

# 刑事訴訟法

## 二試考前重點整理

Jango\*

<b>壹、上訴之範圍：兼論一部上訴</b> .....	1
一、一部上訴之效益.....	2
二、單一案件一部上訴之實務見解.....	2
三、針對實務見解的批評.....	4
四、可分性基準.....	6
五、一部上訴之法律效果.....	7
六、一部上訴與不利益變更禁止原則之關係.....	8
七、2021 年中§348 之重大修正.....	9
八、最高法院 109 年度台上大字第 3426 號裁定.....	11
(一) 法律問題.....	11
(二) 最高法院過去之見解.....	12
(三) 大法庭裁判主文.....	12
(四) 變更見解之理由.....	12
九、專論：沒收與一部上訴.....	14
十、案例演練.....	19
十一、類題.....	24
<b>貳、依附性證據使用禁止之理論</b> .....	26
一、統一觀點：權利領域理論.....	26
二、統一觀點：保護規範目的理論.....	26
三、非統一觀點：權衡理論.....	27
四、結合觀點：三階段審查基準.....	28
五、林鈺雄老師對§158-4 之定性：平台說.....	29
六、【案例演練：審、檢對證人未依§186 II 告知§181】.....	31
(一) 不同解釋.....	31
(二) 延伸爭議：該證據對「證人」之案件有無證據能力.....	35
<b>參、第三人搜索之另案扣押</b> .....	38
一、系爭判決：110 年度台上字第 1979 號判決.....	38
(一) 案件事實.....	38
(二) 判決內容.....	38
二、判決評釋.....	40

---

\* 這裡是 Jango，你唸刑訴的好朋友。

(一) 被告與第三人搜索之區分 .....	40
(二) 違法另案扣押之證據使用禁止 .....	43
<b>肆、身體檢查處分：強制導尿之合憲性問題 .....</b>	<b>46</b>
一、系爭案例 .....	46
二、身體檢查處分之干預性質 .....	47
三、§205-2 是否包含強制導尿之干預措施 .....	47
(一) 法規解釋：規範評價矛盾 .....	47
(二) 合憲性解釋 .....	48
四、司法警察之干預措施欠缺救濟 .....	49
五、其他問題 .....	49
(一) 身體檢查處分是否違反不自證己罪原則？ .....	50
(二) §205-2 是否包含「自然解尿」措施？ .....	52
(三) 尿液限於作為本案證據？ .....	53
<b>伍、數位證據與最佳證據原則 .....</b>	<b>54</b>
一、關於數位證據之標竿判決 .....	54
(一) 判決要旨 .....	54
(二) 判決要旨之重點 .....	54
二、判決評釋 .....	55
(一) 判決說理矛盾與未盡之處 .....	55
(二) 下級審之適用情況 .....	56
三、美國法上的最佳證據法則與原件、複製品認定 .....	57
(一) 美國法上的參考 .....	57
(二) 與上述判決的比較 .....	58
四、最佳證據法則與實質直接性之混淆？ .....	58
(一) 出發判決 .....	58
(二) 判決評釋 .....	59
五、出發案例 .....	60
<b>陸、J752 與沒收判決 .....</b>	<b>62</b>
一、出發案例 .....	62
二、J752 與沒收程序之競合 .....	62
(一) 所涉判決 .....	62
(二) 判決評釋：反對實務見解 .....	65
(三) 判決評釋：贊同實務見解 .....	66
(四) 新近實務見解：§376「被告」第二審初次被沒收 .....	69
<b>柒、通緝被告於沒收程序之參與權 .....</b>	<b>74</b>
一、前言：參與程序之第三人之定性 .....	74
(一) 第三人之定性：被害人屬第三人？ .....	74
(二) 第三人之定性：被告、共犯？ .....	77

二、實務見解.....	80
三、學說評釋.....	81

## 壹、上訴之範圍：兼論一部上訴<sup>1</sup>

舊§348

- I. 上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴。
- II. 對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。

依§348 I 前「上訴得對於判決之一部為之」，關於上訴之範圍，刑訴法有明文，上訴人原則上得僅就判決之一部聲明不服而上訴，上訴審亦將受上訴人聲明之部分所拘束，其審理範圍僅限於原審判決經聲明上訴之部分。應特別注意的是：§348 II 「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴」、§348 I 後「未聲明為一部者，視為全部上訴」

於一部上訴，上訴審審理範圍，僅限於上訴人之一部聲明上訴部分。「一部」上訴，以「**上訴權人得以上訴**」之範圍為基準<sup>2</sup>，若就其能上訴之部分皆上訴，乃「全部」上訴，反之則為「一部」上訴。

自**複數案件**<sup>3</sup>角度觀察，原審判決若係針對**數個案件**「**合併審判**」，無論其原因乃基於§15 合併起訴、§265 追加起訴，或數被告、數犯罪事實之數案件，於此類數個案件，其判決之**全部**，指該次訴訟程序一併對所有案件諭知之所有判決；其判決之**一部**，指其中一案件或數案件，此亦為§348 I 前典型適用情況。

然，於**單一（同一）案件**，亦可能僅針對「其中一部」上訴，如特定法律效果，然此之適用與§348 II 「**有關係之部分**」的解釋有關，此亦為一部上訴的實務、學說爭議所在，詳後述。

<sup>1</sup> 參林鈺雄（2020），《刑事訴訟法（下）》，10 版，頁 385-392，新學林；林俊益（2021），《刑事訴訟法概論（下）》，17 版，頁 338-345，新學林。

<sup>2</sup> 因為上訴權人在案件中可能有很多個（參§§344、345），每個上訴權人行使一部上訴的範圍，未必一致，故有機會導致原判決「全部」上訴！像是 A 案和 B 案合併審判的情形，若被告針對 A 案上訴、檢察官針對 B 案上訴，那結論就是全部都上訴了！

<sup>3</sup> 注意！於**數案件合併審判**之情形，因為**案件本來就不是同一案件**，其本身就是可以明確區分的，一部上訴並不會有難以判斷的情況！所以老師們教科書、文章內討論的重點從來都不是區分明確的數案件，而是沒辦法清楚區分清楚的單一案件喔！

## 一、一部上訴之效益

目的	內容
當事人利益	<p>有利攻擊防禦又符合上訴目的。</p> <p>經一審級的攻擊防禦，被告、檢察官對爭點已相當清楚。上訴乃針對原判決不服方法，若能<b>集中焦點在仍有爭執而不服之部分</b>，較能符合當事人提起上訴目的。</p> <p>此即一部上訴用意！當事人得藉此<b>主動限定上訴法院審理範圍</b><sup>4</sup>，故§348I明文承認當事人得一部上訴。</p>
法院負擔	<p>我國目前第二審採<b>覆審制</b>。</p> <p>若當事人上訴時，不得僅就原審判決特定部分聲明不服，則第二審本於覆審法院職權，必須就已經原審判決且兩造不爭執處，為<b>完全重複之審理，重新調查證據與認定事實</b>。</p>
訴訟經濟	<p>故不承認一部上訴，將<b>浪費司法有限資源</b>，且會產生<b>第一審功能被架空</b>，訴訟重心移往第二個事實審之疑慮。</p>

## 二、單一案件一部上訴之實務見解<sup>5</sup>

關於§348II「**有關係之部分**」，所指為何？立法未進一步闡明，實務見解於單一（同一）案件，有其自身行之有年的解釋，目前實務上之判斷，其濫觴為以下判例：**最高法院 22 年上字第 1058 號判例**<sup>6</sup>

刑事訴訟法第三百六十二條第二項規定，對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，亦以上訴論。**所謂有關係之部分，係指判決之各部分在審判上無從分割，因一部上訴而其全部必受影響者而言。**

<sup>4</sup> 如果可以一部上訴，那麼當事人就可以集中火力在準備特定的、不服爭點的攻擊防禦上，而且也比較能預期結果，不至於發生對原審判決不爭執的地方，卻被上訴審改判的危險！（例如第一審判竊盜，被告僅針對科刑一部上訴請求從寬科刑，卻在第二審被改判加重竊盜）

<sup>5</sup> 實務見解之整理，另參朱石炎（2020），《刑事訴訟法論》，9 版，頁 528-530，三民；李春福（2017），《刑事訴訟法論》，頁 639-641，新學林；花滿堂（2018），〈上訴不可分之各種情形〉，氏著，《刑事訴訟法爭議問題研究》，頁 241-247，新學林。

<sup>6</sup> 這個**舊判例**雖然已經停止適用，但是此判例揭示的標準還是不斷的出現在目前的實務判決中喔！所以還是要知道這個判例～只是可以不用背他的字號了！

（如最高法院 108 年度台非字第 215 號判決、最高法院 108 年度台上字第 703 號判決、還有好多好多判決，真的到現在還在用喔！）

此實務見解之運用，即單一案件之「**上訴不可分**」，即上訴人若僅就**裁判上、實質上一罪之單一案件中的一部分**提起上訴，未經聲明之他部亦視為已上訴<sup>7</sup>。最高法院本於「**罪刑不可分**」原則，認為論罪、科刑在審判上具有不可分離之關係，故上訴人不得僅就原審論罪、科刑單獨上訴，亦不得僅就個別法律效果單獨上訴！縱使單獨就某部分聲明不服，亦視為全部均已上訴。

◆ 罪刑不可分原則

最高法院 27 年滬上字第 76 號判例（停止適用）

上訴人前經第一審判處竊盜罪刑，提起第二審上訴，雖經聲明僅對處刑部分請予從寬改判，但論罪科刑在審判上具有不可分離之關係，原審認為均屬上訴範圍，並以審理結果，上訴人應成立刑法第三百二十一條第一項第一款、第二款之加重竊盜罪，第一審論以普通竊盜，係屬違誤，因予撤銷改判，於法並無不合。

最高法院 53 年度台上字第 289 號判決（舊判例）

第二審法院認第一審之判決論罪不當，予以撤銷改判者，依**罪刑不可分**之原則，應將上訴之部分全部撤銷，不得僅將其罪名部分撤銷。

◆ 罪刑不可分之實務見解：量刑

最高法院 104 年度台上字第 3966 號判決

對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴，刑事訴訟法第 348 條第 2 項定有明文。其所謂「**有關係部分**」，係指判決之各部分在審判上無從分割，因一部上訴而其全部必受影響者而言。又是否適用刑法第 59 條，事涉是否減輕其刑及量刑問題，而依**罪刑不可分**原則，第一審之論罪與處刑（含免刑）亦屬不可分割。是檢察官若係對第一審判決適用刑法第 59 條酌減其刑規定，認係違法

<sup>7</sup> 例如：最高法院 106 年度台上字第 2367 號判決：

在上訴程序，刑事訴訟法第 348 條第 2 項亦規定：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。」所謂「**有關係之部分**」，例如法院認具案件單一性不可分關係之實質上或裁判上一罪，判決之各部分在審判上無從分割，因一部上訴而其全部必受影響者，即屬之。是以，檢察官以實質上或裁判上一罪起訴之案件，法院審理結果若認檢察官起訴被告之犯罪事實其中一部分有罪，其餘部分不能證明其犯罪，而於主文諭知有罪部分之判決，另於理由說明其餘部分不另為無罪之諭知，被告雖僅就其中有罪部分提起上訴，但如上訴審法院認上訴部分係合法上訴，且與未上訴部分在訴訟上具實質上或裁判上一罪之案件單一性關係時，其上訴效力自應及於未上訴之「**有關係之部分**」，故該未上訴部分，基於訴訟單一性關係，尚不能單獨抽離而先行確定。此際，上訴審法院基於公訴不可分、上訴不可分及審判不可分之原則，並不受下級審法院見解之拘束（例如下級審法院認為不能證明犯罪部分，上級審法院仍可為相異之認定），仍應就全部予以審判，俾免就訴訟關係單一性案件而為裂割判決。

或不當，提起第二審上訴者，與適用刑法第 59 條規定有關係之罪與刑，依法即視為均已上訴，不受檢察官主張之拘束。

◆ 罪刑不可分之實務見解：保安處分

最高法院 46 年度台上字第 914 號判決（舊判例）

戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第四條所定之保安處分與罪有不可分離之關係，而罪與刑又不能割裂為二事，第二審法院如認第一審判決對於被告諭知保安處分為不當，即應將罪刑與保安處分一併撤銷改判，不得將罪刑與保安處分分別為撤銷及駁回上訴之判決，原判決將第一審判決關於保安處分部分撤銷，將罪刑部分之上訴駁回，自難謂無違誤。

◆ 罪刑不可分之實務見解：從刑

最高法院 30 年度上字第 1102 號判決（舊判例）

從刑附屬於主刑而存在，原審僅將第一審判決關於主刑部分撤銷而維持其從刑，自非適法。

### 三、針對實務見解的批評

學者	批評
林鈺雄 老師 <sup>8</sup>	罪刑不可分之原則內涵不明，未明確說明何以上訴審論罪、科刑一定要合併審判，實務見解亦鮮少以超過「罪刑不可分」五字之論述進一步說明。此見解之運用，使一部上訴制度在單一案件毫無用處，僅能於不同案件之合併審判情形使用，然不同案件之訴訟關係本各自獨立發生，本即可分別上訴，故縱使法律未規定§348II，對結果亦無影響。
何賴傑 老師 <sup>9</sup>	I. 實務見解於解釋「有關係之部分」時，透過諸如「審判不可分」、「罪刑不可分」等原則操作，將單一案件及罪刑問題皆視為有關係，因而上訴權人不能一部上訴，上訴審法院亦不受上訴權人一部上訴意思拘束，而須以全部上訴方式審查，如上訴有理由，上訴審法院不得一部廢棄，僅能廢棄全部判決。 II. 如此見解，毫不顧程序之變動性與靈活性，對不致產生判決矛盾之一部撤銷並發回，下級審亦須就判決全部一切程序重來，

<sup>8</sup> 參林鈺雄（2021），《刑事訴訟法實例解析》，4 版，頁 365-366，新學林。

<sup>9</sup> 參何賴傑（2003），〈刑事判決之一部確定效力〉，許玉秀（編），《刑事法之基礎與界限－洪福增教授紀念專輯》，頁 673-674，學林。

	對下級審法院產生嚴重程序負擔。
黃朝義 老師 <sup>10</sup>	一部上訴的判準應在於是否會產生判決的歧異性導致判決矛盾，在僅就刑之部分上訴時，並不會產生裁判矛盾情事，「罪刑不可分」的觀點在此似未考慮裁判歧異之判斷基準。
薛智仁 老師 <sup>11</sup>	未解釋罪刑不可分之理論基礎為何，反而大幅架空一部上訴制度原則上尊重上訴人決定上訴範圍的立法意旨。
花滿堂 法官 <sup>12</sup>	<p>I. 在無罪、免訴、不受理部分，無論係於主文諭知或理由內說明不另諭知，將因可分、不可分之糾葛，在各審級間擺盪而無法確定，對被告權益、國民法感情難謂無損。故刑事訴訟法修正（舊）草案於§348II增列但書，「但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限」，使無罪、免訴、不受理部分，不生移審效而確定，符合當事人進行主義，亦避免被告持續受到審判折磨。</p> <p>II. 因罪刑不可分原則，導致原審僅科刑、保安處分部分認定不當，亦須撤銷全部判決。有鑑於此，（舊）草案增列§348III「上訴得明示僅就判決之刑或保安處分一部為之」，以尊重當事人攻防範圍，減輕上級審負擔。</p>
陳運財 老師 <sup>13</sup>	<p>I. §348I乃上訴權人一部上訴權的依據，不論是否為單一案件，上訴權人之一部上訴權應予最大尊重，§348II之例外情形應予限縮。</p> <p>II. §348II不應與§267公訴不可分原則採相同解釋，應在上訴性質之範圍內，適度「準用」公訴不可分原則。</p> <p>III. 上訴審法院不應以有無實體法上裁判上、實質上一罪關係，溯及界定是否容許一部上訴，而應實質思考是否為求判決確定時期的一致性與科刑妥當性、當事人上訴利益等，判斷有無§348II例外之適用。</p> <p>IV. 審判實務若能尊重上訴權人之一部上訴權，不過度擴張職權調查範圍，即可符合程序保障原理，減輕審理負擔，促進審判迅速。</p>

<sup>10</sup> 參黃朝義（2021），《刑事訴訟法》，6版，頁817-818，新學林。

<sup>11</sup> 參薛智仁（2018），〈2016年刑事程序法回顧：沒收程序法、羈押閱卷與證據法則〉，《臺大法學論叢》，46卷特刊，頁1894-1895。

<sup>12</sup> 參花滿堂（2018），〈上訴不可分之各種情形〉，氏著，《刑事訴訟法爭議問題研究》，頁247-249，新學林。

<sup>13</sup> 參陳運財（2011），〈不對稱上訴制度之初探〉，《檢察新論》，9期，頁81-84。



## 四、可分性基準

⑦、⑧、⑨：可分性基準（可分性公式）

各類型一部上訴是否合法，取決於「可分性基準」，即當事人不服原判決而**限定聲明上訴的部分**，就判決之內在關係，是否有其自主性；而和未聲明上訴部分，在事實上、法律上可否分開處理。具體取決於以下輔助性基準：

### I. 正面觀察上訴審審理過程

若上訴審得以原判決未聲明部分之認定為基礎，不予更動，僅審理經聲明不服之處，則該一部上訴聲明原則上有「分別審理可能性」。

### II. 反面觀察可能的審理結果

聲明不服部分被撤銷或改判時，若繼續維持未聲明不服部分之原審判決法律上、事實上認定，和經聲明不服部分撤銷改判後的審理結果，**兩者不會產生矛盾情況**，則此一部上訴聲明事實上即可分別審理，法律上合法。

**符合此基準，即屬§348I前；不符，即屬§348II，全部皆上訴。**

### ◆ 單一案件之一部上訴類型

於單一案件之一部上訴情形，可能有：

- A. 僅對**論罪**部分提起一部上訴。
- B. 僅對**法律效果**部分（如刑罰、沒收等）提起一部上訴。
- C. 僅對**法律效果特定部分**（如僅針對科刑）提起一部上訴。

類型	一部上訴之合法性（以可分性基準審視）
A	法律效果部分視為亦已上訴（§348II），不可一部上訴。 因科刑乃依附於論罪，若論罪部分被撤銷改判，科刑部分不可能單獨存在，否則難免產生「無罪卻有刑」之矛盾情形 <sup>14</sup> 。

<sup>14</sup> 例如，若是被告僅針對其原審「竊盜」有罪判決之「論罪」提起一部上訴，則上訴審法院若認為，被告根本沒有「不法所有意圖」，是屬於典型而不罰之「使用竊盜」類型，按照常理，上訴審當然要下無罪判決，因為構成要件根本不該當！但此時若有一部上訴的效力拘束，就受限於僅能就論罪部分審判，上訴審法院將無法對科刑部分作出變更～但是這樣的話，在本案就會產生「無罪卻有刑」的荒謬情況！所以在這種 A 類型的情況，當然只能適用§348II！沒有一部上訴的

	◆ 「沒收」亦同 <sup>15</sup> ！
B	<p>針對法律效果可一部上訴 (§348I)。</p> <p>以「量刑」為例：</p> <p>其雖跟隨罪名無法脫離而獨立存在，然量刑程序應特別審酌之事實、法律 (刑§57)，和審查有罪、無罪、犯何罪程序不同，量刑有其自主性。</p> <p>◆ 罪名部分無爭執 上訴審可完全針對量刑部分審酌，不須考慮犯罪事實之認定。</p> <p>◆ 不違反「有罪才有刑」原則 因本案經原審判決，罪名已存在，且毫無爭執。且由於罪名部分仍本於原審認定，不會加以變更，故不會造成罪名認定矛盾情形。</p> <p>◆ 實務未承認得僅就量刑提起一部上訴<sup>16</sup>。</p>
C	可將一部上訴部分，侷限於原審判決之「特定」法律效果 <sup>17</sup> 。

## 五、一部上訴之法律效果

合法一部上訴會產生的法律效果，可自以下兩方面觀察：

觀察角度	法律效果
原判決已否確定	<p><b>【已聲明上訴部分】</b></p> <p>因上訴阻斷確定判決效力，故此部分未產生既判力 (實體確定力)，上訴審依法得予以撤銷改判。</p>
	<p><b>【未聲明上訴部分】</b></p> <p>因無阻斷確定判決效力，故在此範圍內產生「部分既判力」，上訴審依法不得撤銷改判。</p>
上訴審審判範圍	<p>上訴審僅能就原審判決經上訴部分，即尚未確定部分 (含有關係之部分) 予以審判，不得就其他部分審判。</p> <p>否則，構成§379⑫「未受請求之事項予以審判」之判決當然</p>

適用喔！

<sup>15</sup> 參最高法院 107 年度台上字第 3837 號判決 (詳後述)。

<sup>16</sup> 如前述，最高法院 104 年度台上字第 3966 號判決。

<sup>17</sup> 例如，被告對於原審法院認定之犯罪事實、論罪、法律效果中的沒收，皆不爭執，覺得很 OK，但就獨對科刑中的「量刑」很不滿意，或更進一步的將不服的部分限縮於「未宣告緩刑」這件事，此時依照可分性基準，第二審應以原審判決之罪刑為基礎、前提，只就科刑中的量刑輕重、有無宣告緩刑一部上訴，這樣是沒問題的！

違背法令事由，構成絕對上訴第三審事由。

◆ 一部確定效力<sup>18</sup>

一部確定效力與一部上訴有密切的程序關聯，因為一部確定效力發生的原因，大部分是因為當事人只就原審判決之一部上訴所致。

一部確定效力，係指刑事判決之確定效力僅就判決部分內容（判決一部）而生，可能的形成原因，除一部上訴，尚可能因上訴審法院一部撤銷發回<sup>19</sup>之程序原因所致。其制度功能，在於<sup>20</sup>：

- (1) 避免程序重複或程序反覆更正之花費。
- (2) 達成訴訟迅速及訴訟經濟目的。
- (3) 避免因證據流失而導致判決不正確<sup>21</sup>。
- (4) 基於「當事人自主」功能強調應尊重上訴權人上訴意思。

## 六、一部上訴與不利益變更禁止原則之關係<sup>22</sup>

### §370I

由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。

關於不利益變更禁止原則之適用前提，通說、實務俱認：僅被告上訴或為被告之利益而合法上訴，且檢察官或自訴人未為被告不利益提起合法上訴。

僅有合法移審至上訴審審判範圍內者，方產生利益或不利益問題。故，若上訴人合法一部上訴，上訴審法院之審判範圍，僅限於該上訴部分，僅在此部分受不利益變更禁止原則之拘束，未經聲明上訴部分，則不受不利益變更禁止之限制。

<sup>18</sup> 詳細論述，參何賴傑（2003），〈刑事判決之一部確定效力〉，許玉秀（編），《刑事法之基礎與界限－洪福增教授紀念專輯》，頁 651-674，學林。

<sup>19</sup> 例如，被告就判決之全部上訴，但上訴審法院只就原判決中的「一部分」撤銷發回，此時，就上訴審法院「未撤銷的他部分」，也會產生一部確定效力！就這個已經有確定效力的部分，下級審法院就不可以再為審查了！

<sup>20</sup> 與一部上訴的制度功能大抵上是相同的！所以一部上訴和一部確定效力真的是息息相關的！

<sup>21</sup> 因為如果不承認一部確定效力，勢必使上級審法院必須就下級審法院所認定的事實，進行全面審理，但如此一來，第二審法院之判決未必會比較正確，因為證據會因為時間經過而流失。

<sup>22</sup> 另參林鈺雄（2000），〈一部上訴與不利益變更禁止原則〉，何賴傑等著，《刑事訴訟法實例研習》，頁 10-15，學林。

於僅針對科刑一部上訴情形，若僅被告上訴，對其而言不會更為不利益，提供相當誘因鼓勵被告將上訴作合理限制。

◆ 兩者之交互作用導致被告濫行上訴？

在一部上訴與不利益變更禁止原則之交互作用下，對被告之保障是否過度，導致其可能濫行上訴？

⊙：無理由反對被告一部上訴

不利益變更禁止原則目的本非防止被告上訴，而係為防止被告畏懼上訴而設，除非廢除§370，否則無理由擔心被告利用上訴制度、不利益變更禁止原則保護自己。

檢察官基於犯罪追訴利益，亦得為被告不利益上訴，進而排除§370之適用。故上訴結果是否對被告有利，亦取決於檢察官是否及如何上訴，若連檢察官都不認為有提起不利益被告上訴之必要，更無理由反對被告為自己利益而一部上訴，求取更輕之刑。

