

# 最高法院刑事具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文 目錄

## 裁判要旨

一、108 年度台上字第 397 號.....	3
二、108 年度台上字第 1728 號.....	4
三、108 年度台上字第 2817 號.....	6
四、108 年度台上字第 3842 號.....	7
五、108 年度台上字第 3974 號.....	9
六、108 年度台上字第 4091 號.....	11
七、108 年度台上字第 4365 號.....	12
八、109 年度台上字第 144 號.....	15
九、108 年度台抗字第 1297 號.....	16
十、108 年度台抗字第 1695 號.....	18
十一、108 年度台聲字第 226 號.....	19

## 裁判全文

108 年度台上字第 397 號.....	22
108 年度台上字第 1728 號.....	30
108 年度台上字第 2817 號.....	35
108 年度台上字第 3842 號.....	38
108 年度台上字第 3974 號.....	42
108 年度台上字第 4091 號.....	46
108 年度台上字第 4365 號.....	47
109 年度台上字第 144 號.....	52
108 年度台抗字第 1297 號.....	56

108 年度台抗字第 1695 號.....	65
108 年度台聲字第 226 號.....	68

一、108 年度台上字第 397 號（裁判書全文）

（一）行為後因法律有變更，致裁判時之法律與裁判前之法律涉及其得否上訴於第三審法院之限制規定不同時，應以裁判時應適用之法律，依刑法第 2 條第 1 項規定，就最有利於行為人之法律規定以定之。如依舊法之規定得上訴於第三審，新法之規定不得上訴，而依刑法第 2 條第 1 項規定為比較之適用，應適用新法之規定處罰者；或如依舊法之規定不得上訴於第三審，新法之規定得上訴，而依刑法第 2 條第 1 項規定為比較之適用，應適用舊法之規定處罰者，自均不得上訴於第三審法院。

（二）本件上訴人苟○銘經檢察官以涉犯刑法第 271 條第 2 項、第 1 項殺人未遂之罪名提起公訴，第一、二審均變更檢察官所引起訴法條，俱論以刑法第 277 條第 1 項（即 108 年 5 月 29 日修正公布前）之傷害罪。雖苟○銘行為後，刑法第 277 條第 1 項之傷害罪業於 108 年 5 月 29 日修正公布施行，法定刑由 3 年以下有期徒刑、拘役或（銀元）1 千元以下罰金，修正為 5 年以下有期徒刑、拘役或（新臺幣）50 萬元以下罰金，兩相比較，應以修正前之規定有利於行為人。原判決固未及為新舊法之比較說明，逕行適用行為時法，但依刑法第 2 條第 1 項前段規定為比較適用之結果，仍應適用有利於苟○銘之修正前刑法第 277 條第 1 項傷害罪論處，核屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 1 款之案件。

參考法條：刑法第 2 條第 1 項、第 277 條第 1 項(民國 108 年 5 月 29 日修正前)。

刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 1 款。

## 二、108 年度台上字第 1728 號（裁判書全文）

（一）我國刑事訴訟，採彈劾主義，對犯罪之追訴與審判，分由不同之機關職掌，非經檢察官提起公訴或聲請以簡易判決處刑，或由自訴人提起自訴，法院無從逕予審判，依此法則運作，在審判程序，乃由法院、自訴人（或檢察官）及被告形成訴訟結構之三面關係，以居於中立第三者之法院，基於自訴人（或檢察官）、被告雙方所為之攻擊、防禦，就自訴人（或檢察官）所追訴之案件，判斷國家具體刑罰權之存否及其範圍。法院審理之案件，乃由「被告」及「犯罪事實」兩部分所構成，是自訴人（或檢察官）請求法院訴追之案件，須為特定被告之特定犯罪事實。至如何特定被告之身分，自應由自訴人（或檢察官）於提起自訴（或公訴）前查明，即便不知所欲提起自訴對象之姓名、住居所等資料，亦需查明客觀上足資辨別之特徵，以特定訴追之對象，並避免累及無辜之第三者，殊無聲請法院調取名冊及照片，供其於眾多人員中指認確定，視法院為其訴追輔助機關之理。又刑事訴訟法第 154 條至第 163 條之 2，係規定在該法第一編總則「證據」章中，於第二編之公訴、自訴程序均有適用。而由前述「證據」章開宗明義於第 154 條規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪（第 1 項）；犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實（第 2 項）。」足徵證據調查之目的係在確認被告被訴犯罪事實之有無，亦即在使法院對於被告被訴

案件形成有罪或無罪之實體心證，而非為特定被告身分而設。是當事人依刑事訴訟法第 163 條第 1 項規定聲請調查之證據，當以與犯罪事實之存否具有關聯性者為限，倘當事人聲請調查者無關犯罪事實之認定，自非屬該條項所規範得聲請調查之範疇，縱其所聲請調查者，非屬同法第 163 條之 2 第 2 項各款所列情形，法院亦無何調查之義務可言。至同法第 163 條第 2 項固規定：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」惟此乃以合法之起訴為前提，法院因而負有實體審理、以實體判決確認國家刑罰權有無之義務，始有為「發見真實」，而依職權調查之權限甚至義務，殊無不問起訴是否合法有效，均得率以「維護公平正義」為理由，而課予法院依職權調查證據、確認國家刑罰權有無之義務之理，此不可不辨。

- (二) 原判決本此意旨，於理由中敘明：上訴人雖提供案發當日錄影畫面並圈畫員警照片，主張乃足資辨別所自訴「不知名之員警等」之特徵，惟經原審函請相關單位提供上訴人所圈畫員警之個人資料、所屬單位及編號，惟均獲相片中員警臉部特徵及清晰度欠佳，無法辨識暨提供相關資料之覆文，是無從特定「不知名之員警等」之身分，自難以確認訴訟之對象。且依我國刑事訴訟法現制，法院基於審判之公平，應立於客觀聽訟者之地位，關於如何特定自訴之犯罪主體，應由自訴人於起訴前查明，非於審判階段由法院立於自訴人之一方而為證據之蒐集、調查、糾問而為特定，否則即與糾問制度無異。又

我國關於犯罪追訴，採起訴二元主義，上訴人既捨由檢察官代表國家訴追犯罪之公訴制度而採取自訴程序，自應擔當公訴人之角色與功能，殊不得因自訴查證困難，即視法院為偵查或徵信機關，任意要求法院職權調查而為上訴人特定被告之身分，因而駁回上訴人就特定「不知名之員警等」身分有關之調查證據之聲請等旨。經核於法並無不合。

參考法條：刑事訴訟法第 320 條。

### 三、108 年度台上字第 2817 號（裁判書全文）

司法實務上對於施用毒品之犯罪嫌疑人或被告，採取其尿液之處分，係為便利執行鑑定，以判別、推論有無施用毒品之犯罪事實，而對人進行採集之取證行為，此種對人之身體不可侵犯性及隱私等基本權造成干預、侵害，而具有強制處分性質，須合於法律保留原則。因此，我國對於強制採尿，可分為（一）鑑定人依刑事訴訟法第 205 條之 1 規定，由審判長、受命法官或檢察官核發許可書，由鑑定人為採尿處分。（二）司法警察官、司法警察之強制採取尿液，此又分為 1、屬於依毒品危害防制條例第 25 條規定之應受尿液採驗人，經合法通知其於指定時間到場採驗尿液，無正當理由不到場，得報請檢察官許可，強制採驗；或到場而拒絕採驗者，得違反其意思強制採驗，於採驗後，即時報請檢察官補發許可書；2、對於經合法拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，祇須於有相當理由認為得作為犯罪之證據時，依刑事訴訟法第 205 條之 2 之規定，無須令狀或許可，即

得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，強制採尿。惟除前開強制採尿之外，另有法無明文之「自願性同意採尿」，以類推適用性質上相近之刑事訴訟法第 131 條之 1 受搜索人自願性同意搜索，及第 133 條之 1 受扣押標的權利人同意扣押之規定，經犯罪嫌疑人或被告出於自願性同意，由司法警察官或司法警察出示證件表明身分，告知得拒絕，無須違背自己之意思而為同意，並於實施採尿前將同意之意旨記載於書面，作為同意採尿之生效要件。又此所謂之自願性同意，係以一般意識健全具有是非辨別能力之人，得以理解或意識採尿之意義、方式及效果，而有參與該訴訟程序及表達意見之機會，可以自我決定選擇同意或拒絕，非出於警方明示或暗示之強暴、脅迫或其他不正方法施壓所為同意為實質要件，尤應綜合徵求同意之地點及方式，是否自然而非具威脅性、同意者之主觀意識強弱、教育水準、年齡、智力程度、精神狀態及其自主意志是否已為警方以不正方法所屈服等一切情狀，加以審酌判斷。若不符合上揭強制採尿及自願性同意採尿，而取得尿液之情形，為兼顧程序正義及發現實體真實，則由法院依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷其證據能力。

參考法條：刑事訴訟法第 131 條之 1、第 133 條之 1、第 158 條之 4、第 205 條之 1、第 205 條之 2。  
毒品危害防制條例第 25 條。

四、108 年度台上字第 3842 號（裁判書全文）

- (一) 刑事被告在訴訟上應享有充分之防禦權，為憲法第 16 條所保障人民訴訟權之範疇；此防禦權包含辯護倚賴權（即積極受辯護人協助之權利）在內，因此，刑事訴訟法賦予辯護人多項權限，期使辯護倚賴權為最大之發揮。而刑事訴訟法上關於辯護人權限，可分為代理權與固有權，前者（或稱傳來權限）乃指被告所得為訴訟行為，其在性質上或法律規定上許為代理者，得由辯護人代為行使，辯護人行使此項權限，本應尊重被告之意思，原則上不得與被告明示之意思相反（例外者，如刑事訴訟法第 110 條具保停止羈押之聲請）；後者或稱原始權限），係指與被告之權利分離而為辯護人特別所擁有之權限，此項權限有與被告同享者（亦即法條規定「當事人（或被告）及辯護人得．．」，如刑事訴訟法第 150 條第 1 項搜索及扣押時之在場權、第 163 條第 1 項聲請調查證據權、第 289 條事實及法律辯論權等），有僅辯護人所專有者（亦即法條規定為「辯護人得．．」，如刑事訴訟法第 34 條第 1 項之接見羈押被告並互通書信、第 49 條攜同速記到庭記錄權、第 389 條第 2 項律師充任辯護人之第三審辯論權等）。由於辯護人之固有權係基於辯護人之地位所具有，因之，其行使自不受被告明示、默示意思之拘束，縱其與被告同享之權限亦然。
- (二) 本件原審辯護人於原審審理時依刑事訴訟法第 163 條第 1 項規定，就嘉義長庚醫院是否有對廖○騰尋找出血原因並治療，以及其於本件車禍所受傷勢是否為必然唯一死亡原因，或有其他造成死亡之原因等事項，聲請囑託國立臺灣大學醫學院附設醫院（下稱臺大醫院）實施

鑑定。原判決僅於理由內說明：原審辯護人於第一審及原審原本聲請將本案病歷等相關資料送往臺大醫院進行死因鑑定一情，上訴人於本院已表明捨棄聲請，附此敘明云云，似認上訴人既已表明捨棄聲請囑託臺大醫院實施上開事項之鑑定，自應尊重上訴人之意思。然刑事訴訟法第 163 條第 1 項已明文規定當事人及辯護人均得聲請調查證據，故其所定聲請調查證據權，屬原審辯護人之固有權，雖與上訴人同享，但其行使不受上訴人明示、默示意思之拘束。是原審逕依上訴人捨棄聲請之聲明，即不予實施鑑定，自與上述規定不符。

參考法條：刑事訴訟法第 27 條第 1 項、第 163 條第 1 項。

#### 五、108 年度台上字第 3974 號（裁判書全文）

早年我國刑事訴訟法第 361 條係規定「不服地方法院之第一審判決而上訴者，應向管轄第二審之高等法院為之。」不需有任何理由，祇要不服即可，學理上稱為「空白上訴」。嗣因人民濫行上訴，難免造成第二審法院負擔，復因當時第三審法院撤銷第二審判決、發回更審情形不少，一上一下之間，第二審辦案量累積，將原屬直筒型訴訟制度架構，欲往金字塔型理想訴訟制度架構演進的努力，操作成類似圓桶型的大腰圍現象。為解決第二審工作量已至不堪負荷程度問題，於民國 96 年 7 月 4 日經總統公布修正上揭法條，增列第 2 項「上訴書狀應敘述具體理由」並有第 3 項之命補正配套規範。其中所稱「具體」，係抽象、空泛之反面。亦即須就不服第一審判決之理由，為具體之敘述，而非僅空泛之指摘。施行後，實務運作確見節制濫

訴的功效，但經一段時日後，第二審曾有駁回上訴過寬現象發生，引致民怨。而參諸公民與政治權利國際公約（簡稱公政公約）第 14 條第 5 項揭禁：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。」其第 32 號一般性意見第 48 段之論述，更指出所謂「上級審法院覆判有罪判決」的權利，係指締約國有義務根據充分證據和法律，進行實質性覆判；倘僅限於覆判為有罪判決的形式，而不考量事實情況者，並不符合本項義務之要求。可見，有罪判決之刑事被告，除非係可歸責於自己之事由致喪失上訴權（例如遲誤上訴期間），或如刑事訴訟法第 455 條之 1 第 2 項、第 455 條之 10 第 1 項前段，有關簡易程序或協商程序所設不得上訴之規定（因其限於非重罪且被告無爭執之案件，以被告自由意願及協商合意為其基礎，事先被告已充分了解），即使第一審法院判決即是終審，仍無損被告正當權益，與公政公約第 14 條第 5 項規定無違外，原則上被告應受一次實質有效上訴救濟機會之訴訟權保障。此乃國際公約所認定之人權標準，亦係刑事審判中對刑事被告之保障。尤其，晚近刑事訴訟法就程序權之保障，例如節制限制出海、出境；賦予陳述意見權；資訊獲取權等，已依上述國際公約意旨，陸續增訂。則前揭第二審上訴程序規定所謂之具體理由，其認定應更加寬鬆。申言之，倘上訴理由就其所主張第一審判決有違法或不當之情形，已舉出該案相關之具體事由，足為其理由之所憑，即不能認係空言託詞或漫事指摘。此時，第二審法院即應進行實質性覆判，開庭命被告陳述上訴意旨，進行實質調查審理，落實被告訴訟程序權利之保障；縱其所舉理

由，經調查結果，並非可採，要屬上訴有無理由之範疇，終究不能遽謂未敘述具體理由。若逕以上訴狀所敘理由未具體為由，遽依刑事訴訟法第 367 條、第 372 條，不經言詞辯論，而駁回第二審上訴，即非適法。

參考法條：刑事訴訟法第 361 條。

公民與政治權利國際公約第 14 條第 5 項。

## 六、108 年度台上字第 4091 號（裁判書全文）

（一）依刑事訴訟法規定，關於證人之適格要件，並無年齡或能力上之限制，故稚齡之幼童，雖無具結能力，其所為證言非無證據能力。至其證詞之憑信性如何，因幼童心智仍在發展當中，其對事件之認知能力、邏輯思考能力、記憶能力及陳述能力等，則因幼童發展階段之不同而迥異於成年人，因此經過法定程序取得之幼童證言（警詢、偵訊筆錄，或審判中證詞），其憑信性如何，事實審法院固得囑託相關專家為鑑定人，依其專業評估該幼童心智之發展程度，作為法院判斷證詞證明力之輔助。然相關專家之鑑定意見，於證據法上究屬間接證據，資以輔佐法院評估幼童證詞依其心智發展之證據評價，而非替代法院為證據證明力之判斷，其前提自以本案存在幼童證言之證據方法，倘本案因幼童審判外陳述不符合刑事訴訟法及性侵害防治條例相關之傳聞例外規定，而無證據能力，原審法院復未傳喚到庭作證，致本案並未有何幼童（證人）證詞之證據方法，則法院囑託專家所為「幼童證言憑信性」之鑑定意見，自失所附麗，從而，事實審法院既未經嚴格證明程序調查幼童證詞之證

