

# 最高法院刑事庭具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文 目錄

## 裁判要旨

一、110 年度台上字第 5765 號.....	1
二、111 年度台上字第 1769 號.....	7
三、111 年度台上字第 2682 號.....	8
四、111 年度台上字第 3231 號.....	10
五、111 年度台上字第 3367 號.....	11
六、111 年度台上字第 3405 號.....	13
七、111 年度台上字第 3599 號.....	15
八、111 年度台上字第 3655 號.....	16
九、111 年度台非字第 43 號.....	17

## 裁判全文

110 年度台上字第 5765 號.....	20
111 年度台上字第 1769 號.....	28
111 年度台上字第 2682 號.....	33
111 年度台上字第 3231 號.....	37
111 年度台上字第 3367 號.....	41
111 年度台上字第 3405 號.....	46
111 年度台上字第 3599 號.....	52
111 年度台上字第 3655 號.....	57
111 年度台非字第 43 號.....	58

# 最高法院刑事庭具有參考價值裁判要旨

111 年 8 月

## 一、110 年度台上字第 5765 號（裁判書全文）

(一)對監察對象所涉販賣或意圖販賣而持有毒品等罪嫌，於合法實施監聽期間，取得販賣、運輸毒品（下稱販運毒品）予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人的監聽內容，對該上、下游或共犯而言，是否屬通訊保障及監察法（下稱通保法）第 18 條之 1 第 1 項所定：「依第五條、第六條或第七條規定執行通訊監察，取得『其他案件』之內容者，不得作為證據。但於發現後七日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第五條第一項所列各款之罪者，不在此限。」之「其他案件」之內容？（下稱法律爭議一）以及倘通訊監察聲請書內已敘明監聽範圍包括「監察對象之上、下游或共犯等與販運毒品有關之對話」，而法院也據以核發通訊監察書之情形，法律爭議一之結論有無不同？（下稱法律爭議二）。對上開二項法律爭議，承辦庭經評議後，就法律爭議一部分，經徵詢其他各庭後，意見紛歧，未獲致一致見解，仍存有潛在歧異；且各該法律問題均具原則重要性。爰裁定將上開法律爭議提案予本院刑事大法庭，請求統一法律見解。

(二)經本院刑事大法庭受理、辯論後，於民國 111 年 8 月 24 日以 110 年度台上大字第 5765 號裁定，宣示主文：「(第 1 項)對監察對象所涉販賣或意圖販賣而持有毒品等罪嫌，於合法實施通訊監察期間，取得販賣、運輸毒品予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人之通訊監

察內容，對該上、下游或共犯而言，仍屬通訊保障及監察法第 18 條之 1 第 1 項所定之其他案件之內容。(第 2 項)前項情形，於通訊監察聲請書內已敘明通訊監察範圍包括監察對象之上、下游或共犯等與販賣、運輸毒品有關之對話時，亦同。」並於裁定理由內說明：

#### 1. 法律爭議一部分

(1) 核發通訊監察書之功能主要在於界定監聽活動實施之對象(人)、標的(通訊設備)與客觀事實的範圍，以為令狀保障附著之依據。是以，通保法第 5 條第 2 項乃明定通訊監察書之聲請應記載同法第 11 條之事項，其監察對象非電信服務用戶，應予載明，務使法院核發通訊監察書准許實施監聽之對象範圍趨於特定；並於同條第 5 項明定通訊監察書之聲請，應以單一監察對象為限，同一案件或相牽連案件，得同時聲請數張通訊監察書。同法第 11 條復就通訊監察書之應記載事項，規定包含監察對象、案由及涉嫌觸犯之法條、監察通訊種類及號碼等足資識別之特徵與監察期間及方法等，旨在藉由具體特定執行通訊監察之對象、涉嫌之犯罪事實，及相關工具設備等，以初步界定實施監聽之主觀及客觀範圍。可知通訊監察書之聲請、核發，應嚴守「一人一票」原則，多數監察對象不得共用一張通訊監察書。

(2) 通保法施行細則第 16 條之 1 第 1 項規定：「本法第十八條之一第一項所稱其他案件，指與原核准進行通訊監察之監察對象或涉嫌觸犯法條不同者。」此

技術性規範已界定祇要與原核准進行監聽之「監察對象」或「涉嫌觸犯法條」，有一相異者，即屬通保法第 18 條之 1 第 1 項所稱之「其他案件」，其相關內容即係「另案監聽」取得之內容。從而，與監察對象通話之他人，既非監察對象，則其涉嫌任何罪名犯行之通話內容，均屬另案監聽所取得之內容。

(3) 另案監聽之性質，與惡意之非法監聽迥然有別。說明如下：

I. 前揭「一人一票」原則係對通訊監察書之聲請、核發所為之限制，以避免肉粽串式監聽，並非意在限制「執行」監聽時不能偶然取得另案監聽之對話內容。蓋監聽具有隱密性（監聽對象無法察覺被監聽）、未來性（監聽之對話並非現在已存在，而是預期未來會發生）、持續性（監聽時間較長，亦不受有形空間之限制）、流刺網性（並非只蒐集監察對象之訊息，第三人使用被監聽之電話或第三人與監察對象間之對話，均有被蒐集可能性）等不確定之特性，亦即犯罪之偵查常處於浮動狀態，考慮偵查效率及刑事有效訴追等要求，與搜索之情形相同，監聽亦係對尚未確定事證之蒐集，無從自始即清楚、明確知悉通訊對象與對話內容，而可事先預測或控制監聽所可能擴及之主觀及客觀範圍，故在監聽執行階段保持一定之彈性，為偵查事理本質之必然。

II. 由於通保法所規範之通訊本質乃「2 人以上之特定人間的意思交換」，監聽之執行本即係為了蒐集監察對象與他人間之對話內容，而基於監聽之上開特

性，當國家機關鎖定特定監察對象之電話線路進行監聽時，所有與之通話或使用其電話之人，均不可避免地亦處於被監聽之狀態。是以，於監聽時偶然所取得販運毒品予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人的對話內容，並未逸脫通保法所規範之通訊本質範圍，難謂已擴大侵害對話者之隱私合理期待。

III. 於此情形，無論基於學說「假設再次干預亦受允許」或「類似犯罪例外」之觀點，均認為監聽標的乃犯罪嫌疑人使用之特定通訊設備（例如行動電話），故凡經由該通訊設備撥出或接收而參與和監聽案由有關之通話內容，均不可避免落入實際執行監聽之範圍內。惟此際因並未進一步擴大侵害對話者合理隱私保護之範圍，故於執行機關善意執行監聽時，本案監聽之結果難免會偶然擴張至原監聽活動可及範圍之其他犯罪，此乃執行監聽活動事理本質所必然，不會導致原通訊監察令狀之濫用，並無違反法官保留而抵觸令狀原則可言。析言之，依「假設再次干預亦受允許」之觀點，前述另案監聽所得，屬於法定允許監聽之重罪範圍，且與本案監聽之主、客觀範圍具客觀關連性，若有充分理由相信，向法官聲請監聽亦會准許，即應容許是類之無令狀監聽。此即學說上所稱「偵審人員如依法定程序亦有發現該證據之必然性」或「事實上按照個案之情況存有合法蒐證之可能」之情形。又依「類似犯罪例外」之觀點，基於對「一目瞭然法則」所衍生之「一聽

即知法則」(又稱「明顯可見法則」)之運用，肯認將令狀所載監察對象擴及與之通訊對話而有上、下游或共犯關係之人，或將令狀載明涉嫌觸犯法條涵蓋「充分近似」(即具客觀關連性)之其他犯罪，符合進行中之偵查活動本應涵蓋其他具客觀關連性而充分近似犯罪之偵查本質，自應容許是類之無令狀監聽。是以，前述情形之另案監聽所得，既未擴大原監聽偵查之目的、範圍，不會使得本案監聽成為另案監聽之託辭，尚不致造成本案監聽程序之濫用，並不當然應依通保法第 18 條之 1 第 1 項前段之規定，絕對排除其證據能力，俾在未擴大侵害合理隱私期待之前提下，兼顧有效保全證據及避免無謂訴訟資源之耗費。

IV. 據上說明，對監察對象所涉販賣或意圖販賣而持有毒品等罪嫌，於合法實施監聽期間，取得販運毒品予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人之監聽內容，對該上、下游或共犯而言，仍屬另案監聽，為通保法第 18 條之 1 第 1 項所定之「其他案件」之內容。惟另案監聽與惡意之非法監聽，性質上截然不同，不當然絕對排除其證據能力。

## 2. 法律爭議二部分

依上開說明，通訊監察書之聲請、核發，應嚴守「一人一票」原則，多數監察對象不得共用一張通訊監察書。則縱然通訊監察聲請書內已敘明監聽範圍包括「監察對象之上、下游或共犯等與販運毒品有關之對話」，惟

法院既應依「一人一票」原則核發通訊監察書，則本案監聽之範圍，自不及於原核准進行監聽之「監察對象」以外之人。是於此場合所取得販運毒品予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人之監聽內容，對該上、下游或共犯而言，仍屬另案監聽所取得之內容。

- (1) 依法院組織法第 51 條之 10 規定，刑事大法庭之裁定，對提案庭提交之案件有拘束力。是以，本件即應受本院刑事大法庭就上開法律爭議所作成統一法律見解之拘束。亦即，對監察對象所涉販賣或意圖販賣而持有毒品等罪嫌，於合法實施監聽期間，取得販運毒品予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人之監聽內容，對該上、下游或共犯而言，屬另案監聽之內容。縱於通訊監察聲請書內已敘明通訊監察範圍包括監察對象之上、下游或共犯等與販運毒品有關之對話時，亦同。惟另案監聽與惡意之非法監聽，性質上截然不同，不當然絕對排除其證據能力。
- (2) 依上說明，執行機關若已就包括另案監聽所得在內之相關通訊資料，依通保法相關規定報由檢察官陳報法院，雖就另案監聽所得部分，逾越通保法第 18 條之 1 第 1 項但書所定「發現後七日內補行陳報法院」之陳報期間，惟因同屬逾期陳報之類型，其證據能力有無之判斷，與本院已統一之見解認為逾期陳報期中報告書至該管法院者，應依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，審酌人權保障及公共利益之均衡

維護予以認定之情形(本院 110 年度台上字第 2943 號判決意旨參照),法理相同,自應一體適用。至若完全未陳報該管法院,始有通保法第 18 條之 1 第 1 項前段規定之適用。

參考法條：通訊保障及監察法第 18 條之 1 第 1 項。

通訊保障及監察法施行細則第 16 條之 1。

## 二、111 年度台上字第 1769 號 (裁判書全文)

(一)為貫徹任何人均不得保有犯罪所得,以實現公平正義之理念,並遏阻犯罪誘因,刑法對於犯罪所得係採「義務沒收」原則,沒收之對象並及於獲有犯罪所得之第三人,惟不論對被告或第三人之沒收,均以刑事違法(或犯罪)之行為存在為前提。從而,於實體法上,倘法院依審理結果,已認定被告有違法行為存在,而第三人取得之財產,亦符合刑法第 38 條之 1 第 2 項所定之要件時,即有宣告沒收之義務;在程序法上,刑事訴訟法設有沒收特別程序,賦予因刑事訴訟程序進行結果,財產可能被沒收之第三人得參與刑事程序及尋求救濟之機會。惟此特別沒收程序,性質上係附麗於刑事犯罪本案之審理程序,參與沒收程序之第三人,既非法院確定刑罰權有無之對象,僅得就是否符合沒收之法定要件及應沒收所得之範圍等與沒收其財產相關之部分參與程序,行使權利。是以法院倘已確定被告刑事違法事實存在,於附隨之第三人參與沒收特別程序,祇需依刑法第 38 條之 1 第 2 項審查參與人是否因被告違法行為獲取利得,及其相關利得內容、範圍,進而認定應否宣告沒收犯罪所得及其數額,縱因上訴結果,致脫離本案

審理程序，亦無二致。否則，倘事實審法院於沒收特別程序重新審查犯罪事實之有無，逕為足以動搖本案確定判決之事實認定，非唯造成裁判矛盾之結果，更悖離參與沒收程序僅係刑事犯罪本案附隨程序之性質，難謂合法。

(二)本案判決業已認定參與人公司確屬逾期完工，因被告郭○○等人之違法行為，受有免支付違約金之財產上利益，而發生圖利之結果，依上述說明，被告刑事違法（或犯罪）事實之存在，既經本案判決確定，對於附隨之參與沒收程序，應生裁判之拘束力，乃原審竟以參與人公司並未逾期完工，即無受有免支付違約金之財產上利益云云，諭知不予沒收犯罪所得，而與本案判決犯罪事實為相異之認定，並未調查、審酌參與人公司是否因被告郭○○等人之違法行為獲取利得，及其相關利得內容、範圍，進而酌定應宣告沒收之犯罪所得數額，自有證據調查職責未盡及理由欠備之違法。

參考法條：刑法第 38 條之 1 第 2 項。

### 三、111 年度台上字第 2682 號（裁判書全文）

刑法妨害婚姻及家庭罪章第 241 條第 1 項略誘罪規定，處罰以違反被誘人意思之不正方法，使其入於行為人之實力支配下，而脫離家庭等監督權人之略誘行為，其規範目的除保護被誘未成年人之自由法益外，固兼及家庭及其他監督權人之監督權，以維持家庭之圓滿；惟隨著家庭結構變遷、社會生活及觀念之轉換，處罰略誘罪所保護之家庭監督權，其內涵已由傳統尊長權獨攬之「家本位」、父權為大之「親本位」，進展至現代以保護教養未成年子女、增

