

最高法院  
民刑事裁判書彙編

第77期

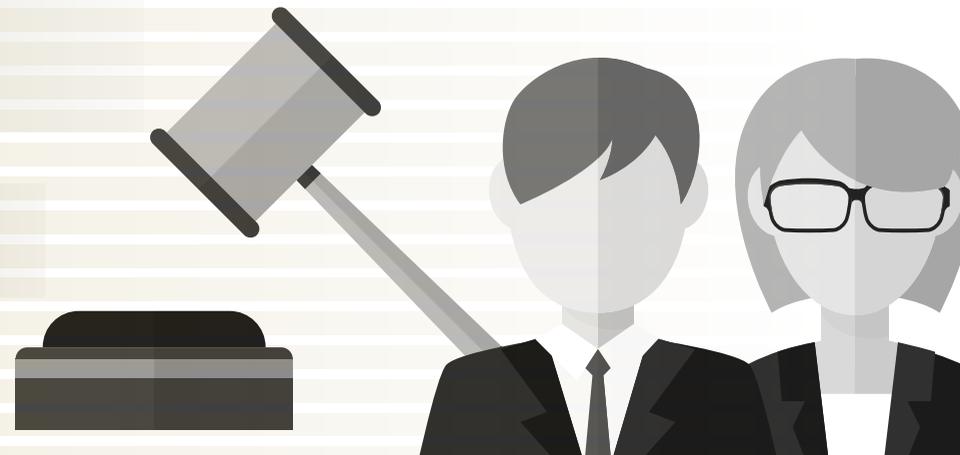


# 民事

## 例 言

- 壹、民法
- 貳、土地法
- 參、都市更新條例
- 肆、國家賠償法
- 伍、公司法
- 陸、保險法
- 柒、票據法
- 捌、專利法
- 玖、工會法
- 拾、民事訴訟法
- 拾壹、涉外民事法律適用法
- 拾貳、強制執行法

版權頁



## 例 言

- 壹、中華民國憲法
- 貳、司法院大法官解釋
- 參、中華民國刑法
- 肆、毒品危害防制條例
- 伍、貪汙治罪條例
- 陸、食品安全衛生管理法
- 柒、水土保持法
- 捌、人類免疫缺乏病毒傳染防治  
及感染者權益保障條例
- 玖、刑事訴訟法
- 拾、通訊保障及監察法
- 拾壹、中央法規標準法

# 刑事



# 最高法院民事裁判書彙編

中華民國一〇七年七月至十二月

第七七期

最高法院印行



# 例 言

- 一、本彙編係依據法院組織法第 83 條規定，自民國 79 年 7 月 1 日起發行。每半年 1 期，分民、刑事裁判書全文各 1 冊，提供各界研究參考。自 105 年 4 月（72 期）起，因應電子化趨勢以達節能減碳目標，爰改以電子書方式出版。
- 二、全書編排方面，為配合各界需求及推廣法律知識，於每篇裁判之首，均擷刊其要旨及相關法條，並按其性質及法條順序依次編列，俾利查閱。
- 三、本期彙編係分別自本院 107 年度 7 月至 12 月份民、刑事裁判書，擇其精要選輯而成；共計收錄民事裁判書 27 件、刑事裁判書 42 件。

中 華 民 國 108 年 4 月



# 最高法院民事裁判書彙編目錄 第77期

## 壹、民法

107年台上字第1280號(民法第71條。)	4
107年台上字第267號(民法第128條、第184條、第197條第1項 。)	10
107年台上字第85號(民法第129條第1項第2款、第145條、第 747條、第880條。)	43
107年台上字第1639號(民法第153條。)	49
107年台上字第427號(民法第216條。)	55
107年台上字第513號(民法第250條。)	61
107年台上字第768號(民法第295條第1項、第312條。)	66
107年台上字第1049號(民法第299條第1項。)	72
106年台上字第1840號(民法第759條之1。)	80
107年台上字第879號(民法第820條第1項。)	85
107年台上字第2222號(民法第1164條、第1165條第1項。)	92

## 貳、土地法

107年台上字第333號(土地法第73條之1第3項。)	98
-----------------------------	----

## 參、都市更新條例

107年台上字第569號(都市更新條例第19條第1項、第19條第3 項、第22條第1項、第25條第1 項、第25條之1、第36條第1項 。)	104
---	-----

## 肆、國家賠償法

107年台上字第1501號(國家賠償法第3條第1項。)	112
-----------------------------	-----

## 伍、公司法

107年台上字第841號(公司法第15條第1項、第23條第1項、第 53條、第108條第4項。)	118
107年台上字第790號(公司法第20條第1項。)	123
107年台上字第1666號(公司法第175條第1項、第178條。)	128
106年台上字第2942號(公司法第195條第2項。)	133
106年台上字第2629號(公司法第203條、第204條、第205條、 第206條、第207條。)	140
107年台上字第1620號(公司法第222條。)	154

## 陸、保險法

107年台上字第68號(保險法第94條第2項。)	159
--------------------------	-----

## 柒、票據法

107年台上字第1584號(票據法第11條第1項、第11條第2項、第 13條。)	166
---	-----

## 捌、專利法

107年台上字第2360號(專利法第105條、第117條。)	171
--------------------------------	-----

## 玖、工會法

107年台上字第1623號(工會法第12條第7款。)	181
----------------------------	-----

## 拾、民事訴訟法

107年台上字第1844號(民事訴訟法第400條。)	186
----------------------------	-----

## 拾壹、涉外民事法律適用法

107年台簡抗字第8號(涉外民事法律適用法第2條、第55條。民 法第1055條之1第1項第6款。)	191
--	-----

## 拾貳、強制執行法

107年台抗字第503號(強制執行法第4條之2第1項第1款。)..... 197

# 最高法院民事判決

107年度台上字第1280號

## 裁判要旨

證券交易法第14條之6乃取締規定，非效力規定，無民法第71條規定之適用。股票已在證券交易所上市或於證券商營業處所買賣之公司違反該項規定，未經薪酬委員會個別評估，逕定董事、監察人、經理人之薪資、報酬或退休金等，僅主管機關得否對該公司為行政處分，非謂其薪資等決定行為概為無效。

## 相關法條

民法第71條。

上訴人 張○世

訴訟代理人 吳文琳律師

林桑羽律師

被上訴人 中○○○化學工業開發股份有限公司

法定代理人 林○銘

訴訟代理人 楊敏玲律師

上列當事人間請求給付退休金事件，上訴人對於中華民國105年7月26日臺灣高等法院高雄分院第二審判決（104 年度重勞上字第10號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院高雄分院。

### 理 由

本件上訴人主張：伊自民國79年7月5日起受僱於被上訴人擔任高雄大社廠之工程師，被上訴人於83年6月19 日移轉民營，伊隨同移轉繼續任職於被上訴人，於95年8月15 日起擔任被上訴人生產部工程技術中心協理，於102年5月26日提出申請，訂於同年7 月11日退休，工作年資合計25年又6 日，符合勞動基準法（下稱勞基法）第53條第2 款規定及被上訴人自訂之「中○○公司員工退休辦法」（下稱系爭退休辦法）第2條第1項第2 款所定自請退休之要件。伊於被上訴人移轉民營後之工作年資為19年又21日，得請領以34.5個基數、最近6個月平均工資新臺幣（下同）17萬4,032元計算之退休金600萬4,104元，詎被上訴人竟拒絕給付等情，依勞基法第55條、系爭退休辦法第5 條規定，求為命被上訴人如數給付，及加計自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算利息之判決（上訴人請求被上訴人給付工資3萬5,393元本息部分，已獲勝訴判決確定，不予贅敘）。

被上訴人則以：上訴人自95年8月15 日起擔任伊之協理，屬證券交易法（下稱證交法）所規範之高階經理人，兩造間為委任關係

，非僱傭關係，無勞基法規定之適用。伊於99年5月27日廢止人事管理辦法，其子法即系爭退休辦法亦隨同失效，伊於100年9月20日依證交法第14條之6規定設立薪資報酬委員會（下稱薪酬委員會），並於伊之「總經理以下各階層分層負責表」（下稱分層負責表）明定，協理級人員之退休須經執行長核定，退休金先送薪酬委員會審議，再提交董事會核定；上訴人申請退休及其金額既未經核定，自不得請求伊給付退休金。況上訴人於102年7月11日起無故曠職，並洩露伊營業祕密，致伊受有須裁撤工程技術中心等損害，伊董事會已於102年10月24日決議解任上訴人，無給付上訴人退休金之義務。縱認伊應給付上訴人退休金，其平均工資亦僅10萬9,719元，伊並得以對上訴人之損害賠償債權，與上訴人得請求之金額為抵銷等語，資為抗辯。

原審維持第一審就上開部分所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，係以：上訴人自79年7月5日起受僱於被上訴人擔任高雄○○廠之工程師，被上訴人於83年6月19日移轉民營，上訴人隨同移轉繼續任職於被上訴人，於95年8月15日起擔任被上訴人協理，於102年5月26日向被上訴人提出申請，訂於102年7月11日退休，其自102年7月11日起即未至被上訴人處工作。上訴人於被上訴人移轉民營前之工作年資為5年11月15日（併計義務役2年），於被上訴人移轉民營後，自83年6月20日起算至102年7月10日止之工作年資為19年又21日，共計25年又6日，為兩造所不爭執。次查上訴人擔任被上訴人協理期間，定期參與被上訴人總公司之經營會報，決議被上訴人經營發展之重大計畫、具體執行事項等，並參加國外高階經理人訓練、預算審查，及代表被上訴人簽署鉅額之重大投資案相關文件，具有參與被上訴人經營發展之策略決定及執行權限；且被上訴人95年度至101年度年報之「總經理、經理、各部門分支機構主管資料」均列載上訴人之姓名、職稱等項，並公開揭露其持股比例及股權變動等情形，足見上訴人擔任被上訴人協理，須踐行證交法第25條所定之股權申報義務，屬被上訴

人之高階經理人，對被上訴人授權處理之事務有獨立之裁量及決策權，其與被上訴人間係委任關係，非僱傭關係，不因被上訴人為上訴人投保勞工保險而受影響。上訴人自79年7月5日起受僱於被上訴人至95年8月15日擔任被上訴人協理時止之勞工工作年資未達25年，不符勞基法第53條第2款所定自請退休之要件，其不得依同法第55條規定請求被上訴人給付退休金。又上市或上櫃公司之董、監事及經理人之薪資、分紅入股、退休福利、離職給付等報酬，須由薪酬委員會考量個人表現、公司經營績效及未來風險之關連等因素及參考同業通常水準支給情形，個別評估後，將其建議提交董事會討論、決議，此觀證交法第14條之6，及依同條第1項授權訂定之股票上市或於證券商營業處所買賣公司薪資報酬委員會設置及行使職權辦法第7條第2、3項之規定自明。因此，在薪酬委員會尚未個別實質審查上開因素前，無從決定董、監事或經理人之退休或離職給付。被上訴人於99年5月27日廢止人事管理辦法，不影響系爭退休辦法之效力。被上訴人所有員工，不論係僱傭關係或委任關係，均得依系爭退休辦法所定要件申請退休。被上訴人於100年9月間依證交法第14條之6規定設立薪酬委員會，並於分層負責表明定，協理級人員之退休須經執行長核定，退休金先送薪酬委員會審議，再交董事會核定。該條規定為強制規定，系爭退休辦法有關董、監事及經理人薪資、報酬及退休金等如何核定部分，與之抵觸者，不得再適用。是上訴人之退休金數額，應送被上訴人薪酬委員會審議後提交董事會核定。上訴人已依系爭退休辦法第6條規定於預定退休之30日前向被上訴人提出退休申請，通知被上訴人於102年7月11日終止兩造間之委任關係。被上訴人不召開薪酬委員會評估上訴人離職或退休之給付，並送董事會決定給付之金額，僅係上訴人得否請求被上訴人賠償其損害之問題，其退休金額既未經被上訴人薪酬委員會依前述因素評估後再送交董事會決定，其依系爭退休辦法之規定，請求被上訴人給付退休金，自無從准許。上訴人請求被上訴人給

付退休金，既無理由，被上訴人所為抵銷之抗辯，即無庸審究。故上訴人依勞基法第55條、系爭退休辦法第5條規定，請求被上訴人給付600萬4,104元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

查證券交易法第14條之6乃取締規定，非效力規定，無民法第71條規定之適用。股票已在證券交易所上市或於證券商營業處所買賣之公司違反該項規定，未經薪酬委員會個別評估，逕定董事、監察人、經理人之薪資、報酬或退休金等，僅主管機關得否對該公司為行政處分，非謂其薪資等決定行為概為無效。原審未察，遽謂上訴人退休金額未經被上訴人薪酬委員會評估後再送交董事會決定，其不得依系爭退休辦法請求被上訴人給付退休金，已有可議。次查原審係認上訴人得依系爭退休辦法所定要件申請退休，其已依該辦法第6條規定於預定退休之30日前向被上訴人提出退休申請，通知被上訴人於102年7月11日終止兩造間之委任關係。果爾，倘上訴人符合系爭退休辦法所定自請退休要件，能否謂其退休金請求權尚未發生，其不得請求被上訴人給付退休金，自滋疑問。原審未詳予研求，遽以前揭理由，為上訴人敗訴之判決，亦嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 16 日

最高法院民事第二庭

審判長法官 陳 國 禎

法官 鄭 雅 萍

法官 李 錦 美

法官 蕭 芳 菁

法官 鄭 純 惠

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 107 年 8 月 29 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第267號

## 裁判要旨

按民法所定侵權行為之賠償，旨在填補被害人所受損害，自以被害人之私益因不法侵害致受有損害為要件。而損害之發生乃侵權行為之要件，倘健康未受有損害，即無因此所生之侵權行為損害賠償請求權存在，不生請求權可得行使之問題，其請求權消滅時效自無從開始進行，此於民法第197條第1項後段所定10年時效亦然。蓋於毒物侵害等事件，往往須經長久時日，甚至逾10年後始對健康造成損害，如以加害行為發生時即起算10年時效，不啻使被害人之侵權行為損害賠償請求權形同具文，並造成損害未發生即開始起算時效，自非允當。而被害人在損害發生前，其請求權時效既未開始起算，須待健康受有損害，始得為侵權行為之損害賠償請求，對被害人而言，亦無不公平可言。按法人格獨立原則及股東有限責任原則，固為現代公司法制發展之基石。惟公司股東倘濫用公司獨立人格，利用公司型態迴避法律上或契約上之義務，造成社會經濟失序或其他侵害債權人等顯不公平情形時，公司法人格獨立及股東有限責任原則即有加以調整之必要。英美法系、德國法就此分別發展出揭穿公司面紗原則、法人格否認理論、直索理論等，俾能在特殊情形得以否認公司法人格，排除股東有限責任原則，使股東就公司債務負責或追究股東責任，以達衡平救濟之目的。而上開法理並非全盤否定公司法人格獨立，僅在個案上，如控制股東有詐欺、過度控制、不遵守公司形式、掏空公司、或藉公司型態逃避法令規範、契約義務、侵權責任等濫用公司法人格之不正行為，致損害公司債權人時，為維誠信及衡平救濟，例外地否認公司法人格予以救濟，與法人格獨立及股東有限責任不生扞格，亦無礙我國經濟之發展。

## 相 關 法 條

民法第128條、第184條、第197條第1項。

最高法院民事判決

107年度台上字第267號

上訴人 社團法人桃園縣原台灣美國○○公司員工關懷協會

法定代理人 劉○雲

訴訟代理人 林永頌律師

張譽尹律師

周漢威律師

曾彥傑律師

趙珮怡律師

蔡晴羽律師

李秉宏律師

王誠之律師

蔡雅滢律師

宋一心律師

朱芳君律師

李艾倫律師

薛煒育律師

孫則芳律師

上訴人 台灣美國○○○股份有限公司

法定代理人 柯○卓 (A000n F00000e Cadieux)

訴訟代理人 范 鯨律師

林之嵐律師

楊代華律師

劉怡莎律師

簡維克律師

李念祖律師

上 一 人

複代理人 王志鈞律師

上訴人 T000000000r (即T000000000r S. A. , 原名T00000n S. A. )

法定代理人 F000000c Rose  
上 訴 人 T00000n C000000r Electronics (Bermuda) Ltd.  
法定代理人 S0000e Le Menaheze  
上二人共同  
訴訟代理人 史 馨律師  
林元祥律師  
郭哲華律師  
褚衍嵐律師  
上 訴 人 G000001 Electric Company  
法定代理人 J00n L. Flannery  
訴訟代理人 谷湘儀律師  
張炳坤律師  
曾至楷律師

上列當事人間請求侵權行為損害賠償等事件，兩造對於中華民國106年10月27日臺灣高等法院第二審判決（104年度重上字第505號），各自提起一部上訴、上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於(一)駁回上訴人社團法人桃園縣原台灣美國○○公司員工關懷協會就附表甲所示選定人之上訴，附表乙、丙所示選定人之訴及上訴；(二)命上訴人台灣美國○○○股份有限公司、T00000-0000r、T00000n C000000r Electronics (Bermuda) Ltd.、G000001 Electric Company就附表丙所示之選定人再給付，及駁回其就附表丙所示選定人第一審命給付之上訴；暨各該訴訟費用部分均廢棄，發回臺灣高等法院。

上訴人社團法人桃園縣原台灣美國○○公司員工關懷協會、台灣美國○○○股份有限公司、T000000000r、T00000n Consumer Electronics (Bermuda) Ltd.、G000001 Electric Company其他上訴均駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回其他上訴部分，由各該上訴人負擔。

## 理 由

上訴人G000001 Electric Company（下稱GE公司）之法定代理人已變更為J00n L. Flannery，其具狀聲明承受訴訟，核無不合，先予敘明。

本件上訴人社團法人桃園縣原台灣美國○○公司員工關懷協會（下稱關懷協會）主張：美商美國○○○公司（下稱美商 RCA）透過其子公司於民國56年 8月21日在臺灣申請設立對造上訴人台灣美國○○○股份有限公司（下稱 RCA公司），自59年間起在桃園、竹北等地設廠生產電子及電器產品。美商 RCA於76年12月31日經對造上訴人GE公司併購，GE公司於77年12月31日將包含RCA公司在內之消費電子事業轉讓予法商湯○○集團，RCA公司仍持續生產上開產品至81年關廠為止。RCA公司產品製作過程中之焊錫爐作業及手焊作業，係屬鉛中毒預防規則第3條第11項第9款之軟焊作業，為鉛作業之一種，依規定應設置局部排氣裝置或整體換氣裝置。其工廠運作生產所使用如原判決附表三所示之31種化學物質（下合稱系爭化學物質），已證實極可能提高人體致癌風險，詎 RCA公司董事與經理人對於員工未盡防護說明及教導義務，任將系爭化學物質隨意傾洩於地面及地下，導致廠區土壤與地下水遭受污染；復未提供合法防護措施，未於廠房內設置合法之局部排氣裝置及整體換氣裝置；且 RCA公司以遭系爭化學物質污染之地下水作為生產線員工飲用水、員工餐廳飲用水、員工宿舍洗澡水之水源，致 RCA公司員工經由皮膚、呼吸、飲食、接觸攝入高濃度之有害化學物質。眾多 RCA公司員工因而罹患癌症或相關疾病，甚至死亡。RCA公司所為顯違反「有機溶劑中毒預防規則」、「勞工安全衛生設施規則」、「鉛中毒預防規則」、「勞工健康管理規則」、「廢棄物清理法及其子法」、「毒性化學物質管理法及施行細則」、「自來水法」等保護他人法律，致生損害於RCA公司員工，應依侵權行為法則、民法第227條、第227條之1、第487條之1第1項、職業災害勞工保護法第7條規定負賠償責任

。RCA 公司之前後任控制公司即對造上訴人 GE公司、T00000n Consumer Electronics (Bermuda) Ltd. (下稱 T00000n (Bermuda) 公司)、T000000000r (即 T000000000r S. A. , 原名 T00000n S. A. , 下稱T000000000r公司)曾委託Dames and Moore 公司與 Arthur D. Little公司 (下稱A. D. L. 公司) 進行調查污染事實, 均知悉系爭污染情事, 不僅未為任何告知或改善, 並辦理 RCA 公司減資, 出售RCA公司廠房及土地、將RCA公司資金匯出國外, 致 RCA公司員工求償無著, 顯屬惡意脫產, 均應依「揭穿公司面紗原則」, 與 RCA公司負不真正連帶賠償責任。關懷協會由 RCA 公司受害員工或其家屬組成, 其章程以協助會員及職業病亡者家屬爭取合法權益為宗旨。經原判決附表一除編號A009-1至009-6、A015-1至A015-2、A038-1、B027、B030、B037、B047、B066、B087、B210、B219、B248、C029、C038、C075 外之選定人, 依民事訴訟法第44條之1第1項規定選定伊為當事人, 爰求為命RCA公司、GE公司、T000000000r公司、T00000n (Bermuda) 公司應給付關懷協會新臺幣(下同, 其他外幣記載其幣別) 25億9400萬元, 及GE公司自100年1月6日起、T00000n (Bermuda) 公司自102年8月30日起, RCA公司、T000000000r公司就其中24億0084萬9476元自98年 9月10日起, 其餘自100年1月6日起計付法定遲延利息, 如其中一人為給付, 他人於給付範圍內免給付義務之判決(未繫屬本院者, 不予贅述)。

上訴人RCA公司、GE公司、T000000000r公司、T00000n (Bermuda) 公司(下合稱 RCA等四公司)則以: 關懷協會不具法人資格, 部分選定人非其會員, 無從依民事訴訟法第44條之1 規定選定關懷協會為當事人, 且其會員並不符合該條共同利益之要件, 其選定難認合法。另部分選定人於起訴後死亡, 影響關懷協會被選定之資格。關懷協會於起訴後在第一審追加 246位選定人, 及追加民法第28條為請求權基礎, 均於法不合; 我國法院管轄權效力不及於外國被告, 亦不能以侵權行為地法即我國法為準據法。又自

來水法非屬保護他人之法律，尚不得因違反該法而構成民法第184條第2項之侵權行為。國際癌症研究機構（International Agency for Research on Cancer（下稱IARC）與美國環保署（U.S. Environmental Protection Agency（下稱U.S. EPA）僅認第一類致癌物質始可證明對人體致癌，不應恣意擴張將未達醫學上合理確定性之系爭化學物質，一併認定與關懷協會會員罹病或死亡具有因果關係；又未區分各化學物質之使用時期、場所、濃度有無逾法定標準及RCA公司員工於各該化學物質之暴露量，即認與RCA公司員工罹病構成因果關係，於法有悖。關懷協會就會員罹病之一般及個別因果關係並未舉證證明，逕認RCA等四公司須就前開因果關係不存在負舉證責任，違反民事訴訟法第277條規定；不能以健康風險為由認定關懷協會未罹病會員亦受有損害。本件發生在公司法第154條第2項增訂前，無從適用「揭穿公司面紗原則」。況T000000000r公司、T00000n（Bermuda）公司為未經我國認許之外國公司，不得逕依我國公司法關係企業章之規定認屬RCA公司之控制公司。且GE公司僅因合併美商RCA而直接持有RCA公司股份2股，旋即轉讓他人，不曾為RCA公司之控制公司；T000000000r公司未持有RCA公司股份，均無「揭穿公司面紗原則」之適用。RCA公司辦理減資、出售廠房及土地、匯出資金乃公司營運、調度資金之合法行為，非惡意脫產。又民法第197條所定2年或10年時效不應自鑑定人作證後或自關懷協會會員從RCA公司離職20年後始行起算。RCA等四公司為時效抗辯不應認屬權利濫用。另石油精（Naphtha）未經IARC列為2A致癌物質，非屬2A致癌物質等語，資為抗辯。

原審以：查GE公司、T00000n（Bermuda）公司、T000000000r公司係分別依據美國、百慕達、法國法律設立登記之法人，並均設有代表人，雖未經我國主管機關認許，仍不失為非法人團體，得為我國民事訴訟之當事人。而RCA公司營業所位於我國臺北市，關懷協會主張之侵權行為、債務不履行發生地在我國改制前之桃

園縣、新竹縣，我國法院就本件訴訟自有國際管轄權。且本件行為發生地既在改制前桃園縣、新竹縣，其證據調查，主要均在我國境內，自無「不便利法庭原則」之適用。關懷協會主張之侵權行為地在我國，就侵權行為部分所生之債，其準據法為我國法；僱傭契約債務不履行部分，因 RCA公司為依我國法設立之公司，關懷協會之選定人均為我國人，其本人或被繼承人依我國法與RCA公司成立僱傭契約，此部分準據法應為我國法。又關懷協會原名「桃園縣原台灣RCA公司員工關懷協會」，於88年8月15日成立，經改制前桃園縣政府以證書字號桃社政（原審判決漏載「政」）字第0000號立案核准，主要任務係協助其會員即原 RCA員工及職業病亡者家屬爭取合法權益，其於93年 4月22日提起本件訴訟後，更名為「桃園縣原台灣美國○○公司員工關懷協會」，於95年1月9日完成設立登記，經臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）登記處發給法人登記證書，為合法成立之公益社團法人，依關懷協會章程第7條規定，並未限定僅RCA公司桃園廠員工或其家屬始得入會，關懷協會所提96年12月 6日蓋有原判決附表一選定人印文之選定人名冊（其中編號 A009-1至009-6、A015-1至A015-2、A038-1、B027、B030、B037、B047、B066、B087、B210、B219、B248、C029、C038、C075業經原審駁回關懷協會之請求確定），除符○婷（A003-5）、洪○保（A033-1）、蔡蘇○綢（B082）於96年12月 6日前已死亡，其等生前所立授權書或委託書僅授權或委託關懷協會辦理訴訟，未表明選定意旨，難認已生選定之效力；及黃○海（A029-3）、羅○雄（A014-4）均非本件選定人外，其餘選定人均已申請入會，經關懷協會理事會審查通過而列名於關懷協會會員名冊，復經改制前桃園縣政府准予備查，該等選定人均主張因 RCA公司之污染行為致受損害，核屬有共同利益之多數人，其等依民事訴訟法第44條之1 規定選定關懷協會為全體進行訴訟，自屬合法。部分選定人雖於起訴後死亡，惟關懷協會被選定之資格不因其等死亡而受影響。關懷協會於第一審起訴後追

加選定人及追加 T000000000r公司、T00000n (Bermuda) 公司、GE公司為被告，業經第一審予以准許。關懷協會於第二審增列民法第28條規定為請求，僅係補充事實上及法律上之陳述，非屬訴之追加。因部分選定人未依民事訴訟法第44條之1第2項規定以書狀表明「願由法院判定被告應給付選定人全體之總額，並就給付總額之分配方法達成協議」，本件尚無從以總額給付之方式為判決。其次，RCA公司主要生產電子及電器產品，其桃園廠及竹北廠於生產製程曾使用如原判決附表三所示化學物質。於64年至80年間，經臺灣省工礦檢查委員會（下稱工礦檢查委員會）及臺灣省政府勞工處北區勞工檢查所（下稱北區勞檢所）檢查發現有多次違反「有機溶劑中毒預防規則」、「鉛中毒預防規則」、「勞工健康管理規則」之事實。RCA公司及其負責人庫○（C00000s. C. C00000g）並因違反勞工安全衛生法，經桃園地院於66年1月25日以66年度易字第54號刑事判決各處罰金2000銀元。RCA公司夜班人員張○綿亦曾以公司設備欠當及化學劑等原因請公傷假遭拒而提起訴願。再依證人即原RCA公司員工田○駿、黃○窈、鍾○興、秦○慧、鄭王○珠、楊○英、包○蘭、張○英、鑑定人張○輝、陳○傑等人證述內容，可知RCA公司代表人執行公司業務，本應保護勞工之健康安全，卻未盡教育員工關於有機溶劑對人體之影響、處理有機溶劑應注意事項及發生有機溶劑中毒事故之緊急措施之注意義務，亦未依法提供維護作業勞工健康所必要之防護用具或監督員工使用個人防護用具，堪認RCA公司之代表人（詳如原判決附表五所示）執行職務，確有違反「勞工安全衛生設施規則」、「有機溶劑中毒預防規則」、「鉛中毒預防規則」、「勞工健康管理規則」等保護他人之法律情事。且由RCA公司一再重複違反相同規定之情形，及鑑定人臺灣大學公共衛生學院教授、臺灣職業衛生學會理事長陳○傑證述可知，工礦檢查委員會及北區勞檢所僅為部分抽檢，RCA公司違反作業方式，非檢查當日方有之例外狀況。是RCA公司以其受檢項目合規比例甚高，抗

辯其未違反注意義務云云，尚無足採。另63年7月26 日公布之「廢棄物清理法」及臺灣省政府於64年 5月21日依該法第27條訂定之「廢棄物清理法臺灣省施行細則」乃為改善環境衛生，維護國民健康所制定，自屬保護他人之法律。依Bechtel公司出具之Preliminary Site Investigation Report、鑑定人丁○行提供之「GE及 T00000N於關廠前所委託之土壤及地下水污染調查(一)」簡報檔、A. D. L. 公司出具之Oversight of Environmental Investigation at Taoyuan and Chupei, Taiwan報告，RCA公司桃園廠土壤中三氯乙烯、四氯乙烯、三氯乙烷等有機溶劑嚴重超標，甚有高達整治基準110倍以上者。另依 A. D. L. 公司出具之上開報告、鑑定人丁力行提供之「GE及T00000N於關廠前所委託之土壤及地下水污染調查(一)」、Dames and Moore公司出具之D&M, Feb. 10. 19 89 Consensus Report (下稱Consensus Report)、Bechtel公司出具之Preliminary Site Investigation Report、CH2M HILL Taiwan Branch 檢測地下水質結果、中環科技公司監測地下水污染狀況、財團法人工業技術研究院就 RCA公司桃園廠周圍民井地下水分析結果、鑑定人成功大學醫學院公共衛生研究所教授王○德88年 7月完成之研究計畫成果報告、89年11月完成之專案計畫、鑑定人即北京水淼國際科技有限公司副總經理齊○強之證述及補充報告、桃園市政府 105年11月17日府環水字第1050280786號函檢送 RCA公司原桃園廠址地下水污染整治場址污染整治計畫第三次變更計畫(定稿本)、關懷協會提出之「RCA公司桃園廠地下水污染原桃園廠地下水污染整治場址整治計畫105年10-12月成果報告」、「台灣美國○○○公司(RCA)原桃園廠場址外地下水工作計畫105年10~12月成果報告」106年2月8日審查會議紀錄等資料，RCA公司桃園廠地下水中三氯乙烯、四氯乙烯、三氯乙烷等有機溶劑嚴重超標，甚有達整治基準數萬倍者。參以證人田○駿、鍾○興、秦○慧等人證稱 RCA公司傾倒廢棄有機溶劑於桃園廠區，而由 Consensus Report內容可知RCA公司竹北廠就廢棄

有機溶劑之儲存，並無圍堵設施，地面可見有機溶劑之污染，足證 RCA公司之代表人執行公司職務，本應依法清除、處理廢棄物，卻未教育員工正確處理有機溶劑之方式，而任意傾倒廢棄有機溶劑於廠區，嚴重污染桃園、竹北廠址之土壤及地下水，顯已違反63年7月26日公布之「廢棄物清理法」第12條第1項規定、64年5月21日訂立之「廢棄物清理法臺灣省施行細則」第18條規定。又55年11月17日所公布之自來水法第47條亦屬民法第184條第2項所定保護他人之法律。依證人黃○窈、秦○慧、田○駿、鍾○興、鄭王○珠、楊○英、簡黃○屬、簡○美、胡○仁等人證述、鑑定人齊○強證言及補充報告、宏○及長○建設開發股份有限公司所提「RCA原桃園場址未來地下水污染整治與管理工作計畫書合訂本」內所附「圖 2-4基地生產井地層斷面圖」、王○德89年11月專案計畫，可知 RCA公司桃園廠之地下水與自來水可相通，且有互相切換，供員工飲用之事實。RCA公司桃園廠區地下水受有嚴重污染，則 RCA公司代表人執行公司職務，顯有違反自來水法第47條規定之行為。綜上，RCA公司代表人執行公司職務，在桃園廠、竹北廠確有違反「有機溶劑中毒預防規則」、「勞工安全衛生設施規則」、「鉛中毒預防規則」、「勞工健康管理規則」、「廢棄物清理法」、「廢棄物清理法臺灣省施行細則」、「自來水法」等保護他人法律之侵權行為。RCA公司舉其自行發行之「家園雜誌」，謂其符合相關規範云云，尚無足取。RCA公司桃園廠、竹北廠營運期間，因設備及防護用具、防護措施、教育訓練不足，致其員工吸入含有原判決附表三化學物質之污染空氣，並因未使用具有防護效果之手套等用具，直接經由皮膚接觸原判決附表三化學物質；其桃園廠營運期間，因自來水管與地下水相通，飲用水混用地下水，致員工飲用到受污染之地下水；且依RCA公司違規項目、上開證人所述工作狀況，堪信RCA公司員工不當暴露、接觸原判決附表三所示化學物質，已超過可得容受之程度與劑量。RCA公司員工集體長期暴露、接觸多種化學物質，其間

相互作用、疾病機轉，即令具專業知識之科學家亦未能清楚了解，且員工暴露之化學物質種類、劑量等資訊均掌握在 RCA 公司，RCA 公司及其母公司均未提出相關資料，則關懷協會就因果關係之舉證，應以「合理之蓋然性」為已足，倘 RCA 等四公司認無一般或個別因果關係存在，應提出確切之反證證明。又身體健康之受損，不應侷限於肢體殘缺或器官衰竭之「巨觀」損害，亦包含細胞機能受阻、次細胞層級之染色體甚至 DNA 序列完整性遭破壞之「微觀」損害。而長期接觸毒物，造成體內之代謝發生變化、細胞功能及其基本結構遭到破壞，導致組織器官損傷、代謝紊亂、功能障礙及病理變化等，自難謂無受損害。又依 IARC、U.S. EPA、美國疾病管制局 (Centers for Disease Control and Prevention, 下稱 CDC) 之人類流行病學與動物試驗研究及分類資料，原判決附表三所示化學物質屬「確定人類致癌物 (Group 1)」者，如三氯乙烯、苯、氯乙烯 (等)；「很可能人類致癌物 (Group 2A)」者，如四氯乙烯、二氯甲烷 (等)；「可能人類致癌物 (Group 2B)」如三氯甲烷、二氯乙烷 (等)；「有動物致癌性證據」者，如三氯乙烷、亞氯酸鈉 (等)；對人體之影響如原判決附表三所示。依鑑定人陳○中所述，暴露於致癌性有機溶劑後，人體可能會經癌症之誘發期、潛伏期，期間之長短因人而異，相較於一般正常人而言，接觸過上開有機溶劑之人體內已存有導致健康異常之因子，不能僅以臨床上目前與常人相同或未出現症狀即謂其健康未受傷害。另根據鑑定人即前台大毒理學研究所教授翁○輝、成功大學醫學院公共衛生研究所教授王○德之證述、美國環保署國家環境評估中心 (NCEA) 等機構於西元 2013 年在環境衛生展望期刊 (Environmental Health Perspective) 所發表之「三氯乙烯對人體健康的影響：關鍵發現與科學上之爭議」、改制前桃園縣環境保護局委託計畫「含氯揮發性有機物污染事件居民流行病學調查與風險評估第二年專案計畫」，併參考 RCA 公司及鑑定人李○勳意見，足認 A 組選定人家屬 (即原 RCA 員工

）死亡之疾病與IARC、U. S. EPA、CDC等研究報告所示化學物質可能導致之疾病相符，即可推定具有因果關係（A組選定人係以其任職RCA公司之家屬死亡為其請求原因）；其餘B、C組選定人，如其外顯疾病與上述機構研究報告所示化學物質可能導致之疾病有相當程度相符，亦可推定就其損害具有因果關係，列為B類即已發病之選定人；至未有疾病或其疾病與上述機構研究報告不相符合或暴露時間過短，因其亦有暴露於相當程度之致癌或致病化學物質之事實，致體內存有導致健康異常之因子而受有損害，仍可推定具有因果關係，爰將之列為C類即尚未發病之選定人，其詳如原判決附表六所示。RCA等四公司抗辯C類選定人未發病即未受有損害云云，尚無可取。鑑定人即美國Johns Hopkins大學公衛學院流行病系及醫院職業與環境醫學研究部副教授陶○光所為證言，與前揭事證相左，不足憑採。按我國法律、制度與美國不同，鑑定人即美國哈佛大學法學院教授J000 C.P. Goldberg關於美國毒物侵權行為訴訟舉證責任及案例之證述內容尚無法適用於本案。行政院勞工委員會勞工安全衛生研究所88年、89年、90年委託「RCA受僱勞工流行病學調查研究」、「RCA受僱勞工流行病學調查研究二」、「RCA受僱勞工流行病學調查研究三」，因受限於現場無法重建，RCA公司不願提供相關資料，勞工保險局就醫資料、改制前行政院衛生署死因資料檔、全國癌症患者資料庫之資料不全，無法完整呈現實際狀況，致因果關係之認定強度有被低估或稀釋，自難以前開三份報告為不利關懷協會之論據。依上開因果關係之判斷標準，關懷協會A組選定人除編號A016、A024、A028、A032、A040之死亡證明書未能證明係真正，或未能證明死亡原因，或死亡原因與IARC、U. S. EPA、CDC等研究報告所示化學物質可能導致之疾病不符；及前述不生選定效力之符○婷(A003-5)、洪○保(A033-1)、蔡蘇○綢(B082)、黃○海(A029-3)、羅○雄(A014-4)外，其餘A組選定人（已確定之編號A009-1至009-6、A015-1至A015-2、A038-1除外）及B、C組選定人（已確

定之B027、B030、B037、B047、B066、B087、B210、B219、B248、C029、C038、C075除外)得分別依民法第194條、第195條規定請求精神慰撫金。次查美商 RCA透過其100%持有之子公司「百慕達商美國國際○○○公司」擔任投資申請人，向我國經濟部投資審議委員會(下稱投審會)申請核准後，於56年8月21日在臺灣設立RCA公司；嗣美商RCA於61年間另設立子公司「百慕達商美國國際○○○公司」(RCA International Ltd.，Bermuda，即T00000n(Bermuda)公司之前身)取代「百慕達商美國國際○○○公司」擔任投資申請人，美商RCA亦持有「百慕達商美國國際○○○公司」100%之股權；76年12月31日美商RCA因與GE公司合併而消滅，77年12月31日GE公司再將包括RCA公司之消費電子事業轉讓與訴外人法商湯○○集團。依RCA公司61年9月18日股東臨時會議紀錄及64年12月15日股東名簿可知，「百慕達商美國國際○○○公司」之持股分別為總股數1981股中之1972股、總股數4092股中之4086股，均占總股份99%以上。嗣因母公司易主，「百慕達商美國國際○○○公司」於80年4月3日向投審委員會申請更名為T00000n Consumer Electronics (Bermuda) Ltd. (即T00000n(Bermuda)公司)，依81年6月26日RCA公司股東名簿，T00000n(Bermuda)公司就RCA公司之持股為153745股中之153721股，占總股份99%以上。故T00000n(Bermuda)公司自61年起至81年關廠止，始終持有RCA公司99%以上之股份，自屬RCA公司之控制公司。另GE公司在合併美商RCA前即持有該公司全部股份，美商RCA透過其持股100%之「百慕達商美國國際○○○公司」持有RCA公司99%以上之股權，GE公司則透過其子公司美商RCA間接持有RCA公司99%以上之股權。嗣GE公司於76年12月31日併購美商RCA，美商RCA因合併而消滅，GE公司為存續公司，並承受美商RCA所有之權利義務，應認GE公司至77年12月31日將其消費電子事業轉讓與訴外人湯○○集團前，均為RCA公司之控制公司。T000000000r公司持有法商湯○○消費電子國際公司(T00000n Consumer Elec-

tronics International S. A. ) 99.6%股份，依T00000n (Bermuda) 公司於80年 5月30日向投審員會說明股東資料及檢附之股東名簿，法商湯○○消費電子國際公司持有T00000n (Bermuda) 公司已發行股數 1000股中之 995股，占 99.5%股份。是 T00000n (Bermuda) 公司為 RCA公司之控制公司，T000000000r公司透過法商湯○○消費電子國際公司、T00000n (Bermuda) 公司間接持有 RCA公司99%以上之股權，亦屬RCA公司之控制公司。而RCA公司歷年來之董事長、董事、監察人均為外國人，RCA公司決議公司重大事項之股東會、董事會幾乎均在美國、法國召開，應可認GE公司、T000000000r公司透過T00000n (Bermuda) 公司對RCA公司有完全之控制關係，RCA公司僅係其等為海外設廠及投資所成立之分身公司。嗣GE公司將消費電子部門轉讓與訴外人湯○○集團前，GE公司、湯○○集團即分別委託Dames and Moore公司、A. D. L公司調查桃園廠、竹北廠之環境，該調查小組於76年10月30日進行調查，至78年 2月10日完成報告；鑑定人丁○行證稱行政院環境保護署（下稱環保署）勘查污染廠址後，要求GE公司、湯○○集團負起整治責任，R00 Dyer（即湯○○集團之經理）稱該集團與GE公司有協議，由GE公司負責清除改善污染費用等語，足見GE公司及湯○○集團締約時已知悉或可得知悉污染情事，卻未對外透露污染情事，任由RCA公司員工繼續暴露於受污染之環境。且RCA公司於77年 3月23日在美國召開股東臨時會決議減資25億0794萬元，於同年5月28日正式向投審會申請減資，自77年7月21日起至78年11月20日將美金1億5062萬1055.89元匯出國外。並於81年 3月24日將受污染之桃園廠區土地、建物以19億0350萬7567元出售予不知情之訴外人楊○生，經時任立法委員之趙○康於83年6月2日公開RCA公司桃園廠區污染情事，楊○生即向有關單位陳情暫緩准許RCA公司辦理結匯，惟RCA公司仍於87年7月、88年1月間將共計美金 1億餘元匯至母公司所在之法國銀行，顯有惡意脫產、逃避債務之情事，RCA公司之股東即其控制公司GE公司、T000-

00n (Bermuda) 公司、T000000000r公司自有「揭穿公司面紗原則」法理之適用。T000000000r公司雖自78年1月1日始成為RCA公司之控制公司，但其孫公司即T00000n (Bermuda) 公司自61年起至81年關廠時止均為RCA公司之控制公司，自應就RCA公司之侵權行為負責，T000000000r公司亦應依揭穿公司面紗原則就上開侵權行為負責。又GE公司於77年12月31日將包括RCA公司之消費電子事業轉讓湯○○集團，則GE公司自78年1月1日起既非RCA公司之控制公司，即無庸對RCA公司其後之侵權行為負責。原判決附表一編號B100劉黃○枝、C034古○玉、C130劉○湘3人係78年1月1日以後始任職於RCA公司，GE公司就其等所受損害無須負責。其餘勞工任職RCA公司期間或係在77年12月31日以前，或橫跨此時間前後，因本件為繼續性侵權行為事件，損害係屬質之累積而不可分，應認GE公司仍應就此部分選定人所受之損害負責。但我國公司法就此並無「連帶」負清償責任之明文規定，T00000n (Bermuda) 公司、T000000000r公司、GE公司彼此間及與RCA公司間應係不真正連帶債務關係。本件屬長期暴露於工作場所化學物質侵害之侵權行為事件，RCA公司代表人執行職務是否有違反保護他人之法律而屬侵權行為，一般勞工未能掌握相關勞動檢查資料、暴露資訊，實無法知悉，對於各項研究、檢測結果亦無專業知識足以解讀；相較於一次性之侵權行為，此種混合型毒物繼續性侵權行為事件之因果關係甚難判斷，即令被害人已因現實罹患疾病而知有法益受侵害，但並不知其損害係來自於何處，或即使有事實上之懷疑，認損害應與有機溶劑有關，但無確實之證據，仍不應認請求權人已知悉加害人之行為係屬侵權行為。RCA公司使用之化學物質多達30餘種，其間作用如何，是否會對人體健康造成損害，均難期待缺乏毒物學、流行病學等知識之RCA員工得以明瞭。應認關懷協會選定人係於法院囑託鑑定人陳○中、翁○輝、王○德、丁○行等人至法院鑑定證述後，始知悉RCA公司使用系爭化學物質與勞工健康受到侵害間具有因果關係，而開始進

行2年之短期時效。本件RCA公司勞工不當接觸有機溶劑，參諸鑑定人陳○中、王○德、李○勛關於癌症潛伏期之相關說明，本件10年長期時效至少應自RCA公司員工自該公司離職20年後開始起算，或自其等發病時開始計算，並於病情擴大時重新起算時效。依此檢視原判決附表六關懷協會選定人之離職及發病時間，絕大多數選定人之侵權行為損害賠償請求權並未罹於時效。雖有部分選定人之請求權已罹於時效，然本件係屬暴露於工作場所有毒化學物質之繼續性侵權行為，相關化學物質及暴露之證據均掌握在RCA公司手中，受僱勞工欠缺直接證據，難以確認及舉證被害事實及其原因，如欲個別提起訴訟，需聲請傳喚毒理學、流行病學等專家證人到庭作證，誠屬不易；且RCA公司已將資產轉移海外，益使勞工對於提起訴訟望之卻步；另部分選定人即RCA員工自救會成員曾於91年5月前往美國，GE公司原願意與代表團見面，復取消見面，堪認關懷協會選定人非故意或怠忽注意而不行使權利，其等行使權利有主觀及客觀上之相當困難，不應評價為權利上睡眠之人，是RCA等四公司所為時效抗辯應屬權利濫用。爰審酌各選定人之年齡、身分、教育程度、財產狀況（詳如原判決附表八）、在RCA公司工作年資、工作職務、罹患之疾病、疾病與有機溶劑間證據力之多寡、最初診斷日期、罹癌年齡、A類選定人家屬罹癌後死亡之時間、年齡，另衡諸A類選定人目睹至親罹癌，承受癌末陪伴過程之漫長煎熬，並承受喪親椎心之痛，及B、C類選定人因自身罹癌或健康受損之身心創傷；暨關懷協會起訴迄今十餘年，RCA等四公司猶矢口否認有何侵權行為；RCA公司資本總額15億3745萬元，自77年7月21日起至78年11月20日將美金1億5062萬1055.89元匯出國外，於87年7月、88年1月間將共計美金1億餘元匯至母公司所在之法國銀行，致在臺資本顯不足承擔其侵權行為所生債務，顯有惡意脫產、逃避債務等情事；GE公司2009年綜合營收為1536億8600萬美元，2010年營收為1488億7500萬美元，2011年營收為1465億4200萬美元，2012年營收為1466

億8400萬美元，2013年營收為1460億4500萬美元；T000000000r公司資本額為3億3287萬3905歐元等一切因素，酌定關懷協會選定人所得請求之精神慰撫金如原判決附表一「(H)本院認定金額」欄所示。RCA公司、T000000000r公司、GE公司、T00000n (Bermuda) 公司依序於96年8月10日、96年10月8日、100年1月5日、102年8月29日收受關懷協會請求賠償之民事追加起訴狀，則關懷協會請求RCA公司、T000000000r公司自98年9月10日起，GE公司自100年1月6日起，T00000n (Bermuda) 公司自102年8月30日起計付法定遲延利息，為有理由。未按民法第227條、職業災害勞工保護法第7條、民法第487條之1第1項規定，均僅限於財產之損害賠償，而關懷協會於本件係請求給付精神慰撫金，屬「人格權」受侵害之損害賠償，自不得以前開規定為請求權基礎。至關懷協會依民法第227條之1規定所得請求之精神慰撫金與原判決附表一「(H)本院認定金額」欄所示金額相同，並無更有利於關懷協會選定人。因而廢棄第一審所為(一)駁回關懷協會請求GE公司給付原判決附表一所示選定人如原判決附表一「(I)GE公司應給付金額」欄所示金額本息、RCA公司、T000000000r公司、T00000n (Bermuda) 公司應給付如原判決附表一「(M)本院改判增加金額」欄所示金額本息，(二)命RCA公司、T000000000r公司、T00000n (Bermuda) 公司給付原判決附表一所示選定人逾原判決附表一「(H)本院認定金額」欄所示金額本息，(三)命T00000n (Bermuda) 公司給付原判決附表一所示選定人如原判決附表一「(F)原審判決金額」欄所示金額自98年9月10日起至102年8月29日止之利息；並就(一)部分改判GE公司、RCA公司、T000000000r公司、T00000n (Bermuda) 公司應如數給付，如其中一人為給付，他人於給付範圍內免給付義務；就(二)、(三)部分改判駁回關懷協會該部分之訴，並駁回關懷協會、RCA公司、T000000000公司、T00000n (Bermuda) 公司之其餘上訴。

壹、廢棄發回部分(即原判決關於(一)駁回關懷協會就附表甲所示

選定人之上訴，附表乙、丙所示選定人之訴及上訴；(二)命上訴人RCA公司、T000000000r、T00000n (Bermuda) 公司、GE 公司就附表丙所示之選定人再給付，及駁回其就附表丙所示選定人第一審命給付之上訴部分)

(一)附表甲所示符○婷 (A003-5)、洪○保 (A033-1)、蔡蘇○綢 (B082) 部分：

關懷協會係依民事訴訟法第44條之1 規定受其會員選定擔任原告提起本件訴訟，為原審確定之事實。符○婷 (95年 0月00日死亡)、蔡蘇○綢 (95年0月00日死亡) 於生前之95年3月25日出具委託書，其上記載：「同意委任桃園縣原台灣美國○○公司員工關懷協會，委任律師提起對美國○○國際股份有限公司台灣分公司及台灣美國○○○股份有限公司，侵權行為損害賠償之訴，並有民事訴訟新特別權限。」，洪○保 (00年 0月00日死亡) 於生前96年6月5日出具之授權書上載明：「特授權RCA 員工關懷協會代刻授權人印章，並授權辦理訴訟、調處等委任事宜，且代為保管此印章，於一切訴訟及調處結束時返還授權人。」。符○婷、蔡蘇○綢、洪○保均非研習法律之人，並不熟稔法律文字，其等既因關懷協會提起本件訴訟，而出具委託書或授權書予關懷協會以進行本件訴訟，其等真意是否即係選定關懷協會進行訴訟，自有進一步推闡研求之必要。原審逕以前開委託書及授權書無選定用語，認其等無選定真意，尚嫌率斷。

(二)附表乙所示邱雷○蓮 (即A016-1至A016-4選定人)、黃彭○妹 (即A032-1至A032-4選定人)、及附表甲所示葉○景 (即A024-1至A024-3選定人) 部分：

原審以關懷協會未能證明邱雷○蓮、黃彭○妹、葉○景三人死亡證明書之真正或未能證明死亡原因，而駁回此部分請求。惟依行政院衛生福利部中央健康保險署、衛生福利部國民健康署 103年6月18日、2月26日函文及檢附之重大傷病電腦紀錄、國

民健康署癌症登記資料比對結果，邱雷○蓮於84年1月9日確診罹患乳癌，並申請重大傷病，於86年 0月00日死亡，核與關懷協會所提歐陽診所之死亡證明書相符。而黃彭○妹於92年10月31日確診罹患胰臟癌，於92年00月 0日死亡，亦有上開國民健康署癌症登記資料比對結果可佐，核與中壢市衛生所出具之死亡證明書相符。歐陽診所於104年4月下旬申請停業，有該診所106 年1月4日函文可稽，則該診所就停業前之病歷資料是否保持完整，已滋疑問。而上開國民健康署癌症登記資料來源是否為歐陽診所及中壢市衛生所或其他健保資料，應可加以調查審認，原審僅以歐陽診所、中壢市衛生所函覆查無邱雷○蓮、黃彭○妹病歷，即認前開死亡證明書非真正，遽為關懷協會不利之認定，自有可議。又葉○景自69年1月4日起至79年7月2日於RCA公司任職，為原審合法確定之事實，其於關懷協會93年4月22日起訴時即為選定人之一，嗣因94年 0月00日猝死於大陸福建省廈門市，乃由其繼承人即黎○蘭（A024-1）、葉○秀（A024-2）、葉○鈞（A024-3）（下合稱黎○蘭等三人）加入關懷協會會員並任選定人，則黎○蘭等三人究係繼受葉○景個人生前之請求，抑或僅單純依民法第194 條規定為其等自身之請求，攸關黎○蘭等三人之請求範圍，自有釐清之必要，原審未予闡明確認其等真意，逕認黎○蘭等三人僅依民法第 194條規定為請求，亦嫌疏略。

(三)原審認定屬 C類選定人（即附表丙所示選定人）及附表甲吳林○智（即A028-1至A028-5選定人）、邱○清（即A040-1）部分：

按民法所定侵權行為之賠償，旨在填補被害人所受損害，自以被害人之私益因不法侵害致受有損害為要件。而損害之發生乃侵權行為之要件，倘健康未受有損害，即無因此所生之侵權行為損害賠償請求權存在，不生請求權可得行使之問題，其請求權消滅時效自無從開始進行，此於民法第197條第1項後段所定

10年時效亦然。蓋於毒物侵害等事件，往往須經長久時日，甚至逾10年後始對健康造成損害，如以加害行為發生時即起算10年時效，不啻使被害人之侵權行為損害賠償請求權形同具文，並造成損害未發生即開始起算時效，自非允當。而被害人在損害發生前，其請求權時效既未開始起算，須待健康受有損害，始得為侵權行為之損害賠償請求，對被害人而言，亦無不公平可言。破壞身體機能，發生身體生理、心理之病變，即構成對健康之侵害。健康有無受侵害，應依醫學予以客觀判斷。原審就B、C類選定人之劃分，係以其外顯疾病與IARC、U. S. EPA、CDC研究報告所列疾病有相當程度相符者，即將之列為B類即已發病之選定人；至未有外顯疾病或其疾病與上述機構研究結果不符合或暴露時間過短者，則將之列為C類即未發病之選定人。並認身體與健康之受損，係指肢體殘缺或器官衰竭之「巨觀」損害，及細胞機能受阻、次細胞層級之染色體甚至DNA序列完整性遭破壞之「微觀」損害、長期接觸毒物，造成體內之代謝發生變化、細胞功能及其基本結構遭到破壞，導致組織器官損傷、代謝紊亂、功能障礙及病理變化等，是原審既謂選定人須因身體、健康受有如上開內容之破壞，始該當損害而得請求慰撫金，然其既認定C類選定人未因系爭污染而罹患疾病，乃未具體審認說明該部分選定人有何細胞機能受阻、次細胞層級之染色體、DNA序列完整性有何遭破壞或造成體內之代謝發生如何變化、細胞功能及其基本結構遭到何種破壞，導致組織器官損傷、代謝紊亂、功能障礙及病理變化，遽命RCA等四公司賠償慰撫金，已有理由不備之違法。而所謂體內存有導致健康異常因子，究何所指？該等選定人之健康究竟受有何種損害？攸關該部分選定人得否請求損害賠償，尚有待進一步釐清。再者，關懷協會主張林○暖（B032）罹患脂肪肝、肝囊腫，簡○令（B166）罹患冠狀動脈疾病，黎○蘭（B222）罹患左乳腫瘤，均屬B類選定人，並提出診斷證明書為佐。前開診斷證明書

開立日期距原審105年函詢時間已逾醫療法第70條第1項本文所設病歷法定保存期限，原審未調查林○暖、簡○令、黎○蘭健保就診等其他相關資料，逕以醫院函覆查無林○暖、簡○令、黎○蘭就醫紀錄，無法證明診斷證明書為真正，將之改列為C類選定人，亦有可議。又原審已認定罹患自體免疫症候群之陳○媛（A036）、罹患全身性紅斑性狼瘡之沈○瑤（B207）分別屬於A類、B類選定人，但卻將關懷協會主張罹患免疫性疾病之全身性硬化症（B115李○霜、B179許○尹）、類風濕性關節炎（C076徐○秀、C122張○美）、乾燥症（C110景○明）之選定人列為C類選定人，前後認定似有歧異。究竟原審將選定人劃屬C類之具體標準及依據何在，既有未明，本院就此部分尚無從為法律上之判斷。再原審就吳林○智（A028）、邱○清（A040）所罹卵巢癌、子宮內膜癌何以與IARC、U. S. EPA、CDC研究結果不符，未予任何說明，即逕為關懷協會不利之論斷，亦有理由不備之違法。

**四**按勞工因職業災害所致之損害，雇主應負賠償責任。但雇主能證明無過失者，不在此限。又受僱人服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向僱用人請求賠償。職業災害勞工保護法第7條、民法第487條之1第1項分別定有明文。我國就職業災害之救濟係採職災補償與民事賠償併存主義。而基於雇主行為導致之職業災害，雇主所負民事損害賠償責任，可依侵權行為或債務不履行規定請求。職業災害勞工保護法第7條乃係針對雇主就職業災害所負之侵權行為賠償責任為規定，並採舉證責任轉換規定；民法第487條之1第1項則為職業災害之發生無可歸責於勞工時，僱用人應負無過失之債務不履行賠償責任之規定。二者均不影響雇主依侵權行為或債務不履行規定所應負損害賠償之範圍。而不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。債

務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用前開規定，負損害賠償責任。此觀民法第195條第1項、第227條之1規定甚明。則職業災害勞工保護法第7條、民法第487條之1第1項所定之「賠償」自不以財產損害賠償為限。原審就前開(一)、(二)、(三)選定人部分，以本件關懷協會之請求為精神慰撫金，屬非財產上損害賠償，不得依職業災害勞工保護法第7條、民法第487條之1第1項規定為請求，自有再酌之餘地。

(五)兩造就此部分之上訴論旨，各就原審上開不利於己部分之判決分別指摘其為不當，求予廢棄，均非無理由。

貳、駁回其他上訴部分（即前述已確定及附表甲、乙、丙部分外，原審認非選定人(A014-4、A029-3)及 RCA員工死亡或罹病與系爭污染具因果關係之A、B類選定人之請求者）

(一)查民法第184條第2項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限」，揆其旨趣乃因保護他人為目的之法律，意在使人類互盡保護之義務，倘違反之，致損害他人權利，與親自加害無異，自應使其負損害賠償責任。其性質屬「轉介條款」及「概括條款」，自須引介連結該條以外之其他公私法中之強制規範，使之為民事侵權責任內容，俾該項不明確之法律規範得以充實及具體化。所謂「保護他人之法律」，應就法規範之立法目的、態樣、整體結構、體系價值、所欲產生之規範效果及社會發展等因素綜合研判；凡以禁止侵害行為，避免個人權益遭受危害，不問係直接或間接以保護個人權益為目的者，均屬之。準此，苟違反以保護他人權益為目的之法律，致生損害於他人，即推定為有過失，損害與違反保護他人法律之行為間復具有因果關係者，即應負損害賠償責任。自來水法第47條規定：「自來水系統之送水及配水管線，不得與其他管線相連接。」。觀諸自來水法第1條規定：「為策進自來水事業之合理發展，加強其營運之有效管理，以供應充裕而合於衛生之用水，改善國民生

活環境，促進工商業發達，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律。」，參以自來水法第47條立法理由明載：「因自來水系統管線中之水，均經處理並加以消毒，以使水質合乎標準，至其他不衛生之水源或不衛生之水管系統，則水質一定不合標準，兩者一旦接通，則清潔之自來水即被其污染。……用戶飲用此等不潔之水後，自然有發生水致傳染病之可能……」，足見自來水法第47條立法目的在避免自來水系統遭受污染，以確保國民健康，其所保護者顯包含個人用水安全之權益，自屬保護他人之法律。

(二)按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。民事訴訟法第277條定有明文。尋繹89年2月9日修正民事訴訟法第277條，增設但書規定，乃源於民事舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性之概括規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，為因應傳統型及現代型之訴訟型態，尤以職業災害、公害、商品製造人責任及醫療訴訟等事件之處理，如嚴守民事訴訟法第277條本文所定原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則。是以受訴法院就某訴訟事件依一般舉證責任分配原則進行評價，於確認、斟酌其所具有之危險領域理論、武器平等原則、誠信原則或蓋然性理論等應考慮之因素後，認依一般舉證責任分配原則所分配之舉證責任歸屬，於某造當事人乃屬不可期待者，即應依民事訴訟法第277條但書規定予以調整。易言之，受訴法院於決定是否適用該條但書所定公平之要求時，應視各該具體事件之訴訟類型特性及待證事實之性質，斟酌當事人間能力、財力之不平等、證據偏在一方、蒐證之困難、因果關係證明之困難及法律本身之不備等因素，透過實體法之解釋及政策論為重要因素等法律規定之意旨，衡量所涉實體利益及程序利益之大小輕重，接近待證事項證據之程度、舉證之難易、蓋然性之順序（依人類之生活經驗及

統計上之高低)，並依誠信原則，定其舉證責任或是否減輕其證明度，俾符上揭但書規定之旨趣，實現公正裁判之目的。查化學物質長期污染造成之大型職業災害訴訟事件，多具有共同性、持續性及技術性等特徵，且其實害之發生或擴大，往往須經過長久時日之累積，始告顯著，其間參雜諸多不確定因素，使因果關係之脈絡，極不明確。加以此類訴訟之被害人在經濟上、專門知識上較諸加害企業多處弱勢，倘要求被害人就因果關係之存在，依傳統舉證責任程度為證明，顯非其資力及能力所能負擔，而有違事理之平，自有加以調整之必要。是於此類訴訟，倘被害人就加害物質、加害行為、加害過程、受害態樣等之舉證，已達在一般經驗法則上，可認該加害與被害人所受損害間具有相當合理程度之蓋然性時，被害人即已盡其舉證責任，而得推定其一般及個別因果關係均存在。加害人則須就前開因果關係之不存在提出反證始得免除責任。RCA公司確有不當使用系爭化學物質，違反勞工安全衛生法、勞工安全衛生設施規則、有機溶劑中毒預防規則、鉛中毒預防規則、勞工健康管理規則、廢棄物清理法、廢棄物清理法臺灣省施行細則、自來水法第47條等保護他人法律，致其員工長期接觸、吸入、食入該等化學物質，為原審合法確定之事實。參酌 RCA公司原桃園廠址地下水污染整治場址污染整治計畫第三次變更計畫（定稿本）、RCA公司桃園廠址地下水污染原桃園廠址地下水污染整治場址整治計畫105年10-12月成果報告、台灣美國○○○公司（RCA）原桃園廠場址外地下水工作計畫105年10~12月成果報告，RCA公司桃園廠所在土地歷經多年迄無法整治成功，仍經環保署公告為污染場址予以列管，益徵其於關廠前污染情況之嚴重。又依87年度 RCA受僱勞工流行病學調查研究(一)報告記載，RCA公司桃園廠每月均定期進行有機溶劑作業環境測定，每年並將測定結果傳回國外母公司。可見 RCA公司及其母公司均保有系爭化學物質之種類、使用時間、劑量等相關資料。而於83

年9月2日 RCA場址地下水污染調查專案小組第六次會議中，該小組即要求關於廠區運作歷史調查，應包括所有曾在場址內使用之化學品清單（項目、使用量、處置方法、被使用時間），該次會議GE公司、湯○○集團均有派員參加（由 Bechtel公司人員代表）。惟 RCA等四公司並未提出相關資料，此由87年度RCA受僱勞工流行病學調查研究(一)報告載明其未能蒐集到RCA公司有機溶劑作業環境相關資料，及98年整治計畫書記載系爭污染並無污染原因紀錄存在即可明瞭。是 RCA等四公司蓄意拖延提出相關證據，自不得以存放RCA公司檔案文件之倉庫於86年2月12日燒燬而據以免除或減輕舉證責任。以故，本件經原審認定屬A類、B類選定人本人或其被繼承人均曾為 RCA員工，其等罹患之疾病均屬IARC、U. S. EPA、CDC研究中有證據顯示可能為原判決附表三所示之某種化學物質所導致，是本件應屬化學毒物污染之大型職業災害事件。受害員工或其繼承人之智識、財力、蒐證能力，顯遠遜於 RCA等四公司，原審因認關懷協會就因果關係之舉證以合理之蓋然性為已足，並以 RCA等四公司所舉反證尚無從證明前開因果關係之不存在，而為 RCA等四公司不利之論斷，核無不當。

(二)按法人格獨立原則及股東有限責任原則，固為現代公司法發展之基石。惟公司股東倘濫用公司獨立人格，利用公司型態迴避法律上或契約上之義務，造成社會經濟失序或其他侵害債權人等顯不公平情形時，公司法人格獨立及股東有限責任原則即有加以調整之必要。英法法系、德國法就此分別發展出揭穿公司面紗原則、法人格否認理論、直索理論等，俾能在特殊情形得以否認公司法人格，排除股東有限責任原則，使股東就公司債務負責或追究股東責任，以達衡平救濟之目的。我國公司法雖於102年1月30日始增訂公司法第154條第2項「股東濫用公司之法人地位，致公司負擔特定債務且清償顯有困難，其情節重大而有必要者，該股東應負清償之責。」規定，將揭穿公司面

紗理論予明文化。惟學者早於六、七〇年代即將前開理論介紹引進，公司法在86年 6月26日增訂第6章之1關係企業乙章，已蘊含揭穿公司面紗原則等相關理論之思維，司法實務亦有多件判決循此思維，運用權利濫用或誠信原則為論據，用以保護公司債權人。是在公司法第154條第2項增訂前，揭穿公司面紗原則等相關理論已屬法理，依民法第 1條規定，自得適用之。而上開法理並非全盤否定公司法人格獨立，僅在個案上，如控制股東有詐欺、過度控制、不遵守公司形式、掏空公司、或藉公司型態逃避法令規範、契約義務、侵權責任等濫用公司法人格之不正行為，致損害公司債權人時，為維誠信及衡平救濟，例外地否認公司法人格予以救濟，與法人格獨立及股東有限責任原則不生扞格，亦無礙我國經濟之發展。查 RCA公司原由美商 RCA 透過其100%持股之子公司加拿大商美國國際○○○公司來臺設立，後改由其100%持股之子公司百慕達商美國國際○○○公司（即T00000n (Bermuda) 公司前身）擔任投資申請人，嗣GE公司合併美商RCA，並為存續公司，而為RCA公司之控制公司；嗣GE公司將 RCA公司轉售湯○○集團，百慕達商美國國際○○○公司乃聲請更名為T00000n (Bermuda) 公司，並由該集團中之法商湯○○消費電子國際公司持有T00000n (Bermuda) 公司99.5%股份，再由T000000000r公司持有法商湯○○消費電子國際公司 99.6%股份，故 T00000n (Bermuda) 公司、T00000-0000r公司均為RCA公司之控制公司，此為原審合法確定之事實。而 RCA公司自56年成立後至關廠止，其歷任董事及監察人均係以法人股東代表人身分當選（62年10月4日前以美商RCA代表人身分當選，62年10月4日後以美商RCA公司100%持股之子公司百慕達商美國國際○○○公司（即T00000n (Bermuda) 公司前身）代表人身分當選），且自61年起 RCA公司歷任總經理均由董事兼任。而RCA公司多名高階主管由美商RCA指派其人員擔任，如邵○樂 (Mr. R. L. S00000r) 由美國總公司印地安那廠奉調

來臺擔任RCA公司工業關係部副總裁，雷○（Mr. R00）由美國印地安那總公司奉派來臺擔任計畫及管制部經理、羅○（Mr. R00000r）、布○（Mr. Dan P0000y）、傑○本（Mr. S. W. J0000p）奉派來臺擔任經理、顧問等職，原任RCA公司廠長之唐○禮（Mr. D000000y）雖升任美國俄亥俄州○○廠廠長，仍繼續督導RCA公司作業。美商RCA並曾指派其工業工程部經理韋○（Mr. R. F. W0000r）及行政主任費○理（Mr. R. W. F00000i）來臺實施「組織機能分析」計畫，其董事長桂○斯（Mr. G00-00000s）、浦○修（Mr. T. F. B000000w）、美國總廠商用電子副總裁勃○克（Mr. Roy. H. P00000k）、工業關係副總裁傅○（G. H. F000S）均曾來臺視察業務狀況或指示應辦事項，RCA家園雜誌並以「台灣廠」稱呼RCA公司，有RCA公司登記卷宗及家園雜誌可佐。另依T00000n（Bermuda）公司80年5月3日增減資申請書記載：其公司共發行1000股，其中995股由法商湯○○集團中之法商湯○○消費電子國際公司持有，其餘5股分由J0-000h Fogliano, J00n Campbell, S0000n Morris, M0000s Smith, J0000h Collis 等湯○○集團負責消費電子業務之重要主管人員持有。T00000000r公司原名T00000n Consumer Electronics S. A.，嗣更名為T000000000r公司，持有法商湯○○消費電子國際公司99.6%之股份，亦為原審確定之事實，參以卷附T00-000000r公司財務報告將RCA公司列為旗下子公司，並記載本件訴訟，益證美商RCA、GE公司、T000000000r公司、T00000n（Bermuda）公司先後為RCA公司之控制公司，高度主導、支配RCA公司之經營決策。而RCA公司自64年起即多次經臺灣省工礦檢查委員會檢查發現有違規事實而發文責令其改善，此觀原判決附表四記載甚明，參以RCA公司及其董事兼總經理庫○（C000-00s. C. C00000g）曾因系爭污染行為，違反勞工安全衛生法，經桃園地院於66年1月25日以66年度易字第54號刑事判決判處罰金2000銀元。美商RCA實質控制RCA公司之業務運作，並知悉

系爭污染情事。GE公司自承於75年間取得美商 RCA全數股權，依GE公司77年10月 1日申請書及所附證明書，GE公司董事會於76年11月20日決議將美商RCA予以合併，原美商RCA於76年12月31日併入GE公司後消滅，由GE公司為存續公司，承受美商 RCA原有之權利、義務及資產。是GE公司就美商 RCA因前開污染所致之損害賠償責任自己一併承受。GE公司於76年 9月30日與湯○○集團簽訂買賣契約，讓售包含 RCA公司之消費電子事業予湯○○集團，GE公司及湯○○集團並依該契約分別委託 Dames and Moore公司與A. D. L. 進行環境基線調查，Dames and Moore公司與A. D. L. 公司多次派員進入桃園廠調查，調查團隊中甚至包含代表湯○○集團之Mr. G. C000g。前開調查人員於76年10月30日、76年11月18日至同年月27日進行探測調查結果，即發現有污染情事。顯見GE公司於76年12月31日合併美商 RCA前已知悉上情，卻未思改善或告知 RCA公司員工，反透過旗下子公司百慕達商美國國際○○○公司（即T00000n (Bermuda) 公司前身）於77年5月28日聲請RCA公司從原資本額29億8955萬元，減資25億7940萬元，致RCA公司僅餘資本4億1015萬元，並於77年7月21日至77年8月16日止將美金1億1629萬7551. 12元匯出國外。有Dames and Moore公司77年9月16日調查報告初稿、77年12月16日報告、T00000n (Bermuda) 公司77年 5月28日申請書可稽。顯見GE公司意欲藉由 RCA公司資本及在臺現金之減少，逃避因系爭污染所生之損害賠償債務。又湯○○集團於77年12月31日受讓 RCA公司前，即知悉污染情事，渠等明知系爭污染情事，卻未為任何改善措施，迄至81年 RCA公司關廠前仍未告知RCA公司員工。證人田○駿證稱其於RCA公司關廠前回去玩，看到冷卻水塔旁挖大洞，裡面已有倒有機溶劑等語。RCA公司廠區內3號井、5號井於79年時尚可正常使用，但於85年間Bechtel公司受託調查時，兩井已遭人為掩藏，亦未標示地點，3號井經調查人員挖掘附近土壤達 150公分深後始找到，且井內被注

滿泥漿；5號井經調查人員從調查地點起算，挖掘半徑600公分，至少 150公分深的土壤後，仍找尋未獲。此與一般封井作業程序不符，其意圖掩飾污染事證，至為灼然。RCA公司於81年關廠，其桃園廠區土地建物以19億0350萬7567元出售予不知情之楊○生。83年6月2日時任立法委員之趙○康公開揭發 RCA公司之污染行為，同年月GE公司及湯○○集團之代表即開始與環保署進行會商，環保署並成立相關專案小組，GE公司及湯○○集團自83年7月起多次派員參加環保署召開之RCA場址地下水污染調查專案小組委員會及工作小組會議、研商 RCA場址污染調查工作相關事宜、RCA廠址健康評估報告相關事宜等會議。顯見GE公司及湯○○集團就系爭污染程度、範圍知之甚詳。RCA員工於87年7月5日籌組自救會，開始相關求償行動，翌日並經媒體報導，有87年7月6日聯合報、陳情書等為佐。RCA公司旋自87年7月8日起至88年 1月21日止間以存放國外銀行為名共計匯款美金 1億餘元至母公司所在之法國銀行，迨至89年12月19日始依法向投審會提出增減資申請，雖經投審會函覆在系爭污染糾紛未解決前不同意其申請，惟 RCA公司在臺資產已所剩無幾，致關懷協會部分會員於91年間聲請假扣押執行時，RCA公司於台北郵局僅餘 164,143元，於中國農民銀行桃園分行僅餘 748元，於法國巴黎銀行台北分行僅餘美金2萬3129元及支票35萬9497元、活期存款429萬8735元，顯係實質掏空RCA公司而有惡意脫產以規避債務情事。原審因認GE公司、T000000000r公司、T00000n (Bermuda) 公司，應適用揭穿公司面紗原則，與RCA公司就本件損害同負不真正連帶賠償責任，核無違誤。

④按時效制度之設，其一在尊重久已存續之客觀事實狀態，以維持社會秩序及交易安全，維護法律關係安定及平和。其二為避免因時間久遠，證據湮沒散失，造成舉證困難，且權利上睡眠者，法律不予保護，亦非過當。在取得時效，側重前者；於消滅時效，則以後者為重。準此，消滅時效之抗辯，固屬債務人

之權利，惟稽之消滅時效制度設立之目的，倘債務人對債權人之未能行使權利有可責難之事由，參照債務人行為的內容與結果、債權人與債務人間社經地位、能力及該案各種事實關係等，足認債務人時效抗辯權之行使有悖誠信原則或公平正義，不容許行使時效抗辯並未顯著違反時效制度之目的時，應解為債務人為時效抗辯係屬權利濫用。查本件受害人均為 RCA 公司之員工，而僱主應防止原料、材料、氣體、化學物品、蒸氣、粉塵、溶劑、廢氣、廢液，或含毒性物質、缺氧空氣、生物病原體等引起之危害，分別為 63 年 4 月 16 日及 80 年 5 月 17 日勞工安全衛生法第 5 條所明定，是僱主本應防止化學物品、溶劑所引起之職業災害，以保障勞工之安全及健康。本件為化學物質長期繼續性侵權行為所造成之大型職業災害事件，相關化學物質及暴露證據均由 RCA 公司及其母公司掌握，受害員工與 RCA 等四公司之智識、能力、財力相差懸殊，參以 RCA 公司員工因系爭化學物質所受損害具特殊性，其間因果關係須藉由流行病學等相關研究資料，始能得知，此舉證之難度非個別勞工所能負擔，自難合理期待 RCA 公司員工及時行使權利，即難謂其可得行使權利而不行使，不應將之評價為權利上睡眠之人；RCA 等四公司不僅未盡保護勞工安全及健康之義務，又未告知 RCA 公司員工上開系爭化學物質毒害，甚且於知悉污染後掩藏相關事證，並以減資、匯款海外等方式惡意規避債務，而環保署專案小組早於 83 年間即要求其等提出 RCA 公司場址內使用之化學品項目、使用量、處置方法、使用時間等相關資料以利整治及受害人健康影響調查作業，其等猶拒不提出，致 RCA 受僱勞工流行病學調查研究未能蒐集到 RCA 公司有機溶劑作業環境相關資料，嚴重影響關懷協會會員之求償。RCA 等四公司對於債權人之未能行使權利既有可責難之事由，其等就已罹時效之選定人部分為時效抗辯，在客觀上顯有違誠信及公平正義，所為時效抗辯要屬權利濫用，自不得拒絕給付。原審就消滅時效起算時點之

認定雖有未當，惟此部分結論並無二致，仍應予以維持。

(五)原審關於職業災害保護法第 7 條、民法第 487 條之 1 規定之賠償僅及於財產部分損害之見解雖有未洽，惟關懷協會就原審認屬 A 類、B 類選定人依前開二規定所得請求之精神慰撫金，無從較原審依侵權行為法則准許之精神慰撫金更為有利，其依侵權行為損害賠償請求權請求賠償，既已獲得滿足，則其本於職業災害保護法第 7 條、民法第 487 條之 1 規定之請求權，當然消滅。此部分之結論並無不同，亦應予以維持。

(六)按選定人因選定當事人而脫離訴訟，其死亡與訴訟之進行本不生何影響，且依選定行為，其委任事務性質不能消滅，是選定人死亡自不影響關懷協會之被選定人資格。未按法院因民事訴訟法第 255 條第 1 項但書規定，而許訴之變更或追加，或以訴為非變更或無追加之裁判，不論其說明之理由如何，依同法第 258 條第一項規定，均不得聲明不服。第一審法院認關懷協會追加 246 名選定人之請求為合法，暨原審認關懷協會依民法第 28 條規定為請求，僅係補充其事實上及法律上之陳述，非屬訴之追加，揆諸上揭說明，RCA 公司、GE 公司、T000000000r 公司、T00000n (Bermuda) 公司就此要無聲明不服之餘地。另原審就其認定與 A、B 類選定人所罹病症有關之有機溶劑或化學物質，並未包含石油精，此觀原判決附表六 E 欄之記載甚明。上訴人 RCA 公司指摘原審就石油精於 IARC 之致癌分類有誤，無礙本件之認定，併此敘明。

(七)兩造上訴論旨就原審此部分採證、認事或精神慰撫金酌定之職權行使，暨其他贅述與判決基礎無涉之理由，分別指摘此部分原判決關其不利部分為不當，聲明廢棄，均非有理由。

據上論結，本件兩造上訴均為一部有理由、一部無理由。依民事訴訟法第 477 條第 1 項、第 478 條第 2 項、第 481 條、第 449 條第 1 項、第 78 條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 16 日

最高法院民事第一庭

審判長法官 劉 福 來  
法官 梁 玉 芬  
法官 陳 靜 芬  
法官 張 競 文  
法官 盧 彥 如

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 30 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第85號

## 裁判要旨

按以抵押權擔保之請求權雖經時效消滅，債權人仍得就其抵押物取償，固為民法第145條第1項所明定，但抵押權人於消滅時效完成後，如長期不實行其抵押權，不免將使權利狀態永不確定，有害於抵押人之利益，為維持社會交易秩序，故同法第880條規定：以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人於消滅時效完成後，5年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅。又保證，乃在擔保主債務之履行，具有從屬性，是同法第747條規定，向主債務人請求履行，及為其他中斷時效之行為，對於保證人亦生效力。惟此僅以債權人向主債務人所為請求、起訴或與起訴有同一效力之事項為限，若同法第129條第1項第2款規定之承認，性質上乃主債務人向債權人所為之行為，既非同法第747條所指債權人向主債務人所為中斷時效之行為，對於保證人自不生效力（本院68年台上字第1813號判例意旨可供參考）。而物上保證人以擔保物為限負「物之有限責任」，保證人則係以其全部財產負「人之無限責任」，二者在責任本質及成立基礎上雖未盡相同，然物上保證人以自己之所有物，為債務人設定擔保，其法律上地位與保證人無異，對擔保主債務之履行而言，均係以自己之財產清償主債務人之債務，且擔保物權亦具有從屬性，故於債權人長期不實行其抵押權，而涉及民法第880條規定之適用時，就請求權時效是否消滅，應得類推適用同法第747條規定，即僅以債權人向主債務人請求履行，及為其他中斷時效之行為，對於物上保證人始生效力，倘債權人未向主債務人為中斷時效之行為，而僅債務人為承認者，對於物上保證人不生效力。

## 相關法條

民法第129條第1項第2款、第145條、第747條、第880條。

上訴人 黃○賢

訴訟代理人 陳偉仁律師

陳明律師

被上訴人 嚴○雄

訴訟代理人 陳盈壽律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記事件，上訴人對於中華民國105年4月28日臺灣高等法院臺南分院第二審判決（104年度上字第171號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院臺南分院。

### 理 由

本件上訴人主張：坐落嘉義縣○○鄉○○段00、00地號土地（下稱系爭土地）原為訴外人陳○發所有，陳○發於民國81年間向被上訴人借款新臺幣（下同）1千萬元（下稱系爭債務），並於同年3月9日以系爭土地為被上訴人設定擔保債權總金額為1200萬元、清償期為83年2月28日之抵押權（下稱系爭抵押權）。嗣於83年間，陳○發將系爭土地出賣予訴外人林○鈺，林○鈺復於88年間將系爭土地贈與伊。系爭債務已於98年2月28日罹於15年消滅時效，被上訴人迄未行使系爭抵押權，依民法第880條規定，系爭抵押權已消滅。另陳○發為清償系爭債務，曾以同金額之人蔘代物清償，系爭債務亦已因陳○發清償而消滅等情，爰依民法第767條規定，求為命被上訴人塗銷系爭抵押權登記之判決。

被上訴人則以：陳○發於81年間向伊借款，並設定系爭抵押權予伊，其屆期無力清償，伊乃同意其緩期清償。迄至97、98年間，陳○發仍承認系爭債務存在，系爭債務尚未罹於消滅時效，系爭抵押權亦未消滅等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，係以：系爭債務之清償期原為83年2月28日，證人陳○發證稱：伊迄至97

、98年間多次承認系爭債務存在等語，則系爭債務發生中斷時效之效力，應自98年重新起算消滅時效期間至113年止，是系爭債務尚未罹於消滅時效。按抵押權設定後固不因所供擔保之不動產所有權移轉而受影響，惟抵押權所擔保之債務並不當然隨同移轉於不動產之受讓人。系爭抵押權係陳○發為擔保其對被上訴人之債務而設定，雖系爭土地輾轉移轉登記予上訴人，但陳○發仍為系爭債務之當事人，其承認債務，自發生中斷時效之效力。而依民法第880條規定，須被擔保債權時效完成後經過5年期間，抵押權始歸於消滅。系爭債務既未罹於消滅時效，基於抵押權之從屬性，系爭抵押權即未消滅，上訴人主張陳○發承認系爭債務而中斷時效，對於上訴人不生效力云云，委無可採。上訴人另主張陳○發已於83年7月間以人蔘代物清償系爭債務等語，為被上訴人所否認，而依上訴人提出之字據所載內容及證人黃○蘭所為證詞，均不足證明陳○發已以人蔘清償系爭債務完畢。系爭債務尚未消滅，且請求權未罹於時效，系爭抵押權自未消滅，上訴人不得依民法第767條規定，請求被上訴人塗銷系爭抵押權登記等詞，為其判斷之基礎。

惟按以抵押權擔保之請求權雖經時效消滅，債權人仍得就其抵押物取償，固為民法第145條第1項所明定，但抵押權人於消滅時效完成後，如長期不實行其抵押權，不免將使權利狀態永不確定，有害於抵押人之利益，為維持社會交易秩序，故同法第880條規定：以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人於消滅時效完成後，5年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅。又保證，乃在擔保主債務之履行，具有從屬性，是同法第747條規定，向主債務人請求履行，及為其他中斷時效之行為，對於保證人亦生效力。惟此僅以債權人向主債務人所為請求、起訴或與起訴有同一效力之事項為限，若同法第129條第1項第2款規定之承認，性質上乃主債務人向債權人所為之行為，既非同法第747條所指債權人向主債務人所為中斷時效之行為，對於保證人自

不生效力（本院68年台上字第1813號判例意旨可供參考）。而物上保證人以擔保物為限負「物之有限責任」，保證人則係以其全部財產負「人之無限責任」，二者在責任本質及成立基礎上雖未盡相同，然物上保證人以自己之所有物，為債務人設定擔保，其法律上地位與保證人無異，對擔保主債務之履行而言，均係以自己之財產清償主債務人之債務，且擔保物權亦具有從屬性，故於債權人長期不實行其抵押權，而涉及民法第880條規定之適用時，就請求權時效是否消滅，應得類推適用同法第747條規定，即僅以債權人向主債務人請求履行，及為其他中斷時效之行為，對於物上保證人始生效力，倘債權人未向主債務人為中斷時效之行為，而僅債務人為承認者，對於物上保證人不生效力。查系爭抵押權係為擔保系爭債務而設定，陳○發為系爭債務之債務人，上訴人因受讓系爭土地而為系爭抵押權之抵押人。系爭債務之清償期為83年2月28日，依請求權時效15年計算，時效應於98年2月28日完成，陳○發於97、98年間向被上訴人承認系爭債務等情，為原審所認定。倘被上訴人於時效完成前未曾向陳○發為請求履行及其他中斷時效之行為，則上訴人主張陳○發向被上訴人承認系爭債務而中斷時效，其效力不及於伊，系爭債務已於98年2月28日罹於15年消滅時效，被上訴人迄未行使系爭抵押權，依民法第880條規定，系爭抵押權已消滅等語，是否毫無足取？非無研求之餘地。乃原審未詳加審究，遽謂陳○發承認系爭債務而中斷時效，系爭債務既未消滅，系爭抵押權即未消滅，而為上訴人敗訴之判決，自有可議。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 23 日

最高法院民事第四庭

審判長法官 高 孟 焄

法官 袁 靜 文  
法官 蘇 芹 英  
法官 林 金 吾  
法官 彭 昭 芬

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 9 月 3 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第1639號

## 裁判要旨

死因贈與契約之受贈人係取得請求交付贈與物之債權，非直接取得贈與物之所有權。

## 相關法條

民法第153條。

上訴人 林○丞

訴訟代理人 高進振律師

被上訴人 林○生

林○明

林○信

共 同

訴訟代理人 林雅儒律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國105年8月30日臺灣高等法院臺中分院第二審判決（105年度上字第48號）提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於駁回上訴人請求被上訴人林○生、林○明連帶給付新臺幣肆拾玖萬叁仟玖佰元本息之上訴及該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回其他上訴部分，由上訴人負擔。

### 理 由

本件上訴人（民國87年0月0日生，已成年）主張：伊父林○火於103年0月0日清晨因腫瘤出血送臺中榮民總醫院（下稱臺中榮總）急救，期間無法離開病床自由行動，嗣於同年月0日死亡，伊為林○火之唯一繼承人。林○火之兄即被上訴人林○生、林○明（下稱林○生等2人）趁林○火病危之際及死亡後，共同以提款卡領取林○火之存款：(1)臺中市第二信用合作社（下稱二信）帳戶，於103年6月3日提領新臺幣（下同）4萬元、同年月9日提領8萬2,900元；(2)元大銀行太平分行（下稱元大銀行）帳戶，於同年月3日提領14萬元、同年月9日提領26萬元、同年月10日提領15萬元；(3)烏日區農會（下稱農會）帳戶，於同年月9日提領1,000元，共計67萬3,900元。扣除林○生等2人為林○火支付看護費1

萬元、辦理後事花費5萬9,400元，林○生等2人尚應返還60萬4,500元。林○火生前曾借用林○明農會帳戶，作為其票據往來之用，該帳戶自林○火死亡後之103年6月至7月間共遭盜領185萬5,500元。被上訴人林○信為林○明之子，林○火借用林○信名義購買車牌號碼0000-00號自用小客車（下稱系爭車輛）1部，伊已以起訴狀繕本送達林○信為終止借名委任契約之意思表示等情，依民法第179條、第184條第1項、第541條及767條第1項規定，求為命林○生等2人連帶給付60萬4,500元，及自起訴狀繕本最後送達被上訴人翌日起至清償日止，按年息百分之5計算利息；命林○明給付上訴人185萬5,500元，及自擴張聲明狀繕本送達林○明翌日起至清償日止，按年息百分之5計算利息；命林○信交還系爭車輛之判決。

被上訴人則以：林○火住院期間意識清楚，可自行或託人領取存款，林○生等2人未於林○火死亡前自行領取其存款。林○火生前於病房內以手寫字據方式向林○生等2人表示，其死亡後其帳戶內之存款贈與林○生等2人，並將其金融卡交付林○生等2人及告知提款卡密碼，林○生等2人於林○火死亡後分別自其二信、元大銀行及農會提領共計49萬3,900元無侵權可言。訴外人鄭○之交付林○火之支票3紙，係林○火向林○生借款而交付，斯時因林○生無帳戶，始存入林○明農會帳戶提示。系爭車輛乃林○信於103年1月8日支付訂金購入，過戶所需費用及貸款70萬元係林○信繳納，系爭車輛為林○信買受，非林○火買受借名登記於林○信名下等語，資為抗辯。

原審以：林○生等2人為林○火之兄，林○信為林○明之子，林○火於103年0月0日因舌癌腫瘤出血至臺中榮總就醫，於同年月0日死亡，上訴人為林○火之唯一繼承人，林○火所有二信帳戶及元大銀行帳戶於其住院首日遭提領合計18萬元等情，為兩造所不爭執，堪信為真實。林○火入院至開刀前，意識清楚，得自主表達身體狀況與醫護人員溝通、填寫同意書，入院當晚22時9分曾

要求坐輪椅下床去大廳活動，顯見林○火當日尚能下床自主活動，有臺中榮總護理記錄在卷可稽。林○火既能自主活動，即非不得自行持卡提領上開帳戶之存款，上訴人並未舉證證明上開款項係林○生等2人所提領，其主張林○生等2人就此部分應負侵權行為或不當得利責任，尚無可採。次查林○生等2人不爭執林○生於103年6月9日以提款卡自林○火二信帳戶提領8萬2,900元，於同日及同年月10日以提款卡自林○火元大銀行帳戶提領26萬元及15萬元；林○明於同年月9日以提款卡自林○火農會帳戶提領1,000元，合計49萬3,900元等情為實在。然林○火書立之字據記載：「萬一我走了，我有一些錢給你跟阿明，你要找工作做，我給你要保存好，你沒有保險，什麼都沒有，那些是有給老本」，足認林○火生前已同意於其死亡後將其金錢贈與林○生等2人，核屬死因贈與。林○生等2人於林○火死亡後自上開帳戶提領上開款項即贈與標的物，難認係不法侵害上訴人之權利。況衡諸一般提款卡多設有密碼，如非提款卡所有人告知密碼，持卡人不易順利提領存款，益徵林○生等2人係得林○火之同意並告知密碼，始持林○火之提款卡提領上開存款，渠等提款無違林○火死因贈與之本意，難認係不法侵權行為。林○信提出之系爭車輛買賣合約書、領牌費用收據文件，買受人為林○信，有該合約書等件在卷可稽。證人即系爭車輛之賣方廖○將證稱：與伊洽談系爭車輛購買事宜者為林○信，購車訂金及貸款亦為林○信交付及辦理等語，核與系爭車輛貸款銀行即三信商業銀行覆函附汽車貸款申請書所載，申請人為林○信，保證人為林○明等情相符，堪信林○信抗辯系爭車輛為其所購，非林○火買受借名登記予其名下，為可採信。上訴人既無法舉證證明系爭車輛係林○火購買借名登記於林○信名下之事實，其請求林○信返還系爭車輛，即非有據。證人鄭○之固證稱：伊在林○火生前與林○火間有金錢或票據的往來，伊與林○生等2人沒有票據的往來，林○火就伊交付的支票都是在林○明農會帳戶兌現，…伊開給林○火的票沒有禁

止背書轉讓等語。惟查鄭○之與林○火間雖有金錢往來，然其所交付林○火之支票並未禁止背書轉讓，林○火如何兌現、使用該票款，鄭○之無從過問。且該帳戶客戶往來交易明細表，僅記載摘要、存入、支出金額、備註欄日期，其存款憑條、匯款委託書、取款憑條，至少有3種以上不同字跡，有該存款憑條等件在卷可憑，難認均係林○火之筆跡。鄭○之交付林○火之3紙支票，並經另件判決認定係林○火向林○生借款而交付，斯時因林○生無帳戶，乃存入林○明農會帳戶提示確定，自不能遽認林○火借用林○明農會帳戶，認帳戶內資金均為林○火所有。上訴人主張林○明農會帳戶內之存款185萬5,500元為林○火所有，請求林○明返還，亦非有據。故上訴人請求林○生等2人連帶給付60萬4,500元本息；林○明給付185萬5,500元本息；林○信交還系爭車輛，為無理由，均不應准許。爰維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴。

關於廢棄發回部分：

按繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務，民法第1148條第1項前段定有明文。又死因贈與契約之受贈人係取得請求交付贈與物之債權，非直接取得贈與物之所有權。原審係認林○火與林○生等2人訂立死因贈與契約，將其金錢贈與林○生等2人，林○火於103年0月0日死亡，上訴人為其唯一繼承人，林○生等2人於103年6月9日提領二信、元大銀行、農會帳戶存款依序8萬2,900元、26萬元、15萬元、1,000元，共計49萬3,900元。果爾，林○生等2人既於林○火死亡後提領上開存款，能否謂其未侵害上訴人之權利，自滋疑問。原審見未及此，遽謂林○生等2人領取上開存款未侵害上訴人之權利，爰為上訴人該部分不利之判決，已有可議。次查死因贈與為契約之一種，當事人間對於贈與標的物須意思表示一致，契約始能成立。林○火書立之字據僅記載：「.... 萬一我走了，我有一些錢給你跟阿明，你要找工作做，我給你你要保存好，你沒有保

險，什麼都沒有，那些是有給老本...」(見第一審卷第一宗第13頁)，該字據並未明確表示其所有上開存款為贈與標的物。果爾，可否謂林○火與林○生等2人訂立將其所有上開存款贈與林○生等2人之死因贈與契約，即非無疑。原審未詳查審認，逕依上開字據認渠等成立死因贈與契約，亦嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決上開於其不利部分違背法令，求予廢棄，非無理由。關於駁回其他上訴部分：

原審認定林○生等2人未於103年6月3日提領林○火所有二信及元大銀行帳戶存款共18萬元；系爭車輛為林○信購買及繳納價金，非林○木購買借名登記於林○信名下；林○火未借用林○明農會帳戶，該帳戶之存款185萬5,500元非林○火所有，爰就此部分為上訴人敗訴之判決，經核於法並無違背。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴一部為有理由，一部為無理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項、第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 18 日

最高法院民事第一庭

審判長法官 陳 國 禎

法官 鄭 雅 萍

法官 李 文 賢

法官 吳 青 蓉

法官 陳 真 真

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 29 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第427號

## 裁判要旨

債務人因可歸責於己之事由不履行債務致債權人受損害者，債權人即得請求債務人負債務不履行損害賠償責任，而該項損害倘係債權人所填補，債務人尚不能免責。

## 相關法條

民法第216條。

上訴人 交通部公路總局第○區養護工程處

法定代理人 李○成

訴訟代理人 駱忠誠律師

被上訴人 台灣世○工程顧問股份有限公司

法定代理人 周○良

訴訟代理人 莊植焜律師

上列當事人間請求給付服務費事件，上訴人對於中華民國105年4月29日臺灣高等法院第二審更審判決（103年度建上更(一)字第36號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決除假執行部分外廢棄，發回臺灣高等法院。

### 理 由

本件於第三審上訴程序中，上訴人之法定代理人於民國107年3月1日由廖○章變更為李○成，被上訴人之法定代理人於105年10月7日由李○中變更為周○良，有交通部函及經濟部商業司公司資料查詢頁面各一份在卷可稽，李○成、周○良聲明承受訴訟，核無不合，均應准許，合先敘明。

次查被上訴人主張：訴外人財團法人中○○○工程司（下稱中○○○工程司）與上訴人於94年7月1日簽訂「宜蘭連絡道A、宜蘭連絡道B及羅東連絡道新建工程委託監造服務契約」（下稱系爭監造契約），經雙方同意由伊概括承受中○○○工程司之契約當事人地位，改由伊辦理上開工程之監造服務工作，監造服務費共計新臺幣（下同）5,900萬元。上訴人為完成上開工程中之「羅東連絡道0K+000~4K+330新建工程」（下稱系爭工程），將設計及承攬工作依序交由訴外人聯○○地工程顧問股份有限公司（下稱聯○○地公司）及璉○營造有限公司（下稱璉○公司）辦理。伊於96年4月間至工地進行檢核時，發現系爭工程3K+807左側擋土牆（下稱系爭擋土牆）有向北滑動位移情形（下稱系爭擋土牆

位移事件），伊遂請璉○公司暫停施工，並陳報上訴人召開會議研商位移原因及後續修復方案。嗣訴外人臺灣省○○技師公會（下稱○○技師公會）鑑定認伊就系爭擋土牆位移事件無任何疏失，且上訴人得要求璉○公司無償修復，璉○公司並已修復完畢，縱上訴人受有損害，亦已獲填補。詎上訴人無給付璉○公司修復報酬之義務竟任意給付，並要求伊負擔修復費用456萬9,561元（下稱系爭修復費用），逕自應給付伊之服務費尾款中扣除，而拒絕給付伊等情，依系爭監造契約，求為命上訴人給付456萬9,561元，及自100年4月29日起至清償日止按年息5%計算利息之判決（未繫屬本院者，不予贅述）。

上訴人則以：依現場開挖結果顯示，擋土牆底版接合處之基樁樁頭為劣砂漿，材料強度不足，導致基樁無法發揮應有之水平抵抗力，造成擋土牆側移，顯見璉○公司於施工時確有疏失，致混凝土受有污染。被上訴人未能確實監督璉○公司施工，致施工之預壘樁砂漿強度未達設計標準，因此發生與擋土牆底版接合之基樁樁頭強度不足，其監造自有過失。伊所支出系爭修復費用，依民法第535條、第544條、第227條第2項規定及系爭監造契約第2條第5項第2款約定，應由被上訴人負賠償責任，伊以被上訴人之服務費尾款中456萬9,561元（下稱系爭服務費尾款），與之抵銷，自屬有據等語，資為抗辯。

原審就上開部分廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決，改判命上訴人給付被上訴人456萬9,561元及利息，係以：系爭工程係上訴人定作，聯○○地公司設計，璉○公司承攬施作，中○○○工程司於94年7月1日與上訴人簽訂系爭監造契約，嗣被上訴人概括承受中○○○工程司契約當事人地位。璉○公司對系爭工程基樁打設所生噪音及震動，有危及鄰近住戶寧靜及建物安全之疑慮，經上訴人召開如第一審判決附表（下稱附表）二編號一、二所示會議，並與被上訴人、聯○○地公司、璉○公司達成附表二「結論」欄所示結論。被上訴人於96年4月間至系爭工程工地進行砂石

料填築檢核時，發現系爭擋土牆有向北滑動位移之情形，除請璉○公司立即暫停施工外，並請上訴人召集被上訴人、聯○○地公司及璉○公司開會商討善後，作成如附表一編號一至五所示結論。系爭擋土牆位移事件，係因璉○公司施作預壘樁之過程，未注意有無水泥砂漿與開挖之鬆散土壤、土沙混合或有其他黏土層污染砂漿，致基樁有瑕疵，而需打除並採取必要之改善方法所造成，璉○公司施工自有瑕疵。被上訴人為系爭工程之監造單位，本於其工程監造之專業，就預壘樁施工過程所需採取確保品質相關事項，應盡善良管理人注意義務，對璉○公司之施工進行必要之監督及審核，以確保工作之品質。而清除預壘樁頭劣質水泥砂漿深度是否足夠，具經驗之監造廠商按目視應足判斷，如有疑問，亦可採取適當之方法驗證，其未加注意，適時發現及處理而發生系爭擋土牆位移事件，顯未盡善良管理人之注意義務，而有疏失。上訴人與璉○公司所簽訂之工程合約第11條約定：分期查證與試驗：工程施工進行至某一階段，例如構造物之基礎開挖、模板、鋼筋紮放、路基路面分層鋪設滾壓等完成，乙方（被上訴人）均需報請甲方（上訴人）派員查證或試驗，合格後始得繼續進行次一步工作，否則甲方得責令乙方改正或拆除重做或不予計價。第21條第3款約定：查驗、測試或檢驗結果不符合契約規定者，甲方得予拒絕，乙方應免費改善、拆除、重作、退貨或換貨。被上訴人於97年4月間進行砂石料填築檢核時發現系爭擋土牆之瑕疵，嗣經契約當事人辦理契約變更，已由璉○公司將原施作擋土牆拆除後重新施作完成。則系爭擋土牆之瑕疵，璉○公司依上開約定本負有免費改善義務，且斯時璉○公司尚未完工將工作交付上訴人受領，危險仍應由璉○公司負擔，璉○公司已將系爭擋土牆拆除重新施作完成，上訴人所受損害，已獲得填補，無從再請求被上訴人賠償。上訴人就原設計範圍內之改善工作，並無另行給付璉○公司工程款之義務，其自行決定給付璉○公司此部分工程款，縱因此受有損害，亦與被上訴人履行監造契約之過失間無

因果關係，自不得請求被上訴人賠償。至變更設計部分之施作費用，上訴人已陳明該部分不在主張抵銷之範圍內。是上訴人主張伊因系爭擋土牆位移事件支出重建修復工程費用1,827萬8,244元，得依民法第535條、第544條、第227條第2項規定及系爭監造契約第2條第5項第2款約定，請求被上訴人依25%責任比例賠償456萬9,561元，並以之與被上訴人之系爭服務費尾款債權抵銷云云，洵屬無據。故被上訴人依系爭監造契約之約定，請求上訴人給付456萬9,561元及自100年4月29日起至清償日止按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

按賠償權利人除有損害賠償請求權外，雖同時享有對於第三人之請求權，但此僅係權利競合，其損害賠償請求權所具「受有損害」之要件，不能因此認有欠缺。又債務人因可歸責於己之事由不履行債務致債權人受損害者，債權人即得請求債務人負債務不履行損害賠償責任，而該項損害倘係債權人所填補，債務人尚不能免責。原審既認璉○公司施作、被上訴人監造系爭擋土牆有疏失，應分別對上訴人負其責任；上訴人付費請璉○公司修復系爭擋土牆完畢，則上訴人自得請求被上訴人賠償所受損害。乃遽謂系爭擋土牆之瑕疵，業經璉○公司拆除重新施作完成，上訴人自行給付璉○公司此部分工程款，其所受損害，已獲填補，無從再請求被上訴人賠償損害，已有可議。次查上訴人於事實審抗辯：伊提出之修復費用明細表，其中自來水管遷移裝拆費（既有管線保留），及台電宜蘭區遷移費（舊有管線廢棄重作），亦屬拆除重建之必要支出等語（見原審更審卷(二)第49頁以下）。上開費用倘非上訴人給付璉○公司之工程款，能否謂上訴人之損害已因璉○公司拆除重建擋土牆而獲填補，亦滋疑問。原審未敘明其抗辯不足採之理由，逕為判決，亦有判決理由不備之違法。又關於系爭擋土牆位移修復及其費用之分擔，上訴人、被上訴人、聯○○公司及璉○公司多次開會，97年8月20日開會之結論為，修復系爭擋土牆之費用，被上訴人、聯○○地公司、璉○公司依序負擔

25%、50%、25%（見第一審卷第28、35、236、237、76、77、166頁反面）。果爾，能否謂上訴人不得依上開會議之結論請求被上訴人負擔修復費用，即滋疑問。原審未詳研求，遽以上開理由，為上訴人不利之判決，並有未洽。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 16 日

最高法院民事第二庭

審判長法官 陳 國 禎

法官 李 錦 美

法官 鄭 純 惠

法官 蕭 芳 菁

法官 鄭 雅 萍

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 29 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第513號

## 裁判要旨

承攬契約約定之違約金債權，於約定之原因事實發生時，即已獨立存在。承攬人違約而應給付定作人違約金時，定作人雖未沒收承攬人交付之履約保證金充作違約金，並不影響已獨立存在之違約金債權。

## 相關法條

民法第250條。

上訴人 尚○營造工程股份有限公司

法定代理人 黃○男

訴訟代理人 劉曦光律師

上訴人 中○○信股份有限公司台灣北區○○分公司

法定代理人 涂○光

訴訟代理人 張玉希律師

上列當事人間請求給付工程款等事件，兩造對於中華民國 106年 12月7日臺灣高等法院第二審更審判決（106年度建上更(二)字第25號），各自提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院。

### 理 由

本件上訴人尚○營造工程股份有限公司（下稱尚○公司）主張：伊於民國93年10月4日、96年12月7日、97年2月15日、同年6月9日、8月27日，與對造上訴人中○○信股份有限公司台灣北區○○分公司（下稱中○○信）依序簽訂「中○○信股份有限公司暨所屬機構營繕工程採購契約」及4件「中○○信股份有限公司暨所屬機構營繕工程契約書」（下稱系爭契約1、2、3、4、5，合稱系爭契約），承攬「交通部綜合辦公大樓（含中○○信仁愛綜合大樓）」之建築裝修及景觀工程、B3F 機車入口匝道改善工程，「中○○信仁愛綜合大樓地下室」之游泳池續建工程、第一次變更設計工程，「仁愛綜合大樓健康會館」之游泳池改善工程（下稱系爭建築、匝道改善、游泳池續建、游泳池變更、游泳池改善工程，合稱系爭工程）。中○○信就系爭建築工程並辦理第一次、第二次及機電設備部分之變更設計，另追加門禁及監視設備系統工項。系爭工程已完工，經中○○信驗收完畢，保固期間亦屆滿。惟中○○信尚欠伊如原判決附表（下稱附表）「原告請求金額」欄所示之保留款新臺幣（下同）37萬2,174元（下稱系爭

保留款)、保固保證金722萬2,829元(下稱系爭保固保證金)迄未給付等情,依系爭契約及承攬、不當得利之法律關係,求為命中華電信給付759萬5,003元,及自100年4月27日起至清償日止,按年息5%計算利息之判決。

上訴人中○○信則以:系爭工程於97年間全部完成驗收,對造上訴人尚○公司遲至100年4月19日始行起訴,其就匝道改善、游泳池變更及游泳池改善工程之保留款請求權已罹於時效而消滅。又尚○公司承攬系爭建築工程後,違約將之轉包予訴外人欣○實業股份有限公司(下稱欣○公司)施作,依系爭契約1第14條第3項第3、6款約定,伊得沒收履約保證金5,438萬元及保固保證金543萬1,979元作為懲罰性違約金。縱該履約保證金已發還尚○公司,伊仍得請求尚○公司給付同額之懲罰性違約金或損害賠償,並以之與尚○公司得請求之金額為抵銷等語,資為抗辯。

原審維持第一審所為命中○○信給付尚○公司216萬3,024元本息,及駁回尚○公司其餘之訴之判決,駁回兩造之上訴,係以:尚○公司於93年10月4日、96年12月7日、97年2月15日、同年6月9日、8月27日,與中○○信依序簽訂系爭契約1、2、3、4、5,承攬系爭建築、匝道改善、游泳池續建、游泳池變更、游泳池改善工程。中○○信就系爭建築工程並辦理第一次、第二次及機電設備部分之變更設計,另追加門禁及監視設備系統工項。系爭工程已完工,於附表所示之驗收日完成驗收,於附表所示之保固期滿日保固期間屆滿,尚○公司已完成保固事項之改善。中○○信未返還系爭保留款及保固保證金予尚○公司,為兩造所不爭執。次查系爭匝道改善、游泳池變更及游泳池改善工程,依序於97年6月23日、同年10月31日及同年月日完成驗收並辦妥保固保證手續,依系爭契約2、4、5第8條第1、3、4項約定,尚○公司得請求中○○信給付系爭保留款,其消滅時效各自自斯時起算;嗣尚○公司請求中○○信給付系爭保留款,中○○○於98年12月1日函覆,表示:「於貴公司(尚○公司)違約轉包相關案情未釐清前,

暫緩撥付」，足見其已承認尚○公司之系爭保留款債權，依民法第129條第1項第2款規定，消滅時效中斷，尚○公司於100年4月19日起訴請求中○○信給付系爭保留款，未罹於2年之消滅時效。又尚○公司應自行履約，不得將工程之全部或其主要部分轉包他人，如有違約，中○○信得沒收尚○公司繳納之履約保證金、保固保證金作為懲罰性違約金，並得請求損害賠償；惟該項保證金倘已發還，則不得追繳，此觀政府採購法第65條之規定及系爭契約第9條第15項第1款前段、第5款，第14條第3項第2款、第6款之約定自明。尚○公司於標得系爭建築工程後，將該工程90%以上之工項轉包予欣○公司，自屬違約且情節嚴重，中○○信得沒收尚未發還之建築工程保固保證金543萬1,979元，充作違約金，該數額並無過高，毋庸酌減。系爭保固保證金扣除上開被沒收之金額後，尚○公司尚得請求中○○信返還179萬850元。至系爭建築工程之履約保證金業已發還尚○公司，中○○信無從沒收或追繳，其以對尚○公司有追償履約保證金5,438萬元之債權，主張與尚○公司得請求之金額為抵銷，自無可採。故尚○公司依系爭契約，請求中○○信給付保留款37萬2,174元及保固保證金179萬850元，共計216萬3,024元，為有理由，應予准許；逾此之請求，為無理由，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

按承攬契約約定之違約金債權，於約定之原因事實發生時，即已獨立存在。承攬人違約而應給付定作人違約金時，定作人雖未沒收承攬人交付之履約保證金充作違約金，並不影響已獨立存在之違約金債權。尚○公司違約轉包系爭建築工程，依系爭契約第9條第15項第5款，第14條第3項第2款、第6款約定，中○○信得沒收尚○公司繳納之履約保證金、保固保證金作為懲罰性違約金，並得請求損害賠償，為原審認定之事實。則中○○信對尚○公司之違約金債權，於尚○公司違約時自己存在，不因其將履約保證金返還尚○公司而受影響。原審見未及此，遽謂系爭履約保證金5,438萬元已發還尚○公司，中○○信不得以該項違約金債權主

張抵銷，已有可議。次按約定之違約金是否過高，應依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害等情形，以為衡量標準。而債務已履行者，亦非不得比照債權人所受利益減少其數額。尚○公司於事實審主張：系爭工程業已如質完成，中○○信未受有任何損害；縱有損害，亦僅317萬746元，其沒收保證金充作違約金，顯然過高，應予酌減等語（見原審建上更(二)卷444 頁以下）。原審復認系爭工程已完工並驗收合格，尚○公司已完成保固事項之改善，保固期間已屆滿。乃未敘明尚○公司上開主張不足採之理由，又未斟酌中○○信倘以系爭履約保證金及建築工程保固保證金充作違約金，其金額高達5,981萬1,979元，暨前揭事項，以認定其數額是否過高，遽以上開理由謂中○○信沒收建築工程保固保證金543萬1,979元充作違約金並無過高，亦嫌疏略。兩造上訴論旨，各自指摘原判決上關於己不利部分違背法令，求予廢棄，均非無理由。

據上論結，本件兩造上訴均有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 26 日

最高法院民事第二庭

審判長法官 陳 國 禎

法官 鄭 雅 萍

法官 李 錦 美

法官 蕭 芳 菁

法官 鄭 純 惠

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 8 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第768號

## 裁判要旨

(一)按利害關係人代設定最高限額抵押權之債務人，清償債務，於其清償之限度內，承受債權人對於債務人之債權。此項承受之性質為法定之債權移轉，其效力與債權讓與相同，因第三人為債務人向最高限額抵押權人清償後，於其清償之限度內，即承受債權人之身分，倘該債權另有擔保物權，亦隨同移轉於該第三人。

(二)按債務人為擔保其債務，將擔保物之權利移轉與債權人，而使債權人在擔保之目的範圍內取得擔保物之權利者，為讓與擔保。債務人在未清償其債務前，不得請求債權人返還該擔保物之權利。

## 相關法條

民法第295條第1項、第312條。

上訴人 王○謀

訴訟代理人 林開福律師

被上訴人 謝○文

訴訟代理人 劉佳田律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國107年1月10日臺灣高等法院臺中分院第二審更審判決（105年度上更(一)字第1號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於命上訴人給付，及該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院臺中分院。

### 理 由

本件被上訴人主張：伊前向第一審共同被告陳○鑿購買坐落臺中市○區○○○段0000-0、-000、-000、-000、-000、-000、-000地號土地（下稱另七筆土地），因陳○鑿未依約履行，經法院判決移轉確定，並於民國97年12月間辦妥移轉登記。嗣因陳○鑿前以另七筆土地及同區段0000-000地號土地（下稱系爭土地），向訴外人臺灣○○商業銀行股份有限公司（下稱○○銀行）設定最高限額抵押權（下稱系爭抵押權）及地上權為擔保之借款（下稱○○銀行借款債權）未清償，遭該銀行於97年間聲請拍賣。伊乃於97年11月18日向上訴人借款新臺幣（下同）1,845萬6,277元（下稱系爭借款），以買賣利害關係人身分向○○銀行代償陳○鑿所積欠之同額債務，並將伊承受另七筆土地及系爭土地之系爭抵押權及地上權，指定上訴人為權利人，辦畢讓與登記，○○銀行因而撤回強制執行之聲請。上訴人於99年3月30日向臺灣臺中地方法院（下稱臺中地院）聲請查封另七筆土地，於同年7月7日以4,344萬元拍定，其債權本息可完全受償，即應將未拍賣系爭土地之系爭抵押權（下稱系爭土地抵押權）、地上權再讓與伊。乃上訴人已無系爭土地抵押權，未經伊同意，由陳○鑿清償60萬元

後塗銷系爭土地抵押權及地上權登記，復在拍定前主張地上權不塗銷，另向拍定人收取106萬元。陳○鑿旋將系爭土地以363萬5,000元之價格出賣，無法回復原狀，致伊受有204萬1,449元之損害等情。爰依民法不當得利及侵權行為之規定，求為命上訴人給付上揭金額本息之判決（未繫屬本院部分，不予贅述）。

上訴人則以：伊聲請強制執行時，被上訴人之其他債權人林○福已先就另七筆土地聲請強制執行（下稱另案執行），執行書記官通知併案執行，伊始未執行系爭土地。系爭土地始終為陳○鑿所有，被上訴人對之無任何處分權，伊是否聲請執行系爭土地，及陳○鑿如何處分該土地，與被上訴人積欠伊之債務無涉，有無塗銷系爭土地抵押權，亦與被上訴人無關。伊因強制執行而全數受償所承受之○○銀行借款債權，系爭土地抵押權及地上權均應予以塗銷，自無損害賠償及不當得利可言等語，資為抗辯。

原審廢棄第一審所為被上訴人部分敗訴之判決，改判命上訴人給付204萬1,449元本息，係以：被上訴人於91年1月向陳○鑿購買另七筆土地後，因陳○鑿於92年間以另七筆土地與系爭土地共同設定最高限額2,244萬元之系爭抵押權予○○銀行，以擔保其借款債務，嗣遭該銀行聲請強制執行，被上訴人乃於97年間，向上訴人借用系爭借款，以利害關係人身分代陳○鑿清償同額借款，並向○○銀行申請指定將系爭抵押權所擔保債權等讓與上訴人，○○銀行乃將相關借款債權及系爭抵押權文件交由兩造共同收受，並於同年11月間將該借款債權及系爭抵押權讓與予上訴人。被上訴人於同年12月間取得另七筆土地所有權。嗣上訴人聲請拍賣抵押物，法院併另案執行事件拍賣另七筆土地，○○銀行借款債權就另七筆土地拍賣價金獲得完全清償。依民法第881條之17條準用同法第879條第1項規定，被上訴人於清償之限度內，承受系爭土地系爭抵押權，而此項承受之性質為法定之債權移轉，其效力與債權讓與相同，自得以新債權人之身分向陳○鑿請求，而系爭土地抵押權為共同擔保，依民法第295條第1項規定，亦應隨同

移轉於被上訴人，不因未辦理系爭土地抵押權登記，而異其結果，被上訴人既為系爭土地抵押權人，塗銷系爭土地抵押權乃其權利，上訴人未經被上訴人同意，逕行同意塗銷系爭土地抵押權登記，自屬侵害被上訴人權利。系爭土地價值經臺中地院執行時鑑定為358萬4,600元，被上訴人依民法第184條第1項規定，請求上訴人賠償264萬1,449元，自屬有據。上訴人另案訴請被上訴人清償借款，經原法院101年度上字第237號兩造間請求清償借款事件確定判決（下稱另案確定判決），既認被上訴人以陳○鑒給付上訴人為塗銷系爭土地抵押權代價之60萬元為抵銷為有理由，應自賠償金額扣除，被上訴人請求上訴人給付204萬1,449元本息，為有理由，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

按利害關係人代設定最高限額抵押權之債務人，清償債務，於其清償之限度內，承受債權人對於債務人之債權。此項承受之性質為法定之債權移轉，其效力與債權讓與相同，因第三人為債務人向最高限額抵押權人清償後，於其清償之限度內，即承受債權人之身分，倘該債權另有擔保物權，亦隨同移轉於該第三人，觀諸民法第312條、第295條第1項規定。次按債務人為擔保其債務，將擔保物之權利移轉與債權人，而使債權人在擔保之目的範圍內取得擔保物之權利者，為讓與擔保。債務人在未清償其債務前，不得請求債權人返還該擔保物之權利。查陳○鑒於91年間，出售另七筆土地予被上訴人後，於92年間以另七筆土地與系爭土地設定系爭抵押權共同擔保○○銀行借款債權。嗣被上訴人為代陳○鑒清償○○銀行借款債權，向上訴人借款1,845萬6,277元，以利害關係人之身分，於97年11月18日清償○○銀行抵押債權，並指定將該銀行借款債權、抵押權及地上權讓與其所選定之人即上訴人，○○銀行於同年月28日將系爭抵押權移轉登記予上訴人名下，上訴人於同年12月26日取得另七筆土地所有權等情，為原審認定之事實。參諸另案確定判決認定系爭抵押權係○○銀行依被上訴人指示，讓與上訴人，作為上訴人對被上訴人系爭借款債權之

擔保，被上訴人積欠上訴人系爭借款本金、利息、遲延利息及其他費用共2,380萬1,271元，上訴人實行系爭抵押權受償，加計上訴人於抵押之系爭土地獲償60萬元，被上訴人尚積欠上訴人136萬1,271元等情（見該判決，原審卷88至90頁），似見被上訴人代陳○鑿清償後，因上開民法規定承受系爭抵押權及所擔保○○銀行債權，惟為擔保系爭借款債權，與○○銀行約定將○○銀行借款債權及系爭抵押權指定讓與上訴人，○○銀行乃逕將系爭抵押權登記變更為上訴人。果爾，依上說明，被上訴人在其清償系爭借款債權全部前，不得請求上訴人返還及主張系爭抵押權。上訴人實行系爭抵押權，拍賣另七筆土地所得價金，系爭借款債權僅獲部分清償，則是否該讓與擔保目的已達，被上訴人得請求上訴人返還系爭土地抵押權，非無疑義，自待釐清。原審未究明被上訴人與○○銀行約定登記上訴人為系爭土地抵押權人之緣由及法效，即以上訴人實行系爭抵押權，被上訴人於清償限度內，因法定移轉而承受系爭土地抵押權，未免速斷。又本院前次發回意旨已指明：民法第879條規定之承受權，係為保障擔保物提供人之求償權而設，須擔保物提供人對債務人有求償權，始發生承受權。被上訴人所有另七筆土地遭拍賣清償陳○鑿之借款債務，該債務應由何人負最終清償之責，攸關被上訴人對陳○鑿有無求償權，及得否承受對陳○鑿之債權並系爭土地抵押權，此部分事實尚非明瞭，本院無從為法律上判斷，應由原審查明，惟原審對此仍恣置不論，亦有可議。次查上訴人於兩造間上開請求清償借款訴訟事件，臺中地院審理時，以上訴人僅拍賣另七筆土地，與陳○鑿勾結，擅自將系爭土地抵押權塗銷，依民法第184條規定，請求上訴人賠償系爭土地公告現值加四成之損害等情，提起反訴，經臺中地院以99年度訴字第2001號判決駁回其反訴確定在案，本訴與該反訴之當事人相同，被上訴人以相同事實，主張上訴人應依侵權行為之法律關係負損害賠償責任，則上訴人抗辯被上訴人重複起訴，違反民事訴訟法第249條第1項第7款規定等語（見

上開臺中地院判決、上訴人民事準備暨爭點整理狀，原審更審前卷(一)179頁背面、原審卷110頁背面)，似非全然無據。原審就此上訴人主張之重要防禦方法，未於判決由說明其不採之理由，亦有疏略。原審未察，遽為上訴人不利之判決，上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 9 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 劉 靜 嫻

法官 林 恩 山

法官 高 金 枝

法官 周 舒 雁

法官 吳 光 釗

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 20 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第1049號

## 裁判要旨

按債權讓與契約，係以移轉特定債權為其標的，債權存在為債權讓與契約之效力要件，並非成立要件，自非不得以將來債權為讓與之標的。惟將來債權附有停止條件者，於債權讓與契約成立時尚未存在，其停止條件是否成就並不確定，該債權讓與是否確定發生，既非債務人所得知悉，自應於停止條件成就，並讓與人或受讓人將條件成就之債權讓與另行通知債務人，始對之發生債權讓與之效力。又債務人於受通知時，所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人，為民法第299條第1項所明定，此乃因債權讓與僅變更債之主體，不影響債之同一性，因此附隨於原債權之抗辯權，不因債權之讓與而喪失。

## 相關法條

民法第299條第1項。

上訴人 ○○國際商業銀行股份有限公司

法定代理人 黃○瑋

訴訟代理人 蔡正廷律師

張克豪律師

林宗憲律師

被上訴人 欣○○洲有限公司 (S00000h A000 Limited)

法定代理人 林○陽

蘇○慶

訴訟代理人 韓世祺律師

上列當事人間請求給付貨款事件，上訴人對於中華民國105年6月7日臺灣高等法院第二審判決（104年度重上字第711號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

### 理 由

本件上訴人主張：伊於民國100年6月8日與訴外人陞○科技股份有限公司（下稱陞○公司）簽訂授信合約書（下稱系爭授信合約書）、國際應收帳款受讓管理合約書（下稱系爭帳款受讓合約書），約定伊在總額度美金（除標明其他幣別者外，下同）135萬6,000元之範圍，對陞○公司授信（放款），該公司則以應收帳款債權融資／債權受讓承購方式，將其對於伊選定之國外特定交易相對人（下稱買方）之應收帳款債權讓與伊，以清償債務。伊於同日及同年11月17日，先後選定買方為聯○○子香港有限公司（S0000x E000000000s Hong Kong Ltd.，下稱聯○香港公司）及被上訴人後，即交付「國際應收帳款受讓管理同意書」（下稱受讓管理同意書）與陞○公司，經該公司用印簽回，表示已將其應收帳款債權讓與伊。陞○公司於100年10月31日即已寄發介紹

信（下稱系爭介紹信）與被上訴人，通知交易發票日自100年7月1日起發生之該公司與陞○公司間貨款債權均讓與伊，經被上訴人於同年11月11日簽回同意。其後，陞○公司自101年1月起至同年4月止陸續出貨與被上訴人【出貨項目及數量詳如原判決附表（下稱附表）3所示】，伊得依債權讓與之法律關係，請求被上訴人給付其應於附表1之A欄所示到期日，如該附表編號1至12所示之貨款（下合稱系爭貨款）。於原審另以：被上訴人收受債權讓與通知後之100年11月15日，竟與陞○公司締結妨礙、損害伊債權之採購合同（下稱採購契約）條款，未告知伊，顯以背於善良風俗之方式加損害於伊等情，追加依民法第184條第1項後段規定，求為命被上訴人給付114萬6,040元，及自附表1之B欄所示利息起算日起加計法定遲延利息之判決（未繫屬本院部分，不予論述）。

被上訴人則以：伊於100年11月11日簽回系爭介紹信時，陞○公司與上訴人間尚無債權讓與行為，且陞○公司與伊間之貨款債權亦未存在，無從發生債權讓與之效力。陞○公司於100年11月17日簽回受讓管理同意書與上訴人，約定上訴人係以「有追索權受讓方式」受讓系爭貨款債權，即伊不付款時，陞○公司應向上訴人買回未清償之受讓債權，上訴人迄未證明其與陞○公司間是否達成買回系爭貨款債權之協議，及陞○公司是否清償系爭貨款債權，自不得請求伊給付系爭貨款。況依伊與陞○公司間之採購契約第1條第3項第1款約定，伊於收到訴外人大陸地區深圳市宇○光電有限公司（下稱宇○公司）給付貨款後，始有給付系爭貨款與陞○公司之義務，宇○公司迄未給付伊貨款，伊得以該事由對抗上訴人，拒絕給付系爭貨款。伊與陞○公司間採購契約抗辯權之約定，係藉以保障權利，洵屬正當，非以違反善良風俗方式加損害於上訴人。此外，系爭貨款債權係商人供給商品之代價請求權，依民法第127條第8款規定，時效為2年，上訴人至103年9月19日請求伊給付附表3編號1-3、5-12之貨款，已罹於時效而消滅

