

最高法院刑事具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文

目錄

裁判要旨

一、106 年度台上字第 1131 號	3
二、106 年度台上字第 1335 號	4
三、106 年度台上字第 1373 號	6
四、106 年度台上字第 1395 號	7
五、106 年度台上字第 2780 號	9
六、106 年度台上字第 3701 號	13
七、106 年度台上字第 3869 號	14
八、106 年度台上字第 4011 號	15
九、106 年度台上字第 4071 號	16
十、107 年度台上字第 480 號	17
十一、107 年度台上字第 631 號	18
十二、107 年度台上字第 847 號	19
十三、107 年度台上字第 907 號	20
十四、107 年度台上字第 1066 號	22
十五、107 年度台上字第 1094 號	24
十六、107 年度台上字第 1298 號	25
十七、107 年度台上字第 1369 號	27
十八、107 年度台抗字第 251 號	29
十九、107 年度台抗字第 312 號	31

裁判全文

106 年度台上字第 1131 號	33
106 年度台上字第 1335 號	38

106 年度台上字第 1373 號	54
106 年度台上字第 1395 號	60
106 年度台上字第 2780 號	66
106 年度台上字第 3701 號	78
106 年度台上字第 3869 號	79
106 年度台上字第 4011 號	87
106 年度台上字第 4071 號	91
107 年度台上字第 480 號	115
107 年度台上字第 631 號	122
107 年度台上字第 847 號	135
107 年度台上字第 907 號	145
107 年度台上字第 1066 號	149
107 年度台上字第 1094 號	155
107 年度台上字第 1298 號	160
107 年度台上字第 1369 號	164
107 年度台抗字第 251 號	165
107 年度台抗字第 312 號	169

一、106 年度台上字第 1131 號（裁判書全文）

（一）犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。於全部或一部不能沒收，或不宜執行沒收時，追徵其價額；犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，刑法第 38 條之 1 第 1 項前段、第 3 項、第 4 項及第 5 項分別定有明文。上述規定旨在澈底剝奪犯罪行為人因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪。並為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，限於個案已實際合法發還被害人時，始無庸沒收。故如犯罪所得已實際合法發還被害人，或被害人已因犯罪行為人和解賠償而完全填補其損害者，自不得再對犯罪行為人之犯罪所得宣告沒收，以免犯罪行為人遭受雙重剝奪。反之，若犯罪行為人雖已與被害人達成和解而賠償其部分損害，但若其犯罪直接、間接所得或所變得之物或所生之利益，尚超過其賠償被害人之金額者，法院為貫徹前揭新修正刑法之理念（即任何人都不能坐享或保有犯罪所得或所生利益），仍應就其犯罪所得或所生利益超過其已實際賠償被害人部分予以宣告沒收。

（二）周○法等 6 人於原審提出與陳○華等 7 人於民國 104 年 10 月 26 日所簽立「調解筆錄」及「和解書」（原判決誤載為「和解筆錄」），據以主張周○法等 6 人及原審共同被告莊○祺與陳○華等 7 人成立調解及和解，已經

實際賠償陳○華等 7 人合計新臺幣（下同）168 萬 5 千元（另外賠償陳○華等 7 人以外之簡○雲 21 萬元、李○雲 4 萬 5 千元部分，應予扣除）。且依卷附「調解筆錄」記載周○法等 6 人及莊○祺願意給付陳○華等 7 人之金額，已於「104 年 9 月 21 日」給付完畢等旨。倘若周○法等 6 人所為上開主張及「調解筆錄」之記載無誤，應已實際賠償陳○華等 7 人所受損害部分金額，依上開說明，於就周○法等 6 人受分配之犯罪所得宣告沒收時，即應予以計算扣除，始為適法。原判決就周○法等 6 人受分配之犯罪所得宣告沒收，於理由中說明周○法等 6 人並未當庭給付調解金額予陳○華等 7 人等語，核與所憑上述卷內證據資料未盡相符，已有未洽。又原判決係逕就周○法等 6 人各自受分配之犯罪所得合計金額予以宣告沒收，而未就周○法等 6 人已經實際賠償陳○華等 7 人所受損害部分金額，予以計算扣除，又未說明不必扣除所憑依據及理由，依上述說明，自難謂適法。

參考法條：刑法第 38 條之 1 第 5 項。

二、106 年度台上字第 1335 號（裁判書全文）

- （一）貪污治罪條例第 8 條第 2 項前段「犯第 4 條至第 6 條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑」之規定，其目的係為鼓勵公務員於犯貪污罪之後能勇於自新而設，被告於偵查中自白，復就全部所得財物，於偵、審中自動繳交者，因已足認確有悛悔向善之意，而予以減刑寬典。至證人保護法第 14 條第 1 項規定：「第 2 條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑

人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑」之規定，則旨在藉刑罰減免之誘因，以鼓勵刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，使其勇於供出與案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯犯罪之事證，以協助檢察官有效追訴其他正犯或共犯。然此減免刑罰之條件，除須符合該法第 2 條所定之案件之外，尚須經檢察官事先同意，且須於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，否則即無減免刑罰之餘地。上揭法定減輕或免除其刑之規定，前者，重在鼓勵公務員於犯貪污罪之後能勇於自新；後者，則重在鼓勵刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，勇於供出與案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯犯罪之事證，以協助檢察官有效追訴其他正犯或共犯。二者之立法目的不同，適用要件亦異，且前者為減輕其刑，後者為減輕或免除其刑，乃個別獨立減輕或免除其刑之規定。

- (二) 原判決就藍○章所犯如其附表一編號 1 至 35 所示與公務員共同犯經辦公用工程收取回扣共 35 罪部分，認其所為同時符合貪污治罪條例第 8 條第 2 項「前段」及證人保護法第 14 條第 1 項之規定，而併引用上開二法條之規定予以遞減輕其刑，經核於法並無不合。

參考法條：貪污治罪條例第 8 條第 2 項。

證人保護法第 14 條第 1 項。

三、106 年度台上字第 1373 號（裁判書全文）

- （一）我國刑事訴訟法固不採強制鑑定，但對於待證事項有無送請具有特別知識經驗者，或政府機關委任有鑑定職務者為鑑定之必要，事實審法院仍得取捨選擇後加以決定，非必受當事人聲請之拘束。且對於待證事項之認定，如必須運用在該領域受特別教育、訓練或經歷長時間從事該業務之經驗始可得知，法官無從依其法律專業素養或一般教育中學習，或自日常生活經驗得知時，此時即有運用鑑定以補充判斷時所須要特定專業知識之必要。又法院於依法囑託鑑定時，因其職務上不具有自行判斷之知識能力，係以選任具有特別知識經驗之人或機關，對於受託鑑定事項，予以鑑識、測驗、研判及判定，以輔助法院為正確性判斷。是以被選任之鑑定人所執行者，係基於其本身之特別知識經驗，而為鑑定事項之獨立判定，如過程未獲提供充實之資料，對於鑑定應有之證明力，不無影響。故刑事訴訟法於第 205 條第 1 項明定「鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，檢閱卷宗及證物，並得請求蒐集或調取之」，其旨在於鑑定之範圍內，能蒐集廣泛資料，以利鑑定作業之實施，俾利鑑定人提出正當之鑑定報告。法院若就犯罪行為人有無教化矯正之合理期待可能性，採取以囑託心理衡鑑進行實證之調查時，該項供以評估、判斷資料之取得，應非僅以犯罪行為人「經臨床晤談時之片面供述」為足，尤應考量其人格形成及其他相關成長背景等資訊，儘量蒐集可供鑑定人對犯罪行為人充足瞭解

之客觀資料，使鑑定人得經以綜合評價與分析以後，提出正當之專家判斷，以供法院參酌及採用。是法院為上揭事項之囑託鑑定時，有義務主動蒐集或調取與鑑定事項相關之資料，提供鑑定人為完善鑑定之內容，以增強鑑定結果之有效性與正確性，俾能踐行犯罪行為人有無教化矯正之合理期待可能，係以全人格形成因素為評估，以期在正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的間尋求平衡，而為適當之裁量。

- (二) 稽之卷內證據資料，原審曾依被告辯護人之聲請，檢附全卷囑託國立臺灣大學醫學院附設醫院（下稱臺大醫學院）對被告鑑定「有無教化可能性」，惟經臺大醫學院定期通知到場時，因被告拒絕鑑定而未實施該鑑定，即未再向被告求學、就業及其他生活團體，函調蒐集有關其品行、素行、人格特質、心理素質、精神狀態、行為模式等與刑罰矯正適應性及教化歸復社會空間之判斷有關之資料，以供進行鑑定、調查或法院量刑審酌之需。逕以上開被告在監接受性侵害處遇相關治療課程紀錄為審酌論斷之依據，非無判決理由不備及調查職責未盡之違誤。

參考法條：刑法第 57 條。

刑事訴訟法第 198 條、第 205 條。

四、106 年度台上字第 1395 號（裁判書全文）

- (一) 公職人員選舉罷免法第 100 條第 1 項投票行賄罪所指「其他不正利益」，係指賄賂以外足以供人需要或滿足人慾望之一切有形、或無形之利益而言，且不以經濟上之

利益為限。是否成立該罪，除行為人主觀上需具有行賄之犯意，而約使有投票權人為投票權一定之行使或不行使外，客觀上行為人所行求、期約或交付之不正利益，可認係約使投票權人為投票權之一定行使或不行使之對價，始足當之。至候選人於競選期間，為贏得勝選，就選民所關切之公共政策、福利政策等公共事務提出其主張或藍圖願景，以作為當選後施政方針之「競選政見」，其與行求、期約賄選之分野，除以此標準加以辨別外，應審酌候選人所提利益之應允或給與，如尚須受行政程序之制約或其他機關之監督，依法為授益之處分或形成政策予以實施，無論所圖得利益人數多寡，應屬政見之提出。反之，如利益之給與或應允具立即性，無需任何法律程序制約或其他機關之監督，而具有對價關係，即為不法利益之行求、期約。

- (二) 原判決事實認定：「（上訴人）復向卓○雄、徐○美表示：待其當選主席後，其及另外三名支持其當選主席之區民代表間，將針對那瑪夏區之公共工程利益互相協調、朋分等語，而以……朋分那瑪夏區工程利益之不正利益方式，約定卓○雄、徐○美等區民代表屆時投票支持江○德，而為投票權之一定行使」等情，其中所指「那瑪夏區公共工程利益」，依地方自治行政、立法分權之原理，其取得之程序，由規劃至成案尚須受行政程序之制約與相關法令之規範，顯非上訴人所能立即給與，就此應依法為授益之處分或形成政策後方得予實施之利益，是否僅屬政見之提出，而非與約使有投票權人為一定之行使或不行使投票權，具有對價關係，屬不正利益？

亦非無疑。原判決並未詳予調查，即逕予認定屬不法利益，尚嫌速斷。

參考法條：公職人員選舉罷免法第 100 條第 1 項。

五、106 年度台上字第 2780 號（裁判書全文）

（一）司法院於民國 106 年 7 月 28 日公布釋字第 752 號解釋意旨謂：「刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定：下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：一、最重本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第 320 條、第 321 條之竊盜罪。就經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷原審判決並自為有罪判決者，規定不得上訴於第三審法院部分，屬立法形成範圍，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。惟就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分，未能提供至少 1 次上訴救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。上開 2 款所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，於本解釋公布之日，尚未逾上訴期間者，被告及得為被告利益上訴之人得依法上訴。原第二審法院，應裁定曉示被告得於該裁定送達之翌日起 10 日內，向該法院提出第三審上訴之意旨。被告於本解釋公布前，已於前揭上訴期間內上訴而尚未裁判者，法院不得依刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定駁回上訴」等旨。

（二）上開解釋公布後，刑事訴訟法第 376 條亦於 106 年 11 月 16 日修正公布。修正後該條第 1 項規定：下列各罪之案

件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴：（下略）。同條第 2 項規定：依前項但書規定上訴，經第三審法院撤銷並發回原審法院判決者，不得上訴於第三審法院。上開條文第 2 項所稱「依前項但書規定上訴」者，應係指適用上開新修正條文第 1 項但書之規定而提起第三審上訴者而言（在解釋上應包括在上述條文修正施行前，依前揭司法院解釋意旨提起第三審上訴者在內）。若非依前述新修正條文第 1 項但書之規定提起第三審上訴者，則無適用同條第 2 項規定限制其再上訴第三審法院之餘地。申言之，第一審法院諭知被告無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之案件，經第二審法院撤銷改判被告犯同條第 1 項各款所列不得上訴第三審法院之罪名者，因被告係初次被判處前揭不得上訴於第三審法院之罪名，為使其能獲得 1 次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑，新修正第 376 條第 1 項乃增設但書規定，例外放寬其上訴第三審法院之限制，以有效保障其訴訟權。但其依前揭但書規定提起第三審上訴後，若經第三審法院撤銷發回原審法院更審者，因其已經獲得 1 次上訴救濟之機會，足以有效保障其訴訟權，新法乃於同條增設第 2 項規定此類第二審更審之判決，不得再上訴於第三審法院。故其依前述新修正條文第 1 項但書規定上訴後，若經第三審法院撤銷發回更審，而第二審更審結果仍判處刑事訴訟法第 376 條第 1 項所列各款原屬不得上訴於第三審法院之罪名者，

則不許其再次上訴於第三審法院，以避免過度浪費訴訟資源。準此以觀，修正後刑事訴訟法第 376 條第 2 項所稱「依前項但書規定上訴」者，其適用範圍應以「被告初次被論處同條第 1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名，而依上述新修正第 376 條第 1 項但書規定提起第三審上訴者」為限。若被告經第一審判決無罪，經第二審撤銷改判有罪之罪名並非同法第 376 條第 1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名者，倘經第三審法院撤銷發回第二審法院更審，而第二審法院於更審後始初次改判被告犯刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名者。因其先前被第二審改判有罪之罪名本屬得上訴於第三審法院之罪，故其前次所提之第三審上訴，與上開條文第 1 項所增設但書規定之適用無涉。亦即其先前上訴於第三審法院，並非「依前揭但書規定之上訴」，核與前揭新修正第 376 條第 2 項所規定「依前項但書規定上訴」之前提不合，即無該條第 2 項關於不得再上訴於第三審法院規定之適用。故在此情形，被告係經第二審更審後始初次改判同條第 1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名者，即無上述新修正條文第 2 項規定之適用，此種案件仍應回歸適用同條第 1 項但書之規定，就其初次被第二審法院判處不得上訴於第三審法院罪名之案件，給予其 1 次上訴於第三審法院之機會，始符上述修正規定之意旨。

- (三) 本件第一審檢察官以上訴人呂○昆哲涉犯廢止前電業法第 106 條第 1 項第 3 款之竊電罪嫌，向臺灣桃園地方法院提起公訴，經該法院以不能證明上訴人犯罪，而於

103 年 9 月 10 日以 100 年度訴字第 1172 號刑事判決諭知其無罪。檢察官不服該判決而向臺灣高等法院（下稱原審法院）提起上訴，經原審法院於 105 年 3 月 15 日，以 104 年度上訴字第 2771 號刑事判決，撤銷第一審諭知上訴人無罪之判決，改判諭上訴人以廢止前電業法第 106 條第 1 項第 3 款之竊電罪（該罪名並非刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所列不得上訴於第三審法院之案件）。上訴人不服該判決向本院提起第三審上訴，經本院於 105 年 12 月 15 日，以 105 年度台上字第 3347 號刑事判決將原審法院前揭（第一次上訴審）之判決撤銷發回更審。而原審法院於 106 年 5 月 23 日第一次更審判決時，因電業法關於上述竊電罪之處罰規定已於同年 1 月 26 日公布廢止，於同年月 28 日生效施行，原該當於電業法所處罰之相關竊電行為，自應依其行為態樣回歸適用普通刑法處斷。原審法院更審後乃撤銷第一審諭知上訴人無罪之判決，改依刑法第 339 條第 2 項之詐欺得利罪處斷。而原審法院更審判決所論處之上揭詐欺得利罪，雖屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 4 款所列不得上訴於第三審法院之案件，但因第一審係諭知上訴人無罪之判決，而原審法院第一次上訴審雖曾改判諭以廢止前電業法第 106 條第 1 項第 3 款之竊電罪，但該判決已經上訴由本院前審予以撤銷並諭知發回更審。而原審法院於更審後始「初次改判上訴人犯刑法第 339 條第 2 項之詐欺得利罪」。則上訴人不服原審法院上開更審判決（即初次論處不得上訴於第三審法院罪名之判決）而向本院提起上訴，依前述說明，即非屬修正後刑事訴訟法第 376

條第 2 項所規定「依前項但書規定上訴」之情形，自不受該條項關於不得上訴於第三審法院之限制。從而，上訴人不服原審上開更審判決而於法定期間向本院提起上訴，依上述說明，應屬合法。

參考法條：刑事訴訟法第 376 條。

六、106 年度台上字第 3701 號（裁判書全文）

- （一）被告的反對詰問權，係屬憲法第 16 條所保障訴訟防禦權之一種，存在於各個被訴的被告，縱然是同案的共同被告或相關另案的共犯（含共同正犯、教唆犯、幫助犯），但因各人有時不免立場不同或利害關係對立（例如相互推諉卸責），故就同一證人所為的證言，仍應賦予各被告皆有反對詰問的權利、機會。雖然，法院認為適當時，得依職權或當事人或辯護人之聲請，以裁定將共同被告之調查證據、辯論程序分離或合併，刑事訴訟法第 287 條之 1 第 1 項定有明文，且該分離程序所為調查證據之結果，在充分保障其他共同被告訴訟防禦權的情況下，基於證據共通原則，可以用作證明其他共同被告之犯罪事實；但如僅為某一被告犯罪事實之證明，而聲請調查的證據，倘祇由該被告進行詰問（含反對詰問），或詢問聽取其意見，而未給予其他共同被告相同機會者，如經其他共同被告爭執、主張（即未捨棄詰問權），則此一證據，仍不得供為判斷其他共同被告犯罪事實之依據，亦即就其他共同被告而言，當屬同法第 155 條第 2 項所稱「未經合法調查的證據」，以確實保障各共同被告的訴訟防禦權，學理上稱為「立證趣旨的拘束力」。

」，同法第 287 條之 1 第 2 項規定：「前項情形，因共同被告之利害相反，而有保護被告權利之必要者，應分離調查證據或辯論。」即寓此義。再者，此情尚與同法第 163 條之 2 第 1 項、第 2 項，所定無須為其他無益調查之情形有別，不應混淆。

- (二) 細究本案起訴、調查證據及審判的經過情形，檢察官就上訴人等及其他同案被告甲○○（此人業經第一審發布通緝）等多人，計分 4 部分向第一審法院提起公訴（先起訴，後追加起訴 3 次），該審也因此以 4 案件，分別進行準備程序、調查證據、分離及合併審理程序；其中，證人 3340-7102 係在第一審 103 年度訴字第 92 號案件審理中（被告為乙○○、丙○○），由丙○○及其辯護人聲請法院傳喚作證，而此人證之待證事項，僅就丙○○所涉犯情，以遠距訊問之方式，進行交互詰問，其間未及於本案其他共同正犯遭訴之犯罪事實，法院亦未命其他共同被告在場、反詰問，或陳述意見，縱該證人以「事隔多時、不復記憶」為由，無法指認丙○○，但其他共同被告猶有對質、詰問之請求，於此既有爭執，本諸前揭法理，此證據調查之結果（效果），尚不當然及於其他共同被告。

參考法條：刑事訴訟法第 155 條第 2 項、第 163 條之 2、第 287 條之 1。

七、106 年度台上字第 3869 號（裁判書全文）

- (一) 刑事被告並非訴訟客體而係訴訟主體，其有權決定是否陳述及如何行使訴訟防禦權，在刑事訴訟程序上應尊重

被告陳述之自由，禁止強制其為不利之陳述，因而規定被告有緘默權，即屬不自證己罪之特權，以保障被告消極的不陳述自由，如被告行使緘默或拒絕陳述，不得即認係默示自白或為不利於被告之推斷。然緘默權並非不可拋棄，倘經偵查機關或法院告知犯罪嫌疑人或被告得保持緘默之權利，其猶自願打破沈默而依自由意志為陳述，或選擇行使辯明、辯解權，已不屬緘默權之行使，則法院依被告之陳述、辯解，綜合評價判斷，而為不利於被告之判斷，並不違反緘默權或不自證己罪之保障。

- (二) 原判決敘明蔡尚舜於偵查初期矢口否認曾經交付 10 萬元現金予蕭○和，嗣於偵查後期始改口承認，而認蔡尚舜所辯其無以該筆現金部分款項為陳○義賄選買票之意思，如何有避重就輕而不足採信之理由，乃係依蔡尚舜先後反覆之供述，綜合評價判斷，而非逕以其沈默或拒絕陳述即為不利於其之推斷，揆之前開說明，蔡尚舜上訴意旨執此指摘違反緘默權或不證己罪之保障，並非適法之第三審上訴理由。

參考法條：刑事訴訟法第 155 條第 1 項、第 156 條第 4 項。

八、106 年度台上字第 4011 號（裁判書全文）

原判決已說明其附表（下稱附表）所示通訊監察譯文，關於上訴人與周○鳴涉案部分之談話內容，雖係「另案監聽」所附帶取得，且未經執行機關報由檢察官陳報法院審查認可，惟基於偵查作為具浮動性，偵查機關實無從事先預測或控制監聽內容及可能擴及之範圍，加以販賣毒品係嚴重危害社會治安之重罪，相關之通訊內容如未即時擷取，

蒐證機會恐稍縱即逝，應容許法院於審判時適用刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡理論判斷有否證據能力。乃依卷證，綜合審酌周○鳴確涉有販毒罪嫌，經法院判處罪刑在案，執行機關顯非假借周○鳴販毒案名目，惡意規避合法監聽程序，對上訴人濫行監聽，兼衡通訊內容僅與販賣毒品之判斷攸關，無涉私密，執行機關違背法定程序之情節尚屬輕微，且依所得監聽資料，如依法定程序陳報法院審查認可，形式上觀之，法院應無不予認可之理由，因認附表所示通訊監察譯文得為證據之理由綦詳，經核基於與另案扣押容許審酌裁量相同之法理，所為論斷說明尚無不合。

參考法條：刑事訴訟法第 158 條之 4。

通訊保障及監察法第 18 條之 1 第 1 項。

九、106 年度台上字第 4071 號（裁判書全文）

內政部警政署所頒布之「取締砂石（大貨）車超載作業程序」，係將與警員取締砂石（大貨）車超載時有關之各種規定（依該作業程序一、依據：(1)警察職權行使法。(2)道路交通管理處罰條例第 29、29 條之 1、29 條之 2。(3)道路交通安全規則第 79 至 82 條。(4)違反道路管理事件統一裁罰基準及處理細則第 12、13 條。(5)裝載砂石、土方車輛使用專用車輛或專用車廂規定。(6)警察機關取締違規砂石車注意事項。）予以匯集，並將其取締流程及各階段如何執行暨權責人員係何人等相關細節以圖表方式呈現，無非為便利警員於取締砂石（大貨）車超載時，可依該作業程序予以執行。換言之，「取締砂石（大貨）車超載作業程序」係將上開相關法令之內容予以圖表化，其實質內容

為上開相關法令之規定。王○順上訴意旨以「取締砂石（大貨）車超載作業程序」並非貪污治罪條例圖利罪構成要件中所指之「法令」云云，依上述說明，無非對「取締砂石（大貨）車超載作業程序」所規定之內容有所誤解，其執此指摘原判決不當，亦非適法之第三審上訴理由。

參考法條：貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款。

十、107 年度台上字第 480 號（裁判書全文）

（一）刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項。法院於科刑時，應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意刑法第 57 條所列各款事項，以為科刑輕重之標準。此項科刑審酌之具體情形，自應依刑事訴訟法第 310 條第 3 款規定，於判決理由內為記載。再法院對被告進行量刑或處遇方案之審酌，而囑託鑑定人以被告之犯罪要件事實以外之事實情狀，提供法院相關必要資訊之鑑定時，該相關情狀之鑑定事項常涉及多樣之多層面因素，諸如被告之性格、家庭背景、生活經歷、成長環境、本件犯罪動機、犯後心理狀態、犯罪人之身危險性及再犯可能性預測，甚至日後之處遇方案選擇、處遇成效等分析。其評估內容往往跨越單一領域，而含括心理學、犯罪學、社會學、精神醫學等專業，自需借助心理師、醫師、社工師、保護觀察官等專門人士於判決前進行綜合性之團隊鑑定調查，以客觀提供法院作為決定刑度及處遇內容之依據，並可避免單一鑑定人之主觀定調。

（二）原判決關於被告殺害蔡○陽部分，固已說明：被告雖有

部分反社會人格的症狀，但並未到達反社會人格之診斷標準，且其經過長期治療活動後，即或個性特徵改變不大，但是其行為對於社會之危害可能已降低。如能善盡一般輔導治療之處遇，目前仍無法排除被告接受矯治導正之可能性。是以，該鑑定報告似並未排除被告應可接受矯治之可能性，事涉多面性專業評定，宜再函查或傳喚原鑑定人到庭說明，或如前述，有待進一步由各專業領域組成之團隊為綜合調查，以期詳實。乃原審未釐清究明，並詳敘取捨之理由，逕以上開鑑定係以條件限定下推估被告並非無矯治可能性，鑑定內容過於抽象，且具不確定性，尚非可採云云，容有未盡允洽。難謂無調查職責未盡及理由欠備之違誤。

參考法條：刑法第 57 條。

刑事訴訟法第 198 條、第 207 條、第 310 條第 3 款。

十一、107 年度台上字第 631 號（裁判書全文）

一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑，刑法第 55 條定有明文。又依上開法條但書規定之精神，如所犯罪名在 3 個以上時，所量定之宣告刑，自不得低於該重罪以外各罪法定最輕本刑中之最高者，此乃當然之解釋。而刑法第 278 條第 1 項、第 3 項之重傷未遂罪，其法定本刑為「5 年以上 12 年以下有期徒刑」（依刑法第 25 條第 2 項規定得按既遂犯之刑減輕）；槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項之未經許可持有可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝罪，其法定本刑為「3 年

以上 10 年以下有期徒刑，併科新臺幣（下同）7 百萬元以下罰金」；槍砲彈藥刀械管制條例第 12 條第 4 項之未經許可持有子彈罪，其法定本刑為「5 年以下有期徒刑，併科 3 百萬元以下罰金」。原判決既認李○皓、高○傑係以一行為同時觸犯上開 3 罪，應依刑法第 55 條之規定從一重之重傷未遂罪處斷，則依上述說明，其各量處李○皓、高○傑（累犯）有期徒刑 2 年 10 月，已少於較輕罪名法定最輕本刑中之最高者，即未經許可持有可發射金屬或子彈具有殺傷力槍枝罪之法定最輕本刑有期徒刑 3 年，顯有適用法則不當之違法。

參考法條：刑法第 55 條但書、第 278 條第 3 項、第 1 項。

槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項、第 12 條第 4 項。

十二、107 年度台上字第 847 號（裁判書全文）

- （一）行為與結果間，是否有相當因果關係，不僅須具備「若無該行為，則無該結果」之條件關係，更須具有依據一般日常生活經驗，有該行為，通常皆足以造成該結果之相當性，始足當之。若行為經評價為結果發生之相當原因，則不論有無他事實介入，對該因果關係皆不生影響；結果之發生如出於偶然，固不能將結果歸咎於危險行為，但行為與結果間如未產生重大因果偏離，結果之發生與最初行為人之行為仍具「常態關連性」時，最初行為人自應負既遂之責。
- （二）原判決依憑彭○儀、洪○蔚證述，鍾○堂表示被害人死了、埋了，余○叡說顱內出血死定了等語及上訴人

等有以樹枝、樹葉等物覆蓋被害人身體後逕自離去之客觀行為，認上訴人等在留置被害人於陳屍處離去時，主觀上應係認被害人已經死亡，而以被害人發生死亡結果（死因）雖非直接遭上訴人等以刀砍背部、石頭砸頭所致，而係之前於德惠街處遭上訴人等傷害後，被害人腿部受傷已不良於行、身體虛弱，上訴人等不將之送醫，反基於殺人犯意將之載往偏僻山區，以刀砍致滾落山谷，再以石砸頭，認被害人已死亡，再以樹枝、樹葉等物覆蓋後離去，被害人縱非因此當場死亡，衡情亦難期待其可自行爬出山谷或得到他人適時援救，上訴人等難諉為不知，嗣導致被害人橫紋肌溶解症、急性腎衰竭，終因代謝性休克、循環衰竭而死亡，縱與上訴人等主觀上所認識的因果流程未盡一致，因其偏離仍未超出一般生活經驗所能預見之範圍，應屬殺人既遂。已就上訴人等之「殺人」行為與被害人之死亡結果間有因果關係，詳為說明論斷，核無上訴意旨所指判決不載理由及適用法規錯誤之違法。

參考法條：刑法第 13 條、第 271 條第 1 項。

十三、107 年度台上字第 907 號（裁判書全文）

- （一）刑法第 339 條之 4 加重詐欺罪，關於第 1 項第 3 款「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。」之加重事由，其立法理由已敘明：「考量現今以電信、網路等傳播方式，同時或長期對社會不特定多數之公眾發送訊息施以詐術，往往造成廣大民眾受騙，此一不特定、多數性詐欺

行為類型，其侵害社會程度及影響層面均較普通詐欺行為嚴重，有加重處罰之必要，爰定為第 3 款之加重處罰事由。」是刑法第 339 條之 4 第 1 項第 3 款之加重詐欺罪，須以對不特定多數之公眾散布詐欺訊息為要件。行為人雖利用廣播電視、電子通訊、網際網路或其他媒體等傳播工具犯罪，倘未向公眾散布詐欺訊息，而係針對特定個人發送詐欺訊息，僅屬普通詐欺罪範疇。行為人若係基於詐欺不特定民眾之犯意，利用網際網路等傳播工具，刊登虛偽不實之廣告，以招徠民眾，遂行詐騙。縱行為人尚須對受廣告引誘而來之被害人，續行施用詐術，始能使之交付財物，仍係直接以網際網路等傳播工具向公眾散布詐欺訊息，無礙成立加重詐欺罪。

- (二) 稽諸卷附告訴人與李○翔在「易借網」網站平台張貼之文字內容，告訴人係於 103 年 12 月 24 日以會員代號「000000000000」在「易借網」網站平台，張貼「一萬元現金分期攤還+利息（19 歲）」、「借款金額：1 萬」、「借錢內容：一萬元現金未成年～有固定的工作～」、「還款方式：分期含利息攤還～麻煩了」之借款需求，嗣經會員代號「Z000000000」（即李○翔）在回文看板留言：「真正做到讓您輕鬆借輕鬆還」、「你好喔加個 LINE 來聊聊吧或許能一次幫你」、「我的 ID 是 apg0000000」、「可賴我聊聊」。是告訴人上開所稱「我在易借網看到您的廣告」，係指看到李○翔在回文看板之上開留言？抑指看到被告與李○翔在「易借網」刊登之借貸廣告？此攸關被告

係單純利用網際網路（「易借網」網站平台）對告訴人個人發送詐欺訊息，抑或係利用網際網路對公眾散布詐欺訊息之認定。原審未予調查釐清，逕認告訴人係先瀏覽李○翔刊登之借貸廣告後，留言表示有意借貸款項，難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

參考法條：刑法第 339 條之 4 第 1 項第 3 款。

十四、107 年度台上字第 1066 號（裁判書全文）

- （一）組織犯罪防制條例於民國 106 年 4 月 19 日修正公布，並自同年 4 月 21 日起生效施行，該條例第 2 條第 1 項修正為「本條例所稱犯罪組織，指 3 人以上，以實施強暴、脅迫、詐欺、恐嚇為手段或最重本刑逾 5 年有期徒刑之罪，所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織」；107 年 1 月 3 日再將該條項修正為「具有持續性『或』牟利性之有結構性組織」。而組織犯罪防制條例係藉由防制組織型態之犯罪活動為手段，以達成維護社會秩序、保障人民權益之目的，乃於該條例第 3 條第 1 項前段與後段，分別對於「發起、主持、操縱、指揮」及「參與」犯罪組織者，依其情節不同而為處遇，行為人雖有其中一行為（如參與），不問其有否實施各該手段（如詐欺）之罪，均成立本罪。然在未經自首或有其他積極事實，足以證明其確已脫離或解散該組織之前，其違法行為，仍繼續存在，即為行為之繼續，而屬單純一罪，至行為終了時，仍論為一罪。又刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯存在

之目的，在於避免對於同一不法要素予以過度評價。自然意義之數行為，得否評價為法律概念之一行為，應就客觀構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益與行為間之關連性等要素，視個案情節依社會通念加以判斷。刑法刪除牽連犯之規定後，原認屬方法目的或原因結果，得評價為牽連犯之二犯罪行為間，如具有局部之同一性，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，依想像競合犯論擬。倘其實行之二行為，無局部之重疊，行為著手實行階段亦有明顯區隔，依社會通念難認屬同一行為者，應予分論併罰。因而，行為人以一參與詐欺犯罪組織，並分工加重詐欺行為，同時觸犯參與犯罪組織罪及加重詐欺取財罪，雖其參與犯罪組織之時、地與加重詐欺取財之時、地，在自然意義上非完全一致，然二者仍有部分合致，且犯罪目的單一，依一般社會通念，認應評價為一罪方符合刑罰公平原則，應屬想像競合犯，如予數罪併罰，反有過度評價之疑，實與人民法律感情不相契合。

