

最高法院刑事判決

109年度台上字第4458號

02

03

上訴人 陳能群

04

上列上訴人因吳岳輝自訴違反通訊保障及監察法案件，不服臺灣

05

高等法院臺南分院中華民國109年6月24日第二審更審判決（105

06

年度上更（一）字第18號；自訴案號：臺灣臺南地方法院102年度

07

自字第16號），提起上訴，本院判決如下：

08

主 文

09

上訴駁回。

10

理 由

11

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決

12

違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判

13

決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未

14

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

15

適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第

16

三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違

17

背法律上之程式，予以駁回。

18

二、本件原判決撤銷第一審關於上訴人陳能群部分之不當科刑判

19

決，改判仍依想像競合犯關係，從一重論處上訴人共同犯通

20

訊保障及監察法第24條第2項、第1項之執行通訊監察之公務

21

員，假借職務上之機會違法監察他人通訊罪（尚犯刑法第13

22

4條前段及修正前刑法第315條之1第2款之公務員假借職務上

23

之機會無故以錄影竊錄他人非公開活動、言論、談話罪），

24

處有期徒刑7月，並諭知緩刑2年，緩刑期間，應於判決確定

25

後1年內，支付公庫新臺幣10萬元。已詳敘調查、取捨證據

26

之結果及得心證之理由。

27

三、上訴人上訴意旨略稱：

28

（一）原審受命法官於準備程序實質調查證據，且依職權調查對被

29

告不利之證據，有應於審判期日調查之證據而未予調查之違

30

法。

31

（二）原審認定上訴人與時任臺南市政府警察局第五分局司法警察

32

之郭忠泰（業經第一審判刑並宣告緩刑確定）為共犯，並無

證據為基礎，屬無憑認定，有判決不依證據之違誤。

(三) 原判決認定上訴人明知不得通訊監察在本件包廂內之人，且依當時蒐證所得證據資料，並無合理懷疑包廂內有警察或其他公務員接受王志鑫招待不正利益等情，此一認定有違反公務員服務法關於屬官有服從長官指揮監督之規定，且有認定事實不依證據之違法。

(四) 原判決認「禿頭」確有其人，及案發時在北海KTV（營利事業全名為北海視聽餐飲娛樂大樓歡唱KTV，址設臺南市○區○○街○○○巷○○號3樓，該大樓1樓為釣蝦場）310包廂內參與歌唱活動之男子為自訴人吳岳輝、李宗榮、王志鑫、王志鑫之2名友人，當時唱歌之男子即為王志鑫之友人「禿頭」，有判決不載理由或所載理由矛盾、適用法則不當、應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

(五) 原判決以檢察事務官襄助檢察官執行法院組織法第60條所定之職權，具備刑事訴訟法第230條第1項所規定之司法警察身分，認上訴人明知秘密證人A1（依證人保護法保護之證人，真實姓名年籍資料詳卷）攜帶具備錄音、錄影功能密錄器，進入北海KTV310包廂錄音、錄影蒐證，仍同意為之，有適用法則不當、判決不載理由及證據上理由矛盾之違誤。

(六) 原判決認本件蒐證行動係出於不法目的，事前無證據資料顯示王志鑫為白手套，蒐證行動違反比例原則，有適用法則不當、所載理由矛盾之違誤等語。

四、經查：

(一) 犯罪事實之認定，證據之取捨及其證明力如何，乃事實審法院自由判斷之職權，如其取捨不違背經驗法則與論理法則，即不得指為違法，而據為上訴第三審之理由。且經驗法則與論理法則俱屬客觀存在之法則，非當事人主觀之推測，若僅憑上訴人之主觀意見，漫事指為違背經驗與論理法則，即不足以辨認原判決已具備違背法令之形式。本件原判決綜合全辯論意旨及調查證據所得，本於事實審之推理作用，依法認定：上訴人係臺灣臺南地方檢察署（下稱臺南地檢署）檢察

