

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、112 年度台上字第 3943 號.....	1
二、112 年度台上字第 4189 號.....	2
三、112 年度台上字第 4352 號.....	2
四、112 年度台上字第 4380 號.....	3
五、112 年度台上字第 4644 號.....	4
六、112 年度台上字第 4683 號.....	4
七、112 年度台上字第 4901 號.....	5
八、112 年度台抗字第 1629 號.....	6

裁判全文

112 年度台上字第 3943 號.....	7
112 年度台上字第 4189 號.....	11
112 年度台上字第 4352 號.....	16
112 年度台上字第 4380 號.....	20
112 年度台上字第 4644 號.....	24
112 年度台上字第 4683 號.....	26
112 年度台上字第 4901 號.....	31
112 年度台抗字第 1629 號.....	36

最高法院刑事庭具有參考價值裁判要旨

112 年 11 月

一、112 年度台上字第 3943 號（裁判書全文）

（刑事訴訟法第 348 條第 3 項）乃以上訴範圍限定於判決一部，等同就未經上訴部分放棄審級救濟利益，事涉訴訟權保障核心，為期程序正當，自以該意思表示顯示於外，已可明確辨識，客觀上再無疑慮，別無其他解釋可能性為必要。其次，一部上訴之意思表示縱已明確，然其餘未上訴部分審級救濟利益之捨棄既本於上訴人之處分，即應以其知悉限定上訴範圍之意義及所衍生之法律效果為前提，其意思表示始無瑕疵。於被告已有選任或指定辯護人之情形，為維護被告防禦權之實效，程序上自應容許或可曉諭被告於諮詢其辯護人意見後，再行決定，又為貫徹辯護人之有效辯護權，亦應容許並保障辯護人有於被告決定是否限定其上訴範圍前，提供其意見之機會，始符合憲法正當法律程序及保障被告防禦權之意旨。倘上訴權人就上訴範圍處分之意思表示仍有再推測、分析、揣摩、解釋之空間而未臻明確，或有欠缺法要素瑕疵之疑慮，法院則應盡其闡明、照料義務，以釐清上訴範圍，其闡明、照料義務之程度，於上訴範圍之限定有悖於原上訴目的與意旨時，尤應適正，以期程序正當。如雖已有所闡明，然仍有疑義而未盡，即與未經闡明之情形無異，不能認為其上訴範圍已經明示處分而獲釐清並臻明確，解釋上即應認上訴人仍未為有疑義之上訴範圍之限定、處分，俾符上訴人之利益暨其上訴之本旨，不得遽認其已明示僅就判決之一部提起上訴而僅就該部分予以審判。

參考法條：刑事訴訟法第 348 條第 3 項。

二、112 年度台上字第 4189 號（裁判書全文）

毒品危害防制條例第 9 條第 3 項之規定，係就販賣毒品內涵已有變更之個別犯罪行為予以加重，使成立另一獨立之罪，法定刑亦因此發生變更，而屬毒品條例第 4 條第 1 項至第 4 項以外之獨立犯罪類型。然以上加重規定，本質上仍係以同條例第 4 條第 1 項至第 4 項之販賣罪之構成要件及法定刑為基礎；僅因所販賣之毒品混合二種以上，乃將刑法想像競合犯應從一重罪處罰之法律效果，予以明文化。因此，行為人就其販賣某一級別之毒品，若已自白，但對於其以同一行為所販賣者混合有同一級別但品項不同之毒品之事實未為自白，為避免對同一行為過度或重複評價，以符合罪刑相當原則，自無剝奪行為人享有自白減刑寬典之理。

參考法條：毒品危害防制條例第 4 條、第 9 條、第 17 條第 2 項。

三、112 年度台上字第 4352 號（裁判書全文）

行為人於所參與之犯罪共同體已達著手實行犯罪階段，如欲從共同正犯關係中脫離，與其他正犯之犯罪切割，除須讓其他正犯明瞭知悉其完全退出犯罪計畫之決定外，尚須有效消除其先前對犯罪所提供物理上助力之貢獻，使其他正犯無從再利用該貢獻續行犯罪行為，亦即達到其他正犯後續之犯行與其過去之貢獻間無因果關聯（因果作用）之程度，始得謂成功脫離共同正犯之結構，而無庸為其他正犯後續之行為負責；否則，其退出對於犯罪之實現並無影響，自不失其身為共同正犯之地位。

參考法條：刑法第 28 條。

四、112 年度台上字第 4380 號（裁判書全文）

量刑前調查或情狀鑑定性質上仍屬鑑定之一種，事實審法院原則上得視個案情形，決定是否進行，非必受當事人聲請之拘束。析言之，苟事實審法院遇有：(1)犯罪之原因、動機或犯罪行為本身有難以理解、欠缺合理性之處；(2)對於犯罪行為人之智能、性格、心理狀態或精神狀態、環境適應力存有疑義；(3)無法或難以判斷犯罪行為人之社會危險性程度、再犯可能性之有無等復歸社會之預測性；或(4)難以決定適合於犯罪行為人之處遇種類、方法、期間等情形時，自得依職權或聲請進行上述鑑定。至於殺人等重大刑事案件，倘依其犯罪情狀，量刑之刑種選擇為死刑或無期徒刑，或行為人之心理特性或行為傾向可能影響其犯罪行為者，為能全面性而精確地觀照、評價各項量刑因子，以期慎重量刑，應認有進行上述鑑定之必要性，且於此種情形下，因實施鑑定進行之調查，縱有干預犯罪行為人或其關係人隱私之情，於利益權衡之下，亦應容忍之。至若非屬上述重大刑事案件，且經法院調查證據之結果，犯罪行為人之犯罪動機並無顯然難以理解之處、犯罪行為亦無受疾病或心理異常影響之可能，參照其犯罪情狀，復無選科死刑或無期徒刑之可能性者，事實審法院縱未進行量刑前調查或情狀鑑定，亦難認有何調查未盡之違法可言。

參考法條：刑法第 57 條。

五、112 年度台上字第 4644 號（裁判書全文）

（一）被告行為後，道路交通管理處罰條例第 86 條第 1 項於 112 年 5 月 3 日修正公布，並自同年 6 月 30 日施行。修正前該條項規定：「汽車駕駛人，無駕駛執照駕車、酒醉駕車、吸食毒品或迷幻藥駕車、行駛人行道或行經行人穿越道不依規定讓行人優先通行，因而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一。」修正後則規定：「汽車駕駛人有下列情形之一，因而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，得加重其刑至二分之一：一、未領有駕駛執照駕車。二、駕駛執照經吊銷、註銷或吊扣期間駕車。三、酒醉駕車。……」修正後之規定，除將修正前「無駕駛執照駕車」之構成要件內容區分為「未領有駕駛執照駕車」、「駕駛執照經吊銷、註銷或吊扣期間駕車」外，並將修正前「必加重其刑」之規定，修正為「得加重其刑」，經比較新舊法結果，以修正後之規定較有利於被告，依刑法第 2 條第 1 項但書規定，自應適用修正後之規定。

（二）是否依道路交通管理處罰條例第 86 條第 1 項規定加重其刑，影響被告之權益甚鉅，法院審判時自應讓當事人就有無該加重被告刑度之事實，指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論後，再詳加斟酌取捨，並具體說明據以裁量之理由，俾作出合於罪刑相當原則之判決，始稱適法。

參考法條：道路交通管理處罰條例第 86 條第 1 項。

刑事訴訟法第 289 條。

六、112 年度台上字第 4683 號（裁判書全文）

憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決之效力，僅限主文及其

主要理由，並僅以宣告適用上違憲之範圍為限，於此之外無從比附援引於其他販賣毒品罪，或單以該判決為據，置刑法第 59 條所設要件於不顧，逕適用該條規定減刑。蓋因解釋憲法並就法規範之合憲性為審查，而為合憲與否之宣告，係憲法法庭專有之權力，其行使且須謹守權力分立之界限。法院如就個案應適用之法律有違憲確信，自應依法聲請憲法法庭為合憲性之審查，尚不得以類推適用或比附援引憲法法庭判決之方法，解免其聲請義務，或任意擴張憲法法庭判決效力，逸脫法之拘束。

參考法條：刑法第 59 條、第 71 條第 2 項。

憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決主文第 1 項、第 2 項。

七、112 年度台上字第 4901 號（裁判書全文）

犯罪行為人何以顯無更生矯正之合理期待可能，而不得不施以極刑對待，必須考量犯罪行為人之性格形成及其他相關背景資訊，以實證調查方式進行評估，參酌英美法系國家所採用之「量刑前調查」制度（presentencing investigation report），由緩刑官（probation officer）或地方當局之社會工作者（a local authority social worker），在被告定罪以後量刑之前，對被告之性格、家庭背景、職業、經歷等個人情況進行全面性調查，製作並提供法庭量刑參考之書面報告；而日本法未設置有關量刑之調查官，因而發展出「情狀鑑定」，亦即法院為審酌被告動機、成長經歷、智識狀態等各種量刑因素，囑託鑑定人以被告之犯罪要件事實以外之事實情狀為對象，以提供法院必要

