

# 《刑法與刑事訴訟法》

一、甲為知名網紅，曾與 A 超商店長有過衝突，懷恨在心，竟邀乙共同搶劫該超商。某日深夜，兩人依約定各自攜帶了一把外觀上無法辨識真假的金屬材質玩具槍來到 A 超商，看到門口告示寫著「晚間 10 點過後，本店現金不超過 1000 元」，乙見該告示大失所望，加上擔心會被逮，便放棄搶劫的念頭，告知甲後即離去。但甲不相信告示之內容，看到店內僅有店員丙女一人，決定留下獨自犯案。甲進入超商櫃檯後，將金屬玩具槍抵在丙的頭上，喝令其交出收銀機內所有金錢，見丙身材姣好，突生色心，料想丙此時應不敢反抗，便對丙的胸部上下其手猥褻。丙趁甲分心撫摸之際，從櫃檯下方取出棒球棍，痛擊甲的頭部，甲倒地陷入昏迷，隨後被趕來的警察送醫急救，雖受有挫傷，但無大礙。事發後不久，記者丁接到消息趕到現場，雖然還不清楚狀況，但聽到圍觀路人傳述嫌犯為網紅甲，疑似性騷擾店員，為搶先報導，沒有進一步查考便立即於現場連線報導，配上字幕指出：網紅甲色膽包天，竟在人來人往的超商中公然強姦店員。遭甲猥褻的丙心存憤恨，得悉新聞報導後，為陷害甲，竟也在警局中證稱，甲除了劫財及撫摸胸部的舉動外，還將其手指伸入丙之性器官。試問甲、乙、丙、丁在刑法上應如何論罪？（答題除引用相關學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人見解）（100 分）

命題意旨	本題所測試的爭點均屬傳統爭點，且考點多集中在分則，分則爭點包括：強盜罪強暴與脅迫之認定、至使不能抗拒之認定、兇器之認定、強制猥褻罪與乘機猥褻罪之區分、偽證罪、誣告罪，以及司法院釋字第 509 號和 112 年憲判字第 8 號判決中關於真實抗辯原則之解釋；總則之爭點則有共同正犯脫離與正當防衛。
答題關鍵	甲之刑責：需討論強暴與脅迫之區分問題，以及丙是否已達不能抗拒，若未達不能抗拒，應如何論罪。又，強制猥褻罪與乘機猥褻罪之區分亦應有所論述，若認為甲欠缺目的連結而不成立強制猥褻罪，則須考量丙是否為不能或不知抗拒之人，而論以乘機猥褻未遂罪。 乙之刑責：乙應討論共同正犯脫離爭議，其能否脫離則須先就是否承認脫離之前提問題加以論述，若採肯定見解，則以因果關係切斷說之標準進一步論述並涵攝。 丙之刑責：丙第一個攻擊甲之行為應討論正當防衛，後續則有偽證罪與誣告罪之問題。 丁之刑責：應將誹謗罪重要的兩號大法官之意見寫出來並涵攝。
考點命中	1.《透明的刑法－總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 9-12 以下、12-35 以下。 2.《透明的刑法－分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 2-63 以下、3-15 以下、6-44~6-50、9-71~9-82。 3.《高點司律狂作題班》，2023 刑法複習考第一次，榮台大編撰。