據，遽將該證據證明力之判斷委由鑑定人行之，逕採納該鑑定意見為認定犯罪之證據，已與嚴格證明及直接審理法則未合，難謂與證據法則無違。

- (二) 原判決依憑第一審法院囑託○○○○大學附設醫院鑑定 B 女、C 女之證詞可信度及有無創傷後壓力症候群反應，該院實施鑑定後出具之鑑定書，以及實施鑑定之○○○醫師於原審擔任鑑定證人，所為「鑑定結果就 C 女對於其父即上訴人之性器官『長長的』及『流出白色液體』之陳述具有相當可信度」之鑑定意見，為本件認定上訴人犯罪之證據資料。惟原判決載敘 B 女、C 女於審判外陳述，因未符合傳聞例外規定而無證據能力，應予排除作為本件之證據，且原審及第一審法院從未傳喚 B 女、C 女於審理中到庭作證，則本件原審法院並未依嚴格證明之法定程序踐行幼童 B 女、C 女證詞（警詢、偵訊或證人詰問）之調查，自無從進而判斷其等證言之證明力，原審法院遽將其等證言憑信性之證明力判斷囑託○○○○大學附設醫院及○○○醫師鑑定，依上開說明，上開關於「幼童 C 女證言可信度」之鑑定意見，已失所附麗，原判決逕採為認定上訴人本件犯罪之證據，難謂與證據法則無違。

參考法條：刑事訴訟法第 155 條、第 159 條第 1 項、第 206 條。

#### 七、108 年度台上字第 4365 號（裁判書全文）

按起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，並得不經言詞辯論為之，刑事訴訟法第 303 條第 1 款、第 307 條

分別定有明文。次按於第一審言詞辯論終結前，得就與本案相牽連之犯罪或本罪之誣告罪，追加起訴，刑事訴訟法第 265 條第 1 項定有明文。又所謂「相牽連之案件」，係指同法第 7 條所列：(一)一人犯數罪；(二)數人共犯一罪或數罪；(三)數人同時在同一處所各別犯罪；(四)犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者而言。上開條文之立法意旨無非係以案件一經起訴，起訴範圍隨之特定，若准許檢察官任意擴張追加起訴與本案非屬同一案件之案件，不僅減損被告之防禦權利，亦有損訴訟迅速之要求，惟若一概不許追加，則本可利用原已經進行之刑事訴訟程序一次解決之刑事案件，均須另行起訴，亦有違訴訟經濟之要求，故在被告訴訟權利、訴訟迅速審結，以及訴訟經濟之衡量下，特設上述第 265 條追加起訴之規定。然我國刑事訴訟制度近年來歷經重大變革，於民國 92 年 9 月 1 日施行之修正刑事訴訟法已採改良式當事人進行主義，於證據共通原則設有第 287 條之 1、之 2 之分離調查證據或審判程序之嚴格限制，並於第 161 條、第 163 條第 2 項限制法院依職權調查證據之範圍；再於 95 年 7 月 1 日施行之修正刑法廢除連續犯與牽連犯，重新建構實體法上一罪及數罪概念；嗣於 99 年 5 月 19 日制定並於 103 年 6 月 6 日、108 年 6 月 19 日修正公布之刑事妥速審判法，立法目的係維護刑事審判之公正、合法、迅速，保障人權及公共利益，以確保刑事被告之妥速審判權利，接軌公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法（下稱兩公約施行法）所揭示健全我國人權保障體系。從而，在刑事訴訟法、刑法均已修正重構訴訟上同

一案件新概念，為落實刑事妥速審判法、兩公約施行法所揭示保障人權之立法趣旨，法院審核追加起訴是否符合相牽連案件之法定限制要件，及追加起訴是否符合訴訟經濟之目的，更應與時俱進，作目的性限縮解釋，以客觀上確能獲得訴訟經濟效益之前提下，核實審查檢察官認「宜」追加起訴案件是否妨害被告之訴訟防禦權，俾與公平法院理念相契合。因此，得追加起訴之相牽連案件，限於與最初起訴之案件有訴訟資料之共通性，且應由受訴法院依訴訟程度決定是否准許。倘若檢察官之追加起訴，雖屬刑事訴訟法第 7 條所定之相牽連案件，然案情繁雜如併案審理難期訴訟經濟（例如一人另犯其他繁雜數罪、數人共犯其他繁雜數罪、數人同時在同一處所各別犯繁雜之罪），對於先前提起之案件及追加起訴案件之順利、迅速、妥善審結，客觀上顯然有影響，反而有害於本訴或追加起訴被告之訴訟防禦權及辯護依賴權有效行使；或法院已實質調查審理相當進度或時日，相牽連案件之事實高度重疊，足令一般通常人對法官能否本於客觀中立與公正之立場續行併案審判，產生合理懷疑，對追加起訴併案審理案件恐存預斷成見，有不當侵害被告受憲法保障公平審判權利之疑慮；或依訴訟進行程度實質上已無併案審理之實益或可能等情形，法院自可不受檢察官任意追加起訴之拘束。遇此情形，受理不當追加起訴之法院，當然可以控方之追加起訴，不適合制度設計本旨為由，依同法第 303 條第 1 款關於「起訴之程序違背規定」之禁制規範，就追加起訴部分，諭知不受理判決，實踐刑事妥速審判法第 3 條所揭示的誠命，方能滿足正當法律程序及實現公平法院之理念。

參考法條：刑事訴訟法第 265 條。

#### 八、109 年度台上字第 144 號（裁判書全文）

刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所列之案件，經第二審判決者，除有同項但書之情形外，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。而依該條項但書規定，本法第 376 條第 1 項各款所列之案件，第一審法院為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，僅被告或得為被告利益上訴之人得提起第三審上訴。良以上開規定所列各款案件，經第二審撤銷第一審無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決並自為有罪判決者，若不得上訴於第三審法院，使被告於初次受有罪判決後即告確定，無法以通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會。雖被告仍可向法院聲請再審或向檢察總長請求提起非常上訴以求救濟，然此特別救濟程序之要件甚為嚴格，且實務上踐行之門檻亦高，均不足以替代以上訴方式所為之通常救濟程序。此賦予被告或得為被告利益之人適當上訴第三審機會，既屬憲法第 16 條訴訟權保障之核心內容，故應提供其等至少 1 次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑。則被告既係國家具體實現刑罰權之對象，係訴訟程序中檢察官追訴、法院審判之當事人，對於法院裁判所形成不利益之結果，應賦予被告聲明不服，請求救濟之管道。與此相對，檢察官之上訴權係源自於國家具體實現刑罰權之追訴權，其於刑事程序中因屬一造之當事人，其追訴權固含有請求權之權利性質，惟基於公益代表人之角色，檢察官實質上仍負有客觀義務，不僅不利於被告之事項，

對被告有利之事項亦應一律注意。故檢察官得為被告之利益提起上訴；且檢察官對於自訴案件之判決，亦得獨立上訴（刑事訴訟法第 344 條第 4 項、第 347 條可資參照）。即使屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所列之案件，第一審判決有罪，經第二審法院撤銷並改諭知無罪者，即便案件尚未確定，檢察官之追訴權仍未完全耗盡，然而作為當事人之檢察官既已於第二審盡其主張及調查證據之能事，猶無法說服法院確信被告有罪，則其基於追訴權而得行使上訴之範圍，應受推定無罪之阻隔。換言之，被告於無罪推定原則下，應享有受該無罪判決保護的安定地位，實不宜再容許檢察官提起上訴。準此，上訴權對被告和檢察官之意義既有不同，前者在給予被告上訴權以資救濟；後者檢察官難認有任何權利受侵害或剝奪，充其量只是國家追訴犯罪之權益受到影響，縱檢察官於上訴權有所退讓，亦無違訴訟平等原則。則舉輕以明重，對於刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所列之案件，第一審法院諭知無罪，經第二審法院撤銷並改判有罪者，倘檢察官係為被告不利益提起第三審上訴，仍受該法第 376 條第 1 項前段規定之限制，不得上訴於第三審法院。

參考法條：刑事訴訟法第 376 條第 1 項。

## 九、108 年度台抗字第 1297 號（裁判書全文）

- （一）按有罪之判決確定後，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，為受判決人之利益，始得聲請再審，刑事訴訟法第 420 條第 1 項

第 6 款規定甚明。其所謂輕於原判決所認「罪名」之判決，係指與原判決所認罪名比較，其法定刑較輕之相異罪名而言。又此所謂「應受免刑」之判決，指「必要及絕對」免除其刑之規定而言，如屬「任意或相對」免除其刑之規定者，則不在此列。而毒品危害防制條例第 17 條第 1 項之減輕或免除其刑之寬典，如何選擇，法院有裁量之權，與必免除其刑者有異，並非「應受免刑之判決」，自不得據為聲請再審之原因。

(二) 本件依抗告人所提原確定判決，可知抗告人於其所涉販賣毒品案件審理中，雖已具體供出其毒品之來源，但嗣後該上游毒品來源楊○書始遭檢察官提起公訴，乃無法及早於前揭販賣毒品案件審理中，適用毒品危害防制條例第 17 條第 1 項規定，減免其刑。而刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款所定免刑之範圍，本院先前歷來所採之見解，一向認係僅指「必要、絕對」免除其刑之規定情形而言（不包含「必要、相對」免除其刑）。本庭經評議後，擬擴充解釋，放寬免刑範圍包含「必要、相對」情形，而與本院先前裁判法律見解有潛在性歧異，乃依法院組織法第 51 條之 2 第 2 項提出徵詢。

(三) 於徵詢程序完成，本院受徵詢之各刑事庭，均主張仍應維持本院先前之見解（即限於「必要、絕對」免除其刑）。本庭既屬少數說，終經評議依「最高法院辦理大法庭案件應行注意事項」第 14 條第 2 款，改採本院先前裁判之原見解，大法庭統一法律見解之功能，已經達成，本院先前裁判之見解，並未變更。

參考法條：刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款。

毒品危害防制條例第 17 條第 1 項。

法院組織法第 51 條之 2 第 2 項。

#### 十、108 年度台抗字第 1695 號（裁判書全文）

（一）受刑人、羈押收容於監所之當事人（下稱收容人）提起上訴者，不論係向監所長官提出上訴書狀，抑或逕向原審法院提出上訴書狀，均無不可。其向監所長官提出上訴書狀，依刑事訴訟法第 351 條第 1 項規定必在上訴期間內提出者，始視為上訴期間內之上訴，且該監所雖不在法院所在地，亦無扣除其在途期間之問題；不經監所長官而逕向原審法院提出上訴書狀者，倘該監所不在法院所在地，自應依同法第 66 條第 1 項規定，扣除其在途期間，並應以書狀實際到達法院之日，為提出於法院之日。又稽之刑事訴訟法第 351 條之立法目的無非係因收容人在監所之人身自由處於被剝奪之狀態，不能直接向法院提出書狀時，為其便利而設，並非以監所長官轉遞送為必要，其仍得擇其有利之方式寄送書狀，然因其寄送之書狀仍須由監所依司法院釋字第 756 號解釋意旨、監獄行刑法及羈押法等相關規定，檢查該書狀有無違禁物（但未閱讀內容），形同其僅能透過監所寄送（即不含收容人於出庭時向法官提出，或與辯護人接見通信時請辯護人轉遞，或以書信附件請親友代為寄送）書狀，致收容人於監所寄送之書狀究採取何種方式提起上訴，仍有未明，尤其上訴書狀於監所寄送時已逾上訴期間，然如加計在途期間，仍屬合法上訴者，或寄送至法院時已逾上訴期間，然向監所長官提出上訴書狀時，亦屬

合法上訴者，苟監所未在書狀上明確區分或註記收容人究係採取何種方式提起上訴，無異剝奪收容人可擇其最有利之方式上訴之權利，諒非上揭條文之立法目的。

- (二) 經查原裁定固依憑上開蓋有監所長官 108 年 7 月 19 日 14 時 25 分收件章之抗告人刑事上訴狀、高雄監獄函以：本件刑事上訴狀，為抗告人依規定之遞送訴訟書狀流程提出，非自行寄送等語、以及其函附之訴訟書狀收據存根等為憑，因而認抗告人係經監獄長官提出上訴書狀且已逾期等旨。惟上開收受收容人訴狀章、函及其函附之收據存根，在外觀上無從辨識或區別抗告人究係依循何方式提起第三審之上訴，自不能僅因高雄監獄函覆遽認定本件上訴書狀非抗告人自行寄送，尤其高雄監獄不在原審法院所在地，其上訴期間經扣除在途期間 8 日，尚未逾期，此攸關其上訴是否合法之認定，原審未調查究明上開收受收容人訴狀章及函附之收據存根，有何足可辨識或區別抗告人寄送上訴書狀方式之註記，或通知相關承辦人查明依憑、原委，即以其之上訴逾期，裁定駁回，仍欠允洽。

參考法條：刑事訴訟法第 349 條(民國 109 年 1 月 15 日修正前)、第 351 條第 1 項。

#### 十一、108 年度台聲字第 226 號 (裁判書全文)

- (一) 法院就裁判確定前所犯數罪，於併合處罰而定其應執行刑時，應在所適用法律規定目的及其秩序理念指導之外部性及內部性界限內為合義務之裁量。具體而言，即基於刑罰經濟與責罰相當之理性刑罰政策，考量行為人所犯數罪反

映出之人格特性，兼衡刑罰規範目的、整體犯罪非難評價、各罪關連及侵害法益等面向，採對其中最重刑嚴厲化之限制加重原則，所為給予適度恤刑折扣之特別量刑過程。故初定應執行刑或更定應執行刑時，並非必須一律僵固地僅按其宣告刑累計刑期或前定應執行刑刑期之比例換算或折計以定之，在若干情節特殊或內容複雜之個案，為求定應執行刑之精緻化與合理化，雖非不得將之列為整體考量因子之一，然仍須綜合參酌暨兼顧上述各項裁量要項，以期達到責罰相當之最適結果，但並不以固守一定之比例成數為唯一之方式。質言之，刑事訴訟法第 370 條關於不利益變更禁止原則之法文，固揭示另行裁量所定之應執行刑，不得較重於前定之應執行刑加計後裁判宣告之刑之總和，然適用於具體個案時，為求定應執行刑之精確化，尚不排斥審酌併罰數罪之各該宣告刑曾與其他罪刑合併定應執行刑間之比例數值關係，俾求罪刑相當之最佳理想，故兩者（即所謂「總和說」與「比例說」）之間分係為達到同一理想目標之上下位概念，彼此應屬相輔互補之關係，而非互相排斥之衝突關係。

