



共同正犯之默示犯意聯絡之判斷標準

判決字號 | 最高法院七十八年度台上字第九二二三號刑事判決
判決日期 | 二〇〇七年十二月三日
相關法條 | 刑法第二八、四七、二三一條
相關事 | 共同正犯、默示犯意聯絡

爭點

共同正犯之默示犯意聯絡之判斷標準為何？

觀察重點

一、最高法院認為共同正犯之成立須有數行為人間之主觀犯意聯絡與客觀上共同犯罪行為之分擔。至於犯罪動機起於何人，不影響共同正犯的成立判斷。且只要有犯意聯絡存在即足成立，不以共同正犯之行為人參與每一階段之犯罪行為為必要。

二、本判決並指出，共同正犯間之犯意聯絡不限於特定意思表示之方式，以明示或默示方式為之，皆無不可。參照最高法院九十四年度台上字第三五二

八號判決：默示之犯意聯絡共同正犯，應對其共同犯意聯絡範圍內之全部犯罪事實負責，而其犯意聯絡表示之方法，固不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致者，亦屬之。惟所謂默示之合致，係指依其舉動或其他相關情事，依社會通常觀念，得以間接推知其意思者而言；單純之沉默，尚與默示之合致有間。是以數行為人間之相互利用互為補充的共同實行犯罪的意思，為意思表現的傳達，並無特定的方式之要求。最高法院七十三年台上字第二三六四號判例同此見解。

判決理由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。本件原審審理結果，認為上訴人即被告（下稱被告）鄭○文受僱於某不詳應召業者擔任俗稱馬伕之司機工作，於民國九十三年三月十六日下午六時許，○○○賓館（設台北市忠孝東路○段○○○號○樓）女服務生劉○萍（已據第一審判處罪刑確定）透過該應召業者之媒介，由被告駕駛自用小客車搭載大陸地區成年女子卓○婷至上揭賓館七○六號房間與男客范○傑為性交以營利之犯行明確，因而撤銷第一審關於被告部分科刑之判決，比較刑法之新舊規定後，適用裁判時法改判論處被告共同意圖使女子與他人為性交之行為，而媒介以營利（累犯）罪刑。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並就被告否認犯罪之供詞及其所辯係為追求卓○婷始多次通聯並搭載其至上址各語認非可採，予以論述指駁。檢察官上訴意旨略稱：原判決理由說明被告與卓○婷每日雙向通聯十餘次，可見被告擔任馬伕之次數多

次，而修正前刑法第二百三十一條第二項規定之常業犯刪除後，比較新舊刑法規定，應以修正前之常業犯有利被告，且刑法第三十三條第五款有關罰金最低額部分，亦以舊法有利被告，原判決竟謂成立修正後刑法第二百三十一條第一項之罪，又漏引前段條文，有判決適用法則不當之違法等語。被告上訴意旨略以：（一）、原判決以被告有妨害秩序及妨害風化紀錄前科，認定有如其事實欄所載之犯行，並將此前案紀錄記載於事實一欄，不無違反無罪推定原則與修正刑事訴訟法規定對被告之罪名應最後論定之意旨，而為有罪之預斷；（二）、證人即查獲之警察王○富證稱：被告當時駕駛自小客車搭載一名女子，……，伊前去盤查；被告很緊張，伊試探性詢問小姐是否來應召的，被告在現場就承認了等語，係證人推測之詞，並無證據能力；（三）、被告與女服務生劉○萍並不認識，亦無通聯紀錄；與應召業者間亦乏證據足以證明有何犯意聯絡及行為分擔，僅因開車搭載卓○婷即被認定為共同正犯，實嫌速斷；又原判決對於扣案之0900000000號行動電話SIM卡併為沒收，亦有違誤云云。惟查：（一）、檢察官以常業犯起訴之案件，於各該常業犯之規定刪除之後，究應如何比較適用法律，應依個案審理結果而定。以常業營利媒介為性交罪而言，如法院審理結



果，認為被告所為仍然構成常業營利媒介為性交罪，而其媒介行為為一次者，依刑法第二條第一項新舊法比較結果，應適用修正刑法第二百三十一條第一項前段之營利適用修正前刑法第二百三十一條第二項之常業營利媒介為性交一罪論擬。若以刑法第二百六十六條普通賭博罪與修正前同法第二百六十七條常業賭博罪為例，則依新舊法比較適用結果，縱依新法各別論斷多次之結果，均為刑度較輕之罰金刑，仍較依舊法以一常業賭博罪論處之刑責較有利於被告，自應一律適用裁判時法。本件原判決認定被告所為該當於常業營利媒介為性交罪之構成要件，惟其媒介行為僅一次，因此綜合與罪刑有關之刑法第二十八條共同正犯、第四十七條累犯、第三十三條第五款罰金刑最低額與修正前刑法第二百三十一條第二項、修正後同條第一項等規定之一切情形，綜其全部之結果而為比較，認為適用修正刑法第二百三十一條第一項規定之營利媒介為性交一罪有利於被告，依上說明，即無不合；雖所引條文漏載第一項前段，而有微疵，惟此之疏失非不得由原審裁定補正，要無檢察官上訴意旨所指適用法則不當之違法可言。至於原判決論列被告與卓○婷有多次之通聯紀錄，主要在於駁斥被告之辯解如何不可採取，並非認定被告有多次媒介犯行，檢察官此部分之上訴，

