最高法院刑事判決

108年度台上字第2719號

上　訴　人　方鈾鈞

兼　原　審

選任辯護人　蔡瑞麟律師

上列上訴人因發掘墳墓案件，不服臺灣高等法院中華民國107 年10月2日第二審更審判決（107年度上更一字第62號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署104 年度偵字第7255、7974號），由原審辯護人代為上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

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

二、本件原審審理結果，認為上訴人方鈾鈞有原判決事實欄所載之犯行明確，因而撤銷第一審之判決，改判仍論處上訴人共同發掘墳墓罪刑，已詳述認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

三、刑法第248 條第1 項之發掘墳墓罪，係因墳墓乃人類大歸後資為永久安息之處所，為社會普遍所敬重，對於墳墓無故予以發掘，破壞對於死者之崇敬感情及社會之善良習俗，刑法因此設立處罰之規定。又發掘墳墓而於法律保護墳墓之本旨不相違背者，雖不構成刑法第248條第1項之罪，但所謂不違背保護之本旨，係指其發掘墳墓本無不法侵害之故意，徒因有處理權限者，因遷葬或改建等工程上之需要，基於正當事由而起掘墳棺之情形而言。而土地所有權與墳墓之處理權限

，既非相同之權利，倘土地所有權人未經得墳墓後代子孫同意或未經法院判決許可等途徑以取得處分墳墓之權限，卻為土地開發而逕自開挖，難謂與本罪保護本旨無違，仍應成立本罪。

本件原判決認定上訴人為一志投資有限公司（現更名為世鈞投資有限公司，以下仍稱一志公司）之總經理，明知一志公司所有、坐落臺北市○○區○○路一小段300、300之1（應有部分各三分之二）、302、303、306、306之1（權利範圍均全部）等地號土地上有多座墳墓，為使該土地得以開發利用，一志公司自民國99年間起，雖以公告之方式通知其上墳墓之後代子孫前來辦理遷葬事宜，而與部分墳墓之後代子孫達成協議，惟仍有未達成協議者，而未經該等墳墓後代子孫之同意，上訴人為遂行開發土地之目的，與該公司負責人吳若溱以及造墓工姚健民基於犯意聯絡，由上訴人指示姚健民於102年8月1日、2日開挖如其附表一編號1至29所示之墳墓（起掘後將發掘起出遺骨予以火化，將骨灰放入骨罈中，依臺灣遷葬習俗另送寶塔安厝）等情，且於其理由內詳敘：上訴人與附表一編號1至29所示墳墓安葬者毫無關係，其未徵得後代子孫同意，發掘上開墳墓之目的亦非單純為遷葬，而係因一志公司欲開發利用土地，則上訴人自有不法侵害行為，且有不法發掘墳墓故意，因而論處上訴人罪刑，揆諸上開說明，自無判決理由不備或適用法則不當之違法。且以上法律見解，亦與本院27年渝上字第889號判決全文及70年台上字第3333號判決全文之法律見解並無歧異。上訴意旨，以上訴人公告多年仍有部分墳墓後代子孫未聯繫遷葬事宜，且起掘後依習俗安奉妥為保管，並無違背善良風俗，即不悖於刑法第248條發掘墳墓罪之保護本旨，自不成立本罪，執以指摘原判決違背判例且適用法則違誤云云，仍係徒憑己見指為違法。至原判決於理由內另載敘：「一志公司曾向主管機關申請墳墓起掘許可證明，經臺北市殯葬管理處函覆略以：『…案內墳墓於埋葬時墓主或與地主或有使用約定

存在，故臺端以拍賣方式取得土地所有權時墳墓既已存在，法院並依現況點交，如要遷葬因涉私人權益，請與墓主協商或訴請法院審理。俟排除侵害後，再向本處申請起掘許可證明』等語，而未核發許可；嗣一志公司未依該函說明意旨，備齊相關資料提出申請」，係在說明上訴人如何具有不法之故意（見原判決第7、8頁），而上訴人客觀上未經墓主協商逕行起掘墳墓，已有不法，雖原判決未予論述上訴人是否須取得起掘證明，稍未周延，然核與本件判決本旨無違。上訴意旨執為提起第三審上訴理由，殊難謂合適。

