

序

本實例書設想的定位，在於搭配教科書使用，兩者任務皆在於傳遞體系性的刑事訴訟法基礎知識。兩者關係猶如按照對位法組織在一起的「賦格曲」，相互呼應的聲部以不同的音高，在不同的時間相繼進入樂句，形成各個聲部彼此對應、不斷加強賦格主題的旋律效果。

教科書以理論體系及規範邏輯作為寫作藍本與敘述順序，架構講究綱舉目張，內容往往森羅萬象，固然提供解決實際個案的基本素材，但個別主題較難被凸顯，敘述內容也難免被稀釋。反之，本實例書的切入角度則是「具體實例及問題意識」，各篇皆以此為出發點，聚焦在幾項特定刑訴主題的相互連結與實際運用，據此開展體系性、交錯性的案例解析。本來，法律知識是由無數的案例經驗不斷歸納、累積而成，但在化繁為簡的體系化過程中，也不免被抽象化。彌補之道的不二法門，在於回歸具體案例，這也是德國法學教育的典範所在，從大一公、民、刑法基礎課程開始，就一律搭配案例演習。

本書各篇主題的寫作體例，依序皆為：〔案例〕→〔壹、提要〕（點出問題意識及案例爭點所在，包含相關法條及關鍵詞指引）→〔貳、解析〕（案例解析正文，所涉相關爭議之詳細說理及論述）→〔參、結論〕（案例結論摘要）→〔肆、附錄〕（相關實務見解及其他指引）。

素材方面，本書諸多實例取材自我國新近裁判處理的實際本土案例，另從問題意識延伸及相關理論開展的角度，予以改編、設例，以期面對千變萬化的個案時，能夠舉一反三。解析案例時，除包含我國立法動向、最新實務見解及國內外學說發展的基礎說明外，特別著重一以貫之的刑訴知識體系之推理與鋪陳，而非甲說乙說式的簡化羅列或遽下結論的速解。此外，本書再三強調案例解析的審查結構與先後檢驗順序，諸如刑事訴訟上的基本權干預、犯罪挑唆、起訴法條變更、不利益變更禁止等重要刑訴議題，皆是按照審查順序，逐一鋪敘。

最後，這本書的出版，要感謝的人太多。首先，要由衷感謝所有刑事訴訟法前輩及本書所引用裁判與文獻的作者，若非這些前人筆路藍縷及聚沙成塔的努力，本書當無問世的可能。其次，在出版事宜方面，要特別感謝姜德婷、高世軒、陳建廷、洪瑋廷、吳于禎及葉宛兒的細心校對，及新學林出版公司的編務協助。由於眾人之助，本版得以避免許多疏失，筆者感念在心！儘管如此，因內容幅度及出版時程之故，掛一漏萬之處在所難免，如有缺漏部分尚請讀者見諒。

2019 年大寒於菁山森林

四版序

本書於 2019 年 3 月初版後，由於同年 5 月立法院三讀通過 20 餘條刑法修正條文，包含刪除業務過失、提高故意傷害及過失致死之刑度等，以致於影響原案例解析的引用條次、內文敘述及法律適用關係（例如故意傷害原屬不得上訴第三審之案件，修法後得上訴第三審）。是以，2019 年 7 月本書 2 版，於最新立法變動範圍內，相應更新，調整幅度約 20 餘頁（如【例 2】、【例 13】之業務過失用語及法條項次；【例 6】、【例 17】、【例 20】、【例 24】之傷害刑度敘述等），其餘無關上開修法部分則維持不變。

2 版修正改版後，刑事訴訟法又修正數十條規定，於 2020 年 1 月陸續公布，本書隨之增修，如延長再議及上訴期間（調整【例 16】、【例 17】內文敘述）；另如修法放寬再審救濟門檻、增訂被害人訴訟參與制度（新增【例 7-1】）。本書 3 版共新增【例 7-1】（羈押審查、被告本人、被害人代理人及聲請再審之閱卷）、【例 8-1】（限制出境、撤銷羈押、停止羈押及其替代措施）及【例 25】（第三人沒收之聲請參與、漏未判決及救濟），以期將近來刑訴法相關的重要司法院解釋（如釋字 737、762）、實務裁判（如大法庭裁定）及新修正規定（如限制出境、再審聲請、被害人訴訟參與）等，納入案例解析。

3 版修正後，2021 年 5 月立法院又增修第 348 條，故本書 4 版更新原【例 18】、【例 22】之內文敘述。此外，鑑於科技偵查於理論與實務上與日遽增之重要性，4 版新增【例 11-1】（雲端硬碟搜索與來源端通訊監察）。修訂工作繁瑣，若 4 版增修仍有疏漏之處，尚請讀者不吝指教，謝謝！

2021 年處暑於南山部落

目錄

◎ 罪疑唯輕原則之適用範圍（例 1）	1
◎ 被告地位之形成與告知義務之違反（例 2）	13
◎ 規避被告地位之證人訊問（例 3）	29
◎ 非任意性自白之繼續與放射效力（例 4）	41
◎ 不自證己罪於非刑事程序之前置效力（例 5）	57
◎ 強制辯護案件及其判定基準（例 6）	75
◎ 多數辯護與共同辯護（例 7）	91
◎ 羈押審查、被告本人及被害人之閱卷權（例 7-1）	103
◎ 刑事訴訟上之基本權干預體系：GPS 案（例 8）	117
◎ 限制出境、撤銷與停止羈押及其替代措施（例 8-1）	135
◎ 逕行搜索與偶然發現物之扣押（例 9）	147
◎ 保全執行扣押、扣押種類及其競合（例 10）	163
◎ 犯罪挑唆之檢驗層次及法律效果（例 11）	181
◎ 雲端硬碟搜索與來源端通訊監察（例 11-1）	197
◎ 嚴格證明與被害人、告訴人之證人原則（例 12）	211
◎ 對質詰問觀點的傳聞續造：基本原則（例 13）	227
◎ 隔別訊問、被告缺席審判與異議方案（例 14）	247
◎ 人之證據方法、鑑定證人與機關鑑定（例 15）	265
◎ 撤銷緩起訴處分之瑕疵與救濟（例 16）	277
◎ 緩起訴期間內之提起自訴與公訴（例 17）	299
◎ 牽連管轄、追加起訴與漏判救濟（例 18）	311
◎ 效力範圍、交付審判之起訴審查與救濟（例 19）	323
◎ 案件同一性與變更起訴法條（例 20）	335

II◎目錄

◎ 被告防禦權與事實基礎變更（例 21）	351
◎ 論罪、科刑與沒收之一部上訴（例 22）	363
◎ 不利益變更禁止原則之審查順序（例 23）	383
◎ 被告缺席審判及法律審之救濟（例 24）	397
◎ 第三人沒收之聲請參與、漏未判決及救濟（例 25）	415

凡 例

- 一、本書各篇主題寫作體例，依序皆為：〔案例〕→〔壹、提要〕（點出問題意識及爭點所在，包含相關法條及關鍵詞）→〔貳、解析〕（案例解析正文）→〔參、結論〕（案例結論摘要）→〔肆、附錄〕（相關實務見解及其他指引）。參考文獻以內文註的方式呈現；主要參考書目則用略式引註法，以節省篇幅。
- 二、本書配合拙著刑訴教科書（林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊/下冊）》）使用，引用教科書時以章節標示。例如：刑訴 I-Ch11:1.2 表示請參閱教科書「上冊：第十一章、壹、二」；刑訴 II-Ch19:4.4.3.1 表示請參閱教科書「下冊：第十九章、肆、四、（三）、1」。教科書改版時，頁數雖然改變，但章節標示通常不變，使用舊版書之讀者仍可憑章節指引而找到引註的正確位置，便利查閱。拙著《新刑法總則》教科書及《沒收新論》手冊，同此引用方式。
- 三、本書以略語引用解釋例與裁判之年度、文號，例示如下：

105 釋 737：司法院（大法官）民國 105 年釋字第 737 號解釋
 31 院 2284：司法院民國 31 年院字第 2284 號解釋
 103.09.02 刑議 14-2：最高法院民國 103 年 9 月 2 日第 14 次刑事庭會議決議（二）
 107 台上 987：最高法院 107 年度台上字第 987 號刑事判決
 108 台上大 3101：同上，字號為大法庭刑事裁定
- 四、引用法律名稱，多用略語。稱本法者或未特別標明者，均指刑事訴訟法，例示如下：

§ 348 II 前	刑事訴訟法第 348 條第 2 項前段或本文
§ 404 I 但 ①	刑事訴訟法第 404 條第 1 項但書第 1 款
§§ 299, 301	刑事訴訟法第 299 條與第 301 條
§§ 302~	刑事訴訟法第 302 條以下

IV◎凡例

§§ 302~304 刑事訴訟法第 302 條至第 304 條

五、常用相關法律略語如下：

民＝民法。民訴＝民事訴訟法。刑＝刑法。行訴＝行政訴訟法。
兩公約＝公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公
約施行法。施行＝刑事訴訟法施行法。通訊＝通訊保障及監察
法。組織＝組織犯罪防制條例。

ECHR＝歐洲人權法院。GG＝德國基本法。HRC＝（聯合國）人
權事務委員會。ICCPR＝公民與政治權利國際公約。StGB＝德國
刑法。StPO＝德國刑事訴訟法（按：條文中譯以「連孟琦譯，《德
國刑事訴訟法》，2016 年版」為準）。

- 六、主要參考書目，使用略式引註法；常用教科書及註釋書之略稱，
請參閱以下參考書目表。德文文獻以全書邊（編）碼（如：Beulke/
Swoboda, StPR, Rn. 273，表示該書第 273 段邊碼）或章節/邊碼引
註（如：Roxin/Schünemann, StVR, 44/50，表示該書第 44 章第 50
段邊碼）；無邊碼者則以頁數表示（如：S. 37 指第 37 頁）。德文
註釋書一律以法條/邊碼方式引註（如：M-G/S, StPO, § 136a Rn.
28，表示該註釋書第 136a 條第 28 段邊碼）。

參考書目

- 王兆鵬、張明偉、李榮耕（合著），**刑訴 I, II：《刑事訴訟法（上/下）》**，2018 年 4 版。
- 朱石炎，**刑訴：《刑事訴訟法論》**，2018 年 8 版。
- 何賴傑、林鈺雄、陳運財、黃朝義（合著），**《刑事訴訟法實例研習》**，2000 年（引用方式：合著實例/作者，篇名，頁數）。
- 林山田，**刑訴：《刑事程序法》**，2000 年增訂 3 版。
- 林永謀，**刑訴 I, II, III：《刑事訴訟法釋論（上/中/下）》**，2010 年改訂版。
- 林俊益，**刑訴 I, II：《刑事訴訟法概論（上/下）》**，2018 年 18/14 版。
- 林鈺雄，**註釋/搜索：《搜索與扣押—註釋書》**，2001 年（引用方式：條次/邊碼）。
- 林鈺雄，**刑訴 I, II：《刑事訴訟法（上/下）》**，2020 年 10 版（章節引註，參凡例之說明）。
- 林鈺雄，**刑總：《新刑法總則》**，2021 年 9 版（章節引註，參凡例之說明）。
- 林鈺雄，**沒收：《沒收新論》**，2020 年 9 月初版（章節引註，參凡例之說明）。
- 林鈺雄主編，**沒收 I：《沒收新制（一）：刑法的百年變革》**，2016.07。
- 林鈺雄主編，**沒收 II：《沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元》**，2016.09。
- 林鈺雄主編，**沒收 III：《沒收新制（三）：不法利得的剝奪》**，2019.03。
- 林鈺雄主編，**沒收 IV：《沒收新制（四）：財產正義的實踐》**，2019.05。
- 林鈺雄主編，**沒收 V：《沒收新制（五）：沒收實例解析》**，2020.10。
- 許澤天，**刑各 I, II：《刑法各論（一）財產法益篇/（二）人格法益篇》**，2018 年 2 版/2017 年。
- 陳子平，**刑總：《刑法總論》**，2017 年 4 版。
- 陳子平，**刑各 I, II：《刑法各論（上/下）》**，2017 年 3 版/2016 年 2 版。
- 陳樸生，**刑訴：《刑事訴訟法實務》**，1999 年再訂版。
- 陳樸生，**刑訴爭議：《刑事訴訟法爭議問題研究》**，1987 年。
- 黃朝義，**刑訴：《刑事訴訟法》**，2017 年 5 版。
- 張麗卿，**刑訴：《刑事訴訟法理論與運用》**，2018 年 14 版。
- 黃東熊，**刑訴：《刑事訴訟法論》**，1999 年增訂初版。
- 褚劍鴻，**刑訴 I, II：《刑事訴訟法論（上/下）》**，1998 年 3 次修訂版。

VI◎參考書目

※ 常引論文集（僅列筆者之著作，其餘文獻參各篇實例內文註）

- 林鈺雄，《檢察官論》，1999.04。
- 林鈺雄，《刑事法理論與實踐》，2001.08。
- 林鈺雄，《嚴格證明與刑事證據》，2002.09，台大法學叢書 132。
- 林鈺雄，《刑事程序與國際人權》，2007.12，台大法學叢書 178。
- 林鈺雄，《干預處分與刑事證據》，2008.01，台大法學叢書 179。
- 林鈺雄，《刑法與刑訴之交錯適用》，2008.08，台大法學叢書 180。
- 林鈺雄，《刑事程序與國際人權（二）》，2012.03，台大法學叢書 206。
- 林鈺雄，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，台大法學叢書 216。
- 林鈺雄，《刑事程序與國際人權（三）》，2020.01，台大法學叢書 233。

※ 外文文獻

- Beulke/Swoboda, StPR: Strafprozessrecht, 14. Aufl., 2018.
- Fezer, StPR: Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 1995.
- Joecks, StPO: Studienkommentar StPO, 4. Aufl., 2015.
- KK-StPO: Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 7. Aufl., 2013 (zit. KK-StPO/Bearbeiter).
- M-G/S, StPO: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 61. Aufl., 2018.
- Kühne, StPR: Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2010.
- LR-StPO, 1987ff./1997ff./2006ff.: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 24./25./26. Aufl. (zit. LR-StPO/Bearbeiter)
- Meyer-Ladewig, EMRK: EMRK – Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Handkommentar, 4. Aufl., 2017.
- Roxin/Schünemann, StVR: Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., 2017.
- Seiler, StPR: Strafprozeßrecht, 15. Aufl., 2016.
- SSW-StPO: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Kommentar, 3. Aufl., 2018 (zit. SSW-StPO/Bearbeiter)
- Wessels/Beulke/Satzger, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 44. Aufl., 2014.

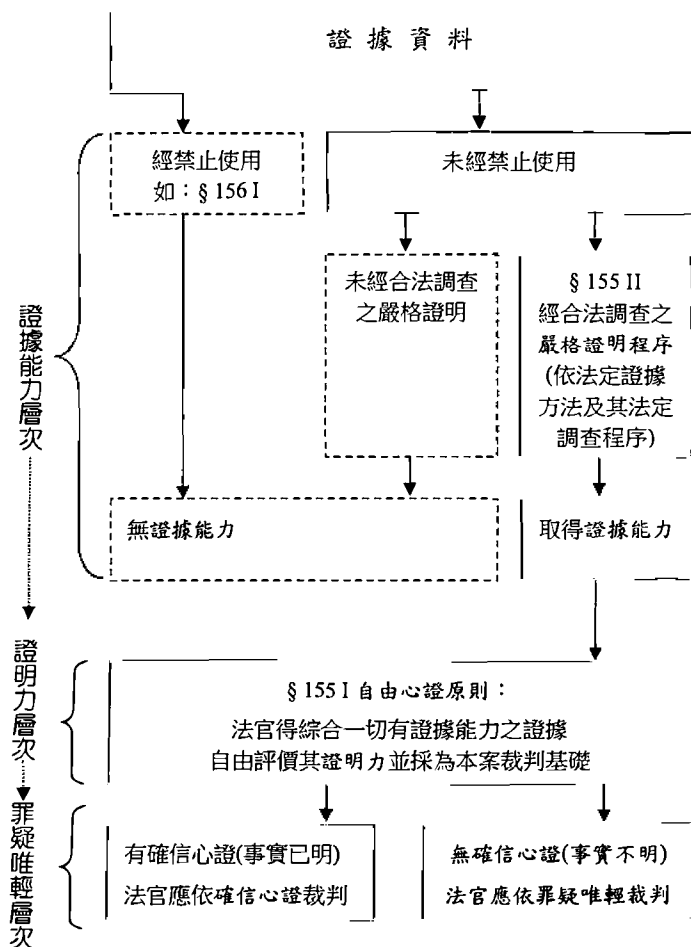
罪疑唯輕原則之適用範圍

甲涉嫌放火燒燬現供乙使用之透天厝（刑§ 173 I），檢察官偵查後雖未至確信甲的犯行，但仍認為有足夠犯罪嫌疑而提起公訴。試問下列各種情形，本案法院經審理調查後，最後若仍未形成確信，應否適用罪疑唯輕（疑利被告）原則？最後應如何裁判？

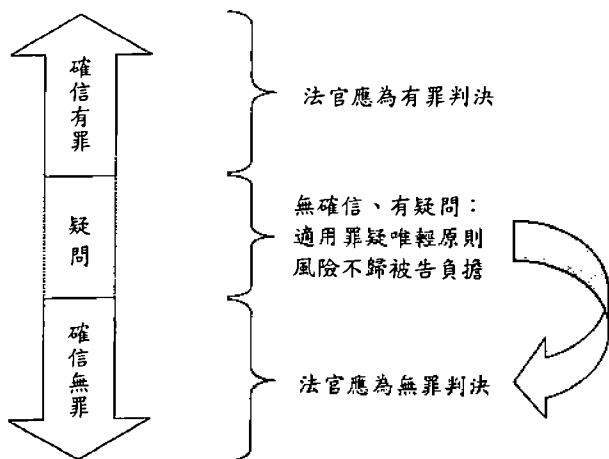
- 1、法院雖確定乙宅被放火燒燬之事實，惟綜合一切證據評價後，仍無法確定究竟是何人燒燬乙宅。
- 2、法院雖確定甲燒燬乙宅之事實，惟綜合一切證據評價後，仍無法確定甲是出於故意放火或過失失火而為之（刑§ 173 I?, II?）。
- 3、法院雖確定甲於乙透天厝一樓潑灑汽油後放火，一樓桌椅已經獨立燃燒且毀壞，惟由於此種情形構成既遂或未遂，實務及學說法律見解不一（刑§ 173 I?, III?）。
- 4、設若本案經第一審宣判罪刑，甲當庭捨棄上訴，但又於上訴期間內提起上訴，並表示先前捨棄是因為受乙脅迫所致。法院經調查後仍無法確認該脅迫事實是否存在。

2◎罪疑唯輕原則之適用範圍（例1）

※ 圖表 1：證據體系與罪疑唯輕原則



※ 圖表 2：確信心證與罪疑唯輕



壹、〔提要〕

【相關條文】§ 154

【關鍵詞】罪疑唯輕、有疑唯利被告、自由證明

系爭案例為罪疑唯輕原則之適用範圍問題¹，包括是否適用於實體犯罪事實之有無及輕重（Q1、Q2）、法律評價之問題（Q3）及程序事實之判斷（Q4）。

¹ 參林鈺雄，〈論罪疑唯輕原則〉，《嚴格證明與刑事證據》，2002.09，頁143-176；其他問題參黃常仁，〈「罪疑唯輕」與「選擇確定」〉，《刑事法雜誌》，41:4 期，1997.08，頁38-58；蔡聖偉，〈論罪疑唯輕原則之本質及其適用〉，刊：《戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集》，2004.01，頁131-181。Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 25; Roxin/Schünemann, StVR, 11/1, 45/56 ff.

貳、〔解析〕

一、罪疑唯輕之原則

（一）概念內涵

罪疑唯輕原則，又稱為有疑唯利被告（in dubio pro reo; im Zweifel für den Angeklagten）之原則，是指關於實體犯罪事實之認定，若法院已經窮盡證據方法而仍存在無法排除的疑問時，應為對被告有利之認定；反面言之，法院為不利於被告之犯罪事實認定，以經過證明並獲得確信者為前提（※圖表 1、2 參照）。

此項原則具有實體法與程序法的雙重內涵：一方面，它補充了實體法的罪責原則（Schuldprinzip; nulla poena sine culpa），也就是唯有具備罪責的被告才應該被處罰。另一方面，本項原則補充了程序法的證據評價原則，亦即，被告之罪責必須在合乎訴訟規則的程序中被證明，法官依法踐行調查證據程序之後，如果依照自由心證原則（§ 155 I），最後就犯罪事實仍然未能獲致確信者（※圖表 1 參照），此時，自由心證已經窮盡，但是法官還是必須為判決。罪疑唯輕原則要求，法官此時應為有利被告之判決（※圖表 2 參照）。

簡言之，罪疑唯輕原則是指導法官在對犯罪事實「未能形成確信的疑問時」，應如何判決的「裁判法則」（Entscheidungsregel）。此外，由於無罪推定原則具有多重面向，其中之一是：被告罪責（實體犯罪事實）必須被證明至毫無合理懷疑的確信（Überzeugung）程度時，法院始能為該有罪判決，否則即應依無罪推定而為無罪判決（§§ 154 I, 299, 301）；因此，如果法院最後關於被告犯罪事實的疑問發生在「有、無」之間，而非僅「輕、重」之別而已，則罪疑唯輕與無罪推定原則即產生競合適用情形，兩者同樣要求法院最後應為無罪判決²。附帶說

² 實例如 96 台上 234（參附錄）。Vgl. auch Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 25; Roxin/Schünemann, StVR, 11/1.

明，刑事訴訟並無完全相當於民事訴訟之舉證責任，但若要借用該概念，僅能說：罪疑唯輕原則及無罪推定原則，就是刑事訴訟法上的「客觀舉證責任」（證明負擔）！

（二）適用範圍

罪疑唯輕原則有其適用範圍。簡言之，無論從此項原則的歷史發展或理論基礎而言，並非所有刑事訴訟過程的疑問，都應為對被告有利的認定。關於其適用範圍的基準，分為4點結論說明：

1、本項原則僅適用於「事實領域的疑問」；相對地，關於「法律問題的疑義」，並不適用之。

2、本項原則適用於「罪責與刑罰」之實體事實的疑問，但並不直接適用於「程序事實」（如原審踐行訴訟程序有無違誤）的疑問。不過，近年來此一傳統見解也受到不少挑戰。

3、本項原則乃「裁判者」（法官）之裁判法則，是以，僅能運用於「審判程序」，並不適用於偵查階段檢察官關於實體事實之疑問，也與檢察官應否起訴的決定無關。

4、本項原則乃拘束法官如何裁判之「裁判法則」，而非教導法官如何綜合評價證據證明力的「證據評價法則」（按：證明力評價乃§155 I自由心證原則之問題），因此，法官必須在「綜合全部證據評價結束之後」，最後對於犯罪事實仍然不能形成完全的確信之時，才能運用罪疑唯輕原則（※圖表1）³。法官尤其不應將審理調查過程所出現的各項證據，獨立出來「個個擊破」，即不應單獨運用有利被告之證據評價⁴，而應以自由心證綜合評價所有證據，最後仍有疑問時，始生罪疑唯

³ 參林鈺雄，刑訴I-Ch05:2.1.2。我國實務近例從之，例示如106台上1229：「所謂罪疑唯輕原則（又稱有疑唯利被告原則），係指關於罪責與刑罰之實體犯罪事實的認定，若法院已經窮盡證據方法而仍存在無法形成確信之心證時，應為對被告有利之認定。而此原則是在法院依法調查證據，並於證據評價結束之後，方有適用，其存在之內涵，並非在如何評價證據之證明力，而係在法官於未能形成心證之確信時，應如何判決之裁判法則。」105台上2933、106台上2252（參附錄）同旨。

⁴ 參閱陳瑞仁，〈刑事訴訟新制之檢討與再造—以檢察官之立場為中心〉，《法

輕的適用問題。

二、本案具體之適用

（一）實體事實領域的疑問（Q1、Q2）

案例所示 Q1、Q2，屬於罪疑唯輕原則最為典型之運用範圍。簡言之，兩者皆為法院於審判程序，雖歷經審理、調查，並綜合一切證據依照自由心證原則評價之後，最後仍未能就被告實體犯罪事實形成確信的情形。兩者差別僅在於 Q1 為被告犯罪事實「有、無」之疑問，而 Q2 乃被告犯罪事實「重、輕」，即構成故意放火或過失失火之事實疑問。附帶說明，案例所示檢察官就被告甲放火犯罪事實，雖未至形成有罪確信之心證程度，但因屬偵查階段並不適用罪疑唯輕原則，只要偵查結果認為有「足夠犯罪嫌疑」，仍得依法提起公訴（§ 251 I），其起訴行為不生違反罪疑唯輕原則之問題。

據此，Q1 情形，法院僅確定乙宅被放火燒燬之事實，但最後仍無法確定究竟是否為甲所為，既然欠缺毫無合理懷疑的有罪確信心證，本於罪疑唯輕及無罪推定原則，法院應以「不能證明被告犯罪」而諭知無罪之判決（§ 301）。

Q2 情形，法院僅確定甲燒燬乙宅之事實，但最後仍無法確定甲是出於故意放火（刑§ 173 I）或過失失火而為之（刑§ 173 II）。由於任何有罪判決，法官對於所有的犯罪成立要件（包括客觀要素及主觀要

官協會雜誌》，9:2 期，2007.12，頁 99：「在『證明力』方面，裁判者所面臨的最大挑戰...，是如何綜合各項證據（含情況證據）做一最後判斷，法官不能...以切割方式對各項證據單獨判斷其證明力，然後個個擊破，每樣證據都不足以證明被告犯罪，而為無罪判決。...證明力之判斷應是以『普通常識』綜合各項證據為之，而不是個別切割後再去秤重」；「例如(1)死者住處二十公尺處遠的監視器有拍到被告於案發前騎車經過(2)死者鄰居在案發前二天有目睹被告與死者發生激烈口角(3)死者家中之玻璃杯有被告指紋(4)死者生前所戴的金飾在被告家中搜出。這四項證據如果切割來看，(1)被告有可能剛好路過 (2)被告不可能只為一次口角即殺人 (3)被告以前有可能去過死家喝水 (4)金飾有可能是死者生前送給被告的，要個個擊破當然易如反掌。」

素)，都必須形成其確信；相反地，只要最後仍有所疑問者，便應為對被告有利之認定。既然「重」罪名之實體犯罪事實最後仍有疑問，依照罪疑唯「輕」原則，法院僅能判處「輕」罪名之失火燒燬現供人使用住宅罪（刑§ 173 II）。但應注意，本案由於判決法條與起訴法條有別，因此法院於審理程序時，應先踐行變更起訴法條程序（§ 300），始為合法⁵。

（二）法律解釋適用的疑問（Q3）

由於罪疑唯輕原則，僅是用來解決「事實」不明時法官如何裁判的準則，而 Q3 情形則涉及法律問題的解決，應該取決於各該法律規範的解釋方法與運用準則。據此，法官對於系爭刑法規定如何解釋或其他法律問題產生疑義時，不得逕行援引罪疑唯輕原則而為對被告有利的解釋或認定。當然，裁判的結果，可能有利、可能不利於被告，但是，縱使是法官最後採信有利於被告的法律解釋，也不是因為罪疑唯輕原則適用之結果。

例如，法官不得對被告為不利的類推適用，但這是因為罪刑法定原則（刑§ 1 參照）適用的結果，無關罪疑唯輕原則。再如，設若某項事實已經確認，只是該項事實應該包攝於實體刑法之 A 犯罪構成要件（如刑§ 173 I 的既遂犯）或 B 犯罪構成要件（如刑§ 173 III 的未遂犯）有疑義者，這是典型的法律解釋適用問題，法官應該依照各該相關法條的法律要件及其解釋基準而為裁判，但此亦與罪疑唯輕原則無關。

Q3 情形，實體犯罪事實為「甲於乙透天厝一樓潑灑汽油後放火，一樓桌椅已經獨立燃燒毀壞」，並無疑義，關鍵只在於對此事實應為既遂或未遂的法律評價而已。關此，學說實務雖有爭議⁶，但無論法律見解孰是孰非，關鍵都在於該實體事實究竟應該評價為放火既遂（刑§ 173 I）或放火未遂（刑§ 173 III）而已，此乃法律之解釋適用問題，而非事實之判斷認定問題。據此，法官不得逕行適用罪疑唯輕原則而

⁵ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:4.4；本書之〈案件同一性與變更起訴法條（例 20）〉。

⁶ 問題爭點，參陳子平，刑各 II，頁 12-16。

為對被告有利（未遂）的認定；縱使法官採納未遂說而為判決，也與罪疑唯輕原則無關；反之，即便法院採納既遂說而為判決，也不生違反罪疑唯輕原則之問題。

（三）程序事實的疑問（Q4）

於 Q4 情形，系爭問題為罪疑唯輕原則與訴訟行為表意瑕疵之關係，亦即，諸如捨棄上訴等訴訟行為之表意有瑕疵者，產生何種法律效果？瑕疵存否不明時，有無罪疑唯輕原則之適用？以下分別說明⁷。

1、捨棄上訴與訴訟行為之表意瑕疵

被告為上訴權人，對於下級法院判決得本於當事人地位提起上訴（§§ 3, 344 I）。被告得捨棄其上訴權；捨棄上訴，應以書狀為之，但於審判期日（含宣判期日）得以言詞為之；一經合法捨棄者，當事人即喪失上訴權（§§ 353, 358, 359），縱使於上訴期間之內，亦不得再行上訴，否則法院應以上訴不合法而駁回之（§§ 362, 367）。

本案首應檢討捨棄上訴之訴訟行為，是否合法生效。訴訟行為，依照其效力作用為區別基準，可以略分為取效行為和與效行為，取效行為（*Erwirkungshandlungen*）是指訴訟行為的目標僅在於引發另外一個訴訟行為，亦即，作用僅在於透過影響另外一個訴訟主體的行為（尤其是法院判決）來形成程序而已，例如檢察官之具體求刑或被告之無罪答辯。反之，與效行為（*Bewirkungshandlungen*）則是直接形成特定訴訟結果的訴訟行為，原則上並不取決於其他訴訟主體的訴訟行為，捨棄上訴即為一例。與效行為一經表意即生效果，既不得附條件，原則上不得再行撤回其意思表示。

至於錯誤、詐欺、脅迫等表意瑕疵，是否以及在何等範圍之內影響訴訟行為的有效性？一般而言，訴訟行為的表意瑕疵，尤其是與效行為，基於法安定性的考量，原則上並不影響其效力，只在表意瑕疵

⁷ 參林鈺雄，註1文，頁156-164；下述訴訟行為及捨棄上訴問題爭點：林永謀，刑訴III，頁24-26；林鈺雄，刑訴I-Ch07:3；刑訴II-Ch21:5.1。

極其嚴重，即個案正義需求（或稱具體妥當性）明顯優於法安定性考量的例外情形時，才能否定訴訟行為的效力⁸。例如，若是基於詐欺、脅迫或因法院本身違反訴訟照料義務所致的捨棄，根本不發生捨棄之效力，因此，也無再行撤回其意思表示之問題。

2、表意瑕疵之認定與罪疑唯輕

捨棄上訴若係基於脅迫而來者，固然不生捨棄及喪失上訴權之效力。法院依照自由證明（Freibeweis）之法則，若是對於上開程序爭點已經產生大致相信的心證者，即得判定之⁹。然而，如果對於捨棄上訴是否基於脅迫而來之問題無此心證而仍有疑問者，應否依照罪疑唯輕原則而為對被告有利之認定？

程序事實（諸如訴訟行為是否合法、原審踐行之訴訟程序有無違誤）原本並非罪疑唯輕原則之適用範圍，已如前述（所以才稱其為「罪」疑唯輕），但近來亦有主張將其範圍擴張適用至（特定的）程序事實者¹⁰。然而，所謂的程序事實，包羅萬象，各自有其不同的考量基準，不能一概而論，例如具有實體、程序雙重性質的追訴權時效問題，即非單純的程序爭點；並且，縱使最後結論上認為法院應為對被告有利之程序事實認定者，其立論基礎往往也不是來自於罪疑唯輕原則本身，而是來自於「其他」訴訟原則之考量。是以，關於程序事實有疑問時，法官究竟應該如何認定之問題，應先區分各該程序事實之類型，

⁸ 99 台上 3047：「上訴人雖於原審以其撤回上訴係因誤聽所致，乃出於錯誤，爰聲請繼續審判云云，然上訴人既具狀明白表示撤回之意思，其空言主張係出於錯誤，已難憑採，況撤回上訴之原因為何，於撤回上訴之效力本不生影響，且撤回上訴本係上訴權人之權利，一旦行使，刑事訴訟法亦無得再行撤回其原先『撤回上訴』之規定，則上訴人撤回其上訴後，…上訴權應已喪失，原審不經言詞辯論，判決駁回此部分上訴，…於法並無違誤。」

⁹ 關於程序爭點之自由證明及心證程度，我國實務近例已經同學說主張，例證參林鈺雄，〈自由證明法則之新開展——最高法院近年裁判新趨勢之綜合評釋〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁 39-70（＝《臺灣本土法學》，96 期，2007.07，頁 116-134）。

¹⁰ Zur Problematik vgl. BGHSt 34, 1, 3; 46, 349, 352; 47, 138, 147; Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 273; Roxin/Schünemann, StVR, 45/61 ff.

10◎罪疑唯輕原則之適用範圍（例1）

例如訴訟要件是否具備（涉及被告犯行之可追訴性）與程序有無所指摘的違誤，考量即有不同。

就本案系爭之訴訟行為表意瑕疵的認定，首應注意「原則與例外」之關係以及「法安定性」之考量。捨棄上訴者是具有形成效力的與效行為，一經捨棄立即喪失上訴權，因此，不應輕易否定捨棄之效力，否則，訴訟狀態（如判決到底已否確定）往往懸而不決。再者，表意瑕疵畢竟是極其例外的情形，單單疑問應不足以否定意思表示產生之形成效力，因此，法院最後無法認定時，應判定為例外情形不存在。此種判定，無論其結果有利或不利被告，皆與罪疑唯輕原則無關。

參、〔結論〕

法官踐行調查證據程序並綜合評價其證明力之後，如果關於實體犯罪事實，最後仍然存有難以排除的疑義時，應為對被告有利之事實認定，此即罪疑唯輕原則。不過，此項原則僅是用來解決「實體事實」不明時法官如何裁判的準則，並不適用於「法律評價」或「程序事實」的疑問。Q1、Q2，屬於罪疑唯輕原則最為典型之運用範圍，法院應本於此項原則，於 Q1 為無罪判決，於 Q2 為輕罪之認定，即判處失火罪（刑§ 173 II）。

Q3 所示，被告甲所為之事實明確，疑義僅在於法律評價方面，應屬未遂或既遂階段，是以，並無罪疑唯輕原則之適用，法官縱使採納甲已經構成放火既遂犯（刑§ 173 I）的法律見解，亦不違反罪疑唯輕原則。

程序事實不明時，應否疑利被告？極具爭議性。Q4 之被告甲當庭捨棄上訴，喪失其上訴權；但若捨棄出於脅迫者，捨棄行為則不生效力，上訴期間內甲仍得提起上訴。惟關於甲是否遭脅迫而捨棄之程序爭點，並不當然適用罪疑唯輕原則，並且，由於捨棄上訴屬於與效行為，表意瑕疵又屬例外情形，基於程序安定的考量，法院最後仍有疑問時，應判定為例外情形不存在，捨棄仍有效，甲之上訴不合法。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 96 台上 234（罪疑唯輕原則）

認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在，致使無從形成有罪之確信，根據罪疑唯輕、罪疑為有利被告之原則，即不得遽為不利被告之認定。

※ 97 台上 725（罪疑唯輕原則）

郭某於警詢時指證伊於九十四年五月中旬透過上訴人向王某購買海洛因二、三次之數量及價格雖非具體明確，但原判決本於「罪疑唯輕」之法則，從輕認定上訴人與王某共同販賣海洛因二次予郭某，每次購買八千元，於法尚無違誤。

※ 105 台上 2933（罪疑唯輕原則、裁判法則）

所謂罪疑唯輕原則（又稱有疑唯利被告原則），係指關於罪責與刑罰之實體犯罪事實的認定，若法院已經窮盡證據方法而仍存在無法形成確信之心證時，應為對被告有利之認定。而此原則是在法院依法調查證據，並於證據評價結束之後，方有適用，其存在之內涵，並非在如何評價證據之證明力，而係在法官於未能形成心證之確信時，應如何判決之裁判法則。原判決既已說明依照上揭直接、間接證據綜合判斷，上訴人殊無可能在無利可圖之情形下，甘冒犯重典之風險為毒品之交易，而認檢察官所提出之相關證據，已足為上訴人販賣第二級毒品犯罪事實之積極證明，並形成有罪心證之確信，因而為上訴人有罪之論知，其依法所為犯罪事實之認定，自無違反「罪疑唯輕原則」之可言，上訴人據此憑為上訴理由，亦非適法。

※ 106 台上 2252（罪疑唯輕原則、裁判法則）

所謂罪疑唯輕原則（又稱有疑唯利被告原則），一般係指關於罪責與刑罰之實體犯罪事實的認定，若法院已經窮盡證據方法而仍存在無法形成確信之心證時，應為對被告有利的認定。而此原則是在法院依法調查證據，並於證據評價結束之後，方有適用，其存在之內涵，並非在於如何評價證據的證明力，而係在法官於未能形成心證的確信時，應如何判決的裁判法則。原判決既已說明依照上揭直接、間接證據綜合判斷，上訴人明知系爭支票係向駱某借款時，交付予駱某，供作債務擔保之用，並未失竊，竟謊稱遭竊、掛失、請求偵辦，更進而指定犯罪人，對駱某為不實的提控，乃認檢察官所提出之相關證據，已足為上訴人誣告犯罪事實之積極證明，並形成有罪心證之確信，爰

12◎罪疑唯輕原則之適用範圍（例1）

為上訴人有罪諭知，其依法所為犯罪事實之認定，核無違反「罪疑唯輕原則」可言。此部分上訴殊有誤解。

被告地位之形成與告知義務之違反

甲駕駛的火車頭在調度進站時，撞到軌道上的工作車，工作車上的工人丙當場掉落死亡。警察乙接獲報案立刻趕到現場，刚开始毫無頭緒，為瞭解案情，乙先對在現場的工作人員及旁觀者打聽訊息，當乙問甲到底發生了什麼事時，驚魂甫定的甲立刻向乙表示，他開車進站時忽略了紅燈號誌已亮的警告標誌（A段陳述），乙聽到後繼續詢問案發經過細節，甲亦一五一十回答（B段陳述）。

後甲隨同乙至警局，乙踐行告知義務後（§95），甲開始有所警覺，自此之後及至第一審審判皆不再陳述。本案經移送檢方後，檢察官起訴甲過失致死罪（刑§276），起訴書援引甲對乙之（A、B）兩段對己不利陳述為證，第一審有罪裁判亦同。

甲提起上訴，第二審審判時已與案發相隔兩年多之久。第二審法院訊問甲之前又疏未踐行告知義務，僅再三曉諭甲，犯罪後坦承的良好態度可能作為從輕量刑之事由（刑§57⑩），甲遂簡短陳述，表示進站前經過號誌時，因手機正好響起而分心（C段陳述）。第二審法院遂將甲的（A、B、C）前後三段陳述，一併採為認定甲過失致死之有罪裁判基礎。試問：

本案以上程序之踐行是否合法？甲的前後三段陳述各自可否採為裁判基礎？甲得否提起第三審上訴救濟？

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 95, 158-2, 158-4, 380

【關鍵詞】被告地位形成、告知義務、證據使用禁止

本案程序踐行是否合法、被告（含犯罪嫌疑人，下同）的三段陳述各自有無證據能力及能否救濟，主要涉及以下三大問題¹：

一、本案甲之被告地位於何時形成？這同時也是警員乙應於何時踐行告知義務（§ 95）的問題。在上開時點之前及之後，甲的陳述（廣義，含自白）之證據能力的判斷標準有別（Q1）。

二、違反告知義務所得被告陳述之法律效果為何？關此，涉及證據使用禁止理論及刑訴法第 158-2 條第 2 項及第 158-4 條的解釋問題（Q2）。

三、違反告知義務之第三審上訴救濟問題。關此，尤應討論系爭程序違誤之種類及效果（Q3）。

貳、〔解析〕

一、告知義務及其踐行時點／被告地位之形成時點

（一）告知義務之規範基礎

訊問被告時，應先告知被告下列事項：1、犯罪嫌疑及所犯所有罪名；2、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述；3、得選任辯護人；4、得請求調查有利之證據（§ 95 I）。由於本條乃訊問被告之總

¹ 學說參林鈺雄，〈論告知義務—兼評台北地院八十八年度訴字第八二六號刑事判決〉，《刑事法理論與實踐》，2001.08，頁 177-228；楊雲驊，〈被告地位之形成與告知義務〉，《臺灣本土法學》，44 期，2003.03，頁 144-148。關於形成時點應即轉化為被告地位，最高法院近例（如 97 台上 225，參附錄）已經採納上開學說見解。

則規定，並且在司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時也準用之（§ 100-2），因此無論警察、檢察官或法官，也無論偵查程序或第一、二審審判程序，本案訊問被告前，皆應盡告知義務（§§ 287, 364）。

上開規定具有一石兩鳥的雙重意義，一方面宣示被告享有的程序權利，二方面課予國家機關告知被告這些權利的義務²。就立法的規範意旨而言，告知緘默權部分，主要基於「不自證己罪原則」（nemo-tenetur-Prinzip）而來，依這項刑事訴訟的基礎原則，任何人皆無積極配合國家機關對已追訴的法律上義務，包含具有不為陳述的緘默權。本條款並不直接規定「被告有緘默權」，而係如同德國法之立法例（§ 136 StPO），用反面規範國家告知義務的方式來表明被告之緘默權。至於採取反面規定的理由，在於緘默權並非人盡皆知的權利，因此，為求程序之公平性，保障原本不知該項權利之被告，也能受不自證己罪原則的保護，立法者特以課予國家機關告知義務之立法方式，確保被告「知悉」其不負陳述之義務。至於選任辯護權之告知，道理亦屬相同，目的在於確保被告知悉其權利，避免被告因無知而放棄防禦權或自陷己罪。

（二）告知時點：各個程序階段的第一次訊問被告

上開條文僅稱「訊問被告」，但這並不表示同一訴訟階段（如警詢階段）「每次」訊問被告時皆應不厭其煩地重複踐行告知義務，亦非全部訴訟階段（自開始偵查起至裁判確定止）自始至終僅踐行「一次性」的告知義務。由於告知義務的規範目的，主要在於確保不知法律的被告能夠知悉其權利，是以，告知時點解釋上應以程序階段及訊問主體作為指標，亦即，各個程序階段的第一次訊問被告，皆應踐行告知義務，之後相同訊問主體的再（多）次訊問被告，由於被告權利與程序處境並未產生變化，應該可以期待被告經由第一次訊問的告知而知曉其權利與處境，因此毋庸重複踐行。準此，一般告知義務³，分別

² 參林鈺雄，刑訴 I-Ch05:3.2；王士帆，《不自證己罪原則》，2007.06，頁 70-73。

³ 特殊告知義務，如羈押訊問被告之告知（§ 101）、變更起訴法條罪名之告知（§ 300），與本案皆無關係，在此不贅。

應於偵查中司法警察（官）第一次詢問、檢察官第一次訊問及審判中第一審審判第一次訊問、第二審審判第一次訊問被告時踐行⁴。換言之，即便在偵查階段警、檢已經踐行過告知義務，亦不能免除審判階段法官的告知義務，但是各審法官亦僅須在第一次訊問被告時告知為已足。

（三）告知時點：被告地位之形成

1、主客觀混合觀點

各個程序階段的第一次訊問被告，固然皆應踐行告知義務，然而，其中影響被告權益最鉅者，莫過於開始偵查後的首度告知，因為此時表示國家正開始要對某特定人進行追訴程序。拿球賽來作比喻，與賽者應該事先知道競賽規則，踐行告知義務猶如宣佈比賽規則，從此比賽正式開始。

不過，偵查程序具有浮動的特性，偵查機關第一次接觸該特定人的情境，「形式上」未必是訊問，而該特定人即後來的被告，在當時的地位，也未必是被告。因此，若欲確定首度告知義務的踐行時點，必須先行確定被告地位的形成時點。簡言之，只要被告地位已然形成，偵查機關對其所為的第一次問話，無論形式上是否以訊（詢）問為名，皆應踐行告知義務⁵。

⁴ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch05:3.2.2。但實務有少數判決的認知有誤，如 92 台上 5297：「另依筆錄記載，檢察官為第一次訊問時已踐行告知程序；況而原判決於理由中亦說明經勸諭被告之警詢錄音帶確有踐行告知程序，則檢察官該次訊問（按：第二次訊問）縱疏未踐行告知程序，亦不影響上訴人之權利。核無不合，上訴意旨再執指摘，顯非適法」。

其實，以上檢察官踐行程序本來就合法，而非「違法但不影響被告權利」。
⁵ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch05:3.2.2；何賴傑，〈功能訊問與權利告知義務—最高法院 99 年度台上字第 1893 號判決評釋〉，《臺灣法學雜誌》，179 期，2011.07，頁 63-73。我國實務近例同說，如 104 台上 2494：「偵查階段初始，被告之身分或未臻明朗，是否為『被告之訊問』並不以形式上之稱謂是否係『犯罪嫌疑入』或『被告』為斷，而應為實質上之功能性觀察，倘依偵查機關客觀所為之特定活動或措施，可判斷其主觀上業已認定特定之人有犯罪之嫌疑時，

既然被告地位之形成時點攸關首次告知義務的踐行時點，確定偵查中被告何時取得程序法上之被告地位，殆屬必要⁶。就此，雖有主觀說與客觀說之別，但實際上則難一刀兩斷。一般而言，判斷基準不能專以偵查者的主觀認知為斷，而應參酌客觀程序進行之種類及程度，否則，偵查者主觀上如何認定，完全存乎一心，既難以事後檢證，也易流於恣意擅斷，難免侵蝕被告主體地位。至於客觀程序進行的種類與程度，通常可以由偵查機關表現在外的特定意思活動或可推知的措施而判定。例如，以現行犯加以逮捕之情形，逮捕後被告地位立即形成（§ 88）；又如，僅能對被告發動的通緝或羈押亦同，絕無通緝拘捕到案後或經羈押後，被告地位尚未形成的道理（§§ 84~，101~）。較容易產生爭執的強制處分之一，乃搜索，因為搜索既得對被告為之，又得對第三人為之（§ 122），雖然法律上要件不同，但是實際上難分難解，因而，若搜索令狀無明確記載，被告地位形成之時點即難論斷。

其他客觀事證也可幫助判斷偵查機關所知犯罪嫌疑之程度，例如，侵占罪被害人報案時已經明確指出乃某 A 所為，此時，偵查機關傳訊某 A 時，應即踐行告知義務，因為此時嫌疑對象已經特定，至於

被告之地位已經形成，此時訊問者為獲致相關案情加以訊問，即有踐行告知之義務…」（參附錄）。

關此應予注意：美國法米蘭達裁判（*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)）將告知義務時點，連結到被告人身自由首度受拘束的拘捕時刻；反之，歐洲法發展則普遍將告知義務時點提早到先前的被告地位形成時點，不遲至拘捕始為告知。參林鈺雄，〈歐式米蘭達—歐洲人權法院 *Allan* 裁判及其劃時代意義之評析〉，《刑事程序與國際人權（二）》，2012.03，頁 1-48（＝《臺灣本土法學》，72 期，2005.07，頁 119-146）。

再者，我國法及德國法皆無直接規範被告地位何時形成之明文規定，但是，歐盟刑事法典草案第 29 條（*Corpus Juris* 2000, Art. 29 – Die Rechte des Beschuldigten），則以明文定義方式來界定刑事被告地位的形成時點，堪稱頗為先進的立法；自該時點起，一來不得再以證人地位訊問之，二來其享有包含受緘默告知在內等刑事被告的程序權利；此外，告知義務無論如何不能遲於第一次訊問被告時點（不問被告是否受拘捕）。

⁶ 就實務運作而言，此一時點之所以特別重要，亦在於避免以證人訊問名義規避對被告之告知義務，參本書之〈規避被告地位之證人訊問（例 3）〉及 104 台上 2494（參附錄）。

是否某 A 所為，則是另一回事。

2、自發性陳述、探聽消息及程序轉化

另外，訊問階段的情事發展，也可能影響被告地位之取得時點。較無爭議的情況，例如偵查機關原先以證人的身分傳訊某甲，但是在訊問過程中因為某甲的陳述（包含自白）而認為某甲涉嫌重大，此時，甲實質上的地位已經轉化成被告，因此偵查機關必須立刻將程序轉化為訊問被告程序，並及時踐行告知義務，否則不得繼續訊問；如果未經轉化而繼續訊問，訊問所得的被告陳述，即會因違反告知義務而影響其證據能力。

應予討論的是，偵查機關的作為，「形式上」並非訊問程序的兩種情形：一是自發性的陳（供）述，二是探聽消息。以殺人案件為例，如果案發後警員據報趕往現場了解狀況，設若在場的 A 主動趨前向警員表示其為兇手，此即自發性的陳述（spontane Äußerungen），由於 A 為自發性陳述之前，警員既不知情也未將 A 認為被告，被告地位尚未形成，並無踐行告知義務的可能與必要，因此，接納自發性的陳述並未違反告知義務；但是，A 為自發性陳述之後，被告地位即刻形成，警員應將程序轉化為訊問被告程序並立刻踐行告知義務，否則，在此時點之後進一步所得的被告陳述，應判定為違反告知義務。

所稱探聽消息（informatrische Befragungen; informelle Vorgespräche），如上例警員趕到現場後，到處東問西問，詢問逗留現場之 B 時，B 聲稱：案發時雖然在場，但並未目睹亦不知曉兇案如何發生。此時，警員只是四處打聽，並無具體指向的嫌疑對象，被告地位尚未形成，毋庸踐行告知義務。假設後來 B 被列為嫌疑對象並被起訴，在探聽消息時 B 對己不利的陳述（自承案發時在場），並不生因違反告知義務而影響被告陳述之證據能力的問題。當然，如果在探聽消息時警員因為被告的陳述而認為其涉嫌重大時，還是應該轉化程序並立刻踐行告知義務。

（四）小結

案例所示，警員應踐行告知義務 (§§ 95, 100-2)，固無疑義，惟應於何時踐行之？乙甫至現場時毫無頭緒，先東問西問的舉止，僅止於探聽消息而已，並無特定的嫌疑對象，及至甲對乙為忽略號誌的 (A 段) 陳述時刻，構成判斷的分水嶺。之前 (含 A 段陳述) 被告地位尚未形成，亦不生告知義務及其違反效果問題。之後，由於陳述內容若屬實在將成為本案過失致死的關鍵證據，甲之被告地位於此時正式形成，乙應即刻中斷詢問，轉化程序並立刻踐行告知義務始可⁷。但案例中乙卻繼續詢問，是以，之後的 (B 段) 陳述違反告知義務，應檢討其證據能力；乙至警局時始踐行告知義務，為時已晚。

此外，第二審法院訊問被告前疏未踐行告知義務，顯係違反告知規定而取得被告 (C 段) 陳述 (§§ 95, 287, 364)。

二、違反告知義務之法律效果：證據使用禁止

由於 B、C 兩段被告陳述係違反告知義務而取得，故應檢討其兩種法律效果：

1、因而所得之被告陳述有無證據能力？此即證據使用禁止問題 (B、C 兩段)。

2、審判程序違反告知義務者，是否構成上訴第三審事由 (C 段)？以下先檢討前者。

違反告知義務的法律效果如何？我國刑訴法原未進一步規定，後來於 2003 年修法時，分別增訂違反告知義務的特別禁止條款 (§ 158-2 II) 及證據使用禁止的一般條款 (§ 158-4)。就審查順序而言，違反告知義務情形，首應審查是否屬於特別條款之使用禁止範圍，若否，則必須再進入一般條款審查；亦即，違反告知義務之自白但不屬特別條款之禁止範圍者，並非當然依照反面解釋而有證據能力，而是應該繼

⁷ 同此轉化之基本觀點：97 台上 225 (參附錄)；類此裁判意旨，如 93 台上 2884 亦表示，倘偵訊者於訊問時始發現關係人或證人涉有犯罪嫌疑，應即轉化其地位為被告而適時踐行 § 95 之告知，否則即屬程序違法，應檢討證據使用禁止之問題。

續審查一般條款⁸。

由於上開特別條款（§ 158-2 II）適用範圍極其狹窄（不適用於：法官或檢察官訊問、非拘捕到場的被告、§ 95 I ②, ③以外之告知義務的違反），而本案因 B 段陳述非屬拘捕到場情形、C 段陳述為法官訊問，是以，皆明顯不屬於該特別條款的禁止使用範圍。據此，必須進一步探究證據使用禁止之一般條款（§ 158-4）。然而，關此一般條款的定性，仍待釐清：可否理解為我國立法者「欽定」權衡理論並對其他所有理論為「死亡宣告」（排他說）？還是據此明文立法來提供我國法繼續發展證據禁止理論與實務的平台（平台說）？無論從學理及立法體系而言，答案應屬後者，甚至於，即便最高法院亦有不少新近裁判見解，結論同採此說⁹。

依照平台說觀點，此時自白應否禁止使用，必須借重證據禁止理論來解決。由於案例所示，並無跡象顯示警員乙係蓄意、惡意規避告知義務，因此，無論是依照三階段審查基準說（應進入第二階段即規範保護目的之審查）或規範保護目的理論，推論及重點同樣皆在於：應先探究被違反規範（即§ 95）的規範保護目的。準此，如果法院將此自白採為裁判之基礎，會加深或擴大規範保護目的之損害時，證據不得採為裁判之基礎，否則告知義務的規定對被告而言猶如空中樓閣。

以 B 段陳述為例，如前所述，告知義務的規範目的，在於貫徹不自證己罪原則及防禦權保障，以免被告在不知悉緘默權及選任辯護權

⁸ 最高法院已採此見解（參附錄），如 92 台非 177（§ 95 I ①針對違反罪名告知義務）及 97 台上 225（針對非拘捕到場的被告）認為，§ 158-2 II 僅就違反§ 95 之特定情形，規定原則上不得作為證據，至於其他違反告知情形而取得之證據，是否有證據能力，則應適用§ 158-4。換言之，就審查順序言，最高法院明白表示：違反告知義務之自白經依§ 158-2 II 審查後，雖未予以禁止者，仍須繼續審查應否依照§ 158-4 而禁止使用。惟學說上亦有將§ 158-4 狹隘限定在非供述證據之排除，認為供述證據並不適用該條者。附帶說明，舊 72 台上 1332 判例雖曾就§ 88-1 IV 之告知義務的違反，表明對自白證據能力不生影響的見解，但此判例已經決議不再援用。

⁹ 關於證據禁止理論 v. 平台說：林鈺雄，刑訴 II-Ch12:4.1（含我國實務見解之例證）；違反告知義務：刑訴 I-Ch05:3.2.4。

之情形下，作出對自己不利之陳述。而從證據來看，在被告因警員違反告知義務而為自白之情形下，對於被告最為不利者，並非該自白本身，而是自白可能被法院採納為有罪裁判之基礎。換言之，如果此時法院採納違反告知義務所得之自白，告知義務的規範保護目的將會再度受損，即會加深並擴大原來的自證己罪的損害範圍，因此，法院為避免損害此項告知義務的立法目的，不應使用違犯本條所得之自白。這也同時涉及公平審判原則的維護，因為如前所述的比喻，國家偵查機關違犯告知義務取得的被告自白，猶如比賽尚未開始時一方偷偷踢進去的球一樣，當然不能「算分」。

至於 C 段陳述，應予禁止使用的理由與結論，大致相同。唯一應特別討論者，乃被告甲於先前程序階段曾經其他主體的告知，得否據此認定被告已經「知悉」其權利，進而認為法院採納其 C 段陳述亦不會造成規範保護目的之損害？關此，雖與個案事實認定有關，但原則上應予否定。首先，既然在各個不同的程序階段之第一次訊問時皆應踐行告知義務，這表示先前的告知並不能免除後來的告知，而後來各級審判階段有無踐行告知義務，也「推定」其對被告的答辯或防禦模式有所影響；推翻此種推定應有積極反證，不能僅以先前階段曾經告知為由，否則，程序後階段的告知，豈非皆可據此而一併免除？其次，本案第二審不但未予告知，甚且還進一步勸導被告放棄不為陳述的防禦模式，而甲也緊隨為（C 段）陳述，是以，更應認定第二審未予告知，造成被告緘默等權利之損害，若使用因此所得的陳述，將造成損害進一步的加深、擴大。

三、違反告知義務之法律效果：上訴第三審

提起第三審上訴，應受上訴案件及上訴理由之雙重限制。本案乃過失致死罪名（刑§ 276），屬於得上訴第三審之案件，先予敘明（非§ 376 案件）。其次，第三審上訴理由限於「判決違背法令」，包含判決不適用法則或適用不當而言（§§ 377, 378）；所稱「法則」，兼指實體法則、證據法則及程序法則。以上所稱的「判決違背法令」，係指廣義而言，包括對判決結果不生影響的「訴訟程序違背法令」，惟為限制第

三審上訴，除判決當然違背法令者（§ 379）外，訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴理由（§ 380）。

案例所示有兩種違誤。首先，因第二審訊問被告時未依法踐行告知義務，顯然屬於訴訟程序違背法令。其次，由於第二審未探究先前警員及後來法院自身違反告知義務的 B、C 兩段陳述的證據能力，逕採為有罪裁判基礎，就此亦有判決不適用證據法則之違誤。

以上違誤情形，得否據為上訴第三審之理由？首應說明，我國刑訴法於 1997 年 12 月增訂上開第 95 條告知義務規定之後，針對原審法院自身違反告知義務之情形，最高法院¹⁰隨即明白肯認此屬「訴訟程序違背法令」，得為上訴第三審事由，但卻不認為（或未檢討）其符合刑訴第 379 條所列當然違背法令情形，即非絕對上訴事由。

然而，以上實務見解值得商榷，說明如下：

1、首先，題示案例有兩種類型之違誤，但最高法院卻未予區分。原審法院自身違反告知義務固係訴訟程序踐行之違誤，原審使用因而所得自白則是證據法則之違誤。若原審未盡告知義務但被告保持緘默者，僅生第一種違誤¹¹；反之，若被告因而自白，原審將此自白採為裁判基礎，則其調查自白證據的程序即可能有瑕疵，一來，應討論「證據未經合法調查」的判決當然違背問題（§ 379 ⑩）；二來，在 2003 年修法之後，亦應進一步討論有無不適用證據使用禁止條款（§ 158-4）之證據法則的違誤。

2、其次，即便專就第一種違誤而言，其上訴第三審是否合法，應取決於此種訴訟程序違背法令情形是否「顯然於判決無影響」（§ 380），但我國實務見解就此鮮少具體檢討，至多就是泛稱未踐行告知

¹⁰ 如「此項告知義務旨在使被告得適切行使防禦權，以維護訴訟程序之公正，保障人權。本件原審於訊問上訴人時，並未踐行上開告知義務，有其訊問及審判筆錄可按，其訴訟程序之踐行，難認無瑕」（87 台上 3291）；「原審審判期日疏未踐行上開告知義務，致被告合法防禦權行使是否得以適切維護，無憑懸揣，據為被告不利之判斷，其訴訟程序之踐行，非無瑕疵可指」（87 台上 2414）。

¹¹ 參林鈺雄，註 1 文，頁 200-210；何賴傑，〈告知義務及第三審上訴之限制〉，《臺灣本土法學》，1 期，1999.04，頁 126-130。

義務可能影響被告合法防禦權之行使¹²。

從學理上而言，判斷訴訟程序違背法令是否影響判決結果的基準，乃「可能性」，亦即，當訴訟程序違背法令影響判決結果的可能性無法排除時，即為已足¹³。若以之檢驗上開判決，防禦乃被告活動的重心，於法庭合法行使防禦權，也是被告影響判決結果最為重要的方式，當被告合法防禦權「可能」因未踐行告知義務之程序疏失而受影響時，判決結果當然「可能」因而受影響。在案例所示情形，被告未受告知且已為不利陳述，因此，判斷相對簡單，顯然無法排除被告經告知後改變答辯或防禦模式的可能性，而被告隨後所選擇的模式，如知悉被訴之犯嫌及罪名後的反應、是否保持緘默、是否選任辯護人及是否請求調查有利證據，當然可能影響判決結果。從而，原審未踐行告知義務之訴訟程序不但違背法令，而且並非顯然於判決結果無影響之情形，故得據以提起第三審上訴。

本案原審之訴訟程序，因原審自身訊問被告未踐行告知義務而訴訟程序違背法令，且非屬「顯然於判決無影響」；此外，原審逕行採納違反告知義務所得之 B、C 兩段被告陳述，至少亦有判決不適用證據禁止法則（§ 158-4）之違誤。綜上所述，甲若提起第三審上訴，其上訴合法且有理由（§§ 377, 378, 380）。最高法院應將原判決撤銷，發回高等法院更審（§§ 397, 401）。高等法院則應重新審理，依法踐行告知義務並同時審酌甲偵查中 B 段陳述的證據能力。

¹² 101 台上 5606：「告知義務之違反，係訴訟程式違背法令之一種，然是否影響於判決結果，應以其有無妨害於被告防禦權之行使為判斷。」但 93 台非 70（參附錄）判決理由中則詳予探討。

¹³ Vgl. nur Roxin/ Schünemann, StVR, 53/33 ff. 參林鈺雄，〈無影響於判決之程序瑕疵——刑事訴訟法第三八〇條之體系分析〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁 353-388；另參本書之〈隔別訊問、被告缺席審判與異議方案（例 14）〉。

參、〔結論〕

告知義務踐行時點，即被告地位形成時點，於題示案例以甲對乙為忽略號誌的（A 段）陳述時刻為分水嶺。此刻以及之前時段，警員乙僅止於探聽消息，被告地位尚未形成，是以，甲自發性的 A 段陳述並不生違反告知義務問題，其證據能力亦不因此受影響。此刻之後，甲因 A 段陳述而正式形成其被告地位，乙應即刻中斷詢問，轉化程序並立刻踐行告知義務始可（§ 95），但乙卻繼續詢問，是以，之後的（B 段）陳述違反告知義務。此外，第二審法院前被告的（C 段）陳述，亦明顯違反告知義務規定。

違反告知義務所得（B、C 段）被告陳述，應否禁止使用，應先審查專就此種情形規定的特別禁止條款（§ 158-2 II），由於不在其適用範圍，故應進而審查作為平台的一般禁止條款（§ 158-4）。據此，由於使用系爭自白將會造成系爭被違反規範（即§ 95）的保護目的損害之加深、擴大，故應予禁止使用。

第二審法院不但自身違反告知義務，且又將應禁止使用的（B、C 兩段）被告陳述採為裁判基礎，其判決至少有兩種違誤：一是可能影響於判決結果的訴訟程序違誤，二是證據應禁止而未禁止使用的證據法則違誤，皆得作為上訴第三審事由（§§ 377, 378, 380）。

肆、〔附錄〕

一、相關實務見解

※ 92 台非 177（告知義務、證據使用禁止）

刑事訴訟法第九十五條第一款（略）...惟如違反此項規定而取得之證據，究竟有無證據能力...修正刑事訴訟法第一百五十八條之二第二項，僅就違反...第九十五條第二款、第三款之情形者，規定原則上不得作為證據，至於違反同法第九十五條第一款告知罪名義務而取得之證據，是否有證據能力，則適用...第一百五十八條之四規定「除法律另有規定外，實施刑事之訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保

障及公共利益之均衡維護」，予以處理。

※ 93 台非 70（告知義務、證據使用禁止、規範保護目的）

刑事訴訟法第九十五條第一款規定：（略）…旨在使被告能充分行使防禦權，形式上縱未告知犯罪嫌疑及所犯罪名，而於訊問被告過程中，已就被告之犯罪嫌疑及所犯罪名之構成要件，為實質之調查，並賦予被告辯解之機會，被告防禦權之行使已獲確保，踐行之訴訟程序雖有瑕疵，顯然於判決本旨並無影響；同條第四款規定（略），此規定亦在促使被告充分行使防禦權，然同法第二條第一項規定（略），所稱實施刑事訴訟程序之公務員，係指實施偵查與審判之公務員，協助檢察官偵查之司法警察人員亦包括在內，所謂「有利被告之情形」，在於促使被告提出或聲請調查有利之證據並給予辯明犯罪嫌疑之機會，其陳述有利之事實者，命其提出證明之方法，即使被告未提出或聲請調查有利之證據，法院就認定事實及適用法律之基礎事項，客觀上有調查之必要及為維護公平正義或對被告之利益有重大關係事項，仍應依職權加以調查，故實施刑事訴訟程序之公務員訊問被告時，若未踐行告知被告得請求調查有利之證據，並非對被告有利之證據，因被告未請求調查即置之不理，客觀上有調查必要性者，仍應依職權加以調查，被告之防禦權並未因未告知得請求調查有利之證據而無法獲得確保，若未為該項告知，於判決本旨及結果亦不生影響；至於同法九十五條第二款規定：（略），係以被告之陳述為證據資料之一，然本於不自證己罪及保障人權之原則，認被告有防衛其利益之權利，在刑事訴訟程序上應尊重被告陳述之自由，禁止強制其為不利之陳述，所謂陳述自由，包括積極的陳述自由與消極的不陳述自由，被告之緘默權即在保障被告消極的不陳述自由，不得以被告行使緘默權或拒絕陳述，即認係默示自白或為不利於被告之推斷，惟訊問被告時若未踐行告知得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述之告知程序，訴訟程序固非無瑕疵，然被告若無因未受該項告知而違背其自己意思為不利於己之陳述，或以被告違背自己意思所為不利於己之陳述作為不利被告之推斷等情形，對被告訴訟上供述自由權之保障並無妨礙，即於判決本旨及結果不生影響。本件…調查人員於訊問被告時，固未告知得請求調查有利之證據及得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述，惟依調查筆錄之記載，被告始終否認有被訴之犯罪事實，並無違背其自己之意思而為不利其自己之供述，原判決亦未以被告於高雄市調查處否認犯罪之供述作為不利被告之論斷，故調查人員於訊問被告時，未告知得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述，踐行之程序稍有瑕疵，但無礙被告訴訟上之供述自由權…。

※ 97 台上 225（告知義務、證據使用禁止）

司法警察官或司法警察偵查犯罪時，如以刑事訴訟法所無之「關係人」名義傳喚犯罪嫌疑人到場詢問，詢問之內容亦係關於犯罪嫌疑之實質調查，而藉以規避踐行刑事訴訟法第九十五條所定之告知義務，無異剝奪犯罪嫌疑人之

26◎被告地位之形成與告知義務之違反（例2）

防禦權、緘默權、辯護權等正當權益之行使，或於並非蓄意規避上開告知義務，而係於詢問「關係人」時始發現該人涉有犯罪嫌疑，卻未適時依法為刑事訴訟法第九十五條之告知，致影響於該犯罪嫌疑人之防禦權、緘默權、辯護權等正當權益之行使之情形，其因此所取得自白，自應認為係違背法定程序所取得證據。而在上述情形，該自白之證據能力如何，因該犯罪嫌疑人並非受拘提、逮捕等違反其意志之強制力拘束而到場接受司法警察官或司法警察之詢問，與刑事訴訟法第一百五十八條之二規定之要件不符，而無該項規定之適用，然而該自白既仍屬實施刑事訴訟之公務員因違背法定程序所取得之證據，其有無證據能力之認定，自應依同法第一百五十八條之四規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護而認定。

※ 104 台上 2494（告知義務、實質或功能訊問、證據使用禁止）

偵查階段初始，被告之身分或未臻明朗，是否為「被告之訊問」並不以形式上之稱謂是否係「犯罪嫌疑人」或「被告」為斷，而應為實質上之功能性觀察，倘依偵查機關客觀所為之特定活動或措施，可判斷其主觀上業已認定特定之人有犯罪之嫌疑時，被告之地位已經形成，此時訊問者為獲致相關案情加以訊問，即有踐行告知之義務，以嚴守犯罪調查之正當程序，落實上開訴訟基本權之履踐。又倘若檢察官於偵查中，蓄意規避踐行上開規定之告知義務，對於犯罪嫌疑以「被告」以外之身分訊問，採其不利供述為證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使，難謂非以詐欺之方法而取得自白，此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除。如非蓄意規避上開告知義務，或訊問時始發現其涉有犯罪嫌疑，卻未適時為上開之告知，其因此所取得之供述證據，即屬同法第一百五十八條之四所指違背法定程序取得之證據，其證據能力之有無，仍應權衡個案違背法定程序之情節、侵害被告權益之種類及輕重、對於被告訴訟上防禦不利益之程度、犯罪所生之危害或實害等情形，兼顧人權保障及公共利益之均衡維護，審酌判斷之。

二、比較法例：歐盟刑事法典草案（Corpus Juris 2000）

※ 第 29 條 被告之權利

1. 任何人自確認、告發或發覺對其重要不利罪證之追訴行動開始之後，即應被當成被告而不得再以證人地位訊問之。此一時點至遲始於權責機關知悉前揭罪證而首次訊問之時。
2. 任何因本法第 1 條至第 8 條所定犯罪而開啟之追訴程序，被告於整個程序皆享有歐洲人權公約第 6 條及聯合國公民及政治權利公約第 10 條所保障之辯護權。於任何訊問開始前，應先告知被告享有緘默權。
3. 被告自首次被訊問時起，享有知悉被控訴內容之權利。

三、類似案例

【棄車逃逸案】被告甲涉嫌酗酒駕車後在高速公路撞上路肩肇事，並棄車逃離現場。其時，公路巡邏警員乙據報後在現場該事故車內發現甲之駕照，遂循高速公路慢行並在事故現場兩公里左右的路肩發現甲一拐一拐行走。乙經由駕照照片而認出甲，遂上前詢問，甲原先以捏造姓名及住址敷衍，但在乙出示先前發現之駕照給甲看後，甲坦承駕照乃其所屬，同時承認事故發生時，其在肇事車輛上，惟辯稱僅為乘客而已，至於駕駛為何人及事故如何發生，甲則不願多言；甲同時辯稱，在事故後他曾喝了兩杯啤酒。本案經檢察官起訴甲醉態駕車罪名，但甲在乙詢問後及至宣判為止皆保持緘默。試問：審理之地方法院，可否將甲案發後對乙之陳述（如甲陳述其事故當時在車上），採為對甲不利之判決基礎？理由何在？（vgl. BGHSt 38, 214 ff.）

28◎被告地位之形成與告知義務之違反（例2）

規避被告地位之證人訊問

乙、丙兩候選人競選某縣縣長期間，電台不斷播放「逾放比篇」短片，影射丙先前擔任農會總幹事期間因農會逾放比不良而發生存款戶擠兌情事，影響丙的選情。時任農會總幹事丁認為上開不實消息亦打擊農會信譽，遂檢附短片錄影及農會歷來放款比等資料，依法提出告訴，並指明甲（擔任乙競選總幹事）乃上開假消息的操盤手。

檢察官調查相關證據後發現，上開短片係由乙競選陣營製作並委託不知情電台播送，遂認為甲涉嫌重大，但為避免打草驚蛇，且正值選舉敏感期間，檢察官遂以「證人」身分傳喚甲應訊，諭知證人具結之義務及偽證之處罰，並命具結後予以訊問。甲作證陳述相關經過，雖承認短片係由乙陣營的文宣組所製作，但表示其自身並未參與或主導此事。迨訊問完畢後，檢察官隨即將甲改列為被告，以選舉誹謗罪名（違反選舉罷免法^{*}）提起公訴，且起訴前檢察官皆未再傳訊甲。起訴書引用甲上開偵訊的陳述為證，審判中甲自始至終行使緘默權。試問：

- 1、本案檢察官踐行之程序是否合法？若檢察官偵訊甲時曾告知不自證己罪之拒絕證言權（§§ 181, 186 II），有無不同？
- 2、法院應否禁止使用甲上開的偵訊陳述？依據為何？

^{*} 公職人員選舉罷免法§ 104（舊§ 92）：「意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或其他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 95, 156 I, 158-2, 158-4, 181, 186

【關鍵詞】被告地位形成、告知義務、不正訊問（詐欺）、蓄意規避

本案檢察官以證人身分傳訊甲，但隨後未踐行任何地位轉換之程序即將甲列為被告起訴，因而涉及下列三項基本問題¹：

一、被告與證人法律地位之區別（Q1）。

二、被告地位形成之時點（Q1）。

三、違反訊問被告應踐行之程序（含違反告知義務、不正訊問及其競合）的法律效果（Q2）。

貳、〔解析〕

一、被告與證人之法律地位

我國刑法區別被告與證人兩種不同的證據方法，由於被告（廣義，含犯罪嫌疑人，下同）與證人兩者的法律地位，尤其是各自享有的程序權利及應負的程序義務截然不同，因而，除共同被告作證問題會產生模糊的交集地帶之外（93 釋 582 參照），被告不得為證人，證人不能當被告。以下分別敘明與本案有關的被告與證人之法律地位²：

（一）被告之法律地位

在現代法治國家採行的控訴原則之下，被告地位和過往糾問制度

¹ 問題爭點及案例，參林鈺雄，〈被告地位之形成〉，《臺灣本土法學》，2 期，1999.06，頁 123-127；同說如楊雲驊，〈被告地位之形成與告知義務〉，《臺灣本土法學》，44 期，2003.03，頁 144-148。自從標竿裁判 92 台上 4003（本案改編自本則裁判之部分事實）之後，最高法院亦已同以上二文見解（參附錄）。

² 參林鈺雄，刑訴 I-Ch05:1.3; I-Ch05:2.2。Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 110 ff., 147 ff.; Roxin/Schünemann, StVR, 18/1 ff.

最大的不同，就是被告取得「程序主體」之地位，不再是單純的程序客體。為此目的，刑訴法分配予被告許多程序權利，基本的請求公平審判權無論，其他諸如在場權、聲請調查證據權、詢問權、詰問權及救濟權等等，亦屬被告作為程序主體不可或缺的基本權利。以下僅檢討案例所涉及的偵查中被告地位問題。

偵查中被告之地位如何，乃檢驗被告程序主體地位的試金石。偵查中被告擁有的三大程序權利，分別是選任辯護權、不為陳述權及自由陳述權，就此，現行刑訴法不但皆有明文規定，而且還以課予國家機關告知義務之方式，確保被告知悉上述權利（§ 95）。

1、選任辯護權

辯護制度，乃彌補被告與國家間實力落差最重要的機制，據此，被告有受辯護協助得「隨時」（即含偵查中）選任辯護人，偵查機關訊問被告，應先告知被告得選任辯護人（§ 95 I ③）。選任辯護人有在場權（§§ 27, 245 II），且無辯護人之被告表示已選任辯護人時，除被告同意續行訊問者外，應即停止訊問（§ 95 II）。

2、不為陳述權/緘默權

除此之外，被告偵查中最重要的武器，莫過於「不為陳述權」，亦稱為「緘默權」，此即刑訴法所稱應告知被告「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」（§ 95 I ②）。緘默權的法理基礎乃不自證己罪原則（nemo-tenetur-Prinzip），依這項刑事訴訟的基礎原則，任何人皆無積極義務配合國家對己的追訴或作出對己不利的陳述，反面言之，國家（刑事追訴機關）不得強制任何人自證己罪³。既然是被告的「權利」，則一方面國家機關要確保被告有行使此項權利的機會，這也是此項告知義務之緣由（避免被告誤認自身負有陳述義務！），二方面要確保被告不會因為行使此項權利而受不利之認定（§ 156 IV：「被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行。」），

³ 參林鈺雄，刑訴 1-Ch05:2.1.1。

否則權利就不是權利了。

3、自由陳述權

訊問被告最為重要的程序及證據規定，乃不正訊問方法之禁止及其違反之法律效果，分別訂於刑訴法第98條與第156條第1項。前條規範訊問被告時不得使用之方式，乃取證之相關規定，稱為「證據取得之禁止」，據此，「訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法」。後條則規定違犯前條之法律效果，「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據」，此種無證據能力效果，學說上稱為「證據使用之禁止」。以上取得及使用面向的兩條規範結合後，成為關於自白的證據禁止之完整規定，同時也是我國刑訴法最為明確的使用禁止規定⁴。

不正訊問之禁止規定，在於維護陳述與否之意思決定及意思活動自由，此即通稱的「任意性」。由於任意性保障，涉及被告最為基本的程序主體地位，與被告不受任何侵犯之人性尊嚴有密切關係，因此，各個現代法治國家莫不在違反時賦予嚴厲的法律效果，縱使自白內容與真實相符時，亦無證據能力，我國立法者亦同。

另外，本案例特別值得一提的是「詐欺」問題⁵。詐欺乃以詐術影響被告意思自由的手法，目的無非為使被告陷於錯誤而為陳述，典型

⁴ 基礎理論參林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉／〈德國證據禁止論之發展與特色〉，《干預處分與刑事證據》，2008.01，頁243-302／頁303-328。概念及用語參林鈺雄，刑訴II-Ch12:2.1；最高法院同此理解及用語者，如104台上3052表示：§156I「…前段為自白『證據取得禁止』之規定，後段為自白『證據使用禁止』之規定，兩者結合為完整之證據禁止規定，此乃本法關於證據使用禁止（證據排除）最為明確、絕對之明文規定，法院於適用上並無裁量之餘地。立法規範意旨，在於維護被告陳述與否之意思決定及意思活動自由，此即通稱之『自白任意性』。此項自白任意性保障，涉及被告最為基本的程序主體地位，與被告不受任何侵犯之人性尊嚴有密切關係。因此，縱使不正訊問所得之自白內容與真實相符時，亦絕對無證據能力，並無例外。」

⁵ Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 135 ff.; M-G/S, StPO, § 136a Rn. 12 ff.

的詐欺事例，如騙被告共犯已經自白，狡賴無益，實則共犯矢口否認。雖然在偵查程序中，檢警擁有某程度的「資訊優勢」(Informationsvorsprung)，毋庸鉅細靡遺向被告披露案件發展的細節及進度，但是，檢警也不能為了辦案方便而積極使用詐術套騙被告之供述，否則即屬使被告陷於錯誤之詐欺手法，影響其任意性，因而所得之證據無證據能力 (§ 156I)。

4、告知義務之踐行

被告雖有選任辯護權及拒絕陳述之緘默權，但是被告並非皆為熟知法律者，為了維護不知權利的被告同受辯護制度及不自證己罪原則的保障機會，因而，我國刑訴法為增強被告地位，遂仿效先進法治國家之立法例，課予國家機關告知義務，告知被告上述之選任辯護權及緘默權⁶；應行告知被告之項目另外還包括犯罪嫌疑並所犯所有罪名、請求法律扶助權及得請求調查有利之證據 (§ 95)⁷。

⁶ 關於緘默權與告知義務之關係，參王士帆，《不自證己罪原則》，2007.06，頁 70-76；何賴傑，〈告知義務及第三審上訴之限制〉，《臺灣本土法學》，1 期，1999.04，頁 126-130；本書之〈被告地位之形成與告知義務之違反（例 2）〉。

⁷ 告知義務的法理根據，主要是訴訟照料義務以及聽審權派生之請求資訊權。附帶說明：歐陸德國法系在規劃刑事訴訟制度時，並不執著於「當事人平等」的假設，因為形式上以此為出發點時，反而會剝奪弱勢被告的程序地位，使刑事訴訟成為叢林法則及弱肉強食的競技場。為避免程序結果單單取決於當事人的強弱地位，造成實質上的不平等與不公平，其程序設計重心從兩方面著手：一來課予國家機關必須同時注意有利被告的客觀性義務 (§ 160 II StPO；相當於我國刑訴法 § 2)，以及訴訟上對被告之照料義務 (prozessuale Fürsorgepflicht；亦譯為照顧義務)；二來提昇被告及辯護人之權利（如後文所提的閱卷權）。

隨後，歐洲人權法院將訴訟照料義務觀點納入「國家之積極（作為）義務」(positive Verpflichtungen der Staaten; positive obligations of states)的體系發揚光大，成為歐洲法的發展趨勢與共通要求。關此義務，參 Dröge, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2003; Mowbray, The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, 2004；關於其在辯護制度之運用，參呂雅婷，《刑事被告受律師協助權——以歐洲人權法院裁判為借鏡》，2007.06，臺灣大學碩士論文，頁 78-87。

（二）證人與被告法律地位之區別

由以上說明，不難得知被告與證人的法律地位之區別。就選任辯護權而言，由於證人並非國家刑罰權所指的對象，理論上既無辯護之必要，也無平衡原告被告雙方實力落差的問題，因而刑訴法也不保障證人之選任辯護權。另外，被告雖應於傳喚時到場，但可以保持緘默，不為陳述；反之，證人不但要到場，不到場得拘提或科罰鍰（§ 178），而且原則上有陳述義務。證人得不為陳述者，僅有拒絕證言的少數情形，而且還要先聲明後再經許可始能拒絕證言（§§ 179~183）。其中，證人不自證己罪的規定，僅有第 181 條而已，況且刑訴後來雖增訂應先告知證人本條之拒絕證言權（§ 186 II），但並未免除證人釋明原因或以具結代釋明的義務（§ 183）。更甚者，依照我國實務近例⁸，被告與證人受不自證己罪保障之程度與方式有別：被告得概括行使其緘默權，國家機關既無介入亦無否決之可能性；反之，證人以自陷於罪為由而主張拒絕證言者，必須到場接受訊問後針對所訊問具體問題逐一分別為主張，不得概括拒絕回答，且應經許可始得拒絕證言。由此可知，相較於被告之緘默權保障而言，證人與其地位的高低，有如天壤之別。

⁸ 96 台上 5829：「證人此項拒絕證言權（選擇權），與被告之緘默權，同屬其特權，旨在免除證人因陳述而自入於罪，或因陳述不實而受偽證之處罰，或不陳述而受罰鍰處罰，而陷於困境。為確保證人此項拒絕證言權，...第一百八十六條第二項，增訂法院或檢察官有告知證人之義務。此項規定係為保護證人而設，與同法第九十五條第二款規定（略），固均屬不自證己罪之範疇。然被告本無自白犯罪之義務，故得以『被告』身分，而概括行使其緘默權，拒絕回答檢察官或法官之任何問題；證人則有到場接受訊問，陳述自己所見所聞具體事實之義務。證人陳述是否因揭露犯行而自陷於罪，得以行使其拒絕證言權，必須到場接受訊問後，針對所訊問之個別具體問題，逐一分別為主張，不得以陳述可能致其受刑事訴追或處罰為理由，而概括拒絕回答一切問題，以致妨害真實之發現。證人針對個別問題主張行使拒絕證言權，其拒絕證言之許可或駁回，依同法第一百八十三條第二項規定，應由審判長、受命法官或檢察官為決定，非證人所得自行恣意決定，亦非謂證人一主張不自證己罪，法院或檢察官即應准許之。」

以上乃最高法院穩定實務見解，同旨裁判例示如 104 台抗 602（參附錄）。

尤有進者，證人不但負陳述的義務，還負有「真實」陳述的義務。證人應具結（§ 186 I 除外），具結後即可能受偽證罪的制裁（刑§ 168）。反之，被告並不負真實陳述的義務，雖然理論上這不表示被告有說謊「權」，但是，由於被告陳述者，依我國法毋庸具結，亦非偽證罪適格的行為人，因此，縱使說謊，也無制裁的規定。

二、被告地位之形成時點

（一）一般原則

由於被告與證人之地位有雲泥之別，而提升被告地位，難免也會對檢警人員的追訴工作造成一定的「不方便」，乃至於阻礙刑案真相之發現，因而，檢警人員以傳喚證人或關係人之名，行訊問被告之實，並非不可理解。惟果真如此，則被告所有的防禦權利及告知義務規定，不過是畫餅充飢罷了。為了程序之公平性，並防範檢警規避法律明文，確定被告地位何時形成，殆屬必要。探討偵查中何時取得被告（含犯罪嫌疑人）地位，意義非凡，通常，此時點即為應踐行國家機關首次踐行告知義務之時點，因而，若於被告地位形成時點之後仍未踐行告知義務者，所得的被告陳述，並非依合法程序所得者，其證據能力會受到影響（下文三）。至於判斷被告地位形成時點的基準，應綜合參酌偵查者的主觀認知及客觀程序進行之種類及程度⁹。一般而言，重點在於具體案例跡證是否足以顯示嫌疑對象已經「特定」了。

（二）本案適用

案例所示，丁告訴時已提出證據並指明甲，對象已特定，檢察官亦經初步調查後發現甲涉嫌重大，從主觀認知言，檢察官在偵訊時甲之被告地位已經形成；而從客觀情況來看，卻對甲繼續訊問，後來的偵查程序則未再訊問甲，即逕行起訴並引用甲對己不利之陳述，由此

⁹ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch05:3.2.2；詳細說明：本書之〈被告地位之形成與告知義務之違反（例 2）〉及其附錄之《歐盟刑事法典草案》第 29 條（Corpus Juris 2000, Art. 29 – Die Rechte des Beschuldigten），在此不贅。

反面推知，訊問當時甲實質上已經是被告，即被告地位已經形成，但甲（偵查中）自始至終卻未受被告地位之保障，據此，本案程序踐行違法¹⁰。

其次，檢察官即便以證人地位偵訊甲時，曾告知甲有不自證己罪之拒絕證言權（§§ 181, 186 II），此既不改變本案程序違法之結論，亦不能治癒程序違法之瑕疵，因為：

1、如上所述，被告與證人地位有雲泥之別，單看第 95 條對被告之告知義務規定即可得知，踐行證人拒絕證言權的告知，根本不可能取代被告權利之保障，如被告請求資訊權、選任辯護權、請求調查有利證據權及其告知義務（§ 95 I ①, ③, ④），根本完全不適用於證人，證人也無從主張上開「權利」；

2、即便專就不自證己罪而言，被告之緘默權（§ 95 I ②）與證人之拒絕證言權（§§ 181, 186 II），權利範圍及其行使方式仍是天差地別¹¹，證人無法概括拒絕陳述，且違反者亦將受罰鍰制裁。因此，形式上踐行證人之告知程序，根本不可能彌補實質被告地位之損失！

3、更何況在蓄意規避被告地位之證人訊問情形，還有詐欺之不正訊問的問題（下述三、（二））。

三、違法訊問之法律效果

題示情形，甲受檢察官訊問前，其被告地位已經形成，此時檢察官本來應以被告地位傳喚並於訊問前踐行告知義務，但檢察官卻以證人地位傳訊，程序違法。此種違誤對於甲陳述之證據能力有無影響，分為違反告知義務與不正訊問禁止兩者討論。

（一）告知義務之違反：蓄意規避情形

首先，檢察官違反告知義務所得之被告陳述，應否禁止使用？就此，順序上應先審查刑訴專門為此制訂的特別禁止條款（§ 158-2 II），

¹⁰ 上開歐盟刑事法典草案第 29 條，不但以明文定義方式來界定刑事被告地位的形成時點，並且特別明定：自該時點起，不得再以證人地位訊問！

¹¹ 參上文一所引之 96 台上 5829、104 台上 1172 及 104 台抗 602（參附錄）。

若不在其禁止使用範圍，則應再進入證據使用禁止之一般條款 (§ 158-4) 來審查¹²。由於本案乃檢察官之訊問，明顯不在前條項之適用範圍，故應繼續進入後條之審查。

後條即一般條款 (§ 158-4)，其定性在於提供我國法繼續發展證據禁止理論與實務的平台 (平台說)¹³。據此平台說觀點，案例陳述應否禁止使用，必須借重證據禁止理論並探究第 95 條 (被違反之證據取得禁止規定) 的規範保護意旨。關此，在檢察官蓄意規避告知義務之情形，無論是依照三階段審查基準說或規範保護目的理論，結論皆同：鑑於蓄意規避應絕對禁止 (三階段審查基準說)、防範被告陷於不知辯護和自證己罪危險的規範目的及避免因使用證據而擴大被告損害之理由 (規範保護目的理論)，法院皆應該禁止使用如此違犯告知義務所得的被告供述，並無權衡餘地可言。我國實務同此結論，此外，實務亦認為縱使檢察官曾告知不自證己罪之拒絕證言權，亦同¹⁴。

(二) 不正訊問之禁止：詐欺手段

本案同時涉及另一個更嚴重的程序違反：不正訊問之禁止。訊問被告時違反告知義務與使用不正方法，本屬兩種不同的規範，但在特定情形下兩者會產生「競合」，此即題示情形。訊問時蓄意規避告知義務時，不但第 95 條所保障的被告不自證己罪及選任辯護權被漠視，而且第 98 條所保障的被告陳述與否之「意思決定及意思活動自由」，即「任意性」也會受影響，這是積極使用詐欺 (訊問時蓄意規避告知義務) 而使被告陷於錯誤 (意思自由受蒙蔽) 的訊問方法¹⁵，依照第 156

¹² 關此，詳細說明見本書之〈被告地位之形成與告知義務之違反 (例 2)〉及其附錄之 92 台非 177 (裁判見解同本文主張之審查順序)。

¹³ 關於平台說及各家證據禁止理論：林鈺雄，刑訴 II-Ch12:4.1。

¹⁴ 自從 92 台上 4003 以來，蓄意規避告知義務者證據應禁止使用，已是最高法院的定見 (參附錄)，例示如 96 台上 1723、102 台上 3373、104 台上 1172。但應予注意：部分裁判尚援引詐欺之不正方法作為論述，部分裁判則逕以違反告知義務為由而直接宣告證據使用禁止。

¹⁵ Vgl. M.-G/S, StPO, § 136a Rn. 14. 裁判認為蓄意規避對被告之告知義務，構成詐欺不正方法者，如 92 台上 4003、102 台上 3373、104 台上 2494。

條第1項的明文且絕對禁止規定，無證據能力。

參、〔結論〕

綜上所述，題示情形檢察官以訊問證人之程序規避訊問被告之要式，無論曾否踐行對證人拒絕證言權之告知義務，訊問程序皆同時違反訊問被告之告知義務（§95）及禁止不正訊問方法（§§98, 156 I），造成兩種違法訊問競合的現象。就法律效果而言，由於第156條第1項已明文且絕對禁止以詐欺方法訊問被告所得之自白，似宜優先適用，法院此時應以非出於任意性為由，排除甲偵訊供述之證據能力，不得將其採為有罪裁判之基礎。

肆、〔附錄〕

一、相關實務見解

※ 92 台上 4003（被告地位、蓄意規避、詐欺之不正方法）

刑事被告乃程序主體者之一，有本於程序主體之地位而參與審判之權利，並藉由辯護人協助，以強化其防禦能力，落實訴訟當事人實質上之對等。又被告之陳述亦屬證據方法之一種，為保障其陳述之自由，現行法承認被告有保持緘默之權。故刑事訴訟法第九十五條規定：…此為訊問被告前，應先踐行之法定義務，屬刑事訴訟之正當程序，於偵查程序同有適用。至證人，僅以其陳述為證據方法，並非程序主體，亦非追訴或審判之客體，除有得拒絕證言之情形外，負有真實陳述之義務，且不生訴訟上防禦及辯護權等問題。倘檢察官於偵查中，蓄意規避踐行刑訴第九十五條所定之告知義務，對於犯罪嫌疑人以證人之身分予以傳喚，命具結陳述後，採其證言為不利之證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使，尤難謂非以詐欺之方法而取得自白。此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除。

※ 96 台上 1723（被告地位、蓄意規避）

倘檢察官於偵查中，蓄意規避踐行刑事訴訟法第九十五條所定之告知義務，對於犯罪嫌疑人以證人之身分予以傳喚，命具結陳述後，採其證言為不利之證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使。此項違

法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除。

※ 104 台抗 602（證人地位、拒絕證言權）

證人此項拒絕證言權（按：§ 181），與被告之緘默權，雖同屬不自證己罪之範疇，然被告本無自白犯罪之義務，故得以被告身分，概括行使其緘默權，拒絕回答檢察官或法官之任何問題，而證人則有到場接受訊（詰）問，陳述自己所見所聞具體事實之義務，證人是否因其陳述致揭露犯行、自陷於罪，而得以行使其拒絕證言權，必須到場接受訊（詰）問後，針對所訊（詰）問之個別具體問題，逐一分別為主張，不得以其陳述可能致自己受刑事追訴或處罰為由，概括拒絕回答一切問題，以致妨害真實之發現。且證人針對個別問題主張行使拒絕證言權之許可或駁回，依同法第一百八十三條第二項規定，尚應由審判長、受命法官或檢察官決定，尤非證人所得自行恣意判斷。…證人無得拒絕證言之正當理由，經法院曉諭後仍執意拒絕證言者，法院自得依首揭規定科處罰鍰。

※ 104 台上 1172（被告地位、蓄意規避）

「刑事訴訟是社會秩序的倒影，而訊問被告可作為檢驗法治國程序規劃嚴謹性的石蕊試紙」。在刑事偵查程序中，被告係屬於被迫訴者，基於權利保護之要求，有受無罪推定及不自證己罪諸原則之適用，享有律師權、緘默權及自由陳述之權利；證人則為親自見聞待證事實之第三人，因其具有無可替代性，故被定位為追訴機關釐清案情之協力者，從而證人在性質上並無受律師協助之必要，與被告權利之保護明顯不同。而就「陳述」而言，被告依法有不陳述之權利，證人除在法律規範明定的範圍內得以為拒絕證言外，則負有具結並真實陳述之義務。被告作為程序主體，其地位始於成為刑事追訴之偵查對象，而終於該刑事追訴程序之整體結束。因此，在被告地位存續之期間，追訴機關就被告本人案件，基於「被告為證人不適格」，自不得以證人身分訊問被告以取供，以致削弱被告在刑事訴訟法上應有之保障。設若追訴機關蓄意以證人方式訊問已取得被告身分之人，並由此取得其不利之陳述，即使已踐行刑事訴訟法第一百八十六條第二項之告知義務，因此項偵查作為顯然侵犯法之正義感，違反正當法律程序，其所為不利之陳述，即不具證據能力，仍應予以排除，以收嚇阻違法偵查之效果，並維護司法之正潔性。此與追訴機關為蒐集證據，對於被告地位尚未形成前之被告以外之人，得以證人身分訊問；或被告地位已形成，追訴機關為調查另一被告犯罪情形（如具有共犯關係之共同被告），得對於被告以證人身分加以訊問之情形，尚屬有別。

二、類似案例

※ 林鈺雄，刑訴 I-Ch:5【案例 5-1：被告證人案】

乙死於家中，驗屍結果發現有他殺嫌疑，檢察官遂以證人身分傳訊乙之妻甲，訊問過程中，檢察官認為甲涉嫌重大，但為取得甲之供述，避免「打草驚蛇」，遂未為任何處置，仍然繼續以證人地位訊問甲。隨後檢察官即將甲列為被告起訴，起訴書中並引用甲在其面前對己不利之陳述為證。問檢察官踐行之訊問程序是否合法？

※ 【蛇毒殺人案】

B 報案稱其妻 W 被毒蛇咬傷，救護人員及警員立刻趕到 B 宅，送醫過程警員向 B 打探訊息，B 稱：「因為我對毒蛇稍有研究，知道這是百步蛇毒，我太太恐難存活」（甲段陳述）。隨後 W 死於醫院。

不久，檢察官因接獲匿名檢舉而調閱醫院病歷及保險資料，發現 W 的蛇毒應係注射而非蛇咬，且 B 有財務困難並甫於案發前兩個月為 W 投保鉅額身故保險（B 為受益人），遂鎖定 B 涉嫌重大。但檢察官為避免 B 有所警覺，遂以證人身分傳喚 B 應訊。B 依法具結後，詳細陳述簽訂保險契約及案發當時的經過（乙段陳述）。

隨後，檢察官將 B 改列為殺人罪之被告，聲請羈押 B 獲准，後屢次傳訊但 B 皆緘默。為得知犯案細節，檢察官遂精心安排一個前科累累且常擔任檢警線民的 L，住進 B 的看守所牢房與 B 朝夕相處，檢方並明白指示 L「竭盡所能去挖出來」任何不利 B 的證據。L 在牢中逐漸建立和 B 的信任關係，兩人無所不談，甚至於「共商」逃獄計畫，L 遂順利套取 B 關於下毒經過之細節（丙段陳述），檢警並因 L 所得資訊而查獲殘餘蛇毒的空瓶等犯罪證據。

案經檢察官以殺人罪名起訴，起訴書中援引被告 B 之先後三段（甲、乙、丙）陳述及蛇毒空瓶為犯罪證據。審判中 B 之辯護人抗辯，以上所有證據皆因違法訊問及其放射效力而無證據能力。試附具理由分述其抗辯有無理由？

非任意性自白之繼續與放射效力

設若甲涉嫌竊取骨董，於2011年1月25日上午9時經通知至警局接受警員乙詢問。乙踐行告知程序後，甲矢口否認犯行，乙遂對甲拳打腳踢，甲因痛楚而哀嚎不已，但詢問仍繼續進行；不久，正值警員交班時刻，警員丙自上午11時起接手詢問，丙未再對甲施以暴行，但甲心有餘悸，遂一五一十供出作案經過及贓物藏匿之郊外廢坑道（第一次自白）。丙隨後製作筆錄並於同日下午3時先將甲移送地檢署，檢察官丁訊問時依法踐行告知義務，甲則表示在警局被毆打，但丁僅淡淡回應，「每個警局移送來的被告都這麼說」，仍繼續訊問未為任何處置，甲遂為相同內容之自白（第二次自白）。

丙移送甲之後，隨即按圖索驥查獲骨董，且在同一藏匿地點發現甲另案竊盜所得的金條，金條經指紋鑑定後，又循線牽扯出共犯戊。

- 1、隨後，檢察官先將甲的骨董竊盜案件偵查終結提起公訴，起訴書並援引甲之兩份偵訊自白筆錄及骨董為證。審判中甲抗辯其自白非出於任意性，因而所得之骨董亦無證據能力。試問其抗辯有無理由？法院得否採為裁判基礎？
- 2、設若檢察官後來追加起訴甲、戊共同竊取金條案件，並提出金條及其指紋鑑定報告為證。甲、戊皆抗辯金條乃基於非任意性自白進而所得之證據，亦無證據能力。試問其抗辯有無理由？法院得否採為對甲或對戊竊取金條案有罪裁判基礎？

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 98, 156, 158-4

【關鍵詞】不正訊問、非任意性自白、繼續效力、放射效力、加重告知義務、證據使用禁止

案例爭點乃非任意性自白之認定及其禁止使用範圍。甲在偵查中先後於警局及地檢署為兩次自白，並因自白而查獲骨董、金條等贓物。Q1 自白及骨董贓物得否採為法院裁判基礎，涉及三個層次的證據禁止問題：

一、不正訊問／非任意性自白之直接效力。此即第一次自白應否禁止使用之問題，本案對甲施暴者乃先前偵訊的警員乙，而非後來甲自白對象的警員丙，故應注意因果關係問題，亦即，甲向丙自白之任意性是否因乙之不正訊問而受影響。

二、不正訊問／非任意性自白之繼（延）續效力¹。若第一次自白非出於任意性，是否會污染第二次自白之任意性？

三、不正訊問／非任意性自白之放射效力²。此在本案指因不正訊問取得自白，再據此自白而以合法手段取得之衍生證據即「骨董贓物」，應否禁止使用之問題，也就是毒樹果實問題。

¹ 參林鈺雄，〈非任意性自白之繼續效力〉，《臺灣本土法學》，3期，1999.08，頁192-195；楊雲驊，〈「加強告知」義務的課予一評最高法院九三年台上字六六五六〉，《臺灣本土法學》，76期，2005.11，頁252-255。我國實務早期否定繼續效力，後來同以上二文之主張而肯認繼續效力，但仍未承認加重告知義務，參附錄實務選錄。文獻多表贊同，如黃翰義，〈論不正訊問之延續與阻斷效力—最高法院104年度臺非字第212號判決評析〉，《月旦裁判時報》，47期，2016.05，頁56-64。

² 參王兆鵬，〈自白與毒樹果實原則〉，《月旦法學雜誌》，101期，2003.10，頁99-114；林鈺雄，〈非任意性自白之放射效力：毒樹果實問題〉，《臺灣本土法學》，7期，2000.02，頁154-159；黃朝義，〈毒樹果實理論之實務具體運作—簡評最高法院一〇二台上三二五四號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，27期，2014.06，頁47-53。

Q2 的金條及其鑑定證據，各自得否採為法院對甲、對戊裁判的基礎（按：甲竊取金條及戊竊取金條，在訴訟法上為兩個案件），主要涉及以上第三層次的放射效力問題。

貳、〔解析〕

一、直接效力：第一次自白之禁止使用

（一）非任意性自白之禁止規定

刑訴法第 98 條明定：「訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法。」違反者，依同法第 156 條第 1 項：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」

上開前條為自白之證據取得禁止，後條項為自白之證據使用禁止的明文規定，兩者結合成為完整的證據禁止規定，此乃刑訴法向來關於證據使用禁止（證據排除）最為明確、絕對的明文規定（參 104 台上 3052）。以上規範意旨，最主要是為了維護被告陳述與否之意思決定及意思活動自由，此即我國法通稱之「任意性」。由於此項任意性保障，涉及被告最為基本的程序主體地位，與被告不受任何侵犯之人性尊嚴有密切關係³。因此，縱使不正訊問所得之自白內容與真實相符時，亦絕對無證據能力，並無例外。

（二）不正訊問方法與自白之因果關係

案例所示，警員乙對甲腳踢，屬於上開條文所稱「強暴」（§§ 98, 156 I）之不正訊問方法無疑。惟因施暴者為警員乙，後來取得自白之警員為丙，固應檢討不正訊問與自白之間的因果關係。

所稱不得採為裁判基礎的自白，以與不正方法之運用有「因果關

³ Vgl. BGHSt 14, 358, 364; M-G/S, StPO, § 136a Rn. 1 ff.; Roxin/Schünemann, StVR, 25/14.

係」(ursächlicher Zusammenhang)者為限⁴。因為就法條文義及規範意旨言，本條項所欲防範者，乃國家以侵害被告意思決定及意思活動自由之方式取得被告自白，因而，當先前之不正方法與後來之自白無因果關係時，除非另有其他不正情事，否則，該自白即為「出於任意性」之自白，不在禁止使用範圍。

有無因果關係之認定，固然不能一概而論⁵，但不正訊問方法在先而自白在後，尤其是使用刑求等強暴手段的情形，兩者之間「無」因果關係，毋寧是例外。通常，只要偵訊情狀並未明顯更易，應該認定所有後來的自白和先前的施暴之間有因果關係，因為依照一般經驗和實力支配關係來分析，一旦被告被施暴，其意思決定及意思活動自由受威脅、壓制的情狀會持續一段時間，在偵訊條件未重大變易的情形下更是如此，自白因而不具任意性。

案例所示，警員乙因甲否認犯行而先施暴，隨後甲於警員丙前自白。先前施暴與後來自白，時間緊接、空間同一且警局詢問之情境亦完全相同，僅警員交班換手而已。儘管警員丙接手詢問時，未再對甲施以暴行，但基於甫發生的挨打經驗，不可能期待被告再次受皮肉之苦，亦即，此時侵害被告自由意思之心理強制情狀仍然存在，因此，縱使丙警詢問時未施以刑求，被告所為之自白仍因先前被毆打而非出於任意性，法院應認定其無證據能力。

二、繼續效力：第二次自白之禁止使用

（一）繼續效力之定位

⁴ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch05:3.3.1。實務同此，如 94 台上 2997 判決即謂：「...非任意性之自白，除其自白必須是以不正方法取得外，尤須該自白與不正方法間具有因果關係，始有前述排除法則之適用，此觀... (§ 156 I) 規定：『被告之自白，非「出於」強暴...者，得為證據』即明」；96 台上 3479、106 台上 293 同旨（參附錄）。德國通說及實務見解亦同，參 Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 142; M-G/S, StPO, § 136a Rn. 28。

⁵ 案例參林鈺雄，〈刑求與自白之因果關係及其證明負擔〉，《月旦法學雜誌》，48 期，1999.05，頁 14-15。

偵查中前階（警局）之第一次自白因違反任意性要求而被禁止使用時，後階（地檢署）之第二次自白是否亦受到污染，而同在禁止之列？此乃非任意性自白之「繼續效力」（Fortwirkung）問題。

就此，原則上，偵查中因為案件由偵查輔助機關移送地檢署而產生前後兩階段的自白時，後階的自白是否具有證據能力，還是取決於後階自白本身是否具有任意性；「若能證明」後階自白乃被告在自由意思下所為，則不在禁止使用之列。

關此，首應說明，不正訊問雖會導致所得之自白無證據能力，但並無阻礙國家機關以合法方法再度訊問被告之效力，因此，國家機關「得」再度合法訊問被告。否則，就刑事訴訟之目的以觀，整個犯罪追訴程序將因一個偵查錯誤而徹底癱瘓；另外，就刑事政策而言，優勢被告方面亦可能操縱差勁或貪瀆的偵查官員，誘發或賄賂其以故意或過失使用不正手法，藉此完全排除國家方面的刑事追訴。其實，從刑訴法第 98 條及第 156 條第 1 項的規範意旨以觀，並無排除國家機關繼續合法進行刑事程序的效力，否則，其法律效果應該規定為「不得再行訊問」，乃至於「應終止刑事追訴」才是。

在被告接受訊問之環境條件並未明顯變更之情形，處理程序已如上文一所述；反之，若產生情境更易時，例如案例所示由警局移送地檢署之情形，則自白有前階後階之分，檢察官訊問所得之後階自白，究竟有無證據能力，固然取決於後階自白本身之任意性，但須特別注意，前階使用之不正訊問方法，其影響被告意思自由的情狀是否持續發生作用？亦即，此時判斷後階自白之任意性問題時，應依序考慮：

1、檢察官本身有無使用不正訊問方法？若有，則後階自白依法自應禁止使用（§ 156 I）；

2、若無，則前階自白之不正訊問方法，是否繼續發生作用，影響後階自白之任意性？若否定之，則後階自白仍具證據能力；若肯定之，則後階自白因為繼續效力而應被禁止使用。

簡言之，只當檢察官本身並未使用不正訊問方法，而且前階自白之不正訊問方法並未對後階自白產生繼續作用時，才能認定後階自白係出於任意性。由此可知，關鍵在於因果關係及其證明。

（二）因果關係及其自由證明

案例 Q1 所示的繼續效力，即後階自白是否亦「出於」前階不正訊問方法之判斷，本質上即是刑訴法第 156 條第 1 項的因果關係判斷的問題。就其考量因素，簡述以下三點：

1、我國實務認為：「應依個案情節，綜合訊問及受訊問之各方相關狀況…為具體評價；尤其不正方法是否足以延續至後來未受不正方法所為之自白，更應深入探究該次不正方法與嗣後之自白間之相關聯因素，包括訊問時間是否接近、地點及實施之人是否相同、受訊問人自白時之態度是否自然、陳述是否流暢等等，以定其因果關係之存否」（96 台上 3479）⁶。

2、不正訊問方法的種類及其在個案的嚴重性，也會產生不同程度的繼續效力。例如，刑求（強暴）與詐欺手段，對後階自白任意性即有不同影響；就種類而言，刑求的影響作用通常最為深遠，而同是刑求方式，依其嚴重性亦有不同延伸作用。尤其在兩次偵訊時間相當接近者，如案例所示僅相隔數小時情形，先前刑求所致的心理強制狀態仍會繼續對被告後階自白產生影響，並未完全解除，至少無法排除兩者之間具有因果關係的可能性。

3、程序進行階段有無明顯更易，也是判斷繼續效力之因果關係的因素。一般而言，在案件由不公開之偵查程序轉換為公開之審判程序後，程序主控地位也由偵查者轉為審判者，被告防禦地位隨之大增，情勢也完全不同，因此，偵查中之不正訊問能延續並污染審判中自白之情形，不能說是完全沒有，但畢竟是例外。反之，警員（或調查員）詢問與檢察官訊問，偵訊主體雖有更易，但仍同屬偵查階段，究竟有無顯著的偵訊情境變更，較難一概而論。

綜合以上三點，案例所示警員使用者乃對心理壓制影響最為深遠的刑求（毆打）手段，兩次偵訊主體雖有警員及檢察官之別，但時間

⁶ 實務裁判雖已肯認繼續效力（如 97 台上 5148、101 台上 5570、106 台上 293），但迄今仍未明白課予下述（三）的「加重告知義務」，批評參林鈺雄，刑訴 I-Ch05:3.3.3.2；楊雲驊，註 1 文，頁 252-255。

緊接且同屬偵查階段，被告程序地位亦無明顯差異。因此，雖然檢察官自身並未使用不正方法，但甲之自白仍受先前刑求手段影響而欠缺任意性。

其次，不正訊問之相關爭點，包含此處所稱的繼續效力之因果關係的判斷，皆屬程序事項，適用自由證明法則，而非嚴格證明程序。在先不正訊問後自白之情形，有無因果關係之證明則應採行「推定法」，即應先推定兩者之間具有因果關係，有反證時才能推翻。就證明程度言，僅須證明至令人相當程度懷疑（約略同「釋明」程度），即可認定有因果關係，毋庸到達毫無懷疑的「確信」心證。亦即，「釋明」至「確信」之間的模糊心證地帶，不利益歸於國家，而不應由被告來承擔。具體而言，只要經調查後認為，先前之不正訊問方法與後來之自白間的因果關係「不能排除」時，法院應即以自白非出於任意性為由，禁止使用該後階自白⁷。

如案例所示情形，在先前使用刑求手段訊問時，幾乎很難排除其繼續作用至後階自白的可能性，再加上兩者時間又相當緊接，因此，除非有確切的反證，否則無法肯認後階自白之任意性。

（三）加重告知義務：遮斷繼續效力

如前所述，前次不正訊問並無禁止再度合法訊問的作用，但是，前次不正訊問又極易造成影響後次自白任意性之繼續效力。兩者併合以觀，在如案例所示警員移送檢察官情形，究竟檢察官應如何處置，才能遮斷繼續效力而合法訊問？

一言以蔽之，就是踐行「加重告知」（qualifizierte Belehrung）之義務⁸！例如，假使警察欺騙被告稱共犯已經自白，被告因而自白者，

⁷ 此原為學說主張（參林鈺雄，註5文），最高法院後來採此見解，標竿裁判為94台上275（參附錄），評釋參林鈺雄，〈自由證明法則之新開展—最高法院近年裁判新趨勢之綜合評釋〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁39-70（＝《臺灣本土法學》，96期，2007.07，頁116-134）。德國實務與通說皆同：BGHSt, 5, 290, 291; 13, 60, 61; Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 142 f.; Roxin/Schünemann, StVR, 25/16.