資訊而實施鑑定。借鏡上開外國法制，在我國審判實務上，法院於必要時，自得委請相關專業領域之鑑定人、機關、團體，就被告有無更生改善可能性為相關鑑定，或提出量刑前社會調查報告（此可參酌司法院訂定發布「刑事案件量刑及定執行刑參考要點」第 5 點規定），以使被告以一個「活生生社會人」（living human being of society）之面目呈現法院，增強法院對被告之認識，了解人性中深邃的部分，俾以判斷被告有無更生改善可能性。

參考法條：刑法第 57 條。

八、112 年度台抗字第 1629 號（裁判書全文）

聲請再審委任律師為代理人，與偵查或審判中律師辯護之角色地位不同，刑事訴訟法第 429 條之 1 規定僅準用同法第 28 條及第 32 條，至於受判決人聲請再審之律師代理人，有無代理受判決人抗告之權，則無明文規定，惟受判決人之被告，對於確定有罪判決得依法聲請再審，亦屬被告重要之防禦權，揆諸上開說明（註：詳見裁定理由一），同法第 3 編第 1 章內之第 346 條本文「原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴」之規定，於再審程序亦應在準用之列，始能使代理人協助受判決人有效行使訴訟權。從而，為有效保障受判決人之訴訟權，代理人對於聲請再審之裁定，除與受判決人明示意思相反外，亦得為受判決人之利益而抗告，始與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨無違。

參考法條：刑事訴訟法第 346 條、第 403 條、第 419 條、第 429 條之 1。

憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決主文。

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 3943 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 11 月 29 日

裁判案由：違反公職人員選舉罷免法

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 3943 號

上訴人 曾振炎

選任辯護人 林秀夫律師

上列上訴人因違反公職人員選舉罷免法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國 112 年 6 月 29 日第二審判決（112 年度選上訴字第 998 號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署 111 年度選偵字第 30、39、68、97、98、99、100、103 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、本件原判決以上訴人曾振炎經第一審判決論處共同犯公職人員選舉罷免法第 99 條第 1 項投票交付賄賂罪刑並為褫奪公權、相關沒收之諭知後，侯月嫦即曾振炎之配偶不服第一審判決而提起第二審上訴，復於原審審判期日，明示僅就第一審判決(曾振炎)量刑部分不服，曾振炎亦當庭表示同意，經原審認依刑事訴訟法第 348 條第 3 項規定，就第一審判決量刑部分審理結果，認為第一審判決就曾振炎之量刑並無不合，因而維持第一審上揭罪名科刑部分之判決，駁回其在第二審關於刑之上訴。固非無見。

二、惟查：

(一)刑事訴訟法第 348 條於民國 110 年 6 月 16 日修正公布施行(同年月 18 日生效)，刪除原第 1 項後段「未聲明為一部者，視為全部上訴」規定，並增設第 2 項但書及第 3 項規定，該條第 2 項、第 3 項明定「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限」、「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」。在刑事訴訟法第 348 條修正施行前已繫屬於第一審或第二審法院之案件，在修正施行後始因上訴而繫屬於第二審或第三審法院者，應適用修正後規定以定其上訴範圍。又為期明確當事人之真意，上訴雖容許其僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，但以「明示」者為限。所謂「明示」，係指上訴人以書狀或言詞直接將其上訴範圍之效果意思明白表示於外而

言。揆其立法意旨，乃以上訴範圍限定於判決一部，等同就未經上訴部分放棄審級救濟利益，事涉訴訟權保障核心，為期程序正當，自以該意思表示顯示於外，已可明確辨識，客觀上再無疑慮，別無其他解釋可能性為必要。其次，一部上訴之意思表示縱已明確，然其餘未上訴部分審級救濟利益之捨棄既本於上訴人之處分，即應以其知悉限定上訴範圍之意義及所衍生之法律效果為前提，其意思表示始無瑕疵。於被告已有選任或指定辯護人之情形，為維護被告防禦權之實效，程序上自應容許或可曉諭被告於諮詢其辯護人意見後，再行決定，又為貫徹辯護人之有效辯護權，亦應容許並保障辯護人有於被告決定是否限定其上訴範圍前，提供其意見之機會，始符合憲法正當法律程序及保障被告防禦權之意旨。倘上訴權人就上訴範圍處分之意思表示仍有再推測、分析、揣摩、解釋之空間而未臻明確，或有欠缺法要素瑕疵之疑慮，法院則應盡其闡明、照料義務，以釐清上訴範圍，其闡明、照料義務之程度，於上訴範圍之限定有悖於原上訴目的與意旨時，尤應適正，以期程序正當。如雖已有所闡明，然仍有疑義而未盡，即與未經闡明之情形無異，不能認為其上訴範圍已經明示處分而獲釐清並臻明確，解釋上即應認上訴人仍未為有疑義之上訴範圍之限定、處分，俾符上訴人之利益暨其上訴之本旨，不得遽認其已明示僅就判決之一部提起上訴而僅就該部分予以審判。

(二)卷查，第二審上訴人侯月嫦於第二審之上訴係於上述修法後提出（112年2月17日），關於原審之上訴範圍自應適用修正後之新法規定。依其於原審所提出「刑事上訴狀」、「刑事上訴理由狀」之記載，就第一審判決之犯罪事實、罪名、刑與沒收部分俱有爭執而全部提起上訴（見原審卷第27、33至43頁）。嗣於原審112年5月2日準備程序中，上訴人侯月嫦請辯護人表示，辯護人林秀夫律師稱：「（問：上訴要旨及理由？）以被告認罪的前提下，希望能夠繳納公益金換取緩刑機會。」另辯護人陳朱貴律師則稱：「同林律師所述，昨日剛受委任，請准許庭後聲請閱卷。」惟於法官詢問「尚有何證據請求調查？」時，辯護人林秀夫律師仍稱：如112年2月18日準備程序書狀所載，仍就第一審判決之事實認定請求調查證據（同上卷第104、105、118頁）。嗣原審審判期日，侯月嫦於審判長詢以上訴理由時，先稱：「如上訴理由狀所載．．．．．希望庭上能

夠從輕量刑」。繼就審判長主動所詢：「上訴理由狀所記載爭執的三大點是否仍爭執？是全部上訴還是僅針對量刑上訴？」答稱：「不爭執，請求在量刑部分能夠從輕量刑。」仍未限縮其上訴範圍。嗣就審判長再予追問始回稱：「（問：現在是否僅針對量刑部分提起上訴？）是」、「（問：是否僅針對原審判決量刑部分提起上訴，原審判決所認定犯罪事實、論罪、法律適用、沒收均不爭執？）不爭執」。審判長續則再以同一題旨分別詢問曾振炎及兩位辯護人，曾振炎與辯護人林秀夫律師分別陳稱：「我同意上訴人侯月嫦講的」、「上訴範圍沒有意見。被告曾振炎曾經在檢察官聲請羈押時有自白犯行，自白犯行實務上都是用減半，緩刑宣告，這部分看有沒有機會給被告一個機會。」辯護人陳朱貴律師則稱：「原則上沒有意見。關於吳林軟部分法律適用，剛剛因為上訴人(侯月嫦)已經稱對法律適用不爭執，但是事實認定跟理由說明確實有些矛盾的地方，請合議庭能夠就這部分多加斟酌，其餘辯護時再表示。」則就本件上訴二審之範圍是否僅限於第一審判決刑之部分，已留下爭議空間而非無疑義，此觀檢察官見前揭問答繼而起稱：「因為之前上訴範圍是包括全部，如果今日針對刑度爭執的話，是否請上訴人撤回部分上訴，以杜日後爭執。」等語(同上卷第166、167頁)亦明。上開第二審上訴範圍之疑義，或係因侯月嫦未必明瞭「除量刑以外部分不爭執」與「僅針對量刑上訴」兩語之間，後者更進一步寓有捨棄除第一審判決刑之部分以外之審級救濟機會的重大區別，其於須與問答之間，雖仍僅稱「是」、「不爭執」等語復審判長，然已就第一審判決刑之部分以外之部分，捨棄審級救濟之利益，又或係因所選任之兩位辯護人就辯護之範圍可能各有分擔，於審判期日前，或審判期日進行中就有關上訴範圍處分權之重大決定，未有機會與侯月嫦與上訴人相互商議並提供有效之協助，供其等為明示之確答。不論何者，原審法院見此疑義，未先自為闡明、釐清一部上訴之意義及法律效果，亦未再就依序詢問後留存之疑義再為確認，或曉諭在場之辯護人就上訴範圍處分之意義與效果提供有效協助，甚且就辯護人間就上訴範圍有所歧異而未臻明確之意思表示，亦未予確認釐清，其闡明之職責尚有未盡，縱有辯護人在場，亦無解於程序所見相關闡明之不足。原審存此疑義未決，即緊接進行證據調查及辯論程序，且又就犯罪事實、所犯法條