四、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。又刑事訴訟法第288條第4項固規定「審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實（即被訴事實）訊問後行之」，同法第289條第3項並賦予當事人對科刑範圍表示意見之機會，但該法對於科刑資料應如何進行調查及就科刑部分應否獨立進行辯論均付之闕如。而刑法第57條所列科刑時所應審酌之事項，諸如犯罪行為人之生活狀況、品行及犯罪後態度等，以經自由證明為已足，至於科刑資料調查之方法如何，因法無明文，自無須如調查犯罪事實般必須經過嚴格之證明。稽諸原審審判筆錄之記載，原審審判長於審判期日除調查上訴人之前科資料外，就上訴人科刑時所審酌之事項，如犯罪之目的──「基於私利，為開發利用系爭土地之目的」、犯罪之手段──「發掘附表一編號1至29所示墳墓」及犯罪所生之損害──「造成部分有主墳墓後代子孫因知悉先人墳墓遭發掘之心理創傷及財產損害」，均屬與犯罪事實有關連之「犯罪情節事實」，已於論罪證據調查階段依法定程序調查，予上訴人充分防禦之機會；另就被告犯後態度──「於本院本審審理時避重就輕，仍飾詞否認，未見真誠悔意（即上訴人於事實審法院筆錄內之記載）」、「已與部分被害人和解或調解成立（即卷存和解卷）」、「部分尚未經和解者，業經臺灣臺北地方法院民事判決賠償確定在案（即卷存民事判決書及其確定證明）」及上訴人智識程度及生活狀況

—「其自陳大專畢業之智識程度、目前離婚、從事幫人改名工作、每月收入約2 萬多元之家庭及經濟情形（即上訴人於事實審法院筆錄內之記載）」，相關之科刑資料亦均已向上訴人提示及告以要旨，暨訊問上訴人及其於原審法院之選任辯護人意見（見原審法院107 年度上更一字第62號卷第 243 頁背面至第273 頁），經核原審法院所踐行之科刑資料調查程序於法並無違誤。上訴意旨指摘原審法院就科刑資料有應調查未予調查之違法云云，自非依據卷內資料而為指摘之適法第三審上訴理由。

五、刑之量定，係實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。又刑法第57條第10款明定犯罪後之態度為科刑輕重標準之一；行為人是否坦承犯行，有無與被害人達成和解，賠償被害人之損害等，俱屬犯罪後態度之範疇。而刑事訴訟法基於保障被告防禦權而設之陳述自由、辯明及辯解（辯護）權，係被告依法所享有基本訴訟權利之一，依法法院復有闡明告知之義務，則於科刑判決時，對刑之量定，固不得就被告基於防禦權行使之陳述、辯解內容，與法院依職權認定之事實有所歧異或相反，即予負面評價，逕認其犯罪後之態度不佳，而採為量刑畸重標準之一；但被告於犯罪後有無悔悟，究屬犯罪後態度之範疇，並常由其犯罪後是否坦承犯行，而為客觀的情狀呈現，即非不得據為判斷犯後態度是否良好之依據之一。則事實審法院以被告犯後有無坦承犯行，列為量刑審酌事項之一，要無不可。原判決量刑時審酌上訴人之犯罪目的、手段、所生之危害、損害、上訴人之智識程度、生活狀況及事後飾詞否認犯行未真誠悔意之態度等一切情狀，係經綜合考量其與量刑有關之一切情狀以為裁量刑度之依據，並無因上訴人犯罪後態度即有量刑畸重之情形，此與刑法第57條第10款之規定並無違背，自難指其量刑違法。上訴意旨以原審量刑時就上訴人否認犯行為加重事由而有違誤云云，尚非合法之第三審上訴理

由。

六、又緩刑之宣告，除應具備刑法第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，此屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘未有裁量濫用或不當情形，自不得以原審未諭知緩刑逕指為違法。原審對上訴人所宣告之刑，審酌上訴人於原審審理時否認犯罪、於民事判決確定後猶未向各該被害人支付賠償金各情，難認有暫不執行為適當之情形，不宜宣告緩刑，已詳述其所憑之理由，核屬其裁量職權之適法行使，亦無違法可指。上訴意旨執此指摘，顯不足採。

七、以上及其餘上訴意旨，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，亦難謂為適法之第三審上訴理由。依上揭說明，本件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　　108　　年　　12　　月　　12　　日

最高法院刑事第五庭

審判長法官　林　勤　純

法官　許　錦　印

法官　蔡　新　毅

法官　莊　松　泉

法官　王　梅　英

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　12　　月　　19　　日