

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 4666 號.....	1
二、112 年度台上字第 320 號.....	1
三、112 年度台上字第 631 號.....	6
四、112 年度台上字第 1989 號.....	6
五、112 年度台上字第 2156 號.....	7
六、112 年度台上字第 2167 號.....	8
七、112 年度台上字第 2376 號.....	10
八、112 年度台上字第 2490 號.....	14
九、112 年度台上字第 2673 號.....	14
十、112 年度台上字第 2851 號.....	16
十一、112 年度台上字第 3132 號.....	17
十二、112 年度台上字第 3219 號.....	19
十三、112 年度台抗字第 724 號.....	20
十四、112 年度台抗字第 792 號.....	22
十五、112 年度台抗字第 1019 號.....	24

裁判全文

111 年度台上字第 4666 號.....	25
112 年度台上字第 320 號.....	30
112 年度台上字第 631 號.....	37
112 年度台上字第 1989 號.....	39
112 年度台上字第 2156 號.....	42
112 年度台上字第 2167 號.....	53
112 年度台上字第 2376 號.....	58
112 年度台上字第 2490 號.....	63

112 年度台上字第 2673 號.....69

112 年度台上字第 2851 號.....74

112 年度台上字第 3132 號.....78

112 年度台上字第 3219 號.....81

112 年度台抗字第 724 號.....84

112 年度台抗字第 792 號.....87

112 年度台抗字第 1019 號.....90

最高法院刑事庭具有參考價值裁判要旨

112 年 7 月至 8 月

一、111 年度台上字第 4666 號（裁判書全文）

刑法第 313 條之妨害信用罪，係以行為人散布流言或以詐術損害他人之信用為構成要件。所謂「流言」，係指無稽之言、謠言或毫無事實根據之資訊。所指「散布流言」係指廣為散布於眾，使不特定人或多數人得以周知。行為人客觀上須以所散布者係「流言」，且主觀上須行為人認知所散布者確係「流言」。倘行為人主觀上無將「流言」，廣為散布之意，僅將有關他人信用之事傳達於某特定之人，尚不足以該當本罪。而所謂「損害他人之信用」係指他人之信用因行為人散布流言之行為，已達可資損害之程度，足使社會對於他人經濟上履行支付之能力或其誠信可信程度產生不利之觀感之虞。妨害信用罪自法益保護必要性觀之，參與經濟活動者，其經濟信用原即得受公評，倘係真實有據之指述，反而利於健全市場競爭秩序，是妨害信用罪所欲處罰者之妨害信用言論，須屬客觀上可辨別真偽之事實性言論，不及於價值判斷或主觀評價性言論。又妨害信用言論行為人之事實性言論表達倘涉及公共利益，其言論行為是否構成犯罪與刑法誹謗罪之判斷相同，仍需探究行為人於言論發表前是否經合理查證程序，及對於資料之引用有無明知或重大輕率之惡意情事。

參考法條：刑法第 310 條、第 313 條。

二、112 年度台上字第 320 號（裁判書全文）

（一）以具有證據能力之原始電磁紀錄等數位證據作為證據時

，法院必須依刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項規定踐行調查程序，亦即以適當之設備顯示聲音、影像、符號或資料，使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認或告以要旨，否則依同法第 155 條第 2 項關於未經合法調查之證據不得作為判斷依據之規定，禁止憑以認定事實。從上開第 165 條之 1 第 2 項之規定，與同法第 164 條關於證物或文書之調查，應提示使辨認或告以要旨之規定，以及同法第 165 條關於書證之調查，應宣讀、告以要旨或交閱覽之規定，係立法技術就關聯條文所為歸類編排之體例以觀，第 165 條之 1 第 2 項係對於具有證據能力之數位證據，應如何進行調查之程序與方法之規定。至若個案僅餘存原始數位證據之替代品，而缺乏原始數位證據可供勘驗或鑑定以比對其間有無差異者，例如：利用行動電話以通訊軟體發送文字訊息之原始電磁紀錄，因遺失、湮滅或被隱匿等原因而闕漏，舉證方僅提出以行動電話截圖功能加以擷取或以數位相機拍攝而列印之影（圖）像，或以感光底片相機翻拍沖洗之照片，並主張上開文字訊息截圖紙本與原始電磁紀錄並無實質差異，而具有證據能力並得憑以認定事實，但卻為對造方所否定而加以爭執，則該等文字訊息截圖紙本，是否具有適法證據能力之爭議，因與具有證據能力證據之調查程序與方法之規定無涉，顯無從依上揭第 165 條之 1 第 2 項規定加以釐清判別。我國刑事訴訟法對於原始數位證據之替代品於何等情況下具有適法之證據能力，暨其據以判斷之事項與標準為何，尚乏明確規範。惟證據資料是否具有適法之證據能力，屬於法律事項之判斷，尚非不得參考外國實定法（包括

國會通過之制定法與相關法規等）及司法實務見解尋求解決之道。蓋外國法制於我國雖不具有法規範效力，然各法域不同之實定法與司法實務運作，多有蘊含或反映人類共通之理性思維或價值取向者，於我國實定法就同類事項規範密度不足甚或缺漏時，在與我國實定法不相衝突且得因應實務需求，復不違背法學方法論之情況下，資為我國法解釋之參照與指引，或為法律發現之續造，允為法所容許甚且係積極之要求。

- (二) 考諸英美法系證據規範中關於文件「最佳證據」法則之涵義，往昔於普通法上雖曾有過限於最佳之證據始具有證據資格之見解，然時至今日，依制定法而言，則係指依事物之性質，舉證方若能提供更佳之證據，則原則上禁止以次佳之證據為證，反面而言，若某項證據已係舉證方所能提供之最佳證據，即不得遽行排除其證據資格之意。此觀下列立法例即明：(1)、英國「2003 年刑事司法法」(Criminal Justice Act 2003) 第 133 條關於「文件內容之證明」規定略以：文件之內容在刑事訴訟中具有證據之可採性(admissible，按即證據之許容性，相當於我國所屬大陸法系之證據能力概念)，得提出該文件，或者不論該文件是否存在，亦得提出其實質部分之複製件，以法院許可之任何方式進行驗真。(2)、美國聯邦證據規則(Federal Rules of Evidence) 第 1001 條(d) 中段就數位形式書寫品或錄製品之原件規定「對於以電子形式儲存之信息而言，『原件(Original)』係指準確反映該信息之任何列印輸出，或其他可目讀之輸出」；又同規則第 1002 條就「原件要求」之規定略以：為證明書寫品、錄

製品或影像之內容應提出其原件，除非本規則或聯邦制定法另有規定。而同規則第 1004 條之(a)(b)(c)款則另設「關於內容之其他證據可採性」之例外規定略以：非由於應舉證者之惡意行為所造成原件佚失或毀損者；透過任何可利用之司法程序而無法獲得原件者；該原件由對方所控制並受通知應提出而未提出者。其次，關於證據關聯性之問題，依同上規則第 901 條之規定，舉證者就其所舉某特定證據即係其所宣稱之證據，須提出足以支持其主張之證據憑以驗真 (authenticate)。美國聯邦巡迴法院多認為上開證據驗真之規定，亦適用於數位證據，且對於驗真所憑證據之種類及其證明程度，係採取包括直接證據及間接證據皆可，而達表面可信或相對優勢即足之見解，並認為除非有明確之證據可證明電腦紀錄遭竄改，否則若舉證方已盡其驗真之舉證責任，即不應排除電腦紀錄作為證據之可採性。是以，所謂「最佳證據」法則，其義為欲證明某項文件內容之最佳證據，原則上應係該文件之原件，例外亦得以準確重製原件且與原件原則上具有同等可採性而為原件對應物之複製件 (duplicate，美國聯邦證據規則第 1001 條 (d) 款及第 1003 條規定參照)，或以原件或其複製件之替代品加以證明，而非限於原件始具有證據資格之意；再證據驗真程序所憑之證據，其種類並無特別限制，且其證明力不須達完全無合理懷疑之程度。

- (三) 在我國法制框架下援引前述「最佳證據」法則或驗真規定，作為刑法第 220 條第 2 項所稱關於電磁紀錄類別之準文書（下稱數位文書，關於證據屬性或類別，則稱數位證

據)，於刑事訴訟上涉及證據能力有無判斷之解釋參考或為法律續造而言，關於用以證明數位文書內容之證據，並非僅限於數位文書之原件，即令係衍生自數位文書原件而以其他非數位形式呈現之替代品，倘符合諸如：原件佚失或毀損並非舉證方惡意所為、透過司法程序仍無法獲得原件、對造方刻意不提出原件，或對造方就原件替代品之證據適法性並不爭執等條件時，數位文書原件之非數位形式替代品，例如以影印或攝像技術所重製列印或沖洗之紙本或照片等物件，若能通過驗真程序，確認其如同原件般與待證事實間存在關聯性，且滿足其他證據適格性要求而具有合法之證據能力者，即非不得資為判斷審認之依據，此項證據法理之採用，應為我國刑事訴訟法所不禁。又對於上開非數位形式替代品之驗真，在缺乏數位文書原件可供比對時，憑以判斷其證據關聯性暨證據能力有無之證據種類，包括直接證據及間接證據，且其證明作用不須達一般人均認為真實而完全無合理懷疑之確信程度，斯亦符合我國實務所採略以：涉及犯罪責任及國家刑罰權存否之實體事項始須適用嚴格證明法則，除此以外，關於訴訟程序上諸如證據與待證事實之關聯性，或證據有無證據能力等事項，法院為獲得相關訴訟資料所使用之證據方法，則擁有較廣泛之選擇或裁量自由，暨較寬鬆之證據調查程序及證明程度要求，而從自由證明法則即可之見解。

參考法條：刑法第 220 條第 2 項。

刑事訴訟法第 155 條第 2 項、第 164 條、第 165 條、第 165 條之 1 第 2 項。

三、112 年度台上字第 631 號（裁判書全文）

對於本案之判決提起上訴者，其效力及於對第三人沒收之判決(刑事訴訟法第 455 條之 27 第 1 項前段意旨參照)。此係因被告違法行為存在，為沒收參與人財產之前提要件之一；為避免沒收裁判後，其所依附之前提即關於被告違法行為之判決於上訴後經變更，而動搖沒收裁判之基礎，造成裁判之矛盾。因此，倘本案僅上訴人提起第三審上訴，且於合法上訴後死亡，而應諭知不受理判決時，因第三審法院並未為實體判決以確認上訴人之違法行為是否存在，應認該第三審上訴效力不及於對第三人參與沒收之判決。

參考法條：刑事訴訟法第 455 條之 27。

四、112 年度台上字第 1989 號（裁判書全文）

按刑事訴訟法第 379 條第 13 款明定未經參與審理之法官參與判決者，其判決當然違背法令，旨在貫徹刑事訴訟法之直接審理、言詞辯論原則。所稱參與判決，乃指參與判決內部之成立而言。所謂內部之成立，指裁判機關內部就判決之意思表示內容所為之決定，其成立之時點，於獨任制審判，固於判決原本製作完成時成立，但於合議制審判，參酌法院組織法第 101 條至第 106 條關於評議之規定，原則上應於評議決定時成立。又裁判如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤或其正本與原本不符，而於全案情節與裁判本旨無影響者，法院得依聲請或依職權以裁定更正，民國 112 年 6 月 21 日修正公布之刑事訴訟法第 227 條之 1

第 1 項定有明文(修正前依司法院釋字第 43 號解釋，參照民事訴訟法第 232 條規定，亦得以裁定更正)。故於合議制審判，倘參與審理之法官與參與判決內部成立(即評議)之法官一致，判決原本及正本均依循評議內容製作，僅係法官姓名誤繕，究不悖直接審理及言詞辯論原則，即與未經參與審理之法官參與判決之違法有間，且於全案情節與裁判本旨不生影響，非不得由法院依聲請或依職權以裁定更正。

參考法條：刑事訴訟法第 227 條之 1 第 1 項、第 379 條第 13 款。

法院組織法第 101 條至第 106 條。

司法院釋字第 43 號解釋。

民事訴訟法第 232 條。

五、112 年度台上字第 2156 號（裁判書全文）

審判期日，應由參與之法官始終出庭；如有更易者，應更新審判程序。又審判非一次期日所能終結者，除有特別情形外，應於次日連續開庭；如下次開庭因事故間隔至 15 日以上者，應更新審判程序。刑事訴訟法第 292 條第 1 項、第 293 條分別定有明文。上開規定，依同法第 364 條，為第二審之審判所準用。所謂更新審判程序，是指審判程序之重新審理，其目的在於貫徹直接審理主義與言詞辯論主義之精神，主要在使參與審判之法官能獲得清晰明確心證，使訴訟當事人能在完整並有效之法院組織體系下保障其訴訟權益。在審判非一次期日所能終結，而下次開庭因事故間隔至 15 日以上者，因時間間隔已久，法官先前審判程

序形成之心證，可能因此漸趨模糊，為「喚醒」法官對於心證之新鮮記憶，此時藉由提示先前審判程序筆錄或告以要旨等類同「書證」調查之便宜方式為更新審判，對於檢察官實行公訴及被告防禦權行使，不致有過多妨礙；但若審判法官因職務異動等原因而未能參與決定最終結果之審判期日程序時，因該更易之法官無法承繼原先法官之心證，必須透過本人親自接觸卷宗，及對當事人、證人與其他相關參與訴訟之察言觀色「創建」自己之心證基礎，此時即不宜僅由審判長單以當庭宣示「更新審理」或只詢問當事人或辯護人、代理人等相關訴訟參與者「對先前審判程序筆錄所載內容有何意見？」等形式外觀，即認已合法踐行更新審判程序，仍應視具體訴訟程序有無重新審理之實質作為而定。尤以訴訟當事人或辯護人對於先前審判筆錄之無異議表示，根本無從使之前未參與審判程序法官能形成任何強烈心證。故而，在法官更易後之第二審合議庭行審判程序時，原則上必須依刑事訴訟法第 285 條至第 290 條及第 365 條自朗讀案由起，以迄辯論終結止，完全重新進行且連續為之，始符合更新審判程序係為利於法官真實發現等意旨。

參考法條：刑事訴訟法第 285 條至第 290 條、第 292 條第 1 項、第 293 條、第 364 條、第 365 條。

六、112 年度台上字第 2167 號（裁判書全文）

監獄行刑，乃國家對於犯罪人執行刑罰之主要方式之一。除了公正應報及一般預防之目的外，主要在於矯正、教化受刑人，協助其復歸社會生活，參酌已具國內法效力之公

民與政治權利國際公約第 10 條第 1 項規定：「自由被剝奪之人，應受合於人道及尊重其天賦人格尊嚴之處遇。」同條第 3 項前段復規定：「監獄制度所定監犯之處遇，應以使其悛悔自新，重適社會生活為基本目的。」故而，我國監獄行刑法對於受刑人從入監、監禁、戒護、作業、教化及文康、給養、衛生及醫療、接見及通信、保管、獎懲及賠償、陳情、申訴及起訴、假釋、釋放及保護、死亡、死刑執行等特設各種完善規定，旨在積極促使受刑人獲得矯治，成功復歸社會，減少再犯，俾達防衛社會安全之功效。且受刑人在憲法上之基本權，並非全數被剝奪，除了入監服刑之人身自由以及附帶其他自由權利受限制之外，其他所得享有之憲法上權利與一般人民所得享有之基本權利並無不同，仍受憲法之保障（參見司法院釋字第 756 號解釋理由）。換言之，受刑人除了身體自由受到禁錮之外，其他基於人格尊嚴所享有的思想自由以及憲法上的基本權，除了「維護監獄紀律」之考量於必要情形，得對於受刑人基本權加以限制外，不得無故限制或剝奪，故而，監獄行刑法第 6 條第 1 項明定：監獄人員執行職務應尊重受刑人之尊嚴及維護其人權，不得逾越所欲達成矯治處遇目的之必要限度。尤以時序不斷更替，監獄行刑之理念亦趨由傳統刑罰懲戒轉趨向教化以回歸社會，監獄社會特別文化之取向，影響於從事犯罪矯治人員所負時代任務，非但責任更形艱鉅，面對著受刑人犯罪「質」與「量」的多樣性，監獄處遇，亦宜謀求因應措施，俾得配合在管教上予彈性運用，但唯一不變的是當受刑人受到任何不當對待，甚或遭凌虐或淪為刑事案件被害人時，身為犯罪矯治之監獄管理

人員，倘知情、在場或無事實上困難時，不待法律明文特別規定，且無關乎其職級、勤務內容或時間，均負有報告、導正、排除或救助之責任，應屬當然。至於監獄行刑法及其施行細則，暨其他與監獄矯正業務有關之注意事項、考核或實施要點、管理辦法、倫理規則或矯正署對此所發布之函文、釋示等，只是作為監獄管理人員執行職務之行為參考準則，非謂一無規定或所定與實際情況不同，即能卸免其等應維護受刑人憲法上賦予基本權利之責任。

參考法條：公民與政治權利國際公約第 10 條第 1、3 項。

監獄行刑法第 6 條第 1 項。

七、112 年度台上字第 2376 號（裁判書全文）

- （一）刑法上危險犯乃相對於實害犯，祇須行為使行為客體或法益陷於危險狀態，不待實害之發生，即構成犯罪。依照危險犯之危險狀態，固可區分為具體危險犯及抽象危險犯。前者，乃立法者將危險狀態作為構成要件要素，規定在刑法條款中，例如刑法公共危險罪章中法文規定「致生公共危險」，由法官就具體個案情節，審查行為有無招致犯罪構成要件所定危險狀態；後者，則是立法者根據一般人日常生活經驗之累積，將普遍認為對法益具有典型危險之行為，擬制為有該行為即會發生立法者所預設之危險，在實行符合犯罪構成要件所定之行為時，即足認有抽象之危險存在，無待法官再實質判斷危險是否存在，例如刑法第 173 條第 1、2 項之放火燒燬或失火燒燬現供人使用之住宅或有人所在建築物罪，即屬之。然而，具體危險犯有危險結果或其因果關係難以證明之情形，致使其構

成要件無法達成立法者原先所預期之功能。至於抽象危險犯之「危險」係由立法者擬制，行為人即使舉證證明其行為完全不具危險性，仍應受罰，恐造成無實質法益侵害之行為亦在處罰之列，不免有違反罪責原則之虞。為彌補具體及抽象危險犯之缺失，晚近學說與立法方式因而發展出「適性犯」（或稱「適格犯」、「潛在危險犯」）之犯罪類型予以緩和。亦即為避免抽象危險犯之規定，可能羅織犯罪過廣，及具體危險犯之危險結果難以證明之窘境，因而有「適性犯」犯罪類型之產生。而行為人所為之危險行為是否該當「足以」發生侵害之適合性要件，在構成要件該當判斷上，係基於與行為人相當之理性第三人之標準為斷，以評價行為人之行為強度，是否已具備法條所描述之危險特徵，或有無侵害所欲保護客體或法益之可能性，至於行為是否導致實害結果之發生，即非所問。是「適性犯」之評價著重在行為屬性，縱使客觀上尚未產生具體之危險狀態，但只要行為人之行為本身具有法條中所要求的特定危險性質，即屬該當，此與具體危險犯必須客觀上已致生危險結果，始得論以既遂，明顯有別；亦與抽象危險犯，不論是否具備危險可能性，只要實行構成要件之行為時，即論以既遂有異。通常在犯罪構成要件規定「足以…」者，如刑法第 286 條第 1 項妨害自然發育罪之構成要件，將行為之侵害特性規定為「足以妨害其（未滿 18 歲之人）身心之健全或發育」，藉此限縮概括條款（他法）之涵蓋範圍，即為立法明文之適性犯。倘犯罪構成要件未予明白規定，但立法擬制之危險概念，將使對法益侵害極其輕微之行為，亦予以處罰，而有違反罪責原

則之虞時，即應將該罪視為實質適性犯，在解釋上應透過「足以生危險於保護法益」之不成文構成要件要素予以審查，亦即行為仍須發生侵害法益危險之可能性，但不須致生對保護法益具體危險之程度，藉以判斷個案犯罪成立與否，庶免悖離憲法罪責原則之誡命。

- (二) 鑒於具有潛在暴力性質的人群聚集，易使個人在人群掩飾下產生妄為或罪惡感，立法者因而制定具有聚眾犯與危險犯性質之聚集施強暴脅迫罪（刑法第 150 條）及聚集不解散罪（同法第 149 條）等規範，用以保護公眾安全。而為因應當前社會之需求，該等規範業於民國 109 年 1 月 15 日修正公布，其中修正後刑法第 150 條第 1 項之聚集施強暴脅迫罪，以在公共場所或公眾得出入之場所聚集 3 人以上，施強暴脅迫，為其要件，且依個人參與犯罪態樣之不同，分為首謀、下手實施或在場助勢之人，而異其刑罰。並於同條新增第 2 項第 1 款之意圖供行使之用而攜帶兇器或其他危險物品，及第 2 款之因而致生公眾或交通往來危險等規定，為其加重構成要件，以避免公眾安全遭受更為嚴重之侵害（其中第 2 款加重聚集施強暴脅迫罪為具體危險犯）。考諸此次修正之立法理由所載敘：本罪重在安寧秩序之維持，若其聚眾施強暴脅迫之目的在犯他罪，固得依他罪處罰，若行為人就本罪之構成要件行為有所認識而仍為本罪構成要件之行為，自仍應構成本罪，予以處罰等旨，參以本罪係列於妨害秩序罪章之體例，可見該罪之立法目的乃在維持社會安寧秩序，所保護之法益側重保障公眾安全之社會法益，有別於個人法益之保護。又稽諸該條修法理由雖說明：倘 3 人以上

，在公共場所或公眾得出入之場所聚集，進而實行強暴脅迫（例如：鬥毆、毀損或恐嚇等行為）者，不論是對於特定人或不特定人為之，已造成公眾或他人之危害、恐懼不安，應即該當犯罪成立之構成要件，以符保護社會治安之刑法功能等旨，依此立法說明，行為人施用強暴或脅迫行為之對象，當包括對特定個人或不特定公眾為之，且擬制為有該行為即會發生立法者所預設之危險。然該罪保護之法益既在保障公眾安全，使社會安寧秩序不受侵擾破壞，尤在對象為特定人，進而實行鬥毆、毀損或恐嚇等情形，是否成立本罪，仍須視個案情形判斷有無造成公眾之危害、恐懼不安，否則將造成不罰之毀損、傷害或恐嚇未遂之行為，仍以本罪處罰，不啻使本罪規範成為保護個人法益之前置化規定，致生刑罰過度前置之不合理現象，有違憲法罪責原則。是以該罪雖非立法明文之適性犯，惟為避免違反罪責原則，仍應將對特定人施強暴脅迫之本罪視為實質適性犯，亦即，3人以上在公共場所或公眾得出入之場所聚集，倘施強暴脅迫之對象為不特定人，即屬造成公眾或他人之危害、恐懼不安，而成立本罪；若其對象為特定人，基於本罪著重公眾安全法益之保護，依目的解釋及合憲性解釋，其所施用之強暴或脅迫行為，仍須足以引發公眾或不特定人之危害、恐嚇不安之感受，而有侵害公眾安全之可能性，始該當本罪，俾符前述本罪修正之立法目的及所保護社會法益，且與罪責原則無違。

