

01

最高法院刑事判決

02

108年度台上字第7號

03 上訴人 徐百翊（原名徐綜壕）

04 選任辯護人 高明哲律師

05 上訴人 廖慧穎（原名廖碧鶯）

06 選任辯護人 任俞仲律師

07 上訴人 曾茂林

08 上列上訴人等因偽造文書等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國

09 107年9月13日第二審更審判決（106年度重上更（一）字第44號，起

10 訴案號：臺灣桃園地方檢察署98年度偵字第12384、19454號、99

11 年度偵字第13985號、100年度偵字第5359號），提起上訴，本院

12 判決如下：

13 主 文

14 上訴駁回。

15 理 由

16 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決

17 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判

18 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未

19 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

20 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第

21 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違

22 背法律上之程式，予以駁回。本件原判決綜合全案卷證資料

23 ，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人甲○○有其事實

24 欄（下稱事實欄）二（一）所載如其附表（下稱附表）一所示之

25 犯行，上訴人丙○○有事實欄二（一）所載如其附表一編號6、8

26 、10至13、15、18、19、22至25、33、40、46、52（即民國

27 97年2月以後所為）之犯行；另甲○○有事實欄二（二）2、3、

28 5至8、10至15所載、丙○○有事實欄二（二）12至15所載、上訴

29 人乙○○有事實欄二（二）3部分所載之犯行，因而撤銷第一審

30 此部分不當之科刑判決，依想像競合之例改判①論處甲○○

31 犯如附表甲編號1、5至8、11至13、15至16所示共同行使偽

32 造私文書10罪刑（併定其應執行刑）；如附表乙編號2、3、

5 至 8、10 至 15 所示之共同行使偽造公文書 12 罪刑，均諭知
相關沒收；②論處丙○○如附表甲編號 2 至 5、7、9、10、14
所示共同行使偽造私文書 8 罪刑（併定其應執行刑）；如附
表乙編號 12 至 15 所示共同行使偽造公文書 4 罪刑，均諭知相
關沒收；③論處乙○○如附表乙編號 3 所示共同行使偽造私
文書罪刑，併諭知相關沒收。已詳述其調查、取捨證據之結
果，及憑以認定犯罪事實之心證理由，並對於上訴人等所辯
各節，何以不足採信，亦詳加說明指駁。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）甲○○上訴意旨略以：①原判決就作為認定甲○○有罪之書
證或物證，其中究係何者以文書內容所載文義作為待證事實
之證明，而屬於書面陳述之供述證據？何者係作用以文書物
質外觀之存在，作為待證事實之證明，而為物證之一種者，
原審竟完全未予調查、審認及說明，即認定上開非供述證據
具有證據能力，不但其理由欠完備，亦無從就此部分適用證
據法則之當否為審斷，自屬判決違背法令。②原判決就如附
表甲編號 1、5 至 8、11 至 13、15 至 16 所示之 10 罪，主文均僅
記載「甲○○共同行使偽造私文書，累犯，處…」等語，而
未記載「足以生損害於公眾及他人」，主文記載與事實認定
未臻一致，難認適法。且於理由內就如何該當於上開要件，
未加以論述，亦有理由欠備情形。③事實欄二（二）15 及附表二
編號 15，均記載「顏 0 漢」為被冒名兒童，理由復敘及貼有
「顏 0 漢」相片之申辦護照資料，與於 97 年 7 月至 9 月間從香
港入境美國旅客之相片比對資料，顯已認定「顏 0 漢」為被
冒名兒童，且甲○○有蓋印偽造移民署出境查驗章於「顏 0
漢」名義之登機證上。然事實欄復另記載：「陳儀臻、陽一
勤則於 97 年 10 月 6 日陪同大陸孩童分持冒『馮 0 珍』（即附
表一編號 11 所示）名義申辦之中華民國護照、及『顏 0 漢』
（尚無證據證明係冒名申辦）之中華民國護照」（見原判決

