

最高法院刑事判決

112年度台上字第4005號

上訴人 曾應炎

選任辯護人 李俊賢律師

上列上訴人因加重竊盜案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國112年5月3日第二審判決（111年度上易字第570號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署110年度營偵字第2154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，認定上訴人曾應炎有其附表（下稱附表）一編號1至5所載之加重竊盜、竊盜各犯行明確，因而撤銷第一審該部分諭知無罪之判決，分別改判論處共同犯結夥三人以上攜帶兇器竊盜罪刑、共同犯結夥三人以上竊盜2罪刑、共同竊盜2罪刑，並為相關沒收、追徵之諭知，已載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，就上訴人否認犯罪稱各次犯行均受吳中涵（通緝中）以來回新臺幣2,000元代價僱請駕車，於半夜前往各廟宇拜拜求取明牌及所辯各語，認非可採，亦依調查所得證據予以論述指駁，有卷存資料可資覆按。

三、上訴意旨略以：（一）原審未盡客觀性義務及澄清義務，僅形式上告知屬中低收入戶之上訴人得選任辯護人，未確實闡明其得依法聲請指定公設或義務辯護人免費為其辯護，致上訴人

01 未充分行使防禦權而受不利判決，有刑事訴訟法第379條第7
02 款之違法。(二)原判決援用證人吳中涵警、偵之審判外陳述為
03 認定事實之依據，惟上訴人並不瞭解證據能力之意義及同意
04 證據能力衍生之法律效果，原審亦未闡明，致其雖於原審同
05 意前開審判外陳述有證據能力，仍應認其同意有欠缺法要素
06 之瑕疵；證人鍾輝榮警、偵均受吳中涵之干擾而為虛偽陳
07 述，難認有特別可信之情況，原判決採為認定事實之依據，
08 採證違背法令。又證人吳中涵於偵查曾與上訴人同期日由檢
09 察官偵訊，但檢察官卻未賦予上訴人詰問吳中涵之機會，見
10 吳中涵無固定住居所，卻未限制住居、具保或聲請羈押，致
11 審判中傳喚未到而詰問不能，原審又以吳中涵業經通緝而僅
12 傳喚未予拘提，則吳中涵之詰問不能顯係檢察官、原審法院
13 未盡傳、拘義務且可歸責於國家機關之事由所致。原判決憑
14 未依法調查之審判外陳述認定事實，亦屬採證違法。(三)原判
15 決依憑上訴人駕駛車輛之國道ETC車輛通行明細即推測上訴
16 人熟悉盜所地形而為本案犯行要角，又以行竊時吳中涵曾返
17 回上訴人所駕駛在現場停等之車輛中拿取行竊工具包，為不
18 利上訴人之認定，惟尚難以該等放置私人物品之隨身小包據
19 以推論異常，又以證人鍾輝榮因上訴人始與吳中涵結識，為
20 不利上訴人之認定依據。惟吳中涵竊盜前科本有捨近求遠之
21 慣行，上訴人與鍾輝榮、吳中涵認識之時間均相去不遠，且
22 吳中涵與鍾輝榮案發前曾共同勘查臺南市白河區一帶廟宇，
23 兩人關係更為密切，採證認事均違反經驗法則、論理法則。
24 (四)原判決以證人即共同被告吳中涵、鍾輝榮之證言為主要證
25 據，引據之其他事證或不具關連性，或不足以擔保共犯自白
26 真實性，有欠缺補強證據之違法。(五)原判決以上訴人行動電
27 話通聯紀錄佐證證人吳中涵所述行竊前由上訴人主動撥打電
28 話聯繫其等之證述，惟漏未審酌吳中涵亦曾主動發話予上訴
29 人，復未調查吳中涵、鍾輝榮手機之通聯紀錄，以查明是否
30 另存在有利上訴人之事證，有理由不備、調查未盡之違法。

01 四、犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審
02 法院之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法
03 則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規
04 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
05 三審上訴理由。

