

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、109 年度台上字第 3214 號.....	1
二、110 年度台上字第 4393 號.....	2
三、110 年度台上字第 5281 號.....	4
四、110 年度台非字第 13 號.....	4
五、110 年度台抗字第 489 號.....	8

裁判全文

109 年度台上字第 3214 號.....	10
110 年度台上字第 4393 號.....	26
110 年度台上字第 5281 號.....	38
110 年度台非字第 13 號.....	41
110 年度台抗字第 489 號.....	47

一、109 年度台上字第 3214 號（裁判書全文）

(一)按貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之圖利罪，既以公務員明知違背法令而圖得自己或其他私人不法利益為其構成要件，則本罪保護之法益已不再侷限於單純公務員身分暨其執行職務之公正性，及國民對於公務員公正執行職務之信賴性，而係兼及公務員職務執行之廉潔性，故要求公務員執行其主管或監督之事務必須合法、公正、不得圖自己或其他私人不法利益。又公務員於執行職務時，客觀上違背其所應遵守之禁止規範或命令規範，致違反相同事項應予相同處理之平等原則，其因而凸顯個別之特殊利益，既因公務員違背法令所致，該項所圖得之利益，其取得及保有即不具有正當法律權源，自均屬本款所規定之不法利益。

(二)本罪所規定含有抽象意涵之「利益」，係指一切足使圖利對象之本人或第三人其財產增加經濟價值者均屬之，包括現實財物及其他一切財產利益（包含有形、無形之財產利益及消極的應減少而未減少與積極增加之財產利益，或對該財物已取得執持占有之支配管領狀態者），且不以有對價關係及致其他損害之發生為必要。故該款所稱不法利益，只須公務員對於主管或監督事務，因其積極作為，或消極不作為，與不法圖得之自己或其他私人利益間，具有因果關係，即可成立。

(三)稱違章建築者，為建築法適用地區內，依法應申請當地主管建築機關之審查許可並發給執照方能建築，而擅自建築之建築物；違章建築查報人員遇有違反建築法規之新建、

增建、改建、修建情事時，應立即報告主管建築機關處理，並執行主管建築機關指定辦理之事項，違章建築處理辦法第 2 條、第 4 條第 1 項分別定有明文。又依同辦法第 5 條前段及第 6 條規定：直轄市、縣（市）主管建築機關，應於接到違章建築查報人員報告之日起 5 日內實施勘查，認定必須拆除者，應即拆除之；依規定應拆除之違章建築，不得准許緩拆或免拆。準此，如係未經取得執照之違章建築，除屬既存而無須立即拆除之舊有違章建築外，均應依規定予以查報，並由拆除單位拆除之。公務員對該等違章建築之查報、拆除並無裁量空間，若明知依相關法令應即予簽報，故意隱而不予查報，致該違章建築免遭拆除，得以繼續違法留存或用益，使原始起造人仍可繼續享有違章建築留存之整體用益，自屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款規定之不法利益。

(四)綜上，依相關法令應即查報、拆除之違章建築，因承辦公務員明知違背法令未予查報，而得以繼續違法留存，既違反平等原則而凸顯其特殊利益，且與公務員違背法令而未能公正執行職務有因果關係，則此種使原始起造人原應減少而未減少致可繼續享有違章建築留存之整體用益，即屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之不法利益。

參考法條：貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款。

〈大法庭案件〉

二、110 年度台上字第 4393 號（裁判書全文）

(一)刑罰有關投票行賄、受賄罪之規定，旨在防止賄賂或不正利益介入選舉，維護選舉之公平與純正，而採取預防性質

之規範措施，故選罷法第 99 條第 1 項、第 100 條第 1 項之投票行賄罪均規定只要向有投票權之人行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使者，犯罪即已成立，至於有投票權人日後是否為其投票權之不行使或一定行使，或因故喪失投票權而不能行使，皆非所問。依其立法本旨，行為人依據選舉結果已知其當選為議員或代表，而認知其具有正、副議長或正、副主席選舉之投票與候選資格，並預期於宣誓程序後即得為投票權之不行使或一定行使，則其本此因果歷程必然實現之認知與預期著手對其他當選人實行賄選行為，則於期約、收受賄賂之其他當選人因宣誓就職成為現實之有投票權人而完成犯罪時，基於對向犯之犯罪性質，行為人自亦成立期約、交付賄賂罪，不因事後行為人因知悉檢調偵辦故不予宣誓就職，或因受羈押致不及宣誓就職而有所影響。

(二)本件原判決說明林○山於當選區民代表後，已預期其經宣誓程序後即得參與代表會正、副主席之選舉，進而本於此認知與預期，與具有犯意聯絡之呂○雄對朱○益為期約賄賂，則於朱○益宣誓就職而為現實之有投票權人時，林○山已該當選罷法第 100 條第 1 項之期約賄賂罪，嗣後縱因其遭逮捕、羈押而無法如期宣誓就職，亦無從解免其犯意等旨，因而認原審辯護人所辯林○山並未宣誓就職即不該當期約賄賂罪云云為不可採，即無林○山上訴理由所指判決違背法令之情事。是林○山之上訴理由，並未依據卷內整體資料而為具體指摘，尚非適法之上訴第三審之理由。

參考法條：公職人員選舉罷免法第 99 條第 1 項、第 100 條第 1 項。

三、110 年度台上字第 5281 號（裁判書全文）

所謂「測謊」係利用人類無法抑制之自主神經系統之情緒反應與生理變化，加以記錄解讀，以辨明受測人語言活動之真假。惟測謊儀器畢竟只能記錄生理反應，不能夠透視人心，僅能間接研判人之「行為」之有無，且施測要件相當嚴格。至於人之主觀認知、意識、動機、注意、理解等內在思想，即無從經由測謊鑑定來呈現；且縱係對於人之「行為」進行測謊，其研判結果亦不若其他科學證據（如血跡、尿液、毛髮、指紋、藥物、筆跡、聲紋、彈道等鑑定）具備「再現性」與「普遍認同」，基於測謊鑑定之準確或可靠與否有其無法避免之侷限性，一般僅用於犯罪偵查、性侵害犯假釋與監控（參見性侵害犯罪防治法第 20 條第 3 項第 6 款）、特定機關人員安全查核為主，於審判中至多僅能作為補強之間接證據。

參考法條：刑事訴訟法第 155 條。

四、110 年度台非字第 13 號（裁判書全文）

(一)刑事訴訟乃針對被告具體行為，在彈劾主義訴訟制度下，經公（自）訴權之行使，於訴訟條件完備之情況下，由法院為實體之審判，以確認並實現國家刑罰權存否及範圍之程序。案經起訴由法院審判之結果，雖認定被告有被訴之行為，然倘其行為時之法律並無處罰明文，即非犯罪，亦即確認國家對被告之刑罰權自始不存在者，法院應以「行為不罰」為由，依刑事訴訟法第 301 條第 1 項規定諭知無罪之判決；倘被告行為時之法律原有處罰明文，但因「犯

罪後之法律已廢止其刑罰」者，由於國家刑罰權在被告犯罪後既已被廢止而不再存在，則經由刑事訴訟確定並實現國家刑罰權之程序即無進行之必要，起訴權因此失所依附而歸於消滅，法院自不得為實體之審判，而應依同法第 302 條第 4 款規定諭知免訴之判決。是被告被訴行為之所以不受刑事處罰，或係因行為時本無刑事處罰之法律明文，依刑法第 1 條前段關於罪刑法定主義即「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」之規定使然，故而自始不予處罰；或係因行為雖屬犯罪，惟因犯罪後之法律已廢止其刑罰，故而事後不予處罰。兩者從是否科予刑罰之結果而言，固無區別，然其原因事例、判決本旨及理由依據殊異。

- (二)由立法院制定通過且經總統公布之既存法律，其規範效力之變動或喪失，常例係經立法院修正或廢止相關法律規定並經總統公布而生效，在特例之情況下，則依司法院所公布大法官解釋憲法之意旨定之。司法院大法官解釋憲法而宣告刑事確定判決所依據之刑罰法律違憲，對於聲請人聲請解釋之原因案件，例外具有溯及之效力，聲請人受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由。茲釋字第 791 號解釋宣告刑法第 239 條通（相）姦罪刑之規定違憲，應自解釋公布日起失效，則被宣告違憲之刑罰法律，等同於經立法院廢止，其對聲請人據以聲請解釋之原因案件具有溯及之效力，而得據為非常救濟之法制理由，無非根源於國家權力（司法權）之作用——廢止刑法第 239 條通（相）姦罪刑規定，並使其原則上僅向後發生之效力，例外溯及作用於上開原因案件。至於對聲請人不予論罪科

刑而有類同「行為不罰」之結果，僅係該刑罰法律經廢止後之反射狀態而已，並非聲請人行為時之法律原無處罰明文。

(三)釋字第 791 號解釋宣告刑法第 239 條通(相)姦罪刑規定，對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，係權衡現時生活價值觀念變遷之時代性所為之利益協調整合，此觀該解釋之理由書說明略以「隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主(包括性自主權)之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化」等旨，闡釋風移俗易，法與時轉，社會變遷導致規範調整更易之必要性即明。司法院大法官解釋宣告法律違憲失效，例外對聲請人據以聲請解釋之原因案件賦予溯及效力，目的無非係使該個案可利用現有訴訟程序以為非常救濟，寓有特別獎勵意味，以肯定其對維護憲法之貢獻。故關於刑法通(相)姦罪刑規定失效之回溯射程，苟能達該個案救濟目的即可，亦即以「犯罪後之法律已廢止其刑罰」為由，使該個案聲請人不受刑罰足矣，從而，應認上開規定失效之回溯射程及於該個案依非常救濟程序為裁判時，以兼顧個案救濟與法之安定性及公平性。倘認刑法通(相)姦罪刑規定之失效，應回溯至個案聲請人原因案件之行為時，甚至追溯至法律制定公布時自始無效，而以「行為不罰」為由，以使個案聲請人不受刑罰，則此不僅與 91 年 12 月 27 日公布而於個案聲請人原因案件行為時仍屬有效之司法院釋字第 554 號解釋意旨(即刑法通(相)姦罪刑之規定不違憲)互相牴觸，且與釋字第 791

號解釋係鑑於時代演進，馴致性自主權利與婚姻價值觀念改變，乃為規範調節之旨趣不符。況且，相較於僅釋字第 791 號解釋之聲請人，始得就其據以聲請之原因案件依該解釋意旨為非常之救濟，惟其他同經法院判處刑法通（相）姦罪刑確定之眾多受刑人，於該解釋公布前未對該刑罰法律合法聲請釋憲者並不與焉之差別而言，若謂釋字第 791 號解釋聲請人原因案件之通（相）姦行為不罰，殊非合理，據此可窺悉採「行為不罰」見解之論點，尚不具有規範體系之合理性。

(四) 刑事確定判決經最高檢察署檢察總長提起非常上訴，本院認該判決違背法令，以非常上訴為有理由，依法應予以撤銷，且該確定判決不利於被告而應另行改判時，本係代替原審法院根據原所認定之事實，依其判決時所應適用之法律而為判決。本件被告周○慰被訴妨害家庭案件，原論罪科刑確定判決所認定被告為有配偶之人與人通姦之事實，係該當行為時刑法第 239 條前段通姦罪構成要件之有責行為而屬犯罪，並非行為不罰，但由於刑法通姦罪刑之規定，嗣經釋字第 791 號解釋宣告違憲，應自該解釋公布日起失效，亦即廢止該罪刑規定，且對被告據以聲請解釋之本件原因案件具有溯及至原審法院為判決時之效力。茲既由本院代替原審法院而為判決，依前揭說明，自應以該原因案件有「犯罪後之法律已廢止其刑罰」之情形，依刑事訴訟法第 302 條第 4 款規定諭知免訴之判決。

參考法條：司法院釋字第 791 號解釋。

刑事訴訟法第 302 條第 4 款。

〈大法庭案件〉

五、110 年度台抗字第 489 號（裁判書全文）

- (一) 刑事訴訟程序之實施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴。是裁判確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免被告因同一行為而遭受重複審問處罰之危險，並確保裁判之終局性。此即一事不再理原則。
- (二) 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，進行充分而不過度之評價，透過重新裁量之刑罰填補受到侵害之社會規範秩序，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，為一種特別量刑過程。又定應執行刑之實體裁定，具有與科刑判決同一之效力。行為人所犯數罪，經裁判酌定其應執行刑確定時，即生實質之確定力。法院就行為人之同一犯罪所處之刑，如重複定刑，行為人顯有因同一行為而遭受雙重處罰之危險。關於定應執行刑之案件，自有一事不再理原則之適用。
- (三) 裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，有二裁判以上者，依第 51 條之規定，定其應執行之刑，刑法第 50 條第 1 項前段、第 53 條分別定有明文。又被告所犯數罪有二裁判以上時，其所犯各罪是否合於數罪併罰規定，應以各裁判中最初判決確定者為基準，凡在該裁判確定前所犯之各罪，均應依刑法第 50 條、第 51 條規定，定其應執行之刑。數罪併罰案件之實體裁判確定後，即生實質之確定力，除因增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪，或原定應執行刑之數罪中有部分犯罪，因非常上訴、再審程序而經撤銷改判，或有赦免、減刑等情形，致原裁判定