⁸ 參註1文。Vgl. BGH NStZ 1989, 35, 36; BGHSt 52, 11, 24; Beulke/Swoboda,

檢察官訊問前，除了踐行一般的告知義務（§ 95）之外，必須加重告知被告：共犯事實上並未自白，且亦應明白告知被告其前階自白因為警員違反不正訊問之禁止而無證據能力。此項告知義務對被告之緘默權及防禦權的維護，頗為重要，畢竟，對於法律外行的被告而言，通常不清楚其前階自白的法律評價，甚至可能誤以為「木已成舟」而續為後階自白。此時，加重告知是遮斷前階不正訊問方法的繼續效力之前提要件。

案例所示，被告甲已向檢察官表明曾受警員刑求自白之情事，但檢察官未為任何處置，亦未踐行加重告知義務以中斷繼續效力；被告再為內容相同的自白，則此次自白之任意性仍因前階之刑求手段而受影響，繼續效力仍在。

三、放射效力／毒樹果實：衍生證據之禁止使用問題

（一）放射效力之定位

本案甲之自白乃「直接」因違法方法（不正訊問）所得的證據，稱為原始證據；反之，贓物及隨之出現的其他證據（含其上指紋之鑑定及因而循線查獲之共犯戊）屬於衍生證據（secondary or derivative evidence）。在概念層次上，因違法手段取得原始證據（如本案之自白），依該原始證據再以合法手段而「間接」取得之衍生證據（如本案之贓物），此乃證據使用禁止之「放射效力」（Fernwirkung）問題，即美國法所稱「毒樹果實理論」（fruit of the poisonous tree doctrine）的問題。

猶如本案所示情形，討論放射效力的前提，通常有二：1、本案須因國家機關使用違法手段（毒）取得原始證據（毒樹），進而再間接取得其他衍生證據（毒果）。這裡處理的是「毒果」而非「毒樹」的問題，因此案例中必須存在衍生證據，始生放射效力問題。2、衍生證據乃合法取得。放射效力所欲處理者，乃前次「違法」之取證行為是否

會「污染」後次之「合法」取證行為，導致後次所得衍生證據亦不得使用的後果。反之，如果後次取證行為本身也違法，根本毋庸迂迴討論放射效力或毒樹果實的問題⁹。

由此可知，區別證據使用禁止之直接效力與其放射效力，主要原因與實益在於：1、兩者應否禁止使用的「規範依據」有別，2、因此，「審查基準」亦有不同。

如案例所示，第一、二次自白之禁止使用，規範依據即直接來自於前述針對不正訊問之法定的、絕對的證據使用禁止條款（即§ 156 I）。反之，我國刑訴法對於不正訊問之放射效力（其他放射效力問題，亦同），則無任何直接的明文規範可循¹⁰，必須藉助理論來形成其審查基準；關此，證據使用禁止的一般條款（即§ 158-4：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」），儘

⁹ 例如，假設本案的贓物本身也是因違法搜索而來，則該贓物得否使用，首應取決於搜索之違法性，而非先前自白之違法性；又如，設若警員刑求被告後依其自白得知其他共犯，找到其他共犯後又刑求取得其自白，則所有的自白都「直接」因為不正訊問而禁止使用（§ 156 I）。

惟我國實務上，往往將放射效力（毒樹果實）問題，與直接效力或繼續效力相混淆。以提起第三審上訴的上訴意旨為例，舉幾則錯誤範例如下：

92 台上 5890 判決之上訴意旨略稱：「...上訴人在派出所內，受到違法之警訊，及以暴力脅迫簽字，依『毒樹果實理論』不能採為證據」。

95 台上 2225 判決之上訴意旨略稱：「...原判決不採上訴人在警詢之供詞，而偵查供詞則接續警詢而來，依毒樹果實理論或違法接續性同樣無證據能力，原判決未加說明，理由欠備」。

95 台上 6957 判決之上訴意旨略稱：「王某於警詢過程中所受之強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正方法，本不具有證據能力，且其審判中所為證言因受前階段警詢過程影響而應適用毒樹果實原則，亦無證據能力」。

以上三案皆無關毒樹果實。第一案是非任意性自白之直接效力問題，二、三案上訴意旨的「真意」應係主張非任意性陳述的繼續效力。令人驚訝的是，在上訴理由中犯下這些明顯錯誤者，還包含辯護律師！

¹⁰ 立法亦有例外明文規定者，參通保法§ 18-1 III：「違反第五條、第六條或第七條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第十七條第二項規定予以銷燬。」

管並非針對放射效力而定，但若擴張解釋亦有可能包含衍生證據在內¹¹；不過，此一般條款的定性及作用，僅止於提供我國證據禁止未來繼續發展的「平台」而已¹²，條文本身並無審查基準可言，因此，對於具體案例之助益有限。

（二）放射效力之正反爭辯

放射效力，可調整個證據禁止理論中最具爭議性的環節，這是因為中間介入另一個合法取證行為之故，因此，衍生證據與原先違法取證行為的關聯性變得較為稀薄，難以從被違反的取證規定直接導出衍生證據亦應禁止使用的結論。關於放射效力的解決原則，迄今各國理論與實務存在許多對立觀點，以下僅以本案為例，專就其涉及的非任意性自白之放射效力，說明幾種基本觀點¹³：

1、否定說。文義解釋乃本說依據，因為刑訴法第156條第1項明示應禁止使用者，僅為出於非任意性的被告自白而已，並無擴張解釋之理。另外，就刑事政策言，一旦承認非任意性自白具有放射效力，則在刑事訴訟中之發現真實工作，將嚴重受挫，刑事追訴，甚或將因而癱瘓。以本案為例，果真承認放射效力，不但甲竊取骨董案難以追訴（無贓物可為證），甚至於連甲竊取金條案，乃至於據此進而發現的其他行為人「戊」竊取金條案，一律無證據能力，則無異認為犯罪追訴工作將因一次性的違法偵查而全面停擺。再者，證據究竟是否因為不法行為取得之證據所衍生而來，即原始證據與衍生證據之間的因果關係，在程序上往往難以精確界定。

2、肯定說。此說認為因非任意性自白（毒樹）所得之衍生證據

¹¹ 96台上4177（參附錄）：「先前違法取得之證據...其嗣後衍生再行取得之證據，...若為合乎法定程序者，因與先前之違法情形，具有前因後果之直接關聯性，則本於實質保護之法理，當同有該相對排除規定（按：§158-4）之適用」。換言之，本判決認為，放射效力問題仍應（可）援引§158-4作為判斷證據能力之依據。

¹² 證據禁止理論v.平台說：參林鈺雄，刑訴II-Ch12:4.1.5。

¹³ 參林鈺雄，刑訴I-Ch05:3.3.3.3；刑訴II-Ch12:5；林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，《干預處分與刑事證據》，2008.01，頁294-300。

（毒果），與非任意性自白本身一樣在禁止使用之列。此說的立論來自兩大方面：一是貫徹規範目的，二是導正警察紀律。先就前者言，禁止非任意性自白目的在於徹底杜絕不正取供，維護被告最基本的人性尊嚴及主體地位，這些都是法治國刑事訴訟程序不可或缺的要素，重要性無可比擬。如果解釋上認為僅有直接效力而無放射效力，則容易造成規避結果，因為直接效力的範圍狹窄，難收制裁不正取供的效果，警察機關大可先「冒險犯難」，以不正方法取得線索再說。以本案為例，儘管甲之自白證據因不正訊問而無證據能力，但警員「收穫匪淺」，因為即使法院不使用該自白證據，其衍生物證也可能將甲定罪。接踵而來者，乃警察機關的紀律問題。導正紀律說（又稱嚇阻理論），一向為毒樹果實論之擁護者的重要論據，當法院將以不正方法取得的衍生證據照單全收時，無異變相鼓勵警察違法取供，間接架空取證法規的規範效力。

3、區分說。此說認為放射效力問題不能一概而論，應區別不同案型處理。至於區別標準則有各種主張，諸如比例原則、權衡理論、假設偵查流程理論等等，皆曾被提出作為衡量基準，但就結論而言，區別說中楊墨各家多數肯認非任意性自白之放射效力。

本文認為，一概承認或一概否認放射效力，皆非良策，應本於區別說而針對各種類型來發展具體審查基準。本文就此主張三項基本觀點：1、證據使用禁止必須有放射效力；2、證據使用禁止之放射效力必須有限制；3、證據使用禁止之放射效力，因案而異，方法上應以個案中被違犯法規之規範目的出發，同時審酌偵查官員主觀上（如故意或過失、惡意或善意等）及客觀上（如侵害權利之方法、種類及範圍等）的違法程度、犯罪嫌疑人涉案程度及所涉案件是否重大等因素。

（三）非任意性自白之放射效力：特性及個案運用

因非任意性自白進而取得其他衍生證據之情形，只不過是放射效力／毒樹果實所討論的案型「之一」而已。事實上，所有「證據因違法取得而禁止使用」的案例，只要符合前文（一）所提的兩項前提，都可能因而衍生「放射效力」問題。由於非任意性自白之放射效力問

題，有其規範地位上的特殊性，因此，其審查基準及結果，未必能夠套用至其他類型的放射效力案例。

專就非任意性自白之放射效力言，運用上文（二）之三項基本觀點，則結論上應認為非任意性自白原則上有放射效力，但亦受相當之限制，說明如下：

1、首先，非任意性自白原則上應有放射效力。放射效力問題，首應探究被原來違反之取證規定的規範特色與目的，就非任意性自白，直接違反的規定（§ 156 I），在證據禁止理論上有幾項特色：1) 本條項乃現行法中法定的、絕對的證據使用禁止條文，也是最為嚴重的違法取證情狀，立法者藉由本條宣示刑事訴訟法最為基本的價值，以維護人格尊嚴與法治國程序，因此，自白縱使與真實相符，也絕對無證據能力。雖然在其他重大違法蒐證之情形，也可能會產生證據使用禁止的效果，但是，畢竟不如以不正方法取得自白的情形般嚴重。2) 再者，自白本來就不得作為有罪裁判的唯一依據，仍應調查其他證據（§ 156 II），因此，單單禁止使用非任意性自白，並無貫徹本條的規範目的之效果。如此一來，無異鼓勵捉襟見肘的警察先冒險犯難，刑求取供，再按圖索驥，順利找到贓物等足以定罪的關鍵證物，也難以導正警察紀律。3) 本條的證據情勢對於被告特別不利，因為幾乎沒有警察會承認刑求逼供，甚至於也無警察會挺身而出，作證其同僚刑求逼供，因此，被告所處的情勢尤其惡劣。如果再否定刑求自白的放射效力，提高警察刑求誘因，則本條的證據使用禁止對被告而言，幾乎無保護的效力¹⁴。

2、其次，偵查官員主觀上及客觀上之違法程度，也是考量基準¹⁵。

¹⁴ 以上 1)~3) 三點，亦可由§ 158-4 立法理由所宣示的證據使用禁止與否之各項考量因素，獲得印證：1) 尤其涉及「違背法定程序之情節」及「侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重」；2) 和「禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果」有關；3) 則是影響「證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度」的判斷。

¹⁵ 此點，與§ 158-4 立法理由宣示的下列考量因素雷同：違背法定程序時之主觀意圖（主觀違法）、違背法定程序之情節（客觀違法）。

在不正訊問情形，絕大多數乃偵查官員主觀上惡意明顯、客觀上情狀重大之違法情形，因此，權衡之後應承認有及於衍生證據之放射效力。尤其是刑求自白情形，偵查官員之行為根本是濫權追訴之犯罪行為（刑§ 125），乃任何法治國家絕對不能容忍的殘暴行徑，國家處罰行為人的正當性基礎甚而動搖，因此，非承認其放射效力不足為戒，此時毋庸再考慮被告犯行輕微或重大。其他以強暴、脅迫及違法羈押手段取得非任意性自白時亦同（反之，詐欺或利誘手段之違法程度，則有不同）。

3、最後，須探討多層次衍生證據之放射效力問題。非任意性自白之放射效力，亦受限制，原則上僅及於第一次的衍生證據，不及於因衍生證據再合法取得之再衍生證據。例如，刑求取得被告自白（原始證據），依該自白再找到共犯並取得其任意性自白（衍生證據），復依該共犯自白，合法搜索取得藏匿贓物地圖（再衍生證據），又依該地圖合法搜索取得贓物者（再再衍生證據）。諸如此類樹生果，果再生樹，樹又生果的情形，如果一概否定間接因違法取得證據之證據能力，對於犯罪追訴實務的影響，恐怕難以估計；更何況理論上，雖然樹的祖先曾經中毒，然而衍生好幾代的果子，毒性經過幾翻稀釋之後，可能早已不在禁食範圍。即便巡弋飛彈，也有射程距離，不可能無遠弗屆，更何況是證據禁止。由於第二層次以下的衍生證據與原先的違法手段（刑求）之間，關聯性已經被稀釋淡化，所以恐怕超過原先禁止使用的射程距離。

Q2 由於係屬刑求逼供，依照前述基準，除禁止使用自白本身之外，應生放射效力，及於第一次之衍生證據，據此，骨董贓物在禁止使用之列。其次，警員丙同次偶然發現的金條贓物，儘管是「他案」贓物，但因屬同次取證行為所得，仍是基於系爭刑求自白的第一次衍生證據，應禁止使用的理由及結論亦同。反之，因金條贓物之指紋鑑定，再循線查獲之共犯戊的竊盜案件及後來繼續發展的所有證據，皆屬第二次以後之衍生證據，不在放射效力的禁止範圍之列，否則，所有衍生案件皆將因一次性的偵查錯誤而停擺。

參、〔結論〕

案例所示，甲在警局及地檢署中所為之自白皆因欠缺任意性無證據能力（§§ 98, 156 I）。甲第一次自白，雖刑求者為先前偵訊的警員乙而非後來甲自白之對象警員丙，但在同屬警員及警局偵訊環境且時間緊接之情形下，甲受心理壓制的情境並無區別，刑求與自白之間顯有因果關係，甲於警局之自白不具任意性。

就甲第二次自白言，檢察官本身雖未使用不正訊問方法，但前階自白之非任意性是否繼續作用，進而污染後階之自白？此即非任意性自白之「繼續效力」問題。此時仍應回歸刑訴法第 156 條第 1 項，判斷第二次自白是否具有任意性，僅當先前不正訊問方法與後來自白之間具因果關係時，才應排除其證據能力。案例為刑求取得前階自白之情形，通常被刑求人所受的心理壓制會繼續作用，尤其是兩次自白同屬偵查階段且時間僅相隔數小時，非任意性之情狀仍然繼續（或至少不能排除其延伸）至後階自白，故應依自由證明而判定兩者仍具因果關係，第二次自白仍無證據能力。檢察官若欲繼續合法訊問，必須先踐行加重告知義務之程序，以遮斷其繼續效力，而非如案例所示逕行繼續訊問。我國實務見解雖已承認繼續效力，但未明白要求加重告知義務作為第二次自白之使用條件。

就衍生的贓物證據而言，屬於證據使用禁止之放射效力，即毒樹果實問題。關於放射效力之一般理論，雖然有肯定說、否定說與區分說之別，但單就本案涉及的非任意性自白之放射效力而言，應基於刑訴法第 156 條的杜絕違法刑求與維護人性尊嚴的規範目的，並且衡諸不正取供的主觀客觀違法情節以及對於被告相對不利的證據情勢，認為非任意性自白應有放射效力，但原則上應將其射程距離限制在第一次的衍生證據。據此，法院不得將本案的骨董贓物及同時同地查獲的他案金條贓物採為裁判基礎，惟據金條指紋鑑定進而循線發現之共犯戊及隨後的取證行為，皆為第二次以後之衍生證據，不在放射效力之禁止範圍。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 94 台上 275（不正訊問之自由證明）

被告任意性之自白始有證據能力，法院才能採為認定犯罪事實之裁判基礎，在自白是否出於任意性有疑義時，應先對自白之任意性為調查，且在心證上無需達於確信程度才能認定，認定之結果，不利益應歸國家負擔，利益歸被告，亦即依自由證明程序調查後，法院在心證上雖非達到確信，惟相當程度懷疑調查機關使用不正訊問方法時，即應認定證據非出於任意性，被告自白不具證據能力，而予排除不得作為判決基礎。

※ 96 台上 3479（不正訊問之因果關係、繼續效力）

（§ 156 1）所謂非任意性之自白，除其自白必須係以不正方法取得者外，尤須該自白與不正方法間具有因果關係，該自白始應加以排除。至有無因果關係存在之判定，應依個案情節，綜合訊問及受訊問之各方相關狀況，如訊問之時間、場所、環境、氣氛，犯罪嫌疑人或被告之年齡、地位、職業、教育程度，健康狀態、精神狀況，實施訊問之人數、語言、態度等一切情形為具體評價；尤其不正方法是否足以延續至後來未受不正方法所為之自白，更應深入探究該次不正方法與嗣後之自白間之相關聯因素，包括訊問時間是否接近、地點及實施之人是否相同、受訊問人自白時之態度是否自然、陳述是否流暢等等，以定其因果關係之存否。

※ 96 台上 4177（放射效力/毒樹果實）

學理上所謂毒樹果實理論，乃指先前違法取得之證據，有如毒樹，本於此而再行取得之證據，即同毒果，為嚴格抑止違法偵查作為，原則上絕對排除其證據能力，係英美法制理念，我國並未引用。我刑事訴訟法第一百五十八條之四所定：（略）是為法益權衡原則，採相對排除理論，以兼顧被告合法權益保障與發現真實之刑事訴訟目的。是除法律另有特別規定不得為證據，例如同法第一百條之一第二項、第一百五十八條之二、第一百五十八條之三等等類者外，先前違法取得之證據，應逕依該規定認定其證據能力，固勿論矣！其嗣後衍生再行取得之證據，倘仍屬違背程序規定者，亦應依上揭規定處理（按：指依照直接效力處理，無關放射效力問題）；若為合乎法定程序者，因與先前之違法情形，具有前因後果之直接關聯性，則本於實質保護之法理，當同有該相對排除規定（按：§ 158-4）之適用。惟如後來取得之證據，係由於個別獨立之合法偵查作為，既與先前之違法程序不生前因後果關係，非惟與上揭毒樹果實理論無關，亦不生應依法益權衡原則定其證據能力之問題。

※ 101 台上 5570（繼續效力、放射效力/毒樹果實）

刑事訴訟法第九十八條結合同法第一百五十六條第一項，建構成完整之自白證據排除規定，旨在維護被告陳述與否之意思決定與意思活動自由權。被告自白須出於自由意志，設若被告第一次自白係出於偵查人員以不正方法取得，該次自白因欠缺任意性固不得為證據，但嗣後由不同偵查人員再次為訊問並未使用不正方法而取得被告第二次之自白，則其第二次自白是否加以排除，此即學理上所稱非任意性自白之繼續效力；又如被告之自白非出於任意性，但其自白蒐集之證據（例如合法搜索取得之證物），該非出於不正方法所蒐集之證據有無證據能力，則為學理上所指非任意性自白之放射效力。前者，須視第二次自白能否隔絕第一次自白之影響不受其污染而定，亦即以第一次自白之不正方法為因，第二次自白為果，倘兩者具有因果關係，則第二次自白應予排除，否則，即具有證據能力。此繼續效力是否發生，依具體個案客觀情狀加以認定，倘若其偵訊之主體與環境、情狀已有明顯變更而為被告所明知，除非有明確之證據，足以證明被告先前所受精神上之壓迫狀態延續至其後應訊之時，應認已遮斷第一次自白不正方法之繼續效力，即其第二次之自白因與前一階段之不正方法因果關係中斷而具有證據能力。後者，雖有學者主張非任意性自白應有放射效力，但原則上應將其射程限制在第一次之衍生證據，惟通說則認為本於被告自白所蒐集之證據，如非出於不正方法，仍具有證據能力，並不受自白非任意性之影響。

※ 106 台上 293（繼續效力）

（§ 156 I）所謂非任意性之自白，必須其自白係以...不正方法取得，且該自白與不正方法間具有因果關係，該自白始應加以排除。而於不同時空由不同訊（詢）問人員所為之訊（詢）問，若未使用不正方法，則所取得之被告自白，其證據能力，是否會因被告對先前之自白所爭執之非任意性，而受影響，端視該次自白能否隔絕先前自白之影響不受其污染而定。而有非任意性爭議之先前自白繼續效力是否發生，應依具體個案客觀情狀加以認定，倘若訊（詢）問之主體、環境及情狀已有明顯變更，且為被告所明知，除非證據足以證明被告先前所爭執受心理上之強制狀態延續至其後應訊之時，否則應認已遮斷前次有非任意性爭議自白之繼續效力。

不自證己罪於非刑事程序之前置效力

乙為公職人員當選人，經檢察官以其於選舉期間透過里長甲等數名格腳賄賂有投票權人為由，而向管轄之民事法院提起當選無效之訴（選罷§ 120 I ③），檢察官並同時偵辦上開選舉賄賂罪之刑事案件。於民事法院當選無效案件之準備程序，甲經法官以證人身分傳喚出庭作證，並經法官諭知具結之義務及偽證之處罰具結後作證，惟法官並未告知甲若其證言足致自己受刑事訴追者得拒絕證言（民訴§ 307 I ③），甲承認當乙格腳為其「拉票」等情事，但否認有「買票」行為。隨後，檢察官分別起訴甲犯刑法偽證（刑§ 168）及公職人員選舉罷免法之賄賂有投票權人罪名（選罷§ 99 I），起訴書中皆援引甲上開證言為據，甲於刑事程序自始至終保持緘默。試問：

- 1、刑事法院得否將甲上開證言，採為偽證罪案件之裁判基礎？
- 2、刑事法院得否將甲上開證言，採為賄賂罪案件之裁判基礎？

58◎不自證己罪於非刑事程序之前置效力（例5）

※ 圖表 1：不自證己罪原則與取證程序類型

程序種類 取證種類	A：刑事程序		B：非刑事程序 如民事或行政程序	
			B-a：產生 刑事法關連	B-b：不生 刑事法關連
1： 1-① 供述 證據 依法 (強制) 取得	A-1-① J. Murray 案 槍砲§ 181V		B-a-1-① Saunders 案 破產人案	X
1-② 違法 取得	A1-② Allan 案 竊押牢友案		B-a-1-② 94 台上 51 96 台上 7239（本案例）	
2： 2-① 非 供述 證據 依法 取得	A-2-①		B-a-2-① Funke 案	
2-② 違法 取得	A-2-②		B-a-2-②	

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 95, 181, 186

【關鍵詞】不自證己罪、前置效力、拒絕證言權、具結、偽證

本案¹爭點為「非刑事程序」有無不自證己罪原則之適用問題。案例所示，國家機關於先前之非刑事程序，以證人身分「取得」甲的供述證據，隨後將其「運用」到以甲為被告的刑事程序，此際，不自證己罪原則可否用以審查先前非刑事之取證程序的合法性？此乃不自證己罪原則於非刑事程序之「前置效力」問題，亦即，此項原則的射程距離，是否及於「前置於刑事程序之非刑事程序」。分為以下層次：

一、不自證己罪原則之射程距離。此又可分為：（一）基本內涵及三大核心要素，以及（二）針對本案所涉「刑事」核心要素及其外延領域（非刑事程序）的討論。

二、違反不自證己罪原則之法律效果。於本案情形，具體而言，乃前置的非刑事程序若違反不自證己罪原則，對後來刑事追訴程序證據使用之影響。案例所示又可分為：Q1、對偽證罪之影響，及 Q2、對賄賂罪之影響。

¹ 本案基礎事實改編自 96 台上 7239（參附錄）。評釋參林鈺雄，〈不自證己罪於非刑事程序之前置效力—評九十六年度台上字第七二三九號判決及相關裁判〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁 99-130（＝《月旦法學雜誌》，161 期，2008.10，頁 266-284）。

系爭公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）規定為：

§ 99 I：「對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以上一千萬元以下罰金。」

§ 120 I ③：「當選人有下列情事之一者，選舉委員會、檢察官或同一選舉區之候選人得以當選人為被告，自公告當選人名單之日起三十日內，向該管轄法院提起當選無效之訴：三、有…第九十九條第一項…之行為。」

貳、〔解析〕

一、不自證己罪原則之射程距離

（一）規範依據、基本內涵與外延爭論

不自證己罪原則²（*nemo-tenetur-Prinzip*; *nemo tenetur se ipsum accusare*），或稱為不自我入罪特權（*privilege against self-incrimination*; *Selbstbelastungsfreiheit*），是現代法治國家刑事程序的共通基礎原則，並且形諸國際人權盟約及各內國憲法或法律，國際人權法院及各內國法院的相關裁判，不計其數³。我國刑法也繼承此項原則，但立法技術主要採用以反面課予國家機關告知義務的間接規範方式，來保障被告（含犯罪嫌疑人，下同）不為陳述的緘默權（§ 95 I ②）及證人免於自證己罪的拒絕證言權（§§ 181, 186 II），以避免其因不知法律而誤為自我入罪的陳述。

² 參王士帆，〈不自證己罪原則〉，2007.06，頁 9-341；王兆鵬，〈不自證己罪保護之客體〉，《臺灣本土法學》，95 期，2007.06，頁 67-77；林鈺雄，〈不自證己罪原則之射程距離—最高法院相關裁判之回顧與評釋〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁 71-98（＝《臺灣本土法學》，93 期，2007.04，頁 221-237）。

Vgl. Bosch, Aspekte des *nemo-tenetur-Prinzips* aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977; Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001.

³ 僅以歐洲人權法院的裁判為例：ECHR, *Funke v. France*, 1993, Series A no. 256-A; *John Murray v. U.K.*, Reports 1996-I; *Saunders v. U.K.*, Reports 1996-VI; *Serves v. France*, Reports 1997-VI; *Condron v. U.K.*, RJD 2000-V; *Averill v. U.K.*, RJD 2000-VI; *Heaney and McGeinness v. Ireland*, RJD 2000-XII; *Quinn v. Ireland*, Judgment of 21 Dec. 2000; *J.B. v. Switzerland*, RJD 2001-III; *Allan v. U.K.*, RJD 2002-IX。詳見林鈺雄，〈論不自證己罪原則—歐洲法整合趨勢及我國法發展之評析〉，《刑事程序與國際人權》，2007.12，頁 275-334（＝《臺大法學論叢》，35:2 期，2006.03，頁 1-60）；Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 520 ff.; Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, pp. 340-359。

儘管各國立法例對不自證己罪原則的內涵，有廣狹不同的理解方式，而我國相關規範密度亦極其有限，但若只談「最起碼」的射程距離，可以確定的核心領域是：不自證己罪原則保障受刑事追訴者的緘默權利，換言之，國家機關不得「強制」任何「刑事」被告作出自我入罪的「供述」。這裡包含三個核心要素：1、適用於「刑事」追訴程序；2、被告就「供（陳）述」與否有選擇的自由；3、禁止國家機關「強制」取得。

核心領域並不等於保護範圍的「全部」。亦即，縱使承認不自證己罪原則的核心內涵如上所述，也還沒有回答到底此項原則的射程距離是否「以此為限」的問題。從前述三個核心要素來看，可能外延的具體問題包括：

1、除陳述自由、保持緘默之外，國家追訴機關是否也不得違反被告意思而強制取得其「非供述證據」⁴？

2、國家機關非於「形式訊問」程序而取得刑事被告的供述，有無違反不自證己罪之問題⁵？

3、何種情形構成侵犯不自證己罪原則的「強制」（compulsion; Zwang）？除了「直接強制」以外，「間接強制」是否也在禁止之列？尤其是「於法有據的間接強制」，亦即，間接強制的依據來自於立法規

⁴ 這點，既是「不自證己罪原則」是否等同於「緘默權」之問題，並且同時牽涉本項原則的禁止內涵是（狹義理解的）「供述基準」（僅禁止國家強制取得供述證據），還是（廣義理解的）「主動基準」（禁止國家課予被告積極配合追訴之義務）之問題。就此，歐洲法採納主動基準（林鈺雄，註3文，頁300-305），我國實務亦同（林鈺雄，註2文，頁74-85）；但美國法偏向供述基準（王兆鵬，註2文，頁69-77）。

⁵ 參王士帆，〈隱密探訪的發展—從德國法院到歐洲人權法院〉，《臺灣本土法學雜誌》，69期，2005.04，頁131-159；林鈺雄，〈歐式米蘭達—歐洲人權法院Allan裁判及其劃時代意義之評析〉，《刑事程序與國際人權（二）》，2012.03，頁1-48（＝《臺灣本土法學》，72期，2005.07，頁119-146）。案例參林鈺雄，刑訴I-Ch05：【案例5-5：羈押牢友案】（ECHR, *Allan v. U.K.*, RJD 2002-IX）；非形式訊問v. 告知義務，參本書之〈被告地位之形成與告知義務之違反（例2）〉及其附錄之104台上2494。

定本身的情形，是否也違反不自證己罪原則⁶？

4、「非刑事程序」有無不自證己罪原則之適用？此乃案例所示的前置效力問題，詳下述說明。

（二）非刑事程序之不自證己罪：類型及基準

關於「非刑事程序」有無不自證己罪原則之適用⁷，由於問題群組龐大，不可一概而論。以下首先將問題依照不同分類指標予以類型化，再來檢討本案如何定性及適用的問題（※圖表1參照）。

1、系爭非刑事程序是否產生刑事法關連？

這是首要的分類基準，同時也是不自證己罪原則產生前置效力的「前提」問題。亦即，刑事程序（※圖表1之A類）固然有不自證己

⁶ 我國法之例，如槍砲彈藥刀械管制條例§ 18 IV，據此，槍砲案件被告雖仍得保持緘默權，但立法規定卻課予其加重刑罰之效果。裁判及評釋參林鈺雄，註2文，頁85-90。

英國法之例，如刑事被告雖得保持緘默，但緘默卻得作為對被告不利評價之基礎，評釋參林鈺雄，註3文，頁295, 314；see Ashworth & Redmayne, *The criminal process*, 3rd ed. 2005, pp.129-137。

⁷ 傳統上，不自證己罪原則可以說是刑事法的「專利」。我國法的發展是如此，歐洲法早期的發展亦同。在歐洲各內國法方面，1981年德國聯邦憲法法院作成聞名的破產人裁判（BVerfGE 56, 37 ff.），掀起了在非刑事法領域全面檢討不自證己罪的大海嘯，並導致德國民事、行政相關法規的修法浪潮，迄今仍然餘波蕩漾。在跨國性的歐洲法層次，歐洲人權法院在1993年作成的 *Funke* 案，更將非刑事領域的不自證己罪問題步步推向高峰，在隨後幾年間，法國的海關法、英國的公司法、瑞士的稅法（ECHR, *Funke v. France*, 1993, Series A no. 256-A; *Saunders v. U.K.*, Reports 1996-VI; *J.B. v. Switzerland*, RJD 2001-III），一一成為被歐洲人權法院指摘的箭靶所在。值得注意的是，*Funke* 案是歐洲人權法院關於不自證己罪原則的第一則標竿裁判，而這則裁判不但不是針對核心內涵的「供述」證據而發，甚至也不是針對典型運用領域的「刑事」程序，反而是針對（法國）海關法的配合提出文件義務，而且判決結果是法國違反不自證己罪原則！基於歐洲人權法院判例法的影響力與拘束力，歐洲法（含英國法）就不自證己罪原則的發展軌跡，大方向就此定調，而歐盟系統制訂的歐盟刑事法典草案，也明確繼承了歐洲人權法院揭示的基本方向（參林鈺雄，註3文，頁315-333；Esser, a.a.O., S. 520 ff.; Trechsel, *supra* note 3, pp. 340-359）。

罪原則之適用，但非刑事程序（※B 類）有無適用，首應區分該程序是否可能產生刑事法關連。

不生刑事法關連的類型（※B- b類），也就是純粹的非刑事法領域之不自證己罪問題，例如對拒絕配合行政檢查者施以非刑罰制裁（如罰鍰），或秩序罰等問題。但此與本案無關，在此不贅。

產生刑事法關連的類型（※B-a 類），是指可能產生或後來實際產生刑事法關連的非刑事程序，在此統稱為「前置程序」，可能是民事程序（如案例所示），也可能是行政程序（如行政檢查後發現不法而移送刑事機關追訴的情形）。此類案例共通的問題層次有二：一是，非刑事程序可否基於某種理由而課予相對人特定的陳述義務？例如課予公司負責人對檢查人員特定的據實答覆義務⁸；二是，如果可以，那麼，（後來的）被告在該前置程序階段的陳述，在隨後的刑事程序有無證據能力？這兩個問題的層次有別，肯定了第一個問題，不等於回答了第二個問題，不得混淆⁹。假使國家機關在前置程序課予相對人（後來的刑事被告）某種供述義務，就算這種協力義務在該非刑事法領域有其必要，但是，若和後來的刑事程序「合併觀察」，前置程序成為刑事整體取證程序的一環，因此可能會產生強制被告自證己罪的問題，這才是刑事程序要專注處理的部分，也是歐洲法及德國法不自證己罪原則發展史的突破點。

至於為何要「合併觀察」？以行政檢查為例，假使將兩段程序「分離觀察」，由於前置程序本身並非刑事程序，發動行政檢查時刑事被告地位也尚未形成，因此就不適用不自證己罪原則，也無違反問題嗎？果真如此，國家機關將會利用前置程序的特性，並且在前置程序取證完畢之後，再來發動刑事程序，如此即可輕易規避刑事被告受不自證

⁸ 如歐洲人權法院的 *Saunders* 裁判。本案涉及英國公司法所定公司負責人接受行政檢查的據實答詢義務及違反的制裁效果，這是典型的「於法有據的（間接）強制」（legal compulsion）。英國在檢查發現疑點後發動刑事追訴程序，檢方並且援引 *Saunders* 在檢查程序的陳述，作為對其不利的犯罪證據。參林鈺雄，註3文，頁307-310。

⁹ 參林鈺雄，註1文，頁113-114；註3文，頁310-314。

己罪原則保護的基本要求。說得白話些，先強迫自證己罪之後的不自證己罪特權，根本是虛晃一招。這也是歐洲人權法院及德國聯邦憲法法院率皆認為應該合併觀察的理由。

專就供述證據而言，以上問題一種可能解決的立法出路，是在前置程序賦予拒絕陳述之特權，例如德國基本法生效後所制定的各類德國行政法規，幾乎都有相對人得以自證己罪為由而拒絕陳述或證言的規定，民事程序亦同。案例所示，系爭我國民事訴訟法賦予證人免因證言而受刑事訴追的拒絕證言權，及法院的告知義務（民訴§ 307 I ③, II）¹⁰，也可以歸為此類。

2、前置程序取得供述或非供述證據？

針對上述前置程序類型（※B-a類），應繼續判斷：國家機關於前置的民事或行政程序，所取得的證據種類係屬供述證據（※1類）或非供述證據（※2類）？此一問題係將前置程序類型（※B-a類）與上文（一）、1所述的外延爭論結合，尤其是檢討「刑事程序以外取得的非供述證據（※B-a-2類）」是否在不自證己罪原則射程距離的問題。簡言之，國家得否先在前置程序課予被告積極配合之協力義務，命其主動提出證物，並將其運用到隨後發動的刑事程序？由於案例所示係供述證據（※B-a-1類），屬於較為簡單之類型，因此，下文並不討論非供述證據問題。

3、前置程序依法或違法取得證據？

最後，國家在前置程序取得的（供述）證據，係依法（強制）取得（※B-a-1-①）或違法取得（※B-a-1-②）？在產生刑事法關連的前置程序類型（※B-a類），即便系爭證據是依法取得，尤其是於法有據的間接強制，仍有檢討是否違反不自證己罪的餘地¹¹；至於違法取得

¹⁰ 民訴§ 307 I ③, II：「證人有下列各款情形之一者，得拒絕證言：…三、證人所為證言，足致證人…受刑事訴追或蒙恥辱者。」；「得拒絕證言者，審判長應於訊問前或知有前項情形時告知之。」

¹¹ 如註7例示的所有裁判，皆是屬於此類，且結論皆被判定為違反不自證己

的供述證據，當然更有此問題。

（三）本案之定性

案例所示，針對是否在不自證己罪原則的射程距離，有無違反此項原則的問題，首應檢討其屬何種類型。由於甲係於民事法院審理當選無效之訴時，作證陳述（承認當乙椿腳為其「拉票」等情事，但否認有「買票」行為），檢察官隨後並發動了偽證罪及賄選罪的刑事追訴程序，因此，本案屬於產生刑事法關連的非刑事程序類型（※B-a類），當選無效之訴即為刑事程序之「前置程序」，且所取得的證據類型為「供述證據」（※B-a-1類）。

如前所述，針對前置程序的供述證據，避免違反不自證己罪原則的出路之一，即是賦予證人拒絕證言權並課予國家機關告知此項拒絕證言權的義務，如系爭民事訴訟法規定（民訴§ 307 I ③, II）。在此情形，該民事拒絕證言權及告知規定，結合後來的刑事追訴程序觀察，也就成為刑事整體取證程序的一環，若有違反，就如同於刑事程序違反取證規定之情形一樣，屬於證據取得之禁止，應繼續檢討證據使用禁止之問題。案例所示，由於民事法官並未於訊問證人甲之前依法告知其得拒絕證言，其程序違法¹²，結合後來的刑事追訴，屬於「前置程序違法取得供述證據」之類型（※B-a-1-②）。由於本案所違反者，正是不自證己罪原則的保護規定，因此，應繼續檢討違反的法律效果問題。

罪原則。

¹² 96 台上 7239 同旨：「（民事）法官經由調卷，並將相關資料附卷之情形，已經知悉被告涉有違反公職人員選舉罷免法案件，則法官在審理另案民事當選無效事件，令被告以證人身分作證時，依法應告知得拒絕證言，始符保護證人合法權益之旨。」

二、違反不自證己罪原則之法律效果

（一）訴訟法效果：證據使用禁止

1、問題之所在

刑事程序之證人，有免於自證己罪的拒絕證言，法院於訊問前並有告知義務（§§ 181, 186 II）。如前所述，依照合併觀察法，於前置程序違反不自證己罪之拒絕證言的告知義務（民訴§ 307 I ③, II），其效果如同於刑事程序違反上開規定取證，屬於違反證據取得之禁止。但此種違反是否產生證據使用禁止之效果¹³？

由於我國立法並未針對此種類型特別規範其法律效果，因此，審查基準回歸證據使用禁止的一般條款（§ 158-4）。然而，關於此一般條款的定性，仍待釐清：可否理解為我國立法者「欽定」權衡理論並對其他所有理論為「死亡宣告」（排他說）？還是據此明文立法來提供我國法繼續發展證據禁止理論與實務的平台（平台說）？本文認為無論從學理、立法體系及實務近例而言，答案應屬後者¹⁴。

2、理論之說明

依照平台說觀點，違反效果必須借重證據禁止理論來解決。由於案例所示，並無跡象顯示民事法官蓄意、惡意規避告知義務，因此，

¹³ 兩者概念層次有別，實務近例如 106 台上 1161：「刑事訴訟法所謂『證據禁止』，主要有二層內涵，一是證據取得禁止，乃國家機關應依法定要件或程序取得證據之行為規範，不符法定要件或程序即不得取證，例如告知義務之違反、不正訊問之禁止、拒絕證言權之違反、強制處分要件或程序之違反等；其二是證據使用禁止，乃禁止法院將已取得之特定證據，作為裁判之基礎，例如禁止使用刑求所得被告之自白。二者內涵不同，不存在必然連動關係，亦即國家機關違法取得證據未必當然導致禁止法院使用之結果，合法取得證據亦不必然容許法院使用，應分別以觀。」

¹⁴ 關於證據禁止理論 v. 平台說：林鈺雄，刑訴 II-Ch12:4.1（含我國實務見解之例證）。

無論是依照三階段審查基準說（應進入第二階段即規範保護目的之審查）、權利領域理論或規範保護目的理論，推論及重點同樣皆在於：應先探究被違反規範的規範保護目的何在。

案例所示，系爭告知義務（§§ 181, 186 II 及民訴§ 307 I ③, II）的規範目的，在於貫徹不自證己罪原則及防禦權保障，以免相對人面對國家機關時，因誤以為有真實、陳述義務而為對自己不利之陳述。從證據情勢來看，在甲於前置程序因民事法院違反告知義務而為陳述之情形下，對其最為不利者，並非該陳述本身，而是陳述可能被援引為後來刑事追訴的基礎，尤其是被刑事法院採為判處偽證罪或賄選罪的有罪證據。換言之，如果此時刑事法院採納先前違反告知義務所得之陳述，則該告知義務的規範保護目的將會再度受損，即會加深並擴大原來的自證己罪的損害範圍。因此，刑事法院為避免損害此項告知義務的立法目的，不應使用系爭陳述，否則拒絕證言及其告知義務的規定，對甲而言猶如空中樓閣。

3、實務之近例

我國最高法院近例，同上開 2 所述意旨。針對在「刑事程序」違反不自證己罪之拒絕證言的告知義務（§§ 181, 186 II），表示：「此項拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張；證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，係保護證人而設，違反告知義務所生之法律效果，僅對證人生效...」（96 台上 5167；95 台上 909 同旨）；「若該證人因此成為『被告』追訴之對象，則其先前居於證人身份所為不利於己之陳述，基於不自證己罪原則及法定正當程序理論，應認為該證人（被告）不得作為證據」（96 台上 1043）¹⁵。以上裁判非泛泛訴

¹⁵ 應予注意，以上裁判有部分差異。舉例而言，A 於對 B 進行的刑事程序出庭作證，法官違反系爭告知義務（§§ 181, 186 II）所取得的 A 證言，針對「A 自己後來被追訴成為刑事被告」的部分，所有裁判見解結論相同，皆認為無證據能力；但針對「B 為刑事被告」的部分，是否逕認為有證據能力，仍有爭議。評釋參楊雲驊，〈未告知證人拒絕證言權之法律效果〉，《臺灣本土法學》，99 期，2007.10，頁 157-172。

諸權衡，而係從系爭拒絕證言權及告知義務的規範保護目的（保護證人免於自證己罪），推論並得出證據使用禁止的效果，值得肯定。

此外，最高法院針對在「前置（非刑事）程序」違反不自證己罪之拒絕證言的告知義務，亦仔細探究系爭被違反之規範的保護目的，表示民事訴訟法（民訴§ 307 I^③）及刑事訴訟法（§ 181）的系爭規定「旨在免除證人陷於抉擇控訴自己...或陳述不實而受偽證之處罰、或不陳述而受罰鍰處罰，甚而主觀上認為違反具結文將受偽證處罰之困境。又證人此項拒絕證言權，與被告之緘默權，同屬不自證己罪之特權，為確保證人此項權利，民事訴訟法（民訴§ 307 II）...及刑事訴訟法（§ 186 II）...均規定，法官或檢察官有告知證人之義務；如法官或檢察官未踐行此項告知義務，而告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，將使證人陷於如前述之抉擇困境，無異剝奪證人此項拒絕證言權，強迫其作出讓自己入罪之陳述，違反不自證己罪之原則，自係侵犯證人此項權利。上訴人在不自證己罪之拒絕證言權被剝奪之情況下，為保護自己以免受刑事詐欺罪之追訴、處罰，而基於人類的本能為不實之陳述，何以得以偽證論罪科刑？又此種因侵犯上訴人不自證己罪之拒絕證言權所取得之證言，對上訴人（按：偽證罪被告）而言，似非適法之證據，何以得採為認定上訴人犯偽證罪之判斷依據？」¹⁶。

就不自證己罪原則的前置效力而言，本判決宣示了兩個堪稱「里程碑」的重要觀點：一是前置的民事程序與後來的刑事程序要「整體合併觀察」，而民事訴訟法與刑事訴訟法之不自證己罪的拒絕證言及其告知規定，亦有相同的規範保護意旨。二是即便違反階段乃前置的民事程序，亦會連結到刑事程序的「證據使用禁止」！如果瞭解這「任

¹⁶ 94 台上 51，要旨參附錄。但應注意，本案的系爭刑事程序是「偽證罪」，而非「詐欺罪」，最高法院質疑下級審認定被告構成偽證罪的理由，其實混合了實體法（偽證罪成立要件）與訴訟法（證據禁止使用）兩個面向，說理彼此交雜不清，以致於稀釋了不自證己罪問題的濃度，說明參見下文（二），評釋參林鈺雄，註 2 文，頁 91-97。

督二脈」在不自證己罪原則發展史上的重要性¹⁷，當可大膽地說，本判決足以晉身我國最高法院的標竿裁判之列。

4、小結

案例所示情形，屬於產生刑事法關連的非刑事程序，依照整體合併觀察法，先前民事程序取得證言的過程，若因未盡告知義務而違反不自證己罪原則，後來的刑事程序便不得將系爭證言採為裁判的基礎。就案例所示甲的賄選罪及偽證罪案件，皆應禁止刑事法院使用甲的先前陳述；由於系爭陳述即是偽證罪的主要犯罪證據，扣除此一證據之後，法院亦無判處有罪的可能性，故就偽證罪僅有判決無罪一途。

（二）實體法效果：不該當偽證罪構成要件？

前置程序因未依法告知證人不自證己罪之拒絕證言權，除了招致訴訟法的證據使用禁止效果以外，是否同時影響實體法上偽證罪之成立要件？關此，我國刑法的偽證罪（刑§ 168：「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑。」），固然以「具結＋虛偽陳述」為成立要件¹⁸，但未言明違反拒絕證言權之告知義務者，是否影響偽證罪之構成要件該當性。

所稱具結，固然指「依法踐行具結程序」而言，但上開不明的法條文義，開啟了廣、狹解釋方向的可能性。就狹義解釋而言，若證人非無具結能力之人，法院在其作證前已「告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結」，如案例所示情形，似即已完成「依法具結」程序，隨後的虛偽陳述即可能該當偽證罪。反之，廣義解釋係指將依

¹⁷ 正是因為這兩點，所以在德國聯邦憲法法院破產人裁判之後，引發了德國非刑事法領域全面性檢討不自證己罪原則的骨牌效應。此外，這兩點也正是歐洲人權法院與英國政府在 *Saunders* 案的見解歧異所在，並且，英國於本案敗訴後，隨即從善如流，在 1999 年修法，將歐洲人權法院的見解轉化為其內國法。說明詳見林鈺雄，註 3 文，頁 305, 326-328。

¹⁸ 這兩個要件也是我國學說與實務討論偽證罪的重心，參林山田，《刑法各罪論（下）》，2002 年 3 版，頁 210-216；陳子平，刑各 II，頁 825-833。

法具結概念包括命為具結之前應先踐行的法定程序，包含依法踐行拒絕證言權的告知義務在內，據此，案例所示情形，因法院未告知而未（完全）依法踐行具結程序，仍不該當偽證罪之構成要件。

最高法院近例，在前置程序後追訴偽證罪的脈絡，連續兩則重要判決皆是援引不自證己罪原則為論據而採取廣義解釋說，認為法院於前置程序未依法踐行拒絕證言權的告知義務者，縱使曾告以證人具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，亦屬未依法踐行之具結程序，不生具結之效力，自不能論以偽證罪，法院應就偽證案件判決無罪¹⁹。但就結論而言，若已承認上述（一）之證據使用禁止效果，即便採取狹義解釋說，結論還是同樣無罪，差別僅在於證據法或實體法的原因而已。

參、〔結論〕

非刑事法領域，也有不自證己罪原則的適用問題，尤其是產生刑事法關連的非刑事程序，此即前置效力的問題。案例所示情形，先前民事法院取得甲證言的過程，因未盡不自證己罪之拒絕證言的告知義務而違法（民訴§ 307 I ③, II），依照「合併觀察法」，此項前置程序的取證違法，必須與後來的刑事程序結合觀察，其效果猶如在刑事程序違法取證（§§ 181, 186 II）。而違反上開告知義務的法律效果，乃刑事法院不得將系爭甲證言採為刑事裁判的基礎。據此，案例所示甲的賄選罪及偽證罪案件，刑事法院皆應禁止使用甲於前置程序的先前陳述。此外，針對偽證罪部分，我國實務尚且認為，法院於前置程序未依法踐行拒絕證言權的告知義務者，縱使曾告以證人具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，亦因不生合法具結之效力而不構成偽證罪（刑§ 168）。

¹⁹ 參附錄之 94 台上 51 及 96 台上 7239。此外，97 台上 265，系爭偽證罪被告之證詞作成於他人之刑事案件，而非民事案件，最高法院結論同認不生合法具結效力。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 94 台上 51（告知義務、不自證己罪、前置效力、偽證罪）

（按：民訴§ 307 I ④及§ 181）...旨在免除證人陷於抉擇控訴自己或與其有一定身分關係之人、或陳述不實而受偽證之處罰、或不陳述而受罰鍰處罰，甚而主觀上認為違反具結文將受偽證處罰之困境。又證人此項拒絕證言權，與被告之緘默權，同屬不自證己罪之特權，為確保證人此項權利，民事訴訟法第三百零七條第二項及刑事訴訟法第一百八十六條第二項均規定，法官或檢察官有告知證人之義務；如法官或檢察官未踐行此項告知義務，而告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，將使證人陷於如前述之抉擇困境，無異剝奪證人此項拒絕證言權，強迫其作出讓自己入罪之陳述，違反不自證己罪之原則，自係侵犯證人此項權利。經查合作印染公司在上開民事事件上訴於第三審審理中，於八十六年三月二十六日，以上訴人意圖自己不法之所有，於八十四年五月間，冒用樂紡公司名義，向伊公司訂購前開布匹，伊公司不知有詐，而將布匹全數交付上訴人，詎上訴人收受後，樂紡公司竟稱上訴人早已離職，並未授權上訴人訂購布匹，而上訴人亦避不見面，顯見上訴人觸犯詐欺罪等情，向台北地檢署提出告訴，經該署受理後交由檢察官偵查，於八十六年九月二十七日終結，以八十六年度偵字第七七三一號檢察官起訴書提起公訴，嗣經臺灣高等法院於八十九年十月十一日以八十七年度上易字第二三〇號刑事判決判處詐欺罪刑確定，有上開刑事案件歷審案卷及起訴書、判決書影本在卷可稽；上訴人既未經樂紡公司授權，而冒用樂紡公司名義向合作印染公司詐購布匹，則其在此詐欺犯罪行為，尚未受追訴、處罰前，以證人身分於上開民事事件審判中到場具結，如為真實之陳述，無異證明自己未經授權而冒用樂紡公司名義向合作印染公司詐購布匹，足使其受刑事詐欺罪之追訴、處罰，依民事訴訟法第三百零七條第一項第三款之規定，享有不自證己罪之拒絕證言權，而法官依同法條第二項，亦有告知上訴人享有此項權利之義務；然依卷附上開民事事件之筆錄記載，上訴人在該民事事件審判中，於八十五年十月十六日到場作證，法官並未踐行民事訴訟法第三百零七條第二項之告知義務，卻對上訴人告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，依前開說明，無異剝奪上訴人不自證己罪之拒絕證言權，並強迫其作出讓自己入罪之陳述，應係侵犯上訴人此項權利。上訴人在不自證己罪之拒絕證言權被剝奪之情況下，為保護自己以免受刑事詐欺罪之追訴、處罰，而基於人類的本能為不實之陳述，何以得以偽證論罪科刑？又此種因侵犯上訴人不自證己罪之拒絕證言權所取得之證言，對上訴人而言，似非適法之證據，何以得採為認定上訴人犯偽證罪之判斷依據？原判決俱未說明其根據及理由，同有可議。

※ 96 台上 1043 (告知義務、不自證己罪、權利領域理論)

此項拒絕證言告知之規定(按: §§ 181, 186 II), 雖為保護證人而設, 非當事人所能主張, 惟如法院或檢察官未踐行此項告知義務, 而告以刑事訴訟法第一百八十七條第一項「具結之義務及偽證之處罰」, 並依同法第一百八十六條、第一百八十九條規定「命朗讀結文後為具結」, 無異強令證人必須據實陳述, 剝奪其拒絕證言權, 所踐行之訴訟程序自有瑕疵。其因此所取得之證人供述證據, 是否具有證據能力, 應分別情形以觀: (一)其於被告本人之案件, 應認屬因違背法定程序所取得之證據, 適用刑事訴訟法第一百五十八條之四所定均衡原則為審酌、判斷其有無證據能力, 而非謂純屬證據證明力之問題; (二)至若該證人因此成為「被告」追訴之對象, 則其先前居於證人身分所為不利於己之陳述, 基於不自證己罪原則及法定正當程序理論, 應認對該證人(被告)不得作為證據。

※ 96 台上 7239 (告知義務、不自證己罪、前置效力、偽證罪)

刑法第一百六十八條之偽證罪, 係以證人、鑑定人、通譯於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時, 於案情有重要關係之事項, 供前或供後具結, 而為虛偽之陳述為構成要件; 所謂於案情有重要關係之事項, 係指該事項之有無, 足以影響於裁判之結果, 有使裁判陷於錯誤之危險者而言。民事訴訟法第三百零七條第一項第三款規定: (略)及刑事訴訟法第一百八十一條規定: (略), 旨在免除證人陷於抉擇控訴自己或與其有一定身分關係之人、或陳述不實而受偽證之處罰、或不陳述而受罰鍰處罰, 甚而主觀上認為違反具結文將受偽證處罰之困境。又證人此項拒絕證言權, 與被告之緘默權, 同屬不自證己罪之特權, 為確保證人此項權利, 民事訴訟法第三百零七條第二項及刑事訴訟法第一百八十六條第二項均規定, 法官或檢察官有告知證人之義務; 如法官或檢察官未踐行此項告知義務, 而告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結, 將使證人陷於如前述之抉擇困境, 無異剝奪證人此項拒絕證言權, 強迫其作出讓自己入罪之陳述, 違反不自證己罪之原則, 自係侵犯證人此項權利。則其犯罪行為, 尚未受追訴、處罰前, 以證人身分於民事事件審判中到場具結, 如為真實之陳述, 無異證明自己犯罪, 足使其受刑事之追訴、處罰, 依民事訴訟法第三百零七條第一項第三款之規定, 享有不自證己罪之拒絕證言權, 而法官依同法條第二項, 亦有告知證人享有此項權利之義務。本件被告於上述當選無效事件之民事訴訟一案九十五年十一月七日準備程序中, 雖經法院以證人身分傳喚到庭作證, 並經法官諭知具結之義務及偽證之處罰具結後作證, 惟依該準備程序筆錄, 法官於命被告作證時, 並未依法告以得拒絕證言。依該案卷宗內所附之台中地檢署九十五年度選偵字第六三號、六四號、九一號選舉罷免法案, 九十五年八月二十九日檢察官訊問筆錄、九十五年度選偵字第六三號起訴書影本等資料, 可知法官經由調卷, 並將相關資料附卷之情形, 已經知悉被告涉有違反公職人員選舉罷免法

案件，則法官在審理另案民事當選無效事件，令被告以證人身分作證時，依法應告知得拒絕證言，始符保護證人合法權益之旨。惟法官竟未將該項權利依法告知，揆諸上揭說明，自不生具結之效力。被告在該次準備程序中所為之證言，不論其內容如何，依公訴人所舉之證據，既欠缺法官告知得拒絕證言之程序，被告該次證言即難遽予認定構成偽證之犯行，即難依刑法第一百六十八條偽證之罪責相繩。雖公訴人於原審審理中論告稱：被告在九十五年十一月七日在台中地院九十五年度選字第一四號當選無效民事訴訟案件偽證，當天被告本身所涉的賄賂罪已經台中地檢署起訴，繫屬於台中地院審理，依照民事訴訟法之規定證人如果恐因自己之證述遭受刑事追迫者可以拒絕作證，所以當時被告不可能再受到刑事追訴之危險性等語。然當時被告所涉之刑事案件尚未審結，則因法官未告知得拒絕證言之結果，將使證人陷入兩難之境。因此民事訴訟法第三百零七條所謂之「刑事追迫」，應非僅及於「起訴」而已，應與刑事訴訟法第一百八十一條之「追訴或處罰」為相同之解釋，包括刑事偵查、審判之全部程序在內，始符法律規定保障證人合法權益之本意，故此論告意旨為不足採。

※ 97 台上 265（告知義務、不自證己罪、偽證罪）

刑事訴訟法第一百八十一條規定（略）。此項規定旨在免除證人陷於抉擇控訴自己或與其有一定身分關係之人犯罪，或因陳述不實而受偽證之處罰，或不陳述而受罰鍰處罰等困境。證人此項拒絕證言權與被告之緘默權同屬不自證己罪之特權，為確保證人此項權利，民事訴訟法第三百零七條第二項及刑事訴訟法（下稱同法）第一百八十六條第二項均規定法官或檢察官有告知證人得拒絕證言之義務；如法官或檢察官未踐行此項告知義務，而逕行告以具結之義務及偽證之處罰，並命朗讀結文後具結，將使證人陷於前述抉擇困境，無異侵奪證人此項拒絕證言權，有違證人不自證己罪之原則。該證人於此情況下所為之具結程序即有瑕疵，為貫徹上述保障證人權益規定之旨意，自應認其具結不生合法之效力，縱其陳述不實，亦不能遽依偽證罪責論擬。

74◎不自證己罪於非刑事程序之前置效力（例5）

強制辯護案件及其判定基準

甲因涉嫌以開山刀砍乙，被檢察官向管轄法院提起公訴。試問下列審判程序是否合法？得否上訴救濟？

- 1、設若檢察官以殺人未遂罪名（刑§ 271 II）對甲提起公訴。甲於審判中未選任辯護人，審判長亦未指定辯護人為其辯護，但仍經審理，並踐行變更法條程序後，判處傷害既遂罪名（刑§ 277 I）。
- 2、反之，設若檢察官起訴傷害既遂罪名，甲於審判中未選任辯護人，審判長亦未為其指定辯護，但仍經審理，並踐行變更法條程序後，判處殺人未遂罪名。
- 3、承 1 小題，設若第一審判決傷害既遂後，檢察官仍認應構成殺人未遂罪名而提起上訴，甲於第二審程序未選任辯護人，審判長亦未為其指定辯護，但仍經審理，並踐行變更法條罪名程序後，判處傷害既遂罪名。
- 4、承 1 小題，設若甲已依法選任律師丙為辯護人，但法院疏於注意而未依法通知，丙因而未於審判期日到場，法院遂臨時指定公設辯護人丁為甲辯護，並於同日踐行變更法條程序後辯論終結，判處傷害既遂罪名。

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 31, 284, 379 ⑦

【關鍵詞】強制辯護、瑕疵治癒

系爭案例，法院審判之程序是否合法，主要涉及以下問題：

一、強制辯護案件。何種案件屬於強制辯護案件？此類案件法院應該如何踐行審判程序，始屬合法？違反之法律效果如何？

二、強制辯護案件之判定基準¹。亦即，法院變更檢察官起訴法條，並且因此而使原來強制辯護案件變更為非強制辯護案件（Q1），或者相反情形時（Q2），究竟案件應否判定為強制辯護案件？基準何在？在第二審程序時有無不同（Q3）？

三、選任後違法指定之瑕疵治癒。即強制辯護案件，法院以指定辯護人取代被告選任辯護人之違法瑕疵及治癒問題。

貳、〔解析〕

一、強制辯護案件及其違反之法律效果

現代法治國家的刑事程序，承認被告（含犯罪嫌疑人，下同）作為程序主體，因此享有防禦權利，刑訴法必須保障被告排除國家機關對其不利的指控並進而影響程序進行方向及結果的機會，辯護制度便是這種法治思想底下的產物，並且與客觀性義務、無罪推定原則及公平審判原則等刑事訴訟的根本出發點，息息相關。

據此，刑訴法除承認被告得隨時（含偵查中）選任辯護人之外（§ 27 I），為了貫徹辯護制度之目的，另以指定辯護作為補充。指定辯護有多種發動原因，但實務上最主要的運用，同時也是系爭案例涉及的

¹ 參林鈺雄，〈強制辯護案件之判定基準〉，《刑事法理論與實踐》，2001.08，頁 229-248。

情形，即最輕本刑 3 年以上有期徒刑之強制辯護案件，「於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護」（§ 31 I）。簡言之，基於某些案件之特殊性及重要性，若此類案件未經專業辯護人到庭辯護，難以達成彌補國家與被告實力差距之公平審判要求，刑訴法因而創設強制辯護制度，使此類案件未經選任辯護人之被告，也能同享辯護制度之利益。案例所示，殺人未遂罪，其刑度雖依殺人既遂之法定刑（最「輕」本刑 10 年以上有期徒刑）而減輕之，但仍為強制辯護案件（刑§§ 25 II, 271 I, II）；反之，傷害既遂罪，最「重」本刑為 5 年以下有期徒刑，最輕僅處罰金，非屬強制辯護案件（刑§ 277 I）。

就法律效果言，無論是強制辯護案件或任意辯護案件，只要已經選任或指定辯護人者，審判期日皆應「通知」辯護人到庭（§ 271 I），否則法院所踐行之訴訟程序即屬違法。另外，強制辯護或指定案件，「無辯護人到庭者，不得審判。但宣示判決，不在此限」（§ 284），若未經辯護人到庭而逕行審判者，其法律效果為判決當然違背法令，構成絕對上訴第三審之事由（§ 379 ⑦），判決確定前得提起上訴²；確定後得提起非常上訴救濟（§§ 441, 447）³。

簡言之，無論是被告方面自行選任辯護人者，或是法院方面指定辯護人者，也無論是否合法通知辯護人或辯護人有無正當理由不到

² 參林鈺雄，刑訴 I-Ch06:3.2.21；刑訴 II-Ch23:3.2.2。

實務參 100 台上 4539：「（§ 31 I）…應強制辯護之案件，此類案件，既經立法強制規定須有辯護人協助被告行使訴訟防禦權，尤應待辯護人於審判期日到庭為被告辯護之後，方能辯論終結而為判決，以維護被告之法律上利益，並確保國家刑罰權之適當行使。…原審未待上訴人之選任辯護人到庭，復未另行指定公設辯護人到庭為上訴人辯護，即逕行審判，已剝奪上訴人之辯護人辯論前述證言證據力之機會，損及上訴人受憲法保障之訴訟權所衍生之辯護倚賴權，其所踐行之訴訟程序，難謂適法，所為判決，亦有刑事訴訟法第三百七十九條第七款之違法，自屬無從維持。」

³ § 379 ⑦之判決當然違背法令，性質上與§ 379 ⑥類似，作為絕對上訴第三審事由並無疑義，但在非常上訴皆另有究竟屬於狹義判決違背法令或訴訟程序違背法令之問題，進而影響非常上訴效力是否及於被告的判斷（§§ 447, 448）。在此不贅，參本書之〈被告缺席審判及法律審之救濟（例 24）〉。

庭，只要是強制辯護案件，非經辯護人到庭辯護即不得審判，除判決之宣示外，並無任何的例外，否則即屬判決當然違背法令。亦即，強制辯護案件，若是指定辯護人，未經合法通知自不得審判，縱使已經合法通知而無正當理由不到庭，亦不得審判；若是選任辯護人，未經合法通知自不得審判，縱使已經合法通知而無正當理由不到庭，法院還是不得審判，僅生此時能否以指定辯護人來代替選任辯護人之問題（§ 31 II）⁴。

二、強制辯護案件之判定基準

（一）問題之所在

如前所述，最輕本刑3年以上有期徒刑之強制辯護案件，無辯護人到庭不得審判。就此類案件言，假設起訴法條「恆定」，亦即，若檢察官起訴所引應適用之刑法法條與法院審判所引應適用之法條，始終如一，則強制辯護案件之判定基準，固然並無疑義。然而，訴訟程序是動態的認知過程，並且，由於我國承認變更起訴法條制度（§ 300），法院在犯罪事實同一性之前提下，得變更起訴法條，因此，法院審判所引應適用之法條，未必就是檢察官起訴所引應適用之法條，設若因為變更法條而影響到案件之最輕本刑是否為3年以上之有期徒刑，如Q1起訴殺人未遂判決傷害既遂罪名，或者Q2之相反情形，則強制辯護案件究竟應以檢察官之起訴法條為判定基準？抑或以法院之審判法條為認定基準？另所謂的審判法條，又可分為「審理法條」與「判決法條」兩種情形處理，究竟判準何在，即有辨明之必要。

以上係僅就第一審法院審判而言，第二審法院審判亦有類似問題，但是組合更為複雜，因為此處共涉及 1. 檢察官起訴法條、2. 第

⁴ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch06:3.2.1（不問未到庭之原因！）；98 台上 7356：「強制辯護案件，第二審未經辯護人到庭辯護，逕行交互詰問等審判程序，自屬違法。縱選任辯護人未到庭係無正當理由，甚或故意違背義務，亦無不同，此種情形，僅法院得另指定辯護人為被告辯護以進行審判，俾免延宕訴訟，仍不得無辯護人到庭逕為審判。」

一審法院審判法條、3. 檢察官上訴法條以及 4. 第二審法院審判法條等四大組可能法條的組合關係，此時，強制辯護案件究竟應以何者為判定基準？如 Q3，若以起訴法條或上訴法條為準，屬強制辯護案件；反之，若以第一審或第二審判決之判決法條為準，則非強制辯護案件。

（二）實務之見解

就強制辯護案件之判定基準，我國實務多半泛稱「應否經強制辯護，係以案由亦即起訴法條為準」，此一起訴法條標準說，可追溯至民初大理院（！）解釋⁵，其本來區分第一審以起訴法條為準，第二審以原第一審判決法條為準，然而，隨後的裁判不但不假思索予以援用，甚至於斷章取義，連第一、二審也不予區別，一體適用起訴法條標準說。例如，80 台上 5731（參附錄）⁶，原起訴法條及第一審判決皆論以貪污罪名（強制辯護案件），經被告上訴第二審但未選任辯護人，第二審法院亦未為其指定辯護，並經變更法條後判處偽造文書罪名（非強制辯護案件），最高法院判決表示：「應否經強制辯護，係以案由為準，亦即以起訴法條為準。至於審理後變更起訴法條，係審理辯論後之結果，自不能倒果為因，以審理之結果作為決定應否強制辯護之依據」，據此，最高法院認為第二審程序違誤，予以撤銷發回更審。

若依上述實務之起訴法條（案由）標準，顯示 Q1，起訴法條乃應經強制辯護之殺人未遂罪名，法院未經辯護人到庭逕為審判，縱使變更起訴法條而改判非強制辯護之傷害既遂罪名，亦屬違法。然而，如果貫徹起訴法條標準，則於相反情形即 Q2，由於起訴法條乃非屬強制辯護之傷害既遂罪名，縱使法院變更起訴法條而改判強制辯護之殺人未遂罪名，無辯護人到庭辯護亦不違法？！換言之，甲被判以強制

⁵ 9 統 1439：「刑訴律草案第三一六條所稱應科二等有期徒刑以上之刑，在第一審應以檢廳（按：檢察機關）起訴文所認之法定刑為準，在上訴審應以原判宣告刑為準」。後段所述上訴審基準，顯與下述 47 台上 1531 判例見解有別。

⁶ 實務其他相關的座談會，見解雷同，甚且理由有認為「依案由原應強制辯護之案件而未指定辯護而終結，亦易洩漏審理結果之嫌」。評釋參林鈺雄，註 1 文，頁 239-247。

辯護之殺人未遂罪名，卻毋庸經過強制辯護！果真如此，試問強制辯護及相關規定（§§ 31 I, 284, 379 ⑦）之意義何在？

既然起訴法條標準說，連在第一審情形（Q1、Q2）都無法一以貫之，遑論第二審。就此，僅以最常被援引的 47 台上 1531 判例（參附錄）說明：其事實（類似 Q3）為檢察官以強制辯護罪名起訴，第一審法院改判非屬強制辯護罪名，檢察官再以強制辯護罪名上訴第二審，判例認為此時「自屬應用辯護人之案件，既未經選任辯護人，原審亦未指定公設辯護人為其辯護而逕行判決，…其判決當然為違背法令（按：§ 379 ⑦）」¹。此判例的基準模糊，只能確定不以第一審法院之判決法條為準，但因檢察官之上訴法條同第二審法院之判決法條，是究竟應以何者為準？則難以窺知，不過，其基準似乎與前述實務的「起訴法條標準說」並不完全相符，也與 9 統 1439 解釋的原審判決法條說有別。

（三）本文之見解

分析上述實務見解，無論排列組合如何，可知結論皆是應經強制辯護，但問題是依照何種判定基準可以得出此一結論？實務盲點在於「頭痛醫頭，腳痛醫腳」，因而未能尋求一致的判定基準，是以，當案例事實為以強制辯護罪名起訴，改判非強制辯護罪名時（Q1），為求應經強制辯護之結論，因而誤以為應以「起訴法條為準」；反之，當案例事實為以非強制辯護罪名起訴，改判強制辯護罪名時，同樣為求應經強制辯護之結論（Q2），又不認為應以起訴法條為準（這才是「倒果為因」！）。如此一來，等於是沒有標準可言。至於更為複雜之第二審情形，基準當然更是紊亂。

其實，強制辯護案件之判定基準，可能出乎意料地「簡單一致」：無辯護人到庭，法院不得「審」、「判」強制辯護之案件。本來，若從相關法條文義來看，這個結論並無任何疑義（如§ 31 I：「於審判中未經選任辯護人者」；§ 284：「不得審判」；§ 379 ⑦：「辯護人未經到庭辯護而逕行審判者」）！所稱的「審判」，包括「審理」和「判決」，亦即，強制辯護案件，未經辯護人到庭辯護，既不得據此審理，更不得

據此判決。後者（判決）較無疑義，係指未經辯護人到庭辯護者，法院不得判處強制辯護之罪名（並非指判決之宣示行為，而是指判決中論罪科刑之依據）。前者（審理），係指強制辯護案件非經辯護人到庭辯護不得審理，在變更起訴法條之情形，則須特別注意，此時審理由於變更起訴法條之故而分成前後兩個階段：一是變更前之審理，二是變更及變更後之審理⁷。所稱未經辯護人到庭辯護者，法院不得審理強制辯護之案件，兼指此兩階段即變更前、後之審理而言。簡言之，無論是法院之前階段審理、後階段審理或判決本身，只要涉及強制辯護之案件，則須經辯護人到庭辯護，否則即屬違法。

（四）小結：案例之運用

若以上述（三）為判定基準，案例所示各情形皆可清楚判斷：

Q1 情形：檢察官以強制辯護之殺人未遂罪名起訴，經法院變更起訴法條為非強制辯護之傷害既遂罪名，審理因而分成變更前、後兩個階段。此時，法院正確之處理程序如下：就前階段之審理而言，既然起訴罪名為強制辯護案件，須經辯護人到庭辯護，法院始能合法開啟審理程序；而唯有序合法開啟後，始能進行變更起訴法條及其隨後之後階段審理程序，亦即，法院首應告知被告及其辯護人，罪名由殺人未遂變更為傷害既遂（§ 95 I ①），並給予其就傷害既遂之新罪名辨明犯罪嫌疑之機會，尤其是保障其就事實及法律辯論以及最後陳述

⁷ 93 台上 2237 已經特別注意到「審理」的概念：「強制辯護案件於審理時，非有辯護人到庭不可，亦即以辯護人之在庭為審理之要件，所謂『審判』，指審判期日所進行之一切程序而言，即刑事訴訟法第二百八十五條至第二百九十條規定之一切訴訟程序，亦即自朗讀案由開始，至辯論終結為止，並非僅限於同法第二百八十九條之言詞辯論，至辯護人是否應始終在場，刑事訴訟法雖無明確之規定，若僅以言詞辯論時為形式之辯護已足，顯與強制辯護規定之旨意不符…。」

但準備程序，則仍被排除在適用範圍之外，如 96 台上 5293 原審行準備程序時已指定公設辯護人，但竟未經辯護人到場即行準備程序，最高法院結論以「刑事訴訟法亦無強制辯護案件無辯護人到庭者，不得行準備程序之規定（刑事訴訟法第二百七十三條第五項規定參照）」為由而駁回上訴，似值商榷。

之機會（§§ 289, 290），記明審判筆錄，最後並於判決書中引用第 300 條⁸。然而，案例所示，法院開啟強制辯護案件之審理程序，既無選任也未指定辯護人，並於無辯護人到庭辯護之情形下逕行「審理」，據此，法院於變更起訴法條之前所踐行的前階段審理程序，已經違反強制辯護之規定而違法（§§ 31 I, 284, 379 ⑦）。

Q2 情形：檢察官以非強制辯護之傷害既遂罪名起訴，經法院變更起訴法條為強制辯護之殺人未遂罪名，審理程序一樣分成變更前、後兩個階段，此時法院正確之審判程序如下：變更前之前階審理程序，由於起訴罪名並非強制辯護案件，因此，法院毋庸指定辯護人即可合法開啟、進行審理程序；隨後，法院應依法踐行前述之告知被告罪名變更、給予辯明機會等變更起訴法條之審理程序，此時，由於法院所審理者已經變更為殺人未遂之罪名，屬於強制辯護之案件，因此應該先指定辯護人，始能再就殺人未遂之新罪名進行審理；法院依法審理殺人未遂之新罪名後，始能進而據此判決。然而，案例所示，法院於變更起訴法條之前階段審理程序固然合法，但是後階段之審理程序，卻屬未經辯護人到庭辯護逕行「審理」強制辯護案件之違法情形，最後，法院據此下有罪判決，屬未經辯護人到庭辯護逕行「判決」強制辯護案件之違法情形（§§ 31 I, 284, 379 ⑦）。由此可知，我國實務所謂「起訴法條為準」之見解，既未切中要害，判斷基準也不正確。

Q3 情形：雖然屬於第二審程序，組合更為多樣，但因包括變更起訴法條在內的審理率皆準用第一審程序（§ 364），因而判斷基準並無不同，關鍵還是在於無辯護人到庭，第二審法院不得「審」、「判」強制辯護之案件。據此，第二審正確審判程序如下：雖然第一審判決法條非屬強制辯護罪名，但是，既然檢察官仍以應構成殺人未遂之強制辯護罪名為由提起上訴，則就變更前之前階段審理程序而言，第二審法院須經辯護人到庭辯護，始能合法開啟上訴審之審理程序⁹；而唯

⁸ 參林鈺雄，刑訴 II-19:4.4 及本書之〈案件同一性與變更起訴法條（例 20）〉。

⁹ 但若上訴不合法而程序駁回者（例如上訴逾期），情形有無不同？97 台上 4298 表示：「原審係以上訴人提起第二審上訴逾期，違背法律上之程式，爰不經言詞辯論為之，自無指定辯護人之問題。」

有程序合法開啟後，始能進行變更上訴法條及其隨後之後階審理程序，此即因準用而同 Q1 之情形。然而案例所示，第二審法院開啟強制辯護案件之上訴審審理程序，卻未指定辯護人，並於無辯護人到庭辯護之情形下逕行「審理」，據此，法院於變更上訴法條之前所踐行的前階段審理程序，已經違反強制辯護之規定而違法，屬於判決當然違背法令之絕對上訴第三審事由（§§ 31 I, 284, 364, 379 ⑩）。由此可知，我國實務舊例所稱上訴審情形應以第一審判決法條為準，判斷基準及結論皆不正確；部分裁判就此所稱的應以「起訴法條為準」，在本案結論雖偶然正確，但其基準則屬錯誤。

三、強制辯護案件選任後違法指定辯護之瑕疵治癒

（一）相關之規定：第 31 條第 2 項

強制辯護係任意辯護之相對概念，反之，選任辯護則是指定辯護之相對概念，不可混淆。無論任意或強制辯護案件，被告皆得選任辯護人，且法院審判時皆應合法通知被告選任辯護人到場，並無疑義（§§ 27 I, 271 I）；若被告選任多數辯護人，則應分別通知，始為合法（§ 32）¹⁰。只不過，由於強制辯護案件非經辯護人到庭不得審判（§ 284），若被告選任辯護但其選任辯護人又不到庭，審判即無法進行，為避免此情形，尤其是防範被告以選任辯護手段來妨害對其審判之進行，刑法遂特別規定：「前項案件選任辯護人於審判期日無正當理由而不到庭者，審判長得指定公設辯護人或律師。」（§ 31 II），此即強制辯護案件選任辯護後得為指定辯護之情形，並且也僅以此為限。

所稱無正當理由不到庭的前提是：法院已合法通知選任辯護人到庭。若未合法通知，可歸責事由在於國家，選任辯護人未到庭即有正當理由，法院只能重行指定審判期日並再行合法通知選任辯護人，不

¹⁰ 參本書之〈多數辯護與共同辯護（例 7）〉；100 台上 4625：「被告依規定選任數辯護人，為使其倚賴各律師為其辯護之權獲得充份之保障，法院自應將所訂期日分別通知各辯護人，以維護訴訟上之程序正義」。

得逕行指定辯護人，更不得臨時指定辯護人後隨即審判¹¹。

Q4 所示，由於起訴強制辯護罪名，須經辯護人到庭辯護，法院始能合法開啟審理程序，而合法開啟後始能踐行變更起訴法條程序，已如前述（上文二、（四））。簡言之，本案在依法變更之前，仍屬強制辯護案件，因此適用包含上述第 31 條第 2 項在內的強制辯護相關規定，合先敘明。

（二）本案之程序瑕疵

Q4 所示，被告甲已選任辯護人，故法院應先合法通知選任辯護律師丙到庭，始能開始本件強制辯護案件之審理（§§ 27 I, 27 I I）。但法院卻未合法通知，是以，丙律師未到庭即有正當理由，法院不得逕行指定、更不得臨時指定辯護人（§ 31 II），只能另定審判期日並再行合法通知選任辯護人丙到場，始能繼續踐行（包含變更起訴法條在內的）審理程序。

然而，本案法院竟然臨時指定辯護人丁來取代選任辯護人丙，其程序踐行顯有以下瑕疵：

1、形式上，因未合法通知，已經不符合上述選任後指定辯護人之前提要件，屬於違法之指定辯護（§ 31 II）。

2、實質上，任何刑事被告皆有選任辯護權（§ 27），強制辯護案件當然更是如此。選任辯護制度以特殊信賴關係為運作基礎，除合乎前述法定例外情形（§ 31 II）之外，法院不得擅自以指定辯護人來取代選任辯護人，否則即屬對被告選任辯護權及其信賴關係之違法侵害。據此，Q4 情形法院已同時侵害被告甲之選任辯護權。

3、更甚者，法院不但違法指定辯護，甚且還未給予受指定辯護人丁相當時間以準備辯護，反而即行審理並於當日辯論終結，是以，違反實質有效辯護的保障要求¹²。此在一般案件已是嚴重的程序瑕

¹¹ 即便在已合法通知但選任辯護人無正當理由而不到庭之情形，臨時指定辯護人後隨即審判的作法，亦有程序瑕疵，但此與本題無關，在此不贅。參林鈺雄，刑訴 I-Ch06:3.2.2.1。

¹² 關於實質有效辯護要求，我國實務 68 台上 1046 判例已予承認，而歐洲法

疵，在強制辯護案件則應評價為等同於未經辯護，屬於未經辯護人到庭而逕行審判之判決當然違背法令（§§ 31 I, 284, 379 ⑦）。

（三）程序瑕疵之治癒？

Q4 第一審法院踐行之程序，顯有上述瑕疵，但是，此種瑕疵得否「治癒」？

關此，我國實務曾有裁判就類似案例採肯定見解（92 台上 3087，參附錄），其理由略謂：強制辯護案件原審雖未依法通知辯護人，但審理結果已經變更為非強制辯護罪名，且原審又已指定公設辯護人為被告辯護，於被告辯護權應無損害，上述瑕疵不影響判決之結果。

以上裁判，有以下幾點值得批評之處：

1、本案於審判中變更起訴法條，在此時點之前，定性上仍屬強制辯護案件且適用強制辯護規定及其審查基準。系爭裁判以原審審理結果來反推程序之合法性，顯係倒果為因！

2、本案既然是被告已經選任辯護人的強制辯護案件，是以，1) 法院的指定辯護形式上就已因不符合前提要件而顯然違法（§ 31 II）；2) 況且同時侵害被告的選任辯護權（§ 27）；3) 而臨時指定辯護即行審理，也違反實質有效辯護要求。但是，裁判卻忽略這幾個關鍵的程序瑕疵，反而還論斷「於被告辯護權應無損害」！

3、事實上，即便「倒果為因」將本案整個定性為任意辯護案件，上述 2 的三種違法情狀仍然存在：1) 首先，指定辯護本身還是一樣違法，因為任意辯護案件根本也不存在這種指定辯護事由！而「法院違法未通知選任辯護人到庭」，當然更不可能認為「其他審判案件，審判長認為有必要者」（§ 31 I ⑥）的指定辯護原因。2) 其次，違法以指定辯護人取代選任辯護人，自是侵害被告選任辯護權。3) 此外，實質有效辯護同樣適用於任意辯護案件，更何況以 Q4 為例，被告辯護人亦應有充分準備辯護的期間，而其辯護方向亦可能是被告也不構成傷害

早已將其列為公平審判之基本內涵（具體運用如 ECHR, *Goddi v. Italy*, Judgment of 9 April 1984, Series A no. 76），我國近例如 106 台上 521 亦明確將實質有效辯護連結至公平審判之要求（參附錄）。

既遂。

4、上述 2 的瑕疵類型，屬於強制辯護案件未經辯護人到庭逕行審判之判決當然違背法令（§§ 31 I, 284, 379 ⑦）。此種法律效果為「立法擬制」，並不再探究個案違背法令種類係判決違背法令或訴訟程序違背法令，更不審查個案的訴訟程序違背法令對判決結果有無影響，因此，第 380 條明定：「除前條情形外，訴訟程序雖係違背法令而顯然判決無影響者，不得為上訴之理由。」換言之，第 379 條所列各款（包含 Q4 所違反的第 7 款）完全排除第 380 條以結果論斷的審查基準，法條文義已經明白禁止法院以「瑕疵不影響判決之結果」來作為駁回上訴之理由¹³。此外，從訴訟行為瑕疵及其治癒理論來看，判決當然違背法令即是指原審無法治癒的瑕疵，根本不能以有無影響判決結果作為治癒與否的審查基準。系爭裁判以第 380 條作為瑕疵治癒及駁回上訴之理由，殊值商榷。

參、〔結論〕

本案涉及強制辯護案件之踐行程序以及判定基準，系爭殺人未遂罪名，屬於最輕本刑三年以上之強制辯護案件，傷害既遂罪名則否。強制辯護案件，無辯護人到庭者，不問其原因為何，法院不得審判，否則判決即屬當然違背法令（§§ 31 I, 284, 379 ⑦）。

由於訴訟是動態的認知過程，在變更起訴法條情形尤然，檢察官起訴法條與法院判決法條，未必一致，可能因而導致變更起訴之強制辯護罪名為非強制辯護罪名，或者相反情形，第二審法院亦同。就此，我國實務主流曾採「起訴法條（案由）標準說」，但其說理有待商榷，具體運用亦相互矛盾。本文則認為，強制辯護案件之判定基準在於：無辯護人到庭，法院不得「審理」、亦不得「判決」強制辯護之案件。

¹³ Vgl. Roxin/ Schünemann, StVR, 55/38 ff. 參林鈺雄，刑訴 II-Ch23:3.2/4；林鈺雄，〈無影響於判決之程序瑕疵—刑事訴訟法第三八〇條之體系分析〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁 353-388。另參本書之〈隔別訊問、被告缺席審判與異議方案（例 14）〉。

所稱之審理，於變更起訴法條之情形，兼指變更前及變更後之審理兩個程序階段。

據此，Q1 所示，起訴罪名既為殺人未遂之強制辯護案件，無辯護人到庭法院卻逕自開啟、進行審理程序，變更前之審理階段已經因為違反強制辯護規定而當然違法；Q2 所示，起訴罪名雖為傷害既遂之非強制辯護案件，法院於變更前之審理階段，雖無辯護人到庭並不違法，但是，變更及變更後之審理階段，已屬強制辯護案件無疑，顯示中法院未指定辯護人，並於無辯護人到庭辯護之情形下繼續審理、判決，顯然因為違反強制辯護規定而當然違法；Q3 因第二審審判準用第一審程序（§ 364），因此，就結論而言，題示第二審法院踐行之程序亦當然違法，與 Q1 並無不同。

Q4 乃強制辯護案件未合法通知選任辯護人丙到庭之違法，法院原應另定審判期日並依法通知丙，但竟當庭臨時指定辯護人丁後逕行審判，其程序瑕疵包含：違法之指定辯護（§ 31 II）、侵害被告的選任辯護權（§ 27）及違反實質有效辯護要求，其效果同 Q1 之強制辯護案件未經辯護而逕行審判，屬於判決當然違背法令（§§ 31 I, 284, 379 ⑦）。但實務認為既變更法條為非強制辯護罪名，其瑕疵不影響判決結果，不得上訴第三審。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 47 台上 1531（強制辯護）

上訴人李某被訴觸犯刑法第三百二十九條，第三百三十條第一項之罪，其最輕本刑為五年以上有期徒刑，依刑事訴訟法第三十一條第一項之規定，未經選任辯護人者，審判長即應指定公設辯護人為其辯護。第一審雖經變更起訴法條，分別以竊盜罪及傷害罪論處，但既經檢察官仍以上訴人應構成上開罪名為理由提起上訴，自屬依法應用辯護人之案件，原審竟未指定辯護人為其辯護，而逕行判決，按之同法第三百七十一條（按：§ 379）第七款之規定，顯係違法。上訴意旨，執以指摘非無理由，應予撤銷發回更審。（強調部分經選編為判例要旨）

※ 80 台上 5731（強制辯護）

本件原判決撤銷第一審關於論處上訴人吳某與依據法令從事公務之人員，共同連續對於主管之事務，直接圖利罪刑之判決，改判論處上訴人連續行使偽造私文書，足以生損害於公眾及他人之罪刑，固非無見。惟按最輕本刑為三年以上有期徒刑之案件，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人為其辯護；又依法應用辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三十一條第一項、第三百七十九條第七款分別定有明文。而應否經強制辯護，係以案由為準，亦即以起訴法條為準。至於審理後變更起訴法條，係審理辯論後之結果，自不能倒果為因，以審理之結果作為決定應否強制辯護之依據。本件上訴人吳某因貪污案件，經臺灣高雄地方法院檢察處檢察官於民國七十七年九月九日，以其觸犯戕亂時期貪污治罪條例第三條、第六條第三款之罪嫌提起公訴...，該罪係屬最輕本刑為三年以上有期徒刑以上之案件，第一審臺灣高雄地方法院亦係依起訴法條...判決，論處上訴人與依據法令從事公務之人員共同連續對於主管之事務直接圖利罪刑。上訴人不服提起上訴，原審法院審理中上訴人未選任辯護人，審判長亦未指定公設辯護人為其辯護...，而於八十年四月十八日逕行審判，並變更起訴法條，於同年月二十五日判決，論處上訴人連續行使偽造私文書，足以生損害於公眾及他人之罪刑（...無須強制辯護）。依照首揭說明，本件即屬應用辯護人之案件，上訴人既未經選任辯護人，原審復未指定公設辯護人為其辯護而逕行審判，其判決當然為違背法令。上訴意旨，指摘原判決不當，雖無足取，惟原判決既有可議，應認仍有撤銷發回更審之原因。

※ 92 台上 3087（強制辯護、瑕疵治癒）

上訴人上訴意旨略以，檢察官起訴意旨認上訴人犯刑法第三百二十八條第一項準強盜罪嫌，係屬強制辯護之案件，上訴人之父並為上訴人選任辯護人。乃第一審法院於審判期日並未通知選任辯護人到庭，而另指定公設辯護人為上訴人辯護，其判決顯屬違法。原審未將第一審判決撤銷，同屬違誤等語。惟查，第一審法院於審判期日未通知選任辯護人到庭辯護，所踐行之訴訟程序固有瑕疵。但第一審審理之結果，認為該竊取蔡某所有小客車之犯行，並不構成準強盜罪，而變更起訴法條，改論處普通竊盜未遂罪責，此罪已非屬強制辯護之案件；況第一審法院又已指定公設辯護人為上訴人辯護，於上訴人辯護權應無損害，上述瑕疵不影響判決之結果。原審未予糾正，亦於判決結果無何影響（上訴人在原審未選任辯護人，惟原審仍指定公設辯護人為上訴人辯護。），自不得執此為上訴第三審之合法理由。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

※ 102 台上 4604（強制辯護、準備程序）

刑事訴訟法第三百七十九條第七款所謂強制辯護之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然違背法令，係指該類案件，辯護人未於審判期日言詞辯論時，到庭為被告辯護而言。本件原審於一〇二年七月三日係進行準備程序，非行審判程序，而原審早於庭期前之同年六月十九日，已合法通知其辯護人應到庭執行職務，其辯護人雖未於當日到庭，但已於一〇二年八月六日審判期日出庭為乙辯護，有審判期日筆錄可憑，原審自無未經公設辯護人到庭辯護逕行審判情形。上訴意旨指摘原判決違法，顯有誤會，核非第三審上訴之適法理由。

※ 106 台上 521（實質有效辯護）

刑事被告於訴訟程序有受律師協助提供實質、有效辯護之權利，以維護公平正義與被告利益，無效之律師協助，固得構成合法上訴之理由，但仍應由被告具體指出辯護人之辯護行為有瑕疵，致未發揮辯護人應有的功能外，必也該瑕疵行為嚴重至審判已不公平，審判結果亦因而不可信者，始足當之。

90◎強制辯護案件及其判定基準（例6）

多數辯護與共同辯護

甲、乙分別擔任地下投資公司之老闆及幹部，因涉嫌共同違法吸金超過一億元（銀行法§125-1），經檢察官合併於同一訴訟程序提起公訴。審判中，甲先向法院提出選任 A、B 兩律師為辯護人之委任書狀，後甲之妻丙未徵詢甲之意見，又向法院提出增加選任 C、D 兩律師為辯護人之委任書狀，隨後，乙之父丁亦向法院提出選任 A、E 兩律師為辯護人之委任書狀。試問：

- 1、關於上述選任行為之合法性，法院能否以甲之辯護人人數超過為由而限制之（Q1）？
- 2、關於上述選任行為之合法性，法院能否禁止 A 律師同時為甲、乙之辯護人（Q2-a）？若檢察官同時但以不同程序分別起訴，兩案皆在審理中，情形有無不同（Q2-b）？若甲案先行確定之後，乙始經通緝到案而被起訴，情形有無不同（Q2-c）？
- 3、若甲案最後選任 A、B、C 三位律師為其辯護，法院審理期日傳票僅送達 A 律師，B 律師則自行到場，兩人於審判期日始終到庭為甲辯護；但 C 律師未受送達亦未到庭。試問程序踐行是否合法（Q3）？

壹、〔提要〕

【相關條文】 §§ 27, 28, 31 III, 380

【關鍵詞】多數辯護、共同（通）辯護

本案主要涉及下列刑事辯護制度之問題¹：

一、選任辯護，系爭問題為選任辯護權人及選任程序。

二、多數辯護之限制。亦即，被告（含犯罪嫌疑人，下同）可否選任一人以上之辯護人？若可，人數有無限制？若有，所謂的人數限制，應以同一被告或同一訴訟程序為計算基準？再者，人數超過限制時選任之效力如何？法院應如何處理？

三、共同辯護之禁止。共同被告得否選任同一人為辯護人？法院得否禁止？又，此處共同被告概念之認定基準為何？形式上程序已經分離的數個被告之間，是否亦會產生共同辯護之禁止問題？若已一部確定者，情形有無不同？

四、多數辯護之審判程序。亦即，多數辯護情形，送達文書（如審判期日之傳票）應如何為之？若多數辯護人中並未全數到庭辯護，其對審判程序之合法性有無影響？

貳、〔解析〕

一、選任辯護權人及程序

辯護制度，可調整個刑事訴訟程序中，被告方面最為重要的輔助機制以及防禦武器。透過專業辯護人之介入以及辯護權利之保障，被告方面得以適度平衡其與國家方面的實力落差，進而實現法治程序與公平審判的目的。本此立法意旨，刑訴法設計兩種辯護人介入程序的管道，一是選任辯護，二是指定辯護，兩者以辯護人經由何方訴訟主

¹ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch06:3 及【案例 6-3：共同收賄案】。

體（被告方面或法院方面）取得辯護地位為區別標準。本案屬於選任辯護情形。

選任辯護人，是指由被告方面發動選任而取得本案辯護人地位者。就選任辯護之選任權人而言，被告本人無論在訴訟任何階段，亦即包括偵查程序，皆得隨時選任辯護人（§ 27 I）；除被告本人外，被告之法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親或家長、家屬，亦得以獨立之意思，隨時為被告選任辯護人（§ 27 II），即不受被告意思的拘束。選任辯護人之方式，在起訴後應於每審級提出委任書狀於法院，除經審判長許可外，應選任律師充之（§§ 29, 30）。

案例所示情形，甲、乙乃被告，依法自得選任辯護人；丙乃被告甲之配偶、丁乃被告乙之父，依法亦得獨立選任辯護人，不受被告意思之拘束，甚至於在被告已經先選任辯護人之情形，亦無礙丙、丁後來之獨立選任行為的效力。此外，就選任程序而言，以上選任皆依法選任律師充之並向法院提出委任書狀。是以，上開選任行為，僅是是否逾越多數辯護之限制及得否禁止共同辯護之問題。

二、多數辯護之限制

多數辯護，是指被告同時由數個辯護人為其辯護。本案被告甲方面共選任 A、B、C、D 四位律師為選任辯護人，被告乙方面亦選任 A、E 兩位律師為選任辯護人，因此涉及多數辯護之合法性問題。就此，「每一被告選任辯護人，不得逾三人」（§ 28），由此可知，刑訴法就選任辯護之多數辯護的立場，一來承認多數辯護，二來以「每一被告」（而非「同一訴訟程序」）為「選任辯護人三人」的計數單位²。

從立法政策而言，承認多數辯護較能保障被告的辯護利益，尤其是複雜或重大的案件更是如此，更何況此類案件國家追訴機關所投注

² 依照 69 台上 650，選任辯護人逾 3 人，縱使實際出庭辯護者僅有 1 人，同樣違反本條規定。此外，設若檢察官於同一訴訟程序起訴 10 位共同被告，選任辯護人可能多達 30 人，但即便是這種情形，法院仍不能以有礙訴訟迅速進行為由來限制每一被告選任 3 名辯護人之權利，果真人數過多而窒礙難行，宜將共同被告分開審判。

之人力、物力資源往往極其龐大，若否定多數辯護，難以達成辯護制度所欲保障的實質對等關係；然而，另一方面，數目過多的辯護人往往導致訴訟拖延，其他辯護時間的延長暫且不論，單單辯護人的輪番詰問就可能曠日費時。我國刑訴法因此採行折衷之道，一方面承認、二方面限制多數辯護（立法理由參照）。

另外，選任辯護人逾3人時，法院應如何處理？刑訴法並無明文規定。若係同時選任，例如被告同時提出選任4名辯護人之委任書狀於法院，法院宜先指定期間命被告就超過部份解任，逾期未補正此一訴訟行為瑕疵者，整個選任行為對於法院不生效力；若係先後提出，並且因為後來的選任行為而使人數超過3人，則後來的選任行為對於法院不生效力³。

案例所示情形，甲原先選任A、B為辯護人，乃合法之多數辯護。甲妻丙後來又增加選任C、D為辯護人，致使選任辯護人總人數超過3人，因而違反多數辯護之規定（§28），參照上述說明，似得認為丙之選任行為對於法院不生效力。惟為充分保障被告得選任3人之多數辯護利益，法院更為適宜之做法，乃先指定期間命丙選擇解任C或D，逾期未補正者始認定整個選任行為對於法院不生效力。

至於乙父丁後來為乙選任A、E兩位律師為辯護人之行為，雖然使得整個訴訟程序的選任辯護人超過3人，但是由於多數辯護之3人限制，係以每一被告而非同一訴訟程序為計數單位，因此，並未違反此項限制，只不過由於乙與甲方面同樣選任A律師為辯護人，因而產生共同辯護之問題。另外，因為計數單位乃每一被告之故，因此，無論檢察官將甲、乙以同一訴訟程序起訴，或者同時或先後將甲、乙分別起訴，對於多數辯護合法與否之判定並無關係。

³ Vgl. Fezer, StPR, Fall 4 Rn. 72.

三、共同辯護之禁止

(一) 現行法之規定

共同辯護 (gemeinschaftliche Verteidigung)，或稱為共通辯護，是指數個被告由同一或相同數個辯護人為其辯護者。就現行立法而言，「被告有數人者，得指定一人為辯護。但各被告之利害相反者，不在此限。」 (§ 31 III)，據此，我國刑訴法就指定辯護，原則上承認共同辯護，僅在利害相反時才例外禁止。本條立法看似簡單，實則疑雲重重。首先，此一立法是否恰當？是否充分考量共同辯護的特性？再者，刑訴法就選任辯護並無相關規定，應該如何適用？另外，在此所謂的「被告有數人者」，亦即「共同被告」之概念，是否專以在同一訴訟程序為準？如果實體法上之共同被告或共犯分別被訴，可否選任或指定同一辯護人為其辯護？以下分別說明。

(二) 立法政策之商榷

從立法政策而言，無論是選任辯護或指定辯護情形，是否肯認共同辯護的立法考量複雜。贊成理由主要是經濟因素，因為被告資力可能不足，若能允許共同被告選任同一辯護人，可以共同分攤選任辯護的成本；即便是指定辯護情形，指定一人為共同辯護人所費的訴訟成本，當然比分別指定數人為辯護人時更少。然而，這只是便宜理由，從另一方面言，共同辯護可能帶來更多負面作用，尤其是共同被告之間潛在的利害衝突 (Interessenkonflikte) 問題，不易克服，因為有利於其一共同被告的糖衣可能是另一共同被告的毒藥，難免禍及他人，共同辯護人應如何扮演雙重角色？如何避免利害衝突？如案例所示，甲之辯護利益與方向可能是乙為單獨正犯，反之，乙之辯護利益與方向可能正巧相反⁴，此時，如果由同一辯護人 A 同時為甲、乙兩人辯

⁴ 參 98 台上 4448：「卷查乙陳稱：甲用膠帶綑住被害人陳○成雙眼及嘴巴等語；甲則一再辯以：綑綁是乙及肖○所為，伊無有做；伊無以膠帶綁住司機陳○成之眼睛及嘴巴云云。究係何人綑綁陳○成，其二人互指對方所為，利

護，難免產生利害相反時的辯護角色衝突問題⁵。

這種附生於共同辯護的關鍵缺陷，很難以辯護成本的便宜理由來彌補，因此，立法政策上似宜根本採行共同辯護之禁止（Verbot der gemeinschaftlichen Verteidigung）⁶。雖然現行法同時承認利害相反時得予禁止之例外，但是，共同被告的利害衝突往往是「潛在性的」，等到審判長確認利害相反的情事時再予介入，恐怕是亡羊補牢。至於上述的成本考量，更難成立，援助資力不足的被告之辯護利益，本來就是指定辯護或公設辯護制度之目的，更何況禁止共同辯護的主要理由，便是保護被告的辯護利益，避免其受共同辯護人潛在利害衝突所犧牲。至於在修法之前，似應先從法律解釋著手，將系爭條項（§ 31 III）解為共同被告宜分別指定辯護人為原則，但若個案可推斷利害不相反者，例外容許共同辯護⁷。

（三）選任辯護之類推適用

另外，無論是指定辯護或選任辯護，只要是共同辯護，皆會產生

害相反。原審僅指定律師一人為上訴人等二人共同辯護，依上開說明，難謂適法。」

⁵ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch06:3.3.2。共同辯護在我國實務也產生協助串證的疑慮。此外，同一律師事務所不同律師之共同辯護問題，參 LG Regensburg, wistra 2005, 359; Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 173。

⁶ 鑑於以上的理由，許多立法例，例如德國刑事訴訟法第 146 條，明文禁止共同辯護：「（第 1 句）辯護人不得同時為涉嫌同一犯罪之數名被告辯護。（第 2 句）在同一刑事程序中，亦不得同時為涉嫌不同犯罪之數名被告辯護。」第 1 句所稱之同時，包含合併於同一程序中起訴、審判（如 Q2-a），以及分別起訴但平行進行審判者（如 Q2-b），但不包含已經終結者（如 Q2-c）。Vgl. Beulke/Swoboda, StPR Rn. 173; Fezer, StPR, Fall 4 Rn. 73 ff.; M-G/S, StPO, § 146 Rn. 1 ff.; Roxin/Schünemann, StVR, 19/36 ff.

⁷ 95 台上 4070（參附錄）已同本文見解，認為 § 31 III 的解釋，禁止共同辯護才是「原則」，容許反而是「例外」：「同一案件有多數被告者，原則上固宜各別為之指定公設辯護人，然如共同被告之利害並不相反，則不妨指定一人為之辯護，俾能簡化程序。」附帶說明，裁判引文所稱「同一案件」，其實是指同一訴訟程序而言，畢竟，一被告一犯罪事實為一案件，多數被告當然是多數案件，不可能是同一案件。

潛在的利害衝突問題。事實上，指定辯護人若是由法院的公設辯護人擔任情形，由於指定或撤銷直接操諸於審判長，因此，由於利害衝突所引發的疑慮其實比選任辯護人更少。然而，觀諸刑訴法規定，反而只就指定辯護的共同辯護問題加以規範，而未思慮選任辯護的共同辯護問題，顯然是法律漏洞。如案例所示情形，應否容許共同被告選任同一辯護人？得否加以禁止？

以上的法律漏洞如何填補？一言以蔽之，此時應類推適用刑訴法第31條第3項關於指定辯護的共同辯護之規定。首先，如前所述，共同辯護之利害衝突問題，並非指定辯護的特有現象，更存在於選任辯護，因此，兩者之間具有類推適用（Analogie）最重要的前提：類似性（Ähnlichkeit）。據此，選任辯護雖然原則上也容許共同辯護，但是於利害相反的情形，得加以禁止。應予注意，無論是直接適用之指定的共同辯護人，或者是類推適用之選任的共同辯護人，關鍵皆在於潛在的利害衝突，是以，利害相反概念的解釋，不宜過度限縮於已經產生利害相反的具體情事者，亦即，在審判長依照案件之情勢認為有利害相反「之虞」時，即得預先禁止。

案例所示情形，甲、乙兩人共同選任A律師為辯護人，此時，若審判長認為有利害衝突之虞，即得以利害相反為由禁止A為甲、乙之共同辯護人。鑑於辯護人與被告之間具有特殊信賴之關係，此時，A究竟僅得為甲或僅得為乙之辯護人，應取決於甲、乙之意向，若意見不一致時，由於甲先提出選任A之委任書狀於法院，因此，審判長應該禁止A同時為乙之選任辯護人。

（四）共同被告之概念

最後，就此處之共同被告概念而言，由於著眼點在於防範共同辯護的利害衝突，因此，考量基點與共同被告之自白問題不盡相同。最為典型的情形，如案例Q2-a所示檢察官以同一訴訟程序同時起訴甲、乙共同犯罪之例，此時，基於利害相反之理由當然得禁止其選任A為共同辯護人。其次，如案例Q2-b所示，縱使檢察官同時但分別起訴甲、乙兩人，法院亦未合併審判，但是，由於利害衝突的實質考量與

前例並無任何區別，兩個案件是分別但同時在進行（getrennt, aber parallel），因此，基於利害相反之理由，法院仍得禁止其選任 A 為共同辯護人⁸。

應予注意：共同辯護是指同一辯護人「同時」為多數的被告辯護，若共同被告分別起訴審判，而其中之一的程序已經先行終結時，由於委任關係隨之解除，並不生共同辯護的禁止問題。如案例 Q2-c，甲先被訴並委任 A 律師為選任辯護人；甲之案件確定後，乙因通緝到案隨後被訴，乙或其他人為乙選任 A 律師為辯護人，不但形式上不生共同辯護問題，實質上也由於甲之案件已經確定，因此不致產生利害相反之情形，無論甲或乙都毋庸擔心成為 A 辯護人利害衝突之犧牲者。此種情形，在後訴中並無必要、亦無依據禁止乙選任 A 為辯護人。

四、多數辯護之審判程序

多數辯護情形，送達文書（如審判期日之傳票）應如何為之？若多數辯護人中並未全數到庭辯護，其對審判程序之合法性有無影響？

「審判期日，應傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人」（§ 271 I）、「被告有數辯護人者，送達文書應分別為之」（§ 32）。關此，我國實務近例 103 台上 3755（參附錄）結合強制辯護案件認為，至多得選任 3 位多數辯護，「每位辯護人之辯護權，均各自獨立，可居於自身之辯護權能，從不同之面向，展現不同之辯護內容，自主、充分地為被告辯護，彼此無法取代，以彰顯多數辯護制度之目的」。被告選任數辯護人者，送達審判期日之通知，應分別為之，且若其中之一辯護人未受合法通知而未到庭者，縱其他辯護人到庭辯護，亦無法取代缺席之辯護人。據此，Q3 所示甲案選任 A、B、C 三位律

⁸ 此兩種情形，依照德國法（§ 146 S. 1 StPO）皆屬共同辯護之禁止範圍；此外，德國法亦禁止下列情形的共同辯護（§ 146 S. 2 StPO）：數個被告分別所犯的數個不同案件，但合併在同一訴訟程序進行者（無論基於何種原因而合併）。例如我國刑訴法§ 7 所列的數人同時在同一處所各別犯罪者（同時犯），或犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者，若合併起訴、審判，則仍在共同辯護之禁止範圍。

師為其多數辯護，審理期日通知未依法分別送達，而僅送達 A 律師，並不合法。此外，A、B 律師雖全程到庭為甲辯護，但依實務見解，仍無法取代 C 律師之辯護功能，故其所踐行之訴訟程序，自有違誤⁹。

參、〔結論〕

本案被告甲、乙皆為選任辯護權人，甲之妻丙亦得獨立為甲選任辯護人，不受甲之意思拘束（§ 27 I, II），乙之父丁，亦得獨立為乙選任辯護人；甲、丙及丁皆依法選任律師並且向法院提出委任書狀（§§ 29, 30）。有疑問者，乃被告甲先選任 A、B 兩位律師為辯護人，嗣後丙又選任 C、D 兩位律師為辯護人，總數逾越每一被告選任辯護人不得逾 3 人之多數辯護限制（§ 28），此時，丙之選任行為並不合法，法院為充分保障每一被告得選任 3 人之多數辯護利益，宜先指定期間命丙選擇解任 C 或 D，逾期末補正者，丙整個選任行為對於法院不生效力。至於丁為乙選任的 A、E 兩位律師之行為，並未超過多數辯護之 3 人限制。另外，雖然本次訴訟程序甲、乙兩被告之辯護人總數合計超過 3 人，但是因為多數辯護以「每一被告」而非同一訴訟程序為準，因此並不違反多數辯護之人數限制。

惟甲、乙皆選任 A 為辯護人，因此產生共同辯護之問題。我國刑事訴訟法僅就指定辯護，規定共同辯護之容許原則，以及利害相反之禁止例外（§ 31 III），但漏未規定選任辯護之共同辯護問題，司法實務上應以兩者之類似性，亦即利害衝突，以類推適用指定辯護規定之方法填補此一立法漏洞。據此，法院得以利害相反為由，禁止 A 擔任甲、乙選任之共同辯護人。

就案例所示 Q2 情形，無論檢察官以同一訴訟程序共同起訴甲、乙（Q2-a），或將其分別起訴但程序同時進行中（Q2-b），對於以上所言的多數辯護與共同辯護問題，結論並無影響，尤其是雖分別起訴但

⁹ 同旨裁判如 96 台上 204、97 台上 6841、102 台上 5092（參附錄）。但建立此一標準時，似乎應考慮歸責問題，亦即，「可歸責於辯護人」而未全數到庭辯護之情形，不可同日而語，不宜混為一談。

程序同時進行中，實質上仍會產生利害衝突的危險，因此法院仍得禁止 A 為甲、乙之共同辯護人。僅在甲案已經先行確定之情形（Q2-c），由於不再有利害衝突問題，故得依法選任 A 為乙辯護人，不生禁止共同辯護問題。

最後，Q3 所示 A、B、C 三位多數辯護，審理期日通知原應依法分別送達。A、B 雖全程到庭為甲辯護，但依實務見解，無法取代 C 之辯護功能，不符多數辯護之保障，其所踐行之訴訟程序，仍有違誤。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 93 台上 5476（指定辯護之共同辯護）

上訴人二人對於殺人部分，既互指係由對方起意並下手實施，自己未參與該部分犯行，其等關於該部分於訴訟中顯係處於相反之利害關係，揆諸上開規定（按：§ 31 III），即不得指定同一公設辯護人或律師為其等辯護。原審未察及此，竟僅指定同一辯護人即周某律師為上訴人二人辯護，有違前揭法律規定，自難認適法。

※ 95 台上 4070（指定辯護之共同辯護）

本件檢察官起訴陳某、潘某涉犯共同連續販賣第二級毒品罪嫌，係屬強制辯護案件，其等在原審均未選任辯護人，原審雖依刑事訴訟法第三十一條第一項之規定，指定義務辯護人葉某律師為二人辯護，惟依同條第三項規定：（略），即同一案件（按：實指同一訴訟程序）有多數被告者，原則上固宜各別為之指定公設辯護人，然如共同被告之利害並不相反，則不妨指定一人為之辯護，俾能簡化程序。蓋刑事強制辯護制度，乃為保護被告利益，維持審判之公平而設，故是否利害相反，自以辯護人就數被告被訴之犯罪事實而為防禦時，能否均為適當充分之辯護為斷。

※ 96 台上 204（多數辯護）

刑事辯護制度係為保護被告之利益及維持審判之公平而設；刑事被告在訴訟上有倚賴其辯護人為其辯護之權，此為人民依憲法第十六條享有之訴訟權所衍生之基本權，其功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位而受法院公平之審判。就立法政策而言，承認多數辯護（即一個被告同時由數位辯護人為其辯護）較能保障被告之辯護權益，達成辯護制度所欲保護之實質對等關係。我國刑事訴訟法採取多數辯護之折衷說，於第二十八條規定「每一被告選任辯護人，不得逾三人」。同一被告既得由至多三

位辯護人為其辯護，則每一位辯護人就被告被訴之犯罪事實而為防禦時，其為被告適當辯護之權能即各自獨立，非他一辯護人所能措其詞。同法第二百七十一條第一項明文規定「審判期日，應通知辯護人」，於被告有多數辯護人時，送達文書自應分別為之。法院對於此項辯護權之實踐，不得恣意漠視，否則即不足以維護訴訟上之程序正義。

※ 102 台上 5092（多數辯護）

我國立法政策上，採多數辯護制度，…同一被告至多得選任三位辯護人為其辯護。而每位辯護人之辯護權，均各自獨立，可居於自身之辯護權能，從不同之面向，展現不同之辯護內容，自主、充分地為被告辯護，彼此無法取代，以彰顯多數辯護制度之目的。本件於原審，上訴人選任王○聖律師、其弟為上訴人選任呂○賢律師為辯護人，各有委任狀附卷可憑。原審民國一〇二年六月十四日審判期日，呂○賢律師雖到庭為上訴人辯護，而王○聖律師於當日上午十一時四十分進行至「就被告之科刑範圍有無意見？」程序始到庭，其僅就此部分陳述意見，有當日審判筆錄可稽。然王○聖律師當日到庭時之審判程序，既未辯論終結，參照刑事訴訟法第二百八十九條第二項：「已辯論者，得再為辯論，審判長亦得命再行辯論。」設有得再為辯論、再行辯論之規定。審判長當時本得命王○聖律師為上訴人辯護。且呂○賢律師雖已為上訴人辯護，但無法取代或兼及王○聖律師之辯護。乃原審竟未注意刑事訴訟法第二條第一項：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」之規定，未令王○聖律師為上訴人辯護，即論知辯論終結，致王○聖律師未能為上訴人辯護，顯不足以維護訴訟上之程序正義，影響上訴人充分行使其防禦權，不符上開多數辯護制度之旨，難謂適法。

※ 103 台上 3755（多數辯護）

刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，此為人民依憲法第十六條規定賦予訴訟權所衍生之基本權，功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人（有律師為代理人）立於平等之地位，而受法院公平之審判。基此，我國立法政策上，採多數辯護制度，…即同一被告至多得選任三位辯護人為其辯護。而每位辯護人之辯護權，均各自獨立，可居於自身之辯護權能，從不同之面向，展現不同之辯護內容，自主、充分地為被告辯護，彼此無法取代，以彰顯多數辯護制度之目的。而刑事司法之實踐，即應藉由程序之遵守，確保裁判之公正，以保障人權。本件上訴人被訴違反民國九十四年一月二十六日修正前槍砲彈藥刀械管制條例第十一條第一項之未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造槍枝罪嫌，其最輕本刑為五年以上有期徒刑（併科新台幣一千萬元以下罰金），係屬刑事訴訟法第三十一條所規定之強制辯護案件。又同法第二百七十一條第一項、第三十二條復分別規定「審判期日，應傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人」、「被告有數辯護

人者，送達文書應分別為之」。換言之，被告選任數辯護人者，送達審判期日之通知，應分別為之。上訴人於原審已選任劉○新律師、黃○偉律師、杜○達律師為辯護人，各有委任狀附卷可憑，依前揭規定，送達於各辯護人之審判期日通知，應分別為之。卷查原審一○三年四月十七日上午九時四十分行審判程序，未有黃○偉律師、杜○達律師到庭之記載，有當日報到單可稽，且查該審理期日之傳票，僅送達杜○達律師一人，並未送達於黃○偉律師（及劉○新律師）。而劉○新律師雖自行到庭為上訴人辯護，但無法取代或兼及黃○偉律師之辯護。本件原審未通知黃○偉律師到庭為上訴人辯護，逕行審判並辯論終結，顯然剝奪上訴人對於黃○偉律師之倚賴權，而不足以維護訴訟上之程序正義，自有礙上訴人充分行使其防禦權，其所踐行之訴訟程序，自有違誤。

羈押審查、被告人及被害人之閱卷權

甲涉嫌與不知名之 N 共同強盜乙，取得財物後騎機車逃逸。案經乙報案且依法提出告訴，警員比對各證人證詞並調閱監視器後，循線查獲甲，移送檢察官，但仍不知 N 之身分及去向。

- 1、偵查中，甲委任丙律師擔任其辯護人，檢察官以串證之虞及所犯重罪為由，備妥相關卷證，向法院聲請羈押；但其中關於 Z 證人目擊在逃共同正犯 N 之部分，另行分卷（下稱 Z 分卷）請求法院限制或禁止辯方閱卷，審查時並到場說明。丙律師於法院羈押審查前，請求檢閱檢察官呈給法院之全部卷證，但法院逕行駁回其檢閱 Z 分卷部分之請求，隨後，法院將全部卷證（含 Z 分卷部分）採為基礎，裁定羈押。試問以上踐行程序是否合法及有無救濟途徑？
- 2、案經起訴後，審判中甲仍在押且繼續委任丙為辯護人。但甲自行向法院遞狀並預納費用後，除請求付與筆錄影本外，進而請求付與卷宗及證物之影本。試問其請求有無理由？若法院以足以妨害另案之偵查為由而駁回其請求，有無救濟途徑？
- 3、設若審判中，告訴人乙委任丁律師為告訴代理人，丁向法院請求檢閱卷宗及證物。試問丁之請求有無理由？
- 4、設若審判中，乙向法院聲請並獲准以被害人身分參與訴訟，並選任戊（非律師，選任經審判長許可）為訴訟參與代理人。戊向法院請求檢閱卷宗及證物。試問戊之請求有無理由？
- 5、設若本案有罪判決確定後，甲本人（未委任律師）欲聲請再審（§ 427），為撰寫再審之理由（§ 429），故請求原審法院付與其本人卷宗及證物之影本，試問應否准許？若原審以涉及第三人之隱私為由，予以裁定駁回，試問有無救濟途徑？

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 33, 33-1, 93, 101, 271-1, 429-1, 455-41, -42

【關鍵詞】105 釋 737、107 釋 762、閱卷權、卷證資訊獲知（悉）權、羈押閱卷、被告本人閱卷、告訴代理人、被害人參與訴訟、訴訟參與代理人、聲請再審閱卷

案例所示涉及不同訴訟階段，各訴訟參與者之間卷權問題。我國法關於閱卷權最傳統的規範及最典型的領域，乃審判中辯護人之閱卷權（§ 33 I），此亦為基礎規範。但以上 Q1-Q5 則分別涉及偵查中羈押閱卷、被告本人閱卷、被害人方面之告訴代理人及訴訟參與代理人閱卷、聲請再審閱卷之問題，原先皆未明文規範，其後因學說主張、司法院解釋等推力而逐步立法擴張閱卷時點與主體範圍，新舊法有別。具體而言，本案包含以下爭點：

一、閱卷權之權利性質與基礎規範。何謂閱卷權？其權利性質為何？刑訴法第 33 條乃基礎規範，其他規定多準用之，故先說明（Q0）。

二、偵查中之羈押閱卷權（§ 33-1）。此即 105 釋 737 及後續修法之問題，爭點在於限制或禁止閱卷部分（Z 分卷）之合法性（Q1）。

三、被告本人之閱卷權（§ 33 II, III）。此即 107 釋 762 及後續修法之問題，除辯護人外，審判中被告本人有無閱卷權？是否因被告有無辯護人而有不同（Q2）？

四、被害人方面之閱卷權。此涉及刑訴法前後兩次增修之告訴代理人（§ 271-1 II）及被害人訴訟參與（含代理人：§§ 455-41, -42）制度之閱卷規定（Q3、Q4）。

五、聲請再審之閱卷權（§ 429-1 III）。聲請再審之情形，若未委任代理人，受判決人得否請求閱卷（Q5）？

貳、〔解析〕

一、閱卷權/卷證資訊獲知權之概述

辯護人（行使主體）於審判中（行使時點）得檢閱卷宗及證物，並得抄錄、重製或攝影（行使方式）（§ 33 I），此項權利通稱為閱卷權（Akteneinsichtsrecht），亦稱為卷證資訊獲知權¹，屬於刑事程序辯方最為重要的辯護權利，法理基礎導源於聽審原則之下被告的請求資訊權（Recht auf Information），據此，被告得請求獲悉本案相關資訊，而閱卷制度，正是保障審判階段被告獲悉充分資訊、據以調整辯護方向並達成有效辯護、公平審判的重要機制²。以上基礎規定之延伸問題：

1、權利主體：既然是導源於聽審原則、公平審判，閱卷權之權利主體應該是被告才對，但我國幾十年來，舊條文文字卻將之明定為辯護人（舊§ 33），立法道理或可理解為「權利主體是被告，但行使權限則在其辯護人」；2007 年修法時，始增設被告本人的「半套閱卷」規定（舊§ 33 II），備受學說批評，及至 107 釋 762 採納學說見解後，被告本人始取得相對完整之閱卷權（下文三；Q2）。但辯方以外之其他訴訟參與者，其閱卷權理論基礎有別，如被害人之告訴代理人或參與訴訟代理人，立法動向在於承認被害人是程序主體，因而賦予其包含閱卷在內的對等權利配備；此乃立法政策決定，且依立法之區分，代理人有無閱卷權亦與其是否為律師有關（下文四；Q3、Q4）。

2、行使期間。閱卷權的行使時點，我國舊法原將其限定於「審判中」（舊§ 33）。此立法考量認為，案件一經起訴之後，為求國家與

¹ 閱卷權與卷證資訊獲知權，兩者概念上不易區分。有些引用脈絡為了區分能否「直接檢閱卷宗、證物」，而將能夠直接檢閱者稱為閱卷權，另將僅能獲悉（部分）資訊者（如僅能請求筆錄影本或間接告知資訊等）稱為卷證資訊獲知權。但此種區分並無理論上之依據，且無論何者，本來皆可能有行使方式或範圍之限制，故難以作為區分標準。如果一定要區分兩者，僅能說，直接檢閱是獲知卷證資訊的其中一種方式而已。下文仍使用閱卷（權）之用語。

² 相關基礎概念說明及文獻指引，參林鈺雄，刑訴 I-Ch06:4。

被告實質上的平等地位，有必要賦予被告方面調節其資訊地位的機會，這點直接影響閱卷權之行使範圍：原則上及於所有的卷證，不得限制。反之，「偵查中」依舊法實務，一律無閱卷權（「審判中」之反面解釋）；及至 105 釋 737 採納學說見解後，始率先於羈押審查程序，承認偵查中之閱卷權（下文二；Q1）。至於判決確定後，已是完全不同的程序階段及考量，若為「聲請再審」目的是否准予閱卷？此亦涉及立法政策判斷，舊法未予規範，新法則明文承認（下文五；Q5）。

3、行使方式、範圍及限制。准予閱卷，不等於沒有任何限制。我國現行新法依照不同權利主體、程序階段而設有不同的行使方式及範圍之限制。如基礎規定第 33 條所示，第 1 項辯護人及第 2、3 項被告本人之限制條件有別；另羈押閱卷（§ 33-1）及被害人方面閱卷（§§ 271-1 II, 455-42）亦有特別之限制規定，應予注意。以下分述之。

二、偵查中羈押審查之閱卷權（Q1）

我國法於偵查階段，本來辯方完全無閱卷權可言，依舊法即使是偵查階段的羈押審查程序，亦然。這固然是基於追訴犯罪有效性之考量而承認偵查階段檢警的資訊優勢（Informationsvorsprung）所致，但是，立法卻未同時顧及偵查階段取得相關案件資訊一事，對被告防禦權有重大影響，這也是有效辯護及公平審判的內涵。以偵查階段的羈押審查程序為例，只要是檢察官所提出而作為法官判斷羈押與否的卷證，即屬應優先開放辯方閱卷的典型情形，否則，難期辯方在此程序能夠充分防禦及有效辯護。上開學說主張，同歐洲人權法院見解³，經多年呼籲後於 105 釋 737（參附錄）終被採納，大法官針對「犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中羈押審查程序，得否獲知卷證資訊及其範圍與方式」問題，宣告舊法規定違憲。

隨後，我國修正刑訴法相關規定（修正§§ 93, 101；增訂§§ 31-1, 33-1）⁴。以下僅就與案例 Q1 直接相關的新法規定說明：

³ See ECHR, *Lietzow v. Germany*, RJD 2001-I; *Schöps v. Germany*, RJD 2001-I; *Garcia Alva v. Germany*, Judgment of 13/02/2001。

⁴ 修法重點參林鈺雄，刑訴 I-Ch06:4.2.3；評釋參林鈺雄，〈偵查階段之羈押

1、原則：羈押審查程序有閱卷權。辯護人於偵查中之羈押審查程序，除法律另有規定外，得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影（§ 33-1 I）⁵。Q1 甲已委任丙律師擔任其辯護人，據此規定，丙有閱卷權。

2、例外：限制與禁止之程序。偵查中檢察官聲請羈押，若「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞之卷證，應另行分卷敘明理由，請求法院以適當之方式限制或禁止被告及其辯護人獲知。」（§ 93 II 但）⁶；上開限制或禁止情形，一來，法官踐行羈押訊問被告時，「檢察官應到場敘明理由，並指明限制或禁止之範圍」（§ 101 II 但）；二來，「經法院禁止被告及其辯護人獲知之卷證，不得作為羈押審查之依據」（§ 101 III 但），亦即新法將卷證資料區分為應「限制」與「禁止」兩種情形，依立法理由說明：「應限制之部分，若能經以適當之方式，使被告及其辯護人獲知證據資訊之梗概者，則被告及其辯護人防禦權之行使，並未受到完全之剝奪，法院以之作為判斷羈押之依據，自與憲法第二十三條之比例原則無違；惟被告及其辯護人未能獲知之禁止部分，其防

閱卷——從德國法的比較基礎談起》，《檢察新論》，20期，2016.07，頁14-25；連孟琦，〈我國羈押閱卷制度之未來——德國法之啟示〉，刊：同出處，頁3-13。

⁵ 參§ 33-1 立法理由：「二、偵查中之羈押審查程序，係由檢察官提出載明羈押理由之聲請書及有關證據，向法院聲請核准及其救濟之程序。此種聲請之理由及有關證據，係法官是否核准羈押，以剝奪被告人身自由之依據，基於憲法正當法律程序原則，除第九十三條第二項但書規定，得予限制或禁止部分之卷證，以及其他法律另有特別規定之外，自應許被告之辯護人得檢閱檢察官聲請羈押時送交法院之卷宗及證物並得抄錄或攝影，俾能有效行使防禦權，爰參酌司法院釋字第七三七號解釋意旨，增訂第一項。…」

⁶ 參§ 93 立法理由：「…卷證資料如有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，而欲限制或禁止被告及其辯護人獲知者，檢察官為偵查程序之主導者，熟知案情與偵查動態，檢察官自應將該部分卷證另行分卷後敘明理由，並將限制或禁止部分遮掩、封緘後，由法官提供被告及辯護人檢閱、提示或其他適當方式為之，以兼顧偵查目的之維護以及被告及其辯護人防禦權之行使，爰參酌司法院釋字第七三七號解釋意旨，修正第二項及增訂但書規定。至於法院採何種方式，使被告及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之證據及理由為適當，自應審酌具體個案之情節後決定，附此敘明。」

禦權之行使既受到完全之剝奪，則該部分自不得作為羈押審查之依據，附此敘明。」

以上立法雖區分限制與禁止而異其程序與效果，然如案例 Q1 之 Z 分卷所示，應定性為限制或禁止，個案往往難以明確區分。但於 Q1 情形，縱使僅屬「限制」而非禁止，雖檢察官已於羈押審查時到場說明，然依題示法院並未踐行「以適當之方式，使被告及其辯護人獲知證據資訊之梗概」的必要程序，難以有效保障防禦權之行使，故法院逕將 Z 分卷部分亦採為羈押裁定之心證基礎，已屬違法。辯護人丙得以此為由，對羈押裁定提起抗告救濟之（按：針對上開限制或禁止，刑訴法並無單獨抗告救濟之特別規定）。

三、被告本人之閱卷權（Q2）

被告得否自行行使閱卷權？若肯定，有辯護人之被告與無辯護人之被告，應否區別⁷？辯護人與被告本人之閱卷限制，有無區別？

首先，閱卷權來自於被告本身的聽審權及受公平審判權，其權利主體應是被告（上文一），但我國舊法將行使權限限定在其辯護人（舊§ 33）。此等限制的論據，來自於被告防禦權利與證據保全必要之間的立法權衡。亦即，因為卷宗與證物是認定本案犯罪事實的重要基礎，被告對於本案的利害關係過大，直接行使閱卷權恐難保不會竄改或湮滅卷證。相較之下，辯護律師與本案的利害較為有限，竄改或湮滅卷證的危險與機率較低。然而，上開限制本來係「百年前」的產物，透過影印及各種現代的複製技術，即可一來保障被告本人的閱卷權，二來也毋庸擔心卷證滅失的風險。歷經學說不斷批評後，2007 年我國雖

⁷ See ECHR, *Kamasinski v. Austria*, 1989, Series A no. 168; *Foucher v. France*, Reports 1997-II。關此，歐洲人權法院立場，一來明白承認被告本人有閱卷權，二來區別被告有無辯護人，若有，內國法將閱卷權限定由其辯護人行使者，原則上並不違反公約之有效辯護及公平審判要求（按：個案審查）。參林鈺雄，〈刑訴 I-Ch06:4.2.2 及〈刑事被告本人之閱卷權—歐洲法與我國法發展之比較與評析〉〉，《刑事程序與國際人權（二）》，2012.03，頁 175-230；楊雲驊，〈閱卷權的突破—以歐洲人權法院近年來數個判決為例〉，《臺灣本土法學》，70 期，2005.05，頁 120-137。

修法容許無辯護人之被告有限度之閱卷權，但保障範圍僅有半套，相去甚遠（舊§ 33 II；僅限於請求交付筆錄影本，且無救濟途徑）；及至 107 釋 762⁸，始採納學說主張而宣告舊法違憲。

上開司法院解釋後，2019 年 5 月刑訴法再度修正被告本人閱卷權規定，不區分被告有無辯護人，僅區分為「付與影本」（§ 33 II）v. 「親自檢閱」（§ 33 III）兩類行使方式，規定如下⁹：

1、請求付與卷宗及證物之影本：「被告於審判中得預納費用請求付與卷宗及證物之影本。但卷宗及證物之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。」（§ 33 II）。亦即閱卷內容從舊法卷內筆錄擴張至卷宗及證物（但不含法庭錄音、錄影，參立法理由）。