- (二) 罪責原則為刑法之大原則。其含義有二，一為無責任即無刑罰原則（刑法第 12 條第 1 項規定：行為非出於故意或過失者不罰，即寓此旨）；另者為自己責任原則，即行為人祇就自己之行為負責，不能因他人之違法行為而負擔刑責。前者其主要內涵並有罪刑相當原則，即刑罰對人身自由之限制與所欲維護之法益，須合乎比例原則。不唯立法上，法定刑之高低應與行為人所生之危害、行為人責任之輕重相符；在刑事審判

上既在實現刑罰權之分配正義，自亦應罪刑相當，罰當其罪。基於前述第一原則，責任之評價與法益之維護息息相關，對同一法益侵害為雙重評價，為過度評價；對法益之侵害未予評價，則評價不足，均為所禁。刑罰要求適度之評價，俾對法益之侵害為正當之維護。因此，加重詐欺罪係侵害個人財產法益之犯罪，其罪數計算，以被害人數、被害次數之多寡，決定其犯罪之罪數；核與參與犯罪組織罪之侵害社會法益，因應以行為人所侵害之社會全體利益為準據，認定係成立一個犯罪行為，有所不同。是以倘若行為人於參與犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人財物，因行為人僅為一參與組織行為，侵害一社會法益，應僅就首次犯行論以參與犯罪組織罪及加重詐欺罪之想像競合犯，而其後之犯行，乃為其參與組織之繼續行為，為避免重複評價，當無從將一參與犯罪組織行為割裂再另論一參與犯罪組織罪，而與其後所犯加重詐欺罪從一重論處之餘地。

參考法條：組織犯罪防制條例第3條第1項。

刑法第339條之1第1項、第55條前段。

十五、107年度台上字第1094號（裁判書全文）

- （一）刑法上所謂幫助他人犯罪，係指對他人決意實行之犯罪有認識，而基於幫助之意思，於他人犯罪實行之前或進行中施以助力，給予實行上之便利，使犯罪易於實行，而助成其結果發生者。是行為人對其幫助之行

為與被幫助犯罪侵害法益之結果間有因果關係之認知，仍屬意為之，即得認有幫助犯罪之故意，要不因其所為非以助益犯罪之實行為唯一或主要目的而異其結果；且其所為之幫助行為，基於行為與侵害法益結果間之連帶關聯乃刑事客觀歸責之基本要件，固須與犯罪結果間有因果關聯，但不以具備直接因果關係為必要。故凡意圖幫助犯罪而以言語或動作從旁助勢，直接或間接予以犯罪之便利，足以增加正犯犯罪之力量者，即屬幫助行為，縱其於犯罪之進行並非不可或缺，或所提供之助益未具關鍵性影響，亦屬幫助犯罪之行為。

- (二) 本件被告明知證人廖○翔將出國運輸毒品，仍資助金錢予廖○翔辦理護照乙情，為原判決所認定，而資助他人辦理護照，縱非運輸毒品不可或缺，或所提供之助益未具關鍵性影響，惟被告既對於廖○翔運輸毒品之犯罪有所認識，而於廖○翔實行犯罪前給予助力，何以不能認為係運輸毒品之幫助犯？未見原判決細心勾稽，詳酌慎斷，而為被告有利之認定，所為論斷難謂不悖於經驗法則及論理法則，其自由判斷證據證明力職權之行使，不能謂與採證法則無違。

參考法條：刑法第 30 條。

十六、107 年度台上字第 1298 號（裁判書全文）

- (一) 毒品危害防制條例第 17 條第 1 項規定：「犯第 4 條至第 8 條、第 10 條或第 11 條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」衡諸

此規定的立法意旨，係以立法減輕或免除其刑的寬典，鼓勵被告供出其所涉案件查獲毒品來源，以擴大落實毒品追查，俾有效斷絕毒品供給，以杜絕毒品氾濫。因立法者係採取「必減」或「免除其刑」方式，倘被告有「供出毒品來源」及「因而查獲其他正犯或共犯」情形，即有本條、項的適用，法院並無裁量是否不予減輕或免除其刑的權限。是依卷內證據資料，被告苟有「供出毒品來源」的情形，則嗣後調、偵查機關是否有「因而查獲其他正犯或共犯」結果，攸關被告有無減輕或免除其刑的適用，自屬刑事訴訟法第163條第2項所稱「對被告之利益有重大關係事項」，而為法院應依職權予以調查者，並不待被告有所主張或請求。從而，倘法院未予調查，當認存有應於審判期日調查之證據而未予調查的違背法令情形存在。

- (二) 上訴人業於偵查及歷審中，供述其毒品來源係「曾○枝」（綽號「總鋪仔」）、「顏○秋」等人，因而查獲該上游，請求依毒品危害防制條例第17條第1項規定，減輕其刑等語，而臺灣花蓮地方法院檢察署106年9月14日花檢和平106偵1205字第0000000000號函，亦說明：鄧○豪確於偵查中供出毒品上游曾○枝、顏○秋，並因鄧○豪的供述，啟動對顏○秋相關偵查作為，目前偵辦羈押中。縱然花蓮縣警察局鳳林分局106年9月14日鳳警偵字第0000000000號函，另謂：「二、被告鄧○豪確實於106年4月13日警詢筆錄供述毒品上游『曾○枝』及106年7月21日警詢筆錄供述毒品上游『顏○秋』；惟無供述毒品上游『曾

○財』。三、『曾○枝』於供述同日即入監執行（法務部矯正署花蓮監獄），無法查獲；『顏○秋』係於執行被告鄧○豪通訊監察期間（106 年聲監字第 29 號等）得知，非因被告鄧○豪之供述而查獲。」等語，第一審判決就該 2 函相異，僅載敘採用後函，但如何捨棄前函，未見充分說明理由，上訴人於原審仍加爭執，原判決則無何判斷、說明。以上，攸關上訴人應否依上開寬典規定減、免其刑，於其利益，難謂無重大關係，即有詳查審明的必要。

參考法條：刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書。

毒品危害防制條例第 17 條第 1 項。

十七、107 年度台上字第 1369 號（裁判書全文）

（一）刑事訴訟程序中法院審判之對象（範圍），乃指起訴書或自訴狀所記載被告之「犯罪事實」；而「犯罪事實」之內容，包括「人、事、時、地、物」等基本要素。亦即犯罪之時日、地點、行為與結果等與犯罪成立具有重要關係之社會事實而言。就公訴案件而論，因檢察官起訴書所記載之犯罪事實即為法院審判之對象，並為被告防禦準備之範圍，故其記載之內容除須足使法院得以確定審判範圍外，並須足以使被告知悉係因何犯罪事實被提起公訴，俾得為防禦之準備。又起訴書係檢察官依其法定職權所製作之公文書，除係顯然文字誤寫、誤算而不影響犯罪事實同一性之認定及被告防禦權之行使，得曉諭或容許檢察官為適當之更正外，法院並無逕行更正之權。

(二) 本件檢察官起訴書附表編號 3、4 所示上訴人販賣甲基安非他命予甲○○之地點均記載為「○○區○○路上」，無非係以甲○○於警詢之供述為其依據。惟甲○○於警詢時係供稱該 2 次交易之地點係在○○區○○路上，但地址其並不清楚等語，至於上訴人於警詢時均自白有該 2 次毒品交易，但地點係在其住處（○○區○○街 00 巷 00 號）之樓下等語。原判決依憑上訴人之供述，及上訴人與甲○○間之行動電話通訊監察譯文內容所提及之交易地點均係在上訴人住處之樓下，因認起訴書附表編號 3、4 所載之毒品交易地點有誤，應以上訴人供述之交易地點為正確，因而更正起訴書所載之該 2 次犯罪地點，依上述說明，其未曉諭檢察官為適當之更正，而逕予更正起訴書所載之犯罪地點，固非妥當。惟上訴人及甲○○既均供（證）稱其 2 人在以行動電話連繫後，有於該 2 次時間為毒品交易行為，且依搜尋網站「GOOGLE」地圖顯示，○○區○○路係路幅寬大，且較長之大馬路，而同區○○街 00 巷僅係小巷道，但二者之距離甚近，因此甲○○僅記得前往交易毒品地點附近之大馬路，而證稱：不清楚交易毒品之詳細地址等語，尚與常情無違。本件檢察官起訴書關於該 2 次毒品交易地點之記載既非明確，原判決將起訴書記載尚欠明確之地點更（補）正為正確之地點，依上說明，尚不影響犯罪事實同一性之認定及上訴人訴訟防禦權之行使，自難執此指摘原判決違法。

參考法條：刑事訴訟法第 264 條第 2 項。

十八、107 年度台抗字第 251 號（裁判書全文）

（一）保安處分執行法第 4 條之 1 第 1 項第 2 款前段規定：

「因同一原因宣告多數監護，期間相同者，執行其一；期間不同者，僅就其中最長期間者執行之。」同條第 2 項規定：「保安處分開始執行後，未執行完畢前，又受同一保安處分之宣告者，仍僅就原執行之保安處分繼續執行之。但後宣告保安處分之法院檢察官認以執行後宣告之保安處分為適當者，得聲請該法院裁定，就後宣告之保安處分執行之。」係以受處分人因同一原因，宣告多數監護之保安處分，期間不同者，應僅執行最長期間之保安處分為已足，另在該保安處分開始執行後，未執行完畢前，又受同一保安處分之宣告者，原則上就原執行之保安處分繼續執行，無庸執行後案之保安處分，如檢察官認以執行後宣告之保安處分為適當者，應聲請該法院裁定。而受處分人前開無庸執行之保安處分，其概念類似吸收關係，係指宣告之各監護處分，不論法院宣告之期間為何，均被吸收於單一法律效果中，原則上僅執行其一，其他則吸收不予執行，此係基於保安處分與刑罰之本質有別，主要區別在於保安處分係以刑罰以外之各種不同方法，達到強化行為人的再社會化，與改善行為人之潛在危險性格之目的，因而受處分人因同一原因宣告多數監護處分，考量其刑事政策目的，並避免重覆處罰或過度執行，立法者明文規定其執行方法。

（二）刑法第 98 條第 1 項規定：「依第八十六條第二項、第

八十七條第二項規定宣告之保安處分，其先執行徒刑者，於刑之執行完畢或赦免後，認為無執行之必要者，法院得免其處分之執行；其先執行保安處分者，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。」係指依刑法第 86 條第 2 項、第 87 條第 2 項規定宣告之保安處分，法院對於刑後方執行保安處分，於刑之執行完畢或赦免後，抑或刑前先執行保安處分，於處分執行完畢或一部執行而免除後，均有審酌是否應執行接續之保安處分抑或刑罰必要之裁量權。至於所指先執行保安處分者，於處分執行完畢或一部執行而免除後，自包含前揭所述吸收關係之保安處分類型，例如被告因犯 A 案、B 案，經法院判決分別宣告有期徒刑 1 年、2 年，並因刑法第 19 條第 2 項之同一原因分別受應於刑之執行前，令入相當處所，施以 2 年、5 年以下之監護處分均確定，復因 A 案及 B 案符合數罪併罰規定，亦經法院裁定定應執行有期徒刑 2 年 6 月確定，依首揭規定，被告應僅執行 5 年以下之監護處分為已足，嗣於處分執行完畢或一部執行而免除後，法院經裁量如認無執行刑之必要者，法院得免其刑即所定執行刑有期徒刑 2 年 6 月之全部或一部執行；倘被告所犯前揭所述之 A 案、B 案所宣告之刑罰不符合數罪併罰規定，被告仍應僅執行 5 年以下之監護處分為已足，嗣於處分執行完畢或一部執行而免除後，自得檢具事證，促請檢察官依刑事訴訟法第 481 條第 1 項之規定向該案犯罪事實最後裁判之法院聲請免其 A 案及 B 案

所宣告刑罰之執行。至檢察官向法院聲請與否之決定，仍屬檢察官指揮執行職權之範疇，倘檢察官否准聲請，受刑人得以檢察官執行之指揮為不當，向諭知該裁判之法院聲明異議，自不待言。

參考法條：保安處分執行法第 4 條之 1。

刑法第 98 條第 1 項。

刑事訴訟法第 481 條。

十九、107 年度台抗字第 312 號（裁判書全文）

（一）限制住居處分，乃對於有羈押之原因而無羈押必要之被告，命令住居於現在之住所或居所，不准遷移，或指定相當處所，限制其住居，而免予羈押或停止執行羈押之方法；此處分之目的在於確保被告按時接受審判及執行，防止逃亡，而非限制被告居住之自由。是被告經法院裁定准予限制住居於某住居所後，是否因工作、生活、經濟或其他因素，而有變更限制住居處所之需要，法院應綜合並審酌卷內相關資料，本於兼顧訴訟之進行與被告人身自由之原則決定之；如被告檢附相關證明文件，表明有變更原限制住居地必要之事由，法院倘不為准許，自應說明如予變更將違反原裁定限制住居目的之理由，方與對於基本權利之干預應選擇最小侵害手段之旨無違。

（二）經參以卷附土地登記第一類謄本、建物登記第一類謄本、戶籍謄本等資料，上開○○○3 街址之建物及所坐落土地登記所有權人為抗告人之胞弟童○璠，另抗告人之父母、胞弟、配偶及子女均亦設籍該址，似非與

抗告人不具相當關係之任意處所。抗告人於聲請變更限制之住居地址時，已釋明上情，原裁定以抗告人未提出聲請變更限制住居地之具體理由及必要性，是否妥適，已有可討論之餘地，且就倘變更限制抗告人之居所至上開○○3 街址，如何影響司法文書送達或轄區警員之查察，而有礙於限制抗告人於原居所之目的，未為相當之調查及說明，即為抗告人不利之裁定，揆諸前開意旨，仍嫌速斷。

參考法條：刑事訴訟法第 116 條、第 116 條之 1。

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,1131

【裁判日期】1070426

【裁判案由】加重詐欺等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第1131號

上 訴 人 吳東賢

溫淑惠

江旗揚

共 同

選任辯護人 王柯雅菱律師

上 訴 人 周永法

楊 笑

黃志源

上列上訴人等因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國105年8月18日第二審判決（105年度上訴字第1313號，起訴案號：臺灣新北地方法院檢察署104年度偵字第13917號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於周永法、楊笑、黃志源、溫淑惠、吳東賢、江旗揚部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

本件原判決認定上訴人周永法、楊笑、黃志源分別有其事實欄及其附表一編號1至7；上訴人溫淑惠有其事實欄及其附表一編號1、2、6、7；上訴人吳東賢有其事實欄及其附表一編號4至7；上訴人江旗揚有其事實欄及其附表6、7所載三人以上共同詐欺取財犯行，因而撤銷第一審關於周永法、溫淑惠、吳東賢、江

旗揚、黃志源及楊笑（下稱周永法等6 人）有罪部分之科刑判決，改判仍論周永法等6 人以犯三人以上共同詐欺取財罪（周永法、黃志源、吳東賢係累犯），周永法、楊笑、黃志源各計7 罪，溫淑惠、吳東賢各計4罪，江旗揚計2罪，而就周永法等6 人分別量處原判決附表二至附表七所示之徒刑，並分別諭知如同上附表「沒收」欄所載之犯罪所得金額沒收，並就所處有期徒刑部分，定周永法應執行有期徒刑6年、楊笑應執行有期徒刑5年、黃志源應執行有期徒刑6年、溫淑惠應執行有期徒刑4年、吳東賢應執行有期徒刑2年10月、江旗揚應執行有期徒刑2年8 月，暨諭知應執行相關之沒收及追徵（詳如原判決附表二至八所示），固非無見。

惟按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。於全部或一部不能沒收，或不宜執行沒收時，追徵其價額；犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，刑法第38條之1第1項前段、第3項、第4項及第5 項分別定有明文。上述規定旨在澈底剝奪犯罪行為人因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪。並為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，限於個案已實際合法發還被害人時，始無庸沒收。故如犯罪所得已實際合法發還被害人，或被害人已因犯罪行為人和解賠償而完全填補其損害者，自不得再對犯罪行為人之犯罪所得宣告沒收，以免犯罪行為人遭受雙重剝奪。反之，若犯罪行為人雖已與被害人達成和解而賠償其部分損害，但若其犯罪直接、間接所得或所變得之物或所生之利益，尚超過其賠償被害人之金額者，法院為貫徹前揭新修正刑法之理念（即任何人都不能坐享或保有犯罪所得或所生利益），仍應就其犯罪所得

或所生利益超過其已實際賠償被害人部分予以宣告沒收。再於二人以上共同實行犯罪之情形，固基於責任共同原則，共同正犯應就全部犯罪結果負其責任，然於集團性犯罪，其各成員有無不法所得，未必盡同，如因其組織分工，彼此間犯罪所得分配懸殊，而若分配較少甚或未受分配之人，仍應就全部犯罪所得負連帶沒收追繳之責，超過其個人所得之剝奪，無異代替其他參與者承擔刑罰，違反罪刑法定原則、個人責任原則以及罪責相當原則；故共同正犯犯罪所得之沒收或追徵，應就各人所分得之數為之。所謂各人「所分得」之數，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言。倘共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，應依各人實際分配所得宣告沒收。若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，與其他成員亦無事實上共同處分權限者，自不予諭知沒收。如共同正犯各成員對於不法利得具有共同處分權限時，則仍應負共同沒收之責。(一)原判決認定周永法等6人對原判決附表一所示被害人陳淑華等7人（下稱陳淑華等7人）詐欺所得之金額，係以周永法、楊笑各分得25%；溫淑惠或「妹仔」各分得23%；黃志源、江旗揚或「小張」各分得10%；吳東賢分得7%，如參與詐欺人數未達6人者，各人受分配所餘7%則由周永法取得充為「公積金」之方式朋分等情（見原判決第5頁）。倘原判決所為上開認定無誤，則原判決附表一編號1至3所述犯行，參與詐欺人數皆為5人，依上述方式朋分詐欺所得金額結果，應各有詐欺所得金額7%充為「公積金」。若周永法等6人就原判決附表一編號1至3所述犯行留存之「公積金」，具有事實上共同處分權限時，依上開說明，自應予以宣告沒收。原判決未就周永法等6人就上述「公積金」部分，是否具有共同處分權限及金額若干等情，詳為調查、審酌，即未就上述「公積金」部分宣告沒收，自有調查未盡之可議。(二)周永法等6人於原審提出與陳淑華等7人

於民國104 年10月26日所簽立「調解筆錄」及「和解書」（原判決誤載為「和解筆錄」，見原審卷三第87至93頁），據以主張周永法等6人及原審共同被告莊志祺與陳淑華等7人成立調解及和解，已經實際賠償陳淑華等7 人合計新臺幣（下同）168萬5千元（另外賠償陳淑華等7人以外之簡彩雲21萬元、李麗雲4萬5 千元部分，應予扣除）。且依卷附「調解筆錄」記載周永法等6 人及莊志祺願意給付陳淑華等7人之金額，已於「104年9 月21日」給付完畢等旨。倘若周永法等6 人所為上開主張及「調解筆錄」之記載無誤，應已實際賠償陳淑華等7 人所受損害部分金額，依上開說明，於就周永法等6 人受分配之犯罪所得宣告沒收時，即應予以計算扣除，始為適法。原判決就周永法等6 人受分配之犯罪所得宣告沒收，於理由中說明周永法等6 人並未當庭給付調解金額予陳淑華等7 人等語（見原判決第15頁第14、15行），核與所憑上述卷內證據資料未盡相符，已有未洽。又原判決係逕就周永法等6 人各自受分配之犯罪所得合計金額予以宣告沒收，而未就周永法等6人已經實際賠償陳淑華等7人所受損害部分金額，予以計算扣除，又未說明不必扣除所憑依據及理由，依上述說明，自難謂適法。以上，或係周永法等6 人上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且上述原判決之違法，已影響於事實之確定，尙有待事實審法院加以調查釐清，本院無從自為判決，應認原判決關於周永法等6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 107 年 4 月 26 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 劉 興 浪

法官 林 靜 芬

法官 李 錦 樑

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 5 月 2 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,1335

【裁判日期】1070412

【裁判案由】貪污等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第1335號

上 訴 人 臺灣高等法院高雄分院檢察署檢察官李靜文

上 訴 人

即 被 告 吳森發

選任辯護人 趙家光律師

郭清寶律師

徐豐益律師

上 訴 人

即 被 告 何存秀

選任辯護人 黃郁婷律師

金志雄律師

上 訴 人

即 被 告 藍金章

上列上訴人等因被告等貪污等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國106年2月9日第二審更審判決（105年度重上更(一)字第5號，起訴案號：臺灣高雄地方法院檢察署99年度偵字第14028、21993、27331號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第377條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法

令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並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，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人即被告吳森發、何存秀於下列事實發生時，分別擔任高雄縣岡山鎮（已改制為高雄市岡山區，以下仍稱岡山鎮）鎮長、岡山鎮鎮民代表會主席，均為依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員，吳森發並係負責指揮、監督高雄縣岡山鎮公所經辦公共工程之公務員，其2 人於民國97年底達成共同向承做該鎮公所發包公共工程之廠商收取工程回扣款之合意，並推由具有共同犯意聯絡之上訴人即被告藍金章向岡山鎮附近地區之廠商，傳遞若欲標取岡山鎮公所發包之工程標案，需經由代表何存秀之藍金章協調及安排，並支付依得標工程金額8%至10% 計算之回扣（惟實際支付時尚得視工程之困難度、利潤等因素調整）等訊息，而自98年3 月間某日起，利用吳森發指揮、監督高雄縣岡山鎮公所辦理發包工程之機會，就原判決附表三所示編號1 至39所示之各工程標案，分別收取同上附表編號「回扣分配之方式」欄所示之回扣款項（如原判決附表三編號7 至 9 及23、24所示工程回扣款部分，被告3 人均係1 次收取該3 部分及2 部分回扣款項。同附表編號28、29所示工程回扣款部分，被告3 人係就同一工程接續2 次收取該部分回扣款項），並按單筆回扣金額若超過新臺幣（下同）50萬元，藍金章分得5%，反之則分得10% 工作費，餘款則由吳森發、何存秀按4 與6 之比例朋分等情，因而撤銷第一審關於被告3 人如原判決附表一編號1 至35（即原判決附表三編號1 至39）所示部分科刑之判決，改判仍論吳森發以公務員共同犯經辦公用工程收取回扣共35罪（如原判決

附表三編號7 至9 及23、24所示收取工程回扣款部分均依想像競合犯關係從一重論以1 罪）；另論何存秀、藍金章以與公務員共同犯經辦公用工程收取回扣各35罪（如原判決附表三編號7 至 9 及23、24所示收取工程回扣款部分均依想像競合犯關係從一重論以1 罪），於就被告3 人所犯如原判決附表一編號1 、4 及26所示之罪部分，均依貪污治罪條例第12條之規定減輕其刑，以及就藍金章所犯如原判決附表一編號1 至35所示之罪部分，再依貪污治罪條例第8 條第2 項前段及證人保護法第14條第1 項之規定遞減輕其刑後，每罪各處如原判決附表一編號1 至35「所犯罪名及宣告刑（含主刑及從刑）、沒收」欄所示之刑及褫奪公權，並分別諭知相關之沒收及追徵，暨就被告3 人上開各犯35罪所處之有期徒刑，依序合併定吳森發應執行刑為有期徒刑15年4 月；何存秀應執行刑為有期徒刑17年10月；藍金章應執行刑為有期徒刑 6 年2 月，已詳敘其所憑之證據及認定之理由（藍金章於偵查及事實審法院審理時均自白上開犯行）；對於吳森發、何存秀所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。核其所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按，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。

檢察官上訴意旨略以：(一)、證人保護法第14條第1 項「第2 條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑」之規定，與貪污治罪條例第8 條第2 項「犯第4 條至第6 條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑」之規定，二者關於減輕或免除其刑之要件固有差異。然綜觀上開二法條所規定之意旨，均重在

促使被告於犯罪經起訴前，亦即刑事訴訟程序初啓之偵查階段即自白犯罪，俾職司偵查之公務員因而可掌握調查犯罪之先機，而有助於犯罪之偵查及追訴。故被告所爲若同時符合上開二法條減免其刑之規定者，依特別法優於普通法之原則，應優先選擇適用貪污治罪條例第8 條第2 項之規定減免其刑，而不應再適用證人保護法第14條第1 項之規定減免其刑。乃原判決就藍金章本件所犯與公務員共同犯經辦公用工程收取回扣共35罪，認其所爲同時符合上開二法條之規定，而併引用上開二法條之規定予以遞減其刑，殊有可議。(二)、共同正犯各人之責任應分別而論，犯罪所得之沒收與相關法律效果之評價，應依各人實際所得爲其依據。準此以觀，貪污治罪條例第12條第1 項「犯第4 條至第6 條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在5 萬元以下者，減輕其刑」之規定，自應以共同正犯各人實際分受所得之數額爲準，尙不宜就共同正犯各人所得予以合併計算。原判決就吳森發所犯如其附表三編號5 、6 、10、11、13、15、18、19、20、22、25、30、31、34、39所示之罪部分，以及何存秀所犯如其附表三編號5 、25、30、39所示之罪部分，暨藍金章所犯如其附表三編號2 、3 、5 至27、30至39所示之罪部分，認定被告3 人各人實際分受所得均在5 萬元以下，但並未審酌及說明其等該部分是否有貪污治罪條例第12條第1 項減輕其刑規定之適用，殊有欠當。又原判決就被告3 人所犯如其附表一編號1 、4 、26所載部分，以其等共同犯罪所得均在5 萬元以下，因而依貪污治罪條例第12條第1 項之規定予以減輕其刑。然被告3 人所犯如原判決附表一編號26（即原判決附表三編號30）所示之罪部分，其等共同犯罪所得合併計算並不在5 萬元以下，原判決就該部分依貪污治罪條例第12條第1 項之規定予以減輕其刑，亦有可議云云。

吳森發上訴意旨略以：(一)、原判決認定伊與何存秀、藍金章共同

犯如其附表一編號1 至35所示之公務員經辦公用工程收取回扣共35罪，惟其主文未為「共犯」之諭知，尚有未洽。又伊係因害怕遭受羈押及罹患高血壓等各種原因，始於法務部調查局高雄市調查處（下稱高雄市調處）、檢察官偵查及第一審聲請羈押訊問時自白本件犯行，故伊上開自白均非出於自由意志，原審未詳細斟酌上情，遽採伊上開自白作為不利於伊認定之依據，自為不當。

(二)、依共同被告藍金章相關供述各情，以及證人即廠商李育麟、劉忠仁、許超智、葉美玉、許水文、楊正忠、蔡維正、楊聰源、高双武及李明川等人所為之相關證詞，足見本件相關廠商交付款項予藍金章之目的，係為酬謝藍金章協助其等標得工程，或為使其等所標得之工程施工能順利進行而為，並非基於給付工程回扣之意思。原判決未詳細斟酌上情，遽謂無論廠商交付款項之主觀認知或目的為何，皆無礙於該等款項係屬工程回扣之認定云云，就伊本件所犯未論以政府採購法第87條第4 項之罪，而論以貪污治罪條例第4 條第1 項第3 款之公務員共同經辦公用工程收取回扣罪，其論斷前後矛盾，殊有欠當。(三)、依伊及藍金章所供述之內容以觀，僅能證明伊有參與收取如原判決附表三編號12、23、24、28及38等所示部分之工程回扣款。乃原判決在無明確證據之情形下，遽認伊除上開部分外，另有如原判決其餘所載收取工程回扣之犯行，顯有違誤。又證人許水文就如原判決附表三編號10至12所示犯行部分，雖於第一審審理時為不利於伊之證詞，然其於偵查時曾證稱：吳森發及藍金章等人並沒有事先安排伊得標，伊得標後亦未交付工程回扣款予他人等語。原判決就許水文上開有利於伊之證詞，並未說明何以不能採為有利於伊論斷之理由，亦有可議云云。

何存秀上訴意旨略以：(一)、原判決所引用之相關證據，俱不足以證明伊有與吳森發於97年底某日，在高雄市○○區○○路之「五

○○酒家」（下稱「五○○酒家」）見面後，雙方達成吳森發配合由伊主導共同向廠商收取工程回扣款，伊不再杯葛高雄縣岡山鎮公所年度預算合意之事實；乃原判決在無明確證據之情形下，遽為上開認定，殊有未洽。又證人劉忠仁、許超智（誤載為許水文）及楊正忠於原審審理時證稱：「於如原判決附表三編號1 至39所示之工程期間，業界確有藍金章係代表何存秀出面主持工程標案並收取款項之傳聞」等語，係屬傳聞證言，應無證據能力，原判決引為伊本件犯行之補強證據，亦有未合。(二)、原判決就伊本件所犯各罪，並未就每罪說明其所憑之證據及理由，遽予論罪科刑，顯有未洽。又藍金章所為不利於伊之證詞前後不盡一致，原判決在無其他證據之情形下，僅引用藍金章所為前後不一之證詞，遽認被告3 人有本件共同收取工程回扣之犯行，亦有可議。另原判決認定伊有如其附表三編號32及33所示收取工程回扣之犯行，其於理由內摘錄證人林木水於第一審審理時證稱：「……將李明川請我轉交的款項交給何存秀」一語（見原判決第17頁倒數第10至11行），應屬有誤，實際情形應係「何存秀轉交信封給藍金章」，亦即伊並未直接收受工程回扣款，原判決引用與卷內資料不符之證據，遽認伊有上開部分之犯行，同有欠當。(三)、吳森發罹患高血壓、高血糖等相關疾病，並有腦栓塞之病史需要服藥控制，而其於高雄市調處、檢察官偵查及第一審聲請羈押程序時又遭長時間詢（訊）問。參照原法院上訴審勘驗高雄市調處詢問吳森發之錄音光碟結果，足見吳森發於高雄市調處、檢察官偵查及第一審聲請羈押訊問時所為之供述，係在身體有疾病，加以體力透支之雙重壓力下而為，故其所為之自白並非出於自由意志，應無證據能力，原判決採用上開無證據能力之自白，遽為不利於伊之認定，顯有未合。再原判決並未具體說明吳森發於高雄市調處之供述，究竟如何具有較可信之特別情況，僅以吳森發於高雄

市調處之供述較接近案發時間為由，遽認吳森發於高雄市調處之陳述為有證據能力，而採為不利於伊之證據，亦有未洽。(四)、原判決採用證人許水文、鍾錦和、高双武、蔡維正、李育麟、李明川、楊聰源及楊正忠等人之證詞，作為認定伊有本件犯行之證據，卻又認上開證人所為其他有利於伊之證詞部分，並不能採為有利於伊論斷之依據，其證據取捨之標準不一，殊有欠當。又原判決並未調查有無其他補強佐證，僅憑藍金章片面之證述，遽行認定伊有如其附表三編號39所示部分之犯行，同屬違法云云。

藍金章上訴意旨略以：伊係因家庭經濟壓力沈重而犯本案，犯後已全部坦承犯行，可見伊犯罪情狀可憫，且犯後態度良好，確有悔過向上之決心，原判決未依刑法第59條之規定酌量減輕其刑，殊有欠當云云。

惟查：(一)、貪污治罪條例第8 條第2 項關於在偵查中自白減免其刑之規定，分為「前段」與「後段」二種不同之情形，前者如有所得並自動繳交全部所得財物者，僅應減輕其刑（不包括免除其刑），而後者必須因而查獲其他正犯或共犯者，始予減輕或免除其刑，二者之要件、規範目的與是否得免除其刑，均有不同。原判決關於藍金章所犯如其附表一編號1 至35所載與公務員共同犯經辦公用工程收取回扣共35罪部分，係依證人保護法第14條第 1 項及貪污治罪條例第8 條第2 項「前段」（即「犯第4 條至第 6 條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑」）之規定予以遞減輕其刑（藍金章如附表一編號1 、4 、26所示之犯行部分，另再依貪污治罪條例第12條之規定遞減輕其刑），並非依貪污治罪條例第8 條第2 項「後段」（即「因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑」）之規定對藍金章減輕其刑。又貪污治罪條例第8 條第2 項前段「犯第4 條至第 6 條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，

減輕其刑」之規定，其目的係為鼓勵公務員於犯貪污罪之後能勇於自新而設，被告於偵查中自白，復就全部所得財物，於偵、審中自動繳交者，因已足認確有悛悔向善之意，而予以減刑寬典。至證人保護法第14條第1項規定：「第2條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑」之規定，則旨在藉刑罰減免之誘因，以鼓勵刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，使其勇於供出與案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯犯罪之事證，以協助檢察官有效追訴其他正犯或共犯。然此減免刑罰之條件，除須符合該法第2條所定之案件之外，尚須經檢察官事先同意，且須於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，否則即無減免刑罰之餘地。上揭法定減輕或免除其刑之規定，前者，重在鼓勵公務員於犯貪污罪之後能勇於自新；後者，則重在鼓勵刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，勇於供出與案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯犯罪之事證，以協助檢察官有效追訴其他正犯或共犯。二者之立法目的不同，適用要件亦異，且前者為減輕其刑，後者為減輕或免除其刑，乃個別獨立減輕或免除其刑之規定。原判決就藍金章所犯如其附表一編號1至35所示與公務員共同犯經辦公用工程收取回扣共35罪部分，認其所為同時符合貪污治罪條例第8條第2項「前段」及證人保護法第14條第1項之規定，而併引用上開二法條之規定予以遞減輕其刑，經核於法並無不合。檢察官上訴意旨(一)誤引貪污治罪條例第8條第2項「後段」之規定，與證人保護法第14條第1項之規定為比較，認為上述二種減免其刑之規定具有特別法與普通法之競合關係，僅能擇

