



109 年司律二試考猜-言頁

此次考猜以補充各位考生新進且具有考相之實務見解為主，至於傳統必考熱區（例如強制處分、證據），考生們自然再也熟悉不過，在此不再贅述，以下進入正題：

一、強制處分

（一）同意搜索（§ 131-1）

Q、執行同意搜索前，是否需為拒絕權利之告知？

1、肯定說

為避免爭議，多數學者主張應課予國家機關事先的告知義務，即告知受搜索人其於法律上並無配合或忍受之義務。因為人民在面對國家機關之要求時，往往會誤以為有忍受之義務且難以判斷合法與否的差別、或擔心不同意之所遭受之不利利益，因此踐行告知義務，除了能調節國家與人民間之實力差距，更能擔保受處分人同意之自願性而杜絕未來爭端¹；近來亦有實務見解採納通說之主張。

※最高法院 108 台上 839 號判決（最高法院值得參考裁判）

「而刑事訴訟法第 131 條之 1 的「同意搜索」，法條僅規定：「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」然有關受搜索人同意的前提要件、標準步驟，乃至簽署同意書面的格式、內容、時間等記載均付之闕如。雖「同意搜索」乃放棄基本權對隱私的保護與令狀主義的堅持，本質上趨近所謂「任意處分」，惟為避免偵查機關濫用，

¹林鈺雄，刑事訴訟法（上），2013 年 9 月七版，頁 422；陳運財，無令狀之搜索－評最高法院 96 台上 5184 號判決，法令月刊第 60 卷第 12 期，2009 年 12 月，頁 67。

於其實施同意搜索時，仍不得逾越必要之範圍，且所踐行的程序應合理、正當，並應遵守刑事訴訟法其他關於搜索的規定。即係以執行人員於執行搜索前應出示證件，查明受搜索人有無同意的權限，並應將其同意的意旨記載於筆錄或書面，由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨為程序規範，並以一般意識健全具有是非辨別能力之人，因搜索人員出示證件表明身分與來意，均得以理解或意識到搜索的意思及效果，而有參與該訴訟程序及表達意見的機會，可以自我決定選擇同意或拒絕，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他公權力之不當施壓所為的同意為其實質要件。換言之，既謂「同意搜索」，搜索人員應於詢問受搜索人同意與否前，先行告知其有權拒絕搜索，且於執行搜索過程中受搜索人可隨時撤回同意而拒絕繼續搜索，即受搜索人擁有不同選擇的權利。另執行搜索之書面祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正，否則其搜索難認合法。」

2、否定說

亦有學者主張否定說，認為法無明文，且同意搜索與一般警訊發生之場所不同，係發生在被告或犯罪嫌疑人較為熟悉的環境，因此僅需綜合一切情狀判斷即可²。

Q、同意之撤回

在搜索結束前，同意人可以隨時撤回其同意，以尊重受搜索人之意思³。又撤回不等同於撤銷，因此，檢警機關在同意人撤回以前所發現之證據，仍得扣押而不需返還犯罪嫌疑人或被告。此外，實務見解另認為，由於受搜索人自願同意乃§ 131-1 發動之立基，受搜索人除得隨時撤回其同意外，縱使執行人員因發現可疑跡證，認有繼續搜索或即時扣押之必要，亦僅於有其他合法途徑，例如：緊急搜索、本案附帶扣押或另案扣押等可資遵循時，始得為之。

※最高法院 109 年度台上第 259 號判決（最高法院值得參考裁判）

「（二）刑事訴訟法第 131 條之 1 前段規定：搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。是同意搜索之合法性，係立基於受搜索人明知有權拒絕搜索，卻仍本於自由意志，願意放棄憲法所保障之隱私權、財產權、居住權等基本權，接受搜索。受搜索人之同意，既為搜索合法之最重要前提，搜索之進行，

²王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），2013 年 9 月二版，頁 266。

³林俊益，刑事訴訟法概論（上），2015 年 9 月第 15 版，頁 327。

自須於獲得受搜索人同意後，始得為之，範圍及期間長短，亦取決於受搜索人之意思。因此，受搜索人得隨時撤回其同意，固不待言；撤回之方式，明示及舉凡得使搜索人員瞭解、知悉其意思內容之一切非明示表示，皆無不可；撤回時，搜索應即停止，縱因正發現可疑跡證，而有繼續搜索或即時扣押之必要，亦僅於有其他合法途徑，例如：緊急搜索、本案附帶扣押或另案扣押等可資遵循時，始得為之。」

Q、第三人同意搜索？

本爭點要處理的問題是，若同意之人為犯罪嫌疑人以外之第三人時，可否基於其同意而搜索本人之處所，換言之，他人得否代受搜索人為同意呢？

學者認為應參考美國聯邦最高法院以「**共同權限理論**」來確立第三人同意搜索之合法性⁴。實務上亦承認此種判斷方式：

1、共同使用控制權

→第三人若對該財產有共同控制、使用之權，自得以自己的權利同意執法人員對「共用」的財產為搜索。例如與他人共同分租家庭式套房，此時客廳、餐廳等公用空間，其他房客對此亦有共同使用權限，得以自己的權利同意執法人員進行搜索。

2、風險承擔理論

→當受搜索人自願與他人共同使用、控制財產時，即必須承擔其他人可能會同意執法人員搜索該財產的風險。

※最高法院台上字第 1130 號判決

刑事訴訟法第一百三十一條之一之自願性同意搜索，明定行使同意權人為受搜索人，參諸同法第一百二十八條第二項規定搜索係對被告或犯罪嫌疑人为之，第一百二十二條第二項明文可對第三人为搜索，故就本條規定之文義及精神觀之，所謂同意權人應係指偵查或調查人員所欲搜索之對象，而及於被告或犯罪嫌疑人以外之人。在數人對同一處所均擁有管領權限之情形，如果同意人對於被搜索之處所有得以獨立同意之權限，則被告或犯罪嫌疑人在主客觀上，應已承擔該共同權

