

肆

兩岸法制評論



得月樓 / 童清勝
金門縣國家公園管理處提供

海滄法院臺商陪審員參審的 制度設計與成效分析

薛永慧

壹、前言

貳、大陸人民陪審制度的歷史與現狀

- 一、人民陪審制度的歷史沿革
- 二、人民陪審制度的運行現狀
- 三、存在的問題及各地的改革舉措

參、廈門市海滄法院的臺商陪審員制度

- 一、臺商陪審員制度的創設與依據
- 二、海滄法院選任臺商陪審員的必要性
- 三、海滄法院臺商陪審員制度設計
- 四、海滄法院臺商陪審員制度的運行效果
- 五、臺商陪審員制度存在的不足

肆、結語

共同審理案件，既認定事實又決定法律適用的制度。有些國家和地區對陪審制度又有所創新，日本創設的裁判員制度就是前述兩種陪審模式的混合體。而臺灣地區試行的是觀審制度，觀審團的評議意見僅供法庭參考。我國大陸的人民陪審員制度，是具有中國特色的司法制度，傳承自蘇聯，與歐陸的參審制度類似，雖名為陪審制實為參審制，下文稱其為人民陪審制。

我國大陸的人民陪審制度幾經興廢，於 2004 年重新獲得高度重視。近年來各地法院在執行人民陪審制度方面進行了多種嘗試。有的法院在二審中適用陪審制，有的邀請人大代表、政協委員等組成“陪審團”參審並就案件的定罪量刑問題發表意見，有的將陪審員名額分配到每個村，有的組成農民工陪審團，有的聘請專家陪審員。而福建法院則結合涉台案件的審判需要，首創了吸收台商擔任人民陪審員參與案件審理和調解的制度。2009 年 8 月，福建漳州法院率先選任台商擔任人民陪審員（以下簡稱為臺胞陪審員），福建高級法院於 2011 年 11 月決定在全省範圍內全面推行臺胞陪審制度，廈門市海滄法院在集中管轄全市涉台案件後也選任了 10 位台商精英擔任人民陪審員。

對於福建法院的做法，人們可能會問：在中國大陸任命臺灣地區居民為人民陪審員是否有法律依據？臺胞陪審員參與涉台案件的具體制度設計為何？臺胞陪審員參與涉台案件審理和調解的成效如何，還存在哪些問題？等等。本文將從我國人民陪審制度入

壹、前言

陪審制度古已有之，古希臘著名哲學家蘇格拉底就是被雅典 500 人組成的陪審法庭判處死刑的。到了近代，陪審制度分化為陪審團制和參審制。一定數量的普通公民組成的陪審團參與案件審判並決定事實問題，而由法官決定法律適用的制度，就是陪審團制。現代陪審團制度源於英國，並隨著大英帝國在世界範圍的殖民擴張而廣泛傳播。但現今英國本土已沒有大陪審團了，小陪審團的適用範圍也越來越窄，現在仍完整保留大陪審團和小陪審團制度的是美國。德國曾試圖移植英國模式的陪審制度，但最終運行的是參審制度，即由陪審員與法官組成合議庭



手，詳細介紹廈門海滄法院臺胞陪審員制度的具體設計、創新之處、該制度的運作成效及存在的不足等，以期為上述疑問的解答提供一個視角，並期許對完善人民陪審制度有所裨益。應臺灣地區福建高等法院金門分院檢察署邢泰釗檢察長之稿約，匆忙完成此稿，因案頭資料匱乏，不足之處難免，望請海涵。

貳、大陸人民陪審制度的歷史與現狀

我國大陸人民陪審員制度源於前蘇聯，誕生於戰火紛飛的戰爭年代。由於立法者對人民陪審制度的功能定位主要在於實現“司法民主化”這一政治功能，故我國大陸的人民陪審制度兼具政治色彩與司法色彩。我國人民陪審員制度是人民法院弘揚司法民主、促進司法公開、保障司法公正、增強司法公信的重要司法制度，是人民群眾當家作主、依法參與國家事務管理的重要形式。人民陪審制體現了審判權來源於人民、服務於人民、受人民監督的根本屬性。

一、人民陪審制度的歷史沿革

中國的陪審制度雖肇始於清朝，但舊中國內憂外患的殘酷現狀導致中國法制建設舉步維艱，公民權與司法權無法得到有力保障，陪審制也成了一紙空文。新中國成立後，在中國共產黨的領導下，以抗戰時期根據地陪審制度建設經驗為基礎，1951年《人民法院暫行組織條例》規定了人民陪審制度。1954年憲法將其確認為一項憲法制度，在第75條明確規定：“人民法院審判案件依照法律實行人民陪審員制度。”把陪審制納入根本大法，反映出對人民參與司法、人民當家作主這一民主形式的高度重視。1960年代起人民陪審制名存實亡，並經1975年、1978年、1982年三部憲法興廢，至今未能恢復其在憲法中的地位。1983年《人民法院組織法》

保留了人民陪審員與法官組成合議庭審理案件的制度，但法院有靈活選擇適用該制度的權力。2004年8月28日，十屆全國人大常委會第十一次會議通過了《關於完善人民陪審員制度的決定》（下稱《決定》），規定人民陪審員由基層法院院長提請同級人大任命，除不能擔任審判長外，享有與法官同等權利，任期五年。《決定》明確規定了人民陪審員的性質、地位、職責、選任、權利和義務等內容。《決定》的實施對豐富和發展我國人民陪審制度，推進司法民主，促進司法公正，具有十分重要的意義。《決定》的實施標誌著我國人民陪審制度進入了一個新的發展時期。

二、人民陪審制度的運行現狀

《決定》的實施大大促進了我國人民陪審制的發展，使人民陪審員制進入一個全面發展的階段。具體而言，自《決定》實施後，我國人民陪審制度在以下方面取得了進步：

（一）人民陪審制度本質屬性日益顯現

《決定》實施後，最高人民法院大力推行人民陪審制，各級法院全面實施這一制度，人民群眾積極自薦或由所在單位推薦擔任陪審員，參審量大幅度提升。我國人民陪審員制度全面實施，使越來越多的人民群眾直接參與審判活動，依法行使公民的民主權利，對人民法院審判工作給予了有力支援，充分體現了審判權來源於人民、服務於人民、受人民監督的根本屬性。據統計，《決定》實施8年來，全國人民陪審員參加審理案件共計803.4萬人次，其中2012年參加審理案件人次是2006年的3.8倍。全國人民陪審員參審案件總數共計628.9萬件，其中刑事案件176.4萬件、民事案件429.8萬件、行政案件22.7萬件。全國人民陪審員參加審理的案件比例逐年提高，2013年上半年全國法院審理的一審普通程式案件陪審率已達71.7%，比2006年



提高了 52%。¹ 海滄法院的普通程式案件實現了約 98% 的陪審率。

（二）人民陪審員來源更加廣泛

我國人民陪審員隊伍逐年壯大，選任管道不斷拓寬，人民群眾參加陪審工作的權利得到充分保障。全國各地現有人民陪審員 8.7 萬人，比 2006 年增加 3.1 萬人，增長幅度為 55%，人民陪審員總數已超過基層人民法院法官的二分之一。各地法院堅持組織推薦和個人申請相結合，規範選任程式，豐富選任方式，既廣泛邀請人大代表、政協委員、專家學者以及社區工作者參加陪審工作，也注重提高普通群眾代表所占比例，不斷優化人民陪審員隊伍結構。²

（三）人民陪審制運作機制不斷完善

為了使人民陪審員適應陪審工作，最高人民法院與司法部聯合制定了《關於人民陪審員選任、培訓、考核工作的實施意見》，組織編寫《人民陪審員培訓教材》，積極指導各地法院開展人民陪審員選任、培訓工作。最高人民法院還專門制定《關於人民陪審員管理辦法（試行）》、《關於人民陪審員參加審判活動若干問題的規定》、《關於進一步加強和推進人民陪審員工作的若干意見》等規範性檔和司法解釋，建立人民陪審員培訓、參審、管理機制。為了保障人民陪審員履職，最高人民法院與財政部聯合制定了《關於人民陪審員經費管理有關問題的通知》，對人民陪審員參審工作進行費用補貼。各地法院普遍實行“分類隨機抽取”陪審員參審等做法，細化陪審案件合議規則，完善執行資

訊系統，保證人民陪審員全部接受任職培訓，具備依法履職能力，在陪審工作中充分發揮作用。³

（四）人民陪審制運行效果良好

陪審員在實踐中作用明顯。第一，調解作用突出。各地法院採取分案件類型選擇陪審員、從人民調解員中選任陪審員、選任專業技術人員充當陪審員、加強陪審員調解技能培訓、陪審員獨自主持庭前調解等多種措施，多數陪審案件做到調解結案、案結事了。第二，專門領域案件中陪審員作用比較突出。各地紛紛在智慧財產權、勞動糾紛、婦女兒童權益、未成年犯罪等案件中聘請專家充當陪審員，既彌補了法官知識的不足，也促進了糾紛的妥善解決。第三，陪審員功能得到擴展，尤其表現為參與執行。⁴

三、存在的問題及各地的改革舉措

雖然人民陪審制運作效果良好，但在實際運作中也存在一些不容忽視的問題。在陪審員的選任與履職方面，存在的問題有：陪審員選任範圍的限定性與民主的廣泛性之間存在衝突，陪審員的代表性有待改善；陪審員“本職”工作與陪審工作存在協調上的困難，該不該有“專職陪審”存有爭議；法院對陪審員的遴選有審查權和提名權、對陪審員的經濟補償和教育培訓由人民法院提供等容易造成法院對人民陪審員的控制；某些陪審員對陪審的價值認同以及自信度不高。在陪審員陪審方面，存在的主要問題包括：陪審員在能力、經驗和法律知識等方面的欠缺導致“陪而不審”與“審而不議”；職業法

1. 最高人民法院周強院長于 2013 年 10 月 22 日在第十二屆全國人民代表大會常務委員會第五次會議上所作的《最高人民法院關於人民陪審員決定執行和人民陪審員工作情況的報告》。

2. 同上。

3. 同上。

4. 彭小龍：“人民陪審員制度的復蘇與實踐：1998-2010”，載《法學研究》2011 年第 1 期。

官在法律知識、審判經驗等方面的優勢使其排斥陪審員與其分享審判權，從而通過各種方式使陪審流於形式。在陪審制的運作效果方面，存在的問題有：當事人對陪審員的信任度較低；有些地方對人民陪審員的培訓尤其是法律方面的培訓的強化導致人民陪審員反映民意指向、監督法律實施的功能弱化；人民陪審員的任期過長，可能異化為“職業法官”或大調解環境下的專職調解員。⁵

針對這些問題，我國不少法院在實踐中積極探索應對之策。一方面，很多法院希望通過創新人民陪審員陪審模式解決以上問題。2010年1月12日上午，陝西省隴縣法院邀請機關團體、企事業單位、基層組織、案發地的人大、政協的代表11人組成“陪審團”坐上審判台。庭後，11名陪審團成員就案件事實認定、法律適用、裁判尺度等涉案問題充分發表了意見。⁶這是一種將民意引入審判的方式，這個陪審團恰如美國著名的“法庭之友”，類似於臺灣地區的觀審團。2010年5月，河南省鶴壁市中級法院首次在刑事二審開庭適用人民陪審制，在隨後的六個月裡陪審團參審7個案件。⁷2013年9月24日，陝西省清澗法院邀請由社會各界公民代表共七人組成的人民陪審團，公開審理一起保險合同糾紛案。⁸

另一方面，在推進人民陪審員選任的廣泛

性方面，各地法院在具體實踐中出現了一些具有特色的選任“樣本”。如以分類“隨機抽取”人民陪審員參加案件審理為基礎，由懂得專業技術的專家擔任陪審員進行案件審理，更有助於正確認定事實、適用法律、作出公正判決，有利於增強司法權威、增加裁判的可接受性。許多法院在人民陪審員選任中通過電視臺、報紙等媒體號召符合條件的公民自薦或通過所在單位推薦參與選任。河南孟州法院推出“一村一陪審員”的做法。⁹河南開封法院曾聘任13名農民工擔任陪審員，頒發“農民工陪審員”任命書，希望利用他們在民間的影響力，將訴訟消除在萌芽狀態，減輕法院的壓力。農民工陪審員不僅參與審判活動，還要做調解員、宣傳員。¹⁰福建高院發文要求有關涉台案件較多的法院聘請臺胞調解員和選任臺胞陪審員，以更圓滿地處理好涉台案件，促進海峽兩岸司法實務交流。

參、廈門市海滄法院的臺商陪審員制度

一、臺商陪審員制度的創設與依據

為深入貫徹落實《決定》，進一步加強和推進人民陪審工作，不斷完善人民陪審員制度，充分發揮人民法院在深入推進社會矛盾化解、社會管理創新、公正廉潔執法三項重點工作中的重要作用，最高人民法院於

5. 參見彭小龍：“人民陪審員制度的復蘇與實踐：1998-2010”，載《法學研究》2011年第1期；劉哲璋：“人民陪審制度的現狀與未來”，載《中外法學》2008年第3期。

6. 魏文武：“隴縣法院：‘陪審團’坐上了審判台”，載中國法院網，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2010/01/id/390734.shtml>。

7. 李瑜、楊柳：“鶴壁中院刑事二審開庭引入人民陪審團機制”，載中國法院網，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2010/11/id/435775.shtml>。

8. 白秀萍、白消賓：“清澗法院：人民陪審團參與案件審理 推進司法民主化進程”，載陝西省清澗縣人民法院網，<http://qxjfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=510>。

9. “孟州法院推行‘一村一陪審員’機制的調查”，載孟州網，<http://www.mengzhou.com/article-85-1.html>。

10. “河南開封法院聘任13名農民工為陪審員引發爭議”，載新浪網，<http://news.sina.com.cn/c/2007-06-01/011613124668.shtml>。



2010年6月29日制定《關於進一步加強和推進人民陪審工作的若干意見》（法發〔2010〕24號）。該《意見》第4條規定：“各基層人民法院根據本轄區案件的數量及特點、人口數量、地域面積、民族狀況，以及滿足上級人民法院從本院隨機抽取人民陪審員的需要等因素，按照人民陪審員選任名額不低於本院現任法官人數的二分之一的比例，……適當擴大人民陪審員的選任數量……”第7條規定：“在選任人民陪審員工作中，應當注意兼顧社會各階層人員的結構比例，注意吸收社會不同行業、不同職業、不同年齡、不同民族、不同性別的人員，以體現其來源的廣泛性和代表性。”

根據上述兩條規定，為增強陪審員的廣泛性和代表性，福建法院創設了選任臺胞擔任人民陪審員的制度。2009年8月，福建漳州法院首創選任臺胞擔任人民陪審員的制度，首批選任8位臺胞陪審員。截至2012年12月4日，漳州地區已任命40位元臺胞陪審員，三年來先後參審810件涉台案件。¹¹經過漳州地區兩年的試點後，福建高級人民法院於2011年11月決定在全省範圍內全面推行臺胞陪審制度。¹²廈門市海滄法院在2012年2月開始集中管轄全市涉台案件後，也選任了10位台商精英擔任人民陪審員。在二十一個月內，海滄法院共受理了各類涉台案件1508件，月均受理約70件。對於獨任法官審理的案件，海滄法院採用委託調解的方式讓臺胞陪審員參與。有約8.6%的案件適用普通程式並安排臺胞陪審員參審。2013年前10個月，海滄法院人民陪審員參審情況為：適用普通程式（即採用合議制）審結案件333件，陪審員參審

325件，陪審率約98%，臺胞陪審員參審的約130件。

臺胞陪審員制度與人民陪審員制度蘊含的促進司法民主、保障司法公正、公開的價值功能不謀而合。臺胞人民陪審員可通過充分履職，充當好審判員、調解員、宣傳員、監督員的角色，在涉台案件的調處和大陸法律政策的宣傳上起到舉足輕重的作用。通過選任臺胞參與司法審判，可以為相互衝突的利益主體提供表達利益主張、平等解決糾紛的合適平臺，可以舒緩不滿、疑慮和對抗，在弘揚司法民主，保證司法公開、公正、廉潔的同時，也增強了裁判結果的權威性和社會大眾的認同感。

二、海滄法院選任臺商陪審員的必要性

廈門與臺灣具有“地緣近、血緣親、文緣深、商緣廣、法緣久”等“五緣”優勢，廈門處在對台交流的重要位置，能夠起到內引外聯的重要作用。廈門已有三個台商投資區，其中，海滄台商投資區是大陸最早設立、最大的台商投資區。隨著海峽兩岸經濟合作框架協定的簽訂、國務院對福建“兩岸人民交流合作先行先試區域”戰略地位的明確，以及國務院對《廈門市深化兩岸交流合作綜合配套改革試驗總體方案》的正式批准，國家賦予廈門在兩岸交流合作中大膽創新、先行先試、充當“試驗田”的重任。海滄法院既然獲得集中管轄全市涉台案件的許可權，就應該根據區域特點，在台商參與司法方面採取改革舉措。

隨著眾多臺灣同胞跨越海峽到大陸探親定居、旅遊貿易及投資興業，臺灣同胞參與大陸經濟生活領域的廣度和深度都有較大發

11. 鄭良：“福建漳州：臺胞擔任人民陪審員化解涉台糾紛案件”，載新華網，http://news.xinhuanet.com/legal/2013-07/21/c_116624898.htm。

12. 羅欽文：“福建法院擬全面試行選任臺胞陪審員”，載中國新聞網，<http://www.chinanews.com/tw/2011/11-11/3453554.shtml>。



展，折射到司法領域，體現出涉台糾紛的逐年增多。據不完全統計，廈門轄區內有4000多家台企和大量的台資個體工商戶和十幾萬常住臺胞，成為台商在祖國大陸的主要聚集區之一。廈門中級法院在2011年7月份對本轄區的涉台訴訟進行調研後，估測一年的涉台民商事案件量在500件左右。實際上，海滄法院從2012年2月開始集中管轄涉台案件，當年即受理涉台民商事案件454件。而2013年前十個月，海滄法院受理各類涉台案件為1054件，且仍有大幅增長之趨勢，案件總數遠超預期。

如此多的台企、臺胞和涉台案件，使得在臺胞當中選任陪審員成為必要。首先，人民陪審員來自於人民群眾中間，具有普通人的生活智慧、良知和自然理性，吸收臺胞參審可以將臺胞的智慧和職業技巧與廈門職業法官的專業技能相融合，互相取長補短。臺胞陪審員和普通人民陪審員一樣分享法官權力、參與審判全過程，既能兼顧法律法規的硬性規定，又能在公序良俗的範圍內適當衡平。人民陪審員本著良知作出公正的判決，能夠預防法官囿於法律成見而可能出現的裁判偏差，可以減少法官偏私無端的裁決。¹³其次，從實踐情況上看，涉台案件絕大部分是民商事案件，而民商事活動具有靈活性與多變性，民商事主體會跟隨社會的發展而不斷衍生出新的民商事模式，進而產生新形式糾紛。臺胞陪審員較熟悉兩岸政策法規和風俗民情，且作為商業中資歷較深的人士，對於社會民商事活動的發展衍變有自己獨到的見解，能較深入地瞭解到新形式民商事活動發展的本質，在這一點上可與法院審判人員形成優勢互補，以其實踐經驗和商事活動上較專業的角度來為法官的裁判提供合理合情合法的依據，促進涉台訴訟糾紛妥善化解。

再次，由於兩岸在司法制度、法律文化等方面存在差異以及部分臺胞對大陸的各項制度尤其是司法制度缺乏瞭解等原因，部分臺胞有害怕在大陸訴訟及對大陸司法體制不信任的心理。在涉台案件中引入臺胞陪審員，基於“同鄉之情，同業之誼”，可以在很大程度上消除臺灣當事人的畏懼心理，增加司法程式的親和力和公信力。概言之，臺胞陪審員制度可以吸納臺胞參與到涉台案件的司法民主建設中，與法官形成互補，監督涉台案件的公平公正審理，增強涉台案件審理的透明度，提升大陸司法的公信力。

三、海滄法院臺商陪審員制度設計

（一）任免條件

為了規範和指導臺胞陪審員參審，廈門海滄法院制定了《廈門市海滄區人民法院臺胞陪審員工作規範》（以下簡稱《工作規範》）。該《工作規範》規定了臺胞陪審員選任條件：（1）具有大學專科以上文化程度；（2）年齡23周歲以上60周歲以下；（3）身體健康，公道正派，熱心參加工作；（4）在廈門投資三年或在廈門台資企業工作五年；（5）在當地具有一定社會影響；（6）沒有犯罪前科。而我國大陸人民陪審員的選任條件為：（1）擁護中華人民共和國憲法；（2）年滿二十三周歲；（3）品行良好、公道正派；（4）身體健康。擔任人民陪審員，一般應當具有大學專科以上文化程度。從二者的比較不難看出，臺胞陪審員要求是“在廈門投資三年或在廈門台資企業工作五年”的臺胞，這就包括了具有一定資歷的台商和臺灣職員。對臺胞在廈投資或工作年限進行硬性規定，既是出於對臺胞陪審員較高的要求和期待，也是考慮到臺胞陪審員要充分發揮其應有

13. 劉樹德著：《司法改革的科學觀：與德賽勒先生的法政漫談》，法律出版2010年版，第137頁。



的職能就必須要對廈門和臺灣都有較深入的瞭解且有較長時間居住在廈門。

《工作規範》第十條規定：“臺胞陪審員每年應至少參與5個涉台案件的審理，包括參加合議庭、接受本院指派調解或協調涉台案件。”第十四條規定：“無正當理由，多次拒絕參加審判活動，影響審判工作正常進行的應當免除其臺胞陪審員職務”。這兩條對臺胞陪審員的參審作出了硬性規定，避免臺胞陪審員制度流於形式，在一定程度上保障了臺胞陪審員發揮其促進司法民主、積極推進案件調解、為兩岸司法交流起溝通橋樑的作用。

根據上述選任條件，海滄法院提請任命了包括前後三任台商協會會長在內的十位臺胞擔任人民陪審員，他們均是在商界或同行業中資歷深、威望高的成功人士，是在臺胞中廣聚人緣、商緣的商業精英。基於“同鄉之情、同業之誼”，在民商事案件審理或調解過程中，臺胞陪審員可以充分向臺胞當事人講明事理，分析利害關係，緩和當事人之間的爭執，促進“案結、事了、人和”，並充當好宣傳員，使廣大臺胞瞭解大陸法律、政策，增進理解與支援，消除部分臺胞由於兩岸司法制度、法律文化等不同而害怕在大陸訴訟及消極應對大陸司法裁判的心理。

（二）參審範圍

依《工作規範》第二條的規定，除適用簡易程式審理的案件和法律另有規定的案件外，海滄法院涉台法庭以及廈門市中級人民法院涉台案件審判庭審判下列第一審案件，可以由臺胞陪審員和法官組成合議庭進行審理：（1）社會影響較大的刑事、民商事、行政案件；（2）雙方當事人都是臺胞或者台資企業的民商事案件；（3）刑事案件被告人、民事案件原告或者被告、行政案件原告申請由臺胞陪審員參加合議庭審判的案件。上述規定中的刑事、行政

案件，對於海滄法院而言原本指的是海滄法院轄區內的相應案件。後因涉台法庭運行效果非常好，在幾位臺胞陪審員的積極倡議之下，上級法院又將全廈門市的涉台刑事和行政案件指定海滄法院管轄。此外，廈門海事法院沒有選任陪審員，故海滄法院選任的臺胞陪審員還有陪審海事案件的職責。對於參審方式，《工作規範》規定了參與普通程式案件的審判全過程和接受法院委託對簡易程式案件進行調解兩種方式。

《工作規範》規定，雙方當事人都是臺胞或者台資企業的民商事第一審案件，必須由臺胞陪審員和法官組成合議庭進行審理。即《工作規範》對臺胞陪審員參與雙方當事人都是臺胞或者台資企業的民商事案件做出了強制性規定。這一規定體現了對臺胞利益的充分考慮，目的在於通過臺胞的參與，消除由於兩岸在法律文化、法律傳統、司法制度中存在差別而使臺胞不敢、不願在大陸法院進行訴訟的顧慮。由於臺胞陪審員具有先天的“同鄉、同業”的優勢，且在台商之中享有較高的威望，因此在臺胞陪審員參審或參與調解的情況下，更易使臺胞產生信任感，進而願意在大陸法院進行訴訟並認可裁判結果。

（三）履職保障

在參審費用支出上，《工作規範》第十五條規定：“臺胞陪審員因參加審判活動而支出的交通、就餐等費用，由本院給予補助，按季度支付。臺胞陪審員參加審判活動期間，所在單位不得克扣或者變相克扣其工資、獎金及其他福利待遇。”這一規定在物質上給予了臺胞陪審員足夠的保障，為臺胞陪審員更好地履行其應有職責奠定基礎。值得一提的是，雖然臺胞陪審員依法可以獲得一些微薄的經費補助，但他們均拒絕受領補助，一致表示將應得補助捐獻出來，在海滄法院設立一個基金



資助家庭破裂的婦女兒童。

在參審的程式保障上,《工作規範》第十一條規定:“涉台法庭法官、書記員應當及時以電話、傳真、電子郵件等方式通知有關臺胞陪審員或者其指定的聯絡人有關組成合議庭資訊、案件基本資訊;通知臺胞陪審員閱卷、參加庭審或調解、評議案件、宣判等;根據臺胞陪審員的要求將起訴狀、答辯狀、證據清單及主要證據提交給臺胞陪審員。”這項規定使臺胞陪審員能夠在庭審前期瞭解熟悉案情,在庭審中充分發揮其職能,對案件的審理結果發表自己非專業但符合社情民意、公序良俗、普通民眾意願的意見。如此,通過普通民眾的自然理性與法官技藝理性的融合,可以矯正職業法官的偏頗,並為疑難案件的裁判引入民智,實現裁判的可接受性。

此外,海滄法院還定期組織臺胞陪審員參與本院或者上級法院舉辦的業務培訓,兩名臺胞陪審員將於今年11月下旬到福州接受為期五天的業務培訓。陪審有助於提升臺胞陪審員的履職能力,明確履職內容,強化履職紀律,增強履職神聖感和使命感。

(四) 業務會議制度

海滄法院涉台法庭不定期組織召開業務會議,向臺胞陪審員通報涉台案件審理概況及陪審員參審情況,組織臺胞陪審員對涉臺灣當事人、台資企業且具有普遍影響力的典型案件的事實、法律問題進行集體討論,討論的多數意見可作為法院辦理相關涉台案件的重要參考。例如,海滄法院審理一起員工訴所在台資企業侵權糾紛案,員工在尾牙宴上喝酒,之後醉駕並發生致人死亡的交通事故,員工賠償死者60萬元後起訴企業請求分擔30%的損失。海滄法院既詢問了三位法學專家意見,也召開業務會議集體討論。多數法學專家認為員工的損失與企業招待喝酒之間的因果關係太遙遠,臺胞陪審員也一致認為企業的

責任不能無限制擴張。參考專家和臺胞陪審員的意見,法院駁回了原告訴訟請求,原告也服從判決。對於雙方當事人都是臺灣人或台資企業的,海滄法院還徵求臺胞陪審員關於臺灣地區處理類似案件的做法。這些做法是為辦理好案件集思廣益,保證涉台案件審判品質。

(五) 多元調解機制

海滄法院還聘請了七位台商調解員,與10位當然具有調解權力的臺胞陪審員以及台辦、司法局、台商協會的調解組織,共同構建起涉台糾紛調解網路,形成多方參與的涉台矛盾糾紛解決機制。對涉案當事人均為臺胞或台資企業的案件,適時委託台商協會等調解機構進行調解,對調解不成的,及時依法裁判,實現涉台案件的訴調無縫對接。對於簡易程式案件,可視具體情況,個案委託臺胞陪審員進行調解。甚至還有部分案件的當事人主動要求臺胞陪審員參與案件調處。海滄法院2012年的涉台案件調解撤訴率超過80%,至今涉台案件調撤率也保持在普通案件的平均調撤水準之上。這與調解網路的高效運行、臺胞陪審員的積極參與密不可分。

四、海滄法院臺商陪審員制度的運行效果

臺商陪審制在海滄法院推行後取得了較好的效果,具體表現為:

(一) 各種司法新舉措增強了台商對大陸司法的認同感

海滄法院定期舉行業務會議,臺胞陪審員在參加該會議的前期,會注重更多地與其他臺胞進行溝通,在向他們進行大陸司法宣傳的同時,充分聽取他們在實際經營中較易遇到的民商事紛爭和大陸司法實踐可能給他們帶來的一些不便,在對這些回饋的情況進行整理後於業務會議上提出,結合諸位臺胞陪審員和審判員的各自專業知識和實踐經驗,探討出解決之道。對於



法院的裁判意見，臺胞陪審員也利用召開台商協會理事會會議的機會向全體會員宣講。同時，海滄法院與臺胞陪審員的配合，通過發放問卷手冊，解答台企法律困惑。通過發放調查問卷、主動走訪送法等方式，瞭解台資企業管理制度、用工狀況等情況，瞭解台企經營困難，提供詳細的法律諮詢和指導，並介紹集中管轄和涉台法庭開展工作情況。也會接受臺胞陪審員的邀請，到台資企業做法律風險防範的講座。下一步，海滄法院將應臺胞陪審員的要求，對典型涉台案件進行經驗總結，並作為經驗教訓提供給台企，以減少台商經營風險。

通過在涉台案件中的不斷司法實踐和臺胞及台商的諸多回饋，我院在訴訟保全方面針對台商進行了一定的靈活處理，完善和出臺司法便民利民新舉措。例如，對有的台商申請訴訟保全但又無法提供財產擔保的，我們採取靈活措施，以證據保全的方式代替；對台資企業是財產保全的被申請人的，我們在依法保護財產保全申請人合法權益的同時，儘量維護台企的正常生產經營，如查封生產企業機器設備的，一般只製作查封清單、筆錄，不貼封條，以不影響其生產經營為宜。這些舉措，不僅讓台資企業看到了大陸法院對台商利益的重視，避免他們對可能出現“地方保護主義”的顧慮，增強了台商對大陸司法的認同感，提升大陸司法公信力和權威性。

（二）避免了人民陪審制度中常見的“陪而不審”等問題

如上所述，在我國司法實踐中，來自普通群眾的人民陪審員經常陷入“陪而不審、審而不議”的尷尬境遇。面對具有專業法學知識的法官，人民陪審員在心理上出於對法律權威的畏懼和內心的不自信，

在參審過程中有藏拙之意，因而經常不敢表達自己的真實想法，在參審時容易將自己置於附從者的地位，唯法官是瞻。另外，部分法官因對人民陪審員的專業能力有所質疑，對人民陪審員的參審價值未有充分認知，故常常以各種方式排斥陪審員形式審判權。

引入臺胞陪審員制度在一定程度上可以避免涉台案件中該情況的出現。由於臺胞陪審員必須在商界具有較深的資歷和較高的威望，因此他們擁有較高的社會地位。即便對大陸司法的瞭解與審判人員相比較薄弱，但他們在對臺灣地區的司法制度、法律文化的瞭解、對商業知識和商界的洞悉與掌控等方面，卻較大陸法官更有優勢。所以，無論是在心理上還是在社會地位上，臺胞陪審員都可以與審判員相抗衡。這不僅可以保證臺胞陪審員真正參與案件審理，而且也能使臺胞陪審員對法官的自由裁量和心證進行約束和監督，保障司法民主、公正，提升司法公信力。

（三）有力彰顯司法民主、司法為民理念

人民陪審員制度的價值理念之一即是通過公民參與審判程式對司法權進行有效制約，保障司法民主。陪審制度使普通民眾與職業階層分享司法權，使民意能夠流淌其中，並用人民的權力限制精英的權力，護佑著法的良性發展，體現出裁判的正當性。¹⁴ 法律條文的粗疏、缺位和剛性，可能使法律與平等、自由等法律的基本價值之間存在衝突，並刻畫出司法權冷漠、刻板、缺乏人性的形象。人們擁護人民陪審員對司法裁決的介入，很大程度上是源於情感的需求，他們恐懼司法的封閉、專斷和高高在上，寄望於作為民意代表的人民陪審員能在司法權與人民意志之間起到緩衝作

14. 鄧正來著：《中國法學向何處去》，商務印書館 2007 年版，第 264 頁。

用。¹⁵

臺胞陪審員制度的設計理念可以說是既源於此又高於此。我國大陸的法律制度、法律文化對於臺胞而言可能是近乎陌生，甚至與他們的一些價值觀和實踐操作存在巨大的出入，因而他們對在大陸進行訴訟採取十分警惕和謹慎的態度。即便是在大陸進行訴訟，但可能由於法官對兩岸之間文化差異的不知情或忽視而導致最終的裁判結果令臺胞在心理上、情感上、法理上均無法接受，嚴重降低對大陸司法裁判的認同感，減損大陸司法威信，在執行過程中臺胞也不會積極主動配合進而導致裁判文書沒有起到應有的法律宣判效果和現實執行效果，大陸公民也可能因此對法院的作為不力而頗有微詞。如此，就可能形成一個惡性循環的不利後果。

而臺胞陪審員的介入，無論在調解過程中還是在審判過程中，在心理上如給臺胞吃了一顆定心丸，讓他們認識到，參審人員中有與他們在文化、心理、情感上一脈相承的同鄉人，有可以理解他們心情的同類人，有能夠表達並傳遞他們訴求的中間人。如此就在很大程度上消除了臺胞的種種顧慮，縮短了法院涉台審判工作與臺胞當事人的心理距離，增強了涉台審判工作在涉台案件當事人心中的可信度和可接受度，為後期訴訟活動的開展奠定了良好的基礎。臺胞陪審員通過參審，不僅參與了民主自治的過程，也成了臺胞合法利益訴求的有力代言人。

（四）有效化解糾紛、促進兩岸交流與司法互信

臺胞陪審員通過充分發揮其“同鄉、

同業”的先天優勢，與海峽兩岸法院進行密切溝通交流，出面邀請臺灣地區法官前來與大陸法院法官進行學術交流，使審理涉台案件的法官更易掌握臺灣法律規定以及最新法學研究成果，在審理案件時更能接近案件之外的背景情況並知曉當事人的困難，從而使作出的裁判更貼近現狀，使法律釋明更深入人心、裁判更權威、司法公信力更深遠、訴訟調解更符合兩岸民眾不同的價值觀和利益判斷。¹⁶ 臺胞陪審員參與審判可以使判決在通達民情、反映民意、凝聚民智的條件下作出，可以實現裁判的正當性和可接受性。臺胞陪審員參審也能對涉台案件的調處起到巨大的推動作用，促進涉台案件的“案結、事了、人和”。這樣既維護了台商、臺胞的合法利益，也促進了兩岸之間公民的司法交流與互動。臺胞陪審員作為兩岸司法工作的見證者，既宣傳了大陸的司法制度與法律政策文化，又作為有效溝通的橋樑，促進了兩岸的理解與支持，提升司法互信。

五、臺商陪審員制度存在的不足

（一）臺商陪審員選任範圍過窄

海滄法院在臺胞陪審員選任資格條件上，主要考慮到涉台案件絕大部分為民商事案件，因此現階段所選任的臺胞陪審員均是在商界中具有較高威信的商業人士且均為中年男士。但我們應當看到，若僅是選任台商為臺胞陪審員難免又會犯了如我國人民陪審員制度中的“精英化陪審”的毛病。漳州地區的涉台案件沒有廈門多，卻選任了40名臺胞陪審員，這值得海滄法院借鑒。人民陪審員的要義是成為普通民

15. 歐岩峰、樂芳：“試論人民陪審制度運行的現實困境與功能強化”，載《2013年海峽兩岸司法實務研討會論文集（上）》，第180頁。

16. 吳鐘夏：“臺胞人民陪審員履職保障機制的構建及成效”，載《2013年海峽兩岸司法實務研討會論文集（上）》，第125頁。





眾的發言人，臺胞陪審員應當成為普通臺胞的代言人。臺胞不僅僅是商界人士，還可能是來自社會上各行業、各階層、各年齡段的不同性別的人員。因此，要使臺胞陪審員制度發揮其應有的代表臺胞發言和表達訴權、促進司法民主的功能，在日後應當不斷探索擴大臺胞陪審員人選的選任範圍，爭取將更多不同行業、階層和年齡段的臺胞納入其中。

（二）部分臺商陪審員至今尚未參審履職

由於海滄區人民法院目前所選任的臺胞人民陪審員均是在廈台商，這些人由於生意業務關係經常要在世界各地、兩岸之間以及大陸各地奔波，這使得他們很難有時間參審案件。雖然大部分臺胞陪審員積極參審，最多的一位一年參審超過 50 件，但也有兩位臺胞陪審員至今沒有參審記錄。因此，如前所述，應當進一步擴大臺胞陪審員的隊伍，將更多不同行業、不同階層的臺胞納入到臺胞人民陪審員的隊伍中。同時，可實行正常的臺胞陪審員退出機制或隨機選任機制，使臺胞人民陪審員的選任處於流動狀態，而非簡單地由法院主導選擇。

（三）對大陸地區當事人心理產生不良影響

事實上，在一些涉台案件的處理中，大陸地區當事人有時會對涉台法庭選任臺胞擔任陪審員產生質疑，甚至有人認為選任臺胞為陪審員實際上是專門為保護臺胞利益而設立的。由於臺胞陪審員身份的特殊性，對於大陸地區當事人產生的這種質疑我們應當理解，這也進一步提醒我們在處理涉台案件時，不能僅僅考慮到臺胞的心理及需求，也需要顧及到大陸地區當事人的相應感受。海滄法院已採取了應對措施，在部分案件中採用雙陪審員制度，安排本地普通人民陪審員與臺胞陪審員與一

名法官共同審理，甚至分工協作分別做當事人的調解工作。法官應在涉台案件的事前、事中做好及時充分的告知和說明事項，保證當事人雙方在訴訟權利義務上的對等，及時瞭解當事人雙方的相應訴求與主張，建立暢通的溝通管道，從程式上、實體上、情感上、心理上打消大陸地區當事人的質疑。我們也可以積極探索組成由普通人民陪審員和臺胞人民陪審員共同參加的合議庭，用多種方式促進涉台案件的圓滿解決。

肆、結語

福建法院創設的臺胞陪審員制度是我國法院涉台案件審判實踐探索和制度創新的一種，其目的是通過臺胞人民陪審員參與涉台案件的審理和調解，強化司法公開，保障司法中立，推進司法民主，宣傳普及海峽兩岸司法文化，加強兩岸的溝通與融合。海滄法院臺胞陪審員參審的實踐證明了此制度在增進臺灣當事人對大陸司法制度的瞭解和信任、促進糾紛解決、實現司法民主、加強溝通和交流方面成效顯著。但臺胞陪審制畢竟還處於初創和摸索階段，此制度的長期效應如何還有待觀察，制度運行的保障機制和評價機制還有待建構，制度的完善仍需要投注心力。希望本文能增進社會對臺胞陪審制的瞭解與關注，以集社會之力促進此制度的發展與完善。

（作者薛永慧為廈門大學臺灣研究院法律所助理教授）

（本文感謝廈門市司法機關鼎力協助）

海滄法院臺商陪審員參審的 制度設計與成效分析

薛永慧

壹、前言

貳、大陸人民陪審制度的歷史與現狀

- 一、人民陪審制度的歷史沿革
- 二、人民陪審制度的運行現狀
- 三、存在的問題及各地的改革舉措

參、廈門市海滄法院的臺商陪審員制度

- 一、臺商陪審員制度的創設與依據
- 二、海滄法院選任臺商陪審員的必要性
- 三、海滄法院臺商陪審員制度設計
- 四、海滄法院臺商陪審員制度的運行效果
- 五、臺商陪審員制度存在的不足

肆、結語

共同審理案件，既認定事實又決定法律適用的制度。有些國家和地區對陪審制度又有所創新，日本創設的裁判員制度就是前述兩種陪審模式的混合體。而臺灣地區試行的是觀審制度，觀審團的評議意見僅供法庭參考。我國大陸的人民陪審員制度，是具有中國特色的司法制度，傳承自蘇聯，與歐陸的參審制度類似，雖名為陪審制實為參審制，下文稱其為人民陪審制。

我國大陸的人民陪審制度幾經興廢，於 2004 年重新獲得高度重視。近年來各地法院在執行人民陪審制度方面進行了多種嘗試。有的法院在二審中適用陪審制，有的邀請人大代表、政協委員等組成“陪審團”參審並就案件的定罪量刑問題發表意見，有的將陪審員名額分配到每個村，有的組成農民工陪審團，有的聘請專家陪審員。而福建法院則結合涉台案件的審判需要，首創了吸收台商擔任人民陪審員參與案件審理和調解的制度。2009 年 8 月，福建漳州法院率先選任台商擔任人民陪審員（以下簡稱為臺胞陪審員），福建高級法院於 2011 年 11 月決定在全省範圍內全面推行臺胞陪審制度，廈門市海滄法院在集中管轄全市涉台案件後也選任了 10 位台商精英擔任人民陪審員。

對於福建法院的做法，人們可能會問：在中國大陸任命臺灣地區居民為人民陪審員是否有法律依據？臺胞陪審員參與涉台案件的具體制度設計為何？臺胞陪審員參與涉台案件審理和調解的成效如何，還存在哪些問題？等等。本文將從我國人民陪審制度入

壹、前言

陪審制度古已有之，古希臘著名哲學家蘇格拉底就是被雅典 500 人組成的陪審法庭判處死刑的。到了近代，陪審制度分化為陪審團制和參審制。一定數量的普通公民組成的陪審團參與案件審判並決定事實問題，而由法官決定法律適用的制度，就是陪審團制。現代陪審團制度源於英國，並隨著大英帝國在世界範圍的殖民擴張而廣泛傳播。但現今英國本土已沒有大陪審團了，小陪審團的適用範圍也越來越窄，現在仍完整保留大陪審團和小陪審團制度的是美國。德國曾試圖移植英國模式的陪審制度，但最終運行的是參審制度，即由陪審員與法官組成合議庭



手，詳細介紹廈門海滄法院臺胞陪審員制度的具體設計、創新之處、該制度的運作成效及存在的不足等，以期為上述疑問的解答提供一個視角，並期許對完善人民陪審制度有所裨益。應臺灣地區福建高等法院金門分院檢察署邢泰釗檢察長之稿約，匆忙完成此稿，因案頭資料匱乏，不足之處難免，望請海涵。

貳、大陸人民陪審制度的歷史與現狀

我國大陸人民陪審員制度源於前蘇聯，誕生於戰火紛飛的戰爭年代。由於立法者對人民陪審制度的功能定位主要在於實現“司法民主化”這一政治功能，故我國大陸的人民陪審制度兼具政治色彩與司法色彩。我國人民陪審員制度是人民法院弘揚司法民主、促進司法公開、保障司法公正、增強司法公信的重要司法制度，是人民群眾當家作主、依法參與國家事務管理的重要形式。人民陪審制體現了審判權來源於人民、服務於人民、受人民監督的根本屬性。

一、人民陪審制度的歷史沿革

中國的陪審制度雖肇始於清朝，但舊中國內憂外患的殘酷現狀導致中國法制建設舉步維艱，公民權與司法權無法得到有力保障，陪審制也成了一紙空文。新中國成立後，在中國共產黨的領導下，以抗戰時期根據地陪審制度建設經驗為基礎，1951年《人民法院暫行組織條例》規定了人民陪審制度。1954年憲法將其確認為一項憲法制度，在第75條明確規定：“人民法院審判案件依照法律實行人民陪審員制度。”把陪審制納入根本大法，反映出對人民參與司法、人民當家作主這一民主形式的高度重視。1960年代起人民陪審制名存實亡，並經1975年、1978年、1982年三部憲法興廢，至今未能恢復其在憲法中的地位。1983年《人民法院組織法》

保留了人民陪審員與法官組成合議庭審理案件的制度，但法院有靈活選擇適用該制度的權力。2004年8月28日，十屆全國人大常委會第十一次會議通過了《關於完善人民陪審員制度的決定》（下稱《決定》），規定人民陪審員由基層法院院長提請同級人大任命，除不能擔任審判長外，享有與法官同等權利，任期五年。《決定》明確規定了人民陪審員的性質、地位、職責、選任、權利和義務等內容。《決定》的實施對豐富和發展我國人民陪審制度，推進司法民主，促進司法公正，具有十分重要的意義。《決定》的實施標誌著我國人民陪審制度進入了一個新的發展時期。

二、人民陪審制度的運行現狀

《決定》的實施大大促進了我國人民陪審制的發展，使人民陪審員制進入一個全面發展的階段。具體而言，自《決定》實施後，我國人民陪審制度在以下方面取得了進步：

（一）人民陪審制度本質屬性日益顯現

《決定》實施後，最高人民法院大力推行人民陪審制，各級法院全面實施這一制度，人民群眾積極自薦或由所在單位推薦擔任陪審員，參審量大幅度提升。我國人民陪審員制度全面實施，使越來越多的人民群眾直接參與審判活動，依法行使公民的民主權利，對人民法院審判工作給予了有力支援，充分體現了審判權來源於人民、服務於人民、受人民監督的根本屬性。據統計，《決定》實施8年來，全國人民陪審員參加審理案件共計803.4萬人次，其中2012年參加審理案件人次是2006年的3.8倍。全國人民陪審員參審案件總數共計628.9萬件，其中刑事案件176.4萬件、民事案件429.8萬件、行政案件22.7萬件。全國人民陪審員參加審理的案件比例逐年提高，2013年上半年全國法院審理的一審普通程式案件陪審率已達71.7%，比2006年



提高了 52%。¹ 海滄法院的普通程式案件實現了約 98% 的陪審率。

（二）人民陪審員來源更加廣泛

我國人民陪審員隊伍逐年壯大，選任管道不斷拓寬，人民群眾參加陪審工作的權利得到充分保障。全國各地現有人民陪審員 8.7 萬人，比 2006 年增加 3.1 萬人，增長幅度為 55%，人民陪審員總數已超過基層人民法院法官的二分之一。各地法院堅持組織推薦和個人申請相結合，規範選任程式，豐富選任方式，既廣泛邀請人大代表、政協委員、專家學者以及社區工作者參加陪審工作，也注重提高普通群眾代表所占比例，不斷優化人民陪審員隊伍結構。²

（三）人民陪審制運作機制不斷完善

為了使人民陪審員適應陪審工作，最高人民法院與司法部聯合制定了《關於人民陪審員選任、培訓、考核工作的實施意見》，組織編寫《人民陪審員培訓教材》，積極指導各地法院開展人民陪審員選任、培訓工作。最高人民法院還專門制定《關於人民陪審員管理辦法（試行）》、《關於人民陪審員參加審判活動若干問題的規定》、《關於進一步加強和推進人民陪審員工作的若干意見》等規範性檔和司法解釋，建立人民陪審員培訓、參審、管理機制。為了保障人民陪審員履職，最高人民法院與財政部聯合制定了《關於人民陪審員經費管理有關問題的通知》，對人民陪審員參審工作進行費用補貼。各地法院普遍實行“分類隨機抽取”陪審員參審等做法，細化陪審案件合議規則，完善執行資

訊系統，保證人民陪審員全部接受任職培訓，具備依法履職能力，在陪審工作中充分發揮作用。³

（四）人民陪審制運行效果良好

陪審員在實踐中作用明顯。第一，調解作用突出。各地法院採取分案件類型選擇陪審員、從人民調解員中選任陪審員、選任專業技術人員充當陪審員、加強陪審員調解技能培訓、陪審員獨自主持庭前調解等多種措施，多數陪審案件做到調解結案、案結事了。第二，專門領域案件中陪審員作用比較突出。各地紛紛在智慧財產權、勞動糾紛、婦女兒童權益、未成年犯罪等案件中聘請專家充當陪審員，既彌補了法官知識的不足，也促進了糾紛的妥善解決。第三，陪審員功能得到擴展，尤其表現為參與執行。⁴

三、存在的問題及各地的改革舉措

雖然人民陪審制運作效果良好，但在實際運作中也存在一些不容忽視的問題。在陪審員的選任與履職方面，存在的問題有：陪審員選任範圍的限定性與民主的廣泛性之間存在衝突，陪審員的代表性有待改善；陪審員“本職”工作與陪審工作存在協調上的困難，該不該有“專職陪審”存有爭議；法院對陪審員的遴選有審查權和提名權、對陪審員的經濟補償和教育培訓由人民法院提供等容易造成法院對人民陪審員的控制；某些陪審員對陪審的價值認同以及自信度不高。在陪審員陪審方面，存在的主要問題包括：陪審員在能力、經驗和法律知識等方面的欠缺導致“陪而不審”與“審而不議”；職業法