，伊亦得拒絕給付等語，資為抗辯。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：上訴人於100年6月8日與陞○公司簽訂系爭授信合約書、系爭帳款受讓合約書，並於同日及同年11月17日，在受讓管理同意書上，分別指定買方為聯○香港公司及被上訴人，陞○公司已簽回等情，為兩造所不爭。按將來債權之讓與，固得成立，惟其債權於讓與契約成立時尚未存在，無從移轉，應於爾後因一定事實之發生而成為現實之債時，始生移轉之效力。依系爭帳款受讓合約書首段文義及第1條第2項之約定，可知陞○公司須上訴人選定買方並出具受讓管理同意書，將受讓管理同意書用印簽回（承諾）後，雙方始就陞○公司對該買方應收帳款之債權讓與上訴人達成合意。上訴人選定買方為被上訴人後，陞○公司於100年11月17日簽回受讓管理同意書，足見上訴人與陞○公司間就陞○公司對被上訴人之應收帳款債權，於斯時成立債權讓與契約。依系爭帳款受讓合約書第2條第1項、第2項之約定，及該合約書首段文義敘明意旨，暨佐以陞○公司填具之「應收帳款受讓管理價金預支申請書」（下稱預支申請書）、「應收帳款讓與明細表」（下稱讓與明細表），足見上訴人與陞○公司於100年11月17日成立債權讓與契約時，陞○公司對被上訴人之債權尚未存在，須迨陞○公司出貨並取得對被上訴人之應收帳款債權後，再填具預支申請書及讓與明細表，於讓與明細表所載之應收帳款債權及受讓金額之範圍，始生移轉與上訴人之效力。依上訴人提出之預支申請書及讓與明細表，暨各該貨款債權之發票憑證、包裝單、出口報單、簽收單等文件，可知陞○公司於附表2之B欄所載日期填具預支申請書及讓與明細表，將其對被上訴人如該附表編號1、4-9、11之債權全部，及編號2、3、10之部分債權（依序為6萬3,000元、3萬5,000元、10萬1,000元），移轉與上訴人。至上訴人就附表2編號12之帳款債權，未提出陞○公司填具之預支申請書及讓與明細表，難認生移轉之效力。上訴人嗣將陞○公司對被上訴人應收帳款權利讓與上訴

人之事，通知被上訴人，被上訴人於101年6月29日用印回覆，應認債權讓與於斯時始對被上訴人生效。依系爭帳款受讓合約書第1條第4項之約定，陞○公司收到上訴人之管理同意書後，方以介紹信通知買方債權讓與契約之事。上訴人選定買方為被上訴人並出具管理同意書，陞○公司於100年11月17日簽回後，方得將債權讓與之事通知被上訴人。該公司雖曾於100年10月31日寄送介紹信與被上訴人，經被上訴人於同年11月11日簽回，惟係在上訴人與陞○公司於100年11月17日成立債權讓與契約前所為，尚不生債權讓與通知之效力。上訴人主張其與陞○公司間債權讓與契約，於被上訴人100年11月11日簽回時生效，並無可取。被上訴人與陞○公司於100年11月15日簽訂採購契約，經被上訴人提出契約原本供法院核對。該契約上陞○公司及被上訴人之用印，與上訴人提出文件上開2公司之用印相符。薛○仁雖未合法代理被上訴人簽約，惟經被上訴人事後追認，再參上訴人所提陞○公司與被上訴人間就附表3所示各項貨物買賣之文件、被上訴人簽收單，與被上訴人所提其與宇○公司間之訂單、宇○公司簽收單等文件一致，核與採購契約條款約定被上訴人將其向陞○公司訂購之貨物，全數銷售交付與宇○公司相符，足認採購契約為真正。依該採購契約第1條第3項第1款約定，被上訴人收到宇○公司給付貨款，始有給付陞○公司貨款之義務，即以宇○公司付款為被上訴人給付陞○公司貨款之條件，依民法第299條第1項規定，被上訴人自得以之對抗上訴人。被上訴人出貨與宇○公司後，未據該公司付款共124萬9,783.9元，經向大陸地區廣東省深圳市福田区人民法院起訴，請求宇○公司如數給付本息，獲得勝訴判決確定後，強制執行所得人民幣2,415.66元（折算為414.47元），並已向上訴人給付，其餘貨款未獲給付，被上訴人拒絕給付上訴人，即屬有據。上訴人依債權讓與之法律關係，請求被上訴人給付系爭貨款本息，不能准許。被上訴人100年11月15日與陞○公司簽訂採購契約，陞○公司嗣於同年月17日始將對被上訴人之應收

帳款債權讓與上訴人，可見被上訴人於訂約時，主觀上無妨礙、損害上訴人債權之故意或過失。陞○公司於100年10月31日寄發系爭介紹信與被上訴人，尚不生債權讓與通知之效力，被上訴人100年11月11日簽回該介紹信，再於同年月15日與陞○公司簽訂系爭採購契約，尚非故意以背於善良風俗方式損害上訴人之債權。況上訴人係以預支貨款價金（8成）之方式，授信與陞○公司，並以其承購陞○公司對被上訴人之應收帳款債權作為對價，自應就陞○公司與被上訴人間之契約或付款條件，進行徵信、查核，此參上訴人之應收帳款客戶期前交易查核報告書所載「檢查要點」，包括須已檢視買賣合約正本，並影印留存可明。上訴人於陞○公司未提出與被上訴人間之契約前，即與陞○公司成立債權讓與契約，尚不能以自己未盡查核之失，反認被上訴人訂約係故意以背於善良風俗方式之行為。至上訴人於100年6月8日選定買方為聯○香港公司，出具管理同意書與陞○公司，係其與陞○公司間就陞○公司對聯○香港公司之應收帳款債權，成立債權讓與契約，被上訴人與聯○香港公司雖同屬聯○集團，及陞○公司與聯○香港公司間合約之當事人增加被上訴人，均因被上訴人與聯○香港公司究屬不同法人，上訴人與陞○公司間100年6月8日成立之債權讓與契約，效力自不及於被上訴人。稽諸採購契約首段及第1條第1項、第3項第2、3款之約定，被上訴人抗辯其為陞○公司於中國市場之代理商，應非虛妄，是採購契約約定被上訴人於宇○公司給付貨款後，再將貨款給付與陞○公司之付款條件，尚屬合理，無違誠信原則或善良風俗。此外，上訴人復未舉證證明被上訴人有何故意以背於善良風俗方式之侵權行為，其依民法第184條第1項後段規定，請求被上訴人賠償，亦非有據。從而，上訴人請求被上訴人給付附表1之系爭貨款114萬6,040元，及自該附表B欄所載利息起算日起加計之法定遲延利息，為無理由，不應准許等詞，為其心證之所由得，並說明上訴人其餘主張暨舉證於判決結果不生影響，毋庸逐一論駁之理由，因而廢棄第一審

所為上訴人之勝訴判決，改判駁回其在第一審之訴，並駁回其在原審追加之訴。

按債權讓與契約，係以移轉特定債權為其標的，債權存在為債權讓與契約之效力要件，並非成立要件，自非不得以將來債權為讓與之標的。惟將來債權附有停止條件者，於債權讓與契約成立時尚未存在，其停止條件是否成就並不確定，該債權讓與是否確定發生，既非債務人所得知悉，自應於停止條件成就，並讓與人或受讓人將條件成就之債權讓與另行通知債務人，始對之發生債權讓與之效力。又債務人於受通知時，所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人，為民法第299條第1項所明定，此乃因債權讓與僅變更債之主體，不影響債之同一性，因此附隨於原債權之抗辯權，不因債權之讓與而喪失。查上訴人與陞○公司間就陞○公司對被上訴人之應收帳款債權，於100年11月17日成立債權讓與契約，斯時陞○公司對被上訴人之債權尚未存在，迨陞○公司出貨並取得對被上訴人之應收帳款債權後，再於附表2之B欄所載日期填具預支申請書及讓與明細表，讓與明細表所載之貨款債權及C欄所載讓與金額之債權，始移轉與上訴人，被上訴人其後於101年6月29日受到債權讓與之通知。又被上訴人於上訴人與陞○公司成立債權讓與契約前之100年11月15日，即與陞○公司簽訂系爭採購契約條款等情，為原審合法認定之事實。則陞○公司為融資之需要，雖將其對被上訴人之應收帳款債權讓與上訴人，惟以陞○公司填具預支申請書及讓與明細表，向上訴人申請融資時，始生債權讓與之效力，屬於附停止條件之將來債權之讓與型態，應於系爭貨款債權讓與效力發生並通知被上訴人，始對被上訴人生效，被上訴人依債權讓與之法律關係，自得執其與陞○公司所訂採購契約條款，對抗上訴人。被上訴人於上訴人與陞○公司成立債權讓與契約之前，已與陞○公司簽訂採購契約，主觀上無損害上訴人受讓債權之故意或過失。原審因以上揭理由，為不利上訴人之判決，經核於法並無違誤。上訴論旨，就原審採證、認事

及解釋契約之職權行使，暨其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非有理由。未查，上訴人與設立於香港之被上訴人間有關債權讓與、侵權行為之紛爭，係涉外民事事件，其準據法，依香港澳門關係條例第38條類推適用涉外民事法律適用法第32條、第25條規定定之。而陞○公司與被上訴人間採購契約第5條第5項約定，未盡事宜均依中華民國有關法律解釋辦理之（見一審卷(一)第129頁），原審適用我國民法債權讓與及侵權行為之相關規定，於法並無不合，附此敘明。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 31 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 王 仁 貴

法官 陳 駿 璧

法官 李 寶 堂

法官 滕 允 潔

法官 林 金 吾

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 12 日

# 最高法院民事判決

106年度台上字第1840號

## 裁判要旨

民法第759條之1第1項規定，不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。又已登記之不動產物權，其依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力，此觀民法第758條之規定自明。是自無依法律行為取得已登記之不動產，雖未經登記，但已取得事實上處分權之可言。

## 相關法條

民法第759條之1。

上訴人 馮○為

訴訟代理人 陳柏舟律師

被上訴人 王○健

黃○華

崔○明

崔○全（原名崔○明）

崔○梅

黃○銅

張○木

共 同

訴訟代理人 張敏雄律師

上列當事人間請求確認事實上處分權存在等事件，上訴人對於中華民國106年3月29日臺灣高等法院第二審判決（103年度上字第1003號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院。

理 由

本件被上訴人主張：坐落台北市○○區○○段0小段第000地號國有土地（下稱000地號土地）上，門牌號碼台北市○○區○○○路00巷51之1號、55之1號、55之2號及57號、55之3號，如第一審判決附圖（下稱附圖）編號A、D、B及E、F所示房屋（下稱系爭房屋），係上訴人之被繼承人馮○山起造，未辦理保存登記，嗣依序由被上訴人王○健、訴外人崔○、被上訴人黃○銅、張○木輾轉買受取得事實上處分權。崔○於民國99年00月0日死亡，由被上訴人黃○華、崔○明、崔○全、崔○梅（下稱黃○華等4人）繼承取得55之1號房屋之事實上處分權。系爭房屋與馮○山所有第457建號房屋（下稱457建號房屋），並非同一建物，上訴人對系爭房屋無所有權等情，先位聲明求為確認王○健、黃○華

等4人、黃○銅、張○木依序對於51之1號、55之1號、55之2號及57號、55之3號房屋之事實上處分權存在；備位聲明求為確認上訴人對系爭房屋之所有權不存在之判決（未繫屬本院者，不予贅述）。

上訴人則以：457建號房屋於52年4月25日辦理保存登記，原門牌號碼為台北市○○○路00巷00弄00號，所有權人為伊父馮○山，馮○山死亡後由伊與其他繼承人共同繼承，伊之應有部分為8分之2。457建號房屋興建後，馮○山增建包括系爭房屋在內之17戶不同門牌號碼房屋，該457建號房屋並未滅失，系爭房屋屬457建號房屋之一部分，伊對之有所有權。而已登記之不動產並無事實上處分權之適用，被上訴人縱輾轉受讓系爭房屋，然未辦理移轉登記，自不生不動產物權變動之效力等語，資為抗辯。

原審維持第一審就51之1號、55之1號、55之3號房屋部分所為王○健、黃○華等4人、張○木先位之訴勝訴之判決，駁回上訴人之上訴，及廢棄第一審就55之2號及57號房屋部分所為黃○銅敗訴之判決，改判如其先位聲明，係以：457建號房屋坐落000地號土地，原門牌號碼為台北市○○○路00巷00弄00號，嗣整編為同路00巷00之0號，原所有權人為馮○山（已歿），上訴人為馮○山之繼承人，應有部分8分之2。王○健、崔○、黃○銅、張○木依序占有51之1號、55之1號、55之2號及57號、55之3號如附圖編號A、D、B及E、F所示房屋。崔○於99年00月0日死亡，黃○華等4人為其繼承人，為兩造所不爭執。次查無法辦理所有權移轉登記之建物，仍得讓與其事實上處分權。457建號房屋係起造人馮○山於50年7月1日申請新建之登記，於52年間辦理增建登記面積為597.82平方公尺，嗣再陸續增建至面積855.57平方公尺，於54至55年間辦理分割稅籍為17戶，分別出售。457建號房屋並未滅失，分割稅籍之17戶房屋係屬457建號房屋之一部。馮○山於53年11月25日將51之1號房屋售予訴外人蔡○雄，未辦理所有權移轉登記，王○健於68年2月5日向蔡○雄購入取得該屋之事實上處

分權。馮○山於55年4月間將55之1號房屋售予崔○，未辦理所有權移轉登記，崔○於99年00月0日死亡，由黃○華等4人繼承取得該屋之事實上處分權。馮○山於54年12月間將55之3號房屋售予訴外人陳曾○枝，陳曾○枝於70年5月11日將該屋售予訴外人徐○女，均未辦理所有權移轉登記，徐○女於93年00月00日死亡，由張○木繼承取得該屋之事實上處分權。60年間55之2號房屋稅籍之納稅義務人為訴外人劉○斌，於68年間讓與訴外人曾○源，並變更房屋稅籍之納稅義務人為曾○源，足見劉○斌有該屋之事實上處分權；曾○源於75年間將該屋售予黃○銅，將該屋之事實上處分權讓與黃○銅。55年間57號房屋稅籍之納稅義務人為訴外人陳○昌，陳○昌於56年12月20日將57號房屋售予黃○銅，並於57年間變更房屋稅籍之納稅義務人為黃○銅，足見陳○昌有該屋之事實上處分權，並將其讓與黃○銅。故被上訴人先位請求確認王○健、黃○華等4人、黃○銅、張○木依序對51之1號、55之1號、55之2號及57號、55之3號房屋之事實上處分權存在，為有理由，應予准許。被上訴人先位之訴既有理由，毋庸就備位之訴為裁判等詞，為其判斷之基礎。

按民法第759條之1第1項規定，不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。又已登記之不動產物權，其依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力，此觀民法第758條之規定自明。是自無依法律行為取得已登記之不動產，雖未經登記，但已取得事實上處分權之可言。457建號房屋係已登記之建物，並未滅失，上訴人為共有人，應有部分 $\frac{2}{8}$ ，系爭房屋為457建號房屋之一部，未辦理所有權移轉登記予被上訴人，為原審認定之事實。果爾，自難謂被上訴人已取得系爭房屋之事實上處分權。原審遽謂王○健、黃○華等4人、黃○銅、張○木依序取得51之1號、55之1號、55之2號及57號、55之3號房屋之事實上處分權，進而為上訴人不利之判決，尚有可議。被上訴人先位之訴有無理由，既尚待事實審調查審認，則備位之訴自應併

予廢棄。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 12 日

最高法院民事第二庭

審判長法官 陳 國 禎

法官 鄭 雅 萍

法官 李 錦 美

法官 李 寶 堂

法官 鄭 純 惠

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 7 月 25 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第879號

## 裁判要旨

按分管契約，係共有人就共有物之使用、收益或管理方法所訂定之契約，共有人請求分割共有物，應解為有終止分管契約之意思。是經法院判決分割共有物確定者，無論所採行分割方法為何，均有使原分管契約發生終止之效力。僅分割方法採行變價分割時，因於該判決確定時，不當然發生共有物變賣之效果，共有物之所有權主體尚未發生變動，共有人間之共有關係應延至變賣完成時消滅而已。而分管契約既經判決分割共有物確定而消滅，共有物之用益及管理回復原來之關係，除非經共有人協議或依民法第820條第1項規定為決定，共有人不得任意占有使用共有物之特定部分。

## 相關法條

民法第820條第1項。

上 訴 人 陳○衡  
          陳○升  
          尤○琴  
          陳○長  
          洪○賢

共          同

訴訟代理人 郭睦萱律師

複 代 理 人 湯惟揚律師

被 上 訴 人 王○禹

上列當事人間請求拆屋還地等事件，上訴人對於中華民國105年5月25日臺灣高等法院第二審判決（104年度重上字第560號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件被上訴人主張：伊為坐落臺北市○○區○○段0小段000地號土地（下稱系爭土地）原共有人之一，應有部分為250分之1，嗣系爭土地經臺灣士林地方法院102年度士簡字第943號分割共有物判決（下稱前案判決）確定應予變價分割，並由伊1人拍定買受，而取得系爭土地所有權全部。詎上訴人無正當權源，陳○衡、陳○升、尤○琴、陳○長等4人（下稱陳○衡等4人）以其等共有之A屋占用系爭土地如原判決附圖（下稱附圖）A部分所示，洪○賢則以其所有之B、C屋依序占用系爭土地如附圖B、C部分（以下簡稱BC屋）所示，其等因此受有使用系爭土地之利益，致伊受有損害等情，爰依民法第767條規定及不當得利法則，求為命陳○衡等4人、洪○賢應依序將A、BC屋拆除，並將該部分土地騰空返還予伊，及自民國103年6月4日起至騰空返還之日止，依序按年

給付新臺幣（下同）1517元、1009元；並於原審追加請求陳○衡等4人、洪○賢自104年4月17日起至騰空返還之日止，依序按年再給付37萬7849元、25萬1220元之判決（被上訴人逾上開範圍之請求，業受敗訴判決確定）。

上訴人則以：伊等均為系爭土地原共有人之一，占有土地建築房屋，經系爭土地全體共有人未表示異議而成立默示分管契約；系爭土地雖經法院拍賣而為被上訴人拍定，致系爭房屋及土地分歸不同人所有，依民法第425條之1第1項、第838條之1第1項規定，伊等就系爭建物與系爭土地之拍定人間，視為已有地上權之設定，或推定在系爭房屋得使用期限內有租賃關係，伊等得以系爭建物占有使用系爭土地等語，資為抗辯。

原審以：按共有人基於分管契約占有共有土地特定部分興建房屋，於共有土地裁判分割確定時，除該特定部分適分歸於該共有人，抑共有人間或共有人與拍定人另有約定外，先前共有人間之分管契約，即應認為終止，其占有之正當權源即歸於消滅。被上訴人主張其為系爭土地所有權人，陳○衡等4人、洪○賢分別為A及BC屋之所有權人，並占有系爭土地如附圖A（面積129.92平方公尺）、B、C（面積合計86.38平方公尺）部分，為兩造所不爭執，有土地謄本等件為證，並經法院會同地政人員至現場勘驗屬實，堪信為真。A、B、C三屋分別於40年5月3日、40年5月8日、61年1月11日辦理建物所有權第一次登記，上訴人主張系爭土地前經全體共有人成立將附圖A、BC部分土地劃歸陳○衡等4人、洪○賢專用之分管協議乙節，雖可信為真實，但系爭土地經前案判決確定應予變價分割，並由被上訴人1人拍定買受，而單獨取得系爭土地所有權全部，依前揭說明，陳○衡等4人、洪○賢與系爭土地共有人間就附圖A、BC部分土地之分管協議即告終止，其等自前案判決103年6月4日確定日起，即已喪失繼續占有系爭土地之正當權源，與民法第425條之1規定，須以房屋所有人係經土地共有人全體同意占有土地之要件即有不符，自無適用民法第425條

之1 規定，推定兩造間有租賃關係存在之餘地。再共有人於共有物分割後，於原物分割之情形，依民法第825 條規定，各共有人對於他共有人因分割而得之物，按其應有部分，負與出賣人同一之擔保責任；於變價分割之情形，全體共有人亦應對拍定人負瑕疵擔保責任，堪認共有人在分管之特定部分土地上所興建之房屋，於共有關係因分割而告消滅時，該房屋有無繼續占用系爭土地之正當權源，法律已有規定，即非屬法律未規定之事項，自無以類推適用民法第425條之1之方法，予以補充之必要。又稽諸民法第838條之1第1 項立法理由，土地及房屋所有人因屬同一人，當無成立基地使用關係之可能，有以民法第838條之1規範於土地及房屋分別拍賣，致土地及房屋所有權人互異時，其基地使用法律關係之必要。惟共有人在分管之特定部分土地上所興建之房屋，於共有關係因分割而告消滅，該特定部分如未分歸於共有人，房屋有無繼續占用系爭土地之正當權源，依現行法律已可決定房屋所有人與土地所有人間權利義務之內容，即非屬民法第838條之1所欲規範之對象，而無民法第838條之1適用或類推適用之餘地。上訴人又未能舉證證明其等有何占有之正當權源，則陳○衡等 4 人以其所有A屋占有附圖A部分土地、洪○賢以其所有BC屋占有附圖BC部分土地，均屬無權占有。被上訴人基於系爭土地所有權人地位，自得依民法第767條規定，請求陳○衡等4人將A 屋拆除、洪○賢將BC屋拆除，並將該部分土地騰空返還予伊。又被上訴人雖於104年5月29日（訴訟繫屬中）將系爭土地全部辦理信託登記予訴外人鼎○開發股份有限公司（下稱鼎○公司）；惟系爭土地仍實質屬被上訴人所有，被上訴人仍得請求上訴人給付因無權占有所獲之利益，尚不因系爭土地已信託登記予鼎○公司而受影響。經審酌系爭土地位在臺北市北投區內，交通及生活機能堪稱良好，上訴人占用系爭土地係提供住家使用，暨參照土地法第 105 條準用第97條規定等情狀，認依系爭土地申報總價年息百分之10，作為上訴人因無權占用系爭土地所受相當租金之利益基準為當

。又上訴人自前案分割判決103年6月4日確定日起，始喪失繼續占有系爭土地之正當權源；另被上訴人於101年7月20日取得系爭土地應有部分250分之1，又於104年4月17日領得權利移轉證書而取得系爭土地所有權全部，其不當得利額於104年4月17日以前，應按應有部分250分之1，其後始按所有權全部計算。從而，上訴人依民法第767條、不當得利法則，請求陳○衡等4人應將A屋拆除，並將該部分土地騰空返還予伊，暨自103年6月4日起至騰空返還之日止，按年給付伊1517元；及洪○賢應將BC屋拆除，並該部分土地騰空返還予伊，暨自103年6月4日起至騰空返還之日止，按年給付伊1009元；並於原審再追加請求陳○衡等4人、洪○賢自104年4月17日起至騰空返還日止，依序按年再給付37萬7849元、25萬1220元（即按應有部分250分之249計算），為有理由，應予准許等詞，爰一部廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決，改判如其上揭聲明。

按分管契約，係共有人就共有物之使用、收益或管理方法所訂定之契約，共有人請求分割共有物，應解為有終止分管契約之意思。是經法院判決分割共有物確定者，無論所採行分割方法為何，均有使原分管契約發生終止之效力。僅分割方法採行變價分割時，因於該判決確定時，不當然發生共有物變賣之效果，共有物之所有權主體尚未發生變動，共有人間之共有關係應延至變賣完成時消滅而已。而分管契約既經判決分割共有物確定而消滅，共有物之用益及管理回復原來之關係，除非經共有人協議或依民法第820條第1項規定為決定，共有人不得任意占有使用共有物之特定部分。查陳○衡等4人、洪○賢占有如附圖所示A、BC部分之土地部分，係基於分管協議，為原審所合法認定之事實。然前案判決既係分割共有物之判決，並於103年6月4日確定，依上說明上訴人與他共有人間所訂之原分管契約，即因而消滅，其就附圖A、B、C部分土地即失其占有權源，不因嗣後係由同屬原共有人之被上訴人拍定取得共有物所有權而有所不同。此與民法第425條之1及

第838條之1乃在規範房屋及土地因同屬一人情形時，土地所有人無從與自己所有之房屋約定使用權限，倘因而異其所有人，基於房屋一般價值甚高及其既有之使用權保護之考量，為調和土地與建物之利用關係，承認在房屋得使用期限內，有租賃關係或擬制有地上權存在之情形尚難謂為相同。原審認上訴人無民法第 425 條之1或第838條之1 之適用或類推適用，並判准被上訴人請求上訴人拆屋還地，並給付自分割共有物判決確定時起至變賣完成時止按其應有部分計算相當租金之不當得利，及自變賣完成時起相當租金之不當得利，經核於法並無不合。又訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響，民事訴訟法第 254 條第1項定有明文。所謂於訴訟無影響，係指原告或被告不因為訴訟標的之法律關係移轉於第三人，而影響關於為訴訟標的之法律關係之要件而言。是被上訴人在本件訴訟繫屬中，將為訴訟標的之系爭土地信託登記於訴外人鼎○公司，而其關於為訴訟標的之法律關係之要件，仍不得因而指為有欠缺。原審關此部分之理由雖未臻妥適，於判決結果並無二致，仍應予維持。上訴論旨，仍執陳詞，以原審認定事實、取捨證據之職權行使及其他與判決結果不生影響之理由，指摘原判決此部分為不當，聲明廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 26 日

最高法院民事第四庭

審判長法官 高 孟 焄

法官 彭 昭 芬

法官 蘇 芹 英

法官 林 金 吾

法官 袁 靜 文

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 107 年 8 月 6 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第2222號

## 裁判要旨

按民法第1165條第1項規定，被繼承人之遺囑，定有分割遺產之方法，或託他人代定者，從其所定。又同法第1164條所定遺產分割，係以消滅遺產共同共有關係為目的，除被繼承人以遺囑禁止繼承人分割之遺產，及繼承人全體以契約約定禁止分割之遺產外，應以全部遺產為分割對象。倘被繼承人之遺囑就部分遺產指定分割之方法，而繼承人就其餘遺產不能達成分割協議，請求裁判分割時，仍應以全部遺產為分割對象，僅經遺囑指定分割方法之遺產，應依遺囑指定之方法為分割。

## 相關法條

民法第1164條、第1165條第1項。

上訴人 胡○毅

胡○毓

胡○如

胡張○霞

胡○如

共 同

訴訟代理人 何志揚律師

上訴人 胡○榮

胡○澤

被上訴人 胡○齡

胡○昇（即胡○江之承受訴訟人）

胡○莉（同上）

胡○玲（同上）

胡○佳（同上）

上列當事人間請求分割遺產事件，上訴人對於中華民國105年12月20日臺灣高等法院臺中分院第二審判決（105年度重家上字第9號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院臺中分院。

### 理 由

本件被上訴人胡○江已於民國107年0月00日死亡，其繼承人胡○昇、胡○佳、胡○莉、胡○玲聲明承受訴訟，核無不合。又本件為分割遺產之訴，其訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定。上訴人胡張○霞、胡○毓、胡○如、胡○毅、胡○如不服原判決，提起第三審上訴，依民事訴訟法第56條第1項第1款規定，其上訴之效力及於未提起上訴之同造當事人胡○榮、胡○澤，爰將之併列為上訴人，均先予敘明。

次查被上訴人主張：被繼承人胡○河於98年0月0日死亡，遺有如

第一審判決附表（下稱附表）所示遺產（下稱系爭遺產），被上訴人胡○齡，胡○江及上訴人（下合稱胡○齡等9人）為其全體繼承人，應繼分各為1/9。胡○河生前立有遺囑，將其部分遺產預作分配，除依該遺囑所列方式分配部分遺產外，其餘遺產應按每人之應繼分為分配。胡○齡（00年0月00日生）因重度身障，無謀生能力，前全靠胡○河照顧扶養。胡○河為求身後仍能照顧之，於遺囑第2條載明「坐落台中市○○區○○段○○○○○○○地號土地其三分之一（下稱系爭2筆土地）為本人所有，現由達○工業股份有限公司管理使用中，本人所有之該二筆土地全贈歸本人伍子胡○澤取得，但胡○澤應每月給付長女胡○齡生活費新台幣壹拾萬元，直至胡○齡去逝為止，並於胡○齡去逝時給付喪葬費新台幣伍拾萬元；胡○澤若未依約履行本條約定之贈與負擔時，本條之贈與遺囑無效，胡○澤不能取得本件贈與之土地，該土地由遺囑執行人予以處分以為本條所述應付與胡○齡之生活費及喪葬費；並指定柳○成為本條遺囑之執行人」。茲上訴人胡○澤已表明拒絕履行該遺贈負擔，自應將附表編號貳、債權部分一、二所示系爭2筆土地借名登記在胡○聰名下之債權（下稱系爭2筆土地借名登記債權），分由胡○齡1人取得。惟胡○齡等9人就系爭遺產無法協議分割等情，依民法第1164條前段規定，求為命按附表所示分配方式分割系爭遺產之判決。

上訴人則以：胡○澤於98年7月9日委託何志揚律師函知遺囑執行人柳○成及胡○齡，拒絕履行上開遺贈負擔，依民法第1208條規定，系爭2筆土地借名登記債權應列入系爭遺產中由全體繼承人按應繼分各1/9繼承。被上訴人主張由胡○齡單獨取得，並無所據。至附表所示其餘遺產之分割方式均同意等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為就系爭遺產按附表所示分配方式分割之判決，駁回上訴人之上訴，係以：胡○河死亡時遺有系爭遺產，胡○齡等9人為其全體繼承人，應繼分各為1/9；胡○河生前立有遺囑，將其部分遺產預作分配等事實，為兩造所不爭。胡○齡等9人

除就系爭2筆土地借名登記債權之分配方式爭執而無法達成分割協議外，對附表所示其餘遺產之分割方式均表示同意。依遺囑第2條所載處分遺產方式，可知胡○澤若拒絕履行上開遺贈負擔，即由遺囑執行人柳○成處分變賣系爭2筆土地權利，供作胡○齡之生活費及喪葬費，顯已將該2筆土地權利分歸胡○齡1人所有，此屬胡○河得以遺囑自由處分遺產之範圍，且未侵害其他繼承人之特留分。柳○成已具狀陳明拒絕擔任遺囑執行人，系爭2筆土地之權利即應併為裁判分割，依遺囑指定方式將之分歸胡○齡所有。上訴人抗辯系爭2筆土地之權利應列入遺產中由全體繼承人平均繼承云云，為無可採。從而，被上訴人本於遺產分割請求權，請求按附表所示分配方式分割系爭遺產，為有理由，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

按民法第1165條第1項規定，被繼承人之遺囑，定有分割遺產之方法，或託他人代定者，從其所定。又同法第1164條所定遺產分割，係以消滅遺產共同共有關係為目的，除被繼承人以遺囑禁止繼承人分割之遺產，及繼承人全體以契約約定禁止分割之遺產外，應以全部遺產為分割對象。倘被繼承人之遺囑就部分遺產指定分割之方法，而繼承人就其餘遺產不能達成分割協議，請求裁判分割時，仍應以全部遺產為分割對象，僅經遺囑指定分割方法之遺產，應依遺囑指定之方法為分割。查上訴人於事實審抗辯：胡○河之遺產範圍以104年2月5日財政部○區國稅局遺產稅繳清證明書所列為準等語（見一審卷第117頁），而所提該遺產稅繳清證明書記載胡○河之遺產總額明細表，除銀行存款、土地及股票外，尚列有「東○花園公墓萬基憑證特區一壺排一陸、柒號64坪（核定價額7,680,000元）」、「現金（墓園建造工程費）1,600,000元」、「現金（購買棺木費用）2,500,000元」及「現金1,920,000元」（見一審卷第121、122頁）。另系爭遺囑第3條記載：「依民國八十八年六月二十二日與胡○聰、胡○特、胡○墩、林○雄、柳○成、陳○浩確認無誤，坐落於埔里○○○段五六之

七、五六之四二、五二之一、六〇、六一、六一之一、六二、五六之二、五六之一二、三四三及三四四地號土地及坐落其上之建物，本人應有部分均為二分之一，本人茲為生前的贈與，處分分配為贈與參女胡○毓、肆女胡○如、肆子胡○毅及伍子胡○澤四人，每人受贈之應有部分均為四分之一」等語（見一審卷第24、25頁），而借名登記於胡○聰名下之南投縣埔里鎮○○段000 建號（重測前為同鎮○○○段000 建號）即門牌南投縣埔里鎮○○路000號建物，係坐落埔里鎮○○段000地號（重測前為埔里○○○段00之0 地號）土地上，則上開動產及建物借名登記之債權是否應納入為胡○河之遺產？攸關遺產範圍及有否以全部遺產為分割對象之判斷，原審恣置不論，已有判決不備理由之違法。次查依系爭遺囑第2條上開記載，胡○河將系爭2筆土地附負擔遺贈與胡○澤，胡○澤如未履行該遺贈負擔，即由遺囑執行人柳○成處分該2筆土地以為應付與胡○齡之生活費及喪葬費（見一審卷第23、24頁）。果爾，於胡○澤拒絕履行該遺贈負擔之情形下，能否即謂胡○河將系爭2筆土地權利遺贈與胡○齡？尚滋疑義。原審未遑細究，遽將該2筆土地借名登記債權分歸胡○齡1人所有，而為上訴人不利之判決，未免速斷。又查系爭遺囑第1條第6項記載：「坐落於彰化埤頭○○段○○○地號土地贈與參女胡○毓、肆女胡○如、肆子胡○毅及伍子胡○澤四人，每人受贈之應有部分均為四分之一」等語（見一審卷第23頁），而原審亦將附表編號貳、債權部分八所示「對借名登記於胡栢墩名下彰化縣○○鄉○○段000地號面積328平方公尺，權利範圍1/18之債權」分歸彼4人（見原判決第5頁），則原審維持第一審所為分割方式，由胡○毓、胡○如、胡○毅及胡○澤4人每人各受分配1/18，亦有可議。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。未查依系爭遺囑第1條第4項及土地登記謄本所載（見一審卷第76頁背面、第207頁），附表編號貳、債權部分七所示「對借名登記於胡○墩名下台中市○○區○○○段『116-2地號』面積8平方公尺

，權利範圍30/2520之債權」，應為「166-2地號」之誤，案經發回，亦宜一併注意。

據上論結，本件上訴為有理由。依家事事件法第51條，民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 12 月 12 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 王 仁 貴

法官 李 寶 堂

法官 滕 允 潔

法官 林 金 吾

法官 陳 駿 璧

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 21 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第333號

## 裁判要旨

按依土地法第73條之1第3項規定標售土地前應公告30日，繼承人、合法使用人或其他共有人就其使用範圍依序有優先購買權。又該條項所謂之合法使用人，係指基於物權或債權等合法使用權源占有不動產者而言。

## 相關法條

土地法第73條之1第3項。

最高法院民事判決

107年度台上字第333號

上訴人 傅○福

訴訟代理人 徐揆智律師

上訴人 傅○湖

傅○洪

傅○隆

傅○萬

傅○興

上六人共同

訴訟代理人 鄭世脩律師

石宜琳律師

上 一 人

複代理人 郭運廣律師

被上訴人 林 ○

廖○鑫

共 同

訴訟代理人 劉德壽律師

上列當事人間請求履行契約等事件，上訴人對於中華民國105年3月30日臺灣高等法院第二審判決（104年度重上字第551號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於駁回上訴人之上訴暨該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院。

理 由

被上訴人主張：伊以最高標金額標得財政部國有財產署北區分署（下稱國有財產署）所屬北區辦事處（下稱桃園辦事處）所標售之桃園市○○區○○段 000地號土地（下稱系爭土地），並已繳足價金，嗣上訴人以其為系爭土地之地上權人即訴外人傅○壬之

繼承人，而就系爭土地向國有財產署行使優先購買權。因傅○壬非以行使地上權之意思占有系爭土地，其於民國83年間所為地上權（下稱系爭地上權）登記不符時效取得地上權之法定要件，且地政機關受理傅○壬地上權登記申請時，對已死亡之劉○木逕為公示送達以為通知，其通知不合法，傅○壬未合法取得地上權，上訴人對於系爭土地亦無事實上管領力，對於系爭土地無優先購買權。況上訴人未依投標須知規定檢附使用範圍圖，不符土地法第73條之1第3項之要件，應視為放棄優先購買權。爰求為確認上訴人之優先購買權不存在之判決（未繫屬本院部分，不予贅述）。

上訴人以：傅○壬於33年間與劉○木之母即訴外人劉○富就系爭土地簽訂「土地及建物賣買豫約契約書」（下稱買賣契約書）後，持續占有使用系爭土地。迄至83年間，符合時效取得地上權之要件，向桃園地政事務所完成地上權登記，嗣由伊等繼承該地上權，並繼續在系爭土地上種植農作物，為系爭土地之合法使用人，對系爭土地有優先購買權等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，係以：桃園辦事處於102年6月14日公告標售系爭土地，於同年7月16日開標，上訴人於投標須知所定期限內之同年7月19日以其等為系爭土地之地上權人，向○○辦事處行使優先購買權。土地法第73條之1第3項（原判決誤載為第2項）所謂合法使用人，係指基於物權或債權等合法使用權源占有不動產者而言，地上權人為該規定所指之合法使用人。惟被上訴人否認傅○壬以行使地上權之意思而時效取得系爭地上權，即應由上訴人就傅○壬以行使地上權之意思占有系爭土地之事實，負舉證責任。上訴人提出買賣契約書、領收書及劉○木之胞姐即訴外人徐李○代理出具之管理土地委託書（下稱委託書），已為被上訴人否認其真正，且劉○木於31年間已死亡，難認傅○壬與劉○木間有買賣關係存在。縱傅○壬誤認已與劉○木成立契約，然其自斯時起占有系爭土地，亦係以

土地買受人或行使所有權之意思而占有該地，而非以行使地上權之意思而占有。又依委託書所載內容，僅係傅○壬受託管理系爭土地，無從證明傅○壬係以行使地上權之意思而占有。況上訴人自承傅○壬因無法取得移轉登記，才改為以時效取得地上權辦理登記等情，益徵傅○壬於83年辦理地上權登記前，未曾以行使地上權之意思而占有系爭土地。雖原法院 85年度上字第222號塗銷地上權登記事件審理中，證人劉○同等證明傅○壬曾占有系爭土地栽種農作物，仍不足以證明其在83年以前係基於行使地上權之意思而占有該地。傅○壬所為系爭地上權登記既不符時效取得地上權之要件，即未合法取得地上權，上訴人自無從繼承取得。上訴人既未能證明前開買賣契約及委託書為真正，且劉○木於該買賣契約及委託書簽訂前即已死亡，劉○富或徐○燕均無從代理已死亡之劉○木與傅○壬簽立契約，傅○壬亦無從基於債之關係而合法占有系爭土地。此外，上訴人未能證明彼等有何其他占有系爭土地之合法權源，即非土地法第73條之1第3項之合法使用人，自無從據以主張優先購買權。被上訴人請求確認上訴人之優先購買權不存在，為有理由等詞，為其判斷之基礎。

按不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利，民法第759條之1定有明文；而法律上推定之事實無反證者，無庸舉證，民事訴訟法第281條亦有明定。查上訴人主張傅○壬因時效取得系爭地上權，並由彼等繼承，已經登記在案等語，有上訴人提出之系爭土地登記簿謄本可憑（見一審卷一16至21頁）。依上說明，應推定上訴人適法有系爭地上權，則除被上訴人有反證外，上訴人毋庸就系爭地上權適法存在之事實負舉證責任。原審未違命被上訴人就系爭地上權不存在之事實負舉證責任，反以上訴人所提事證，均不能證明系爭地上權適法存在，而為上訴人不利之判斷，已違證據法則。再按依土地法第73條之1第3項規定標售土地前應公告30日，繼承人、合法使用人或其他共有人就其使用範圍依序有優先購買權。又該條項所謂之合法使用人，係指基於物權

或債權等合法使用權源占有不動產者而言，上訴人已於投標須知所定期限內行使優先購買權，為原審認定之事實。上訴人於事實審主張劉○木於00年0月0日因參戰所乘之船艦遭擊沈而死亡，傅○壬於33年間向劉○木之母劉○富購買系爭土地，並簽立契約，於付清土地價金之日起占有使用系爭土地，彼等為傅○壬之繼承人，亦繼續占有使用種植農作物等語（見一審卷二25頁及背面、原審卷一 191頁背面），並提出買賣契約書、領收證及照片為憑（見一審卷一451頁背面至454頁背面、卷二80至82頁），被上訴人未爭執該文書之真正（見原審卷一 191頁背面），似非無稽之空言。果爾，倘劉○富於劉○木死亡後，為劉○木之繼承人而單獨繼承，或經其他繼承人全體同意得處分系爭土地之所有權，則傅○壬基於與劉○富之買賣契約書占有使用系爭土地，上訴人於繼承傅○壬後，繼續占有使用系爭土地，是否非基於債權合法占有系爭土地，而為土地法第73條之1第3項規定所稱之合法使用人，非無研求之餘地。原審未詳予審究，徒以劉○富無從代理已死亡之劉○木與傅○壬簽立契約，遽認傅○壬無從基於債之關係合法占有系爭土地，而為不利上訴人之判決，亦嫌疏略。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 16 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 劉 靜 嫻

法官 林 恩 山

法官 吳 光 釗

法官 周 舒 雁

法官 高 金 枝

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 29 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第569號

## 裁判要旨

都市更新事業計畫範圍內重建區段之土地，得以協議合建實施之。以協議合建方式實施都市更新事業，未能依前條第1項取得全體土地及合法建築物所有權人同意者，得經更新單元範圍內私有土地總面積及私有合法建築物總樓地板面積均超過5分之4之同意，就達成合建協議部分，以協議合建方式實施之。對於不願參與協議合建之土地及合法建築物，得以權利變換方式實施之，或由實施者協議價購；協議不成立者，得由實施者檢具協議合建及協議價購之條件、協議過程等相關文件，按徵收補償金額預繳承買價款，申請該管直轄市、縣（市）主管機關徵收後，讓售予實施者。權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物，由實施者公告之，並通知其所有權人、管理人或使用人，限期30日內自行拆除或遷移；屆期不拆除或遷移者，實施者得予代為或請求當地直轄市、縣（市）主管機關代為之，直轄市、縣（市）主管機關有代為拆除或遷移之義務；直轄市、縣（市）主管機關並應訂定期限辦理強制拆除或遷移，期限以6個月為限。其因情形特殊有正當理由者，得報經中央主管機關核准延長6個月，並以2次為限。但應拆除或遷移之土地改良物為政府代管或法院強制執行者，實施者應於拆除或遷移前，通知代管機關或執行法院為必要之處理。為都市更新條例第25條第1項後段、第25條之1、第36條第1項所明定。準此，對於都市更新範圍內之不同意之所有權人之土地改良物得依法定程序加以拆除。

## 相關法條

都市更新條例第19條第1項、第3項、第22條第1項、第25條第1項後段、第25條之1、第36條第1項。

上訴人 鄒○鑲

訴訟代理人 黃豪志律師

被上訴人 甲○○建設股份有限公司

法定代理人 張○珠

被上訴人 謙○開發股份有限公司

法定代理人 吳○勳

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國105年5月12日臺灣高等法院第二審判決（104年度上字第506號），提起一部上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於駁回上訴人之上訴及追加之訴，暨該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院。

### 理 由

本件上訴人主張：伊所有坐落新北市○○區○○○段1109、1113地號土地應有部分均為93/10000（下稱系爭土地），及其上同段0000建號即門牌新北市○○區○○○路00號11樓之6房屋（下稱系爭房屋，與前開土地合稱系爭房地），位於捷○大樓社區內。伊於民國99年11月28日與被上訴人簽署合建契約（下稱系爭契約），約定由伊提供系爭房地予被上訴人，被上訴人應將捷○大樓基地（包含系爭土地）及相鄰土地共計95筆（下稱系爭95筆土地），向主管機關申請辦理都市更新，並出資興建RC大樓。伊依約將系爭房地信託登記至訴外人臺灣土地銀行名下，並將系爭房地連同機械式停車位1個，點交予被上訴人所指定之訴外人同○開發股份有限公司（下稱同○公司）。詎被上訴人於100年12月1日擅自撤回都市更新申請案。伊於102年4月26日、5月27日先後發函催告被上訴人履約，未獲置理，乃於103年5月8日向被上訴人解除系爭契約。系爭房地已回復登記至伊名下，惟因被上訴人不履行債務，致伊受有無法依系爭契約約定分得新建房屋15.5坪、

平面車位 1 個，及增購新建住宅坪數 10 坪，而喪失利益新臺幣（下同）420 萬 6,820 元。爰依系爭契約及債務不履行損害賠償請求權，求為命被上訴人付伊 395 萬 1,672 元本息，並於原審擴張求為命被上訴人應再給付 25 萬 5,148 元本息之判決（未繫屬本院部分，不另贅述）。

被上訴人則以：因捷○大樓住戶有 3 戶反對都市更新，鄰地地主考量此情，不願意與捷○大樓共同進行都市更新，致 95 筆土地地主無法達到都市更新之法定同意比例，伊乃於 100 年 12 月 1 日撤回都市更新申請案。嗣雖將基地範圍減縮為同段 1109、1113、1115、1117、1157-1172 等 20 筆土地，仍無法達到法定同意比例，致未能都市更新。系爭契約因不可歸責於兩造事由以致無法履行，伊遂於 101 年 12 月 17 日發函，依民法第 227 條之 2 規定之情事變更解除契約。縱前開解約不生效力，但因系爭契約未約定都市更新期限，且伊努力整合地主意見，事後雖然無法進行都市更新，亦屬不可歸責於伊。況系爭契約未必可以實現，上訴人主張其因都市更新未能成功而損失利益 420 萬 6,820 元，即非可採等語，資為抗辯。

原審就上訴人請求 395 萬 1,672 元本息部分，維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，並駁回其於第二審追加之訴（應為擴張之訴之誤），係以：被上訴人在取得法院形成之訴確定判決以前，無從以政策改變、法令修改，少數地主拒絕參與都市更新為由，依民法第 227 條之 2 規定解除系爭契約，故其依該規定之解除契約，不生解約之效力。又系爭契約第 1 條第 1 項、第 7 條第 1 項、第 2 條第 1 項及第 8 條第 2 項僅約定上訴人提供系爭房地由被上訴人進行都市更新相關規劃及興建房屋之規劃、設計迄監造等作業，暨長期停工之罰則，並未約定被上訴人負有取得都市更新所需要地主與屋主之法定同意比例之義務。被上訴人甲○○建設股份有限公司（下稱甲○○公司）雖曾就系爭土地等 95 筆土地提送都市更新事業計劃及相關申請文件予新北市政府，惟在新北市政府

辦理公開展覽及審議相關事項前，即於100年12月1日發函稱與更新範圍內所有權人溝通協調後仍未有共識，恐無法達成協議合建目的，聲請撤回都市更新計劃案，並經新北市府於同年12月7日同意其撤回申請，且並將其聲請案之計劃書及附件冊一併退還被上訴人，是關於該都市更新計劃是否符合法定同意比例，即欠缺具體資料可資判斷。上訴人復未能舉證證明該95筆土地之地主及合法建物所有權人之同意比例已達都市更新條例第22條規定之標準，其主張係被上訴人甲○○公司擅自撤回合於法定同意比例要件之都市更新計劃案云云，即難採信。且縱被上訴人嗣將參與都市更新計劃之基地範圍減縮為20筆土地，亦無違系爭契約第11條特約條款第6款之約定。又捷○大樓社區為區分所有權建物，社區內之基地及建物公共設施均係屬社區內全體區分所有權人共有，如未獲得全體共有人之同意，被上訴人無從拆除捷○大樓而進行重建完成都更，被上訴人因捷○大樓社區有3戶不同意都市更新，有事實上執行拆屋之困難而撤回都市更新計劃之申請，尚難認被上訴人有可歸責事由。另被上訴人在部分鄰地進行合作開發，係與全體地主同意之合建案，與捷○大樓尚有3戶不同意都市更新計畫之情節有別，尚難因此指被上訴人違約。上訴人於102年5月27日發函催請被上訴人履行契約及後續協商，無從使被上訴人負遲延責任，上訴人於103年5月8日所為之解除契約自不生解約效力，系爭契約仍屬有效存在。上訴人請求被上訴人賠償系爭契約解除後之420萬6820元，均無理由，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

按都市更新事業計畫由實施者擬訂，送由當地直轄市、縣（市）主管機關審議通過後核定發布實施。都市更新事業計畫擬訂後，送各級主管機關審議前，應舉辦公聽會。實施者擬定都市更新事業計畫報核時，其屬依第10條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第7條劃定之都市更新地區者外，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過5分之3，並其所有土地

總面積及合法建築物總樓地板面積均超過 $\frac{2}{3}$ 之同意；其屬依第11條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過 $\frac{2}{3}$ ，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過 $\frac{3}{4}$ 之同意；但其私有土地及私有合法建築物所有權面積均超過 $\frac{4}{5}$ 同意者，其所有權人數不予計算。都市更新條例第19條第1項、第3項、第22條第1項定有明文。且系爭契約第1條「甲方（即上訴人）提供自有土地及建物，…與…等共計土地95筆…，依都市更新法規辦理重建，由乙方（即被上訴人）向主管機關申請辦理都市更新」、第2條第7項「（一）本案達到法規規定同意比例時（都市更新條例第22條規定），擬定都市更新事業計畫送請主管機關審議」（見第一審卷一 9頁、10頁背面），明文記載約定被上訴人應負責就該95筆土地依都市更新條例向主管機關申請辦理都市更新，並於達到都市更新條例第22條規定同意比例時，擬定都市更新事業計畫送請主管機關審議。而甲○○公司擔任都市更新案之實施者，將捷○大樓坐落基地及相鄰土地，於100年3月10日以函文提送「新北市○○區○○○段1109地號等95筆土地都市更新案」之都市更新事業計畫 1份及相關申請文件予新北市政府審議。新北市政府都市更新處依規定審核其計畫書、圖，尚未辦理公開展覽及審議事項，甲○○公司於同年 12月1日以多次與更新範圍內所有權人溝通協調後仍未有共識，恐無法達成協議合建目的為由，函請撤回都市更新計畫案。新北市政府於同年月 7日同意其撤回該案申請等情，為原審認定之事實。果爾，甲○○公司似已依系爭契約約定提送符合都市更新條例第22條第 1項規定同意比例之擬訂都市更新事業計畫予主管機關審議。復查都市更新事業計畫範圍內重建區段之土地，得以協議合建實施之。以協議合建方式實施都市更新事業，未能依前條第 1項取得全體土地及合法建築物所有權人同意者，得經更新單元範圍內私有土地總面積及私有合法建築物總樓地板面積均超過 $\frac{4}{5}$ 之同意，就達成合建協議部

分，以協議合建方式實施之。對於不願參與協議合建之土地及合法建築物，得以權利變換方式實施之，或由實施者協議價購；協議不成立者，得由實施者檢具協議合建及協議價購之條件、協議過程等相關文件，按徵收補償金額預繳承買價款，申請該管直轄市、縣（市）主管機關徵收後，讓售予實施者。權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物，由實施者公告之，並通知其所有權人、管理人或使用人，限期30日內自行拆除或遷移；屆期不拆除或遷移者，實施者得予代為或請求當地直轄市、縣（市）主管機關代為之，直轄市、縣（市）主管機關有代為拆除或遷移之義務；直轄市、縣（市）主管機關並應訂定期限辦理強制拆除或遷移，期限以6個月為限。其因情形特殊有正當理由者，得報經中央主管機關核准延長6個月，並以2次為限。但應拆除或遷移之土地改良物為政府代管或法院強制執行者，實施者應於拆除或遷移前，通知代管機關或執行法院為必要之處理。為都市更新條例第25條第1項後段、第25條之1、第36條第1項所明定。準此，對於都市更新範圍內之不同意之所有權人之土地改良物得依法定程序加以拆除。佐以系爭契約似無被上訴人依都市更新法規辦理重建，應以取得全體土地及合法建築物所有權人同意之協議合建為之約定。倘被上訴人已提送合於法定同意比例之計畫，其嗣以捷○大樓有3戶不同意，恐無法達成協議合建目的為由，撤回申請而停止履行系爭契約，是否非可歸責於其，洵非無疑，自有研求之必要。原審未詳予調查審認，遽認被上訴人撤回申請係不可歸於其之事由，而為不利上訴人之判決，自有可議。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 12 月 20 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 劉 靜 嫻

法官 林 恩 山  
法官 李 媛 媛  
法官 陳 駿 璧  
法官 高 金 枝

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 1 月 2 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第1501號

## 裁判要旨

按國家賠償法第3條第1項規定係採無過失責任主義，只要公有公共設施之設置或管理有欠缺，因而致生損害於人民權益時，國家即應依該條規定負賠償責任。於因人力所無從抵抗之自然力等不可抗力因素介入，造成該設施未具備通常應有之狀態、作用或功能時，亦須客觀上國家無法及時予以修護或採取應變且必要之具體措施時，始得主張免責，非謂凡係因不可抗力造成公有公共設施欠缺，致生損害時，國家均不負賠償責任。

## 相關法條

國家賠償法第3條第1項。

上訴人 徐○蓉

訴訟代理人 廖威淵律師

被上訴人 桃園市○○區公所

法定代理人 陳○明

訴訟代理人 呂宗達律師

何偉斌律師

上列當事人間請求國家損害賠償事件，上訴人對於中華民國105年8月10日臺灣高等法院第二審判決（105年度上國字第2號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院。

### 理 由

本件上訴人主張：訴外人即伊子文○志於民國103年12月4日凌晨2時25分許，騎乘車牌號碼000-000號普通重型機車行經桃園市○○區○○路0000號對面路段（下稱系爭路段）時，因路邊一棵行道樹（下稱系爭路樹）突然倒下，文○志反應不及，遭系爭路樹擊中倒地，並壓住昏迷不起（下稱系爭事故），經送醫急救，仍於同年月00日00時因頭部外傷腦死、中樞神經衰竭而不治死亡。因被上訴人怠於維護系爭路段之系爭路樹，致該樹倒地釀系爭事故，其公有公共設施之管理顯有欠缺，與發生系爭事故有相當因果關係，被上訴人自應負國家賠償責任。而伊為文○志母親，本得受其與伊另一子共同扶養，被上訴人應賠償伊所受扶養費新臺幣（下同）173萬0616元及精神慰撫金200萬元之損害等情。爰依國家賠償法第3條第1項、民法第192條第2項、第194條，求為命被上訴人給付373萬0616元，並加計自起訴狀繕本送達翌日起算法定遲延利息之判決。

被上訴人則以：系爭路樹現地種植約20年，伊每月委由廠商進行維護，生長情形正常。於事發後，系爭樹木進行病理鑑定結果，

雖根部有遭褐根病所感染，然其外觀並無呈現病徵，無從察覺防治，相關法規亦未課予伊就樹木內部為經常性監測之義務，伊就系爭路樹之管理並無欠缺；且系爭事故發生前，未聞有路樹倒地之通報，足見系爭路樹係在凌晨因風雨強大而倒地，當時伊未受通報，實無從預見並採取足以防止危險發生之具體措施。又伊雖未發現系爭路樹已染褐根病及該樹突倒在地，然通常亦無發生機車車禍之結果；且文○志當時為酒後駕車，亦未配戴安全帽，自難認定文○志死亡之結果與伊之管理有相當因果關係。本件損害原因應係天災不可抗力所致，與公有公共設施之設置或管理無因果關係。縱認伊應負國家賠償之責，上訴人請求之慰撫金過高而應予酌減等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，無非以：上訴人主張其子文○志於103年12月4日凌晨2時25分許，騎乘重型機車行經被上訴人所管理之系爭路段時，因系爭路樹倒下，致文○志倒地受傷，延至同年月00日00時死亡之事實，為被上訴人所不爭執，堪信為真實。按國家賠償法第3條第1項規定謂「公共設施之設置有欠缺」，係指公共設施建造之初，即存有瑕疵；「管理有欠缺者」，係指公共設施建造後未妥善保管，或因其他情事發生瑕疵，而於瑕疵發生後怠於適時修護而言。旨在使政府對於提供人民使用之公共設施，負有維護通常安全狀態之義務，重在公共設施不具通常應有之安全狀態或功能時，其設置或管理機關是否積極並有效為足以防止危險或損害發生之具體行為，倘其設置或管理機關對於防止損害之發生，已為及時且必要之具體措施，即應認其管理並無欠缺，自不生國家賠償責任。查被上訴人就系爭路段之行道樹，已委派○○區植栽修剪維護案之廠商竹○景觀工程有限公司（下稱竹○公司）自103年1月至同年12月間均定期至系爭路樹所在路段進行巡視，且於103年10月尚就系爭路段之行道樹進行修剪作業。而系爭路樹除樹根內外，其樹幹、樹枝及樹葉等外觀生長狀況均屬正常與一般行道樹無異，其枝葉確

實有修剪痕跡，且於倒塌後送診斷鑑定時，明確記載系爭路樹葉子翠綠，外觀正常等情，為兩造所不爭，並有竹○公司自103年1月至同年12月巡視表、林木疫情診斷案件鑑定表可按。而國立屏東科技大學依照照片所示，亦認為系爭路樹即使根部罹褐根病，也屬初期，應尚未嚴重影響樹幹之支撐力，行政院農業委員會林業試驗所104年4月5日函亦同此認定。足認系爭路樹客觀上無法於事前經由行道樹外觀查知系爭路樹內部已感染褐根病。又系爭事故發生於103年12月4日凌晨2時25分許，事發當時之風雨，依氣象資料，時雨量為10mm、平均風速每秒1.1m、當日最大瞬間風速每秒11.4m，該資料收集地點雖在八德國小校園內，然系爭路段空曠，路旁為稻田，與校園內之環境相比，風雨應更為強大，且經系爭事故地點對面之順○紙器股份有限公司（地址為桃園市○○區○○路0000號）值班警衛陳述明確，有被上訴人提出之錄音譯文及光碟可稽，復為上訴人所不爭執，徵諸系爭路樹係自基部倒下，斷裂處傷口係呈現不規則之撕裂痕跡。又系爭路樹倒地後至系爭車禍事故發生間，被上訴人並未接獲任何系爭路樹傾倒之通報等情，亦為兩造所不爭執，足認系爭路樹確係因當時強風大雨等不可抗力因素所牽引而造成傾倒，被上訴人在未受任何通知之情況下，實無從預見系爭路樹之倒塌，而能及時予以排除或採取警示等足以防止危險損害發生之具體措施，揆諸前揭說明，自難認被上訴人就系爭路樹之管理有所欠缺。況文○志酒後騎車，抽血酒精濃度為0.4mg/dl，有肇事研判表可考，足見事發時文○志因飲酒注意力已降，又逢風雨交加視線不佳之夜晚，致釀憾事，且未見現場有安全帽，文○志當時應未配戴安全帽，再者，依案發現場照片及道路交通事故現場圖、肇因研判表觀之，橫躺在地之系爭路樹，並未佔據整個路面車道，刮地痕在樹頂附近與行車分向線平行距離0.8公尺，路過之行車仍有閃避之可能，故於客觀上倒塌之系爭路樹是否通常會使路過行車發生車禍，甚或致駕駛人死亡之結果，要非無疑。上訴人主張系爭路樹倒伏於系爭

路段上，既阻塞道路，妨害道路人、車通行，已不符合道路所應提供之通常效用，即屬管理有欠缺；且道路因故無法通行，管理機關亦應警告用路人，如未設警示，亦屬管理欠缺，此項管理欠缺屬無過失責任云云，並無可採。另衡以系爭路樹倒塌位置前方呈現一道2.2公尺刮地痕跡，文○志所騎乘機車向左側傾倒，而傾倒之系爭路樹於臨車道面有刮痕、撞擊痕跡、機車前面塑膠及文○志的鞋子在倒塌系爭路樹頂端樹枝裡，而系爭路樹下緣外觀未有刮痕及撞擊痕跡，機車車損位置概集中於車頭前方，右前側方向燈有刮擦痕跡且破損處發見有樹皮等情，足認系爭路樹係因當夜強大風雨致倒塌於系爭路段路面，文○志騎乘機車路過系爭路段，因風雨交加又夜間視線不佳及因酒後騎車注意力下滑，致閃避不及而不慎往左側摔倒，機車因而往前滑行產生刮痕並撞及臨車道面之倒塌系爭路樹，是上訴人主張文○志係遭倒塌之系爭路樹砸中受傷致死云云，要與事實不符，無從憑採。從而上訴人依國家賠償法第3條第1項、民法第192條第2項、第194條，請求被上訴人給付373萬0616元，並加計法定遲延利息，為無理由，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

惟按國家賠償法第3條第1項規定係採無過失責任主義，只要公有公共設施之設置或管理有欠缺，因而致生損害於人民權益時，國家即應依該條規定負賠償責任。於因人力所無從抵抗之自然力等不可抗力因素介入，造成該設施未具備通常應有之狀態、作用或功能時，亦須客觀上國家無法及時予以修護或採取應變且必要之具體措施時，始得主張免責，非謂凡係因不可抗力造成公有公共設施欠缺，致生損害時，國家均不負賠償責任。查系爭路樹係因當夜強大風雨致倒塌於系爭路段路面，文○志騎乘機車路過系爭路段，可能因風雨交加又夜間視線不佳及因酒後騎車注意力下滑，致閃避不及而不慎往左側摔倒，機車因而往前滑行產生刮痕並撞及臨車道面之倒塌系爭路樹，刮地痕在樹頂附近與行車分向線平行距離0.8公尺等情，為原審所認定。是系爭路樹倒塌後似佔

據文○志行車路線之大部分路面，加以風雨交加又夜間視線不佳，文○志閃避不及而摔倒，是否與系爭路樹之倒塌無因果關係，已非無疑。而系爭路樹佔據大部分路面已妨害人車通行，系爭道路自己不符合通常應具備之狀態，以致缺乏安全性。雖系爭路樹之倒塌係因當夜強大風雨之不可抗力因素所致，然路樹係何時倒塌？距系爭事故發生時間久暫？被上訴人於客觀上是否無法及時予以排除或採取應變且必要之具體措施？均非無再進一步釐清之必要。乃原審未遑詳予審酌，徒以系爭路樹係因不可抗力倒塌，被上訴人未受任何通知，即謂其不負賠償責任，自嫌疏略。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 28 日

最高法院民事第三庭

審判長法官 高 孟 焄

法官 彭 昭 芬

法官 蘇 芹 英

法官 陳 玉 完

法官 袁 靜 文

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 8 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第841號

## 裁判要旨

按公司與股東人格各別，權利義務關係各自獨立。公司所有之資金，屬公司所有，股東不得挪為私用，以免造成公司資產減少，此為公司法之基本法理。另參酌我國公司法第15條第1項規定：「公司之資金，除有左列各款情形外，不得貸與股東或任何他人：一、公司間或與行號間有業務往來者。二、公司間或與行號間有短期融通資金之必要者。融資金額不得超過貸與企業淨值的百分之四十」；同法第23條第1項規定：「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任」；同法第53條規定：「股東代收公司款項，不於相當期間照繳或挪用公司款項者，應加算利息，一併償還；如公司受有損害，並應賠償」，依同法第108條第4項規定，於有限公司之董事準用之。已明文禁止有限公司將資金貸與股東個人，或董事挪用代收款項，則若無法律依據或正當理由，自無因有限公司全體股東（或董事）同意，任由個人股東挪用公司資金之餘地。

## 相關法條

公司法第15條第1項、第23條第1項、第53條、第108條第4項。

上 訴 人 高○嫻

高○慧

共 同

訴訟代理人 張立業律師

被 上 訴 人 田○芳

訴訟代理人 蔡鎮隆律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國107年1月31日臺灣高等法院第二審判決（104年度上字第162號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院。

理 由

本件上訴人主張：伊等為訴外人世○企業有限公司（下稱臺北世○公司）股東，該公司在香港設立子公司即香港M00000000X ENTERPRISE (H. K. ) LTD（下稱香港世○公司），並以該子公司名義在永○商業銀行股份有限公司○○分行開設第00000000000000號OBU（國際金融業務分行）帳戶（下稱系爭帳戶），作為臺北世○公司收受貨款或存放盈餘使用。詎被上訴人多次將系爭帳戶內之存款匯至其個人帳戶，侵占如一審判決附表（下稱附表）1所示款項，合計美金（下同）151萬4000元之利益，致香港世○公司受有損害，香港世○公司已將該債權讓與伊等。倘認系爭帳戶之存款屬臺北世○公司所有，則依不當得利之法律關係，被上訴人亦負返還之責，伊等為該公司股東，依該公司章程第15條規定，至少有新臺幣5700萬元之盈餘分派請求權，該公司怠於求償，伊等本於債權人之地位，代位該公司向被上訴人請求返還等情。爰依民法第179條、公司法第108條第4項準用同法第53條規定，先位之訴求為命被上訴人給付上訴人各10萬元之判決。另依民法第242條、第179條、公司法第108條第4項準用同法第53條規定

，備位之訴求為命被上訴人給付臺北世○公司20萬元，並由上訴人代位受領之判決。並於原審就先備位之訴，追加請求利息，求為命為被上訴人給付遲延利息之判決。

被上訴人則以：臺北世○公司與香港世○公司之股東成員不同，並無控制或從屬關係。系爭帳戶屬香港世○公司所有，非供臺北世○公司作為收受貨款或盈餘使用。香港世○公司設立時，伊與訴外人高○世為夫妻，均為該公司股東，雙方就該公司之貨款、盈餘等均有支配權，伊有動用系爭帳戶內款項之權利，不成立不當得利等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴及追加之訴，係以：系爭帳戶為香港世○公司所開立，被上訴人於如附表 1 所示日期，自系爭帳戶匯出如附表所示款項，至其所有之銀行帳戶，為兩造所不爭，復有匯款單等可稽，堪信為真實。依證人即被上訴人前配偶高○世及臺北世○公司會計張○珍另案證詞，並參酌被上訴人於如附表1 所示期間，為香港世○公司之股東兼董事，系爭帳戶自民國88年起迄92年間，亦陸續匯出如附表2 所示之款項至高○世帳戶等節，另依卷附香港世○公司日記帳及明細分類帳顯示，93年至95年間，被上訴人及高○世均有以股東身分與香港世○公司為資金往來，且該公司亦有以股東往來名義支付高○世消費款及信用卡款之情事，足認被上訴人與高○世均有動用系爭帳戶款項之權利。高○世於另案之證詞核與被上訴人所辯支出之項目大致相符。參諸如附表1 所示款項匯入被上訴人帳戶期間，均在高○世與被上訴人感情不睦前之93年至96年間，迄高○世於102 年7 月間代表香港世○公司對被上訴人提起侵占告訴前，香港世○公司或高○世均未提出異見，堪認香港世○公司為 2 人所有之家族公司，於如附表1 所示期間，該公司收入與被上訴人及高○世之家庭生活支出，並無明確劃分，且長期作為被上訴人及高○世家庭生活費用來源，此為香港世○公司全部股東所同意，自難認被上訴人無權動用如附表1 所示款項。則其受領如

附表1 所示款項，自有法律上原因，香港世○公司不得依不當得利之法律關係，請求被上訴人返還所受利益，其對被上訴人既無債權存在，上訴人先位之訴主張受讓該等債權，洵不可採。又依證人張○珍另案證詞，香港世○公司係被上訴人與高○世投資之公司，而非臺北世○公司轉投資之公司，上訴人不能證明系爭帳戶內款項屬臺北世○公司所有，則被上訴人受領如附表1 所示款項，未致臺北世○公司受有損害，臺北世○公司不得依不當得利之法律關係，請求被上訴人返還所受利益。上訴人備位之訴主張代位臺北世○公司行使該等債權，亦不可採。綜上，上訴人先位之訴依民法第179條、公司法第108條第 4項準用同法第53條規定及債權讓與之法律關係，請求被上訴人給付上訴人各10萬元；備位之訴依民法第242條、第179條、公司法第108條第4項準同法第53條規定，請求被上訴人給付臺北世○公司20萬元，並由上訴人代位受領，均屬無據。另上訴人先、備位之訴追加請求上開金額之利息，亦無理由等詞，為其判斷之基礎。

按公司與股東人格各別，權利義務關係各自獨立。公司所有之資金，屬公司所有，股東不得挪為私用，以免造成公司資產減少，此為公司法之基本法理。另參酌我國公司法第 15條第1項規定：「公司之資金，除有左列各款情形外，不得貸與股東或任何他人：一、公司間或與行號間有業務往來者。二、公司間或與行號間有短期融通資金之必要者。融資金額不得超過貸與企業淨值的百分之四十」；同法第 23條第1項規定：「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任」；同法第53條規定：「股東代收公司款項，不於相當期間繳織或挪用公司款項者，應加算利息，一併償還；如公司受有損害，並應賠償」，依同法第108條第4項規定，於有限公司之董事準用之。已明文禁止有限公司將資金貸與股東個人，或董事挪用代收款項，則若無法律依據或正當理由，自無因有限公司全體股東（或董事）同意，任由個人股東挪用公司資金之餘

地。查香港世○公司係依香港法律設立之有限公司，依涉外民事法律適用法第13、14條規定，有關公司內部事項應適用香港法律。而香港世○公司為被上訴人與高○世<sup>2</sup>人所有，渠等均有動用系爭帳戶款項之權利，被上訴人曾領用公司款項私用，為原審認定之事實。果爾，被上訴人挪用香港世○公司資金私用，是否符合香港相關法律之規定？有無正當理由？即非無疑，有探究釐清之必要。原審未予詳查，逕認被上訴人得領取系爭帳戶款項私用，而為不利上訴人之判決，未免速斷。又上訴人先位之訴既應廢棄，則以先位之訴有理由為解除條件之備位之訴，亦應一併廢棄發回。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 8 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 劉 靜 嫻

法官 高 金 枝

法官 李 媛 媛

法官 陳 駿 璧

法官 林 恩 山

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 19 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第790號

## 裁判要旨

按公司法第20條第1項規定：「公司每屆會計年度終了，應將營業報告書、財務報表及盈餘分派或虧損撥補之議案，提請股東同意或股東常會承認」，其目的在使未參加公司經營之投資人瞭解公司該年度之財務狀況、經營成果，以保障投資人之權益。90年修正立法理由：該項配合商業會計法「營業年度」修正為「會計年度」，並將「資產負債表、損益表、股東權益變動表、現金流量表」修正為「財務報表」，而「主要財產之財產目錄」乙節，因耗時費資，並無實益，爰予刪除。又「股東會」修正為「股東常會」，以資明確，並將「盈餘分配」修正為「盈餘分派」，統一用語等語，僅在說明該法條文字配合商業會計法之規定，將相關用語修正統一而已，就原規定公司應將盈餘分派議案，提起股東同意之旨並無變動，修正內容亦與公司得否為盈餘全部或部分保留無涉。

## 相關法條

公司法第20條第1項。

上訴人 福○冷藏廠有限公司

法定代理人 廖林○葉

訴訟代理人 陳正芳律師

被上訴人 廖○任

許○毓

許○瑋

上列當事人間請求給付分配款事件，上訴人對於中華民國105年6月14日臺灣高等法院臺南分院第二審判決（104年度重上字第96號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於命上訴人給付及該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院臺南分院。

### 理 由

本件被上訴人主張：伊均為上訴人之股東，廖○任、許○毓、許○瑋出資額分別為百分之一二·八、百分之十、百分之三·八。依民國102年11月9日上訴人股東臨時會議決議（下稱系爭決議），上訴人應將於103年間出售其所有坐落臺南市○區○○段0000地號土地及其上0000、0000建號建物（下稱系爭不動產）之價款，扣除相關費用後，按股份分配剩餘金額。嗣經104年3月6日上訴人股東常會確認103年會計年度可分配盈餘為新臺幣（下同）9,414萬7,804元（下稱系爭可分配盈餘）。惟上訴人未依各該決議分配等情，爰依系爭決議及公司法第112條第1項規定，求為命上訴人分別給付廖○任、許○毓、許○瑋，各1,205萬0,919元、941萬4,780元、357萬7,617元及加付自104年3月21日起算之法定利息（未繫屬本院部分，不予贅述）。

上訴人則以：有限公司盈餘分配議案，應經全體股東同意，惟104、105年度股東常會就盈餘一年或逐年分派均未獲全體同意，尚不得為分配等語，資為抗辯。

原審廢棄第一審所為被上訴人部分敗訴判決，改判令上訴人如數給付，係以：上訴人依股東決議，於103年6月26日以1億4,739萬1,200元出售系爭不動產予訴外人禾○開發股份有限公司，同年11月7日臨時股東會議決議：盈餘分配與股東之方式留至103年度結算後，104年股東會決定。104年3月6日股東常會，全體股東承認103年度之會計表冊，上訴人盈餘1億0,460萬8,671元，經扣除法定公積、員工紅利後，迄103年12月31日止，有系爭可分配盈餘可供分配。104年股東會就該盈餘分配與股東之方式，係採逐年分配（104年先分配500萬元）或一次全額分配，兩者均未通過決議。出席全體股東同意下次由股東廖○任召開會議再予討論議決。按公司法第20條第1項規定：「公司每屆會計年度終了，應將營業報告書、財務報表及盈餘分派或虧損撥補之議案，提請股東同意或股東常會承認」之立法意旨以：該項配合商業會計法「營業年度」修正為「會計年度」，並將「資產負債表、損益表、股東權益變動表、現金流量表」修正為「財務報表」，而「主要財產之財產目錄」乙節，因耗時費資，並無實益，爰予刪除。又「股東會」修正為「股東常會」，以資明確，並將「盈餘分配」修正為「盈餘分派」，統一用語等語。足認公司法規定之盈餘分派，係每屆會計年度終了時所為，且針對上年度結算之盈餘，每年僅能為一次分派盈餘，並無授權公司可就同一年度之盈餘逐年分派，是公司之盈餘分派，應以一次分派為原則。又上訴人之公司章程第13條規定：「本公司盈餘按照各股東經出資比例分派之。」，上訴人104年度之股東會決議，既已確認103年度有可供分配之盈餘，被上訴人為上訴人股東，請求依其股份，一次分派盈餘，自屬有據。況上訴人股東表決該盈餘分配與股東之方式，究採104年先分配500萬元，其餘再行分派，或一次全額分配，兩者均未通過決議。則被上訴人請求上訴人按廖○任、許○毓、許○璋各人出資額比例百分之一二、八、百分之十、百分之三、八分配系爭盈餘，並分別一次給付1,205萬0,919元、941萬4,780元、

357萬7,617元，應予准許等詞，為其判斷基礎。

按公司法第20條第1項規定：「公司每屆會計年度終了，應將營業報告書、財務報表及盈餘分派或虧損撥補之議案，提請股東同意或股東常會承認」，其目的在使未參加公司經營之投資人瞭解公司該年度之財務狀況、經營成果，以保障投資人之權益。90年修正立法理由：該項配合商業會計法「營業年度」修正為「會計年度」，並將「資產負債表、損益表、股東權益變動表、現金流量表」修正為「財務報表」，而「主要財產之財產目錄」乙節，因耗時費資，並無實益，爰予刪除。又「股東會」修正為「股東常會」，以資明確，並將「盈餘分配」修正為「盈餘分派」，統一用語等語，僅在說明該法條文字配合商業會計法之規定，將相關用語修正統一而已，就原規定公司應將盈餘分派議案，提起股東同意之旨並無變動，修正內容亦與公司得否為盈餘全部或部分保留無涉，原審以該規定及立法理由推論上訴人之公司盈餘應一次全部分派，未免可議。次查上訴人103年11月7日臨時股東會決議承認系爭可分配盈餘，該盈餘分配與股東之方式留至103年度結算後，104年股東會決定。惟104年、105年股東會就該盈餘分配與股東之方式，採逐年分配或一次全額分配，兩者均未通過決議，為原審所認定之事實。果爾，似上訴人全體股東間就系爭可分配盈餘之分派方式有應經全體股東同意之合意，倘如此，該合意之立基為何？係上訴人公司分派盈餘之一貫往例，或公司章程之明文規定，或其他情形，未待全體股東合意決定盈餘分派方案前，上訴人可否逕為一次分派，均有未明，在在有待釐清。原審未遑查明，即謂依公司法第20條第1項規定之意旨，上訴人為有限公司，每年僅能為一次全部分派盈餘，遽為上訴人不利之判斷，洵有未合。上訴論旨，指摘原判決不利其部分為不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 16 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 劉 靜 嫻

法官 林 恩 山

法官 高 金 枝

法官 周 舒 雁

法官 吳 光 釗

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 27 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第1666號

## 裁判要旨

公司法第175條第1項規定，出席股東不足前條定額，而有代表已發行股份總數3分之1以上股東出席時，得以出席股東表決權過半數之同意，為假決議，並將假決議通知各股東，於1個月內再行召集股東會。所稱於1個月內再行召集股東會，係指於1個月內寄發召集股東會之通知而言，非謂應於1個月內實際開會。又同法第178條前段規定，股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決。所稱有自身利害關係，係指特定股東將因該事項之決議取得權利、免除義務，或喪失權利、新負義務而言。倘無此情事，該特定股東對於該事項即非不得加入表決。

## 相關法條

公司法第175條第1項、第178條。

上訴人 王○○

訴訟代理人 張右人律師

被上訴人 申○企業股份有限公司

法定代理人 王○德

訴訟代理人 楊雯齡律師

上列當事人間請求確認股東會決議不成立等事件，上訴人對於中華民國105年8月23日臺灣高等法院臺中分院第二審判決（105年度上字第161號）提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

### 理 由

本件上訴人主張：伊為被上訴人之股東兼監察人，被上訴人於民國104年6月29日召開之104年股東常會，就「確認103年度損益及稅額計算表、資產負債表」、「103年度盈餘分配議案，經董事會決議，103年度盈餘不分配」議案（下稱系爭議案）作成假決議（下稱系爭假決議），復於同年8月3日召開臨時股東會就系爭假決議作成決議（下稱系爭決議）。系爭假決議係於同年6月29日作成，被上訴人遲至同年8月3日始再行召集臨時股東會，已逾公司法第175條應於1個月內再行召開股東會之規定，系爭決議應不成立或無效。又被上訴人於104年5月28日所發召集系爭股東常會之開會通知書僅檢附103年度損益及稅額計算表、資產負債表（下稱資產負債表等文件），未將相關會計表冊交伊查核，且被上訴人之董事長王○德、董事王○光（下稱王○德等2人），將因系爭議案經股東會決議免除義務，公司利益有受損害之可能，王○德等2人，未迴避而加入表決，其決議方法違反公司法第178條規定，伊得依同法第189條規定訴請撤銷等情，先位聲明求為確認系爭假決議、系爭決議不成立或無效；備位聲明求為撤銷系

爭決議之判決。

被上訴人則以：伊於104年6月29日召開系爭股東常會，出席股東持有股數已達股份總數50%，乃作成系爭假決議，嗣於1個月內即同年7月14日發函通知各股東將於同年8月3日召集臨時股東會，並檢附系爭假決議，該臨時股東會召開時，有持股50%之股東出席，出席股東全體同意系爭假決議，作成系爭決議，即無決議不成立或無效情形。系爭股東常會、系爭臨時股東會決議確認資產負債表等文件，為伊向國稅局報稅所需，伊之經營並無虧損，縱免除王○德等2人之責任，亦無害於公司之利益，其等無迴避之必要等語，資為抗辯。

原審以：被上訴人已發行股份總數為1萬2,000股；被上訴人於104年6月29日召開系爭股東常會，到場股東持股總數共6,000股，到場股東對「確認103年度損益及稅額計算表、資產負債表」、「103年度盈餘分配議案，經董事會決議，103年度盈餘不分配」議案均同意，而作成假決議；被上訴人於同年7月13日董事會決議於同年8月3日召開臨時股東會，以表決系爭假決議，該臨時股東會到場股東持股總數共6,000股，均同意系爭假決議，而作成系爭決議等情，為兩造所不爭執。按出席股東不足前條定額，而有代表已發行股份總數三分之一以上股東出席時，得以出席股東表決權過半數之同意，為假決議，並將假決議通知各股東，於1個月內再行召集股東會，公司法第175條第1項前段定有明文。該法條所稱「於1個月內再行召集股東會」，係指於1個月內寄發召集股東會之通知而言，此並有經濟部94年8月17日經商字第09402120100號函釋：「至於公司法第175條第1項後段所稱『於1個月內再行召集股東會』，係指於1個月內寄發召集股東會之通知」可供參考。系爭股東常會於104年6月29日開會，經到場股東對系爭2議案作成系爭假決議。被上訴人於同年7月14日寄送系爭假決議及於104年8月3日召開系爭臨時股東會之開會通知予各股東，開會時，50%股東到場同意系爭假決議而作成系爭決議，為兩造所

不爭執。足見系爭股東常會、臨時股東會所為系爭假決議及系爭決議，並未違反公司法第175條之規定。上訴人主張系爭假決議及系爭決議不成立或無效，洵屬無據。次查股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他股東行使其表決權，公司法第178條亦有明文。其立法意旨在避免特定股東於行使表決權時因私忘公，致生損害公司或其他股東之利益。該法條所稱「股東對於會議之事項有自身利害關係」，限於因該決議之表決結果會使特定股東「取得權利或免除義務」，或「喪失權利或新負義務」，即決議作成時，將直接導致該特定股東具體之權利義務發生變動，且有損害公司利益之虞，該特定股東始有迴避，不加入表決之必要。公司法第230條第1項前段規定，董事會應將其所造具之各項表冊，提出於股東常會請求承認。系爭議案核屬股份有限公司每年度均須討論之一般性事務，程序上須經股東會議決而已，尚難逕認王○德等2人將因該議案有具體、直接之權利義務變動，而於表決時必須迴避。況王○德等2人編造系爭資產負債表等文件倘有不法行為，依同法第231條但書規定，並不解除其責任，自不得以王○德等2人兼為被上訴人之董事長或董事，謂其對該議案之表決必須迴避。上訴人主張王○德等2人應迴避上揭議案之表決而未迴避，該決議之決議方法違法，應予撤銷，亦屬無據。故上訴人先位聲明請求確認系爭假決議、決議不成立或無效，備位聲明請求撤銷系爭決議，為無理由，均不應准許。爰維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴。按公司法第175條第1項規定，出席股東不足前條定額，而有代表已發行股份總數3分之1以上股東出席時，得以出席股東表決權過半數之同意，為假決議，並將假決議通知各股東，於1個月內再行召集股東會。所稱於1個月內再行召集股東會，係指於1個月內寄發召集股東會之通知而言，非謂應於1個月內實際開會。又同法第178條前段規定，股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決。所

稱有自身利害關係，係指特定股東將因該事項之決議取得權利、免除義務，或喪失權利、新負義務而言。倘無此情事，該特定股東對於該事項即非不得加入表決。原審本此見解為上訴人敗訴之判決，經核於法並無違誤。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 11 日

最高法院民事第一庭

審判長法官 陳 國 禎

法官 鄭 雅 萍

法官 吳 青 蓉

法官 陳 靜 芬

法官 陳 真 真

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 22 日

# 最高法院民事判決

106年度台上字第2942號

## 裁判要旨

按祭祀公業法人有獨立財產（祀產），其派下員組成派下員大會，設置（主任）管理人，對內綜理公業之事務，對外代表該公業，其團體性格與公司法人（有一定之名稱、組織、財產、管理機關與對外之代表）類似。又祭祀公業法人之（主任）管理人與該公業法人間存有委任關係，所執行之職務有繼續性，核與股份有限公司之董事與公司間為委任關係，亦有一定任期相似。則祭祀公業法人之原（主任）管理人任期屆滿，於新（主任）管理人未就任前，為維護全體派下員之權益及增進公共利益，應類推適用公司法第195條第2項前段之規定，由原（主任）管理人繼續執行必要事務之處理，俾公業之事務得以順利運作。

## 相關法條

公司法第195條第2項。

上訴人 游○義

訴訟代理人 陳明暉律師

被上訴人 祭祀公業法人臺北縣游○彩

法定代理人 游○霖

訴訟代理人 詹璧如律師

參加人 游○貞

游○興

游○國

上列當事人間請求確認會議決議無效事件，上訴人對於中華民國105年1月26日臺灣高等法院第二審判決（103 年度上字第1162號），提起一部上訴，本院判決如下：

#### 主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用及參加訴訟費用，由上訴人負擔。

#### 理 由

本件上訴人主張：伊為被上訴人之派下現員，依被上訴人之章程（下稱系爭章程）第11條規定，關於管理人及監察人之產生，應由各房選薦管理人23人及監察人5人，經全體派下員過半數之出席，及已出席派下員過半數同意方式決議之。被上訴人於民國102年10月27日召開之派下員大會（下稱系爭大會），雖有派下現員（809人）過半數（692人）之報到，惟因陸續有人離開，又在有未清點舉手同意之在場人數、投票簽領簿與選票統計表人數不符且差距過大、不得委任配偶而委任，及1人投票逾2票等諸多瑕疵情形下，即以在場無人異議方式，決議選任第2屆管理委員23人及監察人5人（下稱系爭決議），有違系爭章程第11條及祭祀公業條例第33條第1項之規定，伊得依該條例第16條第3項規定，請求確認系爭決議不成立或無效，或類推適用民法第56條規定，請求撤銷該決議等情，於原審追加先位聲明，請求確認系爭決議

不成立，及備位聲明，求為撤銷系爭決議之判決（上訴人另請求確認系爭決議無效部分，經原審判決敗訴後，未據其聲明不服）。

被上訴人及參加人則以：系爭大會當天報到之派下員692人，已逾全體派下員（809人）之半數，嗣雖有少數派下員離開，惟未再清點人數，尚難遽認在場派下員未及全體派下員之半數，系爭決議為不成立。縱認同意之派下員未達出席派下員之半數，要屬決議方法之瑕疵，依（或類推適用）民法第56條規定，固得請求法院撤銷該決議，然上訴人於逾3個月之除斥期間後始請求撤銷之，不能准許。依系爭章程規定，委託他人出席開會需提出委託書，惟未禁止受託人持委託人之印章辦理報到、領取選票，即令有第三人蓋用印章領取選票，應非屬決議方法有瑕疵。上訴人主張有部分選票係同一人圈選，既未舉證證明該選票與為委託他人出席之派下員有何關聯，無從逕行推論該類選票即違反派下員代理人只可投2票之規定；況倘認該類選票係同一人所為者，要係年事已高、書寫困難、不識字或不會寫字之派下員，有請他人代筆圈選其欲選投候選人之必要，亦不能遽以認定決議方法有瑕疵等語，資為抗辯。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：被上訴人之派下員有18房（5-1至5-5，有5房；6-1至6-6，有6房；7-1至7-7，有7房），派下現員為809人，上訴人為派下現員。依系爭章程第11條規定，管理人及監察人之產生，係由各房選薦管理人23人及監察人5人後，經全體派下現員過半數出席，及已出席派下員過半數同意之方式議決通過。被上訴人為選舉第2屆管理人及監察人而召開系爭大會，當天報到派下員為692人，作成系爭決議等事實，為兩造所不爭。參酌股份有限公司之股東會為決議時，如不足公司法第174條規定應有代表已發行股份總數之過半數，欠缺法律行為之成立要件，決議應為不成立，被上訴人召開派下員大會，為決議之出席人數，固應作相同解釋。惟參諸內政部頒會議

規範第7條規定，及79年4月27日臺內社字第792873號函示，會議簽到時已過半數，有人簽名後離席，當場出席人員無人提出額數問題（清點人數）動議，其出席人數之計算，以簽到簿所列为準。依系爭大會會議紀錄記載，被上訴人派下現員809名，報到人數692人，已達開會法定人數。而法官勘驗開會錄影光碟，呈現：「20：00主席主持表決，20：40在場派下員舉手，無法確認在場人數及舉手人數（因錄影機沒照到全場，而且有部分人影重疊），但應該是超過半數的人舉手。21：00現場派下員再次舉手，無法確認在場人數及舉手人數（因錄影機沒有照到全場，而且有部分人影重疊），但應該是超過半數的人舉手」等情。上訴人當時並未要求清點人數或提出異議，其以擷取之部分畫面，自行推估在場及舉手之人數，已乏實據。依系爭章程第20條規定，派下現員無法親自出席派下員大會時，得委託其他派下現員或其配偶、直系血親代理出席。則上訴人所稱7-6房之42-027、42-028、42-020選票係派下員之配偶代理投票，不應計入，即無足取。而選票由同1人所為，要屬派下員因年長，書寫困難，不識字或不識字，請他人代筆書寫欲投選之候選人，事屬可能。上訴人徒以目視筆跡相同，無其他證據之情形下，主張係1人代理2人以上投票，為有瑕疵云云，亦無可取。依系爭大會會議紀錄及證人游○興、游○榮之證述，可知被上訴人包含○顯公派下（5-1至5-5房，6-1至6-6房，共11房）及○源公派下（7-1至7-7房，共7房），本次由○顯公派下輪值主任管理人之房挑，5房各房選1名管理人，監察人1名及第6名管理人由各房現任管理人抽籤決定，現場抽籤確定監察人由5-4房產生，第6名管理人由5-5房產生；6房由各房選薦管理人1名，監察人1名由6房共同選薦。當時主席已陳明5房及6房之選薦方法，各房對輪值之房挑增加監察人1名及第6名管理人由抽籤產生，再由5-4房推薦游○興為監察人，5-5房推薦游○榮為管理人，故游○興及游○榮無選票（記載），當時無人異議，最後交付大會議決通過等情，並未違反系爭章程第

11條「管理人及監察人由○顯公及○源公兩大房派下現員各選薦11名管理人及2名監察人，當屆輪值主任管理人之房祧增加選薦管理人1人，輪值常務監察人之房祧增加選薦監察人1人，合計23名管理人、5名監察人…」之規定。則上訴人先位聲明，請求確認系爭決議為不成立，洵屬無據。被上訴人已依祭祀公業條例第21條規定向主管機關登記而為法人，具有權利能力，係以獨立財產（祀產）為基礎，由全體派下員組成，兼具財團及社團特徵，依祭祀公業條例第3條第6款、第22條、第30條第1項等規定，派下員大會為其意思決定機關，所為決議與社團總會決議類同。祭祀公業條例針對祭祀公業法人派下員大會決議方法或決議內容違法之法律效果，既無明文，應類推適用民法第56條有關社團總會決議撤銷之規定。系爭決議縱有上訴人所稱代理派下員超過2人，領取選票不合規定等程序上之瑕疵，於102年10月27日作成，上訴人遲至103年7月17日始於第一審言詞辯論期日請求撤銷，已逾民法第56條第1項規定3個月之期間。況其出席系爭大會，未於當場就前開程序瑕疵提出異議，類推適用民法第56條第1項規定，其備位聲明請求撤銷系爭決議，並無理由，為其心證之所由得，並說明上訴人其餘攻擊方法及舉證與判決結果不生影響，毋庸逐一論駁之理由，因而維持第一審所為上訴人敗訴之判決，並駁回其上訴及追加之訴。

按祭祀公業法人有獨立財產（祀產），其派下員組成派下員大會，設置（主任）管理人，對內綜理公業之事務，對外代表該公業，其團體性格與公司法人（有一定之名稱、組織、財產、管理機關與對外之代表）類似。又祭祀公業法人之（主任）管理人與該公業法人間存有委任關係，所執行之職務有繼續性，核與股份有限公司之董事與公司間為委任關係，亦有一定任期相似。則祭祀公業法人之原（主任）管理人任期屆滿，於新（主任）管理人未就任前，為維護全體派下員之權益及增進公共利益，應類推適用公司法第195條第2項前段之規定，由原（主任）管理人繼續執行

必要事務之處理，俾公業之事務得以順利運作。查系爭章程第 7 條規定：管理人任期 4 年；第 11 條規定：新任主任管理人應於上屆主任管理人任期屆滿次日就職，並與上屆主任管理人完成交接（第一審卷第 63 頁反面、65 頁）。被上訴人第 1 屆管理人任期業於 101 年 3 月 31 日屆滿，因派下員變動未召開派下員大會，嗣雖經召開系爭大會，選任第 2 屆管理人，惟訴外人游○川於 102 年 11 月 26 日自行召集管理人會議，投票互選出游○川為第 2 屆主任管理人，然因上訴人提起本件訴訟，新北市政府民政局就游○川為第 2 屆主任管理人之變更登記，不予備查，游○川並未就職，有新北市政府民政局 102 年 12 月 24 日函可稽（第一審卷第 88 頁）。依前開說明，於被上訴人之新（主任）管理人未就職前，仍應由原（主任）管理人游○哲為其法定代理人，此觀上訴人於第一審及提起第二審上訴後，均列游○哲為被上訴人之法定代理人亦明。游○哲於 104 年 5 月 10 日辭任，第 1 屆管理人於同年 11 月 8 日召開臨時會，選任游○霖為主任管理人，有辭職書、印鑑證明、104 年度管理委員會第 1 次臨時會會議紀錄、簽到名冊及選票足憑（原審卷(三)第 116-117、119-138 頁），原審因以游○霖為被上訴人之新主任管理人，其具狀聲明承受訴訟，應予准許，於法並無不合。次按取捨證據，認定事實屬於事實審法院之職權，若其取捨、認定並不違背法令、經驗法則、論理法則或證據法則，即不許任意指摘其採證、認定不當，以為上訴理由。原審本於採證、認事之職權行使，綜合相關事證，認定無法證明系爭決議時表決人數未達出席人數之半數，系爭決議並未違反系爭章程第 11 條規定，無上訴人所指該決議不成立之情事。縱系爭決議有程序上瑕疵，上訴人出席系爭大會時，對決議方法既未當場表示異議，復於系爭決議後逾 3 個月始請求撤銷系爭決議，不能准許，因以上開理由，為上訴人敗訴之判決，經核於法並無違背。上訴論旨，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使暨其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決違背法令，聲明廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第481條、第449條第1項、第78條、第86條第1項但書，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 20 日

最高法院民事第八庭

審判長法官 王 仁 貴

法官 李 寶 堂

法官 滕 允 潔

法官 蘇 芹 英

法官 林 金 吾

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 7 月 30 日

# 最高法院民事判決

106年度台上字第2629號

## 裁判要旨

按股份有限公司之董事會，係公司業務執行之決定機關，其權限之行使應以會議形式為之，修正前公司法第203條至第207條分別規定董事會召集之相關程序及決議方法，其目的在使公司全體董事能經由會議，互換意見，以正確議決公司業務執行之事項。為充分確保董事會權力之合法、合理運作，及其決定之內容符合所有董事及股東之權益，應嚴格要求董事會之召集程序、決議內容均須符合法律規定。董事會未通知監察人列席陳述意見即逕為決議，其效力如何，公司法雖無明文，惟參諸修正前公司法第218條之2第1項規定，賦予監察人得列席董事會陳述意見之權利，乃係藉由監察人之客觀、公正第三人立場，提供董事會不同意見，且監察人為公司業務之監督機關，須先明瞭公司業務經營狀況，俾能妥善行使職權，同法第204條第1項因就董事會之召集明定應載明事由，於7日前通知監察人，以資遵循之趣旨以觀，董事會未通知監察人列席陳述意見，即逕為決議，其決議應屬無效。

## 相關法條

公司法第203條、第204條、第205條、第206條、第207條。

上 訴 人 ○○○○票券金融股份有限公司

法定代理人 郭○良

訴訟代理人 李師榮律師

複 代 理 人 王誠之律師

被 上 訴 人 邱○鑫

訴訟代理人 范清銘律師

葉家宇律師

被 上 訴 人 魏○洪

康○森

上 二 人

訴訟代理人 黃鈺華律師

被 上 訴 人 譚○郊

李○華

上 一 人

特別代理人 溫思廣律師

被 上 訴 人 王○雲

符○先

陳○和

任○珍

蕭○蓉

程○飛

趙○連

王○華

楊○麟

上 一 人

訴訟代理人 陳峰富律師

林宗憲律師

被 上 訴 人 王○台

## 陳○芳

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國106年6月27日臺灣高等法院更審判決（103年度重訴更(一)字第2號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院。

### 理 由

本件上訴人主張：伊之前身○華票券金融股份有限公司（下稱○華公司）於民國87年至94年間之第1屆至第3屆董事會之董事人數皆為9人，出席人數過半數為5人，如原判決附表（下稱附表）壹所示違法授信之董事會決議，實際出席人數大多不足5人。被上訴人邱○鑫、魏○洪、康○森、楊○麟、陳○和（下稱邱○鑫等5人）分別為○華公司87年至95年間之董事、監察人（前2人為董事，下稱邱○鑫等2人、後3人為監察人，下稱康○森等3人），均明知其等未出席如附表壹所示之董、監事會議，竟於會後在各該次開會簽到簿上補簽名，間接導致○華公司為訴外人王○曾等少數人把持，協助促成違法授信董事會決議成立，使○華公司因各該違法授信，受有對於如附表貳所示○霸集團旗下22家關係企業（下稱22家小公司）放款或展期債權合計新臺幣（下同）24億5098萬3497元、5億5638萬5092元、21億3805萬9361元未受清償之損害。被上訴人任○珍、蕭○蓉、程○飛、趙○連、譚○郊、陳○芳、李○華、王○華、符○先、王○雲、王○台、李○椿、郭○力（下稱任○珍等13人，扣除李○椿、郭○力2人，下稱任○珍等11人）分任22家小公司之負責人、經辦會計，竟製作不實財務報表（下稱財報）向○華公司申請新貸、續貸授信，其等製作不實財報之行為，與○華公司之負責人及職員所為之不實授信，均為○華公司授信放款未受清償之共同原因等情。爰依民法第184條第1、2項、第185條第1項規定，求為命被上訴人連帶或各給付伊如附件所示之金額及法定遲延利息之判決。上訴人嗣於原

審主張邱○鑫等 5人分別擔任○華公司董事、監察人，其等處理委任事務未盡善良管理人之注意義務，致伊受有損害等情，爰追加民法第 544條之法律關係而為請求（未繫屬本院部分，不另論述。被上訴人李○椿、郭○力部分，另以裁定駁回上訴）。

被上訴人(一)邱○鑫則以：伊未出席如附表壹所示之董事會，亦未參與任何授信案件之審核，與王○曾等人間更無共同犯意聯絡及行為分擔，自無共同侵權行為可言。伊事後於董事會簽到簿補簽名，與王○曾等人違法授信董事會決議間，並無相當因果關係。且伊之補簽名，通常亦不生違法授信之損害結果等語。(二)魏○洪、康○森則以：魏○洪於董事會簽到簿上簽名時，已有符合法定開會人數董事之簽名，甚至有魏○洪未簽名之授信案，仍照常通過，足見魏○洪之補簽名與授信案之通過間，並無相當因果關係。其次，魏○洪係受中○商業銀行指派至○華公司擔任董事，王○曾係中○商業銀行實際負責人，同時擔任○華公司董事會主席，魏○洪依中○商業銀行指示，於簽到簿上補簽名，並無配合王○曾個人為不法行為之意思。且如附表貳所示○長企業股份有限公司（下稱○長公司）等10家公司，均於○華公司87年成立前，即在其他金融機構借款多年，嗣後轉由○華公司承作，該授信案均有十足擔保，足徵魏○洪之補簽名行為與○華公司所受放款債權未獲清償間，並無相當因果關係。另康○森雖擔任○華公司監察人，然其僅列席董事會，不負審查授信案之責，對董事會議案亦無表決權，列席與否，不影響董事會決議之效力，其於簽到簿上補簽名，與○華公司所受損害間，亦無相當因果關係。(三)陳○和則以：伊於87年6月至91年7月31日間擔任○華公司監察人，伊僅於董事會議事錄列席欄簽名，雖有涉及違法授信予程○企業股份有限公司等小公司，但各該小公司除○華公司之授信外，尚有其他銀行同意授信，足見其等提供之抵押物及連帶保證人，已足擔保借款債權，並無違法情形。又○華公司相關授信案，係經董事會決議始得為之，監察人有無簽名，不影響授信案之進行，伊

於簽到簿上補簽名，與放款債權未獲清償間，並無相當因果關係等語。(四)楊○麟則以：伊於93年5月13日至96年1月間擔任○華公司監察人，並無通告任何新貸案，該等續貸案於87、88年間即已存在，伊事後於董事會簽到簿補簽名，不會造成○華公司任何財產上之損害，且如附表壹所示董事會之出席人數既未達法定人數，其決議自屬無效、不成立，縱伊於簽到簿補簽名，亦無從補正其瑕疵，故伊之補簽名與○華公司所受放款債權未獲清償間，並無相當因果關係等語。(五)陳○芳則以：伊不知被登記為○章企業股份有限公司（下稱○章公司）、世○企業股份有限公司（下稱世○公司）等小公司之董事長，伊與王○曾等人並無主觀犯意聯絡或行為分擔。縱認伊應負賠償責任，惟伊係○華公司之代理人或使用人，伊之故意或過失，視為○華公司與有過失，應減輕或免除伊之責任等語。(六)譚○郊、王○台、任○珍則以：王○台、任○珍係受僱於中國○霸股份有限公司（下稱中國○霸公司），譚○郊則係受僱於嘉○食品化纖股份有限公司，王○曾係○霸集團之實際負責人，並為中○商業銀行、○華公司之實際負責人，○華公司之董事、重要經理人均係王○曾指派，○華公司同意22家小公司發行商業本票，均係依王○曾指示辦理，伊等均不知情。縱認伊等應負損害賠償責任，亦應依○華公司與有過失規定，減輕或免除其等之責任等語。(七)李○華辯稱：伊係受女婿王○一之委託，擔任輝○國際股份有限公司（下稱輝○公司）及新○實業股份有限公司（下稱新○公司）之名義上負責人，伊受經辦人員告知而於授信文件上簽名，並無侵害○華公司權利之故意。伊擔任負責人期間，並無增貸，自不得令伊對先前已授信之金額負責，且○華公司對於輝○公司、新○公司之授信，於新貸案核可撥款後，損害即已發生，伊參與續約行為，與○華公司所受放款債權未獲清償之損害間，並無相當因果關係。縱認伊應負責，○華公司亦與有過失，應減輕或免除伊之責任等語。(八)王○雲則以：伊原係受僱於○○電信股份有限公司，並受王○曾指示擔任金

○企業股份有限公司（下稱金○公司）名義負責人，伊未經手金○公司財務等任何事項，亦未參與製作財報，○華公司所受損害係王○曾之違法授信行為所致，與伊無涉等語。(九)符○先則以：伊係受王○曾指示擔任小公司名義負責人，伊並未擔任核章會計，王○曾違法授信之事，伊均不知情等語。(十)蕭○蓉則以：伊係小公司之會計副理，並非力○公司職員，無法接觸○華公司之資料，亦未經辦小公司申請授信事宜等語。(十一)趙○連則以：伊並未不法侵害○華公司之權利等語。(十二)王○華則以：伊受僱於中國○霸公司，係受王○曾指示擔任益○企業股份有限公司名義負責人，並未經手該公司財務等事項，各項財報係由保管人蓋印，伊毫不知情。縱認伊應負損害賠償責任，○華公司為與有過失，應減輕或免除伊之責任等語，資為抗辯。

原審駁回上訴人之訴及追加之訴，無非以：邱○鑫等5人並未出席如附表壹所示之董事會，其等雖於開會後在各該次簽到簿補簽名，惟依證人即○華公司副董事長陳○之證詞，可知該公司授信案之審核過程，須先經內部單位逐層審核，始提交董事會決議，董事會決議時，僅依授信單位所提之授信審核表等書面資料為形式審查，授信有無超過限額及違法等，係由稽核單位審查後，由總稽核向董事會報告。惟總稽核未曾就如附表壹所示之授信案有何違法情事向董事會報告，則邱○鑫等2人縱出席董事會，對各該次授信案是否違法，亦無從判斷。況於董事會違法決議致公司受有損害，應對公司負責者，應僅限於實際參與決議之董事，未出席董事會而於簽到簿上補簽名者，不應負責。又康○森等3人均係○華公司之監察人，對於董事會授信案並無表決權，授信單位僅提供授信審核表等書面資料供董事會為形式審查，出席之監察人合理信賴各該授信案並無違法，難謂違反職責。縱康○森等3人實際出席董事會，亦未必能查悉王○曾之舞弊行為，尚難以其等事後於簽到簿上補簽名，即認應就各該董事會通過之授信案負責。另依證人即○華公司董事徐○雄、董事長王○台、董事長

秘書謝○康之證詞，○華公司之實際負責人為王○曾，各次董事會均由其主導，若董事、監察人未參加董事會，公司會派員送交簽到簿予未出席之董事、監察人補簽名，但並未併送會議紀錄及其他文件，復無證據證明各該次董事會之開會通知上有記載議案內容，則邱○鑫5人無從知悉各該次會議決議之內容，不能遽認其等明知授信案違法，卻仍於簽到簿補簽名，且其等未出席董事會而補簽名，僅足生損害於○華公司及主管機關監督之正確性，不必然發生○華公司就放款債權未獲清償之結果，難認其間有相當因果關係。至22家小公司中之棟○企業股份有限公司、申○國際股份有限公司、金○公司、連○企業股份有限公司、英○企業股份有限公司、世○公司、日○企業股份有限公司、申○企業股份有限公司、仁○企業股份有限公司、長○興業股份有限公司、○長公司、東○國際股份有限公司、○章公司、棟○企業股份有限公司、連○企業股份有限公司，其等新貸有提供足額擔保品者，並未致○華公司受有損害。至其等續貸案，僅係各該公司所發行之本票到期後，再次借新還舊，續約金額均未高於初貸之授信金額，○華公司並未再行撥款，尚難因各該公司提供之擔保品押值嗣後已不敷清償債務，即謂邱○鑫等5人於各該次董事會簽到簿補簽名之行為，與○華公司所受損害間有相當因果關係。又邱○鑫5人於擔任○華公司董事、監察人期間所參與之董事會決議，均有依循主管機關之指示，逐步減少續貸案之授信金額，減少○華票券之損失，難認其等處理委任事務未盡善良管理人之注意義務。從而，上訴人依民法第184條第1、2項、第185條第1項、第544條規定，請求邱○鑫5人連帶賠償如附件所示金額，均屬無據。至上訴人請求任○珍等11人賠償部分，王○曾係○霸集團之實際負責人，任○珍等11人分別為○霸集團財務部門之財務主管等，李○華係王○一之岳母，王○曾為向各金融機關取得授信套取資金，委託會計師成立無實際交易之紙上小公司，並指派其親戚及○霸集團旗下員工擔任負責人及經辦會計，上開小公司負責

人及經辦會計等均明知該等公司無實際營業或甚少營業，仍共同基於概括犯意，連續製作各年度之不實財報。嗣各該公司負責人與王○曾及○華公司相關應負責之人，復基於共同之概括犯意連絡，明知小公司無清償能力又未提供十足擔保，竟由小公司負責人於授信過程提供不實財報等資料，使小公司向○華公司取得授信，而發行保證商業本票，並於到期後不斷續約，以借新還舊，足生損害於負擔保責任之○華公司等情，為刑事判決所認定。參以○華公司董事會係由王○曾主持，董事會僅為形式審查，提案均由王○曾主導通過乙節，業據證人即○華公司董事陳份等證述明確。任○珍等11人經辦上開授信事務，並無自主決定之權限。其等於擔任22家小公司職務期間，新貸部分如提供之財報真實者，則其後之各次續貸案，縱提供不實財報，僅係各該公司所發行之本票到期後，再次借新還舊，續約金額均未高於新貸授信金額，○華公司並未再行撥款，復無證據證明○華公司因展期致受償減少，難認○華公司所受損害，係任○珍等11人於續貸案提供不實財報所致。另任○珍等11人於新貸授信案即提供不實財報部分，因其等受僱於○霸集團旗下公司擔任部門主管，依王○曾指示擔任22家小公司董事長等，其等辦理授信事務，並無自主決定權限，雖因配合製作不實財報，而應對○華公司負責，但斟酌該損害發生之最主要、直接原因，係○華公司實際負責人王○曾之不法故意行為所致，其等聽命行事，爰依民法第217條第1項規定，免除任○珍等11人之責任。從而，上訴人依民法第184條第1、2項、第185條第1項規定，請求任○珍11人應各自就○華公司未能收回22家小公司之放款債權與邱○鑫5人連帶負責，亦屬無據等詞，為其判斷之基礎。

惟按股份有限公司之董事會，係公司業務執行之決定機關，其權限之行使應以會議形式為之，修正前公司法第203條至第207條分別規定董事會召集之相關程序及決議方法，其目的在使公司全體董事能經由會議，互換意見，以正確議決公司業務執行之事項。

為充分確保董事會權力之合法、合理運作，及其決定之內容符合所有董事及股東之權益，應嚴格要求董事會之召集程序、決議內容均須符合法律規定。董事會未通知監察人列席陳述意見即逕為決議，其效力如何，公司法雖無明文，惟參諸修正前公司法第218條之2第1項規定，賦予監察人得列席董事會陳述意見之權利，乃係藉由監察人之客觀、公正第三人立場，提供董事會不同意見，且監察人為公司業務之監督機關，須先明瞭公司業務經營狀況，俾能妥善行使職權，同法第204條第1項因就董事會之召集明定應載明事由，於7日前通知監察人，以資遵循之趣旨以觀，董事會未通知監察人列席陳述意見，即逕為決議，其決議應屬無效。是董事到場人數不足或未通知監察人到場且其實際亦未到場，攸關董事會所為之決議是否不成立或無效。邱○鑫等5人為○華公司之董事、監察人，對公司應善盡忠實義務，倘其等未偽簽簽到簿，而董事會亦未通知監察人到場，從外觀即可知悉董事會決議不成立或無效，則各該授信業務承辦人員是否仍會辦理授信（即就22家小公司發行之融資性票券為保證行為），洵非無疑。邱○鑫等5人之偽簽簽到簿行為，使承辦人員誤信董事會決議有效，據而辦理授信行為，致○華公司受有損害，能否謂其非共同原因，而無相當因果關係，亦非無疑。康○森已自承其為○華公司監察人，從未接獲董事會開會通知等語（見原審更(一)卷7第59頁）。則上訴人主張邱○鑫等5人未盡善良管理人之義務出席董事會，卻以事後補簽方式，使外部第三人誤信董事會決議合法，與○華公司之損害間有相當因果關係等語（見原審更(一)卷6第76至81頁），是否全然無據，非無研求餘地。原審見未及此，徒以其等分別為董事、監察人，未出席董事會而補簽名，僅足生損害於○華公司及主管機關監督之正確性，其等縱參與董事會，亦難查悉王○曾之舞弊行為，遽認與○華公司之損害間，無相當因果關係，不無可議。次查公司實際獲利穩健，財報真實，並提供十足擔保，為銀行或票券公司授信之前提，倘有虛設公司，財報虧損或

擔保不足之情形，授信業者當無授予信用之理。而王○曾虛設公司，任○珍等11人連續製作不實財報，部分新貸、續貸之擔保不足，為原審認定之事實。果爾，倘無舞弊，○華公司似不可能核准有問題之新貸、續貸。新貸、續貸均屬各別授信行為，倘有提供擔保品不足或財報不實情形，均為造成○華公司損害之共同原因。上訴人主張董事會通過之不當新貸、續貸案均為對伊之侵權行為，不因其為新貸或續貸而有區別等語（見原審更(一)卷7第186頁背面），似非虛詞。原審未察，遽認續貸之擔保品不足或財報不實與損害之發生無關，而為不利上訴人之判決，未免速斷。未查，民法第217條第1項固規定，損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。依同條第3項規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。惟被害人應與其代理人或使用人之共同原因行為負同一責任，並不包括其代理人或使用人對被害人所為之故意侵權行為。被害人之代理人或使用人對被害人為故意侵權行為，屬其個人行為，被害人並未藉其行為，擴張自己活動範圍，不得認為被害人「與有過失」，自無過失相抵原則之適用。否則被害人依共同侵權行為之法律關係對共同加害人請求時，其他加害人得主張被害人之代理人或使用人之故意侵權行為，對被害人主張過失相抵，減輕或免除自己責任，實與誠信原則有違。又公司法第8條於101年1月4日增訂第3項前段規定：公開發行股票之公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任，係課原非公司董事而實質執行董事業務或實質指揮董事執行業務者，應與公司董事同負責任，擴大負公司董事責任「人」之範圍，核屬權利義務事項之實體規定，公司法施行法既無溯及規定，則在該條項規定施行前，非董事而實質上執行董事業務或實質上指揮董事執行業務者，與公司間尚無董事委任關係。查王○曾縱為○華公司之實際負責人，但於新法修正前仍非該公司之代表或代理人。

況王○曾對○華公司之故意侵權行為，其他共同侵權行為人並無適用過失相抵原則之餘地。原審未察，遽認王○曾為○華公司之實際負責人，任○珍等11人雖為22家小公司之董事長等，並無自主決定權限，而有過失相抵原則之適用，進而免除任○珍等11人之責任，而為不利上訴人之判決，不無可議。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 22 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 劉 靜 嫻

法官 高 金 枝

法官 李 媛 媛

法官 陳 駿 璧

法官 林 恩 山

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 3 日

附件：

- 一、被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟應連帶給付上訴人5300萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。
- 二、被上訴人康○森應就第一項金額其中4630萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟負連帶給付之責任。
- 三、被上訴人陳○和應就第一項金額其中1200萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟負連帶給付之責任；並應就本項金額其中1000萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償

日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人康○森負連帶給付之責任。

- 四、被上訴人任○珍應就第一項金額其中 770萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟、康○森負連帶給付之責任；並應就本項金額其中 520萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人陳○和負連帶給付之責任。
- 五、被上訴人蕭○蓉應就第一項金額其中2260萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟負連帶給付之責任；並應就本項金額其中1790萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人康○森負連帶給付之責任；並應就本項金額其中 510萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人陳○和負連帶給付之責任。
- 六、被上訴人程○飛應就第一項金額其中1030萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟負連帶給付之責任；並應就本項金額其中 830萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人康○森負連帶給付之責任；並應就本項金額其中 200萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人陳○和負連帶給付之責任。
- 七、被上訴人趙○連應就第一項金額其中 590萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟、康○森負連帶給付之責任。
- 八、被上訴人譚○郊應就第一項金額其中 770萬元及自起訴狀繕

本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟、康○森負連帶給付之責任。

九、被上訴人陳○芳應就第一項金額其中340 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟、康○森負連帶給付之責任。

十、被上訴人李○華應就第一項金額其中540 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟、康○森負連帶給付之責任；並應就本項金額其中340 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人陳○和負連帶給付之責任。

十一、被上訴人王○華應就第一項金額其中470 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟負連帶給付之責任。

十二、被上訴人符○先應就第一項金額其中1580萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟負連帶給付之責任；並應就本項金額其中 910萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人康○森負連帶給付之責任；並應就本項金額其中 540萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人陳○和負連帶給付之責任。

十三、被上訴人王○雲應就第一項金額其中470 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟、康○森負連帶給付之責任。

十四、被上訴人王○台應就第一項金額其中630 萬元及自起訴狀

繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人邱○鑫、魏○洪、楊○麟負連帶給付之責任；並應就本項金額其中 160萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，與被上訴人康○森負連帶給付之責任。

# 最高法院民事判決

107年度台上字第1620號

## 裁判要旨

按監察人不得兼任公司董事、經理人或其他職員，為公司法第222條所明定，其立法意旨為期監察人能以超然立場行使職權，並杜流弊，故該條為效力規定，違反者，其後行為應為無效。

## 相關法條

公司法第222條。

上訴人 潔○環保科技股份有限公司

法定代理人 賴○彬

訴訟代理人 常照倫律師

被上訴人 賴○弘

上列當事人間請求確認股東會決議無效等事件，上訴人對於中華民國105年8月9日臺灣高等法院臺中分院第二審判決（105年度上字第2號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院臺中分院。

### 理 由

本件被上訴人主張：伊於民國98年6月24日，經上訴人之股東臨時會選任為上訴人之董事，並經董事會選任為董事長。同日，訴外人盧○堂被選任為上訴人之監察人，任期均為3年。101年7月25日，伊及盧○堂再度被選任為上訴人之董事（伊並任董事長）及監察人，任期至104年7月24日止。惟盧○堂於98年7月21日起即兼任上訴人之經理人，101年7月25日當選監察人，違反公司法第222條規定，依民法第71條規定，該當選為無效，而不具監察人身分。詎盧○堂於104年3月26日以監察人身分寄發存證信函命伊於5日內召開股東臨時會後，擅自以監察人身分寄發擬於104年4月13日召開股東臨時會（下稱系爭股東臨時會）之通知單。系爭股東臨時會係由無召集權人（盧○堂）所召集，所為之決議（改選董事、監察人，下稱系爭股東臨時會決議）當然無效。倘認盧○堂仍具監察人身分，其召開系爭股東臨時會，亦不符合公司法第220條規定，該召集程序違反法令等情，依公司法第191條規定，以先位聲明，請求確認系爭股東臨時會決議無效；另依公司法第189條規定，以備位聲明，求為撤銷系爭股東臨時會決議之判決。

上訴人則以：盧○堂於98年6月24日經選任並就任為伊之監察人

，同年7月21日起擔任伊之經理人，其任經理人之行為因違反公司法第222條規定而屬無效。嗣於101年7月25日再度當選為監察人，自屬合法。被上訴人未經董事會決議，於104年3月24日擅自公告上訴人各級人員行事管理基本規則8點事項（下稱系爭8點事項），已違反公司法第202條規定，盧○堂因此召集系爭股東臨時會，符合公司法第220條規定。況被上訴人於104年3月26日逕自辦理上訴人往來銀行台中商業銀行之印鑑變更，並解約網路銀行，致伊無法以網路銀行支付廠商帳款，及於同年4月10日支付員工薪資，已無法期待被上訴人依公司法第203條規定召集股東臨時會，盧○堂為公司利益，依公司法第220條規定召集系爭股東臨時會，自屬合法。縱系爭股東臨時會之召集程序有瑕疵，然既有代表已發行股份總數330股之股東出席（出席率為66%）並參與決議，為兼顧大多數股東之權益，請依公司法第189條之1規定，駁回被上訴人之請求等語，資為抗辯。

原審廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決，改判如其先位聲明，係以：被上訴人於98年6月24日經上訴人股東臨時會、董事會，選任為董事、董事長，101年7月25日再經選任為董事及董事長，任期3年。盧○堂於98年6月24日當選及就任上訴人之監察人，同年7月21日起兼任上訴人之經理人，101年7月25日復被選任為監察人，任期自101年7月25日至104年7月24日止。盧○堂依公司法第220條規定，於104年4月13日召集系爭股東臨時會，共有代表已發行股份總數330股份之股東出席，出席率為66%，決議通過「改選董事及監察人案」，選任訴外人賴○彬、盧○堂、黃○娟為董事，黃○容為監察人，當選權數均各為330票，任期自104年4月13日起3年；被上訴人未出席該股東臨時會等事實，為兩造所不爭。按違反公司法第222條「監察人不得兼任公司董事、經理人或其他職員」規定者，其後行為無效。107年6月14日修正前「公司之登記及認許辦法」第9條規定之目的乃在保障交易安全，且90年公司法修正增訂第31條第2項規定，故應以「實質上有無

經理人之職權」作為認定是否係經理人之基準。依證人即上訴人會計陳○寬之證述，佐以上訴人公司總分類帳及「台○環保科技股份有限公司」付款單之經理欄位，均有盧○堂之簽名或蓋章各情，及上訴人自認盧○堂自98年7月21日起擔任上訴人經理人迄今，其間並未被解任或重新委任等情，足見盧○堂具上訴人經理人之職稱及實際執行經理人職務。盧○堂原已當選為上訴人之監察人，嗣再兼任為上訴人之經理人，其兼任經理人之行為，違反公司法第222條規定，應屬無效，經理人資格本應當然解任。惟實際上，盧○堂仍任上訴人之經理人並執行經理人職務，則其再於101年7月25日當選監察人，違反公司法第222條規定，該當選監察人當然無效。乃盧○堂於104年3月26日猶本於監察人身分，依公司法第220條規定所召集之系爭股東臨時會，係屬由無召集權人所召集，所為之決議即當然無效。從而，被上訴人以先位聲明，請求確認系爭股東臨時會決議無效，為有理由，應予准許。被上訴人先位之訴有理由，其備位之訴無庸審理等詞，為其判斷之基礎。

按監察人不得兼任公司董事、經理人或其他職員，為公司法第222條所明定，其立法意旨為期監察人能以超然立場行使職權，並杜流弊，故該條為效力規定，違反者，其後行為應為無效。查盧○堂於98年6月24日經上訴人股東臨時會選任並就任為監察人後，復於同年7月21日任上訴人經理人，因違反公司法第222條規定，其後行為即經理人資格應當然解任，既為原審所是認（見原判決第19、20頁），則縱其嗣後繼續執行經理人職務，似僅該執行職務行為之法效該作何評價之問題，盧○堂是否仍具上訴人經理人之地位，自滋疑義？亟待推求。原審未詳為調查審認，徒以盧○堂實際上仍任上訴人經理人及執行經理人職務而為經理人（見原判決第20頁），故其後於101年7月25日經選任為監察人為無效，進而為上訴人不利之判決，尚嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。末按預備訴之合併，係以先位

之訴有理由，為備位之訴之解除條件，先位之訴無理由，為備位之訴之停止條件。原審就先位聲明所為上訴人不利之判決，既有可議，應予廢棄發回，則關於備位聲明之裁判，即屬無可維持，應併予廢棄發回，附此敘明。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 5 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 王 仁 貴

法官 陳 駿 璧

法官 林 金 吾

法官 陳 真 真

法官 滕 允 潔

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 15 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第68號

## 裁判要旨

按保險法第94條第2項規定，被保險人對第三人應負損失賠償責任確定時，第三人得在保險金額範圍內，依其應得之比例，直接向保險人請求給付賠償金額，係第三人直接向責任保險人請求給付賠償金額之規定。考其立法理由係為維護受害第三人之權利，並確保保險人之給付義務，爰增定第2項，在被保險人對第三人應付損失賠償責任確定後，受害第三人得直接向保險人請求賠償。本項規定雖賦予第三人直接請求權，但本質上不得增加保險人保險契約外之額外責任或訴訟程序之額外負擔。所謂「被保險人對第三人應負損失賠償責任確定」係指第三人向被保險人起訴請求損害賠償，經法院判決勝訴確定或其他與勝訴確定判決具有同一效力之情形（下稱取得民事勝訴確定判決等）而言，而非謂第三人得與保險人進行訴訟，由非事故當事人之保險人，就其未必了解之事故狀況進行訴訟，增加其額外訴訟之負擔，以確認被保險人應負擔之賠償責任。是倘第三人未向被保險人請求損害賠償，取得民事勝訴確定判決等，自不得直接向保險人請求給付賠償金。至前開「應負損失賠償責任確定」既指取得民事勝訴確定判決等而言，第三人對保險人之賠償金給付請求權之時效，應自取得民事勝訴確定判決等時起算，不生對第三人權利保護不周問題。

## 相關法條

保險法第94條第2項。

上訴人 王○文

訴訟代理人 邱明政律師

被上訴人 和○產物保險股份有限公司

法定代理人 詹○全

訴訟代理人 胡美慧律師

上列當事人間請求給付保險金事件，上訴人對於中華民國105年4月20日臺灣高等法院高雄分院第二審判決（104年度保險上字第5號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於駁回上訴人請求被上訴人給付醫療費用新臺幣伍萬叁仟壹佰玖拾元本息之上訴，及該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回其他上訴部分，由上訴人負擔。

### 理 由

本件被上訴人已更名為和○產物保險股份有限公司，其法定代理人變更為詹○全，有股份有限公司變更登記表影本可證，茲據其聲明承受訴訟，核無不合，先予敘明。

上訴人主張：伊於民國99年5月13日20時許騎乘機車（下稱系爭機車）沿高雄市苓雅區建國一路行駛，至該路000號前時，遭同向由訴外人林○忠駕駛之自用小客車（下稱系爭小客車）自後追撞（下稱系爭事故），因而人車倒地，受有胸部挫傷、腰部挫傷、左前臂挫擦傷、右肘挫傷擦傷、右上白齒挫傷、第五、六、七節頸椎椎間盤突出等傷害（下稱系爭傷害），導致頸椎活動喪失2分之1正常生理運動範圍，永久遺存顯著運動障礙。林○忠前向被上訴人投保強制汽車責任保險（下稱汽車責任險）及汽車第三人責任保險（下稱第三人責任險）。伊提出請領理賠文件後，被上訴人於101年1月3日給付理賠金新臺幣（下同）3萬3275元（尚

有4290元未付)，嗣伊於 102年12月10日提出醫療單據，向被上訴人申請理賠4萬8900元，惟其拒絕給付，兩者合計5萬3190元。又伊機車於系爭事故中受損，支出修復費用 1萬6450元，另伊於車禍前擔任水電工程領班，月薪5萬5000元，受有自99年6月起算3年，無法工作之薪資損失198萬元及精神上損害30萬6910元，總共230萬3360元，加計醫療費用5萬3190元，合計 235萬6550元。縱認林○忠因侵權行為所生之保險金請求權業已罹於時效，伊亦得依不當得利之法律關係，請求被上訴人給付上開之保險金等情。爰依汽車第三人責任保險條款（下稱系爭保險條款）第6條第1項約定、保險法第90條、第94條第 2項、民法第179條、第197條第2項規定，求為命被上訴人給付伊235萬6550元，及自103年1月29日起按年息 10%加付利息之判決（未繫屬本院部分，不予論述）。

被上訴人則以：上訴人並未對林○忠提起損害賠償訴訟，亦未依系爭保險條款約定，確定林○忠應負之賠償金額。另上訴人對林○忠之損害賠償請求權已罹於時效，不可能取得勝訴確定判決，無法依保險法第94條第2項規定及系爭保險條款第 6條第1項約定，直接向伊請求給付第三人責任險保險金。又上訴人請求汽車責任險醫療費用 5萬3190元部分，已罹於時效等語，資為抗辯。

原審以：上訴人於前揭時地，遭林○忠駕駛之系爭小客車追撞受傷，經高雄榮民總醫院鑑定，屬第七等級殘廢。林○忠前以其為被保險人，向被上訴人投保汽車責任險及第三人責任險，並於保險期間發生系爭事故。林○忠就事故之發生，有未注意車前狀況之過失，應負侵權行為責任。上訴人於99年 5月13日事故當日前往醫院急診，其後繼續門診治療及復健，知悉有系爭傷害醫療費用之支出。嗣後損害額之變更，對請求權消滅時效之進行並無影響。又上訴人自承，於99年8月第1次刑事偵查庭前，被上訴人之理賠人員陳○安已告知，除汽車責任險外，林○忠另加保第三人責任險，上訴人至遲於該月已知悉賠償義務人為林○忠及保險人