⁴王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），2013年9月二版，頁271。

限人可能會同意搜索之風險，此即學理上所稱之「風險承擔理論」。執法人員基於此有共同權限之第三人同意所為之無令狀搜索，自屬有效搜索，所扣押之被告或犯罪嫌疑人之物，應有證據能力。

Q、自願同意搜索筆錄

§ 131-1 後段規定須將同意意旨記載於筆錄，而該「自願同意搜索筆錄」，只能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正。若對該受搜索之自願性有所爭執，基於澄清義務，法院自應深入調查，且依 § 156 III 之相同法理，應由檢察官負舉證責任。

※100 台上字第 7112 號判決

現行偵查實務通常將「自願同意搜索筆錄（或稱為自願受搜索同意書）」與「搜索、扣押筆錄」二者，分別規定，供執行搜索人員使用。前者係自願性同意搜索之生效要件，故執行人員應於執行搜索場所，當場出示證件，先查明受搜索人有無同意權限，同時將其同意之意旨記載於筆錄（書面）後，始得據以執行搜索，此之筆錄（書面）祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正。至於後者筆錄之製作，則係在搜索、扣押完成之後，此觀第四十二條規定應記載搜索完成時間及搜索結果與扣押物品名目等旨甚明。……該項證據如係檢察官提出者，依刑事訴訟法第一百五十六條第三項之相同法理，法院應命檢察官就該自願性同意搜索之生效要件，指出證明之方法。

(二) 扣押

Q、一目瞭然法則⁵

係指當執法人員為合法搜索或逮捕時，落入目視範圍內之證據或得沒收之物，得無令狀扣押之。其法理基礎在於避免喪失第一時間對證據或得沒收之物的保全，且若所發現之物為槍枝或危險物，不准立即扣押而要求令狀，可能危害執法人員或公眾之安全。因此，容許執法人員以「目視」方式發現其他證據，侵犯個人利益及其輕微，但卻可得到極大的執法利益。

⁵王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），2013年9月二版，頁278-285。

要件：1、因合法之搜索、拘提或其他行為，進而發現應扣押之物。
2、有相當理由相信所扣押之物得沒收或作為證據使用。
→必須能立即、明顯、直接地認為係得扣押之物，以防止類似空白搜索票之發生，避免執法人員任意翻動被搜索人的物品。

又實務見解另有認為，另案扣押除須符合「一目瞭然」法則外，該另案證據須出乎執行人員之預期，而於合法搜索過程中，經執行人員無意間偶然意外發現者；如係執行人員原有預見可能發現之另案證據，仍應先經法院審查，取得搜索票後，始據以扣押，以符合法官保留原則，防免執法偵查人員得規避司法審查，持憑一張搜索票，即藉機濫行搜索、扣押，侵害人民財產權⁶。

※最高法院 109 年度台上第 259 號判決（值得參考裁判）

「(一) 搜索為刑事訴訟蒐證之手段，常伴隨著對人民財產之扣押，因而涉及隱私權、財產權、居住權等基本權的干預。搜索與否，職司刑事偵查之公務員每須面臨蒐證必要性與上開基本權保障的兩難抉擇，考量委諸此等實施公權力人員自為決定，難以避免角色上之衝突，為杜絕球員兼裁判之疑慮，故刑事訴訟法第 128 條採「法官保留」原則，明定搜索須由法官簽發搜索票，並應載明搜索之對象、處所及應扣押物等，以監督、限制搜索範圍及扣押標的，其旨在藉助法院以第三人中立、公正之立場進行審查，俾節制濫權，以落實保障人民上開基本權。同法第 152 條雖為使執行搜索之公務員對於職權行使過程中所發現之他案證據，得掌握調查取得證據之先機，當場及時予以扣押，期有助於該他案發現真實，而規定「實施搜索或扣押時，發見另案應扣押之物亦得扣押之」，即學理上所謂「另案扣押」；此等扣押，不須就該他案證據重新聲請法官審核、簽發搜索票，性質上屬無票搜索之一種，乃「法官保留」原則之例外。此規定就另案扣押，固僅設有須於合法之有票或無票搜索過程中執行之外部界限，然為符合上開保障人民基本權之精神，解釋上，所扣押之另案證據，一則必須係

⁶筆者認為，最高法院此見解雖然立意良善，然若於實行另案扣押時強加一個「執行人員有無預見可能」之主觀要件，除了執行人員心中有無預見此等證據出現在訴訟上難以證明外，在常見的毒品、槍砲案件之搜索過程中，很難認為執行人員（警察）於搜索過程中難以預見他案之相關證據存在。例如於執行毒品案件之搜索過程中，在客廳茶几發現槍枝一把，依照偵查實務經驗，如果執行人員早已預見此類毒品案件受搜索人往往隨身攜帶著槍砲彈刀防身，依據前開實務見解，是否就不能即時另案扣押，仍須另外取得搜索票後再為搜索扣押？果真如此，對於現場執行人員之安全以及犯罪偵查之證據保全，反而有所不足，值得深思。