2、親自檢閱卷宗及證物：「被告於審判中經法院許可者，得在確保卷宗及證物安全之前提下檢閱之。但有前項但書情形，或非屬其有效行使防禦權之必要者，法院得限制之。」（§ 33 III）。應予注意，本項但書所稱非屬其有效行使防禦權之必要者，立法理由謂：「例如被告無正當理由未先依第二項請求付與卷宗及證物之影本，即逕請求檢閱卷證，或依被告所取得之影本已得完整獲知卷證資訊，而無直接檢閱卷證之實益等情形」。據此，上述 1、2 兩種行使方式有先後關係，僅行使 1 仍不足以保障者，始能進而行使 2 之權利。

3、抗告救濟之規定：「對於前二項之但書所為限制，得提起抗告。」（§ 33 IV）。亦即賦予被告得提起抗告之權利，以保障其防禦權。

案例 Q2 所示，審判中甲已委任丙為辯護人，屬於有辯護人之被告，但依 107 釋 762 及我國新法立場，被告無論有無辯護人，其本人皆有閱卷權。其行使閱卷範圍，不以舊法「請求付與筆錄影本」為限，亦包含「請求付與卷宗及證物之影本」（§ 33 II），故甲之請求原則上有理由。若有但書例外情形（§ 33 II 但），如法院認為足以妨害另案之

⁸ 參附錄；另請比較上開歐洲人權法院見解，區分有無辯護人！

⁹ 偵查中羈押程序被告本人之卷證資訊獲悉權，已於 2017 年隨同羈押閱卷修法而受保障（§ 33-1 III）。此與本題案例無關，以下不贅。

偵查為由而駁回，依法亦得提起抗告救濟之（§ 33 IV）。

四、被害人、告訴代理人、參與代理人之閱卷權（Q3、Q4）

（一）被害人之三軌制：新法概述

傳統上，閱卷權被劃歸為辯方權利，故爭議在於辯方除辯護人外，被告本人是否亦為閱卷權行使主體，以及偵查階段（如羈押審查）有無閱卷權。至於被害人方面有無閱卷權（或某種程度的卷證資訊知悉權）？則取決於被害人程序地位之立法設計。

關此，被害人除以證人地位應訊，即應依證人規定（證人原則）¹⁰者外，依 2019 年 12 月增修引進被害人訴訟參與新制後，我國可謂採行「被害人三軌制」，三軌彼此交疊，適用關係頗為複雜：

1、作為（單純）被害人地位者（如 §§ 248-1, -2, -3, 271-2, -3, -4）；

2、作為告訴人地位者（如 §§ 256, 258-1），含告訴代理人之程序權利規定（§§ 236-1, 271-1）；

3、作為訴訟參與人地位者（新增第 7-3 編），含訴訟參與代理人之程序權利規定（§§ 455-41, -42）¹¹。

上述 1 情形，被害人無閱卷權；但 2、3 情形，其代理人則有（部分）準用或比照第 33 條閱卷權之規定，故應區分情形而定。

（二）告訴代理人之閱卷權（Q3）

犯罪之被害人，得為告訴（§ 232）。然告訴能否委任代理人為之¹²？我國舊法原無明文規定。2003 年修法明定：「告訴，得委任代理人行之。但檢察官或司法警察官認為必要時，得命本人到場。」（§ 236-1 I）；上開委任「應提出委任書狀於檢察官或司法警察官」，並準用 3 人人數限制及文書分別送達規定（§§ 236-1 II, 28, 32），但偵查中之告訴代理人不以具備律師資格者為限，同時亦皆無閱卷權（即 §§ 29, 33 皆不在

¹⁰ 參本書之〈嚴格證明與被害人、告訴人之證人原則（例 12）〉。

¹¹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:3.5。

¹² 參林鈺雄，刑訴 II-Ch15:4.2。

準用之列)。

此外，審判中告訴人亦得「委任代理人到場陳述意見。但法院認為必要時，得命本人到場」 (§ 271-I 1)，其委任程序應提出委任書狀於法院，並準用 3 人人數限制及文書分別送達規定 (§§ 271-I II, 28, 32)。審判中之告訴代理人，雖然同樣不以具備律師資格者為限 (即 § 29 不在準用之列)，但僅具律師身分之告訴代理人有閱卷權 (§ 33 I 部分準用；§ 271-I II 但：「但代理人為非律師者於審判中，對於卷宗及證物不得檢閱、抄錄或攝影。」)。

據此，案例 Q3 所示，審判中，被害人/告訴人乙委任丁律師為告訴代理人，丁律師向法院請求檢閱卷宗及證物，依上開明文準用規定 (§§ 271-I II 前, 33 I)，於法有據，其請求有理由。

(三) 訴訟參與代理人之閱卷權 (Q4)

本法引進「被害人訴訟參與」制度後，法院於審判中應如何踐行與被害人有關之程序，須區分其是否參與訴訟而定。若檢察官起訴後，被害人聲請並經准許參與訴訟者，審判中即應注意增修規定，其權利規定及程序踐行，應依新增第 7-3 編 (詳參法條 §§ 455-38—47) 規定¹³。以下僅就與案例 Q4 所示有關之問題說明：

1、聲請參與訴訟之資格及案件類型，限於特定重大案件之犯罪被害人。案例 Q4 所示，乙乃甲涉犯強盜 (既遂) 罪 (刑 § 328 I) 之犯罪直接被害人，屬明文列舉得參與訴訟之案件類型 (§ 455-38 I ②)，且已依法獲准參與訴訟。

2、訴訟參與人得選任代理人。訴訟參與人得隨時選任代理人並準用辯護人規定 (§§ 455-41 I, II, 28~30, 32)；選任資格不以律師為限，但若選任非律師為代理人者，應得審判長之許可 (§§ 455-41 II, 29)。案例 Q4 所示，乙經審判長許可得選任非律師之戊為代理人。

3、訴訟參與人及其代理人之閱卷權。為使訴訟參與人得以知悉訴訟進行程度及卷證資料內容，新法明定訴訟參與人及其代理人之閱

¹³ 被害人訴訟參與新制之立法概要，參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:3.5。

卷權，但區分代理人是否為律師而異其閱卷方式與範圍：

1) 代理人為律師者，於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影（§ 455-42 I 前；比照§ 33 I）；

2) 代理人為非律師者，於審判中對於卷宗及證物不得檢閱、抄錄、重製或攝影（§ 455-42 I 但；比照§ 271-I II 但）。「無代理人或代理人為非律師之訴訟參與人於審判中得預納費用請求付與卷宗及證物之影本。但卷宗及證物之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。」（§ 455-42 II；比照§ 33 II）；依上開但書而限制者，得提起抗告救濟之（§ 455-42 III；比照§ 33 IV）。

案例 Q4 所示，非律師之代理人戊屬上述 2) 情形，依新法明文規定，戊於審判中對於卷宗及證物不得檢閱、抄錄、重製或攝影（§ 455-42 I 但），故戊之請求無理由，法院應予駁回。但已取得參與地位之被害人乙，仍得預納費用請求付與卷宗及證物之影本（§ 455-42 II），並行使訴訟參與人之其他權利¹⁴。

五、聲請再審之閱卷權（Q5）

「聲請再審，應以再審書狀敘述理由，附具原判決之繕本及證據，提出於管轄法院為之。」（§ 429 前）。如案例 Q5 所示，聲請再審權人往往要先獲悉卷內資訊，始能合乎上開再審理由書之要式。但關於聲請再審權人有無閱卷權之問題，舊法原無明文規定，成為爭議；學說及部分實務突破傳統文義解釋窠臼，主張類推適用被告本人閱卷規定（§ 33 II），以保障其獲悉卷內資訊之權利（100 台抗 690、101 台抗 277、105 台抗 1012）。

2019 年 12 月刑訴法修正後，為降低再審門檻並彌補舊法閱卷漏

¹⁴ 我國被害人訴訟參與新制，主要新增的權利項目是「準備程序期日」受通知、到場權（§ 455-43；審判期日原即有§ 271 II）及對個別證據表示意見與辯論證明力（§ 455-46）。修法雖號稱仿效德國法，但有名無實，被害人仍無獨立程序主體地位可言，包含詢（詰）問被告權、聲請調查證據權、上訴權等關鍵權利，全部都不在其權利清單。立法批評參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:3.5。

洞，採納上開見解，明文規定：聲請再審，得委任律師為代理人（§ 429-I I, II）；且於聲請再審之情形，準用第 33 條之閱卷權規定（§ 429-I III）。據此，受（有罪）判決人聲請再審者（§ 427），其委任律師準用辯護人之閱卷規定（§§ 429-I III, 33 I, V）；受判決人本人亦準用審判中被告之閱卷及救濟規定（§§ 429-I III, 33 II~V）。

案例 Q5 所示，受（有罪）判決人甲本人未委任律師，聲請再審為符合再審理由書要式（§ 429），而請求法院付與其本人卷宗及證物之影本。依上開修正後新法明文準用規定（§§ 429-I III, 33 II），於法有據，原則上應予准許。若原審以涉及第三人之隱私為由而例外裁定駁回者（§§ 429-I III, 33 II 但），同樣依照準用規定，甲得提起抗告救濟之（§§ 429-I III, 33 IV）¹⁵。

參、〔結論〕

案例 Q1-Q5 所示之閱卷問題，總結如下：

Q1、羈押閱卷。被告甲於偵查中已委任丙律師擔任其辯護人，依 105 釋 737 及修正後之新法，辯護人於偵查中之羈押審查程序，得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影（§ 33-I 1），故丙原則上有閱卷權。但

¹⁵ 但若為不得上訴第三審之案件，對第二審限制閱卷之抗告救濟，仍應注意 § 405 抗告限制規定之適用問題；因案例 Q5 不涉及此一進階問題，在此不贅。說明參林鈺雄，刑訴 II-Ch24:2.2：「2、不得上訴於第三審法院之案件之第二審法院裁定。…（§ 405）…本條適用看似簡單，實則錯綜複雜；立法思慮不周，雪上加霜。主要問題之一是：本條與其他『得抗告』規定（如§§ 33 IV, 434 II），究竟何者優先適用？後者是否受本條之拘束？如【案例 23-1.5】係就第二審審理中，本人聲請閱卷准駁而發，其駁回有得抗告救濟規定（§ 33 IV），此等抗告應否受第 405 條之限制？最高法院認為閱卷乃附隨程序權，故仍應受限制，因此第二審法院所為准駁閱卷之裁定，得為抗告，應視該卷證所屬案件是否係得上訴於第三審法院之案件，以為審斷（109 台抗 84）。問題在於：第 376 條第 1 項但書例外是從審判結果來論斷可否上訴第三審；但若是第二審審理中之閱卷准駁裁定在先、判決結果在後之情形，則已先對閱卷裁定抗告者，抗告法院究竟如何依尚未知之第二審審判結果，決定其抗告是否合法呢？」

若「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」的例外情形，仍得限制或禁止，由檢察官另行分卷敘明理由，請求法院以適當之方式限制或禁止被告及其辯護人獲知（§ 93 II 但）。上開限制或禁止情形，檢察官應到場敘明、指明（§ 101 II 但），且經法院禁止被告及其辯護人獲知之卷證，不得作為羈押審查之依據（§ 101 III 但）；亦即例外情形，新法將卷證資料區分為應「限制」與「禁止」兩類而異其程序與效果。雖定性為限制或禁止於個案難以區分，但案例 Q1 情形，由於縱使僅屬「限制」，依題示法院並未踐行「以適當之方式，使被告及其辯護人獲知證據資訊之梗概」的必要程序，故法院逕將 Z 分卷部分亦採為羈押裁定之心證基礎，程序違法，辯護人丙得對違法羈押裁定提起抗告救濟之。

Q2、被告本人之閱卷。審判中甲雖委任丙為辯護人，屬於有辯護人之被告，但依 107 釋 762 及我國新法立場，被告無論有無辯護人，甲本人皆有閱卷權。其行使閱卷範圍，不以舊法「請求付與筆錄影本」為限，亦包含「請求付與卷宗及證物之影本」（§ 33 II），故其請求原則上有理由。若有但書例外情形（§ 33 II 但），如法院認為足以妨害另案之偵查為由而駁回，依法亦得提起抗告救濟之（§ 33 IV）。

Q3 及 Q4、被害人方面之閱卷。依刑訴法前後兩次增修之告訴代理人（§ 271-I II）及被害人訴訟參與制度（含代理人：§§ 455-41, -42）之閱卷及準用規定。首先，審判中告訴人得委任代理人（§ 271-I I），審判中之告訴代理人，雖不以具備律師資格者為限，但僅具律師身分之告訴代理人有閱卷權（§ 33 I 部分準用：§ 271-I II）。Q3 所示，審判中告訴人乙委任丁律師為告訴代理人，丁律師向法院請求檢閱卷宗及證物，依上開明文準用規定，於法有據。

Q4 所示，乙乃甲涉犯強盜（既遂）罪（刑§ 328 I）之犯罪直接被害人，屬明文列舉得參與訴訟之案件類型（§ 455-38 I ②），且已依法獲准參與訴訟。乙經審判長許可雖得選任非律師之戊為其訴訟參與代理人（§§ 455-41 II, 29 但），但依新法明文規定，非律師作為代理人者，於審判中對於卷宗及證物不得檢閱、抄錄、重製或攝影（§ 455-42 I 但），故戊之請求無理由，法院應予駁回。不過，已取得訴訟參與地位

之被害人乙，於審判中仍得預納費用請求付與卷宗及證物之影本（§ 455-42 II）。

Q5、聲請再審閱卷。受（有罪）判決人甲本人未委任律師，因聲請再審而請求法院付與其本人卷宗及證物之影本。依修正後新法明文準用規定（§§ 429-1 III, 33 II 前），於法有據，原則上應予准許。若原審以涉及第三人之隱私為由而例外裁定駁回者（§§ 429-1 III, 33 II 但），其救濟同樣依照準用規定，甲得提起抗告（§§ 429-1 III, 33 IV）。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 105 釋 737（偵查中羈押閱卷/卷證資訊獲知權）

本於憲法第 8 條及第 16 條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。刑事訴訟法（舊）第 33 條第 1 項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」同法第 101 條第 3 項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。…

※ 107 釋 762（審判中被告本人之閱卷/卷證資訊獲知權）

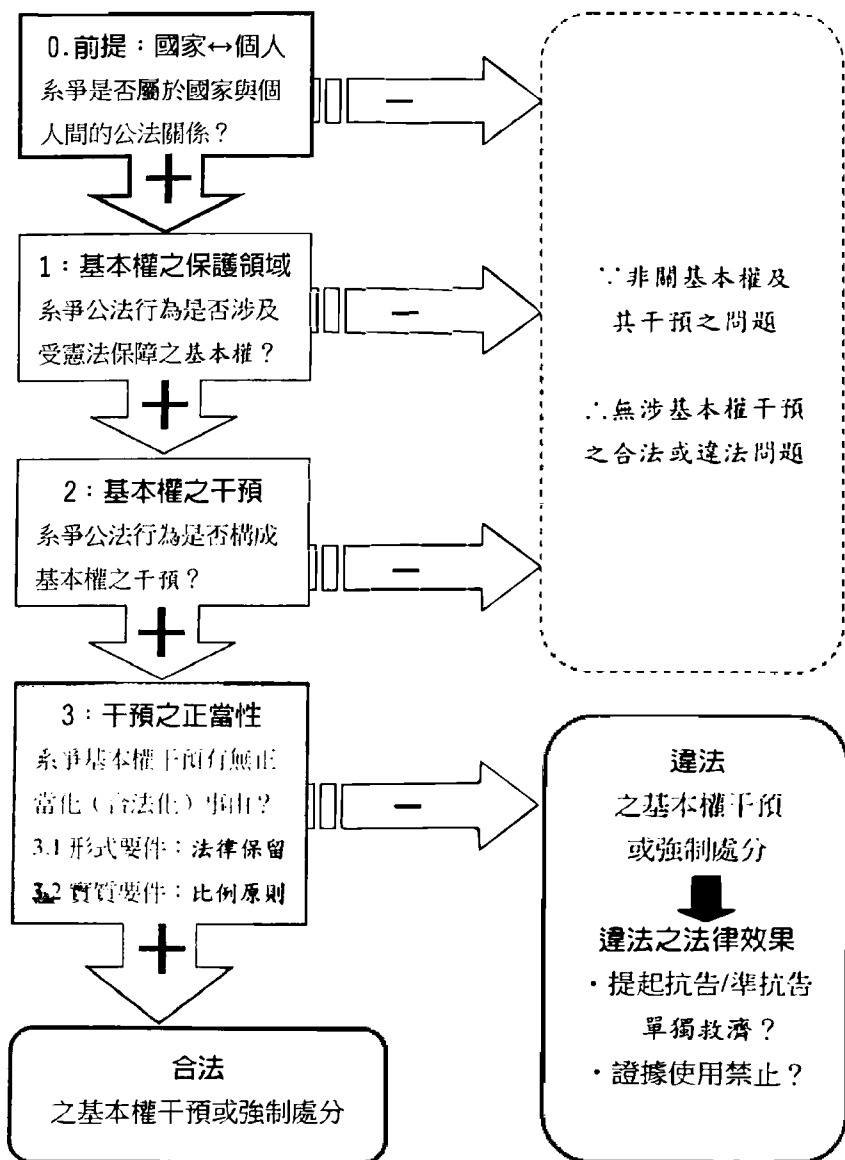
刑事訴訟法第 33 條第 2 項前段規定：「無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本」（按：舊法），未賦予有辯護人之被告直接獲知卷證資訊之權利，且未賦予被告得請求付與卷內筆錄以外之卷宗及證物影本之權利，妨害被告防禦權之有效行使，於此範圍內，與憲法第 16 條保障訴訟權之正當法律程序原則意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起 1 年內，依本解釋意旨妥為修正。逾期未完成修正者，法院應依審判中被告之請求，於其預納費用後，付與全部卷宗及證物之影本。…（按：請比較上開歐洲人權法院見解，區分有無辯護人！）。

刑事訴訟上之基本權干預體系：GPS 案

有多年緝毒經驗之警員甲，接獲可靠線報指出有多次販毒前科的乙正從事走私、販毒，為釐清案情，甲找從事微信業務的 A 公司負責人丙合作，由丙以他人名義先申設預付卡某門號 SIM 卡 1 張，裝置於 GPS 衛星定位追蹤器（Global Positioning System；下稱 GPS 追蹤器）內。丙經由甲提供之資訊，得知乙使用之營業用小貨車車號並找到其停放在路邊的地點後，丙趁半夜無人時擅自將該 GPS 追蹤器裝設於乙車下方底盤，再撥打上開行動電話號碼設定定時回傳定位功能，傳送上開貨車所在位置之經緯度、地址及停留時間等數據至 A 公司設置之 GPS 衛星定位器查詢平台，再於行動電話裝設並登入該公司所設置 APP 軟體之方式，竊錄上開貨車之所在位置經緯度及地址、停留時間與行蹤等資訊。經由這些資訊，甲順利跟監乙行蹤，一個月後便破獲乙的毒品交易，當場查扣其供販賣用的海洛因等證物。

- 1、案經移送檢察官偵查，偵查期間，乙委任之辯護人一再爭執警方違法取證，並提起準抗告救濟，但經法院以抗告對象不適格（警員之處分非準抗告對象）及提起準抗告時裝設的 GPS 追蹤器早已拆卸，無救濟實益為由而裁定駁回，試問法院裁定是否合法？若裝置 GPS 處分係由檢察官授命警員為之，情形有無不同？
- 2、隨後檢察官起訴乙犯販賣一級毒品罪名。審判中，乙之辯護人抗辯，警方違反法律保留而違法取得之證據，不得採為有罪裁判基礎。但到庭檢察官主張此乃微信社之私人行為，且縱屬警員調查行為，此等輕微干預仍在司法警察一般調查權限範圍之內，亦合乎比例原則，不生違法強制處分問題。試問上開抗辯、主張，各有無理由？

※ 圖表 1：基本權干預審查表



壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 158-4, 228, 230 II, 231 II, 404, 416

【關鍵詞】刑事訴訟上之基本權干預、基本權保障領域、資訊自我決定權、干預之正當性、法律保留原則、比例原則、門檻理論、證據使用禁止

案例所示設置 GPS 追蹤器問題，爭點在於刑事訴訟上基本權干預之要件與違法效果，以下區分幾個部分說明之¹（參※圖表 1）：

一、國家對人民之基本權干預？這裡又包含三個下位檢驗要素。

（一）國家性：系爭關係屬於國家與個人間的公法關係？此乃本案相關討論之前提問題。私人丙的行為可否歸責於國家，是關鍵所在。

（二）基本權之「保障領域」：系爭公法行為是否涉及人民受憲法保障之基本權？亦即，乙被蒐集的 GPS 資訊，是否屬於其受憲法保障的資訊自我決定權或隱私領域？有無合理期待？

（三）基本權之「干預」：系爭公法行為已否構成基本權之「干預」？可否認為 GPS 的資訊及其蒐集方式，對基本權的影響輕微，而不構成基本權之干預？關此，應注意門檻理論²之適用問題。

¹ 案例改編自 106 台上 3788（參附錄）。該案案由是實體法爭點，探討甲是否構成公務員利用職務機會而無故妨害他人秘密罪（刑§§ 315-1, 134），但判決理由兼及憲法之基本權干預及訴訟法之授權依據問題，本篇實例以憲法及程序法爭點為限。實體法爭點之裁判評釋，參蔡聖偉，〈再論私裝 GPS 跟監與「竊錄非公開活動」—評最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，76 期，2018.10，頁 27-40。

下述的基本權干預之審查體系，參林鈺雄，刑訴 I-Ch09 之※圖表 9-1, 9-2；具體運用參林鈺雄，〈從基本權體系論身體檢查處分〉，《干預處分與刑事證據》，2008.01，頁 3-56（＝《臺大法學論叢》，33:3 期，2004.05，頁 149-200）。另外，以高科技取得訊息之問題，參王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑訴 I，頁 209-216；針對 GPS 偵查，參黃清德，〈論科技定位追蹤監視偵查犯罪—以全球衛星定位法制為例〉，《月旦刑事法評論》，11 期，2018.12，頁 85-104。

² 參林鈺雄，〈干預保留與門檻理論—司法警察（官）一般調查權限之理論檢

二、干預之「正當化事由」？

亦即，系爭 GPS 之基本權干預，是否合乎憲法上之正當化事由？主要是指先後依序檢驗：

（一）法律保留原則。先進行系爭干預有無法律授權基礎的授權形式之審查，包含：1、法律有無針對 GPS 授權的規定；若否，審查 2、能否求諸於一般授權規定（§§ 230 II, 231 II），此與前述門檻理論有關，也是本案的關鍵所在；3、能否類推適用其他干預授權基礎。

（二）比例原則。此乃實質內容的審查，干預處分若通過法律保留審查，始有進行此一審查之必要。

三、違法干預之法律效果與救濟途徑？案例所示，問題分為：

（一）準抗告救濟（§ 416 I）：受干預之相對人，能否提起準抗告單獨救濟之？其理論基礎及法律依據何在？設置 GPS 之處分乃由警察或檢察官發動，及其已否終結，有無影響（Q1）？

（二）證據使用禁止：案件起訴後，法院得否將 GPS 資訊採為有罪裁判之基礎（Q2）？

貳、〔解析〕

一、國家對人民之基本權干預？

刑事訴訟上之基本權干預，應受憲法基本權要求之拘束。無論在立法層次或司法（廣義，兼指發動與執行）層次，任何干預人民基本權之強制處分（干預處分），依照憲法優位性（Vorrang der Verfassung）之原則，都必須通過憲法三個階段的基本權審查（1.基本權→2.基本權干預→3.干預的正當性：3.1 法律保留+3.2 比例原則），始為「合憲、合法」之基本權干預，但其前提必須涉及國家與個人的關係（參參圖表 1）。以上三個層次及其前提之審查，一來可以區別各種不同的基本權干預，二來可以判斷個案中系爭干預處分是否合憲、合法。確定干

預處分違法後，則應探討其法律效果與救濟途徑為何。

（一）國家性之前提審查：國家 v. 人民之關係？

首先，系爭關係必須屬於國家與個人間的公法關係，始有進入以下三階基本權體系審查之必要，而所稱國家，包括一切代表國家之行政、立法或司法機關在內。刑事訴訟上的干預處分，通常都會涉及國家與個人的關係。若國家機關本身（檢察官、司法警察（官）等）就是直接干預者，當然涉及國家與個人之關係，其國家性不成問題。縱使國家機關透過私人而實施干預的情形，如案例所示，受警員甲委託、指使而輔助犯罪調查工作之私人徵信業者丙，係處於警方的手足延伸之地位³，而委託或指使者也對其具有實質監控、支配的關係，私人丙所為的行為仍屬於「可歸責於國家」（dem Staat zuzurechnen）之行為；即使委託行為已逾越警察合法權限，亦無不同。反之，若私人在國家機關完全未參與情形下獨力完成蒐證，如私人在其配偶車輛私裝 GPS 追蹤器後，始將其證據交給國家追訴機關，則蒐證行為欠缺國家性。

（二）涉及基本權之「保護領域」？

其次，系爭公法行為是否涉及人民受憲法保障之基本權？也就是所涉及者是否在基本權的保障範圍（Schutzbereich des Grundrechts）之內？若肯定，則應繼續審查；若否定，既與基本權無涉，也不生國家機關違法干預人民基本權之問題。

案例所示之 GPS 資訊，可能涉及保障匿名及隱私的一般人格權（亦屬我國憲法第 22 條所稱之「其他自由及權利」）以及由此導出的資訊自我決定權（das Recht auf informationelle Selbstbestimmung），並與人性尊嚴之維護息息相關。參照我國歷來司法院解釋，如 94 釋 603 亦承認個人自主控制個人資料之資訊隱私權，保障人民決定是否揭露

³ 國家機關之手足延伸，參本書之〈犯罪挑唆之檢驗層次及法律效果（例 11）〉。另參林鈺雄，刑訴 I-Ch05：【案例 5-5：羈押牢友案】（ECHR, *Allan v. U.K.*, RJD 2002-IX）；104 台上 266 亦曾針對警察指使之線民表示：「在國家機關實質支配底下，該線民之行為同屬國家機關手足之延伸而具有國家性。」

其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權⁴。

100 釋 689 解釋理由書（參附錄）亦謂：「生活私密領域不受侵擾之自由及個人資料之自主權，屬憲法所保障之權利…現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，個人之私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能大為增加，個人之私人活動及隱私受保護之需要，亦隨之提升。是個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護。」

GPS 是個人行蹤位址之資訊軌跡，可以說是一種高科技的跟監、盯梢，結合 SIM 卡後隨時回報個人精確行蹤資訊，對個人人格發展及行動自由亦造成限制，涉及生活私密領域不受侵擾之自由及個人資料之自主權，屬憲法所保障之權利，且個人對此資訊亦有隱私或秘密之合理期待。案例通過「基本權保護領域」之審查⁵，故應繼續審查。

（三）構成基本權之「干預（或限制）」？

其次，國家裝置 GPS 追蹤器之行為，是否構成基本權之「干預」（Grundrechtseingriffe）⁶？若肯定，則應繼續審查其有無正當性事由：

⁴ 94 釋 603：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障（本院釋字第五八五號解釋參照）。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。惟憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。」

⁵ 106 台上 3788（參附錄）同此結論，但未明確區分基本權審查層次。

⁶ 本文將 Grundrechtseingriffe 譯為基本權「干預」，用意在於表明其尚未受到合法（憲）性評價之前的「中性」概念，與此用語相同或類似用法者，包括 Grundrechtsschranken（基本權之「限制」）或 Beeinträchtigungen（影響）等；

若否定，既然並未干預基本權，當然也不生國家「違法」侵害人民基本權之後續問題。由於 GPS 資訊屬受憲法（第 22 條）保障之基本權，安裝追蹤器的秘密蒐集行為，通常也會構成干預，不生問題。畢竟蒐集這些行蹤資訊，正是國家追訴機關有「意欲」的措施（目的性；Finalität）、所欲達到目的的直接（而非間接、附帶）結果（直接性；Unmittelbarkeit），具典型的干預特徵。雖屬秘密裝設，但如同通訊監察，儘管欠缺傳統型態強制處分（如逮捕、搜索）的強制性（Imperativität），仍無礙其干預處分之認定。

不過，干預基本權與否的判斷，有時也會產生「因量變而質變」的問題，也就是因為干預權利的程度微量而否定其干預性質。如果干預措施僅涉及匿名或隱私的一般人格權，而且干預程度被評價為極其微量或無關緊要的情形，例如警方對嫌疑犯的短期盯梢，便有質疑其干預性質的空間⁷。但案例所示，警方裝設 GPS 追蹤器（含 SIM 卡）並蒐集長達 1 個月期間，已非微量干預，其干預性無疑⁸。

二、干預處分有無正當化（合法化）事由？

再者，系爭 GPS 之基本權干預，是否合乎憲法上之正當化事由⁹？

上開概念，應與受違（憲）法性判斷後之基本權之「（違法）侵害」（Verletzung）區別。相關中譯之辨明，另請參閱李建良，〈基本權理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，1999.07，頁 55-101（頁 83 註 81）。

⁷ Vgl. Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, 1992, S. 29 ff.

⁸ 參 106 台上 3788（參附錄）之詳細說明：「GPS 追蹤器，偵查機關可以連續多日、全天候持續而精確地掌握該車輛及其使用人之位置、移動方向、速度及停留時間等活動行蹤，且追蹤範圍不受時空限制，亦不侷限於公共道路上，即使車輛進入私人場域，仍能取得車輛及其使用人之位置資訊，且經由所蒐集長期而大量之位置資訊進行分析比對，自可窺知車輛使用人之日常作息及行為模式，難謂非屬於車輛使用者隱私權之重大侵害。」

⁹ 所稱憲法上正當化事由，是指 verfassungsrechtliche Rechtfertigung，或譯為合憲性事由或阻卻違憲事由。欠缺憲法上正當化事由之基本權干預，會導致違憲、違法之效果，以下僅以違法（rechtswidrig）概念代稱此種不具有 verfassungsrechtliche Rechtfertigung 的干預。

若肯定，則該基本權干預合憲、合法；若否定，則該基本權干預違憲、違法。所稱正當化事由，主要是指法律保留原則與比例原則，前者是授權形式的審查，後者乃實質內容的審查。

（一）法律保留原則：形式上有無法律授權依據？

依照法律保留原則，國家欲實施強制處分並進而干預人民的基本權利時，必須有法律之授權依據，並且應該謹守法律設定之要件限制，亦稱為干預保留（Eingriffsvorbehalt），否則即屬違法侵害人民基本權利之行為（Grundrechtsverletzung）。在法律保留層次，GPS 案有幾個待檢討問題。

1、針對 GPS 之特別授權基礎？

裝置 GPS 追蹤器之處分具干預性，但因干預的基本權有別，干預目的與性質亦異於搜索（主要針對人身及處所而發，且非秘密為之）、通訊監察（針對秘密通訊自由而發¹⁰）等處分，應屬獨立型態之干預處分。因此，應先檢驗刑法或其他特別法有無專門針對追蹤 GPS 處分而制訂的特別授權規定，或能否被法律授權的其他干預處分所包含。關此，答案明確否定，我國立法目前並無特別授權，而現有針對干預處分的其他授權規定（含搜索、通訊監察等），不但皆相去太遠，硬套也不可能符合法律明確性原則之要求，故皆無法包含追蹤 GPS 之干預處分。

2、求諸一般授權基礎？—門檻理論

於法律保留層次之審查，既然欠缺特別授權，就要退而求其次，考慮有無援引一般授權基礎規定，尤其是警察一般調查權限的授權基

¹⁰ 跟監 v. 通訊監察，參 103 台上 491：「上開跟監照片及光碟影像紀錄，係法務部調查局人員利用科技設備所得，並非司法警察機關對被告或一般人民發送、傳達、收受影像等通訊時實施監察所得，尚無通訊保障及監察法之適用。此外亦查無違背法定程序取得之情形，並經原審於審判時依法踐行證據之調查程序，揆諸前開說明，自有證據能力。」

礎規定（如§§ 230 II, III, 231 II, III）。

闕此，一方面由於現代基本權保護領域與干預概念的擴張，二方面肇因於現代科技的進步（尤其是跟監、盯梢、追蹤、網路偵查、比對各種資訊的監控科技），致使越來越多被評價為影響基本權的刑事偵查手段，難以被法律的授權密度所完全涵蓋。若欲要求鉅細靡遺、滴水不漏的授權基礎，恐有窒礙難行之處，更何況犯罪手法也早就高科技化。闕此，可以比照公法上就法律保留原則及其明確性要求發展的「層級化之保留」（abgestufte Vorbehalte）¹¹，將其運用到刑事訴訟之干預處分。其中，門檻理論（Schwellentheorie）主張，超過一定質量的基本權干預，固需特別、個別的法律授權基礎，但若質、量影響皆輕微的干預措施（如短期跟監¹²），則得求諸於一般之授權基礎¹³。

然案例所示之 GPS 處分，警員對相對人乙車輛行蹤資訊不但全面掌控（106 台上 3788：追蹤範圍不受時空限制，亦不侷限於公共道路上，即使車輛進入私人場域亦同）且期間長達 1 個月，遠非短期跟監所能比擬，顯非微量干預；再者，對比警察一般調查犯罪權限規定中例示的「封鎖犯罪現場、即時之勘察」（如§§ 230 III, 231 III），追蹤 GPS 的干預更深且廣。故不得泛泛求諸一般授權之規定¹⁴。

¹¹ 86 釋 443 理由書參照（參附錄）。

¹² 102 台上 3522（參附錄）就結論言，亦認為跟監得依§§ 230 II, 231 之一般授權規定，然如同我國其他裁判，深受「強制偵查 v. 任意偵查」之傳統強制性觀點影響，而非源自於憲法之干預性觀點。重點是干預性，而非強制性！

¹³ 門檻理論：林鈺雄，刑訴 I-Ch09:4.1；基礎理論：林鈺雄，註 2 文，頁 189-231；運用於線民：林鈺雄，〈線民之干預與授權問題—以線民之偵查活動為中心〉，《刑事程序與國際人權》，2007.12，頁 145-186（＝《政大法學評論》，89 期，2006.02，頁 275-324）。

¹⁴ 106 台上 3788（參附錄）：「刑事訴訟法第 228 條第 1 項前段、第 230 條第 2 項、第 231 條第 2 項及海岸巡防法第 10 條第 1 項、第 2 項、第 3 項之規定，僅係有關偵查之發動及巡防機關人員執行犯罪調查職務時，視同刑事訴訟法第 231 條司法警察（官）之規定，自不得作為裝設 GPS 追蹤器偵查手段之法源依據。」但應注意，國內雖有本於「組織法 v. 用法」之分類觀點，主張§§ 230, 231 僅係組織法之性質，不能作為作用法之授權依據者，但此種泛論值得商榷，更何況把刑訴法一般調查權限規定歸類為組織法的說法，恐嫌無據。

3、類推適用其他法律授權基礎？

GPS 處分既未經法律的特別授權，又不得求諸一般授權規定，那麼，得否以「類似性」(Ähnlichkeit)的理由，透過類推適用 (Analogie) 而取得干預的基礎？或者反過來問，此等類推適用應否予以禁止¹⁵？

刑事程序法與實體法有別，不適用基於罪刑法定原則而來之類推禁止，故能否類推並不能一概而論¹⁶。案例所示乃干預授權之類推禁止，亦即，根據憲法上的法律保留原則，國家機關對人民基本權之干預，必須得到法律明確的授權基礎，其結果便是干預授權之基礎不得類推適用，否則就等於沒有法律保留可言，稱為干預授權之類推禁止。基於憲法優位性原則，因法律保留原則而導出的干預授權基礎之類推禁止原則，當然也適用在刑事訴訟上的基本權干預。

據此，法律未明文授權 GPS 處分，不得類推適用干預基本權之種類、性質及目的完全不同的搜索 (§§ 122~)、通訊監察或其他授權規定。這點，不能以「類推比較能夠保障基本權」的說法作為論證，因為以類推方式取得本來法所不容的干預型態，就是不利益的類推，更何況法律保留是個「形式性」的原則，就算是類推適用要件最為嚴格的羈押規定，同樣也在禁止之列，遑論搜索規定。

（二）比例原則：實質上遵守比例原則？

所有的基本權干預或限制，本身又應受比例原則之拘束。此項原則具有憲法位階，也是基本權干預的正當化事由，或者說合憲性、合

¹⁵ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch01:4.3.3；註 1 文，頁 28-30。Vgl. Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht. Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots, 1977; ders., Parallelität und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt, in: FS-Blau, 1985, S. 123 ff.; ders., Strafverfahrensrecht I, 1988, Rn. 11 ff.

¹⁶ 103 台上 882：「刑事訴訟程序，與基於罪刑法定原則而禁止類推適用之實體法不同，在法無明文規定而存有法律漏洞之情形，若與現行明文規定之規範目的具備類似性時，自得類推解釋，而類推適用之結果符合憲法規範時，尤應如此。」依以上條件句（若…符合憲法規範），就結果言，不應適用於干預授權之類推，但可適用於權利救濟之類推（如下述三、（一）之準抗告）。

法性要件。但就審查順序言，比例原則後於法律保留原則，一旦系爭基本權干預因違反法律保留而屬違法干預時，即毋庸再為後續比例原則之審查；縱使審查後認為個案干預處分實質上仍合乎比例，亦不能改變其違法干預之結論。系爭 GPS 處分即是如此。

三、違法干預處分之救濟/效果？

（一）準抗告：單獨救濟及類推適用

1、干預處分（雙重訴訟行為）之單獨救濟

刑事程序中進行的干預措施，雖然具有訴訟行為之性質，原本應與本案一併不服而不得單獨提起救濟¹⁷，但有法律明文規定者，例外准許。尤其是干預處分，兼具公法上基本權干預之性質，稱為雙重性質（功能）的訴訟行為（doppelfunktionelle Prozesshandlung）。基於「有權利即有救濟」之憲法原則（參 97 釋 653），遂例外容許其單獨提起救濟¹⁸。

「對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為下列處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之。處分已執行終結，受處分人亦得聲請，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回：一、關於羈押、具保、責付、限制住居、搜索、扣押或扣押物發還、變價、擔保金、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之處分、身體檢查、通訊監察及第一百零五條第三項、第四項所為之禁止或扣押之處分。二、…（下略）」（§ 416 I）。上開準抗告規定之作用，在於「實踐有權利有救濟原則。至於處分已經終結仍得救濟之規定（§ 416 I 後），乃違法確認之訴的立法明文規定」¹⁹。

然此項規定雖歷經數度修法填補不少立法漏洞，唯現行條文仍有明顯漏洞，一是條文文字之處分主體，不包括檢察事務官、司法警察

¹⁷ 參§ 404 I 本：「對於判決前關於…訴訟程序之裁定，不得抗告。」

¹⁸ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch09:1.2; I-Ch09:6.2。

¹⁹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch24:4.2。

（官）所為的干預處分！二是處分種類亦未窮盡刑事訴訟上之干預處分，尤其是新興科技型態、尚未取得授權但已被實務運用的各種干預處分。基於有權利即有救濟乃憲法原則，在立法者修法填補漏洞前，實務應本於救濟必要之類似性，容許相對人對司法警察（官）所為，以及其他未被列舉之干預處分，類推適用準抗告規定²⁰。由於此乃有利之權利救濟規定而非不利之干預授權規定，故不生干預授權類推禁止問題²¹。

據此，案例所示追蹤 GPS 是違法之干預處分，若由檢察官命令司法警察（官）執行者，自應類推適用準抗告救濟（§ 416 I ①）；且縱使相對人救濟時處分已執行終結者（GPS 追蹤器已拆卸），相對人亦得聲請，法院不得以處分已執行終結而無實益為由駁回之（§ 416 I 後）。若由警員甲擅自發動者，多了一項類推（處分主體），但結論亦同。

（二）證據使用禁止：規避干預保留之絕對禁止

取證過程中，違法之基本權干預，構成證據取得之禁止，是否產生證據使用禁止之效果，取決於不同的理論（權利領域理論、權衡理論、規範保護目的理論、三階段審查基準理論），未可一概而論²²。

由於我國立法並未針對此 GPS 處分特別規範，遑論其法律效果，因此，審查基準回歸證據使用禁止的一般條款（§ 158-4）。然而，此條款的定性，不應理解為我國立法者「欽定」權衡理論並對其他所有理論為「死亡宣告」（排他說），而是據此一般條款來提供我國法繼續發展證據禁止理論與實務的平台（平台說）²³。

簡言之，違反效果必須回歸證據禁止理論來解決。依照本文採取

²⁰ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch09:6.2; I-Ch01:4.3.3。

²¹ 99 台抗 602（準抗告救濟之類推適用）：「本案檢察官所為上開扣押處分，與刑事訴訟法第四百十六條第一項第一款之處分類似，為使受處分人能有救濟途徑，自應准許其類推適用前揭準抗告之規定以資救濟。」

²² 參林鈺雄，刑訴 II-Ch12:4。另參本書之〈不自證己罪於非刑事程序之前置效力（例 5）〉、〈被告地位之形成與告知義務之違反（例 2）〉，在此不贅。

²³ 關於證據禁止理論 v. 平台說：林鈺雄，刑訴 II-Ch12:4.1（含我國實務見解之例證）。

的三階段審查基準說，系爭案例屬於最嚴重的規避憲法法律保留原則之情形，違反干預權限規定之情節亦最為嚴重（法律根本無此授權名目！），鑑於蓄意規避之絕對禁止，法院應該禁止使用如此違犯干預保留所得的 GPS 資訊，並無權衡餘地可言。

參、〔結論〕

綜上所述，案例所示設置 GPS 追蹤器之偵查及取證作為，乃國家對人民基本權之違法干預：

一、國家對人民之基本權干預。1、國家性：系爭關係屬於國家與個人間的公法關係，私人丙的行為乃警員手足之延伸，可歸責於國家。2、基本權之「保障領域」：系爭 GPS 資訊涉及人民受憲法保障之資訊隱私權，且有合理隱私期待（參 94 釋 603、100 釋 689）。3、基本權之「干預」：系爭追蹤 GPS 行為已構成基本權之「干預」，其質（個人行蹤所有資訊）、量（1 個月期間）皆非輕微。

二、干預欠缺「正當化事由」。系爭 GPS 處分，違反法律保留原則，構成違法之基本權干預，因為：1、我國立法者並未針對 GPS 處分制訂特別授權規定；2、依門檻理論，其干預質量已超過一般授權規定（§§ 230 II, 231 II）之容許範圍；3、干預授權基礎禁止類推適用；4、因已違反法律保留而毋庸審查後順位之比例原則。

三、違法干預之法律效果與救濟途徑。1、準抗告救濟（§ 416 I）：由於系爭干預處分乃雙重性質之訴訟行為，基於有權利即有救濟之原則（參 97 釋 653），應有單獨救濟途徑，且依準抗告之明文規定，處分已終結者亦不受影響，亦即容許違法確認之訴。惟現行規定未明文將司法警察（官）所為干預處分包含在內，且亦未窮盡包含 GPS 處分在內之多種新型態干預處分，故應基於有權利即有救濟必要之類似性，類推適用準抗告規定以填補法律漏洞。無論由檢察官或司法警察（官）為之，結論皆無不同。故法院不應駁回準抗告（Q1）。2、證據使用禁止（§ 158-4）：鑑於蓄意規避干預權限規定之絕對禁止，法院不得將 GPS 資訊採為有罪裁判之基礎（Q2）。

肆、〔附錄〕

一、相關實務見解

※ 86 釋 443 理由摘要（層級化法律保留、門檻理論）

…惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障；關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬於執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許…。

※ 100 釋 689 理由摘要（基本權干預、個人資料之自主權）

系爭規定所保護者，為人民免於身心傷害之身體權、行動自由、生活私密領域不受侵擾之自由、個人資料之自主權。其中生活私密領域不受侵擾之自由及個人資料之自主權，屬憲法所保障之權利，迭經本院解釋在案（本院釋字第五八五號、第六〇三號解釋參照）；免於身心傷害之身體權亦與上開闡釋之一般行為自由相同，雖非憲法明文列舉之自由權利，惟基於人性尊嚴理念，維護個人主體性及人格自由發展，亦屬憲法第二十二條所保障之基本權利。對個人前述自由權利之保護，並不因其身處公共場域，而失其必要性。在公共場域中，人人皆有受憲法保障之行動自由。惟在參與社會生活時，個人之行動自由，難免受他人行動自由之干擾，於合理範圍內，須相互容忍，乃屬當然。如行使行動自由，逾越合理範圍侵擾他人行動自由時，自得依法予以限制。在身體權或行動自由受到侵害之情形，該侵害行為固應受限制，即他人之私密領域及個人資料自主，在公共場域亦有可能受到干擾，而超出可容忍之範圍，該干擾行為亦有加以限制之必要。蓋個人之私人生活及社會活動，隨時受他人持續注視、監看、監聽或公開揭露，其言行舉止及人際互動即難自由從事，致影響其人格之自由發展。尤以現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，個人之私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能大為增加，個人之私人活動及隱私受保護之需要，亦隨之提升。是個人縱

於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護。惟在公共場域中個人所得主張不受此等侵擾之自由，以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且該期待須依社會通念認為合理者。

※ 102 台上 3522（跟監、法律保留、門檻理論）

「跟監」係指國家機關為防止犯罪或犯罪發生後，以秘密而不伴隨國家公權力之方式，對無隱私或秘密合理期待之行為或生活情形，利用目視或科技工具進行觀察及動態掌握等資料蒐集活動…。是所謂「跟監」包括對人民行動為追蹤、監視及蒐證等活動。無論係基於調查犯罪之必要或為預防犯罪而為跟監，對於被跟監者之隱私權等憲法所保障之基本權固有不當之干預，然偵查犯罪及預防犯罪之發生，均係維持社會秩序及增進公共利益所必要，自得以法律限制之。刑事訴訟法第二百三十條第二項、第二百三十一條既規定司法警察官、司法警察知有犯罪嫌疑者，應開始調查。而「跟監」復係調查及蒐集犯罪證據方法之任意性偵查活動，不具強制性，苟「跟監」後所為利用行為與其初始之目的相符，自無違法可言。

※ 106 台上 3788（基本權干預、法律保留、GPS）

三、…此觀司法院釋字第 603 號、第 689 號解釋意旨自明。故而隱私權屬於憲法所保障之權利，殆無疑義。而有無隱私權合理保護之期待，不應以個人所處之空間有無公共性，作為決定其是否應受憲法隱私權保障之絕對標準。即使個人身處公共場域中，仍享有私領域不被使用科技設備非法掌握行蹤或活動之合理隱私期待。再者，解釋法律條文時，除須斟酌法文之文義外，通常須斟酌規範意旨，始能掌握法文構成要件之意涵，符合規範之目的及社會演進之實狀，而期正確適用無誤。按刑法第 315 條之 1 第 2 款妨害秘密罪之立法目的，係對於無故竊錄他人非公開活動、言論、談話或身體隱私部位之行為，予以限制，以保障人民秘密通訊自由及隱私權。所謂「非公開之活動」，固指該活動並非處於不特定或多數人得以共見共聞之狀態而言，倘處於不特定或多數人得以共見共聞之狀態，即為公開之活動。惟在認定是否為「非公開」之前，須先行確定究係針對行為人之何種活動而定。以行為人駕駛小貨車行駛於公共道路上為例，就該行駛於道路上之車輛本體外觀言，因車體本身無任何隔絕，固為公開之活動；然由小貨車須由駕駛人操作，該車始得移動，且經由車輛移動之信息，即得掌握車輛使用人之所在及其活動狀況，足見車輛移動及其位置之信息，應評價為等同車輛使用人之行動信息，故如就「車內之人物及其言行舉止」而言，因車輛使用人經由車體之隔絕，得以確保不欲人知之隱私，即難謂不屬於「非公開之活動」。又偵查機關為偵查犯罪而非法在他人車輛下方底盤裝設 GPS 追蹤器，由於使用 GPS 追蹤器，偵查機關可以連續多日、全天候持續而精確地掌握該車輛及其使用人之位置、移動方向、速度及停留時間等活動行蹤，且追蹤範圍不受時空限制，亦不侷

限於公共道路上，即使車輛進入私人場域，仍能取得車輛及其使用人之位置資訊，且經由所蒐集長期而大量之位置資訊進行分析比對，自可窺知車輛使用人之日常作息及行為模式，難謂非屬對於車輛使用者隱私權之重大侵害。而使用 GPS 追蹤器較之現實跟監追蹤，除取得之資訊量較多以外，就其取得資料可以長期記錄、保留，且可全面而任意地監控，並無跟丟可能等情觀之，二者仍有本質上之差異，難謂上述資訊亦可經由跟監方式收集，即謂無隱密性可言。再者，刑法第 315 條之 1 所謂之「電磁紀錄」，係指以電子、磁性、光學或其他相類之方式所製成，而供電腦處理之紀錄；而所謂「竊錄」，則指暗中錄取之意，亦即行為人以某種設備置於被錄者難以查覺之暗處，暗中錄取被錄者之聲音、影像或其他不欲人知之資訊而言，不以錄取者須為聲音或影像為限。查 GPS 追蹤器之追蹤方法，係將自人造衛星所接收之資料透過通訊系統傳至接受端電腦，顯示被追蹤對象之定位資訊，透過通訊網路傳輸，結合地理資訊系統對於個人所在位置進行比對分析，而獲取被追蹤對象之所在位置、移動方向、移動速度以及滯留時間之電磁紀錄，固非為捕捉個人之聲音、影像，但仍屬本條所規範之「竊錄」行為無疑。原判決以公共場所亦有隱私權，進而用「隱私受侵害」取代「非公開」構成要件要素之涵攝，固有微疵，但不影響本件判決本旨。而檢察官上訴意旨，以陳某駕駛小貨車行駛在外，其行蹤為公眾可共見，且以 GPS 追蹤器所錄取之上述資訊，並非聲音或影像，即認不屬於非公開之活動，並以現實跟監追蹤之方式，亦同可收集使用 GPS 追蹤器所獲得之上開資訊，而謂無隱密性云云，按之前揭說明，自有誤會，其因此指摘原判決違法，自非適法之第三審上訴理由。

四、偵查係指偵查機關知有犯罪嫌疑而開始調查，以發現及確定犯罪嫌疑人，並蒐集及保全犯罪證據之刑事程序。而偵查既屬訴訟程序之一環，即須依照法律規定行之。又偵查機關所實施之偵查方法，固有「任意偵查」與「強制偵查」之分，其界限在於偵查手段是否有實質侵害或危害個人權利或利益之處分而定。倘有壓制或違反個人之意思，而侵害憲法所保障重要之法律利益時，即屬「強制偵查」，不以使用有形之強制力者為限，亦即縱使無使用有形之強制手段，仍可能實質侵害或危害他人之權利或利益，而屬於強制偵查。又依強制處分法定原則，強制偵查必須現行法律有明文規定者，始得為之，倘若法無明文，自不得假借偵查之名，而行侵權之實。查偵查機關非法安裝 GPS 追蹤器於他人車上，已違反他人意思，而屬於藉由公權力侵害私領域之偵查，且因必然持續而全面地掌握車輛使用人之行蹤，明顯已侵害憲法所保障之隱私權，自該當於「強制偵查」，故而倘無法律依據，自屬違法而不被允許。又刑事訴訟法第 228 條第 1 項前段、第 230 條第 2 項、第 231 條第 2 項及海岸巡防法第 10 條第 1 項、第 2 項、第 3 項之規定，僅係有關偵查之發動及巡防機關人員執行犯罪調查職務時，視同刑事訴訟法第 231 條司法警察（官）之規定，自不得作為裝設 GPS 追蹤器偵查手段之法源依據。而原判決復已依據卷證資料詳細說明警察職權行使法第 11 條第 1 項之規定，如何不得作為被告安裝 GPS 追蹤器偵查之依據，且被告事前亦未立案調查或報請長官

書面同意，在無法律授權下，擅自藉口犯罪偵查，自行竊錄蒐證，不能認為有法律上之正當理由。因認被告並無法律授權，即透過 GPS 追蹤器蒐集陳某車輛位置等資訊，嚴重侵害告訴人之隱私權，且無法律上之正當理由，業已構成刑法第 315 條之 1 第 2 款「無故」之要件，核無不合。檢察官上訴徒憑己意，漫指安裝 GPS 追蹤器之作為，應屬偵查作為，屬於依法令之行為云云，自與法律所規定得上訴第三審之理由不相適合。

五、至 GPS 追蹤器之使用，確是檢、警機關進行偵查之工具之一，以後可能會被廣泛運用，而強制處分法定原則，係源自憲法第 8 條、第 23 條規定之立憲本旨，亦是調和人權保障與犯罪真實發現之重要法則。有關 GPS 追蹤器之使用，既是新型之強制偵查，而不屬於現行刑事訴訟法或其特別法所明定容許之強制處分，則為使該強制偵查處分獲得合法性之依據，本院期待立法機關基於強制處分法定原則，能儘速就有關 GPS 追蹤器使用之要件（如令狀原則）及事後之救濟措施，研議制定符合正當法律程序及實體真實發現之法律，附此敘明。

二、類似案例

【近場木馬案】公務員甲承辦標案時涉嫌收受業者賄賂，被調查局幹員乙（具司法警察（官）身分）以被告地位詢問時，經告知後於辯護人丙律師建議下，始終保持緘默。「設若」當時高科技 A 廠商已研發出一種 WAM（Wave-All-Machine）的近場木馬技術，以 WAM 靠近開機中的手機時，WAM 會自動竊取、傳輸手機中的資訊，但立法尚未針對此種技術於刑事程序之使用制訂相關規定。甲進入偵訊室前，乙以手機不能攜入為由要求甲交出置放在保管箱，乙詢問甲期間，其他幹員指示 A 廠商資訊專家丁在外操作 WAM，並順利取得甲收賄金流的關鍵資訊；後調查局以該資訊查明賄賂金流，最後案件水落石出，經移送地檢署繼續偵查後，甲被檢察官以收賄罪名提起公訴。

1、審判中，甲之辯護人丙抗辯，WAM 取得之金流資訊乃國家機關違法干預基本權所取得之證據。試從刑事訴訟上之基本權干預體系，依序逐項分析其抗辯有無理由。（本小題另參本書之〈雲端硬碟搜索與來源端通訊監察（例 11-1）〉）

2、審判中，檢察官發現甲曾於另一標案曾圖利另一業者，遂檢具事證，以一人犯數罪為由而具狀追加起訴。第一審審理後認為，收賄案件有罪，但追加之圖利案件，因相關證人皆依法行使拒絕證言權，經調查後仍不能證明，法院遂於「主文」僅諭知甲收賄罪刑，不構成圖利罪部分則僅在「判決理由」內說明。檢察官不服圖利罪之認定，遂附具理由聲明對此部分提起第二審上訴。試問其上訴是否合法？（本小題另參本書之〈牽連管轄、追加起訴與漏判救濟（例 18）〉）

限制出境、撤銷與停止羈押及其替代措施

甲有精神病史，無一定之住、居所，2020年冬某日搭乘計程車時與司機乙發生口角，不甘被乙趕下車而將乙毆傷。案經乙告訴，檢察官開始偵查後，以書面命甲限制出境、出海，期間4個月，但未立刻通知甲。甲於上開限制處分作成2個月後，赴機場擬出境時被海關當場攔下，始知上開限制出境事宜。試問上開限制處分，有無法律依據及救濟途徑（Q1）？

設若甲從機場回程搭火車，因票務與列車長發生爭執，鐵路警察丙上車處理糾紛時，甲情緒更加激動而拿起水果刀，當場將丙刺死。案經檢察官偵查，以被告有逃亡及滅證之虞聲請法院羈押獲准，後以殺人罪名提起公訴，甲仍在押。第一審審判時，雖檢察官表示反對，然法院仍採納精神科醫師鑑定意見，認定甲於行為時已因嚴重精神疾病而欠缺對自己行為不法之辨識能力及駕馭能力，判決甲無罪，但應入相當處所施以監護處分（刑§§19I, 87I）。檢察官不服，主張被告應受有罪判決，提起第二審上訴救濟。

此外，為保全甲於上訴程序到庭之必要，第一審法院命為下列措施：A、命具保50萬元（甲已繳納）；B、命限制出境、出海，期間6個月；另施以下列C類替代措施（期間皆為1年）：C1、定期向指定之轄區派出所報到；C2、未經法院許可，不得離開住居所之區域；C3、交出護照保管；C4、定期服藥控制病情並定期至專科醫療院所就診。試問法院以上B類替代措施，有無法律依據及救濟途徑（Q2）？C類替代措施，程序上是否合法（Q3）？

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 93-2~, 93-6, 116-2, 117-1, 316, 404 I 但②, 416 I ①

【關鍵詞】限制出境、限制出海、羈押、羈押替代處分、免予羈押、停止羈押、（視為）撤銷羈押

案例所示限制出境、出海及數種羈押替代處分/替代措施，性質上皆屬刑事訴訟上之干預處分，其程序合法性問題，首應取決於有無法律上之授權依據，亦即是否合乎法律保留原則；合乎者始進一步審查個案措施是否合乎比例原則。

就 Q1 即偵查中檢察官命為限制出境、出海之處分言，涉及其於訴訟法上之定位係屬「獨立干預處分」或「羈押替代處分」，關此，我國新舊法立場有別，規範密度不同¹。

就 Q2、Q3 羈押替代處分之合法性言，一來，A、B、C 三類措施的性質與依據不同；二來，涉及撤銷羈押與停止羈押之概念區別。簡言之，「羈押之被告，經諭知無罪…之判決者，視為撤銷羈押。但上訴期間內或上訴中，得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，並得繼續羈押之。」（§ 316）本案 Q2、Q3 爭點在於，因無罪判決而視為撤銷羈押，除施以上開條文已列舉之具保、責付或限制住居（A 類，§ 316 已明訂故不成問題）外，法院能否另命限制出境、出海之處分（B 類），及其性質與法律依據為何（Q2）？再者，法院能否施以（C 類）其他替代措施？可否適用或準用停止羈押之替代措施規定（§ 116-2）²？其法律依據何在（Q3）？

¹ 相關基礎概念及說明，參林鈺雄，刑訴 I-Ch10:3.10.6。

² 參林鈺雄，刑訴 I-Ch10:3.8.2/3.9。本案另涉及我國法欠缺對精神病患施以「暫時安置處分」（§ 126a StPO: Einstweilige Unterbringung）之另一立法漏洞問題，在此不贅；制度說明參林鈺雄，〈德國刑訴逐條釋義—羈押及暫時逮捕（§§ 112 ff. StPO）-下-〉，《月旦刑事法評論》，9 期，2018.06，頁 89-110。Vgl. M-G/S, StPO, § 126a Rn. 1 ff.; Roxin/Schünemann, StVR, 30/5, 38/1 ff.

貳、〔解析〕

一、限制出境、出海之定位、類型、要件與救濟

（一）限制出境、出海之雙重定位

限制出境（出海亦同），在刑事訴訟上如何定位³？有兩種可能，一是作為「羈押之替代處分」，如德、瑞、日等國立法例；二是作為刑事訴訟上「獨立之干預處分」。我國舊法之下，實務向來採前說，認為限制被告出境，係執行限制住居方法之一種，同為羈押之替代處分⁴。惟有論者質疑：限制住居，文義上僅係限制住居所，概念上未必能涵蓋涉及憲法第10條居住及遷徙自由權限制或剝奪之限制出境、出海。「為明確區分兩者之性質不同，以及規範其法定要件與相關適用程序」（立法理由），2019年5月立法者遂增訂本法第8-1章「限制出境、出海」，以為特別規範。

儘管就定位之立場言，新法看似將限制出境、出海當成一種獨立的干預處分，也有其獨立的要件和程序（109台抗474，參附錄）；然而，從新法準用條文來看，由於得命具保、責付或限制住居等羈押之替代處分情形，「亦得命限制出境、出海」（§93-6），這部分又如同舊法時期，將限制出境、出海當成羈押的替代處分，只是明白寫成準用條文而已。據此，新法的限制出境、出海，可以說具有混合性質，既

³ 參林鈺雄，刑訴1-Ch10:3.10.6.1；林鈺雄等，〈刑事訴訟限制出境之立法展望〉，《月旦法學雜誌》，283期，2018.12，頁175-210。

⁴ 92台抗345：「限制被告出境，僅在限制被告應居住於我國領土範圍內，不得擅自出國，俾便於訴訟程序之進行，較之限制居住於某市某縣某鄉某村，其居住之範圍更為廣闊，是限制出境與限制住居名稱雖有不同，然限制出境亦屬限制住居之處分，係執行限制住居方法之一種。至有否限制出境之必要，事實審法院本有裁量之權。」

102台抗175：「限制出境之處分，係執行限制住居方法之一種，為輔助具保、責付之效力，其目的在避免被告因出境滯留他國，以保全國家追訴、審判或執行之順利進行，與具保、責付同屬替代羈押之強制處分」。

是獨立的干預處分，也是羈押的替代處分。於個案審查時，應先區分究竟屬於何者。惟不管何種性質，不服限制出境、出海處分者，皆有救濟之途徑，得提起（準）抗告（§§ 404 I 但 ②, 416 I ①）。

（二）作為獨立干預處分：逕行限制出境、出海（Q1）

1、限制程序

首先，於 2019 年 5 月刑訴法修正後，限制出境、出海依第 93-2 條至第 93-5 條之規定，屬於一種自羈押脫離的獨立干預處分，發動要件有三：犯罪嫌疑重大、有限制必要及有法定限制原因（1、無一定之住、居所者；2、有相當理由足認有逃亡之虞者；3、有相當理由足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者）；但所犯係最重本刑為拘役或專科罰金之案件，不得逕行限制之（§ 93-2 I）。決定機關於偵查中為檢察官⁵，但期間逾 8 月後之延長，以及審判中之決定及延長，皆由法官決定（§ 93-3）。

限制出境、出海之處分採書面要式（§ 93-2 II）。值得注意的是，逕行限制出境、出海應踐行「通知」程序之規定：「除被告住、居所不明而不能通知者外，前項書面至遲應於為限制出境、出海後六個月內通知。但於通知前已訊問被告者，應當庭告知，並付與前項之書面。」（§ 93-2 III）；「前項前段情形，被告於收受書面通知前獲知經限制出境、出海者，亦得請求交付第二項之書面。」（§ 93-2 IV）。由此可知，

⁵ 參§ 93-3 立法理由：「偵查中之案件考量拘提、逮捕、羈押之程序，涉及憲法第八條對被告人身自由之剝奪，較諸直接限制出境、出海僅係對於憲法第十條居住及遷徙自由權之限制為嚴重。是若可藉由直接限制出境、出海以達保全被告之目的者，自應先許在一定期間內之限制，得由檢察官逕為處分，而無庸一律必須進行羈押審查程序後，再由法官作成限制出境、出海之替代處分。再者，偵查中檢察官依第九十三條第三項但書之規定，認被告無聲請羈押之必要者，亦得逕為替代處分，若此時有限制被告出境、出海之必要，授權由檢察官逕行為之，即可立即將被告釋放；若一律採法官保留原則，勢必仍須將被告解送法院，由法官審查是否對被告限制出境、出海，反而係對被告人身自由所為不必要之限制，爰兼顧偵查實務之需要，增訂本條…」。

新法原則上容許在 6 個月內不通知被告的秘密限制措施，是以被告可能到了機場才知道其被限制出境，立法用意在於避免打草驚蛇⁶。另，限制被告出境、出海之期間，無論偵查中或審判中，每次不得逾 8 個月（§ 93-3 I, II）；雖期滿得延長（§ 93-3 II），但案例所示無關延長問題，以下不再贅述。

2、救濟途徑

被告對於限制出境、出海之限制處分，有以下兩種救濟途徑：

1) 聲請撤銷或變更。限制處分除得由檢察官提出聲請（§ 93-5 I 後）或依職權（§ 93-5 III）撤銷或變更，或法院依職權撤銷或變更（§ 93-5 IV）者外，被告及其辯護人亦得向檢察官或法院聲請撤銷或變更限制出境、出海（§ 93-5 I 前）；偵查中之撤銷限制出境、出海，應徵詢檢察官之意見（§ 93-5 II）。

2) 抗告或準抗告救濟。關於限制出境、出海之處分，若依法院裁定為之，雖屬對於判決前關於訴訟程序之裁定，但因其干預基本權之屬性，故例外容許提起抗告救濟（§ 404 I 但②）；若依審判長、受命法官、受託法官或檢察官之處分為之，亦因相同理由而明文容許提起準抗告救濟（§ 416 I ①）。

3、案例運用（Q1）

⁶ 參§ 93-2 立法理由：「三、限制出境、出海，涉及憲法第十條居住及遷徙自由權之限制，自應盡早使被告獲知，以及早為工作、就學或其他生活上之安排，並得及時循法定程序救濟。但考量限制出境、出海後如果立即通知被告，反而可能因而洩漏偵查先機，或導致被告立即逃匿，致國家刑罰權無法實現。為保障被告得適時提起救濟之權利，並兼顧檢察官偵查犯罪之實際需要，爰增訂本條第二項、第三項，明定除被告住、居所不明而不能通知者外，逕行限制出境、出海時，至遲應於法定期間內，以書面通知被告及其書面之應記載事項。惟被告如經檢察官或法官為訊問者，既已無過早通知恐致偵查先機洩漏或被告逃匿之疑慮，且基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，應使其獲得及時有效救濟之機會，此時檢察官或法官即應當庭告知被告業經限制出境、出海之旨，並付與第二項之書面，以利救濟，爰增訂第三項但書規定，以周全被告訴訟權之保障。」

案例 Q1 所示，檢察官所為係刑訴法修正後之逕命限制出境、出海處分，屬於一種不依附於羈押或其替代措施之獨立干預處分。甲涉嫌犯傷害罪（刑§ 277 I；最重本刑 5 年有期徒刑），並非「所犯係最重本刑為拘役或專科罰金之案件」，符合消極要件（§ 93-2 I 但）。若檢察官認為甲犯罪嫌疑重大、有限制必要且有法定原因（如無一定住、居所），符合積極要件者，自得依法逕命限制出境、出海（§ 93-2 I 前）。此外，檢察官命限制期間 4 個月，未逾 8 個月期間限制（§ 93-3 I 前）；由於新法容許 6 個月內不通知（§ 93-2 III 前）之例外，故甲雖於被限制 2 個月後擬出境時始知該處分，但檢察官並未違反通知義務。

知悉限制處分後，針對檢察官所為之限制出境、出海處分，被告甲及其辯護人得聲請撤銷或變更限制處分（§ 93-5 I 前）；此外，亦得提起準抗告，聲請所屬法院撤銷或變更之（§ 416 I ①）。

（三）作為羈押替代處分：準用之（Q2）

依第 8-1 章以外規定得命具保、責付或限制住居者，亦得命限制出境、出海，並準用第 93-2 條第 2 項及第 93-3 條至第 93-5 條之規定（§ 93-6）。換言之，限制出境、出海，亦得作為羈押之替代處分，且與其他替代處分可以併用⁷。據此，偵查中檢察官之免予羈押，或審判中法院之免予羈押、停止羈押、（視為）撤銷羈押，因依法本得命具保、責付或限制住居，故亦得依此準用條款而命限制出境、出海。

據此，案例 Q2 所示，第一審法院於無罪判決後，雖視為撤銷羈押，「但上訴期間內或上訴中，得命具保、責付或限制住居」（§ 316）；既然得命具保、責付或限制住居，依上開準用條文（§ 93-6），亦得命限制出境、出海，且其期間未逾 8 個月上限。故法院為保全甲於上訴程序到庭，命為期間 6 個月之限制出境、出海措施（B 類），於法有據，其救濟途徑亦同（§§ 93-5, 404 I 但 ②, 416 I ①；上文（二）、2）。

⁷ 此乃羈押替代處分之一般共同原理，參 92 台抗 345：「保全被告之方法，依其情節輕重分別有羈押、具保、責付、限制住居等方式，限制住居係較輕微之手段，而限制出境既為限制住居方法之一，為達保全被告之目的，具保、限制住居二強制處分本可併行，要無『一罪二罰』問題。」

二、撤銷羈押 v. 停止羈押及其替代措施 (Q3)⁸

(一) 撤銷羈押 v. 停止羈押

被告經羈押後，回復其人身自由之途徑，除依循一般（準）抗告救濟外，另有撤銷羈押與停止羈押兩種特別救濟可能⁹。撤銷羈押，係指因法定原因之發生，而使羈押自撤銷時點向後發生消滅之效力者，依照撤銷原因又可分為當然撤銷與視為撤銷兩種，其撤銷程序有別。前者指羈押於其原因消滅時，應即撤銷羈押，將被告釋放（§ 107 I）；後者即視為撤銷羈押，刑訴法共列舉數種原因，撤銷程序各自不同（§§ 108 II, VII, 259 I, 316；§ 109 定性尚有爭議）。

案例 Q3 所示，屬於「被告經無罪等特定判決」之視為撤銷羈押原因。但上訴期間內或上訴中，得命具保、責付或限制住居。如不能具保、責付或限制住居而有必要情形者，並得繼續羈押之（§ 316）。以上命具保、責付或限制住居或繼續羈押之權限，自屬法院，故案例所示法院命具保 50 萬元之 A 類替代措施，於法有據，不成問題。命限制出境、出海之 B 類替代措施（Q2），新法亦有明文準用規定；既然得命具保、責付或限制住居，依上開準用條文自屬於法有據，已如前述（§§ 93-6, 316；上文一、（三））。

但 C 類之其他替代措施（Q3），則需另探求法源依據，如停止羈押即有相關規定（§ 116-2 I）。所稱停止羈押，係指羈押原因仍在，但無羈押之必要，而以其他干預程度較羈押輕微的替代措施，暫時停止羈押之執行而使被告免受拘禁自由者。廣義之停止羈押，包含自始不聲請或不裁定羈押而逕施以替代措施之免予羈押（§§ 93 III 但, 101-2, 228 IV）。

停止羈押與撤銷羈押，兩者不同。（狹義）停止羈押者，羈押之「原因」仍在，原羈押之裁定及其效力亦仍在，只是並無繼續執行羈

⁸ 以下參林鈺雄，〈撤銷羈押、停止羈押及其替代措施〉，《月旦法學教室》，216 期，2020.10，頁 20-23。

⁹ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch10:3.8/9。

押之「必要」而暫時停止執行，故仍得因特定事由（如違背應遵守事項）而再執行羈押（§ 117：「押→放→押」）；反之，撤銷羈押，或因羈押原因消滅而當然撤銷，或因法定原因而視為撤銷，原羈押裁定及其效力已經不復存在。由於兩者性質有別，因此，除非有明文準用的特別規定，否則，兩者規定（含替代措施）無法混用。

（二）停止羈押、撤銷羈押之替代措施

本案 Q3（C 類各項措施）涉及羈押替代措施之合法性。我國刑訴法原本僅列舉「具保、責付及限制住居」等三類羈押替代措施，相關替代措施概念上皆納入以上三類，如限制出境、出海，依舊法實務即認為屬於限制住居之手段，已如前述（上文一、（一））；但我國隨後數度修法，將其他替代措施於概念上從以上三類抽離出來，除前述將限制出境、出海於名目上作為一種獨立干預處分類型（§§ 93-2~93-5）之外，其他命被告遵守事項，亦自具保、責付及限制住居項下分離出來規定，並逐次修法擴充其具體項目（§ 116-2）。

換言之，依照我國現行法，羈押替代措施形式上分為以下五種：1、具保；2、責付；3、限制住居；4、限制出境、出海（§ 93-6；上述一、（三））；5、其他應遵守事項。然而，雖然立法名目有別，但概念上仍難分難捨，適用上彼此交錯，立法亦設有諸多交叉準用規定，如停止羈押之應遵守事項，準用於免予羈押（§ 117-11）；再如限制出境、出海，雖修法後取得獨立干預處分之地位（§§ 93-2~93-5），但又因準用規定而得同時作為羈押替代處分（§ 93-6），已如前述。

於停止羈押情形，因其羈押原因仍在，僅基於必要性而暫時停止羈押之執行，但在此期間仍應受到一定的限制，始符以替代措施而停止羈押之目的。故我國立法明文規定，法院許可停止羈押時，除具保、責付、限制住居外，亦得定相當期間，命被告應遵守一定事項，以強化替代處分之效果（§ 116-2 I；劃底線處為 2019 年 7 月新增修），包含：1、定期向法院、檢察官或指定之機關報到（例如 C1 轄區派出所）。2、未經法院或檢察官許可，不得離開住、居所或一定區域（C2 措施）。3、交付護照、旅行文件（C3 措施）。4、其他經法院認為適當之事項，

此乃概括規定，如命病患定期就診、服藥等（C4 措施）。

以上立法者針對狹義停止羈押規定之「其他命應遵守事項」，亦明文準用於免于羈押情形（§ 117-11）。但應注意，不論於當然或視為撤銷羈押情形，由於自身皆無相當之規定，故若立法未特別規定準用者，即不得施以上開第 116-2 條之「其他命應遵守事項」，否則即違反法律保留原則。換言之，案例 Q3 所示視為撤銷羈押，由於形式上已欠缺其他替代措施之法律授權規定（無準用條文），因此，無法如停止羈押般命為 C1 至 C4 的各項應遵守事項。故法院所命之替代措施，於法無據，程序皆違法。

三、立法論：輕重失衡？

就立法論言，一方面，雖停止羈押與撤銷羈押有別，前者羈押原因仍在、亦仍隨時有再執行羈押之可能或必要，故兩者包含替代措施在內，亦有不同考量，未必能夠等量齊觀。但停止羈押之替代措施歷經修法擴增，撤銷羈押則否，仍停留在具保、責付及限制住居之最原始立法狀態，形成 Q3 之立法漏洞。

此外，我國屢次修法後之羈押替代措施，雖擬限縮具保、責付、限制住居之射程距離，卻未能畢竟全功，乃至於輕重失衡。例如，限制出境、出海從限制住居概念抽離後，適用更為高規格的法律授權規定（如期間限制、審查密度等）；反之，將被告限制在更小區域內之拘束措施，以及電子腳鐐等嚴厲監控措施，干預程度往往更高，卻適用更低規格的授權規定（如§ 116-21④，⑤），其具體要件、期間及延長等基本規定，率皆付之闕如，立法規格遠不如限制出境、出海，顯然違反層級化法律保留（參 86 釋 443）之基本立場，殊值商榷¹⁰。

¹⁰ 限制出境、出海之立法過程，學者早已指出其問題，但立法者未加重視：林鈺雄等，註 3 文，頁 175-210。

參、〔結論〕

案例 Q1、Q2 所示之限制出境、出海，於我國刑訴法修正後，具有作為獨立干預處分（§§ 93-2~93-5）及羈押替代處分（§ 93-6）之雙重性質。Q1 屬於前者，Q2 屬於後者。

Q1 檢察官逕命限制出境、出海處分，屬於一種不依附於羈押或其替代措施之獨立干預處分。甲涉嫌犯傷害罪，符合消極要件（§ 93-2 I 但）；若檢察官認為甲犯罪嫌疑重大、有限制必要且有無一定住、居所等法定原因，符合積極要件，自得依法逕命 8 個月期間內之限制出境、出海（§§ 93-2 I 前, 93-3 I 前）。此外，由於新法明文容許 6 個月內不通知（§ 93-2 III 前）之例外，故甲雖於被限制 2 個月後擬出境時始知該處分，但檢察官並未違反通知義務。救濟途徑部分，甲知悉限制處分後，針對檢察官所為之限制出境、出海處分，甲及其辯護人得聲請撤銷或變更限制處分（§ 93-5 I 前）；此外，亦得提起準抗告，聲請所屬法院撤銷或變更之（§ 416 I ①）。

Q2 所示，乃被告經無罪判決後視為撤銷羈押之情形；法院仍「得命具保、責付或限制住居」（§ 316）；故第一審法院命甲以 50 萬元具保之 A 類替代措施，於法有據。法院命限制出境、出海之 B 類替代措施，新法亦有明文準用規定；既然得命具保、責付或限制住居，依上開準用條文亦得命限制出境、出海，自屬於法有據（§§ 93-6, 316）。

但 Q3 所示，法院另命期間 1 年之其他替代措施（包含：C1、定期向派出所報到；C2、未經法院許可，不得離開特定區域；C3、交出護照；C4、定期服藥、就診），雖於狹義停止羈押情形有相關法律授權依據（§ 116-21 ①, ⑤, ⑥, ⑧參照），且於免予羈押時亦有明文準用（§ 117-I I）。但於撤銷羈押情形，自身既無授權規定，亦無準用停止羈押替代措施之規定，故縱使以上 C 類替代措施，實質合理，形式上已經欠缺法律授權依據，皆屬違法之干預處分。至於未來修法，是否以及在何等範圍內，將上開停止羈押規定明文準用於視為撤銷羈押情形，則是另一立法論問題。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 109 台抗 474（限制出境、出海、獨立干預處分、自由證明）

我國刑事訴訟實務以往將「限制出境、出海」認屬「限制住居」類型之一，乃在保全刑事偵查、審判、執行之順利進行，屬於刑事訴訟之保全程序，固非在確定犯罪嫌疑人或被告對於本案是否應該負擔罪責或科處刑罰，然倘其犯罪嫌疑重大，確有出境滯留不歸之可能性存在，自足影響偵查、審判之進行或刑罰之執行，依法當得為必要之限制出境、出海強制處分，以確保犯罪嫌疑人或被告到庭接受偵查、審判或執行。因「限制住居」屬「羈押的替代處分」之一，係認被告雖有得予羈押之法定理由，但無羈押必要時，用以置換羈押之替代手段，相對地「限制出境、出海」僅消極防阻犯罪嫌疑人或被告擅自出國，其仍有行動自由，亦不影響其日常工作及生活，對於其等人身之自由干預之手段及強度顯較羈押輕微，從而准駁之審查標準，自應相應放寬，故將之置於限制住居項下處理。然限制出境、出海畢竟對於人民入、出國境之權利影響甚鉅，刑事訴訟法（下稱本法）卻無明確法律作為規範，並有個案限制期間過長之情形，為兼顧人民權益之保障及偵、審實務之需求，並符合法律保留及明確性原則，立法院遂於民國 108 年 5 月 24 日三讀通過於本法新增「第八章之一限制出境、出海」（即本法第 93 條之 2 至第 93 條之 6）規定，並於同年 6 月 19 日經總統公布。考其立法方式顯係將限制出境、出海定位為「獨立型態的強制處分」，本質上即非認限制出境、出海為「羈押的替代處分」。…

又限制出境、出海既僅在保全刑事偵查、審判、執行之順利進行，非為確定被告對於本案是否應負擔罪責或科處刑罰，有關限制出境之事由是否具備、有無具有限制出境必要性之審酌，並毋須如同本案判決應採嚴格證明法則，將所有犯罪事實證明至「無合理懷疑之確信程度」，僅須依自由證明，對前揭要件事實證明至讓法院相信「很有可能如此」之程度即可。倘依卷內證據，被告犯罪嫌疑重大，有出境滯留他國不歸而逃亡之可能性存在，足以影響偵查、審判之進行或刑罰之執行，於必要時法院當得基於訴訟進行程度、犯罪性質、犯罪實際情狀及其他一切情事，審慎斟酌有無上開保全或預防目的，依職權妥適裁量限制其出境、出海，俾能兼顧國家刑事追訴、刑罰權之順暢執行及人權保障。至所謂必要與否，自應按照訴訟進行程度，及其他一切情事，由法院斟酌認定，倘法院限制出境、出海之裁定在目的與手段間之衡量並無明顯違反比例原則情形，即無違法或不當可言。

146◎限制出境、撤銷與停止羈押及其替代措施（例 8-1）

逕行搜索與偶然發現物之扣押

甲涉嫌剪開鐵窗闖入民宅竊盜，偵查中經檢察官屢次傳喚而無正當理由不到場，檢察官遂簽發拘票交由警方執行。雖然時間從容，但檢、警皆未向法院聲請搜索票，而是由警方持拘票直接至甲宅逕行搜索，隔日並陳報檢察官及法院。試問以下搜索、扣押，是否合法？

1、警員乙、丙至甲住居之一樓舊公寓執行拘提，敲門不應後強制進入。

乙、丙穿越屋前停車棚進入客廳，於茶几上瞥見一張票據，雖外觀無可疑之處，但為求萬全之計，仍予扣押。乙隨後打開儲藏室門，看見牆上吊有鴛鴦刀，架上放有（研判為剪鐵窗用之）油壓剪，皆予扣押。丙打開臥房門，趴下察看甲是否藏匿床下，卻發現十餘組已經拆解的汽車音響，並且後面線路有利器割斷痕跡，皆予扣押。事後，該票據經鑑定結果顯示乃偽造票據。

2、隨後，乙、丙又至屋前停車棚察看，終於發現甲藏匿在停放的 BMW X5 新車內的後座，遂予拘捕。警員丙向乙稱「他開這種車進口休旅車？也太豪華了吧？」，疑為贓車欲扣押之，乙則謂應先查證，遂以無線電回報車號，經查後果然發現是失竊贓車，遂予當場扣押。

3、甲上手銬束手就擒之後，乙、丙見為時尚早，遂由乙看守甲，丙再進入甲宅內翻箱倒櫃，隨後在甲的浴室內發現並扣押多包甲基安非他命及吸食器。

※ 圖表 1：搜索與意外發現物之扣押種類*

發動目的		結果處分	扣押標的	備註
A	A1	拘捕搜索 拘捕	—	基於拘捕搜索而拘捕
	A2	拘捕搜索 扣押	A2-1：§ 137 I 本案應扣押物	基於拘捕搜索而扣押
			A2-2：§ 152 另案應扣押物	
B	B1	偵查搜索 拘捕	—	基於偵查搜索而拘捕
	B2	偵查搜索 扣押	B2-1： 本案(原載)應扣押物	基於偵查搜索而扣押
			B2-2：§ 137 I 本案(其他)應扣押物	
			B2-3：§ 152 另案應扣押物	
C	—	扣押	C：§§ 137 I, 152? 另案應扣押物	非基於搜索之 「獨立扣押」

* 說明：本圖灰色區域為「偶然發現物」之扣押問題，案例所示主要涉及 A2-1 及 A2-2 等兩部分。B1 基於偵查搜索而拘捕者，例如為發現被告所藏證據而意外發現應逮捕之通緝犯的情形，與本題無關，在此不贅。關於 C 之獨立扣押問題，參本書之〈保全執行扣押、扣押種類及其競合（例 10）〉。

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 131 I, 133, 137, 152

【關鍵詞】搜索、扣押、逕行搜索、偶然發現、(本案)附帶扣押、另案(附帶)扣押

案例所示¹，包含搜索過程各種偶然發現物的扣押問題。略分為以下層次：

一、逕行搜索 (§ 131 I) 的發動及執行之合法性。發動部分之爭點為「無急迫情形」可否為無令狀之逕行搜索？執行部分之重點為拘捕目的對搜索執行方式的限制作用。

二、逕行搜索過程的偶然發現物，可否為本案及另案之附帶扣押？判斷所發現者為應扣押之物的標準何在²？

貳、〔解析〕

一、搜索「發動」與「執行」之合法性判斷

(一) 無令狀逕行搜索「發動」之合法性

1、搜索「發動」合法性之審查順序

案例所示搜索及其隨後的扣押是否合法，首應討論搜索之「發動」本身的合法性。刑訴法就搜索發動採行相對法官保留原則，以有令狀

¹ 參王兆鵬，〈附帶扣押、另案扣押與一目瞭然法則〉，《路檢、盤查與人權》，2001.06，頁33-52（＝《律師雜誌》，255期，2000.12，頁47-59）；林鈺雄，〈逕行搜索與扣押之合理依據〉，《臺灣本土法學》，28期，2001.11，頁104-107；林鈺雄，〈無令狀搜索（二）：逕行搜索〉，《司法周刊》，1047期，2001.09.05，頁2。

² 參林鈺雄，註釋/搜索，§ 137/1～及§ 152/1～之說明。

搜索為原則（§§ 128, 128-1），無令狀搜索為例外（§§ 130~131-1）。在此所稱令狀，係指「事先」由「法官」核發的搜索票，一旦搜索未持此一令狀者，其合法性審查，順序上即應進入無令狀搜索的例外情形討論；就此，我國法係以一一列舉（sog. *numerus clausus*）而非概括規定方式³，來羅列各種無令狀搜索之發動事由，因此，個案的審查順序大致為：

- 1) 先判斷系爭行為是否屬於搜索。
- 2) 若是，則依照有、無持搜索票，並分別進入有令狀搜索與無令狀搜索的要件審查。
- 3) 在未持搜索票情形，則以立法列舉的四種的無令狀搜索一一審查：3)-a、附帶搜索（§ 130）；3)-b、逕行搜索（§ 131 I）；3)-c、緊急搜索（§ 131 II）。若無以上三種之任何一種列舉事由，唯一可能的合法化無令狀搜索的發動事由，即是 3)-d、同意搜索（§ 131-1）。欠缺上述四種的任何一種事由之無令狀搜索，即屬違法搜索⁴。
- 4) 在違法搜索情形，進入（依附性）證據使用禁止的審查。

³ 如德國刑事訴訟法（vgl. § 105 I StPO），搜索以相對法官保留為原則，而例外情形，是以來不及事先向法官取得搜索票之「遲延即生危險（Gefahr im Verzug）」，作為發動無令狀搜索的一般概括事由及共同基本要求，然後再區分各種下位類型之授權程序。Vgl. Benfer, Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 286 ff.; Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 255 ff.; M-G/S, StPO, § 105 Rn. 1 ff.; Malek/Wohlers, Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 11 ff.

⁴ 由此可知，在未持令狀搜索而又不符合 3)-a~3)-c 情形，同意搜索具有使原來的違法搜索「扭轉」為合法搜索的樞紐作用，因此，不但成為實務上警員最為流行的抗辯說詞，甚而也成為法官「挽救」個案中搜索合法性的關鍵依據，實務例示如 92 台上 5921、103 台上 1703。參林鈺雄，刑訴 1-Ch09:5; 1-Ch10:4.1.3.4。

2、本案之爭點與運用：「無急迫情形」之無令狀逕行搜索？

案例所示⁵警方所為係搜索，並無疑義，由於未持搜索票，故應進入各種無令狀搜索之審查（※以上 1)肯定；→2)否定；→3)審查）。應予注意，上述 2)有無令狀搜索之區別在於有無搜索票，因此，雖然本案例中警方係持檢察官核發之拘票而進入甲宅，但仍屬無令狀搜索，具體而言，應檢討其中的逕行搜索（3)-b)。

「因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者」，司法警察（官）「雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所」（§ 131 I ①）。本案警方持拘票而逕行搜索被告甲之住宅，形式上似乎符合上開法條文義要求⁶，但因「時間從容」，實質上卻無來不及事先向法院取得搜索票的「急迫情形」，此時，究竟發動無令狀之逕行搜索是否合法？即成問題。

關此，我國實務結論⁷，向來理所當然肯認上開情形得為無令狀之逕行搜索，毋庸事先向法院聲請搜索票，也不區分時間有無急迫之情形。如此見解，形式上雖不違反法條文義，但實質上則悖離了相對法官保留原則的立法意旨，因為既然沒有急迫情形，即應回歸由權限機

⁵ 由於本案明顯屬於刑事訴訟之「搜索」處分，以下討論亦僅限於此。若將刑事訴訟上其他類似搜索處分包含進來，還要考慮犯罪現場的履勘（§§ 230 III, 231 III）。此外，刑事訴訟之搜索皆以犯罪發生後之壓制性、追訴性目的（repressiv）為限，此與預防性目的（präventiv）之行政搜索或行政檢查有別，但兩者在個案亦有競合可能，在此不贅，實例參 94 台上 536（查獲偽藥案件）：「搜索為要式行為，…應用搜索票；依卷內資料，未見有搜索票之聲請書、搜索票之副本或搜索扣押筆錄，且證人即萬華區衛生所人員黃○木於第一審證稱『因沒有搜索權故未前往房間搜索』，則八十九年九月七日萬華區衛生所人員會同警員所為之搜索是否依法定程序為之，已非無疑義？…」另參 97 台上 6884（海關因緝私目的，對於郵包實施包含開拆之檢查手段）、105 台上 411（開挖違法廢棄物現場之行政檢查）。

⁶ 本案事實係至被告甲而非第三人住所搜索被告甲，因此，「有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者」的要件，在個案中幾無審查實益可言。

⁷ 只能說是「結論」認為如此，因為詳究其實，關鍵恐是實務根本尚無此一問題意識，因此也鮮見針對此一問題特別說明的裁判。

關即法官核發搜索票才對。此外，就立法論言，雖然持拘票而拘提情形，拘票已經經過事先審查程序才核發，因此或可解釋為「有無進入住宅搜索被告之必要性，已經隨同拘票而被一併審查了」；然而，此種理由僅適用於拘票也是由法官核發之立法例，但我國刑訴法就拘票卻仍採行二分模式，偵查中由檢察官而非法官核發（§§ 71 IV, 77 III）。由是可知，除非未來立法將拘票核發權限也同樣改採法官保留原則，否則，在無急迫情形，不宜以檢察官的拘票代替法官的搜索票，以免形成法官保留的評價矛盾。

就案例所示搜索「發動」之合法性而言，既然時間從容，檢警似宜事先向法官聲請搜索票再為搜索。但若依我國實務，則無此必要，下文亦以本案「發動」合法之實務見解為前提，而檢討其「執行」及隨後扣押行為之合法性。

（二）無令狀逕行搜索「執行」之合法性：拘捕搜索之目的限制

搜索「發動」與「執行」之合法性，兩個層次有別，前者合法後者未必合法，如依法發動有令狀搜索但執行時卻不必要地破門而入，即是一例。關於搜索「執行」之合法性，刑訴法已有諸多執行程序及其限制的一般性規定（如§§ 123~127, 136~），自應遵守無疑。此外，逕行搜索尚有執行後之特別程序規定，警員應於執行後3日內報告該管檢察署檢察官及法院；法院認為不應准許者，應於5日內撤銷之；若逕行搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據（§ 131 III, IV）。本案警員已於執行後期限內依法陳報，受陳報法院必須特別注意下述拘捕目的之限制的違反問題。

除了上述以外，執行逕行搜索時，應受搜索目的之特別限制。簡言之，搜索依其目的在於「發現應受拘捕之人」（找人）或「發現應扣押之物」（找物），分為拘捕搜索（Ergreifungsdurchsuchung）與偵查搜索（Ermittlungsdurchsuchung），前者搜索後通常緊隨拘捕處分，後者搜索後往往緊隨扣押程序，因此，搜索既是扣押的手段，也是拘捕之執行方法。上開目的將影響搜索執行合法性的判斷。

案例所示逕行搜索，一來屬於拘捕搜索（§ 131 I 所列各款事由，皆同），二來也僅以此為限，具體而言，包括下列三項執行限制：

1、逕行搜索以合法之拘捕為前提。逕行搜索，是附隨於拘捕而為的搜索（附帶搜索亦同），因此，拘捕本身必須合法發動，始得進而合法搜索。附隨於違法拘捕之逕行搜索，則屬違法搜索。

2、逕行搜索之執行方式，受到拘捕目的之限制。亦即，既然逕行搜索目的限定於發現應受拘捕人，而非在於蒐集保全證據或發現應扣押物，因此，不得逾越上述拘捕目的而為偵查搜索之行為，否則即屬違法搜索。

3、逕行搜索之容許時點，僅限於發現應受拘捕人之前。一旦發現並拘捕者，逕行搜索目的已經達成，容許搜索的理由也不復存在，因此，應即終結逕行搜索之執行，此際，除了對被告身體及隨身物件等之附帶搜索（§ 130）以外，不得再為任何的搜索⁸。

就 Q1-Q3 所示搜索「執行」之合法性，警察乙、丙所執行者雖為合法之拘提（§§ 75, 77, 78），得依法而無令狀逕行搜索甲的公寓（§ 131 I ①），但受拘捕目的之限制，搜索僅能找人（被告甲），不得從事專為發現證據目的之搜索行為。Q1、Q2 所示乙、丙所有的蒐尋範圍（客廳、儲藏室、臥房、床底、車棚及車內）都是可能藏匿甲之處，並且蒐尋時間都在發現甲之前，符合逕行搜索之前述限制；此外，此項拘捕搜索目的在於找人，發現甲後隨即拘捕之，亦屬合法。反之，Q3 情形由於甲已經被發現且被拘捕，隨後翻箱倒櫃的搜索，已經逾越逕行搜索目的以及容許時點的特別限制。

⁸ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch10:4.1.1/3。以上所述拘捕搜索與偵查搜索的基本分類，以及§ 131 I 拘捕搜索之三項執行限制，我國實務見解（參附錄）皆已逐一採納，如 96 台上 479 及 96 台上 4318 皆表示§ 131 I 搜索之目的在於發現被告、犯罪嫌疑人或應被拘提之人，為「人」之發現，非為「扣押物」之發現；100 台上 2966 針對§ 131 I 表示：一來其前提應以有合法拘捕或羈押行為之存在為必要，二來搜索則著重在「發現應受拘捕之人」（找人），其執行方式應受拘捕目的之限制，除於搜索進行過程中意外發現應扣押之物得予扣押外，不得從事逸出拘捕目的之搜索、扣押行為，三來並應於拘捕目的達成後立即終止。102 台上 59 同旨。

二、扣押偶然發現物之合法性判斷

搜索與扣押係特別相關之干預處分。若從扣押的角度出發來探討其與搜索的關係（※圖表1），可略分為基於搜索而來的扣押（※A、B類），以及非因搜索而來的獨立扣押（※C類）⁹。結合前述搜索（目的）的分類，可以發現如圖表1所示的三種基本關係（※A、B、C類）及八種派生分類（※A1、A2-1、A2-2、B1、B2-1、B2-2、B2-3、C），其中又有五種派生分類（※A2-1、A2-2、B2-2、B2-3、C），會有下述的偶然發現物之扣押問題。

簡言之，Q1-Q3 所示附隨於拘捕搜索的偶然發現物，應探討A2-1、A2-2 兩類的附帶扣押問題（下述（一）、（二））。

（一）偶然發現物之附帶扣押

案例所示情形，執行警員進入住宅處所逕行搜索時，若意外發現犯罪證據或違禁物者，得否扣押？對於此種偶然（或稱意外）發現物（Zufallsfunde）之扣押¹⁰，我國法區別所發現者乃本案或另案應扣押之物，分別規定本案附帶扣押（§137 I）及另案附帶扣押（§152）兩種情形，但其得予以扣押的效果並無不同¹¹。其次，無論是有、無令狀之搜索¹²，亦無論拘捕或偵查搜索，只要搜索本身合法，皆得依法附帶扣押，但拘捕搜索應特別注意前文一、（二）所列的三項要件限制。

⁹ 關於C類之獨立扣押問題，參本書之〈保全執行扣押、扣押種類及其競合（例10）〉。

¹⁰ Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 258; Benfer, a.a.O., Rn. 453 ff.; M-G/S, StPO, § 108 Rn. 1 ff.; Malek/Wohlers, a.a.O., Rn. 46; Roxin/Schünemann, StVR, 24/53, 35/11 f., 14.

¹¹ 國內通稱前條項（§137 I）為附帶扣押，後條項（§152）為另案扣押。但此兩種其實皆是附帶性質的扣押，只不過有本案另案之別，因此宜依本文之全稱為當。此外，國內學說有援引美國法之 plain view 法則來判斷本文所稱的偶然發現物者，參王兆鵬，註1文，頁39-52；103台上448亦同（參附錄）。

¹² §137 I 所定「...執行搜索或扣押時，發現本案應扣押之物為搜索票所未記載者，亦得扣押之」，條條文字易令人誤解為僅適用於有令狀搜索情形，但解釋上應包含無令狀搜索情形，此點，從§152亦可獲得印證：無令狀搜索連另案附帶扣押都容許了，何況是本案附帶扣押！

所稱應扣押之物，扣押客體包括可為證據之物及得沒收之物 (§ 133 I)。前者即出於證據目的之「證據扣押」(Beweismittelbeschlagnahme)，扣押客體泛指一切證據資料可能附存之物，並不以直接證據為限。後者係為了保全將來沒收執行目的之扣押，稱為「保全執行扣押」(Beschlagnahme zur Vollstreckungssicherung)¹³，此種保全沒收扣押之扣押客體包含：違禁物(刑§38 I)、犯罪物(刑§38 II：供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物)及犯罪所得(刑§38-1)。同一客體往往存在證據用途及保全沒收這兩種目的，形成競合，兩者並無排斥關係，如違反槍砲彈藥刀械管制條例而持有之鴛鴦刀(證據+違禁物)，或如竊盜犯剪斷鐵窗用的油壓剪(證據+犯罪工具)¹⁴。

(二) 扣押偶然發現物之「合理依據」

1、合理依據乃扣押前提

逕行搜索過程意外發現的本案或另案應扣押之物，雖得依法扣押，但是，「可為」證據或「得」沒收之物，判斷的標準何在？尤其是另案附帶扣押 (§ 152)，所稱另案，係相對於發動搜索的本案而言，雖說另案只需為本案以外之刑事犯罪案件即可，至於是否已經為偵查機關所發覺、是否已經進入偵查程序或審判程序，在非所問¹⁵。但是，如何從發現物而判斷存有另案？何從知悉、判斷發現物是否為另案應扣押之物？此即判斷應扣押物之合理依據問題。

扣押，可能是附隨於無令狀(如 Q1-Q3)或有令狀搜索之扣押，

¹³ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch29:2.1；王士帆，〈犯罪所得沒收與追徵之保全扣押—談立法定位〉，刊：沒收 II，2016.09，頁 355-374。另參本書之〈保全執行扣押、扣押種類及其競合(例 10)〉。

¹⁴ 競合問題參潘怡宏，〈論保全證據與保全沒收執行之獨立扣押的競合〉，《萬國法律》，207 期，2016.06，頁 15-27。關於競合問題，參本書之〈保全執行扣押、扣押種類及其競合(例 10)〉。

¹⁵ Vgl. Benfer, a.a.O., Rn. 456. 參林鈺雄，刑訴 I-Ch10:4.2.3；97 台上 624 同說：§ 152 另案扣押之規定，該另案不以已經發覺之案件為限，以便保持機動性、保全該證據，利於真實之發現及公共利益之維護。

可能是附隨於拘捕搜索（如 Q1-Q3）或偵查搜索之扣押，也可能是非關搜索之獨立扣押。無論何種扣押，扣押物的判斷，皆應合乎「合理依據」的判斷基準；但在不同的情況，合理依據的運用及判斷人有別：除了在有令狀搜索情形是由法官決定票載應扣押物之外¹⁶，其他幾乎所有的扣押（包括在有令狀或無令狀搜索過程所為之本案附帶或另案附帶扣押），都必須由執行人員臨場判斷發現物是否屬於可為證據或得沒收之物。

2、合理依據之判斷標準

上述臨場的判斷標準何在？基本上包含「由發現物本身得知」以及「由發現物存在的方式、狀態推知」兩種類型¹⁷。前者尤指違禁品情形，如於搜索住宅時發現改造手槍，該手槍本身已足以表示有違反槍砲彈藥刀械管制條例的犯罪存在，因此有扣押之合理依據；案例所示的鴛鴦刀，亦屬同條例所定義之刀械，情形亦同。應予注意，在違禁品以外之情形，如由發現物本身得知其為本案犯罪證物者，其「得知」往往必須結合本案已知的犯罪資訊，可稱為「附條件之合理依據」（類似附條件之關連性的判斷）；如 Q1 所示，已知本案屬剪斷鐵窗闖入民宅之竊盜，據此資訊結合於甲宅所發現的油壓剪，足以建立其為本案應扣押之物的合理依據，得扣押之。反之，若無此連結，單是油壓剪還不足以建立此種合理依據。

¹⁶ 若以有令狀之偵查搜索為例，法官須於搜索票記載「應扣押之物」（§ 128 II ② 後），此種記載具有「預測」的特性，因為在核發搜索票時，往往還不能精確特定應扣押之物的明細。此時，所稱的合理依據，除了「有事實足認其存有者」之外，尚且包括「依照邏輯演繹或（刑事偵查）經驗歸納，可得推測其存有者」，例如由現場剪斷之鐵鍊推知嫌犯有「油壓剪」，或如販賣毒品者必有「磅秤與分裝袋」。於此情形，合理依據的判斷已經由法官在核發搜索票時一併審查，因此，有令狀搜索之偵查搜索，對於票載應扣押之物的「扣押」，幾近於「機械式」的扣押，執行人員搜索發現票載之物後只要執行扣押動作即可，通常不必再行審查票載之物是否屬於可為證據或得沒收之物。當然，在概括搜索票的情形，例如應扣押之物欄記載為「一切不法證物」，那就另當別論。參林鈺雄，註釋/搜索，§ 133/1~。

¹⁷ Vgl. Benfer, a.a.O., Rn. 457 f.

「由發現物存在的方式、狀態推知」，如 Q1 所示在臥房床底發現十餘組已經拆解且線路割斷的汽車音響。雖然，持有汽車音響本身並不違法，但是，從發現物的龐大數量（就算是玩音響的人，也絕少有這麼多台音響，更何況還是「汽車」音響）、所在位置（臥房底下不是放置汽車音響的正常位置，暗示某種藏匿）及狀態（線路割斷往往是時間急迫的竊賊所為）方式綜合判斷，暗示或指向（hindeuten）可能存有某個本案或另案犯罪（竊盜罪或贓物罪）。

扣押之依據只需合理而毋庸絕對確定。通常，除了一望即知的違禁品外，合理依據只是一種依照刑事偵查經驗的「高度可能性判斷」，並不需要到達「極其明顯」或「非常確定」的程度。但是，單純的懷疑、臆測，不足以構成合理之依據。例如，搜索吸毒者的公寓時，扣押搜索票未載的英國監聽級昂貴音響，而其扣押的理由僅為「住這種破舊公寓的被告，不可能玩得起這麼高級的音響」者¹⁸；案例所示警員丙對 BMW X5 高級休旅車的懷疑，也是類似情形。再如，若於搜索過程發現非關本案且外觀並無可疑之處的票據¹⁹，該扣押欠缺合理依據，就算執行人員認為「像被告這種人如果偽造、變造票據，一點也不意外」，這也是單純的懷疑、臆測。至於扣押後帶回查證，發現果然是偽造票據者，也不因而使先前之違法扣押變成合法扣押。

3、合理依據之流動特性

依據是否合理，並非一成不變，而是具有流動特性，可能因為時間的推移、執行人員接續的動作、執行搜索時在場人的反應及其他環境因素而改變。例如，警員執行搜索時，發現受搜索人（貪污罪之被告）趁警方不注意時以手將某帳冊遮掩，這種此地無銀三百兩的反應，可能因此建立對扣押該帳冊的合理依據。再如案例所示，警員對於車庫的 BMW X5 高級新車，剛開始只是單純的懷疑、臆測，並非扣押之合理依據；但在乙因懷疑而將看到的車號以無線電回報，並經查證是

¹⁸ 參王兆鵬，註 1 文，頁 34 所舉之案例三。Vgl. Benfer, a.a.O., Rn. 457 f.