之存在，依當時一般社會經驗及醫學專業診斷，上訴人得預見日後相關連之醫療費損害，則上訴人對林○忠之侵權行為損害賠償請求權及對被上訴人之汽車責任險保險金給付請求權時效，均應自99年8月起算，並於101年8月屆滿2年。被上訴人雖於101年1月3日拒付醫療費用4290元，惟上訴人並未於6個月內起訴，其時效視為不中斷。是上訴人該部分保險金之給付請求權時效，加計約50日之審核期間，至遲於101年10月底屆滿。上訴人迄102年12月31日始提起本件訴訟，已逾強制汽車責任保險法第14條第1項規定之2年時效。另上訴人雖於102年12月10日檢具醫療費用單據合計4萬8900元，向被上訴人申請理賠，惟該一次性侵權行為所致之損害，上訴人得預見該後續治療復健之可能，被上訴人為時效抗辯，自屬有據。又上訴人自承陳○安指導伊為第一次理賠申請時，已告知林○忠有保汽車責任險及第三人責任險，且上訴人於100年11月15日委由代辦業者向被上訴人申請理賠之申請書，亦記載申請汽車責任險給付，再由伊簽名蓋章等情，有申請書可佐，上訴人當時即知悉申請理賠者為汽車責任險。再勾稽證人許○暉及上訴人所述，應認許○暉當時係告知可就所受損害之2年內單據一併申請，而非請上訴人自第一次申請理賠完後起算2年，再一併申請至明。上訴人迄至102年12月31日，始就醫療費用5萬3190元提起本件訴訟，已罹於2年時效期間，被上訴人為時效抗辯，當屬權利之正當行使，難認違反誠信原則。上訴人另依系爭保險條款第6條第1項約定及保險法第90條、第94條第2項規定，請求被上訴人給付系爭機車之修復費用、薪資損失及精神慰撫金等，合計230萬3360元。惟第三人欲直接向責任保險人請求給付保險金，應以被保險人對第三人應負之損失賠償責任，已因終局判決等而確定為前提，如尚未確定，第三人自不得直接向責任保險人請求給付。依林○忠投保之系爭保險條款第1條第1項第1款、第2款、第6條第1項約定，明確指明對第三人賠償金額之認定方式，而林○忠就系爭事故之發生，雖應對上訴人負侵權行為責

任，惟上訴人並未對林○忠起訴請求賠償，林○忠對上訴人應負之損害金額既未經民事法院判決確定，上訴人亦未依系爭保險條款第6條第1項所定方式，確定林○忠應負之賠償金額，則依保險法第94條第2項規定及系爭保險條款第6條第1項約定，上訴人不得對被上訴人直接請求給付賠償金。上訴人係本於林○忠與被上訴人間所簽訂之汽車責任險及第三人責任險契約請求保險金，而被上訴人依該等保險契約收取保費及依約決定是否給付保險金，均非無法律上原因。上訴人因罹於2年時效及不符合請領第三人責任險要件，致無法請領保險金，並非被上訴人無法律上原因而受利益，致上訴人受損害，上訴人依不當得利之法律關係，向被上訴人請求235萬6550元本息，洵屬無據。綜上，上訴人依強制汽車責任保險法第25條第1、3項、強制汽車責任保險給付標準第2、3、4條規定、系爭保險條款第6條第1項約定及保險法第90條、第94條第2項及不當得利規定，請求被上訴人再給付235萬元6550元本息，洵非正當，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

關於廢棄發回部分（即汽車責任險5萬3190元本息部分）：

按債務人於消滅時效完成前，如因其或其使用人之行為，使債權人產生信賴，而未能及時行使權利，俟時效完成後，債務人為時效抗辯，與上揭先行行為矛盾時，自不得主張之，以符合誠信原則。查林○忠於刑事案件偵審程序中，曾四度與上訴人進行調解，為兩造不爭執之事實，上訴人主張該四次調解，陳○安均有到場，並提供申請理賠之資訊等語（見原一審卷(一)第92頁），倘屬非虛，參以被上訴人員工許○暉證稱：「第1次理賠到102年中間，上訴人有電話聯繫申請理賠」；「一般都是療程完畢一起申請，通常我們都是這樣跟當事人這樣講的」等語（見一審卷(二)第18至19頁）及上訴人陳稱：「100年送完資料後打電話給他（即許○暉），他說剛理賠完不用這麼早送，2年一起申請」云云（見同上卷第20頁）。似見被上訴人員工出面協助林○忠處理車禍理賠事宜時，對上訴人釋出會協助取得理賠之表示。嗣上訴人申請

第 1 次理賠後，未再接續申請理賠，係被上訴人員工告知「療程完畢一起申請」。果爾，被上訴人員工上揭行為，是否不足使上訴人產生不論療程結束之時點為何，被上訴人均會憑據理賠醫療費用之信賴，洵非無疑。上訴人主張被上訴人為時效抗辯違反誠信原則等語（見原審卷第 6、8、9 頁），是否全然無據，非無研求之餘地。原審見未及此，逕認許○暉並未告知上訴人，自第 1 次申請理賠後起算 2 年，再一併申請其他醫療費用，上訴人就醫療費用 5 萬 3190 元之汽車責任險賠償請求權已罹於時效，進而為不利於其之判決，未免速斷。上訴論旨，指摘原判決該部分違背法令，求予廢棄，非無理由。

關於其他上訴駁回部分（即第三人責任險 230 萬 3360 元本息部分）：

按保險法第 94 條第 2 項規定，被保險人對第三人應負損失賠償責任確定時，第三人得在保險金額範圍內，依其應得之比例，直接向保險人請求給付賠償金額，係第三人直接向責任保險人請求給付賠償金額之規定。考其立法理由係為維護受害第三人之權利，並確保保險人之給付義務，爰增定第 2 項，在被保險人對第三人應付損失賠償責任確定後，受害第三人得直接向保險人請求賠償。本項規定雖賦予第三人直接請求權，但本質上不得增加保險人保險契約外之額外責任或訴訟程序之額外負擔。所謂「被保險人對第三人應負損失賠償責任確定」係指第三人向被保險人起訴請求損害賠償，經法院判決勝訴確定或其他與勝訴確定判決具有同一效力之情形（下稱取得民事勝訴確定判決等）而言，而非謂第三人得與保險人進行訴訟，由非事故當事人之保險人，就其未必了解之事故狀況進行訴訟，增加其額外訴訟之負擔，以確認被保險人應負擔之賠償責任。是倘第三人未向被保險人請求損害賠償，取得民事勝訴確定判決等，自不得直接向保險人請求給付賠償金。至前開「應負損失賠償責任確定」既指取得民事勝訴確定判決等而言，第三人對保險人之賠償金給付請求權之時效，應自取

得民事勝訴確定判決等時起算，不生對第三人權利保護不周問題，自不待言。原審依調查證據結果，認上訴人並未對林○忠取得勝訴確定判決等，不得依保險法第94條第2項規定，直接對被上訴人請求給付第三人責任險理賠。又上訴人係本於林○忠與被上訴人間所簽訂之汽車責任險及第三人責任險契約請求保險金，而被上訴人係依該等保險契約收取保費及依約決定是否給付保險金，均非無法律上原因。上訴人因不符合請領第三人責任險理賠之要件，致無法請領保險金，並非被上訴人無法律上原因而受利益，致上訴人受損害，上訴人依不當得利之法律關係，向被上訴人請求 235萬6550元本息，洵屬無據，就該部分為不利上訴人之判決，經核於法並無不合。上訴論旨，指摘原判決該部分違背法令，求為廢棄，為無理由。

據上論結，本件上訴一部為有理由、一部為無理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項、第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 21 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 劉 靜 嫻

法官 高 金 枝

法官 吳 光 釗

法官 周 舒 雁

法官 林 恩 山

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 27 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第1584號

## 裁判要旨

(一)按欠缺本法所規定票據上應記載事項之一者，依票據法第11條第1項前段規定，該票據為無效。雖基於經濟繁榮過程中之事實需要，容許發票人簽發票據，交由他人依事先合意補填，以減少交易上之困難，且為保障交易安全，同法第2項明定，執票人善意取得已具備本法規定應記載事項之票據者，得依票據文義行使權利；票據債務人不得以票據原係欠缺應記載事項為理由，對於執票人，主張票據無效。明文限制票據債務人之抗辯權，以保障善意第三人之利益。

(二)票據乃文義證券及無因證券，票據上之權利義務悉依票上所載文義定之，與其基礎之原因關係各自獨立，票據上權利之行使不以其原因關係存在為前提。執票人行使票據上權利時，就其基礎之原因關係確係有效存在不負舉證責任。且若票據債務人以自己與執票人間所存抗辯之事由對抗執票人，依票據法第13條規定觀之雖非法所不許，仍應先由票據債務人就該抗辯事由之基礎原因關係負舉證之責任。惟當票據基礎之原因關係確立後，法院就此項原因關係進行實體審理時，當事人於該原因關係是否有效成立或已否消滅等事項有所爭執，即應適用各該法律關係之舉證責任分配原則，而非猶悉令票據債務人負舉證責任。

## 相關法條

票據法第11條第1項、第2項、第13條。

上訴人 莊○清

訴訟代理人 周熾容律師

被上訴人 陳○成（原名陳○閎）

上列當事人間請求給付貨款等事件，上訴人對於中華民國105年8月10日臺灣高等法院第二審判決（104年度上字第221號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決除假執行部分外廢棄，發回臺灣高等法院。

### 理 由

本件被上訴人主張：兩造於民國100年至102年間合作經營飾品外銷，約定由伊將貨物運交馬來西亞商T0p W00r Fashion & Design SDN BHD.（下稱T0p W00r公司），伊並委任上訴人收受貨款，上訴人應將為伊收取之貨款交付予伊，由伊依兩造應得比例分配。詎上訴人未依約交付全部貨款，經伊多次催討，上訴人始開立票號000000000號、發票日為102年10月31日，票載金額為新臺幣（下同）360萬元，付款人為訴外人華○商業銀行股份有限公司迪化街分行之支票1紙（下稱系爭支票），用以支付積欠之貨款，然系爭支票經伊提示遭退票，爰依票據法第126條、民法第541條規定，求為擇一命上訴人給付360萬元，及自支付命令聲請狀繕本送達翌日起加付遲延利息之判決。

上訴人則以：兩造合夥經營飾品外銷事業，由伊開發客戶尋求國外訂單，報知被上訴人家族經營之豐○企業社，並將飾品發貨至T0p W00r公司，貨款則匯入被上訴人指定之銀行帳戶，統由被上訴人分配盈餘，僅部分貨款匯入伊帳戶，伊已將款項交付被上訴人，兩造間並無委任關係存在。嗣兩造因盈餘分配不均，於102年6、7月間發生爭執，進而斷絕合作關係。系爭支票係伊借票予被上訴人周轉之用，交付被上訴人時，發票日及金額均空白，且被上訴人未遵期提示，迄至103年4月3日始提示請求付款，顯係

怠於行使權利，是被上訴人請求伊給付貨款及票款，均無理由等語，資為抗辯。

原審廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決，改判如其聲明，係以：查被上訴人持有上訴人簽發並自認印文真正之系爭支票，且兩造不爭執該支票已填載發票日、金額，堪認系爭支票已具備必要記載事項。原審囑託法務部調查局鑑定，認系爭支票筆跡與兩造及被上訴人之配偶陳○娜之筆跡不同，至是否與上訴人之配偶陳○敏筆跡相同，依現有資料難以鑑定。被上訴人主張系爭支票上發票日及金額為陳○敏之筆跡，及上訴人抗辯系爭支票為被上訴人向其借用之空白支票云云，均非可取。依票據法第11條第2項規定、票據行為無因性，被上訴人持有完成必要記載事項之系爭支票，即得行使票據上權利，且就其基礎之原因關係有效存在不負舉證責任。上訴人未能舉證證明被上訴人係惡意取得系爭支票，或無票據原因關係存在，上訴人自應負發票人責任。從而，被上訴人依票據法第126條規定，請求上訴人如數給付支票款360萬元本息，為有理由等詞，為其判斷基礎。

按欠缺本法所規定票據上應記載事項之一者，依票據法第11條第1項前段規定，該票據為無效。雖基於經濟繁榮過程中之事實需要，容許發票人簽發票據，交由他人依事先合意補填，以減少交易上之困難，且為保障交易安全，同法第2項明定，執票人善意取得已具備本法規定應記載事項之票據者，得依票據文義行使權利；票據債務人不得以票據原係欠缺應記載事項為理由，對於執票人，主張票據無效。明文限制票據債務人之抗辯權，以保障善意第三人之利益。查上訴人將系爭支票交付被上訴人，經被上訴人提示後退票，為原判決認定之事實，果爾，兩造為系爭支票之直接前後手，被上訴人非第三人，原審逕依票據法第11條第2項規定，為上訴人不利之論斷，適用法規不無違誤。其次，票據乃文義證券及無因證券，票據上之權利義務悉依票上所載文義定之，與其基礎之原因關係各自獨立，票據上權利之行使不以其原因

關係存在為前提。執票人行使票據上權利時，就其基礎之原因關係確係有效存在不負舉證責任。且若票據債務人以自己與執票人間所存抗辯之事由對抗執票人，依票據法第13條規定觀之雖非法所不許，仍應先由票據債務人就該抗辯事由之基礎原因關係負舉證之責任。惟當票據基礎之原因關係確立後，法院就此項原因關係進行實體審理時，當事人於該原因關係是否有效成立或已否消滅等事項有所爭執，即應適用各該法律關係之舉證責任分配原則，而非猶悉令票據債務人負舉證責任。被上訴人主張上訴人係因未依兩造合作經營飾品外銷交付全部貨款，而交付系爭支票予伊等語，上訴人則抗辯兩造迄102年3月後不再合作，惟伊亦自101年5月至102年10月間自行出貨予Top W00r公司，兩造同時出貨期間，伊應Top W00r公司要求，將Top W00r公司匯入伊帳戶之款項，扣除伊之貨款後，餘款轉匯予被上訴人，系爭支票係借與被上訴人使用各語（原審卷二第11頁背面、第12頁）。就系爭支票簽發交付之基礎原因攻防已見齟齬，且被上訴人已否認上訴人主張原因關係之債務存在，自有調查釐清之必要。乃原判決見未及此，認上訴人未能舉證證明系爭支票為被上訴人借用之原因關係抗辯後，竟未再就兩造前開攻防方法，調查究明兩造就系爭支票之基礎原因關係，並適用該法律關係之舉證責任分配原則，亦有違誤。上訴論旨，指摘原判決違反法令，求予廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 2 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 劉 靜 嫻

法官 林 恩 山

法官 高 金 枝

法官 陳 駿 壁

法官 李 媛 媛

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 107 年 11 月 12 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第2360號

## 裁判要旨

按100年12月21日修正公布之專利法第117條規定：「新型專利權人之專利權遭撤銷時，就其於撤銷前，因行使專利權所致他人之損害，應負賠償責任。但其係基於新型專利技術報告之內容，且已盡相當之注意者，不在此限」，係將92年專利法第105條規定：「新型專利權人之專利權遭撤銷時，就其於撤銷前，對他人因行使新型專利權所致損害，應負賠償之責（第1項）。前項情形，如係基於新型專利技術報告之內容或已盡相當注意而行使權利者，推定為無過失（第2項）」，予以修正。稽諸第117條修正之立法理由，明揭：「二…為防止權利人不當行使權利或濫用權利，致他人遭受不測之損害，明定新型專利權人行使權利後，若該新型專利權遭到撤銷，除新型專利權人證明其行使權利係基於新型專利技術報告之內容，且已盡相當之注意者外，應對他人所受損害負賠償責任。三（一）現行條文第2項係屬新型專利權人舉證免責之規定，自應由新型專利權人負舉證責任…（二）按新型專利技術報告即使比對結果無法發現足以否定其新穎性等專利要件之先前技術文獻等，並無法排除新型專利權人對其新型來源較專利專責機關更為熟悉，除要求其行使權利應基於新型專利技術報告之內容外，並應要求其盡相當之注意義務，始為周妥」之旨。足見修法之目的，係為防範以形式審查即取得新型專利權之人，濫用或不當行使其權利，於該新型專利權遭撤銷時，應就他人所受損害負賠償責任，並加重其免責之舉證責任，即明定須證明自己係基於新型專利技術報告之內容，及已盡相當之注意，始得免責。

## 相關法條

專利法第105條、第117條。

上訴人 數○科技股份有限公司

法定代理人 廖○芳

訴訟代理人 周良貞律師

被上訴人 好○國際股份有限公司

法定代理人 林○貞

訴訟代理人 連元龍律師

陳瓊苓律師

上列當事人間侵害專利權有關財產權爭議等事件，上訴人對於中華民國106年1月12日智慧財產法院第二審判決（105年度民專上字第30號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決廢棄，發回智慧財產法院。

### 理 由

本件上訴人主張：被上訴人為達侵害伊之商譽，與伊競爭之目的，利用新型專利採形式審查即賦予之程序，由其法定代理人林○貞以不具新穎性及進步性之「不動產租售管理行動電子裝置」，於民國103年4月11日申請取得第M000000 號新型專利權（下稱系爭專利權）後，同年5月29日向公平交易委員會（下稱公平會）檢舉伊涉嫌抄襲該專利權之「好房快租APP（應用程式）」功能（下稱系爭檢舉）。嗣又以伊之「591 房屋交易應用程式」與系爭專利權之技術內容相似，在未取得新型專利技術報告前，即由被上訴人之營運長徐○淑於103年6月9日召開記者會，透過電視、平面及網路媒體，指稱伊涉嫌抄襲被上訴人之「好房快租服務APP」功能，擬提起訴訟。再於同年7月31日發布新聞稿，及以旗下好房網HouseFun首頁之聳動標題及大篇幅，指控伊之「591 房屋交易網」侵害系爭專利權，且透過網址連結方式，引用上開電視新聞、平面及網路媒體、網路社群等不利伊之報導，以散布損害伊商譽之不實情事。然被上訴人之系爭檢舉，業經公平會 103

年11月10日函覆伊未違反公平交易法規定。而系爭專利權經伊向經濟部智慧財產局（下稱下稱智慧局）舉發後，於104年2月25日經審定對該專利請求權項1至10之舉發成立，應予撤銷。至林○貞對伊提起之侵害系爭專利權損害賠償訴訟（下稱系爭專利侵權訴訟），亦經原審法院104年6月16日以103年度民專訴字第60號（下稱第60號判決），為其敗訴判決確定，被上訴人自應賠償伊營收減少及商譽損害，並回復伊名譽及形象等情，依專利法第117條，修正前公平交易法第22條、第24條、第31條、第32條、第34條，民法第184條第1項前段、第195條第1項條規定，聲明求為命被上訴人給付新臺幣（下同）100萬元，及自104年12月17日起加付法定遲延利息；並負擔費用，將如起訴狀附件（下稱附件）1之道歉聲明，以附件3所示之字體、位置及篇幅，刊登於好房網HouseFun首頁（<http://www.housefun.com.tw/>）1個月；暨將附件2之道歉聲明，及本件民事判決書之案號、當事人與主文欄，以附件4之形式、位置及篇幅，登載於好房網新聞頻道（<http://news.housefun.com.tw/>）1個月；另以半版篇幅（35.6公分X26.3公分）刊登於經濟日報及蘋果日報全國版頭版3日之判決。被上訴人則以：上訴人所提103年6月9、10日，如原證4、原證6之新聞報導及網站內容，乃伊召開記者會回應上訴人有關係爭檢舉之事，並指出兩造之APP高度相似，伊雖未申請商標或專利，然若經查證上訴人侵害伊權利，將提出民、刑事告訴等情，係表達個人看法，屬憲法保障言論自由之範疇，無任何不法。況伊當時表明自己未申請商標或專利，可見並非行使系爭專利權。又伊已盡合理查證，有理由確信上訴人侵害伊之應用程式，並無捏造或有重大過失，難謂係不當競爭或侵害上訴人商譽之行為。原證5係報導有關伊對上訴人提起系爭專利侵權訴訟之內容，斯時系爭專利權合法有效，伊基於長江國際專利商標法律事務所（下稱長江事務所）提出之專業技術分析報告、專利侵害比對報告，認上訴人有侵害系爭專利權之虞，提起系爭專利侵權訴訟，屬正當

行使之權利；新聞報導公布該事實，並無不實或侵害上訴人商譽。又新型專利技術報告並非提起專利侵權訴訟之前提要件，仍須視專利權人具體行使內容判斷有無故意或過失不當行使權利。林○貞於103年4月11日取得系爭專利權後，即委託長江事務所出具上開報告，可見伊已盡相當之查證，主觀上並無故意，亦無過失。況上訴人103年營收增加逾22%，591 房屋網該年營收成長高達38%，足見並未受有損害。上訴人自詡為媒體集團，若認商譽受損，有多元管道對外澄清，以維護名譽，尤見其商譽並未受影響。上訴人請求伊賠償及刊登道歉啟事等，洵屬無據等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，係以：林○貞以「不動產租售管理行動電子裝置」於103年4月11日向智慧局申請取得系爭專利權，權利期間自103年4月11日起至112年11月11日止。被上訴人於103年5月29日向公平會為系爭檢舉，同年6月9日由其營運長徐○淑召開記者會，指稱上訴人涉嫌抄襲「好房快租服務APP」，擬提起訴訟，嗣林○貞於同年7月30日對上訴人提起系爭專利侵權訴訟，翌日經蘋果日報披露；並於103年10月13日起於旗下好房網HouseFun首頁，登載被上訴人侵害系爭專利權，且透過網址連結方式，引用電視、平面及網路媒體、網路社群之報導。公平會就系爭檢舉，於103年11月10日函覆上訴人未違反公平交易法規定。系爭專利權經上訴人提出舉發，智慧局於104年2月25日審定該專利權請求權項1至10之舉發成立，應予撤銷。系爭專利侵權訴訟，經第60號判決林○貞敗訴確定等事實，為兩造所不爭。上訴人所提原證4係平面及電子媒體報導被上訴人103年6月9日召開記者會之事，依該報導之標題及內容，可知被上訴人指稱其好房網APP推出即拍即刊、個人圖文備註等服務功能，因上訴人旋即推出高度類似之出租刊發、看屋筆記APP，其已向公平會提出系爭檢舉。對此部分雖未申請商標或專利，惟若查證上訴人侵害好房網之智慧財產權，將提出相關民、刑事

告訴等語，既未提及上訴人侵害系爭專利權，自無行使系爭專利權之情事，未違反專利法第117條之規定。被上訴人早於同年5月26日即委託長江事務所為鑑定，該所出具鑑定報告認（上訴人之）591房屋交易APP有可能參考（被上訴人之）好房快租APP功能，改版時加入該等相關功能；而證人即長江事務所經理倪○傑亦證述二者構成高度相似，足見被上訴人已先徵詢專業意見並取得鑑定報告，記者會之主張非毫無所本，縱事後不能證明兩造之應用程式高度近似，仍堪認被上訴人係有相當理由確信為真始發表上開言論，所為難認屬民法第184條第1項前段之侵權行為，或修正前公平法第22條、第24條所定散布不實言論損害他人營業信譽、影響交易秩序之不公平競爭行為。上訴人所提原證5係蘋果日報103年7月31日之新聞報導，內容為被上訴人營運長徐○淑在律師陪同下對上訴人提告其591租屋網侵害被上訴人之系爭專利權，並表示上訴人只花3個月時間即予抄襲等情。查被上訴人確於同年月30日對上訴人提起系爭專利侵權訴訟，核與上開新聞報導事實並不相左。況被上訴人提起訴訟前即已委託長江事務所作專利侵權比對分析，鑑定認為上訴人之591房屋交易APP落入系爭專利請求項1至10之專利權範圍，於起訴時將該分析報告列為證據，復經倪○傑證述明確，足見被上訴人係在徵詢專業意見取得鑑定報告後始向蘋果日報記者陳述上開事實，縱認系爭專利侵權訴訟嗣經法院判決敗訴，系爭專利權亦遭撤銷，惟斯時系爭專利權尚屬存在，且被上訴人經專業意見確信系爭專利權遭上訴人侵害。乃上訴人既未能證明被上訴人起訴前明知系爭專利無效或上訴人無侵權之事實，其主張被上訴人所為係侵權或違反公平交易法，即無可採。按現行專利法第115條、第116條規定，係92年2月6日專利法（下稱92年專利法）修正時所新增。參諸92年專利法第104條、第105條規定及其立法理由，可知新型專利技術報告並非提起專利訴訟之前提要件，此與大法官會議第507號解釋之意旨相符。依100年12月21日修正公布之專利法第117條第1項立法理

由之說明，似認專利權人行使專利權時，若未出具新型技術報告致日後專利權遭撤銷，無論事前是否盡相當之注意，仍應對他人負損害賠償責任。然專利權人行使專利權致侵害他人權利，仍屬民法第184條第1項之侵權行為，行為人須具備歸責性、違法性，並不法行為與損害間有因果關係，始能成立，且損害賠償請求權人對於侵權行為之成立要件，應負舉證責任。佐以上開大法官會議第507號解釋意旨，及專利法上開規定之修法歷程，足見新型專利權人行使專利權是否侵害他人權利，應視其行使權利之具體方式定之，除非專利權人已取得對其不利之新型技術報告卻隱藏之，或依業界通常知識顯然明知其專利權具有撤銷事由存在，或行使新型專利權前未徵詢專業意見即恣意行使權等情形，可認其有不當行使專利權侵害他人權利之故意過失外，專利權人倘已盡相當之注意義務，確信其專利權之行使為正當者，尚難僅因未出具新型專利技術報告率認有侵權之故意或過失。是以專利法第117條但書規定之「但其係基於新型專利技術報告之內容，且已盡相當之注意者，不在此限」，應解為係專利權人舉證證明自己無故意過失之例示而已。若專利權人非基於新型專利技術報告，但有客觀事證證明已盡其他之必要注意義務時，仍不應課予其侵權行為責任，始為公允，方能與民法侵權行為之原則相符。被上訴人於103年7月30日提起系爭專利侵權訴訟，並向蘋果日報記者表示上訴人侵害系爭專利權，雖屬專利權之行使行為，然因被上訴人前已取得長江事務所之專利侵害鑑定報告，主觀上有該確信，縱認其行使系爭專利權時未取得新型專利技術報告，且系爭專利權事後遭撤銷，然專利是否為所屬技術領域中具有通常知識者依申請前之先前技術所能輕易完成而不具進步性，屬專業判斷，在無證據證明系爭專利依業界通常知識顯然明知有撤銷事由存在，實難苛責被上訴人對系爭專利權有如此高程度之注意義務。況其已先徵詢專業意見，確認自己行使專利權並無不當，應認已舉證證明其盡相當之注意義務，無侵權之故意或過失，自不構成民法

第184條第1項及專利法第117條之侵權行為。被上訴人自認正當行使系爭專利權，自無修正前公平交易法第45條規定之適用，上訴人主張被上訴人違反該法第22條、第24條規定，亦屬無據。此外，上訴人所提原證6，係被上訴人於好房網網站張貼由平面及電子媒體所為兩造互控侵權之報導，該類報導非由被上訴人撰寫，且已經各該媒體對外公開，任何人均得閱覽，被上訴人將之置於自己網站僅係呈現客觀事實，難認係侵害上訴人商譽或散布不實言論損害他人營業信譽、影響交易秩序之不公平競爭行為。從而，上訴人為如上開聲明之請求，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

按100年12月21日修正公布之專利法第117條規定：「新型專利權人之專利權遭撤銷時，就其於撤銷前，因行使專利權所致他人之損害，應負賠償責任。但其係基於新型專利技術報告之內容，且已盡相當之注意者，不在此限」，係將92年專利法第105條規定：「新型專利權人之專利權遭撤銷時，就其於撤銷前，對他人因行使新型專利權所致損害，應負賠償之責（第1項）。前項情形，如係基於新型專利技術報告之內容或已盡相當注意而行使權利者，推定為無過失（第2項）」，予以修正。稽諸第117條修正之立法理由，明揭：「二…為防止權利人不當行使權利或濫用權利，致他人遭受不測之損害，明定新型專利權人行使權利後，若該新型專利權遭到撤銷，除新型專利權人證明其行使權利係基於新型專利技術報告之內容，且已盡相當之注意者外，應對他人所受損害負賠償責任。三（一）現行條文第2項係屬新型專利權人舉證免責之規定，自應由新型專利權人負舉證責任…（二）按新型專利技術報告即使比對結果無法發現足以否定其新穎性等專利要件之先前技術文獻等，並無法排除新型專利權人對其新型來源較專利專責機關更為熟悉，除要求其行使權利應基於新型專利技術報告之內容外，並應要求其盡相當之注意義務，始為周妥」之旨。足見修法之目的，係為防範以形式審查即取得新型專利權之人，濫用或

不當行使其權利，於該新型專利權遭撤銷時，應就他人所受損害負賠償責任，並加重其免責之舉證責任，即明定須證明自己係基於新型專利技術報告之內容，及已盡相當之注意，始得免責。原審猶以92年專利法（舊法）第105條規定及大法官會議（89年5月19日）第507號解釋意旨，逕謂上開但書規定之免責必要要件，僅係已盡相當注意之例示，所持見解，不無可議。況依專利法第115條第1項、第3項規定，申請專利之新型經公告後，任何人得向專利專責機關申請新型專利技術報告；專利專責機關應指定專利審查人員作成新型專利技術報告，並由專利審查人員具名。而究竟長江事務所有何專業能力？所為鑑定（分析）報告又係如何作成？有無要求作成須參酌新型專利技術報告？而得以取信於被上訴人，進而可認其召開記者會非無所本？未據原審說明其理由及所由憑據，亦有未合。倘系爭專利權人未能盡上開但書規定之舉證責任，應就該專利權撤銷前所致上訴人之損害負賠償責任者，能否謂其正當行使專利權，無公平交易法第22條、第24條規定之適用？凡此均應予以釐清。原審未詳予調查審認，即遽為不利上訴人之判決，自嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。末查，系爭專利權人係林○貞，且依系爭專利侵權訴訟之判決書亦記載原告係林○貞（見第一審卷第160、23頁），則上訴人所指本件行為，究係林○貞個人抑或被上訴人所為，案經發回，應由原審法院注意釐清之，附此敘明。據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 12 月 19 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 王 仁 貴

法官 陳 駿 壁

法官 李 寶 堂

法官 滕 允 潔

法官 林 金 吾

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 28 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第1623號

## 裁判要旨

工會法第12條第7款規定，工會章程應記載會員入會、出會、停權及除名。是勞工已加入工會為會員者，其出會之要件及方法，自應依工會章程之規定，如其聲明脫離之要件及方法不符工會章程之規定，尚不發生脫離工會之效力。

## 相關法條

工會法第12條第7款。

最高法院民事判決

107年度台上字第1623號

上訴人 大○股份有限公司關係企業工會

法定代理人 林○男

訴訟代理人 柯清貴律師

被上訴人

即被選定人 向○光

游○聰

柯○桐

黃○發

共 同

訴訟代理人 陳金泉律師

葛百鈴律師

李瑞敏律師

上列當事人間請求確認會員關係不存在事件，上訴人對於中華民國105年8月16日臺灣高等法院第二審判決（104年度重上字第775號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院。

理 由

本件被上訴人主張：被上訴人向○光為如原判決附表（編號189、459除外，下稱附表）編號2～179所示之人之被選定人；被上訴人柯○桐為附表編號180～258、260～560所示之人之被選定人；被上訴人游○聰為附表編號562～791所示之人之被選定人；被上訴人黃○發為附表編號792～819、821～1465所示之人之被選定人，被上訴人及其選定人各為訴外人○股份有限公司桃園壹廠、大園廠、桃園電線電纜廠及○綜合訊電股份有限公司（下稱○公司4關係企業）之勞工，惟均非上訴人之會員；倘認伊係上訴人之會員，亦已以授權書或民事準備書(九)狀繕本之送達，向上訴人為退會之意思表示，兩造間無會員關係等情，求為確認

被上訴人及如附表所示選定人與上訴人間之會員關係不存在之判決（被上訴人及如附表所示之選定人請求確認其與上訴人間自附表所示退會生效日前與上訴人間之會員關係不存在之訴，第一審為其敗訴之判決，其未上訴，該部分已確定；又未繫屬本院者，不予贅述）。

上訴人則以：伊於民國48年成立，被上訴人及其選定人自受僱於大○公司4 關係企業起，即為伊之會員，並由其雇主代扣會費。系爭授權書所示之會員並無向伊表示退會之意思，被選定人亦僅有訴訟法上之權利，無權代選定人為退會之意思表示。況其未依伊章程第8、10 條所訂出會之程序聲請出會，自不發生退會之效果等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為確認被上訴人及附表所示之選定人與上訴人間自其退會生效日起會員關係不存在之判決，駁回上訴人之上訴，係以：99年6月23日修正公布之工會法第6條第1項第1款規定之「企業工會」，包含結合同一廠場、同一事業單位，或依公司法所定具有控制與從屬關係之企業，或依金融控股公司法所定金融控股公司與子公司內的勞工所組織之工會，雖僅能各有一個，但就整體企業論之，仍可能因非屬同一場廠或事業單位，在同一公司內有兩個以上之企業工會併存。是該法第7 條雖規定，依前條第1項第1款組織之企業工會，其勞工應加入工會。然並未要求於同一公司內有兩個以上之企業工會併存時，其勞工須加入每個企業工會。況同法第4 條係規定勞工均有組織及加入工會之權利，倘勞工不願意加入，並無罰則。則勞工是否加入及組織工會既屬勞工自我權利之主張，工會自不宜於章程中規定，勞工除退休、離職外不得出會，以符憲法保障人民結社自由權利之旨。被上訴人及附表所示之選定人均為大○公司4 關係企業之勞工，工會法100 年施行後，該4關係企業新成立4廠場工會及企業工會（下稱新工會）；上訴人係於48年5月1日成立，至新工會成立日止，大○公司4 關係企業均按月自員工薪資中代扣會員會費交付上訴人

；上訴人已收受系爭授權書等情，為兩造所不爭執。次查上訴人章程第4條第1項規定，大○公司4 關係企業為其組織區域；同法第6條第1項規定，不得加入工會之人員；第7 條規定，應加入工會之勞工，到職後即具有工會會員資格，並承擔權利義務；第 8 條規定：會員於工會組織區域離職時為出會、會員於擔任章程第6條第1項之人員時視同出會。該章程並無會員得自由退出工會之規定，足認其章程係採「強制入會及限制出會」原則，於工會法生效後，上述原則牴觸工會法之立法意旨及民法第54條得自由退社之規定，難認有效。上訴人雖抗辯：伊會員若未繳納會費，依慣例將發生退會之效果等語，惟未舉證該慣例之存在，自無可採。系爭授權書業已授權新工會代理其本人向上訴人聲明退會；未簽署系爭授權書者，以民事準備書(九)狀明白表達退會之意思，經上訴人收受，被上訴人及其選定人與上訴人間之會員關係，自斯時起自不存在。故被上訴人及其選定人請求確認自附表所示退會生效日起，其與上訴人間之會員關係不存在，為有理由，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

查工會法第12條第7 款規定，工會章程應記載會員入會、出會、停權及除名。是勞工已加入工會為會員者，其出會之要件及方法，自應依工會章程之規定，如其聲明脫離之要件及方法不符工會章程之規定，尚不發生脫離工會之效力。上訴人工會章程第8 條規定，會員於本會組織區域離職時為出會。會員於擔任本章程第6條第1項之人員時視同出會（下略），有該章程在卷可稽（見第一審卷(二)第1 頁反面）。被上訴人及其選定人為上訴人之會員，係以系爭授權書或民事準備書(九)狀向上訴人為退會之意思表示，為原審認定之事實。果爾，其退會之要件及方法既不符上訴人工會章程之規定，能否謂其退會已生效力，自斯時起其與上訴人間之會員關係不存在，即不無研求之餘地。原審見未及此，遽謂上訴人工會章程上開規定牴觸工會法之立法意旨及民法第54條自由退社之規定，為無效，爰為上訴人不利之判決，尚有可議。上訴

論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 15 日

最高法院民事第一庭

審判長法官 陳 國 禎

法官 鄭 雅 萍

法官 李 文 賢

法官 吳 青 蓉

法官 陳 真 真

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 26 日

# 最高法院民事判決

107年度台上字第1844號

## 裁判要旨

積極確認之訴，經確定判決，認法律關係存在時，就該法律關係之存在即有既判力，當事人應受該確定判決既判力之羈束，不容更為該法律關係不存在之主張，法院亦不得為反於該確定判決意旨之裁判。

## 相關法條

民事訴訟法第400條。

上訴人 宜○醫材股份有限公司

法定代理人 林○權

訴訟代理人 李之聖律師

被上訴人 國立○○大學醫學院附設醫院○○分院

法定代理人 洪○予

訴訟代理人 古清華律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國105年10月6日臺灣高等法院第二審判決（105年度重上字第289號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院。

### 理 由

本件上訴人主張：伊於民國96年7月25日以新臺幣（下同）1,766萬1,291元標得被上訴人（前身為行政院衛生署○○醫院）之「數位式乳房攝影系統合作案」，於96年7月26日訂立契約（下稱系爭契約），由伊提供數位式乳房攝影X光機，做為被上訴人檢查病患之用，伊之報酬為被上訴人每月使用該設備收入其中65%，合作期間自96年10月17日起至105年10月16日止。詎被上訴人擅自於101年9月30日終止系爭契約，改以「轉檢至其他醫院」或「租用乳房攝影X光巡迴車」等方式，檢查其病患，拒給付報酬予伊，伊訴請確認系爭契約關係存在，經臺灣新竹地方法院102年度重訴字第76號判決伊勝訴確定（下稱新竹地院102年度前案）。被上訴人未按月給付伊報酬41萬6,838元，自101年10月至103年5月伊共受有損害833萬6,760元。且被上訴人拒絕伊保養儀器，致系爭X光機毀壞，修理費用預估69萬6,355元，合計被上訴人應賠償伊903萬3,115元等情，依民法第227條第1項規定，求為命被上訴人給付903萬3,115元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息5%計算利息之判決。

被上訴人則以：系爭標案預算金額上限為1,901萬9,852元，上訴人以1,766萬1,291元得標，兩造合作期間自96年10月17日起至105年10月16日止，合作期間內，上訴人至多可分得1,766萬1,291元。系爭契約並未賦予上訴人專屬或獨占權利，伊採用其他廠商設備，並未違約。上訴人累計取得報酬1,884萬5,330元，已逾其得標金額，其並無任何損害等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，係以：上訴人於96年7月25日以1,766萬1,291元標得系爭標案，其標單記載「院方分配比35%。9,509,926（元）」「廠商分配比65%。17,661,291（元）」。被上訴人應自96年10月17日起至105年10月16日止，按前述分配比例按月給付報酬予上訴人，上限為1,766萬1,291元。被上訴人給付總額達1,766萬1,291元時，契約目的達成。此際，兩造除得選擇繼續比照系爭契約內容而給付外，亦得主張原契約目的已達，互不再為任何給付。被上訴人於101年9月11日向上訴人表示：至101年6月份結算付款金額約達1,884萬5,330元，故於101年9月30日終止系爭契約等語。上訴人於101年9月28日通知被上訴人，倘繼續使用系爭設備，視同未曾終止。可知上訴人收受被上訴人101年9月11日函後，並未要求被上訴人繼續使用系爭設備並支付報酬，反要求被上訴人不得繼續使用，被上訴人未使用系爭設備，無違上訴人本意，上訴人不必再提供系爭設備，被上訴人亦不必再支付報酬。次查新竹地院102年度前案確定判決認定被上訴人辦理系爭標案係採取比例標制度，在系爭契約約定之合作期間（96年10月17日起至105年10月16日止），被上訴人仍應履行系爭契約之內容，此項認定有違背法令之情事，尚不發生爭點效之效力。被上訴人給付上訴人之報酬達1,884萬5,330元，已逾系爭契約所定報酬上限1,766萬1,291元，自得不再使用系爭設備，其以系爭契約目的已達成，通知上訴人自101年10月起終止系爭契約，互不再為任何給付，並未違背系爭契約本旨。上訴人主張其每月可收取報酬41萬6,838元，自101年10

月起至103年5月止，其共受有損害833萬6,760元，為無足採。況上訴人收受被上訴人101年9月11日函後，並非要求被上訴人繼續使用系爭設備並支付報酬，而是要求被上訴人不得繼續使用，被上訴人依上訴人指示未使用，亦無任何債務不履行可言。上訴人尚未實際支付修理費69萬6,355元，自不得請求被上訴人賠償。故上訴人依民法第227條第1項規定，請求被上訴人給付903萬3,115元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息5%計算之利息，為無理由，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

按積極確認之訴，經確定判決，認法律關係存在時，就該法律關係之存在即有既判力，當事人應受該確定判決既判力之羈束，不容更為該法律關係不存在之主張，法院亦不得為反於該確定判決意旨之裁判。查新竹地院102年度前案原已判決：「確認原告（上訴人）與被告（被上訴人）於民國96年7月26日簽訂之『數位式乳房攝影系統合作案』之契約關係存在」確定，有該判決在卷可稽（見第一審卷第1宗第101至107頁）。就兩造間系爭契約之存在已有既判力，自不容被上訴人為該契約已終止之主張，法院亦不得為反於該確定判決意旨之裁判。原審見未及此，遽謂新竹地院102年度前案判決理由違背法令，不生爭點效，系爭契約業經被上訴人終止，於法已有未合。次查債務人不履行債務者，應對債權人負損害賠償責任。又民事訴訟法第222條第2項規定，當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。被上訴人既已違背系爭契約之約定，自應對上訴人負債務不履行損害賠償責任，倘有上開法條所定情形，法院亦非不得審酌一切情況，依所得心證定其損害賠償之數額。原審未詳查審認，遽謂上訴人不得請求被上訴人負債務不履行損害賠償責任，爰為上訴人敗訴之判決，亦有可議。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第

478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 22 日

最高法院民事第一庭

審判長法官 陳 國 禎

法官 陳 真 真

法官 吳 謀 焰

法官 吳 青 蓉

法官 鄭 雅 萍

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 4 日

# 最高法院民事裁定

107年度台簡抗字第8號

## 裁判要旨

按父母與子女間之法律關係，依子女之本國法。如依涉外民事法律適用法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，依其關係最切之國籍定其本國法，該法第55條、第2條定有明文。其立法意旨，乃當事人有多數國籍之情形，一律依其關係最切之國籍定其本國法，俾使法律適用臻於合理、妥當。至於當事人與各國籍關係之密切程度，則宜參酌當事人之主觀意願（例如最後取得之國籍是否為當事人真心嚮往）及各種客觀因素（例如當事人之住所、營業所、工作、求學及財產之所在地等），綜合判斷之。

## 相關法條

涉外民事法律適用法第2條、第55條。

民法第1055之1第1項第6款。

最高法院民事裁定

107年度台簡抗字第8號

再 抗 告 人 李 甲 (N00000 P00000 Lee)

李 乙 (N00000000 C000000 Lee)

共 同

法定代理人 李○○

共同代理人 王伊忱律師

鄭美玲律師

再 抗 告 人 派○○亞·安·努○○ (P0000000 Anne N0000)

代 理 人 趙立偉律師

上列當事人間聲請改定未成年人監護人事件，兩造對於中華民國106年11月22日臺灣高雄少年及家事法院裁定（105年度家親聲抗字第56號），各自提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定廢棄，應由臺灣高雄少年及家事法院更為裁定。

理 由

本件再抗告人李甲、李乙主張：李甲、李乙（下合稱李甲等2人）為對造再抗告人派○○亞·安·努○○（下稱派○○亞）與伊父李○○之未成年子女，出生後原居住美國，於民國99年間移居澳洲，有我國、美國及澳洲國籍。派○○亞與李○○於102年2月16日離婚後，於同年11月6日於澳洲法院達成由李○○與派○○亞共同對李甲等2人之權利義務行使或負擔之協議，惟派○○亞有施用毒品及對伊施暴等情，該協議違反伊真實意願及利益，實際上由李○○單獨行使親權。於103年1月李○○攜同伊至美國渡假時，要求李○○將伊帶回我國居住，已適應良好，爰依法聲請改定由李○○單獨行使對伊之親權等情，經臺灣高雄少年及家事法院（下稱高雄少家法院）第一審裁定關於李甲等2人權利義務之行使或負擔改由其父李○○單獨任之，並酌定派○○亞與李甲等2人會面交往方式。派○○亞不服該裁定，提起抗告。原法院以：派○○亞與李○○原為夫妻，育有李甲等2人，李甲等2人有

我國、美國及澳洲國籍，出生後居住美國，99年10月間移居澳洲，103年2月2日與李○○一同回臺居住，迄為本件聲請時超過8個月，參考家事事件法第104條第1項第1款規定，高雄少家法院對李甲等2人之本件聲請有專屬管轄權。又李甲等2人現居住我國，且表達欲繼續於我國生活及就學之意願，李○○亦在我國照顧李甲等2人，因認我國國籍與李甲等2人關係最切，依涉外民事法律適用法第55條規定，應以我國法為李甲等2人之本國法。派○○亞雖與李○○於澳洲協議，並經澳洲法院以102年11月6日裁判由2人共同行使對李甲等2人之親權，嗣澳洲法院於104年2月27日所為由派○○亞單獨行使親權之裁定，經臺灣高雄地方法院（下稱高雄地院）104年度家訴字第74號民事判決不予認可其效力。茲審酌李甲等2人表達與李○○共同生活之意願，及財團法人張老師基金會高雄分事務所訪視調查報告認李○○適合獨任李甲等2人之親權人，高雄少家法院家事調查官調查報告認派○○亞不適任李甲等2人之親權人，高雄少家法院選任程序監理人蔣○如臨床心理師報告亦有相同見解。以及在事實審審理時，李甲等2人表達派○○亞對其等有家庭暴力及施用毒品情事，李○○亦主張派○○亞有侵占李甲等2人之教育基金等情，認派○○亞與李甲等2人於澳洲共同生活期間，未建立與李甲等2人良善溝通與相處，李甲等2人自願至我國生活、就學，迄今已逾3年，派○○亞與李○○間互信基礎低，爭執頗大等情，繼續共同行使對李甲等2人之親權，對李甲等2人不利，乃依民法第1055條第3項規定，改由李○○單獨任李甲等2人之親權人等詞，爰裁定維持高雄少家法院第一審關於改定親權人為李○○之裁定，駁回派○○亞之抗告，另改酌定派○○亞與李甲等2人會面交往方式，如原裁定附表所示2。兩造各自對原裁定提起再抗告。

按父母與子女間之法律關係，依子女之本國法。如依涉外民事法律適用法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，依其關係最切之國籍定其本國法，該法第55條、第2條定有明文。其立

法意旨，乃當事人有多數國籍之情形，一律依其關係最切之國籍定其本國法，俾使法律適用臻於合理、妥當。至於當事人與各國籍關係之密切程度，則宜參酌當事人之主觀意願（例如最後取得之國籍是否為當事人真心嚮往）及各種客觀因素（例如當事人之住所、營業所、工作、求學及財產之所在地等），綜合判斷之。查李甲等2人出生後原居住美國，均有我國、美國及澳洲國籍，其於99年10月間與派○○亞、李○○共同居住澳洲，於103年2月2日與李○○一同回臺居住，迄為本件聲請時超過8個月。又李甲等2人現居住我國，且表達欲繼續於我國生活及就學之意願，李○○亦在我國照顧李甲等2人。派翠亞與李○○於澳洲協議，並經澳洲法院以102年11月6日裁定由2人共同行使對李甲等2人之親權，嗣澳洲法院於104年2月27日所為由派○○亞單獨行使親權之裁定，經高雄地院104年度家訴字第74號民事判決不予認可其效力等情，為原審認定之事實。果爾，參諸李甲、李乙先後於93年0月0日、96年0月00日出生美國紐約市，原居住美國，於99年間始遷居澳洲為李甲等人所自承，李甲等2人均持有美國護照，並以之入境我國，於103年10月22日向高雄少家法院聲請改定親權人（見李甲等2人所提李○○家族明細表、美國護照、出生證明，一審卷(一)14、20、160-165頁），及李甲等2人於美國居住期間分別約為6年、3年，至澳洲居住起，迄李○○經由至美國渡假，將李甲等2人帶至我國之期間約為4年，是時李甲等2人分別約為10歲、7歲等情，似見李甲等2人於遭李○○帶至我國前，未曾在我國生活，其幼童期間生長在美國，並持有美國護照，及長後在澳洲亦有4年生活期間，相較其為本件聲請時，於我國生活僅8個月。則依上開規定，定其本國法時，自應審酌上開情事及其他李甲等2人與美國、澳洲及我國等國籍關係密切程度之主、客觀因素，所生之法律適用之利益，一併於各國牽連關係之比較，予以充分衡量；惟原審僅審酌李甲等2人至臺灣，與李○○共同生活8個月之情形及所表示願留我國生活意願等情，遽認我國國籍係與李

甲等 2人關係最切之國籍，而定我國法為其本國法，未免速斷，其適用法規顯有錯誤。本件究應以李甲等 2人何本國法定準據法不明，本院無從為法律上判斷。又倘應以我國法為李甲等 2人之本國法，參酌我國民法第1055條之1 第1項第6款之立法意旨，乃有鑑於父母親在親權酌定事件中，往往扮演互相爭奪之角色，因此有時會以訴訟前或訴訟中隱匿子女、將子女拐帶出國、不告知未成年子女所在等不當之爭取行為，獲得與子女共同相處之機會，以符合所謂繼續性原則，故增列該款規定，供法院審酌評估父母何方較為善意，以作為親權所屬之判斷依據，此乃所謂「善意父母原則」。查李○○未經派○○亞同意，將李甲等 2人帶至臺灣，遭澳洲法院103年2月18日裁判依派○○亞聲請命逮捕李○○（D0000n Lee）（……IT IS ORDERED:…2. That leave is granted to the applicant mother to make an ex parte application for a warrant for the arrest of Mr. D0000n Lee this day. 3. That such a warrant shall issue for the arrest of the respondent father Darwin Lee.），104年 2月27日裁判認李○○擅自將李甲等 2人帶離澳洲，違反與派○○亞共同行使之對李甲等 2人親權，依該國西元1975年家庭法法案剝奪李○○對李甲等2人之親權，並協尋李甲等2人（見該等澳洲法院裁判，一審卷(二)88至89、77至79頁），104年3月11日美國加州上級法院亦認定澳洲法院因李○○未帶同李甲等 2人出庭，且派○○亞與澳洲法院亦不知李甲等2人下落（The Court further finds that ……the record before the Court establishes that Lee has absented himself with the parties’ children and has been non-responsive to the Australian Court. The Children’s location is unknown to Nunez and the Australian Court ……）等語（見加州上級法院派○○亞聲請解除李○○受託人職務等事件裁判，一審卷(二)90至92頁）等情，若屬非虛，原審於定對李甲等 2人之親權人，亦應一併審酌，乃見未及此，亦有可議。

兩造再抗告意旨，指摘原裁定為不當，求予廢棄，非無理由。爰將原裁定廢棄，由原法院更為適當處理。

據上論結，本件兩造再抗告均為有理由。依家事事件法第97條、非訟事件法第46條、民事訴訟法第495條之1第2項、第477條第1項、第478條第2項，裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 26 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 劉 靜 嫻

法官 林 恩 山

法官 高 金 枝

法官 周 舒 雁

法官 吳 光 釗

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 6 日

# 最高法院民事裁定

107年度台抗字第503號

## 裁判要旨

惟按執行名義成立後，如有消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴，強制執行法第14條第1項前段定有明文。又債權讓與對於債務人發生效力後，債務人即得以其與新債權人即受讓人間所存事由對抗受讓人；故執行名義成立後，債權人將債權讓與他人，該他人為強制執行法第4條之2第1項第1款所稱之繼受人，雖得以原執行名義聲請強制執行，然債務人如主張與繼受人間存有消滅或妨礙繼受人請求之事由，自應認係於執行名義成立後，有消滅或妨礙債權人請求之事由發生，許債務人提起異議之訴，以資救濟。

## 相關法條

強制執行法第4條之2第1項第1款。

再 抗 告 人 陳○玉

代 理 人 劉秋明律師

上列再抗告人因與相對人黃○宏間拍賣抵押物強制執行事件，聲請停止執行，對於中華民國107年4月17日臺灣高等法院裁定（107年度抗字第395號），提起再抗告，本院裁定如下：

### 主 文

原裁定廢棄，應由臺灣高等法院更為裁定。

### 理 由

本件再抗告人主張：原聲請人林○吉（已確定）及第三人陳○惠因向第三人臺灣○○銀行股份有限公司（下稱○○銀行）借款，於民國95年2月6日以林○吉所有坐落臺北市○○區○○段0 小段66之3、66之5、45之3、66之4地號土地設定本金最高限額新臺幣（下同）2,040萬元抵押權（下稱系爭抵押權）供擔保。嗣林○吉陸續將上開45之3、66之4地號土地（下稱系爭土地）所有權應有部分出賣予伊及第三人黃○靖、蔡○祺、程○娟、謝○珠（下稱黃○靖等4人，應有部分：黃○靖3/10，程○娟、謝○珠各2/10，蔡○祺、再抗告人及林○吉各1/10，黃○靖又將其應有部分移轉予謝○珠）。嗣○○銀行以臺灣士林地方法院（下稱士林地院）106年度司拍字第2號裁定為執行名義，聲請執行再抗告人及林○吉、程○娟、謝○珠、蔡○祺所共有66-3、66-5地號土地及系爭土地（案列106年度司執字第46217號，下稱系爭執行事件）。因土地銀行不同意各共有人僅依應有部分比例負清償之責，經結算至102年12月2日止，林○吉之借款債務仍有475萬元未為清償，兩造及林○吉乃約定由林○吉、陳○惠續任借款人，相對人為連帶保證人，林○吉、相對人各負擔該借款債務之清償責任1/4、3/4。嗣由相對人以連帶保證人之地位清償系爭抵押權所擔保之借款債務餘額470萬2,679元（下稱系爭借款債務），及受讓系爭借款債權及抵押權而續行系爭執程序。惟伊就系爭借款債務

已不負清償之責，詎相對人竟聲請對伊所有系爭土地應有部分1/10行使抵押權，伊已依強制執行法第14條第2項規定提起債務人異議之訴（案列107年度訴字第195號，下稱系爭債務人異議之訴）等情，因依同法第18條第2項規定，聲請士林地院以107年度聲字第49號裁定（下稱系爭49號裁定）准予供擔保停止系爭執行事件就伊部分之執程序（下稱系爭執程序）。相對人不服，對之提起抗告，原法院以：再抗告人自承系爭抵押權未限定各共有人應有部分所擔保之金額，且該抵押權所擔保之借款債權尚未完全受償，縱再抗告人主張兩造間約定抵押債權內部分擔比例屬實，惟再抗告人不爭執林○吉應分擔部分尚未清償，系爭執行事件自無從按兩造約定僅拍賣林○吉對於系爭土地之應有部分，是再抗告人提起系爭債務人異議之訴，請求撤銷系爭執程序，為無所據，難認有准供擔保停止系爭執程序之必要等詞，因而廢棄系爭49號裁定准再抗告人供擔保停止系爭執程序部分，駁回再抗告人之聲請。

惟按執行名義成立後，如有消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人得於強制執程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴，強制執行法第14條第1項前段定有明文。又債權讓與對於債務人發生效力後，債務人即得以其與新債權人即受讓人間所存事由對抗受讓人；故執行名義成立後，債權人將債權讓與他人，該他人為強制執行法第4條之2第1項第1款所稱之繼受人，雖得以原執行名義聲請強制執行，然債務人如主張與繼受人間存有消滅或妨礙繼受人請求之事由，自應認係於執行名義成立後，有消滅或妨礙債權人請求之事由發生，許債務人提起異議之訴，以資救濟。又強制執程序開始後，有提起異議之訴時，法院因必要情形或依聲請定相當並確實之擔保，得為停止強制執行之裁定，同法第18條第2項定有明文。依此規定，只須當事人提起異議之訴，在該異議之訴確定前，法院如認有必要，即得依職權不命供擔保或命供擔保，或依聲請定相當並確實之擔保，為停止強制執行

之裁定。至該異議之訴實體上有無理由，則非法院於裁定停止強制執行時所應審酌之事實。再抗告人以兩造間約定系爭借款債務伊不負清償責任，相對人不得對伊為強制執行為由，對相對人提起系爭債務人異議之訴，請求撤銷系爭執行程序等情，有土地共有人清償說明與連帶擔保保證書、系爭債務人異議之訴起訴狀等件可稽（見第一審卷第46頁，第60至67頁），則依上說明，上訴人自非不得提起系爭債務人異議之訴。乃原法院未審究再抗告人之權利是否可能因繼續執行而受損害，即逕就系爭債務人異議之訴實體上之爭執，認定再抗告人請求撤銷系爭執行程序，為無所據，進而為其不利之裁定，自有可議。再抗告意旨，指摘原裁定適用法規顯有錯誤，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件再抗告為有理由。依強制執行法第30條之1，民事訴訟法第495條之1第2項、第477條第1項、第478條第2項，裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 13 日

最高法院民事第八庭

審判長法官 王 仁 貴

法官 陳 駿 璧

法官 林 金 吾

法官 彭 昭 芬

法官 李 寶 堂

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 7 月 23 日



中華民國 108 年 4 月出版

版權所有

翻印必究

# 最高法院民事裁判書彙編

中華民國 107 年 7 月至 12 月

第 77 期

編輯者：最 高 法 院

發行者：最 高 法 院

地 址：台 北 市 長 沙 街 一 段 6 號

電 話：0 2 - 2 3 1 4 1 1 6 0

印刷者：財團法人伊甸社會福利基金會附設企業部

地 址：臺 北 市 萬 美 街 一 段 55 號 3 樓 之 6

電 話：0 7 - 3 2 1 1 0 5 9

ISBN:978-986-05-8818-7 (全套：光碟片)

GPN : 2007900052

# 最高法院刑事裁判書彙編

中華民國一〇七年七月至十二月

第七七期

最高法院印行



# 例 言

- 一、本彙編係依據法院組織法第 83 條規定，自民國 79 年 7 月 1 日起發行。每半年 1 期，分民、刑事裁判書全文各 1 冊，提供各界研究參考。自 105 年 4 月（72 期）起，因應電子化趨勢以達節能減碳目標，爰改以電子書方式出版。
- 二、全書編排方面，為配合各界需求及推廣法律知識，於每篇裁判之首，均擷刊其要旨及相關法條，並按其性質及法條順序依次編列，俾利查閱。
- 三、本期彙編係分別自本院 107 年度 7 月至 12 月份民、刑事裁判書，擇其精要選輯而成；共計收錄民事裁判書 27 件、刑事裁判書 42 件。

中 華 民 國 108 年 4 月



# 最高法院刑事裁判書彙編目錄 第77期

## 壹、中華民國憲法

107年台上字第3407號(中華民國憲法第12條。通訊保障及監察法第1條、第5條第4項、第5條第5項、第18條之1第3項。刑事訴訟法第158條之4。)	5
---	---

## 貳、司法院大法官解釋

107年台上字第1060號(司法院釋字第165號解釋、第435號解釋。地方制度法第50條。公職人員財產申報法第5條。刑法第310條第2項。)	13
--	----

## 參、中華民國刑法

107年台非字第174號(刑法第1條、第266條、第268條。)	21
106年台上字第3352號(刑法第27條、第28條。)	30
107年台抗字第1057號(刑法第37條之2第1項。)	45
107年台上字第3884號(刑法第38條第1項、第38條第2項、第38條之1第1項。刑事訴訟法第309條第1款、第369條第1項。)	49
107年台上字第1109號(刑法第38條第2項、第38條第4項。)	56
107年台上字第2697號(刑法第38條、第38條之1。)	64
107年台非字第142號(刑法第38條之1第5項。刑事訴訟法第142條第1項、第318條第1項。)	71
106年台上字第2862號(刑法第55條、第132條第1項、第268條、第270條。警察勤務條例第11條。)	78
107年台上字第4227號(刑法第168條。)	84
107年台上字第3628號(刑法第221條第1項、第225條第1項。)	88
107年台上字第3348號(刑法第221條、第224條。)	93

## 肆、毒品危害防制條例

- 107年台上字第2544號(毒品危害防制條例第17條。)... 100
- 107年台上字第3568號(毒品危害防制條例第19條第2項。刑事訴訟法第455條之12第3項、第455條之13第3項。)... 105

## 伍、貪汙治罪條例

- 106年台上字第3327號(貪汙治罪條例第4條第1項第3款。)... 114
- 107年台上字第1568號(貪汙治罪條例第4條第1項第3款、第4條第1項第5款、第5條第1項第3款、第11條第1項、第11條第2項、第11條第4項。)... 146
- 107年台上字第2545號(貪汙治罪條例第5條第1項第3款。刑事訴訟法第370條。)... 158

- 107年台上字第2052號(貪汙治罪條例第8條第2項。)... 169

## 陸、食品安全衛生管理法

- 107年台上字第3430號(食品安全衛生管理法第1條、第3條、第17條、第18條、第49條。)... 190

## 柒、水土保持法

- 107年台上字第4337號(水土保持法第32條第5項。刑法第38條之2第2項。)... 199

## 捌、人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例

- 107年台上字第3428號(人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條。)... 205

## 玖、刑事訴訟法

- 107年台上字第3559號(刑事訴訟法第2條第1項、第370條。中華民國憲法第16條。銀行法第125條之4第2項。)... 211
- 107年台聲字第97號(刑事訴訟法第10條。)... 226

106年台上字第2180號(刑事訴訟法第39條、第273條。)	229
107年台上字第2850號(刑事訴訟法第128條、第130條、第131條、第158條之4。)	253
106年台上字第3122號(刑事訴訟法第154條第2項、第155條第2項。貪污治罪條例第5條第1項第3款。)	261
106年台上字第3329號(刑事訴訟法第154條第2項、第398條第1項。)	280
107年台上字第2639號(刑事訴訟法第154條第2項、第163條之2第2項。)	298
107年台抗字第467號(刑事訴訟法第155條。)	302
107年台上字第3369號(刑事訴訟法第156條第1項。)	315
107年台上字第3416號(刑事訴訟法第158之4。警察職權行使法第6條。)	329
107年台上字第4267號(刑事訴訟法第159條、第379條第10款。)	336
106年台上字第3183號(刑事訴訟法第159條之2。)	342
107年台上字第2951號(刑事訴訟法第159條之3、第166條之7。)	351
106年台上字第3111號(刑事訴訟法第159條之4第2款。刑法第38條之1第1項。)	359
107年台上字第3921號(民法第15條之1、第15條之2、第78條。民事訴訟法第45條之1、第50條。刑事訴訟法第371條。)	384
107年台上字第2391號(刑事訴訟法第376條。)	399
107年台上字第2696號(刑事訴訟法第376條。)	406
107年台附字第10號(刑事訴訟法第487條、第503條。)	412
<b>拾、通訊保障及監察法</b>	
107年台上字第3052號(通訊保障及監察法第18條之1。刑事	

訴訟法第158條之4。) ..... 419

## 拾壹、中央法規標準法

107年台上字第2085號(中央法規標準法第13條。組織犯罪防  
制條例第2條、第3條第1項。) ..... 427

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第3407號

## 裁判要旨

憲法第12條規定：「人民有秘密通訊之自由。」旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。國家採取限制手段時，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保護人民秘密通訊自由之意旨（司法院釋字第631號解釋參照）。我國因此就通訊監察及通訊紀錄等事項，特制定通訊保障及監察法（下稱通保法）以為規範。又通保法的立法目的，依該法第1條規定，係為保障人民秘密通訊及隱私權不受非法侵害，並確保國家安全，維護社會秩序而制定。但為落實人權保障，該法於96年6月15日修正時，增訂第5條第4項、第5項，規定：「執行機關應於執行監聽期間，至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。」使執行機關應擔負於通訊監察期間，提出報告之義務，若發現無通訊監察之必要時，得由法院撤銷通訊監察書，儘早停止通訊監察，以維人權，並明定違反該條之相關規定，所執行監聽取得之證據，應予排除（見該條項修正立法理由），且於同年7月11日公布，並自公布後5個月施行；嗣為更嚴厲防止濫權監聽、浮濫申請、草率核准通訊監察等情形，俾進一步確實保障人權，復於103年1月14日，將該法第5條第4項、第5項修正為：「執行機關應於執行監聽期

間內，每十五日至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。檢察官或核發通訊監察書之法官並得隨時命執行機關提出報告。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」「通訊監察書之聲請，應以單一監察對象為限，同一偵、他字或相牽連案件，得同時聲請數張通訊監察書。」另增訂第18條之1，該條第3項復規定：「違反第五條、第六條或第七條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第十七條第二項規定予以銷燬。」嗣於同年月29日公布，並自公布後5個月施行。此項證據排除規定，既無但書或附加例外，又未授權法院作個案判斷其違法情節是否重大，顯然立法者係有意採取更為嚴格的態度，以釜底抽薪方式，抑制不法調查作為，將違反上開規定進行監聽所取得之證據，悉予排除；且經核此性質，即為刑事訴訟法第158條之4所稱「法律另有規定」的情形，自應優先適用。

## 相關法條

中華民國憲法第12條。

通訊保障及監察法第1條、第5條第4項、第5項、第18條之1第3項。

刑事訴訟法第158條之4。

上訴人 林○合

選任辯護人 許哲嘉律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國106年12月21日第二審判決（106年度上訴字第720號，起訴案號：臺灣雲林地方檢察署105年度偵字第5567號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於如其附表三編號2、3所示之林○合販賣第一級毒品予蔡○、黃○池部分撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

### 理 由

一、本件原判決認定：上訴人林○合明知海洛因係毒品危害防制條例第2條第2項第1款所列的第一級毒品，不得販賣、持有，竟意圖營利，基於販賣海洛因之犯意，以門號0905000000行動電話作為聯絡工具，於民國105年5月13日上午10時23分至38分間某時，在雲林縣莿桐鄉中山路某「7-11便利商店」，及同年月15日中午12時50分後不久，在同鄉「大將工業區」門口，分別以新臺幣（下同）2千元及1千元的價格，販賣海洛因1小包予蔡○、黃○池各1次之犯行，因而維持第一審關於此部分論處上訴人犯販賣第一級毒品2罪刑（均依刑法第59條規定酌減其刑，分別宣處有期徒刑15年1月、15年）部分之判決，駁回檢察官及上訴人關於此部分之第二審上訴（上訴人被訴如原判決附表三編號1、4部分，皆已判決無罪確定）。固非無見。

二、惟查：

（一）、憲法第12條規定：「人民有秘密通訊之自由。」旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。國家採取限制手段時，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範

圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保護人民秘密通訊自由之意旨（司法院釋字第631號解釋參照）。我國因此就通訊監察及通訊紀錄等事項，特制定通訊保障及監察法（下稱通保法）以為規範。又通保法的立法目的，依該法第1條規定，係為保障人民秘密通訊及隱私權不受非法侵害，並確保國家安全，維護社會秩序而制定。但為落實人權保障，該法於96年6月15日修正時，增訂第5條第4項、第5項，規定：「執行機關應於執行監聽期間，至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。」使執行機關應擔負於通訊監察期間，提出報告之義務，若發現無通訊監察之必要時，得由法院撤銷通訊監察書，儘早停止通訊監察，以維人權，並明定違反該條之相關規定，所執行監聽取得之證據，應予排除（見該條項修正立法理由），且於同年7月11日公布，並自公布後5個月施行；嗣為更嚴厲防止濫權監聽、浮濫申請、草率核准通訊監察等情形，俾進一步確實保障人權，復於103年1月14日，將該法第5條第4項、第5項修正為：「執行機關應於執行監聽期間內，每十五日至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。檢察官或核發通訊監察書之法官並得隨時命執行機關提出報告。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」「通訊監察書之聲請，應以單一監察對象為限，同一偵、他字或相牽連案件，得同時聲請數張通訊監察書。」另增訂第18條之1，該條第3項復規定：「違反第五條、第六條或第七條規定

進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第十七條第二項規定予以銷燬。」嗣於同年月29日公布，並自公布後5個月施行。此項證據排除規定，既無但書或附加例外，又未授權法院作個案判斷其違法情節是否重大，顯然立法者係有意採取更為嚴格的態度，以釜底抽薪方式，抑制不法調查作為，將違反上開規定進行監聽所取得之證據，悉予排除；且經核此性質，即為刑事訴訟法第158條之4所稱「法律另有規定」的情形，自應優先適用。

原判決既認本件執行監聽的機關即雲林縣警察局刑事警察大隊，於報請臺灣雲林地方檢察署檢察官檢具相關資料，向第一審法院聲請對上訴人持用之門號0905000000、0970000000行動電話實施通訊監察，經該法院審酌後，認有事實足認上訴人涉犯販賣毒品罪嫌，並危害國家安全、經濟秩序或社會秩序，且情節重大而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，難以其他方法蒐集或調查證據，乃依通保法第5條第1項第1款規定，核發本件通訊監察書，監察期間自105年5月13日10時起，至同年6月11日10時止。但前開執行監聽機關嗣卻未依同法第5條第4項規定，於其執行監聽期間內，每15日至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，及有無繼續執行監聽之需要等情（見原判決第2頁第10行至第3頁第2行）。如果無訛，則依同法第18條之1第3項規定，該監聽行為所取得的內容或所衍生的證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並應依同法第17條第2項規定予以銷燬。乃原判決理由卻謂：該執行監聽機關於開始監聽未逾15日內取得之監聽資料，並無瑕疵，亦即尚無違反同法第5條第4項規定的情形，自得採為證據，故本件檢察官提出上訴人所持用門號0905000000行動電話的同年5月13日至15日通訊監察譯文，應有證據能力云云，似難認

於法無違。

- (二)、刑事訴訟法採嚴謹證據法則，被告受無罪推定保障，法院認定犯罪事實，應依憑證據予以嚴格證明，檢察官身為偵查主體，負有實質舉證責任，觀諸該法第154條第1項、第2項及第161條第1項規定甚明。而刑事被告，一旦遭認罪科刑確定，財產、自由甚或生命將被剝奪，不但自身關係重大，也會影響其相關家人或親戚、朋友的生活，豈能輕率、大意，故同法第2條第1項規定：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」雖屬訓示規定，然藉此開宗明義，不啻耳提面命，實用心良苦。又對向犯（對立性正犯）、被害人、告訴人等與被告立場（利害）相反者，在本質上存有較大的虛偽危險性，基於實務經驗累積，唯恐此等人員的陳述可能失真，乃發展出認為仍應有補強證據，以佐證其供述憑信性之必要性，學理上稱為超法規補強法則。

以販賣毒品案件為例，無論何級毒品，一旦成立，罪責皆重，然則實務上偶見卷內毫無販售之一方必需的毒品、常見的價金、常備的磅秤、分裝杓、袋工具，甚或帳冊（單）等非供述證據扣案，倘若被告始終堅決否認犯行，無何自白，而唯一的供述證據，竟係交易買方之指述；衡諸毒品危害防制條例第17條第1項定有毒品下游供出其上游來源，因而查獲其他正犯或共犯，可享減免罪責之優遇規定，可見於此情況下，上、下游之間，存有緊張、對立的利害關係，該毒品下游之買方所供，是否確實可信，當須有補強證據，予以參佐；其竟若無，警察機關不再佈線以「釣魚」偵查方式翔實蒐證，即遽行移、報檢察機關，而檢察官旋逕行提起公訴，法院亦未詳查審認，就論處被告販賣毒品之重罪刑，如此，無罪推定原則、證據裁判主義、嚴謹證據法則，是否確有落實？其與有罪推定何異？是警察機關僅將唯一之買方指述，作

為證據資料，移請查辦賣方販賣毒品，而在無被告自白或其他供述、非供述證據，足以補強、佐證之情況下，即已可致所謂的賣方，受到重刑之宣告，則人權保障或精密、核心偵查，都祇是理論、不切實際，被告不願甘服，自是當然。原判決認定上訴人有前揭販賣海洛因予蔡○、黃○池之犯行，無非係依憑蔡○、黃○池於偵查時之證述，及卷附蔡○持用之門號0970000000行動電話、黃○池持用之門號0987000000行動電話分別於105年5月13日及15日，與上訴人持用之門號0905000000行動電話的通訊監察譯文（下稱本案通訊譯文），為其論據。

然稽諸卷內資料，上訴人雖坦承有於前開時間，以上述門號行動電話，分別與蔡○、黃○池聯繫，惟始終否認有前揭販賣海洛因之犯行，辯稱：我是與蔡○、黃○池相約合買海洛因等語；而證人蔡○於偵查時，雖指稱：我有於105年5月13日10時23分至38分，以前開行動電話與上訴人通話後，2人就約在荊桐鄉中山路某「7-11（統一超商）」門口，我以2千元向上訴人購買海洛因1包，因為當時我帶的錢不夠，所以只給1千元，尚欠1千元，後於隔日在同一地點償還上訴人云云，但嗣在第一審中，卻先稱：我於同年月13日有見到上訴人，上訴人並給我海洛因1小包，但沒有收錢等言，隨後又改稱：我當日未與上訴人碰面等詞，前後不一；另證人黃○池於偵查時，固陳稱：我於同年月15日下午12時36分及50分與上訴人通話後，2人約在荊桐鄉「大將工業區」門口，我向上訴人購買海洛因1包1千元，是一手交錢一手交貨云云，但在第一審中，則原稱：我是請上訴人幫忙拿毒品，嗣又翻稱：我已忘記是請上訴人幫忙買毒品或向上訴人購買毒品各等言，先後陳述兩歧，是蔡○、黃○池之證述，均有瑕疵可指；另卷存本案通訊譯文，依上所述，似不得採為論罪依據。則本件究竟尚有無其他事證，足資佐證上訴人確有如蔡

○、黃○池於偵查時所指之前揭犯行？仍待研求，原審未進一步究明，並詳敘所憑之依據，遽行判決，尚難昭折服。

(三)、上訴意旨，指摘原判決不當，非無理由，且原判決關於此部分認定之事實既尚欠明確，本院無從為其法律適用是否適當之判斷，應認原判決關於此部分，有撤銷發回更審的原因。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 107 年 10 月 31 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 許 錦 印

法官 李 欽 任

法官 王 國 棟

法官 吳 信 銘

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 1 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第1060號

## 裁判要旨

(一)依地方制度法第50條規定，地方議會開會時，議員對於有關會議事項所為之言論，對外不負責任，但就無關會議事項所為顯然違法之言論，不在此限。其立法意旨在保障議員行使職權無所瞻顧，充分反映民意，善盡監督職責，議員不因行使職權所為之言論而負民事上損害賠償責任或受刑事上之訴追，除因其言論違反議會內部所訂自律之規則而受懲戒外，亦不負行政責任。故此項言論免責權之保障範圍，依司法院釋字第165號及第435號解釋之意旨，應作最大程度之界定。是以議員開會時所發表之言論是否在言論免責權之保障範圍內，應視議員言論之內容與其職權有無關連而定。至於議員開會時所為之言論，是否與會議事項有關，不以會議正進行之中特定議題或議案為限，亦不以完全符合議會自行訂定之質詢辦法或議事規則為必要。又公職人員財產申報法第5條亦將應依該法申報財產之公職人員，連同其配偶及未成年子女所有之財產，納入為應一併申報之範圍。從而公職人員之配偶縱非公眾政治人物，其財產來源之合法及正當性，仍與公職人員操守之廉潔性及施政有無弊端或不當利益輸送等節，無從截然劃分，攸關公共利益，基於保障議員得以無所瞻顧而善盡監督職責之精神，議員於議會開會時質詢行政官員，質疑行政官員之配偶有否利用行政官員之職權與廠商不正當利益輸送，難謂與議員行使監督地方政府之職權全然無關。議員於議會開會為言論時，如主觀上有行使其法定職權之意，客觀上可以辨識係與職權之行使有關連者，均屬言論免責權應予保障之範圍。上訴人於市政總質詢時，向市長質詢之內容，縱超出議案範圍或涉及個人問題，逾越臺北市

議會自行訂定之臺北市議會議員質詢辦法及臺北市議會議事規則之規定，經議長於維持議事運作之限度內，循議事規範即時制止，亦純屬議會自律原則下之內部事項，依上開說明，倘與其議員之監督職責有關，仍不影響議員依法享有言論免責權保障之範圍。

(二)在民主代議制度下，由人民選出之民意代表，負表達民意之重責，執行監督政府之職務；質詢制度則是基於民意政治及責任政治原理所為之制度性設計。依地方制度法第48條第2項之規定，議員於議會定期會開會時，有向各首長或單位主管質詢之權。又基於前述議員言論免責權之保障範圍，應作最大程度界定之精神，議員於質詢時所為之言論及其使用之相關資料，須係出於蓄意造假等，顯然不符意見表達之適當情節致侵害他人法益者，始屬濫用言論免責權，而不在應予保障之列；並非以有無經過合理查證，為判斷是否免責之標準。依卷內資料，上訴人一再質詢自訴人之配偶即市長郝○斌：「你夫人有沒有收過人家鑽石？」經郝市長接連4次即時答詢：「當然沒有。」並駁斥：「我建議你最好到議會外去講這些話。」「你若涉及人身誹謗，如果有種，你到外面去講。」「你放棄言論免責權，你講啊！」等語後，仍執意當場播放某不詳男子指陳有關工信潘總贈送自訴人高價鑽戒之錄音內容等情，縱然屬實，但原審就上訴人所播放之錄音及其內容，僅係消息來源未經合理查證？抑或已屬超越免責權保障範圍，而出於蓄意造假違法濫用，顯然不符意見表達之適當情節致侵害他人法益之行為？並未詳予調查釐清，徒以上訴人所為上開言論，未經合理查證，即認定係屬惡意誹謗而不受言論免責權之保障，亦有調查未盡及理由不備之違法。

## 相關法條

司法院釋字第165號、第435號解釋。

地方制度法第50條。

公職人員財產申報法第5條。

刑法第310條第2項。

上訴人 童○彥

選任辯護人 洪士傑律師

上列上訴人因甲○○自訴妨害名譽案件，不服臺灣高等法院中華民國107年2月13日第二審判決（105年度上易字第1438號，自訴案號：臺灣臺北地方法院102年度自字第2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童○彥係臺北市議員，基於意圖散布於眾之故意，接續為下列行為：（一）議場內誹謗部分：上訴人於民國101年11月15日在臺北市議會進行市政總質詢過程中，表示「…我今天要在這邊爆料」，即以未經查證，且與正進行質詢議題無關之事，詢問市長郝○斌（內容詳如原判決事實一之（一）所載），而在多數人得以見聞之情況下，指述郝○斌市長的配偶即自訴人甲○○收受廠商高價鑽戒，足以毀損自訴人之名譽。（二）議場外誹謗部分：上訴人承前誹謗之犯意，於101年11月15日臺北市議會進行市政總質詢結束後，在議會外接受媒體採訪、電台記者電話採訪時，及於翌日在服務處再次接受電視媒體採訪時，繼續指述及散布文字指稱自訴人收受廠商高價鑽戒（內容詳如原判決事實一之（二）所載），足以毀損自訴人之名譽等情。因而撤銷第一審之無罪判決，改判依接續犯關係論處上訴人刑法第310條第2項之散布文字誹謗罪刑。固非無見。

二、惟關於原判決認定上訴人在上開議場內誹謗部分，仍有如下之可議。

（一）經查：

1. 依地方制度法第50條規定，地方議會開會時，議員對於有關

會議事項所為之言論，對外不負責任，但就無關會議事項所為顯然違法之言論，不在此限。其立法意旨在保障議員行使職權無所瞻顧，充分反映民意，善盡監督職責，議員不因行使職權所為之言論而負民事上損害賠償責任或受刑事上之訴追，除因其言論違反議會內部所訂自律之規則而受懲戒外，亦不負行政責任。故此項言論免責權之保障範圍，依司法院釋字第165號及第435號解釋之意旨，應作最大程度之界定。是以議員開會時所發表之言論是否在言論免責權之保障範圍內，應視議員言論之內容與其職權有無關連而定。至於議員開會時所為之言論，是否與會議事項有關，不以會議正進行之中之特定議題或議案為限，亦不以完全符合議會自行訂定之質詢辦法或議事規則為必要。又公職人員財產申報法第5條亦將應依該法申報財產之公職人員，連同其配偶及未成年子女所有之財產，納入為應一併申報之範圍。從而公職人員之配偶縱非公眾政治人物，其財產來源之合法及正當性，仍與公職人員操守之廉潔性及施政有無弊端或不當利益輸送等節，無從截然劃分，攸關公共利益，基於保障議員得以無所瞻顧而善盡監督職責之精神，議員於議會開會時質詢行政官員，質疑行政官員之配偶有否利用行政官員之職權與廠商不當利益輸送，難謂與議員行使監督地方政府之職權全然無關。議員於議會開會為言論時，如主觀上有行使其法定職權之意，客觀上可以辨識係與職權之行使有關連者，均屬言論免責權應予保障之範圍。

2. 原判決以上訴人為臺北市議員，於101年11月15日在臺北市議會所進行之市政總質詢，係在續行質詢時任臺北市長郝○斌，有關上訴人對於其「經檢舉會同消防局、警察單位、勞工局、商業處、衛生局等單位至前考試院長關○上班期間前往按摩之按摩院稽查，發現該按摩院未經合法登記、報稅不實、未確實投保、消防安檢不合格、發現藥品等事」之議題

(見原判決第1頁倒數第2至5列之事實欄一、(一))，作為上訴人所為之言論是否與會議事項有關之判斷標準，而認定上訴人質詢郝○斌市長之配偶即自訴人是否收受人家鑽石及播放某男子指陳有關「工信潘總贈送自訴人鑽戒」之錄音內容，係「與正在進行質詢內容無關之事」，經議長制止後，上訴人才繼續質詢原先之議題，因認上訴人所為，顯非對市政進行質詢，資為其認上訴人所為已逾越保障之範圍，自不在議員言論免責權之保障範圍內之論據之一(見原判決第19頁第6至28列，理由欄貳、一、(三)3.(2))。然上訴人於市政總質詢時，向市長質詢之內容，縱超出議案範圍或涉及個人問題，逾越臺北市議會自行訂定之臺北市會議員質詢辦法及臺北市會議事規則之規定，經議長於維持議事運作之限度內，循議事規範即時制止，亦純屬議會自律原則下之內部事項，依上開說明，倘與其議員之監督職責有關，仍不影響議員依法享有言論免責權保障之範圍。原判決並未依司法院釋字第165、435號解釋意旨，就上訴人所質詢及當場播放錄音內容之言論與其議員職權有無關連，加以論斷說明，即以上訴人所為上開言論，與正進行質詢之原排定議題無關，已屬超越言論免責保障範圍，而遽為上訴人不利之認定，已有調查未盡及理由不備之違法。

(二)再查：

1. 在民主代議制度下，由人民選出之民意代表，負表達民意之重責，執行監督政府之職務；質詢制度則是基於民意政治及責任政治原理所為之制度性設計。依地方制度法第48條第2項之規定，議員於議會定期會開會時，有向各首長或單位主管質詢之權。又基於前述議員言論免責權之保障範圍，應作最大程度界定之精神，議員於質詢時所為之言論及其使用之相關資料，須係出於蓄意造假等，顯然不符意見表達之適當情節致侵害他人法益者，始屬濫用言論免責權，而不在應予

保障之列；並非以有無經過合理查證，為判斷是否免責之標準。

2. 依卷內資料，上訴人一再質詢自訴人之配偶即市長郝○斌：「你夫人有沒有收過人家鑽石？」經郝市長接連4次即時答詢：「當然沒有。」並駁斥：「我建議你最好到議會外去講這些話。」「你若涉及人身誹謗，如果有種，你到外面去講。」「你放棄言論免責權，你講啊！」等語（見第一審卷一第97至98頁背面之臺北市議會市政總質詢第16組、質詢日期：101年11月15日譯文）後，仍執意當場播放某不詳男子指陳有關工信潘總贈送自訴人高價鑽戒之錄音內容等情，縱然屬實，但原審就上訴人所播放之錄音及其內容，僅係消息來源未經合理查證？抑或已屬超越免責權保障範圍，而出於蓄意造假違法濫用，顯然不符意見表達之適當情節致侵害他人法益之行為？並未詳予調查釐清，徒以上訴人所為上開言論，未經合理查證，即認定係屬惡意誹謗而不受言論免責權之保障（見原判決第19頁第21至28列），亦有調查未盡及理由不備之違法。

三、上訴意指指摘原判決關於議場內誹謗部分違背法令，為有理由，應認有撤銷發回更審之原因。至議場外誹謗部分，基於審判不可分原則，應併予發回。又臺灣臺北地方檢察署移送併辦（即該署106年度偵續字第224號李○萍告訴上訴人妨害名譽案件）部分，與本件有無裁判上一罪關係而應併予審理，案經發回，宜併注意及之。

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 107 年 8 月 15 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發  
法官 梁 宏 哲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 20 日

# 最高法院刑事判決

107年度台非字第174號

## 裁判要旨

刑法第1條規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」為罪刑法定主義，而刑法罪刑法定主義禁止類推解釋之精神，在保障人民之自由及權利，限制國家權力之濫用，使人民不受法無處罰明文之刑罰制裁，且不因執法者以一己之念任意解釋法律，而受不測之損害。惟擴張解釋則為罪刑法定主義所不禁止，乃屬正當之解釋方法。擴張解釋係因法律規定文義過狹，不足表示立法真意，因而擴張法文之意義，以期正確適用。此擴張須在文義可能之範圍內，即須在文義「預測可能性」的射程內，若內涵相同，或為內涵所能涵蓋，並不違背立法目的，始可為擴張解釋。關於賭博行為，刑法第266條第1項規定：「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。」為普通賭博罪。第268條規定：「意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。」為圖利賭博罪或聚眾賭博罪。上開罰金部分，依刑法施行法第1條之1規定，其單位為新臺幣，並提高為30倍。而社會秩序維護法第84條規定：「於非公共場所或非公眾得出入之職業賭博場所，賭博財物者，處新臺幣九千元以下罰鍰。」則為對賭博行為不合於刑法賭博罪之行政處罰規定。以上三種處罰賭博行為之規定，其情形並不相同。刑法第266條第1項之普通賭博罪，係以在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物為其成立要件。而社會秩序維護法第84條所定之賭博行為，則不以在公共場所或公眾得出入之場所為之為要件。至刑法第268條之圖利賭博罪或聚眾賭博罪，亦不以

在公共場所或公眾得出入之場所為之為要件。依上開規定，在非公共場所或非公眾得出入之場所賭博財物，並不構成刑法第266條第1項之賭博罪。所謂之「賭博場所」，只要有一定之所在可供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間之場地始足為之。以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可為傳達賭博訊息之工具。電腦網路係可供公共資訊傳輸園地，雖其為虛擬空間，然既可供不特定之多數人於該虛擬之空間為彼此相關聯之行為，而藉電腦主機、相關設備達成其傳輸之功能，在性質上並非純屬思想之概念空間，亦非物理上絕對不存在之事物，在電腦網站開設投注簽賭網站，供不特定人藉由網際網路連線登入下注賭博財物，該網站仍屬賭博場所。透過通訊或電子設備簽注賭博財物，與親自到場賭博財物，僅係行為方式之差異而已，並不影響其在一定場所為賭博犯罪行為之認定，此為擴張解釋，非法之所禁。惟如前所述，刑法第266條第1項之普通賭博罪在成立上，係以「在公共場所或公眾得出入之場所」作為要件。所謂「公共場所」，係指特定多數人或不特定之人得以出入、集合之場所；所謂「公眾得出入場所」，係指非屬公共場所，而特定多數人或不特定之人於一定時段得進出之場所。是網際網路通訊賭博行為，究應論以刑法第266條第1項之普通賭博罪，抑應依社會秩序維護法第84條處罰，則以個案事實之認定是否符合於「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博財物之要件而定。於電腦網路賭博而個人經由私下設定特定之密碼帳號，與電腦連線上線至該網站，其賭博活動及內容具有一定封閉性，僅為對向參與賭博之人私下聯繫，其他民眾無從知悉其等對賭之事，對於其他人而言，形同一個封閉、隱密之空間，在正常情況下，以此種方式交換之訊息具有隱私性，故利用上開方式向他人下注，因該簽注內容或活動並非他人可得知悉，尚不具公開性，即難認係在「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博，不能論以刑法第266條第1項之賭博罪。

，惟如合於社會秩序維護法第84條規定之要件，則依該法予以處罰。對此因科技之精進新興賭博之行為，如認其可責性不亞於刑法第266條第1項之普通賭博罪，於刑事政策上認有依刑法處罰之必要，則應循立法途徑修法明定，以杜爭議，並符罪刑法定之原則。

## 相 關 法 條

刑法第1條、第266條、第268條。

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 謝○盈

上列上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院高雄分院中華民國107年3月7日第二審確定判決（107年度上易字第39號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣高雄地方檢察署106年度偵字第15508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

非常上訴理由稱：「一、按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。經查本案被告謝○盈先於民國104年5月底至『九州娛樂城』賭博網站，向該賭博網站申請帳號、自設密碼加入成為會員，並將款項轉帳至該賭博網站所提供之帳戶後，由該賭博網站經營者以1比1之比例將所匯款項轉換為點數以取得下注額度，並自104年5月底至105年初接續多次利用電腦或手機連接網際網路，以取得之帳號、密碼登入該賭博網站後，賭博方式為撲克牌、百家樂，並以其名下之帳戶匯款至前開賭博網站供作賭金，以此方式與該賭博網站經營者對賭財物。嗣因警方清查前開賭博網站使用之帳戶來往資金，始悉上情，案經新北市政府警察局土城分局移送後，因被告坦承不諱，經檢察官認被告涉犯刑法第266條第1項之罪，以106年度偵字第15508號聲請簡易判決處刑。嗣經臺灣高等法院高雄分院107年度上易字第39號判決維持臺灣高雄地方法院106年度審易字第1906號無罪判決原判而駁回上訴確定。惟查『所謂之【賭博場所】，只要有一定之所在可供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間之場地始足為之。且以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可為傳達賭博訊息之工具，例如主觀上有營利意圖而提供網址供人賭博財物者，亦屬提供賭博場所之一種』

最高法院94年度台非字第108 號判決意旨可資參照。二、本案原判決將刑法第266 條之『場所』拘泥於三維空間地域之傳統定義，逕認限於『外觀可見、實體之場所』，復將『公眾得出入』解釋為『公眾得以自由見聞』，惟刑法分則中公然二字之意義，祇以不特定人或多數人得以共見共聞之狀況為已足，司法院院字第2033號解釋足參，而刑法第266條第1項僅以『公共場所或公眾得出入之場所』為要件，並未提及賭博行為須『公然』為之或以他人得觀看、共見共聞為必要，且再賭博網站為刑法第266條第1項之『公眾得出入之場所』，為歷來法院所持之見解，如臺灣高等法院臺中分院89年度上易字第343號判決、臺灣高等法院106年度上易字第369 號判決等。原判決顯混淆二者之區別，已非僅係法律見解之不同，而係對犯罪構成要件之解釋錯誤，顯有判決適用法則不當之違法。三、案經確定，爰依刑事訴訟法第441 條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

本院按：

一、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。案件如經確定，固得提起非常上訴，以資糾正，但必須有各該情形存在為前提，始得為之。又最高法院之調查，以非常上訴理由所指摘之事項為限，為刑事訴訟法第445條第1項所明定。

二、刑法第1 條規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」為罪刑法定主義，而刑法罪刑法定主義禁止類推解釋之精神，在保障人民之自由及權利，限制國家權力之濫用，使人民不受法無處罰明文之刑罰制裁，且不因執法者以一己之念任意解釋法律，而受不測之損害。惟擴張解釋則為罪刑法定主義所不禁止，乃屬正當之解釋方法。擴張解釋係因法律規定文義過狹，不足表示立法真意，因而擴張法文之意義，以期正確適用。此擴張須在文義可能之範圍內，即須在文義「預測可能性」的射程內，若內涵相同，或為內涵所

能涵蓋，並不違背立法目的，始可為擴張解釋。

關於賭博行為，刑法第266條第1項規定：「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。」為普通賭博罪。第268條規定：「意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。」為圖利賭博罪或聚眾賭博罪。上開罰金部分，依刑法施行法第1條之1規定，其單位為新臺幣，並提高為30倍。而社會秩序維護法第84條規定：「於非公共場所或非公眾得出入之職業賭博場所，賭博財物者，處新臺幣九千元以下罰鍰。」則為對賭博行為不合於刑法賭博罪之行政處罰規定。以上三種處罰賭博行為之規定，其情形並不相同。刑法第266條第1項之普通賭博罪，係以在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物為其成立要件。而社會秩序維護法第84條所定之賭博行為，則不以在公共場所或公眾得出入之場所為之為要件。至刑法第268條之圖利賭博罪或聚眾賭博罪，亦不以在公共場所或公眾得出入之場所為之為要件。依上開規定，在非公共場所或非公眾得出入之場所賭博財物，並不構成刑法第266條第1項之賭博罪。所謂之「賭博場所」，只要有一定之所在可供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間之場地始足為之。以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可為傳達賭博訊息之工具。電腦網路係可供公共資訊傳輸園地，雖其為虛擬空間，然既可供不特定之多數人於該虛擬之空間為彼此相關聯之行為，而藉電腦主機、相關設備達成其傳輸之功能，在性質上並非純屬思想之概念空間，亦非物理上絕對不存在之事物，在電腦網站開設投注簽賭網站，供不特定人藉由網際網路連線登入下注賭博財物，該網站仍屬賭博場所。透過通訊或電子設備簽注賭博財物，與親自到場賭博財物，僅係行為方式之差異而已，並不影響其在一定場所為賭博犯罪行為之認定，此為擴張解釋，非法之所禁。惟如前所述，刑法第266條第1項之普通賭博罪在成立上，係以「在公共場所或公眾得出入之場所

」作為要件。所謂「公共場所」，係指特定多數人或不特定之人得以出入、集合之場所；所謂「公眾得出入場所」，係指非屬公共場所，而特定多數人或不特定之人於一定時段得進出之場所。是網際網路通訊賭博行為，究應論以刑法第266條第1項之普通賭博罪，抑應依社會秩序維護法第84條處罰，則以個案事實之認定是否符合於「公共場所」或「公眾得出入場所」賭博財物之要件而定。於電腦網路賭博而個人經由私下設定特定之密碼帳號，與電腦連線上線至該網站，其賭博活動及內容具有一定封閉性，僅為對向參與賭博之人私下聯繫，其他民眾無從知悉其等對賭之事，對於其他人而言，形同一個封閉、隱密之空間，在正常情況下，以此種方式交換之訊息具有隱私性，故利用上開方式向他人下注，因該簽注內容或活動並非他人可得知悉，尚不具公開性，即難認係在「公共場所」或「公眾得出入場所」賭博，不能論以刑法第266條第1項之賭博罪，惟如合於社會秩序維護法第84條規定之要件，則依該法予以處罰。對此因科技之精進新興賭博之行為，如認其可責性不亞於刑法第266條第1項之普通賭博罪，於刑事政策上認有依刑法處罰之必要，則應循立法途徑修法明定，以杜爭議，並符罪刑法定之原則。

三、本件原判決以：檢察官聲請簡易判決處刑意旨略以：被告謝○盈基於在公眾得出入場所賭博之犯意，於民國104年5月底以網際網路聯結至由姓名年籍不詳之成年人所架設經營之「九州娛樂城」賭博網站，向該賭博網站申請帳號、自設密碼加入成為會員，並將款項轉帳至該賭博網站所提供之廖○妍合作金庫銀行帳戶後，由該賭博網站經營者以1比1之比例將所匯款項轉換為點數以取得下注額度，並自104年5月底至105年初接續多次在其位於高雄市○○區○○路00號18樓住處內，利用電腦或手機連接網際網路，以取得之帳號、密碼登入該賭博網站後，賭博方式為撲克牌、百家樂，並以其名下之中國信託銀行帳戶匯款至前開賭博網站供作賭金，以此方式與該賭博網站經營者對賭財物。嗣因警方

清查前開賭博網站使用之帳戶來往資金，始悉上情。因認被告涉犯刑法第266條第1項賭博罪嫌等語。惟經審理結果，以：刑法第266條第1項之賭博罪，係以在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物為其成立要件。基於刑法罪刑法定主義，禁止類推解釋之精神，行為人在此等場所以外之地方進行賭博，自不構成本罪。個人設定之帳號、密碼經由電腦連線上線至該網站，其賭博活動及內容具有一定封閉性，僅為對向參與賭博之人私下聯繫，其他民眾無從知悉其等對賭之事，對於其他人而言，形同一個封閉、隱密之空間，在正常情況下，以此種方式交換之訊息具有隱私性，故利用上開方式向他人下注，因該簽注內容或活動並非他人可得知悉，不具公開性，尚難符合該公共場所或公眾得出入之場所之要件。本案連線上網簽賭下注等情，並無一得由不特定人共見共聞，並得穿梭其中之空間存在，不符合刑法第266條第1項賭博罪於公共場所或公眾得出入場所賭博之要件。而刑法第268條，係以意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者為其構成要件，該供給「賭博場所」或「聚眾賭博」要件，並未限於公共場所或公眾得出入之場所，自與刑法第266條第1項規定之要件不同。刑法第268條之「賭博場所」或「聚眾」之構成要件，只要有一定所在可供人賭博財物即可，故在概念上，包括有形及無形之空間場所，不能以刑法第268條之賭博場所可包括網路空間，即認刑法第266條賭博罪，亦應為相同解釋等旨（尚須符合公共場所或公眾得出入之場所）。因而維持第一審諭知被告無罪之判決，駁回檢察官在第二審之上訴。

四、經核原判決並無違誤。至於本院94年度台非字第108號判決意旨關於「賭博場所」之說明，係指刑法第268條圖利供給「賭博場所」而言。然該賭博場所仍應屬「公共場所」或「公眾得出入之場所」，始與刑法第266條第1項賭博罪之構成要件相當。原判決以被告雖有賭博行為，然既非在「公共場所」或「公眾得出入之場所」下注簽賭，即難認其行為已符合刑法第266條第1項賭

博罪之構成要件，因而為無罪之判決，詳予說明，並無違誤。非常上訴意旨執本院不同之案件及憑持不同之法律見解而為指摘，即非有理由，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 107 年 12 月 20 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 徐 昌 錦

法官 林 恆 吉

法官 呂 丹 玉

法官 蔡 國 在

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 25 日

# 最高法院刑事判決

106年度台上字第3352號

## 裁判要旨

複數行為人以共同正犯型態實施特定犯罪時，除自己行為外，亦同時利用他人之行為，以遂行自己之犯罪，從而共同正犯行為階段如已推進至「著手實施犯行之後」，脫離者為解消共同正犯關係，不僅須停止放棄自己之行為，向未脫離者表明脫離意思，使其瞭解認知該情外，更由於脫離前以共同正犯型態所實施之行為，係立於未脫離者得延續利用之以遂行自己犯罪之關係，存在著未脫離者得基於先前行為，以延續遂行自己犯罪之危險性，脫離者自須排除該危險，或阻止未脫離者利用該危險以續行犯罪行為時，始得解消共同正犯關係，不負共同正犯責任。易言之，複數行為人遂行犯罪時，較諸於單獨犯型態，由於複數行為人相互協力，心理上較容易受到鼓舞，在物理上實行行為亦更易於強化堅實，對於結果之發生具有較高危險性，脫離者個人如僅單獨表示撤回加功或參與，一般多認為難以除去該危險性，準此，立於共同正犯關係之行為，複數行為人間之各別行為既然具有相互補充、利用關係，於脫離之後仍殘存有物理因果關係時固毋待贅言，甚於殘存心理因果關係時，單憑脫離共同正犯關係之表示，應尚難足以迴避共同正犯責任，基於因果關係遮斷觀點，脫離者除須表明脫離共同正犯關係之意思，並使未脫離者認清明瞭該情外，更須除去自己先前所為對於犯罪實現之影響力，切斷自己先前所創造之因果關係（即須消滅犯行危險性，解消脫離者先前所創造出朝向犯罪實現之危險性或物理、心理因果關係效果，如進行充分說服，於心理面向上，解消未脫離共犯之攻擊意思，或撤去犯罪工具等，除去物理的因果性等），以解消共同正犯關係本身，始毋

庸就犯罪最終結果（既遂）負責，否則先前所形成之共同正犯關係，並不會因脫離者單純脫離本身，即當然解消無存，應認未脫離者後續之犯罪行為仍係基於當初之共同犯意而為之，脫離者仍應就未脫離者後續所實施之犯罪終局結果負共同正犯責任。

## 相關法條

刑法第27條、第28條。

最高法院刑事判決

106年度台上字第3352號

上訴人 張○承（原名張○堯）

選任辯護人 林長振律師

上訴人 李○蓁

選任辯護人 吳漢成律師

上訴人 黃○文

選任辯護人 張績寶律師

上訴人 高○翔

劉○仁

上二人共同

選任辯護人 陳信伍律師

上訴人 簡○廷

選任辯護人 顏 寧律師

房佑璟律師

上列上訴人等因偽造文書等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國106年2月3日第二審判決（105年度上訴字第138號、105年度原上訴字第40號，起訴案號：臺灣臺東地方檢察署104年度偵字第2128、3048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。本件原判決認定上訴人張○堯（現改名為張○承，以下仍稱張○堯）、李○蓁、黃○文、

高○翔、劉○仁、簡○廷有其事實欄所載，於臺東縣臺○市興○路機房（下稱興○機房）三人以上共同以網路詐欺取財、行使偽造準特種文書；或於臺○市東○路機房（下稱東○機房）三人以上共同以網路詐欺取財、行使偽造準特種文書、行使偽造準私文書（匯款單）；或於臺○市長○路機房（下稱長○機房）三人以上共同以網路詐欺取財、行使偽造準私文書（匯款單）之犯行，因而撤銷第一審關於上訴人等 6 人部分之不當判決，改判依想像競合犯從一重均論以三人以上共同以網路詐欺取財罪，分處張○堯如原判決附表（下稱附表）1 編號1 至5、7、9、10至15、17之刑，應執行有期徒刑10年（另就檢察官起訴附表1 編號6、8、16、18、19，及起訴書犯罪事實欄一、(三)臺○市文○路機房【下稱文○機房】部分，認不能成立犯罪，為無罪諭知）。處黃○文如附表1 編號11至14、17之刑（均累犯），應執行有期徒刑5年6月（另就檢察官起訴附表1 編號16、18、19部分，認不能成立犯罪，為無罪諭知）。處簡○廷如附表1 編號11至14、17之刑，應執行有期徒刑4年（另就檢察官起訴附表1 編號1 至10、15、16、18、19部分，認不能成立犯罪，為無罪之諭知）。處李○綦如附表1 編號11至14、17之刑，應執行有期徒刑4年（另就檢察官起訴附表1 編號16、18、19部分，認不能成立犯罪，為無罪諭知）。處劉○仁如附表1 編號11至14之刑，應執行有期徒刑3年6月（另就檢察官起訴關於起訴書犯罪事實欄一、(三)文○機房部分，認不能成立犯罪，為無罪諭知）。處高○翔如附表1 編號1、2、3、5、7之刑，應執行有期徒刑3年8月（另就檢察官起訴附表1 編號4、6、8、9、10、15部分，認不能成立犯罪，為無罪諭知）。並均為相關沒收之判決。已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於上訴人等所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明，核其所為之論斷，俱與卷存證據資料相

符；從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

## 二、上訴意旨：

(一)張○堯上訴意旨略以：張○堯所為對數被害人之詐欺取財行為，係基於單一詐欺之犯意，在密接時間、地點接續為之，應依接續犯論以1罪，原判決改以數罪併罰，並量處較第一審為重之刑，違反不利益變更禁止原則，適用法規顯有違誤；又原判決未考慮張○堯在偵審程序中均坦承犯行，仍量處有期徒刑10年之重刑，既不符合國民法律感情，亦違反罪責相當原則，且與法院其他類此案件之量刑為重，亦有量刑不當之違誤云云。

(二)李○綦上訴意旨略以：李○綦僅係就張○堯等人所詐取之金錢進行調度，在詐得金錢後與黃○文協調，利用地下匯兌管道將贓款自大陸轉入臺灣，及負責機房、設備之開銷，並未與張○堯、黃○文等人就詐欺取財之構成要件行為有共同之犯意聯絡，至多僅成立收受贓物罪或幫助詐欺罪。原判決對此有利李○綦之證據未予調查，認定為共同正犯，適用法規有誤云云。

(三)黃○文上訴意旨略以：黃○文所為對數被害人之詐欺取財行為，係基於單一詐欺之犯意，在密接時間、地點接續為之，應依接續犯論以1罪，原判決改以數罪併罰，適用法規有誤。黃○文有正當工作，並非詐騙之慣犯。因需照料年邁雙親，撫養家中幼子，有經濟上之困難，始為此詐騙犯行，在犯罪後始終坦承犯行，客觀上有情堪憫恕之情形，原判決不僅未依刑法第59條規定酌減其刑，反而量處較李○綦更重之刑，量刑顯屬過重，有判決不適用法規之違誤。又本件檢察官起訴書中起訴法條為刑法第339條第1項之普通詐欺罪，原判決變更法條為刑法第339條之4加重詐欺罪，並未依刑事訴訟法第300條諭知，亦有違誤。另刑法就犯罪所得之物宣

告沒收，應採原物沒收為原則，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，始追徵其價額。本件詐騙所得既為人民幣，自應以人民幣為沒收之標的，原判決逕以新臺幣計算沒收數額，適用法規有誤云云。

(四)高○翔上訴意旨略以：高○翔於103年6月加入興○機房後，於103年10月20日即因收到兵單而退出，附表1編號1、2、3、5、7部分之被害人，均係在高○翔退出後始受騙付款，不能令高○翔就共犯之行為全部負責云云。

(五)劉○仁上訴意旨略以：劉○仁所為對數被害人之詐欺取財行為，係基於單一詐欺之犯意，在密接時間、地點接續為之，應依接續犯論以1罪，原判決改以數罪併罰，適用法規有誤。又劉○仁僅涉及東○機房之犯行，與長○機房之犯行無涉，原判決第18頁第2行認劉○仁承認長○機房之犯行，有未受請求事項予以判決之違法。劉○仁犯罪後坦承犯行，因年紀尚輕，涉世未深，思慮不周，致犯本件犯行，實屬情有可原，原審未予審酌仍量處重刑，有判決不適用法規之違誤云云。

(六)簡○廷上訴意旨略以：被告之自白不得作為有罪判決之唯一依據，仍應有其他補強證據。原判決依照簡○廷之自白，缺乏補強證據，即認定簡○廷犯罪，自有違誤。又原判決依張○堯之供述認定詐騙所得，但其供述與卷附李○綦之中國信託銀行帳戶明細不符，亦缺乏被害人之匯款單據，無從得知詐取之金額為何，原判決認定事實有誤云云。

### 三、惟查：

(一)刑事法所謂接續犯，係指行為基於單一犯意，於同時、同地或密切接近之時地實行數行為，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理者，始屬接續犯，而

為包括之一罪。然若客觀上有先後數行為，主觀上基於一個概括之犯意，逐次實行而具連續性，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，縱構成同一之罪名，亦應依數罪併罰之例予以分論併罰。本件張○堯等人組成三人以上之詐騙集團，利用網路對大陸地區人民詐取財物，其各次詐騙行為之被害人不同，被害法益並非單一，且犯罪時間、地點均可分，原審就此客觀上明確可分之行為，認犯意各別，行為互殊，無接續犯之適用，撤銷第一審依各詐騙機房區分論以接續犯之判決，改依各被害人之不同分論併罰，自無違誤。張○堯、黃○文、劉○仁上訴意旨仍謂本件應依接續犯論以一罪，原判決適用法規錯誤云云，與卷內資料不符，自非適法之第三審上訴理由。

(二)刑事訴訟法第370條第1項規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」學理上以「上訴不利益變更禁止原則」稱之，其前段規定為原則，但書規定為例外，亦即一旦有但書情形，即可改判較重之刑；而上開但書規定，係指舉凡變更原審判決所引用的刑罰法條（無論刑法總則、分則或特別刑法，均包括在內），都不受上訴不利益變更禁止原則的限制，俾合理、充分評價行為人的犯行，以實現實體的正義。原判決業已說明，第一審判決就數罪併罰之案件，依接續犯論以一罪，適用法規有誤，因而撤銷第一審該部分不當之判決，依刑法第50條、第51條數罪併罰，其適用之法規既有變更，於此情形，自得諭知較重於第一審判決之刑，不受前揭「上訴不利益變更禁止原則」之拘束（見原判決書第44頁），核無違誤。張○堯此部分上訴意旨所為指摘，顯屬誤解。

(三)共同實行犯罪行為之人，在共同意思範圍以內，各自分擔犯

罪行為之一部，彼此協力、相互補充以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。故共同正犯在客觀上透過分工參與實現犯罪結果之部分或階段行為，以共同支配犯罪「是否」或「如何」實現之目的，並因其主觀上具有支配如何實現之犯罪意思而受歸責，固不以實際參與犯罪構成要件行為或參與每一階段之犯罪行為為必要。僅參與事前之策劃、謀議、指揮、督導、調度，而未實際參與犯罪（計劃主持人、組織者），或僅參與犯罪構成要件以外之行為（把風、接應），倘足以左右其他行為人是否或如何犯罪，而對於犯罪之實現具有功能上不可或缺之重要性者，與其他參與實行犯罪構成要件行為之人，同具有功能性的犯罪支配地位，仍為共同正犯。且共同正犯之成立不以數人間相互認識或有直接謀議之事實為必要，藉由數人中之特定者，於其他數人相互間，得認為有犯意聯絡時，亦不妨成立共同正犯。原判決已依李○綦不利於己之供述，佐以張○堯、黃○文關於機房運作模式之證詞，說明：李○綦除居間牽線邀集黃○文於臺○市籌組詐騙機房外，並向黃○文拿取人頭卡，負責居中傳話予張○堯、黃○文（包含向黃○文告知被害人已受騙匯款，再由黃○文以地下匯兌方式，將款項轉入臺灣，及報支機房開銷、需要設備等），更負責與黃○文拆帳、請款等，從其參與之時程、地位（居間牽線）、參與程度、深度及角色扮演等角度觀察，顯有基於共同犯罪之認識，互相利用他方之行為以遂行犯罪目的之意思，對於犯罪之實現顯具有功能上不可或缺之重要性。縱李○綦與集團內其他成員即劉○仁、孫○軒、簡○廷等人未有直接謀議之事實，仍屬東○機房、長○機房詐騙運作之共同正犯，並非僅止幫助犯或收受贓物等情（見原判決第35至36頁），其關於此部分辯解不可採信之理由。所為論斷俱與卷內資料相符，核與證據法則無違。況此詐騙集團之運作，尚牽涉兩岸地下匯兌，分工

細膩，環環相扣，各階段人員俱不可或缺，李○綦辯稱其未介入詐欺之構成要件行為，並非正犯，自無可採。李○綦上訴意旨，係就原判決已明白論斷之事項，徒憑己意，再事指摘，自非適法上訴第三審理由。

(四)複數行為人以共同正犯型態實施特定犯罪時，除自己行為外，亦同時利用他人之行為，以遂行自己之犯罪，從而共同正犯行為階段如已推進至「著手實施犯行之後」，脫離者為解消共同正犯關係，不僅須停止放棄自己之行為，向未脫離者表明脫離意思，使其瞭解認知該情外，更由於脫離前以共同正犯型態所實施之行為，係立於未脫離者得延續利用之以遂行自己犯罪之關係，存在著未脫離者得基於先前行為，以延續遂行自己犯罪之危險性，脫離者自須排除該危險，或阻止未脫離者利用該危險以續行犯罪行為時，始得解消共同正犯關係，不負共同正犯責任。易言之，複數行為人遂行犯罪時，較諸於單獨犯型態，由於複數行為人相互協力，心理上較容易受到鼓舞，在物理上實行行為亦更易於強化堅實，對於結果之發生具有較高危險性，脫離者個人如僅單獨表示撤回加功或參與，一般多認為難以除去該危險性，準此，立於共同正犯關係之行為，複數行為人間之各別行為既然具有相互補充、利用關係，於脫離之後仍殘存有物理因果關係時固毋待贅言，甚於殘存心理因果關係時，單憑脫離共同正犯關係之表示，應尚難足以迴避共同正犯責任，基於因果關係遮斷觀點，脫離者除須表明脫離共同正犯關係之意思，並使未脫離者認明明瞭該情外，更須除去自己先前所為對於犯罪實現之影響力，切斷自己先前所創造之因果關係（即須消滅犯行危險性，解消脫離者先前所創造出朝向犯罪實現之危險性或物理、心理因果關係效果，如進行充分說服，於心理面向上，解消未脫離共犯之攻擊意思，或撤去犯罪工具等，除去物理的因果性等），以解消共同正犯關係本身，始毋庸就犯罪

最終結果（既遂）負責，否則先前所形成之共同正犯關係，並不會因脫離者單純脫離本身，即當然解消無存，應認未脫離者後續之犯罪行為仍係基於當初之共同犯意而為之，脫離者仍應就未脫離者後續所實施之犯罪結局結果負共同正犯責任。綜合卷內證據，高○翔就附表1 編號1、2、3、5、7 部分，參與興○機房犯罪，已推進至著手實施加重詐欺取財犯行之後，雖於103 年10月20日因收到兵單而脫離興○機房，但依其供述僅係單純離開，並未採取防止犯行繼續發生之措置等語（見原審上訴字第138 號卷(二)第136 頁），既未為拭去先前所創造出犯行促進作用或解消基於先前所形成共同正犯關係之心理、物理影響力之行為，參照前開說明，縱上開各編號被害人受騙匯款時間係在高○翔脫離興○機房之後，高○翔就附表1 編號1、2、3、5、7 部分，仍應就張○堯後續所實施之加重詐欺取財罪結果，負共同正犯責任。

(五)刑事訴訟法第95條第1 項第1 款規定：訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。此乃被告在刑事訴訟上應受告知之權利，為行使防禦權之前提。又上開條文雖僅就犯罪嫌疑及罪名而為應告知之規定，但若因變更起訴罪名，其構成犯罪事實，因之新增或變更，亦應隨時、並至遲於審判期日踐行上開告知之程序，使被告知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益；否則，如僅就原起訴之犯罪事實及罪名調查、辯論終結後，擴及起訴書所記載罪名以外之犯罪事實或變更起訴書所引應適用之法條而為判決，就此等未經告知之犯罪事實及新罪名而言，即屬不當剝奪被告依同法第96條、第289 條等規定，所應享有之辯明罪嫌及辯論（護）等程序權。反之，若已明確告知變更之罪名及所犯法條，被告亦就此為充分之辯論，僅在法院製作裁判書類時疏漏，未說明依刑

事訴訟法第300條變更起訴之法條，既對被告之權利行使無礙，即不得執為第三審之上訴理由。本件檢察官於起訴書犯罪事實欄已載明：張○堯等人組成三人以上之詐欺犯罪集團，設立電信機房，利用網路對附表1所示之被害人（除無罪部分外）詐騙財物，惟其證據並所犯法條欄就此部分所犯載為刑法第339條第1項詐欺取財罪。第一審判決逕依刑法第339條之4論以加重詐欺罪，固有不當。但原審法院於準備程序及審理中，在告知犯罪嫌疑及所犯法條時，均說明包括起訴書及原審判決書所載，且告以所犯法條應為刑法第339條之4加重詐欺罪（見原審原上訴字第40號卷(一)第61頁、原審上訴字第138號卷(二)第46頁反面、第126頁），自己告知變更後所適用之罪名、法條，對被告之防禦權行使並無妨礙。嗣原審撤銷第一審之不當判決，改判依想像競合犯從一重論處刑法第339條之4加重詐欺罪刑，並在理由中說明應變更起訴法條（見原判決第10頁），其據上論斷欄漏引刑事訴訟法第300條之條文，但此項疏漏既未影響被告之防禦權利，且對判決之結果不生影響，自不得據為上訴第三審之事由。黃○文以未引用刑事訴訟法第300條之條文，指摘原判決不當，依前揭說明，自無可採。

(六)本件起訴書起訴劉○仁之犯罪事實，係參與東○機房之詐騙（另文○機房部分已無罪確定）；劉○仁於原審審理時，供稱「原審（第一審）判決事實我都承認」（見原審上訴字第138號卷(二)第64頁反面），顯見其自白者為第一審有罪判決之東○機房、文○機房部分，故其判決書第18頁第3行載有「承認長○路機房犯行」之語，顯係誤載。而原判決亦僅就附表1編號11至14關於被訴東○機房部分為判決（另文○機房部分改判無罪），並未就長○機房部分判決，劉○仁上訴謂本件有未受請求事項予以判決之違法云云，顯非依卷內資料指摘，非適法上訴第三審理由。

(七)修正後刑法第38條之1 規定，犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。前2 項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。第1 項及第2 項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。刑法第38條之1 定有明文。其立法目的重在不使被告保有犯罪所得，而取得其經濟利益。金錢本身為替代物，就犯罪所得為金錢者而言，本難就「原物」進行沒收，故就金錢沒收，僅就其替代之價值為之，事屬當然。本件張○堯等人詐騙大陸地區人民，各被害人受騙交付之款項固為人民幣，惟張○堯等人利用地下匯兌，在臺灣地區實際取得之被害款項現物，實為新臺幣。張○堯等人就原審調查沒收數額時，均同意以1比5為人民幣與新臺幣之換算基準（見原審上訴字第138 號卷(二)第138 頁），則原判決依換算後之新臺幣數額宣告沒收犯罪所得，即無不合。黃○文上訴指應沒收人民幣云云，自屬無據。

(八)刑法第59條減輕其刑之規定，必須犯罪另有其特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低刑期，猶嫌過重者，始有其適用。至於是否援引刑法第59條酌減其刑，亦屬法院得依職權自由裁量之事項，果其裁量權之行使未見有濫用情形，即不得任意指為違法。黃○文於東○機房、長○機房中居於主導、指揮地位，所為詐騙行為，使無辜民眾受害，破壞社會秩序，在客觀上實無何特殊之原因與環境，足以引起一般同情之處，認科以法定最低度刑猶嫌過重，原判決未援引刑法第59條規定酌減其刑，並無濫用

裁量權行使之情形。黃○文上訴意旨謂其犯罪有情堪憫恕之處，應予減刑云，係對量刑職權之適法行使，任意指摘，難謂已符合第三審上訴要件。

(九)刑之量定，係屬法院得依職權自由裁量之事項，苟法院於量刑時，已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，又未濫用其職權，即不得遽指為違法。原判決已敘明以張○堯、黃○文、劉○仁之責任為基礎，具體審酌刑法第57條所列各款事項而為量刑（見原判決第42至44頁），既未逾越法定刑度，亦未濫用自由裁量權限，尚難指為違法。至其他案件量刑如何，事涉不同案件之定刑標準（如該案件之內外部性界限），且與各該行為人之犯罪目的、手段、態樣、法益侵害等量刑因素各異，自無從比附援引，作為本案量刑之依據。張○堯、黃○文、劉○仁上訴意旨對原審職權適法量刑之事項，任意指摘，洵非適法之第三審上訴理由。

(十)刑事訴訟法第156條第2項規定：被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。其立法旨意在防範被告或共犯之自白與真實不符，故對自白在證據上之價值加以限制，明定須藉補強證據以擔保其真實性。所謂補強證據，係指除該自白本身之外，其他足以證明該自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，其所補強者，不以事實之全部為必要，祇須因補強證據與該供述相互印證，依社會通念，足使犯罪事實獲得確信者，即足當之。而上開證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀之刑事訴訟法第155條第1項之規定甚明，自無許當事人任憑主觀指為違法，而資為上訴第三審之事由。本件原判決依簡○廷於偵審中不利於己之供述，佐以證人張○堯、李○綦、黃○文、劉○仁、孫○軒之證詞，及東○機房

、長○機房扣得證物，相互參酌印證，認簡○廷有被訴之犯行，所為論斷與卷內資料相符。本件詐欺款項，除被害人供述外，另有集團負責人張○堯之證詞可佐。而詐騙所得款項係利用地下匯兌管道自大陸地區匯回，並非直接進入李○蓁帳戶，扣除期間支出，原判決以張○堯所述勾稽被害人之證詞，認定被害金額若干，為法院事實認定證據取捨之職權行使。簡○廷上訴意旨乃置原判決之明白論敘於不顧，對事實審證據取捨及量刑職權之適法行使，空泛指摘，難謂已符合法定上訴要件。

(四)綜上所述，上訴意旨所指各節，係對原判決已敘明之事項，或徒以自己說詞，對原判決已明確論斷說明之事項，重為爭執，或就原審量刑裁量權之合法行使，任意指摘，難謂已符合首揭法定上訴要件。張○堯、李○蓁、黃○文、高○翔、劉○仁、簡○廷上訴為違背法律上之程式，均予駁回。

(五)又裁判上一罪案件之重罪部分得提起第三審上訴，其輕罪部分雖不得上訴，依審判不可分原則，第三審法院亦應併予審判，但以重罪部分之上訴合法為前提，如該上訴為不合法，第三審法院既應從程序上予以駁回，未為實體上判決，則對於輕罪部分自無從適用審判不可分原則，併為實體上審判。張○堯、高○翔就興○機房；張○堯、李○蓁、黃○文、劉○仁、簡○廷就東○機房之犯行，競合犯刑法第216條、第220條、第212條之行使偽造準特種文書罪部分，第一、二審均為有罪之判決，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列之案件，原不得上訴於第三審法院，因重罪之加重詐欺取財罪、行使偽造準私文書罪部分之上訴不合法，應從程序上予以駁回，則其餘競合犯行使偽造準特種文書輕罪部分，自無從依審判不可分原則併予審判，應從程序上併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 31 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財  
法官 蘇 振 堂  
法官 謝 靜 恒  
法官 楊 真 明  
法官 鄭 水 銓

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 6 日

# 最高法院刑事裁定

107年度台抗字第1057號

## 裁判要旨

刑法第37條之2第1項規定「裁判確定前羈押之日數」，係指因「本案」所受羈押之日數而言，若因「他案」而受羈押，即不得移抵「本案」之刑罰（本院29年聲字第30號判例意旨參照）。足見，區別得否折抵羈押日數之標準，係本案與他案之別，而非同案不同罪之別。又羈押日數之折抵，係法律明文規定，檢察官無不予折抵之裁量權限，受刑人亦無決定要否折抵之權限。

## 相關法條

刑法第37條之2第1項。

再抗告人 許○偉

上列再抗告人因違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例等罪聲明異議案件，不服臺灣高等法院中華民國107年9月5日駁回抗告之裁定（107年度抗字第1236號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

再抗告駁回。

理 由

- 一、接受刑人以檢察官執行之指揮為不當者，得向諭知該裁判之法院聲明異議，刑事訴訟法第484條規定甚明，可知聲明異議，應以檢察官執行指揮有不當情形為限。
- 二、再抗告人許○偉聲明異議意旨略以：其因違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例等罪案件，於偵查及法院審理中，被羈押119日，惟係以其犯臺灣地區與大陸地區人民關係條例第79條第2項之重罪為羈押原因，則其於判決確定前羈押之日數，自應折抵該重罪所判決之刑期，不應折抵非羈押原因且得易科罰金之輕罪刑期，方屬合法。乃臺灣桃園地方檢察署檢察官執行臺灣高等法院103年度矚上訴字第5號判決，關於其犯使公務員登載不實3罪之輕刑（應執行有期徒刑7月，得易科罰金，執行案號為105年度執更字第312號）時，基於權宜之計，逕行折抵該119日之羈押日數。嗣同案所判關於不得易科罰金之違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例重罪執行時（執行案號為106年度執字第1030、1031號），竟否決其請求，不將上開119日之羈押日數，移至上述不得易科罰金之重罪部分為刑期之折抵。顯於法不合，且無異剝奪其輕罪得易科罰金之權利，並造成其將延後3個月報請假釋之不利後果。因而聲明異議等語。

三、惟查：

（一）刑法第37條之2第1項規定「裁判確定前羈押之日數」，係指

因「本案」所受羈押之日數而言，若因「他案」而受羈押，即不得移抵「本案」之刑罰（本院29年聲字第30號判例意旨參照）。足見，區別得否折抵羈押日數之標準，係本案與他案之別，而非同案不同罪之別。又羈押日數之折抵，係法律明文規定，檢察官無不予折抵之裁量權限，受刑人亦無決定要否折抵之權限。

(二)再抗告人因臺灣桃園地方檢察署100年度偵字第3521號違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例等罪案件，偵查中檢察官聲請法院羈押，經法院裁定羈押並禁止接見通信，嗣於民國100年5月16日偵查終結起訴，移審由臺灣桃園地方法院100年度矚訴字第7號案件羈押後，於100年5月18日當庭釋放，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可按。則再抗告人顯係因上開案件所犯各罪而受羈押。

(三)再抗告人因上開案件，經第一審判處罪刑後，不服第一審判決提起第二審上訴，經原審將第一審關於再抗告人犯圖利媒介性交1罪部分之判決撤銷，改判論處其共同犯圖利媒介性交3罪刑，其餘違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例及使公務員登載不實各罪刑部分，則駁回其上訴。再抗告人不服，就違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例及圖利媒介性交各罪刑部分，提起第三審上訴，本院於105年12月14日以105年度台上字第3259號判決駁回。臺灣高等法院另就本案不得上訴第三審而已確定部分（即使公務員登載不實3罪刑部分），先送執行。本件檢察官於105年2月24日指揮執行該使公務員登載不實3罪刑時，再抗告人所犯其餘違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例及圖利媒介性交各罪，是否判刑，尚未確定，自無從保留上開羈押日數不予折抵，而依刑法第37條之2第1項規定，將本案裁判確定前再抗告人之受羈押日數119日，折抵上開先送執行之有期徒刑之相同日數後，再就所餘有期徒刑准易科罰金；再抗告人於同日繳納罰金，而執

