最高法院刑事庭具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文

目錄

裁判要旨
一、111 年度台上字第 977 號.....1
二、111 年度台上字第 1924 號.....2
三、111 年度台上字第 4362 號.....7
四、111 年度台上字第 5324 號.....9
五、111 年度台上字第 5386 號.....11
六、111 年度台上字第 5588 號.....12
七、112 年度台上字第 43 號.....14
八、112 年度台上字第 318 號.....15
九、111 年度台抗字第 1644 號.....16
十、111 年度台抗字第 1685 號.....20
十一、112 年度台抗字第 116 號.....21
裁判全文
111 年度台上字第 977 號.....23
111 年度台上字第 1924 號.....30
111 年度台上字第 4362 號.....35
111 年度台上字第 5324 號.....43
111 年度台上字第 5386 號.....49
111 年度台上字第 5588 號.....52
112 年度台上字第 43 號.....55
112 年度台上字第 318 號.....60
111 年度台抗字第 1644 號.....69
111 年度台抗字第 1685 號.....73
112 年度台抗字第 116 號.....74

最高法院刑事庭具有參考價值裁判要旨

112 年 1 月至 2 月

一、111 年度台上字第 977 號（裁判書全文）

刑法第 55 條但書既明定在想像競合之情形，擴大提供法院於具體科刑時，其科刑下限不受制於重罪相對較輕之法定最輕本刑，而可將輕罪相對較重之法定最輕本刑列為形成宣告刑之依據。則遇有重罪之法定最輕本刑無罰金刑，或僅係選科罰金刑，而輕罪之法定最輕本刑係應併科罰金刑時，在量刑上，宜區分「從一重處斷」及「具體科刑」二個層次予以處理。

㈠在刑法第 55 條前段「從一重處斷」方面，依上開說明，數罪均成立，僅係從一重罪之「法定刑」處斷，故原則上以重罪之所有法定本刑（包括最重及最輕本刑）形成處斷刑之框架。又因想像競合犯在本質上係侵害數法益而成立數罪名，為落實所成立之數罪名的不法及罪責內涵，均能獲得充分但不過度之科刑評價，以符合罪刑相當及公平原則。則依該條但書規定，在「具體科刑」即形成宣告刑時，輕罪相對較重之法定最輕本刑即應併科之罰金刑，例外被納為形成宣告雙主刑（徒刑及罰金）之依據，以填補如僅適用重罪法定最輕本刑，不足以評價被告全部犯行的不法及罪責內涵之缺憾，俾符合上開想像競合犯「輕罪釐清作用」，此一制度性控制手段之規範目的，尚與類推適用或雙重危險之禁止等原則無涉。

㈡然而，刑法第 55 條但書規定之立法意旨，既在於落實充分但不過度之科刑評價，以符合罪刑相當及公平原則，

則法院在適用該但書規定而形成宣告刑時，如科刑選項為「重罪自由刑」結合「輕罪併科罰金」之雙主刑，為免倘併科輕罪之過重罰金刑產生評價過度而有過苛之情形，允宜容許法院依該條但書「不得『科』以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之意旨，如具體所處罰金以外之較重「徒刑」（例如科處較有期徒刑 2 月為高之刑度），經整體評價而認並未較輕罪之「法定最輕徒刑及併科罰金」（例如有期徒刑 2 月及併科罰金）為低時，得適度審酌犯罪行為人侵害法益之類型與程度、犯罪行為人之資力、因犯罪所保有之利益，以及對於刑罰儆戒作用等各情，在符合比例原則之範圍內，裁量是否再併科輕罪之罰金刑，俾調和罪與刑，使之相稱，且充分而不過度。析言之，法院經整體觀察後，基於充分評價之考量，於具體科刑時，認除處以重罪「自由刑」外，亦一併宣告輕罪之「併科罰金刑」，抑或基於不過度評價之考量，未一併宣告輕罪之「併科罰金刑」，如未悖於罪刑相當原則，均無不可。

參考法條：刑法第 55 條。

二、111 年度台上字第 1924 號(裁判書全文)

本院刑事大法庭已於民國 111 年 12 月 28 日以 111 年度台上大字第 1924 號裁定作成統一見解，認為：法官曾參與准予交付審判之裁定者，於嗣後同一案件之審判，應類推適用刑事訴訟法第 17 條第 7 款規定自行迴避，不得執行職務。其理由如下：

㈠控訴原則（即彈劾主義）係公平審判之基石，公平審判則為訴訟權之核心領域：

憲法保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有請求受公正而獨立之法院依正當法律程序審判之權利，且人民身體之自由應予保障，非由法院依法定程序，不得審問處罰（憲法第 16 條、第 8 條）。而刑事訴訟制度設置之目的在確定國家刑罰權之有無及其範圍，是刑事訴訟程序，應貫徹控訴原則，落實審檢分立及法定法官原則，非由法院以外之訴追者（即檢察官及自訴人，下同）起訴或自訴，法院不能對未經起訴或自訴之被告或犯罪審判（刑事訴訟法第 266 條、第 268 條、第 319 條），始符合正當法律程序之要求。法官對於受理之案件，負有合法、公正、妥速處理之義務，基於公平法院原則，則應立於客觀、公正、超然地位，依據法律獨立審判，不受任何干涉（憲法第 80 條）。法官如兼為同一案件之訴追者及審判者，顯與控訴原則及其應公正執行審判職務之旨意有悖，自應迴避該案件之審判，不得執行職務（刑事訴訟法第 17 條第 7 款）。又法官對於案件之審判應否自行迴避，攸關人民訴訟權及受公正審判之憲法上權利保障，法官於該管案件如存有主觀預斷成見或違反無罪推定原則之疑慮，客觀上顯難期其能公正執行審判職務，雖法律規範密度不足，司法者尚非不能基於合憲性及合目的性之思維予以填補，認為法官仍應自行迴避，不得執行審判職務，以發揮法的續造功能，俾能確保人民得受公平之審判，而維繫人民對司法公正性之信賴。

㈡法官曾參與准予交付審判之裁定，在實質效果上等同已執行檢察官提起公訴之職務：

刑事訴訟係以實現國家刑罰權為目的之司法程序，其審判乃以追訴開始，而追訴必須由自訴人依法提起自訴，或由檢察官依法實施偵查、提起公訴、實行公訴。我國現制以檢察官為偵查之主體，對於法院獨立行使其職權，請求法院為法律正當之適用，並於判決確定後負責指揮監督判決之適當執行（法院組織法第 60 條、第 61 條）。而法官之審判係出於被動，即所謂控訴、彈劾或不告不理原則，與檢察官之主動偵查，提起公訴，性質上截然有別。然刑事訴訟法第 258 條之 3 第 4 項規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。則法官依上揭規定裁定准予交付審判，並於裁定中敘明被告涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條等起訴書法定應記載事項，與檢察官之提起公訴，同具有使案件繫屬法院發生訴訟關係及特定審判範圍之主動性功能。此外，被告原經檢察官為不起訴處分，上級檢察署檢察長亦認告訴人再議之聲請為無理由，偵查程序至此本已終局終結，復因法院得就偵查中所發現之證據為必要之調查，而裁定准予交付審判，顯與審判權正義性、被動性、公正第三者性及獨立性之特徵不符，反而近似於檢察權之具有公益性、主動性及當事人性質。又交付審判程序，雖在偵查程序終結以後，固非屬偵查程序或其延伸程序；但一經裁定准予交付審判，則法律擬制視為提起公訴，而開啟審判程序對被告所涉犯罪嫌疑進行審判。其參與准予交付審判裁定之法官，形式上雖非檢察官，但所為之交

付審判裁定，實質效果上已等同於執行檢察官提起公訴之法定職務，倘猶參與其後之審判，無異集起訴與審判職權於一身，形成類似「自己起訴、自己審判」之糾問現象，違反控訴原則之精神。縱使該案件嗣後於審判程序，仍應經檢察官踐行舉證、調查證據及辯論等嚴格證明程序，參與准予交付審判裁定之法官，亦能保持客觀中立而不致有所偏頗，然該法官實際上既已等同於執行檢察官之起訴職務，客觀上自足以使一般人懷疑法官已經具有主觀預斷成見，而難以維持公平審判之外觀及裁判之公信力，自應迴避嗣後本案之審判。此參諸立法者為維護法官中立性功能，貫徹公平審判之法官迴避制度本旨，乃於 105 年 6 月 22 日增訂法院組織法第 14 條之 1 第 2 項，就承辦偵查中強制處分聲請案件審核之法官，規定不得辦理同一案件之審判事務。而曾參與准予交付審判裁定之法官，對於被告涉嫌犯罪預斷成見之程度，顯較承辦偵查中強制處分聲請案件審核之法官為強，依舉輕以明重之法理，本件尤應為相同之處理。

㈢刑事訴訟法現制未規定法官曾參與准予交付審判之裁定者，應自行迴避嗣後本案之審判，係屬法律漏洞，本於同法第17條第7款規定法官曾執行檢察官職務應自行迴避之相同法理，自應類推適用上開規定自行迴避：

我國交付審判制度，依其立法理由，係參考德國「強制起訴」及日本「付審判（準起訴）」制度而設。然德國強制起訴制度規定由邦高等法院管轄，如聲請有理由，則應為提起公訴之裁定，檢察官有義務執行強制起訴之裁定，故須提出起訴書向對應管轄之下級審法院提起公

訴，並無違反控訴原則之問題（參見德國刑事訴訟法第172條第4項、第175條）。日本立法例雖與我國同規定由地方法院合議庭管轄，但同時規定法官曾參與准予付審判裁定時，應自行迴避執行職務（參見日本刑事訴訟法第265條第1項、第20條第7款）。我國刑事訴訟法既參考德、日立法例而於91年2月8日修正公布增訂第258條之1至第258條之4等關於交付審判制度之條文，復於92年2月6日修正第258條之1規定，在制度設計上更接近於日本法制，但並未同時規定曾參與准予交付審判裁定之法官，應自行迴避本案之審判，或在第17條增訂上述法官應自行迴避之事由。倘係立法者有意為之，應見其特別說明與德、日立法例不同考量之意見，但上述相關條文之立法過程或立法說明均未見對此有所討論敘述，應係明顯之法律漏洞，並非立法者有意排除。而法官參與准予交付審判之裁定，解釋上雖不能直接適用刑事訴訟法第17條第7款規定以自行迴避嗣後本案之審判，但基於確保人民得受公平之審判及對司法公正性之信賴考量，在法律未修正增訂前，本於相同法理，自應類推適用刑事訴訟法第17條第7款之規定，自行迴避嗣後本案之審判。

㈣結論：刑事訴訟法第17條第7款關於法官應自行迴避之規定，旨在避免法官就同一案件曾因執行檢察官或司法警察官之職務，而生主觀預斷或違反控訴及無罪推定原則之疑慮，以確保人民得受公平之審判，而維繫人民對司法公正性之信賴。因此，法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者，固應依上述規定自行迴避。而參與准予

交付審判裁定之法官，在實質效果上既等同於執行檢察官提起公訴之法定職務，倘仍參與其後同一案件之審判，顯已違反審檢分立、控訴原則及公平法院等憲法保障訴訟權之規定，本於同一法理，及合憲性與合目的性之觀點，自應類推適用本條款規定自行迴避，不得執行職務；若未自行迴避而仍參與審判者，其判決自有同法第379條第2款所規定之當然違背法令。

註：本件為本院統一之法律見解

參考法條：憲法第8條、第16條、第80條。

刑事訴訟法第17條第7款、第258條之3第4項、第266條、第268條、第319條、第379條第2款。

法院組織法第14條之1第2項、第60條、第61條。

三、111年度台上字第4362號（裁判書全文）

言論自由為自由民主憲政秩序中不可或缺之基本權利，也是民主社會之基礎，具有實現人格，追求真理和促進民主決策品質之積極功能。公職人員選舉罷免法第104條所定意圖使候選人不當選而散布謠言或傳播不實事項罪，文義上固僅針對不實言論為規範客體，然言論是否不實，並非總是一望即知而有待深入查證，因此，對於選舉期間之政治性不實言論課以刑罰，表面上雖不無促進選舉資訊正確性之功能，然實際上反而無法避免對攸關重大公益或公意形成其內容可受公評之高價值政治性言論產生寒蟬效應。據此以論，公職人員選舉罷免法第104條所規範犯罪構成

要件之解釋適用，應儘可能符合憲法保障言論自由之意旨，為合憲性法律解釋，力求其適用合憲。司法院釋字第 509 號解釋意旨已轉化刑法第 310 條第 3 項前段之規範意義，藉以喚醒檢察官之舉證義務，同時也減輕行為人之真實抗辯證明義務，將法條文義所要求的「能證明其為真實」降低為「有相當理由確信其為真實」，據以重行調整刑法關於誹謗罪之基本規範，得將公眾對受批評事項之關注，視作捍衛真理等抗辯措施，使言論自由基本權獲得更大之呼吸空間。相對於此，公職人員選舉罷免法第 104 條之構成要件，以該言論係「不實之事」、「謠言」為必要條件，且無類如刑法第 310 條第 3 項將真實與否之舉證責任倒置予行為人負擔之規定。從而公職人員選舉罷免法第 104 條成罪之證明，自應由檢察官負完全之舉證責任，是檢察官除應證明客觀上行為人所言之事不實外，且應證明行為人明知所言之事並非事實，或具真正惡意，猶基於使候選人當選或不當選之意圖，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法散布謠言或傳播不實之事，且檢察官必須盡其舉證責任，至事實已毫無合理懷疑之程度，始謂已足。倘行為人所陳述之事實雖損及他人之社會評價而侵害他人名譽，然依其所提證據資料，足認行為人已盡其合理查證義務而有相當理由確信其為真實者，即難謂具真正惡意。又對言論意涵應進行整體意旨之詮釋，不得斷章取義，倘其語意具多義性，原則上應採有利於行為人之解釋。至行為人就其陳述之事實是否已盡合理查證之義務，應依事件之特性，參酌行為人之身分、陳述事實之時地、查證事項之時效性及難易度、被害法益之輕重、與公共利益之關係、資料

來源之可信度等因素加以綜合考量判斷。且在民主多元之社會，對於公眾人物或公共事務發表言論，或對於可受公評之事項為評論，其違法性之判斷，應依法益權衡原則及比例原則，就行為人行為之態樣、方式及言論之內容與社會公益加以衡量，視其客觀上是否違反現行法秩序規範所預設之價值而定。同理，在兩岸關係與國家認同議題上，國內民主多元化社會中對人民在民主政治意見形成過程之寬容度有極大界限化的趨勢下，就攸關國家安全等重大公益事項，自不宜賦予無調查權之被告過重之查證義務，以調和使整體法律規範之適用結果，在言論自由之保障與名譽權之保護相衝突時，能妥適取捨為價值判斷，以維護自由民主憲政秩序及整體法價值體系間之和諧，減少矛盾與衝突，俾利實現公職人員選舉罷免法第 104 條之核心規範保護目的，及憲法保障言論自由之旨趣。

參考法條：司法院釋字第 509 號。

公職人員選舉罷免法第 104 條。

刑法第 310 條。

四、111 年度台上字第 5324 號(裁判書全文)

按違法搜索扣押所取得之證據，若不分情節，一概以程序違法為由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，難謂適當；惟刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，國家取證程序仍應合法純潔、公平公正，以保障人權。倘證據之取得非依法定程序，而法院若容許該項證據作為認定犯罪事實之依據有害於公平正義時，已違背憲法第 8 條、第 16 條所示應依正當法律程序保障人身自

由、貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等旨，仍應排除其證據能力。從而，違法取得之證據，未必即應排除或禁止法院使用，刑事訴訟法第 158 條之 4 規定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護」。此即學說及實務通稱之「權衡法則」。所謂「審酌人權保障及公共利益之均衡維護」，係指法院必須依據個案衡量違法情節及私益侵害情節，究應如何操作，涉及憲法比例原則如何具體落實於刑事訴訟程序，正因為每件違法取得證據的案例情節容有不同，即便違反的是相同的證據取得禁止規定，其違法程度亦輕重有別，倘不許於個案中衡量受侵害之基本權私益及國家刑事追訴的公益，恐無從得出妥適且趨於正確而具公平正義價值的裁判結果。惟所謂「權衡」亦絕非漫無標準，更非任由法官恣意判斷，參照刑事訴訟法第 158 條之 4 立法理由，法官於個案權衡時，允宜斟酌：1.違背法定程序之情節；2.違背法定程序時之主觀意圖；3.侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重；4.犯罪所生之危險或實害；5.禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果；6.偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性；7.證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀，以決定應否賦予證據能力。此七項權衡因素係「例示」而非「列舉」，且未必係併存，甚者多係「互斥」之關係，各項因素間亦無先後輕重之排序，更非，也不可能要求法官就所有七項因素均應兼顧。具體審酌標準可以區分三段層次：首先，應區別偵查機關或審判機關之違法，於偵查機關

違法取得之證據，且係惡意違反者，如禁止使用該項證據，足以預防偵查機關將來違法取得證據，亦即得有「抑制違法偵查」之效果者，原則上應即禁止使用該證據（此階段權衡第 1.、2.及 5.項因素）；其次，如非惡意違反法定程序者，亦即有善意例外時，仍應審究所違反法規範之保護目的，以及所欲保護被告或犯罪嫌疑人之權利性質（包括憲法基本權、法律上之實體及程序權），參酌國家機關追訴，或審判機關審判之公共利益（如被告犯罪所生之危險或實害程度），權衡其中究係被告之私益或追訴之公益保護優先，除非侵害被告之權利輕微，原則上仍應禁止使用該項證據，換言之，除非極端殘暴的嚴重犯罪而有不得已之例外，不得祇因被告所犯為「重罪」，即不去考量被告被侵害之權利，尤其是被告憲法上權利或足以影響判決結果之訴訟防禦權受侵害時（此階段權衡第 3.、7.及 4.項因素）。最末，始依「假設偵查流程理論」或「必然發現之例外」法理，視偵、審人員同時有無進行其他合法採證行為，如依法定程序有無發現該證據之必然性，以作為例外具有證據能力之判斷（此時始權衡第 6.項因素）。

參考法條：憲法第 8 條、第 16 條。

刑事訴訟法第 158 條之 4。

五、111 年度台上字第 5386 號(裁判書全文)

刑法第 55 條前段所規定一行為觸犯數罪名，即學理上所謂想像競合犯，係基於一個意思決定，以一個實行行為，發生侵害數個相同或不同法益結果，此犯罪形態與數罪併罰，係出於各別之犯意，實行數行為，獨立構成數犯罪之情

形有別。倘第一審判決認被告所犯數罪應予分別論罪併合處罰，被告就數罪均提起第二審上訴，爭執數罪應論以想像競合犯而非數罪併罰時，因第一審所認定之犯罪事實及數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用均為論罪之一環，第二審無法不更動第一審判決犯罪事實之認定部分，僅審理數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用部分，且第二審如認數罪（出於一個意思決定，實行單一行為）應論以想像競合犯時，與第一審判決認定之犯罪事實（另行起意，實行數行為），即產生互相矛盾的情況。自不容許將第一審判決關於數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用與所認定之犯罪事實切割，僅就數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用部分上訴，縱被告明示只針對第一審判決認定之數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用及刑部分上訴，未經聲明上訴之犯罪事實因與該部分具有在審判上無從分割之關係，仍為第二審審判之範圍。