參考法條：刑法第 149 條、第 150 條、第 173 條第 1、2 項、第 286 條第 1 項。

八、112 年度台上字第 2490 號（裁判書全文）

審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證；審判長每調查一證據畢，應詢問當事人有無意見；就被告科刑資料之調查，應於就被告被訴事實為訊問後行之。刑事訴訟法第 47 條、第 288 條之 1 第 1 項、第 288 條第 4 項分別定有明文。所稱每調查「一證據」畢，形式上的「單一證據」固不待言，惟審判長如認為性質相同之數證據，或用以證明同一事實而具關聯性之數項證據，有予當事人就此一併陳述意見始為完整者，並非不得合併記載，以使當事人表示意見。此與將卷內所有證據，不分證據性質、種類，或不論所欲證明之事實多樣、可分，而仍全數一次性提示調查，致當事人難以區辨證據與待證事實之關係的所謂「包裹提示」證據者，顯不相同。又就被告科刑資料之調查，應於被告被訴事實為訊問後行之，係因認定犯罪事實與科刑均由相同法官為之，恐與犯罪事實無關之科刑資料會影響法官認定事實的心證，而明定該等科刑資料應不得先於犯罪事實之證據而為調查，而使調查證據程序上有所區隔；惟科刑以犯罪事實為基礎，用以證明犯罪事實之證據，兼有用以作為科刑資料性質者，自不能以其先於被告被訴事實為訊問前已為調查提示，即謂有違上述調查程序區隔規定。

參考法條：刑事訴訟法第 47 條、第 288 條第 4 項、第 288 條之 1 第 1 項。

九、112 年度台上字第 2673 號（裁判書全文）

按行為之應否處罰，依罪刑法定原則，以行為時之法律有

明文規定者為限。若行為時並無處罰之明文規定，縱行為後法律始新增處罰規定，依法律不溯既往原則，仍應以行為不罰為由，逕為不起訴處分或諭知無罪之判決，自無刑法第2條第1項比較新舊法規定之適用。洗錢防制法於民國112年6月14日公布增訂第15條之2規定，並於同年月16日施行。本條明定任何人無正當理由不得將自己或他人向金融機構申請開立之帳戶、向虛擬通貨平台及交易業務之事業或第三方支付服務業申請之帳號交付予他人使用（同條第1項），並採取「先行政後司法」之立法模式，違反者先由警察機關裁處告誡（同條第2項）。違反本條第1項規定而有期約或收受對價者（同條第3項第1款），或所交付、提供之帳戶或帳號合計3個以上者（同條第3項第2款），或經警察機關依第2項規定裁處後5年以內再犯者（同條第3項第3款），則逕依刑罰處斷，科處3年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣（下同）100萬元以下罰金（同條第3項）。本條第3項之犯罪（下稱本罪），係以行為人無正當理由提供金融帳戶或事業帳號，而有如本條第3項任一款之情形為其客觀犯罪構成要件，並以行為人有無第1項但書所規定之正當理由為其違法性要素之判斷標準，此與同法第14條第1項、第2條第2款「掩飾隱匿型」之一般洗錢罪，係以行為人主觀上具有掩飾或隱匿其犯罪所得與犯罪之關聯性，使其來源形式上合法化之犯意，客觀上則有掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者為其犯罪構成要件者，顯然不同。行為人雖無正當理由而提供金融帳戶或事業帳號予他人使用，客觀上固可能因而掩飾

特定犯罪所得之去向，然行為人主觀上對於他人取得帳戶或帳號之目的在作為掩飾或隱匿犯罪所得與犯罪之關聯性使用，是否具有明知或可得所知之犯罪意思，與取得帳戶或帳號使用之他人是否具有共同犯罪之犯意聯絡，或僅具有幫助犯罪之意思，仍須依個案情形而定，尚不能因本罪之公布增訂，遽謂本罪係一般洗錢罪之特別規定且較有利於行為人，而應優先適用，且對第一次（或經裁處 5 年以後再犯）無償提供合計未達 3 個帳戶或帳號之行為人免除一般洗錢罪之適用。況行為人如主觀上不具有洗錢之犯意，不論其有無提供金融帳戶予他人使用，亦不論其提供金融帳戶予他人之數量是否達 3 個以上，本不成立一般洗錢罪，縱新法新增本罪規定，亦無比較新舊法規定之適用。徵之立法者增訂本罪，意在避免實務對於類此案件因適用其他罪名追訴在行為人主觀犯意證明之困難，影響人民對於司法之信賴，乃立法予以截堵等旨（本罪立法理由第二點參照），亦應為相同之解釋。

參考法條：刑法第 2 條第 1 項。

洗錢防制法第 2 條第 2 款、第 14 條第 1 項、第 15 條之 2。

十、112 年度台上字第 2851 號（裁判書全文）

藥事法所稱之「藥品」係指同法第 6 條各款之一之原料藥及製劑；而同法所稱管制藥品，則係依管制藥品管理條例第 3 條規定公告列管之「藥品」，藥事法第 6 條、第 11 條分別定有明文。前述管制藥品於公告列管前，既同為藥事法規範之藥品，若未經核准擅自輸入而無同法第 22 條第 1

項第 2 款但書之情形，即屬同條項第 2 款所稱之禁藥；倘非法輸入該禁藥，自為藥事法第 82 條第 1 項處罰之範疇。而「三級丁氧羰基去甲基愷他命」經行政院於民國 108 年 6 月 11 日公告為第四級毒品先驅原料（另於 108 年 12 月 5 日公告為第四級管制藥品原料藥），屬依毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 2 條第 2 項 4 款規定公告列管之第四級毒品，且係經政府明令公告禁止輸入之毒害藥品，併屬藥事法第 22 條第 1 項第 1 款所稱之禁藥，是若未具阻卻違法事由，本兼具第四級毒品與禁藥之性質。其非法運輸入境者，藥事法第 82 條第 1 項及毒品條例第 4 條第 4 項皆設有處罰規定，屬於同一犯罪行為而同時有 2 種法律可資處罰之法規競合情形，應從一重之運輸第四級毒品罪處斷。而「三級丁氧羰基去甲基愷他命」既兼有藥品性質，且我國目前未核准以「三級丁氧羰基去甲基愷他命」為主成分之藥品許可證（見原審上訴字卷第 97 頁），倘若法院審理結果，認為不能依毒品條例第 4 條第 4 項之規定處罰（例如運輸時間係在公告為第四級毒品先驅原料之前），仍應調查及審究該藥品是否為藥事法第 22 條第 1 項第 2 款前段未經核准擅自輸入之禁藥、其運輸入境之事實是否符合非法輸入禁藥罪之構成要件，並說明其審酌論斷之結果，不得逕行諭知無罪。

參考法條：藥事法第 6 條、第 11 條、第 22 條、第 82 條。

毒品危害防制條例第 2 條、第 4 條。

管制藥品管理條例第 3 條。

十一、112 年度台上字第 3132 號（裁判書全文）

鑑於限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係屬不得已之最後手段。立法機關如為保護特定重要法益，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違。由於毒品之施用具有成癮性、傳染性及群眾性，其流毒深遠而難除，進而影響社會秩序，故販賣毒品之行為，嚴重危害國民健康及社會秩序，為防制毒品危害，毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 4 條對販賣毒品之犯罪規定重度刑罰，依所販賣毒品之級別分定不同之法定刑。然而同為販賣毒品者，其犯罪情節差異甚大，所涵蓋之態樣甚廣，就毒品之銷售過程以觀，前端為跨國性、組織犯罪集團從事大宗走私、販賣之型態；其次為有組織性之地區中盤、小盤；末端則為直接販售吸毒者，亦有銷售數量、價值與次數之差異，甚至為吸毒者彼此間互通有無，或僅為毒販遞交毒品者。同屬販賣行為光譜兩端間之犯罪情節、所生危害與不法程度樣貌多種，輕重程度有明顯級距之別，所造成危害社會之程度自屬有異。是憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決以此為由，明揭毒品條例第 4 條第 1 項對販賣第一級毒品者之處罰，一律以無期徒刑為最低法定刑，有過度僵化之虞；並認為對諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當時，法院仍得減輕其刑至二分之一，俾符憲法罪刑相當原則等旨；另建議相關機關允

宜檢討其所規範之法定刑，例如於死刑、無期徒刑之外，另納入有期徒刑之法定刑，或依販賣數量、次數多寡等，分別訂定不同刑度之處罰，以符合罪刑相當原則。至於毒品條例第 4 條第 2 項所定販賣第二級毒品者之處罰，上開憲法判決雖未論及，且其法定刑固已納入有期徒刑，惟其最低法定刑為 10 年，不可謂不重，而販賣第二級毒品之犯罪，同有上述犯罪情節輕重明顯有別之情形，其處罰規定亦未若毒品條例第 8 條、第 11 條，就轉讓與持有第二級毒品者之處罰，依涉及毒品數量而區隔法定刑。因此，於販賣第二級毒品之犯罪，若不論行為人犯罪情節之輕重，均以所定重度自由刑相繩，致對違法情節輕微之個案，亦可能構成顯然過苛處罰之情形。是以法院審理是類案件，應考量其販賣行為態樣、數量、對價等，以衡酌行為人違法行為之危害程度及其所應負責任之輕重，倘認宣告最低法定刑度，尚嫌情輕法重，自應適用刑法第 59 條規定酌減其刑，始不悖離憲法罪刑相當原則之誠命，以兼顧實質正義。

參考法條：憲法第 23 條。

刑法第 59 條。

毒品危害防制條例第 4 條、第 8 條、第 11 條。

十二、112 年度台上字第 3219 號（裁判書全文）

刑事被告在訴訟上有藉助輔佐人為其輔佐之權，此為人民依憲法第 16 條享有之訴訟基本權所衍生之權利。刑事訴訟法第 35 條第 1 項乃明定：被告之配偶、直系血親或三親等內旁系血親或家長、家屬或被告之法定代理人於起訴後，

得向法院以書狀或於審判期日以言詞陳明為被告之輔佐人。關於輔佐人之權限，依同條第 2 項之規定，輔佐人除得在法院陳述意見外，尚得為本法所定之訴訟行為。是輔佐人於刑事訴訟得輔助被告為訴訟行為之權利，尚包括聲請調查證據、參與調查證據、於訊問證人、鑑定人或通譯時在場、參與準備程序、證據證明力之辯論、聲明異議等，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位，而受法院公平之審判。此觀之同法第 271 條第 1 項規定，法院之審判期日應通知輔佐人，旨在使其得於法院為被告陳述意見及為刑事訴訟法所定之訴訟行為亦明。是法院於訴訟程序之進行，對於前述輔佐權之實踐，不得恣意漠視，否則即不足以維護程序正義。而所謂「起訴後以書狀或於審判期日以言詞陳明為被告輔佐人」之程式，法無明文規定，自以其所陳之內容，足以使法院明瞭即可。且法院對於前述具有一定身分之人「陳明為輔佐人」，除審查其是否合乎法定資格外，並無拒絕之權。一經依規定陳明，即取得輔佐人之地位，法院對此合法之陳明，應即准許，不得駁回。

參考法條：憲法第 16 條。

刑事訴訟法第 35 條、第 271 條。

十三、112 年度台抗字第 724 號（裁判書全文）

按聲請再審，除有刑事訴訟法第 426 條第 2 項、第 3 項之情形外，由判決之原審法院管轄。此觀刑事訴訟法第 426 條規定甚明。所謂判決之原審法院，係指為實體判決之法院而言；如上級審法院從程序上駁回上訴者，則上級審法院並非為實體論罪或科刑之法院，此之判決之法院，自係

原下級審法院。又刑事訴訟法第 348 條第 3 項關於「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」之規定，係為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，而容許上訴權人於通常訴訟程序中，可僅針對刑之部分提起上訴，其未表明上訴之犯罪事實、罪名部分，不在第二審法院之審判範圍，該第二審法院自可僅針對刑之部分予以審判，亦即採取「刑可分於罪」之一部上訴模式。於此情形，如該第二審法院係為實體科刑之判決確定法院，嗣後受判決人依刑事訴訟法第 420 條規定聲請再審時，仍以就刑之部分予以實體判決之第二審法院為「判決之原審法院」。蓋依同法第 420 條之規定，為受判決人之利益聲請再審之標的，係「有罪之確定判決」，因該判決「事實」錯誤而尋求事後救濟，是以包括該案之罪刑全部，均係再審程序之審判範圍。如僅因該案論罪部分並非第二審法院之審判範圍，而謂論罪部分應向該判決之第一審法院聲請再審，則以同法第 420 條第 1 項第 6 款之事由聲請再審為例，因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受「無罪、免訴、免刑」或「輕於原判決所認罪名」之判決者，即可知再審係採取「罪影響於刑」之機制（與前揭「刑可分於罪」之一部上訴模式並不相同），就罪之審判必然及於科刑，自不能單獨僅審判罪而不包括刑。是以，既就刑之部分予以實體判決者為第二審法院，自應以該第二審法院為聲請再審之管轄法院，俾免裁判矛盾及造成第一審法院審查第二審法院實體科刑判決是否違誤之審級錯亂（倒置）現象，此與同法第 348 條第 3 項明定可僅就刑之部分上訴之規定，

並非一事，不可混淆。

參考法條：刑事訴訟法第 348 條第 3 項、第 420 條、第 426 條

。

十四、112 年度台抗字第 792 號（裁判書全文）

按「沒收物、追徵財產，於裁判確定後 1 年內，由權利人聲請發還者，或因犯罪而得行使債權請求權之人已取得執行名義者聲請給付，除應破毀或廢棄者外，檢察官應發還或給付之；其已變價者，應給與變價所得之價金」、「聲請人對前項關於發還、給付之執行不服者，準用第 484 條之規定。」刑事訴訟法第 473 條第 1 項、第 2 項分別定有明文。是前揭之聲請人，亦得準用同法第 484 條規定，以檢察官執行沒收物發還聲請之指揮不當為由，得向諭知該裁判之法院聲明異議。又不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所為裁定，不得抗告，刑事訴訟法第 405 條定有明文。而刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所列之案件，除同條項但書規定之情形，得上訴於第三審法院一次，就第二審法院所為裁定，亦得抗告於第三審法院一次外，其餘均不得上訴於第三審法院，故亦不得對此類案件向第三審法院提起抗告。審判中，案件是否屬於刑事訴訟法第 376 條第 1 項所列各罪之範圍，固不以起訴書或自訴狀所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用之法條為唯一標準，而應以起訴書或自訴狀所記載之事實為準，並視當事人在第二審言詞辯論終結前對於罪名有無提出爭執，以為審斷。至若檢察官以不屬於刑事訴訟法第 376 條第 1 項所列之罪提起公訴，經第二審法院變更起訴法條改以同

法第 376 條第 1 項所列之罪判決者，除非被告爭執應為較輕之非同條項所列之罪，或合於同條但書例外得上訴於第三審法院之案件，否則被告仍不得上訴於第三審法院。此類檢察官得上訴（被告不得上訴）於第三審法院之情形，非屬同法條第 1 項所列之罪之例外規定情形，不因檢察官爭執被告所犯之罪而可上訴於本院，亦屬「不得上訴於第三審法院之案件」之例外，其第二審所為裁定得抗告至本院。就檢察官執行確定判決之聲明異議而言，係受刑人（或其法定代理人或配偶），以檢察官執行之指揮為不當而提起。所謂執行之指揮不當，係指執行確定裁判之指揮違法或執行之方法不當而言。此時執行機關對審判機關所為之確定判決，並無審查內容之權，受刑人亦無爭執確定判決終局認定之罪之問題。於被害人就檢察官執行確定判決聲明異議之情形，對於裁判終局認定之罪，並無利害關係，尤無爭執之餘地。則第二審法院就被害人聲明異議類型案件之裁定，得否抗告於本院，端視該案件所依據之第二審確定判決終局認定之罪（如係想像競合之裁判上一罪案件，係指受刑人想像競合所犯之各罪），是否依同法第 376 條第 1 項規定為得上訴於第三審法院之罪而定，與該罪在審判中曾否因有上開檢察官爭執所犯之罪而得上訴於第三審法院之例外情形無關。檢察官據以執行之第二審確定判決終局認定之罪，若屬依刑事訴訟法第 376 條第 1 項規定不得上訴於第三審法院之罪，第二審法院就被害人對檢察官執行發還沒收物之指揮聲明異議所為裁定，即不得抗告於本院。

參考法條：刑事訴訟法第 376 條、第 405 條、第 473 條第 1、2 項、第 484 條。

十五、112 年度台抗字第 1019 號（裁判書全文）

行政程序法第 102 條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第 39 條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」旨在貫徹正當法律程序，並避免行政機關因作成違法或不當之決定，造成與人民間不必要之訟累。而刑罰之執行，係檢察官實現裁判內容，雖非行政機關之單方行政處分，而無行政程序法之適用，惟檢察官之指揮執行倘涉及裁量權之行使，特別係關於是否准予受刑人易刑處分，或者註銷已核准之易刑處分等情形，因事涉受刑人需否入監執行，攸關其人身自由之基本權，除有類同該法第 103 條所列各款情形之一，得不給予陳述意見之機會外，自應參酌行政程序法上開規定之法理，於檢察官決定前，予受刑人有陳述意見之機會，以落實憲法保障正當法律程序及人權之宗旨。

參考法條：行政程序法第 102 條、第 103 條。

檢察機關辦理易服社會勞動作業要點第 5 點、第 14 點。

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 4666 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 08 月 10 日

裁判案由：妨害信用

最高法院刑事判決

111 年度台上字第 4666 號

上訴人 鄭有呈

選任辯護人 翁晨貿律師

上列上訴人因妨害信用案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國 111 年 7 月 5 日第二審判決（110 年度上易字第 687 號，自訴案號：臺灣臺中地方法院 109 年度自字第 4 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於鄭有呈有罪部分撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

- 一、本件原判決認定上訴人鄭有呈有如其犯罪事實欄（下稱事實欄）所載之犯行，因而撤銷第一審關於上訴人部分之無罪判決，改判依想像競合犯之例，從一重論處上訴人犯妨害信用罪刑（想像競合犯刑法第 310 條第 2 項之加重誹謗罪），並諭知所處有期徒刑如易科罰金之折算標準。固非無見。
- 二、惟按審理事實之法院，對於卷內被告有利及不利之直接、間接證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於經驗法則與論理法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由，於判決內詳加說明。故證據雖已調查，而尚有其他足以影響結果之重要疑點或證據並未調查釐清，仍難遽為被告有利或不利之認定，否則即有調查職責未盡之違法。

人民之言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利、形成公意及促進各種政治與社會活動之功能，受憲法第 11 條明文保障；人民之名譽權，係保障個人之人格、品行於社會生活中之人格整體評價，不受惡意貶抑、減損之權利，乃以人性尊嚴為核心之人格權之一環，受憲法第 22 條所保障；惟人民因言論表達而損及他人之名譽，同受憲法保障之言論自由、名譽權發生衝突時，須依權利衝突之態樣，就言論自由與名譽權之保障及限制，為適當之利益衡量與決定，以符比例原則之要求。至於利益衡量之標準，則應充分考量首揭言論自由於民主社會之各種功能與重要意義，以及個人名譽權受侵犯之方式、程度與範圍。

又刑法第 310 條第 2 項規定之加重誹謗罪，係以散布文字、圖畫之方式，意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者。又所謂散布於眾之意圖，乃指行為人有將指摘或傳述內容散播於不特定人，使大眾周知之意圖。如行為人無此散布於眾之意圖，僅將有關他人名譽之事傳達於某特定之人，則尚不足以該當本罪。且加重誹謗罪之成立，除言論表達行為，合於前揭犯罪構成要件外，尚須不具備同法第 311 條所定特別阻卻違法事由，且不符合同法第 310 條第 3 項之言論真實性抗辯要件規定，始足當之。亦即誹謗罪所欲處罰之誹謗言論，須屬客觀上可辨別真偽之事實性言論，不及於價值判斷或主觀評價性言論。惟事實性言論與評價性言論概念上本屬流動，難期涇渭分明，在民主多元社會，評價性言論允以容忍。又行為人之事實性言論表達倘涉及公共利益，雖無法證明其言論為真實，惟如其於言論發表前確經合理查證程序，依所取得之證據資料，客觀上可合理相信其言論內容為真實者，即符合同法第 310 條第 3 項前段所定不罰之要件。即使行為人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，如其就該不實證據資料之引用，並未有明知或重大輕率之惡意情事者，仍屬不罰。

刑法第 313 條之妨害信用罪，係以行為人散布流言或以詐術損害他人之信用為構成要件。所謂「流言」，係指無稽之言、謠言或毫無事實根據之資訊。所指「散布流言」係指廣為散布於眾，使不特定人或多數人得以周知。行為人客觀上須以所散布者係「流言」，且主觀上須行為人認知所散布者確係「流言」。倘行為人主觀上無將「流言」，廣為散布之意，僅將有關他人信用之事傳達於某特定之人，尚不足以該當本罪。而所謂「損害他人之信用」係指他人之信用因行為人散布流言之行為，已達可資損害之程度，足使社會對於他人經濟上履行支付之能力或其誠信可信程度產生不利之觀感之虞。妨害信用罪自法益保護必要性觀之，參與經濟活動者，其經濟信用原即得受公評，倘係真實有據之指述，反而利於健全市場競爭秩序，是妨害信用罪所欲處罰者之妨害信用言論，須屬客觀上可辨別真偽之事實性言論，不及於價值判斷或主觀評價性言論。又妨害信用言論行為人之事實性言論表達倘涉及公共利益，其言論行為是否構成犯罪與前揭誹謗罪之判斷相同，仍需探究行為人於言論發表前是否經合理查證程序，及對於資料之引用有無明知或重大輕率