行完畢。有臺灣高等法院被告前案紀錄表、臺灣桃園地方檢察署105年度執更字第312號案聲請易科罰金案件審核表、繳納罰金通知單、自行收納款項收據各影本附卷可憑。核無違誤。

(四)本院駁回再抗告人違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例及圖利媒介性交各罪案件之上訴後，臺灣桃園地方檢察署檢察官於106年6月14日核發106年度執未字第1030號指揮書，執行此部分罪刑時，未依再抗告人聲請，將已折抵完畢之119日羈押日數改折抵於違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例罪刑部分，尚無違法或不當。

(五)本件檢察官之執行指揮既無違法或不當，則依首揭說明，第一審駁回再抗告人之聲明異議，原裁定予以維持，尚無不合。

四、再抗告意旨無視其所犯使公務員登載不實<sup>3</sup>罪刑部分，仍屬其受羈押之「本案」，徒憑己見，以檢察官既基於權宜之計，將其受羈押日數折抵於輕罪，俟羈押原因之重罪確定後，應改折抵於重罪所處有期徒刑等陳詞，對原裁定漫事指摘。其再抗告為無理由，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 107 年 11 月 7 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 陳 朱 貴

法官 洪 于 智

法官 楊 智 勝

法官 黃 瑞 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 12 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第3884號

## 裁判要旨

依修正後之刑事訴訟法第309條第1款之規定，法院僅於案件認定被告有罪而應沒收時，始於判決主文諭知沒收，倘認不應宣告沒收時，因沒收之調查與認定，本屬法院依職權進行之事項，且非必以當事人聲請為必要，復無如同法第455條之26第1項後段、第2項有對於參與人財產經認定不應沒收者，應諭知不予沒收之判決，並應記載其裁判主文及應否沒收之理由之規定，自無須於被告有罪判決主文項下諭知不予沒收之旨，惟為方便上級法院審查，自宜於判決理由內說明不予沒收心證形成之理由。是下級法院若已於有罪判決就不予沒收之理由詳為記載，究與未經裁判之情形不同，檢察官或自訴人自得對於該諭知不予沒收部分聲明不服。又刑法關於沒收，已於民國104年12月30日修正公布，並於105年7月1日施行，將沒收重新定性為「刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）」，且依修正後同法第2條第2項及刑法施行法第10條之3第2項規定，縱被告於刑法關於沒收之相關規定修正施行前行為，仍應逕適用裁判時法律，而無「不溯及既往」原則之適用，益見刑法沒收於修正後業已「去刑罰化」而具「獨立性」。再修正後之沒收雖具備獨立性，然沒收之發動，仍須以犯罪行為之存在為前提，故沒收原則上應於有罪判決時併宣告之（參見修正後刑事訴訟法第309條第1款），但亦得由檢察官另聲請法院為單獨沒收之宣告（參見修正後刑法第40條第3項、刑事訴訟法第259條之1、修正後同法第455條之34至37）。故「沒收」與「本案部分（即罪刑部分）」並非不能區分。若下級審判決僅係應否沒收部分有所違誤，而於本案部分認事或用法並無不當

時，上級法院非不得僅就沒收部分予以撤銷。另沒收之標的，依修正後刑法第38條第1、2項、第38條之1第1項前段規定，可分為違禁物、供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物及犯罪所得等項，倘彼此間互無關連，僅因下級法院就其中各別標的應否沒收部分判決有誤，上級法院亦非不得單就該各別標的部分予以撤銷。

## 相關法條

刑法第38條第1項、第2項、第38條之1第1項。

刑事訴訟法第309條第1款、第369條第1項。

上訴人 劉○達

上列上訴人因違反著作權法案件，不服智慧財產法院中華民國107年2月9日第二審判決（106年度刑智上訴字第32號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署105年度偵字第10112號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按依修正後之刑事訴訟法第309條第1款之規定，法院僅於案件認定被告有罪而應沒收時，始於判決主文諭知沒收，倘認不應宣告沒收時，因沒收之調查與認定，本屬法院依職權進行之事項，且非必以當事人聲請為必要，復無如同法第45條之26第1項後段、第2項有對於參與人財產經認定不應沒收者，應諭知不予沒收之判決，並應記載其裁判主文及應否沒收之理由之規定，自無須於被告有罪判決主文項下諭知不予沒收之旨，惟為方便上級法院審查，自宜於判決理由內說明不予沒收心證形成之理由。是下級法院若已於有罪判決就不予沒收之理由詳為記載，究與未經裁判之情形不同，檢察官或自訴人自得對於該諭知不予沒收部分聲明不服。又刑法關於沒收，已於民國104年12月30日修正公布，並於105年7月1日施行，將沒收重新定性為「刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）」，且依修正後同法第2條第2項及刑法施行法第10條之3第2項規定，縱被告於刑法關於沒收之相關規定修正施行前行為，仍應逕適用裁判時法律，而無「不溯及既往」原則之適用，益見刑法沒收於修正後業已「去刑罰化」而具「獨立性」。再修正後之沒收雖具備獨立性，然沒收之發動，仍須以犯罪行為之存在為前提，故沒收原則上應於有罪判決時併宣告之（參見修

正後刑事訴訟法第309條第1款），但亦得由檢察官另聲請法院為單獨沒收之宣告（參見修正後刑法第40條第3項、刑事訴訟法第259條之1、修正後同法第455條之34至37）。故「沒收」與「本案部分（即罪刑部分）」並非不能區分。若下級審判決僅係應否沒收部分有所違誤，而於本案部分認事或用法並無不當時，上級法院非不得僅就沒收部分予以撤銷。另沒收之標的，依修正後刑法第38條第1、2項、第38條之1第1項前段規定，可分為違禁物、供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物及犯罪所得等項，倘彼此間互無關連，僅因下級法院就其中各別標的應否沒收部分判決有誤，上級法院亦非不得單就該各別標的部分予以撤銷。本件上訴人劉○達因違反著作權法案件，經第一審法院判決其共同意圖出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權，處有期徒刑6月，併科罰金新臺幣（下同）20萬元，並諭知易科罰金及易服勞役之折算標準，及相關供犯罪所用之物即扣案之記憶卡、歌本沒收。關於其犯罪所得部分，第一審判決則於理由四、(二)內說明：「按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。前2項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，修正後刑法第38條之1第1項、第3項固分別定有明文，然查，依證人劉○豪於本院（指第一審，下同）審理中證稱：未實際支付上開電腦伴唱機之租金等語（見本院智訴卷第59頁），即難認劉○達及劉○賢因本案犯罪而有犯罪所得，自無從宣告沒收本案犯罪所得，併予敘明。」等語，檢察官不服第一審判決關於犯罪所得不予沒收部分提出上訴（見原審卷第26至27頁反面，另檢察官亦對第一審量刑暨上訴人亦不服第一審判決，均提起上訴）。經原審審理後，認第一審關於本案罪刑及關於犯罪所用之物宣告沒收部分並無違誤，但對於上訴人犯罪所得不予宣告沒收之理由說明部分，認檢察官之上訴

有理由，因而僅將第一審關於上訴人犯罪所得不予沒收部分撤銷，而駁回檢察官及上訴人其他上訴，揆諸前揭說明，應無違誤，其中關於不予沒收撤銷部分，亦非訴外判決，合先敘明。

二、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有其實欄所載之違反著作權法犯行，因而維持第一審關於前述論處其罪刑及相關沒收之部分判決，駁回檢察官及上訴人關於該部分第二審之上訴；另撤銷第一審關於上訴人犯罪所得不予沒收之部分判決，改判諭知其犯罪所得4萬元之相關沒收。係以：上訴人之部分陳述，證人即同案被告劉○賢、證人劉○豪、吳○學、陳○政、江○龍、張○章之證詞，卷附之優○○科技有限公司（下稱優○○公司）專屬授權證明書、伴唱機、點歌本及消費收據照片、「佳○小吃店」、「崧○科技視聽音響阿○」名片、搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表等證據資料，為綜合之判斷。已詳細敘述其所憑之證據及取捨、認定之理由，並就上訴人否認有違反著作權法犯行云云，其辯詞不可採之理由，及證人張○章於原審時證稱上訴人與同○視聽器材有限公司（下稱同○公司）洽談合作時，曾聽聞上訴人要將部分歌曲換成優○○公司曲目，上訴人並將記憶卡交予公司小姐（指邱○珍）等語，不足為上訴人有利認定（見原判決貳、一、(三)、2.）等情，分別予以指駁及說明。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令

之情形。上訴意旨乃謂：(一)、原判決以證人張○章已於 103 年12月離職，認定距本案案發時間已近2 年，故其前揭證詞不足為上訴人有利之認定，惟依卷附之勞工保險被保險人投保資料表（明細）所載，張○章於103 年3 月間起至105 年2 月23日止仍在同○公司任職（掛名於同○公司相關事業體即全○影音器材有限公司〈下稱全○公司〉），遽原判決不採證人張○章有利於上訴人之證言，復未說明其理由，自有調查未盡及判決理由不備之違法。(二)、依證人即同案被告劉○賢之陳述，扣案之4 張記憶卡係同○公司之綽號「阿○」（即儲○富）所交付，攸關上訴人有無重製行為；又置放於「佳○小吃店」之伴唱機何時開始收取租金，仍欠明瞭；再上訴人於原審時亦請求傳喚證人邱○珍出庭證明同○公司有無錄製記憶卡等情。詎原審均未為前述調查，率而認定上訴人成立犯罪，自有調查未盡及判決理由不備之違誤等語。惟查：(一)、上訴人雖提出證人張○章於103 年3 月間起至 105 年2 月23日止任職全○公司之勞工保險被保險人投保資料表（明細），惟全○公司是否為同○公司之相關事業體，並無證據足以證明，且證人張○章於原審時確證述其任職同○公司僅至 103年12月，詎本案發生之104 年11月至105 年1 月5 日時，已離職 2年等語（見原審卷第159 至160 頁）。原審因而不採證人張○章有利於上訴人之證言，業已說明其理由，自無調查未盡或判決理由不備之違誤。(二)、審判期日應調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，始足當之。若僅係枝節性問題，或所欲證明之事項已臻明瞭，而當事人聲請調查之證據，僅在延滯訴訟，甚或就同一證據再度聲請調查，自均欠缺其調查之必要性。上訴人及其辯護人於原審時並未請求調查「

佳○小吃店」之伴唱機係由何時開始收取租金乙節，且當庭或以書面捨棄傳喚證人邱○珍及儲○富等人（見原審卷第64、72頁）。則原審斟酌上訴人向嘉○多媒體科技有限公司（下稱嘉○公司）承租伴唱機之歌曲均灌製於硬碟，並未另提供記憶卡；上訴人亦未提出「佳○小吃店」有取得優○○公司授權如原判決附表（下稱附表）所示系爭歌曲之確認書；另證人江○龍亦否認提供優○○公司含有附表所示系爭歌曲之記憶卡予上訴人。是扣案含有附表所示系爭歌曲之記憶卡並非上訴人自嘉○公司、同○公司合法取得，顯係其為利於電腦伴唱機之出租而擅自重製。復於判決理由說明如何認定扣案之伴唱機係自104年11月6日出租予「佳○小吃店」等情（見原判決第9頁第7至17行），而依據其他相關事證，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未予調查之違誤。上訴意旨係就原判決已說明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 107 年 10 月 11 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 17 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第1109號

## 裁判要旨

犯罪工具物之沒收，固已跳脫刑罰或保安處分之性質歸屬，而為刑罰或保安處分以外之獨立法律效果。但依法得予沒收之犯罪工具物，本質上仍受憲法財產權之保障，祇因行為人濫用憲法所賦予之財產權保障，持以供犯罪或預備犯罪所用，造成社會秩序之危害，為預防並遏止犯罪，現行刑法乃規定，除有其他特別規定者外，法官得就屬於犯罪行為人者之工具物宣告沒收之（第38條第2項參照）。而共同正犯供犯罪或預備犯罪所用之物，法無必須諭知連帶沒收之明文，雖實務上有認為本於責任共同之原則，已於共犯中之一人確定判決諭知沒收，對於其他共犯之判決仍應宣告沒收，或就各共同正犯間採連帶沒收主義，以避免執行時發生重複沒收之問題。然所謂「責任共同原則」，係指行為人對於犯罪共同加工所發生之結果，相互歸責，因責任共同，須成立相同之罪名，至於犯罪成立後應如何沒收，仍須以各行為人對工具物有無所有權或共同處分權為基礎，並非因共同正犯責任共同，即應對各共同正犯重複諭知（連帶）沒收。亦即「共同責任原則」僅在處理共同犯罪參與關係中責任之認定，與犯罪工具物之沒收重在犯罪預防並遏止犯罪係屬兩事，不得混為一談。此觀目前實務認為，共同正犯之犯罪所得如採連帶沒收，即與罪刑法定主義、罪責原則均相齟齬，必須依各共同正犯間實際犯罪利得分別沒收，始為適法等情益明。又供犯罪或預備犯罪所用之物如已扣案，即無重複沒收之疑慮，尚無對各共同正犯諭知連帶沒收之必要；而犯罪工具物如未扣案，因法律又有追徵之規定（刑法第38條第4項），則對未提供犯罪工具物之共同正犯追徵沒收，是否科以超過

其罪責之不利責任，亦非無疑。且為避免執行時發生重複沒收之違誤，祇須檢察官本於不重複沒收之原則妥為執行即可，亦無於判決內諭知連帶沒收之必要。而重複對各共同正犯宣告犯罪所用之物連帶沒收，除非事後追徵，否則對非所有權人或無共同處分權之共同正犯宣告沒收，並未使其承擔財產損失，亦無從發揮任何預防並遏止犯罪之功能。尤以對未經審理之共同正犯諭知連帶沒收，剝奪該共同正犯受審之權利，更屬違法。從而，除有其他特別規定者外，犯罪工具物必須屬於被告所有，或被告有事實上之處分權時，始得在該被告罪刑項下諭知沒收；至於非所有權人，又無共同處分權之共同正犯，自無庸在其罪刑項下諭知沒收（本院26年滬上字第86號判例及62年度第1次刑庭庭推總會會議決議(六)、65年度第5次刑庭庭推總會會議決議(二)所採共同正犯罪刑項下均應宣告沒收之相關見解，皆已經本院107年7月17日第5次刑事庭會議決議停止援用或不再供參考）。

## 相關法條

刑法第38條第2項、第4項。

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官李月治

上訴人

即被告 黃○濠

被告 黃○傑

選任辯護人 劉國斯律師

上列上訴人等因被告等妨害自由案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年5月23日第二審判決（106年度上訴字第406、419號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署104年度偵字第952號、105年度偵緝字第3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。本件原審經審理結果，認為上訴人即被告黃○濠、被告黃○傑有原判決事實欄一所載為了索討飲酒消費之欠款，夥同2名姓名年籍不詳之成年男子，共同基於以非法方法剝奪他人行動自由之犯意聯絡，攜帶電擊棒、手銬等器具，在苗栗縣苗栗市蕉嶺街23號前，先持電擊棒電擊被害人金○夫之身體，並將被害人之手以手銬銬住，強令被害人上車，將被害人載往臺北市中山區錦州街之「鑫○酒店」房間後，要脅簽立票面金額各為新臺幣（下同）15萬元之本票2張，用以擔保上開債務，而以非法方法剝奪被害人行動自由之犯行，已為明確，因而撤銷第一審此部分

之科刑判決，改判論處被告等共同剝奪他人行動自由各罪刑（黃○傑為累犯）。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

- 二、檢察官上訴意旨略稱：(一)被告2人要脅簽立面額15萬元之本票2張，顯已逾越被害人負債之金額（積欠之酒店帳單5萬4820元及利息），被告等具不法所有意圖顯可認定。且被害人民國103年8月7日簽立後，黃○濠即於同年月15日具狀向法院起訴請求給付票款，而非至同年9月22日始請求票款，則何以原判決就告訴人欠款利息之計算算至103年9月22日，其理由何在？原判決僅論以妨害自由罪，而認定不成立強盜既遂罪，所為判決即與論理法則有違，並有理由不備之違法。(二)共犯間供犯罪所用之物，縱屬他共同正犯所有，亦應於主刑後併為沒收之諭知。原判決未本於「責任共同原則」，於黃○傑之主文欄下諭知黃○傑與黃○濠及另兩名不詳男子連帶沒收，如全部或一部不能沒收或不宜沒收時，與黃○濠及另兩名不詳男子連帶追徵其價額，此部分亦有適用法令不當之違誤等語。黃○濠上訴意旨則略稱：(一)原審僅引用被害人之證詞，尚乏目擊證人，卷內亦無扣案之電擊棒或手銬等證物可資補強，所為判決即有判決理由不備之違誤。(二)黃○濠並無犯罪前科，因年紀尚輕，本性又屬良善，實非惡性重大難以矯治之徒，僅因一時失慮，以不法之方式索回代墊之酒店消費款，而誤觸刑法。又黃○濠患有「藥物所致器質性妄想徵候群」及「藥物所致幻覺症」，需接受治療並賴藥物控制，驟然入監將使病情惡化。爰聲請為緩刑之宣告云云。

三、惟按：

- (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，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法，而資為合法

之第三審上訴理由。且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。而所謂「補強證據」，係指除被害人之陳述本身外，其他足以佐證其陳述之事實確具有相當程度真實性之證據而言。其所補強者，非以事實之全部為必要，因補強證據與被害人之陳述，相互利用，而足使犯罪事實獲得確信者，即足當之。原判決除依憑被害人於偵、審中指證被告等有妨害自由之證詞外，並佐以黃○濠持用之門號0903000000號電話通聯調閱查詢單所查得之通訊基地台位置，認與被害人所稱剝奪行動自由期間停留及移動地點吻合。再衡酌黃○濠於偵查時或第一審審理中自陳其會開車，有駕駛執照，家中有自用小客車並坦承將電擊棒放在搭載被害人之車上、與被害人間有債務糾紛，被害人避不見面；以及黃○濠之弟黃○浚於第一審證稱被害人在黃○濠住處數日，沒有看到被害人外出，黃○濠睡在被害人旁邊各等語；並參酌員警莊○亨出具之職務報告，記載告訴人於103年8月10日至景○派出所尋求協助；證人即被害人之外婆張○伶於第一審審理中證稱被害人於電話中被要求講國語，不准講客語，被害人有說：「阿婆，妳一定要救我」等節；暨卷內汽車出租約定切結書、車輛詳細資料報表、現場監視器錄影翻拍照片、本票等證據資料，綜合研判，詳敘憑為判斷黃○濠所辯被害人積欠酒店帳單5萬4820元及利息由其墊付，其與被害人有債權債務糾紛等語，並非無據，被害人指證被告等人有原判決事實欄一所載時、地非法剝奪其行動自由及要脅其簽本票還錢等證詞與事實相符。因上開證據足以擔保被害人指證事實之憑信性，原審乃本諸職權行使，對調查所得之證據為價值上之判斷，據以認定被告等之犯罪事實，並未違背客觀上之經驗與論理法則，況黃○傑對於上述共同妨害自由之犯罪事實均坦承不諱（見原審卷第67

- 頁)，自無黃○濠上訴意旨所指未憑證據認定事實之違法。
- (二)、原判決已引用卷內證據，說明被害人之欠款金額5萬4820元，自結帳單顯示之日期103年6月24日起，至黃○濠起訴請求返還上開款項，該裁判作成日期103年9月23日之前一日止，計算被害人欠款加上利息已逾30萬元。因此被告等雖有剝奪被害人之行動自由，仍難認主觀上有強盜之不法所有意圖存在等旨（見原判決第11、12頁），經核尚無違背證據法則，亦無判決理由不備之違法。檢察官無視於原判決此部分論述，仍執陳詞，重為爭辯，亦與法律所規定得上訴第三審之理由不相適合。
- (三)、第三審為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據而資為第三審上訴之理由。又緩刑之宣告，除應具備同法第74條第1項所定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之，係屬法院裁判時得依職權自由裁量之事項，當事人不得以原審未諭知緩刑指為違背法令。原判決斟酌黃○濠犯罪之情節、身心狀況，並衡酌其智識程度、工作收入，及生活狀況等一切情狀，量處如原判決主文第2項所示之刑，縱未予宣告緩刑，經核亦無違誤，不能任意指為違法。黃○濠於本院聲請宣告緩刑，本院自無從斟酌。
- (四)、犯罪工具物之沒收，固已跳脫刑罰或保安處分之性質歸屬，而為刑罰或保安處分以外之獨立法律效果。但依法得予沒收之犯罪工具物，本質上仍受憲法財產權之保障，祇因行為人濫用憲法所賦予之財產權保障，持以供犯罪或預備犯罪所用，造成社會秩序之危害，為預防並遏止犯罪，現行刑法乃規定，除有其他特別規定者外，法官得就屬於犯罪行為人者之工具物宣告沒收之（第38條第2項參照）。而共同正犯供犯罪或預備犯罪所用之物，法無必須諭知連帶沒收之明文，雖實務上有認為本於責任共同之原則，已於共犯中之一人確定

判決諭知沒收，對於其他共犯之判決仍應宣告沒收，或就各共同正犯間採連帶沒收主義，以避免執行時發生重複沒收之問題。然所謂「責任共同原則」，係指行為人對於犯罪共同加工所發生之結果，相互歸責，因責任共同，須成立相同之罪名，至於犯罪成立後應如何沒收，仍須以各行為人對工具物有無所有權或共同處分權為基礎，並非因共同正犯責任共同，即應對各共同正犯重複諭知（連帶）沒收。亦即「共同責任原則」僅在處理共同犯罪參與關係中責任之認定，與犯罪工具物之沒收重在犯罪預防並遏止犯罪係屬兩事，不得混為一談。此觀目前實務認為，共同正犯之犯罪所得如採連帶沒收，即與罪刑法定主義、罪責原則均相齟齬，必須依各共同正犯間實際犯罪利得分別沒收，始為適法等情益明。又供犯罪或預備犯罪所用之物如已扣案，即無重複沒收之疑慮，尚無對各共同正犯諭知連帶沒收之必要；而犯罪工具物如未扣案，因法律又有追徵之規定（刑法第38條第4項），則對未提供犯罪工具物之共同正犯追徵沒收，是否科以超過其罪責之不利責任，亦非無疑。且為避免執行時發生重複沒收之違誤，祇須檢察官本於不重複沒收之原則妥為執行即可，亦無於判決內諭知連帶沒收之必要。而重複對各共同正犯宣告犯罪所用之物連帶沒收，除非事後追徵，否則對非所有權人或無共同處分權之共同正犯宣告沒收，並未使其承擔財產損失，亦無從發揮任何預防並遏止犯罪之功能。尤以對未經審理之共同正犯諭知連帶沒收，剝奪該共同正犯受審之權利，更屬違法。從而，除有其他特別規定者外，犯罪工具物必須屬於被告所有，或被告有事實上之處分權時，始得在該被告罪刑項下諭知沒收；至於非所有權人，又無共同處分權之共同正犯，自無庸在其罪刑項下諭知沒收（本院26年滬上字第86號判例及62年度第1次刑庭庭推總會會議決議(六)、65年度第5次刑庭庭推總會會議決議(二)所採共同正犯罪刑項下均應宣告

沒收之相關見解，皆已經本院107年7月17日第5次刑事庭會議決議停止援用或不再供參考)。故而原審未依「責任共同原則」，就未扣案之電擊棒於黃○傑之主文欄下諭知黃○傑與黃○濠及另兩名不詳男子連帶沒收及連帶追徵其價額，核無適用法令不當之違誤可言。檢察官上訴意旨漫事指摘，尚非適法之第三審上訴理由。

(五)、其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證、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，或單純為事實上之爭執，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。依上說明，應認檢察官及黃○濠之上訴皆不合法律上之程式，均予駁回。

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 107 年 7 月 19 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 蔡 國 在

法官 林 恆 吉

法官 何 信 慶

法官 徐 昌 錦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 7 月 23 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字2697號

## 裁判要旨

刑法之沒收，乃獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果，非屬刑罰之從刑。不論係違禁物、供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物及犯罪所得，均可為沒收之標的。沒收之作用，乃存於犯罪事實或不法事實中禁制物之剝奪，不以有刑事責任為必要，而以應剝奪之標的（物或不法利益）為對象，應剝奪標的之所在，即為沒收之所在。於數人共同犯罪時，上開違禁物、供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，究應如何諭知沒收，已不能依共同正犯責任共同原則，附屬於刑罰而為相同之諭知，而應依立法目的、沒收標的之性質及其存在狀態，為下列不同之處理：(一)沒收標的為違禁物時，因違禁物本身具社會危害性，重在除去。故刑法第38條第1項規定，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。則於數人共同犯罪時，除非違禁物已滅失或不存在，均應對各共同正犯諭知沒收。(二)沒收標的為供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物時，依刑法第38條第2項前段規定，以屬於犯罪行為人者，得沒收之。係藉由剝奪犯罪行為人之所有（包含事實上處分權），以預防並遏止犯罪。其既規定屬於犯罪行為人者，得沒收之，則於數人共同犯罪時，因共同正犯皆為犯罪行為人，故不問屬於共同正犯中何人所有，法院均得斟酌個案情節，不予沒收，或僅對共同正犯之所有者，或對部分或全部共同正犯，諭知沒收及依刑法第38條第4項規定追徵其價額。(三)刑法第38條之1第1項前段犯罪所得沒收之規定，同以「屬於犯罪行為人者」，為沒收要件。則於數人共同犯罪時，因共同正犯皆為犯罪行為人，所得屬全體共同正犯，本亦應對各共同正犯諭知沒收。然因犯罪所得之沒收

，在於避免被告因犯罪而坐享利得，基於有所得始有沒收之公平原則，如犯罪所得已經分配，自應僅就各共同正犯分得部分，各別諭知沒收。如尚未分配或無法分配時，該犯罪所得既屬於犯罪行為人，仍應對各共同正犯諭知沒收。與上開刑法第38條第2項前段，就「屬於犯罪行為人者」之解釋，並無不同。

## 相 關 法 條

刑法第38條、第38條之1。

上訴人 陳○宏

選任辯護人 郭國益律師

上訴人 游○智

上列上訴人等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106年10月3日第二審判決（106年度上訴字第656、657號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署105年度偵字第11755、18538、18640號；追加起訴案號：同署105年度偵字第22992、24713、24714、25217號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於對陳○宏、游○智沒收如其附表編號3所示車輛及追徵部分均撤銷。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷部分（即原判決附表編號3之沒收追徵部分）：

一、本件原判決認定上訴人陳○宏、游○智2人與凌○倫（凌○倫部分，業據第一審判處罪刑確定），共同犯運輸第四級毒品氯假麻黃鹼（Chloropseudoephedrine）及氯麻黃鹼（Chloroephedrine罪。其附表編號3所示之自用小客車（陳○宏出資購買，登記在游○智名下）係引導、押送載運上述毒品之貨車所用，為完成運輸毒品犯行之交通工具之一，第一審漏未依毒品危害防制條例第19條第2項規定及共同正犯責任共同原則，對上訴人等宣告沒收，並諭知於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時連帶追徵其價額，尚有違誤，因而撤銷第一審關於此部分之不當判決，改判諭知對陳○宏、游○智沒收如其附表編號3所示車輛及追徵。固非無見。

二、惟按刑法之沒收，乃獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果，非屬刑罰之從刑。不論係違禁物、供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物及犯罪所得，均可為沒收之標的。沒收

之作用，乃存於犯罪事實或不法事實中禁制物之剝奪，不以有刑事責任為必要，而以應剝奪之標的（物或不法利益）為對象，應剝奪標的之所在，即為沒收之所在。於數人共同犯罪時，上開違禁物、供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，究應如何諭知沒收，已不能依共同正犯責任共同原則，附屬於刑罰而為相同之諭知，而應依立法目的、沒收標的之性質及其存在狀態，為下列不同之處理：

- (一)沒收標的為違禁物時，因違禁物本身具社會危害性，重在除去。故刑法第38條第1項規定，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。則於數人共同犯罪時，除非違禁物已滅失或不存在，均應對各共同正犯諭知沒收。
- (二)沒收標的為供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物時，依刑法第38條第2項前段規定，以屬於犯罪行為人者，得沒收之。係藉由剝奪犯罪行為人之所有（包含事實上處分權），以預防並遏止犯罪。其既規定屬於犯罪行為人者，得沒收之，則於數人共同犯罪時，因共同正犯皆為犯罪行為人，故不問屬於共同正犯中何人所有，法院均得斟酌個案情節，不予沒收，或僅對共同正犯之所有者，或對部分或全部共同正犯，諭知沒收及依刑法第38條第4項規定追徵其價額。
- (三)刑法第38條之1第1項前段犯罪所得沒收之規定，同以「屬於犯罪行為人者」，為沒收要件。則於數人共同犯罪時，因共同正犯皆為犯罪行為人，所得屬全體共同正犯，本亦應對各共同正犯諭知沒收。然因犯罪所得之沒收，在於避免被告因犯罪而坐享利得，基於有所得始有沒收之公平原則，如犯罪所得已經分配，自應僅就各共同正犯分得部分，各別諭知沒收。如尚未分配或無法分配時，該犯罪所得既屬於犯罪行為人，仍應對各共同正犯諭知沒收。與上開刑法第38條第2項前段，就「屬於犯罪行為人者」之解釋，並無不同。

三、毒品危害防制條例第19條第1項規定「犯第四條至第九條、

第十二條、第十三條或第十四條第一項、第二項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之。」，為刑法第38條第2項後段所稱之特別規定。其立法採用與違禁物沒收相同之規範標準，並藉由剝奪其物，以預防並遏止相關犯罪之發生。故於數人共同犯罪時，均應對各共同正犯諭知沒收。此與上述裁量沒收並不相同。另毒品危害防制條例第19條第2項規定「犯第四條之罪所使用之水、陸、空交通工具，沒收之。」，亦係刑法第38條第2項後段所稱之特別規定。依民國92年7月9日修正毒品危害防制條例時，就第19條之立法說明：「第三項（現為第二項）所定應沒收之水、陸、空交通工具，依據實務上向來之見解，係指專供犯第四條之罪所使用之交通工具並無疑義，故本項不需再予修正。」（見立法院公報第92卷第34期第200頁）。足見依本項規定沒收之交通工具，專供犯第4條之罪所使用者為限。且其既未規定不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，自應以屬於犯罪行為人者，始得沒收。則於數人共同犯罪時，因共同正犯皆為犯罪行為人，故不問屬於共同正犯中何人所有，均應對各共同正犯諭知沒收，及依刑法第38條第4項規定追徵其價額。

- 四、原判決既認定：本案第四級毒品係由不知情之不詳姓名成年人駕駛00-0000號貨車，載運至福建省金門縣料羅碼頭，共同正犯游○智則駕駛如其附表編號3所示未扣案之自小客車以為引導、押送（見原判決第2頁）。則該編號3所示自小客車顯非專供上訴人等犯運輸第四級毒品罪所使用之交通工具，依上揭說明，即無依毒品危害防制條例第19條第2項規定沒收及依刑法第38條第4項規定諭知追徵之餘地。陳○宏上訴意旨指摘原判決此部分沒收追徵違法，為有理由。而游○智雖未就此為指摘，但為本院得依職權調查之事項，應將原判決關於此部分予以撤銷。

貳、上訴駁回部分：

甲、陳○宏罪刑部分：

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

二、陳○宏上訴意旨略以：

(一)原判決認定其運輸之第四級毒品氣麻黃鹼純質淨重共有113.715公斤、氣假麻黃鹼純質淨重共有1000.698公斤。唯此所謂「純質」之事實認定，顯與卷附內政部警政署刑事警察局之鑑定書，係記載上開2種毒品之純度各僅10%及88%者不符。原審有調查職責未盡及判決理由不備之違法。

(二)原判決未審酌扣案毒品純度並非100%，日後造成之危險或損害相對減低，理應從輕量刑，而有量刑過重之違法。

三、惟查原判決撤銷第一審關於陳○宏罪刑部分之科刑判決，改判仍依想像競合犯規定，從一重論處其共同犯運輸第四級毒品罪刑。已詳敘認定犯罪事實所憑證據及認定理由。從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。又卷附內政部警政署刑事警察局105年7月5日刑鑑字第0000000000號鑑定書，已說明上述鑑定毒品之純質淨重，係依高雄市政府警察局毒品送驗證物檢視暨秤重紀錄單所載各項證物原始淨重，配合鑑定結果換算所得，詳如鑑定書附表「內政部警政署刑事警察局毒品純質淨重換算表」所示（見警二卷第35至37、101、102頁）。上訴意旨指原判決此部分之事實認定與鑑定書記載不符，尚有誤會。

四、刑之量定，屬事實審法院得依職權裁量事項，原判決以陳○

宏之責任為基礎，斟酌刑法第57條所列各款事項而為量刑，既未逾越法定刑範圍，亦無違背公平正義，自屬裁量權之行使，尚難指為違法。

五、上訴意旨置原判決之論敘於不顧，徒為事實上之爭辯，並對原審量刑之裁量職權行使，任意指摘，與首述法定上訴要件不符。其此部分上訴違背法律上之程式，應予駁回。

乙、游○智罪刑及與陳○宏2人就原判決附表編號1、2沒收部分：

一、查第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後10日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段規定甚明。

二、上訴人等不服原審判決，分別於106年10月18日、同年月25日提起上訴，就游○智罪刑及與陳○宏2人關於原判決附表編號1、2沒收部分，均未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，其等此部分上訴皆應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條、第397條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 1 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 陳 宏 卿

法官 洪 于 智

法官 楊 智 勝

法官 黃 瑞 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 3 日

# 最高法院刑事判決

107年度台非字第142號

## 裁判要旨

(一)犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，刑法第38條之1第1項、第5項分別定有明文。而該條立法理由六以：「為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，參考德國刑法第73條第1項，增訂第5項，限於個案已實際合法發還時，始毋庸沒收，至是否有潛在被害人則非所問。若判決確定後有被害人主張發還時，則可依刑事訴訟法相關規定請求之。」已明揭優先保障被害人之原則。另扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；其係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人。且扣押之贓物，依第142條第1項應發還被害人者，應不待其請求即行發還，刑事訴訟法第142條第1項、第318條第1項亦有明定。是如犯罪所得之贓物扣案，而被害人明確，又無第三人主張權利時，自應適用刑事訴訟法第142條第1項、第318條第1項規定，不待請求即行發還被害人。

(二)本件被告於檢察官偵訊時已明白陳稱：「現在我發現那筆錢並不是我的，我願意還給那個人。」「（你是否願意自動繳回不法所得23,274元？）願意。」等語，且已繳出該款項，有臺灣雲林地方檢察署查扣所得檢視表、贓證物款收據、扣押物品清單在卷可佐。故該筆款項，被告既表明不是其所有而願返還被害人，且於偵查中繳出，經以贓物扣案，檢察官仍以被告為當事人就該款項聲請單獨宣告沒收，已有未妥。且該筆款項依卷附證據資料，確屬上開被害人王○儀等3人被詐騙匯入款項之餘額，被害人明確，又無第三人主張權利，自應依法逕行發還被害人。

## 相關法條

刑法第38條之1第5項。

刑事訴訟法第142條第1項、第318條第1項。

上 訴 人 最高檢察署檢察總長

被 告 林○文

上列上訴人因被告詐欺聲請單獨宣告沒收案件，對於臺灣雲林地方法院中華民國106年9月15日第一審確定裁定（106 年度單聲沒字第50號，聲請案號：臺灣雲林地方檢察署106 年度聲沒字第74號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、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。次按單獨宣告沒收之確定裁定，與科刑之確定判決有同一之效力，如有違法自得提起非常上訴，司法院院字第2507號著有解釋。本件原裁定就檢察官聲請對扣案之23,274元宣告沒收一節以：「依刑法第38條之1 該條立法理由六明揭：『為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，參考德國刑法第73條第1 項，增訂第5 項，限於個案已實際合法發還時，始毋庸沒收，至是否有潛在被害人，則非所問。若判決確定後有被害人主張發還時，則可依刑事訴訟法相關規定請求之。』之優先保障被害人原則。在犯罪所得扣案之情形，如被害人已明確，檢察官即應逕發還該被害人，而非聲請法院宣告沒收。換言之，即應優先適用刑事訴訟法第142條第1項、第318條第1項規定，不待請求即發還被害人，不宜適用刑法第38條之1第5項規定，認尚未發還而宣告沒收，否則不啻違反刑法第38條之1第5項優先保障被害人之意旨，亦對被告財產權造成影響」之理由，認本件該等金額固屬被告因他人違法行為而無償取得之犯罪所得，但既已扣案，且可明確認定被害人，依刑法第38條之1第5項規定優先保障被害人之原則，即不得逕行宣告沒

收，應由檢察官發還告訴人王○儀等3人，因認本件聲請難謂有據，而予駁回聲請，固非無據。惟按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。於全部或一部不能沒收，或不宜執行沒收時，追徵其價額。又上述犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。再犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵；民國105年7月1日起修正施行之刑法第38之1第1項前段、第3、4、5項分別定有明文。上述規定旨在澈底剝奪犯罪行為人因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪。並為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，限於個案已實際合法發還被害人時，始無庸沒收。有最高法院106年度台非字第134號刑事判決，可資參照。原裁定逕引學者個人見解，排除新修正刑法沒收規定適用，認本案犯罪所得既已扣案，且可明確認定被害人，檢察官應優先適用刑事訴訟法第142條第1項、第318條第1項規定，不待請求即發還被害人，不得依刑法第38條之1第5項規定聲請宣告沒收，即有裁定不適用法則之違法。二、案經確定，且原裁定雖非不利於被告，然所涉及之法律見解具有原則上之重要性，而與統一法令之適用有關，即應將原裁定關於違背法令部分撤銷，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

貳、本院按：

- 一、犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，刑法第38條之1第1項、第5項分別定有明文。而該條立法理由六以：「為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，參考德國刑法第73條第1項，增訂第5項，限於個案已實際合法發還時，始毋庸沒收，至是否有潛在被害人則非所問。若判決確定後有被害人主

張發還時，則可依刑事訴訟法相關規定請求之。」已明揭優先保障被害人之原則。另扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；其係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人。且扣押之贓物，依第142條第1項應發還被害人者，應不待其請求即行發還，刑事訴訟法第142條第1項、第318條第1項亦有明定。是如犯罪所得之贓物扣案，而被害人明確，又無第三人主張權利時，自應適用刑事訴訟法第142條第1項、第318條第1項規定，不待請求即行發還被害人。

- 二、本件原確定裁定以：被告林○文將其申辦之國泰世華商業銀行二重分行0000000\*\*\*\*\*號帳戶（詳卷，下稱甲帳戶），以郵寄方式交付給自稱「宗○」之真實姓名、年籍不詳成年人，嗣某詐欺集團成員以不詳方式取得甲帳戶之提款卡及密碼後，各於105年3月28日18時36分許、18時37分許、20時2分許，先後冒用拍賣網站賣家、金融機構人員等名義分別撥打電話給告訴人王○儀、黃○佳、黃○恩（下稱王○儀等3人），向其等佯稱網路購物輸入有誤云云，致王○儀等3人陷於錯誤，而分別依該詐欺集團成員之指示，王○儀匯款新臺幣（下同）29,989元、黃○佳匯款29,988元、黃○恩匯款23,212元至甲帳戶，旋遭該詐欺集團成員提領後餘33,274元（被告自動繳回23,274元經扣押在案），所涉詐欺案件，嗣經臺灣雲林地方檢察署檢察官認被告罪嫌不足，而以105年度偵字第2783、3096、3297號為不起訴處分確定後，檢察官因認該扣押款項屬被告無償因詐欺集團詐欺犯行取得之物，爰依刑法第38條之1第2項第2款、第40條第3項，聲請單獨宣告沒收被告自動繳回之23,274元等情，雖經核閱相關卷宗審認無訛。而前開案件經被告繳回之款項固屬其因他人違法行為而無償取得之犯罪所得，但既已扣案，且可明確認定被害人，依優先保障被害人之原則，自不得逕行宣告沒收等理由，

而排除新修正刑法沒收規定之適用，駁回臺灣雲林地方檢察署檢察官單獨宣告沒收之聲請。

三、經查本件被告於檢察官偵訊時已明白陳稱：「現在我發現那筆錢並不是我的，我願意還給那個人。」「（你是否願意自動繳回不法所得23,274元？）願意。」等語（見第2783號偵查卷第25、29頁），且已繳出該款項，有臺灣雲林地方檢察署查扣所得檢視表、贓證物款收據、扣押物品清單在卷可佐（見查扣卷第4至6頁）。故該筆款項，被告既表明不是其所有而願返還被害人，且於偵查中繳出，經以贓物扣案，檢察官仍以被告為當事人就該款項聲請單獨宣告沒收，已有未妥。且該筆款項依卷附證據資料，確屬上開被害人王○儀等3人被詐騙匯入款項之餘額，被害人明確，又無第三人主張權利，自應依法逕行發還被害人。是原審基於優先保障被害人之原則，所為駁回檢察官聲請之裁定，經核並無不合。非常上訴意旨指摘其違背法令，難認為有理由，應予駁回。

四、至於非常上訴理由提及之本院106年度台非字第134號判決意旨，雖認該案原確定判決未諭知犯罪所得沒收部分違背法令。然查該確定判決之被告陳○凱所犯搶奪案件（臺灣彰化地方法院105年度訴字第890號），犯罪所得贓物（即搶奪銀樓之金飾）均經陳○凱先後變賣成現金或轉購他物，且部分現金係於第三人陳○華住處經警查扣，是否屬被害人所有或有無第三人主張權利，尚有未明；此有該案原確定判決可稽，與本件個案情節明顯不同，自不得比附援引，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 5 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 梁 宏 哲

法官 吳 進 發  
法官 沈 揚 仁

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 9 月 11 日

# 最高法院刑事判決

106年度台上字第2862號

## 裁判要旨

刑法明文處罰公務員各種包庇他人犯罪之行為，所指「包庇」，即包攬庇護之意，固與單純不舉發之消極縱容有別，而須有積極掩蔽庇護之行為，始能成立，其本質上仍屬他人犯罪之幫助犯，僅因法律明文處罰始獨立成罪，是舉凡一切藉其勢力，提供庇護，以利他人犯罪進行或使犯罪不易被人發覺，而助益他人犯罪完成之積極行為，概皆屬之。又依警察勤務條例第11條規定，警察執行勤務，其方式包括勤區查察、巡邏、臨檢、守望、值班與備勤，其目的係為達成取締、檢肅、查緝等法定任務，維護社會治安，是各級勤務機構因應治安之需求所規畫之勤務內容，包括如何指派人員、運用與組合警力、積極採取甚或消極不採取上開任一勤務執行方式等，均攸關上開任務目的能否圓滿達成，故透露警察之勤務計畫，不論其既定內容係積極作為或消極不作為，均足以影響取締效果。從而為使他人得以規避查緝，趁隙進行犯罪，而告知警察勤務，既已為告知之積極行為，且有助益他人犯罪之完成，即屬包庇，要不因其所告知之內容係積極作為或消極不作為，而有不同。又公務員藉其勢力，利用職權機會或身分，提供庇護，以利他人犯罪進行或使犯罪不易被人發覺，而助益他人犯罪完成之積極行為即屬包庇行為，不以其包庇對象為其主管或監督之事務權責範圍內為限。

## 相關法條

刑法第55條、第132條第1項、第268條、第270條。  
警察勤務條例第11條。

上訴人 黃○平

上列上訴人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105年11月15日第二審判決（105年度上訴字第1830號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署102年度偵字第24442號，103年度偵字第17831、17834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。本件原判決認定上訴人黃○平有其事實欄所載洩漏國防以外之秘密，公務員包庇圖利聚眾賭博2次之犯行，因而撤銷第一審關於此部分不當之判決，改判依想像競合犯從一重論處公務員包庇圖利聚眾賭博共2罪刑之判決；另駁回檢察官就被訴圖利部分無罪判決之上訴。已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於上訴人所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明，核其所為之論斷，俱與卷存證據資料相符；從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、上訴意旨略以：

(一)依卷附錄音譯文顯示，上訴人係在呂○濱來電詢問時，被動告知有關警察勤務之訊息，且僅提及有員警集結，但對集結之目的為何，有無針對呂○濱之賭場查緝，並不知情，難認係積極包庇掩護之行為，所為應僅屬幫助犯。而賭博之正犯

呂○濱當日既無因聚眾賭博為警查獲，上訴人所為之幫助行為自不為罪，原審遽以論罪科刑，自有違誤。

(二)縱認上訴人有包庇聚眾賭博之行為，惟2次洩漏訊息之時間，分別為民國100年2月11日、2月18日，相距僅7日，行為態樣相同，顯係在單一犯意下所為之接續行為，應僅論以接續犯1罪，原判決論以數罪，適用法規有誤云云。

### 三、惟查：

(一)證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法，而資為合法之第三審上訴理由。又刑法明文處罰公務員各種包庇他人犯罪之行為，所指「包庇」，即包攬庇護之意，固與單純不舉發之消極縱容有別，而須有積極掩蔽庇護之行為，始能成立，其本質上仍屬他人犯罪之幫助犯，僅因法律明文處罰始獨立成罪，是舉凡一切藉其勢力，提供庇護，以利他人犯罪進行或使犯罪不易被人發覺，而助益他人犯罪完成之積極行為，概皆屬之。又依警察勤務條例第11條規定，警察執行勤務，其方式包括勤區查察、巡邏、臨檢、守望、值班與備勤，其目的係為達成取締、檢肅、查緝等法定任務，維護社會治安，是各級勤務機構因應治安之需求所規畫之勤務內容，包括如何指派人員、運用與組合警力、積極採取甚或消極不採取上開任一勤務執行方式等，均攸關上開任務目的能否圓滿達成，故透露警察之勤務計畫，不論其既定內容係積極作為或消極不作為，均足以影響取締效果。從而為使他人得以規避查緝，趁隙進行犯罪，而告知警察勤務，既已為告知之積極行為，且有助益他人犯罪之完成，即屬包庇，要不因其所告知之內容係積極作為或消極不作為，而有不同。又公務員藉其勢力，利用職權機會或身分，提供庇護，以利

他人犯罪進行或使犯罪不易被人發覺，而助益他人犯罪完成之積極行為即屬包庇行為，不以其包庇對象為其主管或監督之事務權責範圍內為限。原判決依憑上訴人不利於己之供述，佐以證人呂○濱、鍾○霖之證述，及卷附警察人員人事資料簡歷表、100年2月10日、2月17日○○縣政府警察局○○分局○○警備隊13人勤務分配表、員警出入及領用應勤裝備登記簿、100年2月10日、2月17日○○縣政府警察局○○分局○○偵查隊40人勤務分配表、通訊監察譯文等證據資料，經相互參酌印證，綜合判斷，認上訴人有包庇呂○濱聚眾賭博之犯行。原判決並說明：本件上訴人於100年2月間行為時，擔任○○縣政府（現改制為○○市政府）警察局○○分局警備隊隊員，係依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之人員，且屬負有協助偵查、調查犯罪等法定職務之警察人員，對轄區內非法聚眾經營賭博場所者，負有取締、查緝之責。其知悉呂○濱為其轄區內職業賭場經營業者（呂○濱於99年10月19日後某日起，至100年12月間，在○○市多處經營職業賭場之行為，業經原審判決確定），利用擔任值班勤務之機會，分別查知○○分局偵查隊員警正聚集即將出勤，時值農曆春節前夕之春安工作期間，檢警機關莫不以取締色情美容護膚、職業賭場、檢肅非法槍彈等為專案勤務查緝重點，上訴人明知勤務內容、執行時間，均與國家事務或公共利益有深切之利害關係，均屬應維護之秘密，不得洩漏，以免助長犯罪，竟將員警即將出勤之訊息告知賭場業者呂○濱，使之得以預先防範，所為業已實際提供庇護而助益他人犯罪之完成，自屬積極之包庇行為。縱上訴人非主管排定或執行該等勤務計畫內容之人，亦未必實際知悉勤務計畫及內容，惟員警何時外出執行勤務，本非一般人均可輕易知悉之消息，仍屬於應秘密之消息，不得洩漏。上訴人將員警集結、即將進行非例行性專案勤務之訊息洩漏

予呂○濱，使之得以事先知悉而有所防備、規避查緝，顯係以積極行為排除犯罪阻力，使呂○濱就其犯行防免事跡敗露，自當屬積極包庇賭博之行為（原判決第11至12頁）。所為論斷及證據取捨，俱與卷內資料相符，核與證據法則無違。上訴意旨猶謂係被動告知呂○濱，非屬積極之包庇，應為一般之幫助行為云云，顯係對原判決已明白論斷敘明之事項，圖憑己見再事爭執，顯非依據卷內訴訟資料具體指摘，自非合法上訴第三審之理由。

(二)刑事法上所稱「接續犯」，係指數個在同時同地或密切接近之時、地，侵害同一法益之行為，因其各個舉動之獨立性極為薄弱，依一般社會通念，認為無法強行分割，乃將之包括視為一個行為之接續進行，給予單純一罪評價之謂。惟並非漫無限制，如客觀上先後有數行為，逐次實行，侵害數個相同或不同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會觀念，時間差距上可以分開，刑法評價上，各具獨立性皆可獨立成罪，所犯又非屬預設其係持續實行之複次行為，具備反覆、延續實行複次作為之特徵，即應就每一行為分別論罪，而併合處罰。依原判決認定之事實，上訴人先後包庇賭博之犯罪時間為100年2月11日、2月18日，前後相距7日之久，在時間差距上可以分別而非密接，且各次犯行在刑法評價上，各具獨立性，均可獨立成罪，尚難認係屬於各個舉動接續實行之接續犯，難認係基於同一犯意所為，且行為亦相互獨立，自應予以分論。上訴意旨就此客觀上明確可分之行為，認應論以接續犯之一罪，原判決論以數罪併罰，適用法規錯誤云云，與原判決認定之事實不符，不能認係適法之上訴第三審理由。

(三)綜上所述，上訴人之上訴意旨乃置原判決之明白論敘於不顧，對事實審法院事實認定及證據取捨職權之適法行使，徒憑己見，任意爭執，均不能認係適法之第三審上訴理由。依首

揭說明，本件上訴均違背法律上之程式，應予駁回。

四、上訴人競合犯刑法第132 條第1 項洩漏國防以外之秘密罪部分，為最重本刑3 年以下有期徒刑之罪，核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款所列之案件，第一、二審均為有罪之判決，原不得上訴於第三審法院，因重罪之公務員包庇賭博罪部分上訴不合法，應從程序上予以駁回，則競合犯洩漏國防以外秘密輕罪部分，亦無從依審判不可分原則，併為實體審判，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 27 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 謝 靜 恒

法官 楊 真 明

法官 鄭 水 銓

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 1 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第4227號

## 裁判要旨

偽證罪係屬學說上所謂之「己手犯」，「己手犯」之特徵在於正犯以外之人，雖可對之加功而成立該罪之幫助犯或教唆犯，但不得為該罪之間接正犯或共同正犯，亦即該罪之正犯行為，唯有藉由正犯一己親手實行之，他人不可能參與其間，縱有犯意聯絡，仍非可論以共同正犯。此因證人於法院審判或檢察官偵查時，於案情有重要關係，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，構成刑法之偽證罪。數證人於同一案件各別具結而為證述，其具結之效力，僅及於具結之各該證人，所為之證述是否於案情有重要關係，是否虛偽陳述，應依各該證人之陳述事項內容而定，各自負責，不及其他證人，無由成立共同正犯。

## 相關法條

刑法第168條。

上訴人 黃○庠（原名黃○祐）

宋○煌

上列上訴人等因偽證案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年2月14日第二審判決（106年度上訴字第1458號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署105年度偵字第1976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黃○庠（原名黃○祐）、宋○煌有其事實欄所載偽證之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論以共同偽證罪，各處有期徒刑6月、4月，固非無見。
- 二、惟查：客觀上為法院認定事實及適用法律基礎之證據，雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又偽證罪係屬學說上所謂之「己手犯」，「己手犯」之特徵在於正犯以外之人，雖可對之加功而成立該罪之幫助犯或教唆犯，但不得為該罪之間接正犯或共同正犯，亦即該罪之正犯行為，唯有藉由正犯一己親手實行之，他人不可能參與其間，縱有犯意聯絡，仍非可論以共同正犯。此因證人於法院審判或檢察官偵查時，於案情有重要關係，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，構成刑法之偽證罪。數證人於同一案件各別具結而為證述，其具結之效力，僅及於具結之各該證人，所為之證述是否於案情有重要關係，是否虛偽陳述，應依各該證人之陳述事項內容而定，各自負責，不及其他證人，無由成立共同正犯。原判決認定：黃○庠、宋○煌均未在彰化縣○○鎮○○路、○○路之T字型路口附近綑綁競選旗幟而目擊車禍，竟共同基於偽證之犯意聯絡，於臺灣彰化地方法院（

下稱彰化地院) 104年度彰簡字第104號盧○琴因車禍訴請陳○霖損害賠償事件中，民國104年3月12日上午言詞辯論期日，分別以證人身分供前具結，先由黃○庠證述：其看見汽車已轉彎過去，兩台汽車併排，其中一台TOYOTA汽車〔即盧○琴兒子駕駛之汽車〕，有停了一下，然後就往右前方爆衝，應該是先撞到併排那台汽車，後來那台TOYOTA汽車有倒退一下，其和宋○煌有討論那台汽車怎麼會爆衝云云；宋○煌證述：TOYOTA汽車就頓了幾秒，爆衝上去，當時其是在對向車道，距離約3、40公尺左右云云，於案情有重要關係之事項，而為虛偽陳述；嗣盧○琴敗訴，提起上訴由彰化地院以104年度簡上字第63號損害賠償事件審理，104年8月13日下午準備程序，黃○庠再於供前具結證述：其有目擊車禍過程，其當時在路口捆綁競選旗幟，有看到兩輛在轉彎的位置先併排，後來左方的TOYOTA銀色汽車就往右前方爆衝撞到貨車（即陳○霖駕駛之自用小客車）云云，接續就此與案情有重要關係之事項，而為虛偽陳述，並說明其2人均未在該路口附近目睹車禍發生，卻均在民事事件程序中作出相同內容之證述，可見其2人間應有事先約定，有犯意聯絡甚明，而論其2人為偽證罪之共同正犯，已與偽證罪之「己手犯」性質不合。又宋○煌於彰化地院簡易庭審理中雖有為前述之證言，且證述其剛好在現場工作，所以有看到云云（見105年度交查字第78號卷第14頁正面），然其同日亦證稱：「我要說的與證人陳○義一樣。」等語，而證人陳○義於當日審理中係證稱：「我沒有看到現場。」等語（均見同上卷第14頁背面），則宋○煌於當日證言之真意如何？再黃○庠、宋○煌既經具結作證，所為具結之效力如何？是否為案情有重要關係之事項？有無虛偽陳述？應分別審究判斷，因與其等是否成立之偽證罪攸關，自有詳加調查釐清之必要。原審就此未予查明，遽行判決，併有應於審判期日調查之證據而未予調查及

判決不備理由之違誤。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，原判決上述之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 107 年 11 月 22 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 謝 靜 恒

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 22 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第3628號

## 裁判要旨

刑法第225第1項之乘機性交，與同法第221條第1項之強制性交罪，其法定刑均為3年以上10年以下有期徒刑，前者係指行為人利用被害人精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者，後者則指行為人對被害人以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者；前者，重在行為人利用被害人之不能或不知抗拒狀態而對之為性交，後者，則重在行為人係施用強制力而對被害人為性交，是二者之區別在於被害人不能抗拒之原因如何造成，及行為人是否施用強制力。原判決係認定被告曾係甲女之同居男友，於案發時地被告基於乘機性交之犯意，利用甲女服用助眠藥劑後全身乏力而不能抗拒之機會，無視甲女哭泣表示不要、不願意及要求停止等言語，仍違反甲女意願，脫下甲女褲子後，將其生殖器插入甲女之陰道內而為性交等情。是依原判決之認定，甲女於案發時已因服用助眠藥劑全身乏力不能抗拒，於被告對其為性交過程中，甲女尚有意識，知覺被告對其為性交，而有表達不要之意，然因全身乏力不能抗拒，被告遂能得逞；依此，原判決係認定被告利用甲女不能抗拒之狀態而對之為性交，並未認定其有對甲女施以強制力以達性交之目的，檢察官上訴意旨未指出有此情節，既係甲女自陷於不能抗拒之狀態，且被告並未施用強制力，則原判決認被告所為係犯乘機性交罪，於法並無不合。

## 相關法條

刑法第221條第1項、第225條第1項。

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官黃朝貴

被告 A男（姓名年籍住所詳卷）

上列上訴人因被告家暴妨害性自主案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國107年1月23日第二審判決（106年度侵上訴字第505號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署104年度偵字第19506號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

上訴駁回。

### 理 由

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。

本件原判決撤銷第一審關於論處被告乘機性交罪部分之判決，改判仍論處其乘機性交罪刑（處有期徒刑1年8月緩刑5年），已詳敘其調查證據之結果及證據取捨並認定事實之理由。

檢察官上訴意旨略以：(一)原判決事實已記載「利用甲女（與其父母、被告女友楊女等人之姓名年籍均詳卷）服用助眠藥劑後全身乏力而不能抗拒之機會，無視甲女哭泣表示不要、不願意及要求停止等言語，仍違反甲女意願，脫下甲女褲子後，將其生殖器插入甲女之陰道內而為性交行為得逞。」，足認甲女仍有決定是否與被告性交之意思能力，被告仍強行違反其意願，而進行性交，應成立刑法第221條第1項之強制性交罪，原判決有適用法則不當之違法。(二)原判決以被告提出「民事認諾書」及訴外人張○嘉律師審判外之陳述，作為被告有補償甲女之誠意之證據，均無踐

行上揭書證之調查證據程序，採證違法。(二)原判決謂「被告事後雖未能與甲女達成和解、獲得原諒，惟於法院審理中仍一再陳述願意彌補甲女，除於原審當庭提出新臺幣（下同）200萬元之陽信銀行本票，表示甲女可隨時向辯護人具領外，於本院審理中復當庭提出400萬元銀行支票1紙，希望甲女接受並和解，甲女雖表示願意接受，惟因其告訴代理人反對並提出質疑，故甲女隨又表示不願收受。是依被告行為之客觀侵害程度及主觀心態（即犯罪動機）等事項予以綜合觀察，本院認為縱依刑法第225條第1項之規定量處最輕本刑有期徒刑3年，猶嫌過苛，並可能斷絕被告認錯悔改或彌補甲女母子之機會，顯與被告犯罪情節有失衡平，不無情輕法重之憾，客觀上容有情堪憫恕之處，爰就乘機性交罪部分依刑法第59條規定酌減其刑。」等情，但此乃屬被告犯後態度之問題，原判決遽依刑法第59條規定酌減其刑，有判決適用法則不當之違法等語。

惟查：（一）刑法第225條第1項之乘機性交，與同法第221條第1項之強制性交罪，其法定刑均為3年以上10年以下有期徒刑，前者係指行為人利用被害人精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者，後者則指行為人對被害人以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者；前者，重在行為人利用被害人不能或不知抗拒狀態而對之為性交，後者，則重在行為人係施用強制力而對被害人為性交，是二者之區別在於被害人不能抗拒之原因如何造成，及行為人是否施用強制力。原判決係認定被告曾係甲女之同居男友，於案發時地被告基於乘機性交之犯意，利用甲女服用助眠藥劑後全身乏力而不能抗拒之機會，無視甲女哭泣表示不要、不願意及要求停止等言語，仍違反甲女意願，脫下甲女褲子後，將其生殖器插入甲女之陰道內而為性交等情。是依原判決之認定，甲女於案發時已因服用助眠藥劑全身乏力不能抗拒，於被告對其為性交過程中，甲女尚有意識，知覺被告對其為性交，而有表達不要之意，然因

全身乏力不能抗拒，被告遂能得逞；依此，原判決係認定被告利用甲女不能抗拒之狀態而對之為性交，並未認定其有對甲女施以強制力以達性交之目的，檢察官上訴意旨未指出有此情節，既係甲女自陷於不能抗拒之狀態，且被告並未施用強制力，則原判決認被告所為係犯乘機性交罪，於法並無不合。至檢察官上訴意旨所指本院另案判決內載：「所謂『不能或不知抗拒』，係指被害人因上開精神障礙等情形，達於無法或難以表達其意願之程度，而處於無可抗拒之狀態而言」，核其意旨亦在指乘機性交需被害人係處於不能抗拒之狀態，並未指被害人有所表達時即非屬乘機性交，況個案案情不同，自不能比附援引，併予敘明。（二）原判決係採用被告提出之「民事認諾書」及張○嘉律師審判外之陳述，作為被告有補償甲女之誠意之證據（本院按被告於上訴本院後提出臺中地方法院提存所提存書，內載已提存該認諾書所載之賠償金5270048元及其利息共5604299元），此屬科刑審酌事項之證明，本無需嚴格證據，且既係被告提出，縱審判中未予以調查，亦無違法可言。（三）刑法第59條係屬事實審法院依職權審酌之事項，倘客觀上無顯然濫權失當，自無違法可言。原判決已詳為說明如何審酌本件被告之犯罪情狀認有可憫恕之情狀而有該條酌減其刑適用之理由，經核並非僅以其犯後態度為由，且其裁量權之行使尚無顯然失當。（四）綜上，應認檢察官上訴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 107 年 10 月 31 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 謝 靜 恒

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

法官 蘇 振 堂

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 107 年 10 月 31 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第3348號

## 裁判要旨

刑罰制裁妨害性自主行為，係為保障他人關於性意思形成與決定之自由，因性侵害犯罪係侵犯他人之性自主權，即任何人在法律範圍內，得自主決定其是否及如何實施性行為而不受他人強迫及干涉之權利，屬人格權之範疇。關於性自主權之內容，至少包含拒絕權（指對於他人無論善意或惡意的性要求，均可拒絕，無須任何理由）、自衛權（指任何人對於指向自己之性侵害皆有防衛之權利）、選擇權（指任何人均享有是否進行以及選擇如何進行性行為之權利）、承諾權（指任何有承諾能力之人對於他人提出之性要求，有不受干涉而得完全按自己意願作出是否同意之意思表示）等內涵。我國刑法第221條及同法第224條之罪，係以對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為性交或猥褻之行為者，為構成要件。所謂「其他違反其意願之方法」，係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法而言。其違反意願之程度，並不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，祇要達於妨害被害人之意思自由，即侵犯被害人之性自主權者，即可認符合「違反其意願」之要件。故如被害人對於性行為之拒絕、自衛、選擇及承諾等性自主權遭壓抑或破壞時，即應認係「違反其意願」。

## 相關法條

刑法第221條、第224條。

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官侯名皇

上訴人

即被告 甲○○

選任辯護人 吳秉祐律師

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107年6月14日第二審更審判決（107年度重侵上更二字第1號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署101年度偵字第388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

本件原判決認定上訴人即被告甲○○（下稱被告）有其事實欄所載之利用其監督之權勢對於被害人A女（姓名、年籍詳卷）為猥褻、性交犯行，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判論其犯對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻之行為5罪，各處有期徒刑8月；犯對於14歲以上未滿16歲之女子為性交未遂2罪，各處有期徒刑1年2月。並定應執行有期徒刑4年。固非無見。

惟按：(一)、科刑判決所認定之事實，與所採之證據不相適合，即屬證據上理由矛盾，其判決當然違背法令。又刑罰制裁妨害性自主行為，係為保障他人關於性意思形成與決定之自由，因性侵害犯罪係侵犯他人之性自主權，即任何他人在法律範圍內，得自主決定其是否及如何實施性行為而不受他人強迫及干涉之權利，屬人格權之範疇。關於性自主權之內容，至少包含拒絕權（指對於他人無論善意或惡意的性要求，均可拒絕，無須任何理由）、自衛權（指任何人對於指向自己之性侵害皆有防衛之權利）、選擇權（指任何人均享有是否進行以及選擇如何進行性行為之權利）、承諾權（指任何有承諾能力之人對於他人提出之性要求，有不受干涉而得完全按自己意願作出是否同意之意思表示）等內涵。

我國刑法第221條及同法第224條之罪，係以對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為性交或猥褻之行為者，為構成要件。所謂「其他違反其意願之方法」，係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法而言。其違反意願之程度，並不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，祇要達於妨害被害人之意思自由，即侵犯被害人之性自主權者，即可認符合「違反其意願」之要件。故如被害人對於性行為之拒絕、自衛、選擇及承諾等性自主權遭壓抑或破壞時，即應認係「違反其意願」。經查，原判決認定被告成立上開罪名，主要係依據證人即被害人A女於警詢或偵、審時之陳述，資為論罪科刑之佐證之一，惟觀之原判決理由記載被告就其事實一之(七)各項猥褻或性交犯行，A女不乏指訴：「伊當下反應就是用雙手頂他（指被告，下同）身體，但是伊的力氣沒有那麼大，當時伊的反應就是想哭」（見原判決第10頁第13至14行）、「伊整個人都僵硬了，伊整個人嚇到不知道要怎麼反應…，心裡感到很不舒服很害怕」（見同頁第26至27行、第30行）、「然後他就抱著伊說：可不可以把妳的第一次給伊，伊就搖頭，當時沒有表情，因為伊完全不知所措。…，但是伊的嘴巴一直緊閉著，不想讓他親伊，伊當時很想把他推開，但是伊的力氣沒有那麼大，無法把他推開來，接著他就整個把伊的身體強壓下去，他就用他的腳把伊的腳撐開，再用他的生殖器隔著褲子一直頂伊的下面，伊整個嚇到，已經哭出來了」（見原判決第11頁第18至19行、第21至25行）、「然後他就把伊的手拉到他的生殖器上面，很噁心，他的表情很猥褻，表現出很舒服的樣子，伊又嚇哭了，並試圖要把車門打開，但是伊才發現他把車門都鎖住了」（見原判決第12頁第3至6行）、「他的右手就開始伸進伊的內褲，在伊陰道外面附近搓來搓去，伊當時已經都哭出來了，他當時企圖要脫伊的褲子，伊就一直掙扎雙腳縮起來不讓他脫」（見

同頁第12至14行)、「然後他開始親伊，伊的嘴巴就閉緊，不讓他親，他又把伊的手拉到他的生殖器上，另一手摸揉伊的胸部，接著又開始摸伊的下面，那時伊就趕緊把雙腳夾緊」(見同頁第24至26行)、「之後他就把門鎖起來，又開始抱伊強吻伊，伊又用雙手把他擋住」(見原判決第13頁第15至16行)、「突然把伊拉到門後面，就用力抱住伊並親伊的嘴巴，當時伊把手擋在胸前，因為伊不想讓胸部碰到他身體」(見原判決第14頁第25至26行)、「他看了一下窗戶外沒有人後，就面對面緊緊抱住伊，然後就強吻伊，還咬伊的嘴唇，伊當時雙手想要把他推開，但是他雙手環抱住伊，抱的很緊，所以伊推不開，他親了伊滿久的，伊記得快1分鐘，過程中伊一直掙扎想要推開，但他把伊抱得很緊，伊推不開」(見原判決第15頁第26至30行)、「他就突然把伊拉向他，緊抱住伊，然後就強吻伊的嘴巴還用手摸伊的胸部，那時他是隔著衣服摸伊的胸部，當時伊用力要推開他，但是推不動」(見原判決第16頁第24至27行)等語。顯見被告對於被害人A女所為之猥褻或性交行為，已全然否定A女之拒絕、自衛、選擇及承諾等性自主權，難謂無違反A女其意願。乃原判決竟僅認被告成立刑法第227條第4項之對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻之行為罪，及同條第5項、第3項之對於14歲以上未滿16歲之女子為性交未遂罪，自有判決理由矛盾之違法。(二)、性侵害犯罪案件因具有隱密性，蒐證不易，常見辯方以性侵害案件舉報時間距離案發時間過久，或被害人證述內容前後不一，質疑被害人指控的動機與證詞之可信性。特別是被害人為兒童或青少年，復與加害人具有師生關係時，因囿於被害人年幼、身心發展未臻成熟，且曲從加害人身為人師之服從關係，在經歷性侵害事件後，其原有之信任感被破壞，除生理上受到傷害外，心理層面上所受之傷害亦匪淺，因而罹患「創傷後壓力症候群」或出現相關精神、心理疾病之可能性甚高。被害人於案發後除會向親友求救或傾吐外，為保護具有學生身分之被害人，並防止性侵害事件之發生，我

國性別平等教育法第21條第1項、第3項規定，學校校長、教師、職員或工友知悉服務學校發生疑似校園性侵害、性騷擾或性霸凌事件者，除應立即依學校防治規定所定權責，依性侵害犯罪防治法、兒童及少年福利法、身心障礙者權益保障法及其他相關法律規定通報外，並應向學校及當地直轄市、縣（市）主管機關通報。且學校或主管機關處理校園性侵害、性騷擾或性霸凌事件，應將該事件交由所設之性別平等教育委員會調查處理。同法第24條亦規定學校或主管機關處理校園性侵害、性騷擾或性霸凌事件，得轉介至相關機構處理；於必要時，並得委請醫師、心理師、社會工作師或律師等專業人員，提供心理輔導、保護措施或其他協助。另性侵害犯罪防治法第6條亦規定直轄市、縣（市）主管機關應設性侵害犯罪防治中心，配置社工、警察、醫療及其他相關專業人士，以即時處理協助被害人就醫診療、驗傷及取得證據，暨心理治療、輔導、緊急安置與提供法律服務等事項。並於第8條、第14條規定一定人員於執行職務時知有疑似性侵害犯罪情事者，負有向主管機關通報之義務，及責由專人處理性侵害事件，整合社政、醫療、警察等體系，以落實性侵害被害人完整之程序保障。另鑒於此類型案件其直接證據取得之困難性及被害人之特殊性，同法第15條復明定一定關係之人得於偵查、審判中陪同在場及陳述意見。而當性侵害案件進入司法程序時，檢察官於徵得被害人同意後，應即命法醫師或檢驗員檢查被害人身體及採集相關分泌物、毛髮等；必要時亦應轉介責任醫院為被害人之驗傷、採證，並應即時通知轄區直轄市、縣（市）政府所設之性侵害防治中心；而被害人為女性時，應由女性法警或女性書記官陪同在場。另檢察機關或法院在辦理性侵害犯罪案件，如發現被害人有接受心理治療、輔導、緊急安置、緊急診療等之必要時，應即通知該管直轄市、縣（市）主管機關設立之性侵害防治中心協助處理。被害人為兒童或少年時，除顯無必要者外，應通知直轄市、縣（市）主管機關，指派社工人員於審判中陪同在場，並陳述

意見；並得依職權或依聲請指定或選任相關領域之專家證人到庭陳述專業意見。檢察機關辦理性侵害犯罪案件應行注意事項第5點、第7點、第8點，暨法院辦理性侵害犯罪案件應行注意事項第7點、第16點亦分別定有明文。上開規定之所以對性侵害之被害人為如此縝密之保護，係因被害人由親友或相關社工等專業人士陪同在場，具有穩定及緩和被害人不安與緊張之情緒，避免受到二度傷害。另法律社會工作者機制之介入，著重在藉由心理諮商或精神醫學等專業以佐證被害人證詞之有效性或憑信性，並兼負有協助偵、審機關發見真實之義務與功能。因此，被害人之親友、社工或相關輔導人員就其所陪同或介入輔導個案經過之直接觀察及以個人實際經驗為基礎所為之書面或言詞陳述，即屬於見聞經過之證人性質，而醫療或心理衛生人員針對被害人於治療過程中所產生之與待證事實相關之反應或身心狀況（如有無罹患創傷後壓力症候群或相關精神、心理疾病）所提出之意見，或以其經驗及訓練就通案之背景資訊陳述專業意見，以供法院參佐，則為鑑定證人或鑑定人身份。凡此，均屬與被害人陳述不具同一性之獨立法定證據方法，而得供為判斷被害人陳述憑信性之補強證據。卷查，被害人A女於警詢或偵、審中，係由臺北市家庭暴力暨性侵害防治中心乙○○等社工陪同在場（見偵查卷(一)第13、48、99、262頁；第一審卷第82頁），並經臺北市立○○國民中學（校名詳卷）組成「性別平等委員會」（下稱性平會）約訪A女（見偵查卷第79頁），則A女於社工輔導、陪同或於性平會調查時之情緒表現如何？被害人有無出現通常遭性侵害後之情緒震驚、不信任感、尷尬、羞恥、罪惡感、情緒低落、無能為力、混亂、否定、恐懼、憂慮、憤怒等具體表現行為？而在司法調查過程中，有否因心理受創、精神、體力無法負荷等因素，致無法陳述或為完整陳述，甚至拒絕陳述或哭泣等情？又本件經檢察官囑託諮商學會理事長丙○○為鑑定，並由心理師丁○○對A女為心理諮詢，上開鑑定證人於第一審或原審前審時均證述，在與A女接

觸過程中，其有不斷哭泣等負面或不愉快之情緒表現（見第一審卷第111 頁反面、第118 頁；原審更一審卷(一)第155 頁及其反面、第162 頁反面、第163 頁反面）等語；另A女之母親（姓名、年籍詳卷）於偵、審中亦證稱，其係偶見A女於臉書社團與同學對話時，有述及被告是變態等語，遭同學質疑、不信任，因而察覺有異，經詢問A女何出此言，A女忍不住大哭，始全盤託出案情（見偵查卷(一)第53頁；第一審卷第94頁）等語。則鑑定證人丙○○、丁○○及證人即A女之母之前揭證言，何以不得作為A女指訴被告對其為強暴或違反其意願之猥褻及性交行為證詞之補強證據？亦未見原審予以剖析明白，即遽為被告有利之判決，自有判決理由不備及調查未盡之違誤。檢察官上訴意旨執以指摘，尚非全無理由，應認原判決有撤銷發回之原因。

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 107 年 9 月 13 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 楊 真 明

法官 沈 揚 仁

法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 9 月 18 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字2544號

## 裁判要旨

(一)有無供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯，乃單純之事實認定問題，與裁判上一罪之法理無關，自無所謂一部供出來源效力是否及於全部之審判不可分原則之適用。因之，關於同時施用第一級及第二級毒品之裁判上一罪案件，審酌被告有無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用，自應視其已否供出其所施用之第一級毒品來源，並因而查獲其他正犯或共犯為斷。倘其僅供出所施用之第二級毒品來源，縱因而查獲其他正犯或共犯，就其競合所犯之重罪（即施用第一級毒品罪），亦無從依該規定予以減輕或免除其刑。

(二)邱○錡係證稱在106年5月24日之前，一個禮拜以上或是一個禮拜，只提供（甲基）安非他命予被告施用。而其提供第一級毒品及第二級毒品予被告施用之時間，則是在106年7、8月間，已在被告於同年5月24日被查獲之後，顯非本件犯行之毒品來源。原判決援引邱○錡前揭證言，而為被告106年5月24日9時許施用海洛因，其來源係邱○錡之認定，有證據上理由矛盾之違法。至於被告同時施用之甲基安非他命，是否來自邱○錡，依前所述，尚非得為競合所犯之施用第一級毒品罪，適用毒品危害防制條例第17條第1項之規定，減輕其刑之依據。

## 相關法條

毒品危害防制條例第17條。

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官林蓉蓉

上訴人

即被告 簡○豪

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中分院中華民國107年4月12日第二審判決（106年度上訴字第1968號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度毒偵字第3393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即被告簡○豪（下稱被告）同時施用第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命之犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判依想像競合犯，從一重仍論處被告犯施用第一級毒品罪刑。固非無見。
- 二、惟按：毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」旨在鼓勵毒品下游者具體供出其上游供應人，俾進一步擴大查緝績效，揪出其他正犯或共犯，以確實防制毒品泛濫或更為擴散。所謂「毒品來源」，自指「與本案犯行相關毒品」從何而來之情形。倘被告供出之毒品上手與其所涉案件之毒品不具關聯性，既無助該案之追查，僅屬對該上手涉犯其他毒品犯罪之告發，要非就其所涉案件之毒品供出來源，自無上開減刑規定之適用。又有無供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯，乃單純之事實認定問題，與裁判上一罪之法理無關，自無所謂一部供出來源效力是否及於全部之審判不可分原則之適用。因之，關於同時施用第一級及第二級毒品之裁判上一罪案件，審酌被告有無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用，自

應視其已否供出其所施用之第一級毒品來源，並因而查獲其他正犯或共犯為斷。倘其僅供出所施用之第二級毒品來源，縱因而查獲其他正犯或共犯，就其競合所犯之重罪（即施用第一級毒品罪），亦無從依該規定予以減輕或免除其刑。

- 三、本件原判決係以：被告前於警詢時供述施用之毒品來源係向真實姓名年籍不詳、綽號「邱ㄟ」之男子所取得。然並未提供「邱ㄟ」之真實姓名年籍資料或其他足以辨別其特徵之具體資訊，供檢、警機關追查，致檢、警機關無從據以發動追查等情，有臺中市政府警察局大甲分局函及所附職務報告，暨臺灣臺中地方檢察署函在卷可參。被告於原審始陳明「邱ㄟ」係邱○錡，證人邱○錡於原審證述：曾經不止一次提供被告第一、二級毒品，在被告坐牢之前，印象中在民國 106 年 5 月 24 日之前，有提供毒品給被告，應該是前面幾天，日期真的不記得了等語。若無此事實，邱○錡斷無上開證述使自己涉犯轉讓毒品罪行之理，其證述應可採信，是被告確有供出毒品來源，因而查獲轉讓第一級、第二級毒品予被告之邱○錡（應由檢察官另行偵辦）等情，爰依上開規定減輕其刑（見原判決第 5、6 頁）。然卷查：（一）被告於警詢時供稱：「（員警查獲的已施用過安非他命吸食器 1 個以及吸食器內的毒品殘渣來源為何？）……毒品殘渣是我於 106 年 5 月 23 日 14 時許，在臺中市外埔區國道 3 號交流道旁，向綽號『邱ㄟ』的男子以新臺幣 1,000 元代價購得。」「（該名綽號『邱ㄟ』男子的真實年籍資料為何？有何特徵？如何聯繫？）我不知道真實姓名年籍資料……我沒有他的電話號碼無法主動跟他聯繫。」等語（見偵卷第 19 頁）。（二）證人邱○錡於 107 年 2 月 8 日在原審證稱：「（你有沒有賣過毒品給被告簡○豪？）那個應該不算賣，我曾經提供給他。」「（你提供給被告簡○豪什麼樣的毒品？）兩種都有，一級跟二級。」「（你是什麼時候曾經提供給被告簡○豪？）曾經有一

段時間，我忘了，大概在他坐牢之前。」「（時間大概是什麼時候？）應該是去年。」「（去年大概幾月？）去年夏天大概7、8月的時候。」「（你在什麼地方提供給被告簡○豪？）在朋友家。」「（哪一個朋友家？）應該是在外埔區的一個朋友家。」「（那個朋友叫什麼名字或是綽號？）蘇○英。」「（被告問：在106年4月至6月這一段時間，那時候我都有在陳○梅的家裡，你是不是曾經去那裡找我，然後有拿東西給我用？）她家我去過一次，應該是一次，那一次還滿多人的，那一次不是針對於提供給他（指被告），反正大家都在那邊吸食。」「（檢察官問：針對剛剛被告簡○豪講陳○梅家的這一次是吸食什麼毒品？）安非他命。」「（只有吸食甲基安非他命這一種毒品嗎？）對，只有這一種。」「（你這一次有提供給被告簡○豪用嗎？）其實那個就是放在那邊大家一起吃，沒有特定要給誰，而且我記得他不在外面。」「（你在106年5月24日之前有沒有提供毒品給被告簡○豪來施用？）我印象中應該有。」「（那是在106年5月24日之前多久？）應該是前面好幾天，大概有一個禮拜以上或是一個禮拜，不會是當天，大概會有一段時間，大概一個禮拜左右，因為我印象中那時候簡○豪好像住在他們家，我也好幾天才聯絡一次。」等詞（見原審卷第136頁背面至第137頁背面、第139頁背面、第140頁）。以上各節，如果無訛。邱○錡所為提供毒品給被告之證言，與被告供述毒品係其購得之情形，已有不符。又邱○錡係證稱在106年5月24日之前，一個禮拜以上或是一個禮拜，只提供（甲基）安非他命予被告施用。而其提供第一級毒品及第二級毒品予被告施用的時間，則是在106年7、8月間，已在被告於同年5月24日被查獲之後，顯非本件犯行之毒品來源。原判決援引邱○錡前揭證言，而為被告106年5月24日9時許施用海洛因，其來源係邱○錡之認定，有證據上理由矛盾之違法。至於被告同時施

用之甲基安非他命，是否來自邱○錡，依前所述，尚非得為競合所犯之施用第一級毒品罪，適用毒品危害防制條例第17條第1項之規定，減輕其刑之依據。原判決僅以前揭有瑕疵之被告供述及邱○錡之證言，遽認被告所施用之毒品（海洛因、甲基安非他命），均係來自邱○錡，本件合於同條例第17條第1項之規定，予以減輕其刑，尚嫌速斷。此部分攸關法律之正確適用，原審未予調查、釐清，亦有應於審判期日調查之證據未予調查之違誤。

四、檢察官上訴意旨指摘及此，為有理由，被告亦上訴聲明不服，因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 107 年 7 月 18 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 何 信 慶

法官 朱 瑞 娟

法官 劉 興 浪

法官 李 英 勇

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 7 月 20 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第3568號

## 裁判要旨

(一)刑法有關沒收規定於民國104年12月30日、105年6月22日迭經修正公布，依刑法施行法第10條之3第1項規定，自105年7月1日施行。修正後刑法第2條第2項規定：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」已明確規範修正後有關沒收之法律適用，應適用裁判時法，自無庸比較新舊法。而沒收係針對供犯罪或預備供犯罪所用，犯罪所生或所得等與刑事違法行為具有密切關係之人民財產，及對於社會具有危險性之違禁物，由國家以裁判剝奪其所有人之所有權，將之收歸國庫，屬干預人民財產權之強制處分，自應循正當程序為之，俾符合憲法保障人民財產權、訴訟權等基本權之要求。為建構修正後刑法新增剝奪被告以外第三人財產，擴大單獨聲請宣告沒收之適用範圍，及現行特別刑法中既有之沒收第三人財產等實體規範，所應恪遵之正當程序，參考德國、日本之立法例，刑事訴訟法增訂專編為第7編之2「沒收特別程序」第455條之12至第455條之37等規定，保障財產可能被沒收之第三人參與程序之權利，明定其聲請參與沒收及法院依職權命參與沒收之前提、程式，並課予偵查中之檢察官、審判中之法院，對財產可能被沒收之第三人之通知義務，予其陳述意見之機會，賦予該第三人參與刑事訴訟程序與尋求救濟之權利，同於105年7月1日施行，俾與原有附隨於刑事本案沒收被告財產之一般沒收程序，相輔相成，以完備沒收法制之體系，並兼顧第三人參與訴訟之程序保障。從而，為保障財產可能被沒收之第三人之權益，法院自應遵循修正後刑事訴訟法「沒收特別程序」編之相關規定，賦予該第三人參與刑事訴訟程序之機會後，其裁判諭知沒收第三

人財產，始為適法，否則其所踐行之訴訟程序即屬違法。此項程序之違法，剝奪第三人參與訴訟之程序保障，悖於正當程序，與憲法保障人民財產權、訴訟權之旨未合，顯欠缺裁判沒收第三人財產之正當性基礎，不能謂顯然於判決無影響。

(二)原判決認定其附表二編號8所示扣案之車牌號碼○○○-○○○○號自用小客車，係劉○明為其附表一編號1、2所載販賣第二級毒品犯行所用之交通工具，因而依檢察官之請求，適用毒品危害防制條例第19條第2項規定宣告沒收。惟稽之卷附車駕籍資訊系統—車輛詳細資料列印表，上開自用小客車之車主登記為劉○訓，且劉○明於偵查中供稱該車輛係屬劉○訓所有，劉○訓亦於原審證稱該車輛為其所有等語，若其等所述無訛，則上開自用小客車既屬第三人劉○訓之財產，乃原審未先依刑事訴訟法第455條之12第3項之規定，依職權裁定命劉○訓參與沒收程序，亦未依刑事訴訟法「沒收特別程序」編之相關規定，賦予其參與沒收程序與尋求救濟之機會，遽予諭知沒收上開劉○訓所有之自用小客車，已剝奪劉○訓參與訴訟之程序保障，揆之上開說明，難謂適法。

## 相關法條

毒品危害防制條例第19條第2項。

刑事訴訟法第455條之12第3項、第455條之13第3項。

上訴人 謝○明

劉○明

上 一 人

選任辯護人 林石猛律師

蘇颯禎律師

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年7月26日第二審判決（106年度上訴字第805號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署105年度偵字第6738、6739、7155、7156、9489號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

### 理 由

一、本件原判決認定上訴人劉○明有其事實欄及附表一所載販賣第二級毒品甲基安非他命予謝○明共3次之犯行；上訴人謝○明有其事實欄及附表一所載意圖營利向劉○明購得第二級毒品甲基安非他命後伺機販賣共3次之犯行，因而撤銷第一審關於劉○明科刑部分之判決，改判仍論劉○明以販賣第二級毒品3罪，分別處如原判決附表一編號1至3所示之刑，並分別諭知相關之沒收及追徵，復合併定其應執行之刑為有期徒刑20年。另維持第一審論謝○明販賣第二級毒品未遂3罪（均累犯），均先依累犯之規定加重其刑（法定刑為無期徒刑部分不予加重），再依刑法第25條第2項及毒品危害防制條例第17條第2項規定遞減輕其刑後，分別處如原判決附表一編號1至3所示之刑，並分別諭知相關之沒收及追徵，及合併定其應執行之刑為有期徒刑10年部分之判決，而駁回謝○明在第二審之上訴，固非無見。

二、惟查：

(一)、證據雖已調查，但若仍有其他重要證據或疑點尚未調查釐清，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。又毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」是持有毒品者所為毒品來源之供述，係有利於己之陳述，其憑信性於通常一般人已有所懷疑，縱自形式上觀察，並無瑕疵，為防範購毒者意圖邀上開減刑寬典而虛構事實，自仍須有足以確信為真實之補強證據，以擔保其陳述之憑信性，始得採為判斷之依據。且所謂必要之補強證據，固不以證明販賣毒品犯罪構成要件之全部事實為必要，但仍須與持有者之指證具有相當之關聯性，經與持有者之指證綜合判斷，已達於通常一般人均不至有所懷疑，而得確信持有毒品者之指證為真實者，始足當之。原判決認定其附表一編號1、2所示劉○明販賣第二級毒品甲基安非他命予謝○明2次，及謝○明販賣第二級毒品甲基安非他命未遂2次之犯行，固以謝○明於民國105年9月2日、同年11月9日、同年11月16日偵查中之供證，及附表三之1、2相關通訊監察譯文內容，作為此部分犯罪事實認定之證據。然劉○明始終否認有此部分販賣甲基安非他命犯行，並質疑謝○明於偵查中對此部分指述之真實性。而謝○明就劉○明如原判決附表一編號3所示販賣甲基安非他命犯行相關之通訊監察譯文內容（即原判決附表三之3所示通訊監察譯文內容），迭於警詢、偵查及第一審證稱該等通話內容所提及「茶」，即為毒品甲基安非他命之代號等語（見第6738號偵查卷一第22頁、第99頁，一審卷第238頁），得以使上開通訊監察譯文內容，與謝○明有關劉○明此部分犯行之指述相互印證。至原判決所引用劉○明如附表一編號1、2所示販賣甲基安非他命犯行相關之通訊監察譯文內容（即原判決附

表三之1、2所示通訊監察譯文內容），其中劉○明（即譯文中之A）與謝○明（即譯文中之B）之部分對話內容：「（日期時間載為105年6月3日14時24分）A：你賓士的車牽了沒？B：還沒啦，牽toyota的就好了。A：好啊。」、「（日期時間載為105年6月13日21時57分）B：逗陣仔，你在睡覺了嗎？A：嘿嘿。B：拍謝，吵到你，我可能後天早上下去牽那賓士。A：後天早上喔？B：嘿阿，再麻煩你。A：好啊，你再聯絡一下。B：先跟他聯絡一下。A：好。」，上述通話內容固提及「賓士」、「toyota」等車輛廠牌名稱，但謝○明於105年9月2日偵查中雖指證劉○明有如原判決附表一編號1、2所示販賣甲基安非他命之犯行，惟同時否認前開對話內容中「賓士」、「toyota」為毒品之代號，甚且陳明其有意向劉○明購車而未果等語（見第6738號偵查卷一第99至100頁），且證人劉○訓亦於原審證稱：謝○明透過劉○明欲向伊購買賓士車，曾於105年6、7月間至原判決附表一編號1、2所示地點看伊之賓士車2次，最終因價格未談妥致未能完成交易等語（見原審卷二第9至12頁），若其2人上開所述可信，則上開通訊監察譯文內容所提及「賓士」、「toyota」等語，究竟是否為毒品交易種類之暗語，抑或指車輛廠牌？即非無疑，若為前者，究指何種類之毒品？若係後者，則原判決附表三之1、2所示通訊監察譯文內容，能否與謝○明於偵查中關於劉○明如原判決附表一編號1、2所示販賣毒品犯行之指述相互印證，而得作為劉○明此部分販賣毒品犯行之補強佐證？案關重典，猶有進一步加以究明釐清之必要。原審對上述疑點未深入加以調查釐清明白，雖就劉○明所執該等通訊監察譯文內容係討論購買車輛事宜之辯解，不予採納，惟並未詳細說明原判決附表三之1、2所示通訊監察譯文內容，如何與謝○明之指證具有相當之關聯性，而得確信其所指證劉○明如原判決附

表一編號1、2所示販賣毒品犯行為真實，遽認劉○明、謝○明分別有其附表一編號1、2所示販賣第二級毒品既、未遂犯行，尚嫌速斷，難謂無調查未盡及理由欠備之違法。

- (二)、刑法有關沒收規定於104年12月30日、105年6月22日迭經修正公布，依刑法施行法第10條之3第1項規定，自105年7月1日施行。修正後刑法第2條第2項規定：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」已明確規範修正後有關沒收之法律適用，應適用裁判時法，自無庸比較新舊法。而沒收係針對供犯罪或預備供犯罪所用，犯罪所生或所得等與刑事違法行為具有密切關係之人民財產，及對於社會具有危險性之違禁物，由國家以裁判剝奪其所有人之所有權，將之收歸國庫，屬干預人民財產權之強制處分，自應循正當程序為之，俾符合憲法保障人民財產權、訴訟權等基本權之要求。為建構修正後刑法新增剝奪被告以外第三人財產，擴大單獨聲請宣告沒收之適用範圍，及現行特別刑法中既有之沒收第三人財產等實體規範，所應恪遵之正當程序，參考德國、日本之立法例，刑事訴訟法增訂專編為第7編之2「沒收特別程序」第455條之12至第455條之37等規定，保障財產可能被沒收之第三人參與程序之權利，明定其聲請參與沒收及法院依職權命參與沒收之前提、程式，並課予偵查中之檢察官、審判中之法院，對財產可能被沒收之第三人之通知義務，予其陳述意見之機會，賦予該第三人參與刑事訴訟程序與尋求救濟之權利，同於105年7月1日施行，俾與原有附隨於刑事本案沒收被告財產之一般沒收程序，相輔相成，以完備沒收法制之體系，並兼顧第三人參與訴訟之程序保障。從而，為保障財產可能被沒收之第三人之權益，法院自應遵循修正後刑事訴訟法「沒收特別程序」編之相關規定，賦予該第三人參與刑事訴訟程序之機會後，其裁判諭知沒收第三人財產，始為適法，否則其所踐行之訴訟程序即屬

違法。此項程序之違法，剝奪第三人參與訴訟之程序保障，悖於正當程序，與憲法保障人民財產權、訴訟權之旨未合，顯欠缺裁判沒收第三人財產之正當性基礎，不能謂顯然於判決無影響。原判決認定其附表二編號8 所示扣案之車牌號碼000-0000號自用小客車，係劉○明為其附表一編號1、2 所載販賣第二級毒品犯行所用之交通工具，因而依檢察官之請求，適用毒品危害防制條例第19條第2 項規定宣告沒收（見原判決第32頁第8 至11行）。惟稽之卷附車駕籍資訊系統—車輛詳細資料列印表（見第6738號偵查卷二第308 頁），上開自用小客車之車主登記為劉○訓，且劉○明於偵查中供稱該車輛係屬劉○訓所有（見同上偵查卷第281 頁），劉○訓亦於原審證稱該車輛為其所有等語（見原審卷二第18頁反面），若其等所述無訛，則上開自用小客車既屬第三人劉○訓之財產，乃原審未先依刑事訴訟法第455 條之12第3 項之規定，依職權裁定命劉○訓參與沒收程序，亦未依刑事訴訟法「沒收特別程序」編之相關規定，賦予其參與沒收程序與尋求救濟之機會，遽予諭知沒收上開劉○訓所有之自用小客車，已剝奪劉○訓參與訴訟之程序保障，揆之上開說明，難謂適法。

- (三)、又原判決附表二編號8 內列有「車牌號碼000-0000號自用小客車（含行車執照1 本）」，其中行車執照1 本似與本件犯罪無關，亦非違禁物，原判決並未說明該行車執照1 本究竟與本件犯罪有何關聯，遽於其附表一編號1、2 主文欄內諭知將其附表二編號8 所示之物（包括行車執照1 本）沒收，亦有未洽。
- (四)、按認定犯罪事實固應憑證據，惟證據之內容倘存有疑義或瑕疵，若未加以調查釐清，遽採為犯罪事實之證據，其採證即非適法。原判決採用謝○明在偵查中及第一審所為不利於劉○明之證述，作為劉○明本件販賣甲基安非他命之證據。惟

卷查謝○明於105年9月2日偵查中證稱：其於同年6月15日向劉○明購買新臺幣（下同）15萬元共700公克之（甲基）安非他命等語（見第6738號偵查卷一第98頁）。嗣於同年9月21日偵查中則證稱：其第2次向劉○明購買16萬元700公克（甲基）安非他命等語（見同上偵查卷第159頁）。其後於第一審行準備程序時亦陳稱：其係於105年6月15日，用16萬元向劉○明購買700公克的（甲基）安非他命等語（見一審卷第159頁）。是謝○明就其於105年6月15日向劉○明購買700公克甲基安非他命之價格，究為「15萬元」或「16萬元」？其所述前後並不一致；原審對於謝○明上揭關於向劉○明購買毒品價格前後不一之陳述，並未加以調查釐清，並於判決內說明其取捨之理由，遽於其附表一編號2內認定謝○明係以「16萬元」向劉○明購買700公克之甲基安非他命，依上述說明，其此部分採證自非適法。

- (五)、科刑判決所認定之事實，必須與其所採用之證據內容相適合，否則即屬證據上之理由矛盾，其判決為當然違背法令。卷查劉○明於105年9月2日警詢時固有2名律師在場陪同，並於筆錄末端簽名，然謝○明於同日警詢時並無選任之律師陪同在場，此有其2人之警詢筆錄可稽（見第6738號偵查卷一第11、17、20、29頁），然原判決誤引同日劉○明之警詢筆錄內容，認為謝○明於警詢時尚有2名律師在場並於筆錄內簽名，因認警方不敢公然對謝○明告以如能供出2、3次（即供出毒品上手2、3人或販賣2、3次），即可獲准交保之情，並憑此認定謝○明於法院延押訊問時之供述（即其在警詢時係受警方利誘而供出劉○明販賣毒品等語），不能為劉○明有利之認定（見原判決第25頁第16至20行），其此部分論斷，與卷證資料不符，難謂無判決理由矛盾之違法。
- (六)、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響於本件事實之認定及法律之適用，本

院無從據以自行判決，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 107 年 11 月 1 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 李 錦 樑

法官 林 靜 芬

法官 林 海 祥

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 5 日

# 最高法院刑事判決

106年度台上字第3327號

## 裁判要旨

政府採購法之立法宗旨在於建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，以確保採購品質；其雖將採購內容分為工程、財物及勞務等3種採購，然此僅係便於分類管理，以提升採購效能，與貪污治罪條例第4條第1項第3款之收受回扣及舞弊罪，其適用範圍之認定並無重要關聯。而上開罪名中所稱「公用工程」除實體建造工程外，在解釋上尚應包括與實體工程密切不可分之設計及監造部分。蓋工程設計、監造部分與實體工程在採購程序上雖可分開處理，但就整體公用工程之完成與品質而言，均屬重要而不可或缺之一環。尤其設計部分，關係公用工程之結構、用料、施工方法（包括技術規格等）與完成，為公用工程重要之前置性作業，而監造部分則係對工程施工方法、用料及工程品質加以監督，以防止用料不當或未按圖施工，二者對於公用工程之品質與大眾利益與安全均具有密切之關聯，其重要性並不亞於實體工程之經辦與公用器物之採購，基於維護公用工程之品質，以保障公眾之利益、安全，並導正公務員經辦公用工程之廉潔性，自應將工程設計、監造部分，與實體工程部分一併同視為公用工程整體不可分割之一部分，而同受上述罪名之規範，方屬無違貪污治罪條例第4條第1項第3款收受工程回扣罪之立法目的。原判決雖依據「重罪構成要件嚴格解釋」之刑法原則，將公用工程之實體工程部分與相關設計監造部分予以區隔，認貪污治罪條例第4條第1項第3款所稱之「經辦公用工程」，僅限於實體工程，並不包括相關設計、監造部分在內，而將公務員就公用工程其中設計、監造部分收受廠商回扣之行為，改論以同條例第5條第1項第3

款之（公務員）不違背職務收取賄賂罪，然並未詳細審酌及說明其此項區隔及限縮法律適用之結果，是否真正符合貪污治罪條例第4條第1項第3款所規定收受工程回扣罪之文義解釋及其立法旨趣，遽為上開論斷，尚嫌理由欠備。

## 相 關 法 條

貪污治罪條例第4條第1項第3款。

上訴人 李○卿

選任辯護人 林秀夫律師

羅閔逸（原名羅豐胤）律師

林志忠律師

上訴人 簡○祺

選任辯護人 沈崇廉律師

宋永祥律師

上訴人 陳○軒

上列上訴人等因貪污等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年6月14日第二審判決（104年度矚上訴字第1466號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署101年度偵字第4223、4450號、102年度偵字第432、433、434、1189、1190、1191、1192號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於李○卿所犯如原判決犯罪事實欄五（即原判決附表一編號3至90）所載公務員共同對於職務上之行為收受賄賂共4罪，以及公務員共同經辦公用工程收取回扣共84罪；李○卿、簡○祺所犯如原判決犯罪事實欄七（即原判決附表一編號92至100；附表二編號2至10）所載公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）共同對於職務上之行為收受賄賂各共9罪；李○卿、簡○祺所犯如原判決犯罪事實欄八所載其中關於公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）共同經辦如原判決附件B編號84至87（即原判決附表一編號101至104；附表二編號11至14）所載公用工程收取回扣各共4罪；李○卿、簡○祺所犯如原判決犯罪事實欄九（即原判決附表一編號110、111；附表二編號20、21）所載公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）共同對於職務上之行為收受賄賂及共同對於職務上之行為期約賄賂各1罪部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷發回（即李○卿如原判決犯罪事實欄五〈即原判決附表一編號3 至90〉所載公務員共同對於職務上之行為收受賄賂共4罪，以及公務員共同經辦公用工程收取回扣共84罪；李○卿、簡○祺如原判決犯罪事實欄七〈即原判決附表一編號92至100 ；附表二編號2 至10〉所載公務員〈李○卿〉與非公務員〈簡○祺〉共同對於職務上之行為收受賄賂各共9 罪；李○卿、簡○祺如原判決犯罪事實欄八所載其中關於公務員〈李○卿〉與非公務員〈簡○祺〉共同經辦如原判決附件B 編號84至87〈即原判決附表一編號101 至104 ；附表二編號11至14〉所載公用工程收取回扣各共4 罪；李○卿、簡○祺如原判決犯罪事實欄九〈即原判決附表一編號110 、111 ；附表二編號20、21〉所載公務員〈李○卿〉與非公務員〈簡○祺〉共同對於職務上之行為收受賄賂，以及共同對於職務上之行為期約賄賂各1 罪）部分：

本件原判決認定(一)、上訴人李○卿有其犯罪事實欄五（即原判決附表一編號3 至90）所載，即與於下列事實發生時擔任南投縣政府○○處○○之黃○德、南投縣政府○○張○誼及南投縣政府○○處○○李○誠等人，共同基於經辦公用工程收取回扣或對於職務上行為收受賄賂之犯意聯絡，而對於南投縣政府工務處所發包之相關工程，共同為公務員對於職務上之行為收受賄賂共4 次（即原判決附表一編號3 至6 所示），以及共同經辦公用工程收取回扣共84次（即原判決附表一編號7 至90所示）之犯行，因而撤銷第一審關於李○卿上開部分科刑之判決，改判論李○卿以公務員共同對於職務上之行為收受賄賂共4 罪，以及公務員共同經辦公用工程收取回扣共84罪，分別量處及宣告如原判決附表一編號3 至90「論罪科刑及沒收」欄所示之有期徒刑暨褫奪公權，以及諭知相關之沒收及追徵。(二)、李○卿與上訴人簡○祺有其犯罪事實欄七（即原判決附表一編號92至100 及附表二編號2 至10）所

載，即與於下列事實發生時擔任南投縣政府○○之張○誼及簡○祺之友人洪○賢共同基於對於職務上行為收受賄賂之犯意聯絡，而共同對於南投縣政府觀光處所發包之相關工程，為公務員（李○卿、張○誼）與非公務員（簡○祺、洪○賢）共同對於職務上之行為收受賄賂共9次之犯行，因而撤銷第一審關於李○卿、簡○祺上開部分科刑之判決，改判論李○卿、簡○祺以公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）共同對於職務上之行為收受賄賂各9罪，分別量處及宣告如原判決附表一編號92至100及附表二編號2至10「論罪科刑及沒收」欄所示之有期徒刑暨褫奪公權，以及諭知相關之沒收及追徵。(三)、李○卿、簡○祺與於下列事實發生時擔任南投縣政府○○之張○誼共同基於經辦公用工程收取回扣之犯意聯絡，共同對於南投縣政府所發包如原判決犯罪事實欄八其中關於如原判決附件B 編號84至87（即原判決附表一編號101至104及附表二編號11至14）所載工程，為公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）共同經辦公用工程收取回扣各4次之犯行，因而撤銷第一審關於李○卿、簡○祺上開部分科刑之判決，改判論李○卿、簡○祺以公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）共同經辦公用工程收取回扣各共4罪，分別量處及宣告如原判決附表一編號101至104及附表二編號11至14「論罪科刑及沒收」欄所示之有期徒刑暨褫奪公權，以及諭知相關之沒收及追徵。(四)、李○卿、簡○祺有其犯罪事實欄九（即原判決附表一編號110、111及附表二編號20、21）所載，即與於下列事實發生時擔任南投縣政府○○之張○誼及簡○祺之友人洪○賢共同基於對於職務上行為收受賄賂之犯意聯絡，而共同對於南投縣政府於民國101年間辦理「全民運動會」，就其中之「101年全民運動會場地佈置及獎品紀念品採購」（下稱「紀念品採購案」）、「101年全民運動會典禮及各項表演相關採購」（下稱「表演採購案」），分別為公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）共同對於職務上之行為收受賄賂，以及共同對於職務上之行為期約賄賂之犯行，

因而撤銷第一審關於李○卿、簡○祺上開部分科刑之判決，改判論李○卿、簡○祺以公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）共同對於職務上之行為收受賄賂，以及共同對於職務上之行為期約賄賂各1罪，分別量處及宣告如原判決附表一編號110、111及附表二編號20、21「論罪科刑及沒收」欄所示之有期徒刑暨褫奪公權，以及諭知相關之沒收及追徵，固非無見。

惟查：(一)、按貪污治罪條例第5條第1項第3款之不違背職務要求、期約及收受賄賂罪，係以公務員對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂，或其他不正利益，為其犯罪成立要件。於他人對公務員職務上行為行求、期約或交付賄賂者，以該他人對公務員職務上之特定行為，有行求、期約與交付賄賂之意思與行為，而公務員對其職務範圍內之特定行為，有允諾踐履之意思，且與行賄人之行求、期約、交付賄賂或其他不正利益之間具有對價關係者，始足當之。故有罪之判決書，對於行賄者究竟對於公務員何種職務上之特定行為有請求踐履之意思，以及該公務員對於其何項職務範圍內之特定行為，有允諾踐履之意思？行賄者與受賄者雙方達成期約或交付賄賂之對價關係為何，均應詳加調查認定記載明白，並於理由內加以論敘說明，始足為論罪科刑之依據。原判決認定李○卿有其事實欄五之(一)、(二)，及其事實欄七之(一)、(二)、(三)、(四)、(五)、(六)、(七)、(八)、(九)，以及其事實欄九（即原判決附表一編號3、4、5、6、92、93、94、95、96、97、98、99、100、110、111）所載公務員共同對於職務上之行為，收受及期約賄賂之犯行；另簡○祺有其事實欄七之(一)、(二)、(三)、(四)、(五)、(六)、(七)、(八)、(九)，以及其事實欄九（即原判決附表二編號2、3、4、5、6、7、8、9、10、20、21）所載非公務員與公務員共同對於職務上之行為，收受或期約賄賂之犯行，而論李○卿與簡○祺以貪污治罪條例第5條第1項第3款之公務員不違背職務收受及期約賄賂罪；然其就行賄者究竟對於李○卿何種職務上之特定行為有請求踐履之意思，以及李○卿與簡○祺2人共

同對於李○卿何項職務範圍內之特定行為，有允諾踐履之意思？其2人與行賄者達成期約或交付賄賂之對價關係為何？並未於事實欄內加以認定記載明白，亦未於理由內加以論敘說明，依上述說明，自不足以為論處上述罪名之依據。(二)、貪污治罪條例第4條第1項第3款就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者，特別嚴予規範，列為本條例處以最重刑度之貪污類型之一；考其立法意旨，係在於公用工程及公用器材、物品，係供公眾或多數人使用，與公眾安全、公共利益密切相關，對於建築、經辦或購辦公務員之廉潔，自應為高度之要求，嚴防其有貪污舞弊之行為，並將浮報價額、數量，收取回扣等承辦公用工程或公用器物採購常見之舞弊手法，列明於本款，以杜爭議，並資為認定其舞弊內涵之參考。至其是否以公務員職務上之行為，或違背職務之行為作為對價，究係公務員主動要求，抑或對方主動交付，就上開立法意旨觀之，均非所問。故貪污治罪條例第4條第1項第3款之收受回扣及舞弊罪，與同條項第5款之公務員違背職務收受賄賂罪，或同條例第5條第1項第3款之公務員對於職務上之行為收受賄賂罪，其規範目的、構成要件與行為態樣均有不同。原判決於其理由內說明：「收受回扣罪因具有誘使對方廠商偷工減料之高度可能性，故其可罰性相當於（公務員）違背職務收受賄賂罪，同列為貪污治罪條例第4條之『一級貪污罪』，又依據政府採購法第2條，政府採購法所稱之採購，包括工程、財物及勞務採購3種，因政府採購法係於87年5月27日制定公布，並自公布後1年施行，而貪污治罪條例早於52年7月15日制定公布（原稱『戡亂時期貪污治罪條例』），可見制定在後之政府採購法將採購分為工程、財物及勞務採購，即有意將公用工程之實體工程部分與相關設計監造部分予以區隔，依據體系解釋，及重罪構成要件尤應嚴格解釋之刑法基本原則，應認貪污治罪條例第4條第1項第3款所稱之『經辦公用工程』，僅限於實體工程，而不包括相關設

計監造及服務之部分，是縱使公務員經辦公用工程時針對公用工程之設計監造部分收取回扣，亦僅能論以同條例第5條第1項第3款之（公務員）不違背職務收取賄賂罪，而未能論以同條例第4條第1項（之罪）」云云（見原判決第413頁第4行至倒數第10行）。原判決依據其上開說明，因而將本件上訴人李○卿、簡○祺被訴就其等所經辦之公用工程其中關於設計監造部分收受回扣之行為，均變更起訴法條，改論以同條例第5條第1項第3款之（公務員）不違背職務收取賄賂罪。惟政府採購法之立法宗旨在於建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，以確保採購品質；其雖將採購內容分為工程、財物及勞務等3種採購，然此僅係便於分類管理，以提升採購效能，與貪污治罪條例第4條第1項第3款之收受回扣及舞弊罪，其適用範圍之認定並無重要關聯。而上開罪名中所稱「公用工程」除實體建造工程外，在解釋上尚應包括與實體工程密切不可分之設計及監造部分。蓋工程設計、監造部分與實體工程在採購程序上雖可分開處理，但就整體公用工程之完成與品質而言，均屬重要而不可或缺之一環。尤其設計部分，關係公用工程之結構、用料、施工方法（包括技術規格等）與完成，為公用工程重要之前置性作業，而監造部分則係對工程施工方法、用料及工程品質加以監督，以防止用料不當或未按圖施工，二者對於公用工程之品質與大眾利益與安全均具有密切之關聯，其重要性並不亞於實體工程之經辦與公用器物之採購，基於維護公用工程之品質，以保障公眾之利益、安全，並導正公務員經辦公用工程之廉潔性，自應將工程設計、監造部分，與實體工程部分一併同視為公用工程整體不可分割之一部分，而同受上述罪名之規範，方屬無違貪污治罪條例第4條第1項第3款收受工程回扣罪之立法目的。原判決雖依據「重罪構成要件嚴格解釋」之刑法原則，將公用工程之實體工程部分與相關設計監造部分予以區隔，認貪污治罪條例第4條第1項第3款所稱之「經辦公用工程」，僅限於實體工程，並不

包括相關設計、監造部分在內，而將公務員就公用工程其中設計、監造部分收受廠商回扣之行為，改論以同條例第5條第1項第3款之（公務員）不違背職務收取賄賂罪，然並未詳細審酌及說明其此項區隔及限縮法律適用之結果，是否真正符合貪污治罪條例第4條第1項第3款所規定收受工程回扣罪之文義解釋及其立法旨趣，遽為上開論斷，尚嫌理由欠備。又原判決理由一方面說明「收受回扣罪因具有誘使對方廠商偷工減料之高度可能性，故其可罰性相當於（公務員）違背職務收受賄賂罪，同列為貪污治罪條例第4條之『一級貪污罪』」云云，另一方面又將李○卿、簡○祺被訴就其等所經辦之公用工程其中關於設計監造部分收受回扣之行為，改論以同條例第5條第1項第3款之（公務員）不違背職務收取賄賂罪，其論斷亦有矛盾。(三)、科刑之判決書，其宣示之主文，與所載之事實及理由，必須互相適合。若主文之諭知，與事實記載及理由說明互相齟齬，即屬判決理由矛盾之當然違背法令。又證據雖已調查，若尚有其他足以影響於判決結果之重要證據或疑點未予調查釐清者，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。(1)、原判決認定李○卿與黃○德、張○誼及李○誠共同為如其犯罪事實欄五之(三)、(四)（即原判決附表一編號7至90）所載，即就南投縣政府工務處所發包之相關工程，共計收受「回扣」新臺幣（下同）530萬9,926元（原判決認起訴書誤載為955萬元，應予更正），其中扣除黃○德、李○誠各分得回扣款60萬元，張○誼分得回扣款80萬元及吳○琪拿取作為公關代墊費用之20萬元款項後，李○卿共計分得回扣款326萬8,226元（原判決認起訴書誤載為515萬元，應予更正）等情（見原判決第18頁第10至14行）。苟屬無訛，李○卿關於上述犯行部分其所實際分得之回扣款似僅為310萬9,926元（即530萬9,926元減60萬元、60萬元、80萬元、20萬元），而非其所認定之326萬8,226元，是原判決認定李○卿就上開犯行部分共分得回扣款326萬8,226元一節，似與其

前揭事實之認定彼此互相矛盾。又原判決既說明共同正犯犯罪所得之沒收或追徵，應就各人所分得之數額為之。並說明所謂各人「所分得」之數額，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言，法院應視具體個案之實際情形而為認定，倘若共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，即應依各人實際分配所得沒收等旨（見原判決第414頁第2至9行、第431頁第15至18行）。則縱認原判決關於李○卿如其犯罪事實欄五之(三)、(四)（即原判決附表一編號7至90）所載之犯行部分，認定其所分得之回扣款共計為326萬8,226元，然依據原判決所為上開說明之意旨，法院似僅得在李○卿上開實際分配所得之數額（即326萬8,226元）內予以宣告沒收。乃原判決於李○卿上開犯行之主文（即原判決附表一編號7至90之「論罪科刑及沒收」欄）項下，所宣告沒收或追徵（包括扣案及未扣案）之金額卻共計為491萬1,150元（即原判決附表一編號7至90沒收及追徵金額之總計），顯已超過李○卿此部分所實際分得而應予宣告沒收之範圍（即326萬8,226元），致其事實欄之上開記載與理由內之前揭說明，顯與李○卿上述部分主文關於沒收之諭知，彼此互有齟齬，依首揭說明，難謂無判決理由矛盾之違誤。又犯貪污治罪條例第4條至第6條之罪，其所得或所圖得財物或不正利益究竟若干，關涉犯罪行為人是否有該條例第12條第1項等相關規定之適用；且沒收及追徵以剝奪人民之財產權為內容，係對於人民基本權所為之干預，是法院對於犯罪行為人之犯罪所得究為若干？自應詳予調查釐清，始足以為前揭適用法律之依據。究竟李○卿上述犯行（即原判決附表一編號7至90）部分，其各罪所實際分得之犯罪所得究為若干？此與李○卿上開部分犯罪事實之認定，以及其所犯各罪應宣告沒收或追徵之金額究為若干？暨如何為法律之適用攸關，原審對此未詳加調查釐清，遽為前揭矛盾之認定及沒收與追徵之諭知，亦有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。(2)、原判決認定李○卿、簡○祺與張○誼及洪○賢共同為如其犯罪

事實欄七（即原判決附表一編號92至100；附表二編號2至10）所載，亦即就南投縣政府○○處所發包之相關工程，為公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）共同對於職務上之行為收受賄賂各共9次之犯行，所共同收受之賄賂款共計約45萬元，其中15萬元歸洪○賢分得，所餘30萬元則由洪○賢交付給簡○祺收受（此部分尚無證據證明簡○祺有將所收得回扣款交付或分配予李○卿、張○誼）等情（見原判決第26頁第14至18行）。苟屬無訛，簡○祺所為如原判決犯罪事實欄七所載之犯行部分，實際上僅分得賄賂款項30萬元（即45萬元減15萬元）。參以原判決同前(三)之(1)內之說明（見原判決第414頁第2至9行、第431頁第15至18行），則法院似僅得在簡○祺上開實際分配所得之數額（即30萬元）內予以宣告沒收，始為適法。乃原判決卻於簡○祺所犯如其犯罪事實欄七所示之罪部分之主文（即原判決附表二編號2至10之「論罪科刑及沒收」）項下，所宣告沒收或追徵（包括扣案及未扣案）之金額卻共計為43萬元（即原判決附表二編號2至10沒收及追徵金額之總計），顯已超過簡○祺此部分所實際分得而應予宣告沒收之範圍（即30萬元），致其事實欄之上開記載與理由內之前揭說明，與簡○祺上述部分主文之諭知，彼此互有齟齬，難謂無判決事實、理由與主文矛盾之違誤。究竟李○卿、簡○祺所為如原判決犯罪事實欄七（即原判決附表一編號92至100；附表二編號2至10）所載之犯行部分，其等犯罪所得及實際所分得之金額究為若干？此與李○卿、簡○祺上開部分犯罪事實之認定，以及其等所犯各罪應宣告沒收或追徵之數額究有若干？暨如何為法律之適用攸關，原審對此未詳加調查釐清，遽為前揭矛盾之認定及沒收或追徵諭知，亦有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。(3)、原判決認定李○卿、簡○祺、張○誼及洪○賢共同就其犯罪事實欄九其中關於「紀念品採購案」（即原判決附表一編號110；附表二編號20）部分，為公務員（李○卿、張○誼）與非公務員（簡○祺、洪○賢）共同對於職務上之行為收受賄賂

之犯行，由施○郎、江○頡將賄賂款50萬元交予洪○賢，再由洪○賢將該賄賂款50萬元交予簡○祺收受，簡○祺並將其中之賄賂款10萬元交予洪○賢作為酬勞（本件尚無證據證明簡○祺有將所收受之賄賂交付或分配予李○卿、張○誼2人）等情（見原判決第29頁第5至11行）。苟屬無訛，簡○祺所犯如原判決犯罪事實欄九所載其中關於「紀念品採購案」之犯行部分，似僅分得40萬元（即50萬元減10萬元）。參以原判決同前(三)之(1)內之說明（見原判決第414頁第2至9行、第431頁第15至18行），則法院似僅得在簡○祺上開實際分配所得之數額（即40萬元）內予以宣告沒收，始為適法。乃原判決卻於簡○祺所犯如其犯罪事實欄九所載其中關於「紀念品採購案」部分之主文（即原判決附表二編號20之「論罪科刑及沒收」）項下，所宣告沒收或追徵（包括扣案及未扣案）之金額卻為50萬元，顯已超過簡○祺此部分實際所分得而應予宣告沒收或追徵之範圍（即40萬元），致其犯罪事實欄之上開記載與理由內之前揭說明，與簡○祺上述部分主文之諭知，彼此互有齟齬，難謂無判決事實、理由與主文矛盾之違誤。究竟李○卿、簡○祺所犯如原判決犯罪事實欄九其中關於「紀念品採購案」（即原判決附表一編號110；附表二編號20）部分，其等犯罪所得及所分得之金額究為若干？此與李○卿、簡○祺上開部分犯罪事實之認定，以及其等應宣告沒收或追徵之數額究有若干，暨如何為法律之適用攸關，原審對此未詳加調查釐清，遽為前揭矛盾之認定及沒收與追徵之諭知，同有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。(四)、按有罪判決書之事實欄，為判斷其適用法令當否之準據，法院應將依職權認定與論罪科刑有關之事實，翔實記載，然後於理由內說明其憑以認定之證據，並使事實與事實，事實與理由，以及理由與理由之間彼此互相適合，方為合法。(1)、原判決於其犯罪事實欄五之(一)、(二)（即原判決附表一編號3至6）內認定李○卿與黃○德、張○誼及李○誠共同基於對於職務上行為收受賄賂之犯意，由「景○工程顧問有限公司」

(下稱「景○公司」)負責人許○呈將如原判決犯罪事實欄五之(一)之1至3(即原判決附表一編號3至5)所載部分之賄賂款共計33萬4,776元,以及由「湮○工程顧問有限公司」負責人陳○夫將如原判決犯罪事實欄五之(二)(即原判決附表一編號6)所載部分之賄賂款6萬4,000元交付予李○誠,李○誠收受上開賄賂款後,即將上開款項交由「景○公司」許○呈及該公司不知情之人員保管,以便嗣後與其他回扣款一併上繳(原判決以括號註明「詳見後述」、「詳後述」)等情(見原判決第10頁倒數第9行至第13頁第8行)。但原判決嗣於其犯罪事實欄五之(三)至(五)(即原判決前揭所稱之「詳見後述」、「詳後述」)所記載之事實,僅有李○卿與黃○德、張○誼及李○誠如何共同為經辦公用工程收取回扣(即原判決附表一編號7至90)之犯行,以及李○誠如何前往「景○公司」處理所收取「回扣」之情節,並無李○誠嗣後如何處理上述賄賂款之情形,是李○卿就如原判決犯罪事實欄五之(一)、(二)(即原判決附表一編號3至6)所載公務員(與非公務員)共同對於職務上行為收受賄賂之犯行部分,究竟有無分得賄賂款及其金額若干?俱屬不明,致其事實有欠明瞭,無從為適用法律之依據。乃原判決就上情未詳予調查釐清,並加以明確認定記載,遽將李○誠所收受前述賄賂款之全部(即33萬4,776元及6萬4,000元),均於李○卿如原判決犯罪事實欄五之(一)、(二)之主文(即原判決附表一編號3至6「論罪科刑及沒收」欄)項下予以宣告沒收(即如原判決附表一編號3至5所載部分所沒收及追徵之金額共計33萬4,776元;如原判決附表一編號6所載部分所沒收之金額6萬4,000元),復未於理由內詳予剖析論述說明其何以為上開沒收及追徵諭知之理由,本院對此部分自無從為其適用法律當否之審斷。(2)、原判決於其理由內說明李○卿、簡○祺與張○誼就其犯罪事實欄八所載其中關於收受豪○營造有限公司(下稱「豪○公司」)、千○營造有限公司(下稱「千○公司」)所交付回扣(即原判決附表一編號101至104;附表二編

號11至14)之犯行，彼此間互有犯意聯絡及行為分擔，均應論以共同正犯云云（見原判決第416頁倒數第12行至第417頁第3行）。惟原判決於其犯罪事實欄八內記載「……李○卿、簡○祺及張○誼即共同基於經辦公用工程收取回扣之犯意聯絡，於南投縣政府農業處辦理小型工程發包時，由張○誼配合核定以公開取得企畫書之方式辦理招標，依李○卿或簡○祺推薦之廠商名單通知廠商前來投標，並告知該等廠商應於得標後交付工程款一成左右之回扣款項，透過張○誼轉交給簡○祺，茲詳述如下（另有關「豪○公司」、「千○公司」承包○○處工程所交付之回扣，則由廠商繳交至「景○公司」，混入工務處如〈原判決〉附件B編號84至編號87所示工程回扣款內，再由李○誠收取上繳，詳見〈原判決〉犯罪事實五部分）」云云（見原判決第26頁倒數第8行至第27頁第2行）；並於其犯罪事實欄五之(三)內記載「……（附件B編號84至編號87部分〈即「豪○公司」、「千○公司」交付回扣款部分〉，屬於如犯罪事實欄八所載○○處發包工程部分，因該部分回扣款項之收取混入此部分工務處小型工程回扣款項之收取，故併入同一附件B，詳如下(五)〈即原判決犯罪事實欄五之(五)〉所示）：1、李○卿、黃○德、張○誼及李○誠基於前述共同收取回扣謀議，由黃○德將李○卿前開指示告知李○誠後，再由李○誠委由許○呈、吳○琪分別將前述應繳交決標金額一成回扣之要求傳達給如附件B編號1至編號87所示廠商〈其中附件B編號84至87所示之廠商，分別係「豪○公司」、「千○公司」〉」等情（見原判決第13頁第9至16行）；暨於其犯罪事實欄五之(五)內大略記載李○誠如何在「景○公司」整理收取之回扣款項，並委請不知情之「景○公司」會計陳○香依據廠商交付之信封上所寫之工程名稱及金額，以電腦製作書有工程名稱及回扣金額之明細表，並依黃○德指示在該明細表上將回扣總金額分別計算出約六成及四成之金額後，由李○誠自己或委由吳○琪將前述回扣款項交給黃○德，再由黃○德將其中部分款項分與李○誠、張○誼

及黃○德自己後，將其餘回扣款項拿至縣長官邸交給李○卿等情（見原判決第15頁第7行至第18頁第16行）。依原判決上開記載，其一方面認定係李○卿、簡○祺與張○誼3人共同為收受「豪○公司」、「千○公司」所交付回扣款之犯行。另一方面卻又認係李○卿與黃○德、張○誼、李○誠、許○呈及吳○琪等6人共同收受「豪○公司」、「千○公司」所交付之回扣，其對於參與此部分收受工程回扣款共同正犯人數之認定，前後似有矛盾，已有可議。又簡○祺與「豪○公司」、「千○公司」投標及承包南投縣○○處所發包之工程間究有何關聯？另簡○祺就收取上述工程回扣款之犯行，究與李○卿、黃○德、張○誼、李○誠、許○呈及吳○琪等人間如何互為犯意聯絡及行為分擔？原判決對此俱未加以認定與說明，致此部分事實猶非明瞭。惟上開疑點與李○卿、簡○祺關於上述部分犯罪事實之認定及法律之適用攸關，自有詳予究明釐清，並於事實欄內為明確認定記載，暨於理由內加以剖析論述明白之必要。原判決對於前揭攸關犯罪成立重要事實之認定不明，復未於理由內詳予剖析論述說明，本院自無從為其適用法律當否之審斷。(五)、貪污治罪條例第5條第1項第3款之公務員對於職務上之行為，要求、期約、收受賄賂或其他不正利益罪，其所稱之要求、期約、收受賄賂或不正利益，係屬階段行為；其中關於期約賄賂或期約不正利益階段之行為，須行賄者與受賄者雙方就交付賄賂或利益之內容，雙方意思已達成合致而尚未交付者，始足當之，若僅有要求賄賂，而雙方對於所交付之賄賂或利益，意思尚未達成合致者，則仍屬要求之階段，而非期約。原判決於其犯罪事實欄九所載其中關於南投縣政府101年全民運動會典禮及各項表演之「表演採購案」（即原判決附表一編號111；附表二編號21所載）部分，認定李○卿、簡○祺、張○誼及洪○賢共同基於對於職務上之行為期約、收受賄賂之犯意聯絡，由李○卿核定該案採限制性招標公開評選方式辦理，並由簡○祺透過洪○賢洽詢「仟○贈品商行」負責人江○頡承包上開表演採

