

最高檢察署
最訴 檢訟 署組
案 例 選 輯

最高檢察署
最訴 檢訟 署組

案
例
選
輯

ISBN 978-986544385-6



9 789865 443856

最高檢察署 編印

最高檢察署 編印
中華民國111年3月

最高檢察署 訴訟組 案例選輯

最高檢察署編印

中華民國111年3月

編序

最高檢察署訴訟組在 108 年 2 月 26 日正式揭牌運作之前即已制訂「最高檢察署行言詞辯論案件相關書狀製作手冊」，詳細規定最高法院行言詞辯論案件之檢方書類應有的九種類別與格式，其特色係以學術論文之格式呈現，亦即有法律爭點、目錄、小標題與註腳，並在內容提昇比較法學之比重，期能讓最高法院法官們一目了然，儘速整理爭點集中辯論，並參考外國立法例與實務見解，做出最適當之判決。至同年 7 月 4 日大法庭制度施行後，訴訟組繼續以此格式提出書類予刑事大法庭，並從同年 8 月間起將訴訟組製作之小法庭書類（含一般上訴補充理由書與非常上訴書）以及大法庭書類（含提案予大法庭聲請書及言詞辯論意旨書）定期上網公告，接受各界檢視。

本彙編係從訴訟組已經上網公告之書類中選擇二十一篇集結成冊，為便利讀者閱讀，每篇均刪減字數至一萬五千字以下。其刪減方式係以「節錄」方式為之（而非改寫成短文），並在每篇首頁列出「原文目錄」，刪除部分另以括號說明（略）或（下略）。因文字有整段刪除者，亦有保留本文僅刪除註腳者，故註腳的編號會與原文不同。若有參閱書類完整版之必要者，請上網造訪本署網址：

<https://www.tps.moj.gov.tw/16314/16462/635942/Lpsimplelist>。

最高檢察署檢察總長

江惠民

目 錄

第一案 賴○宏等違反銀行法等案：

行為人未經許可經營銀行業務，向被害人表示每年固定配發投資本金之6%為報酬，是否構成非法經營收受存款業務罪？
.....1頁

第二案 盧○逸賭博案：

透過通訊軟體向組頭簽賭，是否該當刑法第266條第1項前段之賭博罪？ 21頁

第三案 謝○達貪污案：

事實審認定被告關說行為與收錢有對價關係，判決被告構成貪污罪，最高法院得否自行認定無對價關係，改判無罪？
.....26頁

第四案 陳○維貪污案：

被告(議員)辯稱其詐領之助理費交給實際擔任助理之他人，沒有不法所有之意圖，應由何造就上開抗辯之真實性負舉證責任？
.....50頁

第五案 王○洋妨害秘密案：

司法警察為偵查犯罪，在嫌疑人車輛底盤私裝GPS追蹤器，紀錄該車輛於公共道路之行蹤，是否該當刑法無故竊錄罪？
.....81頁

第六案 林○志貪污案：

民意代表因收賄而替特定廠商向其所監督之公務機關關說、施壓，是否構成貪污罪？ 102頁

第七案 楊○旻加重詐欺等案：

參與詐欺集團之犯罪組織應否一併宣告刑前強制工作？
.....126頁

第八案 陶○證券交易法等案：

法院得否依職權開啟第三人沒收程序，並為第三人財產沒收之
宣告？ 157頁

第九案 脩○偉妨害性自主案：

有男女朋友關係者涉嫌性侵害「違反被害人意願」之判斷標準
？ 179頁

第十案 鄭○昌個人資料保護法案：

個人資料保護法第41條「利益」是否限於財產上利益？
.....205頁

第十一案 黃○宥洗錢防制法案：

提供人頭帳戶予詐欺犯者，能否論以洗錢防制法第14條第1項
之一般洗錢罪？ 224頁

第十二案 楊○嬌證券交易法案：

證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之「非常規交易罪」與同
條項第 3 款「特別背信侵占罪」二罪間，其關係究係想像競
合，抑或法規競合？ 252 頁

第十三案 張○龍廢棄物清理法案：

非執行業務者是否為廢棄物清理法第46條第4款前段之罪之
犯罪主體？ 263頁

第十四案 CIOT偽造有價證券案：

上訴人對第二審判決有罪部分提起上訴，不另為無罪諭知部分是否為第三審法院審判範圍？……………278頁

第十五案 魏○妨礙公務案：

刑法煽惑罪之規定與抵抗權、公民不服從之關係法律問題……………296頁

第十六案 吳○揚毒品危害防制條例案：

購入毒品，在尚未尋找買主前即被查獲，應論以販賣未遂或意圖販賣而持有？……………326頁

第十七案 呂○鎧妨害性自主案：

強制辯護案件之被告，未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，是否於捨棄時即已生效？……………344頁

第十八案 周○慰妨害家庭案：

被告判決有罪確定後聲請釋憲，釋憲結果宣告該刑法規定失其效力，檢察總長提起非常上訴後，法院應諭知免訴或無罪？……………354頁

第十九案 李○駿毒品危害防制條例案：

對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行之刑者，是否限於各罪範圍均相同，即全部重複再行裁定定其應執行刑之情形，始違反一事不再理原則 ……………383 頁

第二十案 湯○華殺人案：

行為人基於間接故意之殺人罪，情節重大，法院得否判處死刑？……………400頁

第廿一案 林○鳴貪污案：

違章建築應拆未拆者，是否屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4
款所規定之圖其他私人不法利益？……………427 頁

【第一案】：賴○宏等違反銀行法等案

爭點：銀行法第29條之1所謂「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」之標準為何？行為人未經許可，以「保本保息」、「提供年利率6%」為誘餌，向不特定多數人吸金投資外匯，是否構成銀行法第125條第1項前段、第29條第1項之非法經營收受存款業務罪？

最高檢察署檢察官行言詞辯論聲請書

原文目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣臺北地方法院104年度金訴字第20號判決

二、臺灣高等法院105年度金上訴字第31號判決

三、小結

參、聲請行言詞辯論之理由

一、我國相關法律規定、修法及立法理由

二、與本金「顯不相當」報酬之學說

(一)參酌金融機構存款利率水準

(二)造成一般社會大眾財產損害之危險性

(三)適用證券交易法之相關規範及學理

(四)小結

三、外國立法例

(一)美國

(二)日本

(三)德國

四、我國實務見解

(一)臺灣高等法院暨所屬法院99年法律座談會

(二)應參酌當時金融機構之存款利率

(三)應參酌金融機構平均定期儲蓄存款利率或民間互助會之利率

(四)應與當時一般合法銀行存款、債券市場等債務之利率相比較

(五)小結

五、本署見解

(一)違法經營收受存款業務罪之重點在於有無「保護之需要性」

(二)是否「顯不相當」應參考國內金融機構之平均存款利率

(三)本件約定年利率百分之6符合「顯不相當」

(四)被告等行為亦該當銀行法第5條之1「收受存款」

(五)原判決認定事實違反論理法則

六、言詞辯論之必要性

肆、結論

伍、附件清冊

壹、與法律爭點相關之本案事實(略)

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解(略)

參、聲請行言詞辯論之理由

一、我國相關法律規定、修法及立法理由(略)

二、與本金「顯不相當」報酬之學說

(一)參酌金融機構存款利率水準

學者王志誠引述實務見解，認為是否「顯不相當」，應參酌一般金融機構關於存款之利率水準，視其有無顯著超額，足使違法吸金行為滋長，作為判斷標準¹。李曜崇律師認為，銀行法第29條之1顯不相當條款的立法理由略謂以違法吸收資金之公司，所以能蔓延滋長，乃在於行為人與投資人約定或給付與本金顯不相當之紅利、股息、利息或其他報酬，因此乃參考刑法第344條重利罪之規定，併予規定為要件之一，以期適用明確，此一理由似是而非。銀行業務之本質在於收受存款，銀行法第125條第1項之立法目的亦在於保護存款人權益，因此只要行為人有違法吸金的事實而使大眾的存款置於無法控管的風險下，則銀行

¹ 王志誠，銀行法，新學林，一版1刷，2014年9月，62-75頁。

法第125條第1項即有介入處罰之必要，雖然實務上行為人確實大都是透過顯不相當條款的約定或給付來誘使一般大眾交付存款，但是在立法技術上似乎並無必要將行為方式予以明白界定出來。是以，銀行法第29條之1顯不相當條款的適用，應朝向弱化此一構成要件要素的方向思考，在判斷有無顯不相當時，應該跳脫刑法重利罪的觀念。由於本罪的行为主體為「非銀行」，因此是否顯不相當也應與「銀行」為比較基準，又本罪的實行行為為收受存款，因此銀行業的存款利率即為最值得參酌的標準，而建議以五大銀行²之平均存款利率或平均基準利率作為判斷標準，於實際案例中，若行為人約定或給付之報酬已經超過五大銀行平均存款利率或平均基準利率時，似乎已可認定其滿足了顯不相當條款的要求³。

(二)造成一般社會大眾財產損害之危險性

吳天雲調查官認為，銀行法第29條之1準收受存款罪屬抽象危險犯，應採取「抽象危險與構成要件規定的行為類型成為一體而判斷行為是否帶有抽象危險」之見解。從保護大眾財產的觀點，若有造成一般社會大眾財產損害之危險性，即為給付顯不相當報酬的吸金行為；若從個別案例觀察，投資行為與報酬率屬正常行為，實際上並未造成一般社會大眾財產損害之危險性時，可認為並未該當「顯不相當報酬」之要件而不成立犯罪⁴。

(三)適用證券交易法之相關規範及學理

江俊彥法官認為，銀行法第29條之1所規定以顯不相當報酬吸收資金的行為，相較於證券交易法第22條第1項、第174條第2項第3款所規定非法募集發行有價證券之行為，對整體經濟有更大的潛在危險，故其實質上為證券交易法非法募集發行有價證券之「加重抽象危險犯」，即行為危險性較高，是以刑責亦較重。

² 依中華民國中央銀行全球資訊網網頁資訊，五大銀行為台灣銀行、合作金庫銀行、第一銀行、華南銀行及台灣土地銀行。於108年1月3日，五大銀行平均存款利率，一年期為1.04%；五大銀行平均基準利率為2.63%。https://www.cbc.gov.tw/sp.asp?xdurl=banking/rates_04.asp&ctnode=371(最後瀏覽日：108年1月3日)。

³ 李曜崇，銀行法第125條違法吸金罪之問題探討，存款保險資訊季刊，18卷1期，2005年3月，55-56頁。

⁴ 吳天雲，銀行法違法吸金罪實務問題之研究，月旦財經法雜誌，36期，2015年5月，119-120頁。

且該條規定某程度彌補證券交易法關於有價證券採取列舉定義方式之漏洞，可視之為實質的證券交易法規範，在不違反罪刑法定主義之前提下，解釋適用時應配合證券交易法之相關規範及學理。惟江俊彥法官就「顯不相當報酬」之要件應如何具體解釋、認定，並未申論⁵。

(四)小結

綜上，有關與本金「顯不相當」報酬之學說，有援引實務見解，認應參酌金融機構存款利率，也有以是否造成一般社會大眾財產損害之危險性作為標準，亦有認為應配合證券交易法之相關規範及學理解釋適用。惟未發現任何學說主張應依市面上經許可販賣固定收益基金之年利率者。

三、外國立法例

(一)美國

關於銀行業務之定義，各國不同，有認為銀行業務的本質核心在於經營收受存款業務，保護存款人權益為銀行法主要的立法目的，所謂「經營收受存款業務」並不以有轉貸行為為必要，例如我國與英國⁶。有定義銀行業務係「同時辦理」收受存款與商業貸放兩種業務者，例如美國。

美國採聯邦與州並行之雙軌銀行系統，有向聯邦政府註冊之銀行，也有向州政府註冊之銀行。美國銀行分為「商業銀行」(commercial bank)及「投資銀行」(investment bank)，「商業銀行」提供社會大眾存款及債權融資服務；「投資銀行」相當於我國的證券公司，提供股權融資服務。美國銀行控股公司法(Bank Holding Company Act) 12 U.S.C. §1841(c)(1)有關商業銀行的定義，係「同時辦理」收受存款 (Deposit Takings) 與商業貸放 (Commercial Loans) 兩種業務，必須有兼營此兩種業務的事實始構成銀行之概念⁷；接受他人金錢或相當物無論有

⁵ 江俊彥，違法吸金案件刑事規範之研究——以銀行法與證交法間之體系違反為中心，法學叢刊，230 期，2013 年 4 月，158-160 頁。

⁶ 關於英國之未經許可經營收受存款業務罪之簡介，可參閱江俊彥，違法吸金案件刑事規範之研究——以銀行法與證交法間之體系違反為中心，法學叢刊，230 期，2013 年 4 月，133 頁、149-150 頁。

⁷ 12 U.S.C. §1841(c)(1) “BANK DEFINED.—For purposes of this chapter—

(1) IN GENERAL.—Except as provided in paragraph (2), the term “bank” means any of the following:

(A) An insured bank as defined in section 3(h) of the Federal Deposit Insurance Act [12 U.S.C. 1813(h)].

(B) An institution organized under the laws of the United States, any State of the United States, the District of

無支付利息、紅利，均屬「收受存款」⁸。違法經營銀行業務者依12 U.S.C. §1847(a)規定⁹，按日處每日1年以下有期徒刑、或科或併科10萬美元以下罰金；惡意詐欺而犯之者，每日處5年以下有期徒刑、或科或併科100萬美元以下罰金。

美國期貨及外幣交易管理係以商品交易法(Commodity Exchange Act)規範，主管機關為商品期貨交易委員會(Commodity Futures Trading Commission，簡稱CFTC)。期貨經紀商(futures commission merchant)、外幣交易商(swap dealer)須辦理登記始能營業，於客戶開戶前，須簽署風險預告書，應記載期貨市場之槓桿個性與市場風險，仲介商(introducing broker)從事招攬或接受委託從事期貨交易，不收取保證金，其主要收入為服務費；業務員受雇於期貨經紀商或仲介商，以上人員均須登錄獲可才能營業。在美國，未經登記許可從事期貨¹⁰或外幣交易¹¹均為違法，凡未經登錄營業、使用不實資料申請登記、使用不正方法招攬客戶或其他違法交易行為，均可依聯邦法7 U.S.C. § 13 (a)規定，處10年以下有期徒刑，或科或併科100萬美元以下之罰金¹²。

Columbia, any territory of the United States, Puerto Rico, Guam, American Samoa, or the Virgin Islands which both—
(i) accepts demand deposits or deposits that the depositor may withdraw by check or similar means for payment to third parties or others; and
(ii) is engaged in the business of making commercial loans.”

⁸ 12 U.S. Code § 1813 (l).

⁹ 12 U.S.C. §1847(a) “CRIMINAL PENALTY

(1) Whoever knowingly violates any provision of this chapter or, being a company, violates any regulation or order issued by the Board under this chapter, shall be imprisoned not more than 1 year, fined not more than \$100,000 per day for each day during which the violation continues, or both.

(2) Whoever, with the intent to deceive, defraud, or profit significantly, knowingly violates any provision of this chapter shall be imprisoned not more than 5 years, fined not more than \$1,000,000 per day for each day during which the violation continues, or both....”

¹⁰ 7 U.S.C. §6(a) “RESTRICTION ON FUTURES TRADING

Unless exempted by the Commission pursuant to subsection (c) or by subsection (e), it shall be unlawful for any person to offer to enter into, to enter into, to execute, to confirm the execution of, or to conduct any office or business anywhere in the United States, its territories or possessions, for the purpose of soliciting or accepting any order for, or otherwise dealing in, any transaction in, or in connection with, a contract for the purchase or sale of a commodity for future delivery ...”

¹¹ 7 U.S.C. § 6s(a)”(1) Swap dealers

It shall be unlawful for any person to act as a swap dealer unless the person is registered as a swap dealer with the Commission.

(2) Major swap participants

It shall be unlawful for any person to act as a major swap participant unless the person is registered as a major swap participant with the Commission.”

¹² 7 U.S. C. § 13 (a),”Felonies generally

It shall be a felony punishable by a fine of not more than \$1,000,000 or imprisonment for not more than 10 years, or

依美國證券法15U.S.C.A. §77b(a)1規定¹³，投資契約與股票、公司債等均屬於證券(securities)，因此違法銷售「投資契約」，得以證券法處罰。美國證券交易委員會(Securities and Exchange Commission，簡稱SEC)嚴格規範私募資金的對象以保護處於資訊弱勢之社會大眾，私募行為之合格投資人的範圍分為2部分，原則上凡是銀行(bank)、儲貸協會(savings and loan association)、證券商(broker or dealer)、保險公司(insurance company)與投資公司(Investment Company)等機構法人皆屬之；在自然人方面，私募公司之董事、監事、經理人與合夥人等內部人為適格的私募對象；再者，任何自然人於購買有價證券之時點其淨資產(net worth)超過一百萬美金、或個人收入(income)在最近兩年中有任一年超過二十萬美金、或是與其配偶合計超過三十萬美金，而且有正當理由可確信在未來一段時間其同樣有能力達到此種收入水平者，才得對之為私募¹⁴。

SEC禁止透過一般性勸誘或公開廣告之方式來私募有價證券；所謂一般性勸誘或公開廣告乃指下列二項情形之一者，但不以此列舉者為限：第一、借用任何報紙、雜誌或類似媒體、廣播、電視或電台等傳媒公開發表任何廣告、文章、通告或其他通訊；第二、任何研討會或會議之出席者是透過一般性勸誘或

both, together with the costs of prosecution, for:

(1) Any person registered or required to be registered under this chapter, or any employee or agent thereof, to embezzle, steal, purloin, or with criminal intent convert to such person's use or to the use of another, any money, securities, or property having a value in excess of \$100, which was received by such person or any employee or agent thereof to margin, guarantee, or secure the trades or contracts of any customer or accruing to such customer as a result of such trades or contracts or which otherwise was received from any customer, client, or pool participant in connection with the business of such person....

(3) Any person knowingly to make, or cause to be made, any statement in any application, report, or document required to be filed under this chapter or any rule or regulation thereunder or any undertaking contained in a registration statement required under this chapter, or by any registered entity or registered futures association in connection with an application for membership or participation therein or to become associated with a member thereof, which statement was false or misleading with respect to any material fact, or knowingly to omit any material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading.

(5) Any person willfully to violate any other provision of this chapter, or any rule or regulation thereunder, the violation of which is made unlawful or the observance of which is required under the terms of this chapter,....”

¹³ 15U.S.C. §77b,”(a)DEFINITIONS

When used in this subchapter, unless the context otherwise requires—

(1) The term “security” means any note, stock, treasury stock, security future, security-based swap, bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in any profit-sharing agreement,....”

¹⁴ 李曜崇，銀行法第 125 條違法吸金罪之問題探討，存款保險資訊季刊，18 卷 1 期，2005 年 3 月，50-53 頁。

公開廣告之方式而被邀請者¹⁵。此規範的理由是基於，凡經由一般性勸誘或公開廣告之方式而前往應募之投資人，大體上多是資訊能力不足的散戶，因而法律有介入保護的必要。一旦使用一般性勸誘或公開廣告之方式而招募購買有價證券者，即不得主張適用私募的豁免規定。凡違反證券法交易相關規定者，依聯邦法15 U.S. C. § 77x規定¹⁶，得處5年以下有期徒刑，或科或併科1萬元以下美金。

以聯邦最高法院SEC v. Edwards案¹⁷為例，被告Edwards為ETS投幣公用電話公司董事長、執行長及唯一股東，其經由經銷商銷售投幣公用電話，每具公用電話及相關設施價格約為7000美元，依照買賣雙方5年期租賃經營協議，買方無需參與公司日常經營，每月可獲得82美元，亦即每年投資金額14%之固定利潤，ETS公司並允諾於租賃終止時180日內買回、歸還購買之價金。嗣因ETS公司營收不足支付租回契約所約定之報酬，而以新投資人支付之資金給付。總計買方逾1萬人，金額逾3億美元。聯邦最高法院表示：此投資計畫承諾固定利潤，構成投資契約，屬於證券法上之有價證券，應適用證券法之規定。

相對的，雖我國證券交易法第22條第1項規定：「有價證券之募集及發行，除政府債券或經主管機關核定之其他有價證券外，非向主管機關申報生效後，不得為之。」同法第20條第1項規定：「有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。」違反者依同法第174條第2項第3款、第171條第1項第1款、第2項負有刑責。但因我國證券交易法第6條僅明文列舉數種證券，範圍有限，不包括「投資契約」，與美國有價證券範圍有顯著差異，因此上開SEC v. Edwards案例若發生於我國，顯需適用銀行法之規定，以彌補我國證券交易法規範密度不足之缺陷¹⁸。

¹⁵ 李曜崇，銀行法第 125 條違法吸金罪之問題探討，存款保險資訊季刊，18 卷 1 期，2005 年 3 月，50-53 頁。

¹⁶ 15 U.S. C. § 77x, "Penalties"

Any person who willfully violates any of the provisions of this subchapter, or the rules and regulations promulgated by the Commission under authority thereof, or any person who willfully, in a registration statement filed under this subchapter, makes any untrue statement of a material fact or omits to state any material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading, shall upon conviction be fined not more than \$10,000 or imprisoned not more than five years, or both."

¹⁷ 540 U.S. 389 (2004).

¹⁸ 請參閱江俊彥，違法吸金案件刑事規範之研究——以銀行法與證交法間之體系違反為中心，法學叢刊，230 期，2013 年 4 月，133 頁、151-152 頁、158 頁。

(二)日本

日本於1954年訂定「有關取締收受出資、存款與利息等法律」(以下簡稱「出資法」)，出資法第1條規定不得對於不特定多數人，明示或默示事後給付相當於出資款項的全部出資金或者逾越出資金金額的金錢。同法第2條第1項規定除其他法律有特別規定者外，不得從事存款業務。同法第2條第2項規定所謂存款，係指下列自不特定多數人收受金錢的情形：一、收受存款、儲蓄或定期存款。二、不問公司債、借款或其他名義，與前款具有相同的經濟性質者。同法第8條第3項規定違反第1條、第2條第1項規定，或者不問何種名義、方法脫免禁止規定者，處3年以下有期徒刑或科或併科300萬日圓以下罰金。同法第9條第3款規定法人(含非法人社團或財團之代表人或管理人)之代表人、使用人或其他從業人員關於法人或自然人業務犯第8條第3項之違反行為時，科以該項的罰金。

吳天雲調查官說明：出資法之立法背景為1948年於日本發生的「保全經濟會」事件，該會以「每月2分利息，5年後複利200萬日圓」的廣告吸收資金，惟實際上無法支應，僅能繼續招募新客戶吸收資金以維持營運，嗣於1954年破產，造成日本民眾嚴重的財產損害。當時並無取締違法吸金行為之專法，日本檢察機關係以該會自1953年7月之財務狀況已陷入顯著破產狀態，卻仍隱匿事實宣稱經營狀況良好，繼續誘使人入會騙取資金，認定末期階段吸收資金為詐欺，以詐欺罪起訴獲得有罪判決。是以，出資法之立法目的為預先防止因為存款行為而受到財產上損害，其保護法益是維持、發展社會信用制度與經濟秩序。依前述日本出資法之規定，僅須有自不特定多數人收受存款為業即成立犯罪，沒有「顯不相當報酬」之要件，其性質屬於對一般大眾財產之抽象危險犯¹⁹。

(三)德國

德國金融事業管理法(Kreditwesengesetz, KWG)第32條第1項第1句規定，如欲經營銀行業務或提供金融服務，應取得聯邦監理機關之書面許可。同法第54條第1項第2款規定，如無第32條第1項第1句之許可，經營銀行業務或提供金融

¹⁹ 吳天雲，銀行法違法吸金罪實務問題之研究，月旦財經法雜誌，36期，2015年5月，109-111頁，113，119頁。

服務者，處5年以下有期徒刑或罰金刑。依同法第1條第1項第2句第1款，存款業務屬於銀行業務之一，係指收受他人資金做為存款或收受其他應無條件返還的大眾資金，且未以不記名債券或記名債券擔保該返還請求權，而無論有無支付利息。從而，該款規定之存款業務包含兩種類型，第一種為收受他人資金做為存款，第二種為收受其他應無條件返還的大眾資金。第二種類型係於1998年1月1日增訂生效，為截堵構成要件，係為攔截第一種類型之規定所遺漏，但依立法意旨應予規範之業務。在解釋適用是否為第一種類型之存款業務時，均參照第二種類型，是以，返還請求權未以不記名債券或記名債券為擔保之例外規定，於上開兩種類型均有適用，且上開兩種類型，無論有無支付利息，均為存款業務²⁰。

德國金融事業管理法第54條之保護法益包含確保金融市場之功能及金融監理，與大眾相關的保護法益是，對於國家金融監理有效性的公眾信賴。該條所謂未經許可經營銀行業務係指，沒有聲請許可或是聲請的許可無效或被撤銷。如果行為人有取得特定業務的許可，但其行為卻超出該特定業務的範圍，亦屬未經許可經營銀行業務。關鍵是在犯罪時間點有無經營銀行業務之書面許可²¹。是以，德國金融事業管理法第1條第1項第2句第1款關於存款業務之定義，並無與本金「顯不相當」報酬之要件，並且明文規定無論有無支付利息，均屬存款業務；且亦未規定收受資金後需為何種用途，如貸款、放款等。

四、我國實務見解(略)

五、本署見解

(一)違法經營收受存款業務罪之重點在於有無「保護之需要性」

銀行法、期貨交易法及證券交易法等金融法規範目的均在保護市場弱勢投資人，防止系統性風險，規範標的雖不同但意旨相同。實務界於判斷各類型違法吸金罪，應著重被害人之屬性有否值得法律保護的必要而定，亦即應以「保護之需要性」作為判斷重點，禁止用一般性勸誘或公開廣告手法來私募資金。若行為人在報紙上刊登「徵金主」廣告、於公司簡介廣告吸收游資、以多層次

²⁰ BaFin, Merkblatt Einlagengeschäft, 11.03.2014, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_140311_tatbestand_einlagengeschaeft.html(最後瀏覽日：2018年1月4日)。

²¹ Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Lindemann, KWG, 5. Aufl. 2016, §54 Rn. 17-18.

傳銷方式集資等，皆應認定行為客體已經合乎「不特定多數人」或「多數人或不定之人」的要求，此等情形應可認定一般人欠缺充分的資訊能力，法律應加以保護，此時銀行法第125條第1項等規定的介入乃有其必要²²。

(二)是否「顯不相當」應參考國內金融機構之平均存款利率

銀行與其他一般企業迥異之處乃在於其係以負債換取資產，此為銀行業務經營的最大特徵，而具有高度財務槓桿作用。若就銀行之負債來源而為觀察，大部份得自社會大眾所寄存之款項，從而保障存款人權益就成為制定銀行法而對銀行業者予以金融監理的最主要原因。金融服務業務之運作攸關國家金融市場秩序，為保護存款人(投資人)，特以法律將銀行設定為許可行業，未得許可不得營業，非銀行業者若違法經營銀行法第29條第1項之業務，依同法第125條規定處罰。銀行法第29條之1「以收受存款論」之規定，屬於立法上之補充解釋，乃在禁止行為人另立名目規避銀行法第29條不得收受存款之禁止規定，而製造與收受存款相同之風險，是於解釋銀行法第29條之1之與本金「顯不相當」時，自不應逸脫上開法律規範之意旨。

因此，本署認為在判斷是否「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」時，應該跳脫刑法重利罪的觀念，不以民法對於最高利率之限制，或以刑法上重利之觀念，作為認定銀行法上與本金顯不相當之標準。由於銀行法第29條第1項本罪之行為主體已經明白揭示是「非銀行」，因此是否顯不相當應該與「銀行」作為比較之基準。且由於本罪之實行行為是收受存款，因此本署贊成前開多數最高法院判決之見解，認為銀行業的存款利率即為判斷是否「顯不相當」最值參酌的標準，實務可以國內五大銀行平均存款利率作為判準。如行為人向多數人或不定人收受款項或資金，並約定交付款項或資金之人能取回本金，且約定或給付之紅利、利息、股息或報酬，高於銀行定期存款之利率，即能使多數人或不定人受該行為人提供之優厚紅利、利息、股息或報酬所吸引，而交付款項或資金予該非銀行之行為人，應可認定其該當「顯不相當」條款的要求²³。

²² 李曜崇銀行法第 125 條違法吸金罪之問題探討，存款保險資訊季刊，18 卷 1 期，2005 年 3 月，50-53 頁。

²³ 李曜崇，銀行法第 125 條違法吸金罪之問題探討，存款保險資訊季刊，18 卷 1 期，2005 年 3 月，53-55 頁。

(三)本件約定年利率百分之6符合「顯不相當」

承上，本案臺灣臺北地方法院104年度金訴字第20號判決已敘明：「國內金融機構於101年間公告1年期定存利率約在1.5%左右，此為公眾周知之事實(台灣銀行100年11月1日實施之一年未滿二年之一般定期存款利率為1.355%，郵局101年1月1日實施之一年期定存利率則為1.37%)。」台灣金融機構於101年間公告1年期定存利率約1.5%左右，被告等人對外招攬本案GTF投資，約定給付年利率6%之利益，其承諾給付投資人之獲利為金融機構同期定存利率之4倍，顯為「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」。若被告等及其公司財務健全，並確實有特殊保證獲利之能力，為何不提出相關資料向金融機構辦理借款，降低資金成本，卻以一般性的勸誘廣告保本保息、高額報酬來吸收社會游資？

臺灣高等法院105年度金上訴字第31號判決卻以市面上經許可販賣之固定收益基金，年利率約在6%左右，與本件被告○丞公司招攬之GTF金融商品所提供之年利率相當，故認年利率6%尚非可使社會大眾受吸引力而因此投入金錢之優厚條件，自非可謂係「顯不相當之利益」。惟其所稱年利率約6%左右之固定收益基金，仍屬投資人須自負盈虧而具風險之投資，與本件GTF所強調到期百分之百還本之情況迥不相同，自不能以市面上有基金亦提供6%年利率之收益，即認被告等人招攬GTF金融商品不構成銀行法之上開罪責。

(四)被告等行為亦該當銀行法第5條之1「收受存款」

參考上開美國、日本及德國之相關立法例，彼等規範非銀行不得收受存款，均無「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」之要件。我國銀行法第29條第1項原係規定：「除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款……業務」，若有違反即構成同法第125條第1項之罪。嗣78年間，為因應當時地下投資公司泛濫問題，增訂銀行法第5條之1、第29條之1，分別定義「收受存款」、及「以收受存款論」之要件。其中第5條之1「收受存款」的定義較為概括，第29條之1「以收受存款論」之要件係將第5條之1「收受存款」原來的構成要件要素，再增加「以借款、收受投資、使加入股東或其他名義」、「約定或給付

與本金顯不相當之報酬」2個構成要件要素。因此，若該當第29條之1「準收受存款」之構成要件，亦應該當第5條之1「收受存款」之構成要件；反之，縱認本案行為沒有「約定或給付與本金顯不相當之報酬」，不該當第29條之1「準收受存款」之構成要件，因僅欠缺此一構成要件要素，仍應該當第5條之1「收受存款」，同樣構成銀行法第125條第1項之罪²⁴。至於第5條之1所稱「不特定多數人」，乃特定多數人之對稱，係指不具有特定對象，可得隨時增加者之謂。故銀行法第125條關於處罰非銀行不得經營收受存款業務之規定，祇須行為人係向不特定多數人收受款項或資金而合於上開要件且繼續反覆為之者，即足當之。

對此，最高法院97年台上字第5936號判決亦認為：「所謂『收受存款』，係指向不特定多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金金額之行為；而以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論，為78年7月17日修正公布之銀行法第5條之1、第29條之1所明定。後者在性質上，應屬立法上之補充解釋，兩者只要符合其一，即足當之。」最高法院96年台上字第4806號、93年台上字第5756號等判決，均同此旨。

臺灣高等法院臺中分院97年度重金上更(四)字第89號判決亦表示：「貳、二、(四)……無論其名目為投資或其他，然其實質為向不特定多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金之行為。故其利息之支付約定雖在法定最高利息以下，但因已符合收受存款之實質，當屬修正前銀行法第29條第1項之「收受存款」，而非屬同法第29條之1之「收受存款論」之罪，則所約定或給付利息是否與本金顯不相當，即非所問。」

臺灣高等法院臺南分院98年度金上重更(一)字第149號判決亦採相同見解，更清楚解釋：「貳、二、(三)按所謂「收受存款」，依銀行法第5條之1之規定，係指「向不特定多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金之行為」。則行為人若向不特定多數人收受款項，並約定給付相當或高於本金之金額者，即屬銀行法所稱之收受存款，不因外觀上係以借款等名目為

²⁴ 請參閱江俊彥，違法吸金案件刑事規範之研究—以銀行法與證交法間之體系違反為中心，法學叢刊，230期，2013年4月，133頁、142-145頁；莊永丞，論我國銀行法第29條之1之規範妥適性，收錄於「財經法制新時代」，元照公司，2008年10月，433頁，450-451頁。

之，而認可規避銀行法之規範。……4.末按，行為人若係向不特定多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金者，即係銀行法所稱之存款業務；惟若係以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向「多數人」或「不特定之人」收受款項或吸收資金者，必以其約定或給付與本金「顯不相當」之紅利、利息、股息或其他報酬者，始得以收受存款論；二者構成要件不同（參照最高法院96年度台上字第4806號判決意旨）。本件被告二人及盧○煌，自始即係基於收受存款之意，收取不特定多數人寄存之款項，並約定給付高於本金之金額，而未以借款之名義向多數人或不特定人收受款項，業如前述。是本件被告等所為係屬銀行法第29條第1項之經營收受存款業務，而非屬銀行法第29條之1所規範之範疇，即不受該條文所定「約定或給付與本金顯不相當之利息」此一要件之限制。是辯護人另辯稱本案並無顯不相當之紅利，與銀行法第29條之1之構成要件不符云云，與本案情節未符，併此敘明。」

(五)原判決認定事實違反論理法則

本案被告賴○宏等人原經臺灣臺北地方法院以104年度金訴字第20號判處共犯銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪，臺灣高等法院105年度金上訴字第31號判決卻以高○慧、楊○綦、黃○飴等投資人係因聽從林○潔、林○緯之介紹而投資被告○丞公司招攬之GTF金融商品，並非於投資前看過相關資料或契約，並認林○潔、林○緯等人於招攬投資人之際，縱有強調操作績效、允諾一定比例獲利之事，亦係宣傳手法不當之問題，且被告○丞公司招攬GTF金融商品之年利率為6%，與市面上經許可販賣之固定收益基金相當，被告○丞公司並無提供顯不相當之利益給投資人。被告賴○宏、江○璋共同違反期貨交易法第112條第5項第5款，但無違反銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪；被告○丞公司無罪。

本案依原判決採用之證據及認定之事實，卷附由被告○丞公司招攬之GTF金融商品，其相關之「投資合約契約書」、○丞公司之「投資約定合約確認書（保本範例）」，及以電子郵件寄發之有關「（GTF）投資配息方式」之函文等，均有載明「固定每季配息1.5%」、「配息報酬無涉市場行情」、「到期完全100%還本」等文字，則被告等人透過被告○丞公司業務人員林○潔、林○緯

，對不特定投資人以約定到期百分之百還本、給付高於一般銀行定期存款之年息；被告○丞公司業務人員林○潔、林○緯向高○慧等投資人推廣產品時，所介紹之內容均與前揭「投資合約契約書」、「投資約定合約確認書（保本範例）」、以電子郵件寄發有關「（GTF）投資配息方式」之函文等內容一致，而該等「投資合約契約書」等文書並非林○潔、林○緯擅自印製或出具，而係被告協丞公司對外招攬客戶之制式文件或統一說詞，林○潔、林○緯僅係秉持被告協丞公司之立場對外招攬客戶而已。揆諸前開銀行法第125條之立法意旨，被告等人既係向不特定多數投資人收受資金，並約定交付資金之人能百分之百取回本金，且約定給付之利息，又遠高於一般銀行定期存款之利率，使本件多名投資人受被告等人提供之優厚利息所吸引，而參與投資被告○丞公司所招攬之GTF金融商品。

原審認高○慧、楊○綦、黃○飴等人僅係因聽從林○潔、林○緯之介紹始投資本件金融商品，卻忽略林○潔、林○緯對高○慧等人招攬時提出之說詞，即係被告○丞公司對外招攬客戶之立場，且其等亦係代表被告○丞公司對外招攬客戶之事實。原判決未就卷內各項證據為全面觀察、整體評價，而以證人柯○豪一人之說詞，推翻證明力較強之GTF「投資合約契約書」、○丞公司之「投資約定合約確認書（保本範例）」及以電子郵件寄發之有關「（GTF）投資配息方式」之函文載明「固定每季配息1.5%」、「配息報酬無涉市場行情」、「到期完全100%還本」等內容，且所為之認事用法，顯有未遵循論理法則與經驗法則之錯誤，難認適法。被告賴○宏、江○璋所為應已構成銀行法第125條第1項前段之罪責，另被告○丞公司則應依銀行法第127條之4規定，處以同法第125條第1項前段之罰金。

況自由時報2018年6月6日報載：「○澤數位科技公司負責人蘇○澤與賴○宏等人，共同涉嫌於2012年至2015年間，對外宣稱發明一套「雲端財富交易軟體」，可替投資者代操外匯，每月可獲取2.5%~15%的紅利，造成上千人受騙，分別「投資」數百萬元，吸金逾30億元，台北地檢署偵查後起訴蘇某、賴某違反銀行法、期貨交易法，但查扣的資金不足1億元，其餘均已被匯往海外。」引發輿論議論²⁵。

²⁵ 請參閱吳巡龍，高院別再輕縱金融要犯，自由時報，自由廣場，2018年11月1日；黃錦嵐，又是孫

被告賴○宏於本案發生後，是否再次重施故技，造成上千人再次受害，業經臺灣臺北地方檢察署以106年度偵字第13808號、第22395號、106年度調偵字第49號、第364號提起公訴，固仍待法院判決確認，但本案司法更應慎重以對。

(六)言詞辯論之必要性(略)

肆、結論

綜上，本署認為違法經營收受存款業務罪之重點在於有無「保護之需要性」；判斷是否「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」，應參考國內金融機構之平均存款利率；本案被告等與投資人約定提供年利率百分之6屬於「顯不相當」；縱認被告等行為未達「顯不相當」，不該當銀行法第29條之1「準收受存款」之構成要件，仍應該當銀行法第5條之1「收受存款」，被告等仍構成銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪。本案所涉法律爭點因最高法院及部分下級審見解分歧，且具原則上重要性，宜由最高法院行言詞辯論，並一槌定音，爰依刑事訴訟法第386條第1項提出聲請。

此致

最高法院

中 華 民 國 1 0 8 年 1 月 1 4 日

伍、附件清冊

最高法院108年度台上字第1471號刑事判決摘要

主 文

原判決關於賴○宏、江○璋部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

關於被告賴○宏、江○璋（下稱被告等）部分：

一、本件原判決撤銷第一審關於依想像競合犯之例，從一重論處被告等共同犯銀行法第125條第1項前段之非法經營銀行業務罪之科刑判決，改判論處被告等共同

惠琳的輕縱判決惹爭議，上報，司法論衡，2018年11月12日。

犯期貨交易法第112條第5項第5款之非法經營期貨經理事業罪刑，併均宣告附負擔之緩刑，暨相關之沒收、追徵，而就銀行法部分，均不另為無罪之諭知，固非無見。

二、除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務；又收受存款係指向不特定之多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金之行為；另以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，則亦以收受存款論，銀行法第29條第1項、第5條之1、第29條之1分別定有明文。而銀行法所增訂上開第29條之1規定「以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論。」考其立法理由，係以社會上有所謂地下投資公司等利用借款、收受投資，或使加入為股東等名義，大量吸收社會資金，以遂行其收受存款之實，而經營其登記範圍以外之業務。為保障社會投資大眾之權益，及有效維護經濟金融秩序，實有將該脫法收受存款行為，擬制規定為收受存款必要，並貫徹取締地下投資公司等立法目的。故行為人所吸收資金之多寡、經營規模及經營期間久暫等則非所問，此乃因行為人係藉由賺取高額報酬為誘餌對多數人吸收資金，其對金融市場之危害與未經許可擅自經營之典型收受存款行為不相上下，是應同予規範。茲參酌本條立法原意，乃係鑒於未經政府特許之違法吸金犯行所以能蔓延滋長，泰半係因吸金者以高額獲利為引誘，一般人亦難以分辨其是否係違法吸金，僅因見利潤甚高，故願意棄銀行（金融機構）存款利率而加入吸金者之投資計畫，進而對社會整體金融秩序及安定性造成不可測之潛在影響。是約定報酬與本金相較是否「顯不相當」，應衡以當時當地之經濟、社會狀況及一般銀行（金融機構）存款利率水準，作為比較基礎，視其是否顯有特殊超額，足使違法吸金行為滋長以為判定。卷查：1.依卷附由投資人洪○君、楊○綦、高○慧與英屬維京群島商○丞管理顧問有限公司（下稱○丞公司）簽訂之GTF「投資合約契約書」及○丞公司之「投資約定合約確認書（保本範例）」（見他字第7888號卷第13、31、34及20

頁)，其中關於投資本金及報酬之給付，係約定「六、投資收益：乙方（即投資人）每季固定獲得確認書第二條所定投資金額的1.5%為投資收益」、「八、合約期滿：…2.投資期滿，乙方得無條件取回確認書第二條所定投資金額（亦即投資本金），獲利部分歸甲方所有，若有虧損也將由甲方補足」等語。再參以由○丞公司交給投資人之「GTF-A約定合約商品簡介」、「GTF-B約定合約商品簡介」（見上開卷第35、39頁）等外匯期貨商品簡介亦載明投資本金及報酬給付方式為合約到期100%保障本金、年報酬率約6%，與市場行情無關，…，每季1、4、7、10月的1日配發紅利（每季各配發1.5%）。上情果若無訛，則依各該相關期貨合約書、簡介之記載，似由○丞公司向投資人吸收資金並約定，投資人之每季獲利與投資績效並無關聯，而係以每季均能固定收受投資本金之1.5%為報酬、年報酬6%，投資期滿投資人亦能無條件取回100%還本之「保本保息」而對外向不特定多數投資人招攬加入所謂「GTF期貨交易」之投資。2.關於投資人趙○芸及張○彩、陳美玲、黎○香、李○佑、李○玲、嚴○芸等人所投資協丞公司PCFX商品部分，依趙○芸所提供之介紹傳單及林○怡之名片（見偵字第2480號卷第68頁），其中該介紹傳單雖以操作之技術用語記載，但似仍看出係以外匯買賣為其獲利方式，且據趙○芸於第一審證稱：我透過○丞公司林○怡之介紹而投資上開PCFX外匯商品，她拿介紹傳單向我招攬投資，並說該傳單下方已明載「績效費為15%」，就是保證（一年）有投資本金15%之獲利，我投資的是○丞公司（見第一審卷(一)第65至67頁）。則如若屬實，實際上既係由○丞公司對外招攬投資，其雖未強調期滿保本，但仍以一年期報酬保證為投資本金之15%對外招攬投資。是如參照國內金融機構於民國101年間公告1年期定存利率約在1.5%左右。被告等對外招攬本案PCFX投資，約定給付年利率15%之紅利報酬與投資人，其獲利較金融機構同期之一年期定存利率高達約10倍，似非無「特殊之超額」及「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」之情形。是被告等既以前揭方式，對外向不特定多數人收取投資資金，並保證到期100%保障本金、年報酬率約6%，及保證一年期報酬為投資本金15%等情，是否仍與銀行法第5條之1、第29條之1所規定之要件不符。原判決未能細繹上揭卷內各項投資契約、簡介等文件，並參酌相關投資人證詞，詳予勾稽釐清，以為說明憑認，難謂無證據調查未盡，併理由欠備之違誤。

三、審理事實之法院對於被告有利及不利之證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於經驗法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由於判決內詳為說明。故證據雖已調查，而尚有其他部分並未調查，仍難遽為被告有利或不利之認定。依高○慧於第一審所證稱：其係經由○丞公司林○芬（即林○潔）之介紹投資GTF商品，賴○宏告訴我投資這個東西賺多少錢；黃○飴證稱：我經由林○緯招攬投資GTF，林○緯稱他的主管是林○潔，林○緯向我介紹GTF每季固定1.5%、每年固定6%之配息，投資期滿本金返還，如本金有虧損，○丞公司也會補足。林○緯當時有拿前述「GTF商品簡介」向我介紹招攬投資GTF商品。我有簽訂一張投資合約契約書，但由林○緯保管，林○緯有給我看他手機中拍攝之投資合約契約書照片，該投資合約契約書與高○慧之投資合約契約書內容相同，即均有每季固定獲利1.5%、期滿返還本金、如有虧損由○丞公司補足之內容。我收過2至3次之利息，但本金沒有收回。後來林○緯帶我去○丞公司位於敦化北路的辦公室與林○潔、賴○宏碰面談和解，林○潔表示○丞公司負責人就是賴○宏；另趙○芸亦證稱：我透過○丞公司林○怡之介紹而投資PCFX外匯商品，我投資的是○丞公司，我係透過林○怡認識賴○宏及江○璋2人，林○怡表示，賴○宏及江○璋就是她在○丞公司之老闆。後來發生虧損要還錢，林○怡有約賴○宏及江○璋和我及其他投資人一起出來商談還款和解事宜（分別見第一審卷(一)第51至53頁背面，第79頁背面、83頁及背面至85頁，第65至69頁）。而林○潔於第一審並證稱：我係○丞公司業務經理，負責訓練業務員及招攬投資客戶。賴○宏要我們去市場上招攬GTF的投資，並稱保本保息，每年固定獲利6%，到期保證返還本金，上開記載「保本保息」意旨之GTF投資契約合約書均係由賴○宏簽署，再由我們交給投資人，各投資人應得之利息，亦均由賴○宏在固定時間決定數額後，由其自己操作轉帳分派給投資人。○丞公司負責人是賴○宏，江○璋在○丞公司也是業務經理，工作內容跟我一樣。○丞公司之經營方針、發行商品內容、商品之規劃、業務人員之報酬計算方式等，均係賴○宏決定，賴○宏就是○丞公司之實際營運者。賴○宏告訴我們要推出本案GTF保本保息商品，要我們去市場上招攬投資，我才聽賴○宏的話去招攬GTF商品，高○慧也才將投資款轉過來，因為賴○宏一直說

保本保息，我們才覺得很有保障。賴○宏也跟投資人承諾，如有虧本他會補貼。上開記載「保本保息」字樣之GTF商品簡介、各投資人之投資合約契約書、投資約定合約確認書等文件，均係賴○宏提供給我們業務人員的，文件上「GTF集團授權代理商」及「○丞管理顧問有限公司」欄位之署名，亦係由賴○宏簽名（英文草寫：SL，代表賴○宏之英文名Steven Lai）。江○璋進公司後也跟我一樣對外招攬投資客戶，對GTF保本保息之商品內容亦相當熟悉等語（見上開卷第164頁背面至175頁）。且賴○宏於第一審亦供稱，關於投資獲利之分派之方式，係由業務員每月製作報表、名單給其審核，GTF券商也會給其一份有關交易量之報表其就按照該名單去匯投資獲利給投資客戶（見上開卷第117頁背面、122至123頁）。則以上各情，如果為真，且原判決既亦已認被告等對銷售PCFX及GTF金融商品之事，均具有主導地位，是若被告等有要求包括林○潔在內之業務員對外招攬投資，並實際主導、從事○丞公司各項規劃、銷售PCFX及GTF之業務等情。則是否尚不構成公訴意旨所指銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪，原判決對此似未詳為探求、剖析釐清，自難認無證據調查未盡及理由不備之違誤。

四、有罪判決書之事實欄，為適用法令之依據，應將與犯罪構成要件有關之事項，詳細記載於事實欄，然後於理由內逐一說明其憑以認定之證據，使事實與理由兩相一致，方為合法。又判決所載理由前後不相一致，或理由所為說明與所採證據資料不相適合，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。原判決事實欄一記載被告等均知悉非經主管機關之許可並發給許可證照，不得經營期貨經理或其他服務事業；…，招攬期貨交易人從事期貨交易、代理期貨商接受期貨交易人開戶、接受期貨交易人期貨交易之委託單並交付期貨商執行，則屬經營其他期貨服務事業，該等事業均應經主管機關之許可始得為之。…被告等共同基於違法經營單一期貨經理事業之犯意聯絡，…，共同對外招攬「外匯保證金」之期貨交易投資案。…，投資人並自行或在被告等或其他○丞公司業務人員協助下，於上開2家券商線上交易平臺註冊開戶，再將投資帳戶及其內款項交由與被告等有共同犯意聯絡之姓名年籍不詳之香港籍成年人士組成之操作團隊，於上開2家券商之線上交易平臺，以投資人匯入之投資金額全權操作外匯保證金交

易，…，共同未經許可經營期貨經理事業等情。惟理由似僅就被告等係犯期貨交易法第112條第5項第5款之非法經營期貨經理事業罪部分予以論述，至有無並犯同款其他期貨服務事業罪部分，事實欄雖予記載，然理由並未加以說明，致事實與理由不相一致，而容有判決理由矛盾之違失。

五、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而第三審法院應以第二審判決所確認之事實作為判決基礎，原判決上述違法情形，影響於事實確定及法律之適用，本院無可據以為裁判，自應將原判決關於此部分撤銷，發回原審法院更為審判。又本件既經以前揭理由撤銷發回，檢察官聲請就本件行言詞辯論部分，即無必要，併此敘明。

中 華 民 國 109 年 6 月 30 日

【第二案】盧○逸賭博案

爭點：透過通訊軟體向組頭簽賭，是否該當刑法第 266 條第 1 項前段之賭博罪？

最高檢察署檢察總長非常上訴書

壹、非常上訴理由

- 一、判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。查被告盧○逸基於賭博之犯意，於民國106年1月7日下午6時40分許，透過手機通訊軟體LINE傳送訊息，宋○享投注「香港六合彩」、「今彩539」，賭博方式為賭客任選一組2個號碼(俗稱二星)、一組3個號碼(俗稱三星)，一組4個號碼(俗稱四星)，「二星」、「三星」下注賭金均為新臺幣(下同)80元，賭客簽中「二星」、「三星」、「四星」者分別可向宋○享領取5,300元、5萬7,000元、80萬元之彩金，若未簽中賭資則全歸宋○享所有，嗣於106年1月10日下午3時20分許，宋○享為警查獲，並扣得宋○享之手機等物。檢察官因認被告涉犯刑法第266條第1項前段之賭博罪嫌而起訴，臺灣桃園地方法院106年度審易字第2885號判決，被告上訴後，臺灣高等法院107年度上易字第1709號判決撤銷原判決並判決被告無罪確定。
- 二、按由罪刑法定主義派生之明確性原則，固使法律之可預測性提高，達到刑法之一般預防效果，惟刑法如過度具體明確，可能使刑法過於龐大僵化，欠缺必要之彈性，將使法律過於僵化與個案化。且立法者之預見能力有時而窮，無法完全且鉅細靡遺的預知未來在無數個案中，具體事實如何展現何種多樣性及個別性。因此，刑法之構成要件必須能透過解釋而得悉其意義內涵。刑法之所以處罰賭博之行為，係因賭博之本質是透過某一射倖性事項發生與否，決定財物歸屬，對於參與對賭當事人而言，贏得賭局之一方，其取得財物形同不勞而獲，倘若時日一久，恐養成心存僥倖而僅欲以此方式獲取財物，以致不事生產，敗壞社會風氣。則刑法對於賭博行為之非難程度，自不宜僅因科技發展所致參與

賭博方式變革而異，否則，將易造成處罰之漏洞，令有心人士遊走於法律處罰之灰色地帶。

三、現行刑法第266條第1項之規定係於民國23年10月31日制訂，24年1月1日公布，同年7月1日施行。舊刑法第278條第1項原規定「賭博財物者，處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。」嗣制訂公布為「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。」乃因在非公共場所或非公眾得出入之場所賭博財物者，貽害社會尚輕，故家庭間偶然賭博，不包括於本條之內。(參考陳應性編著，中華民國刑法解釋圖表及條文，商務印書館發行，民國25年8月版，第227頁)。「本罪所謂公共場所或公眾得出入之場所，不以法令所容許或社會所公認為限，如供給賭博用之花會場、輪盤賭場及其他各種賭場，雖設於私人之住宅，亦屬公眾得出入之場所。又如賭博者雖未親自赴場賭博，而由專業者轉送押賭，但既係基於自己犯罪之意思，仍應依本罪之正犯處斷。(院字第1371號解釋參照)」(褚劍鴻著，刑法分則釋論，上冊，76年10月第3版，第821頁)又「刑法圖利供給賭博場所罪，本不以其場所為公眾得出入者為要件，而所謂之『賭博場所』，只要有一定之所在可供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間場地始足為之。且以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可為傳達賭博訊息之工具，例如主觀上有營利意圖而提供網址供人賭博財物者，亦屬提供賭博場所之一種，而以傳真或電話之方式簽注號碼賭博財物，與親自到場簽注賭博財物，僅係行為方式之差異而已，並不影響其為犯罪行為之認定。」最高法院94年度台非字第108號判決要旨可資參照，本判決雖係針對刑法第268條之圖利供給賭博場所罪，然已指出賭博場所之「場所」實指「一定之所在」，不應侷限於可供人前往之一定空間場地。刑法第266條第1項所稱之公眾得出入之「場所」，本應與刑第268條之「場所」為同一解釋；至該場所是否「公眾得出入」，應以不特定人或特定多數人得以任何方式在該所在參與賭博或將賭博之意思傳達至該所在為標準，無論透過電話、傳真、或通訊軟體，此與人身前往無異，既無限於由人親往下賭，亦非依該賭博場所之外界可見聞性為判斷，參照上述院字第1371號解釋意旨，該賭博場所雖設於私人之住宅，亦屬公眾得出入

之場所。況透過科技方式如電話、傳真或通訊軟體而下賭，因不再拘泥於傳統須人可以前往之一定空間場地，其賭博金額、方式、範圍均更無忌憚，對社會公序良俗貽害更大，要非民國23年原立法者所能設定之「在家庭內偶然之賭博」所能比擬，亦非立法者當時所能預想現今社會變遷下，賭博與科技結合發展之多樣性及產生之鉅大危害，此一概念之補充，或可認為係符合立法者原意之歷史解釋及合目的性解釋，惟並非類推解釋，應無悖於罪刑法定原則。

四、本案原判決將刑法第266條之『公眾得出入』限於不特定多數人得以共見共聞，且人須前往賭博場所下注，而刑法第266條第1項僅以『公共場所或公眾得出入之場所』為要件，並未提及賭博行為須『公然』為之或以他人得觀看、共見共聞為必要，原判決對犯罪構成要件之解釋，顯有判決適用法則不當之違法。此致

最高法院

中 華 民 國 1 0 8 年 6 月 1 3 日

貳、附件清冊

最高法院108年度台非字第148號判決摘要

主 文

上訴駁回。

理 由

本院按：

一、非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。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。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告

，且不涉及統一適用法令，即無提起非常上訴之必要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且法律已有明確規定，向無疑義，因疏失致未遵守者，或司法院已有解釋可資依循、無再行闡釋之必要者，或其違背法令情形，業經本院著有判例、判決或作成決議、決定予以糾正在案，實務上並無爭議者，或因「前提事實之誤認」，其過程並不涉及法令解釋錯誤之問題者等諸情形，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。

二、刑法第266條第1項規定「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處1000元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。」立法者係考量賭博犯罪若在公共場合或公眾得出入之場所進行，民眾可輕易見聞，恐造成群眾仿效跟進而參與賭博，終至群眾均心存僥倖、圖不勞而獲，因之敗壞風氣，需加以處罰，反之，在非公共場所或非公眾得出入之場所賭博財物，其貽害社會尚輕，故家庭間偶然賭博，不包括於本條之內。惟此所謂之「公共場所或公眾得出入之場所」，並不以法令所容許或社會所公認者為限，如供給賭博用之花會場、輪盤賭場及其他各種賭場，縱設於私人之住宅，倘依當時實際情形，可認係屬公眾得出入之場所者，亦足當之；又如賭博者雖未親自赴場賭博，而由他人轉送押賭，但既係基於自己犯罪之意思，仍應依本罪之正犯處斷，有司法院院字第1371、1921、4003號解釋意旨可資參照。是以私人住宅如供不特定之人得以出入賭博者，該場所仍屬公眾得出入之場所，至於賭客係到場下注賭博，或以電話、傳真、電腦網路、或行動電話之通訊軟體等方法傳遞訊息，下注賭博，均非所問。

三、經查本件接受被告盧○逸簽賭之宋○享，係提供其桃園市新屋區中華路616號自宅，聚集不特定賭客簽選號碼簽賭「香港六合彩」、「今彩539」等賭博，賭客或親自到場簽牌下注，或以手機通訊軟體LINE傳訊牌支號碼，或以傳真下注，

宋○享接收牌支簽賭後，再將簽賭資料以LINE轉給上線綽號「阿明」等人，其中被告於民國106年1月7日下午6時40分許，透過LINE傳送簽賭訊息資料，向宋○享投注「香港六合彩」、「今彩539」，嗣宋○享於同月10日下午為警在上址查獲，因而觸犯刑法第266條第1項前段在公眾得出入之場所賭博罪、第268條意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博罪，另案經臺灣桃園地方法院以106年度壠簡字第315號簡易判決，依想像競合犯關係從一重論以刑法第268條意圖營利，聚眾賭博罪刑確定等情，有相關資料在卷可稽。查宋○享提供自宅作為不特定人得以出入簽賭之場所，被告以LINE向宋○享傳送其簽賭下注之訊息而參與賭博，依上說明，被告應係犯刑法第266條第1項之在公眾得出入之場所賭博罪。原判決認被告所為與刑法第266條第1項前段賭博罪之構成要件不合，撤銷第一審之有罪判決，改判諭知被告無罪，依上說明，即有適用法則不當之違法。惟此違背法令尚非不利於被告，且該違法情形，司法院已著有上開院字第1371、1921、4003號解釋意旨可資依循，實務上並無爭議，自無再行闡釋之必要，於法律見解欠缺原則上之重要性，客觀上難認有給予非常上訴救濟之必要性，應認非常上訴為無理由，予以駁回。

中 華 民 國 1 0 8 年 7 月 1 7 日

【第三案】：謝○達貪污案

爭點：

- 一、刑事訴訟法第398條第1款規定之「不影響於事實之確定」，最高法院可自為裁判。是否包括第三審法院對於重要事實認定與原審不同之情形？
- 二、第三審法院可否不經言詞辯論程序，對於重要事實為與原審不同之認定？

最高檢察署提案予刑事大法庭聲請書

原文目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實

貳、本案最高法院歷次判決

- 一、最高法院106年度台上字第3329號判決
- 二、最高法院97年度台上字第931號判決
- 三、最高法院100年度台上字第4782號判決
- 四、最高法院105年度台上字第685號判決
- 五、小結

參、聲請提案予刑事大法庭之理由

一、爭點一

(一)所涉及之法令

- 1.刑事訴訟法第394條
- 2.刑事訴訟法第398條

(二)第三審可否因作不同事實認定而改判無罪之學說

- 1.肯定說
- 2.否定說
- 3.小結

(三)外國立法例

- 1.美國
- 2.日本

3.德國

(四)法律見解歧異之裁判

- 1.「不影響於事實之確定」指第三審重要事實認定與原審相同
- 2.「不影響於事實之確定」包括第三審事實認定與原審不同

(五)該歧異見解對於裁判結果之影響

(六)本署見解

- 1.第三審法院之功能不在於重新爭執事實
- 2.原判決見解將使第三審法院成為事實審
- 3.事實問題與法律問題如牽扯難分時，第三審法院應撤銷發回

二、爭點二

(一)所涉及之法令

(二)相關學說

(三)外國立法例

- 1.美國
- 2.日本
- 3.德國

(四)法律見解歧異之裁判

- 1.第三審縱經言詞辯論程序，也不可為與原審不同之事實認定
- 2.第三審可不經言詞辯論程序，而為與原審不同之事實認定

(五)該歧異見解對於裁判結果之影響

(六)本署見解

- 1.第三審法院不可重新建構事實
- 2.第三審法院之調查程序適用自由證明程序而非嚴格證明程序
- 3.最高法院若自為事實認定，應予檢辯雙方表示意見之機會

肆、結論

伍、附件清冊

壹、與法律爭點相關之本案事實(略)

貳、本案最高法院歷次判決(略)

參、聲請提案予刑事大法庭之理由

一、爭點一

刑事訴訟法第398條第1款規定之「不影響於事實之確定」，最高法院可自為裁判。是否包括第三審法院對於重要事實認定與原審不同之情形？

(一)所涉及之法令(略)

(二)第三審可否因作不同事實認定而改判無罪之學說

事實審認定被告有罪，上訴第三審，第三審審查原審所調查之卷證資料，可否作不同事實認定，撤銷原判並逕為無罪判決，在我國學理討論上存在不同見解。

1.肯定說

謝煜偉教授認為：日本最高法院在近數十餘年來愈來愈傾向針對原判決有事實誤認之虞者，依照卷證所顯現的事實作對被告有利之認定，撤銷原判自為無罪判決，或發回更審後改判無罪。雖然數量仍少，但就事實誤認之認定基準的樹立及針對救濟個案避免冤案有一定功效。台灣的最高法院可否直接依照無罪推定原則，在事實不明或認定有誤的情況下勇於做出無罪判決？如果能跨出這一步，許多反覆更審的陳年案件都能獲得終局解決¹。

錢建榮法官亦採肯定說，其在法官協會101年度學術研討會「審判效能之再提升」會議紀錄表示：事實審法官對最高法院動輒撤銷發回多所怨言，認為最高法院為何不自為判決。最高法院多以刑事訴訟法第394條第1項回應，認為三審法院應該以「二審判決所確定之事實」為判決基礎。但此條的意義應該是，三審不能在二審認定之事實外增加其他構成要件事實，因為會對被告不利，造成突襲。無罪判決並沒有「犯罪事實」，既不受「二審判決所確定之事實」拘束，也符合刑事訴訟法第398條第1項第1款「不影響於事實之確定」之規定，故可自為無罪判決²。

另外，陳運財教授認為：「久懸不決的案件，如確已無其他證據可資調查，事實關係又不明者，第三審法院自應本於無罪推定原則而為認定，不應再以原審調查未盡為由撤銷發回，任令其繼續來回擺盪。……就立法論的課題而言，……有無必

¹ 謝煜偉，最高法院在死刑量刑判斷中的角色與功能：日本與臺灣的比較，收錄於變遷中的東亞法院，2016年10月，163頁。

² 錢建榮，法官協會101年度學術研討會「審判效能之再提升」會議紀錄，法官協會雜誌，第14卷，101年12月，42至44頁。

要參考日本刑事訴訟法第411條及413條，增訂條文規定第三審法院如認為原審判決顯有影響判決結果之重大事實誤認，且依其調查所得訴訟資料及原審或原第一審法院調查之證據，可據以為裁判者，得於撤銷原判決後，本於無罪推定原則，自為無罪判決？均可積極研議。³」觀其文義，在目前法制下應如何處理似保留看法，但支持將來修法改採肯定見解。

2. 否定說

陳樸生教授認為：事實之確定，乃事實審法院之職權。第三審法院所得依職權調查者，乃對於原審判決所確定之事實，審查其援用法令是否適當，及原審判決所採證據是否經合法調查、有無應調查之證據未予調查等情形，縱因該證據未予調查以致事實不明，第三審法院也無從依職權調查而逕認定事實⁴。犯罪事實之認定，須經嚴格之證明，應經證據調查、言詞辯論程序而為認定，第三審法院依法僅能調查程序事項，不許僅憑間接審理、書面審理，而為實體事實之認定⁵。

黃朝義教授認為：三審並非事實審，不應以閱卷後之心證取代原審之認定，而應尊重事實審認定事實之職權，限縮於法律爭點檢視原審判決有無違背法令，於一、二審均為有罪判決或一審無罪、二審改判有罪情形，由於防止冤獄乃法院無可避免之職責，不論是事實審或法律審法官均應遵守此核心理念，只要原審判決仍有合理懷疑之餘地，都應將原判決撤銷發回更審⁶。黃教授上開說理重心雖在於無罪推定，但明顯亦採否定見解。

洪昌宏法官亦表示：最高法院77年8月9日刑事庭決議將刑事訴訟法第398條第1項第1款規定之「事實」放寬為「重要事實」，非關重要之事實雖不確定，最高法院可本於卷內訴訟資料所顯示者，自行裁判。但最高法院撤銷原判決並自行改判之共同特點均為不變更第二審所確認之犯罪事實，亦即該當於構成要件之法律事實，而只是將第二審所為法律評價不當或違誤之處，予以改正。若逕將有罪改判無罪，豈

³ 陳運財，第三審刑事訴訟之言詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230期，2013年8月15日，134頁、147-148頁。

⁴ 陳樸生，刑事訴訟法實務，再訂二版，1999年6月，532-533頁。

⁵ 陳樸生，刑事訴訟之第二審與第三審，法令月刊第22卷第10期，1971年10月，7頁。

⁶ 黃朝義，刑事上級法院撤銷發回更審與自為判決之界線，法官協會雜誌，第14卷，101年12月，57頁、62-63頁。

非混淆法律審與事實審之分際⁷？

周盈文法官在目前法制下，認為應循最高法院77年第11次刑事庭會議決議，採否定見解；但支持將來修法改採肯定見解，理由與上開肯定說相同⁸。

3. 小結

綜上，第三審審查原審所調查之卷證資料，對於有罪判決，可否作不同事實認定，撤銷原判逕為無罪判決？多數認為我國第三審係採法律審，屬事後審查性質。事實審的認定，若已盡調查能事，沒有違反證據法則、論理法則、或理由矛盾等判決違背法令之情事，第三審自應尊重；若有證據應調查而漏未合法調查，則應予糾正，撤銷發回。

雖然刑事訴訟法條文用語有「犯罪事實」、「事實」之分，但兩者所指往往並無區別。例如刑事訴訟法第273條第1項第2款規定：「法院得……行準備程序，為下列各款事項之處理：二、訊問被告、代理人及辯護人對檢察官起訴『事實』是否為認罪之答辯，」同法第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。」前者指的是檢察官起訴的犯罪事實，後者指的是「(社會)事實」。同理，刑事訴訟法第394條第1項規定：「第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎。」該「事實」顯指「犯罪事實」。最高法院77年8月9日刑事庭決議雖將刑事訴訟法第398條第1項第1款規定放寬，將該「事實」限縮為「重要事實」，非關重要之犯罪事實雖不確定，最高法院仍可本於卷內訴訟資料所顯示者，自行裁判。但依我國目前法律，除非第三審認為被告所涉行為不罰，不應自為無罪判決。

(三)外國立法例

上訴制度主要有覆審制、續審制及事後審制等三種立法例，事後審制係以法律審之角度，審查原審判決及訴訟程序有無上訴人所指摘的不當事由，並不審理案件本身。亦即僅以原審所有之卷證資料，審查原審判決及訴訟程序有無違背法令，調

⁷ 洪昌宏，第三審刑事訴訟之行言詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230期，2013年8月15日，126頁，131-132頁。

⁸ 周盈文，審判效能之再提昇—談刑事上級審之發回與自為判決，法官協會雜誌，第14卷，101年12月，67頁、70-71頁。

查範圍以限於上訴理由所指摘之事項為原則，當事人不能提出新事實、新證據作為上訴之理由，因此較能防止濫行上訴。事後審雖係法律審性質，但仍可對事實審法院證據調查及認定事實有無錯誤加以審查，例如是否以沒有證據能力之證據作為認定事實之依據、是否重要證據漏未依法調查、證據證明力之判斷是否違反經驗法則或論理法則。上訴審法院若認為上訴有理由，除原判決雖違背法令但不影響於事實之確定時，可撤銷原審判決並自為裁判外，若原判決因事實認定部分有違背法令時，上訴審能否自為判決，茲分述美國、日本及德國相關制度如下。

1. 美國

美國除少數州採二級二審制外，聯邦及絕大多數州均採三級三審制，通常係第一審為事實審，第二、三審為法律審，⁹既不調查新事實、新證據；也不重新評估證據證明力¹⁰。二審通常由三位職業法官所組成，三審則由全體最高法院法官(通常為九位)組成，上訴審判決均採多數決。對於證據能力裁定、重要程序事項的裁定(例如裁定駁回起訴)及量刑，不論檢察官或被告均可提出抗告(appeal)，但檢察官對於無罪判決原則上不得上訴，只有被告對不利的終局判決可提出上訴(亦稱為“appeal”)。

聯邦最高法院第三審案件採「許可上訴(包括抗告)制」，其途徑主要是聲請「調卷令」(writ of certiorari)，其次才為一般上訴¹¹。大多數上訴聯邦最高法院案件，均只提出一個或兩個法律爭議，最高法院有裁量權決定是否受理。關於州憲法及州法律，以州最高法院之判決或裁定為終審，但聯邦憲法或聯邦法律之見解影響該判決結果，而當事人認為州最高法院關於聯邦憲法或聯邦法律之見解有誤者，亦可向聯邦最高法院聲請上訴，故聯邦最高法院之案源可能來自聯邦高等法院或州最高法院。

美國第三審上訴採行嚴格法律審制，不具有審理犯罪事實之功能，第三審法院只決定原審裁判是否錯誤及該錯誤是否為「無害錯誤」。「證據不足」(“insufficient evidence”)屬於上訴審得審酌之法律問題，美國聯邦法28 U.S.C. §2106規定：合法上

⁹ Ellen Hochstedler Steury & Nancy Frank, 陳衛東、徐美君譯，美國刑事法院訴訟程序(Criminal Court Process)，中國人民大學出版社，2002年1月，602頁。

¹⁰ Roland V. del Carmen, 張鴻巍等譯，美國刑事訴訟一法律和實踐(Criminal Procedure, Law and Practice)，武漢大學出版社，2006年10月，第10頁。

¹¹ Roland V. del Carmen, 張鴻巍等譯，美國刑事訴訟一法律和實踐(Criminal Procedure, Law and Practice)，武漢大學出版社，2006年10月，第5頁。

訴(抗告)之案件，最高法院或其他上訴法院可以維持、修正、廢棄、撤銷任何下級審裁判、命令、許可，並可發回並指示原審為適當、公正之裁判、命令、許可¹²。因此，最高法院可以對下級法院判決作出駁回上訴、撤銷原審判決、撤銷原審判決並發回重審等判決。

以Burks v. United States案¹³為例，被告涉嫌強盜，被告主張心神喪失，並提出3位專家證人，證明被告因精神疾病致欠缺責任能力。檢察官在反駁程序(rebuttal)則提出2位專家證人，其中1位專家證人證明被告雖人格異常(character disorder)，但無精神疾病；另1位專家證人也證明被告有人格異常，但對是否影響其行為時之刑事責任能力則無法確定。陪審團審判結果判決被告有罪。被告上訴，上訴法院同意被告主張，認為檢察官提出之「證據不足」(“insufficient evidence”)證明被告行為時有責任能力，發回原審重審。被告認為上訴法院之判決違反美國聯邦憲法增修條文第5條「禁止重複審判原則」(double Jeopardy)之規定，上訴至美國聯邦最高法院。聯邦最高法院表示：事實審判決被告有罪後，上訴法院對於有罪判決，應以最有利於檢方的角度檢視，如有相當之證據即應維持一審判決；若明顯證據不足(“insufficient evidence”)，應依28 U.S.C. §2106規定，撤銷原判決並指示一審逕為無罪判決，避免重覆審判¹⁴。

在Tibbs v. Florida案¹⁵，被告Tibbs涉嫌駕車經過佛羅里達州，利用Nadeau與其男友搭便車機會，槍殺該男友並強姦Nadeau。被告主張未曾在佛羅里達州駕車，並提出證人證明被告品性良好，不至於做出這種犯行。被害人Nadeau承認曾施用各種毒品，本案發生前也施用大麻，但堅稱指認無誤。陪審團判決被告成立一級謀殺及強姦罪，法官並依陪審團建議，量處被告死刑。本件上訴至佛羅里達州最高法院，州

¹² 28 U.S.C. §2106, “The Supreme Court or any other court of appellate jurisdiction may affirm, modify, vacate, set aside or reverse any judgment, decree, or order of a court lawfully brought before it for review, and may remand the cause and direct the entry of such appropriate judgment, decree, or order, or require such further proceedings to be had as may be just under the circumstances.”

¹³ Burks v. United States, 437 U.S. 1 (1978).

¹⁴ Burks v. United States, 437 U.S. 1, 17 (1978), “Obviously a federal appellate court applies no higher a standard; rather, it must sustain the verdict if there is substantial evidence, viewed in the light most favorable to the Government, to uphold the jury’s decision. While this is not the appropriate occasion to re-examine in detail the standards for appellate reversal on grounds of insufficient evidence, it is apparent that such a decision will be confined to cases where prosecution’s failure is clear....Moreover, ...an appellate court is authorized by § 2106 to “go beyond the particular relief sought” in order to provide that relief which would be “just under the circumstances”..., the only “just” remedy available for that court is the direction of a judgment of acquittal.”

¹⁵ Tibbs v. Florida, 457 U.S. 31 (1982).

最高法院表示，除了Nadeau之證詞外，無其他證據證明被告之犯行，有罪證據之可信度(“weight of evidence”)有疑問，發回重審。第一審改為駁回起訴。檢察官上訴後，上訴法院撤銷第一審駁回起訴之裁定，佛羅里達州最高法院維持上訴法院之見解¹⁶，並表示：上訴法院對於有罪判決，應以最有利於檢方的角度檢視，若認為沒有「理性的事實裁判者」會認為證據達到「無合理懷疑」程度，才能以「證據不足」(“insufficient evidence”)撤銷原判決，並指示第一審為無罪判決；本案關鍵是被告Tibbs及被害人Nadeau之證詞何者較可信，屬於證據可信度(“weight of evidence”)的問題，應由事實審決定，撤銷發回重審後，陪審團若仍相信Nadeau，有罪證據即為充足。佛羅里達州最高法院第一次判決只是給被告第二次爭取無罪的機會而已，並非指示原審「證據不足」(“insufficient evidence”)。本件上訴至聯邦最高法院，仍維持佛羅里達州最高法院之判決。

綜上，美國聯邦最高法院及州最高法院雖然是法律審，但對於事實判斷並非全然不能置喙，其若認為沒有「理性的事實裁判者」會認為證據達到「無合理懷疑」程度，應以「證據不足」(“insufficient evidence”)撤銷原判決，並指示第一審為無罪判決；若認為事實審認定有罪之證據可信度(“weight of evidence”)有疑問，可撤銷原判決並發回第一審重審，此時被告是否有罪仍由事實審決定。但最高法院不會先認為有罪證據之可信度有疑問，發回重審，嗣又認為「證據不足」。

2. 日本

日本刑事訴訟法第412條規定：「以認定違法管轄為由撤銷原判決時，應以判決將案件移送管轄之二審法院或管轄之第一審法院。」同法第413條規定：「依前條規定理由以外之理由撤銷原判決時，應以判決將案件發回原法院或第一審法院或移送同級其他法院。但三審法院依訴訟紀錄、原法院及第一審法院調查之證據得直接判決者，得就被告案件自為判決。¹⁷」

陳運財教授表示，日本對於搖擺久懸不定之案件，倘因心證程度，或原審採用非任意自白等情形，最高裁判所依其調查結果及原審所憑之訴訟資料，認定本案仍未達無合理懷疑之有罪心證時，基於無罪推定的法理，得撤銷原判自為無罪判決。

¹⁶ 397 So. 2d 1120 (1981).

¹⁷ 法務部編印，日本刑事訴訟法暨刑事訴訟規則，2016年8月，第104頁。

此種因顯有影響判決結果之事實誤認而撤銷並自為判決情形，係基於無罪推定原則，不適用於改判有罪之判決¹⁸。

3. 德國

德國刑事訴訟法第353條規定：「(第1項)認為法律審上訴有理由之範圍內，應撤銷被聲明不服之判決。(第2項)同時，作為判決基礎之事實認定，因違法致使原判決被撤銷者，亦應撤銷之。」同法第354條第1項規定：「僅因對作為判決基礎之事實認定在適用法律上違法而撤銷判決者，若無需進一步之事實認定，僅應宣告無罪、停止程序或絕對確定刑，或法律審上訴法院與檢察官之聲請一致認定判處最低法定刑或免刑為適當者，則法律審上訴法院應對該案件自為裁判¹⁹。」

德國刑事訴訟法第353條第1項及第2項係依法律審上訴法院僅撤銷判決罪刑部分而維持事實認定或同時撤銷判決罪刑部分及事實認定而為不同規定。該法第354條第1項為德國聯邦最高法院對案件自為裁判，並為無罪判決之相關規定，前提為僅依同法第353條第1項撤銷判決罪刑部分，而不撤銷判決基礎之事實認定。亦即判決是「適用法律」的錯誤，而「判決基礎之事實認定」本身並無任何缺失，所以事實認定可被維持。當事實認定完整且無誤，縱使更為審理也不會得出不同的事實認定，且沒有其他法律觀點會影響該案，法律審上訴法院應依德國刑事訴訟法第354條第1項為無罪判決²⁰。

(四)法律見解歧異之裁判(略)

(五)該歧異見解對於裁判結果之影響(略)

(六)本署見解

本署認為，刑事訴訟法第398條第1款規定之「不影響於事實之確定」應僅指第三審法院事實認定與原審並無不同之情形，理由如下：

1. 第三審法院之功能不在於重新爭執事實

第三審上訴之管轄法院為最高法院，其事物管轄範圍包括不服高等法院未確定之第二審或第一審判決之上訴案件。第三審上訴也稱為法律審上訴，為審級制度之

¹⁸ 陳運財，刑事訴訟第三審構造之探討，月旦法學雜誌，143期，2007年4月，59頁。

¹⁹ 連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版1刷，2016年9月，329-330頁。

²⁰ Meyer-Großner/Schmitt, Beck'sche Kurz Kommentare, Strafprozessordnung, 61. Aufl. 2018, §354, Rn. 3.

終審，作為事後審查之救濟審，功能不在於重新爭執事實，而是僅以事後審之角度審查當事人不服之下級審審判，其訴訟程序之踐行及適用之法律有無違背法令，是以第三審為「有限的救濟手段」。最高法院並得藉由第三審上訴貫徹法律見解並撤銷下級審之不同見解，進而統一解釋法令²¹，而非重新認定事實。

2. 原判決見解將使第三審法院成為事實審

依刑事訴訟法第377條規定：「上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。」同法第378條規定：「判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。」又祇屬單純之事實上爭執，不涉原判決違背法令之問題，均不得執以為第三審上訴之適法理由(最高法院73年台上字第5221號判例參照)。是以，原則上得提起第三審上訴之理由，應限於純粹法律適用問題，縱因刑事訴訟法第379條所列各款判決當然違背法令之情形，使第三審法院涉及事實審法院取捨證據認定事實之職權行使，以及同法第393條但書及第394條第1項但書規定，使第三審得依職權調查之範圍擴及第二審判決所確認之事實及上訴理由所指摘事項之外，而賦予第三審法院以法律審兼負部分事實之事後審職責²²。然第三審法院為最終審，自為判決即定讞，刑事訴訟法第398條就第三審法院撤銷原第二審判決後，得自為判決之限制，規定極為嚴格²³，第三審法院如與原審對於有無構成要件該當之事實為不同認定並自為判決，將嚴重混淆事實審與法律審之界限，如此第三審法院不啻為完全的事實審，違背建構審級制度之管轄分配。

況由我國實務見解可知(參照參、一、四及附件20之內容)，絕大多數最高法院判決所認為不影響於事實之確定而自為判決的情形，皆為原判決有法律適用錯誤或法律見解有誤，並未重新為事實認定。本件最高法院106年度台上字第3329號判決之情形極為獨特。

3. 事實問題與法律問題如牽扯難分時，第三審法院應撤銷發回

事實問題與法律問題之區別，涉及一個判決在多大範圍內，得經由法律審上訴

²¹ 林鈺雄，刑事訴訟法(下)，自版，8版4刷，2018年6月，443頁。

²² 呂潮澤，我國刑事法律審制度之檢討，司法院，初版，2001年11月，1-2頁。

²³ 呂潮澤，我國刑事法律審制度之檢討，司法院，初版，2001年11月，3頁。

的救濟手段挑戰之。縱然事實問題與法律問題可能牽扯難分，或司法實務上並非截然以事實問題與法律問題之區別作為得否提起第三審上訴之標準，若取決於案件的個別細節，而非其他案件也會重複出現的典型特徵，將削弱第三審法院統一法律見解之目的。因此，應賦予事實審法官一定的判斷餘地，於此範圍內的判斷可免於受第三審法院的審查²⁴。以本件最高法院106年度台上字第3329號判決而言，已失其統一法律見解之功能。且縱認事實審判決有違反經驗法則、論理法則及證據法則，亦應參考立法說明、實務向來見解及學說，尊重事實審法院之判斷，嚴守事實審與法律審之界限，考量歷次下級審判決均判處被告有罪，只要有因為調查事實而為有罪判決之可能，應撤銷發回更審，而非自為無罪判決。

二、爭點二

第三審法院可否不經言詞辯論程序，對於重要事實為與原審不同之認定？

(一)所涉及之法令(略)

(二)相關學說

陳運財教授認為：現行之第三審上訴，係以統一法令解釋為主要目的，上訴理由限於原判決違背法令之事項，最高法院之調查原則上以當事人上訴主張之事項為範圍，且應以原判決所確認之事實為判決基礎；關於事實之調查，以訴訟程序之事實為主；又認定上訴有理由而撤銷原判決時，除得自為判決之情形外，應發回更審等等，可見係採取事後法律審查的結構，因此，第三審法院之判決自得不受證據裁判主義下之「認定事實之言詞辯論」之拘束。在此意義下，我國刑事訴訟法第389條第1項所謂「第三審法院之判決，不經言詞辯論為之。但法院認為有必要者，得命辯論」中之前段之言詞辯論係指「認定事實之言詞辯論」，後段文字無庸解讀為例外之但書規定，而是指最高法院認為有必要者，最低限度仍以舉行「陳述意見之言詞辯論」為適宜²⁵。陳教授並表示：「關於判斷原判決有無違誤時，如有必要自可由檢察官及辯護人雙方就上訴意旨陳述意見，進行辯論。亦即第三審法院如有調查事實，其結果亦有使其行言詞辯論的必要，非謂法律審或事後審查審，即可當然限

²⁴ Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，五南，初版五刷，2004年5月，212-213頁。

²⁵ 陳運財，第三審刑事訴訟之言詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230期，2013年8月15日，134頁、143頁。

制當事人行言詞辯論的訴訟權益。²⁶」

黃虹霞大法官亦認為：假如最高法院要自為判決，特別是要翻案的情況，從有罪變無罪或是無罪變有罪，不能不開言詞辯論，因為最高法院會讓案子確定，不能沒有讓當事人表示意見、講清楚的機會²⁷。

上開見解，相當程度亦反應目前社會輿論之要求。雖最高法院洪昌宏法官表示：第三審之審判原則上不經言詞辯論，只有於必要時，例外行之，因真正具有原則重要性之法律爭議不多，而且不經言詞辯論，亦不見得無法解決²⁸。洪法官表面上雖就最高法院是否應行言詞辯論持較否定之看法，但洪法官認為最高法院撤銷原判決並自行改判之案件限於不變更第二審所確認之犯罪事實，不應逕將有罪改判無罪，否則會混淆法律審與事實審之分際，已如前述。其前提與本爭點之前提不同，故不能視為反對見解。

(三)外國立法例

1.美國

美國大多數上訴(包括抗告)聯邦最高法院案件，均只提出一個或兩個法律爭議，最高法院若認為該上訴顯有理由，可能不待言詞辯論，逕撤銷原判決。其餘最高法院准許上訴之案件均行言詞辯論，最高法院得依職權或依一方之聲請將上訴最高法院爭議相同或相關之案件合併審理。最高法院會期每年自10月第1週起，通常到次年4月底至7月上旬止，辯論庭自早上10時至12時，下午1時至3時。通常開庭(sittings)2星期、休庭(recesses)2星期，大法官於休庭期間討論及撰寫意見書。

聯邦最高法院開庭最少需有6名大法官出席及參與評議，書狀的先行提出是言詞辯論的必要條件。言詞辯論時，檢察官及律師應推定所有大法官均已閱讀雙方交付之書狀，不能以唸稿的方式進行言詞辯論。兩造均僅由一位檢察官、律師代表論述，多數被告委任不同律師時，若立場相同，需協調由一位律師代表多數被告進行言詞辯論，若立場有異，才可委任不同律師出庭。

最高法院辯論庭每方原則以30分鐘為限，由上訴人先行論述，先行之一方應完

²⁶ 陳運財，刑事訴訟第三審構造之探討，月旦法學雜誌，143期，2007年4月，59頁。

²⁷ 黃虹霞(當時任律師)，法官協會101年度學術研討會「審判效能之再提升」會議紀錄，法官協會雜誌，第14卷，101年12月，39頁。

²⁸ 洪昌宏，第三審刑事訴訟之行言詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230期，2013年8月15日，126頁，127-130頁。

整呈現所有論點，不得保留至反駁時始提出，但上訴人可選擇保留部分時間於對造陳述完畢後進行反駁，且通常上訴人會保留4至5分鐘進行反駁；被上訴人則只有一次論述機會。大法官得打斷任何一方發言並發問，發問時間不中斷發言時間之計算。最高法院認需要其他機關、團體、專家、學者協助時，得依職權或因一造當事人聲請，指定法庭之友參與辯論。最高法院依職權指定法庭之友，其發言時間限十五分鐘，應於言詞辯論時最先發言，但得保留部分發言時間至他造當事人發言完畢後、聲請人反駁前，補充發言。一造當事人聲請之法庭之友，應接續聲請之一造發言，其發言時間與聲請之一造併計，共用30分鐘。自2010年10月起，聯邦最高法院均於每週五將前一週言詞辯論案件之逐字稿及錄音檔公布於該院網站，對外公佈。

2.日本

日本刑事訴訟法第408條規定：「第三審上訴法院依上訴意旨書及其他文書認上訴顯無理由者，得不經辯論逕為不受理判決。」同法第410條第1項規定：「第三審上訴法院，於有第405條各款規定之事由者，應以判決撤銷原判決。但顯對判決無影響者，不在此限。²⁹」

陳運財教授解釋：日本終審法院認為當事人上訴有理由而有撤銷原判決之必要時，始需行言詞辯論，上訴顯無理由者，得不經言詞辯論，判決駁回。日本最高法院實務對死刑案件，不論上訴有無理由，為求慎重，均開庭行言詞辯論³⁰。

3.德國

德國刑事訴訟法第349條規定：「(第1項)法律審上訴法院認為，有關提起法律審上訴或提出法律審上訴之聲請規定未被遵守時，得以救濟不合法裁定駁回。(第2項)法律審上訴法院依應附理由之檢察官聲請，全體一致認為法律審上訴顯無理由時，亦得以裁定決定。(第3項)檢察官應將第2項之聲請及其理由通知上訴人。上訴人得於2週內向法律審上訴法院提出答辯書。(第4項)法律審上訴法院一致認為被告利益提起之法律審上訴有理由時，得以裁定撤銷原判決。(第5項)法律審上訴法院不適

²⁹ 法務部編印，日本刑事訴訟法暨刑事訴訟規則，2016年8月，第104頁。

³⁰ 陳運財，第三審刑事訴訟之言詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230期，2013年8月15日，134頁、141頁。

用第1項、第2項、第4項之規定時，對法律審上訴以判決裁判之。³¹」

該條並沒有規定何種情形要經言詞辯論，而是規定得以不經言詞辯論以裁定為裁判之情形，也就是如果沒有德國刑事訴訟法第349條第1、2、4項可以裁定駁回之情形時，就要行言詞辯論以判決為之。其中第2項規定，認為上訴顯無理由的情形，需要德國聯邦最高法院法官5人一致同意，才能以裁定的方式結案。而適用同法第349條第2項裁定駁回的前提是「檢察官附理由的聲請」。依同法第349條第3項，檢察官應將第2項之聲請及其理由通知上訴人即被告。上訴人即被告得於2週內向法律審上訴法院提出答辯書。

(四)法律見解歧異之裁判(略)

(五)該歧異見解對於裁判結果之影響(略)

(六)本署見解

本署認為第三審法院縱經言詞辯論程序，也不可為與原審不同之事實認定，理由如下：

1.第三審法院不可重新建構事實

為確保法律審的功能，應禁止法律審重新建構事實，否則，法律審將實質成為事實審，耗費時日於事實認定，影響其統一法律見解之任務。

2.第三審法院之調查程序適用自由證明程序而非嚴格證明程序

第三審法院之調查程序適用自由證明程序而非嚴格證明程序，自不能如同下級審以嚴格證明程序調查各項證據，且下級審之審理程序適用直接審理原則、言詞審理原則，這些都是第三審法院所無，下級審經由嚴格證明程序所得出的事實認定，應不受第三審法院審查，所有事實審依嚴格證明程序認定之實體事項，第三審法院皆不得自行調查或推翻認定³²。第三審法院縱經調查及言詞辯論程序，也不可為與原審不同之事實認定。

3.最高法院若自為事實認定，應予檢辯雙方表示意見之機會

³¹ 連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版，2016年9月，327頁。

³² 林鈺雄，最高法院如何開庭審理—以刑事案件之開庭標準與審理流程為中心，收錄於最高法院之法治國圖像，元照，初版1刷，2016年4月，35頁。

第三審因僅處理判決是否違背法令之法律問題，不涉及事實重新認定，故原則上以書面審為足，例外於法律另有規定或法院認為有必要時，得行言詞辯論。若第三審竟與原審為不同之事實認定，應有言詞辯論之必要，予檢辯雙方表示意見之機會。

本件最高法院106年度台上字第3329號判決，自行將證物袋內6、7月份傳票原本等內容，與詳載日期、傳票號數、借方或貸方金額之重謄帳冊87年6、7月份分類帳內容，逐筆核對結果，認定除6月23日之傳票號數「6-090」誤載為「6-080」、7月17日之傳票號數「7-054」誤載為「7-052」外，其餘不論日期、傳票號數、摘要、金額等內容，分類帳所載均與會計憑證(傳票)相符，此項調查證據程序應如何定性，實有疑問。又未給予檢辯雙方就調查證據結果表示意見之機會，即據此認定事實，並進而採信證人林○鳳之證言，而為與原審就有關重謄帳冊是否係依原始憑證逐一製作為不同之認定。其不僅未說明何以法律審以自由證明程序得以推翻事實審以嚴格證明程序認定之事實，且混淆法律審與事實審之界限。

肆、結論

綜上，本署認為刑事訴訟法第398條第1款規定之「不影響於事實之確定」，應僅指第三審法院之重要事實認定與原審並無不同之情形，且縱有經過言詞辯論程序，亦不得為與原審不同之事實認定。乃原判決違背立法說明、實務向來見解及學說，復悖於主要參考國家如美國、日本對此類撤銷改判原則均應經言詞辯論程序之立法例，既與事實審為不同之事實認定，且未予檢辯雙方表示意見之機會。本案所涉法律爭點因最高法院見解分歧，該等法律爭點雖可以書狀交換方式釐清，但經由言詞辯論及法官提問，應可幫助貴院確實瞭解雙方論點，做出較妥適之決定，應提案予刑事大法庭裁判，爰依法院組織法第51條之4提出聲請。

此致

最高法院

中 華 民 國 108 年 7 月 15 日

伍、附件清冊

最高法院107年度台非字第205號刑事判決摘要

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、本院按：刑事訴訟法係經立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策之目的、訴訟制度之功能與司法資源有效運用及分配等因素，依其立法自由形成之規範。是訴訟救濟應遵循之審級制度及相關程序，立法機關自得權衡訴訟案件進行之情形，及當事人憲法上訴訟權保障之必要，以法律為合理之規定，俾行遵守。我國現制在實務及學理上，將第一、二審通稱為事實審，第三審則係專就法律之適用為事後審查所設立之審級，以審查原判決有無違背法令為其職責，與事實審之審理規範設計及救濟目的均有不同，故稱之為法律審。依此，第二審、第三審之職權行使範圍自應符合刑事訴訟法劃分之功能及職權限制，不應混淆逾越，否則即難調與立法意旨所欲區隔之審級救濟體制相合。
- 二、證據之調查及事實之證明，其方法有二：一為嚴格的調查證明，一為自由的調查證明。犯罪事實的認定，應依嚴格調查程序所獲致之證據以資為憑，專屬於事實審之職權。第三審因無從依此程序調查證據，在合法上訴之下，對於第二審不具合理性或違法之事實認定，雖得予以撤銷，但此僅屬法律審之審級救濟制度之消極作用，至積極的綜合有關證據憑以為事實之認定，仍屬於事實審法院之權限。第三審係限制性之事後違法審查，不得對事實審原判決其整體是否完全、絕對正當予以判斷，僅得藉由闡明法規之概念性內容，對該構成要件於事實審已認定之事實，在法律適用上是否正確加以審查，以資判斷法律性構成所關的一般性法則之適用是否正確。因第三審之審判係採書面審理，並以調查原審判決有無違背法令為限，未如事實審踐行嚴格證據調查及辯論程序，其得調查之事實，除上訴理由所指摘事項之外，應以刑事訴訟法第393條但書所列得依職權調查之各款事項為限。其中就第1款關於第379條各款所列之情形、第2款免訴事由之有無，均屬訴訟法之事實；第4款原審判決後刑罰之廢止、變更或免除、第5款原審判決後之赦免或被告死亡，係或因刑罰權之消滅，或因刑罰之主體已不復存在，乃特予規定外。第三審既為法律審，其所得予調查之事實，自亦以違反訴訟法之事實為限，並不及於證據及實體事實本身之調查。是上開就第1款所謂第379條各款所列之情形，其中該條第10款之應於審判期日調

查之證據而未予調查者，因證據調查之未盡，可能影響於真實之發現，以致事實之認定有所偏差，不能確立事實之真實性，故法律准許第三審法院就此得予職權上之審查，但亦祇能就其捨棄該證據在訴訟法上是否合法而為判斷，尚不能謂第三審於此即得對於事實之確定予以調查。至第3款所謂「對於確定事實援用法令之當否」，乃指其由原判決認定或記載之事實，經對照其援用之實體法是否正當之意。此款之所謂得依職權調查，係指調查該有罪判決記載由法院依其嚴格調查證據程序後，賦予法律評價並經取捨而在形式上符合犯罪構成要件之具體社會事實，或其他非有罪判決所記載之公訴或自訴意旨所指之事實，是否足供實體法之對照適用，乃係調查原判決之適用法律是否違背法令而言，至於原判決事實確定之當否，則不得為職權調查之對象，更不得就職權調查之結果，逕行認定事實，適用法律，此觀之刑事訴訟法第398條第1款「雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者。」應就該案件自為判決之規定，益見明瞭。如此，始符第三審依其法律審之審級救濟架構下，就事實審對於確定事實援用法令之當否，而在其所確認之事實為判決基礎上，且不影響於事實之確定時，得就有罪判決，或其他非有罪判決有無違背法令予以糾正救濟之審級規範設計及立法目的。

- 三、刑事訴訟法第394條第1項前段所規定第三審法院應以第二審判決「所確認之事實」為判決基礎，對原審所認定之事實不作評判；同法第398條第1款前段規定第三審法院因原審判決有一、雖係違背法令，而「不影響於事實之確定」，可據以為裁判情形撤銷之者，應就該案件自為判決。關於「確認之事實」、「事實之確定」之用語，在法條文字上有所相異，然就法律文義解釋上則應無不同，應均係指「由法院依其嚴格調查證據程序後，賦予法律評價並經取捨而在『形式上』符合犯罪構成要件之具體社會事實」而言，其範圍除含括上開第308條規定有罪判決所記載之犯罪事實外，尚包括其他非有罪判決於理由內所引述公訴或自訴要旨所指而加以記載之事實。如此，始符第三審依其法律審之審級救濟架構下，就事實審對於確定事實援用法令之當否，而在其所確認之事實為判決基礎上，且不影響於事實之確定時，得就其有罪判決，或其他非有罪判決有無違背法令予以糾正救濟之審級規範設計及立法目的。再因證據之取捨暨事實之確認，應依事實審法院之自由判斷、職權裁量，第三審法院僅於審查法令之適

用有否違背，而不得以自己之心證逕行決定第二審認事之當否，否則無異開啟行間接審理之書面審理，其證據調查、事實認定優於直接審理、嚴格調查證據程序之端，此即與訴訟法之基本原則難謂無違。

四、依我國現行關於第三審法院裁判權限之立法設計，第三審法院審理後，認為上訴不合法或上訴無理由，應分別依刑事訴訟法第395條、第396條之規定以判決駁回上訴；上訴有理由時，則依第397條之規定，應將原審判決中經上訴部分撤銷。且依同法第401條規定，應以判決將該案件發回原審法院，或發交與原審法院同級之他法院。蓋原審判決有違背證據法則而致違背法令時，因已連帶影響其實體事實之認定及確定，則該犯罪要件之構成事實即屬不完整、不明確。復因第三審法院不經嚴格證明程序、不調查實體事實，如依訴訟卷宗內之證據資料審查結果，認原判決就犯罪構成要件事實之認定，有影響於其判決者，如犯罪構成要件之事實、法定刑罰加重或減免之原因事實、阻卻違法性事由之事實、阻卻責任性事由之事實、特別經驗法則(專指具有特別知識或經驗者始得知之事實)、其他習慣、地方制定自治法規及外國法之類，依法應予適用者亦屬要證事實，自應經事實審調查證明為必要(見本院77年度第11次刑事庭會議決議參、二、(二))。是以上既已影響於基礎事實之確定，即非屬刑事訴訟法第398條第1款規定之「不影響於事實之確定」應自為判決之範疇，第三審法院已無得據以判決之事實基礎，其祇能撤銷原審判決，將案件發回(交)原審(同級)法院更審調查，不得自為實體之有罪、無罪判決。且第三審法院係終審法院，專以糾正原判決違法為職責，關於事實之調查，除刑事訴訟法有特別規定外，不在職權範圍以內。如以第二審尚有依法於審判應行調查之證據未予調查之情形，而認為原審判決不當時，即應於撤銷後，發回或發交更審，始為適法，不得逕自調查卷內證據資料重為認定犯罪事實，而為判決。否則即難謂無混淆本院就第二審與第三審對於調查證據及認定事實職權界限之一致見解(參本院77年度第11次刑事庭會議決議壹、乙、關於第三審部分所示)。

五、按第三審法院之判決，不經言詞辯論為之。但法院認為有必要者，得命辯論。前項辯論，非以律師充任之代理人或辯護人，不得行之，刑事訴訟法第389條定有明文。而事實審在刑事訴訟程序中之概念上，其依訴訟行為之目的係為實踐證據裁判下之嚴格證明法則與直接審理原則，應於審判期日進行詰問證人或鑑

定人、提示卷證資料等有關調查證據認定犯罪事實所為之言詞辯論。故第三審之言詞辯論，僅係為聽取當事人之主張或法律意見陳述所進行之法律辯論；與事實審法院為有罪或無罪之實體判決，所應依法踐行之言詞辯論程序有別。然第三審採書面審理，應以事實審所確認之事實為基礎，而予審查原判決有無違背法令，係專以糾正原審判決違法為其職責。故關於第一審及第二審之訊問被告、證人、鑑定人及調查證據、辯論等程序，於此均不適用之。但法院認為有必要者，得命辯論，僅以在闡明卷內訴訟資料為限，不涉及實體法事實之重新認定，故以書面審查為已足，而不行言詞辯論為原則。又認有命言詞辯論之必要，亦係專為法律問題而加以辯論，與第一、二審之言詞辯論自屬不同。是論者亦有謂，第三審縱有命辯論之必要，該辯論程序亦非屬嚴格調查證據程序，仍不得於辯論程序調查實體上之事實。而所謂認為有必要者得命辯論，固屬第三審得予裁量之範圍，然此裁量在解釋上不宜任由第三審違反合目的性而不受限制。尤應以第三審法院撤銷原審判決後，如係以自為判決為適當，於該案件是否因已窮盡證據之調查，且無害於當事人審級利益，且已達適於自判的狀態而定。此項程序要件之判斷，自有先聽取檢察官、律師意見或主張，確認是否尚有卷內所無之其他與本案相關之證據存在，以供判斷該案件是否成熟至適於直接可自為無罪判決之諭知(參陳運財教授於本件所提之法律諮詢意見)。故第三審雖進行言詞辯論，然因其為法律審之辯論，就調查事實之權限，仍應受第三審法制構造之限制，僅限於刑事訴訟法第394條第1項但書之權限，自無法變更事實審確認之基礎事實。從而，現行刑事訴訟法之規定，並無為變更事實審所確認之事實，而開啟言詞辯論程序之餘地。

六、不能證明被告犯罪或其行為不罰者應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第301條第1項載有明文。其所稱不能證明被告犯罪，係無法以證據證明被告被訴之犯罪，乃基於事實上之理由而認定被告無罪；而行為不罰，則指起訴事實雖經證明，但法律上並不處罰其行為，乃出於法律上之理由而為認定被告無罪。前者，係指形式上已被起訴而記載之事實，經審理結果，因未能獲得足以證明其犯罪事實之充分證據，而無從資以認定其有犯罪事實之存在；後者，乃其起訴、法院認定記載之事實，雖經證明而確認其存在，但因阻卻違法、阻卻責任或犯罪構成要件不該當等情形，非屬國家社會所譴責之刑事犯罪行為，故在實體刑法上

並不處罰其行為而言。第三審法院為事後法律審，關於實體事項之認定，應受第二審判決確認之事實所拘束，無自行調查該實體事實之權，自不得另行調查事實。故如依訴訟卷宗內之證據資料，認原判決有重大違誤而應撤銷之者，應就該案件自為無罪判決，但仍以依原判決所確認之事實，其行為顯屬不罰者為限。亦即必須在不影響於第二審判決所確定之事實，且該行為顯屬不罰者，始得逕自為無罪判決。是第三審本於法律審功能，審查原審判決是否違背法令時，認被告之行為事實(即形式上之犯罪事實)經原審審理後，證明確屬存在而記載於其刑事判決書，祇因其適用實體法律錯誤，誤將明定不罰、或犯罪構成要件本屬不成立之被告行為，誤認為成立犯罪而論處罪刑者，第三審於撤銷原審判決時，因係不影響於第二審法院就其該等事實之確定，亦即在不變動第二審判決所確認之事實基礎上，而可據以為裁判，始應就該案件以實體刑法上係屬「行為不罰」為由，自為無罪判決。參諸本院77年度第11次刑事庭會議決議參、二、(四)所示：第三審依訴訟卷宗內之證據資料，如認原判決有下列情形之重大違誤而撤銷之者，並應就該案件自為判決。...依原判決所確認之事實，其行為顯屬不罰者，第三審應逕為無罪之諭知之意旨自明。此並為本院一致之見解。則若係尚須經調查證據程序始因不能證明被告犯罪而諭知無罪之情形，第三審法院，其判決既不經言詞辯論而為調查，即無從獲致經言詞辯論之證據，自無權依其未經言詞辯論程序調查所得之證據，為實體事實之認定，而自為諭知有罪或無罪之判決。且我國現制之第三審，並無如日本刑事訴訟法第411條及第413條所為：第三審法院對於無第405條各款規定之事由，但認有左列事由如不撤銷原判決顯然違背正義時，得以判決撤銷原判決。一、違反法令足以影響判決者。二、量刑顯為不當者。三、重大事實誤認足以影響判決者。四、有得為再審聲請之事由者。五、判決後刑罰已廢止、變更或大赦者；依前條規定理由以外之理由撤銷原判決時，應以判決將案件發回原法院或第一審法院或移送同級其他法院。但第三審法院依訴訟紀錄、原審法院及第一審法院調查之證據認得直接行判決者，得就被告案件自為判決等規定之明文。是我國現制之第三審，自不許僅憑書面審理之間接審理程序，而為實體事實之認定。因之，原判決之違背法令，影響於事實之確定無可據為裁判者，第三審法院既無從召開言詞辯論之審判程序，直接為證據之調查，並予當事人以言詞辯論之機會，自不

得依未經為言詞辯論之證據，而憑以為實體事實之認定，亦不許依間接審理，書面審理，而為證據證明力之判斷，並據此憑以認定事實，祇能間接糾正，而依刑事訴訟法第401條規定，應以判決將該案件發回原審法院，或發交與原審法院同級之他法院。至本院委請就本件法律爭議鑑定之學者陳運財教授固參酌日本刑事訴訟法第411條及第413條但書得自為判決等規定，主張第三審法院綜原審所確認之事實尚不足以確信被告有罪之類型，亦得依刑事訴訟法第398條第1款自為判決，以建立並彰顯第三審法院落實無罪推定與維護正當法律程序正面圖像，而期待能於個案審查中擴大適用之論，並以司法院、行政院於108年7月29日函請立法院審議「刑事訴訟法部分條文修正草案」第397條之1第2款規定，第三審法院認為原審判決雖無第377條所定之上訴理由，而顯有影響判決結果之重大事實誤認等情形，如不予撤銷顯違正義時，得撤銷原審判決。復依草案第401條規定，第三審法院依第397條之1之規定撤銷原審判決者，如認依其調查所得訴訟資料及原審法院或原第一審法院調查之證據，可據以為裁判者，亦得就該案件自為判決。且謂依此修正草案所擬，第三審上訴將來雖可能研議採行所謂嚴格的法律審，但為維護當事人之權益，遇有個案救濟之必要者，縱使原審判決所適用之法令並未違憲，亦未違背司法院解釋或判例，第三審法院認為其顯有影響判決結果之重大事實誤認之情形，不予以撤銷顯違反正義時，仍得於撤銷原判決後自為判決(參陳運財教授於本件所提之法律諮詢意見)。惟我國既無如上開日本法之明文規定，該草案亦未經修正施行，上揭論述，或可為修法之參考，然依現行法之規定，第三審法院尚無從以卷內證據資料不能證明被告犯罪，逕行變更第二審判決確認之有罪實體事實而自為改判無罪。

七、按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。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。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令，即無提起非常上訴之必要性。亦即，縱有在通常程

序得上訴於第三審之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且法律已有明確規定，向無疑義，因疏失致未遵守者，或司法院已有解釋可資依循者，或其違背法令情形，業經本院著有判決先例或曾作成統一之見解，實務上並無爭議者，或因「前提事實之誤認」，其過程並不涉及法令解釋錯誤之問題者等諸情形，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。經查，本院原確定判決以臺灣高等法院105年度重上更(三)字第10號被告謝○達違反貪污治罪條例案件判決(下稱原審判決)所引證據及論斷，不能認定被告有不違背職務收受賄賂犯行，所為與犯罪構成要件不符，認被告之行為不罰，而就原審判決關於罪刑及沒收追徵部分均撤銷，自為改判被告無罪。係以：「依卷附87年6、7月份會計憑證所載，上訴人服務處於該2個月內，計有借款9筆，金額各為30萬、50萬、70萬、80萬、100萬及150萬元不等；還款或貼息共計9筆，還款金額，小筆者有3萬7千元至5萬9千多元不等，大筆者有21萬、50萬、60萬、80萬元不等(見證物袋)」，並與卷內證人陳○華、呂○璧、林○鳳之陳述或證言綜合判斷結果，認定「原判決以本件匯款原因非借款，即認『上訴人顯係基於收取特定報償之意思而受領無疑』，係以臆測之詞認定犯罪事實，有違證據法則。」(見原確定判決理由三(二)1.)；「該卷附重謄帳冊中87年6月18日傳票號數6-065之『簡○盈調借』貸方金額「500,000元」，被誤抄錄至上一列即87年6月15日傳票號數6-063之『還議員借款電匯方銀鈴』借方金額欄30元之右邊，造成同一列之借方、貸方欄位內呈現『借方30元、貸方500,000元』之錯誤，迨抄寫至87年6月30日傳票號數6-103『呂先生調借1,500,000』時，始發現錯誤，而於帳冊6月15日之貸方欄『500,000元』旁註記『往下挪』3字，並加註箭頭指示更正(見卷附證物袋中山服務處帳冊第64頁)。明顯可見係重謄時抄寫錯誤之更正。」經與卷內林○鳳證言綜合判斷，認定「原判決認應無發生此種錯誤可能，並以此彈劾該帳冊之可信性。並非正確。」(見原確定判決理由三(二)2.)；「卷內雖無87年7月份之時

序帳(流水帳)，但有該年6、7月份之會計憑證即傳票原本，及每張傳票所附之原始憑證如發票、收據等(見證物袋)可憑。經本院將證物袋內6、7月份傳票原本等內容，與詳載日期、傳票號數、借方或貸方金額之重謄帳冊87年6、7月份分類帳內容，逐筆核對結果，除6月23日之傳票號數「6-090」誤載為「6-080」、7月17日之傳票號數「7-054」誤載為「7-052」外，其餘不論日期、傳票號數、摘要、金額等內容，分類帳所載均與會計憑證(傳票)相符。」並依卷附林○鳳之證述，同認「原審謂林○鳳『所述卷存重謄帳冊係依原始憑證逐一製作云云，顯非可採』，洵有未當。」(見原確定判決理由三(二)3.)；「原判決縱不採信上訴人否認犯罪之辯詞，且認有利上訴人之入證、物證等，尚有瑕疵，均不足憑為有利上訴人之認定，然依上說明，仍不足憑以反證上訴人被訴之犯罪事實即屬存在。」(見原確定判決理由三(三))；「原判決未認定劉○池繼任主任之人事案，與陳○華或長○公司有何關係。亦未說明陳○華有何動機促成劉○池繼任主任之人事案。...則起訴意旨所謂：陳○華有動用關係撤換陳○睦、換上劉○池之動機；劉○池為回饋陳○華斥資為其安排職務，而浮報價額，或張○榮等明知長○公司安排劉○池取代陳○睦而圖利長發公司等事實，均難認存在。...則上訴人為劉○池人事案為推薦、請託，及有欲調閱質詢資料等行為，與陳○華匯款予上訴人之行為二者間，原判決率認有對價關係之關連性，進而認上訴人為劉○池人事案推薦、請託及欲調閱質詢資料之行為，與收受陳○華匯款之行為，應成立不違背職務收受賄賂罪，尚有未洽。」(見原確定判決理由三(四))。認「依原判決所引證據資料及論斷，僅能認定上訴人有為劉○池人事案為推薦、請託，欲調閱質詢資料，及收受陳○華匯款等行為事實，並不能認定其有不違背職務收受賄賂犯行。」(見原確定判決理由四)。另以公訴意旨認被告對非其主管或監督之捷運局人事案，利用其議員身分，向東工處關說施壓、先後取得不正利益220萬元，涉犯貪污治罪條例第6條第1項第5款之對非主管或監督事務圖利罪嫌。然「陳○華有動用關係撤換陳○睦、換上劉○池之動機與行為」及「劉○池為回饋陳○華斥資為其安排職務，而浮報價額，或張○榮等明知長○公司安排劉○池取代陳○睦而圖利長○公司」之事實，均難認存在，無從認定陳○華有何行賄被告，或請被告為劉○池人事案為推薦、請託、施壓，而允以金錢支付之行為，則公訴意旨所指被告為劉○池人事案為推薦、請

託，及欲調閱質詢資料等行為，即與貪污治罪條例第6條第1項第5款之對非主管或監督事務圖利罪之構成要件，亦不符合(見原確定判決理由六)等理由，為其主要論據。惟其心證之形成，就關於第二審與第三審對於調查證據及認定事實職權之界限、不能證明犯罪及行為不罰之區別，與上揭法律規定及本院一致見解，均未相合。然原確定判決尚非不利於被告，並無非予救濟，不足以保障人權之情形；而所為論述及適用法則，亦僅係個案法律見解，就各該涉及之法律條文，其文義均至為明確，在法律之適用及見解上，原無歧異，或對法之續造有重大意義；且就實務運作上亦向無爭議。從而，原確定判決適用法則固與前揭相關規定及本院一致見解之旨趣容難調相符，但尚非不利於被告，且就相關法律之適用已加闡釋如上，客觀上尚無認有給予非常上訴救濟之必要性，應認本件非常上訴為無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中 華 民 國 1 0 9 年 3 月 3 1 日

【第四案】陳○維貪污案

爭點：

- 一、檢察官起訴被告利用擔任議員之機會，於公費助理名冊上記載未實際在職之某甲姓名及每月支領金額，送交議會，致不知情之承辦公務員陷於錯誤，而依其申報之金額如數核發，涉犯貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款公務員利用職務上之機會詐取財物罪。被告承認上開事實，於第一審認罪；因不滿量刑上訴，於第二審主張其實際聘用之助理為某丙，其領取之助理費實際交給某丙，被告沒有不法所有之意圖。應由檢察官或被告就被告上開抗辯之真實性負舉證責任？其心證程度門檻為何？
- 二、承上，被告於 103 年 12 月 25 日、104 年 1 月 1 日、105 年 6 月 1 日分別 3 次於公費助理名冊上記載某甲姓名及每月支領金額，並於 105 年 7 月 1 日(第 4 次)於公費助理名冊上記載某甲及某乙姓名及每月支領金額，使議會承辦公務員登載不實而按月如數核撥助理費，應論以一罪或四罪？

最高檢察署檢察官行言詞辯論聲請書

原文目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

- 一、臺灣新竹地方法院 106 年度訴字第 317 號判決認為：
- 二、臺灣高等法院 106 年度上訴字第 3010 號判決認為：
- 三、小結

參、聲請行言詞辯論之理由

一、爭點一

(一)與爭點相關之法律規定及立法理由

- 1.貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款
- 2.刑事訴訟法第 161 條、161 條之 1

(二)以名義上助理請領助理費再交給實質助理，是否構成詐取財物罪？

- 1.肯定說

- 2.否定說

- 3.小結

(三)外國立法例關於刑事舉證責任的規定

- 1.美國法

- 2.德國法

- 3.歐洲人權法院

- 4.日本法

(四)我國刑事舉證責任分配學說

- 1.由被告提出證據，法院依職權調查

- 2.由檢察官負舉證責任

- 3.小結

(五)我國關於被告舉證責任的實務見解

(六)本署見解

- 1.意圖犯以法律有明文規定者為限

- 2.以名義上助理請領助理費後交給實質助理應由被告負說服責任

- 3.被告說服責任應達過半證據程度

- 4.本案被告就其「積極抗辯」未盡說服責任

二、爭點二

(一)犯罪競合之學說

- 1.意思說(犯意標準說)

- 2.行為說(行為標準說)

- 3.結果說(法益標準說)

- 4.構成要件說(構成要件標準說)

- 5.綜合說

- 6.認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數

- 7.由行為單、複數出發處理競合論

(二)我國實務見解

- 1.數罪併罰

2.以接續犯僅論以一罪

(三)本署見解

1.時間間隔是判斷接續犯密接性的重要標準

2.本件被告 4 次行為時間間隔相當長、明顯可分，應論 4 罪

三、言詞辯論之必要性

肆、結論

伍、附件清冊

壹、與法律爭點相關之本案事實(略)

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解(略)

參、聲請行言詞辯論之理由

一、爭點一

(一)與爭點相關之法律規定及立法理由(略)

(二)以名義上助理請領助理費再交給實質助理，是否構成詐取財物罪？(略)

(三)外國立法例關於刑事舉證責任的規定

1.美國法

美國法「舉證責任」(burden of proof)一詞有二個意義，廣義的「舉證責任」包括「提出證據責任」(burden of producing evidence)與「說服責任」(burden of persuasion)；狹義的「舉證責任」則與「說服責任」同義¹。美國聯邦證據法對舉證責任之規定較簡單，而加州證據法規定較詳細、清楚，因此以下引用聯邦法及加州證據法說明。

(A)、檢察官的提出證據責任

當事人一方主張某特定事實，為使該主張得以成為有效爭點，負有向法院提出足以支持其主張有相當證據之責任，稱為「提出證據責任」，若未履行「提出證據責任」，該主張即不能成為有效爭點，法院得逕為對其不利之認定²。故通常主張有

¹ See Miguel A. Mendez, Presumptions and Burden of Proof: Conforming the California Evidence Code to the Federal Rules of Evidence, 38 U.S.F. L. Rev. 139, 142 (Fall, 2003).

² Patterson v. New York, 432 U.S. 197, 230-231 (1977), (“The State normally may shift to the defendant the burden of production, that is, the burden of going forward with sufficient evidence “to justify [a reasonable]

某項積極事實之一方，應先負「提出證據責任」，舉證之前，對方並無舉證反駁義務。例如加州證據法第 110 條對「提出證據責任」即定義：「提出證據責任係當事人一方有提出足夠證據的義務，以免就特定爭點受到不利認定。³」加州證據法第 550 條規定：「(a) 某特定事實若無其他證據存在，法院就該事實將受不利認定之一方，對於該事實有提出證據之責任。(b) 對於特定事實有說服責任之一造，對該事實需先負提出證據之責任。⁴」

具體言之，因檢察官主張被告犯罪，審判開始後，檢察官有先提出證據證明被告犯罪事實的責任，此種程序稱為 *prosecution's case in chief*。檢察官舉證完畢時，最少需證明至「表面證據」程度 (*prima facie case*)，亦即若採信該證據，在無相反證據情形下，可據以認定其所證明之事為真實的程度，此乃檢察官的「提出證據責任」，檢察官若未能證明至表面證據程度，被告可請求法院逕為無罪判決 (*directed verdict of acquittal*)。因檢察官對被告犯罪行為負有「說服責任」，故對構成要件的所有要素均負有「提出證據責任」。

(B)、檢察官的說服責任

「說服責任」乃當事人一造使裁判者於證據調查後採信其主張之舉證責任，加州證據法第 115 條明文：「說服責任係當事人一方藉由證據使事實裁判者或法院就某事實建立必要心證程度的義務。⁵」因無罪推定原則，且被告無自證己罪的義務，證明被告為構成要件行為之「說服責任」當然由檢察官負擔，檢察官若未盡「說服責任」，被告將受無罪判決。

檢察官「說服責任」的程度為何？美國法係把心證程度依高低秩序分為下列三大門檻：「無合理懷疑」(*beyond a reasonable doubt*)、「明確證據」(*clear and convincing*

doubt upon the issue. If the defendant's evidence does not cross this threshold, the issue – be it malice, extreme emotional disturbance, self-defense, or whatever – will not be submitted to the jury.”).

3 California Evidence Code, §110, (“Burden of producing evidence” means the obligation of a party to introduce evidence sufficient to avoid a ruling against him on the issue.”).

4 California Evidence Code, §550, (“(a) The burden of producing evidence as to a particular fact is on the party against whom a finding on that fact would be required in the absence of further evidence. (b) The burden of producing evidence as to a particular fact is initially on the party with the burden of proof as to that fact.”).

5 California Evidence Code, §115, (“Burden of proof” means the obligation of a party to establish by evidence a requisite degree of belief concerning a fact in the mind of trier of fact or the court. ...”).

evidence)、「過半證據」(preponderance of the evidence，或譯為「優勢證據」)。美國絕大多數民事案件以「過半證據」為勝負判決的心證門檻，亦即比較雙方所提出之證據，比較佔優勢的一方將獲得勝訴。有些民事案件（例如政府以人民為被告起訴之民事案件）以「明確證據」作為勝負判決的心證門檻，有學者及實務家嘗試將之賦予百分比，認為「明確證據」心證程度百分比大約在 70%至 80%之間⁶。

有罪判決因為剝奪人民的生命、自由權，影響至鉅，故需要更高的心證門檻才可為之，美國聯邦最高法院 1970 年在 *Winship* 案判決表示：聯邦憲法增修條文第 5 條、第 14 條正當程序原則要求每一個構成犯罪事實要素證明至「無合理懷疑」的程度，才可宣告被告有罪。美國 Massachusetts 州首席大法官 Shaw 在 *Commonwealth v. Webster* 解釋何謂「無合理懷疑」闡述：「它並非指任何可能的懷疑，因為所有人類事情，都有可能性或想像的懷疑。」⁷在 *Victor v. Nebraska* 案，法院以「不會使得一般理性的人產生猶豫的心證程度」為「無合理懷疑」定義⁸，目前此定義成為最普遍被接受的看法⁹。心證程度雖然很難量化，但美國陸續仍有學者及實務家嘗試將「無合理懷疑」賦予百分比，結果問卷調查發現其百分比大約在 90%至 95%之間¹⁰，但參考價值難以探究。

(C)、被告的提出證據責任

依美國聯邦法及州法，檢察官舉證完畢後，被告若選擇沈默，不作任何主張或抗辯，則被告沒有任何舉證責任，由法官或陪審團判斷檢察官是否證明至「無合理懷疑」程度。若被告提出無罪答辯或答辯其所犯為較輕罪名時，其抗辯方式分為「構成要件不該當」(negating defense)及「積極抗辯」(affirmative defense)2 類。亦即，被告主張某項構成要件要素不該當時(例如檢察官起訴被告殺人，被告否認有殺人犯

6 Elisabeth Stoffelmayr & Shai Seidman Diamond, *The Conflict between Precision and Flexibility in Explaining "Beyond a Reasonable Doubt,"* 6 PSYCHOLOGY, PUBLIC POLICY, AND LAW 769, 774 (2000).

7 *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. 295 (1850) ("What is reasonable doubt?... It is not mere possible doubt; because everything relating to human affairs,...is open to some possible or imaginary doubt.").

8 *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1, 20-21 (1994).

9 See Jon O. Newman, *Beyond 'Reasonable Doubt,'* 68 N.Y.U.L. REV. 979 982 (1993) (describing 'hesitate to act' as most widely used explanation).

10 Elisabeth Stoffelmayr & Shai Seidman Diamond, 同註 9，774 頁。

意)，如檢察官已提出足夠支持其主張之「表面證據」，被告為求勝訴，另提出積極主張，用以反駁檢察官之主張，亦負「提出證據責任」。

以常見之被告提出不在場抗辯為例，若被告單純主張案發時不在犯罪現場，此單純為構成要件該當性的否認，並無其他積極主張，被告不用負舉證責任；若被告主張案發時伊在犯罪現場以外之某處，其性質為否認構成要件該當的抗辯，美國有些州認為此種抗辯是對檢察官舉證反駁的主張¹¹，僅負提出證據責任；有些州認為被告對於此種抗辯事項擁有特別知識，是「積極抗辯」，被告應負說服責任¹²。但不論此抗辯定義上是否為「積極抗辯」，因被告主張案發時其在犯罪現場以外之處，此主張有利於被告，且被告對於此事項擁有特別知識，故被告對此項積極主張（或積極抗辯）至少應負「提出證據責任」¹³。

例如美國聯邦刑事訴訟規則 **Rule 12.1(a)** 即規定：「於接到檢察官陳明犯罪發生時間、日期、地點的書面要求後，辯方需於 10 日內或法院指定期間內以書面通知檢察官將會提出不在場抗辯，該通知並應陳明被告主張其案發時所在的確實地點，以及被告欲建立不在場抗辯之證人的姓名及住址。¹⁴」檢察官也應向辯方提出可以證明被告在場的證人名單及住址¹⁵。若於審判前或審判中一造臨時發現不在場證人

11 See, e.g., *Greene v. Texas*, 928 S.W. 2d 119, 125 (Tex. App. San Antonio 1996) (“Alibi is not a statutory defense and it is not an affirmative defense. Alibi is not a defense within the accurate meaning of the word, but is a fact shown in rebuttal of the state’s evidence.”); *Robertson v. Warden, Maryland Penitentiary*, 466 F. Supp. 262, 263 (D. Md. 1979) (“[A]n alibi defense is certainly not an affirmative defense.”); *Harkness v. State*, 590 S.W.2d 277 (Ark. 1979); *Williams v. State*, 671 P.2d 635 (Nev. 1983); *Christian v. State*, 555 S.W.2d 863 (Tenn. 1977); *State v. Romero*, 554 P.2d 216 (Utah 1976).

12 See, e.g., *Simmons v. Dalsheim*, 543 F. Supp. 729, 737 (S.D.N.Y. 1982) (“The defense of ‘alibi’ is plainly an affirmative defense that seeks to negate an element of the crime charged.”); *State v. Alexander*, 245 S.E.2d 633, 637 (W. Va. 1978) (“Alibi is an affirmative defense but does not relieve the prosecution of proving beyond a reasonable doubt the actual presence of the accused at the time and place of the commission of the crime when personal presence is essential thereto.”); *State v. Kopa*, 311 S.E.2d 412, 417 n.2 (W. Va. 1983) (“In West Virginia, ... alibi has long been characterized as an affirmative defense”).

13 See, e.g., *Jackson v. State*, 374 A. 2d 1 (Del. 1977).

14 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.1 (a), (“Upon written demand of the attorney for the government stating the time, date, and place at which the alleged offense was committed, the defendant shall serve within ten days, or at such different time as the court may direct, upon the attorney for the government a written notice of the defendant’s intention to offer a defense of alibi. Such notice by the defendant shall state the specific place or places at which the defendant claims to have been at the time of the alleged offense and the names and addresses of the witnesses upon whom the defendant intends to rely to establish such alibi.”).

15 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.1 (b).

或在場證人者，應即時通知他造¹⁶，違反上開規定者，法院得禁止該證人作證¹⁷。

被告「提出證據責任」的門檻比檢察官低，以「有合理懷疑」(a reasonable doubt)的程度為已足¹⁸，若被告舉證未達此程度，法院將拒絕考慮被告所提出之該主張或抗辯¹⁹。若被告只負提出證據責任、不負說服責任時，能證明被告案發時在其他處所至「有合理懷疑」的程度，因被告對「非犯罪主體」並無終局的說服責任，檢察官對「被告確實為犯罪主體」負有說服責任，故檢察官若無證據推翻被告抗辯時，通常表示檢察官無法證明被告有罪至「無合理懷疑」的程度，被告即應獲無罪判決²⁰。但被告若不能提出證據證明其「在犯罪現場以外處所」至「有合理懷疑」的程度，雖理論上其抗辯仍有可能性，但因未盡其「提出證據責任」，尚不成為有效爭點，法院無需加以考量，僅需考慮檢察官所提出之證據是否足以為有罪判決。

(D)、被告的說服責任

「積極抗辯」(affirmative defense)一詞，我國元照英美法詞典將之翻譯為「肯定性答辯」、「積極的答辯」，並解釋：「指被告並不否認原告所主張之事實的真實性，而是提出其他的理由來說明為什麼自己不應承擔責任的答辯。……在刑事訴訟中，構成肯定性答辯的事由包括精神失常、醉酒、自衛、無意識行為(automatism)、不在犯罪現場(alibi)、受脅迫等。」依美國聯邦最高法院之解釋，「積極抗辯」一般是指被告對擁有特別知識之阻卻違法或阻卻責任或減免罪責事由，可被公平地被要求負舉證責任之抗辯²¹。但如前所述，也包括少數構成要件不該當之抗辯(例如抗辯案發

16 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.1 (c), (“If prior to or during trial, a party learns of an additional witness whose identity, if known, should have been included in the information furnished under subdivision (a) or (b), the party shall promptly notify the other party or the other party’s attorney of the existence and identity of such additional witness.”).

17 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.1 (d), (“Upon the failure of either party to comply with the requirements of this rule, the court may exclude the testimony of any undisclosed witness offered by such party as to the defendant’s absence from or the presence at the scene of the alleged offense. ...”)

18 See *Frazier v. Weatherholtz*, 572 F.2d 994, 995 (4th Cir. 1978) (upholding a Virginia jury instruction placing on the defendant the burden of proving self-defense, “but only to the extent of raising in the minds of the jury a reasonable doubt”).

19 Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses* 4(a), 20 N.7 (1984).

20 See, e.g., *Miller v. State*, 660 S.W.2d 95 (Tex. Crim. App. 1983).

21 *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228, 230 (1987) (An affirmative defense is defined to be “an excuse or justification peculiarly within the knowledge of the accused, on which he can fairly be required to adduce

時被告在其他處所)²²。

檢察官舉證完畢後，被告若主張有阻卻違法、阻卻責任或減免罪責事由之「積極抗辯」，因為該等事由對被告有利，且被告對該事由有特殊知識，比較瞭解何處取得證據證明該事由，若使檢察官對此等事由負舉證責任，被告可能胡亂抗辯或故意隱匿證據以混淆真相，因此被告不僅負有「提出證據責任」，並負「說服責任」，且被告提出「積極抗辯」有期間限制。雖檢察官、被告均可能負「說服責任」，其心證程度門檻則有所不同。被告說服責任舉證程度無庸至「無合理懷疑」程度，一般僅以「過半證據」為已足²³，但也有以「明確證據」或「無合理懷疑」為心證門檻者。

例如聯邦法 18 U.S.C. 17(b)規定：「被告負精神喪失的舉證責任，證明程度為明確證據程度」²⁴。聯邦刑事訴訟規則 Rule 12.2(a) 規定被告主張心神喪失者，必須於審前聲請期間或法院所指定之期間，以書面通知檢察官，逾期原則上不得提出²⁵。加州證據法第 500 條明文：「除法律另有規定外，主張某一請求或抗辯之一方，對於攸關該請求或抗辯之事實之存在或不存在，負說服責任。²⁶」就被告的「說服責任」，加州證據法第 115 條另規定：「除法律另有明文外，說服責任以過半程度為已足。²⁷」

supporting evidence.”).

22 State v. Cohen, 568 So. 2d 49, 51-52 (Fla. 1990) (“an ‘affirmative defense’ is any defense that assumes the complaint or charges to be correct but raises other facts that, if true, would establish a valid excuse or justification or a right to engage in the conduct in question. An affirmative defense does not concern itself with the elements of the offense at all; it concedes them.”).

23 Stephen Michael Everhart, *Putting a Burden of Production on the defendant Before Admitting Evidence that Someone Else Committed the Crime Charged: Is It Constitutional?* 76 NEB. L. REV. 272, 289 (1997). United States v. Deleveaux, 205 F.3d 1292, 1298-99 (11th Cir. 2000) (holding defendant’s assertion of an affirmative defense may require the defendant to prove the defense by a preponderance of the evidence).

24 18 U.S.C. 17(b) (1986), (“The defendant has the burden of proving the defense of insanity by clear and convincing evidence.”).

25 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.2 (a) (“If a defendant intends to rely upon the defense of insanity at the time of the alleged offense, the defendant shall, within the time provided for the filing of pretrial motions or at such later time as the court may direct, notify the attorney for the government in writing of such intention and file a copy of such notice with the clerk. If there is a failure to comply with the requirements of this subdivision, insanity may not be raised as a defense. ...”).

26 California Evidence Code, §500, (“Except as otherwise provided by law, a party has the burden of proof as to each fact the existence or nonexistence of which is essential to the claim for relief or defense that he is asserting.”).

27 California Evidence Code, §115, (“...Except as otherwise provided by law, the burden of proof requires proof by a preponderance of evidence.”).

加州刑法 1369(f) 規定：除非被告能證明心智喪失至過半程度，否則推定被告心智健全²⁸。在 *People v. Laietta* 案²⁹，被告 *Laietta* 涉嫌向被害人 *Friedman* 恐嚇取財，起訴後，被告主張 *Friedman* 為警察線民，本案是陷害教唆。法院認為被告就被引誘犯罪一事負有「過半證據」程度的舉證責任。

美國聯邦最高法院在 *Patterson v. New York* 案，對被告「積極抗辯」負說服責任提出較仔細解釋，該判決影響至今。本案被告 *Patterson* 婚後不久即與其妻感情不睦分居，嗣因認為其妻與前男友死灰復燃，持槍至其妻住所射殺其前男友，檢察官起訴被告犯二級謀殺罪，被告提出「積極抗辯」，主張當時他情緒極度失控，應僅構成過失致死罪(*manslaughter*)。依據紐約州州法，行為人因合理事由情緒極度失控而殺人³⁰，僅構成過失致死罪(類似我國之義憤殺人罪)。紐約州州法要求被告提出「積極抗辯」時，對該抗辯事由為真實負有說服責任，其證明程度為過半心證門檻。州地方法院判處謀殺罪，被告不服提起上訴，上訴理由主張州法要求被告應就「情緒極度失控」一節負說服責任，違反聯邦憲法修正案第 14 條正當法律程序。州上訴法院及美國聯邦最高法院均維持州地方法院之判決。

美國聯邦最高法院於本案表示：依英美普通法(*common law*)原則，被告提出「積極抗辯」時，包括欠缺違法性(*justification*)、欠缺有責性(*excuse*)及減輕罪責(*alleviation*)事由，應負證明責任³¹。憲法正當法律程序僅要求檢察官對法律明文規定之犯罪構成要件要素負舉證責任，證明至「無合理可疑」程度。被告主張行為時「情緒極度

28 Cal. Penal Code 1369(f) ("It shall be presumed that the defendant is mentally competent unless it is proved by a preponderance of the evidence that the defendant is mentally incompetent.") (West 2000).

29 *People v. Laietta*, 30 N.Y. 2d 68 (1972).

30 *Id.* at 199 (quoting New York Penal Law § 125.20(2)(McKinney 1975))

31 *Patterson*, 432 U.S. 197, 202 ("In determining whether New York's allocation to the defendant of proving the mitigating circumstances of severe emotional disturbance is consistent with due process, it is therefore relevant to note that this defense is a considerably expanded version of the common-law defense of heat of passion on sudden provocation and that at common law the burden of proving the latter, as well as other affirmative defenses -- indeed, "all... circumstances of justification, excuse or alleviation" -- rested on the defendant. 4 W. Blackstone, Commentaries *201; M. Foster, Crown Law 255 (1762); *Mullaney v. Wilbur*, supra, at 693-694. This was the rule when the Fifth Amendment was adopted, and it was the American rule when the Fourteenth Amendment was ratified.")。該判決並表示：早於 *Leland v. Oregon* 案 343 U.S. 790 (1952) 及 *Rivera v. Delaware* 案 429 U.S. 877 (1976)，聯邦最高法院就表示：州法可對主張行為時心智喪失的被告要求其負舉證責任，*Oregon* 州法甚至規定被告舉證責任的心證門檻達無合理懷疑程度，而 *Delaware* 州法規定被告的舉證責任心證門檻為過半程度，該 2 案分別被聯邦最高法院宣告合憲。

失控」，屬於減輕刑責之「積極抗辯」，憲法不要求檢察官證明減輕事由之不存在，州法為避免刑事程序過度無效率、昂貴及造成結果不正義，要求被告對此負舉證責任，心證門檻為過半程度，與憲法正當法律程序無違³²。

2. 德國法

歐陸法系與英美法系雖均要求檢察官對起訴事實負舉證責任至相當程度，但歐陸法系刑事訴訟制度不採對抗模式，歐陸不論德國法或法國法，皆無說服責任的規定³³。以德國法為例，依德國法的犯罪階層體系，犯罪構成要件該當性、違法性與有責性，同屬犯罪成立要件，也同樣適用疑利被告(即罪疑唯輕)原則。因此，構成要件該當時，不具阻卻違法事由，且被告具有責任能力，均同屬應被證明至有罪確信的犯罪成立要件；因法官負有部分調查職責，若於調查證據程序之後，依照自由心證仍然無法形成對於被告罪責的確信時，即應適用疑利被告原則³⁴。

詳言之，基於起訴法定原則(德國刑事訴訟法第 152 條、第 170 條)，檢察官於偵查結果具有提起公訴之充分理由時(即被告之行為有足夠犯罪嫌疑、有罪判決之高度可能時)，提起公訴。起訴後並擔負實施公訴之任務。德國刑事訴訟法第 244 條第 2 項規定：「法院為查明真相，應依職權，將證據調查涵蓋於對裁判具有重要性之所有事實及證據方法。」此為法院的調查原則。德國刑事訴訟法第 261 條規定：「證據調查之結果，由法院依其自由的、依全部審理所得之確信裁判之。」此為法官自由評價證據原則/自由心證。依以上規定，事實審法院應依全部審理所得之確信下裁判。若被告答辯，與緘默不同，該答辯為法官自由評價證據的範圍。對於答辯的評價要求與其他證據方法相同，事實審法院要基於證據調查結果的整體評價，來建立答辯

32 Patterson, 432 U.S. 197, 209-210. ("To recognize at all a mitigating circumstance does not require the State to prove its nonexistence in each case in which the fact is put in issue, if in its judgment this would be too cumbersome, too expensive, and too inaccurate.... We therefore will not disturb the balance struck in previous cases holding that the Due Process Clause requires the prosecution to prove beyond a reasonable doubt all of the elements included in the definition of the offense of which the defendant is charged. Proof of the non-existence of all affirmative defenses has never been constitutionally required; and we perceive no reason to fashion such a rule in this case and apply it to the statutory defense at issue here.").