之惡意情事。

三、經查：

(一)原判決認定上訴人透過孟憲瑋(網路暱稱 AsAn)、楊代民、張秀雅、林春福等 4 人之臉書社群(Facebook)網站(下稱臉書)帳號，將不詳人於不詳地點，在「往生護照」之「權利分配書」後製加上「詐騙集團違法吸金」等文字之權利分配書照片(下稱後製照片)，以臉書用戶間私下傳送訊息方式，傳予承康殯儀管理顧問有限公司(下稱承康公司)臉書粉絲專頁之管理者等節。自訴意旨亦指稱：臉書用戶楊代民、張秀雅、林春福私訊後製照片到承康公司臉書粉絲頁，要進入收件匣裏面查看。AsAn 私訊粉絲頁後刪掉訊息，沒有辦法在收件匣看到，自訴人有即時截圖。而承康公司的臉書粉絲頁管理者包含小編、股東、管理人及自訴人等在內約 6、7 人等語，並有粉絲專頁收件匣翻拍照片可佐(見第一審卷第 173 頁、第 177 頁、第 181 至 187 頁)。以上各節倘若無訛，則上訴人似係將後製照片「私訊」傳予承康公司臉書粉絲專頁之管理員，管理員需打開收件匣始能閱覽該訊息。依自訴意旨所指，承康公司臉書粉絲專頁之管理人包含小編、股東、管理人及自訴人等人，是否均係與承康公司有特定關係之人？不特定人是否均得進入承康公司臉書粉絲專頁之收件匣閱覽訊息？上訴人前揭傳送後製照片予承康公司臉書粉絲專頁管理員之行為，是否已使大眾周知，而符合「散布於眾」之構成要件？尚非無疑。且依自訴意旨所指，上訴人係將後製照片以「私訊」方式傳予粉絲專頁管理員，既然係以「私訊」為之，則上訴人是否有使大眾得以知悉其內容之意，而具散布於眾之意圖？亦非無研求餘地。上訴人辯稱：其係傳給自訴人，未散布於眾云云，似非全然無據。原判決就前揭有利於上訴人之事證，未詳加調查、審認，亦未就此為必要之說明，逕為上訴人不利之認定，有調查職責未盡及理由欠備之違誤。

(二)自訴意旨指稱：自訴人經營承康公司，並為「往生護照」之商標權人、專利權人及著作權人。證人簡美珠曾投資承康公司成為股東，自訴人製發相當於入股憑證之「往生護照專利權分配書」(即自證 1)予簡美珠等語。依前開權利分配書說明：「往生護照」之主體價值為新臺幣(下同)五千萬元，主體劃分為一千單位，每單位價值五萬元，入夥夥伴滿 2 年，可申請退夥，並記載往生護照專利分配權之比率等內容(見第一審卷第 35 頁)。

若果為真，則自訴人有無以「往生護照」之專利權，向多數投資人收受資金之情事？倘有向多數投資人收受資金情事，自法益保護必要性觀之，自訴人參與經濟活動，其經濟信用原即得受公評，則上訴人傳送予承康公司臉書粉絲專頁管理員之後製照片上所記載之「詐騙集團違法吸金」用語，究係事實性言論或評論性言論？或係純屬無稽之謠言？不無疑問。原判決未詳予調查、審認，遽認後製照片上所記載之「詐騙集團違法吸金」等文字係屬「流言」，稍嫌速斷。又縱認上訴人所傳送之後製照片上所記載之「詐騙集團違法吸金」文字係事實性言論，是否涉及多數投資人之公共利益？上訴人於傳送前揭後製照片前，有無經過相關合理查證程序？上訴人前揭傳送後製照片之行為有無明知或重大輕率惡意之情事？事涉上訴人是否該當加重誹謗或妨害信用罪，應詳為調查、審認。原判決僅以上訴人自始至終均未提出事證以供調查為由，逕認上訴人「明知『往生護照』並無詐騙他人或違法吸金之情事」，而為上訴人不利之認定，又未進一步敘明其論斷之理由，有調查職責未盡及理由欠備之違誤。

(三)原判決認定上訴人前開所為已足以貶損「往生護照」之權利人即自訴人在社會上之經濟及人格評價，惟依自訴人於原審審理時之指訴：非法吸金跟詐騙集團，對一間公司傷害何其大，我們股東聯合簽名，要捍衛公司權利，公司的利益不能被損害，我們是合法經營的公司，有商標權、專利權及著作權，為何受別人污衊，我們十幾位股東聯名，要爭一個是非黑白等語(見原審卷第 235 頁)，並提出「典傳文創股份有限公司」(下稱典傳公司)股東宣言附卷(見原審卷第 243 頁)。自訴人似認因上訴人前揭行為受有損害者係其所指公司。而自訴人當庭提出者係典傳公司股東宣言，亦非原判決所認定之承康公司，究竟上訴人之行為，是否足使社會對於自訴人、承康公司或典傳公司經濟上履行支付之能力或其誠信可信程度產生不利之觀感？有再進一步究明之必要。原判決就此未為必要之調查及說明，遽行判決，難昭折服，有調查職責未盡及理由欠備之違誤。

四、綜上所述，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決之上述違法，已影響於事實之確定，本院無從自為判決，應認原判決關於上訴人有罪部分，有撤銷發回更審之原因。又上訴人所犯刑法第 310 條第 2 項之加重誹謗罪及修正

前刑法第 313 條妨害信用罪，均屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 1 款所定之罪，惟原判決係撤銷第一審法院所為無罪之判決而改判有罪，依同條項但書規定，得提起第三審上訴，併予敘明。

又原判決認定上訴人係傳送後製照片至承康公司臉書粉絲專頁，惟依卷附自訴人所提出之臉書粉絲專頁似有「承康生命禮儀公司」及「承康殯儀管理顧問有限公司」2 個不同臉書粉絲專頁(見第一審卷第 179、189 頁)。究上訴人傳送前揭後製照片至何公司臉書粉絲頁？事涉犯罪事實之認定，案經發回，亦請一併注意及之。

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 112 年 8 月 10 日

刑事第五庭審判長法官 李錦樑

法官 周政達

法官 錢建榮

法官 林婷立

法官 蘇素娥

本件正本證明與原本無異

書記官 杜佳樺

中 華 民 國 112 年 8 月 15 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 320 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 08 月 17 日

裁判案由：違反組織犯罪防制條例

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 320 號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官劉穎芳

被告 黃昌泰

選任辯護人 許博森律師

陳羿蓁律師

被告 奚鐸瀟(原名奚國寶)

林煜崴

蘇御祺

陳禧年

上列上訴人因被告等違反組織犯罪防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國 111 年 10 月 26 日第二審判決（110 年度上訴字第 1761 號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署 106 年度偵字第 35085 號，107 年度偵字第 20801、24233、37758、38603 號，107 年度少連偵字第 364 號，108 年度偵字第 1188 號，108 年度少連偵字第 26 號；追加起訴案號：同署 107 年度偵字第 38994 號、108 年度偵字第 14517 號、108 年度少連偵字第 59 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於諭知黃昌泰、奚鐸瀟、陳禧年、林煜崴及蘇御祺無罪部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決以公訴意旨略稱：被告黃昌泰、奚鐸瀟、陳禧年、林煜崴及蘇御祺有如起訴書犯罪事實欄二所載，即其中黃昌泰及奚鐸瀟自民國 105 年 9 月間某日起，主持、操縱及指揮犯罪組織「天道盟太陽會北新莊分會」，並以領導人自居，且吸收陳禧年、林煜崴及蘇御祺加入，而從事受託暴力討債以牟利之行為等情，因認黃昌泰及奚鐸瀟均涉犯主持、操縱及指揮犯罪組織罪嫌，陳禧年、林煜崴及蘇御祺則涉犯參與犯罪組織罪嫌，並舉包括被告等彼此以通訊軟體「WeChat」（下稱「微信」）發送之文字訊息截圖紙本，以及其他相關證據資料為證。惟經原審審理結果，認為檢察官所舉之證據，其中如上述之「微信」文字訊息截圖紙本（暨「微信」語音訊息文字譯文）並不具有證據能力，而不得作為審認事實之判斷依據，其餘具有證據能

力證據之證明力，則尚不足以證明被告等確有上揭被訴犯行，因而撤銷第一審關於論處被告等違反組織犯罪防制條例罪刑（包括與上開罪名具有想像競合犯關係之各該輕罪）部分之判決，改判諭知被告等被訴違反組織犯罪防制條例部分均無罪，固非無見。

二、惟查：

- (一)、以具有證據能力之原始電磁紀錄等數位證據作為證據時，法院必須依刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項規定踐行調查程序，亦即以適當之設備顯示聲音、影像、符號或資料，使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認或告以要旨，否則依同法第 155 條第 2 項關於未經合法調查之證據不得作為判斷依據之規定，禁止憑以認定事實。從上開第 165 條之 1 第 2 項之規定，與同法第 164 條關於證物或文書之調查，應提示使辨認或告以要旨之規定，以及同法第 165 條關於書證之調查，應宣讀、告以要旨或交閱覽之規定，係立法技術就關聯條文所為歸類編排之體例以觀，第 165 條之 1 第 2 項係對於具有證據能力之數位證據，應如何進行調查之程序與方法之規定。至若個案僅餘存原始數位證據之替代品，而缺乏原始數位證據可供勘驗或鑑定以比對其間有無差異者，例如：利用行動電話以通訊軟體發送文字訊息之原始電磁紀錄，因遺失、湮滅或被隱匿等原因而闕漏，舉證方僅提出以行動電話截圖功能加以擷取或以數位相機拍攝而列印之影（圖）像，或以感光底片相機翻拍沖洗之照片，並主張上開文字訊息截圖紙本與原始電磁紀錄並無實質差異，而具有證據能力並得憑以認定事實，但卻為對造方所否定而加以爭執，則該等文字訊息截圖紙本，是否具有適法證據能力之爭議，因與具有證據能力證據之調查程序與方法之規定無涉，顯無從依上揭第 165 條之 1 第 2 項規定加以釐清判別。我國刑事訴訟法對於原始數位證據之替代品於何等情況下具有適法之證據能力，暨其據以判斷之事項與標準為何，尚乏明確規範。惟證據資料是否具有適法之證據能力，屬於法律事項之判斷，尚非不得參考外國實定法（包括國會通過之制定法與相關法規等）及司法實務見解尋求解決之道。蓋外國法制於我國雖不具有法規範效力，然各法域不同之實定法與司法實務運作，多有蘊含或反映人類共通之理性思維或價值取向者，於我國實定法就同類事項規範密度不足甚或缺漏時，在與我國實定法不相衝突且

得因應實務需求，復不違背法學方法論之情況下，資為我國法解釋之參照與指引，或為法律發現之續造，允為法所容許甚且係積極之要求。

- (二)、考諸英美法系證據規範中關於文件「最佳證據」法則之涵義，往昔於普通法上雖曾有過限於最佳之證據始具有證據資格之見解，然時至今日，依制定法而言，則係指依事物之性質，舉證方若能提供更佳之證據，則原則上禁止以次佳之證據為證，反面而言，若某項證據已係舉證方所能提供之最佳證據，即不得遽行排除其證據資格之意。此觀下列立法例即明：(1)、英國「2003 年刑事司法法」(Criminal Justice Act 2003) 第 133 條關於「文件內容之證明」規定略以：文件之內容在刑事訴訟中具有證據之可採性 (admissible，按即證據之許容性，相當於我國所屬大陸法系之證據能力概念)，得提出該文件，或者不論該文件是否存在，亦得提出其實質部分之複製件，以法院許可之任何方式進行驗真。(2)、美國聯邦證據規則 (Federal Rules of Evidence) 第 1001 條 (d) 中段就數位形式書寫品或錄製品之原件規定「對於以電子形式儲存之信息而言，『原件(Original)』係指準確反映該信息之任何列印輸出，或其他可目讀之輸出」；又同規則第 1002 條就「原件要求」之規定略以：為證明書寫品、錄製品或影像之內容應提出其原件，除非本規則或聯邦制定法另有規定。而同規則第 1004 條之 (a) (b) (c) 款則另設「關於內容之其他證據可採性」之例外規定略以：非由於應舉證者之惡意行為所造成原件佚失或毀損者；透過任何可利用之司法程序而無法獲得原件者；該原件由對方所控制並受通知應提出而未提出者。其次，關於證據關聯性之問題，依同上規則第 901 條之規定，舉證者就其所舉某特定證據即係其所宣稱之證據，須提出足以支持其主張之證據憑以驗真 (authenticate)。美國聯邦巡迴法院多認為上開證據驗真之規定，亦適用於數位證據，且對於驗真所憑證據之種類及其證明程度，係採取包括直接證據及間接證據皆可，而達表面可信或相對優勢即足之見解，並認為除非有明確之證據可證明電腦紀錄遭竄改，否則若舉證方已盡其驗真之舉證責任，即不應排除電腦紀錄作為證據之可採性。是以，所謂「最佳證據」法則，其義為欲證明某項文件內容之最佳證據，原則上應係該文件之原件，例外亦得以準確重製原件且與原件原則上具有同等可採性而為原件對應物

之複製件（duplicate，美國聯邦證據規則第 1001 條（d）款及第 1003 條規定參照），或以原件或其複製件之替代品加以證明，而非限於原件始具有證據資格之意；再證據驗真程序所憑之證據，其種類並無特別限制，且其證明力不須達完全無合理懷疑之程度。

(三)、在我國法制框架下援引前述「最佳證據」法則或驗真規定，作為刑法第 220 條第 2 項所稱關於電磁紀錄類別之準文書（下稱數位文書，關於證據屬性或類別，則稱數位證據），於刑事訴訟上涉及證據能力有無判斷之解釋參考或為法律續造而言，關於用以證明數位文書內容之證據，並非僅限於數位文書之原件，即令係衍生自數位文書原件而以其他非數位形式呈現之替代品，倘符合諸如：原件佚失或毀損並非舉證方惡意所為、透過司法程序仍無法獲得原件、對造方刻意不提出原件，或對造方就原件替代品之證據適法性並不爭執等條件時，數位文書原件之非數位形式替代品，例如以影印或攝像技術所重製列印或沖洗之紙本或照片等物件，若能通過驗真程序，確認其如同原件般與待證事實間存在關聯性，且滿足其他證據適格性要求而具有合法之證據能力者，即非不得資為判斷審認之依據，此項證據法理之採用，應為我國刑事訴訟法所不禁。又對於上開非數位形式替代品之驗真，在缺乏數位文書原件可供比對時，憑以判斷其證據關聯性暨證據能力有無之證據種類，包括直接證據及間接證據，且其證明作用不須達一般人均認為真實而完全無合理懷疑之確信程度，斯亦符合我國實務所採略以：涉及犯罪責任及國家刑罰權存否之實體事項始須適用嚴格證明法則，除此以外，關於訴訟程序上諸如證據與待證事實之關聯性，或證據有無證據能力等事項，法院為獲得相關訴訟資料所使用之證據方法，則擁有較廣泛之選擇或裁量自由，暨較寬鬆之證據調查程序及證明程度要求，而從自由證明法則即可之見解。

(四)、本件檢察官對於被告等所涉違反組織犯罪防制條例案件偵查蒐證結果，以黃昌泰之綽號「狀元」、奚鐸瀟之綽號「國寶」或「寶少」、陳禧年之綽號「大飛」、林煜崴之綽號「大冠」、蘇御祺之綽號「阿祺」，其等分別以太陽符號圍繞「狀元」、「寶少」、「飛」、「大冠」及「祺」之圖樣，作為其等所申辦「微信」帳戶之頭像，且透過「微信」聯繫其等所屬犯罪組織事務。而蘇御祺所持用之 0000000000 號行動電話（IMEI：0000000000000000

），遭警方於 106 年 4 月 24 日持臺灣新北地方法院 106 年聲搜字第 917 號搜索票（上載搜索範圍包括手機電磁紀錄，見原審卷(三)第 245 頁）搜索扣押，經警方勘察並擷取上開行動電話螢幕所顯示之「微信」文字對話紀錄暨其內容略以：奚鐸瀟自 106 年 3 月 2 日起至同年 4 月 24 日止，在「微信」內標註太陽符號之「☀北新莊☀核心（7 人）」、「☀北新莊☀家…（10 人）」及「☀（17 人）」等通訊群組裡，陸續發送諸多關於「太陽會、北新莊」之組織發展、招募成員、行動指示、幹部層級管理及訓飭幫眾行為等事項之文字訊息，其中並提及黃昌泰在組織中之階級地位高於奚鐸瀟之情略以：「下次要打給長欵狀元哥前先告知我！草泥馬，我被幹，你越級，注意點！」、「狀元哥也明說了啦，我要整治你們膽識了啦！北新莊敢衝的沒幾個啦，自傲的倒是很有」等語；而陳禧年、林煜歲及蘇御祺對於奚鐸瀟所發送之相關訊息，屢即領受或響應而回稱「收」、「是，大哥」或「大哥，收到」等字詞，其中林煜歲更據而發送協調幫眾行動事項之文字訊息（見 107 年度他字第 4616 號卷第 199 至 202 頁及 106 年度他字第 5148 號卷第 27 至 45 頁），遂加以翻拍或列印成文字訊息截圖紙本（下稱系爭文字訊息截圖紙本）附卷後，並經檢察官援用而舉為本件起訴所憑證據之一（見起訴書第 12 至 13 頁）。上揭系爭文字訊息截圖紙本，係擷取蘇御祺所持用行動電話「微信」文字訊息原始數位檔案所輸出在該行動電話螢幕上之訊息（按原始數位檔案及其輸出在螢幕上之可讀訊息均係數位文書原件），並經翻拍或列印而成之物件，屬於衍生自原始數位訊息之二手證據即數位證據替代品，即令檢察官並未提出原始數位檔案，而無從透過勘驗或鑑定比對其等內容之間是否存在差異性，然依前述項次(三)之說明，仍不得率然排除其具有適法證據能力之可能性。原判決徒以該截圖紙本產生之過程涉及人為操作，苟經變造卻不具有痕跡性，且其所由之原始數位訊息既已滅失，而無從勘驗覈實二者間是否具有同一性，遽認該截圖紙本並無證據能力，而不得作為認定被告等有無本件被訴犯行之證據云云，尚嫌速斷。又卷查奚鐸瀟與蘇御祺於 107 年 6 月 29 日、陳禧年於同年 10 月 31 日，暨林煜歲於同年 11 月 28 日之偵訊筆錄，以及被告等在第一審於 109 年 10 月 20 日審判期日，曾分別經檢察官及第一審審判長提示系爭文字訊息截圖紙本並告以要旨，俾調查釐清其上文字訊息內容何指

時，大抵係陳稱略以：不清楚，沒印象，或祇係一般聊天，或彼此聯繫酒店事務等語，俱未曾爭辯或主張系爭文字訊息截圖紙本與原始數位訊息之內容有異（見 107 年度偵字第 20801 號卷第 376 至 379 暨 387 至 388 頁，107 年度偵字第 37758 號卷第 88 至 89 頁，107 年度少連偵字第 364 號卷(二)第 246 頁及第一審卷(四)第 31 暨 52 至 53 頁）。以上事證如果無訛，從被告等俱未保持緘默，且大致皆以系爭文字訊息截圖紙本所示內容，與原始數位訊息無異為前提，進而另為解讀陳辯以觀，檢察官就系爭文字訊息截圖紙本之形式真實性，顯已提示予包括蘇御祺在內之多數被告讓其等表示意見，且針對上開數位證據之替代品與原件是否具有同一性之問題，其中奚鏘瀟、陳禧年、林煜崴及蘇御祺於偵查中及第一審審理時，而黃昌泰於第一審審理時，則均未為爭執。原判決遽謂系爭文字訊息截圖紙本未經檢察官向蘇御祺確認是否為真正云云（見原判決第 69 頁第 10 至 14 行），似與卷內訴訟資料未盡相符。況被告等嗣於原審審理時，雖爭執並主張系爭文字訊息截圖紙本與原始數位訊息並不具有同一性，然此項爭執之情況，不過係法院就檢察官所舉數位證據之替代品予以驗真審斷所憑事證之一而已，尚不能僅因被告等有爭執，逕即據以否定法院依憑其他事證驗真審斷之結果。再者，揆諸卷附新北市政府警察局刑事警察大隊 110 年 11 月 10 日新北警刑五字第 0000000000 號函覆原審，暨其所檢附之「新北市政府警察局刑事警察大隊數位證物勘察紀錄」略以：蘇御祺前揭遭扣押之行動電話，經送該大隊科技犯罪偵查隊勘察鑑識，並提取其內儲存之簡訊與及即時通訊軟體等訊息紀錄，而以 PDF 及 HTML 格式匯出置於勘察報告光碟內「黃昌泰組織案數位鑑識報告」資料夾項下等旨（見原審卷(二)第 249 至 272 頁）。上述文旨所指經匯出之數位檔案，是否即系爭文字訊息截圖紙本所由來之原始數位訊息（即原件）之複製件而得供勘驗或鑑定？攸關本件數位證據之替代品與原件是否具有無差異性疑義之釐清，顯有進一步詳加調查究明之必要。原審對於上述經勘察鑑識所匯出之檔案，以及系爭文字訊息截圖紙本能否滿足證據驗真之要求，進而判斷其有無適法之證據能力，疏未加以詳查究明，並於判決內釐析說明其審認之理由，遽為有利於被告等之論斷，洵難謂無證據調查未盡及判決理由欠備之違法。

三、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原審對於前揭攸關判決結果之重要事項未加以調查釐清及說明，以致事實未臻明瞭，本院自無從為原判決關於被告等被訴違反組織犯罪防制條例諭知均無罪部分適用法律當否之審斷，應認原判決關於此部分皆有撤銷發回更審之原因。又黃昌泰、奚鐸瀟及林煜崴被訴如原判決事實欄三（其中林煜崴部分即如其附表一編號 3）所載涉犯傷害及強制罪嫌部分、陳禧年被訴如原判決事實欄二（即如其附表三編號 3）所載涉犯恐嚇危害安全罪嫌部分，及蘇御祺被訴如原判決事實欄六（即如其附表二編號 3）所載涉犯強制罪嫌部分，雖均屬不得上訴於第三審法院之案件，然與發回部分如若成罪應具有想像競合犯之裁判上一罪關係，基於審判不可分原則，為本件發回效力所及，附此敘明。

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 8 月 17 日

刑事第一庭審判長法官 郭毓洲

法官 林英志

法官 林靜芬

法官 劉興浪

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 8 月 18 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 631 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 08 月 02 日

裁判案由：偽造有價證券

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 631 號

上訴人 方聰明（已死亡）

選任辯護人 王志超律師

林大鈞律師

上列上訴人因偽造有價證券案件，不服臺灣高等法院中華民國 111 年 9 月 20 日第二審判決（110 年度上訴字第 3155 號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署 109 年度偵字第 4750 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於方聰明部分撤銷。