刑之基礎已經變動，或其他客觀上有責罰顯不相當之特殊情形，為維護極重要之公共利益，而有另定應執行刑之必要者外，法院應受原確定裁定實質確定力之拘束。已經定應執行刑確定之各罪，除上開例外情形外，法院再就該各罪之全部或部分重複定其應執行刑，前、後二裁定對於同一宣告刑重複定刑，行為人顯有因同一行為遭受雙重處罰之危險，自均屬違反一事不再理原則，不以定刑之各罪範圍全部相同者為限。

參考法條：刑法第 50 條、第 51 條。

刑事訴訟法第 477 條。

〈大法庭案件〉

裁判字號：最高法院 109 年度台上字第 3214 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 09 月 09 日

裁判案由：違反貪污治罪條例等罪

最高法院刑事判決

109年度台上字第3214號

上訴人 林韋鳴

選任辯護人 許博森律師

陳羿綦律師

葉雅婷律師

上訴人 洪高煌

選任辯護人 張世和律師

蕭仰歸律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109年3月31日第二審判決（107年度上訴字第768號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署104年度偵字第9838、10138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。又上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。至原判決究有無違法，與上訴是否以其違法為理由，則係二事。本件經原審審理結果，認上訴人林韋鳴、洪高煌（下稱上訴人等）分別有原判決事實欄所記載之犯行，均事證明確，因而撤銷第一審關於林韋鳴無罪部分之不當之判決，改判論處林韋鳴犯公務員對主管之事務圖利罪刑；另維持第一審論處洪高煌犯公務員登載不實罪刑之判決，駁回洪高煌在第二審之上訴。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之得心證理由。從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

二、上訴意旨略稱：

(一) 林韋鳴部分：

1. 依本院之見解，公務員違法圖利罪須其所圖者為不法利益，始屬該當。若未申領建築執照，擅行興建房屋，僅違背行政規定，該違章建築不能視為不法利益，縱應予簽報後依法定程序拆除而未予查報，該違章建築之存在既非不法利益，即無從認係圖他人不法利益而成立違法圖利罪。原判決認林韋鳴故意不為查報違建行為，使該違章建築起造人陳仲明獲得自民國94年6月間起至97年間無權占有國有土地之不法利益，而以原判決附表（下稱附表）貳編號一所示補償金之收取期間為準核計，與林韋鳴不為查報違建行為之期間不同，且原判決事實及理由欄所認林韋鳴未予查報拆除者為湯屋區、小市集、綠房餐廳，而附表貳編號一陳仲明無權占有國有土地部分，亦與林韋鳴未為查報違建範圍不一致，自有理由不備、理由矛盾及訴外裁判等違法。
2. 陳仲明僱工興建之單據、憑證均已扣押在卷，可具體統計核算興建成本暨折舊，惟原判決逕依「臺北市地價調查用建築改良物標準單價表」、「臺北市地價調查用建築改良物耐用年數及每年折舊率表」、「臺北市地價調查用全棟建築改良物之裝潢、設備及庭園設施等費用標準表」推估計算，與卷內證據未相契合，而有理由矛盾之違誤。
3. 原判決無視林韋鳴業務上直屬長官之證人即曾任臺北市政府都市發展局建築管理工程處（下稱建管處，於95年8月1日改隸屬臺北市政府都市發展局，機關全銜改為「臺北市建築管理處」，於101年2月16日更名為「臺北市建築管理工程處」，下同）違建查報隊第四分隊隊長王慧真、詹德棟，及分隊長傅瑞金於第一審所稱林韋鳴接獲民眾檢舉時，僅須就檢舉部分認定是否屬違建即可，毋庸主動巡查認定之證詞，竟將之引為林韋鳴須就其他建物主動查報之認定，且未於審判期日詢問林韋鳴及選任辯護人關於民眾檢舉違建查報案件是否須「主動查報」之見解，或詢問林韋鳴有無證據請求調查，復未說明認定依據，實有證據調查未盡及理由不備、理由矛盾之違誤。
4. 林韋鳴與盧國同均有就先建後拆之標的物不為查報之行為

，然原判決認盧國同對於景觀餐廳之部分，並無故意不為查報而圖利陳仲明，卻認林韋鳴對於湯屋部分須至現實地勘查違建物修建使用材質為何及有無增建、改建、加層、加高擴大建築面積之情形，其對於盧國同、林韋鳴之認定標準顯有歧異，有違經驗法則與論理法則。且關於湯屋區、生活小市集及綠房餐廳之查報部分，其所在位置經對照83年之相關空照圖、航測圖所顯影之位置均屬一致，則林韋鳴實難依此發現有何違建之存在，是依一般違建查報作業程序，林韋鳴並無縱放違章建築不予查報之行為，其縱有失當，亦無明知違背法令而圖利他人之犯意，原判決為此認定，自有理由矛盾之違法。

5. 原判決雖認本件貴子坑鄉村俱樂部內相關湯屋區、生活小市集及綠房餐廳之違章建物已於79年7月12日查報拆除，惟卷內並無此等證據，所援引之相關卷證僅有勒令停工拆除通知單，未見拆除結果紀錄，且該違章建物並未經拆除報結完成，則對照相關違章建物83年空照圖可見當時既已存在，並存續至86年間，均未遭到拆除，原判決認係拆除重建之違建，亦有判決不憑證據之違法。
6. 原判決未說明林韋鳴主動查報違建物之法源依據，亦未指明何以認定林韋鳴具有違背法令之直接故意，且因管轄區域甚廣，而貴子坑鄉村俱樂部位處水土保持法規範之山坡地，既存違章建物與新違章建物夾雜，況依違章建築處理之相關法令規範個案情況不同，尚非所有違章建物均有查報拆除或即時強制拆除之必要。原判決未詳為區分即認定林韋鳴未主動查報附表壹所示之違章建物，而有違背法令之直接故意，有理由不備之違法。

(二) 洪高煌部分：

1. 建管處查報隊第四分隊助理工程員盧國同於98年間經至貴子坑鄉村俱樂部進行勘查後，雖查報景觀餐廳2樓頂部分建築等均為新增違建，惟經陳仲明提出陳情而擇期至現場勘查開啟天花板，經盧國同及其長官詹德棟確認天花板內部確係舊有支架無誤，故盧國同於99年3月18日簽呈所載查報「2樓新增壁體」之違建範圍，應僅指該樓四周玻璃帷幕及廁所圍牆，並無原判決書事實欄所認定須達此違建已拆除至破壞、截斷主要樑柱或主要結構至少喪失使用功

能之不堪使用程度方能辦理結案，且建管處於108年7月 1日函文亦為相同認定。原判決之認定實屬錯誤，亦未敘明理由，顯有理由不備之違法。

2. 洪高煌於101年1月2日至貴子坑鄉村俱樂部景觀餐廳2樓頂，確認陳仲明已自行將新增壁體即四周玻璃帷幕及廁所圍牆拆除，方在其職務上所掌管製作之「臺北市建築管理處違建處理科拆除違章建築結案報告單」上之「處理情形」欄勾選「其他」並註記「其他：依查報隊99.3.18 前簽辦理結案」、「執行拆除類別」欄勾選「違建戶自行拆除」等紀錄，核與事實相符，原判決論處洪高煌罪刑，自有適用法則不當之違誤。
3. 依起訴書犯罪事實欄二、(四)之記載，檢察官有起訴洪高煌涉犯公務員登載不實公文書及其行使罪、貪污治罪條例第6條第1項第4款違法圖利罪等，然證據及所犯法條欄，就洪高煌被訴行使公務員登載不實公文書之事實部分，僅記載犯刑法第213條公務員登載不實罪嫌。惟起訴書犯罪事實欄既已載明洪高煌於拆除違章建築結案報告單上登載不實，並送請長官核定而有行使該登載不實公文書之事實，則該部分事實應認已經起訴。而第一審僅論以刑法第213條之公務員登載不實公文書罪，就檢察官以實質上一罪或裁判上一罪關係起訴之「行使」公務員登載不實公文書漏未判決，原判決就此部分仍予維持，顯有已受請求之事項未予判決，及不適用法則、適用法則不當暨理由不備之違法。嗣原判決就洪高煌經起訴之刑法第213條公務員登載不實公文書部分，另論處刑法第216條之行使公務員登載不實公文書罪，除與第一審論處之罪名不同外，於原審審判程序並未依刑事訴訟法第95條第1項第1款規定告知刑法第216條行使罪名，此部分踐行之訴訟程序亦難謂適法。
4. 原審係透過感官知覺之運用，觀察結案報告單所粘貼之違建拆除現場照片、洪高煌經手之其他違建拆除案現場照片所呈現之外觀情狀，依其認知判斷作為調查證據方法，然未製作勘驗筆錄，復未於審判期日踐行合法調查程序，逕於判決敘明其查驗結果，並採為認定洪高煌犯罪事實之基礎，據此指駁洪高煌否認犯罪之辯解非可採信，有應於審

判期日調查之證據未予調查及採證不符法定程式之違法。

5. 原判決採納建管處106年3月28日函及所附之業務職掌表、臺北市府都市發展局98年8月12日函、違建查報隊99年3月18日便箋、拆除違章建築結案報告單、違建拆除現場照片貼粘頁、貴子坑鄉村俱樂部99年8月6日函所檢送之鑑定證明書、既存違建結構評估檢核表、景觀餐廳位置圖與現況照片、景觀餐廳相關照片，及洪高煌所提出其曾經手之相關拆除違章建築結案資料暨其所承辦查報違建拆除前後紀錄等書證，作為論處洪高煌罪刑之依據，惟就何者係屬於書面陳述之供述證據而有傳聞法則及其例外規定之適用，何者係以文書物質外觀之存在作為待證事實之證明而為物證之一種，未予調查、審認及說明，理由尚欠完備，而有適用證據法則不當之違誤。
6. 原判決以洪高煌自承知悉本件違章建築應拆除範圍係景觀餐廳頂樓四周之壁體部分，卻在其職務上所掌管製作之拆除違章建築結案報告單上之「處理情形」欄勾選「其他」，並註記：「依查報隊99.3.18 前簽辦理結案」等不實內容，併將無法辨別拆除前後之在貴子坑鄉村俱樂部景觀餐廳2樓頂違建部分之照片粘貼在結案報告單以為混充，認其有本件犯行。然關於拍照方式亦可能出於洪高煌之過失或處事輕忽、不當所致，不足證明其製作結案報告單時，有故為登載不實之直接故意。原判決就洪高煌涉犯刑法第213條公務員公文書登載不實罪之主觀構成要件事實即登載不實之直接故意，僅以未達通常一般人均不致有合理懷疑、且不足以供證明之證據資料為證，有認定事實不憑證據及理由不備等違誤。
7. 原判決採納陳仲明於第一審之證述，惟其理由又認其證述內容前後不一而難以驟信，並執之說明陳仲明之第一審證述，不足作為判斷之依據，顯見其理由記載前後牴觸，亦有理由矛盾之違法。

三、本件關於林韋鳴爭執違章建築依相關法令應即予查報、拆除，卻故不依法簽報，致仍得繼續保有該違章建築之整體用益狀態，是否即為貪污治罪條例第6條第1項第4款所規定之圖其他私人不法利益？此一法律爭議，本院先前裁判有歧異之見解，經依徵詢程序，向本院其他各刑事庭徵詢後，仍有不