33 林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則—歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，145 期，2010 年 2 月 1 日，139 頁，153 頁。

34 林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則—歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，145 期，2010 年 2 月 1 日，139 頁，148 頁。

正確與否之確信。被告為減輕自己罪責的供述，若沒有足夠依據且其真實性有疑問，事實審法官不能僅因沒有直接證據反對該減輕罪責的供述，就直接採該減輕罪責的供述為裁判基礎³⁵。

依德國刑事訴訟法第 246 條第 1 項規定，「不得因為證據方法或待證事實過遲提出，而駁回證據調查之聲請。」³⁶因為這可能與刑事訴訟發現實體真實的目標相牴觸。惟為防止拖延訴訟，德國刑事訴訟法第 244 條第 3 項規定：「(第 1 句)當個別證據調查不合法時，應駁回證據調查聲請。(第 2 句)除此之外，僅於下列情況方得駁回證據調查聲請；……聲請係為拖延訴訟而提出……時。」為了促進訴訟，2017 年 8 月 17 日修正、同年 9 月 24 日生效之德國刑事訴訟法第 244 條第 6 項第 2 句至第 4 句規定「當事人聲請調查證據的期限」，該規定將聯邦最高法院先前就拖延訴訟案例³⁷所發展的實務作法明文化，聯邦憲法法院也已肯認該實務作法合憲³⁸。德國刑事訴訟法第 244 條第 6 項規定：「(第 1 句)駁回證據調查聲請，須以法院裁定為之。(第 2 句)於依職權計畫之證據調查完畢後，審判長得定提出證據調查聲請之適當期限。(第 3 句)於期限屆至後所提出之證據調查聲請，得於判決中決定；但於期限屆至前不可能提出證據調查聲請者，不在此限。(第 4 句)若證據調查聲請於期限屆至後提出，應於聲請中釋明不可能遵守期限之事實。」據此，審判長依職權調查證據完畢後，可規定一個聲請調查證據的適當期限。在這個期限之後的證據調查聲請，可以在判決中說明不調查該項證據(德國刑事訴訟法第 244 條第 6 項第 3 句前半段)。

當證據調查之聲請目的係為了拖延訴訟時，修法前原可依德國刑事訴訟法第 244 條第 3 項駁回之，但因為法院原則上應在審理程序以裁定駁回證據調查之聲請，所以仍有一定程度的訴訟拖延。依新法，德國法院可將該沒有客觀上理由而遲延提

35 請參照德國刑事訴訟法 Karlsruher 註釋書，作者 Ott，2019 年第 8 版，德國刑事訴訟法第 261 條，邊碼 89 至邊碼 90 的說明，即 KK-StPO/Ott, 8. Aufl. 2019, StPO § 261 Rn.89-90。以及德國刑事訴訟法 Münchener 註釋書，作者 Miesbach，2016 年第 1 版，德國刑事訴訟法第 261 條，邊碼 167 至邊碼 168 的說明，即 MüKoStPO/Miesbach, 1. Aufl. 2016, StPO § 261 Rn. 167, 178。

36 本段以下德國刑事訴訟法之中譯，係參照「連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版 1 刷，2016 年 9 月。」之內容，並對照最新修正條文原文後所擬。

37 德國聯邦最高法院 2008 年 9 月 23 日刑事第一庭 484/08 裁定，BGH, Beschluss vom 23. 9. 2008 - 1 StR 484/08 (LG Münster), 即 BGHSt 52, 355。

38 德國聯邦憲法法院 2009 年 10 月 6 日第二庭第二審查庭 2580/08 裁定，BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 6. 10. 2009 - 2 BvR 2580/08, 即 BVerfG NJW 2010, 592。何賴傑，訴訟迅速原則之具體實踐——以德國刑事訴訟晚近發展為例，月旦法學雜誌，2014 年 6 月，第 229 期，第 48 頁。

出的證據調查聲請，評價為意圖拖延訴訟的重要表徵，並在判決中說明即可³⁹。德國刑事訴訟法第 312 條至第 332 條為上訴第二審之規定，其中第 332 條規定：「除此之外，適用第 2 編第 6 章關於審判期日之規定。」而第 2 編第 6 章關於審判期日之規定為第 226 條至第 275 條。是以，德國刑事訴訟法第 244 條關於當事人聲請調查證據之期限的規定，於第二審亦有適用。

德國刑事訴訟法第 244 條第 2 項規定法院的調查原則，該規定與我國刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定類似，但操作結果與我國炯異。易言之，德國法院因負職權調查、真實發現之義務，應依全部審理所得之確信下裁判，若判決無罪，亦係基於全部審理所得之確信，而非以檢察官舉證不足為由。遑論本案係因被告於第二審始提出積極抗辯，且被告並無至第二審始能提出積極抗辯的理由，依前述德國刑事訴訟法關於當事人聲請調查證據期限之規定意旨，被告於第二審始提出積極抗辯，可能被認定為拖延訴訟而駁回證據調查之聲請。

3. 歐洲人權法院

檢察官負擔舉證責任之原則，得否以立法方式創設例外，免除檢察官某一構成要件要素之證明責任？若可，因該要素存否不明時，被告將負擔不利益，固此等立法需有合理界限，其界限為何？林鈺雄教授就立法對舉證責任分配之影響，曾為文詳細介紹⁴⁰：歐洲各國均有經由立法產生之舉證責任轉換情形，其中一種立法形式，即僅以客觀事實規定某些犯罪成立要件，而不規定其主觀認知，以免除檢察官難以證明被告主觀心態的舉證困境。因歐洲人權公約簽約國包括普通法體系之英國及歐陸法之德國及法國，因此歐洲人權法院面對舉證責任分配及有罪心證的證明標準問題，必須跳脫不同法系舉證責任的歧異，以建立標準。

歐洲人權法院在 *Salabiaku v. France* 案⁴¹就上開問題作出標竿裁判，以後相關裁判皆援引該裁判作為依據⁴²。本案事實是被告 S 受通知到巴黎機場領取一件薩伊航

39 Niedernhuber: Die StPO-Reform 2017 – wichtige Änderungen im Überblick, JA 2018, 169, 173f.. KK-StPO/Krehl, 8. Aufl. 2019, StPO §244 Rn. 87d. 何賴傑，訴訟迅速原則之具體實踐——以德國刑事訴訟晚近發展為例，月旦法學雜誌，2014 年 6 月，第 229 期，第 49-50 頁。

40 林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則——歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，145 期，2010 年 2 月 1 日，139 頁，149-151 頁。

41 ECHR, *Salabiaku v. France*, 1988, Series A no. 141-A.

空某航班之包裹，S 在機場找不到包裹，便在航警協助下找到一件上鎖但無人領取的行李，行李上貼該航班標誌但沒有名字。航警依監督該行李之警察指示，建議 S 將該行李留在原處，因為裡面可能含有違禁品。然而 S 仍取走行李，並於通關時選擇走不須申報的路線，隨後遭海關人員拘留，打開該行李箱，發現食品下藏 10 公斤大麻葉及種子，S 當場辯稱其是在航警建議下誤將行李當成其包裹。兩天後，薩伊航空打電話給 S 的房東，告知有一個標有 S 姓名和住址的包裹誤寄至布魯塞爾，案經預審法官處理，打開包裹後發現裡面是食物。

S 隨後被以非法輸入麻醉藥品罪及走私違禁品罪起訴，非法輸入麻醉藥品罪部分無罪確定，因與本案爭點無關，不作討論。走私違禁品罪部分，依照法國海關法第 392 條第 1 項規定：未向海關通報而將違禁品帶入法國境內的持有人，皆被推定為有法律責任，除非持有人能證明有無法預見或避免的不可抗力免責事由。本案走私違禁品罪歷審皆為有罪判決，S 主張該法條違反歐洲人權公約第 6 條第 1 項、第 2 項的公平審判與無罪推定原則。法國廢棄法院(終審法院)認為：法院從被告持有行李箱之事實推定其走私違禁品，此種推定仍可藉由不可歸責於行為人或無法避免的事由而予推翻，本案有利被告之證據既不能推翻該推定，原判決並無違誤。S 乃向歐洲人權委員會申訴，並提交歐洲人權法院。法國政府及歐洲人權委員會多數意見認為：依照系爭海關法，只要檢察官證明被告有「持有違禁品通關」的客觀事實，就足以構成犯罪，無需證明持有人有無「走私意圖」或過失的主觀要件，系爭規定屬舉證責任的分配。

歐洲人權法院於本案表示：事實與法律的推定普遍存在於各個法系，歐洲人權公約原則上不禁止此種推定，惟公約第 6 條第 2 項無罪推定對內國法此種推定仍有合理界限，即必須「考慮爭點的重要性」(take into account the importance of what is at stake⁴²)和「維護被告的防禦權」(maintain the rights of the defense)。本件系爭法條不以主觀要件為必要，法國法院從申訴人持有行李箱之事實，推定其走私違禁品，內

42 關於該案之介紹，詳見林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則—歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，145 期，2010 年 2 月 1 日，139 頁，144-146 頁。

43 依林鈺雄教授之研究，歐洲人權法院對此要件真義始終未清楚釋明。請參見林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則—歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，145 期，2010 年 2 月 1 日，139 頁，152 頁。

國法院容許被告提出不可抗力抗辯，被告仍有因此獲判無罪的防禦可能性，法國法院上開有罪判決並不違反無罪推定原則。

依林鈺雄教授之研究，歐洲人權法院通常都維持內國法以立法調整舉證責任分配的判決，林教授引用國際人權法學者 S. Trechsel 對 Salabiaku 案裁判之評釋，指出本案：「結論可接受但理由值得商榷，尤其是忽略了首要的正當性理由：海關立法有其特殊性，其要求輸入物品的持有者必須確實遵守通關的形式程序，換言之，物品持有者通關時本身即負有一個特別注意義務，不可能反過來去期待海關當局證明未盡注意義務的消極事實。⁴⁴」

4. 日本法

日本刑事舉證責任分為客觀的舉證責任與主觀的舉證責任，主觀的舉證責任指爭點形成責任，指當事人希望審理某項事實時應提出一定證據的責任；客觀舉證責任即「說服責任」，指事實真相不明時，將處於不利地位之一方所承擔的責任⁴⁵。

日本原則上由檢察官負客觀舉證責任，被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由時，被告有主觀的舉證責任；但對阻卻違法、阻卻責任事由之不存在，通說原則仍由檢察官負客觀舉證責任，但於可以合理推認證明事項由被告負舉證責任比較方便時，例外由被告負客觀舉證責任。例如：1.證明不屬於刑法第 207 條同時傷害的事實；2.證明刑法第 230 條有關損害名譽的揭發事實之真實性；3.證明對於不知道兒童福祉法第 60 條第 3 款中兒童年齡一節無過失；4.證明不存在爆炸物品取締法罰則中的犯罪目的；5.證明各種處罰法人和企業主的兩罰規定中違反必要的注意義務等等⁴⁶。

被告負客觀舉證責任時，日本學說認為其證明程度只要達到優勢程度即可，不必至無合理懷疑程度⁴⁷。但日本實務對被告負舉證責任之要求較學界更高，以誹謗罪為例，檢察官已就行為人故意毀損他人名譽之事盡舉證責任，行為人抗辯其所指

44 See S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, 170-171. 引自林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則—歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，145 期，2010 年 2 月 1 日，139 頁，152 頁。

45 田口守一著，張凌、于秀峰譯，刑事訴訟法，第 5 版，中國政法大學出版社，2010 年，275 頁。

46 田口守一著，張凌、于秀峰譯，刑事訴訟法，第 5 版，中國政法大學出版社，2010 年，275 頁。

47 田口守一著，張凌、于秀峰譯，刑事訴訟法，第 5 版，中國政法大學出版社，2010 年，275 頁。

摘之事具有真實性及公共性，日本實務認為應由被告負舉證責任，其證明程度應達使審判者確信之程度⁴⁸。

(四)我國刑事舉證責任分配學說

被告提出積極抗辯後，若已盡提出證據責任，是否應負「說服責任」？其心證程度門檻為何？我國法律既乏明文，論者主要有下列二說。

1.由被告提出證據，法院依職權調查

對此問題，陳樸生教授認為⁴⁹：我國刑事訴訟法僅規定檢察官對被告犯罪事實負舉證責任，檢察官僅需證明構成要件該當，即得推定其有違法性及有責性。至於被告主張阻卻違法性事由及阻卻責任事由之存在，係抗辯事實，被告應證明阻卻違法性事由及阻卻責任事由的存在。

楊雲驊教授認為：司法機關以法的正確認知為其唯一、主要之目的，「在正確的事實只有一個，也就是標準答案只有一個的限制下，法院對判決有影響且有調查可能的證據如果可『裁量不調查』，以致對事實的正確認定產生影響時，法院所要達成的目的是什麼？假設法院明知某一有利(或不利)於被告之證據屬於本決議所認為『得依職權調查之證據』的範圍，且有調查之可能性，但當事人未聲請調查時，法院如可依法『裁量不調查』，則此一看法豈不與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。』的法律誡命正好背道而馳。⁵⁰」因此本文認為，第 163 條第 2 項前段規定：『法院為發現真實，得依職權調查證據』內的『得』字只是授權法院在以當事人為主導的調查證據程序裡，仍具有調查證據的權限而已，並非對於犯罪事實認定的證據，法院有權『裁量』調查或不調查。⁵¹」

48 請參見三井誠，舉證責任的推定(3)，法學教室，第 218 期，1998 年 11 月，131 頁；引自陳運財，刑事訴訟之舉證責任與推定，收錄於「刑事證據法則之新發展—黃東熊教授七秩祝壽論文集」，學林，2003 年 6 月，489 頁。

49 陳樸生，刑事證據法，1990 年，159 頁、177 頁。

50 楊雲驊，新法下檢察官的舉證責任及法院的調查義務—評最高法院九十一年度第四次刑事庭會議，月旦法學雜誌，第 89 期，2002 年 10 月，233 頁，242 頁。

51 楊雲驊，新法下檢察官的舉證責任及法院的調查義務—評最高法院九十一年度第四次刑事庭會議，月旦法學雜誌，第 89 期，2002 年 10 月，233 頁，244 頁。

林麗瑩檢察官同此見解，認為：從當事人進行觀點而言，顯然不應由當事人一方來承擔另一方依照舉證法則所應承擔的責任，不應由檢察官對被告積極有利事項之存在或不存在舉證。如係職權進行訴訟制度，被告主張有利事實卻不積極舉證時，應由法院進行可能的蒐證及調查。我國刑事訴訟現制係在當事人進行原則下兼採職權進行，依刑事訴訟法第 163 條第 2 項後段規定：「對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之」。故被告主觀舉證責任應該由法官的職權義務加以填補⁵²。

吳巡龍檢察官主張⁵³：被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由或為其他積極抗辯，因該事由有利於被告，且何處可發現阻卻違法或阻卻責任事由之證據，被告應比較清楚，若由檢察官負沒有阻卻違法或阻卻責任事由的舉證責任，被告可能會隱匿相關證據，使真實無法發現，故被告應負有舉證責任。況我國已由職權進行改採兩造對抗制度，被告原則上更應就其積極抗辯事項負舉證責任。此外，對於被告利益有重大關係事項，除非沒有調查之可能性或必要性，法院亦可依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書主動依職權調查是否確實，否則可能構成刑事訴訟法第 379 條第 10 款規定「法院應於審判期日調查之證據而未予調查」之違反。被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由或為其他積極抗辯時，本於罪疑唯輕之精神，且被告蒐證能力較弱，參考前述相關美國法律，其「說服責任」證明程度應不以「無合理懷疑」為必要，只要到達「過半證據」已經足夠。因檢察官負有證明被告有刑事可罰性之責任，若被告能提出足夠支持其主張之證據，檢察官即負有證明沒有阻卻違法或阻卻責任事由之舉證責任，為降低誤判的可能性，其證明亦應至「無合理懷疑」程度。

2.由檢察官負舉證責任

黃東熊教授主張⁵⁴：「形式性舉證責任既不限於那一方當事人負擔：凡於訴訟進行過程中，就某事項，欲阻止審判官形成對己不利之心證，或欲使審判官形成對己有利之心證之當事人，則需依訴訟之進展而提出有關之證據，俾供調查。」「對阻卻犯罪成立之事實，或刑之減免事由之事實，或欠缺處罰條件之事實，不僅被告得

⁵² 林麗瑩，刑事法上的舉證責任—有疑則利被告原則、被告不自證己罪原則，月旦法學雜誌，133 期，2006 年 6 月，第 5 頁，17-19 頁。

⁵³ 吳巡龍，刑事舉證責任與幽靈抗辯，月旦法學雜誌，133 期，2006 年 6 月，24-41 頁。

⁵⁴ 黃東熊，刑事訴訟法論，1995 年，第 3 版，379 頁。

先提出證據證明，而且，通常均需由被告先為證明後，始由檢察官對上述諸事實之不存在為證明（於此情形，被告所為之證明為，在盡形式性舉證責任，而檢察官所為之證明為，在盡實質性舉證責任）。同時，形式性舉證責任之證明程度，祇要得動搖審判官之心證，或使審判官產生大概可信之心證為已足。至於與確信程度之心證相差之部分，則由法院依職權繼續為調查，或命原負有實質性舉證責任之當事人繼續為證明。」

王兆鵬教授主張⁵⁵：為防止冤獄，「就阻卻違法及阻卻責任事由，被告有提出證據使法院合理的相信其存在的責任，但檢察官有說服法院阻卻違法或責任事由不存在的責任，且應說服到無庸置疑的程度。」

黃朝義教授認為：在無罪推定原則下，被告理應不被分配舉證責任，且被告有不自證己罪之權利，舉證責任應由檢察官負擔。有認為在當事人主義下，關於違法阻卻事實、責任阻卻事實，被告應負有舉證責任，將造成「罪疑時處罰被告」之結果，違反無罪推定原則，故雖屬較難證明之消極事實，即阻卻犯罪成立事由不存在之事實，仍屬檢察官舉證責任之範圍。若欲使被告負擔舉證責任時，必須存有合理性，例如刑法第 310 條第 3 項誹謗罪規定被告「對於所誹謗之事能證明其為真實者，不罰。」，即為舉證責任轉換之典型⁵⁶。

3.小結

上開二說，固然各言之成理，但主張由「檢察官負被告積極抗辯事由不存在之說服責任」說理有一個根本缺陷，亦即：使法院產生「合理的嫌疑」(create a reasonable doubt)與使法院「合理的相信」顯屬不同心證程度。以本案言，被告於第二審提出積極抗辯，或許使法院「合理的嫌疑」其抗辯事實有可能為真，但未必使法院「合理的相信」其抗辯事實有可能為真。主張此說者(例如黃東熊教授)似將被告有提出證據使法院「合理的嫌疑」心證程度等同於使法院產生「合理的相信」心證程度，將鼓勵重罪被告胡亂提出積極抗辯並提出偽證，本小利大，司法與發現真實的理想將越行越遠。

⁵⁵ 王兆鵬，刑事訴訟講義（二），2003 年，232 頁。

⁵⁶ 黃朝義，證據基本概念與舉證責任，警察法學，第 5 期，317 頁，349-351 頁。

況且本件涉嫌詐領議員助理費案情形，貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款立法上並未明文規定為意圖犯，應解讀為立法機關業經由立法免除檢察官對行為人「不法意圖」的舉證責任，除非該立法違憲，否則法院自應依法審理並分配舉證責任。

(五)我國關於被告舉證責任的實務見解

我國刑事訴訟法第 161 條、第 163 條修正後，最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議決議：「一、為貫徹無罪推定原則，檢察官對於被告之犯罪事實，應負實質舉證責任。刑事訴訟法修正後第 161 條第 1 項規定『檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法』，明訂檢察官舉證責任之內涵，除應盡『提出證據』之形式舉證責任外，尚應『指出其證明之方法』，用以說服法院，使法官『確信』被告犯罪構成事實之存在。此『指出其證明之方法』，應包括指出調查之途徑，與待證事實之關聯及證據之證明力等事項。……」。

我國刑事舉證責任只有零星規範於實體法者⁵⁷，對於大多數實體法未規範舉證責任的事項，則應依刑事訴訟法的規定及舉證責任分配的法理來解決。依刑事訴訟法第 161 條、第 163 條條文、立法說明及上開刑事庭會議決議，檢察官對於構成要件該當性（包括主觀構成要件、客觀構成要件）、犯罪加重要件、處罰條件存在之事實負舉證責任；刑事被告得保持緘默，不負自證己罪之義務，此部分並無疑義。

我國刑事舉證責任之歸屬，95 年以前實務認為只有檢察官負舉證責任，被告並無舉證責任。臺灣高等法院 95 年度上訴字第 4124 號判決是第一件清楚說明被告於何種情況負「提出證據責任」之判決⁵⁸，該判決引用吳巡龍檢察官之著作，認為：「按依舉證責任分配標準，被告提出『幽靈抗辯』，此為被告否認為犯罪主體或否認有

⁵⁷ 例如刑法第 310 條第 3 項前段規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」依該條文義，被告對於「所誹謗之事為真實」應負舉證責任。

⁵⁸ 在此之前，最高法院 93 年度台上字第 6902 號判決雖未提到被告提出證據責任，但已採類似見解：「檢察官在訴訟上就其起訴之犯罪事實縱應負實質之舉證責任，此與被告有得主動向法院提出有利證明方法之訴訟權，係分別處於攻擊與防禦之關係，並非等同，且在論理上檢察官既認被告有犯罪嫌疑而對之提起公訴，請求依刑事訴訟程序確認國家對被告之刑罰權，倘復認檢察官於提起公訴後尚有應為被告積極蒐證以證明其並無被訴犯罪事實之職責，如此在訴訟程序上即陷於攻防角色混淆之矛盾，自難認與上述規定當事人及其職權或權利架構運作之精神相符。原判決以本件依憑上述事證，已足證明上訴人有被訴之違反稅捐稽徵法犯行，而上訴人未能提出任何憑證證明慎銑公司確將工資交付黃銘勳轉發予工人，又不能依上訴人提出其他對其有利之證明方法，為上訴人有利之認定，乃據以論罪科刑，於法自非有何違誤。」

犯罪故意，屬構成要件該當性之抗辯事項，被告不負終局的『說服責任』，但該事由有利於被告，且被告對於該積極主張之事實有『特別知識』，比較知道何處取得相關證據，即應由被告負『提出證據責任』，若被告能證明至『有合理懷疑』程度，舉證責任即轉換，而由檢察官就抗辯事由不存在負舉證責任，並證明至『無合理懷疑』程度；若被告對幽靈抗辯舉證未達此程度，雖理論上其抗辯有可能性，但尚不成為有效抗辯，檢察官並無責任證明該抗辯事實不存在，法院就該爭點應逕為不利於被告之認定（參見吳巡龍著，刑事舉證責任與幽靈抗辯，月旦法學教室第四十一期）。」

此後，上開見解已廣泛為我國實務界所接受，例如臺灣高等法院 95 年度上更(一)字第 661 號、95 年度上訴字第 2399 號、96 年上訴 627 號、96 年度上訴字第 3139 號、96 年度上訴字第 4303 號、99 年上易字第 272 號、臺灣高等法院花蓮分院 96 年度上訴字第 257 號、臺灣高等法院高雄分院 107 年度上易字第 817 號、最高法院 100 年度台上字第 6658 號、102 年度台上字第 1411 號判決等，均持此見解。

就被告是否負部分「說服責任」此問題，最高法院 100 年度台上字第 6294 號判決採否定見解，認為：「基於無罪推定原則，被告犯罪之事實應由檢察官提出證據，並指出證明方法加以說服，使法院達於確信之程度，始得為被告有罪之認定，否則即應諭知被告無罪，由檢察官蒙受不利之訴訟結果，此為檢察官於刑事訴訟個案中所負之危險負擔，即實質舉證責任。而被告否認犯罪，並不負任何證明責任，僅於訴訟進行過程中，因檢察官之舉證，致被告將受不利益之判斷時，被告為主張犯罪構成要件事實不存在而提出某項有利於己之事實時，始需就其主張提出或聲請法院調查證據，然僅以證明該有利事實可能存在，而動搖法院因檢察官之舉證對被告所形成之不利心證為已足，並無說服使法院確信該有利事實存在之必要。此為被告於訴訟過程中所負僅提出證據以踐行立證負擔，而不負說服責任之形式舉證責任，要與檢察官所負兼具提出證據與說服責任之實質舉證責任有別。苟被告依其形式舉證責任所聲請調查或提出之證據，已證明該有利事實具存在可能性，即應由檢察官進一步舉證證明該有利事實確不存在，或由法院視個案具體狀況之需，裁量或基於義務依職權行補充、輔佐性之證據調查，查明該事實是否存在；否則，法院即應以檢察官之舉證，業因被告之立證，致尚未達於使人產生對被告不利判斷之確信，而逕為有利於被告之認定，不得徒以被告所提出之證據，尚未達於確切證明該有利事實

存在，遽為不利於被告之判決。」最高法院 107 年度台上字第 3910 號判決同此見解。

(六)本署見解

1.意圖犯以法律有明文規定者為限

按刑法之故意，係指認識犯罪之構成事實，進而決定為其行為之意思，其中決定為其行為之意思，皆有一定之遠因，即「動機」，通常動機與犯罪之成立無關，或以之為科刑時應予審酌之事項，然於特殊之犯罪，若以之為主觀之不法構成要件者，如刑法分則或特別刑法明文規定以「意圖」為成立要件之罪(英法稱為“specific intent crimes”)，法律既明定為犯罪構成要件，故意圖犯在主觀上除須具備故意之構成要件外，尚須具備法定之不法意圖，否則其犯罪即無以成立。

貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款規定利用職務上機會詐取財物罪，與刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪性質相似，但因本罪犯罪主體限於公務員，且犯罪行為需有「利用職務上機會」之情形，故罪質較嚴重。但貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之罪並非刑法詐欺取財罪之特別法，此從刑法第 339 條第 1 項規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處……」，貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 1 款規定：「意圖得利，擅提或截留公款，或違背法令收募稅捐或公債者。」而同條項第 2 款規定：「利用職務上之機會、詐取財物者。」並無「意圖為自己或第三人不法之所有」、「意圖得利」之規定，立法者未將「不法意圖」列為貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上機會詐取財物罪之犯罪構成要件要素，依解釋論，似非立法疏漏。

最高法院 102 年度台上字第 1448 號判決則認為：「行為人主觀上除須有施用詐術使人交付財物之故意外，尚須有『為自己或第三人不法所有』之意圖，始克相當，屬目的犯（意圖犯）之一種。而所謂『意圖』，即期望之意，亦即犯罪之動機，與責任要件之故意有別；意圖為自己或他人不法之所有，為利用職務上機會詐取財物罪之特別構成要件，倘行為人施行詐術使人交付財物之動機並非為自己或第三人不法所有，其犯罪亦無由成立。」該見解並被部分實務遵循。

本署尊重法院限縮解釋貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款規定之職權，但仍應區分立法權與司法解釋權。最高法院 101 年度台上字第 5879 號判決即指出：「狹義之法律解釋方法，固有文義解釋、體系解釋、法意解釋（又稱歷史解釋或沿革解釋）、

比較解釋、目的解釋及合憲解釋（後五者合稱為論理解釋），及偏重於社會效果之預測與社會目的考量之社會學解釋。然典型之解釋方法，是先依文義解釋，而後再繼以論理解釋；惟論理解釋及社會學解釋，始於文義解釋，而其終也，亦不能超過其可能之文義，故如法文之文義明確，無複數解釋之可能性時，僅能為文義解釋，自不待言。」最高法院 102 年度台上字第 1448 號判決上開見解，似有未洽。

2. 以名義上助理請領助理費後交給實質助理應由被告負說服責任

我國刑事舉證責任有零星規範於實體法者，例如刑法第 310 條第 3 項前段規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」依該條文義，被告對於「所誹謗之事為真實」應負舉證責任。對於大多數實體法未規範舉證責任的事項，則應依刑事訴訟法的規定及舉證責任分配的法理來解決。

無罪推定原則係現代民主法治國家刑事訴訟的基本原則之一，在我國亦同。其義乃指刑事程序之被告在經過法定審判程序判決有罪之前，應推定其無罪。此原則與立法者藉由立法形成舉證責任分配決定檢察官對被告之「積極抗辯」是否負舉證責任無關，此種情形不論英美法系或歐陸法系皆然。

舉證責任分配基本上有下列三原則⁵⁹：（1）主張待證事實者，因其有舉證動機，通常會盡力舉證，應負舉證責任。（2）對於積極主張之事實有特別知識者，因比對方容易取得相關證據，應負舉證責任。若由對方負舉證責任，不惟事倍功半，且容易導致握有證據者將不利證據湮滅以混淆真相。（3）凡事以常態為原則，變態為例外，主張常態事實者不負舉證責任，主張變態事實者負舉證責任。

構成要件該當事實存在時，以有違法性、有責性為常態，可推定違法性、有責性存在，檢察官無需再舉證；被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由或為其他積極抗辯，因該事由有利於被告，且何處可發現阻卻違法或阻卻責任事由之證據，被告應比較清楚，若由檢察官負沒有阻卻違法或阻卻責任事由的舉證責任，被告可能會隱匿相關證據，使真實無法發現，故被告應負有舉證責任。況我國已由職權進行改採兩造對抗制度，被告原則上更應就其積極抗辯事項負舉證責任。此外，對於被告利

⁵⁹ Yale Kamisar, Wayne R. LaFare, and Jerold H. Israel, *Modern Criminal Procedure*, (West Publishing, 8 ed. 1994) 853.

益有重大關係事項，除非沒有調查之可能性或必要性，法院亦可依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書主動依職權調查是否確實。因此，刑法第 245 條第 2 項規定：「第 239 條之罪配偶縱容或有怨者，不得告訴。」刑法第 275 條第 3 項謀為同死而教唆或幫助自殺，此等「縱容或有怨」、「謀為同死」事由均屬有利於被告的積極抗辯，且被告對該等事由有特別知識，較瞭解何處取得證據，應由被告負舉證責任。

檢察官應以法律所明定犯罪構成要件負舉證責任，對於被告所提抗辯事實之不存在不負舉證責任。被告提出有關犯罪之解釋或免責事由之證據，在性質上專屬於被告所知或被告較容易取得者，應由被告對該事由之真實性負舉證責任。被告對積極抗辯之事實經過及證據比較清楚，若要求檢察官對該事由之不存在負舉證責任將導致司法程序無效率且結果不正義，且將導致所有類似案件之被告均胡亂提出相同的「積極抗辯」，因檢察官無法證明該事由不存在，被告輕易逃避或減輕刑責，造成司法不被社會所信任，刑責無法遏止犯罪。

對於詐領議員助理費案件，本案被告既承認以名義上助理請領助理費，且有其他佐證證實名義上助理沒有實際擔任議員助理職務，被告利用職務上之機會，以上開申報不實方式詐領助理費，檢察官已經證明其行為構成貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款公務員詐取財物罪之構成要件。被告提出積極抗辯主張領取助理費後交給實質助理，其若能證明該節，依目前部分實務見解認為不構成本罪，本署對此見解無意見，但前提是被告應負證明責任。

3. 被告說服責任應達過半證據程度

被告主張「積極抗辯」，應先提出足以認為阻卻違法或阻卻、減免責任之抗辯為合理可能之證據，此為被告之「提出證據責任」，若被告無法提出足夠支持其抗辯之證據，即推定沒有阻卻違法或阻卻、減免責任事由。被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由或為其他積極抗辯時，本於罪疑唯輕之精神，且被告蒐證能力較弱，參考前述相關美國法律，其「說服責任」證明程度應不以「無合理懷疑」為必要，只要到達「過半證據」已經足夠。在此之前，法院不得將蒐集該事實有利證據之義務加諸檢察官，或要求檢察官就相反事實提出證明。因檢察官負有證明被告有刑事可罰性之責任，若被告能提出足夠支持其主張之證據，檢察官即負有證明沒有阻卻違法或阻卻責任事由之舉證責任，為降低誤判的可能性，其證明亦應至「無合理懷疑」

程度。

參照我國大法官釋字 509 號解釋表示：「至刑法同條第 3 項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。就此而言，刑法第 310 條第 3 項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。」

亦即，縱使涉及被告憲法言論自由權保護之誹謗罪，大法官仍認為被告需證明至「有相當理由確信其為真實」之程度。則本案被告提出積極抗辯「以名義上助理請領助理費後交給實質助理」，被告應就收款人實際有擔任議員助理工作及收到所有被告不實領取的助理費負「說服責任」，被告抗辯事實若屬真實，此部分舉證應無困難，心證程度應達「過半證據」程度；而非僅令被告負提出證據責任即足。

4. 本案被告就其「積極抗辯」未盡說服責任

被告提出「積極抗辯」宜有期間限制，檢察官雖負有查明對被告有利事證的客觀性義務，但被告應於偵查中適時提出，否則檢察官既認被告有犯罪嫌疑而對之提起公訴，倘復認檢察官於提起公訴後尚有應為被告積極蒐證以證明其並無被訴犯罪事實之職責，在訴訟程序上即陷檢察官於攻防角色混淆之矛盾。乃本案被告陳○維於第二審才提出積極抗辯，依前述美國法、德國法，皆生失權效效果。我國刑事訴訟法雖無被告提出「積極抗辯」期間限制之規定，但被告陳○維遲於上訴審始提出系爭抗辯，應影響其抗辯事由之可信性。

被告陳○維於偵查中即自白犯罪事實，並已全數繳交犯罪所得，且被告陳○維於偵查中自白略稱：「謝○棋出國期間，謝○棋之土地銀行提款卡由我持有、使用；陳○錦之中國信託銀行帳戶提款卡則交給我老婆（魏○華）提領，領得之薪資由我支用，林林總總，我幾乎都用在跑場選民上面」，經檢察官質之議員每月可向議會請領為民服務費，被告陳○維復答稱：「一個月只有 9,000 元」，其在庭之辯護人亦陳稱：「被告對本案經過已自白，被告對公費助理運用認知有差距，才有這個行為」

（106 年 4 月 21 日、5 月 4 日偵訊筆錄參照）等語，全未提及另有實際聘任「葉○榮」等人、或用以支付其他助理薪資等情。

原審判決理由貳、乙、六略謂：「經查被告陳○維聲請傳喚 6 位證人，試圖證明所領取的上述助理補助費均有定期或不定期，以各種名義支付給 6 位證人即被告陳○維的實質上助理：」，並於(一)至(六)臚列證人葉○榮等 6 人之證述內容，於(七)則謂：「綜上所述，各證人除證人葉○榮外，於 101 年甚或更早，至 106 年期間，亦即檢察官起訴詐取財物的這段期間，被告有不定期或定期每月給付各證人，多以車馬費名義大約 5、6 千元，而證人葉○榮之證言則是每月支領自 101 年 11 月迄今，均固定每月給付 3 萬元，時間即為謝○棋離職的 101 年 11 月間，亦即檢察官所起訴被告詐取財物的起始時間。『如證言屬實』，則被告陳○維於檢察官起訴期間所領取的助理補助費足認全數給付在上述實質助理費用，並無用以自己私人，難認有不法所有之詐欺主觀意圖。」等語。

關於證人葉○榮部分，原審僅查詢證人葉○榮之前案紀錄顯示其確有多項暴力及財產犯罪前科，即謂：「足認證人葉○榮運用其曾在地方上的黑社會資歷為被告調解選民爭端，『非無可能』，」（原審判決書第 26 頁第 18 行），流於臆測而未予以論斷證人葉○榮是否確係被告陳○維之助理而有支領薪資。

再者，經檢視卷內謝○棋名下土地銀行帳戶自 101 年 12 月間起之支用情形，其提領之金額 1 萬元至 6 萬元均有、偶有 5,000 元，約以 2 萬元為多；提領日期月初、月中、月底均有；且每月次數不定，0 次、1 次、2 次、3 次均有，也有間隔 2 月、3 月、4 月、5 月未提領者，帳戶內餘額最多曾累積達 21 萬餘元，最少僅餘 800 餘元；陳○錦名下中國信託銀行帳戶自 105 年 8 月 4 日新竹縣議會匯入第一筆薪資起，至 105 年 12 月 2 日始開始有提領紀錄，期間累積薪資達 5 個月計 11 萬餘元，此有各該銀行帳戶交易紀錄可考（他字第 979 號偵查卷第 47-50 頁、偵字第 3396 號偵查卷第 208-209 頁參照），實無法歸納出特定之支用規律，核與證人葉○榮證稱每月 1 日至 10 日固定領取 3 萬元一情相齟齬。

被告陳○維聲請原審調查之 6 名證人，除證人葉○榮證稱其自營檳榔攤，有不定時為被告陳○維處理黑暗面的社會事外，其餘 5 名證人均明確證稱並未擔任被告助理，只是代為跑場由被告補貼數千元至 1 萬元不等之「車馬費」等情，均與長期、固定、受議員指揮監督，協助辦理相關議事庶務之助理有間，自難認係受被告陳○

維聘僱之助理。

綜上，被告就其「積極抗辯」未盡說服責任，應不足動搖有罪確信。乃原審既忽略上開確實事證，且未就 6 名證人所述何者可採、何者不可採論斷，逕假設「如證言屬實」，則被告無不法所有之意圖云云，其判決有不備理由之當然違背法令。

二、爭點二

(一)犯罪競合之學說

競合論之目的在於對行為人的所有犯行、對犯罪不法內涵，進行充分而不過度、不重複的評價，也就是罪刑相當、禁止過度評價及禁止不足評價，以合乎一行為(一罪)不兩罰原則、一事不再理原則的法治國基本要求，主要有下列學說：

1.意思說(犯意標準說)

以行為人主觀上犯罪意思的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人以單一的故意或過失實現犯罪，僅成立一罪；若行為人以複數的犯意實現犯罪，則成立數罪。

2.行為說(行為標準說)

以行為人客觀上犯罪行為的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人以單一的行為實現犯罪，僅成立一罪；若行為人以複數的行為實現犯罪，則成立數罪。

3.結果說(法益標準說)

此說是從犯罪之本質，即可罰性在於法益之侵害的觀點，以行為人所侵害法益的個數，所發生結果的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人的行為侵害一個法益(一個結果)，僅成立一罪；若行為人的行為侵害數個法益(數個結果)，則成立數罪。

4.構成要件說(構成要件標準說)

以行為人的行為該當構成要件的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人的行為該當一個構成要件，僅成立一罪；若行為人的行為該當複數構成要件，則成立數罪。而構成要件包含行為、行為客體、行為情狀、行為結果、犯意等要素，以構成要件為標準判斷罪數時，皆須考慮上開要素。學者余振華認為因為犯罪的成立以

構成要件該當為要件，判斷犯罪的個數依據構成要件為標準，並採刑法學解釋論對構成要件該當次數為評價，是具有適正性的理論基礎，為妥當見解⁶⁰。

5.綜合說

綜合考量意思、行為、結果等以決定罪數，必須建立在實質的犯罪觀念上，而非形式的構成要件論上，應以結果(法益)為中心，同時綜合審酌意思、行為等要素。學者陳子平認為應以「該當構成要件所預定之被害法益之單一性為中心，綜合考量對於該法益侵害之犯意單一性或連續性、實行行為之單一性或連續性、被害法益之同一性等等，而判斷該當構成要件之次數，以決定罪數」⁶¹。

6.認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數

認識上之罪數係以立法者所制定之各種犯罪類型所從事之事實及類型之判斷，如具有某一罪之構成要件該當性，即成立一罪，如具有某數罪之構成要件該當性，即成立數罪。而如認識上之罪數僅為一罪，則評價上之罪數亦為一罪。如認識上之罪數為數罪，始有評價上之罪數為一罪或數罪之問題。評價上之罪數，係依禁止重複評價原則，求合於比例原則及平等原則之要求所進行判斷，並以法益侵害性作為評價之基礎。科刑上之罪數係就評價上之罪數決定如何科刑，評價上之罪數為一罪時，科刑上之罪數亦為一罪，評價上之罪數為數罪時，即有科刑上之罪數應依一罪或數罪處罰之問題，或為數罪併合論罪、或為數罪中從一重罪處斷，或為數罪以一罪論。此涉及刑罰之目的，亦即如何處罰始能符合刑罰目的⁶²。

7.由行為單、複數出發處理競合論

犯罪競合之判斷，應先判斷係行為單數或行為複數，當不屬於任何一種行為單數類型時，即為行為複數。行為單數的類型包含自然意義的一行為、構成要件的行為單數以及自然的行為單數。行為個數是單數或複數的判斷，為刑法競合論的起始點。判定為行為單數，競合的結果就只可能是法條競合(屬於不真正競合)或想像競合(屬於真正競合)兩種。判定為行為複數，競合的結果就只可能是與罰前後行為(屬於不真正競合)或實質競合(屬於真正競合)兩種。需先有區分行為單數、行為複數的

60 余振華，刑法總論，三民，修訂三版第1刷，2017年9月，462-464頁。

61 陳子平，刑法總論，元照，四版第1刷，2017年9月，694-696頁。

62 甘添貴，罪數理論之研究，元照，初版第1刷，2006年4月，12-17頁。

第一層，再來是區分不真正競合/法條競合的第二層，也就是排除不真正競合的情形後，最後才到成立真正競合，歸納犯罪單數(想像競合)或犯罪複數(實質競合)的第三層層次⁶³。

我國學界有將「接續犯」歸納為自然的行為單數，有認為「接續犯」屬於構成要件的行為單數，但在法律涵射時認為「接續犯」是「一行為」，則無異見。接續犯可分為反覆性的構成要件實現行為(例如老師拿藤條體罰學生 20 下)及相續性的構成要件實現行為(例如為毒殺被害人，在兩個月內多次利用機會在被害人的食物下毒)⁶⁴，亦無不同見解⁶⁵。

至於接續犯的判斷標準，通說認為包括下列要件⁶⁶：1.出於單一犯罪意思；2.實施數個同種類的行為；3.個別舉動之間具緊密的時間與空間之關係；4.客觀上、自第三人角度觀察亦可辨別出行為之間的相關性。但高度個人專屬性法益的侵害，不能成立自然的行為單數。其中時間的密接性雖非完全不容許有間隔，但時間間隔是判斷密接性最直接的標準⁶⁷。

(二)我國實務見解(略)

(三)本署見解

1.時間間隔是判斷接續犯密接性的重要標準

刑法所稱「接續犯」，係指數個在同時、同地，或密切接近時、地實施，侵害同一法益之行為，因各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全通念，認為在時間差距上，無法強行分割，在刑法評價上，以視為數個行為之接續施行，合為包括之

63 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第 1 刷，2018 年 9 月，578-579 頁。

64 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第 1 刷，2018 年 9 月，590-595 頁。

65 陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，122 期，第 9 頁，第 16-18 頁；甘添貴，接續犯與連續犯之界限，軍法專刊，44 卷 2 期，1998 年 2 月，第 1 頁以下；黃惠婷，二〇〇五年刑法重要修正條文：牽連犯與連續犯廢除後罪數認定之基準，月旦法學教室，第 39 期，2006 年 1 月，第 90 頁，第 94 頁以下。

66 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第 1 刷，2018 年 9 月，591 頁；許玉秀，不能未遂與接續犯，台灣本土法學雜誌，第 8 期，2000 年 3 月，第 128 頁，第 131 頁；陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，122 期，第 9 頁，第 16-18 頁。

67 陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，122 期，第 9 頁，第 18 頁；許玉秀，不能未遂與接續犯，台灣本土法學雜誌，第 8 期，2000 年 3 月，第 128 頁，第 131 頁。

一行為予以評價，較為合理，乃將之包括視為一個行為之接續進行，給予單純一罪評價之謂（最高法院 86 年度台上字第 3295 號判決(前判例)、103 年度台上字第 4013 號判決、104 年度台上字第 2443 號判決、最高法院 105 年度台上字第 706 號判決意旨參照）。學說同此見解，前已論及。時間間隔是判斷接續犯密接性的重要標準，我國學說、實務並無歧見。

2. 本件被告 4 次行為時間間隔相當長、明顯可分，應論 4 罪

本案被告第一次使公務員登載不實日期 103 年 12 月 25 日距第 4 次犯行 105 年 7 月 1 日相距逾 1 年 6 月，縱以最寬之角度檢視是否構成接續犯，仍難認為有時間密接。我國現行實務對於吸毒犯於同日上午、下午兩次吸毒行為，尚論以 2 罪；本案被告第一次申報不實距第 4 次犯行逾 1 年 6 月，全部卻以接續犯論以一罪，恐無法使社會信服。

況被告於 103 年 12 月 25 日、104 年 1 月 1 日、105 年 6 月 1 日分別 3 次於公費助理名冊上記載謝○棋姓名及每月支領金額，與於 105 年 7 月 1 日(第 4 次)於公費助理名冊上記載謝○棋及陳○錦姓名及每月支領金額，侵害行為未完全相同，以接續犯論以一罪顯有錯誤。本署認為依罪數理論，尤其行為說、構成要件說、綜合說、由行為單、複數出發處理競合論，被告之行為應論以 4 次犯罪。

三、言詞辯論之必要性(略)

肆、結論

綜上，本署認為被告陳○維 4 次於公費助理名冊上記載不實公費助理姓名及每月支領金額，其行為日期分別為 103 年 12 月 25 日、104 年 1 月 1 日、105 年 6 月 1 日與於 105 年 7 月 1 日，顯屬不同犯罪行為。被告陳○維上開行為，係犯 4 次刑法第 214 條使公務員登載不實罪及貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上機會詐取財物罪；被告陳○維上開行為同時觸犯 2 罪名，為想像競合犯，應依刑法第 55 條規定，從一重以貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上機會詐取財物罪處斷；其 4 次犯行應予分論併罰。本案所涉法律爭點因下級審見解分歧，且具原則重

要性，實務經常發生，宜由最高法院行言詞辯論，並一槌定音，爰依刑事訴訟法第386條第1項提出聲請。請撤銷原判決，另為適法之裁判。

此致

最高法院

中 華 民 國 108 年 10 月 21 日

伍、附件清冊

最高法院 109 年度台上字第 2834 號刑事判決摘要

主 文

原判決關於陳○維部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

- 一、原判決就被告不另為無罪諭知部分，係認檢察官雖起訴被告身為新竹縣議員，明知其助理謝○棋已於民國 101 年 11 月 22 日離職，以及陳○錦僅於 105 年 7 月 1 日起從事未受有薪資對價之助理工作約 1 至 2 週而已，不曾擔任受有薪資之助理，竟仍意圖為自己不法所有，基於利用職務上之機會以詐術使人交付財物之犯意，使新竹縣議會陷於錯誤，分別交付新臺幣（下同）171 萬元（謝○棋部分，每月薪資 3 萬元）、21 萬 8,750 元（陳○錦部分，每月薪資 2 萬 5 千元）給被告。然被告主觀上並無詐欺取財之犯意，客觀上亦非施用詐術之行為，故應為其有利之認定等。
- 二、刑事訴訟法第 161 條第 1 項規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，於訴訟上檢察官負有舉證責任，應提出證據，並指出證明方法說服法院，使法院之心證超越合理懷疑而達於確信之程度。若檢察官之舉證無法使法院形成確信之心證，即應為被告有利之認定而諭知無罪。至被告否認犯罪，本無罪推定原則，固不負舉證責任，然其若為避免法院形成確信心證，提出對其有利之事實，而得證明該事實之證據，除其之外他人均難知悉所在時，則其自負有提出該證據之責任。而被告所負提出證據之責任雖與檢察官所負兼具提出證據責任與說服責任有別，而無庸達於說服法院確信該有利事實存在之必要，但須足以動搖法院因檢察官之舉證而對被告所形成之不利心證。否則，法院仍得依檢察官之舉證而為被告不利之判斷。此與被告否認犯罪事實

所持之辯解，縱屬不能成立，仍須有積極證據足以證明其犯罪行為，方能為有罪之認定之無罪推定原則，並不相同。

三、被告對於利用職務上之機會詐取財物罪嫌部分，多次於偵查及第一審審理中自白犯罪(分見偵字第 3396 號卷第 226-227、261、264-266 頁；第一審卷一第 23-25、210 頁，卷二第 25 頁)，該自白與檢察官所舉補強證據之謝○棋、陳○錦、謝○、陳○文、魏○華等供述證據及新竹縣議會有關被告請領議員公費助理款項、相關帳戶之提領紀錄等非供述證據似亦相符，而得見檢察官已為相當程度之舉證。被告於原審雖聲請傳喚 6 位證人，欲反證該等證人均係被告實質上之助理。然：

- (一) 證人葉○旺於原審證稱是被告的兼職助理，不用去被告的服務處工作；不清楚被告還有幾位助理，名字都不熟；被告每個月會給其 5 千元現金，但該薪資沒有申報所得稅；工作是在幫忙通知被告婚喪喜慶及處理車禍案件；幫忙被告這些事情已經很多年，但只有 105 年 7 月那段期間被告有拿錢來，現在雖然做的事情一樣，但就沒有給錢，並沒有過問被告現在沒給錢的原因等語（見原審卷二第 161-171 頁）。
- (二) 證人黃○才於原審證稱不認識被告其他助理，其是幫被告處理選民交通事故，不會到被告的服務處，被告每個月有給其現金 1 萬元，但這不是薪資，是補貼車損、油耗的車馬費。且不限於被告轉介的案件，其他人轉介的案件，仍會本個人專業及警察工作熱誠去處理等語（見原審卷二第 173-178 頁）。
- (三) 證人羅○香於原審證稱沒有做過被告助理，被告沒有辦法跑的婚喪喜慶、做花籃等，會幫被告處理，金額有時候是 5 千元，有時候是 6 千元，沒有超過很多，錢都是直接跟被告拿，而且也沒有申報所得稅。這錢並不是薪資，而車馬費；平常是去被告家裡，只有選舉時才會去服務處等語（見原審卷二第 180-186 頁）。
- (四) 證人沈○堂於原審證稱被告是湖口維新歌舞協會、新竹縣微笑協會的會長，其是總幹事，協會有很多湖口鄉的會員，被告當議員就是要這些人，有時候沒有辦法處理，其當總幹事就會去處理。被告每個月會給 5 千元車馬費，但其並未申報薪資所得。其並不是什麼助理，也沒有拿過助理證等語（見原審卷二第 188-194 頁）。
- (五) 證人徐○圓於原審證稱有幫忙介紹一些較少接觸的族群給被告認識，在 105 到

106 年間被告每月有固定給其 5 千元，其是幫被告做事，不會去被告的服務處，也沒有將該筆金錢申報薪資所得，金錢都是被告來店裡或打電話跟被告拿。在其認知上，只是幫忙被告做事及介紹人脈等語（見原審卷二第 196-202 頁）。

(六) 證人葉○榮（原名葉○華，下稱葉○榮）於原審證稱被告一個月給其 3 萬元現金，其幫被告處理社會黑暗事，但其不需要去被告服務處或辦公室上班，也沒有拿任何助理證或名片等語（見原審卷第 204-211 頁）。

(七) 上開各證人所述，如果無訛，彼等向被告領取現金既無任何匯款紀錄等憑證、對外均未稱是被告助理（甚有否認是被告助理）、未到被告服務處工作或向被告領取助理證、名片，且納稅時均未申報該等收入等。與被告於第 1 次偵查中（當時未遭羈押），自承一直以來都是保持 3 個助理（偵字第 3396 號卷第 18 頁），而非於原審所稱 6 個助理（即前開證人等），並不相符。何得以該 6 位證人所述，反證其等均係被告實質上之助理？未見原判決詳予說明，有判決不備理由之違法。

據上論結，應依刑事訴訟法第 397 條、第 401 條，判決如主文。

中 華 民 國 1 0 9 年 1 0 月 7 日

【第五案】王○洋妨害秘密案

爭點：

- 一、被告為司法警察，為偵查犯罪，未經聲請法院許可，在嫌疑人車輛底盤私裝 GPS 追蹤器，紀錄該車輛於公共道路之行蹤，其所紀錄之客體是否該當刑法第 315 條之 1 第 2 款無故竊錄他人之「非公開行為」？
- 二、承上，被告行為時，司法實務許可司法警察裝設 GPS 追蹤器蒐證，行為後司法實務變更見解，認為目前法律並無許可裝設 GPS 追蹤器蒐證之明文，不得以此方式蒐證。被告上開行為是否該當刑法第 315 條之 1 第 2 款之「無故」？

最高檢察署檢察總長非常上訴書

原文目錄

壹、前言

貳、利用 GPS 追蹤器偵查之屬性

一、隱私權之界限

(一)美國法

(二)我國法

二、任意偵查與強制偵查的界限

三、利用 GPS 追蹤器偵查在美國法、德國法之規範

(一)美國法

(二)德國法

參、本署見解

一、對本案被告蒐證行為侵犯隱私權一節本署不爭執

二、「隱私權」與「非公開之活動」範圍不同

三、以「隱私受侵害」取代「非公開」構成要件，違反罪刑法定主義

四、司法警察調查犯罪前不必先行報告

五、被告行為時，司法實務未禁止警察使用 GPS 蒐證

六、法律見解固與時俱進，變更見解前不違法之偵查作為不負刑責

七、結論

肆、依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴

伍、附件清冊

壹、前言(略)

貳、利用 GPS 追蹤器偵查之屬性

一、隱私權之界限

(一)美國法

我國法律對於隱私權之界限並無明文，最高法院於 100 年度台上字第 4780 號判決仿效美國聯邦最高法院採取類似之標準。美國將隱私權之界限稱為「合理的隱私期待」(reasonable expectation of privacy)，由美國聯邦最高法院大法官 Harlan 於 *Katz v. United States* 案之協同意見書提出，其認為受搜索人或監聽人是否受美國聯邦憲法增修條文第四條（該條規定禁止不合理搜索、扣押等強制處分）規定保護，應以其有無「合理的隱私期待」(legitimate expectation of privacy) 為判斷標準，「合理的隱私期待」需符合下列二要件：(1)被搜索人或監聽人主觀上對該場所、通訊或談話有隱私期待 (actual expectation of privacy) 及(2)該期待為社會所認為合理 (society is prepared to recognize as “reasonable”)¹。若不符合上開二要件其中之一，即沒有「合理的隱私期待」，並非聯邦憲法增修條文第四條所保護之客體，警察對該場所、通訊或談話實施「搜索」或「監聽」行為，並非聯邦憲法增修條文第四條所謂的 search 或 seizure，並不違反該條規定，警察不必事先聲請令狀，也沒有心證門檻的要求。

「合理的隱私期待」源自 *Katz v. United States* 案，在該案中，警察在嫌犯使用之公共電話亭上裝竊聽器，聯邦最高法院認為聯邦憲法增修條文第四條保護的是「人」，並非「地方」²，被告在該電話亭內使用電話，雖非私人住所，但使用時談話人主觀上有隱私期待，客觀上該期待為社會所認為合理，故警察於監聽前應先聲請法院許可，否則監聽違法，其因此取得之證據原則上無證據

¹ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 361 (1967) (Harlan, J. concurring).

² *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967) (“For the Fourth Amendment protects people, not places.”).

能力。

循此原則，美國聯邦最高法院發展形成更多的判例法，在**United States v. Knotts**案³，警察未向法院聲請許可而在製毒嫌犯所訂購之原料桶裝置無線電訊號發射器，查出製毒工廠位置，再向法院聲請搜索票搜索該工廠。被告主張該無線電訊號發射器已經侵害其「合理的隱私期待」，發射器之裝置未事先向法院聲請許可，屬於違法通訊監察，使用違法通訊監察所取得之資料聲請搜索票，因而影響到搜索的合法性，其因搜索取得之證物應該證據排除。聯邦最高法院認為車輛之行蹤為公眾可共見，駕駛對其在公共場所之行蹤並無「合理的隱私期待」，警察使用無線電訊號發射器只是輔助肉眼跟監之不足，因此不必事先聲請令狀。

在**United States v. Karo**案⁴，警察在製毒嫌犯所訂購之原料桶裝置無線電訊號發射器，追蹤該批貨物屋外行蹤及屋內動向，聯邦最高法院表示：以無線電訊號發射器探查屋內動向這一部分，侵害「合理的隱私期待」，應事先向法院聲請許可。本案未事先向法院聲請許可安裝無線電訊號發射器，以之監察屋內動向，並據以取得聲請搜索票之資料，但因即使警察沒有使用該發射器查看貨物屋內動向，警察其他監視資料仍足以聲請搜索票，故其搜索仍為合法。

在**California v. Greenwood**案⁵，嫌犯將證物棄放在垃圾袋內，置於路旁等垃圾車清理，警察翻尋垃圾袋找尋證據，被告主張其對該垃圾袋內容有「合理的隱私期待」。聯邦最高法院認為被告主觀上或許對該垃圾袋內容有隱私期待；但因動物、小孩或拾荒者、收垃圾者都可能會翻動垃圾而發現其內容，故該隱私期待並非為社會所認為合理，故被告對棄置門外之垃圾並無「合理的隱私期待」，警察翻尋垃圾袋找尋證據行為不構成搜索。

在**Oliver v. U.S.**案⁶，警察進入被告所擁有並標示「禁止進入」之野外土地(open field)，查獲嫌犯種植大麻。聯邦最高法院認為：人民於住處圍牆內(curtilage)之戶外活動才有隱私權，保護野外土地上之活動之隱私(例如種植何種植物)對社會並沒有利益，人民在野外土地上的活動並無「合理的隱私期待」，警察進

³ *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983).

⁴ *United States v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984).

⁵ *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988).

⁶ *Oliver v. U.S.*, 466 U.S. 170 (1984).

入被告所擁有之野外土地上查看不構成搜索，不必向法院聲請令狀。

在Florida v. Riley案⁷，警察乘坐直昇機以四百呎高度飛過嫌犯房屋，以肉眼發現其在圍牆內之溫室種植大麻，警察此一蒐證行為是否構成搜索？聯邦最高法院認為：被告在住宅圍牆內之溫室種植大麻，外人從屋外無法查知，因此被告主觀上有隱私期待；但因任何人駕駛飛機經過被告住所上空都可以發現被告在溫室內種植大麻，故該隱私期待並非為社會所認為合理，故被告對此並無「合理的隱私期待」，警察此一行為不構成搜索。同理，在Dow Chemical Co. v. U.S.案⁸，環保局人員乘坐輕型機飛過嫌犯以圍牆圍繞之廠房，以高空照相器材發現其內種植大麻，聯邦最高法院認為：嫌犯對此並無合理的隱私期待，不構成搜索。

依「合理的隱私期待」理論，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。嫌犯於書店內陳列色情書刊供顧客選購，警察入內翻閱，嫌犯對此並無「合理的隱私期待」，不構成搜索。又警察站在公眾得出入之高處以肉眼查看嫌犯屋內情形，嫌犯雖處於私人領域，對此並無「合理的隱私期待」，也不構成搜索。天空屬於開放空間，所有無線電瀰漫其間，隨時有被接收可能，除非發射電波者事先聲請頻道，否則應無「合理的隱私期待」。若以警犬在機場嗅往來旅客之皮箱，判斷旅客有無攜帶毒品，因是在公共場所所為，且警察沒有打開旅客皮箱查看，對隱私權干預極為輕微，且為往來旅客所能預見，也不構成搜索。

若警察所使用之儀器極為先進特殊，非一般民眾所得以使用，雖未進入受搜索人屋內，仍可能構成搜索或監聽。例如嫌犯於室內種植大麻需輔以強光照射，會導致室溫增加，警察以溫度掃描器探測室內溫度，則已侵害「合理的隱私期待」，構成搜索。或警察在受搜索人屋外牆壁上裝置極為先進精密之竊聽器，聽取屋內談話內容，仍構成監聽。

⁷ Florida v. Riley, 488 U.S. 445 (1989).

⁸ Dow Chemical Co. v. U.S., 476 U.S. 227 (1986).

(二)我國法

我國法律對於隱私權之界限並無明文，最高法院於 100 年度台上字第 4780 號判決仿效美國聯邦最高法院之「合理的隱私期待」標準，表示：「(二)、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。……而上述法條所稱「非公開之活動」，係指活動者主觀上具有隱密進行其活動而不欲公開之期待或意願（即主觀之隱密性期待），且在客觀上已利用相當環境或採取適當設備，足資確保其活動之隱密性者（即客觀之隱密性環境）而言（例如在私人住宅、公共廁所、租用之「K T V」包廂、旅館房間或露營之帳篷內，進行不欲公開之更衣、如廁、歌唱、談判或睡眠等活動均屬之）。就上述妨害秘密罪旨在保護人民秘密通訊自由及隱私權之觀點而言，此項「非公開之活動」之認定，固應著重於活動者主觀上具有不欲其活動遭他人攝錄之意願或期待；但活動者主觀意願如何，外人不易確知，且該項意願未必恆定不變，若單憑活動者主觀上是否具有不公開之意願，作為認定上述犯罪構成要件（即「非公開活動」）之唯一標準，難謂與罪刑法定及法律明確性原則無違。故仍須活動者在客觀上已利用相當環境或採取適當設備，足資確保其活動之隱密性，始能明確化上述構成要件之內容；不能僅以活動者主觀上對其活動有無公開之意願，作為上述罪名所稱「非公開活動」之唯一內涵。故上開條文所稱「非公開活動」，在犯罪構成要件之解釋上，應兼具前述主觀與客觀兩種層面之內涵，始具有刑罰之明確性及合理性。亦即活動者主觀上具有隱密性之期待，且在客觀上已利用相當環境或採取適當設備，足資確保其活動之隱密性，使一般人均能藉以確認活動者主觀上具有隱密性期待，而無誤認之虞者，始足當之。否則，若活動者在客觀上並未利用相當環境或採取適當設備，以確保其活動之隱密性，或其所採用之環境或設備尚不足以發揮隱密性效果，例如在透明之玻璃屋或野外空地沐浴或更衣，或情侶在公眾得出入之公園、停置在馬路旁邊之自用小客車內，或在住宅內未設有窗簾或未拉下窗簾之透明窗戶前為親暱或愛撫之私人活動等，一般人在上述情況下往往難以確認活動者主觀上有無隱密性期待。若僅因活動者主觀上並無公開其活動之意願，即認係屬上述罪名所稱之「非公開活動」，而對攝錄者課以刑事責任，顯屬過苛，亦有悖刑法謙抑性（即

最後手段性)原則,自非所宜。」

最高法院 101 年度台上字第 6343 號判決亦同此旨,此後此套標準並為下級法院所循。

二、任意偵查與強制偵查的界限

偵查係偵查機關為確認犯罪嫌疑之有無及實施公訴,而調查犯罪事實及蒐集證據之程序。偵查方式可分為以強制處分進行偵查與任意偵查二類,強制處分因侵害人民受憲法保障的基本權,依法律保留原則,以有法律明文規定者為限,始得為之。但任意偵查因並未行使強制力,且對人民權益侵害相當輕微,雖無法律明文,檢察官或司法警察可使用較不侵犯他人權利的任意偵查方式發現真實。

何種偵查措施為強制處分,何者為任意偵查,判斷標準相當紊亂,有時不易判斷⁹。我國刑事訴訟法至今對於強制處分及任意偵查尚無清楚區分標準,我國學界傳統見解以有無使用強制力作為強制處分及任意偵查之區別標準¹⁰,但此說對於類似電話監聽的偵查行為,嚴重侵害人民權利卻因秘密進行無需強制力伴隨,無法作合理解釋。若以有無違反調查對象個人意願或對個人權益造成侵害為強制處分及任意偵查區分標準,則跟監、在公共場所對偵查標的攝影等作為可能都會成為強制處分,將過度限制任意偵查範圍,也不實際。日本最高法院判決以是否使用強制力壓制個人之意思及對個人權益之侵害程度等因素綜合判斷是否為強制處分¹¹,值得我國參考。

任意偵查與強制處分的界限,並非固定不變,而係經常變動並與時俱進。以美國為例,美國聯邦最高法院在1971年Coolidge v. New Hampshire案¹²,認為警察若合法在某一場所,需「無意間發現」(inadvertent discovery)證物,才可依「明顯可見法則」(plain view)將該證物予以扣押;若警察事先預期會在該場合發現某證物,即應先向法院聲請令狀,否則不得依「明顯可見法則」扣押該證

⁹ 關於強制處分與任意偵查之判斷標準,可參閱陳運財,偵查之基本原則與任意偵查之界限,東海法學研究,9期,1995年9月,294頁以下。

¹⁰ 例如陳樸生,刑事訴訟法實務(4版),1984年,162頁;黃東熊,刑事訴訟法論(3版),1995年,134頁。

¹¹ 請參閱陳運財,偵查之基本原則與任意偵查之界限,東海法學研究,9期,1995年9月,294頁以下,299頁。

¹² 403 U.S. 443 (1971).

物。美國聯邦最高法院後來在1990年Horton v. California案¹³，廢棄了「無意間發現」要件，認為警察只要合法在該場所，縱使事先計畫有意查看而發現某證物，仍可依「明顯可見法則」(plain view)予以扣押。

美國偵查機關以任意偵查取得證據有很多方式，並相當普遍。例如警察明知心證程度尚未達搜索門檻，卻以詢問其他事情為由進入屋內，而東張西望行查看之實 (United States v. Phillips¹⁴)；或以交通違規之理由，攔檢車輛，以查看是否有犯罪證據(United States v. Villamonte-Marquez¹⁵)；在上揭情形下，警察所執行之偵查均被美國司法實務判斷合法；其在上開執法過程中所發現之證據，均可依「明顯可見法則」(plain view)予以扣押。

三、利用 GPS 追蹤器偵查在美國法、德國法之規範

(一)美國法

公共場所與公眾得出入之場所之行蹤為公眾所共見共聞，人民對於路上行蹤並無合理之隱私期待，故如前所述，美國傳統上認為駕駛對其在公共場所之行蹤並無「合理的隱私期待」，警察使用無線電訊號發射器只是輔助肉眼跟監之不足，因此不必事先聲請令狀，屬於任意偵查。我國警察職權行使法第 10 條第 1 項亦規定：「警察對於經常發生或經合理判斷可能發生犯罪案件之公共場所或公眾得出入之場所，為維護治安之必要時，得協調相關機關（構）裝設監視器，或以現有之攝影或其他科技工具蒐集資料。」其法理與之相似。

在 United States v. McIver 案¹⁶，被告 McIver 涉嫌在 Kootenai 國家森林內種植大麻，司法警察在未聲請法院許可情形下，對被告所有、停在自家庭院外之汽車車底裝設 GPS 定位系統，因而查獲被告採收大麻，被告主張司法警察裝設 GPS 定位系統構成違法蒐證。美國聯邦第九巡迴法院表示：因為汽車外部是所有路人都能看到，如果被跟監車輛在私人住宅外，被告沒有合理隱私期待，該蒐證行為既未侵犯被告隱私權，並無違法。

在 United States v. Garcia 案¹⁷，警察有具體事證認為被告 Garcia 涉嫌製造安非他

¹³ 496 U.S. 128 (1990).

¹⁴ 497 F.2d 1131 (9th Cir. 1974).

¹⁵ 462 U.S. 579 (1983).

¹⁶ 186 F.3d 1119-24 (9th Cir. 1999).

¹⁷ 474 F.3d 994 (7th 2007).

命及販毒，警察未取得法院許可，在被告使用之車輛後保險桿上安裝 GPS 定位系統，因而查獲被告製造毒品事證，被告主張警察蒐證違法。美國聯邦第七巡迴法院表示：警察只要有合理懷疑認為被告涉嫌犯罪，不必取得法院令狀，可利用 GPS 系統追蹤車輛，不構成違法蒐證。

美國聯邦刑事訴訟規則 Rule 41(d)(1)規定：法院審查司法警察聲請裝設追蹤器，於有相當理由時，必需許可¹⁸。該條規定直到 2006 年 4 月 12 日才經國會通過，並於同年 12 月 1 日生效¹⁹。研修委員會於該條注釋：本修法並非表示有相當理由認為被告涉嫌犯罪，才能聲請裝設追蹤器；而是表示有相當理由時，法院必需許可。且僅指裝設追蹤器有侵犯被告「合理的隱私期待」的情況(例如追蹤停放在私人車庫內之車輛)，才需先聲請許可²⁰。

美國聯邦最高法院直到 2012 年 *United States v. Jones* 案²¹，才首次對警察未經法院許可、在私人車輛裝設 GPS 定位系統、追蹤其在公共場所行蹤，構成違法蒐證表示意見。本案被告 Jones 涉嫌意圖散布而持有毒品，警方原依哥倫比亞特區聯邦地區法院所核發有效期限 10 日之許可書，在 Jones 之配偶名下之吉普車上安裝 GPS 定位系統，嗣許可書期限屆至，警察逾越法院裝設 GPS 許可書之期限在法院轄區外之馬里蘭州之公共停車場，在該車底盤裝設 GPS，追蹤該車行蹤長達 28 天。美國聯邦哥倫比亞特區巡迴法院採「馬賽克理論」表示：蒐集個人零碎行蹤資訊，或許當事人不會感到隱私權被侵犯，若累積大量資訊，就會對隱私權產生危害，如同將眾多馬賽克單片併在一起會呈現完整圖像，警察逾越法院裝設 GPS 許可書之期限，在嫌犯車子底盤裝設 GPS 長達 28 天，違法侵犯隱私權，構成違法搜索，其法效果為證據排除²²。聯邦最高法院支持聯邦哥倫比亞特區巡迴法院判決，並表示：未經法院許可在私人車輛裝設 GPS 定位系統，以侵犯嫌犯之財物方式獲取資訊、蒐證其在公

¹⁸ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 41(d)“(1) In General. After receiving an affidavit or other information, a magistrate judge—or if authorized by Rule 41(b), a judge of a state court of record—must issue the warrant if there is probable cause to search for and seize a person or property or to install and use a tracking device.”

¹⁹ 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，第 11 期，2018 年 12 月，85 頁，95 頁。

²⁰ Committee Notes on Rules—2006 Amendment, “...The amendment to Rule 41 does not resolve this issue or hold that such warrants may issue only on a showing of probable cause. Instead, it simply provides that if probable cause is shown, the magistrate judge must issue the warrant. And the warrant is only needed if the device is installed (for example, in the trunk of the defendant's car) or monitored (for example, while the car is in the defendant's garage) in an area in which the person being monitored has a reasonable expectation of privacy.”

²¹ 565 U.S. 400 (2012).

²² *United States v. Maynard*, 615 F.3d 544 (2010)

共道路之行蹤，違反美國聯邦憲法增修條文第四條，構成違法搜索；此與警察純以人力在公共道路跟監，沒有侵害嫌犯之「合理的隱私期待」不同。亦即，警察未經聲請法院許可，在私人車輛裝設 GPS 定位系統，追蹤其在公共場所行蹤，不論時間長短，均構成違法蒐證、應證據排除。

(二)德國法

德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項規定：「(1)即使受涉及人不知情，若查清案情或調查被告所在地採取其他方式可能收效不大或困難時，亦得在住宅之外 1.拍照 2.使用其他特別為監視目的所設之科技設備。第 1 句第 2 款之處分，僅在調查對象為重要犯罪時才得為之。²³」亦即，偵查得在關係人不知情下，採取攝錄影音以外之其他特別監視目的之科技方法措施，以調查事實或偵查犯罪者之居停留處所²⁴。德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項第 2 句規定：「第 1 句第 2 款之處分，僅在調查對象為重要犯罪(eine Straftat von erheblicher Bedeutung)²⁵時才得為之。」所謂「重要犯罪」係指排除告訴乃論之罪(Antragsdelikt)以及輕微的違法行為(Bagatelldelikt)。

亦即，使用 GPS 定位系統蒐證需要犯罪嫌疑門檻，但只要求初始犯罪嫌疑，如同開始偵查的標準；與通訊監察有所區隔，不要求特定事實所支撐的犯罪嫌疑。使用 GPS 定位系統蒐證需符合補充性原則：在針對被告的情形，需以其他方式效果較差或困難(weniger erfolgversprechend oder erschwert)；針對其他人，則以其他方式沒有希望或是明顯困難(aussichtslos oder wesentlich erschwert)，才可使用此手段。但使用 GPS 定位系統蒐證不採法官保留，可由警察或檢察官依職權為之。對於命令的形式

²³ 參見連孟琦譯，德國刑事訴訟法，2016 年 1 月，61 頁。惟連孟琦教授將德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項第 2 句譯為：「第 1 句第 2 款之處分，僅在調查對象為(eine Straftat von erheblicher Bedeutung)十分重大之犯罪時才得為之。」基於本文後述原因，「eine Straftat von erheblicher Bedeutung」譯為「重要犯罪」似較為妥當。

²⁴ 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，第 11 期，2018 年 12 月，85 頁，96 頁。

²⁵ 此處「重要犯罪」的用語，也出現於德國刑事訴訟法第 81g 第 1 項(DNA 身分鑑別)、第 98a 條第 1 項(自動化比對)、第 110a 第 1 項(臥底偵查員)、第 131 條第 3 項(對大眾或特定群眾公告通緝被告)、第 131a 條第 3 項(公告通緝被告)、第 131b 條第 1 項及第 2 項(公布被告或證人照片)、第 163e 條第 1 項第 1 句(警察臨檢時進行監視)、第 163f 第 1 項第 1 句(長期監視)。而何謂重要犯罪，立法者並未使用「犯罪目錄(Straftatenkatalog)」的方式加以具體化。聯邦憲法法院認為重要犯罪至少屬於中度犯罪(mittlere Kriminalität)的範圍，會嚴重干擾法平和性以及顯著影響公眾法安定性的感受(參照 BVerfG, Urteil vom 12. 4. 2005 - 2 BvR 581/ 01, BVerfGE 103, 21 <34>; 107, 299 <322>; 109, 279 <344>)。與此相對，德國刑事訴訟法第 100a 條第 2 項(電信通訊監察)即有列舉那些犯罪屬於該條第 1 項第 1 款所指「嚴重犯罪(schwere Straftat)」；德國刑事訴訟法第 100b 條第 2 項(網際網路搜索)亦明文那些犯罪屬於該條第 1 項第 1 款所稱「特別嚴重犯罪(besonders schwere Straftat)」。

或內容也沒有規定，但應紀錄於卷內，以便事後的權利保障(例如通知被偵查對象)。

德國聯邦憲法法院 2005 年 4 月 12 日判決(BVerfG, Urteil vom 12. 4. 2005 - 2 BvR 581/01)認為：德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項第 1 句第 2 款是使用全球衛星定位系統為證據調查以及相隨而來之證據使用符合憲法要求之授權依據(判決當時條號為第 100c 條第 1 項第 1 款 b)，亦即 GPS 屬於德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項第 1 句第 2 款所稱之「使用其他特別為監視目的所設之科技設備」。偵查機關使用 GPS 雖干預人民的一般人格權，但並未干預典型不可侵犯的私人生活狀態核心領域。

因德國使用 GPS 定位系統蒐證，無論時間長短，不採法官保留，並無須法官許可。所得資料使用於其他犯罪時，只要其他犯罪也是重要犯罪，即可使用。因為本條規定沒有形式上的前提要件，除非欠缺犯罪的初始嫌疑或非重要犯罪，較少有證據禁止使用問題²⁶。

本條規定雖沒有執行期間的限制，惟如果結合其他偵查手段一併使用，應注意其他偵查手段的期限及相關規定。例如 GPS 常與跟監一併使用，依德國刑事訴訟法第 163f 條規定，長期跟監屬法官保留事項，應先聲請法院許可。第 163f 條規定之長期跟監若結合 GPS 定位系統蒐證，除須符合第 100h 條的規定外，當然也需聲請法官許可。

參、本署見解

一、對本案被告蒐證行為侵犯隱私權一節本署不爭執

本案臺灣高等法院高雄分院 105 年度上易字第 604 號判決解釋 GPS 追蹤器已侵犯隱私權：「再「全球定位系統」(Global Positioning System；簡稱：GPS)係利用繞行地球之人造衛星持續發射載有衛星軌道資料與時間之無線電波，由地球上之接收儀器利用幾何原理即時計算接收儀器所在位置之座標、移動速度及時間。而 GPS 衛星追蹤器之追蹤方法，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，而得知被追蹤對象之所在位置、移動方向、移動速度以及滯留時間。……足見被告王○洋所裝設 GPS 衛星定位器，具有即時定位（可自行設定回定位時間）、基地台定位、歷史軌跡紀

²⁶ MüKoStPO/Günther, 1. Aufl. 2014, StPO § 100h Rn. 5-30.

錄(紀錄資料可儲存 6 個月,可回放、重複播放任何 1 天 24 小時所有定位紀錄)等功能,一旦安裝及設定完成,即可全面獲悉上開貨車之即時衛星定位資料。而以本件扣案之衛星追蹤器而言,在車輛移動之情形下,可設定每隔 5 分鐘、10 分鐘或 1 小時即自動紀錄 1 筆衛星定位資料,倘以設定 5 分鐘為例,單日最高可紀錄高達 280 筆(每小時可紀錄 12 筆,每日最高達 $12 \times 24 = 288$)即時衛星定位資訊,以卷內 GPS 衛星定位器行動軌跡紀錄列印資料顯示,自 103 年 6 月 28 日起至同年 7 月 4 日止,共 7 日均處於定位狀態,回傳資料除告訴人停放上開貨車地點即高雄市旗津區上竹巷 37-7 號之地址外,尚有逐筆停留日期時間、詳細地址及經緯度位置等詳細車輛位置相關資訊,多達 40 餘筆資料之多,被告王○洋於原審審理時亦供稱可以透過遠建公司之 APP 察看定位資訊等語(易字卷第 133 頁背面),堪認被告王○洋可依上開方式全面掌握該貨車之行蹤。而以 GPS 定位追蹤器可連續多日、全天候不間斷追蹤他人車輛行駛路徑及停止地點,將可鉅細靡遺長期掌握他人行蹤,此等看似瑣碎、微不足道之活動資訊,經由此種「拖網式監控」大量地蒐集、比對定位資料,個別活動之積累集合將產生內在關連,使以此等方式取得之資料呈現寬廣的視角場景,私人行蹤將因此被迫揭露其不為人知之私人生活圖像。質言之,經由長期大量比對、整合車輛行跡,該車輛駕駛人之慣用路線、行車速度、停車地點、滯留時間等活動將可一覽無遺,並可藉此探知車輛使用人之日常作息、生活細節及行為模式。此一經由科技設備對他人進行長期且密集之資訊監視與紀錄,他人身體在形式上雖為獨處狀態,但心理上保有隱私之獨處狀態已遭破壞殆盡,自屬侵害他人欲保有隱私權之非公開活動。而此亦為美國法院近年針對類似案件所採取之「馬賽克理論(mosaic theory)」(或譯為「鑲嵌理論」),即如馬賽克拼圖一般,乍看之下微不足道、瑣碎的圖案,但拼聚在一起後就會呈現一個寬廣、全面的圖像。個人對於零碎的資訊或許主觀上並沒有隱私權遭受侵害之感受,但大量的資訊累積仍會對個人隱私權產生嚴重危害。是以車輛使用人對於車輛行跡不被長時間且密集延續的蒐集、紀錄,應認仍具有合理之隱私期待。」

系爭判決此部分論述,同於前述美國聯邦最高法院 2012 年 *United States v. Jones* 案所維持之聯邦哥倫比亞特區巡迴法院判決所採「馬賽克理論」,前已論

及，本署不予爭執²⁷。

二、「隱私權」與「非公開之活動」範圍不同

車輛行駛於公眾往來之道路上，其他路人及交通參與者均得共見共聞，顯屬「公開之活動」，與本罪之行為客體限於「非公開之活動」不同。對此，本案最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決亦表示：「三、……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。」

惟系爭判決卻認為：「是被告王○洋所裝設之 GPS 衛星定位器確有發揮追蹤定位之功能，且透過該 GPS 衛星定位器業已回傳 103 年 6 月 28 日起至同年 7 月 4 日長達 7 日之上開貨車行跡，此一長期且密集利用電磁紀錄蒐集、竊錄上開貨車所在位置之定位資訊，進而掌握告訴人使用上開貨車行止、動向等，應認 GPS 衛星定位器所回傳上開貨車所在位置、動靜行止等資訊，已該當於刑法第 315 條之 1 第 2 款他人『非公開活動』及『竊錄』行為無誤。」

亦即，系爭判決將 A「車輛移動及位置」之信息等同於 B「車內人物之言行舉止」，再以 B「車內人物之言行舉止」既有車體作為物理屏障，應屬「非公開活動」，而認定 A 屬「非公開活動」。其論理明顯錯誤之處為：本案中的 GPS 追蹤器僅具位置訊號發送功能，無法錄音錄影，對於車內言談舉止並未窺知。系爭判決卻先不附理由將 A 等於 B，再因 B 為車體隱蔽來認定 A 屬於「非公開之活動」，其論理顯有謬誤，難怪判決後即為學者相繼為文批判²⁸。

以車輛長期行蹤一般人無從得知，固屬隱私權，本署雖敬表同意。惟本案事實審既從未指出本件 GPS 紀錄何處有系爭車輛在私人場域非公開活動之情形，GPS 紀錄也沒有窺視或紀錄告訴人駕駛系爭汽車之聲音或影像，而系爭車

²⁷ 惟 United States v. Jones 案，司法警察使用 GPS 追蹤器追蹤嫌犯 28 天，聯邦哥倫比亞特區巡迴法院依「馬賽克理論」，固認為屬於侵犯被追蹤人之隱私權；本案被告使用 GPS 追蹤器只有 6 日，依「馬賽克理論」，是否達侵犯被追蹤人隱私權之程度，非無審酌空間。

²⁸ 請參見蔡聖偉，再論私裝 GPS 跟監與「竊錄非公開活動」一評最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決，月旦裁判時報，76 期，2018 年 10 月，27 頁，33-35 頁；薛智仁，GPS 跟監、隱私權與刑事法一評最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決，月旦裁判時報，70 期，2018 年 4 月，42 頁，53 頁。

輛行駛於公共道路某處時，為該處路人所共見共聞之公開行為，雖然每位路人都只能看到車輛從眼前經過之一小段路程，但每一小段行駛之「公開行為」之累積不會變成「非公開行為」。「隱私權」與「非公開之活動」範圍並不相同，GPS 追蹤器是否侵犯隱私權究與侵犯之客體行為是否為「非公開活動」分屬二事，系爭判決以被告裝設 GPS 追蹤器已經侵犯隱私權，取代竊錄之客體為「非公開活動」，已經違反罪刑法定主義。美國聯邦最高法院 2012 年 *United States v. Jones* 案支持之「馬賽克理論」是解釋隱私權範圍，其法效果是證據排除；該理論並非解釋刑法，擴張「非公開活動」之意義。否則，如同蔡聖偉教授批評系爭判決所舉之例，依本判決意旨，若公開活動也成為本罪犯罪客體，恐怕連架設路邊的監視器也可能構成本罪，因為彙整各路段的錄影資料，也可拼湊出一個人之行蹤²⁹。

三、以「隱私受侵害」取代「非公開」構成要件，違反罪刑法定主義

系爭判決認為被告行為係犯刑法第 134 條、第 315 條之 1 第 2 款之公務員假借職務上之機會，故意犯以電磁紀錄竊錄他人非公開活動罪。刑法第 315 條之 1 第 2 款係規定：「有下列行為之一者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或 30 萬元以下罰金：……二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。」

最高法院 101 年度台上字第 5879 號判決指出：「狹義之法律解釋方法，固有文義解釋、體系解釋、法意解釋（又稱歷史解釋或沿革解釋）、比較解釋、目的解釋及合憲解釋（後五者合稱為論理解釋），及偏重於社會效果之預測與社會目的考量之社會學解釋。然典型之解釋方法，是先依文義解釋，而後再繼以論理解釋；惟論理解釋及社會學解釋，始於文義解釋，而其終也，亦不能超過其可能之文義，故如法文之文義明確，無複數解釋之可能性時，僅能為文義解釋，自不待言。」

最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決也發現系爭判決論述有上開問題，乃指出：「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

²⁹請參見蔡聖偉，再論私裝 GPS 跟監與「竊錄非公開活動」一評最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決，月旦裁判時報，76 期，2018 年 10 月，27 頁，36 頁。

開』構成要件要素之涵攝，固有微疵，但不影響本件判決本旨。」惟罪刑法定主義是刑法之帝王條款，法官只能在法條文義射程範圍內考量規範目的，不能拿規範目的取代法條文字，系爭判決上開論述豈是「微疵」，而「不影響本件判決本旨」。

四、司法警察調查犯罪前不必先行報告

本案被告王○洋係為查私菸出於偵查之目的，於上開貨車底盤裝設 GPS 追蹤器之行為，其裝設 GPS 追蹤器及拆卸均有五二岸巡大隊同事隨行，並非其個人單獨行動。已先後為臺灣高雄地方法院 105 年度易字第 110 號判決、臺灣高等法院高雄分院 105 年度上易字第 604 號判決所確認。

按司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官；司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官；巡防機關前 2 項以外之人員，執行第 4 條所定犯罪調查職務時，視同刑事訴訟法第 231 條之司法警察，刑事訴訟法第 230 條第 2 項及第 231 條第 2 項、海岸巡防法第 10 條第 3 項分別定有明文。警察偵查犯罪手冊第 16 點亦規定：「司法警察人員知有犯罪嫌疑者，應即開始調查且將調查情形報告直屬長官，並視案情報請檢察官主持偵辦。」亦即，司法警察調查犯罪原則係採事後報告，而不必事前報告。被告王○洋事前雖未立案調查或報請長官書面同意，其裝設 GPS 追蹤器之行為，不因此即認為違法。

五、被告行為時，司法實務未禁止警察使用 GPS 蒐證

與前開美國法及德國法相較，我國法律至今對於偵查機關或司法警察機關聲請裝設追蹤器未作任何規定，我國司法實務常見之案件係私人自行或委託徵信社蒐集配偶通姦證據，在車廂內裝置兼具竊聽功能的 GPS 定位追蹤器或在汽車底盤裝置僅能紀錄車輛位置之 GPS 定位追蹤器，例如第一件以 GPS 追蹤器妨害秘密之科刑案件係臺灣新竹地方法院 98 年 5 月 11 日 97 年度竹簡字第 1545 號判決，或後來發生之臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號判決，均是此類案件，法院認為行為人成立刑法第 315 條之 1 第 2 款無故竊錄罪。

本案系爭判決認為：「按刑法第 315 條之 1 妨害秘密罪，以『無故』為構成

要件，而『無故』之意義，通說認係指『無法律上正當理由』，學理上有主張係違法性要素，有主張係構成要件要素，究其實質均屬排除行為不法之要件，可稱之為阻卻不法事由。而有無正當理由之判斷，須視行為者有無合理化其行為之事由而定，亦即綜合考量行為人行為之目的，行為當時之人、時、地、物等相關情況，及對方受干擾之程度等因素，合理判斷其行為所構成之侵擾，是否逾越社會通念所能容忍之界限。是所謂「正當理由」非謂行為人之行為有其目的或動機良善即屬之。另觀刑法第 306 條侵入住宅罪、第 315 條妨害書信秘密罪、第 316 條洩漏業務上知悉他人秘密罪，亦均以『無故』為構成要件，倘國家偵查機關或偵查輔助機關僅為犯罪偵查或刑事訴訟之舉證，而允許以此為由，侵入住宅（刑法第 306 條），開拆隱匿封緘信函（刑法第 315 條），窺視、竊聽、竊錄他人非公開之活動（刑法第 315 條之 1），或允許醫師等專業人員洩漏因業務知悉之秘密（刑法第 316 條），則憲法對於居住安全、隱私權之保護豈非具文。以通訊監察為例，犯罪偵查機關為維護社會治安、保障人民權益，於調查犯罪（甚至重大刑案）時，如欲以監聽方式蒐證，必須基於偵查犯罪、維護國家安全及社會秩序之目的，並符合法律所明定之嚴重危害國家、社會犯罪類型，依照法定程序，方得在法院之監督審核下進行通訊監察，始得為之，自不能認為國家偵查機關基於蒐集證據等之目的，即一概認定有侵犯人民隱私權之正當事由。因此，縱被告王○洋係基於偵查上開貨車使用人是否涉有走私私煙犯行之目的而侵害告訴人之隱私，因憲法上之法律保留原則乃現代法治國原則之具體表現，規範國家與人民之關係，依憲法第 23 條之規定，國家機關限制人民之基本權等重大事項原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據，殊無由偵查機關憑一己之判斷或臆測，藉口犯罪偵查為由，即自行發動竊錄蒐證，而仍應審究是否具有法律上正當理由。」

系爭判決認為個人隱私於公共場所亦受保護，GPS 追蹤器與人力跟監有本質差異，使用 GPS 追蹤器侵犯他人之隱私權，此部分見解本署亦表贊同。但本件被告行為時間是民國 103 年 6 月 28 日晚上 8 時 40 分前至 103 年 7 月 4 日，經上網司法院內部網站法學資料檢索系統查詢 103 年 6 月 27 日以前涉及司法警察使用 GPS 追蹤器蒐證或逮捕之判決，結果未發現最高法院 103 年 6 月 27 日以前有此類裁判；再查詢 103 年 6 月 27 日以前臺灣高等法院及其分院涉及司法

警察使用 GPS 追蹤器蒐證或逮捕之判決，共蒐得 3 件判決，分述如下：

1.臺灣高等法院高雄分院 99 年 9 月 23 日 99 年度上訴字第 1341 號判決表示：「理由、貳、一、上揭事實(按：被告涉嫌製造第四級毒品)，業據被告張○榮、李○偉於檢察官偵查中、原審及本院審理時均坦承不諱，核與共同被告陳○偉於警訊及偵審中供述情節相符；而本案係 97 年底開始偵辦，同年 11 月初正式上線監聽，在查獲前，曾在被告張○榮車上裝置 GPS，跟蹤被告張○榮之汽車前往『穎○藥局』，當時被告張○榮與李○偉一起去，張○榮抱 1 大箱東西上車，伊等並有攝影，查獲當天是跟蹤被告張○榮車子到現場，因而查獲本案等情，復經證人即承辦員警張○賢於檢察官偵查中證述甚詳；」本件經被告張○榮、蔡○宏上訴最高法院，經最高法院以 99 年度台上字第 8147 號判決駁回上訴確定，並無隻字片語指責該案司法警察裝置 GPS 蒐證之程序有何違法或不當。

2.臺灣高等法院臺南分院 101 年 5 月 30 日 101 年度上訴字第 298 號判決表示：「理由、三、(四)、2……查本案承辦員警固於偵查時，經由通訊監察知悉綽號阿銘者涉嫌販賣第一、二級毒品，然不知其真實姓名及行蹤。嗣經被告許○承於警詢時供出該綽號阿銘者為其上游毒販，並提供該綽號阿銘者之護照予警方，始知其真實姓名為葉○銘。被告許○承並委託其父許○俊代為尋覓葉○銘之行蹤，並配合警方於許○承之機車裝設衛星定位 GPS 後，交付葉○銘以折抵葉○銘所稱被告許○承積欠之 1 萬元債務，警方因而經由前揭衛星定位 GPS 掌握葉○銘行蹤而將其拘捕到案等情，此業經本案承辦員警盧○遜於原審審理時證述綦詳（見原審卷第 90 至 94 頁），復有證人盧○遜職務報告、臺灣嘉義地方法院檢察署 101 年 1 月 12 日嘉檢兆孝 100 偵字第 7273 字第 1216 號函文各 1 份在卷可佐（見原審卷第 47、79、80 頁）。參以檢察官於原審審理時亦陳稱：許○承部分確實係經由其供述才查獲葉○銘，同意依毒品危害防制條例第 17 條第 1 項減輕其刑等語（見原審卷第 120 頁），足認因被告許○承供出其上游毒販葉○銘之確切姓名資料並配合警方上開作法，警方始得以確切掌握葉○銘行蹤並因而查獲，爰就被告許○承附表二各次犯行均依毒品危害防制條例第 17 條第 1 項之規定減輕其刑，並依法遞減之。」本案未上訴最高法院而確定，臺灣高等法院臺南分院 101 年度上訴字第 298 號判決亦未指責該案司法警察利用同案被告裝置 GPS 逮捕被告之程序有何違法或不當。

3.臺灣高等法院 102 年 11 月 12 日 102 年度上訴字第 723 號判決表示：「理由、貳、乙、四、(二)證人即基隆調查站緝毒組調查員徐○良於原審審理中證稱：約 99、100 年間，謝○憲涉嫌調查局承辦之健○順公司涉嫌偽造文書案件，結案之後，張○平組長向伊提到與謝○憲做過接觸，謝○憲對健○順案件感到後悔，願意就含麻黃鹼的藥品部分與調查局合作，因此請伊負責跟謝○憲聯繫，希望謝○憲對有不正常交易藥品之人於交易時間點能預先通知調查局，以利調查員跟監。在偵辦毒品案期間（約 100 年 5 至 7 月間），謝○憲如跟曾○騰有交易約定，均會事先通知伊並配合調查局作業（包括包裝藥品大小、在曾○騰車上安裝 GPS 等），使調查局能事先部署、跟監。」本案未上訴最高法院而確定，臺灣高等法院 102 年度上訴字第 723 號判決亦未指責該案司法警察裝置 GPS 追蹤器蒐證之程序有何違法或不當。

對此，本案最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決亦表示：「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。」

綜合上述判決可知，因我國法律對偵查人員使用 GPS 追蹤器蒐證或緝捕人犯之要件及程序未作規範，但偵查實務有使用 GPS 之需要，否則，縱檢警接獲運輸毒品、未稅洋菸集團之內部人員可靠情資表示某船隻或車輛將於何時載運毒品、未稅洋菸，在茫茫大海或車海中，偵查人員如何確認該船隻、車輛位置而成功截獲？警察維護社會治安之職責無法因等待立法而稍待，只因法律未作規範，故較少在移送書或起訴書將 GPS 蒐證紀錄列為證據。本案被告行為時，司法實務並未禁止司法警察使用 GPS 蒐證，與私人自行或委託徵信社蒐集配偶通姦證據偷裝 GPS 追蹤器應負刑責，並不相同。而比較同一時期先進國家之法律例如前述美國法、德國法，此種見解應屬正常合理。

六、法律見解固與時俱進，變更見解前不違法之偵查作為不負刑責

按刑法第 315 條之 1 妨害秘密罪，以「無故」為構成要件，而「無故」之意義，通說認係指「無法律上正當理由」，屬排除行為不法之要件，稱為「阻卻不法事由」。而有無正當理由之判斷，須視行為者有無合理化其行為之事由而定，亦即綜合考量行為人行為之目的，行為當時之人、時、地、物等相關情況，及對方受干擾之程度等因素，合理判斷其行為所構成之侵擾，是否逾越社會通念所能容忍之界限。

我國刑事訴訟法或其特別法至今尚未規範使用 GPS 蒐證之要件及程序，被告行為時司法實務並未認定司法警察裝設 GPS 追蹤器蒐證違法，參考當時先進國家相關法制及時空環境，亦容許司法警察未經法院許可裝設 GPS 追蹤器蒐證；我國司法警察既有裝設 GPS 追蹤器蒐證之需求，其維護社會治安之職責復無法因等待立法而稍待，應認為被告之行為具有法律上正當理由。社會治安之維護及正當法律程序之遵守同屬重要，就此偵查方法，固應以法律明定相關要件，俾符法治國家原則。但法律明定前之偵查作為，不能由社會共享司法警察維護治安之果實，卻由執法之司法警察獨自承擔刑責風險。

以美國聯邦最高法院 *United States v. Jones* (565 U.S. 400, 2012) 為例，後來雖認為警察逾越法院裝設 GPS 許可書之期限，在嫌犯車子底盤裝設 GPS，構成違法蒐證。其法效果亦僅係 GPS 紀錄證據排除，而非追究司法警察之刑事責任。

本件被告固有前往陳○聰置放車輛之處安裝 GPS 追蹤器之舉，然被告係屬五二岸巡大隊司法組成員，位居士官長之職，屬刑事訴訟法第 231 條之司法警察。且安裝此等 GPS 追蹤器乃因陳○聰所有之車輛屬該大隊前曾緝獲之同一運輸公司，故為調查該車輛是否有運輸私菸，方於勘查後決定安裝 GPS 追蹤器，堪認被告上開作為應係執行私菸查緝之偵查勤務。司法警察（官）調查方式、手段，法律並無要式性之規範；以裝設 GPS 於犯罪嫌疑人使用車輛之行為，係以秘密方式針對特定嫌疑人進行調查、蒐集犯罪事證或相關資訊之國家公權力行為。告訴人駕駛車輛行駛於供公眾往來道路，現今社會雖認仍可能屬隱私權保護範疇，但早先曾被認為「無隱私合理期待」，已如前述。依被告行為當時司法實務見解，此等作為應認為具法律上正當理由，不應構成刑法第 315 條之 1 第 2 款之「無故」。

七、結論

「隱私權」與「非公開之活動」二者範圍並不相同，刑法第 315 條之 1 第 2 款係處罰無故竊錄他人「非公開之活動」，並非處罰侵犯他人之「隱私權」。本案 GPS 紀錄全部係系爭車輛在公共道路之「公開活動」，乃系爭判決及下級審判決均未指出本案 GPS 紀錄何處有系爭車輛在私人場域非公開活動之情形，也沒有窺視或紀錄告訴人駕駛系爭汽車之聲音或影像，系爭判決卻以「隱私權」替代「非公開之活動」，認為被告構成本罪，已經違反罪刑法定主義。

另外，本案被告行為時，司法實務並未禁止警察未經聲請法院許可，使用 GPS 蒐證；且偵查實務有使用 GPS 蒐證或追蹤嫌犯之需求。被告依偵查實務相沿成習之例蒐證，有法律上正當理由，應非「無故」。法律見解及人權保護觀念固與時俱進，法院以證據排除方式宣告其對警察使用 GPS 蒐證之最新見解已足，法院變更見解前之偵查作為，不能由社會共享司法警察維護治安之果實，卻由執法之司法警察將來可能獨自承擔刑責之不確定風險。

肆、案經確定，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正。

伍、附件清冊

最高法院 109 年度台非字第 61 號刑事判決

主 文

上訴駁回。

理 由

本院按非常上訴之提起，應以原確定判決違背法令者為限，此觀刑事訴訟法第 441 條之規定自明，而所謂違背法令，係指顯然違背法律明文所定者及其審判程序或判決所援用之法令有所違背者而言。法院為適應現代科技之快速發展，探討法律之真義而為適當之解釋者，倘依其判決之內容，關於確定事實之援用法令如無不當，僅其所持法令上見解容有不同，尚不得因其法律上之見解，即認其違背法令而據為提起非常上訴之理由。又按無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或新臺幣 30 萬元以下罰金，刑法第 315 條之 1 第 2 款定有明文。本件原確定判決事實認定：被告王○

洋為行政院海岸巡防署海岸巡防總局南部地區巡防局五二岸巡大隊士官長，擔任司法組組長，為服務於國家所屬機關，具有法定職務權限之司法警察身分之公務員，假借偵查犯罪職務上之機會，於民國 103 年 6 月 28 日晚間 8 時 40 分前之不詳時間及地點，將其所有以「李曉靜」名義申設之臺灣大哥大股份有限公司預付卡門號 0970487947 號 SIM 卡 1 張，裝置於向他人借得之 GPS 衛星定位追蹤器(Global Positioning System ，下稱 GPS 追蹤器)內，並擅自將該 GPS 追蹤器裝設於告訴人陳文聰使用、登記於緯 交通有限公司名下之車牌號碼 509-XJ 營業用小貨車下方底盤，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遠建電子科技股份有限公司設置之 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，無正當理由以電磁紀錄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，而知悉告訴人使用上開貨車非公開之動靜行止及狀態等活動等情，理由欄並說明：(一)、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。隱私權則為保障此項核心價值之基本權利，而受憲法第 22 條所保障。而隱私權之保護，並不因身處公共場域，而失其必要性。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；(二)、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。經由所蒐集長期而大量之位置資訊進行分析比對，更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。此一經由科技設備對他人進行長期且密集之資訊監視與紀錄，他人身體在形式上雖為獨處狀態，但心理上保有隱私之獨處狀態已遭破壞殆盡，自屬侵害他人欲保有隱私權之「非公開活動」；(三)、GPS 追蹤器之追蹤方法，係將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等資訊之電磁紀錄，固非為捕捉個人之聲音、影像，但仍屬刑法第 315 條之 1 第 2 款所規範之「竊錄」行為；(四)、偵查機關非法安裝 GPS 追蹤器於他人車上，已違反該他人之意思，而屬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」，倘無法律依據，自屬違法而不被允許；(五)、本件被告事前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等旨，因認被告並無法律授權，即透過 GPS 追蹤器蒐集告訴人車輛位置等資訊，嚴重侵害其隱私權，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」之要件等旨，因認被告所為係犯刑法第 134 條、第 315 條之 1 第 2 款之公務員假借職務上之機會，故意犯以電磁紀錄竊錄他人非公開活動罪，並依法加重其刑。已敘明認定事實所憑之證據及理由。其關於確定事實所援用之法令並無不當，依上說明，乃個案之法律見解問題，自不得據以對原確定判決提起非常上訴。非常上訴意旨引據學理上之見解及外國司法實務運作情形，暨與本件案例事實不同之本院判決（100 年度台上字第 4780 號、101 年度台上字第 6343 號判決）等資料，執以指摘原確定判決違背法令，尚與提起非常上訴必須以確定判決顯然違背法令之前提要件有間。本件非常上訴難認為有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 446 條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 6 月 30 日

【第六案】林○志貪污案

爭點：貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款違背職務收賄罪及第 5 條第 1 項第 3 款不違背職務收賄罪之「職務上之行為」之認定標準為何？民意代表所制衡之行政機關職掌之事務，是否屬於民意代表之「職務上之行為」？

最高檢察署檢察官提案予刑事大法庭聲請書

原文目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣新北地方法院 98 年度矚訴字第 1 號判決

二、臺灣高等法院 106 年度重上更（一）字第 42 號判決

三、小結

參、聲請提案予刑事大法庭之理由

一、所涉及之法令

二、「職務上之行為」之學說

（一）法定職權說

（二）分立規範模式解釋

（三）公務說

（四）實質影響說

（五）小結

三、外國立法例

（一）美國

（二）日本

（三）德國

（四）小結

四、法律見解具有原則重要性之具體內容及法律見解歧異之裁判

（一）實務見解有關「職務上之行為」認定之演變

(二)最高法院對「職務上之行為」判斷標準之見解歧異

(三)中央或地方民意代表關說、遊說，是否為「職務上之行為」

1.否定說

(1)議員個人接受人民陳情，向政府建議，非職務上之行為

(2)以立委因遊說所從事之特定行為是否屬其職權之行使而為判斷

2.肯定說：

(1)關於「職務上之行為」認定，及於因自己之法定職務關係或必要輔助性權力，經由請託足以形成一定之影響

(2)「選民服務」若屬立委職務上慣習，且影響、干預其他公股代表擔任董事長之民營公司作為或不作為特定事項，即與立委職務上之行為具密接關連性

五、該具有原則重要性、歧異之見解對於裁判結果之影響

六、本署見解

(一)我國學說及實務主流見解採「實質影響說」

(二)「實質影響說」之判斷標準

(三)民意代表所制衡之行政機關職掌之事務，屬於民意代表之「職務上之行為」

(四)本案蘆洲市公所清潔隊之行政人員，均為蘆洲市市民代表職務影響力所及

(五)依原審認定，被告林○志收錢與其向蘆洲市公所清潔隊之行政人員施壓有對價關係

(六)最高法院對「職務上之行為」判斷標準，見解仍有歧異

(七)原審判決理由違背最高法院晚近認定「職務上之行為」之見解

肆、結論

伍、附件清冊

壹、與法律爭點相關之本案事實(略)

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解(略)

參、聲請提案予刑事大法庭之理由

一、所涉及之法令(略)

二、「職務上之行為」之學說

公務員以「職務上之行為」交易他人的賄賂，為收賄罪的要件，但如何判斷是否屬於公務員「職務上之行為」，則長期困擾我國司法實務。公務員「職務上之行為」可分為「一般職務權限行為」及「與職務密切關聯行為」，「一般職務權限行為」指公務員依據法令可以實施的職務內容，及依其作用或組織行為目的，可得認定屬職務內容者，包括無獨立裁量權限的輔助職務。「與職務密切關聯行為」則指雖非法定職務行為本身，但與職務具有緊密關係的準備或附隨活動。

但公務員「職務上之行為」是否應包括「與職務密切關聯行為」？若是，其界限為何？國內學者之見解相當紛歧，範圍由窄至寬主要有「法定職權說」、「分立規範模式解釋」、「公務說」、「實質影響說」等學說，分述如下。

(一)法定職權說

柯耀程教授認為：「職務」一詞，無法透過文義、論理解釋乃至歷史解釋，以求其具體的概念形象，必須從法規範目的作目的解釋。而依罪刑主義之要求，目的解釋不能逾越文義解釋與論理解釋範圍，且對於犯罪成罪條件，應採取嚴格的限縮解釋。所謂「職務關聯性」、「職務實質影響力」均屬於擴張解釋的產物，故僅限於公務員之法定職務權限才屬於其職務行為¹。

蕭宏宜教授主張：政府官員法定職務權限應從管轄權觀點予以限定，不含公務員利用其地位施影響力於屬於他人之職務行為。公務員對於特定任務的執行，來自於事務、土地與層級管轄的分配，有管轄權即有法定職務權限，至於機關內部的職務分配或事務分擔，並不改變管轄權範圍，仍屬「職務上之行為」。例如立法委員就非自己所屬委員會審議之法案對其他委員會委員進行勸說，仍屬「職務上之行為」；但立法委員基於監督地位產生的實質影響力，例如以選民服務為名找局處官員「協調」，即非「職務上之行為」²。黃士軒教授亦持相似見解³。

¹ 柯耀程，「職務」概念的解釋與限制，法學叢刊，2011年4月，222期，26-28頁。

² 蕭宏宜，賄賂罪的「職務上行為」概念—兼評最高法院99年度台上字第7078號判決，東吳法律學報，2013年4月，24卷1期，112-114頁。

³ 黃士軒，公務員賄賂罪中的職務行為—以我國最近之學說與最高法院實務為中心，國立中正大學法學集刊，2015年7月，48期，112-113頁。

(二)分立規範模式解釋

許恒達教授認為：在現代憲政秩序下，民意代表的職務性質與行政官及司法官不同，民意代表並非純粹依據現有法令行事，民意代表可以支持特定選民意見，為其利益推動立法；人民意見亦可透過民意代表向行政機關反應。此乃民主政治形成多元意見之一部分，不因該意見有利於特定團體，而認為其行為違法，因此我國應仿德國法，將民意代表收賄刑責與其他公務員分開規範。因我國目前收賄罪採公務員統一規範模式(即包括民意代表)，宜限縮解釋民意代表的職務行為，僅限於民意代表的議會活動及議會中的相關官方行為，排除外於議會活動的選民服務、反應民意或體制外關說；若涉及議會活動以外的關說行為，則不在民意代表的職務行為，僅能審酌是否涉及非主管職務圖利罪，或仿日本修法另立「斡旋受賄罪」⁴。

(三)公務說

林山田教授主張：「所謂職務上的行為即職務行為，係指依據法律、行政規章或服務規程所規定的屬於公務員職權範圍內所應為或得為的行為。……至於職務行為的種類或重要性，均非所問，縱係準備或支援工作等具次要性者，亦可認為係職務行為。⁵」林山田教授未進一步闡釋其主張，只能由其用語判斷，其解釋「職務上之行為」之範圍，似較接近日本的「公務說」(詳後述)。

(四)實質影響說

林鈺雄教授則很有條理地分析公務員「職務上之行為」，其認為：公務員職務上行為之審查應分為以下4層次：(1)是否公務員？肯定者才進入第二層；(2)是否「職務行為」？肯定者進入第三層；(3)是否有「對價給付關係」？肯定者成立職務收賄罪。至於那種職務收賄罪，則進入第四層審查；(4)不法合意指涉的職務行為有無「義務違反性」？若具備「義務違反性」，成立貪污治罪條例第4條第1項第5款違背職

⁴ 許恒達，賄賂罪職務行為之再探討—以民意代表受賄事例為中心，檢察新論，17期，2015年1月，68頁，91-96頁。

⁵ 林山田，刑法各罪論(下)，2004年1月，4版，78頁。

務收賄罪；若不法合意指涉的職務行為不具備「義務違反性」，則成立貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款不違背職務收賄罪⁶。

林鈺雄教授解釋，因「職務上之行為」是貪瀆罪共同基礎要素，解釋上不能太限縮，「職務上之行為」只要具有功能的關聯為已足，無庸具體權限；是否在機關內部事務分配範圍內更非所問；只要具職務之外觀，至於職務行為本身是否合法、有無濫用，都無礙「職務上之行為」之成立⁷。民代約定收錢辦事，再透過他公務員實施的職務行為，從收賄的規範目的來看，一樣影響國家公權力的廉潔與公正，可罰性並無不同，並非所謂的「選民服務」所能正當化。「有些實務判決以所謂的民代只是私人關說(諸如『XX 立委只是運用其充沛人脈和影響』)為由而否定民代成立職務收賄罪，並不足採。⁸」許澤天教授見解大致與林鈺雄教授相同，不在此重覆⁹。

吳耀宗教授亦主張：貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款規定「職務上之行為」，並非「法定職務權限行為」；公務員職權範圍，法令很難全部包含在內，仍須與國家機關組織之相關法令連結，否則必然產生重大法律漏洞。賄賂罪法益包括「公務員職務行為之公正性」、「公務員之廉潔性」，只要二者之一受到侵害，即可能成立犯罪，不以影響國家公務行為之公正性為必要。就日本及德國法界之見解觀察，有關賄賂罪之「職務行為」，沒有採「法定職權說」如此狹隘見解者。我國少部分學者見解認為依罪刑法定主義，應採「法定職權說」，但罪刑法定主義係指無論採取何種解釋方法，均禁止超出法條之可能文義範圍，亦即禁止類推適用，並非禁止合理的擴張解釋。公務人員任用法第 3 條第 1 項第 3 款規定：「職務，係分配同一職稱人員所擔任之工作及責任」，應指公務員本其職位而實際上所從事的各種相關事務之行為，是否法定並非關鍵所在，如此解釋不僅較符合一般國民常識，公務員也瞭

⁶ 林鈺雄，公務員職務上行為之實務檢討—兼論民意代表職務收賄之可罰性，檢察新論，第 17 期，2015 年 1 月，98 頁，99-100 頁。

⁷ 林鈺雄，公務員職務上行為之實務檢討—兼論民意代表職務收賄之可罰性，檢察新論，第 17 期，2015 年 1 月，98 頁，101-102 頁。

⁸ 林鈺雄，公務員職務上行為之實務檢討—兼論民意代表職務收賄之可罰性，檢察新論，第 17 期，2015 年 1 月，98 頁，105 頁。

⁹ 許澤天，對於職務上之行為受賄概念的辨正，許澤天老師的研究網站，

<https://sites.google.com/site/xuzetian>

laoshideyanjiuwangzhan/Home/duiyuzhiwushangzhixingweishouhuigainiandebianzheng(最後瀏覽日 2019 年 1 月 29 日)

解其收賄與職務關聯行為間有對價關係，並無難以預期的問題¹⁰。曾淑瑜教授亦持相同見解，其說理大致與吳耀宗教授上開意見相同，不在此重覆¹¹。

吳耀宗教授更解釋：立法委員有議決預算案(憲法第 63 條)、向各部會首長提出質詢(憲法增修條文第 3 條第 2 項第 1 款)、文件調閱權(立法院職權行使法第 45 條以下)，依國營事業管理法第 3 條第 1 項第 3 款雖規定政府出資超過百分之五十者為國營事業，但只要政府是該事業體最大股東，即便出資低於百分之五十，對於該事業體之重大人事、重大決策經營管理，便有支配性影響力，仍屬實質國營事業，依同條第 3 項規定：「政府資本未超過百分之五十，但由政府指派公股代表擔任董事長或總經理者，立法院得要求該公司董事長或總經理至立法院報告股東大會通過之預算及營運狀況，並備詢。」此雖僅是單純私經濟行為，仍屬國家事務，立法委員基於監督質詢行政部門以及對於預算案、法律案等審議權限，對實質國營事業之經營事項有實質影響力，立法委員因收賄而關說、施壓該等公司與廠商簽約，自屬對立法委員職位有關聯性之事務收賄¹²。

陳子平教授認為：我國司法實務目前基本上對「職務上之行為」已採職權之實質影響力，但對於實質影響力之判斷，司法實務之判決仍存有寬窄之分，有判決對「職務」內容做了相當狹隘之字義解釋，看似在維護罪刑法定主義之人權保障功能，結果不僅忽略刑法法益保護功能，亦漠視我國民意代表經常為牟取私利、以民代身分強勢關說之不法現狀。我國此現象更甚於日本，而不同於德國，自然應採日本司法實務與學界所採之見解，在職務關連性的判斷採「地位利用說」，不論形式上為「選民服務」、「關說」、「遊說」，必須對他方發生影響力，始認為具有職務關連性，如此解讀，並不違反罪刑法定主義，也才符合絕大多數民眾之法感¹³。

李錫棟教授主張，日本在大正 2 年之判例，即承認「與職務密切關聯行為」亦具有職務性質，我國如仍固守法定職權說，無異尚停留在日本 100 年前之見解。參考日本實務及學說，應以「公務說」、「地位利用說」、「影響力說」三說兼用，不論

¹⁰ 吳耀宗，立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？--評台北地方法院 101 年度金訴字第 47 號刑事判決，月旦裁判時報，2014 年 2 月，25 期，102 頁，110-112 頁。

¹¹ 曾淑瑜，賄賂與職務之關聯性，月旦法學雜誌，151 期，2007 年 12 月，233 頁，236-237 頁。

¹² 吳耀宗，立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？--評台北地方法院 101 年度金訴字第 47 號刑事判決，月旦裁判時報，2014 年 2 月，25 期，102 頁，114-119 頁。

¹³ 陳子平，就許恆達教授「賄賂罪職務行為之再探討」報告之與談意見，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，120 頁，130。

公務員利用其地位而對他人施影響力，或實施與公務有影響關聯的行為，都應屬於職務上行為¹⁴。

此外，甘添貴教授主張：「所謂職務行為，解釋上係指不違背職務之行為，乃公務員或仲裁人在其職務範圍內所應為或得為之行為，亦即在權限範圍內之事項，本其職務上應為而不違背其義務者而言。其範圍，通常固多依法令之規定，惟不以由法令直接規定為必要，亦不限於有獨立裁決權之事項；在上級公務員之指揮監督下，承命而處理之從屬或輔助職務者，亦屬之。¹⁵」似亦採實質影響說。

(五)小結

中央或地方民意代表，均屬於公務員，民代收賄於議會中的行為，包括提出議案、召開法案或議案審查會、參與議案表決，作為收賄之對價，固屬其「職務上之行為」；民意代表若收賄而替特定廠商向公務機關關說、施壓，是否屬民意代表之「職務上之行為」？

收賄罪是犯罪黑數頗高的隱性犯罪，既不容易被發現，且因密室交易而難以蒐證定罪，不宜再限縮解釋「職務上之行為」，以免貪官污吏有俟無恐。在我國學界，採「實質影響說」的學理較堅強，認為國家分官設職，雖已規定各類公務員之職權，但由於公務活動範圍甚廣，法令難以全部規定，且層級越高之公務員，其職權越龐大，為免掛一漏萬，公務員對於「職務上之行為」規範，即不限於法定職權範圍；民意代表若因收賄，為廠商進行關說，應構成不違背職務收賄罪。少部分學者則認為依罪刑法定主義，應採「法定職權說」；民意代表收賄為廠商進行關說，不構成不違背職務收賄罪。

三、外國立法例

(一)美國

美國法界認為政府本應對民眾公平地提供資源及服務，貪污是藉由向公務員賄賂或餽贈，不公平地獲取服務或資源。美國聯邦政府於 1962 年制定、1963 年 1 月施行「賄賂、貪污與利益衝突罪」(Bribery, Graft and Conflicts of Interest)，立法目的

¹⁴ 李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，2011 年 7 月，223 期，17 頁，51-54 頁。

¹⁵ 甘添貴，刑法各論(下)，三民，2010 年 2 月，380-381 頁。

有五：(1)確保所有人民與政府機關往來，能受到平等對待；(2)政府機關之決策決定不受私人因素影響；(3)提升政府效能；(4)維持民眾對政府信賴；(5)防止公務員利用職位獲取私利¹⁶。

美國聯邦法賄賂罪不論是否違背職務，對行賄者及收賄者雙方都處罰，且法定刑相同；違背職務收賄與不違背職務收賄之法定刑亦相同。聯邦法 18U.S.C. §201(b) 規定收賄罪：「……(2)公務員或被指派為公務員之人，為本人、其他人或團體，直接或間接腐敗地要求、尋求、同意收受或收受任何有價值之物，而以下列事項作為回報者：(A)被影響任何公務行為之履行，或(B)被影響去從事、幫助、勾結、縱容或製造機會詐欺美國聯邦政府，或(C)違背職務而為或不為任何行為者。其刑責與行賄者相同。¹⁷」其中 18U.S.C. §201(b)(2)(A)相當於我國不違背職務收賄罪，18U.S.C. §201(b)(2)(C)相當於我國違背職務收賄罪。美國收受賄賂罪之成立，行賄者需有影響公務員「職務上之行為」之意圖，收賄者則需有「職務上之行為」受影響之犯意，亦即「有價值之物」與「職務上之行為」需有對價關係。

美國聯邦法§201(c)(1)另有饋贈罪之規定：「(A)任何人，除法律另有規定屬適當者外，因公務員、前公務員、或經選任而具備公職身分者，因曾為或將為公務行為，

¹⁶ Rosewell B. Perkins, The New Federal Conflict-of-interest Law, 76 Harv. L. Rev. 1113, 1118 (1963).

¹⁷ 聯邦法 18 U.S.C. §201(b)分別規定行賄罪及收賄罪：「(1)任何人直接或間接腐敗地交付、要約或承諾任何有價值之物給公務員或被指派為公務員之人，或向該等人交付、要約或承諾任何有價值之物給任何其他人或團體，而意圖(A)影響任何公務行為，或(B)影響該等公務員或被指派為公務員之人去從事、幫助、勾結、縱容或製造機會詐欺美國聯邦政府，或(C)誘使公務員或被指派為公務員之人違背職務而為或不為任何行為者。處 15 年以下有期徒刑，得併科罰金……」

18 U.S. C. § 201, “(b) Whoever—

(1) directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official or person who has been selected to be a public official, or offers or promises any public official or any person who has been selected to be a public official to give anything of value to any other person or entity, with intent—

(A) to influence any official act; or

(B) to influence such public official or person who has been selected to be a public official to commit or aid in committing, or collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or

(C) to induce such public official or such person who has been selected to be a public official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official or person;

(2) being a public official or person selected to be a public official, directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity, in return for:

(A) being influenced in the performance of any official act;

(B) being influenced to commit or aid in committing, or to collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or

(C) being induced to do or omit to do any act in violation of the official duty of such official or person;”

直接或間接地給予、或承諾給予任何有價物，成立饋贈罪，處 2 年以下有期徒刑，得科或併科罰金。(B)公務員、前公務員、或經選任而具備公職身分者，除法律另有規定屬適當者外，因曾為或將為公務行為，為自己期約、要求、收受或同意收受任何有價物，成立收受饋贈罪，刑責與饋贈罪同。¹⁸」饋贈罪與賄賂罪主要不同在於：檢察官不必證明饋贈者有影響公務員職務行為之意圖，只需證明其饋贈是因為「職務上之行為」即足。例如廠商先與公務員打關係，希望該公務員將來尚未特定之職務行為有利行餽贈人，或對公務員過去某行為表示感謝¹⁹。如果送禮兼有「私人情誼」及「公務關係」之雙重目的，其中合法目的部分不能對非法部分產生隔離效果，

¹⁸ 18 U.S. Code § 201, “(c) Whoever—

(1) otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty—

(A) directly or indirectly gives, offers, or promises anything of value to any public official, former public official, or person selected to be a public official, for or because of any official act performed or to be performed by such public official, former public official, or person selected to be a public official; or

(B) being a public official, former public official, or person selected to be a public official, otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty, directly or indirectly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of any official act performed or to be performed by such official or person;

(2) directly or indirectly, gives, offers, or promises anything of value to any person, for or because of the testimony under oath or affirmation given or to be given by such person as a witness upon a trial, hearing, or other proceeding, before any court, any committee of either House or both Houses of Congress, or any agency, commission, or officer authorized by the laws of the United States to hear evidence or take testimony, or for or because of such person’s absence therefrom;

(3) directly or indirectly, demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of the testimony under oath or affirmation given or to be given by such person as a witness upon any such trial, hearing, or other proceeding, or for or because of such person’s absence therefrom; shall be fined under this title or imprisoned for not more than two years, or both.”

¹⁹ United States v. Sun-Diamond Growers of California, 526 U.S. 398, 414 (1999), “The distinguishing feature of each crime is its intent element. Bribery requires intent “to influence” and official act or “to be influenced” in an official act, while illegal gratuity requires only that the gratuity be given or accepted “for or because of” an official act....In other words, for bribery there must be a quid pro quo- a specific intent to give or receive something of value in exchange for an official act. An illegal gratuity, on the other hand, may constitute merely a reward for some future act that the public official will take (and may already have determined to take), or for a past act that he has already taken.” 此外，賄賂罪收賄者除公務員外，尚包括其他人或團體；餽贈罪則收賄者僅限公務員本人；賄賂罪收賄者不含「前公務員」，但餽贈罪犯罪主體則包含「前公務員」。美國聯邦行政法規規定例外得收受餽贈之範圍，5 USC §7353 規定：「(a)除本條 b 項例外許可情形外，任何國會議員或在行政、立法與司法機關任職的公務員，均不應要求或收受下列自然人之任何有價值物：(1)該人或其所任職機構，正在尋求政府公權力之行使或不行使，或與政府有生意往來，或其業務行為正受政府監管；(2)該自然人的實質利益，有受到該公職人員或僱員公權力之行使或不行使影響之高度可能。」同條(b)(1)雖規定：各機關負責監管之倫理辦公室，得就本條之執行及合理例外情形，發布命令或行政規則。但禮物具影響公權力行使或不行使之可能性時，縱使符合命令或行政規則之規定，收受仍屬違法。

所以仍然構成餽贈罪²⁰。

美國賄賂罪與饋贈罪犯罪主體為「公務員」時，定義上均包括國會議員及地方議員²¹。「職務上之行為」(official act)指「公務員基於其權限或地位，得處理之任何問題、事項、訴訟、程序或爭議，所為之任何決定或作為。」²²」聯邦最高法院在 *United States v. Birdsall* 案²³表示：行收賄罪公務員之職務範圍，並不以法令有明文規定者為限，尚包括既定之慣行(established usage)。此見解基本維持至今，雖聯邦最高法院在 *McDonnell v. United States* 案²⁴有略作限縮，聯邦最高法院認為：上級公務員收賄後僅安排承辦公務員與廠商見面、認識，沒有進一步關說，尚並不構成「職務上之行為」；但如果公務員因向廠商收賄而施壓或關說另一位公務員為職務上之行為，仍構成「職務上之行為」²⁵。

在 *United States v. Traficant* 案²⁶，聯邦參議員 Traficant 長期間接受廠商 Buccis 兄弟之賄賂，並答應運用其職務上影響力作為回報。Buccis 兄弟嗣涉案，Traficant 乃多方請託、關說，包括約見 Ohio 州交通廳副廳長，請託 Ohio 州交通廳不要調查 Buccis 之商業行為；寫信給 North Carolina 聯邦監獄典獄長，請託 North Carolina 監獄將 Anthony Bucci 移監到 Pennsylvania；打電話給聯邦交通部高速公路局委員，關說高速公路局不要將 Robert Bucci 列為禁止承攬契約之名單。聯邦檢察官乃起訴 Traficant 涉犯 18U.S.C. §201(b)(2)(A)不違背職務收賄罪及逃漏稅等共 10 項罪名，

²⁰ *United States v. Biaggi*, 909 F. 2d 662 (2d Cir. 1990); *United States v. Bryant*, 655 F.3d 232 (3d Cir. 2011).

²¹ 18 U.S.C. §201(a) “(1) For the purpose of this section—

(1) the term “public official” means Member of Congress, Delegate, or Resident Commissioner, either before or after such official has qualified, or an officer or employee or person acting for or on behalf of the United States, or any department, agency or branch of Government thereof, including the District of Columbia, in any official function, under or by authority of any such department, agency, or branch of Government, or a juror;”

²² 18 U.S.C. §201(a) “(3) the term “official act” means any decision or action on any question, matter, cause, suit, proceeding or controversy, which may at any time be pending, or which may by law be brought before any public official, in such official’s official capacity, or in such official’s place of trust or profit.”

²³ 233 U.S. 223 (1914).

²⁴ 136 S.Ct. 2355 (2016).關於本案，中文介紹詳見蘇彥圖，職務行為的刑法範疇，與政治貪腐的平庸——評美國聯邦最高法院 *McDonnell v. United States* 案判決，收錄於「刑事法與憲法的對話，許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集」，元照，2017 年 3 月，523-543 頁。

²⁵ 136 S.Ct. 2355, 2371-2372 (2016), “That decision or action may include using his official position to exert pressure on another official to perform an “official act,” or to advise another official, knowing or intending that such advice will form the basis for an “official act” by another official. (該決定或作為可以包含運用他的職位去向另一個公務員施壓，使其實施一個職務行為，或向另一個公務員提出建議，而明知或意圖讓該建議成為另一位公務員之職務行為之基礎。)”

²⁶ 368 F.3d 646 (6th Cir. 2004).

結果該 10 項罪名均經法院判決有罪確定，本案被告 Traficant 聲請上訴聯邦最高法院，經駁回確定²⁷。

在 *United States v. Mario Biaggi and Meade Esposito* 案²⁸，紐約區聯邦眾議會議員 Biaggi 涉嫌收受保險經紀商 SVR 會長 Esposito 之旅遊渡假招待，Biaggi 並因 Esposito 之請託，打電話給紐約市副市長及以印有聯邦眾議院標誌之信封、信紙寫信給紐約市市長，試圖關說調降 SVR 保險客戶 Coastal 公司之廠房水電使用費率，並請其議員助理負責關注該事進展；Biaggi 並向 Esposito 承諾，將打電話給海巡署指揮官幫 Coastal 公司爭取契約。因均無結果，Coastal 公司隨後宣告破產。被告 Biaggi 辯稱向政府機關關說發包修船工程給廠商與立法行為無關，並非國會議員之「職務上之行為」。但聯邦第二巡迴法院駁回其上訴，該院表示：國會議員之「職務上之行為」應包括一般人認為其職位所得行使之所有行為，亦即包括國會議員所慣行與被接受之非立法行為，在 *United States v. Carson* 案²⁹被告參議員助理 Carson 因利用參議員對公務機關之影響力以幫助私人，本院認屬「職務上之行為」（並經聯邦最高法院駁回上訴確定），本案眾議員 Biaggi 以眾議院信封、信紙為他人關說，並請議員助理持續關注，自應構成「職務上之行為」，惟無法證明該等餽贈與特定職務上之行為有對價關係，以收受饋贈罪判刑確定³⁰。

(二)日本

日本刑法第 25 章貪污瀆職罪第 197 條第 1 項前段規定：「公務員就有關其職務，收受、要求或期約賄賂時，處 5 年以下懲役。……」第 197 條之 3 規定：「(1)公務員犯前二條之罪，而為不正行為或不為相當行為時，處 1 年以上有期懲役。(2)公務員就有關職務上為不正行為或不為相當行為，收受、要求或期約賄賂，或使提供賄賂於第三人，或為提供之要求、期約時，亦與前項同。」其中第 197 條第 1 項前段相當於我國之不違背職務收賄罪，第 197 條之 3 相當於我國違背職務收賄罪³¹。

²⁷ 543 U.S. 1055 (2005).

²⁸ 853 F.2d 89 (1988).

²⁹ 464 F.2d 424 (2d Cir), cert. denied, 409 U.S. 949 (1972).

³⁰ 853 F.2d 89, 97 (1988) “Biaggi’s suggestion that a congressman’s only “official act[s]” within the meaning of § 201 are acts in the legislative process itself is untenable. The language of the section does not mention legislative acts, and courts have read the section and its predecessors sufficiently broadly to encompass all of the acts normally thought to constitute a congressman’s legitimate use of his office.”

³¹ 陳子平，就許恒達教授「賄賂罪職務行為之再探討」報告之與談意見，檢察新論，17 期，2015 年 1

日本公務員「職務上之行為」，係指與公務員地位相隨而在公務上所應處理之一切事務。公務員「職務上之行為」原則上依法令規定，但法令規定不可能沒有遺漏，故亦得經由解釋法令合理地確定其範圍，即使受上級公務員指揮監督之下級公務員職務，亦屬之。故日本公務員「職務上之行為」分為「一般職務權限行為」與「職務密切關聯行為」，「一般職務權限行為」指公務員依據法令可以實施的職務內容，及依其作用或組織行為目的，可得認定屬職務內容者。只要在法令上屬於該公務員之一般權限即可，縱使該公務員並未具體擔負該職務，仍構成收賄罪³²。

對「職務密切關聯行為」範圍此問題，日本學說判斷標準有三說³³：即(1)「公務說」；(2)「影響力說」；(3)「地位利用說」。「公務說」最為限縮，主張限定具有公務性質之準備或附隨活動。「影響力說」則主張，基於其職務可以影響公務行為時，該非公務行為(例如關說、請託)因和公務行為產生實質連結，故亦屬「職務密切關聯行為」。「地位利用說」則主張，應考量公務員在實行該行為時，是否運用公務員地位而產生之影響力於其他公務員，若是，則可認為是職務行為³⁴。其中「公務說」係從形式上判斷；「影響力說」與「地位利用說」則就實質影響力作判斷。

依日本實務³⁵，「職務密切關聯行為」則指雖非法定職務行為本身，但與職務具有緊密關係的準備或附隨活動，包括「附隨於本來職務行為之常態性行為」與「基於職務之事實上影響力的偶發性行為」二類。以最高裁判所最決昭 63.4.11 刑集 42 卷 4 期 419 頁案為例³⁶，被告為眾議院議員，並屬於運輸委員會委員，因接受請託而對屬於大藏委員會委員之其他國會議員關說，該關說行為雖非眾議院議員狹義職務行為，但其關說目的，是對被關說議員職權行使產生影響，因此日本法院仍認為「與職務密切關連行為」。

月，120 頁，121-122 頁。

³² 吳燦，公務員賄賂罪之職務上行為，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，108 頁，110 頁；李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，2011 年 7 月，223 期，27-28 頁；蔡銘書，關於賄賂罪職務行為之最高法院裁判動向，法學叢刊，2011 年 7 月，223 期，71 頁。

³³ 李錫棟，日本刑法上收賄罪之型態，法學叢刊，2013 年 10 月，232 期，29-31 頁；蔡銘書，關於賄賂罪職務行為之最高法院裁判動向，法學叢刊，2011 年 7 月，223 期，70 頁。

³⁴ 李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，2011 年 7 月，223 期，38-45 頁；曾淑瑜，賄賂與職務之關聯性，月旦法學雜誌，2007 年 12 月，151 期，236 頁；陳子平，就許恒達教授「賄賂罪職務行為之再探討」報告之與談意見，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，120 頁，125-126 頁。

³⁵ 請參考吳燦，公務員賄賂罪之職務上行為，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，108 頁，109-111 頁。

³⁶ 大坂地判昭 54.9.20 刑裁月報 11.9.835、大阪高判昭 58.2.10 判 15.1~21、最決昭 63.4.11 刑集 42 卷 4 期 419 頁，引自陳子平，就許恒達教授「賄賂罪職務行為之再探討」報告之與談意見，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，120 頁，127 頁。

(三)德國

德國的「中央或地方民意代表」並不隸屬於「公務員」之概念，就民意代表之收賄罪與公務員之收賄罪採分立規範模式，民意代表收賄罪規定於德國刑法第 108e 條；公務員之收賄罪又依是否違背職務，分別規定於德國刑法第 331 條(不違背職務收賄罪)及同法第 332 條(違背職務收賄罪)。德國刑法第 108e 條第 1 項規定：「聯邦或邦之民意代表，於執行其委任職務(*bei der Wahrnehmung seines Mandats*)時，受他人委託或依他人指示，以實行或不實行特定行為作為對待給付，而為自己或第三人要求、期約或收受不正利益³⁷者，處 5 年以下有期徒刑或罰金刑。」德國刑法第 331 條第 1 項規定：「公務員、歐洲公務員或對公務負有特別義務者，對於職務行使(*Dienstausbübung*)為自己或第三人要求、期約或收受利益，處 3 年以下有期徒刑或罰金刑。」德國刑法第 332 條第 1 項規定：「公務員、歐洲公務員或對公務負有特別義務者，以已實行或將實行之職務行為(*Diensthandlung*)，並因此已違背或可能違背其職務義務作為對待給付(*Gegenleistung*)，而為自己或第三人要求、期約或收受利益，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。情節輕微者，處 3 年以下有期徒刑或罰金刑。未遂犯罰之。」

由上開條文內容可知，德國刑法並未區分民意代表不違背職務與違背職務的收賄類型，德國刑法第 108e 條民意代表收賄罪之保護法益為「整個代議制度的廉正及功能」，而民意代表客觀獨立執行其委任職務，是民主法治國原則的基石³⁸。所謂「執行其委任職務」(*bei der Wahrnehmung seines Mandats*)，包括全部的委任職務活動，除了議會的投票或表決，也包括在委員會、黨團的協商、協調、諮詢及準備。此外，在委員會會議外的活動、黨內的活動，如果會影響議事過程或其他民意代表，也屬於執行其委任職務³⁹。

德國刑法第 331 條第 1 項不違背職務收賄罪及德國刑法第 332 條第 1 項違背職務收賄罪之保護法益均為「公務的廉正」(*die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes*)，

³⁷ 德國刑法第 108e 條第 4 項規定：「如收受之利益符合民意代表法律地位之主要規定，非屬不正利益。下列情形非屬不正利益：1.政治上委任或政治上機能及 2.依政黨法或相關法律許可的捐助。」

³⁸ MüKoStGB/Müller, 3. Aufl. 2017, StGB §108e Rn. 1.

³⁹ MüKoStGB /Müller, 3. Aufl. 2017, StGB §108e Rn. 32, 34. Heinrich, Protokoll Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 18. Wahlperiode, 7. Sitzung, S. 71.

即保障公共行政之效能及專業公正行政之普遍信賴⁴⁰。德國刑法第 331 條第 1 項之「職務行使」(Dienstausübung)是指公務員執行被賦予之任務，不以公務員有具體的土地或事物管轄權限為必要，亦不取決於內部事務分配，即具有抽象權限已足，不以有具體權限為必要。職務行使的概念應廣泛加以理解，包括所有與公務員任務範圍有功能關聯的行為，至少包含歸屬於公務員一般任務領域或與其有直接關聯者，在客觀上顯現為職務行使行為，主觀上也有履行任務之意。職務行使不以直接對外生效為必要，也與是否具有高權性質(hoheitlicher Charakter)無關，包括準備及支援(vorbereitende und unterstützende Tätigkeiten)其他公務員的行為，例如構思草稿、擬具鑑定意見、撰寫附註、提供其他公務員諮詢、建議採購事項(Vorschläge zu einer Auftragsvergabe)等⁴¹。而具有廣泛決定權限的高階公務員，例如市長或機關首長，可歸屬於其職務行使之範圍亦較廣⁴²。

又德國刑法第 331 條第 1 項不違背職務收賄罪不以職務行使為利益之對待給付為必要，是以不用證明有一個特定、已實行或將實行的職務行為，從而放寬不法約定(Unrechtsvereinbarung)的內容⁴³。相較於此，德國刑法第 332 條第 1 項違背職務收賄罪之職務行為是利益之對待給付，亦即須連結一個特定的、已實行或將實行違背義務的職務行為⁴⁴。

(四)小結

綜上，可瞭解不論依美國、日本或德國法界之見解，均認為任何公務員均不得將其「職務上之行為」與他人交易，有關賄賂罪之「職務上之行為」，均沒有採狹隘的「法定職權說」見解。

就美國、日本法制，公務員「職務上之行為」係指與公務員地位相隨而在公務上所處理之一切事務，除依法令規定之「一般職務權限行為」外，尚包括「職務密切關聯行為」(日本)、「附隨於本來職務行為之常態性行為」(美國)。德國法將民意代表與一般公務員區別作不同規定，民意代表之「職務上之行為」限於「執行其委

⁴⁰ MüKoStGB/Korte, 3. Aufl. 2019, StGB §331 Rn. 4, 8.

⁴¹ MüKoStGB/Korte, 3. Aufl. 2019, StGB §331 Rn. 108. OLG Hamburg 14.1.2000 – [2 Ws 243/99](#), StV 2001, [277 \(278\)](#), und 11.7.2000 – [2 Ws 129/00](#), StV 2001, [284](#). BGH 4 StR 99/07 – Urteil vom 21.06.2007.

⁴² Schönke/Schröder/Heine/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB §331 Rn. 31.

⁴³ Schönke/Schröder/Heine/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB §331 Rn. 30.

⁴⁴ MüKoStGB/Korte, 3. Aufl. 2019, StGB §332 Rn. 6.