¹⁹ 參王兆鵬，註 1 文，頁 34 所舉之案例二。

失竊賊車時，合理依據已經建立，得扣押之。

（三）附帶扣押後之處置

無論是本案或另案的附帶扣押，性質上皆屬於暫時性扣押（*einstweilige Beschlagnahme*）。據此，刑訴法明定，由司法警察（官）所為的本案附帶扣押，「應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之」（§ 137 II 準用§ 131 III）。另案附帶扣押，雖無以上準用規定，僅規定應於扣押後「分別送交該管法院或檢察官」（§ 152 後段），此時，法院應依職權審查其前階段之本案搜索是否合法（103 台上 448，參附錄）。

參、〔結論〕

案例所示各種情形，歸納結論如下：

1、警員為執行拘提甲，得持拘票進入甲宅為無令狀之逕行搜索（§ 131 I ①）。依照我國實務之認知，即便如案例所示無急迫情形，亦得發動無令狀之逕行搜索，並無向法院聲請搜索票之必要。

2、逕行搜索乃拘捕搜索，而非偵查搜索，故其搜索過程所發現的本案或另案應扣押之物，雖得附帶扣押之（§§ 137 I, 152），但受下列 1)~3)項的執行限制以及第 4)項的扣押合理依據之限制：

- 1) 逕行搜索以合法之拘捕為前提；
- 2) 逕行搜索之執行方式，受到拘捕目的之限制，不得為找尋應扣押之物而搜索。（103 台上 448 稱其執行方式必須「在目視範圍以內發現另案應扣押之物」）。
- 3) 逕行搜索之容許時點，僅限於發現應受拘捕人之前，不得在發現並拘捕甲之目的達成後仍繼續搜索。
- 4) 逕行搜索所偶然發現之證據，以「有合理根據」認為其屬本案或另案的應扣押之物為限。

據此，Q1、Q2 的搜索合乎 1)~3)要件，故應繼續討論 4)的扣押合理依據問題。反之，Q3 警員已完成拘捕之後又入屋內翻箱倒櫃的搜

索，已經顯然逾越 2)、3) 的限制，已屬違法搜索，毋庸討論 4) 的爭點。

3、所有扣押，皆須有合理依據。逕行搜索過程之附帶扣押 (§§ 131 I ①, 137 I, 152)，亦須有合理依據來判斷所發現者係可為本案或另案之犯罪證據或得沒收之物 (§ 133 I)，具體而言，包括「由發現物本身得知」及「由發現物存在的方式、狀態推知」兩種情形，其於本案運用情形如下：

- 1) 並無任何客觀跡象顯示票據可能是偽造，警員不得單憑臆測而扣押，故該扣押因欠缺合理依據而違法。票據後來雖經證實乃偽造，但並不因此而使先前之違法扣押成為合法扣押。
- 2) 鴛鴦刀屬違禁刀械，一望可知，乃「由發現物本身得知」為應扣押之物的典型情形，具有扣押之合理依據。
- 3) 由於本案乃剪斷鐵窗之竊盜案，而一般人家中也少有油壓剪，因此綜合以觀有客觀基礎令人相信甲宅發現的油壓剪，可能是本案證物及犯罪工具，具有扣押之合理依據。
- 4) 持有汽車音響本身並不違法，但是，從其藏匿的數量（十餘組）、位置（臥房床底）及狀態（割斷線路）綜合判斷，暗示可能存有某個犯罪（本案或另案竊盜罪或贓物罪），屬於「由發現物存在的方式、狀態推知」的合理依據，得扣押之。
- 5) 警員單純對被告之全新 BMW X5 的懷疑，不足構成扣押基礎；但扣押之合理依據具有流動性，在警員輸入車號查證為贓車的時點之後，合理依據建立，得扣押之。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 94 台上 3062（拘捕搜索之目的限制）

（§ 131 I）…搜索之目的在於發現被告、犯罪嫌疑人或應被拘提之人，故不能為發現應扣押物而為搜索，僅得於搜索被告、犯罪嫌疑人或應被拘提之人的過程中，發現應扣押之物時，予以扣押，且於發現應被逮捕或拘提之人後，即應停止搜索，否則，其搜索即屬違法；另有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫之情形，而得逕行搜索住宅或其他處所者，其搜索之主要目的，在於阻止犯罪，故侵入發現無犯罪或犯罪之痕跡，應立即退出，而不得為搜

索，如發現犯罪或有犯罪痕跡，雖得逮捕人犯，並搜索其身體及其雙手所及之範圍，扣押因此所得暨眼睛所能見到之應扣押物，但不得為逾越逮捕人犯所必要之搜索，否則，其搜索亦屬違法。

※ 96 台上 4318（拘捕搜索之目的限制）

（§ 131 I）...得逕行對被告或犯罪嫌疑人住宅或其他處所之搜索，旨在發現被告、犯罪嫌疑人或應被拘提之人，為「人」之發現，非為「扣押物」之發現，故於發現應被逮捕或拘提之人後，即應停止搜索。另上開有明顯事實足信為有人內犯罪而情形急迫之情形，得逕行搜索住處之目的，在於阻止犯罪，一旦發現無犯罪或犯罪之痕跡，應立即退出；至對於「扣押物」之扣押，除有針對扣押物之搜索票外，僅得於搜索被告、犯罪嫌疑人或應被拘提之人之過程中，發現應扣押之物時，予以扣押。

※ 97 台上 624（另案附帶扣押）

上訴人有多次毒品前科，此次亦因毒品案件經通緝，經基隆市警察局申請搜索票在案，其於原所核發搜索之範圍，發現另犯本案未經許可寄藏槍彈罪刑，依刑事訴訟法第一百五十二條「另案扣押」之規定，該另案不以已經發覺之案件為限，以便保持機動性、保全該證據，利於真實之發現及公共利益之維護，要為當然之解釋，除非警方故意規避規定，迂迴搜索、扣押，違背程序正義外，自具證據適格性。本件警方因上訴人通緝在案，依法聲請搜索票，內容雖以毒品案件為限，惟既在搜索處所發覺槍、彈，自得為「另案扣押」。

※ 100 台上 2966（拘捕搜索之目的限制）

刑事訴訟法第一百三十條之附帶搜索及第一百三十一條第一項之緊急搜索，係為因應搜索本質上帶有急迫性、突襲性之處分，難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形，於實施拘捕行為之際，基於保護執行人員人身安全，防止被逮捕人逃亡與湮滅罪證，在必要與不可或缺之限度下所設令狀搜索之例外規定；其前提均應以有合法拘捕或羈押行為之存在為必要，但前者搜索之目的在於「發現應扣押物」（找物），因此對於受搜索人所得「立即控制」之範圍及場所，包括所使用具機動性之汽、機車等交通工具均得實施搜索，並於搜索過程中就所發現之物予以扣押之處分；而後者之搜索則著重在「發現應受拘捕之人」（找人），其執行方式應受拘捕目的之限制，除於搜索進行過程中意外發現應扣押之物得予扣押外，不得從事逸出拘捕目的之搜索、扣押行為，並應於拘捕目的達成後立即終止，但為防止執法人員遭受被拘捕人之攻擊，防止其湮滅隨身證據，此際，自可對該被拘捕人之身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所實施附帶搜索。就此拘捕之是否合法、搜索與扣押程序有無合理之依據，則由法院為事後審查以判斷所扣押之物得否為證據。

※ 103 台上 448（另案附帶扣押、一目瞭然法則）

刑事訴訟法第一百五十二條規定之「另案扣押」，係源自於「一目瞭然」法則，亦即執法人員在合法執行本案搜索、扣押時，若在目視範圍以內發現另案應扣押之物，得無令狀予以扣押之。所謂另案，不以已經發覺之案件為限，以便機動性地保全該證據，俾利於真實之發現及公共利益之維護；但為避免執法人員假藉一紙搜索票進行所謂釣魚式的搜括，此之扣押所容准者，應僅限於執法人員以目視方式發現之其他證據，而非授權執法人員為另一個搜索行為。本條就另案扣押所取得之物，雖僅規定「分別送交該管法院或檢察官」，而無類如同法第一百三十七條「附帶扣押」第二項準用第一百三十一條第三項之規定，應報由法院事後審查該扣押之合法性，惟鑒於其仍屬事先未經令狀審查之扣押，對扣押物而言，性質上與無票搜索無殊，故案件遇有司法警察機關實施「另案扣押」時，法院自仍應依職權審查其前階段之本案搜索是否合法，苟前階段之搜索違法，則後階段之「另案扣押」應屬第二次違法，所取得之證據應予排除；至若前階段之搜索合法，則應就個案之具體情節，審視其有無相當理由信其係得為證據或得沒收之物？是否為司法警察意外的、偶然的發現？以及依扣押物之性質與有無扣押之必要性，據以判斷「另案扣押」是否符合法律之正當性，並有刑事訴訟法第一百五十八條之四規定之適用。

162◎逕行搜索與偶然發現物之扣押（例9）

保全執行扣押、扣押種類及其競合

甲涉嫌進口低價越南茶葉，佯充國產高山茶，以每（台）斤（新臺幣，下同）2000元，售出2500斤，得款500萬元；另甲又以20斤，向不知情的乙交換其二手機車。案經檢察官起訴後，法院最後認定甲所為構成刑法詐欺罪，但不另論食安法罪名。甲之律師抗辯以下1、2之扣押程序不合法，試問其抗辯有無理由？

- 1、設若本案偵查中，檢察官因查無甲名下銀行帳戶及其他財產，故為保全追徵500萬元價額而聲請法院扣押甲名下唯一之不動產A屋一棟，市價約800萬元。甲之律師抗辯：甲購買、過戶該A屋之時點在系爭詐欺犯行「之前」，顯非不法取得或變得之物，欠缺關聯性，故不得為保全執行沒收/追徵而扣押A屋（Q1-a）；再者，甲扣除支出成本200萬元後僅獲利300萬元，且縱使以500萬元總額為準，保全扣押價額卻高達800萬元，違反比例原則（Q1-b）。
- 2、設若本案偵查中乙知悉上開詐欺事宜後，報案要求索回機車；警員丙碰巧路過甲家附近路口時見一機車，隨手輸入其車號查詢，發現此即乙車，以口頭報請檢察官，檢察官認此乃詐欺犯罪之證物，遂諭知准予扣押，丙隨後將機車拖吊回警局放置。甲之律師抗辯，檢察扣押該車未事先取得法官之扣押令狀（Q2-a），且犯罪所得未依保全沒收扣押規定為之，其扣押程序不合法（Q2-b）。
- 3、設若審判中皆無購買茶葉的被害人出面，法院遂諭知追徵甲500萬元。案件確定後經媒體報導，曾向甲購買50斤該批茶葉之被害人丁始知悉被詐欺事宜，遂持當初購買發票及剩餘包裝空罐向地檢署執行科，請求自甲執行所得500萬元財產中給付10萬元，但丁並未取得民事執行名義。檢察官應如何處置？丁有無救濟途徑？

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 133, 133-1, 133-2, 404, 416, 473

【關鍵詞】扣押、非附隨於搜索之扣押、證據扣押、保全扣押、保全執行扣押、（保全）沒收扣押、（保全）追徵扣押、扣押競合、發還

本案沒收程序爭點，在於保全沒收/追徵執行之扣押的標的及範圍，及其與證據扣押之扣押競合，以及沒收執行程序之發還問題。關此，刑訴新法（§§ 133~，473）¹為配合刑法沒收新制，有諸多變革。案例問題說明如下：

一、保全追徵執行之扣押（追徵扣押）。為了保全追徵執行目的而發動之扣押（§ 133 II），其扣押標的為何？是否以本案犯罪所得所變而具關聯性之財產為限？其與保全沒收執行之扣押（§ 133 I：「得沒收之物」）的扣押標的，有何不同（Q1-a）？扣押總價額是否必須等於或低於本案不法利得，始符合比例原則（Q1-b）？

二、證據扣押與扣押競合。非附隨於搜索之證據扣押（§ 133 I：「可為證據之物」，得扣押之；§ 133-1 I：非附隨於搜索之扣押…），我國法並無「獨立扣押令」之規定，其決定機關及扣押程序究竟為何（Q2-a）²？再者，同一標的物，若發生證據扣押 v. 保全沒收/追徵扣押之目的競合時，應如何處理？程序上應如何踐行，始為合法（Q2-b）？

三、未受實際合法發還，於判決確定後始出面之財產犯罪被害人，得否於刑事執行程序主張自執行財產中優先求償？其要件為何？有無救濟途徑（Q3）？

¹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch29:2 及【案例 29-1：洗茶詐欺案】：王士帆，〈犯罪所得沒收與追徵之保全扣押—談立法定位〉，刊：沒收 II，頁 355-374；林鈺雄，〈綜覽沒收程序新法（上/下）〉，《月旦法學教室》，174/175 期，2017.04/05，頁 44-56/47-57；潘怡宏，〈保全扣押之發動要件與扣押競合之處理 1/2〉，《法務通訊》，2818/2819 期，2016.09.23/30，頁 4-6/4-6（＝沒收 V，頁 355-371）。

² 參林鈺雄，〈警察之扣押權限〉，《月旦法學雜誌》，78 期，2001.11，頁 14-15；潘怡宏，〈論保全證據與保全沒收執行之獨立扣押的競合〉，《萬國法律》，207 期，2016.06，頁 15-27。

貳、〔解析〕

一、保全扣押之標的及範圍

（一）廣義之扣押概念：扣押之種類

搜索與扣押並列為刑事訴訟上常見的干預處分，兩者雖可能緊密關連，但其概念仍不同，未必附隨發生³。扣押是一種定暫時性權利狀態的保全追訴或執行措施，藉此先行將相對人的系爭標的，置於國家的實力支配之下。廣義的扣押概念（*Beschlagnahme i.w.S.*），依其目的及標的可區分為以下兩大類⁴：

A、為了保全證據目的之扣押，簡稱為「證據扣押」（*Beweismittelbeschlagnahme*）。

B、為了保全將來沒收執行目的之扣押，簡稱為「保全執行扣押」（*Beschlagnahme zur Vollstreckungssicherung*），依其保全客體乃原沒收標的或其替代價額（即追徵）再區分為：

³ 據此，德國刑事訴訟法不但將搜索（*Durchsuchung*；§§ 102 ff. StPO）與扣押（*Beschlagnahme*）分別規定，亦將以下 A、B 兩類扣押的授權基礎分開規定（證據扣押：§§ 94 ff. StPO；保全執行扣押：§§ 111b ff. StPO），其發動程序不同，執行方式有別，但無論搜索或何類扣押都是採取相對的法官保留原則。

⁴ 就理論言，還有第三類：C、為保全將來「發還目的」之扣押（發還扣押）。如德國沒收舊制因採潛在被害人求償權即排除沒收之模式（§ 73 I S. 2 StGB a.F.），例如犯竊盜罪之贓物或其替代價額，「既然實體上並未落入沒收範圍，程序上本來無從為了保全沒收執行目的而予（假）扣押。但是，為了加強保障被害人，並以國家公權力作用來協助被害人求償權之實現，德國刑事訴訟法明文規定償還協助的機制（§ 111b V StPO a.F.），使得（假）扣押措施亦能運用在被害人求償權之保全目的。或者倒過來說，為了保全被害人求償權，亦得（假）扣押，並不限於保全沒收或保全證據之目的而已。」參林鈺雄，〈沒收之程序問題—德國法之鳥瞰與借鏡〉，刊：沒收 II，頁 325-354（342）。然我國無論新舊法皆未創設此種類型的（假）扣押，因此以上開竊盜贓物為例，一旦證據目的達成後，就再無扣押的法律授權依據，繼續扣押將會成為違反法律保留原則的違法扣押。

—B1、保全沒收原標的之（狹義）「沒收扣押」，以及

—B2、保全追徵其替代價額的「追徵（假）扣押」，而後者本質上就是一種「假扣押」。我國法一般泛稱的「保全扣押」，究竟是泛指以上 B 類（包含 B1 及 B2），或者專指其中的 B2 而言，語意上並不清楚。

由於以上 A、B 兩類的扣押目的不同（A 類保全目的不在於未來的財產剝奪），效力有別。以禁止處分效力為例（§ 133 VI：「依本法所為之扣押，具有禁止處分之效力」），此乃保全執行扣押（B 類）所特有的效力；反之，證據扣押（A 類）則無此效力。其道理在於，設定負擔（如動產質權、不動產抵押權）等處分行為，原則上不會妨礙證據保全的目的，A 類扣押目的本來就不在於讓國家（或被害人）終局取得財產標的權利，而是為了證據調查之必要而已；更何況在調查證據完畢已無保全必要之後，除另有 B 類沒收原因之外，原則上也要發還給物主（§ 142 I）。再如，A、B 兩大類扣押的執行問題也不一樣；甚至於，B 類的 B1、B2 雖目的相同，但其扣押範圍及執行方式亦不盡相同。據此，假使某個標的物同時具有 A 類保全證據及 B 類保全沒收執行之原因，便會產生兩種扣押之競合（下文二、（二））。

（二）沒收扣押 v. 追徵（假）扣押

為了確保沒收或追徵宣告的終局裁判於未來執行的可能性，實現剝奪犯罪物或不法所得的實體法宗旨，程序法上必須規劃暫時性的保全措施，先行將沒收或追徵標的置於國家的實力支配之下，以防止標的在追訴程序中途被不當處分或貶值。沒收扣押與追徵（假）扣押之保全措施，是對應刑法不同沒收客體而來的區別。簡言之，依我國刑法的利得沒收新制，無論是直接利得或間接利得（利用、替代品）的「原客體」，例如收受賄賂之名畫（直接利得）或以該名畫換得之跑車（間接利得/替代品），皆屬沒收範圍。此外，除宣告沒收原客體之外，若原客體已全部或一部不存在而不能或其性質不宜執行沒收時，則轉換為追徵相當於客體價值的替代價額（刑§ 38-1 III；如前例名畫或跑車已毀損而改追徵與其相當之 300 萬元金錢價額），以保全受宣告人之責任財產中用以支付追徵之價額。對應到保全程序，「沒收扣押」乃針

對原沒收客體（前例名畫、跑車）之保全措施，「追徵（假）扣押」則是針對追徵其金錢替代價額（前例 300 萬元）之保全措施⁵。

簡言之，在此所稱「沒收扣押」（保全沒收執行之扣押），係指為了保全沒收原利得客體之將來執行，所進行的暫時性處分（§ 133 I：「...得沒收之物，得扣押之。」）；所稱「追徵（假）扣押」（保全追徵執行之（假）扣押），係指為了保全追徵原利得之金錢替代價額之將來執行，所進行的暫時性處分，於我國法常被稱為「保全扣押」（§ 133 II：「為保全追徵，必要時得酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產。」）。

沒收扣押與追徵（假）扣押，出發點固然相同，但其具體執行方式，則因保全客體的性質迥異而有所不同。若是沒收原客體之特定物，如前例名畫或跑車本身，沒收標的已經特定，不會及於相對人（受沒收入）的其他財產；既然實體上沒收客體僅限於「該特定標的」，程序上沒收扣押的保全客體也應以此為限。反之，若是沒收其替代價額，本質上是國家對相對人的公法金錢債權，沒收執行重點在於其「金錢價額」（前例之 300 萬元）之實現，因此追徵（假）扣押的可能保全客體並不限於特定標的，相對人的「全部責任財產」都是潛在的保全標的，譬如可能是其名下的帳戶存款、動產或不動產等等，只不過追徵（假）扣押也僅以實現其替代額度所必要的範圍為限，但不可分割的財產標的則有超額扣押的可能，尤其是不動產⁶。

以上反映到執程序，兩者亦有顯著區別：沒收扣押之原標的所有權或其他權利，由於在宣告沒收確定時就直接移轉至國庫（刑§ 38-3 I），如前例名畫、跑車所有權已移轉給國家，因此其刑事執程序已經大致完成；反之，追徵（假）扣押於宣告沒收確定後，其真正實現的執程序才剛要開始而已，如前例將所保全之被告名下不動產變價

⁵ 參王士帆，註 1 文，頁 358-361；林鈺雄，註 4 文，頁 333-345。

關於金錢價額之利得沒收的特性，參林鈺雄，〈金錢利得及其替代價額之沒收—評最高法院 104 年度台上字第 1500 號判決（追徵、抵償）〉，刊：沒收 II，頁 277-298。

⁶ 舊法時期，追徵（假）扣押散見於特別刑法，實務亦已面臨不動產超額扣押問題，例示如 104 台抗 21（參附錄）。

⁷，由國家取得 300 萬元價額並扣除執行必要費用後，若有餘額則歸還給被告；至於相反情形，扣押物變價後仍不足追徵價額時，則應繼續清查被告財產並執行之，直到實現全部追徵價額為止。

（三）案例運用

據此，案例所示（Q1），洗茶詐欺之犯罪所得，重點並非直接利得之原客體，而在於其 500 萬元之金錢價額，亦即「追徵」其替代價額之情形。對應到程序法，追徵（假）扣押（即§ 133 II 之保全扣押）乃為實現國家對相對人甲之公法金錢債權，保全標的亦可能及於甲之「所有責任財產」，不以該保全財產與本案犯罪所得有關聯性者為必要（沒收原客體才有此限制）。因此，縱使甲購買、過戶該 A 屋之時點在系爭詐欺犯行之前，亦無法據此排除追徵（假）扣押（Q1-a）。

其次，關於追徵（假）扣押之財產額度問題，固然應該遵守比例原則⁸，但不表示（假）扣押額度一定要剛好等於或低於應受追徵額度。在同樣可以實現債權額度的責任財產中，固然以選擇干預程度較低的財產來保全為原則，但這是以已清查到相對人其他價值較低但仍可滿足追徵價額的責任財產為前提，更何況也不排除執行（如變價）便利性的考量。此外，相對人亦得繳納擔保金以撤銷（假）扣押（§ 142-1

⁷ 由此可知，刑§ 38-3 I 規定：「第三十八條之物及第三十八條之一之犯罪所得之所有權或其他權利，於沒收裁判確定時移轉為國家所有」以上所稱移轉為國家所有，不能直接適用在追徵情形。

⁸ 如 106 台抗 789（參附錄）指出：保全追徵之扣押，為避免過度扣押而侵害義務人之財產權，就義務人責任財產之暫時扣押範圍，應遵守比例原則，此是§ 133 II 規定「酌量」的理由，事實審法院對此應為合目的性裁量。再如 106 台抗 233（參附錄）亦強調保全扣押應遵守比例原則，若「扣押物不具有與事實之認定具有關聯性之證據價值，亦非有再予宣告沒收之可能，或雖有保全追徵之必要，然其額度遠逾可能追徵之價額，其超過部分，即均非有繼續扣押之必要，否則其裁量權之行使即難謂合於比例原則，亦有侵害人民財產權之虞」。本案犯罪所得約為 15 萬，及未扣案之 3 具行動電話之替代價額追徵，但卻扣押 65 萬 1800 元，有違比例原則。

1) ⁹。應予注意，為確保公法債權之完全實現，所稱相當之擔保，以繳納足額擔保金為原則，在所保全財產低於應受追徵價額情形，至少要繳納與保全財產等值的擔保金。

案例所示，應受追徵額度 500 萬元（依照總額原則，為犯罪支出的 200 萬元成本不予扣除¹⁰），既然除該棟價值 800 萬元 A 屋之外，查無甲其他財產，保全扣押 A 屋乃合乎比例原則的必要手段¹¹，甲亦得繳納足額擔保金以撤銷 A 屋之保全扣押。但保全扣押乃定暫時性保全而非終局性權利狀態之處分，法院宣告追徵甲 500 萬元價額，於執行時變價後，500 萬元歸入司法國庫，所剩餘額於扣除執行必要費用後，應歸還給甲。辯護人之抗辯無理由（Q1-b）。

二、證據扣押與沒收扣押之競合

（一）獨立扣押令

案例 Q2-a 以證據目的發動之扣押是否合法，首先涉及「獨立扣押令」之問題。

扣押，依照其與搜索之關係，可以略分為兩大類：附隨於搜索而

⁹ § 142-11：「得沒收或追徵之扣押物，法院或檢察官依所有人或權利人之聲請，認為適當者，得以裁定或命令定相當之擔保金，於繳納後，撤銷扣押。」

¹⁰ 參林鈺雄，沒收-Ch04；刑總-Ch18:6.3.4。沒收新制後之裁判，例示如 106 台上 770：「…刑法第 38 條之 1 第 1 項之立法說明五、（三）謂『…基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不論成本、利潤均應沒收。』明白揭示採取總額原則。…辯護人所辯計算犯罪所得應扣除成本云云，不足採取…。」

¹¹ 參（74）廳民二字第 913 號（參附錄）：「…如債務人有數財可供執行時，因應就財產價值與債權額相當之財產強制執行，但如債務人僅有房屋一棟可供執行，雖其價值遠逾假扣押債權額，亦可對該不動產執行，否則債權人勢將無法就債務人唯一之財產執行，並受清償，殊非立法之本意…。」以臺中高分院 105 抗 90 民事裁定為例，異議及抗告意旨略以：「…債權人僅有 20 萬元之債權，卻查封拍賣伊價值數千萬元之土地，不符比例原則。但法院引用本號法律座談會意見後駁回之：「雖其價值遠逾債權額，然債權人並無其他財產價值與債權額相當之財產可供強制執行，是本件並無超額查封或不符合比例原則情事。」

來之扣押（通常情形）及獨立於搜索之外的扣押（如案例所示機車之扣押）。以上兩者的權限不同，應該分別以觀¹²。

非附隨於搜索之扣押，警察有無獨立扣押權限？關此，首應取決於立法規定。而我國立法例最為特殊之處在於將扣押權限「附隨於」搜索權限而規範，亦即，欠缺獨立扣押令之規定（一票兩用，一張搜索令同時當成扣押令）¹³。在沒收新制施行前，對照搜索之決定機關（§ 128 III）與執行機關（§ 128-2 I）分別列舉之規定可知，我國法就扣押部分並未單獨規定其決定機關，原本的扣押條文雖規定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之」（§ 133 I），卻未規範何人有權決定扣押之；再者，就第 136 條文義以觀，又僅指涉扣押之執行機關，而非決定機關。簡言之，就扣押之決定機關，立法付之闕如，或者說，當時立法者可能認為，扣押既然是跟隨搜索而來，只要規定搜索，就已經同時規範了扣押，因而毋庸贅文。這種想法，顯然忽略了扣押之獨立性及獨立扣押的問題。

我國搜索扣押法制之架構，先天不良，但 2016 年 7 月 1 日起施行的沒收新制，修法過程仍未完整創設獨立扣押令，繼續遷就舊法混淆搜索扣押之立法例。據此而區別了「附隨於搜索之扣押」、「非附隨於搜索之扣押」這兩種程序，前者仍依附於搜索令而無須獨立之扣押令（一票兩用），後者雖明定採相對法官保留原則，但又將證據扣押排除：「非附隨於搜索之扣押，除以為證據之物而扣押或經受扣押標的權利人同意者外，應經法官裁定。」（§ 133-1 I）¹⁴。

¹² 以下參林鈺雄，註釋/搜索，§ 133/1、§ 136/3-12；王士帆，註 1 文，頁 364-367。

¹³ 德國刑事訴訟法可資比較：該法將證據扣押 (§§ 94 ff. StPO) 與搜索 (§§ 102 ff. StPO) 分別規定，搜索需要「搜索令」，證據扣押需要獨立的「扣押令」，兩者有別；雖然該法就搜索、證據扣押兩種強制處分皆採相對的法官保留原則，亦即，無論偵查或審判中，除有急迫情況者外，搜索令由法官核發 (§ 105 StPO)，證據扣押令亦由法官核發 (§ 98 StPO)，但是，法條還是分別羅列，並不混同。此外，扣押令中必須表明何以認定欲扣押之物乃可為證據之物（即其合理根據），以及所欲扣押的範圍（vgl. Roxin/Schünemann, StVR, 34/12）。

¹⁴ 立法理由：「現行法關於搜索，原則上，應依法官之搜索票為之，即採法

既然證據扣押延續舊法，非附隨於搜索之證據扣押，警察有無獨立扣押權限之問題，就回到與舊法相同狀態。關此，69 台上 2412 判例針對舊法曾表示：「刑事訴訟程序中之扣押，乃對物之強制處分，應由檢察官或推事親自實施，或由檢察官或推事…命由司法警察或司法警察官執行之，…此乃法定程序，如有欠缺，其所實施之扣押，即非適法，司法警察或司法警察官並無逕以命令扣押之處分權限。」就結論言，檢察官仍為扣押主體，司法警察（官）仍無獨立之扣押權限，如此一來，造成搜索、扣押之決定機關分道揚鑣的現象。

就立法論言，搜索採行相對法官原則的理由，在扣押情形亦有相同考量。此等干預在無急迫性情形，實應由法官決定為宜，才不至於造成搜索、扣押兩者法官保留割裂的情形，這也可以同時解決我國法非附隨於搜索之獨立扣押的立法漏洞。不過，既然歷次修法皆未變動證據扣押的權限問題，是以，就結論言，唯有法官及檢察官，始為扣押的決定機關；司法警察（官）只得為扣押之執行機關而已。

據此，Q2-a 所示，警員對碰巧發現之機車，由於並非附隨於搜索而來，性質上僅能發動獨立之扣押；警員縱認有扣押之合理依據，亦不得自行決定扣押，至少應先取得檢察官的扣押命令，始能執行扣押；但扣押命令並無一定的要式（法律未規定其程序），情況緊急時檢察官亦得以電話或口頭諭知准予扣押；既然丙先呈報檢察官，且檢察官認此乃詐欺犯罪之證物而准予證據扣押，其扣押決定及丙之執行行為（將機車拖吊回警局放置）應屬合法。此乃檢察官所為之扣押決定，並直接適用準抗告之救濟規定（§ 416 I ①）。辯護人抗辯機車之證據扣押違反相對法官保留原則而不合法，依現行法其抗辯無理由（Q2-a）。

官保留原則，附隨搜索之扣押亦同受其規範（按：此即一票兩用）。非附隨於搜索之扣押與附隨搜索之扣押本質相同，除僅得為證據之物及受扣押標的權利人同意者外，自應一體適用法官保留原則。爰參考本法第一百二十八條規定，德國刑事訴訟法第九十八條第一項、第一百一十 e 條第一項，及日本組織犯罪處罰及犯罪收益規範法第二十二條第一項、第四十二條第一項之立法例，增訂本條第一項。至於同時得為證據及得沒收之物，仍應經法官裁定，以免架空就沒收之物採法官保留為原則之立法意旨，併此敘明。」

以上理由只提到證據扣押除外，但並未說明除外之理由何在。

（二）證據扣押與沒收扣押之競合

同一沒收標的上，可能同時存在證據扣押與沒收扣押兩種目的之競合，此時只要各自符合要件，既得依保全證據目的發動前者，亦得依保全沒收執行目的發動後者，兩者並無互斥關係。在扣押競合情形，必須兩個原因都消滅時才能解除扣押效力。

「扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；其係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人。」

（§ 142 I），動產如犯竊盜罪之贓車，既是竊盜證物（§ 133 I：可為證據之物），又是犯竊盜罪所得（§ 133 I：得沒收之物），扣押目的競合，而犯罪所得依發還優先於沒收原則（刑§ 38-I V），雖得不待程序終結而依法發還給犯罪被害人，但其前提是同時已無保全證據的必要（§ 142 I；例如贓車已採證或調查完畢而無留存之必要者），否則仍應繼續保全，暫時還不能發還給被害人。

問題在於，目的競合時，程序上究竟應發動何種扣押？是兩者併行發動（併存說）？或僅擇其一即為已足（擇一說）？若只發動其中一種，是哪一種？假使僅發動證據扣押，可否「兼具」保全沒收之作用？就結論言，類似對同一被告的「羈押競合」情形之處理，就取徑言，應採涇渭分明的程序（併存說），以免混淆。亦即，證據部分就應依證據扣押程序發動之，沒收部分就應依沒收扣押發動之，合法性及其效力皆各自判斷，目的競合時就應該對同一標的物發動兩種扣押程序，可以且應該同時併存在該標的物（併存說）¹⁵。反之，如果只發動一種扣押，效力無法涵蓋其他扣押目的，例如，若僅對犯竊盜罪之贓車發動證據扣押，完成證據目的後就無法繼續扣押，此時若有保全沒收目的而留存之必要者（如被害人不明），就必須緊接著再發動沒收

¹⁵ 德國通說亦採併行說，中文文獻參王士帆，〈德國犯罪利得之扣押與假扣押—以基礎規定（§§ 111b-111f）為中心〉，刊：沒收II，頁375-417(383)：「以利得沒收之保全扣押為例，即便同一標的出現證據扣押與利得扣押競合，雖同樣限制相對人財產權，但證據扣押的規定並不能作為利得扣押的法律依據（反之亦然），此時應各有干預命令」。

扣押，否則即成為違法扣押。

然而，我國增修保全扣押條款時，立法說明卻謂：「同時得為證據及得沒收之物，仍應經法官裁定，以免架空就沒收之物採法官保留為原則之立法意旨」。換言之，目的競合時採「擇一說」且應循「沒收扣押」程序為之，這種說法恐怕混淆兩者且於法無據，故學者建議實務適用時，應直接忽略這種欠缺規範效力的立法說明¹⁶。或者限縮理解，認為目的競合時，不能聲東擊西，規避沒收扣押程序，而僅以門檻較低（非採相對法官保留）的證據扣押來同時涵蓋沒收扣押之目的，但其射程距離也僅止於此。

回到案例 Q2，機車乃甲犯詐欺罪之犯罪證物及犯罪所得，故無論是發動證據扣押或沒收扣押，雖皆可達到暫時留存該車之目的，但效力也皆僅止於該項發動目的而已。若兩者皆發動，則必須證據及沒收兩項目的同時消失時，才能解除扣押。案例 Q2-b 所示，檢察官發動證據扣押，本身並不違法（參上文（一）），但應注意其效力僅止於保全調查證據目的而已，採證完畢後就必須發還給扣押物主；若欲為保全沒收目的而繼續留存，程序上必須另以沒收扣押接續其留存效力，始符合法律保留原則。我國立法理由稱此時應一律發動沒收扣押，果爾，Q2-b 競合時發動的證據扣押不合法，變成違法取證，反倒連進行採證都不行；故此說應屬誤解。

三、執程序之被害人求償問題

判決確定後始出面之被害人，有無求償途徑？關此，由於我國沒收新制同德國新法模式，若僅有「潛在」被害人，法院仍應先宣告沒收/追徵至司法國庫（刑§ 38-I V）。但為保障被害人求償權之實現，明文規定於裁判確定後仍有向國庫請求發還或給付之可能：「沒收物、追徵財產，於裁判確定後一年內，由權利人聲請發還者，或因犯罪而得行使債權請求權之人已取得執行名義者聲請給付，除應破毀或廢棄者外，檢察官應發還或給付之；其已變價者，應給與變價所得之價金。」

¹⁶ 參潘怡宏，註 1 文（-2），頁 4-6（＝沒收 V，頁 369-370）。

（§ 473 I）：「聲請人對前項關於發還、給付之執行不服者，準用第四百八十四條之規定。」（§ 473 II）。

據此，案例所示（Q3），丁乃洗茶詐欺之犯罪直接被害人，其所支付購買茶葉之 10 萬元，亦是甲洗茶詐欺「產自犯罪」之利潤，丁對甲有民事求償權，本來亦符合優先發還之實體要件。判決確定後，丁對於追徵財產之變價所得，於裁判確定後 1 年內，固然仍得向執行檢察官聲請發還給付，且不服其處分者亦有救濟權（§ 473 I, II）¹⁷。

問題在於，丁應否先取得（民事）執行名義始能聲請發還給付？關此，我國沒收程序新法明文規定「由權利人聲請發還者，或因犯罪而得行使債權請求權之人已取得執行名義者聲請給付」（§ 473 I），自立法理由以觀¹⁸，以上修正係以「物權（所有權）」或「債權」作為需否執行名義要件的區別標準，然其理論基礎何在，未見說明，執行實務是否窒礙難行，亦待檢討¹⁹。例如，在 40 台非 5 案例中²⁰，依照現

¹⁷ 至於被害人能否比照第三人，以發動「事後程序」（§ 455-29）方式來撤銷原沒收宣告？應採否定說。參林鈺雄，〈沒收新法之發還被害人問題—兼評逃漏稅捐罪之相關裁判〉，刊：《刑事法與憲法的對話—許前大法官王秀教授六秩祝壽論文集》，2017 年，頁 263-286(283)

¹⁸ 「一、依新刑法第三十八條之三第一、二項規定，經判決諭知沒收之財產，雖於裁判確定時移轉為國家所有，但第三人對沒收標的之權利不受影響（按：影響）。故沒收物經執行沒收後，犯罪被害人仍得本其所有權，依本條規定，聲請執行檢察官發還；又因犯罪而得行使請求權之人，如已取得執行名義，亦應許其向執行檢察官聲請就沒收物、追徵財產受償，以免犯罪行為人經國家執行沒收後，已無清償能力，犯罪被害人因求償無門，致產生國家與民爭利之負面印象。二、原條文關於聲請發還沒收物之期限，為執行沒收後三個月內，失之過短，不足以保障犯罪被害人權利之行使。況因犯罪而得行使請求權之被害人，尤須有取得執行名義之餘裕。爰修正為於裁判確定後一年內。…」

¹⁹ 批評參林鈺雄，刑訴 II-Ch29:6.1 及註 1 文（下），頁 47-57(54-55)

²⁰ 40 台非 5 判例（已不再援用）：「被告竊取之皮包，雖屬因犯罪所得之物，但事主仍得依法請求返還，其所有權並不屬於被告，自不得遽予沒收。」參照此判例要旨原文，本案應是失竊被害人不明，（尚）未有出面主張權利者，亦即所稱被害人潛在求償權之情形：「本院按，犯人因犯罪行為所領得之物件，必以屬於犯人所有，而犯人以外非並無權利者為限，始得沒收，刑法第三十八條第三項前段定有明文。本件扣押之女人用皮包一個，既經原判理由

行新制，法院因被害人不明無從發還而應先宣告沒收該失竊皮包²¹，設若被害人事後出面請求發還其失竊皮包，依照條文分類同屬「物權」而應由檢察官逕行發還，被害人毋庸事先取得（民事）執行名義。反之，如所示洗茶詐欺案，事後出面之被害人丁請求給付購茶支出 10 萬元，依照條文分類僅屬因犯罪而得行使「債權」請求權者，應以「已取得執行名義者」為聲請發還給付之要件！換言之，縱使檢察官執行時已經基於丁提出的事證（如當初購買發票及剩餘包裝空罐），而確認其乃直接被害人及被詐欺之金額額度，依條文亦應要求丁先取得民事執行名義始能發還給付？有無此必要，立法恐值商榷。

就立法論言，對犯罪被害人權利保護較為周全之道，不應以債權、物權作為需否執行名義之區分標準，似宜改以上開聲請期限（判決確定後 1 年內）作為區別標準，期限內不以先取得執行名義為要件，但要同時處理多數債權人（僧多粥少）的清償優先順序及比例的問題²²。案例所示並無僧多粥少情形，若採此建議，丁雖未取得執行名義，

內說明，係被告於三十九年六月十六日上午八時許，在花壇車站下行三等車內乘旅客下車之際，對一女客之右邊衣袋內竊得之物，旋經轉贈與詹○溪之妻云云，是此項女用皮包雖屬該被告因犯罪所得之物，但在被害人仍得依法請求返還，是其所有權仍屬於被害人，而不屬於被告，衡以上開規定自不得予以沒收，原確定判決竟予諭知沒收，顯屬違法，非常上訴意旨，就此指摘，洵有理由，自應將其違背法令部分予以撤銷。」

沒收新制施行後，上開判例已經決議不宜再援用，參林鈺雄，〈財產犯罪所得之沒收與發還問題——兼評最高法院 106 年度相關決議及裁判〉，刊：《法學與風範——陳子平教授榮退論文集》，2018.01，頁 63-89；同說參許澤天，〈竊盜、侵占與轉贈贓物下的沒收——兼評最高法院 40 臺非 5 判例 1/2〉，《法務通訊》，2812/2813 期，2016.08.12/19，頁 5-6/5-6（＝沒收 V，頁 177-184）。

²¹ 沒收新法後，最高法院已統一採此見解。如 106 台非 252，認為行為人竊取之現金屬於犯罪所得，但「原確定判決竟引用修法前之實務案例，以被告所竊得之財物，被害人仍得依法請求返還或求償，其所有權仍屬被害人所有，而非屬於被告，自無從諭知沒收等為理由，而排除新修正刑法沒收規定適用，自有判決不適用法則之違法」。

²² 參德國自 2017 年 7 月 1 日起施行的沒收程序新法之執行原則（§§ 459g ff. StPO n.F.）。Vgl. Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872).

但其因甲犯罪而生之債權，仍得在 1 年內向檢察官聲請發還給付 10 萬元。

參、〔結論〕

Q1：保全追徵執行之扣押標的及範圍。「追徵（假）扣押」（保全扣押）是針對追徵金錢替代價額之保全措施，相對人全部責任財產皆為潛在保全標的，但應受追徵價額之合理限制（§ 133 II）。據此，案例所示乃追徵 500 萬元金錢替代價額情形，保全標的亦可能及於包含 A 屋在內的甲之所有責任財產，不以該保全財產與本案犯罪所得有關聯性者為必要（Q1-a）。其次，既然查無甲其他財產，保全扣押其名下 800 萬元 A 屋，乃不違反比例原則的必要手段，甲亦得繳納 500 萬元足額擔保金以撤銷 A 屋之保全扣押。但檢察官於執行時變價 A 屋後，500 萬元歸入司法國庫，所剩餘額於扣除執行必要費用後，應歸還給甲（Q1-b）。律師抗辯皆無理由。

Q2：獨立扣押與扣押競合。扣押依其種類分為證據扣押、沒收扣押與追徵扣押；依其與搜索之關係，略分為「附隨於搜索而來之扣押」及「獨立（非附隨於）於搜索之外的扣押」兩大類。案例所示對機車之扣押屬於非附隨於搜索之證據扣押，唯有法官及檢察官始為扣押的決定機關；司法警察（官）只得為扣押之執行機關而已。警員必須取得法官或檢察官之扣押命令，始能執行扣押；但扣押命令並無一定的要式，情況緊急時亦得以電話或口頭諭知。案例所示，機車扣押乃由警員丙碰巧發現後呈報檢察官後為之，屬檢察官決定之證據扣押，其證據扣押程序合法（Q2-a）。但機車因是甲犯詐欺罪之犯罪證物及其犯罪所得，同時有保全證據與保全沒收之目的競合，檢察官發動證據扣押本身雖不違法（Q2-b），但應注意其效力僅止於保全調查證據目的而已，採證完畢後就必須發還給扣押物主；若欲為保全沒收目的而繼續留存，程序上必須另以沒收扣押接續其留存效力。辯護人之抗辯無理由。

Q3：執行發還程序。丁乃洗茶詐欺之犯罪被害人，其所支付購買

茶葉之 10 萬元，亦是甲「產自（洗茶詐欺）犯罪」之利潤，丁對甲有民事求償權，本來亦符合優先發還的實體要件（刑§ 38-I V）。判決確定後，丁對於追徵財產之變價價金，於裁判確定後 1 年內，固然仍得向執行檢察官聲請發還給付，且不服亦有救濟途徑（§ 473 I, II）。但因我國立法誤以「物權」、「債權」作為區分標準，後者以「已取得執行名義者」為聲請給付要件！據此，被害人丁就該購茶被詐欺之 10 萬元價額，雖有可信憑證但因仍未取得（民事）執行名義，故檢察官依法無從發還給付。此種立法不當，有待檢討。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※（74）廳民二字第 913 號（假扣押、比例原則）

基隆地方法院民國 74 年 12 月 3 日法律座談會（民事法律問題研究彙編 4 輯，512 頁）：

「法律問題：

假扣押裁定主文諭示，債權人以新台幣（以下同）一萬元為債務人供擔保後，得就債務人之財產於三萬元之範圍內予以假扣押，惟執行時，發現債務人除一棟價值一百萬元以上之房屋及基地外，別無其他財產，此際，應否准對該房屋及基地實施假扣押查封程序。

討論意見：

甲說：（否定說）本題情形如准予實施假扣押查封程序，則不僅顯然違反假扣押裁定主文所諭不准許扣押金額之範圍，且債權人所提供之擔保金額亦不足以彌補債務人將來因假扣押所可能造成之損失，對債務人損害甚鉅，此外，每易造成投機之債權人故意以小額債權提供小額擔保金，而聲請假扣押債務人巨額之不動產，亦非公平。

乙說：（肯定說）按債務人僅擁有不動產而無其他財產之現象甚為常見，尤以債務人逃匿遷移不明，僅遺留空屋之情形甚多，此際，倘不准債權人假扣押查封該房屋及基地，則債權人事實上無法利用保全程序以保障其債務之獲償，為解決此一問題，宜從寬准許假扣押為宜。

結論：多數採乙說。

司法院第一廳研究意見：

按強制執行法第一百三十六條規定，假扣押之執行，除另有規定外，準用於動產、不動產執行之規定。而查封動產或不動產，依同法第五十條及第一百三十三條雖規定以其價格足清償強制執行之債權額及債務人應負擔之費用為限，惟該法條之規定，旨在保護債務人，避免債權人任意聲請超額查封。故

如債務人有多數財產可供執行時，固應就財產價值與債權額相當之財產強制執行，但如債務人僅有房屋一棟可供執行，雖其價值遠逾假扣押債權額，亦可對該不動產執行，否則債權人勢將無法就債務人唯一之財產執行，並受清償，殊非立法之本意，研討結果採乙說，核無不合。」

※ 69 台上 2412 判例（扣押決定機關）

刑事訴訟程序中之扣押，乃對物之強制處分，應由檢察官或推事親自實施，或由檢察官或推事簽發搜索票記載其事由，命由司法警察或司法警察官執行之，刑事訴訟法第一百三十六條定有明文，此乃法定程序，如有欠缺，其所實施之扣押，即非適法，司法警察或司法警察官並無逕以命令扣押之處分權限。

※ 104 台抗 21（保全追徵扣押之比例原則）

貪污治罪條例第十條第四項規定（按：舊法）：「為保全前三項財物之追繳、價額之追徵或財產之抵償，必要時得酌量扣押其財產。」洗錢防制法第十四條第二項規定：「為保全前項財物或財產上利益追徵或財產之抵償，必要時，得酌量扣押其財產。」檢察官為保全犯罪所得財物之追繳、價額之追徵或財產之抵償，而為不動產禁止處分，既係對人民財產權之妨害，扣押之財產即應與所欲保全者相當，以保障人民之財產權。原裁定既認應保全之犯罪所得金額為八百零九萬八千元，而其附表一編號二所示之不動產以土地公告現值及房屋課稅現值計算，總計七千零七十七萬五千一百二十元，縱扣除最高限額抵押債務三千萬元及土地增值稅一千六百七十二萬四千六百元，尚有二十四百萬餘元，是否仍不足保全上開犯罪所得金額？又該項土地及房屋實際市價如何，原審未予調查，遽依土地公告現值及房屋課稅現值計算價值，並推測認定拍賣未必可獲該價值，亦有未妥。」

※ 106 台抗 233（保全追徵扣押之比例原則）

（一）可為證據或得沒收之物，得扣押之，為保全追徵，必要時得酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產，刑事訴訟法第一百三十三條第一項、第二項定有明文；又扣押物未經諭知沒收者，應即發還，但上訴期間內或上訴中遇有必要情形，得繼續扣押之，刑事訴訟法第三百十七條亦有規定。故扣押物未經諭知沒收，本即應發還，惟在案件未確定，而扣押物仍有留存必要時，事實審法院得本於職權依審判之需要及訴訟之程度，予以妥適裁量而得繼續扣押，以利訴訟之進行。然所謂上訴期間內或上訴中遇有必要情形，得繼續扣押之，必以該扣押物仍符合刑事訴訟法第一百三十三條第一項或第二項規定之「可為證據或得沒收之物」、「為保全追徵，必要時得酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產」之情形，始為合法，如依原判決之本旨及上訴理由，該扣押物不具有與事實之認定具有關聯性之證據價值，亦非有再予宣告沒收之可能，或雖有保全追徵之必要，然其額度遠逾可能追徵之價額，

其超過部分，即均非有繼續扣押之必要，否則其裁量權之行使即難謂合於比例原則，亦有侵害人民財產權之虞。

（二）查抗告人業經台灣新北地方法院以一〇三年度訴字第三六四、一〇六〇號為有罪判決，論以販賣第一級毒品罪刑，並宣告販賣毒品所得十五萬零五百元應沒收，及未扣案之行動電話三具沒收，如全部或一部不能沒收時追徵其價額（另有其他扣押物經宣告沒收）。抗告人不服，上訴於原審法院，經原審法院判決駁回其上訴，然嗣經本院撤銷原判決發回更審。依第一審判決關於沒收之宣告，就犯罪所得部分為十五萬零五百元，追徵部分則為未扣案之三具行動電話，從而本件扣押之六十五萬一千八百元，扣除十五萬零五百元後，尚有五十萬一千三百元，縱依刑事訴訟法第一百三十三條第二項之規定，為保全追徵，必要時得酌量扣押之，然該三具電話之價額如何？即應予估估（可斟酌其市價，並由抗告人及檢察官表示意見），扣押之現金超過上開應沒收及追徵之額度部分，是否仍有扣押不予發還之正當理由，即非無疑。原審對此未為必要之調查，亦未敘明本件有何合理之事證，足資認定應沒收之犯罪所得及應追徵之價額，有逾越第一審判決所宣告沒收之金額及其追徵之額度之情形。率以本案既尚未判決確定，難認扣案現金六十五萬一千八百元與抗告人所涉販賣毒品犯行，毫無關聯，自有保全之必要，而駁回抗告人之聲請。其裁量權之行使，難謂合於比例原則，亦有侵害抗告人財產權之虞，即難謂適法，亦不足以昭折服。

※ 106 台抗 789（保全追徵扣押之比例原則）

民國 105 年 6 月 22 日修正公布（同年 7 月 1 日施行）之刑事訴訟法第 133 條第 2 項增訂：「為保全追徵，必要時得酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產。」其立法理由稱：「104 年 12 月 30 日修正公布，定於 105 年 7 月 1 日施行之刑法……第 38 條第 4 項及第 38 條之 1 第 3 項新增沒收不能或不宜執行時，應追徵其價額之規定，為預防犯罪嫌疑人、被告或第三人脫產規避追徵之執行，必要時應扣押其財產。但原條文第 1 項之扣押，其標的除得為證據之物外，僅限於得沒收之特定物，顯與為達保全追徵目的，而對沒收物所有人一般財產所為扣押不同。基於強制處分應符合法律保留原則之考量，自有新增以保全追徵為目的之扣押規定之必要。爰配合增訂本條第 2 項。」又犯罪利得之沒收性質係類似不當得利之衡平措施，然對犯罪利得之扣押，仍具有干預人民財產權之性質，故應遵守比例原則，扣押須以有保全之必要性為要件，亦即，若無保全措施，勢將阻礙日後沒收判決之執行者，始得為之。再者，保全追徵之扣押，既非原物扣押，為避免過度扣押而侵害義務人之財產權，就義務人責任財產之暫時扣押範圍，同應遵守比例原則，此所以上開條項規定「酌量」之理由。申言之，事實審法院已依卷內資料，為合目的性之裁量，綜合審酌應沒收之不法利得數額（應追徵之價額）、扣押財產之狀況、經濟價值及保全利益等情，認扣押與比例原則無違者，核屬事實審法院本於職權所為之適法裁量，尚難指為違法。

犯罪挑唆之檢驗層次及法律效果

檢察官起訴被告甲、乙共同向丙販賣 5 小包甲基安非他命，構成販賣二級毒品未遂罪名。經法院調查後確認之事實如下：

被告甲有多次吸食麻藥犯罪前科，乙有竊盜但無麻藥犯罪前科。2017 年 2 月 14 日晚上 7 時 50 分許，丙在其新竹市住處為警員 P 查獲施用甲基安非他命，並供出來源係向甲購買；丙在警員 P 勸說下，表示願意配合警方誘捕甲，乃當場以 P 警員之行動電話，於當日晚上 8 時 27 分先後 2 次撥打甲之行動電話，向甲偽稱欲購買新臺幣 5,000 元之「5 小包」甲基安非他命（相當於當時的交易市價）。

甲表示手頭上只有原販入擬供自己近日吸食的 6 小包，但丙在警員 P 使眼色比手劃腳授意下不斷催促甲，匡稱亟需解癮，並將交易價格提高至 1.5 倍；經濟拮据的甲因丙之誘捕要約、拜託及轉手利潤，而生販賣安非他命予丙以牟利之意圖，但僅應允販賣丙其中「2 小包」，在丙再三請託下，又答應協助丙「調貨」。甲隨即轉邀手頭上有現貨之乙另提供「3 小包」甲基安非他命販賣，由甲、丙於電話中談妥價格並約定在丙住處樓下見面交易後，甲、乙於同晚開車攜帶「5 小包」（合計毛重 3.97 公克）外出，擬共同販賣與丙，至交易處樓下遇見丙正欲交付之際，隨即為埋伏之警員 P 查獲，並扣得其持有之上開「5 小包」甲基安非他命。後來，警方依法持搜索票搜索甲、乙宅，查獲甲另 4 小包甲基安非他命，但未查獲乙持有其他的毒品。

審判中，甲、乙之律師皆抗辯，本案自始乃因警方違法挑唆犯罪而來，所取得之證據，皆不得採為裁判之基礎，且法院不應為有罪判決。試問其抗辯有無理由？

壹、〔提要〕

【相關條文】§ 158-4

【關鍵詞】犯罪挑唆、線民、誘捕偵查、陷害教唆、犯意誘發型、機會提供型/釣魚辦案

犯罪挑唆（Tatprovokation）¹，是指國家追訴機關（通常是警方）先以誘餌者唆使、引誘不知情的人民犯罪，再予逮捕、追訴之意。案例所示問題，其檢驗層次說明如下²：

一、「國家」之犯罪「挑唆」。亦即，系爭犯罪是否因「國家機關」之「挑唆」而起者？在此有兩檢驗要素，一是「國家性」，系爭犯罪發生是否由國家機關（或其手足延伸）挑唆而來，二是國家機關之行為已否構成「挑唆」？

二、「違法」之犯罪挑唆。亦即，個案中判斷國家機關挑唆行為之合法、違法的區別標準何在？尤其是行為人主觀有無先前犯意，是否作為主要或唯一檢驗標準及其如何證明之問題。關此，有主觀基準、客觀基準之別。

三、違法挑唆之「效果」。亦即，個案中若證明系爭犯罪是國家機關違法挑唆而起者，在實體法及訴訟法上應產生何種法律效果？除了訴訟法上的證據使用禁止說之外，有無其他法律效果？

¹ 參林鈺雄，刑訴1-Ch10:6.4。案例改編自92台上7006及92台上7364，詳釋參林鈺雄，〈國家挑唆犯罪之認定與證明—評三則最高法院九十二年度之陷害教唆判決〉，《刑事程序與國際人權》，2007.12，頁51-102（＝《月旦法學雜誌》，111期，2004.08，頁207-234）。

² 檢驗層次參林鈺雄，〈國家機關挑唆犯罪之法律效果〉，《刑事程序與國際人權》，2007.12，頁103-144（＝《臺大法學論叢》，35:1期，2006.01，頁145）。另參Heinrich著、薛智仁譯，〈國家違法挑唆犯罪—德國聯邦最高法院、憲法法院與歐洲人權法院裁判〉，《月旦法學雜誌》，259期，2016.12，頁228-237；黃朝義，〈誘捕偵查之相關法律問題—最高法院八十九年台上字第九一八號等相關刑事判決評釋〉，《臺灣本土法學》，13期，2000.08，頁87-105；楊雲驊，〈正當的法律程序對偵查行為的控制—以可歸責於國家的誘使犯罪（Tatprovokation）為例〉，《臺灣本土法學》，17期，2000.12，頁147-157。

貳、〔解析〕

一、「國家」之犯罪「挑唆」

（一）挑唆性：系爭行為是否涉及犯罪之「挑唆」？

以下依照檢驗層次，逐一說明。首先，應判斷系爭案例誘餌者的行為是否涉及犯罪的「挑唆」(Provokation)，肯定者始生以下的問題，否定者雖然未必合法，但與犯罪挑唆的問題無關。

構成挑唆行為的前提是，系爭犯罪「尚未終結」，包含尚未發生或正在進行中(後者指已經進入預備或著手階段但犯罪行為尚未終結)的犯罪；針對尚未終結的犯罪，誘(捕)餌行為構成挑唆的要件是其以某種形式「參與」(通常是唆使，但也可能是幫助)系爭犯罪的實施。反之，若是系爭犯罪「已經終結」後，國家機關才使用誘餌、誘捕或其他隱密偵查手段來蒐集相關犯罪資訊者³，都不生挑唆犯罪的問題。

案例所示，系爭甲、乙共同販賣 5 小包甲基安非他命之犯罪，於誘捕行為當時皆「尚未發生」，而警方以誘餌行為的形式，參與(唆使)了系爭犯罪，構成所稱挑唆。

（二）國家性：系爭挑唆行為可否「歸責於國家」？

一旦構成挑唆行為，接下來要檢驗「可否歸責於國家」(dem Staat zuzurechnen)。挑唆者本身即為國家(追訴)機關的情形，皆屬之，不論是暫時喬裝誘餌者的便衣警探⁴，或是長期隱姓埋名的臥底警探。反之，挑唆者若是不具國家身分的誘餌線民，較有討論空間，因為所稱「線民」種類五花八門⁵，可能是與國家追訴機關(多為警方)有長

³ 系爭犯罪「已經終結」後之案例，如林鈺雄，刑訴 I-Ch05:【案例 5-5：羈押牢友案】(ECHR, *Allan v. U.K.*, RJD 2002-IX)。

⁴ 例如喬裝成尋芳客的警員，如 106 台上 3802 (參附錄)之警員徐某。

⁵ 參林鈺雄，〈線民之干預與授權問題—以線民之偵查活動為中心〉，《刑事程序與國際人權》，2007.12，頁 145-186 (=《政大法學評論》，89 期，2006.02，

期合作約定，受其委託或指使而輔助犯罪偵查工作之私人，也就是臥底線民或信民（V-Mann）⁶，這種線民處於警方的手足延伸之地位，而委託或指使者也對其具有監控的義務，因此，這類線民的犯罪挑唆行為，本質上與臥底警探的挑唆並無不同，率皆屬於可歸責於國家之犯罪挑唆。至於其他的線民（Informant），必須個案判斷國家的可歸責性，惟關鍵在於國家對於系爭犯罪挑唆的支配程度，即該個案中國家對誘餌線民的委託、指使關係及控制可能性的強弱。在案例所示的挑唆毒品交易案型，以被查獲毒品案件之被逮捕者（丙）為臨時誘餌線民，並在警員實力支配、指示和監控之下，唆使其以電話向販毒者（甲）佯稱購毒，這時，基於警方的優勢支配關係，誘餌者丙同樣處於警方手足延伸的地位，也是典型的可歸責於國家之挑唆行為⁷。

二、「違法」之犯罪挑唆

國家追訴機關的任務在於追訴已經發生之犯罪，而非製造人民之犯罪，更不是蓄意去挑唆人民犯罪後再予追訴。這不但是國家追訴機關任務權限的界限，也是一種禁止自相矛盾的「國家之禁反言」。關於禁止國家挑唆犯罪之原則本身，抽象而言並沒有太多的爭議，但可歸

頁 275-324)。

⁶ 德國案例如 BGHSt 45, 321 ff.，摘要參林鈺雄，註 1 文，頁 77-79

⁷ 關於警方誘餌乃國家機關手足延伸之學說，我國文獻提出後（林鈺雄，註 1 文，頁 86-88；註 2 文，頁 110-112），實務近例從之，如 104 台上 266（參附錄）：「警察職權行使法第 3 條第 3 項規定：『警察行使職權，不得以引誘、教唆人民犯罪或其他違法之手段為之。』明定禁止違法之『誘捕偵查』。『誘捕偵查』必須是可歸於國家機關之行為，至線民（或以其他名稱如『檢舉人』、『告發人』而與國家機關合作）所為之挑唆行為，是否可視為國家機關之行為，應視國家機關對系爭犯罪挑唆之支配程度而定，即個案中國家機關對該線民之委託、指使關係以及控制程度之強弱，倘若挑唆犯罪係在國家機關實質支配底下，該線民之行為同屬國家機關手足之延伸而具有國家性。」本案有諸多值得探討之處。下段證人傅某陳述若屬實，其乃與警方長期合作的線民，國家性無疑：「（我）跟綽號『隆董』之員警接觸一陣子，『隆董』叫我去找找看有沒有人販賣（毒品），他出新台幣一千元，要我去查甲基安非他命上游，說確定之後再打電話給他，如果因此破獲販毒案件，還有破案獎金可以領，當時因為有三個小孩要養，所以就答應警方。」

責於國家的犯罪挑唆，個案因挑唆程度、態樣不一而足（守株待兔型、半被動型、引蛇出洞型），並非所有的犯罪挑唆都一律違法，至於合法與違法的界限，取決於觀察的角度及證明的要求。

（一）主觀基準

依照源自於美國實務的主觀基準（The Subjective Test），判斷關鍵在於行為人是否原即有犯罪之傾向（predisposition）⁸；我國最高法院實質上亦深受影響，並以行為人原先有無犯意為準，而區別違法的「陷害教唆」（指「犯意誘發型」）及合法的「釣魚辦案」（指「機會提供型」），但迄今並未提出證明犯意的具體準則⁹。

如 107 台上 987：「陷害教唆，係指行為人原無犯罪的意思，純因具有司法警察權者的設計誘陷，以唆使其萌生犯意，待其形式上符合著手於犯罪行為的實行時，再予逮捕者而言。此種『陷害教唆』，因行為人原無犯罪的意思，具有司法警察權者復伺機逮捕，係以不正當手段入人於罪，尚難遽認被陷害教唆者成立犯罪。至於刑事偵查技術上所謂的『釣魚』者，則指對於原已犯罪或具有犯罪故意的人，司法警察於獲悉後為取得證據，以設計引誘的方式，佯與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為的實行時，予以逮捕、偵辦者而言。此種『釣魚』，因屬偵查犯罪技巧的範疇，並未違反憲法對於基本人權的保障，且於公共利益的維護有其必要性，故所蒐集的證據資料，自可具有證據能力。」

105 台上 3374：「司法警察機關因偵辦案件，常使用之誘捕方式辦案可區分為兩種，一為『犯意誘發型』或『犯意創造型』誘捕，一為『機會提供型』誘捕。前者，又稱為陷害教唆，係指行為人原無犯罪意思，因受他人（如便衣警察）之引誘，始生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為而言，此種情形所取得之證據，因違反正當法律程序，且逾越偵查犯罪之必要程度，其據此所取得之證據資料，應無證

⁸ See *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540 (1992).

⁹ 最高法院之穩定見解（參附錄）。除下述 107 台上 987、105 台上 3374 外，其餘裁判例示如 104 台上 266、106 台上 3802、107 台上 395。

據能力。後者，又稱為機會教唆（按：即其他裁判所稱之『釣魚』），係指行為人原本即有犯罪之意思，其從事犯罪構成要件行為之犯意，並非他人所創造，司法警察僅係利用機會加以誘捕，此種情形之犯罪行為人本具有犯意，初非警察人員所造意，司法警察僅係運用設計引誘之技巧，使其暴露犯罪事證而加以逮捕偵辦，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有其必要性，故依此所得之證據，則有證據能力，自得採為法院論罪科刑之依據。」

然而，主觀基準的內容空洞，孤注一擲在行為人原先有無犯意之主觀內心傾向，實務上容易流於恣意認定的弊端，且理論上亦無說服力。如果依照主觀基準，對於本有犯意（實指犯罪傾向）之人，根本不會構成違法的犯罪挑唆。然而，這種實質上將行為刑法轉換為行為人刑法、將行為罪責偷渡為人格罪責（*Lebensführungsschuld*）的說法，不但在實體法上站不住腳，在程序法上也忽略了禁止犯罪挑唆的關鍵是設定國家追訴及干預行為的界限，縱使有犯罪傾向之人，也不因而成為法治國的化外之民。

（二）客觀基準及案例運用

我國部分學說援引德國實務及歐洲人權法院之見解¹⁰，將行為人原先之犯意僅列為判斷違法的參考指標「之一」，其他違法情形還包括對原先並不存在犯罪嫌疑者（如案例的被告乙）所為之犯罪挑唆，以及對行為人施以過當犯罪壓力的情形；在證明要求方面，關鍵尤其在於警方於犯罪挑唆之前曾否對行為人展開偵查程序，以及挑唆範圍與實際犯罪範圍的比較。

客觀基準，理論較具說服力，標準亦較具體可行。據此，判斷系爭販毒個案中警方誘餌行為是否構成違法的犯罪挑唆，主要取決於：

1、先前對於被告是否存有販毒之犯罪嫌疑？

判斷基準主要是，在誘餌者接觸被告的第一次誘捕行為之前，警

¹⁰ 參林鈺雄，註1文，頁71-86。Vgl. BGHSt 32, 345 ff.; 45, 321 ff.; see ECHR, *Teixeira de Castro v. Portugal*, Reports 1998-IV.

員有無根據認為被告具有販毒嫌疑及已否對被告展開調(偵)查程序？抑或警員正是因為該次誘捕行為才得知被告及其販毒嫌疑？據此，案例中之被告甲，警方在查獲丙吸毒案而誘捕甲之前，並不知其有犯罪嫌疑，甲的販毒嫌疑全因被查獲的毒友丙之指述，在其可靠性完全未予驗證的情形下，警方對被告第一個調查行為便是誘捕行為本身。至於乙的部分，更是完完全全因為誘捕行為才得知其有販毒嫌疑。

2、被告有無販毒之犯罪傾向？

判斷基準主要是，在誘餌接觸的誘捕行為之前，被告有無販毒的前科或曾否表達販毒的意念？被告是否曾因與販毒有關而為警方所知悉？該次毒品交易由誰率先提議？被告曾否拒絕提議？關此，縱使把前科當成判斷基準之一，但既然「施用」與「販賣」毒品是惡性截然不同的毒品案件，關鍵是被告有無「販賣」毒品而非吸毒前科。據此，案例中被告乙完全無任何毒品前科(竊盜前科與此無關)，在誘捕之前警方也完全不知其與毒品案件有關；被告甲雖有施用毒品前科，但不能把施用前科概括當成是販毒之犯罪傾向。此外，系爭該次毒品交易不但是由警方(透過其手足延伸的丙)率先提議¹¹，並非被告甲、乙兩人主動要約，且甲還因自己施用需求而一度拒絕。

3、被告最終之犯罪範圍是否超過挑唆行為之範圍？

主要基準是，最後扣案的毒品數量是否超過誘餌訂購之數量？其他參考基準如：被告(在其住宅等處)囤積毒品，抑或被告本身並無毒品可供販售，因誘餌要約而必須從第三人處設法取得毒品？此外，所謂被告家中囤積毒品的判斷，也要考慮被告本身是否施用，也就是

¹¹ 由被告率先提議毒品交易，警方僅趁機順水推舟、被動承諾之案例，參 92 台上 6166。該案警方將毒品案件被告歐某帶回警局偵訊，適陳某撥打歐某之行動電話，欲再向歐某購買 1,000 元海洛因，警員取走歐某行動電話接聽後佯稱是歐某，並允諾出售海洛因予陳某，乃與陳某約定交易時地並予當場逮捕。此案就挑唆脈絡而言，由於警員僅止於針對陳某已經具體成形的要約(向歐某購買 1,000 元海洛因)，予以被動的承諾，而其對該次販毒犯罪的影響，也僅止於交付時地的約定部分，故可肯認陳某有購毒之犯意。

囤積毒品的種類及數量是否正是供應其自身需求，抑或超過而另供應販賣用途。系爭案例的關鍵是，警方從甲、乙車上查扣之5小包甲基安非他命，正是誘餌丙訂購之交易數量，甲持有之毒品係供自己施用目的，接獲丙小額訂購電話後，甚且還要轉向乙邀約；甲、乙販毒5小包範圍並未超過警方挑唆行為的範圍。此外，警方未再從乙處扣得其他毒品，雖另從被告甲處扣得4小包，但此小額數量乃其供自身施用，無關係爭之販毒犯罪。

4、誘餌的方式及強度，是否對被告造成過當壓力而促使其販毒，甚至於強大到使被告居於類似被利用工具之地位？

具體的判斷如誘餌的重複性、時間久暫性及犯罪與否的利差，後者如誘餌是否提供超過一般市價的鉅額轉售利潤，而讓一般條件底下不會販毒之人情願幹此一票¹²？這點同時要考慮被告本身的情勢，尤其是被告是否正屬經濟拮据的吸毒者。據此，從案例事實分析，警方所施加的經濟誘因（交易價格5,000元→7,500元）本身雖還不足以構成對被告甲、乙的「過當壓力」¹³，但丙在警員P授意下，對一度拒絕、經濟又拮据的甲仍再三催促、拜託及提高價額本身，這已經是相當的壓力了。

以上證明基準並非單一運用，因此4的部分雖過當與否並不明顯，但綜合判斷全部指標後，應認案例屬於國家機關違法犯罪挑唆。尤其是，國家固然不得製造販毒的犯罪，也不應該引誘「吸毒者」成為「販毒者」，再以破獲販毒重罪者自居。於販毒本案所示，前述基準所指的「犯罪嫌疑」及「犯罪傾向」，都是「販賣」而非單純「吸食或施用」毒品而已，以案例事實言，甲、乙在誘餌行動前皆欠缺販毒嫌疑及販毒傾向，且警方從甲、乙車上查扣之供販賣用的5小包甲基安

¹² 我國離譜到不可思議的實務案例，參林鈺雄，〈國家機關的「仙人跳」？——評五小一大案相關陷害教唆判決〉，《月旦法學雜誌》，213期，2013.02，頁217-246。

¹³ 92台上7364及其原審判決，曾表示：相較於販毒之無期徒刑最重本刑，警方提供的兩萬元誘餌並未過度強烈至足以限制被告決定是否犯罪之意思決定自由。評釋參林鈺雄，註1文，頁97-98。

非他命，正是誘餌丙訂購之交易數量。綜合以觀，乃違法之犯罪挑唆。

三、違法犯罪挑唆之法律效果

當個案中已證明系爭犯罪是國家自身（亦包含其手足延伸）挑唆而起者，應產生何種實體法與訴訟法之法律效果？

（一）學說理論

關於違法犯罪挑唆之法律效果，可略分為兩個方面。實體法面向主要的理論觀點包括：

1、陷害教唆理論。針對「挑唆者」部分，影響我國實務及學界最深遠的是陷害教唆（的雙重故意）理論，認為陷害教唆者（案例中之警員 P；其利用之誘餌丙亦同）因欠缺教唆他人犯罪「既遂」之故意而不成立教唆犯¹⁴。這種說法反射到「被挑唆者」（案例中之甲、乙）犯罪的部分，就是犯罪無法既遂，因此產生了未遂說¹⁵。這也是檢察官起訴甲、乙販毒未遂罪名之原因。

2、減刑說。這是德國聯邦最高法院的固定見解，優點在於得視個案情節而伸縮自如，缺點除理論基礎欠缺外，主要是刑罰優惠並無統一標準而流於法官恣意。

3、個人排除刑罰事由說，就判決結果言就是實體無罪說¹⁶。此說理論依據除刑法最後手段性、比例原則及預防觀點外，主要是著眼於

¹⁴ 參林鈺雄，刑總-Ch14:4.2.2.3：「陷害教唆理論認為，挑唆者（即陷害教唆者…）並不構成販賣毒品罪之教唆犯，理由在於：一來，教唆犯之主觀成立要件必須具備雙重的故意，而陷害教唆者雖然意欲他人（甲）因其教唆而產生本罪犯行（販毒）的決意，但因僅止於意欲他人犯本罪之『未遂』，欠缺教唆他人犯本罪『既遂』之教唆故意，故不成立教唆犯；二來，在上開典型的『買就抓（buy and bust）』情形，佯稱買賣的毒品其實皆在警方『控制下交付』，並不會流入市場，是以，客觀上欠缺法益的侵害，故亦不具可罰性。」

¹⁵ 參 85.03.12 刑議 4（參附錄）。92 台上 585、93 台上 580 同旨。

¹⁶ 參林鈺雄，註 2 文，頁 137-142。實務近例亦有同此結論，認為被挑唆人不成立犯罪者，如 99 台上 1148、99 台上 1532、102 台上 988、107 台上 987（「係以不正當手段入人於罪，尚難遽認被陷害教唆者成立犯罪」；參附錄）。

國家違法挑唆犯罪之瑕疵來自於刑罰權發生的實體事由，故應先從實體法解決，而刑法體系對應到犯罪發生當時既存的不法與罪責以外之犯罪成立要件，即為個人排除刑罰事由。

至於訴訟法面向，兩大理論分別是：

1、訴訟障礙事由說，從重大違反法治國立論而導出的刑罰權失效說，而其在訴訟法上的連結，則是構成訴訟障礙事由說，也就是認為本訴欠缺訴訟要件而予以程序終結，就判決結果言是免訴說或不予受理說。但這不但不符我國實定法之構造，而且理論上忽略了系爭瑕疵發生於實體法層面，也就是犯罪發生事由本身及發生當時，這與訴訟障礙事由是實體刑罰權發生後產生的追訴障礙有別。

2、證據使用禁止說。這是我國學說及實務比較熟悉的訴訟法效果，也是最高法院多數裁判的見解¹⁷，但因結合權衡觀點而產生比減刑說更為不確定之危險。更重要的是，（依附性）證據使用禁止係以「個別取證行為違法」為前提，這不但與國家違法挑唆犯罪情形有別，且常常難以判斷個案中何謂因挑唆而來的證據，亦即應禁止的證據範圍根本無從確定。

（二）案例運用

案例所示，警方所為構成國家機關違法之犯罪挑唆，已如前述。其法律效果如何，取決於不同學說。從結果來看，若採個人排除刑罰說（無罪實體判決）、刑罰權失效說及訴訟障礙事由說，得出的結論都是「不處罰」被挑唆者；反之，減刑說得出的結論是仍予「處罰」，即實體犯罪成立但僅予減輕其刑而已。至於證據使用禁止說，視個案其他證據的作用而定，個案或者得出「有罪」或者得出「無罪」（因證據不足）的結論。從比較的觀點來看，證據使用禁止未必是對行為人較

¹⁷ 104 台上 266（參附錄）：「違法誘捕偵查（按：創造犯意型），縱目的在於查緝犯罪，然因手段顯然違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，亦即造成基本權之干預，且欠缺正當性，因此等違反法定程序所取得之證據資料，應不具有證據能力。」同旨裁判甚多，僅例示 105 台上 3374（參附錄）。

為有利的解決方案，有些案例甚至於比減刑說還不如（有罪且不減刑）。

基於個人排除刑罰說，本文認為法院應為無罪實體判決。但若退而求其次，以我國裁判主流之證據使用禁止作為審查基準，結論亦同，甲、乙乃因國家機關違反重大法治國原則（國家不得為追訴犯罪而製造犯罪）之違法犯罪挑唆，其違法挑唆所直接取得之5小包甲基安非他命證據，無證據能力；因違法挑唆而再以合法搜索手段取得的甲供自己施用另4小包甲基安非他命，屬於證據使用禁止之放射效力（毒樹果實）問題¹⁸，但因非供（意圖）販賣之用，且檢察官僅起訴其販毒罪名，故乃無關連性證據，亦不生證據使用禁止或其放射效力問題。由於本案是販毒案件，在最關鍵的毒品證據被禁止使用後，已因證據不足而無判處罪刑之可能性。故律師抗辯有理由，法院不得將毒品證物採為裁判基礎，結論亦不得為有罪判決。

參、〔結論〕

探討國家違法挑唆犯罪之法律效果，首先應注意個案的三個檢驗層次：一是可歸責於「國家」之「挑唆」？包含挑唆要素，即系爭行為是否涉及犯罪之「挑唆」，以及歸責國家要素，即系爭犯罪挑唆可否「歸責於國家」？二是系爭犯罪挑唆是否到達「違法」的程度？即違法要素。以上要素皆具備時，構成國家機關違法之犯罪挑唆，此時才有必要進一步討論：三、應招致何等之「法律效果」問題。

案例所示甲、乙共同販毒給丙，乃警員以誘餌丙為其手足延伸，唆使了一個「尚未發生」的犯罪，符合挑唆要素、可歸責於國家要素。案例關鍵所在是違法要素，而個案中判斷國家機關挑唆行為之合法、違法的區別標準何在？我國一般採主觀基準，以行為人原先有無犯意/犯罪傾向作為區別標準：若無，乃違法之陷害教唆（製造/誘發犯意型）；若有，則屬「合法之釣魚辦案」（機會提供型）。但此說實際檢驗

¹⁸ 參林鈺雄，刑訴1-Ch05:3.3.3.3；II-Ch12:5；另參本書之〈非任意性自白之繼續與放射效力（例4）〉。

標準空洞，應以客觀基準為宜，具體檢驗：1、先前對於被告是否存有販毒之犯罪嫌疑？2、被告有無販毒之犯意/犯罪傾向？3、被告最終之犯罪範圍是否超過挑唆行為之範圍？4、誘餌的方式及強度，是否對被告造成過當壓力而促使其販毒？據此，案例中1、2、3皆為否定，4不明顯。甲、乙在警員P誘餌行動前皆欠缺「販毒」嫌疑及「販毒」傾向（尤其是乙），且警方從甲、乙車上查扣之供販賣用的5小包甲基安非他命，正是誘餌丙訂購之交易數量。綜合以觀，乃違法之犯罪挑唆。

違法挑唆之「效果」。若採個人排除刑罰說，法院應為無罪實體判決。但若採我國裁判主流之證據使用禁止，甲、乙乃因國家機關違反重大法治國原則之違法挑唆而犯罪，其違法挑唆所直接取得之5小包甲基安非他命證據，皆無證據能力。故律師抗辯有理由，法院不得將毒品證物採為裁判基礎，結論亦因證據不足而不得為有罪判決。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 85.03.12 刑議4（陷害教唆、未遂說）

（案例事實：某甲購入毒品海洛因十公克，原供自己施用，事後見毒品價格上漲，竟另行起意，基於概括之犯意，意圖販賣上述毒品牟利，旋售與某乙一公克，嗣某乙吸毒經警查獲，並供出上述毒品來源，警察為誘捕某甲，乃授意某乙以電話與某甲聯繫，佯稱再購買海洛因二公克，某甲允諾而攜帶毒品赴約，甫交付毒品與某乙，即為埋伏員警當場察獲，某甲此「第二次」販賣毒品之行為，應如何論罪？）

決議：「某乙第二次偽稱欲購買毒品，雖無實際購毒之真意，但某甲既有販毒之故意，且依約攜帶毒品前往交付，即已著手實施販毒之行為；惟某乙原無買受毒品之意思，其虛與某甲買賣毒品，意在協助警察辦案，以求人贓俱獲，故形式上某甲、某乙縱已互為交付毒品及價金，但因警察埋伏在側，伺機逮捕，事實上其二人不能真正完成買賣毒品之行為。因此，某甲應僅論以販賣毒品未遂罪。」

※ 104 台上 266（犯罪挑唆、線民、國家性）

警察職權行使法第三條第三項規定：「警察行使職權，不得以引誘、教唆人民犯罪或其他違法之手段為之。」明定禁止違法之「誘捕偵查」。「誘捕偵查」必須是可歸於國家機關之行為，至線民（或以其他名稱如「檢舉人」、

「告發人」而與國家機關合作）所為之挑唆行為，是否可視為國家機關之行為，應視國家機關對系爭犯罪挑唆之支配程度而定，即個案中國家機關對該線民之委託、指使關係以及控制程度之強弱，倘若挑唆犯罪係在國家機關實質支配底下，該線民之行為同屬國家機關手足之延伸而具有國家性。又誘捕偵查非一概違法，在行為人原無犯罪之意思，純因偵查機關之設計誘陷，以唆使其萌生犯意，待其形式上符合著手於犯罪行為之實行時，再予逮捕，乃違法之誘捕偵查，即所謂「創造犯意型之誘捕偵查」；而行為人原已犯罪或具有犯罪之意思，偵查機關獲悉後已開始偵查，為取得證據，僅係提供機會，以設計引誘之方式，使其暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為之實行時，予以逮捕、偵辦者，即所稱之「提供機會型之誘捕偵查」。上開違法誘捕偵查，縱目的在於查緝犯罪，然因手段顯然違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，亦即造成基本權之干預，且欠缺正當性，因此等違反法定程序所取得之證據資料，應不具有證據能力。另關於「提供機會型之誘捕偵查」型態之偵查，因屬偵查犯罪技巧之範疇，依該方式所蒐集之證據資料，原則上非無證據能力。

原判決…田某於原審否認有販賣毒品之犯意，辯稱係因鄰居傅某表示欲購買毒品請求協助而介紹曾某等語，而證人傅某於第一審證稱：跟綽號「隆董」之員警接觸一陣子，「隆董」叫我去找找看有没有人在賣（毒品），他出新台幣一千元，要我去查甲基安非他命的上游，說確定之後再打電話給他，如果因此破獲販毒案件，還有破案獎金可以領，當時因為有三個小孩要養，所以就答應警方，目的是要賺獎金，騙他們（販賣毒品者）說要買毒品……田某是我二、三十年鄰居，因為我常常去田某家聊天，就向田某問是否有購買甲基安非他命之管道，田某說他有管道可以幫我拿到甲基安非他命，但東西不是他的……在…日撥打田某之電話，向田某購買甲基安非他命等語…，復證稱「二次購買毒品，是要賺取獎金，不是要自己吸食」…，則實情究竟如何？攸關本件偵查機關對部分之偵查是否為「誘捕偵查」，事涉因此取得之證據有無證據能力，以及傅某有無購買毒品真意之判斷，即有調查之必要性，而傅某已於第一審證稱綽號「隆董」之員警是高雄市大寮區忠義派出所其管區警員，其曾與「隆董」合作破獲另名女子因而領取破案獎金…，則該「隆董」警員尚非不得特定，傅某證稱之情節是否屬實，非無調查之可能，原審未予詳究，逕以未有佐證而不採傅某之證詞，且以傅某所稱欲領取破案獎金，僅屬「購毒者內心動機」…，逕為不利於上訴人等之認定，自嫌遽斷，而有調查未盡之違失。

※ 105 台上 3374（犯罪挑唆）

司法警察機關因偵辦案件，常使用之誘捕方式辦案可區分為兩種，一為「犯意誘發型」或「犯意創造型」誘捕，一為「機會提供型」誘捕。前者，又稱為陷害教唆，係指行為人原無犯罪意思，因受他人（如便衣警察）之引誘，始生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為而言，此種情形所取得之證據，

因違反正當法律程序，且逾越偵查犯罪之必要程度，其據此所取得之證據資料，應無證據能力。後者，又稱為機會教唆，係指行為人原本即有犯罪之意思，其從事犯罪構成要件行為之犯意，並非他人所創造，司法警察僅係利用機會加以誘捕，此種情形之犯罪行為人本具有犯意，初非警察人員所造意，司法警察僅係運用設計引誘之技巧，使其暴露犯罪事證而加以逮捕偵辦，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有其必要性，故依此所得之證據，則有證據能力，自得採為法院論罪科刑之依據。依原判決之認定，本件係因遭併櫃運送毒品愷他命之仙晨實業有限公司，向法務部調查局航業海員調查處提出檢舉，該處會同調查局基隆調查站等單位人員組成專案小組，追查扣案第三級毒品愷他命之台灣收貨人等共犯，協請日金公司負責人及其配偶配合辦案，依陳○義前曾留存之聯繫電話通知領貨，上訴人不僅接通電話並自稱陳先生，與日金公司聯繫收貨之具體事宜，且於收貨當日在日金公司附近出現，駕車來回查看日金公司所在位置，足見上訴人原已具有運輸、私運毒品愷他命之犯罪故意。日金公司古富春依陳○義留存之電話逐一撥打，僅係警方利用貨運人員聯繫上訴人至貨運行領貨之機會加以誘捕，上訴人早已有運輸毒品愷他命之犯意，非因檢察之陷害教唆而生犯罪之故意，尚與所謂陷害教唆之情形有別，依此所取得之證據，自有證據能力。

※ 106 台上 3802（犯罪挑唆）

(一)所謂陷害教唆，係指犯罪行為人原不具犯罪之故意，純因司法警察（官）之設計教唆，始萌生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為。又司法警察（官）係屬偵查輔助機關，依刑事訴訟法第 230 條、第 231 條規定，受檢察官之指揮或命令偵查犯罪。採誘捕偵查手段蒐證之司法警察（官），其目的在使特定犯罪嫌疑人受刑事訴追處罰，而與被告立場相反，復涉及有無以「陷害教唆」之不正當手段偵查犯罪，其就蒐證過程所為證述，不必然具有可信性。倘所述非無瑕疵可指，復無其他證據足以佐證其真實性，自不能採為認定被告犯罪事實之唯一依據。

(二)警員徐某係採誘捕偵查手段蒐證，其於偵查、審理中固證稱：胡某按摩數十分鐘後，拉下其內褲，搓弄其生殖器，遂以「妳們這邊沒有全套，只有半套而已喔？」套話等語，惟證人胡某於警詢、第一審審理中證稱：我將客人褲子脫到肚臍下方按摩肚子，未碰觸生殖器，客人問我有無提供半套或全套服務，我說沒有等語。觀諸現場蒐證錄音光碟勘驗筆錄，徐某於 46 分 30 秒時固曾詢問：「妳們這邊沒有全套，只有半套而已喔？」然胡某係答稱：「沒有。」該蒐證錄音內容，自難佐證胡某確有於徐某詢問前搓弄生殖器再者，徐某於審理中證稱在胡某碰觸其生殖器前，皆未與胡某講話等語，與上開勘驗筆錄顯示徐某於 40 分 35 秒及 45 分 51 秒均有與胡某對話不符，所為證言即非無瑕疵可指。而徐某於詢問胡某前，究為何事與胡某對話，攸關警方係以「陷害教唆」或所謂「釣魚方式」查獲本案之認定。原審未予調查釐清，徒以警員須依法執行公權力，無需杜撰不實之查獲情節，亦無甘冒偽

證罪之風險誣陷上訴人之動機與必要，所述並有現場蒐證錄音光碟勘驗筆錄可佐，有相當之可信性，即認胡某有主動撿弄徐某生殖器之猥褻行為，自嫌率斷，難謂無理由不備及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

※ 107 台上 395（犯罪挑唆）

原判決就上訴人於原審審理時所為如上訴意旨(一)所載辯稱：本件林某於案發前主動多次密集打網路電話予伊，央求伊幫忙找海洛因之門路，伊係遭人誘騙而為本件犯行，應屬學理上所稱之「陷害教唆」，自不得論伊以販賣第一級毒品未遂罪云云，何以並無足取，已說明所謂「陷害教唆」係司法警察以引誘或教唆犯罪之不正當手段，使原無犯罪故意之人萌生犯意並實行犯罪，進而蒐集其犯罪之證據或予以逮捕偵辦。因此類查緝手段顯然違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，其因此等違反法定程序所取得之證據資料，應不具有證據能力。至警方對於原已具有犯罪故意並已實行犯罪行為之人，以所謂「釣魚」之偵查技巧蒐集其犯罪證據之情形，則與「陷害教唆」有別，其所取得之證據資料，並非無證據能力。經查證人林某係因另涉販賣毒品案件，遭警方於民國 104 年 11 月 17 日查獲，並扣得海洛因及甲基安非他命等物。而其於警詢及偵查時供承上開毒品均係向綽號「小代」之人所購買，並提供上訴人所駕駛車輛之車牌號碼等線索供警方追查，嗣因上訴人於本件案發當日（即 104 年 11 月 26 日）下午 1 時 2 分許，主動以行動電話通訊軟體詢問林某有無購買海洛因之需求，林某始假意表示欲向上訴人購買海洛因磚，並通知警方到場查緝，業據林某於警詢、偵查及第一審審理時證述甚詳，並有林某之手機內通訊軟體對話訊息翻拍照片附卷足憑，復經第一審調閱林某另案違反毒品危害防制條例相關卷宗核閱無訛，堪認上訴人於本案前已有販賣海洛因予林某之紀錄（此部分未經偵查起訴），況本件案發當日係上訴人先主動聯繫林某兜售海洛因（由上訴人主動撥打電話予林某，惟林某未接到，故於當日下午 1 時 2 分許回撥電話予上訴人）。則上訴人既原已具有犯罪故意，並已著手實行犯罪行為，堪認本案係屬警方「釣魚」偵查技巧之手段，核與「陷害教唆」之情形有別，上訴人在原審所為如上訴意旨(一)所載之辯解，並無足取等情甚詳；核其論斷與經驗、論理法則無違，且其法律之適用亦無違誤。

※ 107 台上 987（犯罪挑唆）

刑法上所謂陷害教唆，係指行為人原無犯罪的意思，純因具有司法警察權者的設計誘陷，以唆使其萌生犯意，待其形式上符合著手於犯罪行為的實行時，再予逮捕者而言。此種「陷害教唆」，因行為人原無犯罪的意思，具有司法警察權者復伺機逮捕，係以不正當手段入人於罪，尚難遽認被陷害教唆者成立犯罪。至於刑事偵查技術上所謂的「釣魚」者，則指對於原已犯罪或具有犯罪故意的人，司法警察於獲悉後為取得證據，以設計引誘的方式，佯與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為的實行時，予以逮捕、

偵辦者而言。此種「釣魚」，因屬偵查犯罪技巧的範疇，並未違反憲法對於基本人權的保障，且於公共利益的維護有其必要性，故所蒐集的證據資料，自可具有證據能力；從而，因犯罪行為人主觀上原即有犯罪的意思，倘客觀上又已著手於犯罪行為之實行時，自得成立未遂犯，要與「陷害教唆」情形迥然有別，不容相混、狡展。

原判決業於其理由欄二—(一)內，載敘：本案係廖某於民國106年2月6日執行網路巡邏，在手機通訊軟體「Grindr」，發現上訴人以「缺可（後方標示1枝點燃的香菸圖示）」為代號，而以其前所承辦案件的經驗，認為該代號標示「1枝點燃的香菸」圖示很可能和毒品（甲基安非他命）有關（「缺」代表需要），該代號可能係在販毒，進而懷疑上訴人犯法，乃於同日以該「Grindr」與上訴人聯繫，廖某祇問一句「品質如何」，上訴人旋回以「不差」、「你也要試過才知道吧」，廖某再問「怎麼算」，上訴人即表示「1g2,000」等情，業據廖某於第一審證述明確，並有系爭通訊軟體「Grindr」、「Line」截圖蒐證畫面可稽，足見上訴人原即具有販賣第二級毒品甲基安非他命的犯意，非遭廖某設計誘陷，才萌生犯意，不屬陷害教唆。此因「釣魚」偵查蒐獲的上揭各項直接、間接證據，自均有證據能力。經核於法尚無不合。

雲端硬碟搜索與來源端通訊監察

工程業者乙取得某地方政府橋樑新建工程標案後，檢調接獲另一參與投標業者丙檢附具體事證檢舉，指控乙向承辦公務員甲行賄，甲洩漏底標使乙順利取得該標案。檢調初步查證後認為確有犯罪嫌疑，遂向法院聲請搜索票後，依票上記載搜索標的包含搜索乙電腦設備及其延伸之「電磁紀錄」，並於乙公司當場查扣乙辦公室內電腦主機帶回蒐證。該機體硬碟內雖查無標案相關事證，但電腦桌面有一個 Dropbox 雲端硬碟的捷徑。檢調點擊進入後，發現乙儲存在雲端硬碟某資料夾內的標案資料及行賄記事本，內有公司出帳 50 萬元前金給甲之紀錄及 150 萬元尾款已約定但尚未交付之紀錄（證據 A）。

此外，檢調得知甲、乙兩人以 LINE 通訊軟體聯繫。為釐清收賄情事，檢察官遂以甲涉犯貪污收賄罪名，向法院聲請核發通訊監察書，監察甲之 LINE 通訊內容，並經法院核准。於通訊監察書所載監察期間內，建置機關雖依法截收甲之 LINE 封包，但因其 Letter Sealing 的訊息加密功能皆處於開啟狀態，而建置機關技術上仍無法破解加密封包。為順利監察 LINE 通訊內容，建置機關遂以遠端植入方式，誘使甲以手機點擊色情網站，進而順利植入監察通訊內容之間諜程式，於甲發送訊息加密前傳輸至建置機關，檢調因而取得甲向乙指示如何交付 150 萬元尾款之 LINE 通訊內容（證據 B）。

隨後檢察官檢具上開事證，起訴甲違背職務之貪污收賄罪，審判中甲之辯護律師 V 提出以下兩點抗辯。試問其抗辯有無理由？

- 1、依我國刑事訴訟法規定，縱使持搜索票亦不得搜索被告或第三人之雲端硬碟資料，故證據 A 係非法搜索所得，不得採為裁判基礎。
- 2、依我國通訊保障及監察法之立法授權規定，並未包含植入惡意間諜程式之監察手段，故證據 B 亦屬違法取得，不得採為裁判基礎。

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 122, 128, 158-4；通保§§ 3, 5, 11, 13, 18-1

【關鍵詞】雲端硬碟搜索、電磁紀錄、來源端（設備端）通訊監察、木馬間諜程式、侵入資訊科技設備、IT 基本權

本案涉及兩個科技偵查爭點¹：證據 A 乃「雲端硬碟搜索」，亦即可否搜索相對人電腦設備從而進入其儲存於雲端硬碟（Cloud Storage）之資料？證據 B 爭點乃「來源端通訊監察」（Quellen-TKÜ），此係在終端資訊設備植入（小）木馬間諜程式，取得加密前或解密後的原始訊息，亦稱為「設備端通訊監察」。案例所示爭點，分述如下：

Q1、技術上，雲端硬碟搜索之特性何在？依一般搜索之技術，搜索雲端硬碟內容有何窒礙難行之處？法律上，可否依照原來的、傳統的搜索規定，即本法搜索的授權依據，進入雲端硬碟而取得相對人儲存於該處的資料內容呢？關此，有肯定說與否定說之爭，一來涉及對「電磁紀錄」搜索客體之理解，二來網路無國界，也涉及原本搜索規定應否受雲端硬碟儲存地之限制，此即本案證據 A 之爭議所在。

Q2、技術上，來源端通訊監察之特性何在？依一般通訊監察之技術，截收通訊軟體內容有何窒礙難行之處？法律上，可否依照原來的、傳統的通訊監察規定，即通訊保障及監察法（下稱通保法）的授權依據，於來源端通訊設備植入間諜程式，而取得加密前或解密後的通訊監察內容呢？關此，有肯定說與否定說之爭，涉及對干預屬性及法律保留原則的認知不同，此亦為本案證據 B 主要爭點所在。

¹ 科技偵查相關基礎文獻參：王士帆，〈當科技偵查駭入語音助理—刑事訴訟準備好了嗎？〉，《臺北大學法學論叢》，112 期，2019 年 12 月，頁 191-242；林鈺雄，〈科技偵查概論（上/下）——干預屬性及授權基礎〉，《月旦法學教室》，220/221 期，2021 年 2/3 月，頁 46-57/42-52。

此外，本案亦涉及刑事訴訟上基本權干預之審查體系，詳參本書之〈刑事訴訟上之基本權干預體系：GPS 案（例 8）〉，以下不再贅述。本案主要爭點在於現行法既有授權規定如何解釋之問題。

貳、〔解析〕

一、雲端硬碟及其搜索之技術概述

偵查機關依法搜索、扣押被告或第三人電腦時，發現其將資料儲存在雲端硬碟如 Dropbox 或 Google Drive 時，可否直接從 PC（個人電腦）等裝置端，點擊進去查閱並製造一份複本保存？如果可以，法律授權依據何在？如果不可以，那早已普遍成為現代人資料儲存一環的雲端硬碟，是否成為搜索、扣押的「化外之地」？這題該如何才有解²？

雪上加霜的是，如果雲端搜索是個問題，那麼，雲端硬碟只不過是問題的「開端」而已。隨著物聯網（IoT: Internet of Things）時代的來臨、5G 時代可能的 AI 家電設備運用，以及其他物聯網裝置的逐漸普及（例如已上市的 Amazon Echo/Alexa、Google Nest Mini 或小米家族的小愛同學），類此問題將會層出不窮，立法及司法必須未雨綢繆。

案例中證據 A 的爭點，僅涉及最基本的雲端硬碟搜索，無關進階的物聯網搜索，故相對單純。簡言之，在 PC 時代，我們把數位化的資料儲存在 PC 中的實體硬碟，偵查機關搜索 PC 時從實體硬碟取得相關資料，製作複本存證。搜索 PC 當然包含（應該說主要就是）實體硬碟中儲存的數位資料，從來不是問題；有問題也是在於搜索可否鋪天蓋地？例如可否於 A 案取得搜索票搜索相對人 PC 硬碟時，開箱倒櫃「順便」瀏覽 B、C、D 案等另案資料。這些，都是依照原來搜索扣押的限制規定，以資規範，例如概括搜索票禁止原則（法律明確性原則的具體映射）、搜索執行的限制（達到搜索目的時即應停止搜索）及偶然發現之規則（附帶扣押、一目了然法則）等³。

附連於 PC 或其擴充的實體儲媒體，其搜索亦同。例如插上 PC

² 參王士帆，〈網路之刑事追訴—科技與法律的較勁〉，《政大法學評論》，145 期，2016 年 6 月，頁 339-390（頁 371-377）；林鈺雄，註 1 文（下），頁 42-45；施育傑，〈數位證據的載體、雲端與線上取證—搜索扣押與類型化的觀點〉，《月旦裁判時報》，64 期，2017 年 10 月，頁 55-71。

³ 相關限制與原則參林鈺雄，刑訴 I-Ch10:4。

的 USB 拇指碟或外接式擴充硬碟，無論是單獨作為搜索客體，或者附隨於 PC 設備作為搜索客體，搜索這些實體儲媒內的數位資料，都是依照原來的搜索規定，不成問題。其實，除 PC 外，在雲端搜索成為法律議題之前，關於搜索範圍，就曾有類似的附連實體空間之固有問題。例如，搜索票記載 X 地址含樓層，檢警上去搜索後才發現被告將 X 戶連同 Y 戶打通，兩戶相連，也就是實際居住使用是 X、Y 兩地址，此時偵查機關從 X 戶進入並於連通的 Y 戶搜索到系爭藏匿槍枝，原則上並無違法搜索問題。類此情形，如搜索某住址 1 樓，進入搜索後才看到有連通的地下室而搜索之。

二、雲端硬碟搜索之干預屬性與授權依據

以上是附連實體空間的案例，可否用於虛擬附連空間⁴？也就是，從搜索裝置端資訊設備（如 PC）出發，藉由網際網路連結的雲端硬碟，是不是屬於某種「附連空間」而落入搜索範圍？首先說明，儲存於雲端的（數位）資料，與儲存於裝置端個人設備的資料，同樣是搜索資料，在此範圍內，兩種搜索的干預屬性並無本質性區別。

據此，雲端硬碟搜索的問題不在於其干預屬性的特殊性，而在於搜索客體與範圍之限制；尤其在雲端硬碟所在地乃境外時，也有可能涉及內國刑事訴訟法效力範圍及司法互助問題。先撇開「境外」問題不談，問題核心在於，雲端硬碟僅是以網路而和裝置端設備（如電腦主機）連結的空間，搜索票雖記載特定電腦主機，但雲端硬碟不是安裝在受搜索客體的電腦主機內或其實體擴充插槽上，而是在與該電腦主機實體空間隔離的另一處（雲端業者）伺服器及儲媒載體中。據此，「假使」將搜索客體理解為僅限於扣案的「實體物」的話，搜索票記載的應受搜索實體物，就僅能限於該特定電腦主機，不及於網路連結

⁴ 說是「虛擬」附連空間，其實有語病，因為業者雲端儲存處必定也是有某個（些）實體硬碟儲存這些資料，只是這些雲端實體硬碟和裝置端設備之間是由網際網路連結起來而已。從裝置端設備的搜索授權而言，這些雲端實體硬碟並非原來搜索票所直接涵蓋的實體硬碟範圍，所以才會產生能否及如何搜索的問題。

的雲端硬碟。這也正是德國舊刑事訴訟法的困境所在——德國當時並無相當於我國刑事訴訟法的搜索電磁紀錄規定⁵。

但我國法授權依據的問題與德國法有別，原因在於 2001 年搜索扣押大修法時，我國立法者已明文增訂「電磁紀錄」為搜索客體（§ 122），搜索票應記載事項亦同（§ 128 II ③）⁶。因此，搜索票如果記載應受搜索之「某某個人電腦及其延伸之電磁紀錄」，個人電腦內的實體硬碟及資料是依照前者、以網路連結的雲端硬碟資料是依照後者，作為搜索之授權依據⁷。至於進入相對人雲端硬碟若有密碼保護，其實也就如同實體住宅搜索得開啟門鎖為必要處分來破解一樣（§ 144 I：「因搜索及扣押得開啟鎖局、封緘或為其他必要之處分。」），破解密碼的授權依據本身不是問題，在非處於開啟狀態而相對人不願配合提供密碼時，技術上能否破解，反而才是實務問題所在。

或許有人會質疑，2001 年修法當時仍無雲端硬碟（遑論物聯網），以此作為搜索依據，顯非立法者當初的主觀想像。但「法律應該比立法者更聰明」，而法學方法解釋的出發點是文義解釋。和設備端裝置以網路連結的雲端硬碟數位資料，仍在「電磁紀錄」的文義範圍；反過來說，若謂電磁紀錄僅能包含依附於實體硬碟或儲媒（如 SD 卡）的資料，那就等於是贅文了，因為搜索實體硬碟的授權範圍當然包含其

⁵ 為了解決授權不足問題，2008 年德國修法，於其刑事訴訟法第 110 條執行搜索之文件檢閱（Durchsicht von Papieren）規定，增訂第 3 項成為【查閱文件及電子儲存媒體】之現行規定（參附錄二：翻譯條文參連孟琦譯，《德國刑事訴訟法》，2016 年）；舊法爭議暫告一段落，但境外雲端硬碟還是要大費周章走司法互助路線。Vgl. M-G/S, StPO, § 110 Rn. 6 ff.

⁶ § 122：「對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。」；「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」

§ 128 II：「搜索票，應記載下列事項：…三、應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄。」

⁷ 相同見解參王士帆，註 2 文，頁 376-377；質疑參劉芳伶，〈遠距搜索扣押與令狀之明示特定〉，《東海大學法學研究》，49 期，2016 年 8 月，頁 45-96。

內的數位資料（不然是只能搜查硬碟殼嗎？）⁸，何必多此一舉，另立授權基礎呢⁹？只不過，解釋論的結論雖尚稱明確，但就立法論言，當初搜索電磁紀錄的「陽春條款」，其立法密度及規範規格是否足以承載搜索雲端伺服器的未來需求及程序控制？應否提高其干預門檻？尤其是未來勢將普及的物聯網搜索，這是立法者遲早必須面對的問題¹⁰。

此外，雲端硬碟還有另一問題是「所在地」，關此，有一種主張是依照欲搜索資料所在的雲端實體硬碟儲存地，決定其是否屬於我國搜索電磁紀錄的範圍（儲存地說）¹¹。然而，一來，絕大多數雲端業者都是外國業者（如案例所示 Dropbox），如果以我國國境為限，其實就等於絕大部分雲端搜索都必須透過司法互助始得為之，恐怕寸步難行；二來，雲端儲存原理並非集中式，同一個帳號、同一個資料夾內的資料可能分散儲存在全世界多國、多地的實體雲端硬碟內，且僅業者知悉各該資料的實際儲存地何在，如果採儲存地說，縱使業者配合（這已經很難了）恐怕也不切實際。更何況網路特性本無國界，網路連結不可能阻斷於國界，犯罪如此（如散播兒童色情影音），追訴亦然，是以，以網路而跨境連結本是網路時代的追訴前提與常態。

綜上所述，案例 Q1，我國搜索程序本採（相對）法官保留原則，檢調持法官核發之搜索票，依其搜索電磁紀錄之相關票面記載，點擊扣案乙電腦設備中之連結而進入其儲存於 Dropbox 雲端硬碟的數位資料，依現行法乃合法之搜索。律師 V 關於證據 A 之第一點抗辯無理由。

⁸ 參林鈺雄，刑訴 1-Ch10:4.1.1：「…此次修法特別增列『電磁紀錄』（§§ 122、128 II ③），不過，若是電磁紀錄存在於某個實體之『物』（如電腦硬碟或隨身碟）者，本來就可被『物件』的概念所包含。」

⁹ 類此情形，如德國於 1992 年引進監視目的之科技偵查基礎授權時，當時 GPS 也尚未普遍運用，但其干預屬性仍能被這條授權規定所涵蓋，亦未逸脫其文義範圍，因此，從德國聯邦憲法法院到歐洲人權法院，皆不認為有違反法律明確性原則的問題。參林鈺雄，註 1 文（上），頁 48-51。

¹⁰ 僅例示一執行的合法性問題：帶回電腦主機後，連上雲端硬碟資料有無期間之限制呢？該期間應否受搜索期間之拘束呢？抑或只要在扣押期間皆可？

¹¹ 參施弘文，〈以科技偵查跨境取得證據之研究—以美國法為中心（發言紀錄）〉，《檢察新論》，27 期，2020 年 2 月，頁 202-207。

三、來源端通訊監察之技術原理

當犯罪者之間的聯繫方式，普遍改為使用 LINE、WeChat、QQ 或 Telegram 等新型態的網路通訊軟體時，傳統通訊監察的「掛線監聽」技術手法已無用武之地。簡言之，通訊軟體傳輸過程經過多道加密，解密金鑰僅存在通訊雙方的設備端裝置（或/及業者伺服器）；在網路通訊傳輸過程的封包，都是以點對點加密技術（End-to-End Encryption; E2EE）的檔案，雖然可以依現行通訊監察技術而攔截、取得，但得到的僅是一堆經過加密而難以重組、還原的封包檔案而已。舉例而言，賣方 LINE 給買方的原始訊息是「下午 3 點在老地方交貨」，輸入後經加密傳輸，直到買方收到後才解密；在通訊過程期間，通訊監察所得僅是加密封包的亂碼資訊，而非可資辨識的原始資訊，沒有實益。

因應這種加密通訊，技術上可想像幾種對策：一是解密金鑰，還原出原始訊息（即「你加密、我解密」）；二是直接找通訊軟體業者，要求其交出解密金鑰或伺服器儲存的通訊訊息，但現實上皆窒礙難行。是以各國發展出來源端通訊監察的對策和做法，其技術原理是在資訊設備植入木馬間諜程式，取得「發送端輸入後、加密傳輸前」或「收受端解密後」的原始通訊訊息，但引發一連串法律問題的爭議。

四、來源端通訊監察之干預屬性與授權依據

可否依照原來的、傳統的通訊監察授權規定，而取得加密前或解密後的通訊監察內容呢？關此，學理上有肯定說與否定說之爭。

（一）通保法之授權規定

國家機關監察犯罪嫌疑人之通訊內容，於我國現行法應依通保法為之，其授權範圍不限於一般所謂的「監聽」，也包含利用電信設備傳輸的所有通訊與網路活動。從基本權面向言，該法所稱「通訊」，包括「一、利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信。二、郵件及書信。三、言論及談話。」（通保§ 3 I），以上立法定義，已經包括如 E-Mail、Facebook

Messenger、Skype、LINE 和其他手機軟體傳輸等新型態的溝通方式；此外，通訊監察客體係針對「現時或未來發生」之通訊，不及於「過去已結束」之通訊¹²。從干預面向言，該法容許的基本權干預手段，即所稱通訊之「監察」，同樣是包山包海：「通訊監察以截收、監聽、錄音、錄影、攝影、開拆、檢查、影印或其他類似之必要方法為之。」（通保§ 13 I 前），文字上幾乎將所有可能想像的干預手段一網打盡。

（二）學說爭議及 IT 基本權干預

據此，肯定說認為，來源端通訊監察，一來，相對人（受干預人）以通訊軟體所傳輸之內容，本來就是屬於通保法明文定義的利用電信設備收發、傳輸之「通訊」；二來，植入間諜程式屬截收或其他類似之必要方法的「監察」手段，其必要性尤其建立在其他現行技術方式皆不可行的判斷基礎，已如前述；三來，於來源端植入間諜程式所截獲的原始通訊內容資訊，干預的基本權也是秘密通訊自由而已，並未逾越通訊監察規定的授權範圍。

反之，否定說認為，植入間諜程式而取得相對人之通訊內容，涉及兩類不同性質之基本權干預：一是秘密通訊自由之基本權，此部分屬於現行通保法之授權範圍，固然無疑。二是電腦資訊設備之私密性及完整性（Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme），即資訊科技（IT）基本權¹³，此部分屬於額外干預，因此必須另外取得干預授權基礎，始得為之。簡言之，監察通訊軟體內容必須先入侵相對人的資訊科技系統作為準備措施，才能順利在其資訊設備秘密安裝間諜程式，並於相對人使用軟體通訊時，即時傳輸加密前的原始訊息至建置機關。這本質上就是讓資訊設備中毒，但傳統的電信監察授權條款並未包含「讓資訊設備

¹² 參 106 台非 259（附錄一）。此外，來源端通訊監察之客體，學理上另有關於「現時或未來發生」或「過去已結束」之通訊的檢討與爭議，德國授權規定亦予區分此兩種客體，此部分暫不討論。

¹³ 概念說明參王士帆，註 2 文，頁 349-352。Vgl. Kudlich, Strafverfolgung im Internet- Bestandsaufnahme und aktuelle Probleme, GA 2011, 193 ff.

系統中毒」的附隨干預權限。

（三）本文之見解

德國法先前亦有上開肯定說與否定說之爭，兩說各有所本。但因德國聯邦憲法法院在先前裁判(2008年)已經先一步承認 IT 基本權¹⁴，是以，欲以傳統通訊監察規定作為侵入資訊設備（包含使其中毒）之授權依據，恐有不足。德國立法者為避免違憲爭議，遂傾向否定說而另起爐灶，於其刑訴法的傳統通訊監察規定條款，增修來源端通訊監察之授權依據（§ 100a I S. 2, 3 StPO），此即其立法背景¹⁵。

然於我國，迄今司法院解釋或各級法院裁判皆仍未肯認 IT 基本權是我國憲法所保障的基本權內涵，相關解釋付之闕如（釋字第 603、631、689 號解釋皆未承認 IT 基本權）。既然如此，純就解釋論言，於我國法採肯定說似乎有憑有據，似未逾越現行授權規定的文義範圍。亦即依現行通訊監察授權規定即可？

關此，筆者仍採否定說¹⁶。簡言之，一來是 IT 基本權，亦即資訊科技設備之私密性與完整性（不可侵犯性）的基本權保障，恐怕是我國憲法基本權體系及釋憲實務遲早要面對的問題，於立法論及釋義學上宜超前部署；二來是來源端通訊監察的干預風險高，亦即，其係透過特定惡意間諜程式侵入目標資訊系統中，使整個作業系統中毒，並非僅侵入某特定應用程式而已，因此純就技術上而言，本來就有能力撈取目標資訊系統中與通訊無關之其他資料；既然其技術本質存在如此高度風險，當然潛在可能對基本權構成更深的干預風險，故應否定以一般的、傳統的通訊監察規定作為其授權依據，並應另立授權規定且加強其技術性與程序性之擔保，始為長遠之計。

依照本文所採否定說見解，案例中檢調不得依照原本通訊監察之授權規定，而對被告甲進行來源端之通訊監察。

¹⁴ BVerfGE 120, 274; vgl. auch BVerfGE 141, 220.

¹⁵ 參附錄二條文翻譯；註釋及說明參王士帆，〈德國科技偵查規定釋義〉，《法學叢刊》，66 卷 2 期，2021 年 4 月，頁 85-132（頁 95-97）。

¹⁶ 參林鈺雄，註 1 文（下），頁 50；同說參王士帆，註 2 文，頁 365-366。

（四）證據使用禁止

若依上開肯定說見解，既然 LINE 內容是依法通訊監察所得，自不生因違法取證而禁止使用證據之問題。反之，若依本文所採否定說，來源端通訊監察已逾越現行通保法授權範圍且無其他特別立法授權，故偵查機關已違反「證據取得之禁止」，應進一步檢討「（依附性）證據使用禁止」之問題¹⁷。

違法取證是否產生證據禁止使用（排除）之效果，下可一概而論。就法律適用言，首先取決於有無立法特別規定（如 §§ 156 1、158-2）？若無，則回歸第 158-4 條的一般規定。於違法通訊監察情形，通保法有特別的絕對排除規定：「違反第五條、第六條或第七條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第十七條第二項規定予以銷燬。」

（通保§ 18-1 III）。問題在於，來源端通訊監察根本沒有規定在通保法，那麼，案例所示植入木馬間諜程式之通訊監察方式，是不是屬於條文所稱「違反第 5 條…規定」而取得之通訊內容呢？文義若可包含，依通保法特別規定應絕對禁止使用；若不包含，則應回歸刑法第 158-4 條（平台定性），依照所採理論而定奪其證據能力。

關此，本文認為，所稱違反第 5 條規定，解釋上應包含逾越第 5 條授權範圍而通訊監察之情形；猶如列舉重罪（通保§ 5 I）之外的通訊監察，也是逾越立法授權範圍，應可包含於法條文義所稱的違法通訊監察（亦即不依通保法規定而進行通訊監察），故本案取得之甲 LINE 通訊內容，依法應絕對禁止使用，不得採為裁判基礎。甲律師之第二點抗辯有理由。

¹⁷ 兩者並無等號關係。亦即，違反證據取得禁止，未必產生證據使用禁止之效果，還要加上其他條件。基礎概念參林鈺雄，刑訴 II-Ch12。

參、〔結論〕

綜上說明，證據 A 與證據 B 之取證合法性有別，結論分述如下：

一、雲端硬碟搜索：依照電磁紀錄搜索規定，乃合法搜索。

我國搜索程序採（相對）法官保留原則，搜索原則上用搜索票，由法官核發（§ 128）；此外，我國立法者特別增訂「電磁紀錄」作為搜索客體及搜索票應記載事項（§§ 122, 128 II ③），就現行法的解釋論言，此非侷限於查扣電腦設備內之硬碟資料而已，亦可延伸至其網路連結的雲端硬碟資料。案例 Q1 所示，檢調持法官核發之搜索票，依其搜索電腦設備延伸之電磁紀錄的相關票面記載，點擊扣案乙電腦設備中之連結而進入其儲存於 Dropbox 雲端硬碟之數位資料，依現行法乃合法之搜索。Q1 律師 V 關於證據 A 之抗辯無理由。

二、來源端通訊監察：採否定說，不得依照通保法授權規定。

本案檢調為取得收賄公務員甲之 LINE 通訊內容，聲請法院核發通訊監察書，由建置機關於監察期間內以「來源端/設備端通訊監察」之科技，在甲的資訊設備植入間諜程式並取得其「發送端輸入後、加密傳輸前」的原始訊息。甲之 LINE 傳輸內容，屬於通保法所稱利用電信設備收發、傳輸之「通訊」，建置機關之技術方法，文義上亦可被通保法所稱截收或其他類似必要方法之「監察」所包含，形式上似合乎通保法的授權規定，此亦為肯定說之立場。

然而，來源端通訊監察除干預秘密通訊自由之基本權外，另涉及資訊科技設備之私密性與完整性的基本權（IT 基本權）的保障及干預，故植入間諜程式而使整個資訊設備作業系統中毒，不宜解釋為一般通訊監察的附隨干預權限，而須另外取得特別的立法授權基礎始可為之。由於我國目前仍無此種立法授權，故案例 Q2 所示，縱依法院核發之通訊監察書，亦不得對甲實施來源端通訊監察。本案取得證據 B 之程序違法，且依通保法第 18-1 條第 3 項之特別規定，違法通訊監察所得證據應絕對禁止使用。Q2 律師 V 關於證據 B 之抗辯有理由。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 類似案例，另參本書〈刑事訴訟上之基本權干預體系：GPS 案（例 8）〉之附錄（肆、二：〔近場木馬案〕）。

一、相關實務見解

※ 106 台非 259：Hibox 判決

秘密通訊自由即通訊隱私權之保障不同於一般隱私權，乃因：(一)通訊隱私權保護之主要緣由，乃通訊涉及兩個以上參與人，意欲以秘密之方式或狀態，透過介質或媒體，傳遞或交換不欲為他人所得知之訊息。因其已脫離參與人得控制之範圍，特別容易受國家或他人之干預與侵擾，有特別保護之必要，故其保障重在通訊之過程。另上揭通訊之本質係涉及兩個以上參與人間之意思交換之旨，故通訊隱私權實有別於一般隱私權，一般隱私權並不當然涉及個人以外之他人，即便僅個人一人，亦能主張此一憲法權利，如個人在住家之活動、身體之私密部位、書寫之日記，均為一般隱私權所保護之對象，然此皆與通訊隱私權無涉。秘密通訊自由所保護者，既係在於通訊參與人間之訊息得以不為他人知悉之方式往來或遞送之秘密通訊過程，其所保障之範圍，自應隨訊息送達接收方，傳遞過程結束而告終止，據此，通訊內容在傳遞過程中因為秘密通訊自由所保護之客體，如該通訊內容已處於接收方之支配範圍，接收方得對此已結束傳遞過程之通訊內容，自行決定留存或刪除等處理方式，則其秘密通訊自由之保障已經結束，換言之，所謂「過去已結束」之通訊內容，已非秘密通訊自由保護之客體，應僅受一般隱私權即個人資料自主控制之資訊隱私權所保護。

※ 臺灣高等法院 100 年度上易字第 62 號（雲端硬碟搜索）

（摘錄證據能力部分）當場因江○○使用之電腦未關機，遂發現他們把資料放在 google 的雲端硬碟，且帳號沒有登出，透過該雲端硬碟的功能將所有資料匯出，這些資料大部分是 word，或 excel 格式，我們要求江○○全程配合下載，直接存在江○○使用的電腦上，再存在隨身碟上及卷內光碟，我們沒有做任何修改動作，也全程錄影，避免將來發生爭議等情，業經證人即現場執行搜索警員莊○○、沈○○到庭陳述明確…，並為江○○陳述：當時我在旁邊觀看…，其餘陳○○等人對此均無意見…。是以，本件警員依法搜索上址，自該址內江○○使用之電腦內，下載存於 google 雲端硬碟內資料所得之電磁紀錄，既屬依法得予搜索、扣押之電磁紀錄，自無證據排除法則之適用（最高法院 94 年度台上字第 3200 號判決意旨參照）。…

二、比較法制：德國刑事訴訟法

（一）雲端硬碟搜索

第 110 條 [查閱文件及電子儲存媒體]

- (1) 查閱受搜索干預人之文件，屬於檢察官之權限，且依其命令，檢察機關之偵查人員（《法院組織法》第 152 條）亦有權為之。
- (2) ¹ 除此之外，僅經文件持有人之同意，官員才有權查閱被尋獲之文件。² 否則，官員應將認為有必要查閱之文件，當持有人之面，封緘於加蓋官印之信封，送交檢察官。
- (3) ¹ 查閱在受搜索干預人處之電子儲存媒體時，若所尋找之資訊，在不延伸查閱範圍之情況下有丟失之虞時，亦得延伸至由此儲存媒體可以讀取、與其在空間上分離之其他儲存媒體。² 對調查可能有意義之資訊，得保全之；第 98 條第 2 項之規定準用之。

（二）來源端通訊監察

第 100a 條 [電信通訊監察]

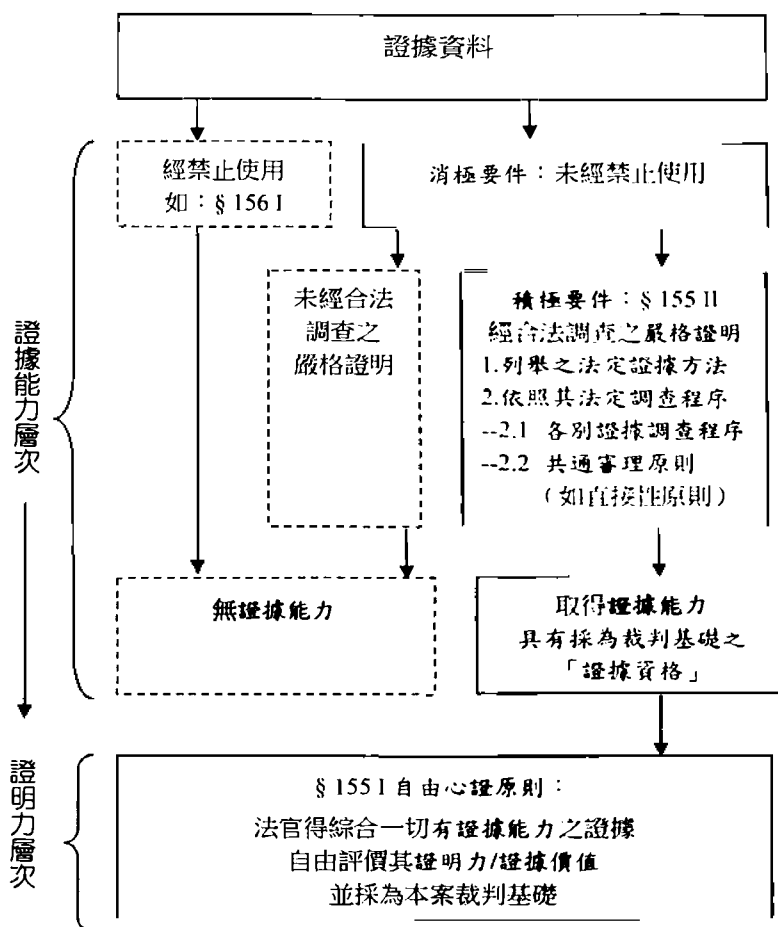
- (1) ¹ 有下列情形時，即使受干預人不知情，仍得監察與記錄電信通訊：
 1. 有事實懷疑成立第 2 項所稱嚴重犯罪之正犯、共犯、未遂犯或預備犯；
 2. 個案中犯罪情節重大，並且
 3. 以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地有顯著困難或預期無結果。² 當為了尤其得以依未加密方式進行監察與記錄而有必要時，亦得以科技方法侵入受干預人所使用之資訊科技系統，進行電信通訊之監察與記錄。³ 儲存於受干預人資訊科技系統之通訊內容與狀態亦得監察與記錄，當其在公共電信線路以加密方式所進行之傳輸過程原本即可監察與記錄者。
- (2) 第 1 項第 1 款意義下之嚴重犯罪係指（下略）：

嚴格證明與被害人、告訴人之證人原則

甲涉嫌偽造乙名義之文書，經乙提出告訴，檢察官偵查後將系爭文書扣案並對甲提起公訴。審判中甲委任律師丙為辯護人，乙委任律師丁為告訴代理人，試分述法院下列處置程序是否合法？法院得否將下列陳述採為裁判基礎？

- 1、法院以告訴人名義傳訊乙陳述被害事實經過，丙律師要求法院應命乙具結並使其受對質、詰問。法院則以乙乃告訴人並非證人為由，駁回丙之請求。
- 2、設乙未到庭，法院遂命丁律師代為陳述並答詢被害事實經過；被告甲雖到庭，但亦由丙律師代為陳述並答詢案發事實經過（Q2-a）。設若案例中丁律師係當庭提交並照稿宣讀乙先前於審判外製作、敘述其被害經過之書面聲明，情形有無不同（Q2-b）？
- 3、承1所述，若法院係命乙陳述關於量刑之意見，情形有無不同？

※ 圖表 1：證據體系：證據能力與證明力



壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 155 II, 166~, 186~, 236-1, 271 II, 271-1 I, 288, 379 ⑩

【關鍵詞】嚴格證明、自由證明、法定證據方法、法定調查程序、被害人、告訴人、證人原則

案例所示爭點，可分為以下層次：

一、嚴格證明法則與「第六種」證據方法。此乃本案相關討論之前提與通則問題。

二、被害人/告訴人應屬何種法定證據方法、應踐行何種法定調查程序（Q1）？可否以書面聲明代替當庭陳述（Q2-b）？

三、辯護律師或告訴代理律師，是否屬於法定證據方法（Q2-a）？

四、被害人/告訴人關於量刑之意見表達，應否經過嚴格證明，抑或自由證明為已足（Q3）？

貳、〔解析〕

一、嚴格證明與「第六種」證據方法

（一）關於嚴格證明之通則

嚴格證明法則是我國刑事證據法的建構框架與基礎原則，也是「每個」刑事通常審判程序都必須通過的關卡。據此，刑訴法證據章開宗明義宣示：未經「合法調查」之證據，不得作為判斷之依據（§ 155 II；參※圖表 1），此即指嚴格證明而言；證據章其他相關條文，則是法定證據方法及法定調查程序的具體規定，違反者可能構成「應於審判期日調查之證據而未予調查者」之判決當然違背法令（§ 379 ⑩）。關於此項法則，其內涵略述如下¹：

¹ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:1.2。文獻參林鈺雄，〈蓋上潘朵拉的盒子—釋字五

1、所有刑事審判的證據調查程序，皆有兩基本問題，一是法院使用的「證據方法」有無限制？二是待證事項應該經過如何的「調查證據程序」始屬合法？嚴格證明法則，係指以上兩者皆應受「嚴格的形式性」支配之證據法則，此與自由證明法則有別。

2、依照上開嚴格形式性要求，犯罪事實之證明，其證據方法及其調查程序受到「雙重的限制」，一是法定證據方法之限制，二是法定調查程序之限制。簡言之，審判程序中關於犯罪事實的調查與證明，須在法律規定所准許的證據方法之範圍內，並且依法律規定的調查證據程序踐行之，兩者同時具備時才是「經合法調查」的證據，始取得證據能力而得作為裁判基礎（§ 155 II）。

3、法定證據方法之限制，是嚴格證明的第一層意義。據此，法院於審判期日踐行「調查證據程序」（§ 288）時，僅能使用「法律明文准許」的五種「法定證據方法」來調查證據資料並證明本案待證事實，分別是人證（§§ 175~）、文書（§ 165）、鑑定（§§ 197~）、勘驗（§§ 212~）及作為廣義證據方法的被告（§§ 94~, 286, 287, 288 III）。法定證據方法係「列舉的證據方法」（sog. *numerus clausus der Beweismittel*），因此，在嚴格證明的範圍內，無論何種證據資料，都必須透過上述列舉的五種法定的證據方法，才能夠呈顯於審判庭，也才能夠取得證據能力。法定以外的證據方法皆非合法的證據方法，法院一旦使用法定以外的證據方法來證明本案待證事實時，即因調查證據程序不合法致證據無證據能力。

4、法定調查程序之限制，乃嚴格證明法則的第二層意義。前述法定的證據方法必須結合法定的調查程序，才屬合法調查。這又分為兩類，一是針對各該法定證據方法所定的特別調查程序，二是各個法定證據方法共同適用的審理原則。前者，以證人證據方法為例，原則上應經具結、對質、詰問等針對證人的各別法定調查程序為之，以保

八二號解釋終結第六種證據方法？》，《干預處分與刑事證據》，2008.01，頁331-378（＝《月旦法學雜誌》，115期，頁57-74）；楊雲驊，〈找回嚴格證明程序之靈魂－釋字第五八二號的意義與影響〉，《月旦法學雜誌》，115期，2004.12，頁109-123。

障被告之防禦權及證言之真實性 (§§ 166~, 186~)，經依法具結而虛偽陳述者，並有偽證罪之處罰規定 (刑§ 168)；再以勘驗法定證據方法為例，如案例中涉嫌偽造之文書，應依略式勘驗規定而當庭提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認 (§ 164)²。

5、後者，即共同適用之審理原則，由於證據調查程序通常且原則上應於審判期日踐行 (§ 288)，因而，同時須受審理原則的支配，是以，除有合乎各該原則的例外情形之外，調查證據程序必須遵守直接、言詞且公開審理原則，才合乎法定的調查程序，證據才能作為裁判基礎。據此，唯有經過法院直接審理，即「出於審判庭」的證據，才有證據能力 (如案例中偽造文書證物之當庭提示)，故原則上法院不得擅自轉換證據方法而使用「證據的代替品」 (如案例中偽造文書證物，不得僅提示扣押物清單)。以證人為例，尤其不得以朗讀偵訊筆錄或書面聲明 (Q2-b) 的文書證據方法 (§ 165)，來代替當庭訊問證人；這種「證據代替品之禁止原則」，同時是嚴格證明法則、實質直接性與傳聞法則的共同要求 (§§ 159~)，又稱為「人證優於書證原則」。

(二) 關於「第六種」證據方法

依照上述嚴格證明的第一層要求，本來即已不容許法官自行創設五種列舉證據方法以外的「第六種」證據方法。這絕非奉形式主義為無限上綱的作法，而是有其實質意義：

1、縱使法院使用了第六種證據方法，法律也「無」相關的調查程序可循，試問法院要「如何」踐行其調查程序？以對被告為不利陳述的被害人 (告訴人亦同) 為例，如果不以證人證據方法，而是將被害人視為獨立的第六種證據方法，試問法院應如何踐行其調查程序？各訴訟關係人的權利義務為何？

2、形式上逸脫了法定調查程序，實質上就可能違反以公平審判

² 參林鈺雄，刑訴 1-Ch11:3.4.5：「證物應提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認 (§ 164 1)。提示 (或稱出示) 證物，屬於今人以五官知覺 (尤其是視覺) 來辨認證物之物理性質、狀態或特徵的調查手段，本質上屬於勘驗，或謂『略式勘驗』，因此應歸納於勘驗之法定證據方法。」

保障被告防禦權及發現實體真實之刑事訴訟目的。再以被害人為例，如果逸脫證人證據方法的法定調查程序，具結、對質、詰問及實質直接性、傳聞法則（禁止證據代替品）等等基於擔保公平審判及實體真實而來的法治國基本要求，將會付諸流水。

3、事實上，法院創設第六種證據方法，不但不應容許，而且也無必要。簡言之，現行法規定的五種證據方法，已可滿足各式各樣證據資料的調查需求，無論是共犯/共同被告、被害人/告訴人、影音證據或案例中文書證物等，皆可毫無障礙地套入五種的法定證據方法之一而調查之。

二、被害人/告訴人之定性：證人原則

（一）理論說明

無論從遵守嚴格證明法定證據方法之形式角度，或從保障對質詰問權之實質觀點，被害人、告訴人本身並非獨立類型的證據方法，其關於被告犯罪事實之陳述，歸類上即屬證人之證據方法³，應適用具結、對質、詰問等關於證人的法定調查程序，稱為「證人原則」。簡言之，法院應依法命被害/告訴證人具結（§ 186）；被告或辯護人有直接詰問被害/告訴證人之權利（§§ 166~）；法院亦得依職權或依聲請命為對質（§ 184 II）；若被害/告訴證人陳述時，命被告退庭者，陳述完畢後，應再命被告入庭，告以陳述之要旨並予詰問或對質之機會（§ 169）⁴。以上既是證人法定調查程序，同時也是被告的程序權利。法院若未依法踐行上開程序，即屬「未經合法調查」，因而取得之被害人、告訴

³ 參王梅英，〈告訴人在證據法上的地位〉，《司法周刊》，943期，1999.08.25，頁3；林鈺雄，〈嚴格證明法則與直接審理原則—最高法院相關裁判之綜合評釋〉，《嚴格證明與刑事證據》，2002.09，頁3-42（＝《臺灣本土法學》，5期，1999.12，頁61-78）；楊雲驊，〈告訴人的陳述與傳聞法則〉，《月旦法學教室》，15期，2004.01，頁20-21。

⁴ 參本書之〈隔別訊問、被告缺席審判與異議方案（例 14）〉；林鈺雄，〈命被告退庭行隔別訊問之缺席審判—探究刑事訴訟法第一六九條的失落法理〉，《月旦法學雜誌》，248期，2016.01，頁54-72。

人陳述無證據能力，不得作為裁判基礎，否則即有「應於審判期日調查之證據而未予調查者」之判決當然違背法令（§§ 155 II, 379 ④）。此外，以朗讀證人書面聲明（Q2-b）的文書調查來代替當庭訊問證人之情形，亦是上開未經合法調查之判決當然違背法令。

（二）實務發展：從證明力方案到嚴格證明/證人原則之確立

1、傳統見解：證據種類毫無限制之證明力方案

簡言之，嚴格證明法則有雙重的嚴格形式性要求，其於證據能力層次的三大關卡包括：1)法院僅能使用列舉的五種法定證據方法，2)依照各該證據方法的法定調查程序，並3)應遵守包括實質直接性在內的審理原則。儘管這本來就是建構我國整部證據法的核心架構，但我國實務自早期繼受法時期的判例以來⁵，即跳躍證據能力層次的嚴格證明法則，直接飛越到證明力層次的自由心證原則（※圖表1），逕自宣稱「我國現制之刑事訴訟採職權主義、自由心證主義，對於證據能力，殊少限制，凡得為證據之資料，均具有證據能力」。換言之，針對嚴格證明的多重限制，實務舊例正好往相反方向而錯誤理解為未設限制！

既然對嚴格證明的「通則」理解有誤，「各論」的具體運用當然也不正確。無論是共犯/共同被告問題，或案例所示的被害人/告訴人問題，實務過往或者完全不探究系爭證據為何種法定證據方法的問題，或者欠缺問題意識，在字裡行間將其當成是一種獨立的（第六種）法定證據方法。例如，及至70年代選編的72台上1203判例⁶，還誤

⁵ 如31上字1167判例（按：現已不再援用）：「刑事訴訟法關於證據之種類並未設有若何之限制，鄉公所之訊問筆錄，仍不失為證據之一種，雖其證明力如何，屬於事實審法院之自由判斷，究非根本不能採用。」

此外，我國刑法於1967年時增訂當時第159條的立法理由亦如此斷言：「本法仍以大陸法之職權進行主義為基礎，以發揮職權主義之效能，對於證據能力，殊少加以限制，凡得為證據之資料，均具有證據能力...」。

批評參林鈺雄，註3文，頁3-42。

⁶ 「刑事訴訟法係採自由心證主義，對於證據之種類並未設有限制，被害人在警局之陳述，亦得採為認定犯罪事實之證據資料，並非刑事訴訟法第一百五

將「被害人」當成獨立的證據方法。甚至於，作成於2004年7月初的93台上3393⁷，還是一樣誤創告訴人證據方法，而將證據能力層次問題逕行轉移到證明力層次解決。

2、實務近例：嚴格證明法則/證人原則之確立

2004年7月底公布的93釋582，針對共犯/共同被告問題，宣告最高法院採納「證明力方案」的舊例⁸違憲，本號解釋以嚴格證明法則及對質詰問權為兩大論述支柱，並確立其憲法位階。學說隨即極力呼籲最高法院應順勢變更被害人、告訴人的舊例⁹。作成於同年12月的標竿裁判93台上6578，最高法院見解大為逆轉，正式承認被害人之「證人原則」，文獻隨即給予高度肯定¹⁰。此後相類裁判意旨前後後繼

十九條所謂不得作為證據之情形。至其證明力如何，則由法院自由判斷」（按：現已不再援用）。

同時期選編的74台上1599判例，亦誤把「告訴人」當成獨立證據方法而與證人證據方法並列；此外，75台上933判例（按：現已不再援用），亦未以證人地位處理陳述對被告不利事實之共犯。

⁷ 「告訴人因與被告立於相反之立場，其告訴自係以希望被告受刑事之訴追與處罰為目的，難免有虛偽之危險，然由犯罪之被害人提出告訴者，如以其自己所體驗之事實為陳述之內容，仍為人的證據方法之一種，雖不得以其陳述為判決之唯一資料，惟不得遽謂其陳述係個人意見而無證據能力」本則可以說是將告訴人當成第六種證據方法的「末代裁判」！