本件不受理。

理 由

- 一、按被告死亡者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第 303 條第 5 款定有明文，此規定依同法第 387 條，於第三審之審判亦予準用。而被告在第二審判決後，合法上訴第三審中死亡者，依同法第 398 條第 3 款、第 387 條之規定，第三審之審判亦有上開條款之適用，且為第三審得依職權調查之事項，並應就該案件自為判決。本件原判決撤銷第一審之科刑判決，改判論處上訴人方聰明犯偽造有價證券罪刑，並為沒收(追徵)之宣告。上訴人不服原審判決，於法定期間內即民國 111 年 10 月 19 日提起第三審上訴，但於 112 年 3 月 6 日死亡之事實，有刑事聲明上訴狀及戶役政連結作業系統可查。依前開規定，自應由本院將原判決關於上訴人部分撤銷，自為不受理判決之諭知。
- 二、對於本案之判決提起上訴者，其效力及於對第三人沒收之判決(刑事訴訟法第 455 條之 27 第 1 項前段意旨參照)。此係因被告違法行為存在，為沒收參與人財產之前提要件之一；為避免沒收裁判後，其所依附之前提即關於被告違法行為之判決於上訴後經變更，而動搖沒收裁判之基礎，造成裁判之矛盾。因此，倘本案僅上訴人提起第三審上訴，且於合法上訴後死亡，而應諭知不受理判決時，因第三審法院並未為實體判決以確認上訴人之違法行為是否存在，應認該第三審上訴效力不及於對第三人參與沒收之判決。依上說明，本件因上訴人死亡，訴訟主體

已不存在而應諭知不受理，本院已無從確認上訴人之違法行為是否存在，原判決主文對第三人即參與人林偉勝諭知沒收部分，本院不予審酌，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第 387 條、第 398 條第 3 款、第 303 條第 5 款，判決如主文。

中 華 民 國 112 年 8 月 2 日

刑事第二庭審判長法官 林勤純

法官 李麗玲

法官 吳秋宏

法官 侯廷昌

法官 林瑞斌

本件正本證明與原本無異

書記官 王麗智

中 華 民 國 112 年 8 月 8 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 1989 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 07 月 12 日

裁判案由：妨害性自主

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 1989 號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官陳立偉

上訴人

即被告 江武憲

上列上訴人等因被告妨害性自主案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國 112 年 3 月 9 日第二審更審判決(112 年度侵上更二字第 2 號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署 108 年度偵字第 8922 號)，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

- 一、本件原判決以：第一審法院(臺灣臺中地方法院)就上訴人即被告江武憲妨害性自主案件 (109 年度侵訴字第 33 號)判決之陪席法官陳航代未參與民國 109 年 7 月 16 日之審理，卻參與判決，其判決當然違背法令，且有礙當事人受法院公平審判之訴訟權利，侵害審級利益，依刑事訴訟法第 369 條第 1 項但書之立法精神及規範目的，將第一審判決撤銷，發回第一審法院。固非無見。
- 二、惟按，刑事訴訟法第 379 條第 13 款明定未經參與審理之法官參與判決者，其判決當然違背法令，旨在貫徹刑事訴訟法之直接審理、言詞辯論原則。所稱參與判決，乃指參與判決內部之成立而言。所謂內部之成立，指裁判機關內部就判決之意思表示內容所為之決定，其成立之時點，於獨任制審判，固於判決原本製作完成時成立，但於合議制審判，參酌法院組織法第 101 條至第 106 條關於評議之規定，原則上應於評議決定時成立。又裁判如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤或其正本與原本不符，而於全案情節與裁判本旨無影響者，法院得依聲請或依職權以裁定更正，民國 112 年 6 月 21 日修正公布之刑事訴訟法第 227 條之 1 第 1 項定有明文(修正前依司法院釋字第 43 號解釋，參照民事訴訟法第 232 條規定，亦得以裁定更正)。故於合議制審判，倘參與審理之法官與參與判決內部成立(即評議)之法官一致，判決原本及正本均依循評議內容製作，僅係法官姓

名誤繕，究不悖直接審理及言詞辯論原則，即與未經參與審理之法官參與判決之違法有間，且於全案情節與裁判本旨不生影響，非不得由法院依聲請或依職權以裁定更正。

稽之卷證，本案第一審 109 年 7 月 16 日審判筆錄與判決原本及正本所記載合議庭法官固未盡相符(見第一審卷第 199、272 頁，更二審卷第 64 頁)，但第一審法院就此函覆稱：「二、本案於 109 年 7 月 16 日審判期日，陪席法官為彭國能法官，該次審判筆錄關於合議庭成員即『審判長法官陳鈴香、法官彭國能、法官陳怡珊』之記載為正確。三、本案判決評議係由 109 年 7 月 16 日參與審理之合議庭成員即審判長陳鈴香、法官彭國能、法官陳怡珊所做成。惟受命法官依前開評議內容製作判決原本後，將判決原本及評議簿送請簽名時，就應送陪席法官簽名部分，誤送予陳航代法官，併予說明。」等旨(見更二審卷第 41 頁)，倘若無訛，本案第一審參與審理之法官與參與判決內部成立(即評議)之法官似無不同，且判決之原本係受命(陳怡珊)法官依評議內容所製作，縱判決原本及評議簿誤送陳航代法官簽名，但若陳航代法官始終未參與評議及實質判決製作，對判決心證之形成並無介入，能否僅以其事後誤於判決原本及評議簿簽名，遽認其已參與判決？又第一審法院已依臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官之聲請，於 112 年 4 月 10 日以裁定將第一審判決之原本及其正本關於「法官陳航代」姓名部分更正為「法官彭國能」(見本院卷第 17、18 頁)，則本案第一審判決究屬單純誤繕，或有未經參與審理之法官參與判決之當然違背法令情事，非無再予斟酌餘地。原審未釐清、究明，逕認第一審判決有上開違誤，予以撤銷並發回第一審法院，未為實體審理，難認適法。

三、檢察官及被告上訴意旨指摘原判決不當，非無理由，為維持被告審級利益，應認仍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 7 月 12 日

刑事第七庭審判長法官	段景榕
法官	沈揚仁
法官	楊力進
法官	汪梅芬
法官	宋松璟

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 112 年 7 月 18 日
書記官 石于倩

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 2156 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 08 月 10 日

裁判案由：違反銀行法

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 2156 號

上訴人 陳利維

選任辯護人 林志忠律師

鄭家旻律師

上訴人 許秀鳳

選任辯護人 練家雄律師

上訴人 詹鳳鳴

蔡朋霖（原名蔡名勳）

上一人

選任辯護人 賴忠明律師

上訴人 鍾自強

選任辯護人 張慶宗律師

王俊文律師

上訴人 吳佩珊

選任辯護人 丁威中律師

上訴人 許麗環

選任辯護人 蘇靜雅律師

顏智蓉

選任辯護人 謝志揚律師

上訴人 林錚洛

選任辯護人 蘇靜雅律師

上列上訴人等因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國 112 年 1 月 31 日第二審判決（109 年度金上訴字第 2286 號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署 107 年度偵字第 25426、26347、26502、26635、27823 號，108 年度偵字第 1513、1514、1521 至 1530、1586 至 1592、1724、2177 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於陳利維、許秀鳳、詹鳳鳴、蔡朋霖（原名蔡名勳）、鍾自強、吳佩珊、許麗環、顏智蓉、林錚洛有罪部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人陳利維、許秀鳳、詹鳳鳴、蔡朋霖（原

名蔡名勳)、鍾自強、吳佩珊、許麗環、顏智蓉、林錚洛(下稱上訴人等9人)有其犯罪事實欄(下稱事實欄)所載之共同違反銀行法犯行,因而撤銷第一審關於陳利維、許秀鳳、詹鳳鳴、蔡朋霖、鍾自強、吳佩珊等6人所為之科刑判決及許麗環、顏智蓉、林錚洛等3人所為之無罪判決,改判論上訴人等9人均共同法人行為負責人犯銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪(其中吳佩珊相競合犯一般洗錢罪,並依刑法想像競合規定從一重處斷),均依刑法第31條第1項但書規定減輕其刑,另蔡朋霖、鍾自強、吳佩珊、許麗環、顏智蓉、林錚洛等6人再依刑法第59條規定遞予減輕其刑後,陳利維處有期徒刑5年、許秀鳳處有期徒刑4年、詹鳳鳴處有期徒刑3年6月、蔡朋霖處有期徒刑2年4月、鍾自強、吳佩珊各處有期徒刑2年6月、許麗環、林錚洛各處有期徒刑1年9月、顏智蓉處有期徒刑2年。其中許麗環、林錚洛及顏智蓉3人均緩刑5年,緩刑期間付保護管束,並應於緩刑期間內向指定之政府機關、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,各提供180小時(顏智蓉)、120小時(林錚洛)、100小時(許麗環)之義務勞務。固非無見。

二、惟查：

- (一)、審判期日,應由參與之法官始終出庭;如有更易者,應更新審判程序。又審判非一次期日所能終結者,除有特別情形外,應於次日連續開庭;如下次開庭因事故間隔至15日以上者,應更新審判程序。刑事訴訟法第292條第1項、第293條分別定有明文。上開規定,依同法第364條,為第二審之審判所準用。所謂更新審判程序,是指審判程序之重新審理,其目的在於貫徹直接審理主義與言詞辯論主義之精神,主要在使參與審判之法官能獲得清晰明確心證,使訴訟當事人能在完整並有效之法院組織體系下保障其訴訟權益。在審判非一次期日所能終結,而下次開庭因事故間隔至15日以上者,因時間間隔已久,法官先前審判程序形成之心證,可能因此漸趨模糊,為「喚醒」法官對於心證之新鮮記憶,此時藉由提示先前審判程序筆錄或告以要旨等類同「書證」調查之便宜方式為更新審判,對於檢察官實行公訴及被告防禦權行使,不致有過多妨礙;但若審判法官因職務異動等原因而未能參與決定最終結果之審判期日程序時,因該更易之法官無法承繼原先法官之心證,必須透過本人

親自接觸卷宗，及對當事人、證人與其他相關參與訴訟之察言觀色「創建」自己之心證基礎，此時即不宜僅由審判長單以當庭宣示「更新審理」或只詢問當事人或辯護人、代理人等相關訴訟參與者「對先前審判程序筆錄所載內容有何意見？」等形式外觀，即認已合法踐行更新審判程序，仍應視具體訴訟程序有無重新審理之實質作為而定。尤以訴訟當事人或辯護人對於先前審判筆錄之無異議表示，根本無從使之前未參與審判程序法官能形成任何強烈心證。故而，在法官更易後之第二審合議庭行審判程序時，原則上必須依刑事訴訟法第 285 條至第 290 條及第 365 條自朗讀案由起，以迄辯論終結止，完全重新進行且連續為之，始符合更新審判程序係為利於法官真實發現等意旨。本件原審依序自民國 110 年 4 月 13 日、5 月 11 日、8 月 10 日、9 月 7 日、10 月 5 日、12 日、11 月 2 日、12 月 21 日及 111 年 11 月 8 日、22 日、12 月 6 日多次進行審判程序，其中 111 年 11 月 8 日、22 日審判期日之合議庭成員為法官張靜琪、郭瑞祥及簡婉倫，111 年 12 月 6 日最終審判期日之合議庭組織則更易法官為郭瑞祥、黃小琴及簡婉倫，其中法官已有更易，而在 111 年 11 月 8 日、22 日該 2 次審判期日之訴訟程序，均有依規定由朗讀案由起，進行調查證據至辯論程序，且已經完成關於檢察官、陳利維、許麗環、林錚洛及其等辯護人之辯論（見原審卷(六)第 297 至 358 頁、卷(七)第 29 至 107 頁），而於同年 12 月 6 日最後審判期日，審判長雖有詢問「本次審判期日因合議庭組織更易，依法更新審判程序。對於歷次審理程序筆錄所載內容，有何意見？（告以要旨）」，並經檢察官、上訴人等 9 人及其等辯護人表示「沒有意見」，然其後審判長未命檢察官及上訴人等 9 人陳述上訴意旨，僅於告知刑事訴訟法第 95 條規定事項，並諭知「『續行』審判程序」後，即逕由前庭期尚未辯論之許秀鳳、詹鳳鳴、吳佩珊、蔡朋霖、鍾自強及顏智蓉等人之辯護人「續行」，暨由上訴人等 9 人作最後陳述後，即諭知本案辯論終結。對於攸關法官心證形成與否之調查證據或先前已踐行之言詞辯論程序，只形式上以先前筆錄取代之，難認已實質進行更新審判，原審所踐行之訴訟程序，自有違誤。

- (二)、銀行法第 29 條第 1 項明定除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款業務。違反者，綜觀銀行法之規定，視自然人犯之或法人犯之而異其處罰，自然人犯之者，依該法第 125 條第 1

項處罰；法人犯之者，則依同條第 3 項處罰其行為負責人。又上開行為負責人，既於「負責人」之前，另標示「行為」等字，用意在於限制受罰負責人之範圍，足徵本條項並非單純因法人之違法經營收受存款業務行為，基於法人負責人之身分而受罰，而是就法人違法經營收受存款業務，因參與決策、執行，而透過支配能力使法人犯罪，方屬該規定科處刑罰之行為負責人。只有除上述行為負責人以外之其他知情而參與犯行之法人其他從業人員，始依刑法第 31 條第 1 項規定，論以共同正犯。換言之，銀行法中關於法人犯本法第 29 條第 1 項之罪，既同時對法人（參見銀行法第 127 條之 4）及其行為負責人設有處罰規定，且於第 125 條第 3 項復明文規定處罰「其行為」負責人，基於刑罰罪責原則，依犯罪支配理論，應解釋為法人內居於主導地位，得透過對法人運作具有之控制支配能力，而故意使法人犯罪之自然人即屬「行為負責人」，而與法人自己犯罪行為，形成兩罰規定，而非因法人犯罪而轉嫁代罰法人之負責人。此由公司法第 8 條第 3 項前段：「公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。」之規定，可知所謂公司負責人，除指無限公司、兩合公司之執行業務或代表公司之股東，有限公司、股份有限公司之董事外，尚包括經理人、清算人或臨時管理人、股份有限公司之發起人、監察人、檢查人、重整人或重整監督人，在其等執行職務範圍內，亦為公司負責人。另公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，亦須與董事同負刑事責任，即將實質董事及控制股東等人，一併納入刑事處罰之對象。之所以如此規定，無非係鑑於過往資本市場充斥紀律廢弛而損害公司及投資人權益之亂象，並避免人頭文化或空殼公司所造成之公司透明度不足，以及有權者卻無責任之不合理現象，關於公司負責人之認定，應改採實質原則，不再以形式上之名稱或頭銜為判斷基準，只要實際上對公司之決策、業務、財務及人事等各方面，具有控制支配力之人，亦屬銀行法第 125 條第 3 項規定法人之行為負責人。本件依原判決事實之認定，陳重佑（通緝中）係「普惠世紀國際控股集團」（下稱：普惠世紀集團）董事長兼總裁，其集團所屬有「普惠世紀投資管理顧問有限公司」（下稱

普惠世紀公司)、「普惠高端旅行社有限公司」、「普惠世紀活動企劃有限公司」，由陳重佑負責綜理普惠世紀集團及普惠世紀公司所有事務，為法人負責人，並指揮官韋岑（通緝中）為集團執行董事，管理普惠世紀集團所屬臺灣地區公司之人事、財務、業務，及任命幹部，同時設計如原判決附表（下稱附表）二說明所示簡稱「台普 1 年期」、「跟單 VIP」、「鑽石方案」及「JAC 幣」等投資方案，暨指示莊登歲（已經判決確定）及不知情之姜俊山設計功能包括管理普惠世紀公司投資人之會員資料、推廣關係、計算對碰及推廣（即招攬下線之佣金）獎金、申請出金（即領取紅利）之臺灣普惠世紀官網、指示鍾自強每期「普惠世紀月刊」應採訪對象、指示蔡朋霖需辦理相關活動，及要求所指派幹部需於會員大會時上台傳述工作內容、投資經驗等；官韋岑並依陳重佑指示，提供位於臺中市西區臺灣大道 2 段 285 號 11 樓之 1 寰宇實業大樓供許秀鳳，及支付位於桃園市中壢區中山路 91 號 8 樓之辦公室租金供詹鳳鳴，作為召集普惠世紀公司投資會員集會之用，另指示吳佩珊，以戶名普惠世紀商業顧問之中國銀行澳門分行為帳戶，負責收取由陳利維、莊登歲、顏智蓉、官韋欣（通緝中）。其中陳利維於 105 年 4 月 1 日起，參與招攬王綸凱參與「台普 1 年期」投資，受陳重佑指派為普惠世紀集團海外營運長，嗣於 107 年 5 月升任普惠世紀集團營運副總裁；許秀鳳於 105 年 11 月 30 日參與招攬廖俊柔「跟單 VIP」投資，原被陳重佑指派為普惠世紀集團市場總監、位於澳門之「世紀保險服務公司」總經理，嗣於 107 年 5 月另公告其升任普惠世紀集團業務副總裁；詹鳳鳴於 106 年 1 月 1 日招攬姜二龍「跟單 VIP」投資，並經陳重佑指派為普惠世紀集團市場總監；蔡朋霖於 105 年 8 月 30 日招攬宋中敏「跟單 VIP」投資，並經陳重佑指派為普惠世紀集團所屬娛樂商業顧問公司總經理、位於澳門之「普惠世紀商業顧問公司」總經理；鍾自強於 105 年 5 月 9 日招攬詹原廣「台普 1 年期」投資，並經陳重佑指派擔任普惠世紀集團「普惠世紀月刊」總編輯；吳佩珊自 105 年 9 月起至 107 年 8 月底，受陳重佑指派擔任普惠世紀集團行政主管；許麗環於 106 年底擔任普惠世紀公司之工作助理，於 107 年 1 月 1 日參與「跟單 VIP」及「JAC 幣」投資方案，並於 107 年 3 月 1 日起，從事收取投資者之投資款項及發放紅利；顏智蓉自 105 年 9 月起擔任普惠世紀集團之會計，於

105 年 11 月 7 日參與「跟單 VIP」投資方案，並於 106 年 6 月起升任普惠世紀集團財務總監；林錚洛自 106 年 1 月 1 日起至 106 年 8 月 31 日，擔任普惠世紀公司之行政人員，知悉普惠世紀集團之投資方案內容，於 106 年 8 月 31 日離職，復於 107 年 3 月起至 107 年 8 月底再度回任。關於上訴人等 9 人於普惠世紀集團內從事及分工內容則詳如附表一所載（見原判決第 5 頁第 4 列至第 7 頁第 18 列、第 94 至 100 頁）。互核上訴人等 9 人之供（證）述及證人洪秀昭、程閔星、彭美智、藍婷燕、陳萬清、張書瑜、王稹凱、吳培源、鄭震宏、鄒志偉、劉貴英、彭祺翔、林麗惠、廖嘉莉、施宇任、林立紳、鄭宇廷、李偉富、宋中敏、詹原廣、張順宸、藍漢中、姜俊山、彭以珉、廖俊柔、袁秀鳳、蔣孝慈、段海山、姜許 蘭珠、同案被告陳宥均、莊登歲等人之證言。因主要負責人陳重佑及官韋岑長期不在臺灣地區活動，其中不乏分由上訴人等 9 人實際負責臺灣方面之普惠世紀集團推廣投資方案、設計公司官網及決定其內容、安排或自行擔任講師宣導、傳達公司訊息，以加強會員投資意願、帶同參觀位於大陸深圳地區之集團總公司、提供自有帳戶供會員匯款之用，承租集會場所、招聘助理，建立個人群組協助會員投資及經驗分享、決策「普惠世紀月刊」受訪對象及內容編排、管理公司人事及財務等攸關公司之決策、業務、財務及人事等各方面業務。原判決復於理由貳、二、(五)、6. 中特別說明：因應各公司實際規模及業務分工，前揭職位本無當然之工作項目，雖陳利維、許秀鳳、鍾自強、蔡朋霖、詹鳳鳴等人陳稱其等於普惠世紀集團所擔任之「海外營運長」、「市場總監」、「業務副總裁」、「『普惠世紀月刊』總編輯」或「娛樂商業顧問公司總經理」等職稱，均係陳重佑所強加，然依卷附證據資料所示，其等為使普惠世紀集團能達到吸收更多投資款之目的，分別為附表一所示分工，深度參與普惠世紀集團之吸金過程，鍾自強及蔡朋霖甚而於會員大會時，以前揭職銜身分，分別就「普惠世紀月刊」及普惠集團曾主辦之活動向會員說明，在在顯示其等與陳重佑等人欲以此組織龐大、分工嚴謹之方式，致參與者對普惠世紀集團產生投資穩固之臆想，甚而自己加強投資，抑或推薦親友投資之情，甚為明確。況倘如其等所述，明知自己未曾受陳重佑從事與前揭職位相關業務，竟仍應陳重佑之請求，以上開職務於會員大會中向參與者佈達普惠世紀集團營

運狀態，更可推認其等明知普惠世紀集團營運非正常，否則焉有由其等出面僭稱職位向參與會員說明該組織各單位之營運狀況（見原判決第 69 頁第 21 列至第 70 頁第 6 列）等語。準此，上訴人等 9 人似非僅單純聽命於陳重佑、官韋岑 2 人行事，倘其等對於上開投資尤其臺灣地區部分業務確具有實際控制支配力者，能否謂非銀行法第 125 條第 3 項所稱之「法人之行為負責人」，僅能如原判決所述依刑法第 31 條第 1 項之規定與陳重佑成立共同正犯（見原判決第 78 頁第 26 列至第 79 頁第 14 列），自非無斟酌之餘地，原審未詳予釐清，遽為前揭認定，有調查未盡及判決理由不備之違法。

- (三)、由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第 370 條第 1 項前段定有明文，此即所謂「不利益禁止變更原則」，但此原則並非禁止第二審做出任何不利於被告之變更，而是僅止於禁止「原審判決之刑」之不利變更。依此，不利益禁止變更原則其功能僅在為第二審法院劃定量刑之外部界限，只要量刑結果未超出第一審判決之刑，即無不利益變更的問題。又按量刑之輕重，固屬事實審法院得依職權裁量之事項，惟仍應受罪刑相當、比例原則及公平原則之限制，始為適法，此即所謂「罪刑相當原則」。換言之，縱使不論不利益變更禁止原則與否，在第二審法院量刑時本必須遵守實體法的規定，尤其宣告刑不得超出法定量刑空間，在此範圍內「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第 57 條一切情狀」。倘若第二審認定被告之犯罪情節較第一審為輕微時，基於「罪刑相當原則」的要求，第二審量刑亦應隨之減輕。是「不利益禁止變更原則」及「罪刑相當原則」雖分別出於保障程序上被告之上訴決定權或正確適用實體法的要求，兩者概念應有區別，惟在適用上彼此相互關連。是若由被告上訴或為被告之利益而上訴第二審之案件，第二審所認定之犯罪情節，明顯輕於第一審者，若第二審之宣告刑猶等同於第一審，實際上無異諭知較重於第一審之宣告刑，即難謂與「不利益變更禁止原則」或「罪刑相當原則」無悖。本件第一審認定陳利維除犯銀行法第 125 條第 1 項後段之非法經營銀行業務罪外，另犯有多層次傳銷管理法第 18 條、第 29 條第 1 項之違反多層次傳銷行為罪（見第一審判決第 54 至 57 頁），原審則認陳利維之行為不該當違反多層次傳銷行為罪（見原判決第 74 頁第 2