06 原判決認定上訴人上開犯行，係綜合上訴人部分不利己之供
07 述、附表一所示各被害人之證述、證人即共同被告鍾輝榮、
08 吳中涵警、偵之證述，監視器錄影畫面之勘驗結果及其翻拍
09 照片、於上訴人所駕車輛扣案之防曬護頸、國道ETC車輛通
10 行明細、行動電話通聯紀錄，酌以所列其餘證據資料，暨案
11 內其他證據調查之結果而為論斷，已載敘憑為判斷上訴人就
12 附表一各編號犯行俱有犯意聯絡、行為分擔，編號1至3部分
13 該當刑法第321條第1項第4款、第3款之加重竊盜罪構成要
14 件，編號4、5部分該當同法第320條第1項之竊盜罪構成要
15 件，與吳中涵、鍾輝榮，或與吳中涵彼此間各為共同正犯等
16 情之理由綦詳，復說明證人即共犯鍾輝榮於第一審所為有利
17 之證述何以不足採信之理由，凡此，概屬原審採證認事職權
18 之合法行使，核其論斷說明，衡諸經驗及論理等證據法則皆
19 無違背，自不容任意指為違法。又：

20 (一)審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第47
21 條定有明文。同法第379條第7款之違法情形，係指依同法第
22 31條第1項應用辯護人，或其他已指定辯護人之案件，未經
23 辯護人到庭辯護或雖到庭但實質上形同未到庭辯護而逕行審
24 判者而言。

25 稽之卷內訴訟資料，原審除於2次準備程序均依法告知上訴
26 人得選任辯護人，如為低收入戶、中低收入戶、原住民或其
27 他依法令得請求法律扶助者，得請求之等旨（見原審卷第64
28 頁、第106頁）外，審判長於審判期日再次告知同旨事項，
29 並詢問「上開權利，是否瞭解？」「是否為低收入戶、中低
30 收入戶、原住民或其他依法令得請求法律扶助之人？」確認
31 上訴人有無請求法律扶助之意，上訴人則確答：「我是中低

01 收入戶」，並明示「（問：是否選任辯護人？）不用了。」
02 （同上卷第230頁）依審判筆錄所載，法院已詳為告知其得
03 依法請求扶助等辯護依賴權事項並為相當之闡明。再參酌第
04 一審法院於審理程序告知上訴人「得選任辯護人。如為低收入
05 戶、中低收入戶、原住民或其他依法令得請求法律扶助
06 者，得請求之。」等旨後，即依上訴人之請求及庭後陳報之
07 證明指定公設辯護人為其辯護（見第一審卷(一)第85至86頁、
08 第91頁），公設辯護人並為其出具準備程序書、聲請傳喚證
09 人即共同被告吳中涵、鍾輝榮，並就證人鍾輝榮行實施主詰
10 問，復於第一審調查證據時，協助其針對依法調查之各項證
11 據之證據能力與證明力表示意見，為無罪辯護之辯論（同上
12 卷第135至138頁，第209至240頁），亦徵上訴人就其為中低
13 收入戶，得依法請求法院指定律師或公設辯護人為其辯護，
14 無須支付費用等相關權益已相當瞭解，於原審係基於充分之
15 認知始為不請求法律扶助之決定，難謂有所指未盡客觀性義
16 務及澄清義務、侵害上訴人辯護依賴權之違法。

17 (二)刑事訴訟法第159條之5規定，乃本於當事人進行主義中之處
18 分主義，基於當事人同意（第1項明示同意、第2項默示同意
19 或擬制同意）之訴訟處分行為，經法院審查其適當性要件
20 後，賦予原不得為證據之傳聞證據證據能力。倘其同意之意
21 思表示無瑕疵可指，經法院審查其具備適當性之要件，並踐
22 行法定之調查程序者，為維訴訟程序之確實、安定，該同意
23 之效力，既因當事人積極行使處分權，經法院認為適當且無
24 許其撤回或更行爭執追復之情形，即告確定。原審據以認定
25 事實之證人吳中涵、鍾輝榮警、偵陳述，於第一審時，上訴
26 人及其辯護人即表示僅不同意證人吳中涵、鍾輝榮警詢陳述
27 之證據能力，並不爭執其等偵訊所證之證據能力（見第一審
28 卷(一)第216頁），而積極行使證據能力之處分權，或消極不
29 予爭執證據能力，復據上訴人於原審準備程序期日同意均有
30 證據能力（見原審卷第67頁），就處分被告以外之人審判外
31 陳述之證據能力之法律效果非無瞭解，難謂其於上訴第二審