1. 最高人民法院周強院長于 2013 年 10 月 22 日在第十二屆全國人民代表大會常務委員會第五次會議上所作的《最高人民法院關於人民陪審員決定執行和人民陪審員工作情況的報告》。

2. 同上。

3. 同上。

4. 彭小龍：“人民陪審員制度的復蘇與實踐：1998-2010”，載《法學研究》2011 年第 1 期。

官在法律知識、審判經驗等方面的優勢使其排斥陪審員與其分享審判權，從而通過各種方式使陪審流於形式。在陪審制的運作效果方面，存在的問題有：當事人對陪審員的信任度較低；有些地方對人民陪審員的培訓尤其是法律方面的培訓的強化導致人民陪審員反映民意指向、監督法律實施的功能弱化；人民陪審員的任期過長，可能異化為“職業法官”或大調解環境下的專職調解員。⁵

針對這些問題，我國不少法院在實踐中積極探索應對之策。一方面，很多法院希望通過創新人民陪審員陪審模式解決以上問題。2010年1月12日上午，陝西省隴縣法院邀請機關團體、企事業單位、基層組織、案發地的人大、政協的代表11人組成“陪審團”坐上審判台。庭後，11名陪審團成員就案件事實認定、法律適用、裁判尺度等涉案問題充分發表了意見。⁶這是一種將民意引入審判的方式，這個陪審團恰如美國著名的“法庭之友”，類似於臺灣地區的觀審團。2010年5月，河南省鶴壁市中級法院首次在刑事二審開庭適用人民陪審制，在隨後的六個月裡陪審團參審7個案件。⁷2013年9月24日，陝西省清澗法院邀請由社會各界公民代表共七人組成的人民陪審團，公開審理一起保險合同糾紛案。⁸

另一方面，在推進人民陪審員選任的廣泛

性方面，各地法院在具體實踐中出現了一些具有特色的選任“樣本”。如以分類“隨機抽取”人民陪審員參加案件審理為基礎，由懂得專業技術的專家擔任陪審員進行案件審理，更有助於正確認定事實、適用法律、作出公正判決，有利於增強司法權威、增加裁判的可接受性。許多法院在人民陪審員選任中通過電視臺、報紙等媒體號召符合條件的公民自薦或通過所在單位推薦參與選任。河南孟州法院推出“一村一陪審員”的做法。⁹河南開封法院曾聘任13名農民工擔任陪審員，頒發“農民工陪審員”任命書，希望利用他們在民間的影響力，將訴訟消除在萌芽狀態，減輕法院的壓力。農民工陪審員不僅參與審判活動，還要做調解員、宣傳員。¹⁰福建高院發文要求有關涉台案件較多的法院聘請臺胞調解員和選任臺胞陪審員，以更圓滿地處理好涉台案件，促進海峽兩岸司法實務交流。

參、廈門市海滄法院的臺商陪審員制度

一、臺商陪審員制度的創設與依據

為深入貫徹落實《決定》，進一步加強和推進人民陪審工作，不斷完善人民陪審員制度，充分發揮人民法院在深入推進社會矛盾化解、社會管理創新、公正廉潔執法三項重點工作中的重要作用，最高人民法院於

5. 參見彭小龍：“人民陪審員制度的復蘇與實踐：1998-2010”，載《法學研究》2011年第1期；劉哲璋：“人民陪審制度的現狀與未來”，載《中外法學》2008年第3期。

6. 魏文武：“隴縣法院：‘陪審團’坐上了審判台”，載中國法院網，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2010/01/id/390734.shtml>。

7. 李瑜、楊柳：“鶴壁中院刑事二審開庭引入人民陪審團機制”，載中國法院網，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2010/11/id/435775.shtml>。

8. 白秀萍、白消賓：“清澗法院：人民陪審團參與案件審理 推進司法民主化進程”，載陝西省清澗縣人民法院網，<http://qxjfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=510>。

9. “孟州法院推行‘一村一陪審員’機制的調查”，載孟州網，<http://www.mengzhou.com/article-85-1.html>。

10. “河南開封法院聘任13名農民工為陪審員引發爭議”，載新浪網，<http://news.sina.com.cn/c/2007-06-01/011613124668.shtml>。



2010年6月29日制定《關於進一步加強和推進人民陪審工作的若干意見》（法發〔2010〕24號）。該《意見》第4條規定：“各基層人民法院根據本轄區案件的數量及特點、人口數量、地域面積、民族狀況，以及滿足上級人民法院從本院隨機抽取人民陪審員的需要等因素，按照人民陪審員選任名額不低於本院現任法官人數的二分之一的比例，……適當擴大人民陪審員的選任數量……”第7條規定：“在選任人民陪審員工作中，應當注意兼顧社會各階層人員的結構比例，注意吸收社會不同行業、不同職業、不同年齡、不同民族、不同性別的人員，以體現其來源的廣泛性和代表性。”

根據上述兩條規定，為增強陪審員的廣泛性和代表性，福建法院創設了選任臺胞擔任人民陪審員的制度。2009年8月，福建漳州法院首創選任臺胞擔任人民陪審員的制度，首批選任8位臺胞陪審員。截至2012年12月4日，漳州地區已任命40位元臺胞陪審員，三年來先後參審810件涉台案件。¹¹經過漳州地區兩年的試點後，福建高級人民法院於2011年11月決定在全省範圍內全面推行臺胞陪審制度。¹²廈門市海滄法院在2012年2月開始集中管轄全市涉台案件後，也選任了10位台商精英擔任人民陪審員。在二十一個月內，海滄法院共受理了各類涉台案件1508件，月均受理約70件。對於獨任法官審理的案件，海滄法院採用委託調解的方式讓臺胞陪審員參與。有約8.6%的案件適用普通程式並安排臺胞陪審員參審。2013年前10個月，海滄法院人民陪審員參審情況為：適用普通程式（即採用合議制）審結案件333件，陪審員參審

325件，陪審率約98%，臺胞陪審員參審的約130件。

臺胞陪審員制度與人民陪審員制度蘊含的促進司法民主、保障司法公正、公開的價值功能不謀而合。臺胞人民陪審員可通過充分履職，充當好審判員、調解員、宣傳員、監督員的角色，在涉台案件的調處和大陸法律政策的宣傳上起到舉足輕重的作用。通過選任臺胞參與司法審判，可以為相互衝突的利益主體提供表達利益主張、平等解決糾紛的合適平臺，可以舒緩不滿、疑慮和對抗，在弘揚司法民主，保證司法公開、公正、廉潔的同時，也增強了裁判結果的權威性和社會大眾的認同感。

二、海滄法院選任臺商陪審員的必要性

廈門與臺灣具有“地緣近、血緣親、文緣深、商緣廣、法緣久”等“五緣”優勢，廈門處在對台交流的重要位置，能夠起到內引外聯的重要作用。廈門已有三個台商投資區，其中，海滄台商投資區是大陸最早設立、最大的台商投資區。隨著海峽兩岸經濟合作框架協定的簽訂、國務院對福建“兩岸人民交流合作先行先試區域”戰略地位的明確，以及國務院對《廈門市深化兩岸交流合作綜合配套改革試驗總體方案》的正式批准，國家賦予廈門在兩岸交流合作中大膽創新、先行先試、充當“試驗田”的重任。海滄法院既然獲得集中管轄全市涉台案件的許可權，就應該根據區域特點，在台商參與司法方面採取改革舉措。

隨著眾多臺灣同胞跨越海峽到大陸探親定居、旅遊貿易及投資興業，臺灣同胞參與大陸經濟生活領域的廣度和深度都有較大發

11. 鄭良：“福建漳州：臺胞擔任人民陪審員化解涉台糾紛案件”，載新華網，http://news.xinhuanet.com/legal/2013-07/21/c_116624898.htm。

12. 羅欽文：“福建法院擬全面試行選任臺胞陪審員”，載中國新聞網，<http://www.chinanews.com/tw/2011/11-11/3453554.shtml>。



展，折射到司法領域，體現出涉台糾紛的逐年增多。據不完全統計，廈門轄區內有4000多家台企和大量的台資個體工商戶和十幾萬常住臺胞，成為台商在祖國大陸的主要聚集區之一。廈門中級法院在2011年7月份對本轄區的涉台訴訟進行調研後，估測一年的涉台民商事案件量在500件左右。實際上，海滄法院從2012年2月開始集中管轄涉台案件，當年即受理涉台民商事案件454件。而2013年前十個月，海滄法院受理各類涉台案件為1054件，且仍有大幅增長之趨勢，案件總數遠超預期。

如此多的台企、臺胞和涉台案件，使得在臺胞當中選任陪審員成為必要。首先，人民陪審員來自於人民群眾中間，具有普通人的生活智慧、良知和自然理性，吸收臺胞參審可以將臺胞的智慧和職業技巧與廈門職業法官的專業技能相融合，互相取長補短。臺胞陪審員和普通人民陪審員一樣分享法官權力、參與審判全過程，既能兼顧法律法規的硬性規定，又能在公序良俗的範圍內適當衡平。人民陪審員本著良知作出公正的判決，能夠預防法官囿於法律成見而可能出現的裁判偏差，可以減少法官偏私無端的裁決。¹³其次，從實踐情況上看，涉台案件絕大部分是民商事案件，而民商事活動具有靈活性與多變性，民商事主體會跟隨社會的發展而不斷衍生出新的民商事模式，進而產生新形式糾紛。臺胞陪審員較熟悉兩岸政策法規和風俗民情，且作為商業中資歷較深的人士，對於社會民商事活動的發展衍變有自己獨到的見解，能較深入地瞭解到新形式民商事活動發展的本質，在這一點上可與法院審判人員形成優勢互補，以其實踐經驗和商事活動上較專業的角度來為法官的裁判提供合理合情合法的依據，促進涉台訴訟糾紛妥善化解。

再次，由於兩岸在司法制度、法律文化等方面存在差異以及部分臺胞對大陸的各項制度尤其是司法制度缺乏瞭解等原因，部分臺胞有害怕在大陸訴訟及對大陸司法體制不信任的心理。在涉台案件中引入臺胞陪審員，基於“同鄉之情，同業之誼”，可以在很大程度上消除臺灣當事人的畏懼心理，增加司法程式的親和力和公信力。概言之，臺胞陪審員制度可以吸納臺胞參與到涉台案件的司法民主建設中，與法官形成互補，監督涉台案件的公平公正審理，增強涉台案件審理的透明度，提升大陸司法的公信力。

三、海滄法院臺商陪審員制度設計

（一）任免條件

為了規範和指導臺胞陪審員參審，廈門海滄法院制定了《廈門市海滄區人民法院臺胞陪審員工作規範》（以下簡稱《工作規範》）。該《工作規範》規定了臺胞陪審員選任條件：（1）具有大學專科以上文化程度；（2）年齡23周歲以上60周歲以下；（3）身體健康，公道正派，熱心參加工作；（4）在廈門投資三年或在廈門台資企業工作五年；（5）在當地具有一定社會影響；（6）沒有犯罪前科。而我國大陸人民陪審員的選任條件為：（1）擁護中華人民共和國憲法；（2）年滿二十三周歲；（3）品行良好、公道正派；（4）身體健康。擔任人民陪審員，一般應當具有大學專科以上文化程度。從二者的比較不難看出，臺胞陪審員要求是“在廈門投資三年或在廈門台資企業工作五年”的臺胞，這就包括了具有一定資歷的台商和臺灣職員。對臺胞在廈投資或工作年限進行硬性規定，既是出於對臺胞陪審員較高的要求和期待，也是考慮到臺胞陪審員要充分發揮其應有

13. 劉樹德著：《司法改革的科學觀：與德賽勒先生的法政漫談》，法律出版2010年版，第137頁。



的職能就必須要對廈門和臺灣都有較深入的瞭解且有較長時間居住在廈門。

《工作規範》第十條規定：“臺胞陪審員每年應至少參與5個涉台案件的審理，包括參加合議庭、接受本院指派調解或協調涉台案件。”第十四條規定：“無正當理由，多次拒絕參加審判活動，影響審判工作正常進行的應當免除其臺胞陪審員職務”。這兩條對臺胞陪審員的參審作出了硬性規定，避免臺胞陪審員制度流於形式，在一定程度上保障了臺胞陪審員發揮其促進司法民主、積極推進案件調解、為兩岸司法交流起溝通橋樑的作用。

根據上述選任條件，海滄法院提請任命了包括前後三任台商協會會長在內的十位臺胞擔任人民陪審員，他們均是在商界或同行業中資歷深、威望高的成功人士，是在臺胞中廣聚人緣、商緣的商業精英。基於“同鄉之情、同業之誼”，在民商事案件審理或調解過程中，臺胞陪審員可以充分向臺胞當事人講明事理，分析利害關係，緩和當事人之間的爭執，促進“案結、事了、人和”，並充當好宣傳員，使廣大臺胞瞭解大陸法律、政策，增進理解與支援，消除部分臺胞由於兩岸司法制度、法律文化等不同而害怕在大陸訴訟及消極應對大陸司法裁判的心理。

（二）參審範圍

依《工作規範》第二條的規定，除適用簡易程式審理的案件和法律另有規定的案件外，海滄法院涉台法庭以及廈門市中級人民法院涉台案件審判庭審判下列第一審案件，可以由臺胞陪審員和法官組成合議庭進行審理：（1）社會影響較大的刑事、民商事、行政案件；（2）雙方當事人都是臺胞或者台資企業的民商事案件；（3）刑事案件被告人、民事案件原告或者被告、行政案件原告申請由臺胞陪審員參加合議庭審判的案件。上述規定中的刑事、行政

案件，對於海滄法院而言原本指的是海滄法院轄區內的相應案件。後因涉台法庭運行效果非常好，在幾位臺胞陪審員的積極倡議之下，上級法院又將全廈門市的涉台刑事和行政案件指定海滄法院管轄。此外，廈門海事法院沒有選任陪審員，故海滄法院選任的臺胞陪審員還有陪審海事案件的職責。對於參審方式，《工作規範》規定了參與普通程式案件的審判全過程和接受法院委託對簡易程式案件進行調解兩種方式。

《工作規範》規定，雙方當事人都是臺胞或者台資企業的民商事第一審案件，必須由臺胞陪審員和法官組成合議庭進行審理。即《工作規範》對臺胞陪審員參與雙方當事人都是臺胞或者台資企業的民商事案件做出了強制性規定。這一規定體現了對臺胞利益的充分考慮，目的在於通過臺胞的參與，消除由於兩岸在法律文化、法律傳統、司法制度中存在差別而使臺胞不敢、不願在大陸法院進行訴訟的顧慮。由於臺胞陪審員具有先天的“同鄉、同業”的優勢，且在台商之中享有較高的威望，因此在臺胞陪審員參審或參與調解的情況下，更易使臺胞產生信任感，進而願意在大陸法院進行訴訟並認可裁判結果。

（三）履職保障

在參審費用支出上，《工作規範》第十五條規定：“臺胞陪審員因參加審判活動而支出的交通、就餐等費用，由本院給予補助，按季度支付。臺胞陪審員參加審判活動期間，所在單位不得克扣或者變相克扣其工資、獎金及其他福利待遇。”這一規定在物質上給予了臺胞陪審員足夠的保障，為臺胞陪審員更好地履行其應有職責奠定基礎。值得一提的是，雖然臺胞陪審員依法可以獲得一些微薄的經費補助，但他們均拒絕受領補助，一致表示將應得補助捐獻出來，在海滄法院設立一個基金



資助家庭破裂的婦女兒童。

在參審的程式保障上,《工作規範》第十一條規定:“涉台法庭法官、書記員應當及時以電話、傳真、電子郵件等方式通知有關臺胞陪審員或者其指定的聯絡人有關組成合議庭資訊、案件基本資訊;通知臺胞陪審員閱卷、參加庭審或調解、評議案件、宣判等;根據臺胞陪審員的要求將起訴狀、答辯狀、證據清單及主要證據提交給臺胞陪審員。”這項規定使臺胞陪審員能夠在庭審前期瞭解熟悉案情,在庭審中充分發揮其職能,對案件的審理結果發表自己非專業但符合社情民意、公序良俗、普通民眾意願的意見。如此,通過普通民眾的自然理性與法官技藝理性的融合,可以矯正職業法官的偏頗,並為疑難案件的裁判引入民智,實現裁判的可接受性。

此外,海滄法院還定期組織臺胞陪審員參與本院或者上級法院舉辦的業務培訓,兩名臺胞陪審員將於今年11月下旬到福州接受為期五天的業務培訓。陪審有助於提升臺胞陪審員的履職能力,明確履職內容,強化履職紀律,增強履職神聖感和使命感。

(四) 業務會議制度

海滄法院涉台法庭不定期組織召開業務會議,向臺胞陪審員通報涉台案件審理概況及陪審員參審情況,組織臺胞陪審員對涉臺灣當事人、台資企業且具有普遍影響力的典型案件的事實、法律問題進行集體討論,討論的多數意見可作為法院辦理相關涉台案件的重要參考。例如,海滄法院審理一起員工訴所在台資企業侵權糾紛案,員工在尾牙宴上喝酒,之後醉駕並發生致人死亡的交通事故,員工賠償死者60萬元後起訴企業請求分擔30%的損失。海滄法院既詢問了三位法學專家意見,也召開業務會議集體討論。多數法學專家認為員工的損失與企業招待喝酒之間的因果關係太遙遠,臺胞陪審員也一致認為企業的

責任不能無限制擴張。參考專家和臺胞陪審員的意見,法院駁回了原告訴訟請求,原告也服從判決。對於雙方當事人都是臺灣人或台資企業的,海滄法院還徵求臺胞陪審員關於臺灣地區處理類似案件的做法。這些做法是為辦理好案件集思廣益,保證涉台案件審判品質。

(五) 多元調解機制

海滄法院還聘請了七位台商調解員,與10位當然具有調解權力的臺胞陪審員以及台辦、司法局、台商協會的調解組織,共同構建起涉台糾紛調解網路,形成多方參與的涉台矛盾糾紛解決機制。對涉案當事人均為臺胞或台資企業的案件,適時委託台商協會等調解機構進行調解,對調解不成的,及時依法裁判,實現涉台案件的訴調無縫對接。對於簡易程式案件,可視具體情況,個案委託臺胞陪審員進行調解。甚至還有部分案件的當事人主動要求臺胞陪審員參與案件調處。海滄法院2012年的涉台案件調解撤訴率超過80%,至今涉台案件調撤率也保持在普通案件的平均調撤水準之上。這與調解網路的高效運行、臺胞陪審員的積極參與密不可分。

四、海滄法院臺商陪審員制度的運行效果

臺商陪審制在海滄法院推行後取得了較好的效果,具體表現為:

(一) 各種司法新舉措增強了台商對大陸司法的認同感

海滄法院定期舉行業務會議,臺胞陪審員在參加該會議的前期,會注重更多地與其他臺胞進行溝通,在向他們進行大陸司法宣傳的同時,充分聽取他們在實際經營中較易遇到的民商事紛爭和大陸司法實踐可能給他們帶來的一些不便,在對這些回饋的情況進行整理後於業務會議上提出,結合諸位臺胞陪審員和審判員的各自專業知識和實踐經驗,探討出解決之道。對於



法院的裁判意見，臺胞陪審員也利用召開台商協會理事會會議的機會向全體會員宣講。同時，海滄法院與臺胞陪審員的配合，通過發放問卷手冊，解答台企法律困惑。通過發放調查問卷、主動走訪送法等方式，瞭解台資企業管理制度、用工狀況等情況，瞭解台企經營困難，提供詳細的法律諮詢和指導，並介紹集中管轄和涉台法庭開展工作情况。也會接受臺胞陪審員的邀請，到台資企業做法律風險防範的講座。下一步，海滄法院將應臺胞陪審員的要求，對典型涉台案件進行經驗總結，並作為經驗教訓提供給台企，以減少台商經營風險。

通過在涉台案件中的不斷司法實踐和臺胞及台商的諸多回饋，我院在訴訟保全方面針對台商進行了一定的靈活處理，完善和出臺司法便民利民新舉措。例如，對有的台商申請訴訟保全但又無法提供財產擔保的，我們採取靈活措施，以證據保全的方式代替；對台資企業是財產保全的被申請人的，我們在依法保護財產保全申請人合法權益的同時，儘量維護台企的正常生產經營，如查封生產企業機器設備的，一般只製作查封清單、筆錄，不貼封條，以不影響其生產經營為宜。這些舉措，不僅讓台資企業看到了大陸法院對台商利益的重視，避免他們對可能出現“地方保護主義”的顧慮，增強了台商對大陸司法的認同感，提升大陸司法公信力和權威性。

（二）避免了人民陪審制度中常見的“陪而不審”等問題

如上所述，在我國司法實踐中，來自普通群眾的人民陪審員經常陷入“陪而不審、審而不議”的尷尬境遇。面對具有專業法學知識的法官，人民陪審員在心理上出於對法律權威的畏懼和內心的不自信，

在參審過程中有藏拙之意，因而經常不敢表達自己的真實想法，在參審時容易將自己置於附從者的地位，唯法官是瞻。另外，部分法官因對人民陪審員的專業能力有所質疑，對人民陪審員的參審價值未有充分認知，故常常以各種方式排斥陪審員形式審判權。

引入臺胞陪審員制度在一定程度上可以避免涉台案件中該情況的出現。由於臺胞陪審員必須在商界具有較深的資歷和較高的威望，因此他們擁有較高的社會地位。即便對大陸司法的瞭解與審判人員相比較薄弱，但他們在對臺灣地區的司法制度、法律文化的瞭解、對商業知識和商界的洞悉與掌控等方面，卻較大陸法官更有優勢。所以，無論是在心理上還是在社會地位上，臺胞陪審員都可以與審判員相抗衡。這不僅可以保證臺胞陪審員真正參與案件審理，而且也能使臺胞陪審員對法官的自由裁量和心證進行約束和監督，保障司法民主、公正，提升司法公信力。

（三）有力彰顯司法民主、司法為民理念

人民陪審員制度的價值理念之一即是通過公民參與審判程式對司法權進行有效制約，保障司法民主。陪審制度使普通民眾與職業階層分享司法權，使民意能夠流淌其中，並用人民的權力限制精英的權力，護佑著法的良性發展，體現出裁判的正當性。¹⁴ 法律條文的粗疏、缺位和剛性，可能使法律與平等、自由等法律的基本價值之間存在衝突，並刻畫出司法權冷漠、刻板、缺乏人性的形象。人們擁護人民陪審員對司法裁決的介入，很大程度上是源於情感的需求，他們恐懼司法的封閉、專斷和高高在上，寄望於作為民意代表的人民陪審員能在司法權與人民意志之間起到緩衝作

14. 鄧正來著：《中國法學向何處去》，商務印書館 2007 年版，第 264 頁。

用。¹⁵

臺胞陪審員制度的設計理念可以說是既源於此又高於此。我國大陸的法律制度、法律文化對於臺胞而言可能是近乎陌生，甚至與他們的一些價值觀和實踐操作存在巨大的出入，因而他們對在大陸進行訴訟採取十分警惕和謹慎的態度。即便是在大陸進行訴訟，但可能由於法官對兩岸之間文化差異的不知情或忽視而導致最終的裁判結果令臺胞在心理上、情感上、法理上均無法接受，嚴重降低對大陸司法裁判的認同感，減損大陸司法威信，在執行過程中臺胞也不會積極主動配合進而導致裁判文書沒有起到應有的法律宣判效果和現實執行效果，大陸公民也可能因此對法院的作為不力而頗有微詞。如此，就可能形成一個惡性循環的不利後果。

而臺胞陪審員的介入，無論在調解過程中還是在審判過程中，在心理上如給臺胞吃了一顆定心丸，讓他們認識到，參審人員中有與他們在文化、心理、情感上一脈相承的同鄉人，有可以理解他們心情的同類人，有能夠表達並傳遞他們訴求的中間人。如此就在很大程度上消除了臺胞的種種顧慮，縮短了法院涉台審判工作與臺胞當事人的心理距離，增強了涉台審判工作在涉台案件當事人心中的可信度和可接受度，為後期訴訟活動的開展奠定了良好的基礎。臺胞陪審員通過參審，不僅參與了民主自治的過程，也成了臺胞合法利益訴求的有力代言人。

（四）有效化解糾紛、促進兩岸交流與司法互信

臺胞陪審員通過充分發揮其“同鄉、

同業”的先天優勢，與海峽兩岸法院進行密切溝通交流，出面邀請臺灣地區法官前來與大陸法院法官進行學術交流，使審理涉台案件的法官更易掌握臺灣法律規定以及最新法學研究成果，在審理案件時更能接近案件之外的背景情況並知曉當事人的困難，從而使作出的裁判更貼近現狀，使法律釋明更深入人心、裁判更權威、司法公信力更深遠、訴訟調解更符合兩岸民眾不同的價值觀和利益判斷。¹⁶ 臺胞陪審員參與審判可以使判決在通達民情、反映民意、凝聚民智的條件下作出，可以實現裁判的正當性和可接受性。臺胞陪審員參審也能對涉台案件的調處起到巨大的推動作用，促進涉台案件的“案結、事了、人和”。這樣既維護了台商、臺胞的合法利益，也促進了兩岸之間公民的司法交流與互動。臺胞陪審員作為兩岸司法工作的見證者，既宣傳了大陸的司法制度與法律政策文化，又作為有效溝通的橋樑，促進了兩岸的理解與支持，提升司法互信。

五、臺商陪審員制度存在的不足

（一）臺商陪審員選任範圍過窄

海滄法院在臺胞陪審員選任資格條件上，主要考慮到涉台案件絕大部分為民商事案件，因此現階段所選任的臺胞陪審員均是在商界中具有較高威信的商業人士且均為中年男士。但我們應當看到，若僅是選任台商為臺胞陪審員難免又會犯了如我國人民陪審員制度中的“精英化陪審”的毛病。漳州地區的涉台案件沒有廈門多，卻選任了40名臺胞陪審員，這值得海滄法院借鑒。人民陪審員的要義是成為普通民

15. 歐岩峰、樂芳：“試論人民陪審制度運行的現實困境與功能強化”，載《2013年海峽兩岸司法實務研討會論文集（上）》，第180頁。

16. 吳鐘夏：“臺胞人民陪審員履職保障機制的構建及成效”，載《2013年海峽兩岸司法實務研討會論文集（上）》，第125頁。





眾的發言人，臺胞陪審員應當成為普通臺胞的代言人。臺胞不僅僅是商界人士，還可能是來自社會上各行業、各階層、各年齡段的不同性別的人員。因此，要使臺胞陪審員制度發揮其應有的代表臺胞發言和表達訴權、促進司法民主的功能，在日後應當不斷探索擴大臺胞陪審員人選的選任範圍，爭取將更多不同行業、階層和年齡段的臺胞納入其中。

（二）部分臺商陪審員至今尚未參審履職

由於海滄區人民法院目前所選任的臺胞人民陪審員均是在廈台商，這些人由於生意業務關係經常要在世界各地、兩岸之間以及大陸各地奔波，這使得他們很難有時間參審案件。雖然大部分臺胞陪審員積極參審，最多的一位一年參審超過 50 件，但也有兩位臺胞陪審員至今沒有參審記錄。因此，如前所述，應當進一步擴大臺胞陪審員的隊伍，將更多不同行業、不同階層的臺胞納入到臺胞人民陪審員的隊伍中。同時，可實行正常的臺胞陪審員退出機制或隨機選任機制，使臺胞人民陪審員的選任處於流動狀態，而非簡單地由法院主導選擇。

（三）對大陸地區當事人心理產生不良影響

事實上，在一些涉台案件的處理中，大陸地區當事人有時會對涉台法庭選任臺胞擔任陪審員產生質疑，甚至有人認為選任臺胞為陪審員實際上是專門為保護臺胞利益而設立的。由於臺胞陪審員身份的特殊性，對於大陸地區當事人產生的這種質疑我們應當理解，這也進一步提醒我們在處理涉台案件時，不能僅僅考慮到臺胞的心理及需求，也需要顧及到大陸地區當事人的相應感受。海滄法院已採取了應對措施，在部分案件中採用雙陪審員制度，安排本地普通人民陪審員與臺胞陪審員與一

名法官共同審理，甚至分工協作分別做當事人的調解工作。法官應在涉台案件的事前、事中做好及時充分的告知和說明事項，保證當事人雙方在訴訟權利義務上的對等，及時瞭解當事人雙方的相應訴求與主張，建立暢通的溝通管道，從程式上、實體上、情感上、心理上打消大陸地區當事人的質疑。我們也可以積極探索組成由普通人民陪審員和臺胞人民陪審員共同參加的合議庭，用多種方式促進涉台案件的圓滿解決。

肆、結語

福建法院創設的臺胞陪審員制度是我國法院涉台案件審判實踐探索和制度創新的一種，其目的是通過臺胞人民陪審員參與涉台案件的審理和調解，強化司法公開，保障司法中立，推進司法民主，宣傳普及海峽兩岸司法文化，加強兩岸的溝通與融合。海滄法院臺胞陪審員參審的實踐證明了此制度在增進臺灣當事人對大陸司法制度的瞭解和信任、促進糾紛解決、實現司法民主、加強溝通和交流方面成效顯著。但臺胞陪審制畢竟還處於初創和摸索階段，此制度的長期效應如何還有待觀察，制度運行的保障機制和評價機制還有待建構，制度的完善仍需要投注心力。希望本文能增進社會對臺胞陪審制的瞭解與關注，以集社會之力促進此制度的發展與完善。

（作者薛永慧為廈門大學臺灣研究院法律所助理教授）

（本文感謝廈門市司法機關鼎力協助）

論兩岸刑事司法互助調查取證之證據能力

許福生



壹、問題之提出

貳、兩岸刑事司法互助之調查取證

- 一、刑事司法互助之概念
- 二、兩岸之調查取證
- 三、境外取證方式與準據法

參、大陸證人警詢筆錄之證據能力

- 一、適用「法律另有規定」或「特信性文書」
- 二、類推適用「如同我方所作」
- 三、直接適用「如同我方所作」
- 四、視同「特信性文書」
- 五、同時可類推適用「如同我方所作」及「特信性文書」
- 六、本文之見解

肆、大陸鑑定報告書之證據能力

- 一、文書真正與否與有無證據能力係屬二事
- 二、類推適用如我方公務員職務上製作之文書
- 三、本文之見解

伍、結論

摘要

2009 年簽署的「海峽兩岸共同打擊犯罪與司法互助協議」，雖能更有效的打擊兩岸間犯罪，但鑑於本協議第八條「調查取證」之規定，是以「協助之己方法律規定」為準據來提供協助，而證據評價則是依請求方之法律進行審查，因而以被請求方之法律作為取證時的依據，勢必面臨證據在請求方境內的效力問題。就以大陸公安對證人製作之警詢筆錄而言，在我方屬於「傳聞證據」，原則上無證據能力，但本文認為我方法院，應可同時類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三及刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款，以作為傳聞法則例外之規定，來認定其證據能力，惟不可以此作為認定被告犯罪事實的唯一依據，尚須調查其他必要之補強證據以擔保其陳述確有相當之真實性始可。另外，大陸公安單位所製作之屍體相驗鑑定報告、兇刀鑑定報告及 DNA 鑑定報告，只要該鑑定報告書係符合於可信之特別情況下所製作，應放寬適用刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款之其他特信性文書，來認定其證據能力。另偵查機關查扣犯罪證物後，若已將原物拍攝照片存證，若當事人對證物之同一性並無爭議，或僅對其取得程序或證明力有所爭執，則以其他替代實物之證據型態提示於審判庭，乃非法所不許。

關鍵詞：刑事司法互助、調查取證、傳聞法則、證據能力

壹、問題之提出

近年來兩岸人民往來互動頻繁，交流互利之餘，同時亦衍生許許多多犯罪問題。況且，涉及兩岸犯罪問題，常有在台進行刑事訴追之案件，但人證或物證卻在大陸，以致無法順利出現在台之司法機關作證，此時其在大陸所為之關於本案犯罪事實之相關供述或物證，如何在台法庭上取得證據能力，深值探討。因此，本文擬以下列案例，說明若我方透過兩岸共同打擊犯罪與司法互助協議之調查取證，獲得陸方之相關證據，我方法院如何認定相關證據之證據能力，藉以說明兩岸共同合作打擊犯罪後，如何看待後續證據採認問題¹。

台商 A 雇用台籍人士 B 在其位於大陸地區之工廠擔任工作人員，B 因熟知 A 在工廠之保險櫃內存放供生意週轉之大筆現金，乃計畫行竊，過程中遭 A 發現，B 持預藏之西瓜刀殺害 A 並取走現金，隨即 B 立即搭機返台。案經大陸公安單位偵辦發現 B 涉嫌重大，並查扣血衣、兇刀、監視錄影器、封口膠與指紋等物證，並製作法醫學鑑定書、物證檢驗報告書、痕跡鑑定書及將原物拍攝照片存

證；大陸公安並對目擊者 C 製作警詢筆錄，案經 A 之家屬向我方警方提告，經檢察官偵結起訴移送法院審理。

貳、兩岸刑事司法互助之調查取證

一、刑事司法互助之概念

隨著國際化與全球化發展的結果，國際社會逐漸形成一股在刑事制裁上的共識，便是加強彼此間的刑事司法互助，使罪犯不管逃到任何一方，也躲不過刑事司法的追訴與審判，且不能從犯罪中獲得任何利益²。一般而言，刑事司法互助，係指不同方之司法機關間，在訴訟或其他司法活動中，相互進行合作或代為履行某些訴訟行為而言；國際刑事司法互助之主體，請求協助之一方稱為請求方，被請求之一方稱為被請求方。刑事司法互助之內涵可謂刑事訴訟流程之具體實現，從刑事訴訟程序之開啟至終結，都可能產生刑事司法互助之問題；一般而言，依其請求之內容並可分為：「犯罪人之引渡」、「狹義的刑事司法互助」、「刑事訴追之移送」及「外國刑事判決之承認與執行或受刑人的移送」等四種型態，如[圖 1]所示³：

1. 兩岸共同打擊犯罪與司法互助協議，從整個內容觀之仍以「狹義刑事司法互助」為主要重點。狹義刑事司法互助就執行面來說，不外圍繞著文書送達、取證、遣返等問題，如同本協議第五條至第十二條之規範。惟未來兩岸如何看待後續證據採認、判斷，將是影響大部份案件有罪、無罪的關鍵所在，成為下一個階段兩岸共同打擊犯罪或審判實務必須認真看待因應的課題。例如國際刑事司法互助，進行取證時，基於尊重他方主權之行使，應依被請求方內國法律規範為之；至於如何使用則依請求方之法律為之，倘若不符請求方的取證規範時，將涉及請求方審判實務上是否加以證據排除之問題，現若因程序上的違法而讓罪犯逍遙法外，是無法實現正義反而引來人民對司法的不信賴感。參照許福生，資訊社會下兩岸跨境犯罪問題與對策之探討，刑事法雜誌第五十五卷第四期，2011 年 8 月出版。
2. 許福生，犯罪與刑事政策學，元照出版，2012 年 9 月修訂一版，頁 641。
3. 森下忠，刑事政策的論點 II，成文堂，1994 年初版第 1 刷，頁 19-24。



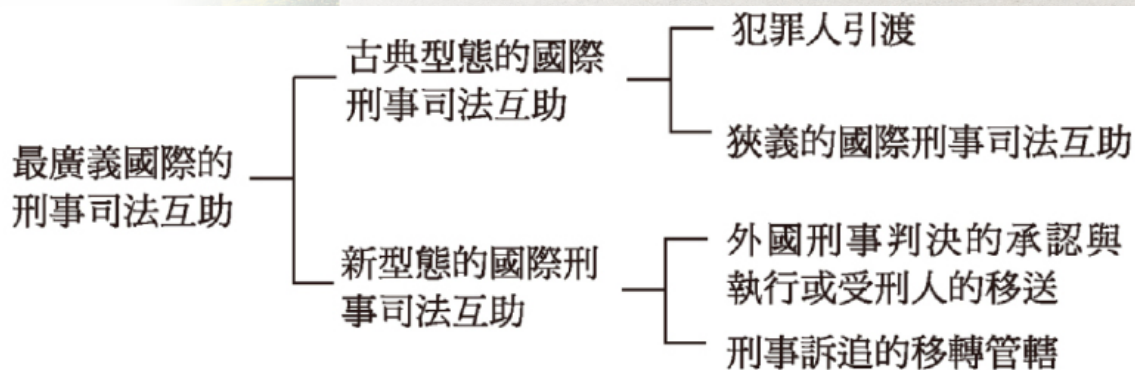


圖 1 最廣義國際的刑事司法互助之分類

這四種型態中，「犯罪人引渡」，即為行使本國的裁判權，而請求引渡在國外的犯罪人，自中世紀初期以來即有實施，惟至十九世紀才完全建立於國際公法體系中成為一種法律制度。「狹義的國際刑事司法互助」，則於十九世紀後半以後，伴隨著犯罪人引渡而逐漸發展，其內容包括證人、鑑定人的訊問、物之引渡搜索扣押檢證、文書的送達及情報的提供等。兩者可稱為古典型態的國際刑事司法互助。第二次世界大戰後，逐漸發展出外國刑事判決的承認與執行或受刑人的移送，以及刑事訴追的移轉管轄，兩者可稱新型態的國際刑事司法互助，並與古典型態的國際刑事司法互助，合稱為最廣義的國際刑事司法互助。「外國刑事判決的承認與執行」，乃是承認在外國所作出的刑事裁判確定的法律效力，並在本國執行這種有效的法律；「受刑人的移送」，即受刑人國籍國基於其公民利益的考量，希望其在自己國家服刑以便能早日復歸社會，另一方面拘押外國囚犯的國家又希望解決外國囚犯所造成的困難而所設立的制度。至於「刑事訴追的移轉管轄」，即請求國將本來屬於自己管轄的案件轉移給被請求國，由被請求國進行對罪犯的追訴。

至於兩岸有關司法互助的合作，始於 1990 年由兩岸紅十字會所簽署的「金門協議」。該協議之重點在於「人員遣返」，確立對己方之偷渡犯、刑事嫌疑犯或刑事犯得請求遣返回己方處理或受審，並建立海上遣返作業之交接制度。金門協議僅就「己方人員遣返」進行規範，至 1993 年於新加坡舉行的「辜汪會談」，正式建立制度化的溝通合作管道，同時簽署「兩岸公證書使用查證協議」、「兩岸掛號函件查詢補償協議」、「兩會聯繫與會談制度協議」及「辜汪會談共同協議」等四項協議，惟其性質上仍定位為民間性、經濟性、事務性與功能性之會談⁴。

然而，「金門協議書」僅僅是有關遣返問題的單項協議，且兩岸在實施遣返作業時須透過民間機構，兩岸司法部門本身並沒有建立起直接聯係管道，再加上受限於協議的內容，兩岸在聯合打擊犯罪過程中取證難、執行難、追繳贓款難、公證程序繁復、兩岸警方難以聯合行動等問題一直難以解決。有鑑於此，2009 年 4 月 26 日海基會與海協會第三次江陳會，即在既有的合作基礎上，進一步建立制度化且橫跨調查、偵查、訴追、審判及執行之全面司法合作，而簽署「海峽兩岸共同打擊犯罪與司法互助協議」，期望

4. 陳文琪，兩岸司法互助協議之沿革與實踐，月旦法學雜誌第 195 期，2011 年 8 月，頁 154-155。

藉由本協議之簽訂，以更能更有效的打擊兩岸間犯罪，共創兩岸人民雙贏的局面⁵。

本協議之內容，共分五章計二十四條條文。第一章總則，規定合作事項、業務交流與聯繫主體（參照本協議第一條至第三條）；第二章共同打擊犯罪，規定合作範圍、協助偵查、人員遣返（參照本協議第四條至第六條）；第三章司法協助，規定文書送達、調查取證、罪贓移交、裁判認可、罪犯接返

（移管）、人道探視（參照本協議第七條至第十二條）；第四章請求程序，規定提出請求、執行請求、不予協助、保密義務、限制用途、互免證明、文書格式及協助費用（參照本協議第十三條至第二十條）；第五章附則，規定協議履行與變更、爭議解決、未盡事宜及簽署生效（參照本協議第二十一條至第二十四條）（如[圖2]所示）。

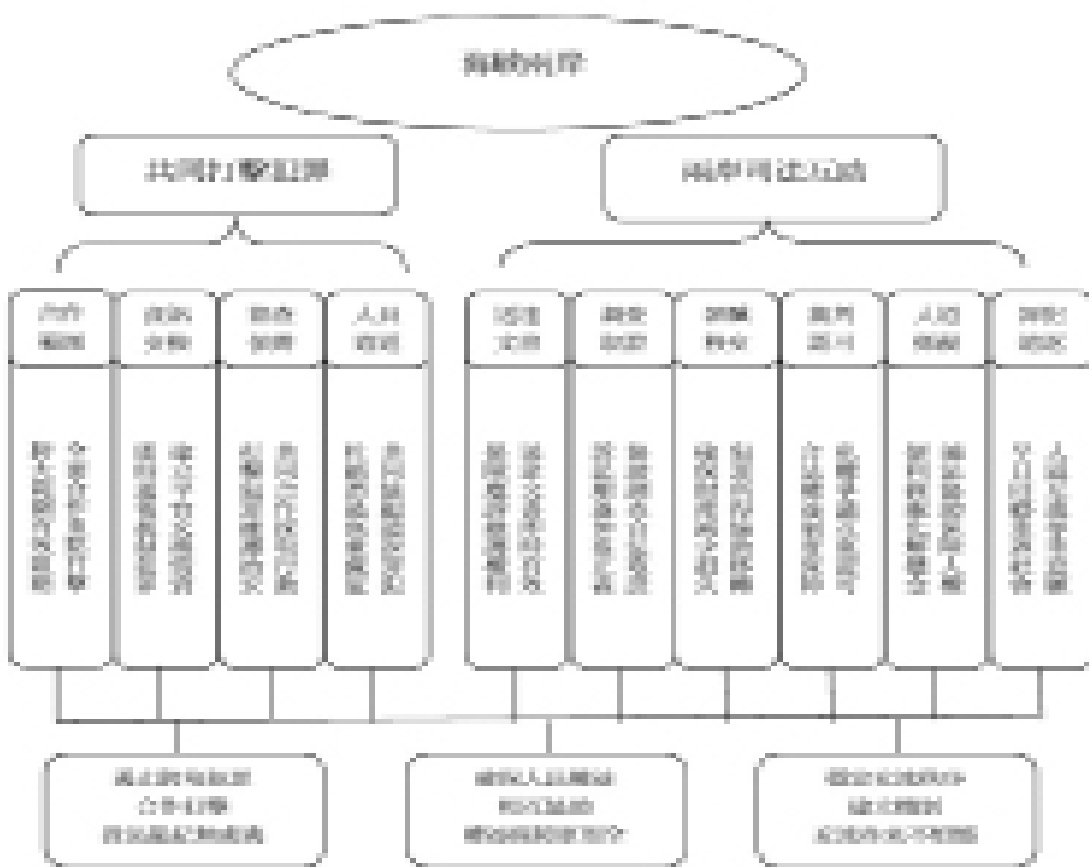


圖2「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」簽署後之預期效益

資料來源：行政院大陸委員會

5. 自兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議於2009年6月25日生效後至2012年8月底止，雙方相互提出之司法文書送達、調查取證、協緝遣返等案件已達29,700餘件，陸方已遣返我方刑事犯及刑事嫌疑犯206名。我方相關機關並與大陸地區進行交換犯罪情資，合計破獲64案，包含詐欺、擄人勒贖、毒品、殺人、強盜及侵占洗錢等案，逮捕嫌犯3,929人，其中包含36起詐欺案件，逮捕嫌犯3,804人。況且經由兩岸警方聯手破獲多起跨境詐騙犯罪集團，臺灣地區之全般詐欺案件發生數由2009年度38,802件、2010年度28,494件減少至2011年度23,896件；而受害金額從2009年度102.7億元、2010年度61.1億元降至2011年度49.88億元，皆可明顯感受到協議執行的具體成效。



二、兩岸之調查取證

「狹義的刑事司法互助」，如前所述，其內容包括為了外國的刑事案件而進行的訊問證人、鑑定人、物之引渡、搜索、扣押、檢證、文書的送達及情報的提供等⁶。狹義之刑事司法互助為國際間運用最為頻繁之互助模式，其型態種類眾多，以刑事證據取得協助及訴訟協助為主要型態，其目的在於經由協助他國取得所需要之供述證據及非供述證據，可確保刑事案件有效定罪，實現公平正義，透過相互間之訴訟協助，促使刑事訴訟程序順利進行，藉由共同打擊犯罪之偵查協助，達到有效懲治及遏止犯罪，以保障人民權益。其中又以「調查取證」，為司法互助之核心事項，係指一國司法機關應他國司法機關的請求，根據國際刑法、條約或國內法的有關規定，在刑事方面協助取得證據的司法行為⁷。目前「兩岸共同打擊犯罪與司法互助協議」第八條有關「調查取證」規定：「雙方同意依己方規定相互協助調查取證，包括取得證言及陳述；提供書證、物證及視聽資料；確定關係人所在或確認其身分；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等。受請求方在不違反己方規定前提下，應儘量依請求方要求之形式提供協助。受請求方協助取得相關證據資料，應及時移交請求方。但受請求方已進行偵查、起訴或審判程序者，不在此限。」

從本條有關「調查取證」之內容觀之，概可分為「供述證據（取得證言及陳述）」及「非供述證據（提供書證、物證及視聽

資料；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等）」二種。「供述證據」係以人之陳述，作為證明其陳述內容事實之用，而證人陳述，往往因受其觀察力正確與否，記憶力有無健全，陳述能力是否良好，以及證人性格如何等因素影響，致其所認識事實未必與真實事實相符；因而在法院證據調查上，「供述證據」係以一定事實之體驗或其他知識而為報告，若屬被告以外之人於審判外之言詞陳述，在我方屬刑事訴訟法第一百五十九條所規定之「傳聞證據」，原則上無證據能力，除非符合刑事訴訟法第一百五十九條以下有關傳聞法則例外之規定，方具有證據能力。

至於「非供述證據」，則以物（包含物及文書）之存在或狀態為其證據，客觀上已具備一定程度之不可代替性，且或係於不間斷、有規律之過程中所取得，並無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機；因而非供述證據只須合法取得，並於審判期日經合法調查，即可容許為證據，故非供述證據應屬優勢證據，其評價上之裁量自較之於供述證據為強。因此，大陸地區接受我方司法互助調查取證所取得證據，原則上應該依據所取得者為「供述證據」及「非供述證據」，作不同之處理。

三、境外取證方式與準據法

在狹義之刑事司法互助意義下之境外取證的方式，一般而言可分為下列三種方式⁸：

（一）親往取證

係指請求方直接派司法人員，親自到

6. 阮齊林譯，森下忠著，國際刑法入門，人民公安大學出版社，2004年1月，頁193。

7. 朱金池、楊雲樺、蔡庭榕、許福生，兩岸共同打擊犯罪策略與運作之研究，行政院研究發展考核委員會委託研究報告，2011年5月，頁93。

8. 邱忠義，兩岸司法互助調查取證及證據能力之探討-兼述防範被告逃匿對策，刑事法雜誌，第54卷第5期，2010年10月，頁149-152；朱金池、楊雲樺、蔡庭榕、許福生，前揭文，頁122-3；陳思帆，經大陸取得證人警詢筆錄證據能力之研究，中央警察大學警察政策所碩士論文，2013年，頁45-8。



受請求方之法域進行調查取證而言。由於基於國家主權之尊重，原則上此種「親往取證」必須不涉及搜索、扣押、拘捕、通訊監察、羈押等強制處分之「任意偵查」，例如在證人自願性配合下訊問或詢問證人（偵訊地點通常選在非被請求官方支配下之場所，如飯店、旅館、請求方之駐外使館等）；若欲使用具強制處分性質之偵查行為，只能「囑託」被請求方代為執行，因為強制處分涉及取證地的司法主權，向來不允許他人侵犯。

（二）單獨取證

指請求方囑託被請求方之司法人員，單獨進行調查取證。透過此種方式，被請求之協助方，只要在不違反己方之規定下，當可藉由搜索、扣押證物或逮捕犯人等強制手段協助請求國取得證據。惟此由被請求方單獨取證之方式，會面臨到的問題是，請求方又如何探知其取證過程是否合乎其內國之取證規範，倘若雙方程序保障機制存在重大落差的情況下，可能使該證據未必符合請求方法律對於證據資格之要求。另外，被請求方對於請求方囑託調查之案件背景事實通常缺乏足夠之認識，因而在資訊不足的情況下單獨進行調查取證，可能導致取證過程空泛化、無效率化，甚至調查之結果與真實不符。因此為改善此種方式之困境，實務上遂發展出請求方派員參加被請求方調查取證活動之陪同取證型司法協助。