一適用，而據以指摘原判決就藍金章所犯上開35罪部分，未擇一優先適用貪污治罪條例第8條第2項「後段」之規定，予以減輕或免除其刑，而併引用上開二法條之規定予以遞減輕其刑為不當云云，依上述說明，要屬誤解，難謂係合法之第三審上訴理由。

(二)、貪污治罪條例第12條第1項規定：犯第4條至第6條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在5萬元以下者，減輕其刑。是依上開規定，必須所犯係同條例第4條至第6條之罪，而同時具備「情節輕微」暨「其所得或所圖得財物或不正利益在5萬元以下」二項條件者，始可依上述規定減輕其刑。本件依原判決於其理由內說明被告3人所犯如其附表一編號1、4、26所示之公務員及與公務員共同經辦公用工程收取回扣共3罪部分，其等共同犯罪所得財物均在5萬元以下，情節輕微，故均依同條例第12條第1項之規定予以減輕其刑等旨以觀（見原判決第41頁第4至7行），係認被告3人所犯如其附表一編號1、4、26所示公務員及與公務員共同經辦公用工程收取回扣共3罪部分，因其等共同犯罪各自實際所得及3人所得合併計算均在5萬元以下，符合前述「情節輕微」之要件，故均依貪污治罪條例第12條第1項之規定予以減輕其刑。至被告3人其餘所犯部分，雖其中有部分被告各自實際犯罪所得財物在5萬元以下，但因其等共同犯罪所得合併計算均係在5萬元以上，不符合上述「情節輕微」之要件，故未依貪污治罪條例第12條第1項之規定予以減輕其刑；核其論斷於法尚無不合。又稱「以上」、「上下」、「以內」者，俱連本數或本刑計算，刑法第10條第1項定有明文。被告3人所犯如原判決附表一編號26（即原判決附表三編號30）所示之罪部分，其等共同犯罪所得合併計算適為5萬元（即吳森發犯罪所得1萬8千元，何存秀犯罪所得2萬7千元，藍金章犯罪所得5千元），應符合貪污治罪條例第12條第1項所稱「所得財物

在5 萬元以下」之要件，並無檢察官上訴意旨所指被告3 人就此部分共同犯罪所得合計「不在5 萬元以下」之情形。檢察官上訴意旨(二)謂原判決就被告3 人除其附表一編號1、4、26所示部分以外之犯行，未審酌是否有貪污治罪條例第12條第1 項減輕其刑規定之適用為不當。並謂被告3 人所犯如原判決附表一編號26（即原判決附表三編號30）所示之罪部分，其等共同犯罪所得合併計算並不在5 萬元以下，而指摘原判決就該部分依貪污治罪條例第12條第1 項之規定予以減輕其刑，亦有違誤云云，依上述說明，亦屬誤解。難認係依據卷內資料而為指摘之適法第三審上訴理由。(三)、原判決於其附表一編號1 至35「所犯罪名及宣告刑（含主刑及從刑）、沒收」欄內，關於諭知被告3 人所犯罪名之主文內均載有「共同犯經辦公用工程收取回扣罪」等字，並無吳森發上訴意旨(一)所指原判決主文未諭知「共犯」之情形。又原判決對於吳森發於高雄市調處、檢察官偵查及第一審聲請羈押訊問時所為不利於己及不利於何存秀、藍金章之供述（自白），已依據其調查所得之各項證據資料，說明何以均得作為本件犯罪證據之理由綦詳，且依原判決理由之說明，其認吳森發於高雄市調處所為之供述，對何存秀而言具有證據能力，並非單憑吳森發之上開陳述較接近案發時間作為唯一理由（見原判決第6 頁第1 行至第 9 頁第23行）；核其論斷，於法尚屬無違，並無吳森發、何存秀上訴意旨所指原審未詳細斟酌其上訴意旨所指之前揭相關各情，遽認吳森發上開供述得作為證據之情形。吳森發上訴意旨(一)指摘原判決於其主文項下未為「共犯」之諭知，以及吳森發、何存秀上訴意旨指稱原審未詳細斟酌相關各情，遽認吳森發於高雄市調處、檢察官偵查及第一審聲請羈押訊問時所為之供述均得作為證據為不當云云，依上述說明，亦非依據卷內資料而為指摘之合法第三審上訴理由。(四)、原判決依據其調查所得之各項證據資料，已

說明本件係藍金章依何存秀之指示，事先接洽有意參與高雄縣岡山鎮公所工程標案之廠商，告以其係代表時任岡山鎮鎮民代表會主席之何存秀出面安排，由各廠商輪流以工程預算金額95% 左右之高價標得相關工程，而不再彼此以低價搶標，得標廠商再按工程得標金額及施工難易度，亦即依工程之利潤比例支付工程回扣，一般情況約為得標金額8%至10% 左右，且原則上由藍金章於廠商得標後出面向各該得標廠商收取現金，再就所收取之數額扣除藍金章自己應得部分，即金額在50萬元之內者朋分1 成，金額在50萬元以上者朋分0.5 成，然後再將餘款交予指派其出面之何存秀，再由何存秀與吳森發依比例朋分（見原判決第35頁第13至22行）。何存秀、藍金章雖非貪污治罪條例第4 條第1 項第3 款所稱經辦公用工程之公務員，然其與具有指揮、監督高雄縣岡山鎮公所經辦公用工程之公務員身分之吳森發共同犯罪，彼此間具有犯意之聯絡及行為之分擔，依刑法第31條第1 項及貪污治罪條例第3 條規定，仍應論以共同正犯。因認被告3 人所為如原判決附表一編號1 至35所示之犯行，分別係犯貪污治罪條例第4 條第 1 項第3 款之公務員及與公務員經辦公用工程收取回扣罪，被告 3 人間互有犯意聯絡及行為分擔，應依刑法第31條第1 項規定論以共同正犯等情綦詳（見原判決第40頁第12至20行）綦詳；核其論斷與經驗、論理法則無違，且其法律之適用亦無違誤，並無判決所載理由矛盾之情形。吳森發上訴意旨(一)置原判決明確之論斷於不顧，猶執其不為原審所採信之同一辯解及主張，再事爭論，並執憑己見，漫事指摘原判決採證認事及用法不當，依前揭說明，自非合法之第三審上訴理由。(五)、證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。(1)、原判決認定被告3 人有如其附表一編號1 至35（即原判決附表三編號1 至39）

所示公務員及與公務員共同經辦公用工程收取回扣之犯行，已引用證人劉忠仁、許水文、鍾錦和、高双武、葉美玉、蔡維正、李育麟、李明川、許超智、楊聰源、王國懿及楊正忠等人所為之證詞，以及吳森發、藍金章之自白，暨吳森發與藍金章間，及何存秀與吳森發間之通訊監察錄音譯文等證據資料，說明本件係由何存秀、吳森發共同利用高雄縣岡山鎮公所辦理公用工程之機會，推由同具收受回扣犯意聯絡之藍金章出面與廠商協調收取工程回扣，而藍金章既係代表何存秀出面與廠商協調收取工程回扣，自不可能私吞所取得之回扣款項；又何存秀因懼怕吳森發對外舉發其犯行，自亦不可能不依原先約定比例交付工程回扣款項予吳森發，遑論吳森發於99年4月間屢次撥打電話向藍金章探詢其收取工程回扣之狀況，足見吳森發因需款孔急而甚為關注工程回扣款實際收取情形，顯不可能任由何存秀、藍金章私吞其應分得之回扣，堪認被告3人應已實際分受如原判決附表一編號1至35（即原判決附表三編號1至39）所示之工程回扣款等情綦詳（見原判決第12頁第3行至第40頁第9行）；核其論斷與經驗、論理法則無違。吳森發、何存秀上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，漫事指摘原判決前述之採證認事不當，依前揭說明，並非合法之第三審上訴理由。(2)、原判決認定何存秀與吳森發於97年底某日，在「五〇〇酒家」見面後，達成吳森發配合由何存秀主導共同向廠商收取工程回扣款，則何存秀不再杯葛高雄縣岡山鎮公所年度預算之合意等情，已說明吳森發關於上情所為之證詞，核與何存秀確於97年5月間在同縣岡山鎮鎮民代表會開會期間，公然在議事堂以議事槌丟向吳森發，並追打吳森發等情相符，此業經原法院第一次上訴審勘驗相關錄影光碟確認無訛，有原法院第一次上訴審勘驗筆錄在卷可稽；以及高雄縣岡山鎮公所97年度及98年度之總預算，確實清楚呈現何存秀擔任主席之同縣岡山鎮鎮民代表

會，原刪減高雄縣岡山鎮公所編列之預算近兩成，之後則僅刪除不到千分之一，同縣岡山鎮民代表會對同縣岡山鎮公所預算態度重大改變之時點，恰與吳森發所稱其與何存秀經中間人居中牽線，而於97年底在「五〇〇酒家」見面達成共同向包商收取工程回扣款之時間相符，堪認吳森發所述為可信等情綦詳（見原判決第27頁倒數第4行至第31頁第6行）；核其論斷與經驗、論理法則無違。何存秀上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，徒以泛詞，漫事指摘原判決上述採證認事不當，依前揭說明，並非適法之第三審上訴理由。(3)、按供述證據之內容，前後雖稍有參差或互相矛盾，事實審法院非不可本於經驗法則，斟酌其他證據作合理之比較，以定其取捨，從而供述證據之一部認為真實者予以採取，一部認為存疑者，予以摒棄，亦非證據法則所不許。原判決引用證人許水文、鍾錦和、高双武、蔡維正、李育麟、李明川、楊聰源及楊正忠等人所為之證詞，作為認定何存秀有本件犯行之依據，並認上開證人所為其他有利於何存秀之證詞，並不能採為有利於何存秀之論斷，已詳細說明其取捨論斷之理由，核與證據法則無違，此係屬原審採證認事職權之適法行使，自不得任意指為違法。又原判決認定被告3人有如其附表三編號39所示部分之犯行，並非單憑藍金章所為之證詞，作為唯一之論據，而係綜合藍金章、楊正忠及吳森發等所為之證詞，以及上開工程僅有楊正忠擔任實際負責人之樺園景觀工程有限公司參與投標，因未達公告底價金額，猶仍以底價86萬元決標，暨參酌何存秀與吳森發間之通訊監察錄音譯文等相關證據資料（見原判決第19頁第8行至第20頁第2行、第27頁倒數第4行至第37頁第13行），本於事實審法院之推理作用，據以認定被告3人有如其附表三編號39所示共同收取工程回扣之犯行，已於理由內剖析論敘甚詳，核其論斷與經驗、論理法則無違。何存秀上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧

，任憑己意，漫事指摘原判決在無其他補強證據之情形下，僅憑藍金章片面之詞，遽認其有上開部分之犯行為不當云云，並非依據卷內資料執為指摘之合法第三審上訴理由。(4)、證人許水文於第一審雖翻異前詞，改為有利於上訴人等3人之陳述，然原判決對此已加以審酌，並說明許水文所為有利於吳森發等人之證詞，何以不能採為有利於吳森發等論斷之理由（見原判決第22頁第2至18行）。縱原判決就許水文所為有利於吳森發等人之證詞，未逐句說明何以不能採為有利於吳森發等論斷之理由，而略有微疵，然於本件判決之結果並無影響，依刑事訴訟法第380條規定，仍不得據為合法之第三審上訴理由。吳森發上訴意旨執此指摘原判決不當，同非適法之第三審上訴理由。(六)、證人陳述其親身體驗之事實，或與其體驗事實具有不可分離關係之事項，均非屬傳聞證據，此與證人陳述其個人意見或推測之詞，並無證據能力者有別。原判決認定何存秀及吳森發、藍金章有本件犯行，其所引用證人劉忠仁、許超智（誤載為許水文）及楊正忠於原審更一審審理時證稱：在如原判決附表三編號1至39所示之工程期間，業界確有藍金章係代表何存秀出面主持工程標案並收取（回扣）款項之傳聞等語（見原判決第34頁第6至8行）；依其所述關於業界之間有上述傳聞一節，係屬上開證人親身見聞及與其體驗事實具有不可分離關係之事項。何存秀上訴意旨指稱證人劉忠仁、許超智及楊正忠所為之上開證言，係屬傳聞證言，並無證據能力，原判決引為其有本件犯行之補強證據為不當云云，依上述說明，亦非依據卷內資料而為指摘之合法第三審上訴理由。(七)、原判決認定何存秀有其附表三編號32、33所示之犯行，係綜合林木水於第一審審理時證稱：「（問：李明川得標之後是否有將百分之十回扣的信封交給你？讓你轉交給藍金章？）有，他有叫我轉交給藍金章」、「（問：之後是否有將信封再轉交給何存秀？）……

所以（我）請代表喝酒，當時在門口的時候我碰到何存秀，我就說麻煩他們交給藍金章」、「（你把這個信封交給何存秀的時候，當時他有無說什麼？）當時他喝酒醉」、「（問：所以你們岡山地區大家都知道如果要標工程的話，一定要交得標金額百分之十的回扣，才可以標到工程，是否這樣？）是的」等語（見第一審卷第五宗第224 頁正、背面），並於理由內摘錄說明林木水於第一審審理時證稱：「……我則是利用某次請代表會代表喝酒的機會，與主席何存秀碰面時，將李明川請我轉交（以信封裝）的款項交給何存秀」等語，核與第一審林木水筆錄所載之上開意旨大致相符，並無誤載之情形。何存秀上訴意旨謂原判決上開摘要說明有誤云云，依上述說明，要屬誤解，其執此指摘原判決不當，亦非適法之第三審上訴理由。(八)、刑法第59條所規定之酌減其刑，必其犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般人之同情，認即予以宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。至犯罪情節輕重等相關事由，僅屬刑法第57條所規定量刑輕重之參考事項，尚不能據為刑法第59條所規定酌減之適法原因。原判決已說明藍金章與吳森發、何存秀本件共同收取工程回扣款之次數甚多，並實際依比例分受回扣款項而蒙受不法利益，其犯罪情狀在客觀上並無足以引起一般人同情之情形，核與刑法第59條酌減其刑規定之要件尚有未合，故不予酌減其刑等情綦詳（見原判決第41頁倒數第2 行至第42頁第6 行）。核其論斷，於法尚屬無違。藍金章上訴意旨指摘原判決未依刑法第59條規定予以酌量減輕其刑為不當云云，無非徒憑己見，對原審量刑裁量權之適當行使為任意之指摘，亦非合法之第三審上訴理由。至檢察官及被告3 人其餘上訴意旨，均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，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，暨其他不影響於判決結果

之枝節性問題，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首揭說明，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 107 年 4 月 12 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 李 錦 樑

法官 劉 興 浪

法官 林 靜 芬

法官 張 祺 祥

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 20 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,1373

【裁判日期】1070426

【裁判案由】殺人

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第1373號

上 訴 人 臺灣高等法院高雄分院檢察署檢察官蔡國禎

上 訴 人

即 被 告 孫國晃

上列上訴人等因被告殺人案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國106年1月25日第二審更審判決（104年度上重更(三)字第1號，起訴案號：臺灣高雄地方法院檢察署99年度偵字第35270號、99年度偵緝字第2729號、100年度偵字第1199號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人即被告孫國晃有如其犯罪事實欄所載引火燃燒殺死被害人張志添及燒燬所租自用小客車及附近帆布等物品之犯行等情，因而撤銷第一審此部分之科刑判決，改判依想像競合犯關係，從一重論處被告殺人罪刑（處無期徒刑，褫奪公權終身）。固非無見。

二、惟查：

(一)審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之，刑事訴訟法第288條第4項定有明文。而此所謂「科刑資料」當係指刑法第57條或第58條所規定之內容，亦即科刑之標準與基礎應如何具體審酌取捨之問題。此等資料雖以自由之證

明爲已足，必也經過調查，使當事人、辯護人等有陳述意見之機會，始有刑事訴訟法第310條第3款所定「有罪之判決書，應於理由內記載科刑時就刑法第57條或第58條規定事項所審酌之情形」。否則所謂之審酌並記載於有罪之判決書云云，即失所據，其刑之量定自不足據以斷定，並有判決理由不備之違背法令。依原審審判筆錄之記載，審判長於訊問被訴事實後，僅就被告學歷、職業、家庭狀況、經濟狀況；有無賠償及同意賠償之情形詢問雙方，並請被告、辯護人及檢察官就科刑之範圍表示意見外，並未就被告於民國100年12月8日至103年7月17日間，另案在法務部矯正署高雄監獄（下稱高雄監獄）執行期間接受性侵害強制治療之各類輔導及治療課程紀錄、各次觀察評估紀錄，及張志添之父母對被告提起損害賠償之臺灣高雄地方法院民事判決等科刑資料，予以提示調查（見更(三)卷(三)第142 頁正反面），以使被告、辯護人及檢察官得以就上開科刑資料表示意見，即採爲量刑準據之一，所踐行之訴訟程序即難謂適法。

(二)證據雖已調查，而其內容尙未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令。原判決向高雄監獄調取上開被告在監服刑期間接受強制治療之各類教育輔導及治療課程、觀察評估紀錄，作爲量刑審酌之基礎之一，理由說明，該觀察評估紀錄略以：「孫國晃（呼號：7110）可針對自我認同的主題進行發表；孫國晃參與較多主動積極討論，對於心理相關的因素有較多的好奇，可提出疑惑的地方；孫國晃有保持聽課；孫國晃討論到有關目前新聞『富少迷姦案』，有相當多的討論，成員對這些八卦新聞比較有興趣；孫國晃對治療者提出相關於減害療法提及的兩害權衡的平衡方法，能有較多的討論，並對於自

己目前的身份地位到底該怎麼進行更增廣的想法擴充；孫國晃表示也是透過宗教來改變想法，但坦承自己對於能否抵抗女性的誘惑仍會存疑；孫國晃可參與討論，並且理解一般性的認知扭曲多是以自己的想法為基礎，扭曲外界的客觀要素而呈現的不盡正確的想法」等各情，另在課程中之參與過程，則有被評定為：『主動、合作、投入、順從、和諧、信任』等正向表現之情形，以上有高雄監獄105年9月12日高監教字第00000000000 號函暨孫國晃於本監執行期間接受性侵害處遇相關治療紀錄多份附卷可參。由上開被告在監接受性侵害處遇相關治療課程之參與過程表現，與接受治療課程後被觀察評估之紀錄資料觀之，被告既能主動、合作、投入地接受監獄安排的各項處遇治療課程，且參與教育輔導課程中，能保持聽課，又能主動積極參與討論，尤其對治療師提出之問題，更能提出疑惑之處，探討自身目前身份地位如何增廣想法之問題，並且已能理解一般性的認知扭曲多是以自己的想法為基礎等，準據上開各項受教之觀察及評估資料，堪認被告確有接受教化而改變其過去思惟與作法，進而改過遷善之可能性存在」等語（見原判決第57至58頁），固有上開資料為據。惟依該被告在監之輔導及治療觀察、評估資料及高雄監獄於102年10月18日第154次之治療評估會議紀錄之記載，其中提案三關於被告已經刑前治療將滿3 年，是否結案之議案，經審議之結果，以該個案再犯危險性仍高，宜持續治療為由，而決議「不結案轉刑中治療」（見更(三)卷(三)第82至85頁反面），倘屬無誤，被告在監獄輔導治療之效果及刑罰適應性如何，似仍存疑問，而被告此後在服刑中之輔導及治療情形與成果如何，亦仍待釐清。原審雖調取上開被告輔導治療紀錄，然該項科刑資料待證之事項仍未明瞭，原審未予

調查釐清、明白審認，自有調查職責未盡之違誤。

(三)按我國刑事訴訟法固不採強制鑑定，但對於待證事項有無送請具有特別知識經驗者，或政府機關委任有鑑定職務者為鑑定之必要，事實審法院仍得取捨選擇後加以決定，非必受當事人聲請之拘束。且對於待證事項之認定，如必須運用在該領域受特別教育、訓練或經歷長時間從事該業務之經驗始可得知，法官無從依其法律專業素養或一般教育中學習，或自日常生活經驗得知時，此時即有運用鑑定以補充判斷時所須要特定專業知識之必要。又法院於依法囑託鑑定時，因其職務上不具有自行判斷之知識能力，係以選任具有特別知識經驗之人或機關，對於受託鑑定事項，予以鑑識、測驗、研判及判定，以輔助法院為正確性判斷。是以被選任之鑑定人所執行者，係基於其本身之特別知識經驗，而為鑑定事項之獨立判定，如過程未獲提供充實之資料，對於鑑定應有之證明力，不無影響。故刑事訴訟法於第205條第1項明定「鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，檢閱卷宗及證物，並得請求蒐集或調取之」，其旨在於鑑定之範圍內，能蒐集廣泛資料，以利鑑定作業之實施，俾利鑑定人提出正當之鑑定報告。法院若就犯罪行為人有無教化矯正之合理期待可能性，採取以囑託心理衡鑑進行實證之調查時，該項供以評估、判斷資料之取得，應非僅以犯罪行為人「經臨床晤談時之片面供述」為足，尤應考量其人格形成及其他相關成長背景等資訊，儘量蒐集可供鑑定人對犯罪行為人充足瞭解之客觀資料，使鑑定人得經以綜合評價與分析以後，提出正當之專家判斷，以供法院參酌及採用。是法院為上揭事項之囑託鑑定時，有義務主動蒐集或調取與鑑定事項相關之資料，提供鑑定人為完善鑑定之內容，以增強鑑定結果

之有效性與正確性，俾能踐行犯罪行為人有無教化矯正之合理期待可能，係以全人格形成因素為評估，以期在正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的間尋求平衡，而為適當之裁量。稽之卷內證據資料，原審曾依被告辯護人之聲請，檢附全卷囑託國立臺灣大學醫學院附設醫院（下稱臺大醫學院）對被告鑑定「有無教化可能性」，惟經臺大醫學院定期通知到場時，因被告拒絕鑑定而未實施該鑑定（見原審更(三)卷(二)第5頁反面、卷(三)第91頁、第95頁），即未再向被告求學、就業及其他生活團體，函調蒐集有關其品行、素行、人格特質、心理素質、精神狀態、行為模式等與刑罰矯正適應性及教化歸復社會空間之判斷有關之資料，以供進行鑑定、調查或法院量刑審酌之需。逕以上開被告在監接受性侵害處遇相關治療課程紀錄為審酌論斷之依據，非無判決理由不備及調查職責未盡之違誤。

三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決仍有撤銷發回之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 4 月 26 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 陳 宗 鎮

法官 陳 世 雄

法官 段 景 榕

法官 張 智 雄

法官 何 菁 莪

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 5 月 2 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,1395

【裁判日期】1070426

【裁判案由】違反公職人員選舉罷免法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第1395號

上 訴 人 江明德

選任辯護人 鄭文龍律師

鄭深元律師

吳剛魁律師

上列上訴人因違反公職人員選舉罷免法案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國105 年9 月6 日第二審判決（105 年度原選上訴字第3 號，起訴案號：臺灣高雄地方法院檢察署104 年度選偵字第54、90、91號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審不當之科刑判決，改判論處上訴人江明德犯公職人員選舉罷免法第100 條第1 項之行求賄賂及不正利益罪刑，固非無見。

二、惟查：

(一)有罪判決書之事實一欄，為判斷其適用法令當否之準據，應將法院依職權認定與論罪科刑有關之事實，以及適用法律有關之事項，均應為詳實之記載，然後於理由內逐一說明其憑以認定之證據，並使事實認定與理由說明，互相適合，方為合法。倘若事實未有記載，而理由加以說明，或事實已有記載，而理由未予說明，或事實認定與理由說明，不相一致，

或事實或理由欄內之記載，前後齟齬，或事實認定與所採之證據不相適合，按諸刑事訴訟法第379 條第14款規定，均為判決不載理由，或所載理由矛盾，其判決當然違背法令。原判決事實認定「江明德、卓春雄、徐惠美均為高雄市那瑪夏區第1 屆區民代表會代表……，江明德為求順利當選那瑪夏區第1 屆區民代表會主席，……遂於民國103 年12月19日中午時分，與徐惠美、卓春雄在徐惠美果園（另有江明德之親戚周浩祥、徐惠美之夫孫文德同時在場）……，基於行求賄賂及其他不正利益之犯意，向在場具有區民代表會主席投票權之卓春雄、徐惠美表示：若支持其競選主席，除擔任副主席者交付新臺幣（下同）7 、80萬元予他人暫為保管外，由其出資100 萬元，交予另2 名區民代表1 人50萬元作為賄款，當選後副主席即可取回該擔保金等語；復向卓春雄、徐惠美表示：待其當選主席後，其及另外三名支持其當選主席之區民代表間，將針對那瑪夏區之公共工程利益互相協調、朋分等語，而以行求現金賄賂及朋分那瑪夏區工程利益之不正利益等方式，約定卓春雄、徐惠美等區民代表屆時投票支持江明德，而為投票權之一定行使，惟因卓春雄、徐惠美尚有其他疑慮、考量，而未談妥具體事宜，雙方意見未臻合致」等情（原判決第1 至2 頁）。於判決理由復謂「上訴人於調查局詢問中供稱：『當時是徐惠美主動提及她要當副主席，但不願意出錢，所以我假設提及拿100 萬元買票，尋求其他區代表支持我參選代表會主席，並要收受款項的區代表總共應交付7 、80萬元給第三人作為我之保障』等語；於偵查中供稱：『（問：為何當天會談到錢的事情？）當天並不是我主動談起，我對徐惠美已經不信任，我只是順著他們的話題，用假設的方式和他們談』、『（問：當天談論的內容為何

？）徐惠美表示要當副主席，要我全部處理，處理的方式就是我說的假設的問題』、『（問：假設的問題為何？）就是那二個人有要求的話我配合』、『（問：哪二個人，如何要求？）還不知道，當時還沒有談到正題』、『（問：當天在場包括你，有三個代表，怎麼會說沒有談到正題？）因為我不知道另外一個是誰，而且我本來就不相信徐惠美』等語（原判決第23至25頁）……；證人周浩祥於偵查中證稱：……對話中『出100 處理兩個人』乃指上訴人出資100 萬元買二名代表，但不知該二名代表為何人，而副主席並不會拿到錢，換言之副主席這一票不需特別去買票，只要買了二名代表即可取得4 票等語……；證人徐惠美於調詢、偵查及第一審審理中證稱：上訴人所為附表一所示言語，係上訴人為競選主席有意出資100 萬元向非擔任副主席之二名區代表買票，副主席無庸出資亦不能收取賄款，由於尚未細部協調出副主席及另二名區代表，是上訴人未指明欲向哪二名區代表買票。副主席則需提出7、80萬元予第三人作為擔保金，倘上訴人順利當選主席則全數歸還，若未當選主席則作為補償，上訴人暗示支持伊擔任副主席，故上訴人所謂提出7、80萬元作為擔保金之人實際上暗示伊本人等語；證人孫文德於調詢、偵查及第一審審理中證稱：上訴人欲擔任主席，希望徐惠美擔任副主席，且願意出資100 萬元給予另二名支持區代表，一人50萬元，但徐惠美須拿出7、80萬元給第三人當保證金，以防上訴人未當選主席作為補償，若上訴人順利當選，保證金將全數返還予徐惠美等語……。審酌證人周浩祥、徐惠美、孫文德上開證述，就上訴人願意出資100 萬元交予另二名區民代表一人50萬元作為賄款，惟未指明該2 名區民代表等情，證述內容均屬一致（原判決第27至29頁）」云云

，如果無訛，似指於前揭協調現場，上訴人係以證人徐惠美搭檔競選副主席（惟須先提出7、80萬元予第3人作為擔保金）為前提，其願出資100萬元向另2名尚未經指名之區民代表買票，期能獲得4票支持而當選區民代表會主席，但未談妥具體事宜，雙方意見未臻合致；然原判決卻另謂上訴人雖未指明2名區民代表，惟於該時機下以此用語向在場之卓春雄、徐惠美表示上開話語等由，認上訴人乃係向在場可得特定且具有投票權之卓春雄、徐惠美二人行求賄賂（原判決第29頁），則又指上訴人與卓春雄、徐惠美二人達成合意，向該特定二人行求賄賂，不無事實認定與理由說明不相一致，及理由所載前後齟齬之理由矛盾違誤。又倘上訴人行賄之對象（即特定2名具有高雄市那瑪夏區民代表會主席選舉權之代表）尚未確定，似尚無上訴人行賄意思表示已達該等有投票權人可言，是否已構成公職人員選舉罷免法第100條第1項之投票行求賄賂罪，亦非無疑。原審未詳予審認說明，亦有調查未盡及理由欠備之違法。

(二)另按公職人員選舉罷免法第100條第1項投票行賄罪所指「其他不正利益」，係指賄賂以外足以供人需要或滿足人慾望之一切有形、或無形之利益而言，且不以經濟上之利益為限。是否成立該罪，除行為人主觀上需具有行賄之犯意，而約使有投票權人為投票權一定之行使或不行使外，客觀上行為人所行求、期約或交付之不正利益，可認係約使投票權人為投票權之一定行使或不行使之對價，始足當之。至候選人於競選期間，為贏得勝選，就選民所關切之公共政策、福利政策等公共事務提出其主張或藍圖願景，以作為當選後施政方針之「競選政見」，其與行求、期約賄選之分野，除此標準加以辨別外，應審酌候選人所提利益之應允或給與，如尚

須受行政程序之制約或其他機關之監督，依法為受益之處分或形成政策予以實施，無論所圖得利益人數多寡，應屬政見之提出。反之，如利益之給與或應允具立即性，無需任何法律程序制約或其他機關之監督，而具有對價關係，即為不法利益之行求、期約。原判決事實認定：「（上訴人）復向卓春雄、徐惠美表示：待其當選主席後，其及另外三名支持其當選主席之區民代表間，將針對那瑪夏區之公共工程利益互相協調、朋分等語，而以……朋分那瑪夏區工程利益之不正利益方式，約定卓春雄、徐惠美等區民代表屆時投票支持江明德，而為投票權之一定行使」等情，其中所指「那瑪夏區公共工程利益」，依地方自治行政、立法分權之原理，其取得之程序，由規劃至成案尚須受行政程序之制約與相關法令之規範，顯非上訴人所能立即給與，就此應依法為受益之處分或形成政策後方得予實施之利益，是否僅屬政見之提出，而非與約使有投票權人為一定之行使或不行使投票權，具有對價關係，屬不正利益？亦非無疑。原判決並未詳予調查，即逕予認定屬不法利益，尚嫌速斷。

(三)依刑事訴訟法第159 條之2 規定，被告以外之人於司法警察（官）調查中所為之陳述，與審判中不符時，必其警詢陳述符合「具有較可信之特別情況」及「為證明犯罪事實存否所必要者」，始有傳聞法則例外規定之適用；而所稱「為證明犯罪事實存否所必要者」，係指就具體個案案情及相關卷證判斷，為發現實質真實目的，認為除該項審判外之陳述外，已無從再就同一供述者，取得與其上開審判外陳述之相同供述內容，倘以其他證據代替，亦無從達到同一目的之情形而言。本件上訴人自第一審即爭執證人徐惠美、孫文德及周浩祥於調詢供述之證據能力；且原判決既認徐惠美、孫文德、

周浩祥於偵查時經具結之供述均有證據能力（見原判決第11至12頁），則其援引徐惠美、孫文德、周浩祥於調詢供述而與上開偵查中之供述相符之證詞為上訴人論罪之依據（見原判決第27至28、32至33頁），即欠缺必要性之要件而與上開傳聞例外之規定不合，亦屬採證違法。

三、以上或為上訴人上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決上述之違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 4 月 26 日
最高法院刑事第五庭

審判長法官 陳 宗 鎮

法官 陳 世 雄

法官 何 菁 莪

法官 段 景 榕

法官 張 智 雄

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 27 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,2780

【裁判日期】1070419

【裁判案由】一、台 呂昆哲詐欺得利上訴案。

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第2780號

上 訴 人 呂昆哲

上列上訴人因詐欺得利案件，不服臺灣高等法院中華民國106 年5 月23日第二審更審判決（105 年度重上更(一)字第32號，起訴案號：臺灣桃園地方法院檢察署100 年度偵字第22945 、23963 、25977 、26633 、32120 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、關於上訴人呂昆哲得否提起本件第三審上訴部分：

一、司法院於民國106 年7 月28日公布釋字第752 號解釋意旨謂：「刑事訴訟法第376 條第1 款及第2 款規定：下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：一、最重本刑為3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第320 條、第321 條之竊盜罪。就經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷原審判決並自為有罪判決者，規定不得上訴於第三審法院部分，屬立法形成範圍，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。惟就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分，未能提供至少1 次上訴救濟之機會，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。上開 2 款所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，

