

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 565 號.....	3
二、108 年度台上字第 3460 號.....	5
三、108 年度台上字第 3671 號.....	6
四、109 年度台上字第 334 號.....	7
五、109 年度台上字第 742 號.....	8
六、109 年度台上字第 1041 號.....	10
七、109 年度台上字第 1309 號.....	12
八、109 年度台非字第 25 號.....	14
九、109 年度台抗字第 157 號.....	16
十、109 年度台抗字第 225 號.....	18
十一、109 年度台抗字第 263 號.....	19

裁判全文

108 年度台上字第 565 號.....	21
108 年度台上字第 3460 號.....	28
108 年度台上字第 3671 號.....	31
109 年度台上字第 334 號.....	35
109 年度台上字第 742 號.....	42
109 年度台上字第 1041 號.....	48
109 年度台上字第 1309 號.....	52
109 年度台非字第 25 號.....	57
109 年度台抗字第 157 號.....	61
109 年度台抗字第 225 號.....	65

109 年度台抗字第 263 號.....69

109 年 3 月

一、108 年度台上字第 565 號（裁判書全文）

（一）按政府採購法係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質而制定，俾政府機關、公立學校、公營事業或受政府機關等補助一定金額之法人或團體辦理採購時，不論招標、審標、決標、履約及驗收等行為，均屬構成採購作業之各階段行為，悉與公共利益攸關，各有相關程序規定可資遵循。該法第 93 條另規定：「各機關得就具有共通需求特性之財物或勞務，與廠商簽訂共同供應契約」，行政院公共工程委員會（下稱公共工程委員會）依此規定亦分別頒布有「共同供應契約實施辦法」、「中央機關共同供應契約集中採購實施要點」及「機關利用共同供應契約辦理採購監辦規定一覽表」予以規範。基此，所稱共同供應契約為集中採購或共同採購之一種，也是具有彈性機制之特殊採購型態，其係指一機關（下稱訂約機關）為二以上機關（下稱適用機關）具有共通需求特性之財物或勞務辦理招標、審標、決標程序，擇定複數得標廠商（下稱立約廠商）簽訂供應訂約機關及適用機關之契約，而建立一個交易平台，匡列得標合格之立約廠商、得標項目，使訂約機關及適用機關在共同契約契約期間內，隨時得利用該契約逕向交易平台上之立約廠商訂購，除共同供應契約條款另有規定或適用機關與立約廠商另有約定事項外，無須另訂契約；受訂購之立約廠商直接向訂購機關交貨、履約，並由訂購機關自行辦理驗收及付款，以免除共同需求之機關自行辦理招標、決

標及簽約作業等採購程序，廠商也不必重複參加投標，可以節省採購成本，發揮大量採購之經濟效益，以提升採購效率與功能。若適用機關利用此一交易平台進行訂購時，係以符合機關需要為考量，自行選定任一立約廠商為訂購對象，倘訂購總金額達新臺幣（下同）100 萬元（公告金額）以上，未達 5,000 萬元（查核金額）者，除擬訂購之項次僅有 1 家立約廠商而應予議價外，適用機關得自行徵詢 2 家以上立約廠商進行比價，並經監辦程序選定訂購對象後，再據以辦理訂購，此徵諸「共同供應契約實施辦法」第 6 條第 1 項、第 3 項及「機關利用共同供應契約辦理採購監辦規定一覽表」之規範自明。公共工程委員會民國 107 年 6 月 12 日工程企字第 00000000000 號函亦載明斯旨，並闡述適用機關與立約廠商另行議定價格折扣或其他優惠條件，其辦理程序具議價、比價性質，惟因訂約機關已與立約廠商簽訂契約，爰與政府採購法所稱「議價、比價」尚屬有別，不適用該法規定之招標、投標程序等節甚明。

- (二) 依卷證所示，本件○○小學係利用○○銀行股份有限公司採購部（下稱○○銀行採購部）依「中央機關共同供應契約集中採購實施要點」簽訂之「國內出版之中文圖書共同供應契約」，辦理公告金額以上未達查核金額之 102 年圖書採購案，該共同供應契約業經○○銀行採購部依政府採購法辦理招標程序，決標後與 226 家得標廠商簽訂而供適用機關採用訂購，揆諸前開說明，任何一家立約廠商皆為合格供應商，○○國小原可逕洽其中 2 家立約廠商辦理比價，毋庸依政府採購法之招標程序辦

理，縱○○國小依內部簽約程序，採取選擇 5 家立約廠商進行比價，陳○東在眾多立約廠商中自行選擇任何 5 家進行比價，乃屬其行政裁量之職權，對其他立約廠商而言，不生無正當理由之差別待遇問題，與政府採購法無違。

參考法條：政府採購法第 93 條。

二、108 年度台上字第 3460 號（裁判書全文）

保安處分係針對受處分人將來之危險性所為之處置，以達教化、治療之目的，為刑罰之補充制度。我國現行刑法採刑罰與保安處分雙軌制，係在維持行為責任之刑罰原則下，為強化其協助行為人再社會化之功能，以及改善行為人潛在之危險性格，期能達成根治犯罪原因、預防犯罪之特別目的。是保安處分之強制工作，旨在對嚴重職業性犯罪及欠缺正確工作觀念或無正常工作因而習慣犯罪者，強制其從事勞動，學習一技之長及正確之謀生觀念，使其日後重返社會，能適應社會生活。基於「刑罰個別化」，對於「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪」之行為人，因其已具有將來之危險性，即得宣告刑前強制工作，使其得以自食其力，不再遊蕩、懶惰再次犯罪，並符合保安處分應受比例原則之規範。所謂「有犯罪之習慣」係指對於犯罪已成為日常之慣性行為，乃一種犯罪之習性。至所犯之罪名為何，是否同一，則非所問。又現行刑事訴訟法採改良式當事人進行主義，已大幅減少職權主義色彩，參照司法院釋字第 775 號解釋理由書三之意旨，法院審判時應先由檢察官主張

被告如何應予宣告刑前強制工作之事實，並指出證明方法，而由被告及其辯護人為防禦，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並應於判決內具體說明宣告刑前強制工作與否之理由，其審理始稱完備。

參考法條：組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項。

刑法第 90 條。

三、108 年度台上字第 3671 號（裁判書全文）

對參與犯罪組織者，於有預防矯治其社會危險性必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，宣告刑前強制工作。原判決本此意旨，於理由欄敘明想像競合在犯罪評價上為數罪，僅係因行為人係以一行為觸犯數罪名，為避免過度評價，因而在科刑上以一罪處斷，依最重罪名處斷，但仍應適用其他輕罪之附屬規定。是上訴人如事實欄一(一)所為，仍有組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項有關刑前強制工作規定之適用。審酌上訴人明知參與詐欺集團，而所領取之款項均為被害人陳○芬、王○封受詐騙交付，金額甚鉅，當知乃其等長期積蓄，供自己或家人將來生活、醫療等使用，且係其等工作辛苦所得，點滴累積之財富；詐欺集團竟於短期間內，不費辛勞，以詐術取得被害人之大筆金錢，甚至利用王○封未及警覺，猶持續不斷、費盡心機詐取其積蓄，不掏空不罷手，無任何底限，絲毫未見憐憫之心，更造成王○封失去為保障其智能障礙之子生活之保險金。為使上訴人徹底悔過，培養正確金

錢觀念及生活技能，養成工作習慣，可以一己之力，正當賺取收入，爰諭知於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作 3 年等旨。經核於法並無不合。何況上訴人因恐嚇取財案件，於民國 102 年 6 月 7 日經法院判處徒刑並諭知緩刑確定，並不知警惕，猶在無業狀況下迭次犯罪，顯見上訴人懶惰成習而犯罪，自有預防矯治其社會危險性之必要，且宣告強制工作，對上訴人而言，尚屬適當、合理，符合比例原則。

參考法條：組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項。

刑法第 90 條。

四、109 年度台上字第 334 號（裁判書全文）

刑事訴訟法第 166 條以下規定之交互詰問程序，係屬人證之證據調查程序之一環，受詰問之對象限於證人及鑑定人，藉由控、辯雙方相互攻擊，交互檢驗證據，當證據瑕疵盡出，聽訟者真偽立辨，而達發見真實的目的。交互詰問，依發動主體不同，分為聲請詰問及職權訊（詰）問兩種類型，各有詰問輪序及方法，受一定法則之限制，不容混淆。依刑事訴訟法第 166 條規定，聲請詰問由當事人、代理人、辯護人及輔佐人聲請傳喚（輔佐人有聲請權，但無詰問權），證人、鑑定人於經兩造輪序詰問後完畢後，「審判長得為訊問」，係屬補充訊問性質，僅在證人、鑑定人於經直接詰問後，其陳述尚有未盡完備或不明瞭，為求發見真實有進一步澄清，基於訴訟指揮權，賦予審判長判斷裁量有否為必要之補足，以與第 163 條規定相呼應，俾落實當事人進行主義原則

之建制。至若證人、鑑定人係法院依職權傳喚者，即職權訊（詰）問，依同法第 166 條之 6 之規定，應告知雙方當事人，使有表示意見之機會，並得以預先為詰問之準備。行交互詰問時，應由審判長先進行訊問，再由兩造當事人、代理人或辯護人，依審判長決定之次序接續詰問。此際審判長之訊問，係以公平之立場為之，不偏於何方，與由本造主動聲請傳喚之證人、鑑定人，通常屬於有利該造之友性證人，目的在於憑藉該證人、鑑定人之陳述內容以建構對己有利之事實，尚屬有間。就雙方當事人言，審判長之訊問，相當於主詰問之性質，當事人、代理人及辯護人於審判長訊問後，接續詰問之，其性質相當於反詰問，於必要時，得行誘導詰問，此與刑事訴訟法第 166 條第 4 項之補充訊問截然不同。又無論兩造聲請詰問或法院職權訊問，於詰問完畢後，依刑事訴訟法第 288 條之 1 規定，應詢問當事人有無意見，以完足該人證之調查程序。本件原審依職權傳喚實施火災原因鑑定人黃○委到庭，固有踐履上開聽取當事人意見之前置程序，惟於審判長訊問後，未給予兩造及上訴人之辯護人行接續詰問之機會，而以：「有無補充詢問？」代之，即不無限制反詰問權之違法。再者，未詢問上訴人及其辯護人就黃○委之鑑定陳述有無意見，其調查證據之程序，亦難謂適法。

參考法條：刑事訴訟法第 166 條、第 288 條之 1。

五、109 年度台上字第 742 號（裁判書全文）

按醫師法第 28 條所稱「醫療業務」，係指以醫療行為為職業而言，不問是主要業務或附屬業務，凡職業上予以機會，為非特定多數人所為之醫療行為均屬之。且醫療業務之認定，並不以收取報酬為其要件。上述所謂醫療行為，係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為處方、用藥、施術或處置等行為之全部或一部的總稱。在高度專業化與複雜化的現代醫療組織中，各醫療職系之醫事人員或團隊，於相同或不同醫療進程裡，依其各別專業提供醫療行為與服務，彼此分工合作，以接力完成同一個治療目標。組織醫療是一種「動態的醫療進程」，在不同進程中，參與執行醫療業務之醫事人員，依其醫療組織內明確劃分之權責，各自遵守各該專屬領域內之醫療準則及其注意義務，承擔風險並負擔責任，以共同達成更專業化、精緻化之醫療目的。故組織體系內之醫療行為，係由醫療團隊以醫療目的（以醫療、預防及矯正為目的）所為之一連串、整體性之診療行為（如診察、診斷、處方、用藥、處置、施術），無法要求各別醫療人員對所有醫療行為均應事必躬親、親力親為。惟醫療行為因其高度專業及危險性，直接影響病人之身體健康或生命，若非具有專門知識與經驗之醫師親自實施，難以期待可能產生的危害得以控制在可容忍的限度內。故醫師法第 28 條規定禁止不具有醫師資格者實施醫療行為。屬醫療核心之診斷、處方、手術、病歷記載、施行麻醉等行為，因需高度專門知識與經驗始得為之，故須醫師親自執行；其他

醫療輔助行為，本質上雖仍屬醫療行為，因其危險性較低，並未涉及上揭醫療核心行為，故可由醫師就特定病人診察後，交由相關醫事人員依其各該專門職業法律所規定之業務，依醫囑或醫師指示執行之。未取得合法醫師資格之護理人員、助產人員或其他醫事人員，在醫療機構於醫師指示下執行醫療業務，依醫師法第 28 條第 2 款規定，本不在禁止之列。倘不具醫師資格而執行「醫師應親自執行之醫療行為」，或相關醫事人員未經（或逾越、違背）醫師指示或醫囑而執行醫療輔助行為，均係違反醫師法第 28 條規定之犯罪行為。又依實際工作內容觀察，醫師如與其他相關醫事人員形成上下指示或指揮監督關係時，於指揮監督之範圍內，對受其指揮監督之醫事人員之醫療過失，亦應負責，並無適用「信賴原則」免責之餘地。另醫師如交付醫療輔助行為予不具有相關醫事人員證照或欠缺相關專業能力或經驗之人執行者，復不於執行過程中在場指示、指導或監督，並應負其因違反選任或監督義務所生責任。然該執行者雖不具醫療法第 10 條第 1 項所定之醫事人員資格，既係受醫師指示或醫囑而執行醫療輔助行為，究非醫師法第 28 條所指之密醫行為，自不能以該罪相繩。

參考法條：醫師法第 28 條。

六、109 年度台上字第 1041 號（裁判書全文）

- （一）出於故意之不法行為，或歷經決意、計畫（陰謀）、準備（預備）、著手（實行）、既遂及終了等過程，或僅處於上開歷程之特定階段，而犯罪之既遂，以犯罪構成

要件要素全部實現為必要，倘行為人尚未實現犯罪全部構成要件要素，又無處罰陰謀犯、預備犯或未遂犯之特別規定者，則不為罪。是處罰犯罪既遂前之陰謀、預備或未遂等階段，係刑罰擴張規定，以法律有特別規定者為限。而刑法第 25 條第 1 項「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯」之定義性規定，揭明犯罪行為之著手（實行），乃犯罪預備與犯罪未遂之分界，著手於犯罪行為實行之後，不待結果發生或行為終了，即成立未遂犯。又犯罪之著手，係指行為人基於犯罪之決意而開始實行密接或合於該罪構成要件之行為而言。毒品危害防制條例明文處罰販賣第二級毒品未遂犯，無非係因行為人已著手於販賣第二級毒品犯罪行為之實行，縱未能（排除不能犯）或尚未滿足販賣第二級毒品犯罪全部構成要件行為之實行，或其犯罪結果之實現，然客觀上已足對該罪所保護之法益造成現實危險之故，其可罰性立基於行為不法（行為非價），祇不過因欠缺結果不法（結果非價），故得減輕其刑而已。為遏抑販毒營利意圖驅使下，為害尤烈之毒害蔓延，販賣毒品之入罪，更擴及處罰其未遂犯，以為前置性之法益保護，此乃「販賣（毒品）未遂」之釋義指引與依歸。故而，販賣毒品之著手，或為意圖營利而販入；或基於販入以外之其他原因持有，嗣另行起意營利販賣，而初有向外兜售或推銷之行為即足當之；舉凡所販毒品交付與買受人而既遂之前，包括供買方看貨、議價、買賣要項意思合致、履行方式之磋商或其他實行犯意冀以遂行犯罪之行為，概皆屬之；而具體個案之實際著手時點，則不盡相同，

非必起始於上揭最初步驟。

- (二) 原判決既認被告已有向辜○翔兜售推銷甲基安非他命之行為，則不論辜○翔是否回應或回應之內容為何，更不問雙方就買賣甲基安非他命之數（重）量暨品質或價格已否達成共識，被告所為似已著手實行販賣第二級毒品之行為，乃原判決認為必須至販毒者與購毒者就重要交易內容意思合致時，始係該罪之著手實行，依前揭說明，其見解非無可議。