進子女福祉為目的之「子女本位」，於嬗遞過程中，已逐步淡化權利之觀念，轉為置重於義務之「義務性親權」。是父母對於未成年人親權之行使，應在無損於未成年子女之利益範圍內，始存有正當性，俾落實憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨，並與「兒童權利公約」、「公民與政治權利國際公約」、「經濟社會文化權利國際公約」所揭示兒童、少年均應享有國家、社會、家庭因其未成年身分，所給予特別保護與協助措施之精神相契合。又處罰略誘罪所追求之「家庭圓滿」，因社會自由化與多元化之漸次發展，個人人格自主之重要性日益受到重視與肯定，維繫家庭之婚姻所承載之社會功能，已非徒求於配偶互相扶持依存、於形式上同居照護子女，尤需置重於對未成年子女之完善照料，始得謂為圓滿。觀諸本院向來見解，咸認略誘罪之成立，主觀上須有惡意之私圖，以不正之手段，將他人置於自己實力支配之下，方能構成，基於對未成年人予以特別保護與協助之目的，所為救助、照顧未成年人之行為，尚與出於惡意私圖之略誘行為有別，亦係本罪應首重於維護未成年子女利益之體現。因此，父母雙方共同行使親權（監督權）之情形，一方因感情破裂而不願繼續同居時，未徵得他方同意，即攜其未成年子女離去共同居住處所之單方行使親權行為，是否應論以略誘罪，應併考量其子女利益之維護，以為論斷。舉如：離家之父或母一方與未成年子女間客觀上依附關係之密切程度，隔離之時間久暫、空間距離遠近及訊息屏蔽方式等手段之使用，對監護權人行使監護權與受監護人受教養保護權益所造成之影響等各節，本於社會通念綜合判斷，並非一旦使他方行

使監督權發生障礙，均概以本罪論處。

參考法條：刑法第 241 條第 1 項。

#### 四、111 年度台上字第 3231 號（裁判書全文）

刑法所稱之「聚眾犯」（或稱「集團犯」、「聚合犯」），為必要共同之一，指 2 人以上朝同一目標共同參與犯罪之實行而言。其中刑法第 150 條第 1 項所稱之「聚眾施強暴脅迫罪」，為典型之聚眾犯，係指在不特定多數人得以進出之公共場所或公眾得出入之場所等特定區域，聚合 3 人以上，對於特定或不特定之人或物施以強暴脅迫，並依個人參與犯罪態樣之不同，分為首謀、下手實施或在場助勢之人，而異其刑罰。本罪被列於妨害秩序罪章，主要係為保護社會之安寧秩序與和平，故應歸屬關於社會法益之犯罪。此聚眾所為之犯罪行為，係在多數人群掩飾下各自犯罪，其人數往往無法立即辨明，時有增減，且各行為人彼此未必認識，亦不以互有犯意聯絡為必要。在屬個人法益犯罪之聚眾鬥毆罪，都認為即使在場助勢之人與實行傷害之行為人間均無關係，且難以認定係幫助何人時，仍應論以該罪（參見刑法第 283 條民國 108 年 5 月 29 日修正理由一），則屬社會法益之聚眾施強暴脅迫罪，更應著重於其之不特定性、群眾性及隨時性，故其聚眾施強暴脅迫行為只要造成公共秩序及公共安寧之危險，能區別何人為首謀、下手實施或在場助勢之人即可。是關於本罪之處罰，雖依其為首謀、下手實施或在場助勢之人為輕重不同之刑罰，但所成立之犯罪仍係同一罪名，各該行為人均須有犯本罪之意思。其與一般任意共犯之差別，在於刑法第 28 條

之共同正犯，其行為人已形成一個犯罪共同體，彼此相互利用，並以其行為互為補充，以完成共同之犯罪目的，故其所實行之行為，非僅就自己實行之行為負其責任，並在犯意聯絡之圍內，對於他共同正犯所實行之行為，亦應共同負責；而聚眾施強暴脅迫罪之行為人在犯罪中各自擔當不同角色，並依行為之不同而各負相異之刑責，即各個行為人在犯同一罪名之意思下，必須另具首謀、下手實施強暴脅迫或在場助勢之特別意思。故應跳脫以往觀念，認首謀、下手實施或在場助勢之人，本身即具有獨自不法內涵，而僅對自己實施之行為各自負責，不能再將他人不同內涵之行為視為自己行為。換言之，本罪之不法基礎在於對聚眾之參與，無論首謀、下手實施強暴脅迫及在場助勢之人之行為，均應視為實現本罪之正犯行為。又因本罪屬抽象危險犯，且著重在社會法益之保護，因此下手實施之強暴脅迫行為不以發生實害結果為必要，倘因而侵害其他法益而成立他罪者（如傷害、毀損、恐嚇、殺人、放火、妨害公務等），自應視情節不同，分別依競合關係或實質數罪併合處罰。此時，原聚眾施強暴脅迫罪之首謀、在場助勢之人，與實際下手實施強暴脅迫而犯其他犯罪者，又應回歸刑法「正犯與共犯」章，依刑法第 28 條至第 31 條各規定處理，自屬當然。

參考法條：刑法第 28 條、第 150 條第 1 項。

## 五、111 年度台上字第 3367 號（裁判書全文）

民國 92 年 2 月 6 日修正公布刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定：被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，「除法

律有規定者外」，不得作為證據。而同法第 159 條之 1 至第 159 條之 5 均屬上開「除法律有規定者外」之例外規定。亦即，同法第 159 條第 1 項規定之傳聞證據，除符合法律所另行明定傳聞例外規定之要件，否則原則上不得作為證據。而對於被告以外之人於審判中因滯留國外或所在不明而無法傳喚者，倘其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據，此為同法同時增訂第 159 條之 3 之傳聞例外規定所明文。為兼顧真實之發現、保護性侵害犯罪被害人之權益，及保障被告憲法上之防禦權之共同正當目的，上述「因滯留國外或所在不明而無法傳喚」之規定，關於性侵害犯罪被害人警詢陳述是否符合特信性要件而得例外承認具有證據能力，即應經過適當之調查程序，依被害人警詢陳述作成時之時空環境與相關因素綜合判斷，除足資證明該警詢陳述非出於強暴、脅迫、誘導、詐欺、疲勞訊問或其他不當外力干擾外，並應於避免受性別刻板印象影響之前提下，個案斟酌詢問者有無經專業訓練、有無採行陪同制、被害人陳述時點及其與案發時點之間距、陳述之神情態度及情緒反應、表達之方式及內容之詳盡程度等情況，足以證明縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況而言，且檢察官對此應負舉證責任，指出證明之方法；另基於憲法保障刑事被告訴訟上防禦權之意旨，上開警詢陳述應經全程連續錄音或錄影，被告於此等證據能力有無之調查程序中，亦得對被害人警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人、鑑定人等行使詰問權，並得於勘驗警詢錄音、錄

影時表示意見，以爭執、辯明被害人警詢陳述是否存在特別可信之情況。是性侵害犯罪被害人於有滯留國外或所在不明而無法傳喚之情況，其警詢陳述特信性之要件及其調查程序，亦應秉此意旨，而詳予調查並說明判斷其警詢陳述證據能力之有無。本件原判決既已說明乙女為香港地區人民，於108年7月17日出境後迄未入境我國，亦查無乙女在香港地區住所，乙女確有滯留國外，且所在不明而無法傳喚之情形，然原審並未曉諭檢察官舉證證明乙女之警詢陳述是否非出於強暴、脅迫、誘導、詐欺、疲勞訊問或其他不當外力干擾；詢問乙女之警員有無經過專業之訓練；並乙女警詢陳述之神情態度、情緒反應、表達之方式如何，表達內容是否詳盡等關於特信性要件之事項，並指出證明之方法，又未藉由勘驗乙女警詢影音檔案，或詰問詢問警員之調查方法及程序，獲取乙女警詢陳述時之相關證據資料，使上訴人及辯護人於原審得以參與辯明上開特信性要件事項之可信度，再憑以認定乙女警詢陳述之信用性有無確定保障之特別情況，乃原判決遽以乙女警詢陳述距離案發時間較近，受外界干擾可能性低，而無不能自由陳述或其他瑕疵等為由，率認乙女警詢陳述合於刑事訴訟法第159條之3規定之特信性之要件，進而認乙女警詢陳述具有證據能力，並採為認定上訴人此部分犯行之基礎，自有應於審判期日調查之證據而未予調查及判決理由不備之違法。

參考法條：刑事訴訟法第159條第1項、第159條之3。

## 六、111年度台上字第3405號（裁判書全文）

按被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎，係本院最近統一之見解。蓋被告是否構成累犯，性質上係屬刑罰加重事實（準犯罪構成事實），與其被訴之犯罪事實不同，並無刑事訴訟法第 267 條規定之適用，亦與起訴效力及於該犯罪事實相關之法律效果有別，自應由檢察官於起訴書內加以記載，或至遲於審判期日檢察官陳述起訴要旨時以言詞或書面主張。且依同法第 161 條第 1 項及司法院釋字第 775 號解釋意旨，此項構成累犯之事實，並應由檢察官負舉證責任，及指出證明之方法。又檢察官提出證明被告構成累犯事實之證據，應經嚴格證明程序，必具有證據能力，並經合法調查，始得作為判斷之依據。所謂證明被告構成累犯事實之證據，包含前案確定判決、執行指揮書、執行函文、執行完畢（含入監執行或易科罰金或易服社會勞動執行完畢、數罪係接續執行或合併執行、有無被撤銷假釋情形）文件等相關執行資料固屬之。至一般附隨在卷宗內之被告前案紀錄表，乃司法機關相關人員依照被告歷次因犯罪起訴、判決、定刑、執行等原始訴訟資料經逐筆、逐次輸入電磁紀錄後列印之派生證據，屬於文書證據之一種，雖有方便查閱、檢驗之功能，但究非證據本身之內容。如被告或選任辯護人對其真實性發生爭執或有所懷疑時，法院自應曉諭檢察官提出被告原始執行資料以憑證明。檢察官經曉諭後仍不為聲請者，法院不能依職權調查而自行蒐集對被告不利之累犯證據；但被告是否構成累犯之事實，如經檢察官聲請調查而仍有疑問者，法院為

發現真實，自不妨依個案具體情形而為補充性之調查（見同法第 163 條第 2 項）。倘法院依文書證據之調查方式宣讀或告以要旨後，被告及其辯護人並不爭執被告前案紀錄表記載內容之真實性，乃再就被告是否應加重其刑之法律效果，於科刑階段進行調查及辯論，始憑以論斷被告於本案構成累犯並裁量加重其刑者，即不能指為違法。

參考法條：刑事訴訟法第 161 條第 1 項、第 163 條第 2 項、第 267 條。

司法院釋字第 775 號。

#### 七、111 年度台上字第 3599 號（裁判書全文）

刑事政策大抵係指涉國家為鎮壓及預防犯罪所訂定如何運用刑法（罰）及相關制度之策略與方針。刑法犯罪論之階層體系化釋義，是否係刑事政策不可踰越之界限，於學理上固有爭論，然立基於刑法對人民具有心理強制作用，以及刑罰理論之目的思想而言，刑法係人民之行為指示規範，並擔負著保護社會必要生活利益（即法益）之任務，從法立懸禁，違者當罰，刑罰之科處，除係對於犯罪人之責任應報外，既兼以犯罪預防為目的，即包括遏抑犯罪人本身再犯之特別預防，以及消極威懾其他潛在犯罪人勿敢觸法，並積極維繫社會大眾對法規範之認同與對司法審判之信賴等一般預防面向，從而達到整體預防犯罪之功效以觀，可知犯罪預防乃刑法（罰）之社會任務，且歸屬於刑事政策之一環。又刑法第 57 條係司法量刑之立法控制與指示，預防犯罪之刑事政策，本非不得經由體現刑罰目的論之導入口，亦即透過刑法第 57 條序文中段關於「審酌一切情狀」

規定之涵攝作用成為刑罰裁量因子，並依該序文後段所列舉 10 款有關犯罪本身及犯罪行為人情狀等事項，以為科刑輕重之標準，俾臻個案量刑之理性與妥適。本件第一審判決於量刑時，除依刑法第 57 條各款所列事項所指之情狀詳加審酌外，且將國家禁絕毒品及禁藥以維護國民身心健康等刑事政策事項，列為科刑輕重之參考因子，依上述說明，於法尚屬無違。

參考法條：刑法第 57 條。

#### 八、111 年度台上字第 3655 號（裁判書全文）

營業秘密法第 13 條之 2 第 1 項為同法第 13 條之 1 第 1 項之加重規定，其所定犯罪構成要件為「意圖在外國、大陸地區、香港或澳門使用，而犯前條第 1 項各款之罪」，即倘成立同法第 13 條之 1 第 1 項各款之罪，另具備將該營業秘密在臺灣地區以外使用之主觀意圖，即該當之。所謂「意圖在外國、大陸地區、香港或澳門使用」，只須行為人有此意圖即為已足，不以實際上已在外國、大陸地區、香港或澳門使用為必要。又該「意圖」，係潛藏個人意識之內在心理狀態，通常較難取得外部直接證據證明其內心之意思活動，倘被告之自白出於任意性，則無須補強證據，但得提出反證，主張其自白非事實；如被告未自白，法院在欠缺直接證據之情況下，尚非不得從行為人之外在表徵及其行為時客觀情況，綜合各種間接或情況證據，本諸社會常情及人性觀點，依據經驗法則及論理法則予以審酌論斷。