於本解釋公布之日，尚未逾上訴期間者，被告及得為被告利益上訴之人得依法上訴。原第二審法院，應裁定曉示被告得於該裁定送達之翌日起10日內，向該法院提出第三審上訴之意旨。被告於本解釋公布前，已於前揭上訴期間內上訴而尚未裁判者，法院不得依刑事訴訟法第376 條第1 款及第2 款規定駁回上訴」等旨。

二、上開解釋公布後，刑事訴訟法第376 條亦於106 年11月16日修正公布。修正後該條第1 項規定：下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴：（下略）。同條第2 項規定：依前項但書規定上訴，經第三審法院撤銷並發回原審法院判決者，不得上訴於第三審法院。上開條文第2 項所稱「依前項但書規定上訴」者，應係指適用上開新修正條文第1 項但書之規定而提起第三審上訴者而言（在解釋上應包括在上述條文修正施行前，依前揭司法院解釋意旨提起第三審上訴者在內）。若非依前述新修正條文第1 項但書之規定提起第三審上訴者，則無適用同條第2 項規定限制其再上訴第三審法院之餘地。申言之，第一審法院諭知被告無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之案件，經第二審法院撤銷改判被告犯同條第1 項各款所列不得上訴第三審法院之罪名者，因被告係初次被判處前揭不得上訴於第三審法院之罪名，為使其能獲得1 次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑，新修正第376 條第1 項乃增設但書規定，例外放寬其上訴第三審法院之限制，以有效保障其訴訟權。但其依前揭但書規定提起第三審上訴後，若經第三審法院撤銷發回原審法院更審者，因其已經獲得1 次上訴救濟之機會，

足以有效保障其訴訟權，新法乃於同條增設第2 項規定此類第二審更審之判決，不得再上訴於第三審法院。故其依前述新修正條文第1 項但書規定上訴後，若經第三審法院撤銷發回更審，而第二審更審結果仍判處刑事訴訟法第376 條第 1 項所列各款原屬不得上訴於第三審法院之罪名者，則不許其再次上訴於第三審法院，以避免過度浪費訴訟資源。準此以觀，修正後刑事訴訟法第376 條第2 項所稱「依前項但書規定上訴」者，其適用範圍應以「被告初次被論處同條第1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名，而依上述新修正第376 條第1 項但書規定提起第三審上訴者」為限。若被告經第一審判決無罪，經第二審撤銷改判有罪之罪名並非同法第376 條第1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名者，倘經第三審法院撤銷發回第二審法院更審，而第二審法院於更審後始初次改判被告犯刑事訴訟法第376 條第1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名者。因其先前被第二審改判有罪之罪名本屬得上訴於第三審法院之罪，故其前次所提之第三審上訴，與上開條文第1 項所增設但書規定之適用無涉。亦即其先前上訴於第三審法院，並非「依前揭但書規定之上訴」，核與前揭新修正第376 條第2 項所規定「依前項但書規定上訴」之前提不合，即無該條第2 項關於不得再上訴於第三審法院規定之適用。故在此情形，被告係經第二審更審後始初次改判同條第1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名者，即無上述新修正條文第2 項規定之適用，此種案件仍應回歸適用同條第1 項但書之規定，就其初次被第二審法院判處不得上訴於第三審法院罪名之案件，給予其1 次上訴於第三審法院之機會，始符上述修正規定之意旨。

三、本件第一審檢察官以上訴人呂昆哲涉犯廢止前電業法第 106

條第1 項第3 款之竊電罪嫌，向臺灣桃園地方法院提起公訴，經該法院以不能證明上訴人犯罪，而於103 年9 月10日以100 年度訴字第1172號刑事判決諭知其無罪。檢察官不服該判決而向臺灣高等法院（下稱原審法院）提起上訴，經原審法院於105 年3 月15日，以104 年度上訴字第2771號刑事判決，撤銷第一審諭知上訴人無罪之判決，改判論上訴人以廢止前電業法第106 條第1 項第3 款之竊電罪（該罪名並非刑事訴訟法第376 條第1 項各款所列不得上訴於第三審法院之案件）。上訴人不服該判決向本院提起第三審上訴，經本院於105 年12月15日，以105 年度台上字第3347號刑事判決將原審法院前揭（第一次上訴審）之判決撤銷發回更審。而原審法院於106 年5 月23日第一次更審判決時，因電業法關於上述竊電罪之處罰規定已於同年1 月26日公布廢止，於同年月28日生效施行，原該當於電業法所處罰之相關竊電行為，自應依其行為態樣回歸適用普通刑法處斷。原審法院更審後乃撤銷第一審諭知上訴人無罪之判決，改依刑法第339 條第2 項之詐欺得利罪處斷。而原審法院更審判決所論處之上揭詐欺得利罪，雖屬刑事訴訟法第376 條第1 項第4 款所列不得上訴於第三審法院之案件，但因第一審係諭知上訴人無罪之判決，而原審法院第一次上訴審雖曾改判論以廢止前電業法第106 條第1 項第3 款之竊電罪，但該判決已經上訴由本院前審予以撤銷並諭知發回更審。而原審法院於更審後始「初次改判上訴人犯刑法第339 條第2 項之詐欺得利罪」。則上訴人不服原審法院上開更審判決（即初次論處不得上訴於第三審法院罪名之判決）而向本院提起上訴，依前述說明，即非屬修正後刑事訴訟法第376 條第2 項所規定「依前項但書規定上訴」之情形，自不受該條項關於不得上訴於第三審

法院之限制。從而，上訴人不服原審上開更審判決而於法定期間向本院提起上訴，依上述說明，應屬合法。

四、按利益於被告之合法上訴，上訴審法院誤為不合法而從程序上為駁回上訴之判決確定者（僅係形式上確定），因上訴審法院此項違法之程序判決自始當然無效，並不發生實質確定力與拘束力，故上訴人原已提出之上訴並不因而失效。從而，上訴審法院仍應就上訴人合法之上訴依法加以審判，並不受原先違法駁回上訴判決效力之拘束。本件上訴人呂昆哲不服原審法院前揭更審判決而向本院提起上訴，本院原雖以其上訴應受修正後刑事訴訟法第376 條第2 項規定之限制，認其上訴為法所不許，而於106 年12月7 日，以106 年度台上字第2780號刑事判決予以駁回。然依前述說明，本院上開駁回之程序判決係誤認上訴人之合法上訴為不合法，自始當然無效，並不發生實質之確定力與拘束力，故上訴人原提起之上訴並不因而失效，本院仍應就其原先合法之上訴依法加以審判，合先敘明。

貳、關於本件上訴是否合於法律上程式部分：

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卷證資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人呂昆哲有其事實欄所載與王相友、陳叔青及綽號「阿德」之不詳姓名成年男子共同以破壞電表封印鎖使電表計量失準之方式，而詐取少

繳電費利益之犯行，因而撤銷第一審諭知上訴人無罪之判決，改判諭上訴人以刑法第339 條第2 項之共同詐欺得利罪（累犯），處有期徒刑1 年，並諭知扣案之改造自製工具1 盒沒收，已詳敘其所憑之證據及認定之理由；對於上訴人否認犯罪暨所辯何以均不足以採信，亦在理由內逐一詳加指駁及說明，核其所為之論斷，俱與卷內資料相符，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、上訴人上訴意旨略以：(1)、本件依卷內所附關於「海宴臺北」或「宴北」（即海宴日式和風涮涮鍋店〈下或稱海宴火鍋店〉之簡稱）之相關證據資料，即臺灣電力股份有限公司（下稱臺電公司）陳報之電費資訊記載上訴人申請用電地址即臺北市○○○路0 段000 號地下室其抄表日期，數年來均為「單數月」，然王相友被查扣隨身碟內所記錄店家「海宴臺北」或「宴北」之抄表日期則為「2 月9 日」及「8 月11日」之「雙數月」。又王相友經警方提示相關客戶名冊請其以打勾方式指認有從事「竊電」之店家時，並未在該客戶名冊上勾選上訴人在上址所經營之「海宴忠孝永春火鍋店」有從事竊電行為），可見王相友處理「竊電」之店家並不包括上訴人在上址所經營之前揭火鍋店。原判決對於上述有利於伊之事證未加以審酌及說明，遽為不利於伊之認定，自有可議。(2)、依卷內相關資料顯示，伊在上址經營之海宴火鍋店所裝設之電表係屬「機械式電表」，並非「電子式電表」，而王相友被查扣隨身碟內所記錄店家「海宴臺北」或「宴北」之「竊電」手法為「7/4 放8/4 恢復」（即7 月4 日把電表計度勾住使其放慢，至8 月4 日調回原狀）。上述「竊電」手法係針對「電子式電表」，並非針對「機械式電表」而為，可見王相友協助處理「竊電」之店家應非伊在上址所經營

之海宴火鍋店，而有可能是位於臺北市○○區○○路0 段00 0 號地下室之「海宴日式涮涮鍋臺北萬芳旗艦店」（該店亦因竊電而遭查辦），原判決對上述有利於伊之證據何以不足以採納，並未加以審酌及說明，遽為伊有罪之論斷，亦有疏誤。(3)、原判決以伊在上址所經營之海宴火鍋店於100 年 9 月16日經臺電公司抄表員提報用電異常提高近10倍等情，作為不利於伊之認定。惟證人劉一順於第一審已證稱上述用電度數異常增加，有可能係肇因於增設新設備及馬達故障（漏電）所致等語。且依卷附上開火鍋店「用電曲線圖」亦顯示該店除於100 年9 月間用電度數一度異常外，此後各期用電度數亦與往常各期相當，並無異常現象，可見伊並無與王相友共同「竊電」之行爲。何況偵查機關對伊與王相友之電話實施通訊監察結果，亦無伊與王相友不法通訊之內容。原判決對於上述有利於伊之證據資料均未加以審酌，或說明何以不採信之理由，復未調查其他積極證據，僅憑王相友前後不一之說詞，遽認伊有本件「竊電」之犯行，同屬違誤云云。

三、惟證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，並於判決內敘明其取捨證據及得心證之理由者，自不得任意指為違法，而執為第三審上訴之適法理由。

(1)、原判決依憑本件共同被告王相友、陳叔青分別在第一審所為不利於上訴人之指證（即明確指證有在上訴人於上址所經營之海宴火鍋店從事「竊電」行爲等語），以及證人即臺電公司稽查員劉文斌於警詢時證稱：伊於案發當日配合刑事警察局執行電業專案勤務至臺北市○○○路0 段000 號地下1 樓（即上訴人所經營之海宴火鍋店）檢查用戶之電表設備，發現電表箱內封印鎖已被破壞，且電箱內之電線遭剪斷及2 個

電表遭拔除，經測試該電線電流還在啓動，顯見係蓄意破壞而有「竊電」行爲。又臺電公司抄表員於100 年9 月16日提報該用戶用電度數異常提高近10倍，故於案發當日並再派 1 組人員至現場再複查指數，確認該用戶用電確實有異常等語；並參酌警方在現場蒐證相關照片及臺電公司100 年9 月30 日北市稽第1000913 號用電實地調查書，暨警方在同案被告王相友住處所查扣之臺電公司帳單中，亦確有「臺北海宴」之臺電公司帳單及記載「海宴臺北」或「宴北」之抄表日等資料。並佐以臺電公司臺北市區營業處106 年3 月13日北市字第1061091166號函及檢附用電實地調查書、追償電費計算單、處理竊電規則、臨時用電電價及各類用電流動電費每度平均單價影本等證據資料，認定上訴人與王相友等人有在上址共同「竊電」（即詐取少繳電費利益，下同）之事實，扣除已繳用電度數爲674,963 度，應追償電費爲新臺幣403 萬8,979 元等情，已詳敘其所憑證據及理由。並說明上訴人係自99年9 月間即接手經營上述海宴火鍋店，迄被查獲之 100 年9 月30日止，約有1 年之久，業據其自承在卷，核與證人高予林證述情節相符。雖上訴人否認有本件共同「竊電」之事實，然依證人劉文斌上開證述，可見上訴人所經營之上述海宴火鍋店之電表箱內電線遭剪斷及2 個電表遭拔除，顯係蓄意破壞而有「竊電」之行爲。而上訴人接手經營該火鍋店期間已長達1 年之久，且該店用電量甚鉅，上訴人對於該店使用電量情形，以及其電表電線遭剪斷暨電表遭人惡意移除等情，自不能諉爲不知。況王相友亦供稱其與上訴人所經營之上開海宴火鍋店配合「竊電」約1 年之久，收費方式係以節省之電費與店家四六分帳等情，則王相友既有與店家分帳收錢之約定，上訴人對於王相友「竊電」之行爲豈會毫無所

悉？對於上訴人空言否認參與本件「竊電」犯行，以及共同被告王相友、陳叔青事後翻異之詞，何以分別係卸責及迴護之詞，而均不足以採信，亦依據卷內資料逐一詳加指駁及說明，核其論斷，尙與證據法則無違。上訴意旨仍執前詞，空言否認有本件共同「竊電」之行爲，而爲單純事實之爭執，要非適法之第三審上訴理由。

- (2)、上訴意旨雖爭執其所經營之海宴火鍋店電費抄表日期均爲「單數月」，而王相友被查扣隨身碟內所記錄店家「海宴臺北」或「宴北」之抄表日期則爲「雙數月」，且王相友並未在警方所提示之「竊電」客戶名冊上勾選上訴人所經營之海宴火鍋店有從事「竊電」行爲。況上訴人所經營之上述海宴火鍋店所裝設之電表係屬「機械式電表」，並非「電子式電表」，而王相友被查扣隨身碟內所記錄之「竊電」手法爲「7/4 放8/4 恢復」，此係針對「電子式電表」，並非針對「機械式電表」而爲，而據以謂王相友從事「竊電」之店家應非伊所經營之海宴火鍋店，而有可能是另一家火鍋店即「海宴日式涮涮鍋臺北萬芳旗艦店」云云。然原判決已說明：王相友於原審2次準備程序所爲爭點整理時，對於本件「竊電」地點爲上訴人在臺北市○○○路0段000號所經營之海宴火鍋店均不爭執，而其所爭執之事項均係以位於上址之海宴火鍋店作爲基礎，此有原審2次準備程序筆錄可稽。雖王相友嗣後改稱其「竊電」之地點並非在臺北市○○○路0段000號即上訴人所經營之海宴火鍋店，而係位於同市○○路0段之萬芳旗艦店，然其所述前後不一，顯係迴護及卸責之詞，殊非可信。至上訴人所經營之海宴火鍋店所裝設者爲「機械式電表」，並非「電子式電表」，而王相友被警方查扣之隨身碟資料記載其在「臺北海宴火鍋店」竊電之方式爲「7/4

放8/4 恢復」，雖屬對於「電子式電表」之竊電方法，然王相友經警查獲時，扣得其所有改造自製工具1 盒，且其類似犯案遍及桃園、宜蘭及臺北地區，達50件之多，其中有31件係倒撥指數之機械式電表，已據臺電公司課長洪炳和證述在卷，其在眾多同類「竊電」案件中能否明確記憶此細節，實非無疑。且觀諸王相友、陳叔青被檢察官起訴「竊電」態樣，除有針對「電子式電表」以改動電表方式外，亦多有對於「機械式電表」以工具破壞電表上之封印鎖，再以撥退電表指數之方式「竊電」之情形，除本案與上訴人共同「竊電」部分外，其餘犯罪均經判處罪刑確定。參以洪炳和在原審之證述意旨以觀（證述內容參見原判決第5 頁倒數第7 行至第6 頁第12行），可見王相友係以一字起子及活動扳手等工具先破壞封印鎖，再打開電表玻璃罩，用撥退計電表指數致使電表計量失效不準，從而降低電表用電度數之方式詐取少繳電費利益。王相友陳稱其所「竊電」者均係電子式電表，並非機械式電表，上訴人所經營之海宴火鍋店所裝設者係機械式電表，並非伊所為云云，依上述說明，難以採信等旨綦詳。核其論斷，尙與證據法則無違。至上訴人所經營之海宴火鍋店電費抄表日期為「單數月」，雖與王相友隨身碟內所記錄店家「海宴臺北」部分抄表日期為「雙數月」未盡一致，且王相友並未在警方所提示之「竊電」客戶名冊上勾選上訴人所經營之海宴火鍋店有從事「竊電」行為。然王相友於其隨身碟內所記錄「海宴臺北火鍋店」一部分抄表日期是否正確，尙不足以影響原判決依據前述各項積極證據資料對於上訴人有參與本件共同「竊電」犯行之認定。而王相友並未在警方所提示之「竊電」客戶名冊上勾選上訴人所經營之海宴火鍋店有從事「竊電」行為，此部分尙不足以資為有利於上

訴人之認定。況王相友嗣後於第一審既已明確指證有在上訴人所經營之海宴火鍋店從事「竊電」行為等語，則原判決採用此部分證據作為上訴人犯罪之證據，於法亦屬無違。前述上訴意旨所云，無非對於原判決採證認事職權之適法行使，任意加以指摘，亦非合法之第三審上訴理由。

- (3)、原判決以上訴人所經營之海宴火鍋店於100 年9 月16日經臺電公司抄表員提報用電異常提高近10倍等情，作為不利於上訴人認定之情況證據之一。上訴意旨雖謂據證人劉一順於第一審證稱：上述用電度數異常增加，有可能係肇因於增設新設備及馬達故障（漏電）所致等語。且依卷附上開火鍋店「用電曲線圖」亦顯示該店除於100 年9 月間用電度數一度異常外，此後各期用電度數亦與往常各期相當，而偵查機關對上訴人與王相友之電話實施通訊監察結果，亦無上訴人與王相友不法通訊之內容云云。惟觀諸證人劉一順於第一審上開證詞之語意，僅係其片面推測之詞，並未舉出實據以供事實審法院調查。而上述「用電曲線圖」縱能證明上訴人所經營之海宴火鍋店，除100 年9 月間用電度數一度異常外，其餘各期用電度數尚屬相當，以及偵查機關實施通訊監察結果，雖未獲取上訴人與王相友不法通訊之內容，均尚不足據以推翻原判決所為上訴人參與本件共同「竊電」而詐取少繳電費利益事實之認定。是縱排除上述證據（即臺電公司抄表員提報100 年9 月16日抄表發現海宴火鍋店用電異常提高近10倍），亦不足以影響原判決之結果。原判決對於上訴人前揭辯解何以不足採信，未一併加以說明，其理由固稍欠周延，但既不影響於本件犯罪事實之認定，自不得據以為適法之第三審上訴理由。

四、至其餘上訴意旨，無非仍就原審採證職權之適法行使，以及

原判決已明確論斷說明之事項，任憑己見，再事爭論，並仍就其有無本件共同「竊電」犯行之單純事實加以爭執，均非依據卷內資料具體指摘原判決究有如何不適用法則或適用不當之情形，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之前揭規定及說明，應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 4 月 19 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 李 錦 樑

法官 劉 興 浪

法官 林 靜 芬

法官 張 祺 祥

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 27 日

106年度台上字第3701號判決 依法屬不得公開之案件

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,3869

【裁判日期】1070411

【裁判案由】違反公職人員選舉罷免法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第3869號

上訴人 臺灣高等法院臺南分院檢察署檢察官 何景東

上訴人

（被告） 蔡尙舜

選任辯護人 蔡麗珠律師

楊慧娟律師

被告 陳進義

選任辯護人 江信賢律師

上列上訴人等因被告等違反公職人員選舉罷免法案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國106年3月10日第二審判決（104年度選上訴字第993號，起訴案號：臺灣臺南地方法院檢察署103年度選偵字第11、23、29、51、74、84號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、陳進義部分

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 項所列各款之事項爲限，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，應優先而爲適用。其中第3款所稱判決違背判例，依同條第2項規定，當係指第二審判決意旨違背除與刑事訴訟法第377條至第379條、第393 條第1 款等規定相關之判例以外之其他判例而言，以符合嚴格法律審之法旨。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決如何違反刑事妥速審判法第9 條之規定，顯與法律規定得爲第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，即應認其上訴爲違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件檢察官起訴被告陳進義涉犯公職人員選舉罷免法第99條第1項之交付賄賂、同條第2項之預備交付賄賂等罪嫌，經原審審理結果，則以不能證明陳進義犯罪，因而維持第一審所爲諭知其無罪之判決，駁回檢察官在第二審之上訴，已敘明包括檢察官起訴及第二審上訴意旨所指卷內事證，如何不足證明陳進義有公訴意旨所指犯罪所憑之理由。茲檢察官本件上訴意旨以原判決違背本院44年台上字第702號、53 年台上字第2067號判例及102年度台上字第3114號、103年度台上字第3798號、104年度台上字第3525號判決爲由，提起上訴。

三、經查：

(一)本院44年台上字第702 號判例意旨揭示：「認定犯罪事實所憑之證據，並不以直接證據爲限，即綜合各種間接證據，本於推理作用，爲認定犯罪事實之基礎，如無違背一般經驗法則，尙非法所不許。」53年台上字第2067號判例意旨亦闡釋：「證據之證明力如何，雖屬於事實審法院自由判斷職權，而其所爲判斷，仍應受經驗法則與論理法則之支配。」均在闡述證據證明力之判斷，應受經驗法則與論理法則之支配。而事實審法院就案內所有證據，不論是直接或間接證據，依

法調查，本於所得之心證分別取捨而為事實之判斷，苟於證據法則無所違背，當事人本即不得專從證據之證明力上任意指摘，執為第三審上訴之理由；設若其證據證明力之判斷與經驗法則或論理法則有違，雖屬判決適用法則不當，得以作為第三審上訴之一般理由，究仍屬刑事訴訟法第378條所定之判決不適用法則或適用不當之違背法令。是上開判例均為與刑事訴訟法第378條有關之判例，依刑事妥速審判法第9條第2項之除外規定，即與第1項第3款所稱之「判決違背判例」不該當。檢察官上訴意旨以原判決關於陳進義部分之採證認事違背經驗法則與論理法則，而與上開判例有違，執以指摘，揆之首揭說明，難謂符合上開之法定要件。

(二)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」

，係指判決之意旨與本院歷來就具體案件中關於法令重要事項，為統一法律見解，所為補充法令不足，闡明法令真意，具有法拘束力之刑事判例相違背而言。檢察官上訴理由所引本院102年度台上字第3114號、103年度台上字第3798號、104年度台上字第3525號刑事判決，乃屬本院刑事庭於個別案件就相關規定所表示之法律意見，尚與本院為統一法律見解，以補法令不足，闡明法令真意所做成之判例不同，即非上開規定所稱「判例」。則檢察官援引上開刑事判決，資為其上訴理由，亦不在刑事妥速審判法第9條第1項規定得為第三審上訴理由之列。

四、依上所述，檢察官以原判決違背上開本院判例或判決為由，提起第三審上訴，核非屬刑事妥速審判法第9條第1項第3款所稱之判例，其上訴意旨無非就原判決已說明事項，憑據已見而為不同之評價，重為事實之爭執，對於原判決究有何牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例等情形，並未依據卷內

訴訟資料具體指摘，顯與刑事妥速審判法第9條第1項所規定之情形，不相適合。應認檢察官之上訴違背法律上之程式，予以駁回。

貳、蔡尙舜部分

- 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，認為上訴人蔡尙舜違反公職人員選舉罷免法之犯行明確，因而撤銷第一審關於蔡尙舜部分之科刑判決，改判仍論處蔡尙舜共同犯公職人員選舉罷免法第99條第1 項之交付賄賂罪刑，已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。並就蔡尙舜否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述。又本於證據取捨之職權行使，針對共犯蕭平和所為蔡尙舜交付新臺幣（下同）10萬元時，並未要求其為陳進義賄選，是其自作主張拿部分款項去為陳進義買票之說詞，何以不足採信之理由，復已論述明白。所為論列說明，與卷證資料悉無不合，並不違背經驗法則與論理法則。
- 三、刑事被告並非訴訟客體而係訴訟主體，其有權決定是否陳述及如何行使訴訟防禦權，在刑事訴訟程序上應尊重被告陳述之自由，禁止強制其為不利之陳述，因而規定被告有緘默權，即屬不自證己罪之特權，以保障被告消極的不陳述自由，如被告行使緘默或拒絕陳述，不得即認係默示自白或為不利

於被告之推斷。然緘默權並非不可拋棄，倘經偵查機關或法院告知犯罪嫌疑人或被告得保持緘默之權利，其猶自願打破沈默而依自由意志為陳述，或選擇行使辯明、辯解權，已不屬緘默權之行使，則法院依被告之陳述、辯解，綜合評價判斷，而為不利於被告之判斷，並不違反緘默權或不自證己罪之保障。原判決敘明蔡尙舜於偵查初期矢口否認曾經交付10萬元現金予蕭平和，嗣於偵查後期始改口承認，而認蔡尙舜所辯其無以該筆現金部分款項為陳進義賄選買票之意思，如何有避重就輕而不足採信之理由，乃係依蔡尙舜先後反覆之供述，綜合評價判斷，而非逕以其沈默或拒絕陳述即為不利於其之推斷，揆之前開說明，蔡尙舜上訴意旨執此指摘違反緘默權或不自證己罪之保障，並非適法之第三審上訴理由。

四、公職人員選舉罷免法之賄選罪，客觀上以行為人所行求、期約或交付之賄賂或不正利益，可認係約使投票權人為投票權之一定行使或不行使之對價為要件。此等法律禁止之行為，不以行求、期約或交付賄賂時，選務機關已發布選舉公告或該候選人已登記參選為限，祇須提前賄選之雙方，於行賄、受賄當時，均預期行賄者約定之有意參選人將來成為候選人時，將投票予以支持，於日後該有意參選者成為候選人，受賄者亦為有投票權人之時，犯罪構成要件即屬成就，並不因其賄選在先，而影響犯罪之成立。原判決綜合蔡尙舜及共犯蕭平和之部分陳述，證人王春風、黃葭之證詞，卷附臺南市安南區戶政事務所函、103年直轄市議員選舉候選人登記概括表、全戶戶籍資料查詢結果列表，以及案內其他證據資料，相互勾稽結果，據以判斷蔡尙舜與蕭平和間有犯意聯絡與行為分擔，而為共同賄選之犯罪事實，已記明認定之理由。另就蔡尙舜交付蕭平和之10萬元現金時，如何已有默示合致

，推由蕭平和以部分款項為陳進義賄選買票，業於原判決理由欄甲、貳、一、(二)之2.載述甚明。所為論斷，係綜合調查所得之各直接、間接證據，核無違背客觀存在之經驗法則及論理法則，自屬原審採證、認事之適法職權行使。縱原判決對於提前賄選如何仍構成交付賄賂罪，行文稍為簡略，究於判決本旨仍不生影響。另原判決於事實及理由欄雖未確切認定蔡尙舜交付10萬元現金給蕭平和時，其中作為買票賄選及贊助蕭平和競選里長之款項各為若干，然因其2 人均否認彼此間有買票賄選之合意，自無從得知其2 人內部分配買票賄選之金額，此等細節無礙其2 人有共同買票賄選事實之認定，原判決亦無違法可言。又本件蔡尙舜係與蕭平和共同向選舉人買票賄選，並非對於蕭平和所屬或該選舉區內之團體或機構而為，顯與公職人員選舉罷免法第102條第1項第1 款之罪之構成要件不符，原判決不贅予論列，自無違誤。原判決要無蔡尙舜上訴意旨所指不適用法則或適用不當、判決理由不備、矛盾之違法情形可言。

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。而刑法上之共同正犯，應就全部犯罪結果負其責任，乃基於共同犯罪行為，應由正犯各負其全部責任之理論，至於為刑之量定時，則仍應審酌刑法第57條所列各款情狀，分別情節，為各被告量刑輕重之標準；共同正犯間並非必須科以同一之刑，且於個案裁量權之行使時，仍應受比例原則、平等原則之拘束，俾符合罪刑相當，使罰當其罪，輕重得宜。如共同正犯間情節輕重或犯後態度明顯不

同，卻以渠等係共同正犯關係，科以同一之刑，即於平等原則有悖，當非持法之平。刑法第57條第10款所稱犯罪後之態度，本屬主觀事項，包括行為人犯罪後彌補損害，有無悔悟等情形；犯後態度如何，尤足以測知其人刑罰適應性之強弱。被告在緘默權保障下所為之任意陳述，坦承犯行，不惟可節省訴訟勞費，使明案速判，更屬其人格更生之表徵，自可予以科刑上減輕之審酌。原判決量刑時，係以蔡尚舜提供現金給蕭平和去行賄買票，主觀惡性之輕重有別，而蕭平和犯後坦承犯行，頗有悔改之意，對照蔡尚舜猶飾詞卸責，並無悔悟之表現，二者犯後態度也有重大差異，所受量刑之評價亦應有所區別，暨具體審酌刑法第57條所列各款情狀，而為刑之量定，既未逾越法定範圍，衡酌其科刑尚無裁量權濫用，尤無僅以蔡尚舜否認犯罪而執為加重刑罰，或客觀上有量刑畸重等違反罪刑相當與公平正義之情形，自不得任意指摘或擷取其中之片段執為第三審之上訴理由。是以蔡尚舜上訴意旨就科刑部分之指摘，亦非適法之第三審上訴理由。

六、蔡尚舜其他上訴意旨所指，無非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。本件蔡尚舜之上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 4 月 11 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 李 英 勇
法官 朱 瑞 娟
法官 黃 斯 偉
法官 何 信 慶

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 13 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,4011

【裁判日期】1070426

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第4011號

上 訴 人 蘇福彬

選任辯護人 曾柏暘律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國106年3月23日第二審判決（105年度上訴字第731號，起訴案號：臺灣臺南地方法院檢察署104年度偵字第19352號，104年度毒偵字第2151號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原判決撤銷第一審關於販賣第二級毒品部分科刑之判決，改判仍論處上訴人蘇福彬共同販賣第二級毒品2 罪刑（均累犯，皆量處有期徒刑），已載敘其調查證據之結果及憑以認定各犯罪事實之心證理由，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。

三、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。原判決依憑上訴人部分供詞，參酌所列相關通訊監察譯文及卷內其他證據調查之結果，已詳敘憑為判斷周俊鳴指證上訴人經其聯繫洽毒後，即至約定地點交付毒品甲基安非他命，其後亦收取其所交付價金等旨之證詞與事實相符，所為如何該當販賣第二級毒品罪之構成要件，且與真實姓名年籍不詳之成年人「南哥」為共同正犯之論據及理由，就否認與「南哥」為老闆與夥計（手下）關係之辯詞，委無足採，亦依調查所得證據予以指駁，所為論斷說明，概屬原審採證認事職權之合法行使，據以認定上訴人之犯罪事實，無違經驗法則與論理法則；又：

（一）、原判決已說明其附表（下稱附表）所示通訊監察譯文，關於上訴人與周俊鳴涉案部分之談話內容，雖係「另案監聽」所附帶取得，且未經執行機關報由檢察官陳報法院審查認可，惟基於偵查作為具浮動性，偵查機關實無從事先預測或控制監聽內容及可能擴及之範圍，加以販賣毒品係嚴重危害社會治安之重罪，相關之通訊內容如未即時擷取，蒐證機會恐稍縱即逝，應容許法院於審判時適用刑事訴訟法第158條之4權衡理論判斷有否證據能力。乃依卷證，綜合審酌周俊鳴確涉有販毒罪嫌，經法院判處罪刑在案，執行機關顯非假借周俊鳴販毒案名目，惡意規避合法監聽程序，對上訴人濫行監聽，兼衡通訊內容僅與販賣毒品之判斷攸關，無涉私密，執行機關違背法定程序之情節尚屬輕微，且依所得監聽資料，如依法程序陳報法院審查認可，形式上觀之，法院應無不予認

可之理由，因認附表所示通訊監察譯文得為證據之理由綦詳，經核基於與另案扣押容許審酌裁量相同之法理，所為論斷說明尚無不合。

(二)、刑法上之幫助犯，係指以幫助之意思，對於正犯資以助力，而未參與實行犯罪構成要件之行爲者而言。又販賣毒品罪之成立，以有營利爲目的之賣出行爲即屬成立，是否果真獲得利益，無礙其罪名之成立。原判決就如何認定上訴人有販賣毒品營利之意圖，理由內已論述明白，符合論理法則且不違背社會經驗之合理判斷，至於實際是否獲利，無礙犯罪事實之認定，而上訴人係與周俊鳴議妥毒品交易後，由其攜「南哥」交付之毒品或與「南哥」同至約定地點與周俊鳴進行交易，且當場交付毒品甲基安非他命予周俊鳴，其後亦由上訴人收取價金，實已參與販賣第二級毒品構成要件行爲之實行，非僅止於提供犯罪構成要件以外之幫助行爲，縱係由「南哥」負責提供毒品，亦屬其等間行爲分擔，無礙須就此犯罪事實共同負責之認定，論以上訴人販賣第二級毒品2 罪之共同正犯，並無不合。原判決已記明周俊鳴指證上訴人確有所載2 次販售毒品甲基安非他命等旨之證言，參酌卷內其他證據佐證不虛之理由，以事證明確，縱未同時說明周俊鳴關於上訴人係幫其調毒品，不知有否賺差價之證詞，如何不足爲上訴人有利之認定，乃事實審法院本於判斷之職權，而爲證據取舍之當然結果，仍與判決不載理由之違法情形有間，不得執爲適法之第三審上訴理由。

