

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、110 年度台上字第 5375 號.....	1
二、110 年度台上字第 5660 號.....	3
三、111 年度台上字第 1021 號.....	4
四、111 年度台上字第 1154 號.....	6
五、111 年度台上字第 1799 號.....	7

裁判全文

110 年度台上字第 5375 號.....	10
110 年度台上字第 5660 號.....	18
111 年度台上字第 1021 號.....	30
111 年度台上字第 1154 號.....	35
111 年度台上字第 1799 號.....	41

最高法院刑事庭具有參考價值裁判要旨

111 年 4 月

一、110 年度台上字第 5375 號（裁判書全文）

(一)刑事訴訟法第 1 條第 1 項規定：犯罪，非依本法或其他法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰（刑事程序法定原則）。故刑事訴訟係以確定具體案件刑罰權有無為目的所實施之程序。案件因訴訟主體之啟動（起訴、自訴、上訴）而產生繫屬於法院之訴訟關係，並拘束法院及當事人，迄法院以終局裁判或當事人撤回訴訟而消滅。案件分別在各審級法院繫屬中，始生各該審級法院依訴訟程序審判之權力與義務；若案件已經某一審級法院為終局裁判，該審級之訴訟關係即歸於消滅，再無該審級之訴訟程序可言。

(二)刑事訴訟法施行法第 7 條之 13 前段係規定：110 年 5 月 31 日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於「各級法院」之案件，於施行後仍適用修正前刑事訴訟法第 348 條規定。本條法文明明白規定為「各級法院」，依法院組織法第 1 條之規定，所謂「各級法院」，自係指「地方法院、高等法院及最高法院」而言，不能限縮解釋為單指某一特定審級法院。且該條文所稱「已繫屬於各級法院」，亦顯與「已繫屬於法院」之意義不同。前者有區分案件繫屬於各該不同審級法院之意思，而後者則單純僅指案件繫屬於某一法院而言。又依本條（程序從舊）之立法目的而論，係案件已在某一審級法院「繫屬」中，因法律修正而影響當事人上訴範圍之認定，乃基於程序安定及訴訟經濟之考量，承認該審級依修正前規定已經進行之訴訟程序效力，

及律定未來在該同一審級之訴訟程序，仍依修正前規定進行至該審級終結為止，新審級之上訴範圍及訴訟程序則依修正後規定進行。而各級法院於案件繫屬後，除有特別規定可準用不同審級之程序規定外，原則上係依據各該審級不同之訴訟程序規定進行審理及終結訴訟，故不論案件經第一審判決終結後提起第二審上訴而繫屬於第二審法院，或第二審判決終結後提起第三審上訴而繫屬於第三審法院，因舊有程序已終結，另開啟新的上訴審程序，新舊程序明顯可分，在原審級法院判決終結前，或判決終結後上訴審法院繫屬前，刑事訴訟法既已修正施行，當事人自應依據新修正關於上訴範圍之規定提起上訴或補充聲明其上訴範圍，此種情形適用新程序法規定釐定其上訴範圍，既無違程序安定原則，亦不影響上訴人之上訴權與當事人之程序利益。故於原審判決後提起上訴，自應以其提起上訴而繫屬於上訴審法院時，刑事訴訟法第 348 條是否已經修正施行，作為究應適用修正後或修正前規定以決定其上訴範圍之時點依據。更何況因上訴而繫屬於第二審或第三審法院之案件，其原有之訴訟程序與訴訟關係均已終結、消滅，如因該案件於第一審或第二審繫屬之時間在本條修正施行以前，即溯及既往而適用修正前規定以決定當事人第二審或第三審上訴之範圍，包含已經諭知無罪之有關係或無關係部分案件。例如，被告被訴一行為觸犯甲、乙 2 罪名，第二審法院就甲部分諭知有罪，乙部分不另為無罪之諭知。被告對有罪之甲部分上訴為有理由，依修正前第 348 條第 2 項規定「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分視為亦已上訴」，第三審法院審理範圍包括甲、乙二

部分；如依修正後第 348 條第 2 項增訂之但書規定，第三審法院審理範圍僅及於有罪之甲部分，不另為無罪之乙部分，則不在審判範圍。故案件於修正後始繫屬於本院（亦即修正前已繫屬於第一審或第二審法院），如仍適用修正前之規定，視為被告就第二審判決全部上訴，則被告因信賴依修正後規定乙部分不能視為上訴而已確定之訴訟程序利益，將因溯及既往適用修正前規定而被剝奪，自有悖於信賴保護原則。

參考法條：刑事訴訟法第 348 條。

刑事訴訟法施行法第 7 條之 13。

二、110 年度台上字第 5660 號（裁判書全文）

(一)刑事訴訟法第 161 條第 1 項規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」此為檢察官就被告有罪事實應負實質舉證責任之概括性規定，非謂除有罪事實之外，其他即可不必負舉證責任。此一舉證責任之範圍，除犯罪構成事實（包括屬於犯罪構成要件要素之時間、地點、手段、身分、機會或行為時之特別情狀等事實）、違法性、有責性及處罰條件等事實外，尚包括刑罰加重事實之存在及減輕或免除事實之不存在。累犯事實之有無，雖與被告是否有罪無關，然係攸關刑罰加重且對被告不利之事項，為刑之應否為類型性之加重事實，就被告而言，與有罪、無罪之問題有其相同之重要性（包括遴選至外役監受刑、行刑累進處遇、假釋條件等之考量），自應由檢察官負主張及實質舉證責任。又依司法院釋字第 775 號解釋理由書所稱：法院審判時應先由當事人就加

重、減輕或免除其刑等事實，指出證明方法等旨，申明除檢察官應就被告加重其刑之事實負舉證責任外，檢察官基於刑事訴訟法第 2 條之客觀注意義務規定，主張被告有減輕或免除其刑之事實，或否認被告主張有減輕或免除其刑之事實，關於此等事實之存否，均應指出證明之方法。

(二)被告之「累犯事實」，係對被告不利之事項，且基於刑法特別預防之刑事政策，此係被告個人加重刑罰之前提事實，單純為被告特別惡性之評價，與實體公平正義之維護並無直接與密切關聯，尚非法院應依職權調查之範圍，自應由檢察官負主張及指出證明方法之實質舉證責任。檢察官所提出之相關證據資料，應經嚴格證明程序，即須有證據能力並經合法調查，方能採為裁判基礎。如此被告始能具體行使其防禦權，俾符合當事人對等及武器平等原則，而能落實中立審判之本旨及保障被告受公平審判之權利。

參考法條：刑法第 47 條。

刑事訴訟法第 161 條第 1 項、第 163 條。

三、111 年度台上字第 1021 號（裁判書全文）

「數位證據」係指儲存於電磁紀錄載體，或是以數位方式傳送，於審判中得用以證明待證事實之數位資訊。而將該數位資訊內容，以機械、照相、化學、電子或其他科技方法，「準確重製」之產出物，乃原始證據內容重現之複製品，自與原始證據具有相同之證據能力（例如通訊軟體 LINE 對話內容紀錄畫面之翻拍照片，或列印成紙本文件）。由於當事人所提出之證據是否確實係其所主張之證據（即二者是否具有同一性），乃該證據是否具

有證據能力之前提要件。是於當事人就該複製品與原始數位資訊內容之同一性無爭議時，固得直接以該複製品為證據，惟若有爭議，如何確認該複製品與原儲存於載體之數位資訊內容同一，未經變造、偽造，即涉及驗真程序。證據唯有通過驗真，始具有作為審判中證據之資格。而驗真之調查方式，非僅勘驗或鑑定一途，亦得以其他直接證據或情況（間接）證據資為認定。易言之，得以對於系爭證據資料有親身經驗，或相關知識之人作證（例如銀行消費借貸部門經理，可以證明與借貸有關電腦資料為真；執行搜索扣押時，在場之執法人員可以證明該複製品係列印自搜索現場取得之電磁紀錄）；或以通過驗真之其他證據為驗真（例如藉由經過驗真之電子郵件，證明其他電子郵件亦為被告撰寫或寄出）；或者於電磁紀錄內容有其獨特之特徵、內容、結構或外觀時，佐以其他證據亦可通過驗真（例如電子郵件之作者熟知被告生活上之各種細節，或所述之內容與被告在其他場合陳述之內容相同等，亦可用以證明該郵件係被告撰寫之依據）等方式查明。又證據之驗真僅在處理證據能力層面之問題，與實體事實無關，屬程序事項，是其證明方法，依自由證明為之，且無須達到毋庸置疑，或毫無懷疑之程度，只需使法院產生大致相信該複製品與原儲存於載體之數位資訊具同一性之心證即為已足。至通過驗真之證據對待證事實之證明程度，則為證明力之問題，二者不容混淆。

參考法條：刑事訴訟法第 155 條。

四、111 年度台上字第 1154 號（裁判書全文）

(一)民國 109 年 1 月 15 日修正公布，同年 7 月 15 日生效施行毒品危害防制條例增訂第 9 條第 3 項規定：「犯前五條之罪（按即毒品危害防制條例第 4 條至第 8 條）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」，係考量毒品查緝實務，施用混合毒品之型態日益繁多，且因混合毒品之成分複雜，施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類者，為加強遏止混合毒品之擴散，乃增訂犯毒品危害防制條例第 4 條至第 8 條之罪，而有混合二種以上毒品之情形者，加重其刑至二分之一（立法理由參見）。又雖立法理由另指出：此項規定係就現今不同犯罪類型之個別犯罪行為予以加重，屬刑法分則加重之性質而成為另一獨立之罪等語。惟本罪僅係將想像競合犯從一重處斷之法律效果明定，仍係以同條例第 4 條至第 8 條之構成要件及法定刑為基礎，而加重各該罪法定刑至二分之一。就此以觀，行為人既就犯同條例第 4 條至第 8 條之罪自白犯行，對於以一行為犯之，而客觀上混合二種以上毒品之事實縱未為自白，惟立法者既明定為單一獨立之犯罪類型，為避免對同一行為過度或重複評價，以符合罪刑相當原則，自無因科刑實質上等同從一重處斷之結果，而剝奪行為人享有自白減刑寬典之理。又同條例第 17 條第 2 項規定：「犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑」，未將屬獨立罪名之同條例第 9 條第 3 項之罪列入，若拘泥於所謂獨立罪名及法條文義，認為行為人自白犯該獨立罪名之罪，不能適用上開減輕其刑規定，豈為事理之平，故應視就其所犯