任職務」之行為；一般公務員之「職務上之行為」是指所有與公務員任務範圍有功能關聯的行為，包括準備及支援其他公務員的行為。

四、法律見解具有原則重要性之具體內容及法律見解歧異之裁判(略)。

五、該具有原則重要性、歧異之見解對於裁判結果之影響(略)。

六、本署見解

(一)我國學說及實務主流見解採「實質影響說」

對於貪污治罪條例第5條第1項第3款不違背職務收賄罪「職務上之行為」之界限，目前我國學界大多數學者採「實質影響說」，認為國家分官設職，雖已規定各類公務員之職權，但由於公務活動範圍甚廣，法令難以全部規定，且層級越高之公務員，其職權越龐大，為免掛一漏萬，公務員對於「職務上之行為」規範，即不限於法定職權範圍，應採「實質影響說」，此解釋不違背罪刑法定主義，詳如前述。

我國實務關於「職務上之行為」之認定，臺灣臺北地方法院101年度金訴字第47號判決曾就立法委員林益世案採較限縮之見解，結果造成輿論譁然⁴⁵。最高法院自99年度台上字第7078號龍潭購地案起，已採「實質影響說」⁴⁶。之後，最高法院100年度台上字第3656號、7001號、101年度台上字第2044號、2049號、4150號、6482號、102年度台上字第2967號、3799號判決，均採相同見解，「實質影響說」已成為實務主流見解，「職務上之行為」不限於收賄公務員自己之職務，尚包括其「職務影響力所及」之其他公務員之職務行為。

(二)「實質影響說」之判斷標準

我國公務員不違背職務收賄罪「職務上之行為」，實務雖採「實質影響說」，但其判斷標準仍然不明。最高法院99年度台上字第7078號認為「祇要該行為與其職

⁴⁵ 吳耀宗，立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？--評台北地方法院101年度金訴字第47號刑事判決，月旦裁判時報，2014年2月，25期，98頁。另請參見林鈺雄，「困頓判決 恣意司法」，蘋果日報，2013年5月4日；許澤天，對於職務上之行為受賄概念的辨正，<https://sites.google.com/site/xuzetianlaoshideyanjiuwangzhan> /Home/duiyuzhiwushangzhixingweishouhuigainianbianzheng，最後瀏覽日108年3月12日。「如此判決，民代更敢A？」，中國時報，2013年5月1日；「林益世獲輕判 陳啟祥怒譙：難道我向空氣行賄嗎？」，今日新聞，2013年5月4日；「楊蕙如評比藍綠黨證福利 結論：入國民黨勝安太歲」，今日新聞，2013年5月6日；「法院認證「喬」事費不違法 林益世保有4420萬」，今日新聞，2013年5月2日，最後瀏覽日108年3月15日。

⁴⁶ 請參閱吳燦，公務員賄賂罪之職務上行為，檢察新論，17期，2015年1月，108頁，117-118頁。

務具有關連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當。」似乎認為需同時符合 2 要件：(1)與其職務具有關連性，(2)實質上為該收賄公務員職務影響力所及，才該當「職務上之行為」。

其後，最高法院 100 年度台上字第 3656 號判決亦表示：「就政務人員而言，鑒於政策決定影響之層面甚廣，祇須該行為與其職務具有關連性，且依該公務員之身分地位所產生對該職務實質上之影響力所及者，即屬相當，不以親力親為為必要。」100 年度台上字第 7001 號、100 年度台上字第 2049 號、4150 號、6482 號、102 年度台上字第 2967 號、3799 號判決均同此旨，僅最高法院 101 年度台上字第 2044 號認為：「而職務之所以成為賄賂罪之要件，在於公務員有可能影響該職務行為，從而，祇須公務員有影響其職務行為之可能性者，即可認為屬於一般職務權限內之職務。」

晚近，最高法院 107 年度台上字第 2052 號判決認為：「惟查：(一)、貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之對於職務上之行為之收受賄賂罪，其中職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬職務行為之範疇。至所謂與其職務權限有密切關聯之行為，包括由行政慣例所形成，為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及因自己之法定職務關係或因之所生之必要輔助性權力，經由指揮、監督、干預、或請託之方式，足以形成一定之影響，使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形。」亦即，有下列 2 種情形之一應認屬於「職務影響力所及」，判斷該當「職務上之行為」：(1)習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，(2)因自己之法定職務關係或必要輔助性權力，足以形成一定之影響。107 年度台上字第 1563 號判決同此見解。

可見我國最高法院晚近就貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款不違背職務收賄罪「職務上之行為」之界限，已兼採美國法及日本法實務見解，收賄公務員包括民意代表在內，就(1)習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，或(2)因自己之法定職務關係或必要輔助性權力，足以形成一定之影響者，為廠商向其職務權限影響所及之其他公務員進行關說並因而收賄，應構成不違背職務收賄罪。

(三)民意代表所制衡之行政機關職掌之事務，屬於民意代表之「職務上之行為」

參照前述我國最高法院晚近就貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款不違背職務收賄罪「職務上之行為」之認定標準：「其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬職務行為之範疇。至所謂與其職務權限有密切關聯之行為，包括由行政慣例所形成，為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及因自己之法定職務關係或因之所生之必要輔助性權力，經由指揮、監督、干預、或請託之方式，足以形成一定之影響，使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形。」本案所謂「民意代表所制衡之行政機關」，為民意代表基於地方制度法之法定職務關係，以及因之所生之必要輔助性權力，即所謂制衡之權力，從而可制衡行政機關。民意代表所制衡之行政機關，對於該行政機關所職掌之事務，民意代表便可經由指揮、監督、干預、或請託之方式，足以形成一定之影響，使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形，此屬於民意代表之「職務上之行為」，應無疑義。本案臺灣高等法院 106 年度重上更(一)字第 42 號判決，認為民意代表所制衡之行政機關職掌之事務，非民意代表本身之「職務」，與前述最高法院法律見解容有未和。

(四)本案蘆洲市公所清潔隊之行政人員，均為蘆洲市市民代表職務影響力所及

地方制度法第 37 條規定：「鄉(鎮、市)民代表會之職權如下：一、議決鄉(鎮、市)規約。二、議決鄉(鎮、市)預算。三、議決鄉(鎮、市)臨時稅課。四、議決鄉(鎮、市)財產之處分。五、議決鄉(鎮、市)公所組織自治條例及所屬事業機構組織自治條例。六、議決鄉(鎮、市)公所提案事項。七、審議鄉(鎮、市)決算報告。八、議決鄉(鎮、市)民代表提案事項。九、接受人民請願。十、其他依法律或上級法規、規章賦予之職權。」是以，市民代表基於代議民主制度，鑒於上開地方制度法所賦予之諸多權限，其就政策、預算等影響層面既深且廣，祇須依其市民代表之職位所產生對該職務實質上之影響力所及者，即屬該當「職務上之行為」，與市民代表和承辦該職務公務員有無上下隸屬關係殊屬無涉。

本案被告林○志所施壓之對象為蘆洲市公所清潔隊之行政人員，被告林○志係蘆洲市市民代表，其職務或權限範圍包括議決蘆洲市公所預算、決算、議案及質詢

首長、單位主管等權限，而預算若遭刪減，勢必影響人事任用及政務推動，且實務上民意代表假藉質詢之名義，刁難或羞辱備詢官員者，亦非罕見；因此，蘆洲市市民代表對蘆洲市公所清潔隊之行政人員垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理業務，應有實質影響力。本案臺灣高等法院 106 年度重上更(一)字第 42 號判決中亦肯認：「惟市民代表之質詢或決議，既係在市民代表會中，直接針對市公所首長、官員之決策或政務施行而來，縱該質詢或決議並無法律上之拘束力，惟對於公務員執行職務勢有或多或少的影響，當可想像。」

被告蔡○龍係利用被告林○志擔任蘆洲市市民代表之身分，欲藉由被告林○志施壓負責管理蘆洲市垃圾轉運場之蘆洲市公所清潔隊人員，以排除清境公司違法超量載運或夾帶一般事業廢棄物進場傾倒之障礙而獲取利益，因而於前述期間，按月交付不法利益予被告林○志收受。足見被告林○志究有相當影響力，否則被告蔡○龍無大費周章向之請託之理。參酌清境公司垃圾車司機載運垃圾進場，遇有清潔隊人員檢查、阻撓時，被告林○志確實向該等人員施壓，以排除清境公司超量及夾帶一般事業廢棄物進場之障礙，在在足徵被告林○志之施壓行為，確足以讓蘆洲市公所清潔隊之行政人員心理受拘束而讓事項順利進行，本件蘆洲市公所清潔隊之行政人員讓清境公司超量及夾帶一般事業廢棄物進場之決定，確實屬蘆洲市市民代表職務影響力所及。

(五)依原審認定，被告林○志收錢與其向蘆洲市公所清潔隊之行政人員施壓有對價關係

本案臺灣高等法院 106 年度重上更(一)字第 42 號判決已認定：「理由、貳、實體部分一證明力、三、(六)……其各次收受取得之不法利益，與其以前述方式，協助排除清境公司垃圾車違法進場傾倒垃圾之障礙間，明顯存有對價及因果關係之事實，自屬明確。…參、論罪部分、二(二)……林○志亦明知清境公司有前開違反廢棄物清理法及蘆洲市垃圾收費自治條例規定之情事，更明知其代表人民依法行使職權，不得營求私利，卻基於以其蘆洲市市民代表身分圖利本人之犯意，按月各收受蔡○龍（或蔡○龍囑由其子女蔡○順、蔡○萍，下同）各交付之各賄款，並憑恃其係蘆洲市市民代表，可監督市政及質詢、監督清潔隊業務運作之身分，於清境公司載運垃圾進場，遇有清潔隊人員檢查、阻撓時，向該等人員施壓，以排除清境公司

超趟、超量及夾帶一般事業廢棄物進場之障礙，並因而按月收受蔡○龍所交付之前揭款項，其間有對價關係，已如前述。」

依事實審認定，被告林○志接受被告蔡○龍之委託，於蘆洲市公所清潔隊之行政人員干涉或阻礙清境公司司機超量載運或夾帶一般事業廢棄物進場傾倒時，被告林○志即向該等清潔隊人員施壓，以排除清境公司超量及夾帶一般事業廢棄物進場之障礙，被告林○志因此收受共計 441 萬元報酬，其身為公務員就職務收受不正利益，被告林○志收賄與其向蘆洲市公所清潔隊之行政人員施壓有對價關係，應堪認定。

(六)最高法院對「職務上之行為」判斷標準，見解仍有歧異

最高法院 103 年度台上字第 1327 號判決認為：「由人民選舉之立法委員基於代議民主制度，受託對政府遊說或接受人民遊說，應以立法委員因遊說所從事之特定行為是否屬其職權之行使而判斷立法委員是否行使其職務上之行為」。然最高法院 107 年度台上字第 2052 號、107 年度台上字第 1563 號判決均認為：「因自己之法定職務關係或必要輔助性權力，足以形成一定之影響者」，應認屬於「職務上之行為」。最高法院對「職務上之行為」上開二判斷標準，見解有顯著差異，並影響本案被告是否成立不違背職務收賄罪。基於下列理由，本署認為最高法院 107 年度台上字第 2052 號、107 年度台上字第 1563 號見解較為妥適。

1. 貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款不違背職務收賄罪的保護法益，係要求公務員公正執行法定職務，並保護一般國民對於公務員職務行使公正性之信賴(參照最高法院 72 年度台上字第 2400 號判決)。於收賄公務員並非直接以自己職務上之行為即能滿足賄賂對價約定事項，而須「假手他人」方能滿足賄賂對價約定事項之情形，倘收賄公務員對被關說公務員基於職務關係有隸屬或指揮、監督關係，具有相當影響力，進而濫用其職務產生之影響力，關說、遊說以影響或干預其他政府機關或公務員之公務決定或執行，實際上已破壞一般國民對於收賄公務員及被關說公務員公正執行職務之信賴，與收賄公務員直接以自己職務上之行為滿足賄賂對價約定事項比較，同樣侵害「公務員執行法定職務公正性」及「國民對於公務執行公正性之信賴」。
2. 且此種情況，因該對價事項之滿足，本質上係收賄公務員對其他政府機關或公務員之行為發揮職務影響力所致，與收賄公務員藉其「法定職務權限行為」或「職務

密接關聯行為」之行使，直接滿足對價事項之情形，並無二致。是在此場合，「假手他人」之收賄公務員發揮職務影響力之行為，應屬「職務上之行為」射程範圍。又關說、遊說常兼有發揮「職務影響力」及「私人情誼」之雙重關係，其中不違法部分不能對非法部分產生隔離效果，所以仍然應構成不違背職務收賄罪。

又民意代表向受其制衡監督之公務機關運用影響力，影響其公務行為，屬民意代表「職務上之行為」。民意代表關說、施壓程度若已違法，構成貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款違背職務收賄罪；否則屬於第 5 條第 1 項第 3 款不違背職務收賄罪。本案被告林○志於蘆洲市市民代表任期內，對蘆洲市公所得行使預算審查權、質詢(備詢)權等監督權限，被告林○志親自向蘆洲市公所清潔隊之行政人員施壓，濫用其職務影響力，惟本案事實審似未具體指出被告關說、施壓具體違法情節，被告林○志之上開行為應屬貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款「職務上之行為」，成立該款不違背職務收賄罪⁴⁷。

(七)原審判決理由違背最高法院晚近認定「職務上之行為」之見解

乃臺灣高等法院以 106 年度重上更(一)字第 42 號判決未循最高法院 107 年度台上字第 2052 號、107 年度台上字第 1563 號判決見解，而表示：「被告林○志既係蘆洲市市民代表，則其職務或權限範圍自僅包括議決蘆洲市公所預算、決算、議案及質詢首長、單位主管等前揭權限，並不包括蘆洲市垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理，或蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保業者清運垃圾有無確實依規定進場等項工作，是就蘆洲市垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理業務(主管機關為蘆洲市公所)，而應屬蘆洲市公所清潔隊之行政人員(即清潔隊員)職掌範圍之職務上行為(包括蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保業者清運垃圾有無確實依規定進場)，自非擔任蘆洲市市民代表之被告林○志職掌範圍之職務上行為。」

惟公務員職權範圍，法令很難全部包含在內，仍須與國家機關組織之相關法令連結，否則必然產生重大法律漏洞。各級民意代表收賄並向公家機關進行關說、施壓，會造成政府資源分配不公、國民對政治不信任，動搖民主政治根本。況聯合國

⁴⁷ 參照臺灣高等法院 103 年度囑上重更(二)字第 4 號判決「原判決關於洪益元部分撤銷。洪益元共同與公務員犯對於職務上行為收受不正利益罪，處有期徒刑肆年陸月，褫奪公權參年。」經最高法院 107 年度台上字第 1563 號判決上訴駁回而確定。

反貪腐公約第 18 條規定：「影響力交易--各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施，將故意觸犯之下列行為定為犯罪：(a) 向公職人員或其他任何人員直接或間接行求、期約或交付任何不正當利益，使其濫用本人之實際影響力或被認為具有之影響力，以為該行為之人或其他任何人從締約國之行政部門或政府機關，獲得不正當利益。(b) 公職人員或其他任何人員為其本人或他人直接或間接要求或收受任何不正當利益，以作為該公職人員或其他人員濫用其本人實際或被認為具有之影響力，從締約國之行政部門或政府機關獲得任何不正當利益之條件。」其中 (b) 項即明文規定因受賄而濫用影響力之人(包括公務員及非公務員)，不論其影響之公務行為是否違背職務，均應定為犯罪。我國於 104 年 5 月 20 日公布聯合國反貪腐公約施行法，該法第 2 條第 1 項規定：「公約所揭示之規定，具有國內法律之效力。」雖本案被告林○志之犯罪行為在我國公布聯合國反貪腐公約施行法之前，但法院解釋「職務上之行為」，仍應考慮相關國際規範及思潮。

肆、結論

綜上，本署認為民意代表向受其制衡監督之公務機關運用影響力，影響其公務行為，屬民意代表「職務上之行為」。民意代表若因收賄，為業者向其職務影響力所及之其他公務員進行關說、遊說、施壓，且二者有對價關係時，至少構成貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款不違背職務收賄罪；若被告關說、施壓有具體違法情節，則構成貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款違背職務收賄罪。

本案原審判決所持足以影響裁判結果之法律見解，最高法院刑事庭先前裁判之見解已產生歧異，且屬原則上重要性之重大爭議，並非細節問題；且實務經常發生，至今尚未統一見解；該等法律爭點雖可以書狀交換方式釐清，但經由言詞辯論及法官提問，應可幫助貴院確實瞭解雙方論點，做出較妥適之決定，應提案予刑事大法庭裁判，爰依法院組織法第 51 條之 4 提出聲請。

此致

最高法院

中 華 民 國 108 年 11 月 6 日

伍、附件清冊

附件一

最高法院 108 年度台聲字第 207 號刑事裁定摘要

主 文

聲請駁回。

理 由

- 一、貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之不違背職務收受賄賂罪，基於構成要件明確性原則，及瀆職罪保護法益在於公務員職務行使之公正性與廉潔性，故所謂「職務上之行為」，包括其法定職務權限事項，及具公務外觀，與其職務權限事項之行使，有密切關聯性之輔助事務行為在內。公務員收受賄賂，利用職務上之行為，向無隸屬或監督關係之他公務員關說、請託或施壓等，圖使他公務員為交互賄賂者所意欲之職務上或違背職務上之行為。該項收受賄賂，與其利用職務上之行為，為關說、請託或施壓等，即有對價關係，應成立不違背職務收受賄賂罪。不因他公務員是否已為交付賄賂者所意欲之職務上或違背職務上之行為，而受影響。原審 106 年度重上更(一)字第 42 號判決所持法律見解，為本庭所不採。
- 二、細繹本院 103 年度台上字第 1327 號判決（基礎事實為：被告等為立法委員、國會助理，共同收受委託人交付之報酬，而以立法委員之身分，向財政部國有財產局中區辦事處遊說出租讓售涉案土地予委託人）所持法律見解，係認應以立法委員因遊說所從事之「特定行為」，是否屬其職權之行使，而非以是否符合立法委員行為法第 15 條所定「遊說」，判斷所為是否為「職務上之行為」，該判決並未提出「特定行為」，是否為「職務上之行為」之判斷標準。而本院 107 年度台上字第 2052 號判決（基礎事實為：被告等議員收受賄賂，向花蓮縣政府提出補助工程款之建議案）、第 1563 號判決（基礎事實為：被告與立法委員共同收受不正利益，由立法委員出面向公營行庫高層關說，配合通過私人向公營行庫申請融資），則同認貪污治罪條例規範之「職務上之行為」，包括「與公務員職務權限具有密切關聯之行為」，並例示說明該項行為。就本案而言，尚無聲請人所指足以影響裁判結果之法律見解，刑事庭先前裁判之見解已產生歧異之情形。其此部分聲請，核與法院組織法第 54 條之 4 第 1 項歧異提案之要件不合。

三、本院關於貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之不違背職務收受賄賂罪所稱「職務上之行為」，包括與其職務權限事項之行使，有密切關聯性之行為之見解已趨一致，尚無疑義。又本案原因事實尚待調查釐清，原審所持法律見解，復為本庭所不採，爰不於本案提出原則重要性提案。

四、本件聲請人聲請提案予本院刑事大法庭裁判，為法律上不應准許，應予駁回。據上論結，應依法院組織法第 51 條之 4 第 3 項，裁定如主文。

中 華 民 國 1 0 9 年 2 月 2 6 日

附件二

最高法院 108 年度台上字第 3592 號刑事判決摘要

主 文

原判決關於盧○安共同犯對主管事務圖利罪及林○志部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

- 一、貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之不違背職務收受賄賂罪，基於構成要件明確性原則，及瀆職罪保護法益在於公務員職務行使之公正性與廉潔性，故所謂「職務上之行為」，包括其法定職務權限事項，及具公務外觀，與其職務權限事項之行使，有密切關聯性之輔助事務行為在內。公務員收受賄賂，利用職務上之行為，向無隸屬或監督關係之他公務員關說、請託或施壓等，圖使他公務員為交付賄賂者所意欲之職務上或違背職務上之行為。該項收受賄賂，與其利用職務上之行為，為關說、請託或施壓等，即有對價關係，應成立不違背職務收受賄賂罪。不因他公務員是否已為交付賄賂者所意欲之職務上或違背職務上之行為，而受影響。
- 二、(一)原判決謂關於行政機關所主掌管理及執行之特定行政事務，固屬民意代表個人質詢權行使所作用之對象，然此並非民意代表本身之「職務」。是民意代表就其所制衡之行政機關職掌之事務，應無貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之違背職務收受賄賂罪、同條例第 5 條第 1 項第 3 款之不違背職務收受賄賂罪等規定之適用（見原判決第 39 頁）。林○志係臺北縣蘆洲市（已改制為新北市

蘆洲區）市民代表，其職務或權限範圍僅包括議決蘆洲市公所（已改制為蘆洲區公所）預算、決算、議案及質詢首長、單位主管等權限，蘆洲市垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理業務（主管機關為蘆洲市公所），應屬蘆洲市公所清潔隊之行政人員（即清潔隊員）職掌範圍之職務上行為（包括蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保業者清運垃圾有無確實依規定進場），自非擔任蘆洲市市民代表之林○志職掌範圍之職務上行為。林○志憑恃其係蘆洲市市民代表，可監督市政及質詢、監督清潔隊業務運作之身分，於清境環保工程有限公司（下稱清境公司，負責人為同案被告蔡○龍）載運垃圾進場，遇有清潔隊人員檢查、阻撓時，向該等人員（即蘆洲市公所清潔隊隊長盧○安、轉運組組長李○良等人）施壓，以排除清境公司超趟、超量及夾帶一般事業廢棄物進場之障礙，並因而按月收受蔡○龍所交付之賄款，其間有對價關係。林○志所為，並非其前述職務範圍內之行為，自不成立違背（或不違背）職務收受賄賂罪（見原判決第 38、50、51 頁）。

(二)但查原判決既認定林○志憑恃其係市民代表，可質詢、監督蘆洲市公所清潔隊業務運作之身分，向清潔隊隊長盧○安、轉運組組長李○良等人「施壓」，以排除清境公司超趟、超量及夾帶一般事業廢棄物進場之障礙，與其按月收受蔡○龍交付之賄款，有對價關係。林○志於第一審復證稱：市長會叫盧○安等人拜訪代表、討論預算什麼的，盡量幫幫忙，給他們方便等語（見第一審卷十一第 165 頁背面）。則林○志憑恃其市民代表之身分，向盧○安、李○良等人「施壓」，有無利用上開職務權限或輔助事務等職務上之行為為之？原審未予調查釐清，並剖析明白。徒憑蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保業者清運垃圾有無確實依規定進場，屬蘆洲市公所清潔隊員職掌範圍，遽認林○志所為，非屬其「職務上之行為」，不成立違背（或不違背）職務收受賄賂罪，尚嫌速斷。難謂無判決理由不備及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

據上論結，應依刑事訴訟法第 395 條前段、第 397 條、第 401 條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 2 月 26 日

【第七案】楊○旻加重詐欺等案

爭點：被告以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪(下稱加重詐欺取財罪)，如依想像競合犯關係從一重論以加重詐欺取財罪，應否依輕罪即參與犯罪組織罪所適用之組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項之規定，一併宣告刑前強制工作？

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

原文目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣高等法院臺中分院 107 年度金上訴字第 2146 號判決

二、小結

參、本署所持理由

一、刑法採刑罰與保安處分的雙軌體系

二、刑法第 55 條就封鎖效果是否及於保安處分無明文規定

三、依我國主流學說，封鎖效果應包含保安處分

四、依外國立法例，封鎖效果應包含保安處分

(一)美國法

(二)德國法

(三)小結

五、本案被告參與犯罪組織罪與分工詐欺之行為本屬二犯罪行為，應分論併罰，依一行為論以想像競合犯已屬從寬

(一)犯罪競合之學說

1.意思說(犯意標準說)：

2.行為說(行為標準說)：

3.結果說(法益標準說)：

4.構成要件說(構成要件標準說)：

5.綜合說：

6.認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數：

7.由行為單、複數出發處理競合論：

(二)加入犯罪組織即成立參與犯罪組織罪，與分工詐欺為二犯罪行為

六、法律適用並非絕對不能分割

七、依我國最高法院較穩定之見解，「封鎖效果」不應限於主刑

八、如貫徹原審見解，可能導致荒謬結果

九、組織犯罪防制條例第3條第3項關於強制工作之規定有無修正之必要，屬釋憲層次之不同法律問題

肆、結論

伍、附件清冊

壹、與法律爭點相關之本案事實（略）

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解（略）

參、本署認為被告以一行為觸犯組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同犯詐欺取財罪(下稱加重詐欺取財罪)，如依想像競合犯關係從一重論以加重詐欺取財罪，仍應依輕罪即參與犯罪組織罪所適用之組織犯罪防制條例第3條第3項之規定，一併宣告刑前強制工作。所持理由如下：

一、刑法採刑罰與保安處分的雙軌體系

現代法制國家在各種刑罰理論的交互影響下，就犯罪的法律效果，發展出刑罰與保安處分的雙軌體系。刑罰以行為人過去的行為罪責為前提及處罰上限，固不待論；保安處分乃指為預防犯罪，對有危險性的犯人所為的保全或矯正措施，保安處分是以行為人未來的危險性為基礎，以比例原則為界限。刑罰除具備矯治犯人之功能外，尚具有懲罰性及倫理非難性；保安處分則只具備矯治犯人及隔離犯人以求社會保安之功能。因保安處分係立於刑罰之外，基於預防危險之思想所為之特別措施，其與刑罰係本質不同、互為補充之雙軌制度，既可同時併存，情況合適時亦可

能替代交換使用。

我國司法實務運用較普遍的保安處分為強制工作，釋字 528 號肯定強制工作之功能，表示：「刑事法保安處分之強制工作，旨在對有犯罪習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或怠惰成習而犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於其日後重返社會時，能自立更生，期以達成刑法教化、矯治之目的。……是故組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項乃設強制工作之規定，藉以補充刑罰之不足，協助其再社會化；此就一般預防之刑事政策目標言，並具有防制組織犯罪之功能，為維護社會秩序、保障人民權益所必要。至於針對個別受處分人之不同情狀，認無強制工作必要者，於同條第 4 項、第 5 項已有免其執行與免予繼續執行之規定，足供法院斟酌保障人權之基本原則，為適當、必要與合理之裁量，與憲法第 8 條人民身體自由之保障及第 23 條比例原則之意旨不相牴觸。」

二、刑法第 55 條就封鎖效果是否及於保安處分，無明文規定

刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」該條修正理由表示：「想像上競合與牽連犯，依原法規定，應從一重處斷，遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑。此種情形，殊與法律規定從一重處斷之原旨相違背，爰增設但書規定，以免科刑偏失。又依增設本但書規定之精神，如所犯罪名在三個以上時，量定宣告刑，不得低於該重罪以外各罪法定最輕本刑中之最高者，此乃當然之解釋。」是以，我國刑法第 55 條但書明文規定，不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。僅就「刑」明文規定封鎖效果，未規定封鎖效果是否及於保安處分。故以下分就學理、外國立法例及實務面探討封鎖效果是否及於保安處分。

三、依我國主流學說，封鎖效果應包含保安處分

行為單數之犯罪競合情形，排除不真正競合(法條競合)後，就是真正競合。行為人以單數行為觸犯數次相同或數個不同的刑法構成要件，所犯的各罪都成立，本質上為數罪，但因為行為單數，為避免對同一行為進行重複評價，因此法律在效果

上擬制為犯罪單數，僅從一重處斷¹。想像競合所稱一行為，如數罪的實行行為完全重疊的情形，較無爭議，但數罪的實行行為僅有部分重疊的情形，一般仍將想像競合擴張適用。想像競合在避免對於同一不法要素進行重複或過度之評價，因此實行行為全部同一或局部同一的情形，給予從一重處斷的效果，以避免重疊部分的行為過度評價，然而，未重疊部分的行為，可能有未被充分評價之疑慮²。我國刑法第55條規定，「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」想像競合犯之數罪名皆成立犯罪，法律效果為從一重處斷，而但書為輕罪的封鎖效果(Einsperrwirkung)³。是以科刑上限為重罪的最重法定刑，下限為數罪中最高的最輕本刑。

至於封鎖效果是否及於保安處分或沒收，林鈺雄教授認為，有併科原則的適用，若輕罪有併科主刑、從刑或保安處分，不受影響，仍得科刑⁴。學者黃榮堅表示，輕罪的最低法定刑具有「封鎖作用」，且輕罪的從刑規定，也並未被重罪規定所排斥。換言之，在宣告重罪的罪名，仍可依輕罪之沒收規定宣告沒收，或依輕罪之性質宣告褫奪公權，我國刑法條文縱使未有規定，理論上亦應如此解釋⁵。最高法院庭長吳燦亦認為，參與犯罪組織之行為為繼續犯，係前置性之刑事制裁條文，本質上為抽象危險犯，係具有預備犯性質之犯罪。行為人參與詐欺犯罪組織之先行為，與之後著手實行加重詐欺犯罪之行為間，具有階段性之緊密關聯，且為確保及維護此一繼續犯之狀態所必要，得評價為單一行為，而有想像競合犯之適用。至於行為人於參與犯罪組織之行為繼續中，先後多次加重詐欺數人財物，為了避免重複評價，應僅就第一次犯行論以參與犯罪組織與加重詐欺之想像競合犯，從一重之加重詐欺罪處斷，且就所處斷之加重詐欺重罪之科刑，其輕罪(參與犯罪組織)中之保安處分，仍應一併被封鎖，依組織犯罪防制條例第3條第3項規定宣付刑前強制工作。第二次以後的加重詐欺犯行，應單純依數罪併罰處理，不再與參與犯罪組織各論以想像競合犯⁶。

¹ 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第1刷，2018年9月，610頁。

² 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第1刷，2018年9月，619頁。

³ 所謂「輕罪的封鎖效果」，指「輕罪對重罪所產生的封鎖效果」。

⁴ 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第1刷，2018年9月，612-613頁。

⁵ 黃榮堅，犯罪的結合與競合，收錄於刑法問題與利益思考，月旦，初版，1995年6月，459頁。

⁶ 吳燦，加重詐欺及參與犯罪組織之法律適用，月旦裁判時報，75期，2018年9月，60頁。

另學者孫德耕認為，想像競合之從一重處斷，以其性質本非一罪，而法律規定從數罪中之一重罪處斷，非置輕罪於不論，故輕罪重罪之條文，均應引用，是以如有兩個以上之沒收時，仍得予以併科，即重罪無可沒收之物，而輕罪有可沒收之物，仍應予以沒收⁷。學者梁恒昌表示，一行為觸犯數罪名，和單純一罪的情況不同，想像競合犯的從一重處斷，因為是以所犯各罪的全部作為衡量處罰的對象，所以重罪部分雖無沒收從刑，如果輕罪部分有沒收之物時，還是可裁判沒收⁸。學者刁榮華認為，刑法第 55 條所謂從一重處斷，即依所觸犯數罪中，擇其本刑最重之一罪而論處，但其所犯之輕罪仍屬存在，故遇犯輕罪之物須沒收時，亦應宣告沒收⁹。學者王振興表示，從一重處斷者，乃其性質本非一罪，法律規定從其數罪中之一重罪，是以如有兩個以上沒收時，仍得予以併科，如重罪無可沒收之物，而輕罪有可沒收之物者，仍應予以沒收¹⁰。

薛智仁教授獨排眾議，認為依我國刑法第 55 條之明文規定，封鎖效果之範圍應不及於保安處分，否則違反罪刑法定主義；上開解釋雖可能造成不合理情形，但不能以法官造法方式解決，只能訴諸修法¹¹。

綜上，我國學者間普遍認為封鎖效果之範圍應從寬認定，非僅限於主刑；部分學者並明確表示封鎖效果之範圍應及於保安處分；薛智仁教授則持否定見解。

四、依外國立法例，封鎖效果應包含保安處分

(一)美國法

1.美國聯邦法

美國聯邦政府於 1970 年制定組織犯罪控制法(Organized Crime Control Act)，其中一章為 Racketeer Influenced and Corrupt organization Act，(以下簡稱 RICO，18 U.S.C. §§1961-1968)，RICO 組織犯罪構成要件有三：(一)、10 年內從事 18 USC §1961 列舉之前置犯罪行為 2 次以上¹²，或收取非法債權例如賭債或高利貸¹³；(二)、其犯

⁷ 孫德耕，刑法實用總則篇，自版，初版，1962 年 3 月，228-229 頁。

⁸ 梁恒昌，刑法總論，自版，十六版，1991 年 7 月，173 頁。

⁹ 刁榮華，刑法總則釋論與實例，自版，初版，1977 年 3 月，238 頁。

¹⁰ 王振興，刑法總則實用，自版，再版，1991 年 12 月，486 頁。

¹¹ 薛智仁，想像競合之輕罪封鎖作用－評最高法院 108 年度台上字第 337 號刑事判決，裁判時報，86 期，2019 年 8 月，49 頁以下。

¹² 18 USC §1961(5)。

罪有組織型態；三、從事下列 4 種違法行為之一¹⁴：(1)將前置犯罪行為獲取之財物使用或投資於該犯罪組織；(2)分得犯罪組織利益或控制組織之犯罪活動；(3)受僱於犯罪組織或與犯罪組織合作，直接或間接實行或參與該組織前置犯罪或收取非法債權；(4)共謀犯前 3 項行為任何一項¹⁵。違反者處 20 年以下有期徒刑¹⁶。行為人只要與上開詐財等前置犯罪行為有密切關聯即可構成該組織犯罪，不必親自為該等犯罪行為¹⁷。

因美國聯邦或州法律原來已對郵件詐欺、詐欺集團銷售無價值物品等詐財及其他前置犯罪設有處罰規定，RICO 所禁止者並非詐財等非法犯行，而是禁止其(1)將前置犯罪行為獲取之財物投資於犯罪組織；(2)取得犯罪組織利益或控制組織犯罪活動；(3)實行或參與組織犯罪活動；(4)共謀犯前 3 項行為任何一項。故此參與組織犯罪行為與前置犯罪行為係不同的犯罪行為，應數罪併罰¹⁸。

例如在 *United States v. Boylan* 案，被告被追訴並判處參與組織犯罪、收受非法給付罪、逃漏稅罪及申報不實罪，被告主張其參與犯罪組織與收受非法給付屬同一犯行，不應重複論罪。聯邦第二巡迴法院即表示：「就本案言，國會立法紀錄明確地認為前置犯罪與組織犯罪屬不同之犯罪，組織犯罪控制法之目的在於建立新刑罰，以加重處罰及新增矯正措施方式來因應參與組織犯罪之非法活動。¹⁹」

又例如在 *United States v. Solano* 案，11 名被告被追訴參與犯罪組織罪，並分別另涉毒品及違反槍砲條例罪，部分被告主張：他們前置犯罪已被追訴，再因該等犯行被追訴參與組織犯罪，應違反禁止重覆追訴原則，聲請加州北區聯邦法院駁回檢察官對彼等參與犯罪組織罪之追訴。加州北區聯邦法院裁定駁回彼等之聲請，被告等提出抗告，聯邦第九巡迴法院亦表示：「本院前已在 *United States v. Rone* 案確立

¹³ 18 USC §1961(6).

¹⁴ 王兆鵬著，美國刑事訴訟法，元照，二版，2007 年 9 月，804-805 頁。

¹⁵ 18 USC §1962.

¹⁶ 18 USC §1963.

¹⁷ *Casperone v. Landmark Oil & Gas Corp.*, 819 F.2d 112, 115 (5th Cir 1987).

¹⁸ *Gerard E. Lynch, RICO: The Crime of Being a Criminal, Parts III & IV.*, 87 Colum. L. Rev. 920, 940 (1987). *United States v. Peacock*, 654 F. 2d 339 (5th Cir. 1981); *United States v. Boylan*, 620 F.2d 359 (2d Cir.); *United States v. Solano*, 605 F. 2d 1141 (9th Cir. 1979).

¹⁹ *United States v. Boylan*, 620 F.2d 359, 361 (2d Cir. 1980) ("In the case at hand, however, Congress clearly defined separate crimes. The purpose of RICO was to establish "new penal prohibitions, and . . . enhanced sanctions and new remedies to deal with the unlawful activities of those engaged in organized crime." *Organized Crime Control Act of 1970, Statement of Findings and Purpose*, 84 Stat. 922, reprinted in *U.S.Code Cong. Admin.News*, p. 1073."

被告之前置犯罪與以前置犯罪為基礎之參與組織犯罪應分論併罰，並不違反禁止重複追訴原則。²⁰」

因為組織犯罪被害人較多、金額較大，檢察官以組織犯罪起訴，有比較大的嚇阻作用。組織犯罪控制法不僅大幅加重有罪被告之刑責，且美國聯邦組織犯罪控制法可對不配合之證人拘留、可向加害人民事求償 3 倍之損害賠償、訴訟費用、律師費，對付組織犯罪漫延成效卓著，因而聯邦組織犯罪之前置罪名一再擴張，並有 33 州跟進製定類似法律。

另一方面，美國聯邦法並無類似我國想像競合犯從一重處斷的規定，被告一行為構成數罪名，均可予以起訴、判刑。聯邦最高法院在 *Missouri v. Hunter*²¹ 案表明：禁止雙重危險之射程範圍係以國會立法目的為界限，國會立法明示某一刑罰係外加於其他法定刑罰，則在同一起訴文件中，對被告之一行為以二種不同之法條予以處罰，並不違憲。例如法院准許被告停止羈押之條件為交保期間不得再犯罪，若被告交保期間持有毒品，同時涉嫌藐視法庭罪及持有毒品罪，檢察官得一併起訴該二罪，法院應就該二罪判決。但法院不得就未經起訴之犯罪審判，若檢察官只起訴被告藐視法庭罪²²，法院不得以想像競合犯之理由，判決被告犯持有毒品罪。

美國對同一被告之複數犯罪科刑時，有「同時進行刑」(Concurrent sentences)及「接續進行刑」(Consecutive sentences)之分，當一被告多數犯罪被定罪後，其多數徒刑應同時計算執行期間，並於最長期徒刑執行期滿時釋放，稱為「同時進行刑」；當一罪執行完畢後，另一罪之徒刑才接續開始執行，稱為「接續進行刑」。因此，美國聯邦法複數犯罪之執行只有「接續」或「吸收」兩個選項，並無類似我國定執行刑之制度。美國聯邦法 18 U.S. Code § 3584(b)規定：法官決定「同時進行刑」或「接續進行刑」時，應考量 18 U.S. Code § 3553(a)所列之量刑因素²³。亦即，

²⁰ *United States v. Solano*, 605 F.2d 1141, 1143 (9th Cir. 1979) (“Third, several appellants claim that they are being subjected to double jeopardy because they have already suffered federal prosecutions for acts that are now alleged as predicate offenses for purposes of the RICO prosecution. This court has held that a defendant can be convicted and separately punished both for the predicate acts which form the basis of a RICO charge, and for a substantive violation of RICO, without violating the Double Jeopardy Clause. *United States v. Rone*, 598 F.2d 564, 571 (9th Cir. 1979).”)

²¹ *Missouri v. Hunter*, 459 U.S. 359 (1983)

²² 由於實務經常出現同一行為可能符合多種刑罰條文之情形，檢察官如何選擇起訴之條文，即非常重要。美國聯邦及各州就此點，均給予檢察官高度裁量權，其理由為：就某一犯行選擇處罰依據，必須考量政府執法之立場、資源及各種複雜的因素，法官並不適合作此決定；再者，陪審團審判制度之所以得以運作，是因為超過 90% 之案件以認罪協商方式定罪，而檢察官對起訴條文之絕對裁量權，是認罪協商得以進行之基礎。

²³ 18 U.S.C. § 3584, “(a) Imposition of Concurrent or Consecutive Terms.—

除法律另有明文規定外，法官應綜合考量犯罪的性質、情況、被告前科、品性、科刑執行的必要性等等因素²⁴。因一行為觸犯數罪名之情形，美國法官可能但未必宣告「同時進行刑」，故實際執行刑與我國想像競合犯不同。

2.美國加州法

美國加州類似我國之想像競合犯規定在加州刑事法第 654 條，規定如下²⁵：「(a) 一個行為或不行為有數種方式或數種法條規定可以處罰時，依法定期最長之規定處罰，無論如何該行為或不行為僅得依一個規定處罰。其中任何一個無罪或有罪判決均阻止同一行為或不行為之追訴。(b)雖有前項規定，依前項規定判刑者，若其本得適用之數種規定中有不得緩刑之規定時，即不得予以緩刑。」此第 2 項之規定其實就是「封鎖效果」，亦即，輕罪如有不得緩刑之規定，雖依重罪科刑，亦不得給予緩刑。

加州實務上，一行為觸犯數罪名之情形，檢察官通常會對該數罪名都起訴，而法院（含陪審團 jury trial 與職業法官 bench trial）認定有罪時，也會對該數罪都判罪定刑。但法官會依據第 654 條指示僅執行較重之罪刑，而「停止執行」（stay）其

.....Multiple terms of imprisonment imposed at the same time run concurrently unless the court orders or the statute mandates that the terms are to run consecutively. Multiple terms of imprisonment imposed at different times run consecutively unless the court orders that the terms are to run concurrently.(b)Factors To Be Considered in Imposing Concurrent or Consecutive Terms.—The court, in determining whether the terms imposed are to be ordered to run concurrently or consecutively, shall consider, as to each offense for which a term of imprisonment is being imposed, the factors set forth in section 3553(a).

(c)Treatment of Multiple Sentence as an Aggregate.—Multiple terms of imprisonment ordered to run consecutively or concurrently shall be treated for administrative purposes as a single, aggregate term of imprisonment.”

²⁴ 18 U.S.C. § 3584, “(a) Factors To Be Considered in Imposing a Sentence.—The court shall impose a sentence sufficient, but not greater than necessary, to comply with the purposes set forth in paragraph (2) of this subsection. The court, in determining the particular sentence to be imposed, shall consider—

(1)the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the defendant;

(2)the need for the sentence imposed—

(A)to reflect the seriousness of the offense, to promote respect for the law, and to provide just punishment for the offense;

(B)to afford adequate deterrence to criminal conduct;

(C)to protect the public from further crimes of the defendant; and

(D)to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care, or other correctional treatment in the most effective manner;”.

²⁵ California Code, Penal Code - PEN § 654“(a) An act or omission that is punishable in different ways by different provisions of law shall be punished under the provision that provides for the longest potential term of imprisonment, but in no case shall the act or omission be punished under more than one provision. An acquittal or conviction and sentence under any one bars a prosecution for the same act or omission under any other.(b) Notwithstanding subdivision (a), a defendant sentenced pursuant to subdivision (a) shall not be granted probation if any of the provisions that would otherwise apply to the defendant prohibits the granting of probation.”

他罪之刑。之所以不只針對其中重罪定罪科刑，是為避免該重罪判決後來被撤銷，被告可能無故受意外之喜，故應執行之重罪判決如果被撤銷，仍得執行其他罪刑²⁶。

加州最高法院在 *People v. Pearson* (1986)案²⁷指出：第 654 條禁止基於懲罰（punitive）目的去執行業經停止執行之有罪判決。換言之，若停止執行之判決項目有非基於懲罰（non-punitive）目的者，仍可一併執行。例如 *People v. Sharret* 案²⁸，被告將毒品海洛因交付給某甲，某甲交給某乙，某乙交給臥底警探。第一審法院判決被告構成二罪：犯行（一）意圖販賣而持有海洛因；犯行（二）販賣海洛因。第（一）罪判有期徒刑 2 年，但依加州刑事法第 654 條(a)項不執行（stayed），僅執行第（二）罪有期徒刑 6 年。對於第（一）罪，第一審法院另外判決被告必須給付程序費用 60 美元（含\$30 的法院保全費 court security fee 與\$30 的法院設備費 court facilities assessment），第（二）罪另有應給付之程序費用，加州上訴法院判決認為第（一）罪（經停止執行之罪）所定之法院保全費與法院設備費之給付處置，並沒有懲罰性質，所以可以執行；第（一）罪的毒品檢驗費（criminal laboratory analysis fee）之給付則具有懲罰性，所以必須停止執行。

由上可知在美國加州，一行為觸犯數罪名之情形，雖僅執行較重之罪刑，但被停止執行之輕罪若有「非懲罰性」的處置，仍應執行。

(二)德國法

1. 參與犯罪組織罪與其他個別單一犯罪行為之罪數

德國刑法第 129 條第 1 項規定：「建立或參與組織，該組織之目的或活動指向以犯最重本刑 2 年以上有期徒刑之罪者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。支持該組織或為該組織招募成員或支持成員者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。」同條第 5 項規定：「第 1 項第 1 句之特別嚴重情形，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。當行為人屬於組織的首腦或幕後操縱者，原則是特別嚴重情形。組織之目的或活動若指向犯德國刑事訴訟法特定款項所指犯罪，第 1 項第 1 句之情形處 6 月以上 10 年以下有期徒刑。」是以，德國刑法第 129 條第 1 項的組織犯罪有「建立」、「成員參與」、「支持」或「招

²⁶ *People v. Niles* 227 Cal. App. 2d 749, 754-756 (1964).

²⁷ *People v. Pearson*, 42 Cal. 3d 351 (1986).

²⁸ *People v. Sharret*, 191 Cal. App. 4th 859 (Cal. Ct. App. 2011).

募」等行為態樣。依同條第 5 項規定，組織首腦、幕後操縱者，或組織目的或活動係為犯特定犯罪者，均屬加重事由。

德國聯邦最高法院刑事第三庭認為，德國刑法第 129 條之參與犯罪組織與其他個別單一犯罪行為成立想像競合，論以一罪。但有多數其他個別犯罪行為時，儘管有「參與犯罪組織」這個組織犯罪行為的連結，仍成立實質競合，論以數罪²⁹。於組織成員的個別犯罪行為經裁判後，仍能對其餘之後發現的犯罪行為起訴³⁰。

2. 德國刑法第 52 條想像競合之規定、沿革、實務見解及修正理由

a. 德國刑法第 52 條想像競合規定之內容

德國刑法第 52 條是犯罪單數(Tateinheit)，即想像競合(Idealkonkurrenz)之規定。現行德國刑法第 52 條規定：「(第 1 項)同一行為觸犯多數刑法規定或同一刑法規定多次者，僅宣告一個刑罰。(第 2 項)觸犯多數刑法規定者，依最重法定刑之規定宣告其刑。宣告之刑不得低於其他可適用之規定所容許者。(第 3 項)法院在第 41 條³¹之前提下，得另在徒刑外宣告罰金。(第 4 項)於所適用規定之一規定或允許從刑、附隨效果與處分(第 11 條第 1 項第 8 款)者，必須或得宣告之。³²」其中德國刑法第 11

²⁹ BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 - 3 StR 537/14. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2018, §129 Rn. 13. 本案數名被告均為極右派，於2011年4月間成立「拉德之友(Freundekreis Rade)」，目的是將具有移民背景及異議人士從被告等人的地盤趕出去或至少使那些人感到害怕。為達到這個目的，被告等人傷害他人、毀損物品、設置網頁、海報宣傳仇恨性言論。科隆地方法院2014年1月27日之判決，對於上開數名被告均係以一行為觸犯參與犯罪組織及其他罪名(例如使用武器或其他危險工具之危險傷害罪、毀損罪、煽動民族罪)為判決；多次觸犯其他罪名的被告，先分別與參與犯罪組織論以一行為，再論數罪。被告等人提起上訴，經聯邦最高法院駁回上訴而確定。

³⁰ Miebach, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2017, §129 Rn. 140. 另可參考陳柏良，防制組織性犯罪立法模式之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，2009 年 8 月，70 頁、88 頁、91-93 頁。

³¹ 德國刑法第 41 條規定：「犯罪行為人透過犯罪而獲利或獲利未遂，且考量犯罪行為人之個人及經濟狀況後併科罰金仍屬適當者，得於宣告有期徒刑外，另宣告原不得或僅得擇一宣告之罰金。」本文德國刑法之中譯，均係參照「何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，二版第 1 刷，2019 年 7 月」之內容。

³² 條文原文：「Strafgesetzbuch (StGB) § 52 Tateinheit

(1) Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur uf eine Strafe erkannt.

(2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.

(3) Geldstrafe kann das Gericht unter den Voraussetzungen des § 41 neben Freiheitsstrafe gesondert verhängen.

(4) Auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Absatz 1 Nummer 8) muss oder kann erkannt werden, wenn eines der anwendbaren Gesetze dies vorschreibt oder zulässt.」引自以下網頁：
http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_52.html。

條第 1 項第 8 款之規定為：「稱處分者，謂任何一種矯治與保安處分、沒收及制作文書設備之禁用處分。」而所謂矯治與保安處分之種類依德國刑法第 61 條規定：「矯治與保安處分之種類如下：1.收容於精神病院，2.收容於戒治所，3.保安監禁，4.行為監督，5.剝奪駕駛許可，6.執業禁止。」另德國刑法第 66 條規定之保安監禁(Sicherungsverwahrung)，屬拘束人身自由之矯治與保安處分。

從上可知，德國刑法第 52 條第 4 項明文，於一行為觸犯數罪名從一重處斷時，其中之一有規定或允許從刑、附隨效果、矯治與保安處分、沒收、制作文書設備之禁用處分的情形，必須或得宣告之；亦即封鎖效果除了「刑」之外，也及於「從刑、附隨效果、矯治與保安處分、沒收、製作文書設備之禁用處分」。

b. 德國刑法第 52 條想像競合規定之沿革

1871 年 5 月 15 日德意志帝國刑法第 73 條規定：「同一行為觸犯多數刑法規定者，僅適用最重法定刑之規定，在不同種刑罰種類的情形，僅適用最重刑罰種類之規定³³。」

1969 年 6 月 25 日《第一次德國刑法改革法案》(1. StrRG)修正第 73 條規定為：「(第 1 項)同一行為觸犯多數刑法規定或同一刑法規定多次者，僅宣告一個刑罰。(第 2 項)觸犯多數刑法規定者，依最重法定刑之規定宣告其刑。宣告之刑不得低於其他可適用之規定所容許者。(第 3 項)於所適用規定之一規定或允許者，應或得另在有期徒刑外宣告罰金。(第 4 項)於所適用規定之一規定或允許從刑、附隨效果、矯治與保安處分、犯罪物沒收、制作文書設備之禁用處分及利得沒收者，必須或得宣告之。³⁴」該規定再經 1969 年 7 月 4 日《第二次德國刑法改革法案》(2. StrRG)修正，

³³ 條文原文：「Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (1871) § 73

Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, so kommt nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafart androht, zur Anwendung.」引自以下網頁：<https://lexetius.com/StGB/73,5>。

³⁴ 條文原文：「§ 73

(1) Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt.

(2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.

(3) Geldstrafe muß oder kann das Gericht neben Freiheitsstrafe gesondert verhängen, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie neben Freiheitsstrafe vorschreibt oder zuläßt.

(4) Auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßregeln der Sicherung und Besserung, Einziehung, Unbrauchmachung und Verfall muß oder kann erkannt werden, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie vorschreibt oder zuläßt.」引自 BGBl.

將條號更改為第 52 條，規定：「(第 1 項)同一犯罪行為觸犯多數刑法規定或同一刑法規定多次者，僅宣告一個刑罰。(第 2 項)觸犯多數刑法規定者，依最重法定刑之規定宣告其刑。宣告之刑不得低於其他可適用之規定所容許者。(第 3 項)法院在第 41 條之前提下，得另在徒刑外宣告罰金。(第 4 項)於所適用規定之一規定或允許從刑、附隨效果與處分(第 11 條第 1 項第 4 款³⁵)者，必須或得宣告之。³⁶」《第一次德國刑法改革法案》與《第二次德國刑法改革法案》之時間相近，其修正內容應整體觀察，兩相比較，僅條號更改為第 52 條，修正徒刑併科罰金之要件，以及將「矯治與保安處分、犯罪物沒收、制作文書設備之禁用處分及利得沒收」統稱為「處分」，並規定於第 11 條第 1 項第 4 款。

1974 年 3 月 2 日《刑法施行法法案》，因為在第 11 條第 1 項新增了 4 款規定，是以相應修正第 52 條第 4 項，將「第 4 款」取代為「第 8 款」³⁷；1974 年 8 月 15 日《修正刑法施行法法案》修正德國刑法第 52 條第 1 項，將「犯罪行為(Straftat)」的用語改為「行為(Handlung)」。³⁸此二版本與 1969 年之版本並無實質重大變更³⁹。

1992 年 7 月 15 日《防制不法毒品交易及其他組織犯罪形式法案》(OrgKG)修正德國刑法第 52 條第 4 項為：「(第 1 句)於所適用規定之一得科財產刑者，法院得在無期徒刑或 2 年以上有期徒刑外另宣告財產刑。(第 2 句)此外，於所適用規定之一規定或允許從刑、從效果與處分(第 11 條第 1 項第 8 款)者，必須或得宣告之。³⁹」2017 年 4 月 13 日《刑法財產剝奪改革法案》⁴⁰修正，2017 年 7 月 1 日生效之德國刑法第 52 條為現行規定，與前一版本相比，係刪除前一版本第 52 條第 4 項第 1 句有關無期徒刑或 2 年以上有期徒刑另宣告財產刑之規定。

I S. 645, 651.

³⁵ 第二次德國刑法改革修正法案第 11 條第 1 項第 4 款規定：「處分：任何一種矯治與保安處分、利得沒收、犯罪物沒收及制作文書設備之禁用處分；」BGBI. I S. 717, 719.

³⁶ 條文原文：「§ 73

(1) Verletzt dieselbe Straftat mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt.

(2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.

(3) Geldstrafe kann das Gericht unter den Voraussetzungen des § 41 neben Freiheitsstrafe gesondert verhängen.

(4) Auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Absatz 1 Nr. 4) muss oder kann erkannt werden, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie vorschreibt oder zulässt.」引自 BGBI. I S. 717, 724f..

³⁷ BGBI. I S. 469, 474f..

³⁸ BGBI. I S. 1942.

³⁹ BGBI. I S. 1302f..

⁴⁰ BGBI. I S. 872.

c. 帝國法院依德意志帝國刑法第 73 條想像競合之規定，已肯認較輕罪之封鎖效果及於「最輕本刑」、「從刑」及「附隨效果」

帝國法院刑事第三庭 1888 年 10 月 15 日 g. Sch. Rep. 2039/88 判決⁴¹，該案爭點為：「若前案因為詐欺罪與較重罪想像競合而只宣告較重之罪，因詐欺罪論以再犯之刑有無理由？」因為當時德國刑法第 264 條第 1 項規定：「於國內曾因犯詐欺罪被處罰，且第二次因犯詐欺罪被處罰者，因再一次觸犯詐欺罪處.....」，是以有此疑問。該判決表示，「行為人一行為觸犯詐欺罪及另一較重罪，若依第 73 條規定，不能宣告被告詐欺罪的部分有罪，這樣第 73 條就像是引進了一個排除罪責理由 (Schuldausschließungsgrund)；若依第 73 條規定，因想像競合也依詐欺罪判決被告有罪，但不能依詐欺罪的規定來加以處罰，第 73 條的效果就像是排除刑罰理由 (Strafausschließungsgrund)。立法者就像是將具有這樣性質的詐欺行為宣告不罰，因為該行為不僅是詐欺，而還是更嚴重的犯行。.....認為第 73 條規定的文字是一行為觸犯數個刑法規定。.....立法者的想法並非是該違反多數刑法規定的行為，不應依其全部刑法的關係來判決及處罰，而僅是應將行為的刑事威嚇及處罰在其全部刑法的關係下減輕一個數值，即在法律中為了簡要，所以透過參照所觸犯的最重刑事威嚇的規定來表達，這是第 73 條文字的意義，也就是從最重規定得知要處以什麼刑罰。.....如前所述，若第 73 條是創造一個法律上的排除刑罰理由，那麼該條規定的正確位置應在刑法總則第四章標題「刑罰排除的理由」之下，而非在第五章標題「多數可罰行為的競合」之下，第 73 條放在第五章的位置因此證明，想像競合與實質競合一樣，並非是為了排除刑罰所設想。.....排除原則僅決定想像競合宣告刑的種類及刑度，而非決定這個刑罰對於競合的較輕罪以及依此對於再犯的意義。」是以，該判決認為，若前案因為詐欺罪與較重罪想像競合而只宣告較重之罪，然再次觸犯詐欺罪，可以因為前案曾犯詐欺罪論以再犯之刑。

帝國法院刑事大法庭 1939 年 3 月 22 日，G.S. St. 2 und 3/1938 – 4D 764/37, 301/38 und 565/38 裁定⁴²，該案有三個法律問題，分別是 1. 當依較重罪規定允許較輕刑罰或較輕刑罰種類時，於犯罪單數應維持較輕罪的最輕本刑或刑罰種類嗎？2. 依刑法

⁴¹ RGSt 18, 193.

⁴² RGSt 73, 148.

第 73 條比較各刑法規定時，其中一法條有規定特別嚴重情形的加重刑度的事實，是否僅於個案中有特別嚴重情形存在時才加以考慮？3. 僅規定於較輕罪之從刑，於犯罪單數是否應宣告之？裁定要旨為：「1. 同一行為觸犯多數刑法規定者(第 73 條)，若依較重罪規定允許較輕的刑罰或較輕的刑罰種類，應維持較輕罪規定的最輕本刑及刑罰種類。2. 較輕罪所強制規定的從刑，於犯罪單數應宣告之；依較輕罪的規定，從刑係供法官裁量者，於犯罪單數得宣告之。(1. Verletzt eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze (§73 StGB.), so müssen das Mindeststrafmaß und die Straftart des milderen Gesetzes eingehalten werden, wenn nach dem strengeren Gesetz eine geringere Strafe oder eine leichtere Straftart zulässig ist. 2. Bei Tateinheit muß auf Nebenstrafen erkannt werden, die in dem milderen Gesetz zwingend vorgeschrieben sind; bei Tateinheit kann auf Nebenstrafen erkannt werden, deren Anordnung nach dem milderen Gesetz in das Ermessen des Richters gestellt ist.)」其理由中提到：「目前為止的實務見解，如同那些案例所示，行為人若經由其行為不僅觸犯一個刑法規定，而是觸犯多數刑法規定，正好對行為人有利。這個結果違反大眾的法感及保護需求 (Dieses Ergebnis widerspricht dem Rechtsgefühl und dem Schutzbedürfnisse der Allgemeinheit.)」。第 73 條的文義並未強制導出目前為止的解釋。.....依較重罪規定來定刑，符合事物本質且在大部分的案件沒有困難。因為原則上多數被違反規定的刑度範圍，最重本刑最重的規定，其最輕本刑也高於或無論如何不低於其他被違反規定的刑度。那些導出其他結果的案例是例外。這些案例雖然經由新增詐欺罪或背信罪之特別嚴重情形的規定而增加；這類案例的例外本質卻沒有改變。法律讓實務見解自由發展來處理這些例外案例的看法，並沒有疑慮。滿足大眾的法感及保護需求的答案只能以肯定問題一來獲得。.....目前為止刑法第 73 條的解釋也導出這個看法，即未在較重罪但在較輕罪規定或允許的從刑，不得宣告之。然肯認問題一的理由，也迫使要揚棄這個看法。當僅較輕罪規定或允許從刑及附隨效果時，從刑及附隨效果也應或得宣告之 (Auf Nebenstrafen und Nebenfolgen muß oder kann also auch dann erkannt werden, wenn nur das mildere Gesetz sie vorschreibt oder zuläßt.)。」這個裁定改變了帝國法院自 1882 年起 RGSt 6, 180⁴³之舊見解，因此也具有「去形式化

⁴³ RGSt 6, 180 為帝國法院聯合刑事庭(Vereinigte Strafsenate)1882 年 4 月 17 日 g. S. Rep. 3153/81 判決，該案法律問題為：「當公然侮辱罪與其他較重罪想像競合，於公然侮辱罪是否應賦予(被侮辱者)公開判決之權限？」因為帝國刑法第 200 條第 1 項規定：「因公然或經由散布文字、敘述或圖畫觸犯侮辱罪而受刑罰宣告者，同時

(Entformalisierung)」以及「實質化(Materialisierung)」的意義。該見解隨後被德國聯邦最高法院 1951 年 4 月 24 日刑事第一庭 101/51 判決，即 BGHSt 1, 152 所採⁴⁴。

d. 1969 年修改之德國刑法第 52 條想像競合規定前，德國聯邦最高法院已肯認較輕罪之封鎖效果及於「最輕本刑」、「沒收」、「矯治與保安處分」

德國聯邦最高法院於 1969 年修改之德國刑法第 52 條規定前，本已肯認較輕罪之封鎖效果及於最輕本刑、犯罪物沒收、矯治與保安處分，依據分別為德國聯邦最高法院下列三則判決，以下分述之：

德國聯邦最高法院 1951 年 4 月 24 日刑事第一庭 101/51 判決⁴⁵：

該案之犯罪事實及所犯法條為：該案被告強制性交未遂，依(當時)德國刑法的規定，被告係一犯罪行為觸犯德國刑法第 177 條連結第 44 條第 1 項、第 3 項以及第 176 條之規定，而第 177 條之法定刑為 3 月以上一般監獄(Gefängnis)有期徒刑，15 年以下矯正院(Zuchthaus)有期徒刑；第 176 條之法定刑為 6 月以上一般監獄有期徒刑，10 年以下矯正院有期徒刑。該案之判決理由為：判決中援引帝國法院判決(RGSt 73, 148)，提到雖然判斷那一個罪較重是依最重本刑而非最輕本刑，可是在犯罪單數，即想像競合的情形，若較重罪規定的最輕本刑低於較輕罪的最輕本刑，宣告刑不得低於較輕罪之最輕本刑。本案應適用(當時)德國刑法第 177 條、第 43 條規定，而非第 176 條規定判決被告有罪，且宣告刑的最低刑度要受到第 176 條之拘束。蓋沒有適用第 176 條第 1 項第 1 款判決被告有罪，並非因為被告可能沒有實現該條構成要件的知及欲，該條規定係因為有第 177 條之特別規定，而退卻沒有適用。被告

賦予被侮辱者以由被告負擔費用來公開判決之權限。公開方式及期限應於判決中定之。」是以有此法律問題。該判決理由提到：「然而應承認，刑法第 73 條所規定的最重罪絕對排除原則導出非常充滿疑慮的結果，特別是在本案情形導出違背法感的結果。但相對於無條件的法律誡命，這樣的考慮對於法官而言並不重要。基於這些理由，判決中有關賦予(被侮辱者)公開權限的部分應被撤銷且就此宣告撤銷該權限。(Zuzugeben ist allerdings, daß das Prinzip der absoluten Exklusivität des härtesten Strafgesetzes ,wie es im § 73 St.G.B.'s ausgesprochen ist, zu höchst bedenklichen Konsequenzen führt, insbesondere auch die in Fällen der vorliegenden Art zu ziehende Konsequenz dem Rechtsgefühl widerstrebt. Derartige Erwägungen können aber dem unbedingten Gesetzgebote gegenüber eine Bedeutung für den Richter nicht beanspruchen. Aus diesen Gründen ist das Urteil, insoweit es die Publikationsbefugnis erteilt, aufgehoben und in der Sache selbst der Wegfall dieser Befugnis erkannt.)」簡言之，儘管該判決認為最重罪絕對排除原則違背法感，但於該案並未改變見解，以公然侮辱是較輕罪，不能賦予被侮辱者公開判決的權限，是以仍撤銷賦予被侮辱者公開判決權限的部分。

⁴⁴ Gerhard Pauli, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, S. 101-105.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 24.04.1951 – I StR 101/51, 即 BGHSt 1, 152.

觸犯第 176 條之一般規定的事實仍存在，所以不能完全不注意及此。實務見解一向認為，因為法條競合而無法適用的規定，要考慮從重量刑(參照帝國法院判決 RGSt 63, 423)。被告也不能因為他的犯行不僅觸犯一個刑法規定，而是觸犯多數刑法規定而獲得好處(參照帝國法院判決 RGSt 73, 148)。基於這些考量，就算被告僅依強制性交未遂之規定處斷，仍不得宣告低於 6 個月的一般監獄有期徒刑。亦即，本案判決肯認，一犯罪行為觸犯數刑法規定，行為人若因為較重罪之規定排除較輕罪之規定，僅依較重罪處斷，宣告刑仍不得低於所觸犯較輕罪規定的最輕本刑。

德國聯邦最高法院於 1955 年 7 月 8 日刑事第一庭 245/55 判決⁴⁶：

該案之犯罪事實及所犯法條為：被告為國內外專家圈知名於 Spalt 啤酒花產地的啤酒花種植者，啤酒花的價格因產地而有不同，1953 年 10 月 1 日時，一公擔(即 50 公斤)的啤酒花，產自 Spalt 的價格為 380 馬克，產自 Hallertau 的價格為 280 馬克；同年 11 月 1 日時，產自 Spalt 的價格為 350 馬克，產自 Hallertau 的價格為 180 馬克，而這樣的價差會一直維持到全部收成販售完畢。被告利用這個價差，將其平均以 170 馬克所購買，產自 Hallertau 的 140 公擔啤酒花，包裝成是自己所種植、產自 Spalt 的啤酒花，並取得啤酒花產地證明後，以每公擔 300 至 320 馬克的價格出售，被告因此獲利超過 15000 馬克。地方法院判決被告以一行為觸犯詐欺罪、間接虛偽登載罪以及啤酒花產地法(Hopfenherkunftsgesetz, HHG)第 21 條及第 22 條之罪，處有期徒刑 1 年 2 月，併科罰金 5000 馬克，已扣押並變價之產自 Hallertau 的啤酒花沒收之。該案之判決理由為：聯邦最高法院駁回上訴，但認為啤酒花產地法第 21 條與詐欺罪是法條競合，啤酒花產地法第 21 條是補充規定。判決中表示，啤酒花產地法第 21 條與詐欺罪構成要件競合的結果，不適用啤酒花產地法第 21 條，但無論如何不排除適用啤酒花產地法第 24 條之規定來沒收已扣押的啤酒花。法條競合的情形，除據以處斷的法律外，被排除的法律規定中有關最輕本刑、從刑以及保安處分之規定仍有適用⁴⁷。亦即，本案判決肯認，法條競合不排除輕罪有關犯罪物沒收之規定。

德國聯邦最高法院於 1955 年 2 月 11 日刑事第一庭 478/54 判決⁴⁸

⁴⁶ BGH, Urteil vom 08.07.1955 – 1 StR 245/55, 即 BGHSt 8, 46.

⁴⁷ 判決原文：「Auch bei Gesetzeskonkurrenz bleiben die Vorschriften des verdrängten Gesetzes über Mindest- und Nebenstrafen, wie auch über Sicherungsmaßnahmen neben dem Gesetz, aus dem bestraft wird, anwendbar.」。

⁴⁸ BGH, Urteil vom 11.02.1955 – 1 StR 478/54, 即 BGHSt 7, 307.

該案之犯罪事實及所犯法條為：被告為荷蘭籍卡車駕駛，於 1953 年 10 月 23 日起駛前，未檢查 30 公噸重(含裝載物)的卡車之氣壓式煞車的氣壓是否足夠，即駛上法蘭克福至科隆的北向高速公路。後來因煞車失靈，被告駕駛之卡車撞及 6 輛自用小客車及卡車、撞毀 1 輛重型機車，造成 6 人死亡、7 人受傷，約 18 萬馬克的財產損害。被告涉犯過失致死罪、過失傷害罪以及道路交通規則第 1 條(§ 1 StVO)。該案之判決理由為：宣告刑不得低於被排除適用較輕罪之最輕本刑、從刑的基本想法是一行為人不得因為其行為不僅觸犯一條刑法規定，而是多數刑法規定而獲得好處。本案被告透過其行為不僅觸犯一個刑法規定，而是多數刑法規定，依被排除的較輕罪之規定宣告矯治與保安處分，即命剝奪駕駛許可是有理由的。依地方法院的認定，本案被告無疑地以其駕駛方式違反道路交通規則第 1 條規定，因此可剝奪被告的駕駛許可。亦即，本案判決肯認，當被告(外國駕照的持有人)之犯行觸犯交通法規，但該犯行依其他較重刑罰規定處罰，因此交通法規並非處斷的依據時，仍可剝奪其於國內的駕駛許可，蓋較重的刑法過失致死罪、過失傷害罪之規定雖排除道路交通規則(StVO)、道路交通許可規則(StVZO)之適用，但仍不影響被告違反道路交通規定的事實。

e. 法條競合的情形，未適用的法條亦有封鎖效果

法條競合(Gesetzeskonkurrenz)，即法律單數(Gesetzeseinheit)是指單數行為表現上、形式上同時該當了數個(或數次)犯罪構成要件，但實質上因為有特別關係、補充關係、吸收關係而使其中一個構成要件應優先適用，並進而排斥其他構成要件的適用⁴⁹。法條競合的法律效果是一個構成要件應優先適用而排斥其他構成要件，但未適用的規定得於量刑時從重加以考慮。依遭到排除適用的法律，也可宣告從刑、附隨效果、保安處分以及利得沒收和犯罪物沒收，其結果與德國刑法第 52 條想像競合的規定相符⁵⁰。

f. 德國刑法第 52 條想像競合規定之修正理由

⁴⁹ 林鈺雄，新刑法總則，2018 年 9 月，六版第 1 刷，第 602 頁至第 608 頁。

⁵⁰ 惟法條競合之特別關係，未適用的法律之最輕本刑不具有封鎖效果。也有學者主張法條競合之補充關係，未適用的法律亦無封鎖效果。BGHSt 1, 152; 19, 188; 10, 312, 8, 46. Thomas Fischer, *Beck'sche Kurz-Kommentare*, Strafgesetzbuch, 63. Aufl. 2016, Vor § 52 Rn. 44-45. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, 30. Aufl. 2019, StGB Vorbemerkungen zu den §§ 52 ff. Rn. 103.

《1962 年德國刑法草案》(Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1962)第 67 條⁵¹規定：「(第 1 項)同一犯罪行為觸犯多數刑法規定或同一刑法規定多次者，僅宣告一個刑罰。(第 2 項)觸犯多數刑法規定者，依最重刑罰種類或同種刑罰種類最重法定刑之規定宣告其刑。宣告之刑，依其刑罰種類不得輕於或低於其他可適用之規定所容許者。(第 3 項)於所適用規定之一規定或允許罰金刑者，法院得另在徒刑外宣告罰金。但所適用規定之一在徒刑外規定罰金刑者，法院必須宣告罰金刑。於此情形若因觸犯多數規定宣告罰金刑時，依罰金刑最高額度定其上限。(第 4 項)於所適用規定之一規定或允許從刑與處分(第 11 條第 1 項第 5 款)者，必須或得宣告之。」

《1962 年德國刑法草案》第 11 條第 1 項第 5 款則規定：「處分：任何一種矯治與保安處分、利得沒收、犯罪物沒收及制作文書設備之禁用處分。」

現行德國刑法第 52 條第 4 項之文字源自於 1969 年《第二次德國刑法改革法案》第 52 條第 4 項，而 1969 年《第二次德國刑法改革法案》及《第一次德國刑法改革法案》均源自於《1962 年德國刑法草案》，想像競合(Tateinheit)規定於該草案第 67 條。將草案第 67 條第 4 項之規定與《第二次德國刑法改革法案》第 52 條第 4 項之規定相比，除了沒有提到「附隨效果」以及係引用第 11 條第 1 項「第 5 款」而非「第 4 款」之外，內容均相同，且該草案第 11 條第 1 項第 5 款之內容與《第二次德國刑法改革法案》第 11 條第 1 項第 4 款之內容相同⁵²。

《1962 年德國刑法草案》第 67 條之立法理由提到，該條係以立法的方式承認

⁵¹ Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962

§ 67 Tateinheit

(1) Verletzt dieselbe Straftat mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt.

(2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Straftat oder bei gleicher Straftat die schwerste Strafe androht. Sie darf weder der Art nach leichter noch niedriger sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.

(3) Auf Geldstrafe kann das Gericht neben Freiheitsstrafe gesondert erkennen, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie vorschreibt oder zuläßt. Jedoch muß das Gericht auf Geldstrafe gesondert erkennen, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie neben Freiheitsstrafe vorschreibt. Soll in diesen Fällen wegen mehrerer Gesetzesverletzungen Geldstrafe verhängt werden, so bestimmt sich ihr Höchstmaß nach der angedrohten höchsten Geldstrafe.

(4) Auf Nebenstrafen und Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 5) muß oder kann erkannt werden, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie vorschreibt oder zuläßt.

⁵² 《第二次德國刑法改革法案》第 52 條規定：「(第 1 項)同一犯罪行為觸犯多數刑法規定或同一刑法規定多次者，僅宣告一個刑罰。(第 2 項)觸犯多數刑法規定者，依最重法定刑之規定宣告其刑。宣告之刑不得低於其他可適用之規定所容許者。(第 3 項)法院在第 41 條之前提下，得另在徒刑外宣告罰金。(第 4 項)於所適用規定之一規定或允許從刑、附隨效果與處分(第 11 條第 1 項第 4 款)者，必須或得宣告之。」

實務對於想像競合的見解，也就是「將所謂『同種想像競合』，即同一犯罪行為觸犯同一刑法規定多次者，明文納入第 1 項的適用範圍，以及在第 2 項第 2 句及第 3 項、第 4 項的規定表示，較輕罪規定之法律效果對於刑之宣告並非沒有任何意義：即不得宣告相較於較輕罪允許的更輕的刑罰種類及更輕的刑度(第 2 項第 2 句)；於較輕罪規定的罰金刑也應或得另在有期徒刑外宣告之(第 3 項)以及當從刑或處分僅規定於可適用的法條之一時，就算是規定在較輕罪，也允許或規定宣告從刑或處分⁵³(第 4 項)。⁵⁴」該草案維持截至當時為止的實務見解，即於想像競合的情形，有罪宣告擴張至所有可適用之法律。⁵⁵」

此外，從立法沿革、帝國法院以及德國聯邦最高法院之實務見解可知，1871 年德意志帝國刑法第 73 條原本係採重罪「絕對吸收」(absolute Absorption)輕罪的原則，也就是最重罪的絕對排他性(absolute Exklusivität des härtesten Strafgesetzes)。但帝國法院的實務見解卻越來越轉而認為，也要考慮較輕罪，也就是不僅根據所有的法律規定宣告行為人有罪，而是也在所有法律規定的範圍內以及考慮所有法律規定的附隨法律效果(Nebenwirkungen aller Gesetze)下來處罰⁵⁶，聯邦最高法院的一致見解也是如此⁵⁷。這個見解經由《第一次德國刑法改革法案》獲得法律上的承認。就此，由原本的「吸收原則(Absorptionsprinzip)」轉為「結合不同刑法規定的原則(Prinzip der Kombination der verschiedenen Strafgesetze)」也就是「結合原則(Kombinationsprinzip)」⁵⁸。

⁵³ 處分是指「任何一種矯治與保安處分、利得沒收、犯罪物沒收及制作文書設備之禁用處分」。

⁵⁴ 立法理由原文：「So wird der Fall der sogenannten gleichartigen Tateinheit, der vorliegt, wenn eine Straftat dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt, ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Absatzes 1 einbezogen. Außerdem wird in Absatz 2 Satz 2 sowie den Absätzen 3 und 4 bestimmt, daß **die in den milderen Gesetzen angedrohten Rechtsfolgen nicht ohne jede Bedeutung für den Strafausspruch sind**: Es darf auf keine leichtere Straftat und kein geringeres Strafmaß erkannt werden, als die milderen Gesetze es zulassen (Absatz 2 Satz 2); auch auf die in den milderen Gesetzen angedrohte Geldstrafe muß oder kann neben Freiheitsstrafe erkannt werden (Absatz 3) und die Verhängung von Nebenstrafen oder Maßnahmen ist zugelassen oder vorgeschrieben, wenn sie nur in einem der anwendbaren Gesetze, sei es auch einem milderen, vorgesehen ist (Absatz 4)」Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, BTDrucks. IV/650 mit Begründung, S. 191. 《1962 年德國刑法草案》全文檔案請參見德國國會網頁：<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/04/006/0400650.pdf>。

⁵⁵ 立法理由原文：「An der bisherigen Übung der Rechtsprechung, bei Tateinheit den Schuldspruch auf alle anwendbaren Strafgesetze zu erstrecken, will der Entwurf nichts ändern.」Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, BTDrucks. IV/650 mit Begründung, S. 192.

⁵⁶ RGSt 6 183; 18 193; 73 148; Ruth Rissung-van Saan LK 12. Aufl. § 52 Entstehungs- geschichte

⁵⁷ BGHSt 1, 152.

⁵⁸ Ruth Rissung-van Saan LK 12. Aufl. § 52 Entstehungsgeschichte.

g. 小結：

德國刑法第 52 條修正前，帝國法院及德國聯邦最高法院實務見解認為想像競合之輕罪應具有封鎖效果之理由為：(一)帝國刑法第 73 條，即想像競合的規定，並非排除罪責或排除刑罰的理由(RGSt 18, 193)。(二)帝國刑法第 73 條規定在總則第五章「多數可罰行為的競合」之下，而非規定在總則第四章「刑罰排除的理由」之下(RGSt 18, 193)。(三)帝國刑法第 73 條之絕對排除原則違反大眾的法感及保護需求(RGSt 73, 148)。(四)不能因為被告不僅觸犯一條刑法規定，而是觸犯多數刑法規定而獲得好處(RGSt 73, 148; BGHSt 1, 152; BGHSt 7, 307)。(五)帝國刑法第 73 條之規定讓實務見解可自由發展如何處理這類較輕罪之最輕本刑的刑度相較於較重罪高，以及僅較輕罪有規定或允許從刑及附隨效果的案例(RGSt 73, 148)。(六)想像競合的情形，被告同樣有實現較輕罪之知與欲，僅因為有較重罪的規定，較輕罪才退卻，但被告實現較輕罪的事實仍存在(BGHSt 1, 152)。

1871 年德意志帝國刑法第 73 條之規定與 1969 年修改之德國刑法第 52 條規定之區別為：(1)明文提到同種想像競合⁵⁹，(2)明文規定德國聯邦最高法院已肯認的，禁止宣告刑低於可適用較輕罪之最輕本刑⁶⁰，即所謂較輕罪的封鎖效果以及允許較輕罪之從刑及附隨效果⁶¹。而自 1969 年德國刑法第 52 條將輕罪之封鎖效果及於「刑、從刑、附隨效果、矯治與保安處分、沒收及製作文書設備之禁用處分」明文化後，歷次修正僅係將處分的定義移至第 11 條第 1 項第 8 款為規定。

帝國法院依德意志帝國刑法第 73 條之規定，已肯認較輕罪之封鎖效果及於「最輕本刑」、「從刑」及「附隨效果」，且係以刑事大法庭裁定的方式統一見解。德國聯邦最高法院在 1969 年《第一次德國刑法改革法案》及《第二次德國刑法改革法案》第 52 條想像競合之規定修正生效前，其實務見解均已肯認輕罪之封鎖效果及於最輕本刑、沒收、矯治與保安處分，由《1962 年德國刑法草案》之立法理由可知，該

⁵⁹ gleichartige Idealkonkurrenz。

⁶⁰ 註釋書中原文：「das schon früher anerkannte Verbot der Unterschreitung der Mindeststrafen der anwendbaren milderen Gesetze」。Ingeborg Puppe in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, StGB § 52 Rn. 1.

⁶¹ 註釋書中原文：「sog. Sperrwirkung des milderen Gesetzes, sowie die Zulässigkeit v. deren Nebenstrafen und Nebenfolgen ist nunmehr ausdr. im Gesetz ausgesprochen.」。Ingeborg Puppe in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, StGB § 52 Rn. 1.

次修正僅係肯認實務一向以來的作法。且無論是想像競合或法條競合，未適用的法條均有封鎖效果，且及於刑、從刑、附隨效果、沒收、矯治與保安處分。

1969 年修改之德國刑法第 52 條規定，僅係將德國聯邦最高法院之實務見解明文化，且 1871 年德國刑法第 73 條並沒有規定輕罪的封鎖效果，但帝國法院、德國聯邦最高法院的實務見解仍是如此解釋，並無疑問。而我國現行刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」條文內容係介於 1871 年德意志帝國刑法第 73 條規定與 1969 年修正之德國刑法第 52 條規定之間，即我國刑法第 52 條有明文規定輕罪的封鎖效果及於「刑」，是以，更應解釋輕罪具有封鎖效果，且及於從刑、附隨效果、沒收、矯治及保安處分。由此足徵我國刑法第 55 條想像競合之規定修正前，依法理亦可如此適用我國刑法第 55 條，肯認輕罪之封鎖效果及於保安處分。

(三)小結

綜上，依美國法，本案被告參與犯罪組織後逾半月參與詐欺行為，屬於二犯罪行為，應分論併罰，均應執行。若被告參與犯罪組織當天即分工詐欺，依美國聯邦法，仍屬於二犯罪行為，徒刑部分可能宣告「同時進行刑」(Concurrent sentences)或「接續進行刑」；依加州法，二罪應分別量刑，輕罪暫不執行。但無論聯邦法或加州法，輕罪之保安處分屬矯正措施，並非基於懲罰(punitive)目的，因此仍應執行。就德國法而言，依德國實務向來見解及德國刑法第 52 條關於封鎖效果之規定，被告一行為犯二罪名，輕罪宣告之保安處分亦應執行。

五、法律適用並非絕對不能分割

所謂法律不能分割適用，係源自最高法院 27 年上字第 2615 號判決(舊判例)，指：「犯罪在刑法施行前，比較裁判前之法律孰為有利於行為人時，應就罪刑有關之一切情形，比較其全部之結果，而為整個之適用，不能割裂而分別適用有利益之條文。上訴人於民國 24 年 3 月間，連續結夥三人以上攜帶兇器搶奪，原判決關於連續部分，適用舊刑法第 75 條，而於其所犯搶奪罪之本刑部分，則適用裁判時之刑法，其適用法則，自屬不當。」此一判決旨在表示：因法律修正而為罪刑之新舊法比較適用時，不可將同一法規割裂而分別適用有利之條文。

惟法律適用並非絕對不能分割，最高法院 79 年台上字第 5137 號判決(判例)即表示：「關於沒收規定，其他法律或刑法分則有特別規定者，應優先於刑法總則第 38 條沒收規定之適用。上訴人以一行為同時觸犯懲治走私條例第 2 條之 1 第 1 項及台灣省內菸酒專賣暫行條例第 37 條第 5 款二罪名，應依刑法第 55 條前段想像競合規定從一重之銷售走私物品罪處斷，因違反台灣省內菸酒專賣暫行條例規定經查獲之菸酒，應予沒收，該條例第 40 條第 1 款定有明文，係採義務沒收主義，自應優先於採職權沒收主義之刑法第 38 條第 1 項第 2 款而適用。」亦即，主刑雖因從一重處斷論以銷售走私物品罪，仍應依台灣省內菸酒專賣暫行條例宣告沒收。

最高法院 99 年度台上字第 421 號判決亦表示：「原判決認定上訴人牽連犯貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之利用職務上之機會詐取財物罪及槍砲彈藥刀械管制條例第 7 條第 1 項之運輸、販賣衝鋒槍罪，從一重之販賣衝鋒槍罪處斷。就原判決附表一、二所載之槍、彈均屬違禁物，依刑法第 38 條第 1 項第 1 款之規定，固應宣告沒收。然貪污治罪條例第 10 條第 1 項規定「犯第 4 條至第 6 條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節，分別沒收或發還被害人。」係採義務沒收（追繳）主義。而牽連犯原係兩個以上獨立可罰之罪，本可分別論處其罪刑，但因法律明定，僅從其中最重之罪處斷，亦即僅在處罰上，視為一罪之價值而已，其所不處罰之其他較輕之罪，在法理上依然存在，於判決中仍應引用。原判決既認上訴人雖非公務員，但與具有公務員身分之趙○良、廖○堅共同利用職務上之機會詐取財物，依貪污治罪條例第 3 條之規定，亦應依同條例第 5 條第 1 項第 2 款處斷，則其等因貪污所得財物，即詐領所得之檢舉獎金，依法即應追繳沒收，不以所犯牽連之數罪從一重處斷之結果，是否依該罪名論處而有不同（本院 79 年台上字第 5137 號判例意旨參照）。原判決徒以本件既僅從一重論以槍砲彈藥刀械管制條例第 7 條第 1 項之販賣衝鋒槍罪處斷，即認上訴人因貪污所得之財物，不得割裂適用法律而宣告追繳沒收云云，自屬違誤。」

本案被告參與犯罪組織與加重詐欺行為，本可分別論處其罪刑，倘依想像競合犯僅從其中最重之加重詐欺罪處斷，只是在處罰上視為一罪評價而已，其所不處罰之其他較輕之罪，在法理上依然存在，法院依組織犯罪防制條例宣告強制工作，應為法之所許，並無不得割裂適用法律之疑慮。

六、依我國最高法院較穩定之見解，「封鎖效果」不應限於主刑

我國刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」學理稱此為想像競合犯的輕罪封鎖作用。從比較法觀點，德國刑法第 52 條第 4 項後段規定，輕罪的封鎖作用，包含：從刑、從效果與措施。但我國法律只明示刑罰的封鎖，是否可以推演出輕罪的封鎖作用包含從刑、沒收、保安處分，確有疑義。

對此，最高法院 104 年度台上字第 380 號判決表示：「法規範上之想像競合應從一重處斷與法理上之法規競合應擇一適用，本質上均在防免評價過剩；但就量刑而言，在重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，如仍得在重罪之最輕本刑以上、輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑，即有評價不足，造成重罪輕罰之不合理現象。因此，基於衡平原則，此一輕罪之最低法定刑，在就重罪而為量刑時，即具有「封鎖作用」；亦即重罪之宣告刑，不得低於輕罪所規定之最低法定刑。德國刑法第 52 條第 2 項關於想像競合犯即設有此一限制規定，而在法規競合之場合，德國刑法雖未明文規定，但該國學說及實務均予以承認此一「封鎖作用」，在法規競合亦有其適用，以求衡平。而且此種「封鎖作用」還包含輕罪之從刑、附屬效果及保安處分在內。（參見：黃榮堅，刑法問題與利益思考，第 376 頁；蘇俊雄，刑法總論 III，第 123-124 頁；陳志輝，刑法上的法條競合，第 28 頁）。我國刑法第 55 條之想像競合犯，於 94 年 2 月 2 日修正公布時，既亦仿採德國刑法第 52 條第 2 項之規定，就所從一重處斷之重罪，增設但書規定「但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失，則此種輕罪最低度法定刑於量刑上所具有之封鎖作用，在法規競合對於被排斥適用之部分遇有此種情形者，在法理上亦應同其適用，否則無異鼓勵行為人犯重罪以博取輕罰。……而於想像競合之輕罪沒收從刑如有特別規定者，亦應優先適用，則早經本院著有判例（79 年台上字第 5137 號）。」因此，最高法院上開判決承認此種輕罪「封鎖作用」包含刑法第 55 條未明示之沒收。同理，「封鎖作用」亦應包含輕罪之保安處分。

最高法院 108 年度台上字第 47 號判決認為：「（二）組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定：犯第 1 項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年。原判決認被告此部分係犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪、刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪。雖依刑法

第 55 條想像競合之規定，從一重之三人以上共同犯詐欺取財罪處斷。然既論以組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，即應有該條第 3 項之適用。此與對於不同刑罰法律間具有法規競合關係者，經擇一法律加以論科，其相關法條之適用，應本於整體性原則，不得任意割裂之情形不同。原判決以上訴人所犯上開 2 罪，因屬想像競合犯，而應從一重之三人以上共同犯詐欺取財罪處斷，基於法律整體適用不得割裂原則，無組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定之適用云云。即難謂適法。檢察官上訴意旨執以指摘，非無理由。應認原判決關於事實一部分有撤銷發回之原因。

二、駁回部分：

……惟按：刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯存在之目的，在於避免對於同一不法要素予以過度評價。自然意義之數行為，得否評價為法律概念之一行為，應就客觀構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益與行為間之關聯性等要素，視個案情節依社會通念加以判斷。刑法刪除牽連犯之規定後，原認屬方法目的或原因結果，得評價為牽連犯之二犯罪行為間，如具有局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相侔，依想像競合犯論擬。倘其實行之二行為，無局部之重疊，行為著手實行階段亦有明顯區隔，依社會通念難認屬同一行為者，應予分論併罰。因而，行為人以一參與詐欺犯罪組織，並分工加重詐欺行為，同時觸犯參與犯罪組織罪及加重詐欺取財罪，雖其參與犯罪組織之時、地與加重詐欺取財之時、地，在自然意義上非完全一致，然二者仍有部分合致，且犯罪目的單一，依一般社會通念，認應評價為一罪方符合刑罰公平原則，應屬想像競合犯，如予數罪併罰，即有過度評價之疑。又刑罰責任之評價與法益之維護息息相關，對同一法益侵害為雙重評價，為過度評價；對法益之侵害未予評價，則評價不足，均為所禁。刑罰要求適度之評價，俾對法益之侵害為正當之維護。因此，加重詐欺罪係侵害個人財產法益之犯罪，其罪數計算，以被害人數、被害次數之多寡，決定其犯罪之罪數；核與參與犯罪組織罪之侵害社會法益，因應以行為人所侵害之社會全體利益為準據，認定係成立一個犯罪行為，有所不同。是以倘若行為人於參與犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人財物，因行為人僅為一參與組織行為，侵害一社會法益，應僅就首次犯行論以參與犯罪組織罪及加重詐欺罪之想像競合犯，而其後之犯行，乃為其參與組織之繼續行為，為避免重複

評價，當無從將一參與犯罪組織行為割裂再另論一參與犯罪組織罪，而與其後所犯加重詐欺罪從一重論處之餘地。」

最高法院 108 年度台上字第 337 號、108 年度台上字第 808 號、108 年度台上字第 1467 號等判決均同此見解。

七、如貫徹原審見解，可能導致荒謬結果

我國刑法刪除牽連犯之規定後，部分實務見解認原屬方法目的或原因結果，得評價為牽連犯之二犯罪行為間，如具有局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相侔，依想像競合犯論擬；倘其實行之二行為，無局部之重疊，行為著手實行階段亦有明顯區隔，依社會通念難認屬同一行為者，應予分論併罰，理論上接近上開「綜合說」及「認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數」兩說。

例如最高法院 102 年度台上第 310 號判決對此認為：「單純藉由部分行為之重疊，尚不足以評價為單一行為，必也繼續犯之行為自始即以之為實行其他犯罪行為之手段或前提；或其他犯罪之實行，在於確保或維護繼續犯之狀態，始得評價為單一行為，而有想像競合犯之適用。倘非如此，或其他犯罪之實行係另起犯意，利用原繼續犯之狀態而為，均難評價為單一行為；應認係不同之數行為，而以數罪論處。」

本署認為被告參與犯罪組織，縱與第一次加重詐欺行為依想像競合犯以加重詐欺罪處斷，仍應依組織犯罪防制條例宣告強制工作。蓋行為人著手於犯罪之實行，發生構成要件之結果後，倘行為人仍以其意志控制犯罪行為之繼續進行，直至行為終止，犯罪始行終結者，謂之「繼續犯」，此與構成要件結果發生，犯罪即為既遂且亦同時終結，僅法益侵害狀態仍然持續之「狀態犯」有別。而繼續犯之行為人在犯罪行為繼續進行中，倘又實行其他犯罪行為，致數行為之部分行為兩相重疊時，該數行為在法律上究應如何評價，學說上見解紛歧。有主張數罪併罰，惟有重覆評價之譏；有謂祇須數行為之主要部分重疊，即應視為單一行為，而論以想像競合犯，惟有評價不足之憾。

因而，行為人參與詐欺犯罪組織，並分工加重詐欺行為，應觸犯參與犯罪組織罪及加重詐欺取財罪，如認為予數罪併罰並於定執行刑中考量仍有過度評價之疑，以利歸被告原則思考，認為屬想像競合犯，雖對被告之二行為以一行為評價，有評

價不足之憾，尚有部分學說及德國立法例可支持。惟想像競合犯原係兩個以上獨立可罰之罪，本可分別論處其罪刑，縱法院以利歸被告思想，僅從其中最重之罪處斷，亦僅在處罰上視為一罪評價而已，其所不處罰之其他較輕之罪，在法理上依然存在，仍應於判決中引用，並生「封鎖效果」。縱認參與犯罪組織及加重詐欺是部分重疊之二行為，視為一行為已經評價不足，不應再去除輕罪保安處分之「封鎖效果」，擴大評價不足之惡果。

如貫徹原審法院論罪科刑方式，實務上常見之參與詐欺集團組織而尚未著手加重詐欺者，犯參與犯罪組織罪，判決同時應宣告強制工作 3 年；而參與組織犯罪而且著手分工加重詐欺者，反而不必強制工作，將導致輕重倒置之荒謬結果。茲舉六例說明實務可能發生之情形如下：

案例一：某甲係地下匯兌業者，明知某乙請其匯至國外之款項係販毒所得，竟仍依約將之輾轉匯至某乙所指定之國外銀行帳戶，被查獲時並扣得其所有來源不明之現金 5 億元。經法院以一行為觸犯銀行法第 125 條第 1 項前段（3 年以上 10 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1000 萬元以上 2 億元以下罰金）以及洗錢防制法 14 條第 1 項（7 年以下有期徒刑，併科新臺幣 500 萬元以下罰金）定罪。試問對該扣案的 5 億元現金，得否依洗錢防制法第 18 條「以常習性方式犯第 14 條之罪，有事實足以證明行為人所得支配之前項規定以外之財物或財產上利益，係取自其他違法行為所得者」沒收之？若採否定說，顯有不當。

案例二：某甲為富二代，明知法院已核發禁止對其妻某乙實施家庭暴力之保護令，竟仍於保護令期間之某日打瞎某乙一隻眼睛，經法院以一行為觸犯家庭暴力防治法第 61 條違反保護令罪（3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 10 萬元以下罰金）及刑法第 278 條第 1 項重傷害罪（5 年以上 12 年以下有期徒刑）定罪，法院經審酌認對某甲併科罰金為宜時，試問得否對某甲併科罰金？若採否定說，顯有不當。

案例三：某甲使用第三級毒品做為藥劑，以欺瞞之方法使被害人某乙施用第三級毒品，違反被害人某乙之意願而為猥褻行為，經法院以一行為觸犯刑法第 224 條之 1 加重強制猥褻罪（3 年以上 10 年以下有期徒刑）以及毒品危害防制條例第 6 條第 3 項以欺瞞之方法使人施用第三級毒品罪（5 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 500 萬元以下罰金）定罪，若某甲有刑法第 91 條之 1 第 1 項情形之一時，試問得否令入相當處所，施以強制治療？若採否定說，顯有不當。

案例四：某甲為負責森林保育之公務員，竟結夥二人以上，使用非被告等人所有的車輛五部，盜伐國有林之非貴重木販賣獲取暴利，經法院以一行為觸犯貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 1 款之竊取公有財物罪(無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 1 億元以下罰金)及森林法第 50 條第 1 項、第 52 條第 1 項結夥二人以上竊取森林主、副產物罪(1 年以上 7 年以下有期徒刑，併科贓額 5 倍以上 10 倍以下罰金；其供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之)定罪。試問得否沒收上開非被告等人所有的車輛五部？若採否定說，顯有不當。

案例五：某甲為電信詐欺集團之參與者，被查獲時並扣得其在參加組織後所取得之來源不明之跑車一部。經法院以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪(6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1000 萬元以下罰金)以及刑法第 339 條之 4 第 1 項之加重詐欺罪(1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科 100 萬元以下罰金)。試問對該部跑車得否依據組織犯罪防制條例第 7 條第 2 項為財產來源不明之沒收？若採否定說，顯有不當。

案例六：某甲、某乙及某丙加入暴力討債之犯罪集團，某日集團首腦命某甲、某乙及某丙向被害人某丁討債，當日某丙因故未一同前往討債，某甲及某乙為使被害人某丁有錢可還債，某甲及某乙即意圖營利，以強暴、脅迫、恐嚇之方法，使被害人某丁與他人為性交行為。某甲及某乙經法院以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪(6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1000 萬元以下罰金)及刑法第 231 條之 1 第 1 項圖利強制使人為性交罪(7 年以上有期徒刑，得併科 30 萬元以下罰金)定罪；某丙經法院以組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪(6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1000 萬元以下罰金)定罪。試問得否對某甲及某乙宣告強制工作？若採否定說，不得對某甲及某乙宣告強制工作，但可對某丙宣告強制工作，顯有不當。

八、組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項關於強制工作之規定有無修正之必要，屬釋憲層次之不同法律問題

自刑事政策言，強制工作處分之施行對象，以對社會具有特別危險性之行為人為限，由於此等人或因欠缺刑罰適應性、或因無刑罰矯正可能性，而對社會具有特

別危險性，故有需要施以強制工作處分，以確保社會安全。雖然詐欺集團各成員之背景及犯罪原因或有不同，然彼等加入具有持續性或牟利性之詐欺集團，顯然無正當工作，且價值觀偏差，乃圖謀以詐欺謀生，對社會有重大危害。倘能強制其學習一技之長及正確之謀生觀念，則此等犯人日後重返社會，應較能融入社會生活。

釋字第 471 號解釋理由書表示：「保安處分之措施亦含社會隔離、拘束身體自由之性質，其限制人民之權利，實與刑罰同，本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。」本署認為強制工作與自由刑本質及功能不同，二者之執行方式及場所必需區隔，方能達到各自目標。強制工作為保安處分之一種，強制工作之執行期間應著重強化犯罪行為人之職業訓練，強制犯罪行為人學習一技之長及正確之謀生觀念，而非懲罰其行為。為了達到矯正犯罪行為人之目的，政府需投入適當人力、物力及其他必要資源，若執行方式得當，其與刑罰本質及功能既不相同，應不違背刑法一罪一罰原則。

刑法第 90 條第 2 項、第 3 項規定強制工作：「(2)前項之處分期間為 3 年。但執行滿 1 年 6 月後，認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。(3)執行期間屆滿前，認為有延長之必要者，法院得許可延長之，其延長之期間不得逾 1 年 6 月，並以一次為限。」刑法第 98 條第 2 項及第 3 項規定：「(2)依第 88 條第 1 項、第 89 條第 1 項、第 90 條第 1 項、第 91 條第 2 項規定宣告之保安處分，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。(3)前二項免其刑之執行，以有期徒刑或拘役為限。」組織犯罪防制條例第 3 條第 4 項規定：「前項之強制工作，準用刑法第 90 條第 2 項但書、第 3 項及第 98 條第 2 項、第 3 項規定。」竊盜犯贓物犯保安處分條例第 5 條規定：「(1)依本條例宣告之強制工作處分，其執行以 3 年為期。但執行已滿 1 年 6 個月，而執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。(2)依本條例宣告之強制工作處分，執行已滿 3 年，而執行機關認為有延長之必要者，得檢具事證報經上級主管機關核准後，報請檢察官聲請法院許可延長之。但延長期間，最長不得逾 1 年 6 個月，並以一次為限，在延長期間內，執行機關認無繼續延長之必要者，得隨時檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續延長執行。」同條例第 6 條規定：

「依本條例執行強制工作之結果，執行機關認為無執行刑之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免其刑之執行。」是以，刑法、組織犯罪防制條例及竊盜犯贓物犯保安處分條例均規定「刑前強制工作」，且均有雙重轉出機制，首先是執行強制工作 1 年 6 月後已經無執行必要，檢察官可以聲請法院免繼續執行強制工作；其次，執行完強制工作後，若無執行刑罰必要，法院均可免執行刑罰，是以我國依現行法律，可針對強制工作受處分人之個別不同情狀，作區別處遇。

此外，國外立法上尚發展出保安處分之替代交換制度 (System des Vikarierens)，賦予法院裁量權，使法院可依實際需要，得決定保安處分先於刑罰而執行，並可折抵刑罰⁶²。將來我國是否宜修改組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，對於無前科且犯罪情節輕微之被告，將其刑罰與強制工作併科規定修正為刑罰與強制工作處分擇一執行，由法官選擇最適切而有效之方式執行，誠值思考，但此屬釋憲層次的不同議題，不應與提案爭點(封鎖效果應否及於保安處分?)混為一談。

肆、結論

綜上，本署認為被告就 106 年 7 月下旬某日參與犯罪組織與 106 年 8 月 15 日分工詐欺，係數罪併罰關係，分別犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪、刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪，就其所犯參與犯罪組織部分，應依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，諭知於刑之執行前，令入勞動場所強制工作 3 年。倘認為被告以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪(下稱加重詐欺取財罪)，如依想像競合犯關係從一重論以加重詐欺取財罪，依現行有效法律，仍應依輕罪即參與犯罪組織罪所適用之組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項之規定，一併宣告刑前強制工作。

此致

最高法院

中 華 民 國 108 年 12 月 17 日

伍、附件清冊

⁶² 林山田，刑法通論，1985 年 3 月，第 452 頁。

主 文

行為人以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺取財罪，依刑法第 55 條前段規定從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作。

理 由

本大法庭之見解

- 一、法律係理性、客觀、公正且合乎目的性之規定，因此，法律之解釋，除須顧及法律之安定性外，更應考慮解釋之妥當性、現在性、創造性及社會性，始能與社會脈動同步，以符合民眾之期待。而法官闡釋法律時，在文義射程範圍內，如有複數解釋之可能性時，應依論理解釋方法，在法律規定文義範圍內，闡明法律之真意，以期正確妥當之適用。
- 二、刑法第 55 條想像競合犯之規定，既列在刑法總則編第七章「數罪併罰」內，且法文稱「一行為而觸犯數罪名」，則依體系及文義解釋，可知行為人所犯數罪係成立實質競合，自應對行為人所犯各罪，均予評價，始屬適當。此與法規競合僅選擇其中最適宜之罪名，為實質上一罪，明顯有別。換言之，想像競合犯本質上為數罪，各罪所規定之刑罰、沒收及保安處分等相關法律效果，自應一併適用，否則將導致成立數罪之想像競合與成立一罪之法規競合，二者法律效果無分軒輊之失衡情形，尚非立法者於制定刑法第 55 條時，所作之價值判斷及所欲實現之目的。
- 三、刑罰評價對象，乃行為本身；想像競合犯係一行為觸犯數罪名，為避免對同一行為過度及重複評價，刑法第 55 條前段規定「從一重處斷」。又刑法第 33 條及第 35 條僅就刑罰之主刑，定有輕重比較標準，因此上揭「從一重處斷」，僅限於「主刑」，法院應於較重罪名之法定刑度內，量處適當刑罰。至於輕罪罪名所規定之沒收及保安處分，因非屬「主刑」，故與刑法第 55 條從一重處斷之規定無關，自得一併宣告。
- 四、罪刑法定原則，指法律就個別犯罪之成立要件及法律效果，均應明確規定，俾

使人民能事先預知其犯罪行為之處遇。參與犯罪組織罪和加重詐欺取財罪之構成要件與刑罰，均分別在組織犯罪防制條例及刑法中，定有明文。行為人以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺取財罪，於從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，因所犯輕罪(參與犯罪組織罪)之刑罰以外之法律效果，即組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項強制工作之規定，並未被重罪所吸收，仍應一併適用。因此，上開對刑法第 55 條前段規定，在文義射程範圍內，依體系及目的性解釋方法所為之闡釋，屬法律解釋範疇，並非對同條但書所為擴張解釋或類推適用，亦與不利類推禁止之罪刑法定原則或罪刑明確性原則無違。

- 五、修正前組織犯罪防制條例，對發起、主持、操縱、指揮或參與集團性、常習性及脅迫性或暴力性犯罪組織者，應於刑後強制工作之規定，經司法院釋字第 528 號解釋尚不違憲；嗣該條例第 2 條第 1 項所稱之犯罪組織，經二次修正，已排除原有之「常習性」要件，另將實施詐欺手段之具有持續性或牟利性之有結構性組織，納入本條例適用範圍，並對參與犯罪組織之行為人，於第 3 條第 1 項後段但書規定「參與情節輕微者，得減輕或免除其刑」。惟同條第 3 項仍規定「應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年」，而未依個案情節，區分行為人是否具有反社會的危險性及受教化矯治的必要性，一律宣付刑前強制工作 3 年。然則，衡諸該條例所規定之強制工作，性質上原係對於有犯罪習慣，或因遊蕩、懶惰成習而犯罪者，所為之處置，修正後該條例既已排除常習性要件，從而，本於法律合憲性解釋原則，依司法院釋字第 471 號關於行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，及比例原則等與解釋意旨不相衝突之解釋方法，為目的性限縮，對犯該條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪者，視其行為之嚴重性、表現之危險性、對於未來行為之期待性，以及所採措施與預防矯治目的所需程度，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依該條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作。

中 華 民 國 109 年 2 月 13 日

【第八案】陶○證券交易法案

爭點:檢察官於本案未聲請沒收第三人財產，法院認為有必要，得否依刑事訴訟法第455條之12第3項規定依職權裁定命該第三人參與沒收程序，而開啟第三人沒收程序，並為第三人財產沒收之宣告？

最高檢察署刑事大法庭言詞辯論意旨書

原文目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實

貳、本案更一審裁定及判決對上開法律爭點之見解

- 一、臺灣高等法院 107 年度金上重更一字第 6 裁定
- 二、臺灣高等法院 107 年度金上重更一字第 6 判決
- 三、小結

參、我國相關法律規定及立法理由

- 一、刑法第 38 條
- 二、刑法第 38 條之 1
- 三、刑事訴訟法第 455 條之 12
- 四、刑事訴訟法第 455 條之 13

肆、我國最高法院採否定說之見解如下

伍、學術文章之見解

- 一、肯定說
- 二、否定說
- 三、小結

陸、相關外國立法例

- 一、德國法
- 二、日本法
- 三、美國聯邦法

(一)美國聯邦檢察官在刑事沒收第三人時之角色

(二)美國聯邦檢察官在刑事沒收程序中之角色

四、小結

柒、本署見解

- 一、依我國法，檢察官提起公訴，就當然啟動沒收程序(含被告財產與第三人財產沒收)
- 二、依我國法，對於第三人財產之沒收，檢察官有通知義務及舉證責任，但法官命第三人參與沒收程序不以檢察官之聲請為必要。
- 三、前述對於我國條文之解釋方式，符合外國立法例之法理

捌、結論

玖、附件清冊

壹、與法律爭點相關之本案事實(略)

貳、本案更一審裁定及判決對上開法律爭點之見解(略)

參、我國相關法律規定及立法理由(略)

肆、我國最高法院採否定說之見解如下(107 年度台上字第 2101 號、107 年度台上字第 3573 號、107 年台上字第 4181 號、108 年台上字第 3596 號等判決) (略)

伍、學術文章之見解(略)

陸、相關外國立法例

一、德國法

德國刑法第 73b 條規定：「(第 1 項)正犯或共犯以外之他人，有以下情形之一者，依第 73 條與第 73a 條沒收之：1. 他人由犯罪有所得，而正犯或共犯為其實行行為。2. 他人 a. 係無償或無法律上原因而取得犯罪所得。b. 明知犯罪所得源自違法行為或可得而知者。3. 他人因以下身分取得犯罪所得 a. 繼承人。b. 特留分繼承人或遺產受贈人。他人不知或非可得知犯罪所得源自違法行為，而有償且具法律上原因取得犯罪所得者，不適用第 1 句第 2 款與第 3 款。(第 2 項)於第 1 項第 1 句第 2 款或第 3 款情形，對於他人取得符合犯罪所得價值之物或利益，法院亦應沒收。(第 3 項)於第 1 項第 1 句第 2 款或第 3 款情形，法院亦得沒收以下所得 1.由處分犯罪所得而取得之物，或犯罪所得遭毀損或剝奪而獲得之賠償。2.基於所得之權利而取得之物。

¹」德國刑法第 74a 條規定：「當其他法律規定適用本條，於裁判時某物屬於正犯或共犯以外之他人或有權支配之他人有下列情形時，有別於第 74 條第 3 項之規定，得沒收該物，1.至少出於重大過失而將該物用作犯罪工具或是作為犯罪相關聯之物，或 2.於認知該物得沒收之情形下，仍以可非難的方式獲取之。²」德國刑法第 74b 條第 1 項規定：「依危險物的種類及情形，對公眾存有供作實行違法行為之危害，而有下列情形時，得沒收之，1. 正犯或共犯行為時無罪責，或 2. 該物屬於正犯或共犯以外之人所有，或正犯或共犯以外之人有權使用之。³」由上開規定可知，在符合上開要件下，對於第三人犯罪所得，係應沒收；對於第三人之犯罪所生之物、犯罪工具、犯罪相關之物及危險物，係得沒收。

德國刑事訴訟法第 200 條規定：「(第 1 項)起訴書應載明被訴人、對其指控之犯罪、違犯之時間及地點、犯罪之法定構成要件及應適用之法條(起訴要旨)。此外，還應表明證據方法、應當進行審判期日之法院及辯護人。提報證人時，應提供其住所地或居所地，但不需完整之地址。在第 68 條第 1 項第 2 句、第 2 項第 1 句之情形中，提供證人之姓名即可。不應當完全或部分公開被提報之證人身分時，應註明此情形；此亦準用於對證人住所地或居所地之保密。(第 2 項)起訴書還應敘述偵查之主要結果(das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen)。若向刑事獨任法官起訴，得不予記載。」德國刑事訴訟法第 407 條規定：「(第 1 項)在刑事獨任法官審判或屬於參審法院管轄之訴訟中，輕罪案件得依檢察官書面聲請，不經審判期日，以書面之處刑命令決定犯罪之法律效果。檢察官根據偵查結果，認為審判期日無必要時，提出此聲請。此聲請應針對特定之法律效果。提出聲請即為提起公訴。(第 2 項)以處刑令僅得單科或併科下列法律效果：1. 罰金、保留處刑之警告、禁止駕駛、沒收、銷毀、禁用設備、有罪判決之公告及對法人或人合團體之罰鍰。(以下略)(第 3 項)(略)⁴」比較以上規定可知，處刑令的聲請應包含具體的法律效果，例如沒收。與此相對，起訴書並沒有規定要記載與沒收相關的事實及法條，檢察官不需要於程序中對一位被

¹ 德國刑法第 73b 條之中譯係引用王士帆，2017 年德國犯罪所得沒收新法—擴大沒收與第三人沒收，收錄於沒收新制(三)：不法利得的剝奪，元照，初版第 1 刷，2019 年 3 月，510 頁。

² 德國刑法第 74a 條之中譯係引用何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，二版第 1 刷，2019 年 7 月，133 頁。

³ 德國刑法第 74b 條之中譯係引用何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，二版第 1 刷，2019 年 7 月，134 頁。

⁴ 參照連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版 1 刷，2016 年 9 月，並對照最新修正條文原文後所譯。

告特別聲請沒收。而僅僅是關於犯罪的法律效果及附隨效果的情狀，原則上不屬於起訴要旨的必要內容，理由是這並不影響起訴書的界定功能(Umgrenzungsfunktion)。但基於起訴書提供資訊的功能(Informationsfunktion)，起訴書若欠缺沒收的相關事實及適用法條，審判長於開啟審理裁定(德國刑事訴訟法第 203 條)或至遲於審理程序應依德國刑事訴訟法第 265 條第 2 項第 1 款負有曉諭義務，應正式曉諭可能宣告沒收。立法者強調，擴張曉諭義務是為了確保基本法第 103 條第 1 項被告的聽審請求權，以及確保公正程序的法治國原則下，被告適當辯護之權利⁵。

德國刑事訴訟法第 424 條規定：「(第 1 項)針對非被告之人的沒收，法院應命其參與涉及沒收之刑事程序(沒收參與人)。(第 2 項)若可能受參與程序涉及之人，以書面或作成筆錄之方式向法院或向檢察署或以書面向其他機關聲明，其不欲對物品的沒收提出異議時，免為參與程序的命令。若在聲明的時點已作出命令，撤銷該命令。(第 3 項)參與程序，至宣告沒收之前均得命令之，若合法之事實審上訴被提起，則至事實審上訴程序之總結發言結束前，均得命令之。(第 4 項)對於命參與程序之裁定，不得聲明不服。若參與程序被駁回時，得提起立即抗告。(第 5 項)參與程序不耽擱訴訟程序之進行。」德國刑事訴訟法第 438 條第 1 項規定：「被告或沒收參與人以外之人，作為附帶受干預人有下列情形，而顯得可信，1. 物品屬於該人所有或該人對物品享有權利或 2. 該人對於物品享有其他權利，而可能依刑法第 75 條第 2 項第 2 句及第 3 句於沒收的情形命解除該權利，若應就物品之沒收作出裁判，法院應命附帶受干預人參與涉及沒收之程序。關於參與程序的命令準用第 424 條第 2 項至第 5 項及第 425 條之規定。⁶」只要沒收涉及第三人，起訴書也要敘述針對該第三人所考慮的措施之事實上及法律上的基礎⁷，惟此並非參與命令的聲請。若欠缺這些對

⁵ Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert, Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, 1. Auflage 2019, Rn. 1340-1344. 提起公訴及開啟審理裁定後，依德國刑事訴訟法，是由各法院負責曉諭以及可能要補足的事實調查。對於可能的沒收裁判之事實上線索，通常由起訴的事實描述以及所實現和起訴的法條的範圍內得出(例如因為一台車或錢被偷)。法院應依德國刑事訴訟法曉諭可能的沒收裁判並再為必要的事實認定(例如沒收的車輛價值)。只要為了裁判還應再調查事實上的基礎，法院可以在審理程序的範圍自己查明，或賦予檢察官偵查的任務，而檢察官通常與警察合作來完成該任務。原文(略)。此部分資訊由慕尼黑高等檢察署，巴伐利亞邦財產剝奪中央協調部門(Generalstaatsanwaltschaft München, Zentrale Koordinierungsstelle Vermögensabschöpfung in Bayern (ZKV BY))之主任檢察官 Dr. Klaus Ruhland 所提供。

⁶ 參照連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版 1 刷，2016 年 9 月，並對照最新修正條文原文後所譯。此外，相關的法條還有德國刑事訴訟法第 444 條對法人及人合團體科以罰鍰之程序。Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert, Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, 1. Auflage 2019, Rn. 1343.

⁷ Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert, Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, 1. Auflage 2019, Rn. 1343.

該第三人所考慮的措施之事實上及法律上的基礎之記載而考慮沒收，在此範圍法院的曉諭也有必要，應命這群人參與⁸。

由上開規定可知，德國刑事訴訟法第 424 條第 1 項一方面規定了沒收參與人(Einziehungsbeteiligter)的立法定義，另一方面，該項規定法院應依職權以裁定通知沒收參與人參與程序。沒收參與人是指那些非被告，但對其宣告沒收者，這個定義包含每位非具體刑事程序之被告的人，也包括未被追訴或在其他程序追訴的共犯。該條規定主要是適用於依德國刑法第 73b 條第三人犯罪所得之沒收的第三人，另外也適用於依德國刑法第 74a 條、第 74b 條對犯罪工具、犯罪所生之物及犯罪相關之物的沒收。沒收參與人之定義的重點在於，僅已參與刑事程序者，才是沒收的規範對象⁹。而依德國刑事訴訟法第 424 條第 4 項，參與程序的命令由法院依職權以裁定的方式為之。檢察官的聲請並非必要，因為當存在沒收之實體法的前提要件，法院始終是獨立於檢察官為沒收的裁判¹⁰。依德國刑事訴訟法第 424 條第 2 項規定，僅於沒收參與人以要式的方式聲明不欲提出異議時，才能不下參與的命令。對於其他受沒收影響的人，但既非被告也非沒收參與人者，即所謂附帶受干預人(Nebenbetroffener)，是適用德國刑事訴訟法第 438 條之規定¹¹。德國刑事訴訟法第 438 條規定是確保附帶受干預人之聽審請求權。附帶受干預人是指那些非沒收之規範對象，但還是可能被沒收或追徵命令影響其權利者。德國刑事訴訟法第 438 條與第 424 條之區別在於，區分那些沒收命令指向之人(沒收參與人)以及此外其權利可能被沒收影響之第三人(附帶受干預人)¹²。只要附帶參與的實體前提要件之存在顯得可信，審理本案的法院應依職權命參與，就此無須檢察官或受干預人的聲請¹³。

⁸ 此部分資訊由慕尼黑黑高等檢察署，巴伐利亞邦財產剝奪中央協調部門(Generalstaatsanwaltschaft München, Zentrale Koordinierungsstelle Vermögensabschöpfung in Bayern (ZKV BY))之主任檢察官 Dr. Klaus Ruhland 所提供。

⁹ MüKoStPO/Putke/Scheinfeld, 1. Aufl. 2019, StPO § 424 Rn. 3.

¹⁰ 註釋書原文：「Ein Antrag der StA ist nicht nötig, denn die Einziehungsentscheidung trifft das Gericht unabhängig von der StA stets dann, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Einziehung vorliegen.」MüKoStPO/Putke/Scheinfeld, 1. Aufl. 2019, StPO § 424 Rn. 4. 另參照「Die Anordnung ist unabhängig von einem Antrag der Staatsanwaltschaft, ggf. also von Amts wegen, regelmäßig durch (unanfechtbaren) Beschluss anzuordnen (§424 StPO).」Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert, Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, 1. Auflage 2019, Rn. 1470.

¹¹ MüKoStPO/Putke/Scheinfeld, 1. Aufl. 2019, StPO § 424 Rn. 1-2.

¹² MüKoStPO/Scheinfeld/Langlitz, 1. Aufl. 2019, StPO § 438 Rn. 1-2.

¹³ 註釋書原文：「Das mit der Sache befasste Gericht hat die Beteiligung von Amts wegen anzuordnen, sofern das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen der Nebenbeteiligung glaubhaft erscheint. Es bedarf dafür weder eines Antrags der Staatsanwaltschaft noch des Betroffenen.」MüKoStPO/Scheinfeld/Langlitz, 1. Aufl. 2019, StPO § 438 Rn. 17.

簡言之，沒收主體對象若為被告以外之第三人，需有將其引進程序的作法，稱為第三人之「訴訟(程序)參與」(Verfahrensbeteiligung)，該第三人為沒收參與人(包含犯罪物沒收之參與人及犯罪所得沒收之參與人)以及附帶受干預人。僅有經過訴訟參與程序，沒收命令才能針對被告以外之第三人為之。刑事案件如果可能涉及第三人沒收，法院應命該第三人參與，稱為參與命令(Beteiligungsanordnung)，但此為第三人之權利而非義務，因此該第三人亦得聲明放棄訴訟參與¹⁴。

二、日本法

日本刑法第 19 條規定：「(第 1 項)下列之物得宣告沒收。一、構成犯罪行為之物；二、供或欲供犯罪所用之物；三、因犯罪行為所生或所得之物或作為犯罪報酬所得之物；四、作為前款之物之對價所得之物。(第 2 項)沒收之標的物原則上不包含犯人以外第三人之物，但縱屬犯人以外第三人之物，於該他人在犯罪後知情取得作為沒收標的之物時，仍得就該物進行沒收。¹⁵」是以，得沒收之物也擴及對(事後知情的惡意)第三人之物¹⁶。

¹⁴ 林鈺雄，沒收之程序問題(下)——德國法之鳥瞰與借鏡，月旦法學教室，第 152 期，2015 年 6 月，68-69 頁。2017 年 7 月 1 日施行之德國刑法沒收法制，統一「沒收」用語，舊法在沒收章節下區分犯罪所得沒收(Verfall)與犯罪物沒收(Einziehung)，新法統一稱作 Einziehung，若所沒收者為犯罪所得(Taterträge)，就完整稱為 Einziehung von Taterträge 來取代 Verfall，德國立法者藉此彰顯新法是全面性的修正，並銜接歐盟法的慣用詞彙(Confiscation)。參照王士帆，二〇一七年德國犯罪所得沒收新法——刑法基礎規定綜覽，收錄於沒收新制(三)：不法利得的剝奪，元照，初版第 1 刷，2019 年 3 月，136-137，140 頁。

¹⁵ 刑法第十九條 次に掲げる物は、没収することができる。

Article 19 (1) The following objects may be confiscated:

一 犯罪行為を組成した物

(i) An object which is a component of a criminal act;

二 犯罪行為の用に供し、又は供しようとした物

(ii) An object used or intended for use in the commission of a criminal act;

三 犯罪行為によって生じ、若しくはこれによって得た物又は犯罪行為の報酬として得た物

(iii) An object produced or acquired by means of a criminal act or an object acquired as reward for a criminal act;

四 前号に掲げる物の対価として得た物

(iv) An object received in exchange for the object set forth in the preceding item.

2 沒收は、犯人以外の者に属しない物に限り、これを行うことができる。ただし、犯人以外の者に属する物であっても、犯罪の後にその者が情を知って取得したものであるときは、これを沒收することができる。

(2) An object set forth in the preceding paragraph may be confiscated only if it does not belong to a person other than the criminal; provided, however, that it may be confiscated when a person other than the criminal acquires the object after the crime with knowledge of the applicability of the preceding items. 引自網頁：

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&re=02&dn=1&yo=%E5%88%91%E6%B3%95&ia=03&ph=&x=45&y=10&ky=&page=1>。

¹⁶ 相對於日本刑法第 19 條任意沒收的規定，日本刑法第 197 條之 5 針對賄賂罪的賄賂設有必要沒收與追徵的特別規定。日本的刑事特別法設有相關多容許沒收第三人之物的規定，且一方面特別刑法中的規定為必要沒收，另一方面這些規定對於第三人主觀上是否知悉本案犯罪情事，亦即是否惡意並無規定，則該物的所有人若為犯

沒收第三人之財產時的特別沒收程序，日本係規定於「關於刑事案件中沒收第三人所有物程序之應急對策法」(下稱「應急對策法」)，於有關刑事案件(下稱本案訴訟)中的被告以外第三人所有物之沒收，盡量充分地保障該第三人參與本案訴訟而主張自己正當權利之機會。為了達成這樣的保障，分就「事前參加」與「事後救濟」設有程序。於事前參加程序中，法院宣告沒收前，事先給予沒收標的物之所有人即第三人參加本案訴訟之機會，並賦予陳述意見、舉證與上訴等訴訟上權利；於事後救濟程序中，對於因不可歸責於己之事由而無法於事前參加本案訴訟之第三人，在法院誤將法律上不得沒收之物宣告沒收之判決確定後，也允許該第三人於一定的要件與程序下，得就該確定裁判中關於沒收之部分請求撤銷。

依「應急對策法」之規定，第三人參加本案被告的刑事訴訟程序的方式有以下兩種：第一種是第三人依同法第3條第1項¹⁷規定，在第一審裁判之前，向被告事件所繫屬之法院以書面聲請參加被告之訴訟程序。第二種是由檢察官依「應急對策法」第2條第1項¹⁸規定通知第三人為之。即檢察官提起公訴之情形，認為有沒收屬於被告以外之人所有之物(包含是否屬於被告所有或屬於第三人所有不明之物)的必要時，應迅速以書面將 1. 被告事件所繫屬之法院、2. 被告事件名與被告姓名、3. 應沒收之物之品名、數量與其他足以特定該物之事項、4. 應成為沒收理由之事實要

人以外的第三人，其是否為惡意在所不問。詳見黃士軒，概觀日本「關於刑事案件中沒收第三人所有物程序之應急對策法」，月旦法學雜誌，第259期，2016年12月，52頁。

¹⁷ 刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法第三条 没収されるおそれのある物を所有する第三者は、第一審の裁判があるまで(略式手続又は交通事件即決裁判手続による裁判があつたときは、正式裁判の請求をすることのできる期間が経過するまでとし、この場合において、正式裁判の請求があつたときは、さらに通常の規定による第一審の裁判があるまでとする。以下同じ。)、被告事件の係属する裁判所に対し、書面により、被告事件の手続への参加を申し立てることができる。ただし、前条第一項又は第二項の規定による告知又は公告があつたときは、告知又は公告があつた日から十四日以内に限る。引自網頁：https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=338AC0000000138。

¹⁸ 刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法第二条 檢察官は、公訴を提起した場合において、被告人以外の者(以下「第三者」という。)の所有に属する物(被告人の所有に属するか第三者の所有に属するかが明らかでない物を含む。以下同じ。)の没収を必要と認めるときは、すみやかに、その第三者に対し、書面により、次の事項を告知しなければならない。

- 一 被告事件の係属する裁判所
- 二 被告事件名及び被告人の氏名
- 三 没収すべき物の品名、数量その他その物を特定するに足りる事項
- 四 没収の理由となるべき事実の要旨
- 五 被告事件の係属する裁判所に対し、被告事件の手続への参加を申し立てることができる旨
- 六 参加の申立てをすることができる期間
- 七 被告事件について公判期日が定められているときは、公判期日

引自網頁：https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=338AC0000000138。

旨、5. 對被告事件所繫屬之法院得聲請參加被告事件之程序、6. 得聲請參加之期間、7. 被告事件訂有審判期日者，其期間等事項通知該第三人。以上兩種程序的差異在於，依「應急對策法」第3條第1項規定，若無檢察官之通知或公告，第三人應得於第一審判決前的任何時間內參加訴訟，但如有檢察官之通知或公告，得參加之期間則限於通知或公告日起14日以內。

當第三人依照上述程序向本案訴訟所繫屬法院聲請參加時，依該法第3條第3項前段、同條第4項，除1. 參加之聲請違反法定程式、2. 超過上述通知或公告所定期間、3. 應沒收之物明顯不屬於聲請人、或4. 檢察官所提出，認為不得沒收或無沒收必要之意見為相當之情形外，法院應許可聲請人參加。依該法第3條第3項但書，在有通知或公告時，聲請人因不可歸責於己之事由，在14日的期間經過後始聲請參加時，法院仍應於第一審裁判前許可其參加¹⁹。

三、美國聯邦法

(一) 美國聯邦檢察官在刑事沒收涉及第三人時之角色

美國聯邦法關於刑事沒收(criminal forfeiture)²⁰並未像我國刑法第38條之1一樣，將「屬於犯罪行為人之犯罪所得」與「第三人取得之犯罪所得」規定在不同條項，而是以一句話同時將這二種情況都列為應沒收之物，即18 U.S. Code § 982(a)(2)“any property constituting, or derived from, proceeds the person obtained directly or indirectly, as the result of such violation”（任何構成或源自於該人因違法行為而直接或間接取得之財產）。其中之any property constituting proceeds（任何構成犯罪所得之財產）包含我國刑法第38條之1第1項之「犯罪所得，屬於犯罪行為人者」，而any property derived from proceeds（源自於犯罪所得之財產），則包含我國刑法第38條之1第2項之「特定第三人取得之犯罪所得」。所以在美國聯邦法下只要是依法可以刑事沒收之犯罪所得，不論由何人持有，在有罪判決後之量刑宣告時，都可能同時宣告「初步沒收」。換言之，第三人並不得在審判程序中對沒收提

¹⁹ 關於「應急對策法」之詳細說明請參閱黃士軒，概觀日本「關於刑事案件中沒收第三人所有物程序之應急對策法」，月旦法學雜誌，第259期，2016年12月，49-73頁。

²⁰ 美國聯邦法之沒收可以分為行政沒收(administrative forfeiture)、民事沒收(civil forfeiture)與刑事沒收(criminal forfeiture)，後二者屬司法沒收。民事沒收是對物訴訟，與有罪判決無關，刑事沒收則要在刑事有罪判決時才能為之。由於我國傳統上並無對物訴訟，而且我國之沒收性質上比較偏向美國的刑事沒收，故本意旨書僅論及美國聯邦法之刑事沒收，並未論及民事沒收。

出異議，亦不得依其他程序（含民事程序）挑戰美國政府對應沒收財物之權利²¹，必須等到有罪判決之後，才發動「附帶程序」（ancillary proceedings，相當於第三人異議之訴）²²來主張排除沒收。

詳言之，刑事沒收程序，在美國並不屬於有罪無罪的審判程序（亦即，檢察官並無庸在檢方提證階段 government's case-in-chief 提出沒收之請求），一直到陪審團判決被告有罪後，才進入沒收程序。此時檢辯雙方都可以主張應有陪審團介入，如未主張，則完全由法官決定（屬量刑程序）。如果有陪審團介入，其程序是在「有罪裁決後」才能進行（即所謂之「分叉程序」the bifurcated proceeding），此時檢察官必須另外提交一份「特別裁決請求書」（Special Verdict Form）請求陪審團做出一個有關沒收的「特別裁決」。²³

當財產被認定應沒收後，承審法官即會發出一個「預備的（初步的）沒收命令」（a preliminary order of forfeiture）²⁴，然後由檢察官以書面通知有登記之權利人與其他檢方認為有可能會主張權利之人²⁵。如果有人出面主張（含未接獲通知者），則進入「附帶程序」（ancillary proceedings）²⁶。若無人主張，或附帶程序結束後，法院才會發出「終局沒收命令」（a final order of forfeiture）。此時國家即取得該財產之「無負擔權利」（clear title），並得擔保其買受人或受讓人有其「有效權利」（good title）

²¹ 此即所謂之「第三人干預禁止」（Bar on intervention），請參 21 U.S. Code § 853(k) Bar on intervention: Except as provided in subsection (n), no party claiming an interest in property subject to forfeiture under this section may—(1) intervene in a trial or appeal of a criminal case involving the forfeiture of such property under this section; or (2) commence an action at law or equity against the United States concerning the validity of his alleged interest in the property subsequent to the filing of an indictment or information alleging that the property is subject to forfeiture under this section.

²² 附帶程序規定在 21 U.S. Code § 853(n) 與 Rule 32.2(c), Federal Rules of Criminal Procedure

²³ Rule 32.2 (5) Jury Determination.(B) Special Verdict Form. If a party timely requests to have the jury determine forfeiture, the government must submit a proposed Special Verdict Form listing each property subject to forfeiture and asking the jury to determine whether the government has established the requisite nexus between the property and the offense committed by the defendant. 須注意所謂陪審團介入，是指由陪審團來決定「財產與犯罪間之關連性」此一項目而已，並不及於其他問題，例如該財產究否為被告所有、被告犯罪所得總額多少、能否准予代替物沒收（the forfeiture of substitute property）等等，並非由陪審團決定。

²⁴ Rule 32.2 Criminal Forfeiture (B) (2) Preliminary Order.(A) Contents of a Specific Order. If the court finds that property is subject to forfeiture, it must promptly enter a preliminary order of forfeiture setting forth the amount of any money judgment, directing the forfeiture of specific property, and directing the forfeiture of any substitute property if the government has met the statutory criteria.

²⁵ 此項通知義務是規定在 21 U.S. Code § 853(n)(1) Following the entry of an order of forfeiture under this section, the United States shall publish notice of the order and of its intent to dispose of the property in such manner as the Attorney General may direct. The Government may also, to the extent practicable, provide direct written notice to any person known to have alleged an interest in the property that is the subject of the order of forfeiture as a substitute for published notice as to those persons so notified.

²⁶ Rule 32.2(c), Federal Rules of Criminal Procedure

²⁷。在終局沒收之後，非但被告本人不能主張該財產全部或部分屬於其他被告或第三人而反對沒收，第三人亦不得再聲明異議。²⁸

值得注意的是，「附帶程序」(ancillary proceedings)是附帶於刑事程序，但性質上較偏向民事訴訟(含證據揭示 discovery)，聲請人(petitioner)即第三人要負舉證責任，以「優勢證據」(preponderance of evidence)來證明其對沒收物有比被告較優先之權利²⁹。若法官認為第三人之主張可採，則應裁定修改或撤銷原來的「初步沒收命令」。

由上可知，美國聯邦檢察官在沒收之第三人異議程序中，並無所謂之「聲請權」或「聲請義務」，而只有「對第三人之通知義務」。而因為此通知義務是針對第三人，不是針對法院，所以此階段與所謂「控訴原則」(不告不理)尚無關係。

(二) 美國聯邦檢察官在刑事沒收程序中之角色

既然美國聯邦的第三人異議並不是在起訴後即可發動，那麼刑事沒收程序本身，到底是何時由何人如何發動？概要言之，聯邦檢察官應該在起訴書提到要請求沒收，然後在有罪判決後之量刑程序時才開始盡舉證責任。

關於起訴書之記載，聯邦訴訟規則 Federal Rules of Criminal Procedure 的 Rule 32.2(a) Criminal Forfeiture(a) NOTICE TO THE DEFENDANT (對被告之通知)規定：「法

²⁷ 21 U.S. Code § 853(n)(7)

²⁸ 參 Rule 32.2(c) (2)。期限過了之後，第三人即不得再聲明異議之實務見解請見官方註解 Committee Notes on Rules—2000 所引之判決：United States v. Hentz, 1996 WL 355327 (E.D. Pa. June 20, 1996) (once third party fails to file a claim in the ancillary proceeding, government has clear title under 21 U.S.C. § 853(n)(7) and can market the property notwithstanding third party's name on the deed)

²⁹ 依據 21 U.S. Code § 853(n)(6)，此所謂較優先之權利為(A)該聲請人在犯罪發生時，對該財產有使沒收命令全部或部分無效之優於被告之法律上權利或利益，或 (the petitioner has a legal right, title, or interest in the property, and such right, title, or interest renders the order of forfeiture invalid in whole or in part because the right, title, or interest was vested in the petitioner rather than the defendant or was superior to any right, title, or interest of the defendant at the time of the commission of the acts which gave rise to the forfeiture of the property under this section; or) (B)該聲請人係有償地善意受讓，且在購買該財產時合理地不會認為該物係屬本條之應沒收之物者。(the petitioner is a bona fide purchaser for value of the right, title, or interest in the property and was at the time of purchase reasonably without cause to believe that the property was subject to forfeiture under this section;)。(按：美國聯邦法此種制度設計與我國最大的不同在於，我國是正面表列，即在刑法第 38-1 條第二項規定「第三人沒收(嚴格而言應是「犯罪所得由第三人取得後之沒收」)」之定義(即須符合下列三款之一：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為為他人實行違法行為，他人因而取得)。所以法院必須先初步認定「那些應沒收物現在是在第三人名下或持有中」，然後再決定要不要啟動第三人參與沒收之程序(含依職權或依第三人之聲請)。但美國聯邦法並未先去對沒收物做「被告本人」與「第三人」之區分(而只規定「沒收物與犯罪行為間須有關連性」)，一直等到有罪判決後進入沒收程序後，才由第三人出面來排除沒收(等於是負面表列)，所以啟動者完全在第三人，舉證責任也在第三人。

院不得在刑事程序中判定沒收，除非大陪審團起訴書或一般起訴書載有讓被告知悉檢方將依法主張財物沒收做為處刑之一部之通知。該通知並非起訴書之指訴犯行之一，起訴書無庸列舉應沒收之財物，亦無庸記載檢方所求金錢判決之數額（A court must not enter a judgment of forfeiture in a criminal proceeding unless the indictment or information contains notice to the defendant that the government will seek the forfeiture of property as part of any sentence in accordance with the applicable statute. The notice should not be designated as a count of the indictment or information. The indictment or information need not identify the property subject to forfeiture or specify the amount of any forfeiture money judgment that the government seeks.）」，並未明文規定檢察官應該「聲請 apply, file 沒收」，而只要求應該通知被告（不是法院）檢方要「尋求（主張）」（seek）沒收。至於起訴書實務上應如何記載？該條文之 2000 年立法說明有舉例說明，類似「因違反 RICO 法案所獲得之一切財產應予沒收」(such as all property “acquired or maintained” as a result of a RICO violation)等文字，即為已足。

接著在有罪無罪之審理程序當中，法院並不會去處理沒收問題，已如前述。一直到有罪判決後之量刑程序時，法院才開始調查「應沒收物與犯罪行為間之關連性」（the court must find that the government has established the requisite nexus between the property and the offense），此時檢察官若未於起訴書詳列應沒收物之清單者，須另以 a bill of particulars 「補充理由書」³⁰明確指明應沒收之物（例如地號與地址）或增列應沒收物。關於沒收物與犯罪間之關連性，檢察官須負舉證責任。不過，因為沒收屬於量刑程序，所以該關連性之證據門檻並不是「無合理懷疑」（beyond a reasonable doubt），而與一般之量刑因素一樣是「優勢證據」（a preponderance of evidence）。³¹

為何聯邦法規定檢察官可以僅在起訴書提及會主張沒收並引用法條即為已足？其實立法者是採先前多數判決之見解，其中之一條 *United States v. Diaz*, 190 F.3d 1247 (11th Cir. 1999)案判決。該案之檢察官在 1997 年 2 月 27 日陪審團對於被告為毒品罪及洗錢罪之有罪判決後，才通知被告檢方將在量刑程序中主張沒收被告之住處（該房屋曾供被告交保時之担保），同年 3 月 10 日陪審團裁決認定該屋與犯罪

³⁰ 關於 bill of particulars 請參 Rule 7(f), Federal Rules of Criminal Procedure.

³¹ 可參下述判決：*United States v. Myers*, 21 F.3d 826 (8th Cir. 1994) (preponderance standard applies because criminal forfeiture is part of the sentence in money laundering cases); *United States v. Voigt*, 89 F.3d 1050 (3rd Cir. 1996) (following *Myers*); *United States v. Smith*, 966 F.2d 1045, 1050–53 (6th Cir. 1992) (same for drug cases); *United States v. Bieri*, 21 F.3d 819 (8th Cir. 1994).

行為間有關連性（使用販毒所得購買者），法官因而宣告沒收該屋。被告上訴主張檢察官在起訴書並未列舉該房屋為應沒收物，其是到了有罪判決之後才知道，所以該沒收程序違反「正當程序」原則。但聯邦第十一巡迴上訴法院指出：正當程序要求下之通知，只要能夠告知被告該程序之本質，並給予合理之機會去進行防禦，即為已足（The notice required by due process is only sufficient notice reasonably calculated to apprise the defendant of the nature of the action and afford him a reasonable opportunity to defend against it.），而本案被告所受到的通知已具備此些條件。該判決並引用數則其他上訴法院之判決³²，強調起訴時關於沒收之不足之處，都可以由其他訴訟程序予以補足，含事實上已經知悉（例如該沒收物已先為扣押；被告因檢方採「全部證據揭示政策」open-file policy 而知悉），以及檢察官已用 a bill of particulars 補充。而本件被告既已經知悉那一項財產要被沒收，亦收到充分之通知，事實上也已經進行抗辯，所以其正當程序權並未被剝奪。

由上可知，美國聯邦檢察官在刑事沒收程序上是擔任「通知者」與「舉證責任者」之角色，而法律規定檢察官應有通知義務是因為正當程序之要求，目的是要告知被告與第三人有關沒收程序之本質並給予合理之機會去進行防禦。重點是擺在有無給予被告與第三人抗辯的機會，而不是檢察官有無提出聲請。

四、小結

依德國刑事訴訟法之相關規定，無論是沒收參與人或附帶受干預人，均明文規定法院應命其參與涉及沒收之刑事程序，係法院依職權為之，檢察官之聲請並非必要，重點在於僅有經過訴訟參與程序，沒收命令才能針對被告以外之第三人為之，也就是保障第三人的聽審請求權。

由日本法的相關規定可知，對第三人所有物的沒收程序，重點在於使第三人實質地對自己的財產上權利有主張與防禦之機會，且該程序保障之必要性，與沒收之性質是刑罰或保安處分、是否為必要沒收，應無必然之關聯。且檢察官提起公訴時，對於第三人通知或公告其得參加訴訟，雖是檢察官之義務，若在審判中發現應沒收之物屬於第三人所有，應該該階段為通知或公告，但如前所述，重點是在於讓第三

³² United States v. Sarbello, 985 F.2d 716, (3rd Cir. 1993); United States v. Raimondo, 721 F.2d 476, 477 (4th Cir. 1983) cert. denied, sub nom., 469 U.S. 837 (1984); United States v. Grammatikos, 633 F.2d 1013 (2nd Cir. 1980); United States v. DeFries, 129 F.3d 1293, 1315 (D.C. Cir. 1997).