四、依上所述，上訴意旨猶執卷附相關之通訊監察譯文並無證據能力，且僅係代購毒品，無營利意圖，亦非販毒之共同正犯等前情，否認犯罪，指摘原判決違法，係對於原判決已指駁之陳詞及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見任意指

為違法，且為單純事實之爭執，難認已符合首揭法定之上訴要件，應認其上訴違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 4 月 26 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 陳 宗 鎮

法官 陳 世 雄

法官 何 菁 莪

法官 張 智 雄

法官 段 景 榕

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 30 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,4071

【裁判日期】1070426

【裁判案由】貪污等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第4071號

上 訴 人 臺灣高等法院高雄分院檢察署檢察官郭振昌

上 訴 人

即 被 告 趙義正

陳 林

共 同

選任辯護人 王森榮律師

邱基峻律師

楊斯惟律師

上 訴 人 王國孝

葉特級

共 同

選任辯護人 洪順玉律師

上 訴 人 陸天賜

選任辯護人 蔡將葳律師

上 訴 人 王吉順

選任辯護人 蘇文俊律師

上 訴 人 蔡文慶

選任辯護人 謝英吉律師

被 告 陳哲緯

選任辯護人 許祖榮律師

許清連律師

被 告 潘建良

上列上訴人等因被告等貪污等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國106 年8 月31日第二審判決（104 年度上訴字第 658 號，起訴案號：臺灣高雄地方法院檢察署102 年度偵字第 11498 、12148 、29557 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於其事實八所載葉特級及王國孝分別圖利及加重悖職受賄部分（即原判決附表三編號2(2)及15(2)所示）撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回（即原判決事實八所載關於葉特級及王國孝分別圖利及加重悖職受賄，亦即原判決附表三編號2(2)及15(2)所示）部分：

本件原判決認定上訴人王國孝及葉特級自民國101 年5 月間起至102 年3 月間止，分別擔任國道公路警察局第○警察隊○○分隊（下稱國道警察局○○分隊）之分隊長及小隊長，均為依法令服務於國家而具有調查職務權限之公務員，有其事實欄八所載即葉特級於102 年4 月8 日16時17分許，在國道10號燕巢交流道附近，因執行交通巡查勤務，攔檢由李坤峰（已判刑確定）所駕駛000-00號營業曳引車時，查知李坤峰當時駕駛執照已遭吊銷而有不得駕駛仍駕駛之違規，應依道路交通管理處罰條例第21之1 條第1 項第5 款規定，開單舉發汽車所有人崇華汽車貨運有限公司（下稱崇華公司）及駕駛人李坤峰各新臺幣（下同）6 萬元罰鍰，並當場禁止其駕駛。葉特級正欲開單舉發之際，李坤峰以電話向陳明海（已判刑確定）求助，陳明海即以電話聯絡王國孝協助處理，王國孝竟基於悖職受賄之犯意，致電葉特級關說勿對李坤峰

開立罰單。葉特級明知王國孝所為指示係違背法律，仍基於違法圖利他人之犯意，未對李坤峰開單舉發而予放行，而使崇華公司及李坤峰各獲得免繳納6 萬元罰鍰之不法利益。嗣李坤峰與陳明海為答謝王國孝，遂邀王國孝至高雄市鳳山區自由路「仕格登KTV」接受飲宴，並由劉民鎮（業經判刑確定）將李坤峰備妥之高山茶葉2 斤（價值1,600 元）及七星牌香菸2 條（價值1,560 元）交予王國孝，王國孝明知上開贈禮係酬謝其前開違背職務行為之賄賂而予收受，並在上開KTV 接受價值共2,400 元飲宴招待之不正利益等情，因而撤銷第一審對於葉特級及王國孝科刑之判決，改判分別論王國孝以貪污治罪條例第7 條之加重悞職收受賄賂及不正利益罪，處有期徒刑8 年6 月，並宣告褫奪公權6 年，及諭知相關之沒收及追徵。另論葉特級以同條例第6 條第1 項第 4 款之公務員對主管之事務圖利罪，處有期徒刑1 年6 月，並宣告褫奪公權2 年及附條件緩刑3 年，固非無見。

惟查：(一)、貪污治罪條例第12條第1 項規定：「犯第4 條至第 6 條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在5 萬元以下者，減輕其刑。」原判決事實欄八認定王國孝明知自己身為國道警察局○○分隊之分隊長，對於所屬警員職務有指揮監督權限，竟基於悞職受賄之犯意，致電向葉特級關說勿對李坤峰開立罰單，葉特級礙於長官之壓力，未依規定對李坤峰開單舉發而予放行，而直接圖崇華公司及李坤峰各免繳納6 萬元罰鍰之不法利益。嗣李坤峰與參與聯繫之陳明海為答謝王國孝上開違背職務行為，遂先由李坤峰購買杉林溪高山茶葉2 斤（價值1,600 元）及七星牌香菸2 條（價值1,560 元），再由陳明海以電話邀約王國孝接受飲宴招待，王國孝明知該邀約飲宴，係酬謝其前開違背職務行為之不正利益，仍應邀至高雄市鳳山區自由路「仕格登 KTV」接受飲宴，過程中並由劉民鎮將李坤峰備妥之上揭茶葉、香菸

交予王國孝。王國孝明知上開贈禮係酬謝其前開違背職務之賄賂而予收受，並在上開KTV 接受價值共2,400 元飲宴招待之不正利益（李坤峰付款1 萬2,000元，共5 人參與飲宴，平均每人2,400 元）等情，而論王國孝以貪污治罪條例第7 條、第4 條第1 項第5 款之加重悖職受賄罪，並於理由內說明王國孝雖關說葉特級放行李坤峰，嗣並收受賄賂及不正利益，然考量其關說過程並未以權勢強力相逼葉特級，雖他人因此獲得各免繳6 萬元罰鍰之利益，然其所收受之賄賂及不正利益甚少，僅有5,560 元，且葉特級因其關說而放行李坤峰離去，亦未造成任何交通實害發生，倘就其所犯加重悖職受賄及不正利益罪，論以法定最低度刑有期徒刑10年，仍屬情輕法重，在客觀上足以引起社會一般人之同情，而依刑法第59條規定予以酌減其刑（見原判決第12頁倒數第9 行至第13頁倒數第5 行，第130 頁第15行至第131 頁第11行，第 144 頁倒數第3 至7 行）。倘若原判決所認定之事實及前開說明均無訛，王國孝所收受之賄賂及不正利益合計僅5,560 元，若原審認定其犯罪情節輕微，則王國孝所犯本件加重悖職受賄罪，似符合貪污治罪條例第12條第1 項減輕其刑之規定。惟原判決並未適用上開規定予以減輕其刑，復未說明何以不能依上開規定減輕之理由，難謂無判決不適用法則及理由欠備之違誤。(二)、葉特級於原審辯稱：係因當時無法確認李坤峰之駕照是否確已吊銷，故未對其開立罰單等語。原判決於理由欄說明：若葉特級於案發當時確係因無法確認李坤峰駕照是否「吊銷」而未對其開立罰單，因此屬對其有利事項，理應於第一時間提出為合理，詎其於偵查中並未提出上開主張，係遲至第一審審理中始稱懷疑監理站送達程序有問題云云，自令人質疑其所辯是否為真等旨（見原判決第91頁倒數第1 至5 行），而不採信其上開辯解。惟卷查葉特級於 102 年5 月8 日偵訊時已明確陳稱：伊不知李坤峰之駕駛執照當時已

經被監理站註銷，亦不知為何盧漢璋會稱李坤峰的駕駛執照已經被吊銷等語，有其當日之偵訊筆錄附卷可稽（見臺灣高雄地方法院檢察署102 年度偵字第11498 號卷〈下稱偵字第11498 號卷〉一第61頁背面）。原判決理由說明葉特級於偵查中並未提出上開主張，嗣於第一審始稱懷疑監理站送達程序有問題，而據以質疑其所辯之真實性，其論斷似與上述卷證資料內容未盡相符。又李坤峰於第一審審理時證稱：其被葉特級攔檢當時其駕駛執照仍在手上，僅被「吊扣」，尙未被「吊銷」等語（見第一審卷(七)第32頁）。則究竟葉特級於本件案發當時是否係因無從確認李坤峰之駕駛執照已經被「註銷」（或吊銷、吊扣），而未對其開立罰單？似有疑竇而待釐清，原審對上述疑點未詳加調查釐清，遽為不利於葉特級之論斷，尙嫌未洽。(三)、本件原判決事實欄標題八（即葉特級與王國孝部分）記載葉特級攔檢李坤峰所駕駛車號000-00號營業用曳引車時，查知李坤峰當時駕駛執照已遭「吊銷」，而有不得駕駛仍駕駛之違規，應依道路交通管理處罰條例開單舉發汽車所有人崇華公司及駕駛人李坤峰各6 萬元罰鍰，並當場禁止其駕駛等情。惟其理由欄又引用證人即當時與葉特級共同執行交通巡查勤務之盧漢璋證稱：當時我們從掌上型電腦查悉李坤峰駕照已被監理站「逕行註銷」，因同事陳建宗打電話給我，希望不要開單，我便將電話交給葉特級，葉特級對陳建宗說：「『駕照註銷』還要講人情」，就把電話掛掉等語，並以盧漢璋與葉特級為同事關係，應無冒偽證風險而設詞陷害葉特級之必要，而認盧漢璋所言應屬實在等旨（見原判決第92頁第1 至16行）。則關於李坤峰之駕駛執照當時究竟係遭「吊銷」或「註銷」，原判決事實之認定與理由之說明，前後不無齟齬。參諸李坤峰於法務部調查局高雄市調查處（下稱高雄市調查處）調查、檢察官偵訊及第一審審理時，就其駕駛執照當時係被「吊扣」、「吊銷」或「

註銷」，所供前後反覆不一（見偵字第11498 號卷二第94頁背面、第97頁背面、第247 頁，102 年度偵字第12148 號卷第14頁背面，第一審卷(七)第18頁背面、第20頁、第21頁、第27頁及背面、第32頁）。則李坤峰當時之駕駛執照究竟係遭「吊扣」、「吊銷」或「註銷」？亦有疑竇，原審對此疑點未加以調查釐清，遽行認定李坤峰之駕駛執照係遭「吊銷」，而為不利於葉特級及王國孝之認定，亦嫌速斷。以上或為葉特級及王國孝上訴意旨所指摘，或係本院得依職權調查之事項，應認原判決關於其事實八葉特級及王國孝分別圖利及加重悖職受賄部分（即原判決附表三編號2(2)及15(2)所示）有撤銷發回更審之原因。至於原判決關於葉特級及王國孝不另為無罪諭知部分（即原判決第147 頁之標題(五)），基於審判不可分原則，亦併予發回，附此敘明。

貳、駁回上訴（即原判決關於其事實二趙義正、事實三蔡文慶、事實四陸天賜、事實五王吉順、事實七陳林有罪，亦即原判決附表三編號7(1)、(2)、8 、12(2)、13、14所示）部分，以及原判決理由陸一之(三)關於諭知趙義正、陳哲緯及潘建良無罪（即原判決附表三編號7 (3)、23、25所示）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，認定上訴人趙義正、蔡文慶、陸天賜、王吉順及陳林於101 年5 月起至102 年3 月止，均擔任國道公路警察局第○警察隊○○分隊（下稱國道警察局○○分隊）警員，為依法令服務於國家而具有

調查職務權限之公務員，分別有其事實欄二至五及七所載（即其附表三編號7(1)、(2)、8、12(2)、13、14所示）趙義正於「舉發違反道路管理事件通知單」（下稱舉發單）上登載不實公文書及對於職務上之行爲收受賄賂犯行；陸天賜對於職務上之行爲收受不正利益犯行；蔡文慶、王吉順及陳林對於主管事務圖利之犯行，因而撤銷第一審對於趙義正、蔡文慶、陸天賜、王吉順及陳林以上部分科刑之判決，改判論趙義正以公務員登載不實公文書罪，處有期徒刑1年2月，及有調查職務之人員對於職務上行爲收受賄賂罪，於依貪污治罪條例第8條第2項及同條例第12條第1項規定遞減輕其刑後，處有期徒刑1年10月，並宣告褫奪公權2年，以及相關之沒收及追徵。論陸天賜以有調查職務之人對於職務上行爲收受不正利益罪，於依貪污治罪條例第8條第2項及同條例第12條第1項規定遞減輕其刑後，處有期徒刑1年10月，並宣告褫奪公權2年及諭知緩刑3年，且應於判決確定後6個月內，向公庫支付40萬元，以及相關之沒收及追徵。論蔡文慶、王吉順及陳林均對主管事務圖利罪，皆依貪污治罪條例第8條第2項及同條例第12條第1項規定遞減輕其刑後，各處有期徒刑1年6月，並皆宣告褫奪公權2年及諭知緩刑3年，且均應於判決確定後6個月內，向公庫支付30萬元，已詳述其所憑證據及認定之理由；對於趙義正、蔡文慶、陸天賜、王吉順及陳林所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。另原判決以公訴意旨略稱：陳林於102年1月7日20時1分許，於國道1號北向35.3公里處，因執行交通巡查勤務，見陳志榮所駕駛000-00號營業曳引車（附掛00-00號營業半拖車）疑有超載遂予攔檢，並命其強制過磅，經過磅後確定裝載貨物達43.82公噸，已超過所駕駛汽車核定搭載重量之35公噸，應依道路交通管理處罰條例第29條之2規定，對於上述營業曳引車所有人即富達運輸股份有限公司

（下稱富達公司）製單舉發處以罰鍰，竟因陳志榮撥打電話向富達公司調度員林郁程求援，經林郁程輾轉聯繫陳哲緯、潘建良，潘建良乃致電趙義正請求協助，再經趙義正致電陳林請託後，陳林基於對於主管事務圖利之犯意，未依當時客觀已查知之上述裝載重量如實舉發，改對於陳志榮開立未帶駕照、拖車證之交通違規勸導單，即放行離去，致富達公司因而獲得免繳付超載罰鍰 1 萬9,000 元之利益（陳林有罪部分詳如上述）。被告陳哲緯、潘建良及趙義正共同基於行賄之犯意聯絡，由陳哲緯購買香菸4 條及茶葉2 斤（價值約3,600 元）交予潘建良轉交趙義正，用以酬謝違法放行之警員。潘建良於102 年1 月10日15時41分許，以電話與趙義正相約至高雄市岡山區岡山交流道下綽號「昌仔」者所經營之汽車電機行拿取上開茶葉及香菸後，轉交2 條香菸予陳林（價值約1,200 元）收受，因認陳哲緯、潘建良及趙義正此部分所為均涉犯貪污治罪條例第11條第1 項對於公務員違背職務行賄罪嫌。惟經審理結果，認為檢察官所提出之證據，未能證明陳哲緯、潘建良及趙義正有上開犯行，因而撤銷第一審對陳哲緯、潘建良、趙義正此部分科刑之判決，改判諭知渠3 人此部分均無罪（即其附表三編號7(3)、23、25所示），已詳述其取捨證據及得心證之理由，對於檢察官所舉證據何以均不足以證明渠3 人此部分犯罪，亦在理由內詳加剖析論述及說明，有卷內資料可資覆按。另原判決以不能證明趙義正有如檢察官起訴意旨所指違背職務收受賄賂或不正利益罪嫌（詳原判決理由欄標題陸一之(六)及陸之八所示），而就該部分說明應不另為無罪諭知之理由。核原判決以上關於認定趙義正、蔡文慶、陸天賜、王吉順及陳林有罪（包括趙義正不另為無罪諭知）部分，及諭知陳哲緯、潘建良、趙義正無罪部分之論斷，尚無足以影響判決結果之違法情形存在。檢察官上訴意旨略以：(一)、陳林之法定執掌既包含國道公路及經

指定之快速公路範圍內交通秩序維護及稽查取締工作，對於違反道路交通管理處罰條例行為之取締舉發自為其主管事務，且公務員為職務上特定行為時，主觀上具有冀求收受財物之認識或目的，嗣交付者基於公務員為特定職務行為之目的而交付財物時，該交付財物行為與公務員職務行為間即具有對價關係。本件陳林所取得之2 條七星牌香菸來自於陳哲緯與林郁程所購買，而渠2 人購買香菸係因陳志榮所駕駛車號000-00號營業曳引車（附掛車號00-00 號營業半拖車），疑有超載而為陳林攔檢，林郁程致電潘建良、再由潘建良致電趙義正求援，嗣趙義正致電向陳林請託關說，致陳林未開單舉發，而放行陳志榮所駕駛之上開車輛離去。雖陳哲緯與林郁程證稱因前揭事件麻煩潘建良，故贈送2 條香菸予潘建良，但其2 人於贈送前既未先行詢問潘建良是否吸菸，於得知潘建良不抽菸後仍執意贈送，潘建良則以自己不抽菸而將該2 條七星牌香菸轉送趙義正，且於知悉趙義正係使用淡菸，而上述七星牌香菸並非淡菸後仍逕予轉送。趙義正則證稱其不抽七星牌香菸，而轉送未曾以香菸互贈之陳林，依上述香菸轉送過程均與事理相悖等情以觀，可見陳哲緯、潘建良及趙義正轉送香菸予陳林之原因，無非係因陳林於102 年1 月7 日對違規之陳志榮未予開單而逕予放行之對價，堪認陳哲緯、潘建良及趙義正以香菸賄賂陳林部分不僅具有犯意聯絡及行為分擔，且與陳林職務上行為具有對價關係，均應構成貪污治罪條例第11條第1 項之關於公務員違背職務行為交付賄賂罪。原判決就此部分諭知其3 人無罪，顯有未合。(二)、陳志榮駕駛車號000-00號營業曳引車（附掛車號00-00 號營業半拖車）遭陳林攔檢時，車號000-00號營業曳引車核定之載重重量為43公噸，所附掛之車號00-00 號營業半拖車核定載重之重量則為35公噸，則依道路交通安全規則第81條第 1 項第1 款規定，上開車輛之核定總聯結重量，應以上揭曳引車及

半拖車之核定重量較小者即35公噸，作為該聯結車之法定總聯結重量。而陳志榮遭攔檢後過磅之重量為43.82 公噸，已逾核定總重量35公噸之百分之25，參諸內政部所訂頒之「取締砂石（大貨）車超載作業程序」，此違規行為並非由警員施以勸導即可，而應開單舉發，則陳林因接獲趙義正請託電話後，改開勸導單而未依上揭作業程序規定當場禁止其通行或卸貨分裝，而逕予放行，自屬裁量權之違法行使，而其事後並收受趙義正轉交之七星牌香菸2 條，兩者之間既具有對價關係，自應構成貪污治罪條例之悖職受賄罪，原判決竟論其以對主管事務圖利罪，自有未當云云。趙義正上訴意旨略以：(一)、刑法上公務員登載不實公文書罪之成立，以行為人主觀上「明知為不實之事項」為要件，不含「間接故意」或「過失」之情形在內。伊既未將彭正勇所駕駛之車號00-000曳引車（附掛車號不詳之營業半拖車）押至政府所設立之合格地磅站測量其總重量，亦無證據證明彭正勇所出示裝載貨物磅單所記載之內容（記載49公噸餘）是否屬實，且該貨磅單亦未扣案，自無從知悉彭正勇所駕駛之上開車輛總重量為何，故伊主觀上不可能「明知」舉發單上記載40.3公噸為「不實之事項」。乃原判決未詳查上情，遽認伊於舉發單上填載「載運廢鐵經司機出示貨單總重40.3公噸，核重35公噸，超載5.3 公噸」等內容，合於明知為不實之事項，而登載於職務上所掌公文書之要件，而論伊以刑法第213 條公務員登載不實公文書罪，顯有可議。(二)、陳建宗（已判刑確定）雖有詢問伊平日係抽什麼品牌之香菸，然並未告知其將請宋永萬（已判刑確定）提供香菸，伊自無從知悉陳建宗所交付之香菸係宋永萬所提供，而僅單純認為陳建宗有意幫伊購買香菸，且陳建宗將七星牌香菸交給伊時，見伊未立即收下，即自行將該2 條香菸丟進伊所駕駛之自用小客車後座，且伊見陳建宗拿出2 條香菸時，亦當場表明：「這樣不好看」等語，足

證伊自始即無意從陳建宗處收受香菸或其他財物，自不得以伊有告知陳建宗關於伊所使用之香菸品牌，即認定伊主觀上有冀求財物之意思。況依原判決所附陳建宗與伊之通訊監察譯文內容均未提及伊有要求或期約一定之對價，方允於職務範圍內踐履或消極不執行某種特定行為，自無對職務上行為收受賄賂可言。原判決對此未詳加審究，遽論伊以對於職務上行為收受賄賂罪，亦有未當云云。

蔡文慶上訴意旨略以：(一)、吳明益（已判刑確定）所為不利於伊之證詞前後不一，有重大瑕疵，自不得作為認定伊知悉吳明益駕駛之車號000-00號大貨車超載之唯一依據。另伊於偵、審中一再供稱：案發當時現場另有一輛車號000-00號大貨車過磅超載，伊聽到地磅站廣播後即前往處理該車之違規事宜，並返回隊上輸入該車之違規資料，並不知吳明益駕駛之大貨車有過磅等語，且卷內亦無積極證據證明伊知悉吳明益所駕駛大貨車過磅之結果。原判決未詳查事實，僅憑吳明益有瑕疵之證詞，作為認定伊知悉吳明益駕駛之大貨車超載之唯一依據，並以伊有讓吳明益離去之行為，認定伊主觀上有違法圖利他人之犯意，殊有未當。(二)、伊於原審聲請勘驗陳明海與陳建義於101 年9 月13日下午17時33分 5 秒許之電話通話內容，經原審勘驗後發現第一審判決所引用此部分通訊監察譯文內容有多處闕漏，原判決未就此加以查明釐清，仍引用上開有闕漏之通訊監察譯文內容，作為認定伊觸犯對主管事務圖利罪之證據，亦有未合云云。

陸天賜上訴意旨略以：原判決既說明依內政部警政署頒布之「取締砂石（大貨）車超載作業程序」，距攔停地點1 公里路段內設有地磅者，方可強制砂石（大貨）車前往過磅，惟伊攔停劉秋源（已判刑確定）駕駛之營業曳引車（附掛營業半拖車）位置1 公里路段內並未設有地磅，自無從強制其前往過磅。而伊當時復不

能僅憑劉秋源所持有該車輛之過磅單作為舉發依據，因而放其離去，縱考量陳建宗（已判刑確定）關說之因素，仍難認有何違法。且伊與狄樂民於退還劉秋源行車執照及駕駛執照放行前，劉秋源並未對伊及狄樂民或陳建宗表示日後將宴請招待，以換取伊放行及不開立罰單。何況劉秋源於偵、審中證稱：其係在警員放行及取回行車執照及駕駛執照後才向陸天賜詢問電話號碼，則伊告知劉秋源電話號碼，或日後雙方聯繫而接受其宴請招待，自難認與伊上開攔查及放行之職務行為有任何對價關係。原判決未審究上情，僅以伊甫放行劉秋源，劉秋源即向伊索取電話號碼並稱欲宴請伊吃飯，遽認伊有如公訴意旨所指之對於職務上行為收受不正利益犯行，顯有可議云云。

王吉順上訴意旨略以：(一)、貪污治罪條例第6 條第1 項第4 、 5 款圖利罪之成立，以明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則，或其他對不特定多數人就一般事項所作對外發生法律效果之規定為前提。然本件原判決認定伊所違反者為內政部警政署頒布之「取締砂石（大貨）車超載作業程序」，上開作業程序依行政程序法第159 條規定，係屬於並未對外發生效力之行政規則，核與前揭圖利罪成立之前提要件不合。原判決遽論伊以對於主管事務圖利罪，殊屬可議。(二)、伊主觀上雖認為劉民鎮（已判刑確定）所駕駛之營業曳引車疑似有超重之情形，惟公路警察目前並未配備活動式地磅，尚無從確認劉民鎮確有違規情事。且伊主觀上認為盤查地點業已距離最近地磅站1 公里以外，依規定並無強制要求劉民鎮前往地磅站過磅之權力，故伊裁量結果，認無繼續盤查之必要，而讓劉民鎮所駕駛之營業曳引車離去，並無違背法令之情形，自不成立違法圖利罪。原判決未詳查上情，僅以伊放行劉民鎮駕駛之營業曳引車致該車所有人免繳超載罰鍰，而推認伊有違法圖利他人之故意，亦

有未合。(二)、伊攔查劉民鎮所駕駛之營業曳引車地點，依池天輝之回報，為國道345 公里處，該處已距離最近地磅站1 公里以外，且伊攔查劉民鎮所駕駛之營業曳引車地點，是否超出最近地磅站1 公里以外，與伊是否觸犯對於主管事務圖利罪攸關，原審對此未予調查，遽認劉民鎮係在甫通過國道1 號岡山收費站時，即遭警員攔停，而當時岡山地磅站仍有營運等情，遽為不利於伊之認定，亦有未當云云。

陳林上訴意旨略以：(一)、交通部104 年1 月14日交路字第1030416686號函釋意旨雖認為「曳引車核定總聯結重量及所聯結之半拖車核定總重量之較小者，為該半聯結車之總聯結車重量限制」，然道路交通安全規則第81條僅規定：「聯結車輛之裝載，應依左列規定：一、半聯結車裝載之總聯結重量，不得超過曳引車及半拖車核定之總聯結重量。」並未限制半聯結車裝載之總聯結重量，以曳引車及所聯結半拖車之核定總聯結重量之較小者，為該半聯結車之總聯結車重量限制。交通部上開函釋意旨並非法令，且係增加法律所無之限制，違反憲法第23條法律保留原則，自不得引為伊犯圖利罪之依據。原判決卻以伊違背上開函釋意旨，遽認伊觸犯對於主管事務圖利罪，顯有未合。(二)、第一審卷四第39頁背面所附之貨磅單（記載43.82 噸）係伊在國道1 號北上 353.7 公里處攔下陳志榮所駕駛車號000-00號營業曳引車（附掛車號00-00 號營業半拖車）後，要求陳志榮隨同前往燕巢交流道附近私人所設地磅站過磅之私磅磅單，並非國道上合格地磅站之公磅磅單，該私設地磅站既無證據證明為合法設立，且其用以檢測重量之相關設備是否合格，亦有不明，則陳志榮駕駛上開車輛所裝載貨物之重量是否確已達43.82 公噸，而超過該車核定搭載之重量35公噸，即非明瞭而有調查釐清之必要。原審未予調查釐清，逕以上開私磅單作為不利於伊之認定，亦有可議。(三)、行為人須有

積極圖取自己或他人不法利益之行爲，始能構成貪污治罪條例之圖利罪。換言之，苟行爲人並無積極之作爲，或僅有消極之不作爲，尙難遽以圖利罪相繩。伊雖並未對陳志榮所駕駛之上開車輛開單舉發，然未開單舉發僅係消極不作爲，至多爲行政疏失，且伊自始至終均未有任何積極圖利自己或陳志榮不法利益之行爲，自不應論以圖利罪。乃原判決竟論伊以對主管事務圖利罪，殊有未當云云。

惟證據之取捨及事實之認定，均爲事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指爲違法而執爲適法之第三審上訴理由。(一)、原判決依憑陳林之供述、證人陳志榮、林郁程、陳哲緯、潘建良、趙義正等之證述，及潘建良與趙義正間之通訊監察譯文內容，暨陳林、潘建良與趙義正持用行動電話之雙向通聯查詢資料、國道警察局○○分隊102 年1 月7 日員警工作紀錄簿、勤務分配表、公務車調派（使用）登記簿、員警攔停告發單資料維護查序紀錄影本、車號000-00及所附掛半拖車00-00 車籍資料、000-00營業曳引車過磅單、交通部104 年1 月14日交路字第1030416686號函，以及陳林開立陳志榮未帶駕照及拖車證之交通違規勸導單影本等證據資料，認定陳林所爲係犯貪污治罪條例之公務員對於主管事務圖利罪，而非同條例之公務員悖職受賄罪，已詳述其憑據及理由。對於陳林辯稱其僅有消極未舉發違規之不作爲，並無積極圖取他人不法利益之犯意與行爲云云，如何不足以採信，亦在理由內指駁及論敘甚詳（見原判決第79頁第 1 行至第89頁第8 行，第151 頁倒數第3 行至第154 頁最後1 行），核其論斷於法尙無違誤。檢察官上訴意旨謂陳林應構成貪污治罪條例之公務員悖職受賄罪，而指摘原判決論其以公務員對主管事務圖利罪爲不當，暨陳林上訴意旨置原判決上開適法之論斷說明於不顧，猶以其前揭不爲原判決所採信之同一辯解，而指摘原

判決論其以公務員對於主管事務圖利罪為不當云云，依上述說明，均非合法之第三審上訴理由。(二)、關於陳哲緯、潘建良及趙義正交付香菸予陳林部分，何以不構成公務員違背職務行為交付賄賂罪一節，原判決已敘明陳林攔停陳志榮所駕駛營業曳引車（附掛營業半拖車），經過磅後，明知該車已超載，卻因陳志榮撥打電話向富達公司調度員林郁程求援，經林郁程輾轉與陳哲緯、潘建良聯繫，再由潘建良致電趙義正請求協助，再經趙義正致電陳林後，陳林不予開單舉發，即讓陳志榮離去，參諸陳林、趙義正之相關供（證）述，以及潘建良與趙義正之通訊監察譯文內容（並未談及若陳林放行車輛，將給予任何好處），可見趙義正在要求陳林放行陳志榮所駕車輛時，並未向其告以日後將贈禮回饋等語。佐以卷內資料亦無陳林曾有受關說違法放行車輛後，日後獲贈財物或不正利益之事證或往例，自難單憑陳林答應放行車輛，即認定其目的在於冀求日後財物之給付。至於趙義正贈送香菸予陳林之目的，觀諸陳哲緯、潘建良及趙義正於偵查中之證詞，陳哲緯係因陳志榮車輛獲放行一事，為表達謝意乃主動購買香菸、茶葉等物交予潘建良，再由潘建良轉交趙義正，嗣由趙義正交付2條香菸予陳林，並參酌潘建良與趙義正間之通訊監察譯文內容，堪認陳哲緯於聯絡潘建良當時，係認陳志榮並未超載，始會將上情告知潘建良。又因陳林未開立罰單而放行陳志榮離去，係使富達公司獲有免繳納罰鍰之利益，陳哲緯並非直接受圖利之對象，僅從中聯繫潘建良尋求協助，而其於聯絡潘建良當時，主觀上係認為陳志榮所駕駛之車輛並未超載，且於過程中亦未受任何人告知須贈禮予陳林，實難認陳哲緯於聯繫潘建良關說陳林放行車輛之當時，即存有欲對陳林所為特定職務行為致贈財物之想法。陳林雖因趙義正致電關說，未開立罰單即放行陳志榮超載車輛離去，然其當非無可能係基於同事情誼而為上開圖利犯行，尙難遽

認其當時主觀上必有冀求日後收受賄賂之目的。至於陳哲緯於陳林為前開特定職務行為之當時，亦無證據足以證明其有日後欲對陳林交付財物之想法，縱事後陳哲緯思及欲答謝陳林，購買香菸等物經由潘建良、趙義正交予陳林收受，此事後贈禮及收禮行為，或有悖於公務人員廉政規範，然尚難認授受雙方主觀上具有行賄及收賄之意思合致，亦難認與陳林前所為之特定職務行為具有對價關係，自難認陳哲緯、潘建良、趙義正此部分所為構成貪污治罪條例第11條第1項之對於公務員關於違背職務行為交付賄賂罪，因認此部分尚屬不能證明其3人犯罪，而為渠3人此部分均無罪之諭知等旨甚詳（見原判決第150頁第7行至第154頁最後1行），核其論斷，於法尚屬無違。況渠3人主觀上有無行賄或受賄之犯意，此為事實審法院採證認事之職權，且此項單純之犯意事實，亦非法律審之本院所得逕行加以認定。原判決依據陳哲緯、潘建良、趙義正及陳林之陳述，暨卷內相關證據資料綜合加以審酌，認為尚不能確切證明彼等關於贈送上述2條香菸與陳林之特定職務行為具有對價關係，亦不能證明彼等主觀上具有行賄或違背職務受賄之犯意，而不成立上開行賄及受賄罪名，核其所為之論斷，既無明顯違背經驗、論理法則之情形，自不得任意指為違法。檢察官上訴意旨，置原判決上開論斷說明於不顧，任憑己見，指摘原判決對於陳哲緯、潘建良、趙義正被訴涉犯對於公務員關於違背職務行為交付賄賂罪嫌部分均諭知無罪為不當云云，依上述說明，仍非適法之第三審上訴理由。(三)、關於趙義正於其所掌之舉發單上填載不實內容而犯公務員登載不實公文書罪部分，原判決已敘明趙義正雖於偵查中供稱：伊攔下彭正勇所駕駛之超載貨車時，彭正勇先出示內容記載重量為40餘公噸之貨磅單，經伊質疑而要求過磅後，其始再拿出內容記載重量為49公噸的貨磅單等語，彭正勇既曾出示2張貨磅單，可見伊當時尚無法得