參考法條：刑法第 55 條。

六、111 年度台上字第 5588 號(裁判書全文)

按已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯，刑法第 25 條第 1 項定有明文。惟關於著手時點之判斷，學說上有各種不同之理論。採形式客觀說者，主張行為人唯有已開始實行嚴格意義之構成要件行為，始可認定為犯罪行為之著手；採實質客觀說者，認為行為人只要開始實行與構成要件具有必要關聯性之行為，或者開始實行對於構成要件保護客體形成直接危險行為，即已著手；而採主觀說者，則主張若依行為人之犯意及其犯罪計畫，而可判斷犯罪行

為已經開始實行者，即可認定為著手，三者各有其立論基礎。然而形式客觀說將著手時點過度往後推延，致使若干在實質上可認定為未遂之行為，被歸類為預備行為，對法益之保護顯有不周；而主觀說則忽略行為之客觀面，過度擴大未遂犯之範圍；至於實質客觀說，因未考量行為人之主觀意思，致使難以正確判斷客觀事實之意義。由於上開諸說各有缺失，乃有折衷之主客觀混合說之提出，其係以行為人之主觀認識為基礎，再以已發生之客觀事實為判斷，亦即行為人依其對於犯罪之認識，開始實行足以與構成要件之實現具有必要關聯性之行為，此時行為人之行為對保護客體已形成直接危險，即屬犯罪行為之著手。此說對於著手時點之判斷標準已較具體明確，且以行為人主觀上所認識之事實，作為判斷背景事實，並加上客觀層面之限制，不致於擴大未遂犯之範圍，復能避免其餘各說之缺失，應較可採。故而，有關強制性交罪之著手，自應藉由主客觀混合理論之運用而加以判斷。刑法第 221 條第 1 項之強制性交罪，係以對被害人施以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法為其要件，該罪所保護法益乃為個人之性決定自由。得否認為行為人已著手實行強制性交之構成要件行為，應視其依主觀上之認識，是否已將強制性交之犯意表徵於外，並就犯罪實行之全部過程予以觀察，必以由其所施用上開強暴、脅迫等非法方法，足以表徵其係基於強制性交之犯意而為，且與性交行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，始得認已對於強制性交罪所要保護個人性決定自由之法益，形成直接危險，開始實行足以與強制性交罪構成要件之實現具有必

要關聯性之行為，而已達著手階段。

參考法條：刑法第 25 條、第 221 條。

七、112 年度台上字第 43 號(裁判書全文)

憲法訴訟法第三章第二節「法院聲請法規範憲法審查」第 55 條及第 56 條第 4 款分別規定「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決」、「本節聲請，應以聲請書記載下列事項：……四、聲請判決之理由、應受審查法律位階法規範在裁判上適用之必要性及客觀上形成確信其違憲之法律見解」，上揭規定所指「客觀上形成確信其（即應適用之法律位階法規範）違憲之法律見解」，係指聲請憲法法庭為法規範憲法審查之法院，應於聲請書內詳述其對系爭法規範違憲之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法規範違憲之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對系爭法律是否違憲發生疑義，或系爭法律猶有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由（立法理由及司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋意旨參照）。從體系對照同法第三章第三節「人民聲請法規範憲法審查（及裁判憲法審查）」第 59 條第 1 項及第 60 條第 6 款分別規定「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範（或該裁判），認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決」、「本節聲請，應以聲請書記載下列

事項：……六、聲請判決之理由及聲請人對本案所持之法律見解」之規定以觀，該法第三章關於「法規範憲法審查」案件，依其聲請人區分為「法院聲請」及「人民聲請」二類別，並異其程序及程式要件，二者互不干涉。法院聲請法規範憲法審查制度之法理，在於法院（官）就其審理裁判個案所應適用之法律是否符合憲法基本權所建構之客觀價值秩序，具有擔保之身分角色與功能，此為迥異於人民聲請法規範憲法審查制度之本質特徵，故法院是否聲請法規範憲法審查乃其職權，且法律亦未賦予人民要求法院依職權發動上開聲請之請求權，自不容被告對於原審未依其請求裁定停止訴訟程序，並向憲法法庭聲請就裁判上所應適用之法律為法規範憲法審查即行判決，執以指摘原審判決違法而據為提起第三審上訴之合法理由。

參考法條：憲法訴訟法第 55 條、第 56 條第 4 款、第 59 條、第 60 條第 6 款。

司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號。

八、112 年度台上字第 318 號(裁判書全文)

關於依政府採購法受託辦理採購之得標廠商，將部分採購工程「分包」予其他廠商代為履行，該分包廠商對材料、設備為限制競爭之行為（即俗稱綁標行為），得標或分包廠商有無政府採購法第88條第1項違法限制圖利罪規定之適用一節，須視該廠商有無受政府採購法第 3 條所定辦理採購之政府機關、公立學校或公營事業（下稱機關）之委託而定，未可一概而論。析言之，關於違反政府採購法而對材料、設備為違反法令之限制競爭的刑事處罰，政府採

購法第 88 條第 1 項前段固規定：「受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之利益，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」其立法理由在於，受機關委託辦理採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之廠商，若因職務之便，為限制競爭行為，以謀取私人不法利益，此等行徑不僅嚴重斲傷正當廠商之商機，亦使得在此不公平競爭之市場下，不肖廠商哄抬標價，造成公帑不必要之浪費，甚至衍生經費追加、工期延宕、品質不良等弊病。為有效遏阻此等不法行為，提升政府施政績效與形象，有必要對此惡意之綁標行為明文處罰。惟上開規定就本罪之行為主體既明文專指「受機關委託」而提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員。如並非直接受機關委託之人，基於罪刑法定原則，自難比附援引成為本罪之行為主體。得標廠商依政府採購法第 67 條規定，將採購之部分工程分包（一般以複委託方式為之）予其他廠商代為履行時，該分包廠商如僅與得標廠商訂有分包或複委託契約，並未與機關簽訂契約，則縱分包廠商就其分包部分，依政府採購法第 67 條第 3 項規定，應與得標廠商連帶負民事之瑕疵擔保責任，亦難認係受機關直接委託之人，而可當然成為政府採購法第 88 條第 1 項前段違法限制圖利罪之行為主體，否則即悖於罪刑法定原則，不可不辨。

參考法條：政府採購法第 3 條、第 67 條第 3 項、第 88 條第 1 項。

九、111 年度台抗字第 1644 號(裁判書全文)

被告受緩刑之宣告而違反刑法第 74 條第 2 項第 1 款至第 8 款所定負擔情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷其宣告，同法第 75 條之 1 第 1 項第 4 款定有明文。是法院宣告緩刑所定負擔，雖非刑罰之替代性措施，但因具有執行原宣告刑之擔保作用，自屬輔助刑罰實現之強制性處遇。其旨無非基於刑罰應報及特別預防理念，以落實緩刑鼓勵被告自新、協助復歸社會及避免再犯之目的。茲以同法第 74 條第 2 項第 5 款向指定之機構或團體，提供義務勞務之規定為例，其立法目的在以保護管束方式（同法第 93 條第 1 項第 2 款），透過不同之工作場域，重建被告之社會生活關係，以協助其復歸社會，並改變引發犯罪的社會成因。倘被告在指定之期限內未完成指定時數之義務勞務，仍應以其具有可歸責之事由且情節重大之必要範圍內，始得裁量撤銷其緩刑宣告，俾符刑罰最後手段性原則。至於具體應如何執行緩刑附義務勞務負擔，法務部訂定之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 147 條前段固指明：緩刑附條件者，其條件之執行作業程序準用「檢察機關辦理緩起訴處分作業要點」（下稱緩起訴處分作業要點）之相關規定。惟緩起訴處分作業要點二之㈡1.⑵僅要求檢察官於製作緩起訴處分書時，應註明義務勞務履行之期間及時數，至於其他關於義務勞務履行期間長短之決定、履行期間之起算、停止之原因及其消滅與屆至等攸關受刑人履行權益事項，則均付之闕如，應屬明顯之法律漏洞，自當本於立法本旨，

就現行法令中所有相關類似之規定為有利於受刑人之類推適用，以補法之不足，並兼顧法目的與受刑人正當權益之維護。而刑法第 41 條第 2 項、第 3 項關於易服社會勞動之規定，與緩刑附義務勞務負擔，同係以受刑人提供無償勞務（動）為短期自由刑之替代或輔助措施，期能達成受刑人復歸社會並避免再犯之立法目的，並皆以受刑人無正當理由或具有可歸責事由而不履行勞務，情節重大者，為其執行原宣告刑之要件。依上開說明，本於相同之法理，在法令未修正訂定前，檢察官執行緩刑附義務勞務負擔，關於義務勞務履行期間長短之決定、履行期間之起算、停止之原因及其消滅與屆至，自應類推適用法務部訂定之「檢察機關辦理易服社會勞動作業要點」（下稱辦理易社會勞動作業要點）之相關規定，以符平等原則及法安定性之要求。

按辦理易社會勞動作業要點第 8 條第 3 項、第 6 項規定：社會勞動之履行期間以指定向執行機關（構）報到之日，做為起算日。易服社會勞動履行期間內，發生刑事訴訟法第 467 條以外且不可歸責於社會勞動人之事由，致社會勞動人無法履行社會勞動者，於該事由消滅前，社會勞動之履行期間停止進行，並自該事由消滅之日起，與停止前已經過之期間合併計算。則再抗告人既非因可歸責於己之事由而未能依檢察官原所指定自 111 年 1 月 20 日至同年 4 月 19 日履行義務勞務，迄至同年 4 月 20 日起，始受臺中地檢署通知而得以自該日起履行義務勞務，則再抗告人上揭事實上無從履行義務勞務期間（111 年 1 月 20 日至同年 4 月 19 日），自應從檢察官原定 6 個月之履行期間中予以

扣除不計，始為公允。又再抗告人自同年5月13日起自同年月19日止，因感染新冠病毒而遭臺中市衛生局依傳染病防治法規定處分隔離7日，是再抗告人因染疫而無法履行義務勞務之期間，自屬不可歸責於己之事由，依上開規定於再抗告人受隔離處分期間（7 日）應停止執行，亦即應自解除隔離後之同年5月20日起接續執行，並與停止前已經過之期間合併計算，其履行期間迄至同年10月26日始行期滿。況依執行緩刑附條件作業程序準用之緩起訴處分作業要點三之（十二）規定：檢察機關審查被告之行為是否合乎遵守或履行命令事項，應本於比例原則，並斟酌裁量之適當性；其因非可歸責於被告之事由，導致其無法完成應遵守或履行命令（如支付賠償金之被害人死亡或指定之義務勞務機關（構）被解散）或有囑託其他檢察機關執行之必要時，檢察官或觀護人得再徵得被告之同意，擇定相當之履行內容，接續執行，不宜率予撤銷緩起訴處分。然檢察官關於本件履行義務勞務期間之指定及計算，並未扣除上揭不可歸責於再抗告人之3月又7日期間，即認再抗告人未於指定之6個月期間內履行義務勞務完畢，並否准其展延履行期間之聲請，非但與比例原則有悖，其裁量權之行使亦非適當周全。

參考法條：刑法第41條第2項、第3項、第74條第2項、第75條之1第1項第4款、第93條第1項第2款。

刑事訴訟法第467條。

檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 147條。

檢察機關辦理緩起訴處分作業要點二之㈡1.⑵、三之（十二）。

檢察機關辦理易服社會勞動作業要點第8條第3項、第6項。

十、111年度台抗字第1685號(裁判書全文)

「少年保護事件及少年刑事案件之處理，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律。」「對於少年犯罪之刑事追訴及處罰，以依第27條第1項、第2項移送之案件為限。」「本章之規定，於少年犯罪後已滿18歲者適用之。」少年事件處理法第1條之1、第65條第1、3項分別定有明文。又同法第5條及第7條第1項分別規定：「直轄市設少年法院，其他縣（市）得視其地理環境及案件多寡分別設少年法院。」「尚未設少年法院地區，於地方法院設少年法庭。但得視實際情形，其職務由地方法院原編制內人員兼任，依本法執行之。」「高等法院及其分院設少年法庭。」「少年法院院長、庭長及法官，高等法院及其分院少年法庭庭長及法官、公設輔佐人，除須具有一般之資格外，應遴選具有少年保護之學識、經驗及熱忱者充之。」足見少年法院及地方法院少年法庭暨高等法院及其分院之少年法庭，俱屬法定之專業性法院，依同法第1條之1、第5條之1、第14條、第63條及第70條等規定，專屬管轄第一、二審之少年保護事件及少年刑事案件。而聲請再審，由判決之原審法院管轄；法院認為有再審理由，應為開始再審之裁定，確定後，法院應依其審級之通常程序，更為審判，刑事訴訟法第426條第1項、第435條第1

項及第 436 條分別設有特別救濟規定。此亦為少年刑事案件所適用。蓋少年刑事案件，不僅實體法之適用有若干特別之規定，其最關緊要者，對於少年審判程序亦迥異，如對少年刑事確定判決聲請再審，自應由原審少年法院或原審法院少年法庭審理，俾充分保障少年犯之被告訴訟權益，並符合少年事件處理法相關規定之立法目的。

參考法條：刑事訴訟法第 426 條第 1 項、第 435 條第 1 項、第 436 條。

少年事件處理法第 1 條之 1、第 5 條、第 5 條之 1、第 7 條第 1 項、第 14 條、第 27 條第 1 項、第 2 項、第 63 條、第 70 條。

十一、112 年度台抗字第 116 號(裁判書全文)

民國 105 年 7 月 1 日修正施行之沒收新制，將沒收性質變革為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，不再為從刑，已不具刑罰性質，自無行刑權時效之適用，因而配合刪除刑法第 84 條第 1 項第 4 款關於專科沒收之行刑權時效之規定。惟沒收之執行與犯罪行為人或非善意第三人之權益相關，不宜長期不執行，影響法秩序之安定，立法者乃增訂刑法第 40 條之 2 第 4 項規定：「沒收之宣告，自裁判確定之日起，逾 10 年未開始或繼續執行者，不得執行。」明定沒收之執行時效為 10 年。其立法理由進而說明：「所定『未開始或繼續執行者』，應包括『未開始』執行及開始執行後『未繼續』執行兩種情形。」至於開始或繼續執行，可否中斷或停止沒收之執行時效，法則無明文。雖刑法第 85 條關於刑罰執行，設有停止執行原因、視為原因消滅之

停止時效規定，然立法者就沒收之執行時效，既採取與行刑權時效不同之立法模式，自無從準用行刑權時效停止之相關規定。再參諸沒收新制沒收犯罪所得，係藉由沒收犯罪所得以回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前犯罪行為人或非善意第三人之固有財產，性質上類似準不當得利之衡平措施，基於本質上相同事物應為相同處理之法理，在執行時效上，自應採納民法中斷時效之概念，始合乎沒收新制之立法體例及立法精神。從而，若檢察官有開始或繼續執行沒收之事實，沒收之執行時效因而中斷，於檢察官最後執行行為終止時，因開始或繼續執行行為而中斷之時效，應由此重行起算。

參考法條：刑法第 40 條之 2 第 4 項、第 84 條第 1 項第 4 款、第 85 條。

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 977 號刑事判決
裁判日期：民國 112 年 02 月 08 日
裁判案由：違反期貨交易法
最高法院刑事判決　　111 年度台上字第 977 號
上　訴　人　臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官許怡萍
被　　告　林彥名
選任辯護人　黃昱中律師
上列上訴人因被告違反期貨交易法案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國 110 年 12 月 28 日第二審判決（110 年度金上訴字第 172 號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署 109 年度偵字第 8、9 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、本院審判範圍

民國 110 年 6 月 16 日修正公布施行、同年月 18 日生效之刑事訴訟法第 348 條第 3 項規定，上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。修正施行前已繫屬於第一審或第二審法院之案件，在修正施行後始因上訴而繫屬於第二審或第三審法院者，應適用修正後規定以定其上訴範圍。為本院最近統一之見解。本件檢察官於 111 年 1 月 11 日僅就原判決關於「量刑」部分（即後述想像競合輕罪釐清作用，是否應結合輕罪所定法定最輕應併科之罰金刑疑義）提起上訴，依上開說明，本院審理範圍僅限於量刑部分，不及於其他，先予敘明。

貳、本案基礎事實

被告林彥名以一經營行為同時未經許可擅自經營期貨經理事業及經營全權委託投資業務，原審認被告係以一行為觸犯 2 罪名，依想像競合犯關係，從一重論處期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款之非法經營期貨經理事業罪刑（未併科輕罪即證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定之「應併科」罰金刑）。檢察官提起第三審上訴主張：原審未依刑法第 55 條但書想像競合「輕罪最低法定刑釐清作用」之規定，對被告併科輕罪即證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定之「新臺幣（下同）100 萬元以上 5,000 萬元以下罰金。」有判決適用法則不當及違反罪刑相當原則之違法。

參、本案徵詢之法律問題

本庭受理本案後，關於：被告以一經營行為同時未經許可擅自經營期貨經理事業及經營全權委託投資業務，依想像競合犯關係，從一重論以較重之期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款之非法經營期貨經理事業罪，在量刑時應否一併考量輕罪即證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所規定之「應併科」罰金刑？亦即，刑法第 55 條但書「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之規定，即學理上所稱想像競合「輕罪釐清作用」（或稱輕罪封鎖作用），是否應結合輕罪所定法定最輕應併科之罰金刑？此一法律爭議，本庭原以本院先前裁判之見解，有認為無須考量輕罪所應併科之罰金刑之否定說見解者（下稱「不併科說」，例如本院 110 年度台上字第 746、1918 號，111 年度台上字第 3952、3953、3954、3955 號等判決），有認須考量輕罪所應併科之罰金刑之肯定說見解者（下稱「可併科說」，例如本院 108 年度台上字第 337、808 號，109 年度台上字第 483 號等判決），已產生有複數紛歧法律見解之積極歧異（下稱「法律見解歧異」），爰依法院組織法所定大法庭相關程序提出徵詢。

肆、徵詢結果與審理經過

上開法律問題經徵詢結果，本院受徵詢庭均未認本院先前裁判存在「法律見解歧異」之情形。本庭經評議後亦採取尚無「法律見解歧異」之見解。則本庭依法院組織法所定大法庭相關程序徵詢後所獲致之法律見解並無歧異，本庭自無從以「法律見解歧異」為由，提案予刑事大法庭裁判。惟為博採眾議，業由本庭開庭審理，並就上開法律爭議選任專家學者，以書面及於言詞辯論時到場陳述法律上意見。

