

裁判選輯及評釋：刑事

蔡亞玲*

【裁判字號】最高法院刑事大法庭110年度台抗大字第489號裁定

【裁判案由】違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑

【裁判日期】民國110年9月15日

【裁判要旨】

數罪併罰之定應執行刑，其目的在將各罪及其宣告刑合併斟酌，進行充分而不過度之評價，透過重新裁量之刑罰填補受到侵害之社會規範秩序，而非絕對執行累計宣告刑，以免處罰過苛，俾符罪責相當之要求，為一種特別量刑過程。又定應執行刑之實體裁定，具有與科刑判決同一之效力。行為人所犯數罪，經裁判酌定其應執行刑確定時，即生實質之確定力。法院就行為人之同一犯罪所處之刑，如重複定刑，行為人顯有因同一行為而遭受雙重處罰之危險。關於定應執行刑之案件，自有一事不再理原則之適用。

裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，有二裁判以上者，依第51條之規定，定其應執行之刑，刑法第50條第1項前段、第53條分別定有明文。又被告所犯數罪有二裁判以上時，其所犯各罪是否合於數罪併罰規定，應以各裁判中最初判決確定者為基準，凡在該裁判確定前所犯之各罪，均應依刑法第50條、第51條規定，定其應執行之刑。數

罪併罰案件之實體裁判確定後，即生實質之確定力，除因增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪，或原定應執行刑之數罪中有部分犯罪，因非常上訴、再審程序而經撤銷改判，或有赦免、減刑等情形，致原裁判定刑之基礎已經變動，或其他客觀上有責罰顯不相當之特殊情形，為維護極重要之公共利益，而有另定應執行刑之必要者外，法院應受原確定裁定實質確定力之拘束。已經定應執行刑確定之各罪，除上開例外情形外，法院再就該各罪之全部或部分重複定其應執行刑，前、後二裁定對於同一宣告刑重複定刑，行為人顯有因同一行為遭受雙重處罰之危險，自均屬違反一事不再理原則，不以定刑之各罪範圍全部相同者為限。

【評析】

一、法律爭議：對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行之刑者，是否限於各罪範圍均相同，即全部重複再行定其應執行刑之情形，始違反一事不再理原則？

二、有關定應執行刑，在大法庭統一見解前，實務見解分歧：

（一）有認為「曾經裁定其應執行刑之完全相同各罪，全部重複再行裁定其應執行刑者而言，倘前後裁定應執行刑之各罪範圍有異，自無違反一

* 本文作者係執業律師

事不再理原則之問題」，105年度台非字第144號、109年度台非字第122號刑事判決參照。

(二) 有認為「法院應受原確定裁定實質確定力之拘束，不得就該確定裁定已定應執行刑之數罪，其全部或部分再行定其應執行之刑，否則即有違反一事不再理原則」，105年度台抗字第121號裁定、107年度台抗字第658號裁定、109年度台非字第121號等判決參照。

三、承上，在具體操作下，若採上開(一)見解，將原定執行刑之數罪，再加上其他罪，合併定應執行刑【按：非指將原定執行之數罪其中任一罪或數罪抽出，再與其他罪定其執行之情形，倘若隨時可再抽出一罪或數罪改另與其他罪定應執行刑，將造成定應執行案件永無寧日，一再重覆、反覆將已定應執行刑之案件重新排列組合定應執行刑】，或可取得定刑優惠，今大法庭統一見解，將來就已定過執行刑之裁判，不可重複定應執行刑，但基於不利益變更禁止原則，就分屬不同案件之數罪併罰有應更定執行刑之情形，倘數罪之刑，曾經定其執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束，換言之，另定之執行刑，其裁量所定之刑期，不得較重於前定之執行刑加計後裁判宣告之刑之總和。