七、2021年中§348之重大修正<sup>23</sup>

新法	舊法條文
§348 I. 上訴得對於判決之一部為之。 II. 對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。 <u>但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。</u> III. <u>上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。</u>	§348 I. 上訴得對於判決之一部為之； <u>未聲明為一部者，視為全部上訴。</u> II. 對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。
修正理由	
一、提起第二審上訴之目的，既在請求第二審法院撤銷、變更原判決，自須提	

<sup>23</sup> 司法院，〈配合司法院釋字第791號解釋修正、建立刑事訴訟金字塔的第一塊磚—立法院三讀通過刑事訴訟法第234條、第239條及第348條修正條文、刑事訴訟法施行法第7條之13修正條文新聞稿〉，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-435355-0dd96-1.html?fbclid=IwAR3GrMkbW8K0JEgKMLisiLjC0tJCSDJ6RpLw15kTTC04HhfCUU7yQeKgagc> (最後瀏覽日：2021/06/03)。

出具體理由，第三百六十一條本此意旨，於九十六年七月四日修正公布增訂第二項，**明定上訴第二審之上訴書狀應敘述具體理由**。則上訴人就未提出具體理由聲明上訴部分，並無請求撤銷、變更原判決之意，自無再擬制視為全部上訴之必要，爰配合修正，刪除第一項後段規定。至上訴書狀若未聲明係對於判決之一部或全部提起上訴，原審或上訴審法院為確認上訴之範圍，**並基於訴訟照料之義務，自應進行闡明，曉諭上訴人以言詞或書面就其上訴範圍為必要之陳述**。又若上訴審法院未闡明或誤認上訴範圍，現行已有就漏未判決部分得請求法院補充判決，或就訴外裁判情形得提起上訴或非常上訴等處理機制可資救濟，均併予敘明。

二、惟如判決之各部分具有在審判上無從分割之關係，因一部上訴而其全部必受影響者，該有關係而未經聲明上訴之部分，亦應成為上訴審審判之範圍。例如，不論上訴權人係對**實質上一罪或裁判上一罪之有罪或無罪、免訴、不受理部分上訴**，其有關係之有罪部分，視為亦已上訴，此不僅可使各部分犯罪事實之確定時期一致，更有利於被告之量刑。但**未經聲明上訴之部分，倘為無罪、免訴或不受理者，應使該無罪、免訴或不受理部分不生移審上訴審之效果而告確定，以避免被告受到裁判之突襲，並減輕被告訟累，且當事人既無意就此部分聲明上訴，將之排除在當事人攻防對象之外，亦符合當事人進行主義之精神，爰增訂第二項但書規定，以資適用**。又本項但書所稱「無罪、免訴或不受理者」，並不以在主文內諭知者為限，即**第一審判決就有關係之部分於理由內說明不另為無罪、免訴或不受理之諭知者，亦屬之**，附此敘明。

三、為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍。爰增訂本條第三項，作為第二項之例外規定，以資適用。**至於對於認定犯罪事實部分提起上訴者，仍適用第二項前段規定，其效力及於相關之刑、沒收或保安處分部分**。又定應執行刑係以其各罪宣告之刑為基礎，如僅針對各罪之刑提起上訴，而經第二審法院撤銷改判者，原審定應執行刑之基礎已有變更，其原定應執行刑部分應失其效力，此為當然之理，無待明文規定。

◆ 刑事訴訟法施行法<sup>24</sup>

新法	舊法條文
刑事訴訟法施行法§7-13 中華民國一百十年五月三十一日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，於施行後仍適用修正前刑事訴訟法第三百四十八條規定；已終結或已繫屬於各級法院而未終結之案件，於施行後提起再審或非常上訴者，亦同。	
修正理由	
一、本條新增。 二、為維持程序之安定性，在一百十年五月三十一日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，於施行後仍適用修正前刑事訴訟法第三百四十八條規定；且施行前已終結或已繫屬於各級法院而未終結之案件，於施行後提起再審或非常上訴者，亦一體適用該修正前之規定，爰訂定本條。	

八、最高法院 109 年度台上大字第 3426 號裁定<sup>25</sup>

(一) 法律問題

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？

<sup>24</sup> 近期，最高法院針對本施行規定的「已繫屬於各級法院」，出現了裁判歧異：「刑事訴訟法修正施行以前已繫屬於第一審或第二審法院之案件，於修正施行以後始因上訴而繫屬於本院之案件，究應適用修正前或修正後刑事訴訟法第 348 條之規定，以定其上訴之範圍？」。關於這個問題，目前正在走徵詢程序，後續會如何發展還要繼續觀察！參最高法院，110 年度台上徵字第 5375 號（110 年 10 月 28 日），<https://tps.judicial.gov.tw/tw/cp-9019-567914-1e43c-011.html>（最後瀏覽日：2021/12/12）。

<sup>25</sup> 本大法庭裁定，有請陳運財老師來當鑑定人，而最終裁定所採見解，亦係採納了陳老師的意見！本裁定精彩的言詞辯論過程（尤其推薦聽聽陳運財老師是怎麼闡述他的見解的！），可參 [https://www.youtube.com/watch?v=-D6-bhbsF\\_4&feature=emb\\_title](https://www.youtube.com/watch?v=-D6-bhbsF_4&feature=emb_title)（最後瀏覽日：2021/06/13）。簡要評釋，贊同大法庭見解，並再次批評實務上案件單一性之判斷，參楊雲驊（2021），〈上訴不可分之限縮？—最高法院刑事大法庭 109 年度台上大字第 3426 號裁定〉，《月旦實務選評》，1 卷 5 期，頁 110-116。

## (二) 最高法院過去之見解

刑事訴訟法第 267 條、第 348 條第 2 項已明揭審判不可分及上訴不可分諸原則，因單一性案件之國家刑罰權只有一個，訴訟法上無從分割，基於單一刑罰權之法理，被告雖對第二審判決關於有罪部分，提起第三審上訴，與之有關係部分即不另為無罪諭知部分，視為亦已上訴，並不發生確定效力，嗣經第三審審理後，認應就有罪部分撤銷發回更審時，基於審判不可分原則，自應就不另為無罪諭知部分，併予發回。

## (三) 大法庭裁判主文

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。

## (四) 變更見解之理由

### 1. 速審§9 之規範目的與解釋

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<sup>26</sup>於 100 年 5 月 19 日施行，依該條第 1 項規定，除第 8 條<sup>27</sup>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

<sup>26</sup> 速審§9

- I. 除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，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。
- II. 刑事訴訟法第三百七十七條至第三百七十九條、第三百九十三條第一款規定，於前項案件之審理，不適用之。

<sup>27</sup> 速審§8

案件自第一審繫屬日起已逾六年且經最高法院第三次以上發回後，第二審法院更審維持第一審所為無罪判決，或其所為無罪之更審判決，如於更審前曾經同審級法院為二次以上無罪判決者，不得上訴於最高法院。

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。

## 2. 速審§9 規範目的、法規體系一貫、尊重當事人之理由

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。

### 3. 第三審為法律審之本旨

**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。

### 4. 結論：§§267、348 II 應目的性限縮解釋

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。

## 九、專論：沒收與一部上訴

依照**可分性基準**，可針對法律效果之特定部分提起一部上訴。由此可知，

屬於法律效果之一種的沒收，亦得依§348I前單獨就沒收提起一部上訴。

【正面觀察】：僅針對沒收審理，具有個別審理之可能性。

【反面觀察】：縱沒收被撤銷改判，其他未上訴部分（如論罪、科刑、保安處分），不受影響亦不會產生矛盾，故具可分性而非有關係之部分。

沒收新法實施後，產生何種影響？

#### I. 實體法上之影響<sup>28</sup>

實體法上，在舊法時期，沒收乃從刑，屬於刑罰的一種；在新法時期，沒收成為獨立於刑罰、保安處分的「獨立法律效果<sup>29</sup>」。但不管在新法或舊法時期，沒收均屬刑法明定的法律效果之一種。在舊法時期，沒收仍從屬於主刑時，沒收上訴已具可分性，可單獨對其不服，何況於新法時期，沒收已屬獨立法律效果，更具可分性。

#### II. 程序法上之影響

沒收於刑§§38III、38-1II增訂第三人沒收之規定，實體法上允許對第三人發動沒收。為賦予第三人程序保障，因應實體法上第三人沒收規定增訂，刑事訴訟法於§§455-12 以下增訂第三人參與程序之沒收程序相關規定，允許財產可能被沒收之第三人參與訴訟，實踐其程序上的保障。

於第三人參與程序有以下關於上訴的特別規定：

#### §455-27

- I. 對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決；對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決。
- II. 參與人提起第二審上訴時，不得就原審認定犯罪事實與沒收其財產相關部分再行爭執。但有下列情形之一者，不在此限：
  - 一、非因過失，未於原審就犯罪事實與沒收其財產相關部分陳述意見或聲請調查證據。
  - 二、參與人以外得爭執犯罪事實之其他上訴權人，提起第二審上訴爭執犯

<sup>28</sup> 關於沒收實體新舊法之比較，請參林鈺雄（2016），〈綜覽沒收新舊法〉，林鈺雄（編），《沒收新制（一）：刑法的百年變革》，頁 1-46，元照

<sup>29</sup> 刑§2 立法理由「本次沒收修正經參考外國立法例，以切合沒收之法律本質，認沒收為本法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）……此次修法已明定沒收為獨立之法律效果，在第五章之一以專章規範，確認沒收已不具刑罰本質外……」，參立法院（2015），《立法院公報》，104 卷 98 期，頁 259，立法院。

罪事實與沒收參與人財產相關部分。

三、原審有第四百二十條第一項第一款、第二款、第四款或第五款之情形。

參與人得獨立提起上訴，但上訴範圍受特別限制。

## 參與人得就沒收部分提起一部上訴！

### 【立法理由<sup>30</sup>】

二、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八條第一項之立法例，增訂本條第一項前段規定；並增訂本條第一項後段規定，以杜爭議。

⊕：此乃承認一部上訴制度並運用可分性基準的當然結果！立法印證了學說長久以來主張的沒收一部上訴可分性，立法理由亦係基於避免裁判矛盾，避免訴訟遲滯之相同理由。

◆ 「被告」就沒收之一部上訴，有無適用？

林鈺雄老師 <sup>31</sup>	就法條適用，§455-27I之適用對象乃沒收參與人之上訴，至於被告就沒收之一部上訴，依據仍為§348I，無§455-27I之適用。 ⊕之批評：不知差別待遇之理由為何 <sup>32</sup> 。
---------------------	---

<sup>30</sup> 關於本規定的立法背景，乃於新刑法生效後，為避免實務上對一部上訴效力及於全部的舊思維，致使被告之本案判決受沒收部分上訴效力所及，故為避免被告受訟累所及，方有本規定之制定。相關背景與說明，可參蔡彩貞(2016)，〈我國刑事沒收特別程序之建制與淺析〉，《司法周刊》，1805期（司法文選別冊），頁14-15。

<sup>31</sup> 參鈺雄(2020)，〈綜覽沒收程序新法〉，林鈺雄(編)，《沒收新制(四)：財產正義的實踐》，頁24，元照。

<sup>32</sup> 像是被告只上訴爭執沒收之法律效果，但是不爭執本案罪刑，此時之上訴效力也不應該及於本案判決～但是§455-27文義上就是不適用於被告本案針對沒收之上訴，所以林老師才有這個差別待遇的質疑！林老師認為，既然立法者要規定沒收得一部上訴，就不應該只規定第三人程序，而忽略被告沒收之一部上訴效力！應該要一併規範被告沒收情形之一部上訴效力，跳脫舊實務罪刑不可分的看法，使一部上訴的規範理論一貫！

吳燦法官 <sup>33</sup>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. 沒收雖仍以附隨於被告一定違法行為存在為前提，然性質已非刑罰，乃具獨立法律效果，非不可與其前提事實分離觀察。</li><li>2. 為尊重當事人設定攻防之範圍，減輕上訴審審理負擔，應解為：不只有§455-271容許上訴權人僅針對沒收部分上訴，依§348I當事人亦得明確表示僅對沒收上訴，承認沒收判決一部上訴之可分性。即<b>不論上訴人為參與人或本案當事人，不應有不同。</b></li></ol>
<p>2021 年中，增訂§348III「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」立法者終於呼應學說長年以來之主張，明文法律效果，包含沒收之一部上訴容許性，於立法理由中亦明白表示：</p> <p><b>為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。</b></p>	

◆ 沒收之一部上訴：沒收判決之不可分性

最高法院 106 年度台上字第 3601 號判決<sup>34</sup>

按為因應新刑法增訂沒收被告以外之第三人財產及擴大單獨聲請宣告沒收之適用範圍等重大變革，我刑事訴訟法乃借鏡德國刑事訴訟法及日本「關於刑事案件中沒收第三人所有物程序之應急對策法」（下稱日本應急對策法），於民國 105 年 6 月 22 日修正增訂第 7 編之 2「沒收特別程序」，並自 105 年 7 月 1 日生效施行，俾與原有附隨於刑事本案沒收被告財產之一般沒收程序，互補相成，以完備沒收法制，並體現憲法正當法律程序及保障人民財產權之意旨。因之，**刑事訴訟法第 455 條之 27 第 1 項固明定「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決；對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決」**，惟該規定係植株於「沒收特別程序」專篇，並非規定於原有附隨於刑事本案沒收被告財產之**一般沒收程序**，且按之該條立法理由說明：「(略)」等旨，顯見該條第 1 項後段所謂：「對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決」，係為**避免因第三人參與沒收程序部分之程序延滯所生不利益**，乃明定**僅就參與人財產沒收事項之判**

<sup>33</sup> 參吳燦(2017)，〈沒收判決之一部上訴效力(下)〉，《司法周刊》，1869 期，頁 3；吳燦(2019)，〈沒收判決一部上訴之審理範圍－最高法院 107 年度台非字第 24 號判決評析〉，《月旦裁判時報》，89 期，頁 16-25。

<sup>34</sup> 被諸多下級審法院援引，最高法院 107 年度台非字第 24 號判決亦同此旨。

決提起上訴者，其效力不及於本案之判決部分，並非指對於本案被告財產沒收事項之判決提起上訴者，其效力亦不及於本案之判決部分。此自日本應急對策法乃針對刑事案件應沒收之物為第三人所有時所設之特別規定，更為明瞭。尤以刑事訴訟關於本案被告部分，係併就本案與沒收部分同時審理，程序上並無區隔，案內關涉應予沒收之財產，並非必與本案犯罪事實為完全之分離，此與第三人參與之沒收特別程序，非但係特定於沒收事項，且係針對特定財產之情形尚屬有別。故而，上開刑事訴訟法第 455 條之 27 第 1 項既僅規定在第三人參與程序，而無法直接適用於原有附隨於刑事本案沒收被告財產之一般沒收程序，則在法無明文之情形下，當事人縱使僅就沒收部分提起上訴，依刑事訴訟法第 348 條第 2 項規定，相關連之本案判決仍屬有關係之部分，亦應視為已經上訴。再者，修正後刑法規定之沒收，性質上雖為「獨立之法律效果」，但本質上仍為干預人民財產之處分，屬於刑法規定之一環，而就其明定適用裁判時法之規定觀之，毋寧認其性質與非拘束人身自由之保安處分較為接近；且除違禁物、專科沒收之物或符合一定條件得單獨宣告沒收之物者外，須被告具有違法行為存在，始得諭知沒收，則如非上開單獨宣告沒收之情形，沒收與罪刑間即具有一定之依存關係，在訴訟上倘合一審判，而未割裂處理，自難謂為違法（本院 46 年台上字第 914 號、53 年台上字第 289 號判例參照）。

◆ 沒收之一部撤銷：沒收判決之可分性

最高法院 108 年度台上字第 3563 號判決<sup>35</sup>

又沒收因已非刑罰，具有獨立性，其與犯罪（違法）行為並非絕對不可分離，即使對本案上訴，當原判決採證認事及刑之量定均無不合，僅沒收部分違法或不當，自可分離將沒收部分撤銷改判，其餘本案部分予以判決駁回。

◆ 罪刑一部上訴效力及於沒收

最高法院 107 年度台上字第 3837 號判決

沒收固為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，但仍以犯罪（違法）行為存在為前提，而具依附關係。為避免沒收裁判所依附之前提即罪刑部分，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖沒收部分之基礎，造成裁判矛盾，不論依刑事訴訟法第

<sup>35</sup> 最高法院具參考價值裁判。最高法院 106 年度台上字第 3784 號判決、最高法院 108 年度台上字第 680 號判決，亦同此旨。

348 條規定或第 455 條之 27 第 1 項前段之法理，上訴權人對於罪刑部分合法上訴者，其效力應及於沒收部分。

## 十、案例演練

### 【110 中正第 1 題】

檢察官乙公務員甲涉嫌洩漏國防以外秘密罪以及職務上收受賄賂罪，提起公訴。經第一審之審理結果認定，被告甲涉嫌之洩漏國防以外密罪以及職務上收受賄賂罪為同一行為觸犯之兩罪名，屬於刑法第 55 條之想像競合，惟僅對被告甲職務上收受賄賂罪部分於判決主文宣告有期徒刑七年，洩漏國防以外秘密罪部分因證據不足而於判決理由中說明無罪理由，於主文不另為無罪之諭知。第二審法院，仍維持第一審判決結果。對此判決結果，甲僅就有罪之職務上收受賄賂罪部分提起第三審上訴，而檢察官並未上訴。最高法院認甲上訴為有理由，且甲另涉犯洩漏國防以外秘密罪部分，雖屬刑事訴訟法第 376 條第 1 款所定不得上訴第三審法院之案件，但因與得上訴於第三審之職務上收受賄賂部分為裁判上一罪之想像競合，遂一併予以撤銷發回。試問第三審如此之判決是否適法？試就刑事訴訟法相關之規定暨其法理予以說明。(30%)

### 第三審之判決違法

本題涉及第三審法院之審判範圍，是否及於未上訴之「洩漏國防以外秘密罪（下稱洩密罪）」，以下分述之：

#### 一、本案屬單一案件

查本案，被告甲所犯乃一行為成立洩密罪、職務上收受賄賂罪（下稱收賄罪），成立想像競合犯，屬裁判上一罪，故為刑事訴訟法（下同）上之單一案件，合先敘明。

#### 二、第三審法院之審判範圍

##### （一）單一案件之上訴不可分

1. 依第 348 條第 1 項規定，雖允許上訴權人僅就原審判決之一部分上訴，然若未經上訴之他部屬於第 2 項「有關係之部分」，則他部視為亦已上訴。「有關係之部分」之解釋，依實務穩定見解，指在審判上無從分割，因一部上訴必受影響者而言。
2. 上述有關係之部分在單一案件之解釋，依實務穩定見解，具實質上、裁判上一罪之單一案件，其就部分犯罪事實之一部上訴，效力及於未上訴之「有關係之部分」，該未上訴部分，基於訴訟單一

性關係，尚不能單獨抽離而先行確定，上訴審法院基於上訴不可分原則，應就全部案件審判，俾免就訴訟關係單一性案件而為裂割判決<sup>36</sup>。

3. 查本案，上訴權人僅有被告上訴，其乃就裁判上一罪之收賄罪提起一部上訴，然依上述實務見解，未上訴之洩密罪基於上訴不可分原則，屬於有關係之部分，亦為上訴效力所及，故本案所涉洩密、收賄罪俱屬第三審法院之審判範圍。

#### (二) 上訴第三審之不可分

1. 惟查，洩密罪依刑法第 132 條規定，非屬第 376 條第 1 項所列七款得上訴第三審之任一案件，僅有收賄罪屬得上訴第三審案件。
2. 然依實務穩定見解，裁判上一罪之重罪部分得上訴第三審，其輕罪部分雖不得上訴，依審判不可分原則，若重罪部分合法上訴，第三審法院亦應併予審判<sup>37</sup>。故本案重罪之收賄罪既已合法上訴，依此實務見解，裁判上一罪之洩密輕罪，亦屬第三審法院之審判範圍。

(三) 綜上所述，依實務見解，洩密、收賄罪似俱屬第三審法院之審判範圍。

### 三、最高法院 109 年度台上大字第 3426 號裁定

#### (一) 最高法院變更見解

然，近期之最高法院 109 年度台上大字第 3426 號裁定，於單一案件之「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」之情況，一改上述穩定見解，例外認為「未上訴之他部<sup>38</sup>」不在第三審審判範圍。

#### (二) 變更見解之理由

上述大法庭裁定基於以下理由，認為未上訴之他部非第三審所得審判：

1. 刑事妥速審判法（下稱速審法）第 9 條之解釋

速審法第 9 條限制自訴人、檢察官針對第一、二審無罪之案件上

<sup>36</sup> 參最高法院 106 年度台上字第 2367 號判決參照。

<sup>37</sup> 參最高法院 76 年度台上字第 2202 號判決（舊判例）。

<sup>38</sup> 各位想想，針對這個一審、二審都覺得「無罪的」裁判上一罪之部分犯罪事實，在上訴三審時，所有上訴權人也只有就「他部有罪」的犯罪事實上訴。這表示，不管是控方、辯方，大家都覺得「無罪的部分」，根本不是爭執的重點！所以根本沒人上訴！大家都懶的再吵這部份了！但針對這部分，依實務見解在單一案件上訴不可分的擴張解釋，第三審法院就是有權力把這個大家都不想吵的部分，連同上訴部份，全部發回原審重新審判！這種解釋除了對被告不利，也等於是強制原審重新去判定一次沒有爭議的東西，很浪費訴訟資源！所以：大法庭裁定才做出以下針對§348II的限縮解釋，§348II但才會增定例外規定！

訴第三審，其立法意旨：若允許檢察官或自訴人就無罪判決一再上訴，將有礙被告接受公平、迅速審判權利。而速審法第 9 條第 1 項所稱維持第一審所為無罪判決，不以在主文內諭知無罪者為限，實質上或裁判上一罪案件，於判決理由內均說明而不另為無罪諭知者，亦有適用。

## 2. 尊重當事人意思

除職權上訴案件，檢察官、自訴人於第二審判決後不上訴，或當事人對第二審判決無不服，第三審法院當不得逕行審判，以尊重上訴權人一部上訴權利。控方對不另為無罪諭知部分既無不服，倘僅因被告上訴為有理由，即適用不可分原則，一概將所有犯罪事實併同發回審理，被告之一部上訴權利因而被架空。

## 3. 第三審之性質

第三審屬法律審，原則上以上訴理由指摘事項為審查對象，此與第二審所採覆審制不同。倘第三審不於當事人聲明不服之範圍內審理，擴大其調查範圍，將違反「無不服，即無審查」的上訴權核心理念。

### (三) 限縮解釋第 348 條第 2 項之適用

基於上述理由，大法庭裁定對第 348 條第 2 項採取限縮解釋，於單一案件之「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」之情況，不適用上訴不可分原則，單一案件中不另為無罪諭知部分不生移審效果，並非第三審之審判範圍。

### 四、第 348 條第 2 項但書之增訂

2021 年增訂第 348 條 2 項但書，明文規定有關係之部分若為無罪、免訴或不受理者，例外不受上訴不可分效力所及，修法理由進一步解釋，包含於「理由內說明」而不另為無罪、免訴或不受理之諭知者，亦有但書規定適用。此等重大修正呼應上述大法庭裁判，甚至擴大前述限縮解釋之適用範圍，不限於上訴第三審而一、二審無罪之情形<sup>39</sup>，均有此但書之適用，藉此避免被告

<sup>39</sup> 大家有發現這個差別嗎？§348II 但的適用範圍，真的比大法庭裁定寬很多～大法庭裁定雖然很讚，但他設定太多「適用前提」了！而且他的論述過程援引速審法§9，自始就讓他無法適用於「第二審」上訴，只能狹隘的適用於「一二審無罪、第三審一部上訴」的情況，相反的§348II 但就沒再跟你嘰嘰歪歪，上訴二審或三審都沒差，只要原判決有一部份是無罪免訴不受理，就有適用！大家要分清楚兩者的差異喔～But！還是不能只記得新法！因為依照刑訴施行法§7-13，如果今天在 2021 年 5 月 31 日前繫屬的案件，那就要適用舊§348 II，沒有但書適用，頂多只有大法庭裁定能適用；如果是在 2021 年 5 月 31 日後繫屬的案件，才有新法適用！雖然新法讓大法庭裁定看起來像是白開了（畢竟新法適用範圍真的放寬很多），但如果今天題目要你考量施行日期，你就