⁸ 31上2423判例（按：現已不再援用）：「共同被告所為不利於己之供述，固得採為其他共同被告犯罪之證據，惟此項不利之供述，依刑事訴訟法...（按：§156 II）之規定，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，自難專憑此項供述，為其他共同被告犯罪事實之認定。」

46台上419判例（按：現已不再援用）：「共同被告不利於己之陳述，固得採為其他共同被告犯罪之證據，惟此項不利之陳述，須無瑕疵可指，而就其他方面調查，又與事實相符，始得採為其他共同被告犯罪事實之認定。」

⁹ 參林鈺雄，註1文，頁362：「（釋字第五八二號解釋之後）所有自行創設法所列舉以外之第六種證據方法的裁判...包含被害人、告訴人，已是窮途末路」；楊雲驊，註1文，頁118：「依據釋字第五八二號所揭示之意旨，被害人或告訴人之被害陳述亦應歸類為『證人』...」。

¹⁰ 參林鈺雄，〈被害/告訴證人之嚴格證明—簡評最高法院九十三台上六五七八號及第六八三八號兩則標竿判決〉，《干預處分與刑事證據》，2008.01，頁364-373（＝《臺灣本土法學》，71期，2005.06，頁247-252）。

¹¹，而最高法院也再接再厲，隨後於2006年9月將本則標竿裁判選編為判例¹²：「被害人乃被告以外之人，本質上屬於證人，其陳述被害經過，亦應依人證之法定偵查、審判程序具結，方得作為證據。」

自此之後，就「證據能力之層次」而言，最高法院不但已經明確接受嚴格證明之法定證據方法及法定調查程序的限制¹³，而被害人/告訴人作為第六種證據方法的傳統誤解，也已正式走入歷史。

但應注意，被害人/告訴人依照嚴格證明法則/證人原則，通過「證據能力層次」的檢驗後，其證詞雖取得作為裁判基礎之證據資格，但於「證明力層次」，法官自由心證時仍應謹慎評價其證據價值，實務近例則援引共同被告/共犯的補強法則（防禦法則）之相同法理（§156 II：「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」），限制法官之自由心證（§155 I）¹⁴，表示被害人固為證人，然「被害人陳述不得做為有罪判決之唯一證據，須其陳述並無瑕疵，且就其他方面調查，有補強證據證明確與事實相符，始得採為被告論罪科刑之基礎。」¹⁵

¹¹ 例示如：94台上903、96台上177、98台上1601、104台上1162。

¹² 應予注意，依照2019年1月4日公布之法院組織法§57-I I, II（判例之效力）：「最高法院於中華民國一百零七年十二月七日本法修正施行前依法選編之判例，若無裁判全文可資查考者，應停止適用。」；「未經前項規定停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。」（按：93台上6578屬有裁判全文可資查考者，依第1項未停止適用，其效力依第2項與其他最高法院裁判相同）。

¹³ 例示代表性見解如95台上6096（參附錄）。此外，103台上4272（參附錄）另正確強調嚴格證明法則包含直接審理原則：「涉及犯罪事實要件之該當性、有責性及違法性，或刑罰加重、減輕等與刑罰權擴張、減縮有關之事項，應採取嚴格之證明，故其證據調查之方式及證據能力，均受法律所規範，適用直接審理原則」。

¹⁴ 關於自由心證之限制，參林鈺雄，刑訴I-Ch11:1.3.3；文獻參林鈺雄，〈自由心證：真的很「自由」嗎？〉，《嚴格證明與刑事證據》，2002.09，頁93-142（108-140）（＝《臺灣本土法學》，27期，2001.10，頁13-38）。

¹⁵ 104台上1162（參附錄）。同旨裁判如97台上1906、99台上1497。應予注意，此等最高法院近例皆以承認被害人/告訴人之證人原則為前提，因此，與前述（欠缺嚴格證明概念之）實務舊例的「證明力方案」，不可同日而語。

（三）小結

Q1 情形，乙為甲涉嫌偽造文書之（直接）被害人，固得依法提出告訴（§ 232）¹⁶，然無論從現行立法、學說或實務見解，法院既然傳喚告訴人乙陳述被害經過之犯罪事實，乙即屬於證人之證據方法，法院應依證人法定調查程序而命其具結並使其受對質詰問¹⁷。案例所示法院處理程序並不合法，違反嚴格證明法則且侵害被告之對質詰問權，其因此取得乙的當庭陳述，屬於未經合法調查之證據，不得作為裁判之基礎。此時，法院應依證人原則於審判程序傳訊乙出庭作證，使其陳述出於審判庭（不得以審判外之書面聲明代替之，參§ 159 I），並取得證據能力；進而於證明力層次（※圖表1），不但應謹慎評價乙證詞之證據價值，且依實務近例，不得作為有罪判決之唯一依據，仍應有補強證據始可。至於系爭偽造之文書，則應依（略式）勘驗之法定證據方法及其法定調查程序，當庭提示之（§ 164 I），已如前述。

三、辯護及告訴代理律師之定性：非屬法定證據方法

依照嚴格證明法則，法院踐行調查證據程序（§§ 155 II, 288）時，僅能使用法律明文准許的五種法定證據方法來調查證據資料並證明本案待證事實。其中，屬於人之證據方法者，共有被告、證人及鑑定人三種法定證據方法。應予注意，「法定證據方法」與「訴訟參與者」係兩種不同類型及功能的觀念，諸如檢察官、辯護律師或告訴代理律師等，雖皆為訴訟參與者，亦可陳述意見，但卻不屬於任何一種法定證據方法，法院不得逕命其為被告犯罪事實的陳述，亦不得將其採為裁判基礎，否則仍屬嚴格證明之違反。

Q2-a 情形雖非強制辯護案件，但被告仍得選任律師為辯護人（§§

¹⁶ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch15:2.1：「所謂侵害社會法益之犯罪，若是實為或兼具侵害個人法益之性質者，各該法益直接受侵害之個人，仍為犯罪之被害人。如…偽造文書罪」。

¹⁷ 案例所示，乙除告訴外，亦得委任律師提起自訴（§ 319 I, II）；但即便於自訴程序，其關於被害事實陳述亦適用自訴人之證人原則，不因公訴、自訴程序而有不同。參林鈺雄，刑訴 II-Ch18:7.4.1 及【案例 18-4】。

27, 29)；此外，犯罪被害人得自為告訴，亦得委任律師提出告訴，且告訴人得於審判中委任代理人到場陳述意見，但法院認為必要時，得命告訴人本人到場 (§§ 236-1, 271-1 I)。案例所示，辯護律師丙固然得為甲進行辯護、告訴代理律師丁固然得為乙陳述「意見」，但應注意，無論丙、丁律師皆非親身經歷案發「事實」之人，也非任何一種法定證據方法，其不能越俎代庖而代為「本案實體事實」的陳述，即便如此陳述，也因不符合任何一種法定證據方法，而無法採為裁判基礎。這就如同檢察官僅是訴訟參與者而非法定證據方法，檢察官陳述的起訴要旨，內容僅是檢方的意見而已，仍應先經過法定證據方法及調查程序來證明，法院不能逕將其採為裁判的基礎。

Q2-a 所示，告訴人乙未到庭，法院若欲調查其關於被告犯罪事實之陳述，應即依法傳喚乙本人到場並適用「證人」法定調查程序，必要者時得拘提之 (§ 178)；告訴代理律師丁固然得陳述法律的意見，但不能代為陳述並答詢被害事實經過(否則，丁律師難道要代為具結？被告若有疑問時要與丁對質、詰問？)。Q2-b 情形，縱使丁律師係朗讀乙之書面聲明，以上考量亦同，結論仍屬違法，且以乙的書面聲明(證據代替品)來代替證人當庭陳述，除違反嚴格證明法則之證人原則、實質直接性原則(人證優於書證原則)之外，亦同時違反禁止審判外陳述之傳聞法則 (§ 159 I)。

同理，Q2-a 被告辯護律師丙亦僅能進行辯護及表達法律意見，但被告辯護人丙律師本身並非「被告」之證據方法，亦非獨立之證據方法，丙律師不得代為陳述並答詢案發事實經過；就此，丙律師至多僅能從旁提示或協助被告甲陳述事實而已，而出自被告甲本人的陳述才屬被告之法定證據方法，也才符合直接審理原則之要求。

四、量刑之自由證明

「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會」 (§ 271 II 本)，關此「被害人陳述意見」規定，如何定性？本條項於 1997 年增修，立法目的固然在於提升被害人地位，惟修法當時並未周詳考慮其與嚴格證明之證人證據方法的關係，但是，這點疏誤並不至於構

成法律適用障礙。只要透過限縮解釋方法，將此種意見陳述定性在非關被告犯罪事實之陳述即可（否則，即應屬前述證人之證據方法），說穿了，主要就是讓被害人到庭針對量刑¹⁸表示意見，此屬自由證明程序¹⁹，非關嚴格證明，也不會產生違反嚴格證明之證人法定證據方法的疑慮。同此定性，還有 2003 年因創設告訴代理人制度而增修的告訴人到場陳述意見規定（§ 271-I I：「告訴人得於審判中委任代理人到場陳述意見。但法院認為必要時，得命本人到場。」）；同理，若是命告訴人本人陳述關於被告犯罪事實之意見，則應適用證人之傳喚及拘提規定，而非本條項。

就此，最高法院近例已同此見解，如 93 台上 6838（參附錄）即明白採取上開限縮解釋方式，因此得出告訴人除依刑訴第 271-I 條「到庭單純陳述意見時，毋庸具結外，如就與待證事實有重要關係之親身知覺、體驗事實陳述時，即居於證人之地位」。

Q3 所示，無論法院係以被害人（§ 271 II 本文）或告訴人陳述意見規定（§ 271-I I 但）而命乙為關於量刑之意見陳述，由於量刑屬自由證明事項，非關嚴格證明法則，因此不受法定證據方法及其調查程序之限制，亦毋庸適用證人的具結、對質及詰問程序²⁰。實務同說，如 103 台上 4272（參附錄）亦認為量刑審酌事項之陳述，雖未經具結亦未由當事人進行交互詰問，其採證程序並不違法。

¹⁸ 「被害人」本來即是量刑時所考量的因素之一（刑§ 57 參照）。

¹⁹ 最高法院向來認為，量刑事由的審酌適用自由證明程序，如 71 台上 5658 判例；評釋參林鈺雄，〈自由證明法則之新開展—最高法院近年裁判新趨勢之綜合評釋〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁 39-70(56-58, 68)（＝《臺灣本土法學》，96 期，2007.07，頁 116-134）。近例如 103 台上 4272：（刑§ 57）「各款所列情形，僅屬法院科刑時應審酌之裁量事項，與刑罰權之存否及其範圍之擴張、減縮無關，以經自由證明為已足，其使用之證據，證據能力或證據調查程序不受嚴格限制。」（參附錄）。

²⁰ 「於科刑辯論前，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就科刑範圍表示意見之機會。」（§ 289 II 後段）。此項 2019 年底增修規定，僅在於加強被害人就科刑表意之機會，並不改變上述之定性。

參、〔結論〕

建構我國證據法核心的嚴格證明法則，有雙重的嚴格形式性要求，其三大關卡包括：1、法院僅能使用列舉的五種法定證據方法，2、依照各該證據方法的法定調查程序，並應 3、遵守包括實質直接性在內的共同審理原則。我國傳統實務對此有所誤解，但 93 釋 582 之後的最高法院近例，已經完全接納以上的基準。

Q1 情形，無論從現行的立法、學說或實務，事實審法院既然傳喚告訴人乙陳述被害經過之犯罪事實，乙即屬於證人之證據方法，法院應依證人法定調查程序而命其具結並使受對質詰問。案例所示法院處理程序並不合法，違反嚴格證明法則且侵害被告之對質詰問權，其因此取得乙的當庭陳述，屬於未經合法調查之證據，不得作為裁判之基礎（§§ 155 II, 379 ⑩）。此時，法院應依證人原則使乙證詞於取得證據能力，進而於證明力評價時謹慎為之，且應有補強證據始可。附帶一提，系爭偽造文書證物，則應依（略式）勘驗之法定證據方法及其法定調查程序，當庭提示之（§ 164）。

Q2 情形，辯護律師丙及告訴代理律師丁，皆非親身經歷案發事實之人，也非任何一種法定證據方法，其不能越俎代庖而代為本案實體事實的陳述，即便為此陳述，也因不符合任何一種法定證據方法，而無法採為裁判基礎。針對實體事實，法院仍應分別依照被告及證人證據方法及其調查程序，命被告甲本人及證人乙為陳述，始屬經合法調查之嚴格證明。Q2-b 情形，縱使丁律師係宣讀乙之書面聲明，以上考量亦同，結論仍屬違法，且以乙書面聲明（證據代替品）來代替證人當庭陳述，除違反嚴格證明法則之證人原則、實質直接性原則（人證優於書證原則）之外，亦同時違反禁止審判外陳述之傳聞法則（§ 159 I）。

Q3 所示，無論法院係以被害人（§ 271 II 本）或告訴人陳述意見規定（§ 271-I I 但）而命乙為關於量刑之意見陳述，由於量刑屬自由證明事項，非關嚴格證明法則，因此不受法定證據方法及其調查程序

之限制，亦毋庸適用證人的具結、對質及詰問程序。據此，乙非以證人地位所為且未經具結、對質及詰問之量刑意見陳述，仍得作為法官量刑之參考。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 71 台上 5658 判例（量刑之自由證明）

犯人與被害人平日之關係，雖為單純科刑應行審酌之情狀（刑法第五十七條第八款），非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明為已足，然所謂自由證明，係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制而已，其關於此項科刑審酌之裁量事項之認定，仍應與卷存證據相符，始屬適法。

※ 93 台上 6578 判例（被害人之證人原則）

被害人乃被告以外之人，本質上屬於證人，其陳述被害經過，亦應依人證之法定偵查、審判程序具結，方得作為證據。

※ 93 台上 6838（告訴人之證人原則）

告訴人之指訴雖係以使被告受刑事訴追為目的，但非本法第三條所稱之「當事人」，乃當事人以外之第三人，除依同法第二百七十一條之一規定到庭單純陳述意見時，毋庸具結外，如就與待證事實有重要關係之親身知覺、體驗事實陳述時，即居於證人之地位，依上開增訂公布之規定（按：指§158-3），自應依同法第一百八十六條第一項規定命其具結，使告訴人知悉其有據實陳述之義務，以擔保其證言之真實性，該供述證據始具證據能力，如未踐行人證之法定調查程序，應不得作為證據。原判決於理由內係以告訴人朱某於原審九十三年二月四日更審審理時之指述，資為上訴人確有本件犯行論據之一。然渠既係就本身被害之情節而為陳述，自具有證人性質，且依法並無不能具結情事，原審未依上開規定踐行人證之調查程序，命其具結，其證言應無證據能力，原審竟採為判決之基礎，自屬違背證據法則。

※ 95 台上 6096（嚴格證明法則之雙重嚴格形式性要求）

嚴格證明法則係限制法院於審判期日踐行調查證據程序時，祇能使用法定之證據方法，此法定之證據方法，一般分為人的證據方法與物的證據方法。前者包括被告、證人及鑑定人；後者則包括文書及勘驗，而此法定之證據方法須經法定之調查程序，始得據以認定犯罪事實並採為裁判之基礎。是嚴格證明法則既具有嚴格之形式性要求，對於法院調查證據之程序形成相當之限制，自僅侷限於本案犯罪事實及其法律效果等問題，更僅適用於法院審判程序中，至於並非確認犯罪事實之偵查程序則不與焉。

※ 103 台上 4272（嚴格證明法則/直接審理原則、量刑之自由證明）

基於證據裁判主義，認定事實，應憑證據。又參照刑事訴訟法第一百五十四條第二項…、第一百五十五條第二項…可知依所應調查之待證事項性質之不同，其證明方法，仍有嚴格證明及自由證明之別。涉及犯罪事實要件之該當性、有責性及違法性，或刑罰加重、減輕等與刑罰權擴張、減縮有關之事項，應採取嚴格之證明，故其證據調查之方式及證據能力，均受法律所規範，適用直接審理原則；至非屬上述犯罪構成要件及與刑罰權擴張、減縮有關之事實，則僅以自由證明為已足，其證據調查程序不受嚴格限制。刑法第五十七條各款所列情形，僅屬法院科刑時應審酌之裁量事項，與刑罰權之存否及其範圍之擴張、減縮無關，以經自由證明為已足，其使用之證據，證據能力或證據調查程序不受嚴格限制。是原判決依警員王某所述上訴人於警方搜索時主動交出槍枝之犯罪後態度，僅係作為審究第一審科刑妥適與否之參考，並非作為認定犯罪事實之證據。上訴意旨指稱王某之陳述未經具結，亦未由當事人進行交互詰問，及提示告以要旨，原審採證程序違法云云，尚屬誤解。

※ 104 台上 1162（被害人之證人原則、證明力之補強證據）

被害人係被告以外之人，就被害經過所為之陳述，本質上固屬證人，然其目的在於使被告受刑事訴追處罰，與被告處於絕對相反之立場，所為陳述或不免渲染、誇大，而有所偏頗，其證明力顯較與被告無利害關係之一般證人之陳述為薄弱，為免過於偏重被害人指證，有害於真實發現及被告人權保障，基於刑事訴訟法推定被告無罪及嚴格證明法則，被害人陳述與被告自白之證明力類同，均應有所限制。亦即被害人陳述不得做為有罪判決之唯一證據，須其陳述並無瑕疵，且就其他方面調查，有補強證據證明確與事實相符，始得採為被告論罪科刑之基礎。

226◎嚴格證明與被害人、告訴人之證人原則（例 12）

對質詰問觀點的傳聞續造：基本原則

甲涉嫌販賣偽藥給乙，乙施用後致病。甲否認其販賣偽藥，偵查中檢察官除傳訊乙作證之外，亦傳訊曾向甲購買相同偽藥之夫妻丙、丁作證。惟檢察官訊問乙、丙、丁當日，雖皆依法踐行具結及告知程序，但未通知甲到場（下稱A日證詞）。後檢察官以販賣偽藥罪及過失傷害罪提起公訴，起訴書並援引以上（A日）證詞為據。

隨後，第一審法院因丙、丁將舉家移民澳洲，預料其不能於審判期日到場，故由受命法官行準備程序時，先、後傳訊丙、丁到場，惟傳訊丙作證之日，並未通知甲到場（下稱B日證詞）；傳訊丁作證當日，甲因通知而到場，但受命法官卻分別訊問被告甲與證人丁，並未使其二人同時在場彼此面對面（下稱C日證詞）。

審判期日，甲仍爭執兩項罪名，乙雖出庭就全部犯罪事實作證，但法院認為販賣偽藥事實明確，故僅許甲就過失傷害事實部分與乙對質、詰問（下稱D日證詞）。此外，丙、丁因簽證程序延誤而仍在臺灣，甲亦要求親自質問，惟法院並未傳喚其二人出庭作證，僅朗讀先前陳述筆錄（A、B、C日證詞）且命甲表示意見。隨後法院將所有證人陳述（A、B、C、D日證詞）一併採為論罪裁判之基礎。試問法院踐行之程序，是否合法（按：以上證人皆經依法具結）？

※ 圖表1：實質質問 v. 形式傳聞—本案瑕疵類型

個別程序瑕疵	證詞	對質詰問之實質觀點(!) (本文主張&實務新例)	傳聞規定之形式觀點(?) (實務舊例)
	A 日 偵查程序	× 無面對面質問機會 (未踐行前提：通知到場)	○檢察官前陳述之傳聞例外(?) § 159-1 II：無顯不可信情況
	B 日 準備程序	× 無面對面質問機會 (未踐行前提：通知到場)	○ 法官前陳述之傳聞例外(?) § 159-1 I:審判外向法官所為陳述
	C 日 準備程序	× 無面對面質問機會 (雖通知到場 但無質問機會)	○ 法官前陳述之傳聞例外(?) § 159-1 I:審判外向法官所為陳述
	D 日 審判期日	× 無全方位質問機會 (質問範圍未涵蓋 不利證詞)	○ 非傳聞 非§ 159 I 排斥範圍:審判內陳述
	全部	× 違反質問權保障 (未曾保障被告至少一次 性質問不利證人之機會)	○ 不違反傳聞規定(?) 傳聞容許例外/非傳聞
整體觀察	結論	無證據能力	得為證據(?)

※ 圖表2：實質質問 v. 形式傳聞—衝突之類型

	不違反傳聞規定 (§§ 159~159-5)	違反傳聞規定 (§§ 159~159-5)
已保障 質問權	W 有證據能力	X ?
未保障 質問權	Y ?(本案情形)	Z 無證據能力

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 155 II, 159~159-5, 166~, 379 ⑩

【關鍵詞】嚴格證明、對質詰問、傳聞法則、傳聞例外、對質詰問之容許例外、義務法則、歸責法則、93 釋 582

本案法院將系爭 3 名證人的陳述（含 A、B、C、D 日證詞）採為裁判基礎，程序是否合法，涉及以下層次之問題¹：

一、形式上是否違反了傳聞規定（§§ 159~159-5）？亦即，審判外之陳述，除法律特別規定的傳聞容許例外之外，不得作為證據。以上各日證詞是否屬於上開傳聞規定的排斥範圍？

二、實質上是否侵犯了對質詰問權保障？亦即，被告對不利證人應享有對質詰問（以下亦合稱質問）的機會（參 93 釋 582），法院採納上開各日證詞是否違反此項被告權利的保障？

三、形式傳聞規定若與實質質問保障，審查結果不一致時，應以何者為準？由於以上兩者本質有別，指標不同，因而往往產生適用結果不一致的情形（※圖表 1）。具體而言，形式上不符合容許例外的傳聞證據，若實質上已經保障了被告質問權，可否作為裁判依據（※圖表 2 之 X 類）？反之，形式上合乎傳聞容許例外（或屬非傳聞），但實質上卻侵害了被告質問權保障，又應如何處理（※圖表 2 之 Y 類）？後者即本案情形。

¹ 本案部分事實改編自 93 台上 6751（參附錄）。參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:2.5.7；〈對質詰問的保障內涵—歐洲法發展與我國法走向之評析〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁 131-174（原篇名：〈對質詰問與上級審—歐洲法發展與我國法走向之評析〉，《月旦法學雜誌》，143 期，2007.04，頁 5-30）。

貳、〔解析〕

一、傳聞法則規定之形式審查

（一）形式規定之審查

1、審查之順序

「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據」（§ 159 I），此一排斥審判外陳述的規定，同時是嚴格證明法則、直接審理原則及傳聞法則的要求；專就傳聞脈絡而言，本條項一來揭示「傳聞」的定義，二來宣示傳聞證據之排斥原則。就傳聞定義言，條文揭示兩要件：1、被告以外之人的陳述，2、審判外的陳述。不符要件者即屬「非傳聞」（non-hearsay），與傳聞法則及其例外無關，並不會因為違反傳聞規定而無證據能力。

定性為傳聞者，應繼續審查有無法定容許例外情形：否定者回歸排斥原則而無證據能力，肯定者依例外容許而得為證據（§§ 159-I~159-5）。關此，與本案有關的容許例外，乃兩種於司法程序內所為的審判外陳述，一是法官前陳述，即「被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據」（§ 159-I I），立法本身並未設任何實質要件限制。二是檢察官前陳述，即「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據」（§ 159-I II），立法僅設「除顯有不可信之情況者」的實質要件限制，標準空泛。

2、本案之適用

案例所示，本案被告為甲，系爭陳述為證人乙、丙、丁之證詞，皆符合「被告以外之人的陳述」之要件。其次，就「審判外的陳述」要件言，A 日證詞乃偵查中陳述，明顯屬之；B、C 日證詞乃於準備程序所為的陳述，雖屬起訴後法院進行之程序，但「審判內外」係以

本案審判庭為中心及基準，故審判期日以外的準備程序，對於審判庭而言仍屬「審判外」²；據此，A、B、C 日證詞亦符合審判外陳述之要件，皆屬於傳聞證據。至於 D 日證詞，因作成於本案審判庭，故屬證人之審判內陳述，定義上屬非傳聞證據，不在傳聞法則之排斥範圍（※圖表 1）。

A、B、C 日證詞因屬傳聞證據，故應繼續審查是否合乎容許例外。就 B、C 日證詞言，因形式上完全符合法官前陳述例外之文義規定（§ 159-1 I），而屬容許例外。就 A 日證詞言，由於案例所示並無跡象顯示任何「顯有不可信之情況」，形式上也符合檢察官前陳述之文義規定（§ 159-1 II），亦屬容許例外。

簡言之，純就法條形式文義而言，A、B、C 日證詞屬於例外容許的傳聞證據，而 D 日證詞則為非傳聞證據。據此，法院採納以上證詞，皆不違反刑訴法的傳聞規定。

（二）實務之見解

2003 年我國增訂傳聞規定之後，實務見解原先亦以形式文義為本，以系爭的檢察官前、法官前陳述為例，如 94 台非 86 即援引立法理由而謂：「被告以外之人（含共同被告、共犯、被害人、證人等）於法官面前所為之陳述，因其陳述係在法官面前為之，故不問係其他刑事案件之準備程序、審判期日或民事事件或其他訴訟程序之陳述，均係在任意陳述之信用性已受確定保障之情況下所為，因此該等陳述應得作為證據（見…立法理由二）。故刑事訴訟法第一百五十九條之一第一項規定：（略）。依舉輕明重原則，被告以外之人於更審前向法官所為之陳述，自亦得為證據。」

類此，94 台上 4665 進而表示：「第一百五十九條之一第二項規定：（略）應與第一項所定：（略）接續觀察，亦即第一項所定關於在法官面前作成之供述證據，因係於公開審判之法庭活動下取得，其任意陳

² 同理，證人於本案刑事第一審審判期日之陳述，對於第二審而言，亦是「審判外陳述」；證人於本案更審前刑事程序、他案刑事程序或民事程序的準備程序或審判期日之陳述，皆同。

述之信用性足認有確定保障，乃賦予證據能力；第二項所定在檢察官面前作成之供述證據，因受偵查不公開之限制，非在公開之法庭活動下為之，但衡以我國現今實務運作情形，檢察官多能遵守程序正義，不致違法取供，可信性極高，故除有顯不可信之情況外，原則上均得為證據。此所稱『顯有不可信之情況』，即指關於檢察官取供程序，已經明顯違背程序規定，超乎正常期待，而無可信任，是判斷偵查中供述證據是否具有證據適格，應以該供述作成之客觀條件及環境，例如陳述人於陳述時之心理狀態是否健全、有無違法取供情事，是否出於陳述者之真意所為之供述，作為判斷之依據，乃屬程序上證據能力信用性之問題，尚與實質上其陳述內容是否真實可採之證明力憑信性有間。」³此外，亦有裁判就檢察官前陳述之容許例外，特別強調證言應依法具結之要求⁴。

據此實務見解，即便較具爭議的 A 日證詞，亦因已依法具結且無顯不可信情形，而屬例外容許的傳聞證據。其他各日證詞當然就更是如此了。

（三）適用之疑點

以上觀點可謂疑雲重重。首先，上開裁判舊例依循錯誤的立法理由，而誤將傳聞法則的理論依據連結到「陳述之任意性」，說穿了，就是以「法官、檢察官皆不至於刑求證人」為由，概括容許此種傳聞證據，完全忽略被告防禦權保障及排斥傳聞的真正理由。

其次，傳聞法則僅是證據法則「之一」而非「全部」。證據不因

³ 93 台上 2397 同旨。

⁴ 如 94 台上 4056：「被告以外之人…，於偵查中向檢察官所為之陳述，性質上仍屬傳聞證據（即審判外之陳述），然因檢察官依法有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須『具結』，而檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，因而規定除顯有不可信之情況者外，得為證據（參…立法理由）。從而被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，仍應依法具結，始有證據能力。」94 台上 913、94 台上 1644 同旨。附帶說明，違反此項具結要求者，多半發生於共犯證人情事，與本案所示情形無關。

傳聞規定而排斥，並不等於即有證據能力，仍應符合其他要件，尤其是「經合法調查」之嚴格證明法則，否則仍不得作為裁判之依據（§ 155 II）。依照嚴格證明法則，系爭陳述乃證人之法定證據方法，必須踐行包含具結、對質及詰問在內的證人法定調查程序（§§ 166~, 169, 184, 186~；非僅具結而已）及包含直接審理原則在內的審理共通原則，始能取得證據能力⁵。而案例所示，證人丙、丁以筆錄文書代替證人之親自訊問，除違反對質、詰問法定調查程序之外（§§ 166~, 184），亦違背實質直接性原則（禁止證據代替品原則/人證優於書證原則）；證人乙部分踐行的調查程序，亦不完整。

再者，專就對質詰問保障而言，案例所示程序顯有瑕疵。被告甲於先前程序完全無質問證人乙、丙、丁之機會，而證人丙、丁於審判期日並無不能到庭之事由，法院竟未傳訊其到庭令甲親自質問；此外，對證人乙亦僅就部分，而非就全部待證事實讓甲有質問機會。是以，法院採納上開證詞，形式上雖不違反傳聞規定，實質上仍應檢討其是否侵害了被告的質問權。

二、對質詰問觀點之實質審查

（一）質問權之審查順序

質問權起源的根本想法是：被指控犯罪的人（刑事被告），有權當面挑戰、質疑指控他的人（不利證人）。此項早已明定於各國國際人權公約、各國憲法或法律的刑事被告權利，隨著我國司法院解釋的發展，在我國也成為具有憲法位階及普世人權價值的程序權利⁶。如今，我國

⁵ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:1.2；本書〈嚴格證明與被害人/告訴人之證人原則（例 12）〉。

⁶ 如 84 釋 384、93 釋 582、97 釋 636。參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:1.2.6。另參吳巡龍，〈對質詰問權的保障與限制——大法官釋字第五八二號解釋評析〉，《月旦法學雜誌》，115 期，2004.12，頁 97-108；林鈺雄，〈共犯證人與對質詰問——從歐洲人權法院裁判看我國釋字第五八二號解釋之後續發展〉，《刑事程序與國際人權》，2007.12，頁 237-274（＝《月旦法學雜誌》，119 期，2005.04，頁 9-24）；張明偉，〈共犯審判外自白之證據能力——以釋字第五八二號解釋為

刑事被告有無質問權，已非問題所在，重點在於其後續的具體運用，尤其是質問權的內涵（保障範圍）為何、有無容許例外及其與傳聞容許例外之關係為何。

質問權的審查，套用（實體）基本權的三階段審查順序，可以更為清楚界定問題層次：

1、第一階段，首應判斷質問權的保障範圍（Schutzbereich）；經判定屬於保障範圍者，才要繼續審查：

2、第二階段，是否構成干預的問題（Eingriff），亦即，系爭程序踐行是否干預了被告的質問權；若肯定屬於干預，則繼續審查：

3、第三階段，也就是系爭質問權之干預，有無正當化事由（Rechtfertigung），這其實就是構不構成對質詰問的「容許例外」類型，如果答案否定，就是違法侵害了對質詰問權。

質問權作為程序最低標準的核心內涵在於：刑事被告在整個程序中，至少應享有一次面對面、全方位去挑戰、質疑及發問不利證人的適當機會⁷。據此，已達上開最低標準的程序，不生侵害質問權問題；反之，未達上開標準者，皆屬對質問權的「干預」，因此，必須進入下一階段，即審查干預有無「正當化事由」，也就是構不構成未予質問的容許例外。

（二）質問權之保護範圍

1、質問「機會」之保障

首先，質問權保障的是「適當機會」（adequate and proper opportunity），而非現實上的行使。亦即，關鍵在於應賦予被告對不利證人行使對等提問與要求回答的「可能性」，若已賦予被告質問機會而

中心》，《輔仁法學》，51期，2016.06，頁53-122。

⁷ 這個基準，亦是歐洲人權法院對於歐洲人權公約之質問條款（Art. 6-3-d EConHR）的要求，參林鈺雄，〈證人概念與對質詰問權——以歐洲人權法院相關裁判為中心〉，《刑事程序與國際人權》，2007.12，頁187-236（＝《歐美研究》，36:1期，2006.03，頁121-173）。

被告卻不行使者（如主動放棄質問），也不會違反質問權的要求。

2、「面對面」質問之保障

其次，「面對面」（face to face）提問，是保障質問權的空間關係（當場、在場）之基本要求。這是指，在不利證人作出證詞之際或緊接其後，應該保障被告當場面對面來對其質問的適當機會。

1) 面對面質問，以保障被告的「在場權」為前提，在場又以事先「通知」到場為必要。因此，在未通知被告或其辯護人到場情形，除了已經實際到場且能有效質問、辯護的瑕疵治癒（Heilung）情形之外，將會構成對質問權的違法侵害。

2) 從質問的當場面對面要求也可得知，「對質」與「詰問」作為程序權利的不可分割性。因為具不可分割性，是以，僅容許「質而不問」或「問而不質」，整體而言仍應評價為未保障質問權。

3、「全方位」質問之保障

「全方位」表達的是質問範圍與不利證詞的「涵蓋」關係。關鍵應是保障被告針對所有重要證人指控的所有重要爭點，皆有面對面質疑並提問的適當機會。這包含了「人」與「事」兩種的涵蓋關係。「人」的部分，如果是3個不利證人的陳述，那麼，就要保障被告對這3個人皆有質問的機會，反過來說，從事後觀點來回溯，假使被告只對其中1人有質問機會，另2人的證詞就不得採為裁判基礎。「事」的部分道理類似，假使呈現在法庭前的不利證詞共有3項，但被告卻僅就其中1項有質問的機會，這種片段防禦保障就不符合全方位涵蓋的要求。

4、「（至少）一次性」質問之保障

最後，關於質問的程序階段，應掌握核心內涵在於「（至少）一次性的質問」，簡言之，無論在哪個階段踐行，總言之，最低要求就是在整個程序階段，被告至少要有一次合乎前述完整保障的質問機會，不符者就是對於被告質問權的限制或干預。

（三）質問權之干預

違反以上所列任何一項質問權保障要求者，即屬對於質問權之「干預」，應繼續檢討有無干預的正當性，即容許例外之問題。通常，只要依循上述（二）的原則，判斷「干預性」並不困難，以上述（二）、2 的「面對面質問」為例：質而不問，亦即僅容許「當面對質」而不許「提問」，是對於質問權的限制；反過來說，問而不質，即只保障被告（或其辯護人）「提問」但卻沒有「面對面」提問的程序踐行，還是對質問權的「限制」，仍屬質問權的「干預」類型，因此要進而討論有無干預的「正當化事由」，也就是是否構成限制質問權的容許「例外」。據此，無論是片面指認（由證人單向指出被告，尤其是以單向透視鏡或指認牆的方式）、書面訊問（僅讓被告或證人以書面提問或回答）、隔房訊問（被告與辯護人在一房間，法官與證人在另一房間訊問秘密證人，辯方僅能透過法官提問）、雙方「有聲無影」的電話問答、乃至於面對螢幕的視訊質問，都無法滿足這項空間關係的核心要求，皆是對質問權的「限制」類型，因此，必須進一步討論有無「容許例外」的問題，若無容許例外，則屬質問權之違法限制。

比較容易發生適用爭執者，乃第 4 點的「（至少）一次性質問」的判斷⁸，尤其是偵查中已予被告質問不利證人的機會而審判中未予重複踐行，或如在下級審已經踐行而在上級審未重複踐行的情形，是否構成質問權干預之問題，但此與本案無關，在此不贅。

（四）干預之正當性：例外容許事由之四大檢驗法則

猶如其他程序權利，質問權保障亦非毫無例外，干預質問權並非一概不許。是以，法院在何等情形之下，能夠採納未經質問的證詞？遂成問題所在。關此，質問權屬於公平審判程序的基本要求，而採納未經質問的證詞應否例外容許，亦應回歸公平審判原則的角度，透過平衡與補償措施，確保整個程序的公平性，使其對被告的不利降到最低；唯有做到這點，才能認為法院採納未經質問的證詞具有「正當化

⁸ 參林鈺雄，註 1 文，頁 158-161。

事由」，否則即屬對被告質問權的違法侵害。

具體應用到質問的容許例外，判斷的四大檢驗法則是⁹：法院採納未經質問的證詞之前，是否努力促成證人親自到庭，盡國家機關的傳訊、拘提之義務（義務法則）¹⁰、是否無可歸責於國家的事由而導致無法質問（歸責法則）¹¹、是否給予被告防禦機會來補償（防禦法則）以及系爭不利證詞是否作為判決唯一或主要證據（佐證法則）。由於本案屬於相對簡單的類型（參下述（五）），因此相關例外基準僅點到為止¹²。

（五）本案之適用：違法侵害質問權

若以上述質問權基準來審查本案，結論是法院違法侵害了被告的質問權，說明如下：

法院採納 A、B、C、D 日／乙、丙、丁的不利證詞，若以作證日為分類基準，A 日證詞因未通知被告甲到場，質問機會保障的前提要件不備，甲毫無面對面質問的機會；B 日證詞亦同；C 日證詞雖通知甲到場但卻分別訊問，被告甲對證人丁未有面對面質問機會；D 日甲雖在場但僅就證人乙且僅就過失傷害部分有質問機會，欠缺質問範圍與不利證詞的涵蓋關係（「人」與「事」皆未涵蓋），不符合全方位質問之保障。

若以不利證人為分類基準，被告甲對丙、丁兩證人，自始至終皆

⁹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch11:2.5.7：〈對質問例外與傳聞例外之衝突與出路——歐洲人權法院與我國最高法院裁判之比較評析〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁 175-214（＝《臺灣法學雜誌》，119 期，2009.01，頁 91-115）。

¹⁰ 關此基準，歐洲法的標竿裁判，乃歐洲人權法院的 *Delta v. France*（1990, Series A no. 191-A），我國實務同此方向，評釋參林鈺雄，同前註，頁 192-200。

¹¹ 歐洲超國性層次的質問權發展，亦特別著重「歸責在誰」的判斷，一旦內國法院採納未經質問的證詞，歐洲人權法院就會特別審查歸責問題。因可歸責於國家之事由而導致證詞未經質問者，如 *Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain*, 1988, Series A no. 146（結論認為違反歐洲人權公約第 6 條）；因可歸責於被告之事由而導致無法質問者，如 *Artner v. Austria*, 1992, Series A no. 242-A（結論認為未違反公約第 6 條）。

¹² 實務近例同說發展，參下述三、（三）、2 及附錄選錄之裁判。

無面對面質問機會，而甲對乙關於過失傷害的不利證詞，雖於審判中（D 日）有一次性質問機會，但甲對乙關於販賣偽藥證詞則自始至終皆無面對面質問機會。整體而言，上開情形並未（完全）保障質問權，故屬質問權之干預，應檢討有無正當化的容許例外。

整體觀察本案，被告甲連一次性質問機會保障都付之闕如，且證人丙、丁根本無不能到庭之事由，因此，法院應於審判期日傳訊丙、丁親自到庭受被告甲質問始可；由於法院未盡傳訊證人到庭之義務（§§ 163, 379 ⑩），自身違反了義務法則，且可歸責於國家，不符合正當化事由之前提要件，故本案屬違法侵害被告之質問權¹³。證人乙關於販賣偽藥部分之證詞，同樣無不能受被告甲質問之事由，故結論亦同。

三、衝突及出路：對質詰問觀點之傳聞法則

（一）問題之所在

依照上開一、二的審查結果，案例所示法院採納不利證詞的情形，形式上不違反傳聞的規定，但實質上卻侵害了被告的質問權，也就是屬於傳聞審查與質問權審查，結果互相衝突的類型。同此，本案亦可顯示，傳聞例外不等於對質詰問的例外，如案例 A、B、C 日證詞，形式上分屬檢察官前、法官前陳述之容許例外（§ 159-1 I, II），但

¹³ 我國實務近例已採學說倡議的歐洲人權法院關於對質詰問之容許例外法則，例證不勝枚舉，其中，義務法則（通常同時結合歸責法則）之實務運用最為廣泛，早已是最高法院之定見。近例如 104 台上 1139：「刑事被告對證人固有對質詰問之權利，乃憲法第十六條保障人民之訴訟權利之一，且屬憲法第八條第一項規定之正當法律程序所保障之權利，惟其未行使詰問權倘非可歸責於法院，且法院已盡傳喚、拘提證人到庭之義務，而其未詰問之不利益業經由法院採取衡平之措施，其防禦權業經程序上獲得充分保障時，則容許例外地援用未經被告詰問之證詞，採為認定被告犯罪事實之證據。」再如 105 台上 1286 亦以義務（結合歸責）法則為容許例外之審查基準，該案被告於事實審聲請傳訊不利證人 A1（似為街友，居無定所）使其接受對質詰問，經第一審及原審（第二審）法院迭次傳喚，均因其住居所在不明而為公示送達，故最高法院認為：「事實審法院顯已盡促使證人到庭之義務，且其不到庭亦非可歸責於法院之事由」，並未違法侵害被告之對質詰問權。

實質上卻完全不符質問權的容許例外（※圖表 1、2 參照）。據此，究竟應以何者為準據？此即問題之所在。

（二）理論之出路

以上衝突的解決之道，簡言之，就是「對質詰問觀點的傳聞法則」¹⁴。從憲法優位性原則出發，對質詰問是普世人權的憲法價值，這點也已被我國大法官（尤其是 84 釋 384、93 釋 582）所確認，但傳聞法則僅屬法律層次規定，無此位階；傳聞例外不等於對質詰問的例外，當兩者有衝突時，前者要向後者調校，亦即，準繩是對質詰問而非傳聞法則。具體而言，質問權是否受保障，應成為刑訴法傳聞例外規定（§§ 159-1~159-5）的主要審查基準及不成文之實質要件，據此，即便是案例所示的「法官」前陳述，也可能因違反質問權保障，而不得援引第 159-1 條第 1 項作為容許例外；檢察官前陳述，亦同。

附帶說明，由於質問權的射程距離，並不以審判外陳述為限，因此，相當程度可以彌補傳聞法則的部分不足之處。以案例所示乙於 D 日證詞為例¹⁵，由於法院在審判期日傳訊證人乙到庭作證，是以，此乃「審判內」而非「審判外」陳述問題，法院將此證詞採為裁判基礎，形式上並沒有違反傳聞法則的問題，但實質上卻因未賦予被告質問機

¹⁴ 自比較法言，超國性的歐洲法整合趨勢，向來是以質問權保障為準繩，即便內國法採行傳聞法則，即便系爭案例合乎內國法規定的傳聞例外，其保障水平也必須向歐洲人權法院闡釋的質問條款調校，才能免於在超國性歐洲法層次被宣告違反公約的命運。關此，英國法可謂最佳的註腳，現今，英國刑事程序中傳統的傳聞法則，已經趨於邊緣化的地位，其傳聞法則及例外皆產生「被質問權及其例外覆蓋的現象」（參林鈺雄，註 9 文，頁 211-212；Ashworth & Redmayne, *The criminal process*, 3rd ed. 2005, pp. 333-337; Thaman, *Comparative criminal procedure – A casebook approach*, 2002, pp. 119-139）。

比較特別的是美國法的發展（*Mattox v. United States*, 156 U.S. 237(1895); *White v. Illinois*, 502 U.S. 346 (1992); *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004)），其早期向來認為「傳聞例外構成憲法對質詰問權保障例外」，但新例已有變化，尤其是 *Crawford* 裁判，亦有直接回歸質問權保障之意涵，就此部分已趨近於歐洲法的發展。

¹⁵ 裁判參 94 台上 6872；評釋參林鈺雄，註 1 文，頁 151-174。

會（針對販賣偽藥部分）而違法。一言以蔽之，未經質問的審判「內」陳述，還是可能違反質問權保障。

總言之，應直接回歸質問權保障，徹底以質問權觀點來重構現行法的傳聞法則規定，也就是「對質詰問觀點的傳聞續造」。

（三）實務之近例

我國自 2003 年增訂傳聞規定以來，最高法院越來越多相關裁判，跳脫形式傳聞規定束縛而同筆者見解，以實質質問保障為審查基準。關此，可以略分為兩大類型，一是質問權的保障內涵（上述二、（二）），二是對質詰問觀點的傳聞續造及其例外法則（上述（二）），例示如下¹⁶：

1、關於質問權之保障內涵

最高法院近例認為，質問權保障的是「適當機會」，如被告「已行使或可行使而不行使」，質問權就未受剝奪¹⁷。其次，「（當場、在場）面對面」提問，是質問權保障的內涵，而此又以合法通知被告（及辯護人）到場為前提¹⁸。再者，關於「全方位」及「（至少）一次性質問」之要求，實務亦有例證¹⁹。近例集其大成者如 105 台上 412，已完全採納學說主張，明示質問權保障的四個內涵是「一次（性）、面對面、全方位對不利證人質疑及發問之適當機會」（參附錄）。

2、關於質問觀點的傳聞續造

其次，最高法院已明確意識到質問與傳聞之衝突問題，裁判趨勢也是直接回歸質問權保障，採納「對質詰問觀點的傳聞續造」：如 93 台上 6751 及 94 台上 6872，兩案儘管形式上皆不違反傳聞規定，但最高法院皆從實質上認定原審有侵害質問權的程序瑕疵，結論同本文²⁰。

¹⁶ 參附錄。其餘裁判選錄參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:2.5.6/7。

¹⁷ 參 94 台上 4302、95 台上 3761 及 95 台上 4113。

¹⁸ 參 93 台上 5356、93 台上 6751、94 台上 349、94 台上 4302 及 94 台上 6872。

¹⁹ 參 93 台上 5356、93 台上 6751、94 台上 4302 及 95 台上 3970。

²⁰ 93 台上 6751（參附錄）系爭蕭某、蔡某兩位不利證人的證詞在偵查及歷審程序，或者未事先通知被告到場，或者通知到場但未使被告有面對面質問

至於本文所言，將質問權保障植入傳聞規定 (§§ 159~)，並作為傳聞容許例外規定的實質、不成立要件，諸多新近裁判亦同此見解。在案例系爭的法官、檢察官前陳述之例外 (§ 159-1 I, II)，最高法院亦本於「對質詰問觀點」來續造傳聞例外規定，並據此限縮解釋例外。如 95 台上 5160 (參附錄) 即明示第 159-1 條所稱的陳述「均係指已經被告或其辯護人行使反對詰問權者而言」，否則仍不具證據能力；102 台上 1416 亦認為本條第 2 項例外「應有被告或其辯護人對之行使、得予行使或客觀上已不能行使反對詰問權之情事，始具有證據能力，以落實保障被告之反對詰問權」²¹。至於所謂證人傳喚未到之容許例外，應以合乎義務法則為前提，更是實務定見 (如 104 台上 1139、105 台上 1286)，已如前述。

3、關於對質詰問容許例外之四大法則

最高法院自 103 台上 2182 (參附錄) 以來，更徹底從傳聞法則轉向質問法則之審查基準，而非僅止於藉助其基準來解釋傳聞規定而已，因此也完全採納對質詰問容許例外之四大檢驗法則：「被告之防禦權是否已獲程序保障，亦即有無『詰問權之容許例外』情形，應審查：(1)事實審法院為促成證人到庭接受詰問，是否已盡傳喚、拘提證人到庭之義務 (即學理上所謂之義務法則)。(2)未能予被告對為不利指述之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由

證人的機會，但卻被原審採為裁判基礎 (形式上合乎 § 159-1 的傳聞例外)。94 台上 6872，證人陳某係在審判中陳述，根本不生違反傳聞法則規定問題，但卻是嚴重侵害質問權，因為被告在原審以證詞矛盾為由，請求與證人陳某對質，但陳某「雖曾於 (原審) 審判中傳訊到庭，惟並未賦予被告對質詰問之機會」。又如，94 台上 4302，也是以實質質問權是否受保障為準據，來判定審判外陳述之證據能力。

²¹ 附帶說明，部分裁判在此脈絡所稱的「反對詰問權」，似有語病，因為質問權保障的重點不在於問答形式是否屬於交互詰問的「反對詰問」，而是內容是否合乎上文二、(二)的實質要求，更何況質問保障在必要時也可能提前在偵查中踐行 (§ 248 I)，而最高法院亦將偵查中曾否詰問當成重要審查基準，但偵查中檢察官哪有可能行交互或反對詰問？

所造成，例如證人逃亡或死亡（歸責法則）。(3)被告雖不能行使詰問，惟法院已踐行現行之法定調查程序，給予被告充分辯明之防禦機會，以補償其不利益（防禦法則）。(4)系爭未經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真實性（佐證法則）。」

後續裁判同此趨勢，近例如 107 台上 3637 亦以歸責法則（被告不能對證人行使對質詰問權之原因，倘非可歸責於法院）、義務法則（法院已盡傳喚、拘提證人到庭之義務，因證人行方不明致未能到庭接受被告詰問）及防禦法則（未對質詰問之不利益業經法院採取衡平之措施，使其訴訟防禦權獲得充分保障）等作為審查標準，以判斷證人未經被告對質詰問之證詞，得否例外作為認定被告犯罪事實之證據（參附錄）²²。

參、〔結論〕

一、若以傳聞的形式規定為審查基準，案例情形結論皆不違反傳聞規定。

本案被告為甲，系爭陳述為證人乙、丙、丁之證詞，皆符合「被告以外之人的陳述」之要件，且 A、B、C 日證詞皆非作成於審判庭，故亦符合「審判外陳述」之要件，皆屬於傳聞證據（§ 159 I），應檢討有無傳聞容許例外（§§ 159-1~159-5）。A 日證詞，並無跡象顯示任何「顯有不可信之情況」，形式上符合檢察官前陳述之容許例外（§ 159-1 II），B、C 日證詞形式上符合法官前陳述之容許例外（§ 159-1 I）。至於 D 日之乙證詞，則屬證人之審判內陳述，定義上屬非傳聞證據，不在傳聞法則之排斥範圍（§ 159 I）。據此，A、B、C、D 日證詞，

²² 例示如 103 台上 4086、104 台上 1618、105 台上 1286：被告對證人的對質詰問權，如其未行使，「倘非可歸責於法院，且法院已盡傳喚、拘提證人到庭之義務，而其未詰問之不利益業經法院採取衡平之措施，其防禦權且於程序上獲得充分保障時，則容許例外地援用未經被告詰問之證詞，採為認定被告犯罪事實之證據」。

皆不違反傳聞形式規定而得為證據。

二、反之，若以質問權的實質保障為審查基準，結論是法院違法侵害了被告的質問權。

A 日證詞因未通知被告甲到場，自未保障被告質問機會；B 日證詞亦同；C 日證詞雖通知甲到場但卻分別訊問，同樣未保障面對面質問機會；D 日審判期日，甲雖在場但僅就證人乙且僅就過失傷害部分有質問機會，欠缺質問範圍與不利證詞的涵蓋關係（「人」與「事」皆未涵蓋），不符合全方位質問之保障。本案整體觀察，並未賦予被告甲至少一次性質問機會的保障，故屬質問權之干預，應檢討有無正當化的容許例外。由於本案證人丙、丁根本無不能到庭之事由，因此，法院應於審判期日傳訊丙、丁親自到庭受被告甲質問始可；由於法院未盡傳訊證人到庭之義務（§§ 163, 379 ④），自身違反了義務法則，不符合正當化事由之前提要件，故本案屬違法侵害被告之質問權。證人乙關於販賣偽藥部分之證詞，同樣無不能受被告甲質問之事由，故結論亦同。

三、對質詰問觀點的傳聞續造：以對質詰問例外法則限縮傳聞例外規定。

在傳聞形式規定與實質質問權保障審查結果相互衝突情形，如本案所示，應本於憲法優位性之原則，而以具有憲法位階的質問權（參 93 釋 582），來解釋、續造僅具法律層次的傳聞規定，也就是「對質詰問觀點的傳聞續造」。形式上合乎傳聞容許例外規定，但實質上卻不符合質問容許例外要件時，如本案所示情形，應對系爭檢察官前、法官前陳述之例外規定進行目的性限縮解釋，將質問權保障植入上開例外規定作為其實質內涵及不成文要件。據此，本案自始至終未保障甲之質問權，而審判中亦無不能保障其質問權的事由，故法院逕將系爭證詞採為裁判基礎，程序踐行違法。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 93 台上 6751（對質詰問）

刑事訴訟法規定被告有與證人對質及詰問證人之權利，其目的在於保障被告受公平審判及發現真實；刑事被告此二項權利，依司法院釋字第三八四號及第五八二號之解釋，係屬憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之基本人權及第十六條所保障之基本訴訟權，為確保刑事被告此二項權利，證人於審判中，應依法定程序到場具結陳述，並與被告同時在場彼此面對面互為質問及接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。本件原判決認定上訴人於八十九年五月初為蕭某診察、治療酸痛之疾病，並以四千元之價格販賣前述偽藥予蕭某等情之事實，無非以檢察官於八十九年十二月十八日訊問蕭某，及原審受命法官於九十年十一月二十一日訊問蕭某、蔡某暨九十一年一月八日訊問蕭某之證供為論據。然查檢察官於八十九年十二月十八日訊問蕭某，並未通知上訴人到場；第一審則未傳喚蕭某、蔡某到場調查，而僅於最後審判期日對上訴人提示蕭某之偵訊筆錄並告以要旨；原審於九十年十一月二十一日由受命法官訊問蕭某、蔡某，亦未通知上訴人到場，於九十一年一月八日再由受命法官訊問蕭某，雖有通知上訴人，但分別訊問上訴人與蕭某，並未使其二人同時在場彼此面對面，審判期日亦未傳喚該二位證人到場，與上訴人面對面互為質問及接受上訴人之詰問，而僅對上訴人提示該二證人之證供筆錄並告以要旨，有上開偵訊筆錄、第一審審判筆錄及原審訊問、審判筆錄可稽。則原審調查蕭某、蔡某前述證供所踐行之訴訟程序，在形式上，已剝奪上訴人之對質詰問權，依前開司法院解釋，有違憲法對刑事被告基本人權及訴訟權之保障，該二項證供不得採為認定上訴人犯罪事實之判斷依據；原判決何以認為仍具有證據能力而採為認定上訴人犯罪事實之依據，並未說明其根據及理由，無可議。

※ 94 台上 4302（對質詰問）

被告以外之人於前開法條施行前（按：指 2003 年 9 月起施行之 §§ 159 以下）在審判外之陳述，如已給被告對質詰問之機會，或該陳述人曾於審判中到場與被告面對面並具結陳述，使被告有與之對質或詰問其先前與審判中陳述之瑕疵的機會，被告之對質詰問權既已行使或可行使而不行使，即不能謂其對質詰問權被剝奪而否定該審判外陳述之證據能力。卷查本件證人鄭某在嘉義市調查站之陳述，係於前開刑事訴訟法第一百五十九條第一項施行前之九十年六月十五日所為，而第一審亦曾於九十一年六月十九日傳喚該證人到庭，與上訴人面對面具結陳述，並詢問上訴人對其陳述之意見，使上訴人之對質詰問權有行使之機會，則上訴人或其辯護人既得與鄭某對質或詰問其在嘉義

市調查站與第一審審判中陳述之瑕疵，縱未行使，依前開說明，仍不能否定鄭某在嘉義市調查站之陳述之證據能力。

※ 95 台上 5160（對質詰問）

刑事訴訟法第一百五十九條之一所稱被告以外之人於審判中向法官所為之陳述，以及於偵查中向檢察官所為之陳述，均係指已經被告或其辯護人行使反對詰問權者而言，如法官於審判外或檢察官於偵查中訊問被告以外之人之程序，未予被告或其辯護人行使反對詰問權之機會，除有刑事訴訟法第一百五十九條之三所列各款之情形以外，法院均應傳喚該陳述人到庭，使被告或其辯護人有行使反對詰問權之機會，否則該項在審判外向法官所為之陳述，或在偵查中向檢察官所為之陳述，縱使已經具結，或並無顯不可信之情況，仍不具備適法之證據能力。

※ 103 台上 2182（對質詰問之容許例外）

刑事被告對證人之詰問權利，乃憲法第十六條保障人民之訴訟權利之一，且屬憲法第八條第一項規定之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人行使反對詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並就其指述被告不利之事項，接受被告之反對詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。例外之情形，僅在被告未行使詰問權之不利經由法院採取衡平之措施，其防禦權業經程序上獲得充分保障時，始容許採用未經被告詰問之證詞，採為認定被告犯罪事實之證據。而被告之防禦權是否已獲程序保障，亦即有無「詰問權之容許例外」情形，應審查：(1)事實審法院為促成證人到庭接受詰問，是否已盡傳喚、拘提證人到庭之義務（即學理上所謂之義務法則）。(2)未能予被告對為不利指述之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由所造成，例如證人逃亡或死亡（歸責法則）。(3)被告雖不能行使詰問，惟法院已踐行現行之法定調查程序，給予被告充分辯明之防禦機會，以補償其不利益（防禦法則）。(4)系爭未經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真實性（佐證法則）。在符合上揭要件時，被告雖未行使對不利證人之詰問權，應認合於「詰問權之容許例外」，法院採用該未經被告詰問之證言，即不得指為違法。查證人陳某於偵查中為不利於上訴人之指證，而上訴人於第一審及原審均聲請傳訊其對質詰問，經第一審法院迭次傳喚、拘提陳某，均因所在不明未到案，陳某嗣於一〇二年四月十二日因另案逃匿而遭通緝，原審法院亦無從傳喚、拘提證人陳某到庭，可知，事實審法院已盡促使證人到庭之義務，且其不到庭乃因逃匿，係非可歸責於法院之事由。又原審於一〇二年九月十二日之審理期日，就證人陳某之偵查筆錄，依法對上訴人、辯護人及檢察官提示、告以要旨或宣讀，並詢問有何意見，賦予上訴人以及辯護人充分辯明之機會，原判決併已敘明證人陳某於偵查中不利供述，如何與其他補強證據調查結果相符，並非以該不利供述作

為認定上訴人本件犯行之唯一證據。依上揭說明，上訴人於事實審法院固未對證人陳某行使對質詰問權，原判決採用該未經對質詰問之偵查供述為證據，已合於容許例外之情形，自不能指為違法。

※ 105 台上 412（對質詰問之保障內涵）

被告之對質詰問權，乃憲法所保障之基本訴訟權，刑事被告於整個程序中，至少固應有一次面對面、全方位對不利證人質疑及發問之適當機會，然對質詰問權所保障者，乃權利得以行使之適當機會，而非現實上之行使，倘審理事實之法院已賦予被告對不利證人對質詰問之機會，被告明示放棄不行之，其權利自未受剝奪，自無許其事後指摘對質詰問權遭剝奪，而資為上訴第三審理由之餘地。查證人吳某、洪某於民國 103 年 8 月 5 日第一審審判期日到庭經檢察官及其他共同被告詰問，上訴人則因另案在監未提解到庭而未克對質詰問。惟上訴人業於其後之 8 月 19 日審判期日踐行對吳某之對質詰問程序，復於 104 年 4 月 13 日原審之審判期日再次詰問之，是其對證人吳某之不利證詞業已充分、全面地行使對質詰問權；另上訴人於原審雖曾一度聲請傳喚洪某，然於 104 年 5 月 18 日之審判期日亦明確表示「捨棄傳喚」，有該筆錄在卷可徵。原審既已充分賦予上訴人對洪某行使對質詰問權之機會，上訴人自行捨棄不行使，自無違法可指。

※ 107 台上 3637（對質詰問之容許例外）

刑事案件被告對證人之對質詰問權，為其訴訟上之基本權利，法院自應予以充分之保障。惟是否詰問證人或與之對質，當事人有處分權。若被告已表示捨棄對質或詰問證人之權，或於法院審理時已自白犯行不諱，核其自白內容與證人先前證述之情節相符，而被告又未聲請法院傳喚證人到庭對質詰問，法院依據被告之自白及卷內相關證據資料認為事證已臻明確，縱未再傳喚證人到庭與被告對質詰問，尚不能指摘其所踐行之訴訟程序違法。又被告不能對證人行使對質詰問權之原因，倘非可歸責於法院（按：歸責法則），而法院已盡傳喚、拘提證人到庭之義務（按：義務法則），因證人行方不明致未能到庭接受被告詰問，且其未對質詰問之不利蓋業經法院採取衡平之措施，使其訴訟防禦權獲得充分保障者（按：防禦法則），法院於此情形援用證人未經被告對質詰問之證詞，作為認定被告犯罪事實之證據，亦難指為違法。

隔別訊問、被告缺席審判與異議方案

檢察官合併起訴甲、乙共同殺人案及丙幫助殺人案，第一審審判甲、乙部分時，分離審判，以證人身分傳訊丙（§§ 287-1, 287-2），丙表示陳述時不希望甲、乙在場；審判長徵詢檢察官及辯護人之意見，辯護人表示反對，且縱使行隔別訊問，請求至少於訊畢後給予該二人對質詰問丙之機會。審判長遂先命甲、乙退庭（暫押居留室），採隔離方式訊問（含詰問，下同）證人丙並予辯護人詰問之機會；但於訊畢丙後，疏未提解甲、乙入庭，亦未提示丙之筆錄供甲、乙二人閱覽或告以陳述之要旨並予對丙證詞之意見或給予其詰問、對質機會（A 段程序）。甲、乙經第一審判決處罪刑後上訴第二審（丙經判決免刑，未上訴確定）。第二審審判時，甲、乙多次陳明第一審未依法踐行前掲程序，故請求對質或詰問證人丙；但第二審法院僅以第一審已傳訊丙就本案過程證述詳盡，且已經相關辯護人表示意見為由，未再傳喚給予對質或詰問之機會（B 段程序）。

此外，第二審傳訊目擊證人丁時，因丁陳明與甲有近親關係，甲在場其不敢說實話，將行使拒絕證言權（§§ 180, 181）；審判長認理由充分，遂未經聽取檢察官及辯護人之意見，即依職權併命甲、乙退庭；丁經告知及具結後對甲、乙為不利證詞，且經辯護人詰問，訊畢後審判長即先命丁離庭，再提解甲、乙入庭，經告以丁陳述之要旨後，命表示意見，甲、乙及其辯護人僅強調丁所言不實，但皆未於辯論終結前指摘隔別訊問違法（C 段程序）。甲、乙經第二審駁回上訴，維持第一審判決後，上訴第三審，指摘原審程序踐行違法。

試問：以上第一、二審程序踐行是否違法？若是，屬於何種違法及其法律效果為何？

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 155 II, 166~, 169, 281, 288-3, 379 ⑥, ⑩, 380

【關鍵詞】隔別訊問、對質詰問、被告缺席審判、異議方案、無害瑕疵（顯無影響於判決之訴訟程序違背法令）、判決當然違背法令

「審判長預料證人、鑑定人或共同被告於被告前不能自由陳述者，經聽取檢察官及辯護人之意見後，得於其陳述時，命被告退庭。但陳述完畢後，應再命被告入庭，告以陳述之要旨，並予詰問或對質之機會。」（§ 169）。本案第一、二審法院就丙、丁兩名證人，踐行程序（A、B、C 三段）是否合法，涉及以下層次之問題¹：

一、是否違反了隔別訊問的規定（§ 169）？亦即，命被告暫時退庭行隔別訊問之規定，其保障範圍如何？前提要件（預料證人不能自由陳述）、前置程序（聽取檢察官及辯護人意見）、退庭時機（含具結時？）、命被告再入庭、命證人離庭時機，及命再入庭後之程序（告以陳述要旨並予詰問或對質之機會），案例所示程序踐行是否合法？

二、是否侵犯了對質詰問權保障？亦即，上開程序踐行已否侵害了被告對不利證人應享有對質詰問（以下台稱質問）的機會，法院採納上開證詞是否違反此項被告權利的保障？

三、是否構成了違法之被告缺席審判？亦即，未依法踐行命被告暫時退庭之程序者，是否亦構成違法之缺席審判？理由何在？

四、屬於何種違法及其法律效果為何？此與二、三之判斷結果息息相關，尤其是能否以被告及辯護人未即時提出異議（異議方案）為由（§ 288-3），課予其喪失指摘之失權效果。

¹ 本案基礎事實改編自 104 台上 1459（參附錄）。評釋參林鈺雄，〈命被告退庭行隔別訊問之缺席審判—探究刑事訴訟法第一六九條的失落法理〉，《月旦法學雜誌》，248 期，2016.01，頁 54-72。另參本書之〈被告缺席審判及法律審之救濟（例 24）〉。

貳、〔解析〕

一、立法之規定：第 169 條

（一）立法沿革及規範意旨

「審判長預料證人、鑑定人或共同被告於被告前不能自由陳述者，經聽取檢察官及辯護人之意見後，得於其陳述時，命被告退庭。但陳述完畢後，應再命被告入庭，告以陳述之要旨，並予詰問或對質之機會。」（§ 169；畫線部分為 2003 年增修²）；以上命被告暫時退庭行隔別訊問之規定，從其立法沿革及比較法制對照可知³，2003 年後現行法版本特別強調對質詰問（合稱質問）之補正，這也直接影響了我國後續最高法院判決關於退庭程序瑕疵的處理取向。先歸納相關爭議及問題層次如下：

第一、究竟本條的規範目的為何？體系定位為何？

從以上修法軌跡及其立法理由可知，本條規範目的固然（也）在於對質詰問權的保障（下文二），但這不表示本條規範目的僅止於補正對質詰問而已，從其法理基礎、體系解釋、更早之立法沿革及繼受法制可知，本條根本的規範主軸及問題核心，在於缺席審判及其容許例外（屬於§ 281 1 被告在場原則所稱的特別規定；下文三、（一））。由於刑事被告於進行審判時，除有聽審權、在場權外，亦有質問證人（含

² 2003 年增修前之§ 169 原本規定：「審判長預料證人、鑑定人或共同被告於被告前不能自由陳述者，得於其陳述時，命被告退庭。但陳述完畢後，應再命被告入庭，告以陳述之要旨。」

修法理由：「原條文內容職權主義之色彩較濃，在刑事訴訟法朝加強當事人進行主義色彩之方向修正後，是否進行隔別訊問，自宜聽取檢察官及辯護人之意見，不宜任由審判長自己遽行決定。再者，被告之反對詰問權為被告之防禦權，應予保障，因此，於隔別訊問後，再命被告入庭，除告以陳述之要旨外，仍應賦予被告詰問之機會，訴訟程序之設計始為周延，爰參酌日本刑事訴訟法第二百八十一條之二之規定，修訂本條。」（按：其實與採何主義無關）

³ 自清末以來，本條之立法沿革及繼受軌跡，參林鈺雄，註 1 文，頁 56-62。

第一審之共犯證人丙，下同）的權利，此乃我國法的定論⁴。但訊問證人時若強制被告退庭，視情形可能「連帶地」構成對被告質問權的行使限制。因此，當立法者要擬定被告在場權利與義務的例外規定時，縱使只是暫時性的退庭命令，應同時考量對此程序權利的限制正當理由何在，以及如何進行程序補償措施，以免侵害被告防禦權。換言之，本條乃「對質詰問保障限制與被告缺席審判例外」這兩種規範目的競合之規定，故案例所示應同時處理以上兩問題，始能周全。

第二、究竟本條的保障範圍為何？

此即第169條規定的解釋適用問題（下文（二））。

第三、違反本條的法律效果為何？

此一問題和前兩問題有連動性，規範目的不同，違反效果自是有別。具體而言，命被告退庭的程序瑕疵，若違反質問權保障其效果為何（下文二、（二））？此外，違法命退庭是否以及在何等範圍內屬違法缺席審判之判決當然違背法令（§379⑥）？或僅屬訴訟程序違背法令（§380）（下文三、（二））？在此脈絡，尤有必要檢討我國實務廣泛援引的異議方案（下文四）。

（二）保障範圍及程序踐行

先說明以上第二點。第169條是「對質詰問保障限制與被告缺席審判例外」這兩種規範目的競合之規定，由於同時構成被告兩大權利之限制或例外，因此，無論是前提要件的認定或補償措施的踐行，除文義解釋及體系解釋外，必須基於例外從嚴解釋之原則⁵，以確保被告防禦權之行使，並且一以貫之，連結至違法審判之法律效果。此乃以下各要素解釋之出發點。

1、前提要件：預料證人不能自由陳述

「預料證人、鑑定人或共同被告於被告前不能自由陳述者」，構

⁴ 參 93 釋 582；林鈺雄，刑訴 I-Ch11:3.1。共犯及共同被告丙因已依照證人原則而踐行分離審判程序（§§ 287-1, 287-2），故下文不贅述此爭點。

⁵ Vgl. BGHSt 26, 218, 220; (GrS) 55, 87, 90; M-G/S, StPO, § 247 Rn. 1.

成隔別訊問之前提要件，從法制史及比較法可知，這主要是為了使證人等能夠據實陳述的發現真實目的，才容許暫時限制被告的權利，且立法規定也明白指出踐行後續程序補償措施之必要，以使被告能夠防禦。

基於例外從嚴解釋之原則，單單證人事先表示不希望其陳述時被告在場，還不足以認為符合對質詰問限制及被告缺席審判的前提要件（如案例 A 段程序之丙）⁶。僅表示因與被告有親誼或身分關係致陳述有所顧慮，理由本身也還不夠充分；但若證人表示於被告在場時其將行使拒絕證言權者，就具備此前提要要件（如案例 C 段程序之丁）⁷。此外，為保障聽審權中的請求注意權，事實審法院若命退庭行隔別訊問者，應一併於判決理由中說明其判斷基礎⁸。

惟我國實務見解，相對寬鬆，如 99 台上 6741 肯認合乎此項前提要件的情形，包含：「…證人因被告在場，或因與被告有親誼或身分關係，致陳述有所顧慮；或經證人表示被告在庭不敢陳述，以及其他依卷存資料得以認為有此合理懷疑之情形，審判長預料證人於被告前不能自由陳述者…」⁹。

2、前置程序：聽取檢察官及辯護人意見

「經聽取檢察官及辯護人之意見後」乃立法者明示的隔別訊問之前置程序。所稱聽取意見雖不以得到同意為必要，然此乃聽審權之請

⁶ 德國通說及實務同說。Vgl. BGHSt 22, 18, 21; M-G/S, StPO, § 247 Rn. 2 f., 5.

⁷ 德國通說及實務同說。Vgl. BGHSt 22, 18, 21; M-G/S, StPO, § 247 Rn. 4; Roxin/Schünemann, StVR, 44/50.

⁸ 此亦為最高法院撤銷發回之常見理由，如 95 台上 4356（參附錄）：「本件原審…並未說明如何預料證人陳某於上訴人前有何不能自由陳述之情形，並先經聽取檢察官及辯護人之意見，即遽行諭知『本件行隔離訊問，被告暫退庭』…其所踐行之訴訟程序已難謂為適法…。」另有採取案內標準者，如 99 台上 6741：「案內並不見有何得以預料上開證人在上訴人前不能自由陳述之情形」，遂以原審訴訟程序不當剝奪在場權、詰問權為由而撤銷原判決。

⁹ 同此闡釋文字如 98 台上 161；101 台上 4944 乃徵得被告同意始命退庭的案例：「蔡某作證前，即以其在被告面前不能自由陳述為由，具狀聲請其於陳述時，被告應予迴避，經原審徵得被告同意後，乃命被告暫時退庭…」。

求表達權的立法明示規定，仍屬必要踐行之程序，但其問題在於：違反此項程序要求的法律效果為何？由於我國未予明文規範，故個案滋生實務爭議（如案例C段程序之丁），必須從理論解決（下文三、（二））。

3、被告退庭時機：證人陳述時

由於第169條僅明文容許得於證人「陳述時」命被告退庭，因此，解釋上有以下之限制：

一來，命被告退庭行隔別訊問期間，不得進行訊（詰）問該證人以外的其他訴訟行為，例如文書、勘驗等證據調查程序，當然更不得在被告退庭期間「順便」訊問其他沒有隔別訊問必要的證人。若是附隨於證人訊問而不得不一併進行的相關調查或附隨程序，例如證人目擊的作案凶器之勘驗，則應於被告人庭後重新踐行一次勘驗，程序始完備，不能僅向被告轉述勘驗之結果¹⁰。

二來，由於命被告退庭期間是證人「陳述時」，因此，於其「陳述前」審判長進行證人是否具結及能否退庭的相關決定時，被告仍有在場權，故此時不能援引第169條作為命被告暫時退庭之依據。

三來，於其「陳述後」審判長若於被告再入庭前就先命證人退庭，就會違反此項程序要求。此外，結合第168條（「證人、鑑定人雖經陳述完畢，非得審判長之許可，不得退庭。」）及第169條可知，既然依法必須於被告再入庭後保障其質問機會，審判長就不應允許證人於被告人庭質問完畢前先行退庭，亦即，第169條構成第168條的限制。據此，如果審判長於被告再入庭前就先命證人退庭，則會同時違反以上兩條程序規定，構成瑕疵競合（如案例C段程序之丁）¹¹。

總言之，得命被告退庭的時點僅限於訊問證人程序本身，但關於

¹⁰ Vgl. BGHSt 21, 332; 54, 184; Roxin/Schünemann, StVR, 44/50.

¹¹ 如101台上3629（參附錄）：「第一審法院於…為隔離訊問，經檢察官、辯護人對證人朱某行交互詰問後，雖漏未依同條後段規定，再命上訴人入庭，告以陳述之要旨，並予詰問或對質之機會，即令朱某離去，雖有瑕疵，但上訴人、辯護人均未向法院聲明異議。…」後段文字涉及異議方案的法律效果（下文四）。

證人具結與否及證人離庭與否的相關決定程序，不屬於訊問程序本身，因此依法也不能在命被告退庭期間內進行，否則即屬違法審判¹²。以上見解，除有符合規範目的、文義解釋及體系解釋外，也符合重要權利之例外應從嚴解釋之原則。

4、命再入庭後之程序：告以陳述要旨並予詰問或對質之機會

證人陳述完畢後應「再命被告入庭」，此乃保障其對質詰問權之必要法定程式，否則即屬第 169 條之違反（如案例 A 段程序，未再命甲、乙入庭）。被告再入庭後應「告以陳述要旨」，一來，「時間上」審判長應立即命被告再入庭、告以要旨（並予補行質問），中間不能再介入其他的訴訟行為，例如插入其他證人的訊問。二來，「範圍上」告以要旨除應包含證人所有陳述重點外，也應兼及被告退庭期間發生或進行的訊問相關行為，例如因不當而被禁止之詰問。至於告以要旨等程序，應記明於審判筆錄（§§ 44, 47）。三來，鑑於告以要旨及審判筆錄還原程序踐行的有限性，因此，為了明確判斷程序合法性並充分保障被告防禦權，使其徹底掌握退庭期間之證人陳述內容及審判過程，將退庭期間的審判全程錄影（音）並使被告事後觀看的做法，值得推薦¹³。

至於被告再入庭後應予補行對質、詰問的機會，毋寧說是理所當然，縱使法律未明文規定，解釋上也理當如此。反面運用於瑕疵治癒（Heilung des Verstoßes）之問題，事後若欲治癒命被告退庭之程序瑕疵，就要包含質問瑕疵的治癒，亦即應給予補行提問機會。

¹² Vgl. BGHSt 22, 289, 297; 26, 218, 220; (GrS) 55, 87; M-G/S, StPO, § 247 Rn. 8 f., 20c; Roxin/Schünemann, StVR, 44/53a.

以上引用的 BGHSt (GrS) 55, 87, 乃德國聯邦最高法院為統一裁判歧異而作成的刑事大法庭裁判，相當經典，來龍去脈參王士帆，〈最高法院決議維護裁判一致性？—觀摩德國一則裁判〉，《臺灣法學雜誌》，204 期，2012.07，頁 7-27。

¹³ Vgl. M-G/S, StPO, § 247 Rn. 14a.

二、對質詰問保障之違反及其法律效果

（一）對質詰問保障之違反？

未依法踐行上述一、（二）、4 的程序予被告「詰問或對質之機會」者，固然違反第 169 條的規定，且從 2003 年修法理由可知，可能構成被告之反對詰問權及防禦權的違法侵害。然而，若純就法理而言，違反命被告人庭後補行質問規定是否就必然違反質問保障？其實是個複雜問題。這和質問保障權利本身的保障內涵有關，例如若被告退庭時其辯護人皆在場，且審判長亦已當場賦予該辯護人充分詰問證人的機會（如案例 A、C 段程序，皆有辯護人在場且有詰問機會），那麼，單單審判長未予被告人庭後補行質問的程序瑕疵本身，未必就能得出「已經侵害質問權」的結論，因為由辯護人代被告質問證人，也是一種可能且常見的行使方式¹⁴；因此，質問權侵害的結論，比較容易發生在命無辯護人之被告退庭的情形。此外，還有質問保障階段及其後補正的問題，以案例所示（A+B 段程序；基礎事實同 104 台上 1459）為例，瑕疵之所以嚴重，在於第一、二審並未依法保障被告質問權，致使被告於事實審自始至終未能詰問關鍵證人；反之，假使案例事實是第二審賦予被告質問機會，或者同一事實審違法未予再入庭被告當場詰問機會，但於後來某個程序階段補正，原程序瑕疵也可能因此治愈（所稱治愈，包含給予質問機會但被告放棄質問的情形，因為質問僅是被告的權利而非義務，此與違法缺席審判有別），就無法以違反質問保障作為上訴第三審的理由。總言之，若第 169 條重點在於質問保障，個案其是否構成侵害及其法律效果為何，似未可一概而論，而我國從立法到實務，亦未見釐清。

¹⁴ 參林鈺雄，〈對質詰問的保障內涵—歐洲法發展與我國法走向之評析〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁 131-174(145-146)（原篇名：〈對質詰問與上級審—歐洲法發展與我國法走向之評析〉，《月旦法學雜誌》，143 期，2007.04，頁 5-30）。另參本書之〈對質詰問觀點的傳聞續造：基本原則（例 13）〉。

(二) 法律之效果

違反質問保障可能產生之法律效果為何¹⁵？關此，以第三審上訴為例，「非以判決違背法令為理由，不得為之」(§ 377)，而程序瑕疵之判決違背法令，依序應先審查絕對上訴理由(§ 379)，其次審查相對上訴理由(§ 380)。

1、絕對上訴理由：即第 379 條所列各款之判決當然違背法令事由。由於依嚴格證明，質問是證人證據方法的法定調查程序，而違反質問保障規定的證人訊問乃「未經合法調查」(§ 155 II)，可能構成「應於審判期日調查之證據未予調查」(§ 379 Ⅱ)之一種下位型態。但依 72 釋 181 及 78 釋 238 後之實務，本款有相對化之限縮趨勢，必須個案審查，合乎「致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，且該證據在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者而言」，始能主張之。據此，僅限於違反質問保障的情節相當明顯，才可能構成本款，而案例所示 A、C 段程序，皆有辯護人在場且有詰問機會，恐難成立。

2、相對上訴理由：「除前條情形外，訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由。」(§ 380)，所稱「除前條情形外」，表明應先探討是否構成判決當然違背法令，確定排除後才有適用本條的餘地。「顯然於判決無影響者」是個案審查的「影響要件」，顯無影響的訴訟程序違背法令乃「無害瑕疵」，不得作為上訴第三審之理由¹⁶。案例所示 A+B 段之程序違法，實務結論認為事實審的程序瑕疵在於採納未經被告詰問的證人丙陳述，不當剝奪被告質問權之行使，有害其訴訟上之防禦權，因此「訴訟程序違背法令顯然影響判決」(§ 380；參附錄 104 台上 1459)，故上訴有理由，撤銷發回，但實務個案審查結果頗為懸殊，且有運用異議方案之趨勢(下文四)。

¹⁵ 參本書之〈對質詰問觀點的傳聞續造：基本原則(例 13)〉。

¹⁶ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch23:3.4。

三、違法缺席審判及其法律效果

（一）違法之被告缺席審判

從聽審權、在場權脈絡可知第169條的另一規範目的，在於作為禁止被告缺席審判原則之例外，這其實才是規範主軸，此點從繼受軌跡的立法沿革（歷史解釋）、法條順序及體系編列（體系解釋），皆可印證¹⁷。2003年修法雖特別強調質問保障，但僅是錦上添花性質，不能改變被告缺席審判例外的本質。

「審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判。」（§281 I）。換言之，刑事審判以被告到庭為必要，原則上禁止被告缺席審判，例外情形始予容許；被告既有權利也有義務於審判時在場，也可以說，在場是被告不可任意處分或放棄的權利¹⁸。所稱在場是指「始終在場」，並無疑義，因此，即便是審判期日被告「短暫的退庭」，無論出於自願或被迫離場，既然被告實際上就是「不到庭、不在場」，性質上自是屬於一種被告缺席審判，因此只在合乎法律明文規定時始能例外容許之。被告缺席審判的容許例外規定，類型包含自始至終皆缺席的例外（如§281 II的許被告用代理人案件），以及僅短暫缺席的例外（如§305後段被告到庭後擅自退庭及系爭§169的情形）。一言以蔽之，退庭無論久暫，就是一種在場權利與義務的例外，這是探討刑訴法所有退庭相關規定時，首應認知的基本前提。

由此可知，除歷史解釋外，從體系解釋及規範目的來看，命被告退庭行隔別訊問，定性上就是一種禁止被告缺席審判原則的法定容許

¹⁷ 在1967年修法改編條次之前，比較容易從條次位置看出被告審判在場的原則與例外關係—包含命退庭作為在場例外之定性，以1928年版刑事訴訟法為例，§271規定：「審判日期，除有特別規定外，被告不出庭者，不得審判。」之後乃審判及調查證據規定，包含系爭§290的命被告退庭及條號緊接其後的§291：「證人、鑑定人雖經陳述完畢，非得審判長之許可，不得退庭。」對照曾為我國繼受藍本的德意志帝國刑事訴訟法（RStPO），同此體例。

¹⁸ 參林鈺雄，刑訴II-Ch19:3、1.3II-Ch23:3.2.2及本書之〈被告缺席審判及法律審之救濟（例24）〉。

例外¹⁹；第 169 條即是第 281 條第 1 項所稱的特別規定。再者，例外的缺席審判一旦違反被告的意願，都無可避免地妨礙被告防禦權的行使（聽審權、在場權、質問權），更應遵循例外從嚴的原則。

（二）法律之效果

於聽審權、在場權的規範主軸，違反第 169 條的法律效果相當明確，因為違法缺席審判乃「除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判者」之判決當然違背法令（§ 379 ⑥）。從缺席審判脈絡連結違反法律效果，首應區別違法命被告退庭的瑕疵種類，依序應先審查絕對上訴理由，其次審查相對上訴理由：

1、違法缺席審判之絕對上訴理由²⁰。命被告退庭行隔別訊問乃禁止被告缺席審判原則之例外規定，因此，第 169 條乃第 281 條第 1 項及第 379 條第 6 款所稱的「特別規定」，故欠缺第 169 條所列「前提要件」行被告缺席審判，亦即個案並無依據可認證人於被告前不能自由陳述之顧慮卻命被告退庭者（如案例 C 段程序，針對命乙退庭部分，即屬之）²¹，屬於違法缺席審判之判決當然違背法令及絕對上訴事由。這當然也包含同時欠缺前提要件且兼具其他程序瑕疵的競合情形，例如命退庭前亦未依法聽取意見，或如再入庭後亦未告以要旨或補行質問。此外，超過隔離訊問範圍而進行其他證據調查行為者，例如在命退庭期間勘驗，也是屬於同款違法缺席審判的絕對上訴事由。再者，證人非於「陳述時」被告缺席之程序瑕疵，包含「陳述前」之具結（如 C 段程序之丁）及證人退庭決定於被告缺席時進行；以及「陳述後」根本未再命被告入庭（如 A 段程序之丙）的程序瑕疵，個別皆足以構成違法缺席審判之絕對上訴事由，當然更不用提瑕疵競合情形。

2、缺席審判後其他程序瑕疵之相對上訴理由。反之，假使個案具備上開前提要件且僅於證人陳述時命被告退庭，亦即法律上得進行

¹⁹ Vgl. M-G/S, StPO, § 247 Rn. 1; Roxin/Schünemann, StVR, 44/44 ff., 50.

²⁰ So auch § 338 Nr. 5 StPO; vgl. BGHSt 15, 194, 196; 21, 332, 333; (GrS) 55, 87; Roxin/Schünemann, StVR, 44/43, 50, 53a.

²¹ 如 95 台上 4356（參附錄）、99 台上 6741。

且事實上亦已進行被告缺席審判，卻漏未（完全）依法踐行程序要求者，例如僅退庭前未先聽取意見，或如再命被告人庭後僅漏未、未立即或未完整告以要旨（未補行質問，已如上文二所述）者，或雖再命被告人庭但提早讓證人離庭者（僅侵害質問權），雖有瑕疵但因被告皆在場，故非所稱違法缺席審判（§ 379 ⑥），而是訴訟程序違背法令的相對上訴理由，因此不能一概而論，必須依照「影響要件」個案審查其瑕疵是否足以影響判決（§ 380）²²，尤其是系爭個案被告退庭時有無辯護人為其行使防禦權並詰問證人。此外，多種程序瑕疵的競合對於影響判斷也有重要性，因為越是多種瑕疵競合（例如 C 段程序之丁，事先未聽取意見、事後又命證人提早離庭等），越可能影響被告防禦權而影響判決結果，也越不可能評價為單純的「無害瑕疵」。

就實務裁判言，雖有不少認原審違反聽審權、在場權保障，卻從未連結違法缺席審判之絕對上訴理由²³。究其原因，在於第 169 條屬於缺席審判例外的基本定位，從繼受法時期以來，早就已經「失傳」了！

系爭案例 A+B 段程序綜合以觀，縱使寬鬆認定其前提要件（預料證人或共同被告於被告前不能自由陳述者），單單 A 段程序未再命被告人庭的程序瑕疵，就足以構成違法缺席審判；且於 B 段程序，第二審亦未經補正，故應認具絕對上訴事由。

C 段程序之丁隔別訊問，就甲的部分言，前提要件雖具備（否則

²² 本條審查基準及文獻指引參林鈺雄，〈無影響於判決之程序瑕疵—刑事訴訟法第 380 條之體系分析〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁 353-388；並參朱石炎，刑訴，頁 537-539。

²³ 如 104 台上 1459（參附錄）便提到：「…蓋行隔別訊問後，被告於先前證人陳述時，因非可歸責於自己之事由而失卻在場權，以致無法聽審與聞證人陳述之內容…。」再如 95 台上 4356（參附錄）亦稱：「被告之『在庭聽審權』為其得否足行使與證人對質或詰問證人之充分要件，審判長於審判期日踐行人證之調查程序，對於證人是否與被告進行隔別訊問，為落實新法修正精神，自宜聽取檢察官及辯護人之意見，不宜任由審判長自己遽行決定，而剝奪被告之在場、聽審權…。」這些判決理由也透露，只以質問保障來理解本條規範，顯然有說理不足之處。

丁將行使拒絕證言權)，且因命丁具結之「陳述前」程序，甲、乙就已被違法命退庭，故亦構成違法缺席審判之絕對上訴事由；雖另兼具事先未聽取意見、事後又命證人提早離庭等程序瑕疵競合，但已不影響結論。至於對乙退庭部分，連前提要件都不具備，當然違背法令。

四、無害瑕疵/異議方案？

最高法院有不少相關判決，雖認原審違反第 169 條規定且剝奪質問權，但又以被告及其辯護人於原審未即時提出異議 (§§ 288-3, 380) 而駁回上訴者 (參附錄)。此即學說上所稱的「異議方案」(Widerspruchslösung)²⁴，能否運用於此種案型，應予辨明。異議方案本質上可以說是一種上訴法律審的失權效機制，一言難盡，以下僅就系爭第 169 條脈絡，指出適用的兩點前提要件²⁵：

第一、異議方案於我國法的主要依據是第 380 條，雖排除「顯然於判決無影響」的訴訟程序違背法令，但其適用前提是「除前條情形 (判決當然違背法令) 外」。因此，一旦具備第 379 條的任何一款判決當然違背法令事由，就確定排除依附於第 380 條的異議方案；就審查順序言，也必須先審查前者才審查後者。既然如此，於違反本法第 169 條的個案，惟有經審查後確定不構成違法缺席審判之判決當然違背法令者 (§ 379 ⑥)，始有適用異議方案的餘地²⁶。

據此審查順序，案例 A+B 段程序所示，如前所述，因審判長未命被告再入庭本身，已經足以構成違法被告缺席審判之絕對上訴事由，無關第 380 條也不能援引異議方案。C 段程序所示，甲、乙部分皆有陳述前即命退庭、乙部分另有欠缺前提要件之程序瑕疵，皆是違法缺席審判之判決當然違背法令，因此也無關異議方案；故甲、乙及

²⁴ 參王士帆，〈違反緘默權告知義務之證據禁止——以德國法作比較觀察〉，《政大法學評論》，120 期，2011.04，頁 159-269；林鈺雄，刑訴 II-Ch23:3.4。Vgl. Roxin/Schünemann, StVR, 24/34 ff.

²⁵ 援引異議方案時應先區別被告有無辯護人，對於無辯護人之被告不應課予其如此嚴厲的失權效果；我國實務雖然廣泛運用異議方案，但幾乎都不區別被告有無辯護人，殊值商榷。案例所示皆有辯護人，故在此不贅。

²⁶ Vgl. M-G/S, StPO, § 247 Rn. 20d.

其辯護人雖皆未即時提出異議，也不影響已經成立的絕對上訴事由²⁷。

第二、異議方案僅能適用於「無害瑕疵」，否則就不符合第 380 條所稱的「顯然於判決無影響」（無害瑕疵）。任何已經影響或無法排除可能影響判決結果的瑕疵，尤其是涉及被告防禦權面向的重大程序瑕疵，都不符合援引異議方案的要件。以當事人未即時提出異議（§ 288-3）而課予不得上訴法律審之失權效果者，縱使依照最高法院自身的穩定見解，也已明白將「該項瑕疵係屬重大，有害於訴訟程序之公正，而影響於判決之結果者」的情形除外²⁸。然而，同時涉及聽審權、在場權及質問權的程序踐行瑕疵，率皆涉及公平審判原則的最低保障事項，如 100 台上 4446 所示原審命退庭前未先聽取意見、再入庭後又未告以要旨及補行質問等瑕疵競合情形，哪還有可能評價為「瑕疵不重大、無害於訴訟程序之公正，且顯然無影響於判決之結果」呢？

參、〔結論〕

第 169 條是「對質詰問保障限制與被告缺席審判例外」這兩種規範目的競合之規定，規範主軸在於後者，構成被告在場權利及義務的例外規定（§ 281 I），其適用必須基於例外從嚴解釋之原則，以確保被告防禦權之行使。適用要件包含：1、前提要件：預料證人不能自由陳述；2、前置程序：聽取檢察官及辯護人意見；3、被告退庭時機：證人陳述「時」，而非陳述「前」或「後」；4、命再入庭後之程序：告以陳述要旨並予詰問或對質之機會。

案例所示 A、B、C 三段程序，皆違反第 169 條規定。A 段第一

²⁷ 但最高法院於退庭脈絡運用異議方案的相關裁判，皆未先行審查是否構成違法缺席審判。如 101 台上 3629，事實審審判長未命被告再入庭且先命證人退庭，競合的多種程序瑕疵中就已包含了「違法缺席審判」的判決當然違背法令事由，因為證人退庭與否的決定程序並不在第 169 條被告缺席審判的容許範圍內，單單這點就已經是違法缺席審判，更何況還結合了未再命被告人庭並踐行後續程序的重大瑕疵。既然已經構成判決當然違背法令事由，當事人曾否即時提出異議便不在所問，因為依法根本就不能援引異議方案！

²⁸ 如 100 台上 1383（參附錄）、103 台上 338、103 台非 188。

審對丙的隔別訊問，1、前提要件不夠充分且4、未再命被告入庭，單單後者的程序瑕疵，不但侵害被告對質詰問權，且已構成「違法被告缺席審判」之判決當然違背法令事由（§ 379 ⑥）。且綜合 A+B 段以觀，於 B 段第二審程序，第二審亦未經補正即駁回上訴，故應認具絕對上訴事由，得上訴第三審救濟。

C 段第二審程序隔別訊問證人丁，就被告甲的部分言，1.前提要件具備（否則丁將行使拒絕證言權），但因3.命丁具結之「陳述前」程序，甲、乙就已被審判長違法命退庭，故已構成「違法被告缺席審判」之絕對上訴事由（§ 379 ⑥）；雖另兼具2.事先未聽取意見且4.事後又命證人提早離庭之程序瑕疵競合（§ 380），但已不影響結論。至於命乙退庭部分，連1.前提要件都不具備，另具與甲部分相同的2-4瑕疵，結論同為判決當然違背法令。

此外，以被告及其辯護人於原審未即時提出異議而駁回上訴的「異議方案」，僅能適用於第380條情形。由於以上A、B、C三段程序的結論都是第379條的當然違背法令，故皆不能援引依異議方案。據此，案例甲、乙及其辯護人雖皆未即時提出異議，也不影響已成立的絕對上訴事由，得提起第三審上訴。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 95 台上 4356（隔別訊問、前提要件）

被告之「在庭聽審權」為其得否充足行使與證人對質或詰問證人之充分要件，審判長於審判期日踐行人證之調查程序，對於證人是否與被告進行隔別訊問，為落實新法修正精神，自宜聽取檢察官及辯護人之意見，不宜任由審判長自己遽行決定，而剝奪被告之在場、聽審權。再者，被告之反對詰問權為被告之防禦權，應予保障，因此，如於行隔別訊問後，再命被告人庭，除告以陳述之要旨外，仍應賦予被告詰問或對質之機會。…所謂預料證人、鑑定人或共同被告於被告前不能自由陳述者，指因諸如與被告有親誼或身分關係，有所顧慮；或經證人等表示被告在庭不敢陳述，以及其他依卷存資料得以認為有此合理懷疑之情形。本件原審審判長於九十五年四月六日審判期日，依檢察官之聲請傳喚證人陳某到庭，並未說明如何預料證人陳某於上訴人前有何不能自由陳述之情形，並先經聽取檢察官及辯護人之意見，即遽行

諭知「本件行隔離訊問，被告暫退庭」等語，僅由檢察官、辯護人對證人陳某進行主詰問、反詰問，及審判長為補充訊問。俟詰問、訊問及證人陳某陳述完畢，再命上訴人入庭後，並未告以證人陳述之要旨，即命上訴人對證人之陳述表示意見，復未予上訴人以詰問證人或與之對質之機會，有原審之審判筆錄可稽。其所踐行之訴訟程序已難調為適法，並已剝奪上訴人辨明證人陳某現在與先前所為供述證據之瑕疵、真偽之機會，復將證人於該期日所為之陳述，援引為上訴人犯罪之證據，亦難調與證據法則無違。

※ 98 台上 7487（隔別訊問、前置程序、異議方案）

審判長預料證人於被告前不能自由陳述者，對於證人是否與被告進行隔別訊問，刑事訴訟法第一百六十九條規定於「經聽取檢察官及辯護人之意見」後行之。而證人於被告在庭時，如何認定有不能自由陳述之情形？如證人因與被告具有利害、親誼或一定身分之關係，是否致其陳述有所顧慮；證人有無表示被告在庭而不敢陳述，以及其他依卷存資料得以認為有此合理懷疑之事由，則賦予審判長判斷之權，並不受檢察官及辯護人意見所拘束。審判長於行隔別訊問時，如未履踐上開聽取意見之前置程序，因屬審判長有關證據調查之處分，當事人、代理人、辯護人或輔佐人如有不服，依刑事訴訟法第二百八十八條之三之規定，得向法院聲明異議，由法院就該異議裁定之。此調查證據處分之異議，有其時效性，如未適時行使異議權，致該處分所為之訴訟行為已終了者，除其瑕疵係重大、有害訴訟程序之公正，而影響於判決結果者外，應認其異議權已喪失，瑕疵已被治愈，不得執為上訴第三審之合法理由。

※ 100 台上 1383（隔別訊問、異議方案）

（按：此判決就異議方案的說理較為詳細，但案例事實似僅針對事前未聽取意見之程序瑕疵而發）當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有特別規定外，得向法院聲明異議，刑事訴訟法第二百八十八條之三第一項定有明文。此調查證據處分之異議，有其時效性，如未適時行使異議權，致該處分所為之訴訟行為已終了者，除該項瑕疵係屬重大，有害於訴訟程序之公正，而影響於判決之結果者外，該項訴訟程序之瑕疵，即不容留待法律審始為爭執。第一審法院於諭知陳某與上訴人隔別訊問之前，雖未聽取檢察官及辯護人之意見，即命上訴人退庭。但於陳某陳述完畢後，已命上訴人入庭，告以陳述之要旨，並予詰問、對質之機會，已見前述。則此項訴訟程序之瑕疵，對於上訴人防禦權之行使及判決之結果，均無影響。又上訴人及其選任辯護人於當時，並未依刑事訴訟法第二百八十八條之三第一項規定向法院聲明異議，亦未請求審判長「聽取檢察官及辯護人之意見」，坐令得適時糾正之瑕疵，喪失救濟之時機。其待上訴第三審法院始為此項爭執，亦難認係適法之第三審上訴理由。

※ 101 台上 3629（隔別訊問、異議方案）

第一審法院於九十八年十月二十一日之審判期日，依刑事訴訟法第一百六十九條前段規定為隔離訊問，經檢察官、辯護人對證人朱某行交互詰問後，雖漏未依同條後段規定，再命上訴人入庭，告以陳述之要旨，並予詰問或對質之機會，即令朱某離去，雖有瑕疵，但上訴人、辯護人均未向法院聲明異議。…

※ 104 台上 1459（隔別訊問、異議方案）

刑事訴訟法為保障被告受公平審判及發現實體真實，對於人證之調查均採言詞及直接審理方式，而對質、詰問權，乃憲法第八條第一項、第十六條所保障之人民訴訟基本權，亦為發見真實所必要，是刑事訴訟法第九十七條第二項規定：「對於被告之請求對質，除顯無必要者外，不得拒絕。」又審判長預料證人於被告前不能自由陳述者，經聽取檢察官及辯護人之意見後，固得於其陳述時，命被告退庭，進行隔別訊問。但為保障被告之反對詰問權，於證人陳述完畢後，應再命被告入庭，除應告以證人之陳述要旨外，並應予詰問或對質之機會，此觀同法第一百六十九條之規定即明。蓋行隔別訊問後，被告於先前證人陳述時，因非可歸責於自己之事由而失卻在場權，以致無法聽審與問證人陳述之內容，倘審判長未履踐告以「陳述之要旨」，自無由賦予被告詰問證人或對質之實質上機會可言。審判長此種消極不作為之證據調查方法，因已不當剝奪被告質問權之行使，而有害其訴訟上之防禦權，不惟訴訟程序違背法令顯然影響判決，如採為判斷之依據，併有判決適用證據法則不當之違誤。

辛○○（按：案例中之甲）、庚○○（按：案例中之乙）於原審又多次陳明第一審未踐行前揭程序，請求對質或詰問證人王某（按：案例中之丙），原判決復未說明王某有如何不能傳喚到庭情形，僅以第一審已傳喚王某就本案過程證述詳盡或已經相關辯護人表示意見等情，即未再傳喚給予對質或詰問之機會，逕行諭知辯論終結，並遽採證人王某於偵查及第一審未經辛○○、庚○○反對詰問之陳述為論罪之重要證據，無異剝奪其等之反對詰問權，所踐行之訴訟程序難謂適法，並有理由欠備之違誤。辛○○、庚○○上訴意旨均指摘原判決該部分不當，非無理由，而上述違背法令，影響於相關事實之確定，本院無可據以為裁判，應認該部分有撤銷發回更審之原因。

264◎隔別訊問、被告缺席審判與異議方案（例 14）

人之證據方法、鑑定證人與機關鑑定

某夜甲夫將乙妻送至丁教學醫院急診，因乙有嚴重中毒徵兆，醫院立即電召毒物專科醫師丙至急診室處理，但乙仍於當夜休克死亡。隨後，甲因涉嫌毒殺乙而被偵查、起訴。審理期間，由於丙乃國內毒物權威且為當夜急診醫師，法院遂直接委託丙鑑定死因。

丙為求鉅細靡遺，於鑑定書面報告中提到急診當夜情形及後來鑑定結果，報告內容主要包含以下三點：

- A、急診當夜丙趕至醫院時，目睹甲與乙兩人的互動情形（包含丙親耳聽到乙昏迷前指著甲說：「你到底餵我吃了什麼？！」）。
- B、急診當夜，關於乙中毒臨床症狀的觀察與診斷。
- C、乙死後，丙受委託鑑定，解剖、檢驗後關於乙死因為氰化物中毒之判斷。

- 1、試問以上 A、B、C 三點，定性上各屬於何種法定證據方法？法院應經何等之調查程序，始得採為裁判之基礎？
- 2、承上設若審判中，被告之辯護人戊聲請傳喚丙醫師親自到庭，主張丙應具結並接受詰問，否則報告中所提的以上 A、B、C 三點，皆不得採為裁判基礎。其抗辯有無理由？另，丙若有迴避事由，甲得否聲請拒卻丙？
- 3、設若本案法院係委託丁醫院鑑定，因丙乃該院之毒物專科及當夜急診醫師，故醫院報告皆由丙負責執行。試問情形有無不同？

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 155 II, 159~, 166~, 186~, 197~, 206, 208, 210, 379 ⑩

【關鍵詞】嚴格證明、法定證據方法、法定調查程序、證人、鑑定人、機關鑑定、鑑定證人

案例所示爭點，可分為以下層次¹：

一、嚴格證明法則之法定證據方法與法定調查程序。此乃本案相關討論之前提與通則問題。

二、法定證據方法：證人、鑑定人及鑑定證人之區別。亦即，丙醫師鑑定報告的 A、B、C 三部分，各屬上開何種法定證據方法的定性問題（Q1）。這是程序先決問題，定性之後，始能解答後續問題。

三、法定調查程序。亦即，A、B、C 三部分依嚴格證明法則，各應踐行何種法定調查程序，始屬「經合法調查」的證據（§ 155 II）而具採為裁判基礎之證據資格？辯護人戊之抗辯有無理由（包含以迴避事由而聲請拒卻），關鍵在此。此外，人之證據方法，亦應同時注意有無傳聞規定之適用問題（Q2）。

四、機關鑑定之特例（§ 208）。若鑑定人乃依法委託機關鑑定情形（如丁教學醫院），其法定證據方法固屬鑑定人無疑，但其法定調查程序有無或有何特殊之處？實際執行鑑定之自然人，有無到庭、具結之義務（Q3）？

¹ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:3.3.2.3【案例 11-4：中毒急診案】。

貳、〔解析〕

一、嚴格證明與傳聞法則

嚴格證明法則，是我國刑事證據法的建構框架與基礎原則。依照此項法則的嚴格形式性之要求，審判程序中關於犯罪事實的調查與證明，其證據方法及其調查程序受到「雙重的限制」，一是法定證據方法之限制，二是法定調查程序之限制。兩者同時具備時才是「經合法調查」的證據，也才取得證據能力作為裁判基礎（§ 155 II）。違反者可能構成「應於審判期日調查之證據而未予調查者」之判決當然違背法令（§ 379 ⑩）²。

所稱法定證據方法之限制，是指法院僅能使用法律明文准許並列舉的「法定證據方法」（證人、鑑定人、文書、勘驗及廣義證據方法之被告）。所稱法定調查程序之限制，是指一來應踐行針對各該法定證據方法所定的特別調查程序（例如證人證據方法，原則上應經具結、對質、詰問等針對證人的各別法定調查程序）；二來應遵守各個法定證據方法共同適用的直接、言詞且公開等審理原則。

於法定證據方法中，證人、鑑定人及被告等三類是「人之證據方法」，勘驗及文書則屬「物之證據方法」。此外，各別證據方法與審理共通原則，經常產生競合，例如依照直接審理原則，唯有經過法院「直接審理而出於審判庭」的證據，才有證據能力，故原則上法院不得擅自轉換證據方法而使用「證據的代替品」，稱為「證據代替品之禁止原則」。運用於人之證據方法，又稱為「人證優於書證原則」，禁止以審判外的書面（偵訊筆錄、書面聲明或報告）來代替當庭訊問，否則也會同時違反具結及對質詰問等證人、鑑定人調查程序之要求。

此外，禁止使用證人審判外之陳述的傳聞規定（§§ 159~159-5），也是證人法定調查程序的一環。被告以外之人於審判外之言詞或書面

² 參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:1.2；本書之〈嚴格證明與被害人/告訴人之證人原則（例 12）〉。

陳述，除法律有規定者外，不得作為證據」（§ 159 I），此一排斥審判外陳述的規定，同時是嚴格證明法則、直接審理原則及傳聞法則的要求；專就傳聞脈絡而言，本條項一來揭示「傳聞」的定義，二來宣示傳聞證據之排斥原則。就傳聞定義言，條文揭示兩要件：1、被告以外之人的陳述；2、審判外的陳述。不符要件者即「非傳聞」，與傳聞法則及其例外無關，並不會因為違反傳聞規定而無證據能力；本案之書面報告，需判斷其內容是否屬於所稱傳聞，若是，則應檢視有無容許例外。

二、法定證據方法：證人、鑑定人及鑑定證人之區別

（一）證人 v. 鑑定人

證人，係指於刑事程序中，陳述自己對於系爭刑事案件之待證事實（包括直接事實、間接事實、輔助事實）的見聞之人。證人具有不可代替性，且有出庭、具結、接受被告對質詰問之義務。

鑑定人（Sachverständiger），意義係指本於其專門之知識，輔助法院判斷特定證據問題（例如死因）之人³。若系爭證據問題乃公眾週知之事實、事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，而毋庸舉證之事項（§§ 157, 158），本來就不在法院調查必要性之範圍⁴，則自亦無需鑑定人作為法院的輔助者。鑑定人，性質上與證人同為「人之證據方法」，因此，鑑定人之證據方法，除有特別規定外，準用證人之證據方法（§ 197），並且，本法亦有諸多鑑定人與證人之共通規定，包括親自出庭與接受詰問（§§ 166~）。但是，以上兩種人之證據方法，仍有下列的本質區別：

1、鑑定人，以就鑑定事項有「專門知識」者為限（§ 198）；證人則是就其親身經歷、見聞而陳述之人，不須具備專門知識。

2、具有某種專門知識之人，通常不只一人，因此，原則上可以

³ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:3.3.1。Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 197 ff.; Roxin/Schünemann, StVR, 27/1 ff.

⁴ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch02:4.3.1.2。

更換，具有可代替性，因此不得拘提鑑定人（§ 199）；反之，證人具有不可代替性，所以得命拘提（§ 178 I），縱使目擊證人有數人時，彼此亦無代替關係，只會產生有無調查之必要性問題而已。類此，當事人得依聲請法官迴避之原因，拒卻鑑定人（§ 200 I 本），但不得聲請拒卻證人。

（二）鑑定證人

鑑定證人（*sachverständiger Zeuge*），是指依特別之專門知識而得知已往事實之人（§ 210），亦即，陳述唯有具備特別之專門知識始能察覺、得知之過去事實或狀態之人，具有證人與鑑定人之雙重角色。例如，碰巧經過車禍意外現場而臨時救護傷患的外科醫師，關於被害人案發時傷勢的觀察和描述⁵；再如，曾為被告持續醫療之精神科醫師，就被告行為前的心神狀態出庭陳述，其依照專業知識而陳述，性質上屬於鑑定人（若無專門知識，僅為普通之證人而已），但就其得知之過去事實而為陳述，性質上又為證人⁶。證人、鑑定人與鑑定證人之定性，攸關重大，不可混淆⁷。

⁵ Vgl. Bculke/Swoboda, StPR, Rn. 198.

⁶ 例如，愛滋病毒帶原者 X 涉嫌多起強制性交犯罪，由於檢察官懷疑 X 在性侵害被害人之前，可能早已由醫師的診斷得知自己感染 HIV，所以也將偵查範圍擴及 X 殺人未遂的犯罪事實（性侵時未帶保險套造成感染）。法院為了查明其染病史，遂傳訊在案發前曾長期為 X 及其配偶 Z 治療愛滋病的 K、L 醫師作證，此外，另有數位曾治療過 Z 的精神科治療醫師亦被傳訊作證。參林鈺雄，〈初探醫療秘密與拒絕證言權——從歐洲人權法院之 Z v. Finland 判決（愛滋病患案）談起〉，《刑事程序與國際人權（二）》，2012.03，頁 289-330（＝《月旦法學雜誌》，127 期，2005.12，頁 5-27）；see ECHR, Z. v. Finland, Reports 1997-I. 該案例事實中的 K、L 醫師，其地位即為鑑定證人；其他幾位精神科醫師，亦同（按：該案裁判重點另在於醫療拒絕證言權）。

⁷ 三者區分之經典案例，如【頭骨破裂案】，參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:3.3.2.3；Roxin/Schünemann, StVR, 27/8。

我國實務近例，如 105 台上 1948、106 台上 48、107 台上 1603（參附錄）。以 96 台上 464（參附錄）為例，該案原審依據所謂的「鑑定證人」王某之陳述為有罪裁判基礎。然最高法院質疑，王某僅是案發後協助檢察官相驗被害屍體（疑死於燒燙傷）之人，一來非案發當時在場目擊之人（非證人），二

由於鑑定證人具有不可代替性，與其他證人相同，故訊問程序適用證人程序（§ 210）⁸，而非鑑定程序，是以，當事人亦不得以有偏頗之虞或其他迴避事由，聲請拒卻鑑定證人⁹。鑑定證人之具結，亦應適用證人而非鑑定人之結文（107 台上 1603）。

（三）小結：案例運用

案例所示丙醫師報告的三點內容，定性各不相同（Q1）。

A 點內容，丙是證人。丙醫師係就自己親身經歷而為陳述，其觀察甲、乙兩人之互動關係（包含乙昏迷前對甲說的話¹⁰），也與毒物專門知識無關，地位純屬證人。因此亦應依證人之法定調查程序。

B 點內容，丙是鑑定證人。B 部分丙醫師雖係說明自己經歷的過去事實，但係建立在其毒物專門知識及臨床診斷之上，因此屬於鑑定證人。由於鑑定證人具有不可代替性，與其他證人相同，因此，訊問程序適用證人程序（§ 210）。

C 點內容，丙是鑑定人。C 部分，丙於案發後受法院委託，就解剖屍體及毒物化驗結果，關於氰化物中毒即為死因之判斷，乃鑑定人。

三、證人、鑑定人及鑑定證人之「法定調查程序」

（一）證人、鑑定證人之法定調查程序

關於 A 點，丙醫師既然地位是證人，依照嚴格證明，應適用具結、對質、詰問等關於證人的法定調查程序，此外，法院審理時應適用直接、言詞、公開審理原則，並注意傳聞規定。簡言之，法院應依法命證人具結（§ 186）；被告或辯護人有直接詰問證人之權利（§§ 166~）；

來王某乃法醫室檢驗員，不具醫師資格亦無燒燙傷專業知識或臨床經驗（非鑑定人）。既然都不是，更不可能是原審所稱鑑定證人。

⁸ 參德國刑事訴訟法第 85 條【鑑定證人】：「為了證明需要特別專業知識才能覺察之過往事實或情況，應訊問專業人員者，適用關於證人之規定。」

⁹ Vgl. M.-G/S, StPO, § 85 Rn. 1.

¹⁰ 這部分（證人於非司法程序之審判外陳述），其實有我國傳聞例外密度嚴重不足之問題，參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:2.5.7 之【車禍驚呼案】及※圖表 11-4。

法院亦得依職權或依聲請命為對質（§ 184 II；另注意§ 169）。此外，依照嚴格證明法則與實質直接性原則導出來的人證優於書證原則，以及禁止審判外陳述的傳聞規定（§ 159 I：A 點內容乃證人丙之審判外陳述），就 A 點部分，丙不得以書面報告來替代當庭陳述。此外，就 B 點部分，因鑑定證人準用證人的程序規定（§ 210），故同此處理。

據此，就 A、B 兩點言，皆適用證人程序，故 Q2 所示，一來辯護人戊聲請傳喚丙醫師親自到庭，主張丙應具結並接受詰問，應有理由。二來，甲、戊以丙具有迴避事由而聲請拒卻之，因不得聲請證人迴避，故法院應予駁回。

（二）鑑定人之法定調查程序

鑑定人之法定調查程序，除有特別規定外，準用關於人證之規定（§ 197）。準用的共同規定，如鑑定人經合法傳喚後，即有到場義務；到場之後，並有在場義務，縱經陳述完畢，非得審判長之許可，不得退庭（§ 168）。但因鑑定人具有可代替性，故不得拘提之（§ 199），與證人不同。鑑定人應於鑑定前具結，其結文內應記載「必為公正誠實之鑑定」等語（§ 202；內容與證人結文不同¹¹）；依法應具結而未經具結之鑑定意見，即屬未經嚴格證明之證據資料，因欠缺積極要件而無證據能力，不得作為裁判基礎（另參§ 158-3）。

「鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。…以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明。」（§ 206 I, III）。此項規定，體例上雖屬第 197 條所稱特別規定，然立法殊值檢討。蓋言詞審理原則之下，審判程序呈現鑑定報告之方法，即為命鑑定人以言詞報告其

¹¹ 106 台上 48：（鑑定人 v. 證人/鑑定證人之具結）「兩者因其證據性質不同，為確保其真實性，所為結文各有不同，前者依刑事訴訟法第 202 條規定，結文內應記載『必為公正誠實之鑑定』等語，後者適用同法第 189 條第 1 項規定，結文應記載『當據實陳述，決無匿、飾、增、減』等語。…於此，應分別情形命具證人結，或加具鑑定人結。其人究屬證人或鑑定人，自應分辨明白，依法命具結，此涉及鑑定人或鑑定證人有無依法具結，及其所為之鑑定意見或證言有無證據能力之判斷，不容混淆。」

鑑定意見¹²，此應係原則，並且，唯有如此，詰問鑑定人之規定（§§ 166~）始有意義可言，更何況鑑定人是「人的證據方法」，書面報告通常不能免除言詞陳述之必要，始符嚴格證明法則之要求。然而，我國鑑定程序之設計，條文看來似乎未必需要言詞說明，顯與言詞審理原則及詰問規定不盡相符，因此，應該擴張解釋第 206 條第 3 項「必要時」之概念，認為除不得已情形而例外容許僅以書面報告者外，原則上皆屬必要以言詞說明的情形¹³。但部分實務採取較為限縮之解釋。

上開第 206 條規定，與第 159 條的傳聞排斥原則，有何關係¹⁴？若從文義以觀，鑑定人之書面報告，乃所稱「被告以外之人於審判外之書面陳述」（§ 159 I），合乎傳聞定義。然 2003 年增修傳聞規定時，在立法理由內「暗藏玄機」，指稱第 206 條即是傳聞之法定例外規定¹⁵。我國實務見解據此認為，第 206 條所定關於鑑定經過及其結果之「書面報告」，屬「法律有規定」之傳聞例外情形，而有證據能力¹⁶；故法院未命實施鑑定之自然人為報告或說明時，不違反傳聞規定。

就理論言，案例 Q2 所示，關於 C 點，丙乃鑑定人，其法定調查程序應於鑑定前具結（§ 202），且基於直接、言詞審理原則及對質詰問保障要求，鑑定報告「原則上」應認有必要以言詞方式呈現於審判庭（§ 206 I, III），故戊之抗辯有理由；另，辯方亦得於釋明迴避之原因後，聲請拒卻鑑定人，由法官裁定之（§§ 200, 201）。但若依實務見解，未命丙出庭以言詞報告者，構成傳聞之例外。

¹² Vgl. Roxin/Schünemann, StVR, 27/17.