於合法搜索過程中，毋庸另啟搜索行為，即自然地為執行人員視線所及，而一目瞭然即可發現者，英美法謂之為「一目瞭然」法則，於未偏離原程序之常軌中併予扣押此等證據，因較諸原搜索行為，並未擴大或加深對受搜索人隱私之干預，自可毋庸重為司法審查；再者，該另案證據須出乎執行人員之預期，而於合法搜索過程中，經執行人員無意間偶然意外發現者，對此等證據之扣押，因須臨時應變、當場及時為之而具有急迫性，事實上即無聲請並等待法官另簽發搜索票之餘裕，容許其無票搜索，始符合另案扣押制度設計之本旨。至於搜索人員原有預見可能發現之另案證據，對之扣押，並不具有急迫性，自仍應先經法院審查，迨取得搜索票後，始據以扣押，以符合法官保留原則，防免執法偵查人員得規避司法審查，持憑一張搜索票，即藉機濫行搜索、扣押，侵害人民財產權。唯有如此理解，才能進一步落實憲法對干預人民基本權須踐行正當程序之要求。」

Q、若司法警察（官）於封鎖犯罪現場，並為勘察、採證時發現應扣押之物時，得否另案扣押之？

實務見解認為，縱使前階段之強制處分係 § 230、231 之「勘察、採證」，參照 § 152 條「另案扣押」規定採「一目瞭然」法則之意旨，在目視範圍以內，發現存有另案犯罪之合理依據而屬於另案應扣押之物，仍得無令狀予以扣押之。

※108 年度台上字第 1000 號判決

（一）刑事訴訟法第 230 條、第 231 條規定，司法警察（官）因偵查犯罪必要時，得封鎖犯罪現場，本有即時「勘察、採證」之權，其執行「勘察、採證」，無須獲得同意。與「搜索、扣押」之權，必須符合法律要件，原則上以獲得法官同意取得搜索票，才得據以執行，固有所不同。惟其有侵害個人隱私權及財產權等情，則無不同，是勘察人員所得扣押為另案證據者，參照刑事訴訟法第 152 條規定「另案扣押」採「一目瞭然」法則之意旨，即執法人員在合法執行本案「勘察、採證」時，若在目視範圍以內，發現存有另案犯罪之合理依據而屬於另案應扣押之物，即得無令狀予以扣押之；反之，則應依法定程序向法官聲請令狀始得為之。又所謂另案，只需為本案以外之刑事犯罪案件即可，至於是否已經偵查機關所發覺、是否已進入偵查程序或審判程序，在所不問，以便機動性地保全該證

據，俾利於真實之發現及公共利益之維護。

二、另案監聽之相關問題

按通保法 § 18-1 I，另案監聽之內容雖然原則上不得作為證據，但若於七日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第五條第一項所列各款之罪者，則不在此限。然而，近來多有實務見解認為，另案監聽證據所取得之證據，即使有逾期或漏未陳報等違背法定程序之情形，其有無證據能力，應依 158 條之 4 權衡之，還被選為值得參考裁判，故後續實務見解之動向如何，值得關注⁷。

◎圖示

本案違法→另案、本案→ § 18-1 III

另案違法 { 原則→不得作為證據 (§ 18-1 I 本文)
例外→經法院審查 (補行陳報法院) + 關聯性或重罪→得作為證據

⁷若於監聽期間，執行機關未遵守每十五日至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要之程序規定，實務見解認為，即應按通保法 § 18-1 III 規定絕對排除證據能力，無 § 158-4 之適用 (107 年度台上字第 3407 號判決參照)。

※最高法院 106 台上 4011 號判決

原判決已說明其附表（下稱附表）所示通訊監察譯文，關於上訴人與周○鳴涉案部分之談話內容，雖係「另案監聽」所附帶取得，且未經執行機關報由檢察官陳報法院審查認可，惟基於偵查作為具浮動性，偵查機關實無從事先預測或控制監聽內容及可能擴及之範圍，加以販賣毒品係嚴重危害社會治安之重罪，相關之通訊內容如未即時擷取，蒐證機會恐稍縱即逝，應容許法院於審判時適用刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡理論判斷有否證據能力。乃依卷證，綜合審酌周○鳴確涉有販毒罪嫌，經法院判處罪刑在案，執行機關顯非假借周○鳴販毒案名目，惡意規避合法監聽程序，對上訴人濫行監聽，兼衡通訊內容僅與販賣毒品之判斷攸關，無涉私密，執行機關違背法定程序之情節尚屬輕微，且依所得監聽資料，如依法定程序陳報法院審查認可，形式上觀之，法院應無不予認可之理由，因認附表所示通訊監察譯文得為證據之理由綦詳，經核基於與另案扣押容許審酌裁量相同之法理，所為論斷說明尚無不合

※107 年度台上字第 3052 號判決

依通訊保障及監察法（下稱通保法）第 18 條之 1 第 1 項之規定，另案監聽所取得之內容有無證據能力，係採「原則排除、例外容許」之立法體例。本條項但書所定另案監聽內容得作為證據之要件有二，即實質要件係以「重罪列舉原則」（通保法第 5 條第 1 項所列各款之罪），或非屬重罪但「與本案具有關連性之犯罪」（輕罪）者為限，並輔以於發現後 7 日內補行陳報法院審查認可為程序要件。此項於偵查中另案監聽應陳報法院事後審查之立法，與刑事訴訟法第 131 條第 3 項對於逕行搜索，應於實施或執行後 3 日內陳報該管法院或報告該管檢察官及法院，由法院審查之立法例相仿，蓋另案監聽係依附於本案監聽而存在，本質上與逕行搜索同為無令狀之強制處分，且俱因急迫性併屬未及事先聲請令狀，為避免浮濫，故由法院介入先行審查。逕行搜索以出於急迫之原因為要件，是否確係如此，一旦時過境遷，或不免將失去審查之機宜，而不利於被告，即令有未陳報或陳報後經法院撤銷之情形，其所扣押之物得否為證據，既仍容許於審判時再為權衡判斷，並不當然予以排除。而另案監聽所得之內容，是否符合「重罪列舉原則」或「與本案具有關連性之犯罪」類型，純然為對於通訊內容之判別而已，較之於逕行搜索之該當要件，原不具有審查急迫性，甚至無予先行審查之必要性，即使有逾期或漏未陳報等違背法定程序之情形，受訴法院於審判時自仍得適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，再行審酌裁量其得否為證