參考法條：毒品危害防制條例第 4 條第 2 項、第 6 項。

刑法第 25 條。

七、109 年度台上字第 1309 號（裁判書全文）

- (一) 為符合法治國正當程序之要求，刑事訴訟必須在致力發現真實以正確行使國家刑罰權，及保障被告防禦權以維護其最重要訴訟基本權二者間，求其兩全，不可偏廢。而被告防禦權核心價值所在之不自證己罪權利，針對其關於本身犯罪事實之陳述而行使，為緘默權；針對其就他人犯罪事實之供證而行使，即屬證人之拒絕證言權。為落實保證與被告之緘默權出自同源，且同以不主動提供，亦不能受脅迫、利誘提供自己任何與犯罪有關之資訊為內涵之拒絕證言權，刑事訴訟法第 181 條、第 186 條明定證人恐因陳述致自己或與其有親屬等一定身分關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，俾證人得免自陷於罪或涉入偽證罪之兩難抉擇；且就此拒絕證言權，訊問之法官或檢察官，應提供與被告緘默權相同程度之確保，於命證人具結前，告知得拒絕履行作證之義務

；如未踐行此告知義務，逕諭知有具結之義務及偽證之處罰後，即命具結作證，無異強令證人提供自己犯罪之相關資訊，而侵害其拒絕證言權，證人於此情況下所為之具結程序即有瑕疵，自應認其具結不生具結之效力，於程序上之審查，無從透過刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，賦予證據能力，於實體上之評價，縱其陳述不實，亦不能遽課以偽證罪責。誣告罪之告訴人，於其所誣告之案件訴訟程序中到庭，如續為其原虛構之不實犯罪事實之陳述，毋寧為其立於誣告罪告訴人立場事所難免之本質，以誣告罪之規範約制已足，如命其具結，勢將令受偽證罪之處罰，惟如其據實陳述，又無異自證己罪，其所面臨上開兩難困境，核與上開規定之情形相符，自得適用該等規定拒絕證言。

- (二) 原判決固以上訴人於 105 年 12 月 9 日下午 4 時 58 分許，在偵查庭以證人身分作證之際，為遂行誣告之接續行為同時並基於偽證之犯意，於供前具結，並就於上開案情有重要關係之事項，為同一之虛偽陳述，因認上訴人另犯偽證罪。惟依該次偵訊筆錄之記載，宜蘭地檢署檢察官諭知上訴人改列證人身分及具結之義務、偽證之處罰後，逕命其為證言之陳述，似未曾踐行告知得拒絕證言之程序，有該訊問筆錄可按；而縱觀原審準備程序、審判程序，亦未就此拒絕證言之相關事項加以調查。上訴意旨執以指摘原判決就此部分遽論上訴人以偽證罪責，有證據調查職責未盡及理由不備之違法云云，尚非全然無據。

參考法條：刑法第 168 條、第 169 條。

刑事訴訟法第 181 條、第 186 條第 2 項。

八、109 年度台非字第 25 號（裁判書全文）

（一）非常上訴制度，係為糾正確定裁判之審判違背法令所設之救濟方法，以統一各級法院對於法令之解釋為其主要目的。所謂審判違背法令，係指審判程序或其判決（裁定）之援用法令與當時應適用之法令有所違背而言；故原確定裁判所援用法令，如與當時應適用之法令並無違背，即難以其後法令變更或法院所持之法令上見解變更為由，提起非常上訴，而使前之確定裁判受影響。又數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第 51 條之規定，定其應執行之刑，同法第 53 條定有明文，而如何定其應執行刑，則應由法院視個案具體情節之不同，以其各罪所宣告之刑為基礎，本其自由裁量之職權，依刑法第 51 條規定之方法為之。而在本件裁定確定前，關於一裁判宣告數罪之刑，曾經定其執行刑，如再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，應以何者為基礎，本院當時有效之法律見解為「前定之執行刑當然失效，仍應以其各罪宣告之刑為基礎，定其執行刑，不得以前之執行刑為基礎，以與後裁判宣告之刑，定其執行刑。」（本院前 59 年台抗字第 367 號判例）雖本院於民國 103 年 9 月 2 日第 14 次刑事庭會議作成決議，以刑事訴訟法第 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，倘一裁判宣告數罪之刑，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，上開判例不合時宜，不再援用。惟同時說明此為本院所持法令上之見解變更，故對於該則判例公告不再援用前所為之確定裁判，不得據以提起非常上訴，而使前之裁判受影響，並於同年 10 月 3 日公告不再援用上開判例。

- (二) 本件被告柯○星犯如原裁定附表（下稱附表）所示之 17 罪，分別經法院判處所示之宣告刑，總計有期徒刑 153 年 2 月又 15 日確定。因上開各罪合於數罪併罰定應執行刑之規定，檢察官聲請定其應執行之刑，經原審法院於 97 年 6 月 6 日以 97 年度聲字第 829 號裁定定應執行有期徒刑 30 年，同年 6 月 17 日確定，有各該刑事判決、裁定、臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷可稽。雖原裁定所定應執行有期徒刑 30 年，較重於附表編號 1 至 7 等罪原定應執行有期徒刑 2 年 8 月，於加計同附表編號 8 至 17 原定應執行有期徒刑 25 年後刑之總和（即有期徒刑 27 年 8 月），但依本件裁定當時本院所持之法律上見解，前定之執行刑既因重定執行刑而當然失效，原審法院本於裁量權之行使，所後定之執行刑並未踰越刑法第 51 條第 5 款所定範圍，與當時應適用之法令並無違背。自難因原裁定確定後，本院所持之法令上見解有變更，執為非常上訴之理由，而使前之裁判受影響。非常上訴意旨執以指摘原裁定關於定應執行之刑違反不利益變更禁止原則與自由裁量之內部性界限，應有誤解，難認為有理由，應予駁回。

參考法條：刑事訴訟法第 370 條第 2、3 項、第 441 條。

刑法第 5 條第 5 款。

九、109 年度台抗字第 157 號（裁判書全文）

（一）人民得請求受公正而獨立之法院依正當程序予以審判之權利，乃憲法第 16 條保障人民訴訟權之核心內容。而公平法院仰賴法官執行職務之客觀中立與公正，公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項中段即訂明：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問」。對訴訟當事人而言，法官裁判事務之分配，應按法院內部事務分配所事先預定之分案規則，機械的公平輪分案件，以符合法定法官原則，形成第一層次之公平法院的機制。而法官迴避制度，是在隨機分案後，於具體個案中實質修正第一層次公平法院機制之不足，為法定法官原則之例外容許，據以構成第二層次之公平審判的防護網。至法院的分案迴避制度，則是為提升法官迴避機制的公開、透明，增進人民對公平法院的信任，於法院的分案規則，事先將法官曾參與相關裁判等應自行迴避或得聲請迴避的原因，訂定法官應否分案迴避的一般抽象規範標準，作為調和當事人無從或難以事先聲請迴避的客觀制度性之程序保障。而刑事訴訟法迴避制度，於該法第 17 條列舉法官當然應自行迴避之事由，同條第 8 款規定，法官曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務。且法官有應自行迴避以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者，當事人得聲請迴避，同法第 18 條第 2 款另設有概括規定。雖司法院釋字第 178 號解釋謂，刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱法官「曾參與前審之裁判」，

係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。故再審案件其參與原確定判決之法官，並不在該款應自行迴避之列。惟其後司法院釋字第 256 號解釋認，民事訴訟法第 32 條第 7 款所稱法官「曾參與該訴訟事件之前審裁判」，於再審程序，參與原確定判決之法官，亦應自行迴避（惟其迴避以 1 次為限），使法官不得於其曾參與裁判之救濟程序執行職務，以維護審級之利益及裁判之公正。而行政訴訟法第 19 條第 6 款，亦將法官「曾參與該訴訟事件再審前之裁判」列為自行迴避事由（但其迴避以 1 次為限）。因刑事再審程序雖屬同一審級更為審判，但涉及推翻原確定判決安定性的救濟程序，非僅原審級訴訟程序之續行，基於避免裁判預斷偏頗與維護公平法院的理念，原審法院分案實施要點（下稱分案實施要點）第 12 點第 3 款明訂法官迴避時的分案原則，該院民事、刑事及行政案件之分案，於再審案件，準用前 2 款規定，參與前一次原確定裁判之法官應予迴避。亦即於分案時，即制度性確保參與原確定判決之法官應迴避再審案件，以維護刑事再審程序的正當及裁判的公正性。

- (二) 本件抗告人張○仟因違反藥事法案件，對原審 106 年度刑智上更一字第 2 號確定判決（下稱原確定判決）聲請再審，原審以其聲請無理由予以裁定駁回。惟參與本件裁判的審判長法官汪○卿，曾參與原確定判決的裁判並任審判長法官，有卷附該判決書影本可按。抗告人既對原確定判決聲請再審，依分案實施要點第 12 點第 3 款規定，參與原確定判決的法官，於分案時應予迴避。然

因原審法院的分案作業，是採迴避原確定判決的法官股別，而不迴避庭別，本件聲請再審案件，隨機分案由原審法院第○庭○股曾○謀法官為受命法官，該庭庭長即為合議審判的審判長法官，剛好是原確定判決的審判長法官汪○卿，其理應自行迴避，不得參與，並依原審法院已公告排定的司法事務分配及代理順序表，由同庭其他 3 位法官組成合議庭審判，並由資深者充任審判長法官，以期適法。乃本件曾參與原確定判決的審判長法官並未迴避，仍參與執行職務，即有可議。

參考法條：司法院釋字第 178、256 號解釋。

刑事訴訟法第 17 條第 8 款。

十、109 年度台抗字第 225 號（裁判書全文）

- （一）當事人就其在威權統治時期受司法「不法」審判之案件，可以依促轉條例聲請平復者，自「促進轉型正義」乙詞，顧名思義，即知係因攸關社會正義理念的舊時代法律思潮，已遭揚棄，演進轉變出新的法律思潮，例如德國納粹時期的優生絕育、同性戀處刑判決（見該條立法理由第 3 點），不合現代時宜，故當指具有還原歷史真相或促進社會和解，而富有政治性法意識型態的刑事案件。至於經普通（非軍事）法院審判之一般純粹、無政治色彩的犯罪刑案（例如非法吸金、違反銀行法，向認應受禁制，迄今未變），祇能依循再審或非常上訴途徑，尋求救濟，無該條例適用餘地。
- （二）司法院依上揭條例第 6 條第 7 項授權、訂頒之「法院辦理促進轉型正義條例第六條救濟案件審理辦法」（下稱

審理辦法)第5條規定，當事人依促轉條例聲請司法平復，經促轉會駁回，而有不服，雖可向管轄法院請求救濟，但應附具該駁回處分書及相關刑事有罪判決複本，並記載「符合促轉條例第6條第1項之具體理由」。其中所稱具體理由，因同辦法第2條明定，準用刑事訴訟法，而參照該法第361條第2項規定，係抽象、空泛的反面，從而，當指可以彰顯司法正義、導正法治及人權教育，並促進社會和解的事由，應具客觀性，且有立論基礎及具體顯現足以支持、依憑的證據，或發生的實際事情，而非單憑片面乏據的主觀意見或看法。倘其上訴狀表面上望似已敘述理由，但其實所言並不具體者，仍屬不符上訴之法定程式；或從形式上觀察，根本係一般純粹、無政治色彩、不符合促轉條例規定的刑事案件，自得逕為程序裁定駁回，不生應先命補正之問題。

參考法條：促進轉型正義條例第6條。

十一、109年度台抗字第263號(裁判書全文)

按民國109年1月8日修正公布，同月10日施行之刑事訴訟法增訂第429條之2前段規定，聲請再審之案件，除顯無必要者外，應通知聲請人及其代理人到場，並聽取檢察官及受判決人之意見。其立法意旨係為釐清聲請再審是否合法及有無理由，故除顯無必要者外，如依聲請意旨，從形式上觀察，聲請顯有理由而應裁定開始再審；或顯無理由而應予駁回，例如提出之事實、證據，一望即知係在原確定判決審判中已提出之證據，經法院審酌後捨棄不採，而不具備新規性之實質要件，並無疑義者；或顯屬程序

上不合法且無可補正，例如聲請已逾法定期間、非屬有權聲請再審之人、對尚未確定之判決為聲請、以撤回或法院認為無再審理由裁定駁回再審聲請之同一原因事實聲請再審等，其程序違背規定已明，而無需再予釐清，且無從命補正，當然無庸依上開規定通知到場聽取意見之必要，庶免徒然浪費有限之司法資源。反之，聲請再審是否合法、有無理由尚未明朗，非僅憑聲請意旨即可一目瞭然、明確判斷，例如是否為同一原因之事實仍待釐清；提出之事實、證據是否具有新規性容有疑義；或雖具備新規性，惟顯著性之審查，涉及證據資料之評價究否足以動搖原確定判決，或有無必要依刑事訴訟法第 429 條之 3 規定調查證據，以判斷應否為開始再審之裁定仍非明確等，除聲請人已陳明不願到場者外，均應通知聲請人及其代理人到場賦予陳述意見之機會，並聽取檢察官及受判決人之意見，俾供再審法院憑判之參考。從而究否應通知上揭人員到場，當因具體個案情形之不同而有別。

參考法條：刑事訴訟法第 429 條之 2。

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 565 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 03 月 18 日

裁判案由：違反貪污治罪條例

最高法院刑事判決

108年度台上字第565號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官吳文忠

上訴人

即被告 陳建東

選任辯護人 李進建律師

被告

兼參與人 鄭文誌

參與人 育達企業行

代表人 王道騰

上列上訴人等因被告等違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年11月14日第二審判決（106年度上訴字第1973號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署104年度偵字第5379、10521號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於陳建東有罪及鄭文誌無罪部分，暨其附表三編號一、二所示沒收均撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

- 一、本件原判決撤銷第一審關於上訴人即被告陳建東及被告鄭文誌等人科刑之判決，變更檢察官起訴法條，改判論處陳建東犯公務員對主管事務圖利罪刑，及就鄭文誌被訴與公務員共同犯購辦公用物品收取回扣部分，改判諭知無罪，暨諭知如其附表三編號一、二所示沒收。固非無見。
- 二、按政府採購法係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質而制定，俾政府機關、公立學校、公營事業或受政府機關等補助一定金額之法人或團體辦理採購時，不論招標、審標、決標、履約及驗收等行為，均屬構成採購作業之各階段行為，悉與公共利益攸關，各有相關程序規定可資遵循。該法第93條另規定：「各機關得就具有共通需求特性之財物或勞務，與廠商簽訂共同供應契約」，行政院公共工程委員會（下稱公共工程委員會）依此規定亦分別頒布有「共同供應契約實施辦法」、「中央機關共同供應契約集中採購實施要點」及「機關利用共