01 事務官，原配置於該署檢肅黑金專組執行偵查職務。於民國
02 100年9月15日，臺南地檢署立案調查時任臺南市政府警察局
03 第二分局海安派出所所長邱○煥（人別資料詳卷）疑似貪瀆
04 案件（即臺南地檢署100年度他字第3129號），由林仲斌檢
05 察官指揮偵辦，發交上訴人、郭忠泰調查犯罪情節及蒐集證
06 據，並提出報告。上訴人係該案之主辦人，且為執行通訊監
07 察之公務員，並負責保管相關卷證，聽取郭忠泰報告偵辦情
08 形，暨彙整郭忠泰及協同偵辦司法警察黎大正、林志隆、施
09 萬福（以上3人均已判決無罪確定，下稱黎大正等3人）提出
10 之偵辦所得資料（含通訊監察錄音譯文及職務報告等）做案
11 情研判，再根據其研判，擬具並整理通訊監察聲請書及其聲
12 請理由、監聽期間之通訊監察執行情形報告書等文件所需資
13 料，交林仲斌檢察官審查後，提出於臺灣臺南地方法院（下
14 稱臺南地院），通訊監察書核准後，再交由上訴人或郭忠泰
15 投單，上訴人並指揮協調郭忠泰等司法警察於現場實施偵查
16 之蒐證作為。郭忠泰則負責製作通訊監察錄音譯文，於內政
17 部警政署保安警察第五總隊岡山現譯臺執行即時監聽現譯，
18 並與黎大正等3人執行現場蒐證，郭忠泰再行報告上訴人、
19 林仲斌偵辦所得，或請示上訴人、林仲斌後續偵辦作為。於
20 該案對天上人間酒店集團幹部王孝瑋（綽號Dog、豆哥、多
21 哥，所犯妨害風化案件另經判決確定）持用手機門號監聽之
22 蒐證期間，另擴線對王志鑫持用之手機門號實施通訊監察。
23 嗣於102年1月8日晚上10時許，郭忠泰於該現譯臺執行監聽
24 ，聽到王志鑫撥打王孝瑋手機，表示要5名酒店小姐至北海
25 KTV310包廂，請王孝瑋派小姐過來，王孝瑋答應後回撥確認
26 包廂號碼及派遣小姐出場一事之對話，即聯繫黎大正等3人
27 至現場執行行動蒐證，蒐取何人在北海KTV與王志鑫接觸的
28 畫面，以為後續案件偵辦之參考。黎大正等3人至北海KTV大
29 樓樓下討論後，唯恐進入北海KTV內可能遇到認識的人致身
30 分曝光，打算由郭忠泰之民間友人A1配戴其所有與警方所使
31 用密錄器相同功能之手錶型密錄器，喬裝成賣檳榔之小販直

01 接進入310包廂內進行攝錄蒐證，惟考量此舉日後可能會衍
02 生法律問題，不敢逕做決定，遂由黎大正向郭忠泰表示應向
03 上請示此方法是否可行，郭忠泰即循逐級請示之辦案模式，
04 以其手機聯繫上訴人，報告王志鑫聯絡王孝璋派小姐到北海
05 KTV包廂，欲請民間友人攜密錄器進包廂內錄影蒐證之意，
06 請示上訴人可行與否，上訴人當時人在家裡，其明知密錄器
07 等相類蒐證器材具有錄影功能（即攝取動態影像與同步錄音
08 之攝錄功能），持密錄器進入包廂內錄影，將錄得包廂內人
09 士之言論及談話，及包廂內人士之非公開活動，亦明知臺南
10 地院核准通訊監察王志鑫之方法，僅限於對王志鑫的手機為
11 監聽、錄音，不及於其他監察方法，也不得通訊監察其餘在
12 該包廂內之人，且依當時蒐證所得證據資料，並無合理懷疑
13 包廂內有警察或其他公務員接受王志鑫招待不正利益，亦未
14 詢問郭忠泰現場狀況，以明是否有不能或難以其他方法進行
15 蒐證，即在電話中向郭忠泰表示「可以」、「OK」，同意使
16 郭忠泰之民間友人持密錄器進包廂內攝錄，郭忠泰於當晚（
17 下同）11時35分許，再以手機LINE通訊軟體聯繫不知情之A1
18 ，請A1攜帶密錄器進包廂攝錄，喬裝成賣檳榔小販，開啟其
19 手錶型密錄器之錄影功能開始攝錄後，於11時50分許配戴該
20 手錶型密錄器，11時51分許走進北海KTV大樓1樓電梯，搭乘
21 電梯上至3樓北海KTV，進入大廳，走至310包廂，11時52分
22 02秒至04秒敲包廂門後，11時52分08秒自行開啟包廂門入內
23 ，於11時52分09秒時起，包廂內王志鑫某友人歌唱聲音明顯
24 連貫可辨，A1於歌聲中，假冒賣檳榔小販，詢問「需要檳榔
25 嗎？」、「菁仔呢？」等語，因而錄得如原判決附表（下稱
26 附表）三所示酒店小姐、與檢察官吳岳輝、李宗榮之談話、
27 言論，及王志鑫某友人之歌聲，並吳岳輝、李宗榮、王志
28 鑫的友人、酒店小姐等人在該包廂內同聚唱歌、敬酒之非公
29 開活動（歌唱、談話及言論詳附表三各編號所示）。A1於11
30 時52分22秒、23秒間退出包廂，循原路離開現場途中，11時
31 52分39秒關閉密錄器攝錄功能，並將攝錄所得檔案傳給郭忠