同之見解，乃以109 年度台上大字第3214號裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一法律見解。經刑事大法庭於110年9月1日以109年度台上大字第3214號裁定認為：(一)按貪污治罪條例第6條第1項第4 款所規定之圖利罪，既以公務員明知違背法令而圖得自己或其他私人不法利益為其構成要件，則本罪保護之法益已不再侷限於單純公務員身分暨其執行職務之公正性，及國民對於公務員公正執行職務之信賴性，而係兼及公務員職務執行之廉潔性，故要求公務員執行其主管或監督之事務必須合法、公正、不得圖自己或其他私人不法利益。又公務員於執行職務時，客觀上違背其所應遵守之禁止規範或命令規範，致違反相同事項應予相同處理之平等原則，其因而凸顯個別之特殊利益，既因公務員違背法令所致，該項所圖得之利益，其取得及保有即不具有正當法律權源，自均屬本款所規定之不法利益。(二)本罪所規定含有抽象意涵之「利益」，係指一切足使圖利對象之本人或第三人其財產增加經濟價值者均屬之，包括現實財物及其他一切財產利益（包含有形、無形之財產利益及消極的應減少而未減少與積極增加之財產利益，或對該財物已取得執持占有之支配管領狀態者），且不以有對價關係及致其他損害之發生為必要。故該款所稱不法利益，只須公務員對於主管或監督事務，因其積極作為，或消極不作為，與不法圖得之自己或其他私人利益間，具有因果關係，即可成立。(三)稱違章建築者，為建築法適用地區內，依法應申請當地主管建築機關之審查許可並發給執照方能建築，而擅自建築之建築物；違章建築查報人員遇有違反建築法規之新建、增建、改建、修建情事時，應立即報告主管建築機關處理，並執行主管建築機關指定辦理之事項，違章建築處理辦法第2條、第4條第1 項分別定有明文。又依同辦法第5條前段及第6條規定：直轄市、縣（市）主管建築機關，應於接到違章建築查報人員報告之日起5 日內實施勘查，認定必須拆除者，應即拆除之；依規定應拆除之違章建築，不得准許緩拆或免拆。準此，如係未經取得執照之違章建築，除屬既存而無須立即拆除之舊有違章建築外，均應依規定予以查報，並由拆除單位拆除之。公務員對該等違章建築之查報、拆除並無裁量空間，若明知依相關法令應即予簽報，故意隱而不予查報，致該違章建築免遭拆除，得

以繼續違法留存或用益，使原始起造人仍可繼續享有違章建築留存之整體用益，自屬貪污治罪條例第6條第1項第4款規定之不法利益。(四)綜上，依相關法令應即查報、拆除之違章建築，因承辦公務員明知違背法令未予查報，而得以繼續違法留存，既違反平等原則而凸顯其特殊利益，且與公務員違背法令而未能公正執行職務有因果關係，則此種使原始起造人原應減少而未減少致可繼續享有違章建築留存之整體用益，即屬貪污治罪條例第6條第1項第4款所規定之不法利益等旨。已就本件前揭擬採為裁判基礎之法律見解部分予以統一。則本庭就本件此部分採為裁判基礎之法律見解，依法院組織法第51條之10規定，自應受刑事大法庭上開裁定見解之拘束。

四、刑事訴訟之上訴制度，其允許受不利益判決之被告得為上訴，乃在許其為自己之利益，請求上級法院救濟而設，故被告不得為自己之不利益而提起上訴。原判決對洪高煌本件犯行，雖於理由欄記載核其所為係犯刑法第213條、第216條之行使公務員明知不實事項登載於職務上所掌公文書罪公務員登載不實罪，其於所掌公文書登載不實之事項後復持以行使，其登載不實之低度行為，應為行使之高度行為所吸收，不另論罪（見原判決第54頁第10至14行）；然稽之本件檢察官起訴書係記載洪高煌明知盧國同於98年間查報之景觀餐廳頂樓違建未實際拆除，基於公文書登載不實之犯意，在101年1月2日拆除違章建築結案報告單上不實登載該處違建已由貴子坑公司陳仲明自行拆除等情，認洪高煌所犯法條為刑法第213條之公務員登載不實罪嫌（見起訴書第8、55、56頁）；而第一審乃據以認定洪高煌所為公務員登載不實之犯行事證明確，適用刑法第213條規定論處，並審酌其身為職司執行拆除之公務人員，未能堅守立場而製作不實公文書，及犯後態度、目的、手段、家庭狀況等一切情狀，量處有期徒刑1年6月。原審亦以第一審認事用法並無違誤，量刑亦稱妥適，洪高煌上訴意旨仍執陳詞否認此部分犯罪，並無理由，而予駁回等旨（見原判決第83、84頁）。原判決係維持第一審依起訴書記載事實及其所犯法條，論處洪高煌係犯低度行為之公務員登載不實罪名，且未及於高度之行使部分，所為論斷，於犯罪事實、罪數及罪質上，均對洪高煌有利。且其既未撤

銷第一審所論低度行為之偽造罪名，而改判論處高度行為之行使罪名，縱未告知所未論罪之刑法第216 條罪名，就本件判決論罪刑度之結果及防禦權行使亦不生影響。洪高煌上訴意旨3. 猶執此指摘原判決有漏未判決，及不適用法則、適用法則不當暨理由不備等違法云云，要與被告應為自己利益請求救濟之上訴制度本旨相違，殊非合法。

五、刑事訴訟法第159條之5立法意旨，在於確認當事人對於傳聞證據有處分權，同意或擬制同意傳聞證據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，如法院認為適當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第159條之1至第159條之4所定情形，均容許作為證據，不以未具備刑事訴訟法第159條之1至第159條之4 所定情形為前提。又法院於審認各該傳聞證據並無類如立法理由所指欠缺適當性之情形，且認為適當時，因無損於被告訴訟防禦權，於判決理由內僅須說明其審查之總括結論即可，要無就各該傳聞證據製作當時之過程、內容、功能等，逐一說明如何審酌之必要。原判決於理由欄壹、一、已分別就供述及非供述證據，說明並無證據證明公務員有違背法定程序取得，且經上訴人等及選任辯護人均表示無意見而不爭執證據力，經審酌該等證據資料製作時之情況，亦無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，認作為證據應屬適當，各依刑事訴訟法第158條之4及第159條之5等規定，均有證據能力之旨（見原判決第7、8頁），已對洪高煌及其選任辯護人不爭執適當性之相關供述證據部分，予以審酌案內傳聞證據作成時之情況，敘明其審查並無欠缺適當性情事之結論。原判決對於採為判斷依據之得為證據之傳聞例外，其說明究係詳盡或簡略，並無損於其得為證據性質之認定。洪高煌上訴意旨5. 以原判決就各項證據資料，如何有證據能力及其例外而得作為證據，並未為詳細審認、說明，有違背證據法則等語，自非上訴第三審之合法理由。

六、按審判長應將證物提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認。前項證物如係文書而被告不解其意義者，應告以要旨，刑事訴訟法第164 條定有明文。是證物如兼具以其內容之表示為證據時，即同有文書之性質應提示並告以要旨。而提示該等物證時，其提示並告以要旨之過程本身，即係令受提示人對該提示物透過其感官、知覺來知曉、理解或辨識

提示物之物理性質、狀態、形貌、表徵或顯示內涵之一種調查方法，本質上自屬勘驗之調查手段，學理上即稱之為「略式勘驗」，故可將之歸類為勘驗之法定證據方法。是除使當事人或訴訟關係人就該「物證存在」及「物證同一性」之事實及其真正得以理解辨識外，法院踐行此種法定調查程序後，採為認定被告有罪之基礎，核與證據法則尚無違背。本件就洪高煌之相關結案報告單所黏貼之違建拆除現場照片及其他違建拆除個案現場照片，或為洪高煌所親自拍攝黏貼，或為其所提出以供辯解，洪高煌對原審於審判期日經審判長逐一提示並告以要旨此等照片時，並未就其真實性及同一性，表示有何不同而加以爭執（見原審卷二第281至283頁）。既達如同一般勘驗之實質效果，且足使當事人、辯護人等理解為對此證據實施調查結果，即不影響被告防禦權利及判決結果，縱未併予製作勘驗筆錄，其於踐行相關法定調查程序後，採為認定被告有罪之基礎，亦無違法。且卷查，洪高煌經審判長詢以「尚有何證據請求調查？」時，亦僅聲請傳喚盧國同為證，並未就此部分聲請再予進行勘驗，其餘則無其他表示，嗣並就調查證據之結果，為事實及法律上之辯論（見原審卷二第304、316至325頁）。是原審就該照片查驗結果，於理由就洪高煌係如何刻意自該俱樂部大門前由下往上拍照，致完全無法拍攝得景觀餐廳2樓頂違建情形，併將該照片粘貼在結案報告單所附之違建拆除現場照片貼粘頁上以為混充，表示所查報景觀餐廳2樓頂新增壁體部分已由違建戶自行拆除等不實內容，並參酌卷內其他相關證據，所憑以論斷之心證形成過程，既予詳為說明，自屬法院對於證據證明力之形成及取捨之判斷，而為原審採證、認事職權之適法行使範疇。洪高煌上訴意旨4.執此指摘違法，並非適法之第三審上訴理由。

- 七、證據之取捨與事實之認定，為事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，且已敘述其何以為此判斷之理由者，即不容漫指為違法，據為適法之第三審上訴理由。而法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得之直接、間接證據，本於合適的推理作用予以判斷，亦為法之所許。原判決依憑調查證據之結果並綜合卷內證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人等有其事實欄所

記載之犯行，對於上訴人等在原審所為否認犯罪之辯解如何不足採，並已依據相關證據逐一指駁，所為論斷及說明，俱有相關證據在卷可資佐證，且於理由壹、二、(一)、(二)分別就上訴人等如何成立本件犯罪予以說明：

(一)林韋鳴部分：

1. 建築物如未合法取得建築執照者即建築者，即屬違建物，僅在執行查報拆除程序上，區分84年之前或之後的違建物，縱然違建物屬於84年之前即已存在的既有違建物，並非一律准許進行修繕、修建，如有拆除重建，或對於該違建物所進行修繕、修建時不符前述臺北市違章建築處理要點及臺北市政府都市發展局違章建築勘查認定查報作業規定所規定之修建或修繕者，均需依規定查報拆除，並不得僅拍照存查方式辦理。本件附表壹所載主要違建物即湯屋區之湯屋、生活小市集、綠房餐廳等違建物，依臺北市政府都市發展局先後之104年4月24日、同年5月7日函均已認定上述違建物為新違建而應予查報。而違建查報人員進行勘查違建查報事宜，除由民眾檢舉外，並有依職權自動巡查，主動發現違建情狀後進行查報之責，亦據證人王慧真、詹德棟及傅瑞金證述明確。故如因一般民眾檢舉違建案件，查報人員至所檢舉違建現場勘查時，亦應依職權對於其在現場所見之所有違建均依法進行勘查確認是否屬新違建，林韋鳴辯稱其前往貴子坑鄉村俱樂部勘查時，因民眾所檢舉內容並未稱「生活小市集」及「綠房餐廳」等違建物有違建情形，故不在其查報違建勘查範圍並不足採信。
2. 陳仲明於96年6月間起至97年底間，陸續就附表壹所示湯屋區部分拆除後重建改用以H型鋼及磚造、水泥所建築違建物，而湯屋區旁之違建物「生活小市集」原為1層磚造建物，則利用H型鋼進行改建為2層樓式之違建物，及在游泳池旁利用輕鋼架增建並加層為2層樓之綠房餐廳等違建物，然林韋鳴於94年7月6日至97年9月任職查報隊期間，就民眾先後多次檢舉貴子坑鄉村俱樂部多處違建，僅查報其中施工中5間湯屋、游泳池上方增建頂棚及周圍樑柱、景觀餐廳暨高爾夫球擊球區2樓架設之棚架，對其他相關違建物均未拍照、說明是否屬於既存違建、有無拆後重建，如有進行修繕、修建而予查報。且本件縱有違建物以先建後拆方式進行而與一

般建築先拆後建之情形不同，或所重建之違建物外型、大小等均與原違建物範圍大致相符，但查報人員除得依據空照圖判斷是否為既存違建物外，併應實地勘查違建物修建所使用之建材是否為永久性材質、有否增建、改建、加層、加高擴大建築面積之情形，實地查悉上情顯無困難，是上情亦不足為有利於林韋鳴之認定。況依相關證人即現場施工人員陳進昌、王崑地及楊宗隆之證述，並參酌相關估價單、報價單與帳目等紀錄資料，可知原既存違建湯屋區之湯屋、湯屋旁的「生活小市集」，及游泳池上方「綠房餐廳」部分均經陳仲明分別重建及修繕、修建，而湯屋區係在原違建所在處先搭建H型鋼後，再將原來違建貨櫃鐵皮屋拆除後重建，雖與傳統先拆除後建之順序不同，但仍屬拆後重建之違建物，「生活小市集」則在原地利用永久性建材進行改建成2層樓建物，游泳池上方綠房餐廳則使用永久性建材鋼筋混凝土及H型鋼進行補強，並加高、增建，是據臺北市違章建築處理要點規定，貴子坑鄉村俱樂部該等違章建物分別屬於拆後重建及不符該要點中之第26、27點規定既存違建准許修繕之情形，而均應依法查報拆除。