## 【擬答】

### (一)甲之刑責

1. 甲持玩具槍抵住丙頭部喝令交出金錢之行為，成立刑法（下同）第 328 條第 4 項強盜未遂罪：

- (1) 主觀上，甲明知持金屬玩具槍奪取丙財物將使其意思決定自由與財產受侵害仍決意為之，且甲持槍抵住丙頭部時具拿取財物之目的，甲亦有不法所有意圖。
- (2) 客觀上，甲持槍抵住丙頭部是否為本罪之「強暴」，容有爭議：
  - ① 肯定說認為，本罪強暴行為應採最廣義解釋，凡任何足以妨害意思決定自由之手段，包括心理強制，只要已達不能抗拒程度，均屬之。
  - ② 否定說主張，本於罪刑相當原則，本罪與強制罪之強暴概念不應為相同解釋，本罪應限於最狹義之對人強暴類型。
  - ③ 本文以為，本於「暴」之文義理解，強暴應限於使用微量不法腕力之手段，又「至使不能抗拒」要件為連結強制與竊盜之中間結果要素，而非如肯定說界定為強暴構成要件行為程度之篩選標準，否定說可採。
  - ④ 本題中，甲持槍抵住丙頭部並非以不法腕力對丙為身體物理性之限制而未破壞意思實現自由，故

非強暴行為，僅能視情形論以脅迫。

- (3)又，甲持槍抵住丙頭係以人力可支配就生命身體內容之不法惡害通知丙，已足使丙心生畏怖，另雖依一般人標準，玩具槍外觀難以辨別真偽，應可評價使丙不能抗拒，惟因是否不能抗拒已是行為施行後被害人之狀態，應考量行為後外在因果流程是否真正受到行為人犯行影響，故應考量被害人特別情事。本題中，丙之抵抗能力較一般人高，依丙個人主觀標準，並未達不能抗拒，是否為本罪脅迫行為，容有爭議：

①實務見解認為，脅迫與恐嚇之區別在於是否致使被害人不能抗拒，丙既仍能抗拒，僅能論以恐嚇（80年第4次決議）。

②有學說主張，脅迫係現在惡害通知，恐嚇則為未來惡害通知，槍抵住丙之頭部係現在惡害，故為脅迫。

③另有見解以為，應就惡害內容之法益類型區別，前者係對生命身體之惡害，後者則為生命身體以外之惡害。

④本文以為，實務見解混淆構成要件行為與結果之判斷標準，現在與未來之惡害標準亦不明確，所謂「脅迫」係以可立即感受之惡害內容通知被害人，生命身體惡害即屬之，故甲持槍抵住丙頭部係對丙生命惡害，應為脅迫。

- (4)甲持槍脅迫丙交出財物已製造丙自由與財產之法不容許風險，且依主客觀混合說，就甲之犯罪計畫實現而言，此一行為已對丙財產造成直接危險，因丙僅以仍能抗拒且未交出財物而未實現風險，故為未遂。

(5)甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(6)又，中止未遂係個人解除刑罰事由，雖乙放棄強盜犯行係出於己意中止，惟甲並無自主意願終局放棄強盜犯行之中止意思，自不得依第27條第2項中止未遂減免其刑。

- 2.甲持玩具槍抵住丙頭部之行為，因金屬製玩具槍客觀功能對丙生命身體無危險性而非兇器（79台上5253判例），不成立刑法第330條加重強盜罪。

3.甲持槍脅迫丙後猥褻丙之行為，不成立刑法（下同）第224條強制猥褻罪：

(1)本罪為雙行為犯，客觀上須為強制行為與猥褻行為始該當，故行為人於主觀上須於強制行為時有猥褻故意，且兩者間具目的連結，方能成罪。

(2)本題中，甲持槍脅迫丙時並無猥褻丙之故意，其猥褻丙係脅迫丙後始另行起意為之，不符本罪目的連結之要求，自不成立本罪。

4.甲持槍威脅丙之係以惡害通知丙使其心生畏怖之脅迫行為，並使丙行無義務之事妨害其意思自由，甲亦無阻卻違法事由並具罪責，成立刑法第304條強制罪。

5.甲撫摸丙胸部之行為，因丙於甲持槍抵著頭狀態仍能擷取其意願，本罪不能抗拒狀態之客體不存在，甲對丙此狀態之認知亦非出於重大無知，故甲成立刑法第225條第3項乘機猥褻未遂罪。