- (二) 同係涉及適用刑事訴訟法第 370 條規定之數罪併罰定應執行刑案例，本院（103 年 10 月 29 日）103 年度台抗字第 751 號裁定（即聲請意旨指為如附表所示之「比例說」），於更定應執行刑時，參酌部分宣告刑所占前定應執行刑之比例，而酌定其應執行之刑，以求其個案罪刑相當之分配正義，依上述說明，尚難謂持不同於本院上揭各裁定意旨之見解。聲請意旨所指「總和說」及「比例說」云者，均乃定應執行刑於受刑事訴訟法第 370 條不利益變更禁止

原則拘束下，本院所闡述論理體系相互協調互補之一部，而非與彼此衝突、互斥之他部。亦即「比例說」僅係在「總和說」下位所選取之操作手段之一，而非酌定應執行刑時，判斷其裁量權行使有無逾越法律性界限時具決定性之唯一準據。

參考法條：刑法第 51 條第 5 款。

刑事訴訟法第 370 條。

最高法院 108 年台上字第 397 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 01 月 15 日

裁判案由：重傷害等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第397號

上訴人 劉騏傑

選任辯護人 張晏晟律師

上訴人 楊維軒

選任辯護人 余政勳律師

上訴人 張博安

選任辯護人 黃育勳律師

上訴人 陳俊宇

郭育安

苟桓銘

上列一人

選任辯護人 潘東翰律師

上列上訴人等因重傷害等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年10月25日第二審判決（105年度原上訴字第57號，起訴及追加起訴案號：臺灣士林地方檢察署102年度偵字第1934、2790、12705號，103年度偵字第12310號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、劉騏傑、楊維軒、張博安、陳俊宇、郭育安部分

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

二、本件原審審理結果，認為上訴人劉騏傑、陳俊宇、楊維軒、張博安、郭育安（下稱劉騏傑等5人）有如原判決事實欄所載各犯行明確，因而撤銷第一審關於劉騏傑等5人傷害、重傷害及楊維軒妨害自由部分之科刑判決，變更檢察官所引起訴法條，改判論處劉騏傑等5人犯重傷罪刑，及楊維軒犯剝

奪他人行動自由罪刑；另維持第一審所為論處郭育安犯剝奪他人行動自由罪刑之判決，駁回郭育安此部分在第二審之上訴，已載認其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由。並就劉騏傑等5人否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。又本於證據取捨之職權行使，針對：(1)證人林○萱（人別資料詳卷）於審理中翻異前詞，改稱不知是誰毆打黃柏隆，及證稱林嘉保被押上車時，黃柏隆猶仍處於被毆打中；(2)共犯證人苟桓銘證稱劉騏傑跟其一起追他人到游泳池附近；(3)共犯證人林哲豪證述只看到劉騏傑等人去追人；(4)證人王偉德證稱劉騏傑沒有打人；(5)證人洪○豪（人別資料詳卷）證述圍毆黃柏隆之人沒有包含劉騏傑；(6)證人謝○軒（人別資料詳卷）未曾指證楊維軒有參與毆打黃柏隆；(7)證人張○瑋（人別資料詳卷）改稱未看到張博安圍毆黃柏隆各等語，如何不足為有利劉騏傑、楊維軒、張博安認定之理由，業已載述明白。

三、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院之職權，且法院憑以認定犯罪事實之證據，並不以直接證據為限，即綜合各種間接證據，本於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，如不違背經驗法則及論理法則，自不能指為違法。又供述證據前後，雖稍有參差或互相矛盾，事實審法院非不可本於經驗法則與論理法則，斟酌其他證據，作合理之比較，定其取捨，採用相同基本事實之陳述，非謂其中一有不符，即應全部不可採信。而補強證據所補強者，不以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘與證人之證詞相互利用印證，綜合判斷，足以確信證人指證被告犯罪事實之真實性，即已充分。原判決理由欄甲、壹之三對於證人林○萱之警詢陳述，因與審判中所述不符，復審酌林○萱於警詢陳述之外部狀況，業已敘明如何具有特別可信性及必要性，而具有證據能力之理由，並非僅以案重初供為採認之唯一理由，要無劉騏傑、楊維軒上訴意旨所指判決理由矛盾之違法。並綜合卷內各項證據資料，說明劉騏傑等5人雖皆否認有共同重傷害黃柏隆，及楊維軒、郭育安均否認有共同妨害林嘉保自由之犯行，然(1)劉騏傑等5人對於集結於案發地點之原因、歷程、到場發生群毆等情，均坦白承認，並參酌林○萱、黃佩君證述劉騏傑有參與圍毆黃柏隆，張○瑋前後一致證述有

看到陳俊宇、楊維軒加入圍毆黃柏隆，張○瑋更於審理中陳稱，因陳俊宇於案發時頭戴反光顏色之安全帽，故較易認出等語，證人萬佳穎、張○瑋證稱有看到張博安接續圍毆黃柏隆，佐以現場監視器錄影光碟，可知陳俊宇、楊維軒、郭育安有與現場共犯一起進入玉成公園而脫離監視器攝像範圍後，再一同回到監視器錄影畫面內，及萬佳穎於案發當時，2次出現於現場監視器錄影畫面之時間，核與其所述跟張博安對話後，前往位於緊鄰案發地點之協和工商後門搭載友人後迴轉等情相符，而認萬佳穎供述可信，憑以認定劉騏傑等5人有共同重傷害黃柏隆之事實；(2)證人林嘉保證述，遭郭育安強押上車輛後座，由楊維軒駕駛載往山上，其在車上時遭共犯林哲豪壓制頭部，並遭郭育安在車上、山上涼亭加以毆打，後因郭育安等聽聞有人遭群毆瀕死，方開車載其下山而於松山商職附近釋放等語，核與現場監視錄影光碟之勘驗筆錄及翻拍畫面相符，及林○萱、黃佩君、陳俊宇、謝○軒、張○瑋均證稱林嘉保非自願上車，縱林○萱、黃佩君對於強押林嘉保之人數雖未盡一致，然因其等對於基本事實之陳述與真實性無礙，如何予以取捨採信一部之理由，亦已載述甚詳。復衡情楊維軒、郭育安係受邀前往參與群毆之人，林嘉保係在場遭突襲之人，林嘉保當無自願跟隨楊維軒、郭育安上車之情，而認林嘉保證詞可信，因而認定楊維軒、郭育安有剝奪他人行動自由之事實。凡此，概屬原審採證認事職權之適法行使，所為論斷說明，並不悖乎論理法則及經驗法則，亦非僅以張○瑋之供述為論罪唯一依據。要無楊維軒、郭育安、陳俊宇上訴意旨所指欠缺補強證據、判決理由不備之違法。另依卷附張○瑋之信函自承對於同案被告江冠鋹有參與毆打黃柏隆之供述，係屬偽證等情，並未論及關於證述楊維軒、郭育安部分亦屬不實，故原審採認張○瑋之證詞，作為認定其2人有犯重傷罪之事實並無違誤，亦無調查未盡之違法。而原判決已載認審酌採信張○瑋、萬佳穎部分證詞之依據及理由，當然排除其他不相容之證詞，此為法院取捨證據法理上之當然結果，縱未於判決理由內說明捨棄其他證言之理由，亦於判決本旨無何影響，此與判決理由不備及矛盾之違法情形尚有未合。至於林○萱手繪之案發現場圖，係依憑其記憶所繪製之相對位置圖，原審並未據該手繪圖認定現

場實際距離，且依林○萱繪製之現場圖，可知其證述黃柏隆被打之處與林嘉保被押之處，相隔甚近，縱與實際位置未盡相符，林○萱亦能同時看到黃柏隆被打與林嘉保被押上車之情，原審據此之說明並無違常情。又原判決就張博安聲請再傳喚證人萬佳穎、鍾○恩（人別資料詳卷）以證明萬佳穎所述不實，已說明關於萬佳穎部分於第一審法院審理中已傳訊到庭證述明確，且經張博安及其辯護人對其行交互詰問，張博安未提出任何新事證，自無再傳訊萬佳穎之必要；另鍾○恩部分與本案待證事實無關，自無調查必要，而予駁回聲請之理由，亦無調查未盡之違法可言。

四、共同正犯間，在合同意思範圍內，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，原不必每一階段均參與，祇須分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果共同負責。且數共同正犯之間，原不以直接發生犯意聯絡者為限，即有間接之聯絡者，亦包括在內，也不限於事前有所協議，於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立。是以共同正犯之行為，應整體觀察，就合同犯意內所造成之結果同負責任，而非僅就自己實行之行為負責。原判決依憑劉騏傑等5人之自承，並綜合卷內證據資料，據以說明其等如何有共同基於傷害江○純等人（含黃柏隆）之犯意聯絡及行為分擔，復就其等圍毆黃柏隆時，依其等所持凶器、攻擊黃柏隆之距離及部位、多人群毆連番攻擊致其逃生不易等情狀，佐以其等之社會生活經驗，業已敘明其等主觀上可得預見黃柏隆重傷之結果，而昇高普通傷害犯意變更為黃柏隆遭毆擊要害亦不違背其等共同重傷之不確定犯意，如何均為共同正犯，已說明甚詳。另關於剝奪林嘉保行動自由部分，郭育安強押林嘉保上車，由楊維軒駕駛該自用小客車將林嘉保載往他處，是楊維軒雖未直接對林嘉保施以強制力，仍無礙其與其他共犯分擔剝奪行動自由犯行之認定。至於原判決事實欄四已載明劉騏傑等人持凶器攻擊人之「頭部」或毆擊黃柏隆之「要害」造成其重傷結果等語，已明確記載其等係攻擊黃柏隆頭部等要害致其有身體及健康重大難治之重傷。要無劉騏傑、楊維軒、張博安上訴意旨所稱違反證據法則、調查未盡及理由不備與矛盾之違法。

五、刑事訴訟法第379條第7款規定「依本法應用辯護人之案件

或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然違背法令」，以保護被告在訴訟上有依賴辯護人其辯護及不受不法審判之權。所謂未經辯護人到庭辯護，除指未經辯護人到庭外，固尚包括辯護人所提供之辯護如非實質、有效之辯護，即屬無效之律師協助，得構成合法上訴之理由，始能發揮防禦權之功能。惟是否構成無效之律師協助，除應由被告具體指出辯護人之辯護行為有瑕疵，致未發揮辯護人應有的功能外，必也該瑕疵行為嚴重至審判已不公平，審判結果亦因而不可信，亦即，所謂無效之辯護應同時具備「行為瑕疵」與「結果不利」二要件，始足語焉。至辯護人如何與被告就案件相關過程磋商、擬定辯護意旨，乃屬其等間之內部信任關係、訴訟策略之運用，並受秘匿特權保護，倘未受國家機關不當干涉，法院無從介入，自不得以之遽指辯護人未為實質辯護。本件關於劉騏傑部分，第一審判處劉騏傑傷害之罪刑，劉騏傑不服，提起第二審上訴，檢察官亦以劉騏傑涉犯重傷害罪而提起上訴，法定刑為5年以上12年以下有期徒刑，屬依法必須強制辯護案件，劉騏傑原委任杜冠民律師為其辯護人，惟於原審民國106年3月30日之準備程序，劉騏傑經傳未到庭，杜冠民律師則以無法聯繫上劉騏傑為由，遞狀解除委任。嗣經原審指定應少凡律師擔任劉騏傑之義務辯護人，原審於106年10月26日、107年5月24日、107年7月26日之準備程序，及107年10月4日審判程序，就卷內全部證據逐一提示並告以要旨，供義務辯護人對卷內證據之證據能力及證明力表示意見，踐行法定調查證據程序，義務辯護人一一陳明並表示意見，已就法律及事實上之意見為劉騏傑盡其辯護之義務，並無未經辯護人到庭辯護逕行審判之情。雖原審於106年10月26日及107年5月24日之準備程序，劉騏傑迭經合法傳喚俱未到庭，係自己對於訴訟漫不經心，毫不在乎訴訟進行之攻防，致義務辯護人無法聯絡上劉騏傑，責任存在於劉騏傑，義務辯護人乃援引第一審辯論要旨，主張劉騏傑於案發當時人在游泳池，不在現場，沒有參與攻擊黃柏隆的行為等情，自難謂其未盡實質、有效之辯護義務。固然，義務辯護人於準備程序時，就證人林○萱於警詢陳述之傳聞證據，表示同意有證據能力，不無微疵，惟原判決係以林○萱於警詢陳述具有特別可信性及必要性之要

件，而符合刑事訴訟法第159條之2之傳聞例外規定，認具有證據能力，已如前述，並非依義務辯護人之同意，即逕認有證據能力，是以義務辯護人對傳聞證據所為同意之表示，實質上並未對劉騏傑產生任何不利之影響。另觀諸原審107年10月4日審判筆錄記載，義務辯護人為劉騏傑辯護，主張劉騏傑未曾出現在黃柏隆面前，且未預見會有他人攻擊黃柏隆，而與黃柏隆所受重傷無涉，復陳第一審量刑過重等情，其辯護要旨經載於筆錄即有25列之多，最後併記載：「…其餘詳如辯護意旨狀所載。」等語，但卷內未見該日有提出辯護意旨狀之書狀，應係指其先前提出之答辯書狀而言，綜觀義務辯護人於該日之辯護內容，已盡其辯護人之角色，就法律或事實上之意見為劉騏傑辯護，發揮其應有之辯護功能，尚難謂劉騏傑於原審未獲得辯護人實質辯護。至於原審於107年9月13日之審判期日，義務辯護人固未出庭為劉騏傑辯護，但該日原審並未以劉騏傑為被告之地位，行調查證據、訊問被告、事實及法律之辯論等程序，實質上未對劉騏傑有任何不利之結果，亦難認有無效辯護之情形可言。劉騏傑上訴意旨漫稱其與辯護人在法庭外無互動，並謂其未經辯護人為實質有效辯護等情，核非第三審上訴之適法理由。

六、刑之量定，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。本件原判決已具體審酌關於刑法第57條科刑等一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，就楊維軒所犯剝奪他人行動自由罪量定之刑罰，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有逾越法律所規定之範圍，或濫用其裁量權限之違法情形。楊維軒此部分上訴意旨，係對原審量刑職權之合法行使，任意指摘，同非適法之第三審上訴理由。

七、綜合前旨及其他上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據、自由判斷證據證明力與量刑之職權行使，徒以自己說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，與法律規定得為上訴第三審上訴理由之違法情形，不相適

合。本件劉騏傑等5 人上訴違背法律上之程式，應予駁回。  
貳、苟桓銘部分

按刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之案件，就經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷並自為有罪判決者，不得上訴第三審法院。參諸該條項法文及司法院釋字第752 號解釋甚明。案件是否屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之範圍，固不以起訴書所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用法條，為唯一之標準，而應以起訴書狀所記載之事實為準，並應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，或合於同條項但書例外得上訴第三審之要件，否則被告仍不得上訴於第三審法院。又行為後因法律有變更，致裁判時之法律與裁判前之法律涉及其得否上訴於第三審法院之限制規定不同時，應以裁判時應適用之法律，依刑法第2條第1項規定，就最有利於行為人之法律規定以定之。如依舊法之規定得上訴於第三審，新法之規定不得上訴，而依刑法第2條第1項規定為比較之適用，應適用新法之規定處罰者；或如依舊法之規定不得上訴於第三審，新法之規定得上訴，而依刑法第2條第1項規定為比較之適用，應適用舊法之規定處罰者，自均不得上訴於第三審法院。查本件上訴人苟桓銘經檢察官以涉犯刑法第271 條第2項、第1項殺人未遂之罪名提起公訴，第一、二審均變更檢察官所引起訴法條，俱論以刑法第277條第1項（即108年5 月29 日修正公布前）之傷害罪。雖苟桓銘行為後，刑法第277條第1項之傷害罪業於108年5 月29日修正公布施行，法定刑由3年以下有期徒刑、拘役或（銀元）1千元以下罰金，修正為5年以下有期徒刑、拘役或（新臺幣）50萬元以下罰金，兩相比較，應以修正前之規定有利於行為人。原判決固未及為新舊法之比較說明，逕行適用行為時法，但依刑法第2條第1項前段規定為比較適用之結果，仍應適用有利於苟桓銘之修正前刑法第277條第1項傷害罪論處，核屬刑事訴訟法第376條第1 項第1款之案件。揆者首開說明，既經第二審判決，苟桓銘自不得上訴於第三審法院，其猶提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。至原