3. 依林韋鳴自陳其查報是否為新違建之判斷方式，須調閱林務局83年航測圖、空照圖，建管處建築執照地籍套繪圖、臺北市政府地理資訊e點通地形圖、查報建築管理資訊系統查報資料，及至現場勘查拍照之現況相片等資料進行比對，如果是84年1月1日後之新違建須製作違建取締函通知當事人、拆除隊進行拆除事宜，與傅瑞金所證相符。可徵林韋鳴對於違章建築之認知、種類、應調閱如何資料以為判斷是否為新違建，具有充分專業智識與判斷能力。則據林韋鳴所陳其調閱有關貴子坑鄉村俱樂部曾於79年及88年間經臺北市政府查報違章建築之相關資料、83年航測圖、空照圖，及臺北市政府地理資訊e點通地形圖，可認貴子坑鄉村俱樂部內所有違章建物湯屋區、生活小市集及綠房餐廳等原違章建物坐落處，均於79年7月12日遭查報拆除，期間又經重新建築違建，而於86年間又在湯屋區查報違章拆除，從83年航照圖及91年地形圖均有顯影，及紀錄違建物外型、材質，在陳仲明接手經營貴子坑鄉村俱樂部後，即於94年6月間起有陸續修繕情形，甚至於95年間大興土木，在原違建處或拆除重建，或有將

原違建物增建、加層、加高等擴建情形，並有用永久性材質進行修繕、修建，因此民眾多次檢舉貴子坑鄉村俱樂部正大興土木進行違建，且經林韋鳴於95年間密集於每月多次前往進行違建勘查，然僅查報5間湯屋、景觀餐廳上方前方棚架、磚牆、泳池上方棚架外，就緊鄰湯屋區旁的生活小市集、緊接泳池上方之綠房餐廳等違章建物，則未予查報，以其前往多次勘查確認及具有專業判斷、識別違建之能力、經驗，就業者於該段期間大興土木，竟仍不知該處就上開違建物進行拆除重建、修繕、改建，並使用永久性材質進行修繕及增高、加層及擴大之情形，益徵其辯稱違建物湯屋區依83年空照圖有顯影而無法判斷實難採信。林韋鳴明知臺北市違章建築管理要點第5、26、27、29點及臺北市政府工務局違章建築勘查認定查報作業規定第3點第2、3、5目規定，對於84年1月1日之後所建之新違建，或違建物有拆後重建、既存違建物所進行修繕修建有增高、擴大、加層及使用永久性材質之情形均應加以查報拆除，其既已調閱空照圖、地形圖、歷年違建查報資料，並至現場勘查就違建物現況，使用材質、外觀所呈現已有明顯增高、加大、加層等擴建情形，逕僅就湯屋部分拍照並存證，後續並無任何繼續勘查行為，及就生活小市集、綠房餐廳部分從未曾進行查報或勘查，而使業者陳仲明得以獲得其具有事實上處分權之違建物均未遭查報拆除，而獲得免以遭拆除之不法利益，並無權占用國有土地，自有圖利陳仲明之故意，而屬對於主管事務明知違背法令之圖利行為。

4. 本案因林韋鳴就附表壹所示違建物故意不為查報行為，使陳仲明其中部分違建物占用附表壹所示國有土地之不法利益部分，依證人即財政部國有財產局北區分署管理科科长之沈嫻嫻證述，及該署104年5月18日函之收取補償金細目，係按相當不當得利之使用補償金，而如附表貳編號一所示之金額為新臺幣（下同）61萬8567元；另因故意不查報附表壹所示違建物，圖利業者陳仲明，使其得以因不查報而免予拆除，而保有附表壹所示各違建物所獲得不法利益部分，依該違建物興建年份、所使用建材材質、第1層或第2層、折舊等進行估算其價值，又據「臺北市地價調查用建築改良物標準單價表」、「臺北市地價調查用建築改良物耐用年數及每年折舊率

表」及「臺北市地價調查用全棟建築改良物之裝潢、設備及庭園設施等費用標準表」之標準，以最有利林韋鳴計算認定之，是依此計算如附表貳編號二所示林韋鳴因圖利陳仲明未查報拆除之湯屋、生活小市集、綠房餐廳等違建物價值部分，共計403萬366元。因認林韋鳴對主管之事務，明知違背「臺北市違章建築處理要點」第5、26、27及29點規定並違反臺北市政府工務局違章建築勘查認定查報作業規定第3點第2、5目等規定，故意不為查報附表壹所示違建物，圖使陳仲明得以無權占用附表壹所示國有土地，及因未查報違建物而未拆除而獲得保有該違建物之不法利益犯行事證明確，應予依法論科等旨（見原判決第8至43頁）。

經核以上關於林韋鳴部分，原判決已說明林韋鳴就民眾檢舉坐落屬其負責轄區內有利用新增建之違章建築物經營俱樂部，其依職責至現場勘查後，明知如附表壹所示違建物部分，係屬應依臺北市違章建築處理要點規定予以查報之違建，並無不予簽報之裁量空間，竟未依法予以簽報，致未能續行相關程序並執行拆除，使原始起造人陳仲明繼續保有該違章建築及在所坐落土地之整體留存用益狀態乙節，係本諸事實審推論作用之所為之證據取捨及判斷，其採證認事並未違背證據法則，所為論斷，亦與卷內資料相符；又何以盧國同亦僅查報貴子坑鄉村俱樂部景觀餐廳2樓頂部分，其與林韋鳴情形類同，卻可獲無罪判決，原判決就此亦予敘明：據現場負責施作鋼構部分之證人證述，陳仲明利用在原舊違建處重新搭建鋼構建材之景觀餐廳，施作方式顯與一般先行拆除舊建築物，再行搭建新建築之方式不同，而是在先將相關鋼材、樑柱搭建好之後再陸續將原來舊建築之建材拆卸，顯有故意避免遭發現重新建築之情形，且依林韋鳴歷次查報資料所載及勘查之違建物部分，已與盧國同於98年7月29日、8月6日前往該處勘查時之情狀不同，故盧國同依林韋鳴已勘查在先之查報資料，而據以認定僅該2樓頂加蓋部分屬違建與查報該部分，與林韋鳴就景觀餐廳頂樓所搭鐵架等違建物，多次前往該處察看後，仍刻意僅拍照表示已查報拆除無復建，景觀餐廳部分則稱為既存違建之方式拍照後辦理結案，對於其他主要違建物均未曾拍照或勘查之情形，自有不同。另關於違建之巡查有無應本於主動查報部分，既經原審調查明確，

並詳予敘明其所憑之依據，自屬原審採證之適法職權行使。且林韋鳴於原審審判期日，經審判長詢以「尚有何證據請求調查？」時，並未就民眾檢舉違建查報案件是否須「主動查報」部分聲請再予調查（見原審卷二第304頁），則原審關於此部分未予調查，本無違法可指。而對於林韋鳴所圖得陳仲明之不法利益金額，原判決亦已載敘係採取最有利之方式計算，並於附表貳編號一、二、區分無權占有國有土地及獲得免予被查報拆除違建物之不法利益，稽之與附表壹所示違建物坐落土地範圍，尚難認有何違誤。是原判決就其所確認之事實及調查證據之結果，依98年4月22日修正之現行貪污治罪條例第6條第1項第4款規定論處公務員違法圖利罪刑。核與本院大法庭裁定所揭之旨無違，並無適用法則錯誤之違法。林韋鳴上訴意旨置原判決已明白論斷之事項於不顧，猶執陳詞重為單純事實之爭執，或就屬原審採證、認事職權之適法行使，任為指摘有悖於經驗法則、論理法則及理由矛盾等，均非適法之第三審上訴理由。

(二)洪高煌部分：

本件依查報隊所查報貴子坑鄉村俱樂部景觀餐廳2樓頂全部均為新增違建，而就其新增壁體部分仍依規定認為係新增違建而應予拆除。洪高煌既早於79年間起迄本案事發長達約20年期間均擔任拆除隊小隊長，需親自執行違建拆除之公務，且已自承知悉該處之拆除範圍係指景觀餐廳頂樓四周之壁體，則如已確認該處所查報應拆除之違章建築部分已由業者自行破壞、截斷主要樑柱，或已拆除清空，或將主要結構拆除至喪失建物使用功能之不堪使用結果，符合「確實已達無法使用」之結案標準，自應在現場拍攝明確清楚並得以比對拆除前、後照片顯示業者已拆除之狀態，尤以洪高煌至現場後得自行選取現場相關角度拍攝拆後照片，且其既已在現場確認，並參佐貴子坑鄉村俱樂部99年8月6日函所檢送之鑑定證明書、既存違建結構評估檢核表、景觀餐廳位置圖與現況照片，顯無任何障礙而可直接清楚拍攝景觀餐廳頂樓違建壁體是否拆除及拆除後之狀態，洪高煌竟僅在貴子坑鄉村俱樂部1樓門口前，由下往上拍照方式，完全無法拍攝到景觀餐廳2樓頂應查報拆除違建之拆除情形相片，而故意選取此全然無法用以比對本案所查報景觀餐廳2樓頂違建部分照片，以

顯示違建業者已依查報內容拆除之場景角度、距離拍攝拆後照片，黏貼送核表示現場違建已經業主自行拆除四周新增壁體。是洪高煌明知上開查報違建部分，並未經業者自行實際拆除至不堪使用之狀態，仍以虛應之方式在其職務上所掌管製作之拆除違章建築結案報告單上之「處理情形」欄勾選「其他」，並註記：「依查報隊99.3.18 前簽辦理結案」等不實內容，所附違建拆除現場照片粘貼頁上登載前開不實內容，足以生損害於建管處對於違建拆除執行之確實性及結案資料之正確性。復敘明陳仲明就最終有無拆掉四周壁體部分，其於第一審先係稱：我用人事關係，請議員幫忙協調，有向市政府報備修建，但未獲准許，繼續用陳情方式，所以到現在還沒有拆除；復稱：我於101年1月2日前1個禮拜或10天內把玻璃的窗戶、支架從窗軌上拿起來部分鋼架拿掉，把廁所打掉，但仍保留鋼架壁體與玻璃，再另外以木板施做壁面，玻璃窗不會敲掉，過關後再將玻璃窗安裝上去窗框有些有拆掉，有些沒有等語，但又改稱：我沒有說窗戶沒有拿掉支架，沒有辦法拆，剛才講的窗戶拿下來，有些窗框要拿掉，如果只把窗戶拿下，支架不能掉，是不可能合格的等語，而如何有前後顯不一致而難以採信之情形，自不足為有利於洪高煌之認定。因認洪高煌本件犯行事證明確，堪以認定等旨（見原判決第43至51頁）。

經核上開關於洪高煌部分，原判決已說明其所憑證據及得心證之理由，係本諸事實審適法職權行使所為之證據取捨及判斷，其採證認事既未違反經驗法則、論理法則，亦無違背證據法則、證據調查未盡或判決理由不備、理由矛盾之違誤。且卷查，依卷附建管處108年7月1日之函係說明本案貴子坑鄉村俱樂部2樓頂建物經查報認定屬84年1月1日以後產生之新違建，後因違建所有人向臺北市議會陳情屬既存違建，經加註如由違建所有人配合自行拆除新增壁體後，同意金屬棚架違建保留。違建人確實配合自行拆除壁體後，屬既存違建支撐金屬之樑、柱及屋架等構造無須執行斷樑、斷柱等語（見原審卷二第151至153頁）。可知建管處同意金屬棚架違建部分保留之前提係違建人應確實配合自行拆除壁體後，該剩餘支撐金屬之樑、柱及屋架等構造，因已非屬違建物之主結構，始得無須執行斷樑、斷柱。洪高煌上訴意旨1.據建管處

上開函文主張99年3月18日盧國同簽呈所載查報「2樓新增壁體」之違建範圍，應僅指該樓四周玻璃帷幕及廁所圍牆，並無原判決書事實欄所認定拆除該違建須已達破壞、截斷主要樑柱或主要結構至少喪失使用功能之不堪使用程度方能辦理結案云云，要屬誤會。是洪高煌上訴意旨1.、2.、6.、7.，均置原判決已明白論斷之事項於不顧，猶執陳詞，反覆窮逐枝末，再為單純事實爭執，以此指摘原判決有上開違法云云，並非上訴第三審之合法理由。

八、綜上，本件上訴及其餘上訴意旨，均係就原判決已說明事項，執其枝節而為事實上之爭執，或就原審適法為證據取捨、判斷之職權行使重為爭辯，均與合法上訴第三審之要件不符，其等上訴為違背法律上之程式，應予駁回。至洪高煌所犯前揭偽造公文書罪之上訴既不合法，已從程序上駁回，則其餘有關刑法第214條使公務員登載不實文書犯行之上訴意旨部分，既未經原審判決而非上訴效力所及範圍，自不予審究，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 110 年 9 月 9 日
刑事第二庭審判長法官 林 勤 純
法官 王 梅 英
法官 李 欽 任
法官 吳 秋 宏
法官 莊 松 泉