第27頁第9至11行)。又事實二(二)13部分，係冒用「李○茜」、「冉○琳」、「顏○涵」、「田○婷」孩童名義出境，且有邢藍、張瑞銘2人擔任頂位者，然附表二編號13於97年8月14日出境之被冒名孩童，僅「冉○琳」、「顏○涵」、「田○婷」等3人，且只有張瑞銘1人頂位者，均有事實認定矛盾之違法。④事實欄二(一)、(二)所載之各次犯行，其目的既均係為運送特定之大陸孩童偷渡至美國，且犯罪過程並係由多人各自分擔部分犯罪行為之實行，而有行為局部同一之情形，應有想像競合犯之適用。又事實欄二(一)1至52部分，甲○○及其共犯主觀上係共組人蛇集團，基於單一收購證件目的及犯意而著手實行犯罪行為，且客觀上行為係自96年7月間至97年3月4日止之密接時間內接續實行，應評價為接續犯。則本件所有前開各次犯行，應論以行使偽造準公文書一罪，始屬適法。原審未審究上情，且就張秋香、劉淑蘭、張愛華、鍾玉貞、朱桂香、冉新民、吳惠如、馮海、陳美蘭於偵查中有利於甲○○之重要證詞，未詳加調查釐清，有應調查未予調查及理由不備之違背法令。甲○○並就此部分聲請傳喚周全證明，原判決於理由欄徒以接續犯之認定，不以行為人是否係基於單一決意為主要標準為由，否准此部分之聲請，自與適用接續犯之法則有違，足以生影響於原判決。⑤原判決就甲○○有關事實欄二(一)之犯行，認定係犯如附表一編號1至53號所示，合計53件。原判決卻記載：「甲○○所為事實欄二(一)所載其中附表一編號16、17、20、35、41、42、51部分之行使偽造私文書、冒名申請護照犯行，因依最高法院發回意旨，與其上開所為事實欄二(二)編號1、4、9、16所示已確定之犯行，各有想像競合犯之裁判上一罪關係，為既判力效力所及，本院爰就該部分不另為甲○○免訴之諭知」等語，自有理由矛盾之違背法令云云。

(二)丙○○上訴意旨略以：①原判決依憑刑事訴訟法第159條之5規定，採取理由欄所援引之供述證據，作為論處丙○○罪刑之證據資料，惟原判決之理由說明，皆與刑事訴訟法第159

01 條之5之本旨有違。此外，原審亦未綜合審酌其採為判決各
02 項審判外陳述製作當時之過程、內容、功能等情況，以及是
03 否具備合法可信之適當性保障等，以判斷該等審判外陳述作
04 成之情況是否適當之法定必備要件，故原判決已有理由不備
05 及採證之違法。又丙○○於原審已就被告以外之人於審判程
06 序中供述、證述以外之陳述，皆明確表示爭執其之證據能力
07 。原判決卻「其餘本判決下引具傳聞性質之各項供述證據，
08 經本院於審判期日調查證據時提示並告以要旨後，被告等人
09 及辯護人均未於言詞辯論終結前就此部分之證據能力部分有
10 所異議」、「其中甲○○、丙○○部分未爭執各該證人於偵
11 查中經具結後之證述」，顯然誤解丙○○之主張。原判決就
12 此顯有不符合卷證資料、任作主張之理由矛盾。②依原審準備
13 程序及審判筆錄之記載，受命法官及審判長似未曾將證人於
14 偵訊及法院審理中之證述、非供述證據，依法提示、宣讀或
15 告以要旨，予丙○○及其辯護人辨認及辯論之機會，遽採為
16 斷罪之依據，自有適用法則不當之違法。③事實欄二(二)13部
17 分，97年8月12日丙○○已在香港，自無在桃園機場遂行尋
18 覓頂位者之可能，且該日其人未在香港機場，亦無可能與張
19 瑞銘等頂位者在香港會合，而附表三「入出境查詢結果資料
20 」之事實二(二)13欄，亦未見有關丙○○之記載，顯然不足以
21 認定丙○○有何共同行使偽造文書之罪責。原判決未就丙○
22 ○係以何方法參與此節犯行及其佐證依據為任何說明，有證
23 據上理由矛盾之當然違背法令。④丙○○在本案發生前並無
24 任何前科，且配合檢警協助釐清事發經過，更提供關鍵情資
25 ，使本案能順利破案，有許盛印偵查佐之證述可稽，倘丙○
26 ○就事實欄一(一)之附表一編號52、事實欄二(二)編號12至15所
27 示部分仍成立犯罪，亦應斟酌前開情事及刑法第57條第10款
28 「犯罪後之態度」之適用，以為量刑之基礎。原審認乙○○
29 未提供關鍵情資，無從為較有利量刑，卻就許盛印上開明確
30 之證述，究竟何以不能對丙○○減輕其刑，未於理由有任何
31 表示，仍就事實欄二(二)編號12至15部分各維持與第二審前審