【裁判字號】最高法院110年度台上字第4738號刑事判決

【裁判案由】誣告

【裁判日期】民國110年8月19日

【裁判要旨】

鄉鎮市調解條例第31條規定：「告訴乃論之刑事事件由有告訴權之人聲請調解者，經調解不成立時，鄉、鎮、市公所依其向調解委員會提出之聲請，將調解事件移請該管檢察官偵查，並視為於聲請調解時已經告訴。」其立法目的，乃為促使當事人善用鄉鎮市調解制度，使告訴乃論之罪之告訴權人，不致因聲請調解程序費時，造成調解不成立時，告訴權因告訴期間屆滿而喪失，以致影響其權益。而告訴權人聲請調解不成立後，告訴權人聲請調解委員會將調解事件移請檢察官偵查應於如何之期間為之？法無明文規定，則依《文義解釋》前揭法條既未設有期間之限制，自無限於「即時」或「同時」始得聲請之；再依《立法沿革之主觀解釋》，徵諸上開規定民國94年5月3日修正理由謂：「依刑事訴訟法之規定，限於有告訴權人之告訴始發生告訴之效果，是本條應限於有告訴權人之聲請調解始得視為於聲請調解時已經告訴，爰配合將『被害人』修正為『有告訴權之人』以資明確。」立法者顯然有意將「聲請調解」與「提出告訴」等視，又囿於調解委員會並非偵查機關，從而乃有「視為」於聲請調解時已經告訴之效果，立法本旨意在保障告訴權之行使；復依《合憲性解釋》之要求，於有不同解釋可能時，自應優先選擇合乎憲法規定及其宣示基本權價值之解釋，以上法律爭議，事涉告訴權人訴

訟權之限制，為保障告訴權人告訴權之充分行使，審判機關亦不應逕行創設法無明文之期間限制，俾符合訴訟權之維護。至於為避免追訴與否懸而未定，無限聽其未定狀態繼續之疑慮，則有待立法循修法途徑明定合宜期限解決，是為正辦。

【評析】

一、本案爭點：鄉鎮市調解條例第31條之視為提出告訴的認定基準？

(一) 按鄉鎮市調解條例第31條規定：

「告訴乃論之刑事事件由有告訴權之人聲請調解者，經調解不成立時，鄉、鎮、市公所依其向調解委員會提出之聲請，將調解事件移請該管檢察官偵查，並視為於聲請調解時已經告訴。」

(二) 承上，要適用上開規定，必須符合以下要件：①告訴乃論之罪

【註：最常見者，如刑法第284條之過失傷害罪、刑法第277條第1項之普通傷害罪、刑法第309條之公然侮辱罪等】、②有告訴權之人聲請調解【註：被害人、被害人之配偶等】、③調解不成立、④向調解委員會提出之聲請，將調解事件移請該管檢察官偵查，當符合滿足4要件，才被視為已經告訴。

(三) 又依鄉鎮市調解條例第31條之規定，告訴乃論之刑事事件，經調解不成立時，該聲請調解者應向調解委員會提出聲請，並由鄉、鎮、市公所將該調解事件移請該

管檢察官偵查，始生「視為於聲請調解時已經告訴」之效果，換言之，故如未經被害人聲請，鄉鎮市公所不得逕行移請檢察官偵查，至於為何設下此限制，應係為避免造成有告訴權之人得徒憑己意無限制延長刑事訴訟法所明定之6個月告訴期間，顯有違鄉鎮市調解條例第31條及刑事訴訟法第237條第1項之立法本旨。

(四) 再者，鄉鎮市調解條例第31條規定雖已設下「經調解不成立時，鄉、鎮、市公所依其向調解委員會提出之聲請，將調解事件移請該管檢察官偵查，並視為於聲請調解時已經告訴」，因法無明定追訴與否之期間，實務就告訴期間之認定，有不同見解：

1. 回歸告訴期間說：

(1) 臺灣高等法院暨所屬法院102年法律座談會刑事類提案第31號、法務部法律決字第0950021683號函：「依鄉鎮市調解條例第31條之規定，告訴乃論之刑事事件，經調解不成立時，該聲請調解者應向調解委員會提出聲請，並由鄉、鎮、市公所將該調解事件移請該管檢察官偵查，始生『視為於聲請調解時已經告訴』之效果，職故，如該聲請調解者未聲請移請檢察官偵查，其告訴期

間仍依刑事訴訟法第237條第1項規定，自其知悉犯人之時起6個月期間屆滿而消滅」。

- (2)臺灣高雄地方法院108年度聲判字第104號裁定：「鄉鎮市調解條例第31條之規定，應指調解不成立當時被害人即為此項『聲請』而言，此乃一獨立之告訴案件，無法事後再補正向調解委員會聲請將該調解事件移請檢察官偵查，而視為於聲請調解時已經告訴，否則凡聲請調解不成立者，其後無論何時，均得聲請調解委員會將調解事件移請該管檢察官偵查，將使告訴期間無限期延長，顯然漠視限制告訴期間係為促使告訴人早日決定是否行使告訴權之立法意旨及公益考量，而與刑事訴訟法第237條第1項規定告訴期間之立法意旨未合」。

2.從寬認定說：

- (1)最高法院109年度台上字第4249號刑事判決：「凡聲請調解不成立者，無論同時或其後6個月內向調解委員會聲請將調解事件移請該管檢察官偵查，均生視為於聲請調解時已經告訴之效果」。
- (2)臺灣高等法院暨所屬法院109年法律座談會刑事類提案第