01 後所為前開證據能力之處分欠缺法意思之瑕疵。原審審酌該
02 等供述證據作成時之情況，認並無違背程序規定而欠缺適當
03 性之情形，經合法調查後，採為認定上訴人犯罪之部分論
04 據，並無不合。上訴意旨指摘原審未予闡明致上訴人不知傳
05 聞證據不具證據能力，所為同意具法意思之瑕疵，要非適法
06 之第三審上訴理由。

07 (三)刑事被告對證人之詰問權利，乃憲法第16條保障人民之訴訟
08 權利之一，且屬憲法第8條第1項規定之正當法律程序所保障
09 之權利。是以證人為證據方法，除有證人客觀上不能受詰
10 問，或被告明示捨棄詰問，抑或性質上無行詰問必要者外，
11 於審判中，皆應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告適
12 當且充足之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷
13 依據。倘以未經詰問之調查程序之證人審判外陳述為認定事
14 實之依據，除有前揭例外情形外，其容許性並應審查：(1)事
15 實審法院為促成證人到庭接受詰問，是否已盡傳喚、拘提證
16 人到庭之義務（義務法則）。(2)未能予被告對為不利指述之
17 證人行使反對詰問權，是否非肇因於可歸責於國家機關之事
18 由所造成，例如證人逃亡或死亡（歸責法則）。(3)被告雖不
19 能行使詰問，惟法院已踐行其他法定調查程序，給予被告充
20 分辯明之防禦機會，以補償其不利益（防禦法則）。(4)未經
21 對質詰問之不利證詞，不得據以作為認定被告犯罪事實之唯
22 一證據或主要證據，仍應有其他補強證據佐證該不利證述之
23 真實性（佐證法則）。於符合上揭法則之要件時，法院採用
24 該未經被告詰問之證人證言為認定事實之依據，即不得指為
25 違法。

26 原判決以未經詰問之證人吳中涵警、偵之證詞為不利上訴人
27 事實認定之依據，已說明其經二度依法傳喚均未到庭，且通
28 緝中（見原審卷第119-121、217、232、245、263頁）而不
29 能調查，與卷證核無不合。況第一審審理時亦已依法傳、拘
30 證人吳中涵而無所獲，並發布通緝（見第一審卷(一)第247
31 頁、289至293頁），顯已依法傳、拘，縱再予拘提亦無效

01 果，確因其逃匿通緝中致未能到庭詰問，則事實審法院已盡
02 傳、拘證人到庭之義務。又偵查中檢察官訊問證人，旨在蒐
03 集相關犯罪證據，以確認被告有無犯罪嫌疑；況依刑事訴訟
04 法第248條第1項、第2項規定：「訊問證人、鑑定人時，如
05 被告在場者，被告得親自詰問；詰問有不當者，檢察官得禁
06 止之。」「預料證人、鑑定人於審判時不能訊問者，應命被
07 告在場。但恐證人、鑑定人於被告前不能自由陳述者，不在此
08 限。」則檢察官於偵查中訊問上訴人及共犯吳中涵時，經
09 綜合判斷後，未使上訴人在場詰問，屬其職權行使之裁量範
10 疇，尚難僅因嗣後吳中涵經第一審及原審傳、拘未到之結
11 果，逕認檢察官前於偵訊時未使上訴人在場並賦予詰問證人
12 吳中涵之機會，即不得以吳中涵偵訊所證為認定事實之依
13 據。又原審於審判期日踐行法定調查證據程序，已賦予上訴
14 人對吳中涵警、偵所證充分辯明之防禦機會（見原審卷第26
15 5頁），亦未以吳中涵警、偵證詞為認定上訴人本案犯行之
16 唯一或主要證據，而兼以上開直接、間接證據綜合判斷。原
17 判決引用證人吳中涵所為不利於上訴人之陳述，據以認定上
18 訴人有所載加重竊盜、竊盜各犯行，依前開說明，自不能指
19 為違法，是亦無所指侵害上訴人對質詰問權之違失。