判決末教示欄，有關不服原判決（包含苟桓銘）得提起上訴之記載，係屬誤載，苟桓銘並不因該誤載而得以上訴，併此指明。

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 109 年 1 月 15 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 吳 燦

法官 李 英 勇

法官 朱 瑞 娟

法官 高 玉 舜

法官 何 信 慶

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 1 月 20 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 1728 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 01 月 21 日

裁判案由：殺人未遂等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第1728號

上 訴 人

即 自訴人 林瑞姿  
林志傑

共 同

自訴代理人 尤伯祥律師  
郭皓仁律師

被 告 不知名之員警等

上列上訴人等因自訴被告等殺人未遂等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年1月28日第二審判決（106年度上訴字第122號，自訴案號：臺灣臺北地方法院103 年度自字第35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。

二本件原判決以上訴人即自訴人丙○○、乙○○（下稱上訴人）對「甲○○○○○○」提起本件自訴，於自訴狀未能明確記載上開被告之姓名、性別、年齡、住居所或其他足資辨別之特徵，經裁定命補正，逾期仍未合法補正，以致法院無從確認本件自訴所欲追訴「甲○○○○○○」之審判對象為何，因認第一審以上訴人就被告「甲○○○○○○」部分所提之自訴，有刑事訴訟法第343條準用同法第303條第1 款之「起訴之程序違背規定」之情形，而維持第一審就此部分所為自訴不受理之判決，駁回上訴人此部分在第二審之上訴。已詳敘其所憑之證據及理由。

三上訴意旨略以：(一)法院就當事人依刑事訴訟法第163條第1項規定聲請調查證據，除有同法第163條之2 第2項各款所列之情形外，應予調查，此參該2 條項之規定自明。上訴人已提出案發當日在行政院辦公大樓建物1 樓大廳靜坐暨遭被告「甲○○○○○○」以暴力攻擊過程之影片截圖，並依前揭第163條第1項之規定，聲請原審分別向臺北市政府警察局、內政部警政署調取該日晚間負責執行行政院淨空任務之臺北市政府警察局南港分局、臺北市政府警察局刑事警察大隊特勤中隊員警及內政部警政署保安警察第六總隊員警之名冊暨相片，以供上訴人指認。上訴人聲請調取之目的，乃為查明被告「甲○○○○○○」之身分，且範圍特定，並非漫事指稱、灑網捕魚，當不致對原審造成過重負擔，亦無過度侵害員警隱私權之疑慮，不僅有調查之可能，更有調查之必要性及關連性，顯無刑事訴訟法第163條之2第2 項各款所示無調查必要之情形，依前述說明，原審自應調查。詎原審竟誤認上訴人係請求其依職權調查證據，遽以無為蒐集證據之義務為由，駁回上訴人為特定被告身分所聲請調查之證據，顯係混淆刑事訴訟法第163條第1項及同條第 2 項之規定，且有調查職責未盡之違法。(二)上訴人能否明確記憶而指認「甲○○○○○○」，須待法院調得值勤員警之名冊暨照片後，始能得悉。惟原審卻以上訴人可能無法明確記憶，及有誤認嫌疑人之虞，而不予調查，自屬違法。倘法院就上訴人為確認被告身分所聲請調查之證據均予否准，將使被告身分無從特定，則上訴人訴追警方濫行施暴犯行之權利即無從實現。另原審於警方提供照片名冊予上訴人指認後，本得依刑事訴訟法第326 條第1、2項之規定，先就被告之身分為調查，確認上訴人之指認是否正確，如此可有效排除誤認，以避免無關之第三人應訴之勞煩，並維護上訴人之訴訟權益。原審卻捨此不為，斷然拒絕上訴人上開調查證據之聲請，致使本案被告身分無法特定，自屬違法云云。

#### 四惟查：

(一)我國刑事訴訟，採彈劾主義，對犯罪之追訴與審判，分由不同之機關職掌，非經檢察官提起公訴或聲請以簡易判決處刑，或由自訴人提起自訴，法院無從逕予審判，依此法則運作，在審判程序，乃由法院、自訴人（或檢察官）及被告形成訴訟結構之三面關係，以居於中立第三者之法院，基於自訴人（或檢察

官)、被告雙方所為之攻擊、防禦，就自訴人(或檢察官)所追訴之案件，判斷國家具體刑罰權之存否及其範圍。法院審理之案件，乃由「被告」及「犯罪事實」兩部分所構成，是自訴人(或檢察官)請求法院追訴之案件，須為特定被告之特定犯罪事實。至如何特定被告之身分，自應由自訴人(或檢察官)於提起自訴(或公訴)前查明，即便不知所欲提起自訴對象之姓名、住居所等資料，亦需查明客觀上足資辨別之特徵，以特定追訴之對象，並避免累及無辜之第三者，殊無聲請法院調取名冊及照片，供其於眾多人員中指認確定，視法院為其追訴輔助機關之理。又刑事訴訟法第154條至第163條之2，係規定在該法第一編總則「證據」章中，於第二編之公訴、自訴程序均有適用。而由前述「證據」章開宗明義於第154條規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪(第1項)；犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實(第2項)。」足徵證據調查之目的係在確認被告被訴犯罪事實之有無，亦即在使法院對於被告被訴案件形成有罪或無罪之實體心證，而非為特定被告身分而設。是當事人依刑事訴訟法第163條第1項規定聲請調查之證據，當以與犯罪事實之存否具有關聯性者為限，倘當事人聲請調查者無關犯罪事實之認定，自非屬該條項所規範得聲請調查之範疇，縱其所聲請調查者，非屬同法第163條之2第2項各款所列情形，法院亦無何調查之義務可言。至同法第163條第2項固規定：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」惟此乃以合法之起訴為前提，法院因而負有實體審理、以實體判決確認國家刑罰權有無之義務，始有為「發見真實」，而依職權調查之權限甚至義務，殊無不問起訴是否合法有效，均得率以「維護公平正義」為理由，而課予法院依職權調查證據、確認國家刑罰權有無之義務之理，此不可不辨。原判決本此意旨，於理由中敘明：上訴人雖提供案發當日錄影畫面並圈畫員警照片，主張乃足資辨別所自訴「甲○○○○○○」之特徵，惟經原審函請相關單位提供上訴人所圈畫員警之個人資料、所屬單位及編號，惟均獲相片中員警臉部特徵及清晰度欠佳，無法辨識暨提供相關資料之覆文，是無從特定「甲○○○○○○」之身分，自難以確認訴訟之對象。且依我國刑事訴訟法現制，法院基於審判之公平，應立於客觀

聽訟者之地位，關於如何特定自訴之犯罪主體，應由自訴人於起訴前查明，非於審判階段由法院立於自訴人之一方而為證據之蒐集、調查、糾問而為特定，否則即與糾問制度無異。又我國關於犯罪追訴，採起訴二元主義，上訴人既捨由檢察官代表國家訴追犯罪之公訴制度而採取自訴程序，自應擔當公訴人之角色與功能，殊不得因自訴查證困難，即視法院為偵查或徵信機關，任意要求法院職權調查而為上訴人特定被告之身分，因而駁回上訴人就特定「甲○○○○○○」身分有關之調查證據之聲請等旨。經核於法並無不合。要無上訴意旨所稱調查職責未盡之違法可言，尚難憑為適法之第三審上訴理由。

(二)刑事訴訟法第326條第1項、第2項及第3項之規定，旨在因自訴案件未經偵查程序即由自訴人向法院起訴，為免被告受無謂程序之苦，而在正式審判前，法院或受命法官得就自訴是否合法、起訴之要件是否具備等，先予審查，倘訊問及調查證據之後，發現案件係民事或利用自訴程序恫嚇被告，就告訴或請求乃論之罪，得曉諭自訴人撤回自訴，如認有同法第252條、第253條、第254條之情形，得以裁定駁回自訴，避免無辜者受累，並重人權之維護。上開條項之規定，乃為被告利益而設，上訴意旨指稱原審於警方提供照片名冊予上訴人指認後，得依前述條文第1、2項規定，先就被告之身分為調查，以確認上訴人指認是否正確，即得有效排除誤認之情形云云，顯係誤解刑事訴訟法第326條規定之立法目的，其據此指摘原判決違背法令，自與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

五上訴意旨，憑持己見，指摘原判決調查職責未盡，及就原判決已說明事項，任意指為違法，難認已符合首揭法定第三審上訴要件，應認本件上訴不合法律上之程式，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 109 年 1 月 21 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 在

法官 林 恆 吉

法官 林 海 祥

法官 江 翠 萍

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 1 月 31 日  
書 記 官

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 2817 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 01 月 15 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

108年度台上字第2817號

上訴人 江建隆

選任辯護人 涂逸奇律師

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107年11月14日第二審判決（107年度上易字第1557號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署106 年度毒偵字第8778號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原審審理結果，認定上訴人江建隆違反毒品危害防制條例之犯行明確，因而撤銷第一審諭知無罪之判決，改判論處上訴人施用第二級毒品罪刑（累犯，有期徒刑），已載敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。
- 三、司法實務上對於施用毒品之犯罪嫌疑人或被告，採取其尿液之處分，係為便利執行鑑定，以判別、推論有無施用毒品之犯罪事實，而對人進行採集之取證行為，此種對人之身體不可侵犯性及隱私等基本權造成干預、侵害，而具有強制處分性質，須合於法律保留原則。因此，我國對於強制採尿，可分為（一）鑑定人依刑事訴訟法第205條之1規定，由審判長、受命法官或檢察官核發許可書，由鑑定人為採尿處分。（二）司法警察官、司法警察之強制採取尿液，此又分為1、屬於依毒品危害防制條例第25條規定之應受尿液採驗人，經合法通知其於指定時間到場採驗尿液，無正當理由不到場，得報請檢察官許可，強制採驗；或到場而拒絕採驗者，得違

反其意思強制採驗，於採驗後，即時報請檢察官補發許可書；2、對於經合法拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，祇須於有相當理由認為得作為犯罪之證據時，依刑事訴訟法第205條之2之規定，無須令狀或許可，即得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，強制採尿。惟除前開強制採尿之外，另有法無明文之「自願性同意採尿」，以類推適用性質上相近之刑事訴訟法第131條之1受搜索人自願性同意搜索，及第133條之1受扣押標的權利人同意扣押之規定，經犯罪嫌疑人或被告出於自願性同意，由司法警察官或司法警察出示證件表明身分，告知得拒絕，無須違背自己之意思而為同意，並於實施採尿前將同意之意旨記載於書面，作為同意採尿之生效要件。又此所謂之自願性同意，係以一般意識健全具有是非辨別能力之人，得以理解或意識採尿之意義、方式及效果，而有參與該訴訟程序及表達意見之機會，可以自我決定選擇同意或拒絕，非出於警方明示或暗示之強暴、脅迫或其他不正方法施壓所為同意為實質要件，尤應綜合徵求同意之地點及方式，是否自然而非具威脅性、同意者之主觀意識強弱、教育水準、年齡、智力程度、精神狀態及其自主意志是否已為警方以不正方法所屈服等一切情狀，加以審酌判斷。若不符合上揭強制採尿及自願性同意採尿，而取得尿液之情形，為兼顧程序正義及發現實體真實，則由法院依刑事訴訟法第158條之4規定，就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷其證據能力。

- 四、原判決關於上訴人因違反毒品危害防制條例案件通緝逮捕到場，其雖曾與警爭執採尿之法律依據而拒絕採驗，惟經諮詢親友後，於採尿前已書立自願受採驗尿液同意書，接受尿液檢驗，且於嗣後接受員警詢問時，表示係自願排放尿液，合於自願性同意採尿等情，說明認定之理由，載敘綦詳。又本於證據取捨之職權行使，對於證人陳志成（上訴人之友人）、李湘蘭（上訴人之配偶）所證上訴人拒絕採尿之過程，如何不足為有利於上訴人之認定，復已論述明白，要無適用法則不當之違法情形。上訴意旨指摘其簽立前開書面同意採驗尿液，非出於真摯同意等語，係就原判決已說明論斷之事項，徒憑己意而為相異評價，重為爭執，非適法第三審上訴理

由。

五、依上所述，本件上訴為違背法律上之程式，應予駁回。  
據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 1 月 15 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 吳 燦

法官 李 英 勇

法官 何 信 慶

法官 朱 瑞 娟

法官 高 玉 舜

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 109 年 1 月 17 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3842 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 01 月 09 日

裁判案由：公共危險

最高法院刑事判決

108年度台上字第3842號

上訴人 王新福

上列上訴人因公共危險案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國107年12月18日第二審判決（107 年度交上訴字第803號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署106 年度偵字第7648、8614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南分院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人王新福有其事實欄所載駕駛動力交通工具而吐氣所含酒精濃度達每公升0.72毫克，因而致被害人廖如騰於死之犯行，因而撤銷第一審科刑之判決，改判仍論處上訴人駕駛動力交通工具而吐氣所含酒精濃度達每公升0.25毫克以上，因而致人於死罪刑（累犯，處有期徒刑1 年10 月），固非無見。

二、惟查：

(一)、有罪之判決書，對被告有利之證據不採納者，應說明其理由，為刑事訴訟法第310 條第2 款所明定。故有罪判決書對於被告有利之證據或辯解，如不加採納，必須說明其不予採納之理由，否則即難謂無判決不備理由之違誤。又刑法上結果犯以一定結果之發生為必要，其結果與行為之間若無因果關係，行為人自不負既遂犯之刑事責任。關於有無因果關係之判斷，固有各種不同之理論，採「相當因果關係說」者，主張行為與結果間，不僅須具備「若無該行為，則無該結果」之條件關係，然為避免過度擴張結果歸責之範圍，應依一般經驗法則為客觀判斷，更須具有在一般情形下，該行為通常皆足以造成該結果之相當性，始足令負既遂責任。但因因果關係之「相當」與否，概念欠缺明確，在判斷上不免流於主觀，且對於複雜之因果關係類型，較難認定行為與結果間之因果關聯性。晚近則形成「客觀歸責理論」，明確區分結果原因與結果歸責之概念，藉以使因果關係之認定與歸責之判斷更為精確，「客觀歸責理論」認為除應具備條件上之因果