伍、本院之判斷

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

二、原判決認定被告有如其所援引第一審判決事實欄所載犯行，因而維持第一審依想像競合犯關係，從一重論處被告犯期貨交易

法第 112 條第 5 項第 5 款之非法經營期貨經理事業罪刑之判決，駁回檢察官在第二審之上訴。原判決就量刑部分已詳為敘明其理由。其此部分所為論斷說明，從形式上觀察，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、想像競合輕罪釐清作用，應結合輕罪所定法定最輕應併科之罰金刑

(一)關於想像競合犯之罪與刑，刑法第 55 條於 94 年 2 月 2 日修正公布前僅規定：「一行為而觸犯數罪名者，……從一重處斷。」此一「從一重處斷」之規定，向來被認為係裁判上一罪，僅以重罪之最高度及最低度刑形成處斷刑之框架，如無其他（酌量）減輕或免除其刑之事由，宣告刑亦應在此框架內為之，可謂輕罪之最高度及最低度刑完全被吸收。然而，遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者於科刑時，如反可量處尤較輕罪名所定最輕法定本刑為輕之宣告刑，與法律規定從一重處斷之原旨相違背，有失公平及違背罪刑相當原則。立法者乃參考德國、奧地利刑法所設相關限制規定，修訂刑法第 55 條規定為：「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。」增設但書規定，提供想像競合犯從一重處斷外，亦可擴大將輕罪相對較重之「最輕本刑」作為形成宣告刑之依據。然實務在適用該但書規定時，如重罪及輕罪之最輕本刑均只有「單主刑」時，例如重罪之最輕本刑為有期徒刑 2 月，輕罪之最輕本刑為有期徒刑 6 月，則在適用該條但書予以具體科刑時，不能科以輕罪所定最輕本刑（即有期徒刑 6 月）以下之刑，此較易理解而尚無爭議。惟遇有重罪或輕罪之最輕本刑存在自由刑及併科罰金之「雙主刑」時，如何允當適用該條但書予以具體科刑，並非望文生義即能解讀，因而產生法律適用之疑義。依前揭說明，並無「法律見解歧異」之本院見解，則係採取須考量輕罪所應併科之罰金刑的「可併科說」(見本院 108 年度台上字第 337、808 號，109 年度台上字第 483 號等判決)。至本院雖曾有撤銷原判決而自為判決時，未併科輕罪罰金刑者（例如本院 101 年度台上字第 3463 號、104 年度台非字第 22 號等判決)，然審之各該自為判決之前例，均未對於刑法第 55 條但書之實際運用為任何說明，自難認其法律見解係採取「不併科說」。

(二)刑法第 55 條前段所規定之從一重處斷，係指行為人所侵害之數

法益皆成立犯罪，然在處斷上，將重罪、輕罪之法定刑比較後，原則上從一較重罪之「法定刑」處斷。亦即，在立法選擇下，行為人想像競合所犯輕罪之較低法定刑被吸收（學理上稱為吸收原則），惟所犯輕罪仍成立，判決理由仍須同時敘明行為人所犯均該當各輕、重罪名，且科刑時併審酌輕罪之量刑因素，始能充分評價行為人侵害「數法益」行為之不法與罪責內涵。此與法規競合（學理上又稱法條單一、假性競合）實質上只侵害單一法益，裁判上僅選擇其中最適宜之罪刑加以論處者，迥然有別。立法者乃增設刑法第 55 條但書「不得『科』以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」規定，以求法院在具體「科刑」時適度調和刑法第 55 條前段從一重罪之「法定刑」處斷所生評價不足之現象，此即學理上所稱想像競合之「輕罪螯清作用」（或稱想像競合之「輕罪封鎖作用」）。詳言之，遇有重罪之法定最輕本刑比輕罪之法定最輕本刑為輕時，該輕罪螯清作用即結合以「輕罪之法定最輕本刑」為具體科刑之依據（學理上稱為結合原則），提供法院於科刑時，可量處僅規定於輕罪「較重法定最輕本刑」（包括輕罪較重之併科罰金刑）之法律效果，此之結合原則不在於讓輕罪「較重法定最輕本刑」封鎖或限制重罪「較輕法定最輕本刑」之適用，而是在於擴大提供另一個重罪所未設的較重法律效果，讓具體科刑即形成宣告刑時，不致於評價不足。此即法律基於分配正義之思維，所採取貫徹公平及罪刑相當原則之制度性控制手段，本無意排除輕罪相對較重之最輕法定本刑，對於充分但不過度評價之落實具有螯清作用。此為本院既存之法律見解（參照本院 108 年度台上字第 337、808 號，109 年度台上字第 483 號等判決）。

(三)據上，刑法第 55 條但書既明定在想像競合之情形，擴大提供法院於具體科刑時，其科刑下限不受制於重罪相對較輕之法定最輕本刑，而可將輕罪相對較重之法定最輕本刑列為形成宣告刑之依據。則遇有重罪之法定最輕本刑無罰金刑，或僅係選科罰金刑，而輕罪之法定最輕本刑係應併科罰金刑時，在量刑上，宜區分「從一重處斷」及「具體科刑」二個層次予以處理。

１、在刑法第 55 條前段「從一重處斷」方面，依上開說明，數罪均成立，僅係從一重罪之「法定刑」處斷，故原則上以重罪之所有法定本刑（包括最重及最輕本刑）形成處斷刑之框架。又因想像競合犯在本質上係侵害數法益而成立數罪名，為落實所成

立之數罪名的不法及罪責內涵，均能獲得充分但不過度之科刑評價，以符合罪刑相當及公平原則。則依該條但書規定，在「具體科刑」即形成宣告刑時，輕罪相對較重之法定最輕本刑即應併科之罰金刑，例外被納為形成宣告雙主刑（徒刑及罰金）之依據，以填補如僅適用重罪法定最輕本刑，不足以評價被告全部犯行的不法及罪責內涵之缺憾，俾符合上開想像競合犯「輕罪釐清作用」，此一制度性控制手段之規範目的，尚與類推適用或雙重危險之禁止等原則無涉。

2、然而，刑法第 55 條但書規定之立法意旨，既在於落實充分但不過度之科刑評價，以符合罪刑相當及公平原則，則法院在適用該但書規定而形成宣告刑時，如科刑選項為「重罪自由刑」結合「輕罪併科罰金」之雙主刑，為免倘併科輕罪之過重罰金刑產生評價過度而有過苛之情形，允宜容許法院依該條但書「不得『科』以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之意旨，如具體所處罰金以外之較重「徒刑」（例如科處較有期徒刑 2 月為高之刑度），經整體評價而認並未較輕罪之「法定最輕徒刑及併科罰金」（例如有期徒刑 2 月及併科罰金）為低時，得適度審酌犯罪行為人侵害法益之類型與程度、犯罪行為人之資力、因犯罪所保有之利益，以及對於刑罰儆戒作用等各情，在符合比例原則之範圍內，裁量是否再併科輕罪之罰金刑，俾調和罪與刑，使之相稱，且充分而不過度。析言之，法院經整體觀察後，基於充分評價之考量，於具體科刑時，認除處以重罪「自由刑」外，亦一併宣告輕罪之「併科罰金刑」，抑或基於不過度評價之考量，未一併宣告輕罪之「併科罰金刑」，如未悖於罪刑相當原則，均無不可。

(四)行為人以一行為同時該當期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款所定之未經許可，擅自經營期貨信託事業、期貨經理事業、期貨顧問事業或其他期貨服務事業罪（處 7 年以下有期徒刑，得併科 300 萬元以下罰金），及證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定，未經主管機關許可，經營證券投資信託業務、證券投資顧問業務、全權委託投資業務或其他應經主管機關核准之業務罪（處 5 年以下有期徒刑，併科 100 萬元以上 5,000 萬元以下罰金），雖依想像競合犯關係，從一重論以期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款之罪，並以該罪之法定最重本刑「7 年有期徒刑」為科刑上限。惟其科刑下限，除徒刑部分依刑法第 33 條第

3 款規定，以 2 月有期徒刑為度外，不可忽視依刑法第 55 條但書規定，輕罪併科罰金刑部分亦擴大成為形成宣告「有期徒刑結合罰金」雙主刑之依據。是在「具體科刑」即形成宣告刑方面，如具體所處罰金以外之較重「徒刑」（例如科處較有期徒刑 2 月為高之刑度），經整體評價而認並未較輕罪之「法定最輕徒刑及併科罰金」（例如有期徒刑 2 月及併科罰金）為低時，自得審度上開各情後，裁量是否併科輕罪即證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定之「100 萬元以上 5,000 萬元以下罰金」。

(五)法院遇有上開情形，於科刑時雖未宣告併科輕罪之罰金刑，惟如已敘明經整體評價而權衡上情後，不予併科輕罪罰金刑，已充分評價行為之不法及罪責內涵，自不得指為違法。至具體個案如無刑法第 55 條但書前揭法律爭議，法院於裁判時自無庸特別敘明，乃屬當然。

四、經查：

(一)原判決敘明：檢察官上訴意旨雖指摘第一審判決未依刑法第 55 條但書規定，併科輕罪即證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定之罰金刑，於法未合等語。惟刑法第 35 條規定僅揭示主刑之重輕標準應如何比較，定其次序之原則，並未對刑法第 55 條但書想像競合犯「輕罪之釐清作用」的解釋及如何適用，提供明確準則及指引。第一審就被告所犯之罪所為科刑，已審酌被告妨害主管機關對期貨經理事業、全權委託投資業務之管理監督，影響交易市場常規作為、被害人僅 7 人、投資金額為 10 萬元至 100 萬元不等，經營規模不大，對於交易市場之影響非鉅等法益侵害之類型及程度。再衡以被告之資力、犯罪所保有之利益（含考量和解支付被害人財產損害）、事後坦承犯行，並已與被害人蔡惠如、劉嘉翰、薛文評、趙珮伶、沈宏星、林昭君等人成立和解及給付完畢之態度等一切情狀，量處有期徒刑 6 月，尚難謂係科以輕罪即證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款所定之法定最輕本刑（即有期徒刑 2 月及併科罰金）以下之刑，且所處之徒刑已足以收刑罰儆戒之效，並無科刑過輕之情形，縱未再擴大併科輕罪之罰金刑，亦難謂為違法，檢察官上訴意旨所為指摘，為無理由，應予駁回等旨。業已敘明經整體評價而審酌上開各情後，維持第一審不予併科輕罪罰金刑之理由。雖原判決就不予併科罰金之說明未盡周詳，惟不影響判決之結果，仍不得執為上訴第三審之適法理由。

(二)上訴意旨指摘原判決未依刑法第 55 條但書所定想像競合之「輕罪釐清作用」，對被告併科輕罪之罰金刑，有適用法則不當之違法等語。依上開說明，並非上訴第三審之合法理由。

五、依上所述，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 395 條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　8　　日

刑事第六庭審判長法　官　李英勇

法　官　鄧振球

法　官　洪兆隆

法　官　楊智勝

法　官　邱忠義

本件正本證明與原本無異

書記官　李丹靈

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　10　　日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 1924 號刑事判決
裁判日期：民國 112 年 01 月 12 日
裁判案由：偽造文書等罪
最高法院刑事判決　　111 年度台上字第 1924 號
上　訴　人　臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官劉玲興
被　　告　黃郁仁
上列上訴人因被告偽造文書等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國 111 年 1 月 6 日第二審判決（110 年度上訴字第 935 號，經臺灣高雄地方法院以 109 年度聲判字第 92 號裁定准予交付審判，視為提起公訴），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決及第一審判決關於黃郁仁部分均撤銷，發交臺灣高雄地方法院。

理　由

一、本件原判決維持第一審判決關於論處被告黃郁仁犯行使偽造私文書 2 罪刑及合併定其應執行有期徒刑 10 月，並諭知如易科罰金，以新臺幣（下同）1,000 元折算 1 日部分，而駁回被告在第二審之上訴，另諭知被告緩刑 3 年，應接受法治教育課程 2 場次，緩刑期間付保護管束，固非無見。

二、按刑事訴訟法第 258 條之 3 第 4 項規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。則法官依上揭規定裁定准予交付審判，並於裁定中敘明被告涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條等起訴書法定應記載事項，實質上是否等同已執行檢察官提起公訴之職務，而應於嗣後同一案件迴避審判，不得執行職務？此一法律爭議，具有原則重要性，經向本院其他各刑事庭徵詢後，仍有不同之見解，乃以 111 年度台上大字第 1924 號裁定向本院刑事大法庭提案，請求裁定統一法律見解。

三、本院刑事大法庭已於民國 111 年 12 月 28 日以 111 年度台上大字第 1924 號裁定作成統一見解，認為：法官曾參與准予交付審判之裁定者，於嗣後同一案件之審判，應類推適用刑事訴訟法第 17 條第 7 款規定自行迴避，不得執行職務。其理由如下：

㈠控訴原則（即彈劾主義）係公平審判之基石，公平審判則為訴訟權之核心領域：

憲法保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有請求受公正而獨立之法院依正當法律程序審判之權利，且人民身體之自由應予保

障，非由法院依法定程序，不得審問處罰（憲法第 16 條、第 8 條）。而刑事訴訟制度設置之目的在確定國家刑罰權之有無及其範圍，是刑事訴訟程序，應貫徹控訴原則，落實審檢分立及法定法官原則，非由法院以外之訴追者（即檢察官及自訴人，下同）起訴或自訴，法院不能對未經起訴或自訴之被告或犯罪審判（刑事訴訟法第 266 條、第 268 條、第 319 條），始符合正當法律程序之要求。法官對於受理之案件，負有合法、公正、妥速處理之義務，基於公平法院原則，則應立於客觀、公正、超然地位，依據法律獨立審判，不受任何干涉（憲法第 80 條）。法官如兼為同一案件之訴追者及審判者，顯與控訴原則及其應公正執行審判職務之旨意有悖，自應迴避該案件之審判，不得執行職務（刑事訴訟法第 17 條第 7 款）。又法官對於案件之審判應否自行迴避，攸關人民訴訟權及受公正審判之憲法上權利保障，法官於該管案件如存有主觀預斷成見或違反無罪推定原則之疑慮，客觀上顯難期其能公正執行審判職務，雖法律規範密度不足，司法者尚非不能基於合憲性及合目的性之思維予以填補，認為法官仍應自行迴避，不得執行審判職務，以發揮法的續造功能，俾能確保人民得受公平之審判，而維繫人民對司法公正性之信賴。

㈡法官曾參與准予交付審判之裁定，在實質效果上等同已執行檢察官提起公訴之職務：

刑事訴訟係以實現國家刑罰權為目的之司法程序，其審判乃以追訴開始，而追訴必須由自訴人依法提起自訴，或由檢察官依法實施偵查、提起公訴、實行公訴。我國現制以檢察官為偵查之主體，對於法院獨立行使其職權，請求法院為法律正當之適用，並於判決確定後負責指揮監督判決之適當執行（法院組織法第 60 條、第 61 條）。而法官之審判係出於被動，即所謂控訴、彈劾或不告不理原則，與檢察官之主動偵查，提起公訴，性質上截然有別。然刑事訴訟法第 258 條之 3 第 4 項規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。則法官依上揭規定裁定准予交付審判，並於裁定中敘明被告涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條等起訴書法定應記載事項，與檢察官之提起公訴，同具有使案件繫屬法院發生訴訟關係及特定審判範圍之主動性功能。此外，被告原經檢察官為不起訴處分，上級檢察署檢察長亦認告訴人再議之聲請為無理由，偵查程序至此本已終

局終結，復因法院得就偵查中所發現之證據為必要之調查，而裁定准予交付審判，顯與審判權正義性、被動性、公正第三者性及獨立性之特徵不符，反而近似於檢察權之具有公益性、主動性及當事人性質。又交付審判程序，雖在偵查程序終結以後，固非屬偵查程序或其延伸程序；但一經裁定准予交付審判，則法律擬制視為提起公訴，而開啟審判程序對被告所涉犯罪嫌疑進行審判。其參與准予交付審判裁定之法官，形式上雖非檢察官，但所為之交付審判裁定，實質效果上已等同於執行檢察官提起公訴之法定職務，倘猶參與其後之審判，無異集起訴與審判職權於一身，形成類似「自己起訴、自己審判」之糾問現象，違反控訴原則之精神。縱使該案件嗣後於審判程序，仍應經檢察官踐行舉證、調查證據及辯論等嚴格證明程序，參與准予交付審判裁定之法官，亦能保持客觀中立而不致有所偏頗，然該法官實際上既已等同於執行檢察官之起訴職務，客觀上自足以使一般人懷疑法官已經具有主觀預斷成見，而難以維持公平審判之外觀及裁判之公信力，自應迴避嗣後本案之審判。此參諸立法者為維護法官中立性功能，貫徹公平審判之法官迴避制度本旨，乃於 105 年 6 月 22 日增訂法院組織法第 14 條之 1 第 2 項，就承辦偵查中強制處分聲請案件審核之法官，規定不得辦理同一案件之審判事務。而曾參與准予交付審判裁定之法官，對於被告涉嫌犯罪預斷成見之程度，顯較承辦偵查中強制處分聲請案件審核之法官為強，依舉輕以明重之法理，本件尤應為相同之處理。

㈢刑事訴訟法現制未規定法官曾參與准予交付審判之裁定者，應自行迴避嗣後本案之審判，係屬法律漏洞，本於同法第 17 條第 7 款規定法官曾執行檢察官職務應自行迴避之相同法理，自應類推適用上開規定自行迴避：

我國交付審判制度，依其立法理由，係參考德國「強制起訴」及日本「付審判（準起訴）」制度而設。然德國強制起訴制度規定由邦高等法院管轄，如聲請有理由，則應為提起公訴之裁定，檢察官有義務執行強制起訴之裁定，故須提出起訴書向對應管轄之下級審法院提起公訴，並無違反控訴原則之問題（參見德國刑事訴訟法第 172 條第 4 項、第 175 條）。日本立法例雖與我國同規定由地方法院合議庭管轄，但同時規定法官曾參與准予付審判裁定時，應自行迴避執行職務（參見日本刑事訴訟

法第 265 條第 1 項、第 20 條第 7 款）。我國刑事訴訟法既參考德、日立法例而於 91 年 2 月 8 日修正公布增訂第 258 條之 1 至第 258 條之 4 等關於交付審判制度之條文，復於 92 年 2 月 6 日修正第 258 條之 1 規定，在制度設計上更接近於日本法制，但並未同時規定曾參與准予交付審判裁定之法官，應自行迴避本案之審判，或在第 17 條增訂上述法官應自行迴避之事由。倘係立法者有意為之，應見其特別說明與德、日立法例不同考量之意見，但上述相關條文之立法過程或立法說明均未見對此有所討論敘述，應係明顯之法律漏洞，並非立法者有意排除。而法官參與准予交付審判之裁定，解釋上雖不能直接適用刑事訴訟法第 17 條第 7 款規定以自行迴避嗣後本案之審判，但基於確保人民得受公平之審判及對司法公正性之信賴考量，在法律未修正增訂前，本於相同法理，自應類推適用刑事訴訟法第 17 條第 7 款之規定，自行迴避嗣後本案之審判。