6.小結：甲成立之強盜未遂罪與強制罪，依法條競合論以前者，再與乘機猥褻未遂罪依第50條數罪併罰。

## (二)乙之刑責

1.乙與甲約定搶劫並在超商門口離去之行為，成立刑法（下同）第328條第4項強盜未遂罪之共同正犯（第28條）：

(1)乙與甲出於強盜之犯意聯絡，於客觀上由甲入內為強盜構成要件行為，雖乙未共同實行強盜，惟因乙與甲犯意聯絡之危險貢獻持續至甲持槍脅迫丙之時，故仍有行為分擔，兩人具功能支配，成立共同正犯。

(2)主觀上，乙有強盜故意與不法所有意圖無疑；客觀上，乙於兩人抵達超商門口，尚未對丙財產造成直接危險之預備階段即離去，是否應與甲同負強盜未遂之責，涉及共同正犯脫離之爭議，分析如下：

①否定說認為，共同正犯一部行為全部責任，彼此之間不法連帶，自無由共同正犯脫離之空間。

②肯定說主張，本於刑法謙抑思想，共同正犯若能切斷其物理與心理因果關係，即可脫離而僅就自己有所貢獻之階段論罪，亦即著手前脫離者論以預備犯，著手後脫離者則為未遂犯，實務上亦持同一見解（94台上3515判決、106台上3352判決）。

③本文以為，基於因果關係遮斷與犯罪支配觀點，共同正犯不法連帶之前提在於其對於結果之發生有因果貢獻，若共同正犯已切斷其對他共同正犯後行為之因果貢獻，亦即切斷其所共同製造之危險，即可不須同負既未遂之責，肯定說可採。

④本題中，乙僅告知甲後即離去，至多僅於心理因果貢獻上撤回其犯意使甲瞭解，並未進一步切斷

物理因果關係，故乙不得主張共同正犯脫離，仍須與甲同負強盜未遂之責。

(3)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(4)乙因 A 告示僅有 1,000 元現金而放棄搶劫丙之念頭，雖其放棄犯行之動機並非本於倫理道德價值之因素，惟依法蘭克公式，乙係自主意願終局放棄強盜犯行，擔心被逮之念頭亦非於客觀上使乙不得不放棄之外界強迫障礙，故欠缺特別預防與一般預防之必要性，應依第 27 條第 2 項中止未遂減免其刑。

2.乙與甲約定搶劫超商後離去之行為，就甲持槍脅迫丙部分仍有犯意聯絡與行為分擔，且不得主張共同正犯脫離已如前述，乙成立刑法第 304 條強制罪之共同正犯。

3.就甲對丙乘機猥褻未遂之行為，因不在甲乙犯意聯絡範圍內，屬共同正犯逾越，乙不成立刑法第 225 條第 3 項乘機猥褻罪。

4.小結：乙成立之強盜未遂罪與強制罪，依法條競合論以前者。

### (三)丙之刑責

1.丙痛擊甲頭部之行為，不成立刑法（下同）第 277 條普通傷害罪：

(1)客觀上，丙持球棒痛擊甲頭部與甲頭部挫傷間具不可想像不存在條件因果關係，又此一行為製造甲身體完整受害之法不容許風險，該風險於甲頭部受傷時在傷害構成要件內實現；主觀上，丙明知持球棒毆打甲頭部將造成甲受傷結果仍決意為之，具傷害故意。

(2)客觀上，丙在面臨甲乘機猥褻行為之現在不法侵害時持球棒毆打甲頭部，依照客觀理性第三人標準，於丙傷害行為當下，此一反擊手段能有效阻止甲之猥褻不法侵害，且丙無其他同等有效手段得加以反擊，故有必要性，又該防衛行為未逾越最低限度之社會連帶義務，而仍合於社會倫理界線，主觀上，丙亦有防衛意思，依第 23 條本文正當防衛阻卻違法。