01 泰，郭忠泰於翌日攜該錄得檔案回臺南地檢署，與上訴人一
02 起看過該攝錄檔案等蒐證資料後，再由上訴人向林仲斌檢察
03 官報告蒐證所得等情。已說明本於調查所得心證，分別定其
04 取捨而為事實判斷之理由。所為推理論斷，合乎推理之邏輯
05 規則，尚非原審主觀之推測，核無違背客觀存在之經驗法則
06 與論理法則，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任
07 意指摘為違法。

08 (二)法院為發現真實，得依職權調查證據；但於公平正義之維護
09 或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之，此
10 觀刑事訴訟法第163條第2項規定自明。從而得於審判期日調
11 查之證據，除當事人舉證或聲請調查部分外，另有法院基於
12 訴訟資料依職權調查部分。依刑事訴訟法第163條之架構，
13 由當事人舉證先行，法院職權調查為輔之模式進行。另依同
14 條第2項但書規定之基於公平正義之維護，法院應依職權調
15 查證據，乃專指利益被告而攸關公平正義而言。基於無罪推
16 定之原則，檢察官就被告刑罰權存在之事實，未盡舉證責任
17 ，即應為無罪之諭知，法院不得依職權調查此部分之不利證
18 據。倘卷內存在形式上不利於被告之證據，有可能為其有罪
19 之證明，如不調查，顯有影響判決結果之虞，且有調查之可
20 能者，若檢察官或自訴人、自訴代理人未聲請調查，法院為
21 職權調查證據之程序前，依刑事訴訟法第163條第3項規定，
22 應先給予當事人、代理人、辯護人或輔佐人陳述意見之機會
23 ，並依刑事訴訟法第273條第1項第5款規定，曉諭檢察官或
24 自訴人、自訴代理人是否聲請，尚不得依第163條第2項但書
25 規定逕行本於職權介入。至於同條項前段規定之得依職權調
26 查證據，則指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事
27 實未臻明白仍有待澄清，得斟酌具體個案之情形，無待聲請
28 ，主動依職權調查之謂。此之調查，旨在發見真實，澄清疑
29 點，故不論係對於被告有利或不利之事項均得為之。故法院
30 於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白，有待
31 澄清時，得斟酌具體個案之情形，無待聲請，即得依職權調

01 查證據；其於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事
02 項，法院應依職權調查證據，以為認定事實之依據。所謂得
03 調查，乃指是否調查，法院有斟酌裁量權，而應調查，則屬
04 法院之義務，無斟酌裁量之餘地，如違反「應」為之義務，
05 則屬於法有違，而得為上訴理由。又該項「得」依職權調查
06 之證據，於調查前，對於被告究屬有利或不利，尚不明確，
07 自不得因調查之結果，對被告不利，即謂法院違法調查證據
08 ；亦非謂本院101年度第2次刑事庭會議，關於「刑事訴訟法
09 第163條第2項但書所指法院應依職權調查之『公平正義之維
10 護』事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限
11 」之決議後，法院均不得依前開條項前段規定，依職權調查
12 證據。蓋該條項「前段」與「後段」所規範之意旨不同，應
13 予分辨，不可混淆。原判決已敘明：因本件當事人、代理人
14 及辯護人對本院前次發回理由所指摘原審前審未予調查釐清
15 之各點，爭執激烈，故原審於準備程序時，先由受命法官依
16 刑事訴訟法第273條第1項第5款（曉諭為證據調查之聲請）
17 、第7款（命提出證物或可為證據之文書）、第274條（法院
18 於審判期日前，得調取或命提出證物）、第277條（法院得
19 於審判期日前，為勘驗）、第279條第1項等規定，就案件及
20 證據之重要爭點，認有必要蒐集現場錄影畫面進行勘驗，並
21 勘驗現場監視器畫面及密錄器器材設備，且於勘驗時並請專
22 人到庭作證解說，以避免勘驗時解讀證據資料錯誤；另有必
23 要調取蒐集偵查人員於進入包廂前後蒐證所得之卷宗檔案（
24 含通訊監察錄音檔案），以為日後合議庭調查判斷之依據等
25 旨。依上開說明，皆屬原審調查必要證據之合法進行程序，
26 與刑事訴訟法規定無悖。並無上訴意旨所指原審受命法官於
27 準備程序實質調查證據，且依職權調查對被告不利證據之違
28 法情形。