購案，然因江○頤之「仟○贈品商行」不具投標資格，江○頤遂再找「錦○實業股份有限公司」負責人施○郎合夥投標南投縣政府於101年間辦理全民運動會相關之運動會場地佈置及獎品之「紀念品採購案」，並找「嵩○活動創意廣告有限公司」（下稱「嵩○公司」）負責人林○輝投標前述「表演採購案」。江○頤、施○郎、林○輝與洪宗賢乃於101年8月間某日，在江○頤位於南投縣○○市○○路000號住處內商討，由洪○賢依簡○祺之指示，向江○頤、施○郎、林○輝表示，前述相關採購案得標後須交付得標金額約一成之賄賂款項。江○頤、施○郎均予同意，惟林○輝則表示一成賄賂太高，故未當場允諾，僅表示會先投標。其後，洪○賢即將上開欲指定之廠商名單告知張○誼。詎料上開「表演採購案」於101年9月20日開標結果，竟由不知情而自行前往投標之「鉅○有限公司」以981萬1,000元得標，「嵩○公司」因而未能標得「表演採購案」等情（見原判決第27頁倒數第2行至第28頁倒數第7行）。苟屬無訛，則洪○賢於向林○輝表示「表演採購案」得標後，須交付得標金額約一成之賄賂款時，林○輝既表示一成賄賂太高，故未當場允諾，僅表示會先投標，且林○輝嗣亦未標得上述「表演採購案」，則李○卿、簡○祺、張○誼及洪○賢與林○輝間就上述「表演採購案」交付賄賂之內容，雙方既未達成合致之期約賄賂階段，則依前揭說明，渠等所為應仍屬要求賄賂之階段。乃原判決認李○卿、簡○祺關於上開部分所為，均係犯貪污治罪條例第5條第1項第3款之對於職務上之行為期約賄賂罪（見原判決第417頁第7至8行、第11至12行），並於李○卿如原判決附表一編號111「論罪科刑及沒收」項下諭知「李○卿公務員共同對於職務上之行為，期約賄賂……」，以及於簡○祺如原判決附表二編號21「論罪科刑及沒收」項下諭知「簡○祺非公務員與公務員共同對於職務上之行為，期約賄賂……」云云，致其事實欄之上開記載與理由內之前揭說明暨李○卿、簡○祺上述部分主文之諭知，彼此互有齟齬，難謂無判

決理由矛盾之違誤。究竟李○卿、簡○祺所為如原判決犯罪事實欄九所載其中關於「表演採購案」之犯行部分，其等就交付賄賂之內容是否已與林○輝達成合致而屬期約階段，抑仍屬未達成合致之要求賄賂階段？此與李○卿、簡○祺上開部分犯罪事實之認定，以及應對其等上述部分所為論以何種罪名，暨主文應對其等為如何之諭知攸關。原審對此未詳加調查釐清，遽為前揭矛盾之論斷及主文之諭知，亦有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。李○卿、簡○祺上訴意旨執此指摘原判決關於此部分不當，為有理由。而第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，原判決上開違背法令情形，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於此部分有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即李○卿所犯如原判決犯罪事實欄三〈即原判決附表一編號1〉所載公務員經辦公用工程收取回扣1罪；李○卿、簡○祺所犯如原判決犯罪事實欄四〈即原判決附表一編號2及附表二編號1〉所載公務員〈李○卿〉與非公務員〈簡○祺〉共同經辦公用工程收取回扣各1罪；李○卿所犯如原判決犯罪事實欄六〈即原判決附表一編號91〉所載公務員共同經辦公用工程收取回扣1罪；李○卿、簡○祺所犯如原判決犯罪事實欄八之(一)、(二)〈即原判決附表一編號105至109；附表二編號15至19〉所載公務員〈李○卿〉與非公務員〈簡○祺〉共同經辦公用工程收取回扣各5罪；以及陳○軒所犯如原判決犯罪事實欄十所載行使偽造私文書，足以生損害於公眾及他人1罪）部分：

按刑事訴訟法第377條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。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(一)、李○卿有如其犯罪事實欄三（即原判決附表一編號1）所載經辦公用工程，向「皓○營造有限公司」負責人蕭○順收取回扣款946萬元之犯行。(二)、李○卿、簡○祺有如其犯罪事實欄四（即原判決附表一編號2；附表二編號1）所載經辦公用工程，基於共同收取回扣之犯意聯絡，由簡○祺經由廖○聰、洪○鳴向「佶○營造有限公司」負責人吳○琪收取回扣款168萬8,800元（尚無證據證明簡○祺有將上開回扣款交付或分配予李○卿）之犯行。(三)、李○卿有如其犯罪事實欄六（即原判決附表一編號91）所載經辦公用工程，與陳○進、張○誼及李○誠基於共同收取回扣之犯意聯絡，由陳○進經由廖○聰向「德○營造股份有限公司」負責人孫○芳收取回扣款180萬元（無證據證明陳○進有將上開回扣款交付或分配予李○卿、張○誼、李○誠）之犯行。(四)、李○卿、簡○祺有如其犯罪事實欄八之(一)、(二)（即原判決附表一編號105至109；附表二編號15至19）所載經辦公用工程，與張○誼基於共同收取回扣之犯意聯絡，由張○誼分2次分別向「民○土木包工業」實際負責人廖○鎮收取回扣款8萬元及3萬5,000元，以及分3次分別向「有○土木包工業」負責人湯○信收取回扣款5萬元、6萬元及5萬元後，均將之轉交予簡○祺（尚無證據證明簡○祺有將上開回扣款交付或分配予李○卿、張○誼）之犯行。(五)、上訴人陳○軒有如其犯罪事實欄十所載偽造及行使偽造之趙○宇刑事委任狀，足以生損害於公眾及他人之犯行。因而撤銷第一審關於李○卿、簡○祺上開部分科刑之判決，改判論李○卿以公務員（或共同）經辦公用工程收取回扣共8罪，分別量處及宣告如原判決附表一編號1、2、91、105至109「論罪科刑及沒收」欄所示之有期徒刑及褫奪公權，並諭知相關之沒收及追徵，以及論簡○祺以非公務員與公務員共同經辦公用工程收取回扣共6罪，分別量處及宣告如原判決附表二編號1、15至19「論罪科刑及沒收」欄所示之有期徒刑暨褫奪公權，及諭知相關之沒收及追徵。另維持第一審就陳○軒上述犯行部分，論陳

○軒以行使偽造私文書，足以生損害於公眾及他人罪，處有期徒刑3月，及諭知如易科罰金以1千元折算1日，並宣告相關沒收部分之判決，而駁回陳○軒在第二審之上訴，已詳述其所憑證據及認定之理由；對於上訴人3人所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。核其所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按，從形式上觀察，原判決關於上開部分並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

李○卿上訴意旨略以：(一)、原判決引用刑事訴訟法第228條第1項等相關規定，說明檢察官於通訊保障及監察法第11條之1之規定，在103年1月29日修正公布前，有因偵查需要而調取相關通聯紀錄之權限，因認檢察官在上開情形下所調查之相關通聯紀錄具有證據能力，其此部分關於證據能力所為之論斷，殊有欠當。又原判決就伊所犯如其犯罪事實欄三、四、六、八之(一)、(二)所載之犯行部分，均論伊以公務員經辦公用工程收取回扣罪，但伊並無自應付給之建築材料費或工程、採購價款中，向各該廠商要約及提取一定比率，或扣取其中一部分款項之行為，且卷內亦無伊主動向各該廠商要求回扣之相關證據，故伊所為核與公務員經辦公用工程收取回扣罪之構成要件不符，原判決遽論伊以上開罪名，殊有欠當。(二)、原判決認定伊有如其犯罪事實欄四所載共同收取工程回扣之犯行，係引用吳○琪等人之自白作為依據，但吳○琪等人之自白均出於自保之目的，故其等之自白是否可信非無疑義；原審並未查明吳○琪等人之自白是否與事實相符，遽採用作為認定伊有其犯罪事實欄四所載犯行之證據，殊有可議。又原判決認定伊為本件公務員經辦公用工程收取回扣之犯罪過程中，有核定採「限制性招標」之情形，係以伊有在相關文件上簽核及指定廠商為其論據；然上開情形均係承辦人歐○正、蕭○坤等人，因考量修復毀損道路具有急迫性而主動簽報，伊於簽准時並未刻意指定特定廠商，原判決未詳予調查釐清，僅以伊有在相關文件上簽核及指定廠商，遽為上述不利於伊之認定，殊有欠當。另原

判決認定伊有其犯罪事實欄三所載犯行，係引用蕭○順於偵查時所為之證詞為其依據，但並未說明蕭○順上開在偵查中所為之傳聞證詞何以具有證據能力之理由，已有未洽。且蕭○順上述證詞除違反事理外，並有故意為不實陳述之情形，其憑信性甚低，原判決未詳加究明，遽引用其於偵查中之陳述，作為不利於伊之認定，亦有未合。(三)、如原判決附表一編號12、69、80、90及91所示之道路災修復建工程，均係100年7月間豪雨重創南投縣，為搶通道路而採限制招標方式因應，原判決就伊關於上開工程所犯收受回扣各罪未依接續犯論以包括一罪，殊有欠當。又原判決就伊所犯其中犯罪所得在5萬元以下之罪，是否具有貪污治罪條例第12條所稱「情節輕微」之情形，未依各罪之個別犯罪事實分別予以審認，而就伊所犯各罪之犯罪事實予以整體合一觀察，認伊所犯各罪均無情節輕微之情形，而無貪污治罪條例第12條減輕其刑規定之適用，於法顯有未合。(四)、關於原判決認定伊有如其犯罪事實欄三所載之犯行部分，所引用證人李○盛所為之相關證詞，其憑信性甚低；而證人唐○雲於第一審審理時所為之證詞，僅能證明其有協助蕭○順領取工程款，故李○盛、唐○雲所為之證詞均不能作為蕭○順所為不利於伊證詞之補強證據。又依原判決所引用證人廖○利所為證詞之內容以觀，足見決定比價廠商係屬南投○○室○○李○興之權責，並非伊（南投縣長）權責內之事項，亦不能用以證明伊有參與上開部分之犯行。乃原判決不採證人劉○所為有利於伊之證詞，復於無其他補強證據之情形下，僅引用蕭○順所為可信性不高之證詞，遽認伊有上述部分收取工程回扣等犯行，殊有未洽。(五)、關於原判決認定伊有如其犯罪事實欄四所載收取工程回扣之犯行部分，所引用證人洪○鳴所為之相關證詞，其憑信性甚低。而證人李○興所為證詞之內容亦與常理有悖，均不得採為不利於伊認定之依據。乃原判決不採信廖○利有利於伊之證詞，而引用洪○鳴、李○興所為憑信性甚低或與常理不合之證詞，遽予認定伊有如其犯罪事實欄四所載收取工程回

扣之犯行，顯有可議。(六)、關於原判決認定伊有如其犯罪事實欄六所載收取工程回扣之犯行部分，其所引用證人孫○芳、張○誼所為之證詞內容彼此並不相符，且張○誼所為之證詞除前後不一外，並與常理有悖，故其所為不利於伊之證詞並不可信。又陳○進自始否認有參與上述部分收取工程回扣之犯行，而依陳○進所為之相關證詞以觀，足見廖○聰曾邀其至朱文財律師處串證，是廖○聰等人所為不利於伊之證詞亦不可信，乃原審在無明確證據可資佐證之情形下，僅憑張○誼、孫○芳及廖○聰等人所為不可信之證詞，遽認伊有如其犯罪事實欄六所載犯行，殊有未合。(七)、原判決認定伊有如其犯罪事實欄八之(一)、(二)（即原判決附表一編號105 至109 ）所載部分之犯行，其所引用證人廖○鎮、湯○娥及劉○庭等人所為之證詞，僅能證明係張○誼個人為上開部分之犯行，並不能證明與伊有關，且張○誼等人所為之證詞亦有瑕疵而不可信，乃原判決並未調查有無其他補強證據足以證明張○誼所為不利於伊之證詞為可信，遽引用張○誼所為不利於伊之證詞，認定伊有如其犯罪事實欄八之(一)、(二)所載之犯行，自有未洽。又依原判決引用張○誼、湯○信於第一審審理時所為證詞之內容以觀，關於如原判決附表一編號108、109 所示2 件工程之回扣，係張○誼於同時同地1 次向湯○信收取，應依想像競合犯關係論以裁判上一罪。乃原判決就伊對上述2 件工程收取回扣部分，予以分論併罰，殊有可議。(八)、原判決就其所引用之相關文書證據，其中何者係屬於書面陳述之供述證據，而有相關傳聞法則規定之適用，以及其中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，而無傳聞法則規定之適用，並未分別加以審認說明，復未說明該等文書證據何以具有證據能力之理由，遽引用該等文書證據作為判決之依據，顯有未合。又原判決說明本件除其理由欄甲之一（即證人曾○隆等人於法務部調查局南投縣調查站所為之陳述）、甲之二（即證人曾○隆等人於偵查中所為之陳述）、甲之六（即黃○德於偵查中所為之陳述）所示

之證據外，其採為本件判決基礎之被告以外之人於審判外之言詞或「書面」陳述，依刑事訴訟法第159條之5第1項、第2項之規定為有證據能力，然並未說明其如何審酌上開傳聞證據製作當時之情況，認為具備適當性之要件，遽認該等證據具有證據能力，亦有未洽。(九)、原判決認定伊有如其犯罪事實欄三所載經辦公用工程收取回扣之犯行，其所引用證人蕭○順所為之證詞，尚不足以證明伊有與蕭○順為收取工程回扣之約定，原判決採用蕭○順之證詞，遽認伊有上開部分收取工程回扣之犯行，殊屬不當。又原判決認定伊有如其犯罪事實欄四所載經辦公用工程收取回扣之犯行，其所引用證人吳○琪於偵查及第一審審理時證稱：「廖○聰告訴我該工程要一成回扣」等語，係聽聞自廖○聰之轉述，並非其親身所見聞之事，依法並無證據能力，自不得作為伊犯罪之證據。況吳○琪所為之上述證詞，亦與廖○聰、洪○鳴所為之相關證詞不盡相符。原判決未詳加調查釐清，遽引用吳○琪、廖○聰及洪○鳴等人之證詞，認定伊有如其犯罪事實欄四所載經辦公用工程收取回扣之犯行，亦有欠當。另原判決認定伊有如其犯罪事實欄六所載經辦公用工程收取回扣之犯行，其所引用證人孫○芳關於收取回扣之證詞，係聽聞自廖○聰；而廖○聰關於收取回扣之證詞則係聽聞自陳○進，均非孫○芳、廖○聰親身所見聞之事，依法並無證據能力，原判決引用上開無證據能力之證詞，據以認定伊有如其犯罪事實欄六所載經辦公用工程收取回扣之犯行，亦有可議云云。

簡○祺上訴意旨略以：(一)、原判決認定伊有如其犯罪事實欄四所載收取工程回扣之犯行，惟其就伊等如何與廠商約定收取一定比率回扣等相關事實，並未於上開事實欄內認定記載明白，尚不足為適用法律之依據。又原判決所引用證人廖○聰、洪○鳴所為之證詞，其內容彼此不盡相符，且其所引用證人吳○琪、廖○聰、李○興、廖○利及歐○正等人所為之證詞，其內容亦均不足以證明伊有與廠商約定收受一定比率回扣之事實，均不足以佐證洪○

鳴所為不利於伊之證詞為可信。乃原判決並未調查有無其他補強證據足以佐證洪○鳴所述為可信，僅引用洪○鳴所為不利於伊之證詞，遽認伊有如其犯罪事實欄四所載之犯行，殊有欠當。(二)、原判決認定伊有如其犯罪事實欄八之(一)、(二)所載之犯行，惟其關於此部分事實之記載及理由之說明均非明確，尚不足以為適用法律之依據。又原判決所引用張○誼、廖○鎮、湯○信等人所為證詞之內容，以及張○誼與簡○祺間之通訊監察錄音譯文等證據資料，亦均不足以證明伊有上開部分之犯行。原判決並未詳加調查審究，而於事實有欠明瞭之情形下，遽認伊有如其犯罪事實欄八之(一)、(二)所載之犯行，顯有未合。(三)、原判決關於伊本件犯罪收取回扣所得在5萬元以下部分，並未依各次犯罪情節分別加以審認，卻以伊本件所犯各罪為整體觀察，謂伊犯罪情節難謂輕微，認伊並無貪污治罪條例第12條關於犯罪所得在5萬元以下，情節輕微減輕其刑規定之適用，以及就伊（非公務員）與公務員共同為本件犯行部分，以伊之惡性未較黃○德、張○誼等人為輕為由，認伊亦無刑法第31條第1項但書得減輕其刑規定之適用，而均未依上開規定對伊減輕其刑，亦有未洽云云。

陳○軒上訴旨略以：依憲兵指揮部刑事鑑識中心之鑑定結果，證人趙○宇所提出錄音筆之對話錄音，既無法鑑定究係由原始證物數位錄音筆所產製，抑或以同款或其他裝置重新錄製後，寫入數位錄音筆內，且經審視該錄音筆對話錄音譯文內容，亦有諸多不符常理而涉嫌變造之情形。又趙○宇於原審審理時既證稱其係連續（1次）錄音，則除其所持之錄音筆原始設計之情形外，衡情應無在該錄音筆內產生4筆聲音檔（原始檔案3筆，刪除還原檔案1筆），且其錄音時間相距最久者竟達7日餘之理，可見該錄音內容顯有重大瑕疵，應為無證據能力。乃原判決就上開相關各情未詳予調查釐清，遽認該錄音筆內之錄音內容暨譯文具有證據能力，並採為不利於伊認定之依據，殊有可議云云。

惟查：(一)、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。(1)、原判決認定李○卿有如其犯罪事實欄三所載公務員經辦公用工程收取回扣之犯行，係採用蕭○順、李○盛、鄭○陽、歐○正、廖○利、李○興及唐○雲等所為之證詞，以及如其犯罪事實欄三所載工程相關招標文件等證據資料，予以綜合判斷，並非單憑蕭○順所為之證詞，作為唯一之論據。且原判決就其憑何認定李○卿有上開部分犯行，以及證人劉○等所為之證詞何以不能為有利於李○卿之論斷，亦已說明其為如何斟酌取捨形成心證之理由綦詳（見原判決第46頁第11行至第74頁倒數第12行）；核其論斷與經驗、論理法則尚屬無違。李○卿上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，任意指摘原判決就其如原判決犯罪事實欄三所載公務員經辦公用工程收取回扣之犯行部分，不採信證人劉○對其有利之證詞，復僅引用蕭○順所為憑信性不足之證詞，遽認其有上開部分之犯行為不當云云，依前揭說明，並非依據卷內資料執為指摘之合法第三審上訴理由。(2)、原判決認定李○卿、簡○祺有如其犯罪事實欄四所載公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）共同經辦公用工程收取回扣之犯行，係採用吳○琪、廖○聰、洪○鳴、歐○正、李○興及廖○利等所為之證詞，以及廖○聰與洪○鳴間及洪○鳴與簡○祺間所使用行動電話雙向通聯紀錄，暨如原判決犯罪事實欄四所載工程相關招標文件等證據資料，予以綜合判斷，並非單憑洪○鳴、李○興所為之證詞，作為論斷之依據。且原判決就其所引用上開各該證人所為之相關證詞，作為論罪之依據，並已說明其為如何斟酌取捨形成心證之理由綦詳（見原判決第74頁倒數第11行至第101頁第10行）；核其論斷尚與經驗、論理法則無違。李○卿、簡○祺上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，任意指摘原判決就其等所為如原判決犯罪事實欄四所載部分之犯行，僅引用洪○鳴、李○興所為尚有疑義之證詞，遽認其等有上開部分之犯行為不當云云，依前揭說明，亦非適法之第三審上訴理由。(3)、原判決認定李○卿有如

其犯罪事實欄六所載公務員共同經辦公用工程收取回扣之犯行，已引用張○誼、李○誠、孫○芳、曾○、邱○華、許○呈、廖○聰及吳○琪等人所為之證詞，以及如原判決犯罪事實欄六所載相關工程招標文件等證據資料，暨吳○琪與陳○進間，以及廖○聰與孫○芳間之通訊監察錄音譯文等證據資料，說明其所憑之證據及理由甚詳。對於孫○芳、張○誼所為前後不盡一致之證詞，並已說明其為如何斟酌取捨形成心證之理由；對於陳○進所為有利於李○卿之證詞，亦已說明何以不能為採有利於李○卿論斷之理由甚詳（見原判決第238 頁倒數第8 行至第269 頁倒數第5 行）；核其論斷與證據法則無違。李○卿上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，任意指摘原判決引用張○誼、廖○聰等所為不可信之證詞，認定其有原判決犯罪事實欄六所載公務員經辦公用工程收取回扣之犯行為不當云云，依前揭說明，亦非適法之第三審上訴理由。(4)、原判決認定李○卿、簡○祺有如其犯罪事實欄八之(一)、(二)（即如原判決附表一編號105 至109 ；附表二編號15至19）所載公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）共同經辦公用工程收取回扣之犯行，已引用張○誼、廖○鎮、廖○賢、湯○信、湯○娥及劉○庭等人所為之證詞，以及如原判決犯罪事實欄八所載之相關工程招標文件等證據資料，暨張○誼與簡○祺間之通訊監察錄音譯文等證據資料，說明其所憑之證據及理由甚詳。就李○卿、簡○祺辯解各語何以均不足以採信，並已說明其為如何斟酌取捨形成心證之理由甚詳（見原判決第305 頁第13行至第339 頁第4 行）；核其論斷與經驗、論理法則無違。並無未調查其他補強證據，僅憑張○誼等人之證詞據以認定犯罪事實之情形，李○卿、簡○祺上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，任意指摘原判決未調查有無補強證據，遽引用張○誼所為不利於其等之證詞，遽認其等有如原判決犯罪事實欄八之(一)、(二)所載之犯行為不當云云，依前揭說明，要與卷內資料內容不符，亦非合法之第三審上訴理由。(二)、原判決於其理由內說明通訊保障及監察法第11條之

1 之規定，於103 年1 月29日修正公布前，法令並未針對檢察官調取通聯紀錄有所規範及限制，而檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查，並得調查犯罪情形及蒐集證據，刑事訴訟法第228 條第1 項亦定有明文，故檢察官於通訊保障及監察法上述修正公布前，因偵查需要所調取之洪○鳴通聯紀錄，自具有證據能力（見原判決第36頁倒數第2 行至第37 頁第13行）等情；核其論斷於法尚屬無違。李○卿上訴意旨(一)置原判決明確之論斷於不顧，任意指摘原判決上開論斷說明為不當云云，要非合法之第三審上訴理由。(二)、貪污治罪條例第4 條第1 項第3 款之經辦公用工程收取回扣罪，重在保障公用工程之品質，特別明文嚴禁公務員就經辦之公用工程收取回扣，以免廠商偷工減料降低工程品質，以確實維護大眾之公共安全；對於公務員就應給付之公用工程建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分而收取之，因客觀上對承作廠商有相當不利之影響，雖經交付回扣之人同意，其情節亦較一般收受賄賂為重，乃列為公務員特別重大之貪污行為，不論公務員有無違背職務之行為，均應課以該罪刑，係同條例第4 條第1 項第5 款違背職務收受賄賂罪、第5 條第1 項第3 款不違背職務收受賄賂罪之特別規定。又所謂「回扣」，係指經辦公用工程之公務員圖為自己不法之所有，與對方約定，就應給付之公用工程建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分而收取之而言。至於公務員與廠商就「回扣」之給付，究係雙方為明白之約定，抑係雙方基於默示之認知合意，以及廠商給付公務員之「回扣」，究係自應給付之建築材料費或工程價款直接提取、扣取，抑係由廠商另行籌措同額款項支應，因對於公用工程之品質具有等同之危害性，又均係以一定比率或部分應給付之建築材料費或工程價款，作為違背或不違背職務行為之對價關係，並無不同，均無礙於本罪之成立。原判決就李○卿如其犯罪事實欄八之(一)、(二)所示之犯行部分，已依據其調查所得之證據資料，於其犯罪事實欄記載李

○卿、簡○祺與張○誼共同基於經辦公用工程收取回扣之犯意聯絡，推由張○誼告知投標廠商應於得標後，交付工程款一成左右之回扣款，並由張○誼向各該廠商收取回扣款後轉交予簡○祺等情綦詳（見原判決第26頁倒數第11行至第27頁倒數第3行）。又綜觀原判決於其犯罪事實欄三、四、六之記載，以及關於上開部分於其理由內之說明，可見原判決顯係認定李○卿、簡○祺就上述各該工程應交付一成之回扣款，與各該得標廠商蕭○順、吳○琪及孫○芳間有默示之認知合意，蕭○順、吳○琪及孫○芳嗣並已交付各該工程回扣款予李○卿、簡○祺，及與李○卿有共同犯意聯絡之陳○進收受（見原判決第7頁第14行至第10頁倒數第10行、第18頁倒數第13行至第20頁倒數第9行、第46頁第11行至第101頁第10行、第238頁倒數第7行至第269頁倒數第5行）。原判決因認李○卿所為如原判決犯罪事實欄三；李○卿、簡○祺所為如原判決犯罪事實欄四；李○卿所為如原判決犯罪事實欄六；李○卿、簡○祺所為如原判決犯罪事實欄八之(一)、(二)所載之犯行部分，均應論以貪污治罪條例第4條第1項第3款之公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）經辦工程收取回扣罪；經核於法均無不合。李○卿、簡○祺上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，任意泛言指摘原判決論其等以上開之罪為不當云云，並非合法之第三審上訴理由。(四)、刑事訴訟法第159條之1第2項規定：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」已揭示被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，原則上具有證據能力，僅於顯有不可信之情況者，始例外否定其證據資格。是被告如未主張並釋明被告以外之人在偵查中向檢察官所為之陳述顯有不可信之情況時，檢察官自無須再就無該例外情形為舉證，法院亦無庸在判決中為無益之說明。換言之，法院僅在被告主張並釋明有「不可信之情況」時，始應就有無該例外情形，為調查審認。原判決引用證人蕭○順於偵查中檢察官訊問時之證詞，作為認定李○卿有如其犯罪事實欄三所

載犯行之依據，其雖未說明蕭○順上開證詞何以具有證據能力之理由，但李○卿並未陳明其於原審審理時，曾主張並釋明蕭○順於偵查中檢察官訊問時之證詞顯有不可信之情形，則原判決就蕭○順偵查中檢察官訊問時所為之證詞，縱未為調查審認及為無益之說明，自不得任意指為違法。李○卿上訴意旨謂原判決未說明蕭○順於偵查中檢察官訊問時所為證詞何以具有證據能力之理由，遽行引用作為認定其有如原判決犯罪事實欄三所載之犯行為不當云云，依上述說明，容有誤會，其執此指摘原判決不當，仍非適法之上訴第三審理由。(五)、刑法上之接續犯，係指行為人就同一犯罪構成要件事實，以單一行為之數個舉動接續進行，以實現一個犯罪構成要件，持續侵害同一法益，而成立一個罪名而言。易言之，該數個舉動於同時同地或密切接近之時地實行，侵害同一之法益，而各個舉動之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理者，始克相當。如行為人先後數行為，在客觀上係逐次實行，侵害數個同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，自應按照其行為之次數，予以一罪一罰。原判決就李○卿所為如其犯罪事實欄六（即其附表一編號91），以及如其犯罪事實欄五其中關於如其附表一編號12、69、80、90（該部分均另予撤銷發回，詳如前述）所載犯行部分，因係分別發包之不同工程，即上開各該犯罪之時間先後可分，且各該工程交付回扣之人亦屬有異，即各該犯罪各具有獨立性，而與前述接續犯之性質與要件有間，原判決因而未將上開各罪依接續犯關係論以一罪，經核於法尚屬無違。李○卿上訴意旨主張上述工程，均係100年7月間因豪雨重創南投縣，為搶通道路而採限制招標方式因應，其發包之原因與性質相同，而據以指摘原判決未依接續犯論以包括一罪為不當云云，依上述說明，要屬誤解，亦非合法之第

三審上訴理由。(六)、原判決已說明除其理由欄甲之一（即證人曾○隆等人於法務部調查局南投縣調查站所為之陳述）、甲之二（即證人曾○隆等人於偵查中所為之陳述）、甲之六（即黃○德於偵查中所為之陳述）所示之證據外，其採為本件判決基礎之被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，固屬傳聞證據，惟該等證據經李○卿等人及其等於原審之選任辯護人均表示對證據能力無意見，同意作為本案證據，且李○卿等人及其等於原審之選任辯護人迄原審言詞辯論終結前，均未對該等證據之證據能力表示異議；經審酌前揭證據之取得，並無違法取證或其他瑕疵，以之作為本案證據堪為適當，依刑事訴訟法第159條之5第1項、第2項之規定為有證據能力等情甚詳（見原判決第37頁倒數第5行至第38頁第6行）；核其論斷與證據法則無違。至於以文書之物理外觀作為證據，則屬物證之範圍，並無上開傳聞法則規定之適用問題，如該文件非出於違法取得，並已經依法踐行調查程序，即不能謂其無證據能力，原判決對其何以具有證據能力，自無另贅予說明之必要。李○卿上訴意指指摘原判決就其所引用之文書其中係屬物證者，並未說明其何以具有證據能力之理由，並謂原判決就其所引用之相關傳聞證據，亦未說明其如何審酌該等傳聞證據製作當時之情況，用以判斷以之作為證據是否適當，遽認該等傳聞證據均具有證據能力為不當云云，依上述說明，亦屬誤解，並非適法之第三審上訴理由。(七)、證人陳述與其體驗事實具有不可分離關係或相關聯之事項，非屬傳聞性證詞，此與證人單純表示個人意見或主觀推測之詞並無證據能力者有別。原判決認定李○卿、簡○祺有如其犯罪事實欄四所載收取工程回扣之犯行，並非單憑吳○琪所為之證詞，作為唯一之論據，而係綜合吳○琪、廖○聰、洪○鳴、歐○正、李○興及廖○利等所為之證詞，以及廖○聰與洪○鳴暨洪○鳴與簡○祺間所使用行動電話基地臺位置等相關證據資料，予以整體判斷。又原判決認定李○卿有如其犯罪事實欄六所載收取工程回扣之犯行，亦非單憑孫○芳、廖○聰

所為之證詞，作為唯一之論據，而係綜合張○誼、李○誠、孫○芳、曾○、邱○華、許○呈、廖○聰及吳○琪等人所為之證詞，以及如原判決犯罪事實欄六所載之工程資料，暨廖○聰與孫○芳間之通訊監察錄音譯文等證據資料，予以合一判斷，已如前述。且原判決引用證人吳○琪於偵查中及第一審審理時所為之相關證詞（見原判決第75頁第10行至第76頁倒數第9行），作為認定李○卿、簡○祺有如其犯罪事實欄四所載公務員（李○卿）與非公務員（簡○祺）經辦公用工程收取回扣犯行之依據，以及引用證人孫○芳、廖○聰於偵查中及第一審審理時所為之相關證詞（見原判決第248頁倒數第11行至第255頁第6行），作為認定李○卿有如其犯罪事實欄六所載經辦公用工程收取回扣犯行之依據，稽其內容均屬其等親身見聞及與其體驗事實具有不可分離關係或相關聯之事項，俱非屬傳聞性證詞。李○卿上訴意旨指稱證人吳○琪、孫○芳及廖○聰所為之相關證詞，均非係對於其等親身所見聞之事而為陳述，並無證據能力，原判決引用其等所為之傳聞性證詞，據以認定李○卿有如其犯罪事實欄四、六所載經辦公用工程收取回扣之犯行為不當云云，依上述說明，同屬誤解，要非依據卷內資料而為指摘之合法第三審上訴理由。(八)、原判決就其犯罪事實欄八之(二)所載其中如其附表一編號108、109所示之2件工程部分，於其犯罪事實欄八之(二)內記載湯○信於101年2月間，將上開工程約一成之回扣款分別為6萬元、5萬元現金，「分2次」裝入信封袋內，拿至南投縣政府縣長辦公室交予張○誼等情（見原判決第27頁倒數第6至9行），因認李○卿上開部分所犯公務員共同經辦公用工程收取回扣共2罪，其犯意各別，行為互殊，而予以分論併罰（見原判決第418頁倒數第7至9行），並非單憑張○誼、湯○信於第一審審理時所為之證詞，作為唯一之論據，而係綜合張○誼、湯○信分別於偵查中及第一審審理時所為之證詞（見原判決第305頁倒數第15行至第311頁倒數第3行、第320頁倒數第4行至第321頁倒數第6行）整體予以判

斷。李○卿上訴意旨擷取張○誼、湯○信於第一審審理時所為證詞之片段，徒憑己見，漫事指摘其所犯上開2 罪應依想像競合犯裁判上一罪關係論以一罪，原判決予以分論併罰為不當云云，依前揭說明，仍非適法之第三審上訴理由。(九)、原判決就李○卿、簡○祺收取工程回扣犯罪所得在5 萬元以下之罪部分，說明自李○卿、簡○祺本件所涉全部犯罪為整體觀察，其情節難謂輕微，因認李○卿、簡○祺所犯上述之罪（即犯罪所得在5 萬元以下部分）並無貪污治罪條例第12條第1 項減輕其刑規定之適用（見原判決第418 頁倒數第5 行至第419 頁第7 行、第419 頁倒數第5 至11行）；並說明簡○祺雖無公務員身分，然審酌其不知謹守分際，以其係南投縣長李○卿妻舅之身分，介入南投縣政府多件工程發包採購事項，共同收受工程回扣等不法利益，其涉入程度及犯罪情節均屬重大，惡性並未較張○誼等人為輕等情節，因認簡○祺並無刑法第31條第1 項但書得減輕其刑規定之適用（見原判決第419 頁倒數第4 行至第420 頁第3 行）；核其論斷於法尚無不合，且亦無明顯濫用裁量權之情形。李○卿、簡○祺上訴意旨並未具體指出原判決上開論斷究有如何濫用裁量權之情形，泛言指摘原判決未依上開規定對其等減輕其刑為不當云云，殊非合法之第三審上訴理由。(十)、原判決認定陳○軒有如其犯罪事實欄十所載行使偽造私文書之犯行，已於理由內說明其所憑之證據綦詳（見原判決第366 頁第5 行至第408 頁倒數第10行）。又按私人之錄音行為，不同於國家機關之執行通訊監察，應依通訊保障及監察法規定聲請核發或補發通訊監察書等法定程序及方式行之，但如私人為對話之一方，為保全證據所為之錄音，如非出於不法之目的或並未以違法手段錄音（包括剪輯或偽造等不當方式），其所取得之證據即難謂無證據能力。原判決依據上述意旨，並引用證人趙○宇於原審審理時所為之證詞，以及憲兵指揮部刑事鑑識中心對系爭錄音筆之鑑定結果，說明系爭錄音筆並無經過剪輯或偽造情事（見原判決第401 頁第5 行至第404 頁第8 行）；而

陳○軒及其於原審之選任辯護人對於第一審及原審勘驗系爭錄音筆所錄檔案結果，以及對於第一審所製作之系爭錄音筆所錄檔案譯文內容，均表示沒有意見而不爭執，是證人趙○宇之私人錄音之取證行為，既非出於不法之目的或以違法手段取證，則系爭錄音筆所錄得陳○軒等對話內容，為有證據能力等情綦詳（見原判決第34頁第7行至第35頁倒數第7行）；核其論斷與前述證據法則無違。陳○軒上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，徒憑己意，漫事指摘原判決認定系爭錄音內容具有證據能力為不當云云，依上述說明，同非依據卷內資料執為指摘之合法第三審上訴理由。至上訴人3人其餘上訴意旨，均非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒就原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，暨其他不影響於判決結果之枝節性問題，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首揭說明，其等關於此部分之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 107 年 10 月 18 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 李 錦 樑

法官 林 靜 芬

法官 林 海 祥

法官 張 祺 祥

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 22 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第1568號

## 裁判要旨

(一)貪污治罪條例第4條第1項第3款就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者，特別嚴予規範，列為本條例處以最重刑度之貪污類型之一，考其立法意旨，係在於「公用」工程及「公用」器材、物品，係供公眾或多數人使用，與公眾安全、公共利益密切相關，對於建築、經辦或購辦公務員之廉潔，自應為高度之要求，嚴防其有貪污舞弊之行為，並將浮報價額、數量，收取回扣等承辦公用工程或公用器物採購常見之舞弊手法，列明於本款，一方面以杜爭議，一方面資為認定其舞弊內涵之參考。至其是否以違背職務之行為為對價，究係公務員或對方主動，就上開立法意旨觀之，均非所問。而所謂「回扣」，於公務員建築或經辦公用工程之情形，係指該公務員與對方約定，就應給付之建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分，圖為自己或其他第三人不法利益之謂。其構成固限於建築或經辦公用工程，並以上開計算方式收取之，然本質上仍屬「賄賂」之一種。且公務員收取回扣本不必然出於其主動；收受賄賂亦不必然係被動為之。又交付回扣者，縱係被動同意，然如因此得以承作該工程或出售該器材、物品，亦未必即屬合法行為而不可課以相當之罪名。是收取回扣與違背職務收受賄賂，二罪之間容有發生競合關係之可能性存在。從而，於發生競合關係之情形時，對於因違背職務或不違背職務而收取回扣之公務員行賄者，仍應依同條例第11條相關規定論處。

(二)依上述說明，劉○騰之交付回扣，本質上似仍屬對該收取回扣之公務員請其為違背職務行為而行賄，亦即收取回扣與

違背職務收受賄賂之間發生競合之情形，從而，不具公務員身分之劉○騰對於因違背職務而收取回扣之公務員行賄，所為即非不能依貪污治罪條例第11條第1項、第4項規定論處。原判決誤引本院93年台上字第5421號判例意旨（係在闡述公務員收取之回扣款，不應發還支付回扣之人），據以說明同案被告吳○憲、唐○傑、薛○鈞、郭○賓等人此部分所為，既均係犯貪污治罪條例第4條第1項第3款經辦公用工程收取回扣罪，而非違背職務收受賄賂罪，則劉○騰係為配合吳○憲等人收取回扣之要求，而應允擔任配合得標支付工程回扣之廠商，即屬交付回扣之人，自不成立交付回扣罪，當然更無成立違背職務行賄罪之可能，自難以該罪名相繩等旨，而就劉○騰此部分被訴違背職務行賄罪嫌不另為無罪之諭知，即有判決理由矛盾及適用法則不當之違法。

## 相關法條

貪污治罪條例第4條第1項第3款、第5款、第5條第1項第3款、第11條第1項、第2項、第4項。

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官李月治

上訴人

即被告 劉○騰

選任辯護人 常照倫律師

上訴人 吳○憲

(被告)

選任辯護人 羅閱逸律師

吳佩書律師

上訴人 唐○傑

(被告)

選任辯護人 盧永盛律師

上訴人 梁○傑

(被告)

選任辯護人 陳世煌律師

林家豪律師

上訴人 沈○吉

(被告)

選任辯護人 吳孟宇律師

上訴人 鄭○三

(被告)

選任辯護人 周春霖律師

上訴人 郭○賓

(被告)

選任辯護人 林春榮律師

上訴人 薛○鈞

(被告)

上列上訴人等因被告等違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年6月27日第二審更審判決（104年

度重上更（一）字第7號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署99年度偵字第7855、14786、17080、18519、18789、20678 號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於劉○騰如其附表編號九（二）部分撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷發回（即劉○騰如原判決附表〈下稱附表〉編號九（二）部分）部分

一、本件原判決撤銷第一審關於被告劉○騰如附表編號九（二）部分（即第一審判決附表十（二）就犯罪事實欄〈下稱事實〉二（二）1 部分）論以違背職務行賄及政府採購法第87條第5項借用他人名義投標各1 罪部分之判決，改判僅論處如附表編號九（二）所示之政府採購法第87條第5項借用他人名義投標1 罪刑，並說明被訴違背職務行賄部分不另為無罪之諭知，固非無見。

二、惟查：

（一）貪污治罪條例第4條第1項第3 款就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者，特別嚴予規範，列為本條例處以最重刑度之貪污類型之一，考其立法意旨，係在於「公用」工程及「公用」器材、物品，係供公眾或多數人使用，與公眾安全、公共利益密切相關，對於建築、經辦或購辦公務員之廉潔，自應為高度之要求，嚴防其有貪污舞弊之行為，並將浮報價額、數量，收取回扣等承辦公用工程或公用器物採購常見之舞弊手法，列明於本款，一方面以杜爭議，一方面資為認定其舞弊內涵之參考。至其是否以違背職務之行為為對價，究係公務員或對方主動，就上開立法意旨觀之，均非所問。而

所謂「回扣」，於公務員建築或經辦公用工程之情形，係指該公務員與對方約定，就應給付之建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分，圖為自己或其他第三人不法利益之謂。其構成固限於建築或經辦公用工程，並以上開計算方式收取之，然本質上仍屬「賄賂」之一種。且公務員收取回扣本不必然出於其主動；收受賄賂亦不必然係被動為之。又交付回扣者，縱係被動同意，然如因此得以承作該工程或出售該器材、物品，亦未必即屬合法行為而不可課以相當之罪名。是收取回扣與違背職務收受賄賂，二罪之間容有發生競合關係之可能性存在。從而，於發生競合關係之情形時，對於因違背職務或不違背職務而收取回扣之公務員行賄者，仍應依同條例第11條相關規定論處。

- (二)原判決認定：劉○騰以長○興企業有限公司（下稱長○興公司）參與投標而標得之工程，均以約定好回扣，形式上由三家以上投標，實際由吳○憲等彰化縣○○鎮公所（已改制為○○市公所，下仍稱○○鎮公所）相關公務員私下議定好由長○興公司得標之違反政府採購法之違法方式完成採購等情（見原判決第8至10頁之事實二（二）1部分），並認為吳○憲等人經辦公用工程收取回扣之行為，所犯既屬應優先適用經辦公用工程收取回扣罪，自無再論其等違背職務收受賄賂罪嫌之餘地（見原判決第106頁以下之五、論罪部分），倘若無誤，依上述說明，劉○騰之交付回扣，本質上似仍屬對該收取回扣之公務員請其為違背職務行為而行賄，亦即收取回扣與違背職務收受賄賂之間發生競合之情形，從而，不具公務員身分之劉○騰對於因違背職務而收取回扣之公務員行賄，所為即非不能依貪污治罪條例第11條第1項、第4項規定論處。原判決誤引本院93年台上字第5421號判例意旨（係在闡述公務員收取之回扣款，不應發還支付回扣之人），據以說明同案被告吳○憲、唐○傑、薛○鈞、郭○賓等人此部分

所為，既均係犯貪污治罪條例第4條第1項第3款經辦公用工程收取回扣罪，而非違背職務收受賄賂罪，則劉○騰係為配合吳○憲等人收取回扣之要求，而應允擔任配合得標支付工程回扣之廠商，即屬交付回扣之人，自不成立交付回扣罪，當然更無成立違背職務行賄罪之可能，自難以該罪名相繩等旨（見原判決第143頁），而就劉○騰此部分被訴違背職務行賄罪嫌不另為無罪之諭知，即有判決理由矛盾及適用法則不當之違法。

三、檢察官上訴意旨指摘原判決就劉○騰被訴違背職務行賄罪嫌部分不另諭知無罪，係違背法令，為有理由，且為維持該被告之審級利益，應認此部分仍有撤銷發回更審之原因。至劉○騰犯借用他人名義投標罪部分，基於審判不可分原則，應併予發回更審。

貳、上訴駁回（即劉○騰如附表編號九(一)部分，及吳○憲、唐○傑、薛○鈞、梁○傑、沈○吉、鄭○三、郭○賓部分）部分：

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

二、本件原判決撤銷第一審關於上訴人吳○憲、唐○傑、薛○鈞、梁○傑、沈○吉、鄭○三、郭○賓部分，及劉○騰如附表編號九(一)部分之科刑判決，改判論處上訴人即非公務員郭○賓、劉○騰與公務員吳○憲、唐○傑、薛○鈞、梁○傑、沈○吉、鄭○三分別共同犯經辦公用工程收取回扣各罪刑（吳○憲如附表編號一所示共26罪〈其中（十八）、（二四）及

(二五)所示3 罪未遂)；唐○傑如附表編號二所示共23罪；薛○鈞如附表編號三(一)至(三)、(十)、(十一)所示共5罪；梁○傑如附表編號四所示共5罪；沈○吉如附表編號五所示共3罪；鄭○三如附表編號六所示1罪；郭○賓如附表編號八所示共14罪；劉○騰如附表編號九(一)所示1罪。以上各罪均處有期徒刑及褫奪公權)，並對吳○憲未扣案之犯罪所得宣告沒收及追徵。已詳敘調查、取捨證據之結果及得心證之理由。並就吳○憲、唐○傑、薛○鈞、梁○傑、沈○吉、劉○騰於法院歷次審理中已就其等所為收取回扣犯行皆自白認罪，核與卷內證據資料相符，均堪予採信；至鄭○三辯稱其向證人林○全拿取之紙箱內物品係都市計畫書圖並非回扣款，及郭○賓辯稱不知薛○鈞、梁○傑及證人吳○鈞交其轉交唐○傑之款項係廠商回扣，僅係暫時保管非擔任白手套並無犯意聯絡云云，均非可採，已綜合全部卷證資料，詳加論斷及說明。

三、按貪污治罪條例第4條第1項第3款之經辦公用工程收取回扣罪，重在保障公用工程之品質，特別明文嚴禁公務員就經辦之公用工程收取回扣，以免廠商偷工減料降低工程品質，確實維護大眾之公共安全，對於公務員就應給付之公用工程建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分而收取之，因客觀上對承作廠商有相當不利之影響，雖經交付回扣之人同意，其情節亦較一般收受賄賂為重，不論公務員有無違背職務之行為，均應課以該罪刑，係同條例第4條第1項第5款違背職務收受賄賂罪、第5條第1項第3款不違背職務收受賄賂罪之特別規定，自應優先適用。而所謂「回扣」，係指經辦公用工程之公務員圖為自己或第三人不法之所有，與對方約定，就應給付之公用工程建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分而收取之而言。又對於回扣金額，如交付之一方於工程款中，按約定成數或比例為基

準，自行增減量定，以提取回扣款，只要收受之一方允受，其犯罪行為即屬完成，並非須與約定成數或比例完全一致為必要。至於係在公用工程由對方得標前或後所為期約，或由應給付之建築材料費或工程價款直接提取、扣取，或由對方先另行籌措同額款項支應，因對於公用工程之品質具有等同一之危害性，又均係以一定比率或部分應給付之建築材料費或工程價款，作為違背或不違背職務行為之對價關係，並無不同，自非所問。原判決已說明其事實所列之各筆受付款項，均係吳○憲要求○○鎮公所之公用工程意欲承作或得標廠商，按工程款或決標金額之一定比例計算而收取回扣款，並非任意要求之金額，與一般賄賂金額大不相同，且收取回扣並不以所交付者與約定成數或比例完全一致為必要，亦不以工程完工或付款時扣取為限。本件如原判決事實所列之各筆受付款項，均係吳○憲要求意欲承作○○鎮公所之公用工程或其得標廠商，按工程款或決標金額之一定比例計算而收取回扣款，並非任意要求之金額，與一般賄賂金額大不相同，且依上開說明，收取回扣並不以所交付者與約定成數或比例完全一致為必要，亦不以工程完工或付款時扣取為限。是以，本件由各廠商交付之款項，並非僅為一般賄賂，更屬回扣無訛等旨（見原判決第101至102頁）。所為論斷，有卷存事證足憑，經核於法並無不合。

- 四、原判決已詳為說明：吳○憲就任彰化縣○○鎮鎮長後，與○○鎮公所主任秘書唐○傑、建設課課員薛○鈞、沈○吉、鄭○三、臨時約僱人員梁○傑等人，及擔任白手套之全○房屋仲介公司負責人郭○賓、長○興公司實際負責人劉○騰、泰○全管理技術有限公司負責人林○全（業經原審前審判刑確定）、鈞○工程技術顧問有限公司（下稱鈞○公司）負責人趙○達（業經原審前審判決免刑確定）、正○營造有限公司負責人吳○鈞（業經檢察官緩起訴處分確定）等人，如何共

同利用經辦○○鎮公所發包公用工程之機會，向承包廠商收取工程回扣之分工情形，剖析論斷關於本件回扣與賄賂之區別（見原判決第101至102頁）、成立共同正犯之認定（見原判決第102至106頁），及如何推論罪數、犯意聯絡與行為分擔、適用法定減輕其刑規定之理由（見原判決第106至134頁），並對如何認定：(1)劉○騰於事實二（一）部分，雖僅係受承辦人薛○鈞之託而參與，與吳○憲並無直接聯繫或接觸，然其既已尋得鈞○公司趙○達願意配合得標並支付回扣款，且居中斡旋並安排薛○鈞與趙○達在教父餐廳見面談論對價事宜，另安排趙○達在新月梧桐餐廳交付回扣款予薛○鈞，而為收受回扣之犯罪構成要件行為。則依上說明，劉○騰與其他共同正犯薛○鈞、唐○傑、吳○憲、蕭○泰（業經原審判刑確定）等人間，仍可認分別有直接或間接之犯意聯絡，並進而實行犯罪構成要件行為，而應論以貪污治罪條例第4條第1項第3款經辦公用工程收取回扣罪之共同正犯（見原判決第104頁）。(2)唐○傑、薛○鈞關於事實二（一）部分，同時具備貪污治罪條例第8條第2項前段「犯第4條至第6條之罪在偵查中自白」及「自動繳交全部所得財物」之「減輕其刑」要件，及後段「因而查獲其他正犯或共犯」之「減輕或免除其刑」要件，自應逕行適用該條項後段之更優惠規定，不能分別適用同條項前段、後段規定而「遞減輕其刑」，因而均依貪污治罪條例第8條第2項後段之特別規定減輕其刑，又貪污治罪條例第8條第2項後段規定，相對於證人保護法第14條第1項規定，係屬特別法，應擇一適用貪污治罪條例第8條第2項後段規定。故唐○傑、薛○鈞已有貪污治罪條例第8條第2項後段之規定減輕其刑之情形，即無再適用證人保護法第14條第1項規定減輕其刑之餘地（見原判決第107至108頁）。(3)薛○鈞關於事實二（六）4、5所示2罪部分，均係由證人陳○志於99年6月21日調查筆錄第11至13、13至15頁

首先供述，嗣由薛○鈞先後於民國99年6月25日調查筆錄第11、12頁及99年7月5日調查筆錄第12至15頁始為補充證述，並經證人即當時主辦本案之調查員黃○泉於原審前審審判中證述甚詳，故薛○鈞僅符合偵查中自白之規定，而非屬自首。至證人陳○尚於原審審理時固證稱：此工程應該不是其原來懷疑跟討論的檔案，是後來才出來的，應該是因為薛○鈞的陳述才查獲的等語，然證人陳○尚自承其與黃○泉均為承辦人之一，本件的源頭是組長他們去處理的，關於創○工程顧問有限公司部分其已經忘記了，不能確定是否為薛○鈞主動提出等語，顯見證人陳○尚已然記憶模糊，其所述尚難採為有利薛○鈞之認定（見原判決第119至121頁）各等旨，均已依據卷內資料予以論述及說明。核其論斷，並無認定事實未憑證據之情形，亦無採證違法、調查未盡、適用經驗或論理等證據法則不當或判決理由不備、矛盾之違誤。

五、刑之量定及酌定應執行刑之刑期、是否適用刑法第59條酌減其刑或判處免刑，均屬事實審法院得依職權自由裁量之範疇，而具體個案情節互異，亦無從比附援引他案量刑輕重指摘本案量刑不當。原判決已說明係以吳○憲、唐○傑、薛○鈞等人之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列情狀，分別量刑及定應執行之刑，既未逾越經遞減或減輕其刑後之法定刑度及刑法第51條第5款規定範圍，且無違公平正義情形，均屬裁量權之適法行使，並未違背平等原則、比例原則及罪刑相當原則，自不得指為違法。並敘明考量唐○傑收取回扣款次數甚多，對於公務員之形象傷害甚鉅，於客觀上顯難足以引起一般人之同情而堪憫恕，不再適用刑法第59條規定酌減其刑之理由，另劉○騰雖非公務員，就事實二(一)部分與公務員共同犯經辦工程收取回扣罪，情節重大，顯無貪污治罪條例第12條第1項之情節輕微而減輕其刑規定之適用，均不得指為違法。又貪污治罪條例第8條第2項後段「減輕或免除

其刑」之規定，亦為法院得自由裁量事項，原判決適用該條減輕其刑規定，而未依免除其刑規定對唐○傑、薛○鈞諭知免刑，亦與不適用法則之情形並不相當。

六、上訴意旨置原判決之論敘於不顧，猶執前詞，吳○憲、唐○傑、梁○傑、沈○吉仍謂：其等僅係犯不違背職務收受賄賂罪，原審論以共同收取回扣罪，要屬違法；鄭○三則謂：原審就林○全之證詞，未詳查究明，遽論其共同收取回扣；郭○賓則謂：其僅單純保管轉交金錢，並無當白手套參與收取回扣之犯意聯絡；劉○騰則謂：其僅係幫助趙○達行賄，非出於與公務員共同收取回扣之犯意聯絡，原審未詳予調查釐清，又漏未依貪污治罪條例第12條規定減輕其刑；薛○鈞則謂：原審漏未適用貪污治罪條例第8條第1項後段、證人保護法第14條第1項減免其刑、從輕量刑及定執行刑並判處免刑；吳○憲另謂：其等向不同廠商收受賄賂，原審未包括論以一罪，且量刑及定執行刑17年過重；唐○傑另謂：原審未適用證人保護法第14條第1項減免其刑及刑法第59條酌減其刑，均屬違法等語。經核均係憑持己見，再為事實上之爭辯，或對原審採證認事及其他得為自由裁量職權之適法行使，任意爭執，或對部分不影響事實認定與判決結果之枝節事項，執為指摘，均難謂已符合法定之第三審上訴要件。其等關於收取回扣部分之上訴違背法律上之程式，均應予駁回。又吳○憲、唐○傑、薛○鈞、劉○騰與上開事實二（一）部分之收取回扣重罪有想像競合犯裁判上一罪關係之刑法第132條第1項之洩密輕罪部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款規定不得上訴於第三審法院之罪，因已無從併為實體上審判，應併從程序上予以駁回。

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

中 華 民 國 107 年 8 月 22 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發

法官 梁 宏 哲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 28 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第2545號

## 裁判要旨

(一)貪污治罪條例第5條第1項第3款之罪（下稱賄賂罪）其所稱職務上之行為，係指公務員在其職務權責範圍內所應為或得為之行為而言。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切關連之行為，亦應認屬職務行為之範疇，包括由行政慣例所形成，為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務亦屬之。地方各級民意代表（直轄市或縣市議員及鄉鎮市民代表）有議決預算、監督其執行、審核決算報告之權，分為地方制度法第35條第2款、第7款，第36條第2款、第7款，第37條第2款、第7款所明定。此亦為地方民意代表之最重要「職務」。長期以來，各級地方政府為求府會和諧、良性互動，每賦予地方民意代表對部分預算（尤其建設補助款）有建議動支之權，多成慣例。則此由行政機關執行法定預算權限所衍生之地方民意代表預算動支建議權，自與地方民意代表固有之審查預算、監督執行權限有密切關連性，而亦屬其「職務」範圍。從而，地方民意代表如對其建議之預算，從中對他方（如得標廠商）要求期約或收受賄賂，其既屬刑法第10條第2項第1款前段之身分公務員；所為亦構成賄賂罪不法內涵之核心—特別義務之違反；並侵害賄賂罪之保護法益—執行職務之公正性及廉潔性，自成立公務員賄賂罪。此既在本罪構成要件「職務」之可能文義射程範圍內，並非類推解釋，更與罪刑法定主義無違。

(二)刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為人所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第23條

比例原則無違，司法院釋字第669號解釋理由書闡述綦詳。此罪刑相當原則於刑事審判個案同應適用，視同憲法原則。從而罪刑相當原則於刑事訴訟法第370條不利益變更禁止原則之例外情況（即但書之情形）亦應適用。亦即有例外情形雖可不受不利益變更禁止原則之限制，即得量處較重原審判決之刑，但同時須另受罪刑相當原則之拘束，故如係適用較輕之罪名或犯罪情節較輕，而下級審判決非顯然失出，則禁止處以較重之刑或相同之刑，以遵循此實體法之大原則，不可偏執。換一角度，如此亦係使被告提起上訴時，如有改判機會，不致因而遭受較重之刑，而憚於提起上訴，亦為不利益變更禁止原則保護之另一體現。

## 相關法條

貪污治罪條例第5條第1項第3款。

刑事訴訟法第370條。

上 訴 人 臺灣高等檢察署檢察官俞秀端

上 訴 人

即 被 告 翁○富

選任辯護人 文 聞律師

張永福律師

紀互彥律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國107年5月3日第二審更審判決（107年度重上更三字第3號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署98年度偵字第22082號、100年度偵字第3534號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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。

本件原判決撤銷第一審關於被告翁○富部分之科刑判決，改判論被告以公務員犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪，處有期徒刑1年11月，褫奪公權3年，並為相關沒收之宣告。

檢察官上訴意旨略稱：被告收取之賄賂款達新臺幣（下同）110萬元，可謂金額巨大，其情節確屬重大，亦無何客觀上足以引起一般人之同情之可能，其犯罪實無任何犯罪之情狀顯可憫恕，而得認為科以最低度刑仍嫌過重之情事，且對於國家法紀造成嚴重損害，原判決援引刑法第59條規定減輕其刑，顯有適用論理法則不當之違誤。本件雖被告上訴第二審，然原判決既認為被告並無

證人保護法之適用，及第一審判決就桃園市東○國民小學（下稱東○國小）採購案部分認被告亦構成犯罪，而依刑法第56條、第71條第1項規定先加後減，顯然適用法條不當。依刑事訴訟法第370條規定，原審撤銷第一審判決，自無不利益變更禁止原則之適用。原審以「為符合罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意」，作為援引第59條情堪憫恕以減輕其刑之理由，亦有適用法則不當之違誤等語。

被告上訴意旨略稱：（一）地方制度法所規定之市民代表行使之法定職權，並無執行、動支、建議、指定預算之權限。原判決認民意代表得為建議、指定預算或補助款之執行，並認該等行為乃民意代表職務上之行為，與法自有未合。地方行政機關固有於預算中編列及預留部分經費，作為對地方立法機關之民意代表所建議之相關事項進行補助，然此等預算之編列，與預算法之立法精神至有違背，而地方制度法及財政收支劃分法，亦無一規定民意代表有動支地方行政機關預算之權利，是該等預算之編列及動支執行，為地方行政機關之法定職權，而非地方立法機關之法定職權。是被告縱有收取賄賂，因動支預算非被告之法定職權，建議書之出具亦非被告擔任地方立法機關之民意代表之職務上行為，與貪污治罪條例之構成要件並不該當，原判決即有適用法規不當之違背法令。況縱認市民代表所出具之建議書，確實對行政機關於某些預算之執行，具有實質影響力，惟該影響力畢竟因地方行政機關懼於立法機關之嚴厲監督，所為給予地方立法機關民意代表之方便，然仍非法所規定之地方立法機關之職權。原判決逾越法律明文規定，將預算等同於法律，又超越法律所無之限制，擴張市民代表對預算之建議權等同於執行法律賦予之職務，適用法律嚴重違背罪刑法定主義。（二）原判決認定本案補助款名義上雖仍為行政機關所編列的預算，本質上已使民意代表兼有執行的權限，實有法則適用不當之違誤。且原判決針對本案所涉職務上之行為，僅為抽象之論斷，並未闡述明白，有理由不備之瑕疵。

(三) 原判決認定桃園市公所對於本案補助款預算之補助用途、補助對象及數額，自會依民意代表之建議加以執行補助，乃屬公眾所週知之事，具有證據上理由矛盾之違法。又原審審判長在審判期日，未予被告就此所謂公眾所週知之事陳述意見。原判決引用被告之供述，至多僅能得知被告於案發時，擔任桃園市市民代表，得建議本案補助款之用途、補助對象及數額，無從推論主觀上身為市民代表，明知他對於該補助款的建議、指定，乃屬其擔任市民代表的職務上行為，更無法證明桃園市公所客觀上會依民意代表之建議加以執行補助。足見原判決顯有證據上理由矛盾之違背法令。

(四) 卷內桃園縣桃園市（已改制為桃園市桃園區，以下仍沿舊制記載）公所函復證明，案發時桃園市公所會實質審核本案補助款之合理性、需求性，不當然必定依民意代表之建議撥款，乃原審對此不察，其判決有理由欠備及理由矛盾之違誤。

(五) 簡○珍、岳○明<sup>2</sup>人為案發當時桃園市公所補助所轄各國中小學教育建設經費之承辦人，對於此等經費申請與核撥之流程，知之甚詳，渠等出庭作證，最能釐清本案補助款之核撥流程與運作情形。原審未依被告之聲請傳喚簡○珍、岳○明出庭作證，復未於判決內說明不予傳喚之理由，有調查未盡及理由不備之違背法令。

(六) 原審所認被告之犯罪事實，較諸第一審所認之犯罪事實少一半，雖有證人保護法第14條之減輕事由不存在之情事，然原判決又認被告有刑法第59條之減輕事由，於第一審所認連續犯之加重事由又不存在之情況下，就實質量刑僅較第一審判決減輕1月，顯然有悖罪刑相當原則、不利益變更禁止原則及比例原則。

(七) 原判決既依刑法第59條之規定予以減輕其刑，然卻於被告要求緩刑之駁回理由中，稱被告身為市民代表，竟於職務上行為收受賄賂110萬元，傷害公務員身分之廉潔性、執行職務之公正性、及人民對於公務員公正執行職務之信賴，所生危害非輕，是依其犯罪情節及所生危害，難認本件所宣告之刑以暫不執行為適當。而認不宜宣告緩刑。前後所述理由顯然矛盾。又就被

告應否宣告緩刑乙節，原審漏未審酌被告之家庭狀況及長期熱心教育、公益之素行，以致其判斷容有理由欠備之違法。（八）被告有高齡雙親待奉養，4名子女均在學，被告須供應經濟上之需求，且被告之父親年紀已逾86歲，又罹患重度老年失智症，領有重度身心殘障證明。原判決以被告育有2名子女，父母亡故云云，資為量刑審酌事由，有認定事實未憑證據之違法等語。惟查：

（一）貪污治罪條例第5條第1項第3款之罪（下稱賄賂罪）其所稱職務上之行為，係指公務員在其職務權責範圍內所應為或得為之行為而言。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切關連之行為，亦應認屬職務行為之範疇，包括由行政慣例所形成，為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務亦屬之。地方各級民意代表（直轄市或縣市議員及鄉鎮市市民代表）有議決預算、監督其執行、審核決算報告之權，分為地方制度法第35條第2款、第7款，第36條第2款、第7款，第37條第2款、第7款所明定。此亦為地方民意代表之最重要「職務」。長期以來，各級地方政府為求府會和諧、良性互動，每賦予地方民意代表對部分預算（尤其建設補助款）有建議動支之權，多成慣例。則此由行政機關執行法定預算權限所衍生之地方民意代表預算動支建議權，自與地方民意代表固有之審查預算、監督執行權限有密切關連性，而亦屬其「職務」範圍。從而，地方民意代表如對其建議之預算，從中對他方（如得標廠商）要求期約或收受賄賂，其既屬刑法第10條第2項第1款前段之身分公務員；所為亦構成賄賂罪不法內涵之核心—特別義務之違反；並侵害賄賂罪之保護法益—執行職務之公正性及廉潔性，自成立公務員賄賂罪。此既在本罪構成要件「職務」之可能文義射程範圍內，並非類推解釋，更與罪刑法定主義無違。

原判決以桃園縣桃園市公所為提供桃園市市民代表會各代表對桃園市各國中小學補助購買相關器材設備等經費，歷年來均於年度

預算中在「政府機關間之補助」項下編列預算，90年度桃園市公所經桃園市市民代表會通過編列新臺幣（下同）1億3,200萬元預算，用以補助市轄國中小學藝文民俗活動器材設備等經費。此有桃園縣桃園市總預算歲出計畫說明提要與各項費用明細表在卷可參。該經費的使用，是由各市民代表於其所獲分配補助款額度內填具建議書，交由受補助學校送交桃園市公所申請後，由受補助學校依政府採購法規定，辦理招標、決標、履約及驗收程序。受補助學校於完成採購後，再檢送相關驗收資料，報經桃園市公所審核後撥款予受補助學校，再由受補助學校付款予得標承作廠商。故桃園市民代表會之代表就其所分配之「補助款」（即建議款）已基於上開之議決編列預算而取得執行預算之建議（指定）權限。雖然市民代表對於建議補助的款項仍然必須依實向桃園市公所提出建議，但市公所接到市民代表的建議書後，只要接受補助的學校機關提出相關申請文件之後，於年度預算充足下，即直接將款項撥入受補助之學校，此由桃園市公所函覆：「於『桃園市公所補助市轄各國中小學教育建設經費申請作業要點』通過前，查有1案有建議書仍不通過情事，其理由為年度預算已用罄」等語甚明。被告係桃園市第8屆市民代表，係依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員，對於前述補助款的建議、指定，即屬於其擔任市民代表職務上之行為。被告於警詢供稱：我連任3屆之市民代表，年度補助款額度約係200萬元至400萬元，多係用在桃園市內之學校，若學校有需求，校長即會向我表示該校需求之項目及金額，倘尚有補助額度，便會允諾並填具建議書等語。益見被告明知其對於該補助款之建議、指定，乃屬其擔任市民代表之職務上行為。至於桃園市公所雖先後函覆稱：「於民國93年2月18日桃園市第2次市務會議通過『桃園市公所補助市轄各國中小學教育建設經費申請作業要點』前後，並無規定申請補助時需檢附市民代表建議書，該要點通過前，現查有4案無建議書仍通過情事」、「90年並未制訂補助要點，作為審

核依據，補助經費以其預算書（表）合理性、需求性來決定核准與否及補助金額」等。然僅能說明於申請補助款的法定流程並無規定必須附有市民代表的建議書及桃園市公所的法定審查核撥程序，尚無從推翻市民代表就其所分配的補助款具有動支此部分預算之建議權之職務權限之認定。被告因出具建議書予桃園市同○國民小學（下稱同○國小），用以向桃園市公所申請補助辦理教育視訊系統設備採購，於該校獲得補助款向特定廠商採購後，被告就此職務上之行為，向廠商收受110萬元賄賂，依社會通念，已足以認被告所收取的金錢與其職務上行為間具有對價關係等旨。因而對被告論以貪污治罪條例第5條第1項第3款之不違背職務收受賄賂罪。其法則之適用並無違誤。被告上訴意旨就此斤斤指摘，自非合法之第三審上訴理由。

又法雖未明定民意代表之建議可得拘束地方政府機關，惟一般而言，上開預算之編列，既在表達地方政府對民意代表建議權之尊重，則地方政府對於該項補助款預算之補助用途、補助對象及數額，依其尊重民意代表、民意機關之編列本項預算目的，原則上均依民意代表之建議予以執行補助，此雖難謂為一般公眾所週知。然既為預算編列及執行運作之慣例，自為地方政府機關相關人員及地方民意代表所知悉。原判決亦憑引被告於警詢之供述，佐證被告明知其對於該補助款之建議、指定，乃屬其擔任市民代表之職務上行為。原判決認此屬「公眾所週知之事」，雖不無疑義，然並無礙於判決本旨，揆之刑事訴訟法第380條之旨，仍不得執此資為上訴第三審之合法理由。

（二）刑事訴訟法第379條第10款所謂依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要之證據而言。故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，始足當之。若所證明之事項已臻明瞭，當事人聲請調查之證據，又不足以推翻原判決所確認之事實，自欠缺其調查之必要

性，原審未依聲請為無益之調查，即無違法可言。原判決已就本案同○國小之補助款經費是第8屆各市民代表於90年度所分配之「建議款」經費預算，被告對於前述補助款的建議、指定，屬於其擔任市民代表職務上之行為，被告藉出具建議書予同○國小，收受廠商之賄款，所收取的金錢，與其職務上行為間具有對價關係等旨，於理由詳予說明。此部分事證已明，至於此等經費之申請及核撥流程如何，於被告是否成立犯罪，並不生影響。原審未依被告之聲請傳訊證人為無益之調查，即非有應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令情形。原判決就此未說明不予調查之理由，雖有瑕疵，然不影響判決結果，即不能執以資為上訴第三審之適法理由。

（三）刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為人所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第23條比例原則無違，司法院釋字第669號解釋理由書闡述綦詳。此罪刑相當原則於刑事審判個案同應適用，視同憲法原則。從而罪刑相當原則於刑事訴訟法第370條不利益變更禁止原則之例外情況（即但書之情形）亦應適用。亦即有例外情形雖可不受不利益變更禁止原則之限制，即得量處較重原審判決之刑，但同時須另受罪刑相當原則之拘束，故如係適用較輕之罪名或犯罪情節較輕，而下級審判決非顯然失出，則禁止處以較重之刑或相同之刑，以遵循此實體法之大原則，不可偏執。換一角度，如此亦係使被告提起上訴時，如有改判機會，不致因而遭受較重之刑，而憚於提起上訴，亦為不利益變更禁止原則保護之另一體現。本案第一審判決認定被告就同○國小採購案收受賄賂110萬元及就東○國小採購案與陳○丁共同收受賄賂109萬4000元等情，而論以修正前刑法第56條、貪污治罪條例第5條第1項第3款連續不違背職務收受賄賂罪，依連續犯加重其刑，並以被告合於貪污治罪條例第8條第2項前段減輕其刑，及證人保護法第14條第1項減輕其刑之規定，遞

減其刑，審酌被告犯罪之一切情狀，量處有期徒刑2年。第一審判決後，僅被告上訴，檢察官並未上訴。原判決審理結果，就東○國小採購案部分於理由說明不另為無罪諭知之旨，亦即僅就同○國小採購案部分對被告論罪，因認被告之犯罪情節，已較第一審所認定者為輕，依貪污治罪條例第8條第2項之規定予以減刑後，最低法定刑度為有期徒刑3年6月，且檢察官又未提起上訴，縱量處最低度刑有期徒刑3年6月，亦較第一審所量處之有期徒刑2年為重，難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意相符；而同為不違背職務收受賄賂之人，其犯罪情節未必盡同，所造成危害社會程度自屬有異，法律科處此類犯罪，所設法定最低本刑不可謂不重，於此情形，倘依其情狀處以有期徒刑，即足懲儆，並可達防衛社會之目的者，非不可依客觀犯行與主觀惡性考量其情狀是否有可憫恕之處，適用刑法第59條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑能斟酌至當，而符合比例原則。被告無視國家法紀及公務人員應廉潔自持之本分，固屬不當，應予非難，然考量被告坦承犯行，已具悔意，及其利用職務上之行為收受賄賂罪之金額非巨，且於犯後已繳回國庫，就其犯罪情節觀之，尚非重大惡極，為符合罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意，並衡酌被告之犯罪情狀，認縱處以經依法減輕其刑後之最低度刑，猶嫌過重，在客觀上應足以引起一般人之同情，顯可憫恕，爰依刑法第59條規定減輕其刑，並依法遞減之。而以行為人之責任為基礎，審酌其犯罪之一切情狀，量處如前揭之刑；並說明：依被告犯罪情節及所生危害，難認本件所宣告之刑以暫不執行為適當，應有令其實際接受刑罰執行以收警惕制裁之必要，認不宜宣告緩刑等旨。經核其刑之量定，及未為緩刑之宣告，並未濫用自由裁量之權限，亦難謂有判決不備理由、理由矛盾或適用法則不當之違法情形，檢察官及被告上訴意旨就原審量刑裁量權之適法行使，任意指摘，自非第三審上訴之合法理由。又被告之家庭狀況，雖非不得資為科刑審酌之情狀，然此並非刑法第57條所列

各款審酌事項之一，原判決就被告家庭狀況之記載縱與實情有出入，然審酌其犯罪之一切情狀，此部分之瑕疵實不足資以使被告量處較原判決更低度之刑。被告執此指摘，仍非上訴第三審之合法理由。

(四) 綜上，檢察官及被告上訴意旨，均難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。應認其上訴俱屬違背法律上之程式，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 107 年 7 月 26 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 徐 昌 錦

法官 林 恆 吉

法官 何 信 慶

法官 蔡 國 在

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 7 月 31 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第2052號

## 裁判要旨

貪污治罪條例第8條第2項前段「犯第4條至第6條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑」之規定，係為鼓勵公務員於犯貪污罪之後能勇於自新而設，是若被告於偵查中自白，復就全部所得財物，於偵、審中自動繳交者，因已足認確有悛悔向善之意，即應給予寬典。此所謂「自白」，係指犯罪嫌疑人或被告對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意。至其動機如何，為被動抑自動，簡單或詳盡，一次或數次，自白後有無翻異，皆非所問。又自白犯罪縱同時主張違法阻却事由或責任阻却事由，仍無礙於自白之性質。再因犯罪事實，是指客觀存在之犯罪一切實際情況總和，包括犯罪之全部活動及其結果，本難期犯罪嫌疑人或被告能做作全面或準確之供述，故於判斷何為「犯罪事實主要部分」時，自應綜合考量其已交代之犯罪事實與未交代之犯罪事實之危害程度、是否為不同構成要件之犯罪、係事實之抗辯或僅主張有阻卻事由等各種相關因素。尤其犯罪嫌疑人或被告對自己之犯罪事實全部或主要部分是否肯認，前後供述有所反覆時，自應綜合同一或密接之訊（詢）問期日之整體供詞，依前揭標準而為判斷，不能以其後於偵、審過程中翻異其詞或對犯罪事實之重要部分有所隱瞞，即否認其之前已成立自白之效力。是倘被告在檢察官先前偵查中對自己犯貪污治罪條例第4條至第6條之犯罪事實全部或主要部分已為承認或肯定之供述，復已繳交全部所得財物，縱其於嗣後之偵查或審理中翻異其詞或有所抗辯，亦不能因此推論其先前所為肯認之供述非屬自白。

## 相 關 法 條

貪污治罪條例第8條第2項。

上訴人 臺灣高等檢察署花蓮檢察分署檢察官黃怡君

上訴人 施○樹

選任辯護人 藍健銘律師

陳建宏律師

上訴人 潘○民

選任辯護人 林永頌律師

張天香律師

絲漢德律師

上訴人 蘇○清

選任辯護人 張秉正律師

曾泰源律師

鍾年展律師

上訴人 陳○明

選任辯護人 張睿文律師

上訴人 沈○祥

選任辯護人 邱一偉律師

上訴人 林○坤

選任辯護人 吳秋樵律師

上訴人

即被告 胡○明

選任辯護人 魏辰州律師

上列上訴人等因被告貪污等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國106年8月11日第二審判決（104年度原上訴字第13號；起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署102年偵字第229、421、930、3596號），提起上訴，本院判決如下：

#### 主 文

原判決關於蘇○清如原判決附表四編號3，及沈○祥、胡○明部分均撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

其他上訴駁回。

### 理由

壹、撤銷發回（即蘇○清如原判決附表〈下稱附表〉四編號3，及沈○祥、胡○明）部分：

本件原判決認定上訴人蘇○清、沈○祥、上訴人即被告胡○明有其事實欄（其中蘇○清僅如附表四編號3所示）所載之貪污犯行，因而(一)、撤銷第一審關於蘇○清如附表四編號3所示之沒收部分判決，另為相關沒收諭知；暨維持第一審關於該部分論其共同犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪，處有期徒刑7年2月，並諭知褫奪公權5年之部分判決，駁回其此部分在第二審之上訴。(二)、撤銷第一審關於胡○明如附表六部分之科刑判決，改判論其犯貪污治罪條例之違背職務收受賄賂、不正利益罪，處有期徒刑9年6月，褫奪公權5年，並諭知相關沒收。(三)、撤銷第一審關於沈○祥如附表五所示之沒收部分判決，就其中編號1部分另為相關沒收諭知；暨維持第一審論其如附表五所示犯貪污治罪條例之違背職務收受賄賂2罪，各處有期徒刑10年4月、10年2月，並均諭知褫奪公權5年及主刑部分定應執行有期徒刑12年之判決，駁回其此部分在第二審之上訴。固非無見。

惟查：(一)、貪污治罪條例第8條第2項前段「犯第4條至第6條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑」之規定，係為鼓勵公務員於犯貪污罪之後能勇於自新而設，是若被告於偵查中自白，復就全部所得財物，於偵、審中自動繳交者，因已足認確有悛悔向善之意，即應給予寬典。此所謂「自白」，係指犯罪嫌疑人或被告對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意。至其動機如何，為被動抑自動，簡單或詳盡，一次或數次，自白後有無翻異，皆非所問。又自白犯罪縱同時主張違法阻却事由或責任阻却事由，仍無礙於自白之性質。再因犯罪事實，是指客觀存在之犯罪一切實際情況總和，包括犯罪之全部活動及其結果，本難期犯罪嫌疑人或被告能做作全面或準

確之供述，故於判斷何為「犯罪事實主要部分」時，自應綜合考量其已交代之犯罪事實與未交代之犯罪事實之危害程度、是否為不同構成要件之犯罪、係事實之抗辯或僅主張有阻卻事由等各種相關因素。尤其犯罪嫌疑人或被告對自己之犯罪事實全部或主要部分是否肯認，前後供述有所反覆時，自應綜合同一或密接之訊（詢）問期日之整體供詞，依前揭標準而為判斷，不能以其後於偵、審過程中翻異其詞或對犯罪事實之重要部分有所隱瞞，即否認其之前已成立自白之效力。是倘被告在檢察官先前偵查中對自己犯貪污治罪條例第4條至第6條之犯罪事實全部或主要部分已為承認或肯定之供述，復已繳交全部所得財物，縱其於嗣後之偵查或審理中翻異其詞或有所抗辯，亦不能因此推論其先前所為肯認之供述非屬自白。本件蘇○清於民國102年1月22日調查中已供稱：「101年某日（詳細日期記不清楚）胡○明則是先告知我LED廠商有拿LED路燈的回扣過來，我當下即告知胡○明我拿一半就好，胡○明就拿6萬5,000元（新臺幣，下同）的現金到我辦公室給我」（見偵字第229號卷四第4頁反面）等語；於同日及翌日（即102年1月23日）檢察官偵查時復為相同供述（見同上卷第22、23、34頁）。而沈○祥於102年1月23日偵查時亦供稱：「林○坤只有給我14萬元，我全部轉交給蘇○清，這一次蘇○清有將14萬元中的3萬元給我」、「蘇○清在鄉長辦公室裡面，就當場拿其中3萬元給我」、「（你在上開採購案中，除了替林○坤轉交14萬元賄賂給鄉長蘇○清外，你有收到何好處？）就是剛剛說的3萬元」、「我有轉交賄款給蘇○清，但我不知道該黃色紙袋內究竟有多少錢…蘇○清並沒有拿這8萬元其中的部分款項給我」、「（是否承認在花蓮縣卓○鄉公所辦理之100年度防災應變設備工程中，配合林○坤辦理虛偽比價，並於100年9月間轉交林○坤給付之14萬元賄款給鄉長蘇○清收受，你並拿其中的3萬元賄款？）有」、「（是否承認在花蓮縣卓○鄉公所於101年5月間辦理之41盞LED路燈採購案中，配合林○坤辦理虛偽比價，並於101年6月

初轉交林○坤給付之8萬元給鄉長蘇○清收受?)是」、「(綜上,對於你所涉嫌貪污治罪條例第5條第1項第3款〈應為同條例第4條第1項第5款之誤〉之違背職務收受賄賂罪,你是否認罪?)認罪」(見同上卷第35、36、37、39頁)等語。另胡○明於102年1月23日偵查時亦供稱:「(卓○鄉公所於101年11月初下單予晶○公司採購LED路燈40盞...,你在這個40盞LED路燈採購案中,有無收到林○坤給付之賄賂?)有。…。我拿到之後我先跟蘇○清說,有廠商送錢到我這裡來,蘇○清說他拿一半就好,我就在蘇○清的辦公室轉交其中6萬5,000元給蘇○清。我自己拿到了6萬2,000元」、「綜上,對於你所涉嫌之貪污治罪條例第5條第1項第3款之職務上行為收受賄賂罪,你是否認罪?)認罪」(見同上卷第41、42、43頁)等語。倘若無訛,能否認蘇○清、沈○祥、胡○明於偵查中未曾自白?原審未詳為剖析並綜合考量其等於上開庭期全部供述是否符合自白要件,竟以其等於嗣後之偵查或審理時,辯以收受上開金錢並無違背職務、對價關係等詞,遽認其等先前之上開供述非屬自白犯罪,縱其等業於偵查中繳交全部犯罪所得,仍無貪污治罪條例第8條第2項前段規定之適用(見原判決第111頁第5行以下至第112頁第21行),自嫌速斷,難認無判決理由不備之違誤。(二)、犯罪之處罰,其關於刑之量定及宣告,除法律另有規定者外,應在所犯罪名之法定刑度範圍以內,此為罪刑法定主義之當然解釋。本件原判決認定胡○明就其所犯如犯罪事實欄五、(二)花蓮縣卓○鄉公所101年度LED路燈採購案,論以貪污治罪條例第4條第1項第5款之對於違背職務上行為收受賄賂、不正利益罪,及同條例第5條第1項第3款之公務員對於職務上行為要求不正利益罪之接續犯(見原判決書第100頁第5至8行、第101頁第19至21行),量處主刑有期徒刑9年6月,已如前述。惟貪污治罪條例第4條第1項之法定主刑為無期徒刑或10年以上有期徒刑,得併科1億元以下罰金。原判決亦於理由說明胡○明並無上開條例第8條第2項、第12條第1項之減輕其刑,

或刑法第59條酌減輕其刑之適用（見原判決書第110 頁第21至23行、第113頁第5至6行、第116頁第18至19行），惟竟量處其有期徒刑9年6月，並非法定刑度範圍之內，顯有適用法則不當之違法。綜上，蘇○清、沈○祥、胡○明及檢察官上訴意旨執以指摘，尚非全無理由，應認原判決關於蘇○清如附表四編號3，及沈○祥、胡○明部分，有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回部分：

一：上訴人潘○民、陳○明、施○樹，及蘇○清如附表四編號 1、2，上訴人林○坤如附表七編號1 至3、6 部分：

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。本件原判決認定潘○民、陳○明、施○樹、蘇○清、林○坤有其事實欄（其中蘇○清如附表四編號1、2；林○坤如附表七編號1 至3、6 所示）所載之貪污或違反政府採購法犯行，因而(一)、維持第一審關於論潘○民犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂3 罪，均經依上開條例第8 條第2 項規定減輕其刑後，各處有期徒刑4 年、3 年8 月、5 年，並均諭知褫奪公權5 年及相關沒收及主刑部分定應執行有期徒刑7年2月之判決，駁回其在第二審之上訴。(二)、撤銷第一審關於陳○明如附表一編號1、5部分之科刑判決，改判論其犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂2 罪，均經依上開條例第8條第2項及證人保護法第14條第1 項規定遞予減輕其刑後，各處有期徒刑2年、1年4月，並均諭知褫奪公權5 年及相關沒收；暨維持第一審關於其如附表一編號2至4部分所示犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂3 罪，均經依前開規定遞予減輕其刑後，各處有期徒刑2年、1年、1年6月，並均諭知褫奪

公權5年及相關沒收之判決，駁回其此部分在第二審之上訴，並就上開所5罪定應執行有期徒刑4年6月，褫奪公權5年。(三)、撤銷第一審關於施○樹如附表二編號1部分之科刑判決，改判論其共同犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪，處有期徒刑9年，並諭知褫奪公權5年。(四)、撤銷第一審關於蘇○清如附表四編號1所示之沒收部分判決，另為相關沒收諭知；暨維持第一審關於其如附表四編號1、2部分論其共同犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂2罪，均經依上開條例第8條第2項規定減輕其刑後，各處有期徒刑3年10月、3年8月，並均諭知褫奪公權5年及就編號2諭知相關沒收之部分判決，駁回其此部分在第二審之上訴。(五)、撤銷第一審關於林○坤如附表七編號1、2所示之沒收部分判決，另為相關沒收諭知；撤銷第一審關於其附表七編號3、6部分之科刑判決，改判論其犯貪污治罪條例第11條第1項之關於違背職務行為交付賄賂、不正利益罪，經依上開條例第11條第5項後段規定減輕其刑後，處有期徒刑4月，並諭知褫奪公權2年；及論其犯政府採購法第87條第3項之詐術妨害投標罪，處有期徒刑6月，並諭知相關沒收及易科罰金折算標準；暨維持第一審關於其如附表七編號1、2部分論其犯貪污治罪條例第11條第1項之關於違背職務行為交付賄賂2罪，均經依上開規定減輕其刑後，各處有期徒刑6月、5月，並均諭知褫奪公權2年之部分判決，駁回其此部分在第二審之上訴。係以：潘○民、陳○明、施○樹、蘇○清、林○坤之部分自白或陳述，如原判決所示證人即同案被告蘇○清等人及證人陳○伎等人之證詞，卷附之如原判決所述之花蓮縣卓○鄉公所防災應變設備工程採購卷等證據資料，為綜合之判斷。已詳細敘述其所憑之證據及取捨、認定之理由，並就潘○民、施○樹、蘇○清、林○坤等人否認有貪污或妨害投標犯行云云，其等辯詞不可採之理由，分別予以指駁及說明。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令之情形。(一)、潘○民上訴意旨略以：①

、貪污治罪條例所謂「職務上行為」須為「法令上職務」。依地方制度法中第36、48、50條所規定議員職權可知，雖地方議會常有議員因地方建設需求而填寫建議單行使建議權之行為，倘行使建議權是議員依法被賦予的職權，則應長久存在，行政機關不得任意刪除，否則豈非讓行政權凌駕於議員監督立法權力之上，惟臺北市、新北市、臺南市或高雄市均已刪除議員行使建議權限，顯見議員之建議權非屬其法定職權，否則豈有可能發生縣市政府可以不編預算，或是刪除之情形？則議員行使建議權既非法定職權，縱令有填寫建議單而收受他人利益，亦不構成貪污治罪條例之「職務上行為」，原審卻為相反見解，自有判決適用法則不當及判決不載理由之違法。②、潘○民是否確實收受賄款，以及倘確有收受款項，其收受之次數、金額究竟為何，均為論斷貪污治罪條例第5條第1項第3款不違背職務收賄罪之重點。惟原判決對於潘○民收受林○坤所交付款項之次數、金額，以及縱使潘○民有收受款項，其性質是否確屬賄款，非但判決理由相互矛盾，且對潘○民提出有利之證據不加採納，又未說明其理由，亦有判決不備理由之違誤。③、原判決犯罪事實雖認定潘○民分別於99至101年間分3次收受林○坤所交付50萬元、10萬1,000元、150萬元賄款，惟依林○坤歷次證述，究係付款2或3次，先後所述不一，本難採信。且就100年9月22日林○坤有無交付款項，自始即有疑義，原審就此部分未詳實認定，顯有所憑證據與待證事實不符合之證據上理由矛盾。④、犯罪事實所載林○坤交付款項150萬元部分，其交付原因實非用於行賄，而係潘○民向林○坤之借款，此據證人林○坤、潘○霞、朱○順等人證述在卷，原審就此未予採納，又未說明不予採納之理由，同有判決不備理由之違誤。⑤、潘○民曾以秘密證人「C1」身分於偵查中供述與本案有關其他正犯（即施○樹）之犯罪事實，而使檢察官得以追訴該正犯相關犯罪事實，確已達到協助檢察官有效追訴其他正犯或共犯之功能，符合證人保護法第14條第1項之立法目的，而應依該條項予

以減刑。然原判決未見及此，遽認潘○民所為供述並未符合證人保護法第14條，而未依上開規定予以減刑，顯有判決不適用法則之違法。⑥、潘○民係誤以為自己配合檢察官充當秘密證人後即可「不用被關、繼續選舉」。故於偵查後期之自白或第一審時之供述，均植基於檢察官之誤導而生，顯違反刑事訴訟法第156條揭發被告自白須出於任意性之規定，原審有判決適用法則不當、判決不載理由之當然違法。⑦、原審審判法官廖○萍於檢察官聲請羈押潘○民時，即負責審理，則其既參與下級審之裁判，依法於原審即應迴避，惟其仍參與原審審判，自屬違法等語。(二)、陳○明上訴意旨略以：①、貪污治罪條例第5條第1項第3款所謂之「對於職務上之行為」，係指公務人員對於其法定職務上權限之行為，而法定職務權限之本質於立法時已預設係持續實行之複次行為，具備反覆、延續之行為特徵，故「對於職務上之行為收受賄賂」應將之總括或擬制成為一個構成要件之「集合犯」行為。陳○明為花蓮縣議會第17屆議員，有建議補助經費之職務上權限，於99至102年度各有約600萬元建議補助經費額度，並均同意提供當年度之建議補助經費部分額度予林○坤1人。因此，陳○明就「提供當年度建議補助經費額度」本身係持續實行法定職權之複次行為，具備反覆、延續之行為特徵。而反覆實行提供當年度建議補助經費額度係典型、常態之行為方式，在刑法應評價上為構成要件之行為單數，亦即以集合犯論之。惟原判決卻認「本案被告所為之收受賄賂罪，工程不同、收受時間不同、金額不同，本質上並無反覆實行之特性」，應認分論併罰云云，自有適用法則不當之違法。②、相較於證人保護法第14條第1項之規定係針對同法第2條所列舉之各類規範而為一般共通性規定，貪污治罪條例8條第2項後段則僅針對同法之罪刑所為規定，更顯其特別法之性質，原判決未敘明貪污治罪條例8條第2項後段與證人保護法第14條第1項，兩者間何者優先適用關係，逕適用證人保護法第14條第1項，亦有判決未載理由之違誤。③、陳○明雖負責簽具建

議補助款額度，然於簽具後所須踐行之行政程序，如政府採購流程等，則須由各鄉鎮市公所承辦人員負責，陳○明不能再予置喙，故在違反義務之程度上，後續之政府採購事宜，如進行不實比價等違背職務之行為，則非陳○明所得掌握。易言之，若非有其他負責政府採購人員違背職務，光憑陳○明簽具建議補助款之行為，尚不足以構成整起貪污之結構，原審在量刑之輕重上，對此並無審酌，容有量刑不當之違誤等語。(二)、施○樹上訴意旨略以：①、原判決雖認定施○樹與同案被告陳○福共同犯不違背職務收受賄賂罪，然卻於事實及理由中，多次提及施○樹向陳○福「探詢」、將「支付」2成金額以取得陳○福「同意」與「承諾」，以及施○樹向陳○福「調借、支援」並支付2成金錢等語，則施○樹與陳○福間顯然屬央求、行求及同意、收受之對向關係，兩者應為行賄者與收賄者之關係，自無共同收賄可言，原審卻論以貪污治罪條例第5條第1項第3款共同收受賄賂罪，除有事實與理由認定不一、證據與理由相互矛盾之違失外，並有判決適用法則錯誤之違法。②、原審固認定施○樹有收受陳○馳、楊○男交付40萬元。但原審認定施○樹交付40萬元予陳○福之時間，約在99年8月底至同年9月初之間，楊○男於99年7月間至同年8月間收受林○鋒、李○所交付之200萬元佣金，兩者時間相差將近1個月，是否有原審所認之時間上關聯性，並非無疑。退步言之，原審既認定楊○男有收取林○鋒、李○200萬元佣金，則為何會變成楊○男、陳○馳交付40萬元予施○樹？楊○男、陳○馳於何時、何地交付40萬元予施○樹？楊○男與陳○馳之間的犯意聯絡與行為分擔為何？原審並未究明，自有判決理由不備之違法。③、原審僅以陳○馳之測謊鑑定報告，作為證明施○樹交付陳○福之40萬元賄款係楊○男、陳○馳所交付之唯一證據，別無調查其他證據，以察受測謊人陳○馳所述是否與事實相符，亦有違證據法則。④、花蓮縣議會通過之預算案，依地方制度法第38條規定，花蓮縣政府雖應予執行，但在法定預算範圍內，對於預算之具體執

行方式及內容，花蓮縣政府仍有行政裁量之空間，施○樹係基於個人名義向花蓮縣政府建議補助，並未經花蓮縣議會討論、審查及表決，此項建議權實與議員之職權無關，故議員個案補助之建議應與議會年度預算案之法定效力不同，然原審卻逕認定均屬職務範圍內所得為之行為，自有證據上理由矛盾之違誤。⑤、原審於106年3月16日進行第1次審判期日審理，因非一次期日所能終結，乃改於106年4月27日進行第2次審判期日審理，其間顯已逾15日以上；嗣第2次審判期日亦非一次期日所能終結，再改於106年6月15日進行第3次審判期日審理，其間亦已逾15日以上，並定於106年8月11日宣判，有各該審判程序筆錄可稽。是其第2、3次審判期日，均已距前次審判期日，間隔至15日以上，依法自應更新審判程序，方為合法。惟依原審106年6月15日審判筆錄之記載，審判長僅諭知本案更新審理程序（提示106年3月16日、106年4月27日審判筆錄，經公訴人、施○樹，以及辯護人咸認無訛），對卷存並經原審採為判決基礎之證據，並未重新踐行調查證據之程序，復未將更新前之審判程序筆錄，向施○樹及辯護人宣讀或告以要旨，而依書證之程序調查，使前次審判程序之內容重現於新審判期日，即命辯論終結逕行判決，而對施○樹論處罪刑，所踐行之訴訟程序自不合法。⑥、起訴書雖論施○樹與陳○福共同收受賄賂罪，但起訴書之犯罪事實欄無從見及施○樹有與陳○福共同收受賄賂之起訴事實，且對於重要事實即施○樹與陳○福何時、有何共同收受賄賂之犯意聯絡與客觀行為分擔等情，均未記載、認定。足證起訴書之記載無從表明本件起訴範圍，亦使施○樹無法為有效之防禦答辯及準備，恐有遭突襲性裁判之疑慮。遽原審仍未依據刑事訴訟法第273條第1項第1、3款規定行使法院訴訟指揮及闡明權，驟為判決，自有判決錯誤適用法律之違誤等語。

④、蘇○清上訴意旨略以：原審雖以蘇○清到案說明前，警方即已據通訊監察譯文及林○坤歷次之自白，綜合研判蘇○清涉案。惟查，觀諸卷內法務部調查局北部地區機動工作站（下稱北機

站)之函覆,其所引用之通訊監察譯文中關於林○坤與林○閔於電話中提及LED 路燈採購對話中,其「老大」所指究為何人,並無法就該譯文明確推定,且林○坤迭稱並未行賄鄉長(即蘇○清),皆係與沈○祥、胡○明等人接洽,亦僅與蘇○清見過一次面,且該次見面亦僅談及是否願意接受建議款補助,並未論及任何賄賂之事。職此,蘇○清於102年1月22日向調查局北機站自白前,北機站並未有實據得合理懷疑蘇○清涉案。蘇○清應符合貪污治罪條例第8條第1項自首之要件,然原審就上開有利於蘇○清之北機站函文未予認定,遽認其不符合自首要件,自有判決未載理由及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法等語。(五)、林○坤上訴意旨略以:①、原判決認定林○坤犯貪污治罪條例第11條第1項之交付賄賂罪,惟林○坤之自白外,別無其他補強證據足以證明,自與證據法則有違。②、關於附表七編號2部分,林○坤給付潘○民150萬元,係「借貸」,而非賄賂,此有卷附之信函及證人潘○霞之證述可憑。惟原判決對此有利於林○坤之證詞,未予採信,亦未說明不採之理由,顯有判決不備理由之違法等語。惟查:(一)、貪污治罪條例第5條第1項第3款之對於職務上之行為之收受賄賂罪,其中職務上之行為,係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為。而其職務範圍,除公務員之具體職務權限、一般職務權限外,即或雖非法律所明定,但與其職務權限具有密切關聯之行為,亦應認屬職務行為之範疇。至所謂與其職務權限有密切關聯之行為,包括由行政慣例所形成,為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務,以及因自己之法定職務關係或因之所生之必要輔助性權力,經由指揮、監督、干預、或請託之方式,足以形成一定之影響,使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形。查原審就花蓮縣議員建議補助款之相關法令規定,援引中央對直轄市及縣(市)政府補助辦法第5條第1項第2目(95年01月24日修正版)、中央對直轄市與縣(市)政府計畫及預算考核要點第5條第1項第1

至4目（99年12月27日修正）、地方制度法第1、36、38、67條、花蓮縣議會組織自治條例第15條（91年12月02日修正）、預算法第62、97條、審計法第68、69條、財政收支劃分法第2、3、35條及司法院解釋第520號解釋意旨（見原判決第91頁第19行至第94頁第7行），認花蓮縣議會議員建議補助款預算，係花蓮縣政府依據預算法、中央對直轄市及縣（市）政府補助辦法、中央對直轄市與縣（市）政府計畫及預算考核要點編列，於99至101年預算書中以科目「其他公共工程——鄉鎮公共工程——設備及投資」辦理『議員』所提地方建設建議事項，及以科目「其他公共工程——鄉鎮公共工程——獎補助費」辦理花蓮縣各級民意代表暨地方仕紳建言等2項預算，有花蓮縣政府105年8月1日府民議字第0000000000號函暨附件1份可參（見原審卷(三)第279至305頁）。足認花蓮縣政府非但對於花蓮縣議員建議補助款單獨編列預算科目以為支應，更編列另一「各級民意代表暨地方仕紳建言」科目，以備不足。花蓮縣政府之各項支出均需經預算程序，而預算案需經花蓮縣議會議決，會計年度終了後，復可審議決算之審核報告，亦即可審議為每一會計年度財政收支計畫實施的結果，也就是預算執行的最後報告，此觀地方制度法第36條、花蓮縣議會組織自治條例第15條規定自明。故本案雖非立法院通過之預算案，然依上開規定，堪認各級地方政府議會所通過之預算案，同具有拘束地方政府行為之法律效力。此種行政部門（縣政府）專為議員建議補助款案編列預算，復由立法監督機構（縣議會）議決預算供己使用，雖有混淆行政、立法分立之疑慮，甚或淪為地方政府首長與議員政治協商之籌碼，甚或有變相成為政府出資為議員固樁之嫌，然此種做法既在各地地方政府（含花蓮縣）已行之有年，故在認定議員職務行為時，即不得無視現實已存在之行政慣習。又花蓮縣政府上揭所編列之預算科目「其他公共工程——鄉鎮公共工程——獎補助費」，雖執行內容為辦理「花蓮縣各級民意代表暨地方仕紳建言」。然依地方制度法相關規定，鄉鎮（市）

公所已有自行編列之預算案，鄉鎮（市）民意代表之建議案，原則可依循鄉鎮（市）公所預算案辦理。花蓮縣政府僅受花蓮縣議會監督，不受鄉鎮（市）民意代表之監督。考量此政治現實層面，是項預算實際用於執行花蓮縣議員建議補助款之比率甚高，此與花蓮縣政府提供之議員建議案退件資料所呈現之情況相合（見原審院卷四第113至121頁及外放資料），已形同「專為」執行花蓮縣議員建議案之預算科目。故花蓮縣政府編列之預算科目「其他公共工程——鄉鎮公共工程——設備及投資」、「其他公共工程——鄉鎮公共工程——獎補助費」，均為執行花蓮縣議員建議案之預算科目。又花蓮縣議會議決通過之預算案，依地方制度法第38條規定，花蓮縣政府即應予執行，如有延不執行或執行不當，議會尚得請花蓮縣政府說明理由。再依地方制度法第1條、預算法第62條、第97條適用於地方政府，上開為議員建議補助款所編列之預算科目，不得與其他科目費用相互流用。花蓮縣政府執行該科目預算，如有執行不符、不當之情形，依審計法第68條、第69條規定，尚需受審計機關審核，如認為有未盡職責或效能過低者，則應報告監察院。足徵花蓮縣議會議決通過議員建議補助款預算案，顯有拘束花蓮縣政府之效力。上開科目既為議員建議補助款所編列之預算科目，無法挪用他處，如有不予執行及執行不當，復受議會監督及審計考核。則花蓮縣政府自當在預算範圍內，依議員建議補助對象及工程項目盡力執行。花蓮縣議會先以議決預算案方式使議員建議補助款列為花蓮縣政府應執行之預算項目之一，再以議會監督之職權，得以監督是項預算之執行情形，堪認花蓮縣議會議員對於動支、使用議員建議補助款預算，與其監督花蓮縣政府預算案執行之權限，極具密切關係，當屬其職務範圍內所得為之行為，應無疑義。至於花蓮縣政府依議員建議案，執行是項預算經費時，須在預算金額範圍內及應符合相關法令規定（如政府採購法），乃因縣（市）議會議決通過之預算案效力之一，在於設定預算執行機關（即縣〈市〉政府）得動支之

上限額度及國家行為應依法行政使然，此無礙於認定議員建議補助款行為乃花蓮縣議員於其職務範圍內之行為（見原判決書第94頁第8行至第96頁第5行）。且每位議員究有無固定之建議補助款額度、花蓮縣政府如何審查，均無礙於議員建議補助款行為為花蓮縣議員職務上行為之認定。益徵花蓮縣議員對其每年所分得之建議款額度，具有實質支配權限，而為職權範圍內之行為（見原判決書第96頁倒數第7行至第98頁最末行）。原判決既已詳細說明花蓮縣政府於政府預算案中編列特定科目供花蓮縣議會議員建議補助款使用，再由花蓮縣議會議決通過並監督執行，此種方式實已彰顯花蓮縣議員對動支議員建議補助款預算，屬其職務範圍內之行為。經核尚無違誤。潘○民、施○樹上訴意旨以職務上行為須為「法令上職務」、議員建議單僅為建議性質並非貪污治罪條例之「職務上行為」、議員提案常被花蓮縣政府退件等詞，置原審明白論斷於不顧，執憑己見，任意指摘，自非合法之第三審上訴理由。（二）、被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，刑事訴訟法第156條第1項定有明文，復為確保此意旨之具體實現，另於同條第3項前段規定：被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。然非謂被告可以無所顧忌、任意爭辯。易言之，受訊問之被告究竟出於何種原因坦承犯行，不一而足，或係遭訊（詢）問者以不正方式對待始承認，或係未遭不正方式對待，而係考量是否能獲輕判或免遭羈押，或出於自責悔悟者，或有蓄意頂替或別有企圖，此為受訊問者主觀考慮是否認罪所參酌因素，此種內在想法難顯露於外而為旁人所知悉。因此，只要訊（詢）問者於訊問之際，能恪遵法律規定，嚴守程序正義，客觀上無任何逼迫或其他不正方法，縱使被告基於某種因素而坦承犯行，要不能因此即認被告自白欠缺任意性。次按供述證據禁止以不正方法取得，乃法定之取證規範，司法警察官或司法警察因調查犯罪之需，於詢問犯罪嫌疑人時使用所謂之「

詢問技巧」，必須建構在法定取證規範上可容許之範圍內，始足當之，否則即難謂係合法而肯認其證據能力。是否該當取證規範可容許之範圍，以有無誘發虛偽陳述或非任意性陳述之危險性為斷；於詢問前曉諭自白得減、免其刑之規定（如貪污治罪條例第8條第2項、證人保護法第14條第1項等），乃法定寬典之告知，並非利用對於「自白」之誤認，誘使犯罪嫌疑人自白犯罪；又司法警察對犯罪嫌疑人表示經檢察官許可後不予解送（刑事訴訟法第92條第2項）而取得自白，應屬合法之「詢問技巧」範疇。原審以潘○民自102年1月3日接受調查起，迄第一審103年4月25日言詞辯論終結，迭以被告身分應訊時，均有辯護人在場，可見潘○民之辯護倚賴權已受充分保障，未被不當剝奪。則其以被告身分之應答，其辯護人既均在場，潘○民復未爭執其自白之任意性，因認潘○民以被告身分所為之自白並非以不正方法取得（見原判決第42頁倒數第4行至第43頁第6行）。復以本案經檢察官提起公訴後，潘○民及林○坤應已知悉檢察官起訴之全部犯罪事實詳細內容，且其2人於審理時均有選任辯護人，故其等得否適用證人保護法、貪污治罪條例等相關減、免之規定，理應知之甚詳。而法官獨立審判，乃法治國基本原則，本件既非協商程序，在未經宣判前，被告究會獲致何種判決結果，無人可知，其等既已選任辯護人，對此當難諉為不知。然其2人猶於審理時坦認全部犯行，未有任何爭執。足認潘○民及林○坤於偵、審之自白陳述，當屬信而有徵。再經原審勘驗潘○民爭執之其與林○坤偵訊錄音，檢察官僅解說得減、免其刑及證人保護法之相關規定，未見檢察官向其2人「保證」絕對免刑、緩刑或不用關押等字句（見原審卷(五)第107頁反面至第108頁反面、110頁反面）。故檢察官之訊問方式，乃屬訊問技巧範疇，容無違法之疑。而檢察官以秘密證人身分就他人所涉犯罪事實訊問潘○民時，依法本毋庸通知其辯護人到場。況檢察官於102年2月18日初次以秘密證人身分訊問潘○民時，其辯護人猶在場陪同（見同上卷第108頁）。可知檢察

官並無阻止辯護人知悉潘○民將以秘密證人身分作證檢舉他人犯罪事實之惡意，要無任由潘○民推諉係遭檢察官不正確解釋或欺瞞方予自白之理。潘○民上訴意旨謂其自白不具任意性、檢察官錯誤解釋證人保護法並誤導其自白云云，顯與卷內資料不合，非為適法之上訴第三審理由。(三)、刑法上之接續犯或集合犯，皆係形式上觀察之數個同種類之犯罪行為，評價為一罪，惟並非漫無限制，必須各行為侵害同一法益，且在時間上有密切接近之關聯，或出於單一之犯意及目的，始足當之。如客觀上先後有數行為，逐次實行，侵害數個相同或不同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會觀念，時間差距上可以分開，刑法評價上，各具獨立性皆可獨立成罪，所犯又非屬預設其係持續實行之複次行為，具備反覆、延續實行複次作為之特徵，自應就每一行為分別論罪，而併合處罰。原審以陳○明犯如附表一編號1至5之不違背職務收受賄賂罪，收受賄賂時間、行為、金額明白可分，犯意各別。並以陳○明所為之收受賄賂罪之工程不同、收受時間及金額亦有異，本質上並無反覆實行之特質，憑以說明數罪應予分論併罰之論據，揆諸前開說明，於法並無違誤。陳○明上訴意旨仍謂其所犯數罪應評價為集合犯而處以一罪云云，亦非上訴第三審之合法理由。(四)、原判決就陳○明所犯如附表一編號1至5所示不違背職務收受賄賂5罪，認其所為同時符合貪污治罪條例第8條第2項「前段」及證人保護法第14條第1項之規定，已併引用上開2法條之規定予以遞減輕其刑（見原判決書第108頁第18行至第109頁第8行）。則縱原判決未就貪污治罪條例第8條第2項「後段」與證人保護法第14條第1項規定，是否具有特別法與普通法之法規競合關係，僅能擇一適用等情予以說明，亦無礙於判決之本旨及量刑，自不得據為上訴第三審之適法理由。(五)、認定犯罪事實所憑之證據，不僅指直接證據而言，即間接證據亦包括在內，故綜合各種間接證據，本於推理作用，足以證明待證事實，依所得心證而為事實判斷，亦難指係顯違事理。本件原判決以施○樹於

原審時已坦認曾交付40萬元賄款予陳○福，取得陳○福99年度20萬元建議款額度等情，核與證人陳○福於偵查、第一審時證述情節相符（見偵字第930號卷四第4頁、第一審卷三第102頁反面、第103頁反面）。再佐以經徵得陳○馳之同意，由法務部調查局施以測謊鑑定結果，就「你有和楊○男一起去找鄉長蘇○進談LED路燈經費補助案嗎？」、「有關本案（萬○鄉公所LED路燈採購案），你有交付任何金錢給施○樹嗎？」等問題，陳○馳均答稱「沒有」，均呈不實反應之測謊鑑定資料以為補強，因而認定施○樹成立犯罪。則原判決既非僅以陳○馳之測謊報告，作為證明施○樹交與陳○福之40萬元賄款，確為楊○南、陳○馳所交付之唯一證據。施○樹指摘原審有調查未盡、不適用證據法則云云，亦非第三審上訴之合法理由。(六)、審判非一次期日所能終結者，除有特別情形外，應於次日連續開庭，如下次開庭因事故間隔至15日以上者，固應依刑事訴訟法第293條更新審判程序；然審判程序更新之規定，旨在促使法院於續行開庭時，重新實施應於審判期日踐行之程序而言。卷查，原審於106年6月15日行最後審判程序時，距前次審判期日雖已間隔15日以上，惟審判長已諭知更新審理程序，並提示106年3月16日、4月27日審判筆錄，經當事人及辯護人確認無誤後，重新告知刑事訴訟法第95條規定事項，暨施○樹等其犯罪嫌疑及所犯罪名，且請檢察官及施○樹等人各陳述上訴意旨並為答辯，嗣依序調查證據並行言詞辯論等，有該期日之審判筆錄為憑（見原審卷六第158至207頁）。即已重新實施審判期日應踐行之程序，並無不合。施○樹上訴意旨執為指摘，自與第三審上訴合法理由不相適合。(七)、法院雖不得就未經起訴之犯罪審判，然犯罪是否已經起訴，應以起訴書所記載之「犯罪事實」為準，不受所載法條拘束，故法院於不妨害事實同一之範圍內，得自由認定事實，適用法律。而此「犯罪事實」之重要內容，包括犯罪構成要件事實及所組成之具體「人、事、時、地、物」等基本要素，亦即與犯罪成立具有重要關係之基本社會

事實，足以表明其起訴之範圍，不致與其他犯罪相混淆，並使被告告知悉因何犯罪事實被提起公訴而為防禦之準備，即使記載粗略未詳或不夠精確，亦應認為已經起訴。又審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第47條定有明文。原審於106年4月27日審判期日，關於告知施○樹所犯所有罪名之記載，為「詳如起訴書、原審（即第一審）判決書所載」（見原審卷(五)第125頁），而起訴書犯罪事實欄三（即第一審判決犯罪事實欄十二）已詳細記載陳○福與施○樹對於職務上之行為，共同收受賄賂之犯意及過程（見原審卷(一)第170頁倒數第10行至171頁倒數第9行、第227頁第13行至第228頁第19行），另起訴書證據及所犯法條欄亦明確記載施○樹係犯貪污治罪條例第5條第1項第3款對於職務上行為收受賄賂罪嫌（見原審卷(一)第210頁第7至10行）等語。自無礙於施○樹之訴訟防禦權。其上訴意旨爭辯原審未予指揮訴訟及盡闡明義務云云，亦非合法上訴第三審之理由。(八)、刑事訴訟法第17條第8款所謂推事（法官）曾參與前審之裁判，應自行迴避者，係指其對於當事人所聲明不服之裁判，曾經參與，按其性質，不得再就此項不服案件執行裁判職務而言，易言之，法官於下級審曾參與該案審判，即不得再參與上訴審之審判。經查，原審參與判決法官廖○萍雖於第一審就檢察官聲請潘○民羈押程序曾為裁定（裁定罪嫌不足，當庭釋放，見第一審102年聲羈字第2號卷第16至27頁），惟究與參與本案第一審裁定或判決仍有不同，依法自毋庸迴避。潘○民指摘原判決有法院組織不合法云云，亦非上訴第三審之適法可由。(九)、至潘○民、陳○明、施○樹、蘇○清、林○坤其餘上訴意旨，均係就原判決已說明事項及屬原審採證認事、量刑職權之適法行使，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。其等前開上訴均不合法律上之程式，應予駁回。

二、林○坤如附表七編號4、5部分：

按上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348條第1項定有明文。上訴人對原判決不服，提起上訴，未聲明為一部上訴，依前開規定，應視為全部上訴，合先敘明。又修正後刑事訴訟法第376條第1項各款所列之案件，經第二審判決者，除有同項但書之情形外，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。本件林○坤所犯如附表七編號4、5貪污治罪條例第11條第2項關於不違背職務之行為交付賄賂部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件，既經第二審判決，又無同項但書規定之情形，自不得上訴於第三審法院。林○坤一併提起上訴，為法所不許，應併予駁回。

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

中 華 民 國 107 年 12 月 27 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 28 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第3430號

## 裁判要旨

(一)人民之生命與健康，為其生存與自由最主要之基礎，自受憲法第22條之保障，是國家對人民生命、健康自有保護義務。基此，司法院釋字第414、476、545、577號等解釋，有諸多關於法律應維護國民健康之闡釋，國家應透過法律制度之設計，積極維護上開憲法所保障之人民健康權。食品安全衛生管理法（下稱食安法）即本乎此項宗旨而制定，於該法第1條闡明：「為管理食品衛生安全及品質，維護國民健康，特制定本法」。而食安法所稱之「食品」，係指供人飲食或咀嚼之產品及其原料；「食品添加物」為食品著色、調味、防腐、漂白、乳化、增加香味、安定品質、促進發酵、增加稠度、強化營養、防止氧化或其他必要目的，加入、接觸於食品之單方或複方物質；「食品用洗潔劑」則係指用於消毒或洗滌食品、食品器具、食品容器或包裝之物質（食安法第3條第1、3、6款）。而「販賣之食品、食品用洗潔劑及其器具、容器或包裝，應符合衛生安全及品質之標準；其標準由中央主管機關定之（食安法第17條）。」「食品添加物之品名、規格及其使用範圍、限量標準，由中央主管機關定之。前項標準之訂定，必須以可以達到預期效果之最小量為限制，且依據國人膳食習慣為風險評估，同時必須遵守規格標準之規定（食安法第18條）。」因此，衛生福利部（下稱衛福部）乃依據上開規定，分別訂定「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」，以規範食品添加物之品名、規格及其使用範圍、限量標準；訂定「食品用洗潔劑衛生標準」，以規範食品用洗潔劑之用途限制、化學含量及其使用標準。是食安法所稱之食品、食品添加物，乃指可供人食用者；不

可供人食用或非供人食用者，均不可做為食品、原料或添加於食品內，乃食安法首應確立之原則。

(二)衛福部於105年2月17日依食安法第17條授權規定，訂定發布「加工助劑衛生標準」，其立法理由說明：「因加工助劑之使用特性，其於終產品中不產生功能，與食品添加物在最終產品中發揮特定功能目的有所差異，為明確管理此類成分，故參考國際間包括聯合國食品標準委員會、歐盟及紐澳等有關加工助劑之規定，訂定『加工助劑衛生標準』規定，以供食品業界遵循」，有衛福部食品藥物管理署105年12月6日FDA食字第1050043542號函（說明五）可參。本件查獲時間固在上開「加工助劑衛生標準」訂定時間之前，惟依前揭增訂之「加工助劑衛生標準」第2條規定：「加工助劑係指在食品或食品原料之製造加工過程中，為達特定加工目的而使用，非作為食品原料或食品容器具之物質，其於終產品中不產生功能，但可能存在非有意但無法避免之殘留」，與前開食安法第3條第6款所謂「食品用洗潔劑」之立法定義，同有於最終食品產品中不產生功能之特質。再參酌「加工助劑衛生標準」第1條規定，其授權法源與「食品用洗潔劑之衛生安全品質標準」同為食安法第17條。準此，基於授權法規體系與使用上之性質，主管機關於105年2月17日訂定「加工助劑衛生標準」之前，關於加工助劑中涉及食品洗潔之物質者，其相關規範或處罰規定自應依循「食品用洗潔劑」之衛生安全品質標準稽核，乃屬當然。

(三)本件冰醋酸，屬工業用之強酸（醋酸99%），為腐蝕性物質，極具危險性，有扣案冰醋酸包裝桶外觀及標示在卷可稽，其既為工業用，非可用於食品，自無列入「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」之資格。朱○海雖將藍桶冰醋酸稀釋至特定濃度使用，且依其所提出以該濃度之液體送請台灣檢驗科技股份有限公司（SGS）檢驗，檢測結果認除濃度外均符合食品添加物冰醋酸規格。然食安法之目的，係在規範食品業者製

造、使用食品、食品添加物、食品洗潔劑（含加工助劑）等與食品相關之安全衛生規範，就「稀釋」而言，其化學性質僅在降低物質濃度，並未改變其本質。倘食品業者得以「稀釋」方式作為是否違反食安法規範之判斷標準，則無異使本法就食品添加物、食品洗潔劑（含加工助劑）等之生產、認證、管理等行政或刑罰規範形同具文。亦即，如以稀釋濃度之方式可使本不符合規範之物質達到符合規範要求，而未斟酌立法者及消費者是否同意此種工業用冰醋酸作為浸泡食材之溶劑，即與立法者原意有違，亦未符合民眾對食品安全之嚴格要求。何況食安法第49條第2項係規定「足以危害人體健康之虞」，而非「足以危害人體健康」，可見立法者即非以終產品本身作為認定標準，故「足以危害人體健康之虞」之解釋適用上，自難以最終使用後之結果或產品本身是否有危害結果論斷，而應以行為人於取得該物質作為使用時之危害情節為認定標準。亦即，能否對實際上未產生任何危險之行為科以刑事處罰，固有規範違反論與法益實害論之區別，然於食安法之規範上，應採取近於規範違反論之解釋，否則如採法益實害論之解釋結果，將使食安法失去其規範之目的。是就食安法第49條第2項之歸責及處罰基礎始點而言，本件應以朱○海購得藍桶冰醋酸（工業用強酸）使用時之危害可能性為判斷。原審未予詳察，徒以該工業用強酸經送驗稀釋結果符合食品添加物冰醋酸之規格，即為朱○海無罪之諭知，亦難謂適法。

## 相關法條

食品安全衛生管理法第1條、第3條、第17條、第18條、第49條。

上 訴 人 臺灣高等檢察署檢察官李嘉明

被 告 淦○企業有限公司

兼代表人 朱○海

共 同

選任辯護人 李傳侯律師

謝思賢律師

上列上訴人因被告等違反食品安全衛生管理法案件，不服臺灣高等法院中華民國107年1月31日第二審判決（106年度上訴字第2675號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署104年度偵字第14406、18838號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於朱○海部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷發回（即朱○海）部分：

一、原判決以公訴意旨略稱：被告朱○海係被告「淦○企業有限公司（下稱淦○公司）」之代表人，從事海參、魚翅脫水加工買賣、進出口貿易業務，明知工業用冰醋酸（學名Acetic Acid）為強酸，於未取得中央主管機關之食品添加物許可證，即非屬衛生福利主管機關所核准之食品添加物，不可添加於各類食品。竟為降低海參加工之成本，並使海參去灰呈烏黑色後賣相較佳，偽冒為價格較高之烏參（黑玉參），以牟取不法財物，接續於民國103年4月間至104年5月11日，在公司工廠內，將其購入之工業用冰醋酸加水稀釋，把海參放入桶內浸泡，溶解海參上之白灰，再置入鹼粉調成之鹼水內清洗，經酸鹼中和後，用自來水清洗2天，續加工烘乾製成海參成品，再出口至香港、中國大陸或販售予國內商家，出售供不知情之民眾食用，不法獲利所得達新臺幣5,400,829元

，涉犯食品安全衛生管理法（下稱食安法）第49條第1項之有同法第15條第1項第10款食品添加未經中央主管機關許可之添加物而販賣及刑法第339條第1項之詐欺取財罪嫌等語。經審理結果，認不能證明朱○海犯罪，因而撤銷第一審之科刑判決，改判諭知無罪。固非無見。

二、審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於職權定其取捨，依自由心證而為事實之判斷，且此項自由判斷之職權運用，應受經驗法則與論理法則之支配，非可自由任意為之，倘其事理判斷違反人類本於日常生活經驗所得而為一般人知悉之法則或邏輯上推論之論理法則，或將各項證據予以割裂，分別單獨觀察判斷，其判決當然違背法令。

三、經查：

(一)、人民之生命與健康，為其生存與自由最主要之基礎，自受憲法第22條之保障，是國家對人民生命、健康自有保護義務。基此，司法院釋字第414、476、545、577號等解釋，有諸多關於法律應維護國民健康之闡釋，國家應透過法律制度之設計，積極維護上開憲法所保障之人民健康權。食安法即本乎此項宗旨而制定，於該法第1條闡明：「為管理食品衛生安全及品質，維護國民健康，特制定本法」。而食安法所稱之「食品」，係指供人飲食或咀嚼之產品及其原料；「食品添加物」為食品著色、調味、防腐、漂白、乳化、增加香味、安定品質、促進發酵、增加稠度、強化營養、防止氧化或其他必要目的，加入、接觸於食品之單方或複方物質；「食品用洗潔劑」則係指用於消毒或洗滌食品、食品器具、食品容器或包裝之物質（食安法第3條第1、3、6款）。而「販賣之食品、食品用洗潔劑及其器具、容器或包裝，應符合衛生安全及品質之標準；其標準由中央主管機關定之（食安法第17條）。」「食品添加物之品名、規格及其使用範圍、限量標

準，由中央主管機關定之。前項標準之訂定，必須以可以達到預期效果之最小量為限制，且依據國人膳食習慣為風險評估，同時必須遵守規格標準之規定（食安法第18條）。」因此，衛生福利部（下稱衛福部）乃依據上開規定，分別訂定「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」，以規範食品添加物之品名、規格及其使用範圍、限量標準；訂定「食品用洗潔劑衛生標準」，以規範食品用洗潔劑之用途限制、化學含量及其使用標準。是食安法所稱之食品、食品添加物，乃指可供人食用者；不可供人食用或非供人食用者，均不可做為食品、原料或添加於食品內，乃食安法首應確立之原則。

(二)、衛福部於105年2月17日依食安法第17條授權規定，訂定發布「加工助劑衛生標準」，其立法理由說明：「因加工助劑之使用特性，其於終產品中不產生功能，與食品添加物在最終產品中發揮特定功能目的有所差異，為明確管理此類成分，故參考國際間包括聯合國食品標準委員會、歐盟及紐澳等有關加工助劑之規定，訂定『加工助劑衛生標準』規定，以供食品業界遵循」，有衛福部食品藥物管理署105年12月6日FDA食字第1050043542號函（說明五）可參（見一審卷二第218頁）。本件查獲時間固在上開「加工助劑衛生標準」訂定時間之前，惟依前揭增訂之「加工助劑衛生標準」第2條規定：「加工助劑係指在食品或食品原料之製造加工過程中，為達特定加工目的而使用，非作為食品原料或食品容器具之物質，其於終產品中不產生功能，但可能存在非有意但無法避免之殘留」，與前開食安法第3條第6款所謂「食品用洗潔劑」之立法定義，同有於最終食品產品中不產生功能之特質。再參酌「加工助劑衛生標準」第1條規定，其授權法源與「食品用洗潔劑之衛生安全品質標準」同為食安法第17條。準此，基於授權法規體系與使用上之性質，主管機關於105年2月17日訂定「加工助劑衛生標準」之前，關於加工助劑中涉

及食品洗潔之物質者，其相關規範或處罰規定自應依循「食品用洗潔劑」之衛生安全品質標準稽核，乃屬當然。何況本件經第一審法院函請臺北榮民總醫院（臨床毒物科）鑑定函覆稱「本案使用之冰醋酸既然用於清洗食物，理應屬食品安全衛生管理法之『食品用洗潔劑』。」有臺北榮民總醫院106年4月18日北總內字第1060001712號、106年5月23日北總內字第1061500248號函在卷可參（見一審卷三第174、216頁）。原判決以冰醋酸屬於「加工助劑」不屬於「食品用洗潔劑」，朱○海行為時尚未訂定有「加工助劑衛生標準」，而為無罪之諭知，自有適用法則不當之違法。

- (三)、本件冰醋酸，屬工業用之強酸（醋酸99%），為腐蝕性物質，極具危險性，有扣案冰醋酸包裝桶外觀及標示在卷可稽（見第14406號偵查卷第61至62頁），其既為工業用，非可用於食品，自無列入「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」之資格。朱○海雖將藍桶冰醋酸稀釋至特定濃度使用，且依其所提出以該濃度之液體送請台灣檢驗科技股份有限公司（SGS）檢驗，檢測結果認除濃度外均符合食品添加物冰醋酸規格（見一審卷三第240至246頁）。然食安法之目的，係在規範食品業者製造、使用食品、食品添加物、食品洗潔劑（含加工助劑）等與食品相關之安全衛生規範，就「稀釋」而言，其化學性質僅在降低物質濃度，並未改變其本質。倘食品業者得以「稀釋」方式作為是否違反食安法規範之判斷標準，則無異使本法就食品添加物、食品洗潔劑（含加工助劑）等之生產、認證、管理等行政或刑罰規範形同具文。亦即，如以稀釋濃度之方式可使本不符合規範之物質達到符合規範要求，而未斟酌立法者及消費者是否同意此種工業用冰醋酸作為浸泡食材之溶劑，即與立法者原意有違，亦未符合民眾對食品安全之嚴格要求。何況食安法第49條第2項係規定「足以危害人體健康之虞」，而非「足以危害人體健康」

，可見立法者即非以終產品本身作為認定標準，故「足以危害人體健康之虞」之解釋適用上，自難以最終使用後之結果或產品本身是否有危害結果論斷，而應以行為人於取得該物質作為使用時之危害情節為認定標準。亦即，能否對實際上未產生任何危險之行為科以刑事處罰，固有規範違反論與法益實害論之區別，然於食安法之規範上，應採取近於規範違反論之解釋，否則如採法益實害論之解釋結果，將使食安法失去其規範之目的。是就食安法第49條第2項之歸責及處罰基礎始點而言，本件應以朱○海購得藍桶冰醋酸（工業用強酸）使用時之危害可能性為判斷。原審未予詳察，徒以該工業用強酸經送驗稀釋結果符合食品添加物冰醋酸之規格，即為朱○海無罪之諭知，亦難謂適法。