01 相同之科刑，理由不備，自屬當然違背法令。⑤依事實欄二
02 (一)所載丙○○所涉17次犯行之申請護照時間，各次申請護照
03 時間最多僅間隔18日，短者均僅間隔7日或更短，且有於同
04 日申請完成者，則各次申請護照之時間顯然具有相當之密接
05 性，且各該部分行為之實行亦有局部同一之情形，自均有想
06 像競合犯之適用。且既係基於「將大陸地區孩童以臺灣地區
07 孩童身分偷渡至美國」之同一目的，行為態樣均係冒名申請
08 中華民國護照，且觀附表一所示各次申辦護照時間，客觀上
09 亦係自97年2月19日至同年6月3日止之密接時間，在時間差
10 距上難以強行分開，況此實乃丙○○共同參與人蛇集團犯罪
11 分工主觀意思之活動範圍，並非針對各不同之被害人分別起
12 意所為，應論以接續犯。又原判決事實欄二(二)12至15所示部
13 分，亦係基於同一目的所為，行為態樣亦皆相同，接續施行
14 ，應論以接續犯。再就事實欄二(二)與二(一)各次犯行，依社會
15 通念判斷，皆應認具有行為局部之同一性，應從一重論以行
16 使偽造準公文書一罪，始為適法，原判決予以分論併罰，當
17 然違背法令。甲○○於原審審理期日，具狀聲請傳喚周全到
18 庭作證，此攸關丙○○如事實欄二(二)12至15所示部分，得否
19 亦論以接續犯，原審應踐行旨揭調查之程序，釐清事實真相
20 ，始符法旨，原判決未為詳究，顯屬判決違背法令云云。

21 (三)乙○○上訴意旨略以：①第二審前審傳訊蘇立琮、許盛印警
22 員，就乙○○是否有提供情資協助逮補王志強等情事，其2
23 人均證稱：就乙○○所稱有提供情資予警方並無印象等語。
24 但從其2人上下文意觀之，並不能明瞭是指完全沒有這回事
25 抑是指忘記了？或者沒有逮補到王志強？參諸當日林憲吾之
26 證述，乙○○確實有提供情資給其轉交給警政單位協助破案
27 ，否則警政單位如何知悉王志強住在廣東省珠海市「金都酒
28 店616房」，就此有利於乙○○之證據，為事實審法院應於
29 審判期日踐行之調查，須傳喚蘇立琮、許盛印、林憲吾出庭
30 才能徹底了解真相，原審未為上開調查，而遽採為判斷事實
31 之依據，即有應調查之證據未予調查之違背法令。②原判決

01 認定乙○○之犯罪所得，為每一房賺取人民幣70元差價，合
02 計為人民幣840元，但乙○○係旅遊業者，所訂購的房間比
03 一般人便宜，因此共犯王志強才會向乙○○訂購房間，乙○
04 ○是依合法方式訂購旅館房間，賺取一點利益，不是犯罪所
05 生或所得之物，原審未究明釐清之前，不得作為乙○○有罪
06 判決之唯一證據，需有補強證據。犯罪所得部分未經合法之
07 調查程序卻恣意認定事實，且屬未受請求之事項卻予以判決
08 者，其判決當然違背法令云云。

09 三、惟查：

10 (一)甲○○部分：

11 ①原判決所引據之非供述證據即書證、物證部分，本不生供述
12 證據始有之傳聞法則問題，且該等物證之型態並未改變。又
13 本件已經本院發回更審，甲○○經由其辯護人閱卷及歷審法
14 院多次審理提示卷證資料，已熟諳與本件待證事實有關之非
15 供述證據，歷審均未主張該等證據之取得過程有何違背法定
16 程序之情事，且於原審準備期日具狀表示不爭執此部分之證
17 據能力（見原審卷二第243至259頁），原判決未區分為文書
18 證據或物證分別說明，尚無違法可言。上訴意旨就此爭執，
19 非上訴第三審之適法理由。