人有實質上對自己的財產上權利有主張及攻防之機會，而與所謂的控訴原則(不告不理)無關，檢察官有無為通知或公告的區別是在於第三人得參加訴訟的期間。

美國聯邦檢察官在沒收之第三人異議程序中，並無所謂之「聲請權」或「聲請義務」，而只有「對第三人之通知義務」。而因為此通知義務是針對第三人，不是針對法院，所以此階段與所謂「控訴原則」(不告不理)尚無關係。美國聯邦檢察官在沒收程序上是擔任「通知者」與「舉證責任者」之角色，而法律規定檢察官應有通知義務是因為正當程序之要求，目的是要告知被告沒收程序之本質並給予合理之機會去進行防禦。重點是擺在有無給予被告抗辯的機會，而不是檢察官有無提出聲請。

柒、本署見解

本署採肯定說，析述理由如下：

- 一、依我國法，檢察官提起公訴，就當然啟動沒收程序（含被告財產與第三人財產沒收）
 1. 檢察官提起公訴之法律效果包括沒收：民國 104 年 12 月 30 日修訂刪除刑法第 34 條之立法理由稱：「此次修正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，爰新增第五章之一「沒收」之章名，故現行條文第 34 條有關從刑之種類、第 40 條之 1 追徵、追繳或抵償之宣告規定均應配合刪除。」，足認檢察官提起公訴之當然法律效果包括「刑罰、保安處分、沒收」，亦即，與起訴犯罪事實有關之處以刑罰、或宣告保安處分與宣告沒收，均無庸再由檢察官另外聲請，檢察官只能在審理中促請法官依法判決。換言之，此所謂之「獨立性」係指法律效果之獨立性，而非程序之獨立性。如果立法者認為沒收已非從刑時應有其獨立之程序並應由檢察官發動，則應明文規定。另參照刑事訴訟法第 455 條之 27 第 1 項前段規定：「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決；」增訂理由第二點明文：「被告違法行為存在，為沒收參與人財產前提要件之一。為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於被告違法行為之判決，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上之矛盾，非但有損裁判公信力，且滋生沒收裁判之執行上困擾，故對本案關於違法行為或沒收之裁判上訴者，其效力應及於相關之沒收部分。反之，沒

收係附隨於被告違法行為存在之法律效果，而非認定違法行為之前提，若當事人就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，僅就參與人財產沒收事項之判決提起上訴者，其效力自不及於本案之判決部分。爰參考日本應急對策法第 8 條第 1 項之立法例，增訂本條第 1 項前段規定；並增訂本條第 1 項後段規定，以杜爭議。」由該規定及增訂理由可知，對本案判決上訴之法律效果及於相關之沒收判決，沒收係附隨於被告違法行為存在之法律效果。

2. 刑事訴訟法第 264 條規定之檢察官起訴書應記載事項並未包括沒收之相關事項：沒收新制施行後之 105 年 6 月 22 日修正公布刑事訴訟法關於沒收程序之新條文，並未規定沒收應由檢察官聲請，故第 264 條仍然維持原來之條文，且第 268 條「法院不得就未經起訴之犯罪審判」之「不告不理」條文，亦未變動（即未規定法院不得就未經聲請之沒收審判）。
3. 沒收程序本就附麗於本案之審理程序：新修訂刑法第 40 條第 3 項之單獨宣告「第 38 條第 2 項、第 3 項之物、第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項之犯罪所得，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。」，之所以在新修訂刑訴第 455-34「單獨宣告沒收由檢察官聲請違法行為地、沒收財產所在地或其財產所有人之住所、居所或所在地之法院裁定之。」明文規定應由檢察官提出「聲請」，就是因為此種沒收並沒有「起訴」，所以沒有刑事訴訟程序做為附麗。而一般之沒收，因為是起訴之當然法律效果，本身就有一個刑事訴訟程序做為附麗，自無庸在起訴之外另為「聲請沒收」。立法者之意向，已非常明顯。

二、依我國法，對於第三人財產之沒收，檢察官有通知義務及舉證責任，但法官命第三人參與沒收程序不以檢察官之聲請為必要

- 1、刑事訴訟法第 455 條之 12 的規定係以沒收程序當然存在為前提：檢察官提起公訴，就當然啟動沒收程序，已如前述。第 455 條之 12 第 1 項規定「財產可能被沒收之第三人得於本案最後事實審言詞辯論終結前，向該管法院聲請參與沒收

程序。」，其「聲請人」之描述之所以使用「財產可能被沒收之第三人」而未使用「經檢察官聲請沒收之相對人」，係因不論是刑法第 38 條或第 38 條之 1 之沒收，在檢察官提起公訴之後，都有可能涉及第三人，所以法條直接規定該第三人不論是主動得知或被動得知，都可以聲請參與已經存在的沒收程序。第 2 項接著規定參與之程序，第 3 項再規定已知之第三人遲未聲請參與時法院應如何處理，亦都是以沒收程序已當然存在為前提。

- 2、刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項係立法者特別規定之法院對第三人之職權照顧義務：第 3 項規定之意旨，在於如果法院發覺沒收之財產有可能涉及第三人，但該第三人遲未聲請參與訴訟，認有必要時（例如所涉數額龐大），基於保護第三人之權益，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序。此係立法者特別規定之法院對第三人之職權照顧義務，而立法者未在此規定檢察官應補充通知第三人，應係因案件已經在審理中，而我國刑訴並未完全放棄職權調查主義，所以仍然賦與法院此種照顧義務。（按我國立法者本來有另一選項，即規定在第三人接獲通知後一段期間不聲請參與訴訟，即視為「不提出異議」（例如美國聯邦法即如此規定，已如前述），然我國立法者仍然選擇法院應依職權介入裁定命第三人參與訴訟，顯然認為法院對於第三人有照顧義務。）
- 3、刑事訴訟法第 455 條之 13 條第 1 項與第 2 項係在規定檢察官偵查中之通知義務：第 1 項規定之意旨在於，偵查中檢察官已知悉應沒收物涉及第三人時，於「提起公訴前」應通知該第三人，予其陳述意見之機會。第 2 項進一步規定「於提起公訴時」應再詳細通知第 2 項所規定之各種事項（含得向管轄法院聲請參與沒收程序之意旨），其用意已如立法說明：「明定偵查中或起訴時，對於案內可能被沒收財產之第三人，檢察官有通知之義務，給予陳述意見之機會，或便利其向法院適時聲請參與沒收程序及為訴訟準備」。至於第 2 項規定「應於起訴書記載該意旨」，其用意僅在促請法院注意本件沒收有可能涉及第三人，係規定「對法院之通知義務」，並非在規定檢察官之聲請義務。所以刑事訴訟法第 455 條之 12 先規定第三人有聲請參與沒收程序權利，以及法院命令第三人參與沒收程序的照顧義務，接著在第 455 條之 13 規定應該由何人來通知第三人，順序並無倒置。再者，本條文(刑事

訴訟法第455條之13)草案於司法院會銜行政院送立法院時，行政院提出修正版為對案，依行政院版，本條第2項原為「檢察官提起公訴時聲請沒收第三人財產者，於『起訴書』或『聲請書』記載下列事項:一、…二、…三、應沒收財產之名稱、種類、數量及其他足以特定之事項。」嗣於立法院審議過程中，經討論協商，通過現行條文³³。立法者未採取行政院版，可證立法者未選擇檢察官提起公訴時認應沒收第三人財產者須向法院「聲請」，及法院應受其約束之立法方式，而係重在通知第三人得向管轄法院聲請參與沒收程序之意旨，並於起訴書記載其意旨，如第三人未為聲請，法院可依職權裁定。

4、刑事訴訟法第 455 條之 13 第 3 項之「聲請」，並非「聲請對第三人之財產宣告沒收」，而是「聲請法院裁定命該第三人參與沒收程序」：第 455 條之 13 第 3 項之規定乃因檢察官仍是訴訟程序之當事人，於審理中認應沒收第三人財產時，自應向法院聲請依職權裁定命第三人參與沒收程序。檢察官於審理中認應沒收第三人財產，僅有「『得』以言詞或書面向法院聲請依職權裁定命第三人參與沒收程序」，非以檢察官之聲請為前提，即乃呼應第 455 條之 12 第三人財產沒收程序之啟動，包括法院依職權裁定命第三人參與沒收程序及第三人向法院聲請參與沒收程序，檢察官僅係促請法院裁定命第三人參與沒收程序，於起訴時及審理中均相同。而我國立法者僅規定檢察官「偵查中」(刑事訴訟法第 455 條之 13 第 1 項)與「起訴時」(刑事訴訟法第 455 條之 13 第 2 項)應通知第三人之義務，而未規定「審理中」檢察官之通知第三人義務，就是因為在前一條即第 455 條之 12 第 3 項即已規定法院之照顧義務，所以檢察官在「審理中」之任務即在於「促請法院通知」與「促請法院依職權命第三人參與程序」。

5、法院主動依職權裁定命該第三人參與沒收程序，並不會違反法官的中立性：法院命第三人參與訴訟是在第三人未聲請參與沒收程序時，為保護其權利而命其到庭進行辯護，審理後不一定對第三人不利，所以並不會違反法官的中立性。按我國立法者本有另一項選擇，即與美國聯邦法一樣，規定審理中仍由檢察官

³³ 立法院第 9 屆第 1 會期第 1 次會議議案關係文書，院總第 161 號政府提案第 15529 號，2016 年 2 月 1 日。
立法院第 9 屆第 1 會期第 13 次會議議案關係文書，院總第 161 號政府提案第 15529 號之 1，2016 年 5 月 6 日。

負起通知第三人之義務。但立法者並未採此選項，而規定由法院依職權裁定命參與，本係立法政策之選擇，並非放棄法官之中立性原則。且法院依職權裁定命第三人參與沒收程序後，本就可能因為第三人提出之各項事證而變更沒收第三人財產與否的決定，若之後諭知不予沒收之判決，正彰顯第三人參與沒收程序的重要功能，並無自我矛盾的疑慮。

- 6、檢察官雖無庸聲請沒收，然仍應負舉證責任：職權調查與檢察官之舉證責任並未互相排斥，而是可以互補，此觀諸刑事訴訟法第 163 條第 2 項「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」之規定自明。事實上從刑事訴訟法第 455 條之 13 第 2 項第 3 款與第 4 款所定之「應通知第三人事項」即「應沒收財產之名稱、種類、數量及其他足以特定之事項」與「構成沒收理由之事實要旨及其證據」即已指出檢察官關於第三人沒收之舉證責任內涵。當然，此種檢察官之舉證責任並未禁止法院依職權調查，自不待言。

三、前述對於我國條文之解釋方式，符合外國立法例之法理

1. 依德國刑事訴訟法第 424 條及第 438 條之規定，無論是沒收參與人或附帶受干預人，均明文規定法院應命其參與涉及沒收之刑事程序，係法院依職權為之，檢察官之聲請並非必要。重點在於僅有經過訴訟參與程序，沒收命令才能針對被告以外之第三人為之，也就是保障第三人的聽審請求權。
2. 依據日本「刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法」第二條之規定，檢察官提起公訴之情形，認為有沒收屬於被告以外之人所有之物(包含是否屬於被告所有或屬於第三人所有不明之物)的必要時，應迅速以書面通知該第三人，並未規定檢察官應另外聲請，已如前述。
3. 依美國聯邦法 21 U.S. Code § 853(n)(1)之規定，美國聯邦檢察官在刑事沒收涉及第三人時是擔任「通知者」與「舉證責任者」之角色，而法律規定檢察官應有通知義務是因為正當程序之要求，目的是要告知第三人沒收程序之本質並給予

合理之機會去進行防禦。重點是擺在有無給予第三人抗辯的機會，而不是檢察官有無提出聲請，已如前述。

捌、結論

2015 年沒收的全面修法目的，乃為建構或維護正當財產秩序與犯罪一般預防的角度，徹底剝奪與犯罪關聯之各種態樣的利益持有狀態。

新法考量不同沒收標的涉及之功能，甚至適用之對象都不完全一致，因此斟酌沒收在刑事政策上具有的不同作用與多元性質，參酌聯合國 2003 年反貪腐公約第五章以專章規定「資產之追回」(asset recovery)、德國刑法總則第三章「行為之法律效果」於第七節以專節規定沒收、日本改正刑法草案第十章則將沒收列為獨立章名。爰在刑法第五章之一將沒收列為獨立一章，此乃修法理由說明「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」之由來，乃在解決沒收原列為從刑之實務困擾，並強調修法後之沒收性質不再具刑罰本質，於關於財產權干預要件之限制，不特別強調以罪責原則限縮國家刑罰權發動，藉以彰顯沒收制度在刑事政策上犯罪預防之目的，是沒收為行為之法律效果，獨立於刑罰、保安處分之外，具獨立性。因此從體系關連性來看，立法者並非將利得沒收與擴大利得沒收定位為「刑罰」，由體系觀之，是有意將修法後之刑法「第五章之一沒收」之法律效果與「第五章刑」、「第十二章保安處分」分離。此種不具刑罰性質之利益剝奪，其性質與其視為惡害之施加，毋寧說是利益之消除，因此等利益之留存足以誘使繼續犯罪，此即刑法第 38 條之 1 修法說明五之(三)所稱之根絕犯罪誘因。故修法後之利得沒收並非是一種刑事制裁，是建立在未來財產秩序之正義，並無賦與類似刑罰之性質。

修正後之刑法第 38 條之 1 第 2 項第三人利得，法院應予沒收之規定，乃參考(2017 年修法前)德國刑法第 73 條第 3 項「當正犯或共犯為他人而實行刑事違法行為時，該他人並因而有所得時，則依第一、二項之沒收命令之效力亦及於該他人。」已明確賦與第三人犯罪所得沒收之法律概括性干預規範授權基礎。

即如果財產權人行使財產權時，已經背離使用財產的社會義務，造成社會秩序的危害，正足以提供國家干預財產權的合理基礎，為了建構財產正當秩序與預防犯罪，進而經由沒收法律效果的立法，剝奪財產權人使用財產的憲法保障。故擴大沒收之主體範圍，第三人若非出於善意，具刑法第 38 條之 1 第 2 項情形之一時，均得

沒收之。至該違法行為不以具有可責性、不以被起訴或證明有罪為必要，以防止脫法並填補制裁漏洞。

基於上述，修法後之沒收規定，乃為了建構財產正當秩序與預防犯罪，而在實體法上將沒收與刑罰、保安處分並列為檢察官提起公訴之法律效果，但在程序法上並未變更原訴訟程序，立法者並未規定沒收應適用控訴原則，或認未經檢察官聲請，即不得裁判。亦即，沒收之程序及宣告，並無不告不理原則之適用，除違禁物或專科沒收之物；或有因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收外，仍附隨於原訴訟程序，於裁判時併宣告之，於案件經檢察官起訴後，沒收即屬法院應依職權調查事項，檢察官仍應負舉證責任，而法院負職權調查義務亦無損於公平法院。

復按解釋法律應基於執法者受法律拘束、民主國原則、法治國法則及權力分立原則，考量規範目的，即呈現於法規文字背後的立法者意志，作為解釋的目標。除非立法後的社會事實、價值判斷已經改變，則在權衡法律安定性、合目的性或正義的考量下，得為偏離法律目的之判定。

為貫徹澈底剝奪不法利得，賦與因刑事訴訟程序進行財產可能被沒收之第三人程序主體之地位，使其有參與程序之權利與尋求救濟之機會，法律明定第三人得聲請參與本案沒收程序，並基於刑事沒收屬法院應依職權調查事項之考量，明定法院於第三人未為聲請，認有必要時，應依職權裁定命第三人參與沒收程序。至檢察官於偵查中及起訴時，認應沒收第三人財產，負有通知該第三人及使陳述意見，及告知該第三人「得向管轄法院聲請參與沒收程序之意旨」之義務；於審理中認應沒收第三人財產者，得以言詞或書面聲請，亦係聲請法院依職權裁定命第三人參與沒收程序，此於法條本身、修法說明均揭示立法者之意旨甚明，無論就文義解釋、體系解釋均無產生誤會或錯置之結論，爰本署認本件提案之法律問題，應以肯定說為可採。

綜言之，檢察官依刑事訴訟法第 251 條第 1 項提起公訴之法律效果包括被告應處以刑罰、保安處分與沒收，其刑罰與保安處分，以及沒收之宣告均附麗於本案刑事訴訟程序。而應沒收之物涉及第三人權益時，因該第三人並非刑事訴訟程序之當事人，立法者特別於刑事訴訟法第 455 條之 12 規定第三人主動聲請參與沒收程序之權利以及法院必要時應命第三人參與沒收程序，復於第 455 條之 13 規定檢察官偵查

中與起訴時之通知第三人義務，以及審判中得以言詞或書面向法院聲請，而適時通知第三人給予辯論之機會，以保障其財產權。至於第 455 條之 13 第 3 項所規定之「檢察官於審理中認應沒收第三人財產者，得以言詞或書面向法院聲請」，究係指檢察官應另行聲請沒收第三人之物，或指檢察官得促請法院依職權裁定命第三人參與沒收程序？因第三人所參與者係已經附麗於本案審判之沒收程序，仍在原來之審理範圍，故應非指檢察官應另行聲請沒收第三人財產。然法院於依職權命第三人參與沒收程序時，應明確指明應沒收物並給予第三人充分時間準備防禦並進行辯論，自不待言。

此 致

最高法院

中 華 民 國 109 年 3 月 13 日

玖、附件清冊

最高法院 108 年度台上大字第 3594 號刑事裁定摘要

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

本大法庭之見解

一、任何人都不得保有犯罪所得，係公平正義理念之具體實踐，屬普世基本法律原則。為貫徹此原則，俾展現財產變動關係之公平正義，並使財產犯罪行為人或潛在行為人無利可圖，消弭其犯罪動機，以預防財產性質之犯罪、維護財產秩序之安全，刑法對犯罪所得採「義務沒收」之政策，並擴及對第三人犯罪所得之沒收。又為預防行為人不當移轉犯罪工具、犯罪產物，或於行為時由第三人以不當方式提供犯罪工具，而脫免沒收，造成預防犯罪之目的落空，對於犯罪工具、犯罪產物之沒收，亦擴大至對第三人沒收。故不論是對被告或第三人之沒收，皆與刑罰、保安處分同為法院於認定刑事違法（或犯罪）行為存在時，應賦予之一定法律效果。從而，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。

二、沒收，屬國家對人民財產權所為之干預處分，應循正當法律程序為之。財產可能被沒收之第三人，並非刑事訴訟法所規定之當事人，未享有因被告之地位而取得之在場權、閱卷權、陳述權等防禦權，然既為財產可能被宣告沒收之人，倘未給予與被告相當之訴訟權利，自有悖於平等原則；又基於「有權利即有救濟」之憲法原則，第三人雖非本案當事人，亦應有上訴救濟之權利。因此，鑑於上述第三人之財產權、聽審權、救濟權之保障，以及憲法平等原則之誡命，乃賦予財產可能被沒收之第三人程序主體地位，將其引進本案之沒收程序，有附隨於本案程序參與訴訟之機會，故於刑事訴訟法第 7 編之 2「沒收特別程序」中，規定「第三人參與沒收程序」（第 455 條之 12 至第 455 條之 33），使第三人享有獲知相關訊息之資訊請求權與表達訴訟上意見之陳述權，及不服沒收判決之上訴權，乃為實踐刑法第三人沒收規定之配套設計。

三、為貫徹上揭賦予財產可能被沒收第三人程序主體地位之目的，刑事訴訟法第 455 條之 12 第 1 項規定：「財產可能被沒收之第三人得於本案最後事實審言詞辯論終結前，向該管法院聲請參與沒收程序。」又第三人既是程序主體，其聲請參與，乃為權利，並非義務，自應尊重其程序選擇權，而有捨棄參與之決定權，同條第 3 項後段乃明文規定，若其「向法院或檢察官陳明對沒收其財產不提出異議」，法院無庸裁定命其參與。基於第三人欲聲請參與沒收程序，其聽審權之實踐，當以預見其財產可能遭受法院宣告沒收，以及知悉其有聲請參與之權利，作為前提。依刑事訴訟法第 455 條之 13 第 1 項規定，檢察官於偵查中，有相當理由認應沒收第三人財產者，於提起公訴前，應通知該第三人，給予其陳述意見之機會；於提起公訴時，同條第 2 項規定，檢察官除應於起訴書記載

沒收第三人財產之意旨，並應通知第三人各種相關事項，便利其向法院適時聲請參與沒收程序及為訴訟準備；而起訴後，同條第3項規定：「檢察官於審理中認應沒收第三人財產者，得以言詞或書面向法院聲請。」責令檢察官仍負協力義務，俾法院為適當之沒收調查與認定。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，法院認有必要時，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。其歷史背景，係某些社會矚目之食品安全、重大經濟及金融等有關案件，國人多認有沒收不法財產所得，以維公平正義之必要，乃經立法形成。至於法院開啟第三人參與沒收程序後，檢察官仍負有舉證責任，而法院則本於全辯論意旨所得之心證，為適法公正之裁判，並不當然即應為第三人財產沒收之宣告，是法院職權裁定命參與，與法院之中立性，尚不相違。

四、綜上，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。

中 華 民 國 109 年 4 月 22 日

【第九案】條○偉妨害性自主案

爭點：被告與告訴人有男女朋友關係，因涉嫌對告訴人強制性交被起訴犯刑法第 221 條第 1 項罪嫌，被告該次性行為是否「違反被害人意願」之判斷，應以被害人對該次性邀約是否清楚拒絕為準（「被害人清楚表意說」）？或尚應綜合考量「雙方熟識程度」、「年齡差距」、「教育水平」、「健康狀態」、「雙方平日互動情形（包含性關係模式）」等等因素（「綜合判斷說」）？

最高檢察署檢察官提案予刑事大法庭聲請書

原文目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣士林地方法院 107 年度侵訴字第 52 號判決

二、臺灣高等法院 108 年度侵上訴字第 165 號判決

三、小結

參、聲請提案予刑事大法庭之理由

一、所涉及之法令

二、外國立法例

（一）美國法

（二）德國法

（三）日本法

（四）小結

三、我國學說

（一）「違反意願」的判斷標準

（二）「違反意願」認識未達到確定程度或「包攝錯誤」，均不阻卻故意

四、法律見解歧異之裁判

（一）被害人清楚表意說

（二）綜合判斷說

五、該歧異見解對於裁判結果之影響

六、本署見解

- (一)判斷是否「違反意願」，應以「被害人清楚表意說」為標準
- (二)系爭判決將被告之答辯誤植為告訴人主觀意願
- (三)本案被害人清楚拒絕被告本次性邀約，並無「隱晦不明」之情形
- (四)行為人無論係基於性慾望或基於化解爭吵之意圖，均構成本罪
- (五)行為人縱有不確定故意、違法性錯誤或包攝錯誤，並不阻卻故意

肆、結論

伍、附件清冊

壹、與法律爭點相關之本案事實(略)

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解(略)

參、聲請提案予刑事大法庭之理由

一、所涉及之法令(略)

二、外國立法例

以下就我國比較立法例時經常參考之美國法、德國法、日本法相關規定，分述如下：

(一)美國法

美國政府因採聯邦制，聯邦刑法及各州刑法對性侵害之規定及要件均不同，而強制性交案件主要以州法追訴處罰，涉及聯邦政府(例如在聯邦監獄或海軍基地內犯之)才以聯邦刑法處理。美國聯邦法 18 U.S. Code § 2242 為基本性侵罪，規定：「任何人在海軍基地、聯邦政府屬地、聯邦監獄或其他依聯邦政府主管機關指示或契約之戒護機構，知悉且(1)以脅迫、恐嚇方式與人為性行為，或(2)與人為性行為，且性行為之對象有下列情形之一：(A)不具評估性行為之能力；(B)因身體殘障無法拒絕或無法表達不願意；或為該行為而未遂，處無期徒刑……。¹」因聯邦性侵害保護法

¹ 18 U.S. Code § 2242, “Sexual abuse. Whoever, in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States or in a Federal prison, or in any prison, institution, or facility in which persons are held in custody by direction of or pursuant to a contract or agreement with the head of any Federal department or agency, knowingly—

(1)causes another person to engage in a sexual act by threatening or placing that other person in fear (other than by threatening or placing that other person in fear that any person will be subjected to death, serious bodily injury, or kidnapping); or

(2)engages in a sexual act with another person if that other person is—

之對象僅限於與行為人有權力服從關係者，與我國刑法第 221 條保護對象係針對無權力服從關係之一般人不同，故美國聯邦法不適合作為比較對象。

美國各州對強制性交罪之規定及要件均不同，其中紐約州係採對被害人保護較為週到之「積極同意模式」²，與我國不同；加州法對強制性交罪則採「強制模式」，與我國相似；加州 Penal Code § 261(a)(2)規定「違反其意願」為強制性交罪構成要件要素之一，加州 Penal Code § 263 後段規定：「性侵入無論程度如何輕微，均足以構成本罪。³」均與我國法相同；因此本聲請書以下美國法僅就加州刑法強制性交罪作為參考比較對象。

加州刑法強制性交罪依行為人是否與被害人有配偶關係分別規定，Penal Code § 261 規定無配偶關係之強制性交罪：「(a)對無配偶關係之人為性行為，且有下列情形之一，構成強制性交罪：(1)該人因精神障礙或生長、身體殘障無法為合法之同意，且為行為人所知悉或合理地應該知悉；(2)以武力、強暴、脅迫、威脅、恐嚇對該人或他人施以立即不法之身體侵害，而違反其意願；(3)因酒醉、麻醉劑、或任何管制藥物無法抵抗，且為被告所知悉或合理地應知悉；……⁴」

同法第 261.6 條規定：「(第 1 項)起訴第 261 條無配偶關係強制性交罪、第 262

(A)incapable of appraising the nature of the conduct; or

(B)physically incapable of declining participation in, or communicating unwillingness to engage in, that sexual act; or attempts to do so, shall be fined under this title and imprisoned for any term of years or for life.”

² New York Penal Law § 130.25, “A person is guilty of rape in the third degree when:

1. He or she engages in sexual intercourse with another person who is incapable of consent by reason of some factor other than being less than seventeen years old;

2. Being twenty-one years old or more, he or she engages in sexual intercourse with another person less than seventeen years old; or

3. He or she engages in sexual intercourse with another person without such person's consent where such lack of consent is by reason of some factor other than incapacity to consent....”

關於「積極同意模式」、「強制模式」之區別，請參本聲請書叁、三、李佳玟教授部分之介紹。

³ California Penal Code § 263, “The essential guilt of rape consists in the outrage to the person and feelings of the victim of the rape. Any sexual penetration, however slight, is sufficient to complete the crime.”

⁴ California Penal Code § 261, “(a) Rape is an act of sexual intercourse accomplished with a person not the spouse of the perpetrator, under any of the following circumstances:

(1) Where a person is incapable, because of a mental disorder or developmental or physical disability, of giving legal consent, and this is known or reasonably should be known to the person committing the act. Notwithstanding the existence of a conservatorship pursuant to the provisions of the Lanterman-Petris-Short Act (Part 1 (commencing with Section 5000) of Division 5 of the Welfare and Institutions Code), the prosecuting attorney shall prove, as an element of the crime, that a mental disorder or developmental or physical disability rendered the alleged victim incapable of giving consent.

(2) Where it is accomplished against a person's will by means of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on the person or another.

(3) Where a person is prevented from resisting by any intoxicating or anesthetic substance, or any controlled substance, and this condition was known, or reasonably should have been known by the accused....”

條有配偶關係強制性交罪……等罪時，若被害人是否同意有爭議，『同意』應指在自由意志下以行為或態度的積極配合……。(第 2 項)目前或先前有約會或婚姻關係均不足以構成『同意』。(第 3 項)本條之規定對證據能力及『同意』之舉證責任，均不生影響。⁵」

在美國，舉證責任包括「提出證據責任」與「說服責任」，負「說服責任」之一方需先盡到「提出證據責任」，否則其主張不能成為有效爭點。檢察官主張被告犯罪，審判開始後，檢察官有先提出證據證明被告犯罪事實的責任，檢察官舉證完畢時，最少需證明至「表面證據」程度（*prima facie case*），亦即若採信該證據，在無相反證據情形下，可據以認定其所證明之事為真實的程度，此乃檢察官的「提出證據責任」，檢察官若未能證明至表面證據程度，被告可請求法院逕為無罪判決（*directed verdict of acquittal*）。因檢察官對被告犯罪行為負有「說服責任」，故對構成要件的所有要素均負有「提出證據責任」。加州法 *Penal Code* § 261(a)(2)明文將「違反被害人意願」列為強制性交罪的犯罪構成要素，檢察官對於被告「違反被害人意願」應負舉證責任。

檢察官舉證完畢後，被告若選擇沈默，不作任何主張或抗辯，則被告沒有任何舉證責任，由法官或陪審團判斷檢察官是否證明至「無合理懷疑」程度之「說服責任」。若被告提出無罪答辯或答辯其所犯為較輕罪名時，其抗辯方式分為「構成要件不該當」抗辯（*negating defense*）及「積極抗辯」（*affirmative defense*）2 類。亦即，被告主張某項構成要件要素不該當時（例如檢察官起訴被告殺人，被告否認有殺人犯意），如檢察官已提出足夠支持其主張之「表面證據」，被告為求勝訴，另提出積極主張，用以反駁檢察官之主張，亦負「提出證據責任」，其心證門檻需達足以產生合理懷疑之程度。被告若另提出「積極抗辯」（*affirmative defense*），例如主張其行為是出於正當防衛（*self-defense*）、心神喪失（*insanity*）、強制狀態（*duress*）、酩酊狀態（*drunkenness*）、陷害教唆（*entrapment*）、被害人挑釁（*provocation*）等等，此時被告即負有「提出證據責任」與「說服責任」。被告無論提出「構成要件

⁵ California Penal Code § 261.6, “In prosecutions under Section 261, 262, 286, 287, or 289, or former Section 288a, in which consent is at issue, “consent” shall be defined to mean positive cooperation in act or attitude pursuant to an exercise of free will. The person must act freely and voluntarily and have knowledge of the nature of the act or transaction involved.

A current or previous dating or marital relationship shall not be sufficient to constitute consent where consent is at issue in a prosecution under Section 261, 262, 286, 287, or 289, or former Section 288a.

Nothing in this section shall affect the admissibility of evidence or the burden of proof on the issue of consent.”

不該當」抗辯或「積極抗辯」，若未盡到「提出證據責任」，其答辯均不能成為有效爭點。

所謂「積極抗辯」，一般是指被告對擁有特別知識之阻卻違法或阻卻責任或減免罪責事由，可被公平地被要求負舉證責任之抗辯⁶。因此，「積極抗辯」通常對構成要件該當事實並不爭執，但主張有阻卻違法或阻卻、減免責任之事由⁷。被告主張「積極抗辯」，應先提出足以認為阻卻違法或阻卻、減免責任之抗辯為合理可能之證據，此為被告之「提出證據責任」，若被告無法提出足夠支持其抗辯之證據，即推定沒有阻卻違法或阻卻、減免責任事由。若被告對於構成要件不該當的抗辯事項擁有特別知識，美國法亦可能將之列為積極抗辯，例如「案發時被告在犯罪現場以外之處所」（*alibi*）、基於善意（*good faith*）持有贓物、同意（*consent*）性交等等。被告主張「得他方同意」而性交，屬於積極抗辯，此時被告就該同意應有舉證責任。因為該等事由不僅有利於被告，且被告對於該事由應該擁有特別之知識，故被告就該事由存在負「說服責任」。

被告「說服責任」舉證程度無庸至「無合理懷疑」程度，一般僅以「過半證據」為已足⁸。加州證據法第 500 條明文：「除法律另有規定外，主張某一請求或抗辯之一方，對於攸關該請求或抗辯之事實之存在或不存在，負說服責任。⁹」加州有罪判決雖然依照 *In re Winship* 案，以「無合理懷疑」為心證門檻，對於被告的「說服責任」，加州證據法第 115 條另規定：「除法律另有明文外，說服責任以過半程度為已足。¹⁰」

被告提出「合理且誠實地誤認不違反被害人之意願」答辯，可阻卻被告犯罪之成立，屬「構成要件不該當」抗辯(negating defense)，被告應先負「提出證據責任」

⁶ *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228, 230 (1987) (An affirmative defense is defined to be “an excuse or justification peculiarly within the knowledge of the accused, on which he can fairly be required to adduce supporting evidence.”).

⁷ *State v. Cohen*, 568 So. 2d 49, 51-52 (Fla. 1990) (“an ‘affirmative defense’ is any defense that assumes the complaint or charges to be correct but raises other facts that, if true, would establish a valid excuse or justification or a right to engage in the conduct in question. An affirmative defense does not concern itself with the elements of the offense at all; it concedes them.”).

⁸ Stephen Michael Everhart, *Putting a Burden of Production on the defendant Before Admitting Evidence that Someone Else Committed the Crime Charged: Is It Constitutional?* 76 NEB. L. REV. 272, 289 (1997). *United States v. Deleveaux*, 205 F.3d 1292, 1298-99 (11th Cir. 2000) (holding defendant’s assertion of an affirmative defense may require the defendant to prove the defense by a preponderance of the evidence).

⁹ California Evidence Code, §500, (“Except as otherwise provided by law, a party has the burden of proof as to each fact the existence or nonexistence of which is essential to the claim for relief or defense that he is asserting.”).

¹⁰ California Evidence Code, §115, (“...Except as otherwise provided by law, the burden of proof requires proof by a preponderance of evidence.”).

證明被害人對行為人之性邀約態度「模稜兩可」，其中被告誤認其性邀約不違反被害人之意願是否合理應從客觀情狀判斷，被告是否真有此誤認則應從被告主觀意識判斷。

以加州最高法院 *People v. Williams* 案¹¹為例，本案不爭執之事實為：被害人 Deborah 到舊金山市收容之家暫居，被告 Williams 為該收容之家員工，某日上午在收容之家外面偶遇被害人，閒聊後一起散步並用餐，被告問被害人是否要看電視（按：被害人在收容之家看電視很不方便。），即帶同被害人至附近旅館租房間。被害人證稱：進到房間內發現該房間沒有電視，被害人欲離開，被告阻止她離去並打她左眼臉，她說：「NO」，被告將她推倒床上並性侵得逞，被告要給她 50 美元，她拒絕並離去，隨即報案。被告證稱：Deborah 到房間後，主動親吻、擁抱被告並脫衣，被告脫去自己衣物後，Deborah 愛撫被告陽具幫助其勃起，性交後 Deborah 要求被告給她 50 美元，被告不願意，Deborah 即出言侮辱並威脅要告他性侵，被告乃掌摑 Deborah 臉部。

本案第一審判決被告犯加州法 Penal Code § 261(a)(2)強制性交罪，上訴法院因第一審法官未就被告是否「誤認不違反被害人意願」之相關注意事項指示陪審團，而撤銷原判決。本案上訴至加州最高法院，加州最高法院認為：被告提出「誤認不違反被害人意願」答辯，應先提出能證明「被害人對行為人之性邀約態度模稜兩可、導致行為人合理地、善意地誤認不違反被害人意願」之實質證據(the defense unavailable as a matter of law unless there is “substantial evidence of equivocal conduct that would have led defendant to reasonably and in good faith believe consent existed where it did not.”¹²)。女性並不因為與男性到旅館就喪失性自主權¹³，本件被告證詞與被害人證詞完全不同，被告未能盡到「誤認不違反被害人意願答辯」之提出證據責任，該答辯不成為有效爭點，法院不必就該答辯相關注意事項指示陪審團，因而撤銷第二審之判決，被告行為構成強制性交罪確定。

本案判決後，聯邦第 7 巡迴法院在 *Tyson v. Trigg* 案亦採相同見解，該案被告聲請上訴美國聯邦最高法院，美國聯邦最高法院駁回聲請而確定¹⁴。若干其他州法

¹¹ *People v. Williams*, 841 P.2d 961 (Cal. 1992).

¹² *People v. Williams*, 841 P.2d 961, 966 (Cal. 1992).

¹³ *People v. Williams*, 841 P.2d 961, 967 (Cal. 1992).

¹⁴ *Tyson v. Trigg*, 50 F.3d 436 (7th Cir. 1995), cert denied, 116 S. Ct. 697 (1996).

院很快採相似見解¹⁵，例如 Georgia 州上訴法院在 Johnson v. State 案¹⁶認為：行為人使用強制力即否定了「誤認不違反意願答辯」的可能性(“that proof of the element of force negate any possible mistake as to consent”)，第一審法院不必對該答辯之注意事項指示陪審團。

(二)德國法

德國刑法第 177 條第 1 項規定：「違反他人可辨認之意願，對其實施性行為或任由其實施性行為，或促使其對第三人實施性行為或忍受第三人對之實施性行為者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。¹⁷」德國刑法第 177 條第 2 項規定：「對他人實施性行為或任由其實施性行為，或促使其對第三人實施或忍受第三人對之實施性行為，而有下列情形之一者，亦同：1. 行為人利用他人無法形成或表達反對意願的情形，2. 除行為人確定得有他人之同意外，行為人利用他人因其身體或心理狀態於形成或表達意願顯著受限的情形，3. 行為人利用措手不及的時刻，4. 行為人利用被害人若抵抗將會遭受明顯的惡害脅迫的情境，或 5. 行為人以脅迫施以重大惡害之方式，強制他人從事或容忍性行為。¹⁸」德國刑法第 177 條第 3 項規定：「未遂犯罰之。¹⁹」德國刑法第 177 條第 4 項規定：「若被害人因疾病或殘障而無法形成或表達意願，處 1 年以上有期徒刑。²⁰」德國刑法第 177 條第 5 項規定：「有下列情形之一者，處 1

¹⁵ Commonwealth v. Fionda, 599 N.E.2d 635 (Mass. App. Ct. 1992); Tyson v. State, 619 N.E.2d 276 (Ind. Ct. App. 1993); Johnson v. State, 419 S.E.2d 96 (Ga. App. Ct. 1992).

¹⁶ Johnson v. State, 419 S.E.2d 96 (Ga. App. Ct. 1992).

¹⁷ Strafgesetzbuch (StGB) § 177

(1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

¹⁸ Strafgesetzbuch (StGB) § 177

(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn

1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern,
2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert,

3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt,

4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder

5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat.

¹⁹ Strafgesetzbuch (StGB) § 177

(3) Der Versuch ist strafbar.

²⁰ Strafgesetzbuch (StGB) § 177

(4) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.

年以上有期徒刑：1. 對被害人施以強暴，2. 對被害人施以對身體或生命現實危險之脅迫，或 3. 利用被害人任憑行為人宰制的無助情境。²¹」德國刑法第 177 條第 6 項規定：「情節特別重大者，處 2 年以上有期徒刑，有下列情形之一者，原則上為情節特別重大：1. 行為人對被害人實施性交行為或任由其對已實施性交行為，或類似之特別貶低被害人的性行為，尤其是伴隨侵入身體之性行為(強姦)，或 2. 數人共同犯之。」²²

德國刑法第 184h 條第 1 款規定：「本法所稱性行為，僅限於在各別保護法益之觀點下具有相當重要性者。²³」所謂性行為指，當行為人的外在表現行為依一般理解可以看出其與「性」之間的關聯時，即可認定為性行為，因此，不限於性交²⁴。德國刑法第 177 條區分所謂的性侵犯(sexueller Übergriff)、性強制(sexuelle Nötigung)及強制性交(Vergewaltigung)。性侵犯規定於該條第 1 項，即違反被害人可辨認之意願的性行為；性強制規定於該條第 2 項，指雖看不出被害人反對的意願，但被害人無法或不可能表達其意願，與第 1 項的性侵犯不同，只要基於被害人的狀況或體質不可能形成該反對的意願，第 2 項規定不要求違反被害人的內在意願²⁵。該條第 5 項為第 1 項及第 2 項之加重構成要件，內容包括對被害人施以強暴、對被害人施以對身體或生命現實危險之脅迫或利用被害人任憑行為人宰制的無助情境²⁶。強制性交規定於該條第 6 項第 1 款，指行為人對被害人實施或任其對已實施性交或類似之

²¹ Strafgesetzbuch (StGB) § 177

(5) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter

1. gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet,

2. dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht oder

3. eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist.

²² Strafgesetzbuch (StGB) § 177

(6) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder

2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.

德國刑法之中譯，均係參照「何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，二版第 1 刷，2019 年 7 月」以及「徐久生譯，德國刑法典，北京大學出版社，一版第 1 刷，2019 年 10 月」之內容。

²³ Strafgesetzbuch (StGB) § 184h

Im Sinne dieses Gesetzes sind

1. sexuelle Handlungen nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind,

²⁴ Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Beck'sche Kurz-Kommentare, 63. Aufl. 2016, § 184h Rn. 3.

²⁵ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 177 Rn. 5-6.

²⁶ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 177 Rn. 13.

特別貶低被害人的性行為，尤其是伴隨侵入身體之性行為，此為量刑事由的規定²⁷。本文就是否「違反被害人意願」之判斷標準，僅討論德國刑法第 177 條第 1 項之規定²⁸，並使用「與性有關聯的行為」取代「性行為」的用語。

德國刑法第 177 條係保護性自主的自由，及於婚姻、也無論行為人及被害人的性別²⁹。德國刑法第 177 條第 1 項將「說不就是不」明文化，保護性自主免於侵犯之法益，依該條第 1 項之立法理由，是保護被害人隨時改變其意願的自由，無論先前是否曾給予同意、也無論行為人與被害人之間的關係或可能的約定或對待給付³⁰。

在「違反可辨認之意願」的要件下，首先必須根本上存在被害人的反對意願，這在實務上從證據評價的角度常有疑問。此外，該反對的意願必須在犯罪時間點可辨認，而該可辨認的反對意願應由客觀第三人的角度來判斷，該第三人需知悉全部情況的重要事實。決定性的是，被害人有對行為人傳達反對意願³¹。當被害人於犯罪時間點以口頭方式明確地表達反對意願，或以可得推知的方式，例如哭泣或反抗來表達反對意願，該反對意願即可辨認³²。

對於與性有關聯的行為之前提要件、反對意願以及客觀上可辨認性，有間接故意即足³³，亦即行為人認知到被害人反對的意願或至少認為被害人可能有反對的意願且容任與性有關聯的行為之發生³⁴。只要行為人認為反對意願的真正性是可能的，而承擔實現構成要件的風險，行為人就有間接故意。當被害人清楚地表示其反對意願，就算僅有口頭表示，而行為人沒有理由認為有取得被害人同意，幾乎總是

²⁷ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 177 Rn. 21. 此外，以德國刑法第 177 條而言，加重構成要件包括行為人攜帶武器或其他危險工具(第 177 條第 7 項第 1 款)、行為人為了透過強暴或施以強暴之脅迫來防止或制伏他人之抵抗而攜帶其他工具或藥劑(第 177 條第 7 項第 2 款)、行為人使被害人陷入健康嚴重損害之危險(第 177 條第 7 項第 3 款)、於行為時使用武器或其他危險工具(第 177 條第 8 項第 1 款)、於行為時對被害人之身體施以嚴重虐待(第 177 條第 8 項第 2 款 a))或透過犯行使被害人陷入死亡危險(第 177 條第 8 項第 2 款 b))。

²⁸ 就違反意願之方法是否需有強制手段、低度強制手段，或不需要強制手段之法律問題，由德國刑法第 177 條第 1 項之規定觀之，可知並沒有要求任何強制手段。而同條第 2 項、第 5 項、第 7 項及第 8 項規定了強度不等、由低度至高度的各類型強制手段，並分別有 6 月以上 5 年以下、1 年以上、3 年以上、5 年以上有期徒刑等不同的刑度。

²⁹ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 177 Rn. 1.

³⁰ 原文為：「Geschützt ist die Freiheit des Opfers, jederzeit seinen Willen zu ändern, unabhängig von einer zuvor erteilten Zustimmung, von der Beziehung der Beteiligten oder etwaigen Abreden oder Gegenleistung.」BT-Drs. 18/9097, S. 23. BeckOk StGB/Ziegler, 46. Ed. 1.5.2020, StGB § 177 Rn. 8.

³¹ Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 177 Rn. 19. BT-Drs. 18/9097, S. 22.

³² BT-Drs. 18/9097, S. 22-23.

³³ Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 177 Rn. 21-22.

³⁴ BeckOk StGB/Ziegler, 46. Ed. 1.5.2020, StGB § 177 Rn. 9.

應肯認行為人有間接故意³⁵。被害人矛盾的動機狀態，並不被德國刑法第 177 條第 1 項所涵蓋，因為應期待被害人在犯罪時間點明確地表示其反對意願。如果有特定狀況存在，而不能期待被害人表示其反對意願或實際上不可能表示反對意願，就是德國刑法第 177 條第 2 項規範的情形³⁶。

綜上所述，德國刑法第 177 條第 1 項規定在保護被害人隨時改變其意願的自由，無論先前是否曾給予同意、也無論行為人與被害人之間的關係或可能的約定或對待給付。該項規定之「可辨認的反對意願」應由客觀第三人的角度來判斷，且被害人有對行為人傳達反對意願。被告對於違反被害人可辨認之反對意願，有間接故意即足，亦即被告認知到被害人反對的意願或至少認為被害人可能有反對的意願且容任與性有關聯的行為之發生。

(三)日本法

日本刑法第 177 條強制性交罪規定：「以暴行或脅迫對 13 歲以上之人為性交、肛交或口交(以下稱『性交等』)，為強制性交等罪，處 5 年以上有期徒刑。對未滿 13 歲之人為性交等，亦同。³⁷」。最高裁判所(最高法院)認為強制性交罪係以暴行或脅迫之手段達到使被害者反抗顯有困難之程度³⁸而性交之，判斷上以被害者之年齡、性別、素行、經歷以及行為之日、時、處所四周環境等具體情事加以考量，其抗拒不能或抗拒顯有困難³⁹，換言之，即便暴行或脅迫程度輕，以上諸般事項綜合考慮，認定被害者抵抗困難即成罪⁴⁰，毋庸被害者陷於反抗不能⁴¹，並以暴行或脅迫程度之客觀事實，充為被害者主觀上同意與否之標準⁴²。

³⁵ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 177 Rn. 20. 若行為人沒有認知到反對意願或者他根本認為有取得同意，就有排除故意的構成要件錯誤。Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 177 Rn. 21-22.

³⁶ BeckOK StGB/Ziegler, 46. Ed. 1.5.2020, StGB § 177 Rn. 10.

³⁷ 原文是：第百七十七條（強制性交等）十三歲以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交又は口腔性交（以下「性交等」という。）をした者は、強制性交等の罪とし、五年以上の有期懲役に処する。十三歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする。引自電子政府の総合窓口（e-Gov），<https://reurl.cc/8G7Dpo>(最後瀏覽：2020 年 6 月 2 日)。

³⁸ 昭和 24 年 5 月 10 日刑集第 3 卷 6 号 711 頁，<https://reurl.cc/kd8y8K>(最後瀏覽：2020 年 5 月 19 日)。

³⁹ 最二小判昭和 33 年 6 月 6 日(最高裁判所裁判集刑事)第 126 号 171 頁，<https://reurl.cc/4Rbd8K>(最後瀏覽：2020 年 5 月 19 日)。

⁴⁰ 嘉門優，性犯罪規定の見直しに向けて—不同意性交等罪の導入に対する疑問—，立命館法学 2019 年 5-6 号，2020 年 3 月，54 頁。

⁴¹ 前田雅英，刑法各論講義，東京大學出版會，2020 年 1 月，7 版，102 頁。

⁴² 男女共同参画会議 女性に対する暴力に関する専門調査会，「女性に対する暴力」を根絶するための課題と対策 ～性犯罪への対策の推進～，<https://reurl.cc/yZKbnq>(最後瀏覽：2020 年 5 月 20 日)，9-10 頁。

強制性交罪之故意，以被告具有「以暴行或脅迫為性交」之認識為必要，不直接認定被害人之意願違反，換言之，被害者意願之違反，並非構成要件之一環，須行為人有使用暴行或脅迫的手段為性交，單純未得 13 歲以上之人同意與其性交，不會成立日本刑法第 177 條的強制性交罪⁴³。

強制性交罪為日本刑法第 22 章「猥褻、姦淫及重婚罪」的規定之一。「猥褻、姦淫及重婚罪」自明治 40 年(1907 年)制定施行以來，均未有更動，歷經 110 年，鑒於性犯罪之實情而採取對應措施，始於平成 29 年(2017 年)有所修正⁴⁴，並附帶決議 3 年後(2020 年)須再為檢討⁴⁵。2017 年主要的修正，是將「強姦」改稱「強制性交」，「準強姦」亦改為「準強制性交」⁴⁶，修法後的「強制性交罪」從告訴乃論罪改為非告訴乃論罪，刑責從 3 年以上有期徒刑，調高到有期徒刑 5 年以上，另擴大受害者範圍，不再將受害者限定於女性，處罰的「性交」行為，從「插入女性性器」擴大到涵蓋肛交與口交，並新增「監護者猥褻罪、性交等罪」(第 179 條)，法定監護人如果對未滿 18 歲的未成年子女做出猥褻或性交行為，不論過程中是否有暴行或脅迫，均該當之⁴⁷。

日本法現行關於強制性交之規定與實務運作，仍囿於性的暴力犯罪，被害者之同意得阻卻違法，違反意願之不同意性交，若無暴行或脅迫手段，仍不該當強制性交罪⁴⁸，約略為我國在 1999 年修正刑法妨害性自主罪章前之規定，與我國現行法顯有差異。

(四)小結

綜上，依美國法，若被害人是否同意性邀約有爭議，「同意」應指在自由意志下以行為或態度的積極配合，被害人與行為人目前或先前有約會或婚姻關係均不足以構成「同意」；被告提出「誤認不違反被害人意願」答辯，應先提出能證明「被

⁴³ 2017 年新法實施後，判斷標準仍未改變。例如：前橋地方裁判所平二九（わ）五八九号、平 30.5.23 刑二部判決，判例時報 2405 号，2019 年 7 月 1 日，103 頁。

⁴⁴ 法務省，刑法の一部を改正する法律案理由，<https://reurl.cc/7XbWrN>(最後瀏覽：2020 年 5 月 20 日)。

⁴⁵ 刑法の一部を改正する法律案付帶決議，<https://reurl.cc/O1RajD>(最後瀏覽：2020 年 5 月 19 日)。

⁴⁶ 其規定相當於台灣刑法第 225 條的乘機性交罪。日本刑法第 178 條第 2 項規定：「乘他人心神喪失或不能抗拒，或使其心神喪失或不能抗拒，為性交等行為，依前條處斷。」。強制性交罪與準強制性交罪的差別，在於準強制性交罪之行為人，並未使用暴行或脅迫的手段，而利用被害者抵抗困難之狀態而性交之，參見西田典之，刑法各論(第六版)，弘文堂，2012 年，91-92 頁。

⁴⁷ 法務省，刑法の一部を改正する法律案理由，<https://reurl.cc/V6mq1Z>(最後瀏覽：2020 年 5 月 20 日)。

⁴⁸ 嘉門優，同前註 40，53 頁。

害人對行為人之性邀約態度模稜兩可、導致行為人合理地、善意地誤認不違反被害人意願」之實質證據，否則其答辯不能成為有效爭點。

依德國刑法第 177 條第 1 項規定，判斷被告之行為有無「違反被害人意願」，是以被害人在犯罪時間點明確地表示其反對意願、清楚拒絕與性有關聯的行為為準，而非綜合判斷諸多背景、問題，例如平日互動情形等。且被告對於「違反被害人意願」之主觀要件，以間接故意即足，亦即被告認知到被害人反對的意願或認為被害人可能有反對的意願，仍容任與性有關聯的行為之發生。

日本法關於強制性交罪之規定，則仍囿於性的暴力犯罪，類似我國在 1999 年修正刑法妨害性自主罪章前之規定，「被害者意願之違反」並非構成要件要素，與我國現行法顯有不同，故較無參考價值。

三、我國學說

(一) 「違反意願」的判斷標準

強制性交罪(或稱為「違反意願性交罪」)之保護法益為被害人之性自主權，其成立須「違反被害人之意願」，尚未違反被害人意願，即應阻卻本罪構成要件該當性⁴⁹。

對於「違反意願」之判斷標準，學界主張非常紛歧，有的學者從手段行為分析，例如陳子平教授認為：行為人以「強暴」方式，係指對於行為客體使用不法腕力，其程度不須達到修法前「至使不能抗拒」或「難以抗拒」程度，只須加害人以強暴手段使被害人受壓迫因而違反其意願的程度即可，「所謂『其他違反其意願之方法』係指強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切足以迫使被害人違反其意願的強制性手段行為而言，並不以達於『至使不能抗拒』或『難以抗拒』的程度，只須被害人的違反意願係因行為人的強制性的行為所導致即可；易言之，審查『其他違反其意願之方法』的有無，應以是否帶有『強制性』為主，即其強制力雖然不以達於『不能或難以抗拒』為必要，至少在客觀上已經顯示被害人受到行為人某種程度物理或心理的強制而喪失或不易對自己性自由表達……，而非以被害人主觀反應為準」⁵⁰。

另有學者與陳子平教授分析方法相近、但對行為人手段行為導致被害人性自主

⁴⁹ 甘添貴，刑法各論(下)，2010，238 頁；陳子平，刑法各論(上)，2019 年，225 頁；陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，2018 年，292 頁，許澤天，刑法各論(二)，2017 年，230-231 頁。

⁵⁰ 陳子平，刑法各論(上)，2019 年，225-226 頁。

受到壓迫程度之高低標準之主張不同者，例如甘添貴教授採「強制手段必要說」，認為需有與強暴、脅迫相當的強制手段⁵¹；李聖傑教授則主張有類似優越支配的低度強度手段即可⁵²(實務見解將之歸類為「低度強制手段說」)。惟上開主張雖有被害人性自主受到壓迫程度之高低差異，然均相當抽象，具體案例適用時，很難區隔彼此差異。

部分學者則從被害人之意願是否被行為人不當壓抑著眼，李佳玟教授認為⁵³：性侵害犯罪之立法模式可分為「強制模式」、「違反意願模式」、「積極同意模式」及「修正強制模式」四類型，「強制模式」是指性侵害的成立以「行為人強制力的使用」與「被害人意願的違反」為要件，採此模式之立法例對強制力高低與被害人表達違反意願之程度，規定又有不同。「違反意願模式」則只要被害人拒絕行為人之性邀約，行為人仍進行，就構成性侵害；「積極同意模式」強調性行為的進行必須先得到性邀約對象的積極同意，否則即構成性侵害，避免驚嚇過度的被害人被認定為默許；「修正強制模式」則著重性交是否發生在強制情境之判斷，避免弱勢被害人被迫服從而同意性交，導致有權勢之行為人逃避責任。李佳玟教授認為我國刑法第 221 條於 1999 年修法後仍採「強制模式」，但該修法降低強制力使用手段及被害人表達違反意願程度之要求。李佳玟教授贊成「積極同意模式」模式，但認為應透過修法，增訂刑法「未得同意性交罪」。林志潔、金孟華教授亦持相似見解⁵⁴：主張行為人應得到被害人清楚的同意，才能排除犯罪。但彼等之主張似乎屬立法論，而非對現行法條的解釋論。

前大法官許玉秀認為⁵⁵：一切足以影響被害人意願之行為，只要被害人非心甘情願，均屬「違反意願」。蔡聖偉教授則認為⁵⁶：本罪應從性自主決定權的本質來定義被害人的意願，即被害人是否同意在該時、該地與行為人以該種方式從事性交行為的意思決定，所謂的「違反意願」，指被害人關於是否從事該次具體性行為的選

⁵¹ 甘添貴，刑法各論(下)，2013 年，237 頁。

⁵² 李聖傑，妨害性自主：第三講類型闡述，月旦法學教室，23 期，2004 年 9 月，104 頁。

⁵³ 李佳玟，說是才算同意(Only Yes Means Yes)—增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議，台北大學法學論叢，103 期，2017 年 9 月，53 頁，69 頁以下。

⁵⁴ 林志潔、金孟華，美國女性主義法學發展與性侵害防制法之改革，月旦法學雜誌，182 期，2010 年 7 月，146 頁。

⁵⁵ 許玉秀，刑法的問題與對策，1999 年，284 頁。

⁵⁶ 蔡聖偉，最高法院關於性強制罪違反意願要素的解釋趨向，月旦法學雜誌，276 期，2018 年 5 月，5 頁，19-20 頁。

擇自由被剝奪；反之，如果被害人的性交決定可被評價為自我選擇的結果，自然沒有違反其意願可言。

綜上，我國學說對於刑法第 221 條第 1 項強制性交罪「違反意願」之判斷標準，無論從手段行為分析或從被害人之意願是否被行為人不當壓抑著眼，均以本次性行為之手段及本次性行為是否違反被害人之意願為判斷標準，而非綜合判斷雙方熟識程度、年齡差距、教育水平、健康狀態、精神狀況、平日互動情形、平時性關係與模式等等因素。

(二) 「違反意願」認識未達到確定程度或「包攝錯誤」，均不阻卻故意

行為人之性行為縱違反被害人意願，行為人對「違反被害人意願」認識的程度為何，才不會影響故意犯之成立？刑法學通說⁵⁷認為：故意之成立，行為人主觀上所認識之內涵與法律規定之客觀事實若一致，行為人仍決意為之，即成立故意。行為人主觀上所認識之內涵與法律規定之客觀事實若不一致，即為構成要件錯誤，從而阻卻故意之成立。構成要件故意包括認知與意欲兩大要素，故意犯應認知之範圍包括所有的客觀構成要件要素，包括行為主體、侵害客體、實行行為、行為情狀等，於結果犯包括行為結果、因果關係及客觀歸責，否則欠缺故意。至於客觀處罰條件⁵⁸、量刑條件(例如特定親屬間竊盜得免除其刑)、追訴條件(例如特定親屬間竊盜須告訴乃論)及違法性認識(禁止錯誤)之錯誤，對故意犯之成立均無影響。

高金桂教授認為：行為人對於構成要件該當之行為情狀，若有認識但未能確信其是否存在，仍屬有認識；只有當行為人確信該當事實不可能存在，方可謂之欠缺認識；換言之，只是懷疑構成要件該當事實是否存在，仍不能謂成立構成要件錯誤而阻卻故意⁵⁹。

許澤天教授認為：強制性交罪由於必須違反被害人意願，始能成立。若行為人誤以為被害人同意，則會發生排除故意的阻卻構成要件錯誤，在被害人先前同意與行為人發生親密接觸的情形，行為人採取進一步行為，不具有本罪故意；但當被害

⁵⁷ 例如林山田，刑法通論，1985 年，119 頁以下；蔡墩銘，刑法總論，2009 年，201 頁以下；林鈺雄，新刑法總則，2018，203 頁以下；張麗卿，刑法總則理論與運用，2007 年，146 頁以下。

⁵⁸ 林鈺雄教授舉例：例如刑法 283 條，聚眾鬥毆在場助勢之人，縱使對該鬥毆造成「致人於死或重傷」的結果欠缺認識，仍不妨礙故意犯之成立。林鈺雄，新刑法總則，2018，204 頁。

⁵⁹ 高金桂，刑法上規範性構成要件要素之探討，警政學報，26 期，1995 年 1 月，31 頁，37 頁。

人已經清楚表明拒絕性行為時，行為人已認為被害人可能真的有所抗拒，且對縱使違反其意願亦在所不惜時，仍具有未必故意⁶⁰。

另外，行為人對於所有與客觀構成要件相關之事實情狀有所認識，但對相關刑法規範之涵義解釋錯誤，以致於不知其行為包攝於該刑法規範之下，稱為「包攝錯誤」。刑法構成要件要素可分為描述性構成要件要素及規範性構成要件要素二類，描述性構成要件要素之涵意不待法官以價值判斷補充，例如傷害罪所稱「人之身體」、侵入住宅罪所稱之「住宅」；規範性之構成要件要素指必須藉由法官在個案中以價值判斷補充評價，才有辦法確定其內涵的不法構成要件要素，例如公然猥褻罪之「猥褻」、公然侮辱罪之「侮辱」⁶¹。一般情形，行為人對於描述性構成要件要素的理解不至於發生錯誤，但對規範性構成要件要素則可能發生錯誤。究竟該錯誤因而得阻卻構成要件故意，或屬於禁止錯誤得阻卻罪責，學說上有不同見解。

蔡聖偉教授解釋⁶²：刑法分則所列出的各個條文，是立法者主觀上對法秩序想像之價值觀的具體表現，行為人只要其行為具有上述性質，就具有不法意識。當行為人為某行為時，通常很少會想到刑法上特定條文的構成要件，並進而分析各個構成要件之要素，因此大多數情形根本並無所謂之「包攝錯誤」；包攝錯誤僅可能發生在行為人為法律人之少數案例。行為人對所有構成要件要素均有可能會發生包攝錯誤的情形，而不是僅在包攝所謂的「規範性構成要件要素」時才可能發生，充其量只是發生包攝錯誤之可能性，高低比率有所差別而已。以刑法第 221 條為例，只要客觀面所有條件中包含了充足此要素的事實情狀即已足；而在主觀構成要件方面，行為人若於行為時與立法者於法典所預立的不法情狀相符，即在「知」的方面，行為人認知到其行為、客觀等要件事實即可，應認為成立故意；至於行為人是否知道其行為在法律上被稱作「強暴」、「姦淫」，對行為人所負刑責不生影響。只有在極少數情形，行為人因為不可避免之禁止錯誤而認為自己的行為合法，始影響到有責性的判斷。

林山田教授認為⁶³：包攝錯誤乃係行為人對於法律規範所包攝內容之誤解所形成的錯誤，此等情形行為人已經正確地認知其所為之行為，所以和阻卻故意的構成

⁶⁰ 許澤天，刑法各論(二)，2017 年，240-241 頁。

⁶¹ 林鈺雄，新刑法總則，2018，140-142 頁。

⁶² 蔡聖偉，刑法上包攝錯誤之研究，輔仁法學，13 期，1994 年 6 月，207，217-222 頁。

⁶³ 林山田，刑法通論，1993 年，150 頁。

要件錯誤不同，仍應構成故意犯罪。王效文教授認為：大多數的構成要件要素都是描述性與規範性要素的混合，並無絕對明確之界限。包攝錯誤不能阻卻行為人的構成要件故意，因一般人本來就不能作出精確的法律包攝。對於規範性的構成要件要素包攝錯誤，本質屬於對法律認識有錯誤，應於有責性而非構成要件層次解決，不影響故意犯之成立⁶⁴。亦即，首應區別其錯誤係可避免或不可避免，前者不影響故意犯之成立，最多只是給予量刑優惠；後者得阻卻罪責。甘添貴⁶⁵、黃榮堅⁶⁶、陳志龍⁶⁷、張麗卿⁶⁸等教授均持相同見解。

林鈺雄教授則認為：行為人對構成事實之認知，並不要求到對其行為在法律上正確評價之認識，否則，只有精通刑法的法律人才可能構成故意犯。在描述性的構成要件要素，如果行為人對該要素的理解，與法律用語內涵有別，因而產生「包攝錯誤」，此種錯誤並非構成要件錯誤，不影響故意犯之成立；對於規範性的構成要件要素包攝錯誤，主流見解為「法律外行人的平行評價」，亦即，行為人對系爭概念的理解，是否符合一般非法律之外行人的通常理解：若是，則該包攝會影響故意；若否，則行為人自以為是的解釋並無影響⁶⁹。行為人對系爭規範要素為獨特解釋的情形，通常是可避免的「禁止錯誤」⁷⁰。

綜上，我國學界通說認為：行為人對其性行為「違反被害人意願」之認識未達到確定程度(亦即僅認識有可能違反被害人意願)，或對其行為違法性有「包攝錯誤」，均不阻卻故意。

四、法律見解歧異之裁判(略)

五、該歧異見解對於裁判結果之影響(略)

六、本署見解

(一) 判斷是否「違反意願」，應以「被害人清楚表意說」為標準

往昔司法實務對於妨害性自主犯罪，有時遷就證據，被害人若不是以最大力量

⁶⁴ 王效文，規範性構成要件錯誤與禁止錯誤—最高法院相關判決評釋，台灣法學雜誌，103期，2008年2月，165頁，168頁。

⁶⁵ 甘添貴，刑法總則講義，1988年，91頁。

⁶⁶ 黃榮堅，故意的定義與定位，臺大法學論叢，28卷1期，136頁。

⁶⁷ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，1992年，231頁。

⁶⁸ 張麗卿，刑法總則理論與運用，2007年，148頁。

⁶⁹ 林鈺雄，新刑法總則，2018年，205頁。

⁷⁰ 林鈺雄，新刑法總則，2018年，206頁。

抵抗並留下證據，就被認定可能只是欲拒還迎，並不是真心拒絕行為人的性要求，迭遭社會批評。對此，立法院於 1999 年以原條文中的「致使不能抗拒」，要件過於嚴格，容易造成受侵害者因為需要「拼命抵抗」而造成生命或身體方面更大的傷害，故修正為「違反其意願之方法」。

無論我國或美國之統計資料均顯示，大部分性侵害案件係發生在熟識者之間，包括男女朋友。依內政部家庭暴力與性侵害防治委員會 2005 年至 2007 年之統計，熟識者之性侵害案件依序佔全年性侵害案件之 85%、89%、91%⁷¹。而性侵害犯罪一直是犯罪黑數最高的犯罪類型之一，其中最重要的原因是熟識者性侵害案件之被害人信任司法⁷²。

比較我國強制性交罪實務認定是否「違反其意願」之標準「被害人清楚表意說」、「綜合判斷說」二說，本署認為以「被害人清楚表意說」較為合理、明確。現代刑法之通念，人不因為成為男女朋友就自動放棄性自主權。加拿大最高法院在 *R v. J.A.* ([2011] 2 S.C.R. 440, Can.) 案即表示：同意必須是意識清醒的人對性邀約的積極同意，沒有預先同意這回事⁷³。被告性行為手段是否違法，固然應依各種情狀綜合判斷，其性行為是否「違反被害人意願」，則應就被害人意願為準，除非被害人之意思有隱晦不明情形，否則豈有綜合判斷之理？參考前述美國、德國之立法及實務，亦同此見解。

若依「綜合判斷說」，於熟人性侵案件判斷是否「違反被害人意願」，應綜合考量「雙方熟識程度」、「年齡差距」、「教育水平」、「健康狀態」、「精神狀況」、「平日互動情形」、「性關係與模式」等等因素(參見最高法院 104 年度台上字第 1066 號判決)，惟被害人已經清楚拒絕並激烈抵抗表達「不願意」，「雙方熟識程度」、「年齡差距」、「教育水平」、「健康狀態」、「精神狀況」、「平日互動情形」、「性關係與模式」等因素與被害人是否拒絕被告本次性邀約究竟有何關係？以本案為例，「告訴人與被告雙方熟識」、「先前與被告曾發生多次性行為」、「告訴人年長被告二十餘歲」、「任

⁷¹ 內政部家庭暴力與性侵害防治委員會，統計資訊，94 年至 96 年性侵害事件通報兩造關係統計，引自林志潔、金孟華，美國女性主義法學發展與性侵害防制法之改革，月旦法學雜誌，182 期，2010 年 7 月，144 頁，161 頁。

⁷² Leslie D. Robinson, *It Is What It Is: Legal Recognition of Acquaintance Rape*, 6 Ave Maria L. Rev. 627, 628 (2008)，引自林志潔、金孟華，美國女性主義法學發展與性侵害防制法之改革，月旦法學雜誌，182 期，2010 年 7 月，144 頁，161 頁。

⁷³ 參閱自李佳玟，說是才算同意(Only Yes Means Yes)—增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議，台北大學法學論叢，103 期，2017 年 9 月，53 頁，65 頁。

公職」，又與告訴人是否拒絕被告本次性邀約有何關係？此說導致被害人因為先前之性行為而被認定本件可能只是欲拒還迎，等同剝奪被害人性行為同意權。

性自主的自由意思之保護，應就個別之犯罪事實認定，縱屬夫妻、情侶，或曾有性關係之對象，仍有隨時可拒絕發生或繼續發生性關係之權利。本案縱使 A 女之前曾與被告爭吵後發生性關係進而和好，亦與本案認定被告有無違反 A 女意願為性交行為之犯罪事實無關；A 女縱曾於過去雙方交往過程中同意與被告發生性行為，然並不表示本案發生時，A 女必然同意與被告再為性交行為。況被告自承：本案發生時，A 女並沒有同意發生性行為等語。

「綜合判斷說」因參考因素多元，其中許多因素與本次性行為是否「違反被害人意願」之判斷無關，且不同因素指向不同方向時(例如有的因素有利被告、有的因素不利被告)，又該如何綜合判斷？此說複雜化「違反被害人意願」之判斷標準，徒增司法實務之混亂。前述最高法院 104 年度台上字第 1066 號判決詳列諸多判斷是否「違反被害人意願」之因素，結果該案因多次上訴及撤銷發回而難以確定⁷⁴。因此，本署建議貴院統一見解，不論一般性侵案件或熟人性侵案件，均以「被害人清楚表意說」判斷是否「違反被害人意願」，只有當有證據顯示被害人對本次性邀約之態度有「隱晦不明」之情況，才需以「綜合判斷說」所列標準判斷是否「違反被害人意願」。

(二)系爭判決將被告之答辯誤植為告訴人主觀意願

本案發生時間為 106 年 12 月 11 日凌晨 3 時許起，被害人於同日下午 2 點多即至派出所報案(偵卷第 12 頁)，並於同日 18 時 40 分開始在台北市聯合醫院忠孝院區溫馨室接受警察詢問製作警詢筆錄，有該筆錄附臺灣士林地方檢察署 107 年度偵字第 1197 號卷可稽。系爭判決卻認為：「五、……本案此次遭性侵，過程是陸續一整晚，但其至早上仍未主動離去，且遲至夜晚（18 時許）方至警局提告」，系爭判決此部分認定之事實明顯有誤。

又原審臺灣高等法院因傳喚本案被告 3 次未到、傳喚告訴人 1 次未到，未經訊問被告、告訴人或任何證人，逕直接改判無罪，系爭判決認為：「五、綜合告訴人

⁷⁴ 請參見臺灣高等法院 104 年度侵上更(一)字第 9 號、最高法院 106 年度台上字第 1588 號、臺灣高等法院 106 年度侵上更(二)字第 7 號、最高法院 107 年度台上字第 1063 號、臺灣高等法院 107 年度重侵上更三字第 5 號、最高法院 108 年度台上字第 3933 號等判決。

前揭所述，被告與告訴人至案發相識約一年，認識半年後告訴人方有到被告租屋處同住，如二人爭吵，可以壓告訴人上床並以性行為方式求和，是告訴人主動告知，且於本案之前亦已發生多次，嗣均能以性行為和好。又二人之吵架除吵嘴外，亦會有動手及丟東西之舉動，及被告以性行為之方式求和時，告訴人亦先會有反抗行為，且性行為亦較激烈等情，則此次二人再次為廿萬元貸款爭吵，被告循往例以告訴人要求之方式壓其上床為性行為以求和，主觀上即難認有違反告訴人之意願。」

對此，告訴人 A 女偵查中係證稱：「熱戀期在磨合時也是會吵架，我就會不理他，他問我這樣怎麼辦，我就說吵架那就像你講的床頭吵、床尾和，我的意思是要他好好安撫我。我們曾經有吵架的時候他用跟我發生性行為的方式求和，或是我睡覺時他突然撲上來，後來他也會利用這句話要跟我發生性行為，但我很明確的跟他說我不要幫他還錢，我也不要發生性行為。(偵卷 58、59 頁)」、告訴人 A 女於第一審證稱：「(辯護人問：107 年 2 月 6 日偵訊筆錄中你稱，只要被告跟你吵架，你有跟被告說就把你帶到床上發生性行為以後就可以和好，則這種情形有幾次？)我沒有這樣說，那是剛開始交往時開玩笑說的，說如果吵架你就把我壓倒這樣，我沒有說你可以對我有強制性的身體上侵犯。(辯護人問：你剛稱如果吵架的話被告就可以把你壓倒，這句話是否是指被告可以以這種方式來跟你和好？)我覺得是被告解讀錯誤，壓倒不代表他可以違反我的意願，且本案發生那天，我強烈的告訴被告我不要，我有跟被告說我不要跟你有性行為，因為那天被告撕破我的內褲、硬扯，導致我手指頭骨折、脫臼，被告又用手指插入我的下體，又舔我的乳頭，當天我一直跟被告說不要，但被告還是持續那些動作。(108 年 4 月 11 日地院審判筆錄第 4 頁)」

乃系爭判決(理由五)認為：「被告循往例以告訴人要求之方式壓其上床為性行為以求和，主觀上即難認有違反告訴人之意願。」逕將被告之答辯植為告訴人之主觀意願，顯然有違論理法則。

(三)本案被害人清楚拒絕被告本次性邀約，並無「隱晦不明」之情形

強制性交罪之保護法益為被害人之性自主權，「違反被害人意願」為強制性交罪的構成要件，因此審判者必須判斷被害人於案發時的主觀狀態是否「違反其意願」。本案被害人對被告之性要求，堅決以言語及行動表示拒絕，其意思表示並無「隱晦不明」或「半推半就」之情形。

證人即告訴人 A 女迭於警詢、偵訊及第一審審理中證述：伊於 106 年 12 月 10 日晚上 11 點多去被告租屋處，並為了錢爭吵，吵到大概凌晨 3 點，被告就把伊撲倒在床上，一開始被告先親伊的臉及嘴巴、摸伊的胸部，伊一直用手擋著，被告就開始硬脫伊的外褲跟內褲，伊馬上拉起來，被告又往下拉，之後就直接舔伊的下體，伊有一直用腳踹被告並說「我不要、我不要」、「你不要碰我」，遭被告巴掌，被告看伊沒有想跟他性交的反應，就把手指插入伊的陰道，伊就狂踹他的頭跟肩膀，說伊不要，被告才停下來等語甚詳（見偵卷第 11 至 12 頁、第 45 至 47 頁、地院卷第 118 至 121 頁），與被告所供相符（見偵卷第 5 至 6 頁、第 53 頁、地院卷第 132 頁）。A 女於性交過程中，既已明確以語言與動作表達反對、抗拒之意思表示，性交過程中 A 女並受有左臉頰紅斑 3X4 公分（遭被告巴掌後指侵，見偵卷第 45 頁）、左右大腿多處瘀傷、右手拇指及中指瘀傷、右腳外側瘀傷等傷害，有臺北市立聯合醫院忠孝院區受理疑似性侵害事件驗傷診斷書（見偵卷第 32 至 34 頁）及驗傷照片（高院卷 57-65 頁）在卷可佐。足徵本案 A 女自始即不願與被告發生性行為，而係遭被告以強暴之方式，違反其意願為性交行為，被害人清楚拒絕被告本件性邀約，其意思並無「隱晦不明」或「半推半就」之情形。

(四)行為人無論係基於性慾望或基於化解爭吵之意圖，均構成本罪

按刑法之故意，係指認識犯罪之構成事實，進而決定為其行為之意思，其中決定為其行為之意思，皆有一定之遠因，即「動機」，通常動機與犯罪之成立無關，或以之為科刑時應予審酌之事項，然於特殊之犯罪，若以之為主觀之不法構成要件者，如刑法分則或特別刑法明文規定以「意圖」為成立要件之罪（英美法稱為“specific intent crimes”），法律既明定為犯罪構成要件，故意圖犯在主觀上除須具備故意之構成要件外，尚須具備法定之不法意圖，否則其犯罪即無以成立。

從本條規定內容以觀，並未將行為人不法意圖做為主觀的構成要件，況被害人性自主之保護不應受到行為人的行為動機所左右。且行為人內心意圖為何，不僅曖昧不清，並難以證明。若除行為人故意之外，尚需將行為人犯罪動機作為成立要件，不僅勢必加深司法判斷之困難，對被害人性自主法益之保護更屬不足。

是以，最高法院 101 年度台上字第 1739 號判決認為：依刑法第 10 條第 5 項性交定義之立法相關過程，及刑法第 10 條第 5 項、第 2 款規定「稱性交者，謂『非基

於正當目的』所為之下列性侵入行為：」「二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」，暨上開條文係為保護個人之性自主決定權，則關於性交行為之成立，並不以主觀上係以滿足性慾為必要，倘行為人主觀上有侵害他人性自主決定權之故意，即可認其具有強制性交之故意。

最高法院 107 年度台上字第 1614 號判決亦表示：然性交行為，已在刑法第 10 條第 5 項第 1、2 款明文規定其定義，只要行為人在客觀上，以性器或身體之其他部位或器物進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合，即已構成，且有意不將行為人主觀上須有欲興奮或滿足性慾之性意識，納入該條項法文中，復於該法條的立法理由內，強調說明此係為維護被害人的性自主權及性尊嚴。足見「猥褻」與「性交」2 行為，在行為人主觀上，需否具有欲興奮或滿足性慾之性意識，顯有不同，自不得以「猥褻」係「性交」之前階段行為，且強制性交罪之法定刑較強制猥褻罪為重，即依「舉輕以明重」法則，遽認「性交」行為，亦應與「猥褻」行為，同以行為人在主觀上須具有滿足其個人性慾為必要。

本罪之成立，只須行為人在主觀上有以違反意願手段達到性交目的的認識，並無行為人主觀意圖或目的之限制，行為人無論係基於滿足性慾望之意圖或基於和解之意圖，其動機雖有不同，僅為量刑參考因素，均構成本罪。

(五)行為人縱有不確定故意、違法性錯誤或包攝錯誤，並不阻卻故意

按刑法學通說之故意，係指行為人必須認識所有與客觀構成要件相關之事實情狀，進而決定為其行為之意思。對於強制性交案件，行為人只要認知到被害人反對的意願或至少認為被害人可能有反對的意願，而承擔實現構成要件的風險，行為人就有直接故意或間接故意。

故意之要求，並不包含對行為「違法性」有精確之認識；亦即，縱違法性認識有錯誤，亦不生阻卻故意成立之效果。最高法院 101 年度台上字第 5068 號判決亦認為：「是故意之成立，以對犯罪構成事實有所認識且有實行之意願為已足，至不法意識並非故意之構成要素，縱違法性認識有錯誤，亦應循違法性錯誤之法理解決，不生阻卻故意成立之效果。」

再者，刑法分則所列出的各個條文，是立法者主觀上對法秩序想像之價值觀的具體表現，行為人只要其行為具有上述性質，就具有不法意識。以刑法第 221 條強

制性交罪規範為例，只要客觀面所有條件中包含了充足此要素的事實情狀即已足；而在主觀構成要件方面，行為人若於行為時與立法者於法典所預立的不法情狀相符，即在「知」的方面，行為人認知到其行為、客觀等要件事實即可，應認為成立故意；至於行為人是否知道其行為在法律上屬於「強暴」、「違反意願」，對行為人所負刑責不生影響，應僅影響量刑而已。

行為人對法律規範「包攝錯誤」所產生之影響，我國司法實務雖較少表示意見，其中最高法院僅 99 年度台上字第 4026 號判決提到「包攝錯誤」是否影響故意犯之成立，惜未表示確切意見⁷⁵。我國第二審、第一審判決對「包攝錯誤」討論亦少，但幾乎一致認為不阻卻故意犯成立。臺灣高等法院 107 年度上訴字第 825 號判決即認為：「又行為人對於犯罪構成要件具有不法意識，並有意使其實現，通常即可認為行為人此一犯罪行為具有不法意識。而不法意識之內涵，並非指行為人必須精準認識其所觸犯之刑法條文為何，或是知悉違反哪一條特定刑法規定，只要行為人了解其行為是違反共同體之秩序而為法律所不允許，或就其行為之實質違法性有所知悉，即可認為行為人具有不法意識，再者，行為人對屬於構成要件要素之構成犯罪事實並無錯誤，只因對於法律規定在刑法解釋意義上之錯誤，致誤會其出於故意而在客觀上具有構成要件該當性之行為，並非刑法條款所包攝之行為而形成之錯誤，即屬包攝錯誤。行為人對於刑罰概念有所誤會而造成包攝錯誤，並不能排除構成要件故意（見林山田教授紀念論文集「刑與思」第 138 頁，林山田教授著「刑法通論」上冊增訂十版第 427、428、433、434 頁）。被告梁○錄雖認互易不為販賣所涵括，然依前揭說明，顯係對販賣之法律上意義理解有誤，惟此乃係包攝錯誤，不影響其有販賣毒品之故意及營利之意圖，且其就受被告李○華之託以毒品交換購毒者所交付之電視 1 部等自然事實有認識，並了解其行為是違反共同體之秩序而為毒品危害防制條例所嚴禁，堪認被告梁○錄具有不法意識，且此錯誤尚非不可避免，是其前揭所辯並無可採。」

⁷⁵ 最高法院 99 年台上字第 4026 號判決表示：「上訴意旨略稱：上訴人之所以蓋用林水塗之印章於同意書上，並提出行使申請建築執照，係因建築法令變更，在急欲送件之情況下所採取之權宜措施，且係經林水塗之配偶林李守敏及自訴人林新堯之妻黃麗華代表自訴人同意後，始委託建築師辦理，即使提出申請之時不合建築法規，但事後可依建築法第三十六條之規定，補正繼承系統表以完成手續，並無行使偽造私文書犯行，所為亦不足以生損害於主管機關對建造執照之管理及林水塗之繼承人，充其量僅屬過失行為，應不成立犯罪，原判決誤認上訴人所為足生損害於公眾及他人，違背經驗法則、論理法則及民法當然繼承法則。又上訴人係因主觀上認為已得到林水塗所有繼承人之授權，自信所為並不構成偽造文書罪，屬於「包攝錯誤」，具有刑法第十六條所定阻卻或減輕罪責之事由，原判決未斟酌及此，亦有不適用法則之違誤。」

臺灣高等法院 106 年度上訴字第 2837 號判決、臺灣高等法院臺南分院 101 年度上訴字第 349 號判決、臺灣高等法院 94 年度上訴字第 3835 號判決、臺灣花蓮地方法院 102 年度原花簡字第 158 號判決均持類似見解。

肆、結論

綜上，本署認為刑法第 221 條第 1 項強制性交罪，被告之行為是否「違反被害人意願」之判斷，應以被害人對行為人該次性邀約是否清楚拒絕為準；只有當有證據顯示被害人對本次性邀約之態度有「隱晦不明」之情況，才需綜合考量「雙方熟識程度」、「年齡差距」、「教育水平」、「健康狀態」、「雙方平日互動情形（包含性關係模式）」等等因素。乃原判決違背我國主流學說，復悖於主要參考國家如美國、德國之立法例及實務，本案所涉之法律爭點最高法院先前有分歧見解，且具原則重要性，實務經常發生，應提案予刑事大法庭裁判，並一槌定音，爰依法院組織法第 51 條之 4 提出聲請。並請撤銷原判決，另為適法之裁判。

此致

最高法院

中 華 民 國 1 0 9 年 6 月 1 0 日

伍、附件清冊

附件一

最高法院 109 年度台聲字第 273 號刑事裁定摘要

主 文

聲請駁回。

理 由

惟查：本案事實為被告與被害人（成年人）為男女朋友關係，交往期間被害人曾表示吵架後可以性行為方式求和，本案 2 人爭吵後，被告不顧被害人口頭拒絕及肢體阻擋、抵抗，仍對之為性交行為。而細繹聲請人所指前揭本院法律見解歧異之裁判，聲請意旨所指：(一)97 年度台上字第 4589 號判決之案例事實為被告對少年強盜性交、對未滿 14 歲之女子犯強制性交罪；(二)107 年度台上字第 3348 號判決之被害人為 14 歲以上未滿 16 歲之女子，與加害人為師生關係；(三)106 年度台上字第 4126

號判決之起訴事實為被告與年僅 19 歲之被害人相識僅 1 日即為性交行為；(四)108 年度台上字第 165 號判決係對未滿 14 歲之女子為強制性交；(五)107 年度台上字第 3065 號判決之被告與被害人雖為男女朋友關係，然被害人受害時未滿 14 歲；(六)104 年度台上字第 1066 號判決之加害人與被害人雖為男女朋友關係，該案爭吵與肢體衝突過程中，被害人回稱「要幹給你幹」各情，均與本案之基本事實不同。又聲請人所舉前開歧異案例，均係法院判斷被告該次性行為是否「違反被害人意願」，並涉及被告行為時是否具有直接或間接故意，即便說理內容繁簡不一，尚無聲請人所指足以影響裁判結果之法律見解，刑事庭先前裁判之見解已產生歧異之情形，與歧異提案之要件不合。四、本件聲請人聲請提案予本院刑事大法庭，為法律上不應准許，應予駁回。

據上論結，應依法院組織法第 51 條之 4 第 3 項，裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 12 月 9 日

附件二

最高法院 109 年度台上字第 5592 號刑事判決摘要

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審論處被告脩○偉犯強制性交罪刑之判決，改判諭知被告無罪。固非無見。

二、惟查：

(一) 審理事實之法院對於被告被訴之事實及卷內對其有利、不利之證據資料，均應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於經驗法則與論理法則定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由，於判決內詳為說明，方稱妥適。如僅援引有利於被告之證據，而為被告有利之認定，對於被告不利之證據，如何不足採取，或不足證明被告犯罪，卻未詳述理由，即有判決不載理由之違背法令情形。而刑法妨害性自主罪章，乃基於憲法維護人性尊嚴、人格發展之完整之基本權，其規範目的係保障個人性自主決定權，且不排除婚姻或親密關係中強制性交行為之有責性，縱彼此為配偶、男女朋友、同居人、親密伴

侶關係，亦不得違反他方意願而對之為性交行為，並應視個案情形，審酌雙方相處關係、交往情感是否已生變化而影響被害人性自主決定權，不得僅以沿襲被害人曾事前同意性交模式為詞，遽為概括推認其性自主決定權未受侵害。

- (二) 原判決以被告誤認告訴人 A 女（行為時為被告之女友，人別資料詳卷）於 2 人爭吵後所稱不願意及反抗動作，均無拒絕性交之真意，而循過往之相同模式求和，且於發覺 A 女反應不同時即停止性行為，並無強制性交犯行等節，為其論據。卷查，A 女於偵查中指證：「…在熱戀期時我們曾因吵架他要發生性行為，當時我都没說甚（什）麼，但後來（民國）106 年 8、9 月後他要我借錢，他無力償還，常常發生口角爭執，106 年 8、9 月我們還有發生性行為，到 10 月後我小產就比較少發生性行為，因為他還不出錢，我們經常吵架，…」 「…案發後 106 年 12 月 30 日他搬家回高雄，寫借據給我，之後我們就沒再見面，我們算是從那時分手。」（見偵字卷第 58、59 頁），復於第一審審理時證稱：「…因為金錢的問題，被告一直跟我講沒錢，變得我都要一直先去借，到那天離開時我說你做任何決定，要先簽本票給我，不然我無法承擔那（新臺幣）20 萬元，後面我已經幾乎不太去那邊，只是去跟被告談錢的問題。」 「（你不願意的原因為何？因為你去找被告想要解決這些問題，被告有說他不還錢嗎？）被告說他會還、會好好工作，我說他要簽本票給我，不然沒有憑據，然後被告就強制對我做該些動作。」（見第一審侵訴字卷第 122、125 頁），核與被告於偵查中及第一審審理時分別供承：「有。當天在爭吵債務問題時有肢體接觸，…」 「（106 年 12 月 10 日 23 時許，你在上開住處是否有因為金錢的事情跟告訴人發生爭吵？）爭吵的點很多，有」等語相符（見偵字卷第 53 頁、同上一審卷第 132 頁），堪認被告與 A 女於案發前即因金錢問題時有爭執，案發未久即見 2 人分手，是否於案發時因此情感生變而無合意性交之可能？又被告已陳明：「…我知道告訴人是真的不願意了…」 「因為跟以前不一樣，肢體感覺不一樣。」（見同上一審卷第 133、134 頁），對照 A 女於本件性交過程中，一再表示反對，且以肢體抗拒激烈，分據被告與 A 女供證明確（見偵字卷第 11 至 13、53 至 54 頁、同上一審卷第 121、132 頁），A 女並因此受有左臉頰、前頸部、拇指、中指、右腳外側、左、右大腿多處

瘀傷，有臺北市立聯合醫院忠孝院區受理疑似性侵害事件驗傷診斷書可稽（見偵字卷第 32 至 33 頁），則被告既已查覺 A 女反應不若從前，猶不顧 A 女口頭拒卻與強烈抵抗動作而對之性交，可否謂無違反 A 女之意願？況依 A 女指訴：「那一整個晚上都是這樣陸陸續續，包括被告一直要壓我到床上，到後面我真的沒有力氣了，我只能說不要，被告還是一直抓我去床上，我甚至躲到地下，他還是抓我回去床上。」（見同上一審卷第 121 頁），與被告自承：「（你與告訴人是否交往期間常發生如本案的吵架、打架問題？）有，但我都沒有動手，只有這一次」（見同上一審卷第 131 頁），果若無訛，被告於本件性交時採取先前所無之強暴手段，A 女亦奮力抗拒至遍體鱗傷，程度似更甚於以往，此與 2 人往昔模式是否相同，亦非無疑？再被告雖辯稱：後來發覺 A 女真的不願意後就停止等語（見同上一審卷第 133、134 頁），然其何以在長時間施暴過程中未及時查知，而遲至性交行為後始停止？此等攸關被告是否成立強制性交罪之認定，原審未予釐清，並詳細論斷各不利事證不予採取之理由，遽為被告有利之認定，不無理由欠備之違法。

三、檢察官上訴意旨指摘原判決不當，非無理由，上述違背法令情形影響於事實之確定，本院無從據以自為裁判，應認原判決有撤銷發回原審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第 397 條、第 401 條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 12 月 9 日

【第十案】鄭○昌個人資料保護法案

爭點：個人資料保護法第 41 條所定「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」中之「利益」，是否僅限於財產上之利益？

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

原文目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣屏東地方法院 107 年度訴字第 363 號判決

二、臺灣高等法院高雄分院 108 年度上訴字第 344 號判決

三、小結

參、與爭點相關之法律規定及立法理由

肆、我國相關實務見解

一、肯定說

二、否定說

伍、我國相關學說

陸、外國相關立法例

一、德國法

二、日本法

三、美國法

柒、本署見解

一、肯定說見解並無任何實據或理論依據

二、當事人個資被侵害，主要係侵害其個資自主權，並非財產權

三、並非有違反個人資料保護法之行為，即合致本條意圖要件

四、本案被告行為已侵害告訴人免於透明之權益

捌、結論

玖、附件清冊

壹、與法律爭點相關之本案事實(略)

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解(略)

參、與爭點相關之法律規定及立法理由(略)

肆、我國相關實務見解(略)

伍、我國相關學說

大法官釋字第 603 號解釋表示：「……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 22 條所保障（本院釋字第 585 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。」亦即，隱私權概念包括個人生活私密領域免於他人侵擾之空間隱私權與個人自主控制個人資料之資訊隱私權，與國際上普遍認為隱私權概念包括個人自主控制個人資料之資訊隱私權及其他隱私權權利若合符節。

我國個人資料保護法第 1 條規定：「為規範個人資料之蒐集、處理及利用，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用，特制定本法。」顯然個人資料保護法保護之客體為個人資料自主控制權，於權利分類上屬於人格權下之隱私權，而不區分侵害個人資料是否足生損害於當事人之「財產利益」，此與世界先進國家保護個人資料自主控制權不限於保護當事人「財產利益」之意旨相同。

對於個人資料保護法第 41 條違法蒐集、處理、利用個人資料罪之保護範圍，是否限於當事人之「財產利益」？我國學界大多只表示：個人資料保護法之「個人資料」保護範圍，並不限縮於保護「財產利益」，未見有學者將個人資料保護法第 41 條規定「意圖損害他人之利益」之「利益」限於「財產上利益」之主張。

例如范姜真嫻教授認為¹：個人資料保護法第 2 條第 1 款對「個人資料」定義為：「指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。」其

¹ 范姜真嫻，個人資料保護法關於「個人資料」保護範圍之檢討，東海大學法學研究，41 期，2013 年 12 月，91 頁，95-100 頁。

要件有三：(1)有關自然人之資料；(2)關係到生存自然人之資料；(3)具有特定個人識別性，包括依單筆資料可識別之直接識別及依與可取得之資料組合可識別之間接識別。

翁清坤教授則認為²：個資對於當事人自我的建構，及對人性尊嚴及人格的維護乃不可或缺，因此，對於當事人而言，個資不宜因財產化或商品化而得任意自由轉讓、處分予第三人。賦予個資財產權之地位，在所面臨的前揭各種挑戰中，「個資應不可自由轉讓」屬最難克服，因個資的商品化將有損及人性尊嚴與人格發展之風險。個人資料保護法第 20 條第 1 項規定：「非公務機關對個人資料之利用，除第 6 條第 1 項所規定資料外，應於蒐集之特定目的必要範圍內為之。但有下列情形之一者，得為特定目的外之利用：一、法律明文規定。……六、經當事人同意。……」雖當事人擁有同意權或控制權，不因此等同於對個資擁有財產權。我國非經當事人同意或法律另有規定之情形，不得自由處理、利用或轉讓個資，與財產權普遍被接受「自由轉讓原則」的特性有所扞格。

劉定基教授表示³：民國 99 年個人資料保護法修法重點即在於擴大適用客體，不論資料內容是否具有秘密性、敏感性，均受保護；除醫療、基因、健康檢查、性生活、犯罪前科等敏感性資料受到特別保護外，一般性的資料例如姓名、職業、社會活動也受到個人資料保護法之保護。且資料的形式與儲存媒介與是否適用個人資料保護法無關，文字、數字、影音、圖畫等資料，不論儲存於電腦、光碟或紙本，只要符合個人資料的要件，均受個人資料保護法之規範。

雖學者劉佐國、李世德認為⁴：現代資訊社會，蒐集、處理、利用個人資料之行為比比皆是，民眾稍有不慎違反個人資料保護法，若非出於營利意圖，而面臨刑事責任之追究，恐過於嚴苛；且 101 年施行個人資料保護法之非意圖營利違法個資罪雖屬告訴乃論，恐成為勒索工具(不賠錢就提告)，既然個人資料保護法另有民事責任與行政責任之規範(第 29 條、第 47 條)，建議刪除 99 年修正、101 年施行之第 41 條第 1 項。惟其立論顯係立法論，並非現行個人資料保護法第 41 條之解釋論；且彼等係主張個人資料保護法第 41 條規定限於行為人「意圖營利」者，而非將「意圖……

² 翁清坤，賦予當事人個人資料財產權地位之優勢與侷限：以美國法為中心，台大法學論叢，47 卷 3 期，2018 年 9 月，941 頁，1022-1023 頁。

³ 劉定基，個人資料的定義、保護原則與個人資料保護法適用的例外—以監視錄影為例(上)，月旦法學教室，115 期，2012 年 5 月，42 頁，45-46 頁。

⁴ 劉佐國、李世德，個人資料保護法釋義與實務，2012 年 9 月，157 頁。

損害他人之利益」之被害人「利益」限於「財產上之利益」。

綜上，我國學界對個人資料保護法之「個人資料」保護範圍，並不限縮於保護「財產利益」；對於個人資料保護法第 41 條違法蒐集、處理、利用個人資料罪之保護範圍，雖有主張宜修法限於「營利意圖」者，但未見學界有將個人資料保護法第 41 條規定「意圖……損害他人之利益」之「利益」限於「財產上之利益」之主張。

陸、外國相關立法例

個人資料(personal data)與隱私(privacy)屬不同層次概念，國際上一般認為隱私權範圍包括個人資料自主權及其他隱私權。個人資料保護法保護標的是個人資料自主權，並不必具備私密性的要件，即便是報紙媒體公開過的個人資訊，若他人加以利用，亦應讓當事人同意，否則資料自主權無法落實⁵。因此，各國立法多使用「個人資料保護法」為法規名稱，例如英國 Data Protection Act、德國 Federal Data Protection Act (Bundesdatenschutzgesetz, BDSG)、加拿大 Personal Information Protection and Electronic Documents Act⁶。

因歐盟個人資料保護規則 (General Data Protection Regulation【GDPR】)對個資保護走在世界前列；而 GDPR 適用的範圍，除了在歐盟境內設立據點的企業外，還包括對歐盟境內人民提供產品、服務或監測歐盟境內人民網路行為的境外企業；此外，GDPR 規定對第三國個資保護水平是否達到 GDPR 標準的適足性認定制度，取得此一認定資格的國家，才可自由與歐盟間進行個資跨境傳輸。因此 GDPR 規定對許多國家個資保護規範有深遠影響。

GDPR 第 4 條第 1 款規定：「『個人資料』係指有關識別或可得識別自然人（「資料主體」）之任何資訊；可得識別自然人係指得以直接或間接地識別該自然人，特別是參考諸如姓名、身分證統一編號、位置資料、網路識別碼或一個或多個該自然人之身體、生理、基因、心理、經濟、文化或社會認同等具體因素之識別工具。⁷」

⁵ 請參見范姜真嫻，個人資料的概念和保護範圍—從洩密罪談起(下)，法務通訊，2992 期，2020 年 2 月 21 日，第 3 頁；林子儀，大法官釋字 603 號解釋協同意見書。

⁶ 范姜真嫻，個人資料保護法關於「個人資料」保護範圍之檢討，東海大學法學研究，41 期，2013 年 12 月，91 頁，102-103 頁。

⁷ GDPR, Article 4, “For the purposes of this Regulation: (1) ‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic,

對個資保護並不區分是否具有財產法益。GDPR 第 84 條第 1 項規定：「會員國應制定違反本規則所適用之其他罰則之規定，尤其係依第 83 條不受行政罰鍰拘束之侵權行為，並應採取一切必要措施確保該等規範得予執行。該罰則應有效、適當且具懲戒性。」⁸但其規範對象僅限於個資蒐集業者(data controller，或譯為「個資控制者」)或受託處理業者(data processor)。

以下就我國比較立法例時經常參考之德國法、日本法、美國法相關規定，分述如下：

一、德國法

德國聯邦個人資料保護法(Bundesdatenschutzgesetz)第 42 條第 2 項規定：「為此收取報酬、意圖有利於自己或第三人或意圖損害第三人，對於非一般普遍可使用的、涉及個人的資料(personenbezogene Daten)，有下列情形之一者，處 2 年以下有期徒刑或罰金：1. 對於上開資料並無權限而處理，或 2. 以不正確的說明騙取上開資料。」第 42 條第 3 項第 1 句規定：「本罪須告訴乃論。」⁹

依上開規定，行為人¹⁰只要有收取報酬，以及/或是以得利或損害之意圖，並無權限而處理個人資料(第 1 款)，或是以不正確的說明騙取個人資料(第 2 款)，就滿足該項構成要件¹¹。該條之行為客體以及保護對象是「非一般普遍可使用的、涉及個人的資料」(以下稱個人資料)¹²。該項第 1 款之行為結果為「處理(Verarbeiten)」，只要處理了個人資料，就產生該款的行為結果¹³。為防止個人資料之秘密性的特殊危險，本條將特別嚴重的侵害以刑事加以處罰。該條規定並非為了保護個人資料之

cultural or social identity of that natural person;”

⁸ GDPR, Article 84, “Penalties 1. Member States shall lay down the rules on other penalties applicable to infringements of this Regulation in particular for infringements which are not subject to administrative fines pursuant to Article 83, and shall take all measures necessary to ensure that they are implemented. Such penalties shall be effective, proportionate and dissuasive.”

⁹ 參照歐盟個人資料保護規則 (General Data Protection Regulation(GDPR)，Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO))第 84 條第 1 項之規定。依該條項規定，關於違反本規則，會員國應制定其他處罰規定，惟歐盟個人資料保護規則之規範對象為負責處理資料者或受託處理資料者。BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 15.

¹⁰ 文獻上有認為本條規定的行為人限於負責處理資料者或受託處理資料者，為身分犯(特別犯)。BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 15-16.

¹¹ BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 4.

¹² BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 6.

¹³ BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 45.

完整性及可使用性¹⁴，而是保護資訊自決權免於特殊侵害。資訊自決權為一般人格權的一部分，確立於基本法第 2 條第 1 項人格自由發展連結基本法第 1 條第 1 項人性尊嚴之規定，以及歐洲聯盟基本權利憲章第 8 條個人資料保護的規定¹⁵。

德國聯邦個人資料保護法第 42 條所謂「涉及個人的資料」之定義可參照歐盟個人資料保護規則第 4 條第 1 款¹⁶的規定，是指有關識別或可得識別自然人（資料主體）之任何資訊，特別是姓名、生物資訊、個人識別碼、信用卡資訊、位置資料等¹⁷。而「非一般普遍可使用的」個人資料，是指該個人資料之使用，在技術上透過例如帳號密碼加以保護，實際上透過例如僅於知悉完整網址才可檢索，或是法律上有限制。特別是僅在表明正當利益下才可閱覽的登記資料，例如前科資料、地籍資料、車籍資料等，均屬之。反之，一般普遍可使用的個人資料是指，每個人都可以掌握的資料，使用該資料沒有法律上的限制，例如在報紙、雜誌、廣播及電視、國際網路搜尋引擎的網頁索引，一般普遍就可檢索的資料¹⁸。而本條第 2 項第 1 款之「處理」個人資料，參照歐盟個人資料保護規則第 4 條第 2 款¹⁹之規定，幾乎各種操作形式都可落入「處理」的概念下²⁰。又「收取報酬」之「報酬」，依德國刑法第 11 條第 1 項第 9 款，是指任何財產上利益之對待給付²¹。

就「得利或損害之意圖(Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht)」而言，僅於行

¹⁴ 參照侵害個人資料之完整性及可使用性之刑事處罰，係規定於德國刑法第 303 條以下。BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 46.

¹⁵ BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 7.

CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION

Article 8 Protection of personal data

1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.

2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified.

3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.

¹⁶ 歐盟個人資料保護規則，財團法人金融聯合徵信中心編輯委員會編，初版，2017 年 7 月，第 160 頁。

¹⁷ BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 22.

¹⁸ BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 25-27.

¹⁹ Art. 4 GDPR Definitions

(2) ‘processing’ means any operation or set of operations which is performed on personal data or on sets of personal data, whether or not by automated means, such as collection, recording, organisation, structuring, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, restriction, erasure or destruction; 「處理」係指對個人資料或個人資料檔案執行任何操作或系列操作，不問是否透過自動化方式，例如收集、記錄、組織、結構化、儲存、改編或變更、檢索、查閱、使用、傳輸揭露、傳播或以其他方式使之得以調整或組合、限制、刪除或銷毀。歐盟個人資料保護規則，財團法人金融聯合徵信中心編輯委員會編，初版，2017 年 7 月，第 160 頁。

²⁰ BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 45.

²¹ 何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，二版第 1 刷，2019 年 7 月，第 19 頁。BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 48.

為人沒有收取報酬時，才必須存在該意圖。因此，這裡的「得利益圖」，主要是關於有利於第三人的意圖。當依行為人的設想，該行為可導向增加自己或第三人的財產，且對行為人來說，致力於增加財產是重要的，行為人即是以「得利益圖」為之。又財產的增加必須是處理資料的直接結果，僅僅是期待未來有具有財產價值的利益還不夠。而本條規定保護的法益是人格權，並未要求得利益圖的不法性，是以，基於合法債權而執行違反資料保護的行為，也構成德國聯邦個人資料保護法第 42 條第 2 項之罪²²。

當行為人一心一意要經由處理個人資料對他人施加「不利」，行為人就有「損害意圖」。所謂的「不利」，是指對於任何法律上保護的利益之影響，無論該利益是否為財產。因此，行為人有意妨害他人名譽、使人丟臉出醜或恐嚇他人，就滿足「損害意圖」之要件²³。

依德國聯邦個人資料保護法第 42 條第 2 項第 1 款，行為人只要有收取報酬，以及/或是以得利或損害之意圖，並無權限而處理個人資料，就滿足該款構成要件。此處的報酬，依德國刑法第 11 條第 1 項第 9 款，是指任何財產上利益之對待給付，所以限於「財產上利益」；而「得利益圖」，是指依行為人的設想，該行為可導向增加自己或第三人的財產，所以也限於「財產」。基於「損害意圖」，行為人一心一意要經由處理個人資料對他人施加「不利」，該「不利」就不限於財產。該款的行為結果是「處理(Verarbeiten)」，只要處理了非一般普遍可使用的、涉及個人的資料，就產生該款的行為結果。

若以德國法上開說明來解釋我國個人資料保護法第 41 條之意圖為自己或第三人不法之利益，該「利益」限於「財產上利益」；而意圖損害他人之「利益」，此處的利益則「不」限於「財產上利益」。

二、日本法

考諸憲法上基本人權之防止國家侵害功用，自己情報(個人資料)控制權作為日本國憲法第 13 條隱私權保護的一環，日本於 1988 年(昭和 63 年)完成「行政機關持有之以電子計算機處理的個人情報保護法」²⁴立法後，又因應情報化社會之進展與

²² BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 51.

²³ BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, 31. Ed. 1.2.2020, BDSG § 42 Rn. 52.

²⁴ 行政機関の保有する電子計算機処理に係る個人情報保護に関する法律（昭和 63 年法律第 95 号）。

隱私權問題之認識、制定個人情報保護法的世界潮流、經濟合作暨發展組織(OECD)理事會就隱私權保護之建議、規定有個人情報保護條例之各地方自治團體的增加、歐盟一般資料保護規範、電子交易之隱私權保護的要求、住民基本台帳法修正對於個人情報保護法制的要求²⁵，再於 2003 年(平成 15 年)通過「個人情報保護法關連五法」，包括個人情報保護法²⁶、(全新修正之)行政機關個人情報保護法²⁷、獨立法人等個人情報保護法²⁸、情報公開・個人情報保護審查會設置法²⁹、上掲各法之整備法³⁰，約於 2005 年全面施行之，將個人資料保護，依持有機關(構)的不同，為相應之法律規範，但自然人持有其他個人資料，而不正使用，不在上開法律規範之範疇。

「個人情報保護法關連五法」就保護客體限於生存之人³¹的(1)個人情報³²(臺灣法稱「個人資料」)，包括 A.依照在該情報所包含之姓名、出生年月日等記述(文書、圖畫、電磁紀錄或聲音、動作或其他用以表示之一切事項)足以識別特定個人者(包括得與其他情報比對而藉此識別特定個人之情報)。B.透過「個人識別符號」³³而得識別特定個人，及提供給個人利用之服務或販賣給個人商品上所分配、或發給個人之卡片、其他書類上，所記載或依電子方式記錄之文字、編號、記號，而用以識別特定利用人、購買人或持卡人者；例如行政程序中之個人編號、護照號碼、基礎年金號碼、保險證號碼³⁴等。(2)個人情報檔案(資料庫)：包含個人資料的集合物，

²⁵ 衆議院基本的人權の保障に関する調査小委員会 (2003 年)，衆憲資第 28 号 知る権利・アクセス権とプライバシー権に関する基礎的資料—情報公開法制・個人情報保護法制を含む— (平成 15 年 5 月 15 日の参考資料)，77-78 頁，<https://reurl.cc/20mDE4>(最後瀏覽：2020 年 4 月 8 日)。

²⁶ 個人情報の保護に関する法律 (平成 15 年法律第 57 号)。

²⁷ 行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律 (平成 15 年法律第 58 号)。

²⁸ 独立行政法人等の保有する個人情報の保護に関する法律 (平成 15 年法律第 59 号)。

²⁹ 情報公開・個人情報保護審査会設置法 (平成 15 年法律第 60 号)。

³⁰ 行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律等の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律 (平成 15 年法律第 61 号)。

³¹ 本於歐盟一般資料保護規範授權加盟國自行裁量是否將死者之個人資訊規範在內，日本決定不將死者之個人資訊列入，然而就死者之繼承財產、遺傳相關資訊，由生存之繼承人、子女之個人資訊保護已足(大阪地判平成元.12.27 判例時報 1341 号 53 頁、東京地判昭和 58.5.26 判例時報 1094 号 78 頁)，參見宇賀克也，個人情報保護法の逐条解説—個人情報保護法・行政機関個人情報保護法・独立行政法人等個人情報保護法 第 6 版，35 頁(有斐閣，2018 年 6 月)。

³² 個人情報保護法第 2 條第 1 項、行政機関個人情報保護法第 2 條第 2 項、獨立法人等個人情報保護法、第 2 條第 2 項，規定幾乎相同。

³³ 依照個人情報の保護に関する法律施行令第 1 條第 1 項，包括構成 DNA 之胺基酸配列、臉的骨骼及皮膚的顏色與眼、鼻、口及其他臉部之位置、形狀所形成之容貌、眼睛虹膜表面的起伏及形成之線型模樣、發聲時聲帶之震動、聲門之開閉及升到之形狀及其變化、步行時的姿勢及兩腕的動作、步伐其其他步行之態樣、手掌、手指甲、手指皮下靜脈之分級及其端點所顯示之靜脈之形狀、指紋、掌紋等。

³⁴ 個人情報の保護に関する法律施行令第 1 條第 2 項至第 8 項。

以電子計算機得以檢索之系統之物³⁵。

「個人情報保護法關連五法」規範之機關（構），包括中央行政機關、獨立行政法人、地方自治團體、個人資料處理業者等之人，意圖為自己或第三人之不正利益而有提供或盜用業務上所處理之個人情報檔案（資料庫），處以 1 年以下有期徒刑或 50 萬日圓以下罰金³⁶。所謂不正利益，觀諸個人情報保護法第 3 條「個人情報係基於個人人格尊重之理念下應慎重處理之物」，詳言之，個人情報係與隱私權及其他個人之諸自由權密切相關之情報，相關機關（構）處理上恐損及個人人格利益、財產利益者均包括之³⁷。

自然人意圖為自己或第三人之不正利益而有提供或盜用個人資料，固不在上開法律刑事處罰之列，應係透過民事的損害賠償訴訟，以憲法的第三人效力理論加以處理，然個人情報既係與隱私權及其他個人之諸自由權密切相關之情報，並因而衍生個人人格利益、財產利益，解釋上不正利益自無限於財產利益之必要。

三、美國法

個資在美國稱為“personal identifiable information”（簡稱 PII），亦稱為“personal information”或“personal data”。與德國、歐盟其他國家或我國相較，美國並未採統一的個人資料保護法，更無類似我國個人資料保護法第 41 條違法蒐集、處理、利用個人資料罪之規定。美國聯邦政府雖於 1974 年制定「隱私法」(Privacy Act of 1974)³⁸，但該法僅限制政府蒐集、處理、利用個人資料，並不限制私人企業。

易言之，直接受歐盟個資保護法規影響的國家，係將各行各業所涉及個資蒐集、處理、利用均納入規範，採政府管制為主、市場機制為輔的模式，多採統一的個人資料保護法。美國則採以市場機制為主、政府管制為輔的模式，將個人資料蒐集、處理、利用問題，委由當事人個人與資料蒐集者雙方自行透過自由市場機制協商，政府並不介入管制，因此並無統一的個人資料保護法；並未賦予當事人對於個資有自主控制權。

雖美國對個資保護，遠不如歐盟國家、日本、我國之週延，但仍認為即使個資

³⁵ 包含個人資料的集合物。

³⁶ 個人情報の保護に関する法律第 83 條、行政機関の保有する個人情報保護に関する法律第 54 條、独立行政法人等の保有する個人情報の保護に関する法律第 51 條。

³⁷ 園部逸夫(編集)，個人情報保護法の解説《改訂版》，71 頁（ぎょうせい，2005 年）。

³⁸ 5 U.S.C § 552a (Records maintained on individuals).

曾在電視、報章雜誌或網路等一般媒體上揭露、傳播，源於「一般可得之來源」，任何人都能輕易獲取，仍非完全不受保護，而永遠得任由他人利用。美國聯邦最高法院在 *U.S. Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press* 案³⁹ 表示：個人某些資訊在過去特定之狀況下，雖曾已公開為一般人所周知，但當事人應受保護之隱私權益，並不應因此全然喪失；如經過長時間後，該資訊已非屬公共領域一般人所得知，此時應轉化為具有私密性應被保護之個資。尤其在網際網路已十分普及之今日，當下可能因新聞炒作為眾人關注之訊息，經多年後眾人已遺忘時，若由有心人發掘而重新成為新聞，對當事人造成二次傷害，形成一生難以脫離之夢魘，因此即使個資曾屬具有公知性，並非即永遠得任由他人蒐集利用。

美國針對特定領域之個資(例如醫療、金融、兒童、消費者、電信)，因為濫用個資之情形嚴重，美國國會或其他政府部門才特別制定適用該產業部門之個人資料保護法規，例如針對醫療個資制定 *Health Information and Portability Accountability Act*、針對金融個資制定 *Gram-Leach-Bliley Act*、針對兒童網路保護製定 *Children's Online Privacy Act*、針對消費者個資制定 *Fair Credit Reporting Act*，針對電信個資制定 *Telephone Consumer Protection Act* 等等⁴⁰。多數未受個資法規範之行業及個人，委由當事人與資料蒐集者自行透過市場機制處理，只有必要時，才由產業界自訂自治規範⁴¹；若受損害，可能依侵權行為⁴²、消費者保護法⁴³、或契約法求償。

美國聯邦及絕大多數州係以隱私權觀念看待個資問題，美國司法實務一般認為當事人對其個資並無財產權⁴⁴，以 *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute* 案為例⁴⁵，法院認為：若將身體組織基因資訊之所有權賦予該身體組織之捐贈人(當事人)，將使捐贈人對於醫院研究成果得繼續主張其權利，將癱瘓醫學研究。

³⁹ 489 U.S. 749 (1989). 並參見范姜真熾對該案介紹，個人資料保護法關於「個人資料」保護範圍之檢討，東海大學法學研究，41 期，2013 年 12 月，91 頁，117 頁。

⁴⁰ W. Gregory Voss & Kimberly A. Houser, Personal Data and the GDPR: Providing a Competitive Advantage for U.S. Companies, 56 Am. Bus. L.J. 287, 301-302 (2019).

⁴¹ 翁清坤，賦予當事人個人資料財產權地位之優勢與侷限：以美國法為中心，台大法學論叢，47 卷 3 期，2018 年 9 月，941 頁，958-961 頁。

⁴² W. Gregory Voss & Kimberly A. Houser, Personal Data and the GDPR: Providing a Competitive Advantage for U.S. Companies, 56 Am. Bus. L.J. 287, 296 (2019).

⁴³ *Robins v. Spokeo, Inc.*, 867 F. 3d 1108 (9th Cir. 2017).

⁴⁴ *Moore v. Regents of the University of California*, 793 P. 2d 479, 488-97 (Cal. 1990); *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute*, 264 F. Supp. 2d 1064 (S.D. Fla 2003). 參閱翁清坤，賦予當事人個人資料財產權地位之優勢與侷限：以美國法為中心，台大法學論叢，47 卷 3 期，2018 年 9 月，941 頁，989 頁。

⁴⁵ *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute*, 264 F. Supp. 2d 1064 (S.D. Fla 2003).

美國司法實務反而認為客戶資料、客戶名單等資料庫屬業者耗費勞力所蒐集之營業秘密，屬於業者之財產。例如在 *U.S. Trotting Ass'n v. Chicago Downs Ass'n* 案⁴⁶，美國聯邦第七巡迴法院表示：賽馬協會對於會員證書相關資訊具有應受保護之財產利益，因為該等資訊之取得與彙整乃協會付出勞力、專業與金錢之成果。

只有少數幾州(阿拉斯加、佛羅里達、科羅拉多、喬治亞、路易斯安納)立法將個資中最具有永久持續性、最私密之「基因資訊」界定為當事人之財產權，且適用範圍僅限於保險事務⁴⁷。雖部分美國學者主張可賦予當事人對於個資有財產權、產業必需付出對價才能取得個資使用權，以解決個資濫用問題，仍屬理論探討階段，尚未被美國政府或司法實務所接受。

柒、本署見解

一、肯定說見解並無任何實據或理論依據

刑法依照解釋方法區分有文義解釋、歷史解釋、體系解釋、目的性解釋、合憲性解釋。文義解釋是法律解釋的起點與界限，最高法院 101 年度台上字第 5879 號判決指出：「狹義之法律解釋方法，固有文義解釋、體系解釋、法意解釋（又稱歷史解釋或沿革解釋）、比較解釋、目的解釋及合憲解釋（後五者合稱為論理解釋），及偏重於社會效果之預測與社會目的考量之社會學解釋。然典型之解釋方法，是先依文義解釋，而後再繼以論理解釋；惟論理解釋及社會學解釋，始於文義解釋，而其終也，亦不能超過其可能之文義，故如法文之文義明確，無複數解釋之可能性時，僅能為文義解釋，自不待言。」

其中，歷史解釋又稱為立法沿革解釋，也就是從立法過程之相關資料來探求立法者的真意。目的性解釋，是依照法律規範目的來解釋法律的意旨。體系解釋又稱系統解釋，指對某條文之解釋，係透過相關法律條文間之相互關係或在刑事法體系的地位，來確定其應有之意涵。

歸納系爭判決及其他持肯定說之實務見解，係認為本於歷史解釋(立法沿革解釋)、目的性解釋、體系解釋，現行個人資料保護法第 41 條所稱「意圖……損害他

⁴⁶ *U.S. Trotting Ass'n v. Chicago Downs Ass'n*, 665 F. 2d 781 (7th Cir. 1981). 參閱翁清坤，賦予當事人個人資料財產權地位之優勢與侷限：以美國法為中心，台大法學論叢，47 卷 3 期，2018 年 9 月，941 頁，991 頁。

⁴⁷ 翁清坤，賦予當事人個人資料財產權地位之優勢與侷限：以美國法為中心，台大法學論叢，47 卷 3 期，2018 年 9 月，941 頁，944-945、987 頁。

人之利益」此一要件，限於「財產上之利益」。惟該主張並無任何立法沿革之實據，已於本言詞辯論意旨書參敘明。

至於個人資料保護法第 41 條之立法目的，該條立法說明為：「無不法意圖而違反本法相關規定，原則以民事損害賠償、行政罰等救濟為已足。惟若行為人如有意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益而違反本法相關規定，仍有以刑罰處罰之必要。」立法上並無將本條限縮於意圖侵害當事人「財產上之利益」之意，亦未見有外國立法例或學者主張將個人資料保護法刑事責任規定限縮於侵害「財產上之利益」者，已分別於本言詞辯論意旨書伍、陸說明，故目的性解釋並無法導出個人資料保護法第 41 條「意圖……損害他人之利益」限於「財產上之利益」之結論。

臺灣高等法院花蓮分院 106 年度上易字第 79 號判決雖又以體系解釋方法認為：「條文中有『意圖為自己或第三人不法之利益』或『損害他人之利益』，諸如刑法第 320 條第 2 項竊佔罪、同法第 342 條背信罪及銀行法第 125 條之 2、信用合作社法第 38 條之 2、金融控股公司法第 57 條、行政院金融重建基金設置及管理條例第 16 條、金融資產證券化條例第 109 條第 4 款、票券金融管理法第 58 條、信託業法第 48 條之 1、不動產證券化條例第 59 條第 6 款、保險法第 168 條之 2、運動彩券發行條例第 21 條之 1、營業秘密法第 13 條之 1、簡易人壽保險法第 35 條、農業金融法第 39 條等，所欲規範者，亦無非『財產法益』，而不及於『非財產上利益』，則由整體法律體系解釋，個人資料保護法第 41 條所指之利益，亦僅限於財產利益，而不包含非財產上利益。」惟該判決所引法條全屬侵害財產法益之犯罪，而個人資料保護法第 1 條規定：「為規範個人資料之蒐集、處理及利用，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用，特制定本法。」個人資料保護法第 41 條屬於侵害人格法益之犯罪，自無法依其他侵害財產法益之法條從法體系上限縮解釋個人資料保護法第 41 條為限於侵害「財產上之利益」者。

二、當事人個資被侵害，主要係侵害其個資自主權，並非財產權

大法官釋字第 603 號解釋表示：「……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 22

條所保障（本院釋字第 585 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。」足認個人資料自主控制權，屬人格權下之隱私權範圍，其保護法益是個人免於透明之權利，並非財產權，不以有財產利益為必要。外國立法例不僅德國、日本、美國如此(已如前述)，歐盟個人資料保護規則及英國個人資料保護法亦然。

以歐盟為例，GDPR Recital 85 注釋：「對個資侵害指--如無適當及時之處理，可能造成對自然人人身、物質或非物質之損害，例如造成個人資料自主控制權之損失、歧視、竊取得識別個人之資料或詐欺、財物損失、未經授權侵害筆名、損害名譽、受職業秘密保護之個人資料私密之損失，或任何其他對相關自然人重要經濟或社交之不利益。⁴⁸」英國 Data Protection Act, Explanatory Note 222 注釋：「對個資侵害指可能導致資料自主控制權之損失、權利受限制、名譽受損及其他社交或經濟之不利益。因此，當有侵害資料之情事因而個人權利及自由有受損之虞，資料控制者有義務及時、盡可能於知悉後 72 小時內通知監察官，並提供關於如何降低損害之細節。

⁴⁹」

我國個人資料保護法第 2 條第 1 款規定：「個人資料：指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。」其中僅「財務情況」與財產利益有關。顯見不論個人資料內容是否具有財產利益性質，均受保護；除醫療、基因、健康檢查、性生活、犯罪前科等敏感性資料受到特別保護外，一般性的資料例如姓名、職業、社會活動也受到個人資料保護法之保護。且資料的形式與儲存媒介與是

⁴⁸ GDPR, Recital 85, “A personal data breach may, if not addressed in an appropriate and timely manner, result in physical, material or non-material damage to natural persons such as loss of control over their personal data or limitation of their rights, discrimination, identity theft or fraud, financial loss, unauthorised reversal of pseudonymisation, damage to reputation, loss of confidentiality of personal data protected by professional secrecy or any other significant economic or social disadvantage to the natural person concerned...”.

⁴⁹ Data Protection Act, Explanatory Note 222, “A personal data breach could lead to a loss of control over data, limitation of rights, reputational damage and other social or economic disadvantages. Therefore, in the event of a data breach whereby there is a risk to the rights and freedoms of the individual, the controller is obliged to inform the Commissioner without undue delay, and where feasible, within 72 hours of becoming aware of it and give details as to how they are mitigating that risk.”

否適用個人資料保護法無關，文字、數字、影音、圖畫等資料，不論儲存於電腦、光碟或紙本，只要符合個人資料的要件，均受個人資料保護法之規範。

個人資料保護法第 41 條修正說明謂：「行為人非意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而違反本法相關規定者，因其可受非難性之程度較低，原則以民事損害賠償、處以行政罰為已足。惟行為人如有意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益而違反本法相關規定，因其可受非難性之程度較高，仍有以刑罰處罰之必要，爰為本條之修正。」是個人資料保護法第 41 條所著重者，乃行為人主觀上有無為自己或第三人不法利益或損害他人之利益之「意圖」；至於損害他人之利益是否為「財產利益」，既未限制，解釋上當然包含「財產上之利益」及「非財產上之利益」。實務上，個人資料如受侵害，對被害人而言，大多屬非財產上利益受損。若將個人資料保護法第 41 條「意圖……損害他人之利益」此一要件，限於意圖損害他人之「財產上之利益」，將造成意圖損害他人利益之違法者，幾無適用刑責餘地，與本條立法目的顯有違背。該解釋既悖於世界先進國家保護個人資料自主控制權之思潮，也無任何依據。

三、並非有違反個人資料保護法之行為，即合致本條意圖要件

臺灣高等法院花蓮分院 106 年度上易字第 79 號判決等持肯定說見解認為：「違反個人資料保護法相關處罰規定之行為，本質上即屬客觀侵害人格權之行為，若解釋上將意圖要件即『……損害他人之利益』，及於人格權（如隱私權、名譽權等）等非財產上之利益，則因違反個人資料保護法相關處罰規定之行為，本亦容易合致前開意圖要件，而將大幅擴及至立法者原先不欲以刑罰處罰之範圍，反而無法達到修正後個人資料保護法第 41 條限縮處罰範圍之修法目的，從而由修法之精神以觀，前開『利益』當不包含非財產上之利益，而應限於財產上之利益。」

然而，個人資料保護法第 41 條之處罰，行為人除客觀上需有「違反第 6 條第 1 項、第 2 項、第 15 條、第 16 條、第 19 條、第 20 條第 1 項規定」之行為，且主觀必需具有「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」，始足該當本條之規定，並非一有違反個人資料保護法相關處罰規定之行為，即合致前開意圖要件。

例如臺灣高雄地方法院 106 年度訴字第 711 號判決表示：「末查，關於附表二編號 3 所示上傳委託書照片部分，依卷附委託書內容（見他一卷第 17 頁），可知其內

雖然包含證人王○蕎姓名及其投資圓○飲料店之財務情況而屬得識別證人王○蕎之個人資料，然被告王○堯既然一開始確實有投資圓○飲料店，且該委託書原本簽立之目的即在證明雙方實際投資額多寡而僅委託由證人王○蕎出面與圓○方○有限公司簽約之事，則被告王○堯在聽聞他人傳述該店係證人王○蕎一方出資與其無關言論後，為了維護自己之權益始張貼足以表彰其有投資該店之委託書，實難認其此舉於主觀上有為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益之意圖。又該委託書已載明契約雙方出資額比例相同，並無偏向被告王○堯之內容，則何以張貼該委託書會達成取得圓○飲料店經營權之目的，未見檢察官詳予說明，且卷內亦無得以證明被告王○堯張貼該委託書係基於為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益意圖之相關證據，依前揭說明，自難以個人資料保護法第 41 條罪責相繩。」

臺灣新北地方法院 105 年度聲判字第 163 號裁定亦表示：「2.查被告因聲請人與他人發生妨害家庭之通姦乙事而於 104 年 1 月 13 日與聲請人簽立前開和解契約書，其後因聲請人未依和解契約書按時給付賠償金，故被告於 104 年 5 月 3 日以其持用手機傳送本案簡訊及前開和解契約書翻拍照片至聲請人父親及胞妹之手機內，供其等知悉和解契約書內容等情，業據被告及聲請人於偵查中陳述明確（見偵查卷第 12 頁至第 13 頁），可見被告傳送上開簡訊及和解契約書翻拍照片係為請求聲請人出面履行和解契約內容，其目的顯非專為損害聲請人之利益，而係為維護自身法律上應有之權益，是被告主觀上是否有意圖為自己或第三人不法之利益，抑或損害他人之利益之犯意，已非無疑。……本件被告主觀上應係欲透過聲請人之父親促請聲請人出面履行和解條件，為證明自己有所憑據，始傳送上開簡訊及和解契約書翻拍照片予聲請人之至親即父親及胞妹，是依被告傳送內容及對象等客觀情狀尚無從認定被告有揭露聲請人個人資料之主觀犯意，其目的不過在證明所述為真及維護法律上應有之權利，難認被告所為已逾必要性而認有違比例原則，自難逕以個人資料保護法第 41 條之罪相繩。」

四、本案被告行為已侵害告訴人免於透明之權益

若要避免個人資料保護法第 41 條刑事責任規範過於寬鬆，是否改採行為人需有「意圖營利」之主觀犯意，確實值得思考，但因為前述修法過程，此立法模式顯為我國所不採。另有將刑事責任規範對象限於個資蒐集業者或受託處理資料者，但

我國個人資料保護法第 5 條規定：「個人資料之蒐集、處理或利用，應尊重當事人之權益，依誠實及信用方法為之，不得逾越特定目的之必要範圍，並應與蒐集之目的具有正當合理之關聯。」此條規定在總則章，適用於所有個人資料之蒐集、處理或利用行為，不論資料持有當事人個人資料之事由為何，均受該條之限制⁵⁰。亦即，我國個人資料保護法採普遍適用，該法並非僅限於個資蒐集業者或受託處理資料方有適用，而是任何人均受該法規範。

隱私權的範圍經常與當事人主觀認知與其所處社會文化有關，並無放諸四海皆準之標準。但只要具有特定識別性之個人資料，不論是否具有私密性，不論當事人主觀認知，其範圍包含個人在社會活動所有紀錄，均受個人資料保護法保護⁵¹。本案第一審及原審系爭判決均認為被告主觀上應符合「意圖損害他人之利益」之要件，本案被告無使用之合法事由，其行為造成告訴人個資的傳播散佈，對告訴人個資自主控制權、個人免於透明之權益已造成損害。

縱法院認為我國個人資料保護法第 41 條刑事責任規範範圍過於寬鬆，修法前法院仍應基於權力分立原則，尊重立法。法院宜由量刑及是否宣告緩刑表示其對本件違法行為的刑事責任價值判斷，而非採取無任何依據的限縮解釋。

捌、結論

綜上，本署認為：個人資料保護法第 41 條所定「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」中之「利益」，不限於財產上之利益，原審系爭判決此部分見解正確，應予維持。

此致

最高法院

中 華 民 國 109 年 9 月 21 日

玖、附件清冊

最高法院 109 年度台上大字第 1869 號刑事裁定摘要

⁵⁰ 劉定基，析論個人資料保護法上「當事人同意」的概念，月旦法學雜誌，第 218 期，2013 年 7 月，146 頁，167 頁。

⁵¹ 范姜真嫻，個人資料保護法關於「個人資料」保護範圍之檢討，東海大學法學研究，41 期，2013 年 12 月，91 頁，105-106 頁。

主 文

個人資料保護法第 41 條所稱「意圖為自己或第三人不法之利益」，應限於財產上之利益；至所稱「損害他人之利益」，則不限於財產上之利益。

理 由

本大法庭之見解

- 一、個人資料保護法於 104 年 12 月 30 日修正公布，並自 105 年 3 月 15 日施行（以下依修正前後分別稱為舊法、新法）。舊法第 41 條第 1 項規定：「違反第 6 條第 1 項、第 15 條、第 16 條、第 19 條、第 20 條第 1 項規定，或中央目的事業主管機關依第 21 條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 20 萬元以下罰金」、第 2 項規定：「意圖營利犯前項之罪者，處 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金」。新法第 41 條則僅規定：「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而違反第 6 條第 1 項、第 15 條、第 16 條、第 19 條、第 20 條第 1 項規定，或中央目的事業主管機關依第 21 條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金」。亦即，新法第 41 條雖刪除舊法第 41 條第 1 項規定，但將舊法第 41 條第 2 項之「意圖營利」文字修正為「意圖為自己或第三人不法之利益」，並增列「意圖損害他人之利益」為構成犯罪。
- 二、上開修法過程中，行政院之提案，雖由法務部代為說明第 41 條修正重點為：「非意圖營利部分而違反本法相關規定，原則以民事損害賠償、行政罰等救濟為已足，且觀諸按其他特別法有關洩漏資料之行為縱使非意圖營利，並非皆以刑事處罰，再則非意圖營利違反本法規定之行為，須課予刑責者，於相關刑事法規已有規範足資適用，為避免刑事政策重複處罰，爰將第 1 項規定予以除罪化，並將第二項移為本條內容，酌作文字修正」，且其提案說明為：「一、非意圖營利而違反本法相關規定，原則以民事損害賠償、行政罰等救濟為已足，爰刪除第一項規定，……」。惟該提案未為立法院司法及法制委員會之審查會採納，審查會所通過者係立法委員李貴敏等 28 人提案之修正條文，即「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而違反第 6 條第 1 項、第 2 項、第 15 條、第 16 條、第 19 條、第 20 條第 1 項規定，或中央目的事業主管機關依第

21 條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金」，其立法說明為：「一、無不法意圖而違反本法相關規定，原則以民事損害賠償、行政罰等救濟為已足。惟若行為人如有意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益而違反本法相關規定，仍有以刑罰處罰之必要。二、配合第 6 條將有關犯罪前科之蒐集、處理或利用規定移列至第二項，酌為文字修正」。再經黨團協商，通過之該條內容，僅將立法委員李貴敏等 28 人提案之修正條文中「第 6 條第 1 項」之後所載「、第 2 項」等文字刪除，餘照原提案通過，嗣經立法院三讀完成修法程序。

三、觀諸前述修法過程，新法第 41 條並未採納行政院將舊法第 41 條第 1 項處罰規定予以除罪化之提案，而係採用立法委員李貴敏等 28 人提案，以「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」為構成要件。於此立法模式中，存在兩種意圖型態，一為「意圖為自己或第三人不法之利益」，一為「意圖損害他人之利益」。其中「意圖損害他人之利益」，行為人之目的既在於造成他人之損害，即與「意圖營利」之意義截然不同，從立法委員李貴敏於上開審查會中發言舉「借刀殺人」為例之說明，以及最終將此一意圖型態納入新法第 41 條之構成要件，顯示出立法者並未完全排除「非意圖營利」而侵害個資行為之可罰性。何況，個人資料保護法之立法目的，原係「為規範個人資料之蒐集、處理及利用，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用，特制定本法」，此觀同法第 1 條自明。基此，新法第 41 條所稱「意圖損害他人之利益」，應不限於財產上之利益；另所稱「意圖為自己或第三人不法之利益」之「利益」究何所指？固無從由立法歷程中明確得知。然新法第 41 條既係修正舊法第 41 條第 2 項文字而來，且維持該項之法定刑度，則參諸舊法第 41 條第 2 項規定係以「意圖營利」為要件之旨，新法第 41 條所定「意圖為自己或第三人不法之利益」中所稱「利益」，自應循原旨限縮解釋為財產上之利益。再就我國法制而言，以「意圖為自己或第三人不法之利益」為犯罪構成要件者，普遍見於財產或經濟犯罪，顯然此之「利益」係限於財產上之利益。新法第 41 條既以「意圖為自己或第三人不法之利益」為犯罪構成要件，就文義解釋而言，自應為相同之解釋。

四、綜上，無論由新法第 41 條之修法過程或我國法制觀之，新法第 41 條所稱「意

圖為自己或第三人不法之利益」，其「利益」應限於財產上之利益；至同條所稱「損害他人之利益」中之「利益」，則不限於財產上之利益。

中 華 民 國 109 年 12 月 9 日

【第十一案】黃○宥洗錢案

爭點：被告提供金融帳戶提款卡及密碼給詐欺犯，嗣詐欺犯將之作為被害人匯入款項之用，被告是否成立洗錢防制法第 14 條第 1 項之一般洗錢罪？

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

原文目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實

貳、本案一二審判決對上開法律爭點之見解

一、臺灣臺南地方法院 107 年 10 月 30 日 107 年金訴字第 11 號刑事判決（採否定說）

二、臺灣高等法院臺南分院 108 年 05 月 31 日 107 年金上訴字第 1311 號刑事判決（採肯定說）

參、本案所涉及之我國法律條文與立法理由

一、條文

二、立法理由

肆、本案所涉及之法令之相關國際公約

伍、本案所涉及法令之外國立法例與實務

一、美國

（一）法律

（二）美國法院判決

二、英國

（一）法律

（二）英國法院判決

三、德國

（一）法律

（二）法院判決

四、日本

(一) 交付收受人頭帳戶罪

(二) 詐欺集團使用人頭帳戶時之處罰

陸、我國最高法院對於本案法律爭點之見解

一、民國 106 年 6 月 28 日洗錢防制法施行前我國最高法院似有見解不一致之情形

二、民國 106 年 6 月 28 日洗錢防制法施行後，我國最高法院之見解似有採肯定說者

柒、本署對本案之法律見解

捌、附件清冊

壹、與法律爭點相關之本案事實（略）

貳、本案一二審判決對上開法律爭點之見解（略）

參、本案所涉及之我國法律條文與立法理由（略）

肆、本案所涉及之法令之相關國際公約

由前述之立法理由可知，我國 105 年 12 月 28 日新修訂之洗錢防制法第 2 條所規定之洗錢犯行態樣，係抄襲自維也納公約（即 1988 年聯合國防制麻醉藥品與精神藥物不法交易公約，United Nations Convention Against Illicit Traffic In Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988）第 3 條第 1 項(b)款(i)目(ii)目與(c)款(i)目款之條文，其條文如下：

第 3 條 犯行與制裁

1.各簽約國應採行必要方法，在內國法規定故意為下列行為者應成立犯罪：

(b)(i)為了隱匿或掩飾財產之不法來源，或為了使該等犯行之任何行為人避免其行為之法律上後果，而變更或移轉其知悉係源自於(a)款所列任何犯行或源自於該等犯行之參與行為之財產者，(ii)隱匿或掩飾其知悉係源自於(a)款所列犯行或源自於該等犯行之加入行為之財產之本質、來源、所在地點、處理、移動、相關權利或所有權者。

(c)在各國憲法原則及法律制度之基本觀念下，(i)取得、持有或使用其在收受時知悉係先前源自於(a)款所列犯行或源自於該等犯行之加入行為之財產者。

此 1988 年維也納公約之前置犯罪僅限於與麻醉藥品有關之犯行，然其基本行為態樣與構成要件，嗣後經歐盟採用做為洗錢罪之模式而簽訂 1990 年史特斯堡公約（歐盟

洗錢、搜索、扣押與沒收犯罪所得公約，The Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime ("the Strasbourg Convention"))，然後再依據此公約而發出 1991 年歐盟指令「利用財務系統洗錢防制指令，Directive of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering (91/308/EEC)」做為歐盟各國洗錢罪立法之基準，該指令之第一條有對洗錢下定義，其文字內容係倣維也納公約的第 3 條。到了公元 2000 年聯合國通過「巴勒摩公約」(即我國立法理由中所提之「打擊跨國有組織犯罪公約」(the 2000 Palermo Convention (The United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2000)))，其關於洗錢部分之條文(第 6 條)亦倣自維也納公約。

至於我國立法理由中所提之「FATF 40 項建議之第 3 項建議」係指國際組織「財務行動專案組」(The Financial Action Task Force (FATF))於 2012 年所提出之「對抗洗錢與資恐國際標準」(International Standards of Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, 2018 年有更新內容)，其第 3 項僅係一般性之立法原則指示，並無如維也納公約第 3 條所定之犯罪構成要件，併此敘明。

綜上所述，探討我國洗錢防制法之犯罪態樣與構成要件，在國際公約方面，所應參考者，應係維也納公約第 3 條及其締約國內國法化後之條文與法院判決。

值得注意者，依據維也納公約的官方註解 (Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988)¹ 第 3.45 之解說，條文中之「知悉」(knowing)係犯罪所得，指行為人之知悉該財產係源自於特定犯罪中之「任何」(any)一種，亦即，其並無庸知悉所犯究竟是那一個特別的罪名 (The offender's knowledge must be that the property is derived from "any" of the specified offences. This suggests that he need not be shown to have been aware of the precise offence which had been committed.)，所以此 knowing 翻譯為「明知」並非正解，宜翻譯為「知悉」，合先陳明。

此外，本公約第 3 條第 3 項亦明定「本條第 1 項所列犯行之構成要件之認識 (knowledge)、意圖 (intent) 或目的 (purpose)，得由客觀情況事實來加以推論」²。

¹ 本官方註解之全文請參：https://digitallibrary.un.org/record/266894/files/E_CN.7_590-EN.pdf

² 3. Knowledge, intent or purpose required as an element of an offence set forth in paragraph 1 of this article may be inferred from objective factual circumstances.

而該項之官方註解 3.101 亦指出簽約國澳洲在洗錢罪主觀條件之國內法 *Proceeds of Crime Act 1987, 81(3)* 文字為「知悉或應該可以合理知悉」(*knows or ought reasonably to know*)，益足徵維也納公約第 3 條之 *knowing* 並不限於「明知」。

綜上，維也納公約第 3 條與我國洗錢防制法第 2 條條文對照比較如下：

維也納公約第 3 條	我國洗錢防制法第 2 條
(b)i) 為了隱匿或掩飾財產之不法來源，或為了使該等犯行之任何行為人避免其行為之法律上後果，而變更或移轉其知悉係源自於(a)款所列任何犯行或源自於該等犯行之加入行為 ³ 之財產者，	一、意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴，而移轉或變更特定犯罪所得。
(b)ii) 隱匿或掩飾其知悉係源自於(a)款所列犯行或源自於該等犯行之加入行為之財產之本質、來源、所在地點、處理、移動、相關權利或所有權者。	二、掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者。
(c)i) 取得、持有或使用其在收受時知悉係先前源自於(a)款所列犯行或源自於該等犯行之加入行為之財產者	三、收受、持有或使用他人之特定犯罪所得

伍、本案所涉及法令之外國立法例與實務

一、美國

(一) 法律

美國國會在 1986 年通過洗錢控制法案 (the Money Laundering Control Act) 是全世界第一個將洗錢入罪化的國家，比前述 1988 年維也納公約還早二年。美國聯邦法最重要的洗錢罪規定在 18 U.S. Code § 1956 與 18 U.S. Code § 1957 二個法條，其內容

³ 條文為何在所列犯行 *any offence or offences* 之後又多加一句「該等犯行之加入行為」*an act of participation in such offence or offences* 之原因，係因為本公約第 3 條第 1 項 c)1v) 有將「加入組織」入罪化，但該款有保留給簽約國得基於本國憲法不予入罪化之權利，而在未將加入行為入罪化之國家，雖然加入本身不是一個犯行 *offence*，但與該加入行為 *act* 有關之財產，也是屬於所謂之犯罪財產。請參前約本公約之官方註解 3.43。

可大別為三大類：18 U.S. Code § 1956(a) (1)之「犯罪所得交易罪」、18 U.S. Code § 1956(a) (2)之「國際搬錢罪」及 18 U.S. Code § 1957 之「花用贓錢（犯罪所得）罪」。其中 18 U.S. Code § 1956 更可細分為九種犯行：（一）18 U.S. Code § 1956(a) (1)(A)(i)意圖促進特定之罪，而對犯罪所得進行財務交易（無庸有洗濯作為，我國並無此種洗錢罪）⁴（二）18 U.S. Code § 1956(a) (1)(A)(ii)意圖逃稅，而對犯罪所得進行財務交易（無庸有洗濯作為）（三）18 U.S. Code § 1956(a) (1)(B) (i)知悉是用來洗濯而對犯罪所得進行交易（四）18 U.S. Code § 1956(a) (1)(B) (ii)知悉是用來逃避申報而對犯罪所得進行交易（五）18 U.S. Code § 1956(a) (2)(A)意圖實現特定之罪而進行之移錢進出美國（不限於犯罪所得）（六）18 U.S. Code § 1956(a) (2)(B)知悉是用來洗濯之移錢進出美國（七）18 U.S. Code § 1956(a) (2)(B)知悉是用來逃避申報之移錢進出美國（八）18 U.S. Code § 1956(a) (3)臥底洗錢罪（臥底警探所提供之假贓錢，非真正贓錢）（九）18 U.S. Code § 1956(h)之共謀洗錢罪（conspiracy，共謀犯本條及次條之洗錢罪。以上九種犯行再加上 18 U.S. Code § 1957 之「花用（不須有洗濯）贓錢罪」，可說有十種犯行。⁵

以上十種罪名與本案有關者有三：編號（三）之 18 U.S. Code § 1956(a)(1)(B)(i)知悉是用來洗濯而對犯罪所得進行財務交易罪⁶；編號（九）之 18 U.S. Code § 1956(h) 之共謀洗錢罪，以及第十種之 18 U.S. Code § 1957 之交易贓錢罪；此三罪之犯罪構成要件部分之條文如下：

18 U.S. Code § 1956(a)(1)(B)(i)（犯罪所得交易洗濯罪）：

(a) (1)任何人知悉（knowing）某項財務交易（a financial transaction）所涉之財產（the property）係代表（represents）某種不法活動之犯罪所得（the proceeds of some form of unlawful activity），而從事或企圖⁷從事（conducts or attempts to conduct）該事實上涉及特定不法活動犯罪所得之財務交易（which in fact involves the proceeds of

⁴ 本書類所稱之「洗濯」指：隱匿或掩飾特定不法活動之犯罪所得的本質、地點、來源、所有權或控制（to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity）

⁵ 關於美國聯邦洗錢罪之簡介，請參陳瑞仁，美國聯邦洗錢罪構成要件之分析，檢察新論第二十六期，頁 172-197（2019）。

⁶ 18 U.S. Code § 1956(a)(1)(B)(ii)係知悉是用來「逃避申報義務」而對犯罪所得進行財務交易罪，與本件無關，故省略不談。

⁷ 條文之「企圖」（attempts to）表示本條有處罰未遂犯，以下條文亦同。

specified unlawful activity)⁸，且 (B)知悉該交易是全部或部分被用來 (knowing that the transaction is designed in whole or in part) (i)隱匿或掩飾 (conceal or disguise) 特定不法活動之犯罪所得的本質、地點、來源、所有權或控制者，處 50 萬美元以下或該交易所涉財產價值二倍 (twice the value of the property involved in the transaction) 之罰金，以較高額為準，或處 20 年以下之有期徒刑，或二者併罰。關於本項之適用，一項財務交易若屬一連串平行或互相依附之多數交易之一部 (part of a set of parallel or dependent transactions)，並均屬同一計畫或安排 (part of a single plan or arrangement) 者，其中之一涉及不法活動之犯罪所得，即視為涉及特定不法活動之犯罪所得。

18 U.S. Code § 1956(h) (共謀洗錢罪)

任何人共謀 (conspires) 犯本條或次條之罪者，依其所共謀實行之罪所定之刑處罰之。

18 U.S. Code § 1957(a) (交易髒錢罪)：

任何人在本條(d)項所列情況下⁹，知情地從事或企圖從事 (knowingly engages or attempts to engage in) 價值超過 1 萬美元之源自於特定刑事不法活動之財產的金錢交易 (a monetary transaction) 者，依本條(b)項¹⁰所定之刑處罰之。」

針對上述三個條文之構成要件與本案有關者，簡要說明如下：

18 U.S.Code § 1956(a)(1)(B)(i)罪之第一句「知悉」(knowing) 該財產與犯罪有關之部分，其條文是使用「某種型態的不法活動」(some form of unlawful activity)，用意是表示行為人只要知悉係違反州法聯邦法或外國法之某種犯罪之所得即為已足，檢察官並不須要去證明「被告確定知道是何種特定罪名」之不法所得¹¹。換言之，

⁸ 特定不法活動 specified unlawful activity (即所謂之前置犯罪) 之定義請參 18 U.S. Code § 1956 (7)所列之各種罪名。

⁹ 本條(d)項是管轄權之規定，行為地應在美國或行為人應為美國人。

¹⁰ (b)是法定刑之規定：除第(2)之特別規定外，本條之處罰為處以 18 U.S.Code所定之罰金或十年以下有期徒刑，或二者併科。(下略)

¹¹ 參 18 U.S. Code § 1956 (c) As used in this section— (1) the term “knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity” means that the person knew the property

檢察官雖然應證明該財產「客觀上」確實源自特定之犯罪行為，但不用去證明被告主觀上確定知道是何種特定犯罪，只要證明被告知道是「某種不法行為」即可。所以此條文中之 **knowing** 翻譯為「明知」並非正解，宜翻譯為「知悉」。

18 U.S.Code § 1956(a)(1)(B)(i)所稱之「交易」(transaction)依據 18 U.S. Code § 1956 (c) (3)之定義，指：「含買進、賣出、貸款、質押、贈與、移轉、交付、或其他處分；若涉及金融機構則包含：存進、提出、轉帳、匯兌、貸款、授信、期貨款項定期存單或其他有價證券之買進與賣出、保險箱之租用，及任何經由金融機構或其他方式所為之付款、轉帳與交付」。所以銀行帳戶的提款與存款亦屬於洗錢罪下之「交易」。

至於§1956 (a)(1)(B)(i)之罪，檢方證明被告「知悉」係犯罪所得的方法，聯邦最高法院在 *United States v. Santos*, 553 U.S. 507 (2008)案之判決指出可以使用「情況證據」(circumstantial evidence)，其判決理由稱：至於洗錢犯罪中之「知悉要件」即知悉該交易涉及不法活動之利潤可以用情況證據來證明（因知悉要素總須要證明），例如某人收受其知悉長期販毒者所交付之進項時，應可被認定為知悉其內有利潤。而陪審團亦可從持洗濯者與犯罪者間之持久關係，推論洗錢者應知悉其正在隱匿犯罪者之利潤。而若一位職業洗錢者明知其所洗濯者有高度可能性是犯罪利潤且該犯行甚少未獲暴利，卻故意不去究明時，檢方當然可以要求法官對陪審團發出「故意逃避探求真相（deliberately avoids learning the truth）即屬知悉」之指示。¹²

18 U.S. Code § 1956(h)共謀洗錢罪之「共謀罪」(conspiracy)指二人以上之人共同合意未來犯罪，即加以處罰之獨立之罪（即獨立於該未來之罪）。美國聯邦法有多項法律規定共謀罪，其中最重要的就是 18 U.S.C. 371 Conspiracy to commit offense or

involved in the transaction represented proceeds from some form, though not necessarily which form, of activity that constitutes a felony under State, Federal, or foreign law, regardless of whether or not such activity is specified in paragraph (7);美國聯邦第六上訴巡迴法院法官對洗錢罪之陪審團指示範本之 Chapter 11.00, Money Laundering Offenses 第 3 頁：(E) The phrase “knew that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity” means that the defendant knew the property involved in the transaction represented the proceeds of some form, though not necessarily which form, of activity that constitutes a felony under state or federal [foreign] law. [The government does not have to prove the defendant knew the property involved represented proceeds of a felony as long as he knew the property involved represented proceeds of some form of unlawful activity.以及法院判決 *United States v. George*, 761 F.3d 42, 48 n.7 (1st Cir. 2014); *United States v Flores*, 454 F.3d 149, 155 (3d Cir. 2006); *United States v. Hill*, 167 F.3d 1055, 1065-68 (6th Cir. 1999).

¹² (略) *United States v. Santos*, 553 U.S. 507, 521 (2008).

to defraud United States（共謀犯聯邦之罪或詐欺美國罪），而 18 U.S. Code § 1956(h) 之「共謀洗錢罪」係特別之共謀罪，其構成要件與 18 U.S.C. 371 之一般共謀罪最大的不同處在於前者有要求共謀者中至少要有一人以上有著手該預謀之罪之實施（overt act，外顯行為），但 18 U.S. Code § 1956(h)之罪，並無此構成要件¹³。我國並無獨立之「共謀罪」，英國之洗錢罪則有類似之共謀洗錢罪（即 Section 328, POCA 之「約定罪」，容下述）。

18 U.S. Code § 1957(a)交易髒錢罪（Money Spending Statute）指在美國境內或美國人在境外「從事源自於不法活動之財產之金錢交易」¹⁴，此「金錢交易」不包括「單純持有」（此點與我國洗錢防制法第 2 條第 3 款之包含「持有」不同）。本罪之犯罪主體條文是使用「任何人 Whoever」，所以包括前置犯罪之行為人本人，亦即，前置犯罪之行為人消費自己犯罪之所得時，亦成立本條之「交易髒錢罪」，蓋此罪之立法目的是讓犯罪者縱有所得，亦不敢花用消費。惟應注意本罪有規定數額之下限為 1 萬美元，所以不包括小額之消費。本罪之犯罪主體不僅包括「買方」，且包括「賣方」（當然要知情，即知道對方是用髒錢來付款）。例如車商明知對方用來付車款之現金是販毒所得，該車商亦可成立本條之罪。¹⁵

18 U.S. Code § 1957(a)交易髒錢罪本條之「金錢交易」（消費或花用，monetary transaction），條文明定須「利用財務機構」（by, through, or to a financial institution）¹⁶，所以並不包括到超商以現金買物品。但應注意其「財務機構」依據 18 U.S.C. § 1956(c)(6)之定義，係「(A)任何 31 U.S. Code § 5312(a)(2)或其規則定義下之金融機構，以及(B)任何 International Banking Act of 1978 (12 U.S.C. 3101)定義下之外國銀行」，所以包括銀行、信用合作社（credit unions）、汽車交易商、珠寶商、電動玩具店、證券商、旅行社與當舖。亦即，包括從銀行帳戶領錢出來。

¹³ 請參美國聯邦最高法院判決 Whitfield v. United States, 543 U.S. 209 (2005)

¹⁴ 注意美國交易髒錢罪之條文是使用「金錢交易」（a monetary transaction）這一個廣泛的用語，與我國及英國細分為「收受、持有、使用」不同。

¹⁵ 例如 USA v. Samih Abdel Rahman, No. 14-12316 (11th Cir. 2016)。該案之美國聯邦檢察官佛羅里達辦公室之新聞稿見：

<https://www.justice.gov/usao-mdfl/pr/car-dealership-owner-pleads-guilty-money-laundering-drug-trafficking-and-tax-fraud>

¹⁶ 18 U.S. Code § 1957(f)(1).