同條例第 4 條至第 8 條之罪有無自白而定。

(二)原判決說明：被告於偵查及審理中均自白其基於營利意圖，價售毒品與喬裝買家的司法警察行為，已符合毒品危害防制條例第 4 條販賣毒品罪之構成要件，而同條例第 9 條第 3 項之混合二種以上毒品之加重犯罪型態，亦應解為同條例第 17 條第 2 項所定之犯罪類型範圍。且被告就本件混合二種毒品之加重構成要件雖辯稱並未明知，而無直接故意，但就有可能涉及不確定故意，亦即知道為毒品成分的咖啡包，至於第幾級毒品尚不在意，只要能賣出去就好，其未明確否認有販賣混合二種毒品之咖啡包的犯意，因認被告已於原審審理時自白其有販賣本件混合二種以上毒品咖啡包之不確定故意，而符合毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減刑規定等旨。原判決就此已詳予調查說明，尚無不合。檢察官上訴意旨指摘：被告僅承認販賣第三級毒品未遂，否認販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂，難認已就販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪為自白，原判決適用毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減輕其刑，有適用法則不當之違法等語，依上述說明，自非適法之上訴第三審理由。

參考法條：毒品危害防制條例第 9 條第 3 項、第 17 條第 2 項。

五、111 年度台上字第 1799 號（裁判書全文）

(一)按緩刑目的旨在對於初犯、偶發犯、過失犯及輕微犯罪者，於一定期間內，暫緩（猶豫）其刑之執行，以促使被告改過自新，並避免被告因入監執行短期自由刑而沾染獄

中惡習之流弊。故現行刑法第 74 條第 1 項規定，未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，或前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5 年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，而受 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告者，始符合緩刑之要件。本條所謂「受 2 年以下有期徒刑之宣告」，被告於本案如係犯單純一罪、實質上或裁判上一罪者，固係指所宣告或處斷上一罪之宣告刑而言；然本案如係數罪併罰，則係指依各罪宣告刑所定之執行刑。換言之，被告於本案犯數罪併罰之案件，除各罪之宣告刑均未逾越有期徒刑 2 年以外，必須數罪併罰所定之執行刑亦未超過 2 年，始得宣告緩刑。若非如此解釋，則法文對於短期自由刑之限制，恐將淪於虛設，而有悖於緩刑制度之立法意旨。舊例固曾有：「緩刑以宣告刑為標準，而非以執行刑為標準。故同時宣告數個 4 等有期徒刑以下之刑，亦得緩刑」（大理院統字第 334 號解釋）；「若數罪之刑均在 2 年以下，其一罪經宣告緩刑者，該緩刑之宣告如撤銷時，自應依刑法第 72 條定其應執行之刑」（司法院院字第 781 號解釋）等見解，與本條之立法目的未合，為本院所不採。故數罪併罰案件，法院依刑法第 51 條之規定，於同一判決內分別宣告其罪之刑，縱未定其應執行之刑，檢察官因仍得依刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定，聲請法院裁定之，固不能認為違法。然法院如同時為被告緩刑之宣告者，仍應依法先定其應執行之刑，必以其各罪之宣告刑及執行刑均在有期徒刑 2 年以下，其緩刑之宣告始為適法。

(二)本件原判決撤銷改判及維持第一審論處張○瑋加重詐欺取

財共 23 罪刑，其各罪之宣告刑雖均在有期徒刑 2 年以下（有期徒刑 10 月至有期徒刑 1 年 2 月之間），惟並未依法定其應執行刑，尚無法反映張○瑋本件整體犯罪情節、不法程度及其罪責之輕重，遽行宣告張○瑋上開撤銷改判及上訴駁回部分共 23 罪，每罪均緩刑 3 年，並應履行如其附表三所示調解筆錄之內容，依上述說明，尚有未洽，難謂無判決適用法則不當之違法。

參考法條：刑法第 51 條、第 74 條。

裁判字號：最高法院 110 年度台上字第 5375 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 04 月 07 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

110年度台上字第5375號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官黃裕峯

被告 邱松豐

選任辯護人 盧永盛律師

上列上訴人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110年5月12日第二審更審判決（110年度上更一字第40號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署107年度偵字第5782、5783、5784、5785號，108年度偵字第98、628號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、關於被告被訴如原判決附表一編號8部分：

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決以公訴意旨略稱：被告邱松豐基於販賣第一級毒品營利之犯意，於如其附表一編號8所示之時間、地點，以新臺幣（下同）3,000元販賣數量不詳之海洛因予藍清波，因認被告此部分所為涉有毒品危害防制條例第4條第1項販賣第一級毒品罪嫌。惟經審理結果，認為不能證明被告有此部分被訴之犯罪，因而撤銷第一審就此部分對被告論以販賣第一級毒品罪，處有期徒刑15年3月之判決，改判諭知被告無罪，已詳述其如何取捨證據及得心證之理由，核其此部分所為之論斷，俱有卷證資料可憑。從形式上觀察，原判決關於此部分尚無足以影響其判決結果之違背法令情形存在。

二、檢察官上訴意旨略稱：本件依證人藍清波於偵查中指述：伊先於民國107年9月20日下午3時38分，在電話中向被告表

達見面之意願以後，被告隨即於同日下午3 時45分許，前來伊租處取得伊購買海洛因之3,000 元對價以後，再於同日下午7 時許，將海洛因藏放於菸盒內，再放置於路旁樹下，並以電話指示伊自行前往取走海洛因等語，核與藍清波與被告同日之通訊監察譯文所載內容一致。且卷附通訊監察譯文內容中關於「菸盒裡面」、「另外那種的」、「我自己也要那個」等語，依藍清波之指述及社會通念研判，足以識別係雙方毒品交易之暗語。況被告以電話指示藍清波自行前往取走海洛因，亦與賣方為躲避查緝而避免當面交付毒品之常情相符。倘如被告所辯菸盒內是貸予藍清波之現金，則借貸金錢既非不法，自無故佈疑陣，且雙方均避而不見之理，可見其所辯顯非可信。原判決就上揭足以補強藍清波指述之間接或情況證據，並未說明其何以不採信之理由，遽為被告有利之論斷，自非適法。

三、惟證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決綜合卷附被告與藍清波如其附表二編號8 所示之通訊監察譯文內容，固可判斷其2 人約定見面，目的在授受內裝有特定物品之香菸盒，但尚無從依其等之對話內容或依社會一般通念辨明其2 人間究竟係約定交易何種毒品及其數量、價金等具體內容。且被告在本案之前並無任何毒品相關前科紀錄（含施用毒品犯行），亦與本件係毒品施用者間相互調貨或提供貨源之特性不符。而被告住處及工作地點經警方實地搜索結果，除扣得手機及現金22,500元以外，並未同時查扣電子秤、分裝袋、帳冊或毒品等供販賣毒品使用之工具等相關之物。被告否認販賣毒品犯行，辯稱其所放置於路旁樹下之香菸盒內是貸予藍清波之現金一節是否可信，固非無疑，但本件除了藍清波所為不利於被告之指述以外，並無其他足以補強藍清波上開證述為可信之佐證，自不能僅因被告所辯不足以採信，而推定其犯罪。原判決因認本件尚不能證明被告有此部分被訴之犯罪，而諭知被告此部分無罪之判決，已詳述其證據取捨及判斷之理由；此係原審踐行證據調查程序後，本諸合理性自由裁量所為證據評價之判斷，既未違反經驗法則或論理法則，即難遽指為違法。檢察官上訴意旨執此指摘原判決不當，無非係就原審採

證認事職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，再事爭執，要非適法之第三審上訴理由。

四、綜上，本件檢察官對於原判決附表一編號8 所示部分之上訴意旨，無非係就原審調查、取捨證據及判斷其證明力之適法行使，以及判決內已明白論斷之事項，任意指摘為違法，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆諸首揭說明，其對於原判決關於此部分之上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

貳、關於被告被訴如原判決附表一編號4 部分：

一、按刑事訴訟法第348 條已於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」之規定，並增設第2 項但書及第3 項之規定。又依刑事訴訟法施行法第7 條之13前段規定：110 年5 月31日修正通過（按即同年6 月16日修正公布施行，而於同年月18日生效）之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，於施行後仍適用修正前刑事訴訟法第348 條規定。則刑事訴訟法第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本院者，究應適用修正前或修正後之規定，以定其上訴之範圍？此一法律爭議，本院先前裁判有歧異之見解，經依法院組織法第51條之2 第2 項所規定之徵詢程序，向本院其他各刑事庭徵詢後，仍有不同之見解，乃以110 年度台上大字第5375號裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一法律見解。

二、本院刑事大法庭已於111 年3 月30日以110 年度台上大字第5375號裁定作成統一見解，認為：

(一)刑事訴訟法第1 條第1 項規定：犯罪，非依本法或其他法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰（刑事程序法定原則）。故刑事訴訟係以確定具體案件刑罰權有無為目的所實施之程序。案件因訴訟主體之啟動（起訴、自訴、上訴）而產生繫屬於法院之訴訟關係，並拘束法院及當事人，迄法院以終局裁判或當事人撤回訴訟而消滅。案件分別在各審級法院繫屬中，始生各該審級法院依訴訟程序審判之權力與義務；若案件已經某一審級法院為終局裁判，該審級之訴訟關係即歸於消滅，再無該審級之訴訟程序可言。

(二)惟為糾正個案錯誤，以期認事用法無誤，乃有審級制度之設

，許當事人對於下級審之判決聲明不服，並請求上級審改判，以資救濟。本於訴訟主義之原理，當事人是否利用上級審以阻止原判決之確定，仍以當事人之意思為準。故上訴原則上得對於判決之一部為之，上訴審法院並於訴訟繫屬後，分別適用該上訴審之訴訟程序規定以終結之。當事人因訴訟主義及審級制度之設，而得以依訴訟進程取得有利判決結果之機會，此係程序法對於訴訟權保障之重要功能。故當事人若未聲明對原判決之一部上訴時，其上訴範圍究竟應依修正前規定視為全部上訴（包含有罪、無罪、免訴或不受理之有關係部分），或應依修正後規定，僅就有罪之有關係部分視為上訴，至於「無關係」（或無不可分關係）之部分，究應如何決定？在解釋上自應從保障上訴人之上訴權、當事人之程序利益及尊重當事人設定之攻防範圍考量，以避免被告因而受突襲判決之不利益結果發生。