關係外，尚須審酌該結果發生是否可歸責於行為人之「客觀可歸責性」，祇有在行為人之行為對行為客體製造法所不容許之風險，而該風險在具體結果中實現（即結果與行為之間具有常態關聯性，結果之發生在規範之保護目的範圍內），且結果存在於構成要件效力範圍內，該結果始歸由行為人負責。因之，為使法律解釋能與時俱進，提升因果關係判斷之可預測性，應藉由「客觀歸責理論」之運用，彌補往昔實務所採「相當因果關係說」之缺失，而使因果關係之判斷更趨細緻精確。至於「客觀歸責理論」所謂結果存在於構成要件效力範圍內，係指結果必須落在避免危險之構成要件效力範圍內，客觀上始可歸責於行為人，亦即檢驗結果是否屬於自我（被害人）或他人（專業人員）負責之領域。其中他人專屬之負責領域，形成構成要件效力範圍之界限，自應由該他人負責，例如：行為人雖製造且實現不法風險，致被害人受傷，但被害人之死亡倘係專業人員（諸如消防人員、醫療救助人員）之疏誤行為所致，由於該專業人員製造且實現生命之危險，係其本身負責之領域，已超出行為人所實行構成要件效力範圍，被害人之死亡結果自不應歸責於行為人。卷查原審辯護人於原審為上訴人辯稱：本件負責治療廖如騰之長庚醫療財團法人嘉義長庚紀念醫院（下稱嘉義長庚醫院）醫師，並未尋找廖如騰之出血位置，致使廖如騰之血紅素、血壓下降，最終休克死亡；廖如騰是否有車禍傷勢以外之原因造成死亡，非無疑義等語（見原審卷一第111、142、145頁），原判決於理由內僅引用嘉義長庚醫院函覆內容，泛謂嘉義長庚醫院對於廖如騰入院時即有因車禍產生血紅素異常狀況，已有知悉並且積極治療，並未因被害人家屬簽立不實施心肺復甦術同意書，而僅給予消極或維持性治療。廖如騰死亡之原因乃合併細菌感染及敗血症，且病情惡化致腸胃出血，因而有解黑便、鼻胃管流出褐色物及血紅素下降等死亡前的現象云云（見原判決第5頁第14至20行），並未進一步說明原審辯護人所持前開醫院之醫師並未尋找廖如騰之出血位置，致使廖如騰休克死亡，以及廖如騰是否有車禍傷勢以外之原因造成死亡等辯解，何以不予採納之理由，已嫌理由欠備。又倘若前開辯護人所持之辯解為可信，則廖如騰之死亡結果，是否已超出上訴人所實行構成要件效力範圍，而得認

廖如騰之死亡結果不應歸責於上訴人？實情如何，攸關廖如騰之死亡結果與上訴人之行為是否具有因果關係之判斷，原判決對上述疑點未詳加調查釐清，而為不利於上訴人之認定，尚嫌速斷，亦有調查未盡之違法。

- (二)、刑事被告在訴訟上應享有充分之防禦權，為憲法第16條所保障人民訴訟權之範疇；此防禦權包含辯護倚賴權（即積極受辯護人協助之權利）在內，因此，刑事訴訟法賦予辯護人多項權限，期使辯護倚賴權為最大之發揮。而刑事訴訟法上關於辯護人權限，可分為代理權與固有權，前者（或稱傳來權限）乃指被告所得為訴訟行為，其在性質上或法律規定上許為代理者，得由辯護人代為行使，辯護人行使此項權限，本應尊重被告之意思，原則上不得與被告明示之意思相反（例外者，如刑事訴訟法第110條具保停止羈押之聲請）；後者（或稱原始權限），係指與被告之權利分離而為辯護人特別所擁有之權限，此項權限有與被告同享者（亦即法條規定「當事人（或被告）及辯護人得．．」，如刑事訴訟法第150條第1項搜索及扣押時之在場權、第163條第1項聲請調查證據權、第289條事實及法律辯論權等），有僅辯護人所專有者（亦即法條規定為「辯護人得．．」，如刑事訴訟法第34條第1項之接見羈押被告並互通書信、第49條攜同速記到庭記錄權、第389條第2項律師充任辯護人之第三審辯論權等）。
- 。由於辯護人之固有權係基於辯護人之地位所具有，因之，其行使自不受被告明示、默示意思之拘束，縱其與被告同享之權限亦然。本件原審辯護人於原審審理時依刑事訴訟法第163條第1項規定，就嘉義長庚醫院是否有對廖如騰尋找出血原因並治療，以及其於本件車禍所受傷勢是否為必然唯一死亡原因，或有其他造成死亡之原因等事項，聲請囑託國立臺灣大學醫學院附設醫院（下稱臺大醫院）實施鑑定（見原審卷一第111頁）。原判決僅於理由內說明：原審辯護人於第一審及原審原本聲請將本案病歷等相關資料送往臺大醫院進行死因鑑定一情，上訴人於本院已表明捨棄聲請，附此敘明云云（見原判決第5頁第20至22行），似認上訴人既已表明捨棄聲請囑託臺大醫院實施上開事項之鑑定，自應尊重上訴人之意思。然刑事訴訟法第163條第1項已明文規定當事人及辯護人均得聲請調查證據，故其所定聲請調查證據權，屬原

審辯護人之固有權，雖與上訴人同享，但其行使不受上訴人明示、默示意思之拘束。是原審逕依上訴人捨棄聲請之聲明，即不予實施鑑定，自與上述規定不符。而上開鑑定事項攸關廖如騰之死亡結果與上訴人之行為是否具有因果關係之判斷，原審未依辯護人之聲請實施鑑定，復未敘明無實施鑑定必要之理由，即為不利於上訴人之認定，自有判決理由不備之違法。

(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。

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 109 年 1 月 9 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官	徐	昌	錦
法官	蔡	國	在
法官	林	恆	吉
法官	江	翠	萍
法官	林	海	祥

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 1 月 14 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3974 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 01 月 09 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第3974號

上訴人 蔡鴻文

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年11月16日第二審判決（107年度上訴字第3419號；起訴案號：臺灣新北地方檢察署107年度毒偵字第506、2597、3154號，107年度偵字第6245、21838號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於施用第一級毒品罪、持有第一級毒品罪均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷發回（施用第一級毒品、持有第一級毒品純質淨重10公克以上）部分：

一、本件原判決以上訴人蔡鴻文不服第一審論處其施用第一級毒品2罪刑（均想像競合犯施用第二級毒品罪）；持有第一級毒品純質淨重10公克以上1罪刑（想像競合犯施用第一級、第二級毒品罪）之判決，提起第二審上訴，惟其上訴理由之敘述，難認具體，因而不經言詞辯論，逕從程序上駁回其在第二審之上訴。固非無見。

二、惟按：

早年我國刑事訴訟法第361條係規定「不服地方法院之第一審判決而上訴者，應向管轄第二審之高等法院為之。」不需有任何理由，祇要不服即可，學理上稱為「空白上訴」。嗣因人民濫行上訴，難免造成第二審法院負擔，復因當時第三審法院撤銷第二審判決、發回更審情形不少，一上一下之間，第二審辦案量累積，將原屬直筒型訴訟制度架構，欲往金字塔型理想訴訟制度架構演進的努力，操作成類似圓桶型的大腰圍現象。為解決第二審工作量已至不堪負荷程度問題，於民國96年7月4日經總統公布修正上揭法條，增列第2項「上訴書狀應敘述具體理由」並有第3項之命補正配套規範。其中所稱「具體」，係抽象、空泛之反面。亦即須就不服第

一審判決之理由，為具體之敘述，而非僅空泛之指摘。施行後，實務運作確見節制濫訴的功效，但經一段時日後，第二審曾有駁回上訴過寬現象發生，引致民怨。而參諸公民與政治權利國際公約（簡稱公政公約）第14條第5項揭櫫：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。」其第32號一般性意見第48段之論述，更指出所謂「上級審法院覆判有罪判決」的權利，係指締約國有義務根據充分證據和法律，進行實質性覆判；倘僅限於覆判為有罪判決的形式，而不考量事實情況者，並不符合本項義務之要求。可見，有罪判決之刑事被告，除非係可歸責於自己之事由致喪失上訴權（例如遲誤上訴期間），或如刑事訴訟法第455條之1第2項、第455條之10第1項前段，有關簡易程序或協商程序所設不得上訴之規定（因其限於非重罪且被告無爭執之案件，以被告自由意願及協商合意為其基礎，事先被告已充分了解），即使第一審法院判決即是終審，仍無損被告正當權益，與公政公約第14條第5項規定無違外，原則上被告應受一次實質有效上訴救濟機會之訴訟權保障。此乃國際公約所認定之人權標準，亦係刑事審判中對刑事被告之保障。尤其，晚近刑事訴訟法就程序權之保障，例如節制限制出海、出境；賦予陳述意見權；資訊獲取權等，已依上述國際公約意旨，陸續增訂。則前揭第二審上訴程序規定所謂之具體理由，其認定應更加寬鬆。申言之，倘上訴理由就其所主張第一審判決有違法或不當之情形，已舉出該案相關之具體事由，足為其理由之所憑，即不能認係空言託詞或漫事指摘。此時，第二審法院即應進行實質性覆判，開庭命被告陳述上訴意旨，進行實質調查審理，落實被告訴訟程序權利之保障；縱其所舉理由，經調查結果，並非可採，要屬上訴有無理由之範疇，終究不能遽謂未敘述具體理由。若逕以上訴狀所敘理由未具體為由，遽依刑事訴訟法第367條、第372條，不經言詞辯論，而駁回第二審上訴，即非適法。

### 三、經查：

依卷內資料，上訴人不服第一審判決，於法定期間內提起第二審上訴，所具上訴理由狀已載稱：我係希望能戒除惡習，而主動告知警察，並主動交付扣案毒品，屬於自首；第一審量刑雖稱依刑法第62條規定予以減刑，但我另案犯類似之施

用毒品罪（臺灣新北地方法院107 年度審簡字第632 號），才被判處有期徒刑6 月，兩相比較，本案所判（按所犯施用第一級毒品2 罪，皆宣告有期徒刑9 月，又犯持有第一級毒品純質淨重10公克以上罪，則宣處有期徒刑10月，合併應執行有期徒刑2 年4 月），在客觀上，即嫌過重等語。可見上訴人之第二審上訴理由，已就第一審之科刑判決，具體指出於此部分之量刑上，有如何違誤及不當之情形，並非抽象、空泛指摘，應足為其上訴理由之所憑，參照上揭說明，能否謂其未敘述具體理由？不無斟酌、研求之餘地。原判決未詳酌上述卷內資料，逕以上訴人之第二審上訴違背法律上之程式而予駁回，自難認為適法。

綜上，此部分上訴意旨執以指摘原判決違背法令，尚非全無理由，應認原判決此部分具有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（持有第二級毒品）部分：

一、按上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348條第1項定有明文。

而刑事訴訟法第376 條第1 項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項但書所明定。

二、上訴人另犯持有第二級毒品罪，係屬刑事訴訟法第376 條第1項第1款規定的案件，既經第一審認為有罪，原審予以維持，則依前揭說明，自不得上訴於第三審法院。上訴人猶提起此部分之上訴，顯為法所不許，應予駁回。

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

中 華 民 國 109 年 1 月 9 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 李 錦 樑

法官 吳 淑 惠

法官 林 孟 宜

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 1 月 16 日  
書 記 官

108年度台上字第4091號判決 依法屬不得公開案件

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 4365 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 01 月 08 日

裁判案由：違反銀行法

最高法院刑事判決

108年度台上字第4365號

上訴人 張芸瑜

選任辯護人 趙彥雯律師

上列上訴人因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院中華民國107年12月20日第二審判決（107年度金上訴字第52號，追加起訴案號：臺灣新北地方檢察署104年度偵字第24777號，105年度偵字第906、9176、12348號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於張芸瑜部分撤銷。

檢察官對於張芸瑜部分在第二審之上訴駁回。

### 理 由

- 一、本件原審未經言詞辯論，逕行判決撤銷第一審對於上訴人張芸瑜及林仕民、林安可（下稱張芸瑜等3人，後2人未上訴第三審）均諭知「公訴不受理」之判決，並發回第一審（更為適法之裁判；按偵查檢察官係以追加起訴方式，對於張芸瑜等3人一併提起，第一審不經言詞辯論，全部判決公訴不受理，檢察官對張芸瑜等3人提起第二審上訴，經原判決全部撤銷發回第一審，林仕民、林安可未不服提起第三審上訴先告確定）。固非無見。
- 二、按起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，並得不經言詞辯論為之，刑事訴訟法第303條第1款、第307條分別定有明文。次按於第一審言詞辯論終結前，得就與本案相牽連之犯罪或本罪之誣告罪，追加起訴，刑事訴訟法第265條第1項定有明文。又所謂「相牽連之案件」，係指同法第7條所列：(一)一人犯數罪；(二)數人共犯一罪或數罪；(三)數人同時在同一處所各別犯罪；(四)犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者而言。上開條文之立法意旨無非係以案件一經起訴，起訴範圍隨之特定，若准許檢察官任意擴張追加起訴與本案非屬同一案件之案件，不僅減損被告之防禦權利，亦有損訴訟迅速之要求，惟若一概不許追加，則本可利用原已經進行之刑事訴訟程序一次解決之刑事案件，均須另行起訴，亦有違訴訟經濟之要求，故在被告訴訟

權利、訴訟迅速審結，以及訴訟經濟之衡量下，特設上述第265條追加起訴之規定。然我國刑事訴訟制度近年來歷經重大變革，於民國92年9月1日施行之修正刑事訴訟法已採改良式當事人進行主義，於證據共通原則設有第287條之1、之2之分離調查證據或審判程序之嚴格限制，並於第161條、第163條第2項限制法院依職權調查證據之範圍；再於95年7月1日施行之修正刑法廢除連續犯與牽連犯，重新建構實體法上一罪及數罪概念；嗣於99年5月19日制定並於103年6月6日、108年6月19日修正公布之刑事妥速審判法，立法目的係維護刑事審判之公正、合法、迅速，保障人權及公共利益，以確保刑事被告之妥速審判權利，接軌公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法（下稱兩公約施行法）所揭示健全我國人權保障體系。從而，在刑事訴訟法、刑法均已修正重構訴訟上同一案件新概念，為落實刑事妥速審判法、兩公約施行法所揭示保障人權之立法趣旨，法院審核追加起訴是否符合相牽連案件之法定限制要件，及追加起訴是否符合訴訟經濟之目的，更應與時俱進，作目的性限縮解釋，以客觀上確能獲得訴訟經濟效益之前提下，核實審查檢察官認「宜」追加起訴案件是否妨害被告之訴訟防禦權，俾與公平法院理念相契合。因此，得追加起訴之相牽連案件，限於與最初起訴之案件有訴訟資料之共通性，且應由受訴法院依訴訟程度決定是否准許。倘若檢察官之追加起訴，雖屬刑事訴訟法第7條所定之相牽連案件，然案情繁雜如併案審理難期訴訟經濟（例如一人另犯其他繁雜數罪、數人共犯其他繁雜數罪、數人同時在同一處所各別犯繁雜之罪），對於先前提起之案件及追加起訴案件之順利、迅速、妥善審結，客觀上顯然有影響，反而有害於本訴或追加起訴被告之訴訟防禦權及辯護依賴權有效行使；或法院已實質調查審理相當進度或時日，相牽連案件之事實高度重疊，足令一般通常人對法官能否本於客觀中立與公正之立場續行併案審判，產生合理懷疑，對追加起訴併案審理案件恐存預斷成見，有不當侵害被告受憲法保障公平審判權利之疑慮；或依訴訟進行程度實質上已無併案審理之實益或可能等情形，法院自可不受檢察官任意追加起訴之拘束。遇此情形，受理不當追加起訴之法院，當然可以控方之追加起訴，不適合制度設計本旨為由