20 ②刑事訴訟法第380條規定「除前條情形外，訴訟程序雖係違
21 背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由」。原判
22 決附表甲編號1、5至8、11至13、15至16所示之10罪，主文
23 均未記載「足以生損害於公眾及他人」（另就丙○○所犯附
24 表甲編號2至5、7、9至10、14部分，主文亦未記載上句）。
25 然對照附表乙上訴人等所犯之行使偽造公文書等罪部分，均
26 有記載「足以生損害於公眾及他人」，且原審已認定甲○○
27 與丙○○關於事實欄二(一)所載共同收購證件冒名申請中華民
28 國護照之行為，足以生損害於外交部領事事務局對護照核發
29 之正確性及附表一「被冒名臺灣孩童」、「護照申請書偽造
30 之申請人簽名／偽造之父、母、監護人簽名」欄所示之人，
31 並說明認定之理由（見原判決第10至11、45頁），非如甲○

○上訴意旨②所言，有理由不備或矛盾之違法，應認原判決上開主文文句之脫漏，對成立之罪名及判決結果不生影響，此部分上訴意旨自不得執為適法第三審上訴之理由。

③證據之取捨及其證明力之判斷，俱屬事實審法院自由判斷裁量之職權，此項自由判斷職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則及論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定意旨甚明，自難任憑己意，指摘為違法，而據為上訴第三審之適法理由。原審依顏○漢父親即顏○國之證述（僅有交付其女兒顏○香之國民身分證及戶籍謄本），且檢察官未起訴顏○國有交付顏○漢之國民身分證及戶籍謄本（見起訴書第13至14頁），雖依張瑞銘、葉玉婷、蔡晶鈴之證述、及卷附「顏○漢」英文名字之移民署出境查驗章戳之登機證，可認定甲○○、丙○○有將上開登機證，在管制區內交予張瑞銘等人，但基於檢察官之舉證義務及罪疑唯輕原則，無從推測「顏○漢」之中華民國護照為偽造，是於附表一「被冒名臺灣孩童」欄內未列入「顏○漢」，及於附表二編號15有關被冒名兒童「顏○漢」部分，亦未記載其之國民身分證及戶籍謄本有被收購，並於事實欄對於「顏○漢」之中華民國護照以括弧加註「尚無證據證明係冒名申辦」，即難認其事實之認定有矛盾，不得謂其採證有違證據法則。又附表二編號13部分，除97年8月14日出境之被冒名孩童，有「冉○琳」、「顏○涵」、「田○婷」3人外，另於97年8月13日出境之被冒名孩童為「李○茜」，頂位者有邢藍、張瑞銘（帶同張○韻），亦非僅張瑞銘1人，核與事實欄二(二)13之認定相符，並無認定事實矛盾情形。甲○○上訴意旨③均有誤會，並非適法之上訴理由。

④事實欄二(二)1、4、9、16所載甲○○之犯行，業已判決確定，而事實欄二(一)所載如附表一編號41、42、16、17、51、20、35部分之犯行（詳附表二之「附表一編號欄」），因與其上開已確定之犯行，各有想像競合犯之裁判上一罪關係，為既判力效力所及，亦已確定。原判決就附表一編號41、42、

01 16、17、51、20、35部分之犯行說明不另為免訴之諭知（檢
02 察官未重複起訴），雖有不當，但僅係贅述不影響於判決之
03 本旨，亦非得上訴第三審之適法理由。

04 (二) 甲○○與丙○○理由共同之部分：

05 一行為觸犯數罪名之想像競合犯，係指行為人以一個意思決
06 定發為一個行為，而侵害數個相同或不同之法益，具備數個
07 犯罪構成要件，成立數個罪名之謂，乃處斷上之一罪。其存
08 在之目的，在於避免對於同一或局部重疊行為之不法要素予
09 以過度評價，是所謂「同一行為」係指所實行者為完全或局
10 部同一之行為而言。故而刑法修正刪除牽連犯之規定後，於
11 修正前原認屬於方法目的或原因結果之不同犯罪，並非必然
12 成為想像競合犯，必也其間有實行行為完全或局部同一之情
13 形，始得依想像競合犯論擬。否則，逕將具有相當時間間隔
14 之不同犯罪，概認為想像競合犯，使其中一方之既判力及於
15 他者，不無擴大既判力範圍，而有鼓勵犯罪之嫌，亦無異使
16 已廢除之牽連犯捲土重來。又所謂接續犯，係指行為人之數
17 行為於同時同地或密切接近之時地實行，而侵害同一之法益
18 ，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間
19 差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之
20 接續實行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，始足當
21 之。如主觀上雖基於一個概括犯意，客觀上有先後數行為，
22 逐次實行而具連續性，其每一前行為與次行為，依一般社會
23 健全觀念，在時間差距上可以分開，在刑法評價上各具獨立
24 性，亦即每次行為皆可獨立成罪而構成同一之罪名者，於95
25 年7月1日修正刑法施行前，固應依連續犯之規定論以一罪，
26 但修正後新法刪除連續犯之規定後，自應予以一罪一罰，始
27 符合法律修正之本旨。原判決已敘明關於甲○○就事實欄二
28 (二) 2、3、5至8、10至15所示，及丙○○就犯罪事實欄二(二) 12
29 至15所示犯行，分別與其相關之附表一冒名申請中華民國護
30 照部分（詳附表二之「附表一編號欄」）犯行，其目的既均
31 係為私行運送特定之大陸地區孩童偷渡至美國，且其犯罪過