參考法條：營業秘密法第 13 條之 1 第 1 項、第 13 條之 2 第 1 項。

## 九、111 年度台非字第 43 號（裁判書全文）

「關於：一、被告所犯數罪併罰之各罪，符合『得易服社會勞動之罪』與『不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪』，於審判中得否請求法院定應執行刑（下稱法律爭議一）？二、就上開案件，審判中未經被告請求，法院即逕予合併定應執行刑。判決確定，檢察總長對之提起非常上訴，本院應如何判決（下稱法律爭議二）？」之法律爭議，經本庭評議後，認擬採為裁判基礎之法律見解，就法律爭議一部分，具有原則重要性；就法律爭議二部分，已產生複數分歧見解之積極歧異，經徵詢其他各刑事庭之意見後，仍有不同之見解。乃依法院組織法第 51 條之 2、第 51 條之 3 規定，以 111 年度台非大字第 43 號裁定向本院刑事大法庭提案。經本院刑事大法庭受理、辯論後，於民國 111 年 8 月 24 日以 111 年度台非大字第 43 號裁定，宣示主文：「數罪併罰之各罪，有刑法第 50 條第 1 項但書之情形者，被告於審判中不可請求法院定應執行刑。如法院於審判中合併定應執行刑者，判決確定後，檢察總長對之提起非常上訴，本院應將原判決關於定應執行刑部分撤銷。」並於裁定理由內說明：

(一)刑法第 50 條規定：「（第 1 項）裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪

與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。（第 2 項）前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第 51 條規定定之。」該條主要立法目的，是為了明確數罪併罰適用範圍，避免不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪與得易科罰金或得易服社會勞動之罪合併，造成得易科罰金或得易服社會勞動之罪，無法單獨易科罰金或易服社會勞動，罪責失衡，不利於受刑人。從而，為使受刑人經深思熟慮後，選擇自認最適合的處遇，賦予其選擇權，以符合其實際受刑利益。

(二)受刑人如依刑法第 50 條第 2 項，行使選擇權而請求檢察官聲請定應執行刑時，將喪失原得易刑處分之利益，對其憲法上所保障之人身自由影響甚鉅。從而，於刑事訴訟上，本於聽審權保障之要求，應確保受刑人能獲取相關資訊，並在資訊充分之情形下，依其自由意志決定是否為該選擇權之行使。

(三)在刑事審判的過程中，法院依無罪推定原則，不得預斷被告有罪，必須本直接審理原則，透過證據調查、辯論等法定程序，以形成被告是否有罪之心證。就科刑事項，則應依刑事訴訟法第 289 條第 2 項規定，聽取告訴人等表示意見，並經檢察官、被告及辯護人辯論後，方得予以決定。從而，在法院審理過程中，被告對於被訴數罪之事實是否全部成立犯罪，有無一部無罪之情形？如果有罪，所主張各項減刑事由是否為法院採納？法院經由科刑辯論並審酌刑法第 57 條各量刑因子後，各罪之宣告刑如何？皆無從知悉。被告既未能充分獲取前開各資訊，

縱於審判中表示欲依刑法第 50 條第 2 項規定，請求法院定應執行刑，當認保障不足，有害其選擇權之行使。

(四)被告若於第一審為有罪判決後，依刑事訴訟法第 348 條第 3 項規定，明示僅就第一審判決之刑提起上訴。因第二審尚未判斷上訴是否有理由，且就科刑所審酌之事項與第一審未必全然相同。於此情形下，仍難認被告已獲取充分資訊，而得有效行使刑法第 50 條第 2 項之選擇權，自屬當然。

(五)基此，案件尚在審理時，無從認被告已獲取充分資訊，而得有效行使刑法第 50 條第 2 項之選擇權。從而，該條項僅規定受刑人請求檢察官聲請定應執行刑，未規定審判中之被告得行使該選擇權，乃立法者有意省略，並非法律漏洞，無從以填補法律漏洞為由，擴張解釋使被告於審判中，亦得依該規定請求法院定應執行刑。

(六)前開選擇權既係專屬受刑人於執行時始得行使之權利，於審判中尚不得行使。則倘法院於審判中逕將刑法第 50 條第 1 項但書各罪合併定應執行刑，自屬判決適用法則不當之違法。」

參考法條：刑法第 50 條第 1 項。

刑事訴訟法第 447 條第 1 項。

裁判字號：最高法院 110 年度台上字第 5765 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 08 月 24 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

110年度台上字第5765號

上訴人 陳麗莎

選任辯護人 王聖傑律師

陳育騰律師

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110年5月4日第二審判決（109年度上訴字第1458號，起訴案號：臺灣雲林地方檢察署109年度偵字第1011、1371、1445、1795、3351、3825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、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人陳麗莎有如其犯罪事實欄（下稱事實欄）所載販賣第一級毒品海洛因2次犯行，因而維持第一審關於論處上訴人販賣第一級毒品2罪刑，並諭知相關沒收、追徵部分之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。原判決就採證、認事及用法，已詳為敘明其所憑之證據及認定之理由。對於上訴人所辯各節，何以均不足以採信，亦於理由內詳加指駁。核原判決所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按。
- 參、上訴人上訴意旨略以：一、卷附即原判決附表（下稱附表）所示用以證明上訴人販賣第一級毒品海洛因犯行之通訊監察錄音譯文（下稱監聽譯文），係警方對證人陳海全之行動電話所為之通訊監察（下稱監聽）所得，對上訴人而言係「其他案件」（即「另案監聽」）所得，依通訊保障及監察法（下稱通保法）第18條之1第1項但書規定，應於發現後7日內補

行陳報法院，並經法院審查認可始得為證據。本件檢察官發現該另案監聽內容後，補行陳報法院審查認可之時間，已逾7日，依上開規定應無證據能力。原判決遽謂該另案監聽之監聽譯文有證據能力，有採證認事違背證據法則及適用法則不當之違法。二、上訴人與陳海全認識30餘年，雙方有深厚情誼，自有可能無償協助陳海全向毒品上游調取海洛因。原判決遽認上訴人與陳海全無特別情誼，不可能甘冒重罪風險而無償轉讓海洛因給陳海全，有採證認事違背經驗法則及理由欠備之違法。三、上開監聽譯文內容，並未包括毒品之種類，無從判斷與交易海洛因有關，自不能補強陳海全、證人李孟濟分別於檢察官偵訊、第一審審理時，所為不利於上訴人證述之真實性。原判決遽謂上開監聽譯文係補強證據，且足以擔保陳海全、李孟濟上開證述之憑信性，有採證認事違背證據法則及經驗法則之違法。

肆、惟按：

- 一、對監察對象所涉販賣或意圖販賣而持有毒品等罪嫌，於合法實施監聽期間，取得販賣、運輸毒品（下稱販運毒品）予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人的監聽內容，對該上、下游或共犯而言，是否屬通保法第18條之1第1項所定：「依第五條、第六條或第七條規定執行通訊監察，取得『其他案件』之內容者，不得作為證據。但於發現後七日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第五條第一項所列各款之罪者，不在此限。」之「其他案件」之內容？（下稱法律爭議一）以及倘通訊監察聲請書內已敘明監聽範圍包括「監察對象之上、下游或共犯等與販運毒品有關之對話」，而法院也據以核發通訊監察書之情形，法律爭議一之結論有無不同？（下稱法律爭議二）。對上開二項法律爭議，本庭經評議後，就法律爭議一部分，經徵詢其他各庭後，意見紛歧，未獲致一致見解，仍存有潛在歧異；且各該法律問題均具原則重要性。爰裁定將上開法律爭議提案予本院刑事大法庭，請求統一法律見解。
- 二、經本院刑事大法庭受理、辯論後，於民國111年8月24日以110年度台上大字第5765號裁定，宣示主文：「（第1項）對監察對象所涉販賣或意圖販賣而持有毒品等罪嫌，於合法實施

通訊監察期間，取得販賣、運輸毒品予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人之通訊監察內容，對該上、下游或共犯而言，仍屬通訊保障及監察法第18條之1第1項所定之其他案件之內容。(第2項)前項情形，於通訊監察聲請書內已敘明通訊監察範圍包括監察對象之上、下游或共犯等與販賣、運輸毒品有關之對話時，亦同。」並於裁定理由內說明：

(一)法律爭議一部分

- 1.核發通訊監察書之功能主要在於界定監聽活動實施之對象(人)、標的(通訊設備)與客觀事實的範圍，以為令狀保障附著之依據。是以，通保法第5條第2項乃明定通訊監察書之聲請應記載同法第11條之事項，其監察對象非電信服務用戶，應予載明，務使法院核發通訊監察書准許實施監聽之對象範圍趨於特定；並於同條第5項明定通訊監察書之聲請，應以單一監察對象為限，同一案件或相牽連案件，得同時聲請數張通訊監察書。同法第11條復就通訊監察書之應記載事項，規定包含監察對象、案由及涉嫌觸犯之法條、監察通訊種類及號碼等足資識別之特徵與監察期間及方法等，旨在藉由具體特定執行通訊監察之對象、涉嫌之犯罪事實，及相關工具設備等，以初步界定實施監聽之主觀及客觀範圍。可知通訊監察書之聲請、核發，應嚴守「一人一票」原則，多數監察對象不得共用一張通訊監察書。
- 2.通保法施行細則第16條之1第1項規定：「本法第十八條之一第一項所稱其他案件，指與原核准進行通訊監察之監察對象或涉嫌觸犯法條不同者。」此技術性規範已界定祇要與原核准進行監聽之「監察對象」或「涉嫌觸犯法條」，有一相異者，即屬通保法第18條之1第1項所稱之「其他案件」，其相關內容即係「另案監聽」取得之內容。從而，與監察對象通話之他人，既非監察對象，則其涉嫌任何罪名犯行之通話內容，均屬另案監聽所取得之內容。
- 3.另案監聽之性質，與惡意之非法監聽迥然有別。說明如下：
  - (1)前揭「一人一票」原則係對通訊監察書之聲請、核發所為之限制，以避免肉粽串式監聽，並非意在限制「執行」監聽時不能偶然取得另案監聽之對話內容。蓋監聽具有隱密性(監聽對象無法察覺被監聽)、未來性(監聽之對話並非現在已

存在，而是預期未來會發生）、持續性（監聽時間較長，亦不受有形空間之限制）、流刺網性（並非只蒐集監察對象之訊息，第三人使用被監聽之電話或第三人與監察對象間之對話，均有被蒐集可能性）等不確定之特性，亦即犯罪之偵查常處於浮動狀態，考慮偵查效率及刑事有效訴追等要求，與搜索之情形相同，監聽亦係對尚未確定事證之蒐集，無從自始即清楚、明確知悉通訊對象與對話內容，而可事先預測或控制監聽所可能擴及之主觀及客觀範圍，故在監聽執行階段保持一定之彈性，為偵查事理本質之必然。

- (2)由於通保法所規範之通訊本質乃「2人以上之特定人間的意思交換」，監聽之執行本即係為了蒐集監察對象與他人間之對話內容，而基於監聽之上開特性，當國家機關鎖定特定監察對象之電話線路進行監聽時，所有與之通話或使用其電話之人，均不可避免地亦處於被監聽之狀態。是以，於監聽時偶然所取得販運毒品予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人的對話內容，並未逸脫通保法所規範之通訊本質範圍，難謂已擴大侵害對話者之隱私合理期待。
- (3)於此情形，無論基於學說「假設再次干預亦受允許」或「類似犯罪例外」之觀點，均認為監聽標的乃犯罪嫌疑人使用之特定通訊設備（例如行動電話），故凡經由該通訊設備撥出或接收而參與和監聽案由有關之通話內容，均不可避免落入實際執行監聽之範圍內。惟此際因並未進一步擴大侵害對話者合理隱私保護之範圍，故於執行機關善意執行監聽時，本案監聽之結果難免會偶然擴張至原監聽活動可及範圍之其他犯罪，此乃執行監聽活動事理本質所必然，不會導致原通訊監察令狀之濫用，並無違反法官保留而牴觸令狀原則可言。析言之，依「假設再次干預亦受允許」之觀點，前述另案監聽所得，屬於法定允許監聽之重罪範圍，且與本案監聽之主、客觀範圍具客觀關連性，若有充分理由相信，向法官聲請監聽亦會准許，即應容許是類之無令狀監聽。此即學說上所稱「偵審人員如依法定程序亦有發現該證據之必然性」或「事實上按照個案之情況存有合法蒐證之可能」之情形。又依「類似犯罪例外」之觀點，基於對「一目瞭然法則」所衍生之「一聽即知法則」（又稱「明顯可見法則」）之運用，肯認將令狀所載監察對象擴及與之通訊對話而有上、下游或共

犯關係之人，或將令狀載明涉嫌觸犯法條涵蓋「充分近似」（即具客觀關連性）之其他犯罪，符合進行中之偵查活動本應涵蓋其他具客觀關連性而充分近似犯罪之偵查本質，自應容許是類之無令狀監聽。是以，前述情形之另案監聽所得，既未擴大原監聽偵查之目的、範圍，不會使得本案監聽成為另案監聽之託辭，尚不致造成本案監聽程序之濫用，並不當然應依通保法第18條之1第1項前段之規定，絕對排除其證據能力，俾在未擴大侵害合理隱私期待之前提下，兼顧有效保全證據及避免無謂訴訟資源之耗費。

4. 據上說明，對監察對象所涉販賣或意圖販賣而持有毒品等罪嫌，於合法實施監聽期間，取得販運毒品予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人之監聽內容，對該上、下游或共犯而言，仍屬另案監聽，為通保法第18條之1第1項所定之「其他案件」之內容。惟另案監聽與惡意之非法監聽，性質上截然不同，不當然絕對排除其證據能力。