23號：「鄉鎮市調解條例第31條規定：『告訴乃論之刑事事件由有告訴權之人聲請調解者，經調解不成立時，鄉、鎮、市公所依其向調解委員會提出之聲請，將調解事件移請該管檢察官偵查，並視為於聲請調解時已經告訴。』其立法目的，乃為促使當事人重視鄉鎮市調解制度，樂於聲請調解，使告訴乃論之罪之告訴權人，不致因聲請調解程序費時，造成調解不成立時，告訴權因告訴期間屆滿而喪失，以致影響其權益。而告訴權人聲請調解不成立後，該告訴權人聲請調解委員會將調解事件移請檢察官偵查之期間並無限制，徵諸上開規定94年5月3日修正理由謂：『依刑事訴訟法之規定，限於有告訴權人之告訴始發生告訴之效果，是本條應限於有告訴權人之聲請調解始得視為於聲請調解時已經告訴，爰配合將【被害人】修正為【有告訴權之人】，以資明確。』可見立法者有意將『聲請調解』與『提出告訴』等視，兩者差別僅在於調解委員會並非偵查機關，從而只要調解不成立後，聲請調解之告

訴權人聲請調解委員會將調解事件移請檢察官偵查，即視為於聲請調解時已經告訴，縱然此有無限期延長告訴期間之疑慮，但事涉告訴權人訴訟權之限制，應循修法途徑處理。」

- (3)臺灣臺中地方法院100年度易字第2621號刑事判決：「告訴乃論之刑事事件由有告訴權之人聲請調解者，經調解不成立時，鄉、鎮、市公所依其向調解委員會提出之聲請，將調解事件移請該管檢察官偵查，並視為於聲請調解時已經告訴，鄉鎮市調解條例第31條定有明文。依首揭規定，經調解不成立時，若該有告訴權之聲請人有向調解委員會聲請將調解案件移請檢察官偵查時，則依鄉鎮市調解條例第31條之規定，應視為於聲請調解時已經合法告訴，訴追條件業已完備，檢察官之起訴即為適法。又觀諸上揭法條將告訴人聲請調解時視為提出告訴之意旨，當係為免當事人雙方於調解不成立時，發生：
- 1、因調解時間過長而逾告訴期間；
 - 2、告訴人因不諳法律而逾告訴期間；
 - 3、肇事者自始即有意利用和解或

調解手段拖延被害人致逾告訴期間等結果。…再參照上開法條『鄉、鎮、市公所【依其向調解委員會提出之聲請，將調解事件移請該管檢察官偵查】』之用語，顯係在使告訴人得以藉由向調解委員會提出將調解事件移請該管檢察官偵查之聲請之便利方式，向偵查犯罪機關表明訴追之意，而視為於聲請調解時已經告訴。」

二、綜上所述，在辦案時，處於不同立場（被告方、告訴人方），可分別提出有利於己之見解，不過，最高法院已多次呼籲為避免追訴與否懸而未定，有待修法明定合宜期限解決，日後是否修法以明確期限，值得觀察。

【裁判字號】最高法院110年度台上字第4058號刑事判決

【裁判案由】妨害性自主等罪

【裁判日期】民國110年8月19日

【裁判要旨】

通訊軟體（LINE、WHATSAPP、FACEBOOK等）之對話內容，乃利用電信設備發送、儲存及接收之文字、圖像或訊息之電磁紀錄，倘其取得非經監察，而係由通訊之一方提出者，即不涉「通訊監察」之範疇，並不適用通訊保障及監察法第5條所定法定程序相關之

規定，應予釐清。至通訊軟體所留存歷史對話之電磁紀錄，係以科學通訊原理之作用產生，呈現對話內容之畫面再經翻拍成照片，或轉成譯文書面，即學理上所稱之「派生證據」，具有可接近性（易讀、易懂），其真實性無虞時，對於事實之還原，較諸證人事後根據其體驗所為之供述，因受限於個人記憶、認知、表達能力及意願等，難免有錯漏之虞者，應屬優勢證據，而具較高之證據價值，自得作為證據，原審倘依法定之證據方法（通常為文書）於審判程序依法踐行調查證據，本於直接審理之心證，採為認定事實存否之基礎，自合於證據法則。

【評析】

一、爭點：通訊軟體之對話紀錄擷圖，究屬供述證據或書證？有無傳聞法則之適用？

（一）在實務案件，頗常遇到檢調人員或被告提出通訊軟體（LINE、WeChat）之對話紀錄擷圖，作為證據資料，但此之擷圖，在證據法則上是屬於供述證據或書證，不但涉及有無傳聞法則適用，亦涉及調查方法之不同。