據。

【實務見解補充】另案監聽之衍生證據

Q、基於另案監聽內容所得之再延伸證據，有無毒樹果實理論之運用？

實務見解認為，從文義上而言，通保 § 18-1 III 僅明文規定「違法監聽」所取得之內容或所衍生之證據，均應予排除，不得作為證據；相對的，若是基於「合法監聽」後所取得「另案監聽」之內容而「再衍生之證據」，自不在通保 § 18-1 III 此種類似毒樹果實理論規定之射程範圍內。又「另案監聽」所得資料縱使不符合通保 § 18-1 I 之要件，只是該監聽內容在該另案審判中不具證據能力而已。若警察機關調查或檢察官偵查中，因前開資料而知有犯罪嫌疑，為蒐集證據及調查犯罪情形，自得依據「另案監聽」所得線索，發動搜索、扣押及逮捕或進行其他程序，難謂非屬合法之偵查作為，其因此取得之衍生證據自具有證據能力，並不受「另案監聽」之內容不得作為證據之影響。

※最高法院 109 年台上字第 61 號刑事判決（值得參考裁判）

(一)依通保法第 18 條之 1 第 1 項之規定，另案監聽所取得之內容有無證據能力，係採「原則排除、例外容許」之立法體例。本條項但書所定另案監聽內容得作為證據之要件有二，即實質要件係以「重罪列舉原則」（通保法第 5 條第 1 項所列各款之罪），或非屬重罪但「與本案具有關連性之犯罪」（輕罪）者為限，並輔以於發現後 7 日內補行陳報法院審查認可為程序要件。同條第 3 項係採取英美法制之毒樹果實理論，明文規定「違法監聽」所取得之內容或所衍生之證據，均應予排除，不得作為證據。至本條第 1 項「另案監聽」所衍生之證據，則不與焉。蓋因本條第 1 項前段僅規定在合法監聽下所取得其他案件之內容，不得作為證據，並不及於所衍生之證據，此與第 3 項規定因「違法監聽」所取得之內容或所衍生之證據，及同條第 2 項規定所取得與監察目的無關之內容或所衍生之證據，均應予排除之情形，顯然有別，亦即依立法原意，對於「另案監聽」所衍生之證據，不得引用「毒樹果實理論」而認為無證據能力，予以排除。從而，自亦不得復援引與「另案監聽」無關之第 3 項規定，作為「另案監聽」

所衍生證據當然無證據能力之理由。關於證據能力部分，原判決已說明陳聰鎮因涉嫌販賣毒品，警方對於陳聰鎮所持行動電話依法執行通訊監察過程中，偶然獲得上訴人與陳聰鎮間交付毒品並收取價金之通訊內容，屬另案監聽所得，警方未依法報由檢察官陳報法院審查認可，固違反通保法第 18 條之 1 第 1 項規定，然經審酌本件警方係偶然監聽獲得上訴人販賣毒品訊息，並非有意利用合法監聽以附帶監聽上訴人，且販賣毒品嚴重危害社會治安，警方如依法報由檢察官陳報法院審查，依形式觀之，法院尚無不予認可之理由，警方亦無故意不報請法院審查之意圖，況上訴人於警詢、第一審法院訊問時均肯認有該等通話內容無誤（見警卷第 6 至 7 頁、第一審卷(二)第 100 至 103 頁）。經依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定權衡上開各節後，認該通訊監察譯文有證據能力，且內容並無不實等旨。經核並無違背證據法則之情形。上訴意旨(一)以該通訊監察譯文無證據能力、上訴意旨(二)以上訴人於警、偵所述係受譯文內容誤導所致，而指摘原判決採證違法，均非適法之第三審上訴理由。

※108 年度台上字第 3611 號判決（值得參考裁判）

（一）通訊保障及監察法於 103 年 1 月 29 日經修正公布，增訂第 18 條之 1，該條第 1 項規定：「依第 5 條、第 6 條或第 7 條規定執行通訊監察，取得其他案件之內容者，不得作為證據。但於發現後 7 日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第 5 條第 1 項所列各款之罪者，不在此限。」此項規定即為「另案監聽」之明文化，其所取得之內容有無證據能力，係採「原則排除、例外容許」之立法體例。而本條項但書所定「另案監聽」內容得作為證據之要件有二，即實質要件係以「重罪列舉原則」（通訊保障及 8 監察法第 5 條第 1 項所列各款之罪），或非屬重罪但「與本案具有關連性之犯罪」（輕罪）者為限，並輔以於發現後 7 日內補行陳報法院審查認可為程序要件。同條第 3 項則規定：「違反第 5 條、第 6 條或第 7 條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第 17 條第 2 項規定予以銷燬」，採取英美法制之毒樹果實理論，明文規定「違法監聽」所取得之內容或所衍生之證據，均應予排除，不得作為證據。至本條第 1 項「另案監聽」所衍生之證據，則不與焉。蓋因本條第 1 項前段僅規定在合法監聽下所取得其他案件之內容，不得作為證據，並不及於所衍生之證據，此與第 3 項規定因「違法監聽」所取得之內容或所衍生之證據，及同條第 2 項規定所取得與監察目的無關之內容或所衍生之證據，均