列至 77 頁第 13 列、第 86 頁第 28 列至第 87 頁第 2 列)，並認陳利維此部分第二審上訴為有理由（見原判決第 87 頁第 28 至 30 列），另檢察官雖對於第一審就陳利維部分，以量刑過輕為由提起第二審上訴，但經審酌後，難認第一審之量刑有何明顯失衡之處（見原判決第 88 頁第 4 至 7 列）。換言之，原審就第一審對於陳利維犯前揭 2 罪之量刑，認無量刑失當，雖有以第一審對於陳利維認僅成立銀行法第 125 條第 1 項後段而未同時論列該條第 3 項（即法人之行為負責人）之罪名有所不妥亦作為撤銷第一審對於陳利維部分判決之理由，然於實質上並不影響原審對於陳利維犯罪情節之認定明顯較第一審為輕等情，卻仍量處與第一審相同之刑期，又未說明陳利維有何依法應加重其刑或有犯罪情節擴張，自有違罪刑相當或不利益變更禁止原則。

- (四)、關於違反銀行法案件之犯罪所得，其沒收或追徵範圍，依修正後銀行法第 136 條之 1 規定，除刑法沒收以「實際合法發還」作為排除沒收或追徵之條件外，另有「應發還被害人或得請求損害賠償之人」之特別規定。乃鑑於刑法之沒收原屬從刑，犯罪所得經執行沒收後，即歸屬國庫，未另提供被害人求償之管道，導致被害人因現實或各種因素，未能另行求償。且沒收之標的又以屬犯罪行為人「所有」為必要，以致犯罪行為人雖持有犯罪所得，卻無法宣告沒收，而仍由其保有犯罪所得之不合理現象。故刑法沒收新制實施後，沒收已非從刑，其目的在於澈底剝奪犯罪行為人之犯罪所得，使其不能坐享犯罪成果，以杜絕犯罪誘因，性質上屬類似不當得利之衡平措施。關於犯罪所得沒收、追徵之規定，不但採義務沒收主義，且讓權利人得就沒收、追徵之財產聲請發還或給付，以回復犯罪前之財產秩序，並以「實際合法發還」作為排除沒收或追徵之條件。基此，銀行法第 136 條之 1 所設「應發還被害人或得請求損害賠償之人」規定，應從嚴為法律體系之目的性限縮解釋，事實審法院必須查明犯罪行為人之犯罪所得及已實際合法發還等應扣除之部分，不得僅因仍有應發還被害人或得請求損害賠償之人，或其被害人、賠償數額尚屬欠明，即認無須為犯罪所得沒收、追徵之諭知，俾與刑法第 38 條之 1 所揭示之立法意旨相契合。又為貫徹修正後銀行法第 136 條之 1 之立法目的，除確無應發還被害人或得請求損害賠償之人外，於扣除已實際發還不予沒

收之部分後，就其餘額，應以「除應發還被害人或得請求損害賠償之人外」之附加條件方式諭知沒收、追徵，俾該等被害人或得請求損害賠償之人，於案件判決確定後，得向執行檢察官聲請發還或給付。再言，關於犯罪所得之計算，依刑法第 38 條之 2 第 1 項前段規定，只有犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，始得以「估算」認定之。又此所謂「估算」，依立法說明，固不適用嚴格證明法則，僅須自由證明為已足。惟估算是於欠缺更好調查可能性下之應急手段，只有在不法所得之範圍與價額認定顯有困難時，始得以估算。相對地，若在認定上並非顯有困難時，法院原則上就必須履行通常調查義務，只有在善盡顯而易見之調查可能性與證據方法而仍無法確定沒收之範圍與價額時，始能援用估算之規定，若法院未盡合理調查及依憑相當證據，即遽採單方、片面說法，進而認定沒收之範圍與價額，顯然未依職權調查、審認，即非適法。進而言之，當事實審法院已盡查明義務，然對於犯罪行為人之犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，可先藉由估算方式認定之，必於估算有結果，而認仍有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，始得依刑法第 38 條之 2 之「過苛條款」不予宣告或酌減之。但不能於未查明實際犯罪所得及追徵之範圍與價額或跳過「估算」方式，直接以其認定顯有困難，即動用「過苛條款」不予宣告沒收，否則，即有悖於沒收新制揭櫫「優先保障被害人因犯罪所生求償權」之意旨。本件原判決對於上訴人等 9 人均不為銀行法第 136 條之 1 特別沒收規定之適用（見原判決理由參、十），依其理由說明先謂：本案雖認定上訴人等 9 人因違反銀行法第 29 條第 1 項規定，所獲取財物分如原判決理由欄參、一、(三)所載，然此部分金額之計算，依照理由欄貳、二、(四)之說明，尚與其等個人實際上因犯罪所取得之犯罪所得概念有異，自無從逕以該認定金額，作為上訴人等 9 人各因參與犯罪實際所得之認定。再稱：依照目前卷存證據資料所載，陳利維、許秀鳳、詹鳳鳴、蔡朋霖及鍾自強 5 人（下稱鍾自強等 5 人）招攬不特定人加入投資，普惠世紀集團固會給予一定比例、成數之佣金，且另有績效競賽獎金之發放，然依原判決理由貳、二、(七)、2.所載，鍾自強等 5 人均供述其等業將所取得之佣金、競賽獎金退還給投資者，此亦據證人王稭凱、張耀升、吳培

源、施宇任、詹原廣等 5 人（下稱證人王綸凱等 5 人）證述確有將佣金退還投資人。從而，鍾自強等 5 人所辯尚非全然無據，故其等究竟有無全數退還佣金，及其等實際上仍保有多少數額之佣金及競賽獎金實屬事證有疑，然依附表二所載，鍾自強等 5 人亦投入高度資金購買普惠世紀集團所發行投資方案，其中許秀鳳共投資新臺幣（下同）46,993,443 元、詹鳳鳴共投資 68,268,093 元、蔡朋霖共投資 15,929,591 元、鍾自強共投資 4,664,000 元，因而認鍾自強等 5 人因本案違法行為，已對無辜投資人有民事賠償責任，且其等參與投資實亦同具被害人身分，於其等實際取得佣金、競賽獎金數額未明，自身又投資高額款項情況，另對其他投資人負有民事賠償責任情況下，如再予宣告沒收推估之犯罪所得，尚有過苛之虞，從而，依刑法第 38 條之 2 第 3 項規定，不予宣告沒收鍾自強等 5 人犯罪所得。另就吳佩珊、許麗環、顏智蓉及林錚洛等 4 人（下稱林錚洛等 4 人），均係受僱普惠世紀集團，按月領取公司所發派薪資，其中吳佩珊於任職期間每月薪資自 2 萬元起，調升至 10 萬元；許麗環每月薪資 3 萬 3000 元；顏智蓉每月薪資自 7 萬元漸升至 12 萬元；林錚洛每月薪資 3 萬至 4 萬元，然於審酌林錚洛等 4 人所從事工作項目，與一般私人公司行政事務領取薪資所得相似，而林錚洛等 4 人亦於任職期間，投入資金購買普惠世紀集團所發行投資方案，其中顏智蓉部分，共投資 18,810,288 元、許麗環共投資 2,630,000 元、陳宥均亦投資 29,270 元，於認林錚洛等 4 人因本案違法行為，對無辜投資人負有民事賠償責任，且其等亦同具被害人身分，前揭薪資與一般上班族勞力所得無異，將來又須面對民事賠償責任情況下，如再予宣告沒收其等上述勞力所得，尚有過苛之虞，亦依刑法第 38 條之 2 第 3 項規定，不予宣告沒收林錚洛等 4 人犯罪所得等語。非但未先依卷內證據查明並計算上訴人等 9 人犯上開銀行法其罪之個人所得及已實際合法發還應扣除部分之數額，已有調查未盡之違法。且僅憑證人王綸凱等 5 人證言，即認鍾自強等 5 人已將合計違法吸金高達數 10 億之投資款，已全數合法發還如附表二編號 1 至 834 所示各被害人，置刑法第 38 條之 1 第 5 項及銀行法第 136 條之 1 規定應「優先保障被害人因犯罪所生之求償權」原則於不顧，並以上訴人等 9 人因日後須對各被害人負民事賠償責任，且其等本身或有參與投資，或領得有並非高額之薪資，

與一般被害人或上班族無異，未詳細調查上訴人等 9 人實際犯罪所得，或於認定有困難時，應利用「估算」方式推認其等犯罪所得，逕依沒收新制之「過苛條款」，認均無庸對上訴人 9 等人諭知「犯罪所得○○○，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，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。」等旨，自有判決理由矛盾及不適用法則之違法。

- (五)、以上或為上訴人等 9 人上訴意旨所指摘，或屬本院得依職權調查之事項，而第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，原判決上述之違背法令情形，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於上訴人等 9 人有罪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 112 年 8 月 10 日

刑事第四庭審判長法官 林立華

法官 王敏慧

法官 李麗珠

法官 黃斯偉

法官 謝靜恒

本件正本證明與原本無異

書記官 陳廷彥

中 華 民 國 112 年 8 月 14 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 2167 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 08 月 17 日

裁判案由：瀆職

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 2167 號

上訴人 邱楷燈

選任辯護人 吳剛魁律師

吳岳龍律師

上列上訴人因瀆職案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國 112 年 3 月 22 日第二審更審判決（111 年度上更一字第 3 號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署 108 年度偵字第 20177 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第 377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人邱楷燈有其事實欄所載之共同瀆職及公務員假借職務上權力私行拘禁犯行，因而撤銷第一審關於上訴人凌虐人犯致人於死部分所為之科刑判決，改判依刑法上想像競合規定從一重論上訴人共同犯凌虐人犯致死罪（相競合犯刑法第 134 條、第 302 條第 1 項之公務員假借職務上之權力私行拘禁罪），經依刑法第 59 條規定酌量減輕其刑後，處有期徒刑 3 年 10 月（另所犯共同行使公務員登載不實文書罪部分，業經判決確定）。已詳細敘述所憑之證據及取捨、認定之理由。且就上訴人否認有上開瀆職等犯行等語，其辯詞不可採之理由，予以指駁。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨乃謂：（一）、原審係以法務部矯正署（下稱矯正署）民國 111 年 9 月 8 日法矯署安字第 1110174320 號函之說明內容作為上訴人是否知悉被害人即受刑人陳瑞卿遭受凌虐之依據，

惟上開函文係用假設語氣認定監獄中值日、夜班之管理員對於受刑人生命、身體遭侵害之暴行均應知情，但上訴人在原審時已對是否知情乙節，予以爭執，原審未予查明，反依上開函文倒果為因認定上訴人負有作為義務卻不作為，並據為其成立上開罪名佐證之一，自違反罪刑法定原則、經驗法則及論理法則。

(二)、又原審作為認定上訴人成立犯罪判斷依據之矯正署高雄監獄戒護科勤前教育紀錄簿，只是記錄戒護科長關於勤務之指示內容，其中強調「戒護一體」觀念，既無法律依據，更未經檢察官、上訴人及其原審辯護人對此表示意見，能否據為論罪科刑認定準則，即屬有疑，其認上訴人應越過自己職權，負有阻止已判決確定之同案被告李振賓凌虐被害人之行為義務，自屬違法。況李振賓將被害人帶出舍房進行所謂教育感化之手段雖逸脫合法範圍，但亦非矯正署所屬機關管理人員服勤應行注意事項（下稱「注意事項」）第 20 點所謂如監獄暴動、越獄等「發生緊急事件」，上訴人自無依上開注意事項規定向上級報告之義務。且上訴人斯時復正辦理勤務交接繁忙之際，難以期待其能為任何勸阻李振賓之行為，原審未考量監所機構本身存有之前揭特殊情狀，卻以上開「注意事項」課以上訴人嚴格之作為義務，同有違反罪刑法定原則、經驗法則、論理法則，並有判決適用法規不當、理由不備之違誤。

(三)、原審未區別上訴人至多只於案發時在場與李振賓實行凌虐行為之相異處，且斯時亦尚未與李振賓完成交接，李振賓亦未將被害人之特殊情況告知上訴人，僅以上訴人未阻止李振賓對被害人之不當管教，即認上訴人有默示凌虐犯人之犯意聯絡，應負共同正犯責任。復認上訴人於被害人返回舍房後，曾以廣播制止被害人躺平休息之動作，亦屬凌虐行為，而忽略被害人當時係自行步行回舍房，且從被害人外觀亦難查覺內臟受損之情，及被害人本身患有焦慮、酒精依賴及早期梅毒等慢性病，常有不服從管教之違規行為，實難要求上訴人能由監視畫面判斷被害人當時究係身體不適或單純管教問題。況上訴人在交接後須透過監視器 24 格畫面同時監看管理 46 名受刑人，根本無法全心顧及被害人，原審只憑主觀臆測即認定上訴人成立前揭各罪之共同正犯，同有判決理由不備、違反論理法則及經驗法則之違法。

(四)、退而言之，原審認定上訴人應對李振賓凌虐被害人致死之加重結果負責，然上訴人是否負有「保證人地位」，仍應視其是否能預見並避

免侵害結果之發生。原審未查明李振賓之個人行為有無超越上訴人認知之範圍、上訴人有無違反注意義務及與加重結果之發生有何因果關係，只以上訴人在場，且與李振賓同為監所管理員，即負有維持監所秩序之義務，並應對被害人死亡之結果負責，有判決適用法則不當及理由不備之違誤等語。

三、惟查：

- (一)、監獄行刑，乃國家對於犯罪人執行刑罰之主要方式之一。除了公正應報及一般預防之目的外，主要在於矯正、教化受刑人，協助其復歸社會生活，參酌已具國內法效力之公民與政治權利國際公約第 10 條第 1 項規定：「自由被剝奪之人，應受合於人道及尊重其天賦人格尊嚴之處遇。」同條第 3 項前段復規定：「監獄制度所定監犯之處遇，應以使其悛悔自新，重適社會生活為基本目的。」故而，我國監獄行刑法對於受刑人從入監、監禁、戒護、作業、教化及文康、給養、衛生及醫療、接見及通信、保管、獎懲及賠償、陳情、申訴及起訴、假釋、釋放及保護、死亡、死刑執行等特設各種完善規定，旨在積極促使受刑人獲得矯治，成功復歸社會，減少再犯，俾達防衛社會安全之功效。且受刑人在憲法上之基本權，並非全數被剝奪，除了入監服刑之人身自由以及附帶其他自由權利受限制之外，其他所得享有之憲法上權利與一般人民所得享有之基本權利並無不同，仍受憲法之保障（參見司法院釋字第 756 號解釋理由）。換言之，受刑人除了身體自由受到禁錮之外，其他基於人格尊嚴所享有的思想自由以及憲法上的基本權，除了「維護監獄紀律」之考量於必要情形，得對於受刑人基本權加以限制外，不得無故限制或剝奪，故而，監獄行刑法第 6 條第 1 項明定：監獄人員執行職務應尊重受刑人之尊嚴及維護其人權，不得逾越所欲達成矯治處遇目的之必要限度。尤以時序不斷更替，監獄行刑之理念亦趨由傳統刑罰懲戒轉趨向教化以回歸社會，監獄社會特別文化之取向，影響於從事犯罪矯治人員所負時代任務，非但責任更形艱鉅，面對著受刑人犯罪「質」與「量」的多樣性，監獄處遇，亦宜謀求因應措施，俾得配合在管教上予彈性運用，但唯一不變的是當受刑人受到任何不當對待，甚或遭凌虐或淪為刑事案件被害人時，身為犯罪矯治之監獄管理人員，倘知情、在場或無事實上困難時，不待法律明文特別規定，且無關乎其職級、勤務內容或時間，均負有報告、導正、排除或

救助之責任，應屬當然。至於監獄行刑法及其施行細則，暨其他與監獄矯正業務有關之注意事項、考核或實施要點、管理辦法、倫理規則或矯正署對此所發布之函文、釋示等，只是作為監獄管理人員執行職務之行為參考準則，非謂一無規定或所定與實際情況不同，即能卸免其等應維護受刑人憲法上賦予基本權利之責任。

- (二)、本件原判決依證人即同案被告李振賓（監獄管理員）、蔣秉益、劉子榮、蕭明俊及黃冠富（以上 4 人均為受刑人）之證（供）詞，佐以與其等所述相符之對於案發舍房、走道及廣場監視錄影光碟之勘驗筆錄、照片、被害人緊急就診及死亡之病歷紀錄、法務部法醫研究所解剖報告書暨鑑定報告書、函文、臺灣高雄地方檢察署相驗屍體證明書等件以為佐證，認定上訴人身為監獄管理員，雖於案發時尚未到表定服勤時間，但已提前與李振賓辦理交接清點受刑人，並在場親見李振賓要求擔任雜役之蕭明俊、蔣秉益等人將被害人之舍門打開及壓制被害人並帶離舍房，且被害人在無監獄行刑法第 22 至 25 條之情況下，被同為受刑人之蔣秉益等人施以手梏拘禁、強行帶離舍房及強戴安全帽矇頭，並於李振賓、蔣秉益毆打、腳踹或拿咖啡澆淋被害人，及被害人不斷發出哀嚎，並明顯可聽聞撞擊、斥責聲時，知悉被害人係遭凌虐，但未加予勸阻或為任何舉止。復於其執勤而由掌管之監視畫面已見被害人表情痛苦不堪，無法坐正，並不斷撫摸自己肚子，以手挖嘴巴，作嘔吐狀，而當被害人表示想躺下休息時，仍要求被害人必須起身坐好，被害人不得已只能以手撐住地板勉強坐起，終因體力不支倒臥地上，並頻頻呻吟，上訴人仍視若無睹，未加以理會施救，直至他人發現被害人狀況有異，已無法測得被害人心跳及脈博後，始將被害人送醫急救，但被害人終因外力對左胸壁外側、腰部外側之踢打，導致其第 7 到 11 肋骨骨折，刺穿橫膈膜、脾臟，造成脾臟破裂大量出血，於到醫院前即已休克死亡。因而認為上訴人須就其以不作為方式對於李振賓等人對被害人私行拘禁及遭凌虐致死行為負共同正犯之責。既係綜合各種直接、間接證據，本於推理作用，而為事實判斷。經核俱與卷內資料相符，原判決採證認事並無違反經驗法則、論理法則，亦無任意推定犯罪事實、違反罪刑法定原則、判決理由不備或適用法則不當之違誤。其違法之舉，當不因矯正署上開 111 年 9 月 8 日法矯署安字第

1110174320 號函文如何說明、矯正署高雄監獄戒護科勤前教育紀錄簿是否提及「戒護一體」，或案發時雖非上訴人正式執勤時刻，但實已與李振賓辦理交接事宜，且無視其於上工服勤後更有上開積極及消極之凌虐行為，而有所不同。上訴意旨及其餘枝節所指均係就原判決已說明之事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見，而為爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其上訴不合法律上之程式，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 8 月 17 日

刑事第四庭審判長法官 林立華

法官 王敏慧

法官 李麗珠

法官 黃斯偉

法官 謝靜恒

本件正本證明與原本無異

書記官 陳廷彥

中 華 民 國 112 年 8 月 18 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 2376 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 08 月 10 日

裁判案由：傷害

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 2376 號

上訴人 臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官陳俊宏

被告 郭昌騰

紀人禾

黃宥森

上列上訴人因被告等傷害案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國 112 年 3 月 7 日第二審判決（111 年度上訴字第 1149 號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署 111 年度少連偵字第 9 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，認定被告郭昌騰（係成年人）、紀人禾及黃宥森有其事實欄所載，與少年郭○清、潘○宇（以上 2 人之人別資料均詳卷）共同傷害告訴人郭○地身體之犯行，因而撤銷第一審科刑之判決，改判論處郭昌騰成年人與少年共同傷害罪刑，及分別論處紀人禾、黃宥森共同傷害各罪刑，並均宣告緩刑及附條件之負擔，併諭知緩刑期間內付保護管束，已詳敘其認定犯罪事實所憑證據及認定之理由。另原判決以不能證明被告 3 人有如檢察官起訴意旨所指在公共場所聚集 3 人以上下手實施強暴之犯行，就此部分說明應不另為無罪諭知之理由。
- 三、刑法上危險犯乃相對於實害犯，祇須行為使行為客體或法益陷於危險狀態，不待實害之發生，即構成犯罪。依照危險犯之危險狀態，固可區分為具體危險犯及抽象危險犯。前者，乃立法

者將危險狀態作為構成要件要素，規定在刑法條款中，例如刑法公共危險罪章中法文規定「致生公共危險」，由法官就具體個案情節，審查行為有無招致犯罪構成要件所定危險狀態；後者，則是立法者根據一般人日常生活經驗之累積，將普遍認為對法益具有典型危險之行為，擬制為有該行為即會發生立法者所預設之危險，在實行符合犯罪構成要件所定之行為時，即足認有抽象之危險存在，無待法官再實質判斷危險是否存在，例如刑法第 173 條第 1、2 項之放火燒燬或失火燒燬現供人使用之住宅或有人所在建築物罪，即屬之。然而，具體危險犯有危險結果或其因果關係難以證明之情形，致使其構成要件無法達成立法者原先所預期之功能。至於抽象危險犯之「危險」係由立法者擬制，行為人即使舉證證明其行為完全不具危險性，仍應受罰，恐造成無實質法益侵害之行為亦在處罰之列，不免有違反罪責原則之虞。為彌補具體及抽象危險犯之缺失，晚近學說與立法方式因而發展出「適性犯」（或稱「適格犯」、「潛在危險犯」）之犯罪類型予以緩和。亦即為避免抽象危險犯之規定，可能羅織犯罪過廣，及具體危險犯之危險結果難以證明之窘境，因而有「適性犯」犯罪類型之產生。而行為人所為之危險行為是否該當「足以」發生侵害之適合性要件，在構成要件該當判斷上，係基於與行為人相當之理性第三人之標準為斷，以評價行為人之行為強度，是否已具備法條所描述之危險特徵，或有無侵害所欲保護客體或法益之可能性，至於行為是否導致實害結果之發生，即非所問。是「適性犯」之評價著重在行為屬性，縱使客觀上尚未產生具體之危險狀態，但只要行為人之行為本身具有法條中所要求的特定危險性質，即屬該當，此與具體危險犯必須客觀上已致生危險結果，始得論以既遂，明顯有別；亦與抽象危險犯，不論是否具備危險可能性，只要實行構成要件之行為時，即論以既遂有異。通常在犯罪構成要件規定「足以…」者，如刑法第 286 條第 1 項妨害自然發育罪之構成要件，將行為之侵害特性規定為「足以妨害其（未滿 18 歲之人）身心之健全或發育」，藉此限縮概括條款（他法）之涵蓋範圍，即為立法明文之適性犯。倘犯罪構成要件未予明白規定，但立法擬制之危險概念，將使對法益侵害極其輕微之行為，亦予以處罰，而有違反罪責原則之虞時，即應將該罪視為實質適性犯，在解釋上應透過「足以生危險於保護法益」之不成文構成要件