同供應契約辦理採購監辦規定一覽表」予以規範。基此，所稱共同供應契約為集中採購或共同採購之一種，也是具有彈性機制之特殊採購型態，其係指一機關（下稱訂約機關）為二以上機關（下稱適用機關）具有共通需求特性之財物或勞務辦理招標、審標、決標程序，擇定複數得標廠商（下稱立約廠商）簽訂供應訂約機關及適用機關之契約，而建立一個交易平台，匡列得標合格之立約廠商、得標項目，使訂約機關及適用機關在共同契約期間內，隨時得利用該契約逕向交易平台上之立約廠商訂購，除共同供應契約條款另有規定或適用機關與立約廠商另有約定事項外，無須另訂契約；受訂購之立約廠商直接向訂購機關交貨、履約，並由訂購機關自行辦理驗收及付款，以去除共同需求之機關自行辦理招標、決標及簽約作業等採購程序，廠商也不必重複參加投標，可以節省採購成本，發揮大量採購之經濟效益，以提升採購效率與功能。若適用機關利用此一交易平台進行訂購時，係以符合機關需要為考量，自行選定任一立約廠商為訂購對象，倘訂購總金額達新臺幣（下同）100 萬元（公告金額）以上，未達5,000 萬元（查核金額）者，除擬訂購之項次僅有1 家立約廠商而應予議價外，適用機關得自行徵詢2 家以上立約廠商進行比價，並經監辦程序選定訂購對象後，再據以辦理訂購，此徵諸「共同供應契約實施辦法」第6 條第 1 項、第3 項及「機關利用共同供應契約辦理採購監辦規定一覽表」之規範自明。公共工程委員會民國107 年6 月12日工程企字第00000000000 號函（見原審卷二第117 頁至第 130 頁）亦載明斯旨，並闡述適用機關與立約廠商另行議定價格折扣或其他優惠條件，其辦理程序具議價、比價性質，惟因訂約機關已與立約廠商簽訂契約，爰與政府採購法所稱「議價、比價」尚屬有別，不適用該法規定之招標、投標程序等節甚明。又貪污治罪條例之圖利行為，須公務員明知違背法令，自始有為自己或其他私人圖取不法利益之直接故意為限，並將犯意表現於行為，若無從證明公務員具有不法圖利之直接故意，則其所為之裁量縱然失當，亦僅屬行政責任，不能以濫用裁量權為由，遽以圖利罪相繩。從而行為人如何「明知違背法令」之構成犯罪事實，自應於事實欄明白認定，並於理由內說明其所憑之證據及認定之理由。原判決認定陳

建東擔任彰化縣彰化市南郭國民小學（下稱南郭國小）校長期間，利用彰化縣政府委託南郭國小採共同供應契約辦理「102年度充實公私立幼兒園圖書設備採購案」（下稱102年圖書採購案）之機會，基於圖私人不法利益之犯意，詢問鄭文誌有無承攬該採購案之意願，並要求提供廠商名單，以圖由鄭文誌經營之特定廠商順利得標，鄭文誌乃請王道騰協助提供廠商名單，並與王道騰約定鄭文誌所實際經營之遠大企業社於比價時，金額不得高於王道騰所經營之育德企業行，另由王道騰出面與無承攬該採購案意願之五季企業社及親親文化事業有限公司，約定該二公司參與比價時，報價須高於育德企業行之金額，再由鄭文誌將上開4家廠商（下稱育德企業行等4家廠商）之名單轉交予陳建東，由陳建東另隨機勾選弘璨連企業有限公司（下稱弘璨連公司），共計5家為比價廠商，進行比價程序，使南郭國小承辦人員陷於錯誤，誤認該採購案比價係屬公平自由競爭而開標，並由育德企業行以19,520,635元最低價順利得標，陳建東以上開方式直接圖利鄭文誌、育德企業行等情，係以證人鄭文誌、王道騰之證言，102年圖書採購案資料為主要論據。惟依卷證所示，本件南郭小學係利用臺灣銀行股份有限公司採購部（下稱臺灣銀行採購部）依「中央機關共同供應契約集中採購實施要點」簽訂之「國內出版之中文圖書共同供應契約」，辦理公告金額以上未達查核金額之102年圖書採購案，該共同供應契約業經臺灣銀行採購部依政府採購法辦理招標程序，決標後與226家得標廠商簽訂而供適用機關採用訂購，揆諸前開說明，任何一家立約廠商皆為合格供應商，南郭國小原可逕洽其中2家立約廠商辦理比價，毋庸依政府採購法之招標程序辦理，縱南郭國小依內部簽約程序，採取選擇5家立約廠商進行比價，陳建東在眾多立約廠商中自行選擇任何5家進行比價，乃屬其行政裁量之職權，對其他立約廠商而言，不生無正當理由之差別待遇問題，與政府採購法無違。即使如原判決理由欄甲、貳、二、(二)之2援引證人鄭文誌證述：陳建東詢問其有無興趣參102年圖書採購案比價，其應允後，陳建東又問其有否認識比較優良之廠商，是否推薦其他廠商，故其去找王道騰商量並合夥，再將育德企業行等4家廠商告訴陳建東等情，及證人王道騰證陳：鄭文誌告知本件標

案之訊息，邀其合作，其才知道本件標案，因為此是共同供應契約，不需要公開上網招標，鄭文誌要其介紹其他廠商參加，也說此訊息與南郭國小校長會不會勾選到其經營之廠商是二回事等語，如若無訛，陳建東係先邀請鄭文誌，並請鄭文誌推薦其他優良立約廠商參加102年圖書採購案比價，而鄭文誌提供之育德企業行等4家廠商皆為本件共同供應契約之立約廠商，能否謂陳建東上開行為逸脫其行政裁量之範圍？不無可疑。倘陳建東僅提前將採購案要採共同供應契約比價方式進行之資訊告知鄭文誌，鄭文誌再轉知王道騰，仍須經比價始能擇定訂購對象，如何會對其他立約廠商產生無正當理由之差別待遇，使鄭文誌、王道騰立於不敗之地，而有圖利之行為，仍欠明瞭。究竟鄭文誌與王道騰共同謀議邀約育德企業行等4家廠商故不為比價，陳建東是否知悉而仍予勾選參加比價？原判決未為必要論證及說明，遽以陳建東告知標案訊息、勾選廠商名單，即為其不利之認定，尚嫌速斷。另原判決事實欄認定陳建東詢問鄭文誌有無承攬102年圖書採購案之意願，並要求提供廠商名單，以圖由鄭文誌經營之特定廠商順利得標等情，其理由欄甲、貳、二、(二)、2、(6)之⑥亦載敘陳建東是透過告知標案訊息、勾選廠商名單為手段，而達圖利鄭文誌所經營遠大企業社之目的等語，然該採購案最終係向王道騰經營之育德企業行訂購，關於陳建東究如何有直接圖利育德企業行之犯意，並未根據案內事證於理由欄認定明白，記明其理由及所憑，亦有理由欠備之違誤。

- 三、貪污治罪條例第4條第1項第3款規定之公務員建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事之罪，其不法之行為，係存在於公務員單方，因出於公務員之主動，致公帑虛耗，公務員卻從中自肥，情節實重，乃課以本條例中最重之刑度。雖不排除有與非公務員共犯之情形，惟設若官民（或官商）違法勾結，各取所需好處，其間公務員違背職務之對價，實屬賄賂性質，公務員應依同條例第4條第1項第5款之違背職務要求、期約或收受賄賂罪，而商民則依同條例第11條之行賄罪，分別論處。此二種公務員獲致不法利得之犯罪類型，並不相同。又貪污治罪條例所規範之賄賂罪，以賄賂之行求與要求、期

約、交付與收受為其犯罪之各種態樣，即公務員對於違背職務或職務上之行為，被他人賄賂買通，前者為後者踐履賄求之對象，其間有對價關係且為雙方所認知，而為財物之行求與要求、期約、交付與收受者，罪即成立，不必果有違背職務或職務上行為之實施，亦不問賄賂之交付暨收受，係在特定職務執行之前或之後。本件檢察官起訴意旨認陳建東透過告知102年圖書採購案、勾選廠商名單之手段，使育德企業行以低於預計金額之價格成為最優惠廠商，鄭文誌即基於與陳建東共同收取回扣之犯意，向王道騰索取該採購案金額15%之回扣款，王道騰應允於南郭國小下訂後給付回扣款，並由王道騰、鄭文誌平分該採購案所得利潤，故鄭文誌於該採購案於102年7月11日比價後，即於不詳日期告知陳建東，王道騰將給予採購案金額15%回扣款，而陳建東笑而不答表示同意，嗣南郭國小於102年8月13日下訂後，陳建東隨即陸續收取293萬元之回扣款，因認陳建東、鄭文誌共同涉犯貪污治罪條例第4條第1項第3款之購辦公用物品收取回扣罪嫌。原判決經審理結果，無非以本件僅有鄭文誌單方之自白，不能證明陳建東有收取293萬元之事實，此部分犯罪均不能成立，因陳建東此部分與其前揭有罪部分間，有階段行為之實質上一罪關係，爰不另為無罪之諭知，另諭知鄭文誌此部分無罪。惟查陳建東並未主動向鄭文誌索討不法利益，而係於該標案比價後，由鄭文誌主動向陳建東表示要交付採購案金額之一定比例款項予陳建東，此為起訴書載敘明確，並經證人鄭文誌於調查、偵訊證述綦詳（見廉一卷第158頁正反面、偵5379(二)卷第154頁反面）。且依鄭文誌及證人王道騰均陳稱，其2人均分標案利潤外，鄭文誌另拿取所稱給予「老闆」之293萬元及代墊之利息等情，則陳建東、鄭文誌若有起訴書所載之違法勾結以分得不法利益，乃官商各取所需，依前揭所述，陳建東、鄭文誌似分別涉犯貪污治罪條例第4條第1項第5款之違背職務收受賄賂罪嫌、第11條行賄罪嫌，亦在本件起訴範圍內。復由鄭文誌調查時證述，陳建東要求要分批拿現金，並要求現金不要連號或新鈔等語（見廉一卷第157頁、第210頁反面），及鄭文誌調查、偵訊時證稱，王道騰標得此採購案後，其前往學校跟陳建東說會撥15%給他，他只有笑一笑，其係行賄並非共同收取回

扣等語（見廉一卷第158 頁、偵5379(二)卷第154 頁反面、偵10521 卷第197 頁），且扣案之王道騰手寫對帳稿及對帳後鄭文誌自行繕打之明細表，其上詳為記載個人可分得利潤、個人現金利息、要付給「老闆」15 %等項目之金額紀錄，如若無訛，則鄭文誌於育達企業行經比價成為最優惠廠商後，告知陳建東如下訂將給付得標案15% 之賄賂予其收受，而陳建東為前開之笑而不答，是否有默示意思合致而有對價關係，其等究否已達行求與要求、期約賄賂之階段，猶有進一步加以探究釐清之必要。況由陳建東歷次筆錄可知，其對於其父親在93年間留下之遺產中現金之金額，起初供述為幾十萬元，後稱5、60萬元，再稱100 萬元，末又稱200萬元（見廉一卷第66頁反面、第69頁、第71頁反面，偵5379(四)卷第97頁），陳建東為上開供述時，對於已繼承逾10年之現金遺產，竟有高達逾上百萬元之誤差，陳建東前開所述是否屬實，已非無疑，且陳建東既係從93 年即繼承其父200萬元現金遺產，如若無訛，為何卻集中於102 年9月9日起至104年3月30日間，頻繁以前開繼承現金支付保費、存入帳戶等情？前開頻繁現金交易期間反而與鄭文誌證稱交付本採購案賄賂金額予陳建東之日期有所重疊，即非全無研求之餘地。乃原判決未遑詳究明白，並未就此業經檢察官起訴部分加以判決或說明，僅泛以鄭文誌之單方供述，不能證明陳建東確有收取回扣之事實，認鄭文誌、陳建東不成立共同收取回扣之犯行，逕分別為無罪、不另為無罪之諭知，難謂無已受請求之事項未予判決、理由欠備及調查未盡之違法。

- 四、刑法沒收新制將沒收性質變革為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，已非刑罰（從刑），但其仍以犯罪（違法）行為之存在為前提，而依刑事訴訟法第309 條第1 款規定，有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，並分別記載諭知之沒收，可徵刑事被告本案之沒收與其所犯之罪名，具有一定之依附關係，仍以有罪判決始有犯罪行為人沒收之問題。又沒收新制，在實體規範上擴大沒收之主體範圍，除沒收犯罪行為人之財產外，新增剝奪犯罪行為人以外之第三人之財產之規定，而在刑事沒收程序方面，亦相應於刑事訴訟法第7 編之2 增訂「沒收特別程序」編，賦予因刑事訴訟程序進行結果，財產可能被沒收之第三人程序主體之地位，俾其有參與

程序之權利與尋求救濟之機會，以保障其權益，亦與犯罪行為人之沒收程序，彼此互斥，不能混淆。本件原判決撤銷第一審論處鄭文誌共同犯購辦公用物品收取回扣罪刑及相關沒收之判決，改判諭知無罪，而認鄭文誌此部分所分配4,616,000元係因陳建東圖利之違法行為而無償取得，即屬犯罪行為人以外之第三人所有，卻未對鄭文誌啟動第三人參與沒收之程序，逕予宣告沒收其所得，所踐行之程序難謂適法。

五、以上或為檢察官、陳建東上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，上述違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於陳建東有罪及鄭文誌無罪部分有撤銷發回更審之原因。

六、依刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定，對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。故本案上開部分經檢察官、陳建東合法上訴，相關如原判決附表三編號一、二所載第三人沒收，雖未經第三人鄭文誌及育達企業行上訴，因係本案判決上訴效力所及，視為亦已上訴，鄭文誌及育達企業行亦取得於第三審參與人之地位，本院仍應對其踐行相關之法定程序。而其等沒收依附之前提即前開本案判決部分既經本院撤銷發回，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於違法行為部分，於發回後經原審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上矛盾，關於參與人鄭文誌及育達企業行之相關沒收部分應予一併發回。

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 3 月 18 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

書 記 官

中 華 民 國 109 年 3 月 26 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3460 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 03 月 11 日

裁判案由：加重詐欺

最高法院刑事判決

108年度台上字第3460號

上訴人 林長融

汪晉毅

李俊義

上列上訴人等因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108年7月31日第二審判決（108年度上訴字第652號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署108 年度偵字第371、902、1172、1454、2032號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決除關於其事實欄一之（二）、（四）及（五）部分外撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理 由

- 一、本件上訴人丁○○、丙○○、乙○○（下稱上訴人3 人）不服原判決，提起上訴，本院就原判決事實欄一之（二）、（四）及（五）部分，已於民國108年11月6日從程序上判決駁回上訴人3人各該部分之上訴。至上訴人3人所犯其餘部分，因與加重詐欺取財之重罪，有想像競合犯關係之參與犯罪組織（組織犯罪防制條例第3條第1項後段）之輕罪部分，應否一併宣告刑前強制工作之法律爭議，已由本院刑事大法庭審理中，俟大法庭為裁定後，另予審結。茲大法庭就該法律爭議已作成裁定（108 年度台上大字第2306號），爰就尚未審結部分判決之，合先敘明。
- 二、本件原判決認定上訴人3 人均有參與犯罪組織，丁○○、丙○○並有其事實欄一之（一）所示、乙○○有其事實欄一之（三）所示之加重詐欺取財犯行，因而維持第一審關於依想像競合犯，從一重均論處上訴人3 人共同犯三人以上冒用公務員名義詐欺取財罪刑，及為刑前強制工作宣告部分之判決，駁回上訴人3 人各該部分在第二審之上訴。固非無見。
- 三、惟按：
 - （一）組織犯罪防制條例第12條第1 項中段規定：「訊問證人之筆錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定訊問證人之程序者為限，始得採為證據。」此為刑事

訴訟關於證據能力之特別規定，較諸刑事訴訟法證據章有關傳聞法則之規定嚴謹，且組織犯罪防制條例迭經修正，均未修正上開規定，自應優先適用。是在違反組織犯罪防制條例案件，證人於警詢時之陳述，即絕對不具證據能力，無刑事訴訟法第159條之2、第159條之3及第159條之5等規定之適用，自不得採為判決基礎。原判決援引證人戊○○、甲○○於警詢中之陳述，為認定上訴人3人有參與犯罪組織犯行之依據（見原判決第4頁），依前揭說明，難謂為適法。