（三）陪同取證

指請求方囑託被請求方進行調查取證的同時，亦派出司法人員參加被請求方之調查取證活動，陪同協助其受託調查取證

之進行。如此一方面可以加強被請求方執行機關對於相關案情的理解，提升其執行的準確性，另一方面也可以讓調查取證所獲取之相關資料，更能符合請求方刑事訴追的需要和法定要求。目前世界各國締結的刑事司法互助條約內，均允許請求方主管機關派員前往被請求方境內，協助被請求方機關進行受請求調查取證活動；並且規定被請求方負有義務向請求方預先通報其將於境內執行的受託調查取證措施，以便請求方可以派遣人員參加。在司法實務上，此一方式亦被我方終審司法機關所肯定，例如最高法院 98 年度台上字第 1941 號判決，即明確肯定此種蒐證方式所取得之證據有證據能力。

再者，境外取證之請求方和被請求方分屬不同法域，而不同法域之調查取證程序法律規範不一，因此在進行跨境司法互助調查取證時，究竟應以何方的調查取證程序規範作為準據法？目前學說上，約有下列見解⁹：(1) 基於尊重他國主權之行使，依被請求之協助方之調查取證程序規範；(2) 為彰顯極度尊重彼此國家的司法主權，依請求方之調查取證程序規範；(3) 取證程序劃分「決定」（強制處分的審核依被請求方）和「執行」（證據之使用依請求方）兩層面，分別適用。就目前本協議第八條之規定觀之，是以「協助之己方法律規定」為準據來提供協助，即依被請求方法律規範為之；但鑑於依據國際條約之規定，證據評價階段是依請求國之法律進行審查，因而以協助方之法律作為取證時的依據，勢必面臨證據在請求國境內的效力問題，特別是兩岸調查取證程序規定及擔保證據

9. 曾正一，「南京協議」中有關調查取證司法協助之研究，2010 兩岸共同打擊犯罪學術研討會論文集，財團法人二十一世紀基金會、中央警察大學主辦，2010 年 12 月 10 日，頁 131-4；邱忠義，前揭文，頁 158-165。



能力規範有很大差異，適用上便會對我方的刑事訴訟制度造成很大的衝擊。因此，為解決「證據未必符合請求方對證據資格之要求」問題，請求方在囑託被請求方協助取證時，應於請求書上具體載明每個證據方法之調查程序以及證據能力的判斷準則，促請被請求方盡量依請求方規定之形式進行調查取證。

參、大陸證人警詢筆錄之證據能力

就本案例中，大陸公安單位對目擊者C製作之警詢筆錄，屬於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述之「供述證據」，在我方屬於「傳聞證據」，原則上無證據能力，除非符合刑事訴訟法第一百五十九條以下有關傳聞法則例外之規定，方具有證據能力。目前實務如何看待此問題，見解不一，分別說明如下：

一、適用「法律另有規定」或「特信性文書」

實務上有認為我國與他國所締結之互助協定，若已送立法院審議通過者，如「駐美國台北經濟文化代表處與美國在台協會間之刑事司法互助協定」，因位階等同於法律，則他國法律基於該協定，對我國刑事被告以外之人所為之訊問筆錄，自應認為是刑事訴訟法第一百五十九條第一項「法律有規定者外」之傳聞例外規定¹⁰。例如司法院2003年8月刑事訴訟新制法律問題研討會，則認為應依不同情形予以適用，即我國與他國所締結之司法互助協定，其已送立法院審議通過者，因位階同於法律，則他國法院基於該協定，對於我國被告以外之人所為之調查訊問筆錄，自應認係刑訴法第一百五十九條第一項所

指「法律另有規定外」之傳聞法則之例外規定，具有證據能力；至於未經立法院審議通過者，則可適用同法第一百五十九條之四第三款之規定，判斷證據能力。

依我方刑事訴訟法第一百五十九條之四規定：除前三條之情形外，下列文書亦得為證據：一、除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。三、除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書。而本條之所以如此規定，乃認為公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書如被提出於法院，用以證明文書所載事項真實者，性質上亦不失為傳聞證據之一種，但因該等文書係公務員依其職權所為，與其責任、信譽攸關，若有錯誤、虛偽，公務員可能因此負擔刑事及行政責任，從而其正確性高，且該等文書經常處於可受公開檢查（Public Inspection）之狀態，設有錯誤，甚易發現而予及時糾正，是以，除顯有不可信之情況外，其真實之保障極高。又從事業務之人在業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有會計人員或記帳人員等校對其正確性，大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，何況如讓製作者以口頭方式於法庭上再重現過去之事實或數據亦有困難，因此其亦具有一定程度之不可代替性，除非該等紀錄文書或證明文書有顯然不可信之情況，否則有承認其為證據之必要。另除前二款之情形外，與公務員職務上製作之文

10. 我方刑事訴訟法第一百五十九條規定：被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。前項規定，於第一百六十一條第二項之情形及法院以簡式審判程序或簡易判決處刑者，不適用之。其關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，亦同。

書及業務文件具有同等程度可信性之文書，例如官方公報、統計表、體育紀錄、學術論文、家譜等，基於前開相同之理由，亦應准其有證據能力。

二、類推適用「如同我方所作」

實務上有採「類推適用」刑訴法第一百五九條之二¹¹、一五九條之三¹²有關傳聞之例外以判斷其證據能力，如最高法院96年台上字第5388號判決認為：刑事訴訟法第一百五九條之四規定之特信性文書，乃基於對公務機關高度客觀性之信賴，或係出於通常業務過程之繼續性、機械性而為準確之記載，或在類型上與前述公文書及業務文書同具有高度之信用性及必要性，雖其本質上屬傳聞證據，亦例外賦予其證據能力，容許作為證據使用。被告以外之人於台灣地區司法警察、司法警察官調查時所為之陳述經載明於筆錄，係司法調查機關針對具體個案之調查作為，不具例行性之要件，亦難期待有高度之信用性，應非屬本條第一款規定之特信性文書。司法警察、司法警察官調查犯罪之被告以外人之警詢筆錄，其證據能力之有無，應適用同法第一百五十九條之二、第一百五十九之三所定傳聞例外之要件為判斷。被告以外之人於大陸地區公安機關（司法警察）調查時所為之陳述經載明於筆錄或書面紀錄，同屬傳聞證據，解釋上亦應「類推適用」第一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規定或依其立法精神，審認是否合乎各該例外容許之要件，據以決定得否承認其證據能力。

三、直接適用「如同我方所作」

實務上有採「直接適用」刑訴法第一百五九條之二、一五九條之三有關傳聞之例外以判斷其證據能力，如最高法院97年台上字第1021號認為：按刑事訴訟法第一百五十九條之四所規定之「特信性文書」，乃基於對公務機關高度客觀性之信賴（如同條第一款之公文書），或係出於通常業務過程之繼續性、機械性而為準確之記載（如同條第二款之業務文書），或與前述公文書及業務文書同具有高度之信用性及必要性（如同條第三款之其他具有可信性之文書），雖其本質上屬傳聞證據，亦例外賦予其證據能力，而容許作為證據使用。被告以外之人於臺灣地區司法警察或司法警察官調查時所為之陳述經載明於筆錄，係司法警察（或調查）機關針對具體個案之調查作為，不具例行性之要件，亦難期待有高度之信用性，應非屬同條所規定之「特信性文書」。故司法警察、司法警察官調查被告以外之人之警詢或調查筆錄，其證據能力之有無，仍應「適用」同法第一百五十九條之二、第一百五十九之三所定傳聞法則例外之要件，以資判斷。被告以外之人於大陸地區公安機關調查時所為之陳述經載明於筆錄或書面紀錄，同屬傳聞證據，在解釋上亦應適用同法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規定，或依其立法精神以審認是否合乎各該例外容許規定之要件，據以決定得否承認其證據能力。原判決附表二所示文書，其中關於大陸地區人民付○○等人之詢問筆錄，係由大陸地區具

11. 我方刑事訴訟法第一百五十九條之二規定：被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。
12. 我方刑事訴訟法第一百五十九條之三規定：被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。





有刑事偵查權限之公務員所製作之文書，而屬同法第一百五十九條之四所規定之「特信性文書」之一種，而具有證據能力一節，所持法律見解難調允當。

四、視同「特信性文書」

實務上有認為應依據刑訴法第一五九條之四第三款有關傳聞之例外以判斷其證據能力，例如最高法院 100 年台上字第 4813 號判決認為：中國大陸地區公安機關所製作之證人筆錄，為被告以外之人於審判外所為之書面陳述，屬傳聞證據，除非符合傳聞法則之例外，不得作為證據，而該公安機關非屬我國偵查輔助機關，其所製作之證人筆錄，不能直接適用刑事訴訟法第一百五十九條之二或同條之三之規定，而同法第一百五十九條之四第一款之公務員，僅限於本國之公務員，且證人筆錄係針對特定案件製作，亦非屬同條第二款之業務文書，但如於可信之特別情況下所製作，自得逕依本條第三款之規定，判斷其證據能力之有無。特信性文書之種類，除列舉於第一款、第二款之公文書及業務文書外，於第三款作概括性之規定，以補列舉之不足。第一、二款之文書，以其文書本身之特性而足以擔保其可信性，故立法上原則承認其有證據能力，僅在該文書存有顯不可信之消極條件時，始例外加以排除；而第三款之概括性文書，以其種類繁多而無從預定，必以具有積極條件於「可信之特別情況下所製作」才承認其證據能力，而不以上揭二款文書分別具有「公示性」、「例行性」之特性為必要，彼此間具有本質上之差異。至於該款所稱之「可信之特別情況下所製作」，自可綜合考量當地政經發展情況是否已上軌道、從事筆錄製作時之過程及外部情況觀察，是否顯然具有足以相信其內容為真實之特殊情況等因素加以判斷。

五、同時可類推適用「如同我方所作」及「特信性文書」

實務上有認為應視情節可類推適用刑訴法第一五九條之二、一五九條之三、一五九條之四第三款有關傳聞之例外以判斷其證據能力，例如最高法院 101 年台上字第 900 號判決認為，基於時代演進及實際需求而為適當解釋之必要下，視情節可類推適用刑訴法第一五九條之二、一五九條之三、一五九條之四第三款之規定，作為傳聞例外之評價依據。

針對刑訴法一五九條之三部分，該判決認為「依司法互助協議之精神，我方既可請求大陸地區公安機關協助調查取證，以作為司法上之用途，即有承認大陸公安機關調查所取得之證據，可依我國法律承認其證據能力之意思。雖大陸地區公安機關偵查人員非屬我國司法警察或司法警察官，然其係大陸地區政府依法任命而具有偵查犯罪權限之公務員，依上述互助協議規定，復有協助我方調查取證之義務，則大陸地區公安機關之偵查人員依其職權或基於上述互助協議而為刑事上之調查取證，在地位與功能上實與我國司法警察或司法警察官依職權調查證據無異。」況且，考量當前兩岸交流的現實處境與實現發現真實打擊犯罪的務實態度，認「目前兩岸文化、經濟交流日漸頻繁，跨越兩岸之犯罪事件亦層出不窮，亟須兩岸合作共同打擊犯罪，以維護兩岸交流與人民安全。若大陸地區公安機關偵查人員依職權或依前述互助協議所調查之傳聞證據，或製作之證明文書及紀錄文書，僅因其不具我國司法警察或司法警察官之身分，而認不得適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三或之四關於傳聞證據例外具有證據能力之規定，致妨礙事實之發現，而無法為公正之裁判，無異鼓勵犯罪，而危害兩岸交流與人民安



全。故刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三關於『司法警察官或司法警察』之規定，自有依時代演進及實際需求而為適當解釋之必要。是認被告以外之人於大陸地區公安機關偵查員調查時所為之陳述，經載明於筆錄或書面紀錄（屬傳聞證據），而為證明犯罪事實存否所必要者，認可類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之二或同條之三之規定，以決定其證據能力，依上述說明，尚非全無見地。」

況且，該判決進一步說明「大陸地區已於1979年7月間公布施行刑事訴訟法，嗣已於1996年又對其刑事訴訟法作大幅度修正，其修正內涵兼顧打擊犯罪與保護人權，並重視實體法之貫徹與程序法之遵守，雖非完美無瑕，但對訴訟之公正性與人權保障方面已有明顯進步，故該地區之法治環境及刑事訴訟制度，已有可資信賴之水準。從而，原判決以大陸地區派出所偵查員及刑警隊人員係大陸地區具有刑事偵查權限之公務員，而其詢問大陸地區人民所製作之筆錄，又符合大陸地區刑事訴訟法相關規定，該筆錄復經受詢問人閱覽後親自簽名及捺指印確認無訛，堪認前述文書之取得程序具有合法性。且曾受上述大陸地區公安機關偵查員詢問之台商等人，均未供稱大陸地區公安機關有以威脅、利誘、詐欺或其他非法方法對其等詢問之情形，因認大陸地區人民在派出所偵查員及大瀝分局刑警隊詢問時所製作之筆錄，係於可信之特別情況下所製作，且為證明犯罪事實存否所必要，乃類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款規定，而承認其證據能力，尚難遽指為違法。」

至於針對刑訴法一五九條之四部分，該判決認為「有部分學者認外國公務員所製作之文書（例如警詢筆錄），可審酌該項文書之性格（即種類與特性），暨彼邦政經文化

是否已上軌道等情狀，以判斷其是否在可信之特別情況下所製作（亦即是否具備「特性」），而適用刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款規定，以決定其證據能力。而依原判決上開論述，既認定上述大陸地區公安機關偵查員對被告以外之人所製作之詢問筆錄，係在可信之特別情況下所製作；而上述公安機關偵查員又係大陸地區政府所依法任命具有偵查權限之公務人員，則其該人所製作之詢問筆錄（即文書），基於時代演進及事實需要，在解釋上亦應可類推適用同法第一百五十九條之四第三款規定，而承認其證據能力。」

最後，該判決認為「依上述說明，不論依同法第一百五十九條之三第三款，或同條之四第三款規定，均可獲致相同之結論，自難指摘原判決採證違法。又原法院更三審已多次囑託海基會送達傳票予證人，期能傳其到庭具結作證，並接受檢察官、上訴人等及其選任辯護人之詰問，惟均未能送達傳票，顯見該證人已所在不明而無從傳喚或拘提其到庭進行詰問程序，亦無法以視訊方式為遠距訊（詰）問，此係基於兩岸分治及現實上之困難所致，尚難謂原審有剝奪上訴人等及其選任辯護人對該證人之詰問權，而妨礙其等行使訴訟防禦權之情形。」

六、本文之見解

就本案例中，大陸公安當局對目擊者C製作之警詢筆錄係「供述證據」，屬被告以外之人於審判外之言詞陳述，為我方刑事訴訟法第一百五十九條規定之「傳聞證據」，原則上無證據能力，惟若符合刑事訴訟法第一百五十九條以下傳聞法則之例外，則具有證據能力。

實務上有認為我國與他國所締結之互助協定，若已送立法院審議通過者，應可適用刑事訴訟法第一百五十九條「法律另有規



定」。惟鑑於「兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」並非憲法六十三條所指「條約」或大法官釋字第 329 號所指「條約等國際書面協定」，不具備法律位階，因而不能適用本條之規定¹³。此觀之行政院大陸委員會有關「第三次江陳會談成果-打擊犯罪與司法篇」之說明中，明白表示「本協議尚不涉及法律修正」，即「本協議的簽署，係在現行法律規範基礎下，架構合作與互助的協議內容。所以，雙方都在符合現行法律基礎下執行協議內容¹⁴」可知。至於直接適用「如同我方所作」，畢竟大陸地區刑事訴追之公務員非本國之公務員，直接適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三之規定，實有疑義。

然而，考量當前兩岸交流的現實處境，以及實現發現真實打擊犯罪的務實態度，經由兩岸司法互助取得大陸提供之證人供述證據，如一概排除證據能力，不但可能阻礙發現真實工作與訴訟之遲延外，更可能傷害彼此間的合作關係，倘若具備傳聞法則例外所要求之必要性及特信性要件時，應例外承認其具有證據能力。因此，基於時代演進及事實需要，本文贊同最高法院 101 年度台上字第 900 號刑事判決之看法，在解釋上亦應可同時類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三及第一百五十九條之四之規定，而承認其證據能力。誠如該判決所言，「若大陸地區公安機關偵查人員依職權或依前述互助協議所調查之傳聞證據，或製作之證明文書及紀錄文書，僅因其不具我國司法警察或司法警察官之身分，而認不

得適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三或之四關於傳聞證據例外具有證據能力之規定，致妨礙事實之發現，而無法為公正之裁判，無異鼓勵犯罪，而危害兩岸交流與人民安全。」且大陸地區具有刑事偵查權限之公務員，而其詢問大陸地區人民所製作之筆錄，若符合大陸地區刑事訴訟法相關規定，又再可信之特別情況下所製作，且為證明犯罪事實存否所必要，應承認其證據能力。

而此「可信之特別情況下所製作」，自可綜合考量當地政經發展情況是否已上軌道、從事筆錄製作時之過程及外部情況觀察，是否顯然具有足以相信其內容為真實之特殊情況等因素加以判斷。因而值得一提的是，大陸地區曾於 1996 年修正刑事訴訟法，復於 2012 年 3 月 14 日又做大幅度的修正，並自 2013 年 1 月 1 日起施行。從原有 225 個條文增刪修至 290 個條文，完善刑事訴訟制度，並重視實體法之貫徹與程序正義，相對於 1996 年刑事訴訟法，此次修正案最大的亮點是明確了「尊重和保障人權的任務」¹⁵。是以此次修正效果勢必影響日後取證證據能力之認定，而有助於提升大陸提供證據之「可信性」程度。

然而，承認傳聞例外的同時，勢必相對地限縮了被告憲法所保障的對質詰問權，因而在放寬排除傳聞法則適用的同時，為平衡被告因此而無法行使有效對質詰問權的不利益，對於循此途徑取得被告以外之人之證言或陳述，應適用「補強法則」，亦即不可作為認定被告犯罪事實的唯一依據，尚須調查

13. 大法官釋字第 329 號認為憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。

14. 參照 <http://www.mac.gov.tw/public/Data/972110395971.pdf>，2013 年 6 月 30 日造訪。

15. 樊崇義，2012 刑事訴訟法解讀與適用，法律出版社，2012 年，頁 1。



其他必要之補強證據以擔保其陳述確有相當之真實性始可。誠如林鈺雄教授提出對質詰問權之容許例外四大檢驗法則，其中佐證法則可為本文此處之借鑑。所謂佐證法則係指符合義務法則、歸責法則、防禦法則而未經被告對質詰問之不利證詞，雖因此而具有證據能力，但仍然必須注意佐證法則的證明力之限制；亦即該不利陳述既不得作為有罪裁判的唯一證據，也不得作為其主要證據，仍應以其他證據來驗證該不利陳述的真實性。

綜上所述，大陸公安當局對目擊者C製作之詢問筆錄，應可同時類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三及刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款之規定，來認定其證據能力。惟容許法院使用此未經被告對質詰問的不利證詞，必須是國家「已盡力履行傳拘證人之澄清義務」，或盡力採取「可能的補償措施」，以平衡被告之權益，使被告因未行使詰問權所可能產生之不利益降至最低。是以必須確定司法機關已窮盡可能手段而仍無法令其出庭下，才能調使用該未經詰問之供述證據有其正當性。此外，除合乎「盡力履行澄清義務」外，國家也應盡力「尋求被告次佳防禦措施之替代方案」，尤其現今通訊科技發達，不同國家的調查人員和證人間透過視訊系統面對面交談，甚至進行法庭活動，實非難事，且耗費之成本相較於傳喚國外證人到庭要來的低，而且透過視訊方式訊問亦為我國實務所採行，因此即便發生「多次送達傳票仍無下文之情形」，在大陸地區通訊技術許可之情況下，仍應設法藉由兩岸之間視訊設備，給予被告詰問證人之替代管道。否則法院若捨棄此不為，只因單純傳喚不到或傳票無下文，就據以得出有「使用證據之必要性」，而承認該等筆錄之證據能力，實不能謂已充分保障被告之詰問權，

亦違反法院之澄清義務¹⁶。最後亦應適用「補強法則」，亦即不可以此作為認定被告犯罪事實的唯一依據，尚須調查其他必要之補強證據以擔保其陳述確有相當之真實性始可。

肆、大陸鑑定報告書之證據能力

本案例中，大陸公安單位所查扣血衣、兇刀、監視錄影器、封口膠與指紋等物證，並製作法醫學鑑定書、物證檢驗報告書、痕跡鑑定書及將原物拍攝照片存證，目前實務見解分別說明如下。

一、文書真正與否與有無證據能力係屬二事

大陸地區依法委託製作之鑑定書，且經海基會驗證，是否具備證據能力？實務上有認為文書真正與否與有無證據能力係屬二事，不容混淆。如最高法院 97 年台上字第 2462 號判決認為：臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七條所定：「在大陸地區製作之文書，經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證者，推定為真正。」係關於文書驗證效力之規定，與證據能力（指符合法律所規定之證據適格，而得成為證明犯罪事實存在與否之證據資格）之有無，應依刑事訴訟法相關規定加以認定，兩者並非相同。申言之，文書是否真正，與證據能力之有無，係屬二事，不容混淆。在大陸地區製作之文書，經依法驗證者，形式上雖推定為真正，然尚非因此即認具有證據能力。原判決以：本件引用之筆錄、證物等，於修正刑事訴訟法施行前依當時之法定程序所製作取得之證據，其證據能力不因修正刑事訴訟法實施而受影響。又在大陸地區製作之文書，經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證者，推定為真正，臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七條定有明文，而財團法人海峽

16. 陳思帆，前揭文，頁 161。



交流基金會即為行政院依同條例第四條第一項所指定之機構，是其所驗證之前揭文書、證明書等，自可採為證據，有證據能力等由，因認上訴人抗辯其無證據能力，為無可採。然卷查自訴人臺達電子工業股份有限公司於2003年9月29日在原審提出由中達電通股份有限公司委託大陸司法部司法鑑定中心鑑定，屬被告以外之人於審判外之書面陳述，為傳聞證據，且非法院之審判長、受命法官或檢察官依刑事訴訟法第一百九十八條或第二百零八條第一項規定所囑託之鑑定報告，不符合修正刑事訴訟法施行前之法定程序；復係針對具體個案所為，亦不能認為屬於刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款所指文書，其有無證據能力，尚非無疑。依前開說明，原判決祇以前揭鑑定書已經財團法人海峽交流基金會驗證為由，即逕認有證據能力，而引為判決之基礎，其採證難謂適法。

二、類推適用如我方公務員職務上製作之文書

針對大陸公安單位所查扣之物證，若將該等證物送請相關專業機關鑑定，並製作如法醫學鑑定書、物證檢驗報告書、痕跡鑑定書等，實務上有認為同屬「傳聞證據」，在無顯不可信之情況，而應類推適用同法第一百五十九條之四第一款規定，均具有證據能力。如最高法院101年台上字第900號判決認為：原判決附表所示場勘查紀錄表三份、法醫學鑑定書一份、物證檢驗報告書二份與痕跡鑑定書三份等文書，係佛山市公安局就本件相關跡證所為勘查紀錄及鑑識報告；該等文件均係台灣台南地方法院依職權函請刑事警察局與大陸地區政府洽商，請其等交付本件相關證物，經刑事警察局與大陸地區政府洽商後，由刑事警察局鑑識科科長翁景惠於2002年4月23日至24日至大陸澳門地區，由大陸廣東省公安廳刑偵局科長楊攻、廣東省公安局主檢法醫師劉偉民、痕檢工程師朱奕賢、廣東省公安局預審官莫布來等交

付後攜帶返台等情，業據鑑定人翁景惠於第一審結證在卷，並有刑事警察局2002年4月29日刑鑑字第100875號函一份在卷可參。故該等文書之取得程序，符合我國刑事訴訟法所規定正當程序取得證據之要求（當時兩岸尚未簽訂司法互助協議，無法透過正式司法互助程序取得大陸地區之證據資料）。而大陸地區公安機關法醫師之地位相當於我國檢察署之法醫師，同具公務員身分，其所製作之鑑定書，並無顯不可信之情況。且鑑定證人即當時任職刑事警察局法醫室主任石台平於第一審亦證稱：大陸地區公安機關之鑑定報告已達世界法醫學界之標準等語，上述鑑定資料復經其複鑑認定無訛，因認大陸公安機關所製作之法醫學鑑定書、物證檢驗報告書、痕跡鑑定書（同屬傳聞證據），以及廣東省佛山市南海市（現已改制為南海區）公證處所製作之死亡公證書，均無顯不可信之情況，而應類推適用同法第一百五十九條之四第一款規，認均具有證據能力。證據），以及廣東省佛山市南海市（現已改制為南海區）公證處所製作之死亡公證書，均無顯不可信之情況，而應類推適用同法第一百五十九條之四第一款規定，認均具有證據能力。

三、本文之見解

依上述實務見解可知，案例中大陸公安單位所製作之屍體相驗鑑定報告、兇刀鑑定報告及DNA鑑定報告為大陸司法部司法鑑定中心鑑定之報告，屬被告以外之人於審判外之書面陳述，為傳聞證據，且非法院之審判長、受命法官或檢察官依刑事訴訟法第一百九十八條或第二百零八條第一項規定所囑託之鑑定報告，不符合修正刑事訴訟法施行前之法定程序；復係針對具體個案所為，亦不能認為屬於刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款所指文書，其有無證據能力，尚有疑慮。



然而，基於刑事司法互助相互尊重、平等互惠之原則，我方既然循「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」請求陸方協助調查取證，所取得之鑑定報告書或將原物所拍攝之照片，我方審判法院原則上即應接受其結果，不宜逕行依據陸方的相關法律審查是否有蒐證違法之情形，破壞國際刑事司法互助的基本精神，況且，通常我方法院對於被請求方之法律以及其實務運作並不熟悉，審查結果是否正確，亦容易滋生疑義。另在國際刑事司法互助實務上，被請求方通常不會將這些相關資料連同執行結果一併送交給請求方，如果請求方法院堅持需要這些資料以審查被請求方是否合法實施調查取證措施，須再透過新一次的刑事司法互助途徑，獲得相關資料後，去調查原先司法互助項目之合法性，恐怕被請求方將難以接受，此種帶著懷疑的態度不僅破壞國際刑事司法互助的互惠、信賴精神，亦難有效果¹⁷。

本此理念，本案例中大陸公安單位所製作之屍體相驗鑑定報告、兇刀鑑定報告及DNA鑑定報告，若經財團法人海峽交流基金會驗證，應推定為真正，且基於國際刑事司法互助相互尊重、平等互惠之原則，若透過「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」調查取證取得之相關鑑定報告書，雖非刑事訴訟法第二百零八條第一項由法官或檢察官所囑託之鑑定報告，亦非刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款之文書，惟只要該鑑定報告書係符合於可信之特別情況下所製作，應放寬適用刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款「除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書」之其他特信性文書，來認定其證據能力。

另偵查機關查扣犯罪證物後，若已將原物拍攝照片存證，或將該等證物送請相關專業機關檢驗明確，則該證物之照片及相關鑑

驗通知書，應足以表徵該證物之同一性。則法院縱未於審判期日調取該證物（即原物）提示予當事人辨認，但已將該證物照片或相關鑑驗通知書提示予當事人並詢問其意見，則其提示該證物照片及鑑驗通知書之效用，與提示原物無異，其所踐行之調查證據程序尚難指為違法。另按現行刑事訴訟法採直接審理主義，依同法第一百六十四條第一項規定，相關犯罪之證物以「提示實物」為原則，亦即原則上法院調查物證時必須將實物顯現於審判庭，並使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認，始得採為判決之基礎。惟此項「提示實物」原則僅於該證物之同一性發生爭議時，始有適用；若當事人對證物之同一性並無爭議，或僅對其取得程序或證明力有所爭執，則以其他替代實物之證據型態提示於審判庭，乃非法所不許（參照最高法院101年台上字第900號判決見解）。

伍、結論

就本案例中，大陸公安對目擊者C製作之警詢筆錄，我方法院應可同時類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三及刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款之規定，來認定其證據能力。惟容許法院使用此未經被告對質詰問的不利證詞，必須是國家「已盡力履行傳拘證人之澄清義務」，或盡力採取「可能的補償措施」，以平衡被告之權益，使被告因未行使詰問權所可能產生之不利益降至最低。是以現今通訊科技發達，仍應設法藉由兩岸之間視訊設備，給予被告詰問證人之替代管道，否則法院若捨棄此不為，只因單純傳喚不到或傳票無下文，就據以得出有「使用證據之必要性」，而承認該等筆錄之證據能力，實不能謂已充分保障被告之詰問權，亦違反法院之澄清義務。此外亦應適用「補強法則」，亦即不可以此作為認定被告

17. 朱金池、楊雲樺、蔡庭榕、許福生，前揭文，頁134。

犯罪事實的唯一依據，尚須調查其他必要之補強證據以擔保其陳述確有相當之真實性始可。

另外，本案例中大陸公安單位所製作之屍體相驗鑑定報告、兇刀鑑定報告及 DNA 鑑定報告，基於國際刑事司法互助相互尊重、平等互惠之原則，若透過「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」調查取證取得之相關鑑定報告書，雖非刑事訴訟法第二百零八條第一項由法官或檢察官所囑託之鑑定報告，亦非刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款之文書，只要該鑑定報告書係符合於可信之特別情況下所製作，應放寬適用刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款「除前二

款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書」之其他特信性文書，來認定其證據能力。另偵查機關查扣犯罪證物後，若已將原物拍攝照片存證，若當事人對證物之同一性並無爭議，或僅對其取得程序或證明力有所爭執，則以其他替代實物之證據型態提示於審判庭，乃非法所不許。

故本案例中，大陸公安對目擊者 C 製作之警詢筆錄，相關屍體相驗鑑定報告、兇刀鑑定報告及 DNA 鑑定報告以及將原物所拍攝之照片，均有證據能力，可以此證據來認定犯罪事實。

(作者為中央警察大學行政警察學系暨警察政策研究所教授)



東引地景 / 黃丁盛 / 馬祖國家風景區管理處

兩岸共同打擊犯罪與刑事證據法則之研究 ——特信文書與傳聞法則

林裕順



- 壹、前言
- 貳、司法互助與傳聞法則現況分析
 - 一、司法互助之現況檢討
 - (一) 司法互助「異中求同」
 - (二) 司法互助「和而不同」
 - (三) 司法互助「形同實異」
 - 二、傳聞法則之規範評析
 - (一) 傳聞法則之規範論理
 - (二) 傳聞例外之實然應然
- 參、「司法互助」與傳聞例外——規範衝突辯證
- 肆、「檢訊筆錄」與傳聞例外——滯留國外供述不能
- 伍、「特信文書」與傳聞例外——私人記錄、鑑定文書問題檢討
- 陸、結論

壹、前言

【實務案例¹】

「和信治癌中心醫院主治醫師，不滿大陸「小三」劈腿，到大連市迷昏秦女後綑綁、迷姦、再殺害」「經過協調，大陸當局退而求其次，同意刑事局派人到大陸拿取物證」，包括「被害人家屬筆錄、現場指紋、DNA鑑定書、解剖報告書等書證，讓刑事局成功比對出在房間內的指紋」另「這起殺人案的相關人證全在大陸，地檢署決定透過遠距視訊方式，請大陸當局先安排我方指定的五名證人，在大連市公安單位接受偵訊，承辦檢察官在地檢署透過網路視訊，連接台北與大連，經由電腦螢幕與證人面對面開庭訊問。」

98年4月26日，「財團法人海峽交流基金會」與「海峽兩岸關係協會」，就兩岸共同打擊犯罪行司法互助與聯繫事宜，在南京簽訂「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」。其中，第三章「司法互助」第八條第一項「調查取證」規定：「雙方同意依己方規定相互協助調查取證，包括取得證言及陳述；提供書證、物證及視聽資料；確定關係人所在或確認其身份；勘驗、鑑定、檢查、

1. 參 2011.05.05 聯合報、中國時報等報導。





訪視、調查；搜索及扣押等。²」台灣負責聯繫主管機關法務部，為能妥適執行「本項協議」相關條文規範，參考國際刑事司法互助慣例制訂「海峽兩岸調查取證及罪贓移交作業要點」。

其中，作業要點第三點有關「協助事項之說明」，就取得「證言及陳述」之方法特別規定，可以請求事項：包括「協助取得證言及陳述」、「協助促使特定人前來台灣地區作證或陳述者」、「協助台灣地區檢察官前往大陸地區參與調查取證」、「請求提供書證、物證及視聽資料」等等³。惟前引「實務案例」檢察官取自我國司法權所不及之國家、地區，類如被害人家屬筆錄、現場指紋、DNA鑑定書、解剖報告書等供述、鑑定書證等，於我國近年司改採行「當事人進行主義」、「傳聞法則」制度運作下，是否該當傳聞證據或符合傳聞例外等等證據能力問題，以及相關法制差異、規範摩擦對於蒐集證據之證據能力判斷、評價影響頗值探討。本文對照東瀛日本

相關代表性判例，期盼他山之石得以攻錯⁴。

貳、司法互助與傳聞法則現況分析

隨著「全球化」趨勢，國際交流、合作日漸頻繁，犯罪行為人可能是本國人或外國人，犯罪行為地或結果發生地不在同一國境，或因犯人、物品、資金逃亡、流動到國外等所謂「違反國內法之涉外犯罪」。或者，犯罪成立及訴追、處罰等刑事管轄權分配歸屬，依國際法或經簽署條約為準據之所謂「違反國際法之涉外犯罪」，相關偵查、訴追、審判、處罰涉及多邊國家經常可見⁵。為能有效抗制犯罪、確保訴追，有關犯人引渡、司法互助、訴追移轉、外國裁判效力等等，乃「國際刑法」(international criminal law)規範研究的重要課題⁶。本文以下首先介紹、檢討我國有關司法互助最高法院判決，並說明、評析我國現行傳聞法則實務運用情形。

2. 2009.04.30 行政院以台陸字第 0980085712A 函依「台灣地區與大陸地區人民關係條例」第 5 條第 2 項予以核定，併送立法院備查於同年 6 月 25 日開始生效施行。惟依據大法官釋字 323 號解釋：「憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。」參考「駐美國台北經濟文化代表處與美國在台協會間之刑事司法互助協定」(Agreement on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters between the American Institute in Taiwan and the Taipei Economic and Cultural Representative Office in the United States, 簡稱 AIT-TECRO Mutual Legal Assistance Agreement)，於 2002.01.16 經立法院審議通過，本項「司法互助協議」規範效力似亦有檢討必要。
3. 參台灣高等法院檢察署編印，「檢察機關辦理海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助」相關作業規定彙編，100 年 1 月，第 51、52 頁。
4. 日本「有斐閣出版社」創設於 1877 年，發行法律、經濟、人文、社會學術書籍雜誌斐有聲譽。1965 年同雜誌出版「刑事訴訟法判例百選」，並且約隔 5、6 年即全新編寫改版。本文取材的代表案例判例，主要引自井上正仁、大澤裕、川出敏裕共編，刑事訴訟法判例百選，第 9 版，ジュリスト NO.203，2011.03。
5. 安富潔，搜查手続法（演習講座），立花書房，1994.02，332 頁。
6. 「國際刑法」之法律解釋，參考竹內昭夫、松尾浩也、鹽野宏，新法律學辭典（第三版），有斐閣，1993 年，458 頁。

一、司法互助之現況檢討

（一）司法互助「異中求同」

94 年台上字第 6074 判決：「外國法院之裁判，不能拘束我國刑事法官之獨立審判。我國人民就同一行為，經外國確定裁判後，我國刑事法院依刑法第九條前段規定，適用我國刑法及相關之法律予以審判、處斷時，該外國法院之裁判書，因係外國法官依據外國法律裁判、製作，既非我國公務員所作成，亦非一般業務人員基於業務過程所製作之紀錄或證明文書，是就其作成之情況以觀，祇用於證明被告已經外國法院裁判確定之待證事實時，固得認其證據適格；但就證明被告犯罪構成事實之存否時，既係外國法官依外國法律審判、製作，應不具證據能力。」

刑事司法不僅反映國家體制、社會正義基本架構，並為國家主權、政府公權行使的重要機制。亦即，刑事裁判權乃國家權力的重要作用具權威、排他性，除國際慣例上具治外法權者，原則上及於全國領土之內。相對地，外國領域之偵查活動、司法審判，未經所在國承認、同意，因侵害外國主權不得行使實施⁷。然而，如前所述隨著社會、經濟活動的國際化，以及交通、通訊方法便利快速，人流、物流、錢流，情報資訊等跨境流動，不僅犯罪無國界且相關人的、物的證據或散佈不同國境領域。因此，為能因應犯罪抗制國際化、全球化趨勢，刑事司法亦不能故步自封，惟應評估不同國家主權見解摩擦，不同規範法域的緊張衝突，或不同

價值判斷的對立歧異，用以評價司法互助證據資料取得之法律適用與證據判斷等等⁸。

一般認為藉由他國司法互助蒐集保全之證據，若無違反本國憲法規範人權保障，或違背本國刑事程序基本規範論理，以及從程序正義、公正審判觀點亦無重大違失，仍應賦予相關罪證資料證據能力用作事實判斷基礎⁹。

（二）司法互助「和而不同」

98 年台上字第 7049 判決：「被告在我國境外犯重罪，遭訴於我國有管轄權之法院，而其相關之共犯或證人則先在外國法院受審或作證，如該國與我國簽定有司法互助之條約或協定，且本互惠原則，亦承認我國法官依法之訴訟行為效力，可依回法第一百五十九條之一第一項規定，認該被告以外之人在該國法院之供述，具有證據能力。除此之外，所為之供述，若與其人嗣在我國法院審理中到庭受訊問之陳述不符，而該先前之陳述具有較為可信之特別情況，且為證明被告犯罪事實存否所必要，我國法院復認為先前陳述所處之環境與附隨條件，足保任意性無虞而適當時，該外國法院製作之筆錄，仍可賦予證據能力，否則任令正義不彰，不啻違反刑事訴訟之最終目的，亦不合證據能力之認定標準不妨放寬，證明力之判斷要求乃須從嚴之大原則。」

然而，刑訴法上所謂法官、檢察官、司法警察，一般均僅限於該國各組織法上有其官職者而言，外國具有同樣地位、職

7. 岡田悅典，刑事弁護と国際化，村井敏邦等編，刑事司法改革と刑事訴訟法（下），日本評論社，2007.05，689 頁。

8. 岡田悅典，刑事弁護と国際化，村井敏邦等編，刑事司法改革と刑事訴訟法（下），日本評論社，2007.05，692 頁。

9. 伊名波宏仁，国際化と裁判手続き，三井誠等編，新・刑事手続法（I），悠悠社，2002.06，415 頁。





責者應不包括在內。因此，外國追訴犯罪之各種官憲蒐集、保全之證據，除有該當傳聞法則例外之「特信文書」（公務文書）者外，似應類如普通私人蒐集、保全證據一般之同等評價以判斷其證據能力。另類如本文前引實務案例，台灣司法警察制作被害人等詢問筆錄，依我現行傳聞法則條文規範並無證據能力，然大陸公安機關所制作者若有證據能力，法理評價一致性頗有疑義，台灣相關該當之偵查人員情何以堪。同時，雖私人違法取證並不當然適用「違法排除法則」（如我國刑訴法第158條之4），但有謂基於「司法廉潔性」之考量、觀點，若相關證據之作成、蒐集過程，有違憲法規範或同等之重大違法，仍應準用「違法排除法則」否定其證據能力¹⁰。

（三）司法互助「形同實異」

98年台上字第1941判決：「檢察官為打擊跨國性之重大犯罪，依循國際刑事司法互助管道，遠赴海外，會同當地國檢察官對於犯罪集團之某成員實施偵查作為，提供偵訊問題，由該外國檢察官照單辦理，訊問前，並依該國與我國刑事訴訟法相同意旨之規定，踐行告知義務，確保被告之訴訟防禦權，復通知其辯護人到場，保障其律師倚賴權，訊問中，且予以全程錄音（甚或錄影），訊問後，尚由被訊問人及其辯護人、會同訊問之各國（主任）檢察官、書記官（或人員）、翻譯人員與陪同在場之其他人員（例如承辦警員、錄影操作員）在筆錄上簽名確認，我國檢察官更命其所屬書記官就該訊問過程（含人員、

時間、地點、囑託訊問之題目等項）作成勘驗筆錄，載明上揭訊問筆錄之內容（含其光碟片）核與實際進行情形相符，縱然該訊問筆錄係由外國之書記人員製作而成，不符合我國刑事訴訟法第四十三條規定，惟既有諸多人員在場，踐行之程序堪認純潔、公正、嚴謹，顯無信用性疑慮，實質上即與我國實施刑事訴訟程序之公務員借用他人之口、手作為道具，而完成自己份內工作之情形無異，參照上揭刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定法理，就在我國內之該犯罪集團其他成員被告以言，是項偵訊筆錄當應肯認為適格之證據。」
「原判法認係依同法第一百五十九條之四第一款（除有顯不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書）之規定，而有證據能力，核屬誤會，然結論仍無不當，爰先予敘明。」

刑事訴訟法適用可能範圍，採「限定說」者認為刑事訴訟法效力僅限自國領域，惟外國政府承認的前提下，該同意限度方可擴及該國領域¹¹。另採「外國主權限制說」者認為訴訟法效力亦可及於外國領域，然外國領域內因該國主權具優先地位而受限制，若經外國主權承認限制隨即消失而得適用該國¹²。兩者論理區別實益，有關本國法院可否對於外國核發令狀，以及非屬任何國家管轄區域內之蒐證保全，前後見解不同而有否定、肯定區別。惟國際司法互助，乃關係國家間基於國際禮讓、平等互惠原則運作實施。無論屬強制處分或任意處分，相關司法作用蒐證保全乃國家主權行使，原則上未與該國主管機關簽署相關條約，或

10. 井上正仁，刑事訴訟法における証拠排除，1989年，有斐閣，416頁。

11. 平野龍一，刑事訴訟法，有斐閣，1993年，40頁。1971.5.13東京地院判決，刑事裁判集3卷5、6號459頁。

12. 安富潔，犯罪の国際化と捜査，同作者，捜査手続法，立花書房，1994.02，333頁。1978.12.20東京地院判決，判例時報912號24頁。

經當地該國同意、承認乃侵害主權之行為。日本實務判決係採取限定說之立場，故同認為檢察官在國外所作成之陳述筆錄，在該國承認之限度內所蒐集保全之證據，如同基於本國刑訴法所蒐集保全者，該當檢察官所制作之筆錄書面而有證據能力¹³。但是，該國除檢察官訊問筆錄之傳聞例外規定，如後所述尚須有事實上供述不能之前提要件，與我國現行「除顯有不可信」之寬鬆條文規範、實務運用並不相同。

二、傳聞法則之規範評析

【雋永智慧—日本・芥川龍之介《羅生門》¹⁴】

黑澤明轟動國際的《羅生門》，改編自芥川龍之介經典短篇小說「竹林中」。劇中青壯武士喪命的事情情節，因兇狠盜匪、受辱少婦，甚或虛擬被害亡魂的口供敘述，案情峰迴路轉結局大相逕庭。蓋因供述者雖審訊者親身訊問，但各自為維護自身利益、地位，僅片面地陳述事實，並作有利於己的詮釋，致使事實難斷、真相難覓。套用現行司法制度的邏輯思維，正說明藉由個人隻言片語「言語供述」，判定案情真相乃至難之業。

（一）傳聞法則之規範論理

過去事實的相關事跡留存於人的記憶時，需藉由言詞表達方能呈現於法官面前。類此，因人的知覺、記憶藉由言語表現（供述），方為法官或外界所認知、認識者，

稱之為「供述證據」。相對地，過去事實的相關跡證殘存於人的記憶以外之物理世界、物件場所，稱之為「非供述證據」¹⁵。例如，目擊者、被害人等關係者口語供述乃「供述證據」（我國刑訴法第166條），另身體狀況、生物跡證判定採樣，同取之於「人」但屬「非供述證據」（同第164條）。另口語供述之記載筆錄，乃供述轉化或供述替代之書類證據（同第165條）。

刑事訴訟程序有關證據的分類，特別強調「供述」與「非供述」證據類型區分。蓋供述證據藉由言語表達，因經歷人的認知（Perception）、記憶（Memory）與敘述（Narration）等過程方為外界事實認定基礎。對照身體、物件、住宅等對象證據保全之非供述證據類型，具有所謂「類型錯誤的危險」（類型的に誤りが入り込む恐れ）或「制式誤導的風險」（定型的に信用性に疑問がある）¹⁶。換言之，考量供述證據乃以「人之言語」證明事實，對照人類生活的共同經驗，因「認知」總會看錯、聽錯，「記憶」可能淡忘、模糊，「表達」或有錯誤、混淆等等，所以法庭實務的證據判斷上，對於「言語供述」作為證據總是「心存戒心」。因此，傳聞法則乃用以排斥輾轉、間接之供述證據，用以禁止轉述、流言或八卦進入法庭審理審理。蓋「人的言語」若二手傳播或藉書面形式提出法院，通常供述者未經具結或未受偽證罪處罰警告，法院或當事人未能直接觀察供述態度

13. 本案於日本通稱「ラストボロフ事件」，參東京地方裁判所昭和36年5月13日判決、東京高等裁判所昭和40年3月15日判決。

14. 國內有關日本「羅生門」中譯版本頗多，例如，李毓昭翻譯，羅生門，晨星，2005年，以及葉笛翻譯，羅生門，桂冠，2006年，各有特色，頗值一讀。

15. 日本裁判所書記官研修所，刑事訴訟法概說（再訂版），2001，司法協會，71、72頁。

16. 裁判所書記官研修會，刑事訴訟法概要（再訂版），司法協會，2001年，72頁；松尾浩也，刑事訴訟法（下），弘文堂，1993年，55頁。





與狀況，並且受不利益的當事者不能進行釐清反駁，亦即相關法庭特有審理機制無法有效作動，以檢驗上述供述證據特有「類型危險」或「制式風險」¹⁷。

我國大法官釋字 582 號解釋則進一步強調：「刑事被告詰問證人之權利，旨在保障其在訴訟上享有充分之防禦權，乃憲法第八條第一項正當法律程序規定所保障之權利，且為憲法第十六條所保障人民訴訟權之範圍」「並有助於公平審判及發見真實之實現，以達成刑事訴訟之目的。」因此，刑事訴訟法第 158 條之 3 規定：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據」立法理由認為：「證人、鑑定人依法應使其具結，以擔保證言係據實陳述或鑑定意見為公正誠實。若違背該等具結之規定，未令證人、鑑定人於供前或供後具結，該等證言、鑑定意見因欠缺程序方面之法定條件，即難認為係合法之證據資料」對照，前述傳聞法則規範論理，及大法官保障人權論據，應需辨明「證人具結」確保供述證據之信用可靠，僅是「必要前提」而非「充分條件」，乃是「低標下限」而非當可「無限上綱」¹⁸。

（二）傳聞例外之實然應然

被告證人詰問基本權利保障之適用範圍，大法官釋字 592 號解釋嘗謂：「現行刑事訴訟法第一百五十六條第二項、第一百五十九條第二項前段、第一百五十九

條之一、第一百五十九條之二、第一百五十九條之四、第一百五十九條之五、第二百零六條、第二百七十三條之二、第二百八十七條之二、···性侵害犯罪防治法第十五條第二項、兒童及少年性交易防制條例第十條第二項、家庭暴力防治法第二十八條第二項、組織犯罪防制條例第十二條暨檢肅流氓條例中有關秘密證人筆錄等傳聞證據之例外規定，均非本院釋字第五八二號解釋之對象」稍後，大法官於釋字 636 號解釋，認為：「任何人於他人檢肅流氓案件，皆有為證人之義務，而不得拒絕被移送人及其選任律師之對質與詰問。惟為保護證人不致因接受對質、詰問，而遭受生命、身體、自由或財產之危害，得以具體明確之法律規定，限制被移送人及其選任律師對證人之對質、詰問權利，其限制且須符合憲法第二十三條之要求。」換言之，廢止前之「檢肅流氓條例」，當時立法規範秘密證人亦屬傳聞例外¹⁹。然而，大法官於稍後之解釋中再次、重申對於「正當程序」憲法確信，考量「證人詰問權」「有助於公平審判及發見真實之實現，以達成刑事訴訟之目的」，堅持傳聞法則規範論理，限縮傳聞例外「立法裁量」，貫徹反對詰問機制設計，杜絕片段切割、即興地立法裁量。