㈣結論：刑事訴訟法第 17 條第 7 款關於法官應自行迴避之規定，旨在避免法官就同一案件曾因執行檢察官或司法警察官之職務，而生主觀預斷或違反控訴及無罪推定原則之疑慮，以確保人民得受公平之審判，而維繫人民對司法公正性之信賴。因此，法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者，固應依上述規定自行迴避。而參與准予交付審判裁定之法官，在實質效果上既等同於執行檢察官提起公訴之法定職務，倘仍參與其後同一案件之審判，顯已違反審檢分立、控訴原則及公平法院等憲法保障訴訟權之規定，本於同一法理，及合憲性與合目的性之觀點，自應類推適用本條款規定自行迴避，不得執行職務；若未自行迴避而仍參與審判者，其判決自有同法第 379 條第 2 款所規定之當然違背法令。

四、本院刑事大法庭既已就本件前揭擬採為裁判基礎之法律見解予以裁定在案。依法院組織法第 51 條之 10 規定，本件自應受刑事大法庭上開裁定見解之拘束。查本件告訴人黃郁文向臺灣高雄地方檢察署檢察官對被告提出涉嫌行使偽造私文書及詐欺取財之告訴，經同署檢察官以 109 年度偵字第 14080 號為不起訴處分，告訴人不服該不起訴處分，向臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察長聲請再議，經該分署檢察長以 109 年度上聲議字第 1971 號處分書駁回告訴人再議之聲請。告訴人乃委任律師為代理人，向第一審法院即臺灣高雄地方法院聲請交付審判。經分

案由該法院刑事第十一庭審判長法官莊珮吟、法官黃鳳岐及法官李貞瑩合議審理後，認被告涉有刑法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪嫌，並敘明被告涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條，以 109 年度聲判字第 92 號裁定准予交付審判。同法院嗣分案 110 年度訴字第 269 號，仍由上揭 3 位法官合議審理，並未類推適用刑事訴訟法第 17 條第 7 款規定自行迴避，而仍參與判決，論處被告犯行使偽造私文書共 2 罪刑，及合併定其應執行有期徒刑 10 月，並諭知如易科罰金，以 1,000 元折算 1 日，揆之上開說明，其判決自有同法第 379 條第 2 款所規定之當然違背法令，被告提起第二審上訴，執此指摘第一審判決違誤，依上述說明，應有理由。原判決未加以糾正，依法撤銷並發回第一審法院，猶予維持，而駁回被告在第二審之上訴，自非適法。檢察官上訴意旨據以指摘原判決不當，非無理由，應由本院依法將原判決及第一審關於黃郁仁部分判決均予撤銷，為維護上訴人之審級利益，並類推適用同法第 400 條前段之規定，直接將本件發交第一審即臺灣高雄地方法院審理，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第 400 條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　1　　月　　12　　日

刑事第一庭審判長法　官　郭毓洲

法　官　林靜芬

法　官　蔡憲德

法　官　宋松璟

法　官　林英志

本件正本證明與原本無異

書記官　林宜勳

中　　華　　民　　國　　112　　年　　1　　月　　16　　日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 4362 號刑事判決
裁判日期：民國 112 年 02 月 18 日
裁判案由：違反公職人員選舉罷免法
最高法院刑事判決　　111 年度台上字第 4362 號
上　訴　人　臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官謝錫和
被　　告　賴惠員
選任辯護人　游琦俊律師
上列上訴人因被告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 111 年 8 月 18 日第二審判決（111 年度上訴字第 104 號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署 109 年度選偵字第 58 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

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

二、本件公訴意旨略稱：被告賴惠員為民主進步黨（下稱民進黨）籍之前臺南市議員（現為立法委員），明知無黨籍之告訴人陳筱諭為民國 108 年 3 月 16 日第 9 屆立法委員臺南市第 2 選舉區缺額補選之候選人，竟意圖使告訴人不當選，於 108 年 3 月 8 日 15 時許，在新北市○○區○○路 00 號民間全民電視股份有限公司（下稱民視公司）旗下之民視新聞台「政經看民視」節目錄影時，發表「大家也知道陳筱諭後面是誰在操盤！這個很清楚，很清楚！（主持人問：誰在操盤？）當然是中共！（主持人問：真的啊？）是啊！（主持人問：你說陳筱諭啊？）是啊！她的資金真的是、真的是，很明顯、很明顯（此時賴惠員手持看板，看板上記載『都是國共在操盤』）」等言論及文字，影射告訴人之選舉係受中國大陸所操控，該節目內容於同日 20 時至 22 時許，在民視新聞台「政經看民視」節目公開播出，而以此方式向全國民眾具體指摘及傳播不實之事，足生損害於告

訴人之名譽及公眾對投票意向決定之正確性。因認被告涉犯違反公職人員選舉罷免法第 104 條之意圖使候選人不當選而傳播不實之事罪嫌。惟經原審審理結果，認不能證明被告犯罪，因而撤銷第一審之科刑判決，改判諭知被告無罪，已敘明其論斷所憑之依據及形成心證之理由。

三、檢察官之上訴意旨略以：

(一)原判決以被告認為告訴人之選舉「都是國共在操盤」，是經過被告合理之查證，應無「真正惡意」而不具違法性。然被告辯稱其消息來源之證人謝東志，在第一審證稱其就李和順支持告訴人之資金來自「中共」一節，並無任何憑據可證，復坦承其並無能力查證等語；而被告辯稱事前已請其助理即證人蔡宗翰查證，然從蔡宗翰於第一審之證言可知，其所謂李和順之資金來自中國大陸云云，全無任何證據，網路上亦無相關報導，只是鄉里傳言或其個人推測而已；另證人即被告多年好友徐國修雖於原審證稱係聽自其友即告訴人競選團隊成員蔡政學所述，於開會時曾聽李和順說大陸資金、資源會幫忙等語，然依蔡政學於第一審證述內容，其亦未查證到任何關於李和順之資金來自中國大陸有關機構之證據資料。從而，被告既於公開播出之電視節目中講述告訴人競選經費來自大陸方面，影射告訴人之選舉係受中國大陸所操控，又未能提出已盡查證義務之證據，即應認為其有惡意。

(二)司法院釋字第 509 號解釋文，認刑法第 310 條第 3 項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，旨在減輕被告證明其言論為真實之舉證責任，但被告仍須提出證據資料，證明有理由確信其所為言論為真實，因欠缺犯罪故意，即不得據以誹謗罪相繩，否則仍須構成誹謗罪刑責。被告關於告訴人選舉資金之訊息既來自上述 4 位證人，該 4 位證人又均未查證到任何關於李和順之資金是來自中國大陸有關機構的證據資料，被告又盡了如何之查證義務以證明其所發表之言論確實可信呢？原判決卻以被告就前開言論所述事實確已盡合理查證義務，而有相當理由確信其為真實，應認未符合真正惡意而不具違法性，改判被告無罪，自有判決不適用法則及適用不當之違背法令。

四、公訴意旨認被告涉犯上開罪嫌，無非係以被告坦承確有於前揭場合之發言、告訴人之指述、108 年 3 月 8 日政經看民視節目錄影光碟及擷取照片、民視公司 108 年 10 月 3 日函文、臺灣臺北地方法院 108 年度訴字第 2335 號民事判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1391 號民事判決、中央選舉委員會缺額補選公告、中央選舉委員會 108 年 3 月 19 日缺額補選當選人為郭國文之公告等為其主要論據。

五、訊據被告固坦承有於公訴意旨所載時、地，在民視新聞台「政經看民視」節目錄影時，發表對告訴人競選資金來自大陸之言論，惟堅決否認有何誹謗及意圖使人不當選而傳布不實事項之犯意，辯稱：我不是第 9 屆立法委員臺南市第 2 選舉區缺額補選之候選人，也不是任何一個候選人之助選人，且不認識告訴人，因民視主動邀請而被動參加，是對公共事務善意發表言論，屬言論自由範疇，並無使告訴人不當選之意圖。這場立法委員之選舉，公開且涉及國家安全，在坊間大家都非常清楚，告訴人在此場選舉投下之財力及資源很大，其總會長李和順在地方上長期被媒體報導所呈現，都讓我們覺得他跟中國有很深之連結，才會做這樣的推論，這是可受公評之事，我沒有要向全國民眾具體指摘及傳播不實事項之主觀犯意，亦無損害告訴人之名譽及公眾對投票意向決定之正確性，我的助理蔡宗翰有把大家的傳言及網路上的訊息回報給我，我有向消息來源查證，確信所發表言論為真實，並無真正惡意等語。

六、本院之判斷：

(一)檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，刑事訴訟法第 161 條第 1 項定有明文。倘其所舉證據，不足說服審判法院，獲致被告犯罪之確信心證，被告應受同法第 154 條第 1 項無罪推定規定之保障，亦即不能僅憑臆測，論處被告罪責，而應諭知無罪之判決。又證據之取捨及其證明力如何，乃屬事實審法院判斷之職權，如其取捨判斷不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即無違法可指。再者，言論自由為人民之基本權利，憲法第 11 條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。但為兼顧同受憲法所保障的個人名譽、隱私及公共利益，法律仍得對於言論自由，依其傳播方式，為合理之限制。公職人員選舉罷免法第 104 條所定意圖使候選人不當選而散布謠

言或傳播不實事項罪，係刑法第 310 條第 1 項、第 2 項誹謗罪之特別法，行為人雖不能證明其所傳播之事項為真實，但就事關公益而屬可受公評的事項，倘依行為時之具體、全部情狀，加以觀察、判斷，客觀上已足使一般人產生合理懷疑，而提出適當質疑或評論者，即不能認其存有明知而仍故意傳播不實事項的惡意，無以該罪相繩餘地。換言之，該罪所謂「散布謠言或傳播不實之事」，係以散布、傳播虛構具體事實為其客觀犯罪構成要件，並以行為人具有真正惡意為其主觀犯罪構成要件；行為人固得自行證明其所指摘、傳述之事項為真正，或已盡相當查證，具有合理的理由確信其為真實，而解免其刑責。縱非如此，檢察官或自訴人於訴訟程序中，仍不能免除其所應負證明行為人主觀上確實存有真正惡意之舉證責任。

(二)言論自由為自由民主憲政秩序中不可或缺之基本權利，也是民主社會之基礎，具有實現人格，追求真理和促進民主決策品質之積極功能。公職人員選舉罷免法第 104 條所定意圖使候選人不當選而散布謠言或傳播不實事項罪，文義上固僅針對不實言論為規範客體，然言論是否不實，並非總是一望即知而有待深入查證，因此，對於選舉期間之政治性不實言論課以刑罰，表面上雖不無促進選舉資訊正確性之功能，然實際上反而無法避免對攸關重大公益或公意形成其內容可受公評之高價值政治性言論產生寒蟬效應。據此以論，公職人員選舉罷免法第 104 條所規範犯罪構成要件之解釋適用，應儘可能符合憲法保障言論自由之意旨，為合憲性法律解釋，力求其適用合憲。司法院釋字第 509 號解釋意旨已轉化刑法第 310 條第 3 項前段之規範意義，藉以喚醒檢察官之舉證義務，同時也減輕行為人之真實抗辯證明義務，將法條文義所要求的「能證明其為真實」降低為「有相當理由確信其為真實」，據以重行調整刑法關於誹謗罪之基本規範，得將公眾對受批評事項之關注，視作捍衛真理等抗辯措施，使言論自由基本權獲得更大之呼吸空間。相對於此，公職人員選舉罷免法第 104 條之構成要件，以該言論係「不實之事」、「謠言」為必要條件，且無類如刑法第 310 條第 3 項將真實與否之舉證責任倒置予行為人負擔之規定。從而公職人員選舉罷免法第 104 條成罪之證明，自應由檢察官負完全之舉證責任，是檢察官除應證明客觀上行為人所言之事不實外，且應證明行為人明知所言之事並非事實，或具真正惡意，猶基於使

候選人當選或不當選之意圖，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法散布謠言或傳播不實之事，且檢察官必須盡其舉證責任，至事實已毫無合理懷疑之程度，始謂已足。倘行為人所陳述之事實雖損及他人之社會評價而侵害他人名譽，然依其所提證據資料，足認行為人已盡其合理查證義務而有相當理由確信其為真實者，即難謂具真正惡意。又對言論意涵應進行整體意旨之詮釋，不得斷章取義，倘其語意具多義性，原則上應採有利於行為人之解釋。至行為人就其陳述之事實是否已盡合理查證之義務，應依事件之特性，參酌行為人之身分、陳述事實之時地、查證事項之時效性及難易度、被害法益之輕重、與公共利益之關係、資料來源之可信度等因素加以綜合考量判斷。且在民主多元之社會，對於公眾人物或公共事務發表言論，或對於可受公評之事項為評論，其違法性之判斷，應依法益權衡原則及比例原則，就行為人行為之態樣、方式及言論之內容與社會公益加以衡量，視其客觀上是否違反現行法秩序規範所預設之價值而定。同理，在兩岸關係與國家認同議題上，國內民主多元化社會中對人民在民主政治意見形成過程之寬容度有極大界限化的趨勢下，就攸關國家安全等重大公益事項，自不宜賦予無調查權之被告過重之查證義務，以調和使整體法律規範之適用結果，在言論自由之保障與名譽權之保護相衝突時，能妥適取捨為價值判斷，以維護自由民主憲政秩序及整體法價值體系間之和諧，減少矛盾與衝突，俾利實現公職人員選舉罷免法第 104 條之核心規範保護目的，及憲法保障言論自由之旨趣。

(三)原判決已說明被告前開言論之緣由，在於認為告訴人之競選資金來源為前中國國民黨立法委員李和順，而李和順在中國大陸經營人蔘事業，與中國大陸黨政關係良好，事業版圖遍及多國，營利甚豐，其以中國資金或資源支持告訴人之選戰，而認「都是國共在操盤」。雖被告上開言論意在質疑告訴人之選舉資金來源，然是否成罪，仍應就其此部分言論之意涵、語意之脈絡為整體意旨之詮釋。卷查，李和順為前立法委員，現在中國大陸經營人蔘事業致富，擔任告訴人本次選舉之競選總部總會長一節，有李和順於中國經商之網路新聞、李和順為李全教背後金主之網路新聞、告訴人總部成立大會與李和順共同造勢之新聞、騰訊視頻截圖即炳翰公司李和順總裁與中國吉林省長白朝鮮族自治縣政府簽署共同發展人蔘項目之合作協議、電子報新

聞資料、東森新聞電視畫面截圖等在卷為證，足見被告所稱其以上開各項公眾可知之資訊及臺南地區言談，據以推論李和順身家財產雄厚可觀，並以之支持告訴人本次選舉等情，應屬有據，且被告於發言時已同時揭示其係以此作為判斷之論據。反之，告訴人於競選當時年僅 27 歲，有年籍資料在卷可憑，其於偵查中陳稱本次選舉經費來源為自己與父母之資金約新臺幣（下同）1,000 餘萬元，此金額顯與卷附監察院政治獻金公開查閱平台所載數額僅 150 餘萬元差距甚大，且告訴人亦無法清楚說明自己選舉之經費來源，則被告據以質疑告訴人之選舉資金來源是李和順在中國大陸經營人蔘事業所得，且因大陸地區土地非私人所有，李和順能經營上開人蔘事業版圖，推論其中國大陸黨政關係良好，據以臆測、發表意見而稱告訴人選舉「都是國共在操盤」云云，亦非全然無據。況關於告訴人該次選舉是否「都是國共在操盤」一節，檢察官除以被告未能舉證證明上開所言屬實，或所言未有具體可信之依據外，並未查證。檢察官上訴意旨仍指摘被告未盡查證義務以證明所發表之言論確實可信，然如前所述，於此仍不能免除檢察官所應負證明被告主觀上存有真正惡意之舉證責任，自不能認檢察官就被告確實存有意圖使告訴人不當選之待證事實已盡舉證責任。

(四)原判決並詳為載敘證人謝東志、蔡宗翰於第一審證述情節，核與被告所提上開關於李和順之資料大致相符；而證人徐國修為被告多年好友，斷無於被告向其求證時，故意對被告說謊以誤導被告發表錯誤言論之可能，其所述事實自足令被告信以為真；另證人蔡政學係告訴人之競選總部後援會成員，曾當面聽聞李和順於告訴人競選會議中表示大陸那邊的資金、資源及網路都會來幫忙等語，且證人蔡政學與被告並非熟識，更無甘冒偽證重罪之風險而至法院具結虛構對被告有利之不實證言之可能，堪認證人蔡政學之證言亦屬可信。綜合被告消息來源之上開 4 位證人證述內容及卷內被告提出之證據資料可知，被告乃因告訴人原係民進黨人士，然以無黨籍身分參加上開競選時卻由國民黨之李和順擔任競選總部總會長，進而質疑告訴人競選經費來源，嗣經多年好友徐國修轉告關於告訴人陣營助選成員蔡政學親身聽聞自李和順之上開言語，參以被告認為李和順能在中國大陸經營事業版圖甚鉅之人蔘事業，與中共之黨政關係必定良好，始發表前開「都是國共在操盤」之言論。準此，被告

係以前開資料、資訊及查證，推論臆測上開「大陸的資金」為國民黨及中共之資金，進而發表本案言論，此一發言脈絡，與一般真正惡意之發言係虛構不實之事實，並利用發言者受人信賴之身分，使人誤信其真實有據，顯然不同。是被告就前開言論所述事實確已盡合理查證義務，而有相當理由確信其為真實者，應認未符合「真正惡意」而不具違法性之理由。復說明：經具體衡量被告發言時地係在 108 年 3 月 8 日之電視節目，距離投票日尚有 8 日，告訴人尚有充分機會另於公開場合澄清辯明，或提供更充分之資訊予選民；且被告前開言論主題攸關告訴人選舉經費來源之高度公共性議題，涉及坊間、報導關於其雄厚競選經費及其來源之傳聞，為可受公評之事項，此係自願參與競選之告訴人無從迴避之爭點，被告之言論乃就選民關切之候選人資力來源發表質疑，其內容與發言脈絡雖係含有臆測性、推論性事實之主觀評價意見，然並非全然無據，且其發言亦經過上開合理查證；被告與告訴人又無直接競爭關係，亦無從逕行推論被告係出於使告訴人不當選之不法意圖；又被告所言對於告訴人之名譽固造成一定受害風險，然此部分被告業已付出民事賠償之代價，且與告訴人成立和解，取得告訴人之諒解，而請求法院為無罪判決，有和解書可證，且對選舉公平性之影響有限，將被告所為入罪，對言論自由及相關之言論可能產生寒蟬效應，自應為有利被告之認定等旨。又原判決已說明公訴人所提各項證據尚不足以證明被告有真正惡意，對於上開 4 位證人之證言，亦本於證據取捨之職權行使，而為證明力之判斷。其說明與認定俱與卷存證據資料相符，所為判斷無違經驗法則、論理法則，亦無上訴意旨所指判決不適用法則或適用不當之違法。檢察官上訴意旨一係就原審採證、認事職權之適法行使或已說明論斷之事項，以自己之說詞或持不同之評價，而為指摘，均非適法之第三審上訴理由。