受到裁判突襲，並減輕被告訟累。

#### 五、本案情形

查本案，洩密罪於第一、二審均於判決理由中說明無罪原因，第二審判決後僅被告就收賄罪部分上訴第三審，基於上訴大法庭裁定之限縮解釋與修正後第 348 條第 2 項但書規定，屬「無罪」的有關係部分，即本案之洩密罪，例外不生移審效而不在第三審審判範圍。本案第三審法院就洩密罪一併撤銷發回，屬第 379 條第 12 款「就未受請求之事項予以判決」，判決當然違背法令。

六、綜上所述，本案第三審法院之判決違法。

#### 【林鈺雄老師文章案例改編<sup>40</sup>】

A 因駕駛某未掛車牌之小客車被警員攔檢，經調查後發現該車乃 A 竊盜之贓車，A 亦承認但表示是在外地路邊隨機竊得，不知失主何人，該車牌早已拆卸丟棄且引擎號碼磨損，無從辨識失主。案經檢察官起訴，第一審法院以竊盜罪名（刑 § 320 I）判處 2 年有期徒刑，未宣告緩刑，且因無從發還失主，遂一併宣告沒收該車（刑 § 38-1 I）。A 未聘請律師辯護，自從被起訴後，奮發圖強，自行研讀法律相關文獻，撰寫上訴理由。試問：

設若 A 不爭執第一審判決認定之竊盜犯罪事實、罪名及科刑，擬僅就沒收該車提起一部上訴，其理由謂：「本案有潛在被害人（原失主），依部分文獻及判例見解不應宣告沒收（刑§38-1V），原審未依罪疑唯輕/疑利被告原則採此法律見解，判決顯有違誤」此時第二審法院之審判範圍為何？

第二審法院僅得就沒收部分審判

#### （一）一部上訴之法源依據

1. 依刑事訴訟法（下同）第 348 條第 1 項規定，上訴人原則上得僅就判決之一部聲明不服而上訴，上訴審亦將受上訴人聲明之部分所拘束，其審理範圍僅限於原審判決經聲明上訴之部分。本規定乃賦予當事人主動限定上訴審之審判範圍，於原審判決後仍有爭執之部分，藉此以符合當事人利益，並減輕法院重複審理負擔，以達訴訟經濟。

不能只知道新法規定了 QQ 我是不知道會不會考這麼陰險的題目啦，但確實可以想像在一題裡面用案件繫屬日期分成兩小題，一題舊法、一題新法的這種考法，畢竟這也算是可以馬上看出考生對新法變革的方式～

<sup>40</sup> 參林鈺雄（2021），《刑事訴訟法實例解析》，4 版，頁 363，新學林。

2. 依上述規定，本案甲似得僅就原審判決中，車輛沒收之特定法律效果上訴，上訴審法院亦僅得就沒收部分為審判。

(二) 「有關係之部分」之擴張解釋

1. 依第 348 條的 2 項規定，對判決一部上訴者，其「有關係之部分」視為亦已上訴。本規定乃為防止一部上訴後，上訴審之判決與原審判決產生裁判歧異或矛盾，故方使與上訴之一部屬「有關係之部分」，併同產生移審效。
2. 而所謂「有關係之部分」，依實務穩定見解，指判決之各部分在審判上無從分割，因一部上訴而其全部必受影響者而言。實務見解進一步認為，基於上訴不可分原則，就單一案件之一部上訴者，上訴審法院仍應就案件之全部予以審判；若就單一案件之法律效果上訴者，基於罪刑不可分原則，法律效果與論罪不得分割審判。
3. 依此，本案甲雖僅就沒收部分上訴，與沒收俱屬單一案件之竊盜論罪、科刑，應屬「有關係之部分」，同將產生移審效，故本案上訴審法院似得就原審之全部判決進行審判。

(三) 可分性基準

1. 實務見解之批評  
針對上述實務見解，學說上不乏批評意見。蓋一部上訴的判準應在於是否會產生「裁判歧異」導致「判決矛盾」，在僅就刑之部分上訴時，並不會產生裁判矛盾情事，「罪刑不可分」的觀點在此似未考慮裁判歧異之判斷基準，實務見解亦鮮少以超過「罪刑不可分」五字之論述進一步說明。故，實務見解應不可採。
2. 可分性基準  
學說上有提出切合第 348 條立法目的之「可分性基準」，認為若上訴審得以原判決未聲明部分之認定為基礎，不予更動而僅審理經聲明不服之處；且聲明不服部分被撤銷或改判時，繼續維持未聲明不服部分之原審判決法律上、事實上認定，和經聲明不服部分撤銷改判後的審理結果，兩者不會產生矛盾情況者，滿足此標準，即應允許當事人就此等部分一部上訴。
3. 沒收之可分性
  - (1) 依上述標準，若僅就「法律效果之一部分」上訴，上訴審可本於原審犯罪事實認定之基礎上，重新進行特定法律效果之認定，不致產生裁判歧異。

- (2) 沒收於 2016 年修正前，屬從刑，於修法後則屬獨立法律效果，無論修法前後，沒收皆屬法律效果的其中一種，故不論新舊法時期，依上述可分性基準，俱應承認當事人僅就沒收之一部上訴之容許性。
- (3) 此外，學說上有主張，既第 455 條之 27 第 1 項關於第三人參與程序之規定，允許「參與人」僅就原審判決之沒收部分上訴，則無理由不允許「被告」僅就原審判決之沒收部分上訴，參與人與本案當事人不應有差別待遇。<sup>41</sup>故依條文之體系解釋，不論上訴人為參與人或被告，不應有不同，均應承認沒收之一部上訴容許性。<sup>42</sup>
4. 第 348 條第 3 項之增訂  
基於前述實務見解缺失，2021 年中三讀通過第 348 條第 3 項規定，明文「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」，上訴權人得僅上訴爭執案件之特定法律效果，明確於被告之審判程序，承認沒收之一部上訴可能性。
5. 本案情形  
依上述學說意見與新法規定，本案甲應可僅就原判決之沒收部分上訴，上訴審法院亦僅得就沒收部分為審判。

## 十一、類題

### 【110 成大第 1 題】

甲被控觸犯刑法第 195 條第 1 項偽造貨幣罪，與刑法第 196 條第 1 項行使偽造貨幣，經檢察官提起公訴，第一、二審判決成立行使偽造貨幣，就偽造貨幣部分，法院於判決說明不另為無罪諭知之理由，甲對第二審判決關於有罪部分提起第三審上訴，檢察官並未就無罪部分提起上訴。問：二審法院中不另為無罪諭知部分，是否為第三審法院審判範圍？

### 【110 政大第 1 題第 2 小題】

甲施用毒品，精神渙散，仍騎乘機車回家。路上不慎撞倒路人 A 女。甲下車察看，發現 A 受傷昏迷不醒。甲見色起意，將 A 女拖至路邊草叢予以性侵。離去

<sup>41</sup> 參林鈺雄（2019），〈綜覽沒收程序新法〉，收於：林鈺雄（編），《沒收新制（四）：財產正義的實踐》，頁 24，元照。

<sup>42</sup> 參吳燦（2017），〈沒收判決一部上訴之效力（上/下）〉，《司法周刊》，1868/1869 期，頁 2-3/3

時，順手從昏迷不醒 A 手腕上拿走手錶，隨即逃逸無蹤。A 女經路人發現送醫救治，幸無大礙。不久，甲被循線追緝的員警查獲，且從甲身上搜出 A 的手錶。於警局，警員 P 詢問甲，甲以施用毒品致不知發生何事為抗辯。對從甲身上搜出隻手錶，甲則以路上撿到為由。P 到醫院詢問 A 女，A 答以當時陷入昏迷，沒看到犯人，也不知犯罪經過。P 第二次再去醫院詢問 A，並提示從甲身上查獲的手錶。A 明確表示確是他的手錶，經 P 當場製作筆錄。案經移送地檢署。檢察官 S 以被害人身分傳喚 A 女。A 仍如先前陳述，沒看到犯人，也不知犯罪經過，但仍指認該錶為其所有，且對 S 當庭提示之 A 驗傷診斷書及 DNA 鑑定報告，答曰無意見，皆有筆錄為證。案經檢察官對甲提起公訴。法院審理時，A 女以身心創傷無法陳述，拒絕出庭。法庭也不在傳訊 A 女。法院訊問甲，甲仍以施用毒品致不知發生何事為抗辯。對從甲身上搜出之手錶，甲仍以路上撿到為抗辯理由。甲選任之辯護人 R 則抗辯 A 女在警局及地檢署陳述皆為傳聞，不具證據能力，也抗辯偵查中被告及辯護人對 A 女無法詰問，審理時，法院又不傳喚 A 女到庭接受詰問，嚴重侵害被告憲法保障的對質詰問權。案經法院依法審理後，最後判處甲罪刑。請回答以下問題。(50%)

(二) 檢察官起訴之罪名之一為強盜強制性交之結合犯。但法院認定強盜罪不成立，其他罪名則判處徒刑。檢察官及被告對強盜罪皆未上訴。第二審法院審理範圍如何？如第二審對強盜罪依然認定不成立犯罪。檢察官及被告對強盜罪依然不上訴。第三審法院審理範圍如何？

## 貳、依附性證據使用禁止之理論<sup>43</sup>

證據使用禁止之理論<sup>44</sup>，乃為解決「在何種條件下應禁止法院使用特定證據」之理論、乃判斷「應依據何種標準判斷證據應否禁止使用」之理論，此乃證據禁止理論中最核心而分歧之問題，以下先就非自主性，即依附性證據使用禁止之證據禁止理論探討。

國家訴追機關在取證過程當中，若違反法定程序，在何等條件下會發生證據使用禁止效果，有「統一觀點」與「非統一觀點」兩種基本想法。前者（如下述權利領域理論、規範保護目的理論）嘗試以一勞永逸的統一標準，解決所有的使用禁止問題，優點在於明確、安定；然而，取證規定千方百種，違法型態亦是千奇百怪，欲求其統一標準並非易事。有鑑於此，有傾向個案裁量的非統一觀點，權衡理論便是其中的佼佼者。

### 一、統一觀點：權利領域理論<sup>45</sup>

應探求取證禁止之規定，是為了「誰的利益」而設。只有在法規是為了「被告」利益而設，且被告之權利領域因追訴機關違法取證而受到侵害時，方有適用。

然，本說雖相對明確，卻過於狹隘，蓋被告有權要求一合乎程序法規定之審判程序，縱使該程序規定非專為被告而設，亦然。如違反§192 刑求證人所得證言，所侵犯者乃證人而非被告權利，若貫徹本理論，該證豈非得作為裁判基礎？（其他批評，詳後述）

### 二、統一觀點：保護規範目的理論

<sup>43</sup> 參林鈺雄（2020），《刑事訴訟法（下）》，10版，頁21-32，新學林。較詳細之分析，可參林鈺雄（2008），〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，氏著，《干預處分與刑事證據》，頁274-288，元照。

解題參 Jango，題型 5-4-11，證據禁止理論、證人之拒絕證言權，頁 5-129 以下。

<sup>44</sup> 證據禁止理論之發展，可參林鈺雄（1999），〈德國證據禁止論之發展與特色〉，《律師雜誌》，232期，頁56-72。

<sup>45</sup> 按照林鈺雄老師書上的介紹，本件解乃源自德國最高法院（BGHSt），其利用「上訴審」之角度，將證據禁止問題與上訴理由之問題結合，認為被告得否以下級審判決違背法令為由，即系爭證據應禁止而未禁止，提起上訴，應取決於被告的權利領域有無受到影響。但此說法在德國飽受批評，目前已很少被採用了。

違法取得之證據得否使用，應回溯該項被違反之法規範目的。

符合下列兩要件時，證據應禁止使用<sup>46</sup>：

- |                            |
|----------------------------|
| I. 取證過程中，法規的規範目的尚未被終局性地損害。 |
| II. 透過使用證據本身的行為，損害會加深或擴大。  |

於依附性使用禁止，因必有「被違反」之取證規範，而探求法律規範目的本來就是法官解釋、適用法律時的基本任務，故規範保護目的理論能與法律解釋論結合，成為判定證據使用禁止的重要基準。

然此理論未能統一解釋，與取證有關的個別程序規定中，到底規範目的為何，及根據何種標準判斷；亦無法精確得知，違反時應賦予何種程序法效果，多少有法官造法之色彩在內。

### 三、非統一觀點：權衡理論

此理論認為，任何違反取證規定的案例，都需個案衡量才能終局決定證據應否禁止使用，每個個案中都需要衡諸具體案例，並兼顧比例原則，權衡國家追訴利益和個人權利保護之必要性。而權衡之具體標準為何，則是眾說紛紜，琳瑯滿目。諸如程序瑕疵之嚴重程度、犯罪之輕重、導正刑事追訴機關紀律之必要程度、當事人保護之必要性、規範之保護目的等等。

德國聯邦最高法院多以權衡理論為主臬，並輔以規範保護目的觀點。權衡理論最受詬病者，乃其「無形無貌」，衡量結果事先難以預料，具高度不確定、不安定性。因欠缺公認的權衡規則，被告及其辯護人無法擬定防禦方向，因此權衡理論，對被告極為不利。許多案例中可能根本沒有所謂的權衡，法官或許只是以權衡理論之名，粉飾預先定好的審理

---

<sup>46</sup> 設若：被告 A 涉嫌強盜 B，經警方通知到場訊問。警方第一次詢問 A 時，A 自白犯罪，但警方事先疏未踐行告知義務。此時 A 之自白有無證據能力？

此種情形，因 A 自始知其權利，保護規範目的並未因國家違法而受損。被告既已知悉權利但仍願意陳述，法院縱然使用未經告知的被告自白，並未損及告知的保護規範目的，更未擴大或加深其損害，因此並不產生證據使用禁止之效果。其自白應「有」證據能力

但是，上述案例在現行法下應適用§158-2 之特別規定，無法在§158-4 這個大平台上操作「三階段審查基準」中的「保護規範目的」審查，故被林鈺雄老師認為，§158-2 是很不好的立法！對於這種被告根本不須被告知的情況，仍可能排除其自白之證據能力，顯然是錯誤立法。詳參林鈺雄（2020），《刑事訴訟法（上）》，10 版，頁 186-191，新學林。

結果。

#### 四、結合觀點：三階段審查基準

上開各家爭議所體現，正是法安定性、個案正義間的內在緊張關係。統一觀點之出發點，乃尋求上位法律原則，以便一致適用於各種不同案型。然實例變化萬千，以單一觀點解釋各種案例，其成效有限。然，不表示審查標準應完全訴諸個案權衡。

依附性之證據使用禁止，既以國家機關違反特定取證規定為前提，則法官本於解釋、適用法律任務，應經由一般法學解釋方法，探求該立法規定之規範保護目的；只當據此仍然無法探求應否禁止證據使用時，才有權衡之餘地。

##### ⊙：結合說，三階段審查基準

證據應否禁止使用，既非單一觀點可以解釋，亦非單純個案權衡問題。如權衡為表、規範保護目的為裏的德國實務所示，截長補短，兼容並蓄，走向某種型態的結合說，應是大勢所趨，就此而主張三段審查基準說，其標準及順位如下：

##### I. 追訴機關違法取證之主觀判斷

法院首先審查，追訴機關是否惡意、恣意違法取證？

答案肯定時，該證據應予禁止使用。當國家追訴機關明知故犯，不惜以違法手段為代價而取證者，已經違背公平審判原則保障之最低限度，應即禁止使用證據，法官並無權衡餘地。

##### II. 法規範目的之審查

答案否定時，繼續審查被違反之取證禁止，其法規範目的為何？該目的是否因違法取證行為，而終局受損？使用該證據，損害是否會加深或擴大？若會加深或擴大，則證據應禁止使用。

##### III. 個案權衡

如果不會，或者根本無法探知規範目的時，則得權衡個案，判斷被告個人利益與國家追訴利益孰先孰後。追訴機關違法之程度、被告涉嫌犯罪之輕重乃其中關鍵之指標。

## 五、林鈺雄老師對§158-4 之定性：平台說<sup>47</sup>

### §158-4

除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。

#### 【平台定性】

§158-4 定性上，不可理解為「排他說」，而認為立法者乃欽定權衡理論並排除其他所有證據使用禁止理論之運用。反之，此明文應理解為，其具有平台定性，即：§158-4 明確提供「法有明文」之禁止使用規定，且本規定乃提供我國證據禁止法則之發展平台，開放未來學說競技與實務續造的空間，非泛採權衡理論而排斥其他證據禁止理論，而係依此明文立法提供我國法繼續發展證據禁止理論與實務之平台。

本規定固明指「人權保障及公共利益之均衡維護」為判斷禁止使用之「考量」，並在「無拘束力」的立法理由例示了七種權衡因素<sup>48</sup>。但須澄清的是，§158-4 首要規範意旨乃回應我國原先實務上認為證據使用禁止並無明文規定的質疑，但並未進一步解決到底應該採用什麼具體的「操作基準」問題，操作基準必須另覓他途，畢竟「人權保障及公共利益之均衡維護」本即為刑事訴訟的目的及所有相關機制的考量起點，但其本身不是「操作基準」，也欠缺操作的明確性及可能性。

立法理由列舉之七點審酌因素，闡述重點乃集中在「違法取得證據並非絕對排除」，而無論採取權衡理論、規範保護目的理論等，同樣均可達到「不一律排除違法證據」之目的。

<sup>47</sup> 另參林鈺雄（2009），〈證據禁止與排除／刑事訴訟法第一五八條之四的平台定性－以最高法院裁判為例證〉，《臺灣法學雜誌》，140 期，頁 17-39。

<sup>48</sup> 立法理由例示了七款權衡因素做為禁止證據使用時應考量的事由：「人權保障及公共利益之均衡維護，如何求其平衡，因各國國情不同，學說亦是理論紛歧，依實務所見，一般而言，違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官於個案權衡時，允宜斟酌（一）違背法定程序之情節。（二）違背法定程序時之主觀意圖。（三）侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。（四）犯罪所生之危險或實害。（五）禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。（六）偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性及（七）證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以為認定證據能力有無之標準。」，關於各款立法理由的評析、批評及證據排除的運用，參王兆鵬、張明偉、李榮耕（2020），《刑事訴訟法（上）》，5 版，頁 136-152，新學林。



## 【相容性之考量】

本條就如同 Windows 作業系統，僅提供一可資安裝作業軟體的平台；必須安裝諸如 Office 等軟體，才能進行複雜的文書編輯作業，軟體程式因為 Windows 平台而蓬勃發展。

而所有軟體都要處理「相容性」問題，並非所有的軟體都可以安裝在特定的平台之上。同樣地，在本法創設證據使用禁止的平台之後，接下來才是真正考驗：**我國要安裝哪一種兼具相容性與適合性的軟體？**

## 【與§158-4 立法理由相容之三階段審查基準】

三階段審查基準與§158-4 及其立法理由例示的權衡因素相容運用：

### I. 追訴機關違法取證之主觀判斷

第一階段檢驗國家追訴機關是否恣意、惡意違反取證規定，乃立法理由第 2 點因素「違背法定程序時之主觀意圖」。若其主觀意圖乃刻意違反，則為維護整個刑事訴訟程序最起碼的法治性與公平性，證據應予絕對禁止使用，既不得權衡也不待權衡。

我國實務已接受之實例：**證人轉被告之蓄意規避告知義務**。

### II. 法規範目的之審查

上開第一階段審查結果並非恣意、惡意情形，應進入第二階段檢驗，探究被違反規定之規範保護目的何在，這和立法理由例示的第 1、3、7 點因素，即「違背法定程序之情節」、「侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重」及「證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度」有關。另，於系爭證據依照**假設偵查流程**，而必然取得之情形，即例示的第 6 點的「偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性」，亦可能在此階判斷時，否定規範保護目的之違反。

### III. 個案權衡

若經過第二階段檢驗後仍無明確肯定或否定結果，方進而將前述所有考量再加上例示的第 4、5 點因素「犯罪所生之危險或實害」及「禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果」，一併權衡後再為最後的定奪。

## 六、【案例演練：審、檢對證人未依§186II告知§181】<sup>49</sup>

A 建設公司負責人 B，以 A 公司財產 400 萬元（新台幣，下同）行賄承辦某標案的公務員 C，A 公司因此獲得 2 億元利益的 3 年期工程標案。東窗事發後，檢察官將 C 列為收賄罪之被告，並曾以證人身分傳訊 B，B 雖因自己陳述而有受到刑事追訴之虞，但檢察官卻因過失，疏未依法告知其得拒絕證言，B 具結後作證 C 收受其 400 萬元現金賄賂之事實。試問：

設若檢察官於去年 8 月以違背職務收賄罪名對甲提起公訴，另對 B 為緩起訴處分。審判期日，C 之辯護人抗辯 B 之上開證詞乃違法取得，不得作為認定 C 犯罪事實之依據。試問其抗辯有無理由？

### （一）不同解釋

#### 【權利領域理論觀點】

⊗、⊗<sup>50</sup>：依權利領域理論，對該證人供述，被告不得主張證據禁止，其對被告而言仍得作為證據使用<sup>51</sup>。

◆ 採此說之實務見解

最高法院 106 年度台上字第 2180 號判決<sup>52</sup>

「證人恐因陳述致自己或與其有前條第 1 項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。」為刑事訴訟法第 181 條所明定。又證人有第 181 條之情形者，應告知得拒絕證言，同法第 186 條第 2 項亦有明文。然**拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張，證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人及與其有刑事訴訟法第 180 條第 1 項各款所列關係之人而設，非為保護被告，法院或**

<sup>49</sup> 解題參 Jango，題型 5-4-11，證據禁止理論、證人之拒絕證言權，頁 5-129 以下。

<sup>50</sup> 參李榮耕（2010），〈拒絕證言告知義務之違反及其法律效果—簡評最高法院九八年度台上字第五九五二號判決〉，《臺灣法學雜誌》，153 期，頁 228-229；吳巡龍（2012），〈未諭知拒絕證言權的證據能力〉，《月旦法學教室》，115 期，頁 36-38。

<sup>51</sup> 在這邊特別說明李老師的想法。其認為，拒絕證言權是「證人的」程序權利，被告僅為第三人，不可喧賓奪主而代為請求救濟。賦予證人拒絕證言權乃為保障證人之不自證己罪權利，非保護其他被告不受刑事追訴！就算偵查機關沒有盡告知義務，也因為沒有侵害到被告的權利，所以被告不得主張程序違法～（就是以權利領域理論為核心啦）另外，李老師開了一個後門，認為除非是訊問官員使用極端方式（強暴、脅迫）訊問證人，或有其他重大違法情事，否則一般情況下，被告是不能主張證人訊問程序違法的，該等證言還是有證據能力！

<sup>52</sup> 濫觴乃最高法院 95 年度台上字第 909 號判決。

林鈺雄老師稱之為「純粹權利領域理論」。參林鈺雄（2009），〈證據禁止與排除／刑事訴訟法第一五八條之四的平台定性—以最高法院裁判為例證〉，《臺灣法學雜誌》，140 期，頁 30-32。

檢察官違反告知義務所生之法律效果，**僅對證人生效**，故違反告知義務之證人證詞，**對訴訟當事人仍具證據能力**，至於證據之證明力如何，則由法院依衡平法則就具體個案判斷之。徐○國經警察及調查機關移送檢察官，其以證人身分於本案偵查中作證，有部分雖未經履行告知得拒絕證言之程序，然依前揭說明，原判決認該證人之證言具證據能力，未適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定以權衡證據能力，不生違法問題。上訴意旨執以指摘，尚非合法之第三審上訴理由。

### 【依§158-4 權衡之】

雲<sup>53</sup>：依§158-4 權衡乃較安全選擇，因權利領域理論仍有不少疑問：

- I. 某項對被告不利證據因違反禁止使用，無疑地自動發生保護被告效果，**不須再探究當初此一證據之取得是否直接涉及被告之權利領域**。亦即，對取得證據加以限制或課以義務之取證相關規定，實際上也在保護被告之權利領域，並不以該證據之取得必須直接侵及被告之權利範圍為限。

所有之證據禁止規定、判斷，均與被告之權利脫不了直接關係。

- II. §158-4 僅規定「實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據」，有無證據能力須個案權衡，而非規定「實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序，致侵害被告權利所取得之證據」。其他特別規定如§§131IV、156 I、158-2 亦係如此。