應予排除之情形，顯然有別，亦即依立法原意，對於「另案監聽」所衍生之證據，不得引用「毒樹果實理論」而認為無證據能力，予以排除。從而，自亦不得復援引與「另案監聽」無關之第 3 項規定，作為「另案監聽」所衍生證據當然無證據能力之理由。

(二) 按偵查係指偵查機關知有犯罪嫌疑而開始調查，以發現及確定犯罪嫌疑人，並蒐集及保全犯罪證據之刑事程序。而所謂「知有犯罪嫌疑」，係指主觀上認為有刑罰權存在，足以引起偵查犯罪之動機者而言，包括告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，即應開始偵查（刑事訴訟法第 228 條第 1 項參照），不以客觀上果有犯罪事實為必要。是司法警察（官）知有犯罪嫌疑者，亦應進行調查，並將調查結果報告檢察官或其上級司法警察官。此之謂「知有犯罪嫌疑」之依據，自不以「具有證據能力」之證據為限，諸如地方風聞、新聞輿情及秘密證人之舉發，皆可資為開始調查或偵查之證據資料。又「另案監聽」所得資料，倘非屬於通訊保障及監察法第 5 條第 1 項所列各款之罪，亦非屬與本案具有關連性之犯罪者，僅該監聽內容在該另案審判中不具證據能力而已，其於警察機關調查或檢察官偵查中，既因此而知有犯罪嫌疑，為蒐集證據及調查犯罪情形，自得依據「另案監聽」所得線索，發動搜索、扣押及逮捕或進行其他程序，難謂非屬合法之偵查作為，其因此取得之衍生證據自具有證據能力，並不受「另案監聽」之內容不得作為證據之影響。

三、刑事訴訟法第 376 條之延伸考點

→釋字 752 號解釋以及新修正之第 376 條規定，同學們自然應該已經熟悉。不過近期最高法院所公布的值得參考裁判中，亦有提到幾個由此衍伸而來的實務爭議。

◆必背實務概念

▶若被告一審被判無罪，二審改判非 376 條各款之罪，三審撤銷發回更審，更審改判 376 條各款之罪，此時是初次受 376 條各款有罪判決的情形，仍得上訴三審救濟⁸。

⁸最高法院 106 台上 2780 號判決：「準此以觀，修正後刑事訴訟法第 376 條第 2 項所稱「依前項但書規定上訴」者，其適用範圍應以「被告初次被論處同條第 1 項各款所列不得上訴於第三審

▶裁判上一罪案件，無論是①一審法院於理由欄內為無罪諭知，後經二審法院改判有罪，或是②一審法院漏未判決或二審始發現另有裁判上一罪之其他犯罪事實，並改列論此部分罪名之情形，均應有新修正 § 376 I 但書之適用⁹。

▶檢察官為被告不利益提起第三審上訴者，無 § 376 I 但書之適用¹⁰。

法院之罪名，而依上述新修正第 376 條第 1 項但書規定提起第三審上訴者」為限。若被告經第一審判決無罪，經第二審撤銷改判有罪之罪名並非同法第 376 條第 1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名者，倘經第三審法院撤銷發回第二審法院更審，而第二審法院於更審後始初次改判被告犯刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名者。因其先前被第二審改判有罪之罪名本屬得上訴於第三審法院之罪，故其前次所提之第三審上訴，與上開條文第 1 項所增設但書規定之適用無涉。亦即其先前上訴於第三審法院，並非「依前揭但書規定之上訴」，核與前揭新修正第 376 條第 2 項所規定「依前項但書規定上訴」之前提不合，即無該條第 2 項關於不得再上訴於第三審法院規定之適用。」

⁹最高法院 107 年度台上字第 2630 號判決：「(一) 刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，該條項定有明文。是裁判上一罪案件中所涉罪名不得上訴第三審部分，如經第一審判決不另為無罪之諭知，但經第二審撤銷改判就該部分論處罪刑者，仍屬初次受有罪判決之情形，應予被告或得為被告利益上訴之人至少 1 次上訴救濟之機會，允之上訴第三審，俾有效保障其訴訟救濟權益。至於裁判上一罪中涉不得上訴第三審罪名之部分犯罪事實已經起訴，但起訴書及第一審漏未論究其罪，經第二審調查訊問，始撤銷改判論列此部分罪名之情形，為確保人民訴訟利益，避免其初次受論罪判決即告確定，而無尋求上訴審法院審查救濟之機會，應本於同一法理，就該首次論罪部分，亦予至少 1 次得上訴第三審之機會，始符法制本旨」