¹³ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:3.3.4.3。限縮實務，如 99 台上 3376。

¹⁴ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:3.3.7。

¹⁵ § 159 立法理由三：「…本條所謂『法律有規定者』，係指本法第一百五十九條之一至第一百五十九條之五及第二百零六條等規定，此外，尚包括…等多種刑事訴訟特別規定之情形。」

¹⁶ 97 台上 1629：§ 206 所規定關於鑑定經過及其結果之書面報告，固屬同法 § 159 I 傳聞不得作為證據之規定所指「法律有規定」之例外情形，而具有證據能力，然此種得作為證據之鑑定報告必係依同法 § 198 規定選任之鑑定人及依同法 § 208 囑託之鑑定機關所出具者，始屬之。

同旨裁判參 96 台上 1743、100 台上 3926、106 台上 182。

四、機關鑑定之特例

法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第 203 條至第 206-1 條¹⁷之規定（§ 208 I 前）。此機關鑑定之規定，由於準用條文包含上述第 206 條，實務見解認為，機關鑑定之報告書，亦構成傳聞例外¹⁸；由於準用條文不包含第 202 條（具結），故依文義，縱使實際執行人為自然人，亦毋庸具結¹⁹。再者，拒卻鑑定人規定（§§ 200, 201），不在準用之列，亦有闕漏；因機關鑑定情形，尤其是執行機關鑑定之自然人，當然可能具有影響中立性的迴避事由。

機關鑑定若「須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人（按：自然人）為之」（§ 208 I 後）。若法院命該自然人以言詞為之者，則準用第 163 條第 1 項、第 166 條至第 167-7 條、第 202 條等規定（§ 208 II）。換言之，此時該鑑定人雖為受（詢）詰問之對象，並負具結義務（準用§ 202），但依條文文義，機關鑑定者也不一定要出庭或具結，而是取決於法院的裁量（§ 208 I 後：「得命」？），到底標準何在？為何在法院「不命」的情形，機關鑑定者可以豁免出庭及具結之義務，亦未見說明。更何況若鑑定人不出庭，法院又採納其對被告不利的鑑定意見，還涉及侵害被告對質詰問權的問題²⁰。

Q3 乃機關鑑定情形（§ 208）。實務認為，機關鑑定未明文準用具結規定，且僅屬「得」（而非「應」）命實施鑑定或審查之人以言詞報

¹⁷ 機關鑑定準用§ 206-1 之實務近例，參 106 台上 1101（指摘醫院鑑定時未通知被告及辯護人在場）。

¹⁸ 包含概括囑託鑑定，參 107 台上 908（參附錄）。

¹⁹ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:3.3.3.4.2：「2003 年後之最高法院裁判，亦順水推舟，就具結義務問題採行二分法，區分為機關鑑定或自然人鑑定：前者『囑託機關鑑定雖未命實際鑑定人具結，其鑑定不得指為無證據能力』（95 台上 4185、96 台上 486 理由：§ 208 II 已排除§ 202）；後者應命具結，否則即無證據能力（§§ 158-3, 202），如 94 台上 5470 第一審委請有特別知識經驗之國立海洋大學林某教授鑑定有無水土流失，而並非委請機關鑑定，自應命林某具結；94 台上 7323 同旨。」

²⁰ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch11:3.3.7。

告或說明，若以此為準，則C點內容辯護人抗辯無理由。但若依學理、直接與言詞審理原則及詰問等立法規定以觀，辯護人抗辯應有理由，原則上仍應命丙到庭。此外，拒卻鑑定人之考量，於案例Q3機關鑑定情形，與Q2自然人鑑定時並無不同，故仍應類推適用。

參、〔結論〕

依照嚴格證明法則，法院調查證據，必須依照法定證據方法且踐行法定調查程序，始得採為裁判之基礎。本案系爭報告三點內容，關鍵在於法定證據方法之定性為何（證人？鑑定人？鑑定證人？），依其定性而適用不同的法定調查程序。據此，案例Q1、Q2爭點分述如下：

A點內容（證人）：丙醫師係就自己親身經歷而為陳述，其觀察甲、乙兩人之互動關係，也與毒物專門知識無關，地位純屬證人。證人有出庭及具結義務，並應受對質詰問，未經具結之證言，無證據能力（§158-3）。故辯護人抗辯有理由。

B點內容（鑑定證人）：丙醫師雖係說明自己經歷的過去事實，但建立在其毒物專門知識之上，因此屬於鑑定證人。由於鑑定證人具有不可代替性，與其他證人相同，因此，訊問程序適用證人程序（§210）。是以，就B點內容，結論皆同上述A點。辯護人抗辯亦有理由。

但關於迴避事由，不適用於證人及鑑定證人，故在A、B兩點範圍內，不得聲請拒卻丙醫師。

C點內容：丙醫師就解剖屍體及毒物化驗結果，關於死因為氰化物中毒之判斷，乃鑑定人，其法定調查程序，依Q2、Q3而有不同：

Q2、自然人丙醫師直接受法院委託鑑定，應於鑑定前具結（§202）且基於直接、言詞審理原則及對質詰問保障要求，原則上應認為有必要以言詞方式呈現於審判庭（§206 I, III），故戊之抗辯有理由；另，當事人亦得於釋明迴避之原因後，聲請拒卻鑑定人（§§200, 201）。但若依實務見解，未命丙出庭以言詞報告者，構成傳聞之例外。

Q3、因實際執行者為丙，故與Q2應無不同。但實務本於第208條，認為機關鑑定未明文準用具結規定，且僅屬「得」（而非「應」）

命實施鑑定之人以言詞報告或說明，據此，C 點內容辯護人抗辯無理由。另，縱於機關鑑定情形，辯方應仍得聲請拒卻實際鑑定之丙醫師。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 96 台上 464（證人、鑑定人、鑑定證人）

我國刑事訴訟法所規定之法定證據方法，包括證人、鑑定人、勘驗、文書等，各有其法定調查程序之限制，不容混淆。而所謂證人，係指在刑事程序中，陳述自己對於待證事實見聞之第三人，而鑑定人，係指本於其專業之知識，輔助法院判斷特定證據問題之人；至於鑑定證人，係指依特別之專門知識而得知以往事實之人，亦即陳述唯有具有特別之專門知識始得知察覺、以往事實或狀態之人，具有證人與鑑定人之雙重角色。原判決論處…共同重傷害致人於死犯行，主要係依據「鑑定證人」王某之證言，認定郭某倒熱水重傷害死者行為時，有共犯協助壓制死者雙腳，並以被害人受受傷情形，得知當時水溫為七十二度及倒水之方向、高度等情為據。惟查王某為…法醫室檢驗員，不具醫師資格，未具燒燙傷專業知識，亦無處理燒燙傷臨床經驗，能否為鑑定人之資格，已堪質疑。而王某祇是協助檢察官相驗屍體之人，並非案發當時在場目擊之人，對案情始末並未親身經歷，是否具有「證人」適格，亦有疑義，原審以鑑定證人身分訊問王某，並未就其何以具有鑑定人證人之適格及其證言之證明力如何加以判斷，逕以其個人意見為認定犯罪事實之基礎，是否與證據法則有違，即有再行探究之餘地。

※ 106 台上 182（機關鑑定、傳聞例外、概括囑託鑑定）

法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用刑事訴訟法第二百零三條至第二百零六條之一之規定（不包括同法第二百零二條囑託個人鑑定時應命鑑定人於鑑定前具結之規定），而鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告，刑事訴訟法第二百零八條第一項前段、第二百零六條第一項分別定有明文。鑑定人或鑑定機關、團體，既經由法院、審判長、受命法官或檢察官視具體個案之需要而為選任、囑託，並依同法第二百零六條之規定，提出言詞或書面報告，自是屬於同法第一百五十九條第一項所稱「法律有規定者」而得作為證據之情形，為例外具有證據能力之傳聞證據。又鑑定，乃指具有特別知識之第三者，以其專門知識或特別專長經驗為具體之判斷，並據以提出報告，以作為訴訟之證據資料，則鑑定人（機關）為準備報告所為資料之蒐集，自與審判程序中所為證據蒐集、調查，伴不相同，當無受訴訟法上相關證據法則規制之餘地。

※ 107 台上 908（機關鑑定、傳聞例外、概括囑託鑑定）

依刑事訴訟法第159條第1項規定，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，於法律有規定者，得作為證據。又現行刑事訴訟法設有囑託機關鑑定之制度，依同法第198條、第206條、第208條規定，鑑定機關應由法院、審判長、受命法官或檢察官視具體個案之需要而為選任、囑託，並就鑑定之經過及其結果，提出言詞或書面報告，即符合同法第159條第1項所定得作為證據之「法律有規定」之情形。而於司法警察機關調查中之案件，為因應實務上，或因量大、或有急迫之現實需求，併例行性當然有鑑定之必要者，例如毒品之種類與成分、尿液之毒品反應，或槍彈有無殺傷力等項，基於檢察一體原則，該管檢察長對於轄區內之案件，得事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關，俾便轄區內之司法警察官、司法警察對於調查中之此類案件，得即時送請先前已選任之鑑定人或囑託之鑑定機關實施鑑定，以求時效。此種由檢察機關概括囑託鑑定機關，再轉知司法警察官、司法警察於調查犯罪時參考辦理之作為，係為因應現行刑事訴訟法增訂傳聞法則及其例外規定之實務運作方式，法無明文禁止；而由司法警察官、司法警察送由檢察官所概括囑託鑑定機關所為之鑑定結果，與檢察官囑託為鑑定者，性質上並無差異，應同具有證據能力。本件刑事警察局已依刑事訴訟法第206條第1項規定出具書面報告即鑑定書，記載鑑定方法、內容及結果，上訴意旨以本件查獲之槍彈，係由警局逕送鑑定，指刑事警察局之鑑定書無證據能力云云，已非可採。況上訴人及其第一審辯護人於第一審準備程序均表示同意有證據能力，已就該項書面報告之證據能力行使處分權，上訴意旨就此猶執詞指摘，自非適法之上訴第三審理由。

※ 107 台上 1603（證人、鑑定人、鑑定證人）

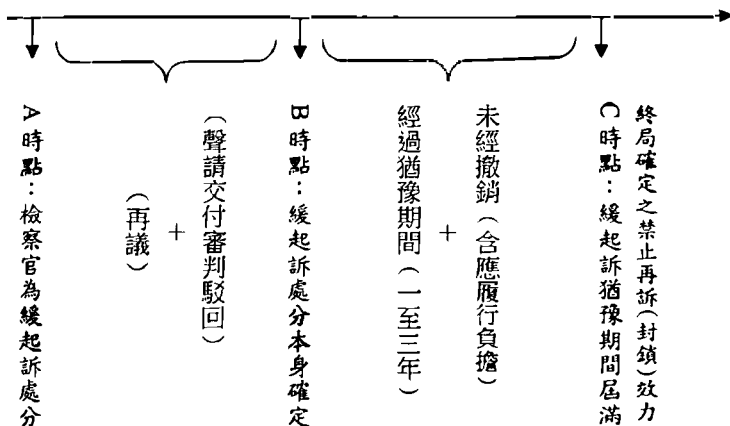
鑑定，係由選任之鑑定人或囑託之鑑定機構，除憑藉其特別知識經驗，就特定物（書）證加以鑑（檢）驗外，並得就無關親身經歷之待鑑事項，僅依憑其特別知識經驗（包括技術、訓練、教育、能力等專業資格）而陳述或報告其專業意見；人證，則由證人憑據其感官知覺之親身經歷，陳述其所見所聞之過往事實。前者，係就某特定事物依法陳述其專業意見，以供法院審判之參酌依據，具有可替代性；後者，因係陳述自己親身見聞之過往事實，故無替代性。二者雖同屬人的證據方法，但仍有本質上之差異。至刑事訴訟法第210條規定之鑑定證人，乃法院或檢察官所指定，就特別知識，得知已往事實，陳述其所知之第三人。鑑定證人，雖具證人與鑑定人二種身分，然所陳述者，既係以往見聞經過之事實，且具有不可替代性，自不失為證人，應適用關於人證之規定。…證人（包括鑑定證人）之結文不得以鑑定人結文取代之，如有違反或不符合法定程式，其證言即屬欠缺法定程式，而難認係合法之證據資料。

撤銷緩起訴處分之瑕疵與救濟

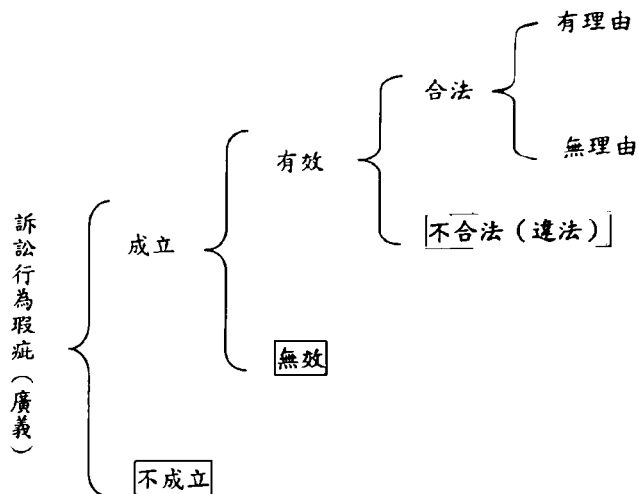
被告甲涉犯醉態駕駛罪（刑§ 185-3 1），於2017年3月8日經檢察官為緩起訴處分，緩起訴期間（猶豫期間）1年，負擔期間及種類為被告應於兩個月內向指定之公庫繳納新臺幣3萬元（得被告同意），並於同年4月18日確定。隨後，檢察官以被告未履行負擔為由，撤銷緩起訴處分並送達撤銷處分書後，甲未於10日再議期間內不服，檢察官遂於繼續補充偵查後，於2018年5月30日向管轄法院聲請簡易判決處刑，並經處刑3月有期徒刑確定。試問以下情形，緩起訴及撤銷起訴處分之效力如何？簡易判決處刑，是否合法？確定後如何救濟？

- 1、設若甲已於負擔期間內之2017年6月12日，向該公庫繳納完畢，惟因聯繫失誤，檢察官誤以為甲未繳納而撤銷緩起訴處分，遂繼續補充偵查後，向管轄法院聲請簡易判決處刑。
- 2、設若甲遲至2017年6月28日始繳納，檢察官仍以被告未於兩個月負擔期限內繳納為由，於2018年1月17日撤銷緩起訴處分，依法送達並於撤銷處分確定後，向管轄法院聲請簡易判決處刑。
- 3、設若檢察官即時發現甲未於負擔期限內繳納事宜，遂於2017年6月30日撤銷緩起訴，甲收受撤銷書送達後雖未再議不服，但於同年7月28日補繳納。惟檢察官仍以撤銷緩起訴處分已經確定為由，於同年8月15日向管轄法院聲請簡易判決處刑。試問情形有無不同？
- 4、設若甲的確自始至終未繳納，但檢察官因作業疏失發現在後，遲至2018年4月20日始撤銷緩起訴處分，試問情形有無不同？
- 5、承3所述，設若檢察官之撤銷緩起訴處分書僅送達至甲戶籍地，惟甲當時已因另案在監服刑而未收受送達。試問情形有無不同？

※ 圖表 1：緩起訴之時點與期間



※ 圖表 2：訴訟行為瑕疵之層次與類型



壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 253-1~253-3, 260, 303 ①, ④, 452

【關鍵詞】緩起訴處分、緩起訴期間（猶豫期間）、負擔期間、撤銷緩起訴處分、訴訟行為之瑕疵、無效

我國於 2002 年引進緩起訴制度（§§ 253-1~253-3），其本質乃附條件之便宜不起訴，違反所課予之負擔條件者，檢察官得撤銷緩起訴處分（§ 253-3）；經過猶豫期間且未經撤銷之緩起訴處分，終局確定（參※圖表 1：C 時點）之後產生禁止再訴之效力（§ 260）。案例 Q1-Q5 所示，涉及撤銷緩起訴處分本身之違法瑕疵問題，故與訴訟行為瑕疵理論息息相關，類型有別。茲分為以下層次說明¹：

一、問題之根源：雙期間制度及取決於撤銷之緩起訴效力。我國緩起訴之制度，採取負擔期間與猶豫期間（即一般所稱之緩起訴期間）之雙期間設計，且緩起訴處分效力又取決於檢察官已否（合法）撤銷，此乃本案 Q1-Q5 問題之前提與根源，應先說明。

二、理論之爭議：訴訟行為之瑕疵理論及無效問題。撤銷緩起訴處分乃訴訟行為之一種，基於法安定性考量，訴訟行為並非一有瑕疵即不生效力，應依其瑕疵程度及類型，區分為：1. 是否成立、2. 有效無效、3. 合不合法及 4. 有無理由等四個不同層次，具有檢驗順序的先後關係。案例所示情形，究竟有無及各為何種瑕疵，應先予辨明，不可一概而論。

三、案例之運用：依照前述二標準，應區分 Q1-Q5 不同撤銷處分的可能違法類型及其救濟方式：

¹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch16:3; II-Ch16:6.2.2；林鈺雄，〈緩起訴處分之撤銷問題與瑕疵理論—最高法院相關裁判之綜合評釋〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁 287-318（＝《月旦法學雜誌》，173 期，2009.10，頁 268-287）。我國實務各種違法撤銷類型之爭議，參該文之※圖表 3：最高法院緩起訴相關裁判一覽表（頁 289）。評釋另參何賴傑，〈緩起訴處分之撤銷與再行起訴—最高法院相關判決之評釋〉，《臺灣本土法學》，92 期，2007.03，頁 93-102。

（一）不應撤銷而撤銷之瑕疵及其救濟（Q1）。此乃基本類型，也是實務最常見類型，其效果為何及如何救濟。

（二）遲延履行負擔之撤銷及其救濟：「捷足先登說」及其運用（Q2、Q3）。被告遲至負擔期間經過後始履行負擔，檢察官之撤銷處分是否合法，應否區分撤銷時被告已否履行負擔，其法理基礎何在？此亦影響案件再行起訴時，法院應如何處理始為合法之問題。

（三）猶豫期間經過後始撤銷之瑕疵及其救濟（Q4）。被告雖未履行負擔，但檢察官因作業疏失或其他原因，遲至猶豫期間經過後始予撤銷並再行起訴者，應如何處理？

（四）撤銷處分未經合法送達之瑕疵及其救濟（Q5）。被告雖有撤銷緩起訴事由，檢察官亦於猶豫期間內撤銷，然撤銷緩起訴處分書卻未合法送達於被告，被告亦因而未提出不服，檢察官再行起訴者，法院應如何處理？

貳、〔解析〕

一、緩起訴制度及案例問題根源

緩起訴處分，即暫緩起訴之處分，本質上乃附條件的便宜不起訴處分，其條件有二：1、經過一定的期間，且2、緩起訴未經撤銷。兩個條件皆成就時，才會產生如同不起訴處分之確定效力（§ 260）。首先，以上1是指檢察官為緩起訴處分者，得定「一年以上三年以下之緩起訴期間」（§ 253-1 1），此期間稱為猶豫期間（立法理由）。在此猶豫期間內，處分屬於一種效力未定的狀態，緩起訴猶豫期間屆滿，是取得終局確定效果的第一個條件。

其次，緩起訴未經撤銷，以上條件2始能成就。既然緩起訴是一種附條件的不起訴處分，當然可能發生條件不成就而使被告喪失不起訴利益的情況。在猶豫期間之內，緩起訴還是屬於隨時得撤銷的效力未定狀態，而撤銷的理由有兩大類：1) 被告未履行負擔，2) 被告故

意更犯他罪的情形 (§ 253-3 I)²。被告須履行特定的負擔，是緩起訴制度的重大特色，檢察官得命令被告於一定期間內（負擔期間）為特定的作為義務。負擔的種類，包括案例所示向指定之公庫支付一定金額等事項 (§ 253-2 I ④, II；此款應得被告之同意)，上開負擔應附記於緩起訴處分書內，但負擔期間不得超過緩起訴（猶豫）期間 (§ 253-2 III, IV)；案例所示，負擔期間 2 個月，猶豫期間 1 年，故無超過之問題。被告若違反義務而未履行負擔者，由檢察官撤銷緩起訴處分 (§ 253-3 I ③)，亦即，被告因此喪失緩起訴處分之利益³。此撤銷處分應依法送達於被告，被告於接受撤銷緩起訴處分書後，得於 10 日內（再議期間；舊法為 7 日）以書狀敘述不服之理由，循再議途徑救濟之 (§ 256-1)。換言之，撤銷處分仍得救濟，並非一經作成即告確定。

反之，若被告於負擔期間內依法履行負擔且無其他撤銷事由，因「緩起訴處分期滿未經撤銷」而終局確定（※ 圖表 1：C 時點），自此產生如同實體確定不起訴處分般的禁止再訴（封鎖）效力，成為訴訟障礙事由，非有發現新事證等法定原因，不得對於同一案件再行起訴 (§ 260)。緩起訴期滿未經撤銷，違背第 260 條規定再行起訴者，法院應諭知不受理判決 (§ 303 ④)。

由以上說明可知，我國緩起訴制度設計有兩大特色，此亦為案例所示實務問題之根源所在：第一、雙期間設計；亦即，負擔期間與猶豫期間係屬不同概念，如案例所示檢察官定 1 年緩起訴期間，並課予被告於 2 個月內向指定公庫繳納 3 萬元之義務，1 年稱為猶豫期間（自緩起訴處分本身確定後開始起算⁴），但 2 個月稱為負擔期間。由於猶

² 應予注意，因被告故意更犯他罪經檢察官撤銷緩起訴處分而提起公訴者 (§ 253-3 I ①, ②)，若該他罪經無罪確定 (106 台非 209，參附錄；同旨裁判如 105 台非 52)，或有罪判決經非常上訴撤銷者 (107 台非 14)，實務近例皆以目的性限縮為由，認為撤銷處分有重大違誤，檢察官就本罪提起公訴者，法院應諭知不受理判決。但此與案例所示之撤銷事由無關，在此不贅。

³ 就立法論言，檢察官撤銷緩起訴處分前，立法未規定聽審保障，即在撤銷前不必先訊問被告並予陳述意見機會，實屬不當，且造成實務上再三出現的違法撤銷情形。批評參林鈺雄，註 1 文，頁 314-317。

⁴ 緩起訴處分所稱確定（參※圖表 1），區分為緩起訴本身確定（※B 點）及

豫期間「夜長」（1 至 3 年），難免「夢多」，而負擔期間與猶豫期間併行的雙期間制度，更是雪上加霜。如 Q2、Q3 所示，在我國實務上也因而衍生超過負擔期間始履行負擔，但仍在猶豫期間內者，檢察官得否撤銷緩起訴之問題⁵。

第二、我國緩起訴制度另一特性，在於漫長的緩起訴期間及取決於撤銷與否之緩起訴效力。亦即，緩起訴終局效力並非直接取決於實體事由之有無（例如，並非「直接」取決於案例中甲是否負擔履行，這僅是間接條件，下履行僅構成撤銷事由），而是直接取決於程序上撤銷與否，而這正是以上所有案例問題的根源。亦即，我國法將猶豫期間屆滿且未經撤銷，並列為成就終局禁止再訴效力的兩個條件。從檢察官角度而言，若先為緩起訴處分且處分本身確定（※B 點）之後，即便被告根本未履行負擔，也必須「及時撤銷」始能避免發生禁止再訴的訴訟障礙事由；反之，從被告角度而言，即便於負擔期間內履行負擔也還無法「自動」取得不被起訴的終局利益，必須取決於緩起訴處分期間內「未經撤銷」的條件成就。

以上緩起訴終局效力直接取決於撤銷與否的特殊制度，明顯會產生「應撤銷而未依法撤銷」之不當得利與「不應撤銷而竟撤銷」之雙重損害兩種面向的弊病⁶。亦即，一來被告未履行負擔也可能（因未被

終局確定（※C 點）兩個不同層次的概念，不可混淆。亦即，就緩起訴經歷的期間而言，檢察官為緩起訴處分（※A 點）之後，因緩起訴處分仍有再議（及交付審判）之救濟機會（※A-B 段），及至不得聲明不服時點，處分本身始告確定（※B 點）；自此之後始起算案例所示 1 年之緩起訴（猶豫）期間（※B-C 段），期間屆滿且未經撤銷者，緩起訴處分始終局確定（※C 點），自此之後始生§ 260 的禁止再訴（封鎖）效力。參林鈺雄，刑訴 II-Ch16:3；及本書之〈緩起訴期間內之提起自訴與公訴（例 17）〉。

⁵ 就比較法而言，雖然我國立法言明參照德國刑事訴訟法第 153a 條的規定，但是，該法僅有一種期間，即負擔期間，而無猶豫期間之設置，故不生如我國法的相類實務問題。參林鈺雄，刑訴 II-Ch16:3.3。

⁶ 參林鈺雄，註 1 文，頁 298。柯耀程，〈緩起訴被起訴的效力一兼評最高法院九十六年度台非字第 232 號判決〉，《月旦法學雜誌》，156 期，2008.05，頁 276-285(279)亦謂：「法定撤銷事由的規定，…徒增適用上的干擾。蓋撤銷緩起訴的事由，受到法定條件的限制時，當未依撤銷的法定條件所為的撤銷，

及時撤銷而)享有終局不受起訴利益(這是不當得利),如Q5結論即是如此;二來,相反情形,被告依期間履行負擔也可能(因誤被撤銷而)喪失終局利益(這是雙重損害),也造成治絲益棼的實務困擾,如:

1、不應撤銷而撤銷者(Q1),尤其是檢察官誤被告未履行負擔而撤銷,問題根源是依現行規定,被告縱使於負擔期間內履行負擔,緩起訴條件亦非自動成就。

2、應撤銷而未(依法、及時)撤銷(Q4、Q5),如被告根本未履行負擔,但檢察官卻未予撤銷或未及時於猶豫期間內撤銷,及至屆滿後始撤銷的情形(Q4),或雖及時撤銷但程序不合法(如Q5未合法送達)。問題根源同前述1,只是運用於相反情形,亦即依現行規定,「未經撤銷」才是成就的直接條件,被告未履行負擔也不自動阻止緩起訴條件成就,是以,檢察官未依法、及時撤銷的疏誤,可能讓不履行負擔的被告,享有緩起訴的終局利益。同此類型,還包含被告發生另犯他罪的撤銷事由,但檢察官逾期撤銷之情形(如94台非287)。

3、同屬類型2,但結合我國法雙期間制度特有問題的案例,即是被告超過負擔期間始履行負擔,但仍在猶豫期間內者,檢察官得否撤銷緩起訴及撤銷後再訴是否合法的問題(Q2、Q3)⁷。

二、理論之爭議：訴訟行為之瑕疵理論及無效問題

(一)瑕疵之類型

緩起訴處分及其撤銷,皆屬訴訟行為。基於法安定性考量,案例所涉及的撤銷緩起訴處分,如同其他訴訟行為,並非一有瑕疵即不生效力,應依其瑕疵程度及類型,區分為:1. 是否成立、2. 有效無效、3. 合不合法及 4. 有無理由等四個不同層次,具有檢驗順序的先後關係,各有不同效果。

其效力為何?乃成為問題。」

⁷ 文獻於我國引進緩起訴時,早已指出雙期間制度的特殊立法,將會產生此一類型的爭議(林鈺雄,〈緩起訴期間與自訴限制〉,《法學講座》,6期,2002.06,頁45-51)。96台非166案例印證上開預測。

詳言之，刑訴法針對各個訴訟階段的各種訴訟行為，有各種作成之程序性規定，但錯誤在所難免，總有不（完全）合乎程序規定的訴訟行為，關此，理論上統稱為訴訟行為之程序瑕疵（Verfahrensfehler/-mängel）。兩項主要問題：一是瑕疵的類型，有檢驗順序的先後關係；二是瑕疵的效果，即各種瑕疵的法律效果為何。

先就類型言，廣義的瑕疵類型，依照其瑕疵重輕程度（參※圖表2），依序分為「不成立」（相對於成立）、「無效」（相對於有效）、「不合法」（相對於合法）及「無理由」（相對於有理由）⁸。

廣義而最嚴重的瑕疵情形，即根本不具訴訟行為之定型合致之形式者，稱為「不成立」。例如非法官（如檢察官）所為之判決，訴訟主體不適格，根本就不是判決；再如雖由法官所為，但尚未宣示或送達者，最多只能算是草稿，也還不是判決。既然不具任何判決之形式，當然不生任何判決之效力，學說上稱為非判決（Nicht-Urteil），其實就是根本不成立之判決⁹。

成立之後，始生有效、無效問題。以無效判決為例（die nichtigen Urteile），是指雖經法院以判決之形式諭知（此與不成立者有別），但卻存有非常顯著的嚴重瑕疵，以致於根本不生效力之判決（含不生判決之執行力）。例如經宣示送達的有罪判決，卻對被告科處法律所不承認且重大違反法治國原則的鞭刑，此即無效判決，無法且不得執行¹⁰。基於法安定性之考量，無效判決應嚴格限定在瑕疵非常顯著的極其例外情形，其他情形之判決瑕疵，既經法院對外以判決之形式而諭知，縱使是法院組織不合法之判決當然違背法令（§ 379 ①），仍應以上訴等法定救濟程序救濟之。連當然違背法令之嚴重瑕疵，尚且不構成無效¹¹，更遑論瑕疵較不嚴重的其他訴訟程序違背法令（§ 380）。

⁸ 同此基本分類，如林永謀，刑訴1，頁280-288（但用語稱「合法、不合法」為「適法、不適法」）。

⁹ Vgl. Roxin/Schünemann, StVR, 52/24.

¹⁰ Vgl. Roxin/Schünemann, StVR, 52/25 ff.

¹¹ 但於我國法上，有一判決當然違背法令與無效競合之例外情形，即§ 379 ②後段所定「未受請求之事項予以判決」的訴外裁判，因違反無訴無裁判之控訴原則而當然無效，另明文承認其救濟。

成立且有效的訴訟行為，可能因為不合法定程式、要件而有「不合法（違法）」之瑕疵。再以判決為例，幾乎絕大多數的廣義判決違背法令，皆屬不合法瑕疵之類型。此外，不遵守期間也是不合法訴訟行為之常見下位類型，例如違反法定、失權期間的提起上訴、抗告、再審等情形。

最後是有無理由問題。一般而言，訴訟行為若已成立、有效且合法，程序上已臻完備，僅實質上「無理由」而已，通常不在瑕疵的脈絡討論，典型事例如各種上訴無理由情形。

以上依瑕疵程度區分類型，難免有模糊地帶，有時立法者會直接界定瑕疵種類及效果，以杜絕爭議，而立法者針對某些情形所明文規定的基準，往往也成為其他未明文規定的參考指標。例如，第379條列舉了14款重大瑕疵事由，但僅將其列為「判決當然違背法令」而非當然無效，因此，在訴訟行為瑕疵程度不如以上各款事由嚴重的情形，包含案例所示的Q1撤銷緩起訴情形，比較即可得知其瑕疵不應列為無效類型，而僅屬不合法類型。

（二）瑕疵之效果：違法瑕疵及其治癒

訴訟行為理論區別瑕疵類型，區別實益在於「法律效果」有別。關此，一般的判斷原則是先取決於法律有無效果的明文規定，若有，依照明文直接規定（如§379「當然違背法令」之判決得上訴第三審救濟）；若無明文，則需藉助訴訟行為之理論，並探求其他訴訟行為的規定作為間接參考基準，案例所示撤銷緩起訴問題多屬此類。

首先，不成立的訴訟行為，如前述非法官之判決或法官判決之草稿，由於連最起码的訴訟行為之形式外觀皆不具備，欠缺定型合致，也不生任何效力或如何救濟之問題，毋庸且不能以任何法定方式救濟，即便提出救濟亦毋庸理會。

其次，無效的訴訟行為，無效通常是在系爭訴訟行為作成當時，就已存在非常顯著且無法治癒的瑕疵，瑕疵自始附著於該訴訟行為本身，訴訟行為自始不生任何效力，因此自始、當然、確定無效。無效訴訟行為固然不待撤銷即不生系爭訴訟行為之效力，但應注意，由於

無效者仍可能具有訴訟行為的形式外觀，此與不成立者有別，因此，為了避免訴訟參與者誤信訴訟行為有效，仍會產生是否及如何救濟的問題¹²。我國實務最典型者乃無效判決，以一案一訴但先後為兩判決之二重判決為例，還是由法官所為且具判決形式外觀，因此我國實務向來承認其依照法定程序救濟之可能性，但救濟審僅將其撤銷即可，毋庸且不得另為判決。

再者，訴訟行為不合法（而非無效）的瑕疵類型，其能否及如何救濟，絕大多數取決於法律明文，如判決違背法令者，以上訴救濟之。至於不合法訴訟行為本身的效力如何？首應注意，訴訟行為不合法的瑕疵，分為「可補正」與「不可補正」，前者一經合法補正之後，原來訴訟行為之瑕疵即可能因此而「治癒」（Heilung），此與無效情形有別，蓋無效訴訟行為根本無從治癒。

三、案例之運用

（一）不應撤銷而撤銷之瑕疵及其救濟（Q1）

依照前述標準，應區分 Q1-Q5 不同撤銷處分的違法類型及其救濟方式。首先檢討 Q1「檢察官誤被告未履行負擔之撤銷」（不應撤銷而撤銷）之基本類型。

1、本文之見解

Q1 被告既已履行負擔，檢察官不應撤銷而竟撤銷之，雖其撤銷處分仍於猶豫期間內，但因無撤銷緩起訴之法定事由，故其撤銷處分顯有瑕疵。至於其瑕疵種類，從訴訟行為瑕疵理論的觀點而言，既然是檢察官作成之撤銷處分，且已對外表示、依法送達，並無主體不適格之不成立問題，此外瑕疵亦未明顯、嚴重到自始、當然、確定無效之程度，更何況參照判決當然違背法令之嚴重瑕疵仍屬有效訴訟行為

¹² 關於我國實務迄今承認的無效判決之歸納，參朱石炎，刑訴，頁 323-327；林鈺雄，刑訴 II-Ch13:6；陳樸生，〈無效判決及其救濟方法〉，刑訴爭議，頁 57-69。

之規定，相較之下，撤銷處分僅是「不合法」之瑕疵類型。

不合法之撤銷處分，其效力及隨後起訴的效力，首先取決於法律規定。就此，相關規定乃第 260 條，緩起訴處分期滿「未經撤銷」即產生禁止再訴效力，而所謂未經撤銷，解釋上原即可能限定為「未經合法撤銷」，猶如未經告訴是指未經「合法」告訴，即包含提出告訴但不合法者（如逾期告訴）在內¹³。既然未經合法撤銷，原緩起訴處分效力仍在，無法產生阻止猶豫期間繼續進行至屆滿，並進而產生禁止再訴之效力。故案例 Q1 所示，1 年猶豫期間仍繼續進行，不受不合法撤銷處分之影響，並於 2018 年 4 月 17 日屆滿。檢察官於同年 5 月 30 日始向管轄法院聲請簡易判決處刑（亦為起訴之一種），其起訴亦因「緩起訴期滿未經撤銷，而違背第 260 條之規定再行起訴」而不合法，欠缺消極訴訟要件，法院應諭知不受理判決（§ 303 ④）。但因簡易程序僅能為有罪判決，而案件有「應為免訴、不受理或管轄錯誤判決之諭知者」（§ 451-I IV 但 ③），法院應先轉換為通常程序審判之（§ 452），再諭知不受理判決¹⁴。案例所示，法院竟為有罪科刑判決，其審判違背法令，於確定後得提起非常上訴救濟之（§ 441）¹⁵。

2、實務見解及批評

不過，最高法院主流見解認為檢察官不應撤銷而撤銷者，乃無效之撤銷緩起訴處分，並因無效而自始不生撤銷效力，據此論述隨後同一案件再行起訴不合法。相關裁判雖為數眾多，然其理由主要是「依釋字第一四〇號解釋之同一法理」及「存有明顯之重大瑕疵」這兩句話而已，說理形式上已過於簡略¹⁶。

¹³ 「告訴為不合法，與未經告訴無異」，此在我國法早已是定見，僅例示 93 台非 196；運用於撤銷緩起訴脈絡，同說參何賴傑，註 1 文，頁 98。

¹⁴ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch20:2.2.2.1。

¹⁵ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch26:2.1：確定之簡易處刑判決，得為非常上訴之對象。

¹⁶ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch16:6.2.2。實務主流裁判以 96 台非 232 為代表（參附錄）。同旨裁判甚多，例示如 94 台非 270、94 台非 181、104 台非 174。除主流見解外，實務另有採失權效說之少數說，如 95 台非 29 認為既然立法規定已經賦予被告爭執撤銷處分的再議救濟途徑，未依法救濟的被告將因而

再者，撇開系爭 63 釋 140¹⁷ 本身的妥當性不談（此解釋同樣未論述何以瑕疵已到達無效程度及其理由），一來此解釋是針對同一案件經依法起訴後又不起訴的情形而發，換言之，是不起訴處分違反起訴之繫屬效力的嚴重問題，此與系爭案例已經無法相提並論，說成「同一法理」似乎牽強附會。其次，該號解釋如同我國實務其他關於無效訴訟行為（尤其是無效判決）之解釋與裁判¹⁸，主要目的是為了讓重大瑕疵之訴訟行為，仍能循法定救濟途徑，但這點目的性考量，根本不存在於系爭案例，因為撤銷緩起訴處分本身已有再議的法定救濟途徑（§ 256-1），將其解為無效反而才會滋生能否救濟之困擾。鄧書何能燕說？更何況該號解釋重點更在於「形式上效力之處分」，就應該「予以撤銷」，何能無視其存在呢？

至於「存有明顯之重大瑕疵」的說法，同樣值得商榷。上開撤銷處分不合法，固不待言，但何從認定其嚴重至「無效」程度？未見說理，結論亦嫌速斷。就此，學說已正確批評，「畢竟檢察官只是認事錯誤，導致法律適用錯誤」，錯誤並不顯著¹⁹，若是對照判決當然違背法令各款的嚴重情形，更是遠遠不如，說成無效過於牽強。況且，果真認為檢察官誤為未履行負擔的認事錯誤，將會導致訴訟行為無效，在隨後聲請簡易判決處刑（效力同起訴）情形，那論罪科刑的判決自身不也都犯下同樣的認事錯誤？因為原判決同樣是誤以為被告確未履行

喪失爭執撤銷合法性的機會（§ 256-1），連在非常上訴審都應以撤銷處分已確定為前提而不能救濟。此少數說在實務上似乎曇花一現，且其說理亦值商榷，在此不贅。批評參林鈺雄，註 1 文，頁 293-294, 306-308。

¹⁷ 該號理由書謂：「案經起訴繫屬法院後，即應依法審判，若檢察官復從實體上不予以不起訴處分，該項處分，顯係重大違背法令，應屬無效。告訴人對於該無效處分合法聲請再議時，上級法院首席檢察官或檢察長，應將該項已具有形式上效力之處分，予以撤銷，俾資糾正。」

¹⁸ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch13:5。實務代表性見解為 62 釋 135：「民刑事訴訟案件下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提出不服之聲明或未提出不服之聲明，而上級法院誤予廢棄或撤銷發回更審者，該項上級法院之判決及發回更審後之判決，均屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，得分別依上訴、再審、非常上訴及其他法定程序辦理。」

¹⁹ 參何賴傑，註 1 文，頁 101。

負擔，且未依職權審查訴訟要件（含訴訟障礙事由），因此才為實體有罪判決。既然如此，為何確定判決不因此而無效？為何僅撤銷處分無效而已？難以自圓其說！再者，若此等認事錯誤會導致訴訟行為無效，則檢察官因誤認訴訟障礙事由（例如曾經判決確定）不存在而起訴的情形，起訴豈非無效？果真無效，自始、當然、確定不生起訴效力，等於是未經起訴，法院根本不能為任何判決，當然也不能為不受理或免訴判決？如此一來，不但顯然不當，也紊亂了整個刑事訴訟體系。簡言之，關於系爭訴訟行為無效之認定，判決過於籠統而恣意。

事實上，以上判決之所以採納撤銷無效說的用意，無非在於希冀得到「不生撤銷之效力」的結果（96 台非 232：「…與原緩起訴處分未經撤銷無異」），據此支持其再行起訴不合法的結論。其實，這個結論只要從系爭法條文義解釋即可得出，如上文 1 所示，根本不用牽強附會將原處分強說成「無效」。總言之，實務認為不生撤銷緩起訴處分效力之結論雖正確，但其說理有誤。

（二）遲延履行負擔之撤銷及其救濟：捷足先登說

被告遲至負擔期間經過後始履行負擔（Q2、Q3），檢察官之撤銷處分是否合法，應先區分撤銷時被告已否履行負擔（捷足先登說），以下先說明其法理基礎何在，再說明案件再行起訴時，法院應如何處理始為合法。

1、本文之見解：捷足先登說

首先，被告履行負擔以換取不予起訴效果之行為，亦屬訴訟行為。被告逾期履行負擔，乃訴訟行為不合法（而非無效）的瑕疵類型，其效力如何，如前所述，應先取決於法律規定，若無規定則需藉助法理解決。

其次，訴訟行為不合法的瑕疵，仍有補正及治癒問題。由於各種瑕疵可否補正及有無補正義務情形，組合複雜、類型眾多且涉及立法政策之考量，因此，訴訟法上多半以法律明文規定作為解決爭端之道。以上訴第三審之訴訟行為為例，「上訴書狀應敘述上訴之理由；其未敘

述者，得於提起上訴後二十日內補提理由書於原審法院；未補提者，毋庸命其補提。」（§ 382 I；舊法為 10 日），本條項先以附具理由為法定程式（前段），故未附理由者屬「不合法」之瑕疵，但此等瑕疵立法明定其可補正（中段），惟又同時解除了法院命為補正義務（後段）。

至於逾期末補提上訴理由書者，其法律效果如何？同樣也是先取決於法律規定：「上訴人…，在第三審法院未判決前，（仍）得提出上訴理由書…於第三審法院」（§ 386 I）；逾所定 20 日補提期間「而於第三審法院未判決前，仍未提出上訴理由書狀者」，第三審法院應以判決駁回之（§ 395 後），實務上將兩條規定綜合運用結果，上訴未依法於 20 日期間內補提理由書者，雖已逾期，但只要第三審判決前補提者，瑕疵即已因補正而治癒²⁰；但若已逾 20 日補提期間，且於第三審判決前並未補提者，則應以判決駁回之。換言之，逾補提理由書期間的瑕疵雖可補正，但上訴人應自行承擔逾期補正的風險！逾期的效力如何，取決於上訴人先補提（產生補正瑕疵效力）或第三審先判決（產生駁回結果），由捷足先登者優先產生效力。

以上捷足先登說的處置方式，可以援引為系爭案例解決之道的法理。首先，就法律規定言，本法並無明文直接規範負擔逾期的情形，但從撤銷緩起訴規定可以間接推知，被告違背檢察官所定「應遵守或履行事項者」（含不遵守負擔期間）得為撤銷事由（§ 253-3 I ③），因此，不遵守負擔期間的效力，將使緩起訴處於得撤銷之狀態。其次，得撤銷並不等於不得補正，未遵守負擔期間之負擔履行，猶如未遵守補提上訴理由期間之補提，除已喪失履行可能性之情形（如命向被害人道歉，逾期末道歉而被害人已死亡者）外，瑕疵仍有補正的餘地；

²⁰ 71 台上 1036：「第三審上訴書狀應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後十日內（按：舊法），補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前固仍得提出上訴理由書狀，但…非以判決違背法令為理由者，不得為之…」。100 台上 3841：「上訴理由既許在第三審法院未判決前提出，則現行法第三百八十二條第一項所定補提上訴理由期間，雖已經過，並不因而喪失為訴訟行為之權利。」。參林鈺雄，刑訴 II-Ch23:4.1；另比較陳樸生，刑訴，頁 525-527。

一旦補正後，只要原訴訟行為之目的仍可達成，亦無妨認為瑕疵已經因補正而治癒；一經治癒的訴訟行為，即產生其原定的效力，在此即產生已履行負擔的效力，自此之後，檢察官即不得再以被告未履行負擔為由而撤銷緩起訴處分，更不得據此而再行起訴。

簡言之，被告未遵守負擔期間者，於猶豫期間內，緩起訴處於得撤銷狀態，其終局效力取決於被告先補正瑕疵（即履行負擔），或檢察官先行撤銷；被告應承擔在補正前緩起訴即被檢察官撤銷的風險，反之，檢察官未於被告逾期情形及時撤銷緩起訴處分者，亦應受被告補正結果的拘束，於補正後即不得再予撤銷。

附帶一提，捷足先登說具有促進訴訟迅速的效果。遲誤負擔期間的被告必須儘速補正負擔，始能避免緩起訴被撤銷；反之，檢察官於被告遲延情形亦應迅速回應，或者命被告立即補正，或者及時撤銷處分，不得拖延。被告若及時補正，應由其終局享有不受起訴之利益，而拖延過久才為撤銷處分的檢察官，也將因此喪失了合法起訴被告的機會。這種結果，既合乎迅速要求也兼顧利益平衡。

2、案例之運用

Q2 案例事實，被告遲延 10 天始繳納，雖超過負擔期間，惟仍在猶豫期間之內。依照捷足先登說，自 2017 年 6 月 18 日起，被告因未遵守負擔期間，故緩起訴處分遂處於隨時得被檢察官撤銷之狀態，但未撤銷之前，被告並未喪失繳納以補正未遵守期間之瑕疵的機會。既然被告於期滿 10 日之後的 6 月 28 日即繳納完畢，而檢察官在此 10 日之內並未及時撤銷，故本案終局效力應由補正行為捷足先登，未遵守期間之瑕疵因而治癒，產生與合法履行負擔相同之效力。檢察官遲至半年之後的 2018 年 1 月 17 日始撤銷處分，其撤銷行為並不合法，也無法阻止期間屆滿及因此產生的禁止再訴效力，故檢察官隨後於同年 5 月 30 日的起訴亦不合法；其後續處理程序，同 Q1 所述（上文（一）、1），法院應轉換為通常程序後諭知不受理判決（§ 303 ④）；若未依法

轉換，確定後亦可非常上訴救濟之²¹。

Q3 依捷足先登說，雖同屬逾期履行但適用結果有別。被告甲自身未遵守期間之瑕疵，應負擔被撤銷風險，而在甲補正瑕疵前已經先被檢察官在 2017 年 6 月 30 日依法撤銷，由檢察官捷足先登，與 Q2 不同。甲雖在撤銷處分之後，於 7 月 28 日補行繳納，但被撤銷風險已經實現，瑕疵因而無從治癒。甲若對該撤銷緩起訴處分不服，僅能循再議途徑救濟之（§ 256-1）；撤銷處分確定後，原緩起訴效力不復存在，檢察官於同年 8 月 15 日向管轄法院聲請簡易判決處刑，其程序踐行合法，法院若認有理由，應依法為處刑（有罪）判決。

（三）猶豫期間經過後始撤銷之瑕疵及其救濟

Q4 所示，猶豫期間內發生撤銷事由，但檢察官未及時發現或處理，遲至猶豫期滿後始予撤銷並再行起訴者，主要涉及兩個法條如何銜接的文義解釋問題。

亦即，第 253-3 條第 1 項撤銷緩起訴規定所稱緩起訴（猶豫）期間，固然用以限定被告撤銷事由發生之時間，但是否也用以限定檢察官亦「必須於猶豫期間內」撤銷之？條文語焉不詳。然而，對照第 260 條「緩起訴處分期滿未經撤銷者…不得對於同一案件再行起訴」的用語應可推知，立法者係採肯定見解²²，實務亦是如此理解，如 94 台非

²¹ Q2 案例事實改編自 96 台非 166，但該非常上訴判決並未正面言明此種撤銷的效力如何。判決雖然認為非常上訴有理由，但其論據卻是原審違反調查原則，即有應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤而顯然於判決有影響。至於本案系爭法律問題，判決僅以疑問句代替答案：「檢察官之撤銷緩起訴是否合法？…被告…逾期支付款項，是否仍有與依期限內支付之相同效力，而不能認為違背緩起訴處分書檢察官所命應履行之事項？尚待原審法院查明」。其實，本案事實認定已非爭議所在，關鍵在於前述我國法疏未規範的法律解釋問題，而這不正是最高法院（尤其是非常上訴審）應發揮統一解釋法令功能之處？最高法院就此關鍵法律解釋問題保持緘默，原審又何從「查明」？批評參林鈺雄，註 1 文，頁 311-312。

²² 據此，§ 253-3 1 的法條原意為：「被告於緩起訴期間內，有左列情形之一者，檢察官得『於緩起訴期間內』依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴…」，換言之，未重複規定緩起訴期間，應認為僅是單純避免重

287（參附錄）亦強調唯有在猶豫期間屆滿前始能撤銷原緩起訴處分。

據此，Q4 甲雖未履行負擔，有撤銷緩起訴事由，然緩起訴處分因期滿前未經撤銷而確定，已經產生禁止再訴之效力；檢察官雖於期滿後 2 日的 2018 年 4 月 20 日，撤銷緩起訴處分，但其撤銷處分因逾期而違法（但非無效，參上文二），不生合法撤銷之效力，本來已經產生之禁止再訴效力不因此受影響。檢察官隨後於期滿後之再行起訴，即屬「曾為…緩起訴期滿未經撤銷，違背第 260 條之規定再行起訴者」，法院應依轉換為通常程序後，諭知不受理判決（§ 303 ④），結論同 Q1、Q2。若為有罪判決，確定後得非常上訴救濟之²³。

（四）撤銷處分未經合法送達之瑕疵及其救濟

Q5 所示，被告雖有撤銷緩起訴事由，檢察官亦於猶豫期間內撤銷，然撤銷緩起訴處分書卻未依法送達於被告。簡言之，撤銷緩起訴處分因被告得聲請再議，其再議期間及聲請再議之直接上級法院檢察署檢察長，應記載於送達被告處分書正本（§§ 256 II, 256-I II）。被告接受撤銷緩起訴處分書後，得於 10 日內以書狀敘述不服之理由，聲請再議（§ 256-I I）。再議期間自合法送達日起算，而「送達於在監獄或看守所之人，應囑託該監所長官為之」（§ 56 II）。案例 Q5 被告甲因另案在監服刑，故送達撤銷緩起訴處分書應囑託其服刑監所長官為之，

複之立法技術考量。

²³ 94 台非 287（參附錄）結論雖然大致同上，但判決理由所稱「其起訴之程序違背規定」應係指§ 303 ①之不受理事由，似未詳查。其實，該案所示同 Q4 乃直接違背§ 260 規定，正是§ 303 ④之典型運用情形。實務近例同說（參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:5.4.4），如 96 台非 232（參附錄），再如 100 台非 229 區別§ 303 ① v. ④兩款：緩起訴處分期滿未經撤銷，違背§ 260 規定再行起訴（或聲請簡易判決處刑）者，固應適用§ 303 ④之規定，諭知不受理之判決；然於緩起訴期間內，違背§ 253-3 I 規定，未先經檢察官依職權或依告訴人之聲請撤銷緩起訴處分即行起訴（或聲請簡易判決處刑）者，應認其起訴之程序違背規定，依§ 303 ①之規定，諭知不受理之判決。

94 台非 287 另暴露我國欠缺「撤銷緩衝期間」的立法缺失問題，尤其在被告另犯他罪之撤銷情形，無法完全避免「應撤銷但無法被及時撤銷」的不當得利結果。但此乃立法論問題，在此不贅，參林鈺雄，註 1 文，頁 313-314。

但檢察官卻逕向被告戶籍地為之，其送達不合法，不生送達之效力²⁴。

撤銷緩起訴處分乃得聲明不服之處分，Q5 所示檢察官雖於 2017 年 6 月 30 日撤銷緩起訴處分，既因誤送達至甲戶籍地而送達不合法，自無從起算再議期間，該撤銷處分亦無從確定，故原緩起訴處分之效力仍在，同未經撤銷，猶豫期間亦繼續進行。無論被告甲嗣後有無補繳，檢察官在猶豫期間內之 2017 年 8 月 15 日向管轄法院聲請簡易判決處刑，其起訴皆屬不合法。由於仍在猶豫期間內，故法院應轉換為通常程序後，以「起訴之程序違背規定者」為由而諭知不予受理判決（§ 303 ①）；此與 Q1、Q2 及 Q4 法院應以緩起訴期滿未經撤銷事由為不予受理判決（§ 303 ④），略有不同。但若法院未依法轉換為通常程序，確定後皆可非常上訴救濟之。

參、〔結論〕

綜上所述，案例問題起源於我國緩起訴制度，採取負擔期間與猶豫期間的雙期間設計，並將緩起訴處分終局效力取決於程序上撤銷與否，因此產生各種撤銷處分的合法性問題（上文一），關此，牽涉訴訟行為之瑕疵理論（上文二）。案例適用結論（上文三），總結如下：

Q1：「不應撤銷（誤被告未履行負擔）而撤銷並再行起訴」之基本類型。系爭撤銷行為應屬典型的「不合法」而非「無效」之瑕疵類型，其效力首應取決於法律規定及解釋，由於緩起訴期滿「未經（台法）撤銷」即取得本法第 260 條之禁止再訴效力，故檢察官再訴不台

²⁴ 107 台非 168（參附錄）：「撤銷緩起訴之處分書正本，未合法送達於被告，其再議期間即無從起算，自難認已經確定；檢察官如就撤銷緩起訴處分尚未確定之同一案件，另行提起公訴或聲請簡易判決處刑，法院應認其起訴或聲請之程序違背規定，依本法第 303 條第 1 款規定，為不予受理之判決，始稱適法。」（按：注意此脈絡之最高法院裁判，似一概論以 § 303 ①，而未如其他違法撤銷事由，以再行起訴時猶豫期間已否屆滿，區分 § 303 ①或④之適用，其論述似乎不一致）。同旨裁判如 105 台非 51、105 台非 170（撤銷緩起訴處分未囑託該監所長官送達於在監獄之被告，違反 § 56 II，情形同案例 Q5）、106 台非 135。

法，受訴法院應依職權審查撤銷是否合法。我國主流裁判（如 96 台非 232）採取無效撤銷說，部分說理有誤（誤以為瑕疵已至無效程度）但結論正確。就法律效果言，法院應為不受理判決。

Q1 所示，原緩起訴處分的 1 年猶豫期間仍繼續進行，不受不合法撤銷處分之影響，並於 2018 年 4 月 17 日屆滿。檢察官於同年 5 月 30 日始聲請簡易判決處刑，其起訴亦因「緩起訴期滿未經撤銷，而違背第 260 條之規定再行起訴」而不合法，存在訴訟障礙事由，法院應先轉換為通常程序審判之（§§ 451-I IV 但③, 452），再論知不受理判決（§ 303 ④）。法院竟為有罪科刑判決，其審判違背法令，於確定後得提起非常上訴救濟之（§ 441）。

Q2、Q3：「被告逾期履行負擔」之類型。雖超過履行期間但仍於猶豫期間內的逾期履行，乃我國法採雙期間制度之特有問題，但法律並無如何處理的規定，實務如 96 台非 166 亦未明示見解。就理論言，本文比照補提上訴第三審理由狀的「捷足先登說」認為，遲延履行雖有不合法之瑕疵，惟若在猶豫期間內，仍有「補正」並「治癒」的可能性，但被告需承擔檢察官先一步撤銷的風險。

據此，案例 Q2 所示，被告雖逾期 10 日始履行負擔，然而檢察官在此被告遲延未繳期間之內未及時撤銷，故由補正的履行行為取得優先效力，瑕疵治癒並產生與合法履行同樣的效果；檢察官遲至半年之後的 2018 年 1 月 17 日始撤銷處分，其撤銷不合法，同前一類型 Q1，不生合法撤銷之效力，亦無法阻止緩起訴處分屆滿後取得禁止再訴之終局效力；法院之處置及非常救濟，同 Q1 所述。反之，Q3 因檢察官在 2017 年 6 月 30 日依法撤銷，由檢察官捷足先登，故甲逾期未繳瑕疵已無從治癒，至多僅能對該撤銷處分不服（§ 256-I）；撤銷處分確定後，原緩起訴效力不復存在，檢察官自得依法聲請簡易判決處刑，法院亦得依法為有罪處刑判決。

Q4：「猶豫期滿後始撤銷緩起訴處分」之類型。即猶豫期間內發生撤銷事由，但檢察官未及時發現或處理，及至猶豫期間屆滿後始撤銷者，其撤銷處分不合法，法院之處置及非常救濟，同 Q1 所述。

Q5：「撤銷處分因未合法送達而自始不生撤銷效力」之類型。其

情形如同未經撤銷，違背緩起訴處分效力而再行起訴之情形，法院應轉換為通常程序後，改諭知不受理判決。但因撤銷及起訴日期皆仍在猶豫期間內，故法院不受理事由應為「起訴之程序違背規定者」（§ 303 ①）；此與 Q1、Q2 及 Q4 之不受理事由（§ 303 ④），略有不同。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 94 台非 287（逾期撤銷緩起訴處分）

被告經緩起訴處分確定，於緩起訴期間內故意更犯有期徒刑以上之罪，經檢察官提起公訴者，依刑事訴訟法第二百五十三條之三第一款規定，檢察官固得依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴；惟其起訴仍應受同法第二百六十條規定之限制，以原處分係在緩起訴期間屆滿前撤銷者，或緩起訴處分期滿未經撤銷，而有發現新事實或新證據，或有同法第四百二十條第一項第一款、第二款、第四款或第五款所定得為再審原因之情形之一者，始得為之。本件被告因犯竊盜罪，經台灣彰化地方法院檢察署檢察官為緩起訴處分…，緩起訴期間一年，於九十二年十月七日確定，九十三年十月六日緩起訴處分期滿。嗣被告於緩起訴期間內之九十二年十二月二十六日更犯竊盜罪，經台灣雲林地方法院檢察署檢察官向台灣雲林地方法院聲請簡易判決處刑…；但台灣彰化地方法院檢察署檢察官遲至上開緩起訴處分期滿後之九十三年十月七日始行撤銷原處分（按：正好差了一天），有各該偵查卷宗可考。依上開說明，台灣彰化地方法院檢察署檢察官撤銷原處分後，復向原審法院聲請簡易判決處刑，其起訴之程序即屬違背規定（按：§ 303 ①？）。乃原審未加細察，疏未從程序上為不受理之判決，遽予論罪科刑，顯有判決適用法則不當之違背法令。

※ 95 台非 29（失權效說/實務少數說）

已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第二款固定有明文。惟必須對前已提起「公訴」或「自訴」之同一案件，再行起訴時，始符合一事不再理之原則，而應諭知不受理之判決；如同一案件前未曾提起「公訴」或「自訴」，則檢察官提起公訴，即無重行起訴可言。…「緩起訴」既係檢察官基於「起訴猶豫」所為「暫不提起公訴」之處分，自無法與檢察官提起公訴或自訴人提起自訴，等同看待。…揆諸上開說明，檢察官之「緩起訴」與所謂「提起公訴」既屬不同，則本件台北地檢署檢察官嗣於九十四年二月二十四日撤銷上開「緩起訴處分」，並於同年八月三日向台灣台北地方法院聲請簡易判決處刑（與起訴有同一之效力），自難認係已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院「重行起

訴」…況台北地檢署檢察官以被告未向指定之公益團體支付一定之金額，違背同法第二百五十三條之二第一項第四款之規定，而撤銷緩起訴之處分後，被告亦未於接受撤銷緩起訴處分書後七日內（按：舊法）以書狀敘述不服之理由，而聲請再議…。前揭「緩起訴處分」既經撤銷確定，益難認本件確定判決有違反一事不再理之原則。非常上訴意旨以對同一被告之一個犯罪事實，僅有一個刑罰，不容重複裁判為由，指摘原確定判決違反刑事一事不再理原則，有適用法則不當之違誤，難認為有理由，應予駁回。」

※ 96 台非 232（誤被告未履行負擔之撤銷緩起訴處分/無效說）

緩起訴與不起訴，皆係檢察官終結偵查所為處分，檢察官得就已偵查終結之原緩起訴案件，繼續偵查或起訴，應以原緩起訴處分係經合法撤銷者為前提，此乃法理上所當然。檢察官為緩起訴處分，若係命被告於一定期間，向公庫或指定之公益團體支付一定之金額者，苟被告已遵命履行，但檢察官誤認其未遵命履行，而依職權撤銷原緩起訴處分，並提起公訴（或聲請簡易判決處刑）時，該撤銷原緩起訴處分之處分，即存有明顯之重大瑕疵，依司法院釋字第一四〇號解釋之同一法理，應認此重大違背法令之撤銷緩起訴處分為無效，與原緩起訴處分未經撤銷無異。其後所提起之公訴（或聲請簡易判決處刑），應視其原緩起訴期間已否屆滿，分別適用刑事訴訟法第三百零三條第一款或第四款為不受理之判決，始為適法。亦即，如原緩起訴期間尚未屆滿，因其起訴（或聲請簡易判決處刑）係違背刑事訴訟法第二百五十三條之三第一項第三款以原緩起訴處分已經合法撤銷為前提之規定，應認其起訴（或聲請簡易判決處刑）之程序違背規定，依同法第三百零三條第一款之規定，為不受理之判決；於原緩起訴期間已屆滿，應認其起訴（或聲請簡易判決處刑）違反「緩起訴期滿未經撤銷，而違背第二百六十條之規定再行起訴」，依同法第三百零三條第四款之規定，諭知判決不受理。

※ 106 台非 209（另犯他罪經無罪確定之撤銷緩起訴處分）

緩起訴係檢察官終結偵查之處分，就緩起訴確定之案件，如欲繼續偵查或起訴，應以該緩起訴處分經合法撤銷為前提。而我國緩起訴制度係為使司法資源有效運用，填補被害人之損害、有利被告或犯罪嫌疑人再社會化及犯罪之特別預防等目的，參考外國立法例，配合刑事訴訟制度採改良式當事人進行主義之起訴猶豫制度。倘上開更犯之罪，嗣經判決無罪確定，表示被告無違反犯罪特別預防目的之情事，如拘泥於該款規定得撤銷緩起訴處分之文字，而認撤銷為合法，顯不符公平正義。是該款得撤銷緩起訴處分規定，宜為目的性限縮解釋。即被告更犯之罪，若經判決無罪確定，表示該撤銷自始有重大瑕疵，係屬違誤（按：此判決並未認為「無效」）。則法院對該緩起訴處分案件，所提起之公訴，應視起訴時該緩起訴處分期間已否屆滿，而分別依刑事訴訟法第 303 條第 1 款起訴之程序違背規定，或同條第 4 款緩起訴期滿未經撤銷，而違背同法第 260 條之規定再行起訴，分別諭知不受理。

298◎撤銷緩起訴處分之瑕疵與救濟（例 16）

※ 107 台非 168（未合法送達被告之撤銷緩起訴處分）

起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，亦為同法第 303 條第 1 款所明定。再者，依同法第 253 條之 3 規定，經檢察官為緩起訴之被告於緩起訴期間內，有該條第 1 項各款所列事由者，檢察官固得依職權或依告訴人之聲請，撤銷原緩起訴處分，繼續偵查或起訴，但此係以緩起訴處分已經合法撤銷為前提。而依同法第 256 條之 1 規定，被告接受撤銷緩起訴處分書後，仍得於 7 日內（按：舊法，新法為 10 日）以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向直接上級檢察署檢察長或檢察總長聲請再議；該再議之聲請如經原檢察官、直接上級檢察署檢察長或檢察總長認為有理由，即得依同法第 257 條第 1 項或第 258 條中段規定撤銷原處分。故倘撤銷緩起訴之處分書正本，未合法送達於被告，其再議期間即無從起算，自難認已經確定；檢察官如就撤銷緩起訴處分尚未確定之同一案件，另行提起公訴或聲請簡易判決處刑，法院應認其起訴或聲請之程序違背規定，依同法第 303 條第 1 款規定，為不受理之判決，始稱適法。

緩起訴期間內之提起自訴與公訴

甲男涉嫌以腳踢乙男下體，乙隨即提出傷害告訴，檢察官開始偵查。某年（下同）3月1日，檢察官終結偵查，未經甲、乙同意即為緩起訴處分，命甲在三個月內向乙道歉，並定一年之緩起訴期間。乙於同年3月6日收受緩起訴處分之送達，因不服該緩起訴處分，故於3月12日以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向上級檢察署檢察長聲請再議。最後，再議仍經上級檢察署檢察長於5月20日駁回。試分述下列情形：

- 1、設若乙雖未提出交付審判之聲請，但在5月10日時，已經具狀向管轄法院提出自訴。試問該自訴是否合法？法院應如何處理？
- 2、設若甲於6月1日向乙道歉，但檢察官於隔日接獲乙因該傷已喪失生殖機能之鑑定報告，檢察官並未撤銷原緩起訴處分，隨即偵查後，在7月1日逕向管轄法院以甲涉嫌重傷害罪名提起公訴。試問該公訴是否合法？法院應如何處理？

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 253-1~253-3, 260, 323

【關鍵詞】緩起訴處分、緩起訴期間、自訴之限制、新事證

※圖表 1：緩起訴之時點與期間（略，參本書前一篇例 16 之※圖表 1）

我國於 2002 年引進緩起訴制度（§§ 253-1~253-3），擴張檢察官的起訴裁量權限。案例所示，涉及緩起訴期間內提起自訴與公訴之問題，茲分為以下層次說明：

一、緩起訴之救濟、時點與期間。檢察官所為該緩起訴之處分依據何在，是否合法？對於緩起訴處分得否及如何救濟？所稱「緩起訴期間」，到底是指何段期間（※圖表 1 參照）？

二、自訴限制之時點？此即案例的 Q1 情形，乙之自訴是否合法，關鍵在於系爭緩起訴條文（指§ 253-1 IV：「第三百二十三條第一項但書之規定，於緩起訴期間，不適用之。」）與自訴限制之新舊法（§ 323：2000 年 2 月修正）的解釋適用關係。

三、緩起訴期間內發現新證據與提起公訴。此即 Q2 情形，檢察官發現新證據後，應否或得否撤銷緩起訴處分（§ 253-3 1？）？抑或毋庸撤銷即得逕行提起公訴？若可，原緩起訴處分效力如何？

貳、〔解析〕

一、緩起訴制度及其救濟、時點與期間

緩起訴處分，即暫緩起訴之處分，本質上乃附條件的便宜不起訴處分，其條件有二：1、經過一定的期間，且 2、緩起訴未經撤銷。兩個條件皆成就時，才會產生如同不起訴處分之確定效力（§ 260）。首先，檢察官為緩起訴處分者，得定「一年以上三年以下之緩起訴期間」

(§ 253-1 I)，此期間稱為猶豫期間（立法理由）。在此猶豫期間內，處分屬於一種效力未定的狀態，緩起訴猶豫期間屆滿，是取得終局效果的第一個條件。

其次，緩起訴未經撤銷，第二個條件始能成就。既然緩起訴是一種附條件的不起訴處分，當然可能發生條件不成就而使被告喪失不起訴利益的情況。在猶豫期間之內，緩起訴還是屬於隨時得撤銷的效力未定狀態，而撤銷的理由有兩大類：1) 被告未履行負擔，2) 被告故意更犯他罪的情形 (§ 253-3 I)。被告需履行特定的負擔，是緩起訴制度的重大特色，檢察官得命令被告為特定的作為義務。負擔的種類，包括道歉、悔過、填補損害、義務勞務、適當處遇措施、維護被害人安全及預防再犯等事項 (§ 253-2 I)，上開負擔應附記於緩起訴處分書內，但負擔期間不得超過緩起訴期間 (§ 253-2 III, IV)。被告若違反義務而未履行負擔者，由檢察官撤銷緩起訴處分 (§ 253-3 I ③)，亦即，被告因此喪失緩起訴處分之利益¹。

再者，「於期間內故意更犯有期徒刑以上刑之罪，經檢察官提起公訴者」或「緩起訴前，因故意犯他罪，而在緩起訴期間內受有期徒刑以上刑之宣告者」，亦為撤銷緩起訴之理由，立法明顯援引刑法緩刑撤銷條文 (刑§ 75)，此乃我國緩起訴立法的一項重大特色。

案例 Q1 為普通傷害案件 (刑§ 277 I)，合乎得為緩起訴案件限制之要件，檢察官審酌後認適當者，得逕為緩起訴處分，不需經過被告甲或告訴人乙的同意²。此外，檢察官所定 1 年猶豫期間，亦合乎規定 (§ 253-1 I)。最後，檢察官命甲向乙道歉，亦屬法定的負擔類型，該項負擔亦毋庸得到被告甲之同意 (§ 253-2 I, II)。

¹ 由以上說明可知，負擔期間與猶豫期間係屬不同概念，如案例所示檢察官定 1 年緩起訴的猶豫期間，並課予被告於 3 個月內向被害人道歉之義務，一年為猶豫期間，但 3 個月則為負擔期間，據此，在我國法上也因而衍生超過負擔期間始履行負擔，但仍在猶豫期間內者，檢察官得否撤銷緩起訴之問題。參林鈺雄，刑訴 II-Ch16:3.3；本書之〈撤銷緩起訴處分之瑕疵與救濟 (例 16)〉。

² 若經告訴人同意者，一來處分書得僅記載處分之主旨 (§ 255 I 但)，二來告訴人不得聲請再議 (§ 256 I 但)。

依照我國立法，緩起訴處分並非一經檢察官處分即告確定，而是得依不起訴處分之不服途徑，即再議程序來救濟（§§ 255~）。據此，檢察官為緩起訴處分者，應制作處分書敘述理由並依法送達（§ 255 I, II）。除了告訴人曾同意緩起訴者外，告訴人（不含告發人、被告及辯護人！）於收受緩起訴處分書後，得於10日內（舊法為7日）以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察首長聲請再議（§ 256 I），處理程序同一般不起訴處分之再議程序（§§ 257, 258）。

此外，就現行法而言，緩起訴處分的確定時點，必須取決於告訴人有無聲請交付審判³（§ 258- I），及提出聲請情形的最終結果是撤回聲請（§ 258-2）、法院駁回或准予交付審判（§ 258-3 II）而定，並且，若為准予交付審判者，還需考慮被告是否提出抗告及其結果（§ 258-3 V）。總言之，檢察官為緩起訴處分者，緩起訴可能因為下列情形而確定：因告訴人未聲請再議而確定、告訴人聲請再議經駁回確定（未提出交付審判聲請）、告訴人聲請交付審判經撤回或駁回而確定等。因上開情形而導致緩起訴確定者，才開始起算緩起訴之猶豫期間（§ 253-1 I）；緩起訴之猶豫期間經過後「且」緩起訴未因法定事由而撤銷者（§ 253- 3）最後才會產生禁止再訴之確定效力（§ 260）。

簡言之，在時間進程方面，緩起訴有三個重要的時點，即：檢察官為緩起訴處分之時點（※圖表1：A點）、緩起訴處分確定之時點（※B點）以及產生禁止再訴效力之時點（※C點）。這三個時間又將一般泛稱的緩起訴期間（或可稱為廣義的緩起訴期間），分為兩個段落：一是緩起訴處分後至其確定的期間（※A-B段），二是緩起訴處分確定後至產生禁止效力的期間（※B- C段），後段期間，就是所稱的猶豫期間（或可稱為狹義的緩起訴期間）。

Q1 所示，告訴人乙依再議救濟，於接受緩起訴處分書（3月6日）後10日內（3月12日）的再議期間，依法定程式提出再議書狀

³ 關於緩起訴與交付審判之關係，告訴人不服上級檢察首長駁回再議處分者，得於接受處分書後10日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判（§ 258-I）。不過，以交付審判作為緩起訴之救濟制度，在立法論上仍值得商榷，因為這裡牽涉到交付審判能不能審查檢察官裁量的問題。

及不服理由於原檢察官，其再議聲請合法。此外，由於乙在再議經駁回後，未提交付審判之聲請，因此，與交付審判問題無關。

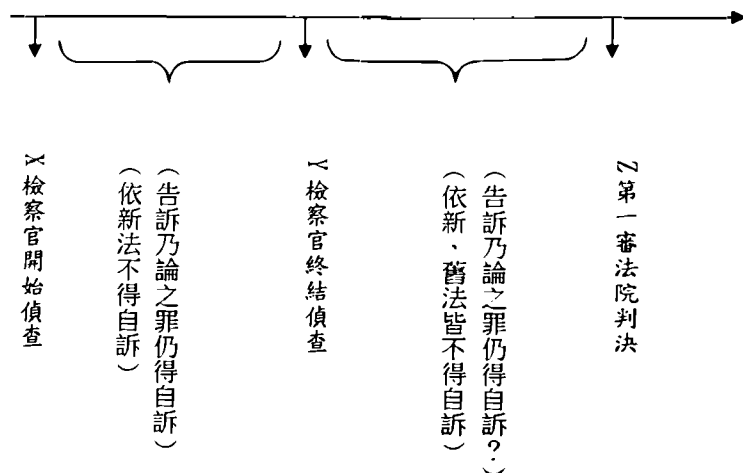
二、緩起訴期間與自訴限制之時點

上開緩起訴之時點與期間，與自訴之提起有何關係？刑訴法明定：「第三百二十三條第一項但書之規定，於緩起訴期間，不適用之。」

(§ 253-I IV)。Q1 乙提起之自訴合不合法，關鍵便是在於上開法條的解釋適用，尤其是何謂該條項所稱的「緩起訴期間」。

首先，「同一案件經檢察官依第二百二十八條規定開始偵查者，不得再行自訴。但告訴乃論之罪，經犯罪之直接被害人提起自訴者，不在此限。」 (§ 323 I)，本條項規範意旨在於採行「公訴優先原則」(立法理由參照)，避免諸如舊法時期(2000年2月之前)自訴人在檢察官開始偵查後(※圖表2：X點)，以提起自訴為手段而迫使偵查停止之情事，因此將不得提起自訴之時點，由舊法之「終結偵查」(※Y點)，往前挪移至「開始偵查」(※X點)。如下圖所示：

※圖表 2：§ 323 自訴限制之時點



然而，立法卻為德不卒，在同條項但書創制「告訴乃論之罪」的例外規定，以至於產生不少的適用問題。例如，條文所稱的「不在此限」，固然指在檢察官開始偵查後而終結偵查之前（※X-Y 段），仍得提起自訴，但在檢察官為終結偵查處分之後（※Y-Z 段），是否仍得提起自訴？單從現行法條文來看，並無直接明文規定。但若從修法歷程來看，現行法是為了改採公訴優先原則，目的是為限制自訴而非擴大自訴所設，告訴乃論之罪能夠提起自訴的最後時點，自不應該超過舊法容許的範圍。既然連在舊法時期，都不可能容許超過終結偵查處分之時點（※Y 點）來提起自訴，那麼，現行法底下，當然更不可能容許。簡言之，縱使是告訴乃論之罪，在檢察官終結偵查之後，也不得再行自訴⁴。所稱終結偵查，依照舊法時期之學說與實務見解，只須該

⁴ 同此結論如林俊益，〈評民國八十九年刑事訴訟法之修正〉，《臺灣本土法學》，9 期，2000.04，頁 199-200；不同見解參合著實例/何賴傑，〈自訴之限

終結偵查處分對外表示即可，處分書制作與否，不影響終結偵查之效力；此外，縱使告訴人聲請再議，仍屬終結偵查時點之後，同樣不得再行自訴⁵。

緩起訴處分本質上是附條件的便宜不起訴處分，也是屬於終結偵查之處分，因此，參照上述說明，應在檢察官一為緩起訴處分之時（※圖表1：A點），隨即產生終結偵查之效力，告訴乃論之罪亦不得再行自訴。有疑問者，乃刑訴法就此特別規定為「於緩起訴期間，不適用之」（§253-I IV），若將上開條文所稱「緩起訴期間」理解為「猶豫期間」（即§253-I 1所稱「一年以上三年以下之緩起訴期間」，※B-C段），那麼，告訴乃論之罪在為緩起訴處分後至緩起訴確定前（※A-B段）仍得提起自訴，顯然與上述理解不符。在此，立法者原意應不在於特別容許終結偵查後之自訴，只是因為「緩起訴期間」的立法用語容易引起誤解而已。較為合理的解釋，應係擴張文義認為法條所稱「緩起訴期間」不是專指猶豫期間（※B-C段），而是為緩起訴處分後及至產生禁止再訴效力時點之前的所有期間（※A-C段），可稱為廣義的緩起訴期間。

Q1所示，檢察官已於3月1日為緩起訴處分，屬於終結偵查處分。在此時點（※A點）之前，犯罪之直接被害人乙固然仍得提起傷害自訴（§323 I 但）；但在此時點之後，依照刑訴法的特別規定，已屬廣義的緩起訴期間，不再適用容許自訴的例外規定（§253-I IV），因此，乙於5月10日提起之自訴，雖在再議程序之中（※A-B段），但仍屬廣義緩起訴期間（※A-C段），是以仍違反自訴限制，法院應以自訴不合法為由，諭知不受理判決（§334）。

三、緩起訴期間與發現新事證之提起公訴

緩起訴處分期滿未經撤銷者，如同確定之不起訴處分，具有禁止（再）起訴之效力（§260），但若有發現新事實或新證據者，仍得對

制、追加自訴與程序瑕疵之治療），頁310-312。

⁵ 32院2550、48台上197（舊判例）；並參陳樸生，刑訴，頁395-399。

於同一案件再行起訴（§ 260 ①）。所稱同一案件，我國法有所謂「事實上同一」與「法律上同一」的傳統分類，本條包含前者，並無疑義，但是否也包含後者，歷來有所爭論，惟最高法院近例已明確採取否定說⁶。Q2 所示，由於犯罪事實即為甲以腳踢傷乙下體，無論評價結果該當普通傷害罪名（刑§ 277 I）或重傷害罪名（刑§ 278 I），皆屬犯罪事實同一之案件，因此，無關以上爭論，台先敘明。

簡言之，即便在※圖表 1 的 C 點之後，仍得以發現新事證為由而就同一案件提起公訴。但是，若發現時點在「更早」之前，例如緩起訴處分本身確定後但猶豫期間仍在進行中（※B-C 段），如 Q2 所示，到底應如何處理？刑訴法並無明文規定，遂成爭議所在，關此，有以下兩種不同的解決方案：

（一）撤銷緩起訴處分。亦即，檢察官在猶豫期間內因發現新事證，而認為不應或不宜為緩起訴處分者，應先撤銷原緩起訴處分（§ 253-3 I），再將本案提起公訴，法院應予受理；同時，被告已經履行的負擔，不得請求返還或賠償（§ 253-3 II）。

（二）逕行提起公訴。94 台非 215 判例（參附錄）⁷，認為猶豫期間內，緩起訴處分仍處尚無實質確定力的效力未定狀態，既然連在發生實質確定力之後都可以再行起訴，本於同一法理，在緩起訴期間內，倘發現新事證而認已不宜緩起訴，又無同法第 253 條之 3 第 1 項所列得撤銷緩起訴處分之事由者，自得就同一案件逕行起訴，原緩起

⁶ 103 台上 3120：「刑事訴訟法第二百六十條...所稱同一案件，係指被告相同，犯罪事實亦相同者而言，並不包括法律上之同一案件。蓋案件在偵查中，並無類似審判不可分之法則，不生偵查不可分之問題。故想像競合犯、結合犯或其他裁判上一罪或實質一罪之一部犯罪事實已經不起訴處分確定者，仍可就未經不起訴處分之其他部分提起公訴，不生全部與一部之關係，亦不受原不起訴處分效力之拘束。」參林鈺雄，刑訴 II-Ch16:5.2。

⁷ 後續實務同旨，如 95 台非 284、98 台上 4794。評釋參何賴傑，〈緩起訴處分之撤銷與再行起訴—最高法院相關判決之評釋〉，《臺灣本土法學》，92 期，2007.03，頁 93-102；林鈺雄，〈緩起訴期間內發現新事證之再行起訴—評九十四年台非字第二一五號判例及相關判決〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁 319-352（＝《檢察新論》，4 期，2008.07，頁 92-109）。

訴處分並因此失其效力。據此，本案檢察官毋庸且不得撤銷緩起訴處分，而應對甲逕行提起重傷害罪之公訴，法院並應予受理，而不得以起訴程式違背法令為由而諭知不予受理判決。

儘管（二）說已是最高法院確定見解，但其理由殊值商榷。首先，在猶豫期間之內，既然緩起訴處分本身已經作成且確定（※B-C 段），形式上何能不經任何程序即逕行否定其效力？其次，果真認為此與撤銷緩起訴的規定完全無關，試問被告已經履行的負擔，得否請求返還或賠償？理由與依據又何在？事實上，既然緩起訴處分本身已經作成且確定，相對人既可能因此形式外觀而信賴其處分，甚或繼續履行負擔，若要否定其效力，就必須經過正式程序始可。

問題在於，現行條文的規範密度不足，未將 Q2 及類似情形列入撤銷緩起訴處分的事由（§ 253-3 I），最高法院也因受限於「文義」漏洞而改採（二）說。此時，既然存在法律漏洞，較為妥善的解決方案，應是基於類似性的理由，認為 Q2 情形與撤銷緩起訴之法定事由（§ 253-3 I ①及②），同樣皆屬處分之後始發現有不應或不宜緩起訴之情形，而以類推適用撤銷緩起訴規定；至於返還或賠償的排除規定，同在類推適用之列，是以不成問題。據此，本案檢察官應先類推適用撤銷緩起訴規定，再行對甲提起重傷害罪之公訴⁸。

參、〔結論〕

綜上所述，Q1 屬告訴乃論之罪，在檢察官開始偵查後、為緩起訴處分前，固屬得提起自訴之例外情形（§ 323 I 但）。但在檢察官為緩起訴處分時，已屬終結偵查，之後應不得再行自訴。我國緩起訴規定，雖然就限制自訴部分特別規定前開但書「於緩起訴期間，不適用之」（§ 253-I IV），但所稱緩起訴期間，應非指緩起訴確定後始起算之猶豫期間（※圖表 1 之 B-C 段）而言，而係指為緩起訴處分後之廣義的緩起訴期間（※A-C 段）。據此，告訴人乙在緩起訴處分時點（※A

⁸ 林鈺雄，同前註，頁 334-337。

點）之後始提起自訴，仍屬違反自訴限制之不合法自訴，法院應諭知不予受理判決（§ 334）。

Q2 檢察官於猶豫期間進行中（※B-C 段）發現重傷新事證的時點，此與第 260 條所定情形（※C 點之後）有別，應如何處理？刑法疏未規定，乃立法漏洞。我國實務認為檢察官毋庸撤銷原緩起訴處分，得逕行起訴，原緩起訴處分並因此失其效力，法院應予受理。但此見解有待商榷，本文認為應類推適用撤銷緩起訴規定（§ 253-3），先行撤銷後始得提起公訴。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 94 台非 215 判例（緩起訴期間、發現新事證）

刑事訴訟法為配合由職權主義調整為改良式當事人進行主義，乃採行起訴猶豫制度，於同法增訂第二百五十三條之一，許由檢察官對於被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪之案件，得參酌刑法第五十七條所列事項及公共利益之維護，認為適當者，予以緩起訴處分，期間為一年以上三年以下，以觀察犯罪行為人有無施以刑法所定刑事處罰之必要，為介於起訴及微罪職權不起訴間之緩衝制度設計。其具體效力依同法第二百六十條規定，於緩起訴處分期滿未經撤銷者，非有同條第一款或第二款情形之一，不得對於同一案件再行起訴，即學理上所稱之實質確定力。足見在緩起訴期間內，尚無實質確定力可言。且依第二百六十條第一款規定，於不起訴處分確定或緩起訴處分期滿未經撤銷者，仍得以發現新事實或新證據為由，對於同一案件再行起訴。本於同一法理，在緩起訴期間內，倘發現新事實或新證據，而認已不宜緩起訴，又無同法第二百五十三條之三第一項所列得撤銷緩起訴處分之事由者，自得就同一案件逕行起訴，原緩起訴處分並因此失其效力。復因與同法第二百六十條所定應受實質確定力拘束情形不同，當無所謂起訴程序違背規定之可言。

※ 95 台非 284（緩起訴期間、發現新事證）

刑事訴訟法...第二百六十條規定，於緩起訴處分期滿未經撤銷者，非有同條第一款或第二款情形之一，不得對於同一案件再行起訴，足見在緩起訴期間內，尚無實質確定力可言。且依上揭第二百六十條第一款規定，於不起訴處分確定或緩起訴處分期滿未經撤銷者，仍得以發現新事實、新證據為由，對於同一案件再行起訴。此所謂新事實、新證據，即指在原處分確定前，未經發現，屬於原處分採證認事所憑證據及所認事實範圍以外之新事實、新證據

而言。是本於同一法理，在緩起訴期間內，其效力未定，倘發現新事實、新證據，而認已不宜緩起訴，又無同法第二百五十三條之三第一項所列得撤銷緩起訴處分之事由者，自得就同一案件逕行起訴，原緩起訴處分並因此失其效力。復因與同法第二百六十條所定應受實質確定力拘束情形不同，當無所謂起訴程序違背規定之可言，法院對此另行起訴之案件，自應予以受理、審判，並有同法第二百六十七條所定關於起訴不可分原則之適用，有本院二十二年上字第一八六三號、四十三年台上字第六九〇號判例可資參照。至同法第二百五十三條之三第一項第一款有關被告於緩起訴期間內，故意更犯有期徒刑以上刑之罪，經檢察官提起公訴者，檢察官得撤銷原處分，繼續偵查或起訴之規定，亦與此原緩起訴處分已失其效力之情形有別，要不生另行起訴將致撤銷緩起訴程序與被告不服得聲請再議之法定程序發生扞格之問題，否則即有國家刑罰權無法正確行使之缺漏，殊非修法之本旨。...國家之刑罰權係對於每一犯罪事實而存在，單一之犯罪事實，實體法上之刑罰權僅有一個，在訴訟法上自亦無從分割，是被告以一幫助行為幫助他人連續犯詐欺取財罪，仍僅一幫助行為，應僅論以一幫助詐欺取財罪，本件與上揭緩起訴案件，顯係事實上同一案件，是檢察官既為緩起訴處分確定在先，則該緩起訴已具形式確定力，故單一犯罪事實之本件犯行應為緩起訴效力所及，是本件起訴之程序，顯然違背規定，因認第一審判決不經言詞辯論，逕為不受理判決之諭知，於法並無不合，予以維持，駁回檢察官在第二審之上訴，原非無見。惟查被告之緩起訴處分於緩起訴期間內，其效力尚屬未定，檢察官既已發現新事實、新證據，自得就同一案件另行起訴或聲請以簡易判決處刑，無須先撤銷原緩起訴，而後再行起訴或聲請之必要。揆之首開說明，第一審應受理而不予受理，原審未查予以維持，自屬違背法令。

310◎緩起訴期間內之提起自訴與公訴（例 17）

牽連管轄、追加起訴與漏判救濟

設若 A、B、C、D 地各有地方法院。甲（住 B 地）涉嫌在 A 地打破丁車車窗竊取其內財物，並將賊車開至 C 地給乙（住 C 地），經丁（住 E 地）提出竊盜、毀損罪告訴，A 地檢署檢察官 S 偵查後，就甲犯竊盜及毀損罪（刑§§ 320 I, 354, 55；下稱第 1 案）、乙犯贓物罪（刑§ 349 I；下稱第 2 案）案件一併向 A 地方法院提起公訴。

此外，甲另涉嫌與丙（住 D 地）共同在 D 地傷害戊（住 B 地），業經戊提出告訴且經 D 地檢察官偵查後認為有足夠犯罪嫌疑，於得同意後將案卷移轉給 A 地檢署，亦由 S 承辦。隨後，於甲竊盜案審判中，雖甲明確表示反對，但 S 仍以書面追加起訴甲、丙共同傷害罪名（刑§§ 28, 277 I；下稱第 3、4 案）。

A 地方法院審理結果（變更部分皆經踐行變更起訴法條程序），於同一份判決書諭知如下：（1）甲竊盜及毀損案件，竊取財物部分事證明確，但毀損部分告訴已逾期，遂於主文諭知甲竊盜罪刑，毀損不受理則僅於理由欄說明。（2）乙故買贓物案件，事證明確，於主文諭知罪刑。（3）甲、丙共同傷害戊案件，係丙單獨違犯，於主文諭知丙傷害罪刑；甲無罪部分則僅於理由欄說明。試問：

- 1、A 法院對以上各案件，有無或屬於何種管轄權？
- 2、以上程序踐行及判決諭知方式，是否合法？
- 3、檢察官對甲毀損不受理及甲傷害無罪部分之判決不服，應如何救濟？若檢察官就以上兩部分為被告不利益提起上訴，第二審之審判範圍如何？
- 4、若案例第一審判決後，其他上訴權人皆未上訴，僅甲對竊盜罪刑不服，聲明一部上訴，第二審之審判範圍如何？（按：注意§ 348 之新法規定）

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 4, 5, 6, 7, 15, 265, 348, 379 ◎

【關鍵詞】牽連管轄、相牽連案件、追加起訴、漏判、一部上訴

案例所示為合併（追加）起訴案件之管轄權與第一、二審的訴訟關係及其救濟問題，可略分為以下爭點¹：

一、管轄法院：固有管轄與牽連管轄。管轄權乃法院欲為實體審判之訴訟要件，案件欠缺者，法院應諭知管轄錯誤之形式判決（§ 304）。案件應先依土地及事物管轄規定（§§ 4, 5）而定固有管轄權之法院，此乃原則；然欠缺固有管轄者，亦可能因法律規定本身或法律准許之裁定而例外取得管轄權，如相牽連案件之牽連管轄（§§ 6, 7）。案例爭點在於 A 地方法院是否取得甲竊盜以外之其他案件的牽連管轄？所稱相牽連案件是否包含「再牽連」情形？

二、訴訟關係：追加起訴與漏判救濟。相牽連案件（數個案件）原未合併起訴，而欲追加起訴請求一併審判者（§ 265），其程序如何踐行？合併審判之相牽連案件，法院依法應如何消滅其訴訟關係？主文應如何諭知？若有漏判情形，應如何救濟？與同一案件之情形，有何區別？

三、一部上訴：數個（相牽連案件）案件之上訴可分性原則²。「上訴得對於判決之一部為之。」（§ 348 I），稱為一部上訴制度，於合併審判之數個相牽連案件，如何運用？於被告同一或數個被告情形，有何不同？與同一案件之情形，有何區別？

¹ 參林鈺雄，刑訴 I- Ch 03: 5(牽連管轄) 1- Ch 07(訴訟關係)；刑訴 II- Ch 21: 3（一部上訴）；II- Ch 23: 3, 212.(漏判/補判之救濟)；II-Ch17:1.2（追加起訴）。類似案例，另參本書〈刑事訴訟上之基本權干預體系：GPS 案（例 8）〉之附錄（肆、二：【近場木馬案】Q2）。

² 參林鈺雄，〈論罪科刑之一部上訴〉，《刑事法理論與實踐》，2001.08，頁 109- 134；另參本書〈論罪、科刑與沒收之一部上訴（例 22）〉。

貳、〔解析〕

一、管轄法院：固有管轄 v. 牽連管轄

（一）固有管轄：土地及事物管轄法院

有刑事審判權之案件，因法院不只一個，有審級與地域之別，因此必須判斷各個具體刑事案件應分配給哪個法院來行使刑事審判權，此即刑事案件之管轄權（Zuständigkeit），其法理基礎在於法定法官原則。據此，管轄必須事先依照一般的、抽象的法律標準來決定，因此各種管轄皆明定於刑訴法（§§ 4~）。

管轄權判斷，有原則與例外之別，具有先、後審查順序關係。定管轄權的優先原則是法定管轄之固有管轄，這也是最主要的規定，其餘皆是例外或補充規定。固有管轄建立在垂直關係的事物管轄（§ 4：案例皆屬地方法院之事物管轄）與水平關係的土地管轄（§ 5：犯罪地、被告住居所地）之基礎上，同時符合此兩項標準的法院因此取得對某一案件之具體管轄權，稱其為「固有」是指本來就有的、原則上就應管轄的法院。此與依原則本無管轄權，但因某種法定因素而例外取得管轄權者有別，如案例所示，法院係因某一案件與其他案件相牽連所取得之牽連管轄（§§ 6, 7）。

無管轄權案件，法院應諭知管轄錯誤判決，公訴案件並應依職權移送於管轄法院（§ 304）。此外，檢察官若知有犯罪嫌疑而不屬於其管轄，或於開始偵查後認為案件不屬於其管轄時，應分別通知或移送該管檢察官（§ 250）。

管轄權之有無，應依各該案件而定，故案例所示應先區別並判斷案件個數。同一被告且同一犯罪事實者，計為一案件，案例共包含 4 個案件（甲、丙共同傷害戊，被告不同，並非同一案件，而是 2 個案件），其固有（土地及事物）管轄法院如下（§§ 4, 5；題示 A、B、C、D 地皆各有地方法院）：

1、甲竊取/毀損丁車財物³：被告甲住居所地為 B 地、犯罪地為 A 地，故 A 地方法院及 B 地方法院，皆為本案固有管轄法院。被害人丁住居所何處，與管轄判斷無關。

2、乙故買贓物：被告乙住居所地及犯罪地皆為 C 地，故僅 C 地方法院為本案固有管轄法院。

3、甲傷害戊：被告甲住居所地為 B 地、犯罪地為 D 地，故本案管轄法院為 B 及 D 地方法院。被害人戊住居所何處，與管轄判斷無關。

4、丙傷害戊：被告丙住居所地及犯罪地皆為 D 地，故僅 D 地方法院為本案固有管轄法院。

據此原則判斷，以上 4 個案件，A 地方法院僅對第 1 案有固有管轄權。故第 2-4 案必須進入例外管轄之審查。

（二）牽連管轄：相牽連（及再牽連）案件

可能構成固有管轄例外者，有數種情形，與案例有關者乃牽連管轄：「數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄。」（§ 6 I）；且「得由一檢察官合併偵查或合併起訴」（§ 15 前）。相牽連之案件係指：「一、一人犯數罪者。二、數人共犯一罪或數罪者。三、數人同時在同一處所各別犯罪者。四、犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。」（§ 7）。據此規定，原無固有管轄權之法院，亦得取得牽連管轄權，構成固有管轄之例外。

牽連管轄之判斷，必須先確立本案（本罪）為何一案件。案例所示，係從對甲竊盜/毀損案（第 1 案）有固有管轄之 A 地方法院角度出發，判斷其能否取得其他案件之牽連管轄權，故應以此案為基準；乙

³ 此案實體法上評價乃「實行行為局部重疊之想像競合犯」（刑§§ 320 I, 354, 55），訴訟法上亦屬同一歷史進程或社會基本事實之同一案件。

參林鈺雄，刑總-Ch17:3.2.4.1：實行行為「局部同一」的情形，仍得成立想像競合犯，例如為竊取車內音響而打破車窗，打破車窗這一部分行為，既是竊盜行為也是毀損行為。實務同說，如 98 台上 6726：「刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯，係指所犯數罪名出於一個犯罪意思決意，且僅有一個行為而觸犯數個獨立之罪名者而言，其中所謂『同一行為』，限於所實行行為為完全或局部同一之行為。」

故買贓物案（第2案）是犯與該案有關之贓物罪（§7④）；甲傷害戊案（第3案）是一人（甲）犯竊盜又另犯傷害之「一人犯數罪」關係（§7①），皆屬相牽連案件，A地方法院因合併起訴（第2案）或追加起訴（第3案）而取得牽連管轄權。

有疑問者乃丙（共同）傷害戊案（第4案），此案與原起訴的第1案本無直接牽連關係，但因第3案取得牽連管轄權後，第4案又因「數人共犯一罪（甲、丙共犯傷害）」構成第3案之相牽連案件（§7②前），此種再牽連案件，實務基於牽連管轄合併審判「重在避免多次調查事證之勞費及裁判之歧異，以符合訴訟經濟及裁判一致性之要求」之理由，向來承認仍屬所稱相牽連案件，故亦取得牽連管轄權⁴。惟「再牽連之情形，範圍相當廣泛，恐會減損法定管轄的限定作用」⁵，為避免空洞化管轄法理之法定法官原則，至少應限定於一次性的再牽連情形（亦即不包含再再牽連），且以原相牽連案件亦經合法起訴者為限（亦即，前提是第3案亦經起訴，不得僅起訴第1案即逕行取得「第4案」之再牽連管轄）。據此，丙傷害戊案亦合乎（再）牽連管轄要件。

Q1所示，甲竊取/毀損丁車財物案（第1案）經起訴後，固管轄之A地方法院，對其他案件雖皆無固有管轄權，但因相牽連案件合併（追加）起訴而取得乙贓物案（第2案）、甲傷害戊案（第3案）之牽連管轄權（§7④、①）；且因再相牽連亦取得對丙傷害戊案（第4案）之牽連管轄權（§7②前）。A地方法院對以上4案全部都有管轄權。

二、訴訟關係：追加起訴之漏判救濟

（一）控訴原則與訴訟關係

⁴ 102台上298：§7各款規定之相牽連案件，「不以直接相牽連為限。縱數案件彼此間並無直接相牽連關係，然如分別與他案件有相牽連關係，而分離審判，又可能發生重複調查或判決扞格之情形，依上開規定及說明，自應認各該案件均係相牽連案件，而得合併由一法院審判，始能達成相牽連案件合併管轄之立法目的」。103台上1112同旨（參附錄）。

⁵ 再牽連實務案例及批評參林鈺雄，刑訴I-Ch03:5.7。

基於控訴原則（又稱彈劾主義），不告不理（無訴即無裁判），法院不得就並無訴訟繫屬之案件予以審判（§ 268），並且，告即應理（有訴即有裁判），法院必須就已經訴訟繫屬之案件予以審判。法院審判範圍必須與訴訟繫屬範圍相互一致，否則即屬範圍過大或過小的違法（§§ 266, 267, 268, 348），視情形可能構成「已受請求之事項未予判決或未受請求之事項予以判決者」之判決當然違背法令（§ 379 ②），判決確定後亦得提起非常上訴救濟之（§ 441）。

訴訟關係因訴訟繫屬而產生，於第一審公訴程序，訴訟因「起訴」（含追加起訴）而繫屬於法院，產生訴訟關係的範圍及於同一犯罪事實之他部犯罪事實（§ 267）。除撤回起訴者外，訴訟關係因終局判決而消滅，此時應區分同一案件或數個案件之情形：1、同一案件之訴訟關係具不可分性，於第一審若一部繫屬即全部繫屬（§ 267），一部消滅（例如一部經終局判決）即全部消滅。故同一案件一部經第一審法院終局判決者，訴訟關係全部消滅，不服者僅得提起上訴救濟之。2、非同一案情形，數個案件之訴訟關係具可分性，各自發生亦各自消滅，若僅一案件經第一審終局判決者，亦僅消滅該案件之訴訟關係，不生一部消滅即全部消滅之問題。

起訴而繫屬法院之案件，其訴訟關係已否消滅，以「主文是否諭知」為斷。故同一案件若主文已諭知一部終局判決，訴訟關係仍全部消滅，且依向來實務見解，他部若無罪、免訴或不受理（如第1案欠缺告訴之訴訟要件）者，僅於理由內說明即可，不影響訴訟關係已全部消滅之判斷。反之，若經起訴之數個案件，無論判決結果如何，皆應於主文分別諭知，始能全部消滅其訴訟關係；未經主文諭知之案件，訴訟關係因尚未消滅，故訴訟繫屬仍在原審法院。

據此，案例所示，Q2 關於甲竊取/毀損丁車財物案（第1案），因經第一審判決主文諭知竊盜罪刑，訴訟關係於第一審全部消滅，毀損不受理部分在理由說明即可，符合向來實務見解；Q3 檢察官對毀損不受理部分之判決不服，應上訴第二審救濟之。合併起訴的乙贓物案（第2案），主文諭知罪刑，訴訟關係亦消滅。

(二) 追加起訴/數個案件之主文諭知

「於第一審辯論終結前，得就與本案相牽連之犯罪或本罪之誣告罪，追加起訴。」 (§ 265 I)，據此，案例所示檢察官合併起訴第 1、2 案後，毋庸事先得到被告或法院之同意，即得於審判中追加起訴第 3、4 案之相牽連犯罪。

追加起訴之相牽連案件，法院不論審理結果為何⁶，皆應分別於主文諭知，訴訟關係始全部消滅。簡言之，相牽連案件，實體法上數罪、訴訟法亦是數訴數案件，既皆已依法起訴，發生數個訴訟關係，因此自皆應予審判，且需「個別終局判決」始能合法消滅其全部之訴訟關係，與「一部裁判、全部消滅」之同一案件情形有別。若數個案件法院於主文僅就其一案件為終局判決，其餘案件主文漏未論列者，未論列案件稱為「漏判」，其訴訟關係並未消滅，仍留在原審法院，故救濟方法乃向原審法院請求「補判（補充判決）」，不得就此提起上訴或非常上訴。此外，是否漏判應以原判決主文為斷⁷。

據此，A 地方法院就依法追加起訴之另兩個相牽連案件，即甲傷害戊案（第 3 案）、丙傷害戊案（第 4 案），應分別於主文諭知甲傷害戊案無罪、丙傷害戊案有罪科刑（共同正犯變更為單獨正犯部分，應

⁶ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch17:1.2：縱使法院認為追加起訴不合法而不應受理（例如有 § 303 ②之事由），亦應「另」就追加之訴，於主文諭知不受理判決，以消滅其訴訟繫屬。

⁷ 96 台上 79：「…判決之實體確定力，僅發生於主文。若主文未記載，縱使於判決之事實或理由內已敘及，仍不生實體確定力，即不得認已判決，而屬漏未判決。…又業經起訴之犯罪事實，法院僅就其中一部分判決，若未經判決事項，與已判決部分，本應分別裁判（按：指無同一性之數案件），則法院疏未併同裁判，應屬漏判之補判問題，與上開已受請求之事項未予判決之違法（按：指同一案件）情形不相適合。從而業經起訴之數犯罪事實，縱公訴意旨認有裁判上一罪關係，若原審認犯罪均屬不能證明，即應分別裁判（按：即數案件），是判決理由雖已敘明各犯罪均不成立，但主文僅就其中一部分為無罪之諭知，其餘漏未於主文諭知之部分，國家對其刑罰權存在與否既未經確認，既不能認已判決，且其因與已諭知部分，無從發生裁判上一罪關係，亦不合於已受請求之事項未予判決之違法情形，即純屬漏判，僅得聲請原審法院補充判決，不得對之提起上訴。」103 台上 2792 同旨（參附錄）。

經變更起訴法條程序⁸），並於理由欄內分別說明構成無罪、有罪之理由，始為合法。然甲傷害戊案，法院卻未於主文諭知，僅於理由欄內說明，構成「漏判」，因該案訴訟關係並未消滅，仍停留在原審法院，故 Q3 檢察官對甲傷害戊無罪部分不服，應向原第一審法院請求補判，本不得上訴第二審救濟，當然也不在第二審之審判範圍。且「不服地方法院之第一審判決而上訴者，應向管轄第二審之高等法院為之。」

（§ 361 I），案例所示既然主文未諭知第 3 案，該案並無所稱「第一審判決」，根本也沒有可資提起第二審上訴的對象可言。檢察官必須於第 3 案經聲請補判後，若仍有不服，始得對該補判提起上訴救濟。

三、一部上訴：數個案件之可分性原則

綜上所述，檢察官共合併、追加起訴 4 個案件，第一審法院共判決 3 個案件（第 1、2、4 案），此 3 個案件乃所稱得上訴第二審之第一審判決，亦是第一審判決之全部。第 3 案未經第一審判決，不得上訴第二審，更不可能在其審判範圍，與以下討論無關。

我國刑事訴訟採審級救濟制度，當事人對於第一審法院之判決有不服者，得上訴於第二審法院（§§ 344 I, 361 I）；且採一部上訴制度，上訴不必對判決之全部為之，得對判決之一部為之；~~未聲明為一部者，視為全部上訴~~（§ 348 I；刪除線為 2021.05 修正前之舊法文字）；對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴（§ 348 II 前），例如實質上、裁判上一罪，僅對一部罪名上訴者，效力及於他部。

儘管針對何謂一部上訴之有關係部分，我國實務與學說見解有別（尤其是針對同一案件之論罪、科刑及沒收可分性問題⁹）。然而，針對案例所示，數個案件（無論是數被告或數犯罪事實）的一部上訴，就結果而言，學說及實務上早有共識，率皆承認此種一部上訴之合法性。由於數案件之間，訴訟關係各自獨立發生，因此本來就可以分別

⁸ 參本書之〈被告防禦權與事實基礎變更（例 21）〉。

⁹ 參本書之〈論罪、科刑與沒收之一部上訴（例 22）〉及§ 348 於 2021.05 修法之相關說明（參例 22 之附錄二）。

提起上訴，即使法律未規定可以一部上訴，結論亦無不同¹⁰。換言之，無論是數被告中一被告上訴者，或是一被告對數犯罪事實之一部上訴者，即便我國沒有前述第 348 條第 1 項容許一部上訴之特別規定，案例所示的 3 個得上訴案件（第 1、2、4 案），本來就可以各自上訴，互不關連。事實上，第 348 條於 2021.05 修正前，我國舊法傳統實務與學說見解的癥結，反而是常誤以為一部上訴制度只能適用於這種數案件案型，此見解未免太過窄化本條的規範意義及其對實務之重要性。

據此，相牽連之數個案件，由於各個案件之罪刑是否成立及其訴訟關係，本來就各別判斷，相互間不受影響，即使在同一訴訟程序中以相牽連為由而合併審判時亦然，因此不待進一步檢視，即可判斷其合乎上訴之可分性準則。從而，無論是數被告中僅一被告上訴、或被告僅對數犯罪事實之一部上訴、或檢察官僅針對其中一被告一犯罪事實上訴，皆屬有效之一部上訴。

就案例言，經第一審判決的 3 個案件（第 1、2、4 案），彼此間本具可分性，皆可一部上訴，且此 3 案被告及上訴權人各有不同。Q3 所示，檢察官對第 1 案得一部上訴，雖僅不服毀損部分，但其上訴依舊法向來實務見解應及於實質上、裁判上一罪（同一案件）之全部（包含有關係之竊盜部分），故第二審審理範圍乃第 1 案之全部（103 台非 394；參附錄）；2021.05 修法雖限縮有關係之部分¹¹，惟他部若原審判決有罪者（如案例所示竊盜部分有罪），仍不受修法影響。至於第 2、4 案則因數個案件之上訴可分性，本不在上訴及第二審審理範圍。

Q4 所示，僅被告甲對第 1 案的竊盜罪刑不服，聲明一部上訴，依 2021.05 修正後明文規定，效力僅及於第 1 案的竊盜罪刑，不（再）及於不受理的毀損部分（§ 348 II 但），故僅竊盜部分在第二審審理範圍。至於第 2、4 案本具可分性，不在上訴及第二審審理範圍；更何況甲根本不是此兩案之上訴權人，遑論上訴利益，故甲上訴效力僅及於

¹⁰ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:3.3；註 2 文，頁 124；陳樸生，刑訴，頁 476；§ 348 I「原審判決，…數被告中一被告上訴者，固為一部上訴；即被告對數犯罪事實之一部上訴者，亦為一部上訴」。實務如 68 台上 1325（參附錄）。

¹¹ 新增§ 348 II 但：「但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。」

其自身為被告之第 1 案，當然不及於第 2、4 案；此兩案無論依照第 348 條新舊法，皆無從視為全部上訴或視為亦已上訴。此外，因僅甲提起上訴，故第二審法院審判第 1 案時，應一併注意不利益變更禁止原則之適用（§ 370）¹²。

參、〔結論〕

案例所示，檢察官先、後共向 A 地方法院起訴 4 個案件，即甲竊取/毀損丁車財物（第 1 案）、乙故買贓物案（第 2 案）、甲（共同）傷害戊（第 3 案）及丙（共同）傷害戊（第 4 案），屬數個案件，其管轄權及訴訟關係皆分別判斷，上訴亦然。

Q1 問題，A 地方法院對第 1 案有土地及事物之管轄權（§§ 4, 5），據此固有管轄而對第 2、3 案取得牽連管轄權（§§ 6, 7 ④：犯與本罪有關之贓物罪及§ 7 ①：一人犯數罪），對第 4 案之再牽連案件，依實務見解亦同（§ 7 ② 前：數人共犯一罪）。故 A 地方法院對 4 個案件全部都有管轄權。

Q2 問題，檢察官對第 1、2 案之合併起訴，對第 3、4 案之追加起訴（毋庸得到法院或被告之同意）皆合法。相牽連之數個案件具可分性，訴訟關係各自消滅，且以「主文是否諭知」為斷。第 1 案因經第一審判決主文諭知竊盜罪刑，該案訴訟關係於第一審全部消滅，毀損不受理部分與竊盜屬同一案件（想像競合之裁判上一罪），依實務作法在理由說明即可。第 2、4 案主文皆諭知罪刑，訴訟關係亦已消滅。第 3 案未於主文諭知，屬漏判之違法。

Q3 問題，第 3 案因法院漏判，訴訟關係未消滅，仍停留在第一審，其救濟方式乃向第一審請求補判，任何人皆不得上訴救濟，自不在第二審審判範圍（需經補判後，始可上訴救濟）。檢察官對第 1 案之毀損不受理部分不服，應上訴第二審救濟之；依舊法向來實務見解，裁判上一罪之同一案件，雖檢察官僅對想像競合之毀損罪部分不服，

¹² 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:6；本書之〈不利益變更禁止原則之審查順序（例 23）〉。

聲明一部上訴，他部仍屬有關係部分（§ 348 II），故第 1 案全部（含竊盜部分）皆在第二審審理範圍；2021.05 修法雖限縮有關係部分（新增§ 348 II 但），但他部若原審判決有罪者（如案例所示竊盜部分有罪），仍屬有關係部分，不受修法影響。第 2、4 案因未上訴而確定。

Q4 問題，經第一審判決的 3 個案件（第 1、2、4 案），乃數罪、數案件，故具上訴可分性，皆可一部上訴，且此 3 案被告及上訴權人各有不同。因僅被告甲對第 1 案的竊盜罪刑不服，聲明一部上訴，依 2021.05 修正後明文規定，上訴效力/第二審審理範圍僅及於第 1 案的竊盜罪刑，不（再）及於毀損不受理部分（§ 348 II 但）。反之，第 2、4 案本具可分性，因未上訴而確定，不在上訴及第二審審理範圍。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 追加起訴與漏判救濟爭點之類似案例，另參本書〈刑事訴訟上之基本權干預體系：GPS 案（例 8）〉之附錄二（〔近場木馬案〕Q2）。

※ 68 台上 1325（數案件之一部上訴）

（§ 348 I）規定，上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，乃於當事人之真意不甚明確時，依此規定，以確定其上訴之範圍，若當事人之真意甚為明確，即無適用此項規定之餘地，本件上訴人因販賣禁藥、竊盜及恐嚇案件（按：三個案件），不服第一審判決，提起第二審上訴，其上訴狀雖未聲明為一部上訴或全部上訴，惟其在原審審判期日陳述上訴之要旨時，業已表明「祇對販賣禁藥部分上訴，竊盜、恐嚇部分沒有上訴」云云，原審猶認恐嚇部分係在上訴之範圍，一併予以審判，自係對於未受請求之事項予以判決，其判決當然為違背法令。

※ 103 台非 394（有關係部分、實質上裁判上一罪）

國家之刑罰權係對於每一犯罪事實存在，單一之犯罪事實，實體法上之刑罰權僅有一個，在訴訟法上亦無從分割。故檢察官以實質上一罪或裁判上一罪起訴之案件，法院應將其有關係之部分合一审判，不能予以分割裁判，或僅就其中一部分事實加以審判，而置其他有關係之部分於不論，此即審判不可分原則。於法院審判後，縱當事人僅就該裁判上一罪之部分事實提起上訴，依刑事訴訟法第三百四十八條第二項規定，有關係之其他部分視為亦已上訴，上訴審法院不得僅就提起上訴部分之事實加以審判，而置有關係之其他部分於不論，此即上訴不可分原則。至檢察官起訴之犯罪事實是否單一，以

起訴書所載為準。從而，檢察官以裁判上一罪起訴之案件，法院審理結果若認檢察官起訴犯罪事實全部不能證明，而諭知被告無罪者，檢察官雖僅就一部分犯罪提起上訴，其上訴效力應及於原起訴犯罪事實之全部，上訴審法院自應就其他有關係之部分一併審判，此與檢察官起訴後刑法修正廢除牽連犯、連續犯無涉。（102台上2315同旨；另注意§348II但書之修法）

※ 103台上1112（相牽連案件、再牽連管轄）

案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第五條第一項定有明文，乃以土地區域定案件管轄之標準。蓋犯罪地與犯罪直接相關，易於調查證據，有助審判之進行，而被告之住所、居所或所在地則便利被告出庭，均適於作為管轄之原因，並可客觀合理分配法院管轄之事務。而刑事訴訟法第六條規定就數同級法院管轄之相牽連案件，得合併由其中一法院管轄，重在避免多次調查事證之勞費及裁判之歧異，以符合訴訟經濟及裁判一致性之要求。同法第十五條規定相牽連案件，得由一檢察官合併偵查或合併起訴，其理亦同。雖不免影響被告出庭之便利性，然相牽連案件之合併審判或合併偵查、起訴，須經各該法院或檢察官同意，否則須直接上級法院裁定或上級法院檢察署檢察長令行之，同法第六條第二項、第十五條亦分別定有明文，並非恣意即可合併審判或偵查、起訴。又刑事訴訟法第七條各款規定之相牽連案件，不以直接相牽連為限。縱數案件彼此間並無直接相牽連關係，然如分別與他案件有相牽連關係，而分離審判，又可能發生重複調查或判決扞格之情形，依上開規定及說明，自應認各該案件均係相牽連案件，而得合併由一法院審判，始能達成相牽連案件合併管轄之立法目的。

※ 103台上2792（相牽連案件、漏判）

刑事訴訟法第七條第一款所規定「一人犯數罪」之相牽連案件，法院經審理結果若認定被告被訴甲事實部分成立犯罪，被訴乙事實部分不成立犯罪，應就有罪部分及無罪部分之審判結果，於主文分別諭知。至單一性案件，例如單純一罪、實質上一罪或裁判上一罪案件，由於刑罰權單一，法院應就其全部被訴事實合一審判，不得割裂。從而檢察官以裁判上一罪關係起訴之單一性案件，法院經審理結果若認定其中部分被訴事實成立犯罪，部分被訴事實不成立犯罪者，祇須於主文諭知應論罪部分之審判結果，而為有罪之判決，再於理由就其餘被訴部分說明不另為無罪之諭知，毋庸於主文就不成立犯罪部分諭知無罪。又起訴之事實均成立犯罪時，在審判上究屬一罪或數罪，法院雖有自由認定之職權，固不受檢察官起訴主張之拘束。然而，屬於刑事訴訟法第七條第一款「一人犯數罪」之相牽連案件，因有數個訴訟繫屬，法院審理結果，如認為起訴之甲事實成立犯罪，乙事實不成立犯罪時，即應於主文分別為有罪及無罪之諭知，以消滅訴訟繫屬，不能僅於理由說明不另為無罪之諭知，始符合彈劾主義一訴一裁判之原理。

效力範圍、交付審判之起訴審查與救濟

甲董事長於2017年2月中至澳門度假賭博，要求其特別助理乙女隨行。乙從之，但回國後提出強制性交之告訴，指控甲於2月17日在飯店內以手指對其性侵。案經檢察官偵查後，認為甲雖有上開性行為，但未違反乙意願，故不構成強制性交罪（刑§221I：處3年以上10年以下有期徒刑）；但因當時乙受僱於甲，有受權勢壓迫之情況，成立利用權勢性交罪（刑§228I：處6月以上5年以下有期徒刑）。

- 1、若甲係構成利用權勢性交罪，檢察官應如何處置始為合法？若檢察官仍予起訴，法院應如何審判？
- 2、若檢察官為不起訴處分，但乙堅持甲構成強制性交罪，遂提出再議，最後仍經高檢署檢察長認為再議無理由而駁回；乙仍不服，遂委任律師於收受再議駁回處分書一週後附具理由，向管轄之地方法院聲請交付審判。法院該管A合議庭經依職權初步調查後，認定乙被猥褻、指侵時有說自己身體不太舒服而推開甲，故甲所為應係違反乙意願之強制性交罪，遂認聲請有理由，裁定交付審判。試問以上踐行程序是否合法？
- 3、若裁定交付審判後，法院事務分配由另一B合議庭審理，該庭對本案再為起訴審查，於第一次審判期日前以案件顯未達起訴門檻為由，裁定定期通知檢察官補正。但檢察官因認本案無從補正而逾期未補正，合議庭遂裁定駁回起訴。試問法院踐行程序是否合法？
- 4、若裁定交付審判後，案件進入審判程序時，到庭檢察官又以案件有原不起訴處分書所述事由，而撤回公訴。試問其撤回公訴之效力？
- 5、承2前段所述，設若法院駁回乙之聲請，裁定確定後，乙得否提起抗告？裁定確定後，乙得否對該裁定聲請再審？

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 161 II, 252, 258-1~258-4, 269, 270, 303

【關鍵詞】刑法效力範圍、審判權、交付審判、起訴審查、撤回公訴、再審對象

案例所示問題，涉及兩大部分¹：一是我國刑法之效力範圍，及其於刑訴法上之相應處置方式（Q1）；二是交付審判制度的各種適用問題，包含其與起訴審查、撤回公訴、再審救濟等制度之關係（Q2-Q5）。重點如下：

一、刑法/刑訴法之效力範圍。亦即，案例所示境外犯罪，是否在我國刑法之效力範圍？我國司法機關對其有無審判權？實體認定如何影響偵查中、審判中之程序處置方式？此為本案之前提問題（Q1）。

二、交付審判之制度。我國參酌德國強制起訴²等立法例而引進交付審判制度³，賦予告訴人聲請法院將案件交付審判之權利（§§ 258-1~258-4）；經法院裁定交付審判者，案件視同提起公訴，達到強制案件起訴的效果（§§ 258-3 IV, 258-4）。案例所示，分別涉及：

（一）交付審判之聲請程式、審查結果（Q2）。

（二）交付審判與起訴審查。法院為交付審判之裁定後，得（應）否再為起訴審查（§ 161 II）之問題（Q3）。

¹ 案例前段改編自 2018.08.08-10 各大媒體報導之【澳門性侵害案】，經臺灣橋頭地方檢察署（107 偵 4473）為不起訴處分。後段參林鈺雄，〈交付審判之起訴審查與撤回公訴〉，《臺灣本土法學》，2002.05，34 期，頁 141-145。

² 關於強制起訴程序（Klageerzwingungsverfahren: §§ 172 ff. StPO）之介紹：林鈺雄，〈檢察官論〉，1999.04，頁 167-174。Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 344 ff.; Roxin/Schünemann, StVR, 41/1 ff.

³ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch16:7。文獻參楊雲驊，〈交付審判程序時法院的調查範圍與裁定的起訴效力〉，《法學講座》，10 期，2002.10，頁 22-26；劉邦繡，〈再議與交付審判之適用與疑義 1/2/3〉，《法務通訊》，2099/2100/2101 期，2002.08.29/09.05/09.12；鄭逸哲，〈「交付審判程序」和「起訴審查程序」—法院作為「太上檢察機關」？〉，《法令月刊》，58:6 期，2007.06，頁 12-32。

(三) 交付審判與撤回公訴。法院為交付審判之裁定後，檢察官得否以案件有不起訴事由而撤回公訴 (§§ 269, 270) (Q4) ?

(四) 交付審判之救濟與再審。對於法院准、駁交付審判之裁定，確定前、後得否提起抗告、聲請再審救濟之 (Q5) ?