，依同法第303條第1款關於「起訴之程序違背規定」之禁制規範，就追加起訴部分，諭知不受理判決，實踐刑事妥速審判法第3條所揭示的誡命，方能滿足正當法律程序及實現公平法院之理念。

### 三、經查：

(一)臺灣新北地方檢察署（下稱新北地檢署）檢察官先於104年9月14日製作104年度偵字第15814、21506、24121號起訴書（下稱「本訴」起訴書），將「馬勝金融集團」（下稱馬勝集團）臺灣地區負責人張金素等13人，以共同於102年3月起至104年5月間，藉召開說明會、海外旅遊及高額多層次傳銷獎金等方式，公開招攬民眾參與馬勝集團之「馬勝基金」投資方案，非法吸金總額高達新臺幣（下同）139億7255萬5000元，共同涉犯銀行法第125條第1項前段、後段之非法經營銀行業務罪及多層次傳銷管理法第29條第1項之非法多層次傳銷罪提起公訴，由臺灣新北地方法院（下稱新北地院）以104年度金重訴字第7號審理；嗣於105年5月30日製作104年度偵字第24777號，105年度偵字第906、9176、12348號追加起訴書（下稱「本案即第一次追加起訴」），以張芸瑜等3人共同涉犯本件銀行法第125條第1項前段之非法經營銀行業務罪及多層次傳銷管理法第29條第1項之非法多層次傳銷罪，且與前開新北地院104年度金重訴字第7號被告張金素等13人違反銀行法等案件具有數人犯一罪或數罪之相牽連關係，予以追加起訴；再於105年11月10日製作105年度偵緝字第2558、2559、2560、2561號追加起訴書（下稱「第二次追加起訴」），以許思為與前開新北地院104年度金重訴字第7號即被告張金素等13人違反銀行法等案件具有數人犯一罪或數罪之相牽連關係，予以追加起訴，新北地院則分105年度金重訴字第12號案件審理（嗣與106年度金訴字第5號、107年度金重訴更一字第1號、108年度金訴更一字第2號併案審理，業於108年10月24日審結宣判）。而依本案即第一次追加起訴之犯罪事實所載：許思為係由張金素介紹加入馬勝集團之下線成員，上訴人為許思為之下線成員，林仕民、林安可均上訴人之下線成員等情，可見本案即第一次追加起訴之上訴人及其下線人員林仕民、林安可，與前案即本訴之張金素等13人，其間係以第二次追加起訴之許思為作為連結，彼此間並

無直接相牽連關係，似無主張證據共通之實益，且檢察官既係在「本訴」起訴以後，經過了8 個多月之久，始提起「本案即第一次追加起訴」，再經過了5 個多月，才將緝獲到案之許思為提起第二次追加起訴。而上訴人亦表明不服此種「二次追加後再主張牽連」之追加起訴方式併案審理，自屬有礙上訴人訴訟防禦權之行使，且不符合妥速審判之趣旨，追加起訴合併審理徒然延宕本訴之訴訟程序，反而損及上訴人及本訴被告受妥速審判權利及訴訟防禦權，亦不符訴訟經濟原則。況本訴之第一審訴訟程序已於107年8月2 日審結宣判並退併辦，第二次追加起訴之第一審訴訟程序，亦如前述已於108 年10月24日併案審結宣判，而本案即第一次追加起訴之第一審訴訟程序於107年5月25日判決本件公訴不受理後，檢察官不服全部提起第二審上訴，原審於107 年12月20日始撤銷發回第一審（林仕民、林安可均未不服提起第三審上訴先告確定），已在本訴之第一審於107年8月2 日審結宣判之後；而上訴人不服提起第三審上訴後，於108 年12月23日分案，亦在前述第二次追加起訴之第一審訴訟程序於108 年10月24日併案審結宣判之後，為保障上訴人之審級利益，現況本案亦已無併案審理行第一審訴訟程序之可能。是本件追加起訴，於法不合，且不符訴訟經濟，自無從併案審理。

(二)綜上，第一審就「本案即第一次追加起訴」，判決公訴不受理，依照前開說明，結論原無不合；原審准如檢察官所請，就其上訴部分，予以撤銷、發回第一審（更為審判），致上訴人指摘欠當，經核為有理由。從而，自應由本院將原判決關於上訴人部分予以撤銷，並參照刑事訴訟法第398條第2款「原（第二）審判決應諭知不受理」規定的法理，自為判決如主文第2項所示。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第398條第2 款，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 1 月 8 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 何 菁 莪  
法官 林 英 志  
法官 蔡 廣 昇  
法官 林 海 祥

法官 梁 宏 哲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 1 月 22 日

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 144 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 01 月 03 日

裁判案由：違反洗錢防制法等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第144號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官滕治平

被告 高元芮

上列上訴人因被告違反洗錢防制法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年10月30日第二審判決（108年度上訴字第2345號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署107年度偵字第18395號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、關於違反洗錢防制法部分：

一、按刑事妥速審判法（下稱刑事妥速法）第9條第1項規定，除同法第8條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以該判決所適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例（於法院組織法於民國108年1月4日修正、同年7月4日施行，因應大法庭制度之施行，刪除原第57條規定之判例選編及變更制度，另增訂第57條之1第1、2項明文規範若該判例已無裁判全文可資查考者，既無裁判所依憑之事實可供參佐，應停止適用；其餘未經停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之本院裁判相同，亦即，該裁判表示之「法律見解」，於本院未認有變更之必要而循大法庭相關程序變更前，其性質上仍為本院一致之見解。故刑事妥速法第9條第1項規定所稱之「違背判例」，應解釋為「違背原法定判例之『法律見解』」者為限。至該條所稱「第二審法院維持第一審所為無罪判決」，係指經事實審法院為實體之審理，所為確定本案刑罰權有無之實體判決，且除單純一罪或數罪併罰案件，得以判決主文所宣示者為據外，實質上或裁判上一罪案件，解釋上應併就判決理由內已敘明不另為無罪諭知之判決部分，為整體性之觀察判斷，以定其各罪是否符合本條之規定，始符立法本旨。是檢察官就此類案件提起之第三審上訴，自應在上訴理由內具體敘明原判決究竟如何具備刑事妥速法第9條第1項各款所列事項

，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內資料，具體指摘原判決如何具備該法第9 條第1 項各款所定事由，即與法律規定得為第三審上訴之理由，不相適合，應認其上訴不合法律上之程式，予以駁回。

二、本件檢察官起訴被告高元芮涉犯洗錢防制法第14條第1 項之洗錢及刑法第30條第1 項前段、第339 條第1 項、第3 項之幫助詐欺取財未遂等罪嫌，經第一審審理結果，以不能證明被告犯罪判決其均無罪，經檢察官上訴至原審，雖經原審將其中幫助詐欺取財未遂部分改諭知有罪，惟就被告涉犯洗錢罪嫌部分，仍以不能證明其犯罪，以不另為無罪諭知方式維持第一審就此諭知被告無罪之判決，並敘明其認定之理由（見原判決理由貳、三）。檢察官上訴意旨未說明原判決就此部分有何具備刑事妥速法第9 條第1 項各款所列事項，揆之首揭說明，難謂符合上開得為第三審上訴之法定要件。其此部分上訴不合法律上之程式，應予駁回。

貳、關於幫助詐欺取財未遂部分：

一、按上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348 條第1 項定有明文。本件檢察官對原判決不服，提起上訴，未聲明為一部上訴，依前開規定，應視為全部上訴，合先敘明。又刑事訴訟法第376 條第1 項各款所列之案件，經第二審判決者，除有同項但書之情形外，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。而依該條項但書規定，本法第376 條第1 項各款所列之案件，第一審法院為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，僅被告或得為被告利益上訴之人得提起第三審上訴。良以上開規定所列各款案件，經第二審撤銷第一審無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決並自為有罪判決者，若不得上訴於第三審法院，使被告於初次受有罪判決後即告確定，無法以通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會。雖被告仍可向法院聲請再審或向檢察總長請求提起非常上訴以求救濟，然此特別救濟程序之要件甚為嚴格，且實務上踐行之門檻亦高，均不足以替代以上訴方式所為之通常救濟程序。此賦予被告或得為被告利益之人適當上訴第三審機會，既屬憲法第16條訴訟權保障之核心內容，故應提供其等至少1 次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑。

則被告既係國家具體實現刑罰權之對象，係訴訟程序中檢察官追訴、法院審判之當事人，對於法院裁判所形成不利益之結果，應賦予被告聲明不服，請求救濟之管道。與此相對，檢察官之上訴權係源自於國家具體實現刑罰權之追訴權，其於刑事程序中因屬一造之當事人，其追訴權固含有請求權之權利性質，惟基於公益代表人之角色，檢察官實質上仍負有客觀義務，不僅不利於被告之事項，對被告有利之事項亦應一律注意。故檢察官得為被告之利益提起上訴；且檢察官對於自訴案件之判決，亦得獨立上訴（刑事訴訟法第344條第4項、第347條可資參照）。即使屬刑事訴訟法第376條第1項各款所列之案件，第一審判決有罪，經第二審法院撤銷並改諭知無罪者，即便案件尚未確定，檢察官之追訴權仍未完全耗盡，然而作為當事人之檢察官既已於第二審盡其主張及調查證據之能事，猶無法說服法院確信被告有罪，則其基於追訴權而得行使上訴之範圍，應受推定無罪之阻隔。換言之，被告於無罪推定原則下，應享有受該無罪判決保護的安定地位，實不宜再容許檢察官提起上訴。準此，上訴權對被告和檢察官之意義既有不同，前者在給予被告上訴權以資救濟；後者檢察官難認有任何權利受侵害或剝奪，充其量只是國家追訴犯罪之權益受到影響，縱檢察官於上訴權有所退讓，亦無違訴訟平等原則。則舉輕以明重，對於刑事訴訟法第376條第1項各款所列之案件，第一審法院諭知無罪，經第二審法院撤銷並改判有罪者，倘檢察官係為被告不利益提起第三審上訴，仍受該法第376條第1項前段規定之限制，不得上訴於第三審法院。

二、本件被告所犯幫助詐欺取財未遂部分，原審係撤銷第一審關於此部分之無罪判決，改依刑法第30條第1項前段、第339條第1項、第3項規定論處其罪刑，核屬刑事訴訟法第376條第1項第4款之案件，既經第二審判決，檢察官又非為被告利益提起上訴，自不得上訴於第三審法院。檢察官一併提起上訴，為法所不許，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 109 年 1 月 3 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 林立華

法官 林 瑞 斌  
法官 楊 真 明  
法官 李 麗 珠  
法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 1 月 3 日  
書 記 官

裁判字號：最高法院 108 年台抗字第 1297 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 01 月 09 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪聲請再審

最高法院刑事裁定

108年度台抗字第1297號

抗 告 人 童曉非

上列抗告人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年7月24日駁回聲請再審之裁定（108年度聲再字第110號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、按有罪之判決確定後，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，為受判決人之利益，始得聲請再審，刑事訴訟法第420條第1項第6款規定甚明。其所謂輕於原判決所認「罪名」之判決，係指與原判決所認罪名比較，其法定刑較輕之相異罪名而言。又此所謂「應受免刑」之判決，指「必要及絕對」免除其刑之規定而言，如屬「任意或相對」免除其刑之規定者，則不在此列。而毒品危害防制條例第17條第1項之減輕或免除其刑之寬典，如何選擇，法院有裁量之權，與必免除其刑者有異，並非「應受免刑之判決」，自不得據為聲請再審之原因。

二、抗告意旨略以：

- (一) 抗告人童曉非先前已供出毒品來源是取自楊澤書，其人果遭臺灣臺中地方檢察署檢察官以108年度偵字第1287號、108年度偵續字第43號提起公訴，可惜原確定判決未及審酌上情，未適用毒品危害防制條例第17條第1項給予減刑寬典。
- (二) 毒品危害防制條例第17條第1項的立法意旨，係以減免其刑的寬典，鼓勵毒品下游人員供出其毒品來源，俾擴大緝毒績效，而杜絕毒品氾濫。立法者既採「必」減輕或免除其刑之方式，則抗告人之情形，應已該當。上開起訴書當足以動搖原確定判決結果，屬確實之新證據。
- (三) 詎原裁定則認刑事訴訟法第420條第1項第6款中，所謂輕於原判決所認「罪名」之判決，係指與原判決所認罪名比

較，其法定刑較輕之相異罪名而言；又其所謂「應受免刑」之判決，則指「必要及絕對」免除其刑之規定而言，亦即如屬「任意或相對」免除其刑之規定者，並不在此列；至於毒品危害防制條例第17條第1項所定之減輕或免除其刑，因法院仍有裁量之權（「得」），就與「必」免除其刑者有異，既非「應」受免刑之判決，自不得據為聲請再審之原因，否准透過合目的性擴張解釋，以救濟個案，實非允洽等語。

### 三、經查：

- (一) 本件依抗告人所提原確定判決，可知抗告人於其所涉販賣毒品案件審理中，雖已具體供出其毒品之來源，但嗣後該上游毒品來源楊澤書始遭檢察官提起公訴，乃無法及早於前揭販賣毒品案件審理中，適用毒品危害防制條例第17條第1項規定，減免其刑。而刑事訴訟法第420條第1項第6款所定免刑之範圍，本院先前歷來所採之見解，一向認係僅指「必要、絕對」免除其刑之規定情形而言（不包含「必要、相對」免除其刑）。本庭經評議後，擬擴充解釋，放寬免刑範圍包含「必要、相對」情形，而與本院先前裁判法律見解有潛在性歧異，乃依法院組織法第51條之2第2項提出徵詢，徵詢書要旨略如附件一所示。
- (二) 於徵詢程序完成，本院受徵詢之各刑事庭，均主張仍應維持本院先前之見解（即限於「必要、絕對」免除其刑），分別從不同角度論述，回復書理由要旨如附件二所示。本庭既屬少數說，終經評議依「最高法院辦理大法庭案件應行注意事項」第14條第2款，改採本院先前裁判之原見解，大法庭統一法律見解之功能，已經達成，本院先前裁判之見解，並未變更。
- (三) 從而，原裁定以毒品危害防制條例第17條第1項之規定，尚與刑事訴訟法第420條第1項第6款規定所稱之「免刑」事由範圍不符，且本件僅關於科刑範圍，罪名未變等由，駁回再審之聲請。經核於法並無違誤，自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 109 年 1 月 9 日  
最高法院刑事第三庭