¹⁰最高法院 109 年度台上字第 144 號判決（值得參考裁判）：「刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所列之案件，經第二審判決者，除有同項但書之情形外，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。而依該條項但書規定，本法第 376 條第 1 項各款所列之案件，第一審法院為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，僅被告或得為被告利益上訴之人得提起第三審上訴。良以上開規定所列各款案件，經第二審撤銷第一審無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決並自為有罪判決者，若不得上訴於第三審法院，使被告於初次受有罪判決後即告確定，無法以通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會。雖被告仍向法院聲請再審或向檢察總長請求提起非常上訴以求救濟，然此特別救濟程序之要件甚為嚴格，且實務上踐行之門檻亦高，均不足以替代以上訴方式所為之通常救濟程序。此賦予被告或得為被告利益之人適當上訴第三審機會，既屬憲法第 16 條訴訟權保障之核心內容，故應提供其等至少 1 次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑。則被告既係國家具體實現刑罰權之對象，係訴訟程序中檢察官追訴、法院審判之當事人，對於法院裁判所形成不利益之結果，應賦予被告聲明不服，請求救濟之管道。與此相對，檢察官之上訴權係源自於國家具體實現刑罰權之追訴權，其於刑事程序中因屬一造之當事人，其追訴權固含有請求權之權利性質，惟基於公益代表人之角色，檢察官實質上仍負有客觀義務，不僅不利於被告之事項，對被告有利之事項亦應一律注意。故檢察官得為被告之利益提起上訴；且檢察官對於自訴案件之判決，亦得獨立上訴（刑事訴訟法第 344 條第 4 項、第 347 條可資參照）。即使屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所列之案件，第一審判決有罪，經第二審法院撤銷並改諭知無罪者，即便案件尚未確定，檢察官之追訴權仍未完全耗盡，然而作為當事人之檢察官既已於第二審盡其主張及調查證據之能事，猶無法說服法院確信被告有罪，則其基於追訴權而得行使上訴之範圍，應受推定無罪之阻隔。換言之，被告於無罪推定原則下，應享有受該無罪判決保護的安定地位，實不宜再容許檢察官提起

Q、被告就自己的本案沒收判決得否上訴三審，是否受有 § 376 之限制？可否援引釋字 752 號解釋意旨，上訴於第三審法院？¹¹

實務見解對此採否定說，認為刑事訴訟制度上對於當事人上訴第三審設有限制，有出於防止濫行興訟、有旨在合理利用訴訟程序、有係避免虛耗國家有限之司法資源，或為保障人民有受公正、合法、迅速審判之權，避免飽受訴訟之累等目的。而依照釋字 752 號解釋意旨新修正之 376 條規定，並未就所有不論於形式或實質上第二審撤銷改判較不利於第一審之判決，均賦予再 1 次之救濟機會（如第一審判決有罪，第二審亦判決有罪但加重其刑；或第一審未及依沒收新制沒收，而第二審諭知相關沒收等），應認已經立法機關充分衡量各項因素，以裁量而為之審級限制設計。又刑事訴訟關於被告部分，併就本案確認刑罰之有無、範圍與沒收部分同時審理，程序上並無區隔，案內關係應予沒收財產之諭知與罪刑之宣告，在程序既主體同一，俱以被告之犯罪行為存在為前提，即非彼此完全分離之訴訟關係，故第二審法院所為刑事被告本案沒收之判決得否上訴，端視該本案罪刑部分是否為得上訴於第三審法院而定。

※最高法院 108 年台上字第 4053 號刑事判決（值得參考裁判）

(1)、憲法第 16 條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。人民訴請法院救濟之權利固為訴訟權保障之核心內容，不容任意剝奪，惟訴訟救濟究應循何種訴訟程序或其審級制度，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質、種類、訴訟政策目的及既有訴訟制度之功能等而

上訴。準此，上訴權對被告和檢察官之意義既有不同，前者在給予被告上訴權以資救濟；後者檢察官難認有任何權利受侵害或剝奪，充其量只是國家追訴犯罪之權益受到影響，縱檢察官於上訴權有所退讓，亦無違訴訟平等原則。則舉輕以明重，對於刑事訴訟第 376 條第 1 項各款所列之案件，第一審法院諭知無罪，經第二審法院撤銷並改判有罪者，倘檢察官係為被告不利益提起第三審上訴，仍受該法第 376 條第 1 項前段規定之限制，不得上訴於第三審法院。」

¹¹類似的爭點，如果今天是「第三人」初次受沒收判決之情形，例如被告甲犯詐欺罪而將詐欺所得匯入 A 之帳戶，第二審才通知 A 參與第三人沒收程序，第二審判決沒收 A 帳戶之款項，此時 A 是初次受「沒收判決」，可否援引釋字 752 號解釋意旨，上訴於第三審法院？實務見解也是採否定說，認為不得援引釋字 752 號解釋意旨。最高法院 106 台上 2893 號判決：「按刑事訴訟法第 455 條之 28 規定參與沒收程序之審判、上訴及抗告，除沒收特別程序編有特別規定外，準用第二編第一章第三節、第三編及第四編之規定。是以參與沒收程序之上訴，應準用第三編「上訴」之規定，而刑事訴訟法第 376 條，屬第三編「上訴」之規定，自在準用之列。上訴人何環、蕭淑貞係參與姚汝權等人之沒收程序，而本案第一、二審均判決姚汝權等人犯刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪，係屬不得上訴第三審法院之案件，上訴人等自不得提起第三審上訴。雖原判決正本誤載得上訴字樣，要不能影響法律之明文規定，上訴人等提起第三審上訴，顯為法所不許，應予駁回。」（最高法院 107 台非字第 18 號判決同旨）