29 (三)原判決已就所有採為論罪證據之被告以外之人於審判外之言
30 詞或書面陳述，如何具有證據能力；如附表二通訊監察錄音
31 譯文之合法性，有卷內通訊監察聲請書、通訊監察書為證（

01 時間、監聽對象、偵查案號及相關卷證名稱均如附表一所示
02)，各該因通訊監察取得之通訊監察譯文如何得為證據；原
03 審依職權調查所得之證據資料，如何有證據能力等，詳加論
04 敘。復就已確認之事實，敘明上訴人於偵辦臺南地檢署100
05 年度他字第3129號案件，如何具有其偵查職權，且為執行通
06 訊監察之公務員，何以其同意乃偵查職權之行使，得為本案
07 之犯罪主體；暨上訴人知悉郭忠泰欲請民間友人持密錄器入
08 包廂內攝錄後，如何明確表達可以、同意的意思，兩人於此
09 階段形成犯意聯絡，並共同利用不知情之A1持密錄器進310
10 包廂攝錄實行上開犯罪，上訴人與郭忠泰就此犯行有犯意聯
11 絡，行為分擔，俱為共同正犯之論據等情。另就上訴人否認
12 犯罪之所辯，如何不足採信；卷內其他有利於上訴人之證據
13 ，為何不能採納等旨，亦於理由內予以說明、指駁甚詳。核
14 其論斷，俱有卷存事證足憑，並無認定事實未憑證據之情形
15 ，亦無上訴意旨所指證據調查職責未盡、適用證據法則不當
16 或判決理由欠備、矛盾之違誤。

17 (四)一般KTV包廂即便沒上鎖，因設有房門，而與包廂外之空間
18 ，有相當之區隔，其內之活動影像、聲音，在外之人不易見
19 聞，而有相當之隱密性。依一般社會通念及生活經驗法則，
20 除使用包廂者外，其他人未經同意，自不得任意進入。而租
21 用KTV包廂消費之人，在主觀上亦期待該包廂具隱密性，不
22 輕易受外界干擾。故在該包廂內之活動，從主、客觀事實觀
23 之，均難謂無隱私或秘密之合理期待，自應屬非公開活動。
24 至包廂內之人，對未經其等同意而擅自闖入者，縱因其停留
25 時間極為短暫，而未能即時命其退出，亦不影響上開隱密合
26 理期待之存在，更不得因此推認包廂內之人已同意該闖入者
27 為錄音或錄影之行為。從而，原判決認定如附表三所示北海
28 KTV310包廂內之言論、談話、唱歌享有隱私或秘密之合理期
29 待，其內消費活動屬於非公開活動等情，並無上訴意旨所指
30 適用法則不當之違法。

31 (五)刑法第315條之1第2款規定「無故以錄音、照相、錄影或電

01 磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位
02 之妨害秘密罪，其所謂「無故」，乃本款犯罪之違法性構
03 成要件要素，是否該當此要素，自應為實質違法性之審查。
04 易言之，所謂「無故」係指欠缺法律上之正當理由，而理由
05 是否正當，則應依個案之具體情形，參酌生活經驗法則，由
06 客觀事實資為判斷，並應符合立法之本旨，兼衡侵害手段與
07 法益保障間之適當性、必要性及比例原則，避免流於恣意。
08 又通訊保障及監察法第29條第3款規定：「監察他人之通訊
09 ，而有下列情形之一者，不罰：... 三、監察者為通訊之一
10 方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者。」一
11 般認為上述規定係同法第24條第1項、第2項違法通訊監察罪
12 之阻卻違法事由。然該法第29條第3款規定之「非出於不法
13 目的」，並未授權偵辦案件人員以偵查案件為由，不顧時間
14 、地點、對象、情狀，而得以任意、隨機發動「監察者為通
15 訊者之一方」或「已得通訊之一方事先同意」之通訊監察手
16 段。雖偵查為司法警察之職權，然警察職權行使法第3條第1
17 項亦明定：「警察行使職權，不得逾越所欲達成執行目的之
18 必要限度，且應以對人民權益侵害最少之適當方法為之。」
19 是司法警察及個案執行職權之地位角色等同司法警察官之檢
20 察事務官，若執行偵查職權違反比例原則，縱其目的係為偵
21 辦案件，評價上應認屬不法目的，自不適用上開第29條第3
22 款之不罰規定。從而，職司犯罪偵查之公務員，為上開竊錄
23 他人非公開活動之行為，其目的縱係在偵查犯罪而非出於不
24 法，其所為亦非當然有法律上正當理由，仍應就上開各因素
25 綜合判斷之。原判決認定上訴人同意執行之蒐證行為，違反
26 比例原則，而關於錄得如附表三編號《2、3》、《7、8》、
27 《9、10》所示之包廂內言論、談話，及同附表編號1所示之
28 唱歌聲，A1均為執行監察者並通訊之一方，惟應評價為「出
29 於不法目的」，上訴人對上述言論、談話、唱歌聲之監察所
30 得，並不適用通訊保障及監察法第29條第3款之規定，不得
31 依該規定阻卻違法；另錄得如附表三所示非A1之他人言論、