四、檢察官上訴意旨指摘原判決就朱○海被訴違反食安法罪嫌部分諭知無罪不當，為有理由，且因上開違背法令影響於事實之確定，並為維持該被告之審級利益，應認此部分有撤銷發回更審之原因。至詐欺取財部分，基於審判不可分原則，應併予發回。

貳、被告淦○公司部分：

按最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴，刑事訴訟法第376條第1項第1款定有明文。本件淦○公司被訴其代表人朱○海因執行業務，犯食安法第49條第1項之有同法第15條第1項第10款食品添加未經中央主管機關許可之添加物而販賣罪，應依同法第49條第5項規定科以罰金刑，係專科罰金之罪，屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件。依上開說明，淦○公司既經原審撤銷第一審之科刑判決，改判諭知無罪，自不得上訴於第三審法院，檢察官對

原判決關於淦○公司部分併予提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。

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

中 華 民 國 107 年 10 月 31 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 梁 宏 哲

法官 吳 進 發

法官 沈 揚 仁

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 5 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第4337號

## 裁判要旨

(一)因應刑法與刑法施行法之修正，水土保持法第32條第5項於105年11月30日修正為：「犯本條之罪者，其墾殖物、工作物、施工材料及所使用之機具，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」立法理由係以：考量山坡地因其自然條件特殊，不適當之開發行為易導致災害發生，甚至造成不可逆之損害，為減少違規行為人僥倖心理，避免該等犯罪工具因非屬犯罪行為人所有而無法沒收，致使犯罪成本降低，而無法達到嚇阻之目的，乃修正為不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，以為刑法第38條第2項之特別規定。則依特別法優先於普通法之原則，水土保持法第32條第5項係特別規定，自應優先於刑法第38條第2項前段之適用，至於與沒收有關之其他事項，水土保持法既無特別規定，依法律適用原則，仍應回歸適用刑法。

(二)修正刑法就沒收部分，為符合比例原則，兼顧訴訟經濟，節省法院不必要之勞費，及考量義務沒收對於被沒收人之最低限度生活產生影響，增訂過苛條款，於第38條之2第2項明定：「宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之」。所謂「宣告前二條之沒收或追徵」，依其文義、立法體例及立法精神，自係指依第38條、第38條之1規定宣告之沒收、追徵而言，其中第38條部分，當然包括該條第2、3項前段與但書在內，而非僅限於前段規定，始有適用。

## 相關法條

水土保持法第32條第5項。

刑法第38條之2第2項。

上 訴 人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官王清杰  
被 告 吳○宏  
陳○榮

上列上訴人因被告等違反水土保持法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年4月26日第二審判決（106年度上訴字第1828號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署105年度偵字第728號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、原審維持第一審論處被告吳○宏、陳○榮共同犯水土保持法第32條第4項之非法墾殖、修建道路致水土流失，未遂罪刑之判決，駁回被告二人及檢察官之第二審上訴；併就陳○榮部分為附條件之緩刑4年宣告。
- 二、上訴意旨略以：民國105年11月30日修正之水土保持法第32條第5項規定：「犯本條之罪者，其墾殖物、工作物、施工材料及所使用之機具，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」，係採義務沒收主義，本於特別法優先普通法、後法優於前法原則，此規定應優先於刑法第五章之一沒收章之適用，其餘有關沒收之規定則回歸適用刑法第五章之一等規定。既採義務沒收主義，應無刑法第38條之2第2項所謂過苛條款之適用，蓋刑法第38條之2第2項係針對依刑法第38條及第38條之1宣告沒收、追徵者，方有適用，至於在特別法明定義務沒收者，因有其立法政策考量，而無適用之餘地，否則即無另為規定之必要。本案挖土機1輛非被告二人所有，此涉及對第三人財產沒收，雖因卷內無該挖土機所有權人之真實姓名年籍，致無從依刑事訴訟法第455條之12第3項規定命該所有權人參與沒收程序，但仍應依水土保持法第32條第5項規

定宣告沒收。第一審判決認為如宣告沒收、追徵，有過苛之虞，而不予沒收，自屬不當，原判決竟予維持，同有不適用法則或適用不當之違法云云。

三、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。

四、經查：

(一)、刑法關於沒收之規定，於104年12月17日修正，自105年7月1日起施行。修正後刑法第38條規定：「(第1項)違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。(第2項)供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。(第3項)前項之物屬於犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，而無正當理由提供或取得者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。」刑法施行法第10條之3第2項亦修正為：「一百零五年七月一日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。」為因應刑法與刑法施行法之修正，水土保持法第32條第5項於105年11月30日修正為：「犯本條之罪者，其墾殖物、工作物、施工材料及所使用之機具，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」立法理由係以：考量山坡地因其自然條件特殊，不適當之開發行為易導致災害發生，甚至造成不可逆之損害，為減少違規行為人僥倖心理，避免該等犯罪工具因非屬犯罪行為人所有而無法沒收，致使犯罪成本降低，而無法達到嚇阻之目的，乃修正為不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，以為刑法第38條第2項之特別規定。則依

特別法優先於普通法之原則，水土保持法第32條第5項係特別規定，自應優先於刑法第38條第2項前段之適用，至於與沒收有關之其他事項，水土保持法既無特別規定，依法律適用原則，仍應回歸適用刑法。

(二)、修正刑法就沒收部分，為符合比例原則，兼顧訴訟經濟，節省法院不必要之勞費，及考量義務沒收對於被沒收人之最低限度生活產生影響，增訂過苛條款，於第38條之2第2項明定：「宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之」。所謂「宣告前二條之沒收或追徵」，依其文義、立法體例及立法精神，自係指依第38條、第38條之1規定宣告之沒收、追徵而言，其中第38條部分，當然包括該條第2、3項前段與但書在內，而非僅限於前段規定，始有適用。

(三)、個案是否適用過苛條款，而就應沒收之物，不予宣告沒收或給予酌減，係屬法院得依職權裁量之事項，倘衡以公平正義及犯罪預防之目的而不予宣告沒收，客觀上無顯然濫權、失當，即不得指為違法。本件第一審法院衡酌被告二人於本案土地上墾殖、修建道路使用之挖土機1輛，屬其等僱請之不知情之工人使用，非屬被告等所有之物，因挖土機價格不菲，相較於其因本案犯罪之代價，顯不相當，又非屬違禁物，亦非專供本案犯罪之用，如併予宣告沒收或追徵，對被告二人所招致損害及產生懲罰效果，顯逾其犯行之可責程度，有過苛之虞，且欠缺刑法上之重要性，衡諸比例原則，認以不予沒收或追徵為宜，而不予沒收。原審法院認為並無不合，予以維持，已敘明其理由。此項裁量權之行使，難謂有何濫用權限之情形，不能任意指為違法而執為合法之第三審上訴理由。

五、上訴意旨就原判決已詳為說明之事項，徒以自己之說詞，任

意指為違法，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，  
不相適合。應認本件上訴違背法律上之程式，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 107 年 12 月 26 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 梁 宏 哲

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發

法官 呂 丹 玉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 1 月 4 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第3428號

## 裁判要旨

(一)人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條之規定，係為阻斷感染者與他人為未隔絕器官黏膜或體液之接觸感染途徑，以達愛滋病防治與疫情控制之目的，感染者本身HIV病毒量之多寡，以及其感染可能性高低，均不影響是否屬危險性行為範圍之認定，此乃基於維護潛在不特定大眾身體健康之公共利益考量，並衡量HIV感染者之個人性自主權，以要求「戴保險套從事性行為」之最小限制方式，進行愛滋病防治。

(二)至於「危險性行為」之範圍，乃經立法者授權中央主管機關參照世界衛生組織相關規定加以訂定，事涉愛滋病防治之重大公共利益，固可能隨愛滋病防治研究之進展而有所調整，然目前醫學上既無法完全排除未隔絕器官黏膜或體液而直接接觸者之感染可能性，上開定義自仍有其適用，即在未隔絕器官黏膜或體液而直接接觸之性行為，於醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒傳染者即屬之。

## 相關法條

人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條。

上訴人 蔡○○

選任辯護人 陳政宏律師

上列上訴人因違反人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例案件，不服臺灣高等法院中華民國106年12月20日第二審判決（106年度上訴字第458號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署105年度偵字第7645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、原判決認定上訴人蔡○○有其事實欄所載與告訴人陳○○（人別資料詳卷）為危險性行為之犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判論處上訴人如其附表（下稱附表）一、二所示犯明知自己感染人類免疫缺乏病毒，隱瞞而與他人進行危險性行為，致傳染於人未遂，共282罪刑，併定應執行有期徒刑2年，已詳述認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。並對上訴人否認犯罪所辯各節，如何不足採信，均已依據卷內資料，詳予指駁及說明。
- 三、上訴意旨略稱：
  - (一)行政院衛生福利部所訂定之危險性行為之範圍標準第2條規定，必須未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸「且」經醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒（英文縮寫為HIV，俗稱

愛滋病) 感染之性行為，始能被認定為危險性行為，以符合人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條第1項刑事處罰之客觀構成要件。然原判決並未將「經醫學上評估可能造成感染」此一於法律上明文規定之構成要件，做為判斷無套性行為是否為危險性行為之考量，自有判決不適用法則及適用不當之違背法令。況現今醫學技術日新月異，傳染病學界早已研究出較僅隔絕器官黏膜及體液（即戴保險套）更為安全之傳染防治措施（即使用抗反轉病毒藥物治療），「無套性行為」早已不等於「危險性行為」此一論點早為醫學界之共識。是雖有危險外觀（無套性行為）而無實質（傳染風險極低）之性行為，都不應該該當於上開條例第21條所稱之危險性行為。

(二)依國立臺灣大學醫學院附設醫院（下稱臺大醫院）之鑑定意見指出，上訴人於起訴書所指案發之時期，「有規則接受治療，檢驗結果皆未檢測到病毒」，是以「目前醫學研究顯示，在未檢出病毒量的當時，可視為無傳染性」、「若持續規則服藥，規則追蹤病毒量皆未檢出，且無生殖器潰瘍的情形下，皆可視為無傳染性」，有該醫院回覆意見表可稽，則病歷上未記載上訴人有生殖器潰瘍的情形，自可合理推斷並無此情形。況規則接受治療之結果，病毒量皆為未檢出，亦可合理推論上訴人有持續規則服藥。原判決枉顧此等有利於上訴人之鑑定結果，亦未指明未採此一鑑定結果之理由，其認定與證據矛盾，自有不載理由及所載理由矛盾之違法。又上訴人於上開期間有無可視為無傳染性之事由，與上訴人至關重大，原審可進行職權調查或訊問當事人有無該情況，惟原審逕自定可能無法排除而認為本件上訴人係進行危險性行為，亦有對於尚未查明之事實逕自判決，而有應於審判期日調查之證據而未予調查及判決不備理由之違法。

(三)告訴人事實上未感染HIV，而上訴人與告訴人卻已進行多次

性行為，足證上訴人於歷次審理所主張在未驗出病毒量之前提與告訴人進行性行為，並非所謂之危險性行為，應屬有據。縱然法院認定上訴人有罪，也應從輕量刑，故法院各判處上訴人有期徒刑1年4月顯屬過重，不符罪刑相當性。

#### 四、惟按：

(一)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，即不得任意指為違法；又法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得的直接、間接證據，本於合理的推論而為判斷，要非法所不許；又刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，若僅枝節性問題，或所欲證明之事項已臻明確，自均欠缺其調查之必要性，未為無益之調查，無違法可言。經查：人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條第4項之規定：「危險性行為之範圍，由中央主管機關參照世界衛生組織相關規定訂之。」另危險性行為之範圍標準第2條之規定：「危險性行為之範圍，指未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸，醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為。」即祇須感染者未經隔絕器官黏膜而直接與他人接觸，經醫學上評估可能造成HIV感染之性行為，即屬本罪所規範之「危險性行為」。原判決認定上訴人如原判決事實欄所載之性行為係屬「危險性行為」，且其主觀上明知其與告訴人進行未戴保險套之性行為屬危險性行為，對於此等危險性行為可能導致將HIV病毒傳染他人之結果，亦有所認識，卻仍隱瞞告訴人而進行危險性行為，具有將「HIV」傳染給他人之不確定故意等情，係依憑上訴人部分自白（明知自己經檢驗確診為「HIV」之感染者，自101年8月起與告訴人

交往，未告知自己為HIV 感染者，分別於如附表一、二所示時間，多次未戴保險套隔絕性器官而與告訴人進行肛交之黏膜或體液接觸之性行為）、告訴人之指述、證人即治療愛滋病專家林○勳之證言、臺大醫院之鑑定意見，以及卷內相關證據資料等，並敘明：①在愛滋病防治研究上，病患血中HIV 病毒負荷量未檢出之當時，經由肛交傳染給未感染者之可能性固然極低，然客觀上終非完全無傳染力，且在一定情況下，仍有傳染予未感染者之可能。是上訴人辯稱其CD4 值高於200，有規則服藥、亦無生殖器潰瘍之情形，客觀上並無傳染於他人之可能云云，並不足採。②上訴人辯稱其主觀上並無將HIV 傳染於告訴人之故意，至多僅是過失云云，係如何不足採信。核其所為論斷，俱有卷內資料可憑，與經驗、論理法則無違，屬事實審法院依憑卷內證據所為判斷之適法職權行使，且未違反上開條文之相關規定；又人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條之規定，係為阻斷感染者與他人為未隔絕器官黏膜或體液之接觸感染途徑，以達愛滋病防治與疫情控制之目的，感染者本身HIV 病毒量之多寡，以及其感染可能性高低，均不影響是否屬危險性行為範圍之認定，此乃基於維護潛在不特定大眾身體健康之公共利益考量，並衡量HIV 感染者之個人性自主權，以要求「戴保險套從事性行為」之最小限制方式，進行愛滋病防治等旨甚詳，其縱未另就臺大醫院鑑定意見關於「在未檢出病毒量的當時，可視為無傳染性」、「若持續規則服藥，規則追蹤病毒量皆未檢出，且無生殖器潰瘍的情形下，皆可視為無傳染性」等，尚不影響於本件是否屬危險性行為之認定，特予說明，仍與判決不載理由或調查未盡之違法情形不相適合。至於「危險性行為」之範圍，乃經立法者授權中央主管機關參照世界衛生組織相關規定加以訂定，事涉愛滋病防治之重大公共利益，固可能隨愛滋病防治研究之進展而有所調整

，然目前醫學上既無法完全排除未隔絕器官黏膜或體液而直接接觸者之感染可能性，上開定義自仍有其適用，即在未隔絕器官黏膜或體液而直接接觸之性行為，於醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒傳染者即屬之，原判決亦無不適用法則或適用不當之情形。

(二)刑之量定為事實審法院得依職權裁量事項，原判決已敘明以上訴人責任為基礎，斟酌刑法第57條所列各款事項而為量刑，既未逾越法定刑範圍，亦非明顯違背正義，且已從寬定其應執行刑，自屬裁量權之行使，尚難指為違法。

五、經核上訴意旨，或置原判決之論敘於不顧，徒憑己見再事爭執，或係就原審採證認事、量刑之職權行使，任意指摘，不能認為已經符合首述法定上訴要件，其上訴違背法律上的程式，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 107 年 9 月 12 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 梁 宏 哲

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 9 月 18 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第3559號

## 裁判要旨

(一)憲法第16條規定人民有訴訟之權，乃屬人民在司法上之受益權，包含人民得享由法院依法定程序縝密審判之保障。現代刑事司法的基本理念，是透過程序的正義，以實現實體的公正。實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意，刑事訴訟法第2條第1項定有明文，故衍生所謂「訴訟照料義務」，蓋刑事被告於面臨龐大的國家機關動用豐富的資源以對之進行訴追時，在審判程序中往往處於相對弱勢地位，此種不對等的情形在被告未聘任辯護人時更為加劇，是法院有義務適時提供被告些許法律上的協助，以稍微彌補兩造當事人不對等的地位，而能達到實質上的當事人進行主義（例如刑事訴訟法第31條、31條之1為被告指定公設辯護人或律師為其辯護等規定）。換言之，在被告相對弱勢而無法依其個人之能力，就實體或訴訟上相關之權利為實質有效行使時，乃能從偵、審程序中均使其得受訴訟照料之助力，以保障人權，並藉由程序之遵守確保裁判之公正。惟散見於刑法及其特別法內關於被告或犯罪嫌疑人能經由自首、自白、供出其他正犯或共犯、自動繳交犯罪所得或其他依規定等得獲減輕或免除其刑之寬典，係為獎勵刑事案件之被告或犯罪嫌疑人於偵、審中能坦承犯罪，以求訴訟經濟、節約司法資源，或使其等勇於出面檢舉，以利犯罪之易於或擴大偵查所設。但被告或犯罪嫌疑人對於是否為邀寬典而坦認犯罪或供出犯罪來源，或因考慮爭取無罪判決、避免其他案情曝光、保護其他正犯或共犯等因素，在訴訟策略上本享有自主決定權，任何人均應予以尊重；且為避免被告或犯罪嫌疑人因畏懼、服從權威或受暗示、誘

導而作不實陳述之可能。故無論警察、檢察官或法院等司法機關均無「教示」或「指導」被告或犯罪嫌疑人行使上開自主決定權之義務，僅能予以適度闡明及提醒，不宜過度介入。是縱法院未告知或曉諭被告有獲邀輕典等相關規定，亦不能謂其違反訴訟照料義務。

(二)刑事訴訟法第370條第1、2項有關不利益變更禁止原則之規定，係指由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因第一審判決適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得諭知較重於第一審判決之刑而言。所稱「刑」，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑，包括主刑及從刑。修正後刑法沒收已非從刑，係獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果，其性質類似不當得利之衡平措施；又宣告多數沒收之情形，並非數罪併罰，故已刪除現行法第51條第9款規定宣告多數沒收併執行之條文。是修正後刑法沒收已不具刑罰本質。又現行刑法第38條之1第1項關於犯罪所得之沒收，乃合併修正前刑法第38條第1項第3款後段及第3項對犯罪行為人犯罪所得之沒收規定，基於任何人都不得保有犯罪所得之原則，以避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪。倘於僅被告上訴或為被告之利益而上訴，而下級審就被告犯罪所得有所短計或漏算，經上級審更正計算後若不得諭知較原審為重之所得數額沒收，即無法達到徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之目的。故修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無刑事訴訟法第370條第1、2項關於不利益變更禁止原則之適用。

## 相關法條

刑事訴訟法第2條第1項、第370條。

中華民國憲法第16條。

銀行法第125條之4第2項。

最高法院刑事判決

107年度台上字第3559號

上訴人 范○彥

選任辯護人 游朝義律師

王炳梁律師

上訴人 許○財

選任辯護人 李明諭律師

陳逸華律師

陳韶瑋律師

上訴人 鄭○恩

選任辯護人 范值誠律師

上列上訴人等因違反銀行法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年4月11日第二審判決（105年度金上訴字第46號；起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署104年偵字第2159、3362號、104年度少連偵字第19號，追加起訴案號：同署104年度偵字第4716、5485號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於范○彥所犯如其附表一編號14至16部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

### 理 由

甲、撤銷發回（即上訴人范○彥所犯如原判決附表〈下稱附表〉一編號14至16）部分：

本件原判決認定范○彥有其事實欄所示如附表一編號14至16所載之加重詐欺犯行，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判仍論其成年人與少年犯3人以上共同冒用公務員名義詐欺取財3罪，各處有期徒刑1年8月（2罪）、1年9月，並為相關沒收諭知。固非無見。

惟查：依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定：「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯

罪或故意對其犯罪者，加重其刑至2分之1。」係以成年之行為人所教唆、幫助、利用、共同犯罪或其犯罪被害者之年齡，作為加重刑罰之要件，雖不以該行為人明知（即確定故意）上揭諸人的年齡為必要，但至少仍須存有不確定故意，亦即預見所教唆、幫助、利用、共同實行犯罪或故意對其犯罪之人，係為兒童或少年，而不違背其本意者，始足當之。此項刑罰加重事由，自應於理由欄詳予載明並說明所憑之依據。原判決認定范○彥與少年甲○○（姓名、年籍詳卷）共犯附表一編號14至16犯行時，其中甲○○係民國00年0月間出生，有其個人戶籍資料查詢結果在卷可稽，為12歲以上未滿18歲之少年。是范○彥就上揭犯行，均應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項之規定加重其刑（見原判決第18頁第5行至第9行）。然依附表一編號14至16所載之犯罪方式，均係由少年甲○○與另案被告謝○男（起訴書誤載為謝○男）假冒公務員之名義以偽造公文書出面向各該被害人詐騙，范○彥似未與其等共同行動，且其自始即否認參與本件犯行，或認識甲○○、謝○男等人，則范○彥究係如何明知或可得而知甲○○為未滿18歲之少年？未見原判決於理由予以說明，即逕依上揭規定加重其刑，自有判決理由不備之違誤。范○彥執以指摘原判決此部分違法，尚非全無理由，應認原判決關於范○彥所犯如附表一編號14至16部分有撤銷發回更審之原因。

乙、上訴駁回（范○彥其餘有罪，暨上訴人許○財、鄭○恩有罪）部分：

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。本件原判決認定范○彥有其事實欄所載之違反銀行法及加重詐

欺，暨許○財、鄭○恩有其事實欄所載之加重詐欺犯行，因而撤銷第一審關於范○彥如附表一編號1 至5、7 至10、12、17、19、20，及許○財如附表一編號7 至13，暨鄭○恩部分之科刑判決，改判論范○彥共同犯非銀行不得辦理國內外匯兌業務罪，處有期徒刑3 年2 月，並為相關沒收諭知。另依刑法上想像競合規定從一重論其犯3 人以上共同冒用公務員名義詐欺取財13罪，各處有期徒刑1 年7 月（7 罪）、1 年8 月（5 罪）、1 年9 月，並均為相關沒收諭知；同依刑法上想像競合規定從一重論許○財犯3 人以上共同冒用公務員名義詐欺取財7 罪，均累犯，各處有期徒刑1 年5 月（5 罪）、1 年6 月、1 年7 月，並均為相關沒收諭知及定應執行有期徒刑4 年2 月；論鄭○恩犯3 人以上共同詐欺取財罪，累犯，處有期徒刑3 年8 月，並為相關沒收諭知。係以：上訴人等之部分自白或陳述，證人即另案被告陳○明、曾○憲、黃○權、謝○男、陳○原、陳○生、證人即共犯少年甲○、證人即同案被告滕○豪，證人即如附表一編號1 至5、7 至13、17、19、20所示之被害人楊○美等人之證詞，卷附之行動電話通訊監察譯文、紀錄、記帳單、匯款單存根聯、偽造之「臺灣臺北地方法院公證申請書」、郵局存簿、偽造之「臺灣台北地方法院地檢署刑事傳票」、監視錄影器翻拍畫面、刑案現場照片、內政部警政署刑事警察局104 年2 月10日刑紋字第0000000000號鑑定書、范○彥匯款照片、偽造之「台北地方法院地檢署監管科公文書」、跟監照片、搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、通聯調閱查詢單、電腦擷取畫面、如附表四所載卷證，扣案如附表二編號1 至3、6 之物品等證據資料，為綜合之判斷。已詳細敘述其所憑之證據及取捨、認定之理由，並就上訴人等否認有加重詐欺犯行云云，其等辯詞不可採之理由，分別予以指駁。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令之情形。(一)、范○彥上訴意旨略以：①、范○彥於偵查中自白違法辦理國內外匯兌業務之

事實，復曾於審理時表明願意繳回該部分之犯罪所得新臺幣（下同）40萬元。原審法院既知范○彥有意繳回犯罪所得，即應善盡法院之訴訟照料義務，予以適度闡明或協助辦理繳回手續，使其得受有銀行法第125條之4減輕其刑之恩典。詎原審未盡此注意義務，即以范○彥未於偵、審期間自動繳交其全部所得財物為由，認無上開減刑規定之適用，所踐行之訴訟程序自難謂為適法。

②、本件第一審認定范○彥有罪部分，檢察官並未為其不利益提起上訴，則原審所認定范○彥之犯罪事實既與第一審相同，且無其他應加重量刑之因素，自不應量處范○彥較重於第一審所諭知之主刑及從刑。然原審就范○彥所犯附表一編號1至5、7至10、12、17、19、20部分，竟量處較第一審為重之沒收從刑，自有違刑事訴訟法第370條第1項前段之不利益變更禁止規定。③、原審認定范○彥違法辦理國內外匯兌業務部分，除范○彥之自白外，並無其他補強證據，原審遽以范○彥之自白，為其犯罪所得額度之唯一證據，顯與採證法則有違。④、原審既認定范○彥偽造「臺灣台北地方法院地檢署刑事傳票」、「台北地方法院地檢署監管科公文書」等公文書，惟上揭公文皆應由「檢察官」或「書記官」等公務員簽名或蓋章，始算製作完成，否則僅屬內部簽稿，則原審既未認定該等公文書究有無「檢察官」或「書記官」簽名、蓋章？其名義人為何？遽認定范○彥成立行使偽造公文書罪，亦有判決理由不備之違誤。⑤、刑法第219條規定：偽造之印文或署押，不問屬於犯人與否，沒收之。係採絕對義務沒收主義，凡偽造之印文或署押，不論是否屬於犯人所有，亦不論有無搜獲扣案，苟不能證明其已滅失，均應依法宣告沒收。原審就附表一編號1至5、7至10、12、17、19、20部分僅宣告沒收如附表二編號1至3、6之物，並未將各該附表內所述「公文書」內之偽造印章、印文或署押沒收。另對范○彥成立3人以上共同冒用公務員名義詐欺取財罪，惟是否想像競合犯刑法第158條第1項之僭行公務員職權罪或同法第159條之冒用公務員官銜罪，均

置而不論，均有判決不適用法則之違法。⑥、如附表一編號10之被害金額為95萬元，編號17、19之被害金額則各為20、22萬元，原審均判處范○彥有期徒刑1年7月，惟其中編號17、19之被害犯罪金額明顯較編號10為輕，原審對此未予斟酌說明，即因循第一審判決而量處相同之刑度，難謂與罪刑相當原則無悖。⑦、原審就附表一編號1至5、7至10、12、17、19、20之部分，認范○彥犯3人以上共同冒用公務員名義詐欺取財罪，惟其行為後，組織犯罪防制條例第2、3條業於106年4月19日修正公布，並自同年月21日起施行。而行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。倘范○彥有為上開加重詐欺犯行，既有組織犯罪防制條例第2、3條規定之適用，然上開條文既尚未生效，本案即不應適用修正後條文，原審卻未依刑法第2條規定予以比較新舊法，並說明不能適用該條文之理由，自有判決不適用法則之違法等語。(二)、鄭○恩上訴意旨略以：鄭○恩之所以於警詢、偵查中自白犯罪，係因當時警方告知若其坦承犯罪，即得交保云云，其係因擔心年幼之子女無人照顧，而出於得獲交保之動機下，方為自白。原審法院未審酌上情，且於無其他補強證據情況下，僅憑鄭○恩於偵查中之自白，即認其成立前揭犯罪，自有違證據法則。(三)、許○財上訴意旨略以：①、同案被告滕○豪於警詢、偵查時之不利益許○財之供述，依傳聞法則與司法院釋字第582號解釋意旨，應無證據能力，原審未敘明何以上開供述具備證據能力之情由，逕以滕中豪無證據能力之陳述，作為許○財成立犯罪之依據，自有違證據法則。②、附表一編號13所列之犯罪時點係104年2月28日「以後」，其餘編號7至12所列之犯罪時點均係104年2月28日「以前」，原審將許○財於104年2月28日「以後」與滕○豪賃屋共居之行為，作為論斷其於104年2月28日「以前」有與滕○豪共犯詐欺罪犯行之理由，自有採證違反論理法則、證據法則之違誤。③、許○財未經警訊、偵訊相關程序逕遭起訴為加重詐欺罪之共犯，毋寧已剝奪其訴訟防禦權，致其失卻本案

初始即可設法為己辯白或請求調查對己有利證據之機會，難謂無違反實質正當法律程序等語。

惟查：(一)、憲法第16條規定人民有訴訟之權，乃屬人民在司法上之受益權，包含人民得享由法院依法定程序縝密審判之保障。現代刑事司法的基本理念，是透過程序的正義，以實現實體的公正。實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意，刑事訴訟法第2條第1項定有明文，故衍生所謂「訴訟照料義務」，蓋刑事被告於面臨龐大的國家機關動用豐富的資源以對之進行訴追時，在審判程序中往往處於相對弱勢地位，此種不對等的情形在被告未聘任辯護人時更為加劇，是法院有義務適時提供被告些許法律上的協助，以稍微彌補兩造當事人不對等的地位，而能達到實質上的當事人進行主義（例如刑事訴訟法第31條、31條之1為被告指定公設辯護人或律師為其辯護等規定）。換言之，在被告相對弱勢而無法依其個人之能力，就實體或訴訟上相關之權利為實質有效行使時，乃能從偵、審程序中均使其得受訴訟照料之助力，以保障人權，並藉由程序之遵守確保裁判之公正。惟散見於刑法及其特別法內關於被告或犯罪嫌疑人能經由自首、自白、供出其他正犯或共犯、自動繳交犯罪所得或其他依規定等得獲減輕或免除其刑之寬典，係為獎勵刑事案件之被告或犯罪嫌疑人於偵、審中能坦承犯罪，以求訴訟經濟、節約司法資源，或使其等勇於出面檢舉，以利犯罪之易於或擴大偵查所設。但被告或犯罪嫌疑人對於是否為邀寬典而坦認犯罪或供出犯罪來源，或因考慮爭取無罪判決、避免其他案情曝光、保護其他正犯或共犯等因素，在訴訟策略上本享有自主決定權，任何人均應予以尊重；且為避免被告或犯罪嫌疑人因畏懼、服從權威或受暗示、誘導而作不實陳述之可能。故無論警察、檢察官或法院等司法機關均無「教示」或「指導」被告或犯罪嫌疑人行使上開自主決定權之義務，僅能予以適度闡明及提醒，不宜過度介入。是縱法院未告知或曉諭被告有獲邀輕典等相關規定，亦不

能謂其違反訴訟照料義務。原判決以范○彥雖於檢察官訊問時即坦承其從事地下匯兌而有違反銀行法第125條之犯行，然迨至原審審理辯論終結，其仍未將所得財物自動繳交，認難依銀行法第125條之4第2項前段規定減輕其刑，則范○彥指摘原審違反訴訟照料義務，有礙於其防禦權之行使及減刑寬典之適用云云，自非適法上訴第三審之理由。(二)、刑事訴訟法第370條第1、2項有關不利益變更禁止原則之規定，係指由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因第一審判決適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得諭知較重於第一審判決之刑而言。所稱「刑」，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑，包括主刑及從刑。修正後刑法沒收已非從刑，係獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果，其性質類似不當得利之衡平措施；又宣告多數沒收之情形，並非數罪併罰，故已刪除現行法第51條第9款規定宣告多數沒收併執行之條文。是修正後刑法沒收已不具刑罰本質。又現行刑法第38條之1第1項關於犯罪所得之沒收，乃合併修正前刑法第38條第1項第3款後段及第3項對犯罪行為人犯罪所得之沒收規定，基於任何人都不得保有犯罪所得之原則，以避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪。倘於僅被告上訴或為被告之利益而上訴，而下級審就被告犯罪所得有所短計或漏算，經上級審更正計算後若不得諭知較原審為重之所得數額沒收，即無法達到徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之目的。故修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無刑事訴訟法第370條第1、2項關於不利益變更禁止原則之適用。從而，范○彥指摘原判決就其所犯附表一編號1至5、7至10、12、17、19、20部分，量處較第一審為重之沒收從刑，有違不利益變更禁止原則云云，亦非上訴第三審之合法理由。(三)、被告或共犯之自白固不得作為認定犯罪之唯一證據，而須以補強證據證明其確與事實相符，然茲所謂之補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐證自白之犯罪非屬虛構，能予保障所自白事實之真實性，即已

充分。又得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告之實行犯罪，但以此項證據與被告之自白為綜合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂其非屬補強證據。本件原審依據上訴人等及共犯陳○明、曾○憲、黃○權、謝○男、陳○原、陳○生、甲○○、滕○豪等人之自白，佐以如附表一編號1 至5、7 至13、17、19、20 所示之被害人楊○美等人之證詞，暨卷附之前揭行動電話通訊監察譯文等證據資料，作為補強證據，認上開補強證據已足以佐證上訴人等或其餘共犯等人自白之真實性，因而認定上訴人等均成立犯罪，所為論斷，核無違反經驗法則、論理法則，亦無任意推定犯罪事實、違背證據法則、判決理由不備之違誤。上訴人等以原審除共犯自白外，別無其他補強證據執以指摘原判決違法，即非上訴第三審之適法理由。(四)、刑法所謂公印，係指公署或公務員職務上所使用之印信；所謂公印或公印文，係專指表示公署或公務員資格之印信，即俗稱大印與小官印及其印文。又公印之形式凡符合印信條例規定之要件而製頒，無論為印、關防、職章、圖記，如足以表示其為公務主體之同一性者，均屬之。而不符印信條例規定或不足以表示公署或公務員之資格之印文，如機關長官之簽名章僅屬於代替簽名用之普通印章，即不得謂之公印。又刑法第218 條第1 項所謂偽造公印，係屬偽造表示公署或公務員資格之印信而言，其形式如何，則非所問。是以，該條規範目的既在保護公務機關之信用性，凡客觀上足以使社會上一般人誤信為公務機關之印信者，不論公務機關之全銜是否正確而無缺漏，應認仍屬本法第218 條第1 項所規範之偽造公印文，始符立法目的。前開「臺灣台北地方法院地檢署刑事傳票」、「台北地方法院地檢署監管科公文書」上之印文，雖與我國公務機關全銜未盡相符，惟客觀上仍足使一般人誤認為公務機關之印信，且與機關大印之樣式相仿，而足使社會上一般人誤認為公家機關印信之危險，即應認屬偽造公印文。再公文書係指公務員職務上製作之文書，本法第10條第3 項定有明文；而刑法上偽造文書罪，係著重

於保護公共信用之法益，即使該偽造文書所載名義製作人實無其人，而社會上一般人仍有誤信其為真正文書之危險，仍難阻卻犯罪之成立。是無論該文書上有無使用「公印」或由公務員於其上署名，若由形式上觀察，文書之製作人為公務員，且文書之內容係就公務員職務上之事項所製作，即令該偽造之公文書上所載製作名義機關不存在，或該文書所載之內容並非該管公務員職務上所管轄，然社會上一般人既無法辨識而仍有誤信為真正之危險時，仍難謂非公文書。查本件前開偽造之文書，從形式上觀之，均已表明係「臺灣台北地方法院地檢署」、「台北地方法院地檢署監管科」等政府機關所出具，縱前揭文書實際上並無該等單位處理相關事宜，或欠缺承辦人員簽名或蓋章，惟衡之一般人民，苟非熟知機關組織內部運作情形，不足以分辨是否為該機關之業務範圍、內部單位之配置，已足使人誤信為真，仍有誤信該等文書為該機關所屬公務員職務上所製作真正文書之危險，該等文書確屬偽造公文書無訛。范○彥指摘原審認定其成立行使偽造公文書罪，有判決理由不備之違誤云云，亦非適法上訴第三審之理由。

(五)、刑事被告之上訴，以受有不利利益之裁判，為求自己利益起見請求救濟者，方得為之。原判決未諭知沒收或擴張犯罪事實部分，即無不利利益可言，自不得據為上訴第三審之理由。原審就范○彥所犯附表一編號1 至5、7 至10、12、17、19、20行使偽造公文書部分，縱未依刑法第219 條將其中偽造之印章、印文或署押諭知沒收，或擴張認定其另成立刑法第158 條第1 項、第159 條之罪，對於范○彥既無不利利益。其關於此部分之指摘，自非適法之第三審上訴理由。

(六)、刑罰之量定，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷，倘以被告之責任為基礎，說明審酌刑法第57條所列事項而為刑之量定，若未逾越法定刑度，亦未濫用其權限，即無違法。原判決審酌范○彥正值青壯之年，竟不循正途賺取所需，參與詐欺集團，利用一般民眾欠缺

法律專業知識、對於司法及檢察機關案件進行流程未必瞭解，暨民眾對於公務人員執行職務公信力之信賴等心理，而以偽造公文書之方式遂行其詐騙行為，並影響一般民眾對司法人員辦案之信賴，嚴重破壞國家公權力機關之威信，於共同犯罪中所扮演之角色與涉案情節亦屬非輕，衡諸其犯後尚能坦承違反銀行法犯行，然仍否認詐欺犯行，暨考量其為大學畢業之智識程度，從事電腦工程師，月入5萬元，未婚，而與其弟共同扶養62歲之母等生活情狀，而量處如前述之刑。既未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，且並非以被害人被害之金額多寡為量刑之唯一標準，核屬原審量刑職權之合法行使。范○彥上訴意旨以此指摘原判決量刑失當，自非第三審上訴合法理由。(七)、原審並未認定范○彥有違反修正後之組織犯罪防制條例第2、3條等規定，則原判決未依刑法第2條規定予以比較新舊法並說明無該條例第2、3條規定適用等情，自無判決不適用法則之違法。(八)、鄭○恩、許○財及其等辯護人於原審時就犯罪事實之證據方法及卷內之各項證據之證據能力，或均表示「沒有意見，同意作為證據」（見原審卷(一)第368頁）等語，或僅對同案被告滕○豪於警詢或偵、審時陳述，爭執其證明力（見原審卷(二)第245頁）等情。卻於上訴本院時始主張鄭○恩於警詢、偵查中自白非出於自由意志，或同案被告滕○豪於警詢及偵查中之陳述並無證據能力云云，均非合法上訴第三審之理由。(九)、認定犯罪事實所憑之證據，不僅指直接證據而言，即間接證據亦包括在內，故綜合各種間接證據，本於推理作用，足以證明待證事實，依所得心證而為事實判斷，亦難指係顯違事理，是被害人所述被害情形，如無瑕疵可指，而就其他方面調查，又與事實相符，則其供述未始不足據為判罪基礎。本件原判決已敘明許○財雖否認有與同案被告滕○豪共同為附表一編號7至13之詐欺犯行，惟依據滕○豪於警詢、偵訊均稱於為上開詐欺犯行時，係由許○財負責把風，並依其指示匯出詐得之款項，佐以許○財自承與滕○豪賃屋共居，而警方依滕○豪之供述

，持搜索票前往建國路附近之新北市○○區○○○路00巷00號 0樓搜索時，扣得作案用之行動電話1支，而該門號確為許○財所申請，且行動電話亦為許○財所交付等情，其既係綜合各種證據，本於推理作用，而為事實判斷，自非僅以許○財究竟何時與滕○豪賃屋共居之日期，作為論斷許○財有與滕○豪共犯詐欺罪犯行之理由，自無許○財所指原審採證違反論理法則、證據法則之違誤。(十)、檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。被告之所在不明者，亦應提起公訴，刑事訴訟法第251條定有明文。顯見檢察官依偵查所得的事證判斷，被告之犯罪很可能致有罪判決，即應提起公訴，不以被告經詢（訊）問為必要。是若被告未經司法警察（官）或檢察官詢（訊）問即被起訴，仍非不得於審理中行使其訴訟防禦權。許○財上訴意旨指摘其未經未經司法警察（官）或檢察官詢（訊）問，有違實質正當法律程序云云，亦非上訴第三審之合法理由。至(十一)、范○彥上訴意旨其餘所指其與另案被告陳○明、黃○權、謝○男、滕○豪均不認識，僅係依真實姓名不詳之綽號「小○」之女子指示向其等收取地下匯兌款項。原審推論其與陳○明等人應有相識，有違論理法則；原審認定其參與附表一編號1至5、7至10、12、17、19、20所示之犯行，並認定參與共犯中有姓名年籍不詳、綽號「小○」、「洪○」之成年女子或男子及其所屬之大陸地區詐欺集團成員，然所屬之大陸地區詐欺集團成員如何？是否確實有該集團？原審均未明確調查認定，有調查未盡之違法；原審雖認定其違法辦理匯兌業務，惟對於其將匯款匯入特定銀行之帳戶，是否符合「辦理匯兌業務之要件」？該綽號「小○」之女子，究於何時、何地，由何人以何方式先行要求其收受何客戶多少款項等關於「匯款」之犯罪構成要件均語焉不詳，且係何種幣別？款項多少？均付之闕如，難謂無調查未盡及理由不備之違法；原審就同案被告鄭○恩依「所犯重於犯人所知或相等者，從其所知」之法理，僅能論以其犯刑法第339條之4第1項第2款之3人以上共

同詐欺取財罪。而范○彥僅為收款者，原審卻認其構成3人以上共同冒用公務員名義詐欺取財罪，輕重顯然失衡，有違反平等原則等語。(二)、鄭○恩其餘所指原審調查之證據僅得證明其曾先後於「鄭○」、「盧○」處擔任會計工作，且受「盧○」所託與范○彥聯絡，將款項交付於伊等事實，惟該證據之內容尚未明瞭，不足以認定鄭○恩確有涉犯本案，原審證據雖已調查而其內容尚未明瞭，自有調查未盡之違法；原判決犯罪事實參所載詐欺集團成員，除鄭○恩遭逮捕外，包括「鄭○」、「盧○」在內之其他成員皆未查獲，且僅見「鄭○」等人綽號，其餘真實姓名、住居所皆不詳，亦無其他證據得證明鄭○恩與該詐欺集團成員間有任何犯意聯絡、行為分擔，原審遽論以加重詐欺罪之共同正犯，有違無罪推定原則等語。(三)、許永財其餘所指同案被告滕○豪於第一審時即證稱伊去收取詐欺款時，其實並無所謂之「把風」人士，且許○財並非其所稱實際參與詐欺之綽號「阿○」者，並承認之前不利於許○財之證詞均屬偽證等語。原審就滕○豪上開有利於許○財之證詞置而未論，且並未於判決書內詳加敘明何以不採納之理由，有判決不備理由之瑕疵等語。均係就原判決已說明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。其等上訴均不合法律上之程式，應予駁回。

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

中 華 民 國 107 年 12 月 20 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 25 日

# 最高法院刑事裁定

107年度台聲字第97號

## 裁判要旨

移轉管轄係於一定條件下，將有管轄權法院受理之案件，移轉於無管轄權之法院，若2以上之法院，均有管轄權，則應以繫屬在先者，為管轄法院；非被告得自行指定管轄法院而為聲請。依刑事訴訟法第10條第1項所定，除有管轄權之法院因法律或事實不能行使審判權；或因特別情形，由該法院審判恐影響公安或難期公平者；得由直接上級法院以裁定將案件移轉於其管轄區域內與原法院同級之原無管轄權他法院外，不生移轉管轄問題。又依第2項規定，僅於直接上級法院不能行使審判權時，前項裁定始由再上級法院為之。如該直接上級法院在法律上或事實上並無不能移轉於其管轄內其他法院之情形，即無向再上級法院聲請移轉之餘地。

## 相關法條

刑事訴訟法第10條。

聲 請 人 方○鋒

上列聲請人因傅○萁自訴妨害名譽案件（臺灣花蓮地方法院107年度自字第2號），聲請移轉管轄，本院裁定如下：

主 文

聲請駁回。

理 由

- 一、聲請人方○鋒聲請意旨略以：傅○萁自訴其妨害名譽案件，經臺灣花蓮地方法院以107年度自字第2號案件受理。因本件犯罪地、聲請人即被告住所、居所地，均在臺北市，臺灣臺北地方法院關於本案之管轄連繫因素，顯較臺灣花蓮地方法院為多。且傅○萁長期在花蓮地區擔任縣長及立委，人稱花蓮王，對法院是否無影響力，實非無疑。其故意選擇臺灣花蓮地方法院提起自訴，讓聲請人陷於臺北、花蓮兩地奔波應訴之困擾，法院調查證據亦不便利。本案於花蓮審判，對其有不公平之虞。為保障其受公平法院審判之權利及法院調查證據之便利性，依刑事訴訟法第10條第1項、第11條規定，聲請准將本案移轉至臺灣臺北地方法院管轄等語。
- 二、惟按移轉管轄係於一定條件下，將有管轄權法院受理之案件，移轉於無管轄權之法院，若2以上之法院，均有管轄權，則應以繫屬在先者，為管轄法院；非被告得自行指定管轄法院而為聲請。依刑事訴訟法第10條第1項所定，除有管轄權之法院因法律或事實不能行使審判權；或因特別情形，由該法院審判恐影響公安或難期公平者；得由直接上級法院以裁定將案件移轉於其管轄區域內與原法院同級之原無管轄權他法院外，不生移轉管轄問題。又依第2項規定，僅於直接上級法院不能行使審判權時，前項裁定始由再上級法院為之。如該直接上級法院在法律上或事實上並無不能移轉於其管轄內其他法院之情形，即無向再上級法院聲請移轉之餘地。

三、聲請意旨主張有管轄權之臺灣花蓮地方法院有刑事訴訟法第10條第1項第2款之情形，然並未敘明該法院之直接上級法院即臺灣高等法院花蓮分院，有何不能行使審判權之情形。逕指定欲移轉之法院，而向本院聲請，依上開說明，其聲請為不合法，應予駁回。爰裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 9 月 5 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 陳 朱 貴

法官 洪 于 智

法官 楊 智 勝

法官 黃 瑞 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 9 月 7 日

# 最高法院刑事判決

106年度台上字第2180號

## 裁判要旨

(一)文書由公務員製作者，依刑事訴訟法第39條規定，除應記載製作之年、月、日及其所屬機關外，並應由製作人簽名。又依民法第3條第2項規定，如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。是檢察官以當事人資格提起上訴時，自應由該檢察官在其提出之上訴書狀簽名，始為合於法定程式。然此項簽名或蓋章之作用，旨在證明文書之真正，為該項文書形式上之必備程式，如有欠缺，參照司法院院解字第3006號解釋意旨，尚非屬絕對不得命補正之事項。此項補正之目的既在除去書狀程式上之欠缺，則其補正之法律效果自應溯及於其提出該書狀之時。因此，倘檢察官已於法定期限內具狀提起上訴，雖漏未於書狀內簽名或蓋章，然如其已補正完畢，程式上之瑕疵即已除去，其補正之法律效果，溯及於其提出書狀聲明上訴之時。

(二)本件檢察官不服第一審判決，提起第二審上訴時，雖未依規定在上訴書、上訴補充理由書上簽名，惟第一審檢察官上訴之此項疏漏，於第四次更審前原審時，已依法院之通知，於103年3月5日在前揭上訴書、上訴補充理由書上簽名補正，其補正之效果應溯及於其提出各該書狀之時。是經補正完畢後，程式上之瑕疵即已除去。原審就補正前歷審所為實體審理調查所得之證據，予以覆審，重新進行審判程序，依法調查後，採為判決之依據，於法無違，不生上訴意旨所指之違法問題。

## 相關法條

刑事訴訟法第39條、第273條。

上訴人 張○味

選任辯護人 蕭仰歸律師

上訴人 陳○山

選任辯護人 劉叡輝律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國105年10月13日第二審更審判決（104年度重矚上更(四)字第26號，起訴案號：臺灣雲林地方檢察署93年度偵字第2536、2960、3040、3073號，93年度偵緝字第229號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

上訴駁回。

### 理 由

- 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、本件原審審理結果，認上訴人張○味（時任雲林縣縣長）、陳○山（時係雲林縣林內鄉〔下稱林內鄉〕鄉長，其於民國103年12月31日由陳○山改名陳○立，107年3月28日再改回陳○山，下以陳○山稱之，與張○味合稱張○味等2人）違反貪污治罪條例之犯行均明確，因而撤銷第一審關於其2人部分之科刑判決，改判論處一、張○味依據法令從事公務之人員，對於職務（上）之行為，期約賄賂罪刑；二、陳○山依據法令從事公務之人員，對於職務（上）之行為，收受賄賂罪刑及為相關沒收、追徵之宣告。已載敘其調查、取捨證

據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並就張○味等 2 人否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。參、張○味等 2 人對於原判決均提起上訴，茲就其 2 人之上訴分別論述如下：

#### 一、張○味部分

(一) 刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款規定，訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。此一規定旨在使被告能充分行使防禦權，事實審法院於審判過程中，如已就被告所犯罪名、應變更罪名之構成要件為實質之調查，被告已知所防禦，縱未告知所犯罪名或應變更罪名，對被告防禦權之行使並無妨礙，踐行之訴訟程序雖有瑕疵，惟於判決顯無影響，仍不得據為適法之第三審上訴理由。本件檢察官起訴書雖指張○味涉犯貪污治罪條例之對於職務上之行為收受賄賂罪嫌，惟第四次更審前原審時，已告知張○味變更後之對於職務上之行為期約賄賂罪名，張○味及其辯護人亦就此罪名為答辯。原審雖未再行告知張○味涉犯該罪名，但於審判過程中，已就張○味涉犯對於職務上之行為期約賄賂之犯罪嫌疑及所犯罪名之構成要件，為實質之調查，並予其辯解之機會，張○味及其原審辯護人亦就期約賄賂罪部分進行辯解與辯護，張○味防禦權之行使已獲確保，原審踐行之訴訟程序雖有微瑕，然不影響於判決本旨，仍不能執為上訴第三審之適法理由。

(二) 原判決就鄭○煌（係達○環保服務股份有限公司〔下稱達○公司〕副總經理）於 93 年 8 月 3 日之偵查筆錄、朱○源（原係達○公司○○處處長，91 年 6 月間起擔任該公司副總經理）於 93 年 7 月 26 日之調查及偵查筆錄，暨鄭○煌於偵查中供詞，敘明關於其等聽聞自邢○樑（時任達○公司總經理）如何與張○味達成期約賄賂之言詞而為轉述部分，

雖屬傳聞供述。然就邢○樑曾經轉達給朱○源、鄭○煌（下稱朱○源等2人），達○公司其後，確有編列疏通費用及如何編列部分，均係朱○源等2人所為知覺之體驗，自非傳聞。茲原始證人邢○樑已無從傳喚到庭作證，自無法接受張○味及其辯護人究詰，而朱○源等2人所為該部分之傳聞供述，核與其他非傳聞部分相符，否則達○公司不會如此編列預算，且確實據而執行。是上開屬傳聞供述部分，具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，依刑事訴訟法第159條之3相同法理，宜解為例外賦予其證據能力。已說明其認定朱○源等2人之陳述有證據能力之理由。

- (三) 原判決關於本件偵訊筆錄之記載方式，已勘驗檢察官於93年8月2日複訊朱○源，及於同年月10日複訊徐○國（係旭○開發股份有限公司〔下稱旭○公司〕之董事長兼總經理）之偵訊錄音光碟（偵訊錄音帶轉檔為光碟），其結果為檢察官係依照其2人於調查局的筆錄全部逐字逐句再一次訊問，就是否於調查詢問時如此回答，朱○源、徐○國均稱檢察官並非祇問「警詢筆錄是否實在？」一語，即答：「實在。」此亦經其2人證述明確。可知承辦檢察官之偵訊方式，係先由調查員對證人詢問後，再依調查員詢問內容全部逐字逐句進行複訊，並讓證人對其於調查員詢問時之內容再表示意見之複訊模式。原審審判長於勘驗93年8月10日檢察官複訊徐○國之錄音光碟後，訊問徐○國「（有無去到檢察官那裡，檢察官問你調查局說的實不實在，你說都實在，之後就結束了？）基本上是像剛聽到的，一問一答。」「（有無你在調查局裡講的內容與檢察官複訊時唸的內容不一樣？）沒有這種情況。」等語明確，有勘驗、審判程序筆錄可參。就已損壞之部分錄音帶，則參酌前揭檢察官所採訊問方式，認檢察官於93年8月9日亦係循

同樣模式複訊徐○國。所為判斷，核屬有據。原審就徐○國之93年8月9日偵訊筆錄，於依法調查後，將之採為判決依據，無違法可言。上訴意旨指原判決就此部分係憑推想、臆測之詞，而為認定，核係未依卷內訴訟資料所為之指摘，殊非上訴第三審之適法理由。

- (四) 原判決理由欄甲之伍就徐○國於第一審證述檢察官沒有威脅或利誘伊等情，認徐○國於第一審所為之陳述，出於任意性，無辯護人所主張檢察官以不正方法誘導之情形，已論列甚詳，於法並無違誤。上訴意旨置原判決明白論斷於不顧，依憑己意而為爭辯，非適法之上訴理由。
- (五) 「證人恐因陳述致自己或與其有前條第1項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。」為刑事訴訟法第181條所明定。又證人有第181條之情形者，應告以得拒絕證言，同法第186條第2項亦有明文。然拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張，證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人及與其有刑事訴訟法第180條第1項各款所列關係之人而設，非為保護被告，法院或檢察官違反告知義務所生之法律效果，僅對證人生效，故違反告知義務之證人證詞，對訴訟當事人仍具證據能力，至於證據之證明力如何，則由法院依衡平法則就具體個案判斷之。徐○國經警察及調查機關移送檢察官，其以證人身分於本案偵查中作證，有部分雖未經履行告知得拒絕證言之程序，然依前揭說明，原判決認該證人之證言具證據能力，未適用刑事訴訟法第158條之4規定以權衡證據能力，不生違法問題。上訴意旨執以指摘，尚非合法之第三審上訴理由。
- (六) 犯罪事實之認定、證據取捨及證據證明力之判斷，均屬事實審法院之職權，審理事實之法院綜據卷內訴訟資料而為事實認定、取捨證據，以及其判斷證據證明力之職權行使

，如無悖經驗法則或論理法則，即不得任意指摘其為違背法令。本件原審已在判決內說明其就案內所有證據本於調查所得之心證，定其取捨而為張○味犯罪事實判斷之理由，並依確認之事實，記明其犯如原判決主文所載罪名之論據，自屬原審採證認事之適法職權行使，核無違背客觀存在之證據法則。並敘明：1、依憑朱○源等2人、徐○國之證述，認定徐○國向張○味行求賄賂，進而達成期約賄賂新臺幣（下同）3千萬元。就張○味所辯與徐○國之友人廖○裕係政敵關係，不可能與徐○國期約賄賂等語，及林○標所為不可能介紹徐○國與張○味見面之證述，說明如何不足採納。2、參採徐○國之證述及所其提出之聲明書、徐○國與其友人林○衍間之通聯紀錄等證據資料，如何足證張○味與達○公司間達成期約賄賂意思合致。復本於證據取捨之職權行使，說明林○衍之證述，與事實不符，不足採取。所為推理論斷衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，不生上訴意旨所指採證違法之問題。

- (七) 原判決關於：1、援引證人徐○國證稱：我與張○味見面後，主動提出給付張○味8千萬元賄款，張○味很豪爽的說：「沒關係，只要在開工前處理好就可以了」，張○味所說的「處理好」就是交付等語之證言。旨在說明徐○國與張○味期約賄賂之經過，並非據此即認賄款金額為8千萬元。徐○國前揭證言，並未指張○味已收受賄賂，此與原判決所為不能證明張○味確有授權呂○展（係張○味之友人）收受賄賂之認定，無矛盾之處。2、綜合朱○源等2人所為達○公司編列7千萬元，其中3千萬元用來行賄張○味等情之證詞，及嗣後達○公司於土地價款中所編列之金額，達○公司匯入旭○公司7千萬元賄賂之時間及數額觀之，認其等所述期約賄賂金額係3千萬元，為可採信。至徐○國陳稱達○公司要求伊匯款「3、4」千萬元等語，

經與前述證據資料相互參酌，認期約賄款金額為3千萬元，亦無上訴意旨所指原判決認定與援引徐○國之證詞，有證據上理由矛盾之違法情形。3、綜合證人黃○強（係達○公司○○處專員）所為：顏○賢（時係雲林縣環境保護局〔下稱環保局〕局長）為何這樣說，我只是感覺很震驚。因為這個時刻我意識到縣長有拿錢，所以我很震驚等語之證述。整體而觀，認其對顏○賢所說感到震驚，係因其意識到縣長就本案涉及收受賄賂之事，並非指證縣長確有拿到錢。上訴意旨主張黃○強前揭證言係指證張○味有拿到錢，指摘原判決理由矛盾。此部分上訴意旨，容有誤會。4、依朱○源證述：「（既然當時係邢○樑與林○標協議的，為何你會知悉？）另外在達○公司辦理地目變更時發現徐○國可能沒有依約定將達○公司要支付給林○標及張○味的6千萬元交付後，我曾數次要找徐○國，但一直都沒有找到，為了怕影響到地目變更作業，所以我與邢○樑便去找林○標詢問……」等情。其所述並非傳聞自邢○樑，而是依其親身見聞所述。又鄭○煌於偵訊時所為：「開會的場合聽邢○樑及朱○源說要跟地方加強關係、要編列疏通費用，但金錢數字多少及要分給誰我不知道……縣長部分有明確的聽到他們講要給，但確實金額多少我不知道。縣長部分的錢準備擺在徐○國部分」等語之證詞。亦係鄭○煌本於親身參與所體驗或親自見聞之事實為基礎所為之證言，與單純之傳聞供述不同。原判決以朱○源等2人之證述，資為徐○國供述之補強，無違證據法則。又依憑徐○國之陳述、張○味行程表、晶華酒店張○味之住宿資料、住宿套房平面圖及內部照片，並參酌朱○源等2人之陳述及事後呂○展要求徐○國匯款1千萬元之事實，如何足認張○味與達○公司達成期約賄賂之意思表示合致。原判決理由所為徐○國經張○味要求支付賄款後，因其先

前收受自達○公司的7千萬元，業已花用，其經呂○展、邢○樑、朱○源一再催促下，不得已始匯款1千萬元入呂○展的美國銀行帳戶等情之說明，與所引徐○國之證述，並無上訴意旨所指判決理由矛盾之情形。至原判決敘及呂○展可能係張○味白手套一語，旨在說明無其他證據足以證明呂○展經張○味授權委託催討1千萬元賄賂之事實，因而未為張○味已達收受賄賂犯行之認定，要與證據法則無違。5、綜合顏○賢、黃○強及朱○源之陳述，認顏○賢曾向黃○強所稱：「徐○國將你們公司的錢提走了，錢都沒給人家，縣長很生氣」等語，為可採信。顏○賢於第一審、第三次更審前原審證述：伊沒有說徐○國把錢拿走，縣長不高興的話等詞，則為不可採。至於顏○賢責問黃○強：「徐○國將你們公司的錢提走了，錢都沒給人家，縣長很生氣」，及黃○強聽聞顏○賢上開陳述所為之轉述。就張○味而言，雖屬傳聞供述，惟顏○賢確有向黃○強說上開言語，原判決採用黃○強、顏○賢之陳述，為不利於張○味之證據，無違證據法則。6、所採證人朱○源證述當場聽聞邢○樑向張○味說「該做的都做了」之證言，係就其與邢○樑共同拜會張○味時，實際與張○味往來之親身見聞之客觀事實而為之證言，尚非出於其主觀臆測。原判決綜合該證言及黃○強（於第一審陳稱雲林縣政府的作業很慢等語）、潘○慧（於第一審證述付款日期將屆，伊卻一直找不到徐○國等詞）及徐○國（於偵查中陳稱原本達○公司行賄張○味的對價是地目變更在91年5月完成，但未如預期，達○公司及朱○源有另找張○味，地目變更確實於91年10月完成之經過）之證述，暨事後達○公司於給付尾款時不再匯給旭○公司，以免遭徐○國挪為他用等情，認張○味確有與達○公司達成期約賄賂合意。並無上訴意旨所指摘之認定事實未依證據等違法情形。7、朱

○源所為「想透過他找到徐○國，因為地目的變更也是徐○國的工作之一，但是我們發現進度很慢。林○標答應找徐○國出面」等語之證言，與其另證述其與林○標見面之主要目的係為了地目變更程序儘快完成之證詞，並無牴觸。原判決併採上開證述，無上訴意旨所指證據上理由矛盾之違法。就朱○源之證言，原審參酌卷內相關資料，採為判決依據之一，採證亦無違法。

(八) 證人之陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可採，法院仍得本其心證予以斟酌，非謂一有不符或矛盾，即應認其全部均為不可採信。原判決關於徐○國之證言，就張○味有無授權呂○展催討並收受1千萬元賄款部分，雖以尚難僅憑徐○國之證述，無其他證據證明，即行認定，然非據此即認徐○國之證言，完全不可採信。此部分因無相關佐證，而未予採認，徐○國其他所為與事實相符，並有相關證據可資佐證，且與測謊鑑定之結果相同部分，原判決將之採為判斷依據，復以測謊鑑定結果相互參酌，顯無上訴意旨所指證據上理由矛盾、判決理由不備之違法。又朱○源等2人及徐○國對於行賄金額證述，雖非一致，但關於行賄張○味係由徐○國所為一情，互核相符，為可採信。此屬原審採證認事之職權行使，核與經驗法則、論理法則無違。上訴意旨指摘原判決採取徐○國有瑕疵之供述，作為論斷依據，有違證據法則等語，非適法之上訴理由。

(九) 刑法第2條第1項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法。所謂行為後法律有變更者，包括構成要件之變更而有擴張或限縮，或法定刑度種類（包括死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金）及範圍之變更。行為後法律有變更者，何者為最有利於行為人之法律，應就有關犯罪構成要件及刑之加重或減輕等一切情形，綜

合全部罪刑之結果而為比較適用。又104年12月30日修正公布，105年7月1日施行之刑法（下稱修正刑法）第33條第5款規定「罰金：新臺幣1千元以上，以百元計算之。」係屬法律變更，應依刑法第2條第1項規定適用最有利於行為人之法律。原判決審酌張○味無論依新法或舊法規定均屬公務員，新法並無有利於其之情形。修正刑法第33條第5款規定，無異提高法定刑關於罰金部分之最低刑度，綜合比較新舊法結果，以舊法較有利於張○味，因依刑法第2條第1項前段規定，適用行為時法即依95年7月1日修正施行前刑法第10條第2項、第33條第5款及貪污治罪條例第2條規定論處。經核於法並無違誤。上訴意旨以本件並未對張○味部分處以罰金刑，指摘原判決就罰金部分之法定刑，為新舊法之比較，有所違誤，容有誤會。

(十) 刑事訴訟法第310條第7款規定有罪之判決書，應於理由內記載「適用之法律」。此所稱之「法律」，指基於程序法及罪刑法定之原則，有罪判決書之理由欄應記載主文所由生之程序法及實體法條文。以往實例上，雖於「理由」之後，另列「據上論結」一欄，記載該判決所適用之法律，即包括程序法及實體法之全部條文。惟此欄尚非法律明定應記載之事項，本不生違法與否之問題。況就實體法條文為重複記載部分，原非必要，關於據上論結一欄，應認以記載引用之程序法條文，即為已足，無庸重複記載理由欄已列明之實體法條文。上訴意旨指摘原判決之據上論結欄，關於實體法條文之記載，有所違誤一節，殊非適法之上訴理由。

(十一) 刑事訴訟被告之上訴，係以受有不利之裁判，為求自己之利益起見，請求上級法院救濟而設，故其上訴應以為自己之利益為限，並不許其為自己之不利而為上訴。如原審判決於被告並無不利，被告仍對之提起上訴，既

與上揭上訴之本質不符，自應認為不合法。關於：1、原判決認定張○味期約賄賂3千萬元，上訴意旨指摘原審對於期約賄賂超過3千萬元部分，未加審究，有已受請求之事項未予判決之違法，核係對自己之不利益而提起上訴，顯與被告為自己利益請求救濟之上訴制度本旨相違。2、原判決所為不另為無罪諭知部分，係就張○味被訴該部分之犯行，為不能證明其犯罪之判斷，對張○味並無不利，張○味對於該部分自無上訴利益可言。是張○味對於前揭1、2部分所為之上訴，均非適法。

(十二) 原判決理由欄乙、伍之三所列事實（即關於達○公司就焚化廠建廠用地所簽訂契約及付款情形），於載述「有下列證據佐證：（一）被告張○味、證人鄭○煌、朱○源、徐○國、潘○慧等於第一審中供證屬實。」等語之後，另列有（二）至（八）等七項證據資料，可知顯非單以張○味之供述，為認定前揭理由乙、伍之三所列事實之證明方法，亦即並非指張○味已供承上開全部事實。上訴意旨執此指摘，仍非上訴第三審之合法理由。

## 二、陳○山部分

(一) 文書由公務員製作者，依刑事訴訟法第39條規定，除應記載製作之年、月、日及其所屬機關外，並應由製作人簽名。又依民法第3條第2項規定，如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。是檢察官以當事人資格提起上訴時，自應由該檢察官在其提出之上訴書狀簽名，始為合於法定程式。然此項簽名或蓋章之作用，旨在證明文書之真正，為該項文書形式上之必備程式，如有欠缺，參照司法院院解字第3006號解釋意旨，尚非屬絕對不得命補正之事項。此項補正之目的既在除去書狀程式上之欠缺，則其補正之法律效果自應溯及於其提出該書狀之時。因此，倘檢察官已於法定期限內具狀提起上訴，雖漏未於書狀內簽名

或蓋章，然如其已補正完畢，程式上之瑕疵即已除去，其補正之法律效果，溯及於其提出書狀聲明上訴之時。本件檢察官不服第一審判決，提起第二審上訴時，雖未依規定在上訴書、上訴補充理由書上簽名，惟第一審檢察官上訴之此項疏漏，於第四次更審前原審時，已依法院之通知，於103年3月5日在前揭上訴書、上訴補充理由書上簽名補正，其補正之效果應溯及於其提出各該書狀之時。是經補正完畢後，程式上之瑕疵即已除去。原審就補正前歷審所為實體審理調查所得之證據，予以覆審，重新進行審判程序，依法調查後，採為判決之依據，於法無違，不生上訴意旨所指之違法問題。

(二) 關於黃○強於偵訊時陳述之證據能力，原判決已敘明黃○強在原審雖陳稱：那時蔡○文（係訊問黃○強之檢察官）把我跟潘○慧放在同一個小房間裡，那時我不接受他的說法，當時潘○慧在旁邊講：「你就照檢察官的說法說就好了。」我說根本不是這樣子，然後蔡○文說：「你是機器人是不是，只會123，不會轉嗎？」我說：「我不是，我不可能做這種事」。他就把所有的文件摔下來，我說要打架是不是等語。惟其並未指陳有何影響其陳述之任意性。原判決理由欄記載黃○強並未證稱檢察官曾對其有不當取供情形等詞，核與卷內資料並無不合。上訴意旨持憑己意指摘原判決違法，非適法之第三審上訴理由。

(三) 共同被告、共同正犯等被告以外之人，在偵查中未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於具有「特信性」、「必要性」時，即得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢等之陳述，顯然失衡。因此，被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有「特信性」

、「必要性」時，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第159條之2、第159條之3之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。原判決於理由欄甲之貳就潘○慧、黃○強及朱○源（下稱潘○慧等3人）於偵查中以共同被告身分所為之陳述，已敘明如何具有「特信性」、「必要性」，而應賦予證據能力之理由。上訴意旨稱原判決未就如何依客觀之觀察得出結論詳予說明，有判決理由不備之違法，係就原判決已明白論敘之事項，而為爭執，亦非適法之第三審上訴理由。

- (四) 本件原審已在判決內說明其就案內所有證據本於調查所得之心證，定其取捨而為陳○山犯罪事實判斷之理由，並依確認之事實，記明其犯如原判決主文所載罪名之論據，自屬原審採證認事之適法職權行使，核無違背客觀存在之證據法則。並敘明：1、原判決援引潘○慧所為：「（檢察官蔡○文到底有無於93年7月22日下午至雲林看守所？）忘記了，蔡○文檢察官他有去，但日期不記得。」「（檢察官蔡○文有無恐嚇你？有無要求陳○山做不實不利張○味之陳述？）沒有恐嚇我，也沒有要求陳○山做不利於張○味的陳述。」等語之證詞，及潘○慧亦經檢察官以其涉犯背信罪起訴，並經原審法院判刑確定。足見陳○山辯稱「潘○慧為避免自己背信犯行被追究，才配合檢察官辦案故意誣指伊收受賄賂」一節，非屬事實，無可採信。2、援引潘○慧、黃○強、鄭○雄之陳述，及出售土地之陳○谷等人於偵訊時所為：「出售土地及土地款之事，陳○山沒有與我們接洽，是潘○慧與鄭○雄和我們接洽的」、「鄉長陳○山未介入土地買賣，我們也沒有聽說過陳○山有介入本案土地買賣」、「鄭○雄是仲介人，因為鄭○雄是本地人，才知道地主是誰，他帶潘○慧來的，價錢是潘○

慧決定的」、「鄉長陳○山沒有介入土地買賣」等語之證言，認定陳○山所收受之款項係賄賂，而非土地仲介費。潘○慧、黃○強及相關證人嗣翻異前詞之證述，不足採信。陳○山所為該款係土地仲介費之辯解，為卸責之詞，亦不足採。3、徐○國於第四次更審前原審雖為：見面後才知道陳○山是地主代表，我們最後土地談差不多之後，準備跟地主簽約，達○公司的邢○樑、朱○源介紹潘○慧給我認識，準備由她買地作業跟付款，我認為土地代表是陳○山等語之陳述。然因興建林內焚化廠之土地作業，實際上係由潘○慧全權處理，並非徐○國，其此部分所述，無從為有利陳○山之認定。徐○國於原審證稱：我帶著潘○慧與陳○山見面，陳○山已經找好一塊地，也說服了地主，價格也談出一個數字，所以達○公司是說潘○慧可以做土地代書作業，不是真正說服地主的等語，與前揭所為之證述相類似，自己為原審所不採，無從為陳○山有利之認定。4、潘○慧、朱○源、鄭○雄所述陳○山曾提供本焚化場地籍圖部分，僅係提供資訊，與土地仲介不相關，無法為陳○山有利之認定各等情。所為論列說明，並不悖乎經驗法則與論理法則，自不容任意指摘。原判決已詳敘認定陳○山犯罪所憑之證據及得心證理由，並無上訴意旨所指以推測之詞認定達○公司行賄陳○山，有認定事實不憑證據之違法。又原判決並非單憑陳○山之供述為其論罪之唯一證據，亦無上訴意旨所稱欠缺補強證據、判決不備理由之違法。至上訴意旨所稱如係賄款何以需扣除稅金一節，係就原判決已明白認定確係賄款並非土地仲介費之事實，以自己之說詞而為爭執。上訴意旨另以朱○源偵訊筆錄有疏漏，朱○源自潘○慧取得2千萬元，檢察官未追查流向，以此要脅朱○源配合辦案，朱○源供述證據之證明力有瑕疵等臆測之詞，指摘原判決採證違法，亦非適法。至

原判決既採用朱○源於偵查中所為對陳○山不利之證言，自己不採其所為其他不相容之證詞，此為採證之當然結果，縱未就此特別說明，無違法可言。原判決本於證據取捨之職權行使，參酌相關證據資料，認潘○慧、黃○強、鄭○煌所為不利於陳○山之陳述為可採，與證據法則無違。上訴意旨徒以朱○源、潘○慧為掩飾自身取得之金錢流向，始強逼黃○強誣陷陳○山等語，指摘其等證言不可信，非適法之第三審上訴理由。

- (五) 貪污治罪條例第5條第1項第3款之公務員對於職務上之行為收受賄賂罪，係以公務員所收受之賄賂或不正利益與其職務上之行為具有相當對價關係者，為其要件。此所謂「職務上之行為」，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言。至其職務權限，係依憲法或行政法上規定之權限，而為判斷，與何人擔任該職位無涉。原判決參酌地方制度法第57條及地方行政機關組織準則第19條第1項前段之規定，以陳○山擔任鄉長，對外代表該鄉，綜理鄉政，列席環境評估審查會，表達意見，進而配合上級政府興建焚化廠政策時，排除民眾抗爭等事項，認此係其職務上之行為。本件林內焚化廠BOO（即 BUILD—OPERATE—OWN）案（下稱林內焚化廠案）雖由雲林縣政府主辦，惟陳○山身為鄉長，負有配合上級機關政策執行之義務，對焚化廠之興建，在監督管理上有其職權，而認屬其職務上之行為。所為判斷，於法並無違誤。原判決並非以其對之有重大影響力，為認定職務上行為之依據。上訴意旨主張：原判決認定陳○山對前揭事項「具有重大影響力」係出於推測；又依鼓勵公民營機構興建營運垃圾焚化廠作業辦法之規定，垃圾焚化廠之主辦機關為雲林縣政府，原判決認定陳○山對於興建之焚化廠有監督管理之職權，亦與前揭作業辦法規定不符。核係未依卷內訴訟資料或憑己見所

為之指摘，均非適法之上訴理由。至原判決理由內援引90年5月16日公布之「雲林縣區域性垃圾處理場管理自治條例」相關規定，說明陳○山係依據法令從事於公務之人員。與事實欄關於陳○山之職務上行為之認定，不生牴觸。上訴意旨指摘雲林縣區域性垃圾處理場管理自治條例制定在後，其並無動機與目的收受賄賂及焚化廠尚未完工，其尚未擔任副主任委員職務等語，亦非上訴第三審之合法理由。

(六) 原判決事實欄十三已載明陳○山以其職務上行為為對價與達○公司代表黃○強達成期約賄賂之意思表示合致。無上訴意旨所指事實記載不明之違法情形。原判決援引朱○源於偵查中證述：「為求順利取得建廠土地、減少抗爭且依環評審查結論第1條之要求加強與民眾溝通，所以達○公司於買賣土地款中，即有編列與地方人士加強關係、疏通費用之預算5千萬元……林內鄉長陳○山的疏通費是由黃○強去洽談的，後來扣除稅金，實際支付金額為1千8百萬元。」等語，此部分係針對檢察官所詢：「達○公司有關本案在環境評估完成前，如何與地方人士加強關係、疏通費用之預算若干？」所為之回答，有訊問筆錄可稽。原判決參採該部分證言，而為編列疏通費用之認定，並無不相適合之處。上訴意旨以環境影響評估係於90年5月10日始通過，朱○源所稱環評審查結論編列疏通費用，指摘原判決有證據上理由矛盾違法，此部分係未依卷內訴訟資料所為之指摘。

(七) 原判決綜合卷內相關證據資料，認定陳○山與達○公司代表黃○強雙方意思表示合致時，屬「期約」賄賂，嗣進而收受賄賂。上訴意旨擷取潘○慧所為「黃○強上車即跟我說陳○山『要』2千萬元」之部分證言，指摘原判決未為「要求」賄賂之認定，有判決理由不備、理由矛盾之違法

，殊非適法之第三審上訴理由。

- (八) 原判決就達○公司行賄陳○山之目的係希望陳○山贊成興建焚化廠，並適時宣導排除民眾抗爭等情，已載明所憑之證據及其認定之理由，無上訴意旨所指認定事實未憑證據及判決理由不備之違法。又原判決理由載述達○公司行賄陳○山之目的係希望陳○山「贊成興建焚化廠並適時宣導排除民眾抗爭」之旨，與事實欄記載「期待陳○山支持並協助本焚化廠之興建」，尚無抵觸，亦無上訴意旨所稱事實與理由矛盾之違法情形。至朱○源有無支付疏通費用予代表會之人員，於陳○山與達○公司達成期約賄賂並收受賄賂之認定，並無必要之關連。執此指摘，同非適法上訴理由。
- (九) 判決書應分別記載其裁判之主文與理由；有罪之判決書並應記載犯罪事實，且得與理由合併記載，刑事訴訟法第308條定有明文。原判決於事實欄雖未記載陳○山如何踐履賄求對象之行為，惟於理由內已說明陳○山擔任鄉長，列席環評審查會，表達意見，進而配合上級政府興建焚化廠政策時，排除民眾抗爭等事項，與其職務有相當關係，所為如何該當於收受賄賂罪之構成要件。合併觀察原判決此部分事實之記載與理由之說明，並無上訴意旨所指判決理由不備之情形。
- (十) 事實審法院得本於職權裁量之事項，而綜合其他證據已可為事實之判斷者，非可認係應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。原判決綜合卷內證據資料，已足認定陳○山之犯行。待證事實並無不明瞭之處，欠缺調查之必要性。原審審判長於審判期日，詢以：「尚有何證據請求調查？」陳○山及其原審辯護人均稱：「無」等語，有審判筆錄可稽。原審未另就達○環保股份有限公司（該公司係達○公司之投標組合依雲林縣政府指示為將來建廠營運而成

立之公司)股東潘○禎與潘○慧之關係，為其他無益之調查，並無調查未盡之違法。至陳○山之辯護人提出自行勘驗並製作有關潘○慧等3人之調查、偵訊錄音光碟之筆錄，聲請勘驗一節，原判決已於理由欄甲、拾壹說明何以未予勘驗之理由。上訴意旨仍憑己意而為爭執，亦非上訴第三審之適法理由。

(十一) 所謂對於被告有利之證據不予採納者，應說明其理由，係指該項證據倘予採納，能予推翻原判決所確認之事實，而得據以為有利於被告之認定者而言。如非此項有利於被告之證據，縱未於判決內說明其不足採納之理由，因本不屬於上開範圍，仍與判決理由不備之違法情形有間。原判決就陳○山對於職務上行為收受賄賂一節，已綜合卷內證據資料，詳為認定，並就陳○山所為其所收受為土地仲介費而非賄款之辯解，予以指駁。上訴意旨所稱陳○山於原審所提另案仲介土地收受仲介費之比例，占買賣價金百分之十二等情，顯不足以推翻原判決所確認之事實，原判決就此未特別說明如何不足為陳○山有利之認定，與理由不備之違法並不相當。就此指摘，仍非第三審上訴之合法理由。

(十二) 原判決以證人鄭○煌於偵訊時陳稱：開會的場合聽邢○樑及朱○源說要跟地方加強關係，要編列「疏通費用」等語。於第一審準備程序時雖稱：我曾經聽過邢○樑及朱○源說為了土地之取得需要協調地方士紳等，且需要適度的溝通相關人員，並且編列相關費用，所以「公關費用」並不是為了使公務員違背職務之行為或是決定等語。然檢察官於第一審詰問鄭○煌時，提示其偵訊筆錄，問：「你是否對檢察官說開會的場合，有聽到邢○樑及朱○源說要跟地方加強關係，要編列『疏通費用』，但金錢數字多少及要分給誰不知道？」鄭○煌回答：「

有，我有這樣說，但疏通費用應該是指公關費用……」等詞。足認鄭○煌於第一審將疏通費用改稱為公關費用。惟所編列費用名稱為何，不影響於鄭○煌所述為疏通地方關係，曾編列相關費用之事實。原判決併採其於偵訊及第一審之證述，要無上訴意旨所指判決理由不備、理由矛盾之違法情形。

- (十三) 關於賄賂之金額，依原判決事實之認定及其理由之說明，係認達○公司於土地款虛增編列費用，供疏通之用，規劃其中2千萬元用以行賄陳○山，後因扣除稅金，陳○山與達○公司代表黃○強達成期約賄賂1千8百萬元之意思表示合致。黃○強即向朱○源回報購地的土地款必須加上給陳○山的1千8百萬元賄款，朱○源亦表示同意。達○公司行賄陳○山之賄款，虛列於土地款中，透過潘○慧按每期撥交金額之一定比例給付陳○山（即簽約時約1%、第1期款約10%、第2期款約30%、第3期約59%）。土地價款係分別在90年5月4日、同年10月15日、91年3月26日及同年11月5日分期支付，則1千8百萬元賄款，應於簽約時交付18萬元，其餘分三期，第1期款約10%180萬元（實付200萬元，比約定多出20萬元），第2期款約30%540萬元（實際給付182萬7,000元、170萬元、190萬2,400元，合計542萬9,400元，比約定多出2萬9,400元），第3期約59%1,062萬元（實付150萬元、644萬元、220萬5,250元，合計1,014萬5,250元）。陳○山於歷次審理時並未否認曾收受前揭款項之事實，於原審準備程序時亦供稱：「（潘○慧陸續有分四次將1,800萬元存到你的那些帳戶，你認為你不是賄款，而是仲介土地應得的款項？）對。按照土地款，分期給我的。」等語，於準備書狀，亦將「被告（指陳○山）收受潘○慧簽發支票或以現金支付……1,800萬元之事實」

列為不爭執事項。其於105年8月31日原審審判期日，審判長詢以：「（陳○山）91年11月26日收受220萬5,250元，合計實際收受1,775萬4,650元？」僅爭執：「那只是單純的土地仲介費。」未就收受之數額有所爭執。況於第三次更審前原審100年11月2日審判期日，審判長就收取款項數額訊問陳○山時，其供稱：「對於黃○溪、柯○墀，她（指潘○慧）也有支付仲介費，加起來由我與潘○慧、鄭○雄分擔，剩餘的才開支票，才有5,250的零頭現象發生。」等語。陳○山就91年11月26日之220萬5,250元部分並未爭執，僅辯稱是仲介費。原判決就陳○山收受賄款之數額，依憑卷內證據認定明確。至收受賄賂之方式（現金或支票）及收受賄款後之流向（存入自己或他人帳戶），均不影響於陳○山確有收受賄賂之認定。原判決事實欄十六之（五）與原判決附表（下稱附表）五編號8就面額220萬5,250元之支票兌現後，其中20萬5,250元流向之記載，雖欠一致，惟於陳○山收受該賄款之認定，不生影響。上訴意旨就此指摘，要非適法之上訴理由。又依原判決事實欄十五及附表三、5之(3)與附表一「非供述證據」第15號90年10月15日達○公司匯款2,255萬元予旭○公司之轉帳傳票及匯款回條聯所載，達○公司經旭○公司交付潘○慧之第1期款係於90年10月15日支付。則原判決理由欄所載「達○公司經由旭○公司交付潘○慧第1期土地款係在90年10月25日」等語。參酌原判決事實欄及前揭附表所引證據資料，可知25日應係15日之誤寫。潘○慧於90年10月15日收受該筆土地款後，於同年月17日交付200萬元予陳○山，二者並無矛盾之處。原判決理由欄乙、柒、二之（二）所稱「況達○公司經由旭○公司交付潘○慧第1期土地款……潘○慧即於如附表五編號2所示交付2百萬元

現金予陳○山。」等語，旨在說明確有交付2百萬元之賄賂。至於係以現金或支票（業已兌領）交付，於判決本旨不生影響，要無上訴意旨所指判決理由矛盾之違法。至扣除利息24萬5,350元，係包含90年11月間先行墊借200萬元之利息17萬3,000元，及給付第1期、第2期金額，比約定多出之20萬元、2萬9,400元部分所生之利息甚明。上訴意旨指摘此部分事實不明，賄賂金額究係2千萬元或1,800萬元有所矛盾，22萬9,400元，4個月餘之利息，竟高達24萬5,350元，顯不合理。此部分或憑己意或係未依卷內訴訟資料所為之指摘，均非適法之上訴理由。

(十四) 原判決參採潘○慧所為：「第1期款係90年10月，我拿2百萬元……第2次是隔不到1個月，他（指陳○山，下同）說他1月24日要選鄉長，需要用錢，他要我跟公司反應，我說沒有辦法，後來他一直急，我就說要幫他調看看，我就跟朋友借200萬元，我預扣利息，他實際拿182萬7千元，隨後分成2次給他，那是我私人跟人借錢，到下一筆錢到後再扣回來。」等證詞。而為潘○慧在尚未收受第二期款前，先於90年11月間交付陳○山182萬7千元之認定。所為判斷，與常情無悖。上訴意旨漫詞指摘原判決以推測之詞，認定達○公司行賄陳○山，有認定事實不憑證據之違法。係以自己之說詞任意指摘原判決違法，同非適法之第三審上訴理由。

(十五) 原判決於事實欄十五明白認定：達○公司實際交付1,775萬4,650元，陳○山亦係收受該金額等情。其附表五就收受賄款之總金額雖記載「1,775萬4,650元加利息24萬5,350元」，然由原判決事實及其附表五所載陳○山收受賄款之方式而觀，顯不包括利息24萬5,350元甚明。

同附表就收受賄款之總金額的敘述，用詞雖欠精確，然於判決本旨不生影響。又原判決事實欄六及其理由欄乙、伍之三所載達○公司於90年8月27日預借100萬元予徐○國等情，有原判決所引之銀行匯款回條影本可憑。至附表三、5之(4)載為90年8月17日，其中17顯係27之文字誤寫，此項錯誤尚非不得裁定更正，執以指摘，仍非適法之上訴理由。

- (十六) 原判決事實欄十六就附表五編號7 ①、②所示部分，係分別存入蘇○霞、洪○雲帳戶，附表五編號7③ 所示部分則係存入陳○山帳戶，已明白認定，此與附表五編號7 之記載，並無歧異。上訴意旨指二者有所不符，容有誤會，尤非上訴第三審之合法理由。
- (十七) 原判決關於張○味部分，係以：達○公司與旭○公司簽約，將公關費用，隱藏於土地款，以合法掩護非法之方式掩飾其行賄之資金來源等語。此與其所為達○公司用以行賄陳○山之賄款，亦係隱藏在土地款中之認定，二者並無矛盾。陳○山以其所收款項既均列冊載明，即非不法，指摘原判決認定事實違誤。核係以自己之說詞而為指摘，同非適法之上訴理由。
- (十八) 原判決事實欄六已載述：達○公司為取得本焚化廠之開發營運權，首先要取得合適之建廠用地，為遂行行賄陳○山，以達到順利取得焚化廠興建營運權之目的，於建廠用地土地款中虛增編列款項，做為疏通費用等情。參以達○公司於89年5月18日第2次招標截止日前，即已檢具環境影響說明書審查，惟環評結果未通過而流標之招標經過即明。原判決認定達○公司係在尋覓林內鄉建廠用地時，與陳○山達成期約賄賂之意思合致，尚無上訴意旨所指判決理由矛盾之違法情形。又達○公司與陳○山達成期約賄賂之合意後，陳○山亦於90年4月2日、90

年4月23日參與環評審查會，認達○公司於土地款中隱藏編列疏通費用，以供行賄，隨土地款分期交付陳○山。所為認定亦與常理無違。上訴意旨指達○公司編列預算給鄉公所系統，不是指鄉長一個人，若有疏通費用，陳○山怎會北上抗爭，況90年5月間收取款項時，達○公司並未確定能否得標，先行支付疏通費用，有違常理。核係持憑己意或以不同之評價，漫指原判決違法，殊非合法之上訴理由。

(十九) 修正刑法已刪除原第34條之規定，其立法說明，係以：「追繳、抵償既屬無法執行沒收時之替代手段，最終目的在無法執行沒收時，自其他財產剝奪相當價額，其方式可為價額追徵或財物之追繳、抵償，惟此本係執行之方法，而非從刑，亦無於本法區分，故統一替代沒收之執行方式為追徵；再依沒收標的之不同，分別於第38條及第38條之1為追徵之規定。」原判決就未扣案之貪污所得財物1,775萬4,650元，適用修正刑法第38條之1第1項規定宣告沒收，並諭知如全部或一部不能沒收時，追徵其價額，於法並無不合。上訴意旨執修法前之舊見解，主張犯罪所得既係現金，如全部或一部不能沒收時，自應為以其財產抵償之諭知，方為適法等語。此一指摘，仍非上訴第三審之合法理由。

肆、其餘上訴意旨，置原判決所為明白論斷於不顧，仍持己為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據與判斷證據證明力之職權行使，徒以自己說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

伍、依上所述，張○味等2人之上訴俱違背法律上之程式，均應予駁回。

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 107 年 7 月 4 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 何 信 慶

法官 朱 瑞 娟

法官 劉 興 浪

法官 李 英 勇

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 7 月 5 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第2850號

## 裁判要旨

(一)搜索，以有無搜索票為基準，可分為「有令狀搜索」（有票搜索）與「無令狀搜索」（無票搜索）；而「有令狀搜索」係「原則」，「無令狀搜索」為例外。於原則情形，搜索應用搜索票，搜索票由法官簽發，亦即以法院（官）為決定機關，目的在保護人民免受非法之搜索、扣押。惟因搜索本質上乃帶有急迫性、突襲性之處分，有時稍縱即逝，若均必待聲請搜索票之後始得行之，則時過境遷，勢難達其搜索之目的，故刑事訴訟法乃承認不用搜索票而搜索之例外情形，稱為無令狀搜索或無票搜索，依該法之規定，可分為：第130條附帶搜索、第131條第1項、第2項2種不同之緊急搜索及第131條之1之同意搜索等共4種。此種搜索，也應遵守法定程式，否則仍屬違法搜索。上開附帶搜索之範圍，以被告或犯罪嫌疑人之身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所為限。其中所謂「立即可觸及之處所」乙語，自與同法第131條之「住宅」、「其他處所」不同；前者必須是在逮捕、拘提或羈押被告或犯罪嫌疑人所在地附近，而可立即搜索之處所，至於後者，則無此限制。如逾此立即可觸及之範圍而逕行搜索，即係違法搜索。又上揭緊急搜索，其目的純在迅速拘捕被告、犯罪嫌疑人或發現現行犯，亦即得以逕行進入人民住宅或其他處所，搜索之對象，在於「人」，而非「物」；倘無搜索票，但卻以所謂緊急搜索方法，逕行在民宅等處所搜索「物」，同屬違法搜索。至同意搜索，必須經受搜索人「自願性」地同意，亦即該同意，必須出於受搜索人之自主性意願，非出自執行人員明示或暗示之強暴、脅迫、隱匿身分等不正方法，或因受搜索人欠

缺搜索之認識所致，否則，仍非適法。又此同意權限之有無，就「身體」之搜索而言，僅該本人始有同意之權；就物件、宅第而言，則以其就該搜索標的有無管領、支配之權力為斷（如所有權人、占有或持有人、一般管理人等），故非指單純在場之無權人；其若由無同意權人擅自同意接受搜索，難謂合法，更不待言。

（二）稽諸本件搜索票，記載案由為違反毒品危害防制條例等，搜索處所為「彰化縣○○鄉○○路0段000巷00號（按係住宅）」，應扣押物為「被搜索人涉嫌違反毒品危害防制條例之相關不法事證」，惟關於原判決事實欄一—（一）、（二）所示（即未經許可，持有槍砲之主要組成零件；未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍）之如附表編號1及編號3至6部分之金屬槍管、子彈、改造手槍等，均係在彰化縣○○鄉「○○○段0000地號土地」查獲（見附表備註記載，按係屋外園地）。該後部分之搜索，縱如原判決所認定係屬附帶搜索，然警方另行前往搜索票所未記載之上開屋外園地搜索，是否符合法律所許附帶搜索，限於被搜索人身體所在而「立即可觸及之處所」？非無疑義（按依此搜索、扣押筆錄所載，上訴人似「未在场」。上開搜索過程，倘不合法（包含未經有同意權人之同意情形），則其違法搜索（按依上揭搜索、扣押筆錄記載，係案外人劉○信簽名、接受執行）所得之金屬槍管、子彈、改造手槍等，有無證據能力？自應依比例原則及法益權衡原則，予以客觀判斷之。乃原判決理由逕以「有搜索票之附帶搜索，在實務上事所常有，且為查緝犯罪所必要，在不違反被告權益之情形下，『自難認為違法』。本院權衡被告人權及發現真實、維護社會治安之輕重，認為本件搜索係屬合法」等簡短數語，即認定搜索有證據能力，尚屬理由不備。且既認合法，卻又適用刑事訴訟法第158條之4規定，亦見理由矛盾。

## 相關法條

刑事訴訟法第128條、第130條、第131條、第158條之4。

上訴人詹○行

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年11月22日第二審判決（106年度上訴字第299號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署105年度偵字第3661、3981號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於未經許可，持有槍砲之主要組成零件；未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷（未經許可，持有槍砲之主要組成零件；未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍）部分：

一、本件原判決此部分事實認定略為：

(一)上訴人詹○行於民國100年間某日起，在臺中市某跳蚤市場，以不詳價格購買如原判決附表（下稱附表）編號1所示屬槍枝主要組成零件之金屬槍管1支（起訴書誤載為槍機1支）及附表編號2至5所示具殺傷力之制式子彈共71顆、具殺傷力之非制式子彈共11顆而持有之。

(二)上訴人於104年12月間某日至105年2、3月間某日，在彰化縣○○鄉○○村○○路0段000巷00號住處，接續以換裝槍管之方式（起訴書誤載為以改造槍枝工具及電鑽製造），未經許可製造如附表編號6至8所示可發射子彈具有殺傷力之改造手槍共3支。嗣於105年4月15日上午10時58分許，經警前往上址及同縣、鄉○○○段0000地號土地等處執行搜索，當場扣得如附表編號1至8所示之物。因而維持第一審論處上訴人未經許可，持有槍砲之主要組成零件（累犯，判處有期徒刑1年，併科罰金新臺幣5萬元）；未經許可，製造可發射子彈

具有殺傷力之改造手槍罪刑（累犯，判處有期徒刑7年，併科罰金新臺幣15萬元）之判決，駁回上訴人此部分的第二審上訴。固非無見。

## 二、惟查：

(一)搜索，以有無搜索票為基準，可分為「有令狀搜索」（有票搜索）與「無令狀搜索」（無票搜索）；而「有令狀搜索」係「原則」，「無令狀搜索」為例外。於原則情形，搜索應用搜索票，搜索票由法官簽發，亦即以法院（官）為決定機關，目的在保護人民免受非法之搜索、扣押。惟因搜索本質上乃帶有急迫性、突襲性之處分，有時稍縱即逝，若均必待聲請搜索票之後始得行之，則時過境遷，勢難達其搜索之目的，故刑事訴訟法乃承認不用搜索票而搜索之例外情形，稱為無令狀搜索或無票搜索，依該法之規定，可分為：第130條附帶搜索、第131條第1項、第2項2種不同之緊急搜索及第131條之1之同意搜索等共4種。此種搜索，也應遵守法定程式，否則仍屬違法搜索。

上開附帶搜索之範圍，以被告或犯罪嫌疑人之身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所為限。其中所謂「立即可觸及之處所」乙語，自與同法第131條之「住宅」、「其他處所」不同；前者必須是在逮捕、拘提或羈押被告或犯罪嫌疑人所在地附近，而可立即搜索之處所，至於後者，則無此限制。如逾此立即可觸及之範圍而逕行搜索，即係違法搜索。

又上揭緊急搜索，其目的純在迅速拘捕被告、犯罪嫌疑人或發現現行犯，亦即得以逕行進入人民住宅或其他處所，搜索之對象，在於「人」，而非「物」；倘無搜索票，但卻以所謂緊急搜索方法，逕行在民宅等處所搜索「物」，同屬違法搜索。至同意搜索，必須經受搜索人「自願性」地同意，亦即該同意，必須出於受搜索人之自主性意願，非出自執行人

員明示或暗示之強暴、脅迫、隱匿身分等不正方法，或因受搜索人欠缺搜索之認識所致，否則，仍非適法。又此同意權限之有無，就「身體」之搜索而言，僅該本人始有同意之權；就物件、宅第而言，則以其就該搜索標的有無管領、支配之權力為斷（如所有權人、占有或持有人、一般管理人等），故非指單純在場之無權人；其若由無同意權人擅自同意接受搜索，難謂合法，更不待言。

(二)稽諸本件搜索票，記載案由為違反毒品危害防制條例等，搜索處所為「彰化縣○○鄉○○路0段000巷00號（按係住宅）」，應扣押物為「被搜索人涉嫌違反毒品危害防制條例之相關不法事證」（見105年度偵字第3661號偵查卷第27頁），惟關於原判決事實欄一—(一)、(二)所示（即未經許可，持有槍砲之主要組成零件；未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍）之如附表編號1及編號3至6部分之金屬槍管、子彈、改造手槍等，均係在彰化縣○○鄉「○○○段0000地號土地」查獲（見附表備註記載，按係屋外圍地）。該後部分之搜索，縱如原判決所認定係屬附帶搜索，然警方另行前往搜索票所未記載之上開屋外圍地搜索，是否符合法律所許附帶搜索，限於被搜索人身體所在而「立即可觸及之處所」？非無疑義（按依此搜索、扣押筆錄所載，上訴人似「未在場」；見同上卷第32頁）。上開搜索過程，倘不合法（包含未經有同意權人之同意情形），則其違法搜索（按依上揭搜索、扣押筆錄記載，係案外人劉○信簽名、接受執行）所得之金屬槍管、子彈、改造手槍等，有無證據能力？自應依比例原則及法益權衡原則，予以客觀判斷之。乃原判決理由逕以「有搜索票之附帶搜索，在實務上事所常有，且為查緝犯罪所必要，在不違反被告權益之情形下，『自難認為違法』。本院權衡被告人權及發現真實、維護社會治安之輕重，認為本件搜索係屬合法」等簡短數語，即認定搜索有證據能力

，尚屬理由不備。且既認合法，卻又適用刑事訴訟法第158條之4規定，亦見理由矛盾。

(三)審理事實之法院，對於被告有利及不利的證據，均應一併加以注意，並綜合全部證據資料，本於經驗及論理法則定其取捨而為判斷，並應詳述其全部證據取捨判斷的理由，否則即有判決理由不備之違法。

卷查證人即負責搜索之警員黃○璋於原審證稱：「（被告自殘之後，你在安撫他時，那時也不知道他持有槍械？）那時候還沒搜到，還不知道」、「在被告住處搜索過程中，我問被告，園子那邊還有東西嗎？被告就說那邊還有東西…」、「（A1〈係秘密證人〉有沒有指訴園子裡面藏什麼東西？）沒有，他只說那裡可能有東西，他沒有說是什麼東西」等語（見原審卷一第174頁背面、175頁反面）。上開證人證言倘若屬實，則就警員另在搜索票所未記載之搜索處所即上揭屋外園地內，所查獲之如附表編號1及編號3至6之金屬槍管、子彈、改造手槍等物，是否係因上訴人之供述而查獲？尚待釐清。原判決既認事實欄一—(一)、(二)所示部分，係上訴人另行起意而為，為數罪併罰關係，則證人黃○璋上開有利於上訴人之證言，事關該部分上訴人是否成立自首，原審未予審酌，並說明取捨之理由，亦有理由不備之處。

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，應認原判決關於未經許可，持有槍砲之主要組成零件；未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍部分，均具有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（未經許可，寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造手槍）部分：

一、查第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後10日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審

法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段規定甚明。

二、本件上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，關於未經許可寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造手槍〈即原判決事實欄一—(三)〉部分，不服原審判決，於106年12月8日提起上訴，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，其上訴自非合法，應予駁回。

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

中 華 民 國 107 年 11 月 15 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 李 欽 任

法官 王 國 棟

法官 許 錦 印

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 20 日

# 最高法院刑事判決

106年度台上字第3122號

## 裁判要旨

(一)刑事訴訟法第154條第2項前段規定犯罪事實應依證據認定之，此所指「犯罪事實」係與犯罪行為之過程、行為之罪責及刑度高低有關之實體法上事實，對該實體事實之認定，須以法律上具有證據能力且經合法調查程序之證據予以嚴格證明始可。至於其他關於訴訟法上之事實，例如與訴訟條件有關之事實及影響證據證明力消長之事實（輔助事實），乃以自由證明為已足，祇要係適法取得之證據，縱未具有證據能力，亦非不得作為彈劾性或補助性證據使用，且亦不須經嚴格法定調查證據之方式為之。又證人陳述時之心理狀態，係屬證人有無陳述能力之範疇，乃訴訟法上之事實即輔助事實，而非刑事訴訟法第154條第2項前段所指須嚴格證明之犯罪事實。該輔助事實是否存在，以經自由證明為已足，並不以具有證據能力之證據為限，或經合法調查為必要。

(二)公務員貪污罪之不法核心內涵係公務員對於國家忠誠義務之違反。故貪污治罪條例之立法宗旨即在於確保公務員執行職務之公正，禁止公務員因受金錢或其他不正利益之污染，而影響其執行職務之公正性，俾使公務員執行職務具有不可收買之純潔性，而兼有維護公務員廉潔之作用。又貪污治罪條例第5條第1項第3款之公務員對於職務上之行為收受賄賂罪，此之所謂「職務上之行為」，應依上開立法旨趣從廣義解釋，係指公務員在其職務權責範圍內所應為或得為之行為而言。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限及一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其固有職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬其職務行為之範疇，包括由行政慣例所形成，及習慣上所

公認為其所擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及其附隨之準備工作與輔助事務均屬之，始符合上開條例設立之宗旨。依憲法第63條及立法院職權行使法規定，立法院除議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權外，亦包括議案審議、聽取總統國情報告、聽取報告與質詢、同意權之行使、覆議案之處理、不信任案之處理、彈劾案之提出、罷免案之提出及審議、文件調閱之處理、委員會公聽會之舉行、行政命令之審查、請願文書之審查、黨團協商等職權。而憲法第67條第2項及憲法增修條文第3條第2項第1款亦規定立法院所設各種委員會得邀請政府人員與社會上有關係人員到會備詢，及立法委員在開會時有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權。再依立法院組織法第7條、立法院各委員會組織法第2條及立法院程序委員會組織規程第5條第1項第3款規定，立法院所設各種委員會除審查該院交付各委員會之議案及人民請願書，並得於每會期開始時，邀請相關部會作業報告，並備質詢，於審查議案後提報院會決定。是立法委員在立法院各委員會內對行政機關提案，係基於憲法賦予之職權範圍內之行為，本屬立法委員職務上應為之行為。而立法院內雖設各種委員會處理不同之事務，此僅係立法院為有效處理議事所為之分配，不得僅因立法委員分屬於不同委員會而否定其仍可藉由透過其他委員會委員名義代為提案之權力。因此立法委員在立法院院會、各委員會、委員會公聽會及黨團協商所為提案、連署、審議、質詢等議事活動，均屬憲法賦予立法委員之固有職權。惟一般人民請願，除依立法院各委員會組織法之規定向立法院提出請願書外，亦有以向立法委員提出陳情書之方式為之。立法委員就人民向其陳情之事項，以立法委員國會辦公室名義召開協調會之方式，邀請與其所掌理法律、預算等議案及質詢與備詢有關之行政機關派員出席者，受邀之行政機關依行政慣例及習慣，原則上均會予以尊重而派員出席參與立

法委員主持之協調會，該以立法委員國會辦公室名義，邀請相關行政機關派員出席協調會之行為，除已具有公務行為之外觀外，且與憲法賦予立法委員議決、審查、質詢及備詢等主要職務有密切關聯性，亦屬其職務範圍內得為之行為，此均在貪污治罪條例第5條第1項第3款收受賄賂罪之構成要件「職務上之行為」之文義涵攝範圍內。

## 相關法條

刑事訴訟法第154條第2項、第155條第2項。

貪污治罪條例第5條第1項第3款。

上訴人 鍾○和

選任辯護人 莊國明律師

蔡世祺律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國106年8月1日第二審更審判決（104年度上更(一)字第18號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署101年度偵字第17965號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

上訴駁回。

### 理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式予以駁回。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，認定上訴人鍾○和於民國97年2月1日起至101年1月31日間擔任中華民國立法院第7屆立法委員，代表人民行使立法權，而具有議決法律、預算等議案及國家其他重要事項之權，亦有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權，及在立法院所設之各種委員會邀請政府人員到會備詢之權，為依法令服務於國家機關而具有法定職務權限之公務員，有其事實欄所載不違背職務收受新加坡商○○○集團總裁董○躍所交付新臺幣（下同）300萬元賄賂之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論上訴人以公務員不違背職務收受賄賂罪，處有期徒刑7年6月，並宣告褫奪公權5年，及諭知相關沒收及追徵，已詳述其所憑證據及認定之

理由；對於上訴人所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。核其所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按；從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、上訴人上訴意旨略以：

(一)、證人董○躍長期患有憂鬱症及躁鬱症，本案發生後因壓力過大而住院接受治療，其身心狀態已處於無法作證之狀態，原審僅憑國軍高雄總醫院之函覆意見，遽認董○躍於法務部調查局高雄市調查處詢問時（下稱調詢時）有陳述能力，已有不當。又董○躍於101年1月5日調詢時所為之陳述，係在身心狀況不佳下所為，已不具有較可信之特別情況；且董○躍因罹患躁鬱症及憂鬱症，抗壓能力較為軟弱，其於同年月10日接受檢察官訊問時，在檢察官恫嚇及詐欺下所為不利於上訴人之證詞，並非出於任意性而有顯不可信之情況，故董○躍於調詢時及檢察官偵訊中所為之陳述，均不得作為上訴人犯罪之證據。原審未依上訴人之請求，就證人董○躍於調詢時及偵查中之精神狀況委託專業機構鑑定，僅憑國軍高雄總醫院之函覆意見及第一審勘驗該次偵訊光碟之勘驗筆錄，認董○躍於調詢時及偵查中之身心狀況並無不適合接受訊（詢）問之狀態，亦無遭檢察官不正訊問之情形，復以董○躍上開審判外之陳述，較無來自伊之壓力，且距離案發時點較近，記憶應較清晰等為由，遽認其於調詢時及偵查中所為之陳述均例外具有證據能力，而採為伊犯罪之證據，顯有未洽。

(二)、上訴人於本件案發當時為立法委員，對行政院所屬任何機關並無行政體系之上下隸屬關係，對行政院所屬機關公務員亦無指揮監督之權限，復無人事任命權或政策決定權，對於上述行政機關主管之職務，不得親自為之，亦不能介入或干預上述行政機關之政策決定。本件伊受董○躍請託，以立法委

員國會辦公室之名義，擔任主持人，邀請交通部航政司（下稱航政司）、經濟部能源局（下稱能源局）、行政院環境保護署（下稱環保署）、交通部高雄港務局（下稱高雄港務局）及行政院經濟建設委員會（下稱經建會）等政府機關人員出席協調會，討論○○集團在我國設立聚○順貿易股份有限公司（下稱聚○順公司）提出以○○集團所屬天使一號油輪為母船，卸儲定點錨泊於高雄港外7 哩處之作業海域，供子船將油品接駁運往鄰近國家之「高雄港外油駁作業計畫」（下稱本件申請案），係就人民陳情事項所為之選民服務，並非立法委員之職務，該協調會決議之事項，與法律、預算等議案之質詢權無關，不具法律效力，對受邀之行政機關亦無拘束力，且迄今本件申請案應歸何機關主管，仍無定論，可見召開協調會並非立法委員職務上之行為，亦非立法委員職務影響力所及之行為。至於立法院交通委員會就法律提案作成之附帶決議，由立法院函請行政院參考，並無憲法上之依據，充其量僅屬建議性質，對行政機關並不具法律上之拘束力，對行政機關政策之形成，亦無任何影響力，該提案之附帶決議行為顯非立法委員職務上之行為。本件伊以立法委員辦公室名義邀集行政院所屬機關在其立法院國會辦公室召開協調會，並做出決議，及立法院交通委員會將伊助理所擬提案作成附帶決議，函請行政院參考，均非立法委員之職務上行為，亦非行使立法委員職務所必要之輔助性權力，對行政機關之決策亦無任何實質影響力可言。原判決認伊上開所為，均係立法委員職務上之行為，而就其本件所為論以公務員對於職務上行為收受賄賂罪，同有違誤。

- (三)、伊收受董○躍交付之300 萬元，與伊推動本件申請案所為之相關行為並無對價關係，原判決既認定伊有收受董○躍交付之300 萬元賄款，則伊與董○躍之間即具有行賄與受賄之對向性關係，彼此利害關係相反，故董○躍所為不利於伊之證

詞，顯然欠缺憑信性，原審並未調查有無其他補強證據足以佐證董○躍所為不利於伊之指證為可信，遽採其有瑕疵之指證作為伊犯罪之證據，自屬不當。又關於伊收受董○躍交付300萬元所為之對價關係或原因究竟為何？原判決一方面認為係協助董○躍釐清本件申請案之主管機關，但另一方面卻又謂除釐清本件申請案之主管機關外，尚包含確保本件申請案順利通過核准云云，亦有理由矛盾之違法。

- (四)、伊雖以其本人（立法委員）辦公室之名義，邀請相關中央行政機關召開與伊立法委員職權無關之3次協調會，以討論本件申請案。然依原審採為判決基礎之交通部105年7月14日交航（一）字第1059900050號函，及經濟部105年7月25日經授能字第10500144500號函文意旨，經濟部為簡政便民，已公告將其依石油管理法所職掌之核發加油站經營許可執照之核發及換發等業務，溯自91年1月16日起委由直轄市、縣（市）主管機關辦理。故本件申請案之管轄機關應係申請駁油作業地點所在海域之地方主管機關即高雄市政府，而非中央主管機關之經濟部。可見本件申請案之受理及准駁權限，顯已非中央主管機關之職掌。本件申請案所請求之事項，其可行性如何，應由高雄市政府依據石油管理法及加油站設置管理規則等既有法規辦理，毋庸再通案評估其可行性，亦與國家能源政策及是否修改石油管理法等法規不具關聯性；現行法令中，亦無高雄市政府負責辦理核發加油站許可執照之公務員，應到立法院各委員會備詢之相關規定。故本件申請案與伊立法委員之職務顯然不具關聯性，亦無密接性，更非其立法委員職務上影響力所能及之範圍。且伊就本件申請案召開協調會所邀集與會之機關及人員，並未包括高雄市政府相關人員，縱令伊以立法委員身分受人民請託而召開協調會之行為符合立法委員行為法第15條所規定之遊說，並因此遊說行為收取對價而違反立法委員行為法第16條之規定，仍難認本

件申請案關於其管轄權或管理機關之決定，係伊得以立法委員之職權所能發揮影響力所及之事項。原判決未詳加審酌，遽認伊邀請相關行政機關召開協調會以及由立法院交通委員會委員提案附帶決議請行政院參考研酌修法，均係伊行使立法委員職務上之行為，並謂伊得以立法委員之職權就本件申請案所請求之事項，對於相關主管行政機關之公務員具有實質上之影響力，而為不利於伊之認定，殊有違誤云云。

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，並已詳述其取捨證據及得心證之理由者，即不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。

(一)、刑事訴訟法第154 條第2 項前段規定犯罪事實應依證據認定之，此所指「犯罪事實」係與犯罪行為之過程、行為之罪責及刑度高低有關之實體法上事實，對該實體事實之認定，須以法律上具有證據能力且經合法調查程序之證據予以嚴格證明始可。至於其他關於訴訟法上之事實，例如與訴訟條件有關之事實及影響證據證明力消長之事實（輔助事實），乃以自由證明為已足，祇要係適法取得之證據，縱未具有證據能力，亦非不得作為彈劾性或補助性證據使用，且亦不須經嚴格法定調查證據之方式為之。又證人陳述時之心理狀態，係屬證人有無陳述能力之範疇，乃訴訟法上之事實即輔助事實，而非刑事訴訟法第154 條第2 項前段所指須嚴格證明之犯罪事實。該輔助事實是否存在，以經自由證明為已足，並不以具有證據能力之證據為限，或經合法調查為必要。原判決援引國軍高雄總醫院回覆原審詢問證人董○躍於101 年1 月2 日至該醫院住院治療後之身心狀況、理解、判斷及回應能力之函覆意見及檢送之董○躍病歷資料等證據，僅在說明董○躍於調詢時雖有出現原審勘驗調詢光碟之勘驗筆錄所載隨意食用食物等情狀，惟並無胡言亂語或不知所云等情形，復

能針對問題回答，認其於調詢時係處於可理解、判斷及正常回應他人詢問內容之狀況，用以認定董○躍於調詢時具有陳述能力之相關證明，既核與卷存之證據資料並無不合，復已說明何以尚無囑託專業醫院鑑定證人董○躍在調詢時及偵查中精神狀態之必要，況且原判決亦非以該國軍高雄總醫院之函覆意見作為認定上訴人犯本件公務員不違背職務收受賄賂罪之依據，自無適用嚴格之證明法則以調查該項證據之必要。上訴意旨指摘原審採用不具證據能力之國軍高雄總醫院函覆意見，認定董○躍調詢時有陳述能力為不當云云，依前開說明，顯然誤解程序法則而為任意指摘，自不足取。且原審就董○躍於調詢時所為不利於上訴人之陳述（包括其所供何以交付300萬元予上訴人之原因），何以符合刑事訴訟法第159條之2之規定而例外具有證據能力，亦已說明董○躍於調詢時之陳述與其嗣後在第一審審理時所述前後並不一致，且於第一審審理時就其何以交付300萬元予上訴人之相關問題，甚至改稱「沒印象」或「不清楚」等語，然依其於調詢時陳述之原因、過程、內容及功能等各項外在附隨環境或條件加以觀察，認其於調詢之陳述具有較可信之特別情況，且為證明上訴人犯罪事實所必要，而認為具有證據能力等旨甚詳（見原判決第8頁第2行至第13頁第11行）。核其此部分論斷，尚與證據法則無違。又被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據，刑事訴訟法第159條之1第2項定有明文。稽其立法理由，乃謂現階段檢察官實施刑事訴訟程序，多能遵守法律規定，並無違法取供之虞，故原則上賦予其偵訊筆錄之證據能力，祇於顯有不可信之例外情況時，始否定其證據適格。是當事人若爭辯存有此種例外情況者，必須提出相當程度之證據資料加以釋明，非許空泛指摘。原判決已敘明檢察官在本案偵查起始階段，對董○躍所涉罪名究屬違背職務或不違背職務之行

賄罪，尚待將來查得相關證據資料始能釐清，是否請求新加坡之檢察官提供偵查協助，仍有待董○躍之供述內容作為判斷依據等情形，因此檢察官在訊問董○躍之前，將其如有刻意隱瞞情事，可能進一步尋求董○躍所屬國家（新加坡）之檢察官提供協助等日後可能採取之偵查作為告知董○躍，尚難認有何違法之可言，且綜觀第一審勘驗董○躍偵訊光碟之勘驗筆錄所記載之全部訊問過程，董○躍於偵訊時對答如流，並無懼色，且時而談笑風生等情況，認董○躍於偵訊時並無遭檢察官恐嚇、詐欺而無法自由陳述之「顯有不可信之情況」，而認定董○躍於偵訊時所為不利於上訴人之陳述具有證據能力等旨綦詳（見原判決第13頁第12行至第16頁倒數第7行），核其此部分論斷，亦與證據法則無違。上訴意旨徒憑己見，謂證人董○躍於本件審判外之陳述均無證據能力云云，而據以指摘原判決採證不當，依上述說明，同屬誤會，尚非合法之第三審上訴理由。

- (二)、公務員貪污罪之不法核心內涵係公務員對於國家忠誠義務之違反。故貪污治罪條例之立法宗旨即在於確保公務員執行職務之公正，禁止公務員因受金錢或其他不正利益之污染，而影響其執行職務之公正性，俾使公務員執行職務具有不可收買之純潔性，而兼有維護公務員廉潔之作用。又貪污治罪條例第5條第1項第3款之公務員對於職務上之行為收受賄賂罪，此之所謂「職務上之行為」，應依上開立法旨趣從廣義解釋，係指公務員在其職務權責範圍內所應為或得為之行為而言。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限及一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其固有職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬其職務行為之範疇，包括由行政慣例所形成，及習慣上所公認為其所擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及其附隨之準備工作與輔助事務均屬之，始符合上開條例設立之宗旨。依憲法第63條及立法院職權行使法

規定，立法院除議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權外，亦包括議案審議、聽取總統國情報告、聽取報告與質詢、同意權之行使、覆議案之處理、不信任案之處理、彈劾案之提出、罷免案之提出及審議、文件調閱之處理、委員會公聽會之舉行、行政命令之審查、請願文書之審查、黨團協商等職權。而憲法第67條第2項及憲法增修條文第3條第2項第1款亦規定立法院所設各種委員會得邀請政府人員與社會上有關係人員到會備詢，及立法委員在開會時有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權。再依立法院組織法第7條、立法院各委員會組織法第2條及立法院程序委員會組織規程第5條第1項第3款規定，立法院所設各種委員會除審查該院交付各委員會之議案及人民請願書，並得於每會期開始時，邀請相關部會作業報告，並備質詢，於審查議案後提報院會決定。是立法委員在立法院各委員會內對行政機關提案，係基於憲法賦予之職權範圍內之行為，本屬立法委員職務上應為之行為。而立法院內雖設各種委員會處理不同之事務，此僅係立法院為有效處理議事所為之分配，不得僅因立法委員分屬於不同委員會而否定其仍可藉由透過其他委員會委員名義代為提案之權力。因此立法委員在立法院院會、各委員會、委員會公聽會及黨團協商所為提案、連署、審議、質詢等議事活動，均屬憲法賦予立法委員之固有職權。惟一般人民請願，除依立法院各委員會組織法之規定向立法院提出請願書外，亦有以向立法委員提出陳情書之方式為之。立法委員就人民向其陳情之事項，以立法委員國會辦公室名義召開協調會之方式，邀請與其所掌理法律、預算等議案及質詢與備詢有關之行政機關派員出席者，受邀之行政機關依行政慣例及習慣，原則上均會予以尊重而派員出席參與立法委員主持之協調會，該以立法委員國會辦公室名義，邀請相關行政機關派員

出席協調會之行為，除已具有公務行為之外觀外，且與憲法賦予立法委員議決、審查、質詢及備詢等主要職務有密切關聯性，亦屬其職務範圍內得為之行為，此均在貪污治罪條例第5條第1項第3款收受賄賂罪之構成要件「職務上之行為」之文義涵攝範圍內。原判決依憑上訴人之供述（坦承以立法委員國會辦公室名義，邀集相關行政機關代表召開其所主持之3次協調會議，並將由其在立法院所配置之助理人員所擬具之「要求交通主管機關研議擴大高雄港區管理範圍」提案交予黨團助理處理，嗣該提案在立法院交通委員會提案連署後通過附帶決議，函送行政院參考）、證人陳○成、陳○美、莊○緯之證詞，及卷附立法委員鍾○和國會辦公室傳真函、交通部出席會議報告單、能源局出席會議報告、高雄港務局函、立法院秘書長、立法院議事處函暨附件等證據資料，認定上訴人在立法委員任期且同時擔任立法院經濟委員會委員期間，有以「立法委員鍾○和辦公室」名義，由其擔任主持人，就本件申請案其中關於「業者欲以油輪於高雄港外海域進行油品接駁轉運作業，為釐清主管機關」事項，邀集航政司、能源局、環保署、高雄港務局及經建會等機關代表人員在其國會辦公室召開3次協調會議，並作成「建請經建會邀集相關單位釐清本件申請案主管機關〈第1次協調會〉」、「請經建會研究本申請案能否活絡國家經濟及商業活動，有助於我國成為亞太營運中心之發展。請能源局就國家能源發展政策評估本申請案之可行性，另請交通部檢討評估將高雄港港外水域自岸線向外海延伸為7浬之可行性〈第2次協調會〉」、「本件申請案之管轄機關為能源局，請該局擔任受理窗口，再會商行政院海岸巡防署、環保署、海關及高港局意見，並可考慮委託高港局管理。請能源局適時修正石油管理法，將海域範圍納入規範〈第3次協調會〉」等決議，並將其立法院所配置之助理人員所擬具「要求交通主管機

關研議擴大高雄港區管理範圍」草案，透過黨團助理由立法院交通委員會委員提案及連署，嗣並通過附帶決議，函送行政院卓參等行為，已詳敘其憑據。並說明上訴人在擔任立法委員期間既有審查經建會及能源局等行政機關相關法律、預算等議案及質詢之權，且同時身為經濟委員會之委員，對配屬經濟委員會之經建會、經濟部及其所轄能源局職掌之事項，亦有審議、邀請作業務報告及備質詢之權。故上訴人將其助理人員所擬具上述提案內容，透過黨團助理委請交通委員會委員連署提案並在交通委員會以附帶決議方式通過上述提案，則其上開將其助理人員擬具上述提案內容，透過黨團助理委由立法院交通委員會提案之行為，自屬上訴人之立法委員職權範圍內之事項。而其以「立法委員鍾○和辦公室」名義，3次邀請經建會、能源局、航政司、高雄港務局及環保署等行政機關出席其所主持之協調會等方式，均具有公務行為之外觀，且受邀之相關行政機關，就立法委員以國會辦公室名義正式邀請出席協調會之行為，依行政慣例及習慣，原則上均會予以尊重而派員參與。則上訴人邀請能源局等行政機關召開3次協調會之行為，均係附隨立法委員主要職務之輔助行為，且與立法委員之主要職務有密切關聯性，亦屬其職務上得為之行為。從而，上訴人上開3次召開協調會及將助理擬具上述提案內容，透過黨團助理在交通委員會提案等行為，均屬立法委員職務上之行為等旨綦詳。原判決因認上訴人上開召開協調會及相關提案等行為，係屬貪污治罪條例第5條第1項第3款所規定收受賄賂罪，其中所指公務員「職務上之行為」，依上述說明，尚難遽指為違法。上訴意旨以其所為係針對人民陳情請託之事項所為之選民服務，並非屬立法委員職務上行為範圍內之事項，而據以指摘原判決此部分論斷不當云云，依上述說明，要屬誤解，自非合法之第三審上訴理由。至於上訴人對於本件相關行政機關人員是否具

有上下隸屬之監督關係，其邀請相關行政機關人員到其立法委員國會辦公室召開協調會，及將其助理所擬具相關提案內容透過黨團助理在立法院交通委員會提案並作成附帶決議函請行政院參考等相關職務上之作為，對於相關行政機關是否有事實上或法律上之拘束力，以及其上述各項作為對於本件申請案之順利通過或達成是否具有實質上之影響力，亦即是否能使各該相關行政機關配合其請求修改相關法令，以達成董○躍向其請託協助本件申請案之目的，均與判斷上訴人因收受董○躍所交付之金錢而為上述召開協調會及相關提案之行為，是否為上訴人基於其立法委員職務上之行為無關，原判決雖然併就此部分加以論述，然並不影響本件關於上述爭點之論斷與判決之結果。上訴意旨雖併就原判決關於此部分之論述加以指摘批評，然因與本件判決結果不生影響，亦難認係適法之第三審上訴理由。

- (二)、貪污治罪條例第5條第1項第3款所規定之公務員對於職務上之行為收受賄賂罪，祇須所收受之賄賂或不正利益與其職務上行為具有相當對價關係，即已成立。而依實務上所見，行賄者與公務員為逃避刑責，往往假借餽贈、酬謝、借貸、投資或政治獻金等各種名義變相授受賄賂或其他不正利益，或利用時間之間隔，於事前或事後授受賄賂或其他不正利益，以圖掩人耳目。則兩者之間是否具有相當「對價關係」，應從實質上就公務員職務上行為之內容、交付者與收受者之關係、雙方授受金錢、財物或利益之種類、價額、交付之時間與真正原因等客觀情形綜合加以審酌，不能僅憑當事人所供述形式上授受金錢或其他利益之原因，或授受之時間係在公務員所為職務上行為之前或之後，作為判斷是否具有對價關係之依據。故公務員所收受之金錢、財物或其他利益，若與其職務上特定行為之間具有原因與目的之對應關係者，不論係在事前或事後交付，或假借餽贈、酬謝、借貸、投資或

政治獻金等各種名義或說詞之變相給付，均難謂與其職務無涉而無相當對價關係。原判決已於理由內敘明：依上訴人之供述（即董○躍就本件申請案遭高雄港務局駁回申請後向其提出陳情，其有針對本件申請案召開3次協調會及將其助理所擬具前提案內容之提案交黨團助理處理，該提案經送請立法院交通委員會通過附帶決議函請行政院參考，以及於100年4月15日在聚○順公司辦公室收受董○躍交付之現金300萬元等情），及證人董○躍所為不利於上訴人之證述（即其拜託上訴人有關本件申請案，經常麻煩上訴人協助處理與上開申請駁油證照有關之行政機關，上訴人均盡心盡力予以協助推動辦理，其為感謝上訴人，在上訴人前往其辦公室用餐時交付300萬元予上訴人。其請上訴人幫忙召開協調會，要給付差旅費予上訴人時，上訴人曾表示沒幫忙辦什麼事，不用拿錢。經其表明如果上訴人不收，其以後不敢再拜託上訴人辦事情，最後上訴人才收下該300萬元等情），以及卷附聚○順公司會計帳冊、○○集團付款申請書及上訴人與董○躍相約在聚○順公司辦公室用餐之電話通訊監察錄音譯文等證據資料，佐以證人董○躍係於100年4月15日交付上訴人300萬元，當時正值上訴人已召開第1、2次協調會後仍無法獲致結論，而有待上訴人召開後續協調會以釐清本件申請案主管機關之際，可見證人董○躍係為酬謝上訴人為其所請託之本件申請案召開第1、2次協調會，並期待上訴人後續作為以協助其釐清本件申請案之主管機關，以利其能向該主管機關提出本件申請案，始交付上訴人300萬元。再參酌證人董○躍證稱因上訴人有協助處理其公司申請駁油執照事宜，故在交付該300萬元前即已多次欲餽贈現金予上訴人而遭拒絕等情，此亦為上訴人所自承不諱，則證人董○躍於100年4月15日再度向上訴人表示：「你收回去（指收下現金300萬元），以後如果有什麼事我敢拜託你，如果沒有（指沒有收下該筆