(五)原判決復說明被告所發表如公訴意旨所示言論，經檢察官指摘為「不實」，然關於告訴人該次選舉是否「都是國共在操盤」一節，檢察官就告訴人之選舉資金來源為何？告訴人之財產狀況為何？其該次選舉實際操盤者為何人？其競選總部總會長李和順是否確為實際操盤者等情，卷內資料均付之闕如，尚不能認檢察官就被告所言真實與否之待證事實已盡舉證責任。綜上所述，檢察官就被告所言是否真實之待證事實並未舉證，雖另於

原審聲請傳訊李和順，然李和順並未到庭亦未再聲請傳喚；且被告所言又具有多義性，自應取向於憲法保障言論自由之意旨而就其整體意涵為有利被告之詮釋，於本案具體之法律適用就相衝突之基本權進行「個案取向衡量」時，考量避免對攸關公意形成之重大公益且內容可受公評之高價值政治性言論產生寒蟬效應，應審慎取向於憲法保障言論自由之意旨而為解釋適用。從而本案經原審權衡結果，認被告之言論尚屬憲法保障言論自由之範圍，不具真正惡意，仍應予容忍，不能以公職人員選舉罷免法第 104 條之罪相繩，因認第一審未察上開各情，或倒置舉證責任予被告，或就被告具有多義性之言論脈絡採取不利之詮釋而未堅強說理，或於進行個案取向之法益衡量時權衡不當，其法律適用違背憲法規範意旨確有違誤，因而撤銷第一審之科刑判決改判諭知被告無罪，並逐一說明論斷何以判決被告無罪之理由，於法並無不合，亦無檢察官上訴意旨二所指判決不適用法則或適用不當之違法，同非適法之第三審上訴理由。

七、依上所述，本件上訴違背法律上程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 395 條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　18　　日

刑事第九庭審判長法　官　蔡彩貞

法　官　莊松泉

法　官　周盈文

法　官　林庚棟

法　官　梁宏哲

本件正本證明與原本無異

書記官　張齡方

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　21　　日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 5324 號刑事判決
裁判日期：民國 112 年 02 月 09 日
裁判案由：違反毒品危害防制條例
最高法院刑事判決　　111 年度台上字第 5324 號
上　訴　人　陳穎冠
選任辯護人　盧國勳律師
　　陳建文律師
上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國 111 年 8 月 30 日第二審判決（110 年度上訴字第 3271 號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署 109 年度偵字第 18655、24120 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

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

二、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人陳穎冠有如其事實欄所載之犯行，因而撤銷第一審之無罪判決，改判依想像競合犯之例，從一重論處上訴人犯毒品危害防制條例第 11 條第 4 項之持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上罪刑（想像競合犯民國 109 年 1 月 15 日修正公布、同年 7 月 15 日施行前〈下稱修正前〉毒品危害防制條例第 11 條第 1 項之持有第一級毒品罪），暨諭知相關之沒收銷燬，已詳為敘述所憑之證據及論罪之理由。對於上訴人於原審審理時有關違法取證所辯各節，如何不可採取，已於理由內詳為指駁。核其所為論斷，俱有卷內證據資料可資覆按，自形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違背法令情形存在。

三、上訴意旨略以：

(一)原判決以臺灣桃園地方法院法官所核發之搜索票已載明搜索範圍包括「身體：陳穎冠之身體」，遽認執行之司法警察自得搜索

上訴人之身體，以及「搜索之際上訴人所穿著褲子口袋及所持手提袋」，有適用法則不當、理由不備之違法。

(二)原判決既認司法警察違背法定程序，搜索上訴人所持手提袋內之鐵盒，並查扣其內藏放之毒品，卻以「毒品放置於上訴人手提袋且以明顯鐵盒放置，數量非微，必然遭警發現為由」，遽以權衡判斷而認定警方自該鐵盒內查扣之海洛因 4 包及甲基安非他命 13 包，均具證據能力，有適用法則不當之違誤。

(三)司法警察未主動告知上訴人得依刑事訴訟法第 146 條規定拒絕夜間搜索，反而一再提醒上訴人：縱不同意夜間搜索，警察亦可在天亮時進行搜索等語，顯見司法警察一再迫使上訴人放棄拒絕夜間搜索之權利。原判決徒以司法警察搜索上訴人住所前，已徵得上訴人口頭明示承諾夜間搜索，上訴人並在搜索票上所載「同意夜間搜索」處簽名，並按捺指印為由，遽認上訴人同意夜間搜索，故於上訴人住處查扣之海洛因 4 包及甲基安非他命 12 包，應具證據能力，有適用法則不當之違法。

四、惟按：

(一)對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，於必要時得搜索之。刑事訴訟法第 122 條第 1 項定有明文。又搜索票，應記載應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄，為同法第 128 條第 2 項第 3 款所明定。所稱「身體」，除指身體可供藏放物品之器官或部位外，尚應包括執行搜索之際，受搜索人身體當時所穿著之衣物，例如衣褲口袋等足以藏放物品者，始屬合理；所指「物件」，參酌同法第 130 條附帶搜索之規定，則指上述身體及所著衣物以外，而屬受搜索人（被告、犯罪嫌疑人或第三人）所持有、掌控之物件，應包括「隨身攜帶之物件」在內。

原判決說明：依偵查卷附搜索票載明，受搜索人為上訴人，搜索範圍包括「身體：陳穎冠之身體」，司法警察自得搜索上訴人之身體、搜索之際上訴人所穿著之褲子口袋等旨。又該搜索票記載得搜索上訴人之「物件」，而上訴人所持手提袋，經原審勘驗司法警察之密錄器所攝搜索過程影片結果，足認係警方查獲上訴人時，其隨身攜帶之物件，自屬得為合法搜索之客體。原判決將上訴人所持手提袋，認為屬上訴人「身體」之範圍，固有未周，惟不影響判決結果。此部分上訴意旨泛詞指稱：原判決認為司法警察合法搜索上訴人之手提袋，有適用法則不當、

理由不備之違法等語，自非合法之上訴第三審理由。

(二)按違法搜索扣押所取得之證據，若不分情節，一概以程序違法為由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，難謂適當；惟刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，國家取證程序仍應合法純潔、公平公正，以保障人權。倘證據之取得非依法定程序，而法院若容許該項證據作為認定犯罪事實之依據有害於公平正義時，已違背憲法第 8 條、第 16 條所示應依正當法律程序保障人身自由、貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等旨，仍應排除其證據能力。從而，違法取得之證據，未必即應排除或禁止法院使用，刑事訴訟法第 158 條之 4 規定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護」。此即學說及實務通稱之「權衡法則」。所謂「審酌人權保障及公共利益之均衡維護」，係指法院必須依據個案衡量違法情節及私益侵害情節，究應如何操作，涉及憲法比例原則如何具體落實於刑事訴訟程序，正因為每件違法取得證據的案例情節容有不同，即便違反的是相同的證據取得禁止規定，其違法程度亦輕重有別，倘不許於個案中衡量受侵害之基本權私益及國家刑事追訴的公益，恐無從得出妥適且趨於正確而具公平正義價值的裁判結果。惟所謂「權衡」亦絕非漫無標準，更非任由法官恣意判斷，參照刑事訴訟法第 158 條之 4 立法理由，法官於個案權衡時，允宜斟酌：1.違背法定程序之情節；2.違背法定程序時之主觀意圖；3.侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重；4.犯罪所生之危險或實害；5.禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果；6.偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性；7.證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀，以決定應否賦予證據能力。此七項權衡因素係「例示」而非「列舉」，且未必係併存，甚者多係「互斥」之關係，各項因素間亦無先後輕重之排序，更非，也不可能要求法官就所有七項因素均應兼顧。具體審酌標準可以區分三段層次：首先，應區別偵查機關或審判機關之違法，於偵查機關違法取得之證據，且係惡意違反者，如禁止使用該項證據，足以預防偵查機關將來違法取得證據，亦即得有「抑制違法偵查」之效果者，原則上應即禁止使用該證據（此階段權衡第 1.、2.及 5.項因素）；其次，如非惡意違反

法定程序者，亦即有善意例外時，仍應審究所違反法規範之保護目的，以及所欲保護被告或犯罪嫌疑人之權利性質（包括憲法基本權、法律上之實體及程序權），參酌國家機關追訴，或審判機關審判之公共利益（如被告犯罪所生之危險或實害程度），權衡其中究係被告之私益或追訴之公益保護優先，除非侵害被告之權利輕微，原則上仍應禁止使用該項證據，換言之，除非極端殘暴的嚴重犯罪而有不得已之例外，不得祇因被告所犯為「重罪」，即不去考量被告被侵害之權利，尤其是被告憲法上權利或足以影響判決結果之訴訟防禦權受侵害時（此階段權衡第 3.、7.及 4.項因素）。最末，始依「假設偵查流程理論」或「必然發現之例外」法理，視偵、審人員同時有無進行其他合法採證行為，如依法定程序有無發現該證據之必然性，以作為例外具有證據能力之判斷（此時始權衡第 6.項因素）。

原判決以司法警察本即持有合法搜索票，雖於未向受搜索人即上訴人出示前即先執行搜索，固有違反法定程序，惟審酌：警方於搜索過程中既已出示搜索票，違背法定程序之程度輕微。且由第一審勘驗搜索過程錄影可知，司法警察將上訴人控制後，即已表明係有搜索票，僅因參與執行之司法警察人數較多，一時尚難確定搜索票在何人手中，才先行搜索上訴人隨身物件，堪認係因一時情況混亂，分工協調未盡完備所致，顯非惡意不先行出示搜索票。況持有搜索票卻疏未即時事前出示之情形，並非常見，以此為由禁止扣案毒品做為證據使用，對於避免將來類似法定程序違反情事，所生助益有限；於搜索尚在進行中，即已完成出示搜索票，對於上訴人藉由知悉搜索票內容以確保搜索程序適切之權益，所生侵害程度較輕。況不問有無違反執行搜索事先出示搜索票程序，因毒品放置在上訴人手提袋中明顯可見之鐵盒內，且數量非微，必然於搜索過程中遭警方發現。故以扣案毒品作為證據，對於上訴人訴訟上之防禦並無不利益等情，因認執行搜索在上訴人手提袋內查獲之毒品，均有證據能力等旨。已詳為具體審酌人權保障及公共利益之均衡維護，依據個案衡量違法程度及私益侵害輕重等情節，因而判斷具有適法之證據能力，依上述說明，自屬適法有據。此部分上訴意旨泛指：原判決所為權衡，有適用法則不當之違誤等語，難謂係合法之上訴第三審理由。

(三)按有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或

扣押。但經住居人、看守人或可為其代表之人「承諾」或「有急迫之情形」者，不在此限。刑事訴訟法第 146 條第 1 項定有明文。此處所謂「承諾」，自應以當事人出於自願且明示之同意為限。

原判決說明：上訴人坦承有在搜索票上親簽同意夜間搜索，且觀諸卷附二紙針對該住宅核發之搜索票，其上空白處確載有「同意夜間搜索住宅」字樣，並於該文字下有「陳穎冠」之簽名及按捺指印；又經第一審勘驗司法警察密錄器拍攝影片結果，顯示：司法警察將搜索票提示予上訴人，並詢問所載地址是否為上訴人之住所而為上訴人肯定，司法警察並告以現在是夜間，是否同意現在帶同警方至其住處搜索，「因為等一下 5 點天亮之後，還是可以進去，趕快弄一弄，省點時間，是否同意」，上訴人除點頭表示同意外，並在司法警察提醒下，再出言表示同意。警方即在搜索票上註記同意夜間搜索，交由上訴人簽名等情。足信司法警察係先向上訴人確認搜索票上所載「臺北市○○區○○街 000 巷 0 弄 00 號 4、5 樓」地址為上訴人之住所後，即表明因當時為夜間，是否同意前往搜索，所詢問題適切，過程平和，並無任何強暴、脅迫之情。至於徵詢過程中所提及：等到 5 點天亮後仍可搜索等語，核與法律規定相符，並無不實；所述：若同意夜間搜索，可節省時間等語，亦僅係提供上訴人衡酌，尚無不當，甚至主動詢問該住處有無同住家人，並顧慮夜間搜索可能影響上訴人之同住父親，表明願意盡量不予打擾，更徵員警於執法之際，已適度兼顧人情，並無於徵詢過程對上訴人施以「不得不同意」之壓力，就反覆詢問上訴人是否同意夜間搜索等情，實係傳達上訴人得決定同意與否之意思，否則無須反覆確認，更無「急促」欲取得上訴人同意之情。而搜索票上記載有夜間搜索相關注意事項，且上訴人於同意前已先由司法警察交付搜索票供其閱覽，堪認對其上所載夜間搜索需經同意之相關規定已有認識。可見上訴人同意夜間搜索，係出於真摯所為，且司法警察並無使用不正手段，是於取得上訴人同意後，持搜索票夜間開始搜索上訴人住處，核屬合法搜索，因此取得之證據（包含毒品），自有證據能力等旨。原判決已詳為敘述其所憑之證據及論斷之理由，且其所為論斷說明，尚與經驗、論理法則不悖，亦與客觀情狀相符，既未違背證據法則，自不得任意指為違法。此部分上訴意旨仍執陳詞，任意

指稱：司法警察係一再迫使上訴人放棄拒絕夜間搜索之權利，原判決遽認上訴人同意夜間搜索，而認於上訴人住處查扣之毒品，均具證據能力，有適用法則不當之違法等語，亦非適法之上訴第三審理由。

五、綜上所述，本件上訴意旨，係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，再事或漫為爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。應認本件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　　112　　年　　2　　月　　9　　日

刑事第五庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　林婷立

法　官　錢建榮

本件正本證明與原本無異

書記官　杜佳樺

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　16　　日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 5386 號刑事判決
裁判日期：民國 112 年 01 月 11 日
裁判案由：加重詐欺
最高法院刑事判決　　111 年度台上字第 5386 號
上　訴　人　李信和
上列上訴人因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院中華民國 111 年 7 月 28 日第二審判決（111 年度上訴字第 2023 號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署 110 年度偵字第 14049、15264、16017、16482、17145、17948 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、本件原判決維持第一審關於論上訴人李信和㈠如其附表編號（下稱編號）1 至 2 所示犯三人以上共同詐欺取財各罪之「罪數」及所處之刑、㈡如編號 3 所示犯三人以上共同詐欺取財罪所處之刑部分之判決，駁回其在第二審之上訴（原判決謂其審理範圍僅限於第一審判決所處之刑及「罪數」部分，不及於第一審判決所認定之犯罪事實、所犯法條及沒收部分）。固非無見。

二、惟查：

㈠民國 110 年 6 月 16 日修正公布（同年月 18 日生效）之刑事訴訟法第 348 條規定：「（第 1 項）上訴得對於判決之一部為之。（第 2 項）對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。（第 3 項）上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」同日修正公布之刑事訴訟法施行法第 7 條之 1 3 規定：「中華民國 110 年 5 月 31 日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，於施行後仍適用修正前刑事訴訟法第 348 條規定；已終結或已繫屬於各級法院而未終結之案件，於施行後提起再審或非常上訴者，亦同。」本件係於上述規定生效後之 111 年 6 月 8 日繫屬於原審法院，上訴之效力及範圍應依現行刑事訴訟法第 348 條規定判斷。

㈡上訴書狀若未聲明係對於判決之一部或全部提起上訴，原審或上訴審法院為確認上訴之範圍，並基於訴訟照料之義務，自應進行闡明，曉諭上訴人以言詞或書面就其上訴範圍為必要之陳述。又為尊重當事人設定攻防範圍，並減輕上訴審審理之負擔

，容許上訴人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍。惟如判決之各部分具有在審判上無從分割之關係，因一部上訴而其全部必受影響者，該有關係而未經聲明上訴之部分，亦應成為上訴審審判之範圍。此觀刑事訴訟法第 348 條之立法理由甚明。又判決之各部分是否具有在審判上無從分割之關係，因一部上訴而其全部必受影響，可就上訴審審理之過程及可能之審理結果觀察，上訴審能否不更動原審判決未經聲明上訴部分之認定，僅審理經聲明上訴之部分，及聲明上訴部分如被撤銷或改判時，與未經聲明上訴部分原審判決之法律上及事實上之認定，是否不會產生互相矛盾的情況。若否，判決之各部分具有在審判上無從分割之關係，因一部上訴而其全部必受影響，該未經聲明上訴之部分，仍為上訴審審判之範圍。

㈢刑法第 55 條前段所規定一行為觸犯數罪名，即學理上所謂想像競合犯，係基於一個意思決定，以一個實行行為，發生侵害數個相同或不同法益結果，此犯罪形態與數罪併罰，係出於各別之犯意，實行數行為，獨立構成數犯罪之情形有別。

倘第一審判決認被告所犯數罪應予分別論罪併合處罰，被告就數罪均提起第二審上訴，爭執數罪應論以想像競合犯而非數罪併罰時，因第一審所認定之犯罪事實及數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用均為論罪之一環，第二審無法不更動第一審判決犯罪事實之認定部分，僅審理數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用部分，且第二審如認數罪（出於一個意思決定，實行單一行為）應論以想像競合犯時，與第一審判決認定之犯罪事實（另行起意，實行數行為），即產生互相矛盾的情況。自不容許將第一審判決關於數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用與所認定之犯罪事實切割，僅就數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用部分上訴，縱被告明示只針對第一審判決認定之數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用及刑部分上訴，未經聲明上訴之犯罪事實因與該部分具有在審判上無從分割之關係，仍為第二審審判之範圍。

㈣上訴人提起第二審上訴，以編號 1 至 3 所示加重詐欺取財罪，

應依刑法第 59 條規定酌減其刑，另編號 1 至 2 所示部分，其 1 次提領新臺幣 1 萬 9 千元，係一行為觸犯數罪名，僅應論以一罪等語（見原審卷第 61、102 頁）。原審受命法官於準備程序時問：「本案依上訴理由所載，是否針對罪數及原判決之刑上訴，對原判決認定事實、適用法律及沒收部分有無在上訴範圍？」上訴人雖答以：「只針對罪數跟刑部分上訴，認定事實、適用法律及沒收都不在上訴範圍。」，上訴人於原審之辯護人亦答稱：「同被告所述。」，然上訴人於受命法官續問：「對檢察官起訴、原審判決之事實有何意見？（提示並告以要旨）」，上訴人卻答以：「我承認我有去提領錢，我是去應徵工作，我不知道領錢是詐騙行為，我不承認有加重詐欺罪，也不承認洗錢罪。」，另受命法官問：「請陳述關於本案之辯護要旨？」，上訴人之原審辯護人則答以：「如前所述。」（見原審卷第 102 頁），是上訴人上訴攻防之範圍顯然包括編號 1 至 3 之犯罪事實，則上訴人是否瞭解受命法官所詢是否針對「罪數」跟刑部分上訴，對原判決認定事實部分有無在上訴範圍之意義，顯有疑問。其真意為何？尚欠明瞭。原審受命法官未再釐清上訴人之上訴範圍，難認已盡闡明上訴範圍之義務，而原審審判長於審判期日仍未釐清上訴人之上訴範圍（見原審卷第 126 頁），所踐行之訴訟程序有重大瑕疵，自難謂適法。