審判長法官 洪 昌 宏  
法官 吳 信 銘  
法官 李 錦 樑  
法官 林 孟 宜  
法官 吳 淑 惠

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 1 月 21 日

附件一：本院刑事第三庭徵詢書理由要旨如下：

- 一、從憲法保障訴訟權及法治國家原則之法明確性原則觀之：  
稽諸司法院釋字第446 號解釋要旨，人民於其權利受侵害時，應獲得救濟的權利，並使人民不受法律以外的成文或不成文例規之不當限制；聲請再審，既牽涉人民受確定判決後，尋求救濟之權利，當應屬憲法所保障的訴訟權範圍，不得任意剝奪。刑事訴訟法第420 條第1項第6款所定「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」，從條文文字觀之，並無限制須「必要、絕對」之免除其刑，始得聲請再審，解釋上法文中定有「（必）減輕或免除其刑」等詞者，應同有該款之適用。
- 二、從公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）所定，關於終局判決後，因提出或發現新證據而改判，受判決人應受損害賠償之精神觀之：  
依公政公約第三編第14條第6 項規定之精神，有罪之判決確定後，受判決人其後提出或發現新證據，而該證據之未能及時披露，不能歸責於受確定判刑者，倘嗣後經證明原確定判決錯誤，予以撤銷改判或免刑，政府應對該受判決人負有類似刑事補償之責任。上揭公約，既經我國引進，具有國內法之效力（見其施行法第2 條），自當遵守。但我國傳統實務，將再審原因的「免刑」，限縮為「必要、絕對」的免刑情形，應認與前揭公約所規定之精神有違。
- 三、從刑事訴訟法第420 條修法放寬再審條件之趨勢觀之：  
（一）晚近立法委員認刑事訴訟法第420 條第1項第6款，實務見解門檻過高，且增加法律明文所無之限制，乃自行提案修正，將上揭第一句文字，刪除「確實之」3 字，其餘改為「因發現新事實、新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷

」，並增定第3項，放寬其條件限制；且依立法院公報第104卷第11期黨團協商紀錄，顯示立法委員不採司法院反對立場，堅持刪除「確實之」3字，強調「合理相信足使受有罪判決之人，應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者，即應使其有再審之機會」。

- (二) 既然修法後，新事實或新證據之範圍，包括於判決確定「前」，已存在或成立而未及調查斟酌者外，擴及於判決確定「後」，始存在或成立之事實、證據。而衡諸刑事立法，關於刑罰，既就某些犯罪特定情狀，給予免除其刑寬典，自有其規範目的，司法當予尊重、遵守，則於修正上揭再審新規定後，是否仍依傳統之限縮性解釋，嚴格禁制聲請再審的免刑事由範圍，應值得再行檢討、思考。
- (三) 細繹刑事訴訟法第420條第1項第6款得為再審原因之規定，其實包含「罪」與「刑」二者，並非獨重於罪名。如再自其首段文字「為受判決人之利益」乙詞，合併觀察、理解，其中關於「刑」部分，當指祇須於受判決人有利事項，而為原確定判決所未及依法確實適用、審酌，致影響於刑度之裁量、抉擇者。其中，依法律規定，必須給予減輕或免刑寬典之情形，衡諸一般國民的法感情，應認已然該當，不宜以限縮解釋的方式，將「免刑」乙項，侷限於「必要、絕對」的免刑規定情形，亦即，仍應包含「必要、相對」的免刑規定情形。

四、所謂「足認」受有罪判決之人應受「免刑」之判決，係指有開啟再審之蓋然性而言，且應認係獨立之聲請再審事由：

- (一) 從刑事訴訟法條文觀之，所謂足認受有罪判決之人應受「免刑」之判決，與「無罪」、「免訴」或「輕於原判決所認罪名」之判決，係併列為該條項得據以聲請再審的事由之一，法文明定為「或」，自應認係獨立於「無罪」、「免訴」及「輕於原判決所認罪名」3種之外之聲請再審事由，不應與其他事由混淆審查。
- (二) 上開條項中「足認」乙詞，乃指有受改判之「蓋然性」而言。聲請再審之程序審查，不過為是否准許再審之開始條件，亦即將該新證據或新事實與原判決之確定事實對比觀察，或原已判決確定的事實，因新事實、新證據之提出或出現，而有動搖之蓋然性者而言。然而，此階段，尚僅係

應否開始再審之判斷，而非本案實體之判斷（此部分再詳見後述）。

五、聲請再審之事由，限制「必要、絕對」之免刑，實務上幾無適用之餘地：

（一）有關刑事實體法就免刑所為規範，大體上分為4種，分別為第一類：必要、絕對型；第二類：必要、相對型；第三類：任意、絕對型；第四類：任意、相對型。本件受理之案件，無涉第三、四類型，不在處理之列。

第一類（普通）刑法分則僅有1條，特別刑法嗣後陸續制定。刑事訴訟法配合（普通）刑法規定，初始之際，免刑僅限「必要、絕對」型，固值贊同，但於刑事特別法陸續制定發展後，系爭刑事訴訟法之「免刑」乙詞，自當賦予新意，才能體現出「法與時轉則治」的理念，法律生命於焉滋養。

（二）現行刑法或其特別法關於必要、絕對免刑之規定，實際上可以適用之案例甚少。從而，若僅限於「必要、絕對」之免刑，始得聲請再審，則此免刑之再審事由，實際上幾乎無適用之餘地，類同具文。

（三）再從比較輕重角度言，罪、刑往往相牽連、互動，既許就「輕於原判決所認罪名」憑為准許再審原因，則實體法有免刑規範者，較諸無此處遇之輕罪名，客觀上當更為有利，如不許憑為再審原因，於邏輯理論上，豈謂公平？平情以言，作為一個被告，甚或其相關人員，最為關心者，即是有罪、無罪，而後就是刑罰如何（免刑、緩刑、可否易刑與刑期長短）？同樣地，作為一位執法者，若亦能善體人心、人性，於罪之認定，注意嚴謹證據法則之實踐，於刑之處理，兼顧社會期待和被告個人責任基礎，才算妥適。基此，法律既有「必要、相對」之免刑寬典規定，於被告而言，意義重大，極力爭取其適用，係人情之常，法院一概拒絕，即非適宜，甚至坐實了立法委員所詬病的「增加法律明文所無的限制」！

六、刑事訴訟法第420條第1項第6款法文中，「應受」乙語之解析與實踐：

（一）此「應受」2字，當與前面之「足認」2字合併理解，依此中文的文義，宜解為「應可受」，而非「必應」，才能前

後連貫，並避免與後述情形產生循環論斷的窘境，且和前述修法意旨「合理相信」的放寬標準相契合。

(二) 法院就再審之處理，係採二階段，於第一階段，審查其程式上是否符合法定要件？具有正當原因、事實？第二階段，才更新審查、判斷其主張之原因、事實所關的全部實體事項（包含被訴之犯罪構成事實、違法性、有責性）。故而，於第一階段，聲請人所提各項新、舊證據，祇須可能影響判決的結果或本旨，卻不必至鐵定翻案、毫無疑問的程度；自反面言之，倘不足以動搖原確定判決者，雖仍非法之所許；但是，所謂足認受有罪判決之人，「應受」免刑之判決者，乃指對再審聲請人的主張，於形式上就再審原因之存否，予以審查，達到「應可受」免刑判決的程度，即屬已足，並非於一開始為程序審查時，即嚴格解釋僅限於「必要、絕對」的免刑判決結果事由。

(三) 由上分析，可見上揭第一階段的程序審查、判斷，亦同於一般情形，受理法院具有形式上審查之裁量權，故應包含「必要、相對」之免刑事由。至於第二階段的實體審理結果，究應免刑或減輕其刑至何程度，屬另一層次問題，不能因可能不宜給予免刑寬典，而祇能減刑而已，即謂其不能跨過准予再審門檻，否准其再審聲請；否則，豈非倒果為因，混淆了第一階段的程序審查與第二階段的實體審查，將事理上允宜獲得更新審理、公平對待的案件，拒絕於再審門外。申言之，第二階段的實體審理，既經由嚴謹證據法則，進行調查、辯論、審認，其結果猶如敗部復活之重新來過，自不受第一階段程序心證的拘束，不生違背「禁反言」之問題，故縱然不判免刑，而僅減輕其刑，亦無違法可言，乃法理所當然。

七、供出毒品來源，免、減其刑之規範目的、法定要件及實務所見問題：

(一) 毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」規範目的是要藉助已遭查獲的毒品有關下游人員，提供資訊，俾犯罪調、偵查機關能夠進一步破獲上游毒販或相關人員，而擴大緝毒績效，甚至一網打盡，乃特設寬典處遇，期使下游人員因此願

意戴罪立功。於此角度言，雙方具有法律所允許之條件交換、互蒙其利的雙贏效果。

- (二) 上揭寬典，關於免刑規定，係採上揭第二類之必要、相對型，其適用，必須具備：1. 供出毒品來源，2. 因而查獲其他正犯或共犯。缺一不可，其中，前者當然須由犯罪者（被告）供述明白，乃陳述者可以自主發動決定；後者則有賴調、偵查機關、人員詳實蒐證，才能成就，非被告所能自己控制，只能期待、被動分享成果。
- (三) 司法實務上，乃不乏有被告提出其確已供出毒品來源之資訊，祇遺憾警察人員未能精確蒐證、查獲相關人員或上游毒販，以致被告無法獲得上揭寬典適用的抗辯。雖然此種抗辯，因為形式上根本不符合法定要件，通常不被相信、採納，但若在判決後、確定前，已經提出確證，證明果真因被告供述，而查獲其他相關人員的情形，上級審即會將原判決撤銷，給予適當的救濟處理。
- (四) 進一步言，倘被告上開抗辯，遭法院駁斥、不採，且判刑確定，但於確定後，果然查獲其上游毒販，檢察官並因此提起公訴，先前之受判決人（被告）聲請再審，主張其具有新事證。若依傳統見解，認其非屬「必要、絕對」免刑情形，否准再審，是否符合事理之平？再審聲請人如何甘服、無怨？從而，本於司法為民、法官辦案應存同理心的理念，當有改弦更張、變易前見的必要。

附件二：本院各刑事庭回復書理由要旨如下：

- 一、從憲法層次觀點以言：基於五權平等、相互尊重原理，關於免刑規定之種類，既可分「必要、絕對」；「必要、相對」；「任意、絕對」；「任意、相對」4 種不同方式，立法者於系爭規定（刑事訴訟法第420 條第1項第6款），選擇第一種方式，屬立法形成自由之裁量範圍，既已符合法的安定性、妥適性間之衡平要求，司法自應予以尊重，倘為擴張，即超出立法者本意。
- 二、從國際公約意旨以觀：細繹公民與政治權利國際公約第三編第14條第6 項，乃係關於免刑裁判確定後之損害賠償問題，尚與再審要件無涉。
- 三、回歸刑事訴訟法制度設計本旨思考：再審制度，乃一事不再理原則之例外，係對確定判決不服機制之例外設計，目的在

發現真實、救濟事實認定錯誤，但判決一旦確定，相關之不法構成犯罪的事實，與特定刑罰權有無，及諭知之罪刑應予執行等各事項，均經獲得確認，產生既判力，故基於法的安定性考量，再審之門，不能輕易開啟，參酌同款「輕於原判決所認罪名」之情形，僅主張同罪而異刑者，猶不得聲請再審，可見「免刑」之得為聲請再審事由，並非犯罪構成事實認定有誤，而僅屬刑罰權有無而已，乃例外中之更例外，依例外規定不擴張解釋原則，法文所謂「應免刑」者，自不宜作文義延伸之詮解。

- 四、從立法初期，司法就此系爭法律規定之實踐情形而判斷：本院35年京特杭字第10號判例要旨（按屬「特種刑事案件訴訟條例」案件，因法律廢止而不再援用），曾經強調僅單純刑罰之裁量，既非構成犯罪事實或罪名重輕錯誤，即不在本款可聲請再審範圍之內。此係距離系爭法條立法時最近之司法見解，足以印證當時立法者之原意。
- 五、就毒品危害防制條例第17條第1項之立法目的及實踐情形觀察：該項目的係賦予法院刑罰裁量權，於具體個案情形，妥適斟酌，在量刑時可以減輕或免除其刑，既然祇是「選項」之一，即與「應受」免刑判決之再審規定不合。何況本項規定自施行迄今，依法院電腦資料檢索結果，祇有4件為免刑宣告，可見一般不會作此選擇；而其實，系爭再審聲請案件所憑之起訴書，能否肯認即符合上揭減免其刑規定所需查獲事實之要件，仍無定論，純以該條例規定中有「免除其刑」為中介，即准予再審，最後審理結果，僅如通常實務給予被告減輕其刑，無意變相擴大聲請再審理由之範圍。司法實務通說，即基此考量，向無疑義。在本院一向對於再審理由，認為不包括「輕於原判決所宣告之『罪刑』之判決」之見解尚未變更之前，尤不宜變更本院先前關於「免刑」乙語所作成之見解。
- 六、自司法資源合理分配使用著眼：我國司法資源有限，雖非眾所週知，但係不爭之實情，妥適運用司法資源，以平反冤抑，固屬理想，也是當為，但仍應正視現實，一旦貿然放寬再審條件限制，可能造成大量案件湧入事實審，排擠訴訟資源分配，於訴訟經濟及普遍人民而言，不一定有利，倘因此導致刑事補償，更應審慎。

七、從救濟途徑以言：法院審理程序進行中，就法定刑罰加重減輕事由（例如非累犯，卻遭誤依累犯論擬），若有調查未盡情事，依司法院釋字第181號、第238號解釋及本院97年度第4次刑事庭會議決議第三點之意旨，應屬非常上訴救濟範疇，尚非再審程序所得處理。因此，如確實有毒品危害防制條例第17條第1項情形，法院未及調查而為裁判確定，因於被告不利，當比照辦理。（按本院有3庭持此見解，其他庭則未就此著墨）。

裁判字號：最高法院 108 年台抗字第 1695 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 01 月 21 日

裁判案由：家暴傷害致人於死等罪

最高法院刑事裁定

108年度台抗字第1695號

抗 告 人 李○○（姓名年籍詳卷）

上列抗告人因家暴傷害致人於死等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108年11月7日駁回第三審上訴之更審裁定（107年度上更一字第49號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷。

理 由

一、本件原裁定以抗告人甲○○原在法務部矯正署高雄監獄（下稱高雄監獄）執行中，因犯成年人共同故意對兒童犯遺棄致死罪，經原審於民國108年6月25日判處有期徒刑9年，該判決書正本已依刑事訴訟法第56條第2項規定，囑託該監獄長官於同年7月8日送達由抗告人收受，已生送達之效力。抗告人於108年7月19日14時25分始向監獄長官提出上訴書狀，經轉送原審法院於同年7月24日9時30分收狀等情，有記載具狀日期108年7月19日及蓋有監所長官108年7月19日14時25分收件章之抗告人刑事上訴狀在卷可憑。又抗告人係於108年7月19日14時25分，依遞送訴訟書狀流程向監獄長官提出前揭上訴書狀，經監所長官收受後，由監所長官提出經轉送原審法院於同年7月24日9時30分收狀，並非抗告人自行寄送等情，亦有高雄監獄以108年10月29日高監戒字第10810001110號函敘明並檢附高雄監獄遞送收容人訴訟書收據存根（NO：020）1紙在卷可憑，則抗告人係向該監所長官提出上訴書狀，經由該監所轉送原審法院，而非未經監所長官而自行寄出上開上訴書狀。又因抗告人係向該監所長官提出上訴書狀，不生扣除在途期間之問題，其上訴期間應於收受送達後（翌日起算至第10日）10日即108年7月18日（星期四）即已屆滿。惟抗告人於上訴期間屆滿後之108年7月19日始具狀向監所長官提起上訴，已逾上訴期間，其上訴權已經喪失，且無從補正，因而依刑事訴訟法第384條前段，駁回其第三審上訴，固非無見。