(三)刑事訴訟法施行法第7條之13前段係規定：110年5月31日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於「各級法院」之案件，於施行後仍適用修正前刑事訴訟法第348條規定。本條法文明白規定為「各級法院」，依法院組織法第1條之規定，所謂「各級法院」，自係指「地方法院、高等法院及最高法院」而言，不能限縮解釋為單指某一特定審級法院。且該條文所稱「已繫屬於各級法院」，亦顯與「已繫屬於法院」之意義不同。前者有區分案件繫屬於各該不同審級法院之意思，而後者則單純僅指案件繫屬於某一法院而言。又依本條（程序從舊）之立法目的而論，係案件已在某一審級法院「繫屬」中，因法律修正而影響當事人上訴範圍之認定，乃基於程序安定及訴訟經濟之考量，承認該審級依修正前規定已經進行之訴訟程序效力，及律定未來在該同一審級之訴訟程序，仍依修正前規定進行至該審級終結為止，新審級之上訴範圍及訴訟程序則依修正後規定進行。而各級法院於案件繫屬後，除有特別規定可準用不同審級之程序規定外，原則上係依據各該審級不同之訴訟程序規定進行審理及終結訴訟，故不論案件經第一審判決終結後提起第二審上訴而繫屬於第二審法院，或第二審判決終結後提起第三審上訴而繫屬於第三審法院，因舊有程序已終結，另開啟新的上訴審程序，新舊程序明顯可分，在原審級法院判決終結前，或判決終結後

上訴審法院繫屬前，刑事訴訟法既已修正施行，當事人自應依據新修正關於上訴範圍之規定提起上訴或補充聲明其上訴範圍，此種情形適用新程序法規定釐定其上訴範圍，既無違程序安定原則，亦不影響上訴人之上訴權與當事人之程序利益。故於原審判決後提起上訴，自應以其提起上訴而繫屬於上訴審法院時，刑事訴訟法第348條是否已經修正施行，作為究應適用修正後或修正前規定以決定其上訴範圍之時點依據。更何況因上訴而繫屬於第二審或第三審法院之案件，其原有之訴訟程序與訴訟關係均已終結、消滅，如因該案件於第一審或第二審繫屬之時間在本條修正施行以前，即溯及既往而適用修正前規定以決定當事人第二審或第三審上訴之範圍，包含已經諭知無罪之有關係或無關係部分案件。例如，被告被訴一行為觸犯甲、乙2罪名，第二審法院就甲部分諭知有罪，乙部分不另為無罪之諭知。被告對有罪之甲部分上訴為有理由，依修正前第348條第2項規定「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分視為亦已上訴」，第三審法院審理範圍包括甲、乙二部分；如依修正後第348條第2項增訂之但書規定，第三審法院審理範圍僅及於有罪之甲部分，不另為無罪之乙部分，則不在審判範圍。故案件於修正後始繫屬於本院（亦即修正前已繫屬於第一審或第二審法院），如仍適用修正前之規定，視為被告就第二審判決全部上訴，則被告因信賴依修正後規定乙部分不能視為上訴而已確定之訴訟程序利益，將因溯及既往適用修正前規定而被剝奪，自有悖於信賴保護原則。

(四)公法上信賴保護原則涉及法秩序安定與國家行為可預期性，屬法治國原理重要內涵，其作用非僅在保障人民權益，更寓有藉以實現公益之目的。刑事訴訟之當事人對依法規而取得之有利法律地位或可合理預期取得之利益，於客觀上有表現其信賴之事實，而非純為願望或期待，並具有值得保護之價值者，其信賴之利益即應加以保護。如因法規變動（制定、修正或廢止）而對規範對象之信賴利益產生不利影響，即減損規範對象之法律地位者，在無涉禁止法律溯及既往原則之情形，對於訴訟當事人既存之有利法律地位或可得預期之利益，除有制度之特殊考量外，原則上應予以維持（司法院釋字第525、589、717、781號解釋參照）。又刑事訴訟法

施行法第2 條規定：修正刑事訴訟法施行前，已經開始偵查或審判之案件，除有特別規定外，其以後之訴訟程序，應依修正刑事訴訟法終結之。是裁判前與裁判時之程序法規定如有變更者，原則上固應採「程序從新」原則，依新法終結之，然對於例外有特別規定之情形，仍容許依修正前規定處理。例如，同法第5 條規定就原得上訴於第三審之案件、已繫屬於各級法院之簡易程序案件，第6 條規定就已繫屬於各級法院之附帶民事訴訟，均得依施行前之法定程序終結之。其立法目的，無非均在保障當事人之訴訟權益，以避免被告因而受突襲判決之不利益結果發生及增加程序之複雜性（立法理由參照）。是本院就同法第5 條關於已繫屬於「各級法院」之法文規定，向採「第一審法院繫屬說」，即原得上訴於第三審法院之案件，祇要在修正刑事訴訟法施行前已繫屬於第一審法院者，並不因修正刑事訴訟法之施行而受影響，仍得上訴於第三審法院，其旨亦在維護當事人之信賴保護原則。上揭第5 條與本件系爭第7 條之13規定，法文雖均為「各級法院」，但前者應採取第一審繫屬說，後者則應採第二審或第三審（上訴審）繫屬說，始足以貫徹當事人信賴保護原則之維護。上揭相同之法律用語（各級法院），係因其各自規範不同之事項（案件得否上訴第三審或未聲明一部上訴者，是否視為全部上訴），為符合法目的與價值取向（維護信賴保護原則），始為相異之解釋內涵，即學理所稱之「法律概念相對性」，並無礙於法秩序整體一致性之和諧。也唯有依循如此差異性的理解脈絡，始有可能真正實現法安定性與實質正義的要求。

- (五)又訴訟繫屬之事實狀態，係由於移審之事實而來。第一審之移審，係指檢察官（自訴人）向管轄法院提出起訴書（自訴狀）之時。至於提起上訴，依刑事訴訟法第350 條第1 項規定，固應以上訴書狀提出於原審法院為之，但該上訴審之訴訟繫屬，則發生於該案卷宗及證物送交於上訴審法院之時（同法第363 條第1 項、第385 條），並非以提出上訴書狀之時為準。另刑事訴訟法施行法第7 條之13對關於適用修正後上訴範圍規定之時點，亦係採上訴繫屬時說，並非提出上訴時說。對於不服原判決提出上訴書狀以後，始因送交卷證而於修正後繫屬於上訴審法院之情形，仍應依其繫屬於上訴審

法院時之法律而定其上訴範圍。縱因卷證未能及時於修正施行前送交於上訴審法院，而使上訴人可能因此受有程序上之不利益，亦屬立法者立法裁量之範圍，並非司法者所能任意解釋。檢察官提出上訴書後，既明知法律已有修正，仍未能於案件繫屬於上訴審法院前，依修正後規定具體聲明其上訴範圍，則其程序上之不利益，係可歸責於檢察官本身，不能因此而影響被告已經取得之程序上利益。

(六)綜上所述，從保障上訴人之上訴權、當事人之程序利益及尊重當事人設定之攻防範圍考量，為避免被告因而受突襲判決之不利益結果發生，應認110年6月18日刑事訴訟法第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等旨。

三、本院刑事大法庭既已就本件前揭擬採為裁判基礎之法律見解予以統一。依法院組織法第51條之10規定，本庭自應受刑事大法庭上開裁定見解之拘束。查本件檢察官提起第三審上訴，係於110年6月28日繫屬於本院，有本院收文戳可稽（見本院卷第5頁），已在刑事訴訟法第348條修正施行以後，依上說明，本件自應適用修正後刑事訴訟法第348條之規定以定檢察官上訴範圍。而本件檢察官上訴書並未聲明係對於原判決之一部或全部提起上訴，且僅對原判決諭知被告被訴販賣海洛因予藍清波無罪部分（即如原判決附表一編號8所示）敘述上訴理由，並未對原判決附表一編號4所示即被告被訴販賣海洛因予施皇任部分敘述上訴理由。則依修正後刑事訴訟法第348條第1項規定，暨本院刑事大法庭前揭裁定之法律見解，本件應認檢察官上訴範圍不及於原判決關於上揭諭知被告被訴販賣海洛因予施皇任無罪部分。此部分既未經檢察官提起上訴，即已確定，自非本院審判範圍，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 111 年 4 月 7 日
刑事第一庭審判長法官 郭 毓 洲
法官 林 靜 芬
法官 周 盈 文
法官 蔡 憲 德

法 官 林 英 志

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 4 月 11 日

裁判字號：最高法院 110 年度台上字第 5660 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 04 月 27 日

裁判案由：殺人未遂等罪

最高法院刑事判決

110年度台上字第5660號

上訴人 張邱群

選任辯護人 吳啟玄律師

上列上訴人因殺人未遂等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國110年4月22日第二審判決（109 年度上訴字第4423號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署109 年度偵字第7402號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決，除沒收部分外，均撤銷。

張邱群犯非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，處有期徒刑參年玖月，併科罰金新臺幣玖萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日；又犯殺人未遂罪，處有期徒刑伍年伍月。有期徒刑部分應執行有期徒刑陸年。

其他上訴駁回。

理 由

甲、撤銷改判（原判決及第一審判決，除沒收部分外）部分

壹、本件原判決認定：一、上訴人張邱群基於非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝、具有殺傷力之子彈之犯意，於民國105 年底某日，在臺北市○○區○○○路0段000號之修車廠內，因王招風（於106 年歿）委託保管而收受可發射子彈具殺傷力之改造手槍（槍枝管制編號0000000000號，含彈匣1個）1枝（下稱本案手槍）及具有殺傷力之非制式子彈5 顆（下合稱本案槍彈），並將本案槍彈藏放在上開修車廠附近之土堆內（下稱寄藏槍彈）。二、上訴人於109年4月22日某時許，得知黃瑞桐毆打其妻舅陳佳宏並稱會對自己人身及財產上做出不利之舉動，竟攜帶本案槍彈，騎乘機車前往黃瑞桐居住之臺北市士林區延平北路8 段80巷53弄（下稱事發巷弄）理論，嗣於同日晚間10時25分許抵達事發巷弄口時，見從黃瑞桐住處走出之劉宜衡、張天予，即以臺語叫囂：「你以為你是流氓，我不是喔，你以為我不敢開槍嗎？」等語，其明知槍彈具有速度快、殺傷力強大之性質，一旦擊中人體之胸腹部或頭部等要害部位，極易致命，竟基於即使擊中要害仍不違反