**足見立法者未設定權利領域之嚴格限制。**

- III. 可見證據禁止所要達到的功能之一，即保障人權，其範圍並不限於被告之人權而已，而可能遭受刑事追訴及處罰之被告，係受所有證據禁止規定之保護，**不以取證規範須直接涉及其權利領域為限**。
- IV. 權利領域理論背離上開論述，認為只有取證規定目的在保護被告者，違法取證才可能發生證據禁止之效果，乃「倒果為因」說法。
- V. §181 之目的，乃基於人性考量，避免使證人在面對偽證處罰之負擔下，據實而須強為不利己陳述，以保證人之不自證己罪權利，故其保護範圍乃在此刻限於困境之證人，並無疑義。

<sup>53</sup> 參楊雲驊(2007)，〈未盡證人拒絕證言權之告知義務與證據能力〉，《月旦法學教室》，56期，頁16-17；楊雲驊(2007)，〈未告知證人拒絕證言權之法律效果—評最高法院九五年臺上字第90九號、九五年臺上字第2四二六號、九六年臺上字第10四三號判決〉，《臺灣本土法學雜誌》，99期，頁164-172。

林俊益大法官亦採相同見解，可參林俊益(2004)，〈論拒絕證言權之告知〉，《臺灣本土法學雜誌》，61期，頁171。

然可進而推論出，未踐行此告知義務，對被告之防禦權「並無妨礙，於其訴訟上權益之保障，無不利之影響」<sup>54</sup>？

上述規定之設計，兼有**促進真實的目的**，因證人會發生「恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者」的情形，常與被告間有共犯或其他之利害關係，如未告知其可以拒絕證言，使其誤認為必須陳述，不免有嫁禍其他共同被告或本案被告而為不利證詞之虞，妨害真實發現。故，此告知義務不僅得保護證人免於困境，亦同時保護被告，免於因限於困境之證人陳述，導致不符事實認定之危險，故其保護範圍亦及於被告。

- ◆ (雄)<sup>55</sup>：適用§158-4 與三階段審查基準，不區分乃被告或證人之案件。

不論欲採取「權利領域理論」或「保護規範目的」判斷，最高法院均可援引具證據禁止理論平台定性之§158-4。

- ◆ 採此說之實務見解

最高法院 108 年度台上字第 1546 號判決

刑事訴訟法第 180 條、第 181 條、第 185 條、第 186 條第 2 項規定，訊問證人應先調查其與被告有無法定之特定身分關係，或證人有恐因陳述致具上開法定特定身分關係之人受刑事追訴或處罰之情形者，應告知得拒絕證言，如證人具結作證所踐行之告知義務有瑕疵，固屬違背法定程序取得之證據，應適用同法第 158 條之 4 權衡人權保障及公共利益判斷其證據能力。本件第一審以證人身分訊問王芙蓉、廖溪川等人時，僅訊問其等與被告等有無法定之特定身分關係，而漏未及於刑事訴訟法第 181 條事項，然該等告知義務之規範保護目的本非針對被告，難謂侵害被告權益，且王芙蓉等人之於被告等三人而言，實際上確無得拒絕證言之特

<sup>54</sup> 參同採「權利領域理論」之最高法院 95 年度台上字第 2426 號判決：

證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言；證人有此種情形者，法院應告知得拒絕證言，刑事訴訟法第一百八十一條、第一百八十六條第二項固有明文。然該拒絕證言權之規定，其規範目的，主要係基於人性之考量，避免使證人於面對偽證處罰之負擔下，為據實陳述而須強為對自己不利之證言，以保障證人不自證己罪之權利，是上開拒絕證言權及法院告知義務之規定，乃為保護證人而設，苟法院未踐行此告知義務，對被告訴訟防禦權之行使並無妨礙，於其訴訟上權益之保障，無不利之影響，即不得遽謂證人於該情形下所為之供述，在證明被告待證事實之存否，一律無證據能力。

<sup>55</sup> 參林鈺雄（2009），〈證據禁止與排除／刑事訴訟法第一五八條之四的平台定性－以最高法院裁判為例證〉，《臺灣法學雜誌》，140 期，頁 29-32。

定身分關係，自不影響王芙蓉等人所為具結之效力，況原審已踐行調查程序，涂錦樹於原審就王芙蓉等人上開第一審證言之證據適格並未爭執，其至法律審始指摘原判決未依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定說明權衡此證據適格之理由，顯非適法之第三審上訴理由。

◆ 大法庭裁判：採§158-4 權衡理論說

最高法院 109 年度台上字第 2638 號判決<sup>56</sup>

本件上訴人不服原審判決提起第三審上訴，本庭評議後，認為擬採為裁判基礎之法律見解，即「**法院或檢察官未踐行刑事訴訟法第 186 條第 2 項之告知義務，其所取得之證人證詞，對於本案被告有無證據能力？**」本院先前具相同事實之裁判，已有複數紛爭見解之積極歧異。有採**權利領域說**：證人拒絕證言權及法院或檢察官告知義務之規定，皆為保護證人而設，非為保護被告，法院或檢察官違反告知義務所生之法律效果，僅對證人生效，故違反刑事訴訟法第 186 條第 2 項告知義務所取得證人之證詞，對訴訟當事人仍具證據能力，至於證據之證明力如何，則由法院依具體個案判斷之；另有採**權衡判斷說**：證人拒絕證言權及法院或檢察官告知義務之規定，除為保護證人外，兼及當事人之訴訟利益而設，如法院或檢察官未先踐行刑事訴訟法第 186 條第 2 項之告知義務，而逕行告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，無異剝奪證人此項拒絕證言權，所踐行之訴訟程序自有瑕疵，應適用刑事訴訟法第 158 條之 4 所定權衡判斷原則為審酌、判斷其證詞有無證據能力，而非純屬證據證明力之問題。**本庭經評議後，擬採權衡判斷說之見解，因本院先前裁判既有前開積極歧異，乃就上開法律問題應適用之法律見解，於民國 109 年 7 月 15 日向本院其他刑事庭提出徵詢。徵詢程序業已完成，受徵詢之各刑事庭，均主張採取權衡判斷說之見解。是本件採為裁判基礎之法律見解，經徵詢庭與受徵詢庭均採上開權衡判斷說之見解，已達大法庭統一法律見解之功能，無須提案予刑事大法庭裁判，即應依該見解就本案逕為終局裁判，先予說明。**茲敘述理由如下：

**權利領域說**求諸於人權保障論，主要源於美國長久以來確立之通則，認為證據排除法則之目的，在於擔保憲法基本人權免於國家機關不當或不法之干預，被告祇能主張排除侵害其憲法上權利取得之證據，對於侵害他人權利而取得之證據，則不具備主張排除之當事人適格（standing to assert the exclusionary rule）。我刑事訴訟法第 181 條之證人拒絕證言權既然在保護證人，法院或檢察官即使有違反同法第 186 條第 2 項之告知義務，被告亦非適格當事人，不得主張排除此項證據。

<sup>56</sup> 大法庭裁判（徵詢階段統一見解）。

權衡判斷說則基於維護司法正潔性與嚇阻違法論，強調法院職司審判，係立於公正第三者立場而為判斷，倘法院於審判中使用違法取得之證據，無異於法院替違法行為背書，亦等同於縱容政府機關侵害人民之憲法權利。且從嚇阻違法之觀點衡量，於本案之訴訟程序中將違法取得之證據加以排除，不失為有效防止政府機關將來違法取證之機制。是以，縱被告並非政府機關違反法定程序之權利受害者，而是關係第三人，仍應容許被告主張證據排除。

以上二說，應以權衡判斷說為是。蓋我國證據排除法則並不生主張排除之當事人適格問題，倘採權利領域說，將主張排除者侷限於權利受侵害者始可為之，即失之偏狹，亦乏正當性。且刑事訴訟法第 181 條之證人拒絕證言權不僅在於保護證人免於陷於三難困境以致自證己罪，亦同時使被告免於陷入困境之證人所為虛偽不實陳述之危險。因此，法院或檢察官如有違反刑事訴訟法第 186 條第 2 項之告知程序，所取得證人之證詞，不僅侵害證人之權利，也讓證人因不知可拒絕證言而產生誣攀或推諉被告之危險，自應容許被告主張證據排除。但為兼顧程序正義及發現實體真實，法院應適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定權衡判斷證人證言證據能力之有無。

## （二）延伸爭議：該證據對「證人」之案件有無證據能力

違反拒絕證言告知義務所得「證人證言」，在該證人因此成為「被告」追訴對象之程序時，其證據能力應如何判斷之問題，與上述爭議乃不同問題。

最高法院 96 年度台上字第 1043 號判決：無證據能力<sup>57</sup>

證人恐因陳述致自己或與其有刑事訴訟法第一百八十一條第一項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，同法第一百八十一條定有明文。證人此項拒絕證言權（選擇權），與被告之緘默權，同屬其不自證己罪之特權。九十二年二月六日修正公布前之刑事訴訟法第一百八十六條第三款規定：「證人有第一百八十一條情形而不拒絕證言者，不得令其具結。」修正後第一百八十六條第二項，增訂法院或檢察官於「證人有第一百八十一條之情形者，應告以得拒絕證言」之義務。凡此，均在免除證人因陳述而自入於罪，或因陳述不實而受偽證之處罰，或不陳述而受罰鍰處罰，而陷於抉擇之三難困境。此項拒絕證言告知之規定，雖為保護證人而設，非當事人所能主張，惟如法院或檢察官未踐行此項告知義務，而告以

<sup>57</sup> 林鈺雄老師稱之為「不純粹權利領域理論」。參林鈺雄（2009），〈證據禁止與排除／刑事訴訟法第一五八條之四的平台定性－以最高法院裁判為例證〉，《臺灣法學雜誌》，140 期，頁 30-32。

刑事訴訟法第一百八十七條第一項「具結之義務及偽證之處罰」，並依同法第一百八十六條、第一百八十九條規定「命朗讀結文後為具結」，無異強令證人必須據實陳述，剝奪其拒絕證言權，所踐行之訴訟程序自有瑕疵。其因此所取得之證人供述證據，是否具有證據能力，應分別情形以觀：(1)、其於被告本人之案件，應認屬因違背法定程序所取得之證據，適用刑事訴訟法第一百五十八條之四所定均衡原則為審酌、判斷其有無證據能力，而非謂純屬證據證明力之問題；(2)、至若該證人因此成為「被告」追訴之對象，則其先前居於證人身分所為不利於己之陳述，基於不自證己罪原則及法定正當程序理論，應認對該證人（被告）不得作為證據。

☁<sup>58</sup>、☁<sup>59</sup>：贊同實務見解

法律課予證人據實陳述義務，違反者將面臨偽證處罰。等於國家以強制方式要求證人陳述，但被告於刑事程序受不自證己罪原則之保護，即使其在目前程序身為證人，但此一保護依舊存在，否則無異於國家強制被告自白，顯有不當。而違反此拒絕證言告知義務的法律效果，§181 承認拒絕證言權的主要目的即在於保護證人之免受刑事追訴，故該證人在日後受追訴時，即應認為其先前所為不利於己之陳述無證據能力，方足以保護，此亦為德國通說見解。

☁、☁、☁<sup>60</sup>：構成§§98、156 I 之不正訊問

檢察官告以具結義務及偽證處罰，並命朗讀結文後具結陳述，乃加作證義務和脅迫制裁效果於受不自證己罪原則保護，而具有拒絕證言權之證人，已屬違法脅迫陳述，此供述屬不正訊問而取得之自白。

<sup>58</sup> 參楊雲驊（2007），〈未告知證人拒絕證言權之法律效果—評最高法院九五年臺上字第九〇九號、九五年臺上字第2426號、九六年臺上字第一〇四三號判決〉，《臺灣本土法學雜誌》，99期，頁169-171。

<sup>59</sup> 注意！吳巡龍檢察官僅贊同「後半部分」之實務見解（部分贊同，部分反對！），針對該等陳述於「被告本人」案件中之證據能力，吳檢察官仍認為應依「權利領域理論」判斷，而非§158-4之「權衡理論」。參吳巡龍（2012），〈未論知拒絕證言權的證據能力〉，《月旦法學教室》，115期，頁36-37。

<sup>60</sup> 參王兆鵬、張明偉、李榮耕（2020），《刑事訴訟法（下）》，5版，頁353-355，新學林；朱石炎（2020），《刑事訴訟法論》，9版，頁304-305，三民；王士帆（2021），〈販賣槍枝—不自證己罪拒絕證言權告知義務〉，《月旦法學教室》，228期，頁19-20。

①、②<sup>61</sup>：類推適用§158-2

違反被告告知義務取得之自白，依§158-2 並未絕對排除，而仍例外地於被告出於任意、訊問機關出於善意時，有證據能力。**何以違反§186II之效果卻更嚴厲，必須絕對排除？**§95 I 及§186 II 皆係為維護受訊問者不自證己罪之權利，規範目的相同，故在現行法下，似可認為，違反證人告知義務所取得之陳述對於證人自己來說，證據能力之有無，得**類推適用§158-2**。即原則上該等陳述不得用以證明證人之犯罪事實，但於證人陳述具任意性、訊問官員出於善意時，可例外承認該陳述對證人仍有證據能力。

---

<sup>61</sup> 參李榮耕（2010），〈拒絕證言告知義務之違反及其法律效果－簡評最高法院九八年度台上字第五九五二號判決〉，《臺灣法學雜誌》，153 期，頁 229 註 15；陳文貴（2020），〈訊問證人違反告知拒絕證言權之問題〉，《月旦法學雜誌》，307 期，頁 191-193。



## 參、第三人搜索之另案扣押<sup>62</sup>

### 一、系爭判決：110 年度台上字第 1979 號判決<sup>63</sup>

#### (一) 案件事實

被告 A 於 107 年 3 月間，向真實年籍不詳之人購入改造手槍、子彈而非法持有之。台中市政府警察局第六分局經檢察官許可，就 B 涉嫌違反毒品危害防制條例之案件，向台中地方法院聲請核發搜索票獲准。搜索票記載受搜索人 B，應扣押物毒品、毒品殘渣及吸食器等物品，搜索範圍包括 A 承租之住所在內。同年 9 月 14 日 20 時 5 分許，員警持上開搜索票至 A 住所執行搜索，在雜物間扣得第三級毒品愷他命施用器具瓷盤 1 個、殘渣袋 2 個；在其使用之房間梳妝台前扣得第二級毒品大麻葉 1 包，並於衣櫥上方扣得上開槍之及子彈。

高等法院認為，本案搜索之處所未逾越搜索票記載範圍，僅受搜索人與實際居住之人身分不符，違反程序情節輕微，員警亦無違背法定程序意圖。且扣案槍彈對社會治安影響重大，容許作為證據對被告侵害輕微，該等證據應有證據能力。而另案扣押，乃員警執行合法搜索時，於目視範圍內之房間衣櫥上偶然發現，無違法可言。

#### (二) 判決內容

然而，最高法院主要基於以下理由，撤銷原判決。<sup>64</sup>

##### 1. 被告與第三人之區分<sup>65</sup>

判決原審未查明，搜索對象係毒品案件之嫌疑人 B 或第三人 A，違反§122 被告、第三人搜索應滿足之前提要件。

<sup>62</sup> 參薛智仁（2021），〈第三人搜索之另案扣押—最高法院 110 年度台上字第 1979 號判決〉，《台灣法律人》，2 期，頁 190-198。

<sup>63</sup> 最高法院具參考價值裁判。

<sup>64</sup> 除搜索的實質理由之前提要件與另案扣押部分，最高法院尚認為本案員警的搜索時間乃屬「夜間」，然原判決未就本案是否構成§146 之夜間搜索例外說明，此部分亦被宣告有理由不備之違法。

<sup>65</sup> 此部分亦為本判決之要旨。

被告、犯罪嫌疑人乃刑事案件偵查、審理之對象，其身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，為匯總其日常生活起居作息與各種個人隱私資訊之重要場域，**關涉被告、犯罪嫌疑人案件之證據或應（得）沒收物等扣押標的存在其中之蓋然性甚高**；然被告、犯罪嫌疑人以外之第三人，因非涉案之人或偵查、審理之對象，彼等所屬之上開處所、物件等存有**關涉被告、犯罪嫌疑人案件扣押標的**，則非常態。故**刑事訴訟法第 122 條規定**對被告、犯罪嫌疑人上開處所之搜索，於必要時即得為之；對其他第三人上開處所之搜索，則須有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑或應扣押之物或電磁紀錄存在時，始得為之。**是二者實施搜索應具備之前提要件，寬嚴不一**。故以被告、犯罪嫌疑人為受搜索人之搜索票，其所載搜索處所苟非受搜索人之住所或其他處所，而係其他第三人之住所或其他處所，則於該址實施之搜索，性質上應屬對第三人之搜索，縱形式上未逾越搜索票所載搜索之範圍，然除非法官簽發搜索票時，併審核認已具備可信為被告或犯罪嫌疑或應扣押之物或電磁紀錄存在於該處之相當理由，否則，既未達於得啟動搜索之門檻，即非合法搜索。

## 2. 另案扣押之適用要件

判決認為，若本案搜索不符第三人搜索之前提要件，即非合法搜索，無從依另案扣押之一目瞭然法則，另案扣得之槍彈係合法取得之證據。

同法第 152 條為使執行搜索之公務員對於職權行使過程中所發現之他案證據，得及時扣押，以掌握調查取得證據之契機，俾利他案之發現真實，所設「實施搜索或扣押時，發現另案應扣押之物亦得扣押」之另案扣押規定，固僅設有須於原搜索過程中為之之外部性界限，明示其毋庸另行聲請法官核發搜索票，然為符合上揭保障人民基本權之精神，解釋上，**所扣押之另案證據，自須係於合法搜索過程中，毋庸額外另啟搜索行為，即自然地為執行人員視線所及，而一目瞭然立可發現，符合英美法所謂「一目瞭然」原則者，始足當之**；蓋此附隨於合法搜索程序之另案扣押，因係於未偏離原合法搜索之常軌中併予扣押他案證據，較諸原搜索行為並未擴大或深化對受搜索人隱私之干預，故未要求其另經司法審查，既無悖於搜索採法官保留原則之精神，併兼顧另案扣押制度適時保全刑事證據之規範目的。從而，**合法之另案扣押繫於本案搜索係屬合法之前提**；非依法定程序進行之本案搜索，寄託其上之另案扣押合法性亦將失所附麗，扣押所得物品即屬違背法定程序取得之證據，其證據能力有無之判斷，自應遵循刑事訴訟法第 158 條之 4 規定認定之。

## 二、判決評釋

### (一) 被告與第三人搜索之區分

§122

- I. 對於**被告或犯罪嫌疑人**之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，**必要時**得搜索之。
- II. 對於**第三人**之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有**相當理由**可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。

#### 1. 發動搜索之「合理依據」<sup>66</sup>

發動搜索有無「**合理依據**」(probable cause)<sup>67</sup>，乃合法性的核心問題。無論是依§122 I 對被告搜索之「**必要時**」，或依§122 II 對第三人搜索之「**有相當理由**」，高低有別但都以有合理依據為前提，**合理依據乃兩者之上位概念**。其具體內涵，可細分為：

- I. 「**存在**」犯罪嫌疑之合理依據（憑什麼認為存在犯罪嫌疑？）<sup>68</sup>
- II. 「**存有**」搜索標的之合理依據（憑什麼認為存有應受拘捕之人或應

<sup>66</sup> 此處以**林鈺雄**老師之看法為準！詳參林鈺雄(2001)，《搜索扣押註釋書》，頁64-74，元照。關於美派的相當理由說明，可參王兆鵬、張明偉、李榮耕(2020)，《刑事訴訟法(上)》，5版，頁163-183，新學林。

<sup>67</sup> 王兆鵬等三位老師，在翻譯 probable cause 時，是把他翻成「**相當理由**」～林鈺雄老師之所以不從此翻譯，是因為如此將與§122 II 之「**相當理由**」混同！林老師認為，**probable cause 應該是§122 所謂「必要」、「相當理由」的上位概念**，要是使用此翻譯，可能會使人產生「**對第三人搜索需有 probable cause，但對被告搜索不需有 probable cause**」之誤解！所以，林鈺雄老師才使用「合理依據」的用語來形容 probable cause～有趣的是，最先使用「合理依據」的翻譯，是**黃東熊**老師～林老師覺得這個翻法很好，所以就從此用語了！

黃東熊老師書上的說明，講的十分清楚：「所謂『必要時』，與所謂『以有相當理由可信為應扣押物存在時』，乃屬**程度上之差異**，而非屬**本質上之差異**。亦即，於後者之情形，所以導致偵查官員認為可能有應扣押物存在之根據或證據，須比前者之情形為強」相關說明，可參林鈺雄(2001)，《搜索扣押註釋書》，頁65註6，元照；黃東熊、吳景芳(2010)，《刑事訴訟法論(上)》，7版，頁196-197，三民。

<sup>68</sup> 原則上必須存在犯罪嫌疑，始有被告可言，必須存有被告，才有對被告或對第三人的搜索，故個案必須先有「**犯罪嫌疑**」，方足以構成發動搜索之合理依據。而此犯罪嫌疑之門檻，**通常僅略高於§228 I 開始偵查門檻，但低於§251 I 起訴門檻**，與§§101、101-1 之羈押門檻、§§299、301 有罪判決門檻仍有一大段距離。

當然，亦有可能以**發動搜索作為開始偵查的第一步**，即開始偵查與發動搜索之競合，在有無犯罪存在（例如有人死亡但不知自殺或他殺）或何人涉嫌（知道他殺但不知道是誰殺的）不明情形，有時也有發動搜索必要，例如相驗完屍體後去死者家裡找遺物、火災事後至現場尋找蛛絲馬跡等等，此時發動搜索的犯罪嫌疑程度，約莫高於或相當於§228 I 開始偵查之門檻。

扣押之物？）<sup>69</sup>

- III. 「存於」搜索範圍之合理依據（憑什麼認為應受拘捕之人或應扣押之物存於被告或第三人之身體、物件、宅處？）<sup>70</sup>
- IV. 以上三者同時具備，始合乎合理依據之搜索門檻，方能發動搜索。

## 2. 區分被告、第三人合理根據之正當性

⑬：區分正當性取決於以下因素

依被告、第三人而區分強制處分之發動門檻，其區分正當性取決於，**犯罪嫌疑的有無，是否影響系爭強制處分達成保全證據或程序目的之效益，其實現目的之「預期效益」的差異，是否足以正當化不同發動門檻所造成的基本權干預程度。**<sup>71</sup>

被告、第三人之不同搜索門檻，非因被告有犯罪嫌疑，故自動負有較高之忍受義務，而係基於日常經驗，於被告身體、物件、處所發現被告或證據的可能性較高，在第三人處發現的可能性較低，兩者預期效益不同。

---

<sup>69</sup> 搜索標的，即「要找的人或東西」，無論何種搜索，都必須有合理依據認為「存有要找的人或物」，若為拘捕搜索，必須存有該應受拘捕之人始能符合本要件。但是，法官在核票時往往都是基於預測性、不確定性的判斷，搜索票上要找的東西是不是合理的，到底要怎樣才能確認存有應扣押之物？林鈺雄老師認為，其判斷標準並不以「有事實足認其存有者」為限，尚且包括「依照邏輯演繹或刑事偵查經驗歸納，可得推測其存有者」，例如，由被害人被槍擊的事實，認定嫌犯是使用「槍枝」，進而去他的住宅找槍。無論是一般人的普通常識客觀判斷，或是警察基於其本身主觀的經驗與專業知識，都能當作核發搜索票的參考。

要注意的是，在「沒有證物的犯罪」（例如在西門町公然猥褻暴露性器），應無必要再聲請搜索其住宅，因為不會存有其他應扣押之物！

<sup>70</sup> 搜索範圍，也就是「到底要在哪裡找」的問題，當然不可能允許偵查機關毫無保留地找到天涯海角，一定要有搜索範圍的限制～要特別注意的是，此要件是影響搜索被告與第三人間，門檻高低有別的主因。如果今天是對被告的搜索，通常只要具備前兩要件，也就達到了本要件的要求，搜索被告的車子、住宅都是合理的；但如果是對第三人的搜索，就算通過前二門檻的審查，通常都還沒達到本要件的要求！因為，到底是「憑什麼」認為被告藏匿於第三人的住所或汽車？憑什麼認定第三人的住宅內藏有證據？這和被告是不一樣的！單純臆測或懷疑，或許在對被告的搜索行的通，但國家機關憑什麼僅憑臆測、懷疑，就跑到無辜第三人家中大肆搜索呢？所以§122才要求更高的心證門檻！在通過前二要件審查時，必須有「相當理由」認為東西或被告在第三人住宅內，才可以去搜他的住宅。