300 萬元現金)我不敢再拜託你了」時,已向上訴人表明該筆款項係為酬謝上訴人利用其立法委員職務上得為之行為以協助處理本件申請案之對價,且上訴人對此亦知之甚詳,竟仍同意收受之。可見上訴人主觀上有將董○躍所交付之300萬元,作為其以召開協調會及提案等方式協助推動本件申請案行為之對價關係之意思無訛。至於上訴人雖無權決定本件申請案之管轄或主管機關,亦無從決定行政機關之政策,惟董○躍交付300萬元現金予上訴人,無非希冀可藉由上訴人之立法委員身分及其相關職權以協助推動本件申請案,而上訴人明知董○躍交付300萬元現金之目的,竟仍同意收受,並以立法委員國會辦公室之名義而為召開協調會及相關提案等職務上之行為,堪認上訴人所收受之300萬元賄賂,與其職務上之行為具有相當之對價關係等旨綦詳(見原判決第45頁倒數第2行至第52頁倒數第4行)。是原判決已就上訴人於100年4月15日收受董○躍給予之300萬元,與其為協助董○躍推動本件申請案所召開之3次協調會,及將其助理草擬相關提案內容透過黨團助理交由立法院交通委員會提案通過附帶決議以函請行政院參考等職務上之行為間,何以具有對價關係,詳細說明其認定之理由。並就董○躍事後改為有利於上訴人之證述(即證稱該300萬元係單純餽贈及贊助上訴人選舉服務處等語,以及於原審附和上訴人之辯詞,改稱該300萬元係拜託上訴人在印尼投資及幫助大陸朋友,或償還上訴人之代墊款,而籠統給上訴人一筆錢云云),何以係迴護上訴人之詞而均不足以採信,以及證人鄭○玲所為有利於上訴人之證詞,如何與上訴人於第一審所供述其交付該提案之過程明顯不相吻合,且悖於立法委員就與問政表現有關之提案行為所應有之行為態樣,亦不足以採信;均在理由內詳加指駁及說明(見原判決第42頁第5行至第43頁倒數第2行、第52頁倒數第3行至第56頁第15行、第62頁倒數第1行至第64頁

第16行)。核其所為之論斷，均與經驗法則及論理法則無違。至證人陳○成雖於第一審證稱：「因莊先生及陳小姐（即莊○緯及陳○美，均為聚○順公司員工）一直詢問有無進度，如何處理，才決定召開第3次協調會」等語，然亦同時證稱：「第3次協調會是伊與委員（即上訴人）確認可以出席之時間，就發通知」等語，可知該次協調會之召開，確實已獲得上訴人之肯認；則陳○成上開證詞，尚不能作為有利於上訴人之認定。原判決縱未就董○躍前揭所為有利於上訴人之證詞，逐一說明何以不能採為有利於上訴人認定之理由，亦未就陳○成上開證詞，說明其何以不能採為有利於上訴人之論斷，而略有微疵，然對於本件判決結果均無影響，仍不得據為合法之第三審上訴理由。此外，本件原判決認定上訴人收取董○躍給予之300萬元，係「協助（推動）」，而非「保證」本件申請案必能順利通過，上訴人既已以召開協調會及提案等方式，協助推動及處理與本件申請案有關之管轄主管機關等問題，尚不因依現行法令及有關機關考量高雄港之水域深度、災害搶救能力及衝擊當地漁撈作業等因素，本件申請案最後仍未獲有關機關受理，而影響上訴人所犯本件公務員對於職務上之行為收受賄賂罪之認定。上訴意旨謂其所收受之300萬元與其立法委員職務上行為並無關聯，而不成立上開罪名云云，無非係就原審採證認事職權之適法行使，徒憑己見，再事爭執，亦非合法之上訴第三審理由。

- （四）、依石油管理法第3條明定石油管理之主管機關在中央雖為經濟部，惟經濟部就該法第17條規定申請加油站經營許可執照等業務，為簡政便民，依加油站設置管理規則第4條規定，已於91年1月16日起委由直轄市、縣（市）主管機關辦理。本件申請案所示駁油作業地點位於高雄港水域範圍外之我國領海內，關於我國領海內海域加油站之申請設置及經營許可執照核發，應向管轄作業地點所在海域之地方主管機關申請

設置，有卷附交通部105年7月14日交航（一）字第1059900050號函，及經濟部105年7月25日經授能字第10500144500號函可佐。依上開說明，本件申請案管轄機關應屬高雄市政府。惟上訴人既未邀請高雄市政府派員出席協調會，且誤認本件申請案屬中央主管機關管轄之事項，而收取董○躍給予之300萬元現金，並已邀請與其立法委員議決、預算等議案及質詢與備詢有關之上述中央行政機關派員出席其為處理本件申請案所召開之協調會或為相關提案等職務上之行為。則上訴人所為公務員對於職務上之行為收受賄賂罪，並不因本件申請案之實際管轄機關為高雄市政府而影響其犯行認定。至上訴意旨雖另謂：原判決引用電話通訊監察錄音譯文、交通部、聚○順公司、高雄港務局、環保署、財政部關稅總局、能源局、立法院秘書長、立法院議事處、經濟部等機關函文暨附件，及立法院全球資訊網鍾○和委員簡介、立法委員鍾○和國會辦公室傳真函、交通部出席會議報告單、環保署同仁與立法委員或其助理訪談紀要、財政部關稅總局會議報告、能源局出席會議報告、財政部關稅總局會議報告、能源局出席會議報告等資料，作為伊等犯罪之證據，然並未說明上開證據何以具有證據能力之理由云云。惟上訴人及其選任辯護人於第一審及原法院前審（即第1次上訴審）審理時，對於法院詢問有關卷內上開非供述證據等證據資料證據能力之意見時，均僅表示「對起訴書之物證編號7即聚○順公司內部會計帳冊兩份無證據能力，其他無意見」等語（見第一審卷第42頁、第51至52頁、第246至252頁、第280頁反面至第281頁反面、上訴審卷一第129頁正反面、卷二第10至26頁、第46頁正反面），於原審（即更（一）審）行準備程序時則表示「其對起訴書之物證編號7即聚○順公司內部會計帳冊兩份無證據能力，其他均同意有證據能力」等語（見原審卷一第134頁反面至第135頁）。嗣於原審審判期日除對會計帳冊主

張無證據能力外，其餘則均表示無意見（見原審卷二第146至166頁反面，第185至186頁）。原判決審酌該等非供述證據與本件待證事實具有相當關聯性，且無違法取得等情事，因而作為本件上訴人犯罪之證據，於法尚無不合。況上訴人及其選任辯護人於第一審及原審均未爭執上述非供述證據之證據能力，原判決因而未對此加以說明，亦難認有理由不備之違誤情形。上訴人執此指摘原判決違法不當，亦難認係適法之第三審上訴理由。至其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒就原審採證認事職權之適法行使，暨原判決已明確論斷說明之事項，漫為爭執，並就其前揭作為是否為立法委員職務上之行為，以及該行為與其向董○躍所收取之300萬元間有無對價關係之事實評價，暨其他不影響判決結果之枝節性問題，再事爭執，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合；揆之首揭說明，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 18 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 李 錦 樑

法官 林 海 祥

法官 林 靜 芬

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 23 日

# 最高法院刑事判決

106年度台上字第3329號

## 裁判要旨

(一)被告之辯解雖認不可採，然不能以此反證其被訴事實即屬存在；仍應依足以證明被告確有被訴犯罪事實之積極證據，憑為認定，方屬適法。

(二)刑事訴訟法第398條第1款規定，第三審法院因原審判決雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判而撤銷之者，應就該案件自為判決。既稱「不影響於事實之確定」，而非謂「不影響於犯罪事實之確定」。則原判決雖論處被告罪刑，但依其所引證據資料及論斷，其所確定之事實，足認被告之行為與犯罪構成要件不符，而行為不罰者，第三審法院應就該案件自為諭知無罪之判決。

## 相關法條

刑事訴訟法第154條第2項、第398條第1項。

上訴人 謝○達

選任辯護人 歐宇倫律師

連雲呈律師

王迪吾律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國105年12月8日第二審更審判決（105年度重上更(三)字第10號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署89年度偵字第16388、18233、22834號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑及沒收追徵部分，均撤銷。

謝明達無罪。

理 由

一、本件原判決事實認定：上訴人謝○達於任職臺北市議會第七屆議員期間（任期自民國83年12月25日至87年12月25日止），…因受請託推薦劉○池…於87年6月17日出具推薦書，向臺北市政府捷運工程局（下稱捷運局）東區工程處（下稱東工處）處長張○榮推薦劉○池出任東工處南港線水電環控第二工務所（下稱水環二所）主任職務…，上訴人…基於對職務上行爲收受賄賂之犯意，…欲圖利用其市議員身分之質詢與調取質詢有關資料等職務權限，為更換東工處水環二所主任之人事案施壓憑以收取對價。…於同年月26日…向張○榮當面要求撤換原東工處水環二所主任陳○睦，並推薦劉○池接任，…因未見張○榮…正面回應，復於同年7月6日下午…以調閱議會質詢參考資料為由，…藉其市議員身分之質詢與調閱質詢資料等法定職務對張○榮持續施壓。…。張○林於陳○睦辭呈經張○榮批准定案後，將此情告知上訴人，上訴人議員助理即通知張○林毋須再提供先前…索取之質詢參考資料，且未在議會提出相關質詢。上訴人以上開方式藉其市

議員身分職務對上開人事案持續施壓期間，長○工程股份有限公司（下稱長○公司）負責人陳○華先後…自陳○華設於…帳戶各提領新臺幣（下同）150萬元、70萬元…匯款至上訴人設於…帳戶以為對價。上訴人因而就職務上之行為收受賄賂計220萬元（見原判決第2至5頁）。因認上訴人所為，成立貪污治罪條例第5條第1項第3款之不違背職務收受賄賂罪（見原判決第36頁），而撤銷第一審關於上訴人部分之不當科刑判決，改判論處其犯不違背職務收受賄賂罪刑及諭知沒收追徵。固非無見。

二、原判決認上訴人犯不違背職務收受賄賂罪，係以下列事證及論述為其憑據：(一)上訴人有為劉○池出任水環二所主任之人事案，向張○榮送推薦信、當面請託及書寫欲調閱質詢資料之便條紙轉知張○榮；於知悉陳○睦去職定案時，取消索取、亦未質詢。其示意調閱質詢資料，即係對張○榮施壓。(二)上訴人對劉○池人事案持續施壓期間，先後收受自陳○華帳戶匯出之150萬元、70萬元各1筆匯款。足見對劉○池人事案施壓，與收受陳○華匯款間，有關連性。(三)上訴人上開匯款係借款之辯詞，前後矛盾或不一，是否屬實並非無疑，而不足採。證人陳○華、呂○璧、洪○倉（即洪○明）、林○鳳等人有利上訴人之證言、卷附重謄帳冊、支票登記簿及上訴人辯護人提出各該帳冊證據之時間點等事證，均不足為有利上訴人之認定。本件匯款原因非借款，上訴人顯係基於收取特定報償之意思而受領無疑。(四)綜合上述(一)、(二)之上訴人行為時間及人員等主客觀環境通盤觀察，上訴人請託、施壓人事案之行為顯然與陳○華上述2筆匯款具對價關係之關連性。

三、惟按貪污治罪條例第5條第1項第3款之不違背職務收受賄賂罪，係以公務員對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益為犯罪成立要件。於他人對公務員職務上行

為行求、期約、交付賄賂者，以該他人對公務員職務上之特定行為，有行求、期約、交付賄賂之意思與行為，而公務員對該職務範圍之特定行為，有允諾踐履之意思，且以行賄人之交付賄賂或其他不正利益為對價者，始足當之。

(一)上訴人固供認有於上述時地，推薦、請託劉○池人事案，其後有書寫調閱質詢資料條，及收受自陳○華帳戶所匯出之220萬元等情不諱，且有證人張○林等人之證言及推薦信等證物可稽。但否認其收受220萬元係推薦、請託劉○池人事案及書立調閱質詢資料條之對價。辯稱：其於87年6月底向呂○璧借款150萬元，其服務處帳冊記載該150萬元為「暫借款，呂先生」，其曾簽發面額各50萬元之支票3紙供為擔保，事後方知呂○璧因無足夠現金，轉向陳○華借貸，其不清楚陳○華指示以何人名義匯款；其於88年7月31日簽發予陳○華之另紙面額30萬元支票，亦據陳○華提示兌現，確有部分清償；同年7月15日曾向洪○倉借款70萬元，其服務處帳冊亦記載「洪○明（即洪○倉），調借」，迨本案偵查期間，始知洪○倉因資力不足，尋求呂○璧協助，呂○璧復尋求陳○華協助，故70萬元始自陳○華帳戶以洪○倉名義匯交；其已於96年間匯款190萬元予陳○華清償；本件匯款係借款，與其為劉○池人事案向張○榮請託事，無任何關聯；其無以欲調閱質詢資料之方法對張○榮施壓等語；並提出其議員中山服務處帳冊、支票登記簿及會計憑證（傳票）等為證（見原判決第6頁）。

(二)原判決並未認定陳○華有何為促成劉○池人事案之目的，而請求上訴人行使其議員之職務上特定行為。亦未認定上訴人對陳○華，有何允諾踐履其職務上特定行為，以促成劉○池人事案之行為。則原判決以上訴人係受託為促成劉○池人事案之目的，而欲行使議員質詢及調閱質詢資料之法定職務，以施壓張○榮，所指受託以議員職權施壓，尚乏依據。尤以

上訴人及陳○華所辯匯款是借款之說詞、卷內有利上訴人之其餘人證、物證，均不足採為由，作為上訴人行使職務行為與收受陳○華之匯款間，有對價關係之理由論述，依下列說明，更屬無稽。

1. 原判決以：上訴人於法務部調查局臺北市調查處（下稱市調處）調查本案之初，係稱與陳○華無金錢往來，經提示 150 萬元及 70 萬元之匯款資料後，始坦承有該等匯款，而辯稱係借款，且已清償；嗣改稱業於 88 年間簽發面額 30 萬元之支票 1 紙予陳○華，經陳○華提示兌現而部分清償；前後所辯不一；且於調查初始，斷然否認與陳○華有高額金錢往來之事，顯係因遭調查而一時情虛，欲圖隱瞞，如係借貸，其有清償義務，就已全部清償或部分清償，不應毫無概念，而無於調查初始率爾回答均已清償之理，足見其毫無返還義務之意識（見原判決第 21、22 頁）。又上訴人初稱該借款無任何憑據，但偵查中其選任辯護人卻稱：向呂○璧借款 150 萬元，「同時」開立 3 紙面額各 50 萬元支票供擔保，事後得知呂○璧向陳○華調借。證人呂○璧於第一審稱：陳○華答應借款，有要求開立 3 張支票作保，匯款後幾天拿到支票才知道開立不同月份；上訴人於第一審改稱：陳○華要求開立 3 紙支票擔保，經呂○璧轉知，始行開立等。則上訴人對開立 3 紙支票擔保一事，理應印象深刻，而無於調查初始直稱借款無憑據之理；其供述前後不一、矛盾，是否真實，並非無疑。況所提卷附之重騰支票登記簿，就所指供擔保用 3 紙支票之摘要欄係註記「呂先生」（而非陳○華）；支票 87 年 8 月份 2 張、9 月份 1 張，並不連號，也未接連記載，與上訴人服務處會計林○鳳證稱：支票登記簿係按「實際簽發支票時間」記錄者不符；且該 3 紙支票無提示紀錄，陳○華無法提出該 3 紙支票供證，亦未見其積極確保債權，該 3 紙支票應與上開 150 萬元匯款無關；又陳○華於 88 年 8 月 9 日提示兌現之上訴人簽

發另紙30萬元支票部分，因支票紀錄簿上「換票呂○璧」之記載，與陳○華、呂○璧所述不符，難認與本件220萬元匯款有何關連；均無從佐證本件係借款。綜上，陳○華、呂○璧、洪○倉、林○鳳等人附和上訴人是借款之證詞，皆係迴護之詞，不足為有利上訴人之認定。本件匯款原因非借款，上訴人顯係基於收取特定報償之意思而受領無疑（見原判決第24至28頁）。然：

- (1)人之記憶常隨時間經過，或與日常事務結合而逐漸模糊、淡忘，自不能以相關細節之供述前後不符，即謂其全部供述或主要且一致部分之供述，均不可採。
- (2)上訴人與陳○華本件220萬元匯款往來，發生在87年6、7月間。上訴人於89年9月14日首次接受司法調查、訊問（見偵字第18233號卷第3至8、109至113頁及89年度聲羈字第321號卷第6至11頁），距上開匯款往來時間，已逾2年餘；且該日上訴人係未經傳喚，即遭拘提到案。其拘票僅記載案由「貪污」（見同上偵字卷第2頁），旋經法院諭知羈押禁見，迄起訴後之89年12月1日移審當日，第一審法院訊問完畢始解除禁見、停止羈押。則上訴人於調查詢問前，實無從預知本件金錢往來係查詢重點而預為準備。其於偵查中關於本案匯款之相關供述，應係依憑當時記憶，要無疑義。從而，上訴人就該匯款係借款之相關細節供述，縱有前後不一，或與他人供述之借款細節，略有不符，尚難遽論上訴人及相關人等始終一致之借款說詞，必不足採。
- (3)陳○華於89年9月14日於市調處調查時已稱「87年初，上訴人因手頭拮据透過呂○璧向我借款70萬元，對150萬元，不記得」；呂○璧於同日調查時亦稱「150萬元是上訴人向我提出借款要求，我轉述給陳○華。70萬元部分不清楚」（見同上偵字卷第21、22頁及第47、48頁），2人所

述上訴人之借款，固不同筆，但該2筆匯款分係上訴人經呂○璧轉向陳○華借款之說法，則與上訴人所辯向呂○璧借款，呂○璧轉向陳○華借款之供述，並無二致。依彼等所述，上訴人與陳○華未直接接洽本件借款，相關細節，因各人日常工作、處理事務繁雜有別，就本件借款體驗、關心程度不一，對事件之描述，容有差異，記憶亦隨時間經過而模糊、淡忘；彼等就細節之供述不一，或與帳冊、紀錄未盡相符，難謂即屬不實。

- (4)林○鳳於同日調查中證稱：記得87年6月30日上訴人有數筆借款到期應返還，其有提醒上訴人（見同上偵字卷第57頁背面）；而依卷附87年6、7月份會計憑證所載，上訴人服務處於該2個月內，計有借款9筆，金額各為30萬、50萬、70萬、80萬、100萬及150萬元不等；還款或貼息共計9筆，還款金額，小筆者有3萬7千元至5萬9千多元不等，大筆者有21萬、50萬、60萬、80萬元不等（見證物袋）；足見上訴人當時確實經濟拮据，借貸、還款頻繁，金額非小，其於2年多之後，突遭拘提，於調查時，不能逐筆清楚記憶，事屬必然。又原審認上訴人於88年7月31日簽發之30萬元支票，業據陳○華於88年8月9日提示兌現（見原判決第27頁），以上訴人該時經濟拮据之情狀，若與陳○華無金錢借貸往來，當無無端給付陳○華30萬元之必要。且原判決係認陳○華所收該30萬元支票及3紙各50萬元支票與本件220萬元匯款無關，惟其事實欄係認定「陳○華…由呂○璧與上訴人密切交際、聯絡金錢往來事宜」（見原判決第2頁），並不否認上訴人與陳○華間透過呂○璧而有複雜之金錢、開票往來。衡諸社會常情，若債權人與債務人關係不惡，於知悉債務人無力清償或應允債務人暫緩提示支票時，均可能發生債權人無提示票據紀錄或積極追償等情形。實難以債權人無提示擔保票之紀錄或積極追償

行為，即據以否定雙方借貸關係之存在。

- (5)原判決以上訴人之供述、證人等之證述，或前後不一，或細節未盡相符，即認上訴人及陳○華等所為借款之詞，皆不足採。揆諸上述說明，其論斷尚有違誤。況不採信上訴人借款之辯詞，或有利上訴人之人證或物證不足為有利上訴人之認定時，於論理上，並不能憑以反證或直接推論「該款非借款，則必係無正當交付、受領原因之賄款」。尚須依憑其他積極證據認定該款係賄款，方足認定上訴人有就職務上之行為收受賄賂犯行。原判決以本件匯款原因非借款，即認「上訴人顯係基於收取特定報償之意思而受領無疑」，係以臆測之詞認定犯罪事實，有違證據法則。

2.原判決以：上訴人提出之帳冊係「重謄版中山服務處帳冊」，其內87年6月15日之借方、貸方有重複抄錄，致該日以下至6月30日之帳目有連串錯誤，乃於6月15日至6月30日借方、貸方欄位註記「往下挪」，並加註箭頭指示更正。依證人林○鳳於原審證稱：前述帳冊關於時序帳（流水帳）及分類帳之製作流程，係每日依時序先記帳，再根據時序帳內容製作分類帳；且卷存中山服務處帳冊係「根據原始傳票逐筆重新製作」之分類帳。如果所言為真，衡情應無於特定日期內同時填寫借方、貸方金額，致生此後帳目連串錯誤之可能（見原判決第22、23頁）。然：

- (1)依卷附筆錄記載，林○鳳係於原審受命法官訊以「依照你作業流程，你的時序帳、分類帳製作方式為何？」之後，答稱：「我們有一本流水帳，就是每天依時序先記帳，分類帳再根據流水帳（即時序帳）去製作。」（見原審更(三)卷第154頁背面）。足見林○鳳上述證言，係指平常之作業流程，尚非指卷附重謄帳冊中分類帳之製作方法。
- (2)原判決既認卷附帳冊係「重謄」之帳冊，且林○鳳於原審證稱：因為當時（87年）服務處有火災、這本提交給律師

(附卷)的帳冊是很多同事根據每個月份的傳票幫忙抄寫的等語(見同上原審筆錄)。已說明卷附重騰帳冊是因服務處火災,多人幫忙「依傳票」抄寫而來。既非如原始帳冊之逐日記載,而是抄寫,特別是抄寫在如該帳冊細小格子內,若非書寫時輔以長尺區隔,一不小心極可能寫錯列,並非「絕不可能發生錯誤」。

(3)該卷附重騰帳冊中87年6月18日傳票號數0-000之「簡○盈調借」貸方金額「500,000元」,被誤抄錄至上一列即87年6月15日傳票號數0-000之「還議員借款電匯方○鈴」借方金額欄30元之右邊,造成同一列之借方、貸方欄位內呈現「借方30元、貸方500,000元」之錯誤,迨抄寫至87年6月30日傳票號數0-000「呂先生調借1,500,000」時,始發現錯誤,而於帳冊6月15日之貸方欄「500,000元」旁註記「往下挪」3字,並加註箭頭指示更正(見卷附證物袋中山服務處帳冊第64頁)。明顯可見係重騰時抄寫錯誤之更正。原判決認應無發生此種錯誤可能,並以此彈劾該帳冊之可信性。並非正確。

3. 原判決以:該帳冊於缺漏87年7月份流水帳之情形下,竟憑空出現該月份分類帳,核與記帳原則有悖,且與林○鳳於原審證稱:卷附之重騰帳冊係依原始憑證逐筆重新製作,先依時序製作流水帳,再按類別製作分類帳等情,及其於第一審係證稱:當年(指87年)雙十節總部遭縱火,相關帳冊資料均焚燬,這(帳冊)是其與工讀生根據留存之傳票合力重新製作等情,顯然不合,林○鳳就重騰帳冊之原因及方法,前後證述不一,且無法說明何以既有舊帳冊可辨識內容或抄寫,竟提不出原始帳冊為證之具體理由,所述重騰帳冊係依原始憑證逐一製作云云,顯非可採(見原判決第23頁)。然:

(1)林○鳳於原審係證稱「這本帳冊是根據原始傳票逐筆重新製作的分類帳」(見同上原審更(三)卷筆錄),林○鳳係就

卷附重謄帳冊及平常記帳之作業流程，分別證述，其證言並無前後不一。原判決謂：卷附帳冊無87年7月份流水帳，該月份之分類帳係憑空出現、與記帳原則有悖、林○鳳之證言前後不一等，實與卷內筆錄不符。尚非有據。

- (2)林○鳳於原審係證述：「有一本原始的分類帳，火災燒燬整本分類帳冊」、「這本（重謄）帳冊是根據原始傳票逐筆重新製作」（見同上筆錄）。已說明原始分類帳冊因火災燒燬，而無法提出原始舊帳冊之原因。原判決謂林○鳳未說明提不出原始帳冊為證之具體理由，亦與卷內筆錄不合。
  - (3)卷內雖無87年7月份之時序帳（流水帳），但有該年6、7月份之會計憑證即傳票原本，及每張傳票所附之原始憑證如發票、收據等（見證物袋）可憑。經本院將證物袋內6、7月份傳票原本等內容，與詳載日期、傳票號數、借方或貸方金額之重謄帳冊87年6、7月份分類帳內容，逐筆核對結果，除6月23日之傳票號數「0-000」誤載為「0-000」、7月17日之傳票號數「0-000」誤載為「0-000」外，其餘不論日期、傳票號數、摘要、金額等內容，分類帳所載均與會計憑證（傳票）相符。
  - (4)原審無視林○鳳上開證言，亦未檢視、比對卷附會計憑證原本，竟謂林○鳳「所述卷存重謄帳冊係依原始憑證逐一製作云云，顯非可採」，洵有未當。
4. 原判決以：林○鳳於89年9月14日市調處詢問時，已知本案查詢重點，而於受詢問後至倉庫尋找傳票並整理相關資料交予律師。但辯護人事後提出附卷者，僅帳冊、支票登記簿各1冊、原始憑證2冊，數量非鉅。偵查中辯護人竟不直接向檢察官提出，反而具狀聲請檢察官至上訴人服務處查扣帳冊，顯然有意透過檢察官扣押程序掩飾相關人員重謄帳冊、登記簿之流程及內容之疑義。偵查中辯護人聲請意旨所謂：因帳

冊頁數頗多，無法狀呈云云，更與上開卷證資料非鉅者不符，無足增加其提出帳冊、登記簿之可信性（見原判決第23、24頁）。然：

(1)偵查中上訴人之妻蕭○珍為上訴人委任之辯護人，於上訴人遭收押禁見之第2日即89年9月15日，已具狀表示服務處有87年之帳冊及相關傳票原本，可供檢察官查明上訴人資金往來事實，並聲請檢察官至上訴人服務處查扣數量龐大、無法庭呈之帳冊等（見同上偵字卷第124至127頁）。足見上訴人於偵查中之辯護人，係於第一時間即向檢察官提出「有87年之帳冊及相關傳票原本，可供查明上訴人資金往來」之主張，顯與上訴人於89年12月1日經法院諭知停止羈押釋放後，可能串謀後始主張或製作帳冊等者，不能相提並論。況上訴人無法於資金往來時，即預見2年多後會突遭拘提、詢問此事，難認有預先就相關傳票、支票及帳冊造假備用之可能。且上訴人於89年9月14日經市調處及檢察官訊問時，均無辯護人在場（見同上偵字卷第3至8、109至113頁），辯護人自無法知悉上訴人被調查內容，乃竟不怕有立即被檢驗、識破真偽之高度可能性，而聲請檢察官至服務處查扣數量龐大之87年帳冊及相關傳票原本等，益證上開帳冊等不可能造假。

(2)林○鳳於89年9月14日調查時，雖被詢及本案2筆匯款之原委，然該次詢問內容，尚包括林○鳳於85年間起任職會計兼出納之財團法人台北21文教基金會之財務來源、該基金會成立迄今（89年9月）接受募款或捐助之最大金額、上訴人於台北國際商業銀行86年7月迄今（89年9月）之甲存帳戶明細、匯款、來源及用途、誠泰銀行五常分行87年6月份明細等（見同上偵字卷第55至62頁）。足見林○鳳當時被詢問之財務內容範圍甚廣，其於接受詢問後至倉庫尋找之資料範圍，不限於本案2筆匯款，而及於上述範圍龐

大之財務資料，應符情理。

(3)辯護人於偵查初始所稱「因帳冊頁數頗多，無法狀呈」，尚難認有何不當之處。原審未考量及此，且未核對卷附原始憑證與帳冊所載是否相符，率以10年後，案情已明確聚焦在上開2次匯款之99年12月9日，辯護人提出之卷附帳冊等證物數量不多，臆測89年9月間辯護人聲請扣押帳冊之行為，動機不良，並憑以彈劾卷附帳冊、登記簿之可信性。尚非的論。

5.原判決以：張○榮係因上訴人行使議員職務上調閱資料權，對其施壓，因而屈從批准原主任陳○睦之請辭免兼案，繼而圈選劉○池接任（見原判決第14頁）。並認上訴人為劉○池人事案所為，已逾一般選民服務程度。若非關涉重大利益，上訴人無以調閱資料接續施壓之理。於上訴人施壓期間，陳○華為本件匯款，顯有以之為上訴人職務上特定行為之對價之意；調閱資料施壓張○榮之行為，與陳○華之匯款間，具對價關係之關連性；劉○池配合上訴人辯解之證言，不足為有利上訴人之認定等（見原判決第30至32頁）。然：

(1)原判決事實認定張○榮勸退陳○睦之日期為87年7月4日（見原判決第4頁第1列），批准陳○睦請辭免兼主任案日期為87年7月9日，圈選劉○池為接任者之日期為87年7月22日；捷運局局長批示核准劉○池接任案並正式派兼之日期為87年8月1日（見原判決第4頁）。則張○榮勸退陳○睦之行為，其原因顯與發生在後之87年7月6日上訴人書寫調閱質詢資料便條二者間，無任何因果關聯。原判決認張○榮係因上訴人之調閱資料施壓而屈從批准陳○睦免兼案，與事實不符。

(2)陳○華匯款予上訴人之時間分係87年6月30日及同年7月15日，顯見上訴人收受全部款項時，僅發生陳○睦准辭免兼主任一事。而陳○睦免兼後，劉○池能否順利接任，尚在

未定之天。原判決遽認陳○華之匯款與劉○池接任主任之人事案有關連性，亦乏事實依據。況原判決並未認定陳○華有何就劉○池人事案而向上訴人請託、行求賄賂之行為；亦未認定上訴人有對陳○華允諾，就劉○池人事案以行使職權向張○榮施壓之行為；均詳如前述。則認定上訴人「就劉○池人事案施壓期間有收受陳○華之匯款，及借款之辯詞不可採」，即以「若非關涉重大利益」之臆測之詞，謂上訴人調閱質詢資料之行為，關涉重大利益，而認此行為與陳○華之匯款間，有對價關係之關連性。尚與論理法則有違。

- (3)原判決認上訴人於87年7月6日書寫調閱質詢資料便條轉知張○榮，目的在就劉○池接任主任之人事案對張○榮施壓。然依證人張○林之證述，其告知上訴人陳○睦准辭免兼主任定案之時間，是在收到索取質詢資料便條後大約經過1星期至10天左右，上訴人即取消資料之索取（見原判決第12、13頁）。顯見上訴人取消索取資料之時間，最遲在87年7月16日。則此時劉○池尚未被張○榮圈選為繼任主任人選，所指以調取質詢資料施壓劉○池人事案之目的，根本尚未達成，衡情應無中途取消調閱之理。原判決認上訴人調閱質詢資料之行為目的，在施壓張○榮，使屈服圈選劉○池為主任，二者具關連性等情，亦與經驗法則有違。

- (三)被告之辯解雖認不可採，然不能以此反證其被訴事實即屬存在；仍應依足以證明被告確有被訴犯罪事實之積極證據，憑為認定，方屬適法。卷存會計憑證原本與帳冊記載，幾乎完全一致，有如前述。關於陳○華本件匯款係借款之主要內容，陳○華等證人之證言、上訴人之辯詞，亦無不同。與帳冊、會計憑證、支票登記簿等卷附證物，亦大致相合，均如前述。原判決縱不採信上訴人否認犯罪之辯詞，且認有利上訴

人之證、物證等，尚有瑕疵，均不足憑為有利上訴人之認定，然依上說明，仍不足憑以反證上訴人被訴之犯罪事實即屬存在。

(四)原判決未認定劉○池繼任主任之人事案，與陳○華或長○公司有何關係。亦未說明陳○華有何動機促成劉○池繼任主任之人事案。而本案起訴迄今，已逾17年餘，上訴人以外之同案被告劉○池、郝○宇（被訴與陳○華共謀經辦公用工程浮報價額罪嫌）、張○榮、李○、巫○光（被訴明知長○公司安排劉○池取代陳○睦編列預算，而共同犯對主管或監督事務間接圖利長○公司罪嫌），均經原審先後判決無罪；劉○池另被訴圖利未遂部分，則以裁判時法律已修正不處罰其行為，而諭知免訴；均確定在案（見原審97年度上更(一)字第189號、本院100年度台上字第4782號、原審100年度重上更(二)字第118號、本院105年度台上字第685號判決）。則起訴意旨所謂：陳○華有動用關係撤換陳○睦、換上劉○池之動機；劉○池為回饋陳○華斥資為其安排職務，而浮報價額，或張○榮等明知長○公司安排劉○池取代陳○睦而圖利長○公司等事實，均難認存在。至陳○華另案被訴與捷運局南區工程處（下稱南工處）新店線水環二所主任王○賢等人共同犯經辦公用工程浮報價額罪嫌部分，亦據原審判決全部無罪確定在案（見原審104年度重上更(二)字第1號判決）。均無從認定陳○華有何行賄上訴人，請上訴人為劉○池人事案為推薦、請託、施壓，而允以金錢支付之行為。則陳○華並無起訴意旨所指，為排除不利長○公司因素而動用關係，撤下陳○睦、換上劉○池之動機與事實。陳○華既未請上訴人為劉○池人事案為推薦、請託、施壓。則上訴人為劉○池人事案為推薦、請託，及有欲調閱質詢資料等行為，即與陳○華匯款予上訴人之行為二者間，難認有何相干。原判決率認二者間有對價關係之關連性，進而認上訴人為劉○池人事案推薦、

請託及欲調閱質詢資料之行為，與收受陳○華匯款之行為，應成立不違背職務收受賄賂罪，尚有未洽。

四、綜上，依原判決所引證據資料及論斷，僅能認定上訴人有為劉○池人事案為推薦、請託，欲調閱質詢資料，及收受陳○華匯款等行為事實，並不能認定其有不違背職務收受賄賂犯行。其所為與貪污治罪條例第5條第1項第3款之不違背職務收受賄賂罪之犯罪構成要件有間，其行為尚屬不罰。

五、至公訴意旨略以：

(一)長○公司於81年3月16日得標承作東工處負責規劃施作之南港線CN338標環境控制系統工程（下稱環控工程，含南港線各車站之空調系統、隧道排送風系統、消防排煙系統及相關監控系統）。84年12月間，捷運局為因應排煙法令變更，通案指示捷運各線辦理排煙模式設計變更及會勘。86年4月東工處與長○公司辦理變更設計會勘後，捷運局同意長○公司先行施作，再由東工處就變更設計編定合理底價後，與長○公司議價。東工處負責施工規劃、變更設計、監工、估驗、計價等業務之水環二所前主任陳○睦、主辦人郝○宇，依據東工處工程顧問公司中○工程股份有限公司（下稱中○公司），就上開變更設計工程中「排煙風管之製作及安裝工資（下稱風管工資）」所擬單價分析編列該項工資每平方公尺382元之預算，惟與長○公司期待之價格相距懸殊，未能完成議價。嗣水環二所依東工處指示，要求中○公司檢討所編施工預算是否符合市場行情，經中○公司重行計算，調整南港線風管工資為每平方公尺908元，於87年3月17日提出調整為同上金額之單價分析表。

(二)陳○華獲悉陳○睦欲據此新單價重編該風管工資之底價後，於87年5月1日約陳○睦至長○公司商議，要求比照淡水線風管工資之最高單價，編列本件南港線之風管工資，遭陳○睦當場拒絕。陳○華因此心生不滿，亟思動用關係撤換陳○睦

，以排除不利長○公司之因素。陳○華一方面設法要求東工處暫緩編製工程預算，一方面請張○榮示意陳○睦：等待南工處於87年5月18日呈報捷運局，準備就其主辦、承包商亦為長○公司之新店線同項目變更設計進行議價之結果出來，再作為本案（即東工處南港線變更設計案）預算編製之參考。因此，水環二所承辦之本案預算編製，遂暫時擱置。另一方面陳○華認為當時在東工處水環科任職副工程師之劉○池配合意願較高，有意以劉○池取代陳○睦，乃與上訴人約定，由上訴人利用其議員身分，代為關說劉○池接替陳○睦成為水環二所主任之人事案，陳○華則以金錢為酬謝；而上訴人為圖私人不法利益，接受陳○華請託，應允利用其議員身分，對非主管或監督之事務，向捷運局關說施壓，以使劉○池人事案通過。約定後，上訴人依劉○池所提個人履歷書寫推薦信，於87年6月19日由助理交付張○榮；於同年月26日親向張○榮關說更換水環二所主任一事；陳○華乃於87年6月30日匯款150萬元予上訴人。同年7月1日上訴人請託不知情議員柯○昇向張○榮關說，希望儘速更換水環二所主任。張○榮於同年7月4日邀集副處長李○、人事主任徐○明與府會聯絡人張○林共商劉○池人事案，會中張○林表示：劉○池升遷一事，除張○榮外，已無人有反對意見等語；同年7月6日，上訴人為使該人事案加速通過，再利用其議員質詢權，向東工處施壓，偽以調閱議會質詢參考資料為由，請東工處於同年7月13日前提提供張○榮及任內相關工程資料作為議會質詢參考之準備。張○榮為免麻煩，乃於同年月8日約見並要求陳○睦自請辭卸水環二所主任兼職，並於同年月9日批准陳○睦辭呈，將陳○睦調至水環科，張○榮於（同年月22日）人事作業上圈選劉○池接任，陳○華再於87年7月15日匯款70萬元予上訴人。

(三)因認上訴人對非其主管或監督之捷運局人事案，利用其議員

身分，向東工處關說施壓、先後取得不正利益220萬元，涉犯貪污治罪條例第6條第1項第5款之對非主管或監督事務圖利罪嫌。

- 六、公訴意旨認上訴人成立上開圖利犯嫌，係以陳○華有斥資撤下陳○睦、換上劉○池，以圖利長○公司之動機及理由，且劉○池上任後果然有浮報價額圖利長○公司之起訴事實，為推論前提。然「陳○華有動用關係撤換陳○睦、換上劉○池之動機與行為」及「劉○池為回饋陳○華斥資為其安排職務，而浮報價額，或張○榮等明知長○公司安排劉○池取代陳○睦而圖利長○公司」之事實，均難認存在，無從認定陳○華有何行賄上訴人，或請上訴人為劉○池人事案為推薦、請託、施壓，而允以金錢支付之行為，有如前述。則公訴意旨所指上訴人有為劉○池人事案為推薦、請託，及欲調閱質詢資料等行為，即與陳○華匯款予上訴人之行為二者間，難認有何關連。上訴人之行為與貪污治罪條例第6條第1項第5款之對非主管或監督事務圖利罪之構成要件，亦不符合，其行為為應屬不罰。
- 七、刑事訴訟法第398條第1款規定，第三審法院因原審判決雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判而撤銷之者，應就該案件自為判決。既稱「不影響於事實之確定」，而非謂「不影響於犯罪事實之確定」。則原判決雖論處被告罪刑，但依其所引證據資料及論斷，其所確定之事實，足認被告之行為與犯罪構成要件不符，而行為為不罰者，第三審法院應就該案件自為諭知無罪之判決。
- 八、綜上所述，上訴人行為既屬不罰。則檢察官起訴上訴人犯對非主管或監督之事務圖利罪，而原判決變更起訴法條，論處其犯不違背職務收受賄賂罪刑，顯然違背法令。上訴意旨指摘原判決不當，為有理由。因不影響於事實之確定，本院可據以為裁判，自應將原判決關於罪刑及沒收追徵部分，均撤

銷。改判諭知上訴人無罪，以免冤抑。  
據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第398條第1款、第387條、  
第301條第1項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 15 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 陳 宏 卿

法官 洪 于 智

法官 楊 智 勝

法官 黃 瑞 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 17 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第2639號

## 裁判要旨

證據之取捨，為事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，即不得任意指為違法。又檢察官就被告犯罪事實，應負實質舉證責任，除指出證明方法外，並負說服法院之責任。被告僅於法院因檢察官所提證據或所指證明方法，已足形成不利被告之判斷，而被告提出有利於己之抗辯事實存在時，始負形式舉證責任；以提出該證據，動搖法院所形成之不利心證為已足，並不負說服法官確信不利事實不存在之責任。原判決既說明檢察官所舉卷內證據資料，無從說服法院形成不利被告之認定，依上說明，被告之形式舉證責任即不發生，原審自無依其辯護人請求調查有利被告之證據，或說明不調查之必要。

## 相關法條

刑事訴訟法第154條第2項、第163條之2第2項。

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官許智評

被告 甲男 姓名年籍詳卷

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106年10月26日第二審判決（106年度上訴字第915號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署104年度偵字第18158、19177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、本件檢察官上訴意旨略以：

(一)依被告甲男同居人即本件被害人A女之母B女（姓名均詳卷）之證言可知，B女確知所服白色助眠藥物中有FM2，且所稱之FM2應係指「美得眠」而言。被告既與B女同居且陪同看診、督促服藥，豈有不知之理。另FM2係毒品，眾所周知，被告自承選取白色而非另一種粉紅色助眠藥物，供被害人及B女服用，如何得謂被告無第三級毒品之主觀認知。此未據原判決說明其理由。

(二)被告應係於警詢筆錄製作過程，經警告告知扣案藥物含FM2成分，檢察官並未於偵查中告知。依偵查筆錄所載，被告已知悉B女藥物中有FM2成分。原審未依被告於原審之辯護人聲請，調查警詢錄影或錄音光碟，以明被告案發前主觀上是否

知悉本件安眠藥含有FM2 成分，且未說明不調查之理由，逕採信被告辯詞，有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

- 三、惟查原判決撤銷第一審論處被告犯成年人以欺瞞使未成年人施用第三級毒品<sup>2</sup> 罪刑之不當判決，改判諭知被告無罪。已詳敘其論斷所憑依據及理由。並對如何認定：被告所辯其對安眠藥「美得眠錠」內含第三級毒品FM2 並無認識或預見，無故意以欺瞞方法使被害人施用第三級毒品之犯意，堪以採信；檢察官所舉卷內證據資料，尚無從說服法院形成被告有罪之確信；皆依據卷內資料予以說明。從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。
- 四、證據之取捨，為事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，即不得任意指為違法。又檢察官就被告犯罪事實，應負實質舉證責任，除指出證明方法外，並負說服法院之責任。被告僅於法院因檢察官所提證據或所指證明方法，已足形成不利被告之判斷，而被告提出有利於己之抗辯事實存在時，始負形式舉證責任；以提出該證據，動搖法院所形成之不利心證為已足，並不負說服法官確信不利事實不存在之責任。原判決既說明檢察官所舉卷內證據資料，無從說服法院形成不利被告之認定，依上說明，被告之形式舉證責任即不發生，原審自無依其辯護人請求調查有利被告之證據，或說明不調查之必要。
- 五、上訴意旨置原判決之論敘於不顧，徒對原審採證論斷之職權行使，任意指摘，與首述法定上訴要件不符。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 10 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 陳 宏 卿  
法官 洪 于 智  
法官 楊 智 勝  
法官 黃 瑞 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 7 月 12 日

# 最高法院刑事裁定

107年度台抗字第467號

## 裁判要旨

現行刑事訴訟法並無關於指認犯罪嫌疑人、被告程序之規定，如何經由被害人、檢舉人或目擊證人以正確指認犯罪嫌疑人、被告，自應依個案之具體情形為適當之處理。法務部及內政部警政署於90年5月、8月分別頒布之「法務部對於指認犯罪嫌疑人程序要點」、「人犯指認作業要點」及「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」之規定，嗣相關規定迭經修正，但不外乎規定指認犯罪嫌疑人係採取「選擇式」列隊指認，而非一對一「是非式的單一指認」；供選擇指認之數人在外形上不得有重大的差異；實施照片指認，不得以單一相片提供指認，並避免提供老舊照片指認；指認前應由指認人先陳述嫌疑人的特徵、不得對指認人進行誘導或暗示等程序，固可提高指認之正確度，預防指認錯誤之發生，然司法警察主管機關對於指認程序所訂頒之相關要領規範，無非提供辦案人員參考之資料，證人之指認程序與相關要領規範不盡相符時，尚難謂係違反法律位階之「法定程序」。況指認之程序，固須注重人權之保障，亦需兼顧真實之發現，確保社會正義實現之基本目的。尤以證人之指認，在性質上係就其親自見聞之事項陳述，如證人於偵、審中已依人證之調查程序，陳述其出於親身經歷之見聞所為指認，並依法踐行詰問之程序後，綜合證人於案發時停留之時間及所處之環境，足資認定其確能對被告觀察明白，認知被告行為之內容，該事後依憑個人之知覺及記憶所為之指認客觀可信，並非出於不當之暗示，亦未違悖通常一般日常生活經驗之定則或論理法則，又非單以證人之指認為被告論罪之唯一依據時，即不得僅因證人之指認程序與相關要領規範未盡相符，

遽認其指認無證據能力。至其指認可否採信，則屬證據證明力之問題，賴法院本於證據調查之心證為取捨。

## 相 關 法 條

刑事訴訟法第155條。

抗 告 人 鄧○湘

選任辯護人 李文宜律師

葉建廷律師

劉佩璋律師

上列抗告人因強盜等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國107年4月18日駁回聲請再審之裁定（107年度聲再字第27號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

一、本件抗告人鄧○湘（下稱抗告人）因搶奪、強盜案件，就原審96年度上訴字第391號、本院96年度台上字第3757號判決（搶奪罪部分）；原審97年度重上更(三)字第291號、本院98年度台上字第104號判決（強盜罪部分）聲請再審，其聲請意旨略以：抗告人因涉犯強盜（下稱甲罪）及成年人故意對兒童犯搶奪（下稱乙罪）等案件，因發見下列再審之新證據，除證據A-①被害人王○瑄於民國95年2月8日之警詢錄音檔，係委請音檔處理公司除去雜訊後所生從未存於卷內之證據、證據D-②臺南市○○街00號之Google Map地圖，係判決前已存在而未存原判決卷證之證據外，其餘證據雖已存於卷內，然均未經原確定判決調查、審酌，或說明不採之理由，均符合「未判斷資料性」要件。經綜合判斷再審新證據，可知全案最初鎖定抗告人為嫌疑人已有錯誤。而警方鎖定抗告人為嫌疑人，又以具強烈暗示方式供被害人指認，致被害人受影響、誘導而指認可信性甚低。在被害人於警詢之瑕疵指認已經污染到被害人的記憶，嗣於偵、審中之指認，亦係憑錯誤記憶而來，不具可信性，且本案被害人歷次指述多有矛盾，並無補強證據，真實性難認可採。以上證據均達足以推

翻原確定判決所認事實而動搖原確定判決之判斷，而為有利於抗告人之無罪認定，爰依刑事訴訟法第420條第1項第6款規定，請准抗告人再開審理程序之裁定云云。原審經審酌卷內相關資料後，認：(一)本院96年度台上字第3757號判決（搶奪罪部分）、98年度台上字第104號判決（強盜罪部分）均係以第二審判決不合法而駁回之程序判決，不具實體確定力，非再審之客體。抗告人就本院上開判決聲請再審，不合法律上之程式，此部分之再審聲請不合法。(二)關於原審97年度重上更(三)字第291號甲案、96年度上訴字第391號乙案之指認過程：(1)甲案判決已詳載被害人王○瑀分別於偵查中及審理時明確證述，說明被害人指證抗告人之原因。而王○瑀基於案發當日與嫌疑人近距離面對面接觸，從嫌疑人之眼神、體型、聲音等判斷而指認抗告人各節，非由他人暗示而來之模糊印象，當可排除誤認之虞。是員警縱未完全依內政部警政署所頒「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」之指認程序，使王○瑀於指認前先行陳述抗告人之特徵，或有以單一相片提供指認之疑慮，但因該指認過程所可能形成之記憶污染或判斷誤導情況均已排除，且經甲案確定判決理由記載綦詳。而王○瑀於偵查時，檢察官固曾當庭陳述「這個傢伙前科累累」暗指其素行不良等言語，但王○瑀係先行指證抗告人，檢察官始為個人評價，益徵王○瑀在偵查中之指證並無遭污染而有誤判之虞。且甲案確定判決並非單以王○瑀之指認為抗告人論罪之唯一依據，而係由查扣之黑色高領風衣夾克、米黃色長褲、黑色VINO廠牌輕型機車及黑色安全帽均為其所有，且參酌抗告人身高，均與被害人指證嫌疑人穿著、機車、身高等特徵相符，足資補強。抗告人徒以警詢中之指認程序似違反上開指認程序要領之規定，認其係違背法定程序所取得之證據，主張被害人指認具有瑕疵，顯有可疑云云，自無足採。(2)乙案判決詳載依憑被害人莊○涵、莊

○媛於檢察官偵查中及原審審理時證述，及扣案抗告人所有之黑色高領風衣夾克、米黃色長褲各1件，核與莊○媛、莊○涵證述內容相符。又莊○媛、莊○涵於案發時雖均僅10歲許，但渠等於原審接受交互詰問時，均能陳述流暢，指證明確，顯然已有相當程度之識別能力；況其2人證述之內容亦相符，皆能明確指出當日搶奪皮包之人所著衣物特徵，核與扣案抗告人所有之衣物特徵相符，且2人均曾與抗告人當面接觸，並無誤認之虞，堪認其2人之證述內容確係出於真實，要可採為認定事實之基礎。是以，本件莊○媛、莊○涵均曾與抗告人近距離接近，莊○涵更遭抗告人拍打而與其有肢體接觸，均能透過近距離觀察其眼睛、衣著等外觀特徵而當庭指認抗告人無誤。是員警在警詢中縱未完全依上開指認程序要領，使被害人等於指認前先行陳述抗告人之特徵，或有以單一相片提供指認之疑，但因該指認過程所可能形成之記憶污染或判斷誤導情況均已排除，抗告人主張被害人莊○媛、莊○涵之指認具有瑕疵，顯有可疑云云，亦無足採。(三)抗告人所提出證據C-②，其中抗告人95年2月9日拍攝照片及D-①監視器資料等證據，概為原判決審理時已存在並業經調查審酌，且已說明調查該證據結果。抗告人所舉證據C-①及C-②中，抗告人於95年1月3日、95年2月7日拍攝照片部分，縱能證明抗告人同時期無白髮，但莊○涵非無因抗告人作案時頭戴半罩式安全帽，致前額因光線角度或頭皮反光等因素，而誤認嫌疑人額前漂染白髮；況莊○涵與莊○媛均另就嫌疑人當日衣著、眼神等特徵指認抗告人涉案，則乙案判決以莊○涵供述之一部認為真實者，並與其他證人莊○媛指證一致，予以採取，自非證據法則所不許，即難認乙案判決有違反論理或經驗法則之違法。是抗告人所舉此部分證據，亦不足以動搖乙案判決所認定事實之結果。(四)綜合證據D-①、②，固得證明監視器拍攝地點與甲案案發地點相距65公尺

，且由警員鎖定機車騎士案發後經過監視器設置地點，亦與王○琚指稱嫌犯逃逸方向不同。然甲案判決已說明證人即員警朱繼元長期於其刑事責任區職務上偵查犯罪，憑據其辦案經驗及前揭監視器翻拍畫面攝得嫌疑人騎乘機車之特徵，進而鎖定抗告人為甲案嫌疑人，已詳為剖析。況嫌犯作案後，是否會遠離案發現場或循慣性路線離開，而行經該監視器拍攝路口，均難窺知其要而逕予採認，顯然抗告人所舉Google Map 地圖，難為聲請人有利之認定，進而動搖甲案判決所認定事實之結果。綜上所述，抗告人係就原確定判決已說明之事項，及審酌取捨之證據所認定之事實再行爭執，且其所執前開證據，縱使與先前之證據綜合判斷，亦難認足以動搖原有罪確定判決，有應受無罪、免訴、免刑或輕於甲案判決、乙案判決所認罪名之判決，依前開說明，抗告人所提上開新證據不符合刑事訴訟法第420 條第1 項第6 款之要件。從而，本件針對本院96年度台上字第3757號判決、98年度台上字第104 號判決再審之聲請，為不合法；針對原審97年度重上更(三)字第291 號、96年度上訴字第391 號判決再審之聲請，為無理由，予以裁定駁回，經核於法並無違誤。

## 二、抗告意旨略以：

- (一)本案證人指認抗告人之程序係遭警局誤導，從提出之再審新證1-5 號中，可知警方以強烈暗示方式安排指認程序，3 名證人王○琚、莊○媛、莊○涵之指認顯然欠缺可信性。原裁定甲罪部分，漏未審酌抗告人提出之95年2 月8 日第一次指認之警詢錄音（即再證1-1 及再證1-2 ），從中可證明警方主動提供抗告人之年籍資料及前案留存之語音檔，供王○琚指認，顯屬違法之單一式指認，尚有單一照片指認、強烈誘導之列隊指認等指認程序瑕疵，故證人誤認之可能性高，原裁定有理由不備、適用法令不當之違誤。
- (二)王○琚、莊○媛、莊○涵在偵、審中之證述，與報案當時所

述多有矛盾，不論是抗告人身高體型、衣著長褲顏色、額前有無漂染白髮等證述均不一致，顯然無法將歹徒特定為抗告人，原裁定雖認定抗告人額前無白髮無法動搖原確定判決，但此實為重要證據，證人莊○媛、莊○涵證述多有提及抗告人額前白髮，可見其等誤認之情，原裁定未調查，自有調查未盡之違誤。

(三)本件所提之新事證D-①、D-②，可證明王○瑒所稱遭搶之時間、嫌犯逃逸方向與監視器拍攝時間及地點均有差異，可見當時監視器所拍到騎機車之男子有可能非實際之犯人，警方僅根據其辦案經驗與案發地點65公尺遠之監視器拍攝而鎖定有前科之抗告人，顯然有動搖原確定判決之蓋然性，原裁定有證據調查未盡及理由欠備之違誤。

(四)原裁定在未詢問相關鑑定單位，監視器畫面依現今技術可否解析，僅憑10年前之勘驗結果，而駁回抗告人拷貝監視器錄影光碟之聲請，自有調查未盡之違誤云云。

### 三、惟查：

(一)聲請再審，由判決之原審法院管轄；判決在第三審確定者，對於該判決聲請再審，除以第三審法院之推事（法官）有第420條第5款之情形為原因者外，應由第二審法院管轄之，刑事訴訟法第426條第1項、第3項分別定有明文。又再審係為原確定判決認定事實錯誤而設之救濟程序，是聲請再審之對象應為確定之實體判決。倘屬程序上判決，因不具實體之確定力，縱經判決確定，仍不得以之為聲請再審之客體。而此項得否作為聲請再審之客體，以及再審之聲請是否具備合法條件，受理再審聲請之法院，應先加審查，若其聲請再審之程序違背規定時，即應以其聲請不合法，依刑事訴訟法第433條規定裁定駁回之；必再審之客體無誤，聲請合法，始能進而審究其再審有無理由。本件抗告人對本院96年度台上字第3757號程序判決、98年度台上字第104號程序判決聲

請再審，依上開說明，不合法律上程式，原審以不合法駁回，自無不合。抗告意旨並未就此部分提出抗告理由，說明原裁定此部分認定有何違誤，其此部分抗告自無理由，應予駁回。

(二)為落實再審制度係在發現真實並追求具體公平正義之目的，104年2月4日修正公布、同年月6日生效之刑事訴訟法第420條第1項第6款，將原定「因發現確實之新證據，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，予以修正為：「有罪判決確定後，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。並增訂同條第3項，明定：「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。」依修正後之刑事訴訟法規定，得據為受判決人之利益聲請再審之「新事實」、「新證據」，固不以有罪判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌者為限，其在判決確定後始存在或成立之事實、證據，亦屬之；然該事實、證據，仍須於單獨觀察，或與先前之證據綜合判斷後，得以合理相信其足以動搖原確定之有罪判決，使受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者，始足當之。且依此原因聲請再審者，應提出具體之新事實或新證據，由法院綜合新證據、新事實，與案內其他有利與不利之全部卷證，予以判斷，而非徒就卷內業已存在之資料對於法院取捨證據之職權行使加以指摘，或提出與本案無關聯性證據演繹。

(三)本件抗告人所提相關證據，主要在指摘甲案、乙案原確定判決之警詢指認程序有瑕疵，進而污染偵、審中之指認，及警方先入為主鎖定抗告人涉案云云。惟現行刑事訴訟法並無關

於指認犯罪嫌疑人、被告程序之規定，如何經由被害人、檢舉人或目擊證人以正確指認犯罪嫌疑人、被告，自應依個案之具體情形為適當之處理。法務部及內政部警政署於90年5月、8月分別頒布之「法務部對於指認犯罪嫌疑人程序要點」、「人犯指認作業要點」及「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」之規定，嗣相關規定迭經修正，但不外乎規定指認犯罪嫌疑人係採取「選擇式」列隊指認，而非一對一「是非式的單一指認」；供選擇指認之數人在外形上不得有重大的差異；實施照片指認，不得以單一相片提供指認，並避免提供老舊照片指認；指認前應由指認人先陳述嫌疑人的特徵、不得對指認人進行誘導或暗示等程序，固可提高指認之正確度，預防指認錯誤之發生，然司法警察主管機關對於指認程序所訂頒之相關要領規範，無非提供辦案人員參考之資料，證人之指認程序與相關要領規範不盡相符時，尚難謂係違反法律位階之「法定程序」。況指認之程序，固須注重人權之保障，亦需兼顧真實之發現，確保社會正義實現之基本目的。尤以證人之指認，在性質上係就其親自見聞之事項陳述，如證人於偵、審中已依人證之調查程序，陳述其出於親身經歷之見聞所為指認，並依法踐行詰問之程序後，綜合證人於案發時停留之時間及所處之環境，足資認定其確能對被告觀察明白，認知被告行為之內容，該事後依憑個人之知覺及記憶所為之指認客觀可信，並非出於不當之暗示，亦未違悖通常一般日常生活經驗之定則或論理法則，又非單以證人之指認為被告論罪之唯一依據時，即不得僅因證人之指認程序與相關要領規範未盡相符，遽認其指認無證據能力。至其指認可否採信，則屬證據證明力之問題，賴法院本於證據調查之心證為取捨。

- (1)甲案原確定判決已說明：王○瑀偵、審中指認抗告人，係以「我可以確定卷內口卡內的被告鄧○湘為上開犯行之人，我

有指認該人」、「因為我還可以看他的眼神及體型，在警局中警察有放他之前的刑案所錄製的發音帶，我可以確認就是他」（見偵字第5489號卷第24、25頁）；「當天有與被告面對面，他穿深色上衣戴半罩安全帽，身高約170公分至180公分」、「聽他的聲音、車子、衣服，我可確認就是被告」、「指認照片時，警察並未告訴我歹徒是那一個人」、「警訊時有聽很多個聲音」、「被告確有拿刀子，刀刃沒有很長，刀柄是藍色」等語（見第一審院95年度訴字第948號卷第77至82頁）。已然說明王○瑄指證抗告人之原因係基於案發當天與抗告人近距離面對面接觸，從抗告人眼神、體型、聲音等判斷而指認，並非由他人暗示而來之模糊印象，當可排除有誤認之虞，是員警縱未完全依上開指認程序要領使王○瑄於指認前先行陳述被告之特徵，或有以單一相片提供指認之疑，亦因該指認過程所可能形成之記憶污染或判斷誤導情況均已排除。縱王○瑄於偵訊時，檢察官當庭陳述「這個傢伙前科累累」之評價用語，但檢察官係先遞送卷內照片詢問王○瑄「你先看一下說這個是第幾位」，經王○瑄手指後，檢察官方稱「有確定嘛吼，這個傢伙前科累累」（抗告人所提證據E-①逐字稿），顯然王○瑄已先指證抗告人，檢察官始為個人評價，與王○瑄指證是否遭污染無涉。況甲案確定判決並非單以王○瑄之指認為抗告人論罪之唯一依據，原確定判決尚佐以查扣之黑色高領風衣夾克、米黃色長褲、黑色VI NO廠牌輕型機車及黑色安全帽，均為抗告人所有，且參酌抗告人之身高，與王○瑄指證強盜者之穿著、機車、身高等特徵相符，足資補強。抗告人以所提錄音檔資料，認警詢中指認程序有瑕疵，進而推論王○瑄在偵查及審理中以親身見聞之事項指認抗告人有誤，無視原確定判決甲案已排除警詢中之指認，抗告人徒以該指認程序違反上開指認程序要領之規定，認王○瑄之在偵中之指認有誤，自與刑事訴訟法第420

條第1 項第6 款之要件不合。

- (2)乙案原確定判決亦已說明：被害人莊○涵於檢察官偵查中及原審審理時證稱：當時被告在店外觀察很久，等到其母親離開座位，被告就進來搶皮包並打了其手1 下，就搶走皮包，可以確認就是當庭之被告本人。當時被告頭戴安全帽、戴口罩，穿著米黃色長褲及黑色外衣，因為被告頭部與搶皮包的人頭部一樣，所以可以確認等語（見偵字第5489號卷第15頁、第一審卷第85頁）；另一證人莊○媛則證稱：他（指搶奪皮包之人）的頭髮白白的，有看到他的眼睛，當時其與妹妹莊○涵一起拿母親的皮包，他在店外已經觀察很久，等到母親離開座位時，他就進來搶皮包，並打了莊○涵手一下，就搶走皮包等語（見偵字第5489號卷第15頁、第一審卷第86至89頁）。明顯係以其2 人在案發現場之親自見聞，為其2 人指認之依據，與警詢中之指認無涉。而本件扣案抗告人所有之黑色高領風衣夾克、米黃色長褲各1 件，亦與證人莊○媛、莊○涵證述內容相符。原確定判決審酌莊○媛、莊○涵雖均僅10歲許，但渠等於原審接受交互詰問時，均能陳述流暢，指證明確，顯然已有相當程度之識別能力，互核其2 人證述之內容亦相符，並皆能明確指出當日搶奪皮包之人所著衣物特徵，與扣案抗告人所有之衣物特徵相符，2 人均當面與聲請人接觸，並無誤認之虞，而作為本案論罪之依據。莊○媛、莊○涵均曾與行搶者近距離接近，莊○涵更遭行搶者拍打而與之有肢體接觸，均能透過近距離觀察行搶者眼睛、衣著等外觀特徵而當庭指認抗告人無誤。並說明員警縱未完全依上開指認程序要領使被害人等於指認前先行陳述被告之特徵，或有以單一相片提供指認之疑，亦因該指認過程所可能形成之記憶污染或判斷誤導情況均已排除，亦經乙案確定判決理由記載綦詳。抗告人仍執指認程序有瑕疵，進而推論莊○媛、莊○涵於審理中以親身見聞之事項指認抗告人有誤，

與刑事訴訟法第420 條第1 項第6 款之要件不合。

(四)綜上，甲、乙案之原確定判決關於證人指證抗告人涉有強盜、搶奪案件，悉依其親自見聞，並在偵查及審理中當庭指證，而其指證憑據，非單以面容為據，而係另輔以抗告人之身型、衣著，已排除警詢中之指認。抗告人仍執警詢之錄音檔案等資料，推論偵審中之指認有誤云云，係就原確定判決對卷內既存證據資料取捨之職權行使，或已經審酌評價之事項，任意指摘，再為事實上爭執，與前開得聲請再審之要件不符。又其餘證據（見原裁定一A、B、C、D、E各項），原裁定已說明或係原甲、乙案確定判決審理時已存在，並經調查審酌，或縱屬事實亦不足以動搖原甲、乙案確定判決所認定事實之結果，而不予調查。原裁定以本件聲請與刑事訴訟法第420 條第1 項第6 款、第3 項所定該事實、證據，須於單獨觀察，或與先前之證據綜合判斷後，得以合理相信其足以動搖原確定之有罪判決，使受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之要件不合，予以駁回，自無違誤。上開抗告意旨，仍係就原裁定已論駁之事項，徒憑己意，再事爭辯，應認抗告人之抗告為無理由，均予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第412 條，裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 12 月 27 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 謝 靜 恒

法官 楊 真 明

法官 鄭 水 銓

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 1 月 4 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第3369號

## 裁判要旨

(一)犯罪行為內容不一，各有其特殊性，此項特殊事實，僅參與犯罪之人所得體驗，即學說上所稱行為之秘密性。而被告之所以任意自白犯罪，其動機有出於自責悔悟者，有因心生畏怖或圖邀寬典者，亦有蓄意頂替或別有企圖者，故如要判定被告自白之真偽，不僅應查證其自白內容，是否已暴露行為之秘密性，有無其他補強證據，更應詳察其自白之動機、取得自白之過程等情況，始足以發現真實。

(二)本件原判決雖認定李○治已於歷審中自白上開故意對兒童犯傷害致人於死罪行，惟李○治於第一審中，曾供稱：我（祇）毆打甲○○的屁股及手腳而已等語（見第一審卷一第53、125頁）；於原審中，亦供稱：一開始會認罪，是因為有打小孩（指甲○○），但我不知道這樣做，甲○○會死亡；我並沒有傷害致死，我會承認傷害致死，那是我的法扶律師「律見」我的時候，問我要不要認（罪），並說我太太已經認（罪）了，就算我不認（罪），我也跑不掉，事實上，我並沒有用木棍打小孩（指甲○○），甲○○過世時，身上是沒有傷痕的等語（見原審卷第103、322頁）。似見李○治於歷審中，並非毫無爭執其自白之真實性；再參諸李○治於警詢及偵查中，一再否認有傷害甲○○致死犯行，則李○治是否完全自白此部分犯行，容非無疑。究竟李○治為上開自白，出自如何之動機？是由於外部之刺激，抑內部心理過程之發展？被告任意自白前、後及自白時之態度暨當時之情況，又是如何？以上諸端，對於判定被告自白之真實性，至有影響，且於公平正義之維護具重要之關係，原審未詳為查證剖析明白，尚非允洽。

## 相關法條

刑事訴訟法第156條第1項。

上訴人 李○治

選任辯護人 林彥百律師

上訴人 陳○芝

上列上訴人等因家暴傷害致人於死等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國107年7月5日第二審判決（107年度上訴字第208號；起訴案號：臺灣雲林地方檢察署106年度偵字第424號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於李○治成年人故意對兒童犯傷害致人於死，及陳○芝成年人故意對兒童犯遺棄致人於死部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷（即原判決犯罪事實欄三關於上訴人李○治成年人故意對兒童犯傷害致人於死，及上訴人陳○芝成年人故意對兒童犯遺棄致人於死）部分：

一、本件原判決此部分事實認定李○治、陳○芝分別有其犯罪事實欄三所載，對親子即兒童甲○○（民國95年00月生，基本資料詳卷）犯傷害致人於死、遺棄致人於死罪行，因而維持第一審論處李○治成年人故意對兒童犯傷害致人於死罪刑（處有期徒刑10年），及陳○芝成年人故意對兒童犯（違背義務）遺棄致人於死罪刑（處有期徒刑7年6月）之判決，駁回檢察官及李○治、陳○芝在第二審此部分之上訴。固非無見。

二、惟查：

（一）犯罪行為內容不一，各有其特殊性，此項特殊事實，僅參與犯罪之人所得體驗，即學說上所稱行為之秘密性。而被告之所以任意自白犯罪，其動機有出於自責悔悟者，有因心生畏

怖或圖邀寬典者，亦有蓄意頂替或別有企圖者，故如要判定被告自白之真偽，不僅應查證其自白內容，是否已暴露行為之秘密性，有無其他補強證據，更應詳察其自白之動機、取得自白之過程等情況，始足以發現真實。

本件原判決雖認定李○治已於歷審中自白上開故意對兒童犯傷害致人於死罪行，惟李○治於第一審中，曾供稱：我（祇）毆打甲○○的屁股及手腳而已等語（見第一審卷一第53、125頁）；於原審中，亦供稱：一開始會認罪，是因為有打小孩（指甲○○），但我不知道這樣做，甲○○會死亡；我並沒有傷害致死，我會承認傷害致死，那是我的法扶律師「律見」我的時候，問我要不要認（罪），並說我太太已經認（罪）了，就算我不認（罪），我也跑不掉，事實上，我並沒有用木棍打小孩（指甲○○），甲○○過世時，身上是沒有傷痕的等語（見原審卷第103、322頁）。似見李○治於歷審中，並非毫無爭執其自白之真實性；再參諸李○治於警詢及偵查中，一再否認有傷害甲○○致死犯行，則李○治是否完全自白此部分犯行，容非無疑。究竟李○治為上開自白，出自如何之動機？是由於外部之刺激，抑內部心理過程之發展？被告任意自白前、後及自白時之態度暨當時之情況，又是如何？以上諸端，對於判定被告自白之真實性，至有影響，且於公平正義之維護具重要之關係，原審未詳為查證剖析明白，尚非允洽。

(二)刑事訴訟法第156條第2項規定：被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。其立法旨意乃在防範被告自白之虛擬致與真實不符，故對自白在證據上之價值加以限制，明定須藉補強證據以擔保其真實性。而所謂補強證據，係指除該自白本身之外，其他足以證明該自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，雖所補強者，非以事實之全部為必要，但亦須

因補強證據之質量，與自白之相互利用，足使犯罪事實獲得確信者，始足當之。

原判決認定李○治傷害甲○○致死之犯行，係以李○治上開自白，核與李○來（按係李○治之父，因共同犯遺棄屍體罪，業經第一審判刑確定）、陳○芝、邱○屏（按係李○治之母）、李○好（按係上訴人等之女）之證述「大致相合」，復有甲○○之失蹤人口系統—資料報表、甲○○全戶戶籍資料（完整姓名）查詢結果、李氏父子一致指證遺棄甲○○屍體現場照片、Google地圖，暨內政部警政署刑事警察局鑑定書（按係李○治所稱甲○○跌下樓梯乙情，經測謊鑑定呈不實反應）等證據佐證（見原判決第12頁），然原判決所採李○來、陳○芝、邱○屏、李○好等人有關此部分之證述內容，究竟如何，未見敘明，而觀諸卷附其等於警詢、偵查或第一審之證述，似僅證稱李○治於「案發前」，常有毆打甲○○之事實（見警卷第21、22、28至30、37、40頁背面；105年度他字第1438號卷第55至57、64背面、91至93、145頁；105年度他字第1439號卷第45、46、53頁；106年度偵字第424號卷第74、75、88至90頁；第一審卷一第196頁、卷二第29、46頁），則究竟其等上開證述，與李○治涉犯此傷害致死犯行，有如何之關聯，及與李○治之自白如何為相互利用，足使李○治此部分傷害致死犯行獲得確信，亦未置一詞，徒以泛稱兩者「大致相合」，猶欠妥適；至於其餘上開書面證據部分，似僅足證明甲○○失蹤、死亡，及李○治所辯甲○○跌下樓梯乙節不實等情，能否逕謂與李○治之傷害致死犯行，具有相當因果關係存在？亦非無疑，既欠詳細說明，自難昭折服。

(二)事實認定與理由說明不相一致，或事實、理由欄內的記載前後齟齬，或認定的事實與所採的證據不相適合，或認定事實與卷證資料不符，均屬判決理由矛盾的當然違背法令。

原判決犯罪事實欄三內，雖認定「…李○治又飲酒致情緒不穩，其於客觀上可以預見頭部為人體中，極為脆弱及重要部位，若以手『猛力推打』稚齡兒童，可能使之重心不穩致頭部跌撞地面，或因『外力』因素，導致兒童顱內腦組織等器官受創而生死之結果，惟因一時失慮，在主觀上疏未預見該結果之發生，竟基於傷害之犯意，徒手毆打甲○○臉部，再拿木棍毆打甲○○大腿、小腿、腳底等部位，導致甲○○成傷而無法行走，但李○治僅以棉被鋪在屋內電腦房之地板上，任由甲○○在該地板上躺臥休息約5至7天左右，直至甲○○傷重不治死亡。」（見原判決第2頁倒數第5行至第3頁第7行）。惟李○治徒手毆打甲○○臉部，及持木棍毆打甲○○大腿、小腿、腳底等部位乙情，尚與以手「猛力推打稚齡兒童，可能使之重心不穩，致頭部跌撞地面，或因「外力」因素，導致兒童顱內腦組織等器官受創乙節，似不完全相同；而原判決理由欄貳—二—(三)—4.②內，另更說明：「參以幼童主要營養支配大腦之椎骨動脈位於椎骨旁，而幼童頸椎甚為脆弱，若有大人摑掌極易造成頸椎過度旋轉導致椎骨動脈破裂，可導致顱內出血之結果之客觀情狀，李○治為一成年人，應知悉幼童身體極微（為）脆弱，難以忍受大人用力之毆打，且如非遭李○治毆打，被害兒童甲○○亦不會死亡」等旨（見原判決第14頁倒數第3至8行）），似亦與上揭犯罪事實欄所認定的客觀情狀不合，則原判決此部分事實認定、理由說明，尚嫌齟齬，致存有判決理由矛盾的違誤。

(四)按刑法第277條第2項之傷害致人於死罪及第294條第2項之（違背義務）遺棄致人於死罪，均以行為人之傷害行為或遺棄行為與被害人之死亡結果間，是否具有相當因果關係為斷。所謂相當之因果關係，係就事後客觀予以審查，認為被害人之死亡，確因行為人之傷害或遺棄行為所引起，足以發生此項結果而言。傷害行為後，因果關係進行中，若被害人

所受傷害，原不足引起死亡之結果，而係因其後之遺棄行為，獨立發生死亡之結果者，則被害人之死亡與加害者傷害之行為間，並無相當因果關係存在，自難令負傷害人致死之罪責，而應依實際情形，論以傷害與遺棄致人於死等罪；倘被害人之傷勢嚴重，足以獨立為其死亡原因者，雖有遺棄行為，但因被害人之死亡與遺棄行為間，猶無相當因果關係可言，自無以遺棄致人於死罪責相繩餘地。故而，被害人之死亡，究竟與傷害行為或遺棄行為，是否具有相當因果關係，自應予詳加釐清。

依原判決上開事實及理由之認定，似認李○治之傷害行為，及陳○芝之遺棄行為，分別與甲○○之死亡間，均具有相當因果關係，但原判決既僅認定李○治係單純徒手毆打（掌摑）甲○○之臉部及以木棍毆打大腿、小腿、腳底等部位，並未敘及毆打之次數及力道，客觀以言，如此是否足以發生甲○○死亡之結果，已非無疑。何況，原判決認定甲○○係於遭李○治傷害之後，大約5至7天始死亡，則李○治此部分之傷害，是否確與甲○○之死亡間，具有相當因果關係，自宜再加釐清。

又原判決認定陳○芝因恐懼如將甲○○送醫救治，勢將暴露其與李○治通緝犯之身分，竟基於遺棄無自救能力之甲○○之犯意，既不撥打「119」電話求援，亦未將甲○○送醫救治或為其他生存所必要之其他扶助、保護行為，任由甲○○躺臥休息5至7天，致日漸傷重虛弱而死亡等旨（見原判決第3頁）。惟李○治辯稱：甲○○於案發前受傷、躺臥家中期間，其有買藥治療，亦有餵食甲○○（見106年度偵字第424號卷第101、103頁）；陳○芝亦謂：我有於上揭期間，餵食甲○○（見同上偵卷第89頁）；李○好證稱：案發前幾天，甲○○被李○治打到不能走路，但還能說話、吃飯（見警卷第37頁；105年度他字第1439號卷第45、46頁）各等

語，如果無訛，李○治、陳○芝似非毫無任何救治或養育、保護行為，則甲○○於上揭受傷躺臥期間，李○治、陳○芝究竟有何具體作為？當有再行研求餘地。而此實情如何？攸關陳○芝是否構成違背義務之遺棄罪？似非不得再傳訊當時同住之李○來（雖因自發性腦幹出血合併腦室出血，但意識尚清楚，見第一審判決第24頁）、李○好詳查、釐清；另陳○芝多次供稱：甲○○從小常遭李○治毆打，案發前更是頻繁被打，致甲○○躺臥家中（見警卷第21、22、28至30頁；105年度他字第1438號卷第55至57、91至93頁；同上偵卷第88至90頁；第一審卷一第196頁）；李○來、李○好均證稱：甲○○於案發前幾天，遭李○治毆打，致無法正常行走（見105年度他字第1438號卷第145頁；警卷第37頁）；李○好甚至指稱：李○治常常毆打甲○○成傷，案發前幾天，甲○○被李○治打到不能走路（見警卷第37頁；105年度他字第1439號卷第45、46頁）；邱○屏亦謂：李○治常常毆打甲○○（見警卷第40頁背面；同上偵卷第74、75頁）各等語，原判決亦認定甲○○自幼發展較為遲緩，不受喜愛，時遭李○治毆打體罰（見原判決第2頁），則甲○○因此所受傷勢，似不排除已嚴重到足以獨立為其死亡原因；陳○芝甚至懷疑甲○○是被李○治毆打致死的（見警卷第28頁背面；105年度他字第1438號卷第55頁）；李○好亦證稱：…早上我看他（指甲○○）還「好好的」，但後來就沒看到他了，他不知道什麼時候被裝進去黑色塑膠袋（見105年度他字第1439號卷第46頁）各等語，倘若如此，陳○芝是否仍能構成遺棄致人於死罪，似非無疑。而由於本件並未尋獲甲○○之屍骸，已無法自此查明甲○○致死原因，自宜詳加究明卷附各種情況證據，予以綜合判斷。原審就此並未詳查、根究明白，遽行判決，不無調查未盡及理由欠備之瑕疵。

以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。

原判決此部分違背法令影響事實之確定，本院無可據以為裁判，應將原判決此部分撤銷，發回原審法院更為審判。

貳、上訴駁回（即關於陳○芝、李○治遺棄屍體、行使偽造私文書）部分：

一、陳○芝部分：

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

(二)陳○芝此部分上訴意旨略稱：

1.關於原判決犯罪事實欄二認定我參與遺棄乙○○（97年0月生，基本資料詳卷）屍體部分：

李○治對於我有無參與掩埋乙○○屍體乙節，前後供述矛盾，且皆係編撰之詞，核與事實不符，並非可採；而李○治於其羈押期間，仍不時寫信給我，要脅我寄錢到監所，否則將對我為不利之供述，可見李○治不可能為對我有利之供述，但原審卻以李○治在審理中曾為對我較有利的供述，而採信其供詞，實屬荒謬；我既聲請對其測謊，但原審卻否准，顯有應調查之證據未予調查之違誤。

2.我於105年11月15日警詢時，自白原判決犯罪事實欄一、二所載遺棄親子女丙○○（96年0月生，基本資料詳卷）及乙○○屍體犯行乙情，對犯案經過供述詳細，有助釐清本案；雖然邱○屏於同年、月6日之供述，亦有觸及此部分案情，但是否因此影響我自首的適用，應有再加說明或調查之必要。原審卻逕為不利於我的認定，殊欠妥適。

3.關於原判決犯罪事實欄四行使偽造私文書部分：

原審既認定我是自首，且案發當日，係由李○治填寫所有資料，之後，我才「被動」應（婦○婦產科）診所要求蓋指印。相較於李○治，係「主動」以其前妻身分填寫資料、也無自首適用，可見我的犯罪情節，顯然猶輕。原審既判處李○治有期徒刑5月，卻宣處我4月，自有失當。

(三)經查：

1.證據的取捨、證明力的判斷與事實的認定，都屬事實審法院自由裁量判斷的職權，此項職權的行使，倘不違背客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可言，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明，自無由當事人任憑己意，指摘為違法，而執為上訴第三審合法理由之餘地。又法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得的直接、間接證據，本於合理的推論而為判斷，要非法所不許。而供述證據雖然先後不一或彼此齟齬，究竟何者為可採，事實審法院非不可本於經驗法則，斟酌其他情形，作合理的比較，定其取捨，若其基本事實的陳述與真實性無礙時，仍非不得予以採信，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均為不可採信。至於同法第379條第10款所謂應於審判期日調查之證據，係指與待證事實具有重要關係，在客觀上認有調查之必要性，且有調查的可能性，為認定事實、適用法律的基礎者而言，若事實已臻明確，或調查途徑已窮，自毋庸為其他無益的調查，亦無未盡調查證據職責之違法可言。

(1)原判決犯罪事實欄二關於陳○芝共同犯遺棄乙○○屍體罪部分，主要係依憑：陳○芝坦承知悉並同意李○治於乙○○死亡數日後，始掩埋屍體於住屋後方附近的部分自白；李○治於偵查及第一審中，一再證稱：陳○芝確有參與掩埋乙○○屍體等語的證言；復有卷附乙○○全戶戶籍資料（完整姓名）查詢結果；開挖現場照片、勘（相）驗筆錄等證據資料，乃認定陳○芝確有如原判決犯罪事實欄二所載犯行，因而維

持第一審論處陳○芝共同犯刑法第247條第1項之遺棄屍體罪刑之判決，駁回陳○芝此部分之第二審上訴。

(2)原判決對於陳○芝否認此部分犯罪，所為略如上揭第三審上訴意旨的辯解，如何係飾卸之詞，不足採信，亦據卷內訴訟資料詳加指駁、說明。並指出：

①衡諸李○治於第一審中，就陳○芝為家庭付出，身兼多份工作乙情，毫未掩飾，核與陳○芝所述相符（可見並未怨恨陳○芝），既對於陳○芝如何參與掩埋乙○○之分工方式，清楚交代其中不符偵查中所言者，更稱陳○芝僅參與把風，犯罪情節較輕，且就其他犯罪事實之證述，如有錯誤之處，亦主動修正交代陳○芝參與之情況，可見其審理中所供，均屬有利於陳○芝，無所謂案發後已勞燕分飛，竟刻意為不利陳○芝的證言情形存在。

②觀諸卷附李○治寄給陳○芝之書信，純係抱怨李○治另案所涉前臺灣板橋地方法院（已更名為臺灣新北地方法院）96年度訴字第2836號偽造文書案件，推由李○治（單獨）扛起全部罪責而已，雖有提及李○治之父母，亦因本案而遭受歧視眼光乙情，然未見有威脅其將於本案，故為陳○芝不利證述之語意，自不足憑為有利於陳○芝認定之依據。

以上所為的事實認定及得心證理由，都有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得之各項直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，並無違背客觀存在的經驗法則或論理法則，且事證已臻明確。陳○芝此部分上訴意旨，係置原判決已明白論斷的事項於不顧，就屬原審採證、認事職權的適法行使，任憑主觀，異持評價，妄指違法，且猶執陳詞，而為單純的事實爭議，不能認為適法的第三審上訴理由。

2.刑法第62條關於自首規定中，所謂發覺，並非以有調、偵查犯罪之機關或人員，知悉所涉人員確實犯罪無誤為必要，亦即祇要對其有所嫌疑時，即得謂為已經發覺；又自首以對於

未發覺之罪投案而受裁判為要件，如案已遭發覺，則被告縱於嗣後，陳述自己犯罪的事實，僅屬自白，不能認係自首。原判決已敘明：就犯罪事實欄一及二部分，邱○屏於105年11月6日警詢時，證稱：我知道李○治與陳○芝的子女有丁○○、甲○○、丙○○，隔一年還有生1個女兒，但當時還沒有取名字，所以我不知道叫什麼，我只知道有4個，除了丁○○之外，其他3名小孩都已往生了…丙○○及小他一年出生的女孩確實已往生了，現在戶籍內的兩個孩子，應該是李○治及陳○芝後來又生的小孩，卻以丙○○及乙○○的身分轉嫁生存，替換身分…我看到丙○○冰冷的屍體，李○治說不要報警，與陳○芝一起將丙○○的屍體裝在旅行袋內，丟棄在青山路青年公園山上附近的大石頭附近…另位比丙○○晚一年出生的女孩亦已往生，陳○芝先騙我說「去外公家玩」，後來，李○治才坦承該小女兒「不慎被棉被悶死」等語。足認警方從邱○屏之證述，已合理懷疑丙○○、乙○○已死亡、遭棄屍，陳○芝隱匿不說。而陳○芝係於同年、月15日經警詢問時，方坦承丙○○、乙○○已過世，不符合自首要件等旨。經核於法並無不合。陳○芝此部分上訴意旨，顯非確實依據卷內訴訟資料而為指摘。

- 3.關於刑的量定，係實體法上賦予法院得為自由裁量的事項，倘於科刑時，已以行為人的責任為基礎，斟酌刑法第57條所列各款事項，並未逾越法定刑度或濫用其權限，即不得任意指摘為違法，資為合法第三審上訴的理由。

原審認第一審就陳○芝行使偽造私文書部分量刑時，已審酌陳○芝於本案之犯罪情節中之作為及角色、犯後態度（含自首）、智識程度、家庭及經濟狀況等各情，維持第一審在法定刑（行使偽造私文書罪，法定本刑係「處5年以下有期徒刑」，適用刑法第62條前段自首規定減輕其刑）範圍內，擇定宣處有期徒刑4月（得易科罰金），駁回陳○芝此部分第

二審上訴。客觀以言，經核既在法定刑範圍之內，又未濫用自由裁量的權限，自無違法可指。此部分上訴意旨，就原審量刑裁量權的適法行使，依憑主觀，任意指摘，並非適法的第三審上訴理由。

(四)綜上所述，應認本件陳○芝此部分上訴，為不合法律上之程式，予以駁回。

二、李○治部分：

(一)按上訴得對判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348條第1項定有明文；又第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由；其未敘述者，得於提起上訴後10日內補提理由書於原審法院；其已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，同法第382條第1項、第395條後段亦規定甚明。

(二)經查：

李○治不服原判決，提起本件上訴，其上訴狀並未聲明為一部上訴，則對原判決犯罪事實欄一、二、三之遺棄屍體罪及犯罪事實欄四之行使偽造私文書罪部分，自應視為已提起上訴。然稽諸其上訴狀，對上揭部分竟未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，其就此部分之上訴，自非合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 25 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 許 錦 印

法官 李 欽 任

法官 王 國 棟

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 107 年 11 月 1 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第3416號

## 裁判要旨

(一)警察執行巡邏、臨檢等勤務橫跨警察行政及刑事訴訟2領域，其一方面為事前危害預防之勤務，另一方面為事後之犯罪調查。例如於指定區巡邏或於公共場所臨場檢查，原係預防性工作，但可能因此發現酒後駕車之事證，因此轉為犯罪調查，此為警察任務之雙重功能。而警察職權行使法第6條規範查證身分之臨檢發動要件，其中第1項第1款規定：「合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者。」目的在使警察能事先預防犯罪發生及防止危害產生，其依客觀情況或專業經驗，經合理判斷後認有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞，得查證身分，因此時犯罪已存在或瀕臨發生之邊緣，常會於查證身分後，刑事調查作為隨即發動；同法第7條規定查證身分之程序，為查證身分，警察得為攔停、詢問姓名及年籍資料、命出示身分證明文件、有明顯事實時得檢查身體及所攜帶物等措施。立法目的是在維持公共秩序、保護社會安全，與憲法保障隱私、行動自由、人性尊嚴之間取得衡平。

(二)本件警員執行巡邏勤務，見及上訴人機車在路口左轉，覺得轉彎路徑較大，騎車速度稍快，似在趕時間，依其取締酒駕案件之經驗，認有酒後駕車嫌疑，進行攔停、命出示身分證等查證身分措施，而於查證期間，因上訴人身上有濃厚酒味，經同意後，對之進行吐氣酒精濃度測試作為犯罪證據等情，係依警察職權行使法第6條第1項第1款、第7條第1項之規定，對上訴人實施攔停、命出示身分證明文件等查證身分措施，期間因上訴人身體有明顯酒味，疑為酒後駕車之現行犯，此時轉為犯罪調查之發動，且經上訴人同意後，採取吐氣作為犯罪證據。

警員於攔停、命出示身分證明文件等措施係屬警察行政階段，符合前述警察職權行使法之規定，之後即屬刑事調查階段，此即為警察任務之雙重功能，核其程序並無違法，自無適用刑事訴訟法第158條之4權衡證據能力之餘地。

## 相 關 法 條

刑事訴訟法第158條之4。

警察職權行使法第6條。

上訴人 劉○○敏

上列上訴人因公共危險案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年12月28日第二審判決（106年度交上易字第1408號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度速偵字第1353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。本件原判決綜合全案卷證資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人劉○○敏有其事實欄一所載之公共危險犯行，因而撤銷第一審之無罪判決，改判論處上訴人刑法第185條之3第1項第1款罪刑（依刑事訴訟法第376條第1項但書得上訴於第三審法院）。已詳細敘述其所憑之證據及認定之理由，對於上訴人所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。核其所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令之情形。
- 二、上訴意旨略以：本案應審認者，為警員林○華於案發時地攔停上訴人之機車，是否合乎法律規定？因此取得之證據是否有證據能力？林○華於第一審審理中證稱：其於案發當日凌晨，係執行一般例行性之巡邏勤務，當日並未擴大臨檢或有指定路口執行路檢，其係隨機在路上攔檢上訴人等語，可知

林○華當時非執行犯罪偵查之司法警察職務，亦未接受指派而在指定地區執行取締酒駕之法定任務；又其證稱：在便利商店盤查另1人時，直覺上訴人轉彎路徑比較大，騎車速度有點快，乃過去實施盤查等語。然林○華忙碌的同時，取決於何種標準認定目測上訴人轉彎路徑比較大，騎車速度有點快？再者，林○華出具的職務報告記載，上訴人「對員警指揮、號誌反應遲緩異常狀況」，但其在第一審審理中又證稱：上訴人對於號誌反應沒有遲緩等語。足見林○華所言不具可信性，其應有強搶績效之嫌？檢警復未能提出其他相關客觀跡證，佐證林○華本案隨機攔檢勤務過程之合法性、純潔性。故本案員警於非執行勤務之際，率自攔停上訴人，並進而要求上訴人做呼氣酒精濃度檢查，應是不符合警察職權行使法第8條第1項第3款之規定，並未恪遵正當法律程序之誠命，應係屬違法，亦已侵害上訴人受到憲法核心保障之人身自由基本權利。本案員警因違背法定程序，所取得酒精測定紀錄表等證據資料，其有無證據能力之認定，應依刑事訴訟法第158條之4規定予以權衡審酌。原審未積極調查犯罪證據，僅以違法攔檢盤查後聞到濃濃酒味，及本案警方因蒐證器材電力不足，只錄部分酒測過程未全程記錄的影片，得出警員最後所測得吐氣酒精濃度為每公升0.27毫克，有認事用法之疏漏及違背法令之不當云云。

### 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，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法而資為合法第三審上訴理由。又警察任務為依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利（警察法第2條參照），但其在執行任務時，所行使者多屬干預性行為，會限制人民

之身體、自由及財產。為使警察執行勤務有所依循，警察勤務條例第11條乃就警察勤務之內容為明文規定，其中第2、3款規定：「二、巡邏：劃分巡邏區（線），由服勤人員循指定區（線）巡視，以查察奸宄，防止危害為主；並執行檢查、取締、盤詰及其他一般警察勤務。三、臨檢：於公共場所或指定處所路段，由服勤人員擔任臨場檢查或路檢、執行取締、盤查及有關法令賦予之勤務。」巡邏、臨檢等勤務橫跨警察行政及刑事訴訟2領域，其一方面為事前危害預防之勤務，另一方面為事後之犯罪調查。例如於指定區巡邏或於公共場所臨場檢查，原係預防性工作，但可能因此發現酒後駕車之事證，因此轉為犯罪調查，此為警察任務之雙重功能。而警察職權行使法第6條規範查證身分之臨檢發動要件，其中第1項第1款規定：「合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者。」目的在使警察能事先預防犯罪發生及防止危害產生，其依客觀情況或專業經驗，經合理判斷後認有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞，得查證身分，因此時犯罪已存在或瀕臨發生之邊緣，常會於查證身分後，刑事調查作為隨即發動；同法第7條規定查證身分之程序，為查證身分，警察得為攔停、詢問姓名及年籍資料、命出示身分證明文件、有明顯事實時得檢查身體及所攜帶物等措施。立法目的是在維持公共秩序、保護社會安全，與憲法保障隱私、行動自由、人性尊嚴之間取得衡平。

(二)原判決依據上訴人坦認有酒後駕車、同意進行吐氣酒精濃度測試之自白、李○華警員第一審審判中之證言、道路交通事故當事人酒精測定紀錄表、臺中市政府警察局舉發違反道路交通管理事件通知單、呼氣酒精測試器檢定合格證書、警方勤務分配表、第一審於民國106年8月31日勘驗蒐證錄影檔案光碟之勘驗筆錄等證據資料，調查之結果，為綜合判斷，認定林○華警員於案發當日凌晨2至4時，係執行巡邏勤務，

工作內容為巡簽巡邏表，見可疑人車並實施盤查；其在某便利商店另執行查證身分勤務時，見及上訴人機車在路口左轉，覺得轉彎路徑較大，騎車速度稍快，似在趕時間，依其取締酒駕案件之經驗，認有酒後駕車嫌疑，在臺中市豐原區向陽路與圓環東路路口利用上訴人停等紅燈時，進行攔停、命出示身分證等查證身分措施，而於查證期間，因上訴人身上有濃厚酒味，經同意後，對之進行吐氣酒精濃度測試作為犯罪證據等情，已詳述其憑據及理由。對於上訴人辯稱：警方之錄影畫面並無拍攝至全部結束，過程中尚有吐氣酒精濃度為每公升0.06毫克云云，於理由內說明依林○華之證言：係因其密錄器電力不足，而另1位同時值勤員警亦忘記開啟配戴密錄器；上訴人於測試過程曾多次吹測失敗，警方不會將失敗紀錄附卷，僅會將最後吹測數值附卷等語，核與勘驗筆錄、常情相符，應可採信，俱有卷內資料可按。經核林○華警員係依警察職權行使法第6條第1項第1款、第7條第1項之規定，對上訴人實施攔停、命出示身分證明文件等查證身分措施，期間因上訴人身體有明顯酒味，疑為酒後駕車之現行犯，此時轉為犯罪調查之發動，且經上訴人同意後，採取吐氣作為犯罪證據。林○華警員於攔停、命出示身分證明文件等措施係屬警察行政階段，符合前述警察職權行使法之規定，之後即屬刑事調查階段，此即為警察任務之雙重功能，核其程序並無違法，自無適用刑事訴訟法第158條之4權衡證據能力之餘地。上訴人上訴意旨認為：警察對其進行酒精濃度測試，不符警察職權行使法第8條第1項第3款之規定，所取得之證據宜權衡認無證據能力云云，誠屬曲解。

(二)上訴意旨無非就原判決已說明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，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 107 年 9 月 20 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 謝 靜 恒

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 9 月 20 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第4267號

## 裁判要旨

通訊監察錄音帶或光碟，係以錄音設備將監察電話之通訊內容，依科技方法直接錄製而成，非透過人之意思活動予以傳達，應屬物證，非傳聞證據，無傳聞法則規定之適用；至於通訊監察譯文，係依法辦理通訊監察人員播放通訊監察錄音帶或光碟，依其聽取之內容，轉譯作成，為透過人之意思活動予以傳達之證據，屬該人員於審判外之書面陳述，但非各該電話通聯人之審判外陳述。如當事人對通訊監察譯文內容之正確性不爭執，且法院認相關對話內容清楚明瞭、無疑義，因此未傳喚各該對話人到庭陳述當時對話具體內容為何，即無違法可言。

## 相關法條

刑事訴訟法第159條、第379條第10款。

上訴人 吳○圳

選任辯護人 蕭仰歸律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年4月3日第二審更審判決（107年度上更一字第2號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署103年度偵字第14858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、本件上訴人吳○圳上訴意旨略以：
  - (一)原審應受最高法院發回判決意旨之拘束，最高法院前次發回意旨並未指明更審法院應注意上訴人與行賄人曾○宏間，是否另成立期約賄賂罪，原審未有新證據，卻逾越最高法院發回意旨範圍，認上訴人雖無收受賄賂事證，但成立期約賄賂罪，即有違法。
  - (二)本件起訴事實係收受賄賂罪，並未起訴期約賄賂罪之事實，原審調查時，亦未告知期約賄賂罪之事實及罪名；原判決既認起訴之收受賄賂部分不成立犯罪，則未起訴之期約事實，應非起訴效力所及，竟認成立期約賄賂罪，有訴外裁判、侵害上訴人訴訟程序權之違法。
  - (三)原判決不採證人曾○宏於偵查、審理時及證人羅○忠之有利

上訴人證言，未說明理由；採用曾○宏有瑕疵，應無證據能力之法務部調查局高雄市調查處詢問（下稱調詢）時之對向犯陳述，互為補強證據，認定其罪，違反證據法則，有理由欠備之違法。

(四)依臺南市政府環境保護局本採購案之承辦人員簡訊通知可知，係於民國100年7月27日評選會議當日上午，才開放評選委員參閱廠商服務建議書，上訴人實無可能於同年7月25日即向曾○宏分析各廠商之優劣，曾○宏不利其之證言與事實不符，不具憑信性，並不足採。

(五)依原判決所載證據，僅得證明上訴人內心真意係要求賄賂，曾○宏則僅「拜託支持1票」，非對上訴人直接允諾給予謝酬。羅○忠之證言應得佐證上訴人與曾○宏並無期約賄賂之合意。原判決關於期約賄賂合意之認定，有理由矛盾之違法，且未具體認定期約賄賂意思合致之社會事實，同有違法。

(六)上訴人於100年5月27日與曾○宏及於同年7月21日與000000000門號之行動電話持用人黃○仁間之通訊監察譯文，均未據原審於審理期日進行調查，且各該譯文內容均與本件期約賄賂之事實無關，或與證人林○一及曾○宏有利上訴人之證言不合，均應無證明力；原判決遽採為不利上訴人之認定，採證違法；另上訴人於原審聲請傳喚證人曾○宏、黃○仁及林○一到庭接受詰問，原審未予傳喚，亦未說明不傳喚之理由；當屬違法。

(七)原判決係認上訴人於洩密同時，即有要求賄賂之暗示，與理由說明認上訴人所犯洩密罪與期約賄賂罪間，並無想像競合關係，互有矛盾。

(八)原判決既認檢察官指摘第一審判決無罪部分，係上訴有理由，則應撤銷改判上訴人犯收受賄賂罪才是，竟改判其犯期約賄賂罪，有理由矛盾之違法。

三、惟查原判決撤銷第一審諭知上訴人無罪部分之不當判決，改

判論處其公務員犯貪污治罪條例之不違背職務期約賄賂罪刑。已詳敘認定犯罪事實所憑證據及認定理由。並就如何認定：曾○宏於調詢之陳述有證據能力；其證言，何者可採，何者不可採；可採之不利上訴人證言部分，有羅○忠之證言等相關補強證據可佐，足堪採信；上訴人否認犯罪之辯詞，皆不足採；其與曾○宏有期約賄賂之合意；有本件不違背職務期約賄賂之犯意與犯行；皆依據卷內資料予以指駁及說明。從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。又：

- (一)本院前次發回意旨係指摘原判決認定上訴人「有收受賄賂」之事實，尚有可議，並未指摘原判決認定雙方有「期約賄賂」之事實，亦屬不當。則原判決依卷內證據資料，認定上訴人有本件期約賄賂之事實，並無違背本院發回意旨問題。
- (二)本件起訴書已明載：上訴人基於收受賄賂之意思，於100年7月1日至同年月27日評選日前某日，向曾○宏暗示若其評選時支持聯○工程顧問股份有限公司（下稱聯○公司），聯○公司須予報酬（即要求賄賂）；曾○宏基於交付賄賂之意思，請求上訴人於評選時要支持聯○公司等（含允諾要求而欲交付賄賂之意），雙方因而達成期約賄賂合意等犯罪事實（見起訴書第2頁倒數第3行至第3頁第8行止）；並據檢察官於原審準備及審判程序中陳述，審判長亦依法告知，有各該筆錄在卷可按（見原審上更一卷第54頁、第73頁背面及第78頁）。上訴意旨謂期約賄賂之事實，未據起訴、調查或告知罪名云云，均與起訴書及原審調查、審理筆錄所載不符。
- (三)原判決認定本採購案為限制性招標，於評選之前，已完成資格標作業（見原判決第1頁）；則於評選前，有多少廠商符合資格標而得參與評選，已屬公開資訊；上訴人於評選前對各廠商為一般性優劣之分析，即屬可能。尚難以廠商服務建議書之開放參閱時點，即謂曾○宏不利上訴人之證言，與事實不符。

(四)按通訊監察錄音帶或光碟，係以錄音設備將監察電話之通訊內容，依科技方法直接錄製而成，非透過人之意思活動予以傳達，應屬物證，非傳聞證據，無傳聞法則規定之適用；至於通訊監察譯文，係依法辦理通訊監察人員播放通訊監察錄音帶或光碟，依其聽取之內容，轉譯作成，為透過人之意思活動予以傳達之證據，屬該人員於審判外之書面陳述，但非各該電話通聯人之審判外陳述。如當事人對通訊監察譯文內容之正確性不爭執，且法院認相關對話內容清楚明瞭、無疑義，因此未傳喚各該對話人到庭陳述當時對話具體內容為何，即無違法可言。

(五)上訴人於100年5月27日與曾○宏、於同年7月21日與黃○仁及於同年7月27日與陳○霞之通訊監察譯文（即法務部調查局高雄市調查處105年6月30日高市肅字第0000000000號函及其附件、同年7月19日高市肅字第0000000000號函及其附件），併卷內曾○宏與上訴人同日關於「臺南市委託辦理掩埋場一般垃圾採樣調查分析計畫」案部分之通訊監察譯文資料等，業據原審於107年3月14日審判期日對當事人提示並告以要旨，依法踐履調查程序，供上訴人及其辯護人表示意見，無未經合法調查情事；而上訴人及其辯護人均未爭執上開譯文內容之真實性、正確性（見原審上更一卷第75、76頁、103年度偵字第14858號卷第113至116頁、第一審卷(一)第133至139頁及第141至215頁）。則原審以各該記錄於錄音帶或光碟上之明確通訊內容，自為取捨、判斷，若未違經驗法則或論理法則，純屬法院證據取捨之職權行使，其未傳喚通訊對話人黃○仁或曾○宏到庭證明「對話之真意」，難認有何違法。

(六)上訴人於原審言詞辯論終結後，始具狀聲請法院再開言詞辯論並聲請傳喚證人林○一、曾○宏到庭，係為調查其於100年7月27日向陳○霞所稱「他們後面會那個」一詞，是否純

為上訴人之主觀想法（見原審上更一卷第148頁）一節，因所聲請之證據方法與所欲證明之待證事實間，不具關連性，原判決未予調查，或未說明不予調查之理由，於本件判決結果無影響，不得執為適法上訴第三審之理由。

(七)原判決係認定上訴人除於電話中洩漏其評選委員身分外，尚於評選前接受曾○宏之要約見面，見面時探詢勝算、分析競爭廠商優劣等作為，而認雙方見面時，上訴人有對曾○宏暗示要求賄賂，曾○宏予以同意而達成期約賄賂之合意（見原判決第3、4頁），尚非認定上訴人係以洩漏身分秘密之方式，著手索賄。期約賄賂之標的，非應予保密之評選委員身分（見原判決第15頁）。則原判決認上訴人所犯公務員洩漏國防以外之秘密消息罪與期約賄賂罪間，無想像競合犯關係，即無違誤。

四、上訴意旨置原判決之論述於不顧，徒憑己見，為事實上之爭辯，並對原審採證認事之職權行使暨於判決結果無影響，或為自己不利益之事項，任意指摘，與首揭法定上訴要件不符，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 12 月 12 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 世 淙  
法官 陳 朱 貴  
法官 洪 于 智  
法官 楊 智 勝  
法官 黃 瑞 華

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 13 日

# 最高法院刑事判決

106年度台上字第3183號

## 裁判要旨

(一)刑事訴訟法第159條之2所稱「具有較可信之特別情況」，乃指相對之可信，亦即被告以外之人於審判中之陳述，與審判外不符，其審判外先前陳述之背景具有特別情況，比較審判中陳述之情況為可信者而言。由於本條被告以外之人業於審判中到庭接受詰問，其審判外之陳述已受檢驗覈實，因此，所謂「具有較可信之特別情況」，以自由證明為已足。我國刑事訴訟法雖未設有如日本刑事訴訟法第328條關於彈劾證據擬制為有證據能力之規定（即依第321條至第324條規定不得作為證據之文書或供述，為爭執被告、證人或其他人於審判準備或審判期日所為供述之證明力，得作為證據），然引為爭執、彈劾被告以外之人在審判中所為陳述證明力之審判外陳述，當與其審判中之陳述不符，該等審判外先前之陳述，如符合於刑事訴訟法第159條之2所定例外要件，自得為證據。

(二)本件關於甲女、B男（係甲女之父，人別資料詳卷）警詢時之陳述，與審判中之證述不符部分，原判決理由壹、二、（一）之(2)，已敘明審酌其等接受詢問時之外部情況，具有較可信之情況，且為證明本件犯罪事實之存否所必要，其等於警詢時所為之陳述，如何有證據能力之理由。並非單以該等陳述較接近案發之時或具任意性，即認其有較可信之特別情況，復已說明其必要性。上訴意旨謂原判決未敘明如何有較可信之特別情況與必要性，指摘原判決有理由不備、違反證據法則之違誤。核係未依卷內資料所為之指摘，自非上訴第三審之適法理由。至原判決另載稱：甲女、B男之警詢陳述，於詰問中引用彈劾，自屬交互詰問內容之一部分，而有證據能力等詞。該部

分之說明，用語雖欠周詳，然並非認被告以外之人於審判外之陳述，如經交互詰問，即有證據能力，此觀之其就甲女、B男之警詢陳述，與審判中不符部分，已敘述如何認定有證據能力之理由甚明。上訴意旨指摘原判決此部分有將交互詰問與證據能力相混淆之情形，容有誤會。

## 相關法條

刑事訴訟法第159條之2。

上訴人 甲○○

選任辯護人 葉力豪律師

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 105 年12月13日第二審判決（105年度侵上訴字第182號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署102年度偵字第4656號，103年度偵字第3255號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

上訴駁回。

### 理 由

- 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原審審理結果，認定上訴人甲○○有如原判決事實欄所載對未滿14歲之告訴人即代號0000000000之女子（人別資料詳卷，下稱甲女）強制性交之犯行明確，因而撤銷第一審關於上開部分之科刑判決，經比較新舊法，改判論處上訴人對未滿14歲之女子犯強制性交罪刑。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並就上訴人否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。
- 三、刑事訴訟法第159條之2所稱「具有較可信之特別情況」，乃指相對之可信，亦即被告以外之人於審判中之陳述，與審判外不符，其審判外先前陳述之背景具有特別情況，比較審判中陳述之情況為可信者而言。由於本條被告以外之人業於審判中到庭接受詰問，其審判外之陳述已受檢驗覈實，因此，

所謂「具有較可信之特別情況」，以自由證明為已足。我國刑事訴訟法雖未設有如日本刑事訴訟法第328條關於彈劾證據擬制為有證據能力之規定（即依第321條至第324條規定不得作為證據之文書或供述，為爭執被告、證人或其他人於審判準備或審判期日所為供述之證明力，得作為證據），然引為爭執、彈劾被告以外之人在審判中所為陳述證明力之審判外陳述，當與其審判中之陳述不符，該等審判外先前之陳述，如符合於刑事訴訟法第159條之2所定例外要件，自得為證據。本件關於甲女、B男（係甲女之父，人別資料詳卷）警詢時之陳述，與審判中之證述不符部分，原判決理由壹、二、（一）之(2)，已敘明審酌其等接受詢問時之外部情況，具有較可信之情況，且為證明本件犯罪事實之存否所必要，其等於警詢時所為之陳述，如何有證據能力之理由。並非單以該等陳述較接近案發之時或具任意性，即認其有較可信之特別情況，復已說明其必要性。上訴意旨謂原判決未敘明如何有較可信之特別情況與必要性，指摘原判決有理由不備、違反證據法則之違誤。核係未依卷內資料所為之指摘，自非上訴第三審之適法理由。至原判決另載稱：甲女、B男之警詢陳述，於詰問中引用彈劾，自屬交互詰問內容之一部分，而有證據能力等詞。該部分之說明，用語雖欠周詳，然並非認被告以外之人於審判外之陳述，如經交互詰問，即有證據能力，此觀之其就甲女、B男之警詢陳述，與審判中不符部分，已敘述如何認定有證據能力之理由甚明。上訴意旨指摘原判決此部分有將交互詰問與證據能力相混淆之情形，容有誤會，同非適法理由。

四、證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷無違經驗法則或論理法則，即不能任意指為違法。又證人證述前後不符或有矛盾，事實審法院自可本於經驗法則、論理法則及審理所得之心證，為合理之取捨判斷。至同一證人前

後證述情節彼此不能相容，則採信其部分證言時，自己排除其他不相容部分之證詞，此為法院取捨證據法理上之當然結果。再者，所謂補強證據，其所補強者，不以事實之全部為必要，祇須因補強證據與其他證據相互印證結果，依社會通念，足使犯罪事實獲得確信者，即足當之。原判決認定上訴人確有本件犯行，係綜合上訴人之部分供述，證人甲女（指證被害之經過）、C男、D女、E女、乙女、丙女（依序為甲女之兄、丙女之母、甲女高中一年級的班導師、甲女之堂妹、B男另一結拜兄弟之女，人別資料均詳卷）、B男之部分證言，及FB（即Facebook，臉書）對話資料、測謊鑑定報告等卷內證據資料，而為論斷。並敘明：（一）甲女當時為稚齡幼童，及B男認係大人逗弄小孩之舉動所為之反應，參以甲女證稱：「因為我想說他太太在，他兩個女兒在，他應該不會對我做性侵的事」。甲女隨其父母、哥哥一同前去上訴人住處遊玩，因二家相約翌日一起至游泳池游泳，當晚甲女與上訴人的女兒玩耍，而留宿於上訴人住處。本件於甲女報案前，因B男與上訴人情誼深厚，有相當之信任關係，民國90年夏天某日早上甲女之父母、哥哥與上訴人之妻子、女兒在客廳等候，甲女之父母未對上訴人、甲女不在客廳一事產生懷疑，亦不悖常理。（二）上訴人之原審辯護人爭執甲女指證之可信度令人懷疑一節，經審酌甲女於87年8月1日入學國小一年級，其所述發生時間是90年夏天時，距其於104年12月15日第一審作證時，已逾14年之久，案發當時甲女係稚齡幼童，或其記憶有所誤植，或其與父母親之認知不同，致此部分所述與A女、B男之陳述有異。然仍不得據此即認甲女指述上訴人性侵害之經過，為不可採信。況B男與上訴人交情深厚，上訴人與甲女無任何糾紛或仇恨，甲女無誣陷上訴人之動機，果非親身經歷，不會杜撰亦屬長輩之上訴人對其為性侵害行為，甲女之證詞如何可採各等情。俱依卷內

證據資料，審酌認定甚詳，其推理論斷衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背。原判決並非僅憑上訴人之供述或甲女之指證，即行論罪，無上訴意旨所指欠缺補強證據、判決不備理由之違法情形。原判決就甲女指訴上訴人多次強制性交犯行，僅認定其中證據明確之1次，予以論處上訴人罪刑，其餘部分並未採用甲女之證言。至原判決認定上訴人強行脫去甲女之連身衣物及內褲，對其性交一情，與甲女所為伊躺下之後衣服沒有脫掉，伊去上訴人家是穿連身的，所以沒有褲子，就是內褲而已，上訴人脫伊之內褲，對伊性交等語之指證，其中關於上訴人脫去甲女之內褲，對其性交部分，與所引證據資料並無不合。上訴人是否有脫去甲女之連身衣物，於判決結果（上訴人有對甲女強制性交）不生影響。原判決認定甲女起床後至浴室洗澡，上訴人利用其與B男全家人互動良好，對其有相當之信賴，將甲女帶進房間強制性交之經過，此與參採甲女指證於早上洗完澡，帶伊到房間性交，二者並無不相適合之處。上訴意旨就原審採證、認事職權之行使，執原判決所未採之甲女其他部分證言，或上訴人以自己之說詞、持不同之評價而為指摘，單純為事實上之爭辯，均非適法之第三審上訴理由。

- 五、證人陳述之證言中，關於轉述其聽聞自被害人陳述被害經過部分，屬與被害人之陳述具同一性之累積證據，並不具補強證據之適格。但作為情況證據（間接證據）以之推論被害人陳述當時之心理或認知，或是供為證明對該被害人所產生之影響者，其待證事實與證人之知覺間有關連性，則為適格之補強證據。原判決就證人C男、E女於102年6月18日偵查中之證詞，係參採「她的情緒比較不穩定……（0000000000表示今年〔102年〕3月時有產生自殺的念頭……？）是的，她傳簡訊給我……內容是說她活在這世上是爸媽的負擔，活得沒意思之類……」、「……當時我問她時，她一直很恐懼並

一直哭，所以我覺得要跟她的家人說這件事……」等語。上開部分，均屬甲女向其2人陳述案發之經過，其等親身經歷、見聞、體驗所見甲女情緒反應等項，陳述其等所目睹、知覺體驗所得之情況證據，並非轉述引用甲女所告知之案發過程，自具備補強證據之適格。至於C男、E女聽聞自甲女轉述部分，原審並未將之採為判決依據。上訴意旨執原判決所未採之C男、E女部分證言，指摘其等之證言如何不具關連性，不得作為補強證據。此部分指摘，顯非適法之上訴理由。

六、卷查甲女於第一審證述：「（妳方才回答檢察官稱最後一次是妳國小三年級的時候在他們家，然後妳告訴被告說妳要跟大人講，後來妳為何遲至102年3月23日才提出告訴？）因為在那個時候才知道那是不對的事，才明顯意識到。」等語，有審判筆錄可稽。原判決參採甲女上開證言，認甲女表示90年夏天最後一次被性侵害才明顯意識到是不對的事。此部分僅在說明案發前一日，甲女留宿於上訴人住處，如何不違背常理。上訴意旨以甲女所稱那個時候應係「102年3月23日」，而非90年夏天最後一次被性侵害時，執以指摘原判決有證據上理由矛盾之違誤。上訴意旨此部分之爭執，於判決不生影響。就此指摘，亦非上訴第三審之適法理由。

七、原判決理由貳、一、（二）之(3)載稱甲女提出本件告訴後，B男方才知悉本案。旨在說明：A女、B男原本與上訴人相處融洽，甲女無因家庭因素而刻意誣陷上訴人之動機與必要。此部分係指甲女於102年3月23日報案，B男始知甲女對上訴人提出告訴之事，並非指B男於甲女報案後，始知甲女遭上訴人性侵害，此觀之原判決理由貳、一、（四）、(1)之②另記載：甲女於101年11月間告訴B男，其遭上訴人亂摸性侵害，B男於甲女報案後警員到其住處詢問時，其稱不知是誰欺負甲女，如何不實在一情即明，並無上訴意旨所指判決

理由矛盾之處。上訴意旨雖援引B男於原審所述「101年時我不知道，這是我太太說的」一語，爭執原判決認定甲女於101年11月間告訴B男，有所違誤。惟此部分僅在說明B男在甲女報案前，已知係上訴人所為。上訴意旨所爭執之部分，於判決本旨（即甲女報案前，B男已知行為人係何人）顯無影響，執此指摘，仍非適法之上訴第三審理由。

八、測謊鑑定結果，如就有利之供述，經鑑定人分析判斷有不實之情緒波動反應，依補強性法則，雖不得作為有罪判決之唯一證據，但仍得供裁判之佐證，其證明力如何，事實審法院有判斷之職權。上訴人於偵查中同意測謊，檢察官囑託內政部警政署刑事警察局對上訴人實施測謊，其結果：上訴人對測試問題「你有沒有以手指或生殖器放入她0000000000的下體？」呈不實反應，有該局鑑定書可稽。原審於經調查後，將上開鑑定書採為判決之參佐，並無上訴意旨所指不備理由之違法，此一指摘，難認適法。

九、當事人、辯護人聲請調查之證據，事實審認其無調查之必要，得依刑事訴訟法第163條之2第1項以裁定駁回之，或於判決理由予以說明。又待證事實已臻明瞭無再調查之必要者，應認為不必要，亦為同法條第2項第3款所明定。原判決就上訴人及其原審辯護人聲請囑託相關醫療鑑定機關對甲女作精神創傷鑑定，以查明甲女是否因受性侵害有創傷後壓力症候群，及作陰道創傷鑑定，以查明甲女之處女膜是否仍然完整等節，已說明：經審酌全部卷證資料與辯論意旨及調查證據結果，本件事證已臻明確，就前揭所為聲請，如何無調查必要之理由。該部分既欠缺調查之必要性，原審未為無益之調查，依前揭說明，無違法可言。上訴意旨仍憑己見而為指摘，並非適法之上訴理由。

十、所謂對於被告有利之證據不予採納者，應說明其理由，係指該項證據倘予採納，能予推翻原判決所確認之事實，而得據

以為有利於被告之認定者而言。如非此項有利於被告之證據，縱未於判決內說明其不足採納之理由，因本不屬於上開範圍，仍與判決理由不備之違法情形有間。原判決就上訴人確有本件犯行，及甲女在遭受強制性交後造成其自我否定、自傷及自殘反應等情，均已綜合卷內證據資料，詳為認定。上訴意旨所引C男證述甲女與其男友關係不穩定等證言，顯不足以推翻原判決所確認之事實，原判決就該部分，縱未特別說明如何不足為上訴人有利之認定，核與理由不備並不相當，仍不得據為提起第三審上訴之合法理由。

十一、其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證、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，或單純為事實上之爭執，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 1 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 何 信 慶

法官 朱 瑞 娟

法官 林 靜 芬

法官 李 英 勇

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 6 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第2951號

## 裁判要旨

共同正犯經以被告身分為詢問，而其所為陳述涉及不利於其他被告，就其他被告而言，其陳述即具證人之性質，本諸禁止強制取得供述之原則，證人（包括共同被告，下同）因受恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正方法所為不利於被告之陳述，亦應認不具證據能力。故審理事實之法院，遇有被告對其他共同被告於司法警察官或司法警察調查中所為陳述提出非任意性之抗辯時，即應先調查該取供之程序合法與否。又證人已有刑事訴訟法第159條之3所列（死亡、無法陳述等）情形，而被告於審判中主張證人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述有遭受不正之詢問情事，雖該條規定之「具有可信之特別情況」，係指證人之陳述，從客觀上之環境或條件等情況加以觀察而有較可信性者而言，此固可由事後勘驗其於陳述時之情況作為判斷，但因涉及傳聞法則例外之適用及證據之適格，且需就任意性為認定，而是否具有任意性，應綜合詢問、答全部過程予以觀察，並釐清主張者所指之疑義，此涉及價值之判斷，與僅就筆錄記載是否與證人陳述相符之真實性為機械性比對者不同，審判中自應由法官依法予以勘驗調查始得作為判斷之依據。(一)原判決以證人許○於法務部廉政署廉政官（下稱廉政官）詢問時之陳述，因其身體狀況已無法到庭進行詰問，審酌其上開陳述，經臺灣彰化地方檢察署檢察事務官逐字勘驗製有勘驗譯文，上訴人及其選任辯護人於第一審均表示無意見，而依該譯文內容之記載，並未發現有強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方式取供之情形，足認係在許○自由意志下所為之陳述，且其選任辯護人在廉政官詢問中途到場後即全程在場

，再依第一審當庭勘驗證人陳○勳所提出其與許○夫妻等人之對話內容光碟，可知許○於前開詢問時之陳述係屬實在，即具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要，依刑事訴訟法第159條之3自有證據能力（原判決第9至10、45、51頁）；並於理由貳、一、(一)5，(二)1，(五)1，及(六)1等多處援引許○於廉政官詢問時所為之陳述作為不利上訴人之證據（原判決第15、20、30、33頁）。(二)然，依卷內資料：1、許○於廉政官詢問之陳述係由檢察事務官為勘驗並製作勘驗譯文提出於第一審法院，上訴人之第一審選任辯護人固具狀表示對於譯文及光碟內容無意見，但於審判中已表示「不爭執警（指廉政官詢問）、偵訊筆錄形式上的真實性，但我們認為許○在廉政署所為調查筆錄沒有證據能力」（第一審卷(四)第131、142頁），又上訴人之原審辯護人於原審亦具狀指許○廉政官詢問筆錄無證據能力，並指出多處可疑請求對該筆錄予以勘驗查明，廉政官有無施以不正當之手段或錯誤之誘導，致許○為不實之陳述（原審卷(一)第127頁）。2、依上，上訴人於第一審除就檢察事務官所製作之勘驗譯文記載之內容為不爭執，並主張許○之廉政官詢問筆錄無證據能力，於原審更主張許○有受不正詢問之情事，請求依法勘驗調查，而許○於廉政官詢問之陳述係由檢察事務官為勘驗，且其勘驗譯文（第一審卷(四)第43至105頁），僅記載問答內容，對於詢問及陳述者當時之神情、語氣等情狀均未記載，檢察事務官似僅就筆錄記載是否與陳述相符為機械性之勘驗，上訴人之辯護人亦僅就筆錄記載許○陳述之內容不爭執，原審未依上訴人請求依法勘驗釐清，僅依檢察事務官製作之譯文即認「並未發現有強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方式取供情形」，且又以陳○勳提出對話內容光碟，可知許○於詢問時之陳述係屬實在而認「具有可信之特別情況」，混淆許○陳述時之特別可信性與其證明力，進而認許○廉政官詢問之陳述有證據能力，並採為判決之證據，其踐行之訴訟程序及採證均非適

法。

## 相關法條

刑事訴訟法第159條之3、第166條之7。

上訴人 莊○舜

選任辯護人 林春榮律師

陳守煌律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年4月17日第二審判決（105年度上訴字第1821號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署102年度偵字第9773、9774號，103年度偵字第737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

本件原判決維持第一審論處上訴人莊○舜共同犯政府採購法第87條第4、6項之妨害投標未遂罪刑，及共同犯經辦公用工程收取回扣罪刑（各判處有期徒刑10月、10年6月，併科罰金新臺幣2百萬元，徒刑部分，定應執行有期徒刑11年）之判決，駁回其在第二審之上訴，固非無見。

惟查：

一、共同正犯經以被告身分為詢問，而其所為陳述涉及不利於其他被告，就其他被告而言，其陳述即具證人之性質，本諸禁止強制取得供述之原則，證人（包括共同被告，下同）因受恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正方法所為不利於被告之陳述，亦應認不具證據能力。故審理事實之法院，遇有被告對其他共同被告於司法警察官或司法警察調查中所為陳述提出非任意性之抗辯時，即應先調查該取供之程序合法與否。又證人已有刑事訴訟法第159條之3所列（死亡、無法陳述等）情形，而被告於審判中主張證人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述有遭受不正之詢問情事，雖該條規定之「具有可信之特別情況」，係指證人之陳述，從客觀上之環境或條件等情況加以觀察而有較可信性者而言，此固可由事後勘驗其於陳述時之情況作為判斷，但

因涉及傳聞法則例外之適用及證據之適格，且需就任意性為認定，而是否具有任意性，應綜合詢、答全部過程予以觀察，並釐清主張者所指之疑義，此涉及價值之判斷，與僅就筆錄記載是否與證人陳述相符之真實性為機械性比對者不同，審判中自應由法官依法予以勘驗調查始得作為判斷之依據。

(一)原判決以證人許○於法務部廉政署廉政官（下稱廉政官）詢問時之陳述，因其身體狀況已無法到庭進行詰問，審酌其上開陳述，經臺灣彰化地方檢察署檢察事務官逐字勘驗製有勘驗譯文，上訴人及其選任辯護人於第一審均表示無意見，而依該譯文內容之記載，並未發現有強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方式取供之情形，足認係在許○自由意志下所為之陳述，且其選任辯護人在廉政官詢問中途到場後即全程在場，再依第一審當庭勘驗證人陳○勳所提出其與許○夫妻等人之對話內容光碟，可知許○於前開詢問時之陳述係屬實在，即具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要，依刑事訴訟法第159條之3自有證據能力（原判決第9至10、45、51頁）；並於理由貳、一、(一)5，(三)1，(五)1，及(六)1等多處援引許○於廉政官詢問時所為之陳述作為不利上訴人之證據（原判決第15、20、30、33頁）。(二)然，依卷內資料：1、許○於廉政官詢問之陳述係由檢察事務官為勘驗並製作勘驗譯文提出於第一審法院，上訴人之第一審選任辯護人固具狀表示對於譯文及光碟內容無意見，但於審判中已表示「不爭執警（指廉政官詢問）、偵訊筆錄形式上的真實性，但我們認為許○在廉政署所為調查筆錄沒有證據能力」（第一審卷(四)第131、142頁），又上訴人之原審辯護人於原審亦具狀指許○廉政官詢問筆錄無證據能力，並指出多處可疑請求對該筆錄予以勘驗查明，廉政官有無施以不正當之手段或錯誤之誘導，致許○為不實之陳述（原審卷(一)第127頁）。2、依上，上訴人於第一審除就檢察事務官所製作之勘驗譯文記載之內容為不爭執，並主張許○之廉政官詢問筆錄無證據能力，於原審更主張許○有受不正詢問之情事，請求依

法勘驗調查，而許○於廉政官詢問之陳述係由檢察事務官為勘驗，且其勘驗譯文（第一審卷四第43至105頁），僅記載問答內容，對於詢問及陳述者當時之神情、語氣等情狀均未記載，檢察事務官似僅就筆錄記載是否與陳述相符為機械性之勘驗，上訴人之辯護人亦僅就筆錄記載許○陳述之內容不爭執，原審未依上訴人請求依法勘驗釐清，僅依檢察事務官製作之譯文即認「並未發現有強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方式取供情形」，且又以陳○勳提出對話內容光碟，可知許○於詢問時之陳述係屬實在而認「具有可信之特別情況」，混淆許○陳述時之特別可信性與其證明力，進而認許○廉政官詢問之陳述有證據能力，並採為判決之證據，其踐行之訴訟程序及採證均非適法。