其本意之殺人不確定故意，持槍朝張天予與劉宜衡方向連續擊發子彈3顆（另2顆子彈於拉開滑套時掉落地面），張天予、劉宜衡見狀分頭逃竄，其中1顆子彈擊中張天予之左側後背靠近腹部之位置，張天予因而受有金屬異物滯留於左下背部之槍傷，幸未生死亡之結果，上訴人乃騎乘上開機車逃離現場（下稱殺人未遂）。嗣經警據報到場，扣得附表編號2至4所示之物，上訴人則於翌日（23日）上午10時19分告知警方上情，並帶同警方起獲如附表編號1所示之本案手槍1枝等情。係以上開寄藏槍彈及殺人未遂之事實，業據上訴人坦承寄藏槍彈及持槍擊發子彈致告訴人張天予被射傷之客觀事實不諱，並經告訴人、徐永政、劉宜衡證述明確，且有新光吳火獅紀念醫院診斷證明書及函文（金屬異物滯留在告訴人左下背部）、告訴人病歷資料、現場採證照片、監視器錄影畫面（含翻拍照片）、內政部警政署刑事警察局鑑定書（送鑑手槍1枝〔槍枝管制編號0000000000〕，認係非制式手槍，由土耳其RETAY廠P114型空包彈槍，組裝已貫通之金屬槍管而成，擊發功能正常，可供擊發適用子彈使用，認具殺傷力。送鑑子彈2顆，認均非制式子彈，由口徑9mm制式空包彈組合直徑約8.9mm金屬彈頭而成；送鑑彈殼3顆，認係已擊發遭截短之口徑9mm制式空包彈彈殼，經比對結果，其彈底特徵紋痕均相吻合，認均係同一槍枝所擊發；送鑑彈頭2顆，認係直徑約8.9mm之非制式金屬彈頭等情）等證據資料附卷為憑，復有扣案槍、彈可佐。再衡以上訴人坦承：我看到兩人在講話，朝我走過來，我緊張就開槍，我有說你們先打我大舅子，現在還要去我們家亂，現在都是你們企逃（臺語）等語，而告訴人所受金屬異物滯留於左下背部之槍傷，確為人體上半身之腰部部位，益徵上訴人持本案手槍朝事發巷弄內擊發子彈3顆時，上訴人槍口係平舉、自告訴人之背面擊發子彈，而非朝地面射擊甚明。而上訴人舉槍擊發子彈時，應可預見若持槍平舉向告訴人、劉宜衡所在之狹窄巷道內擊發子彈，其等均可能因近距離遭具殺傷力之子彈擊中頭部、胸腔、腹部、股動脈所在之腹股溝處等人體重要部位，而發生死亡之結果，仍持本案手槍朝向告訴人與劉宜衡方向平舉擊發子彈，顯見縱然所擊發子彈造成包括告訴人在內之現場人員死亡，並不違背上訴人之本意。是其基於殺人之不確定

故意，朝告訴人與劉宜衡方向擊發子彈3顆，致告訴人遭1顆子彈擊中左側後背靠近腹部，受有金屬異物滯留於左下背部之槍傷，幸未生死亡結果，其寄藏槍彈及殺人未遂犯行，均堪以認定。為其所憑之證據及認定之理由。並敘明上訴人就殺人未遂部分所辯各節均不足採信之理由。因認上訴人所為，寄藏槍彈部分係犯修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝罪、槍砲彈藥刀械管制條例第12條第4項之非法寄藏子彈罪；殺人未遂部分係犯刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪。復認定：上訴人(1)於94年間，因違反槍砲彈藥刀械管制條例、偽造文書案件，經臺灣士林地方法院（下稱士林地院）於95年7月17日以95年度訴字第186號判處有期徒刑10月、拘役50日確定。(2)又於95年間，因偽造文書案件，經士林地院於95年12月4日以95年度簡字第531號判處有期徒刑3月確定。上開(1)、(2)案件，嗣經士林地院於96年8月23日以96年度聲減字第1486號裁定減刑並定應執行有期徒刑6月15日、拘役25日確定。(3)於96年間，因違反毒品危害防制條例案件，經士林地院於96年11月26日以96年度士簡字第1238號判處有期徒刑6月確定。(4)又於96年間，因違反槍砲彈藥刀械管制條例等案件，經士林地院於97年12月15日以97年度審訴緝字第4號判處應執行有期徒刑3年5月、併科罰金新臺幣（下同）5萬元確定。上開(3)、(4)案件，嗣經士林地院於99年6月17日以99年度聲字第794號裁定應執行有期徒刑3年8月確定。(5)於97年間，因違反毒品危害防制條例案件，經士林地院於98年1月12日以97年度審易字第418號判處有期徒刑7月確定。(6)又於97年間，因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，經臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）於98年4月6日以97年度訴字第1157號判處有期徒刑3年8月、併科罰金7萬元確定。上開(5)、(6)案件，嗣經桃園地院於99年6月21日以99年度聲字第1905號裁定應執行有期徒刑4年2月確定。(7)於97年間，因違反毒品危害防制條例案件，經桃園地院於97年7月28日以97年度桃簡字第1801號判處有期徒刑4月確定。(8)又於97年間，因違反毒品危害防制條例案件，經士林地院於98年2月17日以97年度易字第1374號判處有期徒刑9月確定。(9)再於97年間，因毀損案件，經士林地院於97年12月8日以97年度士簡字第

1470號判處有期徒刑6月確定。(10)另於97年間，因妨害自由案件，經士林地院於98年1月5日以97年度簡字第693號判處有期徒刑3月確定。上開(7)至(10)案件，嗣經士林地院於99年6月4日以99年度聲字第793號裁定應執行有期徒刑1年8月確定。經接續執行前開各案件後，於104年12月15日縮刑假釋（再接續執行罰金易服勞役及拘役，而於105年4月12日出監）、付保護管束，迄至107年6月15日假釋期滿未經撤銷，視為執行完畢等情，有上訴人前案紀錄表、在監在押全國紀錄表附卷可佐，上訴人前受有期徒刑之執行完畢後，其於5年以內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯，依司法院釋字第775號解釋意旨，審酌上訴人曾有違反槍砲彈藥刀械管制條例之前案，並有上開構成累犯之前科紀錄，可見已因故意犯罪執行完畢，卻未能謹慎守法，故意再犯本件寄藏槍彈、殺人未遂2罪，顯見其刑罰反應力甚為薄弱，認本案加重最低本刑尚無罪刑不相當之情形，其人身自由並未因此遭受過苛之侵害，皆依刑法第47條第1項之規定，均加重其刑。又上訴人殺人未遂犯行，應依刑法第25條第2項規定，減輕其刑。並依法先加重其刑再減輕其刑。又依警方所調閱之監視錄影畫面、警局函文及偵查報告等證據資料，可見其犯罪事證，於上訴人向警方告知上開客觀事實前，早已為警方所悉，尚非對於「未發覺之罪」自首，自無刑法第62條前段、槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1項規定之適用。因而維持第一審就寄藏槍彈部分依想像競合犯關係，從一重論處上訴人非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，及就殺人未遂部分論處殺人未遂罪。經以行為人之責任為基礎，審酌上訴人未經許可持有本案槍彈，對社會秩序及他人生命、身體安全構成潛在威脅，復因細故，不思理性溝通，持之向告訴人發射，致告訴人受有上開傷害，亦對國家社會之安全、秩序造成重大危害，所為實不足取。再衡之上訴人於偵查中主動到案後已知坦承犯行，並與告訴人達成和解，經告訴人撤回告訴，表示依法量刑之意見，堪認上訴人有悛悔之心，復考量上訴人寄藏本案槍彈時間之長短、教育程度、婚姻、家庭、工作與薪資狀況，及其犯罪之動機、目的，犯罪之手段、所生損害等一切情狀，就非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，量處有期徒刑3年10月，併科罰金10萬元，罰金如易服

勞役，以1000元折算1日之折算標準；另就殺人未遂罪，量處有期徒刑5年6月，且就有期徒刑部分，諭知應執行有期徒刑6年2月。因而維持第一審有關上訴人上開犯行之科刑判決，駁回上訴人在第二審之上訴。除下述關於累犯之適用外，原無不合。上訴意旨仍執陳詞，否認有殺人之不確定故意，為事實上之爭執，並就原審採證認事職權之適法行使，及執與原判決主旨無關之枝節問題，專憑己見，任意指為違背法令，雖均非可取。

貳、惟查：

一、關於被告構成累犯之事實以及應加重其刑之事項，檢察官應否基於「改良式當事人進行主義」之精神，踐行主張並具體指出證明方法之責任。亦即，依司法院釋字第775號解釋所揭示，將累犯「必」加重其刑變更為「可裁量」事項之意旨，法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程序上應否先由檢察官就被告構成累犯之前階段事實以及應加重其刑之後階段事項，主張並具體指出證明之方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎？對上開法律爭議，經本庭徵詢其他各庭後，意見紛歧，未獲致一致見解。爰以裁定將上開法律爭議提案予本院刑事大法庭，請求統一法律見解。

二、經本院刑事大法庭受理、辯論後，於111年4月27日以110年度台上大字第5660號裁定，宣示主文：「被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎。」並於裁定理由內說明：

(一)關於檢察官就前階段被告構成「累犯事實」之主張及舉證責任

1.就檢察官之訴訟負擔而言

刑事訴訟法第161條第1項規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」此為檢察官就被告有罪事實應負實質舉證責任之概括性規定，非謂除有罪事實之外，其他即可不必負舉證責任。此一舉證責任之範圍，除犯罪構成事實（包括屬於犯罪構成要件要素之時間、地點、手段、身分、機會或行為時之特別情狀等事實）、違法性、有責性及處罰條件等事實外，尚包括刑罰加重事實之存在及減

輕或免除事實之不存在。累犯事實之有無，雖與被告是否有罪無關，然係攸關刑罰加重且對被告不利之事項，為刑之應否為類型性之加重事實，就被告而言，與有罪、無罪之問題有其相同之重要性（包括遴選至外役監受刑、行刑累進處遇、假釋條件等之考量），自應由檢察官負主張及實質舉證責任。又依司法院釋字第775號解釋理由書所稱：法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實，指出證明方法等旨，申明除檢察官應就被告加重其刑之事實負舉證責任外，檢察官基於刑事訴訟法第2條之客觀注意義務規定，主張被告有減輕或免除其刑之事實，或否認被告主張有減輕或免除其刑之事實，關於此等事實之存否，均應指出證明之方法。