三、上訴意旨雖僅否認犯罪，未為上開指摘，但為本院得依職權調查之事項，應認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　　112　　年　　1　　月　　11　　日

刑事第六庭審判長法　官　李英勇

法　官　鄧振球

法　官　洪兆隆

法　官　邱忠義

法　官　楊智勝

本件正本證明與原本無異

書記官　鍾惠萍

中　　華　　民　　國　　112　　年　　1　　月　　16　　日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 5588 號刑事判決
裁判日期：民國 112 年 02 月 09 日
裁判案由：妨害性自主
最高法院刑事判決　　111 年度台上字第 5588 號
上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官黃逸帆
被　　告　高浩城
上列上訴人因被告妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國 111 年 9 月 21 日第二審判決（111 年度侵上訴字第 167 號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署 110 年度偵字第 12298 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

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

二、本件原判決綜合全案證據資料，認定被告高浩城有其事實欄所載以脅迫之方法使被害人 A 女（原判決代號為 3434-A00001，人別資料詳卷）與被告進行性行為之無義務之事未遂之犯行，因而維持第一審論處被告強制未遂罪刑，並宣告緩刑暨所附加負擔，已詳敘其認定犯罪事實所憑證據及認定之理由。

三、按已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯，刑法第 25 條第 1 項定有明文。惟關於著手時點之判斷，學說上有各種不同之理論。採形式客觀說者，主張行為人唯有已開始實行嚴格意義之構成要件行為，始可認定為犯罪行為之著手；採實質客觀說者，認為行為人只要開始實行與構成要件具有必要關聯性之行為，或者開始實行對於構成要件保護客體形成直接危險行為，即已著手；而採主觀說者，則主張若依行為人之犯意及其犯罪計畫，而可判斷犯罪行為已經開始實行者，即可認定為著手，三者各有其立論基礎。然而形式客觀說將著手時點過度往後推延，致使若干在實質上可認定為未遂之行為，被歸類為預

備行為，對法益之保護顯有不周；而主觀說則忽略行為之客觀面，過度擴大未遂犯之範圍；至於實質客觀說，因未考量行為人之主觀意思，致使難以正確判斷客觀事實之意義。由於上開諸說各有缺失，乃有折衷之主客觀混合說之提出，其係以行為人之主觀認識為基礎，再以已發生之客觀事實為判斷，亦即行為人依其對於犯罪之認識，開始實行足以與構成要件之實現具有必要關聯性之行為，此時行為人之行為對保護客體已形成直接危險，即屬犯罪行為之著手。此說對於著手時點之判斷標準已較具體明確，且以行為人主觀上所認識之事實，作為判斷背景事實，並加上客觀層面之限制，不致於擴大未遂犯之範圍，復能避免其餘各說之缺失，應較可採。故而，有關強制性交罪之著手，自應藉由主客觀混合理論之運用而加以判斷。刑法第 221 條第 1 項之強制性交罪，係以對被害人施以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法為其要件，該罪所保護法益乃為個人之性決定自由。得否認為行為人已著手實行強制性交之構成要件行為，應視其依主觀上之認識，是否已將強制性交之犯意表徵於外，並就犯罪實行之全部過程予以觀察，必以由其所施用上開強暴、脅迫等非法方法，足以表徵其係基於強制性交之犯意而為，且與性交行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，始得認已對於強制性交罪所要保護個人性決定自由之法益，形成直接危險，開始實行足以與強制性交罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，而已達著手階段。

四、原判決依據卷內資料，敘明：被告雖有傳送訊息給 A 女之行為，似係意圖與 A 女為性交，而透過網路訊息表達要脅見面配合之意思，但於二人尚非面對面之情形下，就時間及空間距離而言，該傳送網路訊息之行為與對 A 女實行強制性交，二者並無密切接近之關聯性。且 A 女嗣即報警，並由警員陪同前往，而非單獨赴約，可見被告傳送訊息之脅迫手段，實難謂在時間、地點與手段上，已密接於強制性交罪之「性交」構成要件行為，自不能認已達著手階段。然被告既以揚言散布 A 女性交影片，脅迫 A 女與其相約見面，欲使 A 女行無義務之事，已屬對於 A 女著手實行強制行為，因 A 女報警而止於未遂，因而依刑事訴訟法第 300 條規定變更檢察官起訴法條，論以刑法第 304 條第 2 項、第 1 項之強制未遂罪等旨。是原判決已就被告傳送訊

息之脅迫行為，如何在時間、地點與手段上，難認與強制性交罪構成要件之實現具有必要關聯性，尚未達著手強制性交之階段，闡述甚詳，核其論斷，於法尚屬無違。檢察官上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，猶謂被告本件行為已著手實行強制性交罪之構成要件，而應成立強制性交未遂罪云云，自非適法之第三審上訴理由。

五、其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決有不適用何種法則或如何適用不當之情形，徒就原判決已明確論斷說明之事項，暨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，本件上訴為不合法律上之程式，應予以駁回。

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　　112　　年　　2　　月　　9　　日

刑事第三庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　林恆吉

法　官　江翠萍

法　官　侯廷昌

法　官　林海祥

本件正本證明與原本無異

書記官　朱宮瑩

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　13　　日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 43 號刑事判決
裁判日期：民國 112 年 02 月 02 日
裁判案由：違反廢棄物清理法
最高法院刑事判決　　112 年度台上字第 43 號
上　訴　人　周豐智
上列上訴人因違反廢棄物清理法案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國 111 年 9 月 12 日第二審判決（111 年度上訴字第 64 號，起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署 109 年度偵字第 13259 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第 377 條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件，如果上訴理由書狀並非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人周豐智有如其事實欄所載違反廢棄物清理法之犯行，因而維持第一審關於論上訴人以廢棄物清理法第 46 條第 4 款前段之未領有廢棄物清除、處理許可文件而從事廢棄物清除罪（累犯），處有期徒刑 1 年 1 月部分之判決，而駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其所憑證據及認定之理由（上訴人於警詢、偵查、第一審及原審審理時均坦承本件犯行不諱），俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、上訴人上訴意旨略以：⑴、依司法院釋字第 775 號解釋之相關協同意見書意旨，認為刑法第 47 條第 1 項關於累犯加重法定最低本刑之規定，應由法院綜合累犯行為人犯罪情節之輕重、前後犯罪性質之異同，以及故意再犯罪距前案徒刑執行完畢時間之久暫等因素，於立法院依上開解釋意旨修法完成前，暫時調整為得裁量是否加重其刑。而伊先前幫助加重詐欺取財未遂犯行遭法院判處有期徒刑 5 月，並經易服社會勞動執行完畢之前科，並未實際入監服刑，且上開前科犯行，與伊本件非法從事

廢棄物清除行為之犯罪性質及手段均不相同，顯不足據以認定伊主觀上具有特別惡性或對於刑罰反應力薄弱，依上述司法院解釋意旨，尚不應逕依刑法第 47 條第 1 項規定加重其刑，惟原判決仍適用上開規定對於伊本件犯行加重其刑，洵與上開解釋意旨相違。⑵、廢棄物清理法第 46 條各款所列非法清理廢棄物之行為，不問犯罪主體是否係從事廢棄物清理之業者、廢棄物之類別與性質、非法清理之手段態樣，或所造成之法益危害程度等差異，對於非以從事廢棄物清理為業之一般自然人，且所清理者僅為少量之一般廢棄物或一般事業廢物，而非具有毒性或危險性而足以影響人體健康或污染環境之有害事業廢棄物，復於事後勉力回復案發地於犯罪前之原狀者，不分個案情節，其法定刑一律規定為 1 年以上 5 年以下有期徒刑，且得併科新臺幣 1,500 萬元以下罰金，以致對於譬如上揭犯罪情節輕微個案之行為人，無從量處得易科罰金之刑度，難謂非屬顯然過苛之處罰，於此範圍內，不符憲法罪刑相當原則，非無牴觸憲法第 23 條比例原則之虞。又法院固應依法審判，但更有優先遵守憲法之義務，廢棄物清理法上揭規定既已牴觸上揭憲法原則，原審自應依憲法訴訟法關於法院聲請法規範憲法審查之規定，聲請憲法法庭為宣告上開法律規定違憲之判決。乃原審遽以伊上揭關於廢棄物清理法規定違憲之主張，尚無從使其在客觀上形成該法律規定違憲之確信，而不裁定停止訴訟程序，亦不向憲法法庭聲請法規範違憲審查，仍依廢棄物清理法第 46 條第 4 款前段之規定對伊論罪科刑，殊有不當。爰請審酌伊上述主張廢棄物清理法第 46 條規定牴觸上開憲法原則之訴求，依憲法訴訟法相關規定，裁定停止本案訴訟程序，並聲請憲法法庭對於上開法規範為憲法審查云云。

三、惟查：

㈠、依司法院釋字第 775 號解釋意旨，若事實審法院已就成立累犯個案之犯罪情節，具體審酌行為人犯罪之一切情狀暨所應負擔之罪責，認應依刑法第 47 條第 1 項規定加重其最低本刑，並無過苛或罪刑不相當之情形，因而適用上開規定加重其刑者，此為法律賦予事實審法院量刑職權之適法行使，自不得任意指為違法。原判決以上訴人本件未領有廢棄物清除、處理許可文件而從事廢棄物清除之犯行構成累犯，其於前案徒刑執行完畢後，短期內再次故意犯本件之罪，顯具有特別惡性，且對於刑罰

反應力薄弱，依循司法院釋字第 775 號解釋意旨審酌本案相關犯罪情節，認依刑法第 47 條第 1 項規定加重其所犯罪名之最低本刑，尚無使其承擔超過應負罪責之刑罰，以致違反比例及罪刑相當原則之情形，乃裁量依上開規定加重其刑，於法尚無不合。上訴人上訴意旨任意指摘原判決量刑違誤，依上述說明，顯非適法之第三審上訴理由。

㈡、憲法訴訟法第三章第二節「法院聲請法規範憲法審查」第 55 條及第 56 條第 4 款分別規定「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決」、「本節聲請，應以聲請書記載下列事項：……四、聲請判決之理由、應受審查法律位階法規範在裁判上適用之必要性及客觀上形成確信其違憲之法律見解」，上揭規定所指「客觀上形成確信其（即應適用之法律位階法規範）違憲之法律見解」，係指聲請憲法法庭為法規範憲法審查之法院，應於聲請書內詳述其對系爭法規範違憲之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法規範違憲之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對系爭法律是否違憲發生疑義，或系爭法律猶有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由（立法理由及司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋意旨參照）。從體系對照同法第三章第三節「人民聲請法規範憲法審查（及裁判憲法審查）」第 59 條第 1 項及第 60 條第 6 款分別規定「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範（或該裁判），認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決」、「本節聲請，應以聲請書記載下列事項：……六、聲請判決之理由及聲請人對本案所持之法律見解」之規定以觀，該法第三章關於「法規範憲法審查」案件，依其聲請人區分為「法院聲請」及「人民聲請」二類別，並異其程序及程式要件，二者互不干涉。法院聲請法規範憲法審查制度之法理，在於法院（官）就其審理裁判個案所應適用之法律是否符合憲法基本權所建構之客觀價值秩序，具有擔保之身分角色與功能，此為迥異於人民聲請法規範憲法審查制度之本質特徵，故法院是否聲請法規範憲法審查乃其職權，且法律亦未賦予人民要求法院依職權發動上開聲請之請求權，

自不容被告對於原審未依其請求裁定停止訴訟程序，並向憲法法庭聲請就裁判上所應適用之法律為法規範憲法審查即行判決，執以指摘原審判決違法而據為提起第三審上訴之合法理由。本件原判決就上訴人提起第二審上訴意旨主張廢棄物清理法第 46 條規定不符憲法罪刑相當原則，有牴觸憲法第 23 條比例原則之虞一節，認為尚無足採，業於其理由內說明略以：上訴意旨謂廢棄物清理法第 46 條規定牴觸憲法云云，僅係其主觀上認為該法律規定有違憲之疑義而已，尚不足以使原審於客觀上形成認為該法律規定違憲之合理確信。何況，揆諸卷附上訴人之前案紀錄表，上訴人迭有違反廢棄物清理法之犯行，其所為本件反覆多次清運廢棄物之行為，復非偶發之單一事件，且其所清除棄置在被害人謝順治所有案發土地上之一般廢棄物及一般事業廢棄物共計多達約 13.33 公噸，犯罪情節難認輕微，至其事後將上開案發土地回復原狀之情狀，僅足資為科刑輕重之有利考量因素而已。第一審適用廢棄物清理法第 46 條第 4 款前段規定，論上訴人以未領有廢棄物清除、處理許可文件而從事廢棄物清除罪（累犯），並依司法院釋字第 775 號解釋意旨審酌相關犯罪情節，裁量依刑法第 47 條第 1 項規定加重其刑後，量處有期徒刑 1 年 1 月，不至於發生對犯罪情節輕微個案處罰過苛之情形，故本件尚無裁定停止訴訟程序，並聲請憲法法庭對於據以論罪之廢棄物清理法上開規定為法規範憲法審查之必要，仍應予以審理判決等旨綦詳（見原判決第 10 頁第 12 行至第 13 頁第 6 行），核其論斷尚與憲法訴訟法關於「法院聲請法規範憲法審查」之相關規定無違，況此為原審適法行使其職權之範疇，要不得任意指摘為違法。上訴人上訴意旨無視原判決明確之論斷及說明，猶以其前揭請求原審向憲法法庭聲請法規範憲法審查之陳詞，任意指摘原判決違誤，依前揭說明，同非合法之第三審上訴理由。

四、綜上，本件上訴人上訴意旨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，徒執前揭泛詞，任意指摘原判決不當，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆諸首揭規定及說明，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。至上訴意旨重執其主觀上認為廢棄物清理法第 46 條規定違憲之前揭主張，請求本院裁定停止本案訴訟程序，並向憲法法庭聲請對上開法律規定為法規範憲法審查云云，核

屬於法無據，且就本件個案而言，原判決所適用之相關法律並無上訴意旨所主張之法規範違憲情事，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第 395 條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　2　　日

刑事第一庭審判長法　官　郭毓洲

法　官　林英志

法　官　沈揚仁

法　官　楊力進

法　官　蔡憲德

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　3　　日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 318 號刑事判決
裁判日期：民國 112 年 02 月 15 日
裁判案由：違反政府採購法
最高法院刑事判決　　112 年度台上字第 318 號
上　訴　人
(被　　告)　魏宗德
選任辯護人　蔣文正律師
　　林　凱律師
上　訴　人
(被　　告)　陳至忠
選任辯護人　吳紹貴律師
　　許嘗訓律師
上　訴　人
即　參與人　中興防震科技有限公司
代　表　人　蘇惠珍
代　理　人　蔡宜宏律師
上　訴　人
即　參與人　隔減震有限公司
代　表　人　蔡宜珊
代　理　人　洪宗暉律師
上列上訴人等因被告等違反政府採購法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國 111 年 10 月 6 日第二審判決(109 年度上訴字第 2335 號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署 104 年度偵字第 29060、29061 號)，提起上訴，本院判決如下：
主　文
原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。
理　由
壹、本件原判決認定上訴人魏宗德、陳至忠（下稱上訴人 2 人）有如其犯罪事實欄(下稱事實欄)所載違反政府採購法而對材料、設備為違反法令之限制(下稱限制競爭)等犯行，因而撤銷第一審判決附表一編號 3 至 15、17 關於上訴人 2 人罪刑部分、同附表編號 16 關於魏宗德罪刑部分，及對上訴人 2 人、上訴人即參與人隔減震有限公司、中興防震科技有限公司（分別簡稱隔減震公司、中興防震公司；下稱參與人 2 人）宣告沒收部分之科刑判決，改判分別論處魏宗德、陳至忠共同犯政府採購法第 88

條第 1 項之違法限制圖利 7 罪刑(即原判決附表〔下稱附表〕一編號 3 至 17「本院判決主文」欄所示魏宗德部分)、1 罪刑（即附表一編號 13 至 15「本院判決主文」欄所示陳至忠部分），並對上訴人 2 人、參與人 2 人諭知相關之沒收、追徵。以及維持第一審分別對魏宗德、陳至忠論處共同犯政府採購法第 88 條第 1 項之違法限制圖利 2 罪刑（即附表一編號 1 至 2「本院判決主文」欄所示魏宗德部分）、1 罪刑（即附表一編號 16「本院判決主文」欄所示陳至忠部分）部分之判決。固非無見。

貳、惟查：

一、關於依政府採購法受託辦理採購之得標廠商，將部分採購工程「分包」予其他廠商代為履行，該分包廠商對材料、設備為限制競爭之行為（即俗稱綁標行為），得標或分包廠商有無政府採購法第 88 條第 1 項違法限制圖利罪規定之適用一節，須視該廠商有無受政府採購法第 3 條所定辦理採購之政府機關、公立學校或公營事業（下稱機關）之委託而定，未可一概而論。析言之，關於違反政府採購法而對材料、設備為違反法令之限制競爭的刑事處罰，政府採購法第 88 條第 1 項前段固規定：「受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之利益，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」其立法理由在於，受機關委託辦理採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之廠商，若因職務之便，為限制競爭行為，以謀取私人不法利益，此等行徑不僅嚴重斲傷正當廠商之商機，亦使得在此不公平競爭之市場下，不肖廠商哄抬標價，造成公帑不必要之浪費，甚至衍生經費追加、工期延宕、品質不良等弊病。為有效遏阻此等不法行為，提升政府施政績效與形象，有必要對此惡意之綁標行為明文處罰。惟上開規定就本罪之行為主體既明文專指「受機關委託」而提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員。如並非直接受機關委託之人，基於罪刑法定原則，自難比附援引成為本罪之行為主體。得標廠商依政府採購法第 67 條規定，將採購之部分工程分包（一般以複委託方式為之）予其他廠商代為履行時，該分包廠商如僅與得標廠商訂有分包或複委託契約，並未與機關簽訂契約，則縱分包廠商就其分包部分，

依政府採購法第 67 條第 3 項規定，應與得標廠商連帶負民事之瑕疵擔保責任，亦難認係受機關直接委託之人，而可當然成為政府採購法第 88 條第 1 項前段違法限制圖利罪之行為主體，否則即悖於罪刑法定原則，不可不辨。