- (二) 行為人以一行為觸犯組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第339條之4第1項第2款之加重詐欺取財罪，依刑法第55條前段規定，從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依組織犯罪防制條例第3條第3項規定，一併宣告刑前強制工作。本院刑事大法庭已就該案件之法律爭議，作出前揭統一之見解。
- (三) 保安處分係針對受處分人將來之危險性所為之處置，以達教化、治療之目的，為刑罰之補充制度。我國現行刑法採刑罰與保安處分雙軌制，係在維持行為責任之刑罰原則下，為強化其協助行為人再社會化之功能，以及改善行為人潛在之危險性格，期能達成根治犯罪原因、預防犯罪之特別目的。是保安處分之強制工作，旨在對嚴重職業性犯罪及欠缺正確工作觀念或無正常工作因而習慣犯罪者，強制其從事勞動，學習一技之長及正確之謀生觀念，使其日後重返社會，能適應社會生活。基於「刑罰個別化」，對於「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪」之行為人，因其已具有將來之危險性，即得宣告刑前強制工作，使其得以自食其力，不再遊蕩、懶惰再次犯罪，並符合保安處分應受比例原則之規範。所謂「有犯罪之習慣」係指對於犯罪已成為日常之慣性行為，乃一種犯罪之習性。至所犯之罪名為何，是否同一，則非所問。又現行刑事訴訟法採改良式當事人進行主義，已大幅減少職權主義色彩，參照司法院釋字第775號解釋理由書三之意旨，法院審判時應先由檢察官主張被告如何應予宣告刑前強制工作之事實，並指出證明方法，而由被告及其辯護人為防禦，進行周詳

調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並應於判決內具體說明宣告刑前強制工作與否之理由，其審理始稱完備。本件原判決認定：上訴人3人均有參與犯罪組織，丁○○、丙○○並有其事實欄一之（一）所示、乙○○有其事實欄一之（三）所示之加重詐欺取財犯行等情。並於理由欄說明：行為人於參與犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人財物，因行為人僅為一參與組織行為，侵害一社會法益，應僅就「首次」犯行論以參與犯罪組織罪及加重詐欺罪之想像競合犯，從一重之加重詐欺取財罪處斷等由（見原判決第1至3頁、第6頁）。如果無誤，原審為科刑時，依前揭說明，自應詳為調查，並審酌上訴人3人參與犯罪組織之具體情節，是否有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則，以決定是否依組織犯罪防制條例第3條第3項規定，一併宣告刑前強制工作？原審就此未予調查、釐清，並於判決內敘明其論斷之依據，逕以上訴人3人「所犯既有參與犯罪組織，均應依組織犯罪防制條例第3條第3項規定，一併宣告刑前強制工作，令其等入勞動場所強制工作，期間為3年。」（見原判決第11頁）。原判決關於此部分，有調查未盡及判決理由不備之違法。

四、以上或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。又第三審法院應以第二審判決所確認的事實為判決基礎，原判決上述違法情形，影響於事實確定及應否宣告刑前強制工作，本院無可據以為裁判，應認原判決關於上開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 109 年 3 月 11 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 吳 燦
法官 何 信 慶
法官 朱 瑞 娟
法官 高 玉 舜
法官 李 英 勇

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 109 年 3 月 17 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3671 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 03 月 05 日

裁判案由：加重詐欺等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第3671號

上訴人 卓承軒

選任辯護人 李長彥律師

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108年4月10日第二審判決（108年度上訴字第210號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署107年度偵字第17676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，認上訴人卓承軒有如原判決事實欄一(一)所載三人以上共同冒用公務員名義詐欺取財、行使偽造公文書、參與犯罪組織及洗錢；事實欄一(二)所載三人以上共同冒用公務員名義詐欺取財、行使偽造公文書及洗錢各犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判依想像競合犯之規定，論處上訴人犯三人以上共同冒用公務員名義詐欺取財（下稱加重詐欺）共2罪刑，並為相關沒收、追徵之諭知，暨就原判決事實欄一(一)犯行部分，一併諭知應於刑之執行前，令人勞動場所，強制工作3年。已詳述認定犯罪事實所憑之證據及理由。

三上訴意旨略以：(一)就原判決事實欄一(一)部分：法院就同一罪刑所適用之法律，均應本統一性或整體性之原則，不得割裂適用。上訴人所宣告之罪名既係刑法加重詐欺罪，自不得適用組織犯罪防制條例之規定宣付強制工作。原判決諭知強制工作有適用法則違背法令之違法。(二)原判決事實欄一(二)部分：

本案其他撥打電話詐騙之人，均未緝獲到案，則本案究為一人化名單獨犯或數人共同犯罪，自無從認定；縱為數人犯罪，亦無證據可證其等有何犯意聯絡或行為分擔，自不得以三人以上共同犯加重詐欺罪相繩云云。

四惟查：

(一)想像競合犯係一行為觸犯數罪名，行為人本質上係犯數罪，各罪所規定之刑罰、沒收、保安處分等法律效果，本得一併適用。惟因刑罰評價之對象，乃行為本身，而想像競合犯既係一行為，為避免對同一行為過度及重複評價，刑法第55條前段因而規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。」另依刑法第33條及第35條僅就刑罰之主刑，定有輕重比較標準，因此上揭「從一重處斷」，僅限於「主刑」。是法院應於較重罪名之法定刑度內，量處適當刑罰，至於輕罪罪名所規定之沒收及保安處分，因非屬「主刑」，故與刑法第55條從一重處斷之規定無關，自得一併宣告，尚無法律割裂適用問題；又組織犯罪防制條例第3條第1項後段但書規定，對參與犯罪組織情節輕微者，得減輕或免除其刑。係因加入犯罪組織成為組織之成員，不問有無參加組織活動，犯罪即屬成立，避免情輕法重，為求罪刑均衡，而為該但書之規定。然同條第3項卻規定「犯第一項之罪者，應於刑之執行前，令人勞動場所強制工作，其期間為三年。」對參與犯罪組織者未區分犯罪情節輕重，一律應命強制工作，與司法院釋字第471號解釋意旨揭示之比例原則未盡相符。而法院審理具體個案認定事實、適用法律時，應本於法律合憲性解釋原則，在兼顧立法意旨及不逾越法條文字可能合理解釋之範圍，基於上開解釋意旨，以符合立法目的及法價值體系之解釋方法，為目的性限縮，對參與犯罪組織者，於有預防矯治其社會危險性必要，且符合比例原則之範圍內，始由法院依組織犯罪防制條例第3條第3項規定，宣告刑前強制工作。原判決本此意旨，於理由欄敘明想像競合在犯罪評價上為數罪，僅係因行為人係以一行為觸犯數罪名，為避免過度評價，因而在科刑上以一罪處斷，依最重罪名處斷，但仍應適用其他輕罪之附屬規定。是上訴人如事實欄一(一)所為，仍有組織犯罪防制條例第3條第3項有關刑前強制工作規定之適用。審酌上訴人明知參與詐欺集團，而所領取之款項均為被害人陳聘芬、王景封受詐騙交付，金額甚鉅，當知乃其等長期積蓄，供自己或

家人將來生活、醫療等使用，且係其等工作辛苦所得，點滴累積之財富；詐騙集團竟於短期間內，不費辛勞，以詐術取得被害人之大筆金錢，甚至利用王景封未及警覺，猶持續不斷、費盡心機詐取其積蓄，不掏空不罷手，無任何底限，絲毫未見憐憫之心，更造成王景封失去為保障其智能障礙之子生活之保險金。為使上訴人徹底悔過，培養正確金錢觀念及生活技能，養成工作習慣，可以一己之力，正當賺取收入，爰諭知於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作3年等旨（見原判決第5、6頁）。經核於法並無不合。何況上訴人因恐嚇取財案件，於民國102年6月7日經法院判處徒刑並諭知緩刑確定（見原審卷第42頁之前科紀錄表），並不知警惕，猶在無業狀況下迭次犯罪，顯見上訴人懶惰成習而犯罪，自有預防矯治其社會危險性之必要，且宣告強制工作，對上訴人而言，尚屬適當、合理，符合比例原則。自無上訴意旨(一)所指判決適用法則不當之違法可言，尚難憑為適法之第三審上訴理由。

(二)採證認事，係事實審法院之職權，其對證據證明力所為之判斷，如未違背經驗法則與論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。又共同正犯之意思聯絡，原不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，亦包括在內。如甲分別邀約乙、丙犯罪，雖乙、丙間彼此並無直接之聯絡，亦無礙於其為共同正犯之成立。原判決依憑上訴人之自白，佐以證人王景封之證詞，及卷附贓物認領保管單、監視器畫面翻拍照片、臺灣臺北地方檢察署監管科收據等證據資料，經綜合判斷，認定上訴人有其事實欄一(二)所載之犯行，已詳述其證據取捨之依據及理由。並敘明如何認定本件係三人以上共同為加重詐欺之旨，俱有卷內資料可資佐按。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，亦無理由矛盾、調查職責未盡之違法情事。上訴意旨(二)係就原審採證、認事職權之適法行使，及原判決已說明之事項，任意指摘為違法，要非適法之第三審上訴理由。

五依上說明，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 3 月 5 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 3 月 10 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 334 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 03 月 04 日

裁判案由：殺人

最高法院刑事判決

109年度台上字第334號

上訴人 湯景華

選任辯護人 鄭凱鴻律師

劉政杰律師

上列上訴人因殺人案件，不服臺灣高等法院中華民國108年11月28日第二審更審判決（107年度上重更一字第4號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署105年度偵字第10635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之科刑判決，改判仍依想像競合犯從一重論處上訴人湯景華殺人，處死刑，褫奪公權終身之罪刑。固非無見。

二、惟查：

(一)刑事訴訟法第166條以下規定之交互詰問程序，係屬人證之證據調查程序之一環，受詰問之對象限於證人及鑑定人，藉由控、辯雙方相互攻擊，交互檢驗證據，當證據瑕疵盡出，聽訟者真偽立辨，而達發見真實的目的。交互詰問，依發動主體不同，分為聲請詰問及職權訊（詰）問兩種類型，各有詰問輪序及方法，受一定法則之限制，不容混淆。依刑事訴訟法第166條規定，聲請詰問由當事人、代理人、辯護人及輔佐人聲請傳喚（輔佐人有聲請權，但無詰問權），證人、鑑定人於經兩造輪序詰問後完畢後，「審判長得為訊問」，係屬補充訊問性質，僅在證人、鑑定人於經直接詰問後，其陳述尚有未盡完備或不明瞭，為求發見真實有進一步澄清，基於訴訟指揮權，賦予審判長判斷裁量有否為必要之補足，以與第163條規定相呼應，俾落實當事人進行主義原則之建制。至若證人、鑑定人係法院依職權傳喚者，即職權訊（詰）問，依同法第166條之6之規定，應告知雙方當事人，使有表示意見之機會，並得以預先為詰問之準備。行交互詰問時，應由審判長先進行訊問，再由兩造當事人、代理人或辯

護人，依審判長決定之次序接續詰問。此際審判長之訊問，係以公平之立場為之，不偏於何方，與由本造主動聲請傳喚之證人、鑑定人，通常屬於有利該造之友性證人，目的在於憑藉該證人、鑑定人之陳述內容以建構對己有利之事實，尚屬有間。就雙方當事人言，審判長之訊問，相當於主詰問之性質，當事人、代理人及辯護人於審判長訊問後，接續詰問之，其性質相當於反詰問，於必要時，得行誘導詰問，此與刑事訴訟法第166條第4項之補充訊問截然不同。又無論兩造聲請詰問或法院職權訊問，於詰問完畢後，依刑事訴訟法第288條之1規定，應詢問當事人有無意見，以完足該人證之調查程序。本件原審依職權傳喚實施火災原因鑑定人黃章委到庭，固有踐履上開聽取當事人意見之前置程序，惟於審判長訊問後，未給予兩造及上訴人之辯護人行接續詰問之機會，而以：「有無補充詢問？」代之（原審卷(三)第272頁），即不無限制反詰問權之違法。再者，未詢問上訴人及其辯護人就黃章委之鑑定陳述有無意見，其調查證據之程序，亦難謂適法。

- (二)刑事訴訟法採直接審理及言詞審理主義，旨在使法院憑直接之審理及言詞之陳述，獲得態度證據，形成正確之心證，以為證據證明力之判斷，故卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，依刑事訴訟法第165條第1項規定，應向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨，否則即係於審判期日應調查之證據未予調查，若採為裁判基礎，其判決難謂適法。又審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，同法第47條定有明文。卷查：(1)原審審判長於審判期日，並未將上訴人住處周遭與案發現場周圍設置之監視器錄影畫面翻拍照片（偵卷(二)第125至133頁）、臺灣新北地方檢察署檢驗報告書（相卷(一)第117至127頁）、臺灣新北地方檢察署檢察官105仰甲字第126-1號相驗屍體證明書（相卷(二)第186頁）及板新醫院、新光醫療財團法人新光吳火獅紀念醫院、衛生福利部臺北醫院、國防醫學院三軍總醫院、國立臺灣大學醫學院附設醫院函覆（原審卷(二)第66至68、85至87頁），向上訴人、辯護人及檢察官，宣讀或告以要旨，有該審判程序筆錄（見原審卷(三)第274至293頁）可稽。(2)原審審判長就卷宗內之筆錄及其他文書，踐行宣讀或告以要旨之程序，

審判筆錄雖不以具體記載所宣讀或告以要旨之卷宗內筆錄及其他文書，其卷證出處及頁數為必要。惟如經載明卷證出處及其頁數，審判筆錄之記載，應與所宣讀或告以要旨之卷宗內筆錄及其他文書，實際所在之卷宗、頁數相符，避免誤載。經查上訴人供稱得知翁祥智住所之陳述、證人張育賓警員之審判筆錄、醫療財團法人徐元智先生醫藥基金會亞東紀念醫院（下稱亞東醫院）鑑定報告，係分別在第一審卷(一)第27頁、第一審卷(四)第57及59至64頁、原審卷(二)第195至226頁，有各該卷證資料可稽。然依原審民國108年10月17日審判程序筆錄記載：「審判長問對於被告自己在警詢、偵查……之供述，有何意見？（提示……原審卷一第51至78頁……並告以要旨）」、「審判長問對於證人張育賓（警員）於原審時所述，有何意見？（提示原審卷四……第59至54頁並告以要旨）」、「審判長問對於卷附亞東醫院108年6月3日精神鑑定報告，有何意見？（提示本院卷二第170至184頁並告以要旨）」等內容（見原審卷(三)第293、282、292頁）。前揭上訴人、張育賓之審判筆錄及亞東醫院鑑定報告，與應提示之卷證所在，未盡相符，亦難認妥適。原判決將前揭證據資料，引為認定上訴人犯罪之主要論據之一（見原判決第4、22、23、28、34、52、58頁），於法有違。

(三)刑法上之故意，依行為人之認識與意欲之強弱，於第13條第1項、第2項分為直接故意與間接故意兩種。前者指行為人對於構成犯罪之事實，明知並有使其發生之決意，進而實行該犯罪決意之行為；後者指行為人對於構成犯罪之事實，預見其有發生之可能，因該犯罪事實之發生不違背其本意，乃予容認而任其發生者而言。兩種故意之性質、態樣既非相同，其惡性之評價即有輕重之別，自影響於行為人責任及量刑結果。行為人究竟係基於何種故意實行犯罪行為，乃個人內在之心理狀態，須從行為人之外在表徵及行為時之客觀情況，依經驗法則審慎判斷。又刑事不法係一種層升概念，存有各種程度輕重不同的不法內涵，基於行為人之行為對於法益侵害之程度有無發生實害結果或僅有危險狀態，有所謂「實害犯」與「危險犯」之對應概念，兩者之不法內涵有高低之別，其故意之判斷標準亦異。刑法放（失）火罪係對於特定物以火力引起燃燒之行為，通常具有延燒可能性與不可控