為合理正當設計。法律於符合憲法第 23 條對於基本人權保障意旨之範圍內，自得對於人民訴訟權之實施為合理之限制（參見司法院釋字第 396、442、512、574、639、665、752 號解釋意旨及理由）。刑事訴訟制度上對於當事人上訴第三審設有限制，有出於防止濫行興訟（如刑事訴訟法第 382 條規定上訴書狀必須敘明理由）、有旨在合理利用訴訟程序（如同法第 377 至 379 條僅能以裁判違背法令作為上訴第三審之理由）、有係避免虛耗國家有限之司法資源（如同法第 376 條對於得上訴第三審刑度或種類設有限制），或為保障人民有受公正、合法、迅速審判之權，避免飽受訴訟之累（如刑事妥速審判法第 8、9 條對於檢察官上訴第三審之限制）。司法院釋字第 752 號解釋固對於修正前刑事訴訟法第 376 條第 1、2 款規定之案件，認經第二審撤銷第一審無罪判決並自為有罪判決，若被告不得上訴於第三審法院，未能提供至少 1 次上訴救濟之機會，認與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。故 106 年 11 月 16 日經立法院修正而總統公布之現行刑事訴訟法第 376 條第 1 項已本此解釋意旨規定：有同條項第 1 至 7 款之各罪案件經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴。**惟未就所有不論於形式或實質上第二審撤銷改判較不利於第一審之判決，均賦予再 1 次之救濟機會**（如第一審判決有罪，第二審亦判決有罪但加重其刑；或第一審未及依沒收新制沒收，而第二審諭知相關沒收等），應認已經立法機關充分衡量各項因素，以裁量而為之審級限制設計。況刑法上沒收新制將沒收性質變革為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，已非刑罰（從刑），但其仍以犯罪（違法）行為之存在為前提，而依刑事訴訟法第 309 條第 1 款規定，有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，並分別記載諭知之沒收，可徵刑事被告本案之沒收與其所犯之罪名，具有一定之依附關係。且刑事訴訟關於被告部分，併就本案確認刑罰之有無、範圍與沒收部分同時審理，程序上並無區隔，案內關係應予沒收財產之諭知與罪刑之宣告，在程序既主體同一，俱以被告之犯罪行為存在為前提，即非彼此完全分離之訴訟關係，從而第二審法院所為刑事被告本案沒收之判決得否上訴，端視該本案罪刑部分是否為得上訴於第三審法院而定。尤以刑法第 38 條之 1 第 1 項新增犯罪所得應沒收規定，依其立法理由係謂：「為避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪，現行法（指修正前）第 38 條第 1 項第 3 款及第 3 項對屬於犯罪行為人之犯罪所得僅規定得沒收，難以遏阻犯罪誘因，而無法杜絕犯罪，亦與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖，

爰參考前揭反貪腐公約及德國刑法第 73 條規定，將屬於犯罪行為人所有之犯罪所得，修正為應沒收之」。且刑法第 2 條第 2 項亦同步修正將沒收適用裁判時之法律，即認沒收無關禁止溯及既往原則，故即使被告於行為時關於犯罪所得並無義務沒收之規定，於裁判時仍應適用沒收新法。再為貫徹任何人都不得保有犯罪所得之原則，以根絕犯罪誘因之目的，縱於僅被告上訴或為被告之利益而上訴，下級審就被告犯罪所得有所短計或漏算時，仍允許上級審於更正計算後，諭知較下級審為多之所得數額沒收，即修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無刑事訴訟法第 370 條第 1、2 項關於不利益變更禁止原則之適用。在在顯示修正後沒收新制係為徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因，與司法院釋字第 752 號解釋及現行刑事訴訟法第 376 條之修正，為使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，故給予 1 次尋求救濟之機會意旨，各有不同的目的及使命。……如前所述，本件原判決係因沒收新制實施，第一審未及對遠東鐵櫃公司等 2 公司之犯罪所得宣告沒收，因而適用裁判時之法律，諭知沒收遠東鐵櫃公司等 2 公司之犯罪所得，非第一審認定並無犯罪所得而不予宣告沒收。則其等本案部分既屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 1 款之案件，且經第一、二審均論罪，其等本案罪刑部分自不得上訴於第三審法院，縱原審法院初次對遠東鐵櫃公司等 2 公司之犯罪所得宣告沒收，其等沒收部分亦不得單獨上訴於第三審法院。