<sup>71</sup> 要是犯罪嫌疑的有無不會影響強制處分的目的效益，那這邊區分被告、第三人的門口就是沒有正當性的！薛老師舉例：§101 I ②之申證羈押事由，對有相同滅證危險的被告、第三人，僅允許對被告羈押，不許對第三人羈押，正是欠缺正當理由的區分～薛老師此部分羈押的討論，可參薛智仁（2017），〈羈押事由之憲法界線〉，《台大法學論叢》，46卷4期，頁1920-1925。就羈押而言，與薛老師之類似評釋，可參許澤天（2009），〈羈押事由之研究〉，《臺灣法學雜誌》，121期，頁97-99。

本判決此部分之討論，與薛老師意見相同：

被告	被告、犯罪嫌疑人乃刑事案件偵查、審理之對象，其身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，為匯總其日常生活起居作息與各種個人隱私資訊之重要場域，關涉被告、犯罪嫌疑人案件之證據或應(得)沒收物等扣押標的存在其中之蓋然性甚高；
第三人	然被告、犯罪嫌疑人以外之第三人，因非涉案之人或偵查、審理之對象，彼等所屬之上開處所、物件等存有關涉被告、犯罪嫌疑人案件扣押標的，則非常態。

### 3. 原審判決區分標準之錯誤

判決認為，二者是用不同搜索門檻之理由，乃搜索標的是否為被告「匯總其日常生活起居作息與各種個人隱私資訊之重要場域」，由此可知在判斷標的係屬被告或第三人時，重點應係事實上的使用狀態，而非法律上的權利歸屬。本案搜索處所乃第三人之住所，並非被告 B 之處所，故其門檻應達§122 II 之「相當理由」，故本案地方法院核發搜索票之合法性，值得商榷。

◆ 被告在第三人處所被拘捕，或拘捕過程進入第三人處所？

薛：不影響上開判準

雖被告通常會在系爭第三人處所留下犯罪跡證、贓物或證物，經驗上尋獲證據之可能性較高，但不改變該處所之事實上使用關係，屬於第三人之事實，欲搜索之，仍須達第三人搜索之門檻。

◆ 搜索標的為被告、第三人共同持有、利用之情形？

薛：仍應適用第三人搜索之門檻

- I. 第三人即使與被告共同利用、持有，仍無法一概認為此時尋獲被告或應扣押物的蓋然性較高，使第三人的需保護性立刻下降到等同於被告。
- II. 立法者明定搜索第三人應適用更高的搜索門檻，藉此提升對第三人隱私權、財產權、居住自由之保障，不應於與被告共同持有或利用時，下降門檻至與被告相同。

#### 4. 證據使用禁止之討論

誤用§122 I、II 門檻而導致之搜索違法，是否會得到證據使用禁止的效果，有討論空間。

⊙：應就不同情形適用§158-4 進行判斷

##### I. 搜索被告而誤用§122II：不應導致證據使用禁止

雖援引法律錯誤，然第三人搜索之法律根據更為嚴格，實質上以此門檻發動之搜索，並未違法侵害被告隱私權、財產權或居住自由，無透過證據禁止使用強化對被告基本權保障之必要。

##### II. 搜索第三人而誤用§122I：應導致證據使用禁止<sup>72</sup>

此時搜索未達第三人搜索之法定門檻，第三人之隱私權、財產權、居住自由將因而受到違法干預，尤其於搜索標的為住宅時，干預將更為嚴重。此等將第三人誤為被告之許可搜索，迫使第三人忍受逾越法律界限的權利侵害，違法之重大程度相當「無票搜索」。透過證據使用禁止之效果，亦得強化法官保留之預防性保護效果。

原審法院認為搜索票之違法性僅止於受搜索人不盡詳實而違法情形輕微，乃忽視誤用搜索門檻對第三人之影響，本判決援引§158-4，具有說服力而值得贊同。

#### (二) 違法另案扣押之證據使用禁止

§137

- I. 檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索或扣押時，發現本案應扣押之物為搜索票或扣押裁定所未記載者，亦得扣押之。
- II. 第一百三十一條第三項之規定，於前項情形準用之。

§152

實施搜索或扣押時，發見另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。

<sup>72</sup> 薛老師在這邊特別補充說明，第三人搜索條款固然是為了保護第三人權利，但被告仍得主張禁止使用該等違法搜索而得之證據～因為「權利領域理論」已經在「對證人未盡拒絕證言權的告知義務」之案例被捨棄（最高法院 109 年度台上字第 2638 號判決，經徵詢而統一見解），薛老師認為這很讚，援引相同想法，在這邊也可以得到相同結論！

本判決正確指出，若本案搜索違法，另案扣押亦將隨之不合法。

然而，違法另案扣押是否導致證據使用禁止，本判決僅概括表示依§158-4 審酌之。相較於此，最高法院 103 年度台上字第 448 號判決認為：

苟前階段之搜索違法，則後階段之「另案扣押」應屬第二次違法，所取得之證據應予排除；至若前階段之搜索合法，則應就個案之具體情節，審視其有無相當理由信其係得為證據或得沒收之物？是否為司法警察意外的、偶然的發現？以及依扣押物之性質與有無扣押之必要性，據以判斷「另案扣押」是否符合法律之正當性，並有刑事訴訟法第一百五十八條之四規定之適用。

⑸：上述判決依違法原因分別賦予絕對、相對禁止效果，有待商榷

I. 於違法搜索、非偶然發現情形，前者違法情節不當然比後者大。<sup>73</sup>  
違法另案扣押有無證據使用禁止效果，應根據個案違法情節、取證規範目的、侵害權利輕重等因素「綜合考量」，不應以上述判決提出的類型化判準決定。

II. 下述考量可以降低權衡結果不穩定之缺點

A. 原則上以搜索為準

若另案扣押之違法，僅來自於「違法搜索」，則前者之違法情形，皆依循搜索，故「違法搜索」之證據禁止權衡結果，對「違法另案扣押」之證據使用禁止，有高度參考價值，原則上均依循搜索判斷。

B. 例外考量另案屬性

若另案追訴的犯罪比本案追訴的犯罪更為顯著重大或輕微，違法搜索之證據使用禁止權衡結果，就不當然適用於此。另案扣押之證據使用禁止，即應重新權衡判斷。<sup>74</sup>

<sup>73</sup> 薛老師舉例，員警搜索被告處所，搜索票誤以§122 II 而發動，進而違法，並於此種情狀另案扣押。此時，員警之違法搜索，依上文所述不會對被告造成更多的權利侵害，反而是另案扣押干預較為嚴重，尤其是「蓄意的尋找另案證據」。

<sup>74</sup> 例如，警察違法搜索詐欺被告的汽車，結果找到殺人犯罪的工具，此時，薛老師認為，追訴詐欺罪的公益程度，不足以正當化對財產權的侵害，故禁止使用違法取得的詐欺工具，但是就殺人罪而言，追訴公益程度顯著提高，可以正當化對其財產權的侵害，是可以例外許可使用該殺人工具作為證據！

本案情形，若法院對第三人搜索誤用被告標準，考量另案 A 之非法持有槍彈，並未較本案 B 之毒品犯罪顯著重大或輕微，故權衡結果應原用違法搜索之判準，否定另案扣押槍彈之證據能力。



## 肆、身體檢查處分：強制導尿之合憲性問題<sup>75</sup>

### 一、系爭案例<sup>76</sup>

新北市一名男子 2011 年間吸毒被捕，檢察官以「毒品減害計畫」給予緩起訴 1 年 6 月處分。緩起訴期間，男子的妻子察覺老公又碰毒品，因此向警方求助。員警在妻子同意下搜索，起出 1 組毒品吸食器與 3 個毒品分裝勺，以現行犯將他逮捕。男子否認吸毒，強調那些工具不是他的，並拒絕驗尿，員警請示檢察官可否強制採尿，檢察官回覆「犯嫌如果有毒品前科或是毒品列管人口，得強制採尿... 亦得由被告自行採尿」，但未核發「許可書」。員警仍強行押解該男到醫院，綑綁於病床後，委由醫師將尿管插入尿道導尿，並把採集的尿液送交化驗，得到安非他命陽性反應，檢察官據此提起公訴，聲請簡易判決處刑，新北地院簡易庭判刑 5 月。

被告上訴，承審的新北地院（簡易案件二審仍在地院）第十六庭審判長饒金鳳、受命法官陳昭筠、陪席法官吳金芬認為，強制導尿屬高度侵犯人身的處分，警方卻可以在未拿到檢察官或法官的「許可書」下逕自進行，有違憲爭議，聲請大法官解釋。

刑訴法第 205-2 條規定，警察為蒐集犯罪證據，可逕行對嫌犯採取指紋、掌紋、腳印、照相、測量身高，甚至可以採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣作為犯罪證據。部分員警把該法所稱的「採尿」解讀為包含「強制導尿」，在遇到不願配合的毒品嫌犯時，即把他送往醫院，直接插管導尿採驗。新北地院這件毒品案就是警方在沒令狀的許可下「侵入性」強制採尿而有爭議。

<sup>75</sup> 參林鈺雄（2021），〈司法警察（官）之強制導尿處分及其救濟途徑－刑事訴訟法第 205 條之 2、第 416 條之合憲性問題〉，《月旦實務選評》，1 卷 4 期，頁 110-123。林老師過去關於身體檢查處分之詳細討論，參林鈺雄（2004），〈從基本權體系論身體檢查處分〉，《臺大法學論叢》，33 卷 3 期，頁 149-200；林鈺雄（2004），〈對第三人之身體檢查處分－立法原則之形成〉，《臺大法學論叢》，33 卷 4 期，頁 101-144；林鈺雄（2004），〈對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分〉，《臺灣本土法學雜誌》，55 期，頁 56-78。過往對相關議題的討論，亦可參曹昌祺（2004），〈論尿液採集與證據之排除〉，《警專學報》，2 卷 6 期，頁 21-39。

<sup>76</sup> 相關說明，參自由時報，緝毒強制插尿管採證 執法掀違憲爭議，<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/1476949>（最後瀏覽日：2021/11/11）。

## 二、身體檢查處分之干預性質

強制導尿措施於刑事訴訟法上干預處分之分類，屬於**身體檢查處分**。  
身體檢查處分可能涉及的基本權：

- I. 身體完整性不受侵犯之權利（憲§22）。
- II. 附帶涉及某些短期性的人身自由之拘束或限制。<sup>77</sup>
- III. 保障匿名、隱私的一般人格權，與由此導出的資訊自我決定權。

關於 II，附帶干預仍有質量限制，如抽血後之 DNA 檢測，鑒於對資訊自我決定權之嚴重干預質量，此不能解讀為係抽血之附帶干預，應另外**取得檢測 DNA 之基礎**；另，身體檢查處分雖可能附隨短暫限制人身自由措施，但若需時長久者，則需另外依照**鑑定留置**（§§203～203-4）之授權與程序。

各種身體檢查處分，一般以「干預質量」作為區分立法授權之干預程序門檻及比例原則判斷的標準。常見的干預高低指標乃「**穿刺性（高）；非穿刺性（低）基準**」，及「**侵犯性身體檢查（高）；單純的身體檢查處分（低）**」。

**在穿刺性、侵犯性處分中，強制導尿鑑於其施行方式對相對人身體可能造成的痛苦性及插管失誤時造成損害健康的潛在可能性，屬於比抽血檢測更為嚴重之干預處分，故其發動門檻亦不應低於抽血檢測。**

## 三、§205-2 是否包含強制導尿之干預措施

Q.1 系爭規定之採尿方式，實務上是否包括違反犯罪嫌疑人或被告意思之強制導尿（侵入性）...？又法院裁判或學理上之見解為何？

### （一）法規解釋：規範評價矛盾

§205-2

**檢察事務官、司法警察官或司法警察**因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於

<sup>77</sup> 和其他傳統型態之強制處分，包括抽血採樣在內等身體檢查處分，在強制實施的過程中，通常還會附帶干預、限制短暫的人身自由，畢竟要抽你的血、檢查你的身體，至少得要你乖乖不動給人檢查！

經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。

採尿方式有二：

- I. 非侵入性，亦非侵犯性之自然解尿取得排泄尿液。
- II. 侵入性兼侵犯性之強制導尿（插入導尿管抽取尿液）。

⊕：§205-2 文義解釋包含違反意願之強制導尿，乃荒謬立法

- I. §205-2 明示司法警察得違反被告/犯罪嫌疑人意思而取得尿液，且未明文限定其僅能使用自然解尿措施，文義上可能包含違反意願的強制導尿措施。讓沒有任何醫療專業背景的司法警察（官）強行插入導尿管，這何其荒謬？
- II. 忽略比例原則的授權基礎，從干預深度的觀點而言，§205-2 忽略各該干預之基本權的種類及輕重，以致於穿刺身體與照相處分，同樣適用§205-2 之寬鬆授權，這點顯然難以從受干預基本權之重要性及比例原則來合理解釋。

⊕：體系解釋可知立法評價矛盾

- I. 與其他刑事訴訟上干預處分之比較  
§205-2 甚至創設司法警察在非急迫情形的採集尿液等採樣權限，相較之下，干預通常比較輕微的「搜索」處分，反而採行較為嚴格的法官保留原則，可謂價值失衡。
- II. 與§205-1 之身體檢查處分（鑑定許可）之比較  
立法本旨依干預門檻高低，區分§205-1、§205-2，前者是高門檻、後者是低門檻的立法授權規定，且立法者有意將所有穿刺性或侵犯性處分皆納入§205-1 規範之。例如，「抽血」僅得依§205-1 為之（二分模式，審判中法官或偵查中檢察官）。而強制導尿是比抽血更嚴重的干預處分，既然立法者在§205-2 都排除抽血，怎會容許司法警察自行發動更嚴重的強制導尿措施？若將§205-2 依文義解釋為包含強制導尿措施，立法規定自身即有評價矛盾之情形。

## （二）合憲性解釋

㊟：依合憲性解釋，§205-2 不應包含強制導尿措施

- I. 於基本權體系，依合憲性解釋，對於本質上屬穿刺性、侵犯性，且其對基本權干預性高於抽血檢測之強制導尿措施，不得援引低門檻之§205-2 作為授權基礎，此亦符合 J443 揭示的門檻理論。且本規定無如高門檻之§205-1，有檢查許可書及配套的程序控管 (§§204～204-3)，放任司法警察自行發動乃法治國不可想像之作為。
- II. 各級法院本應基於合憲性解釋，禁止司法警察自行發動強制導尿措施；若為之，則應宣告證據使用禁止。大法官亦得逕行宣告系爭規定因未區分自然解尿或強制導尿，而違反法律授權明確性原則及比例原則，以違憲宣告而促成法規主管機關及立法機關修法，亦是可能的選項。

#### 四、司法警察之干預措施欠缺救濟

##### §416I

對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為下列處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之。處分已執行終結，受處分人亦得聲請，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回：

- 一、關於羈押、具保、責付、限制住居、限制出境、限制出海、搜索、扣押或扣押物發還、變價、擔保金、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之處分、身體檢查、通訊監察及第一百零五條第三項、第四項所為之禁止或扣押之處分。
- 二、對於證人、鑑定人或通譯科罰鍰之處分。
- 三、對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分。
- 四、對於第三十四條第三項指定之處分。

㊟：應立即宣告本條規定違憲並責成修法

§416 乃針對刑事訴訟上之干預處分所設的一般性救濟規定。然本規定向來有先天缺陷，納入個別法官、檢察官所為之干預處分的救濟，卻漏未規定更應納入救濟範圍之司法警察所為干預處分之救濟，造成有權利有救濟之憲法原則的法治國破綻。

#### 五、其他問題

(一) 身體檢查處分是否違反不自證己罪原則？

1. 不自證己罪原則之理解爭議<sup>78</sup>

<b>供述基準</b>  ㊦、㊧	<p><b>【意義】</b></p> <p>被告於刑事程序中，不得被強迫成為對自己不利的「證人」<sup>79</sup>，使被告因而陷於<b>偽證、藐視法庭、自我控訴之三難困境</b>。凡屬於不自證己罪所保護，即不得以「強制力」取得，不得因人民拒不合作而施以法律上處罰（如施以刑罰），亦不得施以事實上處罰（如做不利推斷）。</p> <p><b>【保護範圍】</b></p> <p>國家不得強迫被告揭露其所思、所信、所想，再依其定罪。僅在證據具有供述、溝通本質時，方受不自證己罪原則保障。某些證據雖非言語陳述，但可分析被告內心狀態而認知其所思、所想時，亦受不自證己罪保護，如測謊<sup>80</sup>。</p> <ul style="list-style-type: none"><li>◆ 不自證己罪之意義相當於緘默權。</li><li>◆ 倘不具上述供述本質，因不涉思想，國家機關得以強制力<sup>81</sup>取得。</li></ul>
	<p><b>【㊧對於供述基準的批評】</b></p> <p>I. <b>供述、非供述證據不應等價預設</b></p> <p>強迫被告「供述」時，被告須以自己的話語描述犯行並自稱犯人，</p>

<sup>78</sup> 另參王兆鵬、張明偉、李榮耕（2020），《刑事訴訟法（上）》，5版，頁499-546，新學林；林鈺雄（2021），《刑事訴訟法實例解析》，4版，頁57-73，新學林；林鈺雄（2013），〈不自證己罪原則之射程距離—最高法院相關裁判之回顧與評釋〉，收於：林鈺雄（編），《最高法院裁判評釋》，頁71-98，元照；林鈺雄（2008），〈不自證己罪於非刑事程序之前置效力—評九十六年度台上字第七二三九號判決及相關裁判〉，《月旦法學雜誌》，161期，頁266-284；王兆鵬（2007），〈不自證己罪保護之客體〉，《臺灣本土法學雜誌》，95期，頁67-77；薛智仁（2020），〈論拒絕證言權對於取證強制處分之限制：以親屬與業務拒絕證言權為例〉，《臺大法學論叢》，49卷6期，頁727-731。

<sup>79</sup> 可能會有些人覺得，證人跟被告在同一個案件裡面，身分不是固定的嗎？這邊的解釋，怎麼看起來好像被告在他的案件，從被告變成證人啊！？？那是因為王兆鵬老師的解釋，乃基於美國法而來，按照美國憲法增修條文§5「任何人於任何刑事案件中，不得被強迫成為對自己不利的證人」，美國法上是容許被告當證人的！所以這邊才說被告會受偽證罪的處罰～這是和我國法比較不一樣的地方，大家要注意喔！！！！

<sup>80</sup> 測謊的重點不在於受測者講了什麼話，而是取得受測者在講話時，他的心跳、血壓這些生理反應！透過這些生理反應，分析受測者的內心小世界，以探知受測者的所知、所信、所想。

<sup>81</sup> 含直接強制與間接強制。前者指施以合法的物理上合理強制力方式取得；後者指人民不配合時，得以處罰方式威脅取得，或因此而作不利其之推斷。像是酒測，王老師認為呼氣與酒精濃度不具供述性質，不受不自證己罪之保護，所以國家可以擬定施以強制力的相關規定，當人民拒測時，也可以用刑罰處罰，並對其為不利之推定。

	<p>相較於配合強制處分等情形，被告對犯罪事實的供述更接近人格核心，加上自白是重要的定罪資訊，強迫供述與強迫交出其他證據相比，前者對被告人格權的干預會更大，主動基準不應將兩種證據等價判斷。</p> <p>II. <b>主動基準之「主動配合、消極忍受」區分標準質疑</b></p> <p>此種區分，與不自證己罪原則保障人性尊嚴與否無必然關係，因取證行為的主動、被動性，和侵害人性尊嚴與否無必然連動，於重大干預基本權之干預處分，對人性尊嚴的影響甚至更嚴重<sup>82</sup>。</p> <p>III. <b>主動基準難以自圓其說</b></p> <p>主動基準要求被告消極忍受強制處分，某種程度上乃容許強制被告積極配合取證措施，其判準似自相矛盾<sup>83</sup>。</p>
<p><b>主動基準</b></p> <p>⊙、⊙</p>	<p><b>【意義】</b></p> <p>禁止國家機關強制被告以主動積極方式配合對己的刑事追訴。被告對於被控的嫌疑，並無陳述義務，亦無積極提供非供述證據義務。</p> <p><b>【保護範圍】</b></p> <p>供述證據、非供述證據皆在保護範圍內，只要強制被告提供之以自我入罪，皆屬不自證己罪保護範圍而禁止。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>◆ 不自證己罪乃大範圍之上位概念，緘默權僅為小範圍之下位概念</li> <li>◆ 國家得以強制處分取得非供述證據，但前提是只能令被告「消極忍受」，不得強制其「積極配合」。</li> <li>◆ 最高法院 94 年度台上字第 3293 號判決</li> </ul> <p>按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。刑事訴訟法第一百五十四條第二項定有明文。又刑事訴訟法規定被告有緘默權，被告基於「不自證己罪原則」，既無供述之義務，亦無真實陳述之義務，同時亦不負自證清白之責任，不能因被告未能提</p>

<sup>82</sup> 薛老師指出，除非有特別情況，不然其實很難認為，賦予被告主動配合義務就會侵害人性尊嚴，例如於酒測時要求「吐氣」，如果真的如同主動基準之判準，那現行法要求被告於審判期日到場其實也是一個，要求被告「主動配合的動作」，這樣一律禁止主動配合，是不是要完全廢止被告的在場義務了呢？另外，要求被告「消極配合」的取證措施，反而可能造成人性尊嚴侵害！例如為了取出被告吞到胃裡的毒品，發動對被告施打催吐劑之身體檢查處分，這甚至有可能對被告生命造成危險！所以！薛老師認為「主動、被動」的區分不是一個可靠標準～

<sup>83</sup> 這是薛老師覺得主動基準自相矛盾之處，例如抽血酒測的身體檢查處分，被告並不是只要「消極忍受」針具插入手臂而已，還必須「積極配合」的走進醫院、再抽血櫃檯前坐好、捲袖子等，主動基準沒有因為這些準備動作具有「主動性質」，就讓被告自由決定是否配合，反而自相矛盾的認為，被告有義務配合之！所以薛老師覺得，主動基準反而是某種程度上的承認了被告有積極主動配合的義務～

<b>出證據資料證明其無罪，即認定其有罪。</b>
<p>【<b>雄</b>對於供述基準的批評】</p> <p><b>I. 起源於特定訴訟構造</b></p> <p>我國法明確區分被告與證人地位，制度上被告縱為不實陳述，亦無受偽證罪處罰可能，且我國亦無藐視法庭之相關規定，即我國之刑事被告並無陷入三難困境可能。</p> <p><b>II. 違背不自證己罪之保護規範目的</b></p> <p>若一方面禁止國家強制取得被告供述證據，但卻容許國家課予被告主動提出非供述證據的積極義務，如命提出證物以自證清白或命為其他主動配合追訴的措施，同樣是強制被告自我入罪，此正是不自證己罪欲防範的情形。</p> <p><b>III. 難以圓滿解釋強制處分之容許、禁止界限</b></p> <p>如命酒醉駕車嫌疑人直線走路、呼氣測試，或搜索被告具有意思內容的文件，以供述基準審查，將衍生更多判斷上疑慮，應以積極主動和消極配合區分強制處分有無違反不自證己罪。</p>

## 2. 依主動基準觀點

**雄**：強制導尿措施僅要求被告消極忍受

關於身體檢查處分，不自證己罪的違反界限在於該行為是否屬於被告意志所能支配的身體反應，若非意志所能支配、控制的主動協助行為，則未牴觸不自證己罪（例如被動抽血）。據此，強制導尿措施亦如同抽血檢測，僅止於課予消極忍受義務，不生牴觸不自證己罪原則之問題。

在系爭§205-2 之身體檢查處分，反而是必須被告主動配合才能完成的「**聲調或吐氣**」採集措施，才有違反不自證己罪原則之問題。

（二）§205-2 是否包含「自然解尿」措施？

**雄**：§205-2 未禁止之，反而就是授權「自然解尿」之採尿手段

§205-2 明文授權司法警察發動違反意願的採尿措施，在扣除強制導尿手段後，主要的採集方式便是靠身體排泄作用的「自然解尿」。從比例

原則來看，若能靠自然解尿手法取得，即不應發動更高干預程度的採尿措施，故自然解尿不但不是本條授權所禁止的事項，甚至於通常是執行時較為合乎比例原則的手段。另，從身體檢查處分之無損健康原則而言，自然解尿亦屬最無疑慮之採尿手段。