#### (二) 法律爭議二部分

依上開說明，通訊監察書之聲請、核發，應嚴守「一人一票」原則，多數監察對象不得共用一張通訊監察書。則縱然通訊監察聲請書內已敘明監聽範圍包括「監察對象之上、下游或共犯等與販運毒品有關之對話」，惟法院既應依「一人一票」原則核發通訊監察書，則本案監聽之範圍，自不及於原核准進行監聽之「監察對象」以外之人。是於此場合所取得販運毒品予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人之監聽內容，對該上、下游或共犯而言，仍屬另案監聽所取得之內容。

- 三、依法院組織法第51條之10規定，刑事大法庭之裁定，對提案庭提交之案件有拘束力。是以，本件即應受本院刑事大法庭就上開法律爭議所作成統一法律見解之拘束。亦即，對監察對象所涉販賣或意圖販賣而持有毒品等罪嫌，於合法實施監聽期間，取得販運毒品予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人之監聽內容，對該上、下游或共犯而言，屬另案監聽之內容。縱於通訊監察聲請書內已敘明通訊監察範圍包括監察對象之上、下游或共犯等與販運毒品有關之對話時，亦同。惟另案監聽與惡意之非法監聽，性質上截然不同，不當然絕對排除其證據能力。

四、依上說明，執行機關若已就包括另案監聽所得在內之相關通訊資料，依通保法相關規定報由檢察官陳報法院，雖就另案監聽所得部分，逾越通保法第18條之1第1項但書所定「發現後七日內補行陳報法院」之陳報期間，惟因同屬逾期陳報之類型，其證據能力有無之判斷，與本院已統一之見解認為逾期陳報期中報告書至該管法院者，應依刑事訴訟法第158條之4規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護予以認定之情形（本院110年度台上字第2943號判決意旨參照），法理相同，自應一體適用。至若完全未陳報該管法院，始有通保法第18條之1第1項前段規定之適用。

(一)原判決敘明：附表所示監聽譯文為檢察官依警方之聲請，以監察對象陳海全涉犯修正前毒品危害防制條例第4條販賣毒品罪嫌為由，向法院聲請對00000000000門號電話實施監聽獲准，相對於此本案監聽，對於非監察對象之上訴人監聽所得之資料，屬另案監聽。嗣雲林縣警察局斗六分局（下稱斗六分局）於監聽期滿後之109年5月27日報告檢察官補陳核備，檢察官自109年5月27日收受之日起算，於同年月29日補行陳報法院審查認可，斗六分局並於同年6月8日作成職務報告陳報臺灣雲林地方法院，經臺灣雲林地方法院於109年6月10日認可。然檢察官對上訴人涉犯本件販賣海洛因予陳海全案件，實際上已由斗六分局於109年1月3日函送臺灣雲林地方檢察署請求指揮偵辦。檢察官「發現」另案監聽之日，至遲應自109年1月3日起算，迄至同年5月29日補行陳報法院審查認可之時，固然已逾7日。然經權衡人權保障及公共利益之均衡維護（即警方並非恣意之附帶監聽，亦非故意逾期陳報，檢察官若於期日內依法定程序陳報法院審查認可，法院尚無不予認可之理由；上訴人秘密通訊自由僅短暫受監聽，通訊內容未涉及上訴人私密性談話，對於人權侵害情節並非重大），可認上開另案監聽之內容有證據能力等旨。依上開說明，並無不合。

(二)上訴意旨一泛指原判決認為附表所示監聽譯文有證據能力，有採證認事違背證據法則及適用法則不當之違法，並非上訴第三審之合法理由。

五、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘未違背客觀存在之經

驗法則或論理法則，並已於理由內詳述其取捨證據之理由，自不得任意指為違法，而執為適法之第三審上訴理由。又認定事實所憑之證據（包括人的證據及物的證據），不問其為直接證據、間接證據或係情況證據，均得為補強證據，只要各該證據具有證據能力，並經合法調查，法院自可本於確信判斷（包括依各證據顯示之內容而為合理之推論）其證明力。而各證據間，就待證事實之存否，能彼此印證、互為補強，並輔以經驗法則及論理法則之推論，而綜合判斷是否已達超越合理懷疑之確信程度，自屬適法。又證人陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，或因記憶淡忘、迴護被告、或因其他事由所致，究竟何者為可採，事實審法院本得依其職權予以斟酌，且其採取證人就待證事實主要部分之證詞，為認定被告犯罪之論證時，當然排除證人其他相異部分所為之證詞，即與判決不備理由有間。

- (一)原判決係依憑上訴人不利於己部分之供述（其有於事實欄所載時地與陳海全通電話〔通話內容如附表所示〕，隨後見面，以及於事實欄一之(二)所載時間、地點交付海洛因給陳海全並收取新臺幣400元之事實），佐以證人陳海全、李孟濟不利於上訴人部分之證述（上訴人販賣海洛因之經過），並有卷附即附表所示監聽譯文、濫用藥物尿液檢驗報告（陳海全確有施用及辨別海洛因之經驗、需求）等證據資料，因而認定上訴人有前揭2次販賣海洛因之犯行。
- (二)原判決並載敘：依卷證資料綜合觀之，上訴人與陳海全間，因交易經驗，以附表所示暗語對話，即互為知悉交易標的內容、價格及數量、上訴人住居地點，從而，雙方經此對話，對交易毒品種類為海洛因及其價量、交易處所，早有默契甚明，與陳海全於檢察官偵訊時不利於上訴人之具體指證內容相符。至陳海全於第一審審理時翻異前詞為較有利於上訴人之證述一節，因與上開監聽譯文顯示本於默契即約定毒品交易種類、價量及地點之情節有違，且與其於檢察官偵訊時之證述內容歧異，明顯係迴護上訴人之詞，並非實情，不足為有利上訴人之認定等旨。
- (三)原判決另敘明：上訴人有毒品前科，對海洛因為第一級毒品、物稀價昂、販賣乃屬重罪等情，知之甚明。陳海全於第一審審理時證稱：其與上訴人雖認識數十年，但上訴人僅係其

前妻之同學、平常沒什麼交情、往來，個人做個人的等語，足見彼此並無特別情誼。而陳海全在電話中言明前往約定地點購買，又附表一編號1 所示交易並與李孟濟一同前往，上訴人始能與陳海全見面，如此徒費時間、勞力，又冒遭緝獲重判奇險，上訴人當無平價轉讓海洛因予陳海全之理，足徵上訴人有藉販賣從中牟取利潤意圖等旨。已說明如何認定上訴人具營利意圖之理由。

(四)綜上，原判決所為論斷說明，係就各證據資料相互勾稽、互為補強而為之事實認定，並非僅以陳海全不利之證述為唯一證據，與客觀存在之經驗法則及論理法則無違，且此項有關事實之認定，係屬原審採證認事職權行使之事項，自不得任意指為違法。

(五)上訴意旨二及三泛指原判決有採證認事違背證據法則、經驗法則及理由欠備之違法，依上述說明，均非合法之第三審上訴理由。

六、依上所述，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 111 年 8 月 24 日

刑事第六庭審判長法官 李 英 勇

法官 洪 兆 隆

法官 楊 智 勝

法官 吳 冠 霆

法官 邱 忠 義

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 8 月 29 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 1769 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 08 月 17 日

裁判案由：違反貪污治罪條例

最高法院刑事判決

111年度台上字第1769號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官張秋雲

參與人 中華工程股份有限公司

代表人 陳瑞隆

代理人 丁中原律師

沈妍伶律師

上列上訴人因被告郭展源等違反貪污治罪條例等罪案件對參與人之第三人沒收程序部分，不服臺灣高等法院中華民國111年1月25日第二審更審判決（110 年度重上更一字第40號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署102年度偵字第4320、7414、12780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、本件原判決就參與人中華工程股份有限公司（下稱參與人公司）承包內政部營建署（下稱營建署）辦理之臺北都會區環河快速道路臺北縣（改制前）側建設計畫永和市轄段工程（下稱「永和環快工程」，分別以永和環快工程第七標、第八標簽約），因被告郭展源（原名郭見忠）等違反貪污治罪條例、政府採購法犯行（前均經原審104 年度上重訴字第42號判決判處罪刑〔下稱本案判決〕，並經本院108 年度台上字第1544號判決〔下稱本院前次判決〕駁回此罪刑部分之上訴確定），而獲有犯罪所得即免付逾期完工違約金之不法利益（即本院前次判決發回更審部分），經審理結果，諭知參與人公司上開利得不予沒收，其理由係以：營建署曾以本案「永和環快第七標工程」、「永和環快第八標工程」部分有逾期完工情事，對參與人公司處以逾期違約金，而扣留竣工計價保留款等，參與人公司因而向營建署提起民事訴訟，請求給付該工程扣款，經原審法院民事判決（即106 年度重上字第689 號），認定參與人公司就「永和環快第七標工程」、「永和環快第八標工程」並未逾期完工，營建署無得扣抵之違約金，而判命營建署應向參與人公司給付包含該扣款在內

之本件工程款，是參與人公司既未因逾期完工而受有免支付違約金之財產上利益，其所受領之工程款因係基於與營建署間之工程契約，與被告郭展源等人之違法行為無涉等旨，為其依據，固非無見。

二、惟刑事訴訟係以直接審理為原則，事實審法院必須基於自行調查之證據以為裁判，亦即採為判決基礎之證據資料，必須顯現於審判庭，依法踐行調查程序，藉由親自接觸證據，而形成正確之心證，始為適法。是以，倘事實審法院逕以其他法院刑事、民事或行政訴訟確定判決，作為本案認定事實所憑之證據資料，已與直接審理原則相悖，尤其民事訴訟所採行之證據法則（如優勢證據）、審理原則（如處分權主義）等，均與刑事訴訟為實現國家刑罰權所採嚴謹證據法則，及為維護公平正義兼含職權主義之審理原則，大異其趣，殊無從援引民事判決所為之事實認定，作為刑事判決之依據。本院前次判決亦指明：原審上述民事判決並未針對營建署所屬相關公務員是否有違背職務、涉嫌犯罪之舉為實體判斷，而僅憑營建署所屬公務員於竣工審定、工程驗收過程未有反對意見之客觀事態即為論斷，無從執以為據等旨（見本院前次判決第42、48頁），原審採證仍逕援用該民事判決作為認定基礎，難昭信服，自有可議。

三、再者，為貫徹任何人均不得保有犯罪所得，以實現公平正義之理念，並遏阻犯罪誘因，刑法對於犯罪所得係採「義務沒收」原則，沒收之對象並及於獲有犯罪所得之第三人，惟不論對被告或第三人之沒收，均以刑事違法（或犯罪）之行為存在為前提。從而，於實體法上，倘法院依審理結果，已認定被告有違法行為存在，而第三人取得之財產，亦符合刑法第38條之1第2項所定之要件時，即有宣告沒收之義務；在程序法上，刑事訴訟法設有沒收特別程序，賦予因刑事訴訟程序進行結果，財產可能被沒收之第三人得參與刑事程序及尋求救濟之機會。惟此特別沒收程序，性質上係附麗於刑事犯罪本案之審理程序，參與沒收程序之第三人，既非法院確定刑罰權有無之對象，僅得就是否符合沒收之法定要件及應沒收所得之範圍等與沒收其財產相關之部分參與程序，行使權利。是以法院倘已確定被告刑事違法事實存在，於附隨之第三人參與沒收特別程序，祇需依刑法第38條之1第2項審查參

與人是否因被告違法行為獲取利得，及其相關利得內容、範圍，進而認定應否宣告沒收犯罪所得及其數額，縱因上訴結果，致脫離本案審理程序，亦無二致。否則，倘事實審法院於沒收特別程序重新審查犯罪事實之有無，逕為足以動搖本案確定判決之事實認定，非唯造成裁判矛盾之結果，更悖離參與沒收程序僅係刑事犯罪本案附隨程序之性質，難謂合法。

四、依卷內資料，本案判決事實欄肆、四業已認定：「永和環快第七標工程」預定完工期限為民國101年12月9日，參與人公司所屬承作該工程事務之被告曾榮達、賴志銘、曾秋錦、胡自萱、邱歲誠等員工，為免遭逾期罰款，曾先後提供時任營建署北區工程處北區工程組三重工務所（下稱三重工務所）主任、助理工程師之被告郭展源、李文程酒店飲宴及性招待，郭展源、李文程遂違背其職務，同意放水讓參與人公司在「隔音牆工程」尚未施作完成之情形下，將未完工項逕列缺失改善，認定該標工程完工。而負責監造之中興工程顧問股份有限公司環快永和段監造工務所（下稱中興工程顧問公司）專案經理、主辦工程師之被告謝志人、李啟華於該工程申報竣工時，明知「永和環快第七標工程」保生路口匝道燈座後方尚有3個吸音筒未裝置完畢，竟因參與人公司允為酒店飲宴及性招待，同意其申報竣工，認定該工程於101年12月8日完工，而為不實驗收。郭展源及李見忠並在初勘紀錄不實登載工程項目為「已施作完成」，並持以行使。惟上開3個吸音筒直到102年1月4日初驗前才驗收完成，使參與人公司獲得免遭罰款之利益等犯行；其事實欄肆、六則認定：「永和環快第八標工程」將於102年1月18日到期，惟尚有「中正橋邊串方塊護坡人行道欄杆」、「展演台的花崗石及抵石子（契約項目：「景觀造型矮牆」）、「光復街以東景觀木頭椅」（契約項目：「花台座椅(一)(二)(三)」）、「人行道與馬路間縫緣石」（契約項目：「A型預鑄緣石」、「高壓混凝土磚鋪面」）等工程尚未完工，曾榮達、曾秋錦、賴志銘、邱歲誠為避免參與人公司遭逾期罰款，仍持續提供郭展源酒店飲宴及性招待，郭展源遂違背其職務，同意放水讓參與人公司在上開各工項尚未施作完成之情形下，將未完工項逕列缺失改善，認定該標工程完工，而要求監造之中興工程顧問公