（二）美國法院判決

由於美國之電信詐欺發展遲於我國，其犯罪分工亦不如我國細膩，近年出現的「錢驢」money mule 的案例中，大多數提供帳戶者都還有做轉帳的行為，故本署至今尚找無單純提供帳戶之美國案例。惟若是提供帳戶收受被害人之匯款再負責轉匯出去者，則係以 18 U.S. Code § 1957 之交易贓錢罪起訴。例如 Oregon 聯邦地方法院 2018 年 2 月的 *United States v. Rodney Paul Gregory* 案，被告依不詳人士的指示，提供銀行帳戶收受被「羅曼史詐欺」(romance scams) 集團詐騙者匯來之款項，再將之轉匯至海外銀行帳戶，檢察官即是以 18 U.S. Code § 1343 之電信詐欺罪及 18 U.S. Code § 1957 之交易贓錢罪起訴，被告後來在法院審理時達成認罪協商。¹⁷足認在美國提供帳戶者除論以詐欺罪外另有論以洗錢罪¹⁸。

但美國法院有若干判決之見解與本案有關，簡述如下：

首先，美國聯邦最高法院在 *Regalado Cuellar v. United States*, 553 U.S. 550 (2008) 案中指出：18 U.S. Code §1956(a)(2)(B)(i) 之搬運贓錢罪之成立，檢察官並無庸證明被告有「創造合法財富假象」之意圖 (does not require proof that the defendant attempted to create the appearance of legitimate wealth)，僅須證明「用來隱匿或掩飾」(was “designed in whole or in part to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control” of the funds) 即為已足。¹⁹

另外與本案爭點有關之「合法財產」何時變成「犯罪財產」部分，有二個聯邦上訴法院之判決值得參考。簡述如下：

U.S. v. Butler, 211 F.3d 826 (4th Cir. 2000) (下略)

¹⁷ 本件因係認罪協商，所以並無完整之判決書，但其起訴書可從下述新聞報導的附件查閱之：

<https://www.koin.com/news/crime/oregon-man-indicted-in-international-romance-scams/>

¹⁸ 提供帳戶者有無進而提領或轉匯款項，其實在法律上並無區分之重大意義，請參後述本署意見四。

¹⁹ 關於主觀要件之條文文字，18 U.S. Code §1956(a)(2)(B)(i) 之 “knowing that the transaction is designed in whole or in part (i) to conceal or disguise” 與 18 U.S. Code § 1956(a) (1)(B)(i) 之 “knowing that such transportation, transmission, or transfer is designed in whole or in part (i) to conceal or disguise” 幾乎雷同，所以 *Cuellar* 案判決對 18 U.S. Code §1956(a)(2)(B)(i) 之案型亦應有適用。

U.S. v. Prince, 214 F.3d 740 (6th Cir. 2000)（下略）

由以上二判決可知，當被害人將款項匯進被告所能控制的銀行帳戶時，被告之詐欺行為已經完成，而該款項就已變成「犯罪財產」。而且共同正犯間之分贓亦可成立洗錢罪。

二、英國

（一）法律

英國對於洗錢防制法之制訂，始於前述 1991 年歐盟指令「利用財務系統洗錢防制指令」，其國會通過的第一個法律是 The Money Laundering Regulations 1993，後來在 the Terrorism Act 2000 等反恐相關法規陸續有所規範，至 2002 年制訂最主要之洗錢防制法即「犯罪所得法」Proceeds of Crime Act、(簡稱 POCA)，該法從 2002 年制訂至今有數次修改，其中相當於我國洗錢防制法第二條者為 Section 327, 328, 329，摘錄部分條文如下：

第 327 條隱匿等

(1)有下列行為之一者成立犯罪：

(a)隱匿犯罪財產；(b)掩飾犯罪財產；(c)變更犯罪財產；(d)移轉犯罪財產(e)將犯罪財產移出英格蘭及威爾斯，或蘇格蘭或北愛爾蘭。

第 328 條約定

積極或消極締結有助於或可疑會有助於他人或其代理人收受、保有、使用或控制犯罪財產之協議者，成立本罪。

第 329 條 取得、使用與持有

有下列行為者成立犯罪：(a)收受犯罪財產；(b)使用犯罪財產；(c)持有犯罪財產。

針對上述條文，簡短說明如下：

（略）

依據 section 340(3)(b)行為人只要「知悉或懷疑」該等財產利益係犯罪所得即為已足（the alleged offender knows or suspects that it constitutes or represents such a

benefit.)，並未限於「明知」。

依據 *section 340(1)(b)(c)*，第 327 條至 329 條有處罰未遂犯，且有處罰教唆犯與幫助犯。所以第 328 條並不是第 327 條與 329 條之從犯規定，而是獨立之一種洗錢罪。

第 329 條之收受、使用與持有犯罪所得罪之犯罪所得，包括前置犯罪之本人之犯罪所得，不限於「他人」（此點與美國相同而與我國不同）。但前述英國皇家檢察官辦案手冊有提醒檢察官在起訴被告使用其本人犯罪所得時應審慎考量有無公益必要性以避免濫權。

（二）英國法院判決

英國法院對於單純提供帳戶供詐欺集團使用者，有的法院判決是認為成立前述犯罪所得法的第 328 條（約定罪），有的則是用第 329 條之「持有罪」判罪。

認應成立犯罪所得法第 328 條（約定罪）的案例是 *R v GH (Respondent)* [2015] UKSC 24（英國最高法院之判決）²⁰。簡述如下：（下略）

英國最高法院肯定二審法院之見解，即犯罪所得法第 328 條第 1 項之成立，並不以約定時已有犯罪財產（所得）為必要，只要在該約定付諸實行時已有犯罪財產即為已足。但第二審認「本件在約定付諸實行時，還沒有犯罪財產之存在」是錯誤的，因為當該款項被存入被告 H 之帳戶時，其本質就從被害人持有的合法財產變成主嫌 B 所持有的犯罪財產了。最高法院因而認為本件應該有可能成立犯罪所得法第 328 條第 1 項之罪，而撤銷第二審之判決，將案件發回重審（被告須進行答辯）。

至於英國下級法院對於單純提供帳戶供詐欺集團使用之案例，有一件係以 *section 328(1)* 之約定罪論罪，有一件是依 *section 329(1)* 的持有罪論罪，簡述如下

THE QUEEN - v - DERRICK KOOMSON [2018] Inner London Crown Court 案（內倫敦地方法院 2018/6/6 判決）（下略）

THE QUEEN - v - MOHAMMED ADHAM MAJID, NYANJURA EFRAZIA BISEKO,

²⁰ 本件之判決全文請參：<http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2015/24.html>

由上可知，提供帳戶者在英國是可以論以洗錢罪。

三、德國

（一）法律

德國洗錢罪之刑罰處罰規定於德國刑法第 261 條。德國刑法第 261 條第 1 項第 1 句規定：「對於源自因第 2 句所稱違法行為之財物加以隱匿，或粉飾其來源，或對於此類財物之來源調查、發現、沒收或保全加以阻礙或危害者，處 3 月以上 5 年以下有期徒刑。」

德國刑法第 261 條第 2 項至第 5 項規定：「(第 2 項)有下列情形之一者，亦同：1. 為自己或第三人取得第 1 項所規定之財物者，或 2. 於取得財物時已知悉其來源而持有，或為自己或第三人使用第 1 項所規定之財物者。(第 3 項)未遂犯罰之。(第 4 項)情節重大者，處 6 月以上 10 年以下有期徒刑。行為人以常業或以持續從事洗錢犯罪集團之成員身分犯之者，原則上為情節重大者。(第 5 項)於第 1 項或第 2 項之情形，因重大過失而不知財物係源自於第 1 項所稱之違法行為者，處 2 年以下有期徒刑或罰金。」。

此外，第 261 條第 9 項規定：「(第 1 句)犯第 1 項至第 5 項之罪，而有下列情形之一者，免除其刑：1. 行為人明知或基於客觀事實得以合理預期其犯罪事實之全部或一部尚未被發覺，因己意而向該管機關自首其犯行，或令他人代為自首者，2. 犯第 1 項或第 2 項之罪，在第 1 款規定之前提下，保全與其犯罪行為相關之財物者。(第 2 句) 因參與前置犯罪而可罰者，亦同。(第 3 句) 當正犯或共犯將源自第 1 項第 2 句所稱違法行為之財物投入流通並同時粉飾其違法來源者，不適用第 2 句免除其刑之規定。」是以，如果違犯前置犯罪之人或參與前置犯罪之人，已依據前置犯罪加以處罰者，依德國刑法第 261 條第 9 項第 2 句，本來不得再依據洗錢罪加以處罰²¹。但經由 2015 年 11 月 20 日對抗貪污法案(BGBI. I 2025)，立法者修正了德國刑法第

²¹王皇玉，洗錢罪之研究—從實然面到規範面之檢驗，政大法學評論，第 132 期，2013 年 4 月，249 頁（按：本文章所討論者應係 2015 年修訂前之舊條文）。德國聯邦最高法院於 2015 年 1 月 13 日(BGH, Beschluss vom 13.01.2015 – 5 StR 541/14)裁定撤銷下級審判決，理由之一即為：事實審法院應在證據評價時說明，被告參與計畫的犯罪行為，究竟是涉犯幫助詐欺或是洗錢。（按本案所適用者係 2015 年修訂前之舊條文）

261 條第 9 項關於為自己洗錢免刑的規定，而限縮第 2 句之個人刑罰排除事由。依此，免刑僅限於沒有提升不法之為自己洗錢的行為。依 2015 年 11 月 26 日生效之新規定，個人排除刑罰事由不再適用於以下情形，即前置犯罪參與者將源自其刑事犯罪之財物投入流通並掩飾其違法來源(參照德國刑法第 261 條第 9 項第 3 句)。立法者認為，這樣的行為危害經濟及金融循環的完整性，且相對於前置犯罪，又侵害了其他法益，因此顯現出特別的不法內涵，而不能作為與罰的後行為，隱身於前置犯罪之後(BT-Drucks. 18/6389, S. 13)。本次修法與 2018 年 12 月 2 日生效之歐盟指令(EU) 2018/1673 相符。

(二) 法院判決

以德國聯邦最高法院 2019 年 3 月 6 日之判決(5 StR 543/18)為例(下略)

另有 Essen 區法院 1994 年 1 月 12 日 37 Ls 122/93 判決(AG Essen, Urt. v. 12.01.1994 – 37 Ls 122/93)(下略)由上可知，在德國提供帳戶者是可以成立洗錢罪，至於是用故意犯或重大過失犯論罪，應是個案案情與證據認定問題。

四、日本

(一) 交付收受人頭帳戶罪

日本法關於人頭帳戶之處理，係在洗錢防制之觀念下另外制訂一項「交付收受人頭帳戶罪」。

1、作為預防資金洗淨法制之一環，單獨立法處罰人頭帳戶交易

日本不像台灣單獨設置洗錢防制法，就洗錢罪之規定，分散在「組織性犯罪之處罰及規制犯罪收益的法律」(簡稱：組織性犯罪處罰法)、「處罰提供脅迫公眾為目的犯罪行為資金的法律」(簡稱：供與恐怖主義資金處罰法)、「國際合作防止藥物犯罪之『麻醉及精神藥物取締法』等法律的特別法」(簡稱：麻藥特例法)等。另外，作為防範洗錢(資金洗淨，マネー・ローンダリング，Money laundering)之預防對策，日本在平成16年(2004年)一部修正之「金融機關本人確認法」，就金融帳戶之不正交付與收受均設有處罰規定，以遏止金融帳戶之不正利用，嗣再轉規定於平成19年(2007年)通過，隔年實施的「犯罪收益移轉防止法」。現行規定如下：

犯罪收益移轉防止法第 28 條

佯裝他人接受特定事業者基於金錢消費寄託契約所提供之業務，或使第三人接受上開特定事業者基於金錢消費寄託契約所提供之業務為目的，而受讓或收受存簿、提領現金之金融卡，或收受所提供之提領現金或匯款必要之情報者，處 1 年以下有期徒刑或科或併科 100 萬日元以下之罰金。除通常之商業交易或金融交易行為所得以外之其他無正當之理由，有償受讓或收受存簿、提領現金之金融卡，或收受所提供之提領現金或匯款必要之情報者，亦同（第 1 項）。

知悉他方有前項前段之目的，仍對該人讓與或交付存簿、提領現金之金融卡，或提供提領現金或匯款必要之情報者，與同項同。除通常之商業交易或金融交易行為所得以外之其他無正當之理由，有償讓與或交付存簿、提領現金之金融卡，或提供之提領現金或匯款必要之情報者，亦同（第 2 項）。

以犯前 2 項之罪為業者，處 3 年以下有期徒刑或科或併科 500 萬日元以下之罰金（第 3 項）。

又勸誘或以廣告或其他類似之方法引誘他人為第 1 項或第 2 項之行為者，與第 1 項同（第 4 項）。

犯罪收益移轉防止法對於人頭帳戶交付收受的處罰，是洗錢行為的防制措施，為洗錢罪之一種，此從其第 1 條規定，犯罪收益移轉防止法乃因犯罪所得可能用於組織犯罪，將助長組織犯罪，且可能移轉供事業使用，將對健全的經濟活動造成重大之不良影響，且犯罪所得之移轉亦將使剝奪犯罪所得及被害之回復造成困難，乃規定特定事業者對其等客戶於特定交易時，須為本人特定事項之確認、交易紀錄之保存、可疑交易之申報等措施，以實現防止犯罪所得被移轉之目的，可見端倪。因此帳戶的收受與交付的洗錢行為，逕由犯罪收益移轉防止法第 28 條處罰。

2、處罰之實例

A. 交付帳戶供他人使用：（下略）

提供帳戶者，既由犯罪收益移轉防止法第 28 條處罰，原則上不另外論以其他之罪。

（二）詐欺集團使用人頭帳戶時之處罰

如上所述，日本不像台灣有一部「洗錢防制法」規範洗錢相關犯行，而係將洗錢相關犯行以個別法律規範之。對於詐欺集團成員（不含提供人頭帳戶者）持用人頭帳戶掩飾、隱匿犯罪所得者，係以組織性犯罪處罰法第 10 條予以處罰。知悉而收取

犯罪所得者，則以組織性犯罪處罰法第 11 條予以處罰。其條文規定如下：

第 10 條(隱匿廣義的犯罪所得、掩飾狹義犯罪所得)

掩飾取得或處分犯罪收益等(「供與恐怖主義資金處罰法」第 3 條第 1 項、第 2 條第 1 項、第 5 條第 1 項 5 之未遂罪的犯罪行為之資金除外，本項及次條亦同)之事實，或隱匿犯罪收益等者，處 5 年以下有期徒刑或科或併科 300 萬日元以下罰金。掩飾犯罪收益之發生原因所奠基的事實者，亦同。

前項之未遂犯罰之。

預備犯第 1 項之罪者，處 2 年以下有期徒刑或科 50 萬日元以下罰金。

第 11 條 (收受廣義的犯罪所得)

知悉為犯罪收益等而收受者，處 3 年以下有期徒刑或科或併科 100 萬日圓以下罰金。但因履行法令上之義務而收受或因履行債務而收受者，訂約時(以債權人提供相當財產上利益為限)不知該契約係以犯罪收益等履行，不在此限。

關於此二條文之洗錢罪之構成要件簡要分述如下：(下略)

綜上所述，提供帳戶者在日本是論以「交付人頭帳戶罪」，本質上亦屬洗錢罪之一種。至於詐欺集團有使用人頭帳戶時，則係成立組織性犯罪處罰法第 10 條之洗錢罪。

陸、我國最高法院對於本案法律爭點之見解(略)

柒、本署對本案之法律見解

本署對本案提案之法律問題「被告提供金融帳戶提款卡及密碼給詐欺犯，嗣詐欺犯將之作為被害人匯入款項之用，被告是否成立洗錢防制法第 14 條第 1 項之一般洗錢罪？」，係採肯定說。謹就提案庭於準備程序時所提四項細部爭點，陳述意見如下：

爭點一：一般洗錢罪是否以「特定犯罪已發生」或「特定犯罪所得已產生」為必要？

本署意見：是，但特定犯罪與洗錢行為有可能部分重疊，理由如下：

一、詐欺行為之完成時點，是在被害人將款項匯進人頭帳戶之時，而不是詐欺集團提款之時

本件裁定書所列否定之理由之一稱：「至某甲自銀行帳戶內直接領出贓款，雖因此發生掩飾或隱匿贓款去向或所在之效果，惟此乃詐欺取財既遂之結果，難認構成洗錢防制法第 2 條第 2 款之洗錢行為」等語。然查，當電信詐欺之被害人將款項匯進詐欺集團控制下之人頭帳戶時，其已完成「交付」財物之行為，而詐欺集團亦已完成「收受」財物之行為，亦即，如果案件在款項匯進被害人帳戶而尚未被領出之錢時被查獲，詐欺集團仍應論以詐欺既遂而不是詐欺未遂。所以其前置犯罪（即詐欺）之完成時點，是在款項被存進人頭帳戶之時，而不是款項被領出人頭帳戶之時。換言之，在款項被匯進人頭帳戶之時，該「合法財產」已變更為「犯罪財產（犯罪所得）」。²²至於後端的提款行為已非詐欺行為之一部分，而是另一階段之洗錢行為，所以詐欺集團之前置犯罪行為與洗錢行為是可以區分清楚的。而前述美國聯邦上訴第六巡迴法院判決 *U.S. v. Prince*, 214 F.3d 740 亦指出：當被害人將款項匯進被告所能控制的銀行帳戶時，被告之詐欺行為已經完成，而該款項就已變成「犯罪財產」。另前述英國最高法院判決 *R v GH (Respondent)* [2015] UKSC 24 亦指出：當該款項被存入人頭帳戶時，其本質就從被害人持有的合法財產變成主嫌所持有的犯罪財產。所以否定說認從人頭帳戶提款只不過是詐欺行為之完成，與洗錢無關，亦屬無據。

二、使用人頭帳戶收受被害人交付之款項，本身就是隱匿犯罪所得之行為將犯罪所得使用他人名義購物，是典型的洗錢行為²²，而詐欺集團使用人頭帳戶收受被害人匯來之款項本身，同樣會發生「掩飾或隱匿特定犯罪所得之真正所有權人、處分權人或其他權益者」之效果，故本身亦應屬洗錢行為。最高法院 109 年台上字第 1681 號刑事判決即認為單單使用人頭帳戶收受被害人之匯款，無庸等待車手領現，即得成立洗錢行為。其判決理由謂：「洗錢行為旨在掩飾、隱匿犯罪及因而獲取之財產利益，自係以犯罪之不法所得為標的，雖須先獲取犯罪不法利得，然後始有洗錢可言，惟財產犯罪行為人利用人頭帳戶收取犯罪所得之情形，於被害人將款項匯入人頭帳戶之際，非但財產犯罪於焉完成，並因該款項進入形式上與犯罪行為人毫無關聯之人頭帳戶，以致於自資金移動軌跡觀之，難以查知係該犯罪之不法所得，即已形成金流斷點，發揮去化其與前置犯罪間聯結之作用，而此不啻為洗錢防制法，

²² 例如美國聯邦第十巡迴上訴法院 *United States v. Lovett*, 964 F.2d 1029 (10th Cir. 1992) 與第六巡迴上訴法院 *United States v. Beddow*, 957 F.2d 1330 (6th Cir. 1992) 等案件中，被告都是將不法所得使用第三人之名義購物，均被判定為有「隱匿或掩飾」之意圖。

為實現其防阻不法利得誘發、滋養犯罪之規範目的，所處罰之洗錢行為。從而利用人頭帳戶獲取犯罪所得，於款項匯入人頭帳戶之際，非但完成侵害被害人個人財產法益之詐欺取財行為，同時並完成侵害上開國家社會法益之洗錢行為，造成詐欺取財行為最後階段與洗錢行為二者局部重合，二罪侵害之法益不同，偏論其一，均為評價不足，自應依一行為觸犯數罪名之想像競合犯，從一重處斷。」此判決誠屬的論，蓋自從提款卡普遍被詐欺集團使用後，世界各國都已發覺到傳統洗錢階段說已被打破，亦即，本來洗錢是先有街頭犯罪獲得現金（例如販毒或搶銀行），然後犯罪所得再被納進去合法的金融體系（即所謂的處置 *placement*），再開始後段之分層化（*layering*）及整合（*integration*）。但提款卡被使用做為工具後，不法所得之產生地點本身就是在金融體系（*financial system*）裡面²³，已經不像傳統方式在時間上先有不法所得然後再開始洗錢了，亦即，有些行為本身就兼具前置犯罪與洗錢之性質，而有一行為觸犯數罪名之可能，使用人頭帳戶收受詐欺所得就是一例²⁴。此點美國法院亦有此認知，所以在前述 *U.S. v. Prince*, 214 F.3d 740 (6th Cir. 2000) 判決才會指出：「被告利用第三人收受款項，且命第三人分批小額提出，就是想避免金流之查證(*This elaborate arrangement protected Defendants from a potential paper trail.*)，縱使有少部分款項是直接匯款給被告本人，此部分也有洗錢作用，因為它掩飾了被告背後的主犯。」益足徵我國反對說拘泥於「一定要先在前置犯罪完成之後，另外有洗錢行為始能論以洗錢罪」，實乃忽視了在現代犯罪手法下，確實有同一行為兼具前置犯罪（例如詐欺）與洗錢本質之情形。

爭點二：一般洗錢罪之主觀犯意，是否必須「明知」或「知悉」（明知或預見）洗錢標的財產為犯罪所得？

本署意見：否，僅「知悉」即可，無庸到達「明知」之程度，理由如下：

維也納公約第 3 條之 *knowing* 是「知悉」而不是「明知」

本件裁定書所列否定之理由之一稱「依維也納公約第 3 條第 B、C 款，明定行為

²³ 參 Platt, S, Money Laundering – Why the Traditional Model of Money Laundering is Obsolete, available at: <https://www.riskscreen.com/kyc360/research-papers/money-laundering-why-the-traditional-model-of-money-laundering-is-obsolete/>

²⁴ 縱使認為單單以人頭帳戶收受犯罪所得尚未能構成洗錢，因車手提領現金時已構成洗錢（此點應已是貴院最近之共通見解），故提供人頭帳戶者最遲至該時點亦應與車手成立洗錢罪之共同正犯。

人必須明知（**knowing**）洗錢標的財產係源自特定犯罪，及聯合國打擊跨國有組織犯罪公約第 6 條第 A、B 款，明定行為人必須明知洗錢標的財產為犯罪所得，且均明定明知洗錢標的財產是源自特定犯罪或該特定犯罪之參與犯，從而，在特定犯罪尚未發生，或犯罪所得即洗錢標的尚未產生時，單純提供帳戶之人因未能確定而明知（**knowing**）特定犯罪已存在，亦無從明知（**knowing**）洗錢標的財產為犯罪所得，則與上開二公約所規定之定義不符」等語²⁵。然依據維也納公約之官方註解第 3.45 之解說，條文中之「知悉」（**knowing**）指行為人之知悉該財產係源自於特定犯罪中之「任何」（**any**）一種，亦即，其並無庸知悉所犯究竟是那一個特別的罪名。另維也納公約的簽約國美國之法律與法院判決亦均指出，行為人只要知悉係違反州法聯邦法或外國法之某種犯罪之所得即為已足，並不需要確定知道是何種特定罪名之不法所得。簽約國中不僅英國在法律中明定行為人只要「知悉或懷疑」該等財產利益係犯罪所得即為已足。同樣為簽約國之德國亦在法律明文將知悉擴大至重大過失而不知；簽約國澳洲亦規定為「知悉或應該可以合理知悉」，均已如前述。所以此將維也納公約第三條之 **knowing** 翻譯為「明知」並非正解，而應翻譯為「知悉」。而我國洗錢防法第二條 105 年 12 月 28 日修法之立法說明，針對第二條第三款亦載明：「判斷重點仍在於主觀上是否明知或可得而知所收受、持有或使用之標的為特定犯罪之所得」，在「明知」之後有加列「可得而知」，亦在於指出洗錢罪之主觀認識並不限於「明知」，故在我國自不得依據對維也納公約條文之誤解，將構成要件加上「明知」而排除不確定故意之適用。況維也納公約第 3 條之「知悉」係主觀條件而非客觀條件，並不能推出客觀上必須先有犯罪所得或利益，事後再起意加以掩飾或隱匿，始該當於洗錢行為之結論。

爭點三：提供帳戶給不認識之他人使用，是否該當「掩飾特定犯罪所得之去向或所在」？

本署意見：是。理由如下：

一、一般洗錢罪並未以將犯罪財產轉換為合法來源之外觀為構成要件
洗錢行為之階段雖可大別為處置（**placement**）、分層化（**layering**）及整合（**integration**）

²⁵ 108 年 11 月 20 日臺灣高等法院暨所屬法院 108 年法律座談會刑事類提案第 13 號之否定說亦同此意旨。

三階段，但洗錢罪之成立，並不須此三階段行為均有完成為必要，所以我國洗錢防制法第2條第2款才會列舉「掩飾或隱匿」二種行為，而未規定「致有合法財產之外觀」為構成要件，此觀諸105年12月28日修正之洗錢防制法第二條之立法理由「洗錢行為之處罰，其規範方式應包含洗錢行為之處置、分層化及整合等各階段。現行條文區分自己洗錢與他人洗錢罪之規範模式，僅係洗錢態樣之種類，未能完整包含處置、分層化及整合等各階段行為。」自明。所以只要被告之行為能產生掩飾或隱匿特定犯罪所得之「所有權、處分權或其他權益」（即掩飾真正所有權人）之效果，即可構成洗錢行為。前述美國聯邦最高法院在 *Regalado Cuellar v. United States*, 553 U.S. 550 (2008) 案中指出：18 U.S. Code §1956(a)(2)(B)(i)之搬運贓錢罪之成立，檢察官並無庸證明被告有「創造合法財富假象」之意圖，僅須證明「用來隱匿或掩飾」，亦同意旨。

二、洗錢行為有可能在前置犯罪發生前即已先行約定

本件一審判決對本件法律爭點採否定說，其判決理由謂：「洗錢犯罪之成立，既係以先有特定犯罪成立、產生特定犯罪所得為前提，之後始有加以掩飾或隱匿之洗錢犯罪可言；若行為人所實施之行為，已構成前階段特定犯罪之正犯或共犯，自應直接論以該特定犯罪之罪名，而無另構成洗錢犯罪之餘地。」。然犯罪人在犯罪時已預想其事後一定被依金流追查，而同時著手洗錢之安排，實為常態，所以前述英國最高法院判決 *R v GH (Respondent)* [2015] UKSC 24，才會強調洗錢罪之成立，「並不以約定時已有犯罪財產（所得）為必要，只要在該約定付諸實行時已有犯罪財產即為已足」。我國洗錢防制法第二條之立法理由既已明白指出洗錢型態包括「提供帳戶以掩飾不法所得之去向」，自無將之限縮到「必須先有犯罪所得，再提供帳戶」之理。故本件應探討者，應是提供帳戶者與詐欺集團之約定為何？而其約定又是在何時付諸實行？

三、帳戶提供者依約定不僅要提供提款卡與密碼，尚且要「不去掛失止付」

電信詐欺集團蒐集人頭銀行帳戶，依其犯罪計劃不僅要用來「收受」被害人所匯之款項，尚須能即時「領出」，所以帳戶提供者必須在一定期間內不得辦理掛失止付，詐欺集團始能將匯入之款項順利領出，故其約定之實行時點，是詐欺集團將款項領

出時，而不是在交付提款卡時。亦即，提供帳戶者之作為，不僅在於交付存摺、提款卡與密碼之積極作為，尚須有「在一定期間內不得掛失止付」之消極作為。所以提供帳戶者之犯罪行為，是持續到詐欺集團將款項全部領出之後，而非在交付提款卡等資料之時即已結束。換言之，帳戶提供者在交出提款卡給詐欺集團後，並未完全喪失其對該帳戶之實質控制權，因為該消費寄託契約仍存在於提供帳戶者與銀行之間²⁶，提供者仍然可以隨時去辦理掛失止付該帳戶²⁷（也因為提供帳戶者對該帳戶仍有管領力，美國與英國才會有法院判決對提供帳戶者論以相當於我國洗錢防制法第二條第三款之「持有贓錢罪」，而日本法院判決才會指出人頭罪之可罰性在於其可以防止帳戶被惡用而不防止，均已如前述）。故我國否定說認為提供帳戶者在交出提款卡後已喪失對該帳戶之管領力，所以無法從事洗錢行為，顯有誤解。

四、提供帳戶者與詐欺集團之約定之實現時點是在提領被害人款項之時

由於提供帳戶者與詐欺集團之約定包含「匯入前不去辦理止付」、「提領前不去辦理止付」與「授權他人提領現金」，所以提供帳戶者之犯罪行為，並不是在交出提款卡與密碼時即終止，而是持續至「款項被提領」之時。而當被害人之款項匯進人頭帳戶之時，該款項之本質已從合法產財變成犯罪財產，亦即，提供帳戶者之犯罪行為是持續至前置犯罪（詐欺行為）已完成之後，且持續至犯罪財產已產生之後。

五、提供帳戶者本人有無另外有提領行為並無礙於洗錢行為之認定

國內實務持否定說者亦常稱提供帳戶者必須另外有親自辦提領之配合行為，始有成立洗錢罪之可能。然被告有無自己再去提領其實並無法律上之重大意義，因為交出提款卡與密碼等於是授權他人去做提領行為，與本人提領本質上並無不同，亦即，提供帳戶者與詐欺集團之犯意聯絡範圍，不僅在於交付提款卡與密碼之階段，尚及於順利將款項領出之階段。也因為如此，前述美國 Oregon 聯邦地方法院的 *United States v. Rodney Paul Gregory* 案件，被告除了提供帳戶外另有配合領錢，法院是以 18 U.S. Code § 1957 之交易贓錢罪（相當於我國洗錢防制法第二條第三款之「使用或

²⁶ 依據民法第 297 條第 1 項前段「債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力。」之規定，提供帳戶者並未通知銀行其已將債權讓與，所以該消費寄託契約仍存在於提供帳戶者與銀行之間。

²⁷ 本件被告持有之台新銀行提款卡掛失手續請參：<https://www.taishinbank.com.tw/TSB/personal/credit/intro/rights/notice/right0907/> 中國信託提款卡之掛失手續請參：<https://service.ctcbank.com/FAQ/Page01?kmid=4659>

持有贓錢罪」)定罪(以認罪協商方式);而前述英國朴次茅斯地方法院 2018/10/26 THE QUEEN - v - MOHAMMED ADHAM MAJID, NYANJURA EFRAZIA BISEKO 案件,被告僅提供帳戶而由其他詐欺集團成員去辦理提領,一樣也是用相當於我國洗錢防制法第2條第3款之 section 329(1)(c) of the Proceeds of Crime Act 2002 論罪,益足徵提供帳戶者有無另外配合做提領行為,法律上並無區分實益²⁸。總之,提供帳戶者之行為必須與車手之提領行為聯結考量,而認有犯意之聯絡與行為之分担。

六、以人頭帳戶收受被害人之匯款係在掩飾犯罪所得之真正權利人,使用提款從人頭帳戶領現則係在掩飾犯罪所得之去向與所在

本件裁定書所載否定說之理由之一係「贓款未經清洗行為即被領出,並未改變詐欺犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益,而掩飾或切斷犯罪所得來源與犯罪之關聯性,且由銀行之交易明細資料,仍可清楚看出或判別何款項係被害人匯入之錢款…難認構成洗錢防制法第2條第2款之洗錢行為」,但以人頭帳戶收受被害人匯入之款項,雖不足以掩飾犯罪所得之來源與本質,但已足以發生掩飾真正所有人之效果,實務上因而查不出背後詐欺集團成員之案例多如牛毛即是明例。而以提款機領出現金,就是在製造「金流」斷點,足以發生「掩飾或隱匿特定犯罪所得之去向與所在」之效果,徵諸洗錢防制法第14前述之立法理由「洗錢犯罪本質在於影響合法資本市場並阻撓偵查」,以人頭帳戶收受提領款項當然構成洗錢防制法第2條第2款之洗錢行為。而美國、英國、德國、日本之法院亦均有論以洗錢罪之判決,已如前述。

七、被判定成立幫助詐欺罪不確定故意犯者,也一定有洗錢之主觀認識與不確定故意

我國洗錢防制法第2條第2款之洗錢行為(掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者)並沒有「意圖洗錢」這個要件,此較諸第2條第1款之文字「意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源,或使他人逃避刑事追訴,而移轉或變更特定犯罪所得」自明,所以第2條第2款之洗錢罪之成立,只要

²⁸ 美國聯邦法 18 U.S. Code § 1957 與英國 section 329(1)(c) of the Proceeds of Crime Act 2002 都有處罰持有或使用「被告本人」之特定犯罪所得,但我國僅處罰持有或使用「他人」之特定犯罪所得,所以在我國如果提供帳戶者與車手都被當成是詐欺罪之正犯或共犯,即無法用洗錢防制法第2條第3款之持有使用贓錢罪來處罰。

主觀上有「知悉所牽涉者不是一般財產而是犯罪財產」即為已足，且此「知悉」並無庸到達「明知」之程度，已如前述。再者，提供帳戶者均有被要求交出提款卡並告知密碼，故其主觀上應均知悉該帳戶不僅會被用來「收受」款項，還要用來「提領」款項，所以對於後端的洗錢行為（製造金流斷點）自可合理得知。從而在其具有犯罪之不確定故意時，認定犯罪事實為「被告依一般社會生活之通常經驗可知申請帳戶使用係輕而易舉之事，一般人無故取得他人金融帳戶使用之行徑常與財產犯罪密切相關，而可預見不自行申辦帳戶使用反而收集他人帳戶資料者，通常係為遂行不法所有意圖詐騙他人，供取得及掩飾詐得金錢所用，即可預見提供帳戶予他人使用，可能幫助犯罪份子作為不法收取款項之用，並供該人將犯罪所得款項匯入，而藉此掩飾犯罪所得之真正去向，但仍基於容任該結果發生亦不違背其本意之幫助詐欺取財與掩飾詐欺所得去向之洗錢之不確定故意」（參本件二審判決認定之犯罪事實），應係符合經驗法則²⁹。

八、提供帳戶者係洗錢防制法第 14 條第 1 項之正犯或幫助犯？

提供帳戶者縱使以幫助他人犯罪之意思參與犯罪，但其所分擔之行為係提供帳戶並授權他人提款之積極作為與不辦理掛失止付之消極作為，故其行為實持續至車手將被害人匯進之款項領出為止，所參與者係洗錢之構成要件以內之行為，故應論以正犯，且應與詐欺集團之主謀者與提款車手成立共同正犯。例如臺灣高等法院 107 年度金上訴字第 89 號以及臺南分院 108 年度金上訴字第 224 號刑事判決，亦均判定提供帳戶者係洗錢罪之正犯而非幫助犯。

爭點四：共同正犯間移轉或朋分贓款，可否成立一般洗錢罪？

首須指出者，提供帳戶者在我國至今並未被論以詐欺罪之共同正犯（提款車手才有），故所謂共同正犯間分贓是否成立洗錢罪，在本件之案型（提供帳戶者）有無討論必要，非無疑義。惟本署仍依法院所列之爭點論述如下：

²⁹ 至於提供帳戶者除了成立洗錢罪以外，是否另應論以幫助詐欺罪？並非本件之法律爭點。惟提供帳戶者主觀上應僅有「所涉之財產與特定犯罪有關」，不可能確知該犯罪之確實罪名與案情，現實務界之判決均以事後結果來推論行為時對特定罪名之主觀認識，似有未洽（例如銀行帳戶被用來收受販毒所得，豈非要論以幫助販毒罪？）。現洗錢防制法既已有修訂，依新法規定，提供帳戶者應僅論以洗錢防制法第 14 條第 1 項、第 2 條第 2 款之洗錢罪（含不確定故意犯），其認事用法始為允當。

本署意見：可，共同正犯間分贓時若有隱匿或掩飾行為仍可成立洗錢罪，理由如下：

一、共同正犯間分贓時若有隱匿或掩飾行為仍可成立洗錢罪

我國實務見多過去固有謂共同正犯間分贓不會成立洗錢罪，其立論基礎似在於分贓屬於不處罰之後行為，然洗錢之入罪化本來就是不處罰後行為理論之例外。再者，單純將犯罪所得（例如搶劫銀行得來之現金）在共同正犯間做實物交付分贓，因為另外無掩飾或隱匿之作為，本就不會成立洗錢罪。但如果共同正犯間在分贓時另有掩飾或隱匿之行為，例如利用他人名義以假買賣之方式分贓，或利用第三人名義（含人頭帳戶）轉帳提領分贓以阻止犯罪調查機關之追查，自應另外成立洗錢罪。我國最高法院 108 年度台上字第 1744 號亦認為共同正犯間之分贓仍有可能構成洗錢罪，其判決理由謂：「過去實務認為，行為人對犯特定犯罪所得之財物或利益作直接使用或消費之處分行為，或僅將自己犯罪所得財物交予其他共同正犯，祇屬犯罪後處分贓物之行為，非本條例所規範之洗錢行為，惟依新法規定，倘行為人意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，而將特定犯罪所得直接消費處分，甚或交予其他共同正犯，而由共同正犯以虛假交易外觀掩飾不法金流移動，即難認單純犯罪後處分贓物之行為，應仍構成新法第 2 條第 1 或 2 款之洗錢行為。」誠屬的論。

二、德國第 261 條第 9 項第 2 句之免除其刑規定仍有例外

所謂共犯間分贓不成立洗錢罪之說法，另一可能依據係前述德國刑法第 261 條第 9 項第 2 句之規定「因參與前置犯罪而可罰者，亦同（按：亦免除其刑（不予處罰）」。但首應強調者，我國洗錢防制法並無類似規定，我國洗錢法明顯有處罰「為自己洗錢」，且立法對於前置犯罪與洗錢罪所採之調和政策是規定在洗錢防制法之第 14 條第 3 項「不得科以超過其特定犯罪所定最重本刑之刑」，而不是直接排除洗錢罪之處罰。況德國刑法第 261 條第 9 項在 2015 年 11 月修法時增訂了第 3 句「當正犯或共犯將源自第 1 項第 2 句所稱違法行為之財物投入流通並同時粉飾其違法來源者，不適用第 2 句免除其刑之規定。」，所以如果共犯間分贓時另有掩飾或隱匿行為，仍不能免除洗錢罪之刑責，已如前述。

三、美國聯邦法院 *United States v. Santos*, 553 U.S. 507 (2008) 案判決所指之「競合

（merger）問題」在隱匿型洗錢罪並不存在

所謂共犯間分贓不成立洗錢罪之說法，另一可能依據係美國聯邦法院 Santos 案判決所指之「競合（merger）問題」。簡要言之，Santos 案判決最主要的法律爭點在於所謂犯罪所得（proceeds）係指即「利潤」（profit）或是「總收入」（receipts），以及所牽涉出的前置犯罪與洗錢罪之競合（合併）問題（merger problem）。但須注意該案被告所涉之罪名係我國所無之 18 U.S. Code § 1956(a)(1)(A)(i)之「意圖促進特定不法活動而交易髒錢罪」（即所謂之「促進型洗錢」（promotion theory），該罪是處罰「將髒錢用在促進犯罪（即髒錢滾髒錢）」（而不是處罰「將髒錢洗濯」），所以有可能在促進犯罪之過程當中無可避免地同時構成洗錢罪（例如賭場經營者將從賭客收來之賭金，用在給付員工之薪水上，此種行為同時構成賭博罪與「促進犯罪之洗錢罪」），也只有該種罪才會有競合問題。而傳統之 18 U.S. Code § 1956(a)(1)(B)(i)「隱匿髒錢罪」（即所謂之「隱匿型洗錢罪」（concealment theory）因為另外有洗錢行為，所以學者指出並不會有競合問題³⁰。而美國國會在 the Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009 (FERA)附帶通過的「國會認知」（SENSE OF CONGRESS）³¹亦僅規定當前置犯罪與洗錢罪密切不可分時（if the conduct to be charged as “specified unlawful activity” in connection with the offense under section 1956 or 1957 is so closely connected with the conduct to be charged as the other offense that there is no clear delineation between the two offenses），聯邦檢察官對洗錢罪之起訴應經司法部長或其代理人之同意並向國會司法委員會提出統計報告³²，並未規定不成立洗錢罪。況且美國此種 merger 理論只在討論前置犯罪與洗錢罪之關係，亦與共犯分贓是否成立洗錢罪無關。

四、洗錢罪與前置犯罪之法定刑孰輕孰重本就是立法政策問題

洗錢罪之法定刑有時會重於前置犯罪，本就是立法選擇，例如洗錢防制法第 3 條第 4 款之破產法第 154 條，其法定刑是 5 年以下，即輕於洗錢防制法第 14 條之法定刑

³⁰ 請參閱 Jimmy Gurule, Does "Proceeds" Really Mean "Net Profits"? The Supreme Court's Efforts to Diminish the Utility of the Federal Money Laundering Statute, 7 Ave Maria L. Rev. 339 (2008) 第 357 頁，以及 Leslie A. Dickinson, Revisiting the "Merger Problem" in Money Laundering Prosecutions Post-Santos and the Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009, 28 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 579 (2014) 第 581 頁。

³¹ Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009, Pub. L. No. 111-21, § 2, 123 Stat. 1617, 1618 (2009)

³² 聯邦檢察官辦案手冊有關此同意程序之規定請參閱：

<https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-2187-new-approval-and-reporting-requirements-certain-money-laundering>

7 年以下有期徒刑。也因此第 14 條第 3 項才會規定「前二項情形，不得科以超過其特定犯罪所定最重本刑之刑」，以求適當平衡。況且，販賣人頭帳戶者固多屬經濟弱勢者，然其等為了數千元蠅頭小利不惜犧牲他人，動輒致被害人痛失後半輩子所賴以生存之百萬元計之退休金，其惡性非輕，論以洗錢罪應非過苛，併此陳明。

本署意見小結：

我國洗錢防制法並未規定洗錢罪之行為人須「明知」交易之財產是源自於何種特定罪名，故應有不確定故意之適用，只要其主觀上知悉該財產係「源自於某種犯罪行為」，即為已足。而具有不確定故意之人頭帳戶提供者在交出存摺、提款卡及密碼時，對於該帳戶日後將被用來收受與提領款項，以及不得在款項尚未被領出前辦理掛失止付等情，亦均有所認識，故其參與行為實持續至款項提領之時。再者，前置犯罪之行為人利用與其毫無關連之人頭帳戶收受不法所得，即已發生掩飾該帳戶內款項之實際所有權之效果，如事後復經車手以提領現金方式，更難以查知該不法所得之去向，顯已構成洗錢行為。綜上，提供人頭帳戶者縱基於幫助他人犯罪之犯意，然其所參與者係構成要件以內之行為，自應成立洗錢防制條例第 14 條第 1 項、第 2 條第 2 款洗錢罪之共同正犯。

中 華 民 國 1 0 9 年 9 月 2 5 日

捌、附件清冊

最高法院 108 年台上大字第 3101 號刑事大法庭裁定摘要

主 文

行為人提供金融帳戶提款卡及密碼予不認識之人，非屬洗錢防制法第 2 條所稱之洗錢行為，不成立同法第 14 條第 1 項一般洗錢罪之正犯；如行為人主觀上認識該帳戶可能作為收受及提領特定犯罪所得使用，他人提領後即產生遮斷資金流動軌跡以逃避國家追訴、處罰之效果，仍基於幫助之犯意而提供，應論以幫助犯同法第 14 條第 1 項之一般洗錢罪。

理 由

一、本案提案之法律問題：

行為人提供金融帳戶提款卡及密碼給詐欺犯，嗣詐欺犯將之作為被害人匯入款項之用，並予提領，行為人是否成立洗錢防制法第 14 條第 1 項之一般洗錢罪？

二、本大法庭見解：

(一)洗錢防制法所稱之「洗錢」行為，依第 2 條之規定，係指：一、意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴，而移轉或變更特定犯罪所得；二、掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者；三、收受、持有或使用他人之特定犯罪所得。並於第 14 條、第 15 條規定其罰則，俾防範犯罪行為人藉製造資金流動軌跡斷點之手段，去化不法利得與犯罪間之聯結。申言之，洗錢防制法之立法目的，在於防範及制止因犯第 3 條所列之特定犯罪而取得或變得更之財物或財產上利益及其之孳息，藉由包含處置（即將特定犯罪所得直接予以移轉或變更）、分層化（即以迂迴層轉、化整為零之多層化包裝方式，掩飾或隱匿特定犯罪所得）及整合（即收受、持有或使用他人之特定犯罪所得，使之回流至正常金融體系，而得以合法利用享受）等各階段之洗錢行為，使其形式上轉換成為合法來源，以掩飾或切斷特定犯罪所得與犯罪之關聯性，而藉以逃避追訴、處罰。

(二)行為人提供金融帳戶提款卡及密碼供他人使用，是否成立一般洗錢罪，須處理下列 3 項核心問題：

1.一般洗錢罪是否以「特定犯罪已發生」或「特定犯罪所得已產生」為必要？

參酌洗錢防制法第 3 條、第 4 條第 2 項立法說明：「洗錢犯罪之處罰，其有關前置犯罪之聯結，並非洗錢犯罪之成立要件，僅係對於違法、不合理之金流流動起訴洗錢犯罪，作不法原因之聯結」、「洗錢犯罪以特定犯罪為前置要件，主要著眼於對不法金流軌跡之追查，合理建構其追訴基礎，與前置之特定犯罪成立與否，或是否有罪判決無關」等旨，一般洗錢罪與特定犯罪係不同構成要件之犯罪，各別行為是否該當於一般洗錢罪或特定犯罪，應分別獨立判斷，特定犯罪僅係洗錢行為之「不法原因聯結」，即特定犯罪之「存在」及「利得」，僅係一般洗錢罪得以遂行之情狀，而非該罪之構成要件行為。特定犯罪之既遂與否和洗錢行為之實行間，不具有時間先後之必然性，只要行為人實行洗錢行為，在後續因果歷程中可以實現掩飾、隱匿

特定犯罪所得之效果，即得以成立一般洗錢罪，並不以「特定犯罪已發生」或「特定犯罪所得已產生」為必要。

2.一般洗錢罪之主觀犯意，是否必須「明知」或「知悉」（明知或預見）洗錢標的財產為犯罪所得？

我國洗錢防制法對於洗錢之定義，所參酌之聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約（又稱維也納公約）第3條第1項第b、c款，以及聯合國打擊跨國有組織犯罪公約第6條第1項第a、b款之中文版，雖將行為人必須「**knowing**」洗錢標的財產是源自特定犯罪所得之「**knowing**」翻譯為「明知」。但洗錢防制法第2條修正之立法說明第4點，已敘明有關是否成立該條第3款洗錢行為之判斷重點「在於主觀上是否明知或可得而知所收受、持有」，即不以「明知」為限。且英美法之犯罪主觀要件與我國刑法規定差異甚大，解釋上不宜比附援引，而應回歸我國刑法有關犯罪故意之規定處理，對於構成犯罪之事實，除法律明定以「明知」為要件，行為人須具有確定故意（直接故意）外，犯罪之故意仍應包含確定故意、不確定故意（未必故意或間接故意），洗錢行為並無「明知」之要件，在解釋上自不能限於確定故意。

3.提供金融帳戶提款卡及密碼予不認識之他人使用，是否係洗錢防制法第2條規定之「洗錢」行為？

(1)提供金融帳戶提款卡及密碼之行為人，因已將帳戶之提款卡及密碼等物件提供他人使用，失去對自己帳戶之實際管領權限，若無配合指示親自提款，即無收受、持有或使用特定犯罪所得之情形，且無積極之移轉或變更特定犯罪所得之行為，故非屬洗錢防制法第2條第1款、第3款所稱之洗錢行為。(2)洗錢防制法第2條修正之立法說明第3點雖謂「…四提供帳戶以掩飾不法所得之去向，例如：販售帳戶予他人使用…」等語，似以販售帳戶為洗錢類型之一，然其僅係單純之舉例，並未說明何以與掩飾、隱匿之要件相當。而文義解釋為法律解釋之基礎，立法者之意思僅屬對構成要件文義之眾多解釋方法之一，仍須就法條文字之規範目的及保護利益具體分析。一般而言，洗錢防制法第2條第2款之掩飾、隱匿行為，目的在遮掩、粉飾、隱藏、切斷特定犯罪所得與特定犯罪間之關聯性，是此類洗錢行為須與欲掩飾、隱匿之特定犯罪所得間具有物理上接觸關係（事實接觸關係）。而提供金融帳戶提款卡及密碼供他人使用，嗣後被害人雖匯入款項，然此時之金流仍屬透明易查，在

形式上無從合法化其所得來源，未造成金流斷點，尚不能達到掩飾或隱匿特定犯罪所得之來源、去向及所在之作用，須待款項遭提領後，始產生掩飾、隱匿之結果。故而，行為人提供金融帳戶提款卡及密碼，若無參與後續之提款行為，即非洗錢防制法第 2 條第 2 款所指洗錢行為，無從成立一般洗錢罪之直接正犯。

(三)提供金融帳戶提款卡及密碼之行為人是否成立一般洗錢罪之幫助犯？

1.特定犯罪之正犯實行特定犯罪後，為掩飾、隱匿其犯罪所得財物之去向及所在，而令被害人將款項轉入其所持有、使用之他人金融帳戶，並由該特定犯罪正犯前往提領其犯罪所得款項得手，如能證明該帳戶內之款項係特定犯罪所得，因已被提領而造成金流斷點，該當掩飾、隱匿之要件，該特定犯罪正犯自成立一般洗錢罪之正犯。

2.刑法第 30 條之幫助犯，係以行為人主觀上有幫助故意，客觀上有幫助行為，即對於犯罪與正犯有共同認識，而以幫助意思，對於正犯資以助力，但未參與實行犯罪之行為者而言。幫助犯之故意，除需有認識其行為足以幫助他人實現故意不法構成要件之「幫助故意」外，尚需具備幫助他人實現該特定不法構成要件之「幫助既遂故意」，惟行為人只要概略認識該特定犯罪之不法內涵即可，無庸過於瞭解正犯行為之細節或具體內容。此即學理上所謂幫助犯之「雙重故意」。金融帳戶乃個人理財工具，依我國現狀，申設金融帳戶並無任何特殊限制，且可於不同之金融機構申請多數帳戶使用，是依一般人之社會通念，若見他人不以自己名義申請帳戶，反而收購或借用別人之金融帳戶以供使用，並要求提供提款卡及告知密碼，則提供金融帳戶者主觀上如認識該帳戶可能作為對方收受、提領特定犯罪所得使用，對方提領後會產生遮斷金流以逃避國家追訴、處罰之效果，仍基於幫助之犯意，而提供該帳戶之提款卡及密碼，以利洗錢實行，仍可成立一般洗錢罪之幫助犯。

(四)綜上，行為人提供金融帳戶提款卡及密碼予不認識之人，固非屬洗錢防制法第 2 條所稱之洗錢行為，不成立一般洗錢罪之正犯；然行為人主觀上如認識該帳戶可能作為收受、提領特定犯罪所得使用，他人提領後會產生遮斷資金流動軌跡以逃避國家追訴、處罰之效果，仍基於幫助之犯意而提供，則應論以幫助犯一般洗錢罪。

中 華 民 國 109 年 12 月 16 日

【第十二案】楊○嬌證券交易法案

題目：非常規交易罪與特別背信侵占罪二者間之法律關係

爭點：證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之「非常規交易罪」與同條項第 3 款「特別背信侵占罪」二罪間，其關係究係想像競合，抑或法規競合？

最高檢察署刑事大法庭辯論意旨書

原文目錄

壹、與本案法律問題相關之事實概要與法律爭點相關之本案事實

貳、本案下級法院對上開法律問題之見解

參、我國相關實務見解（略）

一、與想像競合有關之一般實務見解（略）

（一）同種想像競合（略）

（二）異種想像競合（略）

（三）以法益區分之（略）

二、與系爭犯罪事實相關之法律適用（略）

（一）採想像競合說者（略）

（二）採法規競合說者（略）

肆、我國相關學說（略）

一、與想像競合及法規競合有關之學說（略）

二、與本案法律爭點有關之學者見解（略）

伍、外國立法例

一、德國法

二、日本法

三、美國法

陸、本署意見

一、法規競合之成立條件

二、本案系爭犯罪行為不應成立法規競合

三、本案系爭犯罪行為應成立想像競合犯

柒、結論

捌、附件清冊

壹、與本案法律問題相關之事實概要與法律爭點相關之本案事實

本案相關事實係原審判決（臺灣高等法院臺南分院 106 年度金上重訴字第 329 號判決）「事實 5」所認定，被告 A 公司負責人楊○嬌明知 B 公司無施作某工程之能力，取得工程合約後，不實際施作，而與 B 公司負責人陳○堂二人，共同圖為自己或他人之利益，基於非常規交易之犯意聯絡，由楊○嬌違背職務，佯由陳○堂以 B 公司名義，承包施作該工程，將工程款扣除補貼稅額後，面退回予楊○嬌，以此方式掏空 A 公司資產新臺幣（下同）5,082 萬元，致 A 公司受有重大損害之犯罪事實部分。

貳、本案下級法院對上開法律問題之見解

1. 被告楊○嬌、陳○堂均係違反證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易罪、同法第 171 條第 1 項第 3 款特別背信罪。
2. 被告楊○嬌與張○毅對於違背職務，以非常規交易掏空「A 公司」之行為，有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。被告陳○堂雖未受「A 公司」委任，然與「A 公司」之董事長張○毅、財務處處長楊○嬌等共同虛構工程款，將虛構之工程款以提領現金，或匯入被告楊○嬌實質控制帳戶內之方式，實際參與掏空「A 公司」，對於證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款部分，仍應依刑法第 31 條第 1 項規定以正犯論。
3. 被告楊○嬌、陳○堂所犯證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款部分，及被告楊○嬌違反證券交易法第 179 條、第 174 條第 1 項第 5 款之帳簿文書記載不實，與被告陳○堂另涉犯商業會計法第 71 條第 1 款部分，皆以工程施工之機會，為掏空「A 公司」資產之階段行為，具有行為局部之同一性，參照最高法院 101 年度台上字第 2449 號判決見解，應認屬一行為同時觸犯數罪名之想像競合犯，故被告楊○嬌、陳○堂應依刑法第 55 條之規定，從一重之證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款特別背信罪處斷。

4. 起訴意旨雖未論及被告楊○嬌、陳○堂亦涉犯證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易之罪名，然此部分既與上開特別背信罪，具有想像競合之裁判上一罪關係，為起訴效力所及，本院自應併予審判。

叁、我國相關實務見解(略)

肆、我國相關學說(略)

伍、外國立法例

一、德國法

德國刑法第 52 條是犯罪單數(Tateinheit)，即想像競合(Idealkonkurrenz)之規定。現行德國刑法第 52 條規定：「(第 1 項)同一行為觸犯多數刑法規定或同一刑法規定多次者，僅宣告一個刑罰。(第 2 項)觸犯多數刑法規定者，依最重法定刑之規定宣告其刑。宣告之刑不得低於其他可適用之規定所容許者。(第 3 項)法院在第 41 條¹之前提下，得另在徒刑外宣告罰金。(第 4 項)於所適用規定之一規定或允許從刑、附隨效果與處分(第 11 條第 1 項第 8 款)者，必須或得宣告之。²」其中德國刑法第 11 條第 1 項第 8 款之規定為：「稱處分者，謂任何一種矯治與保安處分、沒收及制作文書設備之禁用處分。」

「法規競合」係行為人出於一犯意，客觀僅為一犯罪行為，不但犯罪對象單一，且遭受侵害之法益亦屬單數，雖有數法條同時對此犯罪行為規範，然因行為人只侵犯一法益，亦應被評價為僅犯單純一罪，故雖有數法條為規範，但只能以最適當之法條論罪。有關法規競合(Gesetzeskonkurrenz)³，德國刑法並未設有明文規定（我國刑法

¹ 德國刑法第 41 條規定：「犯罪行為人透過犯罪而獲利或獲利未遂，且考量犯罪行為人之個人及經濟狀況後併科罰金仍屬適當者，得於宣告有期徒刑外，另宣告原不得或僅得擇一宣告之罰金。」本文德國刑法之中譯，均係參照「何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，二版第 1 刷，2019 年 7 月」之內容。

² 條文原文：「Strafgesetzbuch (StGB)§ 52 Tateinheit

(1) Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt.

(2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.

(3) Geldstrafe kann das Gericht unter den Voraussetzungen des § 41 neben Freiheitsstrafe gesondert verhängen.

(4) Auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Absatz 1 Nummer 8) muss oder kann erkannt werden, wenn eines der anwendbaren Gesetze dies vorschreibt oder zulässt.」引自以下網頁：

http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_52.html。

³ 法規競合的用語容易令人誤解，因為實際上法規並沒有競合，是以漸漸以法律單數(Gesetzeinheit)的概念取代之。Sternberg-Lieben/Bosch, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 52 ff., Rn. 102.

及日本刑法亦然)，而任由學說及實務傳統上有關法律單數(Gesetzeseinheit；或稱法律單一性)之理論操作。所謂法規競合，是指單數行為表現上、形式上同時該當了數個(或數次)犯罪構成要件，但實質上因為有特別關係(Spezialität)、吸收關係(Konsumtion)、補充關係(Subsidiarität；或譯從屬關係)⁴，而使其中一個構成要件應優先適用，並進而排斥其他構成要件的適用⁵因此學說上，稱之為「非真正競合(unechte Konkurrenz)」。

某一犯罪行為雖在形式上構成二個以上罪名，然因行為人只侵犯一法益，其犯罪構成要件亦屬單一，本應被評價為僅犯單純一罪，故雖有數法條為規範，但只能以最適之法條論罪。(例如，甲謀殺乙，係觸犯德國刑法第 211 條之謀殺罪(Mord)，不再依同法第 212 條的殺人罪(Totschlag)論處；甲受乙之請託殺人，亦逕成立德國刑法第 216 條之受囑託殺人罪(Tötung auf Verlangen)，不另構成殺人罪。被告搶劫銀行，即逕依德國刑法第 249 強盜罪(Raub)論處，不再成立同法第 240 條的強制罪(Nötigung)或第 242 條的竊盜罪(Diebstahl)。

法條競合的法律效果是一個構成要件應優先適用而排斥其他構成要件，但未適用的規定得於量刑時從重加以考慮。依遭到排除適用的法律，也可宣告從刑、附隨效果、保安處分以及利得沒收和犯罪物沒收，其結果與德國刑法第 52 條想像競合的規定，實質上並無差異⁶。而想像競合會對犯罪行為人所違反的每條競合的法律規定宣告有罪，這就是想像競合與法規競合原則上的區別，即想像競合之犯罪的不法內涵僅能透過適用多數法律規定才能適切地表達，也稱之為想像競合的「釐清功能(Klarstellungsfunktion)」⁷。若比較想像競合與法規競合的法律效果，除了在法規競合的情形，較輕罪可能具有優先地位之外，其實少有區別⁸。

二、日本法

(一) 想像競合(觀念的競合)

⁴ 有學者認為還可加上第 4 種關係，即兩罪之一屬於「不罰的後行為」(Straflose Nachtat) Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, §18, Rn. 1617.惟此一見解因涉及數行為，與本意見書所討論之一行為為所犯之罪之問題並不相符，在此置而不論。

⁵ 林鈺雄，新刑法總則，2018 年 9 月，六版第 1 刷，第 602 頁至第 608 頁。

⁶ 惟法條競合之特別關係，未適用的法律之最輕本刑不具有封鎖效果。也有學者主張法條競合之補充關係，未適用的法律亦無封鎖效果。BGHSt 1, 152; 19, 188; 10, 312, 8, 46. Thomas Fischer, Beck'sche Kurz-Kommentare, Strafgesetzbuch, 63. Aufl. 2016, Vor § 52 Rn. 44-45. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, 30. Aufl. 2019, StGB Vorbemerkungen zu den §§ 52 ff. Rn. 103.

⁷ Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, §18, Rn. 35.

⁸ Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, §18, Rn. 39.

日本刑法第 54 條規定一個行為觸犯二個以上罪名時等之處理，第 1 項規定：「一個行為觸犯二個以上之罪名，或者犯罪之手段或結果行為觸犯他罪名時，從最重之刑處斷。⁹」前段即通稱「想像競合」(觀念的競合)之規定，係科刑上一罪的規定。

日本最高法院對於「一個行為」，在昭和 49 年 5 月 29 日最高裁判所大法廷裁判，提出判斷標準：「刑法 54 條 1 項之一個行為，指脫離法的評價而捨棄構成要件的自然觀察下，行為人之舉止，於社會觀念上，僅受到一個評價。¹⁰」

(二) 法條競合(競合的單純一罪)

法條競合係指一個行為在外觀上雖似有數個構成要件均充足，惟就其中一個構成要件予以評價，而排斥其他的構成要件，包括特別關係、補充關係、擇一關係、吸收關係¹¹。

特別關係，指所犯之罪有一般法與特別法的關係存在，特別法排斥一般法之適用，諸如常習賭博罪與賭博罪、強姦罪與強制猥褻罪、同意殺人與普通殺人罪、森林竊盜罪與竊盜罪。

補充關係指所犯之罪有基本法與補充法的關係存在，基本法排斥補充法的適用，如現住建造物等放火罪為基本罪，非現住建造物之放火罪為補充罪等。

擇一關係指所犯之罪有排他關係，一罪成立，另外一罪就不成立，如侵占罪與背信罪、竊盜罪與侵占罪、誘拐未成年人罪與營利誘拐罪。

吸收關係指所犯之罪中，充足數個構成要件，評價以較重法定刑之構成要件為已足，並另以保護法益同質與否，區分同質吸收關係與異質吸收關係，前者如持有殺意而凶器殺人，傷及其身體，殺人罪與預備、未遂殺人罪之關係；後者如持凶器殺人，殺害之際所著衣物毀損，殺人罪與器物毀損罪之關係。

(三) 想像競合與法條競合之區別

想像競合係一個行為產生數個結果(數罪)，然而法條競合為單純一罪，因為數個罰則間的優先關係(特別關係、補充關係、擇一關係、吸收關係)，故僅成立一個犯罪¹²。

⁹ 原文：第 54 條第 1 項 一個の行為が二個以上の罪名に触れ、又は犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるときは、その最も重い刑により処断する。

¹⁰ 最大判昭和年 5 月 29 日刑集第 28 卷 4 号 114 頁，<https://reurl.cc/R1zQmD>(最後瀏覽：2020 年 9 月 22 日)。

¹¹ 中山善房，收於大塚仁、中山善房、古田佑紀、河上和雄(編)，大コンメンタール刑法〈第 4 卷〉第 43 条～第 59 条，青林書院，2013 年 10 月，193 頁。

¹² 木山暢郎，收於川端博、西田典之、原田國男、三浦守、大島隆明(編著)，裁判例コンメンタール刑法〈第

如以日本法觀念評價本案，似屬行為人之一個行為產生數個結果(數罪)的想像競合，因為其數罰則之間，並無特別、補充、擇一、吸收等法條競合關係。

三、美國法

美國法並無歐陸法系「想像競合犯」與「法規競合」之概念，欲瞭解美國法近似之法律規定，需從瞭解美國法「審判範圍」及「既判力」著手。此處僅介紹與審判範圍有關之美國法規定及實務。

美國刑法有關罪數的計算，係採一行為成立一個罪名之方式，檢察官對被告以某一行為觸犯某一罪名之指控，稱為訴因(count)¹³。為使審判範圍具體、特定，便於被告及辯護人採取防禦措施，及衡量起訴是否已達起訴門檻，因此起訴書除記載可確定被告人別之基本資料外，訴因必需載明被告犯行、所犯罪名及依據之法律條款，而犯行則主要記載犯罪構成要件相關之事實。美國聯邦刑事訴訟程序規則第7條規定：「(a)起訴文件之種類：1.重罪：最重法定刑為死刑或超過一年以上有期徒刑之罪，除刑事藐視法庭罪外，應經大陪審團之起訴。2.輕罪：最重法定刑為一年以下有期徒刑之罪，可依本規則58(b)(1)之規定起訴(information)。(b)拋棄大陪審團審查權：最重法定刑為一年以上有期徒刑之罪，被告經公開法庭告知控訴之性質及其權利後，可拋棄由大陪審團審查起訴之權利，而由檢察官以information之方式起訴。(c)性質及內容：1.原則：無論是由大陪審團名義出具的indictment，或由檢察官出具的information，均應以書面為之，清晰、簡要、明確地敘述符合其所控訴犯行之構成要件之關鍵基本事實；並由檢察官簽名。……訴因(count)可引用其他訴因內記載之指訴內容，訴因可主張被告犯罪之方法不明，或被告犯罪之方法使用一個或多個特定的方法。對於每一訴因，起訴文件應就被告所犯之實定法、規則或其他法律條文，提供官方或慣用之引註方式……¹⁴」

美國聯邦刑事訴訟規則第7條(e)項規定：不經大陪審團之起訴書(information)，判決前於符合同一犯行及不妨害被告防禦權的前提下，法院得容許檢察官修正或

1 卷〉第1條~第72條，立花書房，2006年7月，443頁。

¹³ 在英美法中，民事訴訟與刑事訴訟均採「訴因」制度，訴因即控方指控被告的具體案由(A count is a distinct statement of plaintiff's cause of action (126 F. Supp. 395, 397)). 而所謂的控方，在刑事案件中係指檢察官（通稱prosecutor或the prosecution，實際名稱各國不一）而言。在刑事起訴書中，一個訴因即對某一具體犯罪的明確指控（In indictment, a count, like a charge, is an allegation of a distinct offense(167 S.W. 2d 192,19)，原則上一個可罰行為即觸犯一個罪名，即一個訴因。一份起訴書可能包含一個或數個訴因，即一個罪或數個罪。參見Steven H. Gifis, Law Dictionary, 5th Ed. 2003, Barron's; Legal Dictionary, 3dr Ed. 2007.

¹⁴ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 7

變更起訴書所載之內容¹⁵。依此規定，判決前在不追加另一犯行或變更為不同犯行及不損及被告實體權利之情況下，法院得允許檢察官修正起訴書（information）。依美國實務見解¹⁶，此條同一性之範圍比後述美國法判斷審判範圍之標準(lesser included offense)寬，其判斷重點是起訴書修正是否對被告之防禦權產生侵害，若未產生實質侵害，法院應予容許。

在案件同一性的前提下，美國法院於對被告防禦權沒有造成不利之情形時，應允許檢察官對其起訴書為變更，變更應以書面為之，犯罪事實與所犯法條及罪名之變更可能連動，也可能無關。不在起訴書所特定範圍內之犯罪事實及罪名，除非經檢察官變更，否則法院無審判權利或義務。

美國法的審判範圍與既判力範圍二者並不相同，審判範圍係考量權力分立、被告防禦權、訴訟經濟等因素，以犯罪事實及罪名是否業經檢察官起訴為判斷基準。如果先後二訴之起訴事實不同，例如被告甲涉嫌同時同地強盜乙、丙 2 人，檢察官先起訴被告強盜乙，再起訴被告強盜丙，雖然罪名相同，但起訴之事實不同，應屬合法¹⁷。

美國聯邦刑事訴訟規則第 31 條（c）規定審判範圍：「法院得就起訴罪名之未遂罪、起訴罪名要件中所包含之罪或該罪之未遂罪判決被告有罪。¹⁸」因某些犯罪相互比較，有所謂 lesser included offense 的情形，亦即 A 罪名之構成要件，在 B 罪中全部都有，且 B 罪尚有其他構成要件為 A 罪所無，則 A 罪為 lesser included offense，在實務上，起訴上述 B 罪名，法官可指示陪審團於 B 罪不成立時，得就 A 罪認定成罪。亦即起訴罪名之構成要件包括其他較輕罪名全部之構成要件，則該輕罪為審判範圍所涵括，但法院不得變更輕罪為重罪或非起訴法條構成要件所全部包括之其他罪名。例如起訴殺人罪，法院得變更法條為傷害致死罪或過失致死罪；檢察官起訴強制性交罪，法院得變更為妨害自由罪。檢察官起訴傷害致死罪，法院不得改判殺人罪；起訴妨害自由罪，法院不得改判為強制性交罪或詐欺

¹⁵ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 7(e), "Amendment of Information. The court may permit an information to be amended at any time before verdict or finding if no additional or different offense is charged and if substantial rights of the defendant are not prejudiced."

¹⁶ Virgin Islands v. Bedford, 671 F.2d 758 (3rd Cir. 1982).

¹⁷ 王兆鵬，論一事不再理之憲法原則(上)，台灣本土法學雜誌，第 80 期，2006 年 3 月，51 頁，64 頁。

¹⁸ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 31(c), "Conviction of Less Offense. The defendant may be found guilty of an offense necessarily included in the offense charged or of an attempt to commit either the offense charged or an offense necessarily included therein if the attempt is an offense."

罪¹⁹。

美國法並無類似我國想像競合犯從一重處斷的規定，被告一行為構成數罪名，此數罪名均可予以起訴、判刑。聯邦最高法院在 *Missouri v. Hunter*²⁰案表明：禁止雙重危險之射程範圍係以國會立法目的為界限，國會立法明示某一刑罰係外加於其他法定刑罰，則在同一起訴文件中，對被告之一行為以二種不同之法條予以處罰，並不違憲。例如法院准許被告停止羈押之條件為交保期間不得再犯罪，若被告交保期間持有毒品，同時涉嫌藐視法庭罪及持有毒品罪，檢察官得一併起訴該二罪，法院應就該二罪判決。但法院不得就未經起訴之犯罪審判，若檢察官只起訴被告藐視法庭罪²¹，法院不得以想像競合犯之理由，判決被告犯持有毒品罪。²²

陸、本署意見

一、法規競合之成立條件

- （一）本署以為，欲辨別與一行為有關之數個犯罪構成要件，其間究屬想像競合犯關係，或係法規競合之關係，其主要判斷標準，依前通說所示，仍以受侵害之法益為單一法益或複數法益為斷。
- （二）所謂想像競合犯，依德、日及我國通說，係一個行為同時侵害數個法益，本即成立數罪，然因行為單一，故在行為之應罰評價上，僅依刑罰重點定其應予處罰之罪名。
- （三）所謂法規競合，是指侵害單一法益之單一行為，雖在形式上該當數個犯罪構成要件，但實質上因為各構成要件間具有特殊之關係，致其中一個構成要件或罪名必須優先適用，進而排斥其他構成要件或罪名的適用。易言之，「法規競合」係行為人出於一個犯意，客觀上僅遂行一個犯罪行為，不但犯罪對象單一，且遭受侵害之法益亦屬單數，雖有數法條同時對此行為為規範，仍應僅被評價為觸犯單一犯罪，而以最適當之法條論罪並處罰。
- （四）法規競合之得以成立，必須相關行為所該當之犯罪構成要件間，具有特別關

¹⁹ 王兆鵬，論審判之範圍，月旦法學雜誌，147期，2007年8月，142頁以下；152頁。

²⁰ *Missouri v. Hunter*, 459 U.S. 359 (1983).

²¹ 由於實務經常出現同一行為可能符合多種刑罰條文之情形，檢察官如何選擇起訴之條文，即非常重要。美國聯邦及各州就此點，均給予檢察官高度裁量權，其理由為：就某一犯行選擇處罰依據，必須考量政府執法之立場、資源及各種複雜的因素，法官並不適合作此決定；再者，陪審團審判制度之所以得以運作，是因為超過 90% 之案件以認罪協商方式定罪，而檢察官對起訴條文之絕對裁量權，是認罪協商得以進行之基礎。

²² 以上與犯罪競合有關的美國法制資料，係由最高檢察調辦事檢察官吳巡龍提供。

係、吸收關係或補充關係等三種關係之一，於評定系爭行為究竟觸犯何罪之「論罪階段」伊始，即須決定應成立何罪，而應排除另一或其他犯罪構成要件之適用；並非兩罪均認成立後，才決定依何犯罪規定處罰。後者係想像競合，而非法規競合。

- (五) 上述三種關係均具有一共同特點，即二構成要件行為或數行為中，必有某一構成要件行為，除已具足另一構成要件行為之全部共通要素外，另又具有被涵攝(或被包攝)之構成要件所未具備之特別件要素或完整成罪因素。其中，具有包含共通要素與特別要素在內之構成要件，涵攝僅具共通要素者，成立特別關係；具有主要要素之構成要件，涵攝僅具伴隨要素者，成立吸收關係；具有完足要素之構成要件涵攝僅具行為階段或參與關係之未完足要素者，成立補充關係。前者涵攝後者，從而排除後者的適用。一行為形式上可成立之諸罪名或諸構成要件間，若未具有此一涵攝關係者，即不構成法規競合，而必須形成法律上的數罪關係，亦即一行為觸犯罪名的想像競合犯關係。

二、本案系爭犯罪行為不應成立法規競合

- (一) 本件刑事提案裁定所舉述之法規競合說，認為：依證券交易法第 171 條立法意旨、立法過程及該上開 2 款規定之文義觀之，證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之使公司為不利益交易罪，與同條項第 3 款之特別背信罪間，係狹義法與廣義法之關係，後者乃前者之補充性規定，且二者均同為刑法背信罪、侵占罪、詐欺罪等罪之特別規定。若行為人所為成立使公司為不利益交易罪，縱其行為亦符合上開特別背信罪之犯罪構成要件，依狹義法優於廣義法之法規競合原則，即應擇一論以使公司為不利益交易罪，不能再論以特別背信罪，此乃因法規競合法理所使然。但特別背信罪既為使公司為不利益交易罪之補充規定，是縱行為人所為經評價不符合使公司為不利益交易罪之犯罪構成要件，亦仍有成立特別背信罪之可能，此端視行為人之行為是否符合該罪之犯罪構成要件而定，其間之關係，即類同於刑法第 304 條之強制罪，與刑法以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利為內容之其他特別刑罰規定（如強盜、強制性交、略誘、擄人勒贖等罪）間之關係（最高法院 106 年度台上字第 205 號判決採此見解）。

- (二) 實則，本案系爭事實所涉二罪之構成要件間，並不具備前述三種涵攝關係之

一，實無構成法規競合之餘地。至 106 年度台上字第 205 號判決所稱之「狹義法優於廣義法之法規競合原則」，不但並非學界通說，亦未為實務界所廣採。所謂「廣義法」與「狹義法」之概念，涵意極其寬泛，其學說或理論依據為何？二者具體區隔何在？該判決並未作任何交待，實不宜貿然引為法規競合之適用原則。

（三）揆諸上述有關法規競合關係之說明，該判決所稱，第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易罪所保護之法益為投資之權益及證券市場秩序，同條項第 3 款特別背信侵占罪，其保護之法益則為公司之財產法益，二者性質差異甚大，既不存在通說所謂行對階段或參與關係之「補充關係」。亦不存在任何通說所稱之「特別關係」，則該判決所謂「（第 171 條第 1 項第 2 款之）「特別背信罪」既為「（同條第 1 項第 3 款）使公司為不利益交易罪之補充規定」等語，其意義及依據何在？即令人難以索解，毫無採為本案法律見解之價值²³。

三、本案系爭犯罪行為應成立想像競合犯

誠如本案裁定所言，證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之「非常規交易罪」及同條項第 3 款「特別背信侵占罪」所保護之法益，確實有所不同。該法前揭條項第 2 款所保護者，一者為含公司聲譽形象在內之一般性利益，二者為公司股東、員工、債權人及一般投資人對大眾對公司可得合理期待之權益，三者則係證券市場之穩定與金融秩序之維護等社會性法益。而該條項第 3 款所保護者，則為公司與及股東所擁有之財產法益。後者所侵害之法益，係直接而具體之財產法益，受害者主要為公司本身。前者所侵害之法益，對公司而言，為該公司之商譽；對公司投資者及權利人而言，為期待公司正當經營所衍生之利益；對社會而言，為證券市場穩等社會利益，法益類別有異，其侵害範圍更為廣泛，影響尤為深遠。總之此二遭受侵害之法益，性質各異，內涵有別，範圍亦有大小之別，確屬不同種類及內涵之法益。是對此二法益造成侵害之上開二款犯罪行為，顯屬構成要件不同之二罪，應無爭論。原審判決認為被告二人係以一行為觸犯上開二罪名，應依想像競合犯論處，而非屬法規競合之擇一適用而成立單一犯罪，洵屬正確。

²³ 若依該判決法律見解末後所述，「其間之關係，即類同於刑法第 304 條之強制罪，與刑法以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利為內容之其他特別刑罰規定（如強盜、強制性交、略誘、擄人勒贖等罪）間之關係」等語觀之，該法律見解之真義，似乎為認為此二犯罪構成要件具有概括構成要件與個別構成要件間之「特別關係」存在，揆諸前揭說明，顯與常理及學者通說有違，毫無說服力可言。

柒、結論

綜上論述，本案被告共犯證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之「非常規交易罪」及同條項第 3 款「特別背信侵占罪」二罪間，應成立想像競合犯，自應依刑法第 55 條之規定，從其重者處斷。

此致

最高法院

中 華 民 國 1 0 9 年 9 月 2 6 日

捌、附件清冊

最高法院 109 年度台上大字第 2261 號刑事裁定主文

行為人以一行為該當證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款不合營業常規交易罪、第 3 款特別背信罪之構成要件時，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷。

【第十三案】張○龍廢棄物清理法案

爭點：廢棄物清理法第 46 條第 4 款前段之非法清理廢棄物罪，其犯罪主體是否以執行業務（即以從事廢棄物清除、處理為業）者為限？

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

原文目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實

貳、本案一二審判決對上開法律爭點之見解

參、本案所涉及之我國法律條文與立法理由

一、我國廢棄物清理法第 41 條歷來修正條文與立法理由

二、我國廢棄物清理法第 46 條歷來修正條文與立法理由

三、廢棄物清理法第 46 條與第 41 條歷年版本對應表

肆、本案所涉及法令之外國立法例

一、美國法

（一）聯邦法

（二）州法，以密西根州為例

二、英國法

三、德國法

四、日本法

五、法國法

伍、本署對本案之法律見解

一、廢棄物清理法第 41 條與 46 條所規範的行為主體並不相同，前者限於「從事廢棄物清除處理業務者」，後者則否

二、廢棄物清理法第 46 條雖然規範任何人，但僅處罰未領有許可文件而「受託」清除、處理廢棄物者

三、採否定說但限縮在「受託」清理廢棄物之解釋方式，符合外國立法例之宗旨

陸、附件清冊

壹、與法律爭點相關之本案事實（略）

貳、本案一二審判決對上開法律爭點之見解（略）

參、本案所涉及之我國法律條文與立法理由（略）

肆、本案所涉及法令之外國立法例

一、美國法

（一）聯邦法

美國聯邦法的「無照清理罪」規定在 42 U.S.C. 6928(d)(2)，犯罪主體為任何人（不限於業者），而犯罪客體限於「有害廢棄物」（hazardous waste），其條文如下：

任何人知情地處理¹、貯存、棄置任何本節所規定之有害廢棄物，且有下列情形之一者：(A)未依本節或海洋保護研究衛生法之規定領得許可者，或（下略）。

至於有害廢棄物之定義見 42 U.S. Code § 6903(5)，基本上指會減壽或致病，或對人體健康或環境有害之固體廢棄物。²

（二）州法，以密西根州為例

美國密西根州先在 Section 11509(1), The Natural Resources and Environmental Protection Act（自然資源及環境保護法）規定：「除本法第 11529 條³另有規定以外，任何人不得在未領得本部依本法第十三章發給建物許可時設置廢棄物處理場（disposal area）。」接著在同法 Sec. 11549. (1)規定違反本條定之法律效果為每次違反各科一萬美元以下之罰金以及刑事追訴之花費，未繳納者處六月以下有期徒刑。本法所謂之廢棄物處理場（disposal area）指依許可文件之建物許可文件指定之下列場所之範圍：(a)固體廢棄物（solid waste）轉運站(b)焚化廠(c) 衛生掩埋場(d)分類工廠 (e)煤灰池(f)其他固體廢棄物之處理設施。⁴至於固體廢棄物之範圍很廣，包含一般垃圾、焚化殘渣、街道清理物、工商業固體殘餘物與動物排泄物等等，相當於我

¹ 所謂「處理」指將有害廢棄物中和或變成無害之任何方法技術或程序，參 42 U.S. Code § 6903(34)

² 有害廢棄物之定義：42 U.S. Code § 6903(5)

³ 第 11529 條係規定從事廢棄物轉運（transfer）者在那些情形得免除取得許可，其列舉之例外情形除了其他法令有規定外，主要是廢棄物之數量微少，即每天收容之未壓縮之廢棄物之數量每天少於 200 立方碼（accepts less than 200 uncompacted cubic yards per day）。

⁴ disposal area 定義見 324.11503

國之一般廢棄物。⁵

由上可知，美國密西根州法的「無照清理罪」，犯罪主體為任何人（不限於業者），而犯罪客體係固體廢棄物。

二、英國法

英國的「無照清理罪」規定在 Section 33(1), Environmental Protection Act 1990（最後修訂 2019 年 3 月 20 日），犯罪主體為任何人（不限於業者），而犯罪客體限於列管廢棄物（controlled waste）⁶或礦產廢棄物（extractive waste），其條文為：

任何人不得(a)放置（deposit）列管廢棄物（controlled waste）或礦產廢棄物（extractive waste）或知情地任令在任何土地上放置列管廢棄物或礦產廢棄物，除非有環境許可授權該放置，且依該執照從事放置（下略）

違反本規定者有刑事責任，最高可處五年有期徒刑。但有一些例外規定，例如在家中無照清理家庭垃圾即沒有此刑事責任規定之適用⁷。

由上可知，英國法的「無照清理罪」，犯罪主體為任何人（不限於業者），而犯罪客體係列管廢棄物或礦產廢棄物。

三、德國法

德國刑法的「無照清理罪」規定在德國刑法第 326 條，犯罪主體為任何人(不限於業者)⁸，而犯罪客體限於有害廢棄物。其條文為：「(第 1 項)於經核准廢棄物清理的設

⁵ 324.11506 Definitions; (1) "Solid waste" means garbage, rubbish, ashes, incinerator ash, incinerator residue, street cleanings, municipal and industrial sludges, solid commercial waste, solid industrial waste, and animal waste. However, solid waste does not include the following:（下略）

⁶ 英國之 controlled waste（列管廢棄物）之定義見 section 75(4) of the Environmental Protection Act 1990: "Controlled waste" means household, industrial and commercial waste or any such waste 包括三大類，家庭垃圾（household），商業與工業垃圾（commercial and industrial waste）。至於此三類廢棄物之定義則請參同條之(5)到(7)。

⁷ (2)Subject to subsection (2A) below, paragraphs (a) and (b) of subsection (1) above do not apply in relation to household waste from a domestic property which is treated, kept or disposed of within the curtilage of the property.

⁸ 德國刑法第 326 條第 1 項原則是任何人(jedermann)皆可觸犯的一般犯(Allgemeindelikt)，惟若行政法上的義務是特別針對某一企業，在這個情形下是特別犯(Sonderdelikt)。同條第 2 項的犯罪行為人是運輸廢棄物通過邊界之人，以及託付該任務而有義務取得許可之人。同條第 3 項之犯罪行為人可能是任何占有具放射性廢棄物之人。若放射性的廢棄物係於營運設施中產生或是依和平使用核能及防制其危險法(Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren)第 19 條第 3 項之命令有運送放射性廢棄物之義

施之外，或重大違反規定或許可程序，擅自收集、運送、處理、利用、堆放、存放、排放、清除、交易、中介或以其他方式清理下列廢棄物者，處 5 年以下有期徒刑或罰金：1. 可能帶有或可能產生可傳染於人類或動物之公共危險疾病之毒物或病原體之廢棄物，2. 對人類致癌、危害生殖或改變遺傳基因之廢棄物，3. 具有爆炸危險，自然、或非微量放射性之廢棄物或 4. 依其種類、特徵或數量足以導致下列情形：a) 持續地污染或其他有害地變更水體、空氣或土地，或 b) 危害動物或植物生存。(第 2 項)違反禁令或未經必要之許可，而將第 1 項之廢棄物輸入、輸出或運輸途經本法之適用範圍者，亦同。(第 3 項)違反行政法上之義務，而未將具有放射性之廢棄物運走者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。(第 4 項)第 1 項及第 2 項之未遂犯罰之。(第 5 項)1. 因過失犯第 1 項及第 2 項之罪者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。2. 因過失犯第 3 項之罪者，處 1 年以下有期徒刑或罰金。(第 6 項)因廢棄物數量少，顯然可以排除對於環境，特別是對於人類、水體、空氣、土地、可食用之動、植物的有害影響者，不罰。」⁹

四、日本法

日本的「無照清理罪」，規範在「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」(通稱：ごみ処理法、廃掃法、廃棄物処理法，以下簡稱「廢棄物處理法」)第 25 條第 1 項第 1 款，其犯罪主體係「反覆、繼續實施之人」，並不限於「業者」，犯罪客體則是一般廢棄物與產業廢棄物，條文內容是：以一般廢棄物或產業廢棄物之收集、搬運、處分為業者，違反第 7 條第 1 項或第 6 項、第 14 條第 1 項或第 6 項、第 14 條之 4 第 1 項或第 6 項¹⁰，處以 5 年以下有期徒刑或科或併科 1000 萬日元以下罰金。詳言之，以一般廢棄物、產業廢棄物、特別管理產業廢棄物之收集、搬運、處分為業者，

務時，該項為特別犯。MüKoStGB/Alt, 3. Aufl. 2019, StGB § 326 Rn. 113, 115, 116.

⁹ 德國刑法之中譯，均係參照「何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，二版第 1 刷，2019 年 7 月」以及「徐久生譯，德國刑法典，北京大學出版社，一版第 1 刷，2019 年 10 月」之內容，並對照最新修正條文原文後所譯。

¹⁰ 原文：

第 14 条の 4 (第 1 項)特別管理産業廃棄物の収集又は運搬を業として行おうとする者は、当該業を行おうとする区域(運搬のみを業として行う場合にあつては、特別管理産業廃棄物の積卸しを行う区域に限る。)を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない。ただし、事業者(自らその特別管理産業廃棄物を運搬する場合に限る。)その他環境省令で定める者については、この限りでない。

(第 6 項) 特別管理産業廃棄物の処分を業として行おうとする者は、当該業を行おうとする区域を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない。ただし、事業者(自らその特別管理産業廃棄物を処分する場合に限る。)その他環境省令で定める者については、この限りでない。

應獲有管轄其業所在區域(僅為搬運業者,限於裝卸所為區域)之市町村長的許可。但事業者(限於自行搬運、處理一般廢棄物、產業廢棄物、特別管理產業廢棄物)、僅以再生利用一般廢棄物、產業廢棄物、特別管理產業廢棄物為目的而收集、搬運、處分為業之人或其他環境省令所定之人,不在此限。

一般廢棄物,指產業廢棄物以外之廢棄物¹¹。產業廢棄物指經特定 20 種事業¹²,其事業活動所伴隨而生之廢棄物¹³。一般廢棄物、產業廢棄物,有害、無害或危險、安全均無須考慮。所謂事業活動,係指以不特定多數為對象之活動,而反覆繼續實施之,與該事業是否營利或非營利無涉。

至於日本廢棄物處理法第 25 條第 1 項第 1 款之條文雖為「以之為『業』者」,但依實務見解係指不論有償或無償而反覆、繼續實施之人¹⁴,不論其為個人或法人¹⁵。又為加重法人之監督責任,廢棄物處理法第 32 條第 1 款另外規範法人涉犯「無照清理罪」等,得對法人代表人或法人或自然人之代理人、使用人或從業人員,科以 3 億日元以下之罰金。

五、法國法

法國環境法第 541-22 條(L541-22)¹⁶就某些種類的廢棄物(其範圍另以行政命令訂

¹¹ 第 2 條第 2 項規定:この法律において「一般廃棄物」とは、産業廃棄物以外の廃棄物をいう。

¹² 堀口昌澄, 廃棄物処理法あるあるスタディ, <https://reurl.cc/gmn7N> (最後瀏覽: 2020 年 10 月 20 日)。

¹³ 第 2 條第 4 項規定: この法律において「産業廃棄物」とは、次に掲げる廃棄物をいう。

一 事業活動に伴つて生じた廃棄物のうち、燃え殻、汚泥、廃油、廃酸、廃アルカリ、廃プラスチック類その他政令で定める廃棄物

二 輸入された廃棄物(前号に掲げる廃棄物、船舶及び航空機の航行に伴い生ずる廃棄物(政令で定めるものに限る。第 15 條の 4 の 5 第 1 項において「航行廃棄物」という。)並びに本邦に入国する者が携帯する廃棄物(政令で定めるものに限る。同項において「携帯廃棄物」という。)を除く。)

¹⁴ 廃棄物処理法編集委員会編, 廃棄物処理法の解説(平成 21 年版), 日本環境衛生センター, 2009 年 8 月, 85 頁; 緒方由紀子, 廃棄物・リサイクル・その他環境事犯捜査実務ハンドブック, 立花書房, 2018 年 10 月, 83 頁。

¹⁵ 由於許可之取得交由市町村長為之, 經在網路上搜尋申請書, 以福島縣磐城市之申請介紹為例, 即直接說明得申請許可之人包括自然人及法人(一般廢棄物收集運搬業許可申請・届出資格・内容: ①一般廢棄物收集運搬業の許可を得ようとする法人又は個人、②一般廢棄物処理業許可を有する法人又は個人で、その事業の全部又は一部を廃止した者、又は住所等を変更した者), 參見いわき市, 一般廢棄物收集運搬業許可申請・届出, <https://reurl.cc/0OaWNA> (最後瀏覽: 2020 年 10 月 20 日)。又如三重県尾鷲市, 其網頁上之說明

¹⁶ L541-22

Pour certaines des catégories de déchets précisées par décret, l'administration fixe, sur tout ou partie du territoire national, les conditions d'exercice de l'activité de gestion des déchets.

Ces mêmes catégories de déchets ne peuvent être traitées que dans les installations pour lesquelles l'exploitant est titulaire d'un agrément de l'administration. Elles cessent de pouvoir être traitées dans les installations existantes pour lesquelles cet agrément n'a pas été accordé à la date d'entrée en vigueur fixée par le décret prévu au précédent alinéa.

定)，規定應由主管機關訂定其實施廢棄物處理/管理活動¹⁷之條件（les conditions d'exercice de l'activité de gestion des déchets），並頒行於全國各地或部分地區。此等指定種類的廢棄物，僅能在其營運者獲有主管機關所核許可證照之設施者處理（ne peuvent être traitées que dans les installations pour lesquelles l'exploitant est titulaire d'un agrément de l'administration.）。違反此一規定，無照處理此等廢棄物者，依同法第 541-46 條第 1 項第 7 款規定，得科處 2 年以下有期徒刑，併科 75000 歐元以下罰金；另依同條項第 6 款之規定，不依第 541-22 條規定而將廢棄物交付或使交付由未獲主管機關許可之設施經營者以外之人者處理者，其刑責亦同。¹⁸

¹⁷ 法國環境法第 541-1-1 條對廢棄物之管理/處理所為下定義，包含廢棄物之來源地分類、收集、運送、再分類、再利用、消除/銷燬、最終處理，及廢棄物存放、運營設施之監管、仲介、交易活動及所有廢棄物作業之監督等均屬之。（Gestion des déchets : le tri à la source, la collecte, le transport, la valorisation, y compris le tri, et, l'élimination des déchets et, plus largement, toute activité participant de l'organisation de la prise en charge des déchets depuis leur production jusqu'à leur traitement final, y compris la surveillance des installations de stockage de déchets après leur fermeture, conformément aux dispositions relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement, ainsi que les activités de négoce ou de courtage et la supervision de l'ensemble de ces opérations.）

¹⁸ Article L541-46

I.– Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait de :

1° Refuser de fournir à l'administration les informations mentionnées au III de l'article L. 541-9 ou fournir des informations inexactes ;

2° Méconnaître les prescriptions des I et II de l'article L. 541-9, du IV de l'article L. 541-10 ou de l'article L. 541-10-22 ;

3° Refuser de fournir à l'administration les informations visées à l'article L. 541-7 ou fournir des informations inexactes, ou se mettre volontairement dans l'impossibilité matérielle de fournir ces informations ;

4° Abandonner, déposer ou faire déposer, dans des conditions contraires aux dispositions du présent chapitre, des déchets ;

5° Effectuer la collecte, le transport ou des opérations de courtage ou de négoce de déchets sans satisfaire aux prescriptions prises en vertu de l'article L. 541-8 et de ses textes d'application ;

6° Remettre ou faire remettre des déchets à tout autre que l'exploitant d'une installation agréée, en méconnaissance de l'article L. 541-22 ;

7° Gérer des déchets au sens de l'article L. 541-1-1 sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article L. 541-22 ;

8° Gérer des déchets, au sens de l'article L. 541-1-1, sans satisfaire aux prescriptions concernant les caractéristiques, les quantités, les conditions techniques et financières de prise en charge des déchets et les procédés de traitement mis en œuvre fixées en application des articles L. 541-2, L. 541-2-1, L. 541-7-2, L. 541-21-1, L. 541-21-2 et L. 541-22 ;

9° Méconnaître les prescriptions des articles L. 541-10-23, L. 541-31, L. 541-32 ou L. 541-32-1 ;

10° (Abrogé) ;

11° a) De procéder ou faire procéder à un transfert de déchets sans avoir notifié ce transfert aux autorités compétentes françaises ou étrangères ou sans avoir obtenu le consentement préalable desdites autorités alors que cette notification et ce consentement sont requis ;

b) De procéder ou faire procéder à un transfert de déchets alors que le consentement des autorités compétentes concernées a été obtenu par fraude ;

c) De procéder ou faire procéder à un transfert de déchets alors que le transfert n'est pas accompagné des documents de notification et de mouvement prévus à l'article 4 du règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets ; Code de l'environnement - Dernière modification le 27 septembre 2020 - Document généré le 12 octobre 2020 Copyright (C) 2007-2020 Legifrance

d) De procéder ou faire procéder à un transfert de déchets pour lequel le producteur, le destinataire ou l'installation de destination des déchets ne sont pas ceux mentionnés dans les documents de notification ou de mouvement prévus par l'article 4 du règlement mentionné ci-dessus ;

e) De procéder ou faire procéder à un transfert de déchets d'une nature différente de celle indiquée dans les documents

同條第 2 項以下，又規定犯第 541-46 條第 1 項各款（含前述二款）所定之罪者，在那些情況下得加重其刑或為其他處置，例如係以有組織方式犯之者，其刑罰得加重至 7 年有期徒刑以下，併科 150000 歐元以下罰金（同條第 7 項）。法院於宣告被告觸犯第 1 項第 7 款（或第 8 款）之罪者，得併命永久或暫時關閉該廢棄物處理機關或設施，並禁止其經營者實施廢棄物之銷燬/消除或復原活動（同條第 3 項）。法院於宣告被告觸犯前項第 4 款、第 6 款、第 8 款之罪者，得以不遵從則科予罰款之方式，命被告將未依法處理廢棄物而受有損害之場所回復原狀。¹⁹

de notification ou de mouvement prévus par l'article 4 du règlement mentionné ci-dessus, ou portant sur une quantité de déchets significativement supérieure ;

f) De procéder ou faire procéder à un transfert de déchets dont la valorisation ou l'élimination est réalisée en méconnaissance de la réglementation communautaire ou internationale ;

g) D'exporter des déchets en méconnaissance des dispositions des articles 34, 36, 39 et 40 du règlement mentionné ci-dessus ;

h) D'importer des déchets en méconnaissance des dispositions des articles 41 et 43 du règlement mentionné ci-dessus ;

i) De procéder à un mélange de déchets au cours du transfert en méconnaissance de l'article 19 du règlement mentionné ci-dessus ;

j) De ne pas déférer à une mise en demeure prise sur le fondement de l'article L. 541-42 ; 12° Méconnaître les obligations d'information prévues à l'article L. 5334-9 du code des transports ;

13° Ne pas respecter les prescriptions édictées en application de l'article 7 du règlement (CE) n° 850/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les polluants organiques persistants et modifiant la directive 79/117/ CEE ;

14° Ne pas respecter les interdictions édictées à l'article 1er du règlement (CE) n° 1102/2008 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relatif à l'interdiction des exportations de mercure métallique et de certains composés et mélanges de mercure et au stockage en toute sécurité de cette substance ;

15° Abandonner un véhicule privé des éléments indispensables à son utilisation normale et insusceptible de réparation immédiate à la suite de dégradations ou de vols sur le domaine public ou le domaine privé de l'Etat ou des collectivités territoriales ;

16° Ne pas respecter les exigences du règlement (UE) n° 1257/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 20 novembre 2013, relatif au recyclage des navires et modifiant le règlement (CE) n° 1013/2006 et la directive 2009/16/ CE ;

17° Méconnaître les prescriptions du II de l'article L. 541-21-2-3 du présent code.

¹⁹ 第 541-46 條第 2 項至第 9 項之規定如下：

第 2 項：經判認觸犯本條第 1 項第 4、6、8 款之罪者，法院得於科刑時命被告對因不符本法規定處理廢棄物致受損害之土地或處所，予以回復原狀。

第 3 項：經判認觸犯本條第 1 項第 7、8 款之罪者，法院得另命暫時或永久關閉相關廢棄物處理設施，並禁止其管理人執行其消除或再利用廢棄物之活動。

第 4 項：於宣告被告觸犯第 1 項第 6 款、第 7 款、第 8 款、第 11 款之罪，而其犯罪之實施有使用車輛之情事者，法院得定 5 年以下之期限，吊銷該車輛駕駛人之駕駛執照。

第 5 項：於判認被告觸犯本文第 11 款之罪時，法院得另依刑法第 131-27 條規定頒發禁令，禁止就歐盟議會及歐盟理事會於 2006 年 6 月 14 日就廢棄物運送制定之規則中所稱運送通知人或負責人所為之跨境廢棄物運送。第 6 項（廢止）

第 7 項：本條第一項所定之罪，若以刑法第 132-71 所稱之有組織性結夥方式為之者，其自由刑可加重至 7 年以下有期徒刑，而其罰金刑可加重至 150,000 歐元以下。

第 8 項：犯本條第 4 項所定之罪而經立案偵查，於符合刑事訴訟法第 495-17 條或第 495-25 條條件時，其偵查程序得於被告繳交 1,500 歐元之罰金後結案。該罰金額度最低不得少於 1000 歐元，最高不得少於 2500 歐元。

第 9 項：若本條第一項所定犯罪之實施係以車輛為之，而該車輛經法院依刑法第 131-21 條裁判沒收時，該案件之告發人經地檢署檢察長事先授權後，得於道路交通法第 325-1-1 條所定條件下，逕行扣押或拖吊該車輛。

綜上所述，法國環境法第 541-22 條之「無照清理罪」之犯罪主體不限於業者，其犯罪客體雖限於指定種類之廢棄物，但不限於「有害廢棄物」。

II.– En cas de condamnation prononcée pour les infractions visées aux 4°, 6° et 8° du I, le tribunal peut ordonner, sous astreinte, la remise en état des lieux endommagés par les déchets qui n'ont pas été traités dans les conditions conformes à la loi.

II. -In the event of a conviction for the offenses referred to in 4°, 6° and 8° of I, the court may order, under penalty, the restoration of the premises damaged by the waste which has not been treated under the conditions in accordance with the law.

III.– En cas de condamnation prononcée pour les infractions visées aux 7° et 8° du I, le tribunal peut, en outre, ordonner la fermeture temporaire ou définitive de l'installation et interdire à son exploitant d'exercer l'activité d'éliminateur ou de récupérateur.

III. - In the event of a conviction for the offenses referred to in 7° and 8° of I, the court may, in addition, order the temporary or permanent closure of the installation and prohibit its operator from exercising the activity of eliminator or recuperator.

IV.– En cas de condamnation prononcée pour les infractions visées aux 6°, 7°, 8° et 11° du I et commises à l'aide d'un véhicule, le tribunal peut, de plus, ordonner la suspension du permis de conduire pour une durée n'excédant pas cinq ans. Code de l'environnement - Dernière modification le 27 septembre 2020 - Document généré le 12 octobre 2020 Copyright (C) 2007-2020 Legifrance

IV. - In the event of a conviction for the offenses referred to in 6°, 7°, 8° and 11° of I and committed using a vehicle, the court may, in addition, order the suspension of the driving license for a period not exceeding five years.

V.– En cas de condamnation prononcée pour les infractions mentionnées au 11° du I, le tribunal peut, en outre, ordonner l'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, d'intervenir dans un transfert transfrontalier de déchets à titre de notifiant ou de personne responsable d'un transfert au sens du règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets.

V. - In the event of a conviction for the offenses mentioned in 11° of I, the court may, in addition, order the prohibition, in accordance with the terms provided for in article 131-27 of the penal code, to intervene in a cross-border shipment of waste in the capacity of notifier or person responsible for a shipment within the meaning of Regulation (EC) No 1013/2006 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 on shipments of waste.

VI.-(Abrogé).

VI. - (Repealed).

VII. – La peine mentionnée au I est portée à sept ans d'emprisonnement et à 150 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée, au sens de l'article 132-71 du code pénal.

VII.The penalty mentioned in I is increased to seven years' imprisonment and a fine of € 150,000 when the offense is committed in an organized gang, within the meaning of article 132-71 of the penal code.

VIII. -Dans les conditions prévues aux articles 495-17 à 495-25 du code de procédure pénale, pour l'infraction mentionnée au 4° du I du présent article, l'action publique peut être éteinte par le versement d'une amende forfaitaire d'un montant de 1 500 €. Le montant de l'amende forfaitaire minorée est de 1 000 € et le montant de l'amende forfaitaire majorée de 2 500 €.

VIII. -Under the conditions provided for in articles 495-17 to 495-25 of the Code of Criminal Procedure, for the offense mentioned in 4° of I of this article, the public action may be extinguished by the payment of a fixed fine of an amount of € 1,500. The amount of the reduced flat-rate fine is € 1,000 and the amount of the flat-rate fine increased by € 2,500.

XI.-Lorsqu'un véhicule a été utilisé pour commettre une infraction mentionnée au I, la personne constatant l'infraction peut, avec l'autorisation préalable du procureur de la République donnée par tout moyen, faire procéder, dans les conditions prévues aux trois derniers alinéas de l'article L. 325-1-1 du code de la route, à l'immobilisation et à la mise en fourrière du véhicule dont la confiscation est encourue en application de l'article 131-21 du code pénal.

IX. -When a vehicle has been used to commit an offense mentioned in I, the person noting the offense may, with the prior authorization of the public prosecutor given by any means, proceed, under the conditions provided for in the last three paragraphs of article L. 325-1-1 of the highway code, to the immobilization and impoundment of the vehicle whose confiscation is incurred in application of article 131-21 of the penal code.

伍、本署對本案之法律見解

對系爭法律問題，本署採否定說，但有條件限定適用範圍（即限於「受託」貯存、清除、處理廢棄物者），謹敘述理由如下：

一、廢棄物清理法第 41 條與 46 條所規範的行為主體並不相同，前者限於「從事廢棄物清除處理業務者」，後者則否

- （一）現行廢棄物清理法第 41 條於民國 63 年 7 月 26 日制定公告時之條文為第 15 條：「民營廢棄物清除處理機構，應先辦理工商登記，並經列明清除、處理、貯存之工具、方法、設備及場所，申請當地主管機關核發許可證後，始得接受清除處理廢棄物之委託。」其立法理由：「規定民營廢棄物清除處理機構，非經申請許可，不得接受委託，俾便管理。」²⁰至 74 年 11 月 20 日修訂為第 20 條：「公、民營廢棄物清除、處理機構，應先辦工商登記，並列明專業技人員與貯存清除、處理之工具、方法、設備及場所，申請地方主管機關核發許可證後，始得接受清除或處理之委託。但從事有害事業廢棄物之貯存、清除或處理者，地方主管機關應先報請中央主管機關核准，始得發給許可證。」至 77 年 11 月 11 日修訂時，條文（仍為第 20 條）改為「公、民營廢棄物清除、處理機構經營廢棄物之貯存、清除或處理業務，應列明專業技術人員與貯存清除、處理之工具、方法、設備及場所，向地方主管機關申請核發許可證。但從事有害事業廢棄物之貯存、清除或處理者，地方主管機關應先報請中央主管機關核准，始得發給許可證。」，而違反此規定者僅處以行政罰鍰，並無刑責（參當時第 27 條「公、民營廢棄物清除、處理機構，違反第 20 條規定者，處 2 萬元以上 5 萬元以下罰鍰，並制止其營業。」），以上第 20 條與第 27 條之規範對象均為「廢棄物清除處理機構」而不及於「非業者」。
- （二）但至 88 年 7 月 14 日修訂時，違反本規定者改為刑事處罰（入罪化），條文規定在第 22 條第 2 項第 4 款：「有左列情形之一者，處 1 年以上 5 年以下有期徒刑，得併科 100 萬元以下罰金：四、未依第 20 條規定領有廢棄物清除、處理許可證或核備文件，從事廢棄物貯存、清除、處理，或未依廢棄物清除、

²⁰ 廢棄物清理法歷年來之條文與修訂理由請參考環保署網站：
<https://oaout.epa.gov.tw/law/LawContent.aspx?id=FL015604>

處理許可證或核備文件內容貯存、清除、處理廢棄物者。」此條文（第 22 條）在提及行為主體時，不再使用原第 27 條（行政罰）之「公、民營廢棄物清除、處理機構」之文字，而直接規定「未依第 20 條規定領有廢棄物清除、處理許可證或核備文件，從事廢棄物貯存、清除、處理」，其規範之犯罪主體範圍已擴充成「任何人」，顯然與第 20 條之被規範的行為主體即「公、民營廢棄物清除、處理機構」有所不同。換言之，第 22 條之刑罰規定提到第 20 條僅是要藉用其「向地方主管機關申請核發許可證」之「程序規定」，而非引進相同之「被規範的行為主體」。蓋如果第 22 條之被規範的行為主體是跟隨著第 20 條，也就是限於「公、民營廢棄物清除、處理機構」，則依據法人犯罪能力之法理，機構只能處以罰金刑，22 條所規定之有期徒刑豈不形同具文？從上可知，從 88 年 7 月 14 日修訂將「無照清理」入罪化以後，第 20 條所規範之主體是「公、民營廢棄物清除、處理機構」，但第 22 條所規定之犯罪主體則是「任何人」，並不限於「公、民營廢棄物清除、處理機構」，二者之被規範的行為主體已經脫勾。

- （三）至 90 年 10 月 24 日本法全文大修時，原來之第 20 條改為第 41 條，文字變更為：「從事廢棄物清除、處理業務者，應向直轄市、縣（市）主管機關或中央主管機關委託之機關申請核發公民營廢棄物清除處理機構許可文件後，始得受託清除、處理廢棄物業務。但有下列情形之一者，不在此限（下略）」（同現行法條文）。而原來第 22 條之刑事處罰規定在同次修訂時則移到第 46 條，其條文為：「有下列情形之一者，處 1 年以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 300 萬元以下罰金：四、未依第 41 條第 1 項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物貯存、清除、處理，或未依廢棄物清除、處理許可文件內容貯存、清除、處理廢棄物。」（除罰金數額以外，同現行法）基本架構與修訂前並無不同，亦即，第 41 條之被規範的行為主體係「從事廢棄物清除、處理業務者」（包含自然人）²¹，但第 46 條規定之犯罪主體則是「任何人」。

- （四）現行廢棄物清理法第 46 條第 4 款之犯罪主體並不限於「從事廢棄物清除、

²¹ 90 年 10 月 24 日修正時許可文件申請人從原 20 條之「公、民營廢棄物清除、處理機構」，改為 41 條之「從事廢棄物清除、處理業務者」，已將自然人包含進來。最高法院 109 台上字第 465 號判決即指出第 46 條之犯罪主體應包含自然人而不限於「公、民營廢棄物清除、處理機構」。

處理業務者」之另一依據，係 88 年 7 月 14 日本法修訂在當時之第 22 條將「無照清理」入罪化時，有在同條第 3 項同時規定：「無許可證經營廢棄物清除、處理為常業者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，得併科三百萬元以下罰金。」其立法理由為「增列對無許可證照經營廢棄物清除處理為常業者，加重刑責。」，足認本法在 88 年 7 月 14 日修訂增列「無照清理」之刑事責任時，係將犯罪主體定為「任何人」而不限於「業者」，始有另立一項規定常業犯規定之必要。²²

- (五) 再者，從 88 年 7 月 14 日修訂本法將「無照清理」入罪化時第 22 條第 2 項之條文結構，亦可以認定該罪（第 4 款）之犯罪主體係「任何人」。亦即，經比照該項各款可以得知，第 1 款並未限定犯罪主體，第 2 款限於「事業機構」，第 3 款未限定犯罪主體，第 4 款即本罪亦未限定犯罪主體，第 5 款限於「執行機關」，第 6 款限於「公、民營廢棄物處理機構或執行機關」。而第 22 條第 3 項之常業犯規定，亦未限定犯罪主體。因此，我國立法者有意將「無照清理罪」之犯罪主體界定在「任何人」，實極明顯。（按：此 6 款之犯罪主體在最近一次即 95 年 5 月 30 日修法時僅將第 2 款之「事業機構」改為「事業負責人或相關人員」，其餘犯罪主體並未做變更）

二、廢棄物清理法第 46 條雖然規範任何人，但僅處罰未領有許可文件而「受託」清除、處理廢棄物者

- (一) 廢棄物清理法第 46 條第 4 款前段雖規定「未依第 41 條第 1 項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物貯存、清除、處理」者即構成犯罪，然廢棄物清理法第 41 條之用語，從民國 63 年制定本法時起至今，除 77 年之修訂條文以外，都使用「始得接受清除處理廢棄物之委託」、「始得接受清除或處理之委託」、「始得受託清除、處理廢棄物業務」（現行法用語）等文字（請參前述之條文對照表），亦即，第 41 條僅在規範「受託」清除處理廢棄物之情形，並不包括「未受託」。此程序規定既然為 46 條所引用，則第 46 條所處罰之行為，自應僅限於「受託」貯存、清除、處理廢棄物。本件裁定書所引採否定說之諸多最高法院判決例如 105 台上 3074 號、106 台上 755 號、

²² 此常業犯之規定業於 95 年 5 月 30 日修訂時配合刑法廢除常業犯而刪除，請參前述之歷來條文對照表。

106 台上 2005 號、107 台上 313 號、107 年度台上字第 1088 號、107 年度台上字第 4244 號等判決亦均一再強調：廢棄物清理法第 46 條第 4 款前段之非法清理廢棄物罪，係以未依同法第 41 條第 1 項規定領有廢棄物清除、處理許可文件而「受託」清除、處理廢棄物者為犯罪主體。²³

（二）惟此所謂「受託」係採廣義解釋，乃是對照執行機關「自行」為一般廢棄物清除、處理行為之概念，與對照事業「自行或共同」為事業廢棄物清除、處理行為之概念。故事業所生產之廢棄物，其清理方式，如不屬事業自行或共同清理，亦非其他經中央主管機關許可之方式，而係經由他人代為清理者，不論事業與清理行為人間契約名稱係委託、買賣、轉讓、承攬等，該清理行為人，因有代事業清理事業廢棄物之實質，如未依廢物清理法第 41 條第 1 項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，即應依同法第 46 條第 4 款之規定處罰，有最高法院 109 年台上字第 1828 號刑事判決足供參考。（該件判決之行為人將具回收價值之一般家用電線買回後，再將電線分碎後，分離塑膠皮及銅線各自賣出以賺取差價，最高法院認為仍屬於「受託」清除、處理廢棄物。）

（三）故如果是獨居老人長期不處理自家垃圾而「貯存」在家；或者在菜市場販賣「現削水果」之攤販將其自己產生之果皮傾倒（棄置）在產業道路路旁，始非「受託」而不構成廢棄物清理法第 46 條第 4 款前段之非法清理廢棄物罪²⁴。但若所棄置之物係有害廢棄物，則不論是否受託，均應構成廢棄物清理法第 46 條第 1 款之罪；另事業負責人或相關人員未依本法規定之方式貯存、清除、處理或再利用廢棄物，致污染環境，則亦不論是否受託，均可論以廢棄物清理法第 46 條第 2 款之罪²⁵，乃當然之理。

三、採否定說但限縮在「受託」清理廢棄物之解釋方式，符合外國立法例之宗旨 廢棄物清理法第 46 條第 4 款前段規定「未依第 41 條第 1 項規定領有廢棄物清

²³ 至於受領有許可文件之人之委託而處理廢棄物，是否屬於「領有許可文件者」，應視該個案許可之內容與具體情況而定。

²⁴ 至於承包房屋改造工程之裝潢業者，將該工程產生之廢棄物擅自傾倒之行為，應屬「受託」清除、處理廢棄物。蓋該工程廢棄物在被拋棄前之所有人應是定作人（屋主）而非承包工程之裝潢業者，不論係基於明示或默示，裝潢業者均係替定作人處理廢棄物，亦即，受託處理廢棄物。參最高法院 107 年度台上字第 2386 號判決。

²⁵ 參最高法院 108 年台上字第 4358 號刑事判決；106 年台上字第 1519 號刑事判決。

除、處理許可文件，從事廢棄物貯存、清除、處理」之犯罪主體不限於業者，但應限於「受託清除、處理廢棄物業務者」之解釋方式，除有其立法歷史之依據外，亦符合外國立法例。如前所述，美國聯邦法、美國密西根州法、英國法、德國法、日本法與法國法之「無照清理罪」之犯罪主體均係一般人而不限於業者，但每一個立法例都會再用廢棄物之種類、數量、是否自己產生之垃圾（含家用）等條件再適度加以限縮，以符合刑法之謙抑原則。我國廢棄物清理法用「受託與否」來做為限縮條件，應能兼顧環境保護與人權，堪稱允當。

結論：廢棄物清理法第 46 條第 4 款前段之非法清理廢棄物罪，其犯罪主體不以執行業務（即以從事廢棄物清除、處理為業）者為限，但僅處罰未領有許可文件而「受託」清除、處理廢棄物者。

此致

最高法院

中 華 民 國 109 年 11 月 9 日

陸、附件清冊

最高法院 108 年台上大字第 3338 號刑事大法庭裁定摘要

主 文

廢棄物清理法第 46 條第 4 款之未領有許可文件清理廢棄物罪，其犯罪主體，不以廢棄物清理業者為限，只要未依第 41 條第 1 項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，而從事貯存、清除、處理廢棄物，即為該當。

理 由

壹、本案法律爭議

廢棄物清理法第 46 條第 4 款之未領有許可文件清理廢棄物罪，其犯罪主體是否以廢棄物清理業者為限？

貳、本大法庭之見解

一、廢棄物清理法第 46 條規定：「有下列情形之一者，處 1 年以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金：一、任意棄置有害事業廢棄物。二、事業負責人或相關人員未依本法規定之方式貯存、清除、處理或再利用廢棄物，致污

染環境。三、未經主管機關許可，提供土地回填、堆置廢棄物。四、未依第 41 條第 1 項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物貯存、清除、處理，或未依廢棄物清除、處理許可文件內容貯存、清除、處理廢棄物。五、執行機關之人員委託未取得許可文件之業者，清除、處理一般廢棄物者；或明知受託人非法清除、處理而仍委託。六、公民營廢棄物處理機構負責人或相關人員、或執行機關之人員未處理廢棄物，開具虛偽證明。」考其立法沿革，係 90 年 10 月 24 日修正公布時，由原條文第 22 條第 2 項移列，並酌修相關文字而來。原條文第 22 條第 2 項則係 88 年 7 月 14 日修正公布增訂，其立法理由業明示「增列對不當處置廢棄物之行為，極可能造成重大污染行為，課處刑罰，期有效防止。」之旨。嗣於 106 年 1 月 18 日修正公布時，提高得併科罰金之數額，而為現行規定。

二、細繹廢棄物清理法第 46 條所列 6 款情形，依其行為態樣，就犯罪主體於第 2 款、第 5 款與第 6 款，依序明定為「事業負責人或相關人員」、「執行機關之人員」、「公民營廢棄物處理機構負責人或相關人員、或執行機關之人員」；第 1 款、第 3 款則未規定。至於第 4 款「未依第 41 條第 1 項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物貯存、清除、處理，或未依廢棄物清除、處理許可文件內容貯存、清除、處理廢棄物。」其後半段之犯罪主體係指已取得許可文件之廢棄物清理業者；前半段之犯罪主體既未明定限於業者，則依文義解釋，應認凡未領有許可文件，而從事廢棄物貯存、清除、處理，即該當於該罪之犯罪構成要件，不以廢棄物清理業者為限。

三、廢棄物清理法第 41 條第 1 項規定，從事廢棄物清除、處理業務者，應申請核發許可文件，始得受託清除、處理廢棄物業務，與第 57 條所定，從事廢棄物貯存、清除或處理業務，違反第 41 條第 1 項規定者，處 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰，並命其停止營業。均係為貫徹主管機關對從事廢棄物清除、處理業務者之監督管理而設，俾主管機關透過事前許可及對違反者處罰鍰並命停止營業等法制，達其行政管理監督之目的。此與第 46 條第 4 款之刑事處罰規定，係為有效防止不當處置廢棄物，極可能造成重大污染，乃對於未領有許可文件而清理廢棄物者，科處刑罰之立法目的有別。是第 46 條第 4 款前半段規定之適用，本不以第 41 條第 1 項所定「從事廢棄物清除、處理業務者」為前提，其所稱「未依第 41 條第 1 項規定領有許可文件」，係指行為人未領有許可文件而言，非謂該罪處罰對象僅限於廢棄物清理業

者。否則，廢棄物清理業者，未領有許可文件，從事廢棄物之貯存、清除、處理，應依第 46 條第 4 款規定論處。而未領有許可文件之非業者，從事廢棄物之貯存、清除、處理，卻未令其負擔罪責，顯然失衡，與廢棄物清理法為改善環境衛生、維護國民健康之規範意旨不符。

四、綜上以觀，廢棄物清理法第 46 條第 4 款之未領有許可文件清理廢棄物罪，其犯罪主體，不以廢棄物清理業者為限，只要未依第 41 條第 1 項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，而從事貯存、清除、處理廢棄物，即為該當。

中 華 民 國 109 年 12 月 23 日

【第十四案】CIOT 偽造有價證券案

爭點：檢察官以裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就有罪部分提起第三審上訴，該不另為無罪諭知部分，是否為第三審法院審判範圍？

最高檢察署刑事大法庭言詞辯論意旨書

原文目錄

壹、本案法律問題之基礎事實

貳、本案歷審判決對提案法律問題之見解

一、最高法院 107 年台上字第 2058 號判決：

二、臺灣高等法院 107 年上更一字第 69 號判決

參、所涉及之法令

肆、我國論者對刑事妥速審判法第 9 條之看法

伍、與國外立法例之比較

一、美國法

二、日本法

三、德國法

四、小結

陸、我國實務對刑事妥速審判法第 9 條第 1 項所稱「無罪判決」之見解

一、第 9 條第 1 項所稱「第二審法院維持第一審所為無罪判決」，包括以裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，就判決理由內已敘明不另為無罪諭知之部分

二、被告對裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，就第二審判決有罪部分提起上訴，對無罪部分之效力

(一)肯定說(有上訴不可分原則之適用)

(二)否定說(沒有上訴不可分原則之適用)

柒、本署見解

- 一、最高法院本其終審職權所形成之見解，本署縱然不認同，仍予尊重
- 二、被告對裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，若就第二審判決有罪部分提起上訴，而檢察官未上訴，不另為無罪諭知部分已生確定效力
- 三、大法庭應一併釋明先前就本法律問題採肯定說並判決確定之效力，及得否對之提起非常上訴
- 四、刑事妥速審判法第 9 條第 1 項規定不及於第一、二審法院對實質上一罪或裁判上一罪一部漏未審酌之情形

捌、結論

玖、附件清冊

壹、本案法律問題之基礎事實(略)

貳、本案歷審判決對提案法律問題之見解(略)

參、所涉及之法令(略)

肆、我國論者對刑事妥速審判法第 9 條之看法

上訴制度係對於未確定之裁判，藉由上級審糾正下級審違法或不當裁判之制度。上訴制度固然有糾正及嚇阻下級審誤判或不當裁量之功能，但若上訴條件過於寬鬆，將導致當事人無謂地上訴藉以拖延訴訟、上級審成為訴訟重心而呈頭重腳輕現象，造成司法資源之浪費，因此如何妥適規劃上訴制度，乃係刑事訴訟制度非常重要之課題。

第二審之訴訟制度主要有覆審制、續審制及事後審制等三種立法例¹，第二審之審理程序除上開三種基本類型外，尚有上開類型之混合類型。第三審之上訴制度雖多以事後審制為主，但因受第三審目的論之影響，而有採「許可上訴制」及「權利上訴制」之區別。蓋第三審存在之目的主要有二：即「法規形成」功能及「個案救濟」功能。若偏重第三審統一解釋法令之「法規形成」功能，因為案件無論大小均可能有下級法院間裁判見解互相歧異或有原則重要性之法律問題，故任何案件應均有提起第三審上訴之機會，以求判決之一致性及可預測性，但第三審限於人力，得裁量何者為具有「原則重要性的法律問題」，故採「許可上訴制」，亦即以法律問題

¹ 此外，陳樸生教授認為尚有覆判審制，請參閱陳樸生，從覆判審制與事後審制談第二審審判程序，政大法學評論，25 期，1982 年，1 頁以下。

之重要性裁量決定是否准許上訴。若強調第三審之主要功能在於糾正下級法院不當裁判之「個案救濟」，則對於有合法上訴理由者均應准許上訴，但因司法資源有限，可限縮較輕微之案件上訴第三審之機會，故應採「權利上訴制」，亦即以案件輕重決定可否上訴第三審。例如我國與美國對第三審之功能有不同之著重點，美國聯邦及州最高法院均採「許可上訴制」，而我國現行刑事訴訟法上訴第三審則採「權利上訴制」。

世界各國之第三審均為法律審，其共通基本功能是統一法律見解，僅因上訴第三審著眼目的不同，而有限制寬嚴之別。我國刑事訴訟法第 377 條規定：「上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。」惟刑事妥速審判法第 9 條第 1 項對於第二審法院所為維持第一審無罪之判決提起上訴之理由，以下列事項為限：一、判決所適用之法令牴觸憲法。二、判決違背司法院解釋。三、判決違背判例。刑事妥速審判法第 9 條不僅上訴理由限制極端嚴格，且僅對檢察官上訴第三審作限制，並無「許可上訴制」之緩和。

我國無論審檢辯學對刑事妥速審判法第 9 條立法多持負面看法²，因我國第二審採覆審制，屬事實審，裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，其中一部第一、二審均於判決理由內論敘不另為無罪諭知，不分影響事實認定或法律解釋之爭議，均限制檢察官對該不另為無罪諭知部分之上訴，結果不僅所有事實審各種見解紛歧、錯誤全部一筆勾銷，第三審對第二審裁判之監督機制大幅萎縮，即使法律見解離譜錯誤也沒有任何監督、救濟機制，最高法院連法律審的機會都沒有，遑論「嚴格的法律審」。

例如貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款不違背職務收賄罪「職務上之行為」之界限為何？民意代表向其監督權能所及之機關人員關說、遊說，因而收賄，是否構成不違背職務收賄罪？最高法院 103 年度台上字第 1327 號判決固採否定見解，最高法院 107 年度台上字第 1563 號判決(立法委員洪○榮與其子洪○元案)、臺灣高等法

² 請參見張升星，程序扭曲與正義失衡－妥速審判法之實證觀點，台灣法學雜誌，216 期，2013 年 1 月 15 日，72 頁以下；楊雲驊，刑事妥速審判法第 9 條「嚴格限制上訴」之評析與改革建議，台灣法學雜誌，216 期，2013 年 1 月 15 日，97 頁，108-109 頁；陳運財，刑事妥速審判法第九條限制上訴第三審事由之檢討，月旦法學雜誌，209 期，2012 年 10 月，58 頁，61 頁；朱富美，刑事妥速審判法第 9 條施行周年現況與檢討，台灣法學雜誌，216 期，2013 年 1 月 15 日，111 頁以下；吳巡龍，從美國制度檢討我國速審法，台灣法學雜誌，216 期，2013 年 1 月 15 日，62 頁以下；林鈺雄，刑事妥速審判法兩週年檢討 II(發言紀錄)，台灣法學雜誌，217 期，2013 年 2 月 1 日，160-162 頁；羅秉成，刑事妥速審判法兩週年檢討 II(發言紀錄)，台灣法學雜誌，217 期，2013 年 2 月 1 日，157-159 頁。

院 102 年度金上重訴字第 21 號判決(立法委員林○世案)則採肯定見解。本署於最高法院 108 年度台上字第 3592 號案(林○志案)就該法律問題向最高法院聲請提案大法庭，最高法院以 108 年台聲字第 207 號裁定表示：「本院關於貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之不違背職務收受賄賂罪所稱『職務上之行為』，包括與其職務權限事項之行使，有密切關聯性之行為之見解已趨一致，尚無疑義。又本案原因事實尚待調查釐清，原審所持法律見解，復為本庭所不採，爰不於本案提出原則重要性提案。」最高法院並於 108 年度台上字第 3592 號案判決中重申：「公務員收受賄賂，利用職務上之行為，向無隸屬或監督關係之他公務員關說、請託或施壓等，圖使他公務員為交付賄賂者所意欲之職務上或違背職務上之行為。該項收受賄賂，與其利用職務上之行為，為關說、請託或施壓等，即有對價關係，應成立不違背職務收受賄賂罪。」但黃○庭等涉嫌違反貪污治罪條例等案之第一審、第二審判決³對上開法律問題執最高法院 103 年度台上字第 1327 號判決否定見解，認定該案被告不成立不違背職務收受賄賂罪。亦即該案無罪判決之關鍵並非檢察官未盡舉證責任，而係事實審判決違背法令。該案經檢察官上訴第三審後，雖本署檢察官再次聲請最高法院進行辯論，俾釐清爭議並統一法律見解，然最高法院 108 年度台上字第 225 號判決卻表示：「本件檢察官對於更審前原審判決維持第一審關於被告 2 人被訴違反貪污治罪條例不另為無罪諭知之認定，提起第三審上訴意旨僅略謂其關於「職務上行為」範圍之適用法則不當，並未具體指明此部分有何適用法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例等情形，而與刑事妥速審判法第 9 條所定得為第三審上訴理由，不相適合，自非合法。」因此，目前司法實務對此法律問題仍存爭議。換言之，最高法院對刑事妥速審判法第 9 條限制檢察官上訴範圍解釋過寬，不僅嚴重限制檢察官上訴救濟管道，也嚴重限縮最高法院統一解釋法令的功能。

再者，檢察官不得對事實審判決違背法令之無罪判決上訴，可能造成事實審法官傾向對被告重罪部分為無罪判決，因為如果判決被告有罪，被告一定會提起上訴，案件無法確定；但如果判決無罪，檢察官被嚴格限制上訴，法律爭議就此結束，法

³ 臺灣臺北地方法院 97 年度訴字第 2267 號判決、106 年度重上更(一)字第 40 號判決均引用最高法院 103 年度台上字第 1327 號判決，認為由人民選舉之立法委員基於代議民主制度，受託對政府遊說或接受人民遊說，應以立法委員因遊說所從事之特定行為是否屬其職權之行使而判斷立法委員是否行使其職務上之行為，要難率認立法委員之職權包括「遊說」在內。106 年度重上更(一)字第 40 號判決進一步表示，單純「遊說」本身尚難認屬立法委員之職務行為或與其職務權限有密切關連之行為。

官不必擔心被最高法院撤銷發回。事實審法官適用法律因不受上級審之監督，而增加「道德風險」，刑事妥速審判法僅剩「速」，無「妥」可言。

伍、與國外立法例之比較

一、美國法

我國刑事妥速審判法第 1 條立法理由雖然援引美國 1974 年制定之「速審法」(Speedy Trial Act of 1974)作為立法背景說明，然美國「聯邦速審法」主要係規定：被告逮捕後，原則應於 30 日內提起公訴；起訴後，原則應於 70 日內進行審判等，該法有許多扣除期間計算之規定，與不對等上訴制度毫無關係。

美國施行速審法背景與我國有兩點重要差異，第一，美國審判實務均落實集中審理，案件開始審理後，通常一日至數日內即審結，因此美國速審法只規定開始審判之期限，並未規定審判結束期限。我國審判尚未完全落實集中審理，法官雖然通常都能夠及時開始審理，但複雜難辦之案件有時拖延不決，形成「終結」遲延，因此我國速審規定重點與美國迥異。

第二，我國法院與檢察官及被告都可能是造成訴訟遲延的因素，我國法官因調動頻繁，部分法官因預期將職務調動，而將繁雜案件形式上開始審判後擺著不動，待調動時再將案件移交後手，使案件遲延的情形更為嚴重。美國法官久任一職，少有調動，法官沒有拖延審判之動機，美國司法實務審判遲延原因通常是當事人或其律師審判前行為造成(例如於審前程序請求排除證據或被告脫逃)。

另外，美國最高法院採嚴格法律審，係配合其第二審採法律審之制度，與我國第二審採覆審制(事實審)相較，二者基礎即有不同。又美國聯邦憲法增修條文第 5 條規定「禁止重複審判原則」(double Jeopardy)是指：在同一司法權內，同一被告就同一犯罪只能被審判一次。因此一審無論被告選擇陪審團審判或法官審判，檢察官原則上僅能對審前裁定(例如法院就當事人能否提出某項證據作為證據的裁定)提起抗告，對於事實審之判決結果，僅允許被告上訴。若是判決無罪，無論訴訟程序有無錯誤，檢察官原則上不得上訴，否則即違反「禁止重複審判原則」⁴。但聯邦與各州有各自獨立之司法審判權，故不受前開「禁止重複審判原則」之限制，較嚴重之犯罪(例如組織犯罪、逃稅、州際擄人、州際販毒等等)，被告犯行常同時違反州法及聯邦法，縱使該州檢察官起訴後法院判決無罪，聯邦檢察官仍可因同一行為

⁴ See *Sanabria v. United States*, 437 U.S. 54, 75 (1978).

違反聯邦法再提起訴追，不會因限制檢察官上訴致使司法正義遭受傷害。此與我國為單一司法權國家，若不當限制檢察官上訴，即可能無法補救錯誤判決不同。

美國聯邦最高法院在 *Palko v. Connecticut* 案對此即表示：「檢察官對於刑事被告，並無意窮追猛打，使其因纏訟經年陷入焦慮困頓；提起上訴，僅是希望重大違背法令之錯誤判決能透過救濟途徑獲得糾正，此在法治國，既非過份，亦非冷酷之要求。」⁵

二、日本法

日本上訴第三審的對象是高等法院之判決，上訴理由限定在違反憲法及判例違法，目的是統一憲法之判斷及判例之統一⁶。作為上訴對象之高等法院判決，並無區分其作出有罪判決或無罪判決。

刑事妥速審判法第 1 條之立法理由載以本法立法有參酌日本於 2003 年通過之「關於裁判迅速化之法律」⁷(平成十五年法律第 170 号裁判の迅速化に関する法律)⁸，然檢視該法律，僅有第 2 條⁹規定要求一審為審判應該盡量在 2 年內完成，並無如我

⁵ 302 U.S. 319, 328 (1932), “The state is not attempting to wear the accused out by a multitude of cases with accumulated trials. It asks no more than this, that the case against him shall go on until there shall be a trial free from the corrosion of substantial legal error. *State v. Felch*, 92 Vt. 477; 105 Atl. 23; *State v. Lee*, supra. This is not cruelty at all, nor even vexation in any immoderate degree.”上開譯文，引自朱富美，刑事妥速審判法第 9 條施行周年現況與檢討，台灣法學雜誌，216 期，2013 年 1 月 15 日，111 頁，126-127 頁。

⁶ 三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一(編)，平木正洋，新基本法コンメンタル 刑事訴訟法，日本評論社，3 版，2018 年 4 月，644 頁。

⁷ 立法院立法系統，刑事妥速審判法，<https://reurl.cc/j5ddDM>(最後瀏覽：2020 年 8 月 13 日)。

⁸ e-Gov 法令檢索，裁判の迅速化に関する法律，<https://reurl.cc/gmvvDL>(最後瀏覽：2020 年 8 月 13 日)。

⁹ 第二條 裁判の迅速化は、第一審の訴訟手続については二年以内のできるだけ短い期間内にこれを終局させ、その他の裁判所における手続についてもそれぞれの手続に応じてできるだけ短い期間内にこれを終局させることを目標として、充実した手続を実施すること並びにこれを支える制度及び体制の整備を図ることにより行われるものとする。

2 裁判の迅速化に係る前項の制度及び体制の整備は、訴訟手続その他の裁判所における手続の整備、法曹人口の大幅な増加、裁判所及び検察庁の人的体制の充実、国民にとって利用しやすい弁護士体制の整備等により行われるものとする。

3 裁判の迅速化に当たっては、当事者の正当な権利利益が害されないよう、手続が公正かつ適正に実施されることが確保されなければならない。

(第 2 條裁判の迅速化，第一審訴訟程序應儘速於二年以內之短期內終結，其他法院程序，應各依其程序儘速於短期內終結，並以此為目標，積極籌畫實施充實程序及建構支援此目標之制度與體制。

關於前項裁判迅速化之制度及體制之建構，應建構訴訟程序及其他法院程序、大幅增加法曹人口、充實法院及檢察廳之人事體制、建立便於國民利用之律師體制等。

裁判之迅速化，不得有害當事人正當之權利、利益，並應確保程序公正且適正實施。)

國刑事妥速審判法第 9 條有限制上訴之規定，關於上訴第三審，仍須依照日本刑事訴訟法第 405 條之規定為之。

我國刑事妥速審判法第 9 條第 1 項規定與日本刑事訴訟法第 405 條規定極為相似，日本刑事訴訟法第 405 條規定：「對於高等法院所為第一審或第二審判決，得以左列事項上訴第三審：(第 1 款)違反憲法或解釋憲法有誤。(第 2 款)違反最高法院判例之見解。(第 3 款)於無最高法院判例之情形，而與大審院¹⁰或該當第三審法院之高等法院判例或本法施行後與該當二審法院之高等法院判例相違反之見解。」此條所稱最高法院之「判例」，係指包含法令解釋之判斷，裁判理由屬於主論之法律判斷方為判例，事實認定或量刑等之判斷並非判例。因日本刑事訴訟法第 405 條限制上訴第三審事由係對檢察官及被告平等適用，與我國僅限制檢察官上訴有重大差異¹¹。

更重要者，日本刑事訴訟法第 406 條規定：「最高法院除依前條規定得提起第三審上訴之情形外，認有涉及法令解釋重要事項之案件，以該案件判決確定前為限，得依法院所定規則自任第三審受理該案件。」因此，除刑事訴訟法第 405 條之情形外，原審判決雖無日本刑事訴訟法第 405 條規定得提起第三審上訴之事由，但其所涉及之法律見解具有原則重要性時，當事人得於上訴期間內，聲請第三審法院裁定許可上訴¹²。因日本檢察官或被告可依許可上訴制促請最高法院發揮統一解釋法令之功能，足以確保日本最高法院法律審的功能不會因限制上訴制度而萎縮，此誠足為我國司法實務解釋刑事妥速審判法第 9 條之重要參考。

三、德國法

歐洲人權公約第 6 條第 1 項規定：「在決定某人的公民權利與義務或在決定對某人的任何刑事罪名時，任何人有權在合理的時間內受到依法設立的獨立與公正的法庭之公平與公開的審訊。(以下略)」此一在「合理的時間」內受審之規定，為德國刑事訴訟遵守速審原則之法源依據。

¹⁰ 即日本戰前之最高法院。

¹¹ 陳運財，刑事妥速審判法第九條限制上訴第三審事由之檢討，月旦法學雜誌，209 期，2012 年 10 月，58 頁，60 頁。

¹² 陳運財，刑事妥速審判法第九條限制上訴第三審事由之檢討，月旦法學雜誌，209 期，2012 年 10 月，58 頁，61-62 頁。

訴訟迅速原則具體實踐於德國法制上者，例如德國刑事訴訟法第 244 條第 6 項第 2 句至第 4 句所規定之「當事人聲請調查證據的期限」¹³。此外，德國刑事訴訟法第 257c 條¹⁴的「協商程序」，也有助於訴訟迅速進行。另外，德國法院組織法第 198 條至第 201 條¹⁵就過長之法院程序及刑事偵查程序設有金錢補償之規定，對於超過合理期間之程序，受有不利利益之程序參與人得向法院或檢察機關請求金錢補償¹⁶。

德國刑事訴訟法第 337 條規定：「(第 1 項)提起法律審上訴，僅得以判決違背法令為依據。(第 2 項)法律規範未被適用或適用不當時，為違背法律。」同法第 338 條規定絕對之法律審上訴事由¹⁷。同法第 339 條規定：「違反僅為被告利益而制定之法律規範時，檢察官不得為被告之不利利益聲請撤銷判決。」從而限縮第 337 條規定之適用，該上訴之限制係由被違反規定之意義與目的所導出。例如德國刑事訴訟法第 140 條、第 145 條強制辯護之規定，即屬為被告利益所制定之規範，檢察官不得以上開規定遭違反為由而為被告不利利益提起上訴¹⁸。

由上開規定可知，德國刑事訴訟法第 337 條及第 338 條之條文內容及架構，與我國刑事訴訟法第 377 條至第 379 條極為類似，對於上訴至法律審，並沒有區分有

¹³ 德國刑事訴訟法、德國法院組織法之中譯，均係參照「連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版 1 刷，2016 年 9 月。」之內容，並對照最新修正條文原文後所譯。德國刑事訴訟法第 244 條第 6 項規定：「(第 1 句)駁回證據調查聲請，須以法院裁定為之。(第 2 句)於依職權計畫之證據調查完畢後，審判長得定提出證據調查聲請之適當期限。(第 3 句)於期限屆至後所提出之證據調查聲請，得於判決中決定；但於期限屆至前不可能提出證據調查聲請者，不在此限。(第 4 句)若證據調查聲請於期限屆至後提出，應於聲請中釋明不可能遵守期限之事實。」據此，審判長依職權調查證據完畢後，可規定一個聲請調查證據的適當期限。在這個期限之後的證據調查聲請，可以在判決中說明不調查該項證據(德國刑事訴訟法第 244 條第 6 項第 3 句前半段)。德國刑事訴訟法第 312 條至第 332 條為上訴第二審之規定，其中第 332 條規定：「除此之外，適用第 2 編第 6 章關於審判期日之規定。」而第 2 編第 6 章關於審判期日之規定為第 226 條至第 275 條。是以，德國刑事訴訟法第 244 條關於當事人聲請調查證據之期限的規定，於第二審亦有適用。

¹⁴ 德國刑事訴訟法第 257c 條規定：「(第 1 項)法院得在適當情況下，依據下列各項規定，與程序參與人就嗣後之程序進行及結果進行協商。(以下略)(第 2 項)-(第 5 項)(略)」

¹⁵ 德國法院組織法第 198 條第 1 項第 1 句規定：「程序參與人，由於法院程序持續過久而遭受損失者，[應]受適當補償。」

¹⁶ 其他德國刑事訴訟關於訴訟迅速原則於司法實務之具體實踐，例如需曾於事實審法院對該程序瑕疵聲明異議，方得以該程序瑕疵為理由提起上訴；或容許下級審法院事後更正審判筆錄，從而當事人針對審判筆錄內容有誤的程序瑕疵之上訴即不合法。參照何賴傑，訴訟迅速原則之具體實踐－以德國刑事訴訟晚近發展為例，月旦法學雜誌，2014 年 6 月，第 229 期，46-62 頁。

¹⁷ 包括審判法院之組織不符合規定、依法被排除行使審判職權之法官或參審員參與判決、法院誤認自己有管轄權、於檢察官缺席或法律規定應在場人缺席之情況下進行審判期日、判決不載理由等。

¹⁸ KK-StPO/Gericke StPO § 339 Rn. 1-2.