◆ 尿液占有之取得，需有「扣押」授權？

⊕：屬身體檢查處分之附帶干預，不須再發動扣押處分。

(三) 尿液限於作為本案證據？

關於「偶然發現」之問題，如 A 案（本案）發動搜索，而發現 B 案（另案）之犯罪證據。依照刑事訴訟法法理，合法發動干預處分而偶然發現之另案證據，原則上不在禁止使用之列，除非係「蓄意」之偶然發現。

就偶然發現之規範密度，我國則仍嚴重不足，僅針對少數刑訴干預處分有偶然發現之明文規定（如§152、通§18-1 I），身體檢查處分並無相關規定，另，我國亦未如德國法有個資目的外使用之一般性規定。依學理，採尿之偶然發現應可作為另案證據，但立法規定欠缺明確授權。

主管機關宜針對身體檢查處分及一般性刑訴個資目的外使用，儘速制訂相關的偶然發現法則。



## 伍、數位證據與最佳證據原則<sup>84</sup>

### 一、關於數位證據之標竿判決

#### (一) 判決要旨

最高法院 107 年度台上字第 3724 號判決<sup>85</sup>

我國社會隨著電腦資訊及網際網路科技之快速發展，利用電腦、網路犯罪已屬常態，而對此形態之犯罪，相關數位證據之蒐集、處理及如何因應，已屬重要課題。一般而言，數位證據具無限複製性、複製具無差異性、增刪修改具無痕跡性、製作人具不易確定性、內容非屬人類感官可直接理解（即須透過電腦設備呈現內容）。因有上開特性，數位證據之複製品與原件具真實性及同一性，有相同之效果，惟複製過程仍屬人為操作，且因複製之無差異性與無痕跡性，不能免於作偽、變造，原則上欲以之證明某待證事項，須提出原件供調查，或雖提出複製品，當事人不爭執或經與原件核對證明相符者，得作為證據。然如原件滅失或提出困難，當事人對複製品之真實性有爭執時，非當然排除其證據能力。此時法院應審查證據取得之過程是否合法（即通過「證據使用禁止」之要求），及勘驗或鑑定複製品，苟未經過人為作偽、變造，該複製品即係原件內容之重現，並未摻雜任何人之作用，致影響內容所顯現之真實性，如經合法調查，自有證據能力<sup>86</sup>。至於能否藉由該複製品，證明確有與其具備同一性之原件存在，並作為被告有無犯罪事實之判斷依據，則屬證據證明力之問題。

#### (二) 判決要旨之重點

##### I. 數位證據有 5 項基本性質：

<sup>84</sup> 參蘇凱平（2020），〈數位證據在刑事訴訟中的性質與應用—簡評最高法院 107 年度台上字第 3724 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，93 期，頁 61-69；蘇凱平（2021），〈論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則—最高法院 107 年度台上字第 3724 號 8 則刑事判決評析〉，《月旦法學雜誌》，311 期，頁 71-96。

<sup>85</sup> 最高法院具參考價值裁判。

<sup>86</sup> Jango 在看裁判時，這邊的「如經合法調查，自有證據能力」真的是看得我一愣一愣，難道這個裁判是在打 J582 的臉（有證據能力+合法調查=嚴格證明），採用林鈺雄老師力主的證據能力判斷方式嗎（未經證據使用禁止+嚴格證明=有證據能力）？？？

不過，可惜蘇老師沒有在文章琢磨這一點，但我仍然是覺得挺有趣的，如果看到這句話，你們有跟我一樣的疑問，可能代表你們也和我一樣被林老師洗腦甚深ㄉㄉ。

（但我想最高法院應該是沒有變更見解的意思啦）

- A. 無限複製性
  - B. 複製具無差異性
  - C. 增刪修改具無痕跡性
  - D. 製作人具不易確定性
  - E. 內容非屬人類感官可直接理解（需透過電腦設備呈現內容）。
- II. 因 A、B 特性，數位證據之複製品與原件可完全相同，因此得有「相同之效果」。
- III. 因 C、D 特性，數位證據不能免於作偽、變造，因此原則上應提出數位證據的「**原件**」供法院調查。欲以之證明某待證事項，須提出原件供調查。
- IV. 例外得使用「**複製品**」證據的情況：
- i. 當事人不爭執
  - ii. 與原件核對證明相符
  - iii. 原件滅失或提出困難時，法院應審查證據取得過程是否合法，並且勘驗或檢定複製品，若未經偽變造，即有證據能力。

## 二、判決評釋

### （一）判決說理矛盾與未盡之處

- I. 欠缺原件、複製品之定義  
判決區分了數位證據的原件、複製品，但沒有明確定義兩者，可能產生混淆。<sup>87</sup>
- II. 只有結論而欠缺理論基礎  
判決雖認為「原件優先，複製品於滿足特定要件時方例外有證據能力」，然未提出其理論基礎，甚至導致矛盾。如判決既然認為，複製品與原件具「相同效果」，何以又限制複製品之證據能力；若原件、複製品間有適用上的優先順序，認為原件、複製品有相同效果之說，又何所指。正是因為欠缺理論基礎，方導致矛盾。
- III. 無法解決數位證據本質上矛盾

<sup>87</sup> 蘇老師以行車紀錄器舉例：現在有許多行車紀錄可以預先設定，使之與電腦、雲端連結，影像不僅儲存在記錄器（檔案 X），也幾乎同時上傳到雲端（檔案 Y）或個人電腦（檔案 Z）備份。X 固然屬於「原件」，但是 Y、Z 也是原件嗎？還是屬於複製品？我們是以檔案生成時間來區分原件跟複製品的嗎？還是以製作目的來區分呢？這些問題判決都沒有說！

判決雖提出數位證據之 5 種特性，其中僅有 E 可依§165-1 II 處理，其餘 4 項均未規範，然後者正是法院面臨數位證據之難題。因為 A、B，使原件、複製品可完全相同，而具真實性及同一性、得有相同之效果；因為 C、D，使數位證據之竄改無法被發現。

最高法院一方面發現複製品與原件均具真實性、同一性，卻又擔心遭到偽造，在此兩難處境下，更加顧慮被偽變造之危險，而選擇原件優先原則。惟此產生以下矛盾：

既複製品為「原件內容之重現」，可能乘載與原件完全相同資訊，此時「自有證據能力」，則判決何以又主張「原則上欲以之證明某待證事項，須提出原件供調查」？

## （二）下級審之適用情況

上述判決作出後，下級審有部分判決援引；爭點高度集中於「證據是否曾經竄改」，法院判斷結論亦高度雷同，均認未經竄改、有證據能力；而法院判斷方式，最終均係以「勘驗」方式判斷。此等判決之問題：

### I. 自例外成為原則的「複製品」

只要當事人爭執原件、複製品，法院均認系爭數位資訊屬「複製品」，並例外承認其證據能力。其援引之例外情況均為前述判決之第 3 例外：原件滅失或提出困難，經法院判斷、勘驗未經偽造。

上述最高法院之原則、例外倒置，原則上應使用「原件」為證據之觀點名存實亡。

### II. 原件與複製品無明確區分標準，造成判斷上的困難<sup>88</sup>

### III. 欠缺判斷證據是否經竄改之標準

第 3 種複製品例外取得證據能力之情況，前述判決似要求法院自行**勘驗**或**鑑定**，以判斷複製品有無經偽變造。雖「鑑定」可提供較客觀、專業標準，但所有事實審判決均以「勘驗」方式判定，惟不具數位鑑識專業的法院，如何能在勘驗中正確判定系爭數位證據有無經偽變造？<sup>89</sup>此對法院屬不可能任務，亦無法在各法

<sup>88</sup> 例如，實務上常見：將數位對話紀錄先「截圖」，在將截圖予以「翻拍」，以翻拍照片作為證據。在這種情況，翻拍照片與原對話紀錄是否具有「真實性與同一性」？可否僅呈現對話的一部份？如何認定翻拍照片的證據能力？這些問題都是沒有答案的！

<sup>89</sup> 高等法院台南分院 108 年度侵上訴字第 1104 號判決中，是唯一有法院使用「鑑定」的方式。

院間建立一致之判斷標準。<sup>90</sup>

### 三、美國法上的最佳證據法則與原件、複製品認定

#### (一) 美國法上的參考

前述判決見解，類似英美法上「**最佳證據法則**」之論證架構，然似誤解其本意，認為此法則乃要求「**審判者只能以最佳證據作為審判基礎**」，然此種限縮定義早已被揚棄<sup>91</sup>。當代最佳證據法則乃「**解放之法則**」，**只要某項證據已經是依事務之性質，所能提供之最佳證據，因此應賦予其證據資格**。

相關規定，根據聯邦證據規則§1002「**除法律另有規定，書寫、證據品或照片均只有在『以內容為證』時，才需要使用原件**」；§1003「**原則上，複製品與其原件，有相同程度的證據資格**，例外的情況，則是當原件的真實性受到質疑，或依具體情況，允許使用複製品會造成不公平時，才要求使用原件。」

根據聯邦證據規則§1001，關於**原件**，除該書寫或錄製品本身，也包括任何該書寫或錄製品的製作者、發行者，所欲發生相同效果的所有文本；在數位資訊，包括「**任何能準確反映該資訊**」的印出物或可閱讀的輸出方式。關於**複製品**，指以機械、照相、化學、電子或其他科技方式，「**準確重製**」原件的文本。

---

第一審法院請調查局進行性侵時錄音的「**聲紋鑑定**」，然而，調查局因錄音品質不佳、聲紋特徵模糊，所以無法鑑定；後來第二審法院又囑託調查局判斷「**有無經剪輯或變造**」，調查局回覆「**數位錄音內容具有經編輯修改卻難以發現之特性，依該局現有技術難以鑑定**」。但是，在「**專業人士**」都無法鑑定的情況下，法院仍舊以「**勘驗**」錄音的方式，依其心證認為該錄音 ok 沒問題！何以不具數位鑑識專業之法院，反而能以「**勘驗**」方式正確判斷數位證據有無經過修改==???

<sup>90</sup> 例如，橋頭地方法院 107 年度訴字第 54 號判決，被告以 iPad 透過網路電話大量隨機撥號以實施詐騙，刑事警察扣得該 iPad，並擷取其內容作成「**鑑識報告**」，審判中有被告主張「**查扣之 iPad 擷取報告未說明如何取得通聯資料**」，不過法院的判斷是：「**本案偵查人員與被告等人間並無糾葛，難認有何竄改之動機及機會**」，被告 11 人亦不爭執從原扣案 iPad 取得資料，從而應認 iPad 擷取報告所擷取之檔案內容為真」

等等，以「**偵查人員與被告有無糾葛**」為標準，判斷檔案內容是否為真==?? 沒糾葛就可以推論 iPad 內的衣料未經偽變造==?? 蛤????????????

<sup>91</sup> 將最佳證據理解為「**只有某種最佳證據才有證據資格**」的想法，是 18 世紀時的學說主張，但這種想法在 19 世紀就式微了！

## （二）與上述判決的比較

上述判決於處理數位證據時，乃以**最佳證據法則為本**，認為複製品、原件「具真實性、同一性，有相同之效果」，複製品可能比原件受更多挑戰等，然不同之處在於，**美國法上並未要求「以提出原件為原則」**，上述判決之想法已遭英美法揚棄，其乃誤解最佳證據法則。

出證者只要依據所欲證明的事物性質，提出所能提供的最佳證據資料，該項資料即有證據資格，**不要求以原件為優先之證據，複製品與原件原則上應有相同的證據資格！**最高法院應回歸其所稱「數位證據之複製品與原件具真實性及同一性，有相同之效果」，此處之相同效果，即指與原件具有相同之證據能力。除非當事人使用複製品的情況，令人確實有理由懷疑未準確傳達原件資訊，或使用複製品會造成不公平，才會要求提出原件。

故，法院審查重點，乃**反對使用複製品之當事人，是否有合理依據，主張複製品無法準確反映原件內容，而非複製品是否經修改！**若提出合理憑據，主張複製品可能經竄改，法院可要求出具原件，是否足以挑戰複製品之證據資格，則由法院自由心證判斷。<sup>92</sup>

## 四、最佳證據法則與實質直接性之混淆？<sup>93</sup>

### （一）出發判決

最高法院 109 年度台上字第 1478 號判決<sup>94</sup>

（一）刑事審判上，有所謂「**最佳證據原則**」，指法院應盡量以原本、直接的原始證據，取代以派生、間接的替代證據調查證據。例如，對扣案兇刀，應盡量將之視為物證，以提示命辨識等方式，取代以書證之扣押物品目錄表

<sup>92</sup> 我國之標竿判決，要求事實審法院判斷的是數位證據的真偽，此乃「**事實判斷**」，而美國法上要求的是反對使用複製品的當事人，能否提出足夠理由，挑戰複製品的證據資格，這反而是「**法律的判斷**」，需要的不是專業的鑑識能力，而是操作證據法則的法律專業能力！所以美國法上得以操作最佳證據法則，但我國不行！因為讓法官承擔了他根本就沒有能力做到的事！

<sup>93</sup> 參蘇凱平（2021），〈論數位證據的「替代品」之證據能力—臺灣高等法院 108 年度原金上訴字第 1 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，106 期，頁 50-59

<sup>94</sup> 最高法院具參考價值裁判。

方式調查。最佳證據原則之目的，在於法官得以直接檢視原始證據以形成心證、保障當事人清楚知悉證據內容，及確保證據得直接呈現其本質（例如文件之影本原則上均係忠實呈現原本內容此一本質；然槍枝之重量為何，則無法由槍枝照片忠實呈現該本質）。從而，在不違反該等目的，即法官縱使僅調查替代證據，亦不影響心證之形成、該替代證據之真實性已獲確保而不影響當事人權益，及該替代證據係忠實呈現原始證據之狀態等前提下，以替代證據取代原始證據調查，並無違法。

(二) 本件黃甲雖爭執卷內便利貼影本並非原始證據，僅屬替代證據而無證據能力。然有關該等便利貼影本之作成過程，業經陳○○、黃乙、許○○證述明確；法務部調查局新北市調查處人員搜索時，亦在錦○食品行等處查扣與陳○○所述記載相同之黃色便利貼 4 本。故得確認該替代證據（便利貼影本）之真實性已獲確保，且不影響黃甲之權利。而該便利貼影本又係忠實呈現便利貼原本之記載本質，故法官調查該證據，並不影響心證形成。是本件原審以便利貼影本而非正本認定黃甲犯罪，並無違法。

## (二) 判決評釋

上述判決對最佳證據原則之闡述，似誤解前述最佳證據原則之原始意義，並與「直接審理原則」，尤其是其內涵之「實質直接性」概念混淆。實質直接性之作用，乃為證明特定待證事實，是否將最直接、原始之「證據方法」，變換為較間接、替代之「證據方法」(如以筆錄替代證人供述)。

⊙：然數位證據之爭點通常並非證據方法轉換

對數位證據而言，法院面對的爭點通常不是證據方法發生轉換，而是「證據方法維持不變」且「證據內容完全相同」的情況，是否能使用數位證據的問題。實質直接性無法解決數位證據「無限複製性」、「複製無差別性」、「複製品與原件具真實性與同一性」的科技本質所產生的問題，無法幫助說明：何以必須以最早生成的數位證據資料(原始證據)為證據，而否定較晚生成但內容完全相同的數位證據資料(替代證據)。<sup>95</sup>

<sup>95</sup> 例如，A 用電腦寫電子郵件恐嚇 B，B 在電腦收到郵件後，轉寄給律師 C，C 在手機上看到郵件內容後，將畫面截圖檔案提供給警方。這個時候，A、B 的電腦、C 的手機、警方得到的檔案，雖行程時間有別，但都載有完全相同的內容！這個時候如果只執著區別「原始」、「替代」證據，認為最初在 A 電腦中的郵件才是「原始證據」，B、C、警方那邊的都是「替代證據」，那根本就與數位證據的性質有別了！（就是我們前面提到的，這也才是數位證據面臨的爭議）

## 五、出發案例

### 【110 成大第 3 題改編】

甲被訴販賣一級毒品，起訴書中將扣押的毒品、毒品鑑定報告，以及買家乙交付 20 萬元的行車紀錄器錄音檔作為證據。卷證移送給法院後，因法院書記官的行政失誤，本案毒品在審判前誤被送去銷毀。審判時，被告辯護律師發現，地檢署當初送來的行車紀錄器音檔其實不是原始檔案，是由買家自行製作的拷貝，於檢察官偵訊乙時，由乙主動提交給檢察官。問：被告甲向法院聲請排除行車紀錄器錄音拷貝檔案，是否有理由？

甲之聲請無理由

#### 一、數位證據之意義

數位證據，指儲存於電磁紀錄載體，或以數位方式傳送，於審判中得以證明待證事實的數位資訊<sup>96</sup>。其於刑事訴訟法（下同）雖無具體依據，然最接近其概念者應屬第 165 條之 1 第 2 項「錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類之證物」概念，最高法院判決亦有稱之為新科技證據。

#### 二、實務見解之闡釋

最高法院近期裁判（最高法院 107 年度台上字第 3724 號判決<sup>97</sup>參照）就數位證據之概念與證據使用有具體闡述，以下分述之：

##### （一）數位證據之性質

數位證據具無限複製性、複製具無差異性、增刪修改具無痕跡性、製作人具不易確定性、內容非屬人類感官可直接理解而須透過電腦設備呈現內容。基於此等性質，數位證據之「複製品」與「原件」具真實性及同一性，有相同之效果。

##### （二）數位證據以提出「原件」為原則

1. 因數位證據之複製屬人為操作，且基於複製之無差異性、無痕跡性，無法免於作偽或變造，故欲以之證明某待證事項，原則上須提出原件供調查，或雖提出複製品，當事人不爭執或經與原件核對證明相符者，得作為證據。
2. 若原件滅失或提出困難，且當事人對複製品之真實性有爭執時，非當然排除其證據能力。此時法院應審查證據取得之過程是否合

<sup>96</sup> 這是李榮耕老師對數位證據的定義。

<sup>97</sup> 最高法院具參考價值裁判。

法，及勘驗或鑑定複製品，若未經過人為作偽、變造，該複製品即屬原件內容之重現，有做為證據之資格。

### 三、實務見解之疑慮

針對上述實務見解，學說上有以下評論，認實務闡釋存有疑慮：

#### (一) 說理矛盾之處

最高法院雖認為，原件優先於複製品，然判決既然認為，複製品與原件具「相同效果」，何以又限制複製品之證據能力；若原件、複製品間有適用上的優先順序，認為原件、複製品有相同效果之說，又何所指。實務見解正是因欠缺理論基礎，方導致矛盾。

#### (二) 最佳證據法則

1. 前述判決見解，類似英美法上**最佳證據法則**之論證架構，然似誤解其意，認為此法則要求「**審判者只能以最佳證據作為審判基礎**」，然此種限縮定義早已被揚棄，美國法上並未要求「**以提出原件為原則**」，而係認為「**複製品與其原件，有相同程度的證據資格**」。
2. 亦即，出證者只要依所欲證明的事物性質，提出所能提供的**最佳證據資料**，該項資料即有證據資格，不要求以原件為優先之證據，複製品與原件原則上應有相同的證據資格。僅於**複製品令人有理由懷疑未準確傳達原件資訊**，或使用複製品會造成不公平，才會要求提出原件。
3. 故，學說上有認為，法院審查重點，乃反對使用複製品之當事人是否有合理依據，主張複製品無法準確反映原件內容，而非複製品是否經修改，若提出合理憑據，主張複製品可能經竄改，法院可要求出具原件，而是否足以挑戰複製品之證據資格，則由法院自由心證判斷。

(三) 基於上述理由，本文以為實務見解確有說理未清之處，同時存在說理矛盾，故應以學說見解為準。

### 四、本案情形

查本案，系爭行車紀錄器之錄音檔案雖非原始資料，乃經乙拷貝後之複製品，然依上述學說上之正確理解，數位證據之原件與複製品原則上同具作為證據之資格，故系爭複製品原則上仍應具證據能力。甲聲請排除系爭複製品，卻未提出合理依據，說明何以錄音檔之複製品應予排除，其聲請應無理由。



## 陸、J752 與沒收判決

### 一、出發案例

#### 【110 司特四等第 4 題】

四、A 涉犯刑法第 342 條背信罪，經第一審法院判決有罪，但以 A 已將犯罪所得償還被害人，而未宣告沒收犯罪所得。經檢察官提起上訴，第二審法院認一審判決未宣告沒收部分未洽，予以撤銷，除亦判決有罪外，並諭知沒收犯罪所得。刑法第 342 條背信罪屬原則上不得上訴第三審法院之案件（參見刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 5 款），惟 A 認其仍得因二審初次受沒收判決，而可提起第三審上訴。請依實務見解說明 A 主張有無理由。（25 分）

### 二、J752 與沒收程序之競合<sup>98</sup>

#### （一）所涉判決

#### 【爭點】

刑事被告本案不得上訴於第三審法院之案件，參與沒收程序之第三人對於第二審法院初次沒收其財產之，得否向最高法院提起第三審之上訴？

#### 【案例事實】

A 向某公廟信眾即被害人 B 等人謊稱，投資其事業可獲取相當之利潤，致被害人等陷於錯誤而匯款或支付現金，經第一審法院判處詐欺罪刑，A 不服，提起第二審上訴。第二審法院裁定命第三人 C、D 參與本案沒收程序。本案經第二審法院仍判處 A 詐欺罪刑，並諭知 C、D 無償取得如其附表所載之金額，應予沒收，如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。C、D 不服提起第三審上訴。

#### 【最高法院 106 年度台上字第 2893 號判決，駁回 C、D 之上訴】

按刑事訴訟法第 455 條之 28 規定參與沒收程序之審判、上訴及抗告，除沒收特別程序編有特別規定外，準用第二編第一章第三節、第三編及第四編之規定。是以參與沒

<sup>98</sup> 本議題之整理，亦可參陳世雄（2021），《刑事訴訟法實務與應用》，頁 536-537，元照。

收程序之上訴，應準用第三編「上訴」之規定，而**刑事訴訟法第 376 條，屬第三編「上訴」之規定，自在準用之列**。上訴人何環、蕭淑貞（Jango 按：C、D）係參與姚汝權等人之沒收程序，而本案第一、二審均判決姚汝權等人犯刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪，係屬不得上訴第三審法院之案件，上訴人等自不得提起第三審上訴。雖原判決正本誤載得上訴字樣，要不能影響法律之明文規定，上訴人等提起第三審上訴，顯為法所不許，應予駁回。

**【檢察總長非常上訴，最高法院 107 年度台非字第 18 號判決】**

<p>最高法院 駁回非常上訴</p>	<p>司法院釋字第 752 號解釋載「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。本院釋字第一七七號及第一八五號解釋應予補充。」已就大法官釋字之效力詳為解釋。依上開解釋意旨，自不得就大法官釋字所為解釋為任意之擴張解釋，尤以現行法已有相關之規定時，依司法院釋字第 371 號解釋，法官於審理之具體個案自應依現行法之規定予以適用，倘若認現行法規定有牴觸憲法之疑義時，亦祇能裁定停止訴訟程序，而聲請大法官為解釋，不能任意以與解釋意旨相同之法理為由認現行法規定不符解釋意旨而不予適用。</p>
<p>之理由</p>	<p>關於刑事訴訟程序中財產可能被沒收之第三人，依<b>刑事訴訟法第 455 條之 28 規定參與沒收程序之審判、上訴及抗告</b>，除第七編之二沒收特別程序有特別規定外，準用第二編第一章第三節、第三編及第四編之規定。是以參與沒收程序之上訴，應準用第三編「上訴」之規定，而<b>刑事訴訟法第 376 條，屬第三編「上訴」之規定，自在準用之列</b>。依此，關於在第二審判決中被沒收之第三人，其提起第三審之上訴，現行法已有明文規定。依卷內資料，本件第三人何環、蕭淑貞因被告姚汝權犯詐欺罪而將部分所得匯入其等之帳戶，而被告姚汝權於第一審及第二審均被判有罪，於第二審審理中，因沒收特別程序修正施行，第二審乃依法通知第三人何環、蕭淑貞參與沒收程序，審理後對其等為沒收之判決，嗣被告姚汝權對第二審判決並未提起第三審上訴，第三人何環、蕭淑貞則對第二審所為之沒收判決</p>