二、我國刑事訴訟法基於證據裁判原則及證據能力之規定，得以作為認定犯罪事實之依據，以有證據能力之證據為限，惟於審判期日證人所為陳述與審判外之陳述相異時，可提出該證人先前所為自我矛盾之陳述，用來減低其證言之證明力，此種作為彈劾證據使用之傳聞證據，因非用於認定犯罪事實之基礎，不受傳聞法則之拘束。因此，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，雖不得以之直接作為證明犯罪事實存否之證據，但非不得以之作為彈劾證據，用來爭執或減損被告、證人或鑑定人陳述之證明力，供法院審判心證之參考。

(一)原判決以陳○勳所提出之錄音光碟，係其當場將與許○夫妻等人對話之內容，直接錄下之錄音檔，屬於私人私下蒐證而取得之證據，該錄音內容係許○於審判外所為之陳述，仍有傳聞法則之適用，該錄音內容尚不得作為認定犯罪事實之基礎，僅得作為「彈劾證據」使用（原判決第6至7頁）。(二)然觀之原判決理由之論述，原判決除將上開錄音內容，作為彈劾許○於原審準備程序所言之真實性外（原判決第49頁），尚有：①於理由壹、一、(四)載「再依原審（指第一審）當庭勘驗證人陳○勳所提出其與證人許○、許○妻子等人之對話內容光碟，可知證人許○於廉政官詢問

時之陳述係屬實在，…」；②於理由貳、一、(三)載「證人許○曾向證人陳○勳表示：被告（指上訴人，下同）之兒子及證人許○曾以更換投標資料之方式，讓其等已特定之廠商順利得標等情，此業經證人陳○勳於原審審理時到庭證述甚詳，並經原審勘驗證人許○與證人陳○勳之對話錄音光碟屬實，…」；③於理由貳、一、(六)、7，亦引用理由貳、一、(三)之論述；④於理由貳、一、(九)、3、(3)載「證人張○遠…證稱：許○的太太沒有因為他們家裡沒有錢支付許○的醫藥費用而拜託其幫忙或向其他人請求幫忙支付醫藥費用，其未曾受其他人的請託而把錢拿給許○，也未曾受任何人請託要求許○開庭時說被告莊○舜沒有貪污。…等語，然依證人陳○勳…在證人許○住處對話內容，可知證人許○並未否認其於廉政官詢問時、偵查中之證述為真實，…張○遠於本院（指原審）審理時所言尚不足以作為有利被告之認定」（原判決第9至10、25、36至37、49頁）；即係以錄音中之許○談話內容作為不利證據或不採其他證人所為證述之依據，原判決此部分採證亦有可議。

三、原判決於理由貳、一、(一)1、2採用證人莊○如、張○慈於廉政官詢問之陳述作為上訴人與許○間關係密切之證據（原判決第13至14頁），但上開2位證人之陳述，係在廉政官詢問時所為，此係屬被告以外之人在審判外之陳述，原則上並無證據能力，原判決並未說明上開2位證人之陳述如何有證據能力之理由，逕採上開陳述作為不利之證據，自有理由不備之違誤。

四、原判決於理由貳、一、(三)、8及(六)、7以依廉政署偵查報告及彰化縣○○鄉公所政風室函，該鄉公所於民國100年6月15日等辦理「○○鄉立托兒所100年度幼童專用車採購」等7件公開招標案時，發現投標廠商之投標文件外標封有遭開啟之現象等情，再依陳○勳之證述（許○曾向其表示上訴人之子及許○曾以更換投標資料方式，讓特定廠商得標），此經第一審勘驗有陳○勳與許○間之對話錄音光碟屬實，因認不排除上訴人於V-5工程及IV-I工

程於投標截止後，有以抽換標單等不詳方式達成「不為價格之競爭」之犯行（原判決第24至26、36至37頁）。但上開廉政署偵查報告及彰化縣○○鄉公所政風室函如何具有證據能力原判決並未說明，已有理由不備，且上開2書證，係分別於101年4月9日、100年11月29日製作，核對上揭7件工程日期已在開標後，則所謂「投標文件外標封有遭開啟之現象」，究係指開標前抑或開標後之有此現象？倘係前者，該2文書係依何證據作此認定？如係後者，是否為開標後之正常現象？凡此自待釐清。再依陳○勳之證述，其係聽聞自許○之告知，而其提出之許○錄音光碟原判決既認無證據能力，如何能作為其證言憑信性之佐證，除上開錄音光碟外尚有何證據？原審就上開疑義未究明，遽認上訴人有此2部分之「不為價格之競爭」之犯行，自嫌速斷。

五、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決關於政府採購法第87條第4、6項之妨害投標及經辦公用工程收取回扣部分，均有撤銷發回更審之原因。另原判決認與上開發回部分有想像競合關係之洩密罪部分，依審判不可分原則，應併予發回。

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 107 年 10 月 4 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 謝 靜 恒

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

法官 蘇 振 堂

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 4 日

# 最高法院刑事判決

106年度台上字第3111號

## 裁判要旨

(一)刑事訴訟法第159條之4第2款之業務文書，除依文書本身之外觀判斷是否出於通常業務過程之繼續性、機械性而為準確之記載外，因其內容可能含有其他陳述在內，在特別可信之情況擔保要求下，其製作者之證言等自非不可作為判斷之資料。查證交所依證券交易法授權訂定之實施股市監視制度辦法等相關規定，於證券交易集中市場，就每日交易時間內，於盤中、盤後分析股票等有價證券之交易情形、結算等資料，執行線上監視與離線監視系統，進行觀察、調查、追蹤及簽報等工作，此等依監視系統事先設定處理方式之「程式性決策」所製作之監視報告（即交易分析意見書），其中有關股票交易紀錄之記載，既係出於營業之需要而日常性為機械連續記載，具有不間斷、有規律而準確之特徵，應無疑問，其中依據股票交易紀錄異常所為之分析意見，如經製作者在審判庭具結陳述係據實製作，應認已有其他特別可信之情況為擔保，既與股票之交易紀錄合一構成法律上規定製作之業務文書之一部，允許其具有證據能力，應不違背刑事訴訟法上開規定之本旨。至於分析意見是否可採，則屬於證據如何調查及證明力之問題。本件卷附各版本之交易分析意見書，所載投資人姓名、買進賣出股數、占市場比例、金額等交易紀錄，係從業務之人依電腦作業予以記錄，誤差機會甚小，而該分析意見書之製作人周○、王○珠、郭○霖皆以證人身分具結證述並受詰問，則原審認上開分析意見書有證據能力，按之刑事訴訟法第159條之4第2款之規定，不能指係違法。

(二)共同正犯犯罪所得之沒收、追徵，應就各人所分得之數

為之。所謂各人「所分得」之數，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言。因此，若共同正犯各成員內部間，對於犯罪所得分配明確時，應依各人實際所得宣告沒收；若共同正犯對犯罪所得無處分權限，與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知沒收；然若共同正犯對於犯罪所得享有共同處分權限時，如彼此間分配狀況未臻具體或明確，自應負共同沒收之責。所稱負共同沒收之責，參照民法第271條「數人負同一債務，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔之」，民事訴訟第85條第1項前段「共同訴訟人，按其人數，平均分擔訴訟費用」等規定之法理，即係平均分擔之意。

## 相關法條

刑事訴訟法第159條之4第2款。

刑法第38條之1第1項。

最高法院刑事判決

106年度台上字第3111號

上訴人 傅○萁

選任辯護人 林春榮律師

林永頌律師

陳峰富律師

上訴人 楊○悌

余○緣

共 同

選任辯護人 梁宵良律師

上訴人 廖○禧

選任辯護人 宋永祥律師

上列上訴人等因違反證券交易法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年6月20日第二審更審判決（103年度重金上更（二）字第11號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署93年度偵字第21024、20735、22110號、94年度偵字第846、10173 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、原判決撤銷第一審關於上訴人楊○悌、余○緣、傅○萁、廖○禧部分之科刑判決，比較新舊法，適用民國93年4月28日修正前之證券交易法，並依刑事妥速審判法及中華民國九十六年罪犯減刑條例之規定，改判仍論上訴人等四人以共同違反對於在證券交易所上市之有價證券，不得有意圖抬高集中交易市場合○電線電纜股份有限公司（下稱合○公司）股票之交易價格，自行及以他人名義（楊○悌、余○緣部分）或以他人名義（傅○萁、廖○禧部分），對合○公司股票，連續以高價買入之規定罪，楊○悌、余○緣、傅○萁各處有期徒刑1年4月，均減為有期徒刑8月，余○緣緩刑3年；廖○禧

處有期徒刑10月，減為有期徒刑5月。並諭知未扣案犯罪所得新臺幣（下同）6511萬8654元中之209萬2253元，由楊○悌、余○緣與袁○錦共同沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，共同追徵其價額；另6302萬6401元由楊○悌、余○緣、傅○萁與袁○錦、張○傑及不詳姓名之合○公司員工二人共同沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，共同追徵其價額（袁○錦、張○傑分別於原審上訴審及第一審經判刑確定，袁○錦並宣告緩刑）。

## 貳、上訴意旨

### 一、楊○悌、余○緣上訴意旨略以：

- (一)、臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）98年3月17日臺證密字第0000000000號函附之分析意見書，其結論雖稱袁○錦等有明顯影響開盤價或收盤價之情形，然楊○悌、余○緣當時買賣合○公司股票，係欲將現股轉成融資股票，並無操縱拉抬之目的，此與證人陳○有、馮○青等之證詞相符。原判決認定伊等有欲利用臺灣○○股份有限公司（下稱臺○公司）第○○配電工程（下稱○○工程）致公司出貨順暢、營收增加之利多消息，使合○公司股價上揚之目的，然未敘明所憑證據，有認定事實未依證據之違法。
- (二)、原判決一方面認「原判決附表《下稱附表》二編號1至9所示證券帳戶於該段期間內，實際上係由楊○悌、余○緣指示袁○錦為操盤買賣合○公司股票」，又稱袁○錦供述：「（92年）6月至10月要現股轉融資，要一買一出那個價格是我決定的」等語，足見楊○悌、余○緣雖指示袁○錦操盤買賣合○公司股票，但高價買進之行為係袁○錦個人所決定，何得認有犯意聯絡與行為分擔？其事實認定與理由相矛盾。
- (三)、楊○悌、余○緣與傅○萁等不認識，證人詹○裕雖於法務部調查局調查時證稱李○亮曾帶二個合○公司員工至傅○萁辦公室與其見面，要合作某件事等語，惟檢方無法提出當日詢

問之錄影錄音光碟為憑，詹○裕之該調查陳述應無證據能力，嗣後詹○裕於審判中已改稱不知道他們要談什麼等語，張○傑亦未提及楊○悌、余○緣或合○公司人員參與其中，足見原判決認定事實未憑證據。

- (四)、原判決認定楊○悌、余○緣與袁○錦拉抬合○公司股價之效果未如預期。然袁○錦將現股轉成融資時，股價維持在15、16元上下，並無融資斷頭壓力，有各證券公司回函附卷可憑，原判決未說明其認定之依據，有理由不備之違法。
- (五)、原判決認定楊○悌、余○緣為應付市場融券放空及繼續拉抬股價，乃提前召開股東會，欲迫使融券者追價買入股票（俗稱軋空）。然袁○錦依馮○青（業經原審判刑確定）之指示掛單陸續賣出合○公司股票，並未在92年10月30日至93年1月31日間配合張○傑買進股票，且依張○傑、馮○青、廖○禧等之供述，可知融券張數增加係傅○萁或張○傑同時以融資買進、融券賣出之方式所致，而非真正融券放空之投資人所為，原判決置而不論，亦非適法。
- (六)、依馮○青之陳述，其與傅○萁、張○傑、廖○禧等開會討論軋空事宜之日期，最快應在93年1月13日，會後第二天馮○青始請余○緣提前召開股東會，而合○公司早在93年1月13日即公布股東會召開日期，足見馮○青所稱之軋空會議乃其杜撰之詞，不足採信。原判決以該供述為據，顯有疏誤。
- (七)、原判決認為楊○悌等提供資料給張○傑宣傳、拉抬股價。惟張○傑在媒體宣傳之資料，均屬一般投資人在公開場合得以取得之資訊，投信法人等也會來拜訪詢問拿取，合○公司亦曾不定期邀集投信法人來公司辦理說明會，於會中提供相關資料供參考，可見張○傑稱該資料一般人無法取得云云，與事實不符；馮○青取得之報表等物，均為實際業務資訊，並無誇大或不實之訊息，若有共同炒股拉抬股價之犯意聯絡，豈有一方面利用傳播媒體散布誇大不實之資訊，另一方面卻

在重大訊息觀測站提醒投資人該訊息為未經公司證實發布之理。原判決之認定有理由不備之違失。

(八)、無論馮○青替陳○有尋找之買主是傅○萁或張○傑，該合○公司股票於陳○有同意以每股15元轉讓後，尚未在集中交易市場賣出以前，即已經在張○傑等人間互為轉讓約定，轉讓價格甚且超過陳○有同意轉讓之價格，可見超過每股15元之差價，均由袁○錦取交馮○青再轉交張○傑等人，不能認為是楊○悌、余○緣之犯罪所得。原審未詳查楊○悌、余○緣之犯罪所得各若干，即諭知共同沒收，應屬違法云云。

二、傅○萁上訴意旨略稱：

(一)、袁○錦、詹○裕等陸續接受調查時，距離最後犯罪之93年1月14日已經10月16天，自無記憶深刻，可立即反應所知之問題。原審未比較陳述時之外在環境及情況，即以調查陳述距案發日較近，記憶自深刻，無虛偽不實指證或事後串證可能，認為調查陳述有證據能力，使交互詰問流於形式，違反司法院釋字第582號解釋及刑事訴訟法第159條之2規定，且違背論理法則。

(二)、傅○萁未犯罪，如依原判決認定傅○萁於92年10月30日至93年1月14日間，使用附表二編號23、24之人頭帳戶參與附表一編號11至29之犯行，則應合計虧損1327萬700元，而楊○悌、余○緣於92年9月1日至93年1月14日間使用附表二編號1至9帳戶參與附表一編號1至29之犯行，獲有利益，二者之犯罪時間與惡害不同，原審竟量處傅○萁與楊○悌、余○緣相同之刑度，有未審酌刑法第57條之違法。

(三)、共同正犯犯罪所得之沒收，應以各人實際所得而定，分別諭知沒收、追徵。原審未調查各人犯罪所得，遽行創設法律所無之「共同沒收、共同追徵」制度，令傅○萁就他人犯罪所得6302萬6401元沒收，違背罪刑法定原則，又未依刑事訴訟法第455條之13第3項規定行使闡明權，使檢察官向法院為沒

收第三人財產之聲請，致其無就沒收陳述意見之機會，自非適法；原判決認定傅○其僅參與附表一編號11至29共19天之犯罪，計算犯罪所得時卻將92年10月30日至93年1月14日共54個交易日全部併計，違背論理法則；證交所計算式係以37人計算，原判決雖扣除張○俊等13人，但未說明該13人之數額為何及所憑依據，有理由不備之可議。

- (四)、卷附通聯紀錄非由電信單位從電腦設備列印，而是調查人員逕行製作，原審認為有證據能力，於法未合；原判決僅說明張○傑之監聽合法，至於傅○其等之監聽何以合法、何以僅因監聽合法，即得不探究通訊監察譯文是否被告以外之人於審判外之陳述，而得引為證據，均未說明，同非適法。
- (五)、各版本之證交所分析意見書，除93年2月24日製作者以外，其餘均係證交所人員依檢調人員指示之範圍作分析，已預見會作為證據，不具慣常性，顯無特別可信性，不能因製作人周○、王○珠、郭○霖到庭作證而治癒其瑕疵，此等分析與「公布或通知注意交易資訊暨處置作業要點」前提要件不符，應無證據能力。原審引版本四之查核分析意見為據，違背刑事訴訟法第159條之4、第208條、第202條規定及論理法則；製作人郭○霖證言僅就分析意見書中數營業日之部分交易時段舉例說明，占分析意見書之比例極低，不得以此認定此分析意見書有證據能力。
- (六)、情節重大之違法通訊監察所得資料是否有證據能力，應優先依通訊保障及監察法第5條、第6條規定判斷，而排除刑事訴訟法第158條之4權衡法則之適用。原判決認為我國未引用毒樹果實理論，於法未合，且卷內無某立法委員之林姓助理與監察對象之對話內容，亦無傅○其涉及炒作之事證，檢察官竟虛構事實濫權簽分案件，以追查傅○其，且施以通訊監察，原判決未說明檢察官違法簽分取得之證據何以有證據能力之理由，即認偵查及監聽合法，係違背法令。

- (七)、馮○青等於偵查時以被告身分之供述，原判決未說明何以具有必要性之理由，即予採用，於法不合；廖○禧、馮○青等之調查、偵訊陳述或係疲勞訊問，或被威脅、利誘，原審認有證據能力，同非適法；廖○禧於93年12月9日之偵訊供述，檢察官未依刑事訴訟法規定告知罪名及訴訟上得享有之基本權利，原審未命檢察官提出非惡意之證據及理由，逕以調查員已告知權利，即認有證據能力，洵有未合；詹○裕等之偵訊證詞，因檢察官未命彼等朗讀結文，結文僅有簽名、日期，其餘均空白，不知是供前或供後具結，顯未完成刑事訴訟法第189條第1、2項規定之程序，應無證據能力，原審仍予採用，自屬違法；原判決未論斷詹○裕等之偵查供述得否例外有證據能力，逕謂該等陳述僅對爭執此證言證據能力之被告，沒有證據能力，於法有違；93年12月9日對廖○禧、馮○青、張○傑之偵訊，有檢察官、檢察事務官、調查員穿插提問之情形，混淆究係向檢察官、檢察事務官或司法警察官、司法警察之陳述，應將程序違法瑕疵之不利益歸於檢察官，原審認為同時在場之檢察官得指揮事務官、調查員詢問，而全部視為向檢察官之陳述，有適用法則不當之違法；原判決理由謂其餘未經當事人爭執而視為同意之供述證據部分，審酌其作成時之情況並無違法取證之瑕疵，認以之作為證據為適當，均有證據能力，然未就該等審判外陳述製作時之過程、內容、功能等，及是否具備合法可信之適當性保障等要件，予以綜合判斷，有適用法則不當之違法。
- (八)、以薛○卿等名義買賣合○公司股票之事實，業經起訴，原審未以裁判使此訴訟關係消滅，逕認係起訴書誤認，即變更起訴之犯罪事實，有已受請求之事項未予判決之違法。
- (九)、郭○霖、周○、王○珠之陳述，係以其事後觀察所得，報告專業判斷之鑑定意見，原審祇以證人身分命其具結，而未命加具鑑定人之結文，訴訟程序欠缺法定程式，遽行援引此鑑

定意見為證據，違背證據法則。

- (十)、原審106年4月17日審判期日，僅諭知本件更新審理程序，並未踐行朗讀或提示前次審判筆錄並告以要旨之更新審理程序，使前次審判程序之內容重現於新審判期日，訴訟程序有重大瑕疵；審判長未就所諭知沒收、追徵之要件及事實，實質證據調查及訊問，即突襲宣告沒收追徵，違背憲法第8條第1項非由法院依法定程序不得審問處罰之規定，於判決結果有影響，乃違背法令。
- (十一)、原判決事實欄未就沒收為認定，致理由、主文宣告沒收失所根據，足以構成撤銷之原因。
- (十二)、證券交易法第155條第1項第4款於104年7月1日修正公布，增加有影響市場價格或市場秩序之虞之要件，原判決未比較適用，未說明傅○其之行為是否影響市場價格或市場秩序之虞，有適用法則不當等違法。
- (十三)、原判決尚有下列違背法令：
- 1、呂○銓係聽從沈○男之建議買賣合○公司股票，並非張○傑借用之人頭帳戶，原判決以呂○銓之陳述，作為指駁沈○男供述不可採信之依據，應非合法。
  - 2、廖○禧證稱：合○公司股票，伊個人以太太劉○珠帳戶購買，傅○其委託下單時，則打電話給金主鄭○之營業員，營業員利用何人帳戶買入股票，伊不知情等語。足見廖○禧未使用劉○珠帳戶幫傅○其買賣合○公司股票，此與原判決之事實認定相抵觸。則扣除劉○珠帳戶後，對傅○其等委託買入合○公司股票數量占同時段股票成交量之比例有否影響？對漲幅有否助益？攸關犯罪所得沒收、追徵之數額，原判決未予審認調查說明，自屬違法。
  - 3、原判決引張○傑之第一審證言為據，而張○傑於第一審證稱起訴書記載之人頭戶是正確的等語，然原判決認定之人頭戶與起訴書記載的不盡相同，足見事實認定與所引證據不符。

- 4、原判決之認定縱令無誤，傅○其亦祇於附表一編號11至29與楊○悌等有犯意聯絡，原判決第210 頁第28列卻記載「附表一編號1至29」，顯然矛盾。
  - 5、依原判決事實記載，傅○其與張○傑等人(不包括袁○錦)於附表一編號11至29之時間連續高價買入，此與理由欄載述傅○其與楊○悌、余○緣、馮○青、廖○禧及「袁○錦」、張○傑意圖抬高股價連續高價買入等語，互相矛盾；倘傅○其與袁○錦共同高價買入，就以袁○錦名義買入部分，應視同是傅○其自行買入，原判決卻諭知傅○其以「他人名義」買入，主文與理由不相符合。
  - 6、起訴書祇有一個附表，並無附表一，原判決第219頁第8列記載「…起訴書附表一編號1至32…」，前後不符。
  - 7、郭○霖供述漲幅高過6%之營業日中，有數個營業日非原判決認定傅○其意圖拉抬股價而高價買入之時間，可見漲幅超過6%係市場自然供需之結果，與傅○其、張○傑等無必然關連，原審未予審認調查說明，亦非適法。
- (四)、原審法院106年4月17日審判筆錄記載有提示證交所106年4月5 日臺證密字第0000000000號函，然辯護人詳聽錄音結果，並未提到此函文或內容，經廖○禧向監察院陳情，監察院於107年8月15日做成調查報告，亦認為「確實難認當庭有提示該函文供辯護人及被告表示意見，以此作為論罪科刑及沒收依據，對被告訴訟基本權保障不周，更二審法院具有違失」，原判決以此函文作為認定犯罪所得之依據，違背刑事訴訟法第155條第2項、第165條第1項規定。至於原審辯護人林春榮律師接獲書記官通知而至法院閱覽該函文後，雖即製作「刑事全辯護意旨補充狀」，於審判期日一開始即提交法院，然辯護人製作該書狀時，不會知道審判長當天開庭是否會提示此函文，故不得據此而認審判長在審理時已將該函文提示予上訴人表示意見。

- (五)、證交所105年10月6日臺證密字第0000000000號函之計算式，有計入證券交易稅與手續費，106年4月5日臺證密字第0000000000號函則未計入，後者自應少於前者。惟前者詹○惠4個帳戶於加計稅費計算後，虧損453萬5000元，後者虧損239萬985元，足見計算式悖於經驗法則。原審未請鑑定單位說明，即以106年4月5日函之計算式為依據認定犯罪所得，亦屬違法。
- (六)、證交所查核分析意見係綜合37名投資人帳戶計算之買賣價差，原判決認定炒股者有15名帳戶，計算犯罪所得卻採計24名帳戶，而未說明其理由，又未調查、說明共同正犯間不法利得之分配情形，即諭知共同沒收6302萬6401元，同非適法。
- (七)、原判決認定馮○青、廖○禧各自傅○其處取得300萬元報酬，係僅憑馮○青、廖○禧之供述，欠缺補強證據；如傅○其使用編號23、24帳戶獲利581萬3426元，該金額即為傅○其之犯罪所得，而馮○青、廖○禧各取得不法利益300萬元，則傅○其、馮○青、廖○禧共同繳回之和解金1483萬6424元已逾三人犯罪所得1181萬餘元，原判決未說明繳回款各人實際支付若干，即認馮○青、廖○禧無須再沒收犯罪所得，傅○其應與其他共同正犯共同沒收6302萬6401元，即有違誤；原判決對帳戶使用認定有誤，且既認定各帳戶分別由何人掌控使用，余○緣或袁○錦當日會算出傅○其、張○傑應得價差後交付，應可算出一定分配方式，竟以分配情形不明確，而認為犯罪所得應由共同正犯負共同沒收之責，均有違法。
- (八)、呂○炎、呂○銓之帳戶非張○傑所使用，呂○銓也證稱其帳戶與張○傑無關，原審祇採納張○傑之矛盾供述，且引用與本件無關之他案判決書內資料，據以推測張○傑使用呂○銓等帳戶，核屬違法；呂○銓之帳戶非起訴書起訴範圍，原判決將其交易列為本案審判範圍，且為附表三交易之一部，有訴外裁判之違誤。

- (六)、不法炒作股票犯罪所得金額之計算，不應扣除手續費、證券交易稅等成本，原判決將交易稅及手續費等成本扣除，違背刑法第38條之1修正意旨及最高法院106年度台上字第1009號判決意旨。
- (七)、證券交易法第171條第7項於105年7月1日刑法沒收新制施行後失其效力，原判決引用證券交易法第171條第7項為計算犯罪所得沒收之依據，適用法則不當。
- (八)、原判決認定傅○萁與楊○悌、余○緣不相識，又認彼此間有犯意聯絡，就其間如何達成何種謀議，未明白認定，尚有違失；原判決認定詹○裕介紹合○公司不詳姓名員工二人與傅○萁認識，然詹○裕證稱不認識該二人，也不確定是否合○公司員工，其認定有理由矛盾等違誤。
- (九)、原判決認定合○公司提前召開股東會係為炒作股票，使融券者回補股票須追高價格云云，若如此，上訴人等應會先囤積股票，並於開股東會前大量高價出售以炒高價格，原判決卻認定炒作時間至93年1月14日止，顯有不備理由及不符經驗與論理法則之違誤云云。

三、廖○禧上訴意旨略稱：

- (一)、原判決認定廖○禧以附表二編號23之詹○惠、編號24之劉○珠帳戶買進合○公司股票，但未敘述如何配合高價買入；馮○青、廖○禧僅提及金主鄭○，並無提及鄭○有提供詹○惠帳戶，且依鄭○等人所言，詹○惠帳戶內股票是鄭○及其他證券公司客戶所買賣，甚至融資賣出或賠款，益見此帳戶非廖○禧所使用；劉○珠帳戶內合○公司股票於93年1月14日全部出售完畢，如為傅○萁之人頭戶，何以不待股價上漲後再售出？原判決未加說明，有理由不備等違失。
- (二)、原判決認定傅○萁提供廖○禧、馮○青、張○傑各一支已輸入彼此門號之行動電話，供炒股聯繫之用。此支行動電話係93年2月間由蔡○忠交給馮○青時，廖○禧適巧在場，向其

索取而得，取得時間已逾原判決認定之犯罪時間92年10月30日起至93年1月14日，原審不採此有利證據，尚有違誤。

- (三)、廖○禧並未參與92年12月間之軋空協商會議，如有參加，何以在93年1月14日即將劉○珠帳戶之股票出售完畢；廖○禧於93年1月13日晚上9點多在家中從網路獲悉合○公司召開股東會之訊息，隨手記在回收紙上，原審依據此張回收紙認定廖○禧參與軋空會議，與客觀事證不符。
- (四)、廖○禧一再辯稱傅○其交付之300萬元，係補償其請廖○禧擔任凱○股份有限公司之名義董（監）事，而被財政部證券暨期貨管理委員會科處之罰鍰418萬元，所辯與傅○其之證言一致。原判決仍認定300萬元是傅○其給付之報酬，然未敘明馮○青之陳述如何足以採信之理由，亦非適法。
- (五)、原判決認定廖○禧等犯罪時間為92年10月30日至93年1月14日，惟犯罪所得計算時記載92年9月30日至93年1月14日，顯然矛盾。
- (六)、原審於106年4月17日審判期日未提示證交所106年4月5日臺證密字第0000000000號函供辨識，雖審判筆錄記載有提示編號12之此函文，但錄音顯示審判長口中宣讀者係「6至11 其中…有期貨交易人保護中心函…」等語，明確未宣示編號12之函文，顯見審判筆錄與錄音內容不符。上訴人等曾向原審法院聲請更正筆錄遭拒，事關犯罪所得之認定，有應於審判期日調查之證據未予調查之違法；廖○禧向監察院陳情後，監察院出具調查意見，稱「證交所106年4月5日臺證密字第1000000000號函乃涉及案關股票交易差額計算之關鍵事證，惟縱勘驗系爭庭訊錄音內容，仍難認定當庭確有提示該事證供陳訴人及其辯護人就該函設算金額之當否，為言詞辯論；以之作為論罪科刑及設算沒收金額之依據，對陳訴人訴訟基本權之保障，程序上顯有不周」等語，亦認定該筆錄記載不實云云。

叁、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。

肆、經查：

一、犯罪事實之認定，證據之取捨及其證明力如何，乃事實審法院自由判斷之職權，如其取捨不違背經驗法則與論理法則，即不得指為違法，而據為上訴第三審之理由。且經驗法則與論理法則俱屬客觀存在之法則，非當事人主觀之推測，若僅憑上訴人之主觀意見，漫事指為違背經驗與論理法則，即不足以辨認原判決已具備違背法令之形式。

二、原判決綜合全辯論意旨及調查證據所得，依法認定：(一)、楊○悌係股票上市公司合○公司之董事長兼總經理，余○緣為副總經理兼關係企業洋○光電股份有限公司（下稱洋○公司）等之財務主管或董事，袁○錦為洋○公司員工，張○傑（綽號古○張）為多家證券投資顧問公司之實際負責人，馮○青為倍○國際綜合證券股份有限公司前協理，任工商時報記者時結識經常投資股票之立法委員傅○萁（綽號小○），廖○禧係傅○萁朋友，多次為傅○萁處理股票相關事宜。(二)、92年6月間，合○公司獲得臺○公司○○工程計劃訂單，楊○悌、余○緣欲利用○○工程致公司出貨順暢、營收增加之利多消息，使合○公司股價上揚，指示袁○錦以不知情之人頭帳戶下單以現股買進，部分並以現股賣出改以融資買進之方式，大量買進合○公司股票。其後，楊○悌、余○緣、袁○錦共同基於意圖抬高合○公司股票交易價格而連續高價買入之犯意聯絡，自92年9月1日起至同年10月23日止，由袁○

錦負責以附表二編號1至9之帳戶，連續多筆以附表一編號 1 至10之大量高價買進，意圖製造交易熱絡假象，吸引投資人買賣，將股價維持一定價位以上，使合○公司股價自 14.35 元抬高至15.7元。總計楊○悌、余○緣、袁○錦於此期間犯罪所得為209 萬2253元。(三)、嗣余○緣經楊○悌同意，透過李○亮（另案通緝中）、詹○裕介紹，指示某合○公司員工二人至臺北市○○區○○路0段00號3樓傅○萁之立法委員辦公室，協議由傅○萁另覓金主及炒手拉抬股價，以便楊○悌、余○緣等逢高賣出，傅○萁乃邀馮○青、廖○禧、張○傑至其辦公室內商議，傅○萁、廖○禧、馮○青、張○傑、楊○悌、余○緣、袁○錦及前揭二位合○公司員工，即共同基於意圖抬高合○公司股票交易價格之犯意聯絡，由馮○青與余○緣接洽取得合○公司之型錄等資料，張○傑利用此等資料於其主持之財經節目、說明會、投資講座、廣播頻道、報章雜誌上宣傳，再由袁○錦配合逢高賣出，傅○萁並提供 4 支專屬行動電話，1支供己使用，其餘3支交給馮○青、廖○禧、張○傑使用（每支均已輸入其餘3 人專線電話號碼），以便聯繫及逃避查緝。張○傑即自92年10月30日起至93年 1 月14日止，以附表二編號10至22之帳戶，或洽金主黃○郎提供陳○年等帳戶，傅○萁指示廖○禧以附表二編號24劉○珠（廖○禧之妻）帳戶，並洽尋金主鄭○使用附表二編號23詹○惠（鄭○之妻）帳戶，下單買賣合○公司股票，連續多筆相對成交，且高價買入，造成交易熱絡之情形，張○傑密集散布合○公司之利多消息，吸引投資人跟進，同時推薦給其經營之投顧公司會員進場買賣，使合○公司股價由92年10月30日開盤之每股15.5元，上漲至93年1 月14日收盤之40.6元。其間因股票持續上漲，市場融券餘額（即借股票賣出，俗稱放空）一路增加，且居高不下，為應付融券放空及繼續拉抬股價，傅○萁與馮○青、張○傑、廖○禧研議洽請合○公

司提前召開股東會，利用融券者於股東會召開前2個月之第6個營業日前，必須強制回補股票之規定，可使股價不跌反漲（俗稱軋空），馮○青即轉知余○緣請合○公司提前召開股東會，合○公司果於93年1月13日由楊○悌、余○緣召開董事會，決議將於93年4月23日提前召開股東會，同日下午對外公佈，融券餘額即自93年1月13日起持續減少，總計於此期間內，傅○萁等之犯罪所得為1億1848萬1139元，傅○萁並從中各撥出300萬元分配予廖○禧、馮○青，作為渠2人之報酬等情。已說明本於調查所得心證，定其取捨而為事實判斷之理由，並就所有採為論罪證據之被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，如何具有證據能力，本件通訊監察如何係屬合法，因通訊監察取得之通訊監察譯文如何得為證據，以及廖○禧於93年12月9日檢察官偵訊時具結之證言，雖檢察官漏未告知刑事訴訟法第95條規定之事項，但權衡人權保障與公共利益之均衡維護，該證言如何有證據能力等，詳加論敘。復就確認之事實，說明楊○悌、余○緣就92年9月1日至同年10月23日間之行為，有共同之犯意聯絡，並分擔部分犯行，二人為共同正犯；楊○悌、余○緣、傅○萁、廖○禧與馮○青、張○傑及另二名合○公司員工就92年10月30日起至93年1月14日止之行為，亦有共同之犯意聯絡，並分擔部分犯行，為共同正犯之論據。就上訴人等否認犯罪之所辯，如何不足採信，及有利於上訴人等之證據，如何不能採納等，亦於理由內予以指駁、說明甚詳。所為論斷，核無違背客觀存在之經驗法則與論理法則，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任意指摘為違法。

三、按判決書應分別記載其裁判之主文與理由，有罪之判決書並應記載犯罪事實，且得與理由合併記載，刑事訴訟法第308條規定甚明。本件原判決事實欄已記載上訴人等犯罪之時間、犯罪之方法，以及犯罪所得等具體社會事實，且於理由欄

載述如何計算犯罪所得與宣告沒收之論據，要無不備理由之可言。至原判決援引證券交易法第171條第7項、將附表一編號11至29載為編號1至29、將起訴書附表載為附表一、計算犯罪所得時間將92年10月30日載為92年9月30日等，綜觀原判決全文，經核皆係文字上之顯然誤寫，非不得以裁定更正之，不能指係違法。

四刑事訴訟法第159條之4第2款之業務文書，除依文書本身之外觀判斷是否出於通常業務過程之繼續性、機械性而為準確之記載外，因其內容可能含有其他陳述在內，在特別可信之情況擔保要求下，其製作者之證言等自非不可作為判斷之資料。查證交所依證券交易法授權訂定之實施股市監視制度辦法等相關規定，於證券交易集中市場，就每日交易時間內，於盤中、盤後分析股票等有價證券之交易情形、結算等資料，執行線上監視與離線監視系統，進行觀察、調查、追蹤及簽報等工作，此等依監視系統事先設定處理方式之「程式性決策」所製作之監視報告（即交易分析意見書），其中有關股票交易紀錄之記載，既係出於營業之需要而日常性為機械連續記載，具有不間斷、有規律而準確之特徵，應無疑問，其中依據股票交易紀錄異常所為之分析意見，如經製作者在審判庭具結陳述係據實製作，應認已有其他特別可信之情況為擔保，既與股票之交易紀錄合一構成法律上規定製作之業務文書之一部，允許其具有證據能力，應不違背刑事訴訟法上開規定之本旨。至於分析意見是否可採，則屬於證據如何調查及證明力之問題。本件卷附各版本之交易分析意見書，所載投資人姓名、買進賣出股數、占市場比例、金額等交易紀錄，係從事業務之人依電腦作業予以記錄，誤差機會甚小，而該分析意見書之製作人周○、王○珠、郭○霖皆以證人身分具結證述並受詰問，則原審認上開分析意見書有證據能力，按之刑事訴訟法第159條之4第2款之規定，不能指係違

法。

五、鑑定證人係指依特別知識得知已往事實之人，如就使其依特別知識而對某事實陳述其判斷之意見上，與鑑定人無異，如就陳述已往事實而言，則與證人相似，有不可替代性，刑事訴訟法第210條乃明定「訊問依特別知識得知已往事實之人者，適用關於人證之規定。」依卷內資料，周○、王○珠、郭○霖長期任職於證交所，其等於法院作證係陳述依股票監視專業而製作分析意見書之經過，並非陳述其等鑑驗或判斷之意見，觀諸原審選任辯護人於詰問時，亦有表示周○、郭○霖等是以證人或專家證人身分到庭陳述等語，有相關審判筆錄在卷可稽，從而周○、王○珠、郭○霖以證人身分而為具結，並無不合。上訴意旨認為應加具鑑定人結文始屬合法云云，難認係合法之第三審上訴理由。

六、證券交易法第155條第1項第4款規定，對於在證券交易所上市之有價證券，不得有意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格，自行或以他人名義，對該有價證券，連續以高價買入或以低價賣出，而有影響市場價格或市場秩序之虞，旨在防止人為操控股價，導致集中交易市場行情發生異常變動，影響市場自由、公開決定價格之秩序。故行為人如客觀上有操縱行為，致市場行情有異常變動而影響市場秩序之危險，於考量該有價證券之特性、行為人之屬性、交易動機、交易前後之狀況、交易型態、交易占有率、是否違反投資效率等客觀情形因素，綜合判斷後，如操縱行為無其他合理之投資、經濟上目的（例如因應市場上之經濟或非經濟因素，基於合理投資判斷而大量高價買進、低價賣出）時，自得認定主觀上有拉抬或壓抑之意圖。本件原判決已說明綜合調查所得之直接、間接證據，認定楊○悌、余○緣、袁○錦先有抬高合○公司股票之意圖與行為，嗣後又找公司派以外之傅○萁等人合作，再密集發布利多消息，繼續拉抬炒作

，由袁○錦依指示之價量配合賣出獲利，其間合○公司尚配合提前召開股東會，使融券者被迫高價回補股票，顯見其等主觀上有拉抬股票價格之意圖，客觀上有拉抬行為，楊○悌、余○緣所辯無操作拉抬目的與犯意云云，均不足採信，暨陳○有之有利證言不能採納之理由，並無判決不備理由可言。

七、刑之量定，屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，且無濫用其職權情形，共同正犯間所科之刑又與公平原則無悖，即不得遽指為違法。傅○其與其他上訴人等之刑度雖然相同或相近，但其等有關刑法第57條各款所列事項既有不同，原判決以個人之責任為基礎，說明審酌刑法第57條各款所列事項而為刑之量定，此裁量權之行使，並無違反比例原則及平等原則，亦未見有濫用情形，即無違法。

八、共同正犯犯罪所得之沒收、追徵，應就各人所分得之數為之。所謂各人「所分得」之數，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言。因此，若共同正犯各成員內部間，對於犯罪所得分配明確時，應依各人實際所得宣告沒收；若共同正犯對犯罪所得無處分權限，與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知沒收；然若共同正犯對於犯罪所得享有共同處分權限時，如彼此間分配狀況未臻具體或明確，自應負共同沒收之責。所稱負共同沒收之責，參照民法第271條「數人負同一債務，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔之」，民事訴訟第85條第1項前段「共同訴訟人，按其人數，平均分擔訴訟費用」等規定之法理，即係平均分擔之意。又共同正犯各人有無犯罪所得、所得數額各若干、對犯罪所得有無處分權等，因非犯罪事實有無之認定，不適用嚴格證明法則，事實審法院得

視具體個案之實際情形，綜合卷證資料及調查結果，依自由證明程序釋明其合理之依據而為認定。查楊○悌等否認犯罪及有犯罪所得，原審因認除馮○青、廖○禧各自傅○其處分得300萬元外，其餘共同正犯就其餘犯罪所得有共同處分權限，而利得分配情形不明，甚且無從證明業已完成分派，乃諭知除已實際發還被害人（指財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心）者外，應由各共同正犯共同沒收、追徵，已敘明其綜合卷內證據資料憑以認定之依據與理由，依上說明，亦無違法。

九、依104年12月30日修正，105年7月1日施行之刑法第38條之1規定，犯罪所得，屬於犯罪行為人者，除有特別規定依其規定者外，應予沒收。至於刑事訴訟法第455條之12規定「財產可能被沒收之第三人」得聲請參與沒收程序，第455條之13規定檢察官得向法院聲請沒收第三人財產，此之「財產可能被沒收之第三人」，依其立法理由說明，係指被告（含共同被告）以外之第三人。上訴人及已判刑確定之張○傑等人，彼等於實體法上係犯罪行為人，於程序上為被告或共同被告，並非財產可能被沒收之第三人，自不生刑事訴訟法第455條之13及之14所規定有關檢察官聲請沒收第三人財產，及法院就參與沒收程序之聲請為裁定前，應予第三人或本案當事人等陳述意見機會之問題。

十、審判非一次期日所能終結者，除有特別情形外，應於次日連續開庭，如下次開庭因事故間隔至15日以上者，應更新審判程序，此種關於審判期日之訴訟程序，是否依法踐行，專以審判筆錄為證。經核閱原審卷宗，原審於106年4月17日續行審判程序時，審判長已諭知更新審判程序，並重新告知刑事訴訟法第95條規定之事項、命檢察官陳述起訴要旨、告知上訴人等其犯罪嫌疑及所犯罪名，且調查證據並行言詞辯論等，有該次審判筆錄為憑，即已重新實施審判期日應踐行之程

序，其審判程序並無不合。而刑事訴訟法並無更新審判程序應就之前審判筆錄踐行朗讀或提示告以要旨之規定，上訴意旨指未使前次審判程序內容重現係違背法令云云，尚屬無據。

六、依卷內資料，證交所106年4月5日臺證密字第0000000000號函及其查覆說明，係扣除成本、利潤及稅費（包含手續及證券交易稅）等支出後，計算其買賣價差，其合計之價差金額（指實際價差金額《已實現獲利》與擬制性價差金額《未實現獲利》之合計）比較未扣除之同所105年10月6日臺證密字第0000000000號函查覆說明所算得之金額為低，並無計算式違背經驗法則之情形。上訴意旨僅摭拾其中一個帳戶之片斷交易資料，遽指其計算方式違背經驗法則，尚非合法。

七、刑事訴訟之上訴制度，乃為受不利益判決之被告請求上級法院救濟而設，故被告不得為自己之不利益提起上訴。原判決於計算上訴人等炒作股票之犯罪所得時，既扣除證券交易稅與手續費，且就尚未賣出股票部分之交易稅與手續費等，亦予扣除，縱非允當，然扣除此等稅費，上訴人等之犯罪所得即相對減少，係對其有利之事項，上訴意旨指為違背法令，乃對自己之不利益而上訴，殊非合法之第三審上訴理由。

八、非法交易之股票未必於當日隨即處分完畢，亦會因其持股時間長短而影響犯罪所得之認定，故原判決依犯罪行為延續之起訖期間，作為計算不法所得之時間斷點等旨，核屬事實審採證、認事之適法職權行使，無違法可言。

九、檢察官就被告犯罪事實之一部起訴者，依刑事訴訟法第267條規定，其效力及於全部，法院自應就有實質上或裁判上一罪關係之全部犯罪事實予以合一審判。本件檢察官起訴上訴人等共同利用諸多人頭帳戶，於特定期間一起拉抬合○公司股票價格，犯證券交易法第171條之罪嫌，原判決認其中薛○卿等帳戶未有買賣合○公司股票而減縮其犯罪事實，雖未

詳加說明其理由而稍欠完備，然仍以實質上一罪裁判，依上說明，自無已受請求之事項未予裁判之情形；又起訴書犯罪事實之附表記載高買低賣之群組帳戶包括呂○銓，證據並所犯法條欄亦有呂○銓帳戶，顯見以呂○銓帳戶操縱股票之事實，已在起訴事實範圍之內，原審予以裁判，要無訴外裁判之違法可言。

去關於106年4月17日審判期日有無提示編號12證交所106年4月5日臺證密字第0000000000號函一節：

(一)、按審判期日之訴訟程序，是否依法踐行，專以審判筆錄為證。經核閱原審法院106年4月17日審判筆錄，內載：「審判長問…<sup>⑦</sup>對於本院卷(五)所附：1. 本院106年1月5日公務電話查詢紀錄表2. 臺灣證券交易所105年6月23日臺證密字第0000000000號覆函檢附函查事項回復說明3. 財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心95年11月6日刑事附帶民事訴訟起訴狀影本4. 財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心98年11月9日和解協議書影本5. 本院106年2月13日電話查詢紀錄表6. 臺灣臺中地方法院97年度金字第14號民事判決影本7. 財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心106年2月15日證保法字第0000000000號函8. 操縱股價表9. 臺中地院判決附表一備註欄之群組買進、賣出明細表 10. 呂○炎等11名大額投資人信用交易明細表11. 犯罪期間前300大投資人買賣明細表12. 臺灣證券交易所股份有限公司106年4月5日臺證密字第0000000000號覆函及檢附買賣合○電線電纜股份有限公司股票差價金額計算情形、光碟（第209-219頁）等證據資料，有何意見？」（逐一提示令其閱覽並告以要旨），有審判筆錄在卷可稽（見原審更二卷六第39頁以下）。依此審判筆錄之記載，編號12證交所106年4月5日臺證密字第0000000000號函與所附資料業經審判長依法提示並由上訴人等閱覽及表示意見。

(二)、同上筆錄復記載：「檢察官起稱：關於卷證提示部分，由於本案經最高法院第二次發回更審，相關資料被告、辯護人應已熟悉，在不影響辯護人、被告就個別證據表示意見之情況下，請法院參酌是否依照螢幕顯示之證據內容，給當事人、被告表示意見，勿庸逐一唸出證據名稱，以利程序進行，並給與被告、辯護人、檢察官充分時間可以論告及辯護。」就此，除馮○青之選任辯護人張○文律師稱「由於受命法官與陪席法官是第一次接觸卷證，對於證據內容恐嫌陌生，請再《在》逐頁提示過程中，酌留適當時間讓辯護人、檢察官、被告有充分時間表示意見」外，上訴人等及其餘選任辯護人均表示沒有意見（見原審更二卷六第9頁背面以下）。而依監察院勘驗當日之「庭訊錄音」光碟，審判長確有提到「本院卷五，那有1到11」、「我們先看1到5，卷五1到5是協議書，好，復函」、「6到11，看一下6到11，期貨保護中心的函、買賣明細表」、「對這些有沒有什麼意見？」等語（見廖○禧107年8月29日提出本院之陳報狀所附監察院調查報告第3頁（三）），顯示審判長係分批依照螢幕顯示之證據編號，摘要唸出證據簡稱給當事人等表示意見。查「審判筆錄」編號6至12當中，祇有編號7係財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心函，可見庭訊錄音中編號6之「期貨保護中心函」，即指審判筆錄編號7之「財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心函」，依此遞推，上開「庭訊錄音」編號11即審判筆錄編號12之證交所106年4月5日臺證密字第000000000號函。從而原審法院106年8月24日106中分道刑乾103重金上更（二）11字第00000號函復廖○禧之辯護人宋永祥律師稱：「法庭錄音中顯示審判長所述編號11之證據，因書記官製作之庭前筆錄編號為11，審判長於提示時即以此稱之，此項證據即書記官事後製作庭後筆錄所記載編號

12，兩者確屬同一項證據。關於編號之落差，係因書記官事後製作庭後筆錄時，發現《本院106年2月13日電話查詢紀錄表》此項證據漏未編號，而事後補充將該項證據由空白編號改編為5，而該項下之證據均逐一增加一個號數，至末號為12…」，所稱關於錄音編號與筆錄編號差異之原因，與卷內證據資料並無不符。足認證交所106年4月5日臺證密字第0000000000號函業經原審法院依法提示，供上訴人等表示意見，上訴意旨僅執著於形式上之證物編碼落差，指摘原審未予提示，即非可取。

(三)、何況依卷內資料，證交所將106年4月5日臺證密字第0000000000號函檢送原審法院後，審判長即批示通知當事人閱卷，書記官亦記載「已電知辯護人閱卷並傳真」（見原審更二卷五第209頁）。且傳○其之選任辯護人林春榮律師於106年4月17日審判期日當庭提出之「刑事全辯護意旨補充狀」內，已就此函文計算買賣價差之方式、數額等表示意見（見原審更二卷六第84頁以下），則上訴人等與其辯護人於原審審判期日以前，已獲悉此函文之內容，並於審判期日表示意見，從而原審法院書記官於開庭後，依刑事訴訟法第45條之規定整理筆錄時，因發現「原審法院106年2月13日電話查詢紀錄表」之證據漏未編號，遂將該項證據補編號為5，其後各項證據之編號因而順延，即原編號11者調整為12，此舉於上訴人等之訴訟防禦顯無影響，不能執為上訴第三審之正當理由。

(四)、廖○禧提出本院之上開監察院調查意見，雖認為：「……縱勘驗系爭庭訊錄音內容，仍難認定當庭確有提示該事證供陳訴人及其辯護人就該函設算金額之當否，為言詞辯論；以之作為論罪科刑及設算沒收金額之依據，對陳訴人訴訟基本權之保障，程序上顯有不周。……（對照庭訊錄音）其前後僅約40秒，殊難想像審判庭如何能於如此短暫之

時間內，就多達12件之證據『逐一提示令其閱覽並告以要旨』，系爭筆錄記載顯然不符常理」等語。然本件因卷證浩繁，原審法院依當事人之要求，依照書記官庭前製作而顯示於電腦螢幕之證據編號、名稱，分批、摘要唸出證據簡稱給上訴人等表示意見，已如前述，核諸監察院本於監察權行使，就個案所作之調查報告，係監察院自行調查獲得之結論，而依憲法所定之權力分立原則，本院為審判機關，依據法律獨立審判，自不受該調查意見之拘束。上訴意旨執監察院之調查報告指摘原判決違法，仍非合法之第三審上訴理由。

六上訴人等其餘上訴意旨，經核亦係就屬原審採證、認事職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑己見，任意指摘為違法，且仍為單純事實之爭執，均非適法之第三審上訴理由。

綜上所述，應認本件上訴均違背法律上之程式，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 107 年 9 月 12 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 梁 宏 哲

法官 沈 揚 仁

法官 莊 松 泉

法官 呂 丹 玉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 9 月 14 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第3921號

## 裁判要旨

(一)刑事訴訟程序之目的，在於依法確定刑罰權存在與否及其範圍。而訴訟行為，係指構成訴訟之行為，並藉以產生某種訴訟法上效果之行為，具體以言，依行為者之屬性，可分為法官的訴訟行為、當事人的訴訟行為（例如：聲請、主張、立證、詢問、詰問、陳述等）、其他訴訟關係人的訴訟行為。至關於自然人的訴訟能力，則係植基於實體法上之行為能力，以有完全意思能力為前提，始能獨立以法律行為行使權利、負擔義務，倘因精神障礙或其他心智缺陷，致其意思表示或受意思表示，或辨識其意思表示效果之能力，顯有不足，已經法院宣告為受輔助宣告之人，則其為訴訟行為時，應經輔助人「同意」，否則無效（或有學者謂效力未定，即可事後同意〈追認〉，溯及行為時發生效力），此觀諸民法第15條之1第1項、第15條之2第1項第3款、第2項、第78條、民事訴訟法第50條之規定自明，而此所稱「訴訟行為」依其文義言，當然包括民事、刑事及行政程序法上之訴訟行為。然有原則，必有例外，97年5月民法創設輔助宣告制度後，翌（98）年7月8日民事訴訟法即增訂第45條之1，其第2項明定「受輔助宣告之人就他造之起訴或上訴為訴訟行為時，無須輔助人同意。」其立法理由四，即謂「為保障他造訴訟權利，參照日本民事訴訟法第32條第1項規定，受輔助宣告之人被訴或被上訴而為訴訟行為時，不須輔助人同意，爰設本條第2項規定，至受輔助宣告之人就他造所為相當於起訴、上訴之聲請、抗告而為訴訟行為時，亦不須經輔助人同意，自為當然之理。」之旨，即謂受輔助宣告之人為被告或被上訴人，而被動地為訴訟行為時，無須經輔助人同意，也就是

說在此限度內，對受輔助宣告之人之保障，當有所退縮；而此於刑事訴訟程序的實踐上，被告於審理期間，受輔助之宣告，因未達心神喪失之程度，自無依刑事訴訟法第294條第1項停止審判之餘地，乃係透過刑事訴訟法第31條強制辯護、同法第35條輔佐人制度之設計，保障其訴訟防禦權，職是，本諸前揭相同法理，受輔助宣告之人，自仍應以被告身分繼續接受審判、到場參與法庭活動，而其間所為訴訟行為，則無須經輔助人同意，以利訴訟程序之進行；至於其他諸如再審之聲請、撤回上訴、撤回抗告等訴訟（法律）行為，關涉另訴訟程序之啟閉，當回歸原則，須經輔助人之同意，始生效力，以符法制。

(二)原審為最後一次107年1月17日審判期日訂定前，上訴人曾在第1次審判期日到庭，但此後歷次期日，經合法通知，均未到庭，而該最後一次審判期日的傳票，已於同年月11日即合法送達予上訴人及其輔助人，此有原審歷次審判筆錄、送達證書在卷足稽。嗣上訴人之輔助人陳○珊及其選任辯護人，於該審判期日均遵期到庭，原審乃於書記官朗讀案由後，開始該審理期日，其間，審判長即先詢問到場之辯護人、輔助人意見，並當庭告以上訴人之身體狀況不符合法定停止審判要件之旨，且未為准假之諭知，審判長隨即命上訴人之辯護人在場進行後續的審理程序，並以上訴人既經合法傳喚，卻無正當理由不到庭，乃不待上訴人陳述，由其辯護人在場進行辯論、陳述後，逕行判決，亦有該審判筆錄在卷可稽。經核其所踐行之訴訟程序，於法尚無不合，上訴人之訴訟防禦權，已獲充分保障，要無違法的情形存在。揆諸前旨，上揭上訴意旨(二)，所為輔助人未同意上訴人為訴訟行為，以為上訴人「有正當理由」不到庭之主張，即與法律規定之本旨不合，徒憑己意，自作主張，妄指違法，難認為合法的上訴第三審理由。

## 相關法條

民法第15條之1、第15條之2、第78條。

民事訴訟法第45條之1、第50條。

刑事訴訟法第371條。

上訴人 呂○富

選任辯護人 陳德義律師

上列上訴人因偽證等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年1月25日第二審判決（105年度上訴字第280號；起訴案號：臺灣桃園地方檢察署101年度調偵字第1451、1452號、102年度偵字第6825號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於事實欄一—(六)誣告、偽證部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷發回（即原判決事實欄一—(六)部分）部分：

一、原判決認定上訴人呂○富有其事實欄一—(六)所載誣告、偽證之犯行，因而維持第一審關於此部分依想像競合犯之例，從一重論處上訴人以誣告罪刑之判決，駁回上訴人此部分在第二審的上訴。固非無見。

二、惟查：

科刑之判決書，對於犯罪事實必須詳加認定，而後於理由內敘明其認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，方足以論罪科刑。其中，所載事實、理由與所宣告之主文，尤必互相一致；若有矛盾，即非適法。

細繹第一審判決事實欄一—(六)所認定之事實，僅載敘：「呂○富…因與林○祥間之合作關係生變，竟意圖使林○祥及陳○華受刑事處分而基於誣告之犯意，接續…提出刑事補充告訴理由…接受檢察官訊問時以言詞陳述之方式…指訴…林○祥及陳○華…構成背信犯嫌；又…接受檢察官訊問時，基於偽證之犯意，…接續證稱…」之旨（見第一審判決第4頁倒數第9行至第5頁第21行），似未有其他共犯參與此部分犯

罪之記載，嗣於其理由欄甲—貳—二—(五)為論罪、科刑之說明時，亦無就此如何與其他共犯，有犯意聯絡、行為分擔之相關論述。然第一審判決關於此部分之主文，卻載為「呂○富『共同』犯誣告罪，處…」，顯然有判決主文與事實、理由，不相一致的情形存在，已非適法。原審未予糾正，猶於其判決內為相同的事實記載、理由論述，逕予維持，駁回上訴人此部分之上訴，自難謂當。

此部分上訴意旨所為指摘，既非全無理由，應認原判決關於此部分，具有撤銷的原因。復為維持當事人審級利益之必要，應將該部分發回原審。

貳、上訴駁回（即原判決事實欄一—(一)、(五)部分）部分：

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

二、上訴人上訴意旨略謂：

(一)上訴人前經衛生福利部桃園療養院（下稱桃園療養院）於民國106年5月2日實施精神鑑定，其鑑定結果認為「上訴人因血管型失智症，致不能為意思表示或受意思表示，或不能辨識其意思表示之效果」、「目前認知功能呈現明顯的退化，整體適應行為表現不佳」，應已達於心神喪失之程度。原審竟然無視，又不說明其不採的理由，猶以在此之前，長庚醫療財團法人桃園長庚紀念醫院（下稱桃園長庚醫院）的病情說明復函、社團法人桃園市社會工作師公會（下稱桃園市社工師公會）訪視報告，以及原審在同年2月15日審理時所見，偏採臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）民事庭105年

度監宣字第870 號裁定之結論，逕認上訴人未達心神喪失之程度，不停止審判，其採證顯然違背證據法則及經驗法則，並有判決理由欠備、判決不適用法則及適用不當的違誤。

(二)退一步言，上訴人已經宣告為「受輔助宣告之人」，則依民法第15條之2 第1 項第3 款規定，其為訴訟行為時，應經輔助人「同意」。然而，上訴人之輔助人即配偶陳○珊，並未同意上訴人為本件訴訟行為，且具狀表明因病無法出庭，可見上訴人未於107 年1 月17日審理期日到庭，當認具有正當理由。原審不察，竟不待上訴人到庭陳述，逕行一造辯論終結，自有判決適用法則不當的違失。

(三)稅捐稽徵法第41條之逃漏稅捐罪，係結果犯，未上市公司之股票，如該公司擅自停業或他遷不明，已確實無財產價值，可核實認定其資產淨值，業經財政部函釋有案。本件騏○光電企業股份有限公司（下稱騏○公司）之財產，已經民事強制執行，拍定後，尚不足清償債權人金錢債權，其淨值即屬負數，根本無贈與稅可言，當然不生逃漏稅捐之問題。原審不察，猶援引稅捐機關錯誤的核課資料，為上訴人此部分有罪的認定，亦有判決適用法則不當的違失。

(四)事實上，上訴人對於所謂共犯林○祥、陳○華等人辦理騏○公司股票贈與、虛偽填製會計憑證等行為，均不知情，原審僅憑證人吳○玲、劉○章所為「呂○富應該都知情」、「我感覺呂○富要將股票過戶給陳○華」等個人臆測之詞，也未說明上訴人如何與林○祥、陳○華共同謀議，及上訴人為騏○公司負責人的依據，遽逕為上訴人有此部分犯罪的判斷，顯然違反採證法則，並判決理由欠備。

(五)再者，原判決既認定上訴人共同犯逃漏稅捐、行使業務上登載不實文書、填製不實會計憑證、誣告等罪，卻漏未於結論欄內引用相關法條，致科刑失所依據，顯然違法。尤以，原判決認定上訴人與共犯林○祥、陳○華（此2 人所犯，均經

判處罪刑確定)所為原判決事實欄一—(一)至(四)犯行之目的，係在謀取上訴人的最大利益，則所犯使公務員登載不實、行使業務上登載不實文書罪，當係基於同一目的、接續為之，應論以一罪；而所犯原判決事實欄一—(一)逃漏稅捐部分，又與使公務員登載不實罪具有想像競合犯之關係，祇能從一重之逃漏稅捐罪處斷，則上訴人本案所犯使公務員登載不實、行使業務上登載不實文書罪，依上訴不可分原則，當均可上訴至第三審。原審竟均以數罪併罰論處，復裁定駁回上訴人關於使公務員登載不實、行使業務上登載不實文書罪部分之第三審上訴，自非適法云云。

### 三、惟查：

(一)按被告心神喪失者，應於其回復以前停止審判，刑事訴訟法第294條第1項定有明文。而被告是否達到心神喪失之生理程度，事涉醫療專業，固應囑託具有特別知識經驗之醫學專家為鑑定，惟是否存在此項生理程度，仍應由事實審法院審酌卷內相關證據資料調查結果，本於職權加以判斷。是醫學專家對被告是否達到心神喪失程度進行鑑定之結果，僅屬事實審法院綜合判斷時，應予審酌之重要證據資料，非謂鑑定結果得以全然取代事實審法院之判斷。從而，事實審法院綜合被告於審判期間所呈現之一切情狀，據以合理判斷究竟被告實際上有無符合上開應予停止審判之情形，並非法所不許。原判決業於其理由欄壹—二內，以長達3頁之篇幅，詳細說明，上訴人何以尚未達到心神喪失的程度，而無停止審判適用的理由，指出：

1.上訴人之配偶陳○珊，向桃園地院民事庭聲請上訴人應受監護宣告，經該院認上訴人雖因精神障礙或其他心智缺陷，致其為意思表示之能力顯較通常人為低，已達處理自己事務之能力顯然不足之情形，但尚未達到完全不能為意思表示，或受意思表示，及不能辨識其意思表示效果之程度

，並未達受監護宣告之必要，爰僅依法宣告上訴人為「受輔助宣告之人」。

- 2.原審於依職權函詢上訴人長期就診之桃園長庚醫院關於上訴人之病情，據該院覆稱：「依病歷所載，病患呂君105年9月12日最近乙次，於本院住院之診斷，為左側肢體無力，經住院接受復健治療後，於同年10月4日出院，就其最新病情研判，其仍遺存左側肢體偏離、無法站立與行走，需以輪椅代步，吞嚥困難、使用鼻胃管進食之情形，臨床評估（結果），病患呂君雖反應較慢，（但）仍可以理解簡單語言，有時（亦）可做簡單之問答，對於複雜之語句理解較有障礙，陳述表達上亦有部分障礙。」。
- 3.稽諸桃園市社工師公會的調查訪視報告，載為：「實訪所見，相對人（指上訴人）乘坐在輪椅上，意識清醒、氣色佳，情緒平穩…相對人有言語表現，但說話稍嫌含糊，可正確說出個人姓名、出生年月日、身分證字號、看護身分、復健時間及地點與正確分辨左右，可說出住所地址為『○○路○段000巷00號8樓』，但未說出行政區域，經訪員提醒數次後，相對人才恍然大悟的說出完整之地址，另相對人可說出配偶與兒子姓名…」。
- 4.上訴人於原審106年2月15日審理時，對於審判長就年籍資料之詢問，均能理解並即時回應、正確陳述，且陳述稱：「我都聽得懂，並知道陳○珊為我太太。」等語。
- 5.上訴人之選任辯護人前曾為停止審判之聲請，經原審駁回後，提起抗告，經本院以107年度台抗字第1號駁回其抗告確定。綜合上述，足認上訴人理解力及陳述能力無礙，並非無法就審判活動為正確知覺、理會或判斷，前開桃園長庚醫院及桃園療養院依醫學專業，就上訴人之「為意思表示、受意思表示及辨識其意思表示效果之能力」所為之判斷，係僅達「顯有不足」，卻尚未達「完全喪失」程度

，乃認應予繼續審判。

以上，經核於法並無不合。此部分上訴意旨，置原判決已明白論述之事項於不顧，純憑己意，猶執陳詞，重行爭執，難謂適法。

(二)刑事訴訟程序之目的，在於依法確定刑罰權存在與否及其範圍。而訴訟行為，係指構成訴訟之行為，並藉以產生某種訴訟法上效果之行為，具體以言，依行為者之屬性，可分為法官的訴訟行為、當事人的訴訟行為（例如：聲請、主張、立證、詢問、詰問、陳述等）、其他訴訟關係人的訴訟行為。至關於自然人的訴訟能力，則係植基於實體法上之行為能力，以有完全意思能力為前提，始能獨立以法律行為行使權利、負擔義務，倘因精神障礙或其他心智缺陷，致其意思表示或受意思表示，或辨識其意思表示效果之能力，顯有不足，已經法院宣告為受輔助宣告之人，則其為訴訟行為時，應經輔助人「同意」，否則無效（或有學者謂效力未定，即可事後同意〈追認〉，溯及行為時發生效力），此觀諸民法第15條之1第1項、第15條之2第1項第3款、第2項、第78條、民事訴訟法第50條之規定自明，而此所稱「訴訟行為」依其文義言，當然包括民事、刑事及行政程序法上之訴訟行為。然有原則，必有例外，97年5月民法創設輔助宣告制度後，翌（98）年7月8日民事訴訟法即增訂第45條之1，其第2項明定「受輔助宣告之人就他造之起訴或上訴為訴訟行為時，無須輔助人同意。」其立法理由四，即謂「為保障他造訴訟權利，參照日本民事訴訟法第32條第1項規定，受輔助宣告之人被訴或被上訴而為訴訟行為時，不須輔助人同意，爰設本條第2項規定，至受輔助宣告之人就他造所為相當於起訴、上訴之聲請、抗告而為訴訟行為時，亦不須經輔助人同意，自為當然之理。」之旨，即謂受輔助宣告之人為被告或被上訴人，而被動地為訴訟行為時，無須經輔助人同意，

也就是說在此限度內，對受輔助宣告之人之保障，當有所退縮；而此於刑事訴訟程序的實踐上，被告於審理期間，受輔助之宣告，因未達心神喪失之程度，自無依刑事訴訟法第294條第1項停止審判之餘地，乃係透過刑事訴訟法第31條強制辯護、同法第35條輔佐人制度之設計，保障其訴訟防禦權，職是，本諸前揭相同法理，受輔助宣告之人，自仍應以被告身分繼續接受審判、到場參與法庭活動，而其間所為訴訟行為，則無須經輔助人同意，以利訴訟程序之進行；至於其他諸如再審之聲請、撤回上訴、撤回抗告等訴訟（法律）行為，關涉另訴訟程序之啟閉，當回歸原則，須經輔助人之同意，始生效力，以符法制。

又審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第47條定有明文。而被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決，同法第371條亦有明定。

卷查：原審為最後一次107年1月17日審判期日訂定前，上訴人曾在第1次審判期日到庭，但此後歷次期日，經合法通知，均未到庭，而該最後一次審判期日的傳票，已於同年月11日即合法送達予上訴人及其輔助人，此有原審歷次審判筆錄、送達證書在卷足稽。嗣上訴人之輔助人陳○珊及其選任辯護人，於該審判期日均遵期到庭，原審乃於書記官朗讀案由後，開始該審理期日，其間，審判長即先詢問到場之辯護人、輔助人意見，並當庭告以上訴人之身體狀況不符合法定停止審判要件之旨，且未為准假之諭知，審判長隨即命上訴人之辯護人在場進行後續的審理程序，並以上訴人既經合法傳喚，卻無正當理由不到庭，乃不待上訴人陳述，由其辯護人在場進行辯論、陳述後，逕行判決，亦有該審判筆錄在卷可稽。經核其所踐行之訴訟程序，於法尚無不合，上訴人之訴訟防禦權，已獲充分保障，要無違法的情形存在。

揆諸前旨，上揭上訴意旨(二)，所為輔助人未同意上訴人為訴

訟行為，以為上訴人「有正當理由」不到庭之主張，即與法律規定之本旨不合，徒憑己意，自作主張，妄指違法，難認為合法的上訴第三審理由。

(三)第三審法院應以第二審判決所確認的事實為判決基礎，以判斷其適用法律之當否。又證據的取捨、證明力的判斷及事實的認定，均屬事實審法院的自由裁量、判斷職權；如其此項裁量、判斷，並不違反客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明；既已於判決內論敘其何以作此合理、客觀判斷的心證理由者，即不得單憑當事人之主觀，任意指摘為違誤，而據為其提起第三審上訴的合法理由。

再者，犯罪態樣究竟屬於集合犯、接續犯的部分作為，或單純可以獨立成罪的情形；抑或係基於一個意思決定，一個實行行為，發生侵害數個法益的結果，而屬想像競合犯的一行為；或出於各別犯意，而為先後可分、各具獨立性、侵害不同法益，應數罪併罰的數行為等各情，都屬事實審法院採證認事職權的行使，倘不違背客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指。

1.關於原判決事實欄一—(一)（即逃漏稅捐）部分：

原判決此部分主要係依憑上訴人於第一審審理中，不否認其為騏○公司負責人，因公司經營不善，聘請林○祥、陳○華分別擔任顧問、特別助理，並坦言：有請公司人事人員鄒○如將公司大、小章交給陳○華、林○祥使用，且交代公司的會計主管劉○章，指導陳○華辦理股票過戶事宜的部分自白；證人即共犯林○祥、陳○華迭於偵查、歷審審理中，證實上情，復一致供證：上訴人知道股票過戶之事；林○祥另詳言：我受上訴人之邀，擔任騏○公司的顧問，上訴人答應將其所持有之騏○公司股票的3成給我，作為報酬，而我則向陳○華表示，我會再將所領得的股票

，其中的三分之一給她，當作酬勞，後來上訴人有提供密碼、鑰匙給陳○華，讓她從公司保險箱內取出實體股票，去辦理過戶；陳○華更直言：我擔任上訴人的特別助理，負責幫忙處理騏○公司的事務，上訴人確實有叫我將股票過戶給林○祥，在確認要移轉的股票張數後，上訴人還叫我直接到騏○公司大溪工廠的保險櫃內拿取，並給我保險櫃的密碼、鑰匙及印章，我就請公司出納吳○玲陪我一起去拿，然後辦理股票過戶移轉；證人即騏○公司出納吳○玲於偵查、第一審審理中，證實確有陪同陳○華前往該公司大溪工廠，自保險櫃內取出系爭股票之事；另證人即騏○公司的會計主管劉○章於偵查中，亦供證稱：上訴人確有交代我指導陳○華辦理公司股票過戶，而且保險櫃鑰匙、密碼只有上訴人的姐姐才有各等語之證言，衡諸系爭股票既經上訴人深鎖在公司保險櫃內，陳○華若非經得上訴人之同意、授權，取得鑰匙、密碼，如何取出？可見林○祥、陳○華所言非虛，可堪採信；顯示系爭股票係以「買賣」方式，辦理過戶的股票過戶簡表、證券轉讓過戶申請書、證券交易稅一般代繳稅額繳款書；證券交易所得查詢清單；顯示財政部北區國稅局大溪稽徵所，以騏○公司已停業，而根據其資產負債表之每股淨值，核課逃漏贈與稅的書函等各項證據資料，乃認定上訴人確有如原判決事實欄一—(一)所載犯行，因而撤銷第一審關於此部分不當之科刑判決，改判仍依想像競合犯之例，從一重論上訴人以納稅義務人與非納稅義務人共同犯逃漏稅捐罪（另想像競合犯使公務登載不實罪，詳如後述），宣處有期徒刑5月，並為易刑標準之諭知。

原判決復以上訴人僅承認上揭部分自白，而矢口否認有共同犯逃漏稅捐罪，所為無將系爭股票給林○祥等人之意思，也未出售系爭股票云云之辯解，如何係飾卸之詞，不足

採信，除據卷內訴訟資料詳加指駁及說明外，並指出：上訴人係商業負責人，有相當知識能力，既以無償移轉系爭股票，充作林○祥擔任顧問之報酬，當知此屬「贈與」，非「買賣」，應繳贈與稅，且為贈與稅的納稅義務人，受贈人林○祥等人佯以「買賣」辦理系爭股票移轉，圖謀逃漏稅捐，意使上訴人受益，而與上訴人有犯意聯絡，上訴人自應就此負共同正犯之罪責。

- 2.關於原判決事實欄一—(五) (即填製不實會計憑證) 部分：原判決此部分主要係依憑共犯林○祥、陳○華迭於偵查、第一審審理中，供承確有填製不實會計憑證，替騏○公司作假交易的認罪自白；林○祥於偵查、第一審及原審審理時，並直言：因騏○公司於96年、97年間，募集數億元，若公司在97年底倒閉，騏○公司將無法變更負責人，所以才會製作虛偽進、銷項憑證，作假交易，讓國稅局以為公司有在經營，以便屆時變更公司負責人，這是我向上訴人建議的，上訴人相信我，也知情並同意，陳○華則負責執行；陳○華於第一審審理時，供稱：有依照林○祥的指示，填製會計憑證，作假交易，並向稅捐機關申報各等語之證言；衡諸林○祥、陳○華等2人，歷次證言，就其等行為之過程、目的等節，前後一致，互核相符，復於原審審理時，見上訴人罹病現況，或深感同情當庭哭啜、或表示願意原諒上訴人（所為誣告、偽證行為），可徵其等應無設詞誣陷上訴人的可能，所證非虛、可採；（顯示上訴人係騏○公司負責人的公司變更登記表）；騏○公司97年1月至12月進項憑證報表；財政部臺灣省北區國稅局桃園縣分局（現已改制為財政部北區國稅局桃園分局）檢送之財政部臺灣省北區國稅局99年度財營業字第Z0000000000000號裁處書及違章案件罰鍰繳款書（均以騏○公司為受處分人，呂○富為公司負責人〈代表人〉）等各項證據資料，

認上訴人所為就此部分完全不知情云云之辯解，應屬飾卸、難信，乃認定上訴人確有如原判決事實欄一—(五)所載犯行，因而維持第一審關於此部分論處上訴人以共同犯商業會計法第71條第1款之填製不實會計憑證罪刑之判決（宣處有期徒刑5月，並為易刑標準之諭知），駁回上訴人此部分在第二審的上訴。

以上所為事實認定及得心證理由，都有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得的各項直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，即未違背客觀存在的經驗法則、論理法則，且事證已臻明確。此部分上訴意旨，或置原判決已明白論斷的事項於不顧，或就屬原審採證、認事職權的適法行使，任憑己意，異持評價，妄指違法，加以指摘，且猶執陳詞，為單純的事實爭議，或未確實依據卷內訴訟資料，誤為原判決部分適用法條漏列之指摘，均不能認為合法的上訴第三審理由。至於原判決此部分究有無違法，與上訴是否以違法為理由，而合於第三審上訴之法定程式，係屬二事，附此敘明。

綜上，應認其此部分之上訴，為違背法律上之程式，予以駁回。

至於原判決事實欄一—(一)部分，所想像競合犯使公務員登載不實罪部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款的案件，既經第一審判決有罪，第二審維持有罪判決，而不符合同條第1項但書所揭示得提起第三審上訴的例外情形，自不得上訴於第三審法院。上開逃漏稅捐的重罪部分，上訴既不合法，無從為實體上的審理，則此輕罪部分，自亦無從依審判不可分原則，併為實體審判，應同予駁回。

四、原判決認定上訴人所為事實欄一—(二)、(三)、(四)部分之使公務員登載不實、行使業務上登載不實文書之犯行，犯意各別，行為互殊（見原判決第31頁）。上訴意旨自作主張，為不同

評價，殊無可取；且關此使公務員登載不實、行使業務上登載不實文書罪部分的第三審上訴，業經原審以裁定駁回其上訴，確定在案（見原審卷二第250、251頁），自不在本院審理範圍，附此敘明。

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

中 華 民 國 107 年 11 月 29 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 許 錦 印

法官 王 國 棟

法官 李 欽 任

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 12 月 7 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第2391號

## 裁判要旨

(一)按刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。是不得上訴於第三審法院之案件，即以第二審為終審法院。而案件是否屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之範圍，固不以起訴書所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用之法條，為唯一之標準，而應以起訴書所記載之事實為準，並應視當事人在第二審言詞辯論終結前對於罪名有無提出爭執，以為審斷。如檢察官在準備程序後、言詞辯論終結前固曾提出非屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各款罪名之意見書，惟於最後言詞辯論檢察官論告時，又以起訴書所載之屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各款之罪名為主張及論告，基於論告乃檢察官在審判期日最重要之法庭活動，且在審判庭之論告程序中，檢察官必須針對犯罪事實及適用之法律，與被告及其辯護人為辯論，非唯影響法官對事實之認定及法律之適用，更攸關真實之發現，其既於訴訟進行程度及個案情節，日趨具體、明確後，在最後一次言詞辯論終結前未再就先前曾提出非屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各款罪名之意見爭執、論告，而回復以起訴書所載之犯罪事實及屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各款之罪名作為論告及言詞辯論之所本，自應認檢察官於最後一次言詞辯論終結前所提出者，已取代先前意見書之罪名爭執，始符檢察官負舉證責任及保障被告防禦權之真義，並藉以衡平當事人上訴第三審之限制。

(二)本件第一審檢察官係以被告3人就原判決事實欄（下稱事實欄）一(一)、(二)所為均涉犯刑法第346條第1項之恐嚇取財罪嫌提起公訴，屬刑事訴訟法第376條第1項第6款之案件。第一審法院雖依刑事訴訟法第300條規定，就事實欄一(一)、(二)變更檢察官所引應適用之法條，依序按刑法第302條第1項剝奪他人行動自由、第304條強制論罪，然檢察官及被告3人上訴後，第二審法院已撤銷第一審判決，就事實欄一(一)、(二)改判均依刑法第304條第1項論處罪刑，屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件；而依卷內資料，檢察官在第二審準備程序後、言詞辯論終結前，就事實欄一(一)部分固曾提出意見書指稱略以：告訴人並無詐騙蔡○靜1千多萬元之事實，告訴人亦無返還被告財物之義務，則被告3人以強暴、脅迫手段致告訴人因年邁且無力抵抗，只得聽任蔡○敏、蔡○靜指示而當場交付現金260萬元及簽立切結書、借據及本票等犯行，係犯刑法第330條第1項之加重強盜罪等語，惟檢察官嗣於審判期日之調查證據完畢開始辯論，進入論告時復改稱：告訴人既然沒有任何法律上原因積欠被告3人相關債務需要清償，被告3人用恐嚇的手段強制告訴人要返還買賣款項，顯然是意圖不法的行為，這部分行為，檢察官認為起訴的法條（即恐嚇取財）較為可採，第一審見解有所違誤，請貴院依法審酌等語，已以此取代先前意見書，而未再依上開意見書爭執被告3人所犯係加重強盜之罪名；另就事實欄一(二)部分，則僅於第二審上訴書中爭執應係犯刑法第346條第1項之恐嚇取財罪，而非強制罪，於上開意見書並未提及此部分有加重強盜罪等語，且於言詞辯論終結前，始終未主張非刑事訴訟法第376條第1項所列之罪。依上開說明，本件不論依原判決論以強制罪之法條，或依檢察官起訴之事實及其在第二審言詞辯論終結前，仍主張起訴之恐嚇取財罪名等情形以觀，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款、第6款所列之案件，既經第二審判決，皆不得上訴於第三審法院。

## 相關法條

刑事訴訟法第376條。

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官李海龍

被告 蔡○靜

丁○棠

蔡○敏

上列上訴人因被告等妨害自由等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國106年10月17日第二審判決（106年度上訴字第1386號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署104年度偵字第12458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376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。是不得上訴於第三審法院之案件，即以第二審為終審法院。而案件是否屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之範圍，固不以起訴書所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用之法條，為唯一之標準，而應以起訴書所記載之事實為準，並應視當事人在第二審言詞辯論終結前對於罪名有無提出爭執，以為審斷。如檢察官在準備程序後、言詞辯論終結前固曾提出非屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各款罪名之意見書，惟於最後言詞辯論檢察官論告時，又以起訴書所載之屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各款之罪名為主張及論告，基於論告乃檢察官在審判期日最重要之法庭活動，且在審判庭之論告程序中，檢察官必須針對犯罪事實及適用之法律，與被告及其辯護人為辯論，非唯影響法官對事實之認定及法律之適用，更攸關真實之發現

，其既於訴訟進行程度及個案情節，日趨具體、明確後，在最後一次言詞辯論終結前未再就先前曾提出非屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各款罪名之意見爭執、論告，而回復以起訴書所載之犯罪事實及屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各款之罪名作為論告及言詞辯論之所本，自應認檢察官於最後一次言詞辯論終結前所提出者，已取代先前意見書之罪名爭執，始符檢察官負舉證責任及保障被告防禦權之真義，並藉以衡平當事人上訴第三審之限制。

二、檢察官上訴意旨略稱：(一)本件並無被告蔡○靜、丁○棠及蔡○敏（下稱被告3人）所指債務糾紛，原判決有未依證據及理由不備之違法。(二)原判決就檢察官所主張被告3人共同強盜取財（得利）部分，僅以被告3人無不法所有意圖一語帶過，就被告3人與告訴人何○桃債務糾紛金額究竟若干？未予查明；縱依原判決所認定其等債務糾紛為新臺幣（下同）500萬元，就超出部分，何以非不法所得？亦未說明，均有調查未盡之違法。且就告訴人為年逾七旬之老人，又為殘障人士，遭受蔡○敏毆打在先，復遭被告3人共同以言語脅迫，為原判決所是認，在客觀上已達於不能抗拒之程度，原判決僅依告訴人能自行隨被告3人返家即認告訴人當時行動自如，未達不能抗拒程度，未能斟酌告訴人年紀、健康及當時所受被告3人整體脅迫壓力，所為認定亦違反經驗法則，而有判決適用法則不當之違法。

三、惟查：本件第一審檢察官係以被告3人就原判決事實欄（下稱事實欄）一(一)、(二)所為均涉犯刑法第346條第1項之恐嚇取財罪嫌（蔡○敏另犯傷害罪部分，業經第一審判刑確定）提起公訴，屬刑事訴訟法第376條第1項第6款之案件。第一審法院雖依刑事訴訟法第300條規定，就事實欄一(一)、(二)變更檢察官所引應適用之法條，依序按刑法第302條第1項剝奪他人行動自由、第304條強制論罪，然檢察官及被告3人上訴後

，第二審法院已撤銷第一審判決，就事實欄一(一)、(二)改判均依刑法第304條第1項論處罪刑，屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件；而依卷內資料，檢察官在第二審準備程序後、言詞辯論終結前，就事實欄一(一)部分固曾提出意見書指稱略以：告訴人並無詐騙蔡○靜1千多萬元之事實，告訴人亦無返還被告財物之義務，則被告3人以強暴、脅迫手段致告訴人因年邁且無力抵抗，只得聽任蔡○敏、蔡○靜指示而當場交付現金260萬元及簽立切結書、借據及本票等犯行，係犯刑法第330條第1項之加重強盜罪等語（見原審卷第224至226頁），惟檢察官嗣於審判期日之調查證據完畢開始辯論，進入論告時復改稱：告訴人既然沒有任何法律上原因積欠被告3人相關債務需要清償，被告3人用恐嚇的手段強制告訴人要返還買賣款項，顯然是意圖不法的行為，這部分行為，檢察官認為起訴的法條（即恐嚇取財）較為可採，第一審見解有所違誤，請貴院依法審酌等語（見原審卷第312至313頁），已以此取代先前意見書，而未再依上開意見書爭執被告3人所犯係加重強盜之罪名；另就事實欄一(二)部分，則僅於第二審上訴書中爭執應係犯刑法第346條第1項之恐嚇取財罪，而非強制罪（見原審卷第50至51頁），於上開意見書並未提及此部分有加重強盜罪等語，且於言詞辯論終結前，始終未主張非刑事訴訟法第376條第1項所列之罪。依上開說明，本件不論依原判決論以強制罪之法條，或依檢察官起訴之事實及其在第二審言詞辯論終結前，仍主張起訴之恐嚇取財罪名等情形以觀，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款、第6款所列之案件，既經第二審判決，皆不得上訴於第三審法院。檢察官仍以上詞對之提起上訴，為法所不許，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 8 日  
最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲  
法官 呂 丹 玉  
法官 梁 宏 哲  
法官 沈 揚 仁  
法官 吳 進 發

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 14 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第2696號

## 裁判要旨

按刑事訴訟法第376條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴，同法條第1項但書定有明文。揆其立法目的，係因上開案件經第二審法院撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決，並諭知有罪判決（含科刑判決及免刑判決）者，因不得上訴第三審法院之結果，使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違（司法院釋字第752號解釋意旨參照）。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，應予被告或得為被告利益上訴之人至少一次上訴救濟之機會。上開所謂無罪判決，係指經法院為實體之審理，不能證明被告犯罪或其行為不罰之實體判決而言。除單純一罪或數罪併罰案件以判決主文宣示者外，實質上或裁判上一罪，因在訴訟上只有一個訴權，基於審判不可分之原則，其一部判決效力及於全部，法院如認一部成立犯罪，其他被訴部分不能證明犯罪時，僅能為單一主文之有罪判決，其不能證明犯罪之部分，即於判決理由內說明因係被訴實質上或裁判上一罪，故不另為無罪諭知，此仍應屬已經實體審理之無罪判決。故倘檢察官係以實質上或裁判上一罪起訴而俱屬刑事訴訟法第376條所列各罪之案件，經第一審法院判決一部有罪，而於理由說明部分不另為無罪諭知，而檢察官對於不另為無罪諭知部分提起上訴，經第二審法院撤銷並諭知該部分有罪判決者，因實質上同屬被告於判決無罪後初次受

有罪判決，為保障被告基本訴訟權，自應賦予其適當之救濟機會，認得就不另為無罪諭知部分上訴於第三審法院。

## 相 關 法 條

刑事訴訟法第376條。

上訴人 黃○能

上列上訴人因傷害等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國106年11月28日第二審判決（106年度上易字第2057號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署105年度偵字第11024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376條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴，同法條第1項但書定有明文。揆其立法目的，係因上開案件經第二審法院撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決，並諭知有罪判決（含科刑判決及免刑判決）者，因不得上訴第三審法院之結果，使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違（司法院釋字第752號解釋意旨參照）。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，應予被告或得為被告利益上訴之人至少一次上訴救濟之機會。上開所謂無罪判決，係指經法院為實體之審理，不能證明被告犯罪或其行為不罰之實體判決而言。除單純一罪或數罪併罰案件以判決主文宣示者外，實質上或裁判上一罪，因在訴訟上只有一個訴權，基於審判不可分之原則，其一部判決效力及於全部，法院如認一部成立犯罪，其他被訴部分不能證明犯罪時，僅能為單一主文之有罪判決，其不能證明犯罪之部分，即於判決理由內說明因係被訴實質上或裁判上一罪，故不另為無罪諭知，此仍應屬已經實體審理

之無罪判決。故倘檢察官係以實質上或裁判上一罪起訴而俱屬刑事訴訟法第376條所列各罪之案件，經第一審法院判決一部有罪，而於理由說明部分不另為無罪諭知，而檢察官對於不另為無罪諭知部分提起上訴，經第二審法院撤銷並諭知該部分有罪判決者，因實質上同屬被告於判決無罪後初次受有罪判決，為保障被告基本訴訟權，自應賦予其適當之救濟機會，認得就不另為無罪諭知部分上訴於第三審法院。本件檢察官起訴上訴人黃○能於起訴書所載之時、地分別基於毀損、傷害犯意，(一)、先以屋瓦丟向告訴人黃○廷之玻璃櫃，造成玻璃櫃破損。(二)、再持電擊棒（原判決認定棒狀物品）刺向告訴人左胸，致其受有左胸挫傷之傷害。(三)、又以不明物體（原判決認定澆水杓）朝告訴人背部丟擲，造成其受有右背挫傷之傷害。(四)、復持花台邊磚塊丟向黃○廷住家鐵門，造成鐵門凹損。(五)、再持黃○廷住處之水桶破壞黃○廷之監視器。(六)、並將黃○廷靠牆之玻璃拉門甩倒，致該門破損等情。經第一審法院審理結果，判決上訴人前揭(一)、(三)至(五)部分分別成立毀損、傷害罪，另(二)、(六)部分則認為不能證明上訴人犯罪，因此部分與上開論罪科刑部分有接續犯之實質上一罪關係，乃不另為無罪之諭知。檢察官除就第一審法院諭知上訴人有罪部分外，另對於不另為無罪諭知部分亦併提起第二審上訴，經原審法院認檢察官就第一審法院不另為無罪諭知部分之上訴有理由，撤銷第一審法院關於毀損、傷害部分之判決，改判上訴人此部分亦成立犯罪。上訴人就該部分提起第三審上訴，揆諸前揭說明，應認符合刑事訴訟法第376條第1項但書規定意旨，得上訴於本院，合先敘明。

二、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有其事實欄所載如前述檢察官起訴(一)至(六)之傷害、毀損犯行，因而撤銷第一審關於傷害、毀損部分之科刑判決（包括上開不另為無罪諭知部分），改判論其毀損他人物品罪，處拘役40日；犯傷害罪，處有期徒刑3月。並均諭知易科罰金之折算標準。係以：上訴人部分自白，證人即告訴人之證詞，卷附之告訴人傷情診斷證明書、現場照片、證人陳○正繪製之現場圖等證據資料，為綜合之判斷。已詳細敘述其所憑之證據及取捨、認定之理由，並就上訴人否認有前述(二)、(六)傷害、毀損犯行云云，其辯詞不可採之理由，分別予以指駁。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令之情形。上訴意旨乃謂：原判決僅憑上訴人唯一之指訴，別無其他補強證據即認其此部分成立犯罪，自有違證據法則等語。惟查，認定犯罪事實所憑之證據，不僅指直接證據而言，即間接證據亦包括在內，故綜合各種間接證據，本於推理作用，足以證明待證事實，依所得心證而為事實判斷，亦難指係顯違事理，是被害人所述被害情形，如無瑕疵可指，而就其他方面調查，又與事實相符，則其供述未始不足據為判罪基礎。本件原判決已敘明告訴人陳述遭上訴人傷害及毀損物品之經過，如何與卷附之上開傷情診斷證明書、現場照片及現場圖等證據資料相符等情，因而認告訴人實無故意設詞誣指上訴人之可能，其陳述應與事實相符，並據以認定上訴人應成立此部分犯罪，其既係綜合各種間接證據以為補強，本於推理作用，而為事實判斷，自難指為違法。上訴意旨係就原判決已說明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。其上訴均不合法律上之程式，應予駁回。至與其相接續犯傷害、毀損部分（即前述檢察官起訴(一)、(二)至(五)判決有罪部分），一、二審均為有罪判決核屬修正後刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款之案件，依該條規定，既經原審撤銷第一審科刑判決，改判如前述之罪刑，自不得上訴於第三審法院，有接續關係之上開(二)、(六)傷害、毀損部分，上訴人之上訴既不合法，無從為實體上審理，其相接續犯傷害、毀損部分，亦無從適用審判不可分原則，併同為實體上審判，亦應從程序上予以駁回。

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 107 年 7 月 26 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 王 敏 慧

法官 鄭 水 銓

法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 1 日

# 最高法院刑事附帶民事訴訟裁定

107年度台附字第10號

## 裁判要旨

按附帶民事訴訟，係於刑事訴訟中附帶提起之民事訴訟，因之，在犯罪行為中私法上權利被侵害之人，得利用刑事訴訟程序請求回復其損害。理論上，民、刑事訴訟之目的不同，刑事訴訟之目的在於實現國家之刑罰權，民事訴訟之目的則在於確定當事人之私權，是故二者所採行之訴訟程序未必全然相同。同一犯罪行為而致民法損害賠償責任之產生，其間既有「實體關聯性」之存在，附帶民事訴訟與刑事訴訟採行同一程序之目的，在於使刑事訴訟所認定之犯罪事實得據以認定民事侵權行為，可避免民事訴訟與刑事訴訟之程序重複，節省司法資源，不但符合訴訟經濟原則，且能免於裁判之相互歧異，維護整體司法之威信。就被害人言，其復有異於民事訴訟之原告，可利用刑事訴訟之訴訟資料，毋須自己為證據之提出，減少訴訟費用之浪費等之利益。又刑事訴訟審理結果，對被告為有罪之判決時，原則上應就附帶民事訴訟同時判決，僅於法院認附帶民事訴訟確係繁雜，非經長久時日不能終結其審判者，始得以合議裁定（其因不足法定人數不能合議者，由院長裁定之）移送該法院之民事庭，該移送之案件，免納裁判費。至刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理之判決，法院應以判決駁回原告之訴。但經原告聲請，應將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭，並應繳納訴訟費用。刑事訴訟法第503條第1項、第3項定有明文。前開情形，依同法條第4項規定，於自訴案件經裁定駁回自訴者，準用之。至於刑事訴訟諭知有罪之判決，原告所提之附帶民事訴訟與刑事訴訟法第487條第1項規定之要件不符者，依同法第502條第1項雖規定應以判決駁回原告之訴。惟如原告聲請

將附帶民事訴訟移送於管轄法院之民事庭時，得否依其聲請而為移送，刑事訴訟法對此未予明定。經參照刑事訴訟法第503條第1項但書、第3項規定，就原不合同法第487條第1項所定要件之附帶民事訴訟，為兼顧原告之程序選擇權、請求權時效、紛爭解決及維持實體審理結果等程序與實體利益，宜允原告於繳納訴訟費用後，由民事法院審理。

## 相關法條

刑事訴訟法第487條、第503條。

抗告人 曾○正

上列抗告人與蔡○榛等間因公共危險附帶民事訴訟損害賠償案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年3月21日所為之刑事附帶民事訴訟裁定（106年度重交附民字第7號，原審法院誤以判決之形式為之），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

- 一、刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理之判決者，應以判決駁回原告之訴。但經原告聲請時，應將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭。刑事訴訟法第503條第1項定有明文。就前揭移送之裁判，同法並未規定以判決行之，依同法第220條規定，應以裁定行之。原審法院既類推適用刑事訴訟法第503條第1項但書規定，將本件附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭，自應以裁定行之。其雖誤以判決之形式為之，惟仍應視為係以裁定為移送，抗告人對之具狀聲明上訴，亦應視為抗告，而依抗告程序辦理之，合先說明。
- 二、按附帶民事訴訟，係於刑事訴訟中附帶提起之民事訴訟，因之，在犯罪行為中私法上權利被侵害之人，得利用刑事訴訟程序請求回復其損害。理論上，民、刑事訴訟之目的不同，刑事訴訟之目的在於實現國家之刑罰權，民事訴訟之目的則在於確定當事人之私權，是故二者所採行之訴訟程序未必全然相同。同一犯罪行為而致民法損害賠償責任之產生，其間既有「實體關聯性」之存在，附帶民事訴訟與刑事訴訟採行同一程序之目的，在於使刑事訴訟所認定之犯罪事實得據以認定民事侵權行為，可避免民事訴訟與刑事訴訟之程序重複，節省司法資源，不但符合訴訟經濟原則，且能免於裁判之相互歧異，維護整體司法之威信。就被害人言，其復有異於

民事訴訟之原告，可利用刑事訴訟之訴訟資料，毋須自己為證據之提出，減少訴訟費用之浪費等之利益。又刑事訴訟審理結果，對被告為有罪之判決時，原則上應就附帶民事訴訟同時判決，僅於法院認附帶民事訴訟確係繁雜，非經長久時日不能終結其審判者，始得以合議裁定（其因不足法定人數不能合議者，由院長裁定之）移送該法院之民事庭，該移送之案件，免納裁判費。至刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理之判決，法院應以判決駁回原告之訴。但經原告聲請，應將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭，並應繳納訴訟費用。刑事訴訟法第503條第1項、第3項定有明文。前開情形，依同法條第4項規定，於自訴案件經裁定駁回自訴者，準用之。至於刑事訴訟諭知有罪之判決，原告所提之附帶民事訴訟與刑事訴訟法第487條第1項規定之要件不符者，依同法第502條第1項雖規定應以判決駁回原告之訴。惟如原告聲請將附帶民事訴訟移送於管轄法院之民事庭時，得否依其聲請而為移送，刑事訴訟法對此未予明定。經參照刑事訴訟法第503條第1項但書、第3項規定，就原不合同法第487條第1項所定要件之附帶民事訴訟，為兼顧原告之程序選擇權、請求權時效、紛爭解決及維持實體審理結果等程序與實體利益，宜允原告於繳納訴訟費用後，由民事法院審理。再者，因犯罪而受損害之人（在刑事訴訟係告訴人）向檢察官提出告訴，檢察官以同一案件已經起訴，認該告訴部分之事實，為起訴效力所及，爰出具移送併辦意旨書移送法院併辦。告訴人於刑事訴訟審理中，對於該案被告請求回復其損害，提起附帶民事訴訟（在附帶民事訴訟係原告）。法院審理結果，認移送併辦部分與起訴部分，無裁判上一罪關係，而予退併辦。此時關於附帶民事訴訟，如原告未聲請將之移送管轄法院之民事庭，法院固應以其起訴不合法判決駁回。但經原告聲請時，基於同一法理，應予類推適用，裁定將附帶民事訴訟移

送管轄法院之民事庭，以維護其訴訟上之權益。

- 三、本件抗告人曾○正因公共危險案件，經蔡○榛、顏○甯、顏○和（下稱蔡○榛等3人）於原審106年度交上訴字第13號公共危險案件審理中，對抗告人提起附帶民事訴訟，共同對抗告人請求侵權行為損害賠償。其等3人係主張抗告人涉有如臺灣高雄地方檢察署105年度偵字第7587號移送併辦意旨書所載之酒後駕車致被害人顏○成（係蔡○榛之夫，顏○甯、顏○和之父）於死之犯罪事實。並於提起附帶民事訴訟時，陳明倘原審法院刑事庭不為實體判決時，聲請將之移送管轄法院之民事庭，有其刑事附帶民事起訴狀在卷可稽。蔡○榛等3人明白表示於不合附帶民事訴訟之要件時，仍有對抗告人提起民事訴訟之意。
- 四、原裁定係以：抗告人所涉酒後駕車犯行，雖經第一審法院以105年度交訴字第28號判決判處有期徒刑4月，如易科罰金以新臺幣1,000元折算1日，檢察官及抗告人均不服，提起第二審上訴，經原審以106年度交上訴字第13號判決駁回其等之上訴（未據提起第三審上訴，業已確定）。蔡○榛等3人所主張抗告人另涉酒後駕駛動力交通工具致人於死之事實，雖經檢察官移請併辦，惟原審認無積極事證足認抗告人涉有該項犯行，與其前揭酒後駕車犯行不生加重結果犯之實質上一罪關係，遂退由檢察官另為適法之處理，此有前揭判決可稽。該判決主文雖非諭知無罪，然其理由已對檢察官請求併辦之酒後駕駛動力交通工具致人於死之事實，併予實質審酌，而為上開論述說明，刑事訴訟對該併辦罪名雖無從諭知無罪判決，然於理由中已內含類同之論斷。茲據蔡○榛等3人聲請移送管轄法院民事庭，為兼顧其等程序選擇權、請求權時效、紛爭解決及維持實體審理結果等程序與實體利益，揆諸首揭說明，自應類推適用刑事訴訟法第503條第1項但書規定等由，因而將本件移送臺灣高雄地方法院民事庭。

五、抗告意旨略以：（一）刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理之判決，經原告聲請時，始應將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭，其餘原告之訴不合法或無理由之情形，應依刑事訴訟法第502條第1項予以駁回，否則該條項規定，豈不成為具文？原審就檢察官移送併辦部分，係退併辦。原裁定理由稱：「刑事訴訟對該併辦罪名雖無從諭知無罪判決，然於理由中已內含類同之論斷。」已有矛盾。本件應屬原告之訴不合法或無理由，無從類推同法第503條第1項但書規定，原裁定將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭，有不適用法則或適用法則不當之違法。（二）最高法院104年度台抗字第647號民事裁定，係就刑事訴訟諭知有罪判決，所提起之附帶民事訴訟而為闡釋，與本件係退併辦之情形有別，原裁定援引為據，亦有違誤等語。

六、惟查：（一）附帶民事訴訟之原告，所提起之訴不合法或無理由，其未聲請移送管轄法院之民事庭時，法院即應依刑事訴訟法第502條第1項予以判決駁回。僅於原告聲請時，始依其聲請而裁定移送，自不生抗告意旨所述，該一規定成為具文之問題。（二）案件起訴後，檢察官就其認有裁判上一罪關係之事實函請併辦，該公函非屬訴訟上之請求，目的僅在促請法院之注意，法院如果併同審判，固係基於審判不可分法則之適用所使然，如認不成立犯罪或無裁判上一罪關係，法院就該函送併辦部分，自無從予以裁判，應退回由原檢察官另為適法之處理。原審刑事判決關於併辦部分，僅說明如何無從併辦之旨，原裁定稱已含類同無罪之論斷部分，用語雖欠精確。惟就本件蔡○榛等3人所提起之附帶民事訴訟，類推適用同法第503條第1項但書規定，依其等之聲請，將之移送管轄法院之民事庭。按之前揭說明，裁定結果並無不合，應認抗告人之抗告為無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第490條前段、第412條，裁定如主文

。

中 華 民 國 107 年 7 月 18 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 何 信 慶

法官 朱 瑞 娟

法官 劉 興 浪

法官 李 英 勇

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 7 月 20 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第3052號

## 裁判要旨

(一)依通訊保障及監察法（下稱通保法）第18條之1第1項之規定，另案監聽所取得之內容有無證據能力，係採「原則排除、例外容許」之立法體例。本條項但書所定另案監聽內容得作為證據之要件有二，即實質要件係以「重罪列舉原則」（通保法第5條第1項所列各款之罪），或非屬重罪但「與本案具有關連性之犯罪」（輕罪）者為限，並輔以於發現後7日內補行陳報法院審查認可為程序要件。此項於偵查中另案監聽應陳報法院事後審查之立法，與刑事訴訟法第131條第3項對於逕行搜索，應於實施或執行後3日內陳報該管法院或報告該管檢察官及法院，由法院審查之立法例相仿，蓋另案監聽係依附於本案監聽而存在，本質上與逕行搜索同為無令狀之強制處分，且俱因急迫性併屬未及事先聲請令狀，為避免浮濫，故由法院介入先行審查。逕行搜索以出於急迫之原因為要件，是否確係如此，一旦時過境遷，或不免將失去審查之機宜，而不利於被告，即令有未陳報或陳報後經法院撤銷之情形，其所扣押之物得否為證據，既仍容許於審判時再為權衡判斷，並不當然予以排除。而另案監聽所得之內容，是否符合「重罪列舉原則」或「與本案具有關連性之犯罪」類型，純然為對於通訊內容之判別而已，較之於逕行搜索之該當要件，原不具有審查急迫性，甚至無予先行審查之必要性，即使有逾期或漏未陳報等違背法定程序之情形，受訴法院於審判時自仍得適用刑事訴訟法第158條之4規定，再行審酌裁量其得否為證據。

(二)本件附表三所示之6通訊監察錄音譯文（下稱系爭譯文），係臺灣臺南地方檢察署檢察官以周○鳴因涉犯毒品危害防制

條例第4條第2項之罪嫌為由，向臺灣臺南地方法院聲請核准對其所持用之行動電話實施監聽，經法官核發通訊監察書後對其所持用之行動電話實施通訊監察而取得。而胡○珍所涉共同販賣第二級毒品犯行，既屬通保法第5條第1項規定得受通訊監察之罪，執行機關實無利用其他案件合法監聽而附帶監聽胡○珍之必要。另參以販賣毒品對社會治安之嚴重影響，從形式上觀之，本件執行機關如依同法施行細則第16條之1第2項之程序，將系爭譯文報由檢察官陳報法院審查，法院尚無不予認可之理由，堪認執行機關無故意不報請法院審查之意圖。且胡○珍之秘密通訊自由雖有短時間被侵害，惟上開通訊內容僅與販賣毒品之不法行為有關，復未涉及胡○珍其他私密性談話，情節難謂嚴重。況胡○珍亦不否認胡○與周○鳴間、自己與周○鳴間有系爭譯文所載對話內容，其於原審對於該譯文作為本件證據資料，並未爭執其證據能力。原審認系爭譯文有證據能力，於經依法調查後，採為認定胡○珍犯罪之證據。依上說明，尚難遽指為違法。

## 相關法條

通訊保障及監察法第18條之1。

刑事訴訟法第158條之4。

上訴人 胡○珍

選任辯護人 羅清溪律師

上訴人 胡 ○

上列上訴人等因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106年11月14日第二審判決（106年度上訴字第471號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署105年度偵字第1833、1964、1966號，105年度毒偵字第377號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

上訴駁回。

### 理 由

#### 壹、得上訴第三審部分

- 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原審審理結果，認上訴人胡○珍、胡○依序有如原判決附表（下稱附表）一編號5、編號1至11所載之違反毒品危害防制條例各犯行均明確，因而維持第一審論處（一）胡○珍共同販賣第二級毒品（累犯）罪刑（處有期徒刑）及沒收。（二）胡○如附表一編號1至11所示罪刑（即共同販賣第二級毒品1罪、販賣第二級毒品10罪，均累犯，各處有期徒刑）及沒收部分之判決，駁回胡○上開部分及胡○珍在第二審之上訴。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由，並就胡○珍否認犯行之供詞及所辯各語

認非可採，予以論述及指駁。

- 三、依通訊保障及監察法（下稱通保法）第18條之1第1項之規定，另案監聽所取得之內容有無證據能力，係採「原則排除、例外容許」之立法體例。本條項但書所定另案監聽內容得作為證據之要件有二，即實質要件係以「重罪列舉原則」（通保法第5條第1項所列各款之罪），或非屬重罪但「與本案具有關連性之犯罪」（輕罪）者為限，並輔以於發現後7日內補行陳報法院審查認可為程序要件。此項於偵查中另案監聽應陳報法院事後審查之立法，與刑事訴訟法第131條第3項對於逕行搜索，應於實施或執行後3日內陳報該管法院或報告該管檢察官及法院，由法院審查之立法例相仿，蓋另案監聽係依附於本案監聽而存在，本質上與逕行搜索同為無令狀之強制處分，且俱因急迫性併屬未及事先聲請令狀，為避免浮濫，故由法院介入先行審查。逕行搜索以出於急迫之原因為要件，是否確係如此，一旦時過境遷，或不免將失去審查之機宜，而不利於被告，即令有未陳報或陳報後經法院撤銷之情形，其所扣押之物得否為證據，既仍容許於審判時再為權衡判斷，並不當然予以排除。而另案監聽所得之內容，是否符合「重罪列舉原則」或「與本案具有關連性之犯罪」類型，純然為對於通訊內容之判別而已，較之於逕行搜索之該當要件，原不具有審查急迫性，甚至無予先行審查之必要性，即使有逾期或漏未陳報等違背法定程序之情形，受訴法院於審判時自仍得適用刑事訴訟法第158條之4規定，再行審酌裁量其得否為證據。本件附表三所示之6段通訊監察錄音譯文（下稱系爭譯文），係臺灣臺南地方檢察署檢察官以周○鳴因涉犯毒品危害防制條例第4條第2項之罪嫌為由，向臺灣臺南地方法院聲請核准對其所持用之行動電話實施監聽，經法官核發通訊監察書後對其所持用之行動電話實施通訊監察而取得。而胡○珍所涉共同販賣第二級毒品犯行，既屬通保法

第5條第1項規定得受通訊監察之罪，執行機關實無利用其他案件合法監聽而附帶監聽胡○珍之必要。另參以販賣毒品對社會治安之嚴重影響，從形式上觀之，本件執行機關如依同法施行細則第16條之1第2項之程序，將系爭譯文報由檢察官陳報法院審查，法院尚無不予認可之理由，堪認執行機關無故意不報請法院審查之意圖。且胡○珍之秘密通訊自由雖有短時間被侵害，惟上開通訊內容僅與販賣毒品之不法行為有關，復未涉及胡○珍其他私密性談話，情節難謂嚴重。況胡○珍亦不否認胡○與周○鳴間、自己與周○鳴間有系爭譯文所載對話內容，其於原審對於該譯文作為本件證據資料，並未爭執其證據能力。原審認系爭譯文有證據能力，於經依法調查後，採為認定胡○珍犯罪之證據。依上說明，尚難遽指為違法。胡○珍上訴本院後始主張系爭譯文無證據能力，指摘原判決採證違法，要非適法之第三審上訴理由。

- 四、證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷無違經驗法則或論理法則，即不能任意指為違法。又毒品交易之買賣雙方，乃具有對向性之關係，為避免毒品購買者圖邀減刑寬典而虛構毒品來源，雖須調查其他補強證據，以確保其陳述與事實相符，始能採為被告犯罪之證據。惟所謂補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘得以佐證購毒者之指證非屬虛構，而能予保障其陳述之憑信性者，即已充足，且因販賣毒品行為一向懸為厲禁，販毒者為避免遭監聽查緝，以電話聯繫時，基於默契，免去代號、暗語，僅以相約見面，且未敘及交易細節，即可於碰面時進行交易，於電話中未明白陳述實情，並不違背常情，雖非直接可以推斷該被告之犯罪，但以此項證據與購買毒品者之陳述或其他案內證據為綜合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂非補強證據。原判決係綜合胡○珍之部分供述，證人胡○、周○鳴（指證購毒之經過，以上2人，下稱胡○等2人）

之部分證詞，及系爭譯文等相關證據資料，憑以認定胡○珍確有本件共同販賣第二級毒品甲基安非他命之犯行。並敘明：（一）依胡○於第一審之證言及系爭譯文內容，堪認：胡○與周○鳴確有聯繫交易毒品，胡○並委請胡○珍交付毒品予周○鳴，胡○珍因對交付毒品一事有所忌憚，胡○即對胡○珍稱「你看，人家說丟地上就好啊。」胡○珍亦回應「好啦」。其後，周○鳴因一直未見到交付毒品之人而打電話給胡○，胡○即將胡○珍所使用之行動電話號碼告知周○鳴。之後，周○鳴即於當日23時13分35秒撥打該號電話給胡○珍，與胡○珍確認見面地點。胡○珍抵達武聖夜市停車場門口，於23時19分32秒撥打電話給周○鳴，周○鳴要求胡○珍在該處等，周○鳴並將其所騎乘機車之顏色告知胡○珍，以供辨識。23時27分32秒胡○打電話給周○鳴確認時，周○鳴已收到胡○珍交付之毒品並支付「之前積欠胡○的錢」予胡○珍無訛。（二）胡○珍既知胡○欲賣甲基安非他命給周○鳴，亦知胡○請其交付周○鳴之物係甲基安非他命，其仍前往而為交付。胡○珍之原審辯護人所為胡○珍就販賣甲基安非他命予周○鳴之犯行，與胡○並無犯意聯絡之辯護意旨，如何不足採納各等情。俱依卷內證據資料，審酌認定甚詳，其推理論斷衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背。原判決就胡○等2人之陳述，與系爭譯文內容，相互參酌、比對勾稽，而為證據之取捨，尚無胡○珍上訴意旨所指判決理由不備，或系爭譯文不足為補強證據之情形。胡○珍之上訴意旨就原審採證、認事職權之行使或已說明論斷之事項，徒以自己之說詞或持不同之評價，而為指摘，均非上訴第三審之適法理由。

- 五、犯毒品危害防制條例第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。同條例第17條第1項定有明文。該條項所謂「供出毒品

來源因而查獲」，係指被告翔實供出毒品來源之具體事證，因而使有偵查（或調查）犯罪職權之公務員知悉而對之發動偵查（或調查），並因而查獲者而言。而其中所謂「查獲」，除指查獲該其他正犯或共犯外，並兼及被告所指其毒品來源之事。是倘該正犯或共犯已因另案被查獲，惟其被查獲之案情與被告供出毒品之來源無關，或有偵查（或調查）犯罪之公務員已有確切之證據，足以合理懷疑該被查獲之人為被告所供販賣毒品來源之人，即與上開規定不符，無適用該項規定減輕或免除其刑之餘地。原判決就胡○之原審辯護人主張胡○有供出毒品來源，可適用前揭規定減輕或免除其刑一節，已依據卷內資料，敘明：警方在胡○供出上游前即已有確切之證據，足以合理懷疑郭○晉為胡○販賣毒品來源。又郭○晉雖因販賣甲基安非他命予胡○而被起訴，然臺灣臺南地方檢察署檢察官105年度偵字第1831、4917號起訴書載明「嗣經……檢察官偵辦另案毒品案件實施通訊監察中查悉上情，並經警於105年1月19日持臺灣臺南地方法院核發之搜索票至郭○晉……住處執行搜索」。堪認警方於通訊監察期間已掌握郭○晉販賣甲基安非他命犯行，參之卷內胡○與郭○晉之交易毒品通訊監察譯文，足認有偵查（或調查）犯罪之公務員在胡○供述之前，已有確切證據，足以合理懷疑郭○晉為胡○所販賣之毒品來源。核與毒品危害防制條例第17條第1項要件不符，而無從適用該規定之理由。所述於法並無不合。胡○上訴意旨仍憑己意而為指摘，難認係適法之第三審上訴理由。

六、依上所述，胡○珍、胡○前揭部分之上訴俱違背法律上之程式，均應駁回。

貳、不得上訴第三審部分

一、按上訴得對判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348條第1項定有明文。又刑事訴訟法第37

6條第1項各款所定案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。

二、本件胡○不服原判決，提起上訴，並未聲明為一部上訴，則就原判決關於其所犯施用第二級毒品部分，自應視為亦已提起上訴。經查該部分原審係維持第一審依毒品危害防制條例第10條第2項規定，論處胡○施用第二級毒品（累犯）罪刑部分之判決，駁回胡○該部分在第二審上訴。核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列案件，既經第二審判決，即不得上訴第三審法院。胡○對之提起上訴，顯為法所不許，亦應駁回。

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 107 年 8 月 29 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官	吳	燦
法官	何	信慶
法官	朱	瑞娟
法官	林	恆吉
法官	李	英勇

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 31 日

# 最高法院刑事判決

107年度台上字第2085號

## 裁判要旨

(一)組織犯罪防制條例於106年4月19日修正公布，依同條例第19條規定並自公布日施行，而依中央法規標準法第13條規定，法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算至第3日起發生效力，因此106年4月19日修正公布之組織犯罪防制條例，應自同年月21日起生效施行。則關於上訴人等於106年4月20日以前（含同日）操縱或主持該具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團之犯行，除其行為符合其他法律所規定之犯罪構成要件，應依該其他法律論處以外，基於罪刑法定原則，應無適用106年4月21日生效施行之組織犯罪防制條例規定論罪科刑之餘地。

(二)上訴人等於「106年4月19日起至同年月20日止」（即組織犯罪防制條例修正公布後，生效施行前）所為「3人以上以實施詐術為手段之罪所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團」之行為，因當時「組織犯罪防制條例」僅修正公布，既尚未發生效力，上訴人等在此段期間所為之前揭行為，應無適用106年4月19日修正後組織犯罪防制條例上述規定予以論罪科刑之餘地。原判決將上訴人等自「106年4月19日起至同年月20日」止所為之上述行為，一併依106年4月19日修正後組織犯罪防制條例第2條及同條例第3條第1項規定予以論罪科刑，依上述說明，自有適用法則不當之違法。

## 相關法條

中央法規標準法第13條。

組織犯罪防制條例第2條、第3條第1項。

上訴人 梁○杉

選任辯護人 舒建中律師

上訴人 鄭○志

上列上訴人等因違反組織犯罪防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年3月20日第二審判決（106年度上訴字第3284號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署106年度偵字第11590、12168、17337號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於梁○杉、鄭○志部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

### 理 由

一、本件原判決認定上訴人梁○杉及鄭○志有其事實欄一所載於民國106年2、3月間謀議在泰國設立詐欺機房，以電信詐欺之方式詐騙大陸地區人民財物，約定由梁○杉負責全額出資及招募周○誠（業經原審同案判刑確定）加入，鄭○志則實際負責該機房之現場管理，鄭○志與周○誠隨即分別於同年3月至4月間某日前往泰國，該機房則自同年4月間某日開始運作。梁○杉及鄭○志即自同年4月19日起至同年5月9日被泰國警方查獲時止，均為上開3人以上，以實施詐術為手段之犯罪所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團成員，而由梁○杉在臺灣地區幕後操縱該詐欺集團，鄭○志則出面主持該詐欺集團之犯行，及其事實欄二所載共同犯加重詐欺取財共2次之犯行，因而維持第一審論梁○杉以操縱犯罪組織1罪，及加重詐欺取財2罪，以及論鄭○志以主持犯罪組織1罪，及加重詐欺取財2罪，分別處如原判決附表一編號1、2「主文」欄所示之刑，復就上訴人等前開3罪所處之有期徒刑，合併定其等應執行之刑均為有期徒刑5年6月，而駁回上訴人等在第二審之上訴，固非無見。

## 二、惟查：

(一)、106年4月19日修正公布，同年月21日生效施行之組織犯罪防制條例第8條第1項規定「犯第3條之罪自首，並自動解散或脫離其所屬之犯罪組織者，減輕或免除其刑；因其提供資料，而查獲該犯罪組織者，亦同；偵查及審判中均自白者，減輕其刑」。此所謂「偵查及審判中均自白者，減輕其刑」，採義務減輕主義，法院並無裁量之權。原判決理由既說明：梁○杉於警詢、偵查及第一審審理時均供稱：鄭○志於106年2月初找伊投資籌組泰國電信詐欺機房，約定出資部分由伊全部負責，伊投資總金額前後共約新臺幣200萬元，可分得詐欺機房不法所得之4成，鄭○志則可分得6成。伊並介紹及提供機票讓周○誠去泰國幫忙，復透過WECHAT與「JOSEPHINE」聯繫，由「JOSEPHINE」將（詐欺集團）成員名單及機票等相關費用傳送給伊，伊再透過地下匯兌將款項匯至「JOSEPHINE」指定帳戶，讓（詐欺集團）成員得以前往泰國詐欺機房。至於詐欺機房之實際運作，伊只知係透過電信詐欺方式詐騙大陸地區人士，並不清楚具體狀況，但伊會透過FACETIME等通訊軟體與鄭○志、周○誠保持聯繫，約2至3天會聯絡鄭○志1次，主要是詢問鄭○志業績如何等語。鄭○志於警詢、偵查及第一審審理時亦均自承：伊在106年1、2月間與梁○杉提到在泰國設立詐欺機房一事，之後與梁○杉談妥由梁○杉負責全額出資，為幕後老闆，伊則負責管理機房現場，擔任機房現場負責人，另由綽號「小賀」之成年男子（下稱「小賀」）負責幫忙找人、地點及提供設備，故有關詐欺獲利分配，梁○杉可分得4成，剩餘之6成則由伊與「小賀」平分。伊於同年3月間前往泰國，機房則自同年4月間開始運作，伊主要負責管理現場及開銷之計算，伊會將泰國詐欺機房所需生活費用包括房租、監視器費用等及機票、簽證費用等帳目製表，提供給梁○杉，據以向梁○

杉請款，伊幾乎每天都會透過FACETIME等通訊軟體與梁○杉保持聯繫，梁○杉偶爾會問伊業績狀況，若資金不足，伊會跟梁○杉說，讓梁○杉匯錢過來等語（原判決第6頁第7至22行、第8頁第1至17行）。如果無訛，依梁○杉所述其負責本案詐欺集團之全部出資，以維持詐欺集團及機房之運作，且於國內（即臺灣）持續透過通訊軟體與在泰國之機房現場負責人保持聯繫，除可掌握在泰國之機房現場狀況與營運情形，更可分得高達4成之犯罪所得等情，以及鄭○志所述其負責詐欺機房之現場管理及營運，記錄並彙整機房開銷，且持續將犯罪所得及資金需求等現場狀況告知梁○杉，並與綽號「小賀」之成年男子平分6成犯罪所得等情，則其等於偵查及審判中是否已自白有本件操縱或主持該詐欺集團之犯罪事實，即有查明確認之必要，此攸關上訴人等應否依組織犯罪防制條例第8條第1項後段規定減輕其刑，自應由事實審法院加以究明、釐清。原審對此未予調查釐清，就上訴人等上開陳述是否符合上開自白減刑之規定，亦未為任何論敘說明，遽行判決，本院自無從為原判決就上訴人等被訴操縱、主持犯罪組織部分為適法與否之審斷，難謂無判決理由欠備之違法。

- (二)、刑法第1條前段規定：行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限；此即刑法開宗明義所揭示之「罪刑法定原則」。原判決認定梁○杉及鄭○志「自106年4月19日起至同年5月9日止」，由梁○杉在臺灣地區幕後操縱，鄭○志則出面主持該3人以上，以實施詐術為手段，所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團之犯行，而論梁○杉以犯組織犯罪防制條例第3條第1項之操縱犯罪組織罪，另論鄭○志以犯同條例同條項之主持犯罪組織罪。並於理由內說明組織犯罪防制條例業於106年4月19日修正公布，依同條例第19條規定，自公布日施行，則上訴人等自106年2、3月間起

至同年4月18日止操縱、主持上開詐欺集團之行為（即上開條例修正公布前之行為），固無前開106年4月19日修正後組織犯罪防制條例規定之適用，且上開修正前組織犯罪防制條例就此亦無處罰之明文。則梁○杉及鄭○志自106年4月19日組織犯罪防制條例修正後既仍繼續操縱、主持犯罪組織，其等於修法後之操縱、主持犯罪組織之行為，自均應依修正後之組織犯罪防制條例處斷云云（見原判決第11頁第12至13行、第14頁第8至28行）。惟查，組織犯罪防制條例於106年4月19日修正公布，依同條例第19條規定並自公布日施行，而依中央法規標準法第13條規定，法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算至第3日起發生效力，因此106年4月19日修正公布之組織犯罪防制條例，應自同年月21日起生效施行。則關於上訴人等於106年4月20日以前（含同日）操縱或主持該具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團之犯行，除其行為符合其他法律所規定之犯罪構成要件，應依該其他法律論處以外，基於罪刑法定原則，應無適用106年4月21日生效施行之組織犯罪防制條例規定論罪科刑之餘地。原判決認定上訴人等自「106年4月19日起，至同年5月9日止」之操縱及主持犯罪組織之行為，均係犯106年4月19日修正後組織犯罪防制條例第2條及同條例第3條第1項規定之操縱或主持3人以上，以實施詐術為手段之罪所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團罪，而予以論罪科刑。惟上訴人等於「106年4月19日起至同年月20日止」（即組織犯罪防制條例修正公布後，生效施行前）所為「3人以上以實施詐術為手段之罪所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織之詐欺集團」之行為，因當時「組織犯罪防制條例」僅修正公布，既尚未發生效力，上訴人等在此段期間所為之前揭行為，應無適用106年4月19日修正後組織犯罪防制條例上述規定予以論罪科刑之餘地。原判決將上訴人等自

「106年4月19日起至同年月20日」止所為之上述行為，一併依106年4月19日修正後組織犯罪防制條例第2條及同條例第3條第1項規定予以論罪科刑，依上述說明，自有適用法則不當之違法。

- (三)、證據雖已調查，若尚有其他足以影響於判決結果之重要證據或疑點未予調查釐清者，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。原判決認定上訴人等由其等所操縱及主持之詐欺集團成員假冒大陸地區公安局名義，撥打電話向大陸地區人民佯稱：因涉及洗錢犯罪，請撥打電話向案發地公安局說明案情云云，再由該詐欺集團其他成員假冒案發地公安局人員向受騙而撥打電話詢問之民眾謊稱：因已涉嫌洗錢，須監管銀行帳戶，必須配合將帳戶內款項匯至指定帳戶保管云云，以此分工方式詐取如原判決附表二編號1、2所示大陸地區人民馬○麗、于○男之財物等情，而就上訴人等此部分所為論以刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同詐欺取財罪。而卷查案發當時警方查扣電腦所附USB隨身碟中存有對被害人馬○麗之「北京市國家信德公證處」函文，及對被害人于○男之「逮捕通知書」各1份，有臺灣臺北地方檢察署檢察官補充上訴理由書及檢附之證3可佐（見原審卷第322至358頁）。且大陸地區被害人于○男亦指證來電者假冒大陸公安名義指稱其涉及洗錢犯罪，有大陸公安機關核發之逮捕證，其按照對方指示登錄該網址，確實看到該逮捕證，才信以為真，對方則將電話轉接給「曹檢察官」，其再依「曹檢察官」指示操作提款機將款項匯入指定帳戶等情（見106年度偵字第11590號卷一第235至237頁）。如果無訛，上述2份文件是否上訴人等或該詐欺集團其他成員所偽造？若是，上訴人等與該詐欺集團其他成員是否併有偽造上述文書，並持以向馬○麗及于○男行使以詐財之犯行？該「北京市國家信德公證處」下方之

「北京市公證處信德所印文」，及「逮捕通知書」下方之「北京市中級民法院印文」，是否均屬偽造之印文而應依刑法第219條規定宣告沒收？以及上述部分是否為本件檢察官起訴效力所及？均有疑竇。原審對於卷存上述文書及印文之真偽，暨是否為供上訴人等犯罪所用之物，以及上訴人等是否併有偽造及行使偽造相關文書之犯行而為起訴效力所及？均未一併加以論斷說明，遽行判決，亦有調查未盡之違誤。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決上開違誤，影響於事實之認定，本院無從據以為裁判，應認原判決關於上訴人等部分均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 107 年 9 月 13 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 李 錦 樑

法官 林 海 祥

法官 林 靜 芬

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 9 月 17 日



中華民國 108 年 4 月出版

版權所有

翻印必究

# 最高法院刑事裁判書彙編

中華民國 107 年 7 月至 12 月

第 77 期

編輯者：最 高 法 院

發行者：最 高 法 院

地 址：台 北 市 長 沙 街 一 段 6 號

電 話：0 2 - 2 3 1 4 1 1 6 0

印刷者：財團法人伊甸社會福利基金會附設企業部

地 址：臺 北 市 萬 美 街 一 段 55 號 3 樓 之 6

電 話：0 7 - 3 2 1 1 0 5 9

ISBN:978-986-05-8818-7 (全套：光碟片)

GPN : 2007900053