01 程並係由多人各自分擔部分犯罪行為之實行，即有行為局部
02 同一之情形，係以一行為同時觸犯行使偽造私文書罪、修正
03 前之冒用名義申請護照罪、行使偽造準公文書罪、在機場以
04 其他非法方法利用航空器運送非運送契約應載之人至他國罪
05 ，及違反臺灣地區人民不得利用非中華民國航空器，私行運
06 送大陸地區人民前往臺灣地區與大陸地區以外國家罪，為想
07 像競合犯，各應如附表乙所示從一重依行使偽造準公文書罪
08 處斷（其中編號1、4、9、16部分已確定）。另其他關於甲
09 ○○、丙○○所為如犯罪事實欄二(一)所載之犯行（即與犯罪
10 事實欄二(二)部分無想像競合關係），各係以一行為同時觸犯
11 行使偽造私文書罪、修正前護照條例第23條第4項之冒用名
12 義申請護照罪，為想像競合犯，分別如附表甲所示從一重論
13 以行使偽造私文書罪（見原判決第116至117頁）。並再敘明
14 ：其等各次犯行除被害人及犯罪時間俱屬不同外，並均相隔
15 一段時日，客觀上明顯可分而具有相當獨立性，應無論以接
16 續犯之餘地；且依丙○○於偵查中之供述、柯妙錚之證言，
17 甲○○等人就事實欄二(二)所示由交通媽咪陪同該名大陸地區
18 孩童，持冒附表一所示孩童名義申辦之中華民國護照偷渡至
19 美國時，係個別物色交通媽咪，且各係在不同時地，偷渡不
20 同之大陸地區孩童，客觀上各次行為亦明顯可分而具有相當
21 之獨立性，除前述部分犯行依想像競合犯從一重處斷，及部
22 分犯行應不另為無罪諭知外，其餘部分應予分論併罰（見原
23 判決第118至119頁）。另原判決亦說明：甲○○辯護人聲請
24 傳喚周全部分，無非係主張甲○○所為犯罪事實欄(二)部分犯
25 行屬接續犯之實質上一罪關係，然因刑法連續犯業已廢除，
26 接續犯之認定並不以行為人是否係基於單一之決意為主要標
27 準，認無傳喚周全作證之必要等語（見原判決第108頁）。
28 原審因而未為無益之調查，並無調查責任未盡之違法。均核
29 與前述之說明相符，甲○○上訴意旨④、丙○○上訴意旨⑤
30 ，係對原審已審酌評價或已明白說明之事項，徒憑自己之說
31 詞，漫事指摘原判決違法，自非適法上訴第三審之理由。