（二）而就通訊軟體之對話紀錄擷圖之性質為何，實務上有不同見解

【按：相關見解不少，僅列舉數則判決】：

1.屬非供述證據：

（1）臺灣高等法院109年度上易字第1879號刑事判決：

LINE通訊軟體或手機簡訊之對話紀錄，係該通訊軟體

或手機所儲存其參與人員間互動對話及情境表達紀錄，即該互動通訊對話內容及情境表達，皆係依據通訊軟體、電子設備之儲存功能，以機械性能儲存參與人對話當時所呈現之連續互動內容及情境表達紀錄，而該紀錄所示連續互動對話與情境表達所呈現之紀錄，其有無證據能力，自應與一般物證相同，端視其取得證據之合法性及已否依法踐行證據之調查程序，以資認定，至其對話內容雖屬供述證據，惟參與對話之人員若於審理中具結證述對話內容確係其本人之談話，亦有證據能力（最高法院107年度台上字第1939號判決意旨參照）。

（2）臺灣高等法院109年度上易字第1014號刑事判決：

傳聞法則乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述而為之規範。而本件告訴人與被告間之LINE對話紀錄翻拍照片，乃是以科學、機械之方式，將告訴人行動電話內LINE對話內容所為忠實且正確之記錄，性質上並非供述證據，應無刑事訴訟法第159條第1項規定之適用。

2.屬供述證據：

臺灣高等法院高雄分院107年度侵上訴字第18號刑事判決：「被告及其辯護人於本院準備程序爭執甲○所傳送之通訊軟體LINE訊息紀錄之證據能力，查甲○所繕打之通訊軟體LINE訊息內容，確屬被告以外之人於審判外之書面陳述。」

3.依具體內容判斷：

(1)最高法院99年度台上字第7252號刑事判決：

行動電話之訊息，係藉諸電信業者所提供之訊息傳送服務功能，經由該業者之電腦網路系統，將表意人表達其思想或意思之聲音、影像、文字或代替文字之符號、圖畫等，加以傳發輸送至他人行動電話或其他電腦終端設備者，因足以為表示其用意之證明，性質上應屬刑法第220條第2項規定之準文書。而文書，以其內容存在之狀態，為證據資料，藉之推論待證事實者，屬於物證，如依其內容所述事實之真偽，推論待證事項真實與否，則該文書與供述證據無異，應依傳聞排除法則審究其有無證據能力。

(2)最高法院98年度台上字第7301號刑事判決：

書面證據在刑事訴訟程序中，依其證據目的不同，而有不同之屬性，有時為供述證據，有時則屬物證性質，亦有供述證據與物證兼而有之情形。如以書面證據記載內容之事實作為供述證據者，亦即以記載之內容確定某項事實，而與一般人陳述依其感官知覺所認知之見聞事實無異者，應依人證程序檢驗該書面證據；若以書面證據本身物體之存在或不作為證據者，係屬物證，須依物證程序檢驗；他如利用科學機械產生類似文書之聲音、影像及符號等作為證據，則屬新型態科技證據，兼具人為供述及物證性質，自須依科學方法先行鑑驗，然後分別依人證或物證程序檢驗之。又所謂傳聞證據，係指審判外以言詞或書面所提出之陳述，以證明該陳述內容具有真實性之證據而言。是以關於書面證據，應以一定事實之體驗或其他知識而為陳述，並經當事人主張內容為真實者，始屬刑事訴訟法第159條第1項所指被告以外之人於審判外之書面陳述，原則上並無證據能力，僅於符合合同法第159條之1至第159條

之5有關傳聞法則例外規定時，始具證據能力。倘當事人並未主張以該書面陳述內容為真實作為證據，或該書面陳述所載內容係另一待證事實之構成要件（如偽造文書之「文書」、散發毀謗文字之「書面」、恐嚇之「信件」），或屬文書製作人之事實、法律行為（如表達內心意欲或情感之書信，或民法關於意思表示、意思通知等之書面，如契約之要約、承諾文

件，催告債務之存證信函、律師函等）等，則非屬上開法條所指傳聞證據中之書面陳述，應依物證程序檢驗之。

二、綜上所述，通訊軟體之對話紀錄擷圖屬新型態科技證據，而實務上以此作為證據方法，越來越頻繁，在證據性質之認定上，也愈趨重要，本文見解，認在判斷上，如未伴有人之主觀意見在內（如現場監視器錄影畫面）、未主張以該書面陳述內容為真實作為證據、或該書面陳述所載內容係另一待證事實之構成要件，宜認定為非供述證據為恰。