本件正本證明與原本無異

書記官
中 華 民 國 110 年 9 月 15 日

裁判字號：最高法院 110 年度台上字第 4393 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 09 月 30 日

裁判案由：違反公職人員選舉罷免法等罪

最高法院刑事判決

110年度台上字第4393號

上訴人 林洋山

選任辯護人 高亘瑩律師

繆璫律師

上訴人 葛志偉

朱鴻益

上一人

選任辯護人 王東山律師

黃柏嘉律師

王秉信律師

上訴人 張金榮

選任辯護人 陳憲裕律師

陳佳瑤律師

丁福慶律師

上列上訴人等因違反公職人員選舉罷免法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國110年4月6日第二審判決（109年度原選上訴字第5號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署107年度選偵字第39、62、63號、108年度選偵字第6、19、26、31、33、37、48、52號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其為不合法律上之程式，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。本件原判決認定上訴人林洋山、葛志偉、朱鴻益、張金榮各有其事實欄所示之共同對於有投票權之人交付賄賂、單獨或共同對於有投票權之人期約賄賂、意

圖使人當選虛偽遷徙投票或共同行求賄賂等犯行明確，因而維持第一審關於此部分論處林洋山共同交付賄賂、共同期約賄賂各罪刑；葛志偉共同交付賄賂罪刑；朱鴻益期約賄賂及共同虛偽遷徙投票各罪刑；張金榮共同行求賄賂罪刑之科刑判決，駁回其等在第二審之上訴，已詳敘其證據取捨及憑以認定犯罪事實之心證理由。

二、上訴理由略以：

- (一)林洋山部分：原判決事實一(一)（即對於有投票權之人交付賄賂，下稱交付賄賂）部分，呂正雄、葛志偉之歷次供證，並未證明林洋山於何時何地知悉呂正雄委託葛志偉尋找買票對象，呂正雄之供證前後矛盾而不實，且別無證據可得證明林洋山、呂正雄、葛志偉就此部分之交付賄賂，有何犯意聯絡，又呂正雄將葛志偉羈押裁定書輾轉傳給林洋山，無非用以暗示葛志偉涉嫌賄選一事，跟林洋山有關，呂正雄係冀圖使林洋山在新北市烏來區（下稱烏來區）區民代表會（下稱代表會）正、副主席選舉時能乖乖就範，林洋山以LINE電腦版閱讀後，資料留在電腦上，符合一般經驗法則，原判決此部分有判決理由不備及違背經驗法則之違法。又原判決事實二(一)（即公職人員選舉罷免法〈下稱選罷法〉第100條第1項對於有投票權之人期約賄賂，下稱期約賄賂）部分，呂正雄供稱林洋山聽聞賄選代表會正、副主席一事，未表示意見，只有笑一笑，有點默認之意，乃呂正雄個人主觀臆測，且依黃清波之證詞，林洋山也說他不要，他當副主席就好，當日（即民國107年9月中秋節前後之某日）林洋山、呂正雄、黃清波並未達成賄選之謀議，因為當時誰都不願意出錢，而係事後由呂正雄自行出資新臺幣（下同）70萬元，又呂正雄供稱因副主席是採換票方式，無須出資，事後一直聯絡不上林洋山，所以林洋山不知其已先行墊付賄款給朱鴻益等語，原判決未據此為有利林洋山之認定，有判決不依證據之違法。另林洋山並未於107年12月25日宣誓就職，因此並未取得代表會正、副主席候選人資格，並不該當期約賄賂罪之構成要件。
- (二)葛志偉部分：第一審判處葛志偉有期徒刑1年7月，與同案被告呂正雄等人刑度相近，原判決並未區分共同被告涉案情節輕重、身分背景、犯罪動機及是否獲利，亦未調查林洋山、

呂正雄賄選可能涉及烏來區工程利益，且葛志偉僅為呂正雄所經營鳳凰營造有限公司之員工，不違法之期待可能性低，即維持第一審判決之科刑，顯有應於審判期日調查之證據而未予調查及違反平等、比例原則之違法。又第一審對於葛志偉何以不適用刑法第59條規定酌減其刑，僅以略略幾筆帶過，原審以相同理由駁回葛志偉上訴，未有進一步之說明及調查，未參酌葛志偉係在呂正雄極大壓力下犯案，及其個人情狀，亦有判決理由不備之違法。

(三)朱鴻益部分：原審進行準備程序及審判程序，均包裹式提示卷內證據並告以要旨，且未於每調查一證據畢後詢問當事人、辯護人意見，給予當事人、辯護人針對已實質知悉內容之證據資料，有餘裕陳述意見或辯論，致難以逐一表示意見，違反刑事訴訟法第164條、第165條、第288條之1第1項、第288條之2之規定，而該等證據與事實認定及判決結果有重大之影響，妨礙朱鴻益行使其防禦權，有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又朱鴻益於第一審就事實二(一)、三所示犯行確曾有爭執，但於原審已採認罪答辯，堪認原審量刑基礎與第一審已有不同，且原審辯護人已提出朱鴻益許多行公益之證據資料，原審對此有利朱鴻益之量刑因子未予審酌，仍維持第一審所認定之刑度，且未審酌朱鴻益年事已高，應無再犯之虞等情狀，未予附條件緩刑之宣告，判決結果過苛，且第一審之宣告刑並未逾有期徒刑2年，原判決卻以宣告逾2年有期徒刑與緩刑要件不合，不予宣告緩刑，其判決理由不備，亦有判決理由矛盾及判決不適用法則之違法。

(四)張金榮部分：張金榮、沈常福均為原住民，其於調查員約詢或通知到場時，未見調查員告知任意偵查之意，則其2人能否充分理解得以拒絕至調查站，或得以隨時離開詢問處所，即其是否已達身心實質受拘束之程度等事由，於探究調查人員違反告知義務所取得之供述筆錄是否具備證據能力，具有重大影響，原審卻未予詳查，亦未類推適用刑事訴訟法第158條之2第2項規定予以排除，或依同法第158條之4之規定予以權衡認定，即遽引用其等供述為張金榮論罪之依據，有應於審判期日調查之證據而未予調查及判決理由不備之違法。又調查員於詢問張金榮時，並未明白告知本件為強制辯護案件，法扶律師為免費義務律師，又未明確告知涉犯罪名，及

該罪名係3年以上10年以下有期徒刑之重罪，或闡明強制辯護之規定，致張金榮無法權衡做出對己有利之選擇，輕率表示無須通知法扶律師到場，其調詢筆錄，乃違反刑事訴訟法第2條第1項、第31條第5項之規定而製作。又檢察官訊問時，亦從未告知張金榮涉犯之罪名及其屬重罪之法定刑度，復未進一步闡明律師為免費義務律師，且張金榮係在檢察官誘導下表示不用請律師，並非主動要求立即訊問，檢察官未盡訴訟照料義務，侵害其辯護倚賴權，剝奪其在強制辯護案件應受有實質訴訟程序保障，故上開調詢、偵訊筆錄應均無證據能力。另檢察官訊問沈常福之偵訊筆錄，檢察官未以證人傳票傳喚沈常福，沈常福以為自己係犯罪嫌疑人而受訊問，而不知其有拒絕作證之權利，檢察官亦未告知沈常福可自由決定是否同意以證人身分接受訊問，如不同意可任意離去之意，又訊問沈常福非具有急迫性，或有日後無法傳喚其到場說明之情形，顯無夜間訊問之必要，該項調查程序不合法，亦無證據能力。另沈常福偵訊筆錄指張金榮稱「有人要拿東西給你」，其內心察覺應係賄賂等語，則其2人談話內容對於行賄與否並非具體明確，張金榮並不該當選罷法第100條第1項之行求賄賂罪（下稱行求賄賂罪），原審辯護人已提出此項抗辯，原判決未予說明不可採之理由，有判決理由不備之違法。至於呂正雄提議向沈常福行求賄賂時，張金榮已明白拒絕，僅答應轉達呂正雄請求支持正、副主席候選人爾，所言抑或僅止於客套、敷衍之詞，其之後向沈常福轉述「有人要拿包東西給你」，不過是向沈常福示警，沈常福於第一審亦證稱「張金榮有說不要碰，我就說好」等語，又呂正雄寄放賄款在烏來名湯溫泉會館（下稱烏來名湯），與張金榮無關，原判決認張金榮共同行求賄賂，違背經驗法則、論理法則，原判決另未載明張金榮之犯罪動機，又有判決理由不備之違法。

三、惟查：

(一)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，倘不違背證據法則、經驗法則及論理法則，自無許當事人任憑主觀妄指為違法，而資為合法之第三審上訴理由。又法院憑以認定犯罪事實之證據，並不悉以直接證據為限，即綜合各種直接、間接證據，本於

推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，並非法所不許。另事實審採證及事實之認定，若係結合數個證據作綜合之判斷者，雖其構成分子之單一證據，尚不足以單獨證明全部事實，但如各證據間具有互補性或關聯性，事實審法院就該數個證據，經綜合歸納之觀察，佐以間接事實及經驗法則，對於事實所為之證明，倘已達確信之心證，即不得僅以其中部分單一證據之證明力猶有未足，而指摘判決為違法。是若證據之調查已屬充分而達事證已臻明確之程度，則就事實審未予爭執之枝節事項，且不足以影響判決本旨部分，縱未贅予無益調查或說明何以不可採之理由，亦與應調查之證據而未予調查或判決理由不備之違法有別。

(二)本件原判決主要依憑呂正雄、葛志偉、高誌暉、顏妃珍、劉建華、何福生、林惠萍、張明義、林年春、張春美、陳德輝、黃清波、李啟民、王國權、李俊榮、張金榮、朱鴻益、周守信、邱垂益、馬兆玲、沈常福、邱垂麟、林洋山、陳麒等人之供證，卷附通訊監察錄音譯文、LINE對話擷圖、選舉公報、新北市選舉委員會函文、選舉人名冊、區民代表選舉全數選區當選人名單與當選票數公告、調詢、偵訊錄音檔案之勘驗筆錄與擷圖、個人戶籍資料查詢等相關證據資料為據，敘明林洋山、呂正雄、葛志偉等3人為求候選人林洋山當選烏來區民代表，基於犯意聯絡，由葛志偉如何交付現金賄賂予有投票權之人劉建華；並與有投票權之人張明義達成期約賄賂，約使投票予林洋山之為投票權之一定行使（即事實一(一)部分）；又林洋山、呂正雄2人於107年9月中秋節前後某日，謀議由黃清波、林洋山（下稱黃、林2人）於當選區民代表後競選代表會正、副主席，並由呂正雄行賄當選代表朱鴻益、宗玉祥，約使投票予黃、林2人，林洋山則允諾當選後以互為換票方式確保黃、林2人當選，區民代表選舉結果於同年11月24日投票日晚上出爐，黃、林2人、朱鴻益等人當選區民代表，林洋山於翌日（25日）本於與呂正雄之犯意聯絡，電話聯繫區民代表當選人朱鴻益，詢問呂正雄有無前往拜訪，呂正雄本於與林洋山之犯意聯絡，於同年月27日，以70萬元之代價，期約朱鴻益，約使其投票予黃、林2人，而為投票權一定之行使（即事實二(一)部分）；呂正雄另見區民代表當選人沈常福投票意向不明，因張金榮與沈常福關係

密切，遂與張金榮基於犯意聯絡，由張金榮於同年月28、29日某日，轉達呂正雄欲以70萬元為賄賂對價之意，行求沈常福投票予黃、林2人，約使為投票權一定之行使（即事實二(二)部分）；朱鴻益、邱垂麟則基於犯意聯絡，共同意圖使朱鴻益當選區民代表，而於106年6月28日，由邱垂麟虛偽遷徙其原設於○○縣○○市○○○路地址之戶籍，至朱鴻益設於烏來區之戶籍地址，邱垂麟因此取得投票權並前往投票，足使該選區之區民代表選舉投票發生不正確之結果（即事實三部分）等旨，經核原判決關於證據取捨及事實認定之論斷，與證據法則、經驗法則及論理法則俱無違背。