及量刑等全部審理。辯論時，曾振炎果就辯論意旨委由辯護人陳朱貴、林秀夫律師代為表示，稱：「請辯護人回答。」而再就包含上訴範圍之相關程序決定交託予辯護人，辯護人陳朱貴、林秀夫律師即依被告所託而不違反其明示之意思，乃又賡續前開闡明未盡所留存上訴範圍之疑義空間，再援用上訴理由狀有關事實、論罪之爭點，執以辯論，實質上已對於第一審判決刑之部分以外之事實認定、論罪部分，再為爭執，原審於辯論終結前，見此亦未為必要之闡明確認，即予辯論終結（同上卷第 193 至 197 頁）。足見侯月嫦、上訴人及其辯護人雖經原審法院闡明其上訴範圍而有所表示，然客觀上所表示之意思仍有所不明，而有再須推測、分析、揣摩、解釋之空間而未臻明確，且實質上於辯論時亦再爭執第一審判決之事實與罪名等事項。依上所述，原審就上訴範圍雖已有所闡明，然仍有疑義而未盡，即與未經闡明之情形無異，不能認為其上訴範圍已經明確，與刑事訴訟法第 348 條第 3 項規定之「明示」要件不符，解釋上應認第二審上訴人仍係按其刑事上訴理由狀對於第一審判決全部提起上訴，俾符其上訴之本旨，尚難認其已明示僅就判決之一部提起上訴而僅就該部分予以審判。乃原判決遽謂原審上訴人明示僅就第一審判決關於刑之部分提起上訴，而不及於其餘部分，致上訴意旨執以指摘，難昭折服，有已受請求事項未予判決之違法。

三、綜上，上訴意旨指摘原判決違法，為有理由，原判決上開違背法令之情形，影響原審關於上訴範圍之確定，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回原審之原因。

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 11 月 29 日

刑事第七庭審判長法官 段景榕

法官 洪兆隆

法官 楊力進

法官 汪梅芬

法官 許辰舟

本件正本證明與原本無異

書記官 石子倩

中 華 民 國 112 年 12 月 5 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 4189 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 11 月 02 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

112 年度台上字第 4189 號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官陳佳琳

上訴人

即被告 黃泓溢

選任辯護人 李菁琪律師

上列上訴人等因被告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 112 年 7 月 25 日第二審判決（112 年度上訴字第 1070 號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署 111 年度偵字第 10902 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，認為上訴人即被告黃泓溢（下稱被告）之犯行明確，因而撤銷第一審判決，改判適用毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 17 條第 2 項減輕其刑之規定，論處被告犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品罪，共 2 罪罪刑（各處有期徒刑 3 年 10 月，應執行有期徒刑 4 年），並依法為沒收（追徵）之諭知。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。
- 三、檢察官及被告上訴意旨略以：
 - (一)檢察官部分：被告及其原審辯護人明確答稱：「被告主觀上不知道所販賣毒品混合有二種以上毒品」、「本案應該沒有毒品條例第 9 條第 3 項加重其刑的適用」、「否認主觀上知悉混合」、「我以為只有一種第三級毒品的成分」、「被告主觀上並無認知毒品咖啡包具有混合二種以上毒品之確定故意或間接故意認知」、「本案自不能適用毒品條例第 9 條第 3 項加重其刑

」等語。已「明確否認」有販賣混合二種毒品之咖啡包（下稱咖啡包）之直接故意或不確定故意。原判決卻仍認為被告於審判中均自白犯行，而依毒品條例第 17 條第 2 項之規定減輕其刑，有適用法則不當之違法。

(二)被告部分

1. 被告於偵查之初即供出並指認本案毒品上游之身分（姓名詳卷，下稱上游），以及交易毒品之聯絡方式；警方並據以逮捕，現由檢察官偵辦中。上游未到案之不利益不應由被告承擔。原審不適用毒品條例第 17 條第 1 項規定減輕其刑，判決違法，且有調查職責未盡之違誤。
2. 被告雖曾施用過咖啡包，但僅有高中畢業學歷，且無化學、藥學背景，難以想像可以分辨 4-甲基甲基卡西酮，及甲基-N,N-二甲基卡西酮之不同，更無法透過施用辨別成分，實難認其對所販賣之咖啡包內含上開成分有所預見。況被告販賣對象僅許伍泓 1 人，兩人相識甚久且均有施用咖啡包之習慣，彼此間僅有互通有無之零星有償轉讓；且被告並未投入販賣咖啡包市場，復別無其他毒品前科，自無從預見所販賣之咖啡包可能混合二種以上毒品，而無直接或間接故意。原審僅以被告施用咖啡包及投入販賣咖啡包之市場，以臆測、推斷方式，認被告有不確定故意，有判決不適用法則之違法。
3. 被告始終坦承本案犯罪事實，並主動積極配合檢警調查、查獲上游，節省司法資源，並表示悔悟；且僅販賣 1 人、2 次，數量及價金均少，非大盤毒梟，顯見主觀惡性及情節均輕；加以被告有正當收入、熱心公益、品行良好，如遽以毒品條例第 4 條第 2 項（第 3 項）規定之重刑論罪，客觀上足以引起一般同情。原審不適用刑法第 59 條規定，有判決不適用法則之違法。

四、惟查：

- (一)原審認定被告可預見所販賣之咖啡包可能含有混合二種以上第三級毒品，仍意圖營利，基於縱所販賣之咖啡包混合二種以上第三級毒品亦不違背其本意之不確定故意，販賣混合有 4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮（均為第三級毒品）之咖啡包予許伍泓計 2 次之事實，已敘明其所憑之依據及憑以認定之理由。有關被告如何有前述之不確定故意，並說明略以：毒品條例第 9 條第 3 項關於販賣混合二種以上之毒品，應加重其刑之規定，已施行 1 年以上；被告供稱咖啡包本來是自己施用

，但後來越買越多，因為許伍泓有時會詢問，才會賣給他等語，足見被告原即為施用咖啡包之人，對於咖啡包內含有前述成分，應有所預見。況且，被告既投入販賣咖啡包市場，對於混合毒品型態日益繁多，常見將各種毒品混入其他物質偽裝、包裝混合而成新興毒品之社會情況，主觀上當可預見，並容任其發生，其有未必故意，可以認定等語（見原判決第 3、4 頁）。亦即係綜合以上事證，經整體觀察、判斷所得，並無上訴意旨所指以臆測方式認定事實之違法。被告關於此部分之上訴，係就原審採證認事之適法職權行使，重為爭執，難認是合法之上訴第三審理由。

(二)原審以被告獲案後雖供出毒品上游，但犯罪調（偵）查機關並未因而查獲，認為無毒品條例第 17 條第 1 項之適用，已敘明其理由，略謂：被告雖於警詢及檢察官訊問時均陳明其所販賣咖啡包之上游。然經調查結果，警方之職務報告記載：雖已立案偵辦，仍需調閱相關人等通聯紀錄分析，尚待釐清上游之實際住處；臺灣彰化地方檢察署亦回覆表示偵查中尚未查獲各情。足見被告雖供出其毒品來源，然迄本案言詞辯論終結時，並無因而查獲之情形（見原判決第 7 頁）。亦即被告固供出其咖啡包之上游，但並無因而經犯罪調（偵）查機關查獲之事證，原審認與毒品條例第 17 條第 1 項規定之要件不合，而未予適用，於法並無不合。被告此部分上訴亦係就已經原審明確論斷之事項，再事爭執，難認是合法之上訴第三審理由。

(三)販賣第一級至第四級毒品者，毒品條例第 4 條第 1 項至第 4 項分別定有處罰規定，但所販賣之毒品若混合二種以上，同條例第 9 條第 3 項規定，應適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一。亦即，以販賣毒品言，前述第 9 條第 3 項之規定，係就販賣毒品內涵已有變更之個別犯罪行為予以加重，使成立另一獨立之罪，法定刑亦因此發生變更，而屬毒品條例第 4 條第 1 項至第 4 項以外之獨立犯罪類型。然以上加重規定，本質上仍係以同條例第 4 條第 1 項至第 4 項之販賣罪之構成要件及法定刑為基礎；僅因所販賣之毒品混合二種以上，乃將刑法想像競合犯應從一重罪處罰之法律效果，予以明文化。因此，行為人就其販賣某一級別之毒品，若已自白，但對於其以同一行為所販賣者混合有同一級別但品項不同之毒品之事實未為自白，為避免對同一行為過度或重複評價，以符合罪刑相

當原則，自無剝奪行為人享有自白減刑寬典之理。查原審認被告於偵查、審判中就其意圖營利而販賣咖啡包予許伍泓之犯行，均已自白，認有毒品條例第 17 條第 2 項之適用，已說明其認定之理由，略以：被告於偵查及歷次審判中，均自白其基於營利意圖，販售毒品予許伍泓，亦即已就毒品條例第 4 條（第 3 項）之販賣毒品罪有所自白；被告就混合二種以上毒品之加重構成要件雖辯稱並未明知，然其並不爭執咖啡包內含有一種毒品成分，堪認其就犯罪事實之重要之點均始終自白不諱，仍應依毒品條例第 17 條第 2 項之規定減輕其刑等語（見原判決第 6 頁）。核其論斷、說明，於法並無不合。檢察官之上訴，係就原審適用法律之合法職權行使，重為爭執，並非適法之上訴第三審理由。

(四)刑法第 59 條之適用，必其犯罪之情狀在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑期尤嫌過重者，始有適用餘地；且適用與否，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，未依該規定減輕其刑，除有違法或濫用情事，不得執為提起第三審上訴之理由。經查，原判決認為被告之本案犯罪無刑法第 59 條之適用，已敘明其理由，略以：被告係智識健全之人，販賣混合二種以上第三級毒品犯行，嚴重影響社會治安，尤以許伍泓於取得咖啡包後已據以販售他人，足見已造成相當程度之危害；且經適用毒品條例第 17 條第 2 項減輕其刑後，法定刑度已大幅降低。況且，被告 2 次販賣咖啡包之數量各為 50 包，價格各達新臺幣 11,000 元。考量案件具體情形，依一般國民社會感情，難認有何情輕法重或情堪憫恕之情形等語（見原判決第 7、8 頁）。核其論斷、說明，於法並無不合，亦無濫用裁量權限之違法情形。被告上訴意旨就屬於原審裁量職權之合法行使，再事指摘，尚非合法之上訴第三審理由。