因此，考量傳聞法則排除傳聞證據藉以避免供述內容錯誤可能，以及上述大法官維

-
17. 松尾浩也，刑事訴訟法（下），55 頁。另可參考陳運財，警察人員查訪報告之證據能力，月旦法學雜誌，55 期，1999 年 12 月，185、186 頁。
 18. 同樣論理亦，可參考陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用，台灣法學雜誌，93 期，2007.04，254 頁。
 19. 2003.02.06 我國刑事訴訟法第 159 條條文增修當時，立法理由說明中亦明確將檢肅流氓條例中「秘密證人筆錄」認為屬傳聞例外之「法律有特別規定」。參五南法律小組，92 年刑事訴訟法修訂資料彙編，2003 年 8 月，77 頁。

護「反對詰問」刑事人權苦心詣旨，一般所謂傳聞法則之例外，包括：①「反對詰問」的實施機會既已充分確保，如已於審判期日證人詰問筆錄等。②「反對詰問」的實施既已放棄，如經雙方當事人同意或合意之書類證據。③「反對詰問」的實施有其困難、障礙，如「制作的真實」受確保前提下之勘驗筆錄、鑑定書。供述者已死亡、身心障礙無法陳述等「必要性」情況。④等同「反對詰問」實施之信用性情況保障（特信狀況），蓋供述過程或客觀情狀，考其自然性、良心性、義務性、公示性或不利利益性等，應可認為供述內容之信用、真實已獲擔保²⁰。然而，我國現行傳聞例外有關「特性情狀」，不僅法律規範實務運用難有一貫、體系說明²¹。甚至，錯誤詮釋傳聞法則規範目的，錯誤解讀反對詰問機制目的，以致混淆任意性、信用性問題所在癥結不同。例如，法院辦理刑事案件應行注意事項 89 後段：對於刑訴法第 159 條之 1 第 2 項，就顯無「不可信之情況」，誤為：「法院應審酌被告以外之人於陳述時之外在環境及情況，例如：陳述時之心理狀況、有無受到外力干擾等，以為判斷之依據，故係決定陳述有無證據能力，而非決定陳述內容之證明力。」注意事項 90：對於刑訴法

第 159 條之 3，就「具有可信之特別情況」，誤為：「法院應比較其前後陳述時之外在環境及情況，以判斷何者較為可信，例如：陳述時有無其他訴訟關係人在場，陳述時之心理狀況、有無受到強暴、脅迫、詐欺、利誘等外力之干擾。」等等²²。然而，雖不難想像供非任意之供述（外力干擾）會影響供述的信用與可信度，可是傳聞例外乃更細膩的處理任意供述下感官、記憶、敘述之可能錯誤。

再者，我國實務條文規範適用上，對於「鑑定書」無條件的賦予證據能力，如同注意事項 115 規定：「受審判長、受命法官或檢察官選任之鑑定人所為之書面鑑定報告，屬傳聞證據排除之例外，具有證據能力。」可是，鑑定之書面報告有證據能力，應是考量「反對詰問」實施之困難，蓋鑑定的判定過程具專門性、複雜性且富變化，且因相關鑑定歷程及結果會涉及許多技術性問題，相較口頭的報告穿插圖表照片的書面資料，應較能傳達正確內容。因此，鑑定人所作成之書面（鑑定書等）仍屬傳聞證據，並且不能無條件肯認證據能力²³。若維持前述傳聞法則之一貫論理，應就鑑定人作成名義及作成記載之真實性等從事事項，賦予反對詰問機

20. 日本裁判所書記官研修所，刑事訴訟法講義（三訂版），司法協會，2008 年，287 頁。三井 誠、酒卷 匡，入門刑事手續法（第 4 版），有斐閣，2006，224 頁。

21. 學者批評指出：「我國版」傳聞法則，與美日法制相去甚遠，不僅造成真實發現的障礙，又恐剝奪被告詰問證人權。參王兆鵬、陳運財等著，傳聞法則理論與實踐，元照，自序，2004.09。

22. 例如，日本對於符合該國傳聞法則例外而認有證據能力之傳聞證據，於其刑事訴訟法另有規範處理任意性之問題。亦即，該法第 325 條規定：「法院對於依第三百二十一條至前條規定得作為證據之書面或供述，未事先調查書面所記載供述或準備審判或審判期日所為供述內容之他人供述出於任意所為者，不得以之為證據。」

23. 我國實務判決大多寬認鑑定書之傳聞例外，如最高法院 97 年台上字第 919 號判決、第 1629 號判決等等。惟學者亦有批評，相關刑訴 206 條第 1 項所謂「言詞或書面報告」用語，乃「證據方法」之條文規範，而非「證據能力」之傳聞例外。陳運財，傳聞法則之理論與實踐，月旦法學雜誌，97 期，103 頁。





會方能肯認其證據能力²⁴。

參、「司法互助」與傳聞例外— 規範衝突辯證

一、日本代表性判例事實概要

1976年2月，美國聯邦議會上議院外交委員會「多國籍企業」小委員會的公聽會中，揭露洛克希德（Lockheed）航空公司，推銷航空飛機所引發官商勾結問題。擔任本案偵查的東京地檢署檢察官，同年五月對東京地院的法官提出聲請，就有關丸紅總合商社社長X及其他二名成員的賄賂行為，與數名姓名不詳者的收賄不法事證，依據刑事訴訟法第226條規定，並循國際司法互助方式，委託美國司法機關對於居住美國之洛克希德（Lockheed）公司職員A等3人進行證人訊問²⁵。檢察官提出此項請求時，並附有檢察總長聲明書，其內容：「對上述各證人的供述內容，以及未來藉此所得之證據，即使有違反日本法律者，已指示所屬就有關該證言事項，對三名證人為不起訴處分。」以及東京地檢署檢察長之聲名書，內容：「就證言事項，對三名證人為不起訴處分。」據此，負責承審本案的東京地院法官依循外交途徑，於附記檢察官前述意旨，囑託該案美國司法管轄機關之加州中央區聯邦地方法院，實施對A等三人實施證人訊問之檢察官聲請。

受囑託聯邦地方法院任命主導本件證人訊問之執行官，進行相關詰問證人程序。然A等人仍以受日本刑事法律訴追之虞拒絕證言，蓋其對於前述檢察總長及東京地檢署檢察長所發表之聲明，於日本境內是否具備刑事免責法律效果容有疑義。因此，同年7月該聯邦地院的法官要求A等人應接受證人詰問程序，並裁定：「本案證人供述之任何證詞，或因本件囑託證言獲致之情資，於日本最高法院發表聲明或訂出規範，明確表示相關內容於日本管轄領域內不被追訴前，不會傳達相關證言內容。」

因此，檢察總長再一次表明：「保證該三名證人所為之證言或因證言獲致之所有情報，於日本國境內不會遭送追訴。」同時，最高法院亦聲明：「檢察總長的上述保證，未來我國所有檢察官將會遵守。」聯邦地院接到此聲明後，A等之證人詰問程序陸續展開，包括先前所作成文件及十數卷證人訊問筆錄，分次送到日本。稍後，前首相Y、首相秘書，及前述X等2名，分以受託受賄、行賂等罪遭到起訴²⁶。

二、日本代表性判例判解要旨

最高法院大法庭認為被告等人，即使未有本項囑託證人詰問筆錄，依據其他證據亦得宣告有罪，上訴意旨對於原審判決結論並無影響駁回上訴，但有鑑於所論議題之重要性，故就本件囑託證人詰問筆錄之證據能

24. 三井 誠、酒卷 匡，入門刑事手續法（第4版），有斐閣，2006，228頁。我國最高法院100年台上字第1134號判決，亦有同樣見解指出：「使該鑑定書面之製作者在審判庭受詰問或訊問，具結陳述該鑑定書面係據實製作，亦即賦予被告就證據適格有反對詰問之機會，再據以判明是否承認其證據能力，以補立法之不足。」

25. 日本刑訴法第226條（第一次審判期日前證人詢問之請求）

「明顯認為知悉犯罪偵查上不可或缺知識者，對於依第二百二十三條第一項規定之偵訊拒絕到場或供述，檢察官得於第一次審判期日前向法官請求詢問證人。」亦即，檢察官對於被告以外之人，並無類似我國強制到場、要求具結、訊問被告之條文規範、論理。

26. 1995年2月22日，日本最高法院大法庭判決，刑事裁判集49卷2號1頁。



力，為以下判斷：

- (一)「最高法院大法庭對於前述事實發展，認為：〔檢察總長及東京地檢檢察長〕所為各項宣示，乃為能於法律上強制取得 A 等供述，而保證相關人等未來於我國境內，不會因其證言內容受到追訴，即賦予所謂刑事免責而得到 A 等之證言，方能獲致 A 等證言，完成本件囑託證人訊問筆錄制作並送達我國」
- (二)「『犯罪事實，應依證據認定之』(刑訴法第 317 條)。惟本項證據之容許性，除應符合刑訴法證據能力之相關規定外，並應考量刑訴法規範意旨，亦即『刑事追訴兼顧公共福祉維護與個人權利保障，追求事實真相以正確迅速實現刑罰規範之目的』(同法第 1 條)，而為事實認定之基礎。」
- (三)「刑事免責制度，乃因應基於不自證己罪特權保障而拒絕證言，致有未能獲致犯罪證明所需必要供述之情形，而賦予具共犯等關係之部份人員免於刑責，使其喪失不自證己罪特權而強制取得供述，並依其供述內容作為他人有罪證據的法律制度。本案接受囑託的美國於一定之容許範圍、手續要件下，採用此項機制並制訂相關法律規範發揮一定機能。²⁷」

(四)「對照我國憲法條文有關刑事手續的規定，雖尚不足認為拒絕本項制度之採用，然刑訴法並未設有相關規範條文。再者，本項制度雖如前述目的考量而有其規範功能，但終攸關與犯罪相關之人利害，並對刑事程序重大事項有顯著影響，其採擇與否仍應慎重考量是否有採用必要性、是否符合公平審判的觀點、是否符合國民法律感情之公正期待等等，並且若採行本項制度，其適用對象範圍、手續要件、效果似應明文規定。然而，我國刑訴法既未設有此制度之條文規定，實可認為並未考量採用本項制度，故賦予刑事免責而取得供述作為認定事實的證據，解釋上認為並不允許應屬必然。」

(五)前述論理對於本件藉由國際司法互助之過程，利用刑事免責制度而取得證據，應同樣適用並無作不同解釋之理由。蓋即使由國際司法互助所獲得之證據，得否作為我國刑事裁判上認定事實之依據，仍應遵照我國刑訴法等相關法令來決定。有鑑於前述我國刑訴尚未採用刑事免責制度之意旨，雖是依國際司法互助而取得證據，仍應認定不能作為認定事實的基礎。

27. 我國與「刑事免責」有類似立法考量，可參「證人保護法」第 14 條規定：「第二條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑。」「被告或犯罪嫌疑人雖非前項案件之正犯或共犯，但於偵查中供述其犯罪之前手、後手或相關犯罪之網絡，因而使檢察官得以追訴與該犯罪相關之第二條所列刑事案件之被告者，參酌其犯罪情節之輕重、被害人所受之損害、防止重大犯罪危害社會治安之重要性及公共利益等事項，以其所供述他人之犯罪情節或法定刑較重於其本身所涉之罪且經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，得為不起訴處分。」



三、本文說明評析

綜觀前述日本最高法院判決論述說理，應可整理如下四項重點，包括：

- (一) 本案中相關檢察官不起訴之宣示，乃藉由實務運用獲致等同「刑事免責」之法律效果。
- (二) 就日本憲法及刑訴法規範而言，並不排斥刑事免責制度設計，但該國現行法制並未採用。
- (三) 因此，以刑事免責制度運用為前提實施詰問證人，相關供述證言等筆錄書面並無證據能力。
- (四) 同時，本項供述證言之證據禁止，並未因國際合作司法互助之原因理由有所區隔更動²⁸。

「刑事免責」乃英美法採用施行之制度，包括免除與該供述關連犯罪行為之供述者罪責（行為免責 transactional immunity），以及免除供述所得證據用以追訴供述者（使用免責 use immunity）。現一般採用刑事免責制度國家，大多認為不自證己罪喪失之對價，涵蓋該項供述及其衍生證據使用之禁止（證據使用禁止 use and derivative immunity）²⁹。惟

本項日本最高法院判決，或認「刑事免責」係屬刑事程序重大政策，理應由人民代表經立法程序方具備正當性，另考量刑事免責容易引發虛偽供述，相關道德風險若未控管，恐致事實誤判影響被告權利。同時，刑事免責若有「魔鬼交易」、「利益交換」等負面觀感，或難符合國民法律感情對於公正之期待³⁰。

惟日本學說有力見解，認為刑事程序未有「刑事免責」規範設計，即認相關供述取得並無證據能力似嫌速斷。本項日本檢察官「不起訴」宣示，因而促成相關證人訊問程序，彷彿「事實上」（非規範上）刑事免責機制，或有違背日本刑事偵查程序規範，但相關供述用能力的判斷，適用違法蒐集證據排除法則，綜合考量具體要件是否違背憲法等規範之重大違法³¹。並且，有謂本項供述證據能力有無之判斷，應尊重國際司法互助受託國主權，肯認該國法律建制下證據蒐集保全證據之證據能力³²。稍後，對於依循國際偵查互助，於美國制作「關係人供述筆錄」之證據能力問題³³，日本另有最高法院判決認為：本項供述筆錄乃該受偵訊者經緘默權告知，且於美國偵查人員及日本檢察官共同

28. 後藤昭，刑事免責による証言強制－ロッキード事件，松尾浩也・井上正仁編，刑事訴訟法判例百選（第七版），ジュリスト NO.148，1998.08，148 頁。
29. 田口 守一，刑事訴訟法，弘文堂，2009.05，343 頁。
30. 後藤昭，刑事免責による証言強制－ロッキード事件，松尾浩也・井上正仁編，刑事訴訟法判例百選（第七版），ジュリスト NO.148，1998.08，149 頁。
31. 井上正仁，刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力（1）（2），ジュリスト 1069 号，1995 年，13 頁以下，同 1072 號 140 頁以下。
32. 川出敏裕，國際司法共助によって獲得された証拠の許容性，研修 618 號，1999 年，3 頁以下。
33. 日本刑訴法第 223 條（第三人任意到場詢問、鑑定通譯之囑託）

「檢察官、檢察事務官或司法警察，偵查犯罪如有必要得通知犯罪嫌疑人以外之人到場接受為詢問，或囑託其為鑑定、通譯或翻譯。」

「第一百九十八條第一項但書〔拒絕到場、離去〕以及第三項至第五項〔筆錄、閱覽、朗讀、增減變更簽名捺印〕之規定，前項情形準用之。」

詰問過程中，於具任意性狀況下自為供述。同時，於美國公證人見證有偽證罪制裁適用之前提，經宣示記載供述內容係屬真實亦自為署名，該當刑訴法 321 條第 1 項第 3 款「特信情況」³⁴。

肆、「檢訊筆錄」與傳聞例外—— 滯留國外供述不能

一、日本代表性判例案例事實

酒吧經營、管理等被告三人共謀，因提供泰籍女性 14 人、日本女性 1 人居住並使其賣春為業，依經營賣春罪（賣春防止法第 12 條）遭檢察官起訴。而泰籍女性依入出境管理法強制出境手續由入管局收容，期間接受檢察官偵訊完成筆錄製作，並於當天乃至其後七天內（即收容後八至十五日），依序強制送回泰國。其中一名泰籍女性因辯護人請求保全證據程序，經證人詰問程序後始強制遣返泰國。另有一名於辯護人聲請證據保全時已遭遣返，另外對其餘十二名並未聲請相關保全程序。

第一審審理期間前述 14 名泰籍女性中，除經證據保全程序而為證人詰問之該名證人外，有關其他 13 名的檢察官偵訊筆錄，檢察官依刑事訴訟法第 321 條 1 項 2 號前段規定聲請法院實施證據調查。雖然，被告爭執此些證據之證據能力，但法院仍同意檢察官的證據調查聲請，並且將相關筆錄作為認定犯

罪事實證據。因此，被告基於以下理由，上訴高等法院。（Ⅰ）檢察官筆錄依刑訴法第 321 條第 1 項第 2 款認定為有證據能力的前提，應需有與反對詰問具相同程度足以保障其信用性狀況存在（特信情況），但本案件各件檢察官筆錄於此均有欠缺³⁵。（Ⅱ）即使前述之特信情況非屬積極要件，該供述有非於可信用之情況下所為之虞，仍應否定其證據能力（即不可信狀況屬消極要件），本案各供述該當此情形。（Ⅲ）如能預見審判時該外國人不在國內，檢察官於審判期日前有義務依刑訴法第 226、227 條，依證據保全程序請求詰問證人。若對此相關義務有所懈怠，該檢察官筆錄應無證據能力。

二、日本代表性判例判決要旨

（一）高等法院判決意旨

上訴審之大阪高院，對於（Ⅰ）認為「321 條第 1 項 2 款前段並未如同該條第 1 項二款後段，或同條文 1 項 3 款之規定，有『有可信用之特別情況』或『特別可信用之情況下所為者』之限制條件。所以，供述者只要符合『滯留國外而於準備審判期日或審判期日未能為供述』之要件，即可解釋為取得證據能力。對於（Ⅱ）認為「供述屬『非於可信用狀況下所為之虞』之情形，作為刑訴法第 321 條 1 項 2 款前段之消極要件，因有違條文規定並不恰當。」再者，「有鑑於本案情

34.2000.10.31 日本最高法院判決，判例時報 1730 號 160 頁。

35.日本刑訴法第 321 條第 1 項：「被告以外之人所作供述書或供述筆錄，其供述之書面經供述者署名或蓋印，於以下所揭情形得作為證據。一、法官面前制作之供述筆錄，因供述者死亡、精神或身體障礙、所在不明或在國外審判準備或審判期日不能為供述時，或供述者於審判準備或審判期日為與先前相異供述。二、檢察官面前制作之供述筆錄，因供述者死亡、精神或身體障礙、所在不明或在國外審判準備或審判期日不能為供述時，或供述者於審判準備或審判期日為與先前相反或實質上相異供述。但限於相較審判準備或審判期日供述，先前供述具可信任之特別情狀。三、前兩款所揭情形以外書面，因供述者死亡、精神或身體障礙、所在不明或在國外審判準備或審判期日不能為供述，且該供述於犯罪事實證明不可欠缺時。但限於該供述具可特別信用情況下所為者。」





節檢察官並無意圖使供述者出國離開日本等相關情形，以故意造成被告喪失反對詰問證人之機會，而無視為前述所稱本條項之消極條件的必要。若有不當侵害被告反對詰問權及適正訴訟程序利益，可依所謂證據禁止原則否定該證據能力即為已足。本案亦無可認為有此相關情事。對於（Ⅲ）認為「刑訴法第 226、227 條之機制，乃原本為使偵查機關能為充分的調查，在偵查上得為必要的資料蒐集及證據保全之方法。又犯罪嫌疑人、被告或辯護人依本法第 179 條得為證據保全程序。所以，於本案情形檢察官並無依第 226、227 條請求為證人詰問之義務。…因此，雖未履行此義務…並不能否定檢察官筆錄證據能力」，而駁回被告上訴³⁶。

（二）最高法院判決要旨

辯護人以刑訴法第 321 條第 1 項第 2 款前段規定違法憲法第 37 條第 2 項，蓋該條文合憲的前提，需有等同反對詰問確保信用性之情況保障；另縱此點非積極之要件，仍應認本案之供述非於可信用情況下所為者，應否定其證據能力，而上訴最高法院。然最高法院判斷如下：

1、刑訴法第 321 條第 1 項第 2 款前段規定：檢察官面前制作之筆錄，其供述者於國外致準備程序或審判期日供述不能者，得以之為證據。亦即，符合前述規定之情形，即可賦予證據能力。惟本條文規定本法第 320 條傳聞證據禁止之例外，考憲法第 37 條第 2 項保障被告證人詰問權之意旨，若檢察官面前筆錄未能考量聲請證據調查之沿革，或供述者身處國外之事由，相關檢察官面前制作筆錄均可依前項規定，賦予證據能力作為事實認定之基礎，頗有疑

義。」

2、本案供述者人於國外，起因強制遣返之事由。一般強制遣返業務，均考量出入國境管理公正之行政目的，由出入國管理機關依據出入國管理及難民認定法，符合一定要件下強制外國人離境之行政處分。然而，同屬國家機關之檢察官，若認知相關外國人強制離境，於準備期日或審判期日有供述不能情形，而進一步加以操作利用，或法院、法官裁定詰問證人但仍行強制離境之情形等，相關聲請證據調查該外國人檢察官面前筆錄，從程序正義觀點認為有欠公平時，應可謂容許以之為證據認定事實似有不當。」

3、本案「未可認為檢察官操作利用供述者強制離境，而不能於準備或審判期日進行供述」，「（有關一名泰籍女性）辯護人聲請證據保全、法官實施證人詰問」，其他一名於辯護人聲請證據保全時既已強制遣返，其餘 12 名並未聲請證據保全而為遣返，「故不能認為檢察官筆錄之證據調查聲請，從程序正義觀點有欠公平，應無容許以之為證據認定事實而有不當之情形。」

三、本文說明評析

有關供述者死亡、身心障礙、滯留國外等供述不能之情形，檢察官筆錄證即具證據能力之規範運用，雖日本多數學說見解認為檢察官乃當事者一方，及基於被告證人詰問權保障之考量，要求仍需另符「信用性客觀情況保障」，否則有違傳聞法則以及憲法規範論理³⁷。惟前述判決實務見解認為法律條文並未有相關「特信情狀」之規範要求，雖同意多數學說意見理應尊重憲法有關被告證

36.1989 年 11 月 10 日日本大阪高等法院判決，判例タイムズ 729 號第 249 頁。

37. 的場純男，檢察官面前調書，松尾浩也・井上正仁編，增刊ジュリスト刑事訴訟法の争点（第 3 版），2002.04，186 頁。

人詰問權的保障，但認只需考量相關滯留國外之原因理由，是否偵查機關人為恣意之操作利用而違「程序公平」³⁸。

另所謂「檢察官認知相關外國人強制離境，於準備期日或審判期日有供述不能情形，而進一步加以操作利用」，一般認為類如檢察官企圖迴避該當外國人接受證人詰問，或延遲提起公訴；或檢察官隱蔽證據，令被告等未能聲請證據保全；或檢察官惡意先為其他證據調查聲請，致延誤詰問該證人期日可能等等。再者，所謂「法院、法官裁定詰問證人但仍行強制離境之情形等」，例如檢察官企圖迴避該當外國人接受證人詰問，檢察官利用強制離境之行政處分，或向法院傳達錯誤強制離境的時間，致法院喪失詰問該名證人可能之情形等³⁹。

伍、「特信文書」與傳聞例外—私人記錄、鑑定文書問題檢討

一、日本代表性判例事實概要

本件裁判乃有關「洛克希德」案件審理過程（Lockheed），檢察官聲請相關「書證」調查之證據能力判斷。亦即，①銀行分行襄理 A 用作自己營業資料紀錄，幾乎是每天固定營業時間後，排除個人評價而將當天營業

狀況重點，以條列方式記載之工作日誌。②同一銀行分行經理 B，就私人生活事項、個人觀感或意見等，記載無關營業目的之個人備忘、行事曆之 3 年間記事本。③隸屬擁有海岸邊「6 腳消波塊」專利公司之設計師 C，因私人委任計算某海防工程所需「6 腳消波塊」重量、個數之規劃書⁴⁰。

二、日本代表性判例判決要旨

（一）有關刑事訴訟法 323 條之立法意旨

「本條第 320 條第 1 項，原則否定被告以外之人供述替代書面（包括陳述書及記載其供述之筆錄）的證據能力，另於第 321 條以下條文訂定例外之可能情形。同時，相關例外情形中最為嚴格的基本態樣，乃第 321 條第 1 項第 3 款規定之供述書面（警詢筆錄），而稍為寬鬆規範的書面型態，則有同條項第 1 款（審訊筆錄）、第 2 款（檢訊筆錄），以及同條第 2 項（準備或審判期日筆錄）、第 3 項（勘驗筆錄）、第 4 項（鑑定書）⁴¹，乃至第 323 條各款所定之（特信文書）書面證據⁴²。各項筆錄、書面，均因其制作當時情境、背景以及書面本身性質，相應地容許具備證據能力的法律要件逐漸鬆綁、放寬（雖寬鬆程度未必與法律條項次序連動）。惟第 323 條各款所定

38. 田口 守一，刑事訴訟法，弘文堂，2009.05，389 頁。

39. 上富敏申，退去強制と檢察官面前証書，井上正仁、大澤裕、川出敏裕共編，刑事訴訟法判例百選，第 9 版，ジュリスト NO.203，2011.03，137 頁。

40. 1978 年 6 月 29 日東京地方法院裁定，判例時報 893 號 8 頁。

41. 第 321 條第 2、3、4 項：「記錄被告以外之人準備審判或審判期日供述書面，或記載法院、法官勘驗結果之書面，無關前項規定得作為證據。」「有關檢察官檢察事務官或司法警察勘驗結果之記載書面，供述者於審判期日為證人接受詰問，陳述該書面乃據實制作者，則無關第一項規定得作為證據。」「記載鑑定經過及結果之書面，有關鑑定人所制作者，與前項同。」

42. 日本刑訴法第 323 條（特信文書傳聞例外）：「前三條所揭以外之書面，限於以下所示得以之為證據。一、戶籍謄本、公證書謄本及其他公務員（包括外國公務員）對於職務上可證明事項該公務員所作成書面。二、商業帳簿、航海日誌及其他常態業務過程所作成之文書。三、前兩款所揭事項以外，特別可信用情況下所作成之文書。」





書面（特信文書），乃位居傳聞法則除外規定「重疊結構中之頂點」，雖未經反對詰問程序仍即無條件賦予證據能力。因此，同條第三款條文規定：「除前兩款外其他於可信用情況下所制作的文書」，解釋上應指依其作成當時情境、背景以及書面本身性質，與同前兩款書面同樣具備高度信用性之客觀情境保障。」

（二）基於上述論理，前各項證據證據能力判斷如下

1. 有關前述證據①之判斷

本項營業工作日記，乃 A 基於業務資料之必要所作的書面，且幾乎是每天於營業時間結束或至遲於隔天早上，排除個人評價將當天業務要點逐條記載，考其制作目的、制作方法難有發生錯誤之可能，應肯認具有高度信用性。另先前同銀行於事務處理規則辦法，亦要求分行經理應制作分行營業日記，且經理異動交接並需辦理移交，稍後因該行簡化業務方廢止本項工作。A 現沿用之前銀行經理營業日記的表單帳冊，以分行襄理身份紀錄、制作業務資料用作個人備忘錄，雖已無須送他人檢閱且調動時亦無繳回必要，惟可用以他人開展業務時之參考，故通常制作者以外之人亦有許多機會參閱記載內容，解釋上似無可懷疑相關記載內容之正確性，可該當第 323 條第 2 款規定業務文書之客觀擔保情況。然而，本件乃因私人考量所做並無公開性之情形，對照其作成目的、作成方法，應可認為與前業務文書同具高信用度之客觀情況保障，故解釋上該當第 323 條第 3 款應屬相當。

2. 有關前述證據②之判斷

本件 3 年間記事本，乃 B 用供個人備忘之記載，而非用作分行經理業務之記

載，雖置放於自己辦公桌抽屜，記載自己前日遭遇的事物，但有時亦有 2、3 天後方為記載的情形。另就其記錄之內容，參雜著日語、中文、俄語，雖有些部分是關於銀行業務情形之記載，但關於私人生活的事項，以及個人主觀看法、意見等亦隨處可見。因此，就此記錄狀況以觀，解釋上認為該當第 323 條第 1 款、第 2 款之書面實屬牽強。

3. 有關前述證據③之判斷

本件規劃書，乃 C 基於專門知識經驗所作，具有「記載鑑定經過、結果書面」之性質，但若要該當第 321 條 4 項之書面，應由法院委託交付並經宣誓「鑑定人制作」之必要，解釋上若認有相關準用之情形，亦應止於偵查機關委託鑑定之「受託鑑定人」為限，似不應擴及私人委託鑑定之情形。另第 323 條第 3 款所定之書面，解釋上應較 321 條第 4 項所定之鑑定書，證據類型上有更高信用性之客觀情況保障。本件規劃書甚未該當第 321 條第 4 項所定鑑定書的要件，故亦不能謂其該當第 323 條 3 款所定之書面要件。

三、本文說明評析

前述日本最高法院判決，就「特信文書」（如我國刑訴法第 159 條之 3）所以該當傳聞法則例外，認同該國學界通說：「本項文書於客觀上具備高度信用性、必要性之類型特徵」，主要考量本項書面製作過程，屬繼續性、連續性業務行為，並仿如機械作動、制式運作之重複行為。其中，公務員職務制作之文書，乃對於公務正確性之信賴，同時公務職務內容、慣性乃客觀、具體、明確。另一般業務上制作之文書，若屬規律地機械性、連續性作業，應可認為較無虛偽可能而得為正確記載，有關信用性的保障上相較傳

喚、詰問制作人等，要求提出書面之方法更能貼近真實⁴³。

同時，本項判決亦指出「特信文書」，乃位居傳聞法則除外規定「重疊結構中之頂點」。換言之，相對其他審訊筆錄、檢訊筆錄（我刑訴法第159條之1）或警詢筆錄（同第159條之3）等傳聞法則例外，法律規範就本項特信文書乃「無條件」賦予證據能力，甚可謂「特信文書」屬無須適用傳聞法則之「非傳聞」⁴⁴。因此，我國刑訴法第159條之4第1、2款條文關於特信文書條文，附加「除顯有不可信之情況外」之法律要件，似乎「多此一舉」誤解「特信文書」立法意旨。亦即，傳聞法則例外規定的立法規範上，「顯有可信之情況」方屬本項特信文書，「顯有不可信之情況」則非本項「特信文書」。

另日本有關特信文書之概括規定：「除前兩款外其他於可信用情況下所制作的文書」（如我國刑訴法第159條之4第3款），該國認為解釋上應指依其作成當時情境、背景以及書面本身性質，與同前兩款公務、業務書面同居「重疊結構中之頂點」，同樣具備高度信用性之客觀情境保障⁴⁵。相對地，該國刑訴法上賦予鑑定書證據能力之前提要件，仍須具備鑑定人本身到庭陳明「該書面乃據實制作」之前提條件。因此，特信文書證據類型屬傳聞除外「重疊結構中之頂點」，無須附帶任何條件即具證據能力，故信用

性程度高於需附條件之鑑定書證據類型。亦即，本項判決比較傳聞例外法律規範寬鬆輕重，方謂：「本件規劃書甚未該當第321條第4項所定鑑定書的要件，故亦不能謂其該當第323條3款所定之書面要件。」惟日本學者亦多認為，本項判決並未全然否認就個案適用上，仍有未該當鑑定書法律規定，而有適用特信文書規範要件之可能。蓋本件鑑定書乃為能提高道路收費標準而委託作成之評估報告，但本鑑定人乃私人並與工程具利害關係，故鑑定人本身客觀性有其疑慮，影響報告事實機械作動、制式運作之信用性確保⁴⁶。

陸、結論

刑事司法於國外實施證據保全，大致有以下方式：1. 偵查機關直接前往當地國實施偵查活動。2. 藉「偵查互助」，請求當地國偵查機關蒐集、保全證據。3. 藉「司法互助」，請求國外審判法院實施證據調查。其中，所謂「偵查互助」（そうさきょうじょ），乃偵查機關或偵查人員，因偵查犯罪必要，就相關犯人逮捕或證據蒐集保全，委託他偵查機關或人員實施。「司法互助」（しほうきょうじょ），指審判法院對於有關裁判事項相互協助，例如，管轄法院有關案件管轄案件之搜索、扣押等特定事項囑託其他法院實施⁴⁷。

43. 小川新二，特に信用すべき書面，井上正仁編，刑事訴訟法判例百選（第八版），ジュリスト NO.174，2005.03，186 頁。

44. 辻本典央，特に信用すべき書面，井上正仁、大澤裕、川出敏裕共編，刑事訴訟法判例百選，第9版，ジュリスト NO.203，2011.03，185 頁。

45. 同樣意見，可參陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣法學雜誌，94期，2007.05，152 頁。

46. 辻本典央，特に信用すべき書面，井上正仁、大澤裕、川出敏裕共編，刑事訴訟法判例百選，第9版，ジュリスト NO.203，2011.03，185 頁。

47. 參考竹內昭夫、松尾浩也、鹽野宏，新法律學辭典（第三版），有斐閣，1993 年，638、880 頁。



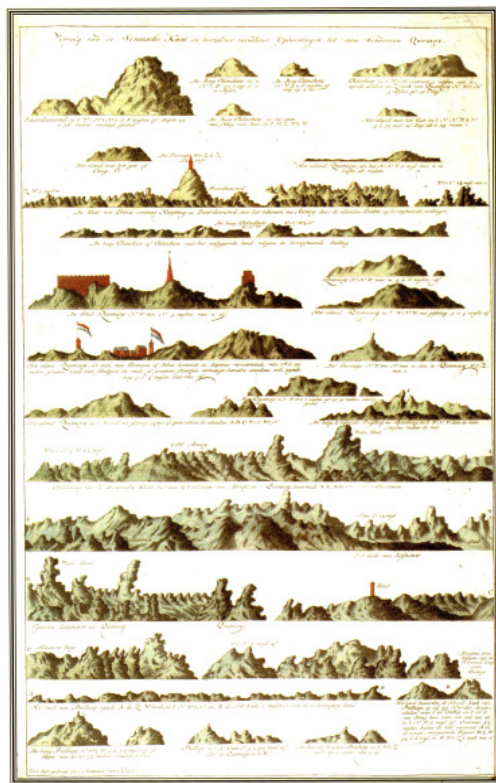


原則上司法互助乃考量雙方共同目標、利益，基於「國際禮讓」、「互惠原則」運作實施。如同前引「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」意旨與規定，一般互助合作項目，包括「情資交換」、「人員遣返」、「文書送達」、「調查取證」、「罪贓移交」、「裁判認可」（民事）、「罪犯接返」、「人道探視」等等⁴⁸。惟一般而言不同國家地區合作共同打擊犯罪等等司法互助協議，泛屬刑事追訴之行政事務或行政程序，且不難想像過程中不免需藉刑事程序，方能落實必要證據之蒐集、保全。其中，若有實施直接或間接強制處分，以及其他影響當事者權利義務之情形，相關司法互助理應準據受請求國刑事訴訟法規定本屬當然。並且，各國刑事案件之追訴、處罰之程序規範各不相同，此亦不同國家間締結司法互助條約協議之前提⁴⁹。

如同，司法院釋字 582 號解釋：「刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。」雖然，我國傳聞法則制訂過程，或避免牽連過廣或遷就當時法律規範，寬鬆認定傳聞例外法律有規定，包括：「本法第一百五十九條之一至第一百五十九條之五及第二百零六條等規定，此外，尚包括性侵害犯罪防制法第十五條第案二項、兒童及少年性交易防治條例第十條第二項、家庭暴力防制法第二十八條第二項、組織犯罪防制條例第十二條及檢肅流氓條例中有關秘密證人筆錄等等多種刑事訴訟特別規定情形。⁵⁰」然而，考量歷來我國「正當法律程序」之論述研究，現今兩岸交流頻繁檢討類如前引「實

務案例」等司法互助取得之資料，於我國近年司改「當事人進行主義」運作下如何適用「傳聞法則」等，似有必要回顧我國歷來實務運用經驗並參考國外規範應用成果，並且再次檢驗先前大法官釋字 592 號解釋保留評價之傳聞例外條文規範，方能凸顯近年我國刑事司改成果，並擴大台灣「軟實力」對於大陸法制影響之可能。

（作者為中央警察大學刑事系教授）



▲荷蘭人所繪由海上看金門的斷面圖，約繪於17世紀。

金門縣政府

48. 參台灣高等法院檢察署編印，「檢察機關辦理海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助」相關作業規定彙編，100年1月，1頁以下。

49. 河村博，刑事手続きにおける国際協力，松尾浩也・井上正仁編，増刊ジュリスト刑事訴訟法の争点（第3版），2002.04，20頁。

50. 參五南法律小組，92年刑事訴訟法修訂資料彙編，2003年8月，77頁

海峽兩岸對於犯罪所得查扣與沒收之研究 ——兼述金門、連江地區犯罪所得之查扣與沒收

郭永發

壹、前言

貳、大陸地區對於犯罪不法所得之扣押與沒收法制

參、金門、連江地區犯罪所得查扣與沒收之現況與問題

一、問題緣起

二、近 5 年來查獲大陸抽砂船盜採砂石之處理情形

三、查緝大陸抽砂船盜砂之成效檢討與面臨之困境

四、循求解決與突破之建議

五、小結

肆、臺灣地區與大陸地區對於犯罪不法所得之扣押與沒收法制上之差異

伍、結語

壹、前言

隨著海峽兩岸交流之密切頻繁，跨越於兩岸之犯罪案件亦日益增多，尤其是詐騙、經濟犯罪案件，被害金額或犯罪行為人獲取之不法所得，往往在數億甚至數十億元以上，而兩岸有關財產刑罰之犯罪所得剝奪法制，無論於理論基礎、規範結構，抑或實務運用，卻存在有明顯的不同，為使兩岸彼此瞭解其中之差異性，俾利於兩岸犯罪不法所

得剝奪之執行成效，因此有深入瞭解、比較彼此法制之必要性。又金門、連江地區因有其特殊之歷史及地理環境背景，該區域現今面臨何種犯罪類型之查扣、沒收問題，亦將一併提出討論及建議。

貳、大陸地區對於犯罪不法所得之扣押與沒收法制

一、保全程序

扣押，係為保全犯罪證據或將來得予沒收之物之手段，惟大陸地區刑事訴訟法第 134 條規定：為了收集犯罪證據、查獲犯罪人，偵查人員可以對犯罪嫌疑人以及可能隱藏罪犯或者犯罪證據的人的身體、物品、住處和其他有關地方進行搜查。對於得為沒收之物之保全，卻未見有條文之明白宣示，其刑事訴訟法有關偵查之搜查規定，目的係為收集犯罪證據、查獲犯罪人；查封、扣押之目的，則係在保全可用以證明犯罪嫌疑人有罪或者無罪的各種財物、文件¹，即便係查詢、凍結犯罪嫌疑人之存款、匯款、債券、股票、基金份額等財產，亦係為偵查犯罪所需之證據保全手段²。當然，以籠統之「偵查犯罪所需」及「收集犯罪證據」含義，似乎也可將「得為沒收之物」含攝在扣押客體之內，蓋犯罪嫌疑人之不法所得，源自於其之犯罪行為，該等不法所得固為將來沒收之

1. 大陸刑事訴訟法第 139 條第 1 款規定：在偵查活動中發現的可用以證明犯罪嫌疑人有罪或者無罪的各種財物、文件，應當查封、扣押；與案件無關的財物、文件，不得查封、扣押。
2. 大陸刑事訴訟法第 142 條第 1 款規定：人民檢察院、公安機關根據偵查犯罪的需要，可以依照規定查詢、凍結犯罪嫌疑人的存款、匯款、債券、股票、基金份額等財產。有關單位和個人應當配合。





標的，然同時亦為犯罪嫌疑人從事犯罪行為所產出之證據，故將之含括於「犯罪證據」並為扣押之客體，應無疑義。審理中案件，人民法院若認為依法應當判處被告財產刑者，為免被告轉移、隱匿財產，人民法院得於案件審理過程中，先為扣押或者凍結被告之財產³。

二、犯罪不法所得之剝奪手段

大陸地區刑法第 34 條將「罰金」及「沒收財產」均規定為附加刑（同我刑法之從刑）之類型，為剝奪犯罪行為人不法所得之原則性規定，而其附加刑得獨立適用⁴，非必需附隨於主刑宣告，與我刑法所規定之罰金刑係主刑之一種，及我刑法之從刑原則上並不具有獨立性，必須依附於主刑宣告者不同。

大陸刑法第 64 條固亦有追繳之規定，然其追繳之具體內容與性質，明顯與我刑法第 34 條第 3 款將追繳列為從刑之規定不同；依據大陸刑法之條文體系排列，其第 64 條規定係編排在總則篇第 4 章「刑罰的具體適用」之第 1 節「量刑」中，依照其立法結構來看，應屬法官於具體量刑時，附帶針對財產處置之一種「非刑罰措施」，對於這項措施之理解，應係犯罪行為人所取得之不法利益，本既無權占有，理應追繳或責令退賠，故追繳本質上只是一種「恢復原狀」之手段⁵。

（一）罰金

大陸地區刑法之罰金刑，其目的亦在剝奪犯罪行為人一定數額之金錢，並作為經濟犯罪、財產犯罪與其他貪利性犯罪之主要經濟制裁手段，而隨著中國大陸市場經濟之改革開放，違犯經濟犯罪者之比率逐年增加，其中甚多之犯罪即係由「經濟組織（企業）」所主導，因此其刑法第 4 節亦規定有單位犯罪，並對單位犯罪科處罰金^{6、7}。

大陸地區刑法總則對罰金刑之適用，並未明定其之最低或最高數額之限制，反在分則各罪中，分別規定三種罰金數額範圍之裁量標準，包括有限額罰金刑，例如其刑法第 192 條規定之「2 萬元以上 20 萬元以下罰金」；倍比罰金刑，例如其刑法第 191 條第 1 款規定之「洗錢數額百分之 5 以上百分之 20 以下罰金」；無限額罰金刑，例如其刑法第 125 條第 3 款規定之「單位犯前兩款罪的，對單位判處罰金」。除前開法定範圍標準外，司法審判機關在實際個案裁量時，仍需依照其刑法第 52 條規定根據犯罪情節決定罰金之數額，例如違法所得數額、造成損失的大小等，並綜合考慮犯罪行為人繳納罰金的能力；刑法未有明確規定罰金數額標準時，罰金之最低數額不得少於 1 千元；對未成年人犯罪應當從

3. 大陸最高人民法院關於適用財產刑若干問題的規定第 9 條。

4. 大陸刑事訴訟法第 173 條第 3 款規定：人民檢察院決定不起訴的案件，應當同時對偵查中查封、扣押、凍結的財物解除查封、扣押、凍結。對被不起訴人需要給予行政處罰、行政處分或者需要沒收其違法所得的，人民檢察院應當提出檢察意見，移送有關主管機關處理。有關主管機關應當將處理結果及時通知人民檢察院。

5. 古承宗著，財產刑罰作為「剝奪不法利益」之手段—兩岸（財產）刑罰制度比較，軍法專刊第 55 卷第 4 期第 128 頁。

6. 大陸刑法第 30 條規定：公司、企業、事業單位、機關、團體實施的危害社會的行為，法律規定為單位犯罪的，應當負刑事責任。

7. 大陸刑法第 31 條規定：單位犯罪的，對單位判處罰金，並對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員判處刑罰。本法分則和其他法律另有規定的，依照規定。

輕或者減輕判處罰金，但罰金之最低數額不得少於 5 百元⁸。

(二) 沒收財產

沒收財產係沒收犯罪行為人個人所有財產之一部或者全部。在判處沒收財產時，不得沒收屬於犯罪行為人家屬所有或者應有之財產⁹。沒收財產以前犯罪行為人所負之正當債務，需以沒收之財產償還者，經債權人請求，應當償還¹⁰。此處所謂「沒收財產以前犯罪行為人所負之正當債務」，依大陸最高人民法院之解釋，係指犯罪行為人在判決生效前所負之他人合法債務而言¹¹。又依大陸地區刑法規定“並處”沒收財產之犯罪，其人民法院在對犯罪行為人判處主刑同時，必須依法判處相應之財產刑；規定“可以並處”沒收財產之犯罪，則應當根據案件具體情況及犯罪行為人之財產狀況，決定是否適用財產刑¹²。沒收財產所剝奪之犯罪行為人財產可以是金錢，也可以是其他形式的財產，但應保留依靠犯罪行為人扶養而無其他生活來源之家屬必要之生活費用。對於依法確認屬於犯罪行為人所有之債權，亦得為沒收財產之範圍，但承擔民事賠償責任之犯罪行為人，同時被判處罰金，其財產不足以全部支付，或被判處沒收財產者，應當先承擔對被害

人之民事賠償責任¹³。又沒收財產之數額應根據犯罪之性質、情節確定判處沒收犯罪行為人財產之一部或全部。判處死刑之經濟犯罪行為人，得依法判處沒收其個人所有之全部財產；判處死緩刑、無期徒刑之經濟犯罪行為人，依法可以判處沒收其個人所有全部財產或大部分財產¹⁴。

犯罪行為人違法所得之一切財物，應當予以追繳或者責令退賠；對被害人之合法財產，應當及時返還；違禁品和供犯罪所用之本人財物，應當予以沒收¹⁵。如前所述，此處所謂之「追繳」並不具有刑罰性質，若將之解為屬沒收犯罪行為人財產之執行方法似更妥適。在貪污、受賄案件中，如已追繳全部或大部分贓款贓物，應視具體情況酌量從輕處罰；犯罪行為人及其親友主動退贓或者在辦案機關追繳贓款贓物過程中積極配合者，於法院量刑時應當與辦案機關查辦案件過程中依職權追繳贓款贓物者有所區別；職務犯罪案件立案後，犯罪行為人及其親友自行挽回之經濟損失，司法機關或犯罪行為人所在單位及其上級主管部門挽回之經濟損失，或因客觀原因減少的經濟損失，不予扣減，但可以作為酌情從輕處罰之情節¹⁶。

對犯罪嫌疑人違法所得的財物及其孳

8. 大陸最高人民法院關於適用財產刑若干問題的規定第 2 條。

9. 大陸刑法第 59 條規定：沒收財產是沒收犯罪分子個人所有財產的一部或者全部。沒收全部財產的應當對犯罪分子個人及其扶養的家屬保留必需的生活費用。在判處沒收財產的時候，不得沒收屬於犯罪行為人家屬所有或者應有的財產。

10. 大陸刑法第 60 條規定：沒收財產以前犯罪分子所負的正當債務，需要以沒收的財產償還的，經債權人請求，應當償還。

11. 大陸最高人民法院關於適用財產刑若干問題的規定第 7 條：刑法第 60 條規定的“沒收財產以前犯罪分子所負的正當債務”，是指犯罪分子在判決生效前所負他人的合法債務。

12. 大陸最高人民法院關於適用財產刑若干問題的規定第 1 條規定。

13. 大陸刑法第 36 條第 2 款規定。

14. 大陸江蘇省高級人民法院關於審理經濟犯罪案件適用財產刑幾個問題的討論紀要。

15. 大陸刑法第 64 條規定。

16. 大陸最高人民法院、最高人民檢察院關於辦理職務犯罪案件認定自首、立功等量刑情節若干問題的意見第 4 點。





息，應當依法追繳¹⁷。人民檢察院直接受理偵查之貪污、賄賂等經濟犯罪案件，受理後，被告死亡者，不予立案，已經立案者，應當撤銷案件。但對已經死亡之被告貪污、挪用之公共財物一律追繳；賄賂財物及其他違法所得一律沒收。追繳之貪污、挪用財物，退回原單位；依法不應退回原單位和沒收之財物收入，一律上繳國庫，並在不立案或者撤銷案件決定書中載明¹⁸。

三、小結

大陸地區刑法以罰金及沒收財產之附加刑，作為犯罪不法所得之剝奪手段，與臺灣地區之沒收法制存有相當程度的差異；其沒收財產內容，除剝奪犯罪行為人之不法所得外，尚包括沒收犯罪行為人原本保有之財產利益，故在臺灣地區沒收法制下所無法沒收之屬被告所有之無體物與因原物變得之具有經濟價值之物，及追繳時之價額計算方式爭論等問題，均不會發生於大陸地區之沒收財產法制中。惟沒收犯罪行為人自身原先保有之財產利益，恐有違罪責原則及剝奪犯罪行為人再社會化之機會。

參、金門、連江地區犯罪所得查扣與沒收之現況與問題

一、問題緣起

金門與連江地區之案件類型，向來均較為單純與傳統，鮮少有重大經濟犯罪或新興犯罪發生，尤其是連江地區，因各島嶼均屬岩質海岸，地形陡峭，船隻不易登陸，故毒販、走私者，較不喜以該處作為轉運之地點，且由於氣候、交通不便及駐島國軍陸續撤離