01 談話、歌聲，因無上述通訊保障及監察法阻卻違法事由，屬
02 刑法第315條之1第2款規定之「無故」；錄得如附表三所示
03 自訴人、李宗榮等人同聚於包廂內之敬酒、唱歌等非公開活
04 動，為無法律授權之偵查行為，亦屬「無故」甚明。又通訊
05 保障及監察法並非僅在規範公務員執行之通訊監察職務，亦
06 包含一般民眾竊聽、竊錄等妨害秘密之行為，此觀該法第1
07 條、第29條第3款之規定甚明。而刑法第315條之1第2款所保
08 護之客體，並非只有通訊保障及監察法第3條所指之通訊，
09 尚包括「非公開之活動、身體隱私部分」等隱私，所保護法
10 益非限於秘密通訊之自由，與通訊保障及監察法保護法益並
11 非完全相同，上訴人以一行為觸犯上述二罪名，應依刑法第
12 55條之規定，從一重之通訊保障及監察法第24條第2項、第1
13 項之罪處斷等旨。核其論斷，同無上訴意旨所指適用法則不
14 當之違法。

15 (六)原判決依卷內資料，復敘明：上訴人係臺南地檢署檢肅黑金
16 專組執行偵查職務之檢察事務官，乃職司犯罪偵查權限之公
17 務員，且為案件主辦人，代表國家偵查犯罪，於郭忠泰電話
18 請示時，僅回答「可以」、「OK」，回答前後既未詢問現場
19 狀況，亦未請郭忠泰等人再探再回報，復未請郭忠泰打電話
20 請示檢察官，即抱持賭一把、衝衝看再說之射倖性偵查心態
21 而為之，貿然同意本案採取違法偵查作為，堪信上訴人於回
22 復郭忠泰請示時，已具有不法意識，不構成禁止錯誤。雖其
23 犯罪動機乃為突破案情瓶頸，所求與個案偵辦有關，然觀諸
24 上訴人以莽撞、輕率之蒐證心態，於電話中不指示郭忠泰委
25 請A1先行探勘現場，亦未先請示檢察官，並經檢察官核准、
26 命令，即同意郭忠泰違法蒐證，自應負其刑事責任。至檢察
27 官林仲斌因其於本案所證關於案情之主觀認知及證述之案發
28 經過，與上訴人尚有不同之處，又其未經自訴人提起自訴，
29 亦非自訴效力所及，依刑事訴訟法第266條、第268條之規定
30 ，原審不得對其審判，自不得遽認其犯罪嫌疑事實及犯罪事
31 實各等旨，經核於法並無不合，並非上訴意旨所指本案係屬

01 官有服從長官指揮監督之情形，仍非適法之第三審上訴理由
02 。

03 五、上訴人其餘上訴意旨，經核亦皆係置原判決所為明白論斷於
04 不顧，仍憑持己見，再為事實上之爭辯，並對事實審法院取
05 捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，任意指摘，或就
06 不影響判決結果之枝節或程序事項，執為指摘，核與法律規
07 定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。應認其上訴為
08 違背法律上之程式，予以駁回。

09 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

10 中 華 民 國 109 年 12 月 9 日

11 刑事第七庭審判長法官 吳 信 銘

12 法官 何 菁 莪

13 法官 林 英 志

14 法官 蔡 廣 昇

15 法官 梁 宏 哲

16 本件正本證明與原本無異

17 書記官

18 中 華 民 國 109 年 12 月 14 日