2.丙謊稱甲手指伸入性器官之行為，不成立刑法（下同）第 168 條偽證罪：

(1)客觀上，偽證罪須有具結程序擔保證詞正確性，方能成立。本題中，丙於偵查時證稱甲將手指伸入性器官，係在警察面前為與現實不符之虛偽陳述，惟因刑事訴訟法第 196 條之 1 第 2 項未準用第 186 條第 1 項，警察並無對證人具結之義務，故丙於警察未具結時所為之上開虛偽陳述，不符本罪客觀構成要件。

(2)綜上，丙不成立本罪。

3.丙謊稱甲手指伸入性器官之行為，成立刑法（下同）第 169 條第 1 項誣告罪：

(1)客觀上，丙明知甲並未對其為第 10 條第 5 項之性交行為仍捏造事實而向有權接受告發之警察申告，又雖依歸罪理論，甲是否對丙乘機性交須透過司法機關確認，方能確定丙是否為虛偽陳述，惟本文以為本罪為抽象危險犯，本於保護國家司法權正確行使與個人不受誣告權利之目的解釋，丙宣稱甲有乘機性交之嫌疑時即形成此一法益受害之抽象危險，無庸經司法機關確認即為誣告行為，即使僅有此部分事實虛偽，其餘劫財與猥褻事實之申告真實，仍不影響客觀構成要件該當之結論。

(2)主觀上，丙明知甲無乘機性交仍決意向警察為虛偽陳述，具誣告故意，丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

### (四)丁連線報導甲公然強姦丙之行為，成立刑法（下同）第 310 條第 2 項加重誹謗罪：

1.客觀上，丁搭配字幕報導甲公然強姦丙，係以文字指摘或傳述與真實不符之具體事實，已足以毀損社會對甲人格評價而侵害其社會名譽之誹謗行為；主觀上，丁未進一步考察即傳述甲強姦丙之事實，知悉並容任丙社會名譽受害而有誹謗間接故意。

2.記者丁未經查證即報導甲強姦丙，雖依其社會生活地位有反覆報導之業務身分，惟此一報導內容是否為正當行為，應視是否符合比例原則而定。本題丁以現場連線方式將上開事實加註文字公開報導，已嚴重侵害甲之名譽與隱私，雖丁有報導之職業與言論自由，惟丁並未使用較保守文字或事先查證始為之，不符利益衡量與比例原則，不得依第 22 條業務上正當行為阻卻違法。

3.依第 310 條第 3 項，立法者為調和名譽與言論自由之保護，特設本罪真實抗辯要件以使行為人得主張欠缺實質違法性阻卻違法，且須行為人確信內容真實且與公共利益有關方能阻卻違法。又依釋字第 509 號解釋，若依丙所提之證據資料，其有相當理由主觀確信報導內容真實者，得阻卻違法。另依 112 年憲判字第 8 號判決，須丙所引用之不實資訊已經合理查證程序，客觀上可合理相信內容為真實，且其引用非出於明知或重大輕率時，始能主張此一事由。

4.本題中，甲強姦丙係涉及犯罪而與公共利益有關，丁為此報導時主觀上並未確信內容為真實，且其連線報導對甲名譽破壞之方式與程度均較嚴重，甲強姦丙之公益論辯度亦不高，丁未踐行事前查證義務

- 而為錯誤報導，即不符真實抗辯要件，丁即係重大輕率引用不實資訊誹謗甲，不得依此阻卻違法。
- 5.又，丁未經合理查證即為搶先報導而為誹謗甲之行為，可論斷其並非出於善意，又即使認為甲強姦丙是可受公評之事，丁亦無做合理評論，不符第 311 條阻卻違法事由。
- 6.丁具罪責，成立本罪。