20 (四)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
21 ，倘其得以佐證陳述者指述之犯罪非屬虛構，能予保障所指
22 述事實之真實性，即已充分。原判決除已記明證人吳中涵、
23 鍾輝榮之警、偵相關證言得為證據之判斷理由，勘驗盜所南
24 寮福安宮所設監視器於附表一編號2、4所示時、地攝得上訴
25 人駕車在現場等候、接應，以及共犯行竊期間如何出入該車
26 輛拿取所需工具與夜半三更並無防曬需要，純供遮掩身分所
27 用之帽子與防曬護頸等物品之情形，並勾稽卷附上訴人手機
28 之通聯紀錄，辯稱單純受僱駕車之上訴人卻有主動於出發前
29 聯繫共犯之通聯紀錄、上訴人駕駛車輛國道ETC車輛通行明
30 細顯示曾於案發前多次前往盜所所在之臺南市白河區一帶，
31 佐以證人鍾輝榮所證3人結識之經過與彼此關係，上訴人所

01 辯半夜三更受僱搭載吳中涵等拜神求明牌等各語如何與常理
02 不符，暨案內其他直接、間接證據調查之結果而為論斷，憑
03 為判斷證人吳中涵、鍾輝榮警、偵所證關於上訴人就附表一
04 所示各犯行有犯意聯絡、行為分擔等語非虛，無誣指情事，
05 所為論斷說明與卷內資料委無不合，無悖於經驗法則與論理
06 法則，自屬原審採證認事職權之合法行使，因認共犯供述以
07 外之上揭其他證據與上訴人之犯罪事實有相當程度關連性，
08 足以認定上訴人有附表一編號1至5之共同加重竊盜、共同竊
09 盜各事實，經合法調查後，採為論罪之補強證據，無違證據
10 法則。

11 五、又就上訴人與共犯間之通聯方向，關鍵在於上訴人所辯純係
12 受僱駕車之辯詞可採與否，自以其手機通聯為調查重心。況
13 稽之原審筆錄之記載，上訴人於辯論終結前，並未主張共犯
14 吳中涵、鍾輝榮之通聯紀錄，或與其究有無犯意聯絡之待證
15 事實有如何待調查之事項（見原審卷第67頁），審判長於調
16 查證據完畢時，詢問尚有何證據請求調查時，亦未有何主張
17 （同卷第267、268頁），顯認無調查之必要，原審因認事證
18 已臻明確，未為其他無益之調查，無所指調查職責未盡之違
19 法。上訴人於上訴本院，始爭執原審此部分有證據調查未盡
20 之違法，顯非依據卷內資料而為指摘。

21 六、綜合前旨及其他上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於
22 不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審
23 法院取捨證據與判斷證據證明力之職權行使，徒以自己之說
24 詞，任意指為違法，且重為事實之爭執，難謂已符合首揭法
25 定上訴要件，應認其本部分之上訴為不合法律上之程式，予
26 以駁回。另按刑事被告之上訴，以受有不利益之裁判，為求
27 自己利益起見請求救濟者，方得為之，若原判決並未論罪科
28 刑，即無不利益可言，自不得上訴。上訴人被訴附表二加重
29 竊盜部分，經原審維持第一審無罪之諭知，係最有利之判
30 決，本不得上訴於第三審法院，上訴人猶對之提起上訴，顯
31 為法所不許，應併予駁回。

01 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。
02 中 華 民 國 112 年 12 月 6 日
03 刑事第七庭審判長法官 段景榕
04 法官 洪兆隆
05 法官 楊力進
06 法官 汪梅芬
07 法官 許辰舟
08 本件正本證明與原本無異
09 書記官 石于倩
10 中 華 民 國 112 年 12 月 12 日