二、惟按提起第三審上訴，上訴期間為10日，自送達判決後起算

，修正前刑事訴訟法第349 條定有明文，並應以上訴書狀提出於第二審法院為之，刑事訴訟法第350條第1項亦定有明文。而應於法定期間內為訴訟行為之人，其住所、居所或事務所不在法院所在地者，為使應為訴訟行為之人之機會對等，依同法第66 條第1項規定，計算該期間時，應扣除其在途期間。受刑人、羈押收容於監所之當事人（下稱收容人）提起上訴者，不論係向監所長官提出上訴人書狀，抑或逕向原審法院提出上訴書狀，均無不可。其向監所長官提出上訴書狀，依刑事訴訟法第351條第1項規定必在上訴期間內提出者，始視為上訴期間內之上訴，且該監所雖不在法院所在地，亦無扣除其在途期間之問題；不經監所長官而逕向原審法院提出上訴書狀者，倘該監所不在法院所在地，自應依同法第66 條第1 項規定，扣除其在途期間，並應以書狀實際到達法院之日，為提出於法院之日。又稽之刑事訴訟法第351 條之立法目的無非係因收容人在監所之人身自由處於被剝奪之狀態，不能直接向法院提出書狀時，為其便利而設，並非以監所長官轉遞送為必要，其仍得擇其有利之方式寄送書狀，然因其寄送之書狀仍須由監所依司法院釋字第756 號解釋意旨、監獄行刑法及羈押法等相關規定，檢查該書狀有無違禁物（但未閱讀內容），形同其僅能透過監所寄送（即不含收容人於出庭時向法官提出，或與辯護人接見通信時請辯護人轉遞，或以書信附件請親友代為寄送）書狀，致收容人於監所寄送之書狀究採取何種方式提起上訴，仍有未明，尤其上訴書狀於監所寄送時已逾上訴期間，然如加計在途期間，仍屬合法上訴者，或寄送至法院時已逾上訴期間，然向監所長官提出上訴書狀時，亦屬合法上訴者，苟監所未在書狀上明確區分或註記收容人究係採取何種方式提起上訴，無異剝奪收容人可擇其最有利之方式上訴之權利，諒非上揭條文之立法目的。經查原裁定固依憑上開蓋有監所長官108年7月19日14時25分收件章之抗告人刑事上訴狀、高雄監獄函以：本件刑事上訴狀，為抗告人依規定之遞送訴訟書狀流程提出，非自行寄送等語、以及其函附之訴訟書狀收據存根等為憑，因而認抗告人係經監獄長官提出上訴書狀且已逾期等旨。惟上開收受收容人訴狀章、函及其函附之收據存根，在外觀上無從辨識或區別抗告人究係依循何方式提起第三審之上訴，自不能

僅因高雄監獄函覆遽認定本件上訴書狀非抗告人自行寄送，尤其高雄監獄不在原審法院所在地，其上訴期間經扣除在途期間8日，尚未逾期，此攸關其上訴是否合法之認定，原審未調查究明上開收受收容人訴狀章及函附之收據存根，有何足可辨識或區別抗告人寄送上訴書狀方式之註記，或通知相關承辦人查明依憑、原委，即以其之上訴逾期，裁定駁回，仍欠允洽。抗告意旨雖未指摘及此，惟此為本院得依職權調查之事項，原裁定仍應予以撤銷，由原審法院另為適當之處理。

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 109 年 1 月 21 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 陳 世 雄  
法官 段 景 榕  
法官 鄧 振 球  
法官 汪 梅 芬  
法官 吳 進 發

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 109 年 1 月 31 日

裁判字號：最高法院 108 年台聲字第 226 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 01 月 02 日

裁判案由：聲請提案大法庭

最高法院刑事裁定

108年度台聲字第226號

聲請人 魏應充

代理人 余明賢律師

上列聲請人因違反食品安全衛生管理法等罪定應執行刑案件，不服臺灣高等法院臺中分院108 年度聲字第2389號裁定，提起抗告（本院108 年度台抗字第1737號），聲請提案予本院刑事大法庭裁判，本院裁定如下：

主 文

聲請駁回。

理 由

一、按法院組織法第51條之4 規定，當事人於最高法院刑事庭各庭審理案件期間，認為足以影響裁判結果之法律見解，得以刑事庭先前裁判之見解已產生歧異，或具有原則重要性，以書狀表明：所涉及之法令；法律見解歧異之裁判或法律見解具有原則重要性之具體內容；該歧異見解或具有原則重要性見解對於裁判結果之影響；聲請人所持法律見解等事項，向受理案件之刑事庭聲請以裁定提案予刑事大法庭裁判。上開聲請，若係檢察官以外之當事人，應委任律師為之。本件聲請人魏應充因違反食品安全衛生管理法等罪定應執行刑案件，不服臺灣高等法院臺中分院108 年度聲字第2389號定其應執行刑裁定而向本院提起抗告，現繫屬於本院以108 年度台抗字第1737號案審理中，經委任律師為代理人，依上開法條第1 項規定，以書狀表明該條項各款事項（略如附表），聲請裁定提案予本院刑事大法庭裁判，揆其聲請之程式，於法尚無不合。

二、惟本院相關裁定就數罪併罰定應執行刑適用刑事訴訟法第370 條規定或依其法理之法律見解並無歧異，略述如下：

（一）、（1）、本院106年度台抗字第191號裁定（即聲請意旨指為如附表所示之「總和說」）意旨略以：「數罪併罰之定應執行刑，其目的在將各罪及其宣告刑合併斟酌，予以適度評價，而決定所犯數罪最終具體實現之刑罰，透過重新裁量之刑罰填補受到侵害的社會規範秩序，而非絕對執行累計宣告刑，

以免處罰過苛，俾符罪責相當之要求，為一種特別的量刑過程。相較於刑法第57條所定科刑時應審酌之事項係對一般犯罪行為之裁量，定應執行刑之宣告，乃對犯罪行為人人格及所犯各罪間的整體關係之總檢視，除應考量行為人所犯數罪反應出之人格特性，並應權衡行為人之責任與整體刑法目的及相關刑事政策，且應審酌回復社會規範秩序之要求，在量刑權之法律拘束性原則下，依刑法第51條第5款之規定，採限制加重原則，以宣告各刑中之最長期為下限，各刑合併之刑期為上限，但最長不得逾30年，資為自由裁量權之外部界限，並應受法秩序理念規範之比例原則、平等原則、責罰相當原則及重複評價禁止原則等自由裁量權之內部抽象價值要求界限之支配，使輕重得宜，罰當其責，俾符合法律授予裁量權之目的，以區別數罪併罰與單純數罪之不同，兼顧刑罰衡平原則。個案之裁量判斷，除非有全然喪失權衡意義或其裁量行使顯然有違比例、平等諸原則之裁量權濫用情形，否則縱屬犯罪類型雷同，仍不得將不同案件裁量之行使比附援引，與本案之量刑輕重比較，視為判斷法官本於依法獨立審判之授權所為之量刑裁奪有否濫用情事。又刑事訴訟法第370條第2項、第3項，已針對第二審上訴案件之定應執行之刑，明定有不利益變更禁止原則之適用；而分屬不同案件之數罪併罰有應更定執行刑之情形，倘數罪之刑，曾經定其執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束（按係引述本院103年9月2日103年度第14次刑事庭會議決議）。亦即，另定之執行刑，其裁量所定之刑期，不得較重於前定之執行刑加計後裁判宣告之刑之總和。法院於裁量另定應執行之刑時，祇須在不逸脫上開範圍內為衡酌，而無全然喪失權衡意義或其裁量行使顯然有違比例原則之裁量權濫用之例外情形，並不悖於定應執行刑之恤刑目的者，即無違裁量權之內部性界限，並無應依被告原定執行刑所獲減少刑期利益之比例予以扣除之問題」。(2)、參以①本院108年度台抗字第284號裁定意旨同上所述，另說明略以：「刑法第51條明定數罪併罰之方法，就宣告多數有期徒刑者，於該條第5款所定界限內，其衡酌之裁量因子為何，法無明文，惟依其制度目的，應綜合評價各罪類型、關係、法益侵害之綜合效果，考量犯罪人個人特質，認應對

之具體實現多少刑度，即足達到矯治教化之必要程度，並符罪責相當原則，以緩和宣告刑可能存在之不必要嚴苛。……

（引述本院103 年度第14次刑事庭會議決議（略））。……前後合併定應執行刑之罪，各有不同，本難以比例折算」。

②本院102 年度台抗字第588 號、第751 號，103 年度台抗字第441 號、第589 號，104 年度台抗字第466 號、第870 號，105 年度台抗字第888 號、第908 號，106 年度台抗字第701 號、第974 號，107 年度台抗字第331 號、第429 號，108 年度台抗字第1477號、第1628號……等等裁定，均申明「執行刑之酌定，尤無必須按一定比例、折數衡定之理」。

③本院106 年度台抗字第404 號裁定意旨略以：「原裁定就上開所定應執行刑有期徒刑5 年2 月，因剔除該另竊盜案所處之刑（有期徒刑8 月），說明如何依比例計算編號5 至20所示之罪所處之刑部分之應執行刑，以憑為本案內部界限之一部」。

④本院108 年度台抗字第1241號裁定意旨略以：「（引述本院103 年度第14次刑事庭會議決議（略））。簡言之，為免重定應執行刑反而對受刑人不利，應限制各該併合處罰數罪先前定應執行刑時所給予適度刑罰折扣之既得利益不得剝奪。……（考量前定之應執行刑中包含不得列入本件合併定應執行刑之宣告刑應予扣除，此於重新計算定應執行刑之上限時，依前定應執行刑與宣告刑之比例予以折扣），以保障抗告人之既得優惠而無違不利益變更禁止原則，綜上加減結果大約為有期徒刑6 年6 月，是本件定應執行刑之法律性外部界限大約為有期徒刑6 年6 月。原審以抗告人併罰數罪之各該宣告刑作為基礎，在前述裁量權行使所應遵循之外部與內部性界限內，合併定其應執行之刑為有期徒刑6 年2 月，顯已權衡……，而給予相當之折扣，核無悖恤刑、比例及責罰相當等原則，堪認與法律授予裁量權之目的相契合，並無過度重罰或量刑苛重之失入瑕疵」，揆此裁定係將不在該案併合處罰範圍內之罪刑，折計其所占前定應執行刑之約略刑期予以扣除，俾核算該案併罰數罪迭次曾定應執行刑之總和刑期，以明其裁量權行使之法律性界限。

(二)、是以，法院就裁判確定前所犯數罪，於併合處罰而定其應執行刑時，應在所適用法律規定目的及其秩序理念指導之外部性及內部性界限內為合義務之裁量。具體而言，即基於刑罰

經濟與責罰相當之理性刑罰政策，考量行為人所犯數罪反映出之人格特性，兼衡刑罰規範目的、整體犯罪非難評價、各罪關連及侵害法益等面向，採對其中最重刑嚴厲化之限制加重原則，所為給予適度恤刑折扣之特別量刑過程。故初定應執行刑或更定應執行刑時，並非必須一律僵固地僅按其宣告刑累計刑期或前定應執行刑刑期之比例換算或折計以定之，在若干情節特殊或內容複雜之個案，為求定應執行刑之精緻化與合理化，雖非不得將之列為整體考量因子之一，然仍須綜合參酌暨兼顧上述各項裁量要項，以期達到責罰相當之最適結果，但並不以固守一定之比例成數為唯一之方式。質言之，刑事訴訟法第370條關於不利益變更禁止原則之法文，固揭示另行裁量所定之應執行刑，不得較重於前定之應執行刑加計後裁判宣告之刑之總和，然適用於具體個案時，為求定應執行刑之精確化，尚不排斥審酌併罰數罪之各該宣告刑曾與其他罪刑合併定應執行刑間之比例數值關係，俾求罪刑相當之最佳理想，故兩者（即所謂「總和說」與「比例說」）之間分係為達到同一理想目標之上下位概念，彼此應屬相輔互補之關係，而非互相排斥之衝突關係。

- (三)、同係涉及適用刑事訴訟法第370條規定之數罪併罰定應執行刑案例，本院（103年10月29日）103年度台抗字第751號裁定（即聲請意旨指為如附表所示之「比例說」），於更定應執行刑時，參酌部分宣告刑所占前定應執行刑之比例，而酌定其應執行之刑，以求其個案罪刑相當之分配正義，依上述說明，尚難謂持不同於本院上揭各裁定意旨之見解。聲請意旨所指「總和說」及「比例說」云者，均乃定應執行刑於受刑事訴訟法第370條不利益變更禁止原則拘束下，本院所闡述論理體系相互協調互補之一部，而非與彼此衝突、互斥之他部，兩者皆歸屬於如前揭(一)、所述裁定統合見解意旨之範疇內。亦即「比例說」僅係在「總和說」下位所選取之操作手段之一，而非酌定應執行刑時，判斷其裁量權行使有無逾越法律性界限时具決定性之唯一準據。
- 三、本件聲請意旨所指如附表所示本院相關裁定之法律見解，依上揭說明，尚難謂有何明顯歧異互斥之情形，原裁定之論斷與本院一貫之法律見解亦無二致，聲請意旨指本院就數罪併罰定應執行刑適用刑事訴訟法第370條規定之法律見解歧異

，導致相同事實之裁定結論不同云云，不無誤會。是本件聲請人聲請提案予本院刑事大法庭裁判，為法律上不應准許，應予駁回。

據上論結，應依法院組織法第51條之4 第3 項，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 1 月 2 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 沈 揚 仁

法官 林 靜 芬

法官 蔡 憲 德

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 1 月 3 日

附表

所涉及之法令	刑事訴訟法第370條
法律見解歧異之裁	I 本院106年度台抗字第191號裁定意旨：數罪併罰更定應執行刑時，受法律性拘束之外部與內部界限之支配，不得較重於前定之應執行刑加計後裁判宣告刑之總和（總和說）。
	II 本院103年度台抗字第751號裁定意旨：數罪併罰更定應執行刑時，應按其中部分宣告刑所占前定應執行刑之比例折計其刑期，作為計算酌定應執行刑法律性界限之基礎（比例說）。
該歧異見解對於裁判結果之影響	抗告人違反食品安全衛生管理法等罪案件，曾經臺灣高等法院臺中分院 104年度矚上訴字第1718、1722號判決（下稱臺中高分院判決）處以罪刑，其中不得易科罰金之有期徒刑部分（包括原裁定附表編號 2至8所示共7罪，下稱本案7罪）之宣告刑累計為375月（註：照引聲請狀），臺中高分院判決並定其應執行之刑為有期徒刑9年即108月，該等應執行刑占全部宣告刑累計刑期之比率為28.8%（ $108 \div 375 = 0.288$ ），而本案7罪宣告刑之累計刑期為有期徒刑5年9月即69月。倘

	<p>依I所示之「總和說」，本案 7罪上揭之累計刑期5年9月，加計如原裁定附表編號1所示有期徒刑2年，更定應執行刑時不逾有期徒刑7年9月即屬適法。原裁定採取「總和說」，因以定其應執行之刑為有期徒刑4年8月。然倘依II所示之「比例說」，本案 7罪占前定應執行刑之比例折計約為20月未滿（<math>69 \times 0.288 = 19.872</math>），加計如原裁定附表編號1所示有期徒刑 2年，更定應執行刑時，應不得逾有期徒刑3年8月，如此將得出不同於原裁定之結論。</p>
<p>聲請人所持法律見解</p>	<p>上述法律見解II。</p>