(三)原判決依據張金榮之調詢、偵訊錄影檔案之勘驗筆錄，並張金榮、沈常福歷次之供證筆錄，敘明調查員及檢察官均已依刑事訴訟法第95條第1項、第31條第5項之規定為權利告知，張金榮皆表明不需要請律師到場辯護，可以直接接受詢問、訊問，又張金榮於偵訊時明確表示其調詢所述實在，於第一審復不爭執上開筆錄之任意性，且原審辯護人並未具體說明張金榮係在何種情形、基於何種原因致身心受拘束，致其不解權利內容，自無法僅憑空泛指摘即率認張金榮之上開筆錄不具任意性；而沈常福於調詢時供稱其同意接受檢察官訊問，又本件乃具有相當矚目程度之賄選案件，檢察官考量當時偵辦進度，認有刑事訴訟法第175條第4項但書規定之急迫情形，而未以傳票傳喚證人沈常福，且已依同法第180條第1項、第181條之規定告知其有拒絕證言權，另沈常福於調詢、偵訊時均陳稱其中風係講話及身體活動不太方便，身體狀況則尚可，其所述實在且出於自由意志等語，要無因中風而影響身體狀況及自由意識之情；另經檢察官多次確認，進而就細節訊問，其仍能明確詳述回答相關經過，查無疲勞訊問之實，故張金榮、沈常福上開筆錄之調詢、訊問均屬合法，皆有證據能力等情，業就張金榮、沈常福之調詢或偵訊是否侵害其等之防禦權或不自證己罪權而違法，詳為論述及指駁。而依刑事訴訟法第95條第1項、第31條第5項之規定，調查、偵辦犯罪人員於詢問、訊問前，並不負有告知犯罪嫌疑人得以拒絕到場、到場後得以隨時離去、所犯罪名之刑度，或法律扶助機構指派律師到場費用負擔等事項之義務，卷查張金榮、沈常福於上開詢問及訊問時，並無不解其等受告知權利

事項內容，亦無拒不接受詢問、訊問卻不得離去，或有疲勞訊問等跡證，即難認張金榮、沈常福之陳述係出於所謂「無辯護律師協助之高壓環境」，且張金榮於調詢期間，曾4度休息，調詢最末其亦同意直接前往接受檢察官複訊，檢察官告知「依照法律規定要請律師」，並訊問張金榮是否直接開庭之意願後，雖不無補充誘導「直接開庭啦齣」之語句，然觀張金榮逕自回答「直接開庭」，之後對檢察官之訊問詳予陳述，查無不解檢察官訊問而猶豫其陳述之情形，依此前後脈絡綜合以觀，原審認此部分合於刑事訴訟法第31條第5項但書「犯罪嫌疑人主動請求立即訊問，檢察官得逕行訊問」之規定，即難認與證據資料不合，檢察官之逕行訊問，即無侵害張金榮辯護倚賴權之違法。又檢察官係以證人身分訊問沈常福，訊問前已依法告知其有拒絕證言權，並無沈常福仍以為自己是犯罪嫌疑人而不知拒絕作證之情事；原判決認檢察官此部分之訊問合於同法第175條第4項但書規定之急迫情形，與證據資料所示亦無不符。則原判決認調查員、檢察官關於張金榮、沈常福之詢問或訊問並未違法，且其2人偵查中所述皆出於任意性，而具有證據能力，其未另就張金榮、沈常福是否因身心受拘束之程度等不影響證據能力認定之枝節事項，為無益之調查，尚無應於審判期日調查之證據而未予調查，或判決理由不備之違法。至於調查員及檢察官於詢問或訊問張金榮前，雖僅概略告知張金榮所犯罪名為選罷法，而未告知精確之罪名，惟調詢筆錄所載關於呂正雄行求賄賂沈常福一事，乃張金榮於詢問期間主動告知調查員案情之經過，在此之前，張金榮均否認其涉及代表會正、副主席選舉；於偵訊時，張金榮經檢察官告知拒絕證言權後，再以證人身分具結其所證屬實；於第一審，張金榮又不爭執其調詢、偵訊所述之任意性，更無其偵查中防禦權行使受阻之任何陳述，酌以檢察官於告知精確罪名前，已告知張金榮涉犯之犯罪嫌疑，當認張金榮於調詢、偵訊之陳述前，已知行使防禦權，不因調查員、檢察官未告知其所涉犯之精確罪名而得為不同之認定，調查員、檢察官此部分之程序瑕疵，對原判決之認定自不生影響。張金榮此部分之上訴理由難認係依據卷內資料而為具體指摘，尚非適法之上訴第三審之理由。

(四)審判期日調查證據時所踐行之筆錄、文書或物證等證據之提

示或告以要旨，在使當事人、辯護人知悉個案爭點之相關證據資料，並適時予以其等辨明證據證明力之機會，以維護武器對等原則、被告防禦權及辯護人辯護權之行使，並利於事實審之真實發現，此乃刑事訴訟法第164條、第165條第1項、第288條之1第1項、第288條之2等規定之立法意旨；準備程序既未為證據證明力之調查與辯論，即無上述規定之適用。而審判長在兼顧當事人與辯護人對證據表示意見與審判程序進行順暢情形下，就卷宗內筆錄、物證及文書證據，按類別踐行提示，使當事人與辯護人表示意見，倘於防禦權、辯護權之行使俱無影響，自屬審判長指揮訴訟職權之適法行使，非可概視為包裹式證據提示而指為違法。依原審審判筆錄所載，原審審判長於調查證據程序，就筆錄、文書、物證等證據，分類、分批提示或告以要旨，均使朱鴻益及其原審辯護人得以逐一表示意見，朱鴻益及其原審辯護人對相關犯罪事實、證據資料等皆無爭執，對審判程序之進行復未當庭表示異議，原審辯護人並於提示並告以要旨後表示「於辯論時一併表示意見」，再稽之朱鴻益之原審辯護人已檢閱相關卷證，得以知悉證據內容，朱鴻益對本件犯罪事實業已坦承犯行等情，原審審判程序之進行自無礙朱鴻益及其原審辯護人之防禦權與辯護權之行使或判決結果之認定，核屬審判長指揮訴訟職權之適法行使，要無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。朱鴻益此部分之上訴理由並未依憑卷內資料，逕予指摘原審調查證據程序違法，顯非適法之上訴第三審之理由。

(五)關於林洋山於107年11月初某日向呂正雄表明「頭哥，你去幫我找葛志偉處理一下」，之後呂正雄即請葛志偉為林洋山向有投票權之人買票賄選，嗣呂正雄又傳送葛志偉因買票遭查獲羈押之圖片給林洋山，林洋山將其列印出來隨身攜帶，林洋山、呂正雄、葛志偉就事實一(一)之交付賄賂具有犯意聯絡等情，原判決已詳予說明，自不因林洋山何時、何地知悉葛志偉向何人買票而得為相異之判斷，原判決就此部分再敘明林洋山、呂正雄、葛志偉均合於共同正犯之要件，當無林洋山上訴理由所指判決理由不備或違背經驗法則之違法。又事實二(一)部分，原判決說明林洋山於登記參選後、當選前，即允諾呂正雄支持其指定之主席候選人，並同意若當選則由

其搭檔參選副主席，於107年9月中秋節前後某日，呂正雄提議以100萬元向當選區民代表行賄，約使投票予有意搭檔競選正、副主席之黃、林2人，林洋山當場默認，並約定若當選區民代表，林洋山與黃清波要互換區民代表主席、副主席選票，及向朱鴻益與宗玉祥賄賂以鞏固其等之投票意向，確保正、副主席搭檔之當選，林洋山於當選區民代表後翌日又即電話聯繫朱鴻益，詢問呂正雄有無拜訪朱鴻益尋求支持，並讓呂正雄去處理正、副主席買票之事，故呂正雄確以100萬元之內之70萬元代價，向朱鴻益期約賄賂，約使為投票權一定行使之事實，乃林洋山以自己犯罪意思而與呂正雄事前同謀，其於當選區民代表後取得副主席候選人資格時，呂正雄對朱鴻益期約賄選，即在林洋山預見範圍內等情，並非僅根據呂正雄之證述而已，尚含林洋山之部分自白。又黃清波所證與林洋山未達成賄選謀議；呂正雄所證其不清楚林洋山之意等供述證據，原判決亦以黃清波歷次所證說法不一，其2人上開證詞復與事後尋求支持等證據資料不合而不予採信。是林洋山既與呂正雄之間具有行賄以求黃、林2人當選之犯意聯絡，即不因呂正雄事後未及時向林洋山說明其行賄之執行情形而得以動搖，原判決就此部分即無偏執於不利林洋山之證據資料而為事實認定之情形，亦無判決不依憑證據之違法。另本件係107年九合一直轄市山地原住民新北市烏來區區民代表會選舉，依地方立法機關組織準則第11條前段、第12條第1項之規定，代表會正、副主席選舉於代表宣誓就職典禮後即時舉行，以記名投票分別互選之。又刑罰有關投票行賄、受賄罪之規定，旨在防止賄賂或不正利益介入選舉，維護選舉之公平與純正，而採取預防性質之規範措施，故選罷法第99條第1項、第100條第1項之投票行賄罪均規定只要向有投票權之人行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使者，犯罪即已成立，至於有投票權人日後是否為其投票權之不行使或一定行使，或因故喪失投票權而不能行使，皆非所問。依其立法本旨，行為人依據選舉結果已知其當選為議員或代表，而認知其具有正、副議長或正、副主席選舉之投票與候選資格，並預期於宣誓程序後即得為投票權之不行使或一定行使，則其本此因果歷程必然實現之認知與預期著手對其他當選人實行賄選行為

，則於期約、收受賄賂之其他當選人因宣誓就職成為現實之有投票權人而完成犯罪時，基於對向犯之犯罪性質，行為人自亦成立期約、交付賄賂罪，不因事後行為人因知悉檢調偵辦故不予宣誓就職，或因受羈押致不及宣誓就職而有所影響。本件原判決說明林洋山於當選區民代表後，已預期其經宣誓程序後即得參與代表會正、副主席之選舉，進而本於此認知與預期，與具有犯意聯絡之呂正雄對朱鴻益為期約賄賂，則於朱鴻益宣誓就職而為現實之有投票權人時，林洋山已該當選罷法第100條第1項之期約賄賂罪，嗣後縱因其遭逮捕、羈押而無法如期宣誓就職，亦無從解免其犯意等旨，因而認原審辯護人所辯林洋山並未宣誓就職即不該當期約賄賂罪云云為不可採，即無林洋山上訴理由所指判決違背法令之情事。是林洋山之上訴理由，並未依據卷內整體資料而為具體指摘，尚非適法之上訴第三審之理由。

(六)原判決另說明張金榮雖口頭向呂正雄表明其不碰賄款，但卻指示呂正雄將賄款寄放在烏來名湯櫃臺（即經理馬兆玲），嗣後再告知沈常福「有人要拿東西給你」，並轉達呂正雄希望沈常福於正、副主席選舉支持黃、林2人，所為係與呂正雄共同行求賄賂沈常福，並約為投票權一定行使之不可或缺行為，倘張金榮係敷衍呂正雄而無共同行求之意，或其曾示警沈常福不要收受賄賂，其根本無庸指示呂正雄寄放款項地點，甚且無庸向沈常福表達「有人要拿東西給你」等旨，至於沈常福於第一審所證張金榮有要求其不要碰呂正雄交付之物云云如何之不可採，原判決亦已詳為說明，並無張金榮此部分上訴理由所指違反經驗法則、論理法則之違法。參以張金榮係將呂正雄「欲交付東西」及「要求投票支持」一併告知沈常福，兩者具有對價關係之自然連結，論理上即具體行賄內容，原判決就此抗辯是否可採，及張金榮共同行賄之動機為何縱未予敘明，亦無足影響此部分犯罪事實之認定，自與判決理由不備之違法顯不相當。張金榮此部分之上訴理由，乃反覆為犯罪事實之爭執，並未依據卷內整體資料而為具體指摘，亦非適法之上訴第三審之理由。

(七)刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，必其犯罪情狀顯可憫恕，在客觀上足以引起一般人之同情，認為宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。其審酌事項固不排除刑法第57