要素予以審查，亦即行為仍須發生侵害法益危險之可能性，但不須致生對保護法益具體危險之程度，藉以判斷個案犯罪成立與否，庶免悖離憲法罪責原則之誡命。

- 四、鑒於具有潛在暴力性質的人群聚集，易使個人在人群掩飾下產生妄為或罪惡感，立法者因而制定具有聚眾犯與危險犯性質之聚集施強暴脅迫罪（刑法第 150 條）及聚集不解散罪（同法第 149 條）等規範，用以保護公眾安全。而為因應當前社會之需求，該等規範業於民國 109 年 1 月 15 日修正公布，其中修正後刑法第 150 條第 1 項之聚集施強暴脅迫罪，以在公共場所或公眾得出入之場所聚集 3 人以上，施強暴脅迫，為其要件，且依個人參與犯罪態樣之不同，分為首謀、下手實施或在場助勢之人，而異其刑罰。並於同條新增第 2 項第 1 款之意圖供行使之用而攜帶兇器或其他危險物品，及第 2 款之因而致生公眾或交通往來危險等規定，為其加重構成要件，以避免公眾安全遭受更為嚴重之侵害（其中第 2 款加重聚集施強暴脅迫罪為具體危險犯）。考諸此次修正之立法理由所載敘：本罪重在安寧秩序之維持，若其聚眾施強暴脅迫之目的在犯他罪，固得依他罪處罰，若行為人就本罪之構成要件行為有所認識而仍為本罪構成要件之行為，自仍應構成本罪，予以處罰等旨，參以本罪係列於妨害秩序罪章之體例，可見該罪之立法目的乃在維持社會安寧秩序，所保護之法益側重保障公眾安全之社會法益，有別於個人法益之保護。又稽諸該條修法理由雖說明：倘 3 人以上，在公共場所或公眾得出入之場所聚集，進而實行強暴脅迫（例如：鬥毆、毀損或恐嚇等行為）者，不論是對於特定人或不特定人為之，已造成公眾或他人之危害、恐懼不安，應即該當犯罪成立之構成要件，以符保護社會治安之刑法功能等旨，依此立法說明，行為人施用強暴或脅迫行為之對象，當包括對特定個人或不特定公眾為之，且擬制為有該行為即會發生立法者所預設之危險。然該罪保護之法益既在保障公眾安全，使社會安寧秩序不受侵擾破壞，尤在對象為特定人，進而實行鬥毆、毀損或恐嚇等情形，是否成立本罪，仍須視個案情形判斷有無造成公眾之危害、恐懼不安，否則將造成不罰之毀損、傷害或恐嚇未遂之行為，仍以本罪處罰，不啻使本罪規範成為保護個人法益之前置化規定，致生刑罰過度前置之不合理現象，有違憲法罪責原則。是以該罪雖非立法明文之適性犯，惟為避免違反罪責

原則，仍應將對特定人施強暴脅迫之本罪視為實質適性犯，亦即，3 人以上在公共場所或公眾得出入之場所聚集，倘施強暴脅迫之對象為不特定人，即屬造成公眾或他人之危害、恐懼不安，而成立本罪；若其對象為特定人，基於本罪著重公眾安全法益之保護，依目的解釋及合憲性解釋，其所施用之強暴或脅迫行為，仍須足以引發公眾或不特定人之危害、恐嚇不安之感受，而有侵害公眾安全之可能性，始該當本罪，俾符前述本罪修正之立法目的及所保護社會法益，且與罪責原則無違。本件原判決本諸上開意旨，依據原審勘驗現場錄影光碟之結果暨擷圖，與卷內告訴人之安泰醫療社團法人潮州安泰醫院診斷證明書等證據資料，互為勾稽後，詳細說明被告 3 人與少年郭○清、潘○宇等人雖有對告訴人為肢體暴力行為，惟其等施暴之動機及目的均屬明確且同一、對象特定（即告訴人），地點大致在佛具店前之騎樓空地及屋旁轉角處，並未漫延或跨越馬路，另由往來之人、車仍能正常行駛而未有閃（迴）避，以及被告 3 人與少年郭○清、潘○宇等人亦未在現場鼓譟或持械攻擊、毀損周邊之人或物等情綜合研判，難認其等之行為已有可能煽起集體情緒失控，而波及蔓延至周邊不特定之人或物，顯然未有因此而影響其他第三人有關公眾秩序或造成群眾恐慌之情狀，復參酌告訴人事後亦隨即自行走回上開佛具店前之空地或騎樓，於當晚經警送醫診治，亦僅受有右肩關節、右肘關節及臀部挫傷疼痛之傷害，可見傷勢並不嚴重，被告 3 人應僅因告訴人父子之糾紛而對告訴人施暴，警告之意味濃厚，實難認其等對告訴人實施傷害之行為態樣及強度，已達因外溢作用產生危害於公眾安寧、社會安全，而使公眾或不特定之他人產生危害、恐懼不安之程度，自不符合刑法第 150 條第 1 項規範之立法意旨。況刑法第 150 條之罪既屬妨害秩序之犯罪，主觀上須其有妨害秩序之故意，亦即應具有實施強暴脅迫而為騷亂之共同意思，始與該條罪質相符。本件被告 3 人既僅因告訴人父子之糾紛而對告訴人施暴，係出於對告訴人警告之意，亦難認其等主觀上具有妨害秩序之故意。是原審因而就檢察官所指被告 3 人在公共場所聚集 3 人以上下手實施強暴犯行，不另為無罪之諭知，核其論斷，於法並無不合，亦無上訴意旨所指誤將被告 3 人行為，評價是否符合同條第 2 項加重構成要件之情形。且其說明俱有前揭證據資料可稽，並不違背證據及論理法則，係原審

採證認事職權之適法行使，亦不得任意指摘為違法。檢察官上訴意旨徒執上開聚集施強暴脅迫罪之修正理由，侷限於條文字面之解釋，忽略該罪規範之目的、保護法益，未以憲法罪責原則探求其為實質適性犯之屬性，誤認行為人有聚眾之事實，並實行強暴或脅迫行為，即應成立聚集施強暴脅迫罪，且謂原判決混淆刑法第 150 條第 1 項及第 2 項之構成要件，而誤將被告 3 人行為評價是否符合該條第 2 項構成要件云云，復爭執上開勘驗現場錄影光碟結果等相關證據之證明力，就被告 3 人之行為有無使公眾或不特定之他人產生危害、恐懼不安之單純事實，再事爭辯，而據以指摘原判決違法，自非適法之第三審上訴理由。

五、綜上，檢察官上訴意旨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，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，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 8 月 10 日

刑事第三庭審判長法官 徐昌錦
法官 江翠萍
法官 侯廷昌
法官 鄧振球
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 8 月 14 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 2490 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 07 月 27 日

裁判案由：家暴殺人

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 2490 號

上訴人 李○○

選任辯護人 周信宏律師

上列上訴人因家暴殺人案件，不服臺灣高等法院中華民國 112 年 3 月 21 日第二審更審判決（111 年度上更一字第 172 號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署 110 年度偵字第 8620、11830 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、刑事訴訟法第 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，認定上訴人李○○有如其事實欄所載殺人犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處上訴人犯殺人罪刑。核其所為論斷，俱有卷內證據資料可資覆按，自形式上觀察，原判決此部分並無足以影響其判決結果的違法情形存在。
- 三、上訴意旨略以：
 - (一)原審審判長於審判期日，係一次提示全部證據，並命上訴人一次性辨識，而未依刑事訴訟法第 288 條之 1 規定，以逐一調查方式為之；又未依刑事訴訟法第 288 條第 4 項規定，就證明犯罪事實之證據與科刑資料之調查程序予以分離，且未提示關於科刑資料之相關事證，使上訴人有表示意見之機會，所踐行之訴訟程序違背法令。
 - (二)亞東紀念醫院所出具之精神鑑定報告書，雖認為上訴人於行為時無刑法第 19 條第 1 項、第 2 項所定之情形，惟仍提及「可合理懷疑上訴人在著手犯行時身體內酒精濃度可能更高，加上合

併服用抗焦慮藥物之影響，不排除案發時上訴人或許處於『酒精中毒』之狀態」等情。原判決就上訴人於行為時之辨識及控制能力，是否與正常人無異等節，未詳為調查及說明，遽行判決，有調查職責未盡及理由不備之違法。

(三)扣案水果刀（下稱水果刀）之刀刃僅長 10 公分，而被害人張○○之上腹部創徑深度達 15.5 公分，可見應係被害人撲向上訴人欲繼續攻擊上訴人，因其身體重力作用始發生創徑深度約 15.5 公分、創徑方向為往下往後之傷勢。又被害人雖已受刀傷倒地，而上訴人仍再持酒瓶攻擊被害人，係為求防止被害人再度起身攻擊上訴人所為。原判決遽認係上訴人先遭被害人毆打，而基於報復之意持續攻擊被害人等情，有調查職責未盡及理由不備之違法。

(四)上訴人對被害人用情至深，且付出甚鉅，甚至以賣淫方式賺錢供被害人花用；上訴人係長期遭被害人家庭暴力，事發時亦遭嚴重暴力傷害等情，係屬有利於上訴人之科刑資料。原判決於科刑時未審酌上情，致量刑過重，有理由不備及違反比例原則之違法。

四、惟按：

(一)審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證；審判長每調查一證據畢，應詢問當事人有無意見；就被告科刑資料之調查，應於就被告被訴事實為訊問後行之。刑事訴訟法第 47 條、第 288 條之 1 第 1 項、第 288 條第 4 項分別定有明文。所稱每調查「一證據」畢，形式上的「單一證據」固不待言，惟審判長如認為性質相同之數證據，或用以證明同一事實而具關聯性之數項證據，有予當事人就此一併陳述意見始為完整者，並非不得合併記載，以使當事人表示意見。此與將卷內所有證據，不分證據性質、種類，或不論所欲證明之事實多樣、可分，而仍全數一次性提示調查，致當事人難以區辨證據與待證事實之關係的所謂「包裹提示」證據者，顯不相同。又就被告科刑資料之調查，應於被告被訴事實為訊問後行之，係因認定犯罪事實與科刑均由相同法官為之，恐與犯罪事實無關之科刑資料會影響法官認定事實的心證，而明定該等科刑資料應不得先於犯罪事實之證據而為調查，而使調查證據程序上有所區隔；惟科刑以犯罪事實為基礎，用以證明犯罪事實之證據，兼有用以作為科刑資料性質者，自不能以其先於被告被訴事實為訊問前已為調查提

示，即謂有違上述調查程序區隔規定。

依卷附原審審判筆錄之記載，原審審判長於調查證據時，業依證據之性質，或依各項事實之不同，而將證據有所分類，且仍逐項記載提示並告以要旨或供辨認，使上訴人及其原審辯護人表示意見，上訴人及其原審辯護人對此調查證據之方式，未當場表示異議，亦未抗辯有不明解文書要旨或證物未提示無從辨認之情，且進而已就證明力為實體上之陳述論辯，並已為言詞辯論。原審或有併將數項證據之提示告以要旨或供辨認等調查過程，僅為合併記載，尚不影響上訴人對於辨明事實、陳述意見之權利實質行使，難認係違法之「包裹提示」方式調查證據。而原審於訊問上訴人被訴事實後，始就與犯罪事實無關之前科及前案執行紀錄提示調查，其他關於各項文書證據固有與科刑相關者，惟仍均與認定犯罪事實有關而難區分，並非單純僅屬科刑資料，且上訴人及其原審辯護人均未有表示異議。原審於訊問上訴人被訴事實前，先為提示調查，無違刑事訴訟法第 288 條第 4 項之規定。此部分上訴意旨任意指摘：原審審判長一次提示全部證據、未提示關於科刑資料，且所踐行之調查證據程序違法等語，尚非合法之上訴第三審理由。

- (二)證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，係屬事實審法院得自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，尚未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，亦無明顯濫用裁量權之情事，即無違法可言。又事實審法院認定事實，非悉以直接證據為限，其綜合調查所得之各項直接證據及間接證據，本於合理之推論而為判斷，仍係適法之職權行使。又刑事訴訟法第 379 條第 10 款所稱，依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實而為不同之認定，始有調查之意義。若欠缺調查證據之必要性，法院未依聲請或職權贅為無益之調查，應無違法之可言。

原判決主要依憑上訴人於警詢、偵訊、第一審及原審審理時所為不利於己部分之供述，以及卷附被害人之檢驗報告書、相驗屍體證明書、相驗照片、法務部法醫研究所（110）醫鑑字第 0000000000 號解剖報告書暨鑑定報告書等證據資料，據以認定及說明：上訴人係因細故與被害人發生口角衝突，遭被害人毆

打頭部、臉部，遂拿塑膠水桶攻擊被害人，惟遭被害人搶去水桶，心生怒意，而至房間內取出水果刀（刀刃長度 10 公分），以右手持水果刀朝被害人揮砍數刀，致被害人頭部左前額受有切割傷 1 處、臉部左眉外側受有切割傷 1 處，以及左手虎口處大拇指基部內側受有淺切割防禦傷，上訴人復基於殺人之不確定故意，憤而朝被害人上腹部猛力刺擊 1 刀，致被害人上腹部正中處受有刺傷 1 處（傷口長度 2.5 公分，創徑深度約 15.5 公分，創徑方向為往下往後、偏向右，刺破腹腔內主要動脈分支【上腸繫膜動脈】，造成大量出血，積存血水超過 2,500 毫升於腹腔內，且有臟器蒼白情形）。被害人倒地已無力抵抗後，上訴人仍基於盛怒，再持酒瓶朝被害人之頭部揮擊，致被害人頭頂部受有大片頭皮下出血（出血面積 19 公分×11 公分）等情；上訴人持刀刃長度 10 公分之水果刀刺向被害人上腹部後，造成該傷口之創徑深度達 15.5 公分，水果刀之刀刃則自刀柄處斷裂，顯見其刺擊力道甚為猛烈，且見被害人倒下已無力抵抗後，未即時將被害人送醫急救，反持酒瓶再朝被害人頭部揮擊，致被害人頭頂部大片頭皮下出血等情；且水果刀之刀刃長「10 公分」，其由正面持水果刀刺入被害人上腹部之深度已達「15.5 公分」，顯見已將水果刀之刀刃全部刺進被害人之上腹部，且力道猛烈，既難以想像上訴人手持水果刀，被害人仍會甘冒自己身體、生命安危而持續朝對方施暴，因認上訴人持水果刀朝被害人上腹部刺擊時，被害人已無對之進行不法侵害，所為不符刑法第 23 條之正當防衛。足認上訴人行為時主觀上對於其所為可能造成被害人死亡之結果，具有容任被害人發生死亡結果，而其發生不違背其本意之不確定故意等旨。又卷附亞東紀念醫院精神鑑定報告書認為，上訴人於行為時並無刑法第 19 條第 1 項、第 2 項所定之情形；法務部法醫研究所鑑定報告書所載被害人鑑定結果，被害人所受上腹部刺傷創徑深度約 15.5 公分，創徑方向為往下往後之傷勢，上訴人自白係其攻擊被害人等情，於原審審理時，經審判長詢以：「有無其他證據提出或聲請調查？」，以及就科刑資料：「尚有無其他證據要提出？」，上訴人及其選任辯護人均表示無意見、無其他證據請求調查、無其他證據提出等語（參見原審卷第 286 至 299 頁）。原審基於上述證據所為判斷，已足證明上訴人之不確定殺人犯意及犯行，而未依職權再為此部分上訴意旨所指無益之調查，當無違法之可言。

上訴意旨泛指：原判決有調查職責未盡及理由不備之違法等語，自非合法之上訴第三審理由。

(三)關於刑之量定，屬事實審法院得依職權裁量之事項，法院就具體個案犯罪，以行為人的責任為基礎，審酌刑法第 57 條所列各項罪責因素後，予以整體評價，而為科刑輕重標準的衡量，使罰當其罪，以實現刑罰權應報正義，並兼顧犯罪一般預防與特別預防之目的，倘其未有逾越法律所規定範圍，或明顯濫用其權限情形，即不得單憑主觀，任意指摘為違法，而據為合法上訴第三審的理由。

原判決已說明：上訴人經依刑法第 62 條前段自首規定減輕其刑，並無情堪憫恕、法重情輕之情形，而無刑法第 59 條酌量減輕其刑規定之適用。並審酌上訴人與被害人原為交往並同居之男女朋友，其於案發時雖有遭被害人毆打，但其卻憤而持刀刺破被害人腹腔內主要動脈分支，當被害人遭其刺擊倒地已無力抵抗時，卻未即時將被害人送醫急救，反持酒瓶再敲擊被害人頭部，對於被害人家屬造成難以抹滅之傷痛，且未賠償被害人家屬所受損害，以及於原審審理時坦承犯行，暨其與被害人同居約 7 年多等一切情狀，而為量刑。原判決所為量刑，並未逾越法定刑，亦無明顯濫用裁量權而有違反公平之情形，核屬事實審法院量刑裁量職權之適法行使，尚難指為違法。至上訴意旨所指：上訴人以賣淫方式賺錢供被害人花用；且係長期遭被害人家屬暴力、事發時亦遭嚴重暴力傷害等情。原判決既於事實、理由有所認定及說明，應包括在一切犯罪情狀之範疇。此部分上訴意旨任意指摘：原判決未詳為審酌對上訴人有利之犯罪情狀，致量刑過重，有理由不備及違反比例原則之違法等語，均難謂為適法之第三審上訴理由。

五、綜上所述，上訴意旨係置原判決所為明白論斷於不顧，就原判決已詳細說明事項，徒憑己意而為相異評價，重為事實之爭執，或對於事實審法院採證、認事及量刑職權之適法行使，任意指摘，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。依照首揭說明，應認本件上訴為不合法法律上之程式，而予以駁回。

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 7 月 27 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 8 月 2 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 2673 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 07 月 27 日

裁判案由：加重詐欺等罪

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 2673 號

上訴人 黃釋鋒

選任辯護人 鄧湘全律師

上列上訴人因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國 112 年 3 月 30 日第二審判決（111 年度上訴字第 1920 號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署 109 年度偵字第 34262、34271 號，110 年度偵字第 3802、4863 號，追加起訴案號：110 年度偵字第 24373 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證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人黃釋鋒有如其犯罪事實欄即其附表一編號 1 至 6 所載，基於參與犯罪組織、三人以上共同詐欺取財及一般洗錢之不確定故意，參與由匿名「蕭小姐」及其他姓名不詳之人所組詐欺犯罪集團，提供其名下之金融機構帳戶予上開詐欺集團使用，再由該詐欺集團成員對如原判決附表一編號 1 至 6 所示之被害人施用詐術，使被害人受騙而匯款至上訴人所提供之金融機構帳戶內，上訴人再依該詐欺集團匿名「張智傑」者之指示，以至金融機構所設置之自動提款機提領被害人受騙而匯至上開帳戶內現款之方式，提領上述詐得之款項（詳如同上附表一編號 1 至 6 所示），並將領得之款項交付予「張智傑」所指定之何○晨等犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判依想像競合犯關係，從一重以三人以上共同犯詐欺取財（下稱加重詐欺取財）共 6 罪處斷，並就如其附表一編號 4、5 所示共 2 罪部分，每罪均依刑法第 59 條酌減其刑之規定減輕其刑後

，分別量處如原判決附表一編號 1 至 6「罪名及宣告刑」欄所示之刑，及合併定其應執行之刑為有期徒刑 2 年 4 月，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、按行為之應否處罰，依罪刑法定原則，以行為時之法律有明文規定者為限。若行為時並無處罰之明文規定，縱行為後法律始新增處罰規定，依法律不溯既往原則，仍應以行為不罰為由，逕為不起訴處分或諭知無罪之判決，自無刑法第 2 條第 1 項比較新舊法規定之適用。洗錢防制法於民國 112 年 6 月 14 日公布增訂第 15 條之 2 規定，並於同年月 16 日施行。本條明定任何人無正當理由不得將自己或他人向金融機構申請開立之帳戶、向虛擬通貨平台及交易業務之事業或第三方支付服務業申請之帳號交付予他人使用（同條第 1 項），並採取「先行政後司法」之立法模式，違反者先由警察機關裁處告誡（同條第 2 項）。違反本條第 1 項規定而有期約或收受對價者（同條第 3 項第 1 款），或所交付、提供之帳戶或帳號合計 3 個以上者（同條第 3 項第 2 款），或經警察機關依第 2 項規定裁處後 5 年以內再犯者（同條第 3 項第 3 款），則逕依刑罰處斷，科處 3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣（下同）100 萬元以下罰金（同條第 3 項）。本條第 3 項之犯罪（下稱本罪），係以行為人無正當理由提供金融帳戶或事業帳號，而有如本條第 3 項任一款之情形為其客觀犯罪構成要件，並以行為人有無第 1 項但書所規定之正當理由為其違法性要素之判斷標準，此與同法第 14 條第 1 項、第 2 條第 2 款「掩飾隱匿型」之一般洗錢罪，係以行為人主觀上具有掩飾或隱匿其犯罪所得與犯罪之關聯性，使其來源形式上合法化之犯意，客觀上則有掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者為其犯罪構成要件者，顯然不同。行為人雖無正當理由而提供金融帳戶或事業帳號予他人使用，客觀上固可能因而掩飾特定犯罪所得之去向，然行為人主觀上對於他人取得帳戶或帳號之目的在作為掩飾或隱匿犯罪所得與犯罪之關聯性使用，是否具有明知或可得所知之犯罪意思，與取得帳戶或帳號使用之他人是否具有共同犯罪之犯意聯絡，或僅具有幫助犯罪之意思，仍須依個案情形而定，尚不能因本罪之公布增訂，遽謂本罪係一般洗錢罪之特別規定且較有利於行為人，而應優先適用，且對第一次（