二、甲董事長遭檢舉涉及賤賣公司土地給自己開設之人頭公司，掏空資產導致公司重大損失。某年 5 月 27 日上午 8 時，多位調查員持搜索票前往甲辦公室搜索，搜索期間甲被禁止離開辦公室，也不准使用通訊設備，連上廁所都遭派員緊緊看守，客戶欲來拜訪甲也遭調查員拒絕，甲感覺很不自由。上午 10 時搜索結束，調查員詢問甲可否配合到案澄清疑點，甲同意並隨同調查員前往某調查站接受詢問。直到 18 時，調查員再度詢問甲可否至地檢署接受檢察官問話，甲亦同意並於 19 時到達地檢署，檢察官於 21 時開始訊問甲公司土地買賣以及海外投資之過程，並要求甲交代細節以及據實回答，直到 28 日凌晨 1 時，甲表示甚為疲累，想要回家休息並行使緘默權，檢察官當庭宣布逮捕甲，讓甲休息至早上 8 時，問甲精神如何、需不需要繼續休息？甲稱精神尚可，檢察官繼續對之訊問，至 16 時，檢察官以甲犯罪嫌疑重大以及有逃亡之虞等理由，向法院聲請羈押甲。後檢察官以甲涉犯特別背信以及內線交易之罪名，提起公訴。

(一)偵查中此一聲請羈押是否合法？(30 分)

(二)偵查期間，調查員以案由係特別背信罪依法監聽甲之電話，監聽期間內錄下甲的特助乙與甲之下列對話：「(乙：)公司那塊地賣得太便宜了，將來消息出來，公司的股價可能不妙！」、「(甲：)趕快幫我處理掉股票！」審判時，甲的辯護人主張前述監聽內容屬傳聞不得作為證據。甲的辯護人另外發現，檢察官於起訴後才將上述對話於起訴書內記載並要求法院予以認可，主張同樣不能作為證據。試問甲辯護人之主張有無理由？(35 分)

(三)一審判決甲均有罪，認為應沒收總金額為新臺幣(下同)2000 萬元，宣告沒收。甲對論罪部分並無不服，僅就刑度及沒收金額認屬過重、過高，對此依法提起上訴，檢察官則未上訴。二審審理後，認為應沒收總金額實應為 3000 萬元，遂就原審關於沒收部分撤銷改判為 3000 萬元。試問此判決是否適法？(35 分)

命題意旨	24 小時計算與拘捕前置原則；監聽性質與另案監聽；沒收不利益變更禁止。
答題關鍵	<p>第一小題：第一小題涉及拘捕時點之認定。因拘捕時點認定涉及 24 小時之起算，故本案雖遲至複訊時檢察官才依第 228 條第 4 項規定逮捕，然被告實際係遭搜索時，人身自由即遭拘束。故無論是要採實務形式認定或學說實質認定之看法，都需要討論逮捕時點與第 228 條第 4 項規定是否妥適之爭點。</p> <p>第二小題：本題涉及監聽內容之性質判斷，以及另案監聽之陳報問題。應注意雖然最高法院先前對逾期或漏未陳報係採一律權衡之見解，但後來大法庭裁定後，有再行須分逾期陳報或從未陳報，分別給予不同法律效果，應予留意。</p> <p>第三小題：本題涉及不利益變更禁止所稱之「刑」，是否包含沒收。依現今最高法院之見解，沒收已非刑罰，並無不利益變更禁止原則之適用。此外二審法院未就刑度部分之上訴為判決，亦有已受請求事項未予判決之違法。</p>
考點命中	<p>第一小題：《刑事訴訟法研析(上)》，高點文化出版，黃博彥(黎律師)編著，頁 7-49。 《高點【二試判解文章班】刑事訴訟法講義》第一回，黎台大編撰，頁 10-11。</p> <p>第二小題：《刑事訴訟法研析(上)》，高點文化出版，黃博彥(黎律師)編著，頁 7-211。 《刑事訴訟法研析(下)》，高點文化出版，黃博彥(黎律師)編著，頁 14-212。 《高點【二試判解文章班】刑事訴訟法講義》第二回，黎台大編著，頁 89-94。</p> <p>第三小題：《刑事訴訟法實戰解題書》，高點文化出版，黃博彥(黎律師)編著，頁 11-28。</p>