罪判決或無罪判決而為不同之限制，而其他關於訴訟迅速原則之具體實踐，也沒有於無罪判決之情形，單方面限制檢察官上訴之不對稱上訴的規定。

四、小結

世界各國之終審法院均為法律審，其共通基本功能是統一法律見解，僅因上訴第三審著眼目的不同，而有限制寬嚴之別。我國刑事妥速審判法第9條不僅上訴理由限制極端嚴格，僅對檢察官上訴第三審作限制，且無「許可上訴制」之緩和。「迅速審判」固然是普世價值，但我國刑事妥速審判法在立法例上可謂非常獨特。

陸、我國實務對刑事妥速審判法第9條第1項所稱「無罪判決」之見解(略)

柒、本署見解

一、最高法院本其終審職權所形成之見解，本署縱然不認同，仍予尊重

我國刑事訴訟第二審採覆審制，屬事實審，檢察官以裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，若第一、二審均於判決理由內論敘其中一部不另為無罪諭知，不分影響事實認定或法律解釋之爭議，均限制檢察官對該不另為無罪諭知部分之上訴，結果不僅所有事實審各種見解紛歧、錯誤全部一筆勾銷，第三審對第二審裁判之監督機制大幅萎縮，即使法律見解離譜錯誤也沒有任何監督、救濟機制。因此，基於目的性解釋，本署認為應限縮解釋刑事妥速審判法第9條第1項適用範圍，若事實審認為被告有檢察官起訴之事實，僅因法律見解與檢察官不同而判決無罪，此種情形檢察官既已「積極落實實質舉證責任」，其追訴權之實體基礎，並未被第一審、第二審法院拒絕；檢察官基於監督裁判之法律適用，應仍得以原審判決違背法令提起上訴，以「落實最高法院為嚴格法律審」¹⁹。

可惜最高法院108年台上字第225號判決對此問題堅持：「(刑事妥速審判法)且其目的既在避免檢察官或自訴人對於上開經一、二審均為無罪認定之案件一再上訴，影響被告受公正與迅速審判之權利，自無區別該無罪判決之理由究為不能證明被告犯罪或行為不罰，而異其規範之必要。尤無針對裁判上一罪中之一部經一、二審均不另為無罪諭知之第三審上訴要件，另予差別待遇之正當理由。從而第二審法院就

¹⁹ 陳運財教授持相似見解，參見陳運財，刑事妥速審判法第九條限制上訴第三審事由之檢討，月旦法學雜誌，209期，2012年10月，58頁，65頁；陳運財，刑事妥速審判法兩週年檢討II(發言紀錄)，台灣法學雜誌，217期，2013年2月1日，162-163頁。

裁判上一罪案件之一部，維持第一審於判決理由內論敘不另為無罪諭知之認定者，不論其理由係認定不能證明被告犯罪或行為不罰，檢察官對之提起第三審上訴之理由書狀，俱應具體指明原判決該部分有何刑事妥速審判法第 9 條第 1 項各款所列事項，方為適法。」

最高法院上開見解對於違背法令之無罪判決著重保障被告利益，限制檢察官上訴及最高法院監督權能。最高法院 108 年台上字第 225 號判決係最高法院本其終審職權所形成之見解，本署對上開見解雖難認同，仍予尊重。

二、被告對裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，若就第二審判決有罪部分提起上訴，而檢察官未上訴，不另為無罪諭知部分已生確定效力

我國目前實務認為國家刑罰權係對應於每一犯罪事實，單一犯罪事實之訴訟程序無從分割，若檢察官以實質上一罪或裁判上一罪起訴之案件，基於「審判不可分」原則，法院應將有關係之部分一併審判、不能置而不論。審判結果若認為其中一部分有罪，另一部分不能證明其犯罪者，因二者並非實質數罪，刑罰權仍屬單一，法院僅須於有罪判決內敘明該不能證明犯罪之部分，而不另為無罪諭知；若認定應成立實質數罪，則應分論併罰，不受「審判不可分」原則之限制。

惟最高法院 108 年台上字第 225 號等判決既認為：「刑事妥速審判法第 9 條關於上訴第三審理由之嚴格限制，為刑事訴訟法之特別規定。」為維護法規範體系之一貫性，且為尊重訴訟雙方設定攻防之範圍，檢察官以裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就有罪部分提起第三審上訴，該不另為無罪諭知部分已告確定，上訴不可分及審判不可分原則即無適用之餘地。倘最高法院撤銷有罪部分發回更審，該不另為無罪諭知部分，無庸一併發回。詳細理由同本提案庭所述(詳見本言詞辯論意旨書陸、二(二))。最高法院對於該無罪判決確定之部分，如誤為撤銷發回更審，最高法院撤銷發回判決屬無效判決，下級審應依釋字第 135 號以及最高法院 55 年台非字第 205 號判例意旨，表示不受此一無效判決之拘束，原本已經確定之判決不受影響。

三、大法庭應一併釋明先前就本法律問題採肯定說並判決確定之效力，及得否對之提起非常上訴

刑事訴訟法第 441 條規定：「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。」但最高法院屢次對於非常上訴之原因，作非常恣意之限制，頗受學界批判²⁰。例如最高法院 92 年度台非字第 233 號等判決認為：確定判決持「不同法律見解」並非「違背法令」，不得作為非常上訴之理由。但「不同法律見解」(最高法院認為不得非常上訴)與「審判違背法令」(依法得非常上訴)究竟有何區別，實則存乎最高法院一心。

又例如最高法院 97 年度第 4 次刑事庭會議決議表示：

- 一、非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決；或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，其目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。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。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；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。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。
- 二、所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且(一)、法律已有明確規定，向無疑義，因疏失致未遵守者（例如應沒收，漏未諭知沒收。應褫奪公權，漏未宣告褫奪公權。應付保安處分，漏未宣付保安處分等）；或(二)、司法院已有解釋可資依循，無再行闡釋之必要者（例如裁判確定後另犯他罪，不合數罪併罰之規定，誤為定執行刑。數罪併罰中，有得易科罰金之罪，有不

²⁰ 學界之批評，例如林鈺雄，刑事訴訟法(下冊，9 版)，2019 年 9 月，552-559 頁；560-562 頁；黃東熊，刑事訴訟法研究，再審與非常上訴之救濟，1981 年，262-263 頁。

得易科罰金之罪，於定執行刑時，誤為諭知易科罰金。對於與配偶共犯告訴乃論罪之人，誤認為不得提起自訴，而為不受理判決。顯係文字誤寫，不影響於全案情節與判決本旨，得以裁定更正等)；或(三)、其違背法令情形，業經本院著有判例、判決或作成決議、決定予以糾正在案，實務上並無爭議者（例如不合緩刑要件，誤為宣告緩刑。不合減刑或減輕其刑條件，誤為減刑或減輕其刑。合於累犯要件，未論以累犯。量刑或定執行刑，低於法定最低度刑。不得易科罰金之罪，誤為諭知易科罰金。裁判上一罪案件，已受請求之事項未予判決。應為實體判決，誤為不受理判決等)；或(四)、因「前提事實之誤認」，其過程並不涉及法令解釋錯誤之問題者（例如誤認有自首之事實，而減輕其刑。被害人或共犯為兒童或少年，誤認為非兒童、少年，或誤認被告未滿 18 歲、已滿 80 歲，致應加重未加重、不應減輕而減輕等）……諸情形，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。

亦即，原判決縱使「審判違背法令」，倘非不利於被告，最高法院 97 年度第 4 次刑事庭會議決議表示：(非常上訴)「所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當。」至於是否相當並無客觀標準，當然又由最高法院專斷。

加之，終審法院判決之見解變更、最高法院刑事庭決議所為的變更法律意見，均不可據以提起非常上訴²¹。因此，本件大法庭裁定統一見解之效力，有被解釋為不及於其他確定判決之空間。

然而，大法官釋字 135 號解釋認為：「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

²¹ 例如最高法院 107 年台非字第 186 號判決解釋：「若確定判決之內容關於確定事實之援用法令並無不當，僅係所憑終審法院前後判決所採法令上之見解不同者，尚不能執後判決就法令所持之見解而指前次判決為違背法令，誠以終審法院判決關於法令適用上之闡釋，在未經法定程序統一見解前，有時因探討法律之真義，期求適用社會情勢起見，不能一成不變，若以後之所是即指前之為非，不僅確定判決有隨時動搖之虞，且因強使齊一之結果，反足以阻遏運用法律之精神，故就統一法令適用之效果而言，自不能因後判決之見解不同，而使前之判決效力受其影響。」

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。」

最高法院 55 年度台非第 205 號判決認為：「刑法第 61 條所列各罪之案件，依刑事訴訟法第 368 條規定，不得上訴於第三審法院，故一經第二審判決即告確定，如當事人對此已告確定之案件，猶提起第三審上訴，第三審法院即應依刑事訴訟法第 387 條上段，以判決駁回之，倘竟誤為撤銷發回更審，原第二審法院亦復遵照更為判決，均屬違法，難謂有效，並無影響於更審前之第二審判決確定之效力。」最高法院 100 年度台非第 369 號判決亦表示：「檢察官就修正前刑法牽連犯之一部事實起訴者，依刑事訴訟法第 267 條之規定，其效力固及於全部，然檢察官起訴之事實一經法院審理之結果，認為無罪，即與未經起訴之其他事實並不發生牽連，自無犯罪事實一部與全部關係之可言，依同法第 268 條規定，法院即不得就未經起訴之其他事實併予審判。又刑事訴訟法第 376 條所列各罪，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，故一經第二審判決即告確定，如當事人對此已告確定之案件，猶提起第三審上訴，第三審法院即應依同法第 395 條上段，以判決駁回之，倘竟誤為撤銷發回原審，原第二審法院亦復遵照更為判決，均屬違法，難謂有效，並無影響於更審前之第二審判決確定之效力。……惟既具判決之形式，自得依非常上訴程序救濟，案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，自應將前述違法之判決均撤銷，以資救濟。」

參照前述實務見解之說明，被告對裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，若就第二審判決有罪部分提起上訴，而檢察官未就不另為無罪諭知部分上訴，不另為無罪諭知部分符合刑事妥速審判法第 9 條第 1 項規定，已生確定效力，最高法院對於該無罪判決確定之部分，如誤為撤銷發回更審，最高法院撤銷發回判決屬無效判決，下級審應依釋字第 135 號以及最高法院 55 年台非字第 205 號判例意旨，表示不受此一無效判決之拘束，原本已經確定之判決不受影響。最高法院誤為發回更審及更審後之各次判決均為不生效力之判決，惟因既具判決之形式，仍得依非常上訴程序救濟²²。

²² 另參見最高法院 68 年度第 10 次刑事庭會議決定(二)決議：「被告犯罪，經第二審法院宣示判決後，具狀聲明捨棄上訴權。但在判決正本送達之十日期間內又具狀聲明上訴。本院未予駁回，誤為發回更審之判決，第二審法院再次判決，被告上訴到院，本院對於被告就第二審法院再次判決之上訴，由承辦庭依法判決。至本院前次誤為發回更審之判決，參照司法院大法官會議釋字第一三五號解釋意旨，可由檢察長提起非常上訴，以資糾正。或由本院自行認定該判決不生效力，另為適當之判決。」

循此，對提案問題先前已依肯定說就原被諭知無罪部分於發回更審後改判有罪之確定判決，此部分是否屬於無效判決？是否得以判決違背法令提起非常上訴？或最高法院認為僅係終審法院判決之見解變更，不可據以提起非常上訴？因「不同法律見解」(最高法院認為不得非常上訴)與「審判違背法令」(依法得非常上訴)之區別，存乎最高法院一心；最高法院對非常上訴之諸多見解，學界表示「難以捉摸」²³，本署亦無法從最高法院設立之原則中尋找出合理法則，請大法庭一併釋明，俾資依循。

四、刑事妥速審判法第 9 條第 1 項規定不及於第一、二審法院對實質上一罪或裁判上一罪一部漏未審酌之情形

依我國目前實務見解，檢察官就被告之全部犯罪事實以實質上或裁判上一罪起訴者，因其刑罰權單一，在審判上為一不可分割之單一訴訟客體，法院應就全部犯罪事實予以合一審判，以一判決終結之，如僅就其中一部分加以審認，而置其他部分於不論，即屬刑事訴訟法第 379 條第 12 款所稱已受請求之事項未予判決之違法。

因此，倘詐欺集團向被害人施用詐術後，為隱匿其詐欺所得財物之去向，而令被害人將其款項轉入該集團所持有、使用之人頭帳戶，並由該集團所屬之車手前往提領詐欺所得款項得逞後層層轉交上手，檢察官如能證明該帳戶內之資金係本案詐欺之特定犯罪所得，即已該當於洗錢防制法第 14 條第 1 項之一般洗錢罪²⁴；若起訴書之所犯法條欄未引洗錢防制法第 14 條第 1 項之一般洗錢罪，然於犯罪事實欄已敘及被告領取詐欺款項後，轉交詐欺集團之其他成員之犯罪事實。因被告參加三人以上之詐欺集團犯罪組織，係犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪；被告加入該犯罪組織後向告訴人等詐取財物、以不正方法由自動付款設備取得他人之物、並隱匿犯罪所得，係犯刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪、刑法第 339 條之 2 第 1 項之以不正方法由自動付款設備取得他人之物罪及洗錢防制法第 14 條第 1 項之一般洗錢罪。倘被告係一行為觸犯數罪名之想像競合犯(詐欺集團案件依犯罪事實不同，各罪也可能屬不同犯罪行為)，應依刑法第 55 條規定，從一重論處。第一、二審判決如均僅論以參與犯罪組織罪、三人以上共

²³ 參見林鈺雄，刑事訴訟法(下冊，9 版)，2019 年 9 月，559 頁。

²⁴ 參見最高法院 108 年度台上字第 1744 號、108 年度台上字第 3086 號等判決。

同犯詐欺取財罪及以不正方法由自動付款設備取得他人之物罪等 3 罪，至於被告所犯上開一般洗錢罪部分，第一審、第二審判決均未予審酌、論罪。被告就有罪部分提起上訴，依前揭說明，應非刑事妥速審判法第 9 條第 1 項規範範圍所及。

亦即，依現行法，上開情形原審判決有刑事訴訟法第 379 條第 12 款所稱「已受請求之事項未予判決」之違法，仍有上訴不可分、審判不可分原則之適用。至於上訴不可分、審判不可分原則是否妥適？應否修法？則屬別一問題。

捌、結論

綜上，本署認為：檢察官以裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就有罪部分提起第三審上訴，該不另為無罪諭知部分已生確定效力，並非第三審法院審判範圍。

此致

最高法院

中 華 民 國 109 年 12 月 9 日

玖、附件清冊

最高法院 109 年度台上大字第 3426 號刑事裁定摘要

主 文

檢察官以裁判上或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，該不另為無罪諭知部分已確定，並非第三審審判範圍。

理 由

本大法庭之見解

一、人民有受公正、合法及迅速審判之權利，為落實此項權利保障，刑事妥速審判法（下稱妥速審判法）於 99 年 5 月 19 日制定公布，其中第 9 條於 100 年 5 月 19 日施行，依該條第 1 項規定，除第 8 條情形外，檢察官或自訴人對於第二審法院維持第一審所為無罪判決提起上訴之理由，必須以該判決所適用之法令牴觸憲法，或判決違背司法院解釋、判例者為限。立法意旨乃對於第一審判決無罪，第二審法院仍維持第一審所為無罪判決之案件，若允許檢察官或自訴人就

無罪判決一再上訴，被告必須承受更多之焦慮及不安，有礙其接受公平、迅速審判之權利，因此限制檢察官及自訴人之上訴權，符合無罪推定原則，及嚴格法律審之法旨，並促使檢察官及自訴人更積極落實實質之舉證責任。而關於第9條第1項所稱維持第一審所為無罪判決，並不以在主文內諭知無罪者為限。實質上或裁判上一罪案件，於第一、二審判決理由內均說明不另為無罪諭知者，基於相同之理由，亦有適用，始合於該規定之立法本旨。

- 二、依刑事訴訟法第267條、第348條第2項規定，固足認單一性案件有審判及上訴不可分原則之適用。惟同法第348條第1項前段亦規定：「上訴得對於判決之一部為之」，以保障上訴權人之一部上訴權。而為統一法律見解，本院64年度第3次刑庭庭推總會議作成決議，雖表明裁判上一罪案件，經第二審法院就構成犯罪部分，為有罪之判決，就不構成犯罪部分，因審判不可分關係，僅於判決理由中說明，不在主文另為無罪之諭知。如被告為其利益上訴，第三審法院認為上訴有理由而須撤銷發回者，應於判決理由載明該不另為無罪諭知部分，因與發回部分有審判不可分關係，一併發回更審，受發回之第二審法院，依刑事訴訟法第348條第2項規定，應就全部事實重為審判等旨。但第三審上訴之目的，在於對未確定之判決請求上級法院為司法救濟，以維持法之統一與形成，並糾正錯誤判決，以為具體之個案救濟。是除應依職權上訴之案件外，檢察官或自訴人於第二審判決後，不續行追訴，或當事人對第二審判決並無不服，第三審法院即無逕行審判而糾正錯誤可言，以尊重上訴權人一部上訴之權利。而前開決議作成後，妥速審判法始制定公布，該法第9條第1項所謂第二審法院維持第一審所為無罪判決，既包括第一、二審判決理由內均說明不另為無罪諭知者在內，則檢察官對不另為無罪諭知部分並未不服，倘僅因被告提起上訴，其上訴為有理由時，即適用審判及上訴不可分之規定，一概將不另為無罪諭知部分併同發回第二審更為審理，不僅不尊重被告一部上訴之權利，且有礙被告接受公平、迅速審判之訴訟權益，相較於檢察官違反前述限制上訴之規定，對不另為無罪諭知部分提起第三審上訴，反而被駁回，而使該不另為無罪諭知部分確定之情形，無異懲罰僅就有罪部分提起上訴之被告，有違事理之平。因此，基於妥速審判法為刑事訴訟法之特別法，並稽諸該法第9條第1項之規範目的，為維護法規體系之一貫性，且基於尊重當事人一部上訴權，以及國家刑罰權

之實現植基於追訴權行使之法理，就第一、二審判決理由內均說明不另為無罪諭知者，於檢察官未就該不另為無罪諭知部分提起第三審上訴之情形，採取體系及目的性限縮解釋，認該不另為無罪諭知部分，已非第三審審理之範圍，並無上開審判及上訴不可分規定之適用，而限縮案件單一性之效力。換言之，於此情形，該不另為無罪諭知部分不生移審效果，於上訴權人上訴期間最後屆滿時即告確定，倘本院就上訴部分撤銷發回更審時，自無將該不另為無罪諭知部分一併發回之必要，庶免該部分懸而未決，以貫徹憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。

三、第三審為法律審，依刑事訴訟法第 377 條至第 380 條、第 393 條等規定，對第三審之上訴，係以判決違背法令為理由，而第三審法院原則上係以上訴理由所指摘之事項為審查對象，此與第二審所採覆審制，顯然有別，亦即以當事人就上訴第三審之理由有所主張時，始得對其主張之有無理由進行審查。倘第三審不於當事人所聲明不服之範圍內審理，擴大其調查範圍，不僅與上開規定有違，亦違反「無不服，即無審查」之上訴權核心理念。何況上訴乃對判決不服而請求救濟之制度，上訴所主張之內容自應有上訴利益，「無利益，即無上訴」可言，而不另為無罪諭知部分之判決，對於提起上訴之被告，顯無上訴利益。從而，於第一、二審判決理由內均說明不另為無罪諭知者，檢察官對該不另為無罪諭知部分並未聲明不服之情形，當事人既無意就不另為無罪諭知部分聲明第三審上訴，而將之排除在攻防對象之外，該部分自非第三審上訴理由所指摘之事項，基於法之安定性及尊重當事人設定攻防之範圍，應認該部分並非第三審審判範圍，如此始無違第三審為法律審之本旨，避免被告受突襲性裁判。

四、綜上，妥速審判法為刑事訴訟法之特別法，該法之規定及其所揭示之原則，應優先適用。基於該法第 9 條第 1 項之規範目的，及維護法規範體系之一貫性，且考量法之安定性暨尊重當事人一部上訴之權利，以及國家刑罰權之實現植基於追訴權行使之法理，對於刑事訴訟法第 267 條、第 348 條第 2 項有關審判及上訴不可分之規定，採取體系及目的性限縮解釋，於被告僅就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，而檢察官就第一、二審判決說明不另為無罪諭知部分，並未一併上訴之情形，審判及上訴不可分原則即無適用之餘地，該不另為無罪諭知部分不生移審效果，於上訴權人上訴期間最後屆滿時即告確定，並非第三審

之審判範圍。

中 華 民 國 1 1 0 年 1 月 2 7 日

【第十五案】魏○妨害公務案

爭點：

- 一、刑法第 153 條第 1 款之規定是否違憲？
- 二、公開發表煽惑他人犯罪之言論是否受憲法言論自由之保障？
- 三、抵抗權是否蘊含於憲法之人民基本權？抵抗權若為基本權，其成立要件為何？權利範圍為何？行使限制為何？
- 四、公民不服從之主張可否於刑事個案阻卻違法、阻卻或減免罪責？

最高檢察署言詞辯論意旨書（刪節版）

原文目錄

壹、本件程序問題

貳、本署有關本件法律爭點之意見

一、刑法第 153 條第 1 款是否違憲？得否為目的性限縮的合憲解釋？

(一) 司法院大法官對限制言論自由之法律的審查標準

1. 我國法律規定對於言論內容事前審查者，應屬違憲
2. 關於事後處罰特定言論行為之法律，推定合憲
3. 刑法第 153 條之煽動罪規定，為事後處罰特定言論的法律，無被推定為違憲之空間

(二) 對照外國法，刑法第 153 條第 1 款之規定亦不違憲

1. 德國立法例（略）
 - (1) 德國刑法第 111 條煽動罪之規定
 - (2) 德國刑法第 111 條煽動罪與教唆犯之關係
 - (3) 煽動罪的保護法益
 - (4) 煽動罪與關聯犯罪的追訴條件
 - (5) 煽動罪的處罰
 - (6) 小結
2. 日本立法例：處罰政治性言論的煽惑罪規定（略）
 - (1) 破壞活動防止法的煽動罪

- (2) 日本最高法院就煽動罪處罰之判決先例
- (3) 破壞活動防止法的煽動罪合憲案
- (4) 小結
- 3. 英國法(英格蘭與威爾斯) (略)
 - (1) 2007 重大犯罪法之規定
 - (2) 其他成文規定
 - (3) 小結
- 4. 美國法 (略)
 - (1) 聯邦法之暴力犯罪之挑唆罪
 - (2) 聯邦法之煽惑暴動罪
 - (3) 美國各州規定
- 5. 我國刑法第 153 條規定之正當性
- (三) 刑法第 153 條第 1 款是否應為目的性限縮解釋？
 - 1. 刑法第 153 條有無為合憲性限縮解釋之必要？
 - 2. 刑法第 153 條第 1 款縱為限縮解釋，被告所為仍然構成該條之罪
 - 3. 美國言論限制之違憲審查標準
 - 4. 美國 Brandenburg v. Ohio 案的啟示
- (四) 公開發表煽惑他人犯罪之言論可能不受言論自由保障
 - 1. 並非任何言論皆受憲法言論自由規定之保障
 - (1) 美國違憲審查的標準
 - (2) 美國言論自由之界限
 - 2. 小結
- 二、被告鼓動眾人攻占行政院之言行，係以言語、文字鼓動他人侵入行政院、對抗執行職務員警之犯罪行為，已違反刑法之規定，構成犯罪，必須擔負刑責，不受憲法言論自由之保障
- (一) 抵抗權可否於個案阻卻違法、阻卻或減免罪責？
 - 1. 抵抗權概念之起源
 - 2. 我國憲法或法律並無抵抗權之規定
 - (1) 外國立法例有關抵抗權之規定 (略)

①德國基本法

②希臘憲法

③捷克基本權利與自由憲章

④抵抗權概念在美國法中的發展

(2)本案行政院院會決議與中國大陸簽訂服貿協議，並由立法院未依正常議事程序「通過」服貿協議審查之事實，並未造成憲政秩序被排除，或民主法治失能的憲政危機，不符任何國家所定之抵抗權行使要件（略）

①我國的抵抗權規定何在？所謂由自然法所產生的抵抗權，其內涵到底如何？

②日本的抵抗權案例－主張抵抗權不得作為超法規阻卻違法事由的實例

3. 小結

(二) 公民不服從可否於個案阻卻違法、阻卻或減免罪責？

1. 公民不服從為政治行為，並非法定權利或自由，無符合「公民不服從要件」與否之問題
2. 公民不服從行為不得主張阻卻違法或阻卻責任
3. 本案被告所為之抵抗權或公民不服從主張，均不具適法性，不構成任何阻卻違法或阻卻責任事由

參、本署結論

- 一、刑法第 153 條第 1 款之規定並不違憲
- 二、被告等煽惑犯罪之言行不受言論自由之保護
- 三、本案無主張抵抗權之餘地
- 四、公民不服從之主張不足以構成阻卻違法等免責事由
- 五、總結

肆、附件清冊

壹、本件法律爭點

刑法第 153 條第 1 款之規定是否違憲？刑法第 153 條第 1 款是否應為目的性限縮解釋？公開發表煽惑他人犯罪之言論是否受憲法言論自由之保障？抵抗權是否蘊含於憲法之人民基本權？抵抗權若為基本權，其成立要件為何？權利範圍為何？行使限制為何？抵抗權之主張可否於刑事個案阻卻違法、阻卻或減免罪責？本案得

否主張抵抗權？公民不服從之主張可否於刑事個案阻卻違法、阻卻或減免罪責？主張公民不服從之法律效果為何？

貳、本署有關本件法律爭點之意見

一、刑法第 153 條第 1 款是否違憲？得否為目的性限縮的合憲解釋？

按刑法第 153 條所定之煽惑罪，其最常見之行為方式為語文煽惑，此等言詞，不論係以口頭表達或以文字表達，性質上均屬言論。將特定言論行為規定為犯罪，以達限制此等言論目的之作法，是否有悖憲法規定或其精神，即有先予討論之必要。

(一) 司法院大法官對限制言論自由之法律的審查標準

1. 我國法律規定對於言論內容事前審查者，應屬違憲

憲法第 11 條、第 14 條均是關於表意自由的規定，除符合憲法第 23 條所列為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。

法律對於表意自由的限制，有事前審查與事後處罰。觀諸司法院大法官解釋，釋字第 414 號、第 445 號、第 718 號、第 744 號解釋均係對於事前限制表意自由法律所為之違憲審查。

綜觀釋字第 445 號及第 718 號解釋，如事前審查係屬於以「內容為基礎」之限制規定者(content-based regulation)，固應推定其為違憲，但如其限制規定與集會遊行之內容無涉，而係以集會遊行之「時間、地點及方式」(content-neutral regulation, or time, place and manner restrictions)為基礎者，則該限制規定屬於立法自由裁量空間，應推定其為合憲¹。

另外，由於商業性言論之事前審查，已被司法院大法官釋字第 744 號解釋認定違憲，由該號的外溢效果，「政治性言論之事前審查，除非政府部門能依照本號解釋之要件舉證證明事前審查之合憲性，否則未來將難以在憲法面前站得住腳²。」

2. 關於事後處罰特定言論行為之法律，推定合憲

司法院大法官分別在釋字第 407、617 號解釋就處罰已發表之猥褻性言論之法律、釋字第 509 號解釋針對處罰已發表之誹謗性言論的法律、釋字第 577 號解釋就處罰已標示之菸品廣告(商業性言論)的法律、釋字第 623 號解釋就處罰已發表之促

¹ 詹森林大法官釋字第 744 號解釋協同意見書，第 5-6 頁，<https://reurl.cc/3LgOEL>(最後瀏覽：2020 年 12 月 17 日)。

² 許宗力大法官釋字第 744 號解釋協同意見書，第 3 頁，<https://reurl.cc/k0x15G>(最後瀏覽：2020 年 12 月 17 日)。

使人為性交易之訊息(商業言論)，進行違憲審查，上述解釋在法律推定合憲之下進行審查，亦認定各該涉及法律合憲。而上述解釋依循之方法論為：憲法第 11 條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。猥褻性言論、商業性言論，亦受言論自由之保障，惟於憲法第 23 條所列目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制。

3. 刑法第 153 條之煽動罪規定，為事後處罰特定言論的法律，無被推定為違憲之空間

上揭司法院大法官解釋，並無針對煽動他人犯罪之所謂煽動性言論，建立其法律違憲審查標準。如對照上揭違憲審查標準，以法律(限制)本身觀察(即事前審查或事後審查)，刑法第 153 條第 1 款屬於事後處罰之法律(限制)，依上揭司法院大法官解釋所建立之標準，法律推定合憲，於憲法第 23 條所列目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制；從言論性質觀察，煽動性言論如偏向政治性言論，由於刑法第 153 條第 1 款屬於內容之事後處罰(限制)，煽動性言論往往涉及危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞或危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞，或有適用釋字第 445 號解釋所建立之判斷標準的空間，如言論造成明顯而立即危險之事實狀態，即應受罰。然而，刑法第 153 條第 1 款規定並非事前審查之制度，故無釋字第 744 號解釋之推定違憲適用空間。

(二) 對照外國法，刑法第 153 條第 1 款之規定亦不違憲

我國刑法第 153 條第 1 款之規定，以煽惑他人「犯罪」為其犯罪成立要件，而何等行為構成煽惑者促使他人從事之犯罪，其構成要件及違法、有責要件如何，刑法及相關刑事特別法均分別定有明文，並無不明確之處。又依前說明，該條規定雖對言論自由構成限制，惟其性質並非事前審查，而係事後處罰，故無推定為違憲之餘地。被告雖主張號召他人攻占行政院之言詞為政治性言論，然此主張為吾人所無法認同。

我國刑法第 153 條之立法模式，與其他國家或略有不同，然其禁止煽動他人從事犯罪行為，以維社會和諧及法秩序安定之用意均無不同，揆其立法意旨，完全符合憲法第 23 條所稱，係為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序而設，其規範之必要性極高，殊無違憲可言。

5. 我國刑法第 153 條規定之正當性

多數民主先進國家迄仍保留煽惑罪或類似犯罪類型的規定。我國刑法第 153 條有關煽惑罪的規定，並非被告所宣稱落後的戒嚴時期遺跡。不論從德國法的侵害社會內部和平之抽象危險犯模式，美國法、英國法的對他人人身或財物施加強制力模式，或日本法之慫恿他人不履行法律上重要義務模式，煽動他人犯罪的言論都具有可罰性基礎，可見煽惑行為應受非難的正當性，迄今仍然普遍受到各國的承認。

我國刑法第 153 條之立法模式，與其他國家或有不同，然其禁止煽動他人從事犯罪行為，以維社會和諧及法秩序安定之用意均無不同，揆其立法意旨，符合憲法第 23 條所稱，係為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序而設，前已言之。由今日網路社交媒體發達之態勢以觀，各種煽惑他人犯罪之言論其實極易在網路上發表傳播，煽動他人犯罪之行為，較諸以往，更容易達到目的；而可能被煽惑進行犯罪之型態極其多樣，甚至可能出現諸如暴動、恐怖主義、性侵兒童、種族憎恨……等任何國家均無法忍受之被煽動犯罪類型，各國不可能視而不見而不予規範此等犯罪的煽動行為。質是之故，各國有關煽動犯罪之刑事處罰甚多，未聞有何國家無類似煽動罪之規定者，是本條之規範必要性極高，殊惟違憲可言。

關於本條規定的正當性基礎，學者周滢沂教授認為，周教授以為：法律「規範具有效力」這件事，是影響一般市民規劃自己社會生活的重要因素。周教授論稱：「在法律狀態之中，法規範確立了外在自由的界限，使得多數人自由的行使可以取得合致，人一方面可以期待，他人身為一個理性主體能夠透過遵守形諸於外的實證法而承認自己是一個同樣具有絕對價值而得以開展自由的主體，不會有意的為了擴張行動範圍而侵入自己的自由領域。另一方面，在某些需要建立快速且有效率之社會交往模式的情形下，也可以只利用規範建立行為的可預測性，使得他人的行為成為自己的行為計算中可以預測的因素，自己行為也成為他人行為計算中可以預測的因素。」³而「受規範保護之信賴的建立，是貫徹規範效力的當然結果」，換句話說，關聯犯罪之法律之規範效力的被貫徹，固然是規範可信賴性得以建立的原因，但是，周教授認為「並不能因為基礎信賴的維持主要是建立在行為規範效力的貫徹之上，就全然否定以獨立犯罪規定保護規範效力之可信賴性的必要。」因為，法律規

³ 周滢沂，論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由，臺大法學論叢第 37 卷 4 期，頁 372。

範效力可信賴性的受損，原因未必只有規範效力未被貫徹⁴，「也有可能透過其他特定行為方式而破壞。刑法第 153 條所要規範的情形，就屬於這種破壞的典型：行為人非以一般規範違反方式，而是以公開釋放鼓勵犯罪或違背法令訊息的方式破壞法規範效力之可信賴性。」⁵「行為人藉由公開鼓動他人犯罪或違背法令，向公眾主張可以不理會規範效力，呼籲公眾回歸到自然狀態，雖然所涉及的問題並不是可能會引發的犯罪或是法益損害，但是如果刑法放任這種宣告，規範效力的可信賴性仍然可能因為此一煽惑行為傳達給公眾的訊息而減損煽動他人犯罪，即是鼓勵他人違反法規範，有更多人犯罪，一般人之不安全感即隨之增加，因為難以正常期待法律具有規範他人行為之效力，則法規範之可信賴度自然會因此減損。」⁶

周教授因此主張，刑法煽惑罪之規定，應以規範效力之可信賴性作為其保護法益。教授認為刑法第 153 條所保護之法益係「規範效力之可信賴性」，其見解相當具有說服力，應是支持本條規定確實具有規範正當性之重要理論依據之一。惟刑法第 153 條的處罰理由，除了周教授所洞見，對規範效力可信賴性之破壞或減損之外，關聯犯罪(即被煽惑違犯之罪)發生的機率，因為煽惑行為，特別是周教授所指，「會影響公眾對規範效力之信賴的鼓動行為」的出現而增加，從而該犯罪之被害者或該犯罪原本保護之法益受到侵害的機會亦隨之提高，應是合乎邏輯與社會常態之推論。據此而論，不可謂煽惑行為與所煽惑行為保護之法益無關，亦難謂社會共同生活和平之秩序不因煽惑他人犯罪而遭受更大之衝擊。是刑法第 153 條所保護之法益，除周教授所倡導之「規範效力之可信賴性」外，亦宜加入因為煽惑行為之出現而致侵害壓力大增之所煽惑犯罪所涉法益之保護，以及維護共同生活和平之公共秩序的維持法益二者。

(三) 刑法第 153 條第 1 款是否應為目的性限縮解釋？

與本案有關之刑法第 153 條第 1 款規定，並無欠缺明確之問題，合先敘明。

⁴ 周教授的原文是「規範效力之可信賴性，並不一定因一般不法行為的發生而受損，」惟不法行為的發生，固然有違「受規範者均會遵守規範」的期待，但此是一般社會正常的現象，未必會嚴重減損規範效力的貫徹，因為誠如周教授所言，受規範保護者對規範的信賴，也建立在「透過刑罰強制對於規範違反行為的回應」上，也就是有罪必罰的信然性之上。因此，由於某種因素(特別是欠正常社會可以接受的原因，例如政府公權力不張、執法或司法人員腐化)，有罪不罰，違反受規範保護之期待，制裁規範無法確保行為規範的落實，行為規範效力無法被貫徹，才是規範效力減損的主要原因。

⁵ 周漾沂，論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由，臺大法學論叢第 37 卷 4 期，頁 374。

⁶ 同上註。

1. 刑法第 153 條有無為合憲性限縮解釋之必要？

如前引述，德國刑 111 條煽動罪之規定，在煽動行為與教唆犯之關係、處罰條件及刑度方面，固與我國規定有異，但在構成要件及社會法益保護之旨趣，則與我國刑法第 153 條之規定則相當類似。迄今未聞彼邦學界或司法實務界有對該條規定須作所謂合憲性限縮解釋之提議或裁判。

關於限縮解釋之議題，我國學者周漾沂教授在前揭論文中曾經提出相關建議，或可作為本件法律適用之參考。周教授基於刑法第153條之保護法益為「規範效力可信賴性」之理論，認為：「鼓動公眾犯罪或違背法令的行為，必須在現時整體社會環境條件之下，足以讓潛在被害人相信真的會因此有規範違反行為發生，才會減損該規範之效力可信賴性而符合本罪的煽惑概念。本罪構成要件之文義顯然牽連過廣，因而有限縮解釋的必要。」⁷周教授認為，由於煽惑要件文義牽連甚廣，因此主張「只有那些真的會影響公眾對規範效力之信賴的鼓動行為，才是本罪的煽惑。於此必須考慮到行為時的整體社會環境背景條件，以及鼓動他人違反之規範的性質及內容。」所言不無參考價值。

2. 刑法第 153 條第 1 款縱為限縮解釋，被告魏○等人所為仍然構成該條之罪

萬一貴院認為我國刑法第153條第1項所定煽惑犯罪之標的罪名包含所有犯罪在內，範圍過於寬泛；或認本條規定對於行為時機、地點、境況等(time, place, or circumstances)條件欠缺合理之限制，而堅認在本案的適用上有予限縮解釋之必要，基於對法官審判職權的尊重，本署亦不便表示反對。然而，吾人以為，即使對刑法第153條採取相當程度的限縮性解釋，對本案煽惑罪之成立，仍然不生影響。蓋依原審判決認定之事實，即「魏○於同日晚間8時許抵達行政院，在行政院院區內A棟中央大樓大門等處持續以擴音器(大聲公，下同)、麥克風(以上擴音器、麥克風均未扣案，無證據證明係魏○所有)向在場參與者呼喊：『一、…各位，我今天身為現場指揮，…如果有一切法律責任，有任何流血，我當然會一切承擔，我們所有發起這些行動的人，我們都會承擔。…二、…我們還會持續的佔領、佔領更多的行政機關…三、(帶領群眾持續喊「退回服貿」)⁸。…我跟大家宣布…我要請各位有一個準備，就是這是一場革命，這是一場戰爭，警察不是跟我們玩嘉年華的，…他們會攻堅，

⁷ 周漾沂，前揭文，頁 378。

⁸ 坊間習稱的「服貿協議」，其正式名稱為行政院大陸委員會授權財團法人海峽交流基金會與大陸海峽兩岸關係協會簽署之「海峽兩岸服務貿易協議」。

所以各位請有一個準備，請各位一方面請更多人來支援，…如果警察要抬我們就呈一灘爛泥…一個人要被3 個人、警察才抬得動，大家相信自己好不好？(群眾：好)…請各位、請各位就是，若一旦警察攻堅，就把大門關起來，如果現場各個門的指揮可以聽到我說的話，警察攻堅的時候就把大門關起來』」等語，另於同日晚間8時13分透過網際網路登入可供不特定多數人共見共聞之個人臉書張貼：「抱歉我知道這樣動員很不負責，但請願意的朋友來行政院聲援，多來一人，就必須逼警方多派三個人來清場，之所以佔領行政院，除為立法院伙伴舒減壓力，更是讓馬政府看見人民的決心」。林○興於同日晚間8時許，在行政院周圍對往來群眾大喊『進來坐，衝啊！進來坐，衝啊！馬○九不理我們，我們自己來。衝啊！靠你了，進去。門已經開了、門已經開了。』等語；被告柯○諭則於同日晚間8時39分以網際網路登入可供不特定多數人共見共聞之個人臉書張貼『《正確消息請轉》我強烈建議大家攻行政院，立法院要有足夠人留守。其他行政機關不要去！！會分散！！』、『《純個人建議》我強烈建議大家攻行政院，立法院要有足夠人留守。其他行政機關不要去！！會分散！！』」(二審判決書事實欄二、(一)4.)等語觀之，本件被告魏○等人係在包圍行政院之現場以及現場群眾情緒極度高昂之下所為上開言論，已足以造成在場及附近群眾產生衝入行政院之立即非法行動的衝動，此舉自然會讓一般人相信社會規範之可信賴性已遭破壞而產生不安，何況後來果發生群眾非法侵入並占領行政院之本案犯行。

換言之，本件被告魏○等人的行為，即使在刑法第 153 條經限縮解釋後，仍然構成該條所定煽惑罪。

3. 美國言論限制之違憲審查標準

美國法院審理案件涉及人民基本權利是否被行政機關或立法所不當侵犯時，有違憲審查權；但因個案牽涉之基本權類型、限制目的及限制手段均不相同，法院因而有三種不同的審查標準。

聯邦最高法院首先在 1938 年 *United States v. Carolene Products Co.* 案⁹判決註腳 4 中提出「雙重基準」審查標準，法院原則上應尊重國會依民主程序所為之決定，只有在立法機關的決定涉及民主制度之缺失時，法院才應加強審查，導正民主制度本身的不公與不健全。基此，在審查與民主程序無關之經濟性基本權利或社會福利立

⁹ 304 U.S. 144 (1938).

法時，應採寬鬆之「合理審查標準」(Rational Relationship Test)。亦即，限制基本權之目的須追求合法的政府利益(legitimate interests)，手段與目的應具有合理關聯(rational relationship)。倘若政府之立法(或其他行政措施)涉及與民主程序運作有關之基本權利(政治性基本權利)，則應以「嚴格審查標準」(Strict Scrutiny Test)予以審查。亦即，限制基本權之目的須追求極為「重大迫切的利益」(compelling interests)，手段須屬必要且以侵害最小方式(necessary and narrowly tailored)。此外，與社會大眾分離的少數族群因無法在多數決的民主程序中獲得公平參與機會，故凡屬此等社會少數者的基本權利，不論是經濟性基本權利或政治性基本權利，法院均應以嚴格審查標準予以審查。

是以，法院採「合理審查標準」時，應先就政府立法或行政措施之目的加以審查是否「追求合法的利益」，再審查限制人民權利之手段與該目的是否具有合理關聯。只要所選擇之手段確實能達到該目的，不論是否存在其他侵害較小的限制手段，該立法或行政措施即與憲法無違。美國聯邦最高法院審查有關經濟性或者社會福利的立法或政府措施時，原則上採「合理審查標準」。因「合理審查標準」屬於違憲審查的最低審查標準，政府之作為或不作為的合憲機率極高，以示沒有民意基礎之法院對代表民意之立法與行政機關職權之尊重。

反之，法院採「嚴格審查標準」時，係先就政府立法或行政措施之目的加以審查是否「重大迫切的利益」，再審查限制人民權利之手段與該目的是否「必要且從嚴限縮」；亦即，須無其他侵害較輕微的方式可達此一目的，始能被認定合憲。美國聯邦最高法院於著名的 *Brown v. Board of Education* 案¹⁰審查「隔離但平等」(separate but equal)的政策時，即採「嚴格審查標準」。

「中度審查標準」是美國聯邦最高法院最晚建立的違憲審查標準，1976年 *Craig v. Boren* 案¹¹涉及性別平等，聯邦最高法院認為該案情形採「嚴格審查標準」將過於苛刻，採「合理審查標準」又過於寬鬆，故建立「中度審查標準」(Intermediate Scrutiny Test)。「中度審查標準」係要求目的須追求重要政府利益，手段與目的須具有實質關聯性。亦即，法院先審查系爭立法或行政措施之目的是否為追求「特定重要利益」(specific important interests)，限制手段與該目的是否有「實質關聯」(substantially

¹⁰ 347 U.S. 483 (1954).

¹¹ 429 U.S. 190 (1976).

related)。若二者皆為肯定即與憲法無違。採此標準之案件，法院有比較大的個案權衡空間。

4. 美國 *Brandenburg v. Ohio* 案的啟示

Brandenburg 為美國激進反對有色人種團體三 K 黨的首領，因為公開發其煽動性的種族仇視言論，觸犯俄亥俄州的犯罪組織條例(*Criminal Syndicalism Statute*)而被檢察官召集大陪審團提起公訴。該法條禁止「以提倡犯罪、破壞、暴力或不法恐怖主義的責任、必要性或正當性，作為實行產業或政治改革的方法者」及「自願參與為教導或提倡犯罪組織教條之任何協會、團體或人員聚會者。」但不論檢方的大陪審團起訴書或法院對陪審團法律引導文書(*instruction*)皆未就單純的倡導行為，是否與煽動立即的非法行動之行為間有亦區別，而構成該法的犯罪一事有作進一步的闡述。¹²判決要旨如下：

「依系爭法律文義及適用實務所示，單純倡導起訴書所述不當作為的行為，乃受到該法禁止而得科處刑罰的犯罪行為，是此規定違反聯邦憲法增修條文第 1 條(言論自由)及第 14 條。言論自由及新聞自由不許各州禁止倡導使用暴力或宣揚違反法律之行為，除非此種提倡行為導致煽起或產生立即性的非法行動且可能煽起或產生此種行動。」¹³

法院以上揭理由撤銷俄亥俄州對被告的有罪判決。此即 *Brandenburg v. Ohio* 案判決就發生煽惑性言論所創設的「立即非法行動」標準 (“*imminent lawless act*” test)。

換言之，如果倡導犯罪之言論，係用以且可能產生煽動或產生立即的非法行為者，即不受憲法言論自由的保護。本件被告等人，在大批群眾包圍行政院，群情激昂的情況下，在現場者或在網路社交媒體上鼓動他人攻入行政院，確有立即發生非法行為之可能，事實上也確實發生非法侵入行政院之結果。即使採取上開美國聯邦法院判決的「立即非法行動」標準，其行為亦不應受憲法言論自由之保護，而應成立刑法第 153 條之煽惑罪。

¹² Neither the indictment nor the trial judge's instructions refined the statute's definition of the crime in terms of mere advocacy not distinguished from incitement to imminent lawless action

¹³ “Since the statute, by its words and as applied, purports to punish mere advocacy and to forbid, on pain of criminal punishment, assembly with others merely to advocate the described type of action, it falls within the condemnation of the First and Fourteenth Amendments. Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.”

二、被告鼓動眾人攻占行政院之言行，係以言語、文字鼓動他人侵入行政院、對抗執行職務員警之犯罪行為，已違反刑法之規定，構成犯罪，必須擔負刑責，不受憲法言論自由之保障

(一) 抵抗權可否於個案阻卻違法、阻卻或減免罪責？

1. 抵抗權概念之起源

抵抗權源自社會契約的概念，源自近代著名英國哲學家及政治思想家 John Locke 於 1689 年到 1690 年寫成《兩篇政府論》(Two Treatises of Government)，他主張每個人都擁有自然權利，他們有權保護自己的權利、並且尊重其他人的同等權利。透過理性概念，人們就能理解為何他們必須尊重其他人的權利，包括尊重他人的財產。由於實踐上自然法經常被忽略，因此政府的保護是必要的，然而政府的統治也必須經過被統治者的同意，因此所有的政府都只是人民所委託的代理人，政府只有在取得被統治者的同意，並且保障人民生命、自由、和財產的自然權利時，社會契約才會成立，其統治才有正當性。當立定的法律被違反、或是代理人濫用權力時，政府便是背叛了其人民，人民便有權對抗政府的不正當權威，甚至再建立一個新的政府，這種情況稱為「革命」。John Locke 的思想對於後代政治哲學的發展產生巨大影響，也影響美國開國元勳，他的理論被反映在美國獨立宣言及世界人權宣言上。

依世界人權宣言序言，抵抗權係為確保其他人權而存在。然而，目前國際法對「抵抗權」並無明確規範，不僅各國憲法有「抵抗權」規定者尚屬少數；即使有規定，不僅名稱不一(right to resist, right to rebellion, right to self-defense)，內容及要件有別，它究屬個人權利或集體權利，也有不同。一般而言，抵抗權概念包括「不使用暴力之公民不服從」以及「使用武力抵抗」二種方式。抵抗權要件包括：1.政府有違法、不公平且違反人權之政策或行為；2.出於防衛或避免危難之目的；3.需有相當人數之認同。另外，當不使用暴力之公民不服從無效時，面對政府有系統地嚴重侵害人權之情事，且無其他救濟方式，才可訴諸暴力。

2. 我國憲法或法律並無抵抗權之規定

(1)我國的抵抗權規定何在？所謂由自然法所產生的抵抗權，其內涵到底如何？

我國憲法並無有關抵抗權的規定(遑論公民不服從)，退萬步言，即使如某些學者所稱，抵抗權係「任何具有自我防衛能力的民主憲法所必須蘊含的權利」¹⁴，我國憲法既無明文規定，如何認定此一未見規定「條文」的構成要件？例如：何謂抵抗權？何人擁有抵抗權？可以行使抵抗權之原因為何？可對之行使抵抗權之對象為何？由誰認定？須符何種條件、在何時機始行使，擁有抵抗權之人始能行使抵抗權？行使抵抗可至何等程度？須否遵守最後手段原則？由誰、如何決定？抵抗權人之具備與否、如何才能行使之判斷，有無客觀標準？是否只要宣稱行使抵抗權，任何事都可做？有無任何限制，是否任何法律都不用遵守？須否遵守比例原則？抵抗權是否如同數國家規定，只有民主法治的憲政秩序已經無運作，才能行使？在一個民主法治原則普遍被遵守，人民擁有言論、集會、新聞、政治自由，司法機關功能正常運作的國家，是否應容許人民主張並行使抵抗權？臺灣社會是否已到人民必須主張抵抗權的境地？本案是否已符前述三國家所規定的行使抵抗權要件？在一個民主法治社會，動輒行使抵抗將會帶來何種後果？……凡此都是問題。如果這些問題都無法解決，盲目倡導抵抗權到底會有何後遺症？思之令人不安。

同樣屬於無抵抗權規定的國家，吾人不妨參考一個實際發生過的實際司法案例，藉以探討抵抗權行使的要件與限制。

(2)日本的抵抗權案例－主張抵抗權不得作為超法規阻卻違法事由的實例

1960 年(昭和 35 年)10 月 13 日，一群學生未經許可之集會遊行並發表政治言論，包圍北海道警察本部並踏入其中之案件，部分被告被起訴，被告主張日本國憲法中具有未規定之抵抗權，主張以此作為其非法集會遊行的超法規阻卻違法事由，作出不符合抵抗權構成要件的判斷。日本北海道札幌地方裁判所於 1962 年(昭和 37 年)1 月 18 日作出判決¹⁵。事實概要及法院判決及其理由大致如下：

案例事實略為：被告為北海道學藝大學札幌分校之學生，時任北海道學生自治聯合會之委員長，與 100 多名學生，未經北海道公安委員會之許可，為抗議在社會黨淺沼委員長殺害事件中，池田內閣及警察之責任，先於 1960 年(昭和 35 年)10 月

¹⁴ 張嘉尹，保衛共和國——318 學運的憲法詮釋，頁 11。

¹⁵ 札幌地裁昭和 37 年 1 月 18 日 (LEX / DB 文献番号 1962WLJPCA01180006)。

13 日下午 2 時 7 分左右，至 2 時 34 分為止，在札幌市大通大道西六丁目廣場集會抗議，而後於 2 時 35 分許左右往廣場行進移動，至同日下午 3 時 55 分左右，在市區遊行，集會遊行中發表演說「…打倒右翼恐怖主義之內閣與追究其警察幹部的責任」…在路上呼喊口號「打倒池田內閣」、「打倒殺人內閣」、「將警察幹部免職」，嗣至北海道警察本部，「我們要直接面見署長抗議，大家一起進去」，而踏上北海道警察本部入口處之樓梯。經檢察官以違反札幌市集會遊行條例¹⁶起訴。

札幌地方裁判所認定被告有罪，關於被告以其係行使作為超法規阻卻違法事由的抵抗權主張，法院的判決理由是：「…抵抗權為用盡一般合法手段，亦無法除去之，為對極端不法所最後殘存的自然法上權利，其本質為基本人權及政治性權利的主張。因國家權力之濫用致侵害受法律保障之權利，而行使抵抗權，可謂現代之國民權利。然而，應以何形式行使抵抗……抵抗權之行使，伴隨有其內在之危險性。即抵抗權之行使，是對現在權力之支配者，以實力抵抗之，本質上對於秩序有所危害。日本國憲法對於抵抗權無明文規定，然而日本國憲法是基於自然法思想，以基本人權為其構造，抵抗權為其內在之物，惟抵抗權之行使，既有如前所述之內在危險性，即不得不對其附加嚴格之限制。亦即不得僅以違反憲法各條項之規定為據，尚須對民主主義基本秩序有重大侵害性，而否認憲法秩序之存在，且其不法有客觀明白之性格者，始得主張抵抗權。若僅以個人主觀之立場判斷，由於每個人都有不同世界觀，最後將會落入無政府狀態。客觀之標準乃依照國民集體之睿智而行使之抵抗權，始為合法。此外更須用盡憲法、法律所定一切法的救濟手段，均無法有效達成目的，抵抗作為法秩序再建的最後手段，始有必要性。以此觀諸本案學生等人所欲達成目的之當時的社會情勢，是否有明白而急迫危險、憲法是否瀕於存在與否的危難、是否僅存以實力為抵抗作為容許的最後手段、或抑為渠等主觀的獨斷，無其他合法救濟手段等，均無法得到其行使的抵抗權的合法基礎。輕率的認定為實力與實力間的對抗，反而是破壞法秩序，而喪失民主主義之根本存立基礎。因認抵抗權之超法規的違法阻却事由的主張無法採用。」

上開判決雖僅為地方裁判所之判決，但其立論沈穩，說理清楚，分析精闢，深值參考。「抵抗權之行使，既有如前所述之內在危險性，即不得不對其附加嚴格之限制。亦即不得僅以違反憲法各條項之規定為據，尚須對民主主義基本秩序有重大

¹⁶ 札幌市集會、集團行進及び集團示威運動に関する条例（昭和二五年札幌市条例第四九号）

侵害性，而否認憲法秩序之存在，且其不法有客觀明白之性格者，始得主張抵抗權。」等語，點出抵抗權本身所具內在危險性，並清楚指明其行使限制。「若僅以個人主觀之立場判斷，由於每個人都有不同世界觀，最後將會落入無政府狀態。」等語，則適度標舉依主觀認定行使抵抗權的可能可怕後果，殊值吾人警惕。「客觀之標準乃依照國民集體之睿智而行使之抵抗權，始為合法。」等語，乃該判決獨到之洞見。

3. 小結

本案部分被告主張：彼等行為係出於行使抵抗權(魏○)及公民不服從(陳○豪、江○崙)，而有阻卻違法事由(公民不服從並非法律概念，詳見下述)。

實則，本件抗爭所涉議題，究其本質，乃立法機關個別立法程序出現重大瑕疵，導致所為議案審查無效之議題。遠非憲政秩序遭到排除、民主法治已然失靈、出現獨裁專制體制等等誇大其詞之「憲政危機」無關，依任何國家之規定或判決先例，均不得允許行使所謂的抵抗權(right to resist; right to resistance)，何況我國憲法並無有關抵抗權之規定，無從引作犯罪行為之合法化依據。而目前明文規定抵抗權屬於人民基本權的國家尚屬少數，且要件未必完全相同，但均要求：1.政府有重大違憲行為而致憲法秩序已被排除或民主法治體制已經失靈的地步；2.捨此以外，已別無其他救濟方法；3.抵抗手段為必要且符合比例原則。揆諸以上說明，被告魏○等人所為抵抗權主張，完全不符以上其他國家抵抗權規定所揭示的要件，自無可採。

(二) 公民不服從可否於個案阻卻違法、阻卻或減免罪責？

1. 公民不服從為政治行為，並非法定權利或自由，無符合「公民不服從要件」與否之問題

依當代法律哲學大師 John Rawls 的定義，所謂的公民不服從(civil disobedience)，是一種為圖改變政府的法律或政策，公開、非暴力、出於良知的違法政治行為(a public, nonviolent, conscientious yet political act contrary to law usually done with the aim of bringing about a change in the law or policies of the government)¹⁷。本質上屬於一種公民抗爭的型態，其政治意義或社會意義遠大於法律意義，絕非法定權利。¹⁸換言之，公民不服從實際上是一種為了表特定政治理念或政治主張，

¹⁷ John Rawls, A Theory of Justice, at ; See as well Michael Patrick Wilt, *Civil Disobedience and the Rule of Law: PUNISHING LAWBREAKING IN A NEW ERA OF PROTEST*, Reporter 28 Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 43

¹⁸ 廖元豪教授與薛智仁教授也提出類似的見解：「就「公民不服從」這個概念，我認為它是一個政治修辭或道德包裝，基本上不是法學上有操作意義的概念。」「所謂「公民不服從」本身並不是法律上有意義的概念。它是政治與道德語言，使用它來談法律問題徒增困擾。」(後者為廖教授引述薛教授之見腔)見廖元豪，以憲法之

明知違法仍然為之的政治性活動。¹⁹這種為了某種政治理念或政治主張不惜「以身試法」的公民不服從運動，之所以能被法治社會接受，除了其核心政治理念可能受到相當數量民眾的支持以外，其正當性主要來自它的非暴力性(non-violence)與自願受罰(willingness to be punished)的性格。與文獻上較被廣為認可之定義為：公民不服從乃基於公共、非暴力、本於良知，但違反法律之行為，而在政治上期望引起特定法律之修正，或政府政策之變更。政治抗爭者以此種違反法律之行為，對於社會多數所認同之法律或政策，表達異議。其要件包含：對多數人之正義觀念表達不同意見之政治行為，且對象通常必須限於對抗重大明顯違反正義之情形。又公民不服從必須已經本於誠信原則，進行通常之合法救濟途徑，但無效果，且不得導致對遵守法律及憲法之破壞。以本案為例，服貿協議通過審查程序是否屬重大明顯違反正義，尚非毫無疑義，且非無救濟方法，即使逕改交由立法院院會存查，仍非不得經由黨政協商、立法院會，乃至聲請大法官釋憲之方式解決，詳如下述。乃魏○等煽惑群眾犯罪，難認屬非暴力手段，與上述條件不合。

因此，真正的「公民不服從」運動是實行者願意接受違反之效果，而且基本上不會去否定整個法律與政治體系。²⁰

本件高院判決認為：「基於憲法上之平等原則²¹，任何人不得因為其政治觀點而受優待，甚且因而賦予違法行為之特權。²²我國採取國會代議政治，以多數決進行運作，倘若公民不服從可以合法化，無異對民主多數決之破壞，亦將嚴重傷害國家公權力運作之可預見性與可預測性，對於執法人員與行使公民不服從者，政府何種作為屬於重大不義而得加以抵抗、不服從，欠缺明確標準可資遵循，以致於執法

表現自由處理「公民不服從」爭議——評薛智仁教授〈刑法觀點下的公民不服從〉一文，中研院法學期刊，19期，2016年9月，203、205頁。

¹⁹ 廖元豪教授正確地認為：「某個『外觀上違法』的行為，在審判時是否應判決其無罪或減刑，還是要回到法律上的各種規範與原則來判斷。」

²⁰ Michael Patrick Wilt, *Civil Disobedience and the Rule of Law: PUNISHING LAWBREAKING IN A NEW ERA OF PROTEST*, Reporter 28 Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 43 (When he does so, he is accepting certain consequences for his actions, such as a fine, jail, physical pain, monetary expense, economic retaliation, and social stigma. Typically, the actor does not believe that the legal or political system in general is unjust.)

²¹ 誠如德國大儒康德 Immanuel Kant 所言：「公平的憲法以調和每個個人和他人的自由為其目標」。(A just constitution aims at harmonizing each individual's freedom with that of everyone else.) 憲法所定之自由(權)，本係人人皆得平等享有，非僅為特定人而存在，此乃當然之理。康德此言，引述自 Michael J. Sandel "JUSTICE, What's the Right Thing to Do", p.138, 2009, FSG.

²² John Rawls believes that two principles of justice would emerge from the *hypothetical contract* (the concept that Kant had raised to establish his justice theory). The first provides equal basic liberties for all citizens, such as freedom of speech and religion..., recited from Michael J. Sandel, *Supra note*, p. 142.

人員與人民必須自行判斷得否抵抗、不服從，並承擔可能判斷錯誤之後果。依上開所述，公民不服從之概念，在學理上已不明確，法律亦無規定，在有爭議之情形下予以適用，將削弱刑法一般預防之作用，而有害法治。」所持理由，實有相當見地，殊值肯定。

2. 公民不服從行為不得主張阻卻違法或阻卻責任

德國學者 Frankenberg 對於主張以自然法作為公民不服從正當性依據(甚至是合法性依據)者，所提出「由誰以何種方法來確定自然法之存在與內容」的質疑；再者，如果承認人民有權依據自然法的道德正義理念來決定法律之正義或不正義，並對被認定為不正義的法律不予服從，實際上無異於置所有實定法律於所謂「自然法之保留」(Naturrechtsvorbehalt)束縛上，從法律政策觀點來看，難以令人接受。令以及另一名德國學者 Esensee 所指出，如果承認人民主觀上認為個別之法律或政策不公不義就有權可以不服從，不啻主張人民對法律規範有所謂「選擇性之服從」(selektiver Gehorsam)的自由，易言之，是否服從法律，任由人民依自己的公平正義理念來決定，僅合乎(自己主觀所認定的)正義者才服從，不合法者即拒絕服從。然法律是否合乎公平正義，乃高度主觀的個人價值判斷問題，無法以客觀標準來檢證，因此若遽然採納此種自然法的正當化理論，不僅法安定性無法維持，嚴重者更將導致整個國家法律程序趨於癱瘓、崩潰。²³

吾人認為，以上德國學者的批評，正是自然法法源論者所無法克服的理論問題所在，也是本件被告所提出抵抗權或公民不服從之「權利」來自自然法之主張，無法採納的主要原因。何況本案為間接不服從的案例，被告們不僅僅是不服從當時決定簽訂的服貿協議本身，更以挑唆施加暴力的方式挑戰刑法規範，連所剩無幾的正當性也幾乎蕩然無存了。

美國是現代公民不服從運動的發源地，美國各地主張公民不服從的活動也無日無之，但傳統實務上一向認為公民不服從不應成為無罪抗辯之事由(a separate defense to a crime)，也無法置於緊急避難(necessity)或迫不得已(duress)抗辯的保護傘之下，對此學者 Michael Patrick Wilt 也表示支持。²⁴Wilt 甚至表示：「公民不服從的

²³ 許宗力，試論民主法治國家的「市民不服從」，臺大法學論叢，207，208 頁，

²⁴ The current legal status of civil disobedience should remain the same as it currently is: civil disobedience should not be made a separate defense to a crime, nor should civil disobedience be placed under the umbrella of a necessity or duress defense.

始祖們若知道現今的公民不服從者想追求無罪，應會大吃一驚。」²⁵因為，公民不服從運動本是被作為社會變革的工具，其目的無非為了成就一個更美好的社會，此種手段既然違法，原本多少具有殉道色彩的公民不服從運動者，應該不會也不宜因自己的主張具有較高的道德或正義價值，硬要將明明違法的行為辯稱為不違法。此種辯解不免減損自己主張的正當性，也降低民眾的認同感。唯有自願違法者應接受處罰以表示對法治之尊重，才能彰顯其理想性與正當性。²⁶²⁷

綜觀上述外國學者見解，所謂的公民不服從，性質上自始至終都是一種政治行為，實際上本是進行某種違法作為，而以喚起民眾及政府對於行為人所主張政治理念或政府政策或施政措施意見的重視為目的，而其違反的法律規定，則常與其政治主張無直接關聯，甚至毫無關係(即所謂的間接公民不服從)。姑且不論本案事實與典型公民不服從運動之非暴力性與自願受罰等特性不服；依照「目的不能美化手段」「目的不能社聖手段」的基本倫理學原則，亦不能因為從事所謂「公民不服從」之違法活動者宣稱其行為且有道德上的正當性，而認為其行為得以阻卻違法，而為法律所接受的合法行為。

3. 本案被告所為之抵抗權或公民不服從主張，均不具適法性，不構成任何阻卻違法或阻卻責任事由

我們先來觀察civil disobedience概念的美國，如何處理公民不服從活動的法律關係。在一個法治社會，儘管人們對許多政府的施政措施、政策或法律並不認同，但他們對於這個容許人民自由表達不同意見，人人在法律之前一律平等的民主政治架構和法治體系，基本上仍然是支持的。因此整體而言，公民不服從活動者並不認為他們身在其中的法律政治結構是不公平的(Typically, the actor does not believe that the legal or political system is unjust.)這也是先前所述，公民不服從運動者自願接受其行為後果(When he does so, he is accepting certain consequences for his actions)的原

²⁵ Michael Patrick Wilt, 前揭文, 17 頁。原文: The "fathers" of civil disobedience would be shocked to learn that those who profess to use civil disobedience as a tool for social change could seek to escape the lawful punishment that they deserve for their conduct

²⁶ Those who willingly violate the law to serve a greater good should accept the consequences of their actions and in turn, express their respect for the rule of law. 見 Michael Patrick Wilt, 前揭文, 18 頁

²⁷ 同文作者也提醒，政府也應該注意到不要處罰過重而產生對未來社會運動的寒蟬效應。(The government should seek to punish lawbreakers in a just, efficient, and effective manner, rather than chill future socially-necessary activism through excessive, draconian punishment and restrictions on protest.) 見 Michael Patrick Wilt, 前揭文, 18 頁。

因。這些不利的後果即這些活動者違背法律規定(亦即所謂的不服從)的結果，可能包括被科罰金或罰鍰，被處監禁或徒刑，肢體之苦、金錢花費、經濟報復或社會污名。公民不服從具有三大特點：訴諸社會良知、公開而非暴力、自願接受後果，這三大特點顯示公民不服從者的理想性與和平性，也是他們的政治或社會訴求可以得到大眾認同的主要理由(自願受罰、活動者本於良知的特定政治、社會訴求，公開、非暴力的和平手段)。面對法律追訴，美國的公民不服從活動者最常主張的阻卻違法抗辯(defense)是所謂的必要性(necessity)抗辯，意即其行為係為避免另一更大損害，「不得已而為之」的較輕損害²⁸，概念上類似但不等於我國的「緊急避難」阻卻違法事由。美國司法實務上，多數州法院均認為，公民不服從的活動，不構成上述的阻卻違法抗辯事由。根據學者的統計，除了紐約州以外，其他州(包括有案例可按的Alabama, California, Arkansas, Alaska, Connecticut, Georgia, Illinois等州)及聯邦法院都認為公民不服從行為不能構成necessity抗辯。在此我們要舉聯邦Gaetano v. United States²⁹案判決要旨加以闡釋。被告數人為了反對墮胎，事先規劃，未經許可進入某華盛頓特區的一家墮胎診所後，分頭纏住櫃檯人員、阻擋手術室入口、佔據手術檯等方式，進行抗議；被診所方報警逮捕，嗣經控告非法入(unlawful entry)³⁰，均被判有罪科處罰金。被告在該案中提出兩項抗辯，一為前述的必要性抗辯，一為「善意相信」抗辯("bona fide belief" defense)，法院認為兩項抗辯都無證據足以支持。關於必要性抗辯，該判決指出：上訴人即被告所提出的證據(墮胎會終止嬰兒胚胎的生命)僅管正確，卻無法支持採取立即行為去違反有關土地屋宅法律的規定(While correct, such evidence does not support an immediate call to action in violation of the law of the land)，該判決並表示：「『善意相信』抗辯("bona fide belief" defense)並非為了免除，亦未免除自己相信有權、甚至有義務違法、以現實一個道德上、社會上或政治上的目的之人的法律責任；不論此等相信的真實性為何，也不論此一目

²⁸ 此即下述的「兩害相權取其輕」(competing harms)抗辯。比較接近我國緊急避難抗辯的英美法阻卻違法抗辯概念應該是 duress 抗辯。

²⁹ 406 A.2d 1291 (D.C. 1979)

³⁰ 按照當年的特區法律，未經合授權進入私人或公家房宅或建築物，均構成犯罪，但罰則甚輕：Any person who, without lawful authority, shall enter, or attempt to enter, any public or private dwelling, building or other property, or part of such dwelling, building or other property, against the will of the lawful occupant or of the person lawfully in charge thereof, or being therein or thereon, without lawful authority to remain therein or thereon shall refuse to quit the same on the demand of the lawful occupant, or of the person lawfully in charge thereof, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and on conviction thereof shall be punished by a fine not exceeding \$100 or imprisonment in the jail for not more than six months, or both, in the discretion of the court. [D.C.Code 1973, § 22-3102.]

的受到何等支持。(The "bona fide belief" defense was not meant to, and does not, exonerate individuals who believe they have a right, or even a duty, to violate the law in order to effect a moral, social, or political purpose, regardless of the genuineness of the belief or the popularity of the purpose.)。被告在此案的審理中，主張他們的行為「有理而適當」(justified and proper),他們企圖舉證證明「他們的行動對於拯救人命有其必要」(their acts were necessary to save human life) 也提出了一個有力論點，即「兩害相權取其輕(雖然輕害構成犯罪)」("public policy favors the commission of a lesser harm (the commission of what would be otherwise a crime) when this would avoid a greater harm)的說法，而且引經據典，來支持他們提出的兩個抗辯理由，但不為審理該案的聯邦上訴法院所採，理由有二，其一，就被告主張的善意相信抗辯部分，被告所稱的「輕害」行為，僅係基於其主觀的道德主張³¹，而無法提出客觀上足以支持其法律抗辯事由(即前述的善意相信)的證據³²。其二，就被告主張的必要性抗辯部分，本件判決引用State v. Dorsey³³一案判決，以類似權利保護權衡的理論，認為被告基於其道德訴求所主張之必要性抗辯，還不到類如醫療必要或其他緊急性必要事由(亦即為避免他人遭受危難的緊急避難事由)那般重要而急切；而不受犯罪侵擾的權利(the right to be free from criminal interference)，則為人民的基本權之一，兩權相權，自以後者的保護為重，因此犯罪所造成之侵害，自然大於拒絕被告道德性訴求無法實現所生的損害，後者無法成立被告所宣稱的competing harm，因而拒絕採納被告必要性(necessity)抗辯，而認被告並無解免刑責的免責事由(excuse)。此判決一出，各州法院判決紛引用。³⁴

上開判決雖非直接針對本件煽惑罪所為，該案被告之主張乃是典型的公民不服從行徑，甚值主張公民不服從運動者深思。又者，該案被告在案件審理中，絕

³¹ 即其保護未出生人類胚胎生命之反墮胎主張。由墮胎合法化的緣故，被告自知一主張但能作道德訴求，而無直接的積極法定權利可資援用，僅能以此作為或免責抗辯事由，因之亦未要求法院判斷其道德信仰之當否，即使提出，必遭駁斥。此節請參下述法院的相關說理。

³² 就此理由，本件判決的表達方式如下：But, the defendants do not ask to be judged on their moral belief. What they asked the trial court was to permit them to produce extrinsic evidence which would establish a reasonable and objective, not a moral, basis for their belief.

³³ 395 A.2d 855,856 (N.H.1978)

³⁴ 根據 Court Listener 網站的統計，計有 SIGMA REPRO HEALTH CEN. v. State (1983)

•Cleveland v. Municipality of Anchorage (1981)；State v. Brechon (1984)、Buckley v. City of Falls Church (1988)、People v. Stiso (1981)

口不提 civil disobedience 的字眼，或係自知該主張本身根本不可能被法院採為阻卻違法或免責事由之故。

本案臺灣高等法院判決認為：「國民主權原則、民主原則與權力分立原則所確立之自由民主制度，為我國之基本憲法秩序。本案發生時，總統兼任國會多數黨黨主席，然國會即立法院並未因而喪失監督行政權之功能，立法委員仍得依法執行審查法律案、預算案等職權。雖國民黨立法委員張○忠有前述於立法院委員會開會時宣示服貿協議法案依法視為已經審查，並改交由立法院院會存查事由，但依立法委員職權行使法第68條之規定，反對服貿協議送存查之立法委員所屬黨團仍得透過黨團協商解決此爭議。時任總統馬○九縱於兩岸事務上以黨紀令為國會多數黨之國民黨籍立法委員貫徹其政策，但民主原則與權力分立原則仍有效運作，難認當時代議政治已失靈。反對者倘若認為立法院委員會審查服貿協議之程序有違憲之虞，亦非不得藉由釋憲程序救濟之。當時國民黨固為國會多數黨，但所占席次為65席，而立法委員聲請大法官釋憲之門檻為3分之1(即38席)，反對服貿協議之立法委員人數只需達此門檻，即得聲請釋憲，抗議者亦得督促聲請釋憲。大法官守護憲法之最後一道防線，無證據顯示本案發生時大法官受總統或行政權掌控，不宜武斷認定聲請釋憲非有效之救濟手段。且依司法院大法官釋字第599號解釋所創「暫時性處分」，亦得暫時停止服貿協議之效力。我國政治民主化多年以來，經由黨政協商完成立法，或於發生憲政爭議時經由釋憲解決爭議之情形，所在多有，不得僅因立法委員張○忠宣布服貿協議視為已經審查並改交由立法院院會存查即認係對憲政秩序之全面攻擊而必須癱瘓立法權或行政權之運作。又縱使國會審議與大法官釋憲不能解決爭議，於我國民主體制下，仍可透過選舉，藉由總統與立法委員大選，由人民決定是否支持服貿協議，非必須採取「佔領行政院」之手段(不可)」，「我國憲法與法律俱未賦與人民抵抗權或公民不服從之權利。且綜上所述，本案人民(被告)無以妨害公務、侵入行政院佔領之正當性，人民之犯罪行為不能被鼓勵，刑法第153條第1款煽惑罪是對言論自由的合理限制，魏○等之行為已經踰越言論自由界線，而煽惑他人犯罪，不受言論自由之保護，應受非難制裁而負刑事責任。」所為論述，立論正確，持之有故，斷人所不能斷，言人所不敢言。本署敬表認同。

參、本署結論

一、刑法第 153 條第 1 款之規定並不違憲

如前所述，我國刑法第 153 條第 1 款之規定，以煽惑他人犯罪為該罪之成立要件，而何等行為構成煽惑者煽惑他人所犯之罪，其構成要件及可罰條件如何，刑事法律均有明文規定，無何不明確之處。又該條規定雖對言論自由構成限制，惟其性質並非事前審查，而係事後處罰，故無推定為違憲之空間。被告所稱，號召他人攻占行政院之言詞亦為政治性言論之主張，令人難以苟同；此一主張縱使成立，該言論亦不受憲法言論自由規定之保護，理由已見前述。

我國刑法第 153 條之立法模式，雖與其他國家規定未必相同，然其禁止煽動他人從事犯罪行為，以維社會和諧及法秩序安定之用意並無二致。揆其立法意旨，完全符合憲法第 23 條所稱，係為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序而設，其規範之必要性極高，與其他國家的規範模式亦大抵相同，並無違憲之問題。

二、被告等煽惑犯罪之言行不受言論自由之保護

1. 並非任何言論皆受憲法言論自由規定之保障

按美國司法機關對於保護言論自由的先進程度，一向領先全球；我國大法官進行憲法解釋，及各級法院審理與言論自由相關之案件時，亦常參考美國聯邦法院之判決。本件被告亦主張彼等煽惑他人攻占行政院之言論，應受言論自由之保護，本署爰在此簡介美國司法實務上有關言論自由爭議所確立之基準，以供本案判斷之借鑒。

與前述美國法相較，我國刑法第 153 條第 1 款規定或稍嫌寬鬆，或有侵犯言論自由之虞；但刑法第 153 條第 1 款煽惑罪是否應限於有「明白且立即危險」或足以或可能造成「立即之非法行動」等條件之限縮解釋，應屬貴院之職權。由本案事實觀之，本件被告之煽惑行為，依案發當時情況判斷，確實具有「明白且立即導致非法行為之危險」，然則，是否就刑法第 153 條第 1 款作限縮解釋，其實並不影響本案犯罪之成立。而本條款其餘要件均相當明確，最高法院就此部分應不必聲請釋憲。至刑法第 153 條第 2 款雖可能有違反明確性原則之問題，但與本案無關。

被告等人在大批群眾情緒激昂包圍行政院之際，出言煽惑「攻占行政院」「衝入行政院」等語之言詞內容，實難認屬何等「高價值言論」或「政治言論」；退而言之，姑認該言論屬於「高價值之政治言論」，然在本案事發之際，亦確有必須對其煽動性言論予以限制的「重大迫切利益」存在，應係無爭之論。況被告等人之煽惑言行，

以當時之時間、地點及相關境況觀之，已有造成他人侵入行政院之「明顯而立即造成非法行動之危險」，自應予以限制，不應受言論自由之保障，其理至明。

三、本案無主張抵抗權之餘地

被告在本案主張的抵抗權，在多數國家憲法中均無規定，我國亦然。所以如此，其中一個重要原因，乃是抵抗權本身就具有反對、反抗現行整體法制的意涵，抵抗權對抗的對象，甚包含整個民主法治的制度，抵抗權的行使，已經接近「打掉重練」的概念。必是原有民主憲政制度已經無法運作，政府立法、司法機關已經癱瘓，人民基本權利無法獲得保障之境地，始可主張行使抵抗權，而與暴政或專制政權對抗。

現今有抵抗權規定的國家，多是曾經經歷獨裁專制統治，後來有幸革命轉型成功，或者再度恢復為民主法治國家，唯恐再回到極權專制體制的統治，為了預防發生此種境況，方始規定，如果再發生現有民主法治秩序，也就是憲法秩序遭到排除或根本性的破壞，可以例外允許人民起而反抗，此時才具有行使抵抗權的正當性與合法性。因此這些國家對於所定抵抗權行使的時機、必要性、最後手段性等，皆在法律上設下嚴格的限制。必須遇國家處於「民主法治的憲法秩序已被排除或架空」的極端政治社經狀態，也就是因故出現極權專制統制，若不任由人民抵抗，已無其他方法可以解決此一問題，才可允許人民行使抵抗權。

在本案服貿協議在立法院被個別立法委員宣布逕送院會備查時，立法機關的議事程序仍可有效運作，立法院雖被當時的執政黨控制，在野黨仍可發揮相當的制衡作用，被告等人反對的服貿協議，亦因在野黨的提案，將其本有重大瑕疵之議事程序宣告無效，因而自始未生效力。可見當時我國的民主法治機制仍可正常運作，立法機關不因個別立法委員之違規脫序之主持議事行為而告停擺。而各級司法機關含行政法院系統及大法官會議之審理功能均可如常運行，包括提請大法官解釋在內的法律爭訟機制仍可正常使用，毫無滯礙之處，實無所謂民主法治失能之情事存在。萬一服貿協議簽訂之後，遇有非常情勢或不得已之事由，亦仍有機會可循一般條約協定締結實務常規，依條約締結法第 16 條之規定，為協議之修正、變更、停止或終止，亦非毫無救濟管道，不應稱為憲政危機。與一般有抵抗權規定國家所設之抵抗權行使時機，即憲政秩序遭到排除、民主法治完全失能之情狀，仍有十分遙遠的距離。

至於被告提到的自然法上權利，其實都已經落實而被明文規定在包括我國憲法在內的憲章或人權公約之中。退萬步言，縱如某些學者主張，我國憲法中蘊含類明文所無抵抗權概念，被告等人所宣稱的所謂「憲政危機」卻仍遠遠不符定有此一權利之國家憲章所設抵抗權規定之要件。

四、公民不服從之主張不足以構成阻卻違法等免責事由

公民不服從，本是為了突顯政府某一項法律、政策或措施的不義或不當，以和平方式，故意做出違法的舉動或行為，行為人也準備接受法律制裁。該違法行為可能構成刑事犯罪，也可能沒有刑責，僅有民事或行政責任。後果如何，端視該行為是否與刑事犯罪所定要件相當。在行政院被大批反對服貿協議民眾包圍之際，本件被告魏○等人出而鼓吹在現場及附近之民眾「進攻行政院」，當時在重重警力保護及拒馬鐵絲網保護行政院院區之情形下，若不施用一定程度的強制暴力，斷不可能達成在重重包圍下進入院區內部，此事應是作為高級知識份子的被告等人所明知。雖然使用暴力並非成立刑法第 306 條侵入住宅或有人所在建築物罪的構成要件要素，但施用暴力與否，以及施用暴力的程度，卻是衡量侵入罪可非難性高低的重要決定因素。

如前所述，「攻占行政院」之舉動本身固屬施用暴力之行為；在此之前，號召民眾包圍行政院，致相關駐守院區之公務人員及在下班時間仍有出入行政院院區或辦公室人員之出入及使用院內設施之自由，受到限制或受排除，嚴格說來，已經構成一定程度之施用暴力，惟偵查機關對此部未加追訴而已。

剋實言之，被告等人得否主張其抗爭行為係國外稱之 **civil disobedience** 的所謂「公民不服從」，並非本案重點。因為，所謂的公民不服從，既非法所不禁、亦非阻卻違法事由，尤非法定權利，甚且被認為根本不是法律概念。即使被告之行為成功被定位為「公民不服從行動」，其行為既然該當刑法所規定犯罪構成要件，即應成立犯罪，公民不服從之定位，並不能成立阻卻違法事由，僅得列為從輕量刑的考量因素，這是中外許多學者及法律實體裁判一再指陳的。被告等人號召聚集在四週群眾，施加強制力攻占行政院，遂行無權侵入公務機關建築物的行為，並不符西方先哲曾經倡議或實行的所謂 **civil disobedience**。尤其被告等人之行為，明知當時行政院周圍的民眾，情緒極其激動高亢，現場氣氛緊崩，只要有人喊衝，將會發生無

法控制的後果，由其使用之手段觀之，在道德上不應得到認同，在法律上已經構成犯罪，不應到受到言論自由保護，必須接受法律之制裁。

五、總結

在此，我們要引用在本件學運發生之 30 年前，當時尚在臺大法律系任教授之許宗力教授，在其著作「試論民主法治國家的「市民不服從」一文結語中，引述德國學者 Ralf Dreier 教授對其擁護的抵抗權與公民不服從思想的一段提醒：「正如 Dreier 自己所言，以法學者身分鼓吹市民不服從，將是一種極不負責任的舉動，因任何人一旦以市民不服從方式進行抗議，均須面臨司法機關追訴的風險，且由於基本權正當化模式所要求的正當化要件極為嚴格，故追訴後果如何，猶未可知。另一方面也由於市民不服從至少具有違法的外觀，勢必對公益與他人私益造成相當程度不利之影響，因此在提出此一正當化模式的同時，反而有義務提醒所有熱衷於和平抵抗運動的『甘地子民』，抗議動機再如何高超，「目的不能使手段神聖的箴言仍須時刻秉記在心，切勿讓激情壞了理智，畢竟法律的和平是人類最高也最容易受到傷害的成就之一，不得輕易碰觸。」³⁵對於此一苦口婆心的提醒，亟望司法界有識之士能夠深思。³⁶

作為年輕的民主國家，臺灣自由法治的發展與成就，是華人世界的驕傲，也是亞洲地區甚至全世界的模範；臺灣社會在法治架構下的和諧安定，亦是許多外國友人爭相推介的對象。此一成果得來不易，守成維艱；先哲先賢不惜性命建立的民主法治，值得國人共同珍惜呵護。

³⁵ 學者李建良教授在一篇隨筆中的段文字，也對此一事件表達極深的憂慮：「不談人民踐踏代表自己的議場，讓民主空轉，火『攻』佔立法院一事，憑的如果是『智取』，運用具說服力的高言宏論『征服』立法院，那是國家之福、民主之幸、學術之光；反之，靠的如果是『武奪』，動用無由分說的體力，且不說這些人其實已經脫掉學生或教授的外衣（凡有體力者皆可為之），接下來上演的『擄物勒贖』，到底要傳遞什麼樣的憲政訊息？表達什麼樣的民主聲音？學生們真得自詡為了『正義』可以『奪下』國會、『拆踹』招牌？老師們難道要藉此鼓吹『抵抗有理』、『暴力無罪』？目的如果可以正當手段，究竟要置台灣的民主法治於何地！」見李建良，筆與劍，臺灣法學雜誌（討論區），2014 年 4 月 2 日。李教授在同文中，亦提出一個一針見自的問題：（進行占領政府機關的肢體抗爭之前，）「可用的法律抗爭途徑是否已經耗盡？」一語點出本案的關鍵法律問題所在。

³⁶ 如果以暴力占領政府機關的作法不構成犯罪，不須擔負刑責，任何人都可以群起效尤，則公權力廢弛，社會失序，循致出現無政府狀態的擔心，並非杞人憂天。名記者王健壯為此作了以下的預測和評論：「假設哪天民進黨執政，行政權卻片面宣布廢止兩岸已簽訂之各項協議，但支持兩岸協議的民眾（姑且就說是藍營群眾吧），也以協議廢止攸關台灣生死存亡、行政權違反正當程序、立委沒有能力執行人民授權的任務、現有憲政機制已無糾正可能等理由，占領國會或其他政府機關，今日主張占領國會有正當性的人，是否也會同意反廢止兩岸協議民眾的占領行為具備最後手段性？另一個假設是，如果反服貿都可正當化占領國會，日後若簽訂任何政治性協議，豈非更是占領有理？事實上，這兩個問題並非假設問題，而是可能即將面對的問題，此刻不得不預作思考。」見王健壯，一個不能停止思考的問題，2014 年 04 月 14 日，載於余紀忠文教基金會網頁。

我們認為，沒有任何國家，最高行政機關遭人煽動以強制力占領既遂，只因主其事者行為動機高尚勇氣可嘉，即可不負任何刑事責任。今天我們追求的，不是被告受到嚴厲的處罰，而是最低法治尺度的堅持和基本正義價值的維護。這是民主法治社會的底線，已無退讓空間。臺灣社會目前雖曰和諧安定，但法治體質仍然脆弱。本案的判斷涉及法治命脈的延續茁壯，也攸關臺灣社會的和諧穩定。我們不希望，因為司法個案的個別考量，而讓臺灣最終陷於萬劫不復之境。決定權在貴院手中，衷心期望臺灣人民，因為尊重法治，得享永續的自由、安全與和平。也希望我們有機會向全世界證明：臺灣是一個既有自由也有法治的國家(a free country governed by the rule of law)。

肆、附件清冊

最高法院 109 年度台上字第 3695 號刑事判決

主 文

原判決關於魏○、陳○豪、林○興、江○崙、劉○文、柯○諭、許○治、李○伶部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審關於上訴人魏○、陳○豪、林○興、江○崙、劉○文、柯○諭、許○治被訴犯煽惑他人犯罪無罪部分之判決，改判論處其等犯煽惑他人犯罪各罪刑。又維持第一審論處許○治、上訴人李○伶共同犯損害公務員職務上掌管之物品罪各罪刑之判決，駁回其等在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

(一) 1. 刑法第 153 條第 1 款之煽惑他人犯罪，立法沿革可追溯至 1907 年晚清的刑律草案，其第二編分則第十六章關於秩序罪章（其立法說明謂：「凡犯罪無不害公共秩序或善良風俗者，然本章中專指以害秩序之故而成立之犯罪也。」）第 226 條第 1 項規定：「凡依文書、圖畫、演說或其餘方法，公然煽惑他人犯罪者…」（其立法說明謂：「注意：教唆犯罪與煽惑犯罪二者似是而非，…煽惑者不分是否生起人之犯意與實行，但以其人曾煽惑他人犯罪者，即應以獨立之罪處罰之…」），該罪嗣歷經數次修正，仍維持規定於妨害秩序罪章，除法定刑部分外，構成要件幾無變動。可見該罪立法目的，主要係為保護「公共秩序」，而非所煽惑之罪指向的法

益。又該罪條文未以「致生」危害於公共秩序為構成要件，是採抽象危險犯的立法模式。

2.「煽惑」，文義上係指煽動或蠱惑。凡為使他人產生實行某種行為之決意，而予勸誘、刺激，或他人已有某種行為之決意，而予慫恿、鼓勵之行為，皆屬之。「犯罪」，則係指一切刑罰法規規定應科以刑罰制裁的行為。「煽惑他人犯罪」之意義，尚非難以理解，亦為受規範者所得預見，縱需經過解釋，但可經由司法審查加以確認，符合法律明確性原則。

3.法益之實質內容，包括人類重要的生活利益，以及擔保這些利益的集體價值或制度。公共秩序，係指國家或社會所制定的行為準則，為國家及社會共同生活的要求，包括立國精神、基本國策暨法律體系之規範原則及基本價值在內。其具體內涵會因個別社會制度的差異而不同，並隨時代社會思想的變遷而轉變。立法者為保護公共秩序，設妨害秩序罪章，以規範煽惑他人犯罪等侵害程度較高之違反秩序行為，未明顯違背憲法的根本價值理念，具目的正當性。

4.就犯罪侵害路徑而言，公然煽惑他人犯罪，可引發公眾真實犯罪之聯想，進而動搖公眾關於社會安全或規範信賴的認知，影響社會共同生活之維持。以刑法規範禁止公然煽惑他人犯罪，有助於保護公共秩序不被危害，符合適當性的要求。又公然煽惑他人犯罪，係透過限制行為人的犯罪性言論，來換取公共秩序之維護，符合衡平性原則。

5.煽惑他人犯罪應予處罰，雖符合上開原則，且有其必要。但該罪既屬抽象危險犯，是透過對與法益侵害結果有高度經驗上連結之特定行為模式的控管，來防止可能的法益侵害。行為人之行為倘未實質干擾法益，並無以刑法規範的必要。另美國法院實務為保障言論自由，揭示「明顯而立即危險原則」，即對煽動違法行為之言論管制，須符合3項要件：(1)針對明白而非暗示的煽動違法行為。(2)煽動的內容，包含倡議立即採取違法行為。(3)此違法行為必須很有可能發生。始為合憲。所強調違法行為之立即性及可能性，值得參考。煽惑他人犯罪，倘僅係向他人釋出犯罪訴求，而未能引發公眾真實犯罪之聯想，即無可能動搖公眾關於社會安全或規範信賴的認知，害及公共秩序。為免煽惑他人犯罪處罰範圍過度膨脹，波及過多無實質侵害性的行為，違反必要性原則（刑法最後手段性原則），應限縮「煽惑他人犯罪」之構成要件要素文義，僅限於煽惑之內容，客觀上有使他人產生實行可得特定之犯

罪決意，或助長他人原犯罪決意，並足以引發公眾真實犯罪之聯想者，始足當之。如煽惑之內容過於荒謬或實現顯無可能等欠缺可行性之情況，應認不該當該罪之構成要件。

6.事實審法院未於審判期日，就被告否認犯罪之辯解與證據，予以調查，亦不於理由內加以論列，率行判決，自屬於法有違。魏○、陳○豪、江○崙、林○興、劉○文、柯○諭、許○治於原審辯稱：其等無煽惑他人犯罪之故（犯）意等語（見原判決第 20 至 23 頁，原審卷(十)第 95 頁、卷第 153 頁、第 185 頁）。原判決理由就魏○部分，祇謂其明知民眾已陸續侵入行政院，仍於臉書發布「佔領行政院」，具有煽惑他人犯罪之犯意等語（見原判決第 29 頁）。就陳○豪部分，僅謂其向民眾呼喊「佔領行政院」、「爬進行政院」，顯非為維持秩序等語（見原判決第 30 頁）。就江○崙、林○興、劉○文、柯○諭、許○治此部分辯解，則未置一詞。對彼等主觀上是否認識所為係煽惑他人犯罪，並以煽惑他人犯罪之意欲實行其行為，而具犯罪故意；客觀上是否合於上開煽惑他人犯罪之構成要件；均未說明及調查釐清。有判決不載理由及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

(二) 1.抵抗權的概念，是為了保衛及回復民主憲政秩序，並由憲法賦予其正當性與合法性。德國於 1968 年修憲時新增之基本法第 20 條第 4 項規定：「凡從事排除上述秩序者，如別無其他救濟方法，任何德國人皆有權反抗之。」上述秩序（憲政秩序）意指，德國是一個民主的及社會福祉的聯邦國；主權在民及三權分立原則；立法必須受到憲政秩序之約束，行政權與立法權之行使應依據法及基本法律原則。該項抵抗權之行使，包含違法的手段，但須在「不法情況極公然」時方可行使，且應是最後手段。我國憲法雖未明文規定抵抗權，但依國民主權的憲政原理，仍應加以承認。人民行使抵抗權的行為，得阻卻違法。

2.公民不服從是一種公開、非暴力、出於良知決定的故意觸犯法律規範的行為，目的通常都是為了改變法律或是政府的決策，行動者通常願意承擔可能的法律效果。公民不服從的非暴力性，是基於公民不服從主要目的在向公眾訴求，欲透過觸犯法律規範的行為來喚醒與說服大眾，所抗議的法律或政策牴觸了重要的政治道德原則。公民不服從是一種表達政治意見的特殊形式與最後手段，即令觸犯法律規範，仍然處於忠誠於整體法律秩序的界線內，因而避免使用暴力。公民不服從的政

治道德正當性，來自於促成沈默的大眾與政府對於重大法律或政策議題的表態，藉此形成公共意見，而擴大、深化民主的實現。

3.違法性是從法律觀點所為之反價值判斷，與從政治道德觀點所為之反價值判斷不同。公民不服從並無法以其政治道德的正當性，即認其合法，亦不因其不具政治道德的正當性，而認其違法。多數決原則固為實現民主政治所不可或缺，但不應永久剝奪暫時的少數爭取成為多數的可能性。一個公民不服從行為是否實質違反民主多數決原則，應視個案具體情節而定。且公民不服從概念內建的實現構成要件的行為，僅具違法性之表徵，是否具備實質違法性，取決於有無阻卻違法事由存在。尚難謂公民不服從違反民主多數決原則，無阻卻違法可能。

4.犯罪行為的不法內涵（違法性），是由行為非價（法規範之違反）與結果非價（法益之危害）所組成。依實質違法性觀點，阻卻違法事由不以法律明文規定者為限。保全優越利益，係阻卻違法事由共通的指導原則。刑法第 24 條第 1 項規定：「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」緊急避難不罰的法理基礎，在於法益權衡及手段相當。而避難過當減免罪責的法理基礎，則在於行為的不法及罪責內涵大幅降低，行為人不具可非難性。立法者列舉之緊急避難法益，雖僅有上開屬於個人人性尊嚴基礎之個人法益，未包括社會法益、國家法益等整體法益，但社會法益係以社會上不特定人或多數人之生命、身體、自由、財產等生活利益為內容之法益，涉及社會不特定人或多數人之安全與福祉，而國家法益係以憲法所賦予國家一定之基本政治組織與統治權力為內容之法益，乃國家保護人民之生命、身體、自由、財產等生活利益所不可或缺之外部的前提條件。該等整體利益，同有受保護之必要。且就緊急避難的法理基礎而言，緊急避難可謂係體現刑事不法利益衡量原則的一般規定，並不排斥整體法益的避難適格。

5.基於憲法的優越性，法院之裁判應遵循憲法保障基本權利的意旨，並應充實憲法價值理念的內涵。對於行為人為保全整體法益，犧牲其他法益，而其避難手段涉及基本權利的行使，欲保全者為處於危難情狀的自由民主憲政秩序（包含憲法保障的基本權利、權力分立原則、法治國原則、民主國原則、共和國原則、民生福利國原則）時，本於法律體系之一貫性、憲法保障基本權利的意旨及維護自由民主憲政秩序的重要性，其實質違法性、罪責之認定，應比照個人法益之緊急避難進行利

益衡量，於符合存在急迫的危難情況，行為人主觀上具有救助之意思，避難行為係出於不得已（即合於必要性及利益權衡）之要件時，基於有利行為人，而類推適用緊急避難之規定阻卻違法，或於行為人使用超過必要性或不符利益權衡的避難手段時，類推適用避難過當之規定減免其刑責，以彌補法定阻卻違法、罪責事由之不足。

6.如公民不服從行為，本身是言論自由的特殊表達形式，且所欲保全的整體法益為即將或剛開始遭破壞的自由民主憲政秩序（倘抗議對象的作為已造成自由民主憲政秩序系統性的重大侵害，則屬抵抗權之行使範疇）時，依上揭說明，法院自得類推適用緊急避難或避難過當之規定，阻卻違法或減免刑責。

7.事實審法院，對與罪名成立與否或於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，除認為不必要者外，均應詳為調查。魏○、陳○豪、江○崙、劉○文、許○治、李○伶於原審辯稱：其等是為保衛憲政秩序而行使抵抗權，是公民不服從、緊急避難，得阻卻違法。縱認本案不具備行使抵抗權之客觀情狀，亦因其等認為民主機制已經失靈而實行抵抗行為，欠缺不法故意等語（見原判決第 19 至 22 頁、第 49 頁，原審卷第 154 頁、第 158 頁）。原審於判決理由僅謂：我國憲法與法律俱無賦予人民抵抗權。倘若公民不服從可以合法化，無異對民主多數決之破壞，有害法治。司法必須克制，做為法律執行者，只能依據法律，不能造法（見原判決第 43、44 頁）。而未詳查上訴人等所為，是否有上開阻卻違法或減免刑責情形，且全未說明其等有無誤認阻卻違法事由之存在（容許錯誤）或誤認阻卻違法事由之前提事實（容許構成要件錯誤），遽行判決。有不適用法則、不載理由及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

三、上訴意旨指摘原判決此部分不當，為有理由，應認有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第 397 條、第 401 條，判決如主文。

中 華 民 國 110 年 1 月 18 日

【第十六案】吳○揚毒品案

爭點：被告意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，究係論以販賣毒品未遂罪，抑或意圖販賣而持有毒品罪？

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

原文目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣桃園地方法院 108 年度訴字第 64 號判決：販賣毒品未遂罪

二、臺灣高等法院 108 年度上訴字第 2744 號判決：意圖販賣而持有毒品罪

參、與爭點相關之我國法律規定與外國法例

一、毒品危害防制條例第 4 條第 6 項、第 2 項及第 5 條第 2 項

二、外國相關立法例

(一)日本法

(二)德國法

(三)美國法

1.美國法未遂犯認定標準

2.販賣毒品未遂與意圖販賣毒品而持有之區別

3.小結

(四)外國法制的啟示

肆、與爭點有關之實務見解與學說見解

一、實務見解

(一)著手之認定，多採形式客觀說，但亦有不同意見，標準不一

(二)為販賣毒品而購入毒品惟尚未賣出毒品之論罪

1.販賣毒品未遂罪說：購入至未交付前，均屬販賣未遂

2.意圖販賣而持有罪說：購入後有銷售行為，始屬販賣未遂

二、學說見解(販賣毒品罪之著手認定)

(一)以意圖販賣而販入毒品時為準

(二)以買賣毒品合意時為準

(三)以開始進行交付移轉行為時為準

伍、本署見解

一、著手時點之判斷，應採主客觀混和說

二、販出毒品的著手，採要約誘引說，符合民情，亦使意圖販賣而持有罪有適用空間

陸、結論

柒、附件清冊

壹、與法律爭點相關之本案事實（略）

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解（略）

參、與爭點相關之我國法律規定與外國法例

一、毒品危害防制條例第 4 條第 6 項、第 2 項及第 5 條第 2 項（略）

二、外國相關立法例

(一)日本法

日本在毒品的管制上，以毒品的類型加以區分，包括「麻藥及精神藥物取締法」¹、「大麻取締法」²、(昭和二十三年法律第百二十四号)「鴉片法」³、「覺醒劑取締法」⁴給予不同規制，另有落實日本與國際共同協力防制毒品性質的「麻藥特例法」⁵。上揭法律未設有販賣毒品的行為類型，而是以「轉讓」及「受讓」作為基礎行為類型，再以「意圖營利」作為加重類型。關於安非他命之(營利)轉讓、受讓、持有，以覺醒劑取締法第 41 條之 2⁶規範之，其規定是：

¹ 麻藥及び向精神薬取締法(昭和 28 年法律第 14 号)，參照：e-gov 法令検索，麻藥及び向精神薬取締法，<https://reurl.cc/Kx0v5M> (最後瀏覽：2021 年 2 月 19 日)。

² 大麻取締法(昭和 23 年法律第 124 号)，參照：e-gov 法令検索，大麻取締法，<https://reurl.cc/pm6Vee> (最後瀏覽：2021 年 2 月 19 日)。

³ あへん法(昭和 29 年法律第 71 号)，參照：e-gov 法令検索，あへん法，<https://reurl.cc/qmL37R> (最後瀏覽：2021 年 2 月 19 日)。

⁴ 覚醒剤取締法(昭和 26 年法律第 252 号)，參照：e-gov 法令検索，覚醒剤取締法，<https://reurl.cc/kVlq69> (最後瀏覽：2021 年 2 月 19 日)。

⁵ 国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律(麻薬特例法，平成 3 年法律第 94 号)，參照：e-gov 法令検索，国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律，<https://reurl.cc/YWeR7L> (最後瀏覽：2021 年 2 月 19 日)。

⁶ 覚醒剤取締法第 41 条の 2 覚醒剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（第四十二条第五

第 41 條之 2

(第 1 項)無正當理由持有、轉讓、受讓安非他命者(不包括第 42 條第 5 款)，處 10 年以下有期徒刑。

(第 2 項)營利目的犯前項之罪，處 1 年以上有期徒刑，併得依其情狀處以 1 年以上有期徒刑及 500 萬日圓以下罰金。

(第 3 項)前 2 項之未遂罪，處罰之。

安非他命之轉讓、受讓，均處罰未遂罪，關於著手之認定，須行為人開始進行交付安非他命之處分所伴隨的密接準備行為，讓渡契約之合意，尚不足以解為轉讓、受讓行為之著手⁷。實例如下：

經日本最高法院駁回上訴所肯認之名古屋高等裁判所金澤分所昭和 31 年 10 月 16 日判決：被告與 Y 之間成立有關安非他命讓渡之合意，讓渡人 Y 在被告同在之場所，委託不知情的 A 取貨，並經 A 同意取貨，而該物係交由 C 保管，A 取得 500 支裝有 2CC 的安甌(一種注射劑容器)，依共犯所為(A 中介 Y 之間接行為)，安非他命之占有已達到現實中將為移轉之階段，本件被告所為至少已著手轉讓安非他命之密接行為⁸。

東京高等裁判所昭和 53 年 3 月 20 日判決：「覺醒劑取締法取締法規定之受讓安非他命未遂罪…其著手，以移轉持有的安非他命而開始必要準備活動為已足⁹。

另外，麻藥之轉讓與受讓罪的處罰，標準亦同：高松高等裁判所昭和 27 年 1 月 31 日判決：麻藥取締法第 3 條之轉讓罪，未伴隨有法律上或事實上之交付，僅單有讓渡契約，並不成立¹⁰。

(二)德國法

德國麻醉藥品流通法第 29 條第 1 項規定：「下列情形，處五年以下有期徒刑或罰金：1. 未經許可栽種、製造、交易，非交易而輸入、輸出、轉讓、交付，此外投入流通、購得或以其他方式設法獲得麻醉藥品者，2. (略)，3. 無書面購買許可而持

号に該当する者を除く。)は、十年以下の懲役に処する。

2 營利の目的で前項の罪を犯した者は、一年以上の有期懲役に処し、又は情状により一年以上の有期懲役及び五百万円以下の罰金に処する。引自前掲 4。

⁷ 内藤惣一郎、白井美果、奥村寿行，覚せい剤犯罪捜査実務ハンドブック，立花書房，2018 年 9 月，72 頁。

⁸ 名古屋高等裁判所金沢支部昭和 31 年 10 月 16 日判決，LEX/DB 文献番号 25348137。

⁹ 東京高等裁判所昭和 53 年 3 月 20 日判決，LEX/DB 文献番号 27931020。

¹⁰ 高松高等裁判所昭和 27 年 1 月 31 日判決，LEX/DB 文献番号 27680256。

有麻醉藥品者，(以下略)¹¹。」德國麻醉藥品流通法第 29 條第 2 項規定：「第 1 項第 1 句第 1 款、第 2 款、第 5 款或第 6 款 b 之未遂犯罰之。¹²」德國刑法第 22 條規定：「依其對犯行之設想，直接著手於構成要件之實現者，為未遂犯。¹³」麻醉藥品的定義，依德國麻醉藥品流通法第 1 條第 1 項規定：「本法所稱麻醉藥品，指附件一至三所列物質及製品。¹⁴」而甲基安非他命(Methamphetamine, Metamfetamin, Methamphetamin)為該法附件二所列之麻醉藥品。

德國麻醉藥品流通法第 29 條第 1 項第 1 句第 1 款「交易(Handeltreiben)」之構成要件行為，包含締結所有有償的債權行為，例如買賣契約、服務契約、承攬契約、租賃契約等，只要該行為之目的是銷售麻醉藥品以獲利。此外，製造過程、銷售過程及接下來的付款過程也落入交易的概念，且不以持續或重複為必要，偶爾或一次性的銷售行為即足，惟麻醉藥品的種類、數量及價格應具體特定¹⁵。當採取的行動雖尚未滿足「交易」的構成要件，但依犯罪計畫，無須其他中間行為，直接可以導向促進麻醉藥品之銷售，即為可罰的交易未遂¹⁶。

依德國聯邦最高法院刑事大法庭 2005 年 10 月 26 日 GSSt 1/05 裁定之見解，行為人打算購買特定麻醉藥品以轉售獲利，而與賣方認真談判時，即為交易之既遂¹⁷。至於不罰的預備行為與可罰的交易未遂或交易既遂之區別標準是，在預備的情形，

¹¹ Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz - BtMG)

§ 29 Straftaten

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. Betäubungsmittel unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft,.....

3. Betäubungsmittel besitzt, ohne zugleich im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb zu sein,

¹² Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz - BtMG)

§ 29 Straftaten

(2) In den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 5 oder 6 Buchstabe b ist der Versuch strafbar.

¹³ Strafgesetzbuch (StGB)

§ 22 Begriffsbestimmung

Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. 德國刑法之中譯，均係參照「何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，二版第 1 刷，2019 年 7 月」之內容，並對照最新修正條文原文後所譯。

¹⁴ Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz - BtMG)

§ 1 Betäubungsmittel

(1) Betäubungsmittel im Sinne dieses Gesetzes sind die in den Anlagen I bis III aufgeführten Stoffe und Zubereitungen.

¹⁵ Körner/Patzak/Volkmer/Patzak, 9. Aufl. 2019, BtMG § 29 Teil 4. Rn. 45.

¹⁶ MüKoStGB/Oglakcioğlu, 3. Aufl. 2018, BtMG § 29 Rn. 457.

¹⁷ 裁定主文原文：「Für die Annahme vollendeten Handeltreibens reicht es aus, dass der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen mit dem potentiellen Verkäufer eintritt.」

尚未具體化預計所為的犯罪行為，例如為了未確定、未來走私麻醉藥品而準備車輛，或是一般性、無所獲地四處詢問麻醉藥品的價格，均僅是預備行為¹⁸。大多數有爭議的案例，其實是幫助犯或共同正犯的邊界案例，而非交易未遂或既遂之區別，類似案例，聯邦最高法院認為不成立交易之共同正犯，但認為成立交易的幫助犯¹⁹。聯邦最高法院提案庭所提案之法律問題為：「行為人預計購買特定麻醉藥品以轉售獲利，而與賣方認真談判，但並未與賣方達成合致時，是否足以論交易既遂？」²⁰就此，聯邦最高法院關於德國麻醉藥品流通法第 29 條第 1 項第 1 句第 1 款之「交易」的穩定見解為：「每個自利、目標是銷售麻醉藥品的行動」²¹，德國聯邦最高法院刑事大法庭維持上開見解，認為成立交易既遂，對於「交易」的概念採寬廣的解釋²²，因此，成立未遂的空間很小。實務上交易未遂的案例如新任的毒品快遞員，努力以電話聯繫要拿到皮箱，但前一毒品快遞員以及其任務指示者已因為警察的介入而喪失對皮箱之處分權；為履行一個已失敗的毒品交易而給付金錢；向從一開始就沒有想要賣麻醉藥品或是沒有能力提供麻醉藥品之人購買麻醉藥品²³。

德國聯邦憲法法院於 2006 年 9 月 18 日 2 BvR 2126/05 之不予受理裁定中闡述，德國麻醉藥品流通法第 29 條第 1 項第 1 句第 1 款之規定以及實務見解所發展關於「交易」之概念，符合明確性原則(Bestimmtheitsgrundsatz)²⁴，也就是肯認德國聯邦最高法院刑事大法庭之上開見解並無違憲疑慮²⁵。

最高法院 25 年非字第 123 號刑事判例稱：「……販賣鴉片罪，……以營利為目的將鴉片購入……其犯罪即經完成……」及 67 年台上字第 2500 號刑事判例稱：「所謂販賣行為，……祇要以營利為目的，將禁藥購入……，其犯罪即為完成……屬犯罪既遂。」經司法院大法官於 109 年 6 月 19 日以釋字第 792 號解釋宣告違憲。德國

¹⁸ BGHSt 50, 252，即 BGH GSt 1/05 – Beschluss vom 26. Oktober 2005, Rn. 49.

¹⁹ BGH GSt 1/05 – Beschluss vom 26. Oktober 2005, Rn. 50.

²⁰ 原文為：「Reicht es für die Annahme vollendeten Handeltreibens aus, wenn der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen eintritt, aber keine Einigung mit dem Lieferanten erzielt?」BGH 3 StR 61/02 / 3 StR 243/02 - Beschluss vom 13. Januar 2005.

²¹ 原文為：「Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Handeltreiben im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit.」BGH GSt 1/05 – Beschluss vom 26. Oktober 2005, Rn. 18.

²² Bundesgerichtshof, Mitteilung der Pressestelle Nr. 157/2005, Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, Karlsruhe, den 10. November 2005, Pressestelle des Bundesgerichtshof.

²³ BGH GSt 1/05 – Beschluss vom 26. Oktober 2005, Rn. 42. MüKoStGB/ Oğlakcioğlu, 3. Aufl. 2018, BtMG § 29 Rn. 458.

²⁴ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 18. September 2006 - 2 BvR 2126/05 -, Rn. 1-21.

²⁵ MüKoStGB/ Oğlakcioğlu, 3. Aufl. 2018, BtMG § 29 Rn. 458.

聯邦最高法院刑事大法庭 2005 年 10 月 26 日 GSSt 1/05 裁定之見解為行為人打算購買特定麻醉藥品以轉售獲利，而與賣方認真談判時，即為交易之既遂。德國聯邦最高法院刑事大法庭認為行為人打算購買特定麻醉藥品以轉售獲利，在與賣方認真談判，尚未購入即屬既遂，相較於我國的舊見解，既遂的認定更為前置。主要理由為：1. 德國麻醉藥品流通法第 29 條第 1 項第 1 句第 1 款之「交易(Handeltreiben)」，亦可譯為貿易，聯邦最高法院對此採很寬的解釋。2. 該條規定的刑度是五年以下有期徒刑或罰金，依德國刑法第 12 條第 2 項，屬於輕罪，刑度上有許多因應具體情形調整的可能性²⁶。3. 這樣寬廣的解釋，才能涵蓋分工細膩的(跨國)毒品交易，處罰到幕後的主使²⁷。

(三) 美國法

1. 美國法未遂犯認定標準

美國法未遂犯指已著手於犯罪「重要步驟」而未完成，或雖已完成，而未發生預期之結果。因此，未遂犯需符合下列要件：(1)有意圖某種犯罪結果發生之犯意(specific intent)；(2)故意為該犯罪行為；(3)已著手重要犯罪步驟(substantial step)；(4)未發生預期之犯罪結果；(5)法律有處罰未遂犯之規定。

美國傳統普通法(common law)依被告主觀犯意(Mens rea)區分為五種犯罪類別：特定意圖犯(specific intent)、故意犯(general intent)、有認識重大過失(recklessness)、刑事過失(criminal negligence)、無過失責任²⁸ (strict liability)。其中 specific intent 與我國意圖犯相似²⁹，指行為人除故意為某項犯罪行為外，並符合法律特別明定之意圖，例如竊盜、詐欺等財產性犯罪，其構成要件包括「意圖為自己或他人不法之所有」，屬於此類犯罪。general intent 指故意為某項犯罪行為，與我國故意犯大致相當。有認識重大過失 (recklessness)則介於我國重大過失及不確定故意之間，指對危險有認識，但並不期待犯罪結果發生的重大過失，其處罰遠重於過失犯。例如行為人瞄準友人置於頭上的蘋果，自信槍法神準可擊中蘋果，結果擊斃友人，構成”depraved heart murder”，屬於二級謀殺罪，而非過失致死罪。因為未遂犯限於未發生預期之犯罪結果始能構成，因此未遂犯屬於意圖犯(specific intent)，而非故意

²⁶ BGH GSSt 1/05 - Beschluss vom 26. Oktober 2005, Rn. 47. MüKoStGB/Oğlakcioğlu, 3. Aufl. 2018, BtMG § 29 Rn. 461.

²⁷ Körner/Patzak/Volkmer/Patzak, 9. Aufl. 2019, BtMG § 29 Teil 4. Rn. 24.

²⁸ 例如與 14 歲以下少年為性行為。

²⁹ Specific intent 指行為人有法律特定的主觀要素，其範圍包括但不限於我國的意圖犯。

犯。

美國為多數州所依循之模範刑法典(Model Penal Code) §5.01(1)規定³⁰：「未遂罪定義：行為人若以符合某罪規定之情狀從事犯罪，構成該罪之未遂罪… (a)若行為情狀(attendant circumstances)如其所信，故意從事構成該犯罪之行為，或(b)當產生某種結果屬於犯罪構成要件，為產生此結果或相信其行為將產生此結果，而作為或不作為³¹；或(c)在其所信之情況下，故意作為或不作為，該行為構成其計畫犯罪之重要步驟(a substantial step)。」

模範刑法典§5.01(1) (c)規定之「重要步驟」與我國刑法第 25 條第 1 項「著手」犯罪之概念類似，但模範刑法典對於何謂「重要步驟」有非常具體的規定，且不限於著手「犯罪構成要件」，例如行為人探勘其準備行竊之處所，即屬於「重要步驟」，可構成未遂犯。模範刑法典§5.01(2)規定³²：「…下列行為於無其他足夠之相反作為時，若強烈顯示其犯意，不應認為法律上不足構成「重要步驟」：(a)尋找或跟蹤其所欲加害之被害人、藏匿等待；(b)引誘或企圖引誘其所欲加害之被害人至其欲實行犯罪之地點；(c)探勘其欲實行犯罪之地點；(d)非法進入其欲實行犯罪之建築物、交通工具、圍地；(e)持有欲用來犯罪的物品，該物品係特別作為此類非法使用、或在

³⁰ Model Penal Code §5.01, "(1) Definition of Attempt. A person is guilty of an attempt to commit a crime if, acting with the kind of culpability otherwise required for commission of the crime, he:

(a) purposely engages in conduct that would constitute the crime if the attendant circumstances were as he believes them to be; or

(b) when causing a particular result is an element of the crime, does or omits to do anything with the purpose of causing or with the belief that it will cause such result without further conduct on his part; or

(c) purposely does or omits to do anything that, under the circumstances as he believes them to be, is an act or omission constituting a substantial step in a course of conduct planned to culminate in his commission of the crime."

³¹ 上開二款主要指事實不能的情況，例如扒手伸入被害人口袋，結果空無一物；或持槍射床，結果被害人不在床上，均構成未遂犯。

³² Model Penal Code §5.01, "(2) Conduct That May Be Held Substantial Step Under Subsection (1)(c). Conduct shall not be held to constitute a substantial step under Subsection (1)(c) of this Section unless it is strongly corroborative of the actor's criminal purpose. Without negating the sufficiency of other conduct, the following, if strongly corroborative of the actor's criminal purpose, shall not be held insufficient as a matter of law:

(a) lying in wait, searching for or following the contemplated victim of the crime;

(b) enticing or seeking to entice the contemplated victim of the crime to go to the place contemplated for its commission;

(c) reconnoitering the place contemplated for the commission of the crime;

(d) unlawful entry of a structure, vehicle or enclosure in which it is contemplated that the crime will be committed;

(e) possession of materials to be employed in the commission of the crime, that are specially designed for such unlawful use or that can serve no lawful purpose of the actor under the circumstances;

(f) possession, collection or fabrication of materials to be employed in the commission of the crime, at or near the place contemplated for its commission, if such possession, collection or fabrication serves no lawful purpose of the actor under the circumstances;

(g) soliciting an innocent agent to engage in conduct constituting an element of the crime."

該情況下沒有其他合法目的；(f)若依該案情況，沒有其他合法目的，而持有、收集或偽造所欲用來犯罪之物品，且位於其欲實行犯罪之地點或附近；(g)教唆不知情之人進行犯罪構成要件的行為。」

與我國實務對「著手」犯罪的標準相較，模範刑法典§5.01 條對於著手犯罪「重要步驟」之規定比較明確且寬鬆。行為人縱使尚未著手尋找買主，只要行為人持有毒品之數量甚鉅；或行為人持有毒品且位於其欲實行販賣犯罪地點或附近，在該案情況下沒有其他合法目的；即可認為著手犯罪「重要步驟」，而構成販賣未遂犯。

2.販賣毒品未遂與意圖販賣毒品而持有之區別

美國聯邦法對於毒藥物管制相當嚴格，聯邦法典 21 篇(第 13 章)第 812 條將毒品、麻醉藥品依是否有醫療價值、危害程度、濫用成癮可能性分為五級，第一級毒藥物指非醫療使用、危害程度高、濫用成癮性高者(例如海洛因)；第五級毒藥物指可作為醫療用途、危害程度及成癮性較輕者。安非他命及甲基安非他命屬於第三級毒藥物。

聯邦法典 21 篇第 841 條依販賣毒藥物種類、數量、販售對象等情狀細分不同法定刑，21 U.S. Code § 841 規定³³：「(a)違法行為：除本節所規定之授權外，任何人知悉或有意(1)製造、散發、給藥或意圖製造、散發、給藥而持有管制毒藥物；…(b)刑罰：犯(a)項之罪者，除本篇第 849 條、第 859 條、第 860 條、第 861 條規定外，應依下列規定處罰…」。21 U.S. Code § 846³⁴規定：「任何人著手(attempt)或共謀犯本節所規定之罪，意圖達到該罪目的者，應依各該規定處罰。」

3.小結

綜上，依美國法，「意圖販賣而持有毒品」定義上屬於「販賣毒品未遂」範疇，但美國聯邦法對「意圖販賣而持有毒品罪」作特別規定，立法上將「意圖販賣而持有毒品」當作一種獨立犯罪類型，行為人「意圖販賣而持有毒品」，尚未尋找買主

³³ 21 U.S. Code § 841, “(a)Unlawful acts

Except as authorized by this subchapter, it shall be unlawful for any person knowingly or intentionally—

(1)to manufacture, distribute, or dispense, or possess with intent to manufacture, distribute, or dispense, a controlled substance; or

(2)...

(b)Penalties

Except as otherwise provided in section 849, 859, 860, or 861 of this title, any person who violates subsection (a) of this section shall be sentenced as follows:”

³⁴ 21 U.S. Code § 846, “Any person who attempts or conspires to commit any offense defined in this subchapter shall be subject to the same penalties as those prescribed for the offense, the commission of which was the object of the attempt or conspiracy.”

前，應論以「意圖販賣而持有毒品罪」。「意圖販賣而持有毒品罪」之法定刑與「販賣毒品罪」及「販賣毒品未遂罪」均相同，實際科刑則需依量刑指導法則(Sentencing Guidelines)規定之各種量刑因素加以計算。

(四)外國法制的啟示

本案提案之法律問題「被告意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，究係論以販賣毒品未遂罪，抑或意圖販賣而持有毒品罪？」放諸各國法制下，會有不同之結論。如發生在日本，因意圖營利而讓與以開始讓與之必要準備活動為必要，既然尚無以轉讓所持安非他命而開始必要準備活動，應認尚屬意圖營利而持有，不該當意圖營利讓與未遂罪；如發生在德國，依德國聯邦最高法院刑事大法庭 2005 年 10 月 26 日 GSSt 1/05 裁定之見解，被告意圖營利而購入毒品，即為交易既遂。如發生在美國，行為人「意圖販賣而持有毒品」，尚未尋找買主前，應論以「意圖販賣而持有毒品罪」；若意圖販賣毒品而持有其持有毒品且位於其欲實行販賣犯罪地點或附近，在該案情況下沒有其他合法目的，可認為著手犯罪「重要步驟」，而構成販賣未遂犯。惟「意圖販賣而持有毒品罪」之法定刑與「販賣毒品罪」及「販賣毒品未遂罪」均相同，實際科刑則需依量刑指導法則規定之各種量刑因素加以計算。

肆、與爭點有關之實務見解與學說見解

一、實務見解

(一)著手之認定，多採形式客觀說，但亦有不同意見，標準不一

已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯(刑法第 25 條第 1 項)，對於著手時點之判斷，有形式客觀說、實質客觀說、主觀說、主客觀混和說等³⁵。實務上多採形式客觀說³⁶，如最高法院 30 年上字第 684 號判例：「刑法第 25 條所謂已著手於犯罪行為之實行，係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行者而言，若於著手此項要件行為以前之準備行動，係屬預備行為，除法文有處罰預備犯之明文，應依法

³⁵ 如最高法院 109 年度台上大字第 4861 號提案裁定所載：「關於著手時點之判斷，有各種不同之理論，其一採形式客觀說者，主張行為人唯有已開始實行嚴格意義之構成要件行為，始可認定為著手實行；實質客觀說者，認為行為人開始實行與構成要件具有必要關聯性之行為，或者開始實行對於構成要件保護客體形成直接危險行為者，即已著手；再一採主觀說者，主張若依行為人之犯意及其犯罪計畫，而可判斷犯罪行為已經開始實行者，即可認定為著手實行。」

³⁶ 始祖應為已經停用之最高法院 22 年上字第 980 號判例：「所謂著手，必須從客觀方面可以認其實行行為已經開始者而言，若實行行為未曾開始，而其所為尚係著手以前之準備行為，只能謂之預備」。

處罰外，不能遽以未遂犯罪論擬。」實例有：

放火行為，縱然煤、裁油已經溢流於地方法院地板，因尚未著手於「點燃引火媒介物」之行為，僅屬預備行為³⁷；

竊盜行為，雖持菜刀 1 把撬開被害人門口鐵捲門旁之開關鐵盒，開啟被害人住處之鐵捲門，在尚未打開被害人住處之落地玻璃門，而在門外就遭到場之警員查獲，無積極證據足證被告確有動手物色、搜尋財物或其他與竊盜行為有關之密接行為，被告之行為自不足認定已著手於客觀上可認為竊盜行為之實行³⁸；準強盜行為，縱攜帶兇器推開外門侵入庭院後欲進屋行竊，打開紗門，正持鐵撬開啟第二道大門著手竊盜之際，為巡邏員警發現盤查未能得逞，為脫免逮捕，於騎乘機車欲逃離現場而經逮捕，不得以強盜罪論³⁹；

強制性交行為，雖被害人甫進後車廂處，坐於後車廂入口處，並將雙腳放置於車身外，被告以其手肘抵住被害人，欲將之強行推入後車廂，並取出兇器恫嚇，然被害人趁隙倏然躍下車，被告犯行因而不遂，亦不該當強制性交未遂⁴⁰。

³⁷ 臺灣高等法院臺中分院 109 年上訴字第 1089 號判決：「刑法第 25 條第 1 項所謂『著手』，係指犯人對於構成犯罪之事實開始實行而言，其在開始實行前所為之預備行為，不得謂為『著手』，自無成立未遂犯之餘地；刑法第 173 條第 1 項之放火燒燬現有人所在之建築物罪，須有放火燒燬之行為，為其構成要件之一。所謂『放火』，乃指故意使火力傳導於特定之目的物，使其燃燒之意。如尚未著手於『點燃引火媒介物』之行為，則屬預備階段。」

³⁸ 臺灣高等法院臺中分院 105 年上易字第 894 號判決參照。相類案例，最高法院 85 年度台非字第 116 號判決：「竊盜行為之著手，係以已否開始財物之搜尋為要件」。最高法院在 95 年度台上字第 4340 號判決：「所謂著手，係指犯人對於構成犯罪之事實開始實行而言，前開判例意旨，已揭示甚明。則單純『用眼睛進行搜尋』、『張開眼睛觀看』，能否謂為已達於對於竊盜罪『構成犯罪之事實開始實行』？即非無疑。……原審未予徹查明白，即遽認『用眼睛進行搜尋』、『張開眼睛觀看』已著手於竊盜犯罪構成要件之實行，自嫌速斷」。另 101 年度台上字第 3380 號判決：「就侵入住宅為加重條件之各罪而言，行為人侵入他人住宅後，尚在以目光觀看、搜尋被害人時，顯然不宜認定已為犯罪構成要件行為之著手」，亦同。

³⁹ 最高法院 94 年度台上字第 6989 號判決：「按預備行為與未遂犯之區別，以已、未著手於犯罪之實行為標準，所謂著手，即指犯人對於犯罪構成事實開始實行而言，是關於竊盜行為之著手，係以已否開始財物之搜尋為要件。如行為人僅著手於刑法第三百二十一條第一項各款所列之加重要件行為，而尚未為竊盜行為之著手者，自不得以該條竊盜罪之未遂犯論科。亦即刑法上之未遂犯，必須已著手於犯罪行為之實行而不遂，始能成立。又實施強暴、脅迫，以便脫逃，原係竊盜以強盜論之加重要件行為，竊盜罪如不成立，其前提要件即不存在，按之刑法第三百二十九條之規定，自不得以強盜罪論。」

⁴⁰ 最高法院 102 年度台上字第 3748 號判決：「又刑法上之未遂犯，必須已著手於犯罪行為之實行而不遂，始能成立，此在刑法第 25 條第 1 項規定甚明，同法第 222 條之強制性交罪，為第 221 條之加重條文，自係以對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交，為其犯罪行為之實行，至該條第 1 項各款所列情形，不過為犯強制性交罪之加重條件，如僅著手於該項加重條件之行為而未著手強制性交，仍不能以加重強制性交罪之未遂犯論。」又如臺灣基隆地方法院 108 年度軍侵訴字第 1 號判決「按刑法第 25 條所謂已著手於犯罪行為之實行，係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行者而言，若於著手此項要件行為以前之準備行動，係屬預備行為，除法文有處罰預備犯之明文，應依法處罰外，不能遽以未遂犯罪論擬。又刑法第 25 條之立法模式，係承繼拿破崙法典與德國舊刑法而來，著重未遂犯之客觀犯行，以未遂犯之行為雖未發生實害，然此等行為倘客觀上已經具備對於法益產生實害的可能性，而具侵害法益之危險，即強調未遂犯之客觀『行為不

另有採實質客觀說的見解，例如：

於竊盜行為，依最高法院 84 年台上字第 4341 號判決：「刑法上之未遂犯，依同法第 25 條第 1 項規定，須已著手於犯罪行為之實施而不遂，始能成立，所謂『著手』，固係指犯人對於犯罪構成要件之行為（或構成犯罪之事實）開始實行者而言，惟侵入竊盜究以何時為著手起算時點，依一般社會觀念，咸認行為人以竊盜為目的，而侵入他人住宅，搜尋財物時，即應認與竊盜之著手行為相當，可認為已著手於竊盜行為之實行。」故被告在其主觀上既以竊盜為目的侵入被害人住處，並已進入被害人臥房，留滯時間有數分鐘之久，且用眼睛搜尋財物，縱其所欲物色之財物尚未將之移入自己支配管領之下，惟從客觀上已足認其行為係與侵犯他人財物之行為有關，且屬具有一貫接連性之密接行為，顯然已著手於竊盜行為之實行。

復有主客觀混和說的見解，例如：

於販賣毒品行為，依最高法院 100 年台上字第 3553 號判決：「又犯罪為侵害法益之行為，行為人是否已著手於犯罪之行為，自應就行為人主觀犯意及客觀行為綜合判斷，如依行為人對於犯罪之認識，已開始實行與犯罪構成要件有必要關聯性之行為，而該行為對於法律所保護之法益形成直接危險時，即屬犯罪之著手行為。就販賣毒品而言，如販毒者已進行兜售，或與購毒者為毒品買賣之磋商，均已對禁止販賣毒品所欲保護之法益形成直接而密切之危險，應認為已著手於毒品之販賣行為。」故被告與買受人就毒品交易談妥交易時間及地點，並告以抵達後再打電話，已達成毒品交易之合意，顯已著手於毒品之販賣行為，雖未完成交付行為，仍應論以未遂罪。

法」。因此，關於未遂犯之認定重點，並不在著手，而是在實行行為。所謂「著手於犯罪之實行」應該解釋為行為人達到實行行為程度；「著手」僅是用以描述行為人客觀行為已經符合實行行為的前緣，而足以推論將續行典型構成要件行為，本身並不具有獨立意義。從而，判定未遂犯可罰界限之重點並非『著手』，毋寧應是「客觀行為已屬犯罪之『實行行為』」，而仍求諸於行為對於法益侵害之危險性。就被告所為而言，其顯然已經實行刑法第 304 條第 1 項強制罪之典型構成要件行為，同時也已達成其目的而既遂，惟被告所實行之『強暴』行為，是否同時亦該當刑法第 221 條強制性交之典型構成要件行為？被告所為是否已該當強制性交罪之未遂犯。就此，最高法院向來認為，刑法第 221 條第 1 項、第 2 項之強制性交未遂罪，須基於對男女強制性交之犯意，著手實行強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之非法方法，而未發生強制性交之結果，始能成立。行為人尚未開始對被害人為性交行為前所施用之強暴、脅迫等非法方法，得否認為已著手實行強制性交之構成要件行為，應視其強制性交之犯意是否已表徵於外，並就犯罪實行之全部過程予以觀察。必以其所施用之強暴、脅迫等非法方法，足以表徵其係基於強制性交之犯意而為，且與性交行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，始可認為已著手實行強制性交之構成要件行為。易言之，必以被告所施用之強暴方法，就犯罪實行之全部過程觀之，在時間、地點與手段上均密接於『性交』之典型構成要件行為，始能認符合『實行行為』之前緣而得認為已經著手。」

於強制性交行為，依最高法院 100 年度台上字第 1692 號判決：「原判決依憑證人即告訴人甲女（姓名詳卷）於偵查、第一審、原審時之證詞，上訴人於警詢坦承從甲女後方騎機車靠近甲女，並以右腳踹倒甲女所騎機車等語，卷附甲女案發時所穿之衣物及遭扯斷之內衣肩帶、安全帽、所騎機車、上訴人案發時所穿著之衣物及所騎機車、現場採證、監視錄影畫面定格翻拍等照片、證物認領保管單、扣押筆錄及扣押品目錄表等證據資料，參酌卷內其他證據調查之結果，綜合判斷，認上訴人確有對甲女為強制性交未遂之犯行，且以上訴人先以腳踹倒甲女所騎之機車，隨後下車強行拉扯甲女之衣物，遭甲女極力反抗後仍扯斷其內衣肩帶，並出手撫摸其胸部及強行脫掉甲女之牛仔褲，顯已著手實行性侵行為，縱因甲女極力抵抗，致未達到目的，亦應論以強制性交未遂罪，是上訴人所辯當時雖將甲女之牛仔褲脫下，然並未著手性侵行為等語，並不可採。」

於放火行為，依最高法院 100 年度台上字第 3082 號判決：「上訴人等已將汽油潑灑在水精靈 PUB 入口走道、走道旁之機車上，並動手使用打火機欲點火燃燒而尚未點燃，顯已著手放火燒燬現有人所在之建築物行為之實行而不遂」。

由上可知，最高法院就著手之認定標準，存在不同見解，尚未統一。

(二)為販賣毒品而購入毒品惟尚未賣出毒品之論罪

此種情形應如何論罪，有以下兩種見解：

1.販賣毒品未遂罪說：購入至未交付前，均屬販賣未遂

毒品條例所規定之販賣毒品罪，如當事人係意圖營利而販入之類型，當以其意圖營利而販入時，為販賣行為之著手，必待其賣出將毒品交付於買受人，該販賣行為始屬完成。換言之，意圖營利而販入，尚未及賣出者，構成販賣毒品未遂罪，與意圖販賣而持有毒品罪為法條競合，並擇販賣毒品未遂罪論處（最高法院 101 年 11 月 6 日以 101 年度第 10 次刑事庭決議（一），最高法院 101 年度台上字第 5762 號、101 年度台上字第 6094 號、101 年度台上字第 6611 號、102 年度台上字第 617 號、102 年度台上字第 2214 號、102 年度台上字第 2961 號、108 年度台上字第 3657 號、109 年度台上字第 915 號）。

2.意圖販賣而持有罪說：購入後有銷售行為，始屬販賣未遂

毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項規定「販賣毒品」罪之成立要件，僅限於「銷售賣出」之行為已完成始足該當，已經司法院大法官著有釋字第 792 號解

釋。是以營利為目的，而購入毒品，倘未有「銷售」之行為，即無販賣之可言，自無涉販賣毒品既遂或未遂之問題。僅得依取得毒品時之主觀犯意區別，分別成立毒品防制條例第 5 條之意圖販賣而持有，或第 11 條持有毒品罪責。被告意圖販賣營利而販入第二級毒品後伺機販售之犯行，尚未有「銷售」之行為，依上開解釋意旨，與毒品條例第 4 條第 2 項所定販賣第二級毒品罪，僅限於有「銷售」之行為始足該當之意旨不符。核其此部分所為，係犯毒品條例第 5 條第 2 項之意圖販賣而持有第二級毒品罪（最高法院 109 年度台上字第 3563 號判決參照）。

司法院大法官釋字第 792 號解釋謝銘洋大法官協同意見書：「單純購入毒品，本件解釋認為並不能被論以構成第 4 條的既遂。然而購入毒品的行為是否構成該條第 6 項的販賣未遂罪？應視其是否有著手於賣出的行為而定。如果於購入後有著手於賣出的行為，但尚未真正賣出，參酌本件解釋的意旨，應該當販賣未遂罪；然而如果只有買入而無法證明其已經著手於賣出的行為，則只能於有販賣的意圖時，論以第 5 條較輕的『意圖販賣而持有』毒品罪。」⁴¹

司法院大法官釋字第 792 號解釋林俊益大法官協同意見書：「本解釋公布後，法院對「販賣」用語的解釋適用，允宜依本解釋意旨（販賣的核心意義在出售，非單指購入行為）及一般受規範者得以理解且可預見的標準，另有全新的詮釋。關於「買、入、賣、出」毒品的行為，依其行為階段，似可分別處理如下：（一）購買毒品（尚未取得）的階段：購買者尚不成立犯罪，僅處罰出售者的出售行為，即可達成毒品條例防制毒品危害的目的。（二）買「入」毒品而持有（尚無任何出售行為）的階段：持有毒品行為，可能成立毒品條例第 5 條意圖販賣而持有毒品罪，或第 11 條持有毒品罪。（三）買入並著手「賣（出售）」毒品（尚未交付）的階段：可能成立販賣未遂罪。（四）買入毒品並賣「出」（交付）毒品的階段：可能成立販賣既遂罪。至於因其他原因（施用剩餘、受贈、搶得、拾得、竊得等）而持有毒品，一時興起販賣意圖，似應成立意圖販賣而持有毒品罪；進而著手賣（出售）毒品行為，未交付者，似應成立販賣毒品未遂罪；已交付者，似應成立販賣毒品既遂罪。」

42

⁴¹ 司法院大法官釋字第 792 號解釋謝銘洋大法官協同意見書，第 3 頁，<https://reurl.cc/5o2zX7>（最後瀏覽：2021 年 1 月 27 日）

⁴² 司法院大法官釋字第 792 號解釋林俊益大法官協同意見書，第 10-11 頁 <https://reurl.cc/E2Zyeg>（最後瀏覽：2021 年 1 月 27 日）

二、學說見解(販賣毒品罪之著手認定)

意圖販賣而持有毒品，作為獨立處罰，則認定上的核心，即為販賣毒品之著手應如何認定，如已著手販賣行為，則不該當意圖販賣而持有毒品罪。學說有以下的主張：

(一)以意圖販賣而販入毒品時為準

學者王皇玉認為，不管是意圖販賣而販入或持有，均是販賣未遂之範疇，並主張刪除意圖販賣而持有罪⁴³。

(二)以買賣毒品合意時為準

法官錢建榮認為，在有買受人之犯罪事實，已有意思表示合致，尚未交付毒品或收受金錢，屬販賣未遂，(尚無買受人)意圖販賣而購入毒品，應該當意圖販賣而持有罪⁴⁴。

(三)以開始進行交付移轉行為時為準

學者吳耀宗認為，販賣的核心在於出售，及基於販賣毒品意思之移轉交付，其販賣之著手時點，以行為人與相對人買賣合意之後而開始進行毒品交付移轉⁴⁵。

學者張天一認為，倘若行為人僅是向他人兜售毒品，或僅是與他人存在買賣毒品之合意，事實上卻尚無交付毒品之行為，為意圖販賣而持有毒品罪⁴⁶。

伍、本署見解

被告意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，應論以意圖販賣而持有罪，若在尚未尋找到確定或可得特定買主前，已發出販出毒品之要約誘引，諸如在網路上對不特定人發布銷售毒品訊息求售、攜帶毒品至公開營業場所求售等，則已著手於毒品之販賣，該當販賣毒品未遂罪。理由如下：

一、著手時點之判斷，應採主客觀混和說

依採主客觀混和說，行為人表露敵視法規範的意志(主觀)，而該意志的表露，足以撼動一般人對於法律的信賴(客觀)，破壞法律的穩定性，即應當處罰之⁴⁷，理由是行為人已經開始實行與犯罪構成要件有必要關聯性之行為，且該行為對於法律所

⁴³ 王皇玉，論販賣毒品罪，政大法學評論 84 期，2005 年 4 月，260-261 頁。

⁴⁴ 錢建榮，買或賣搞不清楚？！（下）--最高法院 25 年非字第 123 號等四則販毒判例之檢討，月旦法學雜誌 211 期，2012 年 12 月，119、130 頁。

⁴⁵ 吳耀宗，販賣毒品罪之著手—在釋字第 792 號解釋之後，月旦法學教室第 216 期，2020 年 10 月，19 頁。

⁴⁶ 張天一，論販賣毒品罪在立法及適用上之問題，中原財經法學 24 期，2010 年 6 月，184、200 頁。

⁴⁷ 林東茂，刑法綜覽，一品文化出版社，2016 年 3 月 8 版，1-222 頁。

保護之法益形成直接危險，值得刑法過問。

如上所述，最高法院在竊盜案件、放火案件、強制性交案件、準強盜案件等，各有不同之著手認定，擺盪在各說之間。而形式客觀說將著手時點往後過度推延，致使若干在實質上可以認定為已達著手實行階段之行為，仍認定為預備階段，對法益之保護不周；主觀說則忽略行為之客觀面，過度擴大未遂犯之範圍；至於實質客觀說未考量行為人之主觀意思，致使難以正確判斷客觀事實之意義⁴⁸。惟有採主客觀混和說，始能完整地判斷未遂行為。

二、販出毒品的著手，採要約誘引說，符合民情，亦使意圖販賣而持有罪有適用空間

司法院大法官釋字第 792 號解釋，將販入毒品即該當販賣毒品既遂罪之判例見解宣告違憲，販賣毒品之既遂行為，僅限於「銷售賣出」之行為，是以意圖販賣而販入毒品至銷售賣出毒品之間，即應以販售毒品罪之著手來切割，從交易流程來說，從購入毒品、要約誘引、要約、承諾(買賣合意)、交付之密切關聯行為，至最後交付毒品完成既遂行為，著手認定之時點越接近既遂，意圖販賣而持有罪成立之範圍越大，反之則越小。觀諸上揭外國法例，日本並無直接處罰販賣行為，處罰意圖營利之轉讓、受讓、持有安非他命，且規範在同一法條，刑度相同，而轉讓、受讓之著手，落在交付之密切關聯行為階段；德國以交易(Handeltreiben)的概念，涵蓋包含締結所有有償的債權行為，因此意圖營利販入毒品，即已既遂，以掌握跨國毒品交易；美國法是否著手犯罪「重要步驟」，來掌握販賣毒品之未遂犯。因此，於各國之毒品政策與法令有所出入的情形下，實無得直接援用之外國法。

依文義觀察，釋字第 792 號解釋理由書中已經定錨：「構成要件中所稱之『販賣』一詞，根據當前各版本辭典所載，或解為出售物品，或解為購入物品再轉售，無論何者，所謂販賣之核心意義均在出售，均非單指購入物品之行為。」故出售與再轉售之行為，必須至少要約誘引行為，而有對禁止販賣毒品所欲保護之法益形成直接而密切之危險，諸如已在網路上對不特定人發布銷售毒品訊息求售、攜帶毒品至公開營業場所對不特定人求售等，在吾人之生活中，上開諸例都得認為是已開始實行足以與構成要件之實現具有密切關聯之販賣行為。以此而言，依最高法院 100 年台上字第 3553 號判決：「犯罪為侵害法益之行為，行為人是否已著手於犯罪之行為，

⁴⁸ 最高法院 109 年度台上大字第 4861 號提案裁定參照。

自應就行為人主觀犯意及客觀行為綜合判斷，如依行為人對於犯罪之認識，已開始實行與犯罪構成要件有必要關聯性之行為，而該行為對於法律所保護之法益形成直接危險時，即屬犯罪之著手行為。就販賣毒品而言，如販毒者已進行兜售，或與購毒者為毒品買賣之磋商，均已對禁止販賣毒品所欲保護之法益形成直接而密切之危險，應認為已著手於毒品之販賣行為。」就著手認定標準採主客觀混合說，關於販出毒品的著手採要約誘引說，與本署見解相同，甚為可採。

若然，意圖販賣而持有罪的範疇，僅包括意圖營利而販入至實行兜售毒品的要約誘引前，參以意圖販賣持有實屬販出前的準備行為，而毒品條例第 4 條第 6 項、第 2 項及第 5 條第 2 項對販售未遂及意圖販賣而持有，有輕重不同刑度，即便對販售未遂之刑度有可能減輕，而仍然重於意圖販賣而持有，不會使較輕度行為(意圖販賣而持有)有較重處罰，且能夠較完整地掌握販出毒品行為。

陸、結論

提案所問，被告既意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，顯尚未尋找到確定或可得特定買主，亦尚未發出販出毒品之要約誘引，無對於法律所保護之法益形成直接危險，尚無著手於毒品之販賣，應係該當毒品條例第 5 條第 2 項意圖販賣而持有第二級毒品罪。

爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中 華 民 國 110 年 3 月 10 日

柒、附件清冊

最高法院 109 年度台上大字第 4861 號刑事大法庭裁定摘要

主 文

行為人意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，應論以意圖販賣而持有毒品罪。

理 由

一、本案法律爭議

被告意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，究應論以販賣毒

品未遂罪，抑或意圖販賣而持有毒品罪？

二、本大法庭之見解

(一)本案法律爭議首應釐清者，厥為毒品危害防制條例第4條第1項至第4項所定販賣毒品罪，其「販賣」之內涵。由於法律本身為抽象性之概念，須透過解釋方得具體適用。上開條文所稱之「販賣」，依其文義，或解為出售物品，或解為購入物品再轉售，其概念具有多義性，宜從立法資料及法律規範之體系與目的，探究其內涵。稽諸司法院釋字第792號解釋意旨，已明指販賣之核心意義係在出售，不論依文義、體系解釋及立法者原意，販賣毒品既遂罪僅限於「銷售賣出」之行為已完成，始足該當。從而，毒品危害防制條例第4條第1項至第4項所稱之「販賣」，其內涵著重在出售，應指銷售之行為，並非單指以營利為目的而購入毒品之情形，如此始符合立法本旨及法律規範之目的。惟意圖營利而購入毒品，究否已著手於毒品之販賣，關涉同條例第4條第6項「販賣毒品未遂罪」或第5條「意圖販賣而持有毒品罪」之成立，上開解釋並未論及，致生爭議。

(二)現代刑法重視法益之保護，以其作為刑罰正當化之依據。由於施用毒品行為具有成癮性、傳染性及群眾性，其流毒深遠而難除，故毒品之散布及施用，嚴重危害國民健康及社會秩序，為防制毒品危害，維護國民身心健康，始制定毒品危害防制條例，其販賣毒品罪所要保護之法益，顯非僅為防免毒品買受者之個人受到危害，而係側重整體國民身心健康及社會秩序之維護。因此，販賣毒品罪之處罰基礎，在於行為人意圖營利，將持有之毒品讓與他人，使之擴散蔓延，其惡性表徵在散布之意涵上。

(三)行為人意圖營利而購入毒品，其主觀上雖認知係為銷售營利，客觀上並有購入毒品之行為，惟仍須對外銷售，始為販賣行為之具體實現。此之對外銷售，自買賣毒品之二面關係以觀，固須藉由如通訊設備或親洽面談與買方聯繫交易，方能供買方看貨或與之議價，以實現對特定或可得特定之買方銷售；至於對不特定人或特定多數人行銷，進行宣傳、廣告，以招攬買主之情形（例如在網路上或通訊軟體「LINE」群組，發布銷售毒品之訊息以求售），因銷售毒品之型態日新月異，尤以現今網際網路發達，透過電子媒體或網路方式宣傳販毒之訊息，使毒品之散布更為迅速，依一般社會通念，其惡性已對於販賣毒品罪所要保護

整體國民身心健康之法益，形成直接危險，固得認開始實行足以與販賣毒品罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，已達著手販賣階段；然行為人意圖營利而購入毒品後，在尚未尋找買主前，即為警查獲，既未對外銷售或行銷，難認其意圖營利而購入毒品之行為，與該罪之構成要件實現具有必要關聯性，即非屬著手販賣之行為，應僅成立意圖販賣而持有毒品罪。至於行為人意圖營利，因買主之要約而購入毒品，或先向不特定人或特定多數人行銷後，再購入毒品等情形，就其前後整體行為以觀，前者已與可得特定之買方磋商，為與該買方締約而購入毒品行為，已對販賣毒品罪所保護之法益形成直接危險，與銷售毒品之實現具有必要關聯性；後者則與意圖營利購入毒品後，對不特定人或特定多數人行銷之情形無異，均已達販賣毒品罪之著手階段，自不待言。

(四)綜上，行為人意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，其主觀上雖有營利之意圖，客觀上亦有購入毒品之行為，但其既未對外銷售，亦無向外行銷之著手販賣行為，自難認已著手實行販賣毒品，應論以意圖販賣而持有毒品罪。

中 華 民 國 1 1 0 年 5 月 5 日

【第十七案】呂○鎧妨害性自主案

爭點：強制辯護案件之被告，未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，是否於捨棄時即已生效？

最高檢察署檢察總長非常上訴書

非常上訴理由

- 一、判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文。又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，該項判決即屬違背法令，得提起非常上訴，亦經司法院大法官釋字第 181 號著有解釋。
- 二、刑事訴訟法第 358 條第 1 項規定：「捨棄上訴權及撤回上訴，應以書狀為之。但於審判期日，得以言詞為之。」法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 166 點(捨棄及撤回上訴之方式)規定：「捨棄上訴權及撤回上訴，除於審判期日，得以言詞為之之外，餘概應用書狀。其以言詞為之者，應聽其自由表示，不得有強制、暗示、引逗等情事，遇有於審判期日前訊問時，以言詞撤回上訴者，應即諭知補具書狀。又被告捨棄上訴權及撤回上訴之效力，不影響其法定代理人或配偶獨立之上訴權。(刑訴法 358，參照最高法院 28 年抗字第 155 號判例)」另參照最高法院 101 年度台上字第 1421 號刑事判決：「是辯護人之選任，起訴後應於每審級法院為之，於各審級合法選任或指定之辯護人，其辯護人之權責，應終於其受選任、指定為辯護人之該當案件終局判決確定時，若提起上訴者，並應至上訴發生移審效力，脫離該審級，另合法繫屬於上級審而得重新選任、指定辯護人時止，俾強制辯護案件各審級辯護人權責之射程範圍得互相銜接而無間隙，以充實被告之辯護依賴；復觀諸終局判決後，辯護人仍得依刑事訴訟法第 346 條規定，為被告之利益提起上訴，並為上訴而檢閱卷宗及證物，故提起第二審上訴之案件，原審終局判決後，於案件因合法上訴而移審另繫屬於上級審法院前，原審辯護人訴訟法上辯護人地位猶然存在，而有為被告利益上

訴，並協助被告為訴訟行為之權責甚明，其自當本其受委任或指定從事為被告辯護事務之旨，一如終局判決前，依憑其法律專業判斷，於訴訟上予被告一切實質有效之協助，以保障其訴訟防禦權，維護被告訴訟上正當利益。」是以，強制辯護案件於原審終局判決後，案件因合法上訴而移審另繫屬於上級審法院前，原審辯護人訴訟法上辯護人地位猶然存在，而有為被告利益上訴，並協助被告為訴訟行為之權責甚明，從而強制辯護案件之被告，未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，是否於捨棄時即已生效，即有疑義。

三、參酌美國、日本、德國關於捨棄上訴相關之實務見解，以日本法之角度，如非死刑或無期徒刑之強制辯護案件，宣判時辯護人不在場，被告當庭書面捨棄上訴權，縱無不可歸責於被告之錯誤，被告為捨棄時亦無精神障礙，惟為保障被告從辯護人處獲取幫助之機會的實質保障，該捨棄上訴之效力應有所存疑。而美國委任律師辯護案件或指定律師辯護案件之被告，未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，應依被告捨棄上訴時是否有效放棄律師辯護權或辯護人到場權而定；被告未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，如果已符合捨棄律師辯護權要件，其捨棄上訴有效。若被告非自動願意放棄律師在場；或法院未告知被告捨棄辯護人在場權可能面對之風險、被訴罪名或可能面對的刑度，不僅其放棄辯護人在場權無效，其捨棄上訴亦因而無效。至於強制辯護案件，被告既無權捨棄律師辯護，因此無權自行捨棄上訴。依德國聯邦最高法院之實務見解，為了讓被告能徹底分析上訴與否之利弊、避免未經思考之倉促決定，有辯護人的被告，於被告捨棄上訴前，應給予被告與其在場辯護人諮詢之機會。強制辯護案件，被告未事先諮詢辯護人之情形，其所為捨棄上訴之聲明是無效的(相關資料均請參閱附件 1)。

四、本件案件係屬強制辯護案件，於 95 年 3 月 14 日上午 10 時宣示判決時僅有被告到庭，辯護人並未在場，被告於宣示判決後固表示捨棄上訴，並有被告填寫之捨棄上訴聲請書在卷為憑。然查，依卷附宣示判決筆錄，並無記載有無詢問被告「是否仍要上訴」僅被告填寫捨棄上訴聲請書，則被告容有訴訟程序自主權，惟法院並未善盡其對被告有利事項之注意義務，告知被告有待辯護人在場或請辯護人具狀撤回之權利，俾被告得充分行使刑事訴訟法上之權利，被告之

辯護倚賴權顯未依法受保障，應不生撤回上訴之效力。原審就此未詳予調查被告在辯護人未在场，是否了解捨棄上訴之真意，以保障其訴訟權利，顯有判決不適用法則及依法應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令。

此致

最高法院

中 華 民 國 1 1 0 年 3 月 3 1 日

附件清冊一

相關外國立法例

(一)日本法

1.強制辯護之理由在於協助人身自由受拘束之人

強制辯護的理由，依日本最高法院大法庭平成 11 年 3 月 24 日判決¹：日本憲法第 34 條前段「保障委任辯護人之權利，乃是使人身自由受拘束之嫌疑人，能夠澄清成為拘禁原因的嫌疑，行使恢復人身自由之手段等，使犯罪嫌疑人為了守護其自身的自由及權利而能得到辯護人援助為目的...從辯護人處獲取幫助之機會應與實質保障」。

日本在 2016 年就刑事訴訟法的修正，即因應上旨，嫌疑人經准予羈押，而因貧困或其他事由無法選任辯護人，法官應依其聲請為嫌疑人選任辯護人(刑事訴訟法第 37 條之 2²)，強制辯護不再限於死刑、無期徒刑或最輕本刑 3 年以上而遭羈押之嫌疑人；經准予羈押確無辯護人，如嫌疑人因精神障礙或其他事由而判斷是否需要辯護人有所困難，於認有必要時，得依職權選任辯護人(刑事訴訟法第 37 條之 4³)。

¹ 最高裁判所大法庭平成 11 年 3 月 24 日判決，民集 53 卷 3 号 514 頁，<https://reurl.cc/zb8Oje>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

² 原文是：第 37 条の 2 被疑者に対して勾留状が発せられている場合において、被疑者が貧困その他の事由により弁護人を選任することができないときは、裁判官は、その請求により、被疑者のため弁護人を付さなければならない。ただし、被疑者以外の者が選任した弁護人がある場合又は被疑者が釈放された場合は、この限りでない。

② 前項の請求は、勾留を請求された被疑者も、これを行うことができる。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEec>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

³ 原文是：第 37 条の 4 裁判官は、被疑者に対して勾留状が発せられ、かつ、これに弁護人がない場合において、精神上的の障害その他の事由により弁護人を必要とするかどうかを判断することが困難である疑いがある被疑者について必要があると認めるときは、職権で弁護人を付することができる。ただし、被疑者が釈放

2. 上訴捨棄之限制

被告得提起上訴(刑事訴訟法第 351 條第 1 項⁴)，原審之代理人或辯護人，得為被告利益上訴(刑事訴訟法第 355 條⁵)，但不得與被告明示之意思相反(刑事訴訟法第 356 條⁶)，被告亦得捨棄上訴(刑事訴訟法第 359 條⁷)，然對處以死刑或無期徒刑之判決上訴，不受第 359 條、第 360 條之限制，不得捨棄(刑事訴訟法第 360 條之 2⁸)，而捨棄上訴應以書狀為之(刑事訴訟法第 360 條之 3⁹)。

依照刑事訴訟規則第 224 條¹⁰規定，撤回上訴原則上應以書面為之，但在公判庭得以口頭為之。日本最高法院曾表示上訴之撤回，如係基於錯誤，且錯誤不可歸責於被告本人，則其上訴撤回無效(日本最高法院第二小法庭昭和 44 年 5 月 31 日裁定¹¹)，若係精神障礙所致之訴訟能力欠缺，其上訴撤回亦屬無效(日本最高法院裁判所第二小法庭平成 7 年 6 月 28 日裁定¹²)。由於捨棄上訴，亦屬訴訟能力問題，一

された場合は、この限りでない。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

⁴ 原文是：第 351 條 檢察官又は被告人は、上訴をすることができる。

② 第 266 條第 2 號の規定により裁判所の審判に付された事件と他の事件とが併合して審判され、一個の裁判があつた場合には 第 268 條第 2 項の規定により檢察官の職務を行う弁護士及び当該他の事件の檢察官は、その裁判に対し各々独立して上訴をすることができる。

引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

⁵ 原文是：第 355 條 原審における代理人又は弁護人は、被告人のため上訴をすることができる。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

⁶ 原文是：第 356 條 前 3 條の上訴は 被告人の明示した意思に反してこれをすることができない 引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

⁷ 原文是：第 359 條 檢察官、被告人又は第 352 條に規定する者は、上訴の放棄又は取下をすることができる。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

⁸ 原文是：第 360 條の 2 死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に処する判決に対する上訴は、前二條の規定にかかわらず、これを放棄することができない。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

⁹ 原文是：第 360 條の 3 上訴放棄の申立は、書面でこれをしなければならない。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

¹⁰ 原文是：第 224 條 上訴取下の申立は、書面でこれをしなければならない。但し、公判廷においては、口頭でこれをする事ができる。この場合には、その申立を調書に記載しなければならない。引自：<https://reurl.cc/7yX99k>(最後瀏覽：2021 年 1 月 12 日)。

¹¹ 最高裁判所第二小法廷決定昭和 44 年 5 月 31 日，刑集第 23 卷 6 号 931 頁，<https://reurl.cc/e9xEej>(最後瀏覽：2021 年 1 月 12 日)。被告涉犯之詐欺案件，於昭和 44 年 1 月 8 日對昭和 43 年 12 月 25 日東京高等裁判所之判決提起上訴，於同年 5 月 1 日以書面撤回上訴，其理由略為僅與一部份之被害人就賠償有所共識，就其他被害人也可以談談看賠償等事宜而欲繼續上訴等語，法院認為即便有被告所說的錯誤，但無法認定錯誤係基於不可歸責被告之事由，不可認為其撤回無效。

¹² 最高裁判所第二小法廷決定平成 7 年 6 月 28 日，<https://reurl.cc/bz5nVl>(最後瀏覽：2021 年 1 月 12 日)。受死刑宣判的被告，雖有不服該判決，在死刑判決之衝擊與法院審理程序之重大壓力所伴隨之精神痛苦而生之精神障礙，於其影響下，以逃離此苦痛為目的而撤回上訴，被告之撤回上訴，有著對於守護自己權利的能力顯著受限之情，撤回上訴無效。

般亦認為上訴撤回無效之判斷標準，在捨棄上訴也有適用¹³。

強制辯護案件，於宣判後，被告尚未獲指定新的辯護人，即捨棄上訴，是否有效，尚無實例。惟於相同之情狀，而原指定辯護人業已提起上訴後，被告又自行撤回上訴，其效力如何，有實例：

福岡高等法院平成 13 年 9 月 10 日裁定：(平成 5 年 10 月 27 日一審判決後，國選辯護人甲即上訴，同年 11 月 16 日被告 A 撤回上訴。6 年之後，被告選任辯護人，主張撤回上訴無效，法院認為)，審級結束，選任辯護人之選任效力也喪失，不過，依刑法第 355 條規定，原審辯護人得上訴，亦有不上訴或提出上訴意旨之權，得閱覽、謄寫訴訟資料、亦得有與羈押中之被告律見等辯護活動，此時應解為選任效力續存，本案被告 A 撤回上訴之前，甲曾 2 度去律見 A，告以無須撤回上訴，A 仍撤回上訴權，顯見被告了解撤回上訴之利弊得失，不能認為被告之訴訟能力欠缺¹⁴。

3. 小結

以日本法之角度，如非死刑或無期徒刑之強制辯護案件，宣判時辯護人不在場，被告當庭書面捨棄上訴權，縱無不可歸責於被告之錯誤，被告為捨棄時亦無精神障礙，惟為保障被告從辯護人處獲取幫助之機會的實質保障，該捨棄上訴之效力應有所存疑。

(二) 德國法

德國刑事訴訟法第 302 條規定：「(第 1 項)上訴期間屆滿前，亦得有效地撤回上訴以及捨棄上訴。判決前達成協商合意者(第 257c 條)，不得捨棄上訴。檢察官為被告利益提起上訴時，未經被告同意不得撤回之。(第 2 項)辯護人撤回上訴，需有明確授權。¹⁵」刑事程序與罰鍰程序準則第 142 條規定上訴及救濟方法之教示，該條

¹³ 三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一(編)，高橋康明，新基本法コンメンタール 刑事訴訟法，日本評論社，3 版，2018 年 4 月，608 頁。

¹⁴ 福岡高等裁判所決定平成 13 年 9 月 10 日，(LEX/DB 文献番号 28075049)。

¹⁵ Strafprozeßordnung (StPO)

§ 302 Zurücknahme und Verzicht

(1) Die Zurücknahme eines Rechtsmittels sowie der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels können auch vor Ablauf der Frist zu seiner Einlegung wirksam erfolgen. Ist dem Urteil eine Verständigung (§ 257c) vorausgegangen, ist ein Verzicht ausgeschlossen. Ein von der Staatsanwaltschaft zugunsten des Beschuldigten eingelegtes Rechtsmittel kann ohne dessen Zustimmung nicht zurückgenommen werden.