或經裁處 5 年以後再犯）無償提供合計未達 3 個帳戶或帳號之行為人免除一般洗錢罪之適用。況行為人如主觀上不具有洗錢之犯意，不論其有無提供金融帳戶予他人使用，亦不論其提供金融帳戶予他人之數量是否達 3 個以上，本不成立一般洗錢罪，縱新法新增本罪規定，亦無比較新舊法規定之適用。徵之立法者增訂本罪，意在避免實務對於類此案件因適用其他罪名追訴在行為人主觀犯意證明之困難，影響人民對於司法之信賴，乃立法予以截堵等旨（本罪立法理由第二點參照），亦應為相同之解釋。本件原判決認定上訴人係於 109 年 6 月 30 日及同年 7 月 1 日提供其名下之國泰世華商業銀行股份有限公司、玉山商業銀行股份有限公司及元大商業銀行股份有限公司合計共 3 個帳戶予匿名「蕭小姐」之人使用，再依匿名「張智傑」者之指示，每次提領匯入上揭帳戶內之款項，可獲得 1,000 元至 2,000 元不等之報酬。則上訴人無正當理由提供其上述合計 3 個金融帳戶予他人使用，並收取對價，依上訴人行為時之法律，既尚無如前述新法獨立處罰之規定，自不得因其後增訂施行之新法而予處罰，從而，自亦無刑法第 2 條第 1 項比較新舊法規定之適用。上訴人上訴意旨謂上訴人行為後新法所規定之本罪已經公布施行，且其法定刑較一般洗錢罪為輕，據以指摘原判決未及比較新舊法適用處罰較輕之新法而有違誤云云，要係因誤解法律致生之爭執，尚難謂係適法之第三審上訴理由。

- 三、本件原判決認定上訴人有如其附表一編號 1 至 6 所示加重詐欺取財等罪犯行，係援引上訴人於 112 年 2 月 20 日原審審判程序時陳稱：「（上訴要旨？）承認起訴書之事實」、「（對起訴書、追加起訴書、併辦意旨書及原審〈第一審〉判決書所載犯罪事實有何意見？）沒有意見，我承認犯罪」等語之陳述（見原審卷第 226、238 頁），及如同上附表編號 1 至 6「證據」欄所示之證據資料，為其論罪之依據，已詳敘其憑以認定之心證理由。上訴人提起本件第三審上訴，於法律審之本院，猶執其於原審受命法官行準備程序時否認犯行之辯解，謂其因在網路求職受騙而提供金融帳戶並依指示提款，主觀上並無參與犯罪組織、加重詐欺取財及一般洗錢之犯意云云，而據以指摘原判決未就其否認犯罪有利之辯解，及其曾就受僱業務之合法性，以通訊軟體 LINE 詢問匿名「蕭小姐」之對話截圖，敘明其何以不予採納之理由而有違誤云云，顯非依據卷內資料執為指摘之合法第

三審上訴理由。

- 四、按刑罰之量定，事實審法院本有自由裁量之權，倘量刑時係以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第 57 條所列各款情狀，而所量定之刑既未逾法定刑範圍，復無違反比例、公平及罪刑相當原則者，自不得任意指為違法。又是否適用刑法第 59 條規定酌減其刑，係屬法院在符合法定要件之情形下得依職權自由裁量之事項，法院縱未適用該條規定酌減上訴人之刑，亦不生違背法令之問題。本件原判決於量刑時已敘明上訴人為貪圖小利，基於不確定故意而提供金融帳戶及擔任詐欺犯罪集團「車手」，負責提供帳戶供被害人匯入贓款後予以提領，再轉交該詐欺犯罪集團上游成員，刻意製造金錢流向之斷點，並增加偵查機關查緝犯罪及被害人尋求救濟之困難，危害社會治安與金融秩序，惟念其並非擔任詐欺犯罪集團之核心角色，本件犯罪所獲取之報酬不多，犯後已於原審坦承犯行，並與告訴人何政緯、鐘霽儀達成民事賠償調解，及其所犯一般洗錢罪部分，因符合洗錢防制法第 16 條第 2 項關於在偵查或審判中自白減輕其刑規定之條件，而可在科刑時列為有利因子，因依想像競合犯關係從一重以加重詐欺取財罪處斷，而一併於量刑審酌，暨衡酌其智識程度、職業、家庭生活與經濟狀況等一切情狀，而量處如前所述之刑。且上訴人所為如原判決附表一編號 1 至 3、6 所示部分犯行，因尚未與各該編號所示之告訴人達成民事賠償和解，且依其犯罪情狀並無特殊原因而有情堪憫恕之情形，因認尚無適用刑法第 59 條規定酌減其刑之餘地，皆已於理由內詳予論敘說明。核其此部分所為論斷，乃事實審法院量刑職權之適法行使，並未逾越法定刑範圍，亦無違反公平、比例及罪刑相當原則，或有裁量權濫用之情形。上訴人上訴意旨猶謂其因一時不察而遭他人蠱惑犯罪，犯後復已與何政緯、鐘霽儀成立民事賠償調解，並依約給付賠償金，雖尚未與如原判決附表一編號 1 至 3、6 所示之告訴人達成民事賠償和解，仍足認其已切實悔過自新而堪予憫恕云云，而據以指摘原判決未依刑法第 59 條規定酌減其刑為不當，並謂原審所量處之刑，與其罪責不相當而過重云云，無非係對於原審量刑裁量權之適法行使任意加以指摘，依上述說明，同非合法之第三審上訴理由。
- 五、綜上，本件上訴人上訴意旨，並非依據卷內資料具體指摘原判決究有如何違背法令之情形，徒就原審採證認事及量刑職權之

適法行使，暨原判決已明白論斷說明之事項，任意指摘為違法，顯與法律所規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，自不能認係適法之第三審上訴理由。依首揭規定及說明，本件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 112 年 7 月 27 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 楊智勝

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 8 月 1 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 2851 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 08 月 02 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 2851 號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官陳玉華

被告 賴建誠

何靖惠

上列上訴人因被告等違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國 112 年 5 月 10 日第二審更審判決（111 年度上更一字第 90 號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署 109 年度偵字第 17514 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審關於被告賴建誠、何靖惠（下稱被告 2 人）共同運輸如第一審判決附表一所示第四級毒品科刑及沒收之判決（依想像競合犯從一重論處），改判諭知該部分無罪，固非無見。

二、惟查：

（一）藥事法所稱之「藥品」係指同法第 6 條各款之一之原料藥及製劑；而同法所稱管制藥品，則係依管制藥品管理條例第 3 條規定公告列管之「藥品」，藥事法第 6 條、第 11 條分別定有明文。前述管制藥品於公告列管前，既同為藥事法規範之藥品，若未經核准擅自輸入而無同法第 22 條第 1 項第 2 款但書之情形，即屬同條項第 2 款所稱之禁藥；倘非法輸入該禁藥，自為藥事法第 82 條第 1 項處罰之範疇。而「三級丁氧羰基去甲基愷他命」經行政院於民國 108 年 6 月 11 日公告為第四級毒品先驅原料（另於 108 年 12 月 5 日公告為第四級管制藥品原料藥），屬依毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 2 條第 2 項 4 款規定公告列管之第四級毒品，且係經政府明令公告禁止輸入之毒害藥品，併屬藥事法第 22 條第 1 項第 1 款所稱之禁藥，是若未具阻卻違法事由，本兼具第四級毒品與禁藥之性質。其非法運輸入境者，藥事法第 82 條第 1 項及毒品條例第 4 條第 4 項皆設有處罰規定，屬於同一犯罪行為而同時有 2 種法律可資處罰之法規競合情形，應從一重之運輸第四級毒品罪處斷。而「三級丁

氧羰基去甲基愷他命」既兼有藥品性質，且我國目前未核准以「三級丁氧羰基去甲基愷他命」為主成分之藥品許可證（見原審上訴字卷第 97 頁），倘若法院審理結果，認為不能依毒品條例第 4 條第 4 項之規定處罰（例如運輸時間係在公告為第四級毒品先驅原料之前），仍應調查及審究該藥品是否為藥事法第 22 條第 1 項第 2 款前段未經核准擅自輸入之禁藥、其運輸入境之事實是否符合同法輸入禁藥罪之構成要件，並說明其審酌論斷之結果，不得逕行諭知無罪。

(二)依原判決理由欄（下稱理由欄）伍、一之(一)、(二)、(三)、(六)、(七)之認定，被告 2 人曾因另案自 107 年 10 月間某日起，與范政龍（通緝中）共同基於販賣第三級及第四級毒品的犯意聯絡，將范政龍提供之第三級毒品、其他第四級毒品粉末，與果汁粉等混摻、分裝、封口包裝後，交予范政龍指示之不詳成年男子，著手對外販售，但未得手即遭查獲，而分別經判處共同販賣第三級毒品未遂罪刑確定（本院 110 年度台上字第 2254 號判決）。復於 108 年 6 月 4 日前之某日，受范政龍委託，約定由被告 2 人具名為收貨人，以每件新臺幣（下同）3 千至 5 千元不等之報酬代收包裹，並轉交指定前來之不詳成年男子，范政龍因而於 108 年 6 月 4 日前之某日，將附表一所示藏有「三級丁氧羰基去甲基愷他命」之包裹（下稱本案包裹）自香港起運，於同年 4 月進口入境，並委由東方航空公司，以浴袍、棉質 T-shirt、睫毛刷等名義向財政部關務署臺北關（下稱臺北關）申報進口，經臺北關關員發覺可疑，拆箱查驗後，發現疑為毒藥品前驅物，又有虛報所運貨物名稱、數量等情事，遂依海關緝私條例第 17 條及行政罰法相關規定，查扣前述包裹，並依同條例第 16 條規定，將本案包裹移送法務部調查局桃園市調查處偵辦，嗣專案組於同年 7 月 30 日配合宅配公司人員配送，何靖惠依通知前往收件地址簽名收受貨物，並指示宅配人員將貨物送往附近居所時，經調查員表明身分並約談，始循線查獲各情（公訴意旨關於被告 2 人以其他收貨人名義共同運輸附表二所示第四級毒品部分，業經事實審說明何以不另為無罪諭知，且未據檢察官上訴，已經確定，見理由欄貳），為被告 2 人所不爭，佐以相關證據資料，已堪認定。似認被告 2 人係自始與范政龍基於犯意聯絡，分工由被告 2 人具名為收貨人、范政龍自香港起運本案包裹，於 108 年 6 月 4 日進口入境我國後，始為臺北

關關員查驗並移送偵辦而循線查獲。並於理由欄伍、三之(三)說明本件偵查機關所為，何以並非違法創造犯意型之陷害教唆。稽之案內資料，被告 2 人除於第一審坦認前述犯行有涉犯罪（見第一審卷第 56、57、345 頁）之外，賴建誠甚且分別於調查或檢察官訊問時供承：於 106 年間擔任酒店少爺時認識老闆范政龍，嗣范政龍於 107 年間主動以臉書與其聯絡，一開始請其具名收領包裹，並允以 3 千至 5 千元為報酬，後來請其尋求其他人名義收領包裹，經徵得何靖惠同意後，多以何靖惠名義收領包裹，再由范政龍指示范政輝至其居所領取包裹，范政龍亦找其幫忙分裝毒品，交由指定之人取走...，與何靖惠受范政龍指示收受包裹及分裝約 2 年了，...何靖惠在記帳軟體上記載的是范政龍、范政輝欠其等之報酬，...一開始是請何靖惠依范政龍指示收包裹、分裝毒品，後來何靖惠經由其取得與范政龍之聯繫方式後，若其不在家或沒空，范政龍即直接聯繫何靖惠，其也與何靖惠一起分裝毒品或看誰有空就收包裹（見 108 年度偵字第 4572 號卷第 355、366 頁），108 年 5 月間曾依范政龍指示南下彰化監督工作，對方並先交付 K 他命原料予其轉交當地製毒師傅，其至彰化始知係製造 K 他命，范政龍並表示若可製成 K 他命，嗣後會再進口 100 多公斤的 K 他命原料，供製造 K 他命，其認為就是此次查獲的 25 件毒品包裹，因為時間與重量都吻合，...當時就知道要收的包裹是為了製造 K 他命之用等語（見 108 年度他字第 5704 號卷(一)第 190、202 至 203 頁），再參以何靖惠互核相符之部分供述，如若無訛，被告 2 人是否均預見係輸入製造 K 他命毒品之原料藥，仍不違其本意，基於前述犯意聯絡，配合范政龍之安排並分工以前述方式非法輸入該原料藥，而為藥事法輸入禁藥罪之共同正犯？且不論其 2 人是否確知包裹內藏放「三級丁氧羰基去甲基愷他命」之具體成分，或賴建誠有無於何靖惠簽收包裹時在場，均不影響前述不確定故意之犯意聯絡與行為分擔之判斷？即非毫無研求之餘地。乃原判決未審究前述起訴之基本社會事實是否同一，可否於起訴基本事實同一之範圍內，改論以輸入禁藥罪名，並進一步敘明其論斷之理由，僅以被告 2 人於 108 年 6 月 4 日將本案包裹運送入境桃園機場時，「三級丁氧羰基去甲基愷他命」並非列管之毒品或管制物品，又難認何靖惠於 108 年 7 月 30 日簽收貨物時，已明確知悉內有本件第四級毒品先驅原料，賴建誠又不在

現場，無從表達拒絕收受之機會等由，即遽就前述起訴事實諭知被告 2 人無罪之判決，難認無調查未盡或理由不備之違法。
三、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且前述違誤影響於事實認定，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 112 年 8 月 2 日

刑事第八庭審判長法官 何菁莪

法官 何信慶

法官 劉興浪

法官 黃潔茹

法官 朱瑞娟

本件正本證明與原本無異

書記官 王毓嫻

中 華 民 國 112 年 8 月 8 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 3132 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 08 月 17 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 3132 號

上訴人 黃家濬

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中分院中華民國 112 年 4 月 6 日第二審判決（112 年度上訴字第 248 號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署 110 年度偵字第 5234 號，111 年度偵緝字第 116 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

- 一、本件原判決認定上訴人黃家濬有其犯罪事實欄所載販賣第二級毒品甲基安非他命予李春成之犯行，因而維持第一審論處上訴人販賣第二級毒品罪刑（累犯），並諭知相關沒收及追徵之判決，而駁回上訴人在第二審之上訴，固非無見。
- 二、惟查：鑑於限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係屬不得已之最後手段。立法機關如為保護特定重要法益，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違。由於毒品之施用具有成癮性、傳染性及群眾性，其流毒深遠而難除，進而影響社會秩序，故販賣毒品之行為，嚴重危害國民健康及社會秩序，為防制毒品危害，毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 4 條對販賣毒品之犯罪規定重度刑罰，依所販賣毒品之級別分定不同之法定刑。然而同為販賣毒品者，其犯罪情節差異甚大，所涵蓋之態樣甚廣，就毒品之銷售過程以觀，前端為跨國性、組織犯罪集團從事大宗走私、販賣之型態；其次為有組織性之地區中盤、小盤；末端則為直接販售吸毒者，亦有銷售數量、價值與次數之差異，甚至為吸毒者彼此間互通有無，或僅為毒販遞交毒品者。同屬販賣行為光譜兩端間之犯罪情節、所生危害與不法程度樣貌多種，輕重程度有明顯級距之別，所造成危害社會之程度自屬有異。是憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決以此為由，明揭毒品條例第 4 條第 1 項對販賣第一級毒品者之處

罰，一律以無期徒刑為最低法定刑，有過度僵化之虞；並認為對諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當時，法院仍得減輕其刑至二分之一，俾符憲法罪刑相當原則等旨；另建議相關機關允宜檢討其所規範之法定刑，例如於死刑、無期徒刑之外，另納入有期徒刑之法定刑，或依販賣數量、次數多寡等，分別訂定不同刑度之處罰，以符合罪刑相當原則。至於毒品條例第 4 條第 2 項所定販賣第二級毒品者之處罰，上開憲法判決雖未論及，且其法定刑固已納入有期徒刑，惟其最低法定刑為 10 年，不可謂不重，而販賣第二級毒品之犯罪，同有上述犯罪情節輕重明顯有別之情形，其處罰規定亦未若毒品條例第 8 條、第 11 條，就轉讓與持有第二級毒品者之處罰，依涉及毒品數量而區隔法定刑。因此，於販賣第二級毒品之犯罪，若不論行為人犯罪情節之輕重，均以所定重度自由刑相繩，致對違法情節輕微之個案，亦可能構成顯然過苛處罰之情形。是以法院審理是類案件，應考量其販賣行為態樣、數量、對價等，以衡酌行為人違法行為之危害程度及其所應負責任之輕重，倘認宣告最低法定刑度，尚嫌情輕法重，自應適用刑法第 59 條規定酌減其刑，始不悖離憲法罪刑相當原則之誡命，以兼顧實質正義。本件原判決認定：李春成係幫一名真實姓名年籍均不詳之女子，向上訴人聯絡購買新臺幣（下同）1,000 元之甲基安非他命，嗣上訴人依約攜帶甲基安非他命前往交易，李春成表示上開女子不要該數量太少之毒品後，因李春成自己欲施用甲基安非他命，上訴人遂販賣價格 1,000 元之甲基安非他命予李春成等情，倘若無訛，上訴人係觸犯毒品條例第 4 條第 2 項之販賣第二級毒品罪，該罪法定刑為 10 年以上有期徒刑，惟就上訴人所販賣毒品之數量、對價及行為態樣等情狀全盤觀察，若處法定最低刑度有期徒刑 10 年，是否仍嫌過重？客觀上有無法重情輕、犯情可憫之處，而得依刑法第 59 條規定酌減其刑？此部分未見原審妥慎斟酌，詳敘理由，遽認第一審量處有期徒刑 10 年 2 月之重刑，並無不當而予以維持，自難昭折服。上訴意旨否認犯罪，固無理由，但原判決上開違誤影響於本件量刑事實之認定及法律之適用，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 8 月 17 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 8 月 21 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 3219 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 08 月 23 日

裁判案由：加重詐欺

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 3219 號

上訴人 申智超

選任辯護人 黃重鋼律師

洪煜盛律師

魏士軒律師

上列上訴人因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院中華民國 112 年 4 月 12 日第二審判決（111 年度上訴字第 2128 號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署 110 年度偵字第 3538、4499、4619、4620、7782、10323、10605、13001、13002 號，110 年度偵緝字第 369 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、本件原判決就第一審判決附表（下稱附表）一編號 5、7 關於上訴人申智超科刑部分撤銷第一審所處之刑，改判分別處有期徒刑 1 年 4 月、1 年 1 月，並就其他部分維持第一審分別依想像競合犯從一重論處上訴人犯 3 人以上共同詐欺取財各罪或處刑之判決，駁回上訴人其他部分在第二審之上訴，固非無見。

二、惟查：

(一)刑事被告在訴訟上有藉助輔佐人為其輔佐之權，此為人民依憲法第 16 條享有之訴訟基本權所衍生之權利。刑事訴訟法第 35 條第 1 項乃明定：被告之配偶、直系血親或三親等內旁系血親或家長、家屬或被告之法定代理人於起訴後，得向法院以書狀或於審判期日以言詞陳明為被告之輔佐人。關於輔佐人之權限，依同條第 2 項之規定，輔佐人除得在法院陳述意見外，尚得為本法所定之訴訟行為。是輔佐人於刑事訴訟得輔助被告為訴訟行為之權利，尚包括聲請調查證據、參與調查證據、於訊問證人、鑑定人或通譯時在場、參與準備程序、證據證明力之辯論、聲明異議等，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位，而受法院公平之審判。此觀之同法第 271 條第 1 項規定，法院之審判期日應通知輔佐人，旨在使其得於法院為被告陳述意見及為刑事訴訟法所定之訴訟行為亦明。是法院於訴訟程序之進行，

對於前述輔佐權之實踐，不得恣意漠視，否則即不足以維護程序正義。而所謂「起訴後以書狀或於審判期日以言詞陳明為被告輔佐人」之程式，法無明文規定，自以其所陳之內容，足以使法院明瞭即可。且法院對於前述具有一定身分之人「陳明為輔佐人」，除審查其是否合乎法定資格外，並無拒絕之權。一經依規定陳明，即取得輔佐人之地位，法院對此合法之陳明，應即准許，不得駁回。本件上訴人之父申正於民國 112 年 3 月 16 日以書狀向原審陳明為上訴人之輔佐人（見原審卷第 317 頁），復於同年月 22 日審判期日以言詞陳明為上訴人即其子之輔佐人等旨，乃原審於前述法定資格之審查外，竟諭知「依照被告的年紀及身心狀況，本院認為被告並無需要輔佐人之必要性」，而未允之以輔佐人身分為相關法定訴訟行為而輔佐上訴人防禦之機會，迄就犯罪事實調查證據完畢及對於罪責成立與否、沒收及法律適用等進行辯論後，始就量刑審酌事項詢問上訴人父親之意見，並逕行辯論終結，予以判決（見原審卷第 345 至 362 頁）。依照首揭說明，其訴訟程序之踐行，即難調為適法，基此所為之判決，自屬違背法令。

(二)原判決事實及理由欄壹之一關於本案審判範圍，既說明上訴人未表明僅就第一審判決一部分上訴，應視為全部上訴。則原審就附表一編號 5、7 之罪刑全部審理結果，若以上訴人嗣已就此分別與被害人達成訴訟上和解或調解成立，致第一審未及審酌而有利上訴人之量刑基礎事實更易，因認第一審判決此部分之量刑違誤，無可維持，縱其論罪部分尚無不合，依審判罪刑不可分之原則，仍應將第一審判決關於附表一編號 5、7 之罪刑併予撤銷並為判決。乃原判決就此罪刑全部審判後，僅單獨就該量刑部分撤銷改判，難調與罪刑不可分原則無違。

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，應認原判決有撤銷發回更審之原因。又倘認第一審依潘東輝、蘇毓麒、邵建銘與上訴人等相關說詞及其他卷證資料，綜合為整體判斷所憑之事證已明，而予引用，惟其中部分論述之行文是否仍欠周延或有未及敘明取捨判斷之主要理由等情形存在，案經發回，允宜併注意及之，以昭折服。