01 (三) 丙○○部分：

02 ①偵查中訊問被告以外之人，上訴人或其辯護人對該證人雖未
03 行使反對詰問權，但依刑事訴訟法第159條之1第2項之規定
04 ，原則上屬於法律規定為有證據能力之傳聞證據，於例外顯
05 有不可信之情況，始否定其得為證據，亦即，得為證據之被
06 告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，因其陳述未經被
07 告詰問，應認屬於未經合法調查之證據，但非為無證據能力
08 ，此項詰問權之欠缺，非不得於審判中由被告行使以資補正
09 ，而完足為經合法調查之證據。倘被告於審判中捨棄對質、
10 詰問權，自無不當剝奪被告對質、詰問權行使之可言。相關
11 證人於檢察官訊問時經具結之證言，丙○○及其辯護人僅概
12 略敘述相關證言未經丙○○詰問無證據能力外，並未釋明「
13 顯有不可信之情況」，且周全、乙○○、沈家蓁、柯妙錚、
14 紀君佩、高筱嘉、廖竟淇、楊繡綺、邢藍、葉玉婷、李芝禾
15 、鄧健仔、董慶珍、陳儀臻、陽一勤、劉家玉、蔡慧怡、陳
16 仙和、蔡晶鈴、張瑞銘、林佳蓉、陳雅芳已到庭接受詰問，
17 其餘證人則未聲請詰問，已完足為經合法調查之證據，證人
18 於檢察官訊問時經具結之證言自得作為證據。丙○○上訴意
19 旨①誤會刑事訴訟法第159條之1第2項之規範目的。又原判
20 決對於其31頁所列證人於警詢及偵查中未經具結之證述，為
21 審判外之陳述，復未查有符合傳聞法則例外之規定，認不得
22 作為認定丙○○犯行之證據（見原判決第31至32頁），並未
23 依刑事訴訟法第159條之5規定認有證據能力，丙○○此部分
24 上訴意旨顯有誤會。原判決雖誤會丙○○未爭執各該證人於
25 偵查中經具結之證述，但依上述之說明，對丙○○防禦權之
26 行使既無所妨礙，其論述說理雖有瑕疵，但顯然於判決無影
27 響，自不得據為提起第三審上訴之適法理由。

28 ②審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第47
29 條定有明文。又審判長應將證物提示當事人、代理人、辯護
30 人或輔佐人，使其辨認，如係文書而被告不解其意義者，應
31 告以要旨；卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，審判長應

向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨，同法第164條、第165條第1項亦分別定有明文。另刑事訴訟採直接、言詞審理主義，審判之法官原則上須在公判庭上直接聽取訴訟兩造當事人所為攻擊、防禦之言詞、舉止，以獲得心證，但為期審判順利起見，例外得先以庭員一人為受命法官，於審判之前，進行準備程序，處理審判前之預備事項，觀諸刑事訴訟法第273條、第279條之規定即明。依原審107年7月26日審判筆錄之記載，就共同被告之供述、相關證人於偵查及法院審理中經具結之陳述，及非供述證據，審判長已逐一提示並告以要旨、使其辨認，且訊問廖穎慧及其辯護人有何意見？其等均已就上開證據資料表示意見（見原審卷三第189至257頁），嗣並就原審調查證據之結果，為事實及法律上之辯論。而原審受命法官於準備程序為整理當事人對證據能力之意見，因而將卷內證據資料之條目曉諭告知，以利當事人明瞭，此與審判期日應依嚴格證明程序進行調查之情形不同，並無提示、告以要旨或使其辨認之必要。原審所踐行之證據調查程序，於法並無違誤。丙○○上訴意旨②尚有誤會，非為適法上訴第三審之理由。

③證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決已敘明如何依丙○○於警詢及偵訊之部分自白、鄧健仔、邢藍、廖竟淇、紀君佩、葉玉婷於第一審之證言等證據資料，為綜合之判斷，認丙○○就事實欄二(二)13所示97年8月12日偷渡大陸孩童至美國之犯罪，先依照甲○○指示訂票，復陪同交通媽咪、頂位者一同前往香港，而參與關於頂位者及交通媽咪之部分犯行，丙○○就此次犯行，顯與甲○○等人有犯意聯絡及行為分擔，縱使丙○○於事實欄二(二)13部分未與交通媽咪或頂位者搭乘相同班機出境至香港（當時丙○○已在前一天抵達香港），然其已依甲○○所述之分工模式，分擔實施其中一部分行為，並互相利用他方之行為，以達成偷渡本案事實欄二(二)13所示大陸孩

童至美國之共同目的，自仍應就此部分犯行負責。所為之論斷，俱有卷內資料可按，無違證據法則，乃事實審法院採證認事職權之適法行使，亦無調查職責未盡、認定事實未憑證據及判決理由矛盾之不當情形。丙○○上訴意旨③，或對原審取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，或對原判決理由已經說明之事項，徒以自己之說詞，再為單純事實之爭辯，並非適法之第三審上訴理由。

④刑之量定，乃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，在法定刑度之內予以裁量，又未濫用其職權，即不得遽指為違法，資為合法上訴第三審之事由。原判決以丙○○之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列情形（見原判決第131頁），為科刑輕重標準之綜合考量，因而對丙○○量處如附表甲編號2至5、7、9、10、14所示8罪、附表乙編號12至15所示4罪之刑度，並未逾越上開罪名之法定刑範圍（法律之外部性界限），亦無違背比例、公平、罪刑相當原則（法律之內部性界限）等濫用其裁量職權之情形，乃事實審法院量刑職權之適法行使。上開各罪之法定刑為5年以下，或1年以上7年以下有期徒刑，原審就上開各罪所科之刑，已屬從輕。丙○○上訴意旨④係對原判決已明白說明之事項，及定刑裁量權之適法行使，徒憑己見，任意指摘，亦非上訴第三審之適法理由。