(2) Der Verteidiger bedarf zur Zurücknahme einer ausdrücklichen Ermächtigung.

德國刑事訴訟法之中譯，均係參照「連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版 1 刷，2016 年 9 月。」之內容，並對照最新修正條文原文後所譯。

第 2 項第 1 句規定：「被告不應當被引導，於宣判後立即表示是否捨棄上訴。¹⁶」

德國刑事訴訟法第 140 條強制辯護的規定，不僅僅是宣判前，而是宣判後也具有重要性。違反德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項或同條第 2 項強制辯護之規定，無辯護人參預(mitwirken)時，被告所為捨棄上訴之聲明是無效的¹⁷。

依聯邦最高法院的實務見解，有辯護人的被告，於被告捨棄上訴前，應給予被告與其在場辯護人諮詢之機會。主要援引的聯邦最高法院判決為 1963 年 2 月 12 日 1 StR 561/62 判決¹⁸以及 1963 年 9 月 17 日 1 StR 301/63 判決¹⁹，以下簡介該二判決關於此一論點的主要理由：

聯邦最高法院 1963 年 2 月 12 日 1 StR 561/62 判決：捨棄上訴與提起上訴均有同樣的形式要求，即書面或言詞由書記官製作筆錄之方式，該形式要求的根本目的在於，讓被告徹底審視其行動的利弊，避免未經思考、倉促的決定。且該捨棄上訴的聲明，應依德國刑事訴訟法第 273 條第 3 項，朗讀並取得被告同意，筆錄中並記載曾朗讀且經被告同意。如此，方能確保捨棄上訴的被告有仔細地考慮支持及反對該決定的理由，而不被未經思考及倉促的聲明所拘束。有辯護人的被告，在捨棄上訴前，應給予被告與其辯護人討論的機會，或者辯護人應有提供被告建議的機會。在注意上開原則下，如果被告及辯護人或其中任一方，可辨認出他們仍想彼此討論或想與對方討論，來決定是否要做出一個具有拘束力的捨棄上訴的聲明，即非可記載於筆錄之終局有效的捨棄上訴。

聯邦最高法院 1963 年 9 月 17 日 1 StR 301/63 判決：被告已歷經二天的審理程序，所涉犯的罪名是最重的罪行，即謀殺罪，且被判處無期徒刑。於宣判緊接著引導被告為捨棄上訴之聲明，違反法律的本意。且刑事程序與罰鍰程序準則第 142 條第 2 項以充分的理由警告，不應引導被告倉促地聲明捨棄上訴。本案被告自己沒有理由也沒有需要立即終局性地決定是否提起上訴。與被判處有期徒刑、目前在押的被告不同(參照德國刑事訴訟法第 450 條羈押期間折抵徒刑之規定)，本案被告捨棄

¹⁶ Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) Vom 1. Januar 1977(vgl. Bek. des BMJ v. 21.12.1976, BAnz. Nr. 245 S. 2)

142 Belehrung über Rechtsmittel und Rechtsbehelfe

(2) 1Der Angeklagte soll nicht veranlaßt werden, im unmittelbaren Anschluß an die Urteilsverkündung zu erklären, ob er auf Rechtsmittel verzichtet. 2Erklärt er, ein Rechtsmittel einlegen zu wollen, so ist er an die Geschäftsstelle zu verweisen.

¹⁷ Meyer-Goßner/Schnitt, Strafprozessordnung, 61. Aufl., 2018, § 302, Rn. 25a.

¹⁸ BGH, Urteil vom 12.2.1963 – 1 StR 561/62. 即 BGHSt 18, 257.

¹⁹ BGH, Urteil vom 17.9.1963 – 1 StR 301/63. 即 BGHSt 19, 101.

上訴僅有弊無利。且不能期待被告在經歷二天的審理程序及緊接的宣判，在強大的精神壓力下，能作出如此重要的決定。以被告的教育程度，被告也沒有能力獨自判斷上訴的前景。因此，被告在未事先諮詢其辯護人之情形，絕不可以要求他為是否捨棄上訴的聲明。或許被告接下來的全部命運，就取決於正確作出是否提起上訴的決定，應當在被告已諮詢過其辯護人或至少獲得足夠的機會諮詢其辯護人後，再作出此一決定，而這也符合強制辯護規定(德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 1 款)的意義。

是以，強制辯護案件，被告未事先諮詢辯護人之情形，其所為捨棄上訴之聲明是無效的。

(三)美國法

1. 美國受律師辯護權

美國聯邦憲法增修條文第 6 條賦予被告律師辯護權²⁰，聯邦最高法院在 *Gideon v. Wainwright* 案²¹表示：賦予被告律師辯護權對公平審判制度至為重要，根據憲法增修條文第 6 條及第 14 條，州法院應該在刑事案件中為無資力支付律師費用的被告提供律師。然而，並非所有刑事案件之被告均有律師辯護權，聯邦最高法院在 *Scott v. Illinois* 案²²表示，需入監服刑之刑事被告才有受指定律師辯護協助權，法院不必為判處罰金之無資力被告指定辯護律師。

美國被告律師辯護權並非始於審判開始，而是兩造對抗開始時，而逮捕後解送法院接受初次詢問²³以及起訴都屬進入兩造對抗程序。美國聯邦刑事訴訟規則第 44 條(a)項規定²⁴：「無資力僱用律師之被告，自(逮捕後解送法院)初次詢問(initial appearance)至上訴之程序，除非放棄受律師辯護，否則有受指定律師辯護協助權。」因為審判前有些重要程序已經展開兩造對抗，若等到審判開始才賦予被告律師辯護權，很可能會導致該審判辯護流於形式。

²⁰ U.S. Constitution, Amendment VI, “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ..., and to have the assistance of counsel for his defense.

²¹ 372 U.S. 335 (1963).

²² 440 U.S. 367 (1979), “The Supreme Court of Illinois went on to state that it was ‘not inclined to extend *Argersinger*’ to the case where a defendant is charged with a statutory offense for which imprisonment upon conviction is authorized but not actually imposed upon the defendant. We agree with the Supreme Court of Illinois...”.

²³ *Rothgery v. Gillespie County*, 554 U.S. 191 (2008)

²⁴ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 44(a) “Right to Appointed Counsel. A defendant who is unable to obtain counsel is entitled to have counsel appointed to represent the defendant at every stage of the proceeding from initial appearance through appeal, unless the defendant waives this right.”

以指認程序為例，聯邦最高法院在 *United States v. Wade* 案²⁵表示：律師辯護權非僅指審判中受辯護之權利，審判前有必要時亦有受律師辯護之需要，否則律師無法於審判中作有效之辯護。指認與血跡或指紋分析不同，後者辯護人雖未到場，仍可於審判中透過交互詰問及提出專家證人等方式作有效之辯護；但指認涉有許多潛在危險，被害人可能心懷怨恨，指認時可能猶豫多變或受警察有意或無意的暗示之影響，且證人一旦指認某人為行為人，以後就很可能改變先前之指認。若指認未通知辯護人到場，辯護人很難知道指認時究竟有何瑕疵，因此指認未通知辯護人到場，違反聯邦憲法增修條文第 6 條律師辯護權，但被告可放棄此律師到場權。

相對地，因兩造對抗已經展開才賦予被告律師辯護權，所以兩造對抗程序開始前之指認並不需要告訴被告可僱請律師及通知辯護人到場²⁶。另外，在 *United States v. Ash* 案²⁷，聯邦最高法院表示：證人為相片指認時，雖被告已被起訴，但警察或檢察官詢問證人時被告既無到場權，相片指認程序並無兩造對抗之情形，被告甚至並不在場，警察未通知辯護人於證人為相片指認時到場，應屬合法。

2. 放棄律師辯護權或放棄辯護人到場權

兩造對抗開始後，被告有律師辯護權，但基於被告自主原則，美國刑事訴訟之強制辯護僅限於無正常智識能力之被告，而非如我國刑事訴訟法第 31 條第 1 項強制辯護對象尚包括重罪被告、原住民及中低收入戶之被告；亦即，美國一般正常智識能力之被告有權放棄律師辯護權或辯護人到場權，而自為辯護²⁸。聯邦最高法院在 *Godinez v. Moran* 案²⁹表示：放棄律師辯護權(包括辯護人到場權)之要件為二：(1) 被告有辨別訴訟程序進行之能力；(2) 被告理解其放棄律師辯護權所面臨之風險。因此，被告若有正常智識能力，法院並告知被告其被訴罪名、放棄律師辯護權或辯護人到場權之不利益及可能面對的刑度，被告仍選擇放棄律師辯護權或辯護人到場權，不待辯護人到庭，得自為辯護。

美國刑事被告經法院指定辯護律師或自行僱用律師辯護後，其訴訟策略主要由

²⁵ *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967).

²⁶ *Kirby v. Illinois*, 406 U.S. 682 (1972).

²⁷ *United States v. Ash*, 413 U.S. 300 (1973).

²⁸ *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975).

²⁹ *Godinez v. Moran*, 509 U.S. 389 (1993), note 12, “The focus of a competency inquiry is the defendant’s mental capacity; the question is whether he has the ability to understand the proceedings. The purpose of the ‘knowing and voluntary’ inquiry, by contrast, is to determine whether the defendant actually does understand the significance and consequences of a particular decision and whether the decision is uncoerced.”

辯護人負責，但被告仍有下列四項事項之最終決定權：(1)選擇是否認罪；(2)選擇由職業法官審判或陪審團審判；(3)被告是否作證；(4)是否提出上訴。因此，不論是自行委任律師辯護案件或指定律師辯護案件，被告均有權捨棄上訴。至於委任律師辯護案件或指定律師辯護案件之被告，未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，是否有效？則應依被告捨棄上訴時是否有效捨棄律師辯護權或辯護人到場權而定。因為是否提出上訴屬於被告決定之事項，而非辯護律師決定事項，因此，如果已符合上開捨棄律師辯護權要件，被告未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，其捨棄上訴仍然有效。但強制辯護案件，被告既無權捨棄律師辯護權或辯護人到場權，因此無權自行捨棄上訴。

反之，若被告非自動願意放棄律師辯護權或辯護人到場權；或法院未告知被告放棄律師辯護權或辯護人到場權可能面對之風險、被訴罪名或可能面對的刑度，因其放棄律師在場非屬於“**knowing and voluntary**”，不僅其放棄辯護人在場權無效，其捨棄上訴亦因而無效。

3.小結

美國委任律師辯護案件或指定律師辯護案件之被告，未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，應依被告捨棄上訴時是否有效放棄律師辯護權或辯護人到場權而定；被告未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，如果已符合捨棄律師辯護權要件，其捨棄上訴有效。若被告非自動願意放棄律師在場；或法院未告知被告捨棄辯護人在場權可能面對之風險、被訴罪名或可能面對的刑度，不僅其放棄辯護人在場權無效，其捨棄上訴亦因而無效。至於強制辯護案件，被告既無權捨棄律師辯護，因此無權自行捨棄上訴。但應注意美國強制辯護限於無正常智識能力之被告，而非如我國強制辯護對象尚包括重罪被告、原住民及中低收入戶之被告。

附件清冊二

最高法院 110 年度台非字第 146 號判決摘要

主 文

上訴駁回。

理 由

本院按：非常上訴制度，乃判決確定後發現該案件係違背法令，對該確定判決所設

之非常救濟程序，此觀刑事訴訟法第 441 條規定即明。所謂「確定判決」，原則上係指發生實質確定力之判決而言。而前開規定既明定「判決」確定後，則對於確定之裁定，除與實體確定判決具有同等效力者外（例如：單獨宣告沒收、減刑、定其應執行刑、宣付保安處分以及撤銷緩刑宣告等確定裁定），自不得提起非常上訴。至於原審法院依刑事訴訟法第 362 條或第 384 條規定駁回上訴之裁定，係關於程序事項所為之判斷，不得為非常上訴之客體。本件原確定裁定係以被告呂○鎧所提起之第三審上訴，其上訴權已喪失，因而依刑事訴訟法第 384 條規定駁回其上訴，則原確定裁定係屬程序上事項所為判斷之裁定，並未與實體確定判決具有同等效力，自不得為非常上訴之客體。揆之上開說明，本件上訴人對原確定裁定提起非常上訴，難認為有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 446 條，判決如主文。

中 華 民 國 1 1 0 年 7 月 1 日

【第十八案】周○慰妨害家庭案

爭點：人民因觸犯刑罰法律，經合法起（自）訴而受法院判處罪刑確定，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義而聲請解釋憲法，經司法院大法官宣告其確定終局裁判所適用之刑罰法律違憲，並宣示應自該解釋公布之日起失其效力，則就檢察總長對聲請人據以聲請解釋之原因案件所提起之非常上訴，本院究應認其屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，而依刑事訴訟法第 302 條第 4 款之規定諭知免訴？抑應認屬「行為不罰」，而依同法第 301 條第 1 項之規定諭知無罪？

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

原文目錄

壹、本案法律問題之基礎事實

貳、所涉及之法令

一、大法官解釋之溯及效力

二、「行為不罰」與「犯罪後之法律已廢止其刑罰」之法律效果

參、與國外立法例之比較

一、美國法

(一)美國聯邦刑事訴訟終結方式及救濟程序

(二)聯邦最高法院宣告確定終局裁判所適用之刑罰法律違憲，應撤銷原判決、而非逕為無罪判決

二、日本法

(一)最高裁判所固得認定法律違憲，個案中拒絕適用違憲法律，而違憲法律仍待國會廢止，始無效或失其效力

(二)如所憑據之法律已廢止刑罰，不得提起非常上訴，因原確定判決無法令之違反

(三)如所憑據之法律已廢止刑罰，視同發現新證據，得主張應為免訴判決而提起再審救濟

三、德國法

(一)抽象規範審查：就確定刑事判決得提起再審

(二)憲法訴願：就確定刑事判決得提起再審或聯邦憲法法院廢棄該判決發回管轄法院

(三)聯邦憲法法院關於法律規定合憲性之判決的效力

(四)再審後之判決

四、小結

肆、我國最高法院先前裁判所持之見解

一、應諭知免訴說（犯罪後之法律已廢止其刑罰）：

二、應諭知無罪說（行為不罰）：

伍、本署見解

一、經終審法院釋憲認為原因案件所適用之實體法違憲時，各國處理方式並不相同

二、依我國法律，「行為不罰」、「犯罪後之法律已廢止其刑罰」兩者有別²³

三、經大法官解釋宣告違憲而失其效力之刑事實體法，屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」

四、釋字第 791 號解釋係基於性自主權利與婚姻價值觀念之改變，採「行為不罰」見解違反規範體系之合理性

五、聲請人若獲無罪判決，將與審理中未聲請之人獲免訴判決發生不一致之情形

六、最高法院認非常上訴有理由，撤銷原判決，應代替原審法院依其判決時應適用之法律而為免訴判決

陸、結論

柒、附件清冊

壹、本案法律問題之基礎事實(略)

貳、所涉及之法令(略)

參、與國外立法例之比較

本署未發現我國學界曾對提案法律問題申論意見者，林鈺雄教授雖認為：就立

法論而言，犯罪後之法律已廢止其刑罰者，「實乃『行為不罰』之情形，應改列為無罪判決之事由，始為允當。¹」但林教授上開見解係立法論，並非對我國目前相關法條應如何解釋之看法，且未申論其見解。因我國立法及司法實務經常參考美國、日本及德國相關立法例，本署乃列舉該等國家對提案問題之處理方式，來比較說明。

一、美國法

(一)美國聯邦刑事訴訟終結方式及救濟程序

美國檢察官經向聯邦法院提起刑事訴訟後，產生訴訟關係，但仍須具備一定的前提要件(訴訟要件)，法院始應就該案件為有罪或無罪的實體判決。美國聯邦法並無類似我國免訴或不受理之程序判決，若欠缺訴訟要件，檢察官得依聯邦刑事訴訟規則第 48 條(a)項規定程序撤回起訴(dismiss)²，或由第一審法院依被告聲請及個案情形裁定駁回起訴(同規則第 12 條、第 48 條(b)項)、誤審(mistrial，同規則第 26.3 條)，否則法院必需為實體判決終結該訴訟關係。

美國刑事訴訟上訴程序分為直接上訴程序(direct appeal)與判決確定後救濟程序(collateral appeal，post-conviction relief)，直接上訴程序為通常上訴程序，其上訴事由通常為該案卷證資料內所能發現之事由；但依美國聯邦訴訟規則第 33 條³，聯邦被告第一審受有罪判決後 3 年內發現新證據，得聲請原審法院重審，此亦屬於直接上訴範圍。被告有機會以直接上訴聲請救濟之案件，不得聲請判決確定後救濟程序，否則會逕遭駁回⁴。

¹ 林鈺雄，刑事訴訟法(下冊)，第 9 版，2019 年 9 月，316 頁。

² Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 48, “Dismissal (a) By the Government. The government may, with leave of court, dismiss an indictment, information, or complaint. The government may not dismiss the prosecution during trial without the defendant's consent.”

³ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 33, “New Trial

(a) Defendant's Motion. Upon the defendant's motion, the court may vacate any judgment and grant a new trial if the interest of justice so requires. If the case was tried without a jury, the court may take additional testimony and enter a new judgment.

(b) Time to File.

(1) Newly Discovered Evidence. Any motion for a new trial grounded on newly discovered evidence must be filed within 3 years after the verdict or finding of guilty. If an appeal is pending, the court may not grant a motion for a new trial until the appellate court remands the case.

(2) Other Grounds. Any motion for a new trial grounded on any reason other than newly discovered evidence must be filed within 14 days after the verdict or finding of guilty.”

⁴ United States v. Dukes, 727 F.2d 34, 41 (2nd 1984), “Unlike a motion for a new trial under Rule 33, a collateral attack under § 2255 may be made “at any time,” and thus was not time-barred when raised below. However, collateral attack is not a substitute for direct appeal and petitioners are therefore generally required to exhaust direct appeal before bringing a petition

美國司法制度除少數州採二級二審制外，聯邦及絕大多數州均採三級三審制，通常係第一審為事實審，第二、三審為法律審，既不調查新事實、新證據，原則也不重新評估證據證明力。聯邦及多數州最高法院第三審案件採「許可上訴(包括抗告)制」，大多數上訴最高法院案件，只提出一個或兩個法律爭議，最高法院有裁量權決定是否受理。關於州憲法及州法律，以州最高法院之判決或裁定為終審，但聯邦憲法或聯邦法律之見解影響該判決結果，而當事人認為州最高法院關於聯邦憲法或聯邦法律之見解有誤者，亦可向聯邦最高法院聲請上訴，故聯邦最高法院之案源可能來自聯邦高等法院(巡迴法院)或州最高法院。

有罪判決若經被告捨棄上訴、逾期未上訴或走完直接上訴程序即確定，美國聯邦刑事案件判決確定後救濟程序主要規定於 28 U.S. Code § 2255 條，其上訴事由主要為該案卷證資料內所不能發現之事由⁵，包括在我國屬於聲請再審事由之認定事實違誤及部分在我國屬於非常上訴事由之原判決違背法令。28 U.S. Code § 2255 規定⁶：「(a)被法院判處監禁之受刑人主張其刑罰之科處違反美國憲法、法院無審判權科

under § 2255.”

⁵ 例如無效辯護(ineffective assistance of counsel)、陪審員行為不當(juror misconduct)、檢察官違反證據揭示義務(Brady violations)等等

⁶ 28 U.S. Code § 2255, “(a) A prisoner in custody under sentence of a court established by Act of Congress claiming the right to be released upon the ground that the sentence was imposed in violation of the Constitution or laws of the United States, or that the court was without jurisdiction to impose such sentence, or that the sentence was in excess of the maximum authorized by law, or is otherwise subject to collateral attack, may move the court which imposed the sentence to vacate, set aside or correct the sentence.

(b) Unless the motion and the files and records of the case conclusively show that the prisoner is entitled to no relief, the court shall cause notice thereof to be served upon the United States attorney, grant a prompt hearing thereon, determine the issues and make findings of fact and conclusions of law with respect thereto. If the court finds that the judgment was rendered without jurisdiction, or that the sentence imposed was not authorized by law or otherwise open to collateral attack, or that there has been such a denial or infringement of the constitutional rights of the prisoner as to render the judgment vulnerable to collateral attack, the court shall vacate and set the judgment aside and shall discharge the prisoner or resentence him or grant a new trial or correct the sentence as may appear appropriate.

(c)...

(d) An appeal may be taken to the court of appeals from the order entered on the motion as from a final judgment on application for a writ of habeas corpus.

(e)...

(f) A 1-year period of limitation shall apply to a motion under this section. The limitation period shall run from the latest of—

(1) the date on which the judgment of conviction becomes final;

(2) the date on which the impediment to making a motion created by governmental action in violation of the Constitution or laws of the United States is removed, if the movant was prevented from making a motion by such governmental action;

(3) the date on which the right asserted was initially recognized by the Supreme Court, if that right has been newly recognized by the Supreme Court and made retroactively applicable to cases on collateral review; or

(4) the date on which the facts supporting the claim or claims presented could have been discovered through the exercise of

處該刑或其宣告刑逾越法定刑上限、或有其他附隨攻擊事由⁷，可以向原量刑法院聲請撤銷、停止或變更其刑罰，並請求釋放。(b)除非前開聲請及該案卷證明確顯示該受刑人無正當事由，法院應將該事項通知聯邦檢察官、迅速舉行聽證、確定爭點、及調查事實決定相關法律爭議。若法院認為原審判決並無審判權、科刑不合法或有其他附隨攻擊事由，或前訴訟程序違反受刑人憲法所保障權利，導致原判決有附隨攻擊事由，法院應撤銷原判決，並釋放受刑人、重新量刑或再審。(d)對本裁定不服者，得向上訴法院提起抗告，其程序準用判決確定後聲請人身保護令裁判之上訴程序。(f)本條規定之聲請應於下列事由結束後一年內提出：(1)判決確定；(2)執法人員違反美國聯邦憲法或聯邦法規定，阻礙受刑人提出本條聲請，其阻礙事由終止；(3)聲請人主張之權利初次被最高法院所肯認，並對於判決確定後救濟程序有溯及效力；或(4)支持其主張之事實(證據浮現)，以適當努力得以發現。...」

因此，聯邦被告有罪判決確定後，最高法院審案宣布新法則，聲請人主張之權利初次被最高法院所肯認，並對於判決確定後救濟程序有溯及效力，不論是否為原因案件，得依本條及相關規定聲請再審。

(二)聯邦最高法院宣告確定終局裁判所適用之刑罰法律違憲，應撤銷原判決、而非逕為無罪判決

原因案件與非原因案件何以可作不同處理？美國聯邦最高法院在 *Stovall v. Denno* 案⁸解釋：審判系統建立新法則時，為提供聲請人促請法院採取新見解、推動法律進步的足夠動機，新法則對原因案件有溯及效力，但原則上對已判決確定之案件(含正在進行判決確定後救濟程序之案件)則無溯及效力，以維持法安定性，至於

due diligence.

...

⁷ 指與本案爭點無關，但可能影響本案程序或事實認定之事由，例如辯護律師有利益衝突事由卻對被告隱瞞。

⁸ *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293, 301 (1967), “We recognize that Wade and Gilbert are, therefore, the only victims of pretrial confrontations in the absence of their counsel to have the benefit of the rules established in their cases. That they must be given that benefit is, however, an unavoidable consequence of the necessity that constitutional adjudications not stand as mere dictum. Sound policies of decision-making, rooted in the command of Article III of the Constitution that we resolve issues solely in concrete cases or controversies, and in the possible effect upon the incentive of counsel to advance contentions requiring a change in the law, militate against denying Wade and Gilbert the benefit of today's decisions. Inequity arguably results from according the benefit of a new rule to the parties in the case in which it is announced but not to other litigants similarly situated in the trial or appellate process who have raised the same issue. But we regard the fact that the parties involved are chance beneficiaries as an insignificant cost for adherence to sound principles of decision-making.”

因此產生原因案件與其他確定案件二者有不平等結果，則是維持不溯及既往原則不得不接受之低微代價。

至於最高法院審案宣布之何種新法則，對那些案件有溯及效力？在 *United States v. United States Coin & Currency* 案⁹，被告涉嫌未登記及繳稅從事賭博罪(26 U.S.C. §§ 4411, 4412, 4901)定罪後，檢察官向法院聲請沒收被告財產，聯邦地區法院裁判准許檢察官聲請，被告上訴，聯邦第七巡迴法院維持原裁判，訴訟程序進行中，美國聯邦最高法院於 *Marchetti v. United States* 案¹⁰及 *Grosso v. United States*¹¹案採新見解，認為賭博業者未登記賭資並納稅之刑罰規定違反非法賭博業者之聯邦憲法修正案第 5 條不自證己罪權利。聯邦最高法院隨後將聯邦第七巡迴法院上開裁判撤銷發回，聯邦第七巡迴法院乃改判將聯邦地區法院裁判撤銷發回¹²，檢察官對聯邦第七巡迴法院裁判聲請上訴聯邦最高法院，聯邦最高法院表示：本案情形與程序法違憲不致於影響案件正確性不同，本案是對原本不能認為犯罪的行為規定為犯罪，若不賦予新法則溯及效力，將很大程度使原本不應獲有罪判決者受有罪判決確定，且無從救濟，因此該 *Marchetti* 案及 *Grosso* 案建立之新法則(賭博業者未登記賭資並納稅之刑罰規定違反非法賭博業者之聯邦憲法修正案第 5 條不自證己罪權利)有溯及效力，應適用於 *United States v. United States Coin & Currency* 案。

此後，美國聯邦最高法院在 *Griffith v. Kentucky* 案¹³宣示：非原因案件若進行直

⁹ 401 U.S. 715, 723-724 (1971), “Unlike some of our earlier retroactivity decisions, we are not here concerned with the implementation of a procedural rule which does not undermine the basic accuracy of the factfinding process at trial. *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965); *Tehan v. Shott*, 382 U.S. 406 (1966); *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719 (1966); *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967). Rather, *Marchetti* and *Grosso* dealt with the kind of conduct that cannot constitutionally be punished in the first instance. These cases held that gamblers in *Angelini*’s position had the Fifth Amendment right to remain silent in the face of the statute’s command that they submit reports which could incriminate them. In the absence of a waiver of that right, such persons could not properly be prosecuted at all. Given the aim of the *Marchetti-Grosso* rule, it seems clear that the Government must be required to undergo the relatively insignificant inconvenience involved in defending any lawsuits that may be anticipated. Indeed, this conclusion follows a fortiori from those decisions mandating the retroactive application of those new rules which substantially improve the accuracy of the factfinding process at trial. In those cases, retroactivity was held required because the failure to employ such rules at trial meant there was a significant chance that innocent men had been wrongfully punished in the past. In the case before us, however, even the use of impeccable factfinding procedures could not legitimate a verdict decreeing forfeiture, for we have held that the conduct being penalized is constitutionally immune from punishment. No circumstances call more for the invocation of a rule of complete retroactivity.”

¹⁰ 390 U.S. 39 (1968).

¹¹ 390 U.S. 62 (1968).

¹² 393 F.2d 499 (1968).

¹³ 479 U.S. 314 (1987).

接上訴程序案件，亦當然適用違憲審查之新法則；並於 *Teague v. Lane* 案¹⁴ 彙整違憲審查之新法則對於已判決確定之案件有無溯及效力之結論。*Teague v. Lane* 案之被告為非裔，檢方於進行陪審員審查選任階段，使用 10 次不付理由的陪審員排除權 (peremptory challenges) 排除備選陪審員，結果陪審團成員沒有非裔陪審員，被告主張其憲法修正案第 6 條之受公平結構組成之陪審團審判的權利受損，承審法官駁回其主張，被告隨後被判決有罪，其上訴被駁回，有罪確定。被告再提起判決確定後救濟程序，訴訟進行中，美國聯邦最高法院在 *Batson v. Kentucky* 案¹⁵ 建立新法則，對檢察官使用不付理由的陪審員排除權排除備選陪審員，設下新限制，當被告提出檢察官以種族為原因排除特定族群之表面證據後，檢察官應舉證證明其排除備選陪審員之原因與其種族無關，否則違憲。聯邦最高法院在 *Teague v. Lane* 案解釋：經判決確定之案件，新法則原則上無溯及效力，聯邦最高法院於符合下列二例外情形之一，才能宣告對已判決確定之案件有溯及效力：(1) 被告之行為依新法則處於立法者無權規範之情況；(2) 釋憲結果對基礎性程序之改變衝擊司法的基本公正性。因排除特定族群之陪審團未必損害原本有罪判決的公正性，*Batson v. Kentucky* 案建立之新法則並不溯及適用於 *Teague* 案，*Teague* 案維持原有罪判決。

此後，聯邦最高法院於 *Penry v. Lynaugh* 案對 *Teague* 法則例外(1) 解釋：例外(1) 可分為有罪判決所根據之實體法被宣告違憲及科刑態樣被宣告違憲二類¹⁶。例如智障者判處死刑違反聯邦憲法修正案第 8 條科刑不得過苛條款，或少年犯謀殺罪一律判處終身監禁不得假釋違反聯邦憲法修正案第 8 條科刑不得過苛條款，應有溯及效力¹⁷。*Teague* 法則之例外(2) 則條件非常嚴格，迄今尚未有實際案件適用此類例外。例如聯邦最高法院於 *Crawford v. Washington* 案¹⁸ 認為：以有拒絕證言權之證人之庭外陳述作為證據，縱符合傳聞例外，因違反被告交互詰問權而違憲。聯邦最高法院在 *Whorton v. Bockting* 案¹⁹ 認為 *Crawford* 法則並不符合 *Teague* 法則之例外(2)，所

¹⁴ 489 U.S. 288 (1989).

¹⁵ 476 U.S. 79 (1986).

¹⁶ 492 U.S. 302, 330 (1989), “Therefore, the first exception set forth in *Teague* should be understood to cover not only rules forbidding criminal punishment of certain primary conduct but also rules prohibiting a certain category of punishment for a class of defendants because of their status or offense.”

¹⁷ 例如聯邦最高法院在 *Montgomery v. Louisiana* 案 (136 S. Ct. 718 (2016)) 認為：聯邦最高法院在 *Miller v. Alabama* 案 (567 U.S. 460 (2012)) 建立之新法則：18 歲以下之少年犯謀殺罪一律判終身監禁之法規違憲，該法則應溯及適用到已經判決確定之案件。

¹⁸ 541 U.S. 36 (2004).

¹⁹ 549 U.S. 406 (2007).

以不能回溯適用到已經判決確定之案件。晚近，美國聯邦最高法院甫於 2021 年 5 月 17 日在 *Edwards v. Vannoy* (No. 19-5807) 案宣布：Teague 法則例外(2)應該沒有合適案例，辯護人不必再費心提出類似挑戰。

綜上，美國聯邦最高法院見解變更而創設出一個新法則時，對「原因案件」有溯及效力，對其他判決確定之案件原則上無溯及效力。但符合下列例外時，聯邦最高法院得認為對其他判決確定之案件有溯及效力：有罪判決所適用之實體法違憲、或科刑違憲。有罪判決若因實體理由被聯邦最高法院宣告違憲，因對原因案件有溯及效力，聯邦最高法院應撤銷原判決(reverse)，而非逕為無罪判決。若聯邦最高法院認為該案有發回(remand)必要，應為「原判決撤銷並發回」之判決，檢察官得於案件發回至第一審法院後，依聯邦刑事訴訟規則第 48 條(a)項規定程序撤回起訴。

二、日本法

(一) 最高裁判所固得認定法律違憲，個案中拒絕適用違憲法律，而違憲法律仍待國會廢止，始無效或失其效力

日本最高裁判所雖然有認定法律違憲而拒絕適用違憲法律之權力，惟判決效力僅止於個案，理由是法律效力之有無存否，依日本國憲法第 41 條規定為專屬國會之權，最高裁判所無消極立法權²⁰，縱判決認定法律違憲，依照最高裁判所裁判事務處理規則第 14 條²¹，亦僅規定將判決要旨刊登於公報，判決書正本送國會，對於效力未置一詞，並不像我國大法官解釋有一般性之效力，可以拘束全國各機關，換言之，該法律並未因最高裁判所認定違憲而立即無效或向後失效，仍待國會修法廢止之。最高裁判所的判例也沒溯及效力²²，判例變更不影響已經判決確定之其他案件，又由於非常上訴以統一法令的解釋適用為目的，不包括事實之誤認，故檢察總長依法也無法對此類已經確定之案件，以判決違背法令為由，聲請非常上訴。而因應法律違憲，於國會修法前，盡可能不執行，使違憲法律處於冬眠狀態²³，實務上

²⁰ 芦部信喜、高橋和之，憲法 第五版，岩波書店，2011 年 3 月，378-379 頁。

²¹ 原文是：第十四条 第十二条の裁判をしたときは、その要旨を官報に公告し、且つその裁判書の正本を内閣に送付する。その裁判が、法律が憲法に適合しないと判断したものであるときは、その裁判書の正本を国会にも送付する。引自裁判所，<https://reurl.cc/vDAoNI>（最後瀏覽：2021 年 5 月 21 日）。

²² 長谷部恭男、中島徹、赤坂正浩、阪口正二郎、本秀紀（編集），ケースブック憲法（第 4 版），弘文堂，2013 年 3 月，730 頁。

²³ 芦部信喜、高橋和之，同註 20，379 頁。

曾有以下做法：

1973 年以前，最高裁判所認為殺害直系血親尊親屬罪（刑法 200 條）無違憲問題，然 1973 年 4 月 4 日最高裁判所宣告殺害直系血親尊親屬罪之加重處罰的規定，違反日本國憲法第 14 條平等原則而違憲，自為判決論以普通殺人罪（刑法第 199 條）²⁴。本於對最高裁判所之尊重，檢察總長於判決當日，通令各檢察長，殺害直系血親尊親屬之案件，改以刑法第 199 條之普通殺人罪偵查、起訴²⁵。內閣(行政權)針對已遭以刑法第 200 條判決確定服刑中之受刑人，適用恩赦法規定，以個別恩赦²⁶之方式，給予減刑或免除刑之執行²⁷。刑法第 200 條直到 1995 年國會才修法加以廢除。

(二)如所憑據之法律已廢止刑罰，不得提起非常上訴，因原確定判決無法令之違反非常上訴係判決確定後，以原確定判決之審判違反法令為由，而提起之非常救濟程序。日本之非常上訴制度，繼受自法國，經大正刑事訴訟法、明治刑事訴訟法、治罪法、法國人 Boissonade 所擬草案之回溯，得溯源至法國之「為法律利益而上訴」與「為公益而上訴」的制度，不以個案救濟為主要目的²⁸。然日本制度未完全援引法國，一開始反而採行個案救濟方式為之，以當事人救濟為主要目的，針對第一審與第二審的判決，由檢察官依司法大臣之命令或職權聲請之²⁹。直到大正刑事訴訟法(延續至日本現行刑事訴訟法)，才採行以統一法律適用為目的，即為法律上利益提起非常上訴兼個案救濟之制度³⁰，非常上訴有理由，區分判決違背法令或訴訟程

²⁴ 最大判昭 48.4.4，刑集 27 卷 3 号 265 頁，<https://reurl.cc/V6l7my>(最後瀏覽：2021 年 5 月 21 日)。

²⁵ 根據法務大臣田中伊三次於殺害直系血親尊親屬案判決後 3 日，在眾議院法務委員會所表示之意見。參見：『第七十一回国会衆議院 法務委員會會議錄第十六号』1973 年 4 月 6 日、21-23 頁，<https://reurl.cc/z818k6>(最後瀏覽：2021 年 5 月 21 日)。

²⁶ 日本學者也認為係因為本質上否認最高裁判所的新判例有溯及效果，因此恩赦之聲請採個別為之、個別審查之方式，參見長谷部恭男、中島徹、赤坂正浩、阪口正二郎、本秀紀(編集)，同前註 22，730 頁。

法律被宣告違憲，未確定之原因案件也可能無法獲得救濟。最高裁判所在非婚生子女繼承遺產的分持較婚生子女少之民事案件中，認原告之訴無理由，但仍宣告民法第 900 條第 4 項繼承之規定(非婚生應繼分，僅有婚生子女的一半)違憲，少數意見也認為民法規定違憲，惟認為應該撤銷原判決，其理由中表示，即便判斷本案之民法規定違憲，也不能說此判斷有溯及效力，最高裁判所之判決即便判斷法令違憲也是在認定既有法律合憲下為之。最大決平 7.7.5，民集 49 卷 7 号 1789 頁(反對意見 1804 頁以下)，<https://reurl.cc/d0DLeg> (最後瀏覽：2021 年 5 月 21 日)。

²⁷ 依據 1974 年 3 月 15 日之統計，最高裁判所判決後，共受理 92 人，給予個別恩赦 37 人(減刑 22 人，免除刑之執行者 15 人)，不准許 52 人。參照昭和 49 年版犯罪白書第 2 編第 4 章第 4 節，<https://reurl.cc/qdZ6vD> (最後瀏覽：2021 年 5 月 21 日)。

²⁸ 川原廣美，非常上告をめぐる一考察-前提事實誤認の理論を基軸として，北大法學論集，1984 年 8 月，第 35 卷(1-2)，275 頁。

²⁹ 川原廣美，前註 28，276-277 頁。

³⁰ 川原廣美，前註 28，279-281 頁。

序違背法令，撤銷之，不利於被告之案件應該另行判決(大正刑訴法 519 條、520 條；現行刑訴法 457 條³¹、458 條³²)，非常上訴之效力除原判決違背法令且不利於被告外，效力不及於被告(大正刑訴法 521 條；現行刑訴法 459 條³³)，非常上訴之提起權專屬於檢察總長。

日本刑訴法第 454 條規定非常上訴的理由，為「判決確定後發現該案之審判有違反法令」，依照最高裁判所大法庭昭和 25 年 11 月 8 日駁回原審將無累犯加重事項誤認為累犯而聲請非常上訴之判決：「非常上訴要做的是把法律命令之解釋適用予以統一，因此『案件之審判違反法令』係指該案件之審判於程序法上有所違反，或是在不變更確定判決所認定事實之前提下，於實體法之適用上有違法之情形而言」³⁴。以此觀之，非常上訴之審理，不排斥以大法庭制度為之，蓋大法庭本來之目的，即有法令之統一解釋，裁判所法第 10 條第 3 款規定：「案件由大法庭或小法庭裁判，依最高法院規定為之。但下列情形，不得由小法庭裁判...有關憲法及其他法令之解釋適用，意見與先前最高法院所為之裁判相反時」。

最高裁判所第二小法庭昭和 26 年 7 月 6 日³⁵駁回原審將非少年誤認為少年，以事實誤認主張訴訟程序違法而聲請之非常上訴，最高裁判所認為「由於非常上訴以抽象之法規適用有誤而予以導正為目的，個別裁判事實認定有誤的改正，不是非常上訴之目的」，其後大法庭也接受這個見解，最高裁判所大法庭昭和 27 年 4 月 9 日³⁶、27 年 4 月 23 日³⁷駁回原審將未滿 20 歲之人誤認為年滿 20 歲之人，以事實誤認主張訴訟程序違法而聲請之非常上訴判決，最高裁判所認為：「非常上訴係以糾正法令適用之錯誤、統一法令之解釋適用為目的，而非以糾正個別裁判認定事實之錯

³¹ 原文是：「第 457 条 非常上告が理由のないときは、判決でこれを棄却しなければならない。」

引自電子政府の総合窓口 (e-Gov)，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/Dvz7Z5> (最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日)。

³² 原文是：「第 458 条 非常上告が理由のあるときは、左の区別に従い、判決をしなければならない。

一 原判決が法令に違反したときは、その違反した部分を破棄する。但し、原判決が被告人のため不利益であるときは、これを破棄して、被告事件について更に判決をする。

二 訴訟手続が法令に違反したときは、その違反した手続を破棄する。」

引自電子政府の総合窓口 (e-Gov)，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/Dvz7Z5> (最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日)。

³³ 原文是：「第 459 条 非常上告の判決は、前条第一号但書の規定によりされたものを除いては、その効力を被告人に及ぼさない。」

引自電子政府の総合窓口 (e-Gov)，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/Dvz7Z5> (最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日)。

³⁴ 最大判昭 25.11.8，刑集 4 卷 11 号 2221 頁，<https://reurl.cc/62LKAy>(最後瀏覽：2020 年 4 月 13 日)。

³⁵ 最判昭 26.7.6，刑集 5 卷 8 号 1408 頁，<https://reurl.cc/Qdx2r9>(最後瀏覽：2020 年 6 月 11 日)。

³⁶ 最大判昭 27.4.9，裁判集(刑)第 63 号 199 頁，<https://reurl.cc/xZAKnN>(最後瀏覽：2020 年 6 月 11 日)。

³⁷ 最大判昭 27.4.23，刑集 6 卷 4 号 685 頁，<https://reurl.cc/5l8z2q>(最後瀏覽：2020 年 6 月 11 日)。

誤為目的。不論是實體法或程序法，如非其法令之解釋有誤，而純屬因適用法令之前提事實違誤致引起當然違背法令之結果者，因無益於統一法令之解釋適用，故不得提起非常上訴。」

日本學說將此稱為「前提事實誤認理論」³⁸，詳言之，因將非常上訴之目的界定於統一法令之解釋適用，因此肇因原審裁判所於事實之誤認導致法令適用違誤，只要將來事實認定正確，即無再發生違背法令之情形，所以此種情形並無予以撤銷以宣示其違背法令之必要³⁹。然而在訴訟程序違背法令之情形，非常上訴之判決對於原審(或其他法院)而言，可對未來案件之處理有警戒作用，這也是非常上訴存在之本質⁴⁰。由於上訴第三審最高裁判所之上訴理由限定於牴觸憲法或違反判例，不包括法令違反之審查，如讓最高裁判所為非常上訴之審查擴及於一般違反法令之全面審查，恐不利於最高裁判所從事牴觸憲法或違反判例之本來任務⁴¹，也有制度矛盾⁴²，故最高裁判所嚴格限制非常上訴審之救濟範圍，不擴及一般違反法令之全面審查。學說上之反對見解，認為應該非常上訴之理由，除牴觸憲法或違反判例並應擴及一般違背法令之審查，以擴及兼救濟被告之目的，但並未撼動最高裁判所⁴³。

據上所述，有罪判決確定後，如所憑據之法律已廢止刑罰，原確定判決並無違背法令之處，不得據以提起非常上訴。

(三)如所憑據之法律已廢止刑罰，視同發現新證據，得主張應為免訴判決而提起再審救濟

因發現新證據足認受有罪宣告之人應為無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決，對有罪宣告之確定判決，得為受宣告人之利益聲請再審(日本刑訴法第435條第6款⁴⁴)。而依犯罪後之法律，已廢止其刑罰，應諭知免訴判決⁴⁵(日本刑

³⁸ 川原廣美，前註28，290頁。

³⁹ 陳運財，從非常上訴之目的論「審判違背法令」，收錄於：最高法院學術研究叢書(17) --『刑事第三審上訴及非常上訴制度之探討』，最高法院，2007年12月，100-101頁。

⁴⁰ 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，五版，2017年9月，814-815頁。

⁴¹ 松尾浩也，刑事訴訟法 下，弘文堂，1999年，新版補正第二版，284頁。

⁴² 水谷規男，收錄於後藤昭、白取祐司(編)新コンメンタール 刑事訴訟法，日本評論社，3版，2018年7月，1195頁。

⁴³ 陳運財，同註39，96-97頁。

⁴⁴ 原文是：「第435条 再審の請求は、左の場合において、有罪の言渡をした確定判決に対して、その言渡を受けた者の利益のために、これを行うことができる...

六 有罪の言渡を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき。」

引自電子政府の総合窓口(e-Gov)，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/Dvz7Z5> (最後瀏覽：2021年5月10日)。

訴法第 337 條第 3 款)。如所憑據之法律已廢止刑罰，視同發現新證據，得主張應為免訴判決而提起再審救濟⁴⁶。

1.免訴事由「刑罰已廢止」的意義

免訴事由「刑罰已廢止」，除法律明文廢止者外，因為法令之有效期間經過、前法後法效力牴觸致實質上罰則之效力喪失，也包括在內⁴⁷。

實例：1945 年日本投降，接受「中美英三國促令日本投降之波茨坦公告」，並為盟軍佔領。盟軍佔領期間，被告持有依昭和 25 年(1950 年)6 月 26 日及 7 月 18 日聯合國最高司令官指令所禁止持有之物，經認定屬於違反佔領目的之有害行為，應依昭和 25 年政令第 325 號「佔領目的阻害行為處罰令」第 1 條、第 2 條 1 項科處刑罰，一、二審均判決有罪，被告不服上訴第三審，而昭和 27 年(1952 年)4 月 28 日舊金山和約生效，日本之主權恢復，則佔領期間遭科處刑罰的行為，於舊金山和約生效已屬不被處以刑罰的行為，法院應如何判決？

最高裁判所昭和 28 年(1953 年)7 月 22 日大法院判決⁴⁸就上問題表示：昭和 25 年政令第 325 號於舊金山和約生效後，該當刑罰已廢止，應為免訴判決。主要的理由是：

昭和 25 年政令 325 號及其前身昭和 21 年(1946 年)勅令 311 號「對聯合國佔領軍佔領目的有害行為之處罰」，均係基於昭和 20 年(1945 年)勅令第 542 號(接受「中美英三國促令日本投降之波茨坦公告」，其意義為日本投降後，接受聯合國佔領軍之佔領，因聯合國最高司令官有認定妥當實施降伏條款措置之權限，日本之統治權受制於聯合國最高司令官)所制定者...上揭罰則為聯合國最高司令官為達成佔領目的之手段，以佔領狀態繼續或仍有聯合國最高司令官為前提，其存在始有價值及意義，其罰則於佔領狀態終了及最高司令官不再，效力亦喪失。昭和 27 年(1952 年)4 月 28 日舊金山和約生效，日本與各聯合國成員間的戰爭狀態終了，回復和平狀態，

⁴⁵ 原文是：「第 337 条 左の場合には、判決で免訴の言渡をしなければならない。

一 確定判決を経たとき。

二 犯罪後の法令により刑が廃止されたとき。

三 大赦があつたとき。

四 時効が完成したとき。」

引自電子政府の総合窓口（e-Gov），刑事訴訟法，<https://reurl.cc/Dvz7Z5>（最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日）。

⁴⁶ 横浜地方裁判所平成 15 年 4 月 15 日判決，LEX/DB 28085485。

⁴⁷ 河原俊也，收錄於三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一（編），新基本法コンメンタール 刑事訴訟法，日本評論社，3 版，2018 年 4 月，550 頁。

⁴⁸ 最大判昭 28.7.22，刑集第 7 卷 7 号 1562 頁，<https://reurl.cc/AgQxg3>。判決要旨：<https://reurl.cc/V3rKaZ>。

亦撤廢聯合國之占領，舊金山和約生效後，自無所謂「占領」，也無「有害占領目的之行為」，沒有「有害占領目的之行為」存在之餘地，也無「聯合國最高司令官指令」存在發生之餘地，故因違反指令而受刑罰的政令 325 號，於舊金山和約生效後，其效力即無保持之餘地，當然失效。

昭和 27 年法律 81 號「廢止接受中美英三國促令日本投降之波茨坦公告所涉相關命令之法律」(舊金山和約生效日即昭和 27 年 4 月 28 日施行)，並同廢止昭和 20 年勅令 542 號，然規定有「基於勅令 542 號之命令、如於其他法律並未有廢止或存續相關規定，自法律實施之日起算限時 180 日仍有法律之效力」。昭和 27 年法律 81 號「廢止接受中美英三國促令日本投降之波茨坦公告所涉相關命令之法律」，亦同時廢止政令 325 號，然仍規定有「就本法律施行前罰則之適用，仍有其效力」，惟須不違反憲法始於憲法施行後繼續有效。政令 325 號之罰則，係違反聯合國最高司令官指令之處罰規定，本質上應於舊金山和約生效之同時當然失效。就其規定之內容以觀，現實上已無法實現(有害占領目的之行為)，其結果係屬違憲，故應隨昭和 27 年法律 81 號當然失效...原審適用的罰則政令 325 號、因舊金山和約生效之同時而失其效力，為依犯罪後之法律，已廢止其刑罰者，若不廢棄原判決則顯失正義。

2.如存在免訴事由，法院不可為無罪判決

如存在免訴事由，法院可否為無罪判決？判例否定無罪判決之可能。

實例：被告於昭和 21 年(1946 年)5 月 19 日，因攜帶「標語牌」(プラカード)而違反修正前刑法第 74 條第 1 項對天皇不敬罪，昭和 21 年 6 月 22 日遭起訴，同年 11 月 2 日東京刑事地方裁判所為有罪判決⁴⁹。翌年 11 月 3 日，因昭和 21 年勅令第 511 號大赦令之公布施行，赦免其所犯修正前刑法第 74 條第 1 項之罪，二審改為免訴判決⁵⁰，被告不服認應為無罪判決而上訴第三審。

最高裁判所大法庭昭和 23 年(1948 年)5 月 26 日駁回上訴之判決：法院之所以有就公訴為實體審理，以確認刑罰權之存否及其範圍之權能，乃以有具體之公訴權發生，且繼續存在為要件，故於公訴權已消滅時，法院不能就該案件進行實體審理，以確認檢察官提起公訴是否真實，及如屬真實時，該事實是否構成犯罪，如構成犯罪時，應科加何種刑罰等等，此為採不告不理原則之我國(日本)刑事訴訟法

⁴⁹ 東京刑事地方裁判所昭和 21 年 11 月 2 日判決，LEX/DB 24000167。

⁵⁰ 東京高等裁判所昭和 22 年 6 月 28 日判決，LEX/DB 24000168。

所應導出的結果。於本案，既因大赦而使公訴權歸於消滅，法院乃不得為實體判決，唯有依（舊）刑事訴訟法第 363 條之規定，對被告為免訴之判決。是故，於此情形，被告不得主張有關實體上理由，而請求無罪判決⁵¹。

3.如存在免訴事由，再審法院不可為無罪判決

如存在免訴事由，再審法院亦不可為無罪判決。

實例(橫濱事件)：被告 5 人於第二次世界大戰期間因言論及出版涉嫌違反治安維持法而遭起訴，橫濱地方裁判所於昭和 20 年(1945 年)8 月 29 日起至同年 9 月 15 日之間，以被告 5 人之自白為證據，認定渠等有違反該法 1 條後段及第 10 條之事實，對被告 5 人，各判處有期徒刑 2 年緩刑 3 年並確定。

被告 5 人死亡後，渠等之妻子或兒子，於平成 10 年(1998 年)8 月 14 日，以原確定判決應受無罪或免訴判決，向橫濱地方裁判所聲請再審。橫濱地方裁判所⁵²就此再審請求，於平成 15 年(2003 年)4 月 15 日，依照筆錄鑑定書等證據，認為日本在昭和 20 年 8 月 14 日接受有國內法效力的「中美英三國促令日本投降之波茨坦公告」，原確定判決所適用之治安維持法第 1 條、第 10 條應解為於實質上失其效力⁵³，本案符合舊日本刑事訴訟法第 363 條第 2 款「依犯罪後之法律，已廢止其刑罰」，該當同法第 485 條 6 款所稱「因發現新證據足認應為免訴判決」，准許被告 5 人遺族之再審聲請。

檢察官抗告至東京高等裁判所，該裁判所⁵⁴於平成 17 年(2005 年)3 月 10 日判決，認地方裁判所准許再審聲請之決定正確，但係認為作為原確定判決之證據的被告自白，其信用性有顯著可疑之情，應該當同法第 485 條 6 款而應為無罪判決，因此駁回檢察官抗告而案件確定。

再審之第 1 審法院即橫濱地方裁判所平成 18 年(2006 年)2 月 9 日判決⁵⁵，被告 5 人經以該當治安維持法第 1 條後段、第 10 條之行為遭起訴，該法於昭和 20 年 10 月 15 日以昭和 20 年勅令第 575 號廢止之，同月 17 日再以勅令第 579 號大赦關於違反治安維持法之罪的行為人，包括被告 5 人在內，法院得以實體審理為有罪無罪之判斷，在於該案件確有發生具體之公訴權，以公訴權之存續為條件，因免訴事由

⁵¹ 最大判昭 23.5.26，刑集第 2 卷 6 号 529 頁，<https://reurl.cc/4yKOz3>（最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日）。

⁵² 橫濱地方裁判所平成 15 年 4 月 15 日判決，LEX/DB 28085485。

⁵³ 應係遵循上揭大法庭之見解(最大判昭 28.7.22 刑集第 7 卷 7 号 1562 頁)。

⁵⁴ 東京高等裁判所平成 17 年 3 月 10 日決定，LEX/DB 28105240。

⁵⁵ 橫濱地方裁判所平成 18 年 2 月 9 日，LEX/DB 28145415。

之存在而公訴權消滅之情形，法院在實體之審理上，是不被允許為有罪無罪之判決，因此，本案被告 5 人有舊刑事訴訟法第 363 條第 2 款(刑之廢止)、第 3 款(大赦)之免訴事由該當，應予免訴判決。

被告 5 人認一審之免訴判決違法不當，請求為無罪判決，上訴東京高等裁判所⁵⁶，二審法院於平成 19 年(2007 年)1 月 19 日依舊刑事訴訟法第 400 條規定，以無上訴利益，上訴不合法駁回其上訴，該判決認為，免訴判決是對於被告之公訴權嗣後消滅而將被告從刑事審判程序中予以解放，被告被處罰之事由不再存在，與再審之通常情形並無不同，誤為主張為免訴判決或無罪判決，並無上訴利益，上訴不合法。

最高裁判所第二小法廷平成 20 年(2008 年)3 月 14 日駁回上訴之判決⁵⁷：再審制度是所謂非常救濟制度，即便與通常刑事事件審判程序有諸多面向之差異，於認定具備再審事由，應另為審判，其審判亦不受再審開始理由之拘束，原則上應適用通常審判程序，本件適用舊刑訴法等諸規定，在再審之審判程序，存在有免訴事由之情形，不得解為排除關於免訴之規定而應為實體判決。因此，本案於原確定判決後，刑罰廢止且又有大赦，不得不適用舊刑訴法第 363 條第 2 款、第 3 款。職故，將被告 5 人為免訴之第一審判決係屬正當。在通常程序中，被告對免訴判決主張無罪而上訴是不被允許，於再審之上訴亦同，故二審判斷甚為妥當。

如將本案提案之法律問題，套到日本法，由於日本之通姦罪(刑法第 183 條)早於昭和 22 年(1947 年)即刪除⁵⁸，無實例可直接援用參考之。若設為其他刑罰法律，被告上訴至最高裁判所，該案所適用之法律經最高裁判所認定違憲而拒絕適用，被告可能在個案中被判決無罪，惟該法律仍未立即無效或向後失效，須待國會修法廢止其刑罰規定，該法律始無效或向後失效，此時，其他案件亦無提起非常上訴之可能，蓋原確定判決所適用之法律，並無違背法令之情。若被告原經判決有罪確定，嗣後刑罰經國會修法廢止，被告得以刑罰已廢止公訴權消滅，應撤銷原確定判決另為免訴判決為由，聲請再審，再審法院應為免訴判決，然不得主張應受無罪判決而聲請再審。

⁵⁶ 東京高等裁判所平成 19 年 1 月 19 日判決，LEX/DB 28135298。

⁵⁷ 最判平 20.3.14 刑集第 62 卷 3 号 185 頁，<https://reurl.cc/zb3kLe> (最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日)。

⁵⁸ 昭和 22 年 10 月 26 日号法律第 124 号〔第三次改正〕，引自官報(1947 年 10 月 26 日)，<https://reurl.cc/AgGGZd> (最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日)。

三、德國法

本案法律問題之被告即釋憲聲請人周○慰係依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」聲請解釋憲法，釋憲標的為「法律或命令」而非「確定終局裁判」，在我國現行法之脈絡下為抽象審查⁵⁹，釋字第 791 號解釋文為宣告系爭法律或命令是否合憲、失效，並無廢棄釋憲聲請人據以聲請釋憲之確定終局裁判、發回管轄法院的可能性，而與民國 111 年 1 月 4 日將施行之憲法訴訟法第 62 條第 1 項：「憲法法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。」所規定之「人民聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查」不同。

德國聯邦憲法法院處理之程序類型繁多，包括機關爭議、聯邦與各邦爭議、規範審查程序(包含抽象規範審查及具體規範審查等)、憲法訴願、憲法保護程序(包含聯邦總統彈劾、法官彈劾、政黨禁止、選舉審查)等⁶⁰。因為本案法律問題之釋憲背景，可能涉及德國聯邦憲法法院所規定之「抽象規範審查」與「憲法訴願」⁶¹，以下僅介紹這二種程序類型中，聯邦憲法法院宣告法律違反基本法或無效、裁判憲法訴願或法規範憲法訴願有理由時，關於確定刑事判決之處理。

(一)抽象規範審查：就確定刑事判決得提起再審

德國並無如同我國之非常上訴制度，先予敘明。聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項規定：「確定之刑事判決所依據之法規範業經宣告為違反基本法，或依本法第 78 條

⁵⁹ 參照司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1 款「中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義，或因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議，或適用法律與命令發生有牴觸憲法之疑義者」及第 3 款「依立法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，適用憲法發生疑義，或適用法律發生有牴觸憲法之疑義者」所列事由，再比對 111 年 1 月 4 日將施行之憲法訴訟法第 47 條第 1 項及第 2 項：「(第 1 項)國家最高機關，因本身或下級機關行使職權，就所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。(第 2 項)下級機關，因行使職權，就所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得報請上級機關為前項之聲請。」、第 49 條：「立法委員現有總額四分之一以上，就其行使職權，認法律位階法規範牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」即將施行之憲法訴訟法所使用的用語為「法規範憲法審查」。

⁶⁰ 規定於德國聯邦憲法法院法第 13 條。參照「聯邦憲法法院：地位、程序、裁判，Klaus Schlaich, Stefan Koriath 著，吳信華譯，元照，2017 年 11 月，初版」一書之目錄。

⁶¹ 可對照我國於 111 年 1 月 4 日將施行之憲法訴訟法第三章第一節「國家機關、立法委員聲請法規範憲法審查」及第三章第三節「人民聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查」。

之規定宣告無效者，或確定之刑事判決以聯邦憲法法院宣告為違反基本法之法規解釋為依據者，均得依刑事訴訟法之規定對之提起再審。⁶²」本條係規定於第 10 節「第 13 條第 6 款與第 6a 款案件的程序」，即「抽象規範審查(Abstrakte Normenkontrolle)」的程序。

聯邦憲法法院法第 79 條規範實質(個案)正義與法安定性、法和平性之間的衝突，只有在違反正義的極端情形，也就是有效刑事判決是基於違反基本法所發布的法規或違反基本法所解釋的法規之情形，關於法安定性的考量要退讓，依聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項之規定，允許這樣的情形提起再審。其理由在於：該連結刑罰的不當判決，觸及受涉及者源自人性尊嚴之價值及尊重的請求權。依法治國原則，也要求有修正對於應受無罪判決之人的刑事判決的可能性⁶³。聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項之規定為不可撤銷之高權行為的現狀保護(Bestandsschutz)之例外。然而，刑事判決的法律效力並非直接被撤銷，而是可撤銷。體系上，聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項就彷彿是德國刑事訴訟法第 359 條⁶⁴的第 7 款再審事由⁶⁵。聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項規定以「法律效果之準用(Rechtsfolgenverweisung)」的方式，規定三種可依刑事訴訟法之規定提起再審的情形。第一種情形是德國聯邦憲法法院宣告刑事法規定無效，而有效的刑事判決是植基於無效的刑事法規定；第二種情形是德國聯邦憲法法院宣告刑事法規定違反基本法，而有效的刑事判決是植基於違反基本法的刑事法規定。第三種情形是連結一個有效的刑事判決，該判決所根據的刑

⁶² 德國聯邦憲法法院法之翻譯，均係參照陳愛娥翻譯，德國聯邦憲法法院法。

Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG) § 79

(1) Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder nach § 78 für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig.

⁶³ Mauz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, 58. EL Januar 2020, BVerfGG § 79 Rn. 2-3.

⁶⁴ 德國刑事訴訟法之中譯，均係參照連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版 1 刷，2016 年 9 月。德國刑事訴訟法第 359 條規定：「下列情形，為受有罪判決人之利益，得對經由確定判決所終結之程序聲請再審：1. 審判期日中，為受有罪判決人之不利益，當作真實所提出之證書，係偽造或變造；2. 證人或鑑定人在提供對受有罪判決人不利益之證言或鑑定意見時，故意或過失違反宣誓義務，或故意作出虛偽而未經宣誓之陳述；3. 參預判決之法官或參審員，違犯與案件有關之違反職務義務之可罰行為，但以此違反行為非由受有罪判決人所引起者為限；4. 作為刑事判決基礎之民事法院判決，已被另一確定判決所撤銷；5. 提出之新事實或新證據方法，單獨或與先前提出之證據相結合，構成理由宣告被告無罪、對其適用較輕刑法而判處較輕刑罰或宣告完全不同之保安處分；6. 歐洲人權法院確認有違反《歐洲人權及基本自由保護公約》或其議定書之情形，且判決以此違反情形為依據時。」

⁶⁵ Mauz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, 58. EL Januar 2020, BVerfGG § 79 Rn. 25.

法解釋經德國聯邦憲法法院宣告違反基本法⁶⁶。

是以，針對植基於被宣告無效或違反基本法的法律之確定的刑事判決，可提起再審。因為沒有人應被強迫背負植基於違反基本法的刑法的刑罰非難⁶⁷。聯邦憲法法院宣告法規無效或違憲、或法規解釋違反基本法的情形，可對植基於上開法規、法規解釋的刑事判決提起再審。由於抽象規範審查之聲請人限於聯邦政府、邦政府或聯邦議會四分之一以上之議員提出聲請，並無人民提出聲請之可能性，從而也沒有所謂的「原因案件」。

(二)憲法訴願：就確定刑事判決得提起再審或聯邦憲法法院廢棄該判決發回管轄法院

聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項及第 3 項規定：「(第 2 項)對於裁判提起之憲法訴願有理由時，聯邦憲法法院廢棄該裁判，於第 90 條第 2 項第 1 句⁶⁸之情形，聯邦憲法法院將案件發回管轄法院。(第 3 項)對於法律提起之憲法訴願有理由時，應宣告該法律無效。依第 2 項提起之憲法訴願有理由時，如被廢棄之裁判係依據違憲之法律時，亦同。第 79 條規定準用之。⁶⁹」本條係規定於第 15 節「第 13 條第 8a 款

⁶⁶ Mauz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, 58. EL Januar 2020, BVerfGG § 79 Rn. 24.

⁶⁷ 除此之外，不得再行爭執的裁判(確定裁判)，以及也沒有對之提起憲法訴願的裁判，不受影響(德國聯邦憲法法院法第 79 條第 2 項第 1 句)。不過，只要裁判尚未執行，就不允許執行(德國聯邦憲法法院法第 79 條第 2 項第 2 句)。判決的執行得依德國民事訴訟法第 767 條規定提出異議，以排除執行。不當得利請求權，也包括公法上的補償請求權，均排除(德國聯邦憲法法院法第 79 條第 2 項第 4 句)。德國聯邦憲法法院由這些規定以及德國聯邦憲法法院法第 79 條第 2 項第 4 句導出一般的法律思維是，一方面不溯及撤銷基於違憲規定而形成之不可撤銷(具有確定力)的公權力行為，以及不排除在過去由之產生的不利效果，但另一方面，應當防止經由強制方式執行違憲裁判所可能產生的對將來的效果。又違憲規定之無效宣告的邏輯上結果應該是「自始(ex tunc)」無效，即所有在此期間基於該規定所作出的行為都可能被排除。考量到以抽象規範審查、具體規範審查及間接針對法律之憲法訴願程序等途徑所為之無效宣告並沒有設定期限，實際上是排除上述的結果。依德國聯邦憲法法院法第 79 條所規定之無效宣告或違憲宣告的法律效果，關於對在此期間所作成行為的存續是自始無效的釋義學說法已所剩無幾，自始無效的立論在實際上的結果已非常地接近「得撤銷理論(Vernichtbarkeitslehre)」。Klaus Schlaich, Stefan Koriath 著，吳信華譯，聯邦憲法法院：地位、程序、裁判，臺北市：圖照，2017 年 11 月，初版第 1 刷，第 377 頁至第 379 頁。並參照 Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Auflage 2018, Rn. 390-393。

⁶⁸ 聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項第 1 句規定：「對於上述侵害如有其他法律救濟途徑時，僅於窮盡其他法律救濟途徑時，始得提起憲法訴願。」

Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG)

§ 90 Abs. 2 Satz 1

(2) Ist gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden.

⁶⁹ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG)

§ 95

(2) Wird der Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung stattgegeben, so hebt das Bundesverfassungsgericht die

案件的程序」，即「憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)」的程序。

任何人均得提起憲法訴願，標的為國家高權行為，包括法院裁判、行政行為及法律。本條第 2 項及第 3 項所規定之憲法訴願有(1)直接針對裁判之「裁判憲法訴願」；(2)直接指摘法律違憲之憲法訴願，即「直接法規憲法訴願」；以及(3)直接針對法院裁判提起之憲法訴願，而在所附具的理由指摘法律違憲，在此等情形，法律即遭間接指責，即「間接法規憲法訴願」。上述憲法訴願有理由時，聯邦憲法法院除了依聯邦憲法法院法第 95 條第 1 項之規定應在裁判中確認，由於何種作為或不作為違背基本法之何種規定外⁷⁰，為如下宣告：

1. 裁判憲法訴願：聯邦憲法法院廢棄該裁判，於已窮盡其他法律救濟途徑時，將案件發回管轄法院。
2. 直接法規憲法訴願：應宣告該法律無效。
3. 間接法規憲法訴願：聯邦憲法法院應宣告該法律無效，廢棄該裁判，於已窮盡其他法律救濟途徑時，將案件發回管轄法院⁷¹。

聯邦憲法法院法第 95 條第 3 項準用同法第 79 條規定，該第 79 條之指示參照，不但適用於第 3 項第 1 句之直接針對法律提起的憲法訴願，也適用於第 3 項第 2 句之間接法規憲法訴願⁷²。亦即，在直接法規憲法訴願有理由的情形，聯邦憲法法院宣告法律無效時，可對於依據該無效之法律所作出的刑事判決提起再審。間接法規憲法訴願有理由的情形，關於依據該無效之法律所作出的刑事判決，原因案件的部分，參照聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項及第 3 項之規定，聯邦憲法法院應宣告該法律無效，廢棄該裁判，發回管轄法院，而非原因案件的部分，因為法律被宣告無效，可提起再審⁷³。在裁判憲法訴願有理由的情形，聯邦憲法法院廢棄該裁判，發回管轄法院，並無準用第 79 條第 1 項再審之規定。

Entscheidung auf, in den Fällen des § 90 Abs. 2 Satz 1 verweist es die Sache an ein zuständiges Gericht zurück.

(3) Wird der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben, so ist das Gesetz für nichtig zu erklären. Das gleiche gilt, wenn der Verfassungsbeschwerde gemäß Absatz 2 stattgegeben wird, weil die aufgehobene Entscheidung auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht. Die Vorschrift des § 79 gilt entsprechend.

⁷⁰ 聯邦憲法法院法第 95 條第 1 項規定：「憲法訴願有理由時，應在裁判中確認，由於何種作為或不作為違背基本法之何種規定。聯邦憲法法院得同時諭知，任何重複被指責之措施為違背基本法。」

⁷¹ Lenz / Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar, 3. Auflage. 2020, § 95 Rn. 2, 22, 40, 42, 77.

⁷² Lenz / Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar, 3. Auflage. 2020, § 95 Rn. 83.

⁷³ 法規憲法訴願有理由時，其法律效果與抽象規範審查程序產生之相應法律效果（第 78 條第 1 句）以及具體規範審查程序產生之相應法律效果（第 82 條第 1 項結合第 78 條第 1 句）相同。Lenz / Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar, 3. Auflage. 2020, § 95 Rn. 43.

(三)聯邦憲法法院關於法律規定合憲性之判決的效力

聯邦憲法法院關於法律規定合憲性的判決，依聯邦憲法法院法第 31 條第 2 項，具有法律效力，並應公布在聯邦法律公報⁷⁴。對於違憲的法律，聯邦憲法法院通常會宣告無效，無效宣告具有溯及效力，由法律面來看，就彷彿從未發布該法律。然而，在某些案例，聯邦憲法法院僅宣告法律規定違反基本法，並定期不得再適用該法律規定。特別是立法者有許多排除違憲的可能性，或是法律規定立即失效的不利會大於過渡時期仍適用該法律規定的不利之情形時，聯邦憲法法院會選擇宣告定期不得再適用該法律規定的模式，這常見於稅法的案例⁷⁵。

(四)再審後之判決

德國刑事訴訟法並無類似我國刑事訴訟法第 302 條免訴判決或第 303 條不受理判決之規定，若有訴訟障礙事由，如時效已完成、告訴乃論之罪未經告訴，是以法律上或事實上事由而中止訴訟，為訴訟中止判決(Einstellungsurteil)⁷⁶。

若確定之刑事判決所依據之法規業經宣告為違反基本法，或宣告無效者，依德國刑事訴訟法之規定對之提起再審後，因為欠缺可罰性，法院應依聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項連結德國刑事訴訟法第 371 條第 2 項及第 3 項⁷⁷、第 373 條第 1 項⁷⁸，

⁷⁴ 聯邦憲法法院法第三十一條（裁判的拘束力）規定：「（第 1 項）聯邦憲法法院之裁判，拘束聯邦及各邦之憲法機關及所有法院與官署。（第 2 項）聯邦憲法法院就第十三條第六款、第六之一款、第十一款、第十二款及第十四款案件所為裁判，具有法律效力。聯邦憲法法院就第十三條第八之一款案件，宣告法律不違反基本法、違反基本法或無效時，亦同。法律經宣告不違反、違反基本法或其他聯邦法或無效時，其裁判主文應由聯邦司法與消費者保護部部長於聯邦法律公報公布之。就第十三條第十二款及第十四款之案件所為之裁判主文，亦同。」

Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG)

§ 31

(1) Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.

(2) In den Fällen des § 13 Nr. 6, 6a, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft. Das gilt auch in den Fällen des § 13 Nr. 8a, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt. Soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird, ist die Entscheidungsformel durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Entsprechendes gilt für die Entscheidungsformel in den Fällen des § 13 Nr. 12 und 14.

⁷⁵ https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Wirkung-der-Entscheidung/wirkung-der-entscheidung_node.html。

⁷⁶ MüKoStPO/Maier, 1. Aufl. 2016, StPO §260 Rn. 170-174.

⁷⁷ 德國刑事訴訟法第 371 條第 2 項及第 3 項規定：「（第 2 項）其他情形，若對此已存在足夠證據，法院亦得立即宣告受有罪判決人無罪，但在公訴情況下應得檢察官同意。（第 3 項）宣告無罪時，應同時撤銷原判決。若原判決僅諭知

撤銷原判決，另為無罪判決，而非以訴訟障礙事由中止訴訟。

綜上，德國法的部分，對於確定之刑事判決，抽象規範審查的情形，法規若業經宣告為違反基本法，或宣告無效，得提起再審，因為抽象規範審查之聲請人並非人民，所以沒有是否為原因案件之區隔。憲法訴願的情形，(1)裁判憲法訴願有理由時，聯邦憲法法院廢棄該裁判，發回管轄法院，沒有準用再審的規定，是以僅限於原因案件，惟此種情形是針對裁判，並非針對法律提起憲法訴願。(2)直接法規憲法訴願有理由時，聯邦憲法法院應宣告法律無效，有準用再審的規定，且因為人民係直接針對法律提起憲法訴願，標的為「法律」，並無是否為原因案件之區隔。(3)間接法規憲法訴願有理由時，原因案件的部分，聯邦憲法法院應宣告該法律無效，廢棄該裁判，發回管轄法院，非原因案件的部分，得提起再審。

本案提案之法律問題，釋憲聲請人如依德國法之規定，當循間接法規憲法訴願之程序，即憲法訴願係針對法院裁判以及間接針對法院裁判時所適用之法律而提起，由於聯邦憲法法院判斷該法律違憲，聯邦憲法法院會宣告法律無效，廢棄該裁判，發回管轄法院，而管轄法院必須遵守聯邦憲法法院宣告法規範違憲之意旨為無罪判決。惟參酌本案聲請人聲請釋憲時之背景，係依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款而為聲請，在我國法之脈絡下為抽象審查，釋字第 791 號解釋文亦係宣告刑法第 239 條與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力，如對應於德國聯邦憲法法院法之抽象規範審查，法規若業經宣告為違反基本法，或宣告無效，則得提起再審，由再審之審理法院撤銷原判決，另為無罪判決。

保安處分時，以撤銷原判決代替宣告無罪。」

Strafprozeßordnung (StPO)

§ 371 Freisprechung ohne erneute Hauptverhandlung

(2) Auch in anderen Fällen kann das Gericht, bei öffentlichen Klagen jedoch nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft, den Verurteilten sofort freisprechen, wenn dazu genügende Beweise bereits vorliegen.

(3) Mit der Freisprechung ist die Aufhebung des früheren Urteils zu verbinden. War lediglich auf eine Maßregel der Besserung und Sicherung erkannt, so tritt an die Stelle der Freisprechung die Aufhebung des früheren Urteils.

⁷⁸ 德國刑事訴訟法第 373 條第 1 項規定：「在重新進行之審判期日中，應決定或者維持原判決，或者撤銷原判決對該案件另為判決。」

Strafprozeßordnung (StPO)

§ 373 Urteil nach erneuter Hauptverhandlung; Verbot der Schlechterstellung

(1) In der erneuten Hauptverhandlung ist entweder das frühere Urteil aufrechtzuerhalten oder unter seiner Aufhebung anderweit in der Sache zu erkennen.

四、小結

綜上，刑案所適用之實體法有是否合憲之疑慮，經終審法院釋憲結果認為違憲時，各國處理方式並不相同。就本案提案之法律問題，美國有罪判決若因實體法被聯邦最高法院宣告違憲，聯邦最高法院應撤銷原判決(reverse)，而非逕為無罪判決。若聯邦最高法院認為該案有發回(remand)必要，應為「原判決撤銷並發回」之判決，檢察官得於案件發回至第一審法院後，依聯邦刑事訴訟規則第 48 條(a)項規定程序撤回起訴。

如依日本法規定，被告上訴至最高裁判所，該案所適用之法律經最高裁判所認定違憲而拒絕適用，被告可能在個案中被判決無罪，惟該法律仍未立即無效或向後失效，須待國會修法廢止其刑罰規定，該法律始無效或向後失效。若被告原經判決有罪確定，嗣後刑罰經國會修法廢止，被告得以刑罰已廢止公訴權消滅，應撤銷原確定判決另為免訴判決為由，聲請再審，再審法院應為免訴判決。

本案提案之法律問題，釋憲聲請人如依德國法之規定，當循間接法規憲法訴願之程序，即憲法訴願係針對法院裁判以及間接針對法院裁判時所適用之法律而提起，由於聯邦憲法法院判斷該法律違憲，聯邦憲法法院會宣告法律無效，廢棄該裁判，發回管轄法院，而管轄法院必須遵守聯邦憲法法院宣告法規範違憲之意旨為無罪判決。

肆、我國最高法院先前裁判所持之見解(略)

伍、本署見解

一、經終審法院釋憲認為原因案件所適用之實體法違憲時，各國處理方式並不相同

刑案所適用之實體法有是否合憲之疑慮，經終審法院釋憲結果認為違憲時，各國處理方式並不相同。美國有罪判決若因實體法被聯邦最高法院宣告違憲，聯邦最高法院應撤銷原判決(reverse)，而非逕為無罪判決。若聯邦最高法院認為該案有發回(remand)必要，應為「原判決撤銷並發回」之判決，檢察官得於案件發回至第一審法院後，依聯邦刑事訴訟規則第 48 條(a)項規定程序撤回起訴。如依日本法規定，若法律經最高裁判所宣告違憲，應待國會修法廢止該違憲法律，非原因案件之被告才可主張刑罰已廢止，故公訴權消滅，聲請再審，再審法院重新審理後，應撤銷原確定判決，另為免訴判決。如依德國法之規定，應聲請再審，法院於重新審理後撤

銷原判決，另為無罪判決。

「應諭知無罪說」之主要理由係認為：司法院大法官解釋之效力，原則上係向後產生，然對聲請人據以聲請解釋之原因案件，例外具有溯及之效力。釋字第 791 號解釋既宣告刑法第 239 條關於通（相）姦罪刑之規定，應自該解釋公布之日起失其效力，上開通（相）姦罪刑之規定，對於該解釋聲請人之原因案件而言，即例外溯及於制定公布時自始無效，或至遲於其行為時失效，則該解釋聲請人（即被告）之通（相）姦行為自屬不罰。案經檢察總長提起非常上訴，最高法院除應將原判決（及第一審判決均）撤銷外，另以該聲請人（即被告）之通（相）姦行為不罰為由，依刑事訴訟法第 301 條第 1 項規定諭知無罪之判決。此見解之說理邏輯固屬正確，並與德國立法例相似；但並非先進國家一致作法，且非我國採取之法制，並與我國相關法條文義明顯不符。

二、依我國法律，「行為不罰」、「犯罪後之法律已廢止其刑罰」兩者有別

本件提案庭提案裁定之說理條理分明，本署極為贊同，應無狗尾續貂之必要，茲引述本件提案裁定之說明：「而行為人被訴之行為之所以不受刑事處罰，有係因行為時本無刑事處罰之法律明文，依刑法第 1 條前段「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」之規定，由於其行為時之法律既無處罰明文，即非犯罪，故而自始不予處罰，此乃罪刑法定主義（無法律即無犯罪，無法律即無刑罰）之規制使然；亦有係因行為雖屬犯罪，然由於犯罪後之法律已廢止其刑罰，故而事後不予處罰。兩者從是否科予刑罰之結果而言，固無區別，然其原因事例、判決本旨及理由依據殊異。案經起（自）訴由法院審判之結果，雖認定被告有被訴之行為，然倘其行為時之法律並無處罰明文，即非犯罪，亦即確認國家對被告之刑罰權自始不存在者，法院應以「行為不罰」為由，依刑事訴訟法第 301 條第 1 項規定諭知被告無罪之判決；然倘被告行為時之法律原有處罰明文，但因「犯罪後之法律已廢止其刑罰」者，由於國家刑罰權於其犯罪後既已不再存在，則經由刑事訴訟確定並實現國家刑罰權之程序即無進行之必要，起（自）訴權因此失所依附而歸於消滅，法院自不得為實體之審判，而應依同法第 302 條第 4 款規定為免訴之判決。是以，因「行為不罰」而諭知無罪判決者，係由於國家刑罰權自始即不存在之故；因「犯罪後之

法律已廢止其刑罰」而諭知免訴判決者，則係國家刑罰權於發生後，嗣因上開事由方歸於消滅之故，兩者之原因事例有別。」

三、經大法官解釋宣告違憲而失其效力之刑事實體法，屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」

釋字第 791 號解釋既宣告刑法第 239 條關於通（相）姦罪刑之規定違憲，應自解釋公布之日（即 109 年 5 月 29 日）起失其效力，則上開通（相）姦罪刑之規定，即因此而自該解釋公布之日起發生廢止之效果。如提案庭本件提案裁定所述：「依人民聲請所為法律或命令違憲審查之司法院大法官解釋，原則上應自解釋公布當日起，向將來發生效力，經解釋宣告與憲法意旨不符之法律或命令，基於法治國家法安定性之考量，原則上自解釋生效日起失其效力，此為司法院大法官解釋之一般效力；惟為賦予聲請人救濟之途徑，該解釋對聲請人據以聲請之原因案件亦有效力，聲請人受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，則為司法院大法官解釋之特別效力（司法院釋字第 177 號、第 185 號、第 188 號及第 592 號解釋意旨參照）。具體而言，司法院大法官解釋憲法而宣告刑事確定判決所依據之刑事實體法相關規定違憲，對於聲請人聲請解釋之原因案件，例外具有溯及之效力，其得據為非常救濟之法制理由，根源於國家權力（司法權）之作用——廢止相關刑罰法律，其對聲請人原屬犯罪之行為，得產生不予論罪科刑效果之事由及理論依據，係「（犯罪後之）法律已廢止其刑罰」，使刑罰業經廢止而僅向後發生之效力，溯及作用於聲請人聲請解釋之原因案件，至於對聲請人不予論罪科刑而有類同「行為不罰」之結果，僅係刑罰法律經廢止後之狀態而已。」

四、釋字第 791 號解釋係基於性自主權利與婚姻價值觀念之改變，採「行為不罰」見解違反規範體系之合理性

如本件提案裁定之說明：「釋字第 791 號解釋宣告刑法第 239 條關於通（相）姦罪刑之規定，對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自該解釋公布之日起失其效力，並於上開範圍內，變更司法院釋字第 554 號解釋意旨，乃係於刑罰法律制定公布並施行相當期間後，權衡生活價值觀念變遷之

時代性所為之協調整合。此觀釋字第 791 號解釋之理由書略以「隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化」等旨，闡釋風移俗易，法與時轉，社會變遷導致規範調整更易之必要性即明。司法院大法官解釋宣告特定刑事實體法違憲失效，例外對聲請人據以聲請解釋之原因案件賦予溯及之效力，目的無非係使其個案可利用現有之訴訟程序以為特別之非常救濟，寓有獎勵之意味，以肯定其對維護憲法之貢獻（司法院釋字第 725 號、第 741 號及第 757 號解釋意旨參照）。故被宣告違憲失效之刑事實體法，其規範喪失效力之回溯射程，以能達到個案救濟之目的為已足，亦即於非常救濟程序裁判時，以「犯罪後之法律已廢止其刑罰」為由，使個案聲請人不受刑罰足矣，並兼顧法之安定性與公平性。倘認被宣告違憲刑事實體法之失效，應回溯至個案聲請人原因案件之行為時，甚至推溯至法律制定公布時自始無效，而以「行為不罰」為由，以使個案聲請人不受刑罰，則此不僅與 91 年 12 月 27 日公布而於個案聲請人原因案件行為時仍屬有效之司法院釋字第 554 號解釋意旨（即刑法第 239 條關於通（相）姦罪刑之規定不違憲）互相牴觸，且與釋字第 791 號解釋係基於時代演進，性自主權利與婚姻價值觀念逐漸改變所為調節規範之旨趣不符。況且鑑於僅釋字第 791 號解釋之聲請人始得依該解釋意旨，就其據以聲請之原因案件為非常之救濟；至其他適用相同違憲刑事實體法之確定終局裁判案件，其當事人於該違憲解釋公布前，未以同一法律發生有牴觸憲法疑義而合法聲請解釋憲法者，並不與焉（司法院釋字第 686 號解釋意旨參照，即禁搭便車）之救濟差別，若謂個案聲請人之通（相）姦行為不罰，於茲對照其他在釋字第 791 號解釋公布前，有通（相）姦行為且受有罪判決確定，然並未對於刑法第 239 號之通（相）姦罪刑規定合法聲請違憲解釋之人而言【通例】，釋憲個案聲請人豈非形同法外之徒，據此可窺悉採「行為不罰」見解之論點，尚不具有規範體系之合理性。」

五、聲請人若獲無罪判決，將與審理中未聲請之人獲免訴判決發生不一致之情形

況依我國實務見解⁷⁹，釋字第 791 號解釋公布日之前，有該當刑法第 239 條通（相）姦罪構成要件者，經合法起訴而繫屬於法院審理中尚未確定之案件，未聲請釋憲，

⁷⁹ 例如最高法院 109 年度台上字第 2903 號判決。

因刑法第 239 條之刑罰自第 791 號解釋公布日起已經廢止。被告涉犯刑法第 239 條之通(相)姦罪，應為免訴之諭知。

聲請人同樣係於釋字第 791 號解釋公布日之前，有該當刑法第 239 條通(相)姦罪構成要件之行為，若法院以被宣告違憲之刑事實體法對原因案件之失效應回溯自始無效，以「行為不罰」為由而諭知無罪判決，將導致相同法條對同一時期之類似案件，因法理不一致，產生裁判結果歧異之情形。

六、最高法院認非常上訴有理由，撤銷原判決，應代替原審法院依其判決時應適用之法律而為免訴判決

依我國實務向來見解(例如最高法院 29 年度總會決議、最高法院 54 年台抗字第 263 號判決前例)，刑事確定判決經檢察總長提起非常上訴，最高法院認該判決違背法令，非常上訴為有理由，原判決依法應予以撤銷，且該確定判決不利於被告而應另行改判時，應代替原審法院根據原所認定之事實，依其判決時應適用之法律而為判決。本案倘最高法院以非常上訴為有理由而撤銷原判決（及第一審判決），依原審所認定之事實：被告有通姦之行為，且被告行為時，其行為係符合通姦罪構成要件之有責行為而屬犯罪，並非行為不罰。由於刑法第 239 條之通（相）姦罪刑規定，嗣經釋字第 791 號解釋宣告違憲，應自該解釋公布之日起失其效力，亦即廢止刑法關於通（相）姦之罪刑，而刑罰業經廢止原則向後發生之效力，溯及作用於被告聲請解釋之原因案件，依刑事訴訟法第 302 條第 4 款之規定，本案有「犯罪後之法律已廢止其刑罰」之情形，因此應諭知免訴判決。

陸、結論

綜上，本署認為：「應諭知無罪說」之說理邏輯固屬正確；但「應諭知免訴說」之說理邏輯不但同樣正確，並較符合刑事訴訟法第 302 條第 4 款文義解釋及體系解釋。因此，依人民聲請所為法律違憲審查之大法官解釋，例外對聲請人據以聲請解釋之原因案件具有溯及之效力，聲請人受不利確定終局判決者，得依解釋意旨為非常之救濟，經檢察總長提起非常上訴時，最高法院應以「犯罪後之法律已廢止其刑罰」為由，將有罪之原判決及第一審判決撤銷，另依刑事訴訟法第 302 條第 4 款之規定，諭知免訴之判決。

此致
最高法院
中 華 民 國 1 1 0 年 5 月 2 7 日

柒、附件清冊

最高法院 110 年度台非大字第 13 號刑事裁定摘要

主 文

刑法第 239 條通（相）姦罪刑之規定，經司法院釋字第 791 號解釋宣告違憲，應自解釋公布之日起失其效力。本院就最高檢察署檢察總長對被告據以聲請上開解釋之原因案件所提起之非常上訴，應認其屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，而依刑事訴訟法第 302 條第 4 款規定諭知免訴之判決。

理 由

本大法庭之見解

一、刑事訴訟乃針對被告具體行為，在彈劾主義訴訟制度下，經公（自）訴權之行使，於訴訟條件完備之情況下，由法院為實體之審判，以確認並實現國家刑罰權存否及範圍之程序。案經起訴由法院審判之結果，雖認定被告有被訴之行為，然倘其行為時之法律並無處罰明文，即非犯罪，亦即確認國家對被告之刑罰權自始不存在者，法院應以「行為不罰」為由，依刑事訴訟法第 301 條第 1 項規定諭知無罪之判決；倘被告行為時之法律原有處罰明文，但因「犯罪後之法律已廢止其刑罰」者，由於國家刑罰權在被告犯罪後既已被廢止而不再存在，則經由刑事訴訟確定並實現國家刑罰權之程序即無進行之必要，起訴權因此失所依附而歸於消滅，法院自不得為實體之審判，而應依同法第 302 條第 4 款規定諭知免訴之判決。是被告被訴行為之所以不受刑事處罰，或係因行為時本無刑事處罰之法律明文，依刑法第 1 條前段關於罪刑法定主義即「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」之規定使然，故而自始不予處罰；或係因行為雖屬犯罪，惟因犯罪後之法律已廢止其刑罰，故而事後不予處罰。兩者從是否科予刑罰之結果而言，固無區別，然其原因事例、判決本旨及理由依據殊異。

二、由立法院制定通過且經總統公布之既存法律，其規範效力之變動或喪失，常例

係經立法院修正或廢止相關法律規定並經總統公布而生效，在特例之情況下，則依司法院所公布大法官解釋憲法之意旨定之。司法院大法官解釋憲法而宣告刑事確定判決所依據之刑罰法律違憲，對於聲請人聲請解釋之原因案件，例外具有溯及之效力，聲請人受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由。茲釋字第 791 號解釋宣告刑法第 239 條通（相）姦罪刑之規定違憲，應自解釋公布日起失效，則被宣告違憲之刑罰法律，等同於經立法院廢止，其對聲請人據以聲請解釋之原因案件具有溯及之效力，而得據為非常救濟之法制理由，無非根源於國家權力（司法權）之作用——廢止刑法第 239 條通（相）姦罪刑規定，並使其原則上僅向後發生之效力，例外溯及作用於上開原因案件。至於對聲請人不予論罪科刑而有類同「行為不罰」之結果，僅係該刑罰法律經廢止後之反射狀態而已，並非聲請人行為時之法律原無處罰明文。

三、釋字第 791 號解釋宣告刑法第 239 條通（相）姦罪刑規定，對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，係權衡現時生活價值觀念變遷之時代性所為之利益協調整合，此觀該解釋之理由書說明略以「隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化」等旨，闡釋風移俗易，法與時轉，社會變遷導致規範調整更易之必要性即明。司法院大法官解釋宣告法律違憲失效，例外對聲請人據以聲請解釋之原因案件賦予溯及效力，目的無非係使該個案可利用現有訴訟程序以為非常救濟，寓有特別獎勵意味，以肯定其對維護憲法之貢獻。故關於刑法通（相）姦罪刑規定失效之回溯射程，苟能達該個案救濟目的即可，亦即以「犯罪後之法律已廢止其刑罰」為由，使該個案聲請人不受刑罰足矣，從而，應認上開規定失效之回溯射程及於該個案依非常救濟程序為裁判時，以兼顧個案救濟與法之安定性及公平性。倘認刑法通（相）姦罪刑規定之失效，應回溯至個案聲請人原因案件之行為時，甚至推溯至法律制定公布時自始無效，而以「行為不罰」為由，以使個案聲請人不受刑罰，則此不僅與 91 年 12 月 27 日公布而於個案聲請人原因案件行為時仍屬有效之司法院釋字第 554 號解釋意旨（即刑法通（相）姦罪刑之規定不違憲）互相牴觸，且與釋字第 791 號解釋係鑑於時代演進，馴致性自主權利與婚姻價值觀念改變，乃為規

範調節之旨趣不符。況且，相較於僅釋字第 791 號解釋之聲請人，始得就其據以聲請之原因案件依該解釋意旨為非常之救濟，惟其他同經法院判處刑法通（相）姦罪刑確定之眾多受刑人，於該解釋公布前未對該刑罰法律合法聲請釋憲者並不與焉之差別而言，若謂釋字第 791 號解釋聲請人原因案件之通（相）姦行為不罰，殊非合理，據此可窺悉採「行為不罰」見解之論點，尚不具有規範體系之合理性。

- 四、刑事確定判決經檢察總長提起非常上訴，本院認該判決違背法令，以非常上訴為有理由，依法應予以撤銷，且該確定判決不利於被告而應另行改判時，本係代替原審法院根據原所認定之事實，依其判決時所應適用之法律而為判決。本件被告被訴妨害家庭案件，原論罪科刑確定判決所認定被告為有配偶之人與人通姦之事實，係該當行為時刑法第 239 條前段通姦罪構成要件之有責行為而屬犯罪，並非行為不罰，但由於刑法通姦罪刑之規定，嗣經釋字第 791 號解釋宣告違憲，應自該解釋公布日起失效，亦即廢止該罪刑規定，且對被告據以聲請解釋之本件原因案件具有溯及至原審法院為判決時之效力。茲既由本院代替原審法院而為判決，依前揭說明，自應以該原因案件有「犯罪後之法律已廢止其刑罰」之情形，依刑事訴訟法第 302 條第 4 款規定諭知免訴之判決。

中 華 民 國 110 年 8 月 25 日

【第十九案】李○駿毒品案

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

最高檢察署刑事大法庭言詞辯論意旨書

原文目錄

壹、本案問題緣起及爭執所在

一、本案先前相關定應執行刑之裁定內容及其定刑裁定範圍

- （一）臺灣雲林地方法院 109 年度聲字第 70 號刑事裁定（下稱甲案定刑裁定）之主文、理由及附表（略）
- （二）臺灣高等法院 109 年度聲字第 2430 號刑事裁定（下稱乙案定刑裁定）主文、理由及附表（略）

二、原審裁定及檢察官抗告書就本案相關問題之爭執所在

- （一）原審裁定（臺灣高等法院 109 年度聲字第 3927 號刑事裁定）理由（略）
- （二）臺灣高等檢察署檢察官之抗告理由（略）

三、小結

貳、我國最高法院對於本案法律爭點之見解

- 一、採肯定說者（105 台非 144、109 台非 110、109 台非 122）（略）
- 二、採否定說者（100 台非 305、105 台抗 121、107 台抗 658、109 台非 121）（略）
- 三、最高法院其他有關定應執行刑之重要裁判

四、小結

參、本案所涉及法令之外國立法例與實務

一、德國法

- （一）相關規定及說明
- （二）德國聯邦最高法院之相關判決
- （三）小結

二、日本法

- （一）相關規定與說明

(二) 小結

三、美國法

肆、本署對本案法律問題之意見

一、一事不再理之意涵與應用

(一) 一事不再理原則之意涵

(二) 一事不再理原則與定應執行刑(裁定)之關係

二、重複裁定應執行刑之四種可能型態

三、我國實務對重複定應執行刑之處理

四、肯定說與否定說應以何說為可採？

(一) 68 年台非字第 50 號判決所涉重複定刑案型

(二) 「完全相同之數罪已定應執行刑後，又再重複定應執行刑」之確切意涵及其處理方式

(三) 第 3 類重複定刑類型案件之處理——不違反一事不再理原則

(四) 以否定說為可採之主要理由

(五) 何以部分重複定刑之後裁定有違一事不再理原則？

五、59 年度台抗字第 367 號刑事裁定不再援用後類似問題之處理

六、本署就 110 台抗大 489 字第 1100000047 號函附件補提問題之意見

七、原審裁定之適法性問題

伍、結論

陸、附件清冊

壹、本案問題緣起及爭執所在

本案原審裁定臺灣高等法院 109 年度聲字第 3927 號刑事裁定，係受理臺灣高等檢察署檢察官 109 年度執聲字第 1950 號聲請書之定應執行刑聲請，而為駁回該聲請之裁定。檢察官所為之定應執行刑聲請，涉及兩個定應執行刑之前案裁定，時序在前之定刑裁定為臺灣雲林地方法院所為 109 年度聲字第 70 號刑事裁定（下稱甲案裁定），時序在後之臺灣高等法院 109 年度聲字第 2430 號刑事裁定（下稱乙案裁定）。甲案裁定之定刑裁定範圍共有竊盜等 9 罪判決（分別以 A,B,C,D,E,F,G,H,I 為其代號），與本案原審裁定直接相關者，為甲案裁定附表中編號 9 之施用第二級

毒品罪（I 罪）判決。乙案裁定之定刑裁定範圍共有施用第一級毒品(該案附表編號 1)、偽造文書(該案附表編號 2)、施用第一級毒品等 3 罪(該案附表編號 3)（分別以 J,K,L, 為其代號）判決，全部與本案原審裁定有關。

原審裁定所受理檢察官聲請定應執行刑之範圍，為甲案裁定中之施用第二級毒品罪（I 罪）判決，及乙案裁定中之全部 3 罪（J,K,L）判決。原審法院認為，檢察官聲請定應執行刑之範圍，與先前已定執行刑確定之甲案裁定及乙案裁定之定刑範圍，分別有部分重複之情形，有違反一事不再理之違法，因而裁定駁回檢察官之聲請。

檢察官不服，提起抗告。抗告理由主張：甲案裁定定刑裁定範圍中之基準判決，即甲案附表編號 1 之竊盜案判決，係在 105 年 7 月 21 日作成，受刑人對之提起抗告後經駁回，故該判決之確定日期應回溯於原判決上訴期間屆滿日即 105 年 8 月 12 日。而該案附表編號 9 之 I 罪（施用第二級毒品罪），其犯罪日期為 105 年 9 月 1 日深夜回溯 96 小時內某時，已在上述定刑基準判決確定日之後，不符刑法第 51 條所定「裁判確定前犯數罪」之法定要件，不得與該基準判決共同定其應執行刑，因認該定應執行刑裁定所為定刑，於法有違。並認乙案之 3 罪判決，符合與 I 罪判決另以裁定定其應執行之要件。

一、本案先前相關定應執行刑之裁定內容及其定刑裁定範圍

- （一）臺灣雲林地方法院 109 年度聲字第 70 號刑事裁定（下稱甲案定刑裁定）之主文、理由及附表（略）
- （二）臺灣高等法院 109 年度聲字第 2430 號刑事裁定（下稱乙案定刑裁定）主文、理由及附表（略）

二、原審裁定及檢察官抗告書就本案相關問題之爭執所在

- （一）原審裁定（臺灣高等法院 109 年度聲字第 3927 號刑事裁定）理由（略）
- （二）臺灣高等檢察署檢察官之抗告理由（略）
- （三）原審裁定（臺灣高等法院 109 年聲字第 3927 號）附表（略）

三、小結

如前所述，原審裁定附表（即臺灣高等檢察署 109 年度執聲字第 1950 號聲請書附表）所列 4 罪 (I,J,K,L) 判決，分別與甲案定刑裁定（臺灣雲林地方法院 109 年度聲字第 70 號刑事裁定）之 I 罪判決重複定應執行刑，又與乙案定刑裁定（臺

灣高等法院 109 年度聲字第 2430 號裁定) 之 J,K,L 3 罪判決重複定其應執行刑，故有違反一事不再理原則之違法情事。但原審之檢察官發現，由於甲案定刑裁定附表就其定應執行刑之基準判決 A 罪（即該案附表編號 1 之竊盜罪）判決之確定日期記載有誤，I 罪判決其實不符與 A 罪判決共同定其應執行刑之要件。檢察官認為甲案定刑裁定應屬無效裁定，故 I 罪判決自得與其他符合定應執行刑法定要件之他罪判決另行定其應執行刑。然而，甲案裁定在程序上尚未經上級法院依法撤銷而失效。原審裁定因此認為，在該裁定未失效之前，檢方之定刑聲請仍然有違一事不再理原則。檢察官對該駁回裁定不服，提出本案抗告。由上述說明，可知本件檢察官之抗告，實際上並未直接觸及後案定應執行刑聲請（或裁定）之範圍，與先前已定應執行刑裁定之範圍有所重疊，是否違反一事不再理原則之問題；遑論其重疊為部分重疊抑或全部重疊，其法律效果是否有所差異問題之探討。

檢察官認為 I 罪既不符與甲案基準判決 A 罪判決共定應執行刑之法定要件，甲案裁定即屬違背法令而無效。I 罪自得以基準判決之地位，另與符合定刑要件之 J,K,L 三罪判決定其應執行刑。原審裁定之見解則與此相反，認為檢方之定刑聲請違反一事不再理，有如前述。

貳、我國最高法院對於本案法律爭點之見解

有關本案法律爭點，提案法庭將問題設定為「對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行刑者，是否限於各罪範圍均相同(全部重複再行裁定定其應執行刑)，始違反一事不再理原則？」並分為肯定說與否定說。肯定說要旨為：「對於已以裁定就經判決確定之各罪定其應執行刑後，如又重複裁定其應執行之刑，僅限於就完全相同之各罪，全部重複再行裁定其應執行刑者，始違反一事不再理原則；倘前後裁定應執行刑之各罪範圍有異，即未違反一事不再理原則。」否定說要旨為：「對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行之刑者，如又重複裁定其應執行之刑，自係違反一事不再理原則；除非因為增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪；或原定應執行刑之數罪中有部分犯罪，因有其他法定原因致原裁判定刑之基礎已經變動，而有另定應執行刑之必要。」依上述分類，最高法院裁判就此問題採肯定說與否定說者各有其例，尤以否定說為多，在此不便全部舉示。

一、採肯定說者（105 台非 144、109 台非 110、109 台非 122）（略）

二、採否定說者（100 台非 305、105 台抗 121、107 台抗 658、109 台非 121）（略）

三、最高法院其他有關定應執行刑之重要裁判

57 年度台抗字第 198 號刑事裁定：「查有二裁判以上，經定其執行刑後，又與其他裁判併合而更定其執行刑者，前定之執行刑當然失效，原裁定就該二罪仍以原來宣告之二個有期徒刑 4 月計算，而以當時該二罪所定應執行有期徒刑 5 月為計算之基準，自無不合。」

59 年度台抗字第 367 號刑事裁定：「按數罪併罰，應依分別宣告其罪之刑為基礎，定其應執行刑，但再與其他裁判宣告之刑，定其執行刑時，前定之執行刑當然失效，仍應以其各罪宣告之刑為基礎，定其執行刑，不得以前之執行刑為基礎，以與後裁判宣告之刑，定其執行刑。（下略）」

68 年度台非字第 50 號刑事判決（略）

四、小結

上述肯定說諸裁判均謂：「對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行之刑者，如又重複裁定其應執行刑，參照本院 68 年台非字第 50 號判決先例意旨，固係違反一事不再理原則而屬違背法令，對於後裁定，得提起非常上訴；然此係指就曾經裁定其應執行刑之完全相同各罪，全部重複再行裁定其應執行刑者而言。」然而，何以「就曾經裁定其應執行刑之完全相同各罪，全部重複再行裁定其應執行刑」始構成一事不再理原則之違反？各該肯定說裁判均未詳加說明。其中，109 年度台非字第 110 號刑事判決所稱「一事不再理原則，旨在避免發生雙重評價之危險，或使受裁判人受更不利益之結果，同時確保裁判之正當性與安定性。」「倘法院依檢察官之聲請，認有在定應執行刑之必要者，祇要符合前述定應執行刑基準之法則，並謹守定應執行刑之內部及外部界限，且不致使受裁判人受更不利益結果，而無損裁判之正當性與安定性原則者，自無違反一事不再理原則可言。」等語，立論固甚正確，然此等論述仍然無法作為該判決所持「就完全相同各罪，全部重複再行裁定其應執行刑，始違反一事不再理原則」見解之理論基礎。實則，關於重複定刑之問題，最高法院早在 57 年台抗字第 198 號及 59 年度台抗字第 367 號刑事裁定即已指出解決之道，只要符合該等裁定所示要件，且保握不利益變更禁止原則，此等問題即可迎刃而解。以下將以比較法之觀察及實務案件之分析作為基礎，提出本署對本案法律

爭點之見解。

參、本案所涉及法令之外國立法例與實務

一、德國法

(一) 相關規定及說明

德國刑法第 55 條規定：「(第 1 項)受有罪判決確定之行為人，於所宣告之刑執行完畢、罹於時效或免除前，因先前有罪判決前所實施之其他犯罪而受有罪判決時，亦應適用第 53 條及第 54 條之規定。在先前訴訟程序中，對基礎事實之認定得以為最後審理所作出之判決，視為先前有罪判決。(第 2 項)先前裁判所宣告之附加刑、附隨效果與處分(第 11 條第 1 項第 8 款)，只要未因新裁判而無所附麗，應維持之。」

德國刑事訴訟法第 460 條規定：「某人受不同之確定判決判處刑罰，而判決時未考慮有關定執行刑之規定時(刑法第 55 條)，應透過一個事後之法院裁判，將已判處之刑罰定一個執行刑。¹」

事後定執行刑之重點在於，如果被告所實施之數個犯罪同時判決時，依德國刑法第 53 條、第 54 條可以合併定執行刑的個別宣告刑，於分別判決時，依德國刑法第 55 條的規定，也應該經由納入前一個判決，在事後為相同的處理。共同或分別判決之程序法上的偶然，不應當讓犯罪行為人比較有利，也不應當讓犯罪行為人比較不利²。換言之，要將新納入的個別宣告刑看作就像是該個別宣告刑之判斷基礎已與先前判決一起作出一樣。因此，在先前判決之後才實施的犯罪，其個別宣告刑獨立存在³。如果至少理論上該犯罪行為在先前的判決也可能被審酌的話，就要當作就像是如此來處理，即就像是把被告所有到先前判決時點前所實施的犯行都下判決，並適用德國刑法第 53 條、第 54 條定執行刑⁴。並且，法院有義務於判決時適用德國刑法第 55 條，而不能都委諸於德國刑事訴訟法第 460 條事後定執行刑的程序⁵。

¹ Strafprozeßordnung (StPO)

§ 460 Nachträgliche Gesamtstrafenbildung

Ist jemand durch verschiedene rechtskräftige Urteile zu Strafen verurteilt worden und sind dabei die Vorschriften über die Zuerkennung einer Gesamtstrafe (§ 55 des Strafgesetzbuches) außer Betracht geblieben, so sind die erkannten Strafen durch eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen.

² Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 55 Rn. 1.

³ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 55 Rn. 6.

⁴ Günther M. Sander, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe – Teil 1/2, NSStZ 2016, 584 (584).

⁵ NK-StGB/Helmut Frister, 5. Aufl. 2017, StGB § 55 Rn. 36.

定執行刑要由最早的、尚未執行完畢的先前有罪判決出發，建立一個停止點，得出在此之前所為犯罪行為之個別宣告刑的總結，且限於先前尚未執行完畢的有罪判決⁶。若於定執行刑後始發現有數犯罪行為之全部或其中一部分是在先前有罪判決之前所實施，這樣該執行刑的效力並不會阻礙個別宣告刑重新制定一個或多個新的執行刑。但若有一個個別宣告刑已經用來制定另一個尚未生效的執行刑，為避免雙重處罰，該個別宣告刑就不能再用來制定執行刑⁷。參照德國聯邦最高法院 1958 年 10 月 21 日 1StR 312/58 判決要旨⁸，事後定執行刑並不影響不同訴訟程序所宣告之個別宣告刑。執行刑中的個別宣告刑，於撤銷該執行刑而被納入一個新的執行刑時，個別宣告刑仍繼續存在於新的執行刑。個別宣告刑所屬之事實認定、量刑審酌仍繼續存在。因此不能宣告撤銷這些個別宣告刑，而是只有撤銷該被解除的執行刑⁹。但被撤銷的執行刑仍具有意義，新制定的執行刑不得高於被撤銷的執行刑與納入的個別宣告刑的總和¹⁰。

（二）德國聯邦最高法院之相關判決

參照德國聯邦最高法院 1956 年 4 月 13 日 2 StR 93/56 判決¹¹，該案提到地方法院 1954 年 12 月 3 日 1 KLS 12/54 之判決判處被告 2 年 6 月監禁之執行刑係由下列個別宣告刑組成：(1)搶劫 R 劇場收銀員未遂判處 1 年 6 月監禁【簡稱 R 案】，(2)對 A 加重竊盜、累犯判處 2 年監禁【簡稱 A 案】，(3)對旅館老闆 B 加重竊盜未遂、累犯判處 8 月監禁【簡稱 B 案】。該判決嗣被聯邦最高法院撤銷，地方法院更審後，於 1955 年 10 月 28 日判決被告 3 年 6 月監禁之執行刑，係由下列個別宣告刑組成：(1)R 案，(2)A 案，(3)B 案，(4)強盜 G。該 1955 年 10 月 28 日之判決並已生效。聯邦最高法院在本案審酌是否撤銷之判決為地方法院於 1955 年 3 月 10 日所下之另一判決，1955 年 3 月 10 日之判決已經將 R 案、A 案、B 案之個別宣告刑納入該案之執行刑。是以，1955 年 10 月 28 日之判決不應再將 R 案、A 案、B 案之個別宣告刑納入執行刑之制定，但這個法律錯誤無法直接排除，因為 1955 年 10 月 28 日之

⁶ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 55 Rn. 7.

⁷ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 55 Rn. 9.

⁸ BGH, Urteil vom 21.10.1958 – 1 StR 312/58。

⁹ BGHSt 12, 99。Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 55 Rn. 5. BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg, 49. Ed. 1.2.2021, StGB § 55 Rn. 32.

¹⁰ BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg, 49. Ed. 1.2.2021, StGB § 55 Rn. 32.

¹¹ BGH, Urteil vom 13.4.1956 – 2 StR 93/56，即 BGHSt 9, 190。另參照德國聯邦最高法院 1965 年 11 月 10 日 2 StR 387/65 判決，BGH, Urteil vom 10.11.1965 – 2 StR 387/65，即 BGHSt 20, 292。以及聯邦最高法院 1997 年 12 月 23 日 3 StR 619/97 裁定，BGH, Beschluß vom 23.12.1997 – 3 StR 619/97，即 BGHSt 44, 1。

判決已生效。若 1955 年 3 月 10 日之判決也生效，R 案、A 案、B 案的個別宣告刑就會展現在這兩個判決的執行刑中，而這個結果會牴觸雙重處罰之禁止(參照德國基本法第 103 條第 3 項)，聯邦最高法院因此撤銷 1955 年 3 月 10 日之判決。

另參照德國聯邦最高法院 2005 年 7 月 8 日 2 StR 120/05 判決¹²，該案地方法院以被告犯對兒童嚴重性侵害(德國刑法第 176a 條)6 罪、對兒童性侵害(德國刑法第 176 條)4 罪以及對青少年性侵害(德國刑法第 182 條)6 罪【簡稱 C 案】，撤銷區法院於 2004 年 6 月 15 日判決之執行刑，納入區法院判決中事實一的十月有期徒刑，並制定執行刑為 6 年 6 月有期徒刑，以及保留保安監禁之宣告(德國刑法第 66a 條)¹³。被告就上開刑度及保留保安監禁之宣告提起法律審上訴，主張從輕量刑並撤銷該保留保安監禁之宣告。檢察官則上訴主張應對被告為保安監禁之宣告(德國刑法第 66 條)，而非保留該宣告。另外，區法院於 2004 年 6 月 15 日以被告犯詐欺 10 罪【簡稱 D 案】，其中一罪與偽造文書罪為犯罪單數，定執行刑為 1 年 9 月有期徒刑，被告就區法院 D 案之判決僅就事實二至事實十提起上訴，就事實一的部分(10 月有期徒刑)並未提起上訴，而這就是地方法院於 C 案納入的個別宣告刑。地方法院就 C 案為判決時，D 案之上訴審尚未判決。該案德國聯邦最高法院撤銷地方法院 C 案之執行刑及保安處分之宣告，發回地方法院。關於撤銷執行刑之宣告的理由為，自部分尚未生效之區法院 D 案判決中，將已生效之事實一的 10 月有期徒刑納入地方法院 C 案之執行刑的宣告，有法律上的顧慮，因為區法院 D 案之判決仍上訴中，區法院之上訴審可能也會將事實一的 10 月有期徒刑納入執行刑之制定，從而有雙重處罰的危險(Die Gefahr der Doppelbestrafung)。若維持地方法院的執行刑，該 10 月有期徒刑的宣告刑就會在兩個不同的訴訟程序被納入制定執行刑。因此，就算是已生效之個別宣告刑，若已被納入尚未生效之判決的執行刑中，就不允許再納入其他判決來制定執行刑，原因是可能有禁止雙重處罰的危險(德國基本法第 103 條第 3 項)¹⁴。

¹² BGH, Urteil vom 8.7.2005 – 2 StR 120/05，即 BGHSt 50, 188。

¹³ 地方法院就對兒童嚴重性侵害的 6 罪各量處 2 年有期徒刑、對兒童性侵害的 4 罪各量處 1 年 6 月有期徒刑，對青少年性侵害 6 罪，第 182 條第 1 項的部分量處 7 月有期徒刑，第 182 條第 2 項的部分量處 5 月有期徒刑，並保留保安監禁的宣告。

¹⁴ 判決原文：「Es ist aber nicht zulässig, Einzelstrafen - auch für sich genommen rechtskräftige -, die schon zur Bildung einer Gesamtstrafe in einem nicht rechtskräftigen anderen Urteil gedient hatten, in eine Gesamtstrafe einzubeziehen, da dies die Gefahr einer verbotenen Doppelbestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG) begründen würde (BGHSt 20, 292, 293; 9, 190, 192; BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Strafen, einbezogene 3; in diese Richtung auch BGH NJW 1997, 2892, 2893).」

（三）小結

總結而言，依德國法，法院於制定執行刑時，如納入先前判決中的部分個別宣告刑，會先撤銷先前判決的執行刑，也就是一個個別宣告刑，僅能被納入一個執行刑的裁判中，不能同時存在於二個執行刑的裁判。而先前判決若尚未確定，則不得納入該判決中的個別宣告刑來制定執行刑，以避免雙重處罰的危險。是以，對於已判決確定之各罪，已經裁定定其應執行之刑者，如其中有某一罪之個別宣告刑同時出現在二個執行刑的裁判，將違反禁止雙重處罰或一事不再理原則，並不限於各罪範圍均相同的情形。

二、日本法

（一）相關規定與說明

依日本刑法第 45 條¹⁵規定，數罪併罰(併合罪)係指①未經判決確定之 2 個以上之罪、②已有某罪經確定判決判處有期徒刑以上之刑，該已經確定判決之罪與上開判決確定前所犯之罪。對於①之併合罪，檢察官得合併起訴，法院得合併審理之。如併合罪之數罪中，有兩個以上應處有期徒刑之罪，同法第 47 條¹⁶規定採加重單一刑主義¹⁷，以最重罪法定刑之最長刑期加重二分之一為最長刑期，但法院所定之最長刑期，不得超過各犯罪法定刑之最長刑期相加總合，最低刑期部分法律無明文，應為最重之罪的最低刑期¹⁸，如偽證罪(3 月以上 10 年以下有期徒刑)與證據隱匿罪(2 年以下有期徒刑)以併合罪處斷，最長刑期為 12 年¹⁹(10 年+2 年)並非 15 年²⁰(10 年+10 年 X0.5)²¹，法院係就各罪形成一個統一之處斷刑²²，以一個主文宣告其刑即

¹⁵ 原文是：第四十五條（併合罪） 確定裁判を経ない二個以上の罪を併合罪とする。ある罪について禁錮以上の刑に処する確定裁判があったときは、その罪とその裁判が確定する前に犯した罪とに限り、併合罪とする。引自電子政府の総合窓口（e-Gov），<https://reurl.cc/7rLLLb>（最後瀏覽：2021 年 7 月 21 日）。

¹⁶ 原文是：第四十七條（有期の懲役及び禁錮の加重）併合罪のうちの二個以上の罪について有期の懲役又は禁錮に処するときは、その最も重い罪について定めた刑の長期にその二分之一を加えたものを長期とする。ただし、それぞれの罪について定めた刑の長期の合計を超えることはできない。引自電子政府の総合窓口（e-Gov），<https://reurl.cc/7rLLLb>（最後瀏覽：2021 年 7 月 21 日）。

¹⁷ 中川武隆，大塚仁、中山善房、古田佑紀、河上和雄(編) 大コンメンタール刑法〈第 4 巻〉第 43 条~第 59 条[第 3 版]，青林書院，2013 年 10 月，263 頁。

¹⁸ 東京高判昭 35・4・29 高刑第 13 卷 3 号 255 頁，<https://reurl.cc/kZvNA3>（最後瀏覽：2021 年 7 月 14 日）。判決要旨：<https://reurl.cc/6akV8Z>（最後瀏覽：2021 年 7 月 14 日）。

¹⁹ 依第 47 條但書規定。

²⁰ 依第 47 條本文。

²¹ 大判明 44・3・21，參見中川武隆，大塚仁、中山善房、古田佑紀、河上和雄(編) 大コンメンタール刑法〈第 4 巻〉第 43 条~第 59 条[第 3 版]，青林書院，2013 年 10 月，269 頁。

²² 最判平成 15・7・10 刑集 57 卷 7 号 903 頁，<https://reurl.cc/6a9WR5>（最後瀏覽：2021 年 7 月 14 日）。判決要旨：<https://reurl.cc/Q9m0vq>（最後瀏覽：2021 年 7 月 14 日）。

可²³。

上掲②之情形，因已存在一個有既判力確定判決，然嗣後經起訴之罪，既屬該確定判決前得併罰之數罪，為求②能與上掲①或有相同之量刑結果，並非將②當作單獨之罪而量處其刑²⁴，依日本刑法第 50 條規定，法院應就未受確定判決部分另為處斷，最高裁判所認為該另為處斷，因與前罪非同一犯罪，係各別之犯罪，因法律規定得以併合罪處理，故並未違反日本國憲法第 39 條之一事不再理原則²⁵。

數罪併罰生有兩個以上之裁判(即上掲②之情形)，其刑罰合併執行(日本刑法第 51 條²⁶第 1 項前段)，不適用在確定判決後所犯之罪²⁷，即確定判決後所犯之罪，與確定判決前所犯之罪，無日本刑法第 51 條第 1 項之適用²⁸。

(二) 小結

依照日本法制及司法實務運作，本得合併起訴、審理之數罪，因其中某罪先行經確定判決判處有期徒刑以上之刑，其他於前開判決確定前所犯之罪，法院應另為處斷，因此形成 2 個以上判決，合併執行各該判決之有期徒刑，且應從重刑度者依順序執行，法院毋庸再另為定應執行刑的裁判，如合計刑度超過 30 年，則超過部分不執行之。

三、美國法

美國對同一被告之複數犯罪科刑時，有「同時進行刑」(Concurrent sentences)及「接續進行刑」(Consecutive sentences)之分，當一被告多數犯罪被定罪後，其多

²³ 最決平成 18・8・30 刑集 60 卷 6 号 457 頁，<https://reurl.cc/83zrqX>(最後瀏覽：2021 年 7 月 14 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/9rx4V>(最後瀏覽：2021 年 7 月 14 日)。

²⁴ 中川武隆，大塚仁、中山善房、古田佑紀、河上和雄(編) 大コンメンタール刑法〈第 4 卷〉第 43 条~第 59 条[第 3 版]，青林書院，2013 年 10 月，278 頁。

²⁵ 最判昭 27・9・12 刑集 6 卷 8 号 1071 頁，<https://reurl.cc/5rVexy>(最後瀏覽：2021 年 7 月 14 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/XWponE>(最後瀏覽：2021 年 7 月 14 日)。

²⁶ 原文是：第五十一条（併合罪に係る二個以上の刑の執行） 併合罪について二個以上の裁判があつたときは、その刑を併せて執行する。ただし、死刑を執行すべきときは、没収を除き、他の刑を執行せず、無期の懲役又は禁錮を執行すべきときは、罰金、科料及び没収を除き、他の刑を執行しない。

2 前項の場合における有期の懲役又は禁錮の執行は、その最も重い罪について定めた刑の長期にその二分の一を加えたものを超えることができない。引自電子政府の総合窓口（e-Gov），<https://reurl.cc/7rLLLb>（最後瀏覽：2021 年 7 月 21 日）。

²⁷ 大判昭 7・5・26 大審院刑事判例集第 11 卷 725 頁，引自国立国会図書館デジタルコレクション，<https://reurl.cc/XWNzv7>(最後瀏覽：2021 年 7 月 21 日)。

²⁸ 中山善房，大塚仁、中山善房、古田佑紀、河上和雄(編) 大コンメンタール刑法〈第 4 卷〉第 43 条~第 59 条[第 3 版]，青林書院，2013 年 10 月，249 頁。

數徒刑應同時計算執行期間，並於最長期徒刑執行期滿時釋放，稱為「同時進行刑」；當一罪執行完畢後，另一罪之刑度才接續開始執行，稱為「接續進行刑」。因此，美國聯邦法複數犯罪之執行只有「接續」或「吸收」兩個選項，並無類似我國定執行刑之制度。

美國聯邦法 18 U.S. Code § 3584 規定：被告因同一犯罪意圖，為數犯罪行為並成立數罪者，法院應宣告「同時進行刑」；非同一裁判宣告之各罪，則以「接續進行刑」為原則。此外之其他情形，法官決定「同時進行刑」或「接續進行刑」時，應考量 18 U.S. Code § 3553(a)所列之量刑因素決定之。

以聯邦最高法院 *Dean v. United States* 案為例²⁹，被告 Dean 與其弟弟於 2 週內共犯 2 次強盜販毒者之案件，手法皆為 Dean 之弟弟持槍毆打及恐嚇被害人，Dean 則搜括被害人處所之財物，Dean 因此被判共謀強盜罪、非法持槍罪、2 次強盜罪、及 2 次聯邦法 18 U.S.C. §924(c)之持槍犯暴力罪共 6 罪。其中持槍犯暴力罪規定該罪之刑應與其他犯罪之刑「接續進行」，首次持槍犯暴力罪處 5 年以上有期徒刑，第 2 次持槍犯暴力罪處 25 年以上有期徒刑。亦即，僅 2 次持槍犯暴力罪即應處 30 年以上有期徒刑。聯邦地區法院法官量刑時，Dean 懇求法官考量上開情形，宣告其他 4 罪為有期徒刑 1 日之「同時進行刑」(亦即共執行 30 年又 1 日)。法官認為被告之請求合乎罪刑相當原則，但根據聯邦量刑指導法則，其無權同意被告請求，而量處被告除持槍犯暴力罪外之其餘 4 罪 40 個月之「同時進行刑」(亦即，該 4 罪中刑期最長者為 40 個月，4 罪同時計算刑期，但與持槍犯暴力罪之 30 年徒刑仍接續進行)。被告上訴，上訴法院維持地區法院判決。被告再上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院認為於此種情形，地區法院法官有權對持槍犯暴力罪外之其餘 4 罪逸脫量刑指導法則規定，為妥適量刑。亦即，持槍犯暴力罪 2 罪共 30 年需與他罪接續執行，其餘 4 罪則不論處 1 日、40 個月或其他量刑指導法則規定範圍內之「同時進行刑」，均為合法。

²⁹ 137 S. Ct. 1170 (2017).