2. 就法院補充性之調查證據功能以言

我國刑事審判程序，採強化當事人進行色彩之對審結構，基於改良式當事人進行主義之精神，刑事訴訟法第163條第2項雖規定：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」惟：

- (1) 本項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，應以「利益」於被告之事項為限，此為本院統一之見解。被告之「累犯事實」，係對被告不利之事項，且基於刑法特別預防之刑事政策，此係被告個人加重刑罰之前提事實，單純為被告特別惡性之評價，與實體公平正義之維護並無直接與密切關聯，尚非法院應依職權調查之範圍，自應由檢察官負主張及指出證明方法之實質舉證責任。檢察官所提出之相關證據資料，應經嚴格證明程序，即須有證據能力並經合法調查，方能採為裁判基礎。如此被告始能具體行使其防禦權，俾符合當事人對等及武器平等原則，而能落實中立審判之本旨及保障被告受公平審判之權利。
- (2) 本項前段所謂法院「得」依職權調查證據，就被告有無累犯之事實以言，係指法院就檢察官所提出之證據資料，經踐行調查程序，認仍不足以證明被告有累犯之事實，而經曉諭檢察官聲請調查證據後，仍陷於真偽不明之際，法院得視個案情節為補充性之調查者而言，俾落實本條規定所宣示「當事人舉證先行原則、法院職權調查為輔」之證據調查模式的理

念。又法院為補充性調查時，仍應踐行嚴格證明程序，乃屬當然。至被告有無累犯之事實，陷於真偽不明，法院未為補充性調查，因而未認定被告構成累犯之情形，係檢察官承擔舉證不足之訴訟結果責任使然，符合實質舉證責任中舉證不足之危險負擔原理，法院並無調查職責未盡可言。

3. 檢察官就被告構成累犯事實指出證明方法之具體內涵

所謂檢察官應就被告構成累犯事實「具體指出證明方法」，係指檢察官應於法院調查證據時，提出足以證明被告構成累犯事實之前案徒刑執行完畢資料，例如前案確定判決、執行指揮書、執行函文、執行完畢（含入監執行或易科罰金或易服社會勞動執行完畢、數罪係接續執行或合併執行、有無被撤銷假釋情形）文件等相關執行資料，始足當之。至一般附隨在卷宗內之被告前案紀錄表，係司法機關相關人員依憑原始資料所輸入之前案紀錄，僅提供法官便於瞭解本案與他案是否構成同一性或單一性之關聯、被告有無在監在押情狀等情事之用，並非被告前案徒刑執行完畢之原始資料或其影本，是檢察官單純空泛提出被告前案紀錄表，尚難認已具體指出證明方法而謂盡其實質舉證責任。

(二) 關於檢察官就後階段被告依累犯規定「加重其刑事項」之主張及說明責任

1. 就司法院釋字第775 號解釋之意旨及刑事訴訟法之因應修法以觀

(1) 司法院釋字第775 號解釋針對累犯不分情節輕重一律加重最低本刑部分，業已闡明：為避免發生罪刑不相當之情形，法院就該個案應依該解釋之意旨，「裁量」是否加重最低本刑。其解釋理由書則進一步就法院訴訟程序進行中關於科刑資料之調查與辯論方面，闡釋：為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實（刑法第47 條第1項及第59條至第62條參照）及其他科刑資料（刑法第57條及第58條參照），指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決等旨。可見本解釋已課予檢察官就被告應依累犯規定加重其刑之事項負較為強化之說明責任。

(2) 為因應司法院釋字第775 號解釋之意旨，刑事訴訟法乃配合

將第289條第2項修正為：「前項辯論後，應命依同一次序，就科刑範圍辯論之。於科刑辯論前，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就科刑範圍表示意見之機會。」亦徵在主張累犯應加重其刑之階段，法院須就檢察官所指出之加重其刑事項加以調查、辯論，始能斟酌取捨。

2. 就累犯加重量刑與否轉變為裁量觀念以言

據上可知，就累犯應否加重其刑之觀念，已有由原來的「必」加重，轉變為較靈活之「可裁量」事項的趨勢。並且責由檢察官對於被告應依累犯規定加重其刑之事項，先主張並「具體」指出證明方法後，法院始需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎，俾落實檢察官之說明責任（即爭點形成責任），而符合改良式當事人進行主義之精神。

3. 檢察官就被告累犯應加重其刑之事項指出證明方法之具體內涵

所謂檢察官應就被告累犯加重其刑之事項「具體指出證明方法」，係指檢察官應於科刑證據資料調查階段就被告之特別惡性及對刑罰反應力薄弱等各節，例如具體指出被告所犯前後數罪間，關於前案之性質（故意或過失）、前案徒刑之執行完畢情形（有無入監執行完畢、在監行狀及入監執行成效為何、是否易科罰金或易服社會勞動〔即易刑執行〕、易刑執行成效為何）、再犯之原因、兩罪間之差異（是否同一罪質、重罪或輕罪）、主觀犯意所顯現之惡性及其反社會性等各項情狀，俾法院綜合判斷個別被告有無因加重本刑致生所受刑罰超過其所應負擔罪責之情形，裁量是否加重其刑，以符合正當法律程序及罪刑相當原則之要求。又此之量刑事項，並非犯罪構成事實或刑之應否為類型性之加重事實，以較為強化之自由證明為已足。

(三) 綜上所述：

1. 法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。前階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責任，後階段加重量刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察官分別負主張及具

體指出證明方法之責。倘檢察官未主張或具體指出證明方法時，可認檢察官並不認為被告構成累犯或有加重其刑予以延長矯正其惡性此一特別預防之必要，且為貫徹舉證責任之危險結果所當然，是法院不予調查，而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，即難謂有應調查而不予調查之違法。

2. 至於檢察官所提出之證據資料，經踐行調查程序，法院認仍有不足時，是否立於補充性之地位，曉諭檢察官主張並指出證明方法，自得由事實審法院視個案情節斟酌取捨。

(四) 檢察官若未主張或具體指出證明方法，法院因而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，基於累犯資料本來即可以在刑法第57條第5款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，自仍得就被告可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第57條第5款所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項。於此情形，該可能構成累犯之前科、素行資料既已列為量刑審酌事由，對被告所應負擔之罪責予以充分評價，依重複評價禁止之精神，自無許檢察官事後循上訴程序，以該業經列為量刑審酌之事由應改論以累犯並加重其刑為由，指摘原判決未依累犯規定加重其刑違法或不當。

(五) 本院刑事大法庭之裁定，除因依法院組織法第51條之10規定，對提案庭提交之案件有拘束力外，基於預測可能性及法安定性之精神，並無溯及既往之效力。故本裁定宣示前各級法院所踐行之訴訟程序及裁判，與本裁定意旨不符者，尚無從援引為上訴或非常上訴之理由。是以，於本裁定宣示前，下級審法院在檢察官未主張或盡其舉證、說明責任之情形下，業依職權調查，因而論以累犯，本乎前科形成累犯處斷刑或作為宣告刑事由之裁量，只須滿足其一，其評價即足，上級審法院自不能據以撤銷原判決，應予指明。

(六) 至檢察官就被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，有所主張並指出證明方法後，基於精簡裁判之要求，即使法院論以累犯，無論有無加重其刑，判決主文均無庸為累犯之諭知。又法院依簡易程序逕以簡易判決處刑者，因無檢察官參與，倘檢察官就被告構成累犯之事實及應加重其刑事項，未為主張或具體指出證明方法，受訴法院自得基於前述說明，視個案情節斟酌取捨，併予敘明。

三、綜此，法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴

訟程序上應先由檢察官就被告構成累犯之前階段事實以及應加重其刑之後階段事項，主張並具體指出證明之方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。倘檢察官未主張或具體指出證明方法時，可認檢察官並不認為被告構成累犯或有加重其刑予以延長矯正其惡性此一特別預防之必要，審理事實之法院自不能遽行論以累犯、加重其刑，否則即有適用法則不當之違法。又上開大法庭裁定意旨業已指明，所謂檢察官應就被告構成累犯事實「具體指出證明方法」，係指檢察官應於法院調查證據時，「提出」足以證明被告構成累犯事實之前案徒刑執行完畢資料。是以，倘檢察官未「提出」前揭足以證明被告構成累犯事實之前案徒刑執行完畢資料，即屬未經舉證，法院自無從為補充性調查，如檢察官單純以聲請函查證據之方式規避其「提出」前揭相關執行資料之責任，自非法之所許，法院予以駁回，並無調查職責未盡之違法可言。

四、查本件上訴人因涉犯非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝、殺人未遂罪嫌，經檢察官提起公訴，起訴書未請求對上訴人所為上開犯行依累犯規定加重其刑。於法院審理時，檢察官亦未就上訴人構成累犯之事實以及應加重其刑之事項，有所主張並具體指出證明之方法。原審於判決時，自行認定上訴人犯行構成累犯，並依累犯規定加重其刑。依上開說明，即有判決適用法則不當之違法，自屬無可維持。而此項違誤，尚不影響於事實之確定，本院可據以為裁判。爰將原判決及第一審判決，除沒收部分外，均撤銷，自為判決，並同原審審酌上訴人前揭一切情狀及前述前科素行之品行，就非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，處有期徒刑3年9月，併科罰金9萬元，罰金刑部分，並諭知易服勞役之折算標準。就殺人未遂罪，處有期徒刑5年5月。再綜合考量上訴人之人格及上開二罪間之關係、刑罰經濟及恤刑之目的，對於上訴人所犯二罪為整體非難評價後，有期徒刑部分酌定應執行有期徒刑6年，以期適法。

乙、上訴駁回（沒收）部分

壹、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。

貳、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審採證認事之職權，除認定上訴人有前揭犯行，因而維持第一審論處上訴人上開罪刑，及定應執行之刑（相關罪刑撤銷部分業如所述）外，併諭知相關沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。其中關於沒收部分，已詳為敘述其維持第一審沒收宣告之理由。核原判決此部分所為論敘說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