等等因素，即便有小三通之加持，連江地區之主要島嶼（南竿、北竿、東引、莒光）街景，較之 30 年前益加蕭條¹⁹，而經濟規模則仍停留在傳統之海島漁村生活交易景象，故較無可觀而足以引發議題之案件提供討論。反較是金門地區之國土保安問題，顯得更為重要且急待解決。

近年來，大陸抽砂船不斷越界，侵入金門海域盜取砂石，造成金門海域沙灘迅速流失，海岸線逐年後退、內縮，海水倒灌、土質鹽化，嚴重危害金門地區之國土安全²⁰，而我方究應採取如何之因應對策，及對於查扣之大陸抽砂船、人員應如何處置，始較能符合法律規範並有效遏阻盜採犯行之繼續發生，均有逐一討論之必要。

二、近 5 年來查獲大陸抽砂船盜採砂石之處理情形

金門地區終止戰地政務後，有關海防之維安工作，已由國軍移交予具司法警察機關性質之海巡署負責，而海巡署所屬機關查獲大陸抽砂船盜採砂石案件後，除將船上人員以涉嫌違反國家安全法、竊盜等罪嫌，移送福建金門地方法院檢察署（下稱金門地檢署）偵辦外，另將船隻行政查扣，船長則函送金門縣政府，由金門縣政府依土石採取法行政處分，茲將移送後之行政、司法處置，分項敘述如下：

（一）行政處置

海巡機關近 5 年來（96 年 1 月至 101 年 6 月）所查獲之大陸抽砂船越界盜採砂石案件，總計有 36 件；抽砂船除由海巡機關行政查扣外，船長部分則函送金門縣政

17. 大陸公安機關辦理刑事案件程序規定第 220 條規定。

18. 大陸最高人民檢察院關於檢察機關受理後被告人死亡的經濟犯罪案件贓款贓物如何處理問題的批復。

19. 本文作者曾於 73、74 年間，在馬祖北竿服役。

20. 聯合報 101 年 7 月 18 日 B 版 4「海砂抽取嚴重 金門『桑田變滄海』」之新聞報導。

府行政處分，均經金門縣政府以違反土石採取法第 36 條規定裁罰，裁處金額總計有新臺幣（下同）3,900 萬元之多，且皆須繳清罰鍰後，始得取回船隻。

第九海巡隊查扣大陸船舶盜採砂石明細表（96-101 年）²¹

查獲日期	件數	裁處情形
96.1-12	9 件	行政裁罰共 700 萬元（每件 100 萬元，2 件一事不二罰）
97.1-12	7 件	行政裁罰共 600 萬元（每件 100 萬元，1 件一事不二罰）
98.1-12	6 件	行政裁罰共 600 萬元（每件 100 萬元）
99.1-12	5 件	行政裁罰共 500 萬元（每件 100 萬元）
100.1-12	5 件	行政裁罰共 700 萬元（自 100.12 起每件改裁罰 200 萬元）
101.1-6	4 件	行政裁罰共 800 萬元（每件 200 萬元）
總計	36 件	3,900 萬元

（二）司法處置

海巡機關所查獲之大陸抽砂船船上人員，均以違反國家安全法、竊盜等罪嫌，移送金門地檢署偵辦，而金門地檢署檢察官受理此類案件，初始均認其盜採砂石行為犯罪情節輕微，除非有再犯遭查獲，而改以聲請簡易判決處刑之情形外，率皆給予緩起訴處分，且所附緩起訴處分條件，均僅要求書立悔過書，或令其爾後不得侵入我領域及盜採砂石等事項，直至 99 年 11 月間起，發覺盜採情形日益嚴重，始於緩起訴處分條件要求被告每人應支付 5 萬元緩起訴處分金與國庫，100 年 11 月間增加為每人 6 萬至 12 萬元，100 年 12 月間起增加為每人 15 萬元，希冀加重緩起訴處分條件，藉以遏止大陸抽砂船之持續盜採犯行，然而盜採行為似未稍事停歇。

金門地檢署檢察官偵辦大陸地區人民盜採砂石案件處理情形（96-101 年）²²

移送時間	件數	偵辦結果
96.1-99.5	26 件 146 人	除 3 件聲請簡易判決處刑外，其餘均緩起訴處分，且所附緩起訴條件均僅要求書立悔過書，或命其不得再越界盜砂
99.11-100.5	2 件 11 人	均緩起訴處分，每人應支付 5 萬元緩起訴處分金與國庫
100.11	2 件 12 人	均緩起訴處分，4 日查獲之 6 人部分，每人應支付緩起訴處分金 6 萬元；7 日查獲之 6 人部分，每人應支付 12 萬元
100.12-101.6	6 件 10 人	均緩起訴處分，每人應支付 15 萬元緩起訴處分金與國庫

21. 本明細表係依據第九海巡隊、金門縣政府提供之資料製作而成。

22. 本明細表係依據金門地檢署檢察官近 5 年來對移送之大陸抽砂船盜砂案件偵辦結果統計製作而成。



三、查緝大陸抽砂船盜砂之成效檢討 與面臨之困境

針對大陸抽砂船之越界盜砂行為，負責第一線海防維安之海巡機關，或也相當努力地持續取締，而金門縣政府及金門地檢署檢察官，亦各在其職權範圍內，斟酌提高行政處分罰鍰，及加重緩起訴處分條件，但何以大陸抽砂船依然不懼高額罰款，竟一再越界盜取砂石，探究其原因應有兩端；其一，盜採砂石確有厚利可圖，縱遭查獲處罰，扣除罰款及所有人事成本，仍有利潤可享；其二，大陸不法之徒可能認我執法單位取締態度溫和，驅趕者多，逮捕、扣船者少，萬一船隻遭扣，亦可繳清罰款取回，日後繼續盜砂即可回補損失，故而心存僥倖。上開原因研判並非毫無根據，曾有遭逮捕之大陸抽砂船船長陳稱：一艘新的中型（1000 噸許）抽砂船約人民幣 1 百萬元，船東 1 個月可賺人民幣 10 幾萬元，作業不到 1 年即可回本，其受僱船東已有半年以上，出來抽砂時間約在下午 4、5 時許，平時均有大約 10 幾艘抽砂船同時在金門海域作業，沒有休假日，只要天氣許可就會出來作業，其係首次遭逮捕法辦等語²³，佐之金門漁民反應海巡署雖有取締，但大陸抽砂船仍照樣在山后、古寧頭等海域抽砂，及金門海域沙灘嚴重流失等事實²⁴，足認大陸抽砂船越界盜採砂石確實極為猖獗，我相關主管機關之查緝、處分作為，並未發生有效之遏止作用。

依據上述近 5 年來海巡署所署機關查獲之盜砂案件數來看，每年約僅有 5 艘越界盜

採砂石之抽砂船遭查扣法辦，與實際非法侵入金門海域盜砂之船隻數量相比，恐有極大之出入，負責查緝之海巡機關是否確實執行取締任務，應有再做檢討之必要，但將查緝不力之責任全歸諸於海巡機關，似也有欠公允，蓋查緝到案後之行政、司法處置方式，及相關軟、硬體設備是否充分配合，均足以影響第一線查緝機關之態度與士氣，以船隻查扣後之保管為例，目前料羅港之公務碼頭最多僅能容納兩艘抽砂船停泊²⁵，易言之，以現有之硬體設備，至多僅能保管兩艘查扣之船隻，若有第 3 艘船隻查扣，即陷入無處停靠保管之窘境，使負責查緝之海巡機關裹足不前，難以放手取締，而有心人士亦可推測，凡有兩艘抽砂船遭查扣，在未「贖回」期間，即可放心越界盜砂，因海巡機關將不會查扣船隻，自找麻煩；再者，司法機關對此類案件之處理態度，亦為關鍵，若裁處流於寬縱，除使負責第一線取締任務之公務員無所適從，影響其積極查緝之決心外，更使盜砂者有恃無恐，盜採行為將益形囂張而難以阻遏。

四、循求解決與突破之建議

金門海域國土安全之維護，絕無可能由單一查緝機關獨立完成，各權責機關應體認本議題之嚴肅性，捐棄機關本位主義，在各自之職責範圍內通力合作，始能克竟全功，試就行政、司法機關應速建置之軟、硬體設備，及將來可考慮採行之處置方式，分述如下：

23. 本文作者曾於 101 年 3 月 6 日上午，親至海巡署某單位訪談經檢察官責付於該處之大陸抽砂船沈姓船長及王姓船工。
24. 中央社 101 年 7 月 17 日「海巡座談 金門漁民怨陸越界」之新聞報導，引自聯合新聞網。
25. 扣押是否為沒收之必要前置程序？有學者認為沒收乃僅針對實存且已被查扣之財物方得宣告，刑法無法對於未被查扣或非實存之財物為沒收（參見柯耀程沒收、追繳、與抵償法理詮釋系列《二》剝奪犯罪工具與不法利益之思維，軍法專刊第 57 卷第 4 期第 101 頁）。但通說及實務見解均認為沒收並不以實際已經查扣之物為適用之對象。（金門海巡隊隊長楊紋寧表示）。

（一）行政支援與處置之建議

海巡署及金門縣政府應儘速協調、建置，船隻查扣後之保管處所；查扣船隻保管處所之欠缺，係目前海巡機關面臨最大之執法障礙，此一問題若不儘速解決，查緝成效永難提升。行政處分部分，雖自 100 年 12 月間起，調高裁罰金額為 200 萬元，然未見有遏止之效果²⁶，而依土石採取法第 36 條之裁量範圍，係自 100 萬元至 500 萬元罰鍰之間，200 萬元罰鍰僅係中度以下之裁處，是金門縣政府之行政處分裁量，應有斟酌再予調整之空間。

金門縣政府應儘速著手調查、建立盜砂行為與金門海域國土流失、生態環境變遷之因果關係及數據；海巡機關即便未實施強制取締或驅趕手段，亦應隨時監控攝錄侵入金門海域盜採砂石之大陸抽砂船影像存檔，而上開調查及攝影資料，日後將用於檢察官向法院聲請宣告沒收扣案抽砂船之有利佐證資料。

（二）司法處置之建議

目前海巡機關查獲大陸抽砂船後，係採人、船分離方式移送，亦即船長、船員部分以涉嫌盜竊、違反國家安全法移送金門地檢署偵辦，船隻部分則行政查扣至行政處分罰鍰繳清後始予以發回。惟，此種處理模式並無法有效阻絕盜採行為，已如前述；本文以為，唯有沒入或沒收查扣之抽砂船，使盜砂者血本無歸及無法再以之資為盜砂工具，方能收立竿見影之遏止效果。大陸抽砂船越界侵入我領域盜砂，除觸犯我刑事法律外，其未經許可採取土石，

亦係違反我土石採取法所規定之行政法義務，依該法第 36 條之規定，須主管機關限期令其整復及清除其設備，屆期仍未遵守者，始得沒入其設備或機具；此處所謂之「整復」應係指「恢復原狀」而言，則盜採砂石者是否只要將盜採之砂石拋回原處，即符合「整復」要件？且盜採之砂石係在海中取得，其實際盜採位置及「整復」是否已然完畢？在在均有認定上之困難，是採行政沒入抽砂船之措施，將存有裁量條件究否成就之適法性爭議。

行政沒入即不可行，則唯有從司法沒收循求解決；我刑法第 38 條第 1 項第 2 款、第 3 項規定，供犯罪所用之物，以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之，此處所謂「供犯罪所用」之物，必該物於犯罪有直接關係，始足當之²⁷。查，侵入金門海域之大陸抽砂船，其設計、建造伊始，即係供為採集砂石之用，而不法之徒復以之用來盜取我方砂石，該抽砂船自屬供竊盜犯罪所使用之物甚明。又大陸抽砂船之所有人，均隱身於幕後操縱、指揮其僱用之船長（員）越界盜取砂石，是其彼此間，顯均具有犯意聯絡之共同正犯關係，故海巡機關雖僅逮捕船上人員移送法辦，然該抽砂船之所有人仍屬「犯人」，依刑法第 38 條第 3 項之規定，查扣之抽砂船仍得宣告沒收²⁸。

其實，金門地檢署檢察官曾於 96、97 年間，針對第二次越界盜砂而遭查獲之被告聲請簡易判決處刑，福建金門地方法院（下稱金門地院）亦均為有罪之判決，然就查扣之抽砂船部分，卻皆未宣告沒收，其理有由：

26. 101 年 7 月 22 日復發生大陸抽砂船越界盜採金門金沙田埔外海砂石，且衝撞我取締之海巡船艇之事情。
中央通訊社 2012 年 7 月 22 日下午 4:30 網路新聞報導。

27. 最高法院 76 年度台上 4322 號、78 年度台上 2681 號、92 年度台非 231 號判決可資參照。

28. 最高法院 86 年度台上字第 1927 號判決要旨：刑法第三十八條第三項係規定「犯人」所有因犯罪所得之物，得宣告沒收，並非規定屬「被告」所有之物，始得宣告沒收。而共同正犯，於意思聯絡範圍內各負全部責任，則其任何成員均為「犯人」，因犯罪所得之物，祇須屬於「犯人」所有，即得宣告沒收。





「本件竊盜過程中使用之抽砂船，並非義務沒收之物，且平時均有合法用途，僅一時偶然成為犯罪工具，為避免過度干預被告之財產權，甚至影響日後被告等人以正途營生之機會，基於刑罰相當性與目的性之考量，不予沒收」²⁹、「扣案之抽砂船雖係被告盜採海砂非法越境所用工具，然該船尚非竊盜、偷渡使用之物，且造價甚高，與被告所竊海砂之價值不成比例，倘予沒收難免失衡，爰均不論知沒收」³⁰等語。惟，依上述訪查所得，在金門海域出現之大陸抽砂船，平時恐均淪為盜砂之用，而非一時偶然成為犯罪工具，不予沒收理由認「平時均有合法用途」，顯與事實有所出入，且刑法第38條第1項第2款、第3項，係規定供犯罪所用之物，而屬被告所有，即得宣告沒收，並未規定係「專供」犯罪使用之物，始能宣告沒收³¹，是判決理由以抽砂船平時有否合法用途，作為沒收之判斷標準，似未適法。又前開另一不予沒收之判決，先認「扣案之抽砂船雖係被告盜採海砂非法越境所用工具」，復謂

「然該船尚非竊盜、偷渡使用之物」，其判決理由顯已先後矛盾；況且，查扣之抽砂船確係作為盜砂之用，已為客觀之事實，認其為供竊盜犯罪所用之物，應無疑義。再者，自利益權衡原則觀察，僅以抽砂船當次盜採之砂石利益與該船隻之造價比較，遂認沒收處分有過度干預被告財產權及失所平衡，顯然係以單點直視之微觀角度為衡量標準，卻忽略金門海域生態遭受難以回復之嚴重公共利益被害。

綜上所述，為保金門海域生態得以永續發展，本文建議，金門地檢署針對海巡機關移送之越界盜砂案件，應試著以起訴併聲請沒收抽砂船之方式進行追訴處罰³²，而於偵查中則應充分收集用以說服法官，使其同意宣告沒收扣案抽砂船之證據資料，包括前已述及之盜砂行為與金門海域生態環境破壞因果關係調查，及大陸抽砂船平日越界盜砂之攝影資料等等；對於在押或責付於海巡機關之涉案被告，則應詳盡訊問之能事，使抽砂船之盜砂暴利、慣行等

29. 金門地院 96 年度城簡字第 35 號、第 36 號刑事簡易判決。

30. 金門地院 97 年度易字第 70 號刑事判決。

31. 最高法院 91 年度台上字第 4865 號判決。

32. 金門地檢署檢察官曾於 99 年間，將涉嫌越界盜砂之被告緩起訴處分，僅單獨就查扣之抽砂船依刑事訴訟等 259 條之 1 聲請法院宣告沒收，惟先後經金門地院及金門高分院駁回聲請及抗告，其駁回理由為：「按檢察官依第 253 條或第 253 條之 1 為不起訴或緩起訴之處分者，對供犯罪所用、供犯罪預備或因犯罪所得之物，以屬於被告者為限，得單獨聲請法院宣告沒收，刑事訴訟法第 259 條之 1 定有明文。…。則本條文既明定：「以屬於『被告』者為限，得單獨聲請法院宣告沒收」，即已限定該物須為「被告」所有，始得單獨聲請法院宣告沒收，與刑法第 38 條第 3 項：「以屬於『犯罪行為人』者為限，得沒收之」所定不同，自無從依刑法第 38 條第 3 項規定，擴充解釋非屬本件被告之其他共同正犯所有之物，亦得適用刑事訴訟法第 259 條之 1 規定單獨聲請宣告沒收。再者，沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之；違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收，刑法第 40 條亦有明文，是刑法第 38 條第 3 項之沒收，應於裁判時併宣告之，其適用乃以主刑宣告存在為前提，與刑事訴訟法第 259 條之 1 規定係單獨宣告沒收亦有不同，無從予以適用或比附援引。…。然扣案之大陸籍「翔盛號」抽砂船為「黃建明」所有，…。則該抽砂船既非被告王添福等 6 人所有，而係「黃建明」所有，亦非屬違禁物，縱「黃建明」為本件共同正犯，然因本件並非適用刑法第 38 條第 1 項第 1 款、第 2 款、第 3 項規定所為之沒收，揆諸上開說明，仍無從將非屬被告王添福等 6 人所有之「翔盛號」抽砂船單獨宣告沒收。從而，抗告人提起本件抗告，為無理由，應予駁回」（金門高分院 99 年度抗字第 19 號刑事裁定）。



惡跡，均能彰顯於筆錄之上，讓審理之法官得據以為妥適之裁量，並同意為沒收之宣告。

五、小結

金門海域之環境保護及國土維安，須由各相關主管機關通力合作完成，面對不斷入侵盜砂之大陸抽砂船，本文認為唯有採司法沒收處分，始能有立竿見影之遏止功效，惟其前提則必須有相關之行政奧援及偵密之蒐證方能克竟全功，這其中包括扣押船舶保管處所之建置，盜砂與環境破壞因果關係之調查及數據之建立，平時對入侵船隻影像資料之攝錄收集，及各承辦人員對此類案件之用心辦理與關注等等；當然，法院也必須以宏觀之角度，審慎權衡盜砂行為對金門海域生態環境破壞之公共利益危害，與剝奪該犯罪行為人以之為犯罪工具之抽砂船個人財產權間之利益輕重，應較能取得妥適且合於公益之判斷。

肆、臺灣地區與大陸地區對於犯罪不法所得之扣押與沒收法制上之差異

一、臺灣地區之罰金刑係屬主刑，依我刑法第 58 條但書規定，法院於科處罰金時，如犯罪行為人所得之利益超過罰金最多額時，亦得於所得利益之範圍內酌量加重，是此規定，固可認罰金刑亦為剝奪犯罪不法手段之一環。惟若從我刑法第 41 條第 1 項前段、第 74 條，亦即行為人所犯如為最重本刑 5 年以下有期徒刑之罪，而受 6 月以下有期徒刑或拘役之宣告者，法院得將自由刑更易為罰金刑，且罰金刑亦有緩刑之適用等規定來看，臺灣地區罰金刑之制裁手段，顯然仍著重在行為人犯罪行為本身之否定與非難，而非在剝奪行為人因犯罪所產生之

附帶效益，包括用以犯罪之器物與工具，及因犯罪所取得之利益。反觀大陸地區之罰金刑規定，則與沒收同為附加刑之一種，罰金刑制裁之重點即在剝奪犯罪之不法所得，而其功能被強調在做為一種純粹的經濟制裁工具，通常係針對經濟犯罪、財產犯罪與其他貪利性犯罪。

二、臺灣地區之從刑原則上必須依附於主刑而存在，不具獨立性，故如被告於偵審中死亡、通緝等原因而無法對之為主刑之宣告時，其因犯罪行為所取得之不法所得，亦將無法予以沒收，形成剝奪不法所得法制之一大漏洞。大陸地區之附加刑則具有獨立性，無需主刑之宣告，即得單獨剝奪犯罪行為人之犯罪不法所得，例如對已經死亡之被告貪污、挪用之公共財物、賄賂財物及其他違法所得，均應一律予以追繳、沒收³³。

三、關於沒收財產部分，臺灣地區原則上係以犯罪行為人因犯罪行為所取得之不法所得為範圍，逾此部分不得為之。大陸地區之沒收財產，則係沒收犯罪行為人個人所有財產之一部或者全部，即便不屬於犯罪行為人因犯罪行為所取得之不法所得，然卻屬於犯罪行為人所有者，亦在沒收之列。

四、臺灣地區將追繳規定為從刑，做為執行剝奪犯罪不法所得時，所採行之手段或方法之一種。大陸地區之追繳規定，則係屬於法官量刑時，附帶財產處置之一種「非刑罰措施」，在解釋上，應認係犯罪行為人所取得之不法利益，本既無權占有，理應追繳或責令退賠，故其本質上只是一種「恢復原狀」之手段。

五、臺灣地區之實務及學說，向來均認為沒收係國家對於扣押之犯罪相關物件或財

33. 同註 18。



產之權利予以剝奪，並將之自始移置於國家權利之下，屬於國家對該財產權利之原始取得，是原先存附於沒收標之物之權利全部歸於消滅³⁴，犯罪行為人之債權人，亦無法請求就沒收標之物先為滿足其債權之權利。大陸地區之沒收財產法制，則係規定沒收財產判決生效以前，犯罪行為人所負之他人合法債務，需要以沒收財產償還者，經債權人請求時，應當先予償還，足見其沒收概念應認係國家對沒收財產權利之繼受取得。

伍、結語

臺灣地區與大陸地區之犯罪所得剝奪法制，確存有相當程度之差異。首先，臺灣地區刑法之罰金刑係屬主刑之一種，而大陸地區刑法卻將之規定為附加刑；臺灣罰金刑之刑罰目的，較重於行為人行為之處罰，大陸罰金刑之刑罰目的，則側重於對抗貪利性經濟犯罪之犯罪所得剝奪。在沒收制度部分，兩岸所規定之具體內容亦不盡相同，臺灣刑法將沒收、追徵、追繳或抵償規定為從刑，原則上不具有獨立性，必須依附於主刑而存在，同時並賦予法官裁量權，惟於實務運作及解釋過程，卻使沒收範圍受到侷限，影響犯罪所得剝奪之效能；反觀大陸刑法雖也將沒收財產規定為附加刑，然具有獨立性，可以獨立適用，且其得予沒收之範圍，除犯罪

行為人犯罪所得外，尚包括犯罪行為人原先所保有之財產利益，從打擊重大經濟犯罪、貪污收賄案件之實際層面來看，固然有其正面積極的效益，但從罪責衡平原則來看，似有過度剝奪而有侵害犯罪行為人財產權之虞，同時對犯罪行為人之再社會化也產生不利之影響，是否有助於犯罪預防目的之達成，應可再為思考。

金門海域之國土安全維護部分，建議行政機關應儘速建置船隻查扣後之保管處所、隨時監控攝錄侵入金門海域盜採砂石之大陸抽砂船影像存檔、著手調查盜砂行為與金門海域生態環境變遷之因果關係及數據，並酌量提高行政裁罰之金額；針對海巡機關移送之越界盜砂案件，檢察官應詳為蒐證，斟酌個案情形改採起訴併聲請沒收抽砂船之方式進行追訴處罰，而法院亦應審慎權衡盜砂行為與金門海域環境破壞之公共利益，妥適裁量，並為沒收之宣告，始能收立竿見影之遏止功效。

(作者為最高高法院檢察署特別偵查組檢察官)

34. 法務部法檢字第 0970800203 號函示，地方法院檢察署係依法院之確定判決沒收犯罪工具小客車，係基於國家公權力取得，所有權人已屬國家，與一般權利移轉取得之情形有別，屬原始取得，標的物上之一切義務應全部消滅，經過拍賣程序由拍定人拍定後，因一切義務應全部消滅，拍定人應可依地方法院檢察署出具之公函，向監理機關辦理車籍移轉，拍定人僅需對拍定後之標定物負責，至於之前之汽車貸款、交通裁罰罰鍰及牌照、燃料稅等債權債務，應由原權利人向甲求償。林山田著刑法通論，自版，3 版，1989 年 10 月，第 384 頁。惟亦有學者認沒收之重點，應置於剝奪犯罪利益及阻絕犯罪之再發生，不應是一種國家權利之原始取得，亦即沒收之對象，應指行為人被查扣之持有或所有之物或財產，不問是否單純屬於行為人所有，即使持有也屬於沒收之範圍，進而沒收之後，依照物或財產之權利歸屬，而為發還或收歸國有（參見柯耀程沒收、追繳、與抵償法理詮釋系列《二》剝奪犯罪工具與不法利益之思維，軍法專刊第 57 卷第 4 期第 102 頁）。

談中國大陸刑事辯護制度之修正

張明偉

壹、前言

貳、現行大陸辯護制度之主要內涵

- 一、非律師亦得充任辯護人
- 二、辯護權之強化
- 三、限制過嚴之閱卷規定
- 四、通訊權之過度限制
- 五、調查取證之法定限制
- 六、明確辯護人之責任
- 七、明文辯護人之保密義務
- 八、妨害司法罪之寒蟬效應

參、結論

壹、前言

依世界人權宣言第 11 條（1）：「凡受刑事控告者，在未經獲得辯護上所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪。（Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.）」之規定，辯護權早於二戰結

束之際，已為普世所肯認¹。又依聯合國於西元 1967 年第 21 屆大會第 2200 號決議通過之「公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）」第 14 條第 3 項第 2 款之規定，任何人於受有罪指控時，均應給予適當之時間及協助以準備防禦，並得與其指定之辯護人從事諮商。

雖然中國大陸在 2001 年已經批准經濟社會文化權利國際公約，且各界一直呼籲人大儘快批准聯合國公民與政治權利國際公約，但中國領導人只提到正努力為該公約之批准「創造條件」，並未提及何時落實該等條件。就公民與政治權利國際公約之履行而言，與刑事司法最直接相關的問題，莫過於犯罪嫌疑或被告在判決定讞前免予羈押以及自由尋求辯護律師協助的權利。因此，如落實與履行公民與政治權利國際公約，即需實質修改國內的刑事訴訟法規，並且需要教育司法官員與公眾，建立一個公正、有效的監督機構（例如：獨立的人權委員會），以促使更多的公眾參與改革進程²。

縱然中國大陸尚未批准聯合國公民與政治權利國際公約，然依中華人民共和國憲法第 125 條：「人民法院審理案件，除法律規

1. 世界人權宣言僅是聯合國大會通過的規章，並非一個強制性的國際公約；但是，之後所簽訂的強制性聯合國人權公約：公民與政治權利國際公約和經濟社會文化權利國際公約，卻都是以其為基礎。
2. 據研究指出，對前總統陳水扁進行中的追訴，使這兩項基本權利成為公眾矚目的焦點。被關押數月的陳水扁，在審前和審判中一再要求釋放未果，實際上凸顯了法律專家早就意識到的問題—刑事訴訟法中關於羈押所用的模糊、不完整和特殊的語言，亟待更新和修訂。決定羈押的適用標準，必須合理；決定羈押的庭訊程序，必須改革，使被告能清楚瞭解檢方的指控並據以回應。此外，法律應當明確授權法院以積極、創造性的方式處理羈押的釋放，這些方式應利用新的科技設備，以限制、監測被釋放人的活動，同時允許這些人享有比在牢房裡更大的自由。《公民與政治權利國際公約》的有關規定看似簡單。審前或審判中的羈押，必須是例外，而非常規。每名被告必須有充分時間準備辯護、諮詢律師和見證人。參閱孔傑榮（Jerome A. Cohen），<http://blog.yam.com/earthk2009/article/21282032>（最後造訪日：2013 年 9 月 23 日）。





定的特別情況外，一律公開進行。被告人有權獲得辯護。」之規定，辯護權為憲法上之權利，且依中華人民共和國刑事訴訟法第 11 條：「人民法院審判案件，除本法另有規定的以外，一律公開進行。被告人有權獲得辯護，人民法院有義務保證被告人獲得辯護。」之規定，法院有義務保障辯護權。從而，既然辯護權已是大陸憲法及法律賦予犯罪嫌疑人、被告人專屬之訴訟權利，在犯罪嫌疑人、被告人各項訴訟權利中居於核心地位³，應無可議。故為完善其辯護權之內涵，減少與聯合國公民與政治權利國際公約規定以及其他先進國家間的法制差距，中國大陸在 2012 年 3 月修正刑事訴訟法之際，即就辯護權部分予以實質性的修正。本文以下將簡要說明中國大陸 2012 年修正之內涵，以供各界參考。

貳、現行大陸辯護制度之主要內涵

依 2012 年 3 月修正之大陸刑事訴訟法規定，現行大陸地區的辯護制度，具有以下幾個重要的內涵：

一、非律師亦得充任辯護人

關於辯護人之資格，世界各國基於司法體制之不同，亦不盡相同，在大多數法制發達之國家，辯護人的範圍往往以律師為主，但以中國大陸目前之法制環境，律師之數量及素質尚未成熟，且平均國民所得較低，一般人難以負荷長期聘請律師所衍生之經濟壓力，若強制規定辯護人之範圍以律師為限，對犯罪嫌疑人、被告人之權益保障未必絕對有益。因此，中國大陸刑事訴訟法第 32 條規定：「犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辯護

權以外，還可以委託一至二人作為辯護人。下列的人可以被委託為辯護人；（一）律師；（二）人民團體或者犯罪嫌疑人、被告人所在單位推薦的人；（三）犯罪嫌疑人、被告人的監護人、親友。（第 1 項）正在被執行刑罰或者依法被剝奪、限制人身自由的人，不得擔任辯護人。（第 2 項）」依據上述規定，犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辯護權以外，其有權委託律師及未具備律師資格之人擔任其辯護人⁴。

二、辯護權之強化

雖然大陸地區在 1996 年修正刑事訴訟法時，已將律師介入刑事訴訟程序之時點提前至偵查程序，使辯護人在偵查階段即可為犯罪嫌疑人、被告人提供法律協助。然因多數之見解以及實務上之作法認為偵查中之律師在舊法架構下並不具備辯護人之法律地位，在身分和訴訟地位上並不是辯護人或辯護律師，非屬獨立的訴訟主體，無法進行實質的辯護活動，僅能幫助犯罪嫌疑人依法行使程序意義上之訴訟權利⁵。且因未具備律師身分之辯護人，其無權參與偵查階段，對無資力聘請律師辯護又不符合法律援助條件之犯罪嫌疑人之保護更加不周⁶。換言之，由於修法前大陸地區之犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制措施之日起，始可以聘請律師；且大陸律師在偵查階段僅能提供法律幫助，而非實質辯護，故其在身分及訴訟地位上並不是辯護人或辯護律師，無在場權及陳述意見權利，僅能幫助犯罪嫌疑人依法行使程序意義上之訴訟權利；就此而言，修正之刑事訴訟法第 33 條：「犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制

3. 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 1，2010 年 6 月。

4. 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 111，2010 年 6 月。

5. 參閱王秀芳，平衡控辯關係，完善辯護制度，政治與法律第 2 期，頁 59，1999 年。

6. 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 113，2010 年 6 月。



措施之日起，有權委託辯護人。在偵查期間，只能委託律師作為辯護人。偵查機關在第一次訊問犯罪嫌疑人或者對犯罪嫌疑人採取強制措施時，應當告知犯罪嫌疑人有權委託辯護人。人民檢察院自收到移送審查起訴的案件材料之日起三日以內，應當告知犯罪嫌疑人有權委託辯護人。被告人有權隨時委託辯護人。人民法院自受理自訴案件之日起三日以內，應當告知被告人有權委託辯護人。辯護人接受犯罪嫌疑人、被告人委託後，應當及時告知辦理案件的司法機關。」除增加犯罪嫌疑人在偵查階段可以委託律師作為辯護人為其提供法律幫助之規定外，其明確律師在偵查階段介入刑事訴訟的身份為辯護人，實質上乃解決了 1996 年刑事訴訟法修正時偵查階段律師身份不明的遺留問題。據此，委託辯護的時間也由審查起訴階段（自案件移送審查起訴之日起）提前到偵查階段（犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制措施之日起），於偵查中對犯罪嫌疑人所提供之辯護保障，已有顯著地強化。

又為進一步完善辯護制度，保障律師執業權利，強化法律援助，大陸刑事訴訟法第 33 條除規定在偵查階段可以委託律師作為辯護人外，亦增加了第 1 款關於「偵查機關在第一次訊問犯罪嫌疑人或者對犯罪嫌疑人採取強制措施時，應當告知犯罪嫌疑人有權委託辯護人」的規定，從而偵查機關負有訴訟關照義務。又為配合律師法修正，修正之刑事訴訟法第 37 條乃在律師法的相關基礎上進行修正，並規定危害國家安全犯罪案件、恐怖活動犯罪案件、重大賄賂犯罪的共同犯罪案件，在偵查期間辯護律師會見犯罪嫌疑人，應當經偵查機關許可。另為完善法律扶助制度，修正之刑事訴訟法第 34 條：「犯罪嫌疑人、被告人因經濟困難等原因沒有委託辯護人的，本人及其近親屬可以向法律援助機構提出申請。對於符合法律援助條件的，法律援助機構應當指派律師為其提供辯護。

犯罪嫌疑人、被告人是盲、聾、啞人而沒有委託辯護人的，人民法院、人民檢察院和公安機關應當通知法律援助機構指派律師為其提供辯護。犯罪嫌疑人、被告人可能被判處無期徒刑、死刑而沒有委託辯護人的，人民法院、人民檢察院和公安機關應當通知法律援助機構指派律師為其提供辯護。」強化了法律扶助制度。依此規定，法律援助的起始時段由審判階段提前到偵查階段，而指定辯護的適用對象由可能被判處死刑之人擴大到可能被判處無期徒刑之人；此外，指定辯護的方式由人民法院直接指定承擔法律援助義務的律師為其提供辯護改為由人民法院、人民檢察院和公安機關通知法律援助機構指派律師為其提供辯護，換言之，人民法院不再直接指定辯護律師，而是聽由法律援助機構指派律師提供法律援助。

三、限制過嚴之閱卷規定

依舊刑事訴訟法第 36 條規定，辯護人閱卷權之行使時期為「審查起訴階段」及「審判階段」，故於偵查中之辯護人並無閱卷權。惟雖刑事訴訟法已明文閱卷權，但因為實際規範的缺漏及實務上對法律條文採用狹義解釋及不當限制，「閱卷難」竟成為過去大陸刑事辯護制度中辯護人所遇到的重大難題之一。由於新修正之刑事訴訟法第 38 條：「辯護律師自人民檢察院對案件審查起訴之日起，可以查閱、摘抄、複製本案的案卷材料。其他辯護人經人民法院、人民檢察院許可，也可以查閱、摘抄、複製上述材料。」並未實質修正舊法第 36 條之內涵，此次辯護權之修正並未進一步完善閱卷權之保障，辯護人行使閱卷權時似仍將面臨「閱卷之範圍過狹且不明確」及「閱卷之程式缺乏完善規範」等難題。雖修正之第 39 條：「辯護人認為在偵查、審查起訴期間公安機關、人民檢察院收集的證明犯罪嫌疑人、被告人無罪或者罪輕的證據材料未提交的，有權申請人民檢察



院、人民法院調取。」授權辯護人得請求偵查機關開示有利被告之證據，惟如關於證人證言、物證、書證、犯罪嫌疑人、被告人供述及辯解等，對定罪量刑具關鍵性證據資料均不在閱卷範圍內，閱卷之範圍過狹使辯護人無法獲悉有關犯罪嫌疑人、被告人有罪、無罪或罪輕、罪重的全部實質性證據資料，以全面瞭解及掌握案情，進而提出正確有效之辯護意見。又因法條規定內容不明確也導致實務採用狹義解釋，不當限制辯護人之閱卷權。此外，大陸刑事訴訟法對辯護人閱卷的地點、時間等程序未具體規定，雖然有司法解釋加以補充規範，但當檢察院未能依照規定保障辯護律師閱卷權時，實際上卻缺乏相應的救濟機制，如此將導致實務上辯護人閱卷權受到不必要的限制。

四、通訊權之過度限制

雖依舊刑事訴訟法第 36 條規定，辯護律師自人民檢察院對案件審查起訴之日起，可以與在押的犯罪嫌疑人會見和通信；其他辯護人經人民檢察院許可，亦可與在押的犯罪嫌疑人會見和通信；辯護律師自人民法院受理案件之日起，可以與在押的被告人會見和通信；其他辯護人經人民法院許可，可以同在押的被告人會見和通信；但在實務上，辯護人的會見通信權往往受到各種限制。蓋依舊刑事訴訟法第 96 條規定，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人，偵查機關依據案件情況和需要可以派員在場。而在涉及國家秘密的案件，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人，應當經偵查機關批准。依據上述規定，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人時，偵查機關只要認為案件有需要，即可派員在現場監督；若偵查機關認為案件涉及國家秘密，其有權決定是否批准辯護律師的會見聲請。然而所謂「有需要」或「涉及國家秘密」，因其認定

並無具體明確之標準，常常成為偵查機關濫用批准辯護律師會見通信權的事由。因此，雖然法律賦予辯護人會見通信權，但實際上辯護人要求會見在押犯罪嫌疑人、被告人時困難重重，難以得到許可，即使得到許可，也往往對會見次數、時間、談話內容等等進行不合理的限制⁷。值得注意的是，由於修正之刑事訴訟法第 37 條第 3 款：「危害國家安全犯罪案件、恐怖活動犯罪案件、重大賄賂犯罪案件、共同犯罪案件，在偵查期間辯護律師會見犯罪嫌疑人，應當經偵查機關許可。」僅規定危害國家安全犯罪等三類案件，在偵查期間律師會見犯罪嫌疑人，應當經偵查機關許可，而沒有規定許可與否的具體標準（如是否涉及國家秘密、是否有礙偵查等），因此，實踐操作中可能演變為偵查機關一律不許可會見之情形。此外，對於本款所謂重大賄賂犯罪案件、共同犯罪案件，應當僅指刑法上的共犯案件，而非程序法上的共同審判案件，例如，受賄罪與行賄罪被告人，雖然在程序上可以合併起訴、合併審理，構成程序法上的共同犯罪，但卻並非刑法上的共同犯罪，因此，不應適用本款之規定。

為完善辯護制度之功能，2012 年之修正乃強化了辯護律師之通訊接見權。為了與已修正之律師法相接軌，解決司法實踐中律師會見難及閱卷難的問題，修正後之刑事訴訟法第 37 條乃規定：「辯護律師可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人會見和通信。其他辯護人經人民法院、人民檢察院許可，也可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人會見和通信。辯護律師持律師執業證書、律師事務所證明和委託書或者法律援助公函要求會見在押的犯罪嫌疑人、被告人的，看守所應當及時安排會見，至遲不得超過四十八小時。辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人、被告人，可以瞭

7. 參閱姚莉、齊文遠，再論刑事訴訟法實施過程中出現的若干問題，法商研究第 5 期，頁 45，2000 年。

解有關案件情況，提供法律諮詢等；自案件移送審查起訴之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核實有關證據。辯護律師會見犯罪嫌疑人、被告人時不被監聽。危害國家安全犯罪案件、恐怖活動犯罪案件、特別重大賄賂犯罪案件，在偵查期間辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人，應當經偵查機關許可。上述案件，偵查機關應當事先通知看守所。辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人、被告人，可以瞭解案件有關情況，提供法律諮詢等；自案件移送審查起訴之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核實有關證據。辯護律師會見犯罪嫌疑人、被告人時不被監聽。辯護律師同被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人會見、通信，適用第一款、第三款、第四款的規定。」依此規定，辯護律師會見在押被告或犯罪嫌疑人的機會，乃受到法律的保障，惟非律師之辯護人，即未必能夠會見在押的被告或犯罪嫌疑人。蓋在被告遭羈押的情形中，與辯護人通信或接見，本為其能否受有效辯護協助之根本前提要件，故如被告遭羈押，本應令其有機會與辯護人進行無障礙的通信與接見，以保障其溝通無障礙，有利於辯護目的之達成。因此，如欲限制在押被告與辯護人之通信接見，必須要在有重大公益維護之必要下，始得為之；換言之，政府除因防止明顯的湮滅、偽造、變造證據及勾串共犯或證人之正當理由外，不能剝奪或干擾辯護律師與其委託人間的「協商保密權」。雖此項權

利乃是被告行使正當防禦權及受到充分辯護的基本訴訟權利，在有重大公益維護之必要下予以限制，亦不能指為侵害人權的立法⁸。

又因近年來，關於律師閱卷後能否向犯罪嫌疑人、被告人出示複製的案卷材料的問題，屢屢成為學界的焦點話題，過去在司法實踐中也因為法無明文規定而屢屢引發爭議。本次修法增訂第 37 條第 4 款規定：「辯護律師…自案件移送審查起訴之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核實有關證據。」立法上既然明確規定辯護律師有權向犯罪嫌疑人、被告人核實證據，自然就有權向犯罪嫌疑人、被告人出示複製的案卷材料（證據），否則，不向犯罪嫌疑人、被告人出示上述證據又如何核實證據？因此，修訂後的第 37 條第 4 款實際上解決了實踐中辯護律師閱卷後能否向犯罪嫌疑人、被告人出示複製的案卷材料的問題。同時，修訂後的第 37 條第 4 款後半段規定：「辯護律師會見犯罪嫌疑人、被告人時不被監聽。」關於監聽究竟係指何意？並非無議。是指狹義上禁止偵查機關在會見室安裝監聽設備監聽律師與當事人之間的會談內容呢？還是泛指廣義上的會見交流保密，即偵查機關應在看得見但聽不見的地方監視，不僅不得進行狹義上的監聽，而且不得派人在場？這一問題早在 2007 年律師法修訂時即已產生，此次刑事訴訟法修正案在與律師法接軌的同時又把這一問題帶入了刑事訴訟法。在 2007 年律師法正式實施之前，

8. 依據「公民與政治權利國際公約」第十四條第三項 b 款規定：「委託人得要求辯護律師與被告聯繫協商，並完全尊重他們之間的協商均屬保密。律師必須能夠與其他委託人協商，且不受任何來自當局之限制、影響、壓力或不當之介入，提供其既定的專業標準和判斷。」此外，聯合國大會就預防犯罪和罪犯待遇所通過的「司法行政的原則」關於「律師作用的基本原則」第二十二條亦要求政府「確認和尊重律師及其委託人之間在其有專業關係內的所有聯繫和磋商均屬保密。」可見犯罪嫌疑人或被告與辯護律師間的協商保密性為國際人權公約所公認的原則，政府除因防止明顯的湮滅、偽造、變造證據及勾串共犯或證人之正當理由外，不能剝奪或干擾辯護律師與其委託人間的「協商保密權」。此項權利乃是被告行使正當防禦權及受到充分辯護的基本訴訟權利，不能指為侵害人權的立法。參閱蘇友辰，「司法浩劫」言重了，http://www.cahr.org.tw/lawtalk_detail.php?id=231（最後造訪日：2013 年 9 月 3 日）。





在理論界和實務界所召開的一些研討會上，關於該條款的認識分歧和爭議已經凸現出來。來自實務部門的同志往往趨向於從狹義上理解不被監聽，即認為立法僅指不得利用技術手段、設備等進行監聽，其言外之意是應當允許偵查人員在場；而理論界則趨向於從廣義上理解不被監聽，即主張不被監聽，是指律師與當事人談話保密，因為，不被監聽其精神在於維護律師與其當事人之間談話的私密性，從這個精神出發，不被監聽就不能解釋為不被設備監聽而可以派員在場，此種觀點也與有關國際公約規定相一致⁹。

五、調查取證之法定限制

依修正後之刑事訴訟法第 37 條第 4 款規定，辯護律師經證人或其他有關單位和個人同意，可以向其收集與本案有關的資料，亦可以申請人民檢察院或人民法院收集、調取證據，或申請人民法院通知證人出庭作證；辯護律師經人民檢察院或人民法院允許，並經被害人或其親屬、被害人提供之證人的同意，可以向他們收集與本案有關的資料。然而，前述調查取證權之行使限於審查起訴階段及審判階段，且未具備律師資格之辯護人無此項權利¹⁰。大陸刑事訴訟法雖然明文賦予辯護人可以直接向有關單位或個人收集調查證據之權利，惟其行使時期限於審查起訴階段及審判階段，且僅限於具備律師資格之

辯護人始享有調查取證權。而辯護律師的調查取證權不具有強制性，須事先徵得調查對象之同意或人民檢察院、人民法院之許可，如果被調查對象不同意或未經許可，辯護律師即不能進行調查。而同意、許可之條件法律並未規定，辯護律師行使調查取證權被拒絕後，亦無救濟途徑，在辯護律師申請相關機關收集調取證據之部分，亦無申請被拒絕之救濟管道。鑒於大陸刑事訴訟法對調查取證權相關規定缺乏救濟途徑，與其說是賦予辯護律師調查取證權，不如說是明文限制辯護律師自行調查取證之行為。當辯護律師自行調查取證時，其必須完全依據中國刑事訴訟法規定之方式為之，若其調查取證行為或程序不符合法律規定，即不可以進行調查取證¹¹。

又刑事訴訟法第 39 條：「辯護人認為在偵查、審查起訴期間公安機關、人民檢察院收集的證明犯罪嫌疑人、被告人無罪或者罪輕的證據材料未提交的，有權申請人民檢察院、人民法院調取。」為此次新增，增訂之目的在於防範公安機關、人民檢察院因疏忽而未提交或因追求勝訴而刻意隱匿了對辯方有利的證據，因而賦予辯護人申請調取上述證據的權利。根據本條規定，辯護人有權申請調取的證據僅限於「在偵查、審查起訴期間公安機關、人民檢察院收集的證明犯罪嫌

9. 從法理上講，對不被監聽一語從廣義上解釋才是符合立法原意的，全國人大常委會法工委民法室副主任楊明勛先生在就新《律師法》接受媒體採訪時也曾明確表示：“律師在會見犯罪嫌疑人、被告人的時候，邊上能不能有人監視你？通常應該是員警能看得見，但是聽不見。雖然不能聽到他們在講什麼，但是只要看得見，就可以防止被告逃跑等違法行動。因此，保障律師的會見權要做到在會見中不被監聽。”可見，立法者的意圖是非常明確的，就是辯護律師與當事人會見交流應當保密，偵查機關不僅不得利用技術手段、設備等進行監聽，而且不得派員在場。這一要求，從本次《刑事訴訟法修正案（草案）》廢除原法第九十六條即可看出，因為，原法第九十六條規定：“律師會見在押的犯罪嫌疑人，偵查機關根據案件情況和需要可以派員在場”，《刑事訴訟法修正案（草案）》在廢除原法第九十六條的同時又沒有在其他法條中再設偵查機關派員在場的規定，這意味著辯護律師與當事人會見交流應當保密，偵查機關不應再派員在場。

10. 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 117-118，2010 年 6 月。

11. 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 122，2010 年 6 月。



疑人、被告人無罪或者罪輕的證據材料未提交的」，即公安機關、人民檢察院在偵查、審查起訴期間已經收集到，卻並未提交、對辯方有利的證據，除此之外的其他證據，辯護人只能依據舊法第 37 條（即現行法第 41 條）申請人民檢察院、人民法院調取，例如，辯護人認為一目擊證人的證言有利於辯方，欲向其調查取證，但該證人拒絕向辯護人提供證言的，此時，辯護人只能依據現行法第 41 條之規定，在偵查、審查期間申請人民檢察院收集該證言，或者在審判期間申請人民法院通知該證人出庭作證。

另刑事訴訟法第 40 條：「辯護人收集的有關犯罪嫌疑人不在犯罪現場、未達到刑事責任年齡、屬於依法不負刑事責任的精神病人的證據，應當及時告知公安機關、人民檢察院。」亦為新增，本條賦予了辯護人在審前（偵查、審查起訴）程序中的特定證據開示義務，其主要目的在於及時澄清案情、避免刑事訴訟在不必要的情況下繼續進行，既避免犯罪嫌疑人無謂陷入訟累，又避免國家司法資源的浪費。應注意的是，辯護人應當開示的證據僅限於「犯罪嫌疑人不在犯罪現場、未達到刑事責任年齡、屬於不負刑事責任的精神病人」等三類證據。由於該三類證據屬於關係到犯罪嫌疑人有罪與否以及刑事訴訟有無必要繼續進行的關鍵證據，且辯護方更容易知悉及獲得該三類證據，因此，立法要求辯護人一旦收集到該三類證據，應當立即向公安機關、人民檢察院開示（告知），以便於公安機關、人民檢察院在核實證據後作出是否終止刑事訴訟的決定。辯護人的證據開示義務既然是一項法定義務，那麼，違反該義務理應遭受法律制裁，如此方能保證該條款在實踐中得到有效遵循。但問題在於，本法條並未明確規定違反該義務的法律後果，那麼，實踐中辯護人一旦違背上述義務，未將上述三類證據及時告知公安機關、人民檢察院，則是否以及如何加以制裁？例