五、依上說明，本件檢察官及被告之上訴均違背法律上之程式，俱應予駁回。

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 11 月 2 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 林怡秀

本件正本證明與原本無異

法 官 林瑞斌

書記官 李淳智

中 華 民 國 112 年 11 月 7 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 4352 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 11 月 09 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 4352 號

上訴人 劉連瑞

選任辯護人 許哲嘉律師

上訴人 賴明貴

選任辯護人 莊秉澍律師

上列上訴人等因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院中華民國 112 年 7 月 26 日第二審判決（112 年度金上訴字第 10 號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署 109 年度偵字第 35629、36360 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。至原判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。
- 二、本件原審審理結果，認上訴人劉連瑞、賴明貴有如原判決事實欄所載之與嚴程德（通緝中）共同非法經營收受存款業務各犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判論處劉連瑞與法人之行為負責人，共同犯銀行法第 125 條第 1 項前段非法經營收受存款業務罪刑；論處賴明貴共同犯銀行法第 125 條第 1 項前段非法經營收受存款業務罪刑，並就賴明貴部分為相關追徵之諭知。已詳述其認定犯罪事實所憑之證據及理由。
- 三、按犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第 155 條第 1 項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法而資為合法第三審上訴之理由。又銀行法第 29 條之 1「以收受存款論」之規定，屬立法上之補充解釋，旨在禁止不受銀行各種管制法令與監理措施拘束之個人

或公司巧立各種名目，大量違法吸收社會資金，以規避同法第 29 條第 1 項「非銀行不得經營收受存款業務」之禁止規定，乃將該等脫法收受存款之行為，擬制為收受存款之規定，俾保障社會投資大眾權益及經濟金融秩序。是於判斷行為人收受款項或吸收資金之投資方案，是否屬銀行法第 29 條之 1 所規範之擬制收受存款，自應著重在與投資人約定或給付之紅利、利息、股息或其他報酬，是否與本金顯不相當。如若顯不相當，即屬之。至於行為人收受資金後，有無實際用以投資，或僅係假借名目詐取財物，乃屬是否併以刑法詐欺取財罪論處之問題，並無礙違反銀行法之認定。原判決綜合上訴人 2 人之部分供述，佐以其附表（下稱附表）一、二所示「證據出處」欄所示之證據、網路積分商城系統（下稱 iPlay 消費平臺）說明簡介照片（以「如何兌換積分點數」、「1000 餘額點數變大 5 倍 5000 積分每天賺 10 美元」做為向投資人招攬之說明）、「iPlay 錢包」說明（載有「資產五倍化」、餘額「換現」、「個人點數只升不降」等內容）、餘額點數兌換效益分析、下龍灣寄售憑證、網路開發及系統代管服務合約、通訊軟體對話紀錄、法務部調查局數位證據檢視報告、帳戶交易明細、匯款申請書、帳戶歷史對帳單、臺灣銀行等五大行庫存放款歷史資料表等證據資料，憑以認定上訴人 2 人與嚴程德共同基於非法經營收受存款業務之犯意聯絡，由賴明貴負責開發、管理 iPlay 消費平臺，嚴程德擔任該平臺實際負責人，劉連瑞則成立愛拼樂消費平臺百分百團隊招攬投資之分工方式，向不特定民眾招攬投資報酬率達年利率 365% 之 iPlay 消費平臺投資方案，計有如附表一編號 1 至 18 所示之投資人參與投資，總計非法吸收資金新臺幣（下同）127 萬 6,000 元。劉連瑞、嚴程德承前開犯意聯絡，共同以稻江國際股份有限公司名義，向不特定民眾招攬投資報酬率達年利率 24% 至 32% 之越南 5,000 專案，計有如附表二編號 1 至 15 所示之投資人參與投資，共計非法吸收資金 252 萬 8,000 元之犯罪事實；並說明如何認定 iPlay 消費平臺投資方案與越南 5,000 專案均有保本意涵，且約定給付之報酬，遠高於案發期間金融機構定存之年利率，顯係以與本金顯不相當之高額報酬為誘餌吸收資金；又何以認定上訴人 2 人與嚴程德間，就前開以 iPlay 消費平臺投資方案非法吸金之犯行，有犯意聯絡及行為分擔；及如何認定劉連瑞與嚴程德間，就上述以越南 5,000 專案非法吸金之犯行，有犯意聯絡及行為分擔等旨所依憑之證據及理由。且就

證人白惠珠稱：僅嚴程德騙其投資越南 5,000 專案等語，何以不足為有利於劉連瑞之認定；及就上訴人 2 人否認犯行之辯解，如何不足採信，亦皆於理由內詳為論述、指駁。所為論斷，俱有卷內資料可資佐證，係合乎推理之邏輯規則，尚非原審主觀之推測，核與證據法則無違。又劉連瑞雖稱：iPlay 消費平臺之消費點數無法直接轉換為現金云云，惟此與證人陳春綢、鍾漢青、呂素英、白惠珠之證詞、iPlay 消費平臺說明簡介照片、「iPlay 錢包」說明不符。復參以劉連瑞所稱：「iPlay 錢包」說明是賴明貴提供之資料；iPlay 消費平臺說明簡介照片之內容，與賴明貴向其等說明之 iPlay 消費平臺系統運作方式相若等語之證詞，堪認賴明貴開發、管理之 iPlay 消費平臺有可兌換現金之設計，且本件用以非法吸金之 iPlay 消費平臺投資方案始終如一，未曾變更賴明貴開發之內容至明。劉連瑞上訴意旨以：嚴程德推出之越南 5,000 專案是屬詐騙而構成詐欺取財罪，不應論以違反銀行法之罪責云云；賴明貴則以：其開發之 iPlay 消費平臺並無兌換現金之設計，劉連瑞使用之 iPlay 消費平臺非其設計之版本云云，指摘原判決違法，乃係就原審採證、認事職權之適法行使，及原判決已說明事項，任意指摘為違法，抑或單純為事實上之爭執，均非適法之第三審上訴理由。

四共同正犯係以兩個以上之行為人形成一個犯罪共同體，彼此以其行為互為補充，各個行為人之行為貢獻都會結合成一個整體行為，以達共同犯罪之目的。是行為人非僅就其自己實行之行為負擔責任，並在犯意聯絡之範圍內，對於其他共同正犯所實行之行為，亦應共同負責。此即所謂交互歸責之法理。從而，行為人於所參與之犯罪共同體已達著手實行犯罪階段，如欲從共同正犯關係中脫離，與其他正犯之犯罪切割，除須讓其他正犯明瞭知悉其完全退出犯罪計畫之決定外，尚須有效消除其先前對犯罪所提供物理上助力之貢獻，使其他正犯無從再利用該貢獻續行犯罪行為，亦即達到其他正犯後續之犯行與其過去之貢獻間無因果關聯（因果作用）之程度，始得謂成功脫離共同正犯之結構，而無庸為其他正犯後續之行為負責；否則，其退出對於犯罪之實現並無影響，自不失其身為共同正犯之地位。原判決已敘明賴明貴雖退出管理 iPlay 消費平臺，惟劉連瑞仍利用其設計、開發之 iPlay 消費平臺為本案犯行，以達相互利用及補充關係，賴明貴亦無任何有效防止該 iPlay 消費平臺作為後續犯罪之用，自仍應負共同正犯

之全部責任等旨，依前述說明，自無違法可指。賴明貴上訴意旨泛謂其於民國 108 年 4 月間已退出，未再參與 iPlay 消費平臺事宜，是劉連瑞自該時起之非法吸金犯行與其無涉云云，難認是合法之第三審上訴理由。

五、是否為緩刑之宣告，係實體法賦予事實審法院得為自由裁量之事項，且緩刑宣告需符合刑法第 74 條第 1 項之要件，始足為之。卷查劉連瑞業經原審量處有期徒刑 2 年 6 月，已不合宣告緩刑之要件，原判決未就其宣告緩刑，於法尚無不合。至原審雖量處賴明貴有期徒刑 1 年 10 月，惟參諸賴明貴前曾因違反銀行法案件，經法院判處罪刑，並宣告緩刑 4 年確定；緩刑期間為 107 年 4 月 23 日至 111 年 4 月 22 日，緩刑期滿，其緩刑之宣告固未經撤銷，上開刑之宣告因而失其效力，惟仍不影響賴明貴曾因犯罪判刑受緩刑宣告事實之存在。乃賴明貴於前案緩刑期間，再犯同一罪質之本案，尚難認其幡然悔悟，本案宣告之刑有暫不執行為適當之情形。則原判決未諭知緩刑宣告，並就此部分未贅為無益之說明，自無違法可指。上訴人 2 人上訴意旨此部分指摘，尚難憑為適法之第三審上訴理由。