(一)原判決認定：王清林建築師事務所於標得附表三編號 18 所示「臺中縣后里鄉（現改制為臺中市后里區，下同）公所后里鄉鄉立圖書館改善工程」設計監造技術服務委任案後，將結構設計部分複委託予天翔結構土木技師事務所（下稱天翔事務所，負責人為陳至忠），陳至忠因而為替臺中縣后里鄉公所（下稱后里鄉公所）提供採購規劃、設計及監造之人員等情（原判決第 12 頁）。並敘明：天翔事務所標得上開工程之設計監造技術服務委任案，陳至忠就上開工程為政府採購法第 88 條所稱「受機關委託提供採購規劃、設計及監造之人員」。魏宗德雖不具政府採購法第 88 條第 1 項所定「受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員」之身分，然其與有此身分之陳至忠，具共同犯意聯絡及行為分擔，彼此分別朝同一犯罪目的，共同對於有此身分者受機關委託提供採購規劃、設計及監造等事務，意圖為中興防震公司之不法利益，而為前揭犯行，依刑法第 31 條第 1 項、第 28 條規定，仍應論以共同正犯等語（見原判決第 21、66 頁）。

(二)惟稽之卷內資料，原判決援引為前揭事實認定之證據，即王清林建築師事務所與天翔事務所於民國 97 年 12 月 12 日所簽訂之複委託契約書（見原判決第 22 頁、臺灣新竹地方檢察署 102 年度偵字第 9140 號卷〔下稱竹檢第 9140 號卷〕一第 93 頁），係王清林建築師事務所將受託設計監造之后里鄉鄉立圖書館增建工程中之「結構設計及有關圖說簽證」，複委託天翔事務所參與，並非后里鄉公所與天翔事務所簽訂之委託契約。如果無訛，則能否遽謂陳至忠係受后里鄉公所委託而提供採購規劃、設計及監造等事務之人？本件究有無后里鄉公所委託天翔事務所提供上開工程採購規劃、設計及監造相關契約或文件？事證尚有未明。此攸關上訴人 2 人就此部分是否共同犯政府採購法第 88 條第 1 項之違法限制圖利罪刑，及對上訴人 2 人、參與人中興防震公司相關沒收、追徵金額之判斷，自有調查、釐清明白之必要。原判決未調查明白，遽認陳至忠此部分行為成立政府採購法第 88 條第 1 項之違法限制圖利罪，並認魏宗德應依刑法

第 31 條第 1 項、第 28 條規定，論以共同正犯，及諭知相關沒收、追徵，自有調查職責未盡及理由欠備之違法。

二、事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎。又證據雖已調查，若尚有足以影響判決結果之重要證據或疑點未予調查釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

(一)原判決雖認定陳至忠本件犯罪所得合計達新臺幣（下同）29 萬 4,000 元等情，並敘明：第一審共同被告洪建興（業經判決確定）取得附表三編號 3 至 14 所示之工程後，每件工程均係委由魏宗德製作規範圖說，魏宗德亦會於承包廠商購買挫屈束制斜撐後，以每支挫屈束制斜撐 3,000 元之代價給付洪建興報酬。依此而論，陳至忠本件所為，亦係與魏宗德共同以附表三編號 15 至 18「圖說規範」欄所示之圖說內容，迫使各承包廠商僅能向中興防震公司或隔減震公司購買工程所需斜撐，而達限制競爭之目的，此舉一旦東窗事發，不僅涉及刑事責任，更會令天翔事務所之商譽盡毀，陳至忠亦可能遭懲戒撤銷執照，其承擔之風險不可謂不重，且陳至忠陳稱：其於本件前均未見過魏宗德等語。是陳至忠亦無任何人情壓力，實難想見其會願意無償承擔上開風險，為非親非故之魏宗德、中興防震公司及隔減震公司為本件犯行，足認陳至忠本件亦應能取得一定之報酬。再參以本件涉及大量工程之違法限制競爭，魏宗德並與不同之設計監造廠商合作，而中興防震公司、隔減震公司及魏宗德自身可取得之利益，均係以各工程所需斜撐之數量為據。綜合上情，堪認不同設計監造廠商可因而取得之報酬計算方式應相同，且均會以購買之斜撐數量作為計算基準。是陳至忠本件犯罪所得之計算，應與洪建興相同，即承包廠商購買之斜撐，每支陳至忠均可抽取 3,000 元至 5,000 元不等之報酬，又依罪疑惟利被告之原則，應認其每支斜撐可取得 3,000 元之報酬，故其本案犯罪所得共計 29 萬 4,000 元（計算式：附表三編號 15 至 18「支數」欄總和共計 98 支，98 支×3,000 元＝294,000 元）。且未扣案，應依刑法第 38 條之 1 第 1 項前段、第 3 項之規定，宣告沒收及追徵等語（原判決第 61、77 頁)。惟稽之卷內資料，原判決並未援引陳至忠向承包廠商收取每支斜撐 3,000 元至 5,000 元不等報酬之任何供述或非供述證據，僅以第一審共同

被告洪建興於附表三編號 3 至 14 所示之工程收取之犯罪所得，而推測陳至忠於附表三編號 15 至 18 所示之工程亦應收取相同之犯罪所得。然依原判決事實之認定，洪建興所為各犯行，陳至忠並未參與，其等本件所為各行為互殊，能否謂有何經驗或論理上之關聯性，而可在無其他證據支持之情形下，予以比附援引？仍有疑問存在，自應詳加調查，以發現真實。乃原審未予調查、釐清明白，遽行以推測或擬制之方法，認定陳至忠之犯罪所得，並諭知相關沒收、追徵（含宣告對中興防震公司之沒收、追徵數額），已有率斷。

(二)原判決認定附表三所示各工程施工廠商向中興防震公司購買強化式挫屈束制消能斜撐之「支數」「總價(含稅)」，係依卷附「起訴書附表二之契約書影本」卷（下稱契約書影本卷）內之合約書為據(見原判決第 22 頁)。並於附表三編號 15 工程之「支數」欄記載 38(原審判決誤載為 30)、「總價(含稅)」欄記載 4,426,800 元(原審判決誤認為 360 萬元)；附表三編號 9「總價(含稅)」欄記載 5,208,000 元、編號 10「總價(含稅)」欄記載 4,578,000 元。惟稽之卷內資料：

1、依附表三編號 15 施工廠商義錦營造有限公司（下稱義錦公司）與中興防震公司之買賣合約書及合約附件報價單所示，義錦公司向中興防震公司購買挫屈束制消能斜撐(EPSRBRB)30 支、位移型阻尼器(EPSX-RADAS)8 組，二項產品總價 442 萬 6,800 元（含稅），其中「挫屈束制消能斜撐」未稅單價為 12 萬元，30 支複價合計 360 萬元，「位移型阻尼器」未稅單價 7 萬 7,000 元、8 組複價合計 61 萬 6,000 元，加計 5%營業稅後之總額為 442 萬 6,800 元（見契約書影本卷第 295 至 321 頁)。如果無訛，則施工廠商義錦公司所購買之挫屈束制消能斜撐之數量，似僅為 30 支。

2、附表三編號 9 施工廠商安固營造工程股份公司（下稱安固公司)與中興防震公司之買賣合約書固記載總價為 520 萬 8,000 元(含稅)，但依該合約書附件之報價單所載，安固公司購買 48 支挫屈束制消能斜撐，複價為 480 萬元(未稅)、1 支 EPS RBRB 性能保證試驗，金額為 16 萬元，合計複價 496 萬元（未稅），加計 5%營業稅後之總額為 520 萬 8,000 元（契約書影本卷第 197 至 215 頁）。又附表三編號 10 工程施工廠商溢春營造有限公司（下稱溢春公司）與中興防震公司之買賣合約書固記載總價為

457 萬 8,000 元(含稅)，但依該合約書附件之報價單所載，溢春公司購買 40 支挫屈束制消能元件(EPS RBRB)，複價為 420 萬元(未稅)、1 支 EPS RBRB 性能保證試驗，金額為 16 萬元，合計複價 436 萬元（未稅），加計 5%營業稅後之總額為 457 萬 8,000 元（契約書影本卷第 245 至 265 頁）。

3、原判決遽行將義錦公司同一合約所購買之 8 組「位移型阻尼器」價金，均併入該公司所購買「挫屈束制消能斜撐」之總價金中。並將上開各該 EPS RBRB 性能保證試驗費用，分別併入安固公司、溢春公司所購買挫屈束制消能斜撐(元件)之總價金中，惟均未釐清及說明其認定之理由，自屬速斷。

(三)原判決依據卷附附表三編號 11 至 13 所示工程之合約書及工程發包承攬書(見竹檢第 9140 號卷二第 349 至 357 頁)，而認定：附表三編號 11 至 13 所示工程挫屈束制消能元件之「總價(含稅)」各為「450 萬元」、「288 萬元」、450 萬元」(見原判決第 22、86 頁)。惟稽之卷附上開 3 件工程之工程發包承攬書，所載之承包總價(即工程合約總價)固與原判決附表三編號 11 至 13 所載之總價金額相同，惟各該工程發包承攬書之「營業稅 5%」欄皆勾選「外加」,「附註」欄均標明「(未稅)」(見竹檢第 9140 號卷二第 350 至 351、353 至 354、356 至 357 頁)。如屬實在，則上開各工程之總價應係未稅之金額，如含營業稅 5%，則總價應分別加計各該工程合約總價之 5%。則原判決就上開各工程挫屈束制消能元件之「總價(含稅)」之記載，已有違誤。

(四)原判決載敘：魏宗德於另案審理時證稱：「(問：從這個合約〔即附表三編號 19 龍總公司向隔減震公司採購 84 支斜撐的合約書〕裡面，你看得出來單價稅前每支 86,000 元，一般來講這樣的利潤約多少？）這個很難抓，要跟長短、出力噸數有關，這個案子的利潤我忘記了，一般我們公司的利潤約在 20%、30%左右。」等語。而中興防震公司所販售之挫屈束制斜撐規格與隔減震公司一致，其盈餘利潤亦應大致相同。參與人 2 人之獲利，應以魏宗德上開所證約為工程款之 20 至 30%較為可採，亦即，參與人 2 人於本件販售挫屈束制斜撐利潤為扣稅後販售金額之 20%，魏宗德則可取得其所招攬業績 20%扣稅後 10%之報酬。隔減震公司主張附表三編號 19 所示工程其販售之 84 支挫屈束制斜撐利潤應為 6 至 7.03%，中興防震公司主張其販售挫屈束制斜撐利潤應為 6 至 7%各情，均不可採等語。惟稽之卷附財政

部中區國稅局民權稽徵所函所檢送參與人 2 人之 96 至 98 年度營利事業所得稅結算申報書(損益及稅額計算表)，其中所載參與人 2 人 96 至 98 年營業「毛利率」分別為 20.58%、20.21%、21.34%（中興防震公司部分），及 20.45%、20.45%、23.23%（隔減震公司部分）等情（見原審卷三第 111 至 123 頁），與魏宗德所證參與人 2 人之利潤約工程款之 20%、30%左右等語，大致相符。又上開參與人 2 人之 96 至 98 年度營利事業所得稅結算申報書(損益及稅額計算表)，另記載參與人各該年度純益率分別為 6%、7%、6.36%（中興防震公司部分），及 7.03%、7%、7.54%（隔減震公司部分）等情，該項記載與參與人 2 人所辯其等因本件各該工程所獲得之純益利潤相當。則魏宗德所證參與人 2 人之利潤究係指毛利率抑或純益率？參與人 2 人之實際利潤為何？均屬未明。

(五)原判決另載敘：中興防震公司所獲取之盈餘為「144 萬 1,188」元（計算式：7,205,940×20%；見原判決第 77 頁）。隔減震公司本件因魏宗德犯罪而取得之犯罪所得為 129 萬 7,069 元（計算式：「1,441,188」×90%；見原判決第 78 頁)。其中隔減震公司本件因魏宗德犯罪而取得之犯罪所得之計算式中所載「1,441,188」元，與所載中興防震公司所獲取之盈餘為「144 萬 1,188」元相同，則原判決有無混淆中興防震公司與隔減震公司因魏宗德犯罪而取得犯罪所得之情形？亦有疑義。

(六)以上諸端，攸關上訴人 2 人罪刑，以及上訴人 2 人、參與人 2 人相關沒收、追徵數額之判斷，核屬對上訴人 2 人、參與人 2 人之利益有重大關係事項，自有進一步研求、審認必要。乃原審未詳為調查釐清明白，遽行判決，致本院無從為適用法則是否允當之審斷，而有調查職責未盡、理由欠備及矛盾之違誤。

三、數罪併罰酌定應執行刑時，係對犯罪行為人本身及所犯數罪之總檢視，自應權衡行為人之責任與刑罰經濟及恤刑之目的，俾對於行為人所犯數罪為整體非難評價。在行為人責任方面，包括行為人犯罪時及犯罪後態度所反應之人格特性、罪數、罪質、犯罪期間、各罪之具體情節、各罪所侵害法益之不可回復性，以及各罪間之關聯性，包括行為在時間及空間之密接程度、各罪之獨立程度、數罪侵害法益之異同、數罪對侵害法益之加重或加乘效應等項。在刑罰經濟及恤刑之目的方面，包括矯正之必要性、刑罰邊際效應隨刑期而遞減（採多數犯罪責任遞減

之概念）、行為人所生痛苦程度隨刑期而遞增、行為人復歸社會之可能性，以及恤刑（但非過度刑罰優惠）等刑事政策，並留意個別犯罪量刑已斟酌事項不宜重複評價之原則，予以充分而不過度之綜合評價。

被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第 370 條第 1 項前段定有明文，此即學理上所稱之「不利益變更禁止原則」，旨在確保被告或為被告之利益而上訴之人，不致因其正當行使上訴權利以循求救濟，反而經上訴審法院諭知較重於原審判決所處之刑，俾落實憲法所揭示訴訟權保障之實質內涵及二重危險禁止之理念。數罪併罰酌定應執行之刑時，依同法第 370 條第 2、3 項之規定，亦有不利益變更禁止規定之適用。是以，倘第一審法院為分論併罰及定應執行刑之判決，上訴後經第二審法院認部分分論併罰之犯行係接續犯，僅論以一罪，科刑亦較第一審該分論併罰部分各刑合併之刑期為輕，如再與其他犯行所處之刑合併定應執行刑，在其他量刑審酌條件不變之前提下，因原審判決所定應執行刑之基礎已有改變，罪數、罪質、具體情節及罪責程度等，與第一審判決所定應執行刑相較，顯已變輕，故倘僅被告上訴或為被告之利益而上訴之場合，第二審法院所定執行刑之罪責評價應相對降低，始能符合罪刑相當原則及不利益變更禁止之規定。

(一)原判決就陳至忠關於事實欄一、(三)1.(1)至(3)所示共同犯政府採購法第 88 條第 1 項之違法限制圖利犯行部分，撤銷第一審所為分論併罰之科刑判決，改判認陳至忠此部分犯行係於密切接近之時間、同一地點，就同一機關發包之工程，以相似之方式為違法限制圖利行為，係基於同一犯意，於密接之時、地所為，各行為間之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，應視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，其違法限制圖利犯行，僅成立接續犯之單純一罪（見原判決第 67、70 頁）。並於科刑時處有期徒刑 1 年 6 月(見原判決第 83 頁附表一編號 13 至 15)。較第一審分論併罰（3 罪）所處各有期徒刑（1 年 2 月、1 年 2 月、1 年 1 月）合併之刑期有期徒刑 3 年 5 月（見第一審判決第 42 至 43 頁）為輕。

(二)惟原判決就陳至忠此部分接續犯行，與其維持第一審就陳至忠

關於事實欄一、(三)2.所示犯行之科刑判決(處有期徒刑 1 年 1 月)，2 罪所處之刑經合併定應執行刑為有期徒刑 1 年 8 月，與第一審就 4 罪分論併罰所處之刑所定應執行刑相同。惟在其他量刑審酌條件不變之前提下，因原判決所定應執行刑之基礎已有改變，罪數、罪質、具體情節及罪責程度等，與第一審所定應執行刑相較，顯已變輕。又稽之卷內訴訟資料，此部分僅陳至忠上訴於原審，檢察官並未為陳至忠之不利而上訴，依上開說明，原審所定應執行刑，自與罪刑相當原則及不利益變更禁止之規定不合，有適用法則不當之違法。

參、上訴意旨指摘及此，本件上訴為有理由，而原判決之前揭違誤，影響於事實、量刑及沒收、追徵之認定，本院無從據以自行判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第 397 條、第 401 條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　15　　日

刑事第六庭審判長法　官　李英勇

法　官　鄧振球

法　官　洪兆隆

法　官　楊智勝

法　官　邱忠義

本件正本證明與原本無異

書記官　林怡靚

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　23　　日

裁判字號：最高法院 111 年度台抗字第 1644 號刑事裁定
裁判日期：民國 112 年 02 月 02 日
裁判案由：妨害秩序聲明異議
最高法院刑事裁定　　111 年度台抗字第 1644 號
再 抗告 人　謝易夆
上列再抗告人因妨害秩序聲明異議案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國 111 年 10 月 24 日駁回其抗告之裁定（111 年度抗字第 983 號），提起再抗告，本院裁定如下：

主　文

原裁定、第一審裁定及臺灣臺中地方檢察署民國 111 年 7 月 29 日中檢永蕙 111 執護勞 16 字第 1119084150 號函均撤銷。

理　由

一、本件再抗告人謝易夆前因妨害秩序案件，經臺灣臺中地方法院以 109 年度訴字第 1343 號判決處有期徒刑 8 月，並諭知緩刑 2 年，緩刑期內應向檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供 80 小時之義務勞務，上開判決已於民國 110 年 6 月 28 日確定（下稱原確定判決）。嗣經臺灣臺中地方檢察署（下稱臺中地檢署）執行檢察官指定再抗告人應自 111 年 1 月 20 日起至同年 7 月 19 日止履行義務勞務 80 小時。惟再抗告人於期間屆至前僅履行義務勞務 31 小時，尚餘 49 小時未完成。再抗告人乃於同年 7 月 21 日具狀向同署執行檢察官聲請展延履行期間，惟經同署執行檢察官於 111 年 7 月 29 日以中檢永蕙 111 執護勞 16 字第 1119084150 號函，指其履行進度落後，復經書面告誡、電話訪查催促，仍未履行完成為由，而予否准。再抗告人嗣就檢察官否准其展延義務勞務履行期間之聲請，向第一審法院聲明異議，經第一審法院裁定駁回其異議，再抗告人不服第一審駁回其異議之裁定，向原審提起抗告，原審則裁定維持第一審裁定，而駁回再抗告人在原審之抗告等情，有卷附原確定判決、臺中地檢署刑事執行案件進行單、再抗告人履行期間展延聲請書、臺中地檢署上開否准聲請函文及相關裁定可稽。

二、惟被告受緩刑之宣告而違反刑法第 74 條第 2 項第 1 款至第 8 款所定負擔情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷其宣告，同法第 75 條之 1 第 1 項第 4 款定有明文。是法院宣告緩刑所定負擔，雖非刑罰之替