知其實際載重為何，又因不得強制其至地磅站過磅，故伊並非明知彭正勇已載重49公噸而不予以舉發云云。惟趙義正就彭正勇遭攔查時是否先後出示兩張貨磅單乙節，於高雄市調查處詢問時並未敘及此事，嗣於檢察官偵訊時陳稱彭正勇先出示40.3公噸貨磅單，經伊質疑後始出示49公噸貨磅單等語。其後於審理時辯稱：彭正勇係在伊開立超載40.3公噸罰單簽名後，始口頭稱超載重量為49餘公噸，當時並未看到磅單等語。其所述前後不一。參以彭正勇於偵查中供稱其當日係出示49公噸貨磅單等語；另於審理中亦供稱：伊當日出車時，僅攜帶1 張貨磅單，並未攜帶2 張貨磅單等語，而認彭正勇於遭攔查時，僅曾出示載重49公噸之貨磅單，趙義正稱彭正勇曾出示兩張貨磅單云云，並非可採等旨甚詳（見原判決第24頁倒數第6 行至第25頁第12行），核其論斷，尙與證據法則無違。趙義正上訴意旨對原判決已明確論斷說明之事項，徒憑己見，指摘原判決採證認事不當，亦非合法之第三審上訴理由。(四)、原判決依憑趙義正之供述、證人方玉泉、宋永萬、陳建宗及王文憲之證詞，以及宋永萬以電話聯絡陳建宗，暨陳建宗以電話聯絡趙義正之通訊監察譯文、國道警察局○○分隊101 年7 月30日員警工作紀錄簿及勤務分配表等證據資料，認定趙義正有本件公務員對於職務上之行爲收受賄賂犯行，已詳述其憑據及理由。對於趙義正否認有本件對於職務上行爲收受賄賂犯行暨所辯各語，如何不足以採信，亦在理由內逐一指駁及論敘甚詳（見原判決第27頁第1 行至第37頁第11行），核其論斷於法尙無違誤。趙義正上訴意旨置原判決明確之論斷說明於不顧，徒以泛言指摘原判決論其以對於職務上行爲收受賄賂罪為不當云云，亦非適法之第三審上訴理由。(五)、原判決依憑蔡文慶之供述、證人吳明益、劉民鎮、陳建義、陳明海及洪啓聰之證詞，以及劉民鎮、陳建義、陳明海及蔡文慶間之通訊監察譯文，暨陳建義、劉民鎮、

吳明益、蔡文慶與陳明海所持用之行動電話雙向通聯查詢資料、國道警察局○○分隊101 年9 月13日員警工作紀錄簿、勤務分配表、公務車調派（使用）登記簿、員警攔停告發單資料維護查詢紀錄影本、交通部臺灣區國道高速公路局南區工程處103 年5 月2 日南岡字第1036005358號函所檢附國道1 號岡山地磅站南、北磅101 年9 月13日全日過磅資料、國道警察局○○分隊於101 年9 月17日之勤務分配表、勤務變更紀錄、國道警察局○○分隊於101 年9 月17日之員警出入及領用槍枝彈藥、無線電機、行動電腦（話）登記簿、高速公路岡山收費站北向地磅車輛超載資料及處理登記表、國道高速公路超載資料表等證據資料，認定蔡文慶有本件對於主管事務違法圖利之犯行，已詳述其憑據及理由，對於蔡文慶否認犯罪，辯稱其主觀上並無圖利之犯意云云，如何不足以採信，亦在理由內逐一指駁及論敘甚詳（見原判決第37頁之標題四至第55頁第10行），核其論斷於法尚無違誤。且依上述說明可知，原判決係綜合前開各項證據資料認定蔡文慶有本件對於主管事務違法圖利犯行，並非僅憑吳明益之指證，作為蔡文慶犯罪之唯一證據。且證人之陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可採，事實審法院非不可本於經驗法則斟酌其他證據作合理比較後以定其取捨；從而供述證據之一部認為真實而予以採取，另一部認為與事實不符而予以捨棄不採，亦非證據法則所不許。原判決就吳明益所為前後不一致之證詞，已本於調查所得之心證而詳述其取捨論斷之理由，核其所為之論斷，與經驗、論理法則無違。蔡文慶上訴意旨置原判決適法之論斷說明於不顧，任意指摘原判決認定其主觀上具有違法圖利之犯意為不當云云，依上述說明，亦非合法之第三審上訴理由。(六)、原審於105 年4 月1 日行準備程序時，已就陳明海與陳建義於101 年9 月13日下午17時33分5 秒許之電話通訊監察錄音光碟予以勘驗，並

將其內容逐字作成譯文，有原審上開準備程序期日之勘驗筆錄在卷可稽（見原審卷(二)第233 至235 頁）。雖第一審判決理由欄所引用之上開對話內容有多處闕漏（見第一審判決第42至43頁之標題8 ），而原判決於論斷蔡文慶犯罪事實時，並未引用經勘驗後之正確逐字譯文，而仍然引用第一審判決所記載之通訊監察譯文內容，雖略嫌未洽，但原判決所引用之通訊監察譯文內容，與經原審勘驗結果之正確逐字譯文大致相符，且對原判決認定蔡文慶有罪之結果不生影響。蔡文慶上訴意旨執此無關判決結果之枝節問題指摘原判決不當，仍非適法之第三審上訴理由。(七)、原判決依憑陸天賜之供述與劉秋源之證述，暨陳建宗、劉秋源所持用行動電話申登資料及雙向通聯查詢資料，以及陳建宗、劉秋源暨狄樂民間之電話通訊監察譯文、國道警察局○○分隊於102 年1 月11日之員警工作紀錄簿、勤務分配表、公務車調派（使用）登記簿、員警攔停告發單資料維護查詢紀錄影本、車號000-00號行車執照、地磅單、旅揚環保股份有限公司送貨單影本、國道警察局第○公路警察大隊103 年6 月16日國道警五督字第1035901282號函文及所附民間地磅站一覽表等證據資料，認定陸天賜有本件公務員對於職務上之行爲收受不正利益犯行，已詳述其憑據及理由。對於陸天賜辯稱其攔停劉秋源所駕駛之營業曳引車（附掛營業半拖車）位置1 公里範圍內並未設有地磅站，依規定不能強制其前往過磅，復不能僅憑劉秋源持有之貨磅單作為舉發依據，因而放行讓劉秋源離去，且其與狄樂民退還劉秋源行車執照及駕駛執照放行讓其離開前，劉秋源並未表示日後將宴請招待以示謝意云云，如何不足以採信，亦在理由內逐一指駁及論敘甚詳（見原判決第55頁標題五至第63頁第3 行），核其論斷於法尚無違誤。陸天賜上訴意旨置原判決上開適法之論斷說明於不顧，任意指摘原判決論其以公務員對於職務上行爲收受不正利益罪為不當云云，

依上述說明，亦非合法之第三審上訴理由。(八)、內政部警政署所頒布之「取締砂石（大貨）車超載作業程序」，係將與警員取締砂石（大貨）車超載時有關之各種規定（依該作業程序一、依據：(1)警察職權行使法。(2)道路交通管理處罰條例第29、29條之1、29條之2。(3)道路交通安全規則第79至82條。(4)違反道路交通管理事件統一裁罰基準及處理細則第12、13條。(5)裝載砂石、土方車輛使用專用車輛或專用車廂規定。(6)警察機關取締違規砂石車注意事項。）予以匯集，並將其取締流程及各階段如何執行暨權責人員係何人等相關細節以圖表方式呈現，無非為便利警員於取締砂石（大貨）車超載時，可依該作業程序予以執行。換言之，「取締砂石（大貨）車超載作業程序」係將上開相關法令之內容予以圖表化，其實質內容實為上開相關法令之規定。王吉順上訴意旨(一)以「取締砂石（大貨）車超載作業程序」並非貪污治罪條例圖利罪構成要件中所指之「法令」云云，依上述說明，無非對「取締砂石（大貨）車超載作業程序」所規定之內容有所誤解，其執此指摘原判決不當，亦非適法之第三審上訴理由。(九)、原判決已敘明劉民鎮所駕駛之營業曳引車（附掛營業半拖車）遭王吉順攔停時，依陳明海、陳建義及劉民鎮相互間之通訊監察譯文所示，上開車輛係在「摸手」處（指岡山收費站）被攔下，且該處之地磅站仍在營運中，王吉順遂要求劉民鎮前往該地磅站過磅，卻在與陳建義電話對話後，隨即結束攔檢程序而予以放行，足見王吉順之所以中止對劉民鎮強制過磅之原因，顯與當時其有與陳建義電話通話有關。參以王吉順於偵查中自承：伊認為劉民鎮應該有超載，他當時不肯過磅，若他沒有超載就會配合過磅，但因伊之同事陳建義有說情，所以基於同事情誼就讓劉民鎮離開等語，可見其主觀上亦認為劉民鎮當時確有超載之情形，則王吉順在岡山地磅站旁攔停該車，且於攔停時該地磅站仍在營運中，依

「取締砂石（大貨）車超載作業程序」規定，王吉順於劉民鎮拒絕配合過磅時，自應強制其過磅，卻因陳建義來電關說而中止攔檢程序，並予以放行讓劉民鎮離去，其所為明顯違反上開作業程序之規定，顯係以積極方式使上開車輛所有人因此可獲得免繳納總超載重量罰鍰1 萬9,000 元之不法利益等旨甚詳（見原判決第64頁倒數第7 行至第65頁第9 行，第67頁第7 行至第68頁第2 行），核其論斷於法尚屬無違。王吉順對原判決前揭適法之論斷，任憑己意，指摘原判決不當，亦非合法之第三審上訴理由。(H)、刑事訴訟法第379 條第10款所稱「應於審判期日調查之證據」，係指與待證事實具有重要關係，在客觀上有調查必要，且有調查可能性之證據而言。若法院認為待證事實依據卷內相關證據已臻明瞭，別無再調查其他證據之必要者，縱未再調查其他證據或傳訊相關證人，亦不能遽指其判決有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。原判決依憑王吉順之供述、劉民鎮、陳建義之證詞，及劉民鎮、陳明海及陳建義間之通訊監察譯文內容、陳建義、劉民鎮持用之行動電話雙向通聯查詢資料、國道警察局○○分隊101 年11月30日員警工作紀錄簿、勤務分配表、公務車調派（使用）登記簿、員警攔停告發單資料維護查序紀錄影本等證據資料，認定劉民鎮所駕駛之營業曳引車係在甫通過岡山收費站時，即遭王吉順攔停，且當時岡山地磅站仍在開磅營運中，王吉順遂要求劉民鎮前往該地磅站過磅之事實已甚為明確，縱未再調查王吉順攔查劉民鎮所駕駛營業曳引車之地點，亦不能遽指為違法。何況王吉順及其辯護人於原審審判期日，經審判長詢以尚有何證據請求調查時，均答稱「無」等語，有原審106 年7 月22日審判筆錄在卷可稽（見原審卷(四)第258 頁及背面）。乃王吉順於上訴本院後，復以原審並未調查其攔查劉民鎮所駕駛營業曳引車之地點，是否距離最近地磅站1 公里以外，而指摘原判決論其以公務

員對主管事務圖利罪為不當云云，依上述說明，亦非適法之第三審上訴理由。(四)、道路交通安全規則第1 條規定：「本規則依道路交通管理處罰條例第92條第1 項規定訂定之。」且其內容係對不特定多數人就一般事項對外發生法律效果之規定，自屬法律授權之法規命令。而101 年10月12日修正發布之道路交通安全規則第81條規定：「聯結車輛之裝載，應依左列規定：一、半聯結車裝載之總聯結重量，不得超過曳引車及半拖車核定之總聯結重量。…」亦即半聯結車裝載之總聯結重量既不得超過曳引車核定之總聯結重量，亦不得超過半拖車核定之總聯結重量，故半聯結車裝載之總聯結重量限制自以該曳引車核定之總聯結重量及半拖車核定之總聯結重量之較小者為準。至於其重量之限制，道路交通安全規則第38條已明文規定：「車輛尺度、軸重、總重、後懸及段差之限制應依下列規定：…三、總重或總聯結重量之限制：…(五)半聯結車：總聯結重量不得超過35公噸。…」，可見半聯結車裝載之總聯結重量限制，道路交通安全規則已有明文。而交通部104 年1 月14日交路字第1030416686號函釋：「曳引車核定總聯結重量及所聯結之半拖車核定總重量之較小者，為該半聯結車之總聯結車重量限制」等旨，無非重申道路交通安全規則第81條規定之意旨。陳林上訴意旨(一)謂道路交通安全規則第81條僅規定半聯結車裝載之總聯結重量，不得超過曳引車及半拖車核定之總聯結重量，並未限制半聯結車裝載之總聯結重量，以曳引車及所聯結半拖車之核定總聯結重量之較小者，為該半聯結車之總聯結車重量限制，交通部上開函釋意旨並非法令，且係增加法律所無之限制，違反法律保留原則云云，依上述說明，無非對道路交通安全規則之相關規定及上開交通部函釋之內容有所誤解，其執此指摘原判決不當，要非合法之第三審上訴理由。(五)、陳林自承在國道1 號北上353.7 公里處攔下陳志榮所駕駛車號000-00號營業曳

引車（附掛車號00-00 號營業半拖車）後，主動要求陳志榮隨同其前往燕巢交流道附近私人地磅站（按即吉祥度量衡器有限公司於高雄市○○區○○路000 號建元加油站所設之建元地磅站，下稱建元地磅）過磅，若建元地磅過磅之結果欠缺公信力，則陳林何以會要求陳志榮所駕駛之上開營業曳引車（附掛營業半拖車）前往該處過磅？且建元地磅業經經濟部標準檢驗局檢定合格，有度量衡器檢定合格證書在卷可憑（見第一審卷~~四~~第39頁）。何況修正前道路交通管理處罰條例第29條之2 第4 項僅規定：「汽車裝載貨物行經設有地磅處所1 公里內路段，未依標誌、標線、號誌指示或不服從交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員之指揮過磅者，處汽車駕駛人1 萬元罰鍰，並得強制其過磅。」並未限制交通勤務警察必須以國道上所設立之公磅強制過磅，則以經檢驗合格之私設地磅強制過磅，應仍符合上開規定之旨意。陳林上訴意旨指摘原判決未調查陳志榮所駕駛之上開車輛所裝載貨物是否確已超載，逕以建元地磅所開立之貨磅單作為不利於其之認定云云，依上述說明，要屬誤解，仍非適法之第三審上訴理由。至於檢察官及趙義正、蔡文慶、陸天賜、王吉順以及陳林等其餘上訴意旨，均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，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，暨其他不影響於判決結果之枝節問題，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首揭說明，其等關於上開部分之上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

參、原判決關於論處趙義正洩漏國防以外秘密罪（即原判決附表二~~五~~編號1 、3 、4 、6 至9 所示）部分：

按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。趙義正不服原判決，具

狀提起上訴，並未聲明爲一部上訴，依上開說明，原判決關於論處其洩漏國防以外秘密罪（即原判決附表二(五)編號1、3、4、6至9所示）部分，應視爲亦已上訴。而原判決附表二(五)編號1、3、4、6至9所示）部分，認趙義正係犯刑法第132條第1項之公務員洩漏國防以外秘密罪（第一審判決及原判決均認定其有罪），核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件。此部分既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，趙義正對此部分一併提起上訴，顯爲法律所不允許，應併予駁回。

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

中 華 民 國 107 年 4 月 26 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 李 錦 樑

法官 林 靜 芬

法官 劉 興 浪

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 5 月 2 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,480

【裁判日期】1070412

【裁判案由】殺人

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第480號

上 訴 人 臺灣高等法院檢察署檢察官施清火

上 訴 人

即 被 告 陳福祥

選任辯護人 黃照峯律師

上列上訴人等因被告殺人案件，不服臺灣高等法院中華民國 106 年11月29日第二審判決（105年度上重訴字第4號，起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署104年度偵字第3125、4772、6551 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

本件原判決維持第一審論處上訴人即被告陳福祥殺人2 罪，分別論處無期徒刑及死刑，並均宣告褫奪公權終身之判決，駁回檢察官及被告之上訴。固非無見。惟查：

一、審理事實之法院對於被告有利及不利之證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於經驗法則及論理法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由於判決內詳為說明，方為適法。原判決關於被告槍殺被害人蔡宗育部分，固於犯罪事實部分記載：「（被告）懷疑身著灰色連帽外套之蔡宗育亦隨身攜有槍枝之情形下，先以購買飲料為由支開蔡鎧陽，並於蔡宗育坐回車內之際，走至左後車門旁，再次詢問

蔡宗育此次北上究竟是要其幫忙購買毒品或另有所圖，為何帶槍？因蔡宗育未予回應且手摸至腰際，陳福祥見狀誤以為其欲掏槍，擬先下手為強，竟基於殺人之犯意，於11時50分許，持制式手槍朝坐於左後座之蔡宗育頭、胸部連續擊發 3 槍…」，並於理由說明係審認：「其下手當時對自身安危有所顧慮始為之」等情（原判決第27頁倒數第6行至倒數第5行）。然被告於偵查中及羈押審理庭時陳稱：伊從頭到尾都沒有毒品可以交易，伊一開始就是要射殺蔡宗育、蔡鎧陽，然後把那筆錢吞掉，蔡宗育於伊持槍射殺前，毫無反抗，但伊就是打算開槍到他死，伊槍殺蔡宗育、蔡鎧陽是因為錢等語（見3125號偵卷第165頁反面至第166 頁、相驗卷二第148頁、聲羈卷第7-8 頁）。果上開筆錄所載屬實，被告似自始即有意射殺蔡宗育、蔡鎧陽，俾私吞款項，且當時並非因誤認蔡宗育欲掏槍反抗，圖先下手為強，出於自保而射殺蔡宗育。其實情如何？攸關被告於原審之辯解是否可資採信及犯罪事實之認定，原審就此部分未予釐清究明，亦未就被告於偵查中及羈押審理庭時之上開供述，說明其如何不足採信之心證理由，遽為有利被告之認定，自有證據調查未盡及判決不載理由之違背法令。

- 二、有罪判決書所依憑之證據，以足以證明其所認定之犯罪事實為必要，若所憑之證據與待證事實不相符合，即屬證據理由矛盾之違法。原判決事實記載：「…蔡鎧陽斯時恰返回停車場，由7 樓電梯口走來將飲料拿給陳福祥，並往000-0000號自用小客車右後車門靠近。陳福祥見已無從避免蔡鎧陽發現蔡宗育之屍體，為免事跡過早敗露，即另行起意，基於殺人之犯意，尾隨蔡鎧陽至000-0000號自用小客車右後車門邊，旋將蔡鎧陽打倒在地，復持上開手槍朝其射擊3 槍」等情，

並於理由說明：「經原審（第一審）勘驗現場監視器畫面結果，均未見被害人2 人有何攻擊被告之行爲；且就蔡鎧陽部分，從其交付飲料給被告到走至000-0000號自用小客車右後車門旁被槍殺爲止，僅有短短7到10 秒之時間，此段時間蔡鎧陽並未有任何威脅到被告生命安危之行爲。被告跟著蔡鎧陽到000-0000號自用小客車右後車門旁，即直接攻擊蔡鎧陽，蔡鎧陽根本沒有開車門彎身拿東西之時間餘裕，被告辯稱有先警告蔡鎧陽說不要動，伊會離開，但蔡鎧陽開車門彎身去拿東西，爲自保伊才開槍云云，要屬無稽」等由（原判決第25頁），認定蔡鎧陽並無開啓車門而彎身拿取物品之情事。惟被告之辯護人於原審辯稱：被告本無意殺害蔡鎧陽，於離去時，因蔡鎧陽打開車門，有入車內取槍之舉動，才又槍殺蔡鎧陽等語，且第一審勘驗現場監視器畫面結果後，亦記載於2015/01/13 11:54:09 時，被告攻擊蔡鎧陽前，蔡鎧陽有開啓車門之情事，有第一審民國104年7月3 日準備程序筆錄可按（見第一審陳福祥卷第40頁反面）。果該勘驗筆錄所載無訛，蔡鎧陽似有開啓車門之情事，此與被告此部分辯解是否可採，至有關係，乃原判決就此並未詳查說明，逕予認定蔡鎧陽並無開啓車門等情，亦有認定事實與所採證據不符之理由矛盾及判決理由欠備之違法。

三、刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項。法院於科刑時，應以行爲人之責任爲基礎，並審酌一切情狀，尤應注意刑法第57條所列各款事項，以爲科刑輕重之標準。此項科刑審酌之具體情形，自應依刑事訴訟法第310條第3款規定，於判決理由內爲記載。再法院對被告進行量刑或處遇方案之審酌，而囑託鑑定人以被告之犯罪要件事實以外之事實情狀，提供法院相關必要資訊之鑑定時，該相關情狀之鑑定事項常涉

及多樣之多層面因素，諸如被告之性格、家庭背景、生活經歷、成長環境、本件犯罪動機、犯後心理狀態、犯罪人之人身危險性及再犯可能性預測，甚至日後之處遇方案選擇、處遇成效等分析。其評估內容往往跨越單一領域，而含括心理學、犯罪學、社會學、精神醫學等專業，自需借助心理師、醫師、社工師、保護觀察官等專門人士於判決前進行綜合性之團隊鑑定調查，以客觀提供法院作為決定刑度及處遇內容之依據，並可避免單一鑑定人之主觀定調。原判決關於被告殺害蔡鎧陽部分，固已說明：國立臺灣大學醫學院附設醫院106年0月00日校附醫精字第0000000000號函暨精神鑑定報告指稱被告經幾年積極輔導治療始能教化成功，始能明顯降低其再犯風險，且須窮盡一般輔導治療之處遇，並又載明目前仍無法排除係以條件限定下推估被告並非無教化可能性，該內容對於有無教化可能性部分之鑑定過於抽象，且具不確定性，難謂可採，再就是否有再犯可能性部分，鑑定報告指稱：「若無法隔絕幫派朋友的影響，其再社會化的可能性較低」，又以被告前科觀之，其過去雖未曾犯下重傷害、殺人重罪，然其於假釋中另犯製造具殺傷力手槍、暴力襲警脫逃、當街強盜等犯行，復參酌此次被告殺人動機與行為模式，兼具情緒面向的表現型殺人與認知面向的工具型殺人，且其認知面向符合被告對幫派文化的熟稔。被告若未來傷害他人的嚴重度是否到達殺人、再度自處於較為特殊的非法模式、或因復仇、教訓的情緒、以及對幫派互動的脈絡理解下，產生重傷害、殺人等可能，無法排除被告之再犯可能性，因認被告之教化可能性低落等旨（見原判決第36至37頁）。惟教化可能性係指犯罪行為人復歸社會之更生可能性，屬對於犯罪行為人得否更生之人格預估。上開鑑定報告結論既亦同時載

稱：「綜合觀之，陳員（被告，下同）雖有部分反社會人格的症狀，但未到達反社會人格之診斷標準。」「…陳員重回社會後是否會再犯案，須在（再）社會化可能性討論。」「…即使陳員參與幫派活動、並有犯罪紀錄，經過長期教化治療活動，即使個性特徵改變不大，但是其行動上對於社會之危害可能降低…」「關於陳員之矯正教化與再社會化之合理期待可能。在考慮上述本次鑑定所列尚未解決的問題後，陳員仍具有部分矯正教化或再社會化的合理期待可能：如陳員具中度智商，且無藥物成癮或其他精神病史，過往監所內展現相當的學習能力，此外，在高度結構的環境下，陳員展現穩定的生活表現（當兵順利退伍、監所內表現良好），可見仍有部分的矯正教化可能期待性。但在（再）社會化部分，雖被告有重回一般社會生活的規劃與嘗試，但其持續度不佳。被告成年後受朋友圈影響更甚家庭，被告前次出獄後並未切斷與幫派朋友的互動。考慮到被告對其幫派生活細節的熟稔度，且最終無法遠離幫派朋友的影響。若無法隔絕幫派朋友的影響，其再社會化的可能性較低。本次鑑定所提及關於被告的矯正教化與再社會化可能性的負面影響。需接受幾年之積極輔導治療始能教化成功，始能明顯降低其再犯風險，或觀察到其是否具有矯治可能…目前資料不足，無法臆測；然而退一步言，倘能窮盡一般輔導治療之處遇，目前仍無法排除陳員接受教化導正之可能。」等語（見原審卷二第77至80頁）。果所載無誤，已認被告雖有部分反社會人格的症狀，但並未到達反社會人格之診斷標準，且其經過長期治療活動後，即或個性特徵改變不大，但是其行為對於社會之危害可能已降低。如能善盡一般輔導治療之處遇，目前仍無法排除被告接受矯治導正之可能性。是以，該鑑定報告似並未排

除被告應可接受矯治之可能性，事涉多面性專業評定，宜再函查或傳喚原鑑定人到庭說明，或如前述，有待進一步由各專業領域組成之團隊為綜合調查，以期詳實。乃原審未釐清究明，並詳敘取捨之理由，逕以上開鑑定係以條件限定下推估被告並非無矯治可能性，鑑定內容過於抽象，且具不確定性，尚非可採云云，容有未盡允洽。難謂無調查職責未盡及理由欠備之違誤。

四、檢察官上訴意旨指摘原判決關於蔡宗育部分違背法令，及被告上訴意旨指摘原判決違背法令，均非全無理由。而第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，刑事訴訟法第394條第1項前段定有明文。原判決上述之違背法令情形，已影響於事實之確定，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。又原判決理由所載：「傷口15、16：位於傷口（5） 槍傷之出口再入口臨近左上臂之內側及左肘窩區分別傷口為2乘1.5、2乘1公分並於左前臂彎曲時可連成一線支持為槍傷（5）…」（見原判決第15頁倒數第9行至倒數第7行），應係「傷口15、16：位於傷口9 槍傷（v）之出口再入口臨近左上臂之內側及左肘窩區分別傷口為2乘1.5、2乘1公分並於左前臂彎曲時可連成一線支持為槍傷（v）…」之誤（見104年度相字第32號卷第70 頁背面），案經發回並應注意及之。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 4 月 12 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 陳 宗 鎮

法官 何 菁 莪

法官 段 景 榕

法官 張 智 雄

法官 陳 世 雄

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 13 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,631

【裁判日期】1070412

【裁判案由】重傷害

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第631號

上 訴 人 張五郎

選任辯護人 胡原龍律師

洪殷琪律師

上 訴 人 李雲皓

選任辯護人 林盛煌律師

上 訴 人 孫國洋

選任辯護人 劉煌基律師

上 訴 人 高暉傑

上列上訴人等因重傷害案件，不服臺灣高等法院中華民國106 年12月27日第二審更審判決（105 年度上更(一)字第105 號，起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署101 年度偵字第14495 、15780 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於李雲皓、高暉傑部分撤銷。

李雲皓共同犯重傷未遂罪，處有期徒刑參年。扣案如附表編號一、二所示之制式手槍貳支沒收。

高暉傑共同犯重傷未遂罪，累犯，處有期徒刑參年貳月。扣案如附表編號一、二所示之制式手槍貳支沒收。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷改判（即李雲皓、高暉傑）部分：

本件原判決認定上訴人李雲皓、高暉傑與張五郎、夏益龍（由第一審法院通緝中）、孫國洋、甄志強（由臺灣臺北地方法院檢察署通緝中）及真實姓名年籍不詳綽號「維多」之成年男子共7人（下稱李雲皓等7人），於民國101年7月6日凌晨，在臺北市○○區○○路○段000 ○0 號「小○○清粥小菜餐廳」（下稱「小○○清粥店」）用餐，因對王漢文、李政育之友人陳柏凱大聲喧嘩不滿，王漢文見狀恐生意外，乃以電話聯絡其兄王順德到場。嗣於同日凌晨3時53分許，王漢文適與原已用餐完畢離去旋又折返之李雲皓等7人在該店門外相遇，甄志強隨即持其所攜帶如附表編號一所示具有殺傷力之捷克CZ廠100型9mm制式半自動手槍（內裝具有殺傷力子彈，下稱A槍）對空鳴槍，王漢文見狀迅即拿起王順德攜來置於地上之水果刀防身。甄志強隨即基於重傷之不確定故意，持A槍接續對王漢文之手部、大腿等處及立於王漢文前方之王順德腳部射擊數發子彈；李雲皓、高暉傑、張五郎、夏益龍、孫國洋及綽號「維多」者等6人於甄志強對空鳴槍時，均已明確知悉甄志強持有手槍及子彈，惟其等均以爲甄志強及綽號「維多」者所持有者，均係可發射金屬或子彈具有殺傷力之改造手槍（下稱改造手槍）及子彈，亦均預見持槍對人體之四肢部位近距離射擊，極可能造成毀敗或嚴重減損肢體機能，而有致他人受重傷之結果，竟仍共同基於未經許可持有改造手槍、子彈之故意及與甄志強共同基於重傷害之不確定故意，一同上前毆打王漢文及王順德。在毆打過程中綽號「維多」者並基於同上之共同犯意聯絡，持其所攜帶如附表編號二所示之阿根廷製BERSA 廠THUNDER 9 ULTRA COMPACT PRO型9mm制式半自動手槍（內裝具有殺傷力子彈，下稱B槍）朝王漢文、王順德之腳部射擊，孫國洋並於奪下王漢文手持之水果刀後，轉身攻擊已倒地之王漢文，致王漢文、王順德分別受有如原判決事實欄所載之傷勢，惟未致生

王漢文、王順德重傷之結果等情。係以上開事實，業據被害人王漢文、王順德證述綦詳，核與證人李政育、陳柏凱所證述之情節大致相符，並有自案發現場監視器錄影所擷取之畫面及相關照片，國立臺灣大學醫學院附設醫院所出具之王漢文、王順德診斷證明書等證據資料附卷可稽，復有經警查獲之A槍、B槍及子彈3顆扣案可資佐證。又A槍、B槍及子彈3顆等經送鑑驗結果均具有殺傷力，有內政部警政署刑事警察局鑑驗書附卷可證。另依證人王漢文、王順德所為之證詞，以及高暉傑、張五郎、李雲皓、孫國洋及夏益龍所為之供述，暨經第一審當庭勘驗案發現場之路邊監視器錄影畫面結果，清楚顯示：「甄志強手持槍，行進間舉起手槍往王順德方向射擊，張五郎、夏益龍、孫國洋、A男（即高暉傑）、B男（即綽號「維多」者，手持一支手槍）跟在甄志強後面；甄志強走到王順德身旁，即舉起手槍往畫面左側追去並離開畫面。張五郎、孫國洋、夏益龍、A男、B男及後來跟上之李雲皓則圍過去毆打王順德」等情，有第一審勘驗筆錄及自監視器錄影翻拍之現場照片附卷可稽等情以觀，雖無法證明上訴人等4人知悉甄志強及綽號「維多」者所持之A槍及B槍係制式手槍，然依「所犯重於所知，從其所知」之法理，仍應就其等所認知甄志強及「維多」者係持有可發射子彈具有殺傷力改造手槍之行爲共同負責。又上訴人等4人對於持具有殺傷力之改造手槍近距離朝人體四肢等處射擊，已預見極有可能毀敗或嚴重減損人體肢體之機能或導致重大不治或難治之傷害，其等在甄志強持槍射擊王漢文與王順德之同時，容認並配合上前對王漢文與王順德爲毆擊之行爲，堪認上訴人等4人就對王漢文、王順德所爲重傷未遂之犯行，與甄志強及綽號「維多」者間，具有重傷害不確定故意之共同犯意聯絡。因認上訴人等4人有如原判決事實欄所載重傷未遂之犯行，堪予認定，爲其所憑之證據及認定之理由。並說明

上訴人等4 人所為均係犯槍砲彈藥刀械管制條例第8 條第4 項之未經許可持有可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝罪、同條例第12條第4 項之未經許可持有具有殺傷力之子彈罪及刑法第278 條第3 項、第1 項之重傷害未遂罪。檢察官起訴意旨認上訴人等 4 人係犯槍砲彈藥刀械管制條例第7 條第4 項之未經許可持有手槍罪及刑法第271 條第2 項、第1 項之殺人未遂罪，尚有未洽，惟與起訴之基本社會事實同一，起訴法條應依刑事訴訟法第300 條規定予以變更。上訴人等4 人就本件犯行與夏益龍、甄志強及綽號「維多」者，彼此間互有犯意聯絡及行為分擔，依刑法第28條規定，均為共同正犯。而上訴人等4 人以一行為同時使王漢文、王順德受重傷未遂，以及所犯重傷未遂、未經許可持有可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝暨未經許可持有具有殺傷力之子彈 3 罪，均應依刑法第55條想像競合犯裁判上一罪關係從較重之重傷未遂罪處斷。又高暉傑於99年間，因轉讓毒品等罪案件，經臺灣板橋地方法院（已更名為臺灣新北地方法院）以99年度易字第1141號刑事判決分別處有期徒刑3 月、4 月及5 月，並定其應執行刑為有期徒刑10月確定，而於99年10月29日易科罰金執行完畢，有原審法院高暉傑前案紀錄表在卷可稽，其於上開有期徒刑執行完畢後5 年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯，應依法加重其刑。再上訴人等4 人已著手於重傷行為之實行而未致生重傷害之結果，應依刑法第25條第2 項規定，按既遂犯之刑度減輕之，高暉傑部分並依法先加後減之。原判決因而撤銷第一審關於上訴人等4 人部分之科刑判決，並適用前述論罪、加重減輕、共犯、想像競合犯、未遂犯等相關條文，改判均論以共同犯重傷未遂罪，並審酌犯罪之一切情狀，量處李雲皓、高暉傑（累犯）各有期徒刑2 年10月，並依刑法第38條第1 項第1 款規定，諭知扣案如附表所示之制式手槍2 支沒收，原非無見。