參、上訴人於110年5月21日就原判決全部提起上訴，惟無論該日之「上訴狀」或同年6月4日、6月8日收文之「刑事上訴理由狀」、「上訴理由狀」，並未具體指摘原判決關於沒收部分，有不適用何種法則或如何適用不當，依前揭說明，關於此部分之上訴並非合法，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第398條第1款、第395條前段，槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項（修正前）、第12條第4項，刑法第2條第1項前段、第11條前段、第271條第2項、第1項、第25條第2項、第55條前段、第42條第3項前段、第51條第5款，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 4 月 27 日
刑事第七庭審判長法官 李 英 勇
法官 洪 兆 隆
法官 楊 智 勝
法官 吳 冠 霆
法官 邱 忠 義

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 4 月 29 日
附錄所犯法條

槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項（修正前）：

未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍枝者，處三年以上十年以下有期徒刑，併科新臺幣七百萬元以下罰金。

槍砲彈藥刀械管制條例第12條第4項

未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列子彈者，處五年以下有期徒刑，併科新台幣三百萬元以下罰金。

中華民國刑法第271條

殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。

前項之未遂犯罰之。

預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑。

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 1021 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 04 月 07 日

裁判案由：偽造文書

最高法院刑事判決

111年度台上字第1021號

上訴人 陳宇利

選任辯護人 賴鴻鳴律師

黃俊達律師

陳妍蓁律師

上列上訴人因偽造文書案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國110年11月11日第二審判決（110年度上訴字第363 號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署107年度偵字第3118、11035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，認上訴人陳宇利有如原判決事實欄所載之共同行使偽造準私文書、詐欺取財各犯行明確，因而撤銷第一審關於上訴人之科刑判決，改判仍依想像競合犯之規定，從一重論處上訴人行使偽造準私文書罪刑，並為相關沒收、沒收追徵之諭知。已詳述其認定犯罪事實所憑之證據及理由。
- 三、「數位證據」係指儲存於電磁紀錄載體，或是以數位方式傳送，於審判中得用以證明待證事實之數位資訊。而將該數位資訊內容，以機械、照相、化學、電子或其他科技方法，「準確重製」之產出物，乃原始證據內容重現之複製品，自與原始證據具有相同之證據能力（例如通訊軟體LINE對話內容紀錄畫面之翻拍照片，或列印成紙本文件）。由於當事人所提出之證據是否確實係其所主張之證據（即二者是否具同一性），乃該證據是否具有證據能力之前提要件。是於當事人就該複製品與原始

數位資訊內容之同一性無爭議時，固得直接以該複製品為證據，惟若有爭議，如何確認該複製品與原儲存於載體之數位資訊內容同一，未經變造、偽造，即涉及驗真程序。證據唯有通過驗真，始具有作為審判中證據之資格。而驗真之調查方式，非僅勘驗或鑑定一途，亦得以其他直接證據或情況（間接）證據資為認定。易言之，得以對於系爭證據資料有親身經驗，或相關知識之人作證（例如銀行消費借貸部門經理，可以證明與借貸有關電腦資料為真；執行搜索扣押時，在場之執法人員可以證明該複製品係列印自搜索現場取得之電磁紀錄）；或以通過驗真之其他證據為驗真（例如藉由經過驗真之電子郵件，證明其他電子郵件亦為被告撰寫或寄出）；或者於電磁紀錄內容有其獨特之特徵、內容、結構或外觀時，佐以其他證據亦可通過驗真（例如電子郵件之作者熟知被告生活上之各種細節，或所述之內容與被告在其他場合陳述之內容相同等，亦可用以證明該郵件係被告撰寫之依據）等方式查明。又證據之驗真僅在處理證據能力層面之問題，與實體事實無關，屬程序事項，是其證明方法，依自由證明為之，且無須達到毋庸置疑，或毫無懷疑之程度，只需使法院產生大致相信該複製品與原儲存於載體之數位資訊具同一性之心證即為已足。至通過驗真之證據對待證事實之證明程度，則為證明力之問題，二者不容混淆。經查：上訴人於案發時，以通信軟體WeChat（下稱微信）與告訴人朱玉芬聯繫之對話紀錄，及所傳送偽造電子匯款回單照片之數位資訊檔案雖業已佚失，惟原判決引為認定本案犯罪事實之朱玉芬與上訴人間微信對話紀錄及偽造電子匯款回單圖檔（以下分別稱微信對話紀錄、偽造回單圖檔），乃朱玉芬自其行動電話還原之檔案下載列印等情，已據朱玉芬證述在卷。且查該微信對話紀錄以暱稱「名錶鑽石貨幣買賣」，及以臉書暱稱「葉博榮」（即為上訴人，詳下述）與朱玉芬聯繫者，所使用之頭貼圖像皆為相同之鑽石圖像，此有該微信對話紀錄及行動電話勘察報告在卷可參，顯見二者為同一人。復佐以朱玉芬傳送如原判決附表（下稱附表）二編號1、2所示偽造回單圖檔予許玉龍之時間（分別為民國106年12月11日15時14分及16時46分），與該微信對話紀錄，暱稱「名錶鑽石貨幣買賣」傳送圖檔予朱玉芬之時間（同日15時14分及16時45分）相近，以及朱玉芬之行動電話嗣經鑑識，亦匯出如附表二編號3、6、7、8之偽造

回單圖檔等情，有卷附證人許玉龍之證詞、該微信對話紀錄暨行動電話勘察報告可憑。綜上各情以觀，應可認該微信對話紀錄、偽造回單圖檔乃複製自原始數位檔案，二者具有同一性，自具有為證據之資格。又朱玉芬之行動電話送驗時，雖未能匯出本案之微信對話紀錄，惟此乃因其行動電話已登出該通訊軟體所致，亦據前開勘察報告說明甚詳。是尚難以未發現相關對話紀錄，遽認上揭微信對話紀錄、偽造回單圖檔有遭偽造或變造之虞。原判決理由壹之三，就上開證據認有證據能力之理由雖未敘及此，而有瑕疵，然於微信對話紀錄、偽造回單圖檔具有證據能力，得作為認定本案犯罪事實之結果並無影響。上訴意旨以上訴人已爭執微信對話紀錄、偽造回單圖檔之真實性，原審未勘驗或鑑定，且誤以供述證據之傳聞法則，認定偽造回單圖檔具證據能力云云，難認是合法之第三審上訴理由。

四採證認事，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。且法院認定事實，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，本於合理的推論而為判斷，要非法所不許。又補強證據乃為增強或擔保實質證據證明力，而用以影響實質證據證明力程度之證據，是所補強者，非以事實之全部為必要，只須補強證據與證明主要事實存否之實質證據相互利用，綜合判斷，而能保障實質證據之真實性，並非屬虛構者，即屬充分。原判決依憑朱玉芬、告訴人郭峰源之指訴，佐以上訴人之部分供述、證人柯銘鎧、許玉龍、鄧記樵、黃哲鳴、許文青、江文彬等人之證詞，及卷附微信對話紀錄、偽造回單圖檔、行動電話勘察報告、現金簽收單、交易明細、礦機預購合約書、通訊軟體LINE對話紀錄、第一審勘驗筆錄、通聯紀錄、GOOGLE地圖等證據資料，詳加研判，認定上訴人有前述犯行；復說明如何依本件案發前，朱玉芬、郭峰源曾與上訴人合作為鄧記樵等人購買比特幣挖礦機事宜，且本案4筆交易款項，上訴人均參與其中，另其等2人並不認識柯銘鎧，與上訴人亦無糾紛或嫌隙等情，認定其等2人指稱上訴人即係以臉書帳號「葉博榮」與其等2人合作本案購買比特幣挖礦機匯款事宜之人；又何以認定附表二編號1至8所示轉帳匯款電子回單均非真正之交易紀錄，而係上訴人所偽造，藉以取信朱玉芬、郭峰源之單據等旨所依憑之證據及理由。且

就上訴人對朱玉芬、郭峰源關於遭詐騙款項數額，前後陳述不一，及其等2人在所提出之微信對話紀錄註記說明文字等之質疑；以及上訴人所辯其至星巴克是充當人質，需待換匯成功才能離開、當天並未在星巴克與郭峰源碰面、其離開星巴克時所帶背包內裝朱玉芬送予其女兒之抱枕，並非現金云云，如何不足為有利上訴人之認定或不足採信，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，亦無理由矛盾或不備，及調查職責未盡之違法情事。而原判決認定臉書帳號「葉博榮」即為上訴人，除依朱玉芬、郭峰源之指訴外，並參佐前述得為補強之情況證據，尚非僅憑朱玉芬、郭峰源證述為唯一證據，核無違反證據法則可言。上訴意旨，猶執陳詞否認犯行，並主張原判決僅憑朱玉芬、郭峰源指訴，並無補強證據，逕認臉書帳號「葉博榮」為上訴人，違反證據法則云云，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。

五、有關柯銘鎧於警詢、偵查中雖陳稱：其係上訴人之上手，負責將款項交予「俊哥」處理匯款事宜。本案款項由其取得，嗣已將第1、3筆款項返還朱玉芬、郭峰源云云，然何以仍採信其於第一審所證：其係應上訴人要求，前往領取第3、4筆款項，除從中賺取4%之報酬外，剩餘款項全數交予上訴人。其於警詢、偵查所供上開各語，乃係上訴人以新臺幣10萬元為代價，請其配合之說詞等語；又柯銘鎧至監所會見上訴人時，所提及之「事實你就不知道阿」、「反正那些都跟你沒關係」等語，如何不足為有利上訴人之認定等情，已據原判決於理由內逐一闡述甚詳，查無理由不備或矛盾，及違反證據法則可言。且查上訴人在柯銘鎧於107年8月10日至監所會見時，固對柯銘鎧稱：「要一起洗」、「你要一起給他換」等語，惟綜合觀察該日其等2人對話之內容，尚難認定係指本案款項，則原判決以上開對話復提及與本案無關之人，及上訴人另涉有多起加重詐欺案件等情，認該監所接見錄音內容，尚難推翻前述不利上訴人之證據資料，而執為有利上訴人之認定，自無違反經驗法則及論理法則之可言。上訴意旨無視於原判決此部分論述，仍執陳詞，重為爭辯，核與法律所規定得上訴第三審之理由不相適合。