司謝志人、被告陳致良以此方向辦理審查，謝志人與陳致良即於明知參與人尚未完工之情形下，謝志人並因曾榮達等人允為酒店飲宴及性招待，同意參與人申報竣工，並認定該標工程於102年1月21日完工。郭展源另指示時任三重工務所該標工程主辦陳鼎元於辦理完工確認時，務必將上開工項列為缺失改善，陳鼎元因此未會同承包商之參與人公司及監造之中興工程顧問公司，而1人到場會勘，並在完工現場確認會勘紀錄、初驗紀錄中，接續登載工程項目為「已施作完成」、「未逾期」等，並持以行使。嗣該工程直到102年1月28日前才陸續完成，使參與人公司獲得免遭罰款之利益等犯行。因而就上述部分，論處被告郭展源、李文成共同犯貪污治罪條例之違背職務收受不正利益罪，被告曾榮達、賴志銘、曾秋錦、胡自萱、邱歲誠共同犯貪污治罪條例之非公務員對於公務員關於違背職務之行為交付不正利益罪，被告陳鼎元犯貪污治罪條例之對主管事務圖利罪，被告謝志人、李啟華、陳致良共同犯政府採購法第88條第1項前段之監造人員圖利違法審查罪。亦即本案判決業已認定參與人公司確屬逾期完工，因被告郭展源等人之違法行為，受有免支付違約金之財產上利益，而發生圖利之結果，依上述說明，被告刑事違法（或犯罪）事實之存在，既經本案判決確定，對於附隨之參與沒收程序，應生裁判之拘束力，乃原審竟以參與人公司並未逾期完工，即無受有免支付違約金之財產上利益云云，諭知不予沒收犯罪所得，而與本案判決犯罪事實為相異之認定，並未調查、審酌參與人公司是否因被告郭展源等人之違法行為獲取利得，及其相關利得內容、範圍，進而酌定應宣告沒收之犯罪所得數額，自有證據調查職責未盡及理由欠備之違法。

五、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，原判決該部分違背法令之情形，影響該第三人犯罪所得沒收之範圍，為保障其審級利益，應將原判決撤銷，發回原審更為適法之審判。此外，參與人公司曾依上述民事案件之第一審判決（即臺灣臺北地方法院103年度建字第168號民事判決）相關違約金酌減之認定，就本案應沒收之犯罪所得金額，另為相異或過苛之主張乙節，是否足以採取，攸關參與人公司因相關行為人犯罪獲取不法利益應沒收範圍之認定

，自有調查或審酌說明之必要，並為本院前次判決發回意旨所指明，案經發回，宜請一併注意及之。

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 111 年 8 月 17 日

刑事第九庭審判長法官 蔡 彩 貞

法官 鄧 振 球

法官 梁 宏 哲

法官 周 盈 文

法官 蔡 廣 昇

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 8 月 23 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 2682 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 08 月 17 日

裁判案由：家暴妨害家庭

最高法院刑事判決

111年度台上字第2682號

上訴人 辛○○ 名字年籍住址詳卷

選任辯護人 謝文明律師

上列上訴人因家暴妨害家庭案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國111年2月23日第二審判決（110 年度上訴字第2184號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署108 年度偵續字第17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辛○○有其犯罪事實欄所載與告訴人賴○任（名字年籍詳卷）曾係夫妻，共同行使負擔其子甲童（民國105 年生，姓名年籍詳卷）之權利義務，竟因與告訴人感情不睦，於107年6月15日19時許，藉攜帶甲童外出逛街為由，擅自將甲童帶離其南投縣南投市住處（地址詳卷），且未將甲童去處告知賴○任，使未成年之甲童脫離告訴人親權得以行使之範圍，而置於其一己實力支配之下，致侵害告訴人對甲童之監護權，迄告訴人提起本件告訴後，始於 108 年4 月26日將甲童送回賴○任之犯行明確，因而維持第一審依刑法第241條第1項規定，論處上訴人犯略誘罪刑，並為附條件緩刑之判決，駁回其在第二審之上訴，固非無見。
- 二、刑法妨害婚姻及家庭罪章第241條第1項略誘罪規定，處罰以違反被誘人意思之不正方法，使其入於行為人之實力支配下，而脫離家庭等監督權人之略誘行為，其規範目的除保護被誘未成年人之自由法益外，固兼及家庭及其他監督權人之監督權，以維持家庭之圓滿；惟隨著家庭結構變遷、社會生活及觀念之轉換，處罰略誘罪所保護之家庭監督權，其內涵已由傳統尊長權獨攬之「家本位」、父權為大之「親本位」，進展至現代以保護教養未成年子女、增進子女福祉為目的之「子女本位」，於嬗遞過程中，已逐步淡化權利之觀念，轉為置重於義務之「義務性親權」。是父母對於未成年人親權之行使，應在無損於未成年子女之利益範圍內，始存有正當

性，俾落實憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨，並與「兒童權利公約」、「公民與政治權利國際公約」、「經濟社會文化權利國際公約」所揭示兒童、少年均應享有國家、社會、家庭因其未成年身分，所給予特別保護與協助措施之精神相契合。又處罰略誘罪所追求之「家庭圓滿」，因社會自由化與多元化之漸次發展，個人人格自主之重要性日益受到重視與肯定，維繫家庭之婚姻所承載之社會功能，已非徒求於配偶互相扶持依存、於形式上同居照護子女，尤需置重於對未成年子女之完善照料，始得謂為圓滿。觀諸本院向來見解，咸認略誘罪之成立，主觀上須有惡意之私圖，以不正之手段，將他人置於自己實力支配之下，方能構成，基於對未成年人予以特別保護與協助之目的，所為救助、照顧未成年人之行為，尚與出於惡意私圖之略誘行為有別，亦係本罪應首重於維護未成年子女利益之體現。因此，父母雙方共同行使親權（監督權）之情形，一方因感情破裂而不願繼續同居時，未徵得他方同意，即攜其未成年子女離去共同居住處所之單方行使親權行為，是否應論以略誘罪，應併考量其子女利益之維護，以為論斷。舉如：離家之父或母一方與未成年子女間客觀上依附關係之密切程度，隔離之時間久暫、空間距離遠近及訊息屏蔽方式等手段之使用，對監護權人行使監護權與受監護人受教養保護權益所造成之影響等各節，本於社會通念綜合判斷，並非一旦使他方行使監督權發生障礙，均概以本罪論處。

三、原判決認定上訴人本件略誘未成年人之犯行，其理由無非係以告訴人並未同意上訴人將甲童帶離本案南投住處，且上訴人並未告知甲童去向，並曾對告訴人為通訊軟體封鎖之設定，除於107年8月3日曾帶甲童與告訴人見面互動外，期間不令告訴人有何直接接觸，使告訴人無法行使監護權。而上訴人更曾於107年9月至11月間，多次以Line通訊軟體留言要求告訴人返還金錢、財物，並同意離婚後，再將甲童由上訴人帶回，難認係為甲童利益，而係惡意之私圖云云。惟核諸卷內資料，本件上訴人始終以伊係因在家中受盡委曲，更遭告訴人誣指偷竊黃金，不願讓甲童一直見父母爭吵不斷，始帶甲童返回娘家，並無惡意之私圖等語置辯（見原審卷第162、163頁），則上訴人與告訴人之相處情形，實關乎其有無

惡意之認定，原判決對此有利事項，並未調查斟酌，亦未說明不予採憑之理由，尚嫌有證據調查職責未盡、判決理由不備之失。再者，上訴人帶離甲童期間，已於108年3月12日訴請告訴人離婚，並於同年7月8日調解成立（即臺灣南投地方法院108年度婚字第31號離婚事件），依該離婚事件卷內臺南市童心園社會福利關懷協會所檢送之酌定親權訪視調查報告所載（僅單方訪視上訴人），甲童現為學齡前階段（案發時為2歲），需有穩定可配合未成年人生活作息之主要照顧者，以建立穩健之依附關係，而上訴人的工作時間固定，可配合甲童生活及學校作息，且甲童出生至今，持續由上訴人擔任主要照顧者之角色，其與告訴人分居後獨立照顧甲童期間，甲童受照顧情形妥適無虞，基於未成年人照顧繼續原則，假使兩造離婚，由上訴人擔任行使甲童親權責任應無不適之處等旨，倘若無誤，甲童或因年幼無法形成自己意見，惟上訴人本為其主要照顧者，其單方帶同甲童脫離告訴人之監護場所，是否確已侵害於甲童之利益，並非無疑？此外，依原判決認定之事實，上訴人係藉攜帶甲童外出逛街為由，將甲童帶離本案南投住處，並於107年6月16日至同年月18日期間對告訴人為通訊軟體封鎖之設定，期間僅有3日（見原判決第1頁），更曾於107年8月3日帶同甲童在臺中市之百貨公司，與告訴人見面，告訴人亦證稱：於107年6月18日知道上訴人帶甲童回娘家（見原判決第5、6頁），上情如果均屬無誤，告訴人是否係處完全無法行使監督權之狀態？上訴人是否有隱匿甲童行蹤，任令告訴人掛心甲童安危之惡意？亦頗值斟酌；而上訴人係嗣於108年3月12日始訴請告訴人離婚，亦如上述，則如何能以此推知上訴人係於帶同甲童離開之時，已生要脅告訴人同意離婚之私圖？甚至縱以甲童作為離婚條件，是否即得全然抹消上訴人心存照護幼兒或難捨骨肉之情？亦非毫無探究之餘地。依上述說明，凡此均攸關於上訴人行為是否該當於刑法第241條第1項之略誘罪責，尚非不能秉持憲法保障未成人人格權及人性尊嚴之意旨，就上訴人是否存有惡意之私圖，妥為調查釐清及論敘說明，原審未予詳究並為必要說明，致上訴意旨執以指摘，實有理由欠備、證據調查職責未盡之可議，難昭折服。

四、以上為上訴人上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事

項，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，本院無從據以為判決，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 111 年 8 月 17 日  
刑事第九庭審判長法官 蔡 彩 貞  
法官 鄧 振 球  
法官 梁 宏 哲  
法官 周 盈 文  
法官 蔡 廣 昇

本件正本證明與原本無異

書記官  
中 華 民 國 111 年 8 月 23 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 3231 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 08 月 11 日

裁判案由：妨害秩序

最高法院刑事判決

111年度台上字第3231號

上訴人 施嘉和

選任辯護人 蘇敬宇律師

上訴人 徐梓恆

上列上訴人等因妨害秩序案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國111年2月24日第二審判決（110年度上訴字第697號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署109年度偵字第19657、20057、23353號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人施嘉和、徐梓恆（下稱上訴人2人）有其事實欄所載之共同妨害秩序及毀損犯行，因而維持第一審依刑法上想像競合規定從一重關於論上訴人2人均犯共同攜帶兇器在公共場所聚集3人以上下手實施強暴罪（並說明不依刑法第150條第2項第1款規定加重其刑），均累犯，各處有期徒刑7月之部分判決，駁回施嘉和及徐梓恆之配偶王嘉璉在第二審之上訴。已詳細敘述所憑之證據及取捨、認定之理由。且就上訴人2人均否認有妨害秩序犯行等語，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，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。
- 二、(一)、施嘉和上訴意旨乃謂：其於案發時只是應同案被告張上友（已判決確定）之約到場助勢，未為任何強暴行為，且依卷附之現場即「凱薩帝苑酒店」及「九如茶行」監視器翻拍

照片，僅見多人配戴口罩，畫面又模糊不清，不足以認定其有下手實施強暴或脅迫行為，原審未察，僅憑其自白，別無其他補強證據，復未就其究有無及以何方式下手實施強暴行為、是否持兇器、持何兇器至現場及所實施之強暴程度為何等情為調查，即認其成立加重聚眾施強暴罪，自有違證據法則，且有調查未盡之違法等語。(二)、徐梓恆上訴意旨則稱：其前案所犯為違反毒品危害防制條例之罪，與本件罪質迥異，且無實質關連性，其復無妨害秩序之故意，只有下車毀損1物旋即離去，並未積極參與本件犯罪計畫，故危害程度不高，原審竟依累犯規定加重其刑，有違司法院釋字第775號解釋意旨等語。

三、經查：(一)、刑法所稱之「聚眾犯」(或稱「集團犯」、「聚合犯」)，為必要共同之一，指2人以上朝同一目標共同參與犯罪之實行而言。其中刑法第150條第1項所稱之「聚眾施強暴脅迫罪」，為典型之聚眾犯，係指在不特定多數人得以進出之公共場所或公眾得出入之場所等特定區域，聚合3人以上，對於特定或不特定之人或物施以強暴脅迫，並依個人參與犯罪態樣之不同，分為首謀、下手實施或在場助勢之人，而異其刑罰。本罪被列於妨害秩序罪章，主要係為保護社會之安寧秩序與和平，故應歸屬關於社會法益之犯罪。此聚眾所為之犯罪行為，係在多數人群掩飾下各自犯罪，其人數往往無法立即辨明，時有增減，且各行為人彼此未必認識，亦不以互有犯意聯絡為必要。在屬個人法益犯罪之聚眾鬥毆罪，都認為即使是在場助勢之人與實行傷害之行為人間均無關係，且難以認定係幫助何人時，仍應論以該罪(參見刑法第283條民國108年5月29日修正理由一)，則屬社會法益之聚眾施強暴脅迫罪，更應著重於其之不特定性、群眾性及隨時性，故其聚眾施強暴脅迫行為只要造成公共秩序及公共安寧之危險，能區別何人為首謀、下手實施或在場助勢之人即可。是關於本罪之處罰，雖依其為首謀、下手實施或在場助勢之人為輕重不同之刑罰，但所成立之犯罪仍係同一罪名，各該行為人均須有犯本罪之意思。其與一般任意共犯之差別，在於刑法第28條之共同正犯，其行為人已形成一個犯罪共同體，彼此相互利用，並以其行為互為補充，以完成共同之犯罪目的，故其所實行之行為，非僅就自己實行之行為負