如，對於應當開示而未開示之證據，是否即喪失證據資格而不得在後續程序中提出（證據失權）？鑒於辯護人違反特定證據開示義務，僅導致訴訟無法及時終結，違法後果並不嚴重，因此，不宜以證據失權作為其程序違法的後果。實踐中遇到類似問題，對於非律師的辯護人，可以責令其改正、命令其立即開示；對於辯護律師，則可將其視為違背律師執業義務和職業倫理的行為，由公安機關、人民檢察院建議司法行政機關視其情節責令其改正或予以警告、罰款、停止執業等處罰。

六、明確辯護人之責任

另就辯護人之權責來說，因修正之刑事訴訟法第 35 條：「辯護人的責任是根據事實和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人無罪、罪輕或者減輕、免除其刑事責任的材料和意見，維護犯罪嫌疑人、被告人的訴訟權利和其他合法權益。」已將原條文「犯罪嫌疑人、被告人的合法權益」修改為「犯罪嫌疑人、被告人的訴訟權利和其他合法權益」，因此明確區分了辯護人的雙重責任：一是實體性辯護，即辯護人應根據事實和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人無罪、罪輕或者減輕、免除其刑事責任的材料和意見，因此，辯護人的實體性辯護責任，係圍繞犯罪嫌疑人、被告人定罪量刑等實體問題而展開；二是程序性辯護，即辯護人應維護犯罪嫌疑人、被告人的訴訟權利和其他合法權益，包括為犯罪嫌疑人申請取保候審、申請變更解除強制措施、申請排除非法證據以及代為提起上訴等等。又修正後之第 36 條：「辯護律師在偵查期間可以為犯罪嫌疑人提供法律幫助，代理申訴、控告；申請變更強制措施；向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況，提出意見。」亦明確界定辯護律師在偵查階段從事辯護活動的內容與範圍。蓋與舊法第 96 條相比，辯護律師在偵查期間的辯護



活動空間實際並沒有擴大，仍限於為犯罪嫌疑人提供法律幫助、代理申訴、控告、向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況，偵查階段既無權閱卷，也不得調查取證（包括向犯罪嫌疑人核實有關證據）。然而，修正後之第 36 條既然規定辯護律師可以向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況，意味著這是辯護律師的一項權利，即資訊知悉權（瞭解指控資訊的權利），相應地，偵查機關就有應辯護律師的要求而告知案件基本資訊的義務。當然，基於偵查保密原則的要求，辯護律師在偵查階段有權知悉的指控資訊，應限於案件的基本資訊，包括涉嫌罪名、採取強制措施的情況（種類、時間、地點）等¹²。

七、明文辯護人之保密義務

修正後之刑事訴訟法第 46 條：「辯護律師對在執業活動中知悉的委託人的有關情況和資訊，有權予以保密。但是，律師在執業活動中知悉委託人或者其他，準備或者正在實施危害國家安全、公共安全以及嚴重危害他人人身安全的犯罪的，應當及時向司法機關通報。」增設了律師守秘特權，所謂在執業活動中知悉的委託人的有關情況和資訊，應作有利於犯罪嫌疑人、被告人的解釋，不僅是指委託人的個人隱私、商業秘密，還應解釋為包括案件情況本身。但是，立法在此並未明確所謂「保密」的對象，即，究竟是向社會保密，不得向社會公開、不得向他人洩露？還是向公安司法機關保密，即使公安司法機關要求其作證，律師也有權免予作證或拒絕作證？從外國立法例來看，所謂律

師守秘特權，在程式法上必定派生出律師拒絕作證權，即律師對在執業活動中知悉的案件情況，不僅應向社會保密，不得公開、不得洩露，還有權向司法機關保密，即使司法機關要求其作證，也有權免予作證或拒絕作證。因此，在法解釋上，本條所謂律師對在執業活動中知悉的委託人的有關情況和資訊，有權予以保密，不僅應解釋為是向社會保密，還應當解釋為向公安司法機關保密，即使公安司法機關要求其作證，律師也有權免予作證或拒絕作證。惟律師在執業活動中知悉委託人或者其他，準備或者正在實施危害國家安全、公共安全以及嚴重危害他人人身安全的犯罪的除外，即在上述情形中，律師不享有守秘特權而有義務向公安司法機關通報¹³。

八、妨害司法罪之寒蟬效應

依據大陸地區舊刑事訴訟法第 38 條：「辯護律師和其他辯護人，不得幫助犯罪嫌疑人、被告人隱匿、毀滅、偽造證據或者串供，不得威脅、引誘證人改變證言或者作偽證以及進行其他干擾司法機關訴訟活動的行為（第 1 項）。違反前款規定的，應當依法追究法律責任（第 2 項）。」與刑法第 306 條第 1 項：「在刑事訴訟中，辯護人、訴訟代理人毀滅、偽造證據，幫助當事人毀滅、偽造證據，威脅、引誘證人違背事實改變證言或者作偽證的，處三年以下有期徒刑或者拘役；情節嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。」等規定，中國大陸之辯護人因證據類犯罪，包括包庇罪、偽證罪、妨害作證罪等，迄今已有上百人被捕乃至提起公訴，

12. 惟本法條既然本質上是對辯護律師的授權性規定，從立法技術上講，與其含糊地稱辯護律師可以，不如直接表述為辯護律師有權，這樣更能凸顯辯護律師的權利主體地位，也有利於實踐中辯護律師順利行使該權利。因此，本條宜再修改為「辯護律師在偵查期間有權為犯罪嫌疑人提供法律幫助，代理申訴、控告，有權向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況。」

13. 此處之通報，即檢舉或舉報，由於通報一詞並非法律術語，似應修改為舉報或檢舉較為洽當。



令辯護人之訴訟權利及人身保障受到嚴重限制與威脅¹⁴。換言之，大陸關於辯護人言論豁免權之刑事立法，不但處於空白狀態，甚至存在對辯護人履行辯護職責極為不利的處罰規定。

事實上，如果辯護人將因履行辯護職權而遭受到法律上不利利益，辯護制度恐因此寒蟬效應而形同虛設，唯有辯護律師不因其辯護活動觸怒當權者而遭到法律或非法律形式之報復，辯護律師始能免於恐懼，進而正常履行職責¹⁵。就刑事責任而言，由於律師於法庭中所為言論係業務上正當行為，屬於法定阻卻違法事由之一，其行為應不受處罰。然而大陸的辯護法制在此部分仍有缺陷，其相關處罰規定實與剝奪律師刑事辯護豁免權無異，甚至有違聯合國關於律師作用的基本原則第2條：「律師對於其書面或口頭辯護時發表的有關言論或作為職責任務出現於某一法院、法庭或者其他法律或行政當局之前

發表的有關言論，應當享有民事和刑事豁免權。」之規定。舊法第38條於此次修正為第42條：「辯護人或者其他任何人，不得幫助犯罪嫌疑人、被告人隱匿、毀滅、偽造證據或者串供，不得威脅、引誘證人作偽證以及進行其他干擾司法機關訴訟活動的行為。違反前款規定的，應當依法追究法律責任，辯護人涉嫌犯罪的，應當由辦理辯護人所承辦案件的偵查機關以外的偵查機關辦理。辯護人是律師的，應當及時通知其所在的律師事務所或者所屬的律師協會。」此種修正旨在改變辯護律師從業時如履薄冰、如臨深淵的懼怕心態。為此，一方面將適用主體範圍由舊法第38條規定的辯護律師和其他辯護人修改為辯護人或者其他任何人，使得該條款不再成為專門針對辯護人的歧視性條款，所謂其他任何人，當然地包括公、檢、法機關工作人員在內；另一方面刪除了舊法第38條證人改變證言等內容，因為實踐中證人改變證

14. 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁124-125，2010年6月。

15. 參閱尤伯祥，公平審判從確實保障律師的辯護空間開始，http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=2314（最後造訪日：2013年9月23日）該文作者更對律師言論管制提出以下建議：第一：就辯護律師在法庭外對媒體所為之公開言論，現行律師法及律師倫理規範並沒有明確規範。參考美國律師協會的職業行為示範規則（ABA Model Rules of Professional Conduct）第3.6條之規定，若此等言論內容涉及案情而有嚴重損及日後審判公正性之重大可能，固然不應發表，但即使存有此種疑慮，若他人的最近公開言論或報導可能嚴重損害當事人公平受審等權利，則辯護律師為保護當事人之權利所需，仍可反制性地公開發表此等言論。準此，辯護律師在法庭外對媒體所為涉及案情之公開言論，理論上固非毫無限制，但為了確保被告公平受審之權利，限制中仍有例外。第二：從上述美國律師協會的規定可知，辯護律師法庭外言論的尺度，本質上乃是應交由律師倫理規範的事項，其違反與否，也應由律師自治組織即律師公會作首次判斷。其所以如此，乃因辯護制度先天上與國家權力處於對抗，自不宜由國家決定辯護律師言論尺度之故。因此，法務部若確實有意藉陳前總統之案件釐清此一規範狀態不明之問題，宜在尊重律師自治之大前提下，公開徵詢律師公會之意見，若有任何具體結論，也應交由律師公會訂入律師倫理規範。第三：法務部應謹記刮別人的鬍子之前，應先將自己的鬍子刮乾淨。因此，在其要求辯護律師的同時，應建立落實檢、警、調偵查不公開的有效機制。目前下至個案承辦檢察官及機關發言人，上至部長，人人對媒體幾乎口無遮攔的現象應盡快改正。法務部應參考美國法制，訂定一套發言準則，明確規定所屬人員對媒體發言時可得披露及絕對不可披露之事項（例如，被告及證人的陳述內容），並嚴格禁止記者出入檢察官辦公室。在這方面，美國律師協會的職業行為示範規則第3.8(f)規定，公訴人不得進行具有使公眾強化對被告的譴責之重大可能的程序外評論，且應合理注意防止在案件中幫助公訴人或與公訴人合作之人員發表此等言論，可資參考。



言即所謂翻證的情況比較複雜，如果證人之前作偽證，現在翻供還原事實真相，那麼這是法律允許並鼓勵的行為；而如果證人違背事實翻證，那麼這本身就是一種偽證行為。然而此次大陸刑事訴訟法修正還是和原來一樣，沒有規定律師刑事豁免權，同時，草案也沒有取消律師偽證罪的相關規定，公檢法還是有權力隨時拘留和逮捕律師。因而，律師在辦案時畏首畏尾，深怕得罪公檢法部門，最終必將導致控辯繼續失衡，當事人的合法權益繼續得不到保護¹⁶之不利結果。

參、結論

本文介紹中國大陸 2012 年刑事訴訟法有關辯護權之修正，以為參考。由於 2012 年之修法主要在解決司法實務上長年所累積的相關問題，因此於實質上增進對於刑事被告的權利保障。雖然新修正的刑事訴訟法較過去的法制提供了較為充分的人權保障，但是就辯護權的內涵而言，仍與世界先進國家對於辯護權保障的要求，不盡相同，尚有進一步

發展與檢討的空間。由於台灣地區有較長久的民主法治發展經驗，因此，台灣地區在刑事訴訟領域的經驗，特別是在辯護制度方面之發展，或可提供做為大陸 2012 年修訂辯護制度未來發展上之重要參考。

（作者為輔仁大學法律學院副教授）

-
16. 按控辯平衡是現代刑事訴訟的基本原則，是法制民主化、現代化的體現，是刑事程序正義理念的基本要求，是現代社會要求保障人權的需要。在過去很長一段時間內，我國刑事法律無論是立法還是司法實踐，都偏重於追究懲罰犯罪，堅持權力本位主義，對保障人權重視不夠，不注重發揮律師在刑事案件中的作用，甚至出現公檢法部門故意為難律師的情況，導致我國在刑事訴訟的各個環節都出現控辯失衡，導致當事人的合法權益得不到保障，導致余祥林、趙作海等冤案不斷出現。可以說，控辯失衡成了我國建設社會主義法治國家的重大障礙。控辯雙方權利的不對等，大大制約了律師的作用，直接導致控辯不平衡，最終也損害了犯罪嫌疑人的合法權益。律師的辯護權是公民權利的延伸，律師的權利受到侵害即犯罪嫌疑人的利益受到侵害。而在這個複雜多變的社會，任何人都有可能被冤枉而成為犯罪嫌疑人，因此律師的權利受到侵害，相當於所有公民的合法利益受到侵害。要實現控辯平衡，最重要的是要提高律師的地位，充分發揮律師的作用。律師的工作貫穿了整個刑事案件的始終，從偵查到起訴再到審判的各個階段，律師要面對強大的公檢法公權部門，如果沒有應有的權利和地位，律師將無法完成其使命。刑事訴訟法修正案草案在實現控辯平衡方面邁出了一小步，但是還遠遠不夠，還要進一步修改完善，要進一步增加一些條款保護辯護律師的合法權益，以便實現真正的控辯平衡，讓辯護律師有足夠的能力和地位保護公民的合法權益。建議刑訴法修正案增加提高律師地位的條款，同時賦予律師刑事辯護豁免權。隻有這樣，才能達到修改法律的真正目的。參閱陳世幸：刑訴法大修草案 值得商榷之處，<http://theory.people.com.cn/BIG5/15795231.html>（最後造訪日：2013 年 9 月 3 日）。

兩岸法制下的刑事不利益變更禁止原則 及其法理基礎

潘天蔚

壹、意義及歷史沿革

貳、存廢爭議

- 一、肯定本原則之存在者，其論點如下
- 二、否定本原則之存在者，其論點則如下

參、適用程序

- 一、第二審法院自為第一審判決
- 二、第二審法院發回更審之程序
- 三、對簡易判決上訴之程序
- 四、第三審上訴之程序
- 五、再審程序
- 六、非常上訴程序
- 七、抗告程序

肆、上訴主體

- 一、被告上訴
- 二、為被告之利益而上訴
- 三、檢察官或自訴人為被告之不利利益而上訴
- 四、兩造同時或先後上訴
- 五、共同被告上訴
- 六、法院之職權上訴

伍、刑罰輕重之比較

- 一、主刑
- 二、從刑
- 三、緩刑
- 四、易刑
- 五、定應執行刑
- 六、保安處分

陸、但書規定之適用問題

- 一、刑法總則條文之變更
- 二、刑法分則條文之變更
- 三、重罪法條變更為輕罪法條
- 四、連續行為次數之認定
- 五、認定事實不當
- 六、量定刑罰不當
- 七、誤未減刑不當

柒、刑事法理與不利益變更禁止原則

- 一、德國法制與英美法制就「不利益變更禁止原則」而言，有無不同之觀點？
- 二、「不利益變更禁止原則」之但書規定，應否刪除？
- 三、改採「絕對不得加重主義」，會否使科刑決定的重心移至第一審？
- 四、為何刑事訴訟法第四百三十九條及第四百十七條之規定中，並無類似於同法第三百七十條之但書規定，其差別處理之理由何在？
- 五、適用「不利益變更禁止原則」的結果，會否使得宣告刑低於法定刑的最低限度？其與「罪刑相當原則」又有無緊張關係？

捌、立法論上的建議



壹、意義及歷史沿革

「不利益變更禁止原則」(Verbot der reformatio in peius od. Verschlechterungs-verbot)係指：由被告上訴，或為被告之利益而上訴者，上訴審法院不得諭知較重於原審判決之刑。¹臺灣刑事訴訟法第三百七十條前段規定：「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。」同法第四百三十九條及第四百四十七條第二項但書，亦分別就再審及非常上訴程序，作出相關的明文規定。由此可見，臺灣法制承認此項刑事訴訟法上的基本原則。

另外，一九七九年和一九九六年的中國大陸《刑事訴訟法》第一百九十條第一款規定：「第二審人民法院審判被告人或者他的法定代理人、辯護人、近親屬上訴的案件，不得加重被告人的刑罰。」同條第二款則規定：「人民檢察院提出抗訴或者自訴人提出上訴的，不受前款規定之限制。」後來，在

二零一二年三月十四日，中國大陸全面修訂通過《刑事訴訟法》，把原第一百九十條改列為第二百二十六條，第一款規定：

「第二審人民法院審理被告人或者他的法定代理人、辯護人、近親屬上訴的案件，不得加重被告人的刑罰。第二審人民法院發回原審人民法院重新審判的案件，除有新的犯罪事實，人民檢察院補充起訴的以外，原審人民法院也不得加重被告人的刑罰。」同條第二款保留了原規定：「人民檢察院提出抗訴或者自訴人提出上訴的，不受前款規定之限制。」（按：同法第二百三十三條已明定以第二審為終審。）此乃大陸學界所稱之「上訴不加刑原則」，與臺灣所稱之「不利益變更禁止原則」意義類似。

此項原則之立論基礎，乃源於十八世紀初葉德意志之「確定力理論」(Rechtskraftlehre)，即無罪之判決有確定力，而有罪之判決則在有利於被告的範圍內有確定力，進而被多數國家所採用。²及至法國

1. 黃東熊，刑事訴訟法論（再版），三民，1991年8月，頁589；蔡墩銘，刑事訴訟法論（修訂版），五南，1993年12月，頁451；張麗卿，刑事訴訟法——理論與運用（二版），五南，1997年5月，頁408；林山田，刑事程序法（初版），五南，1998年9月，頁465；陳樸生，刑事訴訟法實務（再訂版），1998年9月，頁506；褚劍鴻，刑事訴訟法論（三次修訂本，下冊），臺灣商務，1998年9月，頁657。另外，關於中國大陸法制方面，參閱程榮斌主編，中國刑事訴訟法教程，中國人民大學出版社，1993年8月第1版，頁338-341。而有關於兩岸「不利益變更禁止原則」之比較分析，可參閱林俊益，海峽兩岸不利益變更禁止原則之比較研究，載於：東吳法律學報9卷1期，1996年6月，頁101-149。

此外，「不利益變更禁止原則」也是行政訴訟制度中的重要原則之一，因此行政訴訟法第195條第2項規定：「撤銷訴訟之判決，如係變更原處分或決定者，不得為較原處分或決定不利於原告之判決。」至於在民事訴訟制度中，雖未明文規定此項原則，但已為實務（最高法院53年台上字第3173號判例、85年台上字第462號判決）及學界通說所肯定；參閱陳計男等，民事訴訟法研究會第62次研討紀錄（不利益變更禁止之原則），1996年12月8日，載於：民事訴訟法之研討（七），民事訴訟法研究基金會，頁295-347。

2. 當然，今日德國之「確定力理論」已經與兩百年前大大不同，不但拋棄了無罪判決即生確定力的觀點，而且更有具體細緻的概念分類。單就「實質確定力」(materielle Rechtskraft)的理論發展而言，就先後有「實體法上的確定力理論」(die materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie)、「程序上的形成理論」(die prozessuale Gestaltungslehre)，以及現今通說所支持的「程序法上的確定力理論」(die prozeßrechtliche Rechtskrafttheorie)。Vgl. Claus Roxin, Strafprozeßrecht, 15. Aufl., Prüfe dein Wissen: Rechtsfälle in Frage und Antwort, Verlag C. H. Beck, München 1997, S.440-442. 但無論採取哪一種理論，均肯定「確定力」係旨在以源自「形式確定力」的「終結效力」(Beendigungswirkung)以及源於「實質確定力」的「封鎖效力」(Sperrwirkung)來保護被告而設。另外，德國更把「一事不二罰」(ne bis in idem)原則規定在基本法第103條第3項，而使之具有憲法層次的地位；倘把其中精神推而廣之，則已經判決確定無罪的「行為人不再因同一行為受到第二次之訴追或處罰」(BVerfGE 12, 66)。惟其中所言，雖係專指「一事不二罰」原則，而與「不利益變更禁止原則」並無直接關聯；但兩者的機能卻有若干共通的基礎。



自大革命後，人道主義日漸抬頭，因而肯認凡合法上訴之被告，不應使其居於較未上訴時更不利之地位；但仍未予立法，只以判例的方式而被採用。其後，德國刑事訴訟法則把這項原則明文化，即合法上訴之被告在第一審中所處地位，應為本案所有後續的訴訟程序中最不利之地位。³時至今日，大部分文明國家（包括臺灣、德國、法國、俄國、日本等）均把它規定在刑事訴訟法中。⁴然而此項原則，以前亦曾遭受批判，例如：一九三五年納粹德國、日本大正五年公布之刑事訴訟法修正案，曾一度廢除此項原則；惟伴隨著軍國主義步離歷史舞台，德國一九五〇年九月十二日公布之統一法因而復採行之。⁵自是以觀，「不利益變更禁止原則」業已成為刑事訴訟法之基本原理原則之一；而剩下來的爭議就僅存於「應否對此項原則作出若干法定限制」的論辯而已，亦即是所謂「絕對不得加重主義」及「相對不得加重主義」之爭。

大抵而言，「絕對不得加重主義」係指：

苟檢察官或自訴人未為被告之不利益上訴，上訴審法院即不得因任何理由加重被告之刑度。⁶而「相對不得加重主義」係指：被告上訴或為被告之利益而上訴時，原則上不得加重其刑，但於例外情況下則可。⁷臺灣刑事訴訟法，自民國十七年（1928年）公布實施以來，先採「絕對不得加重主義」（規定於第四百五十九條再審編中）；繼自民國二十四年（1935年）一月一日修正迄今，均採「相對不得加重主義」，規定於「原審適用法條不當」而撤銷原判之情形下，得例外加重被告之刑（原條文第三百六十二條）；其間僅於民國三十四年（1945年）十二月二十六日修正條文中，對該條文內容略有變更，於但書中增列「原審判決量刑顯係失出」亦得不受本原則之限制。然而，由於「量刑失出」欠缺客觀判斷標準，致使不利益變更禁止原則之立法精神幾乎被破壞殆盡，故民國五十六年（1967年）修正時即

3. 現今德國刑事訴訟法第 331（二審上訴），358 II（三審上訴），373 II（再審）條，皆有明文規定。其中第 331 I 條則規定：「第二審上訴如僅由被告，或為被告之利益，而由檢察官或被告之法定代理人提起者，不得為被告之不利益而論知較重之犯罪法律效果之種類與刑度而變更判決。」而第 358 II，373 II 條之規定，則與其大致相同。
4. 日本刑事訴訟法第 402 條規定：「關於由被告提起控訴（即二審上訴）或為被告之利益而提起控訴之案件，不得宣告較重於原判決之刑罰。」同法第 452 條亦規定：「再審時不得宣判重於原判決之刑罰。」然而，對於「上告」（即三審上訴）及「非常上告」程序，則無有關「不利益變更禁止原則」之明文規定，但學界通說及實務均肯定此原則於上述程序之適用。
5. 參閱田正恆，刑事不利益變更禁止之原則，載於：法令月刊 38 卷 7 期，1987 年 7 月 1 日，頁 16；陳蒨儀，不利益變更禁止原則之探討，載於：刑事法雜誌 38 卷 3 期，1994 年 6 月，頁 89,90；林俊益，刑事訴訟法概論（下），新學林出版，2005 年 2 月，頁 385-386。
6. 採此立法例者有日本刑事訴訟法第 402,452 條，綜如註 4 所示。奧地利刑事訴訟法第 295(2), 359(4), 477 條亦採此立法例。
7. 採此立法例者有臺灣現行刑事訴訟法第 370 條，其但書以「原審適用法條不當」而撤銷原判為例外的情形。至於德國 1988 年公布之刑事訴訟法第 331, 358 II, 373 II 條，原則上雖禁止不利益變更，但對於送入精神醫療機構或禁戒機構之命令，則不適用本原則。（同法第 331 II 條）由此可見，德國雖採「相對不得加重主義」，但與臺灣規定旨趣並不相同。



予刪除⁸時至今日，現行法第三百七十條、第四百三十九條及第四百四十七條第二項但書，均為本原則之具體表現；而軍事審判法第二百一十一條亦明白揭示本原則。⁹由此可見，不利益變更禁止原則業已成為臺灣刑事訴訟制度採行之一貫原則。¹⁰

至於中國大陸刑事訴訟法制，在「上訴不加刑原則」方面，亦採「相對不得加重主義」，規定於前揭中國大陸《刑事訴訟法》第二百二十六條。此外，中國大陸一九九八年《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條更有詳細規定。第一款規定：「第二審人民法院審理被告人或者其法定代理人、辯護人、近親屬提出上訴的案件，不得加重被告人的刑罰，並應當執行下列具體規定：（一）共同犯罪案件，只有部分被告人提出上訴的，既不能加重提出上訴的被告人的刑罰，也不能加重其他同案被告人的刑罰；（二）對原判認定事實清楚、證據充分，只是認定

的罪名不當的，在不加重原判刑罰的情況下，可以改變罪名；（三）對被告人實行數罪併罰的，不得加重決定執行的刑罰，也不能在維持原判決定執行的刑罰不變的情況下，加重數罪中某罪的刑罰；（四）對被告人判處拘役或者有期徒刑宣告緩刑的，不得撤銷原判決宣告的緩刑或者延長緩刑考驗期；（五）對事實清楚、證據充分，但判處的刑罰畸輕，或者應當適用附加刑而沒有適用的案件，不得撤銷第一審判決，直接加重被告人的刑罰或者適用附加刑，也不得以事實不清或者證據不足發回第一審人民法院重新審理。必須依法改判的，應當在第二審判決、裁定生效後，按照審判監督程序重新審判。」第二款規定：「人民檢察院提出抗訴或者自訴人提出上訴的案件，不受前款規定的限制。但是人民檢察院抗訴的案件，經第二審人民法院審理後，改判被告人死刑立即執行的，應當報請最高人民法院核准。」第二百五十八條亦規定：「共同犯罪案件中，

8. 然而，有學者對於民國 56 年（1967 年）1 月 28 日修正刑事訴訟法第 362 條之修正理由提出批評，參閱褚劍鴻，前揭書，頁 659：「…故本條修正時，第二審為重刑之改判，僅限於原判適用法條不當之情形，此就保護被告之利益固無可厚非，惟因此將增加被告俾求減輕處刑之上訴，則無可疑…」惟查不利益變更禁止原則只是設定被告將受不利益程度的上限，而並未必然使俾求減輕處刑之被告如願以償（減免其刑），兩者之差異不可不辨。況且，如果第二審依法減輕其刑度，則尚與罪刑相當原則、不利益變更禁止原則等無違。今徒以防止合法上訴，以求減輕法院工作負擔為由，亦即以但書規定「量刑失出」即可排除不利益變更禁止原則之適用，務能「阻嚇」被告之上訴；則使被告在決定上訴與否之際，對於適用第 370 條本文（不得諭知較重於原審判決之刑）抑或但書（量刑顯係失出排除本文適用）根本無從預測，而且上訴之被告則更有蒙受在法條不變的情況下「突襲性裁判」之危險。由此可見，「量刑顯係失出」一語，應無「復辟」之理。
9. 軍事審判法第 211 條規定：「由被告聲請覆判或為被告利益而聲請覆判者，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或量刑顯係失出而撤銷之者，不在此限。」查本法於民國 56 年（1967 年）12 月 14 日曾作修正，但仍出現「量刑顯係失出」之除外規定，顯與同年 1 月 28 日修正之刑事訴訟法第 362 條規定不相一致。然而，為何現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，或其在戰時犯陸海空軍刑法或其特別法以外之罪者，其「不利益變更禁止原則」之適用範圍卻出現「縮水」的現象，甚教人費解。斯類「特別刑法」之規定，誠有通盤檢討的必要。
10. 陳蓓儀，前揭文，頁 90,91；蔡墩銘主編，刑事訴訟法裁判百選，月旦，1992 年 11 月，頁 372；李聖隆，論刑事訴訟法上不利益變更禁止之原則，載於：刑事法雜誌 14 卷 2 期，1970 年 4 月，收錄於：鄭玉波總主編，陳樸生主編，刑事訴訟法論文選輯（初版），五南，1984 年 7 月，頁 327 以下。



人民檢察院只對部分被告人的判決提出抗訴的，第二審人民法院對其他第一審被告人不得加重刑罰。」

貳、存廢爭議

儘管不利益變更禁止原則在各國之刑事訴訟制度中之行之有年，惟學者對於本原則之存廢仍有爭議。為瞭解本原則於刑事訴訟法上的地位，實有對其存廢理由分別予以檢視的必要，以便究明應否確立本原則之重要性。¹¹

一、肯定本原則之存在者，其論點如下：¹²

（一）上訴制度之救濟目的

上訴制度既然是法律救濟（Rechtsmittel）制度之一，則其目的是為了對提起上訴的人予以救濟而設，故僅由被告上訴，應無不利益變更之餘地。¹³

（二）上訴審之審理範圍

上訴審應於當事人聲明不服之範圍內加以審理。換言之，由被告上訴或為被告之利益而上訴時，上訴審僅得於當事人不服之限度內審理案件，故不利益變更之禁止，係為被告利益而上訴之當然結果。¹⁴

（三）相對的確定力理論

裁判因不變期間屆滿而確定，如僅有為被告利益而提起上訴，檢察官及自訴人既未為被告之不利益而提起上訴，而刑事訴訟又不採附帶上訴制度，則原判決於被告有利之限度內，已具有確定力，自不許為不利益之變更。¹⁵

（四）無畏懼行使上訴權之政策性考慮

為避免被告恐受不利益之變更，致躊躇不前或放棄其上訴，亦即為保障被告得以充分自由行使法律救濟權，應承認不利益變更之禁止原則。¹⁶

11. 田正恆，前揭文，頁 16；陳蓓儀，前揭文，頁 99-101；蔡墩銘，註 1 所揭書，頁 451,452；張麗卿，前揭書，頁 408,409；褚劍鴻，前揭書，頁 657,658。
12. 臺灣學者陳樸生、蔡墩銘、林山田等，日本學者高田卓爾、團藤重光、橫山晃一郎、田宮裕、熊本典道等，以及德國學者 Claus Roxin 等，均採肯定說。轉引自田正恆，前揭文，頁 18 註 3。
13. 此論點彰顯出上訴制度中一項重要的機能（被告之法律救濟），但是設立刑事上訴制度之目的，卻顯然不限於此，其更有以實體真實之發現，本著罪刑相當原則，達成正確裁判，維護公共利益之社會機能。而這種機能有時候往往與被告追求法律救濟之目的，形成緊張關係。而要如何處理這種緊張關係，此論點並未作更進一步的說明。
14. 睽諸刑事訴訟法第 348、366 條之規定，第二審法院應就原審判決經上訴之部分調查之，固無疑義。惟此論點與得否論知被告更重刑罰，並無關聯。蓋限於在上訴人聲明不服的範圍內加以審理，並不必然有礙於不利益之變更。因此，本論點實嫌牽強，並不可採。
15. 本論點有「循環論證」之邏輯謬誤，有把「不利益變更禁止原則」易以「相對確定力理論」充數，致形成循環立論之弊；至於為何（有何目的或機能）肯定「不利益變更禁止原則」或「相對確定力理論」，則欠缺具體的論據。
16. 大部分學者均肯定這是支持「不利益變更禁止原則」之重要理由。黃東熊教授甚至認為這是諸多論據中「最有力且值以支持者」。黃東熊，前揭書，頁 589,590 註 89。另外，有論者更認為：「…如上訴可能使被告遭受更不利之裁判時，…如此可能使被告之上訴權虛有化，審級制度之目的無由而達，各國刑事訴訟法乃設有「不利益變更禁止原則」之規定，以消除被告上訴可能遭重判之疑慮，俾利被告自由、安心行使上訴權，以確保被告之上訴權益，故「不利益變更禁止原則」實乃保障被告上訴權益之重要表徵，使審級制度得以發揮功能之重要關鍵。」，當屬確論。林俊益，刑事不利益變更禁止原則之研究，載於：刑事訴訟之運作 ---- 黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集（初版），五南，1997 年 11 月，頁 54。



（五）正當權利之行使不伴隨不利益結果之原則

此原則乃近代法上確立之重要原則。因此，以尊重個人自由與權利為指導原則的法治國家，更應對本原則加以重視。¹⁷

二、否定本原則之存在者，其論點則如下¹⁸

（一）避免濫行上訴

自法院處理堆積如山的案件之立場以觀，不應鼓勵上訴權之行使，而應該致力於防止濫行上訴；而不利益變更禁止原則卻有鼓勵上訴之作用，甚至有引起被告濫行上訴之虞，以致法院工作量百上加斤。¹⁹

（二）避免妨害實體真實之發現

刑事訴訟制度中上訴程序之目的，首重更正原審判決之錯誤；至於被告之救濟只是刑事訴訟制度之反射性效果而已。故刑事訴訟應以經常確保正確之裁判為其最終目的，而非以給予當事人救濟或保障被告權利為其主要目的。²⁰

（三）與罪刑相當原則相抵觸

不利益變更禁止原則之適用，往往在實際上導致宣告刑低於上訴審判決罪名法定刑的最低限度，以致抵觸罪刑相當原則²¹。

17. 然而，本論點對於何謂「正當權利」，並未作具體說明。惟俟明確化以後，其旨趣則與上述論點相同。因此，本論點實屬冗贅之詞。

18. 日本學者小野清一郎、平野龍一、田中耕太郎，均採否定說。轉引自田正恆，前揭文，頁18註2。

19. 以1995年為例，台灣各地方法院法官平均每月結案折計件數為48.84件。司法院統計處，中華民國八十四年（1995年）司法統計提要，頁335。由此可見，法院工作壓力可謂相當沉重。然而，執此理由而以可能出現之不利益變更「阻嚇」被告之「濫行」上訴，則論據仍嫌不足。蓋因：

（1）何謂「濫行上訴」欠缺明確標準，且有「倒果為因」及「以偏概全」之誤。

（2）廢除不利益變更禁止原則，未必能使現時繁重的案件量，降低至法院原先預期的水平，而被告仍有可能不惜一切，冒險上訴，以求還我清白。

（3）繁重的案件量誠為現制之重大問題，然而要犧牲一些刑事訴訟制度中的基本原理原則，來解決那些可以透過其他方法（諸如檢察官起訴裁量決定之適切運用、法庭專業化分案制度之建立、法官助理制度之建立、刑事訴訟有償制度、程序適正性之強調以求降低敗訴被告之不服比例等）來舒緩的難題，顯有違於憲法第23條所揭櫫之「比例原則」。

（4）在敗訴被告決定應否上訴之際，往往陷於兩難(dilemma)之困局，而對於上訴審會否賦予他更大的不利益，根本無法預期；而上訴審程序就儼然成為一場完全沒有底線的賭局。

（5）上訴審中的上訴人雖然提出證據，主張事實，以使法官不致形成其有罪之確信，但在上訴審法院不行使闡明(Aufklärung)的情況下，他根本無從知悉法官會否在判決書內，依據刑事訴訟法第300條變更法條，且依法加重其刑罰，致形成所謂的「突襲性裁判」。如果連不利益變更禁止原則這道最後防線都崩潰掉，那麼上訴人對於判決結果更不利益的畏懼或不安，勢必難以排除，極有可能危害當事人對於刑事司法制度的應有信賴。

20. 本論點並不成立，因為不利益變更禁止原則僅在於禁止諭知重於原審判決之刑，亦即只是對量刑所加之限制而已，與實體真實之發現、法律解釋之統一並不構成妨礙。蔡墩銘，註1所揭書，頁452。換言之，第二審法院依職權調查證據，俟發現真實後，改判正確且更嚴重的罪名，確立正確的裁判，自屬適法，而同時也可與不利益變更禁止原則並行不悖。

21. 本論點鮮有論者加以強調，但本文認為這是支持否定說的一項重要論據。本論點所提出之現象的確會存在，因而若要提供肯定說證立的基礎，則必須對於「罪刑相當原則」重新審視、瞭解，並在兼顧實體法及程序法的要求下，對此原則加以全程的分析，方有可能使之與「不利益變更禁止原則」並行不悖，相輔相成。有關這方面的論述，容後說明。

（四）合議制足以矯正獨任法官量刑不當之弊

第一審檢察官或自訴人對於原判決之量刑或未有正確認識，而未為上訴，但不能因此即認為此乃被告應受之利益，進而限制上訴審重新審核的權能。況且臺灣第二審採合議制，正足以矯正初審獨任法官量刑不當之弊。²²

（五）與職權主義相違

本原則係為當事人進行主義而設，在臺灣採職權主義體制為主之刑事訴訟制度中，殊無採行之必要。²³

衡諸肯定說及否定說所提出的各項論點，²⁴ 以及世界各國之立法潮流，不利益變更禁止原則之法律規定，得以保障被告無畏懼地行使其上訴權，且與真實發現之旨趣並無牴觸，應值肯定。此外，倘能對於罪刑相當原則，在兼顧實體法及程序法的觀點下，獲得重新的認知，則不利益變更禁止原則的重要性，勢必更見彰顯。在以

下的篇幅中，本文將會首先簡單地勾勒出此原則在臺灣之實踐狀況，兼論中國大陸相關法制內容及其爭議，繼而說明其法理基礎，從中開示立法論的具體建議。

參、適用程序

不利益變更禁止原則究係適用於何種訴訟程序，夙有爭議，分述於下：²⁵

一、第二審法院自為第一審判決

依據臺灣刑事訴訟法第三百六十九條第一項本文之規定：「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該案件自為判決。」，因此對於第二審法院應自為第一審判決之案件，原審法院（地方法院）判決未諭知管轄錯誤係屬不當，則第二審法院自應依據同條第二項，撤銷原判決，並自為第一審之判決。由於第一審法院（地方法院）未就程序上為管轄錯誤之判決，

22. 本論點中有關於「不能限制上訴審重新審核權能」的論據，實為「循環論證」，並未進一步指出原因何在。況且上訴審法院尚斟酌量刑事實（刑法 57 條），在罪名不變的前提下，科處更重的刑罰，雖無悖於罪刑相當原則，但卻有礙於被告無畏懼上訴權之行使，綜如上述，而本論點卻未有具體的駁難。至於第一審法院則未必全為獨任制（法院組織法第 3 條第 1 項）；縱為獨任制而且較諸合議制更難確保裁判之正確性，但是改革的重點應在於如何充實第一審法院的人力資源（諸如：改採合議制、參審制、專業法庭等），提昇其裁判之正確性，而並不是藉著廢除不利益變更禁止原則，使當事人在不服第一審不夠謹慎正確的判決之餘，更付出雙倍的勞力、時間和費用，交給一個較謹慎審理的上訴審法院，來判斷是非曲直，且可能諭知更重之量刑。
23. 本論點顯然不成立。首先，睽諸歐陸法制刑事訴訟制度，早已在一百多年前，建構並採行不利益變更禁止原則，因而此原則並非近代英美法制之附庸品。此外，日本學者平野龍一教授卻有與本論點剛好相反的說明：「本原則乃針對職權主義缺失所設之調和劑，係以恩惠的官僚主義型態為前提；上訴審既為當事人進行主義之型態，則應不適用此一原則。」轉引自陳蒨儀，前揭文，頁 100。姑勿論其用詞及論據正確與否，但不可以謂「英美法制採此原則，歐陸法制不採此原則」，則可成為定論。至於在「上訴審為當事人進行主義之型態」與「歐陸法制採職權主義，英美法制採當事人進行主義」等認知中，則其中用語實有未究明事物本質之嫌，故「職權主義」及「當事人進行主義」這對用語，為本文所不採。因此，上文以「歐陸法制」及「英美法制」稱之，則能避免名不副實之弊。有關於這兩套法制訴訟觀之主要差異，容後說明。
24. 參閱本文註 12-23 之說明，可知「被告無畏懼行使上訴權之利益」與「罪刑相當原則」之緊張關係，才是真正的爭議焦點。
25. 林俊益，註 16 所揭書，頁 57-70。原則之適用。





而逕為實體上之裁判，其訴訟要件自始即屬不備，亦為被告所得以預見；且第二審法院撤銷此項違法判決而自為判決，乃基於其管轄權所為之第一審判決，而非第二審判決，故自無不利益變更禁止原則之適用。²⁶

上述結論是解釋現行法律的必然結果。然而，如果鳥瞰全局，並從制度觀點來看，一旦第二審基於其管轄權所為之第一審判決，如果被判有罪的被告獲得法律救濟的實質機會有所縮減（例如名為第一審判決，實為不得上訴或更難提起上訴的第一審判決，亦即根本不是貨真價實的第一審判決），或者如果司法程序被有關司法當局或幕後權力惡意操控，並由第二審法院以原審判決違法不當或量刑畸輕為理由，撤銷第一審法院的判決，自為第一審判決，從而惡意迴避適用「不利益變更禁止原則」，加重被告刑罰，而後續程序並無如同一般第一審判決後的有效程序救濟與司法獨立保障，則不應放任漠視，更不應縱容准許。前揭中國大陸《刑事訴訟法》第二百二十六條僅針對第二審而作規定，未包括第二審自為第一審判決的情形，《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款自無適用之餘地。立法上應否明確規定第二審自為並非貨真價實的

第一審判決時有必要適用「上訴不加刑原則」，亦即不得加重被告刑罰，是一項相當值得深入探討的議題。

二、第二審法院發回更審之程序

依據臺灣刑事訴訟法第三百六十九條第一項但書之規定：「但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院。」

有論者肯定在這種更審程序中，仍有不利益變更禁止原則之適用，以求全程地保障被告得以無所顧忌而行使上訴權。²⁷但也有論者持否定之見解，認為案件既經第二審法院發回，回復至第一審程序，法院自得本其職權調查所認定之事實，適用法律；既係第一審程序，自無適用第二審不利益變更禁止原則之理。或有謂由形式上觀之，原判決既經撤銷，應視同自始不存在，而無不利益變更禁止原則之問題。²⁸況且，原審法院判決主文係管轄錯誤、免訴、不受理，根本無刑之輕重之比較問題，故此際不生不利益變更禁止原則之問題云云。²⁹惟本文持肯定的見解，認為：更審程序實乃為被告利益所為上訴之後續結果，亦即第二審程序之延續，若認為更審不適用不利益變更禁止原則，則等於謂被告上訴時，即須忍受此種因更審而致不利益之危險性，從而未能全程地保障被告

26. 日本刑事訴訟法第 399 條規定：「以違法認定管轄為理由而撤銷原判決時，應以判決將案件移送有管轄權之第一審法院。但控訴法院對該案件有第一審管轄權時，應為第一審進行審判。」其規定與臺灣刑事訴訟法相同，亦無不利益變更禁止原則之適用。

27. 黃東熊，前揭書，頁 551。日本學界通說（鈴木茂嗣、高田卓爾）及實務均採此見解。

28. 蔡墩銘，刑事訴訟法例題演習，國立臺灣大學法學叢書（二十六），1996 年 3 月十版，例題 238，頁 392,393。最高法院 89 年度台上字第 4552 號判決亦有謂：「刑事訴訟法第三百七十條所謂不利益變更之禁止，係指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第一審判決之刑而言。第二審判決經本院依同法第三百九十七條、第四百零一條規定撤銷發回後，在撤銷之範圍內已不復存在，其判決結果對發回後之更審判決，並無任何拘束力，縱原第二審判決曾經宣告緩刑，而發回後之更審判決未為緩刑之宣告，自無違反不利益變更之禁止可言」。

29. 林俊益，註 16 所揭書，頁 60。日本學者青柳文雄亦採此見解。



無畏懼行使上訴權，誠與本原則之基本精神相違。至於所謂「原審法院判決主文係管轄錯誤、免訴、不受理，根本無刑之輕重之比較問題」云云，顯然忽略了第三百七十條「不得諭知較重於原審判決之刑」業已包含了「不得諭知原審判決所無之刑」之意義。³⁰此外，實務上曾經發生被告於下級審法院受無期徒刑宣告後，本已捨棄上訴權，然而法院卻依刑事訴訟法第三百四十四條第四項，為被告之利益而提起職權上訴，經上訴審法院撤銷原判發回更審，更審結果卻宣告死刑，致被告遭受不利益之案例。³¹由此可見，倘若在更審程序放棄不利益變更禁止原則，其結果實教人難以接受。因此，不利益變更禁止原則應全面適用於更審程序，以貫徹保障被告無畏懼行使上訴權之宗旨。³²

前揭中國大陸《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條同樣沒有明確規定更審程序應適用「上訴不加刑原則」，其第一款第五項僅規定：「對事實清楚、證據充分，但判處的刑罰畸輕，或者應當適用附加刑而沒有適用的案件，不得撤銷第一審判決，直

接加重被告人的刑罰或者適用附加刑，也不得以事實不清或者證據不足發回第一審人民法院重新審理」，但卻沒有明確規定第一審法院重新審理（更審）時有無「上訴不加刑原則」之適用，變相縱容了在中國大陸司法實務中「上訴不加刑原則」在實踐上屢屢落空的現象。例如：在「望京黑煤串案」中落馬的北京市朝陽區環保局原副局長賈秀軍，在 2007 年被一審法院判處三年有期徒刑。不服判決的賈秀軍上訴，北京市二中院認定該判決適用法律有誤，將此案發回朝陽區法院重審，賈秀軍卻竟然在重審中被判五年。（詳見 2007 年 10 月 16 日《京華時報》的報導）類似事件，2003 年也在河北省發生過。河北省高陽縣人董亞洲因涉嫌搶劫罪被一審法院判了死緩，其父董克強以兒子被捕時未滿 18 歲為由提起上訴，二審法院發回重審。然而，2003 年 3 月 25 日，河北省保定市中級人民法院經過重新開庭審判，竟然判決董亞洲死刑。諸如此類的例子，不勝枚舉。從上文論述來看，如要全面地保障被告得以無所顧忌而行使上訴權，「上訴不加刑原則」必須適用在第二審發回第一審更審的程序，方足以

30. 由於程序法無庸恪遵「罪刑法定原則」，「舉輕明重」原則應仍有法律適用之空間。有關於這方面的進一步論述，參閱蔡墩銘，刑事審判程序，五南，1992 年 9 月初版，頁 545。

31. 陳薈儀，前揭文，頁 93。

32. 採同一見解並擬增訂第二項明文規定者，參閱胡毓傑，刑事訴訟法第三百六十二條（現行法第三百七十條）為被告之利益上訴不得加重處刑之探討，法言 22 期，1954 年 2 月 15 日，頁 4。此外，臺灣近年實務界亦在個案中表現出相類似的意旨。最高法院 85 年台上字第 2075 號判決要旨，頗值參考。最高法院 85 年台上字第 2075 號判決有謂：「上訴人於原審法院前審即八十三年度交上訴字第四二五八號判處有期徒刑五月。經本院撤銷該判決並諭知發回原審法院更審，原判決撤銷第一審判決，改判論處上訴人有期徒刑八月，雖較第一審宣告之有期徒刑十月為輕，但較原審法院前審宣告之刑為重，其認定上訴人之犯罪事實及情節，與該法院前審判決所認定者並無不同，適用之法則亦同，何以宣告較重之刑？疏未說明其理由，自有理由不備之違法」。又學者黃東雄認為，第三審法院於依刑事訴訟法第 400 條前段之規定，將案件發交該管第二審法院時，或於同法第 401 條之規定，將案件發回原第二審法院或發交與其同級之他法院時，該案件則又在第二審法院審理，則其程序仍依第二審程序辦理。既依第二審程序，則自有刑事訴訟法第 370 條之適用。亦即於此情形，如該案件原來係由被告或為被告之利益而上訴於第三審時，第二次之第二審判決不得諭知較重於第一次之第二審判決之刑。黃東熊，刑事訴訟法論，三民出版，1999 年 3 月，頁 716。



貫徹「上訴不加刑原則」的立法目的與保障範圍。

鑒於上述不足，中國大陸新修訂的《刑事訴訟法》第二百二十六條第一款增列以下規定：「第二審人民法院發回原審人民法院重新審判的案件，除有新的犯罪事實，人民檢察院補充起訴的以外，原審人民法院也不得加重被告人的刑罰。」這是值得肯定的法律修訂。換言之，按照新修訂的這項規定，發回更審案件一律不得加重被告人的刑罰，體認了本文所主張的論理和觀點。至於所謂「除有新的犯罪事實，人民檢察院補充起訴的以外」此一但書規定，本屬自明之理，無需多此一筆。如從犯罪行為理論與構成要件理論的觀點來看，新犯罪行為（亦即犯罪事實）應屬原案所無的犯罪行為，本應另行按照構成要件理論依據科學證據嚴格審查，並在確定有罪的前提下另行依法量刑，不論是否併案起訴、補充起訴，抑或另案起訴，亦應如是。當然，補充起訴的新犯罪事實部分，必須接受貨真價實的第一審審理，並且會被提供第一審判決後的有效司法救濟，方稱允當，自不待言。無論如何，目前只有法律的新修訂，尚無新的司法解釋跟進，亦即尚未修訂一九九八年《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款第五項的過時規定，確有未當。有關這一方面，亟待在中國大陸的司法解釋方面明確修訂，平息疑慮。