制性，而對不特定多數人之生命、身體、健康、財產發生嚴重危險，乃以危險犯方式禁止之，屬於將行為處罰前置化之犯罪類型。但並非每個放火行為皆一定會對於生命、身體、健康或財產發生實害，有實害結果之發生也往往係因外在因素或物理作用等之支配，非必由行為人「使其發生」或「任其發生」，故危險犯之故意與犯罪之結果為截然不同之概念，不可不辨。故行為人對於殺人實害結果與放火危險狀態之認識與意欲，既有高低之別，均需各別加以證明與確定，究不能藉由生命法益受侵害之結果，反推具有殺人之故意，亦不能逕以放火直接故意之存在，推導出具有同樣之殺人直接故意，仍須回歸到各個構成要件事實獨立判斷，不得籠統為同一之觀察，否則，無異降低殺人故意之認定標準，使殺人罪之處罰前置化。本件上訴人始終否認有燒燬新北市○○區○○街00號共4層住宅（下稱本案住宅）及殺人之意思，原判決認定上訴人基於放火燒燬本案住宅及騎樓前方機車與殺人之直接故意，係以上訴人知悉本案住宅內係與其有訴訟糾紛之翁祥智及其家人所居住，利用沾染有高度易燃汽油之報紙點火引燃本案住宅騎樓處機車之時間點、位置等情，據以論斷上訴人就其放火引燃機車之行為會造成燒燬本案住宅，並使其內之人員不利逃生避難之結果，已知之甚詳仍決意使其發生。惟稽之卷附國園加油站電子發票可知，上訴人案發前自備容器所購得之92無鉛汽油為3.77公升，據上訴人供稱本案縱火之報紙約使用1公升之汽油沾濕等詞，且依原審事實認定及卷附新北市政府消防局火災鑑定實驗室火災證物鑑定報告（見偵(一)卷第176頁）可知，上訴人將前開沾有汽油之報紙置放於本案住宅面對大門出入口左側騎樓處之車牌號碼000-000號普通重型機車（下稱本案起火機車）腳踏板，此處為起火點，但未檢測出含有汽油之易燃液體成分。並參酌證人吳錦裕警詢時證稱，案發當時係看到本案住宅騎樓內有兩、三輛機車起火燃燒，火勢延燒到騎樓左邊柱子上的電錶，電錶隨即爆炸，火就沿著柱子往2樓延燒等語，及實施火災原因鑑定人黃章委於原審證稱，現場燃燒情況是由本案住宅騎樓下方向上方延燒至騎樓頂部的天花板，繼續往上延燒至2、3、4樓玻璃窗，火勢基本上由2樓的對外窗戶往內部延燒，而3、4樓有從2樓室內梯往上延燒及從外部

延燒兩種情形等詞，且佐以火災原因鑑定書記載，本案住宅騎樓停放5 輛機車，分為二個區塊併排，並未緊鄰，其中2 輛併排停放在本案住宅大門出入口前，另3 輛機車（本案起火機車停放在中間，其左側為翁祥智所有之機車）併排停放在左側區域，救火人員到達現場時，1 樓鐵捲門及通往2 樓的鐵門均關閉，火勢係由本案住宅騎樓由上方延燒，2 至4 樓係由室外側向室內側延燒，1 樓天花板、牆面有受熱燻黑，下方置放物品仍可發現原色等情。如若無訛，似上訴人為本案縱火僅使用前開購得約1/3 之汽油，且起火點祇有一處，並未有以自購汽油全數沾染報紙或潑灑多處起火點之行為，也未針對大門出入口前之機車縱火，更未直接對本案住宅放火，而依前開證據所示，火勢蔓延至本案住宅2 樓外部向內延燒，是否與吳錦裕所稱該騎樓之電錶爆炸有關？又上訴人即使曾受過保全人員之防災訓練，究有無足夠之智識及生活經驗，於縱火引燃機車時即明知將有火流從2 樓以上外部向內延燒之情形發生，並有意使其發生之直接故意，均尚非無疑。且原判決所稱上訴人事先購買汽油、案發時多次出入本案住宅附近街道、穿戴安全帽及口罩掩飾面容特徵、調整監視器等行為，僅得證明上訴人對本案起火機車有放火之直接故意，尚不足以推導出上訴人有燒燬本案住宅，甚或殺人實害之直接故意，原判決遽採為上訴人不利之認定，除有調查未盡之違法外，理由亦嫌欠備，於法自屬有違。

(四)刑法上之故意，在通常情況下，係針對個別構成要件或個別行為客體所形成之犯意，然在有些特殊情況下，行為人雖預見其行為將會同時實現多數不法構成要件或多數行為客體，但其行為最終將損害何種法益及數量多寡，行為人於行為當時無法確實知悉、確認，仍故意實行其行為，致同時實現多數不法構成要件，或同時造成多數行為客體之損害，此即學理上所稱之「累積故意」，基於「主觀故意與客觀要件對應原則」，應僅就行為人客觀上所實現之犯罪加以論罪，就未發生法益侵害結果，不再論以未遂，以免無限擴大未遂犯，對不法行為過度評價。依原判決認定，上訴人原係以翁祥智為主要報復對象，明知翁祥智及其家人均居住於本案住宅，仍以殺人之確定故意，於本案住宅騎樓停放之機車縱火，延燒該住宅，造成翁祥智6 位家人死亡及2 樓住戶林文祥逃

離始幸免於難，惟因翁祥智在營服役不在家中，故未能殺害翁祥智得逞，但此僅係一時、偶然之原因，以一般人所認識之事實觀察，仍有發生結果之可能，而論上訴人對翁祥智犯殺人未遂罪等語。惟原判決就上訴人於縱火時主觀上如何確信翁祥智及其家人有何人在本案住宅內，並未為相關論斷，是上訴人於放火時縱有殺人之直接故意，其是否確定行為客體為何及其數量，尚待釐清。若上訴人於縱火時，無法確定本案住宅內究竟有哪些住戶，而翁祥智斯時係在營服役，似非一時、偶然之原因而未在本案住宅內，並非實際客觀侵害之行為客體，應否再論以殺人未遂，已有探求之餘地。上訴人主觀認知與客觀事實之對應，將影響上訴人之論罪科刑，原判決未於事實欄為確切翔實之記載，理由欄內復未為必要之論證說明，本院無從為其適用法律當否之判斷，亦有未合。

(五)本件原判決事實欄二認定上訴人將已沾染浸潤汽油之一疊報紙，置於停放本案住宅騎樓處之本案起火機車腳踏板處後，持打火機點燃置於上開機車腳踏板處經沾染、浸潤汽油之報紙，引火後，迅速離去等情，係以上訴人之供述為主要論據。惟原判決援引上訴人於偵查中之陳述，係供稱其先將廢棄報紙放在本案起火機車及其隔壁機車之坐墊上，直接淋大約1公升汽油在整疊報紙上，但因坐墊是斜的，報紙就滑到腳踏板等語。復原判決理由欄五、(三)之3.亦載述「被告係以汽油澆淋報紙後點燃之方式縱火」。事實與理由記載並非一致，除有判決理由矛盾之違法外，併有認定事實與所採之證據不相適合之證據上理由矛盾。另原判決認定上訴人於本案發生前有先至現場觀察地形之行為，然關於上訴人究如何有於案發前至現場觀察地形，並未根據案內事證於理由欄認定明白，記明其理由及所憑，亦有理由欠備之違誤。

三、以上，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，上述違背法令影響於事實之確定，本院無從據以自為裁判，應將原判決撤銷，發回原審法院更為審判。

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 3 月 4 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 3 月 6 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 742 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 03 月 04 日

裁判案由：違反醫師法

最高法院刑事判決

109年度台上字第742號

上訴人 許博一

選任辯護人 楊曉菁律師

上訴人 許景琦

選任辯護人 張慶宗律師

上列上訴人等因違反醫師法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年12月10日第二審更審判決（106年度重醫上更（一）字第7號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署100年度偵字第15170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許景琦為「維新醫療社團法人臺中維新醫院」（下稱維新醫院）之院長兼精神專科醫師，明知上訴人許博一並未依醫師法規定領有醫師證書，竟共同基於由未取得合法醫師資格者，執行醫療業務之犯意聯絡，於許景琦未在场之情況下，由許博一分別於民國98年6月16日、同年月30日及同年7月21日，獨自為該院精神病患者各15人、14人及18人，執行「特殊團體心理治療」之醫療行為等犯行，因而撤銷第一審判決，依集合犯之例，改判均論處上訴人等共同未取得合法醫師資格，執行醫療業務罪刑，及諭知易科罰金之折算標準，固非無見。
- 二、惟按醫師法第28條所稱「醫療業務」，係指以醫療行為為職業而言，不問是主要業務或附屬業務，凡職業上予以機會，為非特定多數人所為之醫療行為均屬之。且醫療業務之認定，並不以收取報酬為其要件。上述所謂醫療行為，係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為處方、用藥、施術或處置等行為之全部或一部的總稱。在高度專業化與複雜化的現代醫療組織中，各醫療職系之醫事人員或團隊，於相同或不同醫療進程裡，依其各別專業提供醫療行為與服務，彼此分工合作，以接力完成同一個治療

目標。組織醫療是一種「動態的醫療進程」，在不同進程中，參與執行醫療業務之醫事人員，依其醫療組織內明確劃分之權責，各自遵守各該專屬領域內之醫療準則及其注意義務，承擔風險並負擔責任，以共同達成更專業化、精緻化之醫療目的。故組織體系內之醫療行為，係由醫療團隊以醫療目的（以醫療、預防及矯正為目的）所為之一連串、整體性之診療行為（如診察、診斷、處方、用藥、處置、施術），無法要求各別醫療人員對所有醫療行為均應事必躬親、親力親為。惟醫療行為因其高度專業及危險性，直接影響病人之身體健康或生命，若非具有專門知識與經驗之醫師親自實施，難以期待可能產生的危害得以控制在可容忍的限度內。故醫師法第28條規定禁止不具有醫師資格者實施醫療行為。屬醫療核心之診斷、處方、手術、病歷記載、施行麻醉等行為，因需高度專門知識與經驗始得為之，故須醫師親自執行；其他醫療輔助行為，本質上雖仍屬醫療行為，因其危險性較低，並未涉及上揭醫療核心行為，故可由醫師就特定病人診察後，交由相關醫事人員依其各該專門職業法律所規定之業務，依醫囑或醫師指示執行之。未取得合法醫師資格之護理人員、助產人員或其他醫事人員，在醫療機構於醫師指示下執行醫療業務，依醫師法第28條第2款規定，本不在禁止之列。倘不具醫師資格而執行「醫師應親自執行之醫療行為」，或相關醫事人員未經（或逾越、違背）醫師指示或醫囑而執行醫療輔助行為，均係違反醫師法第28條規定之犯罪行為。又依實際工作內容觀察，醫師如與其他相關醫事人員形成上下指示或指揮監督關係時，於指揮監督之範圍內，對受其指揮監督之醫事人員之醫療過失，亦應負責，並無適用「信賴原則」免責之餘地。另醫師如交付醫療輔助行為予不具有相關醫事人員證照或缺相關專業能力或經驗之人執行者，復不於執行過程中在場指示、指導或監督，並應負其因違反選任或監督義務所生責任。然該執行者雖不具醫師法第10條第1項所定之醫事人員資格，既係受醫師指示或醫囑而執行醫療輔助行為，究非醫師法第28條所指之密醫行為，自不能以該罪相繩。

三、經查，本件許景琦於偵查中陳稱，略以：急性精神病人住院期間，伊會在長期醫囑單例行治療欄內，依中央健康保險局

（現改制為衛生福利部中央健康保險署，下稱健保局）規定，記載每週應包含由精神科醫師實施深度團體心理治療、特殊團體心理治療各1次；臨床心理師實施特殊團體心理治療1次；護理人員及社會工作師各實施支持性團體心理治療1次；若未依健保局規定，由符合資格者實施團體心理治療，例如，由社會工作人員實施深度團體心理治療，只要不向健保局申報費用，並非違法行為等語（見偵字第15170號卷第1宗第103頁；同卷第2宗第50頁）。又專家證人即臺灣精神醫學會理事長賴德仁醫師於原審亦證稱：特殊團體心理治療的帶領者（Leader）不一定要醫師才可以執行；在精神治療過程中，由不具有醫師資格者，例如心理治療師、職能治療師或社工人員從事非藥物治療，包括團體或個人心理治療，是很常見的情形；精神科醫師開立醫囑或處方，但通常由精神科醫療從業人員實施，不一定由醫師親自執行等語（見更一審卷第3宗第168頁背面、第172頁正反面）。另卷附臺灣精神醫學會105年9月5日函文，並指明：「於精神醫學上各式團體心理治療活動中，『執行者（治療者Therapist）』與『帶領者（Leader）』二者確實是個別獨立（individual）之角色地位（role）。執行者擬定治療計畫，並執行團體心理治療活動。執行者規劃團體心理治療活動進行時，帶領者等角色之人選。帶領者則用以促進團體心理治療成員之互動，激發團體心理治療活動之進行。」「臺灣目前尚未有團體心理治療師的官方認證制度的建立，所以執行團體心理治療醫療業務之執行者，以領有各職類證照，並完成地方衛生主管機關的執業登錄的醫事人員及服務於精神醫療或心理衛生機構的社工人員充之，不限於醫師始得為之，以為規範。且同時各職類人員亦受各專業職類法規，比如醫師法、臨床心理師法等所規範。未具證照的醫事人員或大學研究所相關科系的教師或學生，亦得在前述醫事人員等督導下為之。」「『帶領者（Leader）』與『協同帶領者（Co-leader）』，由執行者規劃產生；於法規上，確實無任何醫事人員資格限制。實務操作時，雖常有執行者親自扮演帶領者之角色，惟並無必須由執行者親自扮演帶領者之限制」等旨（見上訴審卷第1宗第218、219頁）。又卷附全民健康保險醫療費用支付標準，規定編號45094 C 特殊團體心理治療，限由精神科醫師或

臨床心理師執行（見偵字第15170 號卷第2宗第194頁背面）。

。行政院衛生署（現改制為衛生福利部）101 年2月9日函，說明四亦指：依全民健康保險醫療費用支付標準所示，臨床心理師所執行之業務範圍僅限於特殊團體心理治療；至於深度團體心理治療部分，僅限於精神科專科醫師執行，並未及於臨床心理師等旨（見偵字第15170號卷第2宗第85頁背面）。

。上情倘若無訛，則合格精神專科醫師許景琦於親自診察病患後，開立長期醫囑單，對特定病患實施例行性（含深度、特殊、支持性）團體心理治療，並選任不具醫師或醫事人員資格之許博一擔任特殊團體心理治療之帶領者（Leader），以促進或激發團體心理治療成員彼此間之互動，有利治療活動之進行，性質上是否僅屬輔助心理治療之醫療輔助行為，而非應由醫師親自執行之醫療核心業務？縱許博一不具有醫師或相關醫事人員資格，其既依許景琦之指示或醫囑而擔任該特殊團體心理治療之帶領者，是否得以醫師法第28條密醫罪相繩？證人即相關健保、醫政管理之公務員羅國樑、徐秋桃、蔡瓊玉、黃靖媛、江珮儀等人於偵查中證稱：依健保局規定，特殊團體心理治療限由精神專科醫師或臨床心理師執行等語（見原判決第21頁第12至17行），是否僅限於醫療機構向健保局申請特殊團體心理治療給付之情形？許景琦辯稱：若不申請健保給付，即無精神專科醫師或臨床心理師資格之限制乙節，是否屬實？原審就以上有利於上訴人等之證據，未進一步調查釐清，即為其等有罪之認定，尚嫌速斷，自屬難昭折服。