### 【擬答】

(一)檢察官聲押程序不合法

1.限制人身自由 24 小時之誡命

憲法第 8 條第 2 項與刑訴法第 93 條第 2 項均規定，偵查機關自拘捕被告起 24 小時內應向法院為羈押之

聲請。此 24 小時不但是刑事訴訟法之誡命，更是憲法上之明文要求，若偵查機關拘束人民人身自由超過 24 小時後始聲請法院羈押，此時法院不應准許檢察官之聲請。

## 2. 甲人身自由受拘束之時點判斷

### (1) 實務見解

我國實務見解多係以形式觀察何謂拘捕，故被告即便搜索扣押時無法隨意離去，又或經同行後至檢察官處說明，然只要未經宣告逮捕，則被告尚非為檢察官逮捕。亦即，須以正式宣布該拘捕措施起算。

### (2) 學說見解

**拘禁與逮捕必須要實質判斷**，只要事實上已經構成國家「以強制力將其人之身體予以拘束」或「拘束人身使其難以脫離一定空間」的情況，則無論公權力實施之名稱是否叫作「逮捕」或「拘禁」，自剝奪人身自由之角度而論，均等同於「拘禁、逮捕」。

(3) 查本案調查局人員於搜索期間禁止甲離開辦公室，亦不准其使用通訊設備，連上廁所都遭派員緊緊看守，故自 5 月 27 日上午 8 時起，甲即處於大批檢調人員嚴密監控的狀況，其人身自由實質上已遭剝奪。基於憲法實質正當法律程序與人身自由之保障，應以實質判斷說較為可採。

## 3. 刑法第 228 條第 4 項與拘捕前置原則

(1) 立法理由認為，本條之增訂在於使羈押之被告能得到兩次之法院「司法審查」之機會，以貫徹「拘提逮捕前置主義」。

(2) 然此原則學理上支持拘捕前置原則者主張，拘捕前置原則是直接基於憲法第 8 條而來的說法，根本就漏洞百出。首先，該條的憲法誡命主軸是拘束人身自由之「法官保留原則」，從該條文義，雖然可以得知「羈押應由這些經法定程序始能為之」，但是，根本導不出「法定程序就是應先拘捕，始得羈押」的結論。

(3) 再者，藉由本案檢察官係依第 228 條第 4 項為聲押所進行之逮捕行為，更凸顯本條規定之不當，蓋本案中甲實際上人身自由已遭拘束數十小時，然因檢察官依第 228 條第 4 項始為逮捕，搭配前數實務見解採形式認定拘捕之時點，則又可自 5 月 28 日凌晨再行計算 24 小時，無異係架空憲法第 8 條之誡命規定，故本條項之規定時有檢討之必要。

## 4. 本案是否拘捕甲超過 24 小時

(1) 承前所述，倘依實務見解因本案檢察官係於 5 月 28 日凌晨 1 時始依刑事訴訟法第 228 條第 4 項之規定逮捕甲，故檢察官於 5 月 28 日 16 時聲押被告甲自無違反 24 小時之規定。

(2) 惟前開實務見解顯然不足以保障被告人身自由，蓋甲本案實質上於搜索當下，已無法自由離去自實質角度觀察，於 5 月 27 日上午 8 時起，甲之人身自由即遭拘束。又調查局雖係以「詢問」甲是否隨同前往地檢署接受檢察官問話，但考量檢察官得隨時簽發拘票拘提之，故甲就算有離去之可能，也僅屬理論上之想像而已。