其責任，並在犯意聯絡之圍內，對於他共同正犯所實行之行為，亦應共同負責；而聚眾施強暴脅迫罪之行為人在犯罪中各自擔當不同角色，並依行為之不同而各負相異之刑責，即各個行為人在犯同一罪名之意思下，必須另具首謀、下手實施強暴脅迫或在場助勢之特別意思。故應跳脫以往觀念，認首謀、下手實施或在場助勢之人，本身即具有獨自不法內涵，而僅對自己實施之行為各自負責，不能再將他人不同內涵之行為視為自己行為。換言之，本罪之不法基礎在於對聚眾之參與，無論首謀、下手實施強暴脅迫及在場助勢之人之行為，均應視為實現本罪之正犯行為。又因本罪屬抽象危險犯，且著重在社會法益之保護，因此下手實施之強暴脅迫行為不以發生實害結果為必要，倘因而侵害其他法益而成立他罪者（如傷害、毀損、恐嚇、殺人、放火、妨害公務等），自應視情節不同，分別依競合關係或實質數罪併合處罰。此時，原聚眾施強暴脅迫罪之首謀、在場助勢之人，與實際下手實施強暴脅迫而犯其他犯罪者，又應回歸刑法「正犯與共犯」章，依刑法第28條至第31條各規定處理，自屬當然。本件原審依據上訴人2人於第一審及原審時自白確有下手實施強暴行為而毀損告訴人黃俊傑、吳同偉之車輛，及依共犯張上友、林俊喆、李鴻偉、蔡政樺、郭東源、黃伯元、張昱翔、洪唯渙等人分別於警詢或偵、審中之供詞，再佐以與其等所述相符之告訴代理人吳同文於警詢中關於告訴人等車輛遭毀損情形之指述，暨卷附之現場監視器錄有眾人均下車實施毀損行為之翻拍照片做為補強，認上開補強證據已足以佐證上訴人2人及各該共犯自白之真實性，因而認定上訴人2人成立犯罪。既有證據證明上訴人2人確為下手實施強暴行為之人，可明顯與首謀或在場助勢之人有所區別，縱未就其等下手實施強暴行為之細節詳予說明，亦與聚眾犯罪之本質無違，自無違背證據法則或有調查未盡之違法。(二)、原判決亦於理由四、(三)中說明：徐梓恆前因毒品、妨害自由等案件，分別經臺灣臺南地方法院判處有期徒刑2年7月(2罪)、5月、4月確定，經定應執行有期徒刑3年6月確定，於107年12月7日縮短刑期假釋出監付保護管束，嗣於108年10月15日保護管束期滿，假釋未經撤銷視為執行完畢，其於受徒刑執行完畢後5年以內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為

累犯。參酌徐梓恆於108年10月15日執行完畢後，旋即於109年9月間再犯本案，期間相隔不到1年，足見其對於刑罰反應力薄弱，依刑法第47條第1項規定加重其刑，尚符罪刑相當原則，且無違反比例原則，爰依累犯規定，加重其刑等語。經核亦與上開釋字第775號解釋意旨無悖。上訴人2人上訴意旨均係就原判決已說明之事項及屬原審採證認事、量刑職權之適法行使，持憑己見，而為爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其等對於妨害秩序部分上訴不合法律上之程式，應予駁回。至其等想像競合犯毀損部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件，依該條規定，既經原審維持第一審科刑判決，自不得上訴於第三審法院。有想像競合關係之妨害秩序部分，上訴人2人之上訴既不合法，無從為實體上審理，其相競合犯毀損輕罪部分，亦無從適用審判不可分原則，併為實體上審判，同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 111 年 8 月 11 日  
刑事第四庭審判長法官 林 立 華  
法官 林 瑞 斌  
法官 王 敏 慧  
法官 李 麗 珠  
法官 謝 靜 恆

本件正本證明與原本無異

書記官  
中 華 民 國 111 年 8 月 15 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 3367 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 08 月 18 日

裁判案由：妨害性自主等罪

最高法院刑事判決

111年度台上字第3367號

上訴人 許朝棠

選任辯護人 程光儀律師

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國111年4月27日第二審判決（111年度侵上訴字第8號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署108年度偵字第22004號，追加起訴案號：同署108年度偵字第23051號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於強制性交既遂部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷發回（即強制性交既遂）部分

一、本件原判決認定上訴人許朝棠有其事實欄一(一)所載之強制性交代號AE000-A108201（姓名年籍資料詳卷，下稱乙女）既遂之犯行明確，因而維持第一審此部分之科刑判決，駁回上訴人此部分之上訴，固非無見。

二、惟查：

(一)民國92年2月6日修正公布刑事訴訟法第159條第1項規定：被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，「除法律有規定者外」，不得作為證據。而同法第159條之1至第159條之5均屬上開「除法律有規定者外」之例外規定。亦即，同法第159條第1項規定之傳聞證據，除符合法律所另行明定傳聞例外規定之要件，否則原則上不得作為證據。而對於被告以外之人於審判中因滯留國外或所在不明而無法傳喚者，倘其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據，此為同法同時增訂第159條之3之傳聞例外規定所明文。為兼顧真實之發現、保護性侵害犯罪被害人之權益，及保障被告憲法上之防禦權之共同正當目的，上述「因滯留國外或所在不明而無法傳喚」之規定，關於性侵害犯罪被害人警詢陳述是否符合特信性要件而得例外承認具有證據能力，即應經過適當之調查程序，依被害人警詢陳述作成時之

時空環境與相關因素綜合判斷，除足資證明該警詢陳述非出於強暴、脅迫、誘導、詐欺、疲勞訊問或其他不當外力干擾外，並應於避免受性別刻板印象影響之前提下，個案斟酌詢問者有無經專業訓練、有無採行陪同制、被害人陳述時點及其與案發時點之間距、陳述之神情態度及情緒反應、表達之方式及內容之詳盡程度等情況，足以證明縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況而言，且檢察官對此應負舉證責任，指出證明之方法；另基於憲法保障刑事被告訴訟上防禦權之意旨，上開警詢陳述應經全程連續錄音或錄影，被告於此等證據能力有無之調查程序中，亦得對被害人警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人、鑑定人等行使詰問權，並得於勘驗警詢錄音、錄影時表示意見，以爭執、辯明被害人警詢陳述是否存在特別可信之情況。是性侵害犯罪被害人於有滯留國外或所在不明而無法傳喚之情況，其警詢陳述特信性之要件及其調查程序，亦應秉此意旨，而詳予調查並說明判斷其警詢陳述證據能力之有無。本件原判決既已說明乙女為香港地區人民，於108年7月17日出境後迄未入境我國，亦查無乙女在香港地區住所，乙女確有滯留國外，且所在不明而無法傳喚之情形，然原審並未曉諭檢察官舉證證明乙女之警詢陳述是否非出於強暴、脅迫、誘導、詐欺、疲勞訊問或其他不當外力干擾；詢問乙女之警員有無經過專業之訓練；並乙女警詢陳述之神情態度、情緒反應、表達之方式如何，表達內容是否詳盡等關於特信性要件之事項，並指出證明之方法，又未藉由勘驗乙女警詢影音檔案，或詰問詢問警員之調查方法及程序，獲取乙女警詢陳述時之相關證據資料，使上訴人及辯護人於原審得以參與辯明上開特信性要件事項之可信度，再憑以認定乙女警詢陳述之信用性有無確定保障之特別情況，乃原判決遽以乙女警詢陳述距離案發時間較近，受外界干擾可能性低，而無不能自由陳述或其他瑕疵等為由，率認乙女警詢陳述合於刑事訴訟法第159條之3規定之特信性之要件，進而認乙女警詢陳述具有證據能力，並採為認定上訴人此部分犯行之基礎，自有應於審判期日調查之證據而未予調查及判決理由不備之違法。

(二)以上或上訴理由所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決上開違誤，已影響此部分事實之確定及法律之適用，

本院無從據以自為裁判，應認原判決關於上訴人被訴強制性交既遂即強制性交乙女部分有撤銷發回更審之原因。

## 貳、上訴駁回（即加重強制性交未遂）部分

一、刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。原判決審理後，認定上訴人有其事實欄一(二)所載侵入住宅強制性交未遂之犯行明確，因而維持第一審此部分之科刑判決，駁回上訴人此部分在第二審之上訴，已詳述其認定犯罪事實所憑之心證理由。

二、刑事被告對於證人之對質詰問權，為憲法所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪。惟基於當事人進行主義，被告就是否行使對質詰問權，自有處分權，倘被告同意證人審判外陳述之證據能力，且經法院予其聲請傳喚證人到庭對質詰問之機會，惟其未聲請法院傳喚，應認其已捨棄對質詰問證人之權，則法院縱未傳喚證人到庭與被告對質詰問，自不能指摘其所踐行之訴訟程序違法。卷查代號AE000-A108199（姓名年籍資料詳卷，下稱甲女）經合法具結之偵訊筆錄，固屬傳聞證據，惟上訴人及辯護人於原審均已同意作為證據使用（見原審卷第75、114、115頁），且於原審均未聲請詰問調查甲女，於原審審判程序，審判長詢問「尚有證據請求調查？」上訴人及辯護人亦均稱：「無。」（見原審卷第117頁）即已捨棄對質詰問證人甲女之權利。則原判決認甲女之偵訊筆錄具有證據能力而未贅述其認定理由，亦未再傳喚甲女行詰問程序，皆無違法可指。上訴理由所指原判決所引甲女之偵訊筆錄並無證據能力，不得作為證據，且原審未傳喚甲女使上訴人及辯護人於原審對質詰問，此部分審判程序違法云云，均有誤會。又原判決依據上訴人之通訊軟體對話擷圖、第一審勘驗甲女提出上訴人於審判外之自白影音檔案之勘驗筆錄，說明上訴人於被錄製陳述案發經過前，已先要求與甲女之友人談話，影音檔案內容經勘驗亦未見詢問者即馮○杰、劉○（名字年籍資料詳卷）有何脅迫上訴人之語言，至於詢問

者稱「要不然就是警察問你」一語，僅係要求上訴人據實陳述，否則將報警處理，難認屬脅迫行為，又其拍攝地點係在屋外之公共場所，上訴人之人身自由未受拘束，可逕自離去，並無可能配合詢問者為不利於己且反於真實之陳述，雖上訴人時有低頭、嘆氣之情形，然此為一問一答之情況下，上訴人對詢問者之開放性問題，於陳述不利於己之事實時有所保留或吞吐所致，非遭脅迫而不得已為非出於己意之陳述，其此部分審判外之自白具有任意性等旨，核與卷證資料相合，並無上訴理由所指上訴人違背任意性而為自白之情形，原判決此部分亦無違背證據法則可言。上訴理由就此部分並未依據卷內整體資料而為具體指摘，尚非適法之上訴第三審之理由。

三、採證認事，係事實審法院之職權，其對證據證明力所為之判斷，如未違背證據法則、經驗法則與論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。又補強證據乃為增強或擔保實質證據證明力，而用以影響實質證據證明力程度之證據，是所補強者，非以事實之全部為必要，只須補強證據與證明主要事實存否之實質證據相互利用，綜合判斷，能保障實質證據之真實性，並非屬虛構，復無合理懷疑，即屬充分。原判決主要依憑證人甲女、馮○杰之證述、上訴人之部分供述（含其於審判外之自白），卷附第一審之勘驗筆錄、上訴人提供之通訊軟體對話擷圖、上訴人之病歷資料等為據，敘明甲女於偵訊之指證，與上訴人於審判外此部分之自白一致，而馮○杰證述甲女於案發後與其聯繫並陳述案發經過時之言行舉止、表情態度（哭泣、慌張等情），及上訴人於通訊軟體傳送「他們可以不要見我」、「但我想跟你們談」、「我不知道那時候會這樣」、「我很懊悔我真的很懊悔」、「對不起我真的不是有意要這樣的」、「我知道你們都在給我機會」、「我知道我做了很嚴重的事」、「我也向自己保證以後不會在做出這樣的事」、「因為這件事情我父親已經叫我主動去派出所投案」等字，並上訴人於案發後因睡不好至醫院就診之病歷資料，其內記載上訴人「與女性獨處時，難以控制對女性之性衝動，希望可以改變行為之發生」等證據資料，均足以補強甲女之指證、上訴人於審判外之自白為真，因而認定上訴人至甲女租屋處，明知其未經甲

女同意，仍強推甲女房門侵入房內，再將甲女壓制至牆上，親吻甲女，復不顧甲女推拒，直接將甲女抱至床上，以手伸入甲女之內衣內撫摸甲女之胸部，親吻甲女胸部，繼之解開甲女之牛仔褲褲頭，欲對甲女為性交行為之際，因甲女友人馮○杰來電，上訴人同意甲女接聽電話後，自行離開甲女租屋處，其侵入住宅強制性交之行為，因己意中止而未遂等旨，並就上訴人及辯護人於原審所辯上訴人並無性侵害甲女，及上述補強證據不足採信等辯詞如何之不可採，詳予指駁。核其論斷，俱有卷存資料可憑，並與經驗法則、論理法則無違，並無上訴理由所指原判決採用馮○杰之證述、通訊軟體對話紀錄、上訴人之病歷資料作為補強證據，即有採證認事違背論理法則之情形，或有證據上理由矛盾之違法。上訴理由此部分顯係反覆爭執原判決已明白認定之事實，並未依據卷內整體資料而為具體指摘，難認係適法之上訴第三審之理由。