（四）乙○○部分：

①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，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。原判決認定乙○○有事實欄二、（二）、3所載之共同行使偽造公文書之事證已臻明確，且蘇立琮、林憲吾

01 已於原審更審前審理時已到庭接受交互詰問（原審上訴卷(三)
02 第143至149頁），原審認乙○○於更審準備期日就此部分再
03 聲請傳訊證人，認無再行調查之必要，即無調查責任未盡之
04 違法。且乙○○於原審更審審理期日主動陳稱：「本件審理
05 已久，先前已經有傳喚過證人，時間過這麼久了，證人應該
06 也記不得了，現在我也不再聲請傳喚證人。」（見原審重上
07 更(一)卷(三)第188頁），亦未聲請傳喚許盛印作證。原審因而
08 未為無益之調查，並無調查責任未盡之違法，乙○○上訴意
09 旨①就原審有調查證據未盡之指摘並非適法。

10 ②新修正刑法之沒收，乃獨立於刑罰及保安處分以外之法律效
11 果，非屬刑罰之從刑。不論係違禁物、供犯罪所用、犯罪預
12 備之物、犯罪所生之物及犯罪所得，均可為沒收之標的。關
13 於被告犯罪所得之證據調查，概可區分為「利得存否」、「
14 利得範圍」兩階段。於前階段，因涉及犯罪事實有無、既未
15 遂等之認定，及對被告、第三人財產權之干預、剝奪，故應
16 適用嚴格證明法則，予以確認，並應於審判期日依法定程序
17 進行調查；於後階段，則由事實審法院綜合卷證資料，依自
18 由證明法則，釋明其合理之認定依據即足。原審依憑乙○○
19 之認罪自白，佐以林佳蓉之證言、護照影本、相片等證據資
20 料，適用嚴格證明法則，認定乙○○有於97年2月2日協助王
21 志強聯絡林佳蓉擔任頂任者，並引導丙○○、楊瑋甄、林佳
22 蓉、陳雅芳等人至香港與王志強會合，以協同丙○○、楊瑋
23 甄帶領大陸地區孩童持中華民國護照入境香港之事實，可認
24 其存有利得。至於犯罪所得數額若干，性質上為「利得範圍
25 」，非屬犯罪事實有無之認定，自不適用嚴格證明法則，以
26 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
27 念。原判決以乙○○於第一審審理時之供述：其所賺取之利
28 潤，係幫忙訂房時，賺取訂房之差價，每房每天可賺取人民
29 幣70元差價等語（見第一審卷(九)第152頁背面），本案雖無
30 法明確查知乙○○之犯罪所得為何，認定顯有困難，依刑法
31 第38之2條第1項規定之估算原則，該次之交通媽咪與頂位者

共計4人，住宿3日，其所賺取之差價即約為人民幣840元（ $70 \times 4 \times 3 = 840$ ），屬其犯罪所得，應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。原審宣告沒收犯罪所得及其數額，符合前述法律規範本旨，並無違誤，乙○○上訴意旨②亦非適法之上訴第三審理由。

(五)上訴人等其他上訴意旨，或對原審取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，或對原判決理由已經說明之事項，徒以自己之說詞，再為事實上之爭辯，泛指為違法，皆非適法之上訴第三審上訴理由，本件上訴人等之上訴皆違背法律上之程式，均應予駁回。

(六)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，如該重罪部分之上訴為不合法，第三審法院應從程序上予以駁回，而無從為實體上判決，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。上訴人等所犯與附表二行使偽造公文書罪有裁判上一罪關係之臺灣地區與大陸地區人民關係條例第80條第1項之罪，原判決依想像競合之例論處一罪，該輕罪部分，第一、二審均認成罪，核屬刑事訴訟法第376條第1項前段第1款規定不得上訴於第三審法院之罪，其重罪之行使偽造公文書部分上訴既不合法予以駁回，則此輕罪部分即無從併予審判，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 108 年 3 月 28 日

最高法院刑事第三庭

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

01 本件正本證明與原本無異

02 書記官

03 中華民國 108 年 3 月 28 日