六、上訴人 2 人其餘上訴意旨，經核亦均非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決有何不適用法則，或如何適用不當之情形，同非適法之第三審上訴理由。綜上，應認其等 2 人本件上訴均不合法律上之程式，皆予以駁回。

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 11 月 9 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 張永宏
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 11 月 13 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 4380 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 11 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 4380 號

上訴人 劉宇軒

選任辯護人 廖威智律師

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 112 年 6 月 14 日第二審更審判決（111 年度上更一字第 149 號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署 109 年度偵字第 3158、9046 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、本件第一審認定上訴人劉宇軒有其事實欄所載共同運輸第二級毒品大麻之犯行，因而依想像競合犯規定，從一重論處上訴人共同運輸第二級毒品罪刑。嗣上訴人提起第二審上訴，經本院撤銷發回原審後，原審以上訴人依刑事訴訟法第 348 條第 3 項規定，明示僅就第一審判決關於刑之部分提起上訴，此部分經審理結果，認上訴人有供出毒品來源，因而查獲共同正犯盧○朋（人別資料詳卷），第一審判決未依毒品危害防制條例第 17 條第 1 項規定減輕其刑，容有未洽，因而撤銷第一審判決關於上訴人所處之刑，改判量處有期徒刑 2 年 8 月，已詳述其憑以裁量之依據及理由。
- 三、上訴意旨略以：(一)本案係自國外運輸毒品甫入境，即遭調查人員查獲，他案判決有將相同案情認定係不能完成運輸毒品之行為而屬未遂犯，原判決未就上訴人於本案有無未遂之情事詳加查證，忽略對上訴人有利之事項，顯有調查未盡之違法。(二)原判決未就刑法第 57 條例示之 10 款事由逐一盤查、檢視，且上

訴人為憂鬱症患者，原審未對上訴人施予量刑前調查，僅以簡略方式說明其量刑，未詳加說明上訴人入監服刑之必要性，有判決理由不備及調查未盡之違誤。(三)上訴人於本件運輸毒品犯行中所扮演之角色具有高度可替代性，惡性及犯罪情節與策劃謀議、大量且長期走私毒品牟取不法暴利之毒梟有別，且扣案大麻甫入境即遭查獲而未流通在外，並未對國人身心健康產生實害，其他案情相同案件有判處 2 年以下有期徒刑，且諭知緩刑者，原判決科以較重刑度，顯有違反平等原則且判決理由不備之違法。

四、上訴係不服判決請求救濟之方法，藉由上級審層層審查，以達審級制度在使當事人之訴訟獲得充分救濟之目的。又為尊重當事人設定攻防之範圍，依刑事訴訟法第 348 條第 3 項規定，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，此際，未經表明上訴之犯罪事實、所犯法條、論罪等部分，則不在第二審之審判範圍。倘若當事人就第二審設定上訴攻防範圍以外之部分，提起第三審上訴，不僅與當事人自行設定攻防範圍之旨有違，且無異架空第二審之審查機制，亦與審級制度之目的不合，自非適法。本件上訴人之犯行，經第一審論處罪刑，上訴人提起第二審上訴，經本院撤銷發回原審後，於原審審理時，上訴人及其辯護人已明示僅就第一審判決關於刑之部分提起上訴，犯罪事實等均不爭執，有原審審判程序筆錄在卷足憑（見原審卷第 361 頁），原判決因而說明原審審理範圍只限第一審判決關於刑之部分等旨（見原判決第 1 頁），於法尚無違誤。上訴人上訴意旨謂其自國外運輸毒品甫入境，即遭調查人員查獲，應屬未遂犯云云，乃爭執犯罪事實認定之既未遂，顯係對於當事人於原審設定上訴攻防範圍（即刑之部分）以外而不在第二審審判範圍之部分，提起第三審上訴，依上述說明，此部分之上訴意旨自非適法。

五、量刑輕重及是否宣告緩刑，均屬事實審法院得依職權裁量之事項，苟於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第 57 條各款所列情狀，而未逾越法定刑範圍，又未濫用其職權，縱未宣告緩刑，自不能任意指為違法。英美法系國家所採用之「量刑前調查（presentence investigation）」或日本學說實務發展出之「情狀鑑定」，目的均在藉由醫學、心理學、社會學與犯罪學等領域專業知識之協助，就關於犯罪行為人之智能、

性格、成長與家庭環境、人格養成、犯罪動機、犯後心理狀態、再犯可能性、處遇方面應注意之處或處遇建議等事項，委由專責調查人員或專家進行身心狀況評估、心理衡鑑、未來社會復歸可能性評估等調查、鑑定，以期能從多元及科學角度究明犯罪事實以外之量刑情狀，提供法院作為量刑及其他犯罪行為人處遇之參考，避免對於量刑情狀產生直觀而欠缺科學性之不當評價。故量刑前調查或情狀鑑定性質上仍屬鑑定之一種，事實審法院原則上得視個案情形，決定是否進行，非必受當事人聲請之拘束。析言之，苟事實審法院遇有：(1)犯罪之原因、動機或犯罪行為本身有難以理解、欠缺合理性之處；(2)對於犯罪行為人之智能、性格、心理狀態或精神狀態、環境適應力存有疑義；(3)無法或難以判斷犯罪行為人之社會危險性程度、再犯可能性之有無等復歸社會之預測性；或(4)難以決定適合於犯罪行為人之處遇種類、方法、期間等情形時，自得依職權或聲請進行上述鑑定。至於殺人等重大刑事案件，倘依其犯罪情狀，量刑之刑種選擇為死刑或無期徒刑，或行為人之心理特性或行為傾向可能影響其犯罪行為者，為能全面性而精確地觀照、評價各項量刑因子，以期慎重量刑，應認有進行上述鑑定之必要性，且於此種情形下，因實施鑑定進行之調查，縱有干預犯罪行為人或其關係人隱私之情，於利益權衡之下，亦應容忍之。至若非屬上述重大刑事案件，且經法院調查證據之結果，犯罪行為人之犯罪動機並無顯然難以理解之處、犯罪行為亦無受疾病或心理異常影響之可能，參照其犯罪情狀，復無選科死刑或無期徒刑之可能性者，事實審法院縱未進行量刑前調查或情狀鑑定，亦難認有何調查未盡之違法可言。原判決已敘明如何以上訴人之責任為基礎，依刑法第 57 條所列各款事項而為量刑，經核既未逾越法定刑範圍，亦無違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，且已具體斟酌本件查獲之毒品淨重近 2 公斤，數量非微，幸於運抵國門後不久，未及流入市面即遭查獲，上訴人始終坦認犯行，犯後態度良好，及上訴人之犯罪動機、目的、參與程度、教育程度、工作狀況、家庭生活及經濟狀況等情狀。原判決復已說明依據上訴人之行為動機、家庭生活狀況、工作情況等，難認有何暫不執行本案刑罰之適當事由，且所犯經原審量處有期徒刑 2 年 8 月，亦不符合刑法第 74 條第 1 項所定緩刑要件，依法無從宣告緩刑，因而未為緩刑之諭知，難認

有濫用自由裁量之權限，自不能遽指為違法。上訴意旨徒以原審僅以簡略方式說明其量刑，未詳加說明上訴人入監服刑之必要性，其他案情相似案件有判處 2 年以下有期徒刑並諭知緩刑者，指摘原判決違法云云，無非係以法未要求之說明義務，以及個案情節不同，難以比附援引之他案量刑，任意指摘原判決違反平等原則及理由不備；又上訴意旨另指原審未對上訴人施予量刑前調查，有調查未盡之違法云云，惟依卷證資料，上訴人所以願意參與共同運輸毒品犯行並擔任收件人及出面收取包裹，係為獲取新臺幣 1 萬至 1 萬 5 千元之酬勞，其犯罪動機並無顯然難以理解之處、犯罪行為亦難認有受疾病或心理異常影響之情，且參照其犯罪情狀，復無選科死刑或無期徒刑之可能，依前開說明，原審未為量刑前調查或情狀鑑定，經核於法尚無違誤；且原審於最後審判期日調查證據完畢開始辯論前，審判長詢問上訴人尚有何證據請求調查、有無其他科刑資料提供調查時，上訴人及其辯護人均答稱：「無」（見原審卷第 371 至 372 頁、第 374 頁），上訴意旨重為爭執，指摘原審科刑調查未盡，自均非適法之上訴第三審理由。

六、其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒就原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，應認其上訴為違背法律上程式，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 11 月 2 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 江翠萍
法官 張永宏

本件正本證明與原本無異

書記官 邱鈺婷
中 華 民 國 112 年 11 月 8 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 4644 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 11 月 16 日

裁判案由：過失致人重傷

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 4644 號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官林弘政

被告 羅國君

上列上訴人因被告過失致人重傷案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國 112 年 7 月 5 日第二審判決（111 年度交上訴字第 2721 號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署 109 年度偵字第 27104 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、本件原判決認定被告羅國君有如其所引第一審判決犯罪事實欄所載之無駕駛執照駕車過失傷害致告訴人王聖賢受重傷之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判論處被告以民國 112 年 5 月 3 日公布，同年 6 月 30 日施行前（下稱修正前）道路交通管理處罰條例第 86 條第 1 項、刑法第 284 條後段之無駕駛執照駕車過失傷害致人重傷罪刑。固非無見。