貳、〔解析〕

一、刑法/刑訴法之效力範圍及程序處置

※ 圖表 1：刑法效力審查順序表

- A. 我國領域內之犯罪，依屬地原則，在我國刑法效力範圍之內。亦即，只要犯罪地（含行為地、結果地）在我國領域，不問領土、領空、領海，也無論行為人、被害人之國籍，皆適用之 (§§ 3, 4)。
- B. 我國領域外之犯罪，原則上不在我國刑法效力範圍，但若符合下述例外情形之一者，則亦為我國刑法效力所及：
 - a. 無論何人在我國航空器船艦內之犯罪 (§ 3 後段之國旗原則)；
 - b. 我國公務員在國外之特定犯罪 (§ 6 之屬人原則)；
 - c. 我國國民在國外之特定犯罪 (§ 7 之屬人原則)；
 - d. 非我國人侵害我國個人法益之特定犯罪 (§ 8 之保護原則)；
 - e. 無論何人侵害我國整體法益或世界共通法益之特定犯罪 (§ 5 ①~③, ⑤~⑦之保護原則與 § 5 ④, ⑧~⑪之世界法原則)。

(一) 效力範圍之判斷標準

刑訴法乃為實現實體刑法所設的追訴程序，因此，刑訴法的效力範圍，原則上也相當於刑法的效力範圍。若不在刑法的效力範圍之內，則刑法既無從實現，自無依刑訴法加以追訴的必要⁴。我國刑法就對人（何人所犯）、對事（犯何罪名）及對地（於何地所犯）的適用範圍是

⁴ 刑訴效力/我國審判權範圍：林鈺雄，刑訴 I-Ch01:5.2。

一併規範並且交叉規定（刑§§ 3~8），因此，人、事、地三者的效力應一併判斷，不可分離⁵。簡言之，我國刑法就此主要採行屬地原則（Territorialitätsprinzip），只要在我國主權效力所及的領域內犯罪者，不問犯人之國籍、住居所等等，皆在我國刑法的效力範圍之內，也因此而得依刑訴法追訴（刑§ 3）。屬地原則兼有擴張及限縮之例外，屬地原則擴張之例外情形，是指依我國刑法國旗原則（刑§ 3 後）、屬人原則（刑§§ 6, 7）、保護原則（刑§§ 5 ①~③, ⑤~⑦, 8）、世界法原則（刑§ 5 ④, ⑧~⑩）而擴張其效力至我國領域外犯罪者（參※圖表 1），也得依我國刑訴法追訴、審判。

針對案例問題，說明兩點：其一、案例主要涉及的屬地原則之擴張例外，乃對一般國民之屬人原則：「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」（刑§ 7）⁶。如我國國民於領域外犯強制性交罪者屬之（刑§ 221 I：處 3 年以上 10 年以下有期徒刑），但犯權勢性交罪則否（刑§ 228 I：處 6 月以上 5 年以下有期徒刑）。其二、關於我國國民於香港、澳門犯罪情形，其是否屬於我國領域內之問題，依照香港澳門關係條例第 43 條之特別規定⁷，運用於上開案例，結論視同我國領域外犯罪，同採上開刑法屬人原則之標準，故亦僅最輕本刑 3 年（含）以上之強制性交罪，始在我國刑法、刑訴

⁵ 刑法效力範圍：林鈺雄，刑總-Ch02:3.2。

⁶ 林鈺雄，刑總-Ch02:3.2.2.2：「由於前述公務員與國家之間特殊的忠誠關係已經不復存在，因此，此等情形得依我國刑法處罰的範圍也更為狹窄。一般國民在領域外犯罪須具備下列四個要件，始得依本法處罰（§ 7）：①、行為人為本國國民，且在本國領域外犯罪。②、行為人所犯為刑法第 5、6 條以外之罪。③、行為人所犯之罪，依本法規定最輕本刑 3 年以上有期徒刑之法定本刑，例如強制性交罪…屬之，但傷害罪…則否。④、該行為依犯罪地之法律亦處罰。」

⁷ 「（第 1 項）在香港或澳門或在其船艦、航空器內，犯下列之罪者，適用刑法之規定：一、刑法第五條各款所列之罪。二、臺灣地區公務員犯刑法第六條各款所列之罪者。三、臺灣地區人民或對於臺灣地區人民，犯前二款以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者。但依香港或澳門之法律不罰者，不在此限。」

法之效力範圍內，反之，權勢性交罪則不在效力範圍內。

（二）效力範圍以外之程序處置

不在我國刑法效力範圍之刑事案件，亦不在我國刑訴法效力範圍之內，我國法院對其即無審判權（而非無管轄權，蓋必先有審判權，始生管轄權問題），本不應依本法追訴、處罰。惟刑事訴訟本來是確定實體刑罰權存在或不存在的程序，無審判權者，固然無實體刑罰權，惟有無審判權經常在偵查中，乃至於起訴後才發現，此時，仍應依本法終結程序：已經開始偵查之案件，檢察官應以「法院對於被告無審判權者」為由，依法為絕對不起訴處分（§ 252 ⑦）⁸；已經起訴之案件，法院亦應以同樣理由為不受理判決（§ 303 ⑥）。

案例所示，乙女告訴之強制性交罪，雖然犯罪地在澳門，但依上開說明，屬我國刑法效力所及範圍，我國法院對之亦有審判權；然而，檢察官偵查後，既然認為僅構成權勢性交罪⁹，並非「最輕本刑3年以上」之罪，故縱使能夠證明也不在我國刑法效力範圍，我國法院既然無審判權，檢察官自應以「法院對於被告無審判權者」而對甲為絕對不起訴處分（§ 252 ⑦）。若檢察官不察而起訴，法院亦應以無審判權

⁸ 我國曾有實務見解，誤以為刑法/刑訴法效力不及之情形，應以被告「行為不罰者」為由而不起訴（§ 252 ⑥），批評參林鈺雄，刑訴 II-Ch16:2.1 之【日本猥褻案】：「以上（按：實務）見解值得商榷。案例所示，首應判斷是否在我國刑事訴訟法的效力範圍，亦即，有無刑事審判權。如本書所述，不在我國刑法效力範圍者，我國根本無從對其處罰，因而也無從發動追訴；而我國刑法主要採行屬地原則，因此，在日本發生的犯罪，除非合乎屬地原則之擴張者外，並不在我國刑法的效力範圍，因此也不在我國刑事訴訟法的效力範圍，我國對之根本無刑事審判權。據此，檢察官就本案應為第 252 條第 7 款，而非第 8 款之不起訴處分；若竟誤予起訴者，法院應為不受理之判決（§ 303 ⑥），而非無罪之判決。簡之，法院必先有審判權者，始有管轄權，兩者兼具者，始能為實體之（有罪、無罪）判決。」

⁹ 103 台上 2730：刑 § 228 I, II 「利用權勢性交、猥褻罪，須被害人因基於與行為人間特定之支配服從關係，而隱忍屈從於行為人之要求，且未至已違背其意願之程度，而與之為性交或猥褻者，始得謂之。」關於此罪與強制性交罪區分之實體問題，參蔡聖偉，〈利用權勢性交猥褻罪的區辨—評最高法院 103 年度臺上字第 2228 號判決〉，《月旦裁判時報》，56 期，2017.02，頁 55-61。

為由而為不受理判決（§ 303 ⑥）。

二、交付審判之程式與裁定

交付審判制度，以「再議前置」為聲請前提。亦即，告訴人對於檢察官不起訴處分有所不服者，應先循兩級制的再議途徑救濟（§§ 256~），若再議最後仍經上級檢察（總）長以無理由而駁回者（§ 258），告訴人得於收受該駁回處分書後「10 日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判」（§ 258-1 I）。

案例所示，告訴人乙於收受檢察官之不起訴處分書後，先循再議制度救濟，並於收受駁回再議之處分書 1 週後（仍在 10 日之內），委任律師提出理由書狀於管轄之地方法院，聲請交付審判，上開聲請程式合法。

該管法院於收受交付審判之聲請後，首應組織合議庭以資審查，最後並為裁定（§ 258-3 I）；此項限制法院組織型態的理由在於「求取慎重」（立法理由）。在裁定之前，法院得不待當事人之聲請，為必要之調查（§ 258-3 III）。交付審判程序法院所能及所應審查者，主要在於檢察官的終結偵查處分是否違反「法定原則」，即應起訴而為不起訴之情形（如§ 252 各款事由），否則極易越俎代庖，逾越院檢之分際，甚或危及控訴原則的架構。

案例 Q2 所示，假使甲所為構成強制性交，而檢察官卻以無審判權為由為絕對不起訴者（§ 252 ⑦），則屬法定原則之違反，應在交付審判法院之審查範圍，為此審查目的，法院並得為必要之調查¹⁰。在調查後對事實認定不同的情形，既然採行交付審判制度，最後自是以法院認定的結果為準，換言之，最後結果是甲所涉嫌之強制性交罪，在我國刑法效力及刑訴法審判權範圍之內，故檢察官之不起訴處分不合法。此外，由於案件偵查已臻完備¹¹，據此，法院合議庭以聲請有

¹⁰ 關此爭點，參楊雲驊，註 3 文，頁 22-26。

¹¹ 若是案例改為偵查未臻完備，也就是說，雖然不起訴處分不合法，但是案件仍未成熟到可以直接裁定交付審判者，法院應如何處理？此點，顯然是立法思慮不周之處。因為法院裁定交付審判的前提，是案件已經跨越起訴門檻

理由而為交付審判之裁定，應屬合法。

對於交付審判之裁定，被告若有抗辯，本來可以在審判程序爭執以求無罪判決，但是，進入審判程序對被告的權益畢竟有重大影響，因此，刑訴法承認被告就此有抗告利益，得提起抗告救濟之（§ 258-3 V）。案例所示，被告甲並未提起抗告，該裁定於送達被告 5 日後因抗告期間經過而確定（§ 406）。

三、裁定交付審判後之起訴審查？

交付審判之裁定確定者，效力視為檢察官就該案件已經提起「公訴」（§ 258-3 IV），其結果就是進入通常審判程序，因此，之後的程序適用通常審判程序（§§ 271~；含審判之準備及審判期日）之規定（§ 258-4）¹²，並由檢察官擔任實行公訴之人。然而，既然案件視同提起公訴，而本來在檢察官提起公訴的情形，必須先進入起訴審查程序（§ 161 II）。則經法院裁定交付審判的案件，究竟有無起訴審查制的適用？

我國刑訴法疏未規範上開情形，但結論應採否定說，理由如下：

1、法院裁定交付審判之情形，案件應否起訴不但已經經過法院的審查，並且審查結果是跨越起訴法定門檻（§ 251 I）而強制案件起訴，因此，不應該再疊床架屋適用起訴審查的規定，以免法院自身反覆覆，既造成裁判矛盾又導致訴訟遲延。此乃法院之禁反言。

2、起訴審查制度的用意在於防範檢察官濫行起訴，而在案件因

（§ 251 I）；亦即，縱使法院認為不起訴處分不合法，但是案件如果必須繼續偵查始能判斷到底應否起訴者，繼續偵查根本不是交付審判法院所能及所應為者。此種情形，依照現行刑訴法，法院最後還是只能以聲請無理由而裁定駁回聲請（§ 258-3 II 前）。

¹² 應予注意，§ 258-4 所稱「交付審判之程序」適用審判章節的規定，是指法院命交付審判「之後」而進入通常審判程序之情形，而非指交付審判「本身」的程序，但是條文用語極易引起誤解。其實，本條根本是畫蛇添足，因為「法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴」（§ 258-3 IV），其結果當然就是進入通常審判程序，不規定還比較明瞭。若是誤解上開條文意旨者，可能誤以為交付審判本身的程序必須依照嚴格證明法則而踐行詰問、直接審理等，如此一來將會失之毫釐，謬以千里。

交付審判而強制起訴的情形，認為案件應起訴者乃法院，檢察官並未濫行起訴（反而可能是違法不起訴），因此也毋庸以起訴審查為監督檢察官之手段。

3、若謂必經起訴審查程序，檢察官將可輕易對抗交付審判裁定，而使交付審判本身的立法意旨蕩然無存。亦即，依照刑訴法，法院認為起訴未達法定門檻者，應先通知檢察官補正，逾期未補正者法院始得裁定駁回起訴，並且產生同不起訴之禁止再訴效力（§§ 161 II, III, 260）。此際，檢察官只要以消極不補正的方式，便可以輕易達到原來不起訴的效果，果真如此，不但毫無監督檢察官不起訴處分之作，最後也讓整個交付審判程序白忙一場。

案例 Q3 所示，交付審判後之本案審判法院，即 B 合議庭，應受 A 合議庭原交付審判裁定之拘束，不得對本案再為起訴審查。故 B 庭定期通知檢察官補正之裁定及隨後駁回起訴之裁定，皆不合法。

四、交付審判之撤回公訴

由於交付審判之裁定確定者，效力視同案件提起公訴（§ 258-3 IV），故其後之處理程序，原則上應與通常審判程序相同。在通常審判程序，檢察官得否撤回公訴？立法例上有所謂的變更原則與不變更原則之別，我國刑訴法採行前者，容許檢察官於第一審辯論終結前，發現有應不起訴或以不起訴為適當之情形者，得撤回起訴（§ 269 I）。所稱「應不起訴」指絕對不起訴（§ 252）；「以不起訴為適當」指相對不起訴（§§ 253, 254），但不以告訴乃論之罪為限¹³。

然而，因交付審判而開啟的審判程序，能否容許檢察官撤回公訴？便有待斟酌。雖說交付審判後之審判程序，「適用第二編第一章第三節之規定」（§ 258-4），也就是第 271 條以下的通常審判程序，而撤回公訴條文規定在同編章第二節「起訴」，即第 269 條及第 270 條，形式觀察似乎不在適用之列。但此點形式理由並不足以否定檢察官撤回公訴之權限，因為「法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴」

¹³ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch17.4。

(§ 258-3 IV)，其所適用之相關條文，其實並不限於第 271 條以下（如 § 238 I 撤回告訴規定之適用，即為一例，若奉形式理由為主臬，則不可撤回告訴乎？）。

然就結論言，檢察官在交付審判後之審判程序，應該不得再撤回公訴，理由與前述交付審判後不得起訴審查之理由類似：

1、法院既然為交付審判之裁定，表示案件跨越起訴門檻 (§ 251 I) 而應予起訴，否定了檢察官先前的不起訴處分；既然案件已經被法院強制起訴，不應再容許檢察官以不起訴的相同事由而撤回公訴。

2、若謂檢察官仍得撤回起訴，而在我國撤回公訴又不需要得到法院或被告的同意（參 §§ 269, 270），如此一來，檢察官將能輕易以撤回公訴為手段，來實質否決法院之交付審判裁定，讓案件終究回歸不起訴的狀態，違反交付審判制度對抗檢察官不起訴處分之規範目的。

3、若認為檢察官得撤回公訴，將使整個訴訟程序循環不已且無比複雜。須知，撤回公訴與不起訴處分有同一之效力，以其撤回書視為不起訴處分書，準用第 255 條至第 260 條之規定 (§ 270)。換言之，準用結果，告訴人最後不但還是可以再議救濟，再議又經駁回者，告訴人是否得再次請求交付審判？！如此一來，訴訟程序將於起訴與不起訴之間來來回回，永無寧日。

綜上所述，Q4 裁定交付審判之後，即便發現有應不起訴之事由，亦不應容許檢察官撤回公訴，始能貫徹交付審判制度的立法意旨。

五、駁回交付審判裁定之抗告與再審？

交付審判之准駁裁定，得否救濟¹⁴？在裁定確定前，法院裁定准予交付審判情形（Q2），被告雖可提起抗告救濟之（§ 258-3 V），但告訴人對此裁定無抗告利益，自不得抗告。反之，在法院裁定駁回聲請情形（Q5），被告固然無抗告利益（因駁回裁定對被告並無不利），但告訴人及檢察官亦因本法的特別規定而「不得抗告」（§ 258-3 V），程序就此終結，以免「訴訟關係久懸未決」（立法理由）。

¹⁴ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch16:7.6。

准駁裁定確定後，得否依再審救濟之？依我國再審相關規定（§§ 420 I, 421：有罪之判決確定後；§ 422：有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後），再審之對象，僅以確定之「判決」為限，與民事訴訟法有別¹⁵。至於刑事「裁定」，無論程序上駁回之裁定（如§§ 326 III, 362, 384, 433, 434），或關於實體事項之裁定，如依刑§ 48 更定其刑之裁定（但注意：刑§ 48 經 108 釋 775 宣告違憲）或依刑§§ 53, 54 定應執行刑之裁定、易科罰金之裁定、單獨宣告沒收之裁定、減刑之裁定等，縱有違誤，依向來實務見解，亦不得聲請再審¹⁶。據此，Q5 所示交付審判裁定，確定後亦不得提起再審救濟（102 台抗 170，參附錄）。

參、〔結論〕

案例所示，乙女對甲男提出強制性交罪之告訴，檢察官偵查結果認為是權勢性交罪，因犯罪地點在澳門且非「最輕本刑 3 年以上有期徒刑」之罪，故不在我國刑法及刑訴法效力範圍內，我國法院無審判權，檢察官自應以「對於被告無審判權」而對甲為絕對不起訴處分（§ 252 ⑦）（Q1）。

告訴人乙於不起訴處分後，提起再議經駁回後，委任律師、遵守期間提出交付審判之聲請（§ 258-I I），並經法院以合議庭裁定交付審判（§ 258-3 I, II）。其踐行程式合法（Q2）。案件經裁定交付審判後，視同提起公訴（§§ 258-3 IV, 258-4）。由於此際案件已經經過法院強制起訴，因此，法院不得出爾反爾，再適用起訴審查的規定（§ 161 II）命補正或駁回起訴（Q3）；檢察官也不得於裁定交付審判後撤回公訴（§§ 269, 270），以免交付審判之規範意旨蕩然無存（Q4）。故案例所示，B 合議庭之裁定及檢察官之撤回公訴，皆不合法。

告訴人乙對交付審判之駁回裁定，於確定前不得抗告（§ 258-3

¹⁵ 民訴§ 507（準再審）：「裁定已經確定，而有第四百九十六條第一項或第四百九十七條之情形者，得準用本編之規定，聲請再審。」

¹⁶ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch25:3.1.3：僅有可能依非常上訴程序予以糾正（限於實體裁定）；陳樸生，刑訴，頁 552。

V)，該裁定於確定後亦無法作為再審之對象（Q5）。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 102 台抗 170（交付審判、裁定非再審之對象）

刑事訴訟法第五編「再審」之規定，乃為了排除「確定判決」認定事實違誤所設之非常救濟途徑，因此再審之對象應僅限於有罪、無罪、免訴或不受理之「判決」，此觀刑事訴訟法第四百二十條至第四百二十二條之規定自明。而「確定之裁定」，並無準用上開再審之規定，是對於「確定之裁定」，除得依刑事訴訟法相關程式救濟外，均不得為再審之對象。又按刑事訴訟法第二百五十八條之一「聲請法院交付審判制度」係參考德、日立法例，於告訴人不服上級檢察署之駁回處分者，得向法院聲請交付審判；其目的係為對於檢察官起訴裁量之制衡，除貫徹檢察機關內部檢察一體之原則所含有之內部監督機制外，另宜有檢察機關以外之監督機制，由法院保有最終審查權而介入審查，提供告訴人多一層救濟途徑（刑事訴訟法第二百五十八條之一立法理由參照），以促使檢察官對於不起訴處分為最慎重之篩選，審慎運用其不起訴裁量權。故交付審判之制度雖賦予法院於告訴人交付審判之聲請裁定准否前，可依同法第二百五十八條之三第三項規定為「必要之調查」，然非因此即謂已進入實體審理之程式，是其准駁，法院均以裁定為之，此觀之同法第二百五十八條之二、二百五十八條之三等規定自明。…該駁回聲請交付審判之裁定既非確定判決，自不得作為聲請再審之對象，其聲請再審為不合法等情。

334◎效力範圍、交付審判之起訴審查與救濟（例 19）

案件同一性與變更起訴法條

檢察官起訴書事實略謂：被告甲（與通緝中在逃之丙共同）替地下錢莊從事「討債業務」，涉嫌於2018年12月6日下午11時左右，至乙中部宿舍催討不成後持刀猛砍乙至重傷，乙重傷住院兩週後往生，經檢察官起訴甲犯重傷致人於死罪（刑§278 II）。法院審理調查時發現下列變更情形，試分述法院應如何處理，程序始為合法？

- 1、設若法院發現並無上開具體犯行的積極證據。但到庭檢察官向法院表示，即便甲上開犯行無法證明，但甲於同年9月間曾以類似手法重傷另一位向該地下錢莊借款未還之丁，故請求法院予以變更為後一犯罪事實後，繼續審理。
- 2、設若法院發現甲本來就欲殺死乙，且甲砍殺行為與乙死亡結果有因果關係及客觀歸責，可能該當殺人既遂罪名（刑§278 II→§271 I）。
- 3、設若法院發現乙死於另一第三人單獨造成之原因，故甲僅可能該當重傷既遂罪名（Q3a：刑§278 II→§278 I）；或甲對乙造成的傷勢僅構成普通傷害既遂罪名（Q3b：刑§278 II→§277 I，告訴乃論之罪）。
- 4、設若法院發現，甲於犯罪過程中之參與角色，並非檢察官所起訴之共同正犯，而係幫助犯（Q4-a：刑§28→§30）；或相反情形，設若案例中檢察官係以幫助犯起訴甲，但審理中法院發現甲係共同正犯（Q4-b：刑§30→§28）。
- 5、設若法院發現，甲用以砍乙的刀械，屬違反槍砲彈藥刀械管制條例而持有之管制刀械，而違法持有刀械罪與原起訴罪名之重傷致人於死罪，具有部分行為重疊之想像競合犯關係（刑§55）。
- 6、若本案係由乙之配偶戊委任律師提起自訴，試問以上Q1-Q5之情形，有無不同？

壹、〔提要〕

【相關條文】 §§ 95, 267, 268, 300, 379, 380

【關鍵詞】 同一案件、變更起訴法條、告知義務、罪名變更告知、告訴乃論之罪、訴訟要件

案例所示情形，法院應如何處理始為合法，涉及以下案件同一性與起訴法條變更制度的幾個層次之爭點¹：

一、變更起訴法條之適用前提（Q1）？超出犯罪事實同一性，有無變更起訴法條之問題？具體而言，題示情形法院得否逕行變更為甲重傷丙之犯罪事實後繼續審理？若欲實體審理，應先經何等程序始為合法？違反之法律效果為何？

二、同一案件之變更起訴法條標準及程序（Q2-Q5）。在犯罪事實具同一性之前提下，法院若欲變更其法律評價時，應否踐行變更起訴法條程序之標準何在？程序如何踐行？違反之法律效果為何？

關於變更之標準，如罪名由輕罪變更為重罪者，故屬典型（Q2），但若重罪變更為輕罪情形（Q3），有無不同？若輕罪為告訴乃論之罪（刑§ 277 I），又應如何處理（Q3-b）？罪名以外之其他論罪基礎，如共犯（Q4）或競合的型態（Q5）之變更，又應如何處理？

三、自訴程序，有無上開變更起訴法條程序之準用（Q6）？

¹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:4.4：〈變更起訴法條與突襲性裁判〉，《刑事法理論與實踐》，2001.08，頁 69-108。另參陳運財，〈論起訴法條之變更與被告防禦權之保障〉，《臺灣本土法學》，2 期，1999.06，頁 88-97；薛智仁，〈起訴效力範圍與變更起訴法條的界限—評最高法院八十八年度臺上字第七〇五一號判決〉，《軍法專刊》，47:1 期，2001.01，頁 24-42。

貳、〔解析〕

一、問題之層次

刑訴法第 300 條規定：「前條之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條」。所稱「前條之判決」，是指科刑或免刑之有罪判決（§ 299）；所稱「（法院）得就起訴之犯罪事實，變更…」，是指起訴之同一犯罪事實，即案件同一性之範圍內始可；所稱「得…變更檢察官所引應適用之法條」，是指法律評價之變更。

據此可知，變更起訴法條制度，首應注意問題之層次。亦即，當法院審理時所認定的事實及應適用的法律，和檢察官起訴的認定有所出入時，到底應如何處置始為合法？能否予以變更？應經何等程序？這裡，涉及到兩大不同層次的問題，兩者具有先後審查關係：

第一層次（適用前提）：是否仍為同一犯罪事實（案件同一性）？即法院所認定與檢察官所起訴者，是否仍為同一案件？若否，法院基於不告不理，不得審判，審查到此結束；若是，則須進一步討論下一層次的問題。換言之，案件同一性乃變更起訴法條制度的適用前提。

第二層次：應否及如何踐行變更起訴法條之程序？首先，在同一案件的範圍之內，法院本於審檢分立的控訴原則、依法獨立審判原則以及調查原則，不受起訴法條（即起訴者對於起訴犯罪事實之法律評價）的拘束。然而，對同一犯罪事實，法院審判和檢察官起訴的法律評價有所不同時²，究竟於哪些類型，法院應踐行變更起訴法條程序？此乃變更標準何在之問題（Q2-Q5），亦是實務與學說之爭議所在，必須探究變更起訴法條制度之規範目的。其次是如何踐行變更程序，尤其是告知變更並給予辯明機會的程序，這部分則有高度共識。

² 同一案件範圍內，除法律評價變更外，另有一種處罰法條依據雖仍相同，但其他事實基礎有重大變更之情形。此與本案無關，故不贅述，參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:4.4.4；本書〈被告防禦權與事實基礎變更（例 21）〉。

二、變更起訴法條之前提：案件同一性

（一）同一性以外：不生變更起訴法條問題

無論是以上何一層次的問題，也無論是何一類型的案件，只要涉及法院與檢察官認定不同的變更，都會牽涉被告防禦權之保障以及突襲性裁判之防止。但是，在第一層次所處理的類型，即案件同一性的判斷，另外涉及構築整部刑訴法基礎的控訴原則之基本內涵。據此原則，偵查起訴與審理裁判分別由兩個不同的機關擔任（§§ 17 ⑦, 379 ②），並且，「無起訴者即無審判者」，無訴即無裁判，也就是「不告不理」的原則。是以，法院審判的對象及標的（客體），以檢察官起訴之被告及犯罪事實為限，不及於未經起訴之被告或被告未經起訴之其他犯罪事實（§§ 264 II, 266, 268, 379 ②），否則，如果形式上要求檢察官起訴，但是法院實質上審判的對象及標的卻不受拘束，不告不理的控訴原則，等於沒有意義可言。因此，法院雖然負有依法獨立審判的義務，應該自行適用法律，不受檢察官法律見解的拘束，並且，法院還有一定程度查明犯罪事實真相的調查義務（§§ 163, 379 ⑩），以及本於職權適用法律，乃至於變更法條之義務，但是法院審理及調查仍應以檢察官起訴的同一案件為限，並無任何例外。

簡言之，基於不告不理原則，法院之任何審判，包含第 300 條變更起訴法條之情形，皆以案件之同一性為前提；超過同一性之外，根本不得審判，遑論變更，當然更不生如何踐行變更程序始為合法的問題。超過同一性以外，就已經是本案以外的他案了，檢察官若欲促請法院審判，僅能就該他案另行起訴（含§ 265 之追加起訴），始能將其納入法院審判之範圍，但這已是另案，而非本案變更起訴法條之問題³。

（二）犯罪事實同一性之概念

案件之同一性，由被告之同一性⁴與犯罪事實之同一性兩項要素所

³ Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 385.

⁴ 案例所示各種情形，被告皆為同一（甲），因此，就案件同一性言，僅生犯

組成，案例所示僅涉及犯罪事實之同一性（Identität der Tat）問題⁵。關此，雖說不告不理原則並無例外，「告」（起訴）的範圍應決定「理」（審判）的範圍，但是何謂已經起訴（「告」）之犯罪事實，畢竟是法律解釋的問題。關此，「過寬」或「過嚴」的解釋皆非適宜：「過寬」的解釋，會架空控訴原則、突襲被告而剝奪其防禦權並造成無法審判聚焦的訴訟拖延結果；「過嚴」的解釋，將會使得犯罪無法（在本次審判）追訴，或造成法院及人力因頻頻再訴而來的浪費及拖延。

犯罪事實之同一性，又稱為刑事訴訟的犯罪事實概念（Der strafprozessuale Tatbegriff），其標準何在？我國傳統見解曾採基本的事實關係同一說，隨後則主張案件是否同一，應從訴之目的及侵害性行為之內容是否同一而定，但鮮見進一步具體標準之闡明⁶。

本文認為，就基本原則而言，訴訟法上的犯罪事實，是指一個具體的事件，即一個相同的歷史過程，這個歷史過程得以和其他相類的或相同的歷史過程相區別，並且被告在這個歷史過程中已經或應該實現了某個構成要件。簡言之，法院審判的標的便是起訴所指之犯罪的歷史過程。換言之，不管實體法上的評價是犯罪事實單數（如想像競合）或犯罪事實複數（如實質競合），歷史過程的單數才是構成訴訟法上犯罪事實概念的基礎。只要行為人的整體舉止，根據自然的觀點足以合為一個相同的生活過程時，便是一個訴訟法上的犯罪事實，關鍵在於其間緊密的事理關聯性，尤其是行為時間⁷、行為地點、行為（被害）客體以及攻擊目的。

（三）違法審判之法律效果

就未經檢察官起訴（含起訴效力所不及）的不同犯罪事實而言，

罪事實是否同一的問題。

⁵ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch08:4.3；註 1 文，頁 80-84；楊雲驊，〈刑事訴訟程序的「犯罪事實」概念—以所謂「單一性」之檢討為中心〉，《月旦法學雜誌》，114 期，2004.11，頁 47-69。Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 512 ff.

⁶ 陳樸生，刑訴，頁 99-104；歸納參林鈺雄，刑訴 I-Ch08:3.2.2。

⁷ 關於時間要素與案件同一性之判斷及我國實務評析，參林鈺雄，〈犯罪事實同一性與時間要素〉，《刑法與刑訴之交錯適用》，2008.08，頁 231-252。

依照控訴原則，既然犯罪事實並未繫屬於法院，即無訴訟關係，法院本來即不得加以審判（即「不告不理」），更不生變更起訴法條之問題，如果法院竟然違法加以審判，該判決即為不告而理的「訴外裁判」（無訴訟關係卻有裁判），屬於「未受請求之事項予以判決」之當然違背法令（§ 379 ②），為絕對上訴事由。

反之，就檢察官已經起訴的同一犯罪事實而言，既然犯罪事實已經繫屬於法院，產生訴訟關係，法院不但「能夠」，而且「應該」審判（即「告即應理」），如果法院竟然未予裁判，此種告而不理情形，在國內一般通稱為「漏判」（有訴訟關係卻無裁判），由於該犯罪事實在原審已經繫屬但尚未裁判，因此，訴訟關係仍然停留在原審，不生上訴救濟問題，而僅能向原審請求「補判」⁸。

（四）小結：案例之運用

依照上述標準，Q1 檢察官起訴之犯罪事實乃「甲於 2018 年 12 月 6 日夜間至乙宿舍用刀重傷乙致死」，然而，後來系爭的犯罪事實為「甲於 2018 年 9 月間用刀重傷丁」，兩者的行為時間有相當差距、地點迥異、被害人亦完全不同且兩者無任何特別的事理關聯性可言。據此，甲對乙及對丁乃分別所犯之兩個不同案件，既然檢察官僅起訴甲重傷乙致死案件，基於不告不理，訴訟關係僅止於此案，法院審判範圍亦以此為限，並無例外（§ 268）。甲重傷乙致死案若無法證明，法院仍應實體終結其訴訟關係，對甲依法為無罪判決（§ 301）；法院若本案未予判決，則生前述違法之「漏判」及其救濟之「補判」問題。

至於甲重傷丁之他案，檢察官必須另行偵查、起訴，法院始得加以審判。由於此乃「一人犯數罪」之相牽連案件，檢察官原來得合併偵查、起訴；而在甲重傷乙致死案件起訴後，檢察官亦得在第一審言詞辯論終結前追加起訴同一被告甲重傷丁之案件（§§ 6, 7 ①, 265）⁹，

⁸ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch07:1（訴訟關係）；刑訴 II-Ch23:3.2.2.12（漏判/補判之救濟）；本書之〈牽連管轄、追加起訴與漏判救濟（例 18）〉。

⁹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch17:1.2（追加起訴）；及本書之〈牽連管轄、追加起訴與漏判救濟（例 18）〉。

但此已是他案之另行起訴問題，無關甲重傷乙致死本案之變更起訴法條問題，不可混淆。被告甲重傷丁案件若未依法另行起訴，法院竟予審判者，即屬前述違法之「訴外裁判」 (§ 379 ⑩)，判決確定前得上訴、確定後得非常上訴救濟之。

反之，Q2-Q5 情形，結論皆是仍在同一性範圍之內¹⁰。以 Q2 為例，檢察官起訴與法院認定之犯罪事實，同為甲於系爭犯罪時間至乙宅催討不成後持刀砍乙且導致乙死亡，無論就行為本身、時間、地點、被害客體及手法，都是同一個不可分割的歷史事件與生活歷程，差別僅在於檢、審就甲犯此暴力事件的主觀犯意程度，有程度不同的法律評價 (刑§ 278 v. 271)，因此，法院無論審判結果認定為重傷致死罪或殺人既遂罪，皆不違反不告不理原則，僅生應否及如何踐行變更起訴法條的後續問題。

類此，Q3-a 僅關於乙死亡結果的因果及歸責之法律評價有別，Q4 涉及參與犯類型之判斷，Q5 涉及另一想像競合罪名之增列，雖與原起訴認定多少有些出入，但仍未超過犯罪事實同一性的範圍。

三、同一案件之變更起訴法條

(一) 規範之目的

變更法條程序的規範目的及法理基礎，主要是為了維護被告充分的防禦權並免於被告受突襲 (Schutz vor Überraschungen)，這也是公平審判原則及法官的訴訟上照料義務 (prozessuale Fürsorgepflicht) 之體現。這種包含告知罪名變更在內的訴訟照料義務，同時也是法官依職權認事用法的制度之下，對於被告防禦權所應為的「補償措施」。理由何在？因為在同一案件的範圍之內，法官對於檢察官起訴犯罪事實

¹⁰ 應予特別注意，一旦罪名變更時，檢察官起訴犯罪事實的某些描述，必然會隨之變更，因為罪名不同，構成要件的要素必然也會有所不同；只不過在變更起訴法條的情形，這些增減或變更的構成要件要素不至於影響到具體事件或歷史過程的同一性而已，不然根本就是前述的非同一案件，而非變更起訴法條而已。

的法律評價，不但不受檢察官法律見解的拘束，反而應該本於法官自己的職責，考慮所有可能的法律觀點，適用應適用的法條。然而，這種制度的當然結果，便是被告可能不是以起訴法條，而是以另一個不同的法條被論罪科刑，因此，至少從被告防禦權的觀點來看，被告當然應該被事先告知變更，以便調整防禦方向，避免措手不及。在課予法官罪名變更的告知義務之制度底下，被告至少可以期待，有罪判決如果不是以檢察官起訴法條，便是以在審判程序中被告知的法條作判決基礎¹¹。

其次，變更罪名之告知義務的法理基礎，也在於維護聽審原則。聽審權是被告重要的程序權利，包括請求資訊權、請求表達權及請求注意權等三大內涵：根據請求資訊權，法院負有義務讓被告獲得充分的訴訟資訊，據此，法院應該讓被告知悉控方提出的事實資訊及證據資料，並應讓被告了解法院可能據以為裁判的法律見解，這正是刑訴法關於罪名及罪名變更的告知義務（§ 95 I ①）之緣由。根據請求表達權，被告就審判上的事實與法律問題，應有充分表達的機會，因為知悉而無表達的機會，等於是沒有防禦可能，知悉也是多餘。刑訴法有諸多關於請求表達權的規定，其中最為重要者，除判決應經當事人之言詞辯論外（§ 221），莫過於賦予被告辯明犯罪嫌疑之機會的規定（§ 96），被告並進而有辯論權、請求詰問權及最後陳述權等（§§ 166~, 289, 290）。為了符合上述要求，變更起訴法條所應踐行的程序，就不僅僅是告知罪名變更而已。最後，根據請求注意權，對被告的陳述及表達，法院負有詳加注意之義務，並且應該詳載於其判決理由。總言之，法院縱使在案件同一性之範圍內變更檢察官起訴法條，雖然不致違反控訴原則，但依情形還是可能構成聽審原則之違反。

（二）變更之程序

為了恪遵聽審原則，保障被告防禦權與避免突襲性裁判，法院欲變更起訴法條時必須踐行變更法條之「程序」，分為三個階段：

¹¹ Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 383 ff.; M-G/S, StPO, § 265 Rn. 1 ff.; Roxin/Schünemann, StVR, 44/26 ff.

1、告知被告罪名變更

變更起訴法條所應踐行的程序，刑訴法最為直接（但非唯一）的規定，乃罪名告知義務：法院訊問被告時，應先告知被告犯罪嫌疑及所犯所有罪名，法院欲變更檢察官起訴法條時，必須再告知被告罪名變更（§ 95 I ①）。此項變更罪名告知，除內容應踐行至讓人明瞭之外，時機是愈早愈好，因讓被告能儘早準備及調整防禦方向¹²。

此外，僅由法院所為的告知，才符合此處的告知要求，因此，縱使是檢察官於審判期日提出變更起訴法條的請求，甚或由被告或其辯護人主動向法院所提出，皆不能免除法院告知被告變更起訴法條的義務。因為只有經由法院形式上的告知，才能讓辯方清楚知道，法院確實認真地將改變的法律基礎考慮進來；一旦考慮進來時，也應許辯方答辯的重點在於促使新罪名受無罪判決。

2、給予充分辯明機會

告知被告罪名變更只是變更起訴法條程序剛「開始」的第一步而已，針對變更後之新罪名「給予被告充分辯明機會」，才是整個變更法條程序的「核心」所在。據此，告知被告罪名變更後，法院應依照刑訴法總則編被告訊問章、證據章及審理編的相關規定，繼續踐行保障被告辯論及陳述之機會等程序，言詞辯論終結前，尤其應注意給予被告最後陳述之機會（§§ 96, 161-1, 163 I, 166~, 288-1, 288-2, 289, 290）。以上程序並應記載於審判筆錄，作為上訴審查原審訴訟程序是否合法踐行的依據（§ 47）。

3、判決書引用第 300 條

若法院依變更後之罪名對被告為有罪判決，則應於判決書中引用第 300 條的規定，以資表明法院已合法踐行上開程序。

¹² 我國實務同說，如 94 台上 2554（參附錄）。

（三）變更之標準及類型

應否踐行變更起訴法條程序之標準何在¹³？若從規範目的及法理基礎以觀，影響被告防禦權之行使或可能造成突襲性裁判者，皆應踐行變更程序；只要責難方向或內涵的改變足以影響被告防禦時，通常就是屬於所稱「起訴法條有所變更」，因此，縱使是規定在同一個法條，但是違犯型態明顯有別時，已屬法律評價的變更，必須踐行變更程序。應予注意，以上所述應變更情形，縱使是由重罪改成輕罪的情形，原則上也不能免除法院的告知義務及變更程序，因為必須保障被告辯明其未違犯輕罪的防禦機會。

就具體類型言，首先，變更包括罪名的替代或並列（*anstelle oder neben*）情況，即以新法條替代起訴法條或與之並列，並且會影響罪的部分之判決（*Schuldspruch*）者。罪名變更是最典型的變更起訴法條，例如詐欺罪變更為侵占罪，從重傷罪變更為殺人未遂罪，或相反情形。

不同的犯罪參與型態，各自要件及防禦方向有別，例如共同正犯變更為單獨正犯、正犯變更為幫助犯或教唆犯、幫助犯變更為教唆犯等，或相反情形，亦應踐行變更法條程序¹⁴。案例所示，無論是 Q4-b 由幫助犯變更為共同正犯，或由參與型態由重變輕的 Q4-a 相反情形，皆同。

¹³ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:4.4.3.2。Vgl. M-G/S, StPO, § 265 Rn. 8 ff.

我國傳統文獻及實務見解，雖然重視此一問題，但其重視之原因僅在於技術上解決到底何種情形判決書應引用§ 300 而已，因此，其提問方式為：「…應否變更法條，究以罪名為準，抑以法條為準，不無爭議」，「法條相同，款項不同（即罪名不同），應否引用刑事訴訟法第三百條變更法條，其見解有二：…」（陳樸生，〈法條之變更〉，刑訴爭議，頁 155-191），並且因而發展出所謂的同章說、同條說及同項款說。如此看來，變更起訴法條，似乎只是判決書要不要引用§ 300 的「判決寫作格式」問題，既不是一個什麼「程序」，也與被告防禦權及突襲性裁判問題無甚關聯。

¹⁴ Vgl. BGHSt 11, 18; 56, 235, 237; BGH MDR 77, 63; M-G/S, StPO, § 265 Rn. 14. 此乃德國通說與實務一致之見解。我國實務如 30 上 1574 判例同說：「同一殺人事實，檢察官以教唆犯起訴，而法院認為正犯或從犯者，仍不妨害事實之同一，即得變更檢察官所引應適用之法條。」

不同的犯罪類型或競合型態，亦同。如基本故意犯變更為加重結果犯（如重傷罪變更為重傷致死罪）、想像競合犯變更為加重結果犯（如重傷罪與過失致死罪的想像競合犯，變更為重傷致死罪）、一行為之單一罪名增為數罪名之想像競合犯，或相反情形。案例所示從起訴的重傷致死罪，變更為殺人罪（Q2）、變更為重傷罪（Q3-a）、變更為普通傷害罪（Q3-b：告訴乃論之罪！）及變更為重傷致死罪與違法持有刀械罪之想像競合犯（Q5）¹⁵，應踐行變更程序之結論皆同。

案件同一但罪名「由重變輕」情形，以最極端的 Q3-b 為例，說明為何法院仍應踐行變更起訴法條程序，不能免除罪名變更之告知義務：因為唯有如此告知，才能讓被告清楚知悉，法院審理方向已經從起訴的重傷致死罪名改變為普通傷害罪名，亦即法院已經認真考慮普通傷害罪名；尤其是，在未變更之前，被告可能基於避免重傷致死的重刑考量（無期徒刑或 10 年以上有期徒刑！），而將整個防禦重點放在「與乙死亡結果無因果關係及客觀歸責」、「欠缺加重結果的特殊危險關聯性」或「不構成重傷定義」¹⁶；反之，一旦改變為普通傷害罪名（5 年以下有期徒刑！）之後，被告防禦重點可能是「不構成任何傷害犯罪」的答辯，而無罪答辯本來即是被告的權利。簡言之，無論從保障被告聽審權、防禦權與避免突襲性裁判的規範目的來看，即便是「由重變輕」，法院亦應踐行包含罪名變更告知在內的程序，以保障被告針對變更後輕罪防禦重點，乃至於無罪答辯的機會¹⁷。

附帶一提，在罪名由非告訴乃論之罪，變更為告訴乃論之罪時，應同時注意告訴之訴訟要件問題。如 Q3-b 變更為普通傷害罪之同時，

¹⁵ Q5 涉及繼續犯與狀態犯局部行為重疊之想像競合犯類型，參林鈺雄，刑總-Ch17:3.2.4.2。

¹⁶ 關於加重結果犯之成立要件與特殊危險關係／直接關聯性，參林鈺雄，刑總-Ch03:3.2.3。Vgl. Roxin, AT I, 10/112 ff.

¹⁷ Vgl. BGH NStZ-RR 1996, 10; Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 384; M-G/S, StPO, § 265 Rn. 9; Roxin/Schünemann, StVR, 44/29。我國實務同說（參附錄），如 92 台上 2880、94 台上 5357（傷害致死罪→普通傷害罪）、101 台上 5606（加重強制性交罪→乘機性交罪）、103 台上 167（殺人未遂罪→恐嚇危害安全罪），以上皆應踐行§ 300 變更程序。

案例也由非告訴乃論之罪變更為告訴乃論之罪（刑§§ 277 I, 287）。告訴乃論之罪，以案件存在合法告訴為其「（積極之）訴訟要件」，具備者法院始能為有罪、無罪之實體判決，欠缺者法院應以不受理之程序判決而終結訴訟關係（§ 303 ③）。但訴訟要件欠缺，應先區分為不可「補正」以治癒其瑕疵，而告訴乃論之罪未經告訴，屬於可補正之事項。Q3-b 因起訴之後的變更程序進行，而嗣後發生可補正的訴訟要件欠缺情形，因此，法院應先命為補正，不得逕行以不受理判決終結之。至於補正方式，由於告訴應以書狀或言詞向檢察官或司法警察官為之（§ 242 I）；若在審理階段發現告訴乃論之罪未經告訴者，告訴程式亦同，依實務見解並非逕向法院為之，而仍應向檢察官或司法警察官為之，再由其向法院補送該告訴書狀或告訴筆錄¹⁸；但當庭提出者，宜解釋為已向到庭檢察官言詞提出告訴。

據此，Q3-b 所示，法院應於踐行變更起訴法條為普通傷害罪名之後，先確認告訴權人已否合法告訴，尚未提出告訴者應先探知其是否欲提告訴，若欲提出則曉諭應向檢察官為之。一經合法告訴之後，本案已經補正，自得繼續為實體審判。

（四）違法審判之效果

法院未合法踐行上開程序而予變更起訴法條者（包括告知變更時點過遲致被告防禦時間不足¹⁹，以及其他各種未完整踐行之情形，尤其是僅於判決書引用第 300 條，但未告知或未予充分之辯明機會者），至少構成（廣義之）判決違背法令（§§ 377, 378）。就告知義務之違反而言，由於告知與否會影響被告的答辯模式，而其如何答辯又可能影響判決之結果，因此，此種訴訟程序違背法令之情形，通常是「非顯

¹⁸ 73 台上 4314 判例；參林鈺雄，刑訴 II-Ch15:4.1：「就立法論而言，為便利告訴起見，似宜規定起訴後逕向法院告訴即可；在修法之前，法院遇有被害人等當庭提出告訴情形，宜基於訴訟照料義務，曉諭其告訴程式的法律規定，提示其改向檢察官為之，不宜置之不理或逕行為不受理判決」。告訴補正相關問題，參林永謀，刑訴 II，頁 332-338。

¹⁹ 94 台上 2554（參附錄）：最遲於言詞辯論前；遲至言詞辯論期日始對被告踐行罪名變更之告知義務，訴訟程序之踐行違法。

然於判決無影響」(§ 380)²⁰。此外，就辯明機會之剝奪而言，若是未予被告辯明機會、聲請調查有利證據機會、就事實與法律辯論權、辯論證據證明力，乃至於最後陳述權等等，除整個調查證據程序可能違反嚴格證明(未經合法調查)，而構成應於審判期日調查之證據未予調查之判決當然違背法令(§§ 155 II, 379 ④)外，視情形亦可能同時構成未予被告最後陳述機會之判決當然違背法令(§§ 290, 379 ④)²¹。

四、自訴程序之準用

在白訴犯罪事實同一性的範圍之內，同樣可能發生法律基礎或事實基礎之變更，而自訴程序之被告可能受到突襲的危險，並不亞於公訴程序之被告；據此，本章節所提的變更起訴法條，無論從自訴準用公訴規定(§ 343：自訴程序，準用包含§ 300 在內之公訴程序規定)或變更起訴法條制度的規範意旨而言，完全適用於自訴程序²²，故 Q2-Q4 結論並無不同。此外，不告不理之控訴原則亦無分公、自訴程序，故 Q1 結論亦同。

²⁰ Vgl. Roxin/ Schünemann, StVR, 44/32.

²¹ 關此，實務案型及見解不一，個案結論從構成判決違背法令(如 87 台上 4140：「…剝奪其正當法律程序之保障，而於判決顯然有影響，自應認該判決為違背法令，非僅訴訟程序違法而已。」)、訴訟程序違背法令且影響判決(93 台上 1637)到訴訟程序雖違法但無影響於判決(103 台上 1383)皆有。

²² 93 台上 4009：「刑事自訴程序雖無如公訴程序有變更起訴法條之問題，但被告在訴訟上受上述告知罪名變更權益之保障，並不因其為公訴或自訴程序而有所不同。故法院若認自訴狀所記載之法條或罪名不當，而必須援引其他適當之法條或罪名而為判決時，仍應依照上述規定於審判期日或之前適時踐履告知變更罪名之義務，否則其所踐行之訴訟程序仍難謂適法。」(但 97 台抗 716 採反對說)。

參、〔結論〕

Q1 依照不告不理之控訴原則，法院所能審判以及所能變更起訴法條之犯罪事實，以檢察官所起訴之甲重傷乙致死之同一犯罪事實為限；法院認為無法證明該犯罪事實者，應就此為無罪判決。至於超過犯罪事實同一性之甲另重傷丁案件，檢察官必須另行起訴，法院始得審判，法院若逕予審判，即屬不告而理之訴外裁判。

Q2-Q5 情形，皆屬同一性範圍內之法律評價變更，即一般所稱起訴法條之變更，法院得在犯罪事實同一性之範圍內，變更原來起訴之重傷致死罪為題示：殺人既遂罪（Q2）、重傷罪（Q3-a）、普通傷害罪名（Q3-b）、不同參與型態（Q4）或不同競合型態。但法院應依法踐行告知罪名變更（§ 95）、給予被告辯明機會並於判決書引用第 300 條規定等三項變更程序。另 Q3-b 因變更後之罪名為告訴乃論，應先補正告訴之訴訟要件始可。

Q6 結合以上 Q1-Q5，於自訴程序結論並無任何不同。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 92 台上 2880（由重變輕罪之變更）

刑事訴訟法第九十五條第一款規定（略），此乃犯罪嫌疑人及被告在刑事程序上受告知及聽聞之權利，為行使防禦權之基本前提，屬於人民依憲法第十六條所享訴訟權保障之內容之一，旨在使犯罪嫌疑人及被告能充分行使防禦權，以維程序之公平。法院如欲依刑事訴訟法第三百條規定變更起訴書所引用之法條而為判決，尤須於審判期日或之前踐行上開條款所規定之程序，始能避免突襲性裁判，而確保被告之權益；否則，如於辯論終結後，逕行變更起訴書所引用之法條而為判決，就新罪名而言，實已連帶剝奪被告依同法第九十六條、第一百七十三條、第二百八十九條等規定所應享有而同屬上開憲法上訴訟基本權保障範圍內之辯明罪嫌及辯論（護）等程序權，自應認該判決為違背法令。本案檢察官起訴書認上訴人等係犯組織犯罪防制條例第三條第一項前段之罪，原判決依刑事訴訟法第三百條，變更起訴書所引法條，改依同條例第三條第一項後段論處上訴人等罪刑，雖然刑度較輕，但原審仍未於審判期日或之前對上訴人等告知，又未於審判期日命依該新罪名為辯論，

參照前開說明，原判決同屬違背法令，而無可維持。

※ 94 台上 2554（過遲之變更告知）

公訴人起訴被告犯毒品危害防制條例第四條第二項之販賣第二級毒品罪，原審變更起訴法條，改依同條例第八條第二項之轉讓第二級毒品罪對被告論罪科刑，竟漏未於審理中，最遲於言詞辯論前，依刑事訴訟法第九十五條第一款規定，對被告踐行罪名變更之告知義務，遲至言詞辯論期日，始就被告被訴販賣第二級毒品之犯罪事實訊問被告，並為調查證據完畢，論請檢察官論告及命被告為辯論後，始對被告訊問「對本院變更起訴法條為轉讓罪有何意見？」，其對被告為罪名變更告知之時間顯已太遲，使被告無法為防衛自己權利而為辯論，等同於未踐行該罪名變更告知義務，其訴訟程序之踐行，自難認為合法。

※ 94 台上 5357（由重變輕罪之變更）

刑法第二百七十七條第二項前段之傷害致人於死罪，係加重結果犯，其傷害行為為該罪之基本行為，而被害人死亡則屬發生之加重結果，二者結合而成為一個單純之傷害致人於死罪；其基本行為與所發生之加重結果均係該罪之構成要素，二者間並非數罪或裁判上一罪之關係，在法律上自應合一觀察評價，不能予以分割論斷。故若檢察官以刑法第二百七十七條第二項前段之傷害致人於死罪起訴，法院審理結果認為被告雖有如起訴意旨所指之普通傷害犯行，但對於被害人死亡之結果毋須負責，自應依法變更起訴法條，改依刑法第二百七十七條第一項之普通傷害罪論科。不能一方面就其傷害之基本行為為部分論以普通傷害罪，一方面又對於被害人死亡之加重結果部分論知無罪或不另為無罪之論知。

※ 95 台上 775（超過同一性之違法變更）

科刑或免刑之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條者，係指法院得在事實同一之範圍內，亦即必不變更起訴之犯罪事實，始得自由認定事實，適用法律。本案檢察官起訴書僅記載上訴人觸犯懲治盜匪條例第五條第一項第一款之強盜事實，並未敘及其侵占事實，而強盜與侵占，乃截然不同之兩事，要無事實同一之可言，原審變更檢察官起訴書所載上訴人強盜犯罪事實之起訴法條，改判論以侵占罪刑，委有判決適用法則不當之違誤。

※ 101 台上 5606（由重變輕罪之變更）

刑法第二百二十二條第一項加重強制性交罪與第二百五條第一項乘機性交罪，其主要區別在於犯人是否施用強制力及被害人不能抗拒之原因如何造成為其判別之標準。如被害人不能抗拒之原因，為犯人所故意造成者，應成立強制性交罪。如被害人不知或不能抗拒之原因，非出於犯人所為，僅於被害人精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，犯人乘此時機以行性交

行為者，則依乘機性交罪論處。又法院審判之對象係檢察官起訴之公訴事實，至檢察官以何一罪名提起公訴，對法院而言均無拘束力，此所以刑事訴訟法第三百條規定，科刑或免刑之判決，法院得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用法條。亦即法院在起訴犯罪事實同一性之範圍內，不受起訴法條之拘束，得自由認定事實，適用法律，以期訴訟經濟之要求。原判決就上訴人對 A 女性交之犯罪事實認定，相較於起訴書所載之犯罪事實，僅 A 女受性侵時所處於「不能抗拒」之狀態是自陷或上訴人故意造成之認定有所差異，就上訴人妨害 A 女性意思自由以達成性交目的之社會基本事實則屬同一。是原判決理由認上開社會基本事實同一，而將起訴法條刑法第二百二十二條第一項第四款之加重強制性交罪，變更為同法第二百五條之乘機性交罪，即無不合，上訴意旨(一)之指摘，並非適法之上訴第三審理由。

※ 103 台上 167（由重變輕罪之變更）

原判決所認定之事實與檢察官所起訴之犯罪事實，其基本社會事實（即被告持前述改造手槍朝李某車輛左後方車窗射擊子彈一發）並無不同；縱使檢察官起訴意旨認被告具有殺人及毀損之間接故意，應成立殺人未遂及普通毀損罪；而原判決則以被告僅具有恐嚇及毀損之犯意，認其應成立恐嚇危害安全罪及普通毀損罪，然此僅屬法律上罪名之評價不同而已，並不影響二者基本社會事實相同之判斷，亦無所謂「犯罪事實一部縮減或擴張」之情形。故本件原判決所認定之事實若屬無訛，則其就檢察官所起訴之刑法第二百七十一條第二項、第一項殺人未遂罪嫌部分，自應適用刑事訴訟法第三百條之規定變更起訴法條，改依刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪論處，始為適法。乃原判決理由竟謂：「本件檢察官起訴之犯罪事實，與本院所認定之事實，兩者間係屬實質上一罪案件，此為犯罪事實之一部減縮，不發生變更起訴法條問題」云云，依上述說明，其法律見解顯有疏誤，而有判決不適用法則之違法。

被告防禦權與事實基礎變更

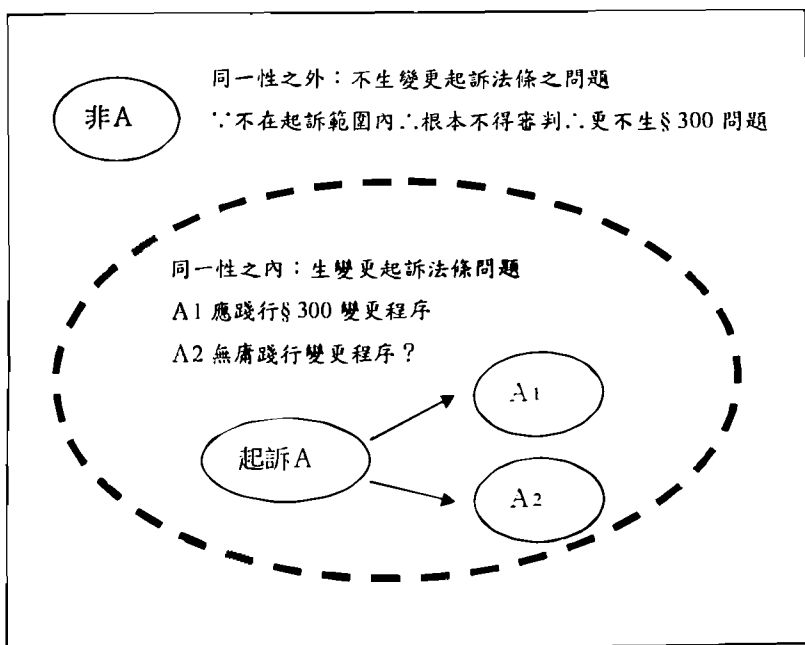
檢察官起訴甲（共同）販賣第二級毒品罪名，起訴書事實略謂：被告甲於2018年7月27日晚間8、9時許，在甲住處附近之空地，與在逃共同正犯乙共同販賣第二級毒品甲基安非他命予丙，金額為新臺幣（下同）4,300元；然檢察官嗣後於第一審更正起訴事實，指甲係於同日晚間10時30分，在甲住處前，單獨販賣甲基安非他命予乙與丙，金額為43,000元。經第一審判決依上開更正後之犯罪事實，判處甲（單獨）販賣第二級毒品罪刑（毒危§4II）。

甲不服原審判決，上訴第二審，理由指出：檢察官更正前、後之犯罪事實，不但犯罪參與型態（共同正犯→單獨正犯）相異，連犯罪時間、地點、對象、金額均不相同，顯然非屬同一案件。原審未察，逕就更正後之犯罪事實，予以審理、判刑，自有受理訴訟不當之違法。試問：

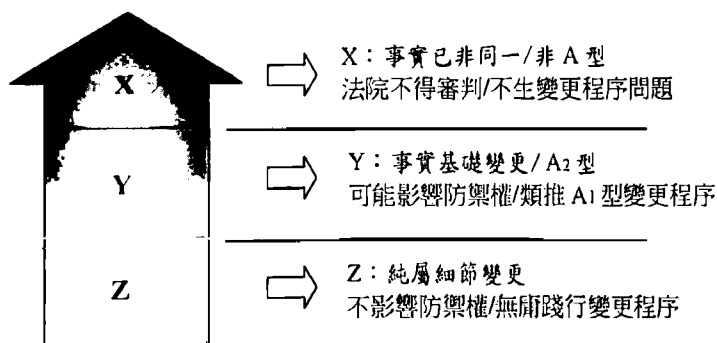
- 1、更正前、後之犯罪事實，是否仍屬同一案件？
- 2、本案犯罪參與型態之變更，屬於何種變更？法院應否及如何踐行變更起訴法條程序？
- 3、本案其他犯罪相關事實之更正，屬於何種變更？法院應否及如何踐行變更程序？

壹、〔提要〕

※ 圖表 1：變更起訴法條之層次



※ 圖表 2：事實變更之高低程度



【相關條文】§§ 95, 264, 268, 300, 379, 380

【關鍵詞】同一案件、變更起訴法條、告知義務、罪名變更告知、事實基礎變更、類推適用

刑訴法第 300 條規定：「前條之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條」。案例所示情形¹，涉及以下案件同一性與起訴法條變更制度的兩個層次的三大類型²：

第一層次（§ 300 之適用前提）：是否仍為同一案件（Q1）？所稱法院「得就起訴之犯罪事實，變更…」 (§ 300)，是指起訴之同一犯罪事實，即案件同一性乃變更起訴法條之適用前提。案例之更正，是否仍在同一性範圍？若否，基於不告不理之控訴原則，法院根本就不應審判，更不生變更問題，否則即屬判決當然違背法令 (§§ 268, 379 ②)，

¹ 案例改編自 104 台上 965（參附錄）；評釋參林鈺雄，〈被告防禦權與事實基礎變更—最高院 104 臺上 965 判決〉，《臺灣法學雜誌》，276 期，2015.07，頁 147-153。

² 參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:4.4；本書之〈案件同一性與變更起訴法條（例 20）〉。

審查到此結束（※圖表1之「非A型」）。若是同一案件，則須進一步審查下一層次的問題（下文一）。

第二層次：同一案件之變更（※圖表1之「A型」）：同一案件，法院的認定和檢察官起訴書所載有所出入時，應否踐行相關的變更程序？此時，依照院檢認定不同的情況，又可區分為兩種下位類型：

1、法律評價變更（※A₁型，§ 300的直接適用，下文二），此即所稱「（法院）變更檢察官所引應適用之法條」（§ 300），也是最典型的變更起訴法條之適用類型。惟犯罪參與型態之變更，是否亦屬於法律評價變更？應否及如何踐行變更起訴法條程序（Q2）？

2、事實基礎變更（※A₂型，§ 300的類推適用，下文三）。事實變動幅度若仍在犯罪事實同一性之範圍內，且所引應適用法條並未變更情形，應否就事實基礎變更部分，類推適用上開變更起訴法條之程序規定（Q3）？

貳、〔解析〕

一、變更起訴法條之前提：案件同一性

基於不告不理原則，法院之任何審判，包含第300條變更起訴法條之情形，皆以案件之同一性為前提；超過同一性之外，根本不得審判（§§ 264 II, 266, 268, 379 ②），遑論變更，當然更不生如何踐行變更程序始為合法的問題。超過同一性以外，就已經是本案以外的他案了，檢察官若欲促請法院審判，僅能就該他案另行起訴（含§ 265之追加起訴），始能將其納入法院審判之範圍³；但這已是另案，而非本案變更起訴法條之問題。

案件之同一性，由被告之同一性與犯罪事實之同一性（Identität der Tat）兩項要素所組成，案例所示僅涉及後者問題⁴。犯罪事實之同一性，又稱為刑事訴訟的犯罪事實概念（Der strafprozessuale Tatbegriff），

³ Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 385.

⁴ 參林鈺雄，刑訴I-Ch08:4.3。Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 512 ff.

其標準何在？我國傳統見解多採基本的社會事實關係同一說，亦有認為應依訴之目的及侵害性行為之內容是否同一為準。學說則主張歷史進程同一說，認為行為人的整體舉止，根據自然的觀點足以合成為一個相同的生活過程時，便是一個訴訟法上的犯罪事實，關鍵在於其間緊密的事理關聯性，尤其是行為時間、行為地點、行為（被害）客體以及攻擊目的。

案例所示，104 台上 965 本於基本社會事實關係同一說，認為「縱然犯罪之時間、處所、方法、共犯人數等細節，略有差異，無礙其同一性。…起訴書所載之販賣毒品對象、有無共犯、交易價金等細節，雖有誤載或不正確，惟其基本之社會事實並無不同，足以辨識起訴範圍，不致混淆其他事實，法院自應依法予以審理。復因其犯罪構成要件之具體基本社會事實同一，未涉及不同犯罪事實之變更」。以上實務說法略嫌概括，至少應輔以訴之目的及侵害性行為之內容，據此，變更前、後皆是該當同一販毒構成要件之犯罪事實，訴之目的及侵害性行為之內容相同，可評價為仍在同一性範圍內。同此結論，若依歷史進程同一說，綜合判斷行為時間（同一晚約 2 小時差異）⁵、行為地點（同在甲住處附近）、販賣客體（皆是甲基安非他命）及侵害目的（同樣的販毒罪名，侵害相同法益）皆大致相同，雖販賣金額及對象有增列，與原起訴認定多少有些出入，但仍不失為同一犯罪事實，亦不妨礙其特定。本階段審查通過，進入下一階段審查。

二、第 300 條的直接適用：正犯型態之法律評價變更

因屬同一案件，法院應繼續審查本案有無法律評價之變更？應否踐行第 300 條的變更起訴法條程序？（※A1 型）⁶。具體而言，本案

⁵ 關於時間要素與案件同一性之判斷及我國實務評析，參林鈺雄，〈犯罪事實同一性與時間要素〉，《刑法與刑訴之交錯適用》，2008.08，頁 231-252。

⁶ 應予特別注意，一旦罪名變更時（※A1 型），檢察官起訴犯罪事實的某些描述，必然會隨之變更，因為罪名不同，構成要件的要素必然也會有所不同；只不過在變更起訴法條的情形，這些增減或變更的構成要件要素不至於影響到具體事件或歷史過程的同一性而已，不然根本就是前述的非同一案件（※

起訴及判決皆認為被告甲所為構成販賣第二級毒品（甲基安非他命）罪名（毒危§4 II），就此各罪部分固然沒有法律評價變更的問題；但是，就「共同販賣」變更為「單獨販賣」部分，涉及刑法總則所定正犯型態法條之變更（刑§28 從有到無），在此範圍內仍應討論有無法律評價變更的問題。

簡言之，刑法總則所定各種犯罪參與型態之變更，是否如同刑法分則（含特別刑法）罪名之變更一樣，屬於應予踐行變更起訴法條程序的法律評價變更？答案應屬肯定⁷！首先，從文義解釋而言，第300條僅稱有罪判決得變更「檢察官所引應適用之法條」，並未將其限定在刑分法條，亦無概括排除刑總法條之依據。其次，變更法條程序的規範目的及法理基礎，在於充分維護被告的防禦權並免於被告受突襲（Schutz vor Überraschungen），這也是公平審判原則及法官的訴訟上照料義務（prozessuale Fürsorgepflicht）之體現。這種包含告知法條變更在內的訴訟照料義務，同時也是法官依職權認事用法的制度之下，對於被告防禦權所應為的「補償措施」。理由何在？因為在同一案件的範圍之內，法官對於檢察官起訴犯罪事實的法律評價，不但不受檢察官法律見解的拘束，反而應該本於法官自己的職責，考慮所有可能的法律觀點，適用應適用的法條。然而，這種制度的當然結果，便是被告可能不是以起訴法條，而是以另一個不同的法條被論罪科刑，因此，從保障防禦權的觀點來看，被告當然應該被事先明確告知變更，以便調整其防禦方向，避免措手不及。在課予法官告知變更義務之制度底下，被告至少可以期待，有罪判決如果不是以檢察官起訴法條，便是在審判程序中所被告知的法條作為判決基礎。

非A型），而非變更起訴法條之類型。

⁷ Vgl. BGHSt 11, 18; 56, 235, 237; BGH MDR 77, 63; M-G/S, StPO, § 265 Rn. 14. 此乃德國通說與實務一致之見解。我國實務如30上1574判例同說：「同一殺人事實，檢察官以教唆犯起訴，而法院認為正犯或從犯者，仍不妨害事實之同一，即得變更檢察官所引應適用之法條。」

但我國裁判近例有採反對說者，如96台上2061：「僅行為態樣有正犯、從犯之分，即毋庸引用刑事訴訟法第300條變更檢察官起訴之法條。」104台上452（參附錄）同旨，值得商榷。

由於各種犯罪參與型態於實體法的成立要件不同，在訴訟上的待證事項與防禦方向也有別。正犯與（狹義）共犯的變更不論，縱是同屬正犯的單獨正犯與共同正犯，辯護重點也不同，例如，共同正犯適用直接的交互歸責原則，且依功能性犯罪支配，不以自己實現犯罪構成要件為必要，此與直接的單獨正犯有別⁸，防禦方向自是迥異。據此，關於正犯或（廣義）共犯（如從幫助犯變更為共同正犯⁹）、單獨正犯或共同正犯¹⁰，判決若欲與檢察官起訴認定有別時，應完整踐行變更起訴法條的三大程序（1、告知罪名變更；2、給予被告充分辯明機會；3、判決書引用第 300 條），以符保障被告防禦權並避免突襲性裁判之立法目的。

變更起訴法條所應踐行的首要程序，就是「法院」的告知義務（§§ 95 I ①, 300），這也是聽審原則（尤其是請求資訊權）的體現。應予注意，僅由法院所為的告知，才符合此處的告知要求，因此，縱使是檢察官於審判期日正式提出變更起訴法條的請求，甚或由辯方（被告或其辯護人）主動向法院所提出，皆不能免除法院告知被告變更起訴法條的義務。因為唯有經由法院形式上的明確告知，才能讓辯方清楚知道，法院確實認真地將改變的法律基礎考慮進來¹¹；一旦考慮進來時，

⁸ 參林鈺雄，刑總-Ch14:3.2.3; Ch14:2.1.4。106 台上 2221（功能性犯罪支配）。

⁹ 就此，我國實務的典型錯誤，一來在於僅著墨於第一層次的案件同一性審查，忽略第二層次的變更審查（如 104 台上 965，參附錄）；二來就第二層次的法律評價變更採取過度限縮解釋，縱使正、共犯的犯罪型態已經變更且引用的總則處罰依據不同，部分裁判仍否定其踐行變更起訴法條程序的必要性；三來常把變更起訴法條的程序，窄化理解為判決書要不要引用第 300 條的「判決寫作格式」問題。

如 104 台上 452（參附錄），犯罪參與型態由起訴的幫助犯變更為共同正犯，本來是適用第 300 條的典型案例，更何況還是由「輕」變「重」（vgl. BGHSt 56, 235, 237; M-G/S, StPO, § 265 Rn. 14）！但原審依法踐行變更程序，卻反而被最高法院指為「贅論」。

¹⁰ 如案例所示共同正犯變更為單獨正犯，依德國通說及實務皆應踐行變更程序：BGHSt 11, 18; BGH wistra 96, 69; M-G/S, StPO, § 265 Rn. 14.

¹¹ 103 台上 3414（參附錄）：§ 95 I ①, 300 之告知變更必須具體、明確其範圍，不得僅以概括方式告知，避免有突襲性裁判。

自應許辯方就新法條（含罪名或型態）為無罪辯護。由輕變重不論，縱使是由重變輕，也應該讓辯方有機會進行輕罪亦無罪的答辯。

由此可知，系爭案例所示，第一審法院的違誤在於¹²，以到庭檢察官的權宜「更正」方式，取代了法律明文規定的變更起訴法條程序！因此，就犯罪參與型態的變更（從共同正犯改為單獨正犯），法院也未於審判期日踐行告知義務，更未於判決書中引用第300條的規定，以資表明法院已合法踐行上開程序，顯有違誤。

三、刑訴法第300條的類推適用：事實基礎之變更

案例所示，除 Q2 正犯型態變更涉及法律評價變更外，另有 Q3 即同一案件內不涉及法律評價改變的事實基礎變更的問題（※A₂型，相當於※圖表2的Y區）¹³。亦即，第一審判決適用之法律（毒危§4 II）與起訴書雖然相同（撇開上文二的正犯型態變更部分不論），但其中部分事實的認定則有所出入。縱使完全不變更起訴法條，審判的整個事實認定方向，還是可能產生180度的大轉彎，這些尚在犯罪事實同一性範圍內的整體事實方向之轉變（Änderung der gesamten Tatrichtung），對於被告防禦權可能造成的突襲與侵害，恐怕一點也不亞於變更起訴法條的情形（※A₁型）。以事實審法院認定的販毒時間、地點、對象與起訴認定有所出入者為例，假使被告全心全力以案發時間有不在場證明為防禦重點時，審判長若僅以時間出入無礙為由而以起訴法條判處被告罪刑，此時，被告難免在毫無預知並措手不及的情形下被突襲。

雖然就保障被告防禦權與避免突襲性裁判的角度以觀，以上變更

¹² 104 台上 965（參附錄）於本案的說理有打擊錯誤之嫌，不但一來只聚焦在比較沒爭執的同一性問題，二來所謂「起訴書記載已可資特定，故程序合法」及「基於檢察一體，檢察官可當庭更正」的判決理由，雖不能說是錯誤，但至少沒有正中要害。重點是本案雖具同一性但已涉及法律評價變更，因此事實審必須先踐行§300 相關程序，始為合法！

¹³ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:4.4.4；〈變更起訴法條與突襲性裁判〉，《刑事法理論與實踐》，2001.08，頁 69-108(96-98)。

基礎事實情形（※A₂ 型）與前述變更起訴法條程序（※A₁ 型）的考量基點，並無本質上的差別，兩者具有類似性；但是，無論就第 95 條告知「罪名」變更或第 300 條得變更起訴「法條」的規定而言，似乎都漏未考慮這種整體事實方向的轉變應該如何處理¹⁴。不過，這也不表示我國法容許法院不踐行任何程序而逕自轉變整體事實的方向，因為如此做法顯然與現行法律保障被告的辯明機會、聲請調查有利證據機會、就事實與法律辯論、辯論證據證明力，乃至於最後陳述等保障聽審權及防禦權的規定不符。

Q3 情形，事實審法院之處理方式，應比附援引法律評價變更之規定，以便保障被告的防禦權，防止突襲性裁判，進而符合聽審原則的要求。據此，在一些重要事實爭點的轉變上，如案例所示時間（略有不同）、地點（在附近，略有不同）、對象（增加乙一人，且乙原先被認定為販毒共同正犯而非購毒者）及金額（明顯增加，顯示數量有不小差異）等特定要素，經整體觀察後已有幅度不小的變更（※圖表 2：不是 Z 區），但仍在犯罪事實同一性範圍（※圖表 2：不是 X 區）的情形（※圖表 2：是 Y 區），此時，事實審法院應該慎重告知被告並且記明筆錄，以使被告能夠明確並充分地了解法院可能以轉變的新事實觀點為基礎來下判決；並且，法院應該就轉變事實給予被告充分的辯明機會來表達、準備、辯論及聲請調查證據。如果被告因為此項突如其來的新事實觀點而措手不及，法院必須另定期日，以便給予被告相當的準備時間，否則只是口惠而不實。反之，如果法院只是在訊問過程中一語帶過事實基礎的轉變，被告既未清楚知悉，更未充分防禦，其權利受損情形，與違法突襲的變更起訴法條，並無兩樣。簡言之，在整體事實方向的轉變時，應就重要之事實爭點類推適用第 300 條（結合§ 95 I ①的告知義務）的規定，確保被告對於新的事實基礎能夠清楚知悉並且得以充分防禦。

¹⁴ 德國法本來亦未明文規定事實基礎變更（§ 265 StPO a.F.），但通說及實務向來承認應比照法律基礎變更（Vgl. BGH NSiZ 1984, 422; Roxin/Schünemann, StVR, 44/28）；自 2017 年 8 月 17 日增修新法後，則已明文規定（§ 265 II Nr. 3 StPO n.F.）。Vgl. M-G/S, StPO, § 265 Rn. 22 ff.

據此，法院應類推適用第 300 條變更起訴法條規定，告知被告甲上開事實基礎變更並給予其充分防禦機會後，始得續為實體判決。但從案例所示，事實審法院似乎仍是以檢察官「當庭更正」起訴事實的權宜方式為之，不足以保障被告防禦權¹⁵。

參、〔結論〕

系爭案例，同時涉及且連貫了變更起訴法條制度的三個相關問題：Q1、是否合乎變更起訴法條之適用前提（同一性）？Q2、有無法律評價之變更？Q3、有無事實基礎之變更？然 104 台上 965 之裁判理由集中在 Q1，忽略 Q2 及 Q3 對程序合法性之影響。

案例雖仍在同一性範圍內（Q1），但從共同正犯到單獨正犯的犯罪型態變更，已屬法律評價變更，故應踐行第 300 條之變更程序；檢察官雖當庭更正起訴事實，此亦不應取代規範要求的正式變更法條程序，以符合保障被告防禦權及防止突襲性裁判之立法本旨（Q2）。類此考量，針對販毒時間地點（稍有不同）、交易對象（增加一人）、所得金額（顯著增加）的事實認定不同，雖仍在同一性範圍之內，起訴事實與判決事實也已經產生了基礎變更，不能歸類為毫不影響防禦權的事實細節變更而已；就此法律漏洞，事實審法院宜基於類似性，類推適用第 300 條規定，踐行事實變更告知義務、給予被告辯明機會並於判決書表明類推適用之意旨（Q3）。

¹⁵ 不過，最高法院 104 台上 965（參附錄）於本案駁回上訴理由特別強調「第一審法院於審判期日，業以更正後之犯罪事實為審理，並給予上訴人及其辯護人充分陳述、辯護機會，對於上訴人訴訟防禦權之行使無何影響」。雖然比起類推適用§ 300 的完整程序還是差了一截，但至少已經注意到事實基礎變更情形，也要踐行保障被告防禦權的程序。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 103 台上 3414（變更罪名之告知）

（§ 95 I ①）乃被告在刑事訴訟程序上應受告知之權利，為憲法第八條第一項正當法律程序保障內容之一，旨在使被告能充分行使防禦權，其辯護人亦得適時為被告辯護，以維審判程序之公平。為達上開目的，所謂「告知或再告知」「犯罪嫌疑及所犯所有罪名」，自應具體、明確其範圍，尤其對檢察官起訴被告涉嫌數罪之情形，更應明白區辨，逐一告知或再告知何者屬何罪名，經告知後，認為有應變更者應再告知，始能落實本條保障被告權益、維持程序公平之立法意旨，俾使被告及其辯護人得為完足之答辯及辯護，檢察官亦得為積極舉證，避免有突襲性裁判發生。倘法院僅以概括方式告知，致被告及其辯護人無從區別，知悉法院可能變更罪名之相關事實，亦未能為充分之防禦、辯護，即與未告知無異，自與刑事訴訟法第九十五條第一款規定之立法目的有違，難謂適法。」

※ 104 台上 452（參與型態變更：幫助犯→共同正犯）

刑事訴訟法第三百條所謂變更起訴法條，係指罪名之變更而言。又共同正犯與幫助犯，僅係犯罪形態與得否減刑有所差異，其適用之基本法條及所犯罪名並無不同，僅行為態樣有正犯、從犯之分，毋庸引用刑事訴訟法第三百條變更檢察官起訴之法條。原判決理由所稱起訴幫助犯改為共同正犯之認定，已由刑法第三十條變更為同法第二十八條，但社會基本事實同一，而依刑事訴訟法第三百條之規定，為起訴法條之變更云云。依前揭說明，應屬贅論，惟此部分顯然於判決結果（即對林某之論罪科刑）無影響，參照刑事訴訟法第三百八十條規定，不得執為上訴第三審之理由。

※ 104 台上 965（同一性、參與型態變更、事實基礎變更）

刑事訴訟法第二百六十四條第二項關於起訴書程式之規定，旨在界定起訴之對象及起訴之範圍，亦即特定審判之客體，並兼顧被告行使防禦權之範圍，其中屬於絕對必要記載事項之犯罪事實，係指符合犯罪構成要件之具體基本社會事實。苟起訴書所記載之犯罪事實與其他犯罪不致混淆，足以表明其起訴之範圍者，即使記載未詳或稍有誤差，事實審法院亦應依職權加以認定，不得以其內容簡略或記載不詳，而任意檢察官起訴之犯罪事實於不顧。同法第二百六十八條所謂法院不得就未經起訴之犯罪審判，係指犯罪完全未經起訴者而言。犯罪曾否起訴，雖應以起訴書狀所記載之被告及犯罪事實為準，但法院在起訴事實同一之範圍內，得依職權認定被告犯罪事實。而檢察官代表國家提起公訴，依檢察一體原則，到庭實行公訴之檢察官如發現起訴書認事用法有明顯錯誤，亦非不得本於自己法律上之確信，於不影響基本社會事

實同一之情形下，更正或補充原起訴之事實。至於檢察官之更正，是否符合同一性要件，則以其基本的社會事實是否相同作為判斷之基準；若其基本社會事實關係相同，縱然犯罪之時間、處所、方法、共犯人數等細節，略有差異，無礙其同一性。…

本件起訴書所載之犯罪事實（二）部分，既經第一審法院以調查相關證據及經由訊問上訴人之方式，由檢察官於審理期日，當庭更正上訴人上開犯罪事實，則起訴書所載之販賣毒品對象、有無共犯、交易價金等細節，雖有誤載或不正確，惟其基本之社會事實並無不同，足以辨識起訴範圍，不致混淆其他事實，法院自應依法予以審理。復因其犯罪構成要件之具體基本社會事實同一，未涉及不同犯罪事實之變更，而第一審法院於審判期日，業以更正後之犯罪事實為審理，並給予上訴人及其辯護人充分陳述、辯護機會，對於上訴人訴訟防禦權之行使無何影響。此部分上訴意旨所指，顯然誤會，核非適法之第三審上訴理由。

論罪、科刑與沒收之一部上訴

甲因駕駛某未掛車牌之小客車被警員攔檢，甲自承其在路邊見該車未掛車牌而隨機撿開車鎖竊得，不知失主何人；經檢警調查後雖認定該車為甲竊盜之賊車，但因無車牌且引擎號碼已磨損，故無從辨識失主。案經檢察官起訴，第一審法院以竊盜罪名（刑§ 320 I）判處 2 年有期徒刑，未宣告緩刑，且因無從發還失主，遂一併宣告沒收該車（刑§ 38-1 I）。甲未聘請律師辯護，自從被起訴後，奮發圖強，自行研讀法律相關文獻，撰寫上訴理由。試問下列上訴情形，第二審法院之審判範圍如何（Q1-Q4 情形，檢察官及其他有上訴權人，皆未上訴）？

- 1、甲不服第一審判決之論罪部分，擬就此一部上訴，理由謂警員違法攔檢，因而所取得之證據無證據能力，對科刑、沒收則稱沒意見。
- 2、甲不爭執第一審判決認定之竊盜犯罪事實及罪名，惟不服宣告之「法律效果」，認為過重、過苛，擬僅就科刑與沒收部分提起一部上訴。
- 3、設若甲不爭執第一審判決認定之竊盜犯罪事實、罪名及沒收，僅就科刑提起一部上訴，認為原審科（量）刑 2 年顯屬過重，擬請從輕改判（Q3-a）；或對科刑部分，針對 2 年亦無不服，但認為原審應宣告緩刑，擬就未宣告緩刑部分提起一部上訴（Q3-b）。
- 4、設若甲不爭執第一審判決認定之竊盜犯罪事實、罪名及科刑，擬僅就沒收該車提起一部上訴，其理由謂本案有潛在被害人（原失主），依部分文獻及早期判例見解不應宣告沒收（刑§ 38-1 V），原審未依罪疑唯輕/疑利被告原則採此法律見解，判決顯有違誤。
- 5、以上 Q1-Q4 情形，設若檢察官為被告甲之不利益，就其所犯竊盜案提起全部上訴，結果有無或有何不同？
- 6、設若本案第一、二審雖皆判處竊盜罪刑，但第二審時始宣告沒收，試問甲得否針對第二審諭知沒收部分不服，提起第三審上訴？

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 348, 370, 376, 455-27, 455-28

【關鍵詞】一部上訴、沒收之一部上訴、部分既判力、有關係之部分

題示 Q1 至 Q4 屬同一案件的論罪、科刑與沒收之一部上訴問題（§ 348 I），涉及一部上訴與有關係部分（§ 348 II, III）之判斷¹；此外，於僅為被告利益提起上訴者，有不利變更改止原則之適用問題（§ 370），應一併注意。Q5 乃不同上訴權人的一部上訴與全部上訴之關係：

一、同一案件，當事人（及其他上訴權人，亦同）可否僅對原審之論罪（罪責宣告）部分提起一部上訴？上訴效力是否及於原審之法律效果部分（Q1）？

二、同一案件，當事人可否僅對原審之法律效果部分（如科刑及沒收），提起一部上訴？上訴效力是否及於原審之論罪部分（Q2）？

三、再者，可否僅對原審所宣告「法律效果之特定部分」，例如只針對科刑刑度不服（Q3-a），或只針對科刑中的（未）宣告「緩刑」之特定部分（Q3-b），提起一部上訴？

四、同此，可否僅針對沒收（Q4）或其特定部分（例如追徵的數額），提起一部上訴，上訴效力是否及於原審之論罪及科刑部分？

五、同一案件，一造雖提起一部上訴，但他造全部上訴者，是否影響第二審審判範圍（Q5）？

六、不得上訴第三審案件（§ 376 I 前），第一審僅判處罪刑而未宣告沒收，於第二審始宣告沒收者，可否比照第二審始改判有罪情形（§ 376 I 但），針對沒收部分提起第三審上訴（Q6）？

¹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:3；〈論罪科刑之一部上訴〉，《刑事法理論與實踐》，2001.08，頁 109-134。關此，德國法規結構與我國舊法雷同，其通說與實務見解皆同本文，僅參 BGHSt 10, 100, 101; 19, 46, 48; Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 542 f.; M-G/S, StPO, § 318 Rn. 1 ff.; Roxin/Schünemann, StVR, 53/15 ff. 我國新法已明文改採本文相同見解（§ 348 III），詳見下文及附錄二之立法理由。

貳、〔解析〕

一、一部上訴可分性之通則

「上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴。」（§ 348 I；刪除線部分於 2021.05 修法刪除²）。由此可知，我國法同德國法³，明文允許上訴人僅就刑事原審判決之一部聲明不服，提起「一部上訴」，上訴審受其拘束，上訴審審理之範圍僅限於原審判決經聲明上訴之部分。關於一部上訴之具體形態，我國立法並未加以定義，亦未加以限制，僅特別規定「有關係之部分，視為亦已上訴」（§ 348 II 前）而已，但就何謂「有關係之部分」，我國立法則未進一步闡明。及至 2021.05 修法時，始採納同筆者之學說見解，增訂第 3 項規定而明文容許法律效果之一部上訴，將其排除在有關係部分之外。以下先說明修法前實務及傳統見解。

（一）我國之傳統見解

我國實務自早期判例以來，皆認為所謂「有關係之部分」，係指原審判決之各部分在審判上無從分割，因一部上訴而其全部必受影響者而言⁴。在實際運用方面，舊法時期，我國傳統教科書及實務見解，不但本於「實體法上為一罪，訴訟法上為一個訴訟客體，審判上無從分割」的定律，認為上訴人僅聲明就實質上、裁判上一罪之一部提起上訴者，未經聲明上訴之部分視為亦已上訴，並且，更進一步本於所謂的「罪刑（絕對）不可分之原則」，認為論罪與科刑在審判上具有（絕對）不可分離之關係，因此，上訴人不但不得僅就原審判決之論罪部

² 修法理由參附錄二。第 1 項後段刪除部分，因與本案例無關，在此不贅。

³ 德國亦採一部上訴制度，規範方式與我國（舊）法雷同，德國刑事訴訟法第 318 條允許限制事實審上訴範圍：「¹事實審上訴得限於特定之上訴事項。²未為限制或根本未提出上訴理由時，視為對判決內容全部聲明不服。」法律審上訴（§ 344 StPO）及不服處刑命令（§ 410 StPO），另有規定。

⁴ 以 22 上 1058（舊判例）為代表；後續實務從之，參附錄一。

分單獨聲明不服，且亦不得僅就原審判決之法律效果部分，亦即科刑或其特定部分（緩刑、保安處分之諭知與否及當否，亦同）單獨聲明不服，縱使單獨聲明不服，論罪部分乃有關係之部分，視為亦已上訴⁵。

以上 2021.05 修法前之傳統見解，無論就其依據、推理及結論而言，皆有待商榷⁶。論罪科刑不可分之原則，在我國向來被視為自明之理，至於這個原則的內涵究竟為何？何以於第二審時論罪與科刑一定要合併審理呢？又何以科刑部分上訴，原審關於論罪的認定必受影響呢？對於這些基礎而關鍵的問題，傳統見解以問答問，迄今鮮有超過「罪刑不可分」這幾個字以外的理由可供進一步思索。

若依上開舊法時期之傳統見解，案例 Q1-Q4 結論皆是不可分，第二審審判範圍及於同一案件的全部範圍（論罪、科刑、保安處分及沒收）。其結果，所謂一部上訴制度，幾乎毫無用武之地，僅能用在數個不同案件之合併審判情形，但數個案件訴訟關係各自獨立發生，因此本來就可以分別提起上訴⁷，即使法律未規定可以一部上訴，結論亦同。

（二）一部上訴之目的與效益

筆者向來主張，無論從法律規定或法理基礎，科刑或其他法律效

⁵ 舊實務向來認為，上訴人不得僅就原審判決之科刑部分提起上訴，甚且，上訴審亦不得僅就科刑部分撤銷原審判決，前者如 27 滬上 76（舊判例），後者如 37 上 2015（舊判例）。反過來的情形，即僅就論罪部分提起上訴者，效力應及於科刑部分，因此，第二審認為論罪不當者，亦不得僅將其罪名撤銷，而置科刑不問，如 53 台上 289（舊判例）。

至於我國傳統的教科書，就此問題，多半直接援引實務之見解，因而有認為有關係之部分，如罪、刑與保安處分、對於數罪中之一罪上訴，其刑之執行部分、主刑與從刑、緩刑與犯罪及科刑、刑之量定與犯罪、訴訟程序等情形「之類固無論」（如陳樸生，刑訴，頁 476-478）。既然「無論」，恐怕是以為這類問題連討論的價值都沒有了。

⁶ 批評參林鈺雄，註 1 文，頁 115-132；黃東熊，刑訴，頁 640-641。

⁷ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:3.3；註 1 文，頁 124；陳樸生，刑訴，頁 476：「（按：§ 348 I）原審判決，…數被告中一被告上訴者，固為一部上訴；即被告對數犯罪事實中之一部上訴者，亦為一部上訴」。

案例參本書之〈牽連管轄、追加起訴與漏判救濟（例 18: Q4）〉。

果部分，並無不得一部上訴的道理，以下分別從當事人利益、法院負擔及審級結構，說明容許一部上訴的規範目的及實際效益何在。

就當事人之利益言，一部上訴可謂既有利於其攻擊防禦，又合乎其上訴目的之良法美制，因為經過在原審的攻擊防禦之後，被告及檢察官對於案件之爭點已經相對清楚。上訴既然是針對原審判決不服的方法，上訴審理焦點若能夠集中在仍有爭執而不服的部分，自然較為符合當事人提起上訴之目的。一部上訴的用意正是如此，當事人藉得以主動限定上訴法院之審理範圍，不但能夠針對爭點，充分地準備攻擊防禦之方法，並且也較能預期上訴結果，不至於發生對原審判決不爭執之部分，卻被上級審改判的危險⁸。有鑑於此，第 348 條第 1 項才會明文承認當事人得就原審判決提起一部上訴。

就法院負擔及訴訟經濟而言，本於資源和能力的有限性，必須作最有效的運用，這也是一部上訴制度的緣由，在第二審採覆審制的上訴審級結構之下，尤見其效用。假設當事人提起上訴時，不得僅就原審判決之特定部分聲明不服，則第二審法院本於上訴覆審法院之職權，甚至還必須就已經原審判決並且兩造根本不爭執的部分，為完全重複之審理，重新調查證據及認定事實。這種結果，不但曠日費時，浪費法院有限的時間、費用和資源，毫無實益，而且會產生第一審功能被架空、訴訟重心移往第二個事實審的疑慮。

（三）一部上訴之可分性準則及新法立場

一部上訴有諸多類型。在系爭 Q1 至 Q4 涉及的同一案件之一部上訴情形，可略分為三類：

A、僅對論罪提起一部上訴（如 Q1）；

B、僅對法律效果（稱判決宣告的法律效果，包含各種刑罰、保安處分及沒收）提起一部上訴（如 Q2）；

C、僅對法律效果之特定部分提起一部上訴（如 Q3-a 僅對法律效

⁸ 如 27 滬上 76（舊判例），第一審論判處被告普通竊盜罪，被告僅對科刑一部上訴，擬請從寬改判，但竟被上訴審從重改判為加重竊盜罪！

果中的科刑，或 Q3-b 針對科刑部分的未宣告緩刑；Q4 沒收亦同）。

以上各種類型之一部上訴是否合法，取決於所謂的「可分性準則」（Trennbarkeitsformel）⁹，即當事人不服原判決而限定聲明上訴的部分，就判決之內在關係而言，是否有其自主性，而和未聲明上訴的部分，在事實上及法律上可以分開處理為準則。具體言之，取決於下列兩項正反之輔助性基準：

1、就上訴審之審理過程，正面觀察：若上訴審得以原審判決未經聲明部分之認定為基礎，不予更動，僅自行審理經聲明不服之部分，則該一部上訴聲明原則上具有分別審理之可能性，因此亦合法。

2、就可能之審理結果，反面觀察：當聲明不服的部分被撤銷或改判時，如果繼續維持未經聲明不服部分之原審判決法律上及事實上的認定，和經聲明不服部分撤銷改判後的審理結果，兩者不會產生相互矛盾的情況（Erfordernis der Widerspruchsfreiheit），則該一部上訴之聲明，事實上可能分別審理，法律上因而認為合法。

符合上述基準者，即屬第 348 條第 1 項情形，得提起一部上訴；反之，若會產生相互矛盾的情形，則事實上不可能分別審理，法律上因而不容許為一部上訴之聲明，縱使如此聲明，依照第 348 條第 2 項前段規定，未經聲明上訴之部分屬於有關係之部分，視為亦已上訴。

2021.05 本法修正前，實務雖採不同見解；但修正後，立法已明文採取以上可分性準則之立場。

（四）法律效果一部上訴之合法性

若以上述兩項基準檢視可知，Q1 僅就論罪部分（宣告罪責問題）提起上訴者（上述 A 類），科刑部分（法律效果問題）乃第 348 條第 2 項前段所稱的有關係部分，視為亦已上訴。因為科刑依附於論罪而來，具有附屬性，如果論罪部分被撤銷改判，科刑部分不可能單獨存在，否則難免產生「無罪卻有刑」的矛盾情形。例如，案例中甲僅對論罪提起一部上訴，設若第二審法院認為甲應受無罪判決者，例如認為甲

⁹ Vgl. RGSt 33, 17; BGHSt 10, 100 f.; Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 542; M-G/S, StPO, § 318 Rn. 6 ff. Roxin/Schünemann, StVR, 53/15 ff.

欠缺不法所有意圖（所謂之使用竊盜）而自始不該當竊盜罪，如何能夠維持第一審判決科處的2年有期徒刑？果真維持，判決結果豈非「甲無罪，判處2年有期徒刑」？據此，我國實務舊例所稱的罪刑不可分原則，在「論罪一部上訴，效力及於科刑」的範圍（Q1）之內，雖推理太概括但結論正確¹⁰。類此，若僅對論罪提起一部上訴者，沒收亦屬所稱有關係之部分（§ 348 II 前），視為亦已上訴；蓋現行新制下沒收雖非從刑，而係刑罰、保安處分以外之獨立法律效果，但宣告利得沒收（案例該車）之前提乃刑事不法（構成要件該當性+違法性），若容許甲就論罪一部上訴而第二審認為其自始不該當竊盜罪構成要件，欠缺刑事不法之前提要件，犯罪所得之沒收宣告即失所附麗，不能單獨維持，故應一併撤銷，以免裁判矛盾¹¹。

反之，如 Q2 情形，對於法律效果則可以合法提起一部上訴（上述 B 類）。道理何在？以量刑為例，刑罰之量定固然是跟隨罪名而來，有罪才有刑，刑罰不可能完全脫離罪名而單獨存在，但是，審查量刑之程序，有針對量刑事由應特別審酌的事實和適用之法律（刑§ 57 各款參照），這和審查有罪、無罪及所犯何罪之程序並不相同，就此而言，量刑部分仍有其自主性。在罪名部分已經原審判決，並且毫無爭執時，尤為明顯，此時，第二審法院可以完全以原審判決中，關於犯罪事實及罪名之認定為基礎，不再重複調查證明被告犯竊盜罪之人證、物證，而僅就經上訴之量刑部分，審酌量刑之相關事實，並僅在此範圍內調查證據。上訴審這種分別審判的方式，也不會違反有罪才有刑的原則，因為本案中經原審判決後，罪名不但已經存在，甚且還沒有爭執，因此根本不會產生「有刑沒有罪」的尷尬局面。反面以觀，第二審法院審理與量刑部分相關的事實及法律之後，即使加重或減輕被告之量刑，並進而撤銷原審判決中之量刑部分，由於罪名部分仍然本於原審判決竊盜罪之認定，不會也不能加以變更，因此不會造成上訴審改判

¹⁰ 參舊判例 53 台上 289。既然不可分，論罪不當者，處刑也應一併撤銷改判。

¹¹ 在此範圍之內，實務同說，參 107 台上 3837（參附錄一）：「對於罪刑部分合法上訴者，其效力應及於沒收部分。」

的刑度和原審認定之罪名相互矛盾的現象。

甚至於，如 Q3 情形，一部上訴時，還可將聲明不服之範圍，侷限在原審判決所宣示法律效果的「特定」部分（上述 C 類）。如 Q3-a 所示，甲對原審判決之竊盜事實、論罪與法律效果中的沒收，皆不爭執，僅就科刑的量刑太重之部分有所不服，或者 Q3-b 更進一步限縮於科刑的宣告緩刑與否¹²，依照上開可分性準則，第二審可以且應該以原審判決之罪刑為基礎與前提，僅就科刑的量刑輕重或是否宣告緩刑之爭點審理即可。

本法於 2021.05 修法後同本書以上立場。為杜絕實務適用爭議，立法者針對 Q2 情形，明文增訂第 348 條第 3 項規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」其上訴效力不及於原判決論罪部分¹³。本項新增規定，除 Q2 情形外，解釋上亦包含 Q3 即針對某種法律效果之特定部分不服而一部上訴者，如 Q3-a 及 Q3-b 所示情形。至於 Q1 所示，依照可分性準則乃不可分離之情形，故無論修法前或修法後，皆不容許僅對論罪部分提起一部上訴；關此，新法同此立場，並於立法理由強調：「對於認定犯罪事實部分提起上訴者，仍適用第二項前段規定，其效力及於相關之刑、沒收或保安處分部分。」

¹² 我國實務舊例採反對說。如 20 上 221（舊判例），上訴權人僅擬單獨針對緩刑問題提起上訴：「上訴意旨雖僅就原判決關於被告吸食鴉片，以及館舍供人吸鴉片等罪所併科之罰金，未予同時宣告緩刑，為提起上訴之理由，然其犯罪是否成立，應否科刑，於緩刑問題至有關係，則該部分之論罪科刑，自不得不上訴論。」上開實務說法其實是循環論證，且欠缺部分既判力之概念；因為在一部上訴和部分既判力的制度之下，原審論罪和其他科刑部分，即已經確定，上級審必須以此為「前提」來審理！就保安處分與論罪科刑之上訴關係，參 26 院 1614。

上開我國實務，向來皆以緩刑、保安處分與論罪科刑上訴不可分為由，不認為該一部上訴之聲明有效；反之，這種單獨聲明不服之一部上訴方式，在德國實務則扮演著重要角色。Vgl. BGHSt 24, 164, 165; 47, 32, 35; Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 542; Roxin/Schünemann, StVR, 53/17.

¹³ 立法理由三：「其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍」（參附錄二）。

二、沒收一部上訴之特論

依照前述的可分性準則，不但可以針對法律效果，甚且可以針對法律效果的特定部分，提起一部上訴（如 Q3-a 只針對量刑、Q3-b 只針對是否諭知緩刑）；既然如此，自亦得僅對法律效果的沒收部分提起一部上訴，理論上本無疑義。就正面檢驗言，第二審僅針對沒收問題具審理可能性（如僅限於 Q4 甲爭執的發還排除沒收問題¹⁴）；就反面言，即使將沒收部分撤銷改判，其他未上訴之判決部分（如論罪、科刑、保安處分）既不受影響也不會產生矛盾，因此具可分性，並非所稱有關係部分（§ 348 II）。故 Q4 甲得僅對沒收不服而一部上訴。2021.05 修法亦明示得對沒收一部上訴（§ 348 III），結論同本書立場。

以上結論，不因沒收新、舊制而有不同。簡言之，2016.07.01 起施行的沒收新制，在實體法方面去從刑化，立法者認為沒收應重新定性為「刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，而非屬從刑」，並再三確認「沒收已不具刑罰本質」，進而開展第三人沒收、單獨宣告沒收等重大的新制突破¹⁵。此外，由於實體法擴張至第三人沒收，為保障其聽審權、救濟權等程序權利，故程序法亦相應配合修正，引進沒收第三人參與程序等新規定（§§ 455-12~）¹⁶；據此，參與人得獨立提起上訴，但上訴效力及範圍有特別規定，例如「（僅）對於沒收之判決提起

¹⁴ 「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」（刑§ 38-I V），亦即，「限於個案已實際合法發還被害人時，始毋庸沒收，至是否有潛在被害人，則非所問」（參立法理由）。案例所示因該贓車被害主不明，無從實際合法發還，故仍應宣告沒收。與此新法意旨不符之舊判例（如 40 台非 5），最高法院決議已予廢除，評釋參林鈺雄，〈財產犯罪所得之沒收與發還問題—兼評最高法院 106 年度相關決議及裁判〉，刊：《法學與風範—陳子平教授榮退論文集》，2018.01，頁 63-89。另參林鈺雄，沒收-Ch06 之說明。

至於甲所辯罪疑唯輕/疑利被告，本來就僅適用於事實而不適用於法律問題判斷。參林鈺雄，刑訴 I-Ch05:2.1.2；本書之〈罪疑唯輕原則之適用範圍（例 1）〉。

¹⁵ 刑法§ 2 立法理由一、（一）；刪除§ 34 立法理由及新增第 5-I 章立法理由。參林鈺雄，沒收-Ch01；刑總-Ch18:6。

¹⁶ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch29:3；〈綜覽沒收程序新法（下）〉，《月旦法學教室》，175 期，2017.05，頁 47-57。

上訴者，其效力不及於本案判決」；此外，參與人提起第二審上訴時，原則上不得就原審認定犯罪事實與沒收其財產相關部分再行爭執（§ 455-27）。

就實體法言，於沒收舊制時期，刑法的法律效果採刑罰與保安處分之「雙軌制」，沒收屬於刑罰之從刑項目；於新制時期，則採刑罰、保安處分與沒收獨立效果之「多軌制」。但無論新舊法也無論幾軌，沒收皆是刑法所明定法律效果的其中一種，既然允許針對法律效果之特定部分提起一部上訴，在沒收舊制從刑屬性時，沒收上訴已具可分性，應可單獨不服沒收部分¹⁷，於沒收新制獨立效果之下，更具可分性。

總言之，沒收新制後針對沒收部分仍得一部上訴。至於參與人上訴之效力及範圍的特別規定，並不妨礙此一結論。蓋條文所謂「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決；對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決。」（§ 455-27 I），本來就是承認一部上訴制度並運用可分性準則之當然結果，立法反而印證本文主張的沒收一部上訴之可分性，其立法理由（避免裁判矛盾、避免程序延滯）亦是如此說明。但就法條適用言，第 455-27 條規範的對象是沒收參與人之上訴，至於被告就沒收之一部上訴，則非該條規範對象。在 2021.05 修正後，沒收參與人以外之沒收一部上訴，皆是依據第 348 條的上訴通則規定。

附帶一提，沒收新制施行後、刑訴一部上訴修正前，實務就 Q4 沒收之可分性問題，見解頗為分歧¹⁸。但這已經是歷史，爾後不論是

¹⁷ 在舊法時期，若對主刑不服，實務本於「主、從刑不可分，而沒收是從刑」，認為沒收乃有關係之部分。如 22 上 139 判例（已廢）：「沒收係從刑之一種，與主刑有從屬關係，主刑撤銷，從刑即不能獨立存在，原審既以第一審判決罪刑部分為不當，撤銷改判，而於沒收部分，仍予維持，亦有未合。」（同說如陳樸生，刑訴，頁 477）。

但應注意，以上判例事實是針對「主刑上訴時，沒收不可分」而發，而非處理相反情形（沒收一部上訴時，主刑可不可分）；更何況沒收修法去從刑化後，以上判例已經失所附麗不能援用。

¹⁸ 如處理沒收部分撤銷的 106 台上 3784，從沒收具備獨立性出發，認為在訴訟程序，沒收得與罪刑區分，非從屬於主刑，則本於沒收之獨立性，法院自

被告或參與人針對沒收上訴，皆適用可分性準則，效力皆不及於本案論罪或其他法律效果（科刑、保安處分）。

三、一部上訴之法律效果

（一）部分既判力

不合法之一部上訴（如 Q1），產生何種法律效果？當事人上訴且不法聲明為一部上訴時，不宜概括認定其整個上訴不合法，使其喪失上訴權；不合法聲明一部上訴時，其一部上訴之限制無效，視同沒有限制，結論同全部上訴¹⁹。故 Q1 情形，應認為案件已全部上訴。當然，此時基於訴訟照料義務，法官宜闡明，避免當事人發生類此錯誤²⁰。

合法之一部上訴（如 Q2-Q4），產生何種法律效果？一來，就原審判決已否確定之角度觀察，已經聲明上訴之部分，因為合法上訴而移審且阻斷原判決確定之效力，是以此部分並未產生既判力（Rechtskraft），上訴審依法得予撤銷改判；反之，未經聲明上訴之部分，由於並未移審且無阻斷判決確定之效力，故在此範圍之內產生「部分之既判力」（Teilrechtskraft），上訴審依法不得撤銷改判，此乃承認一部上訴制度的當然結果。

得於本案罪刑部分上訴不合法駁回時，單獨就沒收部分予以撤銷。反之，106 台上 3601，則從「對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決」（§ 455-27 1 後）的參與規定，反面推論，認為此規定無法直接適用於原有附隨於刑事本案沒收被告財產之一般沒收程序，「則在法無明文之情形下，當事人縱使僅就沒收部分提起上訴，依刑事訴訟法第 348 條第 2 項規定，相關連之本案判決仍屬有關係之部分，亦應視為已經上訴」（107 台非 24 同旨）。此等結論，仍是沿襲實務舊例的思維，本不可採，於§ 348 修法後更不應再援用。應予注意，此與相反情形，不可混為一談：「對論罪或罪刑一部上訴者，效力應及於沒收」，已如前述（上文一；107 台上 3837）。

¹⁹ Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 542; Roxin/Schünemann, StVR, 53/15 ff.

²⁰ 參§ 348 修法理由一：「上訴書狀若未聲明係對於判決之一部或全部提起上訴，原審或上訴審法院為確認上訴之範圍，並基於訴訟照料之義務，自應進行闡明，曉諭上訴人以言詞或書面就其上訴範圍為必要之陳述。」據此，當事人若不法聲明一部上訴者，法官亦宜比照上述方法闡明之。

二來，就上訴審審判範圍之角度觀察，上訴審僅能就原審判決經上訴之部分，亦即尚未確定之部分予以審判（包含與其有關係之部分），上訴有理由時的撤銷範圍也僅以此為限，不得就其他部分予以審判，否則即屬「未受請求之事項予以判決」之判決當然違背法令（§ 379 ②），成為絕對上訴第三審之事由（68 台上 1325，參附錄一）。

（二）一部上訴與不利益變更禁止原則

「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」（§ 370 I）。此項不利益變更禁止（Verschlechterungsverbot; Verbot der reformatio in peius）之原則，目的在於防止被告因為畏懼受更不利之上訴審判決，因而放棄上訴權之行使，其保護被告之用意固然相當明顯，但是，另一方面，從上開規定可知，此一原則的適用前提限於「僅被告上訴或為被告之利益而合法上訴（28 上 1122：必以合法上訴為前提），且檢察官或自訴人並未為被告之不利益而提起合法上訴之情形」²¹，如案例的 Q1-Q4 情形即符合此一適用前提；反之，被告雖上訴，一旦檢察官為被告不利益亦上訴者，在合法上訴範圍內，就自始排除不利益變更禁止原則之適用，如案例 Q5。

就此項原則與一部上訴之交互作用關係而言²²，首應說明，唯有合法移審至第二審審判範圍之內者，才會產生利益或不利益變更之問題。據此，上訴人合法聲明一部上訴時，第二審法院之審判範圍，僅限於經聲明不服之部分，並且僅此部分受不利益變更禁止原則之拘束。反之，依法未經聲明上訴之部分，由於根本不在第二審審判範圍，從而也不會有審判時應否及如何受不利益變更禁止原則拘束的問題。

據此，Q1 因限制一部上訴之聲明不合法，而回歸全部上訴之原則，因僅被告上訴，故全部皆有不利益變更禁止原則之適用。Q2-Q4 情形，僅被告上訴，且皆為合法之一部上訴，移審及第二審審判範圍

²¹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:6.1。Vgl. auch Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 540.

²² 參林鈺雄，註 1 文，頁 132-134。另參本書之〈不利益變更禁止原則之審查順序（例 23）〉。

亦僅限於經聲明不服的各該一部上訴，亦即，Q2 的全部法律效果、Q3 的量刑輕重或應否緩刑部分，Q4 的沒收²³，於此一部上訴範圍內符合不利益變更禁止原則之適用前提。

Q5 結合 Q1-Q4，由於除被告上訴外，檢察官亦為被告不利益而全部上訴，已不符合不利益變更禁止原則之適用前提（§ 370 I）；是以，從 Q1 到 Q4，甲竊盜案的全部範圍（論罪、科刑及沒收）都因檢察官全部上訴移審而阻斷確定，皆在第二審的審判範圍，且全部排除不利益變更禁止原則，因此，第二審法院縱使諭知較重之刑，亦不違法。

四、不得上訴第三審案件之沒收一部上訴

Q6 所示乃沒收一部上訴第三審之問題。關鍵在於上訴第三審案件之特殊限制（§ 376）。簡言之，應區分兩種情形：

1、若屬得上訴第三審之案件，沒收一部上訴乃上訴通則規定（§ 348），自亦得僅針對沒收一部上訴，其情形與以上 Q4 所述並無任何不同。

2、反之，若屬不得上訴第三審之案件，如案例所示竊盜罪（§ 376 I ②），情形則有所不同。

詳言之，本法第 376 條規定原無例外條款，但學說主張，於第二審始改判有罪之本條各款案件，為符合有權利有救濟、至少賦予一次救濟機會之憲法要求及兩公約意旨（Art. 14 V ICCPR（right to appeal/review）：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。」），並避免有罪之突襲性裁判，應例外容許上訴第三審救濟²⁴。106 釋 752 從之，遂宣告舊法違憲，隨後立法院於 2017 年底修正為現行新法，增訂如下但書規定：「但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴。」（§ 376 I 但）。

²³ 但在刑法沒收新制之下，沒收已經去從刑化，並非§ 370 I 條文文義所稱「不得諭知較重於原審判決之『刑』」，立法論上宜否包含沒收，此乃另一問題。

²⁴ 林鈺雄，刑訴 II-Ch23:2.1.2.4；惟實務舊例曾採相反見解。

據此，雖為竊盜案件，若第二審始改判有罪者，被告甲自得依法提起第三審上訴，包含沒收部分，並無疑義。但案例 Q6 所示，第一、二審皆判處甲竊盜罪刑，僅於第二審始增諭知沒收，此雖屬對被告不利之法律效果，但非增修但書文義所稱改判有罪情形，亦不在公政公約系爭條款的射程距離，是以，文獻雖有比照但書之肯定說主張²⁵，但實務於新法後皆採否定說（參附錄一）。如 108 台上 2730 表示於第二審始對本案被告初次宣告沒收，其得否上訴，端視該本案罪刑部分是否為得上訴於第三審法院而定；據此，Q6 因竊盜罪不得上訴第三審且無但書之容許例外，故甲不得就沒收部分上訴第三審；110 台上 2118 更指出：第 376 條於 2017 年底修正時，立法者「未就所有不論於形式或實質上第二審撤銷改判較不利於第一審之判決，均賦予再一次之救濟機會（如第一審判決有罪，第二審亦判決有罪但加重其刑；或第一審未諭知沒收，而第二審諭知相關沒收等），應認已經立法機關充分衡量各項因素，以裁量而為之審級限制設計。」換言之，實務認為此乃我國立法者有意之選擇。

參、〔結論〕

綜上所述，可否就原審判決之論罪（事實及罪名認定）或法律效果（科刑、保安處分或沒收），單獨提起一部上訴，取決於「可分性之準則」：即當事人不服原判決而限制聲明上訴的部分，就上訴審之審理過程，正面觀察，其分開審理具可能性，且從可能之審理結果，反面觀察，當聲明不服的部分被撤銷或改判時，不會和未聲明不服部分產生相互矛盾的情況，則具可分性，例如針對原審宣告的法律效果或其特定部分（Q2-Q4），依法得一部上訴（§ 348 I）。此等制度，既符合當事人利益，又可減輕法院負擔，促進訴訟經濟。但我國舊法傳統實務見解不當限縮適用範圍，使一部上訴制度的效益，大打折扣；於

²⁵ 參吳燦，〈不得上訴第三審案件與第三人沒收之上訴〉，《月旦裁判時報》，83 期，2019 年 5 月，頁 12-19；黃東熊，〈從保障參與沒收程序第三人審級利益談起〉，《臺灣法學雜誌》，413 期，2021 年 4 月，頁 47-62。

2021.05 修正一部上訴規定後（新增修§ 348 III：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」），已明示採取本書相同見解，故舊法時期之實務已不可再援用。

案例 Q1，被告僅擬就論罪部分提起一部上訴，但此乃不可分情形，論罪若有理由，其法律效果必須連動，無法分離審判，否則會生裁判矛盾（例如無罪但有刑），故不生一部上訴之效力。此等不合法限制聲明情形，解釋上應回歸原則情形之全部上訴，故本案全部（論罪、科刑及沒收）都因上訴移審而阻斷確定，也全部在第二審的審判範圍。因僅被告提起上訴，故亦適用不利益變更禁止原則。

案例 Q2，僅被告提起上訴，且被告僅就法律效果（科刑及沒收）提起上訴，依照上訴可分性原則，此乃合法之一部上訴，科刑及沒收部分因為合法上訴、移審而阻斷確定；舊法時期雖實務曾採不同見解，但新法修正後同本書見解（§ 348 III）。至於論罪部分，則因未經上訴而已先行確定，產生部分之既判力；此時，第二審法院應以第一審判決的論罪認定（竊盜之犯罪事實及罪名）為前提及基礎，專就其科刑及沒收部分予以審判，如認第一審判決科刑過重或沒收不當，則可撤銷改判，也不會產生相互矛盾之情形。因僅被告提起上訴，故在此合法一部上訴範圍內，亦適用不利益變更禁止原則。

一部上訴，不但得限定在原審宣示的法律效果，亦得在可分性準則之下，再進一步限定在法律效果的特定部分；我國一部上訴規定修正後，結論亦同（新增修§ 348 III，解釋上可包含 Q3 情形）。如 Q3 僅就科刑之量刑太重（Q3-a）或未宣告緩刑（Q3-b）部分提起一部上訴，竊盜罪之論罪及沒收部分，皆已產生部分既判力，第二審應以此為前提而單獨審酌科刑部分的量刑或（未）宣告緩刑有無違法或不當。因僅被告提起上訴，故在此合法一部上訴範圍內，亦適用不利益變更禁止原則。

同理，Q4 情形，亦得針對沒收提起一部上訴，其道理同科刑之一部上訴，無關沒收新舊法。至於我國沒收程序新法雖特別針對第三人參與形容許沒收之一部上訴，但這本來就無礙被告原本即得依法針對沒收提起一部上訴之權利（§ 348 I）。故 Q4 甲既然明確針對沒收

一部上訴，論罪、科刑部分皆先行確定產生部分既判力，第二審審判範圍僅限於沒收部分。我國一部上訴規定修正後，立法者亦已明示採取本書相同見解（§ 348 III）。

系爭 Q5 結合 Q1 -Q4，由於檢察官聲明對甲竊盜案全部上訴，故從 Q1 到 Q4，甲竊盜案的全部範圍（論罪、科刑及沒收）都因檢察官全部上訴移審而阻斷確定，也全部都在第二審的審判範圍。此外，由於檢察官係為被告不利益而上訴，故自始不在不利益變更禁止原則之適用範圍（§ 370 I）。

Q6 雖第二審新增諭知沒收，但本案竊盜罪原屬第 376 條第 1 項所列不得上訴第三審之案件（§ 376 I ②），且無同項但書所稱於第二審始改判有罪之情形，故無論修法前後，實務見解率皆採取否定說。據此，甲不得就本案亦不得單獨針對第二審沒收宣告，提起第三審上訴，其上訴不合法。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

一、相關實務見解

※ 68 台上 1325（舊判例）（數案件之一部上訴）

（§ 348 I）規定，上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，乃於當事人之真意不甚明確時，依此規定，以確定其上訴之範圍，若當事人之真意甚為明確，即無適用此項規定之餘地，本件上訴人因販賣禁藥、竊盜及恐嚇案件（按：三個案件），不服第一審判決，提起第二審上訴，其上訴狀雖未聲明為一部上訴或全部上訴，惟其在原審審判期日陳述上訴之要旨時，業已表明「祇對販賣禁藥部分上訴，竊盜、恐嚇部分沒有上訴」云云，原審猶認恐嚇部分係在上訴之範圍，一併予以審判，自係對於未受請求之事項予以判決，其判決當然為違背法令。

※ 95 台上 6140（有關係之部分、上訴不可分）①注意法律已修正

（§ 348 II 有關係之部分）...是檢察官以實質一罪或裁判上一罪起訴之事實中，雖部分經第一審法院於判決理由內說明不另為無罪之諭知，而當事人上訴時僅就諭知有罪部分敘明理由，基於審判不可分之關係及上開規定，該不另為無罪諭知部分，視為已上訴，上訴審自應就全部起訴事實加以判決。...