提起上訴，因有關第三人沒收之上訴，刑事訴訟法第 455 條之 28 已明文規定準用同法第 376 條，而被告姚汝權係經第一審及第二審均判決有罪，已非司法院釋字第 752 號解釋意旨所指之第一審判決無罪而第二審判決有罪之情形，即被告姚汝權所涉詐欺案件本不得上訴本院，本院 106 年度台上字第 2893 號乃就第三人何環、蕭淑貞上訴第三審部分，以「本案第一、二審均判決姚汝權等人犯刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪，係屬不得上訴第三審法院之案件，上訴人等（指第三人何環、蕭淑貞）自不得提起第三審上訴」而駁回其等之上訴。本院上開判決係依現行法之規定而為，於法並無違誤。至司法院釋字第 752 號解釋意旨內固有「惟就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違」，然該解釋係就刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 2 款案件中第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分而為解釋，第三人何環、蕭淑貞沒收程序中之第三審上訴部分，並未在其解釋範圍內，依上開(一)之說明，自不得執上揭解釋意旨而指本院上開判決有適用法則不當之違法，另非常上訴意旨所舉本院 91 年台非字第 152 號判例揭諸意旨（指第二審所踐行之訴訟程序有違背被告防禦權之保障規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，第三審法院本應為撤銷而猶予維持者，應認第三審判決為判決違背法令）與本件判斷無關。綜上，應認非常上訴為無理由，予以駁回。又上開本院判決固屬程序判決，因非常上訴意旨係指本院誤合法上訴為不合法，本院自不得逕以不得就本院程序判決提起非常上訴為由予以駁回，併予敘明。

**【判決見解整理】**

- I. 不得就大法官釋字所為解釋為任意之擴張解釋。
- II. 參與沒收程序之上訴依§455-28 有§376 之適用。
- III. 本案所涉刑§339I屬§376I案件，且被告 G1、G2 均有罪，非 752 所涉情形。
- IV. 沒收程序中之第三人上訴部分，未在 752 解釋範圍

## (二) 判決評釋：反對實務見解<sup>99</sup>

⊗：基有權利即有救濟之原則、J752 相同法理，第三人如非因過失，於 G2 始參與程序，並經 G2 初次判決沒收其財產，即使本案不得上訴 G3，亦應容許該第三人對沒收判決上訴 G3。

### I. 準用 ≠ 適用

準用，乃為了避免法文重複而謀立法之便宜起見，特將某種事項明定準用其類似事項已有之規定。準用有其自然界限，並不是對於所準用的規定「全盤適用」，準用應該是就某事項之規定，依事項之性質而為變通、適用其他事項！第三人參與程序應非「全盤適用」§376，應區分情形<sup>100</sup>，如是否「非因過失」而為參與。

### II. 沒收乃干預人民財產權之重要刑事處分

沒收乃國家用公權力剝奪人民之財產，屬於干預人民財產權的刑事處分。要沒收第三人財產，除需有本案違法事實前提存在，為避免不當干預第三人財產，沒收事由必須明確說明該第三人之財產與犯罪的關聯性與範圍，這些重要事項之釐清，將構成是否沒收之理由，重要性不亞於行為人的刑罰判斷，故亦應保障個案第三人救濟的權益。

### III. 最高法院應為與時俱進的法律適用<sup>101</sup>。

故，§455-38 既規定「準用」上訴規定，自不得全盤適用，即使刑事本

<sup>99</sup> 參吳燦 (2019)，〈不得上訴第三審案件與第三人沒收之上訴—最高法院 107 年度台非字第 18 號判決評析〉，《月旦裁判時報》，83 期，頁 12-19。類似見解，可參黃東熊 (2021)，〈從保障參與沒收程序第三人審級利益談起〉，《臺灣法學雜誌》，413 期，頁 47-62。

<sup>100</sup> 如果在 G1，第三人已經有參與程序，而 G1 在這種情況下論知了沒收第三人財產的判決，如果是這種前提，該等第三人因為已經有上訴到 G2 之機會，這樣去準用§376 而不許該等第三人上訴，就沒有什麼毛病！但是，因為§455-12I 允許第三人在本案「最後事實審言詞辯論終結前」，聲請參與程序，如果系爭案例的第三人，是「非因過失」方於 G2 始參與程序，並經 G2 初次判決沒收其財產，這種情況要說可以「毫無合理懷疑」的適用§376 而不允其上訴第三審，吳法官認為，那就有討論空間了！

<sup>101</sup> 之前 752 之解釋範圍，並沒有及於第 3 款至第 7 款之案件，但是最高法院在新§376 修正前，仍然基於平等原則，依解釋意旨以決議方式（最高法院 106 年度第 17 次刑事庭會議決議）解決此等案件之個案救濟問題，容許此等案件之被告也享有上訴第三審的權利；而最高法院也透過判決的方式，對於§376 但之適用，在文義的「預測可能性」射程內，從立法目的擴張解釋該法文義，以符保障人民訴訟權之意旨。吳燦法官從這些最高法院曾經的作為得到結論，認為最高法院在具體案件裁判時，在被告訴訟權獲得保障的大前提下，是可以兼具變動必要性的需求，而與時俱進的統一法律適用的！不應該只以「立法未規定」，而認無從補救。

案已不得上訴 G3，就 G2 初次判決沒收其財產之第三人，賦予其上訴 G3 之權利，此乃準用之自然限制，唯有如此始與保障人民訴訟權意旨無違。

◆ 第一審判有罪、第二審亦判有罪且加重其刑之情形<sup>102</sup>

⊕：按本解釋揭示，基於受憲法絕對保障之訴訟權核心內容，初次受有罪判決之人，應至少有一次上訴救濟機會。此之所指「救濟」，從訴訟權核心內容受憲法絕對保障而言，應不限於原本無罪而被初次改判有罪，而亦應包含原本輕刑而被初次改判重刑。蓋此兩種情形之被告，均為初次受更不利之裁判，自均應同等給予至少一次上訴救濟機會，始屬符合憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。

(三) 判決評釋：贊同實務見解<sup>103</sup>

⊕：依照立法者意旨、司法院解釋、國際人權公約之要求，皆無法得出第二審初判沒收就必須例外准許上訴第三審之結論。

1. 立法者意旨

依新§376 之文義與立法理由，I 但書非常明確僅針對第二審「改判有罪」情形而發，亦僅於此範圍內構成不得上訴第三審案件之例外。因但書乃例外容許規定，未被但書所列舉者即回歸條文前段之原則規定，即「不得上訴第三審」。

2. 釋字第 752 號解釋

J752 解釋文區分兩種情形：

一審有罪 二審有罪	就經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷原審判決並自為有罪判決者，規定不得上訴於第三審法院部分，屬立法形成範圍，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。
一審無罪	惟就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告

<sup>102</sup> 詳參司法院大法官解釋第 752 號解釋，詹森林大法官提出之協同意見書，頁 9-10。

<sup>103</sup> 參林鈺雄（2021），〈2020 年刑事程序法裁判回顧：沒收新制之實務發展觀察〉，《臺大法學論叢》，50 卷特刊，頁 1559-1568。

二審有罪	不得上訴於第三審法院部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。
------	--

從 J752 之解釋文、理由，完全無法推論出初次有罪判決以外情形亦屬訴訟權保障核心的救濟範圍；本號解釋甚且明示第一、二審皆為有罪判決者，不得上訴第三審案件之規定，「屬立法形成範圍，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨尚無違背」。

故，第一審、第二審均為有罪判決，但加重其量刑、撤銷緩刑或免刑、增諭知保安處分或沒收者，依照上開解釋明文意旨，無法得出立法者對於救濟與否並無形成自由之結論。

至於第二審從有罪改判無罪（初次無罪判決），但增諭知保安處分或沒收者，立法者不再給予救濟機會，依照解釋意旨當然更不會侵害訴訟權之核心保障範圍。

### 3. 國際人權公約之要求

ICCPR §14 之公平審判條款，具高度刑事法關連性，§14V 針對刑事定罪判決要求的上訴權利（「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰」），乃促成我國後來修法的關鍵。然而，亦無法自本項公約規定導出初次沒收判決亦應予救濟機會的結論。

#### I. 就 ICCPR §14V 文義出發

該項規定之救濟主體，明確限定在「受有罪判決者」；救濟事項則是「其有罪裁判及刑罰」，非一切不利之法律效果。

#### II. 從 HRC 出發

關於 ICCPR§14 所列各項公平審判權利的第 32 號一般性意見書，其中針對第 5 項，第 45 點至第 51 點之說明，在內國法院有多層審級制度時，雖然可以得出一審無罪、二審初判有罪，以及第一審乃終審法院為有罪判決時，應予救濟的結論（第 47 點）；但是，本項規定「並不適用於法律訴訟中確定權利和義務的程序或刑

法上訴審理之外的任何其他程序，比如關於憲法權利的申訴。」  
(第 46 點)。

故，ICCPR §14V 並非有權利有救濟之一般性規定，其射程距離也不及於對一切權利侵害或不利裁判之救濟權利，這是公約制訂者有意的範圍限定。無論第一審為有罪或無罪判決，第二審維持有罪判決或改判無罪，但加重其刑、撤銷緩刑或免刑或增諭知沒收或保安處分者，不在本項上訴權的範圍。

### III. 從 ECHR 出發

比 ICCPR 制訂更早的 ECHR §6 的公平審判條款，並沒有列舉此項上訴覆判權。及至 ECHR 第 7 號議定書<sup>104</sup>通過時，才在第 2 條規定類似的刑事上訴權，且給予內國立法者就其審級、救濟制度賦予很大的裁量空間，設定例外條款：「(第 1 項)任何被法院判決有罪之人，有權請求上級法院審查該判決或科刑。本權利之行使，包含行使之理由，應以法律定之。」；「(第 2 項)下述情形，得為前項權利之例外：法律規定之輕微犯罪；審理被告案件之第一審法院即為最高法院；對無罪判決提出上訴後，被判決有罪。」

從上開議定書第 2 項的例外排除規定可知：ECHR 承認的上訴權救濟範圍比 ICCPR 更狹窄，甚至於連我國舊§376、J752 認定違憲的情形，都不一定會違反 ECHR，遑論第二審僅增諭知沒收或保安處分。據此，無論是從 ICCPR 與 ECHR，均無法得出一旦刑事被告在第二審受到比第一審更不利裁判，就應准許上訴救濟的結論。

## 4. 附論：立法論上之討論？

⊙：解釋論上雖得否定結論，但立法論不可一概而論

系爭情形不予救濟雖不違反憲法或公約要求，但立法者基於其立法形

<sup>104</sup> 可以簡單理解為，擴充原本 ECHR 權利內容的公約延伸，議定書除了是由歐洲理事會國家所增訂，但必須要公約國有簽署然後批准，這些議定書的延伸內容，才會在該國產生效力。本爭議所涉的「上訴覆判權」，就是歐洲人權公約本體沒有，後來才被增訂在議定書裡面的權利。

成自由，當然有權綜合考量各種因素，尤其是有限司法資源之有效分配，而選擇在何種條件下賦予受干預人例外救濟之機會。縱使憲法或公約並不強制，但立法者若給予第二審初受保安處分或沒收宣告者適量之救濟，亦樂觀其成。

以「沒收」為例，以下兩種情形應考慮予其救濟權：

- I. 沒收參與人，於第二審初受沒收宣告者，尤其是於第二審始被通知參與程序者，其救濟需求較高。(如上述 107 台非 18)
- II. 沒收新制因採從新原則，若第一審依舊法未宣告沒收，第二審始依新法而宣告沒收者，立法賦予例外上訴第三審救濟作為沒收從新原則之配套與補償，亦屬適當。(如以下 108 台上 2730)

而沒收以外之其他法律效果，立法者宜依個別特性而更精緻區分，例如第二審維持有罪或改判無罪，但增諭知「拘束人身自由之保安處分」，賦予救濟機會亦屬適當之立法方向。

#### (四) 新近實務見解：§376「被告」第二審初次被沒收

##### 1. 最高法院 108 年度台上字第 2730 號判決

一、按刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所列特定範圍法定本刑或犯罪類型之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，法本有明文。為落實司法院釋字第 752 號解釋意旨，並接軌公民與政治權利國際公約第 14 條第 5 項「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰」之規定，民國 106 年 11 月 16 日修正公布增訂同條項但書：「但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴」，是依明示其一，排斥其他原則，刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所規定之案件，除有前揭但書之情形外，其餘均不得上訴於第三審法院。又沒收新制將沒收性質變革為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，已非刑罰(從刑)，但其仍以犯罪(違法)行為之存在為前提，而依刑事訴訟法第 309 條第 1 款規定，有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，並分別記載諭知之沒收，可徵刑事被告本案之沒收與其所犯之罪名，具有一定之依附關係。且刑事訴訟關於被告



部分，併就本案確認刑罰之有無、範圍與沒收部分同時審理，程序上並無區隔，案內關涉應予沒收財產之諭知與罪刑之宣告，既程序主體同一，俱以被告之犯罪行為存在為前提，即非彼此完全分離之訴訟關係，從而第二審法院所為刑事被告本案沒收之判決得否上訴，端視該本案罪刑部分是否為得上訴於第三審法院而定。此與第三人參與之沒收特別程序，非但係特定於沒收事項，且須開啟另一沒收程序，俾其有參與程序之權利與尋求救濟之機會，尚屬有別。

二、本件原審審理結果，認為上訴人王啟而有如原判決事實欄所載背信之犯行明確，因而維持第一審所為論處上訴人犯背信罪刑之判決，並適用裁判時之法律，諭知沒收其犯罪所得。其本案部分核屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 5 款之案件，且經第一、二審均論罪，其本案罪刑部分，自不得上訴於第三審法院，縱第二審法院初次為上訴人本案沒收之判決，揆諸首開說明，其沒收部分亦不得上訴於第三審法院。本件上訴人猶提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。再本院既因上訴人之上訴不合法而駁回，上訴人另指摘原判決違背法令等情，本院俱無從審酌，併予敘明。

## 2. 最高法院 108 年度台上字第 4053 號判決

不負責任註解	判決內容
人民有訴訟權，但國家得基於特定考量限制當事人上訴至第三審	憲法第 16 條保障人民有訴訟之權... (Jango 按：憲法上訴訟權之論述)。刑事訴訟制度上對於當事人上訴第三審設有限制，有出於防止濫行興訟(如刑事訴訟法第 382 條規定上訴書狀必須敘明理由)、有旨在合理利用訴訟程序(如同法第 377 至 379 條僅能以裁判違背法令作為上訴第三審之理由)、有係避免虛耗國家有限之司法資源(如同法第 376 條對於得上訴第三審刑度或種類設有限制)，或為保障人民有受公正、合法、迅速審判之權，避免飽受訴訟之累(如刑事妥速審判法第 8、9 條對於檢察官上訴第三審之限制)。
§376 已根據 J752 修正，該修正已經立法者充份衡量各種因素而為部分限制：如未針對「第一審未沒收、第二審初次沒	司法院釋字第 752 號解釋固對於修正前刑事訴訟法第 376 條第 1、2 款規定之案件，認經第二審撤銷第一審無罪判決並自為有罪判決，若被告不得上訴於第三審法院，未能提供至少 1 次上訴救濟之機會，認與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。故 106 年 11 月 16 日經立法院修正而總統公布之現行刑事訴訟法第 376 條第 1 項已本此解釋意旨規定：有同條項第 1 至 7 款之各罪案件經第二審判

<p>收」之設計</p>	<p>決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴。惟未就所有不論於形式或實質上第二審撤銷改判較不利於第一審之判決，均賦予再 1 次之救濟機會（如第一審判決有罪，第二審亦判決有罪但加重其刑；或第一審未及依沒收新制沒收，而第二審諭知相關沒收等），應認已經立法機關充分衡量各項因素，以裁量而為之審級限制設計。</p>
<p>沒收雖已為「獨立法律效果」，然仍以本案犯罪行為存在為前提，與本案罪名有依附關係，故被告對第二審沒收判決得否上訴，應視本案是否得上訴至第三審</p> <p>105</p>	<p>況刑法上沒收新制將沒收性質變革為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，已非刑罰（從刑），但其仍以犯罪（違法）行為之存在為前提，而依刑事訴訟法第 309 條第 1 款規定，有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，並分別記載諭知之沒收，可徵刑事被告本案之沒收與其所犯之罪名，具有一定之依附關係。且刑事訴訟關於被告部分，併就本案確認刑罰之有無、範圍與沒收部分同時審理，程序上並無區隔，案內關係應予沒收財產之諭知與罪刑之宣告，在程序既主體同一，俱以被告之犯罪行為存在為前提，即非彼此完全分離之訴訟關係，從而第二審法院所為刑事被告本案沒收之判決得否上訴，端視該本案罪刑部分是否為得上訴於第三審法院而定。</p>
<p>特別於「利得沒收」，依其立法目的，乃為徹底剝奪不法所得，不只無不利益變更</p>	<p>尤以刑法第 38 條之 1 第 1 項新增犯罪所得應沒收規定，依其立法理由係謂：「(Jango 按：略)」。且刑法第 2 條第 2 項亦同步修正將沒收適用裁判時之法律，即認沒收無關禁止溯及既往原則，故即使被告於行為時關於犯罪所得並無義務沒收之規定，於裁判時仍應適</p>

<sup>105</sup> 關於此部分之論述，如果大家還記得前面提到大法庭裁定採的「肯定說」，這邊要再從該肯定見解延伸！沒收的「獨立」法律效果，只是說他獨立於刑罰、保安處分，並非獨立而成為一單一訴訟標的，這是我們在該大法庭裁定的理解。在這邊提到，沒收能否發動，必須取決於本案犯罪事實之「違法行為」，所以沒收是依附於本案犯罪事實的！這種理解與該肯定說之想法「似」無相衝突，因為這都是特定犯罪事實的一部分～所以這邊的實務見解這樣理解是「對的」……才怪！

融合前面提過「學說」上對一部上訴的概念，只要裁判不會矛盾，當然可以只針對「沒收」之法律效果上訴（在違法犯罪事實確定的情況下，當然可以只爭執沒收部分啊～例如沒收之範圍、過柯條款發動與否等等）！但這邊最高法院之論述，是把沒收當成「必須」附隨於本案犯罪事實而上訴的「有關係之部分」～否認沒收作為一部上訴的適格性！Jango 認為其仍受過去「罪刑不可分」之概念影響，把所有法律效果都當作§348 II 之「有關係的部分」，並且誤認獨立法律效果之意義～總之這邊要融合一部上訴一起看，才不會產生錯誤印象～

要另外提醒大家的是，大法庭裁定強調的「沒收為本案犯罪事實所及」，與我在這邊強調的學說上見解「沒收可以一部上訴」，彼此是不互相衝突的！前者是「起訴時」，沒收本來就是法院可以審判的事情，因為其依附的犯罪事實是法院的審判範圍；後者是「上訴時」，上訴權人可以「僅」針對整個案件中的「特定」法律效果「沒收」而上訴，因為不會產生才判歧異～兩者在講兩件事情，大家不要搞混了！

<p>禁止源則之適用，亦無§376、釋字 752 之適用，因各自之目的不同</p>	<p>用沒收新法。再為貫徹任何人都不得保有犯罪所得之原則，以根絕犯罪誘因之目的，縱於僅被告上訴或為被告之利益而上訴，下級審就被告犯罪所得有所短計或漏算時，仍允許上級審於更正計算後，諭知較下級審為多之所得數額沒收，即修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無刑事訴訟法第 370 條第 1、2 項關於不利益變更禁止原則之適用。在在顯示修正後沒收新制係為徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因，與司法院釋字第 752 號解釋及現行刑事訴訟法第 376 條之修正，為使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，故給予 1 次尋求救濟之機會意旨，各有不同的目的及使命。</p>
<p>沒收之一部上訴僅限於「第三人」之上訴，本案被告之上訴無從適用該規定，應回歸§348<sup>106</sup></p>	<p>至刑事訴訟法第 455 條之 27 第 1 項規定：「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決；對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決」，惟該規定係植株於「沒收特別程序」專篇，並非規定於原有附隨於刑事本案沒收被告財產之一般沒收程序，且依其立法理由說明：「(Jango 按：略)」等旨，顯見該條第 1 項後段所謂：「對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決」者，係為避免因第三人參與沒收程序部分之程序延滯所生不利益，乃明定僅就參與人財產沒收事項之判決提起上訴者，其效力不及於本案之判決部分，並非指對於本案被告財產沒收事項之判決提起上訴者，其效力亦不及於本案之判決部分，自不得比附援引。</p>
<p>本案情形：屬§376 案件，且第一、二審被告均有罪，縱二審法院初次沒收，亦不得就沒收部分單獨上訴第三審</p>	<p>如前所述，本件原判決係因沒收新制實施，第一審未及對遠東鐵櫃公司等 2 公司之犯罪所得宣告沒收，因而適用裁判時之法律，諭知沒收遠東鐵櫃公司等 2 公司之犯罪所得，非第一審認定並無犯罪所得而不予宣告沒收。則其等本案部分既屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 1 款之案件，且經第一、二審均論罪，其等本案罪刑部分自不得上訴於第三審法院，縱原審法院初次對遠東鐵櫃公司等 2 公司之犯罪所得宣告沒收，其等沒收部分亦不得單獨上訴於第三審法院。</p>

### 3. 最高法院 110 年度台上字第 3333 號判決<sup>107</sup>

<sup>106</sup> 這邊最高法院再次強調，被告本人之上訴，不能訴諸於第三人特別程序之§455-27，因為他的身分是被告！所以其上訴應回歸§348，不得任意擴張§455-27 之適用範圍～此處也再次呼應了林鈺雄老師針對一部上訴的批評：到底為啥「第三人」可以針對沒收一部上訴，但「被告」就不能呢？差別待遇的理由是什麼呢？

<sup>107</sup> 最高法院具參考價值裁判

我國刑事妥速審判法（下稱速審法）之制定，旨在保障人民受公正、合法及迅速之審判，**該法第 9 條第 1 項規定**，除第 8 條情形外，檢察官（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（即違背原法定判例之法律見解）者為限。此係因被告被訴之事實經第一、二審實質審理後既均為諭知無罪，**表示檢察官（自訴人）於第一、二審提出之證據，均未能說服第一、二審法院**，若容許檢察官（自訴人）一再上訴，被告可能承受更多次之事實審之審理，有礙其接受公平、迅速審判之權利，為符無罪推定原則，乃**限制檢察官（自訴人）之上訴權**。其次，上開規定雖僅限前述諭知無罪之判決；於有第三人參與之沒收程序（下稱第三人沒收程序），若**第一審諭知不予沒收，第二審維持第一審不予沒收之判決，檢察官不服此部分之第二審判決，提起第三審上訴時，是否亦受速審法第 9 條第 1 項之限制，法雖無明文**。然速審法施行後，我國刑法總則關於「沒收」之規定已經修正，並自民國 105 年 7 月 1 日施行。修正後沒收新制認為沒收係刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，不具刑罰本質；除不再認沒收係「從刑」，並擴張沒收之範圍外，沒收之對象且可及於第三人；刑事訴訟法為免因刑事訴訟程序結果財產可能被沒收之第三人權益受損，並相應增訂第七編之二「沒收特別程序」，除賦與第三人程序主體之地位外，有關刑事被告之訴訟上權利，亦多可準用。亦即，沒收程序與被告犯罪事實之調查、審理，雖非絕無關連，然已具獨立於刑罰以外效果；法院於第三人沒收程序之審理，除應就財產是否係犯罪所得、是否屬於刑法第 38 條之 1 第 2 項所定因犯罪而由第三人取得之財產，乃至是否為第三人之財產等，依前述刑法規定實質審查外，其審判程序亦應踐行增訂刑事訴訟法第七編之二「沒收特別程序」之規定，為實質之調查、審認；此與法院就被告被訴事實之調查、審理及認定，除有關證人之詰問等少數規定外，並無不同。換言之，第一、二審依第三人沒收程序之規定實質審理所得，與其就被告被訴事實之調查、認定結果，並無本質上之差異。則攸關被告犯罪成立或刑罰有無之認定，檢察官就第二審維持第一審所為無罪判決之上訴，既應受前述之限制，舉重明輕並本於同一法理，與第三人財產是否應予剝奪之沒收事項，**第二審若維持第一審不予沒收之判決，應同受限制**。