四、又原判決理由援引98年6 月16日維新醫院特殊團體心理治療記錄過程摘要欄記載，敘明許博一當日於病患陳述後，曾分別回應表示：「幫你統整，藥物要吃，合併運動，不要胡思亂想，心要放下。」「所以心理治療有幫助的。」「可以幫你做腦部檢查。」「藥物可以使血清素濃度增高，症狀改善。」「車禍過嗎？我們再安排腦波檢查。」「今天先到這兒告一段落」等語，而為說明及引導治療進行方向、檢查項目、決定治療時間之結束等治療行為，並非僅屬單純而無任何治療行為之帶領者等旨（見原判決第17頁第20行以下至第18頁第12行）。惟許博一所為上開說明或表示，縱認其主觀上係以醫療為目的，然客觀上似無進一步為診察、診斷及治療

；或基於診察、診斷結果，而為處方、用藥、施術或處置等行為，能否謂其上揭言語，即屬醫療行為？已非無疑。關於此節，賴德仁於原審證稱：「若確實未涉及診察、診斷及治療，即不屬於執行醫療業務。」「只是口頭說，沒有執行，比如說去開檢驗的檢查，或是檢查的話，並未涉及診察、診斷及治療，應不屬於執行醫療業務。」「我不認為是引導治療，這只是給個建議。」「假設他有真的去做，去開這個單子，那就屬於醫療的行為，如果只是講而已，沒有在做，我是覺得很難是醫療的行為。」「（在精神科裡面，到底有沒有所謂『引導治療』這樣的用語？）沒有，我們醫學沒有這個名詞」等語（見更一審卷第3 宗第171、172頁）。然原判決不採賴德仁上揭有利於上訴人等之證詞，係以原審向臺灣精神醫學會函詢之內容，均包括「如該Leader係由『不具』醫師資格之人向病患口頭為上開表示，是否屬醫療行為？」等問題，該醫學會108年7月3日函文尚且覆稱「是醫療行為」等詞，為其論斷依據（見原判決第23至25頁）。惟卷查許景琦之原審辯護人張慶宗律師於108年8月28日具狀表示：臺灣精神醫學會108年7月3日函文，係以許景琦為該3次特殊團體心理治療之在場Leader為前提，而回函稱(一)(二)(三)均係醫療行為，並未明確回答上開全部問題（即有答非所問之情形）為由，聲請查明該回函係由單一或多名醫師合議作成等情；其後並於準備程序中以口頭聲請傳喚製作該函文之醫師到庭調查。經原審聯繫後，決定以專家證人身分，傳喚該醫學會理事長賴德仁。賴德仁到場後，即明確證稱：臺灣精神醫學會108年7月3日函文內容，係假設在場Leader都是許景琦所為回復，如果不是許景琦，若確實未涉及診察、診斷及治療，即不屬於執行醫療業務等語（見更一審卷第3 宗第27、37、170、171頁）。原判決猶採取經作成名義人即賴德仁當庭更正之錯誤函文內容，資為不採信賴德仁有利於上訴人等證詞之理由，顯與卷內證據不相適合，而有理由矛盾之違法。

- 五、以上或為上訴意旨指摘所及，或為本院得依職權調查之事項，上開違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決有發回更審之原因。
- 六、又原判決不另為無罪諭知（被訴共同由許博一對病患劉○彪

〈為病患隱私，故遮隱全名〉問診，及對病患李○尊為入保
護室，對陳○富、張○鎮為四肢約束之醫囑，而共同涉犯醫
師法第28條密醫罪嫌，見原判決第28頁以下，理由欄五)部
分，基於審判不可分原則，亦一併發回，併予敘明。

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 109 年 3 月 4 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 吳 信 銘

法官 何 菁 莪

法官 梁 宏 哲

法官 蔡 廣 昇

法官 林 英 志

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 3 月 9 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 1041 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 03 月 19 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

109年度台上字第1041號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官許仲瑩

被告 溫皓宇

選任辯護人 陳鴻琪律師（法律扶助律師）

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國108年4月2日第二審判決（107年度上訴字第2922號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署106年度偵字第17169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、本件原判決以公訴意旨略以：被告溫皓宇於民國106年1月4日以通訊軟體發送「米價降降」、「你願意找新朋友讓我認識13」、「我這樣子真的沒什麼賺」等訊息予辜萬翔，向辜萬翔推銷其所持有之第二級毒品甲基安非他命，嗣於同年月10日在臺北市○○區○○路0段辜萬翔住處附近巷道，將甲基安非他命約1公克販賣交付與辜萬翔，並收取現金新臺幣（下同）1,300元，因認被告涉犯毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪嫌。惟經審理結果，認為不能證明被告已著手實行上述販賣甲基安非他命之犯罪，因而撤銷第一審對於被告科刑之判決，改判諭知被告無罪，固非無見。
- 二、惟查：（一）、出於故意之不法行為，或歷經決意、計畫（陰謀）、準備（預備）、著手（實行）、既遂及終了等過程，或僅處於上開歷程之特定階段，而犯罪之既遂，以犯罪構成要件要素全部實現為必要，倘行為人尚未實現犯罪全部構成要件要素，又無處罰陰謀犯、預備犯或未遂犯之特別規定者，則不為罪。是處罰犯罪既遂前之陰謀、預備或未遂等階段，係刑罰擴張規定，以法律有特別規定者為限。而刑法第25條第1項「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯」之定義性規定，揭明犯罪行為之著手（實行），乃犯罪預備與犯罪未遂之分界，著手於犯罪行為實行之後，不待結果發

生或行為終了，即成立未遂犯。又犯罪之著手，係指行為人基於犯罪之決意而開始實行密接或合於該罪構成要件之行為而言。毒品危害防制條例明文處罰販賣第二級毒品未遂犯，無非係因行為人已著手於販賣第二級毒品犯罪行為之實行，縱未能（排除不能犯）或尚未滿足販賣第二級毒品犯罪全部構成要件行為之實行，或其犯罪結果之實現，然客觀上已足對該罪所保護之法益造成現實危險之故，其可罰性立基於行為不法（行為非價），祇不過因欠缺結果不法（結果非價），故得減輕其刑而已。為遏抑販毒營利意圖驅使下，為害尤烈之毒害蔓延，販賣毒品之入罪，更擴及處罰其未遂犯，以為前置性之法益保護，此乃「販賣（毒品）未遂」之釋義指引與依歸。故而，販賣毒品之著手，或為意圖營利而販入；或基於販入以外之其他原因持有，嗣另行起意營利販賣，而初有向外兜售或推銷之行為即足當之；舉凡所販毒品交付與買受人而既遂之前，包括供買方看貨、議價、買賣要項意思合致、履行方式之磋商或其他實行犯意冀以遂行犯罪之行為，概皆屬之；而具體個案之實際著手時點，則不盡相同，非必起始於上揭最初步驟。原判決以被告及辜萬翔均坦認彼此間有如其附件所示之訊息對話內容略以：被告稱：「米價降降」、辜萬翔稱：「15？」、被告稱：「你願意找新朋友讓我認識的話13，感謝你@@；哈囉，我這樣子真的沒什麼賺」、辜萬翔稱：「我後天領錢在愛密你的」、被告稱：「後天嗎，說定囉，要幾個鐘先跟我說，欸，兩三個鐘嗎？@@」等語。被告並不否認該等訊息係關涉毒品交易價格之對話，且辜萬翔於警詢時證稱：卷附翻拍照片所示被告手機螢幕內容（即被告與辜萬翔間如原判決附件所示之訊息對話紀錄），係被告向伊兜售推銷甲基安非他命之訊息等語，然辜萬翔於偵查中所陳被告交付所販甲基安非他命之日期，有106年1月5日與同年10月10日之出入，因認辜萬翔所為不利於被告販毒指證之真實性堪虞，尚難憑採（見原判決第3頁倒數第9行至第4頁第17行及第5頁倒數第9至7行）。果爾，原判決既認被告已有向辜萬翔兜售推銷甲基安非他命之行為，則不論辜萬翔是否回應或回應之內容為何，更不問雙方就買賣甲基安非他命之數（重）量暨品質或價格已否達成共識，被告所為似已著手實行販賣第二級毒品之行為，乃原判決認為

必須至販毒者與購毒者就重要交易內容意思合致時，始係該罪之著手實行，依前揭說明，其見解非無可議。(二)、依本件檢察官起訴書犯罪事實欄之記載，檢察官所起訴而請求法院加以審判之被告犯罪行為，除被告向辜萬翔兜售推銷甲基安非他命並已實際販賣交付外，尚包括被告在發送上揭訊息予辜萬翔前，即基於意圖營利販賣第二級毒品之犯意，於106年1月10日前某日，先以不詳代價，向不詳姓名、綽號「阿聰」之人購得甲基安非他命等情（見起訴書第1頁第13至15行）。縱認檢察官所舉之證據，尚不足以證明被告有販賣交付甲基安非他命與辜萬翔之行為，然被告是否有如起訴書所載於106年1月10日前某日基於意圖營利販賣第二級毒品之犯意，而向「阿聰」販入甲基安非他命之行為？若有，此項行為應否論罪，暨此部分應論以何項罪名？原判決並未就此部分加以調查認定，並說明論斷之理由，遽為被告無罪之諭知，亦有已受請求之事項未予判決及理由不備之違法。(三)、證據雖已調查，若尚有其他影響於判決結果之重要證據或疑點未予調查，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。原判決倘認須被告與辜萬翔就甲基安非他命買賣之重要內容意思達成合致，方屬被告著手於販賣第二級毒品行為之實行，然其既以被告與辜萬翔間有如其附件所示之訊息對話紀錄內容，即被告與辜萬翔針對擬買賣之甲基安非他命，初已有「15」（即1,500元）與「13」（即1,300元）之議價，嗣被告並向辜萬翔發送「對了，不能跟人說我算你13」之訊息後，辜萬翔隨即回應「好」等情，且認辜萬翔於警詢時及偵查中證稱：被告所發送之上開訊息，意指伊向被告買甲基安非他命，被告算伊1公克1,300元等語為可信（見原判決第5頁倒數第9至4行）。倘若無訛，原判決似認為被告發送上開訊息之用意，係陳明其擬販售甲基安非他命之單價，而對辜萬翔為要約之表示，且辜萬翔已正確理解被告上開表意，則辜萬翔就此旋覆稱「好」之意思為何？是否係即時為對應之承諾表示？雙方是否已就本件甲基安非他命買賣重要內容達成意思合致？抑辜萬翔僅係表達獲悉被告販毒報價要約之意向而已？再觀被告對辜萬翔續發訊息「嗯嗯，你的我會把鐘點補滿」，此句語意復係何指？是否係因其

已收悉辜萬翔之承諾，而就買賣細節更為商議？辜萬翔就此作何理解？雙方對話之脈絡暨彼此之認知或意思究如何？均有待研求。上述疑點事涉被告販賣第二級毒品行為階段之進程，攸關其是否已著手實行販賣第二級毒品犯罪構成要件行為之認定，猶有調查釐清之必要。原判決對於上述疑點未詳加究明釐清，僅以辜萬翔未理睬被告嗣另傳送之「要幾個鐘，先跟我說這樣子也好處理不會拖時間」及「I miss you」等訊息，即謂雙方就買賣甲基安非他命之數量、價格、交付毒品之時間暨地點等事項，尚未達成意思合致，甚且辜萬翔或無向被告購買甲基安非他命之意思云云（見原判決第4 頁第17至25行、第5 頁第7 至8 行及第6 頁第3 至21行），遽認被告與辜萬翔間並無買賣甲基安非他命之合意，據以推論被告尚未著手於販賣第二級毒品罪之實行，而為有利於被告之論斷，依上述說明，尚嫌速斷，且有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。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，而原判決上述違背法令之情形，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第401 條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 3 月 19 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

中 華 民 國 109 年 3 月 23 日
書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 1309 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 03 月 26 日

裁判案由：誣告

最高法院刑事判決

109年度台上字第1309號

上訴人 黃秀枝

選任辯護人 黃帝穎律師

上列上訴人因誣告案件，不服臺灣高等法院中華民國108年4月17日第二審判決（107年度上訴字第3955號，起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署106年度偵字第6440號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決認定：上訴人黃秀枝明知於民國94年及100年間，曾對告訴人羅明宏律師表示，其胞弟張王明因長年在國外，故授權其就繫屬於臺灣宜蘭地方法院（下稱宜蘭地院）之民事執行案件，委請羅明宏律師代為撰寫書狀及陳報法院，且書狀內容均經上訴人與羅明宏律師討論並檢視無誤，由上訴人提供張王明之印章於書狀上用印後，羅明宏律師始以張王明名義，向宜蘭地院分別於94年4月25日提出93年度執字第6905號案件之民事陳報狀、於100年2月18日提出100年度司執字第1420號案件之民事陳報狀、於100年3月30日提出100年度司執字第1420號案件之民事說明狀。然上訴人因向宜蘭地院民事執行處提出不實內容之文書而被訴偽造文書案件，該院以104年度易字第159號刑事判決判處有期徒刑7月、7月，並定應執行刑為有期徒刑10月，經提起上訴，原審法院於105年5月27日以105年度上易字第485號駁回上訴確定。詎上訴人為就該確定案件向原審法院聲請再審，竟意圖使羅明宏律師受刑事處分而基於誣告之犯意，先於105年6月22日提出刑事告訴狀，捏造其於94年2月間，僅提供其於81年11月8日寄予黃金樹之存證信函，及張王明於94年1月31日函覆宜蘭地院民事執行處之函文，詢問羅明宏律師如何處理，於100年2月間，亦僅持宜蘭地院民事執行處100年2月9日宜院瑞100年度司執辛字第1420號函文詢問羅明宏律師如何處理，然羅明宏律師均未告知上訴人，即分別於94年4月25日

、100年2月18日及100年3月30日，以張王明名義，向宜蘭地院民事執行處提出內容載有系爭建物係由張王明所購買之民事陳報狀及民事說明狀，且上訴人並未提供張王明印章或同意羅明宏律師自行刻印，然上開書狀竟有張王明之印文等不實內容等情，而向臺灣宜蘭地方檢察署（下稱宜蘭地檢署）具狀，對羅明宏律師提出背信及偽造文書等告訴；並於105年7月12日下午2時18分許，在該署檢察官以告訴人之身分訊問時，為同一之陳述而誣指羅明宏律師涉犯背信及偽造文書等罪嫌；且在該署偵查中之105年12月9日下午4時58分許，以證人身分作證之際，為遂行誣告之接續行為同時並基於偽證之犯意，於該署供前具結，就於上開案情有重要關係之事項，為同一之虛偽陳述。嗣該案經檢察官偵查結果，業於106年3月6日以105年度偵續字第71號，對羅明宏律師為不起訴處分確定。嗣上訴人在本案被訴之誣告案件中，於第一審107年8月1日準備程序及107年10月17日審理時，均坦承對羅明宏律師提出上開告訴係誣告，而白白犯行。因認上訴人誣告、偽證之犯行均明確，而撤銷第一審所為論處上訴人誣告罪刑之判決，改判依想像競合犯，從一重論處上訴人誣告罪刑之判決。固非無見。

二、 惟按：

- (一) 為符合法治國正當程序之要求，刑事訴訟必須在致力發現真實以正確行使國家刑罰權，及保障被告防禦權以維護其最重要訴訟基本權二者間，求其兩全，不可偏廢。而被告防禦權核心價值所在之不自證己罪權利，針對其關於本身犯罪事實之陳述而行使，為緘默權；針對其就他人犯罪事實之供證而行使，即屬證人之拒絕證言權。為落實保證與被告之緘默權出自同源，且同以不主動提供，亦不能受脅迫、利誘提供自己任何與犯罪有關之資訊為內涵之拒絕證言權，刑事訴訟法第181條、第186條明定證人恐因陳述致自己或與其有親屬等一定身分關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，俾證人得免自陷於罪或涉入偽證罪之兩難抉擇；且就此拒絕證言權，訊問之法官或檢察官，應提供與被告緘默權相同程度之確保，於命證人具結前，告知得拒絕履行作證之義務；如未踐行此告知義務，逕諭知有具結之義務及偽證之處罰後，即命具結作證，無異強令證