二、惟按：

(一)行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。刑法第 2 條第 1 項定有明文。而被告行為後，道路交通管理處罰條例第 86 條第 1 項於 112 年 5 月 3 日修正公布，並自同年 6 月 30 日施行。修正前該條項規定：「汽車駕駛人，無駕駛執照駕車、酒醉駕車、吸食毒品或迷幻藥駕車、行駛人行道或行經行人穿越道不依規定讓行人優先通行，因而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一。」修正後則規定：「汽車駕駛人有下列情形之一，因而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，得加重其刑至二分之一：一、未領有駕駛執照駕車。二、駕駛執照經吊銷、註銷或吊扣期間駕車。三、酒醉駕車。……」修正後之規定，除將修正前「無駕駛執照駕車」之構成要件內容區分為「未領有駕駛執照駕車」、「駕駛執照經吊銷、註銷或吊扣期間駕車」外，並將修正前「必加重其刑」之規定，修正為「得加重其刑」，經比較新舊法結果，以修正後之規定較有利於被告，依刑法第 2 條第 1 項但書規

定，自應適用修正後之規定。乃原審未為新舊法比較，適用最有利於被告之新法，仍逕引用第一審判決，適用修正前道路交通管理處罰條例第 86 條第 1 項之規定，自有判決適用法則不當之違法。

(二)對未領有駕駛執照駕車，或駕駛執照經吊銷、註銷或吊扣期間駕車，因而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，是否依道路交通管理處罰條例第 86 條第 1 項規定加重其刑，影響被告之權益甚鉅，法院審判時自應讓當事人就無該加重被告刑度之事實，指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論後，再詳加斟酌取捨，並具體說明據以裁量之理由，俾作出合於罪刑相當原則之判決，始稱適法。惟原審於審判期日未讓當事人就此有指出證明方法及賦予其等辯論之機會，自有調查職責未盡之違法。

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，而原審前述調查職責未盡之違法，影響於是否依前開條項加重其刑事事實之確定，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

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 11 月 16 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 張永宏
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 11 月 20 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 4683 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 11 月 08 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

112 年度台上字第 4683 號

上訴人 林雪涵

劉彥均

楊宥騰（原名楊人樺）

上列上訴人等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 112 年 7 月 25 日第二審判決（112 年度上訴字第 738 號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署 111 年度偵字第 12775 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林雪涵經第一審判決論處或依想像競合犯，從一重論處共同犯販賣第三、四級毒品而混合二種以上毒品 2 罪刑、共同犯販賣第三級毒品罪刑，變更檢察官起訴法條，論處上訴人劉彥均販賣第三級毒品 2 罪刑，部分變更檢察官起訴法條論處上訴人楊宥騰參與犯罪組織罪刑、販賣第三、四級毒品而混合二種以上之毒品罪刑，並各就所處有期徒刑部分定應執行刑，復各為相關沒收、追徵之諭知後，均明示僅就第一審判決量刑部分不服而提起第二審上訴，經原審審理結果，維持第一審該部分判決之刑，駁回其等在第二審關於刑之上訴，已載敘審酌裁量之依據及理由，有卷存資料可資覆按。
- 三、上訴意旨略以：

(一)林雪涵部分：其犯後坦承犯行，態度良好，且販賣數量、次數非鉅，獲利不高，並非大毒梟，犯罪所造成之危害程度相對較輕，又有幼女待扶養，縱依毒品危害防制條例（下稱毒品條例

）第 17 條第 2 項規定減刑，仍情輕法重，情堪憫恕，原判決未依刑法第 59 條規定減輕其刑，有適用法則不當之違法。

(二)劉彥均部分：其因遭逢婚變始藉施用毒品咖啡包緩解情緒，所購入之咖啡包多供己用，僅少量販賣他人，其因年輕識淺犯罪，並依其供述查獲訴外人黃建銘另案販賣毒品犯行，犯後偵審亦均坦認犯行，縱經依毒品條例第 17 條第 2 項規定減刑，仍情輕法重，情堪憫恕，原判決未依刑法第 59 條規定減輕其刑，有適用法則不當之違法。

(三)楊宥騰部分：**1.**憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決宣告毒品條例販賣第一級毒品罪之構成要件涵蓋不法程度迥異之販賣行為而過廣，法定刑過狹，以致難與不同之個案情節相應，違反憲法罪刑相當原則，並得據該判決減刑。原判決未審酌前揭憲法法庭判決意旨，未以所犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品罪與販賣第一級毒品罪同有前揭憲法法庭判決揭示之違反憲法罪刑相當原則疑慮，且販賣第一級毒品罪既得遞依前揭憲法法庭判決減刑，則其他販賣毒品罪倘未能相應遞次減輕其刑，恐生失衡現象，詎應適用而未適用刑法第 59 條規定調節減輕其刑，有適用法則不當之違法。**2.**其販賣之毒品並未扣案而無從鑑驗，經原判決認定混有第三、四級兩種毒品，惟卻未釐清其中第三級毒品之純質淨重可能甚微，甚而低於單只販賣第三級毒品者之數量，逕適用毒品條例第 9 條第 3 項規定加重其刑，失之過重，有適用法則不當之違法等語。

四、刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第 57 條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。原判決就林雪涵、劉彥均、楊宥騰所犯前揭各罪，已綜合審酌刑法第 57 條科刑等一切情狀，說明其等犯罪動機、目的、犯罪所生危害、是否坦承犯行、智識程度、職業、家庭生活與經濟狀況等各情，分別就楊宥騰所犯各罪依刑法第 47 條規定加重其刑，林雪涵、楊宥騰所犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品罪，加重或遞加重其刑，及林雪涵、劉彥均所犯販賣毒品罪均依毒品條例第 17 條第 2 項規定先加重後減輕或減輕其刑，復就林雪涵、楊宥騰部分，說明何以未就其等上訴於第二審後坦承犯行之第一審未及審酌之科刑有利事項，再予減輕其刑之理由，已在罪

責原則下適正行使其量刑之裁量權，而為所示刑之量定，核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有濫用裁量權限之違法情形。至於應否依刑法第 59 條規定酌量減輕其刑，法院本屬有權斟酌決定，故未酌減其刑，既不違背法令，自不得執為提起第三審上訴之理由。原審審酌林雪涵、劉彥均、楊宥騰販賣毒品之犯罪情狀，認無可憫恕之事由，已分別闡述理由明確，未依該條規定酌減其刑，並無所指適用法則不當之違法。

五、憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決宣告毒品條例第 4 條第 1 項規定在適用於「無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，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」個案之範圍內，不符憲法罪刑相當原則而違憲（見該判決主文第一項），並未宣告該罪法定刑違憲失效，係採「適用上違憲」（unconstitutional as applied）之違憲宣告模式，即仍維持該規定之法規範效力，且僅在適用於兼具上開列舉特徵之「情輕法重」個案之範圍內，始違反憲法罪刑相當原則，而限期修法，復併指示修法方向（同主文第二項、第三項）。於立法者依憲法意旨完成修法前，為避免前揭情輕法重個案中之人民人身自由因修法所必要之時程而任受違憲侵害，又於修法完成前之過渡期間創設個案救濟之減刑事由（同主文第二項），使刑事法院得本於憲法法庭判決意旨，就俱有所列舉之特徵而情輕法重之個案，得據以減刑。前開憲法法庭判決之效力，僅限主文及其主要理由，並僅以宣告適用上違憲之範圍為限，於此之外無從比附援引於其他販賣毒品罪，或單以該判決為據，置刑法第 59 條所設要件於不顧，逕適用該條規定減刑。蓋因解釋憲法並就法規範之合憲性為審查，而為合憲與否之宣告，係憲法法庭專有之權力，其行使且須謹守權力分立之界限。法院如就個案應適用之法律有違憲確信，自應依法聲請憲法法庭為合憲性之審查，尚不得以類推適用或比附援引憲法法庭判決之方法，解免其聲請義務，或任意擴張憲法法庭判決效力，逸脫法之拘束。再毒品條例販賣第一級毒品罪以外之販賣毒品罪法定刑，或有由立法者本於整體毒品刑事政策暨體系正義之考量，併同販賣第一級毒品罪之法定刑通盤檢討之必要，惟各罪之法定刑既仍留有由法院衡酌個案具體情節，以符罪刑相當原則之量刑裁量空間，與販賣

第一級毒品罪之法定刑極端僵化，以致有違罪刑相當原則，甚而有立法者取代司法者而違反權力分立原則之違憲疑慮，已有所不同，尚無違憲之疑義。至刑法第 59 條係以犯罪另有其特殊之原因與環境等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低刑期，猶嫌過重為要件，此係立法者制定刑罰法規範時，考量犯罪情狀之多樣與複雜，於法定刑外所設例外調節規定之一，藉以在制裁規範上保留足夠之裁酌空間，俾法官得在具體個案，對被告量處適當刑罰。既屬例外授權，復已設定嚴格之要件，自僅符合要件者，始得據以減刑。而前引憲法法庭判決主文第二項創設之減刑事由，已係憲法法庭尊重立法者就毒品刑事政策之優先評價特權，本於司法自制，就販賣第一級毒品罪違憲部分所為替代性立法，係過渡期間保障人民之基本權不受違憲侵害所必要之權宜措施，其效力範圍亦僅限於此，不宜任意擴張。原判決就楊宥騰部分未適用刑法第 59 條酌減其刑，既已論敘說明其尚無情堪憫恕之事由，未予減刑，即無不合，要無所指應審酌而未審酌憲法法庭前引判決意旨、適用法則不當之違法。