原判決竟以其認甲某該不另為無罪諭知部分之行為，與上開有罪部分，係犯意各別，無裁判上一罪關係，非甲某上訴效力所及，不在原審審理範圍內為由，未予裁判，且就乙某上開不另為無罪諭知部分，亦認而未論，既未予裁判，亦未為任何說明，均顯有已受請求之事項未予判決之違背法令。

※ 102 台上 2055（數案件之一部上訴）

按數罪併罰（按：數案件）之定應執行之刑，並非將數罪併合為一罪，其各罪所宣告之罪刑，仍獨立存在，不過因併合處罰，依法定其一應執行之刑而已。故對同一判決併合處罰之數罪，如僅就其中之一罪提起上訴者，即與未上訴之獨立他罪無關，仍屬一部上訴。至併合處罰之數罪其中一罪或數罪上訴（非全部上訴）經上級法院撤銷改判，則原定之應執行刑即失其效力，應待各罪確定後另依法定其應執行之刑。

※ 106 台上 3784（沒收之一部撤銷/沒收判決之可分性）

現行刑法之沒收，係刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非從刑，且為使犯罪行為人不得保有不法利得，其本質為「準不當得利的衡平措施」。又因沒收具備獨立性，得由檢察官另聲請法院為單獨沒收之宣告（刑法第 40 條第 3 項、刑事訴訟法第 259 條之 1、第 455 條之 34 至 37 參照），因而在訴訟程序，沒收得與罪刑區分，非從屬於主刑。本件檢察官僅對原判決部分沒收提起上訴，雖鄭某、黃某、郭某就本案均提起上訴，然本於沒收之獨立性，本院自得於本案罪刑部分上訴不合法駁回時，單獨就沒收部分予以撤銷，合先敘明。

※ 107 台上 3837（罪刑一部上訴效力及於沒收）

沒收固為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，但仍以犯罪（違法）行為存在為前提，而其依附關係。為避免沒收裁判所依附之前提即罪刑部分，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖沒收部分之基礎，造成裁判矛盾，不論依刑事訴訟法第 348 條規定或第 455 條之 27 第 1 項前段之法理，上訴權人對於罪刑部分合法上訴者，其效力應及於沒收部分。又現行法第二審採覆審制，第二審法院應就原審判決經上訴部分調查，並依調查證據結果，認定事實、適用法律。本件上訴人雖係以第一審判決罪刑部分量刑過重為由，提起第二審上訴，其效力既及於沒收部分，且第一審判決關於不予沒收之法律適用，復有前述違誤，原判決予以撤銷改判，諭知沒收、追徵，即無不合同法第 370 條第 1 項前段不利益變更禁止之規定可言。

※ 108 台上 2730（上訴第三審限制/沒收一部上訴）

刑事被告本案之沒收與其所犯之罪名，具有一定之依附關係。且刑事訴訟關於被告部分，併就本案確認刑罰之有無、範圍與沒收部分同時審理，程序上並無區隔，案內關涉應予沒收財產之諭知與罪刑之宣告，既程序主體同一，

俱以被告之犯罪行為存在為前提，即非彼此完全分離之訴訟關係，從而第二審法院所為刑事被告本案沒收之判決得否上訴，端視該本案罪刑部分是否為得上訴於第三審法院而定。此與第三人參與之沒收特別程序，非但係特定於沒收事項，且須開啟另一沒收程序，俾其有參與程序之權利與尋求救濟之機會，尚屬有別。…經第一、二審均論罪（按：背信罪），其本案罪刑部分，自不得上訴於第三審法院，縱第二審法院初次為上訴人本案沒收之判決，揆諸首開說明，其沒收部分亦不得上訴於第三審法院。（按：最高法院穩定見解，108台上4053、108台抗1585同旨；更詳細理由摘要參下述110台上2118）。

※ 110台上2118（上訴第三審限制/沒收一部上訴）

司法院釋字第752號解釋固對於修正前刑事訴訟法第376條第1、2款規定之案件，認經第二審撤銷第一審無罪判決並自為有罪判決，若被告不得上訴於第三審法院，未能提供至少一次上訴救濟之機會，認與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違。故民國106年11月16日經立法院修正而總統公布之現行刑事訴訟法第376條第1項已本此解釋意旨規定：有同條項第1至7款之各罪案件經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴。惟未就所有不論於形式或實質上第二審撤銷改判較不利於第一審之判決，均賦予再一次之救濟機會（如第一審判決有罪，第二審亦判決有罪但加重其刑；或第一審未諭知沒收，而第二審諭知相關沒收等），應認已經立法機關充分衡量各項因素，以裁量而為之審級限制設計。況刑法上沒收新制將沒收性質變革為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，已非刑罰（從刑），但其仍以犯罪（違法）行為之存在為前提，而依刑事訴訟法第309條第1款規定，有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，並分別記載諭知之沒收，可徵刑事被告本案之沒收與其所犯之罪名，具有一定之依附關係。且刑事訴訟關於被告部分，併就本案確認刑罰之有無、範圍與沒收部分同時審理，程序上並無區隔，案內關係應予沒收財產之諭知與罪刑之宣告，在程序既主體同一，俱以被告之犯罪行為存在為前提，即非彼此完全分離之訴訟關係，從而第二審法院所為刑事被告本案沒收之判決得否上訴，端視該本案罪刑部分是否為得上訴於第三審法院而定。尤以刑法第38條之1第1項規定犯罪所得應沒收規定，依其立法理由係謂：「為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，現行法（指修正前）第38條第1項第3款及第3項對屬於犯罪行為人之犯罪所得僅規定得沒收，難以遏阻犯罪誘因，而無法杜絕犯罪，亦與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖，爰參考前揭反貪腐公約及德國刑法第73條規定，將屬於犯罪行為人所有之犯罪所得，修正為應沒收之」。且刑法第2條第2項亦同步修正將沒收適用裁判時之法律，即認沒收無關禁止溯及既往原則，故即使被告於行為時關於犯罪所得並無義務沒收之規定，於裁判時仍應適用沒收新法。再為貫徹任何人都不得保有犯罪所得之原則，以根絕犯罪誘因之目的，

縱於僅被告上訴或為被告之利益而上訴，下級審就被告犯罪所得有所短計或漏算時，仍允許上級審於更正計算後，諭知較下級審為多之所得數額沒收，即修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無刑事訴訟法第 370 條第 1、2 項關於不利變更禁止原則之適用。在在顯示修正後沒收新制係為徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因，與司法院釋字第 752 號解釋及現行刑事訴訟法第 376 條之修正，為使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，故給予一次尋求救濟之機會意旨，各有不同的目的及使命。…本件第一審判決雖以上訴人辯稱沒有拿到抽頭金，且卷內亦無上訴人已實際結算取得抽頭金之證據，而認無從為犯罪所得沒收之宣告，然原判決認此部分未治，予以撤銷，並適用裁判時之法律，諭知沒收上訴人之犯罪所得。則其本案部分既屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 1 款之案件，且經第一、二審均論罪，自不得上訴於第三審法院，縱原審法院初次對上訴人之犯罪所得宣告沒收，揆諸前揭說明，其沒收部分亦不得上訴於第三審法院。本件上訴人猶提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。

二、修法資料

※ 2021.5.31 修正通過；2021.6.16 總統公布

※ 刑事訴訟法第 348 條條文

（刪除線為修正前之舊法文字，底線為新增文字）：

（第 1 項）上訴得對於判決之一部為之~~之~~未聲明為一部者，亦視為全部上訴。

（第 2 項）對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。

（第 3 項）上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。

※ 修法理由：

一、提起第二審上訴之目的，既在請求第二審法院撤銷、變更原判決，自須提出具體理由，第三百六十一條本此意旨，於九十六年七月四日修正公布增訂第二項，明定上訴第二審之上訴書狀應敘述具體理由。則上訴人就未提出具體理由聲明上訴部分，並無請求撤銷、變更原判決之意，自無再擬制視為全部上訴之必要，爰配合修正，刪除第一項後段規定。至上訴書狀若未聲明係對於判決之一部或全部提起上訴，原審或上訴審法院為確認上訴之範圍，並基於訴訟照料之義務，自應進行闡明，曉諭上訴人以言詞或書面就其上訴範圍為必要之陳述。又若上訴審法院未闡明或誤認上訴範圍，現行已有就漏未判決部分得請求法院補充判決，或就訴外裁判情形得提起上訴或非常上訴

等處理機制可資救濟，均併予敘明。

二、惟如判決之各部分具有在審判上無從分割之關係，因一部上訴而其全部必受影響者，該有關係而未經聲明上訴之部分，亦應成為上訴審審判之範圍。例如，不論上訴權人係對實質上一罪或裁判上一罪之有罪或無罪、免訴、不受理部分上訴，其有關係之有罪部分，視為亦已上訴，此不僅可使各部分犯罪事實之確定時期一致，更有利於被告之量刑。但未經聲明上訴之部分，倘為無罪、免訴或不受理者，應使該無罪、免訴或不受理部分不生移審上訴審之效果而告確定，以避免被告受到裁判之突襲，並減輕被告訟累，且當事人既無意就此部分聲明上訴，將之排除在當事人攻防對象之外，亦符合當事人進行主義之精神，爰增訂第二項但書規定，以資適用。又本項但書所稱「無罪、免訴或不受理者」，並不以在主文內諭知者為限，即第一審判決就有關係之部分於理由內說明不另為無罪、免訴或不受理之諭知者，亦屬之，附此敘明。

三、為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍。爰增訂本條第三項，作為第二項之例外規定，以資適用。至對於認定犯罪事實部分提起上訴者，仍適用第二項前段規定，其效力及於相關之刑、沒收或保安處分部分。又定應執行刑係以其各罪宣告之刑為基礎，如僅針對各罪之刑提起上訴，而經第二審法院撤銷改判者，原審定應執行刑之基礎已有變更，其原定應執行刑部分應失其效力，此為當然之理，無待明文規定。

※ 刑事訴訟法施行法第 7-13 條條文（新增時之效力規定）：

中華民國一百一十年五月三十一日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，於施行後仍適用修正前刑事訴訟法第三百四十八條規定；已終結或已繫屬於各級法院而未終結之案件，於施行後提起再審或非常上訴者，亦同。

不利益變更禁止原則之審查順序

檢察官起訴甲利用乙女服用藥劑陷於不能抗拒時猥褻之，經第一審法院以乘機猥褻罪名（刑§ 225 II）判處1年6月有期徒刑，並宣告2年期間之緩刑。被告甲未上訴，但甲妻丙不服判決，堅信此乃乙女設計之「仙人跳」，遂不顧甲之反對，於上訴期間內附具體理由提起上訴。試問下列各種上訴情形，第二審法院之審判，是否違反不利益變更禁止原則（§ 370）？

- 1、設若檢察官亦為被告之不利益提起合法上訴，經第二審法院認為上訴有理由，仍論以乘機猥褻罪名但改判2年有期徒刑，並認甲以入監執行為宜而一併撤銷原審緩刑宣告（Q1-a）。或設若丙於第二審判決前，得甲之同意撤回上訴者，情形有無不同（Q1-b）？
- 2、設若檢察官未上訴，第二審仍論以乘機猥褻罪名，但撤銷改判2年有期徒刑並改宣告3年期間之緩刑，且增宣告犯罪工具之沒收。
- 3、設若檢察官未上訴，但第二審法院調查後，認為乙女服用之藥劑乃甲事先刻意設計而騙取乙服用，構成加重強制猥褻罪（刑§§ 224, 224-1），遂撤銷原審罪刑及緩刑宣告，並改判5年有期徒刑。
- 4、設若檢察官未上訴，第二審以乘機猥褻罪名改判1年有期徒刑並維持緩刑宣告；檢察官不服，為被告不利益上訴第三審，經第三審撤銷發回第二審更審後，更審判決以無理由駁回丙上訴，維持第一審判決之乘機猥褻罪名、刑度（1年6月）及緩刑宣告（2年）。
- 5、設若甲因另犯竊盜罪被宣告1年有期徒刑，第一審法院遂依數罪併罰合併定應執行刑1年9月有期徒刑；檢察官未上訴，第二審維持第一審各罪之論罪及宣告刑，但改定應執行刑為2年有期徒刑。

壹、〔提要〕

【相關條文】§ 370

【關鍵詞】不利益變更禁止原則、緩刑、沒收、定應執行刑

「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」（§ 370 I），稱為「不利益變更禁止」（Verschlechterungsverbot; Verbot der reformatio in peius）之原則，其規範目的在於防止被告因為畏懼受更不利之上訴審判決，因而放棄上訴權之行使。案例所示 Q1-Q5，分別涉及此項原則的三個層次，具有審查的先後順序關係¹：

一、適用前提之審查（Q1）：條文所稱「（僅）由被告上訴或（僅）為被告之利益而上訴者」即是不利益變更禁止原則的「適用前提」，一旦欠缺此項前提要件，再無以下原則或例外問題，審查到此結束。反之，若具備此一要件，則應繼續審查。

二、禁止加重原則之審查（Q2）：此即條文所稱「第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑」，共計審查第二審法院、原審法院（Q4）、較重之刑（Q5 另注意§ 370 II, III 增訂「定其應執行之刑」之立法修正）等三個法律要件，此三要件「皆」符合者，適用禁止加重原則，禁止對被告為更不利益之判決，但要繼續審查有無但書所示的容許例外。

三、容許加重例外之審查（Q3）：所稱「但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限」乃容許例外，已經通過一、二兩關的審查者，才有必要進行此一例外審查。

一般所泛稱的「違反不利益變更禁止原則」，依照上開審查層次，

¹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:6；〈不利益變更禁止原則之適用前提—最高法院 103 臺上 3020 判決〉，《臺灣法學雜誌》，278 期，2015.08，頁 183-190；薛智仁，〈刑事程序之不利益變更禁止原則—以最高法院判決之變遷為中心〉，《月旦法學雜誌》，209 期，2012.10，頁 106-136。Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, Rn. 540 f.; M-G/S, StPO, § 331 Rn. 1 ff.; Roxin/Schünemann, StVR, 53/31 ff.

精確而言，是指個案同時符合三要件（1、符合其適用前提，2、構成所稱之禁止加重，3、且無容許例外者），始屬之²。

貳、〔解析〕

一、適用前提之審查：僅為被告利益而上訴

首先，不利益變更禁止原則僅適用於「由被告上訴或為被告之利益而上訴者」（§ 370 I 本），這既是現行立法的明文規定，也是學說實務的確定見解，並無爭議，但實際個案時常因欠缺審查順序觀念而被忽略。由於被告也只能為自己利益而上訴，否則欠缺上訴利益，因此，這種情形可簡稱為「僅為被告利益上訴」。詳言之，僅於以下三種上訴（以下所稱上訴，皆指合乎法定程式之合法上訴而言³）之 A 種情形，始有適用此原則的餘地：

A、僅被告上訴或為被告之利益而上訴，且檢察官（或自訴人，因與本案無關，下略）並未為被告之不利利益而提起上訴之情形，適用此項原則。所稱「為被告之利益」，雖包括檢察官為被告利益而上訴者（§ 344 IV），但與本案無關，下略。

B、僅檢察官為被告之不利利益提起上訴，且被告或其他上訴權人並未為被告之利益提起上訴者，不適用此項原則。

C、檢察官為被告之不利利益提起上訴，且被告或其他上訴權人亦為被告之利益提起上訴者，亦不適用此項原則。

² 就比較法例言，德國法規定的不利益變更禁止原則，禁止加重範圍一般而言比我國廣泛，且無相當於我國§ 370 I 但書之容許例外，但緩刑則被排除適用（vgl. Roxin/Schünemann, StVR, 53/35 m.w.N.）；關此立法論問題，在此不贅。參德國刑事訴訟法第 331 條【不利益變更禁止】：「I. 事實審上訴，若僅由[狹義]被告提起，或為[狹義]被告之利益由檢察官或[狹義]被告之法定代理人提起時，不得對於原判決在犯罪法律效果之種類及刑度上，為不利於[狹義]被告之變更。II. 安置精神病醫院或戒癮處所之命令，不受前項規定之限制。」

³ 上訴須「合法」，但不以「有理由」為必要，參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:6.1。但實務近例有混淆者，如 101 台上 272，殊值商榷。

簡言之，一旦檢察官為被告之不利益提起合法上訴者，不論是以上 B 或 C 的情形，也不論該上訴第二審判決最後結果有、無理由，皆不在不利益變更禁止原則之適用範圍，審查也到此結束。

應用到系爭本案，Q1-Q5 應如何判斷的「前提問題」皆是：檢察官對第一審判決有無為被告不利益而合法提起第二審上訴？若有，再也不生適用或違反不利益變更禁止原則的問題了，換言之，不論上訴後第二審如何審判、再上訴後最高法院是否撤銷發回或幾次發回更審，根本都是在非所問的無關問題！

案例所示，第一審為有罪科刑判決，被告甲本人雖未上訴，但其配偶丙「得為被告之利益獨立上訴」（§ 345）；所稱「獨立上訴」，係指其上訴與否不受被告意思之拘束而言，故甲雖反對亦不影響丙上訴效力⁴。據此，Q2、Q3 所示（Q4、Q5 亦同，詳下述四），屬於上開 A 情形，因僅為被告利益而上訴且檢察官未為被告之不利益而上訴，前提審查通過，有第 370 條的適用，應繼續審查以下二、三的原則與例外問題。

反之，Q1 不符合適用前提，審查到此結束。Q1-a 所示，屬於上開 C 情形，雖丙為被告利益而上訴，但因檢察官亦為被告不利益提起合法上訴，故自始排除第 370 條之適用，第二審雖諭知較重之刑，仍不生違反不利益變更禁止原則之問題。Q1-b 所示，則屬上開 B 情形，但同樣自始排除第 370 條之適用，結論相同；蓋上訴權人合法上訴後，又合法撤回者，本來因上訴而於上級審產生的訴訟關係，隨之溯及消滅，如同自始未提起上訴之情形⁵。Q1-b 丙上訴後，於判決前得被告之同意而合法撤回上訴（§§ 354, 355），效果等同未上訴，且被告本人及其他上訴權人又皆未為被告之利益而上訴，故結論乃「僅檢察官為被告不利益而上訴」之 B 情形，自始排除不利益變更禁止原則之適用。

⁴ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:2.1.2。

⁵ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:5.2/3。

二、禁止加重原則之審查

通過第一層次的前提要件審查者（Q2-Q5），進入第二層次的禁止加重原則之審查，即條文所稱「第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑」（§ 370 I 本），這段簡短文字包含第二審法院、原審法院及較重之刑等三個法律概念。以下分述之。

（一）規範對象：第二審法院之判決

首先，第 370 條的規範對象限於「第二審法院」之判決，始受禁止加重原則之拘束；依我國的立法規定及體例（非規定於上訴通則），不包含第三審判決在內（立法論上有檢討空間）。若案件經第二審判決，上訴第三審撤銷發回更審後，因回復至第二審程序，故更審程序之「第二審判決」，亦是受第 370 條拘束的對象（Q4）。不過，由於審級未必對應，實務認為第二審法院所為之「非第二審判決」，並非受拘束之對象⁶，但此與本案無關。

據此，案例所示 Q2-Q5 之所有第二審判決，包含 Q4 更審程序之第二審判決，皆是受加重原則拘束之對象。

（二）比較對象：原審（第一審）判決

其次，條文所稱「原審判決」是指比較對象而言，其概念對照條文「第二審法院」用語可知，第二審法院之原審判決是指「第一審判決」⁷；而所謂「重於」就是指第二審和第一審判決的比較結果。亦即，一旦符合適用前提要件，那麼，「第二審法院不得諭知較重於第一審判決之刑」。既然比較對象僅限於第一審判決，經撤銷之更審前的第二審

⁶ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:6.2.1：「若第二審法院所為之判決，係依法改判為『第一審判決』者（如簡易處刑判決上訴之§§ 455-I, 452…；又如第二審法院有第一審管轄權者§ 369 II…），既非『第二審判決』，亦不生與原審判決比較輕重之問題，自與不利益變更禁止原則之規定無涉（104 台上 3584）。」

⁷ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:6.2.1；實務同說，如 94 台上 5614、95 台上 4190、100 台上 2160、103 台上 458。

判決，自不包括在內（Q4，下文四、（一））。

據此，Q2-Q5 之第二審判決，皆應以且僅以第一審判決（乘機猥褻罪、1 年 6 月徒刑及緩刑宣告）為比較對象。

（三）禁止內容：不得諭知較重之刑

符合以上（一）、（二）之要件者，即應適用禁止加重其刑之原則，「第二審法院不得諭知較重於第一審判決之刑」。關於「較重之刑」的禁止內容，固然包含一切的主刑（刑§ 33：死刑、自由刑（Q3）、罰金刑；其輕重比較依刑§ 35）及從刑（刑§ 36：僅指褫奪公權，已不包含沒收）之宣告刑的比較，此外，亦應包含刑之執行的事項，如緩刑之有無（Q3）或期間之長短（Q2）⁸。再者，拘束人身自由之保安處分，我國刑法立場係比照刑罰規格而予規範（如刑§§ 1, 2 I），故解釋上亦適用禁止加重原則，尤其是具刑罰與保安處分雙重性質的強制工作⁹。至於定應執行刑，則另有明文規定（§ 370 II. III；下文四、（二））。

反之，沒收自從「去從刑化」的刑法修正後，立法者已明示其不具刑罰性質，而係刑罰與保安處分之外的獨立法律效果¹⁰。因此，純就解釋論言，已非第 370 條第 1 項之「刑」的文義範圍，故第二審法院仍得增諭知第一審所未宣告之沒收（Q2）。就立法論言，將沒收明文納入禁止加重原則，雖有討論空間；但就實際應用而言，縱使納入禁止加重原則，第二審增諭知第一審所未宣告的沒收，經常都同時構成容許例外（原審因適用法條不當而未沒收，尤其是義務沒收）¹¹，

⁸ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:6.2.1。101 台上 272：「緩刑之宣告，本質上無異恩赦，得消滅刑罰之效果，顯對被告有利，如無因原審判決適用法則不當之情形而將下級審緩刑之宣告撤銷，亦有違前揭不利益變更之禁止原則。」

⁹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:6.2.1。實務舊例採限縮見解，近例同說，如 97 台非 293：拘束身體自由之保安處分，仍有§ 370 所規定不利益變更禁止原則之適用，故第二審法院逕予增諭知第一審判決所無之強制工作，違反§ 370。

¹⁰ 刑法§ 2 立法理由一、（一）；刪除§ 34 立法理由及新增第 5-1 章立法理由。參林鈺雄，沒收-Ch01；刑總-Ch18:6。

¹¹ 裁判例證（參附錄）如 107 台上 3837：「第一審判決關於不予沒收之法律適用，復有前述違誤，原判決（按：第二審）予以撤銷改判，諭知沒收、追

故實際結果恐是朝三暮四，理由不同但結論相同。

（四）小結：案例之適用

第二層次禁止加重原則之審查結果如下：Q2 情形，第二審法院（規範對象）雖維持第一審判決（比較對象）宣告之罪名，但因所宣告徒刑加重至 2 年，且緩刑期間加長至 3 年，屬所稱「較重之刑」¹²，且無闕下述容許例外，故違反不利益變更之禁止加重原則；但增諭知沒收犯罪工具的部分，則非所稱「較重之刑」。

Q3 情形第二審法院（規範對象）撤銷第一審判決（比較對象），改論較重罪名，徒刑加重至 5 年，緩刑宣告亦撤銷，自屬所稱「較重之刑」，應繼續審查有無下述容許例外。

Q4 情形，若只比較更審程序之第二審法院（規範對象）和第一審判決（比較對象），由於宣告罪、刑及緩刑皆同，故並無「較重之刑」，亦不違反禁止加重原則，亦毋庸再接續討論下一層次之容許例外，審查到此結束。至於更審法院應否再以更審前之第二審判決為比較對象，則於下文四、（一）說明。

三、容許加重例外之審查

由於 Q2、Q3 皆有禁止加重原則所稱之「較重之刑」，故應進入第三層次即容許例外之審查，此即「但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」（§ 370 I 但）。

就理論而言，此種排除主要係指原審論罪部分適用法條不當者，最典型者是適用分則罪名（含特別刑法）之法條不當，且罪名由輕變

微，即無不台同法第 370 條第 1 項前段不利益變更禁止之規定可言。」

106 台上 3231：「本件第一審未及審酌上開沒收新制規定，原判決因而將之撤銷改判，核與刑事訴訟法第 370 條第 1 項但書之規定無違，自無不利益變更禁止原則之適用。」

以上判決未正面肯認沒收是否適用禁止加重原則（§ 370 I 本），而是逕從反面認定（至少）屬於容許例外（§ 370 I 但）。

¹² 若第二審判決一方面加長有期徒刑加長，但另一方面增諭知原審所無之緩刑者，整體而言仍屬較重。Vgl. Roxin/Schünemann, StVR, 53/35.

重之情形；此外，刑法總則之法條亦可能包括在內¹³，例如犯罪參與型態之法條適用不當，如原審判決應依共同正犯而誤依幫助犯處斷，由於不法內涵高低有別，量刑自亦不應維持（刑§ 30 II：「幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。」），故構成容許加重之例外。但若純屬適用一般性量刑規定（刑§ 57）為不當者，不宜認為構成但書所稱之容許例外，否則其規範效用將大減¹⁴。

案例所示，Q3 乃最典型的改論加重罪名之容許例外。第二審法院因認甲乃事先騙取不知情乙服用藥劑¹⁵，撤銷第一審判決的乘機猥褻罪（刑§ 225 II：處 6 月以上 5 年以下有期徒刑），改論「以藥劑犯加重強制猥褻罪」（刑§§ 224, 224-1, 222 I ④：處 3 年以上 10 年以下有期徒刑），法定本刑既然已經加重，第二審宣告刑亦從 1 年 6 月加重至 5 年有期徒刑並撤銷緩刑宣告，雖屬「較重之刑」但構成容許例外（§ 370 I 但）。反之，Q2 情形，第一、二審罪名相同，卻加重量刑且延長緩刑，「縱使」第二審認為第一審適用刑法總則量刑規定有所不當，亦不構成容許加重例外，故結論上已違反不利益變更禁止原則。

四、衍生問題：更審判決與定應執行刑

（一）禁止加重原則：包含第二審更審前判決之比較？

Q4 更審程序之第二審判決是否違反不利益變更禁止原則，爭點

¹³ 105 台上 286（參附錄）：§ 370 I 但「係指舉凡變更原審判決所引用之刑罰法條（無論刑法總則、分則或特別刑法，均包括在內），即不受上訴不利益變更禁止原則之限制。」

¹⁴ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch21:6.2.2。實務近例從之，如 93 台上 2578：「…如許上級審法院對下級審法院就量刑之當與不當，自為主觀認定，而未加尊重，將使不利益變更禁止原則之精神減損無遺。」

¹⁵ 100 台上 2494：「…強制性交罪與…乘機性交罪，其主要區別在於犯人是否施用強制力及被害人不能抗拒之原因如何造成，為其判別之標準。如被害人不能抗拒之原因，為犯人所故意造成者，應成立強制性交罪。倘被害人不能抗拒之原因，非出於犯人所為，且無共犯關係之情形，僅於被害人心神喪失或其他相類之情形不能抗拒時，犯人乘此時機以行性交者，則應依乘機性交論處。」另參 101 台上 5606。

在於比較對象。若僅以第一審判決為比較對象，罪刑皆同，並無任何加重情形，自不生違反問題；反之，若謂更審前之第二審判決（1年有期徒刑），亦應一併納入比較對象，則更審後之第二審判決（1年6月有期徒刑），顯然是論知「較重（於更審前第二審判決）之刑」。

如上文二、（二）所述，從法條文義（§ 370 I 本：「原審判決」）的前後脈絡即可推知，禁止加重原則比較對象，專指經合法上訴之第一審判決，這也是唯一的比較對象。因此，於上訴最高法院後又撤銷發回更審情形，不論發回次數，比較對象皆不包括經最高法院發回更審案件之第二審法院前（前）次判決在內。此點原無爭議可言，最高法院向來見解亦是如此，並明白指出撤銷發回情形亦無不同，（現在的）第二審判決要比較的還是原第一審判決，而非已經被撤銷發回、失其效力的「更審前判決」（即先前的第二審判決）。

例如，100 台上 2160 即謂：「所謂原審判決，係指第一審判決而言，並不包括經本院發回更審案件之第二審法院前次判決在內。查謝某不服上訴審（按：第二審）之判決，提起第三審上訴，經本院撤銷其上訴審部分之判決，發回原審法院更審，是該更審前該部分之第二審判決，既經本院撤銷，已失其效力，原審更審後之判決自不受其拘束，無其所謂不利益變更禁止之適用。」95 台上 4190，被告指摘第二審（更二審）判決量刑重於更審前（更一審）判決，但最高法院駁回上訴，指出：「所謂原審判決係指第一審判決而言，並不包括經最高法院發回更審案件之第二審法院前次判決在內。」94 台上 5614 同旨，最高法院亦指出更審後之第二審判決，僅以第一審判決為（唯一）比較對象，該案既然原第一審判決論知 7 年 10 月有期徒刑，更審後第二審論知 7 年 8 月有期徒刑，自無違誤可言¹⁶。

¹⁶ 但 103 台上 3020 的見解卻相當突兀。該案歷經多次更審，最高法院以違反不利益變更禁止為由而撤銷發回更五審高院判決，其主要理由是更五審「論知重於更三審、更四審之刑」，而非更五審「論知重於原審判決（第一審判決）之刑」。這等於是將現行立法規定更改為「第二審法院不得論知較重於原審判決及更審前判決之刑」！不但形式上是天外飛來一筆的「法官違法」，實質上內容也極不妥當，因為如此一來，越更審就只能判越輕，撤銷發回次數越多

其實，Q4 值得一提的是案例所言「檢察官不服，為被告不利益上訴第三審」這段敘述，是否表示檢察官已為被告不利益上訴，因此在第一層次時就排除不利益變更禁止的適用呢？

答案應屬否定，因為關鍵還是在於檢察官有無對「第一審判決」（唯一比較對象）為被告不利益而「上訴第二審」。在最高法院撤銷發回更審情形，上開第二審上訴人如何判斷？簡言之，如同未曾撤銷發回的情形，仍以上訴權人於第一審判決後是否提起合法第二審上訴為斷。既然案例所示，對第一審判決，檢察官先前未為被告不利益提起第二審上訴，僅丙為被告利益而上訴，撤銷發回並不影響原上訴人之判斷。畢竟一經撤銷發回，原第二審判決已失其效力，案件便回復至第二審法院判決前的繫屬狀態，上訴人之判斷亦同。據此，本案丙在第一審判決後，已經為被告利益提起合法上訴且未撤回上訴，故丙仍是撤銷發回後的上訴人，不管撤銷發回幾次，皆無不同。案例 Q4 因僅丙為被告利益而上訴，故更審程序中，仍適用禁止加重之原則，但因更審程序第二審法院並未諭知重於第一審判決（唯一比較對象）之刑，故不違反不利益變更禁止原則。至於已被撤銷的第二審更審判決，並非比較對象，不論其輕重皆在非所問。

（二）禁止加重原則：包含定應執行刑？

上述第二層次之審查，禁止加重原則稱較重之「刑」，固然包含宣告刑，惟是否包含數罪併罰的定應執行之刑（刑§ 51），尚有疑義。如 Q5 所示，第二審雖維持第一審判決各罪的宣告刑，但於法定上限範圍內定較重之應執行刑（1 年 9 月徒刑→2 年徒刑）之情形。為解決爭議，2014 年修法時遂增訂¹⁷：所稱之刑「指宣告刑及數罪併罰所定

刑度就要越輕，刑事訴訟恐無此種原則或法理。更何況該案一來檢察官已經對第一審判決提起上訴，根本就自始排除禁止加重之適用範圍，二來縱使繼續審查第二層次，系爭更五審的第二審判決（規範對象）並未諭知重於第一審判決（比較對象）之刑，也不可能會有違反§ 370 1 的問題。裁判要旨及批評參林鈺雄，註 1 文，頁 183-190。

¹⁷ 立法理由：「三、宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑均係於法院作成有罪判決時需依刑事訴訟法第二百零九條所諭知之刑，就文義解釋，本應將原條

應執行之刑」(§ 370 II)，此外，同時增訂一部上訴經撤銷之準用：「第一項規定，於第一審或第二審數罪併罰之判決，一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行之刑時，準用之。」(§ 370 III；此種情形，定應執行刑之部分，乃§ 348 II 所稱有關係之部分，視為亦已上訴¹⁸)。

除立法所明示之數罪併罰情形外，實務另認為，分屬不同案件之數罪併罰，倘一裁判宣告數罪之刑，曾經定其執行刑，再與其他裁判宣告之刑（或就宣告之數罪所定執行刑），另定其執行刑時，在法理上亦應有不利變更禁止原則之拘束，準此，「另定之執行刑，其裁量所定之刑期，倘較重於前定之執行刑加計後裁判宣告之刑（或就宣告之數罪所定執行刑）之總和，即屬違背法令」¹⁹。

Q5 所示，檢察官未上訴，符合第一層次的適用前提。第二審雖維持第一審各罪之論罪及宣告刑，但定應執行刑時加重 3 月徒刑，依修法後亦屬第二層次的「諭知較重於原審之刑」(§ 370 I, II)，且無第三層次的容許例外，故違反不利變更禁止原則。設若案例改為丙僅對第一審數罪併罰案件中的乘機猥褻案件提起一部上訴，未對竊盜案件刑上訴，因定應執行刑屬有關係之部分，故視為亦已上訴，屬於第二審之審判範圍 (§ 348 II)；但第二審審判時，定應執行刑之裁定仍受禁止加重原則之拘束 (§ 370 III)，結論並無不同。

文規定之『刑』明定為宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。為貫徹刑事訴訟法第三百七十條所揭櫫之不利變更禁止原則其規範目的，保護被告之上訴權，宣告刑之加重固然對於被告造成不利之結果，數罪併罰所定應執行之刑之加重對於被告之不利之結果更是直接而明顯，爰增訂第二項。四、為保障被告上訴權，於第一審或第二審數罪併罰之判決於另以裁定定其應執行刑時，亦有本條不利變更禁止之適用，爰增訂第三項。」

¹⁸ 參林鈺雄，〈論罪科刑之一部上訴〉，《刑事法理論與實踐》，2001.08，頁 109-134(124)：數罪併罰一部上訴時，「原審判決中定應執行刑之部分，則為經上訴之…有關係之部分，無論上訴人就此聲明上訴與否，上訴審都應該依職權審理。」；陳樸生，刑訴，頁 477：「對於數罪中之一罪上訴，其刑之執行部分」屬有關係之部分。

¹⁹ 105 台非 129。103.09.02 刑議 14-2、105 台非 233 同旨（參附錄）。

參、〔結論〕

不利益變更禁止原則（§ 370 I），具有三個層次的審查順序：適用前提之審查（僅為被告利益而上訴者）、禁止加重原則之審查（第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑）及容許加重例外之審查（因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限）。一般所泛稱的「違反不利益變更禁止原則」，必須個案同時具備此三要件：符合適用前提、構成所稱之禁止加重原則且無容許加重例外者，始足當之。

Q1 因檢察官為被告不利益亦提起上訴，故於第一層次審查時即因不符前提要件，自始排除第 370 條之適用，第二審諭知較重之刑，不生違反問題（Q1-a）；不論內有無撤回上訴（Q1-b），皆無不同，審查到此結束。Q2-Q5 檢察官皆未對第一審判決為被告不利益提起上訴，前提審查通過，故繼續審查。

Q2 進入第二層次禁止加重原則之審查，第二審法院（規範對象）雖維持第一審判決（比較對象）宣告之罪名，但因所宣告徒刑加重至 2 年，且緩刑期間加長至 3 年，屬所稱「較重之刑」，且無第一審適用法條不當之容許加重例外（不含刑§ 57 量刑法條適用不當），故違反不利益變更禁止原則；但增諭知沒收犯罪工具的部分，則因沒收去從刑化而非所稱「較重之刑」。

Q3 進入第二層次禁止加重原則之審查，第二審法院（規範對象）撤銷第一審判決（比較對象），改論較重罪名，徒刑加重至 5 年，緩刑宣告亦撤銷，自屬所稱「較重之刑」。故應繼續審查有無第三層次之容許例外，案例乃最典型的改論加重罪名（乘機猥褻罪→加重強制猥褻罪）之容許例外，故屬原審適用法條不當而依法撤銷者（§ 370 I 但），結論不違反不利益變更禁止原則。

Q4 情形，更審程序之第二審法院（規範對象）仍應以原第一審判決為唯一比較對象，由於宣告罪、刑及緩刑皆同，故並無「較重之刑」，亦不違反禁止加重原則，亦毋庸再討論下一層次之容許例外，審查到此結束；至於更審前之第二審前次判決，並非比較對象，其如何

判決在非所問。故結論不違反不利益變更禁止原則。

Q5 第二審雖維持第一審各罪之論罪及宣告刑，但定應執行刑時加重 3 月徒刑至 2 年，依修法後仍屬論知較重於原審之刑 (§ 370 I, II)，且無容許例外，故違反不利益變更禁止原則。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 103.09.02 刑議 14-2 (不利益變更禁止、定應執行刑)

刑事訴訟法第三百七十條第二項、第三項，已針對第二審上訴案件之定應執行之刑，明定有不利益變更禁止原則之適用；而分屬不同案件之數罪併罰，倘一裁判宣告數罪之刑，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，本則判例（按：59 台抗 367）不合時宜，不再援用。此為本院所持法令上之見解變更，故對於本則判例公告不再援用前所為之確定裁判，自不得據以提起非常上訴，而使前之裁判受影響。

※ 105 台上 286 (不利益變更禁止、容許例外/適用法條不當)

刑事訴訟法第 370 條第 1 項…但書規定，係指舉凡變更原審判決所引用之刑罰法條（無論刑法總則、分則或特別刑法，均包括在內），即不受上訴不利益變更禁止原則之限制。原判決以上訴人雖於偵查中自白犯罪，然於第一審並未認罪，故無從適用毒品危害防制條例第 17 條第 2 項關於「偵查及審判中均自白」規定予以減輕其刑，但上訴後，於原審幡然自白，已符合上開所規定之要件，應依法減刑，第一審未及審酌，尚欠妥適，乃予撤銷改判。原判決既以第一審適用法條不當而撤銷之，自不受上訴不利益變更禁止原則之限制，其自行斟酌刑法第 57 條所定量刑參考因素，在法定刑減輕後之範圍內（原法定刑為死刑或無期徒刑，二次減刑結果為十年以下、七年六月以上），擇定宣告刑，未逾越內部性界限與外部性界限，此項自由裁量權之行使，經核於法並無不合。

※ 105 台非 233 (不利益變更禁止、定應執行刑)

定應執行刑之裁定，具有與科刑判決同一之效力，倘有違背法令，而於被告不利，應許提起非常上訴，以資救濟。又刑事訴訟法第 370 條第 2 項、第 3 項，已針對第二審上訴案件之定應執行刑，明定有不利益變更禁止原則之適用；而分屬不同案件之數罪併罰，倘一裁判宣告數罪之刑，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。故另定之執行刑，其裁量所定之刑期，倘較重於前定之執行刑加計後裁判宣告之刑之總和，即屬違背法令。

※ 106 台上 3231（不利益變更禁止、沒收）

上訴人行為後，刑法關於沒收之規定業經修正，增訂第 5 章之 1 以專章規範…，同時修正刑法第 2 條第 2 項，規定沒收應適用裁判時之法律，並均於民國 105 年 7 月 1 日施行。因犯罪所得之沒收性質類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰，自不適用嚴格證明法則，僅需自由證明為已足。是法院計算犯罪所得，如有卷存事證資料可憑，並於理由內就其依據為相當之論述說明，即不能遽指為違法。本件第一審未及審酌上開沒收新制規定，原判決因而將之撤銷改判，核與刑事訴訟法第 370 條第 1 項但書之規定無違，自無不利益變更禁止原則之適用。原判決並以上訴人歷次所陳明鋼絲購買之數量及每公斤之獲利，依裁判時刑法第 38 條之 2 第 1 項規定，以最有利上訴人之方式估算上訴人之犯罪所得，併依同法第 38 條之 1 第 1 項、第 3 項規定諭知沒收及追徵，並無不合。此乃事實審採證認事裁量職權之行使，亦無悖於無罪推定原則。

※ 107 台上 3837（不利益變更禁止、沒收）

沒收固為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，但仍以犯罪（違法）行為存在為前提，而具依附關係。為避免沒收裁判所依附之前提即罪刑部分，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖沒收部分之基礎，造成裁判矛盾，不論依刑事訴訟法第 348 條規定或第 455 條之 27 第 1 項前段之法理，上訴權人對於罪刑部分合法上訴者，其效力應及於沒收部分。又現行法第二審採覆審制，第二審法院應就原審判決經上訴部分調查，並依調查證據結果，認定事實、適用法律。本件上訴人雖係以第一審判決罪刑部分量刑過重為由，提起第二審上訴，其效力既及於沒收部分，且第一審判決關於不予沒收之法律適用，復有前述違誤，原判決予以撤銷改判，諭知沒收、追徵，即無不合同法第 370 條第 1 項前段不利益變更禁止之規定可言。

被告缺席審判及法律審之救濟

被告甲涉嫌過失重傷乙（刑§ 284 後），第一審法院審理後以乙告訴後又撤回告訴為由，不經言詞辯論即諭知不受理判決。檢察官不服，為被告不利益提起第二審上訴。第二審法院指定 2018 年 7 月 20 日為第一次審判期日，並填發傳票，傳喚甲到庭，惟因書記官作業疏誤，傳票遲至同年 7 月 19 日始送達甲。7 月 20 日，檢察官及證人乙皆到庭，但被告甲並未到庭，第二審法院即於該日不待甲陳述而辯論終結，最後綜合一切證據後，認為乙撤回告訴係受甲脅迫所致，應不生撤回之效力，且甲犯行明確，遂撤銷第一審判決並判處甲過失重傷罪刑。

- 1、第二審法院踐行程序是否違法？若是，屬於何種違法？
- 2、被告得否上訴第三審救濟？有無違反上訴第三審之限制？
- 3、設若甲提起第三審上訴，但其上訴理由僅爭執乙已依法撤回告訴，原審有應為不受理判決卻為有罪判決之違誤。試問：第三審法院得否審酌、調查原審對被告缺席審判是否違法之問題？最後應為何種第三審判決？
- 4、設若本案第三審法院駁回上訴確定。檢察總長以原第二審確定判決違背法令為由提起非常上訴，試問：最高法院應如何判決？判決效力是否及於被告？若撤銷發回更為審判，第二審能否諭知更重之刑？

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 271, 272, 281, 371, 376, 379 ⑥, 393, 394, 441, 447

【關鍵詞】訴訟要件、告訴、撤回告訴、第三審上訴之限制、被告缺席審判、第三審職權調查範圍、判決違背法令、訴訟程序違背法令

案例所示情形，主要涉及下列問題¹：

一、撤回告訴之訴訟行為瑕疵。此乃本案得否為實體審判之前提問題，主要涉及訴訟行為之瑕疵及其效力。

二、被告缺席審判之合法性（§§ 281, 371, 379 ⑥）。包括被告到庭審判之原則、被告缺席審判之例外及其要件，以及違法缺席審判之法律效果（Q1）。

三、第三審上訴案件之限制（§ 376）。亦即，最重本刑為 3 年以下有期徒刑之罪，第一審法院為不受理判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，得否上訴第三審（Q2）。

四、被告缺席審判是否屬第三審法院之職權調查範圍（§§ 393, 394）。亦即，在上訴第三審理由並未指摘的情形，第三審得否依職權而審理、調查原審有無違法缺席審判情事（Q3）。

五、被告缺席審判於非常上訴之救濟（§§ 441, 447）。尤其是違法之被告缺席審判，屬於判決違背法令抑或訴訟程序違背法令？非常上訴之效力是否及於被告（Q4）？

¹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:3.1.3 及 Ch23:3.2.2.6（Q1）；II-Ch23:2.1（Q2）；II-Ch23:5.2（Q3）；II-Ch26:3.1（Q4）。Q4 另參林鈺雄，〈被告缺席審判與非常上訴〉，《臺灣本土法學》，14 期，2000.09，頁 120-126。

貳、〔解析〕

一、撤回告訴之訴訟行為瑕疵

犯罪之被害人，得為告訴（§ 232）。若以告訴是否為其訴訟要件為準，得將犯罪分為「非告訴乃論之罪」與「告訴乃論之罪」兩大類，被害人皆得告訴，惟前者，犯罪之追訴並不以告訴為其訴訟要件，告訴僅為發動偵查的原因之一而已；後者即告訴乃論之罪，其告訴不僅是發動偵查之原因，且為訴訟要件，若有欠缺即無法追訴、處罰；若未經依法告訴者，法院應諭知不受理判決（§ 303 ③）。

告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴（§ 238 I）。告訴乃訴訟行為之一種，經告訴人依法撤回者，已經生效的告訴之訴訟行為即回溯地失其效力，法院亦應諭知不受理判決（§ 303 ③）。再者，訴訟行為若有表意瑕疵（Willensmängel），例如錯誤，除法有明文規定者外，基於法安定性的考量，原則上並不影響其效力²；但若表意瑕疵極其嚴重，即個案正義需求（或稱具體妥當性）明顯優於法安定性考量的例外情形時，則予否定其訴訟行為的效力，例如，告訴人因受恐嚇、脅迫而撤回告訴，此時應該例外地否定撤回之效力³。

案例甲涉嫌過失重傷乙，乃告訴乃論之罪（刑§§ 284, 287），被害人乙依法得提出告訴，告訴後並得撤回告訴，依法撤回者，法院即應為不受理判決（§§ 232, 238 I, 303 ③）。但若因受脅迫而撤回告訴者，例外不生撤回之效力，故法院仍應為實體審判。至於乙撤回是否因甲脅迫所致，則由事實審法院本於職權，依自由證明（程序事項）而認

² 99 台上 3047：「上訴人雖於原審以其撤回上訴係…出於錯誤，爰聲請繼續審判云云，然上訴人既具狀明白表示撤回之意思，其空言主張係出於錯誤，已難憑採，況撤回上訴之原因為何，於撤回上訴之效力本不生影響，且撤回上訴本係上訴權人之權利，一旦行使，刑事訴訟法亦無得再行撤回其原先『撤回上訴』之規定…。」

³ 參林鈺雄，刑訴 I-Ch07:3.2.4.1（訴訟行為的表意瑕疵）；刑訴 II-Ch21:5.3（撤回上訴的表意瑕疵）。

定之，先予敘明。

二、被告缺席之審判

（一）被告到庭審判之原則

「審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判」（§ 281 I）。在現代法治國家採行的控訴原則之下，被告地位和過往糾問制度最大的不同，就是被告取得程序主體之地位，不再是單純的程序客體。由於審判乃整個刑事程序之核心，因此，到庭之被告，享有諸多積極之程序參與權利，諸如聲請調查證據、詰問證人、鑑定人、就事實及法律辯論及最後陳述等（§§ 163 I, 166~, 289, 290）。為了使被告事先準備並知悉到庭，刑訴法明定審判期日應傳喚被告到庭（§ 271 I），並應注意就審期間之規定，即「第一次審判期日之傳票，至遲應於七日前送達」（§ 272 前）。

被告到庭始能審判之原則，其法理基礎主要有二⁴：其一、在於聽審原則，根據此項現今法治國刑事訴訟程序之基礎原則，任何人皆不得在未經依法聽審之前受不利之判決，剝奪其影響證據及裁判結果之機會。其二、在於直接審理原則⁵，此項原則不但適用於證人、鑑定人，也適用於被告，據此，法官除了親自訊問證人、鑑定人外，也必須訊問被告，「聽其言、觀其行」，以便獲致對於被告個人的直接印象，縱使被告自始至終保持緘默，也不因而解除法官親自接觸被告的必要性。

基於其重要性，刑訴法特將「除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判者」，列為判決當然違背法令（§ 379 ⑥），得為絕對上訴第三審之理由。判決確定後，並得為非常上訴理由（§ 441）。

（二）被告缺席審判之例外

為了促進訴訟迅速之目的，刑訴法特就以上原則列舉其例外（即

⁴ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:3.1.3。Vgl. Roxin/Schünemann, StVR, 24/42.

⁵ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch19:1.1；〈嚴格證明法則與直接審理原則〉，《嚴格證明與刑事證據》，2002.09，頁 3-42。

§ 379 ⑥所稱之「特別規定」，承認被告未於審判期日到庭者仍得逕行審判，一般也稱為被告缺席之審判。

刑訴法列舉的特別規定⁶，或是基於案件輕微或其法律效果有利被告考量，或是基於被告自己放棄權利之考量，或是兼具兩者之特性。第一種情形，如被告心神喪失或雖因疾病不能到庭，但有願應諭知無罪或免刑判決之情形者（§ 294 III）；類此情形本來應該停止審判（§ 294 I, II），但是，由於明顯應該諭知有利於被告之判決，因此，得僅經檢察官（或自訴人）之一造辯論而逕行判決，亦即，例外容許被告缺席之審判⁷。第二種情形，如被告未受許可而逕行退庭者（§ 305 後段）。第三種情形，如法院認為應科拘役、罰金或應諭知免刑或無罪之案件，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者（§ 306）；再如，最重本刑為拘役或專科罰金之罪，即許被告用代理人之案件，得由代理人代替被告到庭（§§ 36, 281 II）⁸。

以上規定，亦在第二審準用第一審程序之範圍（§ 364）。此外，專就第二審程序，「被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決」（§ 371）。本條之規範目的，尤其在於防止被告藉由提起上訴而阻斷判決確定，卻又以不到庭之方式，來拖延訴訟之進行⁹；不過其適用範圍，不以被告上訴案件為限，且亦不受第 306 條之

⁶ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch23:3.2.2.6。應予注意，所稱「特別規定」，概念上並不包括「不經言詞辯論為之」（兩造缺席）的判決，因為此類判決，例如免訴、不受理或管轄錯誤之判決（§ 307），由於適用書面（審理）原則之故，本來就無「審判期日被告到庭」之問題，因此，也不生違反§ 379 ⑥之問題。據此，案例所示第一審不受理判決，雖不經言詞辯論為之，亦不違反被告到庭規定。

⁷ 惟就立法論言，逕行諭知無罪判決，固無疑義；然而，免刑判決仍屬有罪之判決，對於被告仍有不利，因此，對被告逕行諭知有罪之免刑判決，有待商榷。參黃東熊，刑訴，頁 484。

⁸ 至於命被告暫時退庭之規定（§ 169），其法理基礎亦在於被告缺席審判之例外。參本書之〈隔別訊問、被告缺席審判與異議方案（例 14）〉及林鈺雄，〈命被告退庭行隔別訊問之缺席審判—探究刑事訴訟法第一六九條的失落法理〉，《月旦法學雜誌》，248 期，2016.01，頁 54-72。

⁹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch22:3.2.3。Vgl. Roxin/Schünemann, StVR, 52/22 ff.

判決種類限制¹⁰。再者，提起第二審上訴者，案件畢竟已經過一個審級的審判，此與第一審審判的考量基點不完全相當，因此，刑訴法擴張第二審缺席判決之範圍。但應注意，本條與第306條規定，同樣都以「被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者」為其適用之前提要件，未經合法傳喚或有正當理由不到庭者，法院應再行傳喚，不得逕為被告缺席之審判¹¹。

（三）小結

第二審審判雖有被告缺席審判之特別規定，但仍以「被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者」為前提（§371），而案例所示情形，被告未經合法傳喚，因此，第二審法院不得逕行判決。亦即，第二審法院之第一次審判期日，應遵守7日就審期間之規定（§272前）¹²，但本案第二審法院卻遲至審判期日前一日始將傳票送達於被告甲，其傳喚並不合法，且此違法原因可歸責於國家，因此，其後之被告缺席審判的程序踐行，乃判決當然違背法令（§379⑥），得為上訴第三審之絕對理由（Q2）。

三、上訴第三審之案件限制及其例外

不服第二審判決者，得上訴第三審法院（§375），但受到「得為

¹⁰ 105台非130：§371係專為防第二審訴訟延滯之弊而設，非如第一審法院一造缺席判決，尚有「法院認為應科拘役、罰金、或應諭知免刑或無罪之案件」之限制（§306）。

¹¹ 關此，我國實務有諸多相關案例。「未經合法傳喚」，如僅將傳票送達於並非送達代收人之具保人（40台上22判例）；「有正當理由」，如因疾病（21上1522判例、42台上136判例）或因另案羈押於別地看守所不及簽提（44台上979判例）而不能到庭；反之，因傳聞原審於是日停止審判（30上2020判例）、因事業在大陸而未能及時到庭（84台上3977），則非不到庭之正當理由；無正當理由，「解釋上應以可歸責於被告，由被告自行放棄到庭之權利者為限」（102台上4859，參附錄）。

¹² 參林鈺雄，刑訴II-Ch19:2.3；〈相對上訴理由之程序瑕疵及其救濟——以違反就審期間問題之理論與實務為例〉，《最高法院刑事裁判評釋》，2013.12，頁389-422（＝《成大法學》，18期，2009.12，頁153-192）。

上訴第三審之案件」(§ 376)及「具備第三審上訴之法定理由」 (§§ 377~) 的雙重限制，與第二審上訴有別。案例所示第二審雖有違法缺席審判之判決當然違背法令，屬於絕對上訴第三審事由，但仍受上訴案件之特別限制。

「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院…一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。…」 (§ 376 I 本)，此類案件類型稱為「不得上訴第三審之案件」，如案例過失重傷罪 (刑§ 284 後：最重本刑 3 年以下有期徒刑)。以上乃原則，但同條項新增但書又特別規定准予上訴第三審之例外：「但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴」 (§ 376 I 但)。

舊法無此項但書，故於第二審始改判有罪之情形，實務舊例 (如 102 台上 4532、103 台上 216) 皆以上訴不合法駁回，致使被告對該有罪判決連一次性的救濟機會都被剝奪，不但有違憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，且牴觸兩公約的公平審判條款保障¹³，經學說批評後¹⁴，大法官從之，於 106 釋 752 宣告舊法違憲¹⁵。隨後，修正案經立法院三讀通過，並於 2017 年 11 月 16 日公布施行。

¹³ Art. 14 V ICCPR: (right to appeal/review) “...5. Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.”

See HRC, *Salgar de Montejó v. Colombia*, Communications No. 64/1979, U.N. Doc. CCPR/C/15/D/64/1979 (1982), para. 10.4.

¹⁴ 參林鈺雄，〈2014 年刑事程序法回顧——從國際人權公約內國法化的觀點出發〉，《臺大法學論叢》，44 卷特刊，2015.11，頁 1535-1566 (1554-1563)。

¹⁵ 106 釋 752：(舊)「刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定：『下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第 320 條、第 321 條之竊盜罪。』就經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷原審判決並自為有罪判決者，規定不得上訴於第三審法院部分，屬立法形成範圍，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。惟就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。…」

據此，案例所示，第二審法院撤銷第一審之不受理判決並諭知過失重傷罪刑，乃「不得上訴第三審之案件」的容許例外，被告甲得上訴第三審救濟之（Q2）。

四、第三審之救濟及其調查範圍

據上所述，案例乃得上訴第三審之案件，而被告甲上訴亦附理由指摘原審判決有應為不受理而為有罪判決之違法，其上訴合法，且應依第三審程序為之¹⁶。此時，第三審法院審理時，調查範圍如何？能否調查甲並未指摘的違法被告缺席審判（§ 379 ⑥）？

第三審法院調查範圍，受到控訴原則、上訴理由指摘事項及不得調查事實的三重限制¹⁷，本案涉及上訴理由指摘事項之限制及其例外，相關法條主要是第 393 條及第 394 條¹⁸。簡言之，「第三審法院之調查，以上訴理由所指摘之事項為限」（§ 393 本），此乃因第三審法院之定位有別與第一、二審法院，既是法律審，又純粹是針對不服事項的救濟審，是以，其調查範圍也僅止於當事人不服而據以為上訴理由所指摘的事項。

不過，以上原則亦有例外。上訴合法者，上訴理由縱使並未指摘，

¹⁶ 修正理由（§ 376）：「一、原條文限制特定範圍法定本刑或犯罪類型之案件，經第二審法院判決者，不得上訴第三審。惟上開案件經第二審法院撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決，並諭知有罪判決（含科刑判決及免刑判決）者，因不得上訴第三審法院之結果，使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨有違（司法院釋字第 752 號解釋意旨參照）。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，應予被告或得為被告利益上訴之人至少一次上訴救濟之機會，爰於本條序文增訂但書之規定。又第二審法院所為有罪判決，該案仍屬第二審判決，第三審法院審判就上訴案件之審理，自仍應適用第三審程序，乃屬當然。」

¹⁷ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch23:5.2。另參林永謀，刑訴 III，頁 153-157。

¹⁸ § 393：「第三審法院之調查，以上訴理由所指摘之事項為限。但左列事項，得依職權調查之：一、第三百七十九條各款所列之情形。…」

§ 394 I：「第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎。但關於訴訟程序及得依職權調查之事項，得調查事實。」

第三審法院仍得依職權調查第 393 條但書所列 5 款事由，而第 379 條各款所列之判決當然違背法令情形，即在得依職權的調查範圍（§ 393 但 ①）。與此相應，本來「第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎」（§ 394 I 本），但是，關於訴訟程序及以上但書 5 款得依職權調查之事項，亦例外地得自行調查事實（§ 394 I 但）。訴訟程序事項之調查，由於採行自由證明程序即可，因此，第三審法院可以自行調查，關於審判期日訴訟程序踐行之問題，原則上以審判筆錄為斷（§ 47）。

據此，Q3 因已有合法上訴，第三審法院仍得依職權調查甲於上訴理由所未指摘之違法缺席審判情事，並得自行調查此一程序事實（§§ 379 ⑥, 393, 394）。由於第二審明顯有判決當然違背法令情事，第三審法院調查後應以上訴有理由，而將原審判決撤銷並發回原審法院，更為審判（§§ 379 ⑥, 397, 401）。但應注意，由於此乃「經第三審法院撤銷並發回原審法院判決者，不得（再）上訴於第三審法院」（§ 376 II），構成例外之例外，又回歸不得上訴第三審之案件限制原則¹⁹。

五、非常上訴之救濟及效力

¹⁹ 修正理由（§ 376）：「二、第一項但書規定已賦予被告或得為被告利益上訴之人就初次有罪判決上訴救濟之機會，已足以有效保障人民訴訟權，為兼顧第三審法院合理之案件負荷，以發揮原有法律審之功能，依第一項但書規定上訴，經第三審法院撤銷並發回原審法院判決者，不得就第二審法院所為更審判決，上訴於第三審法院，爰增訂第二項規定。」

※ 圖表 1：非常上訴效力是否及於被告

	審判違背法令 § 441 = (廣義之) 判決違背法令 (狹義之) 判決違背法令 § 447 I ① 訴訟程序違背法令 § 447 I ②	
原判決有利被告	X §§ 447 I ① 本, 448	X §§ 447 I ②, 448
原判決不利被告	○ §§ 447 I ① 但, 447 II, X §§ 447 I ②, 448	

(一) 立法之規定

「判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴」(§ 441)，據此，確定之判決，只要係審判違背法令者，不問其判決之種類，原則上皆得為非常上訴之對象。

所稱「審判違背法令」，參照第 447 條第 1 項，其意義相當於第三審上訴所稱之「(廣義之) 判決違背法令」(§ 377)，包括一切判決不適用實體法則或程序法則(含證據法則)，或其適用不當者(§ 378)。更精確地說，審判違背法令相當於「廣義之判決違背法令」，兼指「狹義之判決違背法令」與「訴訟程序違背法令」兩種情形。至於第 379 條所列的 14 款「判決當然違背法令」事由，雖然本質上有些屬於前者，有些屬於後者，但是不問屬於何者，皆屬「審判違背法令」，得作為非常上訴之理由。

至於非常上訴判決，效力是否及於被告？則屬第二個層次的問題。非常上訴之立法構造，向來有統一適用法令說以及保護被告利益說之別，我國刑訴法採折衷觀點，原則上，非常上訴之目的僅在於統一解釋、適用法令，並不具現實的效力，因此，縱使原審判決經過全部或部分撤銷，效力也不及於被告(§ 448)；然而，在例外情形，為

了兼顧被告利益之保護，非常上訴判決之效力及於被告²⁰。

所稱「效力及於被告之例外情形」，係指兼具「原判決違背法令者」並且「原判決不利於被告者」兩項要件者（§§ 447 I ① 但, 447 II, 448；※圖表 1 參照）。具備此兩要件時，非常上訴審必須撤銷原判決另行判決（§ 447 I ① 但），或者將原判決撤銷並由原審法院依判決前之程序更為審判（§ 447 II）。

簡言之，「原判決違背法令者」且「不利於被告者」，效力始及於被告（§§ 447 I ① 但, 447 II, 448）；「原判決違背法令者」但其「有利於被告者」，效力亦不及於被告（§§ 447 I ① 本, 448）。至於原判決「訴訟程序違背法令」，無論其有利不利被告，撤銷其程序而已，僅具統一解釋之作用，實際效力並不及於被告（§§ 447 I ②, 448）。由此可知，區別違背法令之種類係屬「原判決違背法令」抑或「訴訟程序違背法令」，對於非常上訴而言，具有關鍵性的實益²¹。儘管區別如此重要，但是，刑訴法並未進一步予以闡釋其區別標準，種下實務爭議的因子²²。

（二）實務之見解

關於非常上訴「原判決違背法令」與「訴訟程序違背法令」之區別標準，我國通說與實務向來與第三審為相同之解釋。其中，第 379 條所列各款之判決當然違背法令，究竟本質上屬於前者還是後者，是爭議焦點所在。不過，就第三審程序而言，此項爭議並無實益，因為無論如何定性，既然已經明文列為「判決當然違背法令」，使得獨立作為第三審之絕對上訴理由，並不再個案判斷其對判決有無影響，也就是不受第 380 條之限制（參閱條文：「除前條情形外，…」），至於第三

²⁰ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch26:1。

²¹ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch26:3.1。

²² 相關實務發展及批評，詳參林鈺雄，〈張某盜匪案之實體與程序問題——間接故意、從輕原則、強制辯護及審判違背法令〉，《刑法與刑訴之交錯適用》，2008.08，頁 291-340(321-333)（＝《政大法學評論》，83 期，2005.02，頁 311-364）。

審法院認上訴有理由時的處理方式，也不取決於各款之定性。

反之，於非常上訴審，雖然第 379 條各款之定性，並不影響其得為非常上訴理由，但卻影響其後的處理方式及其效力是否及於被告，已如前述，因此，成為關注的焦點。

我國最早期實務見解僅承認該條第 4 款、第 5 款、第 12 款及第 14 款後段屬於判決違背法令，其他各款率皆屬於訴訟程序違背法令，縱使非常上訴有理由，也僅撤銷其程序而已，效力不及於被告。據此，案例所示系爭第 6 款「被告未於審判期日到庭而逕行審判者」，僅屬訴訟程序違背法令，雖影響判決，但並非足認原審應為其他判決，故非常上訴判決，僅須將原審判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷（§ 447 I ②），並不發生另為判決或發回更審之問題²³。同此，該條第 7、10 款，也是撤銷程序而已，效力不及被告。

以上實務舊例及至 72 釋 181 始受挑戰。為了擴大非常上訴之救濟範圍，大法官遂以「二者（指判決違背法令與訴訟程序違背法令）理論上雖可分立，實際上時相牽連，…倘不予以救濟，則無以維持國家刑罰權之正確行使」為由，認為：「非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用。」自此之後，學說與實務有比附援引該號解釋者，認為「被告未於審判期日到庭而逕行審判者」之情形，由於符合「致適用法令違誤，顯然於判決有影響者」之要件，因此應屬「判決違背法令」，非常上訴若有理由，效力便及於被告²⁴。

²³ 參 29 非 35 判例。實務舊例評釋，參陳樸生，〈未經當事人到庭而為審判之效力〉，刑訴爭議，頁 251-261。

²⁴ 褚劍鴻，〈訴訟程序違背法令與非常上訴〉，《法今月刊》，40:5 期，1989.05，頁 3-7(4-5)：「被告未經出庭行使其防禦權，即經判決確定，自屬不利於被告，其無逕行（缺席）判決之情形，而誤為缺席判決，自屬適用法則不當，且被告既…未能參與辯論，以行使其法所賦與之防禦權，此項違法顯然足以影響原判決對於證據之調查、判斷、取捨與事實之認定，為維持被告之審級利益，自有同條第二項之適用，方能使訴訟程序違背法令之確定判決，獲得實質上

隨後，實務見解仍游移不定，後因【張某盜匪案】的爭議，為予該死刑確定判決有個案實際救濟的機會，最高法院於 91.06.11 刑議 7 表示：第 441 條所謂之審判係違背法令，「包括原判決違背法令及訴訟程序違背法令，後者係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定，與前者在實際上時相牽連。非常上訴審就個案之具體情形審查，如認其判決前之訴訟程序違背上開第六、七款之規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令。」換言之，針對第 6、7 款違反情形之非常上訴，決議既非採取「（狹義）判決違背法令說」，亦非採取「訴訟程序違背法令說」，而是「訴諸個案審查」²⁵！

（三）本文之見解

以上一波三折的實務見解，似乎忽略一項簡單的出路：第 447 條第 1 項第 1 款所稱之「原判決違背法令者」，包括第 379 條所列各款²⁶！

簡言之，雖然第 379 條所列各款，本質上有屬於「狹義之判決違背法令」者，有屬於「訴訟程序違背法令」者，但是，鑒於其違法情節特別嚴重，侵蝕法治程序的基礎，因此，立法者特別「擬制」其對判決結果有直接的影響。此種擬制在第三審之效果，只要符合該條所列各款之一者，即得作為「絕對上訴第三審之理由」（die absoluten Revisionsgründe），並不在個案中審查違誤與判決結果有無直接影響

之救濟，以保護被告之利益。」。但陳樸生，刑訴，頁 583-584 質疑：「此不特是否與釋字第一八一號解釋之意旨相符，不無可議；且被告未經合法傳喚，而不待其陳述逕行判決，其審判程序固屬有違法令，但其判決結果是否於被告不利，亦非無疑。」

²⁵ 此一解決途徑，固然提供了救濟可能性，但卻帶來高度的不穩定性，難以預料個案救濟的結果。舉例而言，同屬第 379 條第 6 款的第二審違法被告缺席審判情形，92 台非 129 結論認為僅屬「訴訟程序違背法令」；反之，94 台非 4 則認為係屬「（狹義之）判決違背法令」，因而在效果上有及於、不及於被告的天壤之別（參附錄）。

²⁶ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch26:3.1.2。

（所以才稱其為「絕對」）²⁷，縱使其本質上屬於「訴訟程序違背法令」，也無不同。

「判決當然違背法令」在非常上訴審之效果，也是「擬制」其對判決結果有直接影響，不能再藉由個案審查予以推翻。因為既然基於違法情節特別嚴重並且免除個案判斷困擾之目的，而將其特別列為判決「當然」違背法令，自是為了廣開其救濟程序！據此，只要符合刑事訴訟法第 379 條所列各款之一者，即屬於非常上訴審所稱的「原判決違背法令」（§ 447 I ①），非僅「訴訟程序違背法令」（§ 447 I ②）而已，因此，若原判決不利於被告者，不但應予撤銷，並應就該案件另行判決或予以發回（§§ 447 I ① 但, 447 II），效力並及於被告（§ 448）！

附帶一提，97.09.02 刑議 4 以「便宜主義」之名，將非常上訴實質轉化為裁量許可制，據此，判決確定後，發見該案件之審判係違背法令，唯有「與統一適用法令有關，具有原則上之重要性；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權」之情形始准予提起²⁸。儘管最高法院大幅限縮非常上訴之救濟，但對被告違法缺席審判者，攸關公平審判及被告訴訟權保障，應具原則上之重要性，至少在原判決不利於被告情形，應仍得依非常上訴救濟之，不因上開決議而受影響。

（四）小結

依照本文見解，案例 Q4 被告缺席審判之非常上訴，屬於「原判

²⁷ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch23:3.2.1。Vgl. Beulke/Swoboda, StPR, 566; M-G/S, StPO, § 338 Rn. 1 ff.; Roxin/Schünemann, StVR, 55/38 ff.

²⁸ 97.09.02 刑議 4：「一、…刑事訴訟法第 441 條對於非常上訴係採便宜主義，規定『得』提起，非『應』提起。…二、…對於法律見解並無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性。基於刑事訴訟法第 441 條係採便宜主義之法理，檢察總長既得不予提起，如予提起，本院自可不予准許。…五、…至於原確定判決雖有違背法令情形，但尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令，而無原則上之重要性；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性，本院得以上訴無理由，判決駁回。本院判例、決議及決定，與本決議意旨不符部分，不再援用、供參考。…」

批評參林鈺雄，刑訴 II-Ch26:1.2。

決違背法令」，即狹義之判決違背法令，非僅訴訟程序違背法令而已。據此，應進一步討論下列問題：

其一、原判決是否不利被告？由於原判決乃有罪之科刑判決，屬於最為不利被告之判決，因此，足資認定其不利被告。

其二、非常上訴審除撤銷原判決之外，應如何處理？亦即，「應就該案件另行判決」（§ 447 I ① 但），抑或「由原審法院依判決前之程序更為審判」（§ 447 II）？如案例所示情形，違法之被告缺席審判，雖然形式上經過該審級，但是，由於被告並未到庭，因此，實質上等同於跳過該審級，此等情形，就現行立法而言，應屬所稱為「維持被告審級利益之必要者」，故處理方式應係後者，即發回由原審（第二審）法院依判決前之程序更為審判。此項判決之效力，及於被告（§ 448）。事實上，案例 Q4 情形，由於非常上訴審乃法律審，並且採行書面審理原則（§§ 444, 445），最高法院根本也不能自行命被告到庭予以審判。

至於原審法院之更為審判，訴訟繫屬回復至第二審審判狀態，是否受不利益變更禁止原則之拘束？關此，就通常程序第二審之不利益變更禁止原則的適用而言，由於檢察官對第一審判決為被告不利益而提起上訴，故自始不在其適用範圍（§ 370 I：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者」）²⁹。但因非常上訴程序有不利益變更禁止原則的特別規定，故縱使更為審判的第二審同樣認為被告甲該當過失重傷罪名，也「不得諭知較重於原確定判決之刑」（§ 447 II 但）。

參、〔結論〕

除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判（§§ 281, 364）。第二審審判，雖有被告缺席審判的特別規定，但以「被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者」為前提（§ 371），而 Q1 所示，第二審審判之傳喚，因未遵守就審期間之規定而不合法（§ 272）。被告既未經合法傳

²⁹ 參林鈺雄，刑訴 II-21:6.1：（§ 370 I）適用前提限於「僅被告上訴或為被告之利益而合法上訴，且檢察官或自訴人並未為被告之不利益而提起合法上訴之情形」。另參本書之〈不利益變更禁止原則之審查順序（例 23）〉。

喚，第二審法院卻逕行缺席審判，屬於「被告未於審判期日到庭而逕行審判者」之判決當然違背法令（§ 379 ⑥），乃得提起第三審上訴之絕對事由。

Q2 所示，雖本來屬於「不得上訴第三審之案件」，但此項限制自 106 釋 752 後，經立法修正而創設例外（§ 376 I 但），以保障至少一次救濟之機會。故第二審法院撤銷第一審之不受理判決並諭知過失重傷罪刑，乃立法明訂之例外，被告甲得上訴第三審救濟之。

Q3 所示，被告甲合法提起第三審上訴，但未指摘第二審違法缺席審判。第三審法院之調查，雖限於上訴理由指摘者為原則，但此判決當然違背法令事由，屬於第三審法院得例外依職權調查之事項（§§ 379 ⑥, 393, 394）。因此，第三審法院得予審酌調查，並應以上訴有理由而將原審判決撤銷並發回原審法院（§§ 397, 401）。

Q4 針對違法缺席審判的第二審確定判決，以「審判違背法令」為由，提起非常上訴（§ 441）。非常上訴審之處理方式，本文見解認為，第 447 條第 1 項第 1 款所稱之「原判決違背法令者」，包括第 379 條所列各款。據此，Q4 因判決不利於被告，非常上訴審不僅應撤銷違背法令之原判決，且基於維持被告審級利益之必要，應發回原審法院更為審判，並受非常上訴程序特別規定之不利變更禁止原則的拘束，不得諭知較重於原確定判決之刑（§ 447 II 但）。此項判決之效力，及於被告（§ 448）。

肆、〔附錄：相關實務見解〕

※ 最高法院 91.06.11 刑議 7（非常上訴之審判違背法令）

刑事訴訟法第三百七十九條第六款規定：（略）第七款規定：（略）其判決當然違背法令。在通常上訴程序，當然得為上訴第三審之理由。在非常上訴程序，刑事訴訟法第四百四十一條所謂「案件之審判係違背法令」，包括原判決違背法令及訴訟程序違背法令，後者係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定，與前者在實際上時相牽連。非常上訴審就個案之具體情形審查，如認其判決前之訴訟程序違背上開第六、七款之規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背

法令。本院二十九年二月二十二日刑庭庭推總會議關於非常上訴案件之總決議案中決議六及四十一台非四七判例、四十四台非五四判例，與本決議意旨不符部分，不再參考、援用。

※ 92 台非 129（違法缺席審判之非常上訴）

刑事第二審被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決，刑事訴訟法第三百七十一條定有明文。是苟未經合法傳喚，或具有正當理由未到庭者，自不得不待被告陳述，逕行判決，應屬當然之解釋。又除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判者，其判決當然違背法令，同法第三百七十九條第六款亦有規定。惟刑事訴訟法第四百四十一條就非常上訴程序所謂「案件之審判係違背法令」，包括原判決違背法令及訴訟程序違背法令二種情形，後者係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定而言，倘該訴訟程序之違背法令，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬後者之判決違背法令。非常上訴審經調查後，如認原判決係「訴訟程序違背法令」者，僅應將原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷即可，必原判決屬於「判決違背法令」且「不利於被告」者，始得依其違法情節，將原判決撤銷後，或由非常上訴審逕行另為判決，或因維持被告審級利益之必要，交由原審法院依判決前之程序更為審判，為同法第四百四十七條所明定。本件原法院…於九十一年九月廿四日上午十一時，以被告經合法傳喚無正當理由未到庭，爰不待被告到庭陳述，逕行辯論終結，並為被告有罪之判決，固有被告之送達證書、審判筆錄可證。然被告於同日上午十時廿分，另因家暴恐嚇刑事案件，經臺灣高雄地方法院九十一年度易字第二六七八號予以傳喚出庭，惟遲延至同日中午十二時十三分始於該法院第五法庭公開訊問，被告並出庭陳述，有非常上訴書所附當日刑事傳票、報到單、訊問筆錄影本等附卷可參，是被告未能於同日上午十一時至原法院出庭接受審判，應有正當理由，乃原法院未察，不待被告陳述逕行判決，揆諸上開說明，原判決之訴訟程序自屬當然違背法令。惟因被告於原法院九十一年九月十六日調查曾出庭應訊否認犯行，另陳稱無請求調查之證據，其辯護人於同日及同月廿四日亦提出辯護狀、辯護續狀為被告辯護，原判決則以被告雖否認犯行，但依被告前陳述情節、告訴人指訴、被告之子陳○駿證言、附卷病歷表、診斷證明書影本等，仍可證明被告有原判決所認定犯行，而為被告有罪之判決，有該判決可稽，是被告於審判期日雖未到庭，致原判決有違背法令情形，然該缺席情形尚不足認已影響原判決適用法令發生違誤，而顯然於判決結果有影響，該違法情形自應認屬於刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款所稱訴訟程序違背法令之範疇。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

※ 94 台非 4（違法缺席審判之非常上訴）

…原審定於九十二年十一月十八日上午十時十分審理時，被告尚在臺灣桃園看守所羈押中，身體受到拘束，並非無正當之理由不到庭，原審未詳查被告在監所之資料，將其提解到庭審理，誤認被告係無正當之理由不到庭，不待其到庭陳述逕行判決，自有刑事訴訟法第三百七十九條第六款規定之違法。又刑事司法之實踐首重保障人權，藉由程序之遵守，確保裁判之公正。被告自始否認幫助竊盜犯行，經第一審認不能證明其犯罪，而諭知被告被訴幫助竊盜部分無罪之判決，原審誤認被告係無正當之理由不到庭，不待其陳述逕行判決，剝奪被告防禦權之行使，使被告喪失陳述抗辯之機會，影響法院對證據之調查取捨及事實之認定，依前述說明，應認係判決違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，為有理由。因原判決不利於被告，且有維持被告審級利益之必要，爰將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。

※ 102 台上 4859（缺席之正當理由）

刑事訴訟之目的，在於經由程序正義，以實現實體正義；無程序正義，即無實體正義可言。除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第六款定有明文。第二審審判期日，被告不到庭，得不待其陳述逕行判決者，以經合法傳喚而無正當理由不到庭者為限。刑事訴訟法第三百七十一條亦載有明文。而所謂無正當理由不到庭，係指依社會通常觀念，認為非正當之原因而不到庭者而言。因審判程序為法院審理訴訟之中心，透過當事人雙方及其辯護人之法庭活動，使審判者獲取心證而為判決；對經合法傳喚之被告，不待其到庭陳述逕行判決，事涉被告訴訟在場權、辯明權及防禦權等程序權之保障，法院審查被告有無不到庭之正當理由時，解釋上應以可歸責於被告，由被告自行放棄到庭之權利者為限，方足以確保憲法第八條所保障之正當法律程序及被告訴訟權利之行使。

第三人沒收之聲請參與、漏未判決及救濟

A 建設公司負責人乙，以 A 公司財產 200 萬元（新臺幣，下同）行賄承辦某標租案的公務員甲，A 公司因此於 3 年內共收取 5,000 萬元租金之犯罪所得。檢察官經偵查後，對乙為緩起訴處分，並以貪污收賄罪嫌起訴公務員甲。試問：

- 1、設若檢察官起訴書未特別記載聲請沒收（含追徵之替代手段，下同）A 公司之犯罪所得，亦未於審判程序向法院聲請由 A 公司以第三人身分參與程序（§ 455-13 II, III）；A 公司亦未向法院聲請參與沒收程序（§ 455-12 I）。儘管如此，法院仍依職權裁定命 A 公司參與沒收程序，給予 A 代表人到庭陳述意見機會（§§ 455-12 III, 455-14）。審理終結，法院對甲論罪科刑，並依職權宣告沒收 A 公司之犯罪所得 5,000 萬元。試問法院之沒收判決，是否合法？
- 2、設若檢察官於起訴前踐行沒收第三人之通知等參與程序，並於起訴書為相關之記載與請求（§ 455-13 I, II）。A 公司雖經法院裁定以第三人身分參與程序，惟法院判決僅對甲論罪科刑，主文竟未諭知 A 公司之 5,000 萬應否沒收。試問以上判決屬何種瑕疵？檢察官可否針對未沒收第三人之瑕疵，提起上訴救濟？
- 3、設若法院判決雖對甲論罪科刑並諭知沒收 A 公司犯罪所得 5,000 萬元，且判決理由內亦確認甲收受 200 萬元賄款之事實，但主文卻漏未諭知沒收甲之犯罪所得。試問以上判決屬何種瑕疵？檢察官如何救濟？與上述 2 有無或有何不同？

壹、〔提要〕

【相關條文】§§ 267, 268, 379 ②, 455-12, -13, -14, -26

【關鍵詞】第三人沒收、參與程序、控訴原則、單（同）一性、訴訟標的、漏判、漏未判決、補（充）判（決）、已受請求之事項未予判決、判決當然違背法令

題示 Q1 至 Q3，涉及兩組問題：一是檢察官未聲請第三人沒收，且檢察官及第三人皆未聲請第三人參與程序者，法院得否依職權命參與並沒收（含追徵之沒收替代手段，下同）第三人財產（Q1）？二是法院僅判處被告罪刑，但主文漏未諭知第三人沒收（Q2）或犯罪行為人沒收（Q3），屬何種瑕疵及如何救濟？分為以下四個爭點說明之¹：

一、前提問題：何謂沒收之獨立性（Q0）？分為實體與程序兩部分：（一）沒收作為實體法上「獨立之法律效果」，其意義為何（Q0-1）？（二）可否從沒收是實體法上獨立之法律效果，推論其於訴訟法上即屬「獨立之訴訟標的」；一個案件若有沒收之法律效果爭點，案件/訴訟標的個數是否從單數變成複數（Q0-2）？

二、檢察官起訴時未聲請第三人「沒收」，且檢察官及第三人皆未聲請第三人「參與」程序者，法院得否於程序上依職權命第三人參與且實體上依職權沒收第三人財產（Q1）？

三、判決主文漏未依法諭知參與人沒收或不沒收（§ 455-26 1），屬於「漏判」或「漏未判決」之瑕疵？其救濟方式，應向原審法院請求「補判」，或以判決違背法令為由而「上訴救濟」（Q2）？

四、判決主文若漏未諭知被告/犯罪行為人沒收與否，與上述三之情形有無或有何不同（Q3）？

¹ 參王士帆，〈尾牙頭獎—第三人犯罪所得沒收判決〉，刊：沒收 V，2020.09，頁 445-453；林鈺雄，刑訴 II-23:3.2.2.12; II-29:3 及【案例 29-3：貪污圖利案】：「第三人沒收之漏未判決及其救濟途徑—108 年度台上字第 579 號刑事判決」，〈月旦裁判時報〉，100 期，2020.10，頁 74-83。

貳、〔解析〕

一、前提問題：何謂沒收之「獨立性」？

關於沒收，實體法與訴訟法，層次有別，不可混為一談。以第三人沒收為例，第三人是否屬沒收對象、實體要件為何、效果是義務沒收（刑§ 38-I II）或裁量沒收（刑§ 38 III），這是實體法層次的問題，取決於刑法（或附屬刑法）之規定；反之，第三人沒收應如何踐行參與程序保障、主文如何論知，以及訴訟繫屬之範圍、訴訟標的之個數或判決瑕疵應如何救濟，則是訴訟法層次之問題。

（一）沒收作為實體法之獨立法律效果

就實體法言，我國沒收新制係以「沒收皆非『從刑』，而是刑罰與保安處分之外的『獨立法律效果』；利得沒收是『準不當得利』」為前提，據此開展整部新法的相關規範。簡言之，立法者認為無論是犯罪物沒收或利得沒收，皆為刑法所定「刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，而非屬從刑」，並再三確認「沒收已不具刑罰本質」²；據此，我國立法者仿效德國刑法獨立章節的體例，重編條次並將相關沒收規定（刑§§ 38~40-2），獨立列於第 5 章之 1，章名為「沒收」，並刪除沒收、追徵（、追繳或抵償）為從刑之舊法規定（刪除舊刑§ 34），此後，我國刑法所稱從刑，專指褫奪公權而言（刑§ 36）。我國刑法的制裁論（舊稱刑罰論），自此也從原先的「雙軌制裁體系」（刑罰+保安處分），正式邁向「多軌制裁體系」（刑罰+保安處分+沒收）。

由此可知，所謂沒收是刑法之獨立法律效果，自始是在「去從刑化」的實體法脈絡，將沒收重新定性為「刑罰與保安處分以外的獨立法律效果」，彰顯沒收於實體法制裁種類中，已不再依附於刑罰或保安處分而已（總結三句話：沒收不是刑罰、沒收不是保安處分、沒收是

² 刑§ 2 之立法理由一、（一）；刪除刑§ 34 之立法理由及新增第 5 章之 1 之立法理由。說明參林鈺雄，沒收-Ch01:4.1.1；Ch03:2.2。

自成一類的制裁效果)。沒收是刑法獨立法律效果的規範意義及射程距離，但也僅止於此；無論立法規定本身、立法理由或相關立法史料，皆無法解讀出任何改變訴訟法訴訟標的判斷標準之立法意旨。

（二）沒收並非訴訟法之獨立訴訟標的

1、訴訟標的（案件）之判斷標準

實體法上將沒收定性為獨立法律效果，不等於訴訟法上是獨立的訴訟標的；後者並非刑法沒收新制規範之對象，故沒收之訴訟標的問題，仍應回歸訴訟法上單（同）一性的判斷標準。

刑事訴訟之訴訟標的（又稱為「案件」），係由被告與犯罪事實兩部分組成。特定被告之特定犯罪事實一經起訴後，同一案件全部產生訴訟繫屬之效力。亦即，就犯罪事實言，檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於單（同）一案件之全部犯罪事實（§ 267）³；就法律效果言，系爭犯罪之所有法定效果（含刑罰、保安處分、沒收）本皆在起訴效力所及範圍，無論法院宣告何等法定效果，皆不生違反「控訴原則」之訴外裁判問題；縱使檢察官未特別聲請法院宣告該效果，亦然⁴。

例如，發起犯罪組織者，包含三種法律效果/制裁種類：1. 刑罰（組織§ 3 I 前段：「處三年以上十年以下有期徒刑」）、2. 保安處分（組織§ 3 III：「強制工作，其期間為三年」⁵）及 3. 沒收（組織§ 7）。一旦檢察官起訴某丁發起某組織犯罪者，效力及於同（單）一案件之全部犯罪事實，且及於以上三種法定效果；本案無論法院宣告何者，皆

³ 刑事訴訟法上之訴訟標的/案件單一性同一性，參林鈺雄，刑訴 1-Ch08:1。

⁴ 108 台上大 3594（參附錄一）同說（下文二/Q3）：「檢察官對特定被告及犯罪事實起訴之效力，涵括對被告及第三人沒收之法律效果」。先前最高法院部分裁判曾採相反見解（如 107 台上 2101、107 台上 3573），但已被大法庭裁定統一見解，不再援用。

⁵ 強制工作之保安處分的立法論或違憲論問題，在此不贅。批評僅參林鈺雄，刑總-Ch18:4.2.4；最新實務見解另參 108 台上大 2306（我國最高法院第一件大法庭裁定）關於強制工作與比例原則之論述。

非訴外裁判，皆不違反不告不理之控訴原則。據此，縱使檢察官起訴本案時，未指明聲請法院宣告強制工作或沒收，但法院認為符合法定要件而依職權宣告強制工作或沒收者，亦非訴外裁判。

換言之，就訴訟標的判斷言，檢察官起訴之丁犯發起犯罪組織，於實體法上雖然有三種（各自獨立之）法律效果，但訴訟法上因屬單一被告且單一犯罪事實，故訴訟標的/案件個數仍為一個，而非三個。由此可知，實體法上作為獨立法律效果，無法推論其於訴訟法上乃獨立於本案訴訟以外之另一案件/訴訟標的；否則，不但沒收將成獨立一個訴訟標的，保安處分也是，如此一來，以上向來毫無疑問的單一案件/訴訟標的，豈非變成三個各自獨立的案件/訴訟標的？果爾，試問保安處分案件及沒收案件，其訴訟關係各始於何時？也是始於檢察官起訴本案被告犯罪事實嗎？若是，檢察官未特別聲請保安處分及沒收之情形，此兩個案件皆屬未經起訴？若法院依法、依職權一併宣告保安處分及沒收，不就成了無訴有裁判之訴外裁判？這完全反於訴訟法上向來的認知！

就訴訟關係的產生與消滅言，單一案件不但「一部起訴、全部起訴」，而且「一部判決、全部消滅」，亦即原則上單一案件經法院終局判決者，縱使僅就一部判決，亦消滅全部訴訟關係，單一案件之訴訟繫屬全部脫離原審。但依穩定實務見解，原審判決可能有「已受請求之事項未予判決」之判決當然違背法令事由（§ 379 ②），屬於「漏未判決」，得提起上訴救濟之⁶；此外，若是實體上「應沒收而未沒收」，或應宣告保安處分而未宣告者，判決亦可能有違反實體法則之判決違背法令事由，亦屬得上訴第三審事由⁷。

⁶ 僅例示 99 台抗 31：「依實質上或裁判上一罪關係起訴之案件（按：單一訴訟標的、單一案件），法院僅受一次單數之訴訟關係之拘束，如審判有遺漏，因訴訟關係已經消滅，係屬『已受請求之事項未予判決』之當然違法，對遺漏部分即無從補行審判。」訴訟關係之始終，參林鈺雄，刑訴 I-Ch07:1。

⁷ 參林鈺雄，刑訴 II-Ch23:3.3：「狹義之判決違背法令，乃指不適用判決主文所由生之法則或適用不當。亦即，本應為某種判決，但因不適用或適用不當之結果，致為其他判決，據此，此種違法情形，判決本身發生錯誤，率皆直接影響判決結果，此與訴訟程序違背法令未必影響判決結果者有別。狹義之

據此，上開丁發起犯罪組織之例，若原審法院判處丁有罪並諭知丁 5 年有期徒刑及沒收組織財產，但主文漏未宣告強制工作且理由亦未說明者，由於全部僅屬單一案件，故一經判決即消滅全部訴訟關係，檢察官若不服法院未宣告強制工作者，僅能上訴救濟之，但非漏判，故不能向原審請求補判強制工作。同理，若原審法院僅諭知丁 5 年有期徒刑及 3 年強制工作，漏未沒收組織財產且理由亦未說明為何不沒收者，單一案件訴訟關係亦是全部消滅⁸，但因漏未審酌義務沒收之法定效果，判決可能有當然違背法令事由及違反實體法則之雙重瑕疵，得上訴救濟之。

2、沒收作為獨立訴訟標的之特例：客體訴訟

沒收是實體法上之獨立法律效果，而非訴訟法上之獨立訴訟標的，這是原則，但（沒收之）客體訴訟則屬例外。關此，首應說明主體訴訟與客體訴訟之概念⁹。

沒收通常於刑事本案判決中一併諭知，亦即，法院一併在對被告的本案判決中宣告沒收（刑§ 40 I）；由於存在本案之刑事審判程序，

判決違背法令，包括判決違背實體法則與判決違背程序法則：「判決違背實體法則，幾乎囊括所有違背實體刑法規定之情形，諸如：…4、犯罪法律效果之科處：如是否超過法定刑度、有無漏未併科、累犯加重或自首減輕或其他法定原因之加減是否符合法定要件、緩刑或從刑或保安處分之諭知是否違反法定要件、應否諭知沒收不當等。」

⁸ 單一案件經一部裁判，但訴訟關係於原審並非全部消滅者，僅發生於法律特別規定容許一部先行分離判決之情形，如§ 455-26 III：「第一項沒收應與本案同時判決。但有必要時，得分別為之。」其規範意旨在於訴訟經濟，避免因沒收參與過於複雜而延宕本案訴訟，此條項亦屬於刑§ 40 I 所稱之特別規定：「沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之。」

單一案件先行判決之部分，若因未經上訴或不得上訴而確定，於先行判決範圍內即產生「部分既判力/部分實體確定力」（Teilrechtskraft）。但本題案例事實及所示裁判，皆非原審依法分離沒收、先行裁判罪刑之情形，亦無關部分既判力，故以下不再贅述此種特殊情形。

⁹ 關於主體訴訟與客體訴訟之概念及其區別：林鈺雄，沒收-Ch10:2.3.2；刑訴 II-Ch29:5。Vgl. Rönna, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Aufl., 2015, Rn. 412; Roxin/Schünemann, StVR, § 67 Rn. 1.

被告本人就沒收爭點的程序權利，通常已經可以連同本案訴訟而一併獲得保障，因此，此類訴訟的沒收規範重點在於如何處理下述的第三人訴訟參與問題。就沒收程序而言，遂將此類程序稱為「主體訴訟（程序）」（sog. subjektives Verfahren）；於主體訴訟，沒收並非獨立於本案以外之另一訴訟標的，應屬定論。

但是，由於我國沒收法制容許在特定條件下單獨宣告沒收（刑§ 40 II, III），不以存在一個對特定人進行的刑事訴訟程序為必要，法院便可單獨宣告沒收。例如偽造貨幣之行為人已經逃亡或不知何人，無從對於特定人發動追訴程序或為有罪判決，但檢察官仍得聲請法院宣告沒收其偽造之貨幣。為了對照一般刑事程序主體訴訟之稱謂，故稱此為「客體訴訟（程序）」（sog. objektives Verfahren），其本質就是一種沒有刑事被告的「對物訴訟」（action in rem）。既然客體訴訟根本沒有追訴特定犯罪主體（被告），僅專門針對沒收標的而發動，其訴訟關係自無從依附於起訴被告犯罪事實而產生，因此，客體訴訟必須另創訴訟繫屬之方式，也就是由檢察官聲請單獨宣告沒收（§ 455-34），客體訴訟之聲請就如同主體程序之起訴！據此，若未經檢察官依法提出聲請，法院即單獨宣告沒收者，即屬違反不告不理、控訴原則的訴外裁判。簡言之，客體訴訟的唯一訴訟標的就是沒收，因此，沒收當然是客體訴訟的獨立訴訟標的¹⁰。

以上所述客體訴訟雖為特例，但本題設例及相關裁判（如 108 台上 579），其性質皆是對特定被告犯罪事實進行的一般主體訴訟，因此，完全無關上開客體訴訟之特例，自亦不得援引客體訴訟之訴訟標的判斷標準，故沒收皆非獨立訴訟標的，以下解析以此為前提而開展。

¹⁰ 客體訴訟有無可能發生「漏判」？這是進階問題。漏判以數案件為前提，若為複數客體訴訟，即屬數案件，自亦可能發生漏判情形。例如，檢察官就源自三個不同原因事實的 A、B、C 三筆犯罪所得，合併聲請客體訴訟，訴訟繫屬就是三個沒收訴訟標的/三個案件，若原審法院僅裁判 A、B 兩個沒收訴訟標的，而漏未審酌 C 者，由於屬於數個案件/訴訟標的，其訴訟關係本各自分離判斷，故僅 A、B 案訴訟關係消滅，C 案訴訟關係則尚未消滅，屬於漏判而應向原審請求補判 C 案之沒收。

二、第三人沒收之聲請與參與（Q1）

Q1 所示第三人沒收判決之合法性，應從實體法與訴訟法依序分別審查，亦即，先審查系爭案情是否符合實體法之第三人沒收要件（刑§ 38-1 II），次審查法院是否依訴訟法踐行第三人沒收（參與）程序（§§ 455-12~）。此外，應予注意，所謂聲請，概念上有向法院聲請第三人「沒收」與聲請第三人「參與」之別，不可混淆，以下分述之。

（一）未經聲請「沒收」，法院可否依職權宣告第三人沒收？

案例所示 A 公司取得之 5,000 萬元租金，屬於「犯罪行為人（乙）為他人（A）實行違法行為，他人（A）因而取得」（刑§ 38-1 II ③），學說上稱為「代理型」之第三人犯罪所得¹¹，依刑法規定採義務沒收，除有例外過苛情形外（刑§ 38-2 II），「應」沒收之，並無疑義。

如前文一所述，本案屬主體程序，故沒收雖屬實體法上獨立法律效果，但非訴訟法上獨立訴訟標的，而是附隨於本案訴訟標的而一併裁判。檢察官既已起訴被告甲貪污收賄之犯罪事實，效力及於全部法律效果，故不論犯罪行為人甲或第三人 A 公司之沒收，皆已為起訴效力所及。縱檢察官未特別聲請第三人沒收，法院亦應依實體法之義務沒收規定，依職權沒收 A 公司之 5,000 萬元犯罪所得。但應注意下述參與程序踐行問題。

（二）未經聲請「參與」，法院可否依職權命第三人參與？

我國刑法沒收新制引進第三人沒收之總則性規定（刑§§ 38 III, 38-1 II），刑法亦有相應配套。沒收，不論是犯罪物或犯罪所得沒收，對犯罪行為人或對第三人之沒收，皆是限制或剝奪相對人財產之干預處分，因此必須遵守發動干預處分之合憲性事由，並注意聽審權、救濟權的程序保障。沒收對象若為被告本人，本得附隨於其本案審判程序而一併受程序保障，但沒收主體對象若為被告以外之第三人，則須

¹¹ 參林鈺雄，沒收-Ch05:2.2；許綵捷，〈第三人犯罪所得之沒收〉，刊：沒收 I，2016.07，頁 111-126。

另創將其引進程序的做法。故我國立法者仿效德國刑訴法 (§§ 430 ff. StPO a.F.)¹²而增訂第三人之「程序參與」 (§§ 455-12~455-28)。除非第三人捨棄參與 (參與乃第三人權利而非義務)，否則，唯有經過參與程序，才能針對第三人宣告沒收，以免造成突襲。

第三人參與程序係依附於刑事本案訴訟，故參與程序之開啟，由本案審判法院依聲請或依職權裁定開啟之。所稱「依聲請」之聲請權人有二：一是由財產可能被沒收之第三人聲請參與 (§ 455-12 I)；二是由檢察官聲請第三人參與 (§ 455-13)¹³。法院受理聲請後，認為聲請參與不合法者，除可補正者應定期間先命補正外，應以裁定駁回之；認為聲請參與有理由者，應為准許之裁定，且因欠缺抗告利益而不得抗告 (§ 455-16)；但對於駁回裁定，得提起抗告救濟之。另，法院於裁定前應先聽詢當事人、聲請人等之意見 (§455-14)。

若未聲請參與，但法院認有必要時，基於法治國訴訟照料義務，「依職權」裁定命第三人參與 (§ 455-12 III 前段)，使財產可能被宣告沒收之第三人取得參與人地位，保障其行使防禦權利的機會。另，於法院依職權命第三人參與之情形，基於聽審權下受通知權的同一法理，法院亦應於裁定前，通知第三人並聽詢其意見 (立法漏洞，應類推§455-14 依聲請之通知規定¹⁴)。

(三) 小結：未聲請沒收及參與，法院得依職權命第三人參與後沒收
依以上 (一)、(二) 之說明可知，「檢察官雖未聲請沒收第三人

¹² 參林鈺雄，刑訴 II-Ch29:3；〈沒收之程序問題—德國法之鳥瞰與借鏡〉，刊：沒收 II，2016.09，頁 327-329, 345-347；〈德國刑事沒收程序逐條釋義—第三人參與、單獨宣告及事後程序 (§§ 430 ff. StPO)〉，刊：沒收 IV，2019.05，頁 63-116。Vgl. Podolsky/Brenner, Vermögensabschöpfung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, 5. Aufl., 2012, S. 202; Neufeind, Strafrechtliche Gewinnabschöpfung, JA 2004, 155, 162 f.; Roxin/Schünemann, StVR, § 67 Rn. 2.

¹³ 起訴後，檢察官認應沒收第三人財產者，「得以言詞或書面向法院聲請」 (§ 455-13 III)，據本條立法理由第三點說明，此處「聲請」指聲請參與程序而非聲請沒收，亦即「請求法院裁定命該第三人參與」。

¹⁴ 林鈺雄，刑訴 II-29:3.1。同說參王士帆，註 1 文，頁 450；吳燦，〈第三人沒收程序與控訴原則〉，《月旦裁判時報》，91 期，2020.01，頁 63 註 29。

財產，且檢察官及第三人皆未聲請第三人參與程序，但法院認為有必要者，得依刑訴法第 455-12 條第 3 項前段規定，依職權裁定命該第三人參與，並於開啟第三人參與程序後，為第三人沒收之宣告（肯定說）。

據此，案例 Q1 所示，檢察官起訴書未特別記載聲請沒收第三人 A 公司之 5,000 萬元犯罪所得，且檢察官及 A 公司皆未向法院聲請第三人參與；但法院仍得依職權裁定命第三人 A 公司參與程序，給予其到庭陳述意見機會後，依職權而義務沒收該 5,000 萬元租金。故法院判決及踐行程序合法。

108 台上大 3594（我國最高法院第三件大法庭裁定，參附錄一），同本書見解（肯定說）。先前部分裁判曾反於文義及立法意旨，且以不相干的「控訴原則」為由，採否定說，認為法院「不得」依職權裁定命該第三人參與沒收程序而對該第三人財產諭知沒收¹⁵。以上誤解，幸經 108 台上大 3594 撥亂反正，統一見解回歸立法之肯定說：「對第三人財產之沒收，乃刑法所明定，檢察官對特定被告及犯罪事實起訴之效力，涵括對被告及第三人沒收之法律效果，法院審理結果，認被告犯罪或有違法行為，且符合依法沒收之要件者，即有諭知沒收之義務，尚無待檢察官之聲請。從而，如涉及第三人財產之沒收，而檢察官未於起訴書記載應沒收第三人財產之意旨，審理中，第三人亦未聲請參與沒收程序，檢察官復未聲請者，法院為維護公平正義及保障第三人之聽審權，基於法治國訴訟照料義務之法理，認為有必要時，應依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項前段規定，本於職權，裁定命該第三人參與沒收程序，並依審理結果，而為沒收與否之判決。」¹⁶

¹⁵ 如 107 台上 2101、107 台上 3573、107 台上 4181，認為：檢察官於提起公訴之同時，未於起訴書記載聲請沒收第三人財產之旨，亦未於審理中追加聲請者，法院即應曉諭檢察官為聲請，如檢察官未聲請，法院不得依§ 455-12 III 規定，依職權裁定命該第三人參與沒收程序，對該第三人財產諭知沒收。

¹⁶ 簡評參林鈺雄，刑訴 II-Ch29:3.1：1、本案犯罪經起訴後，系爭犯罪宣告之所有效果（含刑罰、保安處分、沒收）本皆在起訴效力所及範圍，不生違反「控訴原則」之問題；2、對第三人犯罪所得「應」沒收，是依實體法規定，訴訟法規定不改變此一結果；3、本法參與程序規定處理的不是應沒收之實體法命題，而是「依聲請或依職權」命第三人參與的程序問題；兩者唯一的關

三、第三人沒收之漏判與漏未判決（Q2）

Q2 即（主體訴訟中）主文漏未諭知參與第三人沒收與否之問題，最高法院曾有兩說：先前裁判有採「漏判/補判說」者¹⁷，如 106 台上 3464，即從刑法沒收新制「確認沒收已無從屬主刑之特質，改採沒收獨立性法理」，進而推論「如對參與人應否沒收，法院未於判決主文諭知，則難認該沒收判決之訴訟繫屬業已消滅、已生實質確定力，不得認已為判決，應屬漏判。」反之，後作成的 108 台上 579（參附錄一）則採「漏未判決/上訴救濟說」，認為原審未依刑法第 455-26 條第 1、2 項之規定，「於判決主文內就參與人財產沒收與否為諭知，及於理由內敘明應否沒收之理由，亦即未就此部分說明應否為沒收或不沒收之諭知，揆之上開說明，自有已受請求之事項未予判決之違法。」

如前所述，不能從沒收是實體法獨立法律效果而推論其於訴訟法上是獨立於本案訴訟以外之另一訴訟標的；除客體訴訟之特例外，沒收皆非訴訟法上獨立之訴訟標的，而是附屬於起訴案件（主體訴訟）的一種法定效果而已，其訴訟關係亦隨同本案訴訟而始於起訴（非始於聲請！），終於判決；縱使法院僅一部判決而漏未判決單一案件之其他犯罪事實或法律效果，訴訟關係亦是全部消滅。既然如此，最高法院的兩說，應以後來作成的「漏未判決/上訴救濟說」為當；畢竟「漏判/補判說」的前提是存在數個案件/訴訟標的，因此必須先肯認沒收乃獨立於本案訴訟以外之另一訴訟標的，但這前提顯然不存在於主體訴訟。既然只有客體程序/單獨宣告沒收之情形，沒收自身才會成為一個獨立訴訟標的，「漏判、補判說」恐是混淆了主體程序與客體程序之

聯，僅止於「若未先命參與而逕宣告第三人沒收者」，有程序違反問題。

¹⁷ 漏判 v. 漏未判決之用語、概念及救濟方式，參林鈺雄，刑訴 II-Ch23:3.2.2; II-Ch29:3.3。

簡言之，漏判專指起訴「數個案件」情形，法院判決其中一個或數個案件而漏未審的其他案件之判決瑕疵。我國刑訴法並未特別規範數案件之原審漏判情形，應如何處理，但實務向來穩定見解，皆採補（充）判（決）說，僅參 96 年度台上字第 79 號判決：「漏判，僅得聲請原審法院補充判決，不得對之提起上訴。」

區別。

然而，於第三人參與情形，實務先前裁判為何會採「漏判/補判說」呢？追本溯源，其誤解雖有多重原因，但部分原因恐來自過度解讀第三人參與主文諭知的特別規定（§ 455-26 I）之性質，故以下簡略說明。

第三人若經裁定參與者，除程序權利與保障外，判決主文格式另有特別規定：「參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。」（§ 455-26 I）。此規定特色在於連不沒收參與人財產，也要明白寫在主文；但對被告/犯罪行為人之沒收（捨棄參與之第三人沒收，亦同¹⁸），若法院認不應沒收者，則無庸特別在主文諭知。為何會有此種主文諭知方式之區別？道理何在？

簡言之，判決主文是連結判決之「執行力」。刑事執行如何進行，皆以確定裁判之主文為斷；若判決結果應沒收而主文未諭知沒收者，即無法依裁判執行沒收。因此，無論對犯罪行為人或參與第三人之沒收，皆應於主文諭知沒收（§§ 309 ①, 310-3），並於理由欄說明構成沒收之事實、理由（§§ 310 ⑥, 310-3）。反之，若判決結果認為不沒收者，即不生沒收之執行問題，故原則上無庸於主文特別諭知不沒收，這就如同犯罪法定效果若包含保安處分，但法院認為不符要件者，無庸於主文特別諭知不宣告保安處分，於理由說明即可。據此，法院審理結果若認為不應沒收被告/犯罪行為人者，無庸特別於主文諭知。

那為何針對參與第三人，會有裁判主文應明白諭知不沒收的特殊要求呢？這是因為第三人經裁定參與後，取得參與人之正式程序地位與權利，既然大費周章踐行參與訴訟程序，到底結果是沒收或不沒收，總是有個明白交代比較妥當；更何況參與人還有上訴權利（§ 455-27

¹⁸ § 455-12 III 但書：「但該第三人向法院或檢察官陳明對沒收其財產不提出異議者，不在此限。」捨棄參與後，若法院認為符合第三人沒收要件者，仍得依法沒收之；由於第三人捨棄參與情形，所踐行者即非參與程序，故法院亦不受§ 455-26 I 針對參與程序特別主文格式之拘束，而應回歸一般主文諭知之規定，亦即，判決結果不沒收該捨棄參與之第三人財產者，無庸特別於主文諭知不沒收。

I)，也涉及有無上訴利益之判斷；為求明確起見，立法者遂特別要求，無論最後結果是否沒收該參與第三人財產，裁判主文皆應明白諭知。但這僅是主文格式之特別要求，無關訴訟標的單複數之判斷，也無法得出「本案一經參與，案件/訴訟標的即從單數變成複數」的結論。另從第三人程序參與制度及本條立法理由以觀¹⁹，沒收部分僅是附隨於刑事本案訴訟標的的一種法律效果而已；更何況文義上稱「參與」，本是加入、依附於（已經訴訟繫屬的）本案訴訟，自始不在於另創一獨立之訴訟標的²⁰。

總言之，法官應於判決主文明白諭知沒收或不沒收參與人財產的主文特別格式要求，其作用僅止於「避免不明不白」而已，並無創設沒收乃獨立訴訟標的的規範作用或目的。先前實務的漏判、補判說，顯然過度引中，站不住腳。

108 台上 579，大體同本書認知，如裁判稱本條項規範目的在於「以杜爭議」，且明白諭知有利於上訴判斷，應屬較為符合立法與理論之理解²¹。此外，原審法院僅就一部裁判，漏未判決參與人沒收與否，然整個案件之訴訟繫屬全部消滅，自無從再向原審請求補判；但因參與人沒收事項「漏未判決」，判決範圍過小，原審裁判即可能有「已受請求之事項未予判決」之判決當然違背法令事由（§ 379 ②），判決確定前得提起上訴，108 台上 579 據此撤銷下級審判決，應屬於法有據，且符合實務向來對漏未判決救濟途徑之理解（參前引 99 台抗 31）。據此，Q2 法院僅對甲論罪科刑，判決主文竟未諭知參與人 A 公司之 5,000 萬元應否沒收，應屬漏未判決，依上訴途徑救濟之。

¹⁹ 立法理由：「法院就沒收該財產與否之決定，應於所附隨之刑事本案判決主文對參與人諭知，爰於本條第一項規定，以為裁判之依據。」

²⁰ 另參我國刑法訴法新增修之被害人訴訟參與規定（§§ 455-38~455-47），當然也不會改變訴訟標的之判斷標準或個數計算。

²¹ 108 台上 579：「倘於判決理由中敘明而未於主文內諭知，易生須對本案判決提起上訴後，上級法院始能一併審查原審判決關於參與人財產不予沒收部分，致無從僅就該沒收事項之判決單獨提起上訴之爭議」。

四、被告/犯罪行為人沒收之漏判與漏未判決（Q3）

最後，原審漏未審酌被告/犯罪行為人應否沒收，主文未諭知且理由亦未論及者，其情形與上述漏未審酌第三人/參與人沒收，有無或有何不同？

關此，部分實務（107 台非 93）同樣曾以實體法上沒收屬獨立法律效果為由，推論第二審漏未審判犯罪行為人沒收部分屬未經判決之「漏判」，該部分仍未確定，故不得提起非常上訴救濟之，其見解同上述「漏判/補判說」，缺失亦同。漏判是以數案件且沒收乃獨立於本案以外之獨立訴訟標的為前提，但 Q3 所示並非客體訴訟，此前提不存在；Q3 案例法院漏未諭知沒收被告甲收受之賄款 200 萬元，非屬漏判，自無從向原審法院請求補判。亦即，此案件乃檢察官起訴被告甲貪污收賄之一般主體訴訟，故沒收連同其他法律效果，一來已因該案件經檢察官起訴而屬法院審判範圍，法院亦應予審判（告即應理）；二來該案件之訴訟關係，亦已隨同原審法院對被告論罪科刑判決而全部消滅；訴訟關係既已於原審消滅，原審自無從補判。

Q3 情形，未諭知（義務）沒收被告賄款，屬確定判決違背法令情形（包含違反應沒收犯罪所得而未沒收之實體法則），判決確定前應上訴救濟之。判決確定時，同（單）一案件全部犯罪事實與所有法律效果亦隨之全部確定，Q3 亦無一部先行確定、部分既判力之例外情形，故確定後僅能提起非常上訴救濟之。

參、〔結論〕

最後小結以上爭點 Q1-Q3，歸納結論如下：

Q0/A0、前提問題。

Q0-1/A0-1、沒收是實體法上獨立法律效果，和訴訟法上是否屬獨立訴訟標的，係兩不同層次之問題。沒收作為實體法上「獨立之法律效果」，其意義及射程距離僅止於沒收不（再）是刑罰/從刑，也不是保安處分，而是以上兩者以外的第三種實體法制裁效果而已，自始無

關沒收於訴訟法上是否屬於「獨立之訴訟標的」的判斷。

Q0-2/A0-2、沒收並非訴訟法上獨立於本案以外之另一訴訟標的；訴訟法上一個案件/訴訟標的，不會因為沒收就變成兩個案件/訴訟標的。亦即，訴訟標的/案件個數判斷，於一般刑事訴訟即主體訴訟，一個被告、一個犯罪事實，為一個案件，而一個案件經起訴後，訴訟繫屬效力及於同（單）一案件之所有犯罪事實與法律效果，不僅止於刑罰，亦包含保安處分、沒收在內；108 台上大 3594（大法庭）裁定，亦同此見解。法院為終局判決者，同（單）一案件之訴訟繫屬亦全部消滅，若有一部判決而他部漏未判決之情形，亦僅能於確定前提起上訴、確定後提起非常救濟。

沒收作為獨立訴訟標的之例外，僅限於單獨聲請宣告沒收之客體訴訟情形，其訴訟繫屬始於檢察官之聲請（相當於主體訴訟之起訴），且其訴訟標的即是沒收；但案例所示及以上所引判決，皆非客體訴訟，故沒收亦皆非獨立之訴訟標的。

Q1/A1、法院判決合法。

A 公司之 5,000 萬元租金，屬於代理型第三人之犯罪所得，實體法上「應」沒收之（刑§ 38-1 II ③），但宣告沒收前應注意訴訟法上之參與程序規定（§§ 455-12~455-28）。

檢察官起訴書雖未記載聲請沒收系爭 A 公司租金，亦未向法院聲請由 A 公司參與程序，A 公司自身亦未聲請參與，但法院為保障犯罪所得第三人 A 公司之聽審權、救濟權，依職權裁定命參與沒收程序，給予 A 公司陳述意見機會，符合刑訴法第 455-12 條第 3 項前段規定之文義及立法意旨。108 台上大 3594 大法庭裁定亦採此說，故法院對 A 公司之程序踐行及沒收判決皆屬合法。

Q2/A2、漏未判決之瑕疵/應上訴救濟之。

關於判決主文漏未依法諭知參與人沒收或不沒收（§ 455-26 I），最高法院裁判曾有「漏判/（向原審法院請求）補判救濟說」v.「漏未判決/上訴救濟說」之爭議。其前提問題即是 Q0-2、沒收是否屬於獨立於本案訴訟以外之另一訴訟標的？若是，答案即是前說；若否，答案即是後說。

實體法上之第三人沒收，無論第三人是否參與程序，程序法上皆非獨立訴訟標的，而是附隨於本案訴訟標的的法律效果之一，故裁判主文僅諭知被告罪刑而漏未諭知參與第三人沒收與否者，本案訴訟關係全部消滅。108 台上 579 同此見解，進而認為原審有「已受請求之事項未予判決」之判決當然違背法令（§ 379 ⑫），確定前得上訴救濟之。另應注意，此類案件視情形可能同時有判決違反實體法則（應否諭知沒收不當）之違背法令事由。

Q3/A3、漏未判決之瑕疵/應上訴救濟之。

於主體訴訟，判決主文漏未諭知被告/犯罪行為人沒收與否，前提問題皆是 Q0-2，故結論與上述 Q2 並無不同。僅於客體訴訟情形，沒收始為獨立之訴訟標的，法院漏未諭知沒收始為漏判，但本案無關客體訴訟。故法院未沒收甲收賄之 200 萬元賄款，屬漏未判決，應上訴救濟之。

肆、〔附錄〕

一、相關實務見解

※ 106 台上 3779（第三人沒收參與、漏判/補判說）

判決之主文，係取捨證據、認定事實、適用法律之結果，以確認國家對被告犯罪事實之刑罰權存在與否及所論處之罪名、應科之刑罰等具體刑罰權之內容，是判決之實體確定力，僅發生於主文。若主文未記載，縱使於判決之事實或理由內已敘及，仍不生實體確定力，即不得認已判決，而屬漏未判決。此與判決主文及事實、理由不符之違背法令所指主文之記載與事實、理由之認定不相一致，其不一致於刑罰權對象之犯罪事實範圍同一性不生影響之情形有異。又刑法沒收於 104 年 12 月 30 日修正，修正前沒收之法律性質定位為從刑之一種，修正後之刑法沒收，於第 2 條立法理由載明「經參考外國立法例，以切合沒收之法律本質，認沒收為本法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）」，並於第 5 章之 1 為沒收設立專責規範，除確認沒收已不具傳統刑法上之刑罰性質，實務上所建構之沒收「主刑從刑不可分」亦已走入歷史，所謂「沒收從屬性」，即失去法律依據。且本次刑法沒收之修正，除維持修正前對於犯罪行為人之沒收外，並增訂「第三人沒收」，而刑事訴訟法第 7 編之 2 亦增訂「沒收特別程序」，賦予第三

人在刑事本案參與沒收之權限，即確認沒收已無從屬於主刑之特質，且於必要時亦可對被告以外之第三人宣告沒收。本件檢察官以被告犯證券交易法第171條第3項之罪嫌向第一審法院提起公訴，經第一審論罪科刑後，檢察官及被告均不服，提起第二審上訴，因逢刑法沒收專章修正，原審法院認第三人鼎力公司有無償取得被告向他人借款之情形，遂於105年7月19日依職權裁定鼎力公司參與本案沒收程序，經審理結果後，認松懋公司之損害不能認係「犯罪所得」，自無從依刑法第38條之1第2項規定對參與人鼎力公司宣告沒收，固非無見。惟依刑事訴訟法第455條之26第1項規定：「參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。」則原審法院既認不應對參與人鼎力公司宣告沒收，自應於判決主文為不予沒收之諭知，方屬正確，其漏未記載，顯屬漏判。而前述檢察官上訴意旨(一)，雖係以被告為上訴對象，惟所述內容顯然係指原審未對參與人鼎力公司為沒收宣告為不當而提起上訴。揆諸前揭說明，國家對於參與人鼎力公司沒收與否既未經原審於主文確認，即不能認此部分已經判決，僅得聲請原審法院補充判決，不得對之提起上訴，檢察官此部分上訴，顯非適法上訴第三審之理由。

※ 108 台上 579(第三人沒收參與、漏未判決/判決當然違背法令/上訴救濟說)

已受請求之事項未予判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第379條第12款定有明文。又沒收係針對供犯罪或預備供犯罪所用、犯罪所生或所得等與刑事違法行為具有密切關係之人民財產，及對於社會具有危險性之違禁物，由國家以裁判剝奪其所有人之所有權，將之收歸國庫，屬干預人民財產權之強制處分，自應循正當程序為之，俾符合憲法保障人民財產權、訴訟權等基本權之要求。為建構修正後刑法新增剝奪被告以外第三人財產，擴大單獨聲請宣告沒收之適用範圍，及現行特別刑法中既有之沒收第三人財產等實體規範，所應恪遵之正當程序，參考德國、日本之立法例，刑事訴訟法增訂第7編之2「沒收特別程序」第455條之12至第455條之37等規定，明定財產可能被沒收之第三人參與刑事訴訟之程序與尋求救濟之權利。而當事人若對本案認定結果已無不服，為避免因沒收參與程序部分之程序延滯所生不利益，依刑事訴訟法第455條之27第1項後段規定，僅就參與人財產事項沒收之判決提起上訴者，其效力自不及本案之判決部分。又原審法院若認參與人財產不應沒收時，倘於判決理由中敘明而未於主文內諭知，易生須對本案判決提起上訴後，上級法院始能一併審查原審判決關於參與人財產不予沒收部分，致無從僅就該沒收事項之判決單獨提起上訴之爭議，故增訂第455條之26第1項規定：「參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。」亦即法院就沒收參與人財產與否之決定，均應於所附隨之刑事本案判決主文對參與人諭知，以杜上開爭議，且同條第2項亦明文規定於判決理由內應併記載其認定應否沒收之理由。從而，財產可能被沒收之第三人依刑事訴訟法「沒收特別程序」編

之相關規定，參與刑事訴訟程序後，法院無論對於本案為有罪或無罪之諭知，均應於判決主文就參與人財產沒收與否為諭知，並於判決理由內記載其應否沒收之理由，始為適法。卷查，本件參與人唐杰公司以其為財產可能被沒收之第三人，向第一審聲請參與沒收程序，業經第一審於 105 年 8 月 18 日以 105 年度聲參字第 1 號裁定准予其參與本案沒收程序，其參與訴訟程序後，第一審判決除對被告 2 人論處共同對主管事務圖利各罪刑外，並諭知未扣案之參與人財產即 4,335 萬 887 元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜沒收時，追徵其價額。嗣被告 2 人及參與人均不服第一審判決提起上訴，原審經審理結果，認為不能證明被告 2 人犯罪，因而撤銷第一審科刑之判決，改判諭知被告 2 人均無罪，惟未依刑事訴訟法第 455 條之 26 第 1 項、第 2 項之規定，於判決主文內就參與人財產沒收與否為諭知，及於理由內敘明應否沒收之理由，亦即未就此部分說明應否為沒收或不沒收之諭知，揆之上開說明，自有已受請求之事項未予判決之違法。

※108 台上大 3594（大法庭裁定）

【主文】

法院依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項前段規定，裁定命第三人參與沒收程序，並依審理結果，諭知沒收與否之判決，不以經檢察官聲請為必要。

【理由】

…於實體法上，倘法院依審理結果，認為第三人之財產符合刑法第 38 條第 1 項（違禁物）、第 38 條之 1 第 2 項（犯罪所得）法定要件之義務沒收，或第 38 條第 3 項（犯罪工具、犯罪產物）合目的性之裁量沒收，即有宣告沒收之義務。對應於此，在程序法上，本諸控訴原則，檢察官對特定之被告及犯罪事實提起公訴，其起訴之效力當涵括該犯罪事實相關之法律效果，故法院審判之範圍，除被告之犯罪事實外，自亦包括所科處之刑罰、保安處分及沒收等法律效果之相關事實。進一步言，沒收既係附隨於行為人違法行為之法律效果，則沒收之訴訟相關程序即應附麗於本案審理程序，無待檢察官聲請，而與控訴原則無違。…

倘依卷證，涉及第三人財產沒收，而檢察官未依上揭規定聲請，第三人亦未聲請者，因實體法第三人沒收要件成立時，法院即負有裁判沒收之義務，則為維護公平正義，並保障第三人之聽審權，基於法治國訴訟照料義務之法理，依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項前段「第三人未為第一項聲請，法院認為必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序。」之規定，自應裁定命第三人參與沒收程序。立法理由第 3 點更揭明法院應依職權裁定，不待檢察官聲請之旨。…

對第三人財產之沒收，乃刑法所明定，檢察官對特定被告及犯罪事實起訴之效力，涵括對被告及第三人沒收之法律效果，法院審理結果，認被告犯罪或有違法行為，且符合依法沒收之要件者，即有諭知沒收之義務，尚無待檢察官之聲請。從而，如涉及第三人財產之沒收，而檢察官未於起訴書記載應沒

收第三人財產之意旨，審理中，第三人亦未聲請參與沒收程序，檢察官復未聲請者，法院為維護公平正義及保障第三人之聽審權，基於法治國訴訟照料義務之法理，認為有必要時，應依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項前段規定，本於職權，裁定命該第三人參與沒收程序，並依審理結果，而為沒收與否之判決。

二、類似案例

【尾牙頭彩案】市府某局科長 A 負責招標「愛與祥和邁向元旦」活動。A 從 C 公司收受市值 10 萬元金飾，以洩漏標案底價。之後，A 將該金飾捐作辦公室尾牙摸彩頭獎，被同科職員 B 抽中。案經 C 公司告發，檢察官偵查、起訴 A 違背職務收賄罪。檢察官起訴書未記載聲請沒收系爭金飾，亦未於審判程序向法院提出聲請，儘管如此，法院仍職權裁定命 B 參與沒收程序，給予 B 到庭陳述意見機會。審理終結，法院判決 A 有罪，對 B 則判決沒收系爭金飾。請附理由說明法院對 B 之沒收判決是否合法（參王士帆，註 1 文，頁 445-453）。按：本案 B 乃挪移型第三人，而【例 25】Q2 設例乃代理型第三人，但說理及結論皆同。

【森保園利案】被告王某於擔任退輔會森保處處長期間，涉嫌與森保處之聘用人員陳某，共同涉犯貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款對主管事務圖利，及刑法第 213 條公務員登載不實、第 342 條第 1 項背信等罪嫌。第三人唐杰公司因被告 2 人上揭圖利行為，獲取租金及抽成之不法利益。

案經起訴後，唐杰公司以其為財產可能被沒收之第三人，向第一審聲請參與沒收程序，業經第一審...裁定准予其參與本案沒收程序；唐杰公司參與訴訟程序後，第一審判決除對被告 2 人論處共同對主管事務圖利各罪刑外，並諭知未扣案之參與人財產即 4,335 萬 887 元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜沒收時，追徵其價額。嗣被告 2 人及參與人均不服第一審判決提起上訴，原審經審理結果，認為不能證明被告 2 人犯罪，因而撤銷第一審科刑之判決，改判諭知被告 2 人均無罪，惟未依刑事訴訟法第 455-26 條第 1、2 項之規定，於判決主文內就參與人財產沒收與否為諭知，及於理由內敘明應否沒收之理由。試問：檢察官若不服，可否提起第三審上訴救濟？（108 台上 579 案例事實；評釋參林鈺雄，註 1 文，頁 74-83）

國家圖書館出版品預行編目資料

刑事訴訟法實例解析/林鈺雄著. -- 四版. -- 臺

北市：林鈺雄出版：新學林出版股份有限公司

總經銷，2021.09

面；公分

ISBN 978-957-43-9265-0 (平裝)

1. 刑事訴訟法

586.2

110014605

刑事訴訟法實例解析

作者：林鈺雄

出版者：林鈺雄

總經銷：新學林出版股份有限公司

地址：台北市和平東路三段 38 號 4 樓、4 樓之 1

電話：(02) 2700-1808

傳真：(02) 2377-9080

網址：<http://www.sharing.com.tw/>

出版日期：2019 年 3 月初版

2021 年 9 月 四版

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額 1000 元以上免郵資，未滿 1000 元加收郵資 80 元

定價：520 元

ISBN 978-957-43-9265-0

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

團購專線：(02) 2700-1808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

展售門市：新學林出版股份有限公司 電話：02-27001808

地址：台北市大安區和平東路三段 38 號 4 樓、4 樓之 1

廈門外圖臺灣書店有限公司 電話：0592-2986298

地址：廈門市湖里區悅華路 8 號外圖物流大廈 4 樓

中國圖書進出口廣州公司 電話：8620-34202231

地址：廣州市海珠區新港西路大江沖 25 號大院 5 樓

中國科技資料進出口總公司 電話：010-88820201

地址：北京市海澱區西三環北路 72 號世紀經貿 B 座 1509 室