四、綜合前述及其他此部分之上訴理由，經核係對原審採證、認事職權之適法行使，徒憑己見，任意指為違法，不合於首揭法定之第三審上訴要件，上訴人此部分之上訴違背法律上程式，應予駁回。

參、依刑事訴訟法第395 條前段、第397條、第401條，作成本判決。

中 華 民 國 111 年 8 月 18 日  
刑事第三庭審判長法官 徐 昌 錦  
法官 林 恆 吉  
法官 林 海 祥  
法官 江 翠 萍  
法官 侯 廷 昌

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 8 月 23 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 3405 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 08 月 11 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決

111年度台上字第3405號

上訴人 簡志霖

選任辯護人 俞力文律師

呂承翰律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國111年4月28日第二審判決（111年度上訴字第553號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署109年度偵字第18347、20901 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證據資料，本於事實審法院之推理作用，並援用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，認定上訴人簡志霖有如第一審判決事實欄即其附表一編號1 至29所載販賣第二級毒品甲基安非他命共29次之犯行，因而維持第一審論上訴人以修正前毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品共29罪，每罪經依比例及罪刑相當原則裁量認為應適用刑法第47條第1 項關於累犯之規定加重其刑後（僅就法定刑為有期徒刑部分加重），再依各罪具體情形，分別依同條例第17條第1 項、修正前同條例第17條第2 項關於供出毒品來源因而查獲（如其附表一編號1至9、12至17、20至29所示）、在偵審中均自白（如其附表一編號1、2、4至9、11、15、16、18至21、28、29所示），或刑法第59條酌減其刑（如其附表一編號10所示）等規定，（遞）予以減輕其刑後，分別量處如第一審判決附表一編號1 至29「所犯罪名及宣告刑」欄所示之刑，復合併定其

應執行之刑為有期徒刑9年8月，及諭知相關沒收、沒收銷燬、沒收追徵之判決，而駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其所憑證據及認定之理由，俱有卷存證據資料可資覆按；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)本件檢察官就上訴人應構成累犯之事實及應加重其刑之事項，並未提出主張及具體指出證明之方法。僅空泛指出上訴人先前有如何之前科及執行紀錄等情，第一審及原審審理時復未就上訴人是否成立累犯暨應否加重其刑踐行調查、辯論程序，遽論以累犯並均加重其刑，殊非適法。

(二)原判決認定上訴人如第一審判決附表一編號1至9、12至17、20至29所示犯行部分，因供出毒品來源而使警方查獲相關正犯，符合毒品危害防制條例第17條第1項「減輕或免除其刑」要件。原判決未適用刑法第66條但書「同時有免除其刑之規定者，減輕得減至三分之二」之規定，而與其依修正前同條例第17條第2項關於在偵審中自白減輕其刑之規定相同，均減至二分之一，復未審酌上訴人有穩定正當工作，本件僅係施用毒品同儕間相互轉讓行為，惡性尚輕等具體情形，仍量處重刑，顯不符比例及罪刑相當原則。

(三)另上訴人已坦承本件全部犯行不諱，犯後態度良好，並供出其毒品來源使警方因而查獲相關正犯，前此復無販賣毒品之前科紀錄。本件僅係毒品施用者之間彼此互通有無之小額交易，所得金額不多，堪認其犯罪情節輕微，堪予憫恕。原判決未依刑法第59條規定酌減其刑，自屬違誤云云。

三、按被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎，係本院最近統一之見解。蓋被告是否構成累犯，性質上係屬刑罰加重事實（準犯罪構成事實），與其被訴之犯罪事實不同，並無刑事訴訟法第267條規定之適用，亦與起訴效力及於該犯罪事實相關之法律效果有別，自應由檢察官於起訴書內加以記載，或至遲於審判期日檢察官陳述起訴要旨時以言詞或書面主張。且依同法第161條第1項及司法院釋字第775號解釋意旨，此項構成累犯之事實，並應由檢察官負舉證責任，及指

出證明之方法。又檢察官提出證明被告構成累犯事實之證據，應經嚴格證明程序，必具有證據能力，並經合法調查，始得作為判斷之依據。所謂證明被告構成累犯事實之證據，包含前案確定判決、執行指揮書、執行函文、執行完畢（含入監執行或易科罰金或易服社會勞動執行完畢、數罪係接續執行或合併執行、有無被撤銷假釋情形）文件等相關執行資料固屬之。至一般附隨在卷宗內之被告前案紀錄表，乃司法機關相關人員依照被告歷次因犯罪起訴、判決、定刑、執行等原始訴訟資料經逐筆、逐次輸入電磁紀錄後列印之派生證據，屬於文書證據之一種，雖有方便查閱、檢驗之功能，但究非證據本身之內容。如被告或選任辯護人對其真實性發生爭執或有所懷疑時，法院自應曉諭檢察官提出被告原始執行資料以憑證明。檢察官經曉諭後仍不為聲請者，法院不能依職權調查而自行蒐集對被告不利之累犯證據；但被告是否構成累犯之事實，如經檢察官聲請調查而仍有疑問者，法院為發現真實，自不妨依個案具體情形而為補充性之調查（見同法第163條第2項）。倘法院依文書證據之調查方式宣讀或告以要旨後，被告及其辯護人並不爭執被告前案紀錄表記載內容之真實性，乃再就被告是否應加重其刑之法律效果，於科刑階段進行調查及辯論，始憑以論斷被告於本案構成累犯並裁量加重其刑者，即不能指為違法。查本件起訴書非但於犯罪事實欄記載上訴人於犯本件之罪前，如何因施用毒品案件，分別經法院論處罪刑及執行完畢等具體事實，且於證據並所犯法條欄論述上訴人於前案有期徒刑執行完畢後，5年以內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯，請依司法院釋字第775號解釋意旨裁量是否加重最低本刑之旨。檢察官復於第一審審理期日陳述起訴要旨詳如起訴書所載（見第一審卷第2宗第127頁），顯已就上訴人本件所為應構成累犯之事實有所主張。而第一審法院經提示被告前案紀錄表並告以要旨結果，上訴人及其辯護人均表示無意見，始進行科刑調查及辯論（見第一審卷第2宗第146頁），而於判決內論以累犯及敘明其裁量加重其刑之理由（見第一審判決第5頁）。上訴人不服第一審判決，提起第二審上訴，依其上訴理由及答辯意旨，僅爭執第一審判決未依毒品危害防制條例第17條第1項關於供出毒品來源因而查獲其他正犯或共犯之規定予以減

輕其刑，或未減至三分之二；並以第一審判決未依刑法第59條規定酌減其刑，而據以指摘該判決量刑失入，但並未爭執第一審論處累犯並加重其刑乙節，究竟有何不當情形。上訴人及其辯護人復於原審審判期日調查其前案紀錄表時均表示無意見，原審經科刑調查、辯論後，認第一審判決量（定）刑並無違法不當，乃予維持而駁回上訴人在第二審之上訴，則原判決自無上訴意旨所云未受請求之事項予以判決之當然違背法令可指。

- 四、刑法第66條規定「有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至二分之一。但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之二。」本條所稱減輕其刑至二分之一，或減至三分之二，係規範其減輕之最大幅度，並非必須減至二分之一或三分之二。又有期徒刑之減輕，應就其最高度及最低度同減輕之，於減輕之最高度與最低度範圍內，審酌一切情狀而為科刑輕重之標準。至於究竟應減幾分之幾，法院於裁判時本有自由裁量之權，並非每案均須減至二分之一或三分之二始為合法。而刑之量定，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑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，在法定刑度內酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。原判決已說明：上訴人本件所為如第一審判決附表一編號1至9、12至17、20至29所示販賣第二級毒品犯行部分，雖已供出其上揭販賣毒品之來源，並因而查獲共犯羅翔，然上訴人於3個月內犯上開販賣第二級毒品共25罪，第一審已依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑，縱未能每罪均減至三分之二，亦屬事實審法院量刑職權之適法行使，不能指為違法。且上訴人既有如上述加重及減輕事由，第一審判決經依法先加後減及遞減其刑以後，以上訴人之責任為基礎，審酌上訴人販賣毒品犯行，嚴重危害國民身心健康及社會治安，其惡性匪淺，本不宜輕縱，惟念其犯後坦承犯行，復供出其毒品來源而使檢警人員因而查獲羅翔，及其智識、從事配管、拉線工作，須奉養父親等一切情狀，分別量處如第一審判決附表一編號1至29「所犯罪名及宣告刑」欄所示之刑，復合併定其應執行之刑為有期徒刑9年8月，並無不當，而予以維持，既未逾越法定刑度範

圍，亦無顯然違反罪刑相當、比例或公平原則之情形，自不能任意比附援引其他案例，遽指原判決量刑違法或不當。上訴意旨指摘原判決就其上開供出毒品來源部分犯行，未依刑法第66條但書規定，減至三分之二，復未具體審酌其有正當工作，犯罪情節輕微等情狀，量刑顯然過重云云，無非係對原審量刑職權之合法行使，任意指摘，同非適法之第三審上訴理由。

五、刑法第59條關於犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑，仍嫌過重者，得酌量減輕其刑之規定，乃法院在符合法定要件之情形下得依個案情節自由裁量之事項，苟無濫用裁量權或裁量明顯不當情形，自不得任意指為違法。本件上訴人於原審雖主張其犯情堪憫而有上開酌減其刑規定之適用，然原判決已說明：上訴人前有多次毒品犯罪前科，復進而販毒，其前科表內容多達30頁，本件販賣毒品次數亦多達29次，依其犯罪情狀，難認其犯罪有何特殊之原因與環境，而在客觀上有令人同情或憫恕之情形。且上訴人所犯除第一審判決附表一編號10以外之其他28罪，或經依毒品危害防制條例第17條第1項或併依修正前同條例第17條第2項規定（遞）減輕其刑，經減輕後之刑度已非苛重，尚難認有情輕法重，在客觀上有足以引起一般同情而顯可憫恕之情事，自無適用刑法第59條規定酌量減輕其刑之餘地等旨綦詳。核原判決上開論斷，尚無濫用裁量權或裁量明顯不當之情形，亦與比例及罪刑相當原則無違，自不得任意指為違法。上訴人上訴意旨指摘原判決未依上開規定酌減其刑為不當，依上述說明，顯屬誤解，同非合法之第三審上訴理由。

六、綜上，本件上訴人上訴意旨均非依據卷內資料具體指摘原判決究有如何不適用法則或適用不當之情形，徒就原審採證認事及量刑職權之適法行使，暨原判決已明確論斷說明之事項，任意指摘，顯與法律所規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆諸首揭說明，其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，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 8 月 11 日  
刑事第一庭審判長法官 郭 毓 洲  
法官 林 靜 芬

法官 蔡 憲 德  
法官 楊 力 進  
法官 林 英 志

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 8 月 15 日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 3599 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 08 月 18 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決

111年度台上字第3599號

上訴人 吳英俊

選任辯護人 吳 傑律師

上列上訴人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 111年4月21日第二審判決（111年度上訴字第99號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署 110年度偵字第1592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，認定上訴人吳英俊有如其事實欄即其附表所載，販賣第二級毒品甲基安非他命共10次，以及轉讓禁藥甲基安非他命（未達法定加重之一定數量）1次之犯行，因而維持第一審論上訴人以販賣第二級毒品共10罪及轉讓禁藥 1罪（均累犯），分別量處如同上附表「原審（指第一審）判決主文」欄所示之有期徒刑 5年2月（4罪）、有期徒刑5年4月（5罪）、有期徒刑2年（1罪）及有期徒刑4月（1罪），且就上開所處不得易科罰金且不得易服社會勞動之有期徒刑10罪部分，合併酌定其應執行刑為有期徒刑9年4月，並諭知相關沒收及追徵之判決，而駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其所憑證據及認定之理由（上訴人於偵查中、第一審及原審審理時均坦承本件全部犯行不諱），俱有卷存證據資料可資覆按，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：伊並未意圖營利販賣甲基安非他命與

鍾偉及籠正平，請求傳喚鍾偉及籠正平到庭作證，以查明伊所言上情非虛。又伊已於偵查中據實供出並指認劉傑泓係伊本件所販賣及轉讓甲基安非他命之上線毒販，警方並因而查獲劉傑泓，伊所為合於毒品危害防制條例第17條第1項關於供出毒品來源因而查獲應減輕或免除其刑之規定，應據以減免其刑。而劉傑泓陳稱其僅於民國109年12月間販賣新臺幣3,000元之甲基安非他命與伊1次云云，無非係推卸其販毒罪責之避重就輕情詞，反觀伊則無隨意誣指劉傑泓之情形，乃原審未詳查釐清上情，遽採信劉傑泓所為之前開不實證述，認為本件僅能就伊所為如原判決附表編號5所示在109年12月11日晚間7時10分許販賣甲基安非他命與籠正平之犯行部分，可依上揭規定減輕其刑，其餘販賣毒品及轉讓禁藥之犯行，則俱不得據以減免其刑，殊有違誤。再伊本件販毒犯行，僅係小額零星販售之型態，不若大盤毒梟對社會之危害性，且於到案後迅即坦承犯行，大幅節省司法資源之無謂耗費，復配合警方溯源查緝上游毒販，確有成效，犯後態度良好，所犯有情輕法重之可憫情形，而應依刑法第59條規定酌量減輕其刑，但原判決卻未依上開規定酌減其刑，洵屬不當。此外，法院量刑時必須以刑法第57條各款所示與具體個案有關之犯罪情狀作為科刑輕重之依據，至於攸關刑事政策之社會一般事項，則不得列為主要考量因素。惟第一審判決之量刑，除審酌伊本件犯行之相關犯罪情狀外，復以與伊本件犯罪本身無關之國家禁絕毒品與禁藥以維護國民身心健康等刑事政策事項，作為對伊從重量刑之主要因子，顯有不當。原判決對於第一審判決之上開違誤，未加以糾正，猶予維持，同屬可議云云。