(3) 據此，甲自 5 月 27 日上午 8 時起，人身自由即遭拘束。雖於 5 月 27 日 18 時至 19 時有在途期間扣除之適用，然於 5 月 28 日 1 時至 8 時之時間，因係檢察官複訊階段所給予之夜間休息時間，並無第 93 條之 1 第 1 項第 3 款夜間停止詢問之法定障礙事由期間適用；再者，本案甲僅係疲累，想要回家休息並行使緘默權，並「未」達第 93 條之 1 第 1 項第 4 款身體健康突發之事由，致事實上不能訊問之程度，亦無法依本款扣除時間。從而，自 5 月 27 日 8 時起至 5 月 28 日下午 16 時聲押為止，扣除一小時之在途期間，共已拘束甲人身自由達 31 小時，業已違反憲法第 8 條之規定。

## 5. 檢察官之聲押不合法，法院應裁定駁回檢察官之羈押聲請

承前所述，管見採取「實質判斷」拘捕時點之見解，故本案甲人身自由遭拘束時起至檢察官聲請羈押為止，已逾 24 小時之時限。法院受理檢察官之羈押聲請後，應認聲請羈押不合法而裁定駁回之。

(二) 甲之辯護人抗辯監聽內容屬傳聞不得作為證據，主張無理由；抗辯檢察官起訴後提出之監聽譯文不得作為證據，主張有理由

## 1. 甲乙之通話內容本身即為被告進行犯罪之部分內容

(1) 監聽係通訊保障及監察法第 13 條第 1 項所定通訊監察方法之一，司法警察機關依法定程序執行監聽取得之錄音，係以錄音設備之機械作用，真實保存當時通訊之內容，如通訊一方為受監察人，司法警察在監聽中蒐集所得之通訊者對話，若其通話本身即係被告進行犯罪中構成犯罪事實之部分內容，自與所謂「被告以外之人審判外之陳述」無涉，應不受傳聞法則之規範，當然具有證據能力。此有最高法院 106 台上 1163 號判決可資參照。

(2)查本案甲與其特助乙之對話「乙：公司那塊地賣得太便宜了，將來消息出來，公司的股價可能不妙！」、「甲：趕快幫我處理掉股票！」此對話內容實係甲乙兩人違反內線交易之「實際知悉發行股票公司有重大影響其股票價格之消息」之構成要件事實。依前開實務見解，自與所謂被告以外之人於審判外之陳述無涉，並非傳聞證據。

(3)從而，甲之辯護人抗辯監聽內容屬傳聞不得作為證據，並無理由。

2.甲乙之對話內容屬「另案監聽」，因檢察官無陳報該管法院，應無證據能力

(1)內線交易罪屬通保法所稱「其他案件」

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只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。

查本偵查期間本係以特別背信罪作為聲請通訊監察之法條，然於監察期間另聽聞甲涉犯內線交易罪。特別背信罪與內線交易罪之間，涉嫌處之犯之法條不同，自屬另案。其證據能力之有無，應依通保法第 18 條之 1 第 1 項審查之。

(2)另案監聽應於發現後七日內補行陳報法院

按通保法第 18 條之 1 第 1 項規定：依第 5 條、第 6 條或第 7 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 5 條第 1 項所列各款之罪者，不在此限。故檢察官應於知悉有另案監聽之內容時於七日內陳報法院。

(3)本案檢察官直至審判中，始將另案監聽取得之內線交易監聽內容提交於法院並請求認可，顯已違反七日內補行陳報法院之規定，然其法律效果如何？容有爭議，分述如下：

①早期實務（最高法院 107 台上 3052 決）

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。

②大法庭裁定（最高法院 110 台上大 5765 裁）

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。

(4)是依現今大法庭之統一見解，僅逾期陳報之情況，始有刑訴第 158 條之 4 適用。然本案檢察官全然未於偵查中陳報法院，而係遲至一審時始提出內線交易之監聽錄音與譯文請求法院認可，顯屬「完全未陳報該管法院」之情況，此時自應回歸通保法第 18 條之 1 第 1 項前段規定，該錄音與譯文均無證據能力。甲之辯護人此部分抗辯應有理由。