條所列舉10款事由，但仍以犯罪時有其特殊之原因與環境為必要，又是否援引刑法第59條酌減其刑，屬事實審法院得依職權裁量之事項，若其裁量權之行使未有濫用之情形，非許當事人逕憑己意，指稱法院不予酌減，即有判決不適用法則之違法。又刑之量定及緩刑與否之宣告，亦俱屬裁判之法院得依職權裁量之事項，倘其量刑已以行為人之責任為基礎，調查並斟酌與案情相關之刑法第57條各款所列之情狀，在法定刑度內，酌量科刑，復說明其量刑所側重之因子，且無根據明顯錯誤之事實而予量定刑度，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，致明顯失出失入情形，即不能任指其裁量不當，而有判決不載理由或所載理由矛盾之違法；又緩刑宣告之裁量，法院應就被告有無再犯之虞，能否由於刑罰之宣告而策其自新，及有無可認為暫不執行刑罰為適當之情形等因素而為判斷，倘法院斟酌被告犯罪之一切情狀結果，認為不宜而未予宣告緩刑者，亦非得任意指為違法。另刑法第74條第1項規定緩刑要件中所謂受2年以下有期徒刑之宣告，係指宣告其刑之裁判而言，此於數罪併罰案件，雖係以各該罪之宣告刑為基礎，然尚須經由併罰程序，以定出該案之最終應執行之刑，故執行刑可謂係最終宣告刑，且因只有執行刑才有具體刑罰實現作用，是上開緩刑要件，須各罪之宣告刑均為2年以下有期徒刑，而依刑法第51條第5款規定，定其應執行之刑亦為2年以下有期徒刑者，始足當之，倘各罪之宣告刑均為2年以下有期徒刑，惟所定之應執行刑若逾有期徒刑2年者，即與上開得宣告緩刑之要件不符，自不得宣告緩刑。本件原判決說明葛志偉已依選罷法第99條第5項前段規定減輕其刑，衡酌其犯罪動機並所犯造成之損害極為深遠等情狀，難認有何情輕法重、客觀上足以引起一般人同情之處，至其所辯之生活狀況，依刑法第57條之規定就各情狀予以審酌即為已足，故認葛志偉之犯行並不適用刑法第59條酌減其刑之規定；原判決復說明葛志偉、朱鴻益之犯罪動機、目的、情節、犯罪所生危害、犯後態度，及其2人之智識程度、生活狀況等本件依刑法第57條規定應予側重之量刑因子，認第一審之量刑並無裁量權濫用之情形，再說明不採葛志偉、朱鴻益請求輕判之理由，經核並未違背刑法第59條、第57條、第51條第5款等規定，亦與比例原則、罪刑相當

原則相合，屬原審刑罰裁量權之適法行使。又原審於審判程序最末，審判長詢問尚有何證據請求調查，朱鴻益及其原審辯護人亦均稱「無。」(原審卷三第169頁)，並未聲請就量刑事項為如何之調查，原判決此部分之量刑即難認有審判期日應調查之證據而未予調查，或判決理由矛盾、欠備之違法。而原判決既維持第一審諭知朱鴻益有期徒刑1年10月、6月(得易科罰金)之科刑判決，日後檢察官是否依刑法第50條第2項、第1項但書之規定聲請此部分之定其應執行刑，所定之應執行刑是否逾越有期徒刑2年而不符緩刑要件，均屬未定，原審經綜合評價後，認不予宣告緩刑，亦無違背法令可指。葛志偉、朱鴻益此部分之上訴理由尚未依據卷內資料而為具體指摘，即非上訴第三審之適法理由。

四、綜合前述及其他上訴理由，經核均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，再事爭執，或對於事實審法院就證據能力之認定，或證據之取捨與刑罰裁量之職權適法行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，均非足以影響判決結果之合法第三審上訴理由，要與法律規定得為上訴第三審理由之違法情形，不相適合，難謂已符合首揭法定之上訴要件。應認上訴人4人之上訴，皆違背法律上之程式，應予駁回。

五、依刑事訴訟法第395條前段，作成本判決。

中 華 民 國 110 年 9 月 30 日
刑事第三庭審判長法官 徐 昌 錦
法官 林 恆 吉
法官 周 政 達
法官 江 翠 萍
法官 侯 廷 昌

本件正本證明與原本無異

書記官
中 華 民 國 110 年 10 月 4 日

裁判字號：最高法院 110 年度台上字第 5281 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 09 月 16 日

裁判案由：妨害性自主

最高法院刑事判決

110年度台上字第5281號

上訴人 鍾吉周

選任辯護人 謝孟儒律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國 110 年 4 月 29 日第二審判決（110 年度侵上訴字第 13 號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署 106 年度偵字第 4678 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第 377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人甲○○有其事實欄所載之妨害性自主犯行，因而維持第一審論上訴人犯乘機性交罪，處有期徒刑 3 年 6 月之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。已詳細敘述所憑之證據及取捨、認定之理由。並就上訴人辯稱其不知被害人 A 女（姓名詳卷）係心智欠缺之人等語，其辯詞不可採之理由，予以指駁。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨乃謂：其於原審時請求就其是否知悉被害人為中度智能障礙之人為測謊鑑定，原判決僅以醫師、職能治療師之意見即遽認其主觀上應知被害人係心智欠缺之人，自有調查未盡之違法。
- 三、惟查：「測謊」鑑定之原理係假定人對於外來刺激有所知覺後，會產生情緒作用並伴隨生理變化，故可依據神經系統之反應來評量受測者之心理現象。在此理論下，人之記憶會造

成情緒波動，進而引發生理之異常。是以，若人在驚奇、緊張、恐懼時，呼吸、血壓或脈博會加大、增高或加快，且可由其皮膚電阻之測定反映出人類情緒。再透過質問被測者問題，並以科學儀器所記錄之受測者之生理反應等相關數值，最後由專家分析解讀，作成受測者對於該測試主題有無不實反應之研判。換言之，所謂「測謊」係利用人類無法抑制之自主神經系統之情緒反應與生理變化，加以記錄解讀，以辨明受測人語言活動之真假。惟測謊儀器畢竟只能記錄生理反應，不能夠透視人心，僅能間接研判人之「行為」之有無，且施測要件相當嚴格。至於人之主觀認知、意識、動機、注意、理解等內在思想，即無從經由測謊鑑定來呈現；且縱係對於人之「行為」進行測謊，其研判結果亦不若其他科學證據（如血跡、尿液、毛髮、指紋、藥物、筆跡、聲紋、彈道等鑑定）具備「再現性」與「普遍認同」，基於測謊鑑定之準確或可靠與否有其無法避免之侷限性，一般僅用於犯罪偵查、性侵害犯假釋與監控（參見性侵害犯罪防治法第20條第3項第6款）、特定機關人員安全查核為主，於審判中至多僅能作為補強之間接證據，是法院未依當事人之請求為測謊鑑定，亦不能遽指為違法。本件上訴人及其辯護人於原審時雖請求就上訴人是否知悉被害人為中度智能障礙之人作測謊鑑定，惟其請求鑑定之標的屬上訴人主觀上之認知，難以測謊之結果判斷其真偽與否。則原審法院斟酌證人即對被害人作身心障礙鑑定之醫師吳恩亮、詹佳祥及職能治療師游雯婷，暨被害人之祖母B女、主管林○○（姓名均詳卷）等專家及與其實際相處之親屬、同事之證詞，並依據其他相關事證，認此部分事證已臻明確，就此未再行無益之調查，即難謂有應於審判期日調查之證據而未予調查之違誤。至其餘上訴意旨指稱：其既自願接受測謊，可知其心中坦蕩自如，即不知被害人為心智欠缺之人，基於「罪疑唯輕」之證據法則，自應為無罪認定，原判決尚有不適用法則之違法等語，係就原判決已說明之事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見，就相同證據資料而為不同之評價，且重為事實之爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其上訴不合法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 110 年 9 月 16 日

刑事第四庭審判長法官 林立華
法官 林瑞斌
法官 王敏慧
法官 李麗珠
法官 謝靜恒

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 110 年 9 月 22 日

裁判字號：最高法院 110 年度台非字第 13 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 09 月 02 日

裁判案由：妨害家庭

最高法院刑事判決

110年度台非字第13號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 周方慰

選任辯護人 謝伊婷律師

上列上訴人因被告妨害家庭案件，對於臺灣高等法院中華民國108年 4月24日第二審確定判決（107年度上易字第1071號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣臺北地方檢察署106年度調偵字第605號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。

本件免訴。

理 由

一、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文。又按司法院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力；凡司法院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長得以該解釋為非常上訴之理由，據以提起非常上訴，以保障釋憲聲請人之權益；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回（大法官會議釋字第177號、第185號、第188 號解釋意旨參照）。二、查被告前因妨害家庭案件，臺灣臺北地方法院以 106 年度易字第889號判處有期徒刑4月，上訴後，經原判決駁回並諭知緩刑 2 年確定，有各該案卷可稽。嗣被告以原判決所適用刑法第 239 條通姦有罪之規定，有違憲疑義，而聲請大法官解釋。經大法官會議於109年5月29日以釋字第791號解釋，其解釋文前段為『刑法第239條規定：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」對憲法第22條所保障性自主權之限制，與憲法第23條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋應予變更』。原判決就被告所犯刑法第 239 條妨害家庭罪予以論罪科刑，雖係依判決當

時有效之法律所為，然被告以原判決適用之刑法第 239條違憲而聲請解釋，大法官會議肯認其主張而為釋字第 791號之解釋文，被告依該號解釋聲請提起非常上訴，於法有據。三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資救濟。」等語。

二、本件被告妨害家庭非常上訴案件，本庭評議後認擬採為裁判基礎之法律見解，即「被告因通姦行為經法院判處罪刑確定，對於確定判決所適用之刑罰法律向司法院大法官聲請解釋憲法，經司法院釋字第791號解釋宣告刑法第239條關於通（相）姦罪刑之規定違憲，應自解釋公布日起失效，則就最高檢察署檢察總長對被告據以聲請解釋之原因案件所提起之非常上訴，本院應認其屬『犯罪後之法律已廢止其刑罰』，而依刑事訴訟法第302條第4款規定諭知免訴之判決？抑應認屬『行為不罰』，而依同法第301條第1項規定諭知無罪之判決？」本院先前裁判已有複數紛歧見解之積極歧異，經本庭依法徵詢後仍有不同之見解，乃裁定向本院刑事大法庭提案，經本院刑事大法庭於民國 110年8月25日以110年度台非大字第 13號裁定主文宣示：「刑法第239條通（相）姦罪刑之規定，經司法院釋字第 791號解釋宣告違憲，應自解釋公布之日起失其效力。本院就最高檢察署檢察總長對被告據以聲請上開解釋之原因案件所提起之非常上訴，應認其屬『犯罪後之法律已廢止其刑罰』，而依刑事訴訟法第302條第4款規定諭知免訴之判決。」並於裁定理由內說明：（一）、刑事訴訟乃針對被告具體行為，在彈劾主義訴訟制度下，經公（自）訴權之行使，於訴訟條件完備之情況下，由法院為實體之審判，以確認並實現國家刑罰權存否及範圍之程序。案經起訴由法院審判之結果，雖認定被告有被訴之行為，然倘其行為時之法律並無處罰明文，即非犯罪，亦即確認國家對被告之刑罰權自始不存在者，法院應以「行為不罰」為由，依刑事訴訟法第301條第1項規定諭知無罪之判決；倘被告行為時之法律原有處罰明文，但因「犯罪後之法律已廢止其刑罰」者，由於國家刑罰權在被告犯罪後既已被廢止而不再存在，則經由刑事訴訟確定並實現國家刑罰權之程序即無進行之必要，起訴權因此失所依附而歸於消滅，法院自不得為實體之審判，而應依同法第302條第4款規定諭知免訴之判決。是被告被

訴行為之所以不受刑事處罰，或係因行為時本無刑事處罰之法律明文，依刑法第 1 條前段關於罪刑法定主義即「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」之規定使然，故而自始不予處罰；或係因行為雖屬犯罪，惟因犯罪後之法律已廢止其刑罰，故而事後不予處罰。兩者從是否科予刑罰之結果而言，固無區別，然其原因事例、判決本旨及理由依據殊異。(二)、由立法院制定通過且經總統公布之既存法律，其規範效力之變動或喪失，常例係經立法院修正或廢止相關法律規定並經總統公布而生效，在特例之情況下，則依司法院所公布大法官解釋憲法之意旨定之。司法院大法官解釋憲法而宣告刑事確定判決所依據之刑罰法律違憲，對於聲請人聲請解釋之原因案件，例外具有溯及之效力，聲請人受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由。茲釋字第 791 號解釋宣告刑法第 239 條通（相）姦罪刑之規定違憲，應自解釋公布日起失效，則被宣告違憲之刑罰法律，等同於經立法院廢止，其對聲請人據以聲請解釋之原因案件具有溯及之效力，而得據為非常救濟之法制理由，無非根源於國家權力（司法權）之作用——廢止刑法第 239 條通（相）姦罪刑規定，並使其原則上僅向後發生之效力，例外溯及作用於上開原因案件。至於對聲請人不予論罪科刑而有類同「行為不罰」之結果，僅係該刑罰法律經廢止後之反射狀態而已，並非聲請人行為時之法律原無處罰明文。(三)、釋字第 791 號解釋宣告刑法第 239 條通（相）姦罪刑規定，對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，係權衡現時生活價值觀念變遷之時代性所為之利益協調整合，此觀該解釋之理由書說明略以「隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化」等旨，闡釋風移俗易，法與時轉，社會變遷導致規範調整更易之必要性即明。司法院大法官解釋宣告法律違憲失效，例外對聲請人據以聲請解釋之原因案件賦予溯及效力，目的無非係使該個案可利用現有訴訟程序以為非常救濟，寓有特別獎勵意味，以肯定其對維護憲法之貢獻。故關於刑法通（相）姦罪刑規定失效之回溯射程，苟能達該個案救濟目的即可，亦