## 柒、通緝被告於沒收程序之參與權<sup>108</sup>

客體程序（對物訴訟）之進行方式與程序保障，依§455-37 準用第三人參與程序。而第三人參與程序乃依附於對被告開啟的本案刑事程序，性質上仍是主體訴訟，必有「被告」；然而，**單獨宣告沒收乃對物的客體訴訟，概念上無被告可言**。客體訴訟準用主體訴訟參與規定，自有不少須轉化調適處，如刑事被告本人有無參與單獨宣告沒收程序之權利。

「**被告潛逃海外**」，屬因事實上障礙而無法追訴之情形，對其犯罪所得雖得聲請單獨宣告沒收，但潛逃被告有無參與單獨宣告沒收之權利？依§455-37，答案似為肯定，因其乃「**財產可能被沒收之（第三）人**」；然而，刑§40 之修正理由卻特別強調：

另依逃犯失權法則（Fugitive Disentitlement），犯罪行為人逃避刑事訴追而遭通緝時，**不論犯罪行為人在國內或國外，法院得不待其到庭逕為沒收與否之裁判**。

依照立法理由，似乎傾向於直接剝奪潛逃被告的程序權利，實際上是否應如此解釋？

### 一、前言：參與程序之第三人之定性

#### （一）第三人之定性：被害人屬第三人？<sup>109</sup>

關於被害人是否屬於§§455-12、455-13 可參與訴訟程序之「**財產可能被沒收之第三人**」，有解釋空間。如 A 偷 B 所有汽車，該汽車於 A 的竊盜案件中被法院依刑§38-II 沒收該犯罪利得，則 B 是否可主張其係「**財產可能被沒收之第三人**」，即有疑義，關於此問題，有不同解釋：

肯定說<sup>110</sup>

有論者認為，「**財產可能被沒收之第三人**」，係指**犯罪行為人以外**

<sup>108</sup> 相關評釋，參林俊益（2021），《刑事訴訟法概論（下）》，17 版，頁 581-582，新學林；林鈺雄（2021），〈2020 年刑事程序法裁判回顧：沒收新制之實務發展觀察〉，《臺大法學論叢》，50 卷特刊，頁 1544-1549。相關討論，亦可參朱庭儀（2020），〈刑事程序中被告潛逃—犯罪所得沒收程序如何繼續？〉，林鈺雄（編），《沒收新制（五）：沒收實例解析》，頁 461-469，元照。

<sup>109</sup> 簡要說明與整理，可參盧映潔、李鳳翔（2021），《刑事訴訟法》，2 版，頁 770-771，五南。

<sup>110</sup> 林俊益大法官、吳燦法官、陳文貴法官、花滿堂法官、朱石炎老師等實務家都是採肯定說！三人都是比較偏文義解釋的立場，因為沒收特別程序的適用主體，並沒有明文限制排除被害人，故定義十分廣泛！另參司法院（2017），〈沒收實體法與程序法交錯的實務問題研討會〉，《司法周

<p>燦、貴 炎、益 花</p>	<p>之自然人、法人，故屬非屬被告之被害人，自應容許其參與程序。甚有認為，被害人得比照第三人發動§455-29 規定，事後撤銷沒收宣告，並認該規定與§473 二者乃競合之程序請求權，直接肯認被害人除了得適用§473 規定，亦得適用沒收特別程序之規定。</p>
<p>否定說<sup>111</sup> 雄、帆</p>	<p>然有論者認為，被害人究係僅能依§473 規定事後要求發還，而採「分離模式」；或係容許被害人同時亦得依第三人地位參與沒收程序，而採「競合模式」，立法規定立場不明，不宜遽然肯認係採競合模式之制定方法。</p>
<p>本文以為 應採否定說</p>	<p>I. 自立法目的而言，沒收特別程序，乃為保障財產遭沒收之第三人之聽審權。此等第三人，泛指「被告以外」財產可能被沒收之人，通常是刑§§38、38-1 之第三人<sup>112</sup>，而非謂被告以外之人均屬第三人<sup>113</sup>。 II. 被害人既已有§473 之事後程序規定、§§142、318 之事前程序規定，已足保障其權利，況亦可避免與沒收特別程序的競合難題，故本文以為應以否定說較為可採。</p>

◆ 實務見解：採否定說

臺灣高等法院暨所屬法院 105 年度法律座談會刑事類提案第 49 號<sup>114</sup>

刊》，1866 期，版 4，吳燦之發言；陳文貴（2016），〈犯罪所得優先保護被害人權利之實踐〉，《全國律師》，20 卷 6 期，頁 9；花滿堂（2017），〈財產犯罪犯罪所得沒收與被害人財產權侵害間之平衡(以竊盜罪為例)〉，《司法周刊》，1862 期，頁 2-3。

<sup>111</sup> 林鈺雄老師、王士帆老師採否定說，林老師認為條文並沒有明確表明立場，肯定說推論過快！另參林鈺雄（2020），《刑事訴訟法（下）》，10 版，頁 634，新學林；林鈺雄（2017），〈沒收新法之發還被害人問題－兼評逃漏稅捐罪之相關裁判〉，收於：春風煦日論壇編輯小組（編），《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》，頁 283，元照。針對允許被害人參與程序的相關批評，可參朱庭儀（2017），《犯罪所得沒收之第三人程序參與》，頁 108-112，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；林宜潔（2019），《犯罪所得之第三人沒收程序》，頁 63-65，國立臺北大學法律學研究所碩士論文。

<sup>112</sup> 但不以此為限，尚包含未被起訴的共同正犯、共犯！詳後述。

<sup>113</sup> §455-12 的「第三人」，是否和刑§§38、38-1 的「犯罪行為人以外之人」完全一致，學說上有更細緻的討論！朱庭儀律師認為，刑法沒收的第三人，只是沒收程序的「典型」第三人而已，除此之外，應該還有其他種非刑法沒收之第三人，但屬於沒收程序的第三人。總之，朱律師也沒有把被害人納入沒收程序的第三人就是了～這個等講完被害人再來解釋！另參朱庭儀（2020），〈犯罪所得沒收程序之參與－已經緩起訴之犯罪行為人為例〉，林鈺雄（編），《沒收新制（五）：沒收實例解析》，頁 431-444，元照

<sup>114</sup> 實務上有一些裁定援引本座談會意見！有被害人想透過沒收特別程序主張權利，尤其是透過§455-29 以下的事後撤銷程序～有法院採取本座談會意見，認為被害人要求償的管道，並不是沒收特別程序，而是§473 的發還，其並非適格的聲請主體！如臺灣高等法院臺南分院 107 年度抗字第 452 號裁定、臺灣高等法院臺中分院 106 年度聲撤沒字第 1 號裁定。

問題要旨：行為人因涉犯竊盜罪，經檢察官提起公訴，並聲請沒收竊得之汽車音響一批。第三人獲悉後，以汽車音響一批為其失竊物品，聲請參與沒收程序，法院應如何處理？

法律問題：被告某丙因涉犯竊盜罪，經檢察官提起公訴，並聲請沒收某丙所竊得之汽車音響一批。第三人（JANGO 按：被害人也）某乙獲悉後，以該汽車音響一批為其失竊物品，聲請參與沒收程序，法院應如何處理？

討論意見：

審查意見：增列丁說。

丁說：法院應將某乙之聲請駁回。

依刑事訴訟法第 455 條之 12 之第三人參與沒收程序之立法理由，係對財產可能被沒收之第三人，俾其有參與程序的權利與尋求救濟的機會，以保障其權益，依此立法理由，顯然係要保障該第三人，使其在程序上有參與及救濟之機會及權利。而某乙既主張其為被害人，依同法第 271 條第 2 項規定，法院於審判期日應傳喚被害人到場，故某乙已可在審判期日當庭對某丙竊得之財物陳述意見，如該財物有扣押並可依同法第 142 條規定聲請發還，某乙對被竊財物既已有陳述及救濟之權利及機會，實無再重複以第三人身分參與沒收程序之必要。

第三人參與沒收程序之主體係「財產可能被沒收之第三人」，而新法既採「被害人發還優先」之立法<sup>115</sup>，則將被告直接自被害人處取得之犯罪所得，發還予被害人，乃屬當然。依此，被害人自非係「財產可能被『沒收』之第三人」，實與第三人參與沒收程序之要件有間。故某乙聲請參與沒收程序，核與要件不符，法院應將其聲請駁回。

又在侵害財產法益之竊盜犯罪中，被告究不法侵害何人之財產法益，此係屬竊盜罪客觀構成要件事實之認定，應適用嚴格證明法則；而沒收程序，因非屬犯罪事實有無之認定，僅需依自由證明釋明其合理之認定依據即可。惟在審判程序中，若被竊財物之所有權歸屬不明，而被害人主張為其所有，欲聲請參與沒收程序時，因此部分之主張同時涉及竊盜罪客觀構成要件事實之認定，自應適用嚴格證明法則，就可能為被害人之人以證人身分傳喚令其具結作證，詳為實質調查，而非單純之沒收問題，不宜逕以第三人之方式參與沒收程序處理被竊財物之所有權歸屬不明之問題。

法院於判決時若認某乙非被害人，且扣押物之應受發還人所在不明，或因其他事故不能發還者，某丙既因犯罪行為而實際取得該財物之支配處分權，法院自應依

<sup>115</sup> 關於此立法的詳細說明，參王士帆（2016），〈犯罪所得優先發還被害人—簡析新刑法之發還條款〉，林鈺雄（編），《沒收新制（一）：刑法的百年變革》，頁 173-190，元照。

刑法第 38 條之 1 第 1 項判決宣告沒收。

研討結果：採修正後審查意見（丁說）

## （二）第三人之定性：被告、共犯？<sup>116</sup>

### 1. 典型參與人

最高法院 106 年度台上字第 1778 號判決<sup>117</sup>

依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 1 項、第 3 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，聲請參與沒收程序；如未聲請，法院認有必要，亦應依職權裁定命該第三人參與。而此所稱第三人，觀諸刑法第 38 條第 3 項及第 38 條之 1 第 2 項規定，應係指犯罪行為人以外之人（含自然人、法人或非法人團體）。

由此判決觀察，可知實務至少已同意刑事訴訟法上關於沒收程序之參與規定，應與實體法上規定結合觀察，而最典型可參與沒收程序之人，當屬刑§§38III、38-III之「犯罪行為人以外之人」。

### 2. 其他參與人：（廣義）共犯

（廣義）共犯指於實體法上被評價為共同正犯、教唆犯、幫助犯之人，其通常會經過檢察官之「起訴」，而進入審判其是否有罪之主體程序中，若其有得或應沒收情形，法院亦會一併於該主體程序中對之宣告沒收，此時，（廣義）共犯在主體程序立於可為己防禦之被告位置，針對沒收宣告可為己答辯，不須討論是否應予額外程序保障。

然，對（廣義）共犯宣告沒收，非恆可發生於該（廣義）共犯做為被告之主體程序中，例如，檢察官予該（廣義）共犯緩起訴處分，此時實務

<sup>116</sup> 參林鈺雄（2020），《刑事訴訟法（下）》，10 版，頁 634，新學林；朱石炎（2020），《刑事訴訟法論》，9 版，頁 671-672，三民；林俊益（2021），《刑事訴訟法概論（下）》，17 版，頁 557-558，新學林；朱庭儀（2020），〈犯罪所得沒收程序之參與－已經緩起訴之犯罪行為人為例〉，林鈺雄（編），《沒收新制（五）：沒收實例解析》，頁 431-444，元照；盧映潔、李鳳翔（2021），《刑事訴訟法》，2 版，頁 771-773，五南。

<sup>117</sup> 最高法院具參考價值裁判。最高法院 107 年度台上字第 2049 號判決（最高法院具參考價值裁判）同此見解。



上有兩種方式沒收其財產：

- I. 於審判「其他」(廣義)共犯是否有罪之主體程序中。
- II. 檢察官聲請開啟單獨宣告沒收程序。

於上述兩種程序，被緩起訴之(廣義)被告，皆無任何程序上之地位，此時欲沒收其犯罪物或犯罪所得，即須藉由「參與制度」，在宣告沒收前，賦予其進入程序之權利，進而滿足程序保障要求。<sup>118</sup>

然，於前述最高法院 106 年度台上字第 1778 號判決，似未注意到此點，其定義第三人為「犯罪行為人以外之人」，此僅為第三人範圍之一部分，無法涵蓋所有應受程序保障之第三人。對「參與」之理解，應以「程序保障」之角度觀察，方屬正道。

◆ 正確理解之實務見解

臺灣高等法院暨所屬法院 105 年度法律座談會刑事類提案第 50 號<sup>119</sup>

問題要旨：刑事訴訟法第 455 條之 12 規定之第三人，是否包括未經起訴之共同正犯？若檢察官於另案起訴或於本案追加起訴該共同正犯，法院應如何處理？

討論意見：

審查意見：採丙說。

丙說：

第 455 條之 12 第 1 項所規定「第三人」，指檢察官起訴之本案被告(或共同被告)以外之人，與修正後刑法第 38 條、第 38 條之 1 所稱之犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體不同，係以有無具有訴訟法上當事人之地位而區分，包

<sup>118</sup> 以德國法上的理解補充說明：

德國法的觀點，認為(廣義)共犯當然可能是、可能必須是參與制度的「第三人」！德國法對於第三人的理解，是以程序法上的角度觀察，亦即，在法院要做出沒收宣告的程序中，如果欲宣告沒收之人，並非處於被告或共同被告的地位，那這個時候就必須要透過「參與」制度，提供其程序上的防禦權！因為這正是第三人參與制度要保障的～也就是說，就算這個(廣義)共犯在實體法上被評價為「犯罪行為人」，同樣不會影響其作為參與之第三人的權利！

所以，德國法上的「第三人參與」，其第三人指的是在該程序中「非被告之人」，他在實體法上的評價並非重點！

StPO §424 I「若應受沒收之人非被告，法院應命受沒收干預人(沒收參與人)參與刑事訴訟。」，翻譯參連孟琦(2019)，〈2017 年德國刑事訴訟法 (StPO) 關於沒收修正中譯〉，林鈺雄(編)，《沒收新制(四)：財產正義的實踐》，頁 447-448，元照。

<sup>119</sup> 實務上有一些裁定援引本座談會意見！如臺灣臺中地方法院 107 年度訴字第 990 號判決、臺灣臺中地方法院 106 年度訴緝字第 190 號判決。

含未經起訴之共同正犯、其他自然人或法人。故**未經起訴之共同正犯自得以其財產可能被沒收為由，以第三人之地位聲請參與沒收程序**。惟參與沒收程序之第三人與被告應該有所區隔，若經檢察官於另案起訴或本案追加起訴之共同正犯，於各該審理程序中，該共同正犯已可就其所涉違法行為及沒收事項進行調查或為權利主張，是法院於知悉檢察官就共同正犯另行提起公訴或追加起訴時，即應依**刑事訴訟法第 455 條之 25 之規定撤銷共同正犯之參與沒收程序裁定**，不得於本案之訴訟程序中，對共同正犯以參與人身分為沒收之諭知。

研討結果：照審查意見通過

法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項§179

刑訴法第四五五條之十二第一項所稱財產可能被沒收之第三人，係指被告以外之自然人、法人及非法人團體。**未經起訴之共同正犯、教唆犯及幫助犯等，非刑事本案當事人，亦得以第三人地位聲請參與沒收程序**。聲請參與沒收程序應以書狀記載其財產可能被判決沒收等參與沒收程序之理由與參與之意旨，向本案繫屬法院為之。(刑訴法四五五之十二)

◆ 實務見解之統一：程序保障之觀點

最高法院 108 年度台上字第 3573 號判決<sup>120</sup>：以共同正犯**實際上**有無起訴，作為應否認定其為沒收特別程序之「第三人」之判準。

是共同犯罪行為人若**同時起訴**，只需分別對各行為人宣告沒收、追徵其所有之犯罪工具，即足達預防、遏止犯罪及禁止犯罪行為人財產權濫用之立法目的，無庸對同案其他共同正犯併諭知沒收、追徵非其所有之犯罪工具。至**共同正犯未同時起訴**之情形，因未起訴之其他共犯所有之犯罪工具，對本案而言，仍屬被告以外之第三人所有物，於檢察官聲請沒收時，應踐行第三人參與沒收之相關程序，俾該財產可能被沒收之第三人有參與程序、尋求救濟之權利與機會，方能謂該第三人所有犯罪工具之沒收程序為適法。

### 3. 其他參與人：單獨宣告沒收案件之犯罪行為人

客體程序之建構，非欲剝奪將被宣告沒收之人的程序保障，僅係為解決

<sup>120</sup> 本判決雖係 2019 年年底作出，但被引用的次數非常多，所以林俊益大法官認為，實務見解已經統一採取此程序保障觀點了！相同見解，可參最高法院 108 年度台上字第 1725 號判決（最高法院具參考價值裁判）同此意旨。

沒收宣告因各種事實上、法律上原因，而無法附隨於主體程序的問題。故，除非犯罪行為人「死亡」，否則欲沒收其財產，不得不思考其於客體程序上之程序保障。<sup>121</sup>

參與程序依§455-37 有準用於單獨宣告沒收程序，未限於主體程序方得參與。而法院准予參與之對象應以程序保障角度觀察，方屬完整，既行為人於客體程序無可為己防禦之地位，則法院欲藉客體程序沒收時，亦應依職權或聲請裁定「行為人（包含共同正犯、教唆犯、幫助犯之廣義共犯）」參與程序，方得兼顧程序保障。

## 二、實務見解

最高法院 109 年度台抗字第 1203 號裁定<sup>122</sup>

按刑事沒收係國家藉由法院以裁判剝奪人民之財產，一經宣告即生財產上權利之變動，為裁判之法院自應踐行關於沒收之法定程序，以確保人民財產不受侵害。依我國刑事訴訟法規定，沒收係以犯罪行為人經起訴者為對象（下稱被告），被告就其財產是否有法定沒收事由，固得於訴訟程序進行中主張或行使其權利，亦即得附隨於刑事本案程序獲保障。倘聲請沒收之財產屬第三人並經法院裁定參與者，該第三人亦得在刑事本案程序中擁有刑事訴訟法所定獲得訴訟資訊進度（第 455 條之 17）、在場並取得訴訟資料（第 455 條之 20）、委任代理人（第 455 條之 21）、聲請調查證據（第 455 條之 22、第 455 條之 23）及參與辯論（第 455 條之 24）等訴訟上權利；其餘被告之訴訟上之權利，並可準用（第 455 條之 19）。若認犯罪所得有法定沒收事由，惟因事實上或法律上之原因未能追訴犯罪行為人

<sup>121</sup> 例如，行為人在偵查中被檢察官施以緩起訴處分而終結案件，然行為人仍有不法所得，此時如果想要針對該不法所得沒收，檢察官應聲請法院單獨宣告沒收，則這個時候應賦予該行為人參與程序之權利，在沒收其財產時才有正當性。

<sup>122</sup> 本案的案例事實，乃被告（和其他共同被告），共同侵占某金融控股公司資產、非法洗錢及非法為無擔保授信，涉犯諸多金融犯罪罪名，並獲有犯罪所得，但是被告在檢察官起訴後，高歌離席逃亡走人，並已經法院通緝。被告逃亡後，檢察官聲請單獨宣告沒收，第一審法院也依照檢察官的意思沒收了被告的犯罪所得。但後來，逃到美國的被告錢被沒收當然超不爽，就委任律師，請律師來參與訴訟程序，依法對一審客體程序的沒收裁定抗告，二審法院因而撤銷第一審裁定，認為一審程序「未依§455-14 通知被告陳述意見或予被告言詞辯論之機會，即為被告不利之裁定，難認允當」～啊檢察官當然傻爆眼，向最高法院提起再抗告，主張「被告陳某自民國 95 年 10 月 8 日出境後滯留海外未歸，並經法院於 105 年 10 月 21 日通緝，足見已自願放棄親自就審之權利；況其被訴之刑事本案訴訟尚選任辯護人參與訴訟程序並有閱卷權利，且曾提出答辯狀及檢附相關證物，足徵被告於本案訴訟程序之訴訟權已獲得充分保障，並無原裁定所指被告欠缺陳述意見或予辯論機會之情形。」接下來要討論的判決，就是最高法院就上述問題作出的回應，先講結論：駁回檢察官的再抗告，二審的裁定是有理由的！

之犯罪或判決有罪者，檢察官雖得於刑事本案之訴訟程序外聲請單獨宣告沒收（刑法第 40 條第 3 項、刑事訴訟法第 455 條之 34 參照）；惟前述第三人參與沒收程序規定，於單獨宣告沒收程序亦應準用（刑事訴訟法第 455 條之 37）。亦即，犯罪所得之沒收，不論係於本案刑事訴訟程序以被告、第三人為對象，或由檢察官於本案訴訟程序外聲請單獨聲請宣告沒收，刑事訴訟法就程序之進行、法院之義務，以及受裁判之對象得享有之訴訟權利，均定有明文，法院均有遵守義務，若有違反，即屬違背法律。又單獨宣告沒收程序，雖有對物訴訟程序之性質，亦即不以存在特定之人為必要；然聲請人若已表明應沒收之標的屬特定人所有，為確保財產所有人之訴訟防禦權，受理聲請之法院即應踐行前述單獨宣告沒收之法定程序，尤應注意第三人參與沒收程序，及刑事被告訴訟上權利之準用規定。本件聲請書係以被告為應沒收標的之所有人，依前述說明，受理聲請之第一審，即應踐行前述之法定程序，以確保被告訴訟權之行使。再抗告意旨雖以被告已經通緝，應已放棄其就審之權利等語。然單獨聲請宣告沒收程序，係獨立於刑事本案程序外之另一程序，二者之性質、目的均有不同，尚不能僅以被告於刑事本案通緝，推認其併已放棄本件單獨宣告沒收之程序上權利。何況現今資訊發達，流通快速，被告且得於單獨宣告沒收程序中委任代理人，雖通緝在外，仍得主張或行使其部分訴訟程序上之權利，此由第一審為本件裁定後，被告委任律師於原審提起抗告，待原審裁定並經檢察官提起再抗告後，被告之母親於本院亦提出委任狀，委任金玉瑩律師為代理人（委任狀上記載為辯護人）並提出表示意見狀，即可印證。第一審未使被告到場或使其有陳述意見、委任代理人、請求調查證據等機會，僅依聲請書及所附之資料，逕為沒收之裁定，於法即有未合。原裁定以第一審未於裁定前依刑事訴訟法第 455 條之 14 規定，予被告陳述意見機會，指摘第一審裁定不當，並非無據。再抗告人此部分之主張，應認為無理由。

### 三、學說評釋

⊕：最高法院之結論正確，逃亡之被告亦得委任代理人參與客體程序

- I. 於客體程序/對物訴訟，訴訟關係始於檢察官單獨宣告沒收之聲請，既以沒收財產標的為程序對象，故無相當於主體程序的被告可言，於客體程序，系爭財產標的之所有人或事實上支配處分權人，都是第三人，其公法關係，屬於財產可能受干預之人。依我國沒收程序新法，其程序保障規格比照主體程序之沒收參與人（§455-37 準用 §§455-12~）。

- II. 客體程序所稱被告，其實是指「如果開啟主體程序」，該程序主體對象。在主體程序因被告潛逃海外而無法追訴，或追訴中被告棄保潛逃海外之情形，相較於「被告死亡」或「無責任能力」等較無疑亦之情形，此種肇因於「可歸責於被告之事由」情況，被告可否於潛逃海外同時，於客體程序委任代理人主張其程序權利，似有疑問。
- III. 刑§40 之單獨宣告沒收立法理由，僅在強調「法院得不待其到庭逕為沒收與否之裁判」，即強調單獨宣告沒收不受禁止被告缺席審判原則之限制而已，而非一概否定其參與客體程序之權利。且制訂在後的沒收程序法，單獨宣告沒收程序受干預人之權利保障，已於§455-37 明文準用第三人參與規定，包含聽審權及救濟權等，不可能以制訂在先的刑法立法理由，否定制訂在後的刑訴法的明文規定。
- IV. 是故，縱屬潛逃海外規避刑事本案追訴的行為人，依法亦得於客體程序委任代理人參與單獨宣告沒收程序，主張權利。立法者未因被告規避主體訴訟的追訴，即剝奪其於客體訴訟的程序保障。