(三)沒收無不利益變更禁止原則，法院判決合法；然就刑度部分法院未諭知判決，應有已受請求事項未予判決之違法

1.按修法後刑訴第 348 條第 3 項之規定「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」，故本案甲得僅就刑度與沒收部分上訴，合先敘明。

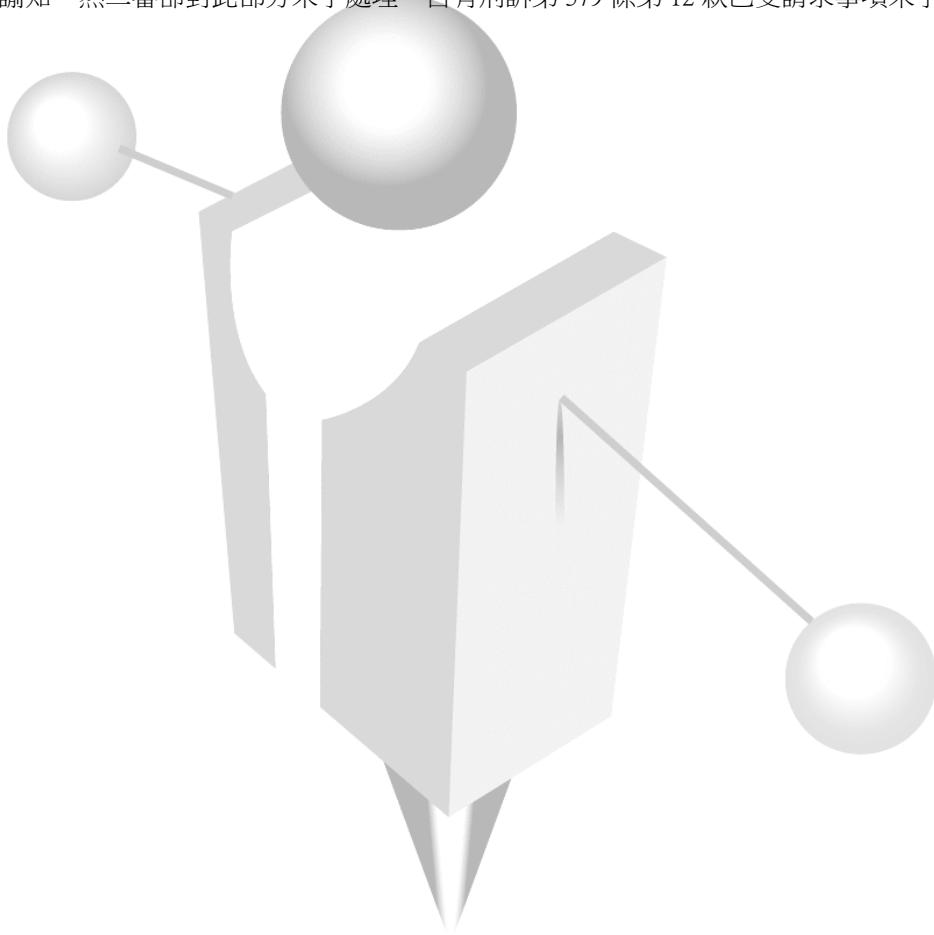
2.查本案僅被告上訴，然二審法院卻撤銷原審 2000 萬元沒收諭知，改判為 3000 萬元，此部分是否有違反不利益變更禁止？分述如下：

(1)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。

(2)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。故修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無

刑訴第 370 條第 1、2 項關於不利益變更禁止原則之適用。(最高法院 107 台上 3559 決參照)

- 3.綜上所述，因沒收修法後已非刑訴第 370 條所稱之「刑」，無不利益變更禁止原則之適用。即使本案僅有被告上訴，法院仍得諭知重於原審之沒收判決。
- 4.另本案被告既係就刑度與沒收部分均上訴，則無論法院就被告對刑度過重之上訴認為有無理由，均應對此為諭知，然二審卻對此部分未予處理，自有刑訴第 379 條第 12 款已受請求事項未予判決之違法。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！