肆、本署對本案法律問題之意見

一、一事不再理之意涵與應用

（一）一事不再理原則之意涵

1. 一事不再理原則之實體法效力

一事不再理原則，在民事、刑事、行政訴訟程序中均屬重要原則。在刑事程序，一事不再理之核心意涵為：國家刑事司法機關，就人民的同一犯罪行為，不得重複追訴、審判或處罰。我國刑事訴訟法第 302 條第 1 款亦規定：案件曾經判決確定者，應諭知免訴判決。」第 303 條第 2 款亦規定：「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。此一意義下的一事不再理原則，旨在禁止對同一犯罪行為之重複刑罰評價，可理解為具有實體法效力的一事不再理意涵，亦可稱為一事不再理的實質意義，亦即禁止雙重危險原則。

2. 一事不再理原則之程序法效力

一事不再理原則，除前述禁止雙重危險之實體法效力外，在程序法上具有另一意涵，此一意涵與既判力有關，乃源自另一個拉丁法諺“*res judicata pro veritate accipitur*”（a thing adjudicated is to be accepted as truth）；該法諺意即經裁判之事項應視為真實，通常簡稱 *Res judicata*。前述我國刑事訴訟法第 302 條第 1 款及第 303 條第 2 款之規定，乃是此一事不再理原則的程序法意涵的直接表述，亦即一事不再理原則的程序法效力。³⁰話說回來，一事不再理之程序法效力，其最終目的亦在避免對同一行為之重複刑事評價，僅在訴訟法規定上，以免訴或不受理判決之程序法規範，達成禁止雙重危險之目標，兩者可謂一體之兩面。

（二）一事不再理原則與定應執行刑（裁定）之關係

定應執行刑一事，在法律上雖無非較原宣告刑之刑度加總為低不可之規定，但在實務上，定應執行刑的結果卻往往有利於被告。因此，只要合於法定要件，亦即所有在定應執行刑之基準判決確定之前所犯罪之罪，其科刑判決均可與該確定判決一併定其應執行刑。對於此等案件，被告本即有權求請檢察官或由檢察官依職權向法院聲請定應執行刑（刑事訴訟法第 477 條）。

³⁰ 最高法院 110 年度台上字第 2809 號刑事判決，對於一事不再理原則之意涵與違反該原則之法律效果，亦多所著墨（請自行參照）。

如前所述，重複裁定應執行刑之作法，表面上雖均違反一事不再理原則，但實質上則未必造成一事不再理原則之違反。重複定刑實質上是否違反此一事不再理原則，一以重複定刑之結果是否違反對同一行為重複為刑事評價之結果為斷，亦即以是否違反禁止雙重危險原則作為判準，而與前後裁定範圍在形式上是否完全重複一事，並無必然關聯。

二、重複裁定應執行刑之四種可能型態

我國不同或相同法院，先後以裁定就多數有罪判決之宣告刑定其應執行刑，而其定刑裁定範圍（即據以定應執行刑之多數有罪判決）重複之情形，實務上相當常見。此種定刑裁定範圍交疊的裁定，依其重複方式區分，理論上大約有下列 4 種型態：1、前後定應執行刑裁定之各罪判決完全相同（ $ABC=ABC$ ）者。2、前定刑裁定之各罪判決範圍，大於後定刑裁定之範圍（ $ABCD>ABC$ ；即前者範圍大於後者，亦可謂前者為母集合、後者為其子集合）者。3、前定刑裁定之各罪判決範圍，小於後定刑裁定之範圍（ $ABC<ABCD$ ；即後者範圍大於前者，亦可謂後者為母集合、前者為其子集合）者。4、前後裁定範圍有部分重疊，而非屬其一裁定範圍涵括其他者（ $ABC\neq CDE$ ；兩者關係為交集）。

上述第 1、2 種重複型態，在實務上並不常見。但因不同法院或法庭之裁定時間交疊，或未經切實查證，在定刑聲請係由不同檢察官依受刑人請求，或各依職權聲請之情形，亦不無可能發生此類定刑裁定重複之情事。

上述第 3、4 種重複類型，在實務上則十分常見。第 3 類，由前一裁定觀點言之，可認全部重複；由後一裁定觀點言之，僅為部分重複（前述第 2 類之重複型態則反是）。第 4 類純為部分重複，然其重複範圍，亦有大小之異，而有多種可能組合。

三、我國實務對重複定應執行刑之處理

我國實務見解一向認為，只要符合刑法總則所規定定應執行之要件，經依裁定定應執行刑之後，仍得再與其他判決所處之刑定其應執行刑，然則此種作法必然產生定刑裁定重複之問題。為解決此一問題之處理，最高法院早在 57 年度台抗字第 198 號刑事裁定中，即已提出「原已定應執行刑之案件，經再定其應執行之刑後，原定執行刑之裁定，即自動失其效力」之見解。嚴格說來，此一見解僅適用於上述第 3 類重複定刑，亦即後裁定定刑裁定範圍大於前裁定定刑裁定範圍之類型。由於

此種案件類型的處理，並無對同一犯罪重複為實質不利被告評價之虞慮，亦即不生作為一事不再理核心概念之雙重危險的問題，故無違反一事不再理原則可言。

至於其他三種類型，則或者不符該裁定所稱「再與其他判決所處之刑定其應執行刑」之要件（例如第 1、2 重複類型），或者無法達到「原定執行刑之裁定，即自動失其效力」之效果（例如第 4 類型）。換句話說，吾人無法以此一裁定所宣示之原則解決所有重複定刑之問題。亦即仍然有部分重複定應執行刑案件，受理法院須以違反一事不再理原則為由，駁回其定應執行刑之聲請。

四、肯定說與否定說應以何說為可採？

前述實務見解中，肯定說認為，前後定應執行刑裁定之定刑範圍須全部重複，始違反一事不再理原則。否定說則認為，「只要」定刑裁定範圍部分重複「即應」認為違反一事不再理原則。二說應以何者可採？其可採與否之根本理由何在？不無辨明必要。

（一）68 年台非字第 50 號判決所涉重複定刑案型（略）

（二）「完全相同之數罪已定應執行刑後，又再重複定應執行刑」之確切意涵及其處理方式（略）

（三）第 3 類重複定刑類型案件之處理——不違反一事不再理原則

除上述前後裁定定刑裁定範圍完全重複之定應執行刑案型之外，依照前述案型分類，尚有由前一定刑裁定範圍之觀點，認為前一定刑裁定範圍（例如 A,B,C 三個有罪判決）為後一定刑裁定（例如 A,B,C,D 四個有罪判決）所完全賅括（實則前後裁定範圍並非完全相同）者，亦即前述第 3 類重複定刑類型。此種重複定刑類型，由前一裁定觀點視，或亦可謂為「完全相同之數罪已定應執行刑後，又再重複定應執行刑」之案型³¹。就此案型，依前述 57 年度台抗字第 198 號刑事裁定等歷來實務見解，只要後一裁定之聲請符合前述刑法第 53 條、第 51 條所定要件，定應執行刑之後，仍得再與其他判決所處之刑定其應執行刑。原已定應執行刑之案件，經再定其應執行之刑後，原定執行刑之裁定，即自動失其效力。然則，前裁定範圍之各罪行為，實質上既未為重複之刑罰評價，對被告不造成雙重危險，而無不利益，後一裁定即無違反一事不再理原則可言。

³¹ 若由後裁定角度觀之，則前後定刑範圍僅為部分重複，固不待言。

（四）以否定說為可採之主要理由

持否定說者認為，對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行之刑者，如又重複裁定其應執行之刑，不論其定刑範圍為全部重複或部分重複，均違反一事不再理原則。除非因為增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪；或原定應執行刑之數罪中有部分犯罪，因有其他法定原因致原裁判定刑之基礎已經變動，而有另定應執行刑之必要。

鑑於否定說已將「增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪」之重複定刑類型，排除於違反一事不再理原則案型之外。亦即前述第 3 類之重複定應執行刑案型，並不違反一事不再理原則。僅其他前後裁定定刑範圍單純部分重複之案型，始違反一事不再理原則。本署因認否定說較為可採。

（五）何以部分重複定刑之後裁定有違一事不再理原則？

前述第 3 類重複定刑之後裁定，由於裁定後導致前裁定自動失效之緣故，前裁定形同不存，因而不違反一事不再理原則，理由已見前述。至於典型的部分重複定裁定，亦即第 4 類之重複定刑裁定，則違反一事不再理原則，其理由何在？蓋於第 3 類重複定刑裁定，由後裁定之角度觀之，亦可謂為某種型態的部分重複；何以同為「部分重複」之定刑裁定，第 3 類重複定刑裁定之後裁定不違反一事不再理原則，第 4 類重複定刑裁定之後裁定卻違反一事不再理原則？主要原因乃第 3 類重複定刑之後裁定定刑範圍大於或涵括前裁定定刑範圍，後裁定之定刑範圍已足以完全取代前裁定之定刑範圍，若依前述 57 年度台抗字第 198 號裁定意旨，進行「前定之執行刑當然失效」之實務操作，只要不違反不利益變更禁止原則，即可不生對同等犯罪行為作重複刑事評價之問題，無發生雙重危險之虞，因而不違反一事不再理原則。然而，在第 4 類重複定刑裁定，由於後裁定之定刑範圍並未全部分涵括前裁定之定刑範圍，二者之間僅有部分交集而已；後裁定縱令為之，亦無法取代前裁定，因而無從依 57 年度台抗字第 198 號裁定之裁定意旨為前裁定失效之實務操作，則交集部分之犯罪必然造成雙重刑罰評價，顯然有不利被告的雙重危險發生，自於一事不再理原則有違。

五、59 年度台抗字第 367 號刑事裁定不再援用後類似問題之處理（略）

六、本署就 110 台抗大 489 字第 1100000047 號函附件補提問題之意見

（略）

七、原審裁定之適法性問題（略）

伍、結論

重複以裁定定應執行刑，是否違反一事不再理原則，不宜僅依前後定應執行刑裁判之範圍是否完全重疊或僅部分重疊作為區分標準，而應以重複定刑結果是否發生就同一犯罪行為造成重複刑罰評價為斷。蓋前後定刑裁定範圍究為全部重複或一部重複，由不同角度觀察，可能有不同結果。某些部分重複定刑裁定並不違反一事不再理原則，此種不違反一事不再理原則之部分重複裁定，就前裁定角度而言，亦可謂為全部重複，足認以定刑範圍全部重複或部分重複，並非最佳區分標準。

前後不同定刑裁定範圍部分重疊，而在前裁定範圍不被在後裁定之定刑範圍所包括時，必然發生重複刑罰評價之結果，固然違反一事不再理原則。然若前後裁定範圍部分重疊，但前裁定之定刑裁定範圍為後裁定之定刑裁定範圍所完全涵括（即前述第 3 類之重複定刑類型），依照我國實務見解，此種案例中之前一裁定，因被後一裁定所取代而失效，實質上不致發生就相同犯罪行為作重複刑罰評價之情事，自可認為不違反一事不再理原則。

鑑於否定說已將「增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪」之重複定刑類型，排除於違反一事不再理原則案型之外。亦即前述第 3 類之重複定應執行刑案型，並不違反一事不再理原則，本署認為否定說較為可採。

本署亦贊同 103 年第 14 次刑事庭會議決議有關不利益變更禁止原則部分之見解：就前後定刑裁定範圍重疊部分之定刑結果，後一定刑裁定所定刑度不得高於前者，此一原則應予維持。然而，本署認為，在後裁定範圍大於且完全涵括前裁定範圍之案型，於後裁定確定後，前裁定自動失效之實務見解，仍應繼續維持。但為避免後裁定作成時，確形式上違反一事不再理原則之缺失，建議仿照德國實務作法，於為後裁定之際，先行或同時將前裁定撤銷，以確保程序上之適法性。

此外，為避免造成有關不利益變更禁止之爭議，建議大法庭作成「在後裁定定刑裁定範圍大於且完全涵括前裁定範圍之案例，後裁定之應執行刑減去新加入定刑之宣告刑後，不得高於先前所定之應執行刑」，以避免後裁定就重疊範圍部分之量刑結果重於前裁定之情形發生。

就貴院 110 年 7 月 23 日台刑大 110 台抗大 489 字第 1100000047 號函附件所提問題。在前後裁定定刑範圍均為（甲、乙、丙）之裁定，應認後裁定均違反一事不

再理，以免產生程序浪費，並免發生風紀疑慮。至前裁定定刑範圍為（甲、乙、丙），後裁定定刑範圍與之部分重疊者，不論其形式為（甲、乙）組合、（乙、丙）組合或（甲、丙）組合，或（丙、丁）組合，亦均違反一事不再理原則。蓋（甲、乙、丙）組定刑裁定不致因為其後定刑裁定範圍部分重複之裁定而失其效力，被告將分別就（甲、乙）二罪、（乙、丙）二罪、（甲、丙）二罪或（丙）罪部分，遭受雙重刑事評價之故。

此致

最高法院

中 華 民 國 110 年 8 月 5 日

陸、附件清冊

最高法院 110 年度台抗大字第 489 號刑事裁定主文

已經裁判定應執行刑確定之各罪，如再就其各罪之全部或部分重複定應執行刑，均屬違反一事不再理原則，不以定刑之各罪範圍全部相同者為限。

【第二十案】湯○華殺人案

爭點：公民與政治權利國際公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」對應至我國法，是否應排除行為人基於間接故意之殺人罪？亦即，我國法院對於基於間接故意犯殺人罪且情節重大的被告，得否判處死刑？

最高檢察署檢察總長非常上訴暨提案大法庭聲請書

原文目錄

壹、前言

貳、所涉及之法令

一、刑法殺人罪

二、公政公約第 6 條第 2 項之釋義

參、法律見解歧異(並具有原則重要性)之裁判

一、肯定說

二、否定說

三、持否定說判決之說理均有明顯錯誤

四、該歧異及具有原則重要性見解對於裁判結果之影響

肆、相關學說

一、肯定說

二、否定說

伍、外國立法例

一、美國法

(一)殺人罪

(二)科處死刑

二、日本法

(一)死刑可否之論述開展

(二)死刑可否之程序運作

(三)選擇死刑的基準

(四)未必故意殺人得判處死刑

三、小結

陸、本署見解

一、「間接故意」之不法內涵與罪責，未必比「直接故意」輕微

二、死刑目前仍是我國法律明文承認的刑罰，法官不能拒絕適用法律

三、依人權事務委員會 2018 年第 36 號一般性意見，公政公約第 6 條第 2 項「情節最重大之罪」包括間接故意殺人

四、結論

柒、案經確定，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正。

捌、附件清冊

壹、前言(略)

貳、所涉及之法令

一、刑法殺人罪(略)

二、公政公約第 6 條第 2 項之釋義

聯合國 1966 年通過公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights，以下稱「公政公約」），並於 1976 年生效，與經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic Social and Cultural Rights）合稱「兩公約」，我國立法院於 2009 年 3 月 31 日批准「公政公約」，並於同日通過「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」（以下稱「兩公約施行法」），並於 2009 年 12 月 10 日施行。

公政公約第 6 條第 2 項規定：「凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪(the most serious crimes)，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑。死刑非依管轄法院終局判決，不得執行。……¹。」兩公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」

¹ 全國法規資料庫，公民與政治權利國際公約，International Covenant on Civil and Political Rights, Article 6, “2. In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgment rendered by a competent court.” <https://reurl.cc/0jp6Xk>(最後瀏覽：2021 年 6 月 8 日)。

第 3 條規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」則上開公約、立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋，均具有我國內國法之效力。因為公政公約第 6 條第 2 項條文只稱「情節最重大之罪」，無法僅從上開文字得知具體內容，法官適用公政公約時，應注意人權事務委員會之解釋之內容，不宜望文生義自行詮釋。

對於「人權事務委員會」解釋「公政公約」之專屬職權，最高法院 103 年台上字第 3062 號判決曾清楚解釋：「而「公政公約」係於 1966 年經聯合國大會決議通過，於 1976 年生效，上開「人權事務委員會」(Human Rights Committee)，係依「公政公約」第 28 條規定所設置，負責公政公約之監督與執行。另「人權委員會」(Commission on Human Rights)，則係經社理事會依聯合國憲章於 1946 年決議設立（二〇〇六年為聯合國大會決議所設立之人權理事會《Human Rights Council》所取代，以下仍以「人權委員會」稱之）；是「人權委員會」與「人權事務委員會」不同。又「經社文公約」之監督及執行機構，原為經社理事會（經社理事會就各締約國及專門機關提出有關人權問題之報告，得交由「人權委員會」研討並提具一般建議或斟酌情形，供其參考），但經社理事會於 1985 年決議另外設立經濟社會文化權利委員會（Committee on Economic, Social and Cultural Rights，下稱「經社文委員會」）來負責。」

關於人權事務委員會對「公政公約」之解釋，目前有人權事務委員會審查締約國國家報告的解釋、審查締約國個人訴訟的解釋以及一般意見三種²，法院詮釋公政公約第 6 條第 2 項「情節最重大之罪」的意涵時，應具體指出係依據人權事務委員會哪一號解釋或意見，不能泛指依據公政公約第 6 條條文規定或依據人權事務委員會相關解釋，否則法院無異於假公政公約規定或人權事務委員會解釋之名，實際自行決定公約實際內容³。

人權事務委員會於 2018 年第 124 屆會議第 36 號一般性意見，就公政公約第 6 條生命權有所詮釋，而第 35 段闡釋「情節最重大之罪」的意涵：「『情節最重大之罪』一詞必須作嚴格解讀，僅限於涉及故意殺人(intentional killing)的極嚴重罪行。

² 廖福特，「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視，臺大法學論叢，43 卷特刊，2014 年 11 月，911 頁以下，916 頁。

³ 廖福特，「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視，臺大法學論叢，43 卷特刊，2014 年 11 月，911 頁以下，920-924 頁。

在第六條的架構內，未直接和故意導致死亡的罪行(**Crimes not resulting directly and intentionally in death**)，如謀殺未遂、貪腐及其他經濟和政治罪行、武裝搶劫、海盜行為、綁架以及毒品和性犯罪儘管具有嚴重性質，但絕不能作為判處死刑的理由。同樣地，有限度地參與或共犯即便情節最重大之罪，例如為謀殺提供實際工具，也不能作為判處死刑的理由。締約國有義務審查其刑事法律，以確保不對未構成情節最重大之罪的罪名判處死刑。締約國還應撤銷對未構成情節最重大之罪的死刑判決，並採取必要的法律程序，對此類罪行已被定罪的人重新判決⁴。」

從人權事務委員會之上開意見可知，「情節最重大之罪」限於故意殺人之罪行，人權事務委員會並強調沒有造成死亡結果的犯罪不得判處死刑。其中“Intent”、“intentional”屬於英美普通法之專門法律術語，指故意犯(包括我國之意圖犯、直接故意犯與間接故意犯，詳後述)。在上揭“Crimes not resulting directly and intentionally in death”，“intentionally”前面雖然有“directly”，但“directly”係修飾導致直接死亡結果的罪行，並非用來指涉「直接故意」。國內部分判決及少數學者意見乃謂人權事務委員會本段解釋係指「情節最重大之罪」限基於「直接故意」犯殺人罪，並因此主張基於「間接故意」殺人之罪行，非「情節最重大之罪」，實屬誤會。

參、法律見解歧異(並具有原則重要性)之裁判

- 一、肯定說(略)
- 二、否定說(略)
- 三、持否定說判決之說理均有明顯錯誤

採否定說之最高法院 103 年度台上字第 807 號判決為我國「兩公約施行法」施

⁴ 法務部人權大步走網站，公民與政治權利國際公約第 36 號一般性意見(中文版)，第 8 頁，<https://reurl.cc/Enp6m0> (參閱日期：2021 年 6 月 8 日)。

“The term ‘the most serious crimes’ must be read restrictively and appertain only to crimes of extreme gravity, involving intentional killing. **Crimes not resulting directly and intentionally in death, such as attempted murder, corruption and other economic and political crimes, armed robbery, piracy, abduction, drug and sexual offences, although serious in nature, can never serve as the basis, within the framework of article 6, for the imposition of the death penalty.** In the same vein, a limited degree of involvement or of complicity in the commission of even the most serious crimes, such as providing the physical means for the commission of murder, cannot justify the imposition of the death penalty. States parties are under an obligation to review their criminal laws so as to ensure that the death penalty is not imposed for crimes which do not qualify as the most serious crimes. They should also revoke death sentences issued for crimes not qualifying as the most serious crimes and pursue the necessary legal procedures to re-sentence those convicted for such crimes.”引自：UN Treaty Body Database，<https://reurl.cc/6aEd1d> (參閱日期：2021 年 6 月 8 日)。

行後，首先認為依據人權事務委員會相關解釋，公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」只限於直接故意殺人之判決，應排除行為人基於間接故意殺人罪。惟該判決僅稱「依據人權事務委員會相關解釋」，並未指出人權事務委員會具體解釋案例，致無從查證該判決究竟指人權事務委員會哪一號解釋。實際上，本署檢視結果，未發現人權事務委員會有任何解釋、案例或意見認為公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」限於直接故意。最高法院 108 年度台上字第 3830 號判決亦持否定說，惜未提出任何說理及依據。

最高法院 109 年度台上字第 940 號判決持否定說，則間接依原判決援引聯合國經濟及社會理事會決議公布之「保障死刑犯人權保證條款」(Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty)第 1 條及人權事務委員會於 2018 年通過之第 36 號一般性意見。然而，聯合國經濟及社會理事會公布之「保障死刑犯人權保證條款」屬於引導性質，並無法律拘束力⁵，且「保障死刑犯人權保證條款」第 1 條(中文簡體版)係規定：「在沒有廢除死刑的國家，只有最嚴重的罪行可判處死刑，應理解為死刑的範圍只限於對蓄意而結果為害命或其他極端嚴重後果的罪行。⁶」對照英文版(“intentional crimes with lethal or other extremely grave consequences”)，可知該條解釋「情節最重大之罪」之範圍包括故意殺人罪及其他極端嚴重後果之犯罪，並未表示「情節最重大之罪」只限於直接故意殺人罪。至於人權事務委員會 2018 年第 36 號一般性意見確實屬於有拘束力之法律意見，但人權事務委員會之上開意見指「情節最重大之罪」限於故意殺人，而非限於「直接故意殺人」，已於本非常上訴書貳、二介紹，不重複贅述。

綜上，持否定說之最高法院判決或未提出任何依據，或基於對「公政公約」有權解釋機關意見之明顯誤解，說理均有明顯錯誤。至於系爭判決之錯誤及不當，另詳見後述陸、本署意見。

四、該歧異及具有原則重要性見解對於裁判結果之影響

本提案之法律問題最高法院已經發生歧見，至今尚未統一見解，影響法院對該

⁵ 廖福特，「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視，臺大法學論叢，43 卷特刊，2014 年 11 月，911 頁以下，925-926 頁。

⁶ 參閱聯合國電子圖書館(United Nations Digital Library) <https://digitallibrary.un.org/record/70601> (2021 年 7 月 21 日參閱)

類案件之量刑；且提案之法律問題具有原則重要性，對告訴人及被告權益影響深遠，並非細節問題，因此有提案予刑事大法庭之必要。

肆、相關學說

一、肯定說

系爭判決以行為人基於間接故意殺人，不符公政公約第6條第2項死刑限於「情節最重大之罪」為理由，撤銷原死刑判決並改判無期徒刑。經最高法院公布判決要旨後，輿論譁然，我國學界多有討論。以下依發表時間之先後順序將其中較具代表性之意見重點節錄如下：

吳巡龍檢察官認為：「英、美等普通法系國家，依被告主觀犯意分為五種犯罪類別：特定意圖犯、故意犯、有認識重大過失、刑事過失、無過失責任。其中特定意圖犯與我國意圖犯相似；故意犯（*general intent*）則指故意為某項犯罪行為，如本案放火，其內涵包括我國的確定故意（知道會燒死人）與不確定故意（知道可能會燒死人，但不確定是不是真的會發生這結果）。國際公約及普通法系國家刑法之 *intentional killing*，包括特定意圖犯與故意犯，故意犯又包括直接故意與間接故意。對此，主張廢除死刑的刑事改革國際聯盟推動修法建議，欲將公約「最嚴重之罪」限於特定意圖犯，但該建議迄今未被採行」⁷。

趙萃文教授認為：最高法院本案判決認為依公政公約規定必須基於殺人的「確定故意」才能判死，若基於不確定故意則無法判死。「然而，此號意見根本未框架判處死刑僅限定在刑法第 13 條第 1 項確定故意（直接故意），而同條第 2 項的不確定故意則不能處死。最高法院如此認定，毋寧是司法實務的創見。……事實上「確定故意和未必故意均屬故意，毫無輕重之別」。依照最高法院的本案見解，若基於間接故意縱火，即便燒死數十人亦無法判處死刑，道理明顯不通。……台灣若要廢死，應透過民意修法堂堂正正直球對決，或向大法官申請釋憲，才是根本之道。」⁸

廖元豪教授認為：「『36 號意見書』在第 35 段指出「情節最重大之罪」必須「僅限於程度極嚴重之『故意殺人』」行為。它並沒有將「故意殺人」（*intentional killing*）區分為「直接故意」或「間接故意」。接著，意見書繼續從反面例子來說

⁷ 吳巡龍，判死改無期 最高法院誤解國際公約？聯合報，民意論壇，2021 年 7 月 3 日。

⁸ 趙萃文，自由時報，自由開講，間接故意燒死 6 人無法判死？2021 年 7 月 4 日，
<https://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/3591610> (2021 年 7 月 19 日查閱)。

明，哪些案件不能算是「故意殺人」——若是犯罪行為並非直接導致死亡，或並非故意致死（Crimes not resulting directly and intentionally in death），則不算是「故意殺人」。意見書中舉了一些例子，例如持械搶劫、性犯罪等，均屬相當嚴重的罪行，然而都不是「故意殺人」，因此都不可以判處死刑。……死刑目前仍是中華民國法律中明文承認的刑罰，法官不能拒絕適用法律。在個案中，法官可以依法理嚴格限縮死刑之適用範圍，但法官畢竟是法的僕人，不可在行使司法權之際，任意展現自己的主觀價值。如果法官真心基於自己的法學見解，認為「間接故意」就不是「情節最重大之罪」，那就請清晰地論證，而不要甩鍋給無關的兩公約。事實上，一般大眾難以理解的，就是這種怪異的論述——「情節重大」與「直接或間接故意」有什麼關係呢？最高法院自己都表示，湯○華「危害公共安全及社會秩序至深且鉅，其犯罪情節事項極為嚴重」，卻又說「因為依公政公約，間接故意就不是情節重大」，那民眾當然覺得「兩公約」是個莫名其妙、不合常理的東西啊。自己不想判人死刑，又不願意面對社會輿論，就把公政公約搬出來當人肉盾牌。這樣將人權公約污名化，是很糟糕的法治示範。……扭曲、甩鍋兩公約，等於是誤用法律⁹。

孫健智法官亦表示：「間接故意的原文是 *dolus eventualis*，字面意思是『終究是故意』，而《刑法》、「公政公約」或〈第 36 號一般性意見〉都未曾預設，『終究是故意』當然好過「明知故犯」，光是指出這個殺人犯是出於間接故意、所以不能判處死刑，論理似有不足。¹⁰」

二、否定說

最高法院吳燦院長認為：「刑法第 13 條第 2 項之間接故意，與第 14 條第 2 項之疏虞過失，在英美法上，合稱為『不注意』（*Recklessness*），直接故意與間接故意兩者性質、態樣既非相同，其惡性之評價當非無輕重之別，自影響於行為人責任及量刑結果。¹¹」「美國法規定，判處死刑，必須具備特定之加重條件；反之，如具備特定之減輕條件，則不得判處死刑。¹²」因而主張行為人必須是「蓄意」、直接、確定故意殺人，且造成死亡結果之犯意，始屬於公政公約第 6 條第 2 項「情節最重大

⁹ 廖元豪，湯景華縱火殺人不判死刑，別牽扯兩公約，風傳媒，2021 年 7 月 5 日。

¹⁰ 孫健智，間接故意殺人就不會是最嚴重罪行嗎？湯景華案省思與法院誤譯，鳴人堂，2021 年 7 月 22 日，<https://opinion.udn.com/opinion/story/11917/5617108> (2021 年 7 月 23 日參閱)。

¹¹ 吳燦，「教化可能性」於死刑案件量刑之定位，檢察新論，23 期，2018 年 2 月，頁 17。

¹² 吳燦，「教化可能性」於死刑案件量刑之定位，檢察新論，23 期，2018 年 2 月，頁 19。

之罪」，倘僅是具有殺人之「不確定故意」，即不符合公政公約第 6 條第 2 項「情節最重大之罪」之規定¹³。惟吳燦院長對英美法犯罪主觀要件要素及美國法「刑罰減輕條件」之上開論述均有所誤解(詳見本非常上訴書伍、一美國法)，可能因此影響其結論。

謝煜偉教授則認為：「關於公政公約第6條第2項前段所謂『情節最嚴重罪行』，按照2018年人權事務委員會第36號一般性意見第5段：『對於最嚴重的罪行，僅在最特殊的情況下和在最嚴格的限制下適用死刑』。在最嚴格限制的基調下，根據前述相關段落，可描繪出『情節最嚴重罪行』的認定內涵，包括：直接故意造成死亡結果」¹⁴。

台灣廢死聯盟法務主任林慈偉表示：「公政公約對死刑的態度是廢除死刑。這從公政公約第6條第2項及第6項均強烈暗示簽署國至少能漸進式地廢除死刑，就看得出來。廢除死刑是整部公政公約對於死刑問題的基本態度。……所以公政公約第6條第2項的內容必須作狹義解釋、非常嚴格限縮的解釋。……情節最嚴重罪行的概念範圍應不包含「間接故意」殺人這種態樣。也就是說，經過本土個案的解釋適用，「蓄意殺害並造成生命喪失」僅限於直接故意情形，不含間接故意；間接故意的殺人行為，無從構成情節最嚴重的罪行。¹⁵」

伍、外國立法例

一、美國法

(一)殺人罪

英美普通法(common law)依被告主觀犯意(Mens rea)區分為五種犯罪類別：特定意圖犯(specific intent)、故意犯(general intent)、有認識重大過失 (recklessness)、刑事過失(criminal negligence)、無過失責任¹⁶ (strict liability)。其中 specific intent 與我國意圖犯相似¹⁷，指行為人除故意為某項犯罪行為外，並符合法律特別明定之意圖，例如竊盜、詐欺等財產性犯罪，其構成要件包括「意圖為自己或他人不法之所有」，

¹³ 吳燦，「教化可能性」於死刑案件量刑之定位，檢察新論，23期，2018年2月，頁17。

¹⁴ 謝煜偉，聯合國人權事務委員會關於公政公約第6條生命權提出之第36號一般性意見(CCPR/C/GC/36)對我國死刑量刑基準的影響(二)，法務通訊，3027期，2020年10月23日，第6頁。

¹⁵ 林慈偉，你今天「公約自助餐」了嗎？情節最嚴重的罪行一定會判死？

¹⁶ 例如與14歲以下少年為性行為。

¹⁷ Specific intent 指行為人有法律特定的主觀要素，其範圍包括但不限於我國的意圖犯。

屬於此類犯罪。*general intent* 指故意為某項犯罪行為，與我國故意犯大致相當。因此，除非立法機關以法條作特別限縮，否則“*intentional crimes*”包括特定意圖犯(*specific intent*)與故意犯(*general intent*)，故意犯則包括我國之直接故意與間接故意¹⁸。

另外，英美普通法之故意(*intent*)也可區分為「直接故意」(*direct intent*)與「推定故意」(*constructive intent*)¹⁹，「推定故意」與我國「不確定故意」類似，例如陪審團得因行為人使用致命武器或致命方式攻擊被害人推定其故意(“*deadly weapon doctrine*”)²⁰。因為英美普通法直接故意與推定故意之刑責並無區別，且陪審團不必交待其究竟認定行為人出於直接故意或推定故意，所以此一分類通常無法從法院個案判決中得知陪審團之判斷。

英美普通法殺人罪指有下列 4 種犯意之一(英美法稱為“*malice aforethought*”)且其行為產生他人死亡之結果：(1)有殺人意欲(*intent to kill a human being*)，(2)有重傷害意欲(*intent to inflict grievous bodily injury on another*)，(3)有認識之重大過失(*reckless indifference to an unjustifiably high risk to human life*)，(4)有犯重罪意欲(*intent to commit a felony*)。其中「有認識重大過失」(*recklessness*)介於我國重大過失及不確定故意之間，指對危險有認識，但並不期待犯罪結果發生的重大過失，其處罰遠重於過失犯。例如行為人瞄準友人置於頭上的蘋果，自信槍法神準可擊中蘋果，結果擊斃友人，屬於「有認識重大過失」(*recklessness*)，構成“*depraved heart murder*”，依英美傳統普通法應構成殺人罪，依目前美國各州州法屬於二級殺人罪或三級殺人罪，而非過失致死罪。例如 2020 年美國 Minnesota 州發生 Derek Chauvin 等警察逮捕非裔嫌犯 George Floyd 時，George Floyd 已被壓制躺在地上面朝下，Derek Chauvin 仍以膝蓋壓制 George Floyd 脖子約 9 分鐘，導致 George Floyd 死亡，歐、美多地因此發生種族示威抗議及暴動，Derek Chauvin 當時雖沒有殺人故意，仍分別

¹⁸ 關於 *specific intent* 與 *general intent* 之意義與區別，請參閱 Wayne R. Lafave & Austin W. Scott, Jr., *Criminal Law* (2nd Edition), 224 (1986). William Wilson, *Murder by Omission: Some Observations on A Mismatch between the General and Special Parts*, 13 *New Crim. L. R.* 1, 11 (2010)“The meaning of intention in the English context approximates to that in the United States. It includes both direct and indirect intention or knowledge.” Michael H. Hoffheimer, *Murder and Manslaughter in Mississippi: Unintentional Killing*, 71 *Miss. L.J.* 35, 51, n. 41 (2001), “Both Soviet and German law take an indirect intention (*dolus eventualis*) to be sufficient to constitute intentional killing. The technical definition of indirect intention is that if the actor engages in life-endangering behavior, **his killing is intentional if he ‘reconcile himself’ or ‘makes peace’ with the likelihood of death....**”

¹⁹ *Ballew v. Asheville & E. T. R. Co.*, 186 N.C. 704 (1923).

²⁰ Wayne R. Lafave & Austin W. Scott, Jr., *Criminal Law* (2nd Edition), 613 (1986).

因重罪殺人(二級殺人)、有認識重大過失殺人(depraved heart murder, 三級殺人)等罪被地方法院判處有罪²¹, 目前被告提起上訴中。

美國法曹協會(American Law Institute)於 1962 年完成編纂、出版之模範刑法典則將「故意」之「知」(knowingly)與「欲」(purposely)分為二構成要件要素, 分開規定, 其中「知」包括「明知」及「推定知悉」(inferred knowledge, constructive knowledge)²²。美國聯邦及各州有採普通法者, 有採模範刑法典模式者, 有混合兼採者, 並有一級殺人、二級殺人之區別, 有的州法甚至將殺人罪分為三級(例如前述 Minnesota 州), 但不論採那一種立法模式, 縱火致人死亡通常都列為最嚴重的一級殺人罪, 得判處死刑。美國聯邦法採普通法立法模式, 聯邦法 18 U.S.C. § 1111 即規定縱火致人死亡屬於一級殺人, 應處死刑或無期徒刑²³。

(二)科處死刑

美國於 1992 年批准公政公約, 但仍保留死刑制度。聯邦最高法院在 Robert v. Louisiana 案²⁴表示: 法定刑若為唯一死刑, 而無其他選項, 陪審團裁量是否科處被告死刑時, 將無法考量個案之特別情狀, 應屬違憲。聯邦最高法院並在 Furman v. Georgia 案²⁵要求聯邦及各州政府對於科處死刑應設明確準則, 不得恣意; 聯邦及各州政府因此均制定科處死刑之相關法律規範。

²¹ Wikipedia, Derek Chauvin, https://en.wikipedia.org/wiki/Derek_Chauvin#cite_note-McCaskill-2(2021 年 7 月 23 日參閱)。

²² Model Penal Code, Sec. 2.02. “(2) (b) Knowingly. A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when:

(i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and

(ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

.....

(7) Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.”

²³ 18 U.S.C. § 1111, “(a) Murder is the unlawful killing of a human being with malice aforethought. Every murder perpetrated by poison, lying in wait, or any other kind of willful, deliberate, malicious, and premeditated killing; or committed in the perpetration of, or attempt to perpetrate, any arson, escape, murder, kidnapping, treason, espionage, sabotage, aggravated sexual abuse or sexual abuse, child abuse, burglary, or robbery; or perpetrated as part of a pattern or practice of assault or torture against a child or children; or perpetrated from a premeditated design unlawfully and maliciously to effect the death of any human being other than him who is killed, is murder in the first degree.

Any other murder is murder in the second degree. (b) Within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, Whoever is guilty of murder in the first degree shall be punished by death or by imprisonment for life;”.

²⁴ 428 U.S. 325 (1976).

²⁵ 408 U.S. 238 (1972).

美國聯邦政府 1994 年制訂 The Federal Death Penalty Act，其中 18 U.S. Code § 3592 條列舉法院在決定是否對被告處以死刑時，應考量之減輕與加重因素。「減輕刑罰因素」有下列八項：(1)被告認知能力之減弱，(2)被告受到脅迫，(3)被告參與程度較低，(4)其他同等可責之被告並未被判處死刑，(5)被告無重要之前科，(6)被告犯罪時是處於心智或情緒上之嚴重干擾，(7)被害人對於導致其死亡之犯罪行為有表示同意，(8)其他因素（被告之成長背景、紀錄或性格，或該犯行之其他足以避免判死之情況）²⁶。

所謂「加重刑罰因素」，指本案具有某些特別嚴重的犯罪情節或被告個人因素，被立法者認為有較其他相同犯罪更為嚴重之情況。個案至少必須具有一項加重因素，才能被判處死刑。殺人罪(如前解釋，縱火致人死亡屬於最嚴重的一級殺人罪)的加重因素有下列 16 項：(1)在實行或企圖實行下列各罪時，或犯後立即逃逸時，發生死亡或傷害致死情形（該項條文列舉二十多種聯邦犯罪），(2)有涉及槍砲彈藥的暴力重罪之前科，(3)曾犯得處以死刑或終身監禁之致他人死亡之罪而經定罪者，(4)有其他嚴重犯行之前科紀錄，(5)其犯行對第三人產生嚴重生命危險，(6)邪惡、殘酷的實施方式，(7)因本件犯行給付金錢報酬，(8)因本件犯行收受財產上利益，(9)事先策劃，(10)有二次以上判處 1 年以上有期徒刑之毒品交易罪定罪紀錄，(11)被害

²⁶ 18 U.S.C. § 3592, “(a)Mitigating Factors.—In determining whether a sentence of death is to be imposed on a defendant, the finder of fact shall consider any mitigating factor, including the following:

(1)Impaired capacity.—

The defendant’s capacity to appreciate the wrongfulness of the defendant’s conduct or to conform conduct to the requirements of law was significantly impaired, regardless of whether the capacity was so impaired as to constitute a defense to the charge.

(2)Duress.—

The defendant was under unusual and substantial duress, regardless of whether the duress was of such a degree as to constitute a defense to the charge.

(3)Minor participation.—

The defendant is punishable as a principal in the offense, which was committed by another, but the defendant’s participation was relatively minor, regardless of whether the participation was so minor as to constitute a defense to the charge.

(4)Equally culpable defendants.—

Another defendant or defendants, equally culpable in the crime, will not be punished by death.

(5)No prior criminal record.—

The defendant did not have a significant prior history of other criminal conduct.

(6)Disturbance.—

The defendant committed the offense under severe mental or emotional disturbance.

(7)Victim’s consent.—

The victim consented to the criminal conduct that resulted in the victim’s death.

(8)Other factors.—

Other factors in the defendant’s background, record, or character or any other circumstance of the offense that mitigate against imposition of the death sentence.”

人因老幼羸弱有易受傷害性，(12)有重大聯邦毒品罪定罪紀錄，(13)行為人於參與毒品組織販毒給未滿 21 歲之人時犯本件罪行，(14)被害對象是政府高階公務員，(15)有性侵害或猥褻孩童之定罪紀錄，(16)殺死數人或企圖殺死數人²⁷。

如果個案同時存在「加重刑罰因素」、「減輕刑罰因素」，則陪審團必須衡量，當陪審團決定「加重刑罰因素」之比重超越「減輕刑罰因素」，且陪審團對於死刑之決定有一致決，才可判處死刑²⁸。並非如吳燦院長所言：「美國法規定，判處死刑，必須具備特定之加重條件；反之，如具備特定之減輕條件，則不得判處死刑。」²⁹

二、日本法

(一)死刑可否之論述開展

1.以日本國憲法第 13 條、第 31 條、第 36 條論述死刑的合憲性

日本國憲法第 13 條規定：「對於謀求生存、自由以及幸福的國民權利，只要不

²⁷ 18 U.S.C. § 3592(c) “Aggravating Factors for Homicide.—In determining whether a sentence of death is justified for an offense described in section 3591(a)(2), the jury, or if there is no jury, the court, shall consider each of the following aggravating factors for which notice has been given and determine which, if any, exist:

(1)Death during commission of another crime.—...

(2)Previous conviction of violent felony involving firearm.—...

(3)Previous conviction of offense for which a sentence of death or life imprisonment was authorized.—...

(4)Previous conviction of other serious offenses.—...

(5)Grave risk of death to additional persons.—

The defendant, in the commission of the offense, or in escaping apprehension for the violation of the offense, knowingly created a grave risk of death to 1 or more persons in addition to the victim of the offense.

(6)Heinous, cruel, or depraved manner of committing offense.—...

(7)Procurement of offense by payment.—...

(8)Pecuniary gain.—...

(9)Substantial planning and premeditation.—...

(10)Conviction for two felony drug offenses.—...

(11)Vulnerability of victim.—...

(12)Conviction for serious federal drug offenses.—...

(13)Continuing criminal enterprise involving drug sales to minors.—...

(14)High public officials...

(15)Prior conviction of sexual assault or child molestation.—...

(16)Multiple killings or attempted killings.—

The defendant intentionally killed or attempted to kill more than one person in a single criminal episode.”

²⁸ 18 U.S.C. § 3593, “(e)Return of a Finding Concerning a Sentence of Death. If, in the case of—(2)an offense described in section 3591(a)(2), an aggravating factor required to be considered under section 3592(c) is found to exist; ...the jury, or if there is no jury, the court, shall consider whether all the aggravating factor or factors found to exist sufficiently outweigh all the mitigating factor or factors found to exist to justify a sentence of death, or, in the absence of a mitigating factor, whether the aggravating factor or factors alone are sufficient to justify a sentence of death. Based upon this consideration, the jury by unanimous vote, or if there is no jury, the court, shall recommend whether the defendant should be sentenced to death, to life imprisonment without possibility of release or some other lesser sentence.”

²⁹ 吳燦，「教化可能性」於死刑案件量刑之定位，檢察新論，23 期，2018 年 2 月，頁 19。

違反公共福利，在立法及其他國政上都必須受到最大的尊重」，日本國憲法第 31 條規定：「不經法律規定的手續，不得剝奪任何人的生命或自由，或科以其他刑罰。」肯認國家可以制定剝奪生命之刑罰即死刑，日本刑法第 11 條第 1 項規定：「死刑，於刑事措施內以繳首方式執行之」，由於日本國憲法第 36 條規定：「絕對禁止公務員施行拷問及酷刑。」故日本關於死刑合憲性之討論，係以死刑是否該當日本國憲法第 36 條的酷刑而開展。

最高裁判所昭和 23 年(1948 年)3 月 12 日大法庭駁回上訴之判決，認定日本刑法第 11 條以繳首方式執行死刑，合憲。其理由是：生命是尊貴的，一人之生命比全地球還重；憲法第 13 條規定全體國民都作為個人而受到尊重，生命是國民的權利，在立法及其他國政上都必須受到最大的尊重，然而同條也規定不得違反公共福祉，如有違反公共福祉的基本原則，生命作為國民之權利，仍得立法限制或甚剝奪之，於符合憲法第 31 條，依照法律所定正當程序，科予剝奪生命之刑罰。透過死刑的威嚇力行一般預防，以死刑之執行根除社會上特殊惡性之根源，防衛社會，對全體的人道觀應優於對個體的人道觀，為了社會公共福祉承認死刑存續之必要性。「酷刑」與否，為執行方法問題，死刑並非窮極的刑罰，為冷嚴的刑罰，作為刑罰之死刑，非憲法第 36 條之酷刑。死刑與其他刑罰執行方法一樣，從人道的角度，應置放於該時代及環境中，一般均認為有殘虐性，不得不謂為殘虐刑罰，若日後死刑改為火刑、磔刑、梟首、大鍋油炸等殘虐的執行方法，則違反憲法第 36 條³⁰。

2009 年起，日本實施裁判員制度，而上揭死刑合憲之見解，仍然被維持。由裁判員參與審判，針對被告對營業中之柏青哥店內之人，以放火方式隨機殺人，致 5 人死亡，10 人負傷而判處死刑的大阪地方裁判所平成 23 年(2011 年)10 月 31 日判決，判決中也同樣駁斥辯護人主張絞首刑為酷刑之見解，法院認為要評價死刑之執行方法是否屬殘虐的刑罰，應限於無人性、非人道，衝擊一般人之情感者，然絞首刑卻為死刑執行方法中最良善者³¹。

2. 公民與政治權利國際公約與死刑與否之論述無涉

日本在 1956 年才加入聯合國，公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約於 1966 年通過之後，日本直到 1978 年 5 月 30 日才同時簽署公民與政

³⁰ 最大判昭 23・3・12 刑集 2 卷 3 号 191 頁，<https://reurl.cc/raxenN>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

³¹ 大阪地判平 23・10・31，下級裁判所裁判例速報，<https://reurl.cc/dVWrZD>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)

治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約³²，並於 1979 年 6 月 21 日同時存放兩個公約之批准書，因而公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約同時於 1979 年 9 月 21 日對日本生效³³。然而賦予個人有申訴權利的公民與政治權利國際公約任擇議定書³⁴，及廢除死刑之公民與政治權利國際公約第二任擇議定書³⁵，日本均未加入。

日本最高裁判所固有認為公民與政治權利國際公約中之若干權利如表現自由³⁶、公平審判權利³⁷、平等權³⁸等，不待自動履行條款得直接適用，但於經濟社會文

³² 外務省，国会提出条約・法律案，経済的、社会的及び文化的権利に関する規約(略称：社会権規約)，<https://reurl.cc/EncNDg> (最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

³³ 公民與政治權利國際公約部分，參照外務省，国会提出条約・法律案，市民的及び政治的権利に関する国際規約(略称：自由権規約)，<https://reurl.cc/xGAbKE> (最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。
經濟社會文化權利國際公約部分，參照外務省，国会提出条約・法律案，経済的、社会的及び文化的権利に関する規約(略称：社会権規約)，<https://reurl.cc/EncNDg> (最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

³⁴ 參見：https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

³⁵ 參見：https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-12&chapter=4(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

³⁶ 最大判平 1-3-8 民集第 43 卷 2 号 89 頁，<https://reurl.cc/1YqVEm> (最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。《公民與政治權利國際公約》第 19 條第 3 項規定，對包含接收資訊等自由在內的表現自由之權利行使課以限制必須有法律之規定，記錄筆記之行為一般來說為人的日常活動之一，並在日常各個場合中進行，其涉及相當程度之範圍，雖說該行為並非完全與憲法所保障之自

由有關，然而若將該行為視為接觸、獲取各種意見、知識、資訊之輔助行為，觀諸憲法第二十一條第一項規定之精神，紀錄筆記之自由乃應受到尊重。伴隨著審判公開制度之保障，旁聽人得以在法庭中聆聽審判之進行，而旁聽人在法庭中記錄筆記，若是為了認識或者記憶其所聆聽之審判所為之行為，則應予以尊重並不應無故予以妨礙者。但是鑒於法庭警察權在這些場合當中必須適當且迅速行使，該職權之行使應賦予最能確實掌握該當法庭狀況者，亦即對訴訟進行具有全部責任的審判長廣泛之裁量；因此，是否行使該權限以及其所採取之措施應給予審判長最大限度之尊重。因此依據前述各法律之規定對旁聽人記錄筆記之行為所行使之法庭警察權，並不違反《公民與政治權利國際公約》之上述規定。

³⁷ 最決平 12-6-13 民集第 54 卷 5 号 1635 頁，<https://reurl.cc/ZGvk6Q> (最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。被告遭到逮捕後不久，偵察機關收到因受到得選任辯護人之委託而成為辯護人者提出初次會面之申請，對於指定會面時日等時應採取之措施。而若該機關將接見日期指定為隔日之措施符合日本國家賠償法第 1 條第 1 項所言之違法行為，日本刑事訴訟法第 39 條第 3 項之規定並不違反《公民與政治權利國際公約》第 14 條第 3 項第 2 款與第 4 款。

³⁸ 在日韓國人辦理外國人登錄證，須押捺指紋，被告拒絕後，遭警調查後遭逮捕，經檢察官訊問後釋放，被告請求國家賠償之案件。第一審京都地裁駁回原告之訴，第二審大阪高裁判決(大阪高裁平成 6-10-28，LEX/DB 27826292)被告一部勝訴，但最高裁判所(最決平 10-9-7 集民第 189 号 613 頁，<https://reurl.cc/ogAaLg> 【最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日】)。一審判決無誤。二審判決論及公民與政治權利國際公約具有自動履行性，同時指出歐洲人權法院判決可做為參考，不過本判決認定日本國內法律規範並未違反《公民與政治權利國際公約》，其認為「拍照、採取指紋及身體檢查符合刑事法規範，並為社會一般通念中留置設施所為之保安管理行為，尚未逾越法律所允許之範圍，亦無違反『公民與政治權利國際公約』第七條之虞。」而本案之指紋押捺制度本身並未違反《公民與政治權利國際公約》第二十六條之規定，但是判決中亦指出，「惟對於定住外國人，特別是因平和條約脫離國籍者，是否需要強制押捺指紋，有做特別考慮之必要。」然此部分最高裁判所並採認。

化權利國際公約則採不得直接適用的見解³⁹，但由於日本仍屬有死刑之國家，且最高裁判所認公民與政治權利國際公約之規定，係視各權利性質，又日本也未加入、批准上揭廢除死刑之公民與政治權利國際公約第二任擇議定書，故關於死刑與否之論述，仍循最高裁判所既有之判斷基準。

(二)死刑可否之程序運作

日本刑事訴訟法第 405 條規定上訴第三審的理由，包括「(第 1 款)違反憲法或解釋憲法有誤、(第 2 款)違反最高裁判所判例之見解、(第 3 款)於無最高裁判所判例之情形，而與大審院⁴⁰或該當第三審法院之高等裁判所判例或本法施行後與該當二審裁判所之高等裁判所判例相違反之見解」，此條所稱最高裁判所之「判例」，係指包含法令解釋之判斷，事實認定或量刑等之判斷並非判例，裁判理由屬於主論之法律判斷，方為判例⁴¹。

由於量刑等之判斷並非判例，故量刑不當之案件，最高裁判所大都以「決定」之形式駁回上訴，惟上訴第三審之死刑案件，最高裁判所必召開言詞辯論，且均以「判決」形式為之⁴²。

(三)選擇死刑的基準

最高裁判所第二小法庭，在昭和 58 年(1983 年)7 月 8 日撤銷原判決發回二審更為審理之判決⁴³，於傍論中提出選擇死刑的判斷基準，習稱「永山基準」，嗣後經下級裁判所及最高裁判所判決時引用而擴大其影響力，迄今仍存續。

³⁹ 最高裁判所第一小法庭平成元年 3 月 2 日駁回上訴之判決，駁回原有日本國籍，但因日本戰敗而喪失日本國籍的在日朝鮮人塩見日出，請求殘障福祉年金的要求，塩見日出主張《經濟社會文化權利國際公約》有直接法拘束力之見解，不被法院所採納，法院的理由是：《經濟社會文化權利國際公約》第 9 條係應積極地向實現社會保障政策推進的政治責任的宣示，並不是規定應即時賦予個人具體權利。該公約第 2 條第 1 項「採取一切適當方法，尤其包括用立法方法，漸進達成本公約中所承認的權利的充分實現」亦明示該訴求。國際條約、宣言等，對日本可能不具有法之拘束力，即便具有法之拘束力，其亦無直接排斥國籍條項之趣旨。原告主張違反日本國憲法第 98 條第 2 項(應誠實遵守已締約之條約及已確立之國際法規)之主張，應認定其無理由。參見最決平 1-3-2 集民第 156 号 271 頁，<https://reurl.cc/vqAOKy>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

⁴⁰ 即日本戰前之最高法院。

⁴¹ 三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一(編)，平木正洋，新基本法コンメンタール 刑事訴訟法，日本評論社，3 版，2018 年 4 月，647 頁。

⁴² 山口進、宮地ゆう，最高裁の暗闘 少数意見が時代を切り開く，朝日新聞，2011 年，184 頁。轉引自謝煜偉，最高法院在死刑量刑判斷中的角色與功能：日本與台灣的比較，收錄於葉俊榮編變遷中的東亞法院，臺大出版中心，2016 年 10 月，160 頁。

⁴³ 最決昭 58・7・8 刑集 37 卷 6 号 609 頁，<https://reurl.cc/MZbX0X>(最後瀏覽：2021 年 6 月 11 日)。

該判決指出：「死刑制度仍存的現行法制下，併合考察犯行之罪質、動機、態樣，特別是殺害手段的偏執性與殘虐性、結果的重大性，特別是被殺害者之個數、遺屬的被害感情、社會影響、犯人年齡、前科、犯行後情狀等諸種事由之際，認為其罪責誠屬重大、無論從罪刑均衡的角度或從一般預防的角度來看，極刑乃不得已者，不得不謂也得允許死刑之選擇」。

永山基準固然是昭和時代以被告 1 人單獨犯連續殺人之犯罪事實為前提的立論，平成時代仍繼續適用⁴⁴，並有更具體的判斷準則⁴⁵：1.殺害 3 人以上，如不判死刑，需有特別情事。2.殺害 1-2 人，個案之情狀將決定是否判處死刑，取贖為目的、假釋期間再犯、懷恨報復、以在被害人身上淋煤油而燒死之殘虐方式等，應判處死刑。3.伴隨性犯罪之犯行，而被害者家屬又強烈要求判處死刑(如光市母子殺害事件⁴⁶)。

另外，依據已故前日本最高法院法官滝井繁男所述，死刑判決有需要最高法院全體一致決的不成文默契，如有不同意見，需討論至全員一致，以便讓死刑定讞之正當性充分，且量刑判斷不附反對意見⁴⁷。

(四)未必故意殺人得判處死刑

最高裁判所第三小法庭平成 21 年 4 月 21 日駁回上訴的判決⁴⁸，以全體一致決，判處將毒物混入食物中，率而進行無差別、大量殺傷之被告死刑，理由略以：罪質極為惡劣，態樣卑劣，非常殘忍，其所殺害之人包括當時 64 歲之主辦祭典的自治

⁴⁴ 謝煜偉，最高法院在死刑量刑判斷中的角色與功能：日本與台灣的比較，收錄於葉俊榮編變遷中的東亞法院，臺大出版中心，2016 年 10 月，188 頁。

⁴⁵ 參照前田雅英(著)、張永宏(譯)，死刑與無期徒刑之界線，司法周刊 1792 期，2016 年 4 月 1 日，15-18 頁。

⁴⁶ 犯罪事實略以：行為人行為時為 18 歲又滿 1 個月，白天侵入公寓屋內欲強姦 23 歲家庭主婦，因遭受抵抗而決意傷害之以行姦，遂以雙手勒其頸部致身亡而完成性行為，後因發現屋內 11 月餘女嬰大哭，唯恐犯行遭發現而將女嬰摔至地上，再以繩子勒其頸部致身亡，離去前並竊取錢包 1 只。日本最高法院認為，被告係為姦淫被害人而決意殺害被害人，於殺害被害人後再冷血地遂其姦淫犯行，在此之間，被害嬰兒持續激烈哭泣，被告不僅毫不在意，更將被害嬰兒舉起後向地面用力丟擲，更將持續哭泣且爬往母親遺體之嬰兒以繩索繞住其脖子而絞殺之，其罪質甚為惡質且結果極為重大，觀諸其犯罪之動機與經過，絲毫全無值得斟酌同情之點，且犯行後之情狀亦難謂良好，況遺屬之被害情感極為峻烈，對此，被告全無任何賠償慰撫之舉措，且造成社會相當大之衝擊。綜合上述各點，認為只要沒有應該特別予以酌量之情狀，不得不說只能選擇死刑，參照最高裁判所第三小法庭平成 18 年 6 月 20 日撤銷原無期徒刑判決發回二審之判決(最判平 18•6•20 集刑第 289 号 383 頁，<https://reurl.cc/mq3IL9>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。本案經發回後，二審仍然為死刑判決，最後最高裁判所也維持之，參照広島高判平 20•4•22，<https://reurl.cc/v5Wk6a>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

⁴⁷ 滝井繁男，最高裁判所は変わったか：一裁判官の自己検証，岩波書店，2009 年 7 月，317-318 頁。

⁴⁸ 最三小判平 21•4•21 集刑第 296 号 391 頁，<https://reurl.cc/LbZxjc>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)，判例要旨：<https://reurl.cc/LbZove>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

會會長、53 歲之副會長、16 歲的高中女生、10 歲的小學生，在極其歡樂之祭典遭遇不測，亦對其遺族造成極其嚴重之處罰。而且有 63 人因食用而受有傷害，甚多之人得有生命危險之重症，並為將長時間無法根除之後遺症所苦，其結果至為重大，亦對社會造成重大衝擊。此外，被告前有與保險金詐欺有關之殺人未遂犯行，其犯罪性向根深蒂固難以斷絕，又被告對於本件咖哩毒物殺人事件大半全面否認，亦無對於遺族或被害人有任何致歉之舉措，其刑事責任極為重大，縱然殺意僅止於未必故意，無犯罪前科。

三、小結

美國及日本均加入及批准公政公約，並均保留死刑制度，與我國相似。美國聯邦法 18 U.S.C. § 1111 規定縱火致人死亡屬於一級殺人罪，處死刑或無期徒刑。最高法院 110 年度台上字第 3266 號判決系爭案件若發生於美國，被告犯行對其欲加害對象以外之第三人產生嚴重生命危險、且造成 6 人死亡，依美國聯邦法 18 U.S.C. § 3592(c) (5) (16)規定，符合判處死刑之加重因素，得判處死刑。依日本最高裁判所所建立之死刑判斷基準，即便是未必故意殺人，亦得判處死刑。

陸、本署見解

一、「間接故意」之不法內涵與罪責，未必比「直接故意」輕微

我國刑法之故意，依刑法第 13 條第 1 項、第 2 項之規定，分為直接故意與間接故意二種。直接故意是指行為人對於構成犯罪的事實，具備明知並有意使其實現的欲念；間接故意則是指行為人對其行為可能導致構成要件結果的發生有所認識，且容任構成要件實現的風險。

主張行為人基於「間接故意」犯殺人罪者不得判處死刑之主要論據為：「間接故意」和「直接故意」一樣，都能預見到行為可能會發生犯罪結果，但「間接故意」並非「有意使其發生」，只是「容任構成要件實現的風險」，因此「間接故意」之主觀惡性低於「直接故意」，並非公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」。系爭判決即基於此一邏輯，認為：「刑法上故意，分為直接故意與間接故意二種，間接故意並未如直接故意明知其行為必將造成構成要件事實之實現，而發生之結果既非行為人內心所努力追求，亦非確定必然發生，祇係預見其有可能發生，乃予容認而

聽任事情自然進展，終致發生犯罪結果，故間接故意之不法內涵與罪責內涵，顯較直接故意為輕。」(系爭判決書第 20 頁)

然而，我國法固然將少部分故意犯於立法中特別規定「明知」之要素，以立法限制僅處罰基於「直接故意」之行為，例如刑法第 213 條公務員登載不實罪或刑法第 214 條使公務員登載不實罪，以行為人主觀上「明知不實之事項」為必要；但對於絕大多數犯罪，行為人基於「直接故意」或「間接故意」犯之，因主觀惡性未必有輕重之分，處罰並無不同。如同上述美國、日本等先進國家立法例所示，本案涉犯之刑法第 271 條第 1 項殺人罪，即屬設有相對死刑之法律規定，行為人基於「間接故意」殺人或基於「直接故意」殺人，其法定罪責並無區別。

以前述最高法院 101 年台上字第 244 號判決為例，該案被告僅因帝王大飯店地下室餐廳人員未據實告知其打聽某婦女之處所，即放火洩忿燒燬現供大眾自由出入之餐廳、旅社，釀成 26 人死亡、3 人重傷之慘劇，嚴重影響社會公共安全，行為人漠視他人生命、身體與財產安全，其惡性與直接故意殺人相較，豈有軒輊？

以系爭案件言，本案被告僅因與翁祥智在案發二年前偶然發生之細小糾紛，經由訴訟過程得知翁祥智及其全家人均住居於本案住宅後，即起意實施縱火行為，對翁祥智實施報復。被告不但預先勘查周遭環境而得悉監視器所在位置，因此知悉必須先以長柄拖把移動該監視器鏡頭方向，更特意頭戴安全帽及口罩遮掩自己面容特徵，又選擇凌晨時分人煙稀少且眾人皆熟睡難以反應之際下手。可見被告於行為前即有充分、縝密之思慮、計畫及準備，以達其掩飾身分及造成最大程度傷亡之報復目的。再以被告係在縱火前二日即購妥汽油，在案發當日凌晨抵達現場後，又多次進出放火地點，可見其在犯案過程中有充分仔細思考行為結果之時間，並非一時衝動失慮。其縱火結果造成 6 人死亡、2 人僥倖逃生，死者均為被告報復對象翁祥智之至親，與被告均無何仇怨。綜上考量死者死亡前歷經之苦痛、翁祥智頓失多位至親之精神上重大打擊等情，被告「間接故意」殺人之不法內涵與罪責，應不比「直接故意」輕微。

廖元豪教授對此即指出：「一般大眾難以理解的，就是這種怪異的論述——「情節重大」與「直接或間接故意」有什麼關係呢？最高法院自己都表示，湯○華「危害公共安全及社會秩序至深且鉅，其犯罪情節事項極為嚴重」，卻又說「因為依公政公約，間接故意就不是情節重大」，那民眾當然覺得「兩公約」是個莫名其妙、

不合常理的東西啊。自己不想判人死刑，又不願意面對社會輿論，就把公政公約搬出來當人肉盾牌。這樣將人權公約污名化，是很糟糕的法治示範。……扭曲、甩鍋兩公約，等於是誤用法律⁴⁹」。

孫健智法官亦持相似見解：「當一個人對於自己的行為可能造成的結果，抱持著毫不在意、蠻不在乎、交給機緣巧合決定的心態，法院還說因為他是間接故意，所以當然不如直接故意來得嚴重，說起來好像有那麼一點牽強。⁵⁰」⁵¹

二、死刑目前仍是我國法律明文承認的刑罰，法官不能拒絕適用法律

向來刑罰之目的有「應報主義」、「一般預防主義」及「特別預防主義」三種主要理論，其中主張應報理論者認為刑罰以正義之平衡為目的，故應同罪同刑；主張特別預防理論者則認為刑罰以矯正犯人為主要目的，量刑應依被告接受矯正程度的需要不同而有差別；目前通說主張量刑應兼顧正義之平衡與犯人之特別情況⁵²。

當法院依被告罪行、罪責加以衡量後，認非處以死刑無法符合社會普遍認可之法價值體系及其表彰之社會正義，達到「處罰與防治最嚴重罪行」之功用時，該「死刑刑罰」之目的確實僅有「處罰及一般性預防功能」，並無「特別預防功能」。但是否廢除死刑，屬於有民意基礎的立法機關之職權範圍，法院應謹守司法分際，僅能就個案情節加以權衡科刑，豈能以曲解國際公約規定方式，來闡述其主張。

廖元豪教授對此即直言：「死刑目前仍是中華民國法律中明文承認的刑罰，法官不能拒絕適用法律。在個案中，法官可以依法理嚴格限縮死刑之適用範圍，但法官畢竟是法的僕人，不可在行使司法權之際，任意展現自己的主觀價值。如果法官真心基於自己的法學見解，認為「間接故意」就不是「情節最重大之罪」，那就請清晰地論證，而不要甩鍋給無關的兩公約。⁵³」

三、依人權事務委員會 2018 年第 36 號一般性意見，公政公約第 6 條第 2 項「情節

⁴⁹ 廖元豪，湯景華縱火殺人判死刑，別牽扯兩公約，風傳媒，2021 年 7 月 5 日。

⁵⁰ 孫健智，間接故意殺人就不會是最嚴重罪行嗎？湯景華案省思與法院誤譯，鳴人堂，2021 年 7 月 22 日，<https://opinion.udn.com/opinion/story/11917/5617108> (2021 年 7 月 23 日參閱)。

⁵¹ 此外，可參閱彭新林，論故意程度對死刑的限制適用，學術交流，253 期，2015 年 4 月，93 頁，95 頁。

⁵² 參閱蘇俊雄，量刑法理與法制之比較研究，法官協會雜誌，1 卷 2 期，1999 年，49-50 頁；林山田著，刑法通論，1985 年，374-375 頁。

⁵³ 廖元豪，湯景華縱火殺人判死刑，別牽扯兩公約，風傳媒，2021 年 7 月 5 日。

最重大之罪」包括間接故意殺人

公政公約固然採取鼓勵廢除死刑及減少科處死刑之立場，但公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」指故意殺人並生死亡結果之犯罪，對應至我國法，應包括基於直接故意或間接故意而殺人。人權事務委員會 2018 年第 124 屆會議第 36 號一般性意見第 35 段對此詳細闡釋：「僅限於涉及故意殺人的極嚴重罪行。在第六條的架構內，未直接和故意導致死亡的罪行(“Crimes not resulting directly and intentionally in death”)，如謀殺未遂、貪腐及其他經濟和政治罪行、武裝搶劫、海盜行為、綁架以及毒品和性犯罪儘管具有嚴重性質，但絕不能作為判處死刑的理由。同樣地，有限度地參與或共犯即便情節最重大之罪，例如為謀殺提供實際工具，也不能作為判處死刑的理由。⁵⁴」從該段意見列舉解釋可以看出「情節最重大之罪」應排除下列三者：殺人未遂、不死亡結果之其他重大犯罪、幫助犯，並未排除「間接故意」殺人。

再者，“intent”屬於英美普通法(common law)之法律術語，若認為“intentional”之解讀應有特別於日常的法律意涵，亦應回到傳統普通法的概念。普通法系國家 intent 包括特定意圖犯(specific intent)與故意犯(general intent)，而故意犯包括我國的直接故意與間接故意，已詳如前述(外國立法例美國法)。因此，主張廢死的刑事改革國際聯盟(Penal Reform International)才會推動修法建議(Recommended strengthening of standards)，主張將公政公約第 6 條第 2 項「情節最重大之罪」限於「行為人有殺人意欲」之犯行(“an intention to kill which result in loss of life”) ⁵⁵；亦即，刑事改革國際聯盟主張具備前述英美法“malice aforethought”4 項主觀要素中之

⁵⁴ 法務部人權大步走網站，公民與政治權利國際公約第 36 號一般性意見(中文版)，第 8 頁，<https://reurl.cc/Enp6m0>(2021 年 6 月 8 日參閱)。

英文原文引自：UN Treaty Body Database，<https://reurl.cc/6aEd1d>(最後瀏覽：2021 年 6 月 8 日)。

The term “the most serious crimes” must be read restrictively and appertain only to crimes of extreme gravity, involving intentional killing. **Crimes not resulting directly and intentionally in death, such as attempted murder, corruption and other economic and political crimes, armed robbery, piracy, abduction, drug and sexual offences, although serious in nature, can never serve as the basis, within the framework of article 6, for the imposition of the death penalty.** In the same vein, a limited degree of involvement or of complicity in the commission of even the most serious crimes, such as providing the physical means for the commission of murder, cannot justify the imposition of the death penalty. States parties are under an obligation to review their criminal laws so as to ensure that the death penalty is not imposed for crimes which do not qualify as the most serious crimes. They should also revoke death sentences issued for crimes not qualifying as the most serious crimes and pursue the necessary legal procedures to re-sentence those convicted for such crimes.

⁵⁵ Penal Reform International, Recommended strengthening of standards, “The ‘most serious crimes’ definition should be explicitly stated to **apply only to acts involving an intention to kill which result in loss of life.**”[第 7 頁，https://reurl.cc/R0rZan](https://reurl.cc/R0rZan)，(2021 年 8 月 2 日參閱)。

第一項(詳前述美國法殺人罪之介紹)「行為人有殺人意欲」(“intent to kill a human being”，屬於“specific intent”性質)才能構成公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」，但該建議迄今並未被採行。倘人權事務委員會 2018 年第 36 號一般性意見採限縮於“specific intent”之見解，刑事改革國際聯盟豈有推動此修法之必要？

本案所適用之刑法第 271 條規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」與公政公約第 6 條第 2 項及相關規定並無牴觸。兩公約施行法第 3 條規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」人權事務委員會既對「情節最重大之罪」之意義已清楚解釋其範圍，我國法院不應作不同解釋。乃系爭判決解釋公政公約第 6 條第 2 項及相關規定，竟指「情節最重大之罪」對應至我國法，限於直接故意殺人罪，系爭判決應有適用法律不當之違背法令。

四、結論

綜上，本署認為：公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」對應至我國法，並不排除行為人基於間接故意之殺人罪；行為人基於間接故意而殺人，且情節重大，得判處死刑。乃系爭最高法院 110 年度台上字第 3266 號判決違背人權事務委員會 2018 年第 36 號一般性意見，及悖於主要參考國家之立法例及見解，有刑事訴訟法第 378 條所規定判決適用法則不當之違背法令。本案所涉之法律問題最高法院先前有分歧見解，且具原則重要性，實務經常發生，應提案予刑事大法庭裁判，並一槌定音，爰依法院組織法第 51 條之 4 提出聲請。

柒、案經確定，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正。

此致

最高法院

中 華 民 國 1 1 0 年 8 月 1 0 日

捌、附件清冊

最高法院刑事判決

110 年度台上字第 3266 號

主 文

原判決撤銷。

湯○華犯殺人罪，累犯，處無期徒刑，褫奪公權終身。

理 由

一、我國現行法律仍保有死刑，由國家機關以刑罰權剝奪犯罪行為人之生命，誠屬不得已之最嚴厲刑罰手段，應盡可能謙抑適用，審判者於審酌案情量刑之際，自應依法審判，妥慎適用死刑。本件量刑事關剝奪上訴人湯○華生命之極刑重典，允宜精緻審判、貫徹量刑辯論，是以本院除一般審查原判決有無違背法令外，另針對依原判決確認之事實，上訴人係基於殺人之直接故意（或稱確定故意），抑或基於殺人之間接故意（或稱不確定故意）為本件殺人犯行；如上訴人係基於間接故意為本件殺人犯行，是否構成公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」，及原判決量處上訴人死刑，量刑部分有無違法或不當之處等爭點，進行言詞辯論。復考量本件曾由本院 2 次發回更審，而依卷內資料所示，上訴人業經由辯護人閱卷及原審法院多次審理提示卷證資料，不僅對卷內資料早已了然於胸，且自本件第二次發回前原審起迄今，上訴人選任之辯護人並未更迭，歷審爭執範圍亦大致相同，辯護人也熟諳本件之爭點內容，早有準備及蒐集資料。本院行準備程序確定兩造之爭點後，相隔 14 日始行言詞辯論，已預留相當期日供上訴人與辯護人溝通，自無侵害上訴人之辯護溝通權之情形可言。又我國審判程序分為證據調查以及言詞辯論程序，本院為法律審，乃以審查原判決之違背法令為職責，所行言詞辯論，以原判決是否違背法令為其主要內容，當然係法律辯論，非具法學素養及實務經驗者，無從為適當之言詞辯論，故刑事訴訟法第 389 條第 2 項規定，非以律師充任之代理人或辯護人，不得行之。刑事訴訟法第 387 條雖規定「第三審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定。」但所謂適用與準用有別，適用係完全依其規定而適用之謂，準用則指就某一事項所定之法規，於性質不相牴觸之範圍內，適用於其他事項之謂，而有其自然之限度。本院進行言詞辯論，性質屬於法律對話，有別於事實審包含證據調查之審判程序，自不許自訴人、告訴人或被告參與，審判期日當然無庸通知、傳喚自訴人、告訴人或被告。惟本件原審宣告死刑，基於對生命權之尊重，依刑事訴訟法第 387 條準用第 289 條第 2 項之規定：「前項辯論後，應命依同一次序（檢察官、被告、辯護人），就科刑範圍辯論之。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。」應行所謂「科刑辯論」，俾妥慎適用死刑。本院為法律審，所行言詞辯論係基於法律辯論之目的，就死刑案件所為之科刑辯論，仍應由法律專家之檢察官、辯護人參與，被告應定位為刑事訴訟法第 289 條第 2 項之「其他依法得陳述意見之人」，本院應賦予其就科刑範圍表示意見之機會。此一科刑範圍意見之陳述權，被告並無到庭之義務，有別於事實審應保障之聽審權、陳述權，應無被告須到庭審判原則之適用。至對於收容在監所之被告，是否提解到庭或得以其他適當之方式（例如遠距視訊）為之，本院自得視被告之意願、案情需求、保障訴訟防禦權之必要性，及提解被告到庭陳述是否有助於釐清爭點等情形，綜合審酌決定之。鑑於本件言詞辯論期日，國內正處於 COVID-19 疫情第三級警戒防疫狀態，且上訴人尚羈押於法務部矯正署臺北看守所（下稱臺北看守所），為免提解人犯過程增加上訴人染疫之風險，或造成監所防疫之破口，且提解上訴人到庭亦無助於釐清前述爭點，本院徵詢上訴人意見後，使上訴人在臺北看守所端以遠距視訊方式陳述意見，檢察官、辯護人則到庭辯論，並在記者室及延伸法庭開放記者、民眾旁聽，同步播放法庭進行情形之影音畫面，復將本次言詞辯論開庭之錄音資料，於辯論終結後數日置於司法院及本院網站，供民眾點選播放，以貫徹第三審言詞辯論之功能與制度，亦符合公開審理、透明原則，且上訴人於聆聽檢察官、辯護人辯論後，陳述自己意見甚詳，已保障上訴人就科刑範圍意見之陳述機會。辯護人任憑己見，指摘本院言詞辯論期日及程序，違反憲法及公政公約要求之正當法律程序、公開審理原則，妨礙上訴人訴訟辯護權及訴訟防禦權等情形，顯屬誤解，先予敘明...(略)

二、本院行言詞辯論後，審酌：

（一）關於依原判決確認之事實，上訴人係基於殺人之直接故意（或稱確定故意），抑或基於殺人之間接故意（或稱不確定故意）為本件殺人犯行之爭點：

1. 刑法上之故意，依行為人之認識與意欲之強弱，於第 13 條第 1 項、第 2 項分為直接故意（或稱確定故意、積極故意）與間接故意（或稱不確定故意、消極故意、未必故意）兩種。前者指行為人對於構成犯罪之事實，明知並有使其發生之決意，進而實行該犯罪決意之行為；後者指行為人對於構成犯罪之事實，預見其有發生之可能，因該犯罪事實之發生不違背其本意，乃予容認而任其發生者而言。區分方法為凡認識犯罪事實，並希望其發生者為直接故意；僅有認識，無此希望，但其發生並不違背其本意者，為間接故意。兩種故意之性質、態樣既非相同，其惡性之評價

即有輕重之別，自影響於行為人責任及量刑結果，故刑法第 13 條第 1 項、第 2 項分別予以規定。而直接故意或間接故意，其「明知」或「預見」乃在犯意決定之前，至於犯罪行為後結果之發生，則屬因果關係問題，因常受有物理作用之支配，非必可由行為人「使其發生」或「任其發生」。犯意之認識與犯罪之結果乃截然不同之概念。再者，行為人究竟係基於何種故意實行犯罪行為，乃個人內在之心理狀態，惟有從行為人之外在表徵及其行為時之客觀情況，依經驗法則審慎判斷，方能發現真實，自應詳為認定、記載，並逐一說明其憑以認定之證據及理由，使事實認定與理由說明，互相適合，方為合法。倘若判決所認定之事實與理由不相適合，即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令。

2.原判決事實二...已然認定上訴人固然為報復翁祥智，而基於縱火燒燬本案住宅騎樓處機車之直接故意，但就燒燬本案住宅係基於間接故意，亦對於本案住宅住戶有殺人之間接故意...

(二)關於上訴人係基於間接故意為本件殺人犯行，是否構成公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」之爭點：

1.公政公約所揭示保障人權之規定，具有我國國內法之效力，公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約（下合稱兩公約）施行法第 2 條定有明文。依公政公約第 6 條第 1、2 項規定：「人人皆有天賦之生存權。此種權利應受法律保障。任何人之生命不得無理剝奪（第 1 項）。凡未廢除死刑之國家，非犯『情節最重大之罪』（the most serious crimes，或譯為『最嚴重的罪行』，關於公政公約條文及一般性意見之中譯有多種版本，以下引用法務部編印之中文版），且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑。死刑非依管轄法院終局判決，不得執行（第 2 項）。」其第 2 項規定具有雙重功能，首先在第 1 項充分保障人人生存權之基本規定下，為未廢除死刑之締約國開設科處死刑之例外；其次，對該例外之範圍設立嚴格限制，祇對「情節最重大之罪」始可判處死刑。是以我國現行法律雖仍保有死刑，自兩公約內國法化後，已生實質限縮死刑規定適用範圍之效果。惟所謂「情節最重大之罪」之內涵與射程究及於何種罪名，公政公約第 6 條第 2 項並未明確指出，雖給予締約國比較寬廣之司法解釋空間，但須優先參照依公政公約第 28 條設立之監督與執行機構，即「聯合國人權事務委員會（United Nations Human Rights Committee，下稱人權事務委員會）」所作之一

般性意見 (General Comments)。蓋一般性意見乃人權事務委員會對公政公約條文之權威解釋，自對締約國有拘束力。兩公約施行法第 3 條規定「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」亦明揭法院適用兩公約規定，不僅須遵循條約之文義，必須合併參照立法理由及人權事務委員會之解釋內容所形成之法律內涵。

2. 隨著世界保障人權概念不斷發展，「情節最重大之罪」內涵也以高度限縮之方式進行解釋。西元 2018 年，人權事務委員會通過第 36 號一般性意見，對公政公約第 6 條生命權進行完整化及體系化之解釋，已取代先前第 6 號及第 14 號一般性意見。第 36 號一般性意見第 5 段前段首先宣示：「《公約》第 6 條第 2、第 4、第 5 與第 6 項規定了具體的保障措，以確保尚未廢除死刑的締約國除對情節最重大之罪外，不適用死刑，而對於情節最重大之罪，僅在最特殊的情況下和在最嚴格的限制下適用死刑。」第 33 段後段亦表示：「鑑於在一項載有生命權的文書中規範死刑適用具有異常性質，(第六條)第二項的內容必須作狹義解釋。」進而於第 35 段前段闡示：「『情節最重大之罪』一詞必須作嚴格解讀，僅限於涉及故意殺人的極嚴重罪行 ([A]ppertain only to crimes of extreme gravity, involving intentional killing)。在第 6 條的架構內，未直接和故意 (或譯為「蓄意」) 導致死亡的罪行 (Crimes not resulting directly and intentional in death)，如謀殺未遂、貪腐及其他經濟和政治罪行、武裝搶劫、海盜行為、綁架以及毒品和性犯罪儘管具有嚴重性質，但絕不能作為判處死刑的理由。」將「情節最重大之罪」高度限縮於「涉及故意殺人的極嚴重罪行」。就未廢除死刑之我國而言，刑法上故意，分為直接故意與間接故意二種，間接故意並未如直接故意明知其行為必將造成構成要件事實之實現，而發生之結果既非行為人內心所努力追求，亦非確定必然發生，祇係預見其有可能發生，乃予容認而聽任事情自然進展，終致發生犯罪結果，故間接故意之不法內涵與罪責內涵，顯較直接故意為輕。第 36 號一般性意見既調對「情節最重大之罪」一詞必須作嚴格且狹義解讀，祇有在最特殊的情況下和在最嚴格的限制下適用死刑等脈絡觀之，所稱「涉及故意殺人的嚴重罪行」，對應於我國刑法架構，應限縮於刑法第 13 條第 1 項之直接故意方為該當。檢察官主張包含間接故意在內，為本院所不採。

3. 第 36 號一般性意見第 37 段進而申論：「在所有涉及適用死刑的案件中，判決法院必須考慮罪犯的個人情狀和犯罪的具體情節，包括具體的減刑因素。因此，唯一

死刑而不給國內法院裁量權認定是否將該罪行定為應判處死刑的罪行以及是否在罪行的特殊情況下判處死刑，屬於恣意性質。基於案件或被告的特殊情況提供權利尋求赦免或減刑，並不足以取代司法機關在適用死刑時有裁量權之需要。」具體指出死刑案件量刑應審酌事項必須包括犯罪的具體情節與罪行的個人情狀。上開解釋，連結至我國刑法第 57 條量刑事由之關係與適用，死刑案件之量刑基準，應區分為與犯罪行為事實相關之「犯罪情狀」（例如犯罪之動機與目的、犯罪時所受刺激、犯罪之手段、犯罪行為人與被害人之關係、犯罪行為人違反義務之程度、犯罪所生之危險或損害等），及與犯罪行為人相關之「一般情狀」（例如犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度、犯罪後之態度等）。必先審查「犯罪情狀」是否屬「情節最重大之罪」，作為劃定是否適用死刑之範疇，再綜合犯罪行為人之人格與社會生活情形之「一般情狀」，考量得否求其生。亦即，若依「犯罪情狀」未達「情節最重大之罪」，即無適用死刑之餘地。如依「犯罪情狀」可選擇死刑，法院仍應綜合考量「一般情狀」，有無可減輕或緩和罪責之因素，使之保留一線生機。進而言之，所犯是「情節最重大之罪」，僅係得以選擇死刑之「必要條件」，而非「充分條件」，不能僅因犯罪情狀極度嚴重，即科處死刑；反之，所犯不是「情節最重大之罪」，不能單憑行為人一般情狀之惡劣性，即恣意提高罪責刑度之上限，而科處死刑。

4.綜上，原判決依想像競合犯從一重論以上訴人間接故意殺人，量處死刑，宣告褫奪公權終身，固於理由欄說明其合併觀察兩公約規定及人權事務委員會第 6 號一般性意見，並審酌上訴人主觀面及客觀上犯罪手段與導致後果至為嚴重，上訴人之犯罪情狀完全符合公政公約第 6 條第 2 項所稱「情節最重大之罪」之要件等旨，但未參照人權事務委員會第 36 號一般性意見已取代第 6 號一般性意見，對所謂「情節最重大之罪」必須嚴格限制其適用且採狹義解釋，僅能限縮於極端嚴重且涉及故意殺人之罪行，連結到我國法，非直接故意殺人之罪行，儘管具有嚴重性質，也不能作為適用死刑之理由。本件上訴人所犯殺人罪名，既係基於間接故意，而非程度上更為蓄意、嚴重之直接故意，雖造成 6 人死亡之結果，使告訴人及被害人家屬痛失至親，所受心靈傷痛難以平復，仍與「情節最重大之罪」有間，依公政公約第 6 條第 2 項規定，尚難對上訴人科處死刑。原判決逕認上訴人所犯是「情節最重大之罪」，而量處上訴人死刑，依前開說明，尚難調為適法。上訴意旨指摘及此，為有

理由。

(三)以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決有撤銷之原因。惟上開部分之違誤，尚不影響事實之確定，應由本院將原判決撤銷，自為判決。

三、關於量刑：

...上訴人所為無比自私，手段惡劣，無理剝奪 6 位無辜者之寶貴生命，造成死者家屬恐懼及難以平復之傷痛，並危害公共安全及社會秩序至深且鉅，其「犯罪情狀」極為嚴重，惟其係基於間接故意殺人，並不符合公政公約第 6 條第 2 項所定「情節最重大之罪」。

本件上訴人所犯之殺人罪，法定本刑為死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，死刑並非唯一選項，且本件不能科處死刑，其罪責上限勢必向下調整為無期徒刑。再綜合考量上述上訴人之生活狀況、品行、智識程度、犯罪後態度等一切情狀，並無減輕量刑之因素，縱量處上訴人有期徒刑之最高上限，猶嫌過輕而不適當。為充分評價上訴人罪責，及考量刑罰感應力、降低社會風險與多元刑罰目的，兼以無期徒刑依法執行逾 25 年，且有悛悔實據，始得假釋出獄，否則仍須繼續執行監禁，依上訴人情形，縱或得以假釋時，已逾 75 老邁之齡。本院並聽取檢察官代為陳述告訴人與被害人家屬就量刑之意見，斟酌再三，認為對上訴人本件犯行量處無期徒刑，令其長期隔絕，以免危害他人，已兼顧上訴人之更生改善、復歸與社會安全之維護，即與罪責相當。

【第二十一案】林○鳴貪污案

爭點：違章建築依相關法令係屬應即予查報、拆除者，主管該事務之公務員未依法予以簽報（拆除），致使原起造人仍得繼續保有該違章建物之整體用益狀態等情形，是否屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之圖其他私人不法利益？

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

原文目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實

貳、本案一二審判決對上開法律爭點之見解

一、臺灣士林地方法院民國 106 年 12 月 22 日 104 年度訴字第 236 號判決（採否定說）

二、臺灣高等法院民國 109 年 4 月 6 日 107 年度上訴字第 768 號刑事判決（採肯定說）

參、我國最高法院對於本案法律爭點之見解

一、採否定說者

二、採肯定說者

肆、我國學界對此法律問題之見解

伍、本案所涉及法令之外國立法例與實務

一、美國，以伊利諾州法、紐約州、德州為例

（一）美國伊利諾州

（二）美國紐約州

（三）美國德州

二、英國

三、義大利

四、瑞士

（一）瑞士刑法第 312 條濫用職務罪

（二）瑞士刑法第 314 條背信執行職務罪

(三) 瑞士法小結

五、日本

(一) 公務員圖利行為，得以刑法第 247 條之背信罪論斷

(二) 公務員違背任務，對於國家或地方自治團體加諸財產上損害，該當背信罪

(三) 日本法小結

陸、本署對本案法律問題之意見

一、圖利行為包括消極不作為

二、所謂不法利益係指不公平之違法狀態利益

三、不法利益包括現實財物及其他之無形利益（含使用利益）

四、不法利益產生之時點與計算方式

五、圖利罪應否廢止應屬立法論，非本件法律爭點

柒、附件清冊

壹、與法律爭點相關之本案事實（略）

貳、本案一二審判決對上開法律爭點之見解（略）

參、我國最高法院對於本案法律爭點之見解（略）

肆、我國學界對此法律問題之見解

我國學界有主張圖利罪應該納入條文所無之「致生財產損害」的實質要素，此種主張以許恒達副教授為主，其認為圖利罪屬於濫權罪名的原始型態，可罰性在於公務員執行職務時違反法令，致生國庫或特定個人的財產損害，從而實現利益輸送結果，故應納入不成文的「致生財產損害」之實質要素。¹依此推論，違建案型即應不成立圖利罪，許教授指出：「既然本案（按：涉案的十二戶建物在興建過程中，未遵守原圖興建，致使長期無法從主管機關取得使用執照，所有人因而透過管道，請託當地負責核發建物使用執照的公務員，該公務員明知該建物為違建，但顧及熟人請託，仍違法發給使用執照）沒有任何人發生財產損害，對社會公信的影響當然比不上造成損害同時又發生不法利得的事例，依本文之見，不應構成圖利罪。論者或許可能批評，筆者見解無異大開圖利罪後門，對此筆者的回應是：即便上述兩案

¹ 許恒達，主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，臺大法學論叢第 43 卷第 3 期 (09. 2014)

不成立圖利罪，仍有其他罪名可以處罰該公務員，最有可能構成的是刑法第 213 條的公務員登載不實罪，換言之，縱然在此類案例中排除圖利罪刑責，還有其他罪名足以有效地處罰行為人，尚不致有無法可罰的情況。」²

李茂生教授在其文章³中對於圖利罪之不法利益所做的分析大要如下：（一）圖利罪之不法利益不應限於財產利益，而應考慮包括勞務給付與性交約束⁴。（二）不應該透過結果之不法來反推行為不法，而應依客觀證據發覺有圖私人不法利益之可能性時，就可以認定這是構成要件該當的違背法令行為，如果進一步私人有因此而獲得不法利益，則當然可以成立圖利罪⁵。但該文對於如何界定結果之不法性，並未進一步具體說明，故無從確定就違建案型其係採肯定或否定說。

許玉秀教授則認為：「受賄罪中的不正利益和公務員圖利罪中的私人不法利益其實並無不同，但後者直接依行為是否違背法令而定義，前者則依職務的對價關係來決定，非職務上應得之不正利益，當然不是依法應得之利益，換言之，也是不法利益，只不過這個利益可以和不違背職務的行為共同發揮滿足構成要件的效果，違背法令的部分，可以只是收受賄賂的部分，公務員圖利罪中的不法利益，則無法脫離違背法令的行為而存在。」可見許教授係將行為不法與結果不法聯結在一起考量，認為只要是行為違背法令，其所致的利益就屬不法。此種定義似亦為謝煜偉教授所贊同，其曾指出「私人的不法利益其實是依據承辦公務員是否違背法令而來」⁶。許、謝二位教授之看法應與後述義大利學者之「贅文說」（不法利益之不法二字是贅文）相符，惟因其文章中並未提及違建案型，故無從確定其二人對本件法律問題是否採肯定說。

² 許恒達，前揭文頁 41。

³ 李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌（No. 91）2002.12

⁴ 李茂生前揭文，頁 11。

⁵ 李茂生前揭文，頁 12。

⁶ 謝煜偉，特殊圖利罪之解釋與立法建議，政大法學評論第 143 期（104 年 9 月），頁 37。

伍、本案所涉及法令之外國立法例與實務

一、美國，以伊利諾州法、紐約州、德州為例

（一）美國伊利諾州

美國聯邦法並無圖利罪之規定。但州法有類似規定，謹以伊利諾州 (Illinois)⁷、紐約州與德州為例。

伊利諾州法第 720 章第 33 條第 3 項 Sec. 33-3. Official Misconduct 公務不當行為罪之規定如下：

公務人員或受雇人員或政府特別代理人，在其職權內或特別代理人之職權內 (in his official capacity or capacity as a special government agent)，為下列行為者，犯不當行為罪：

- (a) 故意或重大過失 (Intentionally or recklessly) 不履行 (fails to perform) 法律所要求之應為義務，或
- (b) 知悉地 (Knowingly) 執行 (performs an act) 其明知法律所禁止的行為，或
- (c) 意圖為自己或他人獲取個人利益，而執行超過其合法權限之行為 (With intent to obtain a personal advantage for himself or another, he performs an act in excess of his lawful authority)，或
- (d) 因執行任何行為而索求或收受其明知法律並未授權之費用或報酬

公務人員或受雇人員或政府特別代理人因違反本項而定罪者，沒收其職位、雇傭或特別代理地位，並論以第三級之重罪⁸。（下略）

此項條文中之(c)與我國之圖利罪最為接近，惟須注意(c)罪所圖利益，不限於「不法利益」，且並不以自己或對方已經得利為必要，此點與我國不同。另由以上條文可知，美國伊利諾州的公務不當行為罪除圖利罪以外另包括沒有圖利之單純違法職務行為即(a)罪與(b)罪，可見比我國有更多的類型。

關於公務員對違法行為不積極移送法辦，在伊利諾州是否成立該州之公務不當行為罪，有一判決足供參考。

⁷ 伊利諾州被認為是美國最腐敗之州之一，故其反貪法制較發達。其社會報導可參：<https://www.chicagogmag.com/Chicago-Magazine/December-2010/Why-Is-Illinois-So-Corrupt-Local-Government-Experts-Explain/>

⁸ 法定刑在二年至五年有期徒刑，730 Ill. Comp. Stat. § 5/5-4.5-40 (2020)

People v. Thoms, 50 Ill. App. 3d 398 (1977)

本案被告係一警長，其屬下在執行公務時攔下一名十七歲開車少年，以涉嫌無照駕駛罪（在該州屬輕罪之一種）逮捕押回警局，被告因與該少年之父親熟識，遂未將該少年移送法院，且未等該少年交付保證金即將之釋放。被告被訴二罪名，即前述 Sec. 33-3 之(a)罪與(b)罪，一審均判有罪。被告上訴後二審法院認為逮捕人犯後應移送法院以及未交保前不得釋放人犯均有法律明文規定且為被告所知悉，該案情形下被告已無裁量權可言（no discretion），而此二罪檢方並毋庸證明被告有貪污之動機（it is not necessary to prove that the officer acted from corrupt motives in order to convict.），故維持有罪判決（惟認為僅能對其中一罪量刑）。

由此判決可知，已無裁量空間後，仍不為積極舉發，在伊利諾州得構成公務不當行為罪。

（二）美國紐約州

紐約州公務不當行為罪 New York Consolidated Laws, Penal Law - PEN § 195.00 Official misconduct 條文如下：

公務人員意圖獲取利益或剝奪他人之利益（with intent to obtain a benefit or deprive another person of a benefit）者成立公務不當行為罪：

- 1.知悉未經授權，而從事與其職位相關但構成無權行使職能之行為，或
- 2.知悉依法或依其職位之本質有執行義務，卻不執行。

公務不當行為罪屬於 A 級輕罪⁹。

此條規定與前述伊利諾州法 Sec. 33-3(c)類似，相當於我國之圖利罪，惟仍須注意此罪只要有圖利之意圖即構成，並不以對方已經得利為必要，此點與我國不同。另須注意者係此條之「獲取利益」與「剝奪他人利益」之行為是使用「或」，所以並不以「他人損害」為必要之構成要件。

至於條文中之 benefit（利益）依紐約州法 PEN § 10.00 之定義係指：受益人之任何利得或利益，且包括受益人之希望或同意下之第三人之利得或利益（“Benefit”

⁹ 法定刑一年以下有期徒刑，參 New York Consolidated Laws, Penal Law - PEN §70.15

means any gain or advantage to the beneficiary and includes any gain or advantage to a third person pursuant to the desire or consent of the beneficiary.) 。

此外，關於條文中之「獲取利益」除了自己利益外有無包括他人利益？法院判決是採肯定說，但檢察官必須證明被告有此圖利之意圖：

People v. Thompson, 58 Misc. 2d 511 (1969)

本案被告係一警探，被查出曾在一家非賽馬場之私人賭場下注之紀錄，因而被訴涉犯前述 PEN § 195.00 之公務不當行為罪（知悉有人非法賭博而不執行逮捕）。紐約 Saratoga County 的區法院（county court）雖然認為該罪之圖利是有包括他人利益，但檢方必須證明被告有圖利自己或他人之意圖，而本案檢方只證明被告知悉他人犯罪，卻未提出任何證據用來證明被告有圖利他人意圖，故認為檢方舉證不足而駁回起訴（demurrer）。

僅知悉他人犯罪但仍有裁量空間時，尚不得論以公務不當行為罪之案例，另有一判決足供參考：

People v. Mackell, 47 A.D.2d 209 (1975)

本案被告係紐約州 Queens County 的檢察長還有二名地檢署同事，他們三人都是某吸金集團的投資者，但涉嫌在知情後故意不調查地檢署之投資者是否為共犯，亦未將此訊息傳達給正在調查該案之其他地檢署，因而被特別檢察官起訴。其罪名之一就是前述之 PEN § 195.00 之公務不當行為罪（知悉有人犯罪而不予追訴）。被告等在一審被判有罪處有期徒刑 6 月。上訴法院（Supreme Court of New York, Appellate Division）撤銷原判決，主要理由是依該郡之規定，檢察長對於要不要提起訴訟有裁量空間，被告等行為雖有不當，但此點應無刑事責任。

但如果警察是進入違法賭場參加賭博而不執行逮捕呢？紐約州法院有判決認為此時就構成了。請參下列判決：

People v. Heckt, 62 Misc. 2d 287 (1969)

本件被告們係警察，涉嫌多次在不法職業賭場參與賭博（主持人抽頭金為 15%）而未進行逮捕取締，因而被起訴前述 PEN § 195.00 之公務不當行為罪。被告認罪協商時認罪，後來反悔聲請撤回認罪並駁回大陪審團之起訴。Erie County 的區法院駁

回被告之聲請，其判決指出：本罪包括圖利他人¹⁰，但要有證據足證該行為可以被認為是「貪腐」（there must be that evidence of conduct which is deemed or may be classified as "corrupt"），而本件被告等參與賭博當然涉及本身之輸贏，賭場主人也因而獲利。且被告等之警察身分是在場人均知，這帶給所有人安全感，也多少鼓勵場主繼續非法營業（It cannot be said that the participation by police officers did not in a small degree encourage and influence the continuation of the illegal conduct of the organizers of the games.），本件亦無不能進行調查與逮捕之法律理由，故其貪腐情事已堪認定，法院因而駁回被告之聲請。

由上可知，紐約州相當於我國圖利罪之 PEN § 195.00 公務不當行為罪，須在公務員主觀上有圖利意圖，且知悉違法行為後並無裁量空間時，始得成立。而其利益包括自己利益與他人利益，亦包括實際利得（gain）與財產上之其他利益（advantage，例如繼續經營賭場之利益）。惟其所圖利益，並不限於「不法利益」。

（三）美國德州

美國德州法 Texas Penal Code 39.02 – Abuse of Official Capacity 「公務權能濫用罪」規定如下：(a)公職人員意圖獲取利益，或意圖損害或欺騙他人，而故意或知悉地：(1)違背有關公務人員職位或雇用之法律；或(2)誤用（misuse）其職位或雇用所保管或持有之政府財產、服務、人員、或其他屬於政府之任何有價值之物者，成立本罪。（下略，依(1)或(2)及所涉利益之價格而分屬不同之法定刑）。

由條文可知，德州 Texas Penal Code 39.02(a)(1)類似我國之圖利罪，惟所圖利益不限於「不法利益」，且不以結果發生為必要。而 39.02(a)(2)擴大型態到對於政府人員器材之誤用，此方面比我國更為詳細¹¹。例如在 State v. Trevino, 930 S.W.2d 713 (Tex. App. 1996)案，市政府的總務處長命其所屬人員使用公款購買油漆到其私人住宅油漆，一審陪審團即判決認其成立 39.02(a)(2)之誤用公家人員及財物圖利罪。（但

¹⁰ 本判決指出依據 PEN § 10.00 之法條定義，利益指受益人之任何利得或利益，且包括受益人之希望或同意下之第三人之利得或利益（“Benefit” means any gain or advantage to the beneficiary and includes any gain or advantage to a third person pursuant to the desire or consent of the beneficiary.）

¹¹ 在我國比較有爭議之圖利型態，例如高官公務員命公家工友到其私人住宅（非公家宿舍）打掃洗衣；土地測量員在假日期間使用公用器材幫民間土私測土地而打工賺錢，在德州 39.02(a)(2)之法條結構下，應都會成立該圖利罪。

德州上訴以其他理由，即一審法官有關共犯證人之陪審團指示有誤而撤銷有罪判決（命重審）。

另須注意者係此條之「獲取利益」與「損害他人」之行為是使用「或」，所以並不以「損害他人」為必要之構成要件。此點與紐約州相同。

二、英國

相對於美國若干州之制訂法，英國之不當公務行為罪（Misconduct in Public Office）並無制訂法，而是不成文的普通法（common law）之罪名，其淵源可推至十二世紀，但有案可尋的第一個案件應是十八世紀的 R v Bembridge (1783) 3 Doug 327; 99 ER 679 案¹²，基本上是在制訂法無法適用或難以適用之情況下才論以此罪¹³。

此罪依據英國上訴法院（the Court of Appeal）於 2004 年給予英國檢察總長之 2003 年第 3 號法律意見書¹⁴ *Attorney General's Reference No 3 of 2003* [2004] EWCA Crim 868¹⁵，其構成要件為¹⁶：

- (1) 以公務人員之身分行之；
- (2) 故意疏於履行其義務且/或故意為不當行為；
- (3) 到達濫用公眾對其職位之信任之程度；
- (4) 且無合理藉口或正當化之理由。¹⁷

可知英國普通法的不當公務行為罪並不以「圖利」為構成要件，比我國寬鬆很多，所以對於本件系爭法律問題「不法利益」亦未有特別定義。然英國皇家檢察總署法律指導手冊（The Code for Crown Prosecutors）對於本罪之構成要件說明¹⁸有指出，本罪雖然不是「結果犯」（result crime），但檢察官仍應證明被告對其行為所

¹² Misconduct in public office, The Law Commission, House of Commons (2020)，頁 12。

¹³ In R v Rimmington, R v Goldstein [2005] UKHL63 at paragraph 30 the House of Lords: "...good practice and respect for the primacy of statute...require that conduct falling within the terms of a specific statutory provision should be prosecuted under that provision unless there is good reason for doing otherwise."

¹⁴ 依據英國法 36 Reference to Court of Appeal of point of law following acquittal on indictment, Criminal Justice Act 1972 英國的檢察總長可以在被告被判無罪後，對於所涉法律爭點請求英國上訴法院表示意見。

¹⁵ 全文可參：<http://www.uniset.ca/other/css/20051QB73.html>

¹⁶ The elements of the offence of misconduct in a public office are: (1) a public officer acting as such ; (2) wilfully neglects to perform his duty and/or wilfully misconducts himself ; (3) to such a degree as to amount to an abuse of the public's trust in the office holder ; (4) without reasonable excuse or justification .

¹⁷ 此罪最重可判無期徒刑，但 2005 至 2016 年之判決均未超過十年，請參前揭 The Law Commission 書頁 144。

¹⁸ 全文請參：<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/misconduct-public-office>

造成之結果（consequence）有所認識（Whilst there is no need to prove any particular consequences flowing from the misconduct, it must be proved that the defendant was reckless not just as to the legality of his behaviour, but also as to its likely consequences.）。

另外值得一提的是，本罪若涉及公款之使用（盜用公款），上訴法院判決認為檢察官應證明被告主觀上有「不誠實」之犯意：

英國上訴法院判決 R v W [2010] EWCA 372¹⁹

本件被告係一警官，其在一年之內多次使用公家的信用卡在私人花費上共計£12,500，因而被起訴涉犯前述普通法之不當公務行為罪。被告辯稱其僅是挪用，打算日後會返還款項，而且很多同事都是這麼做。一審法官認為本罪之構成要件並毋庸有「不誠實」（dishonest）這個主觀要件，因此並沒有對陪審團下此種指示。被告被判有罪後提起上訴，上訴法院（the Court of Appeal）認為在涉及竊取或詐取款項（the acquisition of property by theft or fraud）時，該犯行之基本要件就是證明其不誠實（an essential ingredient of the offense is proof that he is dishonest），故撤銷該有罪判決而命令重新審判。²⁰

英國法小結：

從法制史而言，英國普通法之不當公務行為罪可以說是英美法系各國圖利罪之始祖，其基本型態是針對「公務員違背法令之行為」，並沒有「圖利自己或他人」或「損害他人」之要素在。後來各國發展其本國之圖利罪時，才開始加入其他類型或要素。例如前述伊利諾州法第 720 章 Sec. 33-3 之公務不當行為罪之(a)罪與(b)罪，顯然是同於英國普通法，都在於違背法令之公務員行為，而(c)罪與(d)罪則創設出圖自己或他人利益之類型。

¹⁹ 本判決全文可參：<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2010/372.html>

²⁰ 此判決另外指出英國普通法之 Official Misconduct 可分為五大類：(a) frauds and deceits (fraud in office); (b) wilful neglect of duty (**nonfeasance**); (c) "malicious" exercises of official authority (**misfeasance**); (d) wilful excesses of official authority (**malfeasance**); and (e) the intentional infliction of bodily harm, imprisonment, or other injury upon a person (oppression)

三、義大利

義大利刑法第 323 條規定²¹公務濫用罪：「公務員或負責公務之人在執行其職務或服務時，違背有關其行為之法律或具有法律效力之特別規定，且已無裁量餘地時；或在面對自己或親人之利益或其他法定情形時，未能迴避，而故意獲得自己或他人之不正利益（ingiusto vantaggio）或造成他人之損害者，處一年至四年之有期徒刑。但構成更重之罪名者，依該罪論之。」

從條文言之，其特色係於 2020 年修法時有把「且已無裁量餘地時」明文化²²，此點實與其他國家（包含我國）之實務見解相符。

依德國學者 Alten 之分析²³，本條之行為類型包括不作為，而所謂之「財產利益」含取得有報酬之職位、建照之核發，但不含政治威望之增加。因條文有「不正」二字，所以本條之罪須有「雙重不法」（義 doppia ingiustizia，德 doppelte Unrechtmäßigkeit，英 double injustice），即公務員之行為不法加上結果之不正義。

而對於此所謂雙重不法的內涵，德國學者 Alten 的分析²⁴摘要如下：

義大利刑法第 323 條第 1 項產生財產利益應為「不正」，這個特殊的違法性要素係在 1990 年 4 月 26 日修法時明文化的，但在這之前，實務及學說就已經使用該要素作為限縮的前提要件。儘管如此，有些學者認為，該「不正」的用語是贅文（義 pleonasm；德 Pleonasmus；英 Pleonasm），因為經由違背法令的職權行為所產生的利益或損害總是不正的²⁵。持這樣觀點者認為，「不正」的用語僅是重述其他構成要件所描述的不法性。²⁶

但義大利目前通說認為，違法性的要求並非多餘。刑法也有其他規定要求構成要件結果之「不正」。例如：恐嚇取財的利益若由於受法秩序保護而非不正，那麼該暴力或威脅不構成恐嚇取財罪，而是構成強制罪。

²¹ 1968 年義大利刑法第 324 條有關圖利罪之規定已經廢除，改為現行法條。

²² 此段已無裁量餘地是 2020 年修法時才引進者，原來之文字僅是違背法律或規則。請參 <https://www.giurisprudenzapenale.com/2021/01/11/la-cassazione-si-pronuncia-sulla-configurabilita-del-delitto-di-abuso-dufficio-dopo-la-riforma-d-l-16-luglio-2020-n-76/>

²³ 關於義大利刑法第 323 條圖利罪之分析，中文文獻請參考李進榮，我國圖利罪之檢討與立法展望—與瑞士法及義大利法為比較，檢察新論第十九期，頁 3-20（2015 年）該文依作者之註釋，主要參考德國學者 Alten 之文章。

²⁴ Klaus Alten, Amtsmißbrauch- Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs, Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften (2012) 頁 212-

²⁵ Alten 前揭書頁 213。

²⁶ 瑞立刑法一般是被做同樣之解讀，請參下述之瑞士法部分。另我國學者許玉秀、謝煜偉亦認為私人的不法利益其實是依據承辦公務員是否違背法令而來，已如前述，應可謂採贅文說。

舉一個結果沒有不正的例子，市長在沒有取得建築委員會必要的同意下，核發建築許可，但受益人是有權提出申請的。這樣的情形，市長違反法律規定而濫用職權，但對市民創造的財產利益，卻不能視為是不正的，因為他本來就有權獲得許可，在合法核發許可的情形也不會無法獲得許可。²⁷

衡量是否「不正」，並不取決於道德或社會觀點，而是純粹取決於法律觀點。最高法院也同樣強調，不正的要素並非依政治或社會標準，特別是不應依公共的上位利益或公共行政來衡量，而是僅依據客觀法律(Cass., Sez. VI, 7.3.1995)²⁸。

學者 Segreto 和 De Luca 則主張利益之不正性應該把良好行政運作及行政不偏頗之憲法原則（*der Verfassungsprinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung*）列入考量，學者 D'Avirro 亦有相同主張，即相較於其他人民，有創造出差別待遇²⁹。

以上係德國學者 Alten 的分析。

至於雙重不法之內涵在實務見解部分，可參考義大利最高法院 2014 年一則判決 Cass. Pen. 36125/2014³⁰。最高法院在該判決中指出雙重不法是該院多年來一向之見解，此雙重係指公務員行為之違背法令與其所導致之利益之不正性，必須分開來評價，亦即，其結果之不正性必須從其本身來判斷，不能僅係公務員違背法令之反映而已³¹。但主張結果有公正性時，不能僅指出其有法律上之保障，還必須指出在實務上其他相同權利之人亦享有相同利益³²。換言之，所謂結果之不正性，必須與相同狀況下之其他人比較，如果有不公平的現象，其利益即屬不正。

²⁷ Alten 前揭書頁 215。

²⁸ Alten 前揭書頁 218。

²⁹ 同上。Entscheidend sei die Schaffung einer diskriminierenden Situation im Vergleich zu anderen Bürgern.

³⁰ 此判決全文（義大利文）請參：

<https://renatodisa.com/corte-di-cassazione-sezione-vi-sentenza-25-agosto-2014-n-36125-per-la-sussistenza-del-reato-di-cui-allart-323-cod-pen-e-necessario-verificare-se-levento-di-vantaggio-o-di-danno-sia-ingiusto/>

³¹ 請參該判決之 2.4 段中之此段話：è necessario verificare se l'evento di vantaggio o di danno sia ingiusto in sè e non soltanto come riflesso della violazione di norme da parte del pubblico ufficiale.（英譯：it is necessary to verify whether the event of advantage or damage is unfair in itself and not only as a reflection of the violation of rules by the public official.）

³² 請參該判決之 2.4 段中之此段話：Il vantaggio e il danno sono infatti ingiusti allorché non spettino in base al diritto oggettivo. Ad escludere l'ingiustizia non è dunque sufficiente che il destinatario della condotta abusiva sia titolare di una posizione giuridica astrattamente tutelabile ma occorre che questa sia tale in concreto, avuto cioè riguardo alle condizioni normativamente previste, anche per l'ipotesi di concorso con la posizione di altri titolari di diritti analoghi (Cass. Sez. 6, 7-3-1995, Bussolati, Cass. pen. 1996, 800（英譯：The advantage and the damage are in fact unfair when they are not due on the basis of objective law. Therefore, to exclude injustice, it is not sufficient that the recipient of the

至於其結果之不正性之案例，可以參考義大利最高法院另一判決 Cass. pen. 27936/2008 案³³，該案之被告為公立醫院之醫師，違背法令指使患者轉至其所開設之私人診所做進一步之醫療而另外收費，其所得之利益即被判定為「不正」，因為相較於其他患者，至其私人診所門診之患者必須付出更多的費用，即有不公平性產生，故所得利益即屬不正。

最後一提的是「損害他人」這種圖利罪之類型（我國法條並無此類型）是早在義大利刑法於 1889 年統一前的 1853 年 Tuscany 刑法即已存在，限縮在拘束人身自由之損害³⁴。義大利刑法 1889 年刑法的第 175 條延續此類型，至 1990 年刑法大修後融合為第 323 條。須注意者係現行法第 323 條「故意獲得自己或他人之不正利益，或造成他人之損害者」係使用「或」這個字，所以並不以「他人損害」為所有圖利罪之必要之構成要件，此點與紐約州、德州法均相同。³⁵

四、瑞士

（一）瑞士刑法第 312 條濫用職務罪

瑞士刑法第 312 條規定：「官署成員或公務員，濫用其職權，以便為自己或第三人創造不法利益（*unrechtmässigen Vorteil*）或對他人施加損害者，處五年以下有期徒刑或罰金。」

該條規定所保護的法益，一方面是國家關於可靠、可信賴之公務員的利益，也就是公務員盡職盡責地行使賦予他們的權利；另一方面是人民免於國家權力遭濫用的利益。本罪的行為人除了公務員之外，也包括官署成員，例如市議會議員。另外，在損害他人之類型，如屬消極的不作為，則需具有保證人之地位（法律上有防止義務）者，始得論以該罪（例如明知已有違法作成的強制處分在，故意不撤銷之，以便損害他人）³⁶。

abusive conduct is the holder of an abstractly protectable legal position but it is necessary that this be such in practice, that is, having regard to the regulatory conditions, also for the hypothesis of concurrence the position of other holders of similar rights (Cass. Section 6, 7-3-1995, Bussolati, Cass. Pen. 1996, 800.)) I

³³ 本案判決之摘要（義大利文）請參：<http://www.overlex.com/leggisentenza.asp?id=1078>

³⁴ Alten 前揭書頁 7-8。

³⁵ 故國內部分學者主張我國圖利罪應以「致生財產損害」為不成文之構成要件，如果沒有損害於他人就不應成立圖利罪（下述）。從比較法而言，似無依據。

³⁶ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 312 Rn. 1-2.

「職務濫用(Amtsmissbrauch)」為挪用國家權力(der zweckentfremdete Einsatz staatlicher Macht)，即未按原定用途使用國家權力。「職權的濫用」(Missbrauch der Amtsgewalt)的意涵較「職務濫用」窄，是指行為人基於依職權所享有之高權，於不應當出現高權之領域，為處置或強制的行為。職權(Amtsgewalt)係所有用來執行職務(高權)行為所可能使用之權力的整體。例如檢察官威脅行為人，逮捕後會引渡到秘魯，且要行為人立即自費飛往蒙特維多接受訊問；或是執行公務員擅自停止扣押薪資等，都是濫用其職權³⁷。

非濫用職權，而是視情形依其他規定是違反職務義務的可罰行為，例如執行公務員自己身為主要債權人的自利行為，讓其他債權人簽立債務協議，而把抵押物所賣得的價金用來全數滿足自己的債權，這樣的情形，因為沒有使用下命權，所以並非職務濫用(BGE³⁸ 76 IV 283)。

職權的濫用不僅是與目的無關的運用職權，也包括不合比例的使用手段、或是與本質、目的無關的使用強制力，這樣的情形，構成要件就限縮於所使用的粗暴而明目張膽的手段與要達成的目的不合比例的案例，例如警察因為一星期前有 100 瑞士法郎遭竊而在沒有充分理由下逮捕嫌疑人及執行脫衣搜索³⁹。

主觀要件上，行為人要有知悉其本身的特性並有意地濫用職權的故意或未必故意，如果行為人相信自己是合義務所為，就欠缺故意。此外，行為人還要有得利或損害意圖。在此之利益不需具備實體的性質，枉法裁判所創造的利益也算是濫用職務⁴⁰；損害也不需具備實體的性質，毆打造成的痛苦也算是損害，例如警察在調查過程中毆打一位義大利籍的嫌疑人(BGE 99 IV 14)。當然，損害也應具備不法性⁴¹。利益或損害不需具備財產法上的性質，例如警察在訊問過程打斷被訊問人的二顆牙齒，屬於濫用職務(BGE 104 IV 23)⁴²。

³⁷ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 312 Rn. 1, 3.

³⁸ BGE 為 Bundesgerichtsentscheide 之縮寫，即瑞士聯邦法院判決。

³⁹ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 312 Rn. 6.

⁴⁰ 註釋書原文：「Vorteile brauchen nicht materieller Natur zu sein (ZR 45 [1946] Nr. 82, FREY/OMLIN 85, HEIMGARTNER BSK Art. 312 N 23, vgl. BGE 99 IV 13) - so kann auch die Verschaffung von Vorteilen durch Rechtsbeugung Amtsmissbrauch darstellen(THORMANN/VON OBERBECK Art. 312 N 3, RIESEN 295)-, ebenso wenig die Nachteile (BGE 99 IV 14 – Schmerz durch Schläge).」。

⁴¹ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 312 Rn. 7. 註釋書原文：「Selbstverständlich müssen auch die Nachteile unrechtmäßig sein.」

⁴² Hauser/Rehberg, StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch, 12 Auflage, 1992, Art. 312, S. 335.

（二）瑞士刑法第 314 條背信執行職務罪

瑞士刑法第 314 條規定：「官署成員或公務員，於為法律行為時損害其應維護之公共利益，以便為自己或第三人創造不法利益（*unrechtmässigen Vorteil*），處五年以下有期徒刑或罰金。自由刑應與罰金刑併科。⁴³」

本條為瑞士刑法第 158 條背信罪的特別規定，限定適用於公務員或官署成員於締結法律行為時損害公共利益的情形。不單是在權限範圍內作決定要受到處罰，僅是官署成員，就算沒有參與表決，但對於決定有貢獻也算，只要行為人享有事實上的決定權限即足。本條保護的並非私人利益，而是保護公共利益。只要不被瑞士刑法第 314 條排斥，瑞士刑法第 158 條仍可補充適用⁴⁴。

瑞士刑法第 314 條所規定之「締結法律行為」是指，行為人作為公共利益的代理人，處理私法的法律行為，例如買賣、租賃、僱傭契約。實務上，在符合法條文義下，只要行為人基於其專業及其職位，享有事實上的決定權限為該法律行為，即滿足要件⁴⁵。而締結的法律行為會損害公共利益，且結果上必須產生損害⁴⁶。主觀上，行為人除了具備損害的故意，還要有不法得利意圖⁴⁷。而不法性應當已存在於行為的形式中。例如，官署成員違法核發建築許可(同意申請人在建築區以外之處蓋鄉間別墅，該處有較好的視野且土地相對便宜)，該核發建築許可已是法律上不允許，就此並給申請人創造出不法利益。此舉漠視相關的程序及區域計畫規定，給申請人創造建築的可能性。該利益是不法的，因為依相關建築及計畫法規定，不能同意在建築區以外之處興建建築物。該官署成員知悉在建築區外建築活動的限制，這些限制原本主要來自水源保護法，現在依建築法、區域計畫法而得出。被告因此很明顯有

⁴³ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Januar 2022)

Ungetreue Amtsführung

Art. 314

Mitglieder einer Behörde oder Beamte, die bei einem Rechtsgeschäft die von ihnen zu wahren öffentlichen Interessen schädigen, um sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, werden mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden.

⁴⁴ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 314 Rn. 1.

⁴⁵ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 314 Rn. 2.

⁴⁶ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 314 Rn. 3.

⁴⁷ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 314 Rn. 4.

得利的意圖。並且，透過漠視區域計劃僅能在建築區建築的基本原則，被告也損害了公共利益(BGE 111 IV 83)。又例如市議員依其私人利益促成蓋一間學校的工程發包，因為無法證明有產生損害以及證明有損害的故意，所以不符合瑞士刑法第 314 條的要件(BGE 101 IV 408)。

最後，因為瑞士刑法第 314 條係針對私法的法律行為，而第 312 條是針對高權行為，所以這兩條規定沒有競合關係。

(三) 瑞士法小結

瑞士刑法第 312 條濫用職務罪之濫用職權為自己或第三人創造不法利益或對他人施加損害，該利益或損害不需具備實體的性質，也不需具備財產的性質，實務及學說並未就「不法」多所著墨，重點在於判斷有無濫用職務、濫用職權。可能的原因是，若確認有濫用職務、濫用職權，即可推論所創造之利益或施加之損害就是「不法」。瑞士刑法第 314 條背信執行職務罪之損害應維護之公共利益而為自己或第三人創造不法利益，其不法性應當已存在於行為的形式中，是以實務及學說上亦未就「不法」多所論述。

五、日本

(一) 公務員圖利行為，得以刑法第 247 條之背信罪論斷

日本並無圖利罪之規定，然日本刑法第 247 條規定：「為他人處理事務，以謀求自己或第三人之利益或損害本人為目的，而為違背任務之行為，致損害本人之財產，處五年以下有期徒刑或五十萬日圓以下之罰金。」所謂「他人」指事務處理之委託者，包括自然人及法人，法人尚包括有法人人格之社團、國家、地方自治團體等⁴⁸，刑法改正準備草案第 148 條並對公務員之背信行為加重處罰⁴⁹。換言之，公務員之圖利行為違背其任務，係以刑法第 247 條之背信罪加以處罰。

依最高裁判所前身大審院明治 45 年（1911 年）5 月 6 日判決⁵⁰：被告助次郎為受司法省所聘監督鶴岡區裁判所廳舍新築工程之人，其接受工程承包商即被告小林

⁴⁸ 西田典之，刑法各論(第六版)，弘文堂，2012 年，255 頁。

⁴⁹ 島戶純，大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀(編)大コンメンタル刑法〈第 13 卷〉第 246 条~第 264 条，弘文堂，2018 年 8 月，235 頁。

⁵⁰ 大判明 45-5-6，LEX/DB 27918578。

昌德、中村米治之託，於工程之監督予以寬厚對待，並受賄自行車 1 台與現金 200 日圓水果一箱，許可使用未依工程設計書所載之材料，致國家受有財產上損害，被告助次郎該當刑法第 197 條受賄罪、第 247 條背信罪，為同法第 54 條一行為觸犯數罪名。

戰後，此觀點依舊維持，如最高裁判所第二小法廷昭和 34 年 8 月 8 日駁回上訴第三審之決定⁵¹，認定村長將議會通過之道路修繕維持費，充為選舉運動經費，係違背任務，該當背信罪。

（二）公務員違背任務，對於國家或地方自治團體加諸財產上損害，該當背信罪

背信罪以謀求自己或第三人之利益或損害本人為目的為其要件之一，主觀上，行為人要有圖利加害目的，施加財產上損害之故意（含未必故意，大判大正 13·11·11 刑集 3 卷 788 頁）⁵²，至於違背任務行為，係行為人違背與本人（包括國家或地方自治團體）間的信任關係，如行為人形式上有違反法令、章程、內規、契約等，而逸脫通常業務執行範圍，對本人來說是實質不利益行為⁵³。

1. 稅務人員怠於徵收地方稅，該當背信罪

稅務人員本有忌憚對方身分而未積極徵收地方稅，嗣後與該人共謀，致使稅捐之時效消滅，渠等該當背信罪。實例如下：（千葉地方裁判所平成 16 年 11 月 16 日判決⁵⁴）被告為千葉縣縣議員，居住在千葉市，滯納平成 3 年度市縣民稅普通徵收第 4 期金額 3034 萬 4000 日元。自平成 11 年間開始，被告不停威嚇千葉市負責徵收該筆金額之徵稅官員（A、B 等 2 人），使渠等更加懈怠，寄望得以因為時效完成而以免除自己應納稅金，以圖個人之利益與加損害於千葉縣、千葉市。於平成 14 年 4 月，A、B 等 2 人升任千葉市財政局稅務部納稅管理課課長、特別滯納整理室室長，A、B 等 2 人均知悉渠等有公正且嚴格遂行市縣民稅徵收之任務，竟與被告共謀，明知欠缺停止執行滯納處分法定要件，亦未踐行滯納處分停止執行之裁決手續，由渠等在線上系統就本件徵收金相關之滯納金停止執行處分為不正處理，致使上開稅金之徵收權時效完成，對千葉縣、千葉市加以經濟上損害。判決結果，本案被告經判處有期徒刑 1 年 6 月。

⁵¹ 最決昭 34-8-8 刑集第 13 卷 10 号 2747 頁，<https://reurl.cc/vqnmal>（最後瀏覽：2021 年 5 月 26 日），判決要旨：<https://reurl.cc/bX6Gdv>（最後瀏覽：2021 年 5 月 26 日）。

⁵² 品田智史，背任罪における図利加害目的，刑法判例百選Ⅱ-- 各論 第 7 版，2014 年 8 月，146 頁。

⁵³ 橋爪隆，任務違背行為の意義，刑法判例百選Ⅱ-- 各論 第 7 版，2014 年 8 月，143 頁。

⁵⁴ 千葉地裁平成 16 年 11 月 16 日判決，LEX/DB 28105039。

2. 市長以合法手段使違建餐廳變為合法，該當背信罪

背信罪以謀求自己或第三人之利益或損害本人為目的為其要件之一，主觀上，行為人要有圖利加害目的，施加財產上損害之故意（含未必故意，大判大正 13·11·11 刑集 3 卷 788 頁）⁵⁵。民選市長以合法手段使違建餐廳變為合法，亦該當背信罪。

實例如下：（和歌山地方裁判所平成 17 年 11 月 18 日判決⁵⁶）： 被告（和歌山縣某市市長）因與某料亭（高級日本料理餐廳，以下簡稱「料亭」）的老闆娘為不倫關係，知悉「料亭」係由於昭和 8 年在國有地上建築之別莊與其後所增建之建物所構成，原於昭和 28 年以料理旅館營業，昭和 60 年因建物內之防火設備關係，不得再經營旅館業，改以「料亭」方式經營，嗣受泡沫經濟崩壞之影響，赤字攀升經營困難，平成 10 年至平成 12 年 9 月 29 日前，占用國有地之建物，積欠約 539 萬日元之借用金，其為現行建築基準法制定前之建築，屬於既存之不適格建築，若用途變更，須依新法改修為符合耐火、耐震之構造，恐須大筆資金，故要取得飲食店以外之用途的許可將十分困難，被告為圖利該老闆娘，以地方振興計畫再生為由，利用在「料亭」裝飾以美術品使其無須變更原有用途之巧門，並以之為觀光設施，由該市向「料亭」租用建物，另就「料亭」上開未支付之 539 萬日元借用金部分，前往近畿財務局和歌山財務事務所，就上開不法占用部分擬改由該市租借使用並以租金支付與其交涉，另編製預算改建租借後之「料亭」，「料亭」之建物老朽，仍將其固定資產評價為 2884 萬日元，而此價格之租賃合理價格應為每月 36 萬日元，卻設定自平成 12 年 10 月 1 日至 32 年 3 月 31 日止，每月應支付 140 萬日元租金，保證金 700 萬日元，該市之債務履行及租金等合計 4900 萬日元，對該市加以財產上損害。法院認定此係違背任務且加諸損害於該市的背信行為。

3. 所採措施不合理，係判斷是否違背任務之基準，所採措施加諸之財產上損害，包括消極損害

行為人違背任務行為之結果，對本人生有財產上損害，係指以經濟的觀點評價本人之財產狀態，是否因為被告之行為致本人財產價值減少或應增加的價值未增加⁵⁷，換言之，該損害係指全體財產之減少，並包括消極之損害⁵⁸。背信罪之損害係指

⁵⁵ 品田智史，背任罪における図利加害目的，刑法判例百選II -- 各論 第7版，2014年8月，146頁。

⁵⁶ 和歌山地裁平成 17 年 11 月 18 日判決，LEX/DB 28135373，另可參照：<https://reurl.cc/yEgzN2>（最後瀏覽：2021 年 6 月 1 日）

⁵⁷ 最決昭 58-5-24 刑集第 37 卷 4 号 437 頁，<https://reurl.cc/9rZx6O>（最後瀏覽：2021 年 6 月 2 日），判決要旨：<https://reurl.cc/zeboDN>（最後瀏覽：2021 年 6 月 2 日）。

因違背任務行為而生不利益，損害評價基準原則上以金錢價值計算之，損害包括已生之經濟上不利益及其不利益發生之可能性⁵⁹。

被告為舊日本道路公團之理事，其與共犯共同將舊日本道路公團靜岡建設局原預定於平成 16 年度一次發包的高速道路高架橋工程，調整為 2 次發包，致經費將增加 1 億日元，東京高等裁判所平成 19 年 12 月 7 日判決⁶⁰，認定被告該當背信罪，即以其所採措施不合理，作為判斷違背任務的標準⁶¹，關於損害之認定，除第一次發包工程所致之損害額，連尚未發包之第二次工程的「損害」也予以認定⁶²。

（三）日本法小結

背信罪係財產犯罪，承認公務員違背任務的圖利行為該當背信罪，係因造成本人(國家或地方自治團體)財產上損害，而損害係從全體財產的觀點，計算已生之經濟上不利益及其不利益發生之可能性，如違背任務行為無財產上損害，不該當背信罪。

陸、本署對本案法律問題之意見

一、圖利行為包括消極不作為

圖利罪之本質本就包含「不作為」，此從各國之立法例即可得知。美國伊利諾州法第 720 章第 33 條第 3 項 Sec. 33-3. Official Misconduct 對於公務不當行為罪，明文規定包括不履行（fails to perform）法律所要求之應為義務，法院判決 *People v. Thoms* (1977) 亦認為消極未將逮捕之人犯移送法院構成該罪。紐約州公務不當行為罪 New York Consolidated Laws, Penal Law - PEN § 195.00 Official misconduct 亦包括「有執行義務，卻不執行」，其法院判決 *People v. Heckt* (1969) 亦認警察多次在不法職業賭場參與賭博而未進行逮捕取締成立該罪。而英國普通法之不當公務行為罪亦包括「故意疏於履行其義務」，義大利刑法第 323 條之圖利罪亦包括消極行為，

⁵⁸ 前田雅英，刑法各論講義 第 7 版，東京大学出版會，2020 年 1 月，295 頁。

⁵⁹ 品田智史，財產犯における財産上の損害概念の諸相，刑法雜誌 53 卷 2 号，2014 年 2 月，218、221、223、227 頁。

⁶⁰ 東京高裁平成 19 年 12 月 7 日判決，LEX/DB 28145191。

⁶¹ 品田智史，背任罪における任務違背（背任行為）に関する一考察（一），阪大法学 59 卷 1 号，2009 年 5 月，119 頁。

⁶² 島戸純，收於大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀（編）大コンメンタール刑法（第 13 卷）第 246 条~第 264 条，青林書院，第 3 版，2018 年 8 月，390 頁。

均已如前述。我國貪污治罪條例第 6 條之圖利罪之條文本身雖未明文規定包含不履行法律上之作為義務，但條文之「違背法令」之行為態樣本就包括消極不作為，此點亦為我國實務界所採之。

最高法院 81 年度台上字第 446 號判決指出：「戡亂時期貪污治罪條例第 6 條第 3 款之圖利罪，性質上雖屬行為犯之一種；但不以積極行為而犯之者為限；苟行為人在法律上有積極作為之義務，具備為自己或第三人圖得不法利益犯意，違反此項義務，而以消極不作為方法達到圖得不法利益目的者，亦包括在內。」對此作為義務，最高法院更進一步於 89 年度台上字第 5102 號刑事判決指出：「有關警察業務之保安、正俗、交通、消防、營業、建築、市容整理、戶口查察、外事處理等事項，違警處分，協助偵查犯罪，均為警察法定職掌，警察執行勤務，劃分勤區，刑事警察得配合警勤區劃分責任區，警察法第 9 條、警察勤務條例第 6 條分別定有明文。被告對其轄區內之前開波霸店之色情營業有取締之直接執行之責，原審既認被告知悉波霸店違法經營色情行業，惟竟以被告僅消極的不予取締舉發，並未積極的予以圖利，而認不成立圖利罪，顯有不適用法則之違法。」此等見解於圖利罪修法之後，並未改變，可參最高法院 108 年度台上字第 3328 號刑事判決，該案中被告係國道公路警察分隊長，於其部屬攔阻違規車輛正進行舉單舉發程序之際，關說部屬免開單放行，最高法院維持二審法院之共同圖利罪之有罪判決（高雄高分院 108 年度重上更二字第 2 號刑事判決）。

可知我國圖利罪之公務員行為違背法令部分，本就包含不作為，在公務員已經無裁量餘地時故意違反作為義務，即有其違法性。

綜上，本件公務員雖未積極給予建照執照使違建合法化，但在依相關法令係屬應即予查報、拆除仍未依法予以簽報（拆除），即已構成違背法令之公務行為。

二、所謂不法利益係指不公平之違法狀態利益

如前所述，有多國之圖利罪構成要件，對於所圖得之利益並未限定於「不法」，例如伊利諾州法 Sec. 33-3 使用 a personal advantage；紐約州 PEN § 195.00 與泰國刑法第 152 條⁶³都是使用 a benefit，均未在 advantage 或 benefit 前面加上不法或不正等

⁶³ 泰國刑法第 152 條規定：「有管理或監督公務職責之公務員，利用其職權圖利自己或他人者，處一年至十年有期徒刑，併科二千至二萬巴特之罰金」（Section 152 Whoever, being an official having the duty of managing or looking after any activity, takes the interest for the benefit of himself or the other person concerning such activity, shall

形容詞。僅瑞士刑法第 312 條使用 *unrechtmässigen Vorteil* (英 *unlawful benefit*) 與義大利刑法第 323 條使用 *ingiusto vantaggio* (英 *unfair financial advantage*)，有在利益前面加上不法或不正之形容詞，此即義大利法院學說與判決所指出之「雙重不法」(義 *doppia ingiustizia*，英 *double injustice*)。

我國貪污治罪條例第 6 條第 4 款與第 5 款之條文規定為：「對於(非)主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。」除前段公務員行為之「違背法令」以外，另有在後段之條文限定為「不法利益」，應亦係採「雙重不法」理論。且民國 90 年 11 月 7 日第 6 條立法理由亦指出：「因此，實務上對『違背法令』與『不法利益』之『不法』內涵所作之判斷不完全一致，二者即仍有併存之必要，以免日後適用上產生窒礙。」等語，可知「雙重不法」應是我國立法者的本意。

至於後段結果之不法性認定標準應如何界定？如前所述，義大利有部分學者認為該國刑法第 323 條後段之「不正」的用語是贅文，因為經由違背法令的職權行為所產生的利益總屬不正。而瑞士實務及學說亦未對該國刑法第 312 條後段之「不法」多所著墨，重點仍擺在於前段之有無濫用職務、濫用職權。再者，我國學者許玉秀、謝煜偉二位教授均撰文認為只要是行為違背法令，其导致的利益就屬不法，亦已如前述，且我國實務判決亦大多在確定公務員行為「違背法令」後即開始討論「不法利益如何計算」，並未另外對如何認定利益之不法性有所論述。故在我國如採「贅文說」，本無不可。

退步言之，若我國採「非贅文說」，亦即，結果之不法性無法直接從公務員行為之違背法令性推演出，而應獨立於公務員行為之不法性另為判斷。則首應敘明者係貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款前段之「違背法令」係行為之不法，後段之結果「不法」則係狀態之不法。而「建築物非經申請直轄市、縣(市)(局)主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除」建築法第 25 條第 1 項前段定有明文，故違建物所有人對違建物之占有及使用均為違法狀態之繼續。對

be punished with imprisonment of one to ten years and fine of two thousand to twenty thousand Baht.) 請參：<https://www.thailandlawonline.com/table-of-contents/criminal-law-translation-thailand-penal-code>

此違法狀態，主管機關本得依建築法第 86 條第 1 款採取排除該違法狀態之行政處分（罰鍰或強制拆除）。若該具體個案依相關法令應即予查報、拆除（即已無裁量空間時），主管該事務之公務員竟未依法予以簽報（拆除），致使原起造人仍得繼續保有該違章建物之整體用益狀態，較諸其他被查獲違建之人民，即有不公平現象發生而有違憲法第 7 條所定之平等原則，參諸前述義大利最高法院判決與部分學者之見解，此時該利益即屬不法。⁶⁴

末查我國圖利罪並不以造成他人損害為構成要件，有將此要素納入圖利罪之國家其條文亦均係「獲利」或「損害」，並非「獲利」且「損害」，故如已有不法利益，即毋庸再究明何人受損害。

三、不法利益包括現實財物及其他之無形利益（含使用利益）

最高法院 103 年度台上字第 1875 號刑事判決指出：「貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款圖利罪，除公務員違法圖利之行為外，尚須該公務員圖利之對象（本人或第三人）因而獲得利益，始克成立；而所謂「利益」，依立法理由說明，係指一切足使圖利對象之財產，增加經濟價值之現實財物及其他一切財產利益，不論有形或無形、消極或積極者均屬之，亦即除屬可得計算增加之有形價值外，其他雖非同有形價值可資計算，然尚能增加經濟價值之其他一切財產利益，亦屬不法利益之範疇。至公務員圖利對象收回成本、稅捐及費用部分，原來即為其所支出，並非無償取得之不法利益，自不在所謂圖利範圍而應予扣除。故判斷是否屬於圖利罪之不法利益，除考量可得計算增加經濟價值之現實財物，並扣除成本、稅捐及其他費用外，仍應審酌其他無形之不法利益是否符合對主管事務圖利罪之構成要件。」同一案件經撤銷發回更審再上訴後，最高法院以 106 年度台上字第 2190 號刑事判決判定被告等成立圖利罪（原審亦是判圖利罪，惟最高法院認應依刑事妥速審判法第 7 條減刑故撤銷原判決而自為判決）。該案之被告承租烏來地區原住民保留地，原來之使用目的係採取砂石，後因政府全面禁止採砂石，遂擅自興建溫泉山莊營業，該租約至民國 91 年間即到期因不符合使用目的而未能續約。被告等鄉公所公務員於 95 年間明知此等事實，竟仍以採取砂石為由准予續約，使業者得以繼續營業溫泉山莊。

⁶⁴ 關於此不公平性，近日發生之冠狀病毒疫苗施打順序爭議（好心肝診所事件）亦可做為例子，接受施打疫苗雖是每一個公民的權益，但如果是違背相關規定插隊施打，此利益是否即有不法性而成為「不正利益」？

最高法院自為判決時並未推翻原審（臺灣高等法院 104 年度重上更(三)字第 35 號刑事判決）之計算不法利益方式：「被告劉○○、林○○、蕭○○對於主管之事務，明知違背法律授權之法規命令，直接圖私人不法利益，致○○企業社獲得不被收回原承租使用之土地（面積 7833 平方公尺）、免遭受拆除其上建物及溫泉設備，而得以在保安保護區繼續違法經營○○○溫泉山莊，自 96 年 2 月起計至 97 年 8 月止，依○○企業社銷售額與稅額申報書顯示總營業額為 4715 萬 4607 元（見調查卷第 150 至 159 頁）；營業成本每月約 190 萬元，20 個月共計約 3800 萬元，而 96 年間員工人數約 30 餘位，薪資成本比 97 年多 240 萬元，業據○○企業社負責人林○○於調查局詢問中供陳在卷（見調查卷第 104 頁），是總營業額 4715 萬 4607 元扣除經營成本約 4040 萬元（3800 萬+240 萬=4040 萬），營業淨收益共計 675 萬 4607 元。」

此種將物之使用利益（無形利益）亦視為不法利益之見解，最高法院在 104 年度台上字第 2246 號刑事判決亦採之，該判決認為公墓管理員明知墓主呂○○獲許可興建墓基面積僅有 3 坪，而實際興建 6.0489 坪，卻未依法舉報，係構成「直接使呂○○獲得超過法定墓基面積達 3.0489 坪之不法使用利益」，可見「不法使用」本身就是一種不法利益⁶⁵。

最高法院此種將「使用」亦列為「利益」之見解，實符合民法第 765 條對於所有權權能之規定「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉」，故應予贊同。否定說認繼續使用僅屬附隨利益，尚屬無據。

從上可知本件不法利益之內容，應包括建物本身之價值（即現實財物）以及使用利益（即其他無形之不法利益）。

四、不法利益產生之時點與計算方式

首須指出者，圖利罪之「圖私人之不法利益究為若干雖有時無法計算，並無碍於該罪之成立，僅為不宣告沒收之原因」，最高法院 89 年度台上字第 100 號著有判決，此見解至今應仍有適用，故所獲利益之計算本無須明確確定。亦即，原審對

⁶⁵ 從比較法言之，紐約州法之利益（benefit）是 gain 或 advantage，其中 gain 即偏向現實財物，advantage 則偏向無形利益（例如使用利益），應亦是認為現實財物與無形利益有可能同時存在。

於實際得利之計算縱有出入，若未影響到判決結果與量刑，應屬「無害錯誤」(harmless error)。

就不法利益產生時點而言，違建物所有權之取得時點，係在違建物興建完成之時，與公務員行為並無因果關係，固堪認定。然在公務員應排除違建物之違法狀態而不排除之後，其所有權之保有即與公務員行為建立起因果關係。換言之，此時違建物所有人獲得之利益，在現實財物部分，並非建物之「所有權之取得」，而是「所有權喪失之避免」（免於被拆除），故其利益之產生時點，應是在公務員消極不作為之時，而其利益之數額應是該等建物が在該時點之客觀現存價值。另外在所有權之權能即使用利益部分，違建所有人所取得者係「繼續使用違建營業之利益」，其計算亦應自公務員消極不作為之時點起算其所有扣除成本後之營業收入（不法利益之計算與沒收不同，若是沒收即不得扣除成本）。

具體言之，本署雖同意本件二審判決有關建物現存價值之計算方式，但並不同意該判決有關不法利益應排除營業收入之見解。本件不法利益應另加入營業收入，其計算方式可參考前述臺灣高等法院 104 年度重上更(三)字第 35 號刑事判決。

五、圖利罪應否廢止應屬立法論，非本件法律爭點

由前述外國立法例之討論，可知在有圖利罪之立法例中我國之構成要件是屬於最嚴格者，有些國家只要有違背法令之行為就犯罪，有些國家只要有圖利之意圖就犯罪，我國係採違背法令之行為加上圖利之意圖又加上得利之結果，已是最嚴格的立法了。至於圖利罪之法定刑雖有比若干包庇罪重，但有些包庇罪本來就不該當於圖利罪，且如果同一行為同時構成圖利罪與包庇罪，從一重處斷即可，二者不能相提併論。最後，單純的不予舉發並不會成立圖利罪，僅有在行政程序已經進行到別無裁量空間時仍消極不作為，始能成立圖利罪，係國內外均有之通說，故本件若採肯定說並不會發生否定說所述之血流成河之情形。

本署意見小結：

違章建築依相關法令係屬應即予查報、拆除者（已無裁量空間時），主管該事務之公務員未依法予以簽報（拆除），致使原起造人仍得繼續保有該違章建物之整

體用益狀態等情形，應屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之圖其他私人不法利益。其利益包括免於拆除之建築物本身在公務員決定不簽報時之現存價值，以及自公務員決定不簽報日起至實際拆除日（或裁判日）止之扣除成本後之營業收入。

柒、附件清冊

最高法院 109 年度台上大字第 3214 號刑事大法庭裁定摘要

主 文

違章建築依相關法令應即予查報、拆除，而故不依法簽報，致仍得繼續保有該違章建築之整體用益狀態，為貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之圖其他私人不法利益。

理 由

一、本案法律爭議

違章建築依相關法令應即予查報、拆除，卻故不依法簽報，而未能續行相關程序並執行拆除，致仍得繼續保有該違章建物之整體用益狀態，是否屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之圖其他私人不法利益？

二、本大法庭之見解

（一）按貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之圖利罪，既以公務員明知違背法令而圖得自己或其他私人不法利益為其構成要件，則本罪保護之法益已不再侷限於單純公務員身分暨其執行職務之公正性，及國民對於公務員公正執行職務之信賴性，而係兼及公務員職務執行之廉潔性，故要求公務員執行其主管或監督之事務必須合法、公正、不得圖自己或其他私人不法利益。又公務員於執行職務時，客觀上違背其所應遵守之禁止規範或命令規範，致違反相同事項應予相同處理之平等原則，其因而凸顯個別之特殊利益，既因公務員違背法令所致，該項所圖得之利益，其取得及保有即不具有正當法律權源，自均屬本款所規定之不法利益。

（二）本罪所規定含有抽象意涵之「利益」，係指一切足使圖利對象之本人或第三人其財產增加經濟價值者均屬之，包括現實財物及其他一切財產利益（包含有形、無形之財產利益及消極的應減少而未減少與積極增加之財產利益，或對該財物已取得執持占有之支配管領狀態者），且不以有對價關係及致其他損害之發生為必要。

故該款所稱不法利益，只須公務員對於主管或監督事務，因其積極作為，或消極不作為，與不法圖得之自己或其他私人利益間，具有因果關係，即可成立。

（三）稱違章建築者，為建築法適用地區內，依法應申請當地主管建築機關之審查許可並發給執照方能建築，而擅自建築之建築物；違章建築查報人員遇有違反建築法規之新建、增建、改建、修建情事時，應立即報告主管建築機關處理，並執行主管建築機關指定辦理之事項，違章建築處理辦法第 2 條、第 4 條第 1 項分別定有明文。又依同辦法第 5 條前段及第 6 條規定：直轄市、縣（市）主管建築機關，應於接到違章建築查報人員報告之日起 5 日內實施勘查，認定必須拆除者，應即拆除之；依規定應拆除之違章建築，不得准許緩拆或免拆。準此，如係未經取得執照之違章建築，除屬既存而無須立即拆除之舊有違章建築外，均應依規定予以查報，並由拆除單位拆除之。公務員對該等違章建築之查報、拆除並無裁量空間，若明知依相關法令應即予簽報，故意隱而不予查報，致該違章建築免遭拆除，得以繼續違法留存或用益，使原始起造人仍可繼續享有違章建築留存之整體用益，即該當於貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之圖其他私人不法利益。

（四）綜上，依相關法令應即查報、拆除之違章建築，因承辦公務員明知違背法令未予查報，而得以繼續違法留存，既違反平等原則而凸顯其特殊利益，且與公務員違背法令而未能公正執行職務有因果關係，則此種使原始起造人原應減少而未減少致可繼續保有違章建築留存之整體用益，為貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之圖其他私人不法利益。

中 華 民 國 110 年 9 月 1 日

國家圖書館出版品預行編目資料

最高檢察署訴訟組 案例選輯/
最高檢察署編輯委員會編輯.--臺北市：
最高檢察署，
民111.3
面；19X26公分
I S B N：978-986-5443-85-6（平裝）

1. 非常上訴、上訴 2. 案例彙編

最高檢察署訴訟組 案例選輯

編輯者：最高檢察署編輯委員會

發行者：最高檢察署

地址：臺北市貴陽街1段235號

電話：(02)2316-7000

承印者：其澤有限公司

電話：(02)2555-3618

中華民國111年3月出版

定 價：新台幣350元

ISBN：9789865443856

GPN：1011100339