三、對簡易判決上訴之程序³³

依據臺灣刑事訴訟法第四百五十五條之一第一項及第三項之規定，對於簡易判決有不服者，得上訴於管轄之第二審地方法院合議庭，且準用刑事訴訟法第三編第一章及第二章。換言之，第三百七十條不利益變更禁止原則，亦在準用之列。況且簡易判決與舊法時代之處刑命令不同，而性質上與普通判決無異，故自應適用不利益變更禁止原則。³⁴

四、第三審上訴之程序

關於不利益變更禁止原則，應否適用於臺灣第三審上訴程序，法無明文。臺灣實務界雖已有肯定之共識，但學界見解並不一致。大抵而言，有學者持否定的見解，認為刑事訴訟法第三百八十七條，並無準用第二審不利益變更禁止原則之規定；而且同法第三百九十八條第一款規定：「（原審判決）雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者」，第三審法院應就該案件自為判決，其中已指明原審判決「違背法令」，亦即是不利益變更禁止原則中「適用法條不當而撤銷」之例外情形，從而無該原則之適用云云。³⁵但持肯定見解之學者則認為：設立不利益變更禁止原則之立法意旨，既在保障被告無畏懼行使上訴權，則第三審上訴自應有本原則之適用。³⁶

本文支持肯定說之見解，蓋因程序法並未禁止有助於貫徹程序法理之「類推適

33. 有關於簡易判決的現行法規定，是否能妥當地貫徹各項程序法理，尚值深入研討。

34. 黃東熊，前揭書，頁 591。惟日本學者通說（高田卓爾等）及實務認為，當被告請求正式裁判時，並無不利益變更禁止原則之適用。轉引自林俊益，註 16 所揭書，頁 62。這種見解應係為了防止大量上訴而設，理據仍嫌不足。

35. 蔡墩銘，註 1 所揭書，頁 452；林山田，註 1 所揭書，頁 465；張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南出版，2004 年 9 月，頁 694。

36. 黃東熊，前揭書，頁 591, 592；胡毓傑，前揭文，頁 4；林鈺雄，刑事訴訟法論下冊，元照出版，2005 年 9 月，頁 288。

用」，³⁷ 故為求貫徹本原則之規範目的，第三審程序自應類推適用第三百七十條，方屬妥當。至於否定見解中所謂「判決違背法令」，就必然是屬於不利益變更禁止原則中「適用法條不當而撤銷」之例外情形的見解，亦屬不當。有關於「適用法條不當」之內涵，實有可能狹於「違背法令」之內涵，容後說明。另外，臺灣實務亦有採肯定說的傾向。最高法院民國二十四年（1935 年）七月刑庭會議決議有謂：「第三審以不加重為原則，但第二審量刑確有不當時，不受該條之限制。」語意雖嫌含混，但其已注意到第三審仍應適用本原則，則可予肯定。及至最高法院近年來的判決，更把本原則具體地適用在個案當中，實值高度肯定。³⁸ 再者，民國八十二年（1993 年）版刑事訴訟法修正草案，更於現行法第三百九十八條增訂第二項：「第三百七十條之規定，於前項自為判決準用之。」此乃斟酌德國刑事訴訟法第三百五十八條第二項前段之規定而來。司法院民國九十三年（2004 年）年一月七日刑事訴訟法修正草案第三百八十七條亦擬修正為：「第三審之審判，除本章有特別規定外，準用第二審審判之規定」，使第三審亦因準用第二審之規定，得以間接準用到第三百七十條之不利益變更禁止原則。本文認為：本條雖未修正通過，但仍可以作為現今實務適用法律之準繩，以期符合刑事程序法理的基本要求。復有論者認為修正草案的規

定用語應更細緻化，並建議增訂為：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第三審法院因原審判決有前項第一款之情形而自為判決時，不得諭知較重於原審判決之刑。」³⁹ 此乃採行「絕對不得加重主義」之主張，不復使用「準用」之用語，從而避免究係準用第三百七十條本文抑或但書之爭議，亦值肯定。⁴⁰

五、再審程序

依據臺灣刑事訴訟法第四百三十九條之規定：「為受判決人之利益聲請再審之案件，諭知有罪之判決者，不得重於原判決所諭知之刑。」，已明文承認不利益變更禁止原則之適用，且採「絕對不得加重主義」之立法方式，應無疑義。⁴¹

在這一方面，中國大陸並無類似規定。

《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款第五項更規定：「對事實清楚、證據充分，但判處的刑罰畸輕，或者應當適用附加刑而沒有適用的案件，不得撤銷第一審判決，直接加重被告人的刑罰或者適用附加刑，也不得以事實不清或者證據不足發回第一審人民法院重新審理。必須依法改判的，應當在第二審判決、裁定生效後，按照審判監督程序（按：相當於臺灣的再審或非常上訴程序）重新審判。」換言之，如果按照審判監督程序重新審判，「上訴不加刑原則」

37. 參閱註 30 之說明。

38. 最高法院 75 年台上字第 5498 號判決、78 年台上字第 3176 號判決及 79 年台上字第 1365 號判決，均屬典型的例子。以 79 年台上字第 1365 號判決為例，被告成年人與未滿十八歲之人結夥三人以上竊盜，累犯，第一審法院判決有期徒刑七月，第二審法院於原審法院適用法條並無不當之情形下撤銷原判決，改判八月，終遭最高法院判決撤銷，改判仍處有期徒刑七月。

39. 林俊益，註 16 所揭書，頁 67。

40. 有關於「絕對不得加重主義」之立法論建議，以及其優於現行制度之處，容後說明。

41. 日本刑事訴訟法第 452 條及德國刑事訴訟法第 373 條第 2 項之規定，均有明文指出不利益變更禁止原則應適用於再審程序。





未必當然適用，而且中國大陸司法實務亦不在審判監督程序中適用「上訴不加刑原則」，因為中國大陸《刑事訴訟法》第二百二十六條的規定僅適用於「第二審人民法院審判被告人或者他的法定代理人、辯護人、近親屬上訴的案件」之情形，而不當然及於審判監督程序。然而，本文認為：參照上述關於程序法並未禁止有助於貫徹程序法理之「類推適用」的觀點，為求貫徹本原則之規範目的，審判監督程序自應類推適用中國大陸《刑事訴訟法》第二百二十六條，方屬妥當。不過，釜底抽薪之道，在於在立法或司法解釋層面明確規定，妥善解決。

六、非常上訴程序

依據臺灣刑事訴訟法第四百四十七條第二項但書之規定，原審法院依判決前之程序更為審判時，不得論知較重於原確定判決之刑。既有明文承認不利益變更禁止原則之適用，且已採取「絕對不得加重主義」之立法方式，故在法律適用上應無疑義。⁴² 臺灣實務亦有肯定這項原則者。⁴³ 至於中國大陸審判監督程序方面，已如上述，在此不贅。

七、抗告程序

依據臺灣刑事訴訟法第四百十九條之規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第

三編第一章關於上訴之規定。」，但未準用第二章之規定。因此，有論者認為抗告裁判應無不利益變更禁止原則之適用。⁴⁴ 惟實務上最高法院六十七年一月十日刑事庭總會決議，關於定應執行刑裁定之抗告時，則謂：「第二審所定執行刑時，以不較重於第一審所定之執行刑為宜。」由此可見，臺灣實務仍重視此原則於抗告程序之重要性。本文認為：由於依同法第四百十五條第一項第四款之規定，被告對於抗告法院依第四百七十七條定刑之裁定抗告後所為之裁定再抗告者，仍有可能遭受不利益變更之虞，故為求貫徹保障被告無畏懼抗告權（法律救濟權）之行使，抗告程序自有在現行制度下，類推適用不利益變更禁止原則之必要。⁴⁵

肆、上訴主體

不利益變更禁止原則究係在何上訴主體上訴時方有適用，實在涉及到刑事程序之基本法理，學界對此亦有爭議，茲析述如下：⁴⁶

一、被告上訴

依據臺灣刑事訴訟法第三百四十四條第一項之規定，被告對於下級法院之判決有不服者，得上訴於上級法院。依同法第三百七十條本文之規定，由被告上訴者，

42. 林國賢、李春福，刑事訴訟法論下冊，三民總經銷，2006年初版，頁483, 493。反觀日本刑事訴訟法第458條，對於「非常上告」並無準用不利益變更禁止原則之明文。至於德國刑事訴訟法制則只有「再審」制度，而無類似臺灣的「非常上訴」制度，自不生上述問題。
43. 最高法院70年台非字第141號判決，則是一個典型的例子。案中被告共同傷害罪，第一審法院判處有期徒刑八月，第二審法院於原審法院適用法條並無不當之情形下撤銷原判決，改判十月，終遭非常上訴之最高法院判決撤銷，改判仍論知有期徒刑八月。
44. 林俊益，註16所揭書，頁70。
45. 日本學說（高田卓爾、松本時夫、土本武司等）及實務均認為應準用不利益變更禁止原則。至於德國學者對於緩刑裁定（德國刑法第56a條、刑事訴訟法第268a條），得否類推適用不利益變更禁止原則，極具爭議。多數說認為基於法治國家之理由，原則上應予肯定。（Hamburg, Koblenz, Loos）但對於依德國刑法第56b條有合法的事後負擔及指示時，則無適用。（BGH JZ 82,514）轉引自Claus Roxin著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法（24版，1995年），三民，1998年11月，頁568,569。
46. 林俊益，註16所揭書，頁70-79。

第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑（中國大陸刑事訴訟法第二百二十六條第一款亦有相當規定）。此際適用不利益變更禁止原則，自無疑義。惟應注意的是，被告之上訴須為合法，且非為自己之不利益而上訴時，方有本原則之適用，否則將因欠缺上訴利益，應依同法第三百六十二條、第三百六十七條、第三百八十四條、第三百九十五條、第四百十一條、第四百三十三條等規定，以裁定或判決駁回之。⁴⁷此外，如果被告自動放棄不利益變更禁止原則之保護而提起上訴，則鑑於本原則係以保障被告無畏懼行使上訴權為其宗旨，故為被告可以處分的利益，此際自應排除不利益變更禁止原則之適用。⁴⁸

二、為被告之利益而上訴

在臺灣，為被告之利益而提起上訴之情形有三：

1. 檢察官為被告之利益而上訴（刑事訴訟法第三百四十四條第三項），而檢察官對於自訴案件之判決，亦得獨立上訴（同法第三百四十七條）。
2. 被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益獨立上訴（同法第三百四十五條）。
3. 原審之代理人或辯護人，得為被告之利益上訴（同法第三百四十六條）。

至於中國大陸刑事訴訟法第二百二十六條第一款規定：「第二審人民法院審判被告人或者他的法定代理人、辯護人、近親屬上訴的案件，不得加重被告人的刑罰。」與上述臺灣刑事訴訟法規定的範圍和旨趣基本相同。

臺灣刑事訴訟法第三百七十條本文既明定，為被告之利益而上訴者，亦適用不利益變更禁止原則，則應無疑義。惟有論者認為檢察官為被告利益所為之上訴，並無本原則之適用。蓋因檢察官為被告之利益而上訴者，係基於公益之考慮，非純為被告個人之利益，且與不使被告畏懼上訴之政策性考慮無涉云云。⁴⁹然而本文認為：依據刑事訴訟法第二條第一項之規定：「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。」由此可見，臺灣法制實與英美法制之「訴訟競技觀」有著顯著的差異，檢察官的角色亦非可以單純定位為「公訴人」或「攻擊者」即可；倘其更須注意對被告有利之事項，把被告的正當利益也看作是其保護的對象，則當其為被告利益而上訴時，被告與檢察官之立場可謂相即不離，應同受無畏懼行使上訴權保障之必要，以免檢察官在決定上訴與否時躊躇不前，或遭受裁判者對被告不利益之變更，以致其保護對象蒙受程序上的不利益，而後者終究係為被告利益而上訴的檢察官所不願的。此外，敗訴被告在上訴期間正欲上訴之際，「欣聞」檢察官為其利益而提起上訴；惟依照否定說之見解，此竟係噩耗，斷非佳音，豈不怪哉？⁵⁰

至於中國大陸刑事訴訟法第二百二十六條第二款僅規定：「人民檢察院提出抗訴或者自訴人提出上訴的，不受前款規定之限制。」亦即沒有「上訴不加刑原則」之適用。綜上所述，上述規定沒有區分檢察院為被告人之利益提出抗訴，以及為被告人之不利益

47. 田正恆，前揭文，頁16；黃東熊，前揭書，頁589註87。

48. BGHSt 5, 316 及德國學者 Seibert 均採此見解，轉引自：註45所揭書，頁567。

49. 黃東熊，前揭書，頁589。

50. 同此見解者有：蔡墩銘，註1所揭書，頁451,453；林山田，註1所揭書，頁465。最高法院79年台非字第173號判決亦同此見解。





提出抗訴這兩種情形，籠統地排除適用「上訴不加刑原則」，實有不足，宜修改法律，分辨兩種情形，參照上述，分別規定。

三、檢察官或自訴人為被告之不利益而上訴

由於不利益變更禁止原則之產生，乃基於不使被告及為被告利益而上訴者畏懼上訴，致妨害其行使上訴權之政策性考慮，因此當檢察官或自訴人為被告之不利益而上訴的時候，應無不利益變更禁止原則之適用，否則上訴制度對於不服量刑的自訴人及為被告不利益上訴之檢察官幾近形同虛設，罪刑相當原則也將會過度地被犧牲，殊非制度之本旨。此際，仍必須以自訴人及檢察官合法上訴為前提，而且上訴審法院亦得為被告有利之變更。換言之，「利益變更之禁止」(Verbesserungsverbot)並無適用之餘地。⁵¹

四、兩造同時或先後上訴

如遇為被告不利益上訴的檢察官或自訴人及被告兩造同時或先後上訴之情形，原則上應無不利益變更禁止原則之適用，⁵² 否則無異承認一旦有被告提起合法上訴，即不論其上訴有無理由，均足以得到不利益變更禁止原則之底護，殊非制度之本旨。詳言之，如被告上訴或為被告之利益而上訴之部分係「不合法」或「無理由」，檢察官或自訴人

為被告之不利益而上訴之部分係「有理由」者，並無不利益變更禁止原則之適用。然而，如被告上訴或為被告之利益而上訴之部分係「有理由」，檢察官或自訴人為被告之不利益而上訴之部分為「不合法」或「無理由」者，則仍有不利益變更禁止原則之適用，方可與本原則之立法精神相繩，且可免致鼓勵檢察官或自訴人為阻止此原則之適用而濫行上訴。⁵³

五、共同被告上訴

第三審上訴之案件，依據臺灣刑事訴訟法第四百零二條規定：「為被告之利益而撤銷原審判決時，如於共同被告為共同之撤銷理由者，其利益並及於共同被告。」⁵⁴ 茲所稱「共同被告」，係有合法上訴之共同被告而言。如未經上訴或上訴不合法之被告，該部分之判決即屬確定，既無共同撤銷判決之理由，即無該條之適用，自不生不利益變更禁止原則之適用問題。⁵⁵

此外，中國大陸《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款第一項規定：「共同犯罪案件，只有部分被告人提出上訴的，既不能加重提出上訴的被告人的刑罰，也不能加重其他同案被告人的刑罰。」第

51. 註 45 所揭書，頁 567。

52. 此為通說之見解。蔡墩銘、朱石炎，刑事訴訟法（初版），五南，1981 年 9 月，頁 295；蔡墩銘，註 1 所揭書，頁 453。德國及日本學界及實務原則上採此見解。

53. 林俊益，註 16 所揭書，頁 73；陳樸生，前揭書，頁 506；田正恆，前揭文，頁 16；黃東熊，前揭書，頁 589（僅論及「無理由」的部分）；林山田，前揭書，頁 465,466（僅論及「不合法」的部分）。實務界亦對這種處理方式，有所肯定：最高法院 28 年上字第 1122 號判例、76 年台非字第 124 號判決及 81 年台上字第 2896 號判決，均先後把此原則適用於具體個案中。至於日本學者平場安治、高田卓爾等，亦採此見解；惟平野龍一則提出反對說。

54. 雖舊刑事訴訟法第四百十條第二項明定，撤銷原審判決之利益可及於未經上訴之共同被告；但此項規定，已為現行刑事訴訟法所不採，自難據以擴充解釋。（最高法院 32 年非字第 5 號判例）惟中國大陸現行刑事訴訟法第一百八十六條第二項則規定：「共同犯罪的案件只有部分被告人上訴的，應當對全案進行審查，一併處理。」，實與臺灣法制大異其趣。

55. 林俊益，註 4 所揭文，頁 123；陳樸生，前揭書，頁 65。

二百五十八條亦規定：「共同犯罪案件中，人民檢察院只對部分被告人的判決提出抗訴的，第二審人民法院對其他第一審被告人不得加重刑罰。」這些規定都是值得肯定的，也是從犯罪構成要件理論所推導出來的當然之理。

六、法院之職權上訴

依據民國五十七年（1968年）十二月五日修訂後之臺灣刑事訴訟法第三百四十四條第四項及第五項規定：「宣告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應不待上訴依職權逕送該管上級法院審判，並通知當事人。前項情形，視為被告已提起上訴。」增訂之原因乃恐對於被告科處死刑或無期徒刑之下級審法院判決，如有錯誤，而被告不上訴，亦無其他人為被告之利益上訴，則此一極刑或重刑之錯誤判決未經上級審救濟而將告確定，致嚴重侵害被告人權，故有本規定之增訂。⁵⁶此際，上級法院得否諭知較重於原審判決之刑，不無疑義。查職權上訴之目的既係基於維護被告之利益而設，且條文中已有「視為被告已提起上訴」等語，故職權上訴仍有不利益變更禁止原則之適用，應可肯定。⁵⁷有疑問的是，第三百七十條但書之規定，是否仍應適用於職權上訴的情況，臺灣實務見解

則未見一致。有認為倘於職權上訴適用但書規定，「似有違該項為保護被告利益而設之立法本旨」；⁵⁸亦有謂應仍依第三百七十條但書之規定處理。⁵⁹本文認為：衡諸刑事訴訟法第三百四十四條第四項及第五項規定之立法目的，係基於保護被告之利益而設，而非以重開新程序以求「罰當其罪」為宗旨，且「相對不得加重主義」仍有其本質上的缺陷；故以「絕對不得加重」的原則適用於職權上訴程序中，方能充分保障被告無畏懼上訴審法院賦予其更重大的不利益，而立法者也不致蒙受「幫倒忙」之譏。

伍、刑罰輕重之比較

不利益變更禁止原則之核心，係在於上訴審法院「不得諭知更重於原審判決之刑」。由此可見，不利益變更之禁止只是就刑罰而言，非就罪責判斷而言，否則即與發現真實原則有所牴觸。⁶⁰茲就下列情況，分析有關於刑罰輕重比較之問題：⁶¹

一、主刑

依據臺灣刑法第三十三條及第三十五條第一項之規定，主刑 (Hauptstrafen) 之重輕依下列次序定之：死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金。而依同法第三十五條第二項及

56. 蔡墩銘，註 10 所揭書，頁 375,376。

57. 林俊益，註 16 所揭書，頁 76,79。至於檢察官為被告利益所為之上訴與職權上訴，應同樣適用不利益變更禁止原則，方符理論之一致性，兩者實可對照參考。

58. 最高法院 80 年台上字第 4070 號判決要旨。臺灣學者黃東熊、林俊益亦同此見解。黃東熊，前揭書，頁 589；林俊益，註 16 所揭書，頁 79。

59. 民國 82 年（1993 年）8 月 25 日法務部檢察司 82 檢二字第 1121 號函復台灣高等法院檢察署，所同意的台灣高等法院檢察署暨所屬各級法院檢察署 80 年度法律座談會之甲說（多數說），採此見解，以求使國家刑罰權之行使能夠「罪得其罰」、「罰當其罪」，貫徹上訴制度糾正違法失當判決之本旨。

60. 註 45 所揭書，頁 567,568：德國學者通說採此見解；不同意見者，Vgl. Wittschier, Das Verbot der reformatio in peius und der Schuldspruch, StrV 86 (1986), 173。至於日本刑事訴訟法制下的不利益變更禁止原則，亦有不利益與否之比較問題。

61. 林俊益，註 16 所揭書，頁 94-109。





第三項之規定：「同種之刑，以最高度之較長或較多者為重。最高度相等者，以最低度之較長或較多者為重。除前二項規定外，刑之重輕參酌前二項標準定之。不能依前二項標準定之者，依犯罪情節定之。」由此可見，臺灣法制對於主刑輕重之比較標準，已有明文規定，應無疑義。⁶²

二、從刑

依據臺灣刑法第三十四條之規定，從刑(Nebenstrafen)之種類包括「沒收」及「褫奪公權」兩種。從刑係得附隨主刑而科處之刑罰手段，但於例外情形亦有單獨宣告之沒收，例如專科沒收(刑法第三十九條)及違禁物之沒收(刑法第四十條但書)。⁶³有關於不利益變更禁止原則應如何適用，分述於下：

- (一) 第一審只宣告主刑，未宣告從刑，第二審所宣告之主刑與第一審相同，但另宣告從刑，則已構成不利益之變更。⁶⁴
- (二) 第二審判決所諭知之罰金金額或褫奪公權期間，高於或長於第一審判決所諭知者，亦構成不利益之變更。⁶⁵
- (三) 第二審判決所諭知之主刑雖變輕，但卻附加或加重從刑時，仍屬不利益之變更。相反之情形，亦同。蓋主刑與從刑之性質既有不同，則關於孰輕孰重，殊

難以非受判決人之心理所能比較，故其中之一加重，則應構成不利益之變更，方屬妥適。⁶⁶

三、緩刑

「緩刑」(Strafaussetzung, probation)乃「非機構性處遇」(non-institutional treatment)之一種，係為救濟自由刑缺失而設之制度，更在刑罰及保安處分兩者以外，被譽為「刑法中的第三軌」(drittes Spur im Strafrecht)或是「一個獨立的刑法上反應手段」(ein selbständiges strafrechtliches Reaktionsmittel)；⁶⁷倘能運用得當，且有完善之處遇與輔導制度配合，則可望改善臺灣目前緩刑使用率偏低的情況。臺灣緩刑制度，係對於初犯輕微犯罪行為者，猶豫或暫緩宣告刑之執行，故可謂為宣告刑的一種特別執行方式。⁶⁸現行臺灣刑法第七十四條至第七十六條，已分別明文規定緩刑之宣告要件、撤銷要件及其效力，可供參考。惟不利益變更禁止原則，是否適用於「撤銷緩刑」或「增長緩刑期間」的情況，則有極大的爭議。

對於這項問題，臺灣學者見解並不一致。有認為緩刑為刑之執行，並非刑之宣告，從而亦非獨立的刑罰種類，故第二審撤銷或增長第一審所已諭知之緩刑宣告，並無刑之輕重比較問題，自亦無不利益變更禁止原則

62. 臺灣實務亦遵守此項原則。典型的例子包括：最高法院 69 年台上字第 4136 號判決、70 年台非字第 141 號判決、72 年台上字第 6721 號判決、79 年台上字第 1365 號判決、82 年台非字第 364 號判決等。其中皆涉及有期徒刑不利益變更之禁止。

63. 林山田，刑法通論（下冊）（增訂六版），1998 年 2 月，頁 697。

64. 蔡墩銘，註 1 所揭書，頁 453,454。最高法院 77 年台上字第 1416 號判決，亦同此旨。

65. 同上註，頁 454。最高法院 76 年台上字第 873 號判決，亦同此旨。

66. 黃東熊，前揭書，頁 592。惟亦有反對說，認為「如第二審所諭知之主刑，較重或較輕於第一審判決時，褫奪公權及沒收，固不影響於刑之輕重…」云云。田正恆，前揭文，頁 17。惟「從刑」究係刑罰之一種，一旦從刑加重，應構成不利益變更，方屬妥當，誠如上述。

67. 林山田，刑罰學（修訂本），臺灣商務，1992 年 2 月，頁 207 以下。

68. 林山田，註 63 所揭書，頁 775。



之適用。⁶⁹有認為第二審判決撤銷或增長第一審判決所論知的緩刑，日本判例認其違反不利益變更禁止原則，頗值注意。⁷⁰甚至有論者更指出：1. 主刑雖變重，但附加緩刑；2. 主刑雖變輕，但取消緩刑；3. 主刑雖不變，但緩刑期間變長；均屬不利益之變更。⁷¹

至於臺灣實務見解則出現前後不同的認定。早期實務見解認為撤銷緩刑並非不利益之變更。最高法院民國二十五年（1936年）八月四日民刑庭總會決議（後刪除），以及最高法院七十七年台上字第五八二一號判決要旨，皆認為宣告緩刑與否，係法院得依職權自由裁量之事項，難謂為違法；而最高法院二十八年上字第三三一號判例更認為：僅就緩刑期間由二年改為三年，尚非法所不許，自不受不利益變更禁止原則之拘束云云。然而，近年來，最高法院見解於具體個案中，則出現突破性的轉變，傾向認為有不利益變更禁止原則之適用。最高法院八十三年台上字第六八八七號判決、同院八十五年台上字第六〇九〇號判決，以及同院九十二年台上字第五五七六號判決，皆認為不利益變更禁止原則中所謂的「不利益」，除應從第一審及第二審判決所宣告之刑（刑名及刑度）作形式上的比較外，尚須總體的綜合觀察，將

二判決對應比較，凡使被告之自由、財產、名譽等受較大損害者，即屬實質上之不利益。緩刑之宣告，本質上無異恩赦，得消滅刑罰權之效果，故在法律上或社會上之價值判斷，顯對被告有利，故撤銷或增長⁷²之，即屬不利益之變更。

本文認為：不利益變更禁止原則，仍應適用於撤銷緩刑及增長緩刑期間的情形。首先，刑事訴訟法第三百七十條之「刑」字，應係泛指「科刑」及與「刑之執行有關」之事項而言，緩刑自應包括在內，而唯有如此從寬解釋，方足以保障被告無畏懼地行使上訴權。⁷³況且觀乎現今「刑事執行法」（Strafvollzugsrecht）的發展，「非機構性處遇」日漸普遍，「刑罰」之意義亦有多樣化的趨勢，故在解釋「刑罰」之文義時，實不宜故步自封，囿於法條編制，而忽視刑事處遇對於被告利益的實質影響。此外，第二審法院亦不可因其對於臺灣刑法第七十四條「法院認為以不執行為適當」此一要件之認定，與原審法院之認定不同為由，藉口謂原審係適用法條不當，進而排除不利益變更禁止原則之適用，否則勢必使上述見解被架空。⁷⁴最後須附帶說明的是，檢驗是否成立不利益變更之禁止時，有時更應把重點放在「是否有

69. 陳樸生，前揭書，頁 506,507；林山田，註 1 所揭書，頁 466；褚劍鴻，前揭書，頁 658；梁恆昌，新刑事訴訟法，自版，1988 年 4 月十版，頁 205。

70. 蔡墩銘，註 1 所揭書，頁 457 註 9。日本實務係採「具體的綜合說」，除須就刑的種類、刑期作形式上的比較外，尚須就緩刑、未決羈押日數之算入等事項全體綜合觀察，以判斷實質上對被告是否有不利益，故緩刑之撤銷及期間之延長均屬不利益之變更。（最大判昭和 26 年 8 月 1 日最刑集 5 卷 9 期 1715 頁、最決昭和 55 年 12 月 4 日最刑集 34 卷 7 號 499 頁）轉引自林俊益，註 16 所揭書，頁 103。

71. 黃東熊，前揭書，頁 592；林俊益，註 16 所揭書，頁 101,102。日本學界通說亦同。

72. 倘依近年實務界的新見解，增長緩刑期間適用不利益變更禁止原則與否，是否改依最高法院 83 年台上字第 6887 號等判決關於撤銷緩刑之標準判斷，雖尚有疑問，但基於兩者性質相同，自應採用相同的處理方式。

73. 林俊益，註 16 所揭書，頁 102。

74. 林俊益，註 16 所揭書，頁 102,103。另外，最高法院 84 年台上字第 553 號判決中，曾指出當第一審有引用刑法第 74 條不當之情形，而第二審撤銷其緩刑宣告時，則仍屬合法。且於該項判決理由中更指出：第二審「認其迄未與被害人趙 X X 達成和解，不宜宣告緩刑，已說明理由」云云，實有把不利益變更禁止原則架空之嫌，應予避免。



撤銷緩刑之可能」；⁷⁵ 假設一旦撤銷緩刑，即生不利益之變更者，亦應在禁止之列。⁷⁶

至於中國大陸《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款第四項已經明文規定：「對被告人判處拘役或者有期徒刑宣告緩刑的，不得撤銷原判決宣告的緩刑或者延長緩刑考驗期。」這條規定言簡意賅，符合上述法理論述，值得肯定。

四、易刑

易刑主要包括「易科罰金」及「易服勞役」等換刑處分而言，刑法第四十一條及第四十二條已有明文規定。臺灣學者通說認為：⁷⁷「易科罰金」係救濟不能執行拘役、有期徒刑時之換刑處分，其折算方法由法院審酌犯人之經濟能力定之，雖因折算標準不同，諸如第二審所定易科罰金之標準為三百元折算一日，較之第一審以一百元折算一日不利益，但不能視為刑之加重。至於「易服勞役」則係救濟不能執行罰金時之換刑處分，其折算方法由法院審酌犯人之生產能力定之，雖因折算標準不同，致犯人可被拘束自由之期間有異，但究係執行上之問題，諸如第二審所定易服勞役之標準為一百元折算一日，較之第一審以三百元折算一

日不利益，但仍不能視為刑之加重。⁷⁸ 然而，亦有學者持反對之見解，有部分認為「為貫徹本法第三百七十條前段保護被告之立法意旨，第二審所定之執行刑，或另以裁定所定之執行刑，亦以不較重於原第一審裁判所定之執行刑為宜」。⁷⁹ 有部分則更進一步指出：為貫徹保障被告無畏懼上訴權之行使，則不應受限於「刑」之文義，既然對被告之自由或財產有不利益，則仍應適用不利益變更禁止原則。⁸⁰ 本文同意最後一說之見解，循此方可與本原則之規範意旨相接無罅。⁸¹

五、定應執行刑

對於數罪併罰之案件，第二審判決所定之執行刑較之第一審判決所定之執行刑為重，是否已經違背不利益變更禁止原則？實務界一致認為：刑事訴訟法第三百七十條本文所謂「原審判決之刑」，當指宣告刑而言。倘若宣告刑並未加重，而只有執行刑被加重，苟與刑法第五十一條之規定無違，即不得指為違法。但為貫徹不利益變更禁止原則保護被告之立法意旨，第二審定執行刑時或另以裁定定執行刑時，以不較重於第一審所定之執行刑為宜。⁸² 惟本文認為：刑法第五十一條僅係規定在數罪併罰多數宣告刑

75. 註 45 所揭書，頁 568。

76. 剛才黃東熊教授所舉的第 (1) 個例子，實在是此處的最佳印證。

77. 蔡墩銘，註 1 所揭書，頁 454；林山田，註 1 所揭書，頁 466；田正恆，前揭文，頁 17；陳樸生，前揭書，頁 507；褚劍鴻，前揭書，頁 658。

78. 在臺灣實務上，最高法院 26 年渝上字第 988 號判例，亦採同一見解。

79. 陳樸生，前揭書，頁 508；黃東熊，前揭書，頁 593。

80. 林俊益，註 16 所揭書，頁 105,106。日本學界及實務亦同此見解。

81. 德國學者 C. Roxin (1995), D. Meyer (1979) 等，均認為第二審倘將原審所處罰之「日率」(Tagessätze) 提高，即屬不合法。但學者 Schröter (1978) 則有不同意見。此外，德國實務界則認為：倘把罰金刑改判自由刑時，此即屬刑罰之加重；此情形在合併刑中同時含罰金刑及自由刑時，應無其適用。(BGHSt 35, 208) 至於當合併刑中之一個別刑罰因其在後來對合併刑的變更中，再次顯現其重要性時，則不得加重之；(BGHSt 1, 252) 然而即使除去一實質競合的犯罪行為，在第二審中仍被判以相同的合併刑時，則此並不成立不利益變更禁止的情形。(BGHSt 7, 86) 註 45 所揭書，頁 568。

82. 民國 63 年 (1974 年) 臺灣高等法院暨所屬各級法院法律問題座談會、最高法院 67 年 1 月 10 日刑事庭總會決議、最高法院 74 年台上字第 5559 號判決，以及最高法院 83 年台上字第 5231 號判決，均採此見解。註 79 所揭二書之見解，亦同。



中，如何定其應執行之方法，諸如同條第五款中有謂：「宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾二十年。」；初既未肯定或否定上訴審於此範圍內得加重執行刑之權能，且如果與刑事訴訟法第三百七十條合併觀察，則上訴審加重原審所定之執行刑，顯即加重被告實質上的不利益，因而違背不利益變更禁止原則之規範意旨。⁸³ 況且實務界所謂「原審判決之刑」，當係指「宣告刑」云云，實已作出法條文義所無之限縮解釋，從而無法充分保障被告無畏懼上訴權之行使。職是之故，倘能以「應執行之刑」，亦即最後實際出現的法律效果，作為「原審判決之刑」之解釋，方能避免不利益變更禁止原則被架空，不致斷喪其應有之機能。

至於中國大陸《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款第三項規定：「對被告人實行數罪併罰的，不得加重決定執行的刑罰，也不能在維持原判決定執行的刑罰不變的情況下，加重數罪中某罪的刑罰。」同樣地，這條規定言簡意賅，符合上述論述，值得肯定。

六、保安處分

「保安處分」(Sicherungsmaßnahme)係近代歐陸刑法法律效果「雙軌性」(Zweispurigkeit)制度下的產兒。由於刑罰重在罪責之應報，不可光以保障社會安全為由而被發動，故為了達成預防危險之目的，故有保安處分之設；同時由於替代交換制度(System der Vikarierens)的建立，保安處分有時亦得折抵刑罰之執行。⁸⁴ 依臺灣現制，保安處分的種類包括：感化教育、監護、禁戒、強制工作、強制治療、保護管束，以及驅逐出境。⁸⁵ 惟保安處分是否屬於刑事訴訟法第三百七十條所謂「刑」的一種，則成為不利益變更禁止原則於增論或延長保安處分之間的時候，仍得適用與否之爭論焦點。

關於保安處分是否「刑」之一種，學界見解不一。肯定說認為保安處分在性質上固與古典之刑罰不同，但對被告而言，仍屬一種拘束人身自由的處罰，至少也是一種不利益的處分，故增論或延長保安處分之間，均屬不利益之變更，從而亦不應對「刑」作狹窄或機械性的解釋。⁸⁶ 否定說則認為保安處分性質上並非刑罰，故不適用不利益變更禁止原則。⁸⁷ 另外，對此問題，臺灣實務界

83. 同此見解者，林俊益，註16所揭書，頁107。

84. 臺灣刑法第86條第4項，即屬適例。

85. 林山田，註63所揭書，頁785以下。

86. 黃東熊，前揭書，頁593。林俊益，註16所揭書，頁108。

87. 蔡墩銘，註1所揭書，頁454；朱石炎、蔡墩銘，註52所揭書，頁269；田正恆，前揭文，頁17。另外，最高法院87年度台上字第3261號判決載稱：「刑事訴訟法第370條有關不利益變更禁止原則之規定，係指由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因第一審判決適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得論知較重於第一審判決之『刑』而言，從而非屬於刑罰之保安處分，自不在此限。當刑罰及保安處分之法律，於被告行為後有所變更時，依刑法第2條第1項及第2項之規定，本即有應比較適用有利於被告之法律與一律從新適用之兩種不同原則，其中之保安處分採用絕對從新主義，考其立法意旨，在於保安處分並非刑罰，而係基於防衛社會為目的而設之矯治、教化功能，故不論被告於行為時有無保安處分之法律，均應一律適用裁判時之保安處分規定予以感化或矯正。原判決有關單純保安處分宣告之部分，要與不利益變更禁止原則之規定無違，不容任意指為違法」，即認為刑事訴訟法第370條有關不利益變更禁止原則之規定，係指第二審法院不得論知較重於第一審判決之「刑」而言，從而非屬於刑罰之保安處分，自不在此限。



的看法與前述並不相同。有雖認為保安處分係「刑」之一種，亦即肯定有保安處分比無保安處分更不利益，但卻認為原審未予諭知保安處分實係適用法條不當，故可以依但書之規定，撤銷改判併諭知保安處分。⁸⁸而最近實務界，更把前述「撤銷緩刑宣告」是否適用不利益變更禁止原則之「具體綜合」判斷標準，適用到「保安處分」的情況中，並謂「保安處分雖與刑罰性質有別，但實際上仍屬拘束人身之自由，應認係一種不利益之處分，故諭知保安處分或延長保安處分之期間，均有不利益變更禁止原則之適用」。⁸⁹

本文認為：保安處分仍有不利益變更禁止原則之適用，理由大抵如同最近實務見解所言。換言之，刑事訴訟法第三百七十條「刑」之文義，不應作與本原則規範意旨相違之限縮解釋，致妨礙被告無畏懼上訴權之行使。此外，尚有以下數點值得注意：

- （一）關於保安處分中的「強制工作處分」，民國八十一年（1992年）七月二十九日修正公布之竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項規定：十八歲以上之竊盜犯、贓物犯，有犯罪之習慣或以之為常業者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作。而臺灣刑法第九十條亦有「得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作」之類似規定。此外，民國八十六年（1997年）十一月

二十四日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例第十九條，則更規定「應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作」。在此應特別注意的是，前二者為「得諭知」，後者為「應諭知」。因此，只有在後者的情形，方得按具體情形，依現制刑事訴訟法第三百七十條但書之規定，增諭或延長保安處分之期間，排除不利益變更禁止原則之適用；而前二者的情形，則仍應適用不利益變更禁止原則。惟由於上開有關「應諭知」保安處分之規定，與刑事執行法理及憲法法理有所齟齬，故已自司法院大法官會議釋字第四百七十一號解釋公布後不予適用，實值肯定。循此以觀，上述有關保安處分之規定，自有全盤適用不利益變更禁止原則之必要。⁹⁰

- （二）刑事訴訟法修正草案第三百七十條新增第二項：「前項規定於強制工作、感化教育準用之。」司法院刑事訴訟法研修會九十三年一月七日的修正草案亦延續此建議，均認為強制工作、感化教育雖均屬於保安處分，與刑罰性質有別，但該二種保安處分，為兼顧被告之不利益變更禁止之規定，故應增訂上述條款，以解決上開部分爭議。其修正理由與前述實務界最近之新見解相同，固值肯定。惟即使本修正草案至今尚未修正

88. 司法院 69.10.28 (69) 廳刑一字 046 號函復台灣高等法院，則持此見解。

89. 最高法院 87 年台上字第 1463 號判決，所涉及的強盜檳榔攤案件，則持此見解。

90. 根據民國 87 年（1998 年）12 月 18 日公布之司法院大法官會議釋字第 471 號解釋文之內容，其認為：「此項規定不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第二十三條所定之比例原則。犯上開條例第十九條所定之罪，不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年之部分，與本解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起不予適用。」有關於其與全盤適用不利益變更禁止原則規定之關係，而與本文持相同見解者，可參閱林俊益，保安處分與不利益變更禁止原則，載於：月旦法學雜誌第 45 期，1999 年 2 月號，1999 年 1 月 15 日，頁 14-15。至於有關保安處分與刑事執行法理之相關論述：Vgl. Alexander Böhm, Strafvollzug, 2. Aufl. 1986, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, S.188ff.

通過，但吾人仍應貫徹本原則之規範意旨，依第三百七十條本文加以適用，方屬妥適，誠如上述。⁹¹

- (三) 德國刑事訴訟法第三百三十一條第一項規定不利益變更禁止原則的同時，復於第二項規定：「前項規定對於送入精神醫療機構或禁戒機構之命令，不適用之。」此條在前述「強制工作」及「感化教育」以外之保安處分，故表面上並未與臺灣修正草案之精神背道而馳。依德國立法者之見解，其認為只會對被告有益無害。然而，德國部分學者及司法實務卻認為：這種法律目的 (ratio legis) 與保護管束 (Sicherungsverwahrung) 本身無涉，故保護管束因已拘束到個人的人身自由，故仍應屬不利益變更禁止原則之規範內涵；實值贊同。⁹²

陸、但書規定之適用問題

依據臺灣現行刑事訴訟法第三百七十條本文之規定，第二審上訴程序雖不得諭知較重於原審判決之刑，但依同條但書之規定，「但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，

不在此限」。至於中國大陸《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款第二項亦規定：「對原判認定事實清楚、證據充分，只是認定的罪名不當的，在不加重原判刑罰的情況下，可以改變罪名。」在以下的篇幅中，本文只擬就現今實務對於臺灣刑事訴訟法第三百七十條但書規定之處理方式，尤其是何謂「適用法條不當」的問題，作出簡要的說明，同時亦不忘把論述重點放在對於此一但書規定合理性的法理檢討。

一、刑法總則條文之變更

首先，所謂「適用法條不當」，實務界認為並非專指刑法分則之法條而言，刑法總則之法條變更自亦包括在內。⁹³ 此外，第二審判決理由未以原審適用刑法第十八條第二項，為限制責任能力人酌減其刑為不當，而撤銷之者，則仍受不利益變更禁止原則之拘束，否則有判決不適用法則及判決不載理由之違法。⁹⁴ 如認第一審判決不當適用或不適用刑法第五十九條，而竟予以酌減，得否撤銷原判決，諭知較重於原審判決之刑？實務界採肯定的見解，但亦不無商榷之餘地。⁹⁵ 至

91. 林俊益，註 16 所揭書，頁 109；陳蓓儀，前揭文，頁 98。

92. 德國學者 Claus Roxin 及 BGHSt 25, 38，皆持此見解。註 45 所揭書，頁 568。

93. 最高法院 32 年上字第 969 號判例採此見解。

94. 最高法院 80 年台非字第 367 號判決。轉引自蔡墩銘，註 10 所揭書，頁 363-367；褚劍鴻，前揭書，頁 660。

95. 最高法院 25.08.04. 民刑庭總會決議、同院 29 年上字第 5380 號判例，以及同院 44 年台上字第 320 號判例，均採肯定說。另外，應特別注意的是，刑法第 59 條規定：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑。」倘與刑法第 57 條合併觀察，則知前者係限於「以宣告法定最低度之刑猶嫌過苛者，始有此適用」。同院 38 年台上字第 16 號判例、45 年台上字第 1165 號判例、51 年台上字第 899 號判例、61 年台上字第 1781 號判例、69 年台上字第 4050 號判例，均採此解釋。本文認為：諸如 45 年台上字第 1165 號判例中所謂第 59 條規定之適用，「必須犯罪另有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情」等語，目前尚缺乏一個可供被告得以期待的客觀標準。苟被告上訴，原上訴審竟因所謂「適用法條不當」而加重其刑，實對其已構成「突擊性裁判」，使其原先無畏懼地行使上訴權的期待落空，誠有違於不利益變更禁止原則之立法意旨。因此，上述實務見解應予重新檢討。類似此見解者，黃東熊，前揭書，頁 594：「蓋如因有關非法律上加重事由之量刑事實之認定變更，亦得排除此原則之適用，則此原則將完全崩潰。」另外，有關於「量刑失出」的問題，亦可參閱本文註 8 的說明。





於應依刑法第五十五條從一重處斷之案件，第一審僅論重罪，對於輕罪或其刑責未予論及，縱係由被告上訴或為被告之利益提起上訴，實務界亦認為第二審得論知較重於第一審判決之刑。⁹⁶倘若第一審判決對於應依共同正犯論擬，誤以教唆犯處斷，則因適用法條不當而不受不利益變更禁止原則之拘束。⁹⁷而在第一審判決對於應依兩個殺人未遂罪數罪併罰論擬，誤以連續殺人未遂罪處斷的情形，亦同。⁹⁸至於因第一審法院誤認被告有

自首，上級審自得因其適用法則不當而撤銷改判，並加重其刑。⁹⁹另有案例如下：甲傷害乙，第一審判決甲普通傷害罪，罰金五百元；及至甲在上訴第二審期間，乙傷重致死，致甲之罪名有所變更，第二審判決甲傷害致死罪，有期徒刑七年。對於這種事後出現加重結果而加重其刑的情形，最高法院仍認為合法，但亦不無啟人疑竇。¹⁰⁰

二、刑法分則法條之變更

這部分是「適用法條不當」情形之大宗，

96. 最高法院 28.08.15. 民刑庭總會決議，以及同院 86 年台上字第 4270 號判決（有關於牽連犯），均持此見解。雖然，最高法院 26.03.09. 民刑庭總會決議則認為：第一審判決僅漏引刑法第 55 條，則不得以此為由而加重其刑。本文認為：前者見解仍有商榷之必要，惟必須對於諸如「案件同一性」及「裁判上一罪」的概念，予以重新批判檢討，故擬日後再行深論。簡單來說，刑法第 55 條前段所指的是一行為的「想像競合」，後段所指的是數行為的所謂「牽連犯」；倘兩者皆依照「不告不理原則」被起訴而成為訴訟客體，而第一審僅論重罪，對於輕罪或其刑責未予論及，則前者仍應適用不利益變更禁止原則，而後者對於那些未論及有無任何罪責的行為，則因漏未裁判，而未為判決效力所及，故不利益變更禁止原則自無適用之餘地。
97. 最高法院 26 年渝上字第 48 號判例採此見解。這是一個典型的但書適用情形。其妥當性為何，容後論述。
98. 最高法院 71 年台上字第 6083 號判例採此見解。這也是一個典型的但書適用情形。其妥當性為何，容後論述。
99. 最高法院 84 年台上字第 3131 號判決採此見解。這也是一個典型的但書適用情形。其妥當性為何，容後論述。
100. 最高法院 26 年渝上字第 1007 號判決採此見解。轉引自蔡墩銘，註 28 所揭書，頁 393-395。蔡墩銘教授更認為，此係「情勢變遷之關係」，原審雖無適用法條不當（因而不屬於但書規定之情形），但因事實已與原審者不同，所以也不適用不利益變更禁止之規定。惟本文認為：刑事訴訟法第三百七十條本文既僅單純規定：「第二審法院不得論知較重於原審判決之刑」，且加重結果仍係屬於第一審訴訟客體的範圍，則是否可以因所謂「情勢變遷之關係」，對此規定作限縮解釋，不無疑義。就不利益變更禁止原則之規範機能以觀，被告無畏懼地行使上訴權均應予以充分的保障。不論是上級審法院法律觀點及事實認定觀點的負面改變，抑或是外在事實在上訴後的負面情勢變遷，均非被告所能充分掌握，雖知其有可能發生，但究非願其發生。換言之，倘其真的發生，則可肯定被告將不會在事前作出上訴的決定。況且被告上訴，乃旨在儘快獲得法律救濟，今救濟之本意反而構成對自己之不利益，誠為不利益變更禁止原則之規範機能所欲避免者。因此，基於與不利益變更禁止原則之規範機能無涉之真實發現需求，上級審法院自得更定甲之罪名，判處傷害致死罪；惟不得加重原審判決之刑，以求保障被告對於合法上訴的無畏懼期待，也就是說，可望於第一審判決宣示後，即可使被告得以預期其科刑上限，不致折損其對於後續程序的期待。



實務見解亦豐，因較無特殊性，茲此不贅。¹⁰¹

三、重罪法條變更為輕罪法條

如第一審判決引用重罪法條，第二審判決變更為輕罪法條，例如刑法第二百七十一條第一項之殺人罪變更為第二百七十七條第二項之傷害致死罪；第二百七十六條第二項之業務過失致人於死罪變更為第二百七十六條第一項之普通過失致人於死罪；第二審法院可否諭知較重於原審判決之刑？實務上之見解，並不一致。¹⁰² 本文採否定的見解，蓋第二審法院因第一審判決適用重罪法條不當而將之撤銷改判輕罪法條，則此時所認定之犯罪情節已屬較輕，故已無具體理由說明為何仍得加重其刑。至於上引其中一則最高法院判決有謂：除非第一審量刑顯有失輕，並於判決理由中加以說明，否則第二審判決即

不得加重原審宣告之刑，以求與罪刑相當原則相符云云；倘究其實，此等例外的情形仍應以適用不利益變更禁止原則為妥，也唯有如此，方可避免因有關非法律上加重事由之量刑事實之認定變更，亦得排除此原則之適用，致使本原則面臨完全崩潰的命運。¹⁰³