人提供自己犯罪之相關資訊，而侵害其拒絕證言權，證人於此情況下所為之具結程序即有瑕疵，自應認其具結不生具結之效力，於程序上之審查，無從透過刑事訴訟法第158條之4規定，賦予證據能力，於實體上之評價，縱其陳述不實，亦不能遽課以偽證罪責。誣告罪之告訴人，於其所誣告之案件訴訟程序中到庭，如續為其原虛構之不實犯罪事實之陳述，毋寧為其立於誣告罪告訴人立場事所難免之本質，以誣告罪之規範約制已足，如命其具結，勢將令受偽證罪之處罰，惟如其據實陳述，又無異自證己罪，其所面臨上開兩難困境，核與上開規定之情形相符，自得適用該等規定拒絕證言。

- (二) 刑事訴訟法第163 條關於當事人、代理人、辯護人或輔佐人得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告，審判長除認為有不當者外，不得禁止之規定，係承認當事人詢問權之立法，其主要目的，在經由當事人、辯護人等之詢問，以辯明供述證據之真偽，期發現實體之真實。為保障詢問權人此一權利之行使，除非權利人有捨棄權利之表示，法院自應將調查證據之時、地通知權利人，並予其詢問之機會。否則，訴訟程序即屬違背法令。
- (三) 背信罪為結果犯，以致生本人財產之損害為要件，且此損害應從經濟上角度為評價本人財產是否減少或未能增加，故屬侵害財產權之犯罪。又刑法上誣告罪之成立，在主觀方面，申告者有使人受刑事或懲戒處分之意思，在客觀方面，尤須虛構之事實足使被誣告人有受刑事或懲戒處分之危險，若申告他人有不法行為，而其行為在刑法上並不構成犯罪，則被誣告者既不因此而有受刑事訴追之危險，即難論申告者以誣告之罪。

三、經查：

- (一) 原判決固以上訴人於105 年12月9日下午4時58分許，在偵查庭以證人身分作證之際，為遂行誣告之接續行為同時並基於偽證之犯意，於供前具結，並就於上開案情有重要關係之事項，為同一之虛偽陳述，因認上訴人另犯偽證罪。惟依該次偵訊筆錄之記載，宜蘭地檢署檢察官諭知上訴人改列證人身分及具結之義務、偽證之處罰後，逕命其為證言之陳述，似未曾踐行告知得拒絕證言之程序，有該訊問

筆錄可按；而縱觀原審準備程序、審判程序，亦未就此拒絕證言之相關事項加以調查。上訴意旨執以指摘原判決就此部分遽論上訴人以偽證罪責，有證據調查職責未盡及理由不備之違法云云，尚非全然無據。

(二) 本件起訴書之公訴意旨僅記載上訴人誣告部分犯行，至於上訴人偽證部分之犯罪事實及起訴法條概未論及。原審於審判期日伊始，踐行訊問前之告知義務時，固已表示上訴人可能另涉偽證罪責，然依審判筆錄之記載，審判長於調查證據後，依刑事訴訟法第163 條規定由檢察官、辯護人詢問被告時，僅告以「請檢察官就『被訴事實』詢問被告」「請辯護人就『被訴事實』詢問被告」等語，似漏未就公訴意旨未曾敘及之偽證部分犯罪事實，給予檢察官及辯護人行使詢問權之機會，此無異剝奪辯護人此部分詢問權，自非適法。

(三) 本件上訴人前對羅明宏律師提出之刑事告訴，除指控其偽造文書罪外，並及於背信罪，有上訴人提出告訴之偵訊筆錄為憑。原判決雖認定上訴人所申告羅明宏律師之背信與偽造文書犯行，皆不實在，均應成立誣告罪，然就上訴人所申告之羅明宏律師背信行為，是否關涉上訴人之財產利益，而有足使羅明宏律師受背信罪訴追之風險等情，於事實、理由欄內，並未為明確之認定與論述。上訴意旨執以指摘原判決此部分同有理由不備之違法，亦非無據。

四、以上各節，皆係上訴意旨所指摘，且原判決之上開違法，已影響於事實之確定，本院無從自為判決，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 109 年 3 月 26 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官	洪	昌	宏
法官	李	錦	樑
法官	林	孟	宜
法官	吳	淑	惠
法官	蔡	彩	貞

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 4 月 9 日

裁判字號：最高法院 109 年台非字第 25 號刑事判決

裁判日期：民國 109 年 03 月 04 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑

最高法院刑事判決

109年度台非字第25號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 柯國星

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國97年6月6日確定裁定（97年度聲字第829 號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、非常上訴理由稱：「一按定應執行刑之裁定，與科刑判決具有同一效力，倘有違背法令，而於受刑人不利，應許提起非常上訴，以資救濟。次按裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，分別宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，但不得逾30年。數罪併罰有二以上之裁判者，依第51條之規定，定其應執行刑。刑法第50條第1 項前段、第51條第5 款、第53條分別定有明文。又按數罪併罰定應執行刑之案件，固屬法院自由裁量之事項，但法院所為刑之酌定如逾越上開規定之外部界限、或定應執行刑之恤刑目的及不利益變更禁止原則等內部裁量法則，非不得指為違法。若即分屬不同案件之數罪併罰，倘一裁判宣告數罪之刑，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。亦即，上述另定之執行刑，其裁量所定之刑期，不得較重於前定之執行刑加計後之刑之總和。蓋刑法第50條規定，裁判確定前犯數罪者，併合處罰之目的在使被告（或受刑人）得依同法第51條各款規定，享有併合處罰、限制加重刑罰之恤刑利益。從而，在分屬不同案件之數罪併罰，倘各裁判宣告數罪之刑，均已各別定其執行刑，再就全部宣告刑重新定其執行刑時，亦應有不利益變更禁止原則之適用，乃當然之理。是法院重新裁量另定之執行刑，倘較重於前定之數執行刑加計後之刑之總和，亦屬違背法令。有最高法院107 年度台非字第107 號判決，可資參照。二經查：被告柯國星前因犯違反

毒品危害防制條例案件，經臺灣嘉義地方法院96年度訴字第739號刑事判決判處柯國星共同犯附表1至10所示販賣第一級毒品拾罪，均累犯，各處如附表1至10所示之刑（均有期徒刑15年），並定應執行有期徒刑25年在案，嗣上訴後亦經臺灣高等法院臺南分院96年度上訴1246號、及最高法院97年度1863號駁回上訴，於97年5月1日確定在案（下稱甲案）。嗣被告又因違反毒品危害防制條例、竊盜、妨害自由等案經判決確定後，再經臺灣嘉義地方法院97年度聲字第249號裁定應執行有期徒刑2年8月確定在案（下稱乙案），詎原裁定於97年6月6日再就上開甲、乙案，依刑法第53條規定再定應執行刑時，以本件甲乙二案總計刑期僅有期徒刑27年8月，原裁定所定應執行刑為有期徒刑30年，已較重於前定執行刑加計後之刑之總和，足認原裁定所為裁量權之行使，已違反數罪併罰定應執行刑之恤刑目的及不利益變更禁止等內部裁量法則，有適用法則不當之違法。三案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正救濟。」等語。

二、本院按：非常上訴制度，係為糾正確定裁判之審判違背法令所設之救濟方法，以統一各級法院對於法令之解釋為其主要目的。所謂審判違背法令，係指審判程序或其判決（裁定）之援用法令與當時應適用之法令有所違背而言；故原確定裁判所援用法令，如與當時應適用之法令並無違背，即難以其後法令變更或法院所持之法令上見解變更為由，提起非常上訴，而使前之確定裁判受影響。又數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第51條之規定，定其應執行之刑，同法第53條定有明文，而如何定其應執行刑，則應由法院視個案具體情節之不同，以其各罪所宣告之刑為基礎，本其自由裁量之職權，依刑法第51條規定之方法為之。而在本件裁定確定前，關於一裁判宣告數罪之刑，曾經定其執行刑，如再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，應以何者為基礎，本院當時有效之法律見解為「前定之執行刑當然失效，仍應以其各罪宣告之刑為基礎，定其執行刑，不得以前之執行刑為基礎，以與後裁判宣告之刑，定其執行刑。」（本院前59年台抗字第367號判例）雖本院於民國103年9月2日第14次刑事庭會議作成決議，以刑事訴訟法第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，倘一裁判宣告數罪之刑，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，上開判例不合時宜，不再援用。惟同時說明此為本院所持法令上之見解變更，故對於該則判例公告不再援用前所為之確定裁判，不得據以提起非常上訴，而使前之裁判受影響，並於同年10月3日公告不再援用上開判例。查本件被告柯國星犯如原裁定附表（下稱附表）所示之17罪，分別經法院判處所示之宣告刑，總計有期徒刑153年2月又15日確定。因上開各罪合於數罪併罰定應執行刑之規定，檢察官聲請定其應執行之刑，經原審法院於97年6月6日以97年度聲字第829號裁定定應執行有期徒刑30年，同年6月17日確定，有各該刑事判決、裁定、臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷可稽。雖原裁定所定應執行有期徒刑30年，較重於附表編號1至7等罪原定應執行有期徒刑2年8月，於加計同附表編號8至17原定應執行有期徒刑25年後刑之總和（即有期徒刑27年8月），但依本件裁定當時本院所持之法律上見解，前定之執行刑既因重定執行刑而當然失效，原審法院本於裁量權之行使，所後定之執行刑並未踰越刑法第51條第5款所定範圍，與當時應適用之法令並無違背。自難因原裁定確定後，本院所持之法令上見解有變更，執為非常上訴之理由，而使前之裁判受影響。非常上訴意旨執以指摘原裁定關於定應執行之刑違反不利益變更禁止原則與自由裁量之內部性界限，應有誤解，難認為有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中華民國 109 年 3 月 4 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 陳 世 雄

法官 鄧 振 球

法官 吳 進 發

法官 汪 梅 芬

法官 段 景 榕

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 3 月 5 日

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 157 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 03 月 04 日

裁判案由：違反藥事法聲請再審

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第157號

抗 告 人 張薇仟（原名張莉歲）

選任辯護人 鄭懷君律師

彭若晴律師

上列抗告人因違反藥事法案件，不服智慧財產法院中華民國108年12月10日駁回其再審聲請之裁定（108年度刑智聲再字第4號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷，應由智慧財產法院更為裁定。

理 由

一、人民得請求受公正而獨立之法院依正當程序予以審判之權利，乃憲法第16條保障人民訴訟權之核心內容。而公平法院仰賴法官執行職務之客觀中立與公正，公民與政治權利國際公約第14條第1項中段即訂明：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問」。對訴訟當事人而言，法官裁判事務之分配，應按法院內部事務分配所事先預定之分案規則，機械的公平輪分案件，以符合法定法官原則，形成第一層次之公平法院的機制。而法官迴避制度，是在隨機分案後，於具體個案中實質修正第一層次公平法院機制之不足，為法定法官原則之例外容許，據以構成第二層次之公平審判的防護網。至法院的分案迴避制度，則是為提升法官迴避機制的公開、透明，增進人民對公平法院的信任，於法院的分案規則，事先將法官曾參與相關裁判等應自行迴避或得聲請迴避的原因，訂定法官應否分案迴避的一般抽象規範標準，作為調和當事人無從或難以事先聲請迴避的客觀制度性之程序保障。而刑事訴訟法迴避制度，於該法第17條列舉法官當然應自行迴避之事由，同條第8款規定，法官曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務。且法官有應自行迴避以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者，當事人得聲請迴避，同法第18條第2款另設有概括規定。雖司法院釋字第178號解釋謂，刑事訴訟法第17條第8款所稱法官「曾參與前審之裁判」，係指

同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。故再審案件其參與原確定判決之法官，並不在該款應自行迴避之列。惟其後司法院釋字第256號解釋認，民事訴訟法第32條第7款所稱法官「曾參與該訴訟事件之前審裁判」，於再審程序，參與原確定判決之法官，亦應自行迴避（惟其迴避以1次為限），使法官不得於其曾參與裁判之救濟程序執行職務，以維護審級之利益及裁判之公正。而行政訴訟法第19條第6款，亦將法官「曾參與該訴訟事件再審前之裁判」列為自行迴避事由（但其迴避以1次為限）。因刑事再審程序雖屬同一審級更為審判，但涉及推翻原確定判決安定性的救濟程序，非僅原審級訴訟程序之續行，基於避免裁判預斷偏頗與維護公平法院的理念，原審法院分案實施要點（下稱分案實施要點）第12點第3款明訂法官迴避時的分案原則，該院民事、刑事及行政案件之分案，於再審案件，準用前2款規定，參與前一次原確定判決之法官應予迴避。亦即於分案時，即制度性確保參與原確定判決之法官應迴避再審案件，以維護刑事再審程序的正當及裁判的公正性。

二、經查：

- (一)本件抗告人張薇仟因違反藥事法案件，對原審106年度刑智上更一字第2號確定判決（下稱原確定判決）聲請再審，原審以其聲請無理由予以裁定駁回。惟參與本件裁判的審判長法官汪漢卿，曾參與原確定判決的裁判並任審判長法官，有卷附該判決書影本可按。抗告人既對原確定判決聲請再審，依分案實施要點第12點第3款規定，參與原確定判決的法官，於分案時應予迴避。然因原審法院的分案作業，是採迴避原確定判決的法官股別，而不迴避庭別，本件聲請再審案件，隨機分案由原審法院第二庭平股曾啟謀法官為受命法官，該庭庭長即為合議審判的審判長法官，剛好是原確定判決的審判長法官汪漢卿，其理應自行迴避，不得參與，並依原審法院已公告排定的司法事務分配及代理順序表，由同庭其他3位法官組成合議庭審判，並由資深者充任審判長法官，以期適法。乃本件曾參與原確定判決的審判長法官並未迴避，仍參與執行職務，即有可議。
- (二)再審制度的目的係發現真實，避免冤抑，對於確定判決以有再審事由而重新開始審理，攸關當事人權益甚鉅。民國 109

年1月8日增訂公布、同年10月10日生效施行之刑事訴訟法第429條之2規定：「聲請再審之案件，除顯無必要者外，應通知聲請人及其代理人到場，並聽取檢察官及受判決人之意見。但無正當理由不到場，或陳明不願到場者，不在此限。」原審係於上開增訂條文施行前，依抗告人提出之「刑事再審聲請狀」及「刑事再審陳報狀」行書面審理程序，而於108年12月10日以裁定駁回抗告人之再審聲請，並未開庭通知抗告人及其選任辯護人到場或聽取意見，致抗告人並無到庭陳述意見之機會，亦無從知悉審判長法官有應分案迴避的原因而據以聲請迴避，訴訟權的客觀制度性保障仍有不足。雖本件聲請再審案件的卷面載有審判長法官的姓名，原審法院外網也公告該院的司法事務分配及代理順序表，表列詳載該院全體庭長、法官的姓名、庭別、股別、合議審判的配置及代理股別的代理次序等完整資料，然抗告人因信賴原審法院的分案迴避機制，於原審行書面審理程序中，實無從期待抗告人另經由主動上網查詢比對或閱卷而知悉其原因，據以聲請法官迴避。為維護公平審判及裁判自縛性，不能由法官在救濟程序中，自己審查自己的判決，以防免預斷與成見，造成裁判不公或偏頗，參以原審法院的法官人數及配置，亦不至於因為參與原確定判決的法官迴避，即造成不足法定人數而不能合議審判，並無事實上的困難，為免不當侵害抗告人受憲法保障公平審判的權利，參與原確定判決的法官，允宜自行迴避本案再審聲請案件，以增進人民對於司法審判的信賴。從而，本件聲請再審案件的審判長法官，即為參與原確定判決的審判長法官，並未迴避，依前開說明，亦非允洽。