六其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證、認事職權之適法行使，任意指摘為違法，或就不影響判決本旨之微疵，提出主張，抑或非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有不適用何種法則或如何適用不當之情形，均難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。綜上，應認本件關於行使偽造準私文書罪部分之上訴，不合法律上之程式，予以駁回。至與上開部分有裁判上一罪關係，經第一審及原審均認有罪屬不得上訴第三審之詐欺取財罪部分之上訴，亦無從為實體上審判，應一併駁回。又對於本案之判決提起上訴者，依刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定，其上訴效力固及於以被告違法行為存在為前提之第三人（參與人）相關沒收判決部分；但須其上訴係合法時，始有效力相及之可言。查本件僅上訴人對原判決提起上訴，茲上訴人之上訴既不合法律上之程式，而應從程序上駁回，其上訴效力自不及於原判決關於第三人（即參與人陳靜怡）不予沒收判決部分，故無須併列原審第三人（參與人）為本判決之當事人，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 111 年 4 月 7 日
刑事第三庭審判長法官 徐 昌 錦
法官 林 恆 吉
法官 林 海 祥
法官 侯 廷 昌
法官 江 翠 萍

本件正本證明與原本無異

書記官
中 華 民 國 111 年 4 月 14 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 1154 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 04 月 14 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

111年度台上字第1154號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官鄭益雄

上訴人

即被告 王文良

選任辯護人 江信賢律師

鄭安妤律師

林宜嫻律師

上列上訴人等因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國110年9月30日第二審判決（110 年度上訴字第768號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署109年度偵字第16798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、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人即被告王文良有如其事實欄所載犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處被告犯毒品危害防制條例第4 條第6項、第3項、第9條第3項之販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪刑，並諭知相關之沒收，已詳述其所憑之證據及得心證之理由。對於被告於原審審理時所辯各節，如何不可採信，已於理由內詳為指駁。核其所為論斷，俱有卷內證據資料可資覆按，自形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。
- 三、檢察官上訴意旨略以：
販賣第三級毒品未遂罪與販賣第三級毒品而混合二種以上之

毒品未遂罪，毒品種類不同，構成之罪名、法定刑均不同，乃不同之犯罪事實。被告僅承認販賣第三級毒品未遂，而否認販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂，難認已就其犯行自白。原審適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，有適用法則不當之違法。

四、被告上訴意旨略以：

- (一) 被告主觀上無「明知」或「預見」所販賣之毒品咖啡包有混合二種以上之第三級毒品，且客觀上並無「摻雜調合」、「混合」行為，僅單純轉售，亦未與提供該毒品者有犯意聯絡。原判決未能詳加調查、審認，亦未敘明取捨證據之理由，遽認被告有販賣混合二種以上第三級毒品之不確定故意，而犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項、第9條第3項之罪，有理由不備及適用法則不當之違法。
- (二) 原判決逕認被告係非偶發性犯罪，並據為量刑理由，並以被告曾數次販賣毒品及其所為對社會治安有重大危害，遽認被告不宜宣告緩刑，有理由不備之違法。

五、惟按：

- (一) 證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，係屬事實審法院得自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，亦無明顯濫用裁量權之情事，即無違法可言。又事實審法院認定事實，非悉以直接證據為限，其綜合調查所得之各項直接證據及間接證據，本於合理之推論而為判斷，仍係適法之職權行使。刑法不確定故意（或稱間接故意），係指行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論（刑法第13條第2項參見）。故意包括「知」與「意」的要素，「預見」其發生，屬知的要素；「其發生並不違背其本意」，則屬於意的要素。間接故意仍須以主觀上對於構成犯罪之事實有所認識，基於此認識進而「容任其發生」。主觀認識與否以有「預見可能性」為前提，決定有無預見可能性的因素包括「知識」及「用心」，蓋無知不是刑罰的對象，在行為人已具備足夠知識的前提下，即應以法律所設想之一般智識謹慎者的狀態，用以判斷行為人對於侵害事實的發生是否具備足夠的預見可能性。至判斷行為人是否預見，更須依據行為人的智識、經驗，例

如行為人的社會年齡、生活經驗、教育程度，以及行為時的精神狀態等事項綜合判斷。

又毒品危害防制條例增訂第9條第3項所稱之「混合」，係指將二種以上之毒品摻雜調合，無從區分而言（如置於同一包裝），本不須以運輸、販賣者實行混合行為（遑論親自混合者恐成立「製造」犯行），而只須具故意或不確定故意，知悉或可得預見客觀上有此等混合情事已足。

原判決說明：被告所販賣之毒品含有二種第三級毒品，此客觀事實被告並不否認，且業經摻雜、調合而置於同一包裝內，並作為沖泡飲品販售，客觀上該當販賣第三級毒品而混合二種以上毒品之要件。且被告於偵查中自陳先前已有販毒成功經驗，被告既投入販賣毒品咖啡包市場，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，例如以咖啡包、糖果包、果汁包等型態，包裝混合而成新興毒品之社會情況當可知悉；且被告於警詢時自承有施用毒品咖啡包之經驗，更可預見其所販售咖啡包內有混合多種毒品成分之可能且容任發生。是被告於原審審理時雖否認明知其所販賣之咖啡包內有混合二種以上毒品之成分，但主觀上有販賣混合二種以上毒品咖啡包之不確定故意，至為明確等旨。原判決所為論敘說明，核與經驗法則及論理法則不悖，且此項有關事實之認定，係屬原審採證認事職權行使之事項，自不得任意指為違法。被告上訴意旨泛指：其客觀上並無實行混合行為，主觀上亦無明知或預見所販賣之毒品咖啡包有混合二種以上第三級毒品。原判決認定其有不確定故意，有理由不備、適用法則不當之違法等語，難認係適法之上訴第三審理由。

- (二) 民國109年1月15日修正公布，同年7月15日生效施行毒品危害防制條例增訂第9條第3項規定：「犯前五條之罪（按即毒品危害防制條例第4條至第8條）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」，係考量毒品查緝實務，施用混合毒品之型態日益繁多，且因混合毒品之成分複雜，施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類者，為加強遏止混合毒品之擴散，乃增訂犯毒品危害防制條例第4條至第8條之罪，而有混合二種以上毒品之情形者，加重其刑至二分之一（

立法理由參見)。又雖立法理由另指出：此項規定係就現今不同犯罪類型之個別犯罪行為予以加重，屬刑法分則加重之性質而成為另一獨立之罪等語。惟本罪僅係將想像競合犯從一重處斷之法律效果明定，仍係以同條例第4條至第8條之構成要件及法定刑為基礎，而加重各該罪法定刑至二分之一。就此以觀，行為人既就犯同條例第4條至第8條之罪自白犯行，對於以一行為犯之，而客觀上混合二種以上毒品之事實縱未為自白，惟立法者既明定為單一獨立之犯罪類型，為避免對同一行為過度或重複評價，以符合罪刑相當原則，自無因科刑實質上等同從一重處斷之結果，而剝奪行為人享有自白減刑寬典之理。又同條例第17條第2項規定：「犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑」，未將屬獨立罪名之同條例第9條第3項之罪列入，若拘泥於所謂獨立罪名及法條文義，認為行為人自白犯該獨立罪名之罪，不能適用上開減輕其刑規定，豈為事理之平，故應視就其所犯同條例第4條至第8條之罪有無自白而定。

原判決說明：被告於偵查及審理中均自白其基於營利意圖，價售毒品與喬裝買家的司法警察行為，已符合毒品危害防制條例第4條販賣毒品罪之構成要件，而同條例第9條第3項之混合二種以上毒品之加重犯罪型態，亦應解為同條例第17條第2項所定之犯罪類型範圍。且被告就本件混合二種毒品之加重構成要件雖辯稱並未明知，而無直接故意，但就有可能涉及不確定故意，亦即知道為毒品成分的咖啡包，至於第幾級毒品尚不在意，只要能賣出去就好，其未明確否認有販賣混合二種毒品之咖啡包的犯意，因認被告已於原審審理時自白其有販賣本件混合二種以上毒品咖啡包之不確定故意，而符合毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑規定等旨。原判決就此已詳予調查說明，尚無不合。檢察官上訴意旨指摘：被告僅承認販賣第三級毒品未遂，否認販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂，難認已就販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪為自白，原判決適用毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑，有適用法則不當之違法等語，依上述說明，自非適法之上訴第三審理由。

(三) 關於刑之量定，屬事實審法院得依職權裁量之事項，法院以行為人的責任為基礎，審酌刑法第57條所列各項罪責因素後，予以整體評價，而為科刑輕重標準的衡量，使罰當其罪，以實現刑罰權應報正義，並兼顧犯罪一般預防與特別預防的目的，倘其未有逾越法律所規定範圍，或明顯濫用其權限情形，即不得單憑主觀，任意指摘為違法，而據為合法上訴第三審的理由。至緩刑之宣告，除應具備刑法第74條各款所定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之，屬法院裁判時得依職權為合義務性裁量之事項，除有怠惰或濫用裁量之明顯違法，例如就基礎事實認定錯誤、有與事件無關之考量，或於相同事件為不同處理之違反平等原則等情事，否則亦難以原判決未宣告緩刑，即指為違背法令。

原判決說明：被告在影音社交軟體刊登販賣毒品訊息而欲販賣，有危害社會安全之虞，所生危害非輕，惟考量被告犯後坦承犯行之態度，及斟酌販賣對象僅1人、販賣之數量、獲利情形等一切情狀，量處有期徒刑2年。並說明：被告對不特定多數人兜售毒品咖啡包，擴大毒品之流通，戕害國民身心健康、對於社會治安之影響，及所販售毒品咖啡包7包之數量非少，難謂犯罪情節輕微，復參酌被告自陳先前已有販毒成功經驗（參見偵查卷第56頁），依其與喬裝買家的警察微信對話內容，可知當日稍早亦有送交毒品與他人之情（參見警詢卷第27頁），足見並非偶發犯罪等情，而有執行所宣告之刑，以矯正不法行為之必要，並無以暫不執行為適當之情形，不宜為緩刑之宣告等旨。並無明顯濫用裁量權而有違反公平，核屬事實審量刑及緩刑裁量之職權行使，自難指為違法。被告上訴意旨猶指摘：原判決以其非偶發性犯罪而為量刑，且係以被告之自白而不為緩刑宣告等語，與原判決上述理由說明不符，自非適法之第三審上訴理由。

六、綜上所述，檢察官及被告上訴意旨係就原判決已明確論斷說明，以及適法裁量之事項，再事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。應認本件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 111 年 4 月 14 日

刑事第六庭審判長法官 李 錦 樑
法官 蔡 彩 貞
法官 林 孟 宜
法官 吳 淑 惠
法官 錢 建 榮

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 4 月 19 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 1799 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 04 月 28 日