四、連續行為次數之認定

如第二審法院因第一審判決「認定事實不當」而將之撤銷改判，但其認定事實不當，形式上尚不致於變更應適用之法條，而第二審法院並未以其適用法條不當為改判理由時，是否仍有不利益變更禁止原則之適用？在臺灣司法實務上，第二審法院關於連續行為次數的認定，與第一審判決所認定者有異，是否為「適用法條不當」之問題，則曾由昔日的否定說轉變為現今之肯定說。¹⁰⁴

101. 最高法院 80 年台上字第 4059 號判決、同院 83 年台上字第 3898 號判決、同院 84 年台上字第 1796 號判決、同院 80 年台上字第 4008 號判決、同院 79 年台上字第 2972 號判決、同院 79 年台上字第 1922 號判決，以及同院 80 年台上字第 4481 號判決，均屬典型的「適用法條不當」之例子。上述最後一項判決，涉及「同一法條（即刑法第 284 條第 2 項）前後段規定罪名之變更」的情形，亦即由前段之「致普通傷害」變更為後段之「致重傷」，進而加重其刑，仍屬合法。轉引自蔡墩銘，註 10 所揭書，頁 369-373。

102. 持肯定見解者：臺灣高等法院檢察處暨各級法院檢察處 74 年度法律問題座談會第 36 案之審查意見、座談會研究結論、法務部檢察司研究意見，以及司法院 81.10.14.(81)廳刑一字第 15698 號函復臺灣高等法院，均採此見解。同此見解者，蔡墩銘，註 28 所揭書，頁 386,387。持反對見解者：最高法院 73 年台上字第 5153 號判決，以及同院 86 年台上字第 3763 號判決，均採此見解。其中最高法院 86 年台上字第 3763 號判決，甚為突出，其判決要旨謂：「刑事審判旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當原則，使罰當其罪，…此原則於刑事訴訟法第三百七十條所定不利益變更禁止原則之例外情形亦有其適用；故第一審判決認定有牽連關係之輕重二罪俱能證明而從一重罪論科，被告上訴於第二審法院，第二審認定輕罪部分不成立犯罪，雖因第一審判決適用法條不當而將之撤銷改判，但此時所認定之犯罪情節已屬較輕，除非第一審量刑失輕，第二審判決如仍維持原宣告刑而未說明理由，即難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意無悖。」可供參考。同此結論者，林俊益，註 16 所揭書，頁 86,87。

103. 本文註 95 之說明，可供參考。

104. 最高法院 61 年台非字第 12 號判例，以及最高法院 81 年台上字第 1114 號判決，採否定之見解。朱石炎教授於註 52 所揭書，頁 299，亦同此見解。及至最高法院 82 年 7 月 27 日第 7 次刑事庭會議決議，以及往後最高法院 82 年台非字第 260 號判決、最高法院 83 年台上字第 2330 號判決、最高法院 83 年台非字第 85 號判決，以及最高法院 84 年台上字第 516 號判決（有關於常業犯連續行為次數之認定），均改採肯定之見解。其中最高法院 82 年 7 月 27 日第 7 次刑事庭會議決議中有謂：「…其所認定犯行次數較少者，與所認定之犯行次數較多者，兩者適用之連續犯刑罰法條，就形式上觀之，雖無差異，但實質上其法條所含刑罰輕重之程度，顯有不同，…依照刑事訴訟法第 370 條但書之規定，第二審自得諭知較重於第一審判決之刑。」洵屬新論。



本文認為：此項問題之立論基礎本身即存有極大的問題。蓋本文主張應揚棄現時「裁判上一罪」之實務觀念，改以原則上「一行為一訴訟客體」之方式訂定訴訟客體的基本內涵，避免只求程序之迅速經濟，卻罔顧被告可能因為對訴訟客體有所謂「不正確」的預期，而無從為所謂「正確」的事實及法律辯論，致有遭受突擊性裁判之危險。¹⁰⁵ 循此則不難發現上述所謂的連續行為，實為數個行為，同時亦為數個訴訟客體。¹⁰⁶ 倘第一審只就兩個連續行為加以起訴及審理，而第二審竟又擴張至五個連續行為加以審理及裁判，則依據「不告不理原則」，¹⁰⁷ 第二審就所添加的三個連續行為，亦即三個未經第一審審理的訴訟客體，加以判決，業已剝奪被告一個審級的審級利益，實屬違法。由此看來，

這根本不是「適用法條不當」與否之問題，亦非「不利益變更禁止原則」之適用領域，而是刑事訴訟法第三百七十九條第十二款後段「未受請求之事項予以判決」之「判決當然違背法令」的問題，不可不察。¹⁰⁸

五、認定事實不當

如第一審判決認定事實不當或錯誤，¹⁰⁹ 或未記載累犯加重其刑之比數，¹¹⁰ 或單純的法律名稱變更，¹¹¹ 但尚不致於適用法條不當時，第二審法院自不得論知較重於原審判決之刑。臺灣實務亦採此見解，可茲贊同。¹¹²

六、量定刑罰不當

關於非法律上加重事由之量刑事實認定變更，是否應受不利益變更禁止原則之拘束，本文採肯定的見解，否則本原則勢必完全崩潰，綜如前述。¹¹³

105. 其實，這項見解亦非本文之創見。德國法制則係以「一行為 (Tat) 即一訴訟客體 (Prozeß-gegenstand)」之方式訂定訴訟客體的基本內涵，其雖亦言「人之同一性」及「行為之同一性」(Identität der Tat) 諸名詞，但其既不完全依賴於實體法上的概念，亦未如臺灣實務般作出過度的擴張。大抵而言，「行為同一性」係指在起訴書上向法院所陳述案件的「歷史性經過」(geschichtlicher Vorgang)，而具有一體性者；儘管其仍有學說爭議，但已有一項結合了實際性及標準化的法律見解，而為新判例所偏好。(BGHSt 32, 215) 在實質競合之行為複數場合中，通常亦成立訴訟法上的多數行為，(BGH 35, 14) 但仍容有例外；惟可以肯定的是，(1) 對於持續犯罪的既判力，只及於起訴書中所提及者（學者 Erb 於 1994 年之建議）；(2) 結合犯之各個單元，並不因其營業性、習慣性或常業性，而成為實體法或程序法的單一行為。註 45 所揭書，頁 203 以下。

106. 臺灣刑法第 56 條規定：「連續數行為而犯同一罪名者，…」，可供參照。

107. 臺灣刑事訴訟法第 268 條規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」，可供參照。

108. 臺灣實務界人士亦有識者對「裁判上一罪」的概念，提出精闢的三項批判：(1) 隱藏性的事實導致被告辯論底限不明，(2) 審理範圍無從預測，(3) 各級法院見解前後游移，間接導致非常上訴增加，可謂一針見血。參閱法務部編印，檢察官之偵查與檢察制度，1998 年 3 月初版，頁 1084，V19，花蓮地方法院帥嘉寶庭長之發言。

109. 最高法院 72 年台上字第 6721 號判決，以及同院 70 年台非字第 141 號判決，均屬適例。

110. 最高法院 72 年台非字第 49 號判決，即屬適例。

111. 最高法院 82 年台非字第 364 號判決，即屬適例。

112. 不利益變更禁止原則並不妨礙更不利益於被告之事實認定。臺灣、德國、日本之通說及實務均採此見解，亦值贊同，從而亦不致與發現真實之刑事訴訟制度根本原則相左。

113. 本文註 95 已有說明其理由。

大致上來說，實務界大多採肯定的立場，¹¹⁴但偶有認為只要說明「下級審量刑自由裁量權之行使，如何不當過重或失輕，致失合理性或妥當性之理由」，則可加重對被告的刑罰云云，¹¹⁵究實而言，洵與不利益變更禁止原則之精神不合；且其合理性或妥當性之標準未見具體，對於本原則之破壞並未止息，故對於此等見解，實有重新檢討之必要。

七、誤未減刑不當

第一審判決依法應予減刑而未減刑，第二審法院依被告之上訴而撤銷原判決，嗣後雖依法減輕法定刑度，惟仍宣告重於原判決之刑，是否有違不利益變更禁止原則？實務界大抵持肯定之見解，認為「依減得後之法定刑範圍所宣告之刑，尚未較第一審宣告刑為重，自不得指為違法」。¹¹⁶除有關「宣告刑」這項標準的妥當性尚值商榷以外，¹¹⁷此項見解可茲贊同。至於這種量刑是否有違「罪刑相當原則」，則又涉及有關刑罰論中有名的「判斷空間理論」(Spielraumtheorie)及「特定點理論」(Punktstrafetheorie)之爭議，¹¹⁸但終究與「不利益變更禁止原則」無涉，¹¹⁹從而亦非本文所擬探討的課題。

柒、刑事程序法理與不利益變更禁止原則

本章擬使用簡要的方式，輔以問答的架

構，以檢討現制的「相對不得加重主義」為核心，分析刑事程序法理與不利益變更禁止原則的關係，從而開示出本文對立法論的具體建議。

一、德國法制與英美法制就「不利益變更禁止原則」而言，有無不同的觀點？

有關於德國法制下的「不利益變更禁止原則」，係源於十九世紀初的「確定力理論」，以保障被告無畏懼地行使上訴權為本旨，以求建立一個人性、公平的刑事訴訟制度。近數十年的德國刑事訴訟法學界，雖然經常強調「發現真實」及「罪刑均衡」等刑事法學的基本需求，但對於國家實現正義的「公共利益」與個人權利保障的「私人利益」兩者間的緊張關係，亦從未忽略。而「不利益變更禁止原則」也正好成為兩者角力的場域，足堪成為「國家憲法的測震儀」(das Strafverfahrensrecht als Seismograph der Staatsverfassung)之一。¹²⁰應注意的是：（一）在德國法制下，不論原審判決結果如何，其並未禁止檢察官及受無罪以外判決的被告上訴。由此可見，在上訴的情況下，兩造可能需要耗費相當的勞力、時間、費用以及拘束人身自由的風險應訴，但也可以提供上訴人法律救濟的契機，以及糾正法院錯誤判決的機會。（二）若就德國刑事訴訟法第

114. 最高法院 42 年台非字第 26 號判決、同院 78 年台上字第 1768 號判決，以及同院 79 年台上字第 2542 號判決，均採肯定的見解。

115. 最高法院 85 年台上字第 2446 號判決，則有類似的認知。

116. 最高法院 85 年台非字第 128 號判決採此見解。

117. 參閱上一章「5. 定應執行刑」之說明。

118. 有關於量刑問題的臺灣文獻研究，可參閱吳景芳，「量刑基準之研究」，臺大法研所碩士論文，1982 年 6 月，頁 81-104。

119. 刑事訴訟法第 370 條本文所規定之「不利益變更禁止原則」，僅禁止「加刑」，並不禁止「減刑」或「同刑」，故第二審對上開案件（最高法院 85 年台非字第 128 號判決）諭知與原判決相同之刑，自非不可。然而，有論者認為「就不利益變更禁止原則之精神觀之，此判決之見解有違國民一般法律價值判斷，仍有未洽」云云，實有對上述觀點有所誤解之嫌。林俊益，註 16 所揭書，頁 94。

120. 語出德國學者 Claus Roxin。





三百三十一條第二項的情形略而不談，則德國法制基本上係採絕對禁止上級審加重刑罰的立法例，不可不辨。

至於在英美法制下的刑事訴訟制度，則有所不同。先就英國方面而言，單以不服「正式判決」的情形來看，對於皇室法院 (the Crown Court) 的初審判決，不論是對於有罪認定抑或科刑判決，被告均得上訴於上訴法院刑事分院 (the Court of Appeal, Criminal Division)，但對於無罪判決，訴追人不得上訴。刑罰以法律固定者，對於科刑判決亦不得上訴。另外，上訴法院對於整個案件而言，亦不得諭知重於原審之刑。¹²¹ 至於不服上訴法院刑事分院之任何判決，兩造皆可向貴族院 (the House of Lords) 提起上訴，但須先取得上訴許可 (certificate)。而對於有罪認定之上訴，貴族院則不得涉及量刑的問題。

在另一方面而言，有關於不服「簡易判決」之上訴，則有所不同。舉例而言，其中不服治安法院 (the Magistrates' Court) 法官之有罪及科刑判決，得上訴至皇室法院 (the Crown Court)。¹²² 但訴追人除制定法有明文規定外，無上訴之權。然而，皇室法院則得諭知更重於原審之刑，以求阻嚇濫訴 (deterrent to frivolous appeals)。¹²³ 由此可見，在英國的制度有兩度門檻交錯運用：一為禁止上訴，二為禁止加刑，以求有效地保障被告享有「正當法律程序」(due process of law)，避免遭受「二重危險」(double jeopardy)。¹²⁴

至於美國法有關於「正當法律程序」(due process of law) 以及對於「二重危險」(double jeopardy) 之規範，則與其憲法第五修正案息息相關。¹²⁵ 然而，美國法制對於「二重危險」法理的形成，係有待日後聯邦最高法院 (the

121. s. 11(3) of the Criminal Appeal Act 1968. 然而，在少數失輕的 (unduly lenient) 情形下，卻可依 s. 36 of the Criminal Justice Act 1988 加重其刑。Craig Osborne, *Criminal Litigation*, Blackstone, 5th edition 1997, 196.

122. s. 142 of the Magistrates' Courts Act 1980, s. 26 of the Criminal Appeal Act 1995. Ibid, 191.

123. s. 48 of the Supreme Court Act 1981. Ibid, 192. 有關於可否為不利益變更之英國法制發展史，可參閱 Rosemary Pattenden, *English Criminal Appeals 1844-1944: Appeals against Conviction and Sentence in England and Wales*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 295ff: "The Criminal Appeal Act 1907 allowed the Court of Criminal Appeal to raise as well as lower the sentence passed on an accused who appealed against his sentence...as a means of increasing sentencing uniformity as well as putting off unworthy appellants...(However) Its application resulted 'in general from the prisoner having the bad luck to have a counsel who did not sense and warn him of the danger.' The power to increase sentences was abolished in 1966. Few MPs spoke in support of its retention. The Government feared that defendants with a real grievance were being deterred from appealing, and it was thought unfair that a defendant who genuinely, but mistakenly, believed that his sentence was too severe should suffer a sentence increase for daring to appeal. For those whose sentence was raised the right of appeal was no better than a trap."

124. 臺灣文獻的簡要說明，參閱黃東熊，英國刑事訴訟制度（下），載於：刑事法雜誌23卷6期，1979年12月，頁25以下。

125. The Fifth Amendment of the U.S. Constitution: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation." (1791)

Supreme Court) 的判決逐步點滴而成。¹²⁶ 其一方面認為被告對於陪審團無罪判決享有不受重覆追訴之憲法上權利，而這也正是「二重危險」法理¹²⁷之基本原則，但近年最高法院已形成若干例外情形，例如允許訴追機關對於無罪判決的審判前命令 (pre-trial orders) 及判決後規制 (post-verdict rulings) 提起上訴。¹²⁸ 而在另一方面，倘由控訴部門就科刑部分提起上訴，原則上上訴審法院仍應受理，並無「二重危險」法理之適用。¹²⁹ 至於如果上訴審法院因此加重被告之刑罰，原則上仍屬法之所許；¹³⁰ 而如由被告本人提起上訴，則上訴審法院亦得加重其刑度。¹³¹ 這一項設計，實與臺灣、德國及日本法制有所不同。

由上面的論述可知，各國法律制度對於「二重危險法理」或者「不利益變更禁止原則」之重視程度及其規範態樣，並不一致。與其說這是由於歐陸法系重視實體正義及真實發現，以及英美法系重視形式正義及程序保障，兩者基本刑事制度機能的差異所導致的；不如謂係對於「公正裁判」(fair trial) 的內涵，各國皆有其本身的歷史背景及司法實踐經驗，因而引導出不同的制度設計，較來得具體踏實，免致遭受「亂貼標籤」之譏。

簡單來說，各國在某程度上，皆體認到「沒有不付出代價之法治國原則」的道理；換言之，被告程序權能的保障不應永遠劣後於真實發現的追求。而「不利益變更禁止原則」之規範精神，也與「正當法律程序」(due process of law) 的內涵緊密相連。綜上所述，德國法制就「不利益變更禁止原則」規範對象之廣泛度，實較英國及美國制度所規範者來得廣大，在被告無畏懼行使上訴權之保障上，亦較周延。日後如何傳承突破，仍有待研究者的努力。

二、「不利益變更禁止原則」之但書規定，應否刪除？

本文主張刪除但書規定。理由在於：

- (一) 臺灣但書之規定誠為舉世罕有之立法例，宜深入探討其司法實踐情況。依上一章的說明可知，臺灣實務界過度地擴張了「適用法條不當」的內涵，甚至刑罰裁量法條之適用標準前後審不一致時亦應包括在內，以致使得不利益變更禁止原則之意義大被殺減。¹³²
- (二) 或有論者認為只要把「適用法條不當」的內涵予以限縮，即可維持現行但書的

126. 早期著名的判決包括：Bartkus v. Illinois (1959), Benton v. Maryland (1969)，而使得各州及聯邦皆須遵守憲法第五修正案，極具歷史意義。Joseph Senna and Larry Siegel, Introduction to Criminal Justice, West Publishing Co., 7th edition, 1996, 161ff.

127. United States v. Martin Linen Supply Co. (1977), Burks v. United States (1978).

128. supra note 123, 289.

129. supra note 123, 305: "Double-jeopardy considerations are far weaker when it comes to an appeal against sentence than against acquittal. In a sentencing context it can only mean reviving the defendant's concerns about the extent of his punishment... In the United States the Supreme Court has held that the rule against double jeopardy is not breached by a prosecution appeal against sentence." United States v. Di Francesco (1980).

130. United States v. Ball (1896), United States v. Taeto (1964). 轉引自何尚先，美國二重危險法理對量刑上訴權之關係，載於：刑事法雜誌 28 卷 4 期，1984 年 8 月，頁 12 以下。

131. North Carolina v. Pearce (1969). 轉引自前註所揭書，頁 1 註 4。

132. 黃東熊，註 1 所揭書，頁 594, 595；陳樸生，前揭書，頁 508。另外，有論者認為例外規定之有無「可謂各有利弊，不能一概而言。…（假如）不承認有任何之例外，自屬單純，較無問題發生，假如承認其有例外，…則何謂適用法條不當，在解釋上仍不免產生若干問題。」蔡墩銘，註 10 所揭書，頁 372。





規定而予以適用。¹³³然而，在這種情形下，根本與保障被告無畏懼地行使上訴權之本旨相違，致頓失不利益變更禁止原則之規範機能。再者，發現真實的需求，並未曾與不利益變更禁止原則之精神相牴觸。後者僅在修正「罪刑相當原則」之內涵，從未限制上級審法院變更原審事實認定及法律適用之權能。故倘謂但書規定係旨在平衡兼顧「發現真實」之目的，則顯有誤解；倘謂其在於追求減輕法院案件量，避免面對大量上訴，則不免拒亟需法律救濟之被告於法律之門外，使其對於上訴與否猶豫而未能決，而且更有違反比例原則之嫌。¹³⁴因此，刑事訴訟法第三百七十條但書之規定，應予刪除，自屬妥適。

三、改採「絕對不得加重主義」，會否使科刑決定的重心下移至第一審？

答案是肯定的。從此以觀，第一審所科處的刑度，也就成為了在以後可能漸次出現的訴訟程序及判決中，所科處的最高限度；從而使得由目前以第二審為中心的覆審制度，單就科刑的問題，蛻變為以第一審為論斷刑責的重心；進而激勵院、檢、辯三方在第一審程序即須「進入狀況」，認真展開事實及法律辯論，避免現制中經常出現在第二審「突襲性翻案」的情形，致折損各程序主體之勞力、時間及費用。當然，司法人員法律素養及新近知識的增廣拓深，誠為一項重要的周邊配置，亟待加強。此外，或有論者認為量刑顯係失出或適用法條不當之第一審科刑，即會因此而喪失更正的機會。本文

對此並不否認；但本文更要指出的是：倘依現制，設若第一審量刑並無違誤，而第二審或第三審量刑顯係失出或適用法條不當時，又該如何？因此，重點並不在於無限制地增加審級判斷量刑正確與否的機會，蓋因在各審級中，法院皆有可能判斷錯誤；故如何在有限而周延的程序中，務求適切地本諸實體及程序法理來調查證據、認事用法及科處刑罰，方為適當的程序制度設計。

四、為何在刑事訴訟法第四百三十九條及第四百四十七條之規定中，並無類似於同法第三百七十條之但書規定，其差別處理之理由安在？

本文也設想不到其道理何在。就解釋論而言，再審及非常上訴係採「絕對不得加重主義」，第二審卻係採「相對不得加重主義」，而此結論實在教人費解。緣與上述一貫之主張，本文認為在立法論上，各個上級審程序，均應採取不利益變更禁止原則中之「絕對不得加重主義」，方屬妥當。

五、適用「不利益變更禁止原則」的結果，會否使得宣告刑低於法定刑的最低限度？其與「罪刑相當原則」又有無緊張關係？

適用「不利益變更禁止原則」中「絕對不得加重主義」的結果，可能因上級審變更原審所引用的法條或其他原因，將會導致上級審之宣告刑低於法定刑的最低限度。但德國及日本實務皆在認為「不得不然」的同時，亦能「處之泰然」。¹³⁵其實，倘若吾人能夠確立下面這一項觀點，則以上的疑問皆可望逐步化解：「罪刑相當原則」之內涵，¹³⁶

133. 本文認為無論如何限縮「適用法條不當」之內涵，本文註 97-99 所揭之判決及判例，仍然會成為但書規定所指涉的典型例子。

134. 參照本文註 19 之說明。

135. 土本武司著，董璠興、宋英輝譯，日本刑事訴訟法要義，五南，1997 年 5 月初版，頁 420。

136. 有關於 Claus Roxin 所提出的「單面責任主義」(Einseitigkeit des Schuldprinzips) 對於「罪刑相當原則」的衝擊，本文不擬分析及評論。詳情可參閱吳景芳，前揭文，頁 91 以下。



必須兼顧實體法及程序法的全程認知，方可充分地被掌握。換言之，在對於「定罪」後的「科刑」判斷上，除必須要考慮該犯罪行為的不法內含、責任內含，以及刑法第五十七條以下的規定等實體法事項以外，尚須兼就羈押期日之折抵刑期標準、不利益變更禁止原則等程序法事項，併為考察，方能訂定在具體個案中適當的量刑。論者或有認為立法者在刑法典中，既已明文規定法定刑之上下限，故司法者自不得踰矩。惟本文認為：立法者亦有制定刑事訴訟法第三百七十條之規定，司法者亦不得不依法審判。苟宣告刑低於法定刑之下限，亦係在「體系解釋」刑法分則各條文後所允許，自無違法之理。由此看來，「不利益變更禁止原則」與「罪刑相當原則」的緊張關係，就可以在對於「罪刑相當原則」全程觀點的認知下，重新審視，使兩者皆在同一刑事法體系內並行不悖。

捌、立法論上的建議

總結全文所述，臺灣刑事訴訟法雖已有關於「不利益變更禁止原則」的成文規定，但鑒於條文本質上的若干缺陷，致其保障被告無畏懼行使上訴權之規範意旨，無法在實務中充分被落實，故特擬修正條文如下，以補現制之闕漏：

- 一、現行刑事訴訟法第三百七十條本文及但書之規定，均予刪除。
- 二、增訂刑事訴訟法第三百六十條之一第一項規定（改列於上訴「通則」，而非現時的「第二審」）：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，上訴審法院不得諭知實質上較重於原審判決之刑事處遇。但有為被告之不利益而上訴者，不在此限。」
- 三、增訂刑事訴訟法第三百六十條之一第二項規定：「前項情形，於依本法第三百六十九條第一項但書規定發回原審後之更審程序，準用之。」

至於中國大陸刑事訴訟法及其司法解釋中針對「上訴不加刑原則」的規定，綜上所述，也宜作下列修訂：

- 一、第二審自為遜於原審判決後實質救濟機會的第一審判決時，應適用「上訴不加刑原則」。
- 二、「上訴不加刑原則」應適用在第二審發回第一審重新審理的程序。應參照中國大陸新修訂的《刑事訴訟法》第二百二十六條第一款所新增的規定，通過最高法院作成新的司法解釋，明確規定：「第二審人民法院發回原審人民法院重新審判的案件，原審人民法院不得加重被告人的刑罰。」從而有效避免中國大陸第二審的司法實務普遍誤用「發回更審」以繞開適用「上訴不加刑原則」的錯誤觀點，糾正「重實體輕程序」的錯誤傾向。
- 三、「上訴不加刑原則」應適用在審判監督程序，以及第二審判決之後的任何上訴、抗訴程序或延伸程序。
- 四、中國大陸刑事訴訟法第二百二十六條第二款目前規定：「人民檢察院提出抗訴或者自訴人提出上訴的，不受前款規定之限制。」在檢察院提出抗訴方面，應限縮在「為被告人的不利益而提出抗訴」的情形，方可排除適用「上訴不加刑原則」。
- 五、全面規定與貫徹「上訴不加刑原則」到各類刑罰方式，包括主刑（管制、拘役、有期徒刑、無期徒刑、死刑）、附加刑（罰金、剝奪政治權利、沒收財產）、驅逐出境、非刑罰性處置措施（責令具結悔過、賠禮道歉、賠償損失、行政處罰、行政處分），以及其他各式各樣在刑法規定以外實際執行的限制自由的措施，例如勞動教養等，以及類似保安處分的其他措施。

（作者為臺灣與美國紐約州律師）

論刑民交叉案件的被害人權利保護

王林林、魏大眾



壹、引言

貳、刑民交叉中的被害人保護問題的產生

- 一、刑民交叉問題
- 二、刑民交叉中的被害人保護

參、刑民交叉的處理現狀

- 一、程式開啟刑先於民
- 二、程式開啟民先於刑
- 三、民事程式結束而入刑
- 四、刑民交叉處理原則的選擇

肆、被害人權利保護的路徑選擇

- 一、確立民事優先的理念
- 二、建立和完善保護被害人權利的相關制度

壹、引言

司法實踐中，刑事與民事法律關係在某一案件中交錯存在、相互牽連的現象較多發生。現有法律及實踐中對刑民交叉案件的處理及程式操作存在問題，以致對被害人的權利保護無法有效實現。案件的刑民交叉問題源自於刑民責任聚合基礎上有區別的程式選擇，由於程式選擇的失當及規定的缺失，導致被害人權利保護的紕漏。實踐中，刑民交叉案件被害人保護問題又因案件進入刑事、民事程式先後不同的三種形式而表現各異，但是卻集中反映出對於被害人民事私權利保護理念的缺失。加強對刑民競合案件中被害人權利的保護就需要在民事優先理念和相應的制度確立上予以深入研究。

貳、刑民交叉中的被害人保護問題的產生

一、刑民交叉問題

刑事與民事法律關係交叉存在的現象，理論研究有“刑民交叉”、“刑民交錯”、“刑民交織”等不同說法。最高人民法院作為最高司法機關在規範性的批復文中採用“刑事犯罪與經濟糾紛案件交叉”的表述，因此，本文採用“刑民交叉”的表述，其在表述上也較為明瞭¹。

1. 徐瑞柏 2005 年 6 月 3 日在中國人民大學的講座《民商事糾紛與刑事犯罪交叉的司法對策》中表述“刑民交叉”；劉建國等在《刑事訴訟中的刑民交錯現象及其法律規制》中表述“刑民交錯”；張華在《刑、民事訴訟交織中的若干程式問題探討》中表述“刑民交織”；1991 年 12 月 11 日《最高人民法院經濟審判庭有關刑事案件與經濟糾紛案件交叉時如何處理的函》表述為“交叉”。



刑民交叉是指法律事實被刑法規範和民法規範同時評價，產生兩種法律關係的牽連結合，而使行為人同時承擔刑事責任和民事責任，形成責任的聚合，而引出法律責任如何承擔的程式選擇問題。本質上講，刑民交叉是由一法律事實產生法律責任聚合情況下，如何追究行為人法律責任的問題。刑民交叉案件中行為人的行為對刑事和民事法律規範均造成不同程度的破壞，應當同時承擔刑事責任和民事責任。“同一法律事實分別違反了不同法律部門的規定，將導致多種性質的法律責任並存的現象”²就是各部門法律責任的聚合現象。刑民交叉本質上源自責任的聚合，而責任的聚合最直觀的體現是案件法律程式選擇的不同。

二、刑民交叉中的被害人保護

刑法作為調整社會關係的最後手段，調整範圍具有廣泛性，與民法調整範圍具有較多重合與互補之處，使得刑民交叉案件中伴隨有刑事法律與民事法律的選擇或者合併適用。對案件認識的不同，出現案件直接進入刑事程式，在刑事程式中發現案件涉及民事糾紛的；或者案件率先進入民事程式，由辦案人員發現案件涉嫌刑事犯罪，而移送偵查機關的；亦或者在民事案件結案之後發現存在犯罪嫌疑情況予以處理的，這些程式選擇的不同影響著對被害人保護的效果。

由於傳統觀念中對刑事公權力的過分重視，對被害人私權利保護範圍和力度的缺失：一般意義上，在刑民責任聚合情況下，具體程式中因刑民重視程度的不同，多強調刑事而忽視民事，重視國家刑罰權的實現，忽視被害人私權的保護，使得被害人的保護無法充分保障；另一方面，由於刑事執行規定設

置模糊，造成被害人被確認的權利無法實現：刑法第 64 條規定“犯罪分子違法所得的一切財物，應當予以追繳或者責令退賠；對被害人的合法財產，應當及時返還”，但判決生效後，面對被告人拒不退賠、返還被害人財產損失的情況，由於對刑事財產執行重視程度的不足及規定的模糊，導致被害人無法實現被判決確認的權利。這些問題也加深了案件刑民交叉情況下被害人權利保護的困難。

參、刑民交叉的處理現狀

“所謂罪與非罪的界限應當是一個界域，這個界域只有針對個案才能具體落實，而它仍然不是點或者線，而是對多種因素進行綜合評價的結果。”³因此，刑民交叉案件的認定處理中存在諸多困難，在這種前提下，難以有效確保被害人利益的實現。實踐中，刑民交叉案件處理有“先刑後民”、“先民後刑”、“刑民並進”三原則。三種原則給刑民交叉案件的處理提供了處理的理念，但是在具體案件的處理中如何選擇，則要結合刑民評價次序和程式開啟的先後。實踐中，刑民程式開啟的先後不同集中在以下三種情況中，其中的被害人保護也有區別。

一、程式開啟刑先於民

案件先進入刑事程式的情況下，被害人權利主要通過刑事附帶民事訴訟予以實現。其本質上以刑事為核心，民事程式依附於刑事程式，實質上是“先刑後民”原則的體現。刑事訴訟法第 99 條第 1 款規定：被害人由於被告人的犯罪行為而遭受物質損失的，在刑事訴訟過程中，有權提起附帶民事訴訟。附帶民事簡化訴訟程式，節約資源，以刑事為核心，利用刑事證據證明標準高於民事證據

2. 王利明：《論責任聚合》，載《判解研究》2003 年第 2 輯，人民法院出版社，第 9 頁。

3. 周宜俊：《刑法適度性原則研究》，華東刑事司法評論第八卷，第 33-34 頁。

標準的特點，便於民事事實的查明和證據認定，有效推動民事糾紛的解決，從而保護被害人權利，但對被害人權利的保護在範圍和程度上卻顯不足。

通過民事訴訟，被害人可以主張人身、精神損害賠償、直接和間接等多項損失，並可要求被告以恢復原狀、支付違約金、賠禮道歉等方式彌補。附帶民事訴訟中被害人權利救濟的範圍明顯弱化。《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國刑事訴訟法〉的解釋》（下稱刑訴法解釋）第155條第2款規定：“犯罪行為造成被害人人身損害的，應當賠償醫療費、護理費、交通費等為治療和康復支付的合理費用，以及因誤工減少的收入。造成被害人殘疾的，還應當賠償殘疾生活輔助具費等費用；造成被害人死亡的，

還應當賠償喪葬費等費用。”這一規定凸顯了刑事優先的原則，強調了刑事訴訟效率的提高和被告人權利保護。根據這一規定，被害人的精神損害、間接損失等在附帶民事訴訟中無法得以彌補。無法想像，傷害、性侵案件中被害人的精神痛苦，僅僅科處被告人刑罰的方式能夠得到充分撫慰。

被害人通過民事訴訟擴大權利實現的範圍存在困難，現有法律限制了訴權的實現。根據《關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》中規定“可以在刑事判決生效後另行提起民事訴訟”，此規定為民事訴訟的提出增加了“刑事判決生效”的前提條件。此舉阻礙了被害人及時通過民事訴訟途徑獲取賠償的權利，而且受時間原因易造成證據的滅失，為後續民事審理增加了不確



北竿芹壁聚落 / 黃丁盛 / 馬祖國家風景區



定性因素。尤其在人身傷害案件中，被害人不能獲取及時的賠償，更容易延誤治療，使傷情惡化、損害加劇，也會無形中增加被告人的責任。如一起韓某故意傷害案，在公訴機關審查起訴之後，被害人主張民事賠償，但由於被告人未能及時到案，以致案件被退回；由於案件刑事程式已經開啟，被害人無法立刻開啟民事賠償訴訟，更無法通過缺席審判方式對被告人進行判決，只能被動等待被告人到案。這樣的限制制約了被害人權利的保護。

法律確認的被害人權利無法有效得以實現。該問題集中表現在獲賠財產的取得上。司法機關的刑事判決中“責令被告人退賠被害人損失”的內容在實踐中存在執行困難，多數案件面臨沒有財產可以執行的窘境。究其原因，一方面確實刑事案件被告人大多經濟困難，所獲財產多被消費或揮霍；另一方面則是在案件進入刑事程式後，無明確財產保全方式，不少被告人轉移或者隱藏財產給後續的執行工作帶來困難。如在某基層法院審理的劉某詐騙案中，在偵查、審查起訴階段，涉案的房產被大量轉賣、轉移，以致案件生效後被害人被騙財產無法追回，權利保護就會成為空談。同時，有關執行機構對刑事案件被害人財產執行請求的漠視，以及相應執行規定、人員設置的不足，也是被害人財產權益無法實現的原因。

二、程式開啟民先於刑

處理民事案件時發現當事人有犯罪嫌疑的，當下的做法是由民事案件承辦人員將案件材料移送公安機關進行刑事偵查。這種停止民事程式轉而進入刑事程式的做法，實質上仍然是“先刑後民”原則的體現。

《最高人民法院關於在審理經濟糾紛案

件中涉及經濟犯罪嫌疑若干問題的規定》（後簡稱《規定》）第 11 條：“人民法院作為經濟糾紛受理的案件，經審理認為不屬經濟糾紛案件而有經濟犯罪嫌疑的，應當裁定駁回起訴，將有關材料移送公安機關或檢察機關”。第 12 條：“人民法院已立案審理的經濟糾紛案件，公安機關或檢察機關認為有經濟犯罪嫌疑，並說明理由附有關材料函告受理該案的人民法院的，有關人民法院應當認真審查。經過審查，認為確有經濟犯罪嫌疑的，應當將案件移送公安機關或檢察機關，並書面通知當事人，退還案件受理費；如認為確屬經濟糾紛案件的，應當依法繼續審理，並將結果函告有關公安機關或檢察機關”。前述兩條說明在經濟類案件的刑民交叉中，先進入民事程式的案件由人民法院進行審核決定是否駁回起訴，移送偵查、起訴機關或者在接到公安檢察機關函告後進行審查回復，作為經濟活動參與的相對方（多為經濟活動的被害人）卻無法有效參與程式的進程。

同時經濟活動一方的民事訴權也受到限制。《規定》第 11 條規定“應當裁定駁回起訴”，民事訴訟意義上的“駁回起訴”是對已經受理的案件，人民法院認為缺乏一定的條件，不對原告的訴訟請求進行實體審理，而以裁定的形式駁回原告的起訴。這一做法實際上是對被害人民事訴權的否定。“在審理民事案件發現犯罪嫌疑時，由於相關行為是否成立犯罪還沒有得到法院判決的確定，還存在著重新進入民事程式的可能，因此，對僅僅有犯罪嫌疑的案件，不能駁回起訴，而應當裁定能夠中止審理。”⁴即使案件最終認定當事人的犯罪嫌疑構成犯罪，以“裁定駁回起訴”的方式否定民事訴權也不能起到有效保護被害人合法權利的目的。追究當

4. 趙崑：《刑民交叉案件的審理原則》，《法律適用》，2000 年第 11 期。



事人的刑事責任，是以國家公權力進行的處罰，該處罰不能取代對被害人私權的保護與救濟。

必須承認，“單純宣告某種行為是犯罪，都只服務於某種世俗的功利的目的。”⁵同時我們也應該看到通過將涉嫌犯罪的經濟行為移送刑事程式，“法律秩序雖然因犯罪行為受到了應有的制裁而得到重申，但因犯罪所破壞的現實社會關係卻難以修復。”⁶因此，出於民事關係、經濟往來的穩定，對於不嚴重危害社會經濟秩序的經濟糾紛，適用“先民後刑”原則，將問題交由當事人雙方自發的，或在法院主導下予以解決，減少刑事程式的過分適用。

三、民事程式結束而入刑

這種情況相對簡單，即民事責任通過法院判決予以分配之後，又發現案件當事人涉嫌刑事犯罪的情況。這類民事程式結束之後發現的刑事案件，通過刑事程式進行偵查、起訴、審判並無疑問。問題在於：民事審判結果與刑事審判結果對當事人行為的認定可能存在不一致，以及當不一致出現時如何取捨而有效保護被害人權利。雖然我們不會出現類似辛普森殺妻案中刑民截然相反的判決，但從被害人權利保護角度來看，存在差異的判決文書某種情況下，卻在事實上最能實現對被害人權利的實際保護。

前述劉某詐騙案中：被告人作為房產經紀公司經理，其利用從事房地產仲介之機來倒賣房產牟利。被告人以本公司職工個人名義與被害人簽定房屋買賣合同，收購房屋，並以收購房屋向銀行抵押貸款，房屋過戶後僅向原賣家支付部分房款或定金，騙得 20 餘套商品房。刑事案發前，大多數被害人均

以房產經紀公司及簽定合同的職工個人為被告，提起了民事訴訟，要求履行房屋買賣合同。民事判決確認相關合同合法有效，被告人應承擔合同違約的民事責任。但是最終的刑事判決認定合同詐騙罪，對被告人依照合同取得的財物一併予以追繳或責令退賠，從事實上宣告了涉案相關合同的無效。

案件中涉及的民事判決與刑事判決形成相悖的結論。這種現象是受刑事和民事證據標準不同等原因的制約，而引起的刑事及民事實體認定相左。應當區別案件處理結果所引起的具體效果，刑事程式重在對被告人懲罰，民事程式則重在分配利益，在平衡各方利益，尊重被害人權利的前提下，刑事民事處理結果應該予以確認。

四、刑民交叉處理原則的選擇

從前述刑民交叉案件情況來看，無論刑民交叉案件以何種形式在實踐中出現，“先刑後民”原則都被較多的予以運用，民事利益處於被忽視的地位。無論“先刑後民”、“先民後刑”和“刑民並進”，都是刑民交叉案件處理原則，不能籠統的認為某種案件必須使用某種原則，從而造成程式適用上的僵化，也不利於當事人權利的保護。根據案件自身特點，應選擇有利於被害人權利實現、有利於案件處理的原則方式操作。

以某交通肇事罪為例，在公安機關以交通肇事罪立案之後，被害人家屬提出民事賠償訴訟，法院對該道路交通事故人身損害賠償訴訟進行了合理的處理，這種“先民後刑”的處理原則，處理結果不但保障了被害人權利的充分實現，同時，民事履行結果也可作為刑事審判對被告人量刑考慮的因素；而反過來刑事較高的證據標準進一步印證了民事

5.[美]哈伯特·派克著，梁根林譯：《刑事制裁的界限》，法律出版社 2008 年版，第 18 頁。

6. 徐豔陽：《刑民交叉問題研究》，中國政法大學 2009 年博士論文。

審理結果的正確性，此種互補關係保證了案件處理的公正合理性，充分保護了被害人的權利。因此，必須承認不能過分強調對刑事的重視，而忽視私權的保護。

肆、被害人權利保護的路徑選擇

一、確立民事優先的理念

刑民交叉案件中，由於存在刑事、民事兩種不同的法律責任，應兼顧刑民責任的處理。在權利保障成為“法治表徵”的今天，法律對社會利益關係的平衡應以權利為出發點，以權利的方式為表徵，以權利的最終實現為目標。⁷ 這就應該在刑民交叉案件的處理中，強調被害人權利的充分保護，強調民事優先。這裡所講的民事優先與被害人保護，側重於一種程式處理理念，對被害人私權利的尊重與保障。誠然，對任何權利的過分保障與強調，都會破壞整個程式佈局的平衡合理性；而權利保護如果沒有得到切實的執行，更將嚴重損害法律的權威。因此，“民事優先”不僅是立法上的選擇，更應是司法操作中的路徑選擇，應在尊重國家司法權，有效控制犯罪、維護社會秩序的前提下，實現被害人權利的全面保障。

二、建立和完善保護被害人權利的相關制度

（一）被害人的程式選擇權

“法律程式乃達成做事之方法與過程，只有便捷與否，絕無高低貴賤。於被害人而言，唯有自身才是自己利益之最佳裁判員，刑訴也罷，民訴也罷，終不過是其填補損失之方法。為社會和諧之需要，私權救濟之及時、充分，訴訟法當賦予刑民交叉案件被害人完全的程式選擇權，允許其視權利實現之便利，選擇或先刑後民，或

刑民並行，或先民後刑。”⁸ 正是因為刑事附帶民事訴訟對於被害人保護範圍有限，應允許其選擇通過刑事附帶民事訴訟或者民事訴訟保護自己的權利，在案件進行刑事程式之後，被害人另行提起民事訴訟的程式選擇也不應該受到“刑事判決是否生效”的限制。

這一點上，英美法系的“平行式”和大陸法系德、法等國的“附帶式”值得借鑒。採用“平行式”的堅持民刑分離的原則來處理民事損害賠償；而採用“附帶式”的國家，雖和我國一樣有刑事附帶民事訴訟的程式設置，但其民事部分並非該程式的必要部分，對於民事部分是否附帶於刑事部分審理被害人有提出與否的選擇權。更為重要的是，被害人對於附帶民事部分請求賠償的範圍與民事實體法一致，提出民事訴訟的時間也沒有任何特殊要求，這些規定旨在鼓勵受害人提起獨立的民事訴訟進行救濟，以保障在兩種不同的程式中獲得同樣的利益。以法國為例，被害人及其近親屬自己可以選擇提起附帶民事訴訟或是單獨提起民事訴訟，以實現其權益的最大化，一旦做出選擇，則原則上不得後悔，案件應按其選定的程式進行。⁹ 在具體的適用中，被害人的程式選擇權一經做出，應當由司法機關予以確認，並不得隨意反悔，以求保障被害人通過程式選擇的權利確定性，及避免選擇反復所引起的案件久拖不決，後者實質上也保護了被告人的權利。

（二）明確財產保全及追贓程式

根據刑事訴訟法第 100 條的規定“附帶民事訴訟原告人或者人民檢察院可以申請

7. 張文顯：《法學理論前沿問題（第二卷）》，科學出版社，2003 年版，第 108 頁。

8. 樊崇義：《刑民交叉：是否必須“先刑後民”》，<http://www.sina.com.cn>，2007 年 8 月 9 日最後訪問。

9. 江偉、範躍如：《刑民交叉案件處理機制研究》，《法商研究》2005 年第 4 期。





人民法院採取保全措施。”在偵查、審查起訴階段，申請財產保全的合理性應予確認，但應限制適用範圍。應明確受理保全申請的部門。由於公安機關在刑事程式中最早接觸案件，在人民法院接到申請之後，可要求公安機關配合進行財產保全，以減少阻力。而在加害人被偵查機關確定為犯罪嫌疑人時，偵查機關就應該告知被害人有提出財產保全申請的權利。

事實上，刑事訴訟法第 280 條第 1 款規定：對於貪汙賄賂犯罪、恐怖活動犯罪等重大犯罪案件，犯罪嫌疑人、被告人逃匿，在通緝一年後不能到案，或者犯罪嫌疑人、被告人死亡，依照刑法規定應當追繳其違法所得及其他涉案財產的，人民檢察院可以向人民法院提出沒收違法所得的申請。第 282 條第 1 款規定：人民法院經審理，對經查證屬於違法所得及其他涉案財產，除依法返還被害人的以外，應當裁定予以沒收；對不屬於應當追繳的財產的，應當裁定駁回申請，解除查封、扣押、凍結措施。前述兩條法律規定事實上對於被告人無法到案，刑事審理無法展開的案件，允許司法機關先於處理被告人的違法所得。只是將案件限於貪汙受賄犯罪和恐怖活動犯罪等重大犯罪案件。這在事實上也確立了人民法院對於為審理案件被告人財產予以處理的做法。可以考慮在嚴格遵守程式規定的情形下，對被害人損失嚴重的案件進行類似實踐。

財產的保全主要針對被告人的個人財產，程式上也主要由被害人申請發起。對於涉及贓款、贓物的追贓程式應予以完善，應該確立人民法院執行庭對涉及財產追繳刑事判決執行的責任。追贓程式不僅關係

到刑事部分犯罪數額的認定和罰金的繳納，更關係著被害人權利的最終實現，應該賦予被害人當事人的程式權利，具體包括：對於追贓情況的知情權、提出財產線索建議查詢的建議權、對偵辦機關不予追繳的決定或追繳贓物贓款的數額與範圍提出異議的異議權。對於刑事判決書明確載明“責令被告人退賠被害人損失”等內容的案件，應當明確判決之後繼續追贓的負責主體。人民法院的執行庭應該承擔追贓責任，強化對刑事財產的執行工作的重視，完善刑事財產執行相關規定，加強執行人員設置與安排；對於執行庭在具體執行中存在困難的，應取得公安機關的幫助，予以進行追繳與執行。

（三）必要的刑事和解

犯罪行為發生後，經由調停人的幫助，使被害人與加害人直接商談、解決刑事糾紛；對於和解協議，由司法機關予以認可並作為對加害人刑事處分的依據。刑事和解在加害人和被害人之間進行，和解協議經由司法機關確認產生相應的法律效力。

傳統刑事司法強調犯罪行為的社會危害性，認為犯罪侵犯的是國家和社會的利益，因此由國家公訴機關代替被害人提出控訴，結果導致被害人淪為旁觀者，只能起到輔助查明案件、附帶提起民事訴訟的作用，既不能與犯罪人“私了”，也不能主動追訴犯罪人。刑事和解制度改變了這一現狀，被害人可以與犯罪人和解，作為和解的一方，被害人在已經受到傷害的前提下享有很大的控制權，可以更好地實現自己的利益，提升自己在訴訟中的地位。¹⁰通過刑事和解，被害人的當事人權利得到尊重，並且獲得了應有的彌補，民事訴求

10. 錢科：《新刑訴法為刑事和解正名》，http://js.jcrb.com/1lyj/201205/t20120510_858490.shtml

得以滿足，另一方加害人通過刑事和解的參與，以承擔相應或者加重的民事責任的方式使自己刑事責任獲得相應減輕，這也是對於被告人權利的保障。

（四）適當的國家補償

對被告人不能有效彌補被害人損害的案件，國家通過加重（實為不從輕）其刑事責任的方式對其進行懲罰。但是，對於受害人無法彌補的實際利益，單純的刑事懲罰無法補救，應當通過國家補償予以彌補。國家補償制度屬於訴訟外的保護制度，對於實現被害人經濟求償權具有十分重要之作用，特別是對於無力賠償的犯罪人或因犯罪所遭受侵害的貧窮的被害人而言，國家補償機制的確立，可以及時恢復為犯罪所侵害的法益，使被害人得以及時救助，避免損失進一步擴大，同時也可避免因損害擴大而加重被告人的責任。

因此，從平衡保護目的出發，國家應發揮應有作用，進行適度補償。國家補償的開啟程式和適用範圍應嚴格予以限制，對窮盡目前救濟方式而仍無法救濟，且被害人的損失又急需彌補的情況可以予以適用，具體應該通過專門的規定予以明確。例如被害人如不獲得補償款項救治傷病即有喪失生命之危險，而被告人又無法給予任何賠償的情況。

（作者王林林為中國政法大學博士研究生；
魏大眾服務於上海市徐匯區人民法院）



菜埔澳 / 馬祖國家風景區管理處