三、抗告意旨執此指摘原裁定不當，為有理由，應由本院將原裁定撤銷發回，由原審法院另組合議庭，並依上開增訂及修正後之再審程序，另為適法之裁定。

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 109 年 3 月 4 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官	吳	信	銘
法官	何	菁	莪
法官	林	英	志
法官	蔡	廣	昇

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 3 月 5 日

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 225 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 03 月 05 日

裁判案由：促進轉型正義條例

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第225號

抗 告 人 顧膺龍

上列抗告人因促進轉型正義條例案件，不服臺灣高等法院中華民國108年12月26日駁回上訴之裁定（108年度促轉上字第2 號；聲請案號：促進轉型正義委員會促轉司字第24號；相關案號：臺灣高等法院79年度上訴字第3593號；本院80年度台上字第616 號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、促進轉型正義條例（下稱促轉條例）第1 條第1 項開宗明義，揭示其立法目的係「為促進轉型正義及落實自由民主憲政秩序」；又依其第2 條第1 項、第2 項規定，主管機關為促進轉型正義委員會（下稱促轉會，隸屬行政院），為二級獨立機關，負責規劃「一開放政治檔案。二清除威權象徵、保存不義遺址。三平復司法不法、還原歷史真相，並促進社會和解。四不當黨產之處理及運用。五其他轉型正義事項。」其中關於平復司法不法部分，於第6 條第1 項規定：「威權統治時期，違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則所追訴或審判之刑事案件，應予重新調查，不適用國家安全法第九條規定，藉以平復司法不法、彰顯司法正義、導正法治及人權教育，並促進社會和解。」第3 項規定：「下列案件，如基於同一原因事實而受有罪判決者，該有罪判決暨其刑、保安處分及沒收之宣告，於本法施行之日均視為撤銷，並公告之：一依二二八事件處理及賠償條例、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例與戒嚴時期人民受損權利回復條例之規定，而獲得賠償、補償或回復受損權利之受難者。二前款以外之案件，經促轉會依職權或依當事人之聲請，認屬依本法應予平復司法不法之刑事有罪判決者。」第5 項規定：「第三項第二款之聲請人對於促轉會駁回聲請之處分不服者，自送達駁回處分後十日內，得以第一項之事由就該刑事有罪判決，向高等法院及其分院設立之專庭提起上訴。」可見

當事人就其在威權統治時期受司法「不法」審判之案件，可以依促轉條例聲請平復者，自「促進轉型正義」乙詞，顧名思義，即知係因攸關社會正義理念的舊時代法律思潮，已遭揚棄，演進轉變出新的法律思潮，例如德國納粹時期的優生絕育、同性戀處刑判決（見該條立法理由第3點），不合現代時宜，故當指具有還原歷史真相或促進社會和解，而富有政治性法意識型態的刑事案件。至於經普通（非軍事）法院審判之一般純粹、無政治色彩的犯罪刑案（例如非法吸金、違反銀行法，向認應受禁制，迄今未變），祇能依循再審或非常上訴途徑，尋求救濟，無該條例適用餘地。

又司法院依上揭條例第6條第7項授權、訂頒之「法院辦理促進轉型正義條例第六條救濟案件審理辦法」（下稱審理辦法）第5條規定，當事人依促轉條例聲請司法平復，經促轉會駁回，而有不服，雖可向管轄法院請求救濟，但應附具該駁回處分書及相關刑事有罪判決複本，並記載「符合促轉條例第6條第1項之具體理由」。其中所稱具體理由，因同辦法第2條明定，準用刑事訴訟法，而參照該法第361條第2項規定，係抽象、空泛的反面，從而，當指可以彰顯司法正義、導正法治及人權教育，並促進社會和解的事由，應具客觀性，且有立論基礎及具體顯現足以支持、依憑的證據，或發生的實際事情，而非單憑片面乏據的主觀意見或看法。倘其上訴狀表面上望似已敘述理由，但其實所言並不具體者，仍屬不符上訴之法定程式；或從形式上觀察，根本係一般純粹、無政治色彩、不符合促轉條例規定的刑事案件，自得逕為程序裁定駁回，不生應先命補正之問題。

二、原裁定意旨略以：

- (一)抗告人顧膺龍前因違反銀行法案件，經原法院以79年度上訴字第3593號判處罪刑，本院以80年度台上字第616號駁回上訴確定，抗告人向促轉會聲請平復，經促轉會以所調取之資料，無法認定追訴、審判有違自由民主憲政、公平審判原則，抗告人復未提出具體事證供判斷為由，駁回其聲請。
- (二)抗告人不服，依促轉條例第6條第5項規定向原法院請求救濟，其上訴狀雖依審理辦法第5條規定，附具促轉會駁回處分書、提起救濟之刑事有罪判決複本，然其上訴理由則空泛略載：依刑事訴訟法、本院判例，關於無罪推定原則、證據

裁判主義等旨，系爭刑事判決採信證人劉坤厚不實之證詞，逕認抗告人有違法吸收資金、存入當時根本不存在之抗告人「合作金庫帳戶」等情，而有採證違誤，且查證未盡之違法云云。經核無非係對系爭刑事判決關於事實認定、證據證明力判斷，重為爭執。

(三)抗告人既未依審理辦法第5條第3款規定，載敘其所謂之系爭刑事案件，如何符合促轉條例第6條第1項規定「威權統治時期，違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則所追訴或審判」應備之法定要件，則其提起上訴之程式，顯然違背上開形式規定，且屬不得補正，因認本件上訴，不合法律上之程式，予以裁定駁回。

經核於法並無違誤。

三、抗告人抗告意旨略謂：系爭刑事判決，就抗告人於民國78、79年間，是否有「合作金庫桃園支庫帳戶」？騰輝興業股份有限公司（下稱騰輝公司）桃園分公司在桃園市鎮○街00號房屋，究竟何人承租？均未詳查，逕行採信證人劉坤厚虛偽證詞，認定我就是騰輝公司桃園分公司執行長，所吸收的資金都存入我在合作金庫的帳戶，予以論罪處刑。事實上，我既是單純投資人，且於判決所指期間，根本沒有該帳戶，更與騰輝公司董事袁開明、朱亨喜、李得林等人互不相識；反而是劉坤厚與該3人關係非比尋常，他們才是公司的核心幹部；劉坤厚還曾跟我炫耀他所開的車子，是公司買給他的，亦就公司內情細節，甚為清楚，可見劉坤厚才是該分公司執行長，卻在偵查中否認此事，顯然是「藏在細節裡的魔鬼」。足認我的刑事案件在審訊時，存有重大疏失，造成冤案，自難謂符合公平審判原則云云。

四、本院查：

(一)經細閱抗告人檢附之系爭刑事判決書影本，載明：係依憑抗告人在第二審時，猶坦承擔任騰輝公司桃園分公司執行長，對外招募投資人；在調查單位調查中，就其如何經營「地下投資公司」，違法吸金，存入其名義之帳戶，違反行為時銀行法規定而犯罪各情，更直言無隱，並經共犯曾素秋證實，復據被害之投資人徐家喜、郝中心指認抗告人以厚利相邀入金，且有騰輝公司章程、合資憑證、帳冊、認購作業辦法等諸多非供述證據，足資佐證，乃認定抗告人確有「非銀行

不得經營收受存款業務」之違法行為，成立行為時銀行法第125條第2項、第1項違反銀行法罪（想像競合違反公司法罪，並與曾素秋、袁開明、朱亨喜、李得林為共同正犯），更敘明：抗告人既在第二審坦認自己原先在同屬違法吸金性質之「永逢機構」擔任業務員，嗣轉至騰輝公司，尚負責將騰輝公司原來的利息發放方式予以簡化、訂定等情，可見抗告人推稱劉坤厚才是騰輝公司桃園分公司負責人乙節，不足採信；況劉坤厚亦否認係該分公司之實際負責人。

(二)自形式上觀察，乃屬一般純粹、無政治色彩之犯罪刑案，難認有違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則而為審判之情事，不符合適用促轉條例規定可以平復之法定要件，且無從命其補正。

(三)抗告意旨置原裁定明白論敘之事項於不顧，徒憑己意，再事爭辯，應認其抗告為無理由，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 3 月 5 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官	洪	昌	宏
法官	李	錦	樑
法官	蔡	彩	貞
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 3 月 16 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 109 年台抗字第 263 號刑事裁定

裁判日期：民國 109 年 03 月 12 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例聲請再審

最高法院刑事裁定

109年度台抗字第263號

抗 告 人 莊宗霆

上列抗告人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108年12月23日駁回聲請再審之裁定（108年度聲再字第155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，得聲請再審；第1項第6款之新事實或新證據，指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據，刑事訴訟法第420條第1項第6款、第3項分別定有明文。準此，所謂「新事實」或「新證據」，須具有未判斷資料性之「新規性」，舉凡法院未經發現而不及調查斟酌，不論該事實或證據之成立或存在，係在判決確定之前或之後，就其實質之證據價值未曾予評價者而言。如受判決人提出之事實或證據，業經法院在審判程序中為調查、辯論，無論最終在原確定判決中本於自由心證論述其取捨判斷之理由；抑或捨棄不採卻未敘明其捨棄理由之情事，均非未及調查斟酌之情形。通過新規性之審查後，尚須審查證據之「顯著性」，此重在證據之證明力，由法院就該新事實或新證據，不論係單獨或與先前之證據綜合判斷，須使再審法院對原確定判決認定之事實產生合理懷疑，並認足以動搖原確定判決而為有利受判決人之蓋然性存在。而該等事實或證據是否足使再審法院合理相信足以動搖原有罪之確定判決，而開啟再審程式，當受客觀存在的經驗法則、論理法則所支配，並非聲請人任憑主觀、片面自作主張，就已完足。如聲請再審之理由僅係對原確定判決之認定事實再行爭辯，或對原確定判決採證認事職權之適法行使，任意指摘，或對法院依職權取捨證據持相異評價，縱法院審酌上開證據，仍無法動搖原

- 確定判決之結果者，亦不符合此條款所定提起再審之要件。
- 二、本件原裁定略以：(一)抗告人莊宗霆依刑事訴訟法第420 條第1項第6款規定，對於原審法院98年度上更(二)字第190 號確定判決（下稱原確定判決），聲請再審，並提出新事實、新證據：「鄭淑月、曾富煌對於抗告人當時交付毒品乙事均不知情」、「抗告人交付毒品之行為因鄭淑月為警攔查而中斷」、「曾富煌於案發當日向抗告人索討手機」、「曾富煌欲討回之手機」，得證明本案其所為應僅構成轉讓第一級毒品未遂罪云云。(二)惟查，抗告人所爭執之營利意圖、毒品已否交付、究係成立既遂或未遂、索討手機之主張等節，均經原確定判決理由予以斟酌審認（見原確定判決理由貳、二，第 7至17 頁），即非屬刑事訴訟法第420條第1項第6款所定「判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌」之新事實、新證據，抗告人執以聲請再審，自無理由。而聲請意旨其他敘述，係置原確定判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原確定判決指駁之陳詞再事爭辯，自不足以動搖原有罪確定判決，亦非聲請再審之正當理由。其再審之聲請為無理由，而予駁回。經核於法洵無不合。
- 三、抗告意旨略以：除其於原審聲請再審之前詞外，並謂：(一)本件應依新修正刑事訴訟法第429條之2規定予抗告人到庭陳述意見之機會。(二)曾富煌於警、偵之陳述前後不一、矛盾，與事實不符，原判決以此重大瑕疵之供述證據為抗告人有罪認定，有採證違法；且關於販毒價金，其並未收取，應屬未遂，原審未調查明確，亦有調查未盡之違法。又曾富煌、鄭淑月偵訊之證述，未經抗告人詰問，有違憲法第16條及司法院釋字第582 號解釋意旨。(三)毒品如黏於飲料下方，必有殘留膠黏物質或破壞袋子上之紋理，此可送鑑定查驗。此未有「膠布」之新證據、未黏於飲料「膠布」之新事實，足以證明抗告人並無販賣毒品之犯行。(四)原判決援引曾富煌向抗告人買過毒品，因老顧客而有贈送新臺幣500 元情事，認定抗告人有營利意圖，惟抗告人與曾富煌僅在藥頭處見過面，從未聯絡，請求調取抗告人之手機通聯紀錄，證明其等未曾通話，更遑論曾交易毒品云云。
- 四、按民國109年1月8日修正公布，同月10 日施行之刑事訴訟法增訂第429條之2前段規定，聲請再審之案件，除顯無必要者

外，應通知聲請人及其代理人到場，並聽取檢察官及受判決人之意見。其立法意旨係為釐清聲請再審是否合法及有無理由，故除顯無必要者外，如依聲請意旨，從形式上觀察，聲請顯有理由而應裁定開始再審；或顯無理由而應予駁回，例如提出之事實、證據，一望即知係在原確定判決審判中已提出之證據，經法院審酌後捨棄不採，而不具備新規性之實質要件，並無疑義者；或顯屬程序上不合法且無可補正，例如聲請已逾法定期間、非屬有權聲請再審之人、對尚未確定之判決為聲請、以撤回或法院認為無再審理由裁定駁回再審聲請之同一原因事實聲請再審等，其程序違背規定已明，而無需再予釐清，且無從命補正，當然無庸依上開規定通知到場聽取意見之必要，庶免徒然浪費有限之司法資源。反之，聲請再審是否合法、有無理由尚未明朗，非僅憑聲請意旨即可一目瞭然、明確判斷，例如是否為同一原因之事實仍待釐清；提出之事實、證據是否具有新規性容有疑義；或雖具備新規性，惟顯著性之審查，涉及證據資料之評價究否足以動搖原確定判決，或有無必要依刑事訴訟法第429條之3規定調查證據，以判斷應否為開始再審之裁定仍非明確等，除聲請人已陳明不願到場者外，均應通知聲請人及其代理人到場賦予陳述意見之機會，並聽取檢察官及受判決人之意見，俾供再審法院憑判之參考。從而究否應通知上揭人員到場，當因具體個案情形之不同而有別。

五、本件原確定判決已敘明曾富煌、鄭淑月之證詞如何堪予採信、毒品包裝袋及飲料何以未有膠布黏貼之痕跡、案發當日曾富煌如何確有借用鄭淑月之手機與抗告人聯絡之心證理由及憑據。原裁定亦詳予說明抗告人聲請再審所指諸事項並非新事實、新證據之理由。且曾富煌係抗告人同學曾啟鶴之父，曾富煌當日並向抗告人索討先前其向曾啟鶴借用之手機，抗告人顯與曾富煌熟識，雙方若需聯繫，當無僅憑藉抗告人之手機通話一途，難認有何調取其平日通聯紀錄之必要。抗告意旨並未具體指摘原裁定究竟有如何違法或不當之情形，或係以自己之說詞，對原確定判決已論斷說明及採證、認事之職權行使之事項，持相異評價，或於抗告程序中始另主張其他事實、證據，而為指摘，均非可採。另縱有如抗告意旨所指原確定判決認定既、未遂有違誤、採證違法、未予對質詰

問等節，亦屬得否提起非常上訴之判決有無違背法令之問題，與再審程序係就原確定判決認定事實是否錯誤之救濟制度無涉，自不得執此指摘原裁定有誤。應認本件抗告為無理由，予以駁回。又原裁定以抗告人提出所謂之新事實、新證據認不具備新規性，係與法定再審理由無涉之片面主張，皆不合於刑事訴訟法第420條第1項第6款再審要件，因認其聲請為無理由而裁定駁回，依前揭說明，顯無通知抗告人到場聽取其意見之必要。新增刑事訴訟法第429條之2之規定，於裁定結果尚無影響，併此敘明。

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 3 月 12 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 海 祥
法官 江 翠 萍
法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 109 年 3 月 17 日
書 記 官