- 六、毒品條例第 9 條第 3 項規定：「犯前 5 條(即第 4 條至第 8 條)之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一。」所謂混合，乃將二種以上之毒品摻雜調合，無從區分而言，施用此種混合毒品，因其混合毒品之成分複雜，所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類者，始另設條文作為獨立犯罪型態予以規範，屬分則加重性質，亦僅以混有二種以上毒品為要件，不問所佔比例。楊宥騰販賣予劉彥均之毒品咖啡包雖未扣案，第一審判決依罪疑唯輕之證據法則，以楊宥騰之供述暨扣案同自「葉哥」取得之毒品咖啡包鑑驗結果，認定其販賣予劉彥均之毒品咖啡包混合第三、四級毒品，論以係犯前揭混合二種以上之毒品罪，楊宥騰既僅就該罪刑之部分提起二審上訴，原判決依所論處之罪名，適用毒品條例第 9 條第 3 項規定遞加重其刑，並無不合，無所指適用法則不當之違法。
- 七、綜合前旨及其他上訴意旨，林雪涵、劉彥均、楊宥騰之上訴意旨無非係對原判決已說明之事項，或單純就前述量刑裁量權之合法行使，徒以自己說詞，任意指為違法，難謂已符合首揭法定上訴要件，其等之上訴不合法律上之程式，均予駁回。又本

件既從程序上駁回劉彥均、楊宥騰之上訴，其等請求本院為減刑之判決，自均無從審酌，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第 395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 112 年 11 月 8 日

刑事第七庭審判長法官 段景榕

法官 洪兆隆

法官 楊力進

法官 汪梅芬

法官 許辰舟

本件正本證明與原本無異

書記官 石于倩

中 華 民 國 112 年 11 月 14 日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 4901 號刑事判決

裁判日期：民國 112 年 11 月 30 日

裁判案由：殺人

最高法院刑事判決

112 年度台上字第 4901 號

上訴人 臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官鍾忠孝

上訴人

即被告 何家緯

選任辯護人 劉怡廷律師

王心甫律師

上列上訴人等因被告殺人案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國 112 年 8 月 23 日第二審判決（112 年度上重訴字第 1 號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署 111 年度偵字第 14244、16208、16968、17218 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、本件第一審判決認定上訴人即被告何家緯有其事實欄所載因認為被害人吳沛書係破壞其婚姻與家庭之第三者，竟基於殺人之犯意，持水果刀刺殺被害人，並以健身用吊環連接之尼龍繩綁住被害人頸部，將吊環勾在廁所握把上，迫使被害人坐在門板邊，藉此方式勒斃被害人，致被害人身中頭、頸、軀幹及四肢 131 處銳器傷，刺入肺、肝、腎、胰臟及腸繫膜，造成左側血胸、氣胸，暨頸部遭吊繩懸吊掛於門把致壓迫窒息而死亡之犯行，因而論處被告殺人罪刑（處無期徒刑，並宣告褫奪公權終身）。嗣檢察官及被告均提起第二審上訴，原審則以其等依刑事訴訟法第 348 條第 3 項規定，明示僅就第一審判決關於量刑部分提起上訴（原審卷一第 383 頁），經審理結果，認第一審判決之量刑妥適，乃引用第一審判決所載之事實、論罪，並維持

第一審判決之量刑，駁回檢察官及被告在第二審之上訴，已詳述其憑以裁量之依據及理由。

三、量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，為法院得依職權裁量之事項，倘其量刑合於法律所規定之範圍，並無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，自不能任意指為違法。原判決已說明第一審判決如何依據卷內資料，臚列屬於與行為事實相關之量刑事由，及屬於行為人個人情狀之量刑事由，逐一審酌刑法第 57 條所列各款事項及一切情狀，併就犯罪之手段、損害之量刑事項，敘明：被告以前揭水果刀、健身用吊環連接之尼龍繩攻擊被害人全身，以此種行兇手段，在在顯示被告殺人之手段兇狠、殘暴而不留餘地，及對被害人殘虐之程度，足認被告當時殺意堅決。而被告因感情因素所生憤怒之蒙蔽，進而以前揭虐殺手法殺害不相識之人，顯未尊重他人之生命權，殊值非難；又被告以前揭手法殺害被害人，使被害人受有前揭傷害，必然造成被害人瀕死前身心蒙受諸多疼痛、恐懼，足認其手段殘忍且惡性重大，並造成被害人之親屬難以平復之喪親至痛，此一殺人事件，手段甚為殘暴，當已對於社會有嚴重之影響及震撼。且被告未能與被害人家屬和解或取得原諒，被害人之家屬請求對被告處以極刑等旨，因而量處被告無期徒刑，褫奪公權終身，使與社會隔離，並參酌被告於原審審理時之行為表現及犯後態度，仍掩飾做作，確有長期隔離於矯正機關予以教化之必要，因認第一審量刑並無不當而予以維持，經核既未逾越法定刑範圍，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形。至被告上訴意旨固指原判決所引用長庚醫療財團法人高雄長庚紀念醫院精神鑑定報告書，其中「一般人際關係」欄，有誤引他人之精神鑑定訪談過程一節，惟原判決就被告身心狀況之量刑事實，僅引用上開精神鑑定報告書有關被告之精神疾病診斷為「適應障礙症合併焦慮情緒」部分，且就其身心狀況之認定，係綜合國軍高雄總醫院、財團法人私立高雄醫學大學附設中和紀念醫院函覆之資料，並非憑上開精神鑑定報告書關於「一般人際關係」欄之記載，即為被告身心狀況之認定，而被告之身心狀況，既非原判決量刑之唯一依憑，且原判決已依刑法第 57 條規定之科刑標準等一切情狀為全盤觀察，所為量刑與罪刑相當原則無違，是上訴意旨所指該精神鑑定報告書誤引之情形，縱或屬實，亦不影響原判決量刑之結果。又

第一審判決依據卷內被告之供詞等資料，如何認被告殺人動機係起於其認為被害人為破壞家庭之第三者等情，已闡述甚詳，且對於被告所辯：其進入屋內聽見打鼾聲，認為有陌生人在屋內，基於防衛才前往廚房拿水果刀，因開門驚醒被害人，且因被害人先出手要奪刀，憤而於打鬥過程中頓起殺意云云，何以不足以採信，亦已斟酌卷內資料詳加指駁及說明，因而就有關犯罪動機之量刑事實，認本案係因被告認定被害人為破壞家庭之第三者所犯，而為俗稱之「情殺」等情；並就有關犯罪時所受刺激之量刑事實，認被告於案發前與前妻姚俐安發生爭吵，而前往前妻住處要求前妻道歉，然未見著前妻，卻見前妻男友在兒童房休息，竟醋勁大發，並將對前妻之不滿轉嫁至被害人，而萌生殺意，可見被告於案發時並非因被害人之任何舉動受到刺激，應屬臨時起意犯案等情。而被告於原審僅爭執第一審判決事實欄所認定被告見被害人躺臥下舖睡覺而不及防備之際，持刀刃猛刺被害人等情，亦即就此有關犯罪手段之量刑事實為爭執，並聲請傳喚證人郭耀宗，以調查此部分量刑事由（見原審卷一第 163、383 頁），並未就第一審判決所載上開有關犯罪動機及犯罪時所受刺激部分之量刑事實再為爭執，且原審審判期日經審判長詢以對第一審判決此部分量刑事實之記載內容有何意見時，被告及原審辯護人均答稱「沒有意見」，有卷內審判筆錄可查（見原審卷二第 119、121 頁）。而原審斟酌相關事證，就此部分量刑事實，與第一審判決為相同之認定，並無不合。被告於本院之法律審，始再爭執上開有關犯罪動機及犯罪時所受刺激部分之量刑事實，而謂其並非對被害人抱有強烈報復或殺害意圖，於進門時聽見被害人打鼾聲，立即前往廚房取出自衛用水果刀，始開啟兒童房之房門，尚非見被害人後始取刀云云，並執上開無關其判決量刑結果之事項，任意指摘原判決量刑不當，併有理由矛盾之違法，依上揭說明，自非適法之第三審上訴理由。

- 四、法院審理選科死刑之案件，須在罪責原則之基礎上，綜合刑法第 57 條所列 10 款事項等有利與不利之情狀為評價後，依被告具體犯罪情節、所犯之不法及責任之嚴重程度，檢視其罪責是否尤屬重大，而符合公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第 6 條第 2 項所要求情節最嚴重犯行；再審慎衡酌有無足以迴避死刑適用之情形，判斷其是否已無復歸社會之更生改善可