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 8 月 23 日
刑事第八庭審判長法 官 何菁莪

法官 何信慶
法官 劉興浪
法官 黃潔茹
法官 朱瑞娟

本件正本證明與原本無異

書記官 林宜勳

中 華 民 國 112 年 8 月 29 日

裁判字號：最高法院 112 年度台抗字第 724 號刑事裁定

裁判日期：民國 112 年 07 月 05 日

裁判案由：違反廢棄物清理法聲請再審

最高法院刑事裁定

112 年度台抗字第 724 號

抗告人 李慶賢

上列抗告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 112 年 5 月 1 日駁回其聲請再審之裁定（112 年度聲再字第 33 號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、關於「刑可分於罪」之一部上訴模式與「罪影響於刑」之再審機能

(一)按聲請再審，除有刑事訴訟法第 426 條第 2 項、第 3 項之情形外，由判決之原審法院管轄。此觀刑事訴訟法第 426 條規定甚明。所謂判決之原審法院，係指為實體判決之法院而言；如上級審法院從程序上駁回上訴者，則上級審法院並非為實體論罪或科刑之法院，此之判決之法院，自係原下級審法院。又刑事訴訟法第 348 條第 3 項關於「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」之規定，係為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，而容許上訴權人於通常訴訟程序中，可僅針對刑之部分提起上訴，其未表明上訴之犯罪事實、罪名部分，不在第二審法院之審判範圍，該第二審法院自可僅針對刑之部分予以審判，亦即採取「刑可分於罪」之一部上訴模式。於此情形，如該第二審法院係為實體科刑之判決確定法院，嗣後受判決人依刑事訴訟法第 420 條規定聲請再審時，仍以就刑之部分予以實體判決之第二審法院為「判決之原審法院」。蓋依同法第 420 條之規定，為受判決人之利益聲請再審之標的，係「有罪之確定判決」，因該判決「事實」錯誤而尋求事後救濟，是以包括該案之罪刑全部，均係再審程序之審判範圍。如僅因該案論罪部分並非第二審法院之審判範圍，而謂論罪部分應向該判決之第一審法院聲請再審，則以同法第 420 條第 1 項第 6 款之事由聲請再審為例，因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受「無罪、免訴、免刑」或「輕於原判決所認罪名」之判決者，即可

知再審係採取「罪影響於刑」之機制（與前揭「刑可分於罪」之一部上訴模式並不相同），就罪之審判必然及於科刑，自不能單獨僅審判罪而不包括刑。是以，既就刑之部分予以實體判決者為第二審法院，自應以該第二審法院為聲請再審之管轄法院，俾免裁判矛盾及造成第一審法院審查第二審法院實體科刑判決是否違誤之審級錯亂（倒置）現象，此與同法第 348 條第 3 項明定可僅就刑之部分上訴之規定，並非一事，不可混淆。

(二)本件抗告人李慶賢經第一審法院以 109 年度原訴字第 21 號判決論處廢棄物清理法第 46 條第 4 款之非法清理廢棄物罪刑後，經檢察官明示僅就判決之「刑度」上訴，經原審法院以 111 年度上訴字第 513 號判決（下稱原判決）撤銷第一審判決關於抗告人部分所處之刑，改判另處有期徒刑，抗告人提起上訴，經本院 112 年度台上字第 44 號判決，以抗告人之上訴不合法律上之程式，予以駁回而確定。抗告人以原判決有刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款所定情形，向原審法院聲請再審，依上開說明，原審法院自屬本件聲請再審之管轄法院。

二、按有罪判決確定後，為受判決人之利益，得依刑事訴訟法第 420 條第 1 項各款之規定聲請再審。聲請再審，應以再審書狀敘述理由，附具原判決之繕本及證據，提出於管轄法院為之，但經釋明無法提出原判決之繕本，而有正當理由者，亦得同時請求法院調取之；法院認為聲請再審之程序違背規定者，應以裁定駁回之，但其不合法律上之程式可以補正者，應定期間先命補正，刑事訴訟法第 429 條、第 433 條分別定有明文。

三、本件抗告人因違反廢棄物清理法案件，於民國 112 年 3 月 16 日對原判決聲請再審。原裁定以：抗告人未具體敘明有何再審原因及具體事實，未附具原判決之繕本及證據資料，或指明可資調查之證據方法，且未釋明得請求法院調取原判決繕本之正當理由。經原審於同年 4 月 13 日訊問抗告人有何再審事由及證據，其仍未具體敘明有何再審原因及具體事實或足資判斷原判決有事實認定錯誤之證據。經原審於同年 4 月 18 日裁定命抗告人補正，然其迄今仍未提出原判決繕本或釋明有正當理由請求法院調取之，嗣後其雖具狀聲請調查證人，但表示「證人尚在查找」，且無法提供證人之真實姓名及住址供法院傳喚。依前揭規定及說明，本件聲請再審之程序違背規定，爰依刑事訴訟法第 433 條前段規定，應予駁回等旨。經核於法尚無不合。

四、抗告意旨空泛主張有姓名年籍均不詳之證人，可證明抗告人清理之物為樹幹而非廢棄物，原判決認定之事實有誤等語，並未具體指摘原裁定究有何違法或不當，置原裁定明確之論斷說明於不顧。應認本件抗告為無理由，予以駁回。

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 7 月 5 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 7 月 10 日

裁判字號：最高法院 112 年度台抗字第 792 號刑事裁定

裁判日期：民國 112 年 07 月 26 日

裁判案由：因鄧志賢等背信不服檢察官關於發還犯罪所得所為處分聲明異議

最高法院刑事裁定

112 年度台抗字第 792 號

抗 告 人 鴻海精密工業股份有限公司

代 表 人 劉揚偉

上列抗告人因受刑人鄧志賢等背信案件，不服臺灣高等法院中華民國 112 年 4 月 28 日駁回其對檢察官關於發還犯罪所得所為處分聲明異議之裁定（112 年度聲字第 47 號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、按「沒收物、追徵財產，於裁判確定後 1 年內，由權利人聲請發還者，或因犯罪而得行使債權請求權之人已取得執行名義者聲請給付，除應破毀或廢棄者外，檢察官應發還或給付之；其已變價者，應給與變價所得之價金」、「聲請人對前項關於發還、給付之執行不服者，準用第 484 條之規定。」刑事訴訟法第 473 條第 1 項、第 2 項分別定有明文。是前揭之聲請人，亦得準用同法第 484 條規定，以檢察官執行沒收物發還聲請之指揮不當為由，得向諭知該裁判之法院聲明異議。又不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所為裁定，不得抗告，刑事訴訟法第 405 條定有明文。而刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所列之案件，除同條項但書規定之情形，得上訴於第三審法院一次，就第二審法院所為裁定，亦得抗告於第三審法院一次外，其餘均不得上訴於第三審法院，故亦不得對此類案件向第三審法院提起抗告。審判中，案件是否屬於刑事訴訟法第 376 條第 1 項所列各罪之範圍，固不以起訴書或自訴狀所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用之法條為唯一標準，而應以起訴書或自訴狀所記載之事實為準，並視當事人在第二審言詞辯論終結前對於罪名有無提出爭執，以為審斷。至若檢察官以不屬於刑事訴訟法第 376 條第 1 項所列之罪提起公訴，經第二審法院變更起訴法條改以同法第 376 條第 1 項所列之罪判決者，除非被告爭執應為較輕之非同條項所列之罪，或合於同條但書例外得上訴於第三審法院之案件，否則被告仍不得上訴於第三

審法院。此類檢察官得上訴（被告不得上訴）於第三審法院之情形，非屬同法條第 1 項所列之罪之例外規定情形，不因檢察官爭執被告所犯之罪而可上訴於本院，亦屬「不得上訴於第三審法院之案件」之例外，其第二審所為裁定得抗告至本院。就檢察官執行確定判決之聲明異議而言，係受刑人（或其法定代理人或配偶），以檢察官執行之指揮為不當而提起。所謂執行之指揮不當，係指執行確定裁判之指揮違法或執行之方法不當而言。此時執行機關對審判機關所為之確定判決，並無審查內容之權，受刑人亦無爭執確定判決終局認定之罪之問題。於被害人就檢察官執行確定判決聲明異議之情形，對於裁判終局認定之罪，並無利害關係，尤無爭執之餘地。則第二審法院就被害人聲明異議類型案件之裁定，得否抗告於本院，端視該案件所依據之第二審確定判決終局認定之罪（如係想像競合之裁判上一罪案件，係指受刑人想像競合所犯之各罪），是否依同法第 376 條第 1 項規定為得上訴於第三審法院之罪而定，與該罪在審判中曾否因有上開檢察官爭執所犯之罪而得上訴於第三審法院之例外情形無關。檢察官據以執行之第二審確定判決終局認定之罪，若屬依刑事訴訟法第 376 條第 1 項規定不得上訴於第三審法院之罪，第二審法院就被害人對檢察官執行發還沒收物之指揮聲明異議所為裁定，即不得抗告於本院。

- 二、本件抗告人鴻海精密工業股份有限公司係以被害人身分，對於臺灣臺北地方檢察署（下稱臺北地檢署）檢察官，就其聲請發由受刑人鄧志賢、郝緒光（下稱鄧志賢等 2 人）依序依原審法院 109 年度金上重更一字第 1 號判決（下稱原判決），所繳交之新臺幣（下同）49 萬 4,367 元、55 萬 1,200 元（按此部分原判決係諭知「未扣案之犯罪所得人民幣 13 萬元，沒收之……。」）一案，臺北地檢署於民國 111 年 12 月 22 日以北檢邦馨 111 執聲他 2274 字第 0000000000 號函，駁回抗告人發還上開犯罪不法所得之聲請。抗告人對檢察官關於發還之執行（下稱本件執行）不服，因依刑事訴訟法第 473 條第 2 項規定，得向諭知原判決之原審法院聲明異議。
- 三、經查，抗告人聲明異議之本件執行，係鄧志賢等 2 人背信案件，其等分受犯罪所得未據扣案，經諭知沒收、追徵，鄧志賢等 2 人所繳交之款項，屬判決確定後執行程序之一環。鄧志賢等 2 人所犯是否屬得上訴於第三審法院之案件，與後述本件執行所

依據之犯罪事實雖因檢察官對其等所犯之罪有爭執，而曾 2 度上訴至本院之審判程序，在是否屬「不得上訴於第三審法院之案件」之判斷上，依上開說明，本有不同。

- 四、鄧志賢等 2 人背信之案件，前經臺北地檢署檢察官起訴，雖主張其等涉犯證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款之特別背信罪嫌，惟經臺灣臺北地方法院審理結果，認鄧志賢犯 103 年 6 月 18 日修正前刑法第 342 條第 1 項之背信罪、郝緒光犯幫助背信罪，檢察官及鄧志賢不服，提起上訴，原審法院將第一審判決關於鄧志賢等 2 人部分撤銷改判，雖論處鄧志賢背信罪刑，惟認成立刑法背信罪或不另為無罪之諭知，就郝緒光則諭知無罪，檢察官不服，提起第三審上訴，由本院將第二審判決部分撤銷，發回更審，經原審法院以原判決，論處鄧志賢等 2 人共同犯修正前刑法第 342 條第 1 項之背信罪刑及為相關沒收等之宣告，檢察官復提起上訴，再經本院於 110 年 5 月 19 日以 110 年度台上字第 1486 號判決，從程序上駁回上訴確定。本件執行所依據之犯罪事實，在審判中雖因檢察官對被告所犯之罪有所爭執，而 2 度上訴至本院，惟諭知沒收之確定判決，係論以修正前刑法第 342 條第 1 項之背信罪名，核屬 112 年 6 月 21 日修正公布前刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 5 款（修正後移列同條項第 6 款）之罪之案件，且無同條第 1 項但書之情形，是該案相關之第二審法院所為裁定（包括沒收物權利人聲明異議），即不得抗告於第三審法院。抗告人對臺北地檢署檢察官之本件執行，聲明異議，既經原審裁定駁回，依前揭說明，即屬不得抗告，不因原裁定正本記載得抗告而受影響。抗告人提起抗告，為不合法，且無從補正，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 411 條前段，裁定如主文。

中 華 民 國 112 年 7 月 26 日

刑事第六庭審判長法官 李英勇
法官 鄧振球
法官 楊智勝
法官 邱忠義
法官 洪兆隆

本件正本證明與原本無異

書記官 林怡靚

中 華 民 國 112 年 7 月 31 日

裁判字號：最高法院 112 年度台抗字第 1019 號刑事裁定

裁判日期：民國 112 年 08 月 24 日

裁判案由：加重詐欺聲明異議

最高法院刑事裁定

112 年度台抗字第 1019 號

抗 告 人 陳芷婕

上列抗告人因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院中華民國 112 年 5 月 31 日駁回其聲明異議之裁定（112 年度聲字第 1295 號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷，應由臺灣高等法院更為裁定。

理 由

一、本件原裁定以：抗告人陳芷婕前因加重詐欺案件，經原審法院以 110 年度上訴字第 2518 號判決各判處有期徒刑 6 月（共 13 罪），並定應執行刑有期徒刑 1 年 2 月確定（下稱第一案），嗣經檢察官准予易服社會勞動，又因加重詐欺案件，經原審法院以 110 年度上訴字第 2015 號判決，分別判處有期徒刑 6 月、8 月確定（下稱第二案）。抗告人就第二案之有期徒刑 6 月部分，聲請易服社會勞動，並就該部分與第一案合併定應執行刑。惟經臺灣士林地方檢察署（下稱士林地檢署）於民國 112 年 4 月 24 日函覆：第二案之有期徒刑 8 月應優先入監執行，第一案因此無法續予易服社會勞動，將一併結算後接續執行；至聲請就第二案之有期徒刑 6 月定刑部分，經查符合定刑規定，抗告人如欲聲請定刑，可就第一案之 13 罪與第二案之 2 罪一併聲請，惟需再另行具狀請求，始得向法院聲請定刑等旨，而否准其聲請。經查檢察官就抗告人聲請合併定刑部分，已函覆如上；而否決第二案之有期徒刑 6 月部分易服社會勞動，及註銷原核准之第一案易服社會勞動部分，核與法務部所訂「檢察機關辦理易服社會勞動作業要點」（下稱作業要點）第 5 點第 5 項規定相符。因認檢察官上開執行指揮並無違法或不當，抗告人之聲明異議為無理由，予以駁回，固非無見。

二、行政程序法第 102 條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第 39 條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」旨在貫徹正當法律程序，並避免行政機關因作成違法或不當之決定，造成與人民間不必要之訟累。而刑罰之執行，係檢察官實現裁判內容，雖非行政機關之

單方行政處分，而無行政程序法之適用，惟檢察官之指揮執行倘涉及裁量權之行使，特別係關於是否准予受刑人易刑處分，或者註銷已核准之易刑處分等情形，因事涉受刑人需否入監執行，攸關其人身自由之基本權，除有類同該法第 103 條所列各款情形之一，得不給予陳述意見之機會外，自應參酌行政程序法上開規定之法理，於檢察官決定前，予受刑人有陳述意見之機會，以落實憲法保障正當法律程序及人權之宗旨。依本院調取之第一案執行暨觀護卷宗顯示，抗告人就第一案向士林地檢署檢察官（執行案號：111 年度執字第 3276 號）聲請易服社會勞動，經該署檢察官准許，於 111 年 11 月 4 日核發 111 年執卯字第 3276 號易服社會勞動指揮書（折算易服社會勞動時數：2556 小時；履行期間：自 111 年 12 月 12 日起至 114 年 4 月 11 日止），並移送同署觀護人執行社會勞動（執行案號：111 年度刑護勞字第 168 號）；嗣該署檢察官依觀護人出具之辦理易服社會勞動結案報告書，准予簽結上開刑護勞字第 168 號案件結案，並於 112 年 5 月 4 日核發 112 年執再卯字第 114 號執行指揮書，扣抵已履行之社會勞動時數，執行第一案剩餘之刑期（刑期起迄日期：自 113 年 6 月 19 日至 114 年 7 月 27 日）等情（見上開案卷所附第一案判決、易服社會勞動指揮書、士林地檢署觀護人辦理易服社會勞動結案報告書、士林地檢署刑案系統觀護終結原因表【社會勞動】、執行指揮書），似未見檢察官於註銷該易刑處分前，有就相關事項詢問抗告人，予其陳述意見之機會，且抗告人所提之書狀亦無述及此部分之意見。則本件是否符合行政程序法第 103 條所列各款情形之一，而得不給予陳述意見之機會？倘不符合，檢察官作成該決定前，究竟有無予抗告人陳述意見之機會，事涉是否踐行正當法律程序，原審未予查明釐清，遽予駁回抗告人此部分之聲明異議，自非適法。

三、稽之卷內資料，第二案判決確定後，由臺灣臺北地方檢察署囑託士林地檢署代為執行。該署檢察官於 112 年 4 月 19 日分別核發 112 年執助卯字第 485 號及第 484 號執行指揮書執行（有期徒刑 8 月部分，刑期自 112 年 4 月 19 日至同年 12 月 18 日；有期徒刑 6 月部分，則接續自 112 年 12 月 19 日起至 113 年 6 月 18 日執行）。抗告人雖於 112 年 4 月 11 日具狀聲請該有期徒刑 6 月部分易服社會勞動，及與業經准予易服社會勞動之第一案合併定應執行刑，惟經該署於 112 年 4 月 24 日覆以所處有期徒刑 8 月應入監

執行，而原有易服社會勞動之案件，將因他案之人監執行，無法予以續行社會勞動，將一併結算後接續執行等旨；執行第一案社會勞動之觀護人即於 112 年 4 月 25 日以「數罪併罰之應執行刑未聲請或未獲准許易服社會勞動而應入監執行，有併罰之罪履行部分社會勞動者；或數罪併罰之應執行刑獲准易服社會勞動前，有併罰之罪履行社會勞動中，嗣復有併罰之他罪獲准易服社會勞動並分案而未執行者」為由，出具前揭辦理易服社會勞動結案報告書，簽請檢察官核准結案。檢察官予以核准，並核發上開 112 年執再卯字第 114 號執行指揮書，於第二案有期徒刑 6 月部分執行完畢後，接續執行第一案剩餘之刑期等情，除上引證據資料外，並有第二案判決、執行指揮書、士林地檢署 112 年 4 月 24 日函、刑事聲請易服社會勞動狀等附於本院調取之執行卷宗（並影印附於本院卷）。如若無訛，第一案之易服社會勞動，似因檢察官認有作業要點第 14 點第 2 項第 6 款第 5 目所規定「數罪併罰之應執行刑未聲請或未獲准許易服社會勞動而應入監執行，有併罰之罪履行部分社會勞動者（前段規定）；或數罪併罰之應執行刑獲准易服社會勞動前，有併罰之罪履行社會勞動中，嗣復有併罰之他罪獲准易服社會勞動並分案而未執行者（後段規定）」之事由，依同點第 1 項第 8 款前段規定核准結案，並註銷第一案之易服社會勞動，執行該案剩餘刑期。又觀護人於執行易服社會勞動期間，依該要點第 14 點第 2 項第 6 款第 5 目前段規定，應簽請報結者，係指該罪於定應執行刑前，已獲准易服社會勞動，並在履行社會勞動中者；依後段規定，應簽請報結者，則係指於併罰數罪之應執行刑獲准易服社會勞動前，該定應執行刑數罪中之罪，復獲准易服社會勞動並分案且未執行者而言。亦即觀護人應簽請報結者，乃該未執行之後案，至前已履行部分社會勞動之部分各罪，則繼續執行社會勞動（該要點第 14 點第 2 項第 6 款之規範理由參照）。另縱有前述情形，依該要點第 14 點第 1 項第 8 款之規定，檢察官亦得決定是否註銷原核准之易服社會勞動，另執行剩餘刑期，並非全無裁量之權限。惟原裁定就檢察官註銷原核准之第一案易服社會勞動部分，是否符合該要點第 14 點第 2 項第 6 款第 5 目規定之事由？若符合，檢察官此部分之裁量是否為合義務性裁量，並無隻字片語述及，難謂無理由不備之違法。又原裁定依 112 年 5 月 30 日書記官與士林地檢署卯股之電話查詢紀錄（見原審卷第 139 頁），認定檢察官係依作業要點第 5 點第 5 項之規定，否准

抗告人前揭易服社會勞動之聲請，及註銷原核准之第一案易服社會勞動。惟該電話詢問之對象似非為檢察官，該回復者所述之理由是否確為檢察官否准抗告人之聲請所執之理由，已非無疑。況作業要點第 5 點第 5 項之規定，乃有關擬接續他案在監執行之本案，如何聲請易服社會勞動之規範，而依該規定本案僅於未在接續執行日前提出易服社會勞動之聲請或聲請未獲准許而接續執行，或者經准許易服社會勞動後而再入監執行等情形，始不得再聲請易服社會勞動，並非本案自始不得聲請易服社會勞動，此與抗告人本件案情不同，則原裁定以作業要點第 5 點第 5 項之規定，駁回抗告人之聲明異議，亦有可議。

四、刑法第 50 條規定：裁判確定前犯數罪，有(一)得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪；(二)得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪；(三)得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪；(四)得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪等情形之一，除受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者外，不得併合處罰。旨在避免於上揭情形，若未經受刑人請求，遽予合併定刑，造成得易科罰金或得易服社會勞動之罪，無法單獨易科罰金或易服社會勞動，罪責失衡，不利於受刑人。反之，裁判確定前所犯數罪若無前開情形，例如均係得易服社會勞動之罪，檢察官自應依職權或依受刑人之聲請，向管轄法院聲請合併定應執行刑。此與法院定應執行刑後，檢察官是否准予易服社會勞動，係屬二事。倘檢察官否准受刑人之聲請，拒向法院聲請定應執行刑，其執行之指揮自屬不當。查第二案之有期徒刑 6 月部分，與第一案之 13 罪，均係得易服社會勞動之罪，而前揭士林地檢署 112 年 4 月 24 日函，亦記載抗告人聲請定應執行刑部分，符合定刑規定等旨（見原審卷第 35 頁）。倘若非虛，檢察官自應就上開 14 罪，向法院聲請定其應執行刑。惟檢察官未為之，仍就該二部分之徒刑接續執行，依前開說明，其執行之指揮難謂適法。乃原裁定竟謂抗告人任憑己意，自行選擇就第二案有期徒刑 6 月部分與第一案之 13 罪合併定刑，於法未合，而駁回此部分之聲明異議，自有適用法則不當之違法。

五、綜上，抗告意旨指摘原裁定不當，為有理由，應將原裁定撤銷，並為保障抗告人之審級利益，由原審法院更為適法之裁定。

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 112 年 8 月 24 日
刑事第三庭審判長法官 徐昌錦

法官 林恆吉
法官 林海祥
法官 侯廷昌
法官 江翠萍

本件正本證明與原本無異

書記官 朱宮瑩

中 華 民 國 112 年 8 月 25 日