尚有誤會。(二)、審判長就被告科刑資料之調查，應於被訴事實訊問後行之，刑事訴訟法第二百八十八條第四項定有明文。立法意旨在於我國刑事訴訟不採陪審制，認定犯罪事實與科刑均由同一法官為之，為恐與犯罪事實無關之科刑資料會影響法官認定事實之心證，因此將論罪事實與科刑之調查程序予以分離，明定與犯罪事實無關之科刑資料不得先於犯罪事實之證據而為調查，乃有關審判期日調查證據順序之程序規定。所謂科刑（或稱刑罰裁量、量刑）資料係指刑法第五十七條或第五十八條所規定之內容，亦即科刑之標準與基礎應如何具體審酌取捨之問題。第五十七條第五款「犯罪行為人之品行」，當包括其之前科紀錄及品格。此等資料必也經過調查，始有刑事訴訟法第三百十條第三款所定「有罪之判決書，應於理由內記載科刑時就刑法第五十七條或第五十八條規定事項所審酌之情形」，否則何來審酌並將之記載於有罪判決內之可言，尤與為有罪之預斷無所關涉。本件依審判筆錄之記載，原審審判長關於被告科刑（前案）資料之調查，係在訊問被訴事實之後，並未違反上開條文之規定。原判決援引為量刑審酌之事由之一，自屬有據，並無所謂為有罪之預斷情形。至原判決於事實欄記載被告之前案執行情形，旨在認定其構成累犯加重



事由，此項構成要件以外之其他適用法律事實，本可無須在「犯罪事實」欄中記載。原判決贅為記載，亦難謂與判決本旨有何影響。被告上訴意旨(一)所指，並非適法之第三審上訴理由。(二)、證人以聞自被告在審判外所為不利其本人之陳述作為內容而為之轉述，本質上等同於被告審判外之自白或其他不利於己之陳述，除應受刑事訴訟法第一百五十六條第一項自白法則精神之規範外，因其亦屬傳聞供述，依同法第一百五十九條之五第一項同意法則之法理，如經原供述人即被告之言詞或書面予以肯認者，自得為證據；至被告未有肯認該陳述者，倘審判中已經給予被告充分詰問之適當機會，得以確保該陳述之真實性，亦具證據適格。證人所轉述之被告於審判外所為不利於己之陳述，已否合乎上開規定而得為證據，係證據能力之問題；至其轉述之內容依刑事訴訟法第一百五十六條第二項規定，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，則屬證據證明力之範疇。證人王○富於原審法院上訴審所證：伊試探性詢問被告其所搭載之小姐是否係前來應召，被告在現場就承認等語，係轉述被告在審判外向其承認犯罪之陳述，尚非其個人意見或推測之詞。上情已據被告對該證人詰問甚詳，有九十三年十二月三日審判筆錄可稽。原判決認其有證

據能力，並採為判斷之依據，並無不合。被告上訴意旨(二)，亦無可取。(三)、刑法共同正犯之成立，祇須具有犯意之聯絡，行為之分擔，既不問動機起於何人，亦不必每一階段犯行，均經參與。且該犯意之聯絡，不以數人間直接發生者為限，其有間接之聯絡者，亦包括在內，倘就客觀事實可認其彼此間已有明示或默示意思合致，即應就合同意思之犯罪行為共同負責。原判決已就被告與劉○萍及應召業者間，如何互有犯意之聯絡及行為分擔，應成立共同正犯之認定依據與理由，暨扣案之SIM卡應併為論知沒收之論據各情，詳加說明，並無判決理由不備等違法情形。被告上訴意旨執此指摘，難認係合法之第三審上訴理由。至被告其他上訴意旨，係置原判決之明白論斷於不顧，仍持原判決已說明理由而捨棄不採之陳詞辯解，全憑己見，再為單純事實上爭執；或就屬於事實審法院採證認事職權之行使，任意指摘為違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。依上所述，本件檢察官及被告之上訴均違背法律上之程式，俱應予駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。☞

(本篇已授權收錄於月旦法學知識庫及月旦系列電子雜誌☛www.lawdata.com.tw)