能，俾以決定是否選科死刑。因此，事實審法院對於刑法第 57 條所例示之 10 款事由，即應逐一檢視、審酌，以確定最終是否選科死刑。揆諸該條所示之 10 款事由，其中第 4、5、6、10 款所列犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度及犯罪後之態度，屬一般情狀的行為人屬性事由（或稱一般情狀事由）；其他各款則屬與犯罪行為情節有關之行為屬性事由（或稱犯情事由）。後者之行為屬性事由，攸關是否屬公政公約第 6 條第 2 項所稱「情節最重大之罪」，作為劃定是否選科死刑之範疇，前者之行為人屬性事由，則與犯罪行為人有無更生改善可能性（或稱教化可能性）之判斷有關，憑以考量是否迴避死刑。至於犯罪行為人何以顯無更生矯正之合理期待可能，而不得不施以極刑對待，必須考量犯罪行為人之性格形成及其他相關背景資訊，以實證調查方式進行評估，參酌英美法系國家所採用之「量刑前調查」制度（presentencing investigation report），由緩刑官（probation officer）或地方當局之社會工作者（a local authority social worker），在被告定罪以後量刑之前，對被告之性格、家庭背景、職業、經歷等個人情況進行全面性調查，製作並提供法庭量刑參考之書面報告；而日本法未設置有關量刑之調查官，因而發展出「情狀鑑定」，亦即法院為審酌被告動機、成長經歷、智識狀態等各種量刑因素，囑託鑑定人以被告之犯罪要件事實以外之事實情狀為對象，以提供法院必要資訊而實施鑑定。借鏡上開外國法制，在我國審判實務上，法院於必要時，自得委請相關專業領域之鑑定人、機關、團體，就被告有無更生改善可能性為相關鑑定，或提出量刑前社會調查報告（此可參酌司法院訂定發布「刑事案件量刑及定執行刑參考要點」第 5 點規定），以使被告以一個「活生生社會人」（living human being of society）之面目呈現法院，增強法院對被告之認識，了解人性中深邃的部分，俾以判斷被告有無更生改善可能性。原判決依據被告犯罪動機、犯罪之手段、損害及被告與被害人之關係等行為屬性事由，審酌被告係非計畫性之臨時起意犯案，且因認定被害人為破壞家庭之第三者，而殺害被害人 1 人等情狀綜合判斷，認被告於本案所犯者並非屬情節最重大之罪。並逐一檢視被告之生活狀況、品行、智識程度及犯罪後態度等行為人屬性事由，復囑託台灣司法心理學會實施量刑前社會調查鑑定，參酌該學會鑑定結果顯示

：被告具有高度矯正可能性及高度再社會化可能性，且被告為低度再犯風險等情，因認被告並無量處死刑之事由，於法並無不合。而台灣司法心理學會所實施之上開鑑定，乃結合心理師、社工師等專門人士進行綜合性之團隊鑑定調查，對被告及相關人員進行訪談，並參考本案卷證，配合具備常模之心理測驗工具施測，綜合上述資料與實證化心理測驗，以專業觀點進行評估，並於鑑定書內詳敘鑑定經過，是以上開鑑定書內容所載鑑定結果，既經專業人員嚴謹鑑定之結果，原判決採為判斷被告有更生改善可能性之依憑，於法亦屬無違。檢察官上訴意旨爭執上開鑑定報告書之證明力，而謂原判決採用該鑑定報告書，違反論理及經驗法則，且其認定被告所犯非情節最重大之罪為不當云云，而據以指摘原判決違法，依上述說明，亦非合法之第三審上訴理由。

五、其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決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，應認檢察官及被告之上訴，均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 11 月 30 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 張永宏
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 12 月 4 日

裁判字號：最高法院 112 年度台抗字第 1629 號刑事裁定

裁判日期：民國 112 年 11 月 29 日

裁判案由：家暴妨害性自主聲請再審

最高法院刑事裁定

112 年度台抗字第 1629 號

抗告人 A3 男（姓名、年籍及住所均詳卷）

原審代理人 成介之律師

上列抗告人因家暴妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國 112 年 9 月 27 日駁回聲請再審之裁定（112 年度侵聲再字第 16 號），由原審代理人代為提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、基於有權利即有救濟之原則，人民認為其權利或法律上利益遭受侵害時，得本於主體之地位，向法院請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，乃憲法第 16 條所定訴訟權保障之核心內容。而依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，倚賴辯護人之協助，對於法院之裁判依法得提起上訴或抗告以聲明不服，亦屬其訴訟權保障之重要內涵，更是確保公平審判之重要機制。憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決宣示刑事訴訟法抗告編關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第 3 編第 1 章關於上訴權人之規定，就被告之辯護人而言，為有效保障被告之訴訟權，被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告，始與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權之意旨無違；其理由進一步指出，被告之辯護人，就被告依法得抗告之事項，除與被告明示意思相反外，得為被告之利益而抗告，自屬當然等旨。此於通常救濟程序，固係如此，再審係為確定判決認定事實錯誤所設之特別救濟程序，亦應如此。雖然，鑑於聲請再審委任律師為代理人，與偵查或審判中律師辯護之角色地位不同，刑事訴訟法第 429 條之 1 規定僅準用同法第 28 條及第 32 條，至於受判決人聲請再審之律師代理人，有無代理受判決人抗告之權，則無明文規定，惟受判決人之被告，對於確定有罪判決得依法聲請再審，亦屬被告重要之防禦權，揆諸上開說明，同法第 3 編第 1 章內之第 346 條本文「原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴

之規定，於再審程序亦應在準用之列，始能使代理人協助受判決人有效行使訴訟權。從而，為有效保障受判決人之訴訟權，代理人對於聲請再審之裁定，除與受判決人明示意思相反外，亦得為受判決人之利益而抗告，始與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨無違。本件抗告人 A3（人別資料詳卷）因家暴妨害性自主案件，經原審駁回其聲請再審之裁定，由其原審代理人成介之律師為其利益提出抗告，並無證據證明本件抗告與抗告人明示意思相反，其抗告為合法，合先敘明。至於抗告人之子於本院陳明依刑事訴訟法第 27 條第 2 項規定，獨立委任成介之律師為抗告人之第三審代理人，然同法第 429 條之 1 所載聲請再審委任律師為代理人之規定，並無準用同法第 27 條，自無從許可成介之律師為第三審代理人，本件當事人欄爰不予列載。

- 二、按刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款、第 3 項，明定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，得聲請再審。基此，所稱新事實或新證據，除須具有未判斷資料性之「新規性」（或稱嶄新性、新穎性）外，尚須具備單獨或與先前之證據綜合判斷而足以動搖原確定判決所認定事實之「確實性」（或稱顯著性、明確性）特性，二者先後層次有別，且均不可或缺，倘未兼備，自無准予再審之餘地。是以，再審聲請人所提出之新事實或新證據，是否具有未經原確定判決就其實質之證據價值加以判斷之嶄新性，自應先予審查。如係在原確定判決審判中已提出之證據，經原法院審酌捨棄不採者，即不具備新規性之要件，自毋庸再予審查該證據是否具備確實性。
- 三、抗告人就原審法院 111 年度侵上訴字第 183 號家暴妨害性自主案件確定判決（下稱原確定判決），依刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定聲請再審，其聲請意旨略如原裁定理由欄二所載。原裁定對於前揭聲請意旨以告訴人 A1、A2（以上 2 人人別資料均詳卷）未在案發後存有大量 DNA 證據之際，立即報警蒐證，且 A1 於事發後仍與抗告人保持聯絡，甚至替抗告人慶生，又若 A1 事件為真，則 A1 豈可能放任抗告人進入 A2 房間等情，皆有違經驗法則，另認為 A1 就擦拭體液之證詞矛盾，亦與證人鍾○○之證詞有所矛盾，並請求調閱臺灣臺北地方檢察署 111 年度偵字第 11812 號偵查卷宗及原審法院民事庭 110 年度重上

字第 286 號民事案件卷宗，復提出生物檢測相關之新聞、媒體報導與研究以為新證據及所指諸事證，或係就卷內業已存在且經調查審酌之證據資料，徒憑己見而為相異評價；或係就不相關之案件，逕以不當連結之臆測；或無論單獨或與先前之證據綜合判斷，何以不足動搖原確定判決所認定抗告人對 A1 為強制性交、對 A2 為強制猥褻之犯罪事實，難認具確實性，業已論述綦詳。因認本件再審之聲請為無理由，予以駁回。揆之首揭說明，核無違誤。

- 四、抗告意旨泛稱 A1、A2 於案發後未立刻報警採證，與其 2 人開庭時之表現、態度，有重大差異，於客觀上已足以動搖原確定判決認定之事實，原裁定未詳予對照，顯有重大疏漏；另謂臺灣臺北地方檢察署 111 年度偵字第 11812 號案件雖與本件不同，但對於 A1 證詞之可憑信，應屬一致，若 A1 於該案會偽造證據，如何能期待其於本件對於抗告人之指述可信等語，無非置原裁定之論斷於不顧，就原裁定已為論駁之事項，任憑己意，再事爭辯，不足以動搖原確定判決所認定事實，及對於原確定判決取捨證據等採證認事職權行使，而與再審無關事項任意指摘，自難僅憑抗告人之己見，恣意對案內證據持相異之評價，以圖證明抗告人於原確定判決法院所為有利之主張為真實，即認為具有刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款之再審理由。本件抗告為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 412 條，裁定如主文。

中 華 民 國 112 年 11 月 29 日
刑事第八庭審判長法官 何信慶（主辦）
法官 朱瑞娟
法官 黃潔茹
法官 何俏美
法官 周政達

本件正本證明與原本無異

書記官 王怡屏
中 華 民 國 112 年 12 月 5 日