂新事證與卷內資料再予綜合判斷，仍無法使本院相信抗告人應受前揭較有利之判決，是原裁定前揭瑕疵論述部分，尚不影響全案之情節及裁判之本旨。抗告意旨仍以：原裁定未注意104 年度再字第1 號105 年2 月25日審理筆錄及本案103 年5 月15日審理程序筆錄中，明顯有利於抗告人之證詞，暨抗告人前述妨害名譽無罪判決足以證明其提告對象確有違法，可徵抗告人確有阻卻違法事由云云。均係執前陳詞指摘原裁定不當，乃置原裁定之論敘於不顧，就原裁定已為論駁事項，徒憑己意，再事爭執。其抗告為無理由，應予駁回。至其另請求本院裁定停止執行刑罰部分，亦不能准許，附予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第412 條，裁定如主文。

中 華 民 國 108 年 7 月 4 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官	蘇	振	堂
法官	林	立	華
法官	鄭	水	銓
法官	楊	真	明
法官	謝	靜	恒

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 7 月 9 日

書記官

裁判字號：最高法院 108 年台抗字第 921 號刑事裁定

裁判日期：民國 108 年 07 月 31 日

裁判案由：違反公職人員選舉罷免法聲請法官迴避

最高法院刑事裁定

108年度台抗字第921號

抗 告 人 張晉婷

上列抗告人因違反公職人員選舉罷免法案件，不服臺灣高等法院中華民國108年6月17日駁回聲請法官迴避裁定（108年度聲字第795號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷。

臺灣高等法院法官謝梨敏就107年度選上訴字第1號張晉婷被訴違反公職人員選舉罷免法案件之審理，應予迴避。

理 由

一、按人民得請求受公正而獨立之法院依正當程序予以審判之權利，乃憲法第16條保障人民訴訟權之核心內容之一。而公正獨立法院尤繫諸於法官執行職務之客觀中立與公正，公民與政治權利國際公約第14條第1項中段即訂明：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。」誠然，法官不唯有責亦須自我期許應依據法律公正而獨立進行審判，然遇法官與案件有利害關係及其對案件恐存預斷成見之情形，雖不代表裁判即是不公正，但單是有利害關係及預斷成見疑慮之外觀，便足以腐蝕司法公信力之基礎。因為正義不僅必須被實踐，而且必須以人民看得見的方式加以實踐；正義女神如掀開蒙眼布，即使手持正義的天平，也難令人信賴。由於裁判為法官之內心活動，其偏見與預斷存否，外界難以全盤知悉，故法官不僅有責基於採證認事結果，本於法律之確信作出公正不偏之裁判，亦須在外觀上讓當事人或人民相信其係基於客觀中立與公正之立場而為之，始能激發社會大眾對司法之信賴。而為確保人民受公平審判之權利，並維持司法公正不偏之形象，刑事訴訟法設有迴避制度，規範法官之個案退場機制，排除與案件有一定關係之法官於審判之外，期以達成裁判公平性並維護審級利益。是迴避制度乃是公平審判之基石，為法定法官原則之例外容許，對於保障人民訴訟權影響重大。其中刑事訴訟法第17條列舉法官當然應自行迴避之原因，

同條第8 款規定，法官曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務。且法官有應自行迴避以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者，當事人得聲請迴避，同法第18條第2 款另設有概括規定。所謂足認其執行職務有偏頗之虞者，係指以一般通常之人所具有之合理觀點，對於該承辦法官能否為公平之裁判，均足產生懷疑；且此種懷疑之發生，存有其完全客觀之原因，而非僅出諸當事人自己主觀之判斷者，始足當之。是如有客觀原因，就各種情形，作個別具體觀察，足令一般通常人對法官能否本於客觀中立與公正之立場參與審判，產生合理懷疑，顯然不當侵害被告受憲法保障公平審判之權利者，即構成前開所稱執行職務有偏頗疑慮之要件。

二、經查：

(一)抗告人張晉婷被訴違反公職人員選舉罷免法案件，經臺灣新北地方法院以105年度選重訴字第1號論處抗告人共同對於有投票權之人交付不正利益而約其投票權為一定之行使之罪刑，抗告人不服，提起上訴，現由原審法院以107 年度選上訴字第1號（下稱本案）審理中，於民國108年1月1日更易受命法官為謝梨敏法官。而本案起訴書及第一審判決所指抗告人之共犯吳建民、呂文燦、林宥騰等人前亦因違反公職人員選舉罷免法案件，經臺灣新北地方法院以104年度選訴字第 10 號（下稱前案）審理結果，認其等各與抗告人共同基於對於有投票權之人交付不正利益而約其投票權為一定行使之犯意聯絡及行為分擔，舉辦餐敘，宴請具有投票權之人等犯行，前案之受命法官亦同為謝梨敏法官。因本案與前案之被告不同，並非同一案件，而與刑事訴訟法第17條第8 款所定法官「曾參與前審之裁判」應自行迴避之要件不符；另謝梨敏法官係因臺灣高等法院成立金融專庭，而依108年1月1 日生效之刑事法官事務分配表，更易為本案之受命法官，亦無違法定法官原則，合先指明。

(二)固然，具體個案間常因訴訟進行之時、空背景互異等諸多因素，卷存所得調查事證亦諸多不同，致法官亦因此形成不同之心證，本案實體事項之事實認定與法律適用結果為何，端視法官於本案訴訟中採證認事職權行使之情形定之，是法官於他案對與本案當事人有關事實、法律上之判斷，於客觀上亦不必然對本案形成預斷。惟徵諸前案認定抗告人為共犯之

犯罪事實，與本案起訴書犯罪事實欄二之(四)、(五)、(七)、(八)、(九)等所載犯罪事實，即本案第一審判決事實欄二之(一)、(二)、(四)、(五)、(六)所載之犯罪事實相同，足見前案與本案有關抗告人與吳建民、呂文燦、林宥騰共同犯罪之事實高度重疊。且前案於審理中已以抗告人為證人，調查前揭犯罪事實，並綜合全卷證據資料及取捨判斷，對於抗告人就上開餐會係由呂文燦、林宥騰自行舉辦並支付餐費，其不知情等主張，為實質評價、審酌而不採，從而認定抗告人為共同正犯之事實及理由，論述甚為綦詳。另前案判決取捨判斷之證據資料復經本案之第一審判決大量援引，證據評價亦約略等價齊觀，難謂二案就上揭犯罪事實之調查事證有何重大差異。綜上以觀，本件客觀上已足令一般通常之人，合理懷疑謝梨敏法官就本案與前案相同之上開事實非無產生預斷之可能，難期其保持空白心證參與本案第二審審判，顯然嚴重損及抗告人之審級利益，參以原審法院法官人數之配置，應不至於因本案受命法官迴避而造成審判上之困難，為免不當侵害抗告人受憲法保障公平審判之權利，增進人民對於司法審判之信賴，謝梨敏法官自以迴避本案第二審審判程序為宜。

三、依上所述，抗告意旨執以指摘原裁定不當，非無理由，爰將原裁定撤銷，並自為裁定如主文所示。

據上論結，應依刑事訴訟法第413條，裁定如主文。

中 華 民 國 108 年 7 月 31 日

最高法院刑事第五庭

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

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 8 月 1 日

書 記 官