即以「犯罪後之法律已廢止其刑罰」為由，使該個案聲請人不受刑罰足矣，從而，應認上開規定失效之回溯射程及於該個案依非常救濟程序為裁判時，以兼顧個案救濟與法之安定性及公平性。倘認刑法通（相）姦罪刑規定之失效，應回溯至個案聲請人原因案件之行為時，甚至追溯至法律制定公布時自始無效，而以「行為不罰」為由，以使個案聲請人不受刑罰，則此不僅與91年12月27日公布而於個案聲請人原因案件行為時仍屬有效之司法院釋字第 554號解釋意旨（即刑法通（相）姦罪刑之規定不違憲）互相牴觸，且與釋字第 791號解釋係鑑於時代演進，馴致性自主權利與婚姻價值觀念改變，乃為規範調節之旨趣不符。況且，相較於僅釋字第 791號解釋之聲請人，始得就其據以聲請之原因案件依該解釋意旨為非常之救濟，惟其他同經法院判處刑法通（相）姦罪刑確定之眾多受刑人，於該解釋公布前未對該刑罰法律合法聲請釋憲者並不與焉之差別而言，若謂釋字第 791號解釋聲請人原因案件之通（相）姦行為不罰，殊非合理，據此可窺悉採「行為不罰」見解之論點，尚不具有規範體系之合理性。

(四)、刑事確定判決經最高檢察署檢察總長提起非常上訴，本院認該判決違背法令，以非常上訴為有理由，依法應予以撤銷，且該確定判決不利於被告而應另行改判時，本係代替原審法院根據原所認定之事實，依其判決時所應適用之法律而為判決。本件被告周方慰被訴妨害家庭案件，原論罪科刑確定判決所認定被告為有配偶之人與人通姦之事實，係該當行為時刑法第 239條前段通姦罪構成要件之有責行為而屬犯罪，並非行為不罰，但由於刑法通姦罪刑之規定，嗣經釋字第 791 號解釋宣告違憲，應自該解釋公布日起失效，亦即廢止該罪刑規定，且對被告據以聲請解釋之本件原因案件具有溯及至原審法院為判決時之效力。茲既由本院代替原審法院而為判決，依前揭說明，自應以該原因案件有「犯罪後之法律已廢止其刑罰」之情形，依刑事訴訟法第302條第4款規定諭知免訴之判決等旨，已就本件前揭法律見解歧異予以統一，則本庭就本件採為裁判基礎之法律見解，依法院組織法第51條之10之規定，自應受本院刑事大法庭前揭裁定見解之拘束。

三、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；又犯罪後之

法律已廢止其刑罰者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第378條及第302條第4款分別定有明文。本件被告係郭淑芳之夫，為有配偶之人，因涉嫌於104年8月26日或27日晚間某時許，在臺北市○○區○○路0段000號0樓之0居處內與李明怡通姦1次之妨害家庭案件，經郭淑芳訴由臺灣臺北地方檢察署檢察官聲請簡易判決處刑，由臺灣臺北地方法院改依通常程序審理，並以106年度易字第889號判決，依判決當時仍屬有效之刑法第239條前段之規定，論被告以有配偶而與人通姦罪，處有期徒刑4月，並諭知如易科罰金以新臺幣1,000元折算1日，被告不服第一審判決，提起第二審上訴，經臺灣高等法院以107年度上易字第1071號判決駁回其上訴，並諭知緩刑2年確定，有相關案卷及刑事判決可稽。被告經判決確定後，以原確定判決所適用之刑法第239條前段規定有牴觸憲法疑義，向司法院大法官合法聲請解釋憲法，有其解釋憲法聲請書可稽，嗣經司法院於109年5月29日為釋字第791號解釋，認「刑法第239條規定：『有配偶而與人通姦者，處1年以下有期徒刑。其相姦者亦同。』對憲法第22條所保障性自主權之限制，與憲法第23條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第554號解釋應予變更。」亦即刑法第239條規定之刑罰，自上揭釋字第791號解釋公布日起業經廢止而失效，則於上揭解釋公布日前即刑法第239條仍有效施行時，犯刑法第239條前段規定之有配偶而與人通姦罪者，法院於前揭解釋公布日以後（包括公布當日）審判時，應以其犯罪後法律已廢止刑罰為由，為諭知免訴之判決。原確定判決雖係依其判決當時有效之刑法第239條前段規定，就被告所為通姦犯行予以論罪科刑，然被告以原確定判決所適用之上開法律有牴觸憲法疑義而向司法院大法官聲請解釋憲法，經司法院釋字第791號解釋認為上開法律違憲而失其效力。而確定終局裁判所適用之法律，經司法院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，則該解釋對於被告據以聲請解釋之前揭妨害家庭原因案件亦有溯及之效力，自得據為提起非常上訴之理由。原確定判決及第一審判決未及審酌釋字第791號解釋意旨，而適用當時有效，但嗣後經司法院上開解釋宣告違憲而對被告溯及至判決當時失

效之刑法第239 條規定，論處被告上揭罪刑，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，自應由本院將原判決及第一審判決均撤銷，改為諭知免訴之判決，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第 447條第1項第1款、第302條第4款，判決如主文。

中 華 民 國 110 年 9 月 2 日
刑事第一庭審判長法官 郭 毓 洲
法官 林 英 志
法官 林 靜 芬
法官 周 盈 文
法官 蔡 憲 德

本件正本證明與原本無異

書記官
中 華 民 國 110 年 9 月 3 日

裁判字號：最高法院 110 年度台抗字第 489 號刑事裁定

裁判日期：民國 110 年 09 月 15 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑

最高法院刑事裁定

110年度台抗字第489號

抗 告 人 臺灣高等檢察署檢察官董怡臻

受 刑 人 李禧駿

上列抗告人因受刑人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109年10月7日駁回定應執行刑聲請之裁定（109年度聲字第3927號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

- 一、本件原裁定略以：（一）聲請意旨以受刑人李禧駿因犯違反毒品危害防制條例等罪，先後經判決確定如原裁定附表所示，應依刑法第53條、第51條第5款規定，定其應執行之刑，爰依刑事訴訟法第477條第1項規定聲請裁定等語。（二）惟按對於判決確定之各罪，已經裁定定其應執行之刑者，如又重複裁定定其應執行之刑，自有違反一事不再理原則之違法，本院107年度台抗字第658號裁定意旨參照。（三）查受刑人所犯如原裁定附表編號1所示施用第二級毒品罪（處有期徒刑4月，得易科罰金），與其另犯竊盜、肇事逃逸、贓物等8罪，前經臺灣雲林地方法院於民國109年4月20日以109年度聲字第70號裁定（下稱甲裁定），合併定應執行有期徒刑5年10月確定；又如原裁定附表編號2至4所示施用第一級毒品、行使偽造私文書等各罪，前經原審法院以109年度聲字第2430號裁定（下稱乙裁定），合併定應執行有期徒刑1年10月確定，有上開裁定及原審法院被告前案紀錄表在卷可憑。是如原裁定附表編號1、2至4所示之各罪，既經分別裁定定其應執行刑確定，在各該裁定未失效前，檢察官再將該附表編號1所示之罪單獨列出，重複與同附表編號2至4所示各罪，合併聲請定應執行刑，即有違一事不再理原則等情。因而駁回檢察官之聲請。
- 二、檢察官抗告意旨則以：甲裁定數罪中最先判決確定之罪，即其附表編號1之臺灣新北地方法院105年度易字第136號竊盜案件，第一審係於105年7月21日判決，受刑人不服，提

起第二審上訴，原審法院於105年9月29日以其上訴已逾法定上訴期間，其上訴不合法而予駁回，有原審法院105年度上易字第1942號判決可稽，則該罪之判決確定日期，尚非105年9月29日上訴駁回日，應係溯及該罪第一審判決上訴期間屆滿日即105年8月12日，並以該日為甲裁定之數罪併罰基準日。甲裁定附表編號9（即原裁定附表編號1）之施用第二級毒品罪，係受刑人於105年9月1日23時50分為警採尿時起回溯96小時內之某時所犯，其犯罪時間是在甲裁定附表編號1所示之罪判決確定後，依刑法第50條第1項前段規定，即非得與甲裁定附表編號1至8合併定其應執行刑。甲裁定未察，誤以105年9月29日為該罪之判決確定日，合併定其應執行刑，即有違誤。原裁定附表編號1（即甲裁定附表編號9）之施用第二級毒品罪，與該附表編號2至4所示各罪，既合於裁判確定前犯數罪，併合處罰之規定，檢察官依刑事訴訟法第477條第1項規定，聲請定其應執行之刑，於法無違。原裁定駁回本件聲請，自有不適用法則之違法。

三、本件經本庭評議後，認為所涉關於已定應執行刑確定之案件，如重複定刑，有無違反一事不再理原則，即「對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行之刑者，是否限於各罪範圍均相同，即全部重複再行定其應執行刑之情形，始違反一事不再理原則？」之法律爭議，本院先前裁判有歧異之見解，經依徵詢程序，向本院其他各刑事庭徵詢後，仍有不同之見解，因而裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一法律見解。經刑事大法庭於110年9月15日以110年度台抗大字第489號裁定宣示：「已經裁判定應執行刑確定之各罪，如再就其各罪之全部或部分重複定應執行刑，均屬違反一事不再理原則，不以定刑之各罪範圍全部相同者為限。」並於裁定理由內說明：（一）刑事訴訟程序之實施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴。是裁判確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免被告因同一行為而遭受重複審問處罰之危險，並確保裁判之終局性。此即一事不再理原則。（二）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，進行充分而不過度之評價，透過重新裁量之刑罰填補受到侵害之社會規範秩序，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，為一種特別量刑過程。又定應執行刑之實體裁定，具有與科刑判決同一之效力。行為人所犯數罪，經裁判酌定其應執行刑確定時，即生實質之確定力。法院就行為人之同一犯罪所處之刑，如重複定刑，行為人顯有因同一行為而遭受雙重處罰之危險。關於定應執行刑之案件，自有一事不再理原則之適用。(三) 裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，有二裁判以上者，依第51條之規定，定其應執行之刑，刑法第50條第1項前段、第53條分別定有明文。又被告所犯數罪有二裁判以上時，其所犯各罪是否合於數罪併罰規定，應以各裁判中最初判決確定者為基準，凡在該裁判確定前所犯之各罪，均應依刑法第50條、第51條規定，定其應執行之刑。數罪併罰案件之實體裁判確定後，即生實質之確定力，除因增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪，或原定應執行刑之數罪中有部分犯罪，因非常上訴、再審程序而經撤銷改判，或有赦免、減刑等情形，致原裁判定刑之基礎已經變動，或其他客觀上有責罰顯不相當之特殊情形，為維護極重要之公共利益，而有另定應執行刑之必要者外，法院應受原確定裁定實質確定力之拘束。已經定應執行刑確定之各罪，除上開例外情形外，法院再就該各罪之全部或部分重複定其應執行刑，前、後二裁定對於同一宣告刑重複定刑，行為人顯有因同一行為遭受雙重處罰之危險，自均屬違反一事不再理原則，不以定刑之各罪範圍全部相同者為限等旨。刑事大法庭既已就前揭法律見解予以統一，本庭就本件採為裁判基礎之法律見解，依法院組織法第51條之10規定，自應受刑事大法庭前揭裁定見解之拘束。

四、依刑事大法庭上開見解，本件受刑人所犯如原裁定附表編號1所示之罪所處之刑，既經法院裁定定其應執行刑確定，又無例外得再行定刑之情形，檢察官聲請就該部分與原裁定附表編號2至4所示之罪重複定刑，自與一事不再理原則有違。抗告意旨雖稱原裁定附表編號1之罪，本不應與甲裁定附表編號1至8之罪定應執行刑，自得聲請合併定刑。然該部分既經甲裁定定其應執行刑確定，在未經法定程序變更前，仍屬有效。抗告意旨依憑己見，執此指摘原裁定違法，尚非可採。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 110 年 9 月 15 日
刑事第八庭審判長法官 李 英 勇 (主辦)
法官 黃 瑞 華
法官 洪 兆 隆
法官 楊 智 勝
法官 吳 冠 霆

本件正本證明與原本無異

書記官
中 華 民 國 110 年 9 月 22 日