代性措施，但因具有執行原宣告刑之擔保作用，自屬輔助刑罰實現之強制性處遇。其旨無非基於刑罰應報及特別預防理念，以落實緩刑鼓勵被告自新、協助復歸社會及避免再犯之目的。茲以同法第 74 條第 2 項第 5 款向指定之機構或團體，提供義務勞務之規定為例，其立法目的在以保護管束方式（同法第 93 條第 1 項第 2 款），透過不同之工作場域，重建被告之社會生活關係，以協助其復歸社會，並改變引發犯罪的社會成因。倘被告在指定之期限內未完成指定時數之義務勞務，仍應以其具有可歸責之事由且情節重大之必要範圍內，始得裁量撤銷其緩刑宣告，俾符刑罰最後手段性原則。至於具體應如何執行緩刑附義務勞務負擔，法務部訂定之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 147 條前段固指明：緩刑附條件者，其條件之執行作業程序準用「檢察機關辦理緩起訴處分作業要點」（下稱緩起訴處分作業要點）之相關規定。惟緩起訴處分作業要點二之㈡1.⑵僅要求檢察官於製作緩起訴處分書時，應註明義務勞務履行之期間及時數，至於其他關於義務勞務履行期間長短之決定、履行期間之起算、停止之原因及其消滅與屆至等攸關受刑人履行權益事項，則均付之闕如，應屬明顯之法律漏洞，自當本於立法本旨，就現行法令中所有相關類似之規定為有利於受刑人之類推適用，以補法之不足，並兼顧法目的與受刑人正當權益之維護。而刑法第 41 條第 2 項、第 3 項關於易服社會勞動之規定，與緩刑附義務勞務負擔，同係以受刑人提供無償勞務（動）為短期自由刑之替代或輔助措施，期能達成受刑人復歸社會並避免再犯之立法目的，並皆以受刑人無正當理由或具有可歸責事由而不履行勞務，情節重大者，為其執行原宣告刑之要件。依上開說明，本於相同之法理，在法令未修正訂定前，檢察官執行緩刑附義務勞務負擔，關於義務勞務履行期間長短之決定、履行期間之起算、停止之原因及其消滅與屆至，自應類推適用法務部訂定之「檢察機關辦理易服社會勞動作業要點」（下稱辦理易社會勞動作業要點）之相關規定，以符平等原則及法安定性之要求。

三、按辦理易社會勞動作業要點第 8 條第 3 項、第 6 項規定：社會勞動之履行期間以指定向執行機關（構）報到之日，做為起算日。易服社會勞動履行期間內，發生刑事訴訟法第 467 條以外且不可歸責於社會勞動人之事由，致社會勞動人無法履行社會

勞動者，於該事由消滅前，社會勞動之履行期間停止進行，並自該事由消滅之日起，與停止前已經過之期間合併計算。卷查，本件檢察官指定再抗告人自「111 年 1 月 20 日起至同年 7 月 19 日止」應履行義務勞務 80 小時，惟臺中地檢署迄同年 3 月 29 日始發函通知再抗告人於「同年 4 月 20 日」前往臺中市○○區○○里辦公處報到執行義務勞務（見觀護卷第 14 頁）。則再抗告人既非因可歸責於己之事由而未能依檢察官原所指定自 111 年 1 月 20 日至同年 4 月 19 日履行義務勞務，迄至同年 4 月 20 日起，始受臺中地檢署通知而得以自該日起履行義務勞務，則再抗告人上揭事實上無從履行義務勞務期間（111 年 1 月 20 日至同年 4 月 19 日），自應從檢察官原定 6 個月之履行期間中予以扣除不計，始為公允。從而，本件檢察官指定之履行期間 6 月，依上開規定應自 111 年 4 月 20 日起算，計至同年 10 月 19 日始為屆滿。又再抗告人自同年 5 月 13 日起自同年月 19 日止，因感染新冠病毒而遭臺中市衛生局依傳染病防治法規定處分隔離 7 日（見觀護卷第 58 至 60 頁），是再抗告人因染疫而無法履行義務勞務之期間，自屬不可歸責於己之事由，依上開規定於再抗告人受隔離處分期間（7 日）應停止執行，亦即應自解除隔離後之同年 5 月 20 日起接續執行，並與停止前已經過之期間合併計算，其履行期間迄至同年 10 月 26 日始行期滿。本件檢察官於再抗告人履行義務勞務尚未期滿前之 111 年 7 月 29 日即認再抗告人未於指定期間內履行義務勞務 80 小時完畢，並否准再抗告人展延履行期間之聲請，而為不利於再抗告人之論斷，揆之上開說明，已有未合。況依執行緩刑附條件作業程序準用之緩起訴處分作業要點三之（十二）規定：檢察機關審查被告之行為是否合乎遵守或履行命令事項，應本於比例原則，並斟酌裁量之適當性；其因非可歸責於被告之事由，導致其無法完成應遵守或履行命令（如支付賠償金之被害人死亡或指定之義務勞務機關（構）被解散）或有囑託其他檢察機關執行之必要時，檢察官或觀護人得再徵得被告之同意，擇定相當之履行內容，接續執行，不宜率予撤銷緩起訴處分。然檢察官關於本件履行義務勞務期間之指定及計算，並未扣除上揭不可歸責於再抗告人之 3 月又 7 日期間，即認再抗告人未於指定之 6 個月期間內履行義務勞務完畢，並否准其展延履行期間之聲請，非但與比例原則有悖，其裁量權之行使亦非適當周全。第

一審未詳加究明，認檢察官否准再抗告人展延履行期間之聲請並無不當或違法，而裁定駁回再抗告人之聲明異議，自非允當；原裁定未予糾正，猶予維持而駁回再抗告人之抗告，同難謂適法。再抗告意旨雖未指摘及此，但原裁定及第一審裁定既有上述違誤，本院仍應予以撤銷，且本件事涉再抗告人之人身自由事項，併將臺灣臺中地方檢察署 111 年 7 月 29 日中檢永蕙 111 執護勞 16 字第 1119084150 號函一併撤銷，以為即時之司法救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第 413 條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　2　　日

刑事第一庭審判長法　官　郭毓洲

法　官　蔡憲德

法　官　沈揚仁

法　官　楊力進

法　官　林英志

本件正本證明與原本無異

書記官　林宜勳

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　3　　日

【111 台抗 1685】本件經程式判定為依法不得公開或須去識別化後公開之案件

裁判字號：最高法院 112 年度台抗字第 116 號刑事裁定
裁判日期：民國 112 年 02 月 08 日
裁判案由：違反毒品危害防制條例聲明異議
最高法院刑事裁定　　112 年度台抗字第 116 號
抗　告　人　黃隆發
上列抗告人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國 111 年 11 月 25 日駁回聲明異議之裁定（111 年度聲字第 3396 號），提起抗告，本院裁定如下：

主　文

抗告駁回。

理　由

一、民國 105 年 7 月 1 日修正施行之沒收新制，將沒收性質變革為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，不再為從刑，已不具刑罰性質，自無行刑權時效之適用，因而配合刪除刑法第 84 條第 1 項第 4 款關於專科沒收之行刑權時效之規定。惟沒收之執行與犯罪行為人或非善意第三人之權益相關，不宜長期不執行，影響法秩序之安定，立法者乃增訂刑法第 40 條之 2 第 4 項規定：「沒收之宣告，自裁判確定之日起，逾 10 年未開始或繼續執行者，不得執行。」明定沒收之執行時效為 10 年。其立法理由進而說明：「所定『未開始或繼續執行者』，應包括『未開始』執行及開始執行後『未繼續』執行兩種情形。」至於開始或繼續執行，可否中斷或停止沒收之執行時效，法則無明文。雖刑法第 85 條關於刑罰執行，設有停止執行原因、視為原因消滅之停止時效規定，然立法者就沒收之執行時效，既採取與行刑權時效不同之立法模式，自無從準用行刑權時效停止之相關規定。再參諸沒收新制沒收犯罪所得，係藉由沒收犯罪所得以回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前犯罪行為人或非善意第三人之固有財產，性質上類似準不當得利之衡平措施，基於本質上相同事物應為相同處理之法理，在執行時效上，自應採納民法中斷時效之概念，始合乎沒收新制之立法體例及立法精神。從而，若檢察官有開始或繼續執行沒收之事實，沒收之執行時效因而中斷，於檢察官最後執行行為終止時，因開始或繼續執行行為而中斷之時效，應由此重行起算。

二、罰金、罰鍰、沒收及沒入之裁判，應依檢察官之命令執行之；前條裁判之執行，準用執行民事裁判之規定，刑事訴訟法第 470

條第 1 項前段、第 471 條第 1 項分別定有明文。而「準用」與「適用」有別，「適用」係完全依其規定而適用之謂，「準用」則指就某一事項所定之法規，於性質不相牴觸之範圍內，適用於其他事項之謂，而有其自然之限度。刑事訴訟法第 471 條第 1 項固規定沒收（含沒收替代手段，以下統稱沒收）裁判之執行，準用執行民事裁判之規定，但刑事執行程序與民事執行程序既有相異之處，自應就性質相近者始得準用。民事執行程序就債務人對於第三人之債權為執行，應先發扣押命令，再發收取命令，係因該債權是否確實存在仍非無疑義（例如有無因清償而消滅等），故應先發扣押命令，視第三人有無異議再發收取命令；而受刑人於監所之保管金、勞作金均為受刑人所有，其性質係監所為受刑人所保管之金錢或受刑人在監所內勞作而得向監所請求之給付，屬受刑人對監所之債權，其權利之存在並無疑義，且檢察官執行沒收裁判係執行國家公權力，與一般民事債權之性質有別，故對受刑人之保管金、勞作金執行，自無須先發扣押命令，亦不必考量保管金之性質是否為繼續性債權。惟為兼顧受刑人在監執行之生活所需，仍宜依強制執行法有關規定，酌留受刑人在監獄生活所需之金錢。而沒收犯罪所得之執行係為避免被告因犯罪而坐享其成，藉由澈底剝奪任何人所受不法利得，以預防並遏止犯罪，檢察官在指揮執行沒收時，就受刑人勞作金及保管金等財產，倘已兼顧其在監執行生活所需，而依強制執行法相關規定意旨，酌留受刑人在監獄生活所需定額金錢者，除部分受刑人具有特殊教化、文康、給養原因或醫療需求等因素允以個別審酌外，檢察官關於沒收裁判之執行，倘與監獄行刑之目的無違，即難謂有何不當。又為避免受刑人事先知悉沒收執行細節而有脫產之虞，縱檢察官於執行同時或之前未先通知受刑人或請其對於執行方式陳述意見，亦不違法。

三、本件原裁定略以：㈠抗告人即受刑人（下稱抗告人）黃隆發因違反毒品危害防制條例案件，經原審法院以 99 年度重上更㈢字第 37 號判決判處罪刑確定（下稱確定判決），並諭知販賣毒品所得財物新臺幣（下同）281,800 元與共犯吳佩珊、余其凡、吳秀君、李明忠、鄭至宏連帶沒收之，其中未扣案 280,800 元如全部或一部不能沒收時，以其財產連帶抵償之。臺灣基隆地方檢察署（下稱基隆地檢署）檢察官依上開確定判決執行連帶

沒收、追徵抵償，先於原裁定附表（下稱附表）編號 1 所示時間執行扣案之 1,000 元，並於附表編號 2 至 21 所示時間，先後通知抗告人、余其凡、吳佩珊、吳秀君（下稱抗告人等 4 人）繳納犯罪所得共計 126,290 元（附表編號 9 至 17、19、20 所載繳款人應係吳秀君，原裁定誤繕為抗告人），其中於民國 111 年 6 月 20 日前執行抗告人等 4 人之犯罪所得共計 121,126 元（附表編號 1 至 18 所示執行金額總和，原裁定誤載為 122,126 元），尚餘 160,674 元未執行，嗣至同年 9 月 20 日執行抗告人等 4 人之犯罪所得共計 127,290 元（附表編號 1 至 21 所示執行金額總和），尚餘 154,510 元（原裁定誤載為 159,674 元）未執行。㈡檢察官於 111 年 6 月 20 日、同年 9 月 20 日為上開執行之指揮時，本案犯罪所得尚未據抗告人等 4 人及未經起訴之李明忠、鄭至宏清償完畢，檢察官自得依據上開確定判決諭知連帶沒收之意旨，可就抗告人或應負連帶責任之余其凡、吳佩珊、吳秀君、李明忠、鄭至宏中之一人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。從而，基隆地檢署檢察官以 111 年 6 月 20 日基檢貞丙 99 執從 759 字第 0000000000 號函，通知監所辦理扣繳抗告人所犯共同販賣第一級毒品罪之共同販賣毒品所得 160,674 元，經扣繳抗告人之保管金後，復於 111 年 8 月 26 日以基檢貞丙 99 執從 759 字第 00000000000 號函，通知監所辦理扣繳抗告人上開犯罪所得 159,674 元，核無不合。聲請意旨以本案犯罪所得，依法應以抗告人等 4 人均在監執行，方由檢察官一起發函扣繳執行始為適法，指摘檢察官僅發函監所扣繳抗告人之生活費用執行沒收為不當，並不足採。㈢基隆地檢署檢察官指揮執行上開沒收時，已明揭請○○○○○○○○○○（下稱宜蘭監獄）就該監獄保管帳戶內之抗告人之保管金及勞作金，酌留在監生活所需 3,000 元後，將餘款匯送該署 301 專戶辦理沒收，是檢察官上述指揮執行沒收，既已兼顧抗告人在監執行生活所需酌留 3,000 元，並未低於法務部矯正署 107 年 6 月 4 日法矯署勤字第 00000000000 號函所建議之收容人每月在監基本生活費用金額標準 3,000 元。以一般受刑人在監獄之給養及醫治，均由國家負擔，抗告人所需者僅生活日常用品，衡情費用應屬有限，且抗告人並無何特殊原因或醫療需求等因素致應提高酌留生活費用之事證，是檢察官指揮本件執行沒收，就宜蘭監獄保管帳戶內之抗告人保管金及勞作金扣除酌留數額

所餘部分予以執行，作為扣繳前開確定判決所宣告沒收之犯罪所得，於法並無不合。又抗告人在監所保管金帳戶內之存款，不論其係源自抗告人所有之金錢或是其親友（含親屬、家屬、朋友或其他人等）所贈與、出借予抗告人以供其在監所使用之金錢，此等金錢存款之性質上均已成為抗告人之財產，檢察官自得命抗告人繳納犯罪所得，通知監所辦理扣繳抗告人之保管金帳戶內存款；另為避免抗告人事先知悉沒收執行細節而有脫產之虞，縱檢察官於執行同時或之前未先通知抗告人或請其對於執行方式陳述意見，亦不違法。抗告人聲明異議意旨主張保管金非抗告人所有之財產不得追徵沒收，且宜蘭監獄於抗告人接到匯票入款後才辦理扣繳保管金，亦未知會抗告人，顯見有重大疏失與違誤等語，顯屬無據。㈣綜上，應認本件聲明異議為無理由，予以駁回。於法並無違誤。

四、抗告意旨除仍執前詞外，另謂檢察官自 101 年辦理扣繳抗告人與共犯犯罪所得後，就未再發函扣款，附表所載 111 年起至同年 9 月 20 日以前之扣款均是偽造，本件沒收之執行時效 10 年業已完成。又基隆地檢署 111 年 8 月 26 日發函通知宜蘭監獄辦理扣繳抗告人犯罪所得，宜蘭監獄於同年月 29 日收文，延至同年 9 月 1 日才讓抗告人簽收，該日抗告人保管金祇餘 1 千餘元，本無需扣款，然抗告人於同年 9 月 2 日收到親友寄來之生活費匯票，卻遭扣繳，如此作為不符法紀。況本件犯罪所得乃販賣毒品金額，自須扣除成本，且應由抗告人等 4 人及李明忠、鄭至宏共 6 人平均分擔，否則，目前僅抗告人 1 人在監，祇扣繳抗告人之勞作金及保管金，有違憲法上之公平原則等語。

五、惟查：

㈠本件檢察官先於附表編號 1 所示 99 年 10 月 22 日執行扣案之 1,000 元，並於附表編號 2 至 21 所示時間，先後通知抗告人等 4 人繳納犯罪所得共計 126,290 元，有基隆地檢署扣押物品處分命令、該署通知監所辦理扣繳抗告人等 4 人之保管金及自行收納款項統一收據附卷可憑。基此，本件檢察官開始執行沒收抗告人等 4 人犯罪所得，迄附表編號 7 所示 101 年 9 月 10 日扣繳抗告人犯罪所得 10,000 元後，曾中止執行，揆之首揭說明，本件沒收之執行時效，應自 101 年 9 月 10 日起重新起算 10 年期間。嗣檢察官於附表編號 9 所示 110 年 6 月 7 日起再開始陸續執行沒收抗告人等 4 人犯罪所得，復於 111 年 8 月 26 日通知

抗告人繳納犯罪所得，尚未罹於 10 年之執行時效，並無執行指揮不當之情事可言。

㈡基隆地檢署檢察官於 111 年 8 月 26 日以基檢貞丙 99 執從 759 字第 00000000000 號函，指揮抗告人當時所在之宜蘭監獄酌留其日常基本生活費用 3,000 元，就其餘額於保管款（含保管金、勞作金）代為扣繳抗告人上開犯罪所得 159,674 元，並於抗告人移監時通知受移送之監獄繼續辦理等情，有該函文在卷可稽，而檢察官依確定裁判執行沒收，對受刑人之保管金、勞作金執行，無須先發扣押命令，亦不必考量保管金之性質是否為繼續性債權，是宜蘭監獄依檢察官之指揮命令，未回復執行無著前，執行行為並未終止，其在執行行為終止前代為扣繳抗告人在監所之保管款（含保管金、勞作金），依上述說明，自屬有據。

㈢本件確定判決就前揭犯罪所得，既係諭知抗告人與吳佩珊、余其凡、吳秀君、李明忠、鄭至宏連帶沒收，如全部或一部不能沒收時，以其財產連帶抵償之，則檢察官自得依據確定判決諭知連帶沒收及抵償之意旨，就未執行之犯罪所得，可對抗告人或應負連帶責任之共犯之一人或數人或其全體，同時或先後執行全部或一部之應沒收款項，不生平均執行之問題，縱僅針對在監所之抗告人執行其餘額亦同。且販賣毒品自身即為法所禁止之不法行為，沾染不法範圍已及於全部所得，亦不生扣除成本之問題。是執行檢察官依本件確定判決主文執行抗告人在監所之保管金及勞作金，並無違平等原則，亦無執行指揮不當之情事。

㈣綜上所述，抗告意旨無非係就原裁定說明及指駁之事實，再為爭執，或任憑己意，漫指原裁定不當，自無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 412 條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　8　　日

刑事第八庭審判長法　官　何菁莪

法　官　朱瑞娟

法　官　劉興浪

法　官　黃潔茹

法　官　何信慶

本件正本證明與原本無異

書記官　王毓嫻

中　　華　　民　　國　　112　年　　2　　月　　13　　日