李雲皓上訴意旨略以：依原判決事實欄之記載，伊於案發當時並未動手毆打王漢文及王順德，足見伊與甄志強及綽號「維多」者等人間，就本件犯行並無犯意聯絡及行為分擔。又依證人李政育、王順德之證述內容，亦足見伊並不知甄志強及綽號「維多」者所持有之槍枝具有殺傷力，乃原判決在無明確證據之情形下，遽認甄志強在案發現場對空鳴槍時，伊即與甄志強等人就甄志強及綽號「維多」者持有改造手槍及重傷之犯行，彼此間互有犯意聯絡及行為分擔，而論以共同正犯，殊有欠當。

高暉傑上訴意旨略以：(一)、原判決認定伊所為如其事實欄所載之重傷未遂犯行，係基於不確定故意為之，然原審審判長於審判期日就伊係基於不確定故意犯本件重傷未遂罪一節，並未向伊為告知，使伊有表示意見或提出辯解之機會，其所踐行之訴訟程序尚有未合。又原判決認為持槍枝近距離朝人體四肢射擊，極可能造成毀敗或嚴重減損肢體機能，此為眾所周知之事實，亦應為伊所認識及預見，因而論伊以共同重傷未遂罪。然其就上開公眾周知而無庸舉證之事實，並未依刑事訴訟法第158 條之1 之規定給予伊有陳述意見之機會，其所踐行之訴訟程序亦有未洽。(二)、甄志強於本件衝突過程中遭刀砍傷，則甄志強當時究係基於何種犯意開槍，攸關本件事實之認定及法律之適用，乃原審未就案發當時前揭相關情節詳予調查釐清，僅以伊於案發當時跟隨在甄志強後面，於聽到槍聲後有上前共同圍毆王漢文、王順德之行為，遽認伊有本件共同持有改造手槍及重傷未遂之犯行，尚有未合。又原判決對於王漢文、王順德遭槍擊部分，認伊等所為係犯共同重傷未遂罪，但對於李政育嗣遭槍擊未中部分，卻認為其用意僅係在警告李政育不要多事，並無殺害李政育之犯意，因而就張五郎等被訴該部分涉犯殺人未遂罪嫌不另為無罪之諭知，其採證標準前後不一，亦有未洽。(三)、原判決就伊對於綽號「維多」者持有B

槍及子彈部分，是否具有共同犯意之聯絡及行為之分擔，並未於其事實欄為明確之記載，尚有未洽。又關於甄志強是否有與伊等共同圍毆王順德一節，其事實之認定與理由之說明不盡一致，殊有欠當。另原判決說明伊等所為並未致王漢文、王順德受重傷之結果，均為未遂犯等情，然其就伊等究係因己意中止重傷害犯行？抑係因障礙而阻斷被害人重傷害結果之發生？並未詳予認定說明，遽行判決，殊有可議云云。

惟查：(一)、證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決就上訴人等4人有如其事實欄所載共同未經許可持有具殺傷力之改造手槍、子彈及共同重傷未遂之犯行，已說明其所憑之證據及理由綦詳，業如前述；核其論斷與經驗、論理法則無違，並無高瑋傑上訴意旨所指調查未盡，以及採證標準前後不一，暨理由前後矛盾之情形。又綜觀原判決事實之記載以及理由之說明，原判決就綽號「維多」者未經許可持有B槍及子彈部分，顯係認上訴人等4人與其互有犯意聯絡及行為分擔。縱原判決事實欄對此部分之記載未臻詳細，而略有微疵，然其與上訴人等4人就該部分之主要犯罪構成要件之認定並不生影響，自不得執此指摘原判決違法。李雲皓、高瑋傑上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，猶執其不為原審所採信之同一辯解，再事爭論，並任憑己意，漫事指摘原判決採證認事不當，並無理由。(二)、原審審判長於審判期日已向高瑋傑及其於原審之選任辯護人告知「依最高法院發回意旨上訴人等就殺人未遂部分可能係共同涉犯刑法第278條第1項、第3項之使人受重傷未遂罪」、「……（請）一併就是否有『共同使人受重傷之故意的犯意聯絡，是否為共同重傷未遂，請一併為答辯』……」等旨（見原法院更(一)審卷第二宗第32頁背面、第50頁背面）。而刑法第13條第1

項、第2 項雖分別規定行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意；行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生不違背其本意者，以故意論。前者為確定故意（直接故意），後者為不確定故意（間接故意），惟不論係「明知而有意使其發生」，或「預見其發生而其發生不違背本意」，僅認識程度之差別，間接故意亦應具備對於構成犯罪事實之認識，與直接故意並無不同。是原審審判長就高曄傑如其上訴意旨(一)所指之事實，於審判期日已對高曄傑及其於原審之選任辯護人為告知，並給予其辯解之機會，其對於高曄傑之訴訟防禦權已妥予照料，並無高曄傑上訴意旨(一)所稱原審踐行訴訟程序不當之情形，高曄傑上訴意旨(一)執此指摘原判決不當，亦無可取。

惟按一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑，刑法第55條定有明文。又依上開法條但書規定之精神，如所犯罪名在3 個以上時，所量定之宣告刑，自不得低於該重罪以外各罪法定最輕本刑中之最高者，此乃當然之解釋。而刑法第278 條第1 項、第3 項之重傷未遂罪，其法定本刑為「5 年以上12年以下有期徒刑」（依刑法第25條第2 項規定得按既遂犯之刑減輕）；槍砲彈藥刀械管制條例第8 條第4 項之未經許可持有可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝罪，其法定本刑為「3 年以上10年以下有期徒刑，併科新臺幣（下同）7 百萬元以下罰金」；槍砲彈藥刀械管制條例第12條第4 項之未經許可持有子彈罪，其法定本刑為「5 年以下有期徒刑，併科3 百萬元以下罰金」。原判決既認李雲皓、高曄傑係以一行為同時觸犯上開3 罪，應依刑法第55條之規定從一重之重傷未遂罪處斷（見原判決第19頁倒數第3 行至第20頁第2 行），則依上述說明，其各量處李雲皓、高曄傑（累犯）有期徒刑2 年10月，已少於較輕罪名法定最輕本刑中之最高者，即未經許可持有可發射金屬或子彈

具有殺傷力槍枝罪之法定最輕本刑有期徒刑3 年，顯有適用法則不當之違法。李雲皓、高暉傑上訴意旨雖未指摘及此，然以上係本院得依職權調查之事項，則原判決關於李雲皓、高暉傑部分自難以維持。惟原判決此項違誤尚不影響於李雲皓、高暉傑部分犯罪事實之認定，本院可據以爲判決。爰將原判決關於李雲皓、高暉傑部分撤銷，自爲判決；並就高暉傑部分依刑法第47條第1 項累犯之規定加重其刑後，再適用同法第25條第2 項規定就上訴人等4 人減輕其刑，爰審酌李雲皓、高暉傑前揭犯罪之一切情狀，分別量處如主文第2 項、第3 項所示之刑，及諭知扣案如附表所示之制式手槍2 支沒收，以資糾正。又本件雖係由李雲皓、高暉傑提起上訴，但本院係因原判決適用法則不當予以撤銷改判，自無禁止不利益變更原則之適用，附此敘明。

貳、上訴駁回（即張五郎、孫國洋）部分：

按刑事訴訟法第377 條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令爲理由，不得爲之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令爲理由，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，顯與法律規定得爲第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴爲違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人張五郎、孫國洋有其事實欄所載未經許可持有具有殺傷力之手槍、子彈及重傷害未遂之犯行，因而撤銷第一審關於張五郎、孫國洋部分之科刑判決，改判均論以共同犯重傷未遂罪，分別量處張五郎有期徒刑3 年2 月、孫國洋有期徒刑3 年，及均諭知扣案如附表編號一、二所示之制式手槍2 支沒收，已詳敘其所憑之證據及認定之理由；對於張五郎、孫國洋所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。核其所爲之論斷，俱有

卷內資料可資覆按，從形式上觀察，原判決關於張五郎、孫國洋部分並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

張五郎上訴意旨略以：(一)、依證人王鈺勻、黃慧貞、劉家驥、趙煜綺、傅生菊、張素蘭、陳雅惠及陳鈺惠所為相關證詞之內容，以及案發現場勘驗照片暨現場監視器錄影畫面翻拍照片所顯示之情形，足見伊係最後到達案發現場，亦係最早離開案發現場。伊於本件案發過程中，僅因王順德趨身上前，始與其發生拉扯扭打，嗣伊並將李雲皓拉離開案發現場，伊於本案並非居於主導之地位，亦未有參與毆打王漢文之行爲。又依證人王漢文、李政育、陳柏凱、王鈺勻及王順德所為相關證詞之內容，足徵伊雖有與王順德發生拉扯扭打之肢體衝突，然伊對於其餘所發生之事情均不知情，與甄志強及綽號「維多」者等人間亦無重傷害之犯意聯絡及行爲分擔，自不得令伊共同負重傷未遂等罪責。乃原審未詳細斟酌釐清上開相關各情，遽論伊以共同犯重傷未遂罪，殊有欠當。(二)、證人王順德於第1次及第2次警詢時均未提及有人對其開槍，對照自案發現場監視器所擷取之畫面以觀，足見本件案發時並無人對王順德開槍，乃原判決遽於其事實欄記載甄志強及綽號「維多」者先後持槍對王順德之腳部射擊，顯有未洽。又依案發現場監視器錄影畫面所顯示之情形，伊與甄志強及綽號「維多」者並非熟識，故伊對其等身上攜有槍枝一事並不知情，伊為此聲請原審勘驗現場監視器錄影光碟，以查明上情（見原法院更(一)審卷第一宗第229頁）。乃原審未依伊之聲請為勘驗調查，且未待甄志強及綽號「維多」者到案加以調查釐清，而於事實有欠明瞭之情形下，遽為不利於伊之認定，亦有未合。(三)、原判決既認定王漢文、王順德及陳柏凱係同時遭受攻擊，卻就王漢文、王順德遭受攻擊部分，論伊以共同重傷未遂罪，另就陳柏凱遭受攻擊部分，認伊所為係犯傷害罪，因陳柏凱撤回告訴，而不另為不受理

之諭知，其就伊在同一時、地所爲之相同行爲，卻爲二種不同罪名之認定，殊有欠當云云。

孫國洋上訴意旨略以：(一)、依張五郎、李雲皓及高暉傑相關供述各情，以及證人李政育所爲之證詞，暨案發現場監視器錄影畫面所顯現之情形以觀，足見甄志強在案發現場對空鳴槍時，伊並未聽到槍聲，嗣後伊與王順德發生肢體衝突時，亦不知甄志強所持有者係具有殺傷力之槍枝。原判決未詳細斟酌上開各情，就甄志強及綽號「維多」者未經許可持有A槍及B槍部分，遽論伊以未經許可持有可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝罪，殊有欠當。

(二)、本件案發過程係伊與王漢文等人扭打時，甄志強及綽號「維多」者突然持槍對王漢文、王順德射擊，甄志強及綽號「維多」者上開行爲與伊無涉，自不得令伊同對上開行爲負責。乃原審對上情未詳予斟酌，遽認伊與甄志強及綽號「維多」者等人間就前揭犯行，彼此間互有犯意聯絡及行爲分擔，復對於伊奪下王漢文所持水果刀之行爲，未審酌及說明是否有刑法第23條正當防衛規定之適用，亦有可議云云。

惟查：(一)、證據之取捨及事實之認定，均爲事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指爲違法而執爲適法之第三審上訴理由。原判決認定張五郎、孫國洋有如其事實欄所載共同未經許可持有具有殺傷力之改造手槍、子彈及共同重傷未遂之犯行，已說明其所憑之證據及理由綦詳，業如李雲皓、高暉傑撤銷改判部分所述；核其論斷與經驗、論理法則無違。又原判決認定甄志強在案發現場對空鳴槍後，王漢文爲防身而拾起王順德所攜來之水果刀，但並未認定王漢文有持該水果刀攻擊孫國洋等人之行爲。是孫國洋等人在未受到王漢文持水果刀攻擊之情況下，奪下王漢文所持水果刀之行爲，顯不符合刑法第23條正當防衛之要件，原判決縱未就此加以審酌及說明，亦於判決結果無

影響。張五郎、孫國洋上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，猶執其不為原審所採信之同一辯解，再事爭論，並任憑己意，就無關宏旨之細節問題，漫事指摘原判決採證認事不當，並非合法之第三審上訴理由。(二)、按所謂有利於被告之證據及應於審判期日調查之證據，係指該證據倘予採納或經調查所能證明者，得以據以為有利於被告或不同之認定者而言。如與待證事實無關，或不足以影響事實之認定或判決之結果者，即欠缺調查之必要性，縱未加以調查或說明，亦與所謂判決違背法令之情形不相適合。原判決認定張五郎有其事實欄所載之犯行，已說明所憑之證據及理由綦詳，業如前述。又稽諸原審106年4月19日準備程序筆錄，固記載張五郎於原審之選任辯護人陳稱：「今日準備書狀三在案發地點的勘驗照片……，可以證明李政育、陳柏凱所說的話是與事實不符合，翻拍照片在上證六，但因為翻拍情形不容易看到，可以勘驗光碟」等情（見原法院更(一)審卷第一宗第229頁）。然張五郎於原審之選任辯護人在原審準備程序主張「可以勘驗光碟」一節，係為證明李政育、陳柏凱所述與事實不符。而張五郎上訴意旨(二)主張其聲請原審勘驗現場監視器錄影光碟之目的，則係為證明其與甄志強及綽號「維多」者並非熟識，進而證明其對甄志強及綽號「維多」者身上攜有槍枝一事並不知情。是其上訴意旨(二)所稱之待證事實核與卷內上開筆錄所載內容不符，則其執此指摘原判決不當，即非有據。況於原審審判期日經審判長訊問「尚有證據請求調查？」時，張五郎答稱「請律師回答」等語，張五郎於原審之選任辯護人均答稱「無」等語，有卷內筆錄可查（見原法院更(一)審卷第二宗第49頁），亦未就其與甄志強及綽號「維多」者並非熟識，或其對於甄志強及綽號「維多」者身上攜有槍枝一事並不知情一節，聲請原審就何事項再為如何之調查。是原判決認本件犯罪事實已臻明確，縱未就上情再為調查及說明，

亦不能指為違法。而本院為法律審，無從為事實之調查，張五郎在本院始為上述單純事實之爭執，並指摘原審就上情未為調查，及未待甄志強及綽號「維多」者到案查明事實，遽為其不利之認定為不當云云，依上述說明，亦非依據卷內資料執為指摘之適法上訴第三審理由。至張五郎、孫國洋其餘上訴意旨，均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，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，暨其他不影響於判決結果之枝節性問題，漫為爭辯，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首開說明，其2 人之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、第397 條、第398 條第1 款，槍砲彈藥刀械管制條例第8 條第4 項、第12條第4 項，刑法第11條前段、第28條、第278 條第1 項、第3 項、第55條、第47條第1 項、第25條第2 項、第38條第1 項第1 款，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 4 月 12 日
最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲
法官 李 錦 樑
法官 劉 興 浪
法官 林 靜 芬
法官 張 祺 祥

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 20 日

附表：

- 一、制式手槍壹支（槍枝管制編號0000000000號，即A槍）。
- 二、制式手槍壹支（槍枝管制編號0000000000號，即B槍）。

附記論罪法條：

刑法第278條（重傷罪）

- I 使人受重傷者，處5 年以上12年以下有期徒刑。
- II 犯前項之罪因而致人於死者，處無期徒刑或7 年以上有期徒刑。
- III 第1 項之未遂犯罰之。

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,847

【裁判日期】1070412

【裁判案由】殺人等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第847號

上 訴 人 鍾子堂

選任辯護人 許志嘉律師

上 訴 人 余政叡

選任辯護人 許進德律師

上列上訴人等因殺人等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國106年9月27日第二審判決（106年度上訴字第705號，起訴案號：臺灣士林地方法院檢察署104年度偵字第11050、14764號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決綜合全案卷證資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人鍾子堂、余政叡有其事實欄一、二所載之共同私行拘禁、事實三所載之共同殺人、余政叡另有其事實欄四所載之以強暴脅迫方式，使人

施用第二級毒品甲基安非他命犯行，因而撤銷第一審關於其二人之科刑判決，改判論處如其附表（下稱附表）三所示之罪刑（二人各罪均累犯），就有期徒刑部分均定應執行有期徒刑21年。已詳述其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。所爲之論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，尚無足以影響判決結果之違背法令情形存在。

二、上訴意旨略稱：

（一）鍾子堂部分：①原判決就非供述證據之證據能力，未詳細說明得心證之理由，逕予採證論罪，難謂無判決不載理由之違法。另就康元鑄之警詢筆錄是否有證據能力，未綜合警詢時之情況爲整體判斷與考量，遽認其警詢時之證述有證據能力，難認無適用刑事訴訟法第159 條之2 不當之違法。②原判決就上訴人等坦認之事實一、二所示妨害自由犯行，僅臚列證據未爲推理論述，有判決不載理由之違背法令。③原判決就其事實三所載，認定上訴人等爲免上揭不法事跡敗露，乃起殺人犯意聯絡、在山區所爲均基於殺人犯意而爲之事實，所據理由爲何，均未爲具體說明，有理由不備之違法。④行爲人犯罪事實之「明知」或「預見」乃在犯罪決意之前形成，至犯罪行爲後結果之發生，則屬因果關係問題。鍾子堂一再否認知悉其所提紙袋內係放置汽油及余政叡有攜帶西瓜刀上車，余政叡亦自承西瓜刀用衣服蓋住，原判決未就鍾子堂上開辯解爲指駁，遽認二人於離開德惠街前，已有殺人犯意聯絡。再鍾子堂一再主張只是要嚇被害人張榮峻，將之丟在山上不理等語，核與其於余政叡持刀揮砍被害人前，對被害人說，…你要把他惹火才高興…等語之情相符。至其爬下山谷並爲余政叡提供照明，以樹枝、樹葉等物覆蓋被害人身體，均無法排除其當下已發生超出預期之事，始爲不得已之行

爲，無從據爲其先前與余政叡有犯意聯絡之證明。原判決以被害人死亡之結果，縱與上訴人等主觀認識之因果流程未盡一致，因其偏離仍未超出一般生活經驗所能預見之範圍，仍屬殺人既遂，顯係將犯意之認識與犯罪結果發生之因果關係混淆。鍾子堂既無殺人犯意，上開殺人之犯罪事實是否存在即屬有疑，且上開行爲究係基於直接故意或間接故意，亦未據原判決交代說明，原判決有適用刑法第13條不當及判決不載理由之違法。⑤鍾子堂認爲被害人無法行走，係因其腿部受有附表一編號16所示外傷，原判決以鍾子堂明知被害人被載離李柔儀德惠街住處（下稱德惠街）時，其腿部受有附表一編號15、17所示傷勢而無力自行站立行走，猶將之載往山區，終致死亡結果，爲認定上訴人等共犯殺人罪之依據，仍屬有疑，致影響犯罪事實之認定，應予撤銷改判。⑥原判決就上訴人等犯私行拘禁罪，量處同一刑度，就二人所犯殺人罪卻量處不同刑度，未說明相異之原因，自有判決不載理由之違背法令。

(二)余政叡部分：①依卷內洪禎蔚之手機攝影譯文，洪禎蔚與被害人之對話顯示，洪禎蔚要被害人承認是自己被綁、臉部的傷是自己撞牆，…嫌其動作慢，要打被害人云云，則洪禎蔚是否與上訴人等同爲私行拘禁之共犯，原審未爲調查，有應調查證據未調查之違法，若洪禎蔚與上訴人等同爲私行拘禁之共犯，則被害人被洪禎蔚帶離德惠街，辦理金融帳戶賣給詐欺集團，以清償被害人積欠鍾子堂債務期間，行動自由仍受剝奪，上訴人等對被害人之妨害自由行爲未中斷，應僅論以一罪，原判決對上訴人等將被害人留置於德惠街期間，區分爲二，論以二妨害自由罪，適用法規顯有錯誤。②被害人之死因，係遭上訴人等拘禁毆打傷害致死，縱認上訴人等將

被害人棄置山區之「丟包」行為有殺人犯意，但被害人並非因此而生死亡結果，僅能論以殺人未遂罪。原判決論以殺人罪，亦有事實與理由矛盾之違法。③駱立揚於警詢、第一審審理時均稱，係洪禎蔚餵食被害人甲基安非他命，第一審審理時稱，係被害人自行燒烤甲基安非他命吸食。鍾子堂警詢時亦稱，洪禎蔚拿甲基安非他命要被害人吸食，之後嫌其速度太慢，再拿一包要求被害人配水食用，與李柔儀於第一審所證相符，原判決就上開有利於余政叡之證述未予採用，復未說明理由，有判決不備理由之違法。④依余政叡之精神鑑定報告書及社工報告可知，其為本案違法行為時已屬心理狀態偏差之病人，故其智識程度、認知功能較國中時有所下降，此亦為原判決所採認，則以其家庭背景、行兇時之智識程度及身、心狀況，非不得科以最低刑度或為再減刑之依據，原判決未量處其最低度刑，有判決理由矛盾之違法。

三、惟查：

(一)刑事訴訟之證據，依證據方法與待證事實之關聯性，可分為「供述證據」及「非供述證據」。前者，如屬被告以外之人於審判外之書面陳述，其有無證據能力，應視是否合於刑事訴訟法第159條之1至第159條之5有關傳聞法則例外規定決定；後者既非屬供述證據，自無傳聞法則規定之適用，祇須合法取得，並於審判期日經合法調查，即可容許為證據，而不生依傳聞法則決定其有無證據能力之問題。原判決就所採非供述證據部分，業經合法調查，經審酌後資為證據，已說明其取捨之依據及理由，無違證據法則，其論斷並無不合。至康元鑄之警詢筆錄並非認定上訴人等犯罪事實所必要，原判決縱有說明未當之處，顯然於判決無影響，非上訴第三審之適法理由。

(二)有罪之判決書，如已就刑事訴訟法第310 條所列之事項，予以論述敘明，即難認有理由不備之違誤。原判決依憑上訴人等之自白、鄭志鴻、駱立揚、洪禎蔚、丁豪正、彭詩儀之證述、被害人、鍾子堂於民國104年7月27日行動電話通聯查詢明細、法醫研究所解剖報告、內政部警政署刑事警察局所附洪禎蔚手機鑑識資料、李柔儀德惠街住處勘察報告、採證照片、鑑定書，扣案之木頭、附表二編號1、2所示行動電話等證據資料，認定鍾子堂因被害人積欠其新臺幣2000元未還，由上訴人等與李柔儀共同謀議，推由李柔儀誘使被害人於104年7月28日凌晨至德惠街後，三人共同將之私行拘禁於該處，迄同日中午由洪禎蔚、駱立揚陪同外出開設金融帳戶止，渠等返回德惠街後，因上開債務仍無法清償完畢，上訴人等另基於共同私行拘禁之犯意，將之拘禁於該處，至同年8 月4日凌晨零時30 分離開該處止。並說明依上訴人等推由李柔儀誘使被害人至德惠街住處之目的，其等就可能對被害人為不法行為有所認識，其後果為私行拘禁行為，堪認上訴人等與李柔儀主觀上有對被害人為私行拘禁之犯意，鄭志鴻所證及上訴人等辯稱，未討論要限制被害人之行動自由云云，均無可採。已就上訴人等之辯解如何不可採詳為論述（原判決第16頁）。又說明依洪禎蔚、駱立揚之證述及被害人隨同其二人外出可輕易對外求救之客觀情狀等情，認定被害人由洪禎蔚、駱立揚陪同外出至其等返回德惠街期間，自由未受拘束（原判決第41至42頁），因認上訴人等上開二次妨害自由犯行係基於個別犯意而為（原判決第36頁），俱有卷內證據資料可資佐按。依前所述，上訴人等於洪禎蔚陪同被害人外出期間無妨害被害人行動自由犯行，洪禎蔚自非妨害自由行為之共犯，至卷附洪禎蔚手機鑑識資料（104年度偵字第147

46號卷一第150至151頁），僅係洪禎蔚於被害人被私行拘禁時對之所為不當言行，為上訴人等犯罪之證據，觀之原判決自明，上訴意旨就原判決有關上訴人等妨害自由行為部分所為指摘，均係就原判決已明白論斷之事項再事爭執，非上訴第三審之合法理由。

(三)所謂對於被告有利之證據不予採納者，應說明其理由，係指該項證據倘予採納，能予推翻原判決所確認之事實，而得據以為有利於被告之認定者而言。如非此項有利於被告之證據，縱未於判決內說明其不足採納之理由，因本不屬於上開範圍，自不生理由不備之違法問題。原判決綜合上訴人等之部分供述，鄭志鴻、王嘉源、法醫師曾柏元之證述，相驗筆錄、相驗屍體證明書、相驗解剖照片、法醫研究所鑑定報告書及對鑑定報告為說明之函文等卷內證據資料，認定上訴人等恐其等私行拘禁被害人之事跡敗露，基於共同殺人之犯意，於104年8月4日凌晨零時30分，將被害人自德惠街住處帶往新北市○○區○○○○○路000000號燈桿附近（下稱案發地點），由余政叡以西瓜刀朝被害人背部揮砍1刀，致其滾落山谷後，經余政叡尋得，再以附近之大石頭朝被害人頭部猛砸，鍾子堂則在旁持手電筒為其照明，二人認被害人已死亡，共同以樹枝、樹葉等物覆蓋被害人身體後，返回案發地點搭車離去，被害人則因於受私行拘禁期間因上訴人等之傷害行為，受有附表一編號15、17所示傷害，加上訴人等未將之送醫治療，反任令其留置上揭山谷，導致引起橫紋肌溶解症、急性腎衰竭，最後因代謝性休克、循環衰竭而死亡等情。已說明依憑上訴人等之部分供述、鄭志鴻、王嘉源之證述、104年8月4日德惠街社區監視器翻拍照片，足認上訴人等明知被害人離開德惠街時，因腿部所受如附表一編號15、17

之傷勢嚴重，已無力自行站立行走，身體孱弱，卻將之帶往偏僻山區，同時攜帶用以砍殺被害人之西瓜刀及毀滅跡證之汽油瓶、毛巾。余政叡於以西瓜刀揮砍被害人前，詢問其有無「遺願」，被害人被砍傷後跌落山谷，上訴人等尋得被害人後，余政叡以大石猛砸被害人「頭部」，鍾子堂並未出手阻止，自始處處配合余政叡，並於被害人遍體鱗傷後，復與余政叡共同以樹枝、樹葉等物覆蓋被害人之身體後逕自離去，足認其二人將被害人載離德惠街住處前，即有殺人犯意聯絡。並對上訴人等所辯無殺人之意各節，如何與卷內證據不符或係片面卸責之詞，均無足採，詳加說明指駁（原判決第18至27、30至33頁），核無上訴意旨所指之違法。

④按行爲與結果間，是否有相當因果關係，不僅須具備「若無該行爲，則無該結果」之條件關係，更須具有依據一般日常生活經驗，有該行爲，通常皆足以造成該結果之相當性，始足當之。若行爲經評價爲結果發生之相當原因，則不論有無他事實介入，對該因果關係皆不生影響；結果之發生如出於偶然，固不能將結果歸咎於危險行爲，但行爲與結果間如未產生重大因果偏離，結果之發生與最初行爲人之行爲仍具「常態關連性」時，最初行爲人自應負既遂之責。原判決依憑彭詩儀、洪禎蔚證述，鍾子堂表示被害人死了、埋了，余政叡說顱內出血死定了等語及上訴人等有以樹枝、樹葉等物覆蓋被害人身體後逕自離去之客觀行爲，認上訴人等在留置被害人於陳屍處離去時，主觀上應係認被害人已經死亡，而以被害人發生死亡結果（死因）雖非直接遭上訴人等以刀砍背部、石頭砸頭所致，而係之前於德惠街處遭上訴人等傷害後，被害人腿部受傷已不良於行、身體虛弱，上訴人等不將之送醫，反基於殺人犯意將之載往偏僻山區，以刀砍致滾落山

谷，再以石砸頭，認被害人已死亡，再以樹枝、樹葉等物覆蓋後離去，被害人縱非因此當場死亡，衡情亦難期待其可自行爬出山谷或得到他人適時援救，上訴人等難諉為不知，嗣導致被害人橫紋肌溶解症、急性腎衰竭，終因代謝性休克、循環衰竭而死亡，縱與上訴人等主觀上所認識的因果流程未盡一致，因其偏離仍未超出一般生活經驗所能預見之範圍，應屬殺人既遂。並說明，依彭詩儀之證述及上訴人等明知被害人被帶離德惠街時之身體狀況，應立即送醫治療，卻將之載往山區，自難以其等無專業之醫療知識而脫免責任。再被害人之死亡，非因其等之私行拘禁行為所致，不成立私行拘禁致死罪。已就上訴人等之「殺人」行為與被害人之死亡結果間有因果關係，上訴人等之辯解，如何不可採及檢察官起訴上訴人等犯私行拘禁致死罪未當，詳為說明論斷（原判決第23至24頁、34頁、35頁），俱有卷內證據資料可按，核無上訴意旨所指判決不載理由及適用法規錯誤之違法。

(五)證據之取捨、證據證明力之判斷，以及事實有無之認定，屬事實審法院之職權，苟其取捨判斷與認定，並不違背論理法則及經驗法則，即不容任意指為違法，而執為適法之第三審上訴理由。原判決依憑洪禎蔚及駱立揚（警詢、偵查）、駱立揚於第一審審理時之證述、法醫研究所鑑定報告等，認定余政叡有強暴、脅迫使被害人以吸食器施用甲基安非他命，並說明，縱令如余政叡所辯，洪禎蔚有命被害人吞食甲基安非他命，與駱立揚、鍾子堂、李柔儀之證述相符，亦無從反證余政叡無上開強迫被害人施用甲基安非他命犯行，無從援為余政叡有利之認定（原判決第34至35頁），已就余政叡此部分之辯解如何不可採，明白論述，且李柔儀於原審係證稱就洪禎蔚如何給被害人吸食…沒印象（原審卷第455 頁），

難認對余政叡有利，上訴意旨謂原判決未採納就證人對其有利之證述而未說明，顯非依據卷內證據資料為指摘，非上訴第三審之合法理由。

(六)刑法第59條，犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑，仍嫌過重者，得酌量減輕其刑之規定，乃法院得自由裁量之事項。而刑之量定，同屬法院得依職權自由裁量之事項，苟於量刑時，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，在法定刑度之內予以裁量，又未濫用其職權，即不得遽指為違法。原判決已說明，余政叡之殺人行為犯罪情節難謂輕微，其個人智識程度與生活狀況，非犯罪之特殊原因或環境，無刑法第59條之適用（原判決第39至40頁）。爰以上訴人等之責任為基礎，斟酌刑法第57條各款所列情狀，分別就上訴人等所犯各罪量處如附表三所示之刑，並就有期徒刑定應執行刑，核其所處之刑未逾法定刑度之範圍（法律之外部性界限），亦無違比例、公平、罪刑相當原則等（法律之內部性界限）濫用其裁量職權之情形，自不得任意指為違法，核無上訴人等所指判決未載理由之違法。

四、綜上，上訴人等之上訴意旨或就原審採證認事、量刑職權之適法行使，或就原判決已論明之事項，仍憑己見，泛指為違法，或再為單純事實之爭執，俱非適法之第三審上訴理由，其等上訴均違背法律上之程式，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 107 年 4 月 12 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 謝 靜 恒

法官 鄭 水 銓

法官 王 敏 慧

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 12 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,907

【裁判日期】1070411

【裁判案由】加重詐欺

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第907號

上 訴 人 臺灣高等法院檢察署檢察官黃東焄

被 告 羅加慶

上列上訴人因被告加重詐欺案件，不服臺灣高等法院中華民國106年6月20日第二審判決（106年度上訴字第623號，起訴案號：臺灣新北地方法院檢察署105年度偵字第6079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、本件原判決認定被告羅加慶係一行爲觸犯刑法第216條、第210條行使偽造私文書、第214條使公務員登載不實及第339條第1項詐欺取財等罪，因而撤銷第一審論處其加重詐欺罪之科刑判決，改判仍依想像競合犯關係，從一重論處其行使偽造私文書罪刑及沒收，固非無見。
- 二、惟查刑法第339條之4加重詐欺罪，關於第1項第3款「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。」之加重事由，其立法理由已敘明：「考量現今以電信、網路等傳播方式，同時或長期對社會不特定多數之公眾發送訊息施以詐術，往往造成廣大民眾受騙，此一不特定、多數性詐欺行爲類型，其侵害社會程度及影響層面均較普通詐欺行爲嚴重，有加重處罰之必要，爰定爲第3