裁判案由：加重詐欺等罪

最高法院刑事判決

111年度台上字第1799號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官呂光華

上訴人

(被告) 林坤建

上訴人

(被告) 林建銘

被告 張家瑋

上列上訴人等因被告加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國110年11月30日第二審判決（109年度上訴字第4109號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署106年度少連偵字第2、169號，106年度偵字第20628、28851號，107年度偵緝字第396、784號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於張家瑋部分之宣告刑及緩刑（含所附負擔）均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回（即張家瑋）部分：

- 一、本件原判決認定被告張家瑋有如其事實欄一之(三)即如其附表一編號34至37、42至45、47、48、55至64及87至89所示三人以上共同詐欺取財（下稱加重詐欺取財）共23次犯行，因而撤銷第一審關於張家瑋如其附表一編號42、45、64及89所示4罪及定應執行刑部分之科刑判決，改判仍論處張家瑋加重詐欺取財共4罪刑；暨維持第一審判決關於張家瑋所犯如其附表一編號34至37、43、44、47、48、55至63、87、88所示分別論處加重詐欺取財共19罪刑之判決，而駁回張家瑋就上開19罪部分在第二審之上訴，及諭知張家瑋上開撤銷改判及上訴駁回部分共23罪，每罪均緩刑3年，並應履行如其附表三所示調解筆錄之內容。以上原判決關於宣告張家瑋如上所述共23罪之宣告刑及諭知緩刑部分，固非無見。
- 二、按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，修正後刑事訴訟法第348條第3項定有明文。本件檢察官不服原

判決關於張家瑋部分而提起上訴，明示僅就原判決關於張家瑋「緩刑」部分為之，有卷附檢察官上訴書可稽（見本院卷第83頁）。惟緩刑僅具有暫緩執行宣告刑之效力，性質上係屬刑之執行事項，雖非刑罰本身，但緩刑必須依附於主刑（即有期徒刑、拘役或罰金而言），始具有其意義，二者間具有不可分離之依存關係，故在訴訟上應合一審判，不能割裂處理。是檢察官雖僅就原判決關於張家瑋「緩刑」部分提起上訴，依同條第2項規定，其有關係之「主刑」部分，視為亦已上訴。則本件關於張家瑋部分之上訴範圍，僅及於如原判決附表一編號34至37、42至45、47、48、55至64及87至89「原判決主文」欄及「本院判決主文」欄所示共23罪之宣告刑暨其主文欄第6項宣告緩刑（含所附負擔）部分。至於原判決認定張家瑋有如其事實欄一之(三)及如其附表一編號34至37、42至45、47、48、55至64及87至89所示共23罪之犯罪事實；暨上揭各該編號「原判決主文」欄及「本院判決主文」欄所示之罪名部分，既未經檢察官表明上訴，均不在本院之審判範圍，合先敘明。

三、按緩刑目的旨在對於初犯、偶發犯、過失犯及輕微犯罪者，於一定期間內，暫緩（猶豫）其刑之執行，以促使被告改過自新，並避免被告因入監執行短期自由刑而沾染獄中惡習之流弊。故現行刑法第74條第1項規定，未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，或前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，而受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告者，始符合緩刑之要件。本條所謂「受2年以下有期徒刑之宣告」，被告於本案如係犯單純一罪、實質上或裁判上一罪者，固係指所宣告或處斷上一罪之宣告刑而言；然本案如係數罪併罰，則係指依各罪宣告刑所定之執行刑。換言之，被告於本案犯數罪併罰之案件，除各罪之宣告刑均未逾越有期徒刑2年以外，必須數罪併罰所定之執行刑亦未超過2年，始得宣告緩刑。若非如此解釋，則法文對於短期自由刑之限制，恐將淪於虛設，而有悖於緩刑制度之立法意旨。舊例固曾有：「緩刑以宣告刑為標準，而非以執行刑為標準。故同時宣告數個4等有期徒刑以下之刑，亦得緩刑」（大理院統字第334號解釋）；「若數罪之刑均在2年以下，其一罪經

宣告緩刑者，該緩刑之宣告如撤銷時，自應依刑法第72條定其應執行之刑」（司法院院字第781號解釋）等見解，與本條之立法目的未合，為本院所不採。故數罪併罰案件，法院依刑法第51條之規定，於同一判決內分別宣告其罪之刑，縱未定其應執行之刑，檢察官因仍得依刑事訴訟法第477條第1項規定，聲請法院裁定之，固不能認為違法。然法院如同時為被告緩刑之宣告者，仍應依法先定其應執行之刑，必以其各罪之宣告刑及執行刑均在有期徒刑2年以下，其緩刑之宣告始為適法。本件原判決撤銷改判及維持第一審論處張家瑋加重詐欺取財共23罪刑，其各罪之宣告刑雖均在有期徒刑2年以下（有期徒刑10月至有期徒刑1年2月之間），惟並未依法定其應執行刑，尚無法反映張家瑋本件整體犯罪情節、不法程度及其罪責之輕重，遽行宣告張家瑋上開撤銷改判及上訴駁回部分共23罪，每罪均緩刑3年，並應履行如其附表三所示調解筆錄之內容，依上述說明，尚有未洽，難謂無判決適用法則不當之違法。檢察官上訴意旨執此指摘原判決上開部分不當，為有理由。原判決上揭緩刑宣告，既屬違法而有撤銷原因，且定應執行刑復係以各罪之宣告刑為其基礎，自應由本院將原判決關於張家瑋部分之宣告刑及緩刑（含所附負擔）均予撤銷，發回原審更為適法之判決。

貳、上訴駁回（即林坤建、林建銘）部分：

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人林坤建有其事實欄一之(四)即其附表二編號1至94所載加重詐欺取財共94次犯行；暨上訴人林建銘有其事實欄一之(五)即其附表二編號16至26、29所載加重詐欺取財共12次犯行，因而撤銷第一審關於林坤建、林建銘及其等定應執行刑部分之科刑判決，改判仍均論以加重詐欺取財罪（林坤建共94罪，其中如原判決附表二編號10所示部分為加重詐欺取財未遂罪，另林建銘計12罪）

，分別量處如原判決附表二編號1 至94及同附表編號16至26、29「本院判決主文欄」所示之刑，暨諭知相關之沒收及追徵，已詳敘其所憑證據及認定之理由。對於其等所辯何以均不足以採信，亦在理由內逐一詳加指駁及說明，俱有卷存證據資料可資覆按；從形式上觀察，原判決關於林坤建、林建銘部分並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、林坤建、林建銘上訴意旨：

(一)林坤建上訴意旨略以：伊並未指示蔣定裕、林建銘、陳江濱、葉又翔等「車手」提領如原判決附表二編號1至6、11至22、29至32、35至61、63至66、68至94所示之贓款，蔣定裕等人實係依綽號「發哥」者（下稱「發哥」）之指揮提領後交付贓款予「發哥」本人，與伊無關。又伊並未借用蔣定裕名下之中國信託商業銀行股份有限公司帳戶（下稱中信銀行帳戶）存摺，其帳戶內之贓款，亦係蔣定裕所自行提領。另林建銘供述其僅依林坤建之指示提款2次，每次各新臺幣（下同）3萬元，合計僅6萬元，並非18萬元，原判決未予詳查，認定林建銘依伊之指示共提領18萬元，殊有未合。以上各節，伊於原審聲請傳喚陳江濱到庭調查釐清，原審未予傳喚，自屬可議云云。

(二)林建銘上訴意旨略以：伊為酒店幹部，前往臺北市○○區○○路000 號12樓詐欺集團工作場所（即原判決所稱之12樓套房）目的係在收取林坤建消費之「酒單」費用，並非擔任「車手」提領贓款，此業經張家瑋於第一審證述在卷可按。原判決不予採信，已有未洽。且伊主觀上亦不知所提領之款項係詐欺集團詐騙被害人之贓款，原判決就此亦未說明其憑以認定之理由，遽為不利於伊之認定，並有違誤云云。

三、證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。(一)原判決綜合證人即原審同案被告張家瑋、林坤建證詞，及林建銘各該次提款之自動提款機監視錄影畫面，暨其他卷內相關證據，資以認定林建銘主觀上明知其所提領之款項係詐欺集團向被害人詐騙所得，仍依林坤建指示而提領如原判決附表二編號16至26、29所示之贓款共12次，金額合計達18萬元之犯行明確。對於林建銘否認犯行，辯稱：伊僅持林坤建交付之提款卡與密碼提款2次共6萬元，

目的在清償林坤建積欠酒店之消費款項，並非擔任「車手」提領贓款，主觀上亦不知所提領之款項係他人受詐欺集團詐騙而匯入之贓款云云。及張家瑋於第一審翻異前詞，改稱：不知林建銘有無提領贓款云云，認不可採，或不足為林建銘有利之認定，已分別在判決內詳予指駁，並說明其證據取捨及判斷之理由。(二)林建銘、蔣定裕及陳江濱提領如原判決附表二編號1至6、11至22、29至32、35至61、63至66、68至94所示贓款之行為，如何均係依林坤建之指示為之；其中如原判決附表二編號1至6所示被害人匯入蔣定裕及呂欣蓉中信銀行帳戶，復係由林坤建透過蔣定裕取得等情，原判決業依憑林建銘、蔣定裕、陳江濱等人之證詞及卷內相關證據，詳敘其整體調查、取捨證據之結果及憑以認定之心證理由。且對於林坤建否認指示蔣定裕、林建銘、陳江濱等「車手」提領如上所述贓款，或曾借用蔣定裕名下之中信銀行帳戶等犯行，辯稱：蔣定裕等人係受「發哥」指揮提款；蔣定裕帳戶內之贓款，亦係其自行提領；及林建銘僅提款2次，每次各3萬元，合計6萬元云云，究竟如何不足採信，亦在理由中詳加指駁及說明。復敘明本件事證已臻明確，並無傳訊證人陳江濱之必要，乃駁回其傳喚陳江濱到庭調查之聲請，經核於法無違，自不得任意指為違法。林坤建、林建銘上訴意旨均未依據卷內資料具體指摘原判決對於其2人部分究有如何違背法令之情形，徒就原審採證認事職權之適法行使，暨判決內已明白論斷說明之事項，任意指摘為違法，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆諸首揭說明，其2人上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

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

中 華 民 國 111 年 4 月 28 日
刑事第一庭審判長法官 郭 毓 洲
法官 林 靜 芬
法官 周 盈 文
法官 蔡 憲 德
法官 林 英 志

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 5 月 2 日