三、惟查：

- (一)、證據取捨、事實認定及刑罰裁量，均係事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，復已敘明其取捨證據之心證理由，且科刑之輕重亦符合規範體系及目的，於裁量權之行使無所逾越或濫用，而無明顯違背公平、比例及罪刑相當原則者，即不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決依憑上訴人於偵查中、第一審及原審審理時均供認有本件被訴犯行之任意性自白，核與證人即毒品購買者及禁藥受讓者籠正平、洪俊龍及鍾偉所為不利於上訴人之指證情

節相符，佐以卷附警方蒐證照片、通聯調閱查詢單及通訊監察錄音譯文等證據資料，認定上訴人確有本件被訴販賣第二級毒品（10罪）及轉讓禁藥（1罪）之犯行，已詳敘其憑據及理由；復就刑罰之加重、減刑及科刑輕重，詳述依司法院釋字第775號解釋意旨，審認上訴人上開11罪犯行之情節，何以均應依刑法第47條第1項關於累犯之規定加重其刑（不含法定刑為無期徒刑部分）之理由；再敘明上訴人於偵查及歷次審判中均自白前開11罪犯行，皆應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑，且上訴人就如原判決附表編號5所示犯行，供出其所販賣之毒品由來於劉傑泓，檢警人員因而查獲劉傑泓，經劉傑泓肯認其事，斟酌上訴人配合溯源查緝毒品之助益程度，此部分應依同上條例第17條第1項之規定遞減輕其刑，至上訴人供稱其本件被訴其餘犯行之毒品來源亦為劉傑泓一節，則為劉傑泓所否認，復無其他事證可認上訴人關於此部分之供述為真，因不符合前開減免其刑規定之要件，而無從據以減免其刑等旨；另說明第一審判決於量刑時，係以上訴人之責任為基礎，並依刑法第57條各款所列事項審酌相關犯罪情狀，就其所犯各罪分別量處前揭宣告刑並酌定其應執行刑，尚稱妥適，因而予以維持等旨綦詳（見原判決第2頁第27行至第4頁第28行，以及第6頁第5行至第9頁第7行）。核原判決之採證認事，尚與經驗、論理及相關證據法則無違，且對於刑罰加重與減輕事由之論斷，以及科刑輕重之裁量，亦符合規範體系及目的而未逾越法律性界限，復無明顯違背公平、比例及罪刑相當原則之情形。上訴人上訴意旨翻異其原先均供承本件全部犯行之自白，空言否認有其中關於販毒與鍾偉及籠正平部分之犯行，且重執其不為原審所採之相同陳詞，就其是否就本件全部被訴販毒犯行均供出毒品來源因而查獲劉傑泓之單純事實，再事爭辯，顯非適法之第三審上訴理由。又本院為法律審，並無調查證據及認定事實之職責，上訴意旨請求本院傳喚鍾偉及籠正平到庭作證，以調查證據俾釐清事實云云，於法不合。再刑法第59條所規定之酌減其刑，必須犯罪有特殊之原因、背景或環境，以致在客觀上足以引起一般之同情而顯可憫恕者，始得為之。上訴意旨徒以前揭泛詞謂其本件販毒犯行有情輕法重之可憫情形云云，惟並未具體指明原判決未認其有符合刑法

第59條所規定之顯可憫恕情狀而未酌減其刑，究有如何逾越法律規範或濫用裁量權限之違法情形，同係對原審量刑職權之適法行使，任意指摘，亦非第三審上訴之適法理由。

(二)、刑事政策大抵係指涉國家為鎮壓及預防犯罪所訂定如何運用刑法（罰）及相關制度之策略與方針。刑法犯罪論之階層體系化釋義，是否係刑事政策不可踰越之界限，於學理上固有爭論，然立基於刑法對人民具有心理強制作用，以及刑罰理論之目的思想而言，刑法係人民之行為指示規範，並擔負著保護社會必要生活利益（即法益）之任務，從法立懸禁，違者當罰，刑罰之科處，除係對於犯罪人之責任應報外，既兼以犯罪預防為目的，即包括遏抑犯罪人本身再犯之特別預防，以及消極威懾其他潛在犯罪人勿敢觸法，並積極維繫社會大眾對法規範之認同與對司法審判之信賴等一般預防面向，從而達到整體預防犯罪之功效以觀，可知犯罪預防乃刑法（罰）之社會任務，且歸屬於刑事政策之一環。又刑法第57條係司法量刑之立法控制與指示，預防犯罪之刑事政策，本非不得經由體現刑罰目的論之導入口，亦即透過刑法第57條序文中段關於「審酌一切情狀」規定之涵攝作用成為刑罰裁量因子，並依該序文後段所列舉10款有關犯罪本身及犯罪行為人情狀等事項，以為科刑輕重之標準，俾臻個案量刑之理性與妥適。本件第一審判決於量刑時，除依刑法第57條各款所列事項所指之情狀詳加審酌外，且將國家禁絕毒品及禁藥以維護國民身心健康等刑事政策事項，列為科刑輕重之參考因子，依上述說明，於法尚屬無違，上訴意旨執以指摘原判決之刑罰裁量不當，顯屬誤會，亦非合法之第三審上訴理由。

四、綜上，本件上訴人上訴意旨並非依據卷內資料具體指摘原判決究有如何違法或不當之情形，徒就原審採證認事及量刑職權之適法行使，以及原判決已詳細論斷說明之事項，任意指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆諸首揭規定及說明，其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，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 8 月 18 日  
刑事第一庭審判長法官 郭 毓 洲  
法官 林 英 志

法官 林 靜 芬  
法官 汪 梅 芬  
法官 蔡 憲 德

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 8 月 19 日

111年度台上字第3655號案件不公開

裁判字號：最高法院 111 年度台非字第 43 號刑事判決

裁判日期：民國 111 年 08 月 24 日

裁判案由：加重詐欺

最高法院刑事判決

111年度台非字第43號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 白偉廷

上列上訴人因被告加重詐欺案件，對於臺灣新北地方法院中華民國110年12月14日第一審確定判決(110年度審訴緝字第18、19、20號、110年度審訴字第1156號，起訴案號：109年度偵字第10205、10206、11296、11297號；追加起訴案號：109年度偵字第17443、17444、20730、22863號、110年度偵字第30523、30582號、110年度偵緝字第2725至2732號、110年度少連偵字第381號)，認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

#### 主 文

原判決關於定應執行刑部分撤銷。

#### 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。次按裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第51條規定定之，刑法第50條亦有明文。依上揭規定，合於第1項但書之情形者，由受刑人請求檢察官聲請定應執行刑，亦即賦予受刑人選擇權，以符合其實際受刑利益，自屬利益於受刑人之規定（最高法院108年度台非字第110號、110年度台非字第83號刑事判決參照）。二、查本件被告因詐欺案件，經臺灣新北地方法院於110年12月14日以110年度審訴緝字第18、19、20號、110年度審訴字第1156號判決有罪，其判決主文就附表編號1至21所示共21罪，合併定應執行刑為有期徒刑1年8月。然核該附表編號1、3、5、6、8、9、11至16、18、19、21所示部分各處有期徒刑7月至9月不等，均屬不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪；而附表編號2、4、7、10、17、20之罪，宣告刑

均為6月以下，雖不得易科罰金，惟被告仍得依刑法第41條第3項之規定，聲請易服社會勞動。依上開規定，非經被告請求，不得就上開不得易科罰金及易服社會勞動之罪與得易服社會勞動之罪併合處罰。原判決未正確適用刑法第50條第2項規定，逕予合併定應執行刑為有期徒刑1年8月，自有判決不適用法則之違法。三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正與救濟。」等語。

貳、「關於：一、被告所犯數罪併罰之各罪，符合『得易服社會勞動之罪』與『不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪』，於審判中得否請求法院定應執行刑（下稱法律爭議一）？二、就上開案件，審判中未經被告請求，法院即逕予合併定應執行刑。判決確定，檢察總長對之提起非常上訴，本院應如何判決（下稱法律爭議二）？」之法律爭議，經本庭評議後，認擬採為裁判基礎之法律見解，就法律爭議一部分，具有原則重要性；就法律爭議二部分，已產生複數分歧見解之積極歧異，經徵詢其他各刑事庭之意見後，仍有不同之見解。乃依法院組織法第51條之2、第51條之3規定，以111年度台非大字第43號裁定向本院刑事大法庭提案。經本院刑事大法庭受理、辯論後，於民國111年8月24日以111年度台非大字第43號裁定，宣示主文：「數罪併罰之各罪，有刑法第50條第1項但書之情形者，被告於審判中不可請求法院定應執行刑。如法院於審判中合併定應執行刑者，判決確定後，檢察總長對之提起非常上訴，本院應將原判決關於定應執行刑部分撤銷。」並於裁定理由內說明：

（一）刑法第50條規定：「（第1項）裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。（第2項）前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第51條規定定之。」該條主要立法目的，是為了明確數罪併罰適用範圍，避免不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪與得易科罰金或得易服社會勞動之罪合併，造成得易科罰金或得易服社會勞動之罪，無法單獨易科罰金或易服社

會勞動，罪責失衡，不利於受刑人。從而，為使受刑人經深思熟慮後，選擇自認最適合的處遇，賦予其選擇權，以符合其實際受刑利益。

- (二) 受刑人如依刑法第50條第2項，行使選擇權而請求檢察官聲請定應執行刑時，將喪失原得易刑處分之利益，對其憲法上所保障之人身自由影響甚鉅。從而，於刑事訴訟上，本於聽審權保障之要求，應確保受刑人能獲取相關資訊，並在資訊充分之情形下，依其自由意志決定是否為該選擇權之行使。
- (三) 在刑事審判的過程中，法院依無罪推定原則，不得預斷被告有罪，必須本直接審理原則，透過證據調查、辯論等法定程序，以形成被告是否有罪之心證。就科刑事項，則應依刑事訴訟法第289條第2項規定，聽取告訴人等表示意見，並經檢察官、被告及辯護人辯論後，方得予以決定。從而，在法院審理過程中，被告對於被訴數罪之事實是否全部成立犯罪，有無一部無罪之情形？如果有罪，所主張各項減刑事由是否為法院採納？法院經由科刑辯論並審酌刑法第57條各量刑因子後，各罪之宣告刑如何？皆無從知悉。被告既未能充分獲取前開各資訊，縱於審判中表示欲依刑法第50條第2項規定，請求法院定應執行刑，當認保障不足，有害其選擇權之行使。
- (四) 被告若於第一審為有罪判決後，依刑事訴訟法第348條第3項規定，明示僅就第一審判決之刑提起上訴。因第二審尚未判斷上訴是否有理由，且就科刑所審酌之事項與第一審未必全然相同。於此情形下，仍難認被告已獲取充分資訊，而得有效行使刑法第50條第2項之選擇權，自屬當然。
- (五) 基此，案件尚在審理時，無從認被告已獲取充分資訊，而得有效行使刑法第50條第2項之選擇權。從而，該條項僅規定受刑人請求檢察官聲請定應執行刑，未規定審判中之被告得行使該選擇權，乃立法者有意省略，並非法律漏洞，無從以填補法律漏洞為由，擴張解釋使被告於審判中，亦得依該規定請求法院定應執行刑。
- (六) 前開選擇權既係專屬受刑人於執行時始得行使之權利，於審判中尚不得行使。則倘法院於審判中逕將刑法第50條第1項但書各罪合併定應執行刑，自屬判決適用法則不當之違法

參、本院刑事大法庭已就上開法律爭議予以統一，則本庭就本件採為裁判基礎之法律見解，依法院組織法第51條之10規定，自應受本院刑事大法庭前揭裁定見解之拘束。查被告甲○○因加重詐欺案件，經臺灣新北地方法院於110年12月14日以110年度審訴緝字第18、19、20號及110年度審訴字第1156號判決（下稱原判決）有罪，原判決主文就其附表（下稱附表）編號1至21所示共21罪，合併定應執行有期徒刑1年8月。然核附表編號1、3、5、6、8、9、11至16、18、19、21所示部分，各處有期徒刑7月至9月不等，均屬不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪；而附表編號2、4、7、10、17、20之罪，宣告刑均為有期徒刑6月，雖不得易科罰金，惟被告仍得依刑法第41條第3項之規定，聲請易服社會勞動。依前揭說明，法院於審判中，自不得就被告所犯上開各罪併合處罰。原判決逕就被告所犯上開之罪合併定應執行刑，即有不適用法則之違法。案經確定，且非必有利於被告。非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決關於定應執行刑部分撤銷，以資救濟。被告於執行時，得就上開各罪請求檢察官聲請法院裁定定應執行刑，且其另有其他案件待一併定應執行刑，為兼顧被告權益及避免勞費，認無就本件不得易科罰金且不得易服社會勞動之罪部分、得易服社會勞動之罪部分，分二組定其應執行刑之必要，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款前段，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 8 月 24 日  
刑事第六庭審判長法官 李 英 勇  
法官 洪 兆 隆  
法官 楊 智 勝  
法官 邱 忠 義  
法官 吳 冠 霆

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 8 月 29 日