款之加重處罰事由。」是刑法第339 條之4 第1 項第3 款之加重詐欺罪，須以對不特定多數之公眾散布詐欺訊息為要件。行為人雖利用廣播電視、電子通訊、網際網路或其他媒體等傳播工具犯罪，倘未向公眾散布詐欺訊息，而係針對特定個人發送詐欺訊息，僅屬普通詐欺罪範疇。行為人若係基於詐欺不特定民眾之犯意，利用網際網路等傳播工具，刊登虛偽不實之廣告，以招徠民眾，遂行詐騙。縱行為人尚須對受廣告引誘而來之被害人，續行施用詐術，始能使之交付財物，仍係直接以網際網路等傳播工具向公眾散布詐欺訊息，無礙成立加重詐欺罪。

三、原判決就詐欺取罪部分於事實欄認定，被告與同案被告李皓翔共同基於意圖為自己不法所有之詐欺取財犯意聯絡，明知自己並無貸放款項的真意，竟於民國103 年12月24日前某日，利用電子設備連接網際網路，在「易借網」網站上刊登借貸廣告。告訴人陳昇威於103 年12月24日某時瀏覽該廣告後，留言表示有意借貸款項，李皓翔即以「易借網」會員帳號「Z000000000」與告訴人聯繫，再於翌（25）日以通訊軟體「LINE」（帳號apg0000000）自稱「給力」，向陳昇威佯稱：如有意借款新臺幣（下同）5 千元，須提供機車、機車行照及國民身分證供辦理借款登記資料，倘未按期繳交分期款項，機車才會遭扣留抵押云云，致告訴人陷於錯誤，將所有機車、機車行照及國民身分證交付被告，由李皓翔持向監理站辦理機車過戶登記，再出售詐得之機車朋分款項等情（見原判決第1 至2 頁）。倘若無訛，被告與李皓翔既係基於詐欺取財之犯意聯絡，利用網際網路（「易借網」網站平台）刊登虛偽不實之借貸廣告，以招徠民眾，遂行詐騙。而告訴人亦因而受騙，則被告與李皓翔行為，已該當刑法第339 條

之4 第1 項第3 款之加重詐欺罪。原判決認係犯同法第 339 條第1 項之普通詐欺取財罪（見原判決第5 至6 頁），難謂無適用法則不當之違法。

四、告訴人（名稱爲：Eserdise Chen ）與李皓翔（名稱爲：給力）雖曾於「LINE」通訊軟體上爲下列對話：「Eserdise Chen：不好意思」、「給力：恩直說」、「Eserdise Chen：我在易借網看到您的廣告」、「未成年有機車在名下」、「給力：幾歲需要多少」，有「LINE」聊天紀錄在卷可稽（見104 年度偵字第17279 號卷第15頁）。然告訴人於103 年12月30日警詢時指稱：我上網到「易借網」平台留言借錢，會員代號「Z000000000」說能幫助我，並要加我「LINE」，名稱叫「給力」，ID是「apg0000000」等語（見104 年度偵字第17279 號卷第5 頁背面）。稽諸卷附告訴人與李皓翔在「易借網」網站平台張貼之文字內容（見上揭偵卷第36至37 頁），告訴人係於103 年12月24日以會員代號「kkenny0000 tw」在「易借網」網站平台，張貼「一萬元現金分期攤還＋利息（19歲）」、「借款金額：1 萬」、「借錢內容：一萬元現金未成年～有固定的工作～」、「還款方式：分期含利息攤還～麻煩了」之借款需求，嗣經會員代號「Z000000000」（即李皓翔）在回文看板留言：「真正做到讓您輕鬆借輕鬆還」、「你好喔加個LINE來聊聊吧或許能一次幫你」、「我的ID是apg0000000」、「可賴我聊聊」。是告訴人上開所稱「我在易借網看到您的廣告」，係指看到李皓翔在回文看板之上開留言？抑指看到被告與李皓翔在「易借網」刊登之借貸廣告？此攸關被告係單純利用網際網路（「易借網」網站平台）對告訴人個人發送詐欺訊息，抑或係利用網際網路對公眾散布詐欺訊息之認定。原審未予調查釐清，逕認告訴

人係先瀏覽李皓翔刊登之借貸廣告後，留言表示有意借貸款項，難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

五、以上或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決有撤銷發回之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第401 條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 4 月 11 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 黃 瑞 華

法官 陳 宏 卿

法官 洪 于 智

法官 楊 智 勝

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 13 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,1066

【裁判日期】1070426

【裁判案由】加重詐欺等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第1066號

上 訴 人 臺灣高等法院臺中分院檢察署檢察官蔡宗熙

上 訴 人

即 被 告 陳仁慈

上列上訴人等因被告加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年1月25日第二審判決（106 年度上訴字第1826 號，起訴案號：臺灣彰化地方法院檢察署106年度偵字第5341、5737、5741、6090、6927、6945、8286 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於陳仁慈所犯如其附表二編號6 部分撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分：

一、本件原判決認定上訴人即被告陳仁慈參與綽號「阿森」、「KK」、「大一」之成年男子等3 人以上組成之詐欺集團，擔任取款車手，共同於原判決附表（下稱附表）一編號6 所示時、地詐取被害人林敬倫財物之犯行，因而維持第一審論處上訴人3 人以上共同詐欺取財罪罪刑，及諭知相關沒收之判決，駁回其及檢察官在第二審之上訴，固非無見。

二、惟查：

組織犯罪防制條例於民國106年4月19日修正公布，並自同年4月21日起生效施行，該條例第2條第1項修正為「本條例所稱犯罪組織，指3人以上，以實施強暴、脅迫、詐欺、恐嚇為手段或最重本刑逾5年有期徒刑之罪，所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織」；107年1月3日再將該條項修正為「具有持續性『或』牟利性之有結構性組織」。而組織犯罪防制條例係藉由防制組織型態之犯罪活動為手段，以達成維護社會秩序、保障人民權益之目的，乃於該條例第3條第1項前段與後段，分別對於「發起、主持、操縱、指揮」及「參與」犯罪組織者，依其情節不同而為處遇，行為人雖有其中一行為（如參與），不問其有否實施各該手段（如詐欺）之罪，均成立本罪。然在未經自首或有其他積極事實，足以證明其確已脫離或解散該組織之前，其違法行為，仍繼續存在，即為行為之繼續，而屬單純一罪，至行為終了時，仍論為一罪。又刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯存在之目的，在於避免對於同一不法要素予以過度評價。自然意義之數行為，得否評價為法律概念之一行為，應就客觀構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益與行為間之關連性等要素，視個案情節依社會通念加以判斷。刑法刪除牽連犯之規定後，原認屬方法目的或原因結果，得評價為牽連犯之二犯罪行為間，如具有局部之同一性，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，依想像競合犯論擬。倘其實行之二行為，無局部之重疊，行為著手實行階段亦有明顯區隔，依社會通念難認屬同一行為者，應予分論併罰。因而，行為人以一參與詐欺犯罪組織，並分工加重詐欺行為，同時觸犯參與犯罪組織罪及加重詐欺取財罪，雖其參與犯罪組織之時、地與加重詐

欺取財之時、地，在自然意義上非完全一致，然二者仍有部分合致，且犯罪目的單一，依一般社會通念，認應評價為一罪方符合刑罰公平原則，應屬想像競合犯，如予數罪併罰，反有過度評價之疑，實與人民法律感情不相契合。另已受請求之事項未予判決，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第379條第12款定有明文。本件原判決認定陳仁慈參與綽號「阿森」、「KK」、「大一」之成年男子等3人以上組成之詐欺集團，擔任取款車手，共同於附表一編號6所示時、地詐取被害人林敬倫財物，陳仁慈於此部分行為時（106年4月22日），組織犯罪防制條例業已修正施行，則揆諸上揭說明，陳仁慈參與之詐欺集團是否係一以詐術為手段，具有持續性、牟利性之有結構性組織，而構成組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪，與其此部分所犯3人以上共同詐欺取財行為間是否具局部同一性，而有想像競合犯關係，尚非無研求餘地。基此，原判決認陳仁慈僅成立3人以上共同詐欺取財罪，容有已受請求之事項漏未判決之違誤。

三、上訴意旨指摘及此，為有理由。因原判決上述之違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應將原判決關於上訴人此部分撤銷，發回原審法院更為審判。

貳、上訴駁回部分：

一、本件原判決認定陳仁慈參與綽號「阿森」、「KK」、「大一」之成年男子等3人以上組成之詐欺集團，擔任取款車手，共同於原判決附表一編號1至5、7、8所示時、地詐取被害人姜文忠、藍惠英、陳思妤、忻聖瑀、郭峻瑋、曾紋雅、張楓財物之犯行，因而維持第一審論處上訴人3人以上共同詐欺取財罪共7罪罪刑，及諭知相關沒收之判決，駁回其及檢察官在第二審之上訴。已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以

認定犯罪事實之心證理由。

二、檢察官上訴意旨略以：陳仁慈就附表一編號7、8所犯2次加重詐欺取財犯行，應已構成修正後組織犯罪防制條例第3項第1項後段之參與犯罪組織罪，並與本案之加重詐欺取財罪成立想像競合犯，原判決漏論陳仁慈此部分之參與犯罪組織罪，即有已受請求之事項未予判決之適用法則不當之違誤等語。

三、陳仁慈上訴意旨略以：陳仁慈並無前科，素行良好，因年輕識淺，誤觸刑責，犯後尚供出集團上游姓名，實有意配合偵查，惟檢警卻未偵辦，致令陳仁慈背負所有賠償及刑責，懇請明察其上游，並依刑法第59條酌減其刑及從輕量刑等語。

四、惟查：

(一)罪責原則為刑法之大原則。其含義有二，一為無責任即無刑罰原則（刑法第12條第1項規定：行為非出於故意或過失者不罰，即寓此旨）；另者為自己責任原則，即行為人祇就自己之行為負責，不能因他人之違法行為而負擔刑責。前者其主要內涵並有罪刑相當原則，即刑罰對人身自由之限制與所欲維護之法益，須合乎比例原則。不唯立法上，法定刑之高低應與行為人所生之危害、行為人責任之輕重相符；在刑事審判上既在實現刑罰權之分配正義，自亦應罪刑相當，罰當其罪。

(二)基於前述第一原則，責任之評價與法益之維護息息相關，對同一法益侵害為雙重評價，為過度評價；對法益之侵害未予評價，則評價不足，均為所禁。刑罰要求適度之評價，俾對法益之侵害為正當之維護。因此，加重詐欺罪係侵害個人財產法益之犯罪，其罪數計算，以被害人數、被害次數之多寡，決定其犯罪之罪數；核與參與犯罪組織罪之侵害社會法益

，因應以行為人所侵害之社會全體利益為準據，認定係成立一個犯罪行為，有所不同。是以倘若行為人於參與犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人財物，因行為人僅為一參與組織行為，侵害一社會法益，應僅就首次犯行論以參與犯罪組織罪及加重詐欺罪之想像競合犯，而其後之犯行，乃為其參與組織之繼續行為，為避免重複評價，當無從將一參與犯罪組織行為割裂再另論一參與犯罪組織罪，而與其後所犯加重詐欺罪從一重論處之餘地。本件原判決認定陳仁慈參與綽號「阿森」、「KK」、「大一」之成年男子等3人以上組成之詐欺集團，擔任取款車手，共同於原判決附表一編號7、8所示時、地詐取被害人曾紋雅、張楓財物之犯行，縱認陳仁慈此部分所犯，亦有組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織之行為，然揆諸上揭說明，此部分參與犯罪組織行為乃為其繼續行為，為已經評價之附表一編號6部分之參與犯罪組織罪所包攝，基於前述刑罰禁止雙重評價原則，陳仁慈就附表一編號7、8所示之犯行，應僅論以加重詐欺罪即已足。檢察官上訴意旨主張此部分仍應另論參與犯罪組織罪云云，容有法律解讀之誤，自非合法上訴第三審之理由。

- (三)另基於上述自己責任原則，在共同正犯所謂對全部行為負責，係指不法連帶而責任仍為各別，即任何共同正犯行為符合構成要件該當性及違法性之行為，皆視為各該共同正犯之行為，而使各共同正犯均成立該犯罪。惟共同正犯各人之責任則應分別而論，不僅分別審酌刑法第57條所定之犯罪情狀，得為不同之量刑；即各共同正犯有各自之刑罰加重、減免事由，亦不相涉。又刑之量定，屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，審酌刑法第57條所列各款事項，並未逾越法定刑度或濫用其權限，即不得任意

指摘為違法，資為合法第三審上訴之理由。原判決已敘明第一審以陳仁慈之責任為基礎，並審酌其等犯罪之動機、目的、手段、參與本案之犯罪分工、提款金額、犯罪所得、犯後處理情形、各被害人之意見、檢察官之意見，及其智識程度、生活狀況、素行，及犯後坦承犯行，態度尚佳，具體審酌刑法第57條科刑等一切情狀而為量刑，並就陳仁慈各次犯行犯罪所得諭知沒收及追徵，其量刑及沒收均屬妥適，因而予以維持。此乃原審量刑職權之適法行使，並未逾法定刑度，亦無濫用量刑職權或理由不備之違法。陳仁慈上訴意旨指摘原審令其背負所有賠償及刑責云云，顯與事實不符，難認係適法之第三審上訴理由。至應否依刑法第59條規定酌減其刑，法院本屬有權斟酌決定，故未酌減其刑，並非違法事由，不能執為合法之第三審上訴理由。

五、綜上，本件上訴人等上開部分之上訴，均非合法之上訴理由，此部分之上訴均為違背法律上之程序，應併予駁回。

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

中 華 民 國 107 年 4 月 26 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 在

法官 陳 宏 卿

法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 30 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,1094

【裁判日期】1070430

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第1094號

上 訴 人 臺灣高等法院花蓮分院檢察署檢察官黃怡君

被 告 張竣凱

選任辯護人 黃仕翰律師

呂紹宏律師

陳俊翔律師

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國106 年6 月9 日第二審判決（105 年度原上訴字第56號，起訴案號：臺灣花蓮地方法院檢察署104 年度偵字第4622號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

理 由

本件原判決以公訴意旨略稱：被告張竣凱於民國104 年5 月底某日晚間，主動連絡廖秉翔、黃竣杰2 人並詢問其等是否想賺錢，即偕同其等至花蓮市和平路某刺青店中，與王建凱（另經提起公訴）見面。王建凱原受某運輸毒品集團成員所託，希尋求能夠出國運輸毒品之共犯，王建凱當場即對被告、廖秉翔、黃竣杰宣稱若有人能至泰國地區，運輸毒品至紐西蘭，事成之後，將可給每人約新臺幣（下同）22萬元以爲酬勞。廖秉翔、黃竣杰聞訊後認有利可圖乃應允參加。被告當時已知廖秉翔、黃竣杰2 人若至泰國，將夾藏有毒品違禁物之行李箱，運輸至紐西蘭，將構成運輸

毒品之犯罪，惟被告仍基於幫助廖秉翔運輸毒品之犯意，在花蓮地區，借予廖秉翔2500元，作為廖秉翔辦理出國護照之費用，給予廖秉翔資金及精神上支持而為幫助行為。嗣廖秉翔、黃竣杰於104年6月22日泰國當地時間約晚間6時45分許，在泰國曼谷機場，辦理機票劃位並托運上開行李箱3個，擬搭乘泰國航空TG491號班機，運輸已夾藏有第二級毒品甲基安非他命之行李箱3個，惟旋經泰國肅毒人員，在廖秉翔、黃竣杰2人所托運之行李箱中，當場查獲第二級毒品甲基安非他命毛重約12.07公斤。因認被告涉有幫助運輸毒品罪嫌等語。經審理結果，認不能證明被告犯罪，因而撤銷第一審所為被告有罪判決，改諭知被告無罪。固非無見。

惟查：(一)、被告以外之人於審判中有滯留國外而無法傳喚之情形者，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第159條之3第3款定有明文。而刑事訴訟法第159條之3，係為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，於本條所列各款原始陳述人於審判中無法到庭或雖到庭而無法陳述或無正當理由拒絕陳述之情形下，承認該等審判外之陳述，於具有可信之特別情況與使用證據之必要性要件時，得為證據之規定。本件證人廖秉翔、黃竣杰於104年6月8日出境後，迄至第一審言詞辯論終結時未曾再入境，有入出境資訊連結作業在卷可稽（見第一審卷第120至第123頁），而迄原審審理時，檢察官亦稱其中證人廖秉翔仍置留於泰國而無法到庭作證，請求協調泰國方面詢問廖秉翔等語（見原審卷第67頁），則證人廖秉翔、黃竣杰是否確有於審判中滯留國外而無法傳喚之情形，依刑事訴訟法第159條之3第3款傳聞法則之例外規定而得使用其等於內政部警政署刑事警察局之詢問筆錄，攸關被告

是否成立犯罪，原審自應詳予斟酌考慮。乃原判決遽於理由二以：「證人廖秉翔、黃俊杰於警詢之陳述及自白書，屬被告以外之人於審判外之陳述，且據上訴人即被告張竣凱之辯護人否認有證據能力...，復查無其他符合刑事訴訟法第159 條之1 至第 159 條之5 所定例外得為證據之情形，是依同法第159 條第1 項之規定，其等於警詢之陳述及自白書，自無證據能力。」並於判決理由六、(三)說明：「然檢察官所舉證據即證人廖秉翔、黃俊杰警詢陳述及自白書，業經認定無證據能力如上，已難憑以作為不利被告之認定。故此部分實無證據可證明被告係基於幫助王建凱找人運輸毒品之目的而介紹廖秉翔、黃俊杰與王建凱相識。」云云，難認無判決適用法規不當之違誤。(二)、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，雖屬事實審法院自由判斷之職權，但此項職權之行使，應受客觀存在之經驗法則、論理法則所支配，方為適法，此觀刑事訴訟法第155 條第1 項之規定自明。又刑法上所謂幫助他人犯罪，係指對他人決意實行之犯罪有認識，而基於幫助之意思，於他人犯罪實行之前或進行中施以助力，給予實行上之便利，使犯罪易於實行，而助成其結果發生者。是行為人對其幫助之行為與被幫助犯罪侵害法益之結果間有因果關係之認知，仍屬意為之，即得認有幫助犯罪之故意，要不因其所為非以助益犯罪之實行為唯一或主要目的而異其結果；且其所為之幫助行為，基於行為與侵害法益結果間之連帶關聯乃刑事客觀歸責之基本要件，固須與犯罪結果間有因果關聯，但不以具備直接因果關係為必要。故凡意圖幫助犯罪而以言語或動作從旁助勢，直接或間接予以犯罪之便利，足以增加正犯犯罪之力量者，即屬幫助行為，縱其於犯罪之進行並非不可或缺，或所提供之助益未具關鍵性影響，亦屬幫助犯罪之行為。本件被告明知證人廖秉翔將出國運輸毒品，仍資助金錢予廖秉翔辦理護照乙情，為原判決所認定（見原

判決第5 頁第9 至10行），而資助他人辦理護照，縱非運輸毒品不可或缺，或所提供之助益未具關鍵性影響，惟被告既對於廖秉翔運輸毒品之犯罪有所認識，而於廖秉翔實行犯罪前給予助力，何以不能認為係運輸毒品之幫助犯？未見原判決細心勾稽，詳酌慎斷，僅拘泥「以申辦護照費用非高，則即便被告未借予申辦費用，衡情廖秉翔應亦可輕易向王建凱或其他方式籌得，而順利申辦護照。雖廖秉翔申辦護照之日期，與出國日期相近，然並無證據可認倘廖秉翔未能於當日向被告借得申辦護照費用，即無法出國運輸毒品。況且，本案廖秉翔、黃竣杰乃預計先至泰國攜帶毒品，再搭乘飛機運往紐西蘭。所犯涉及於國際間運輸毒品，本具高度危險性及複雜性，此從其等行程、食、宿、交通等各方面，均有所屬運輸毒品集團人員預為籌劃即明。則被告僅代墊申辦護照費用，衡情難認對其等犯罪計劃有何使之便於實行之助力可言，難認具有因果關聯」等語（見原判決第6 頁第16至26行），而為被告有利之認定，所為論斷難謂不悖於經驗法則及論理法則，其自由判斷證據證明力職權之行使，不能謂與採證法則無違。檢察官上訴意旨執以指摘，尚非全無理由，應認原判決有撤銷發回之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第401 條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 4 月 30 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 王 敏 慧

法官 鄭 水 銓

法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 107 年 5 月 3 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,1298

【裁判日期】1070426

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第1298號

上 訴 人 鄧力豪（原名郭宣正、郭豐僖）

選任辯護人 何俊賢律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國107年2月9日第二審判決（106 年度上訴字第202、204號；起訴案號：臺灣花蓮地方法院檢察署106年度偵字第1205、1325、1703號，追加起訴案號：同署106 年度偵字第1816號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人鄧力豪有其附表一（下稱附表一）編號1 至38所示之販賣第一級毒品海洛因及第二級毒品甲基安非他命犯行，因而撤銷第一審關於其附表一編號3、5、8、12、14、16、18、20、24-27、30、31、33、36及定應執行刑部分之科刑判決，改判仍論以犯上揭各編號所示之販賣第一級、第二級毒品罪刑（均處有期徒刑），及維持第一審關於其附表一其餘編號所示之販賣第一級、第二級毒品部分之科刑判決（亦均處有期徒刑），駁回上訴人此部分在第二審之上訴；並就撤銷改判及上訴駁回部分所處之有期徒刑，另定其應執行刑。固非無見。

二、惟查：

毒品危害防制條例第17條第1 項規定：「犯第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」衡諸此規定的立法意旨，係以立法減輕或免除其刑的寬典，鼓勵被告供出其所涉案件查獲毒品來源，以擴大落實毒品追查，俾有效斷絕毒品供給，以杜絕毒品氾濫。因立法者係採取「必減」或「免除其刑」方式，倘被告有「供出毒品來源」及「因而查獲其他正犯或共犯」情形，即有本條、項的適用，法院並無裁量是否不予減輕或免除其刑的權限。是依卷內證據資料，被告苟有「供出毒品來源」的情形，則嗣後調、偵查機關是否有「因而查獲其他正犯或共犯」結果，攸關被告有無減輕或免除其刑的適用，自屬刑事訴訟法第163條第2項所稱「對被告之利益有重大關係事項」，而為法院應依職權予以調查者，並不待被告有所主張或請求。從而，倘法院未予調查，當認存有應於審判期日調查之證據而未予調查的違背法令情形存在。

上訴人業於偵查及歷審中，供述其毒品來源係「曾萬枝」（綽號「總舖仔」）、「顏素秋」等人，因而查獲該上游，請求依毒品危害防制條例第17條第1 項規定，減輕其刑等語（見106年度偵字第1325號卷第73頁、第一審106年度訴字第120號卷第133頁反面、第295頁、106年度訴字第216 號卷第24頁、原審106年度上訴字第202號卷第94頁反面、第95頁），而臺灣花蓮地方法院檢察署106年9月14日花檢和平106偵1205字第0000000000 號函，亦說明：鄧力豪確於偵查中供出毒品上游曾萬枝、顏素秋，並因鄧力豪的供述，啟動對顏素秋相關偵查作為，目前偵辦羈押中（見第一審106年度訴字第120號卷第238-1頁）。縱然花蓮縣警察局鳳林分局106年9月14日鳳警偵字第0000000000 號函，另謂：「二、被告鄧力豪

確實於106年4月13日警詢筆錄供述毒品上游『曾萬枝』及106年7月21日警詢筆錄供述毒品上游『顏素秋』；惟無供述毒品上游『曾枝財』。三、『曾萬枝』於供述同日即入監執行（法務部矯正署花蓮監獄），無法查獲；『顏素秋』係於執行被告鄧力豪通訊監察期間（106 年聲監字第29號等）得知，非因被告鄧力豪之供述而查獲。」等語（見同上卷第238-2頁），第一審判決就該2函相異，僅載敘採用後函，但如何捨棄前函，未見充分說明理由（見第一審判決第30頁上段），上訴人於原審仍加爭執（見原審卷第94頁反面），原判決則無何判斷、說明。以上，攸關上訴人應否依上開寬典規定減、免其刑，於其利益，難謂無重大關係，即有詳查審明的必要。乃原審未予調查釐清，且未說明有無適用上開規定的理由，即遽行判決，自嫌速斷，而有查證未盡及理由欠備的違背法令。

上訴意旨據以指摘原判決不當，非無理由，而上述違背法令，影響於事實的確定，本院無可據以為裁判，應認原判決有撤銷發回的原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 4 月 26 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 許 錦 印

法官 李 欽 任

法官 王 國 棟

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 30 日

107年度台上字第1369號判決 依法屬不得公開之案件

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台抗,251

【裁判日期】1070411

【裁判案由】偽造文書等罪聲明異議

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

107年度台抗字第251號

抗 告 人 王乃強

上列抗告人因偽造文書等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年2月13日駁回聲明異議之裁定（106年度聲字第3796號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷，由臺灣高等法院更為裁定。

理 由

一、按保安處分執行法第4條之1第1項第2款前段規定：「因同一原因宣告多數監護，期間相同者，執行其一；期間不同者，僅就其中最長期間者執行之。」同條第2項規定：「保安處分開始執行後，未執行完畢前，又受同一保安處分之宣告者，仍僅就原執行之保安處分繼續執行之。但後宣告保安處分之法院檢察官認以執行後宣告之保安處分為適當者，得聲請該法院裁定，就後宣告之保安處分執行之。」係以受處分人因同一原因，宣告多數監護之保安處分，期間不同者，應僅執行最長期間之保安處分為已足，另在該保安處分開始執行後，未執行完畢前，又受同一保安處分之宣告者，原則上就原執行之保安處分繼續執行，無庸執行後案之保安處分，如檢察官認以執行後宣告之保安處分為適當者，應聲請該法院裁定。而受處分人前開無庸執行之保安處分，其概念類似吸收關係，係指宣告之各監護處分，不論法院宣告之期間為何

，均被吸收於單一法律效果中，原則上僅執行其一，其他則吸收不予執行，此係基於保安處分與刑罰之本質有別，主要區別在於保安處分係以刑罰以外之各種不同方法，達到強化行為人的再社會化，與改善行為人之潛在危險性格之目的，因而受處分人因同一原因宣告多數監護處分，考量其刑事政策目的，並避免重覆處罰或過度執行，立法者明文規定其執行方法。次按刑法第98條第1項規定：「依第八十六條第二項、第八十七條第二項規定宣告之保安處分，其先執行徒刑者，於刑之執行完畢或赦免後，認為無執行之必要者，法院得免其處分之執行；其先執行保安處分者，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。」係指依刑法第86條第2項、第87條第2項規定宣告之保安處分，法院對於刑後方執行保安處分，於刑之執行完畢或赦免後，抑或刑前先執行保安處分，於處分執行完畢或一部執行而免除後，均有審酌是否應執行接續之保安處分抑或刑罰必要之裁量權。至於所指先執行保安處分者，於處分執行完畢或一部執行而免除後，自包含前揭所述吸收關係之保安處分類型，例如被告因犯A案、B案，經法院判決分別宣告有期徒刑1年、2年，並因刑法第19條第2項之同一原因分別受應於刑之執行前，令入相當處所，施以2年、5年以下之監護處分均確定，復因A案及B案符合數罪併罰規定，亦經法院裁定定應執行有期徒刑2年6月確定，依首揭規定，被告應僅執行5年以下之監護處分為已足，嗣於處分執行完畢或一部執行而免除後，法院經裁量如認無執行刑之必要者，法院得免其刑即所定執行刑有期徒刑2年6月之全部或一部執行；倘被告所犯前揭所述之A案、B案所宣告之刑罰不符合數罪併罰規定，被告仍應僅執行5年以下之監護處

分爲已足，嗣於處分執行完畢或一部執行而免除後，自得檢具事證，促請檢察官依刑事訴訟法第481條第1項之規定向該案犯罪事實最後裁判之法院聲請免其A案及B案所宣告刑罰之執行。至檢察官向法院聲請與否之決定，仍屬檢察官指揮執行職權之範疇，倘檢察官否准聲請，受刑人得以檢察官執行之指揮爲不當，向諭知該裁判之法院聲明異議，自不待言。

- 二、本件抗告人王乃強前因竊盜案件，經臺灣基隆地方法院第二審撤銷同院99年度基簡字第724 號簡易判決，改判處拘役20日，並應於刑之執行前，令入相當處所，施以監護，期間爲5 年以下確定（下稱甲案）。復因偽造文書等罪案件，經原裁定法院維持臺灣臺北地方法院99年度訴字第1522號，99年度易字第2657、3745號判決中關於罰金新臺幣8,000 元部分，其餘均撤銷改判並定應執行刑爲有期徒刑2 年，且應於刑之執行前，令入相當處所，施以監護2 年確定（下稱乙案）。
- 。原裁定理由欄五之(一)以抗告人所犯甲案宣告5 年以下監護處分部分，經臺灣基隆地方法院104 年度聲字第1061號裁定刑前監護處分准予繼續執行，且依保安處分執行法第4 條之1第1項第2款前段、第2項等規定，受刑人因同一原因宣告上開2監護之保安處分，應僅執行最長期間即甲案宣告之5年以下監護處分爲已足，然於理由欄五之(二)復載明乙案宣告之監護2 年處分，實際上自始未予執行，已有論述前後矛盾之違誤。且如若原裁定所述乙案宣告之監護2 年處分未予執行，則何以得執行乙案之有期徒刑，尙非無疑。另依卷附臺灣高等法院被告前案紀錄表之記載，乙案宣告之監護2 年處分似已併入甲案之保安處分一同執行，而甲案之保安處分既經臺灣基隆地方法院104年度聲字第1061 號裁定刑前監護處分准予繼續執行，則乙案宣告之監護2 年處分，亦應依吸收關係

併受免除，則原裁定徒以檢察官認前開免予繼續執行之甲案保安處分與乙案之有期徒刑2 年之刑罰並非同一案件，本件非刑法第98條第1 項所指之情形等語，據以駁回，揆之說明，尤屬無據。抗告意旨，執以指摘原裁定違法，為有理由，應予撤銷，由原審法院調查後更為適法之裁定。

據上論結，應依刑事訴訟法第413條，裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 4 月 11 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 李 英 勇

法官 朱 瑞 娟

法官 黃 斯 偉

法官 何 信 慶

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 13 日

最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台抗,312

【裁判日期】1070412

【裁判案由】違反槍砲彈藥刀械管制條例聲請變更限制住居

【裁判全文】

最高法院刑事裁定

107年度台抗字第312號

抗 告 人 童貴鵬

選任辯護人 林泓帆律師

上列抗告人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年3月15日駁回聲請變更限制住居之裁定（107年度聲字第264號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷，應由臺灣高等法院高雄分院更為裁定。

理 由

一、抗告人童貴鵬經原審法院106 年度聲字第1248號裁定限制住居地於臺南市○○區○○里00鄰○○街000巷0號（下稱原居所）。原裁定對於抗告人於原審聲請變更限制住居於臺南市○○區○○0街00號00樓之0（下稱○○3 街址），以抗告人雖提出地籍謄本及戶籍資料，然僅以其胞弟於○○3 街址購屋為由，未提出具體理由及必要性，而任意變更限制住居所，將影響司法文書之送達及轄區警員之查察，自不得任意變更，認抗告人之聲請難謂有理由，而予駁回，雖已說明其見解。

二、惟查：

（一）限制住居處分，乃對於有羈押之原因而無羈押必要之被告，命令住居於現在之住所或居所，不准遷移，或指定相當處所，限制其住居，而免予羈押或停止執行羈押之方法；

此處分之目的在於確保被告按時接受審判及執行，防止逃亡，而非限制被告居住之自由。是被告經法院裁定准予限制住居於某住居所後，是否因工作、生活、經濟或其他因素，而有變更限制住居處所之需要，法院應綜合並審酌卷內相關資料，本於兼顧訴訟之進行與被告人身自由之原則決定之；如被告檢附相關證明文件，表明有變更原限制住居地必要之事由，法院倘不為准許，自應說明如予變更將違反原裁定限制住居目的之理由，方與對於基本權利之干預應選擇最小侵害手段之旨無違。

- (二) 經參以卷附土地登記第一類謄本、建物登記第一類謄本、戶籍謄本等資料（見原審卷第3至7頁），上開○○3 街址之建物及所坐落土地登記所有權人為抗告人之胞弟童貴璠，另抗告人之父母、胞弟、配偶及子女均亦設籍該址，似非與抗告人不具相當關係之任意處所。抗告人於聲請變更限制之住居地址時，已釋明上情（見原審卷第2 頁），原裁定以抗告人未提出聲請變更限制住居地之具體理由及必要性，是否妥適，已有可討論之餘地，且就倘變更限制抗告人之居所至上開○○3 街址，如何影響司法文書送達或轄區警員之查察，而有礙於限制抗告人於原居所之目的，未為相當之調查及說明，即為抗告人不利之裁定，揆諸前開意旨，仍嫌速斷。抗告意旨指摘原裁定不當，為有理由，應予撤銷，發回原審法院更為適法之裁定。又原裁定認係被告向原審聲請變更限制住居地址，惟稽之原審卷附刑事聲請狀具狀人欄，僅記載選任辯護人姓名並用印，未經被告簽名，與刑事訴訟法第53條規定不符，此項程式上之欠缺並非不可補正，案經撤銷，允宜一併注意及之。

據上論結，應依刑事訴訟法第413條前段，裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 4 月 12 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 林 勤 純

法官 林 立 華

法官 鄧 振 球

法官 黃 斯 偉

法官 彭 幸 鳴

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 4 月 19 日