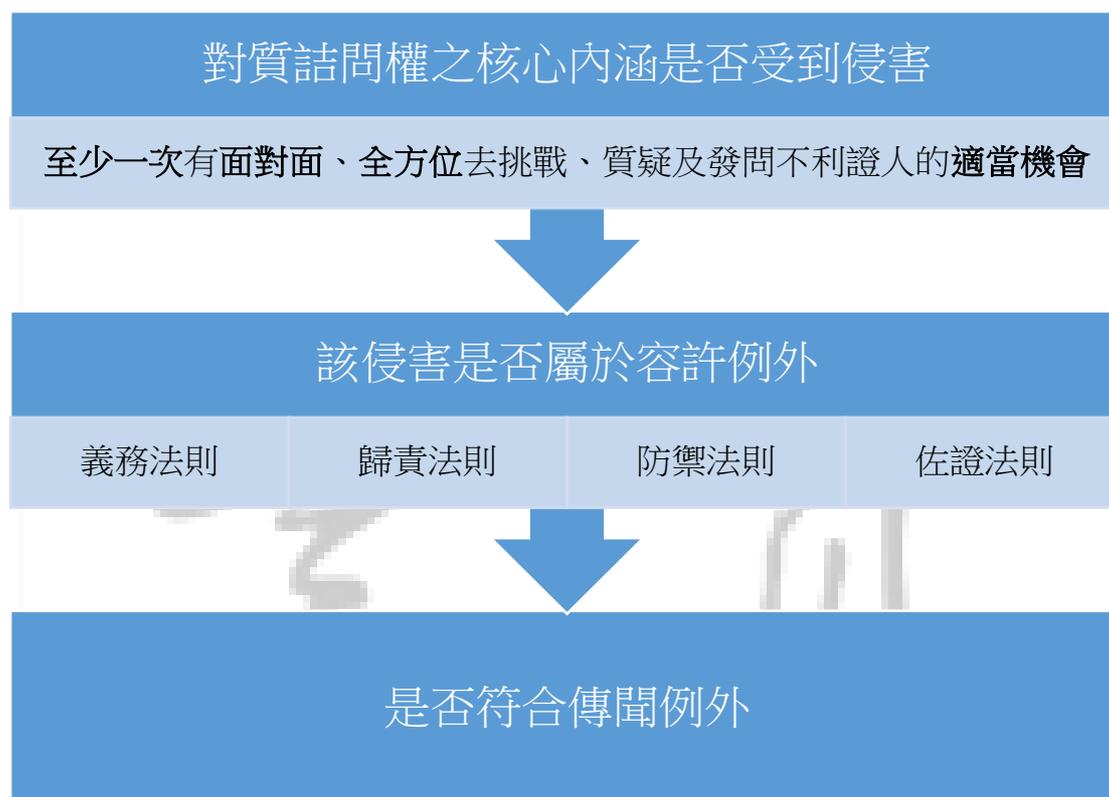
四、對質詰問觀點下的傳聞法則¹²

林鈺雄老師認為，應回歸對質詰問權之保障，以對質詰問權之觀點來重新建構現行法的傳聞例外規定。從憲法優位性原則來看，這個基本立場的正當性無庸置疑；質問權是普世人權的憲法價值，且亦被我國釋字 582 號解釋所肯認，但傳聞法則僅屬於法律層次之規定，並無此位階。因此，**傳聞例外不等於對質詰問之例外，當兩者有衝突時，前者要向後者調效，亦即，準繩是對質詰問而非傳聞法則。**因此，原則上國家機關皆應賦予被告對質詰問之機會，僅有

¹²綜合整理：林鈺雄，刑事訴訟法實例解析，2019 年 7 月二版，頁 187-207；林鈺雄，刑事訴訟法（上），2013 年 9 月七版，頁 525-529；林鈺雄，對質詰問例外與傳聞例外之衝突與出路，台灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 92 以下；林鈺雄，共犯證人與對質詰問，月旦法學雜誌第 119 期，2005 年 4 月，頁 12 以下；林鈺雄，對質詰問與上級審，月旦法學雜誌第 143 期，2007 年 4 月，頁 24 以下；林鈺雄，對質詰問之限制與較佳防禦法手段優先性原則的運用，台大法學論叢第 40 卷第 4 期，頁 2323 以下。

在下述學者所提出之「容許例外」情形，方可以例外將未經被告對質詰問之證詞（包含傳聞證據），採為認定被告犯罪事實之證據基礎，如此方能使被告防禦權於程序上獲得充分保障。

總而言之，在林鈺雄老師的想法底下，檢視傳聞證據是否符合傳聞例外之規定前，必須先討論有無經被告對質詰問之問題，審查順序如下：



◆對質詰問權之核心內涵

※刑事被告在程序中**至少應享一次有面對面、全方位去挑戰、質疑及發問不利證人的適當機會！**

一、至少一次

無論在哪個程序，最低要求就是在整個程序階段，被告至少一次有合乎對質詰問核心要求的質問機會，不符者就是對被告詰問權的限制或剝奪。因此，重要的是實質上健行一次真正徹底之保障，而非形式上做很多次不足之保障。此外，就質問之保障而言，關鍵在於實質上的程序保障是否充足，而非形式上要在哪個階段中踐行。

二、面對面

面對面所表達者乃是空間上的當場、在場關係，也可以說是質問權行使「形式」的基本要求。換言之，就是在證人作出不利證詞之際或緊接其後，應該保障被告面對面當場質問之機會。因此，若僅僅保障被告之「提問」機會，例如僅讓被告為書面訊問（以書面提問或回答）、雙方有聲無影的電話問答、乃至於面對螢幕的視訊質問，都無法滿足此項要求。

三、全方位

全方位所表達者，乃是質問範圍與不利證詞的涵蓋關係，關鍵是形式被告有權要求與不利證人「全方位質問」，換言之，即針對不利證人所指控的所有爭點，面對面質疑並提問的適當機會。

四、適當機會

質問權所保障者乃適當的「機會」，而不以現實上是否行使為必要，蓋重點在於被告有無對不利證人行使對等提問予要求回答之可能性。若已賦予被告質問機會，而被告卻不為行使者，即不會違反質問權之要求。

※最高法院 103 台上 535 號判決

「被告之對質詰問權，乃憲法所保障之基本人權及訴訟權基本內容之一，其內涵在於保障刑事被告或其辯護人，於整個訴訟程序中，至少應有一次，與不利證人面對面、就指證事項全方位提出質疑及發問之適當機會。而對質詰問權是否已獲保障，係將整個程序作一個整體的觀察，若整個程序已賦予被告至少一次對質詰問之機會，不論是在何程序階段踐行，即不得再以質問權受侵害為由而指摘程序瑕疵。」

◆容許例外

承前所述，被告對質詰問權之保障是如此重要，然而此項權利並非絕對不可侵犯。在某些情形下，學說上認為若干預或限制被告之對質詰問權有可以被容許的正當化事由存在，此時若使用未經被告對質詰問之證言，即不生侵害被告對質詰問權之問題，學理上提出以下法則以供檢驗：

一、義務法則

國家機關自身負有促成對質詰問的義務，故應先對證人履行傳喚、拘提等義務後，始能成立質問的容許例外；換言之，如果國家機關自身未盡其義務，自然不得主張使用未經被告對質詰問之證人陳述。

由於對質詰問以空間上「面對面」提問為保障內涵，因此國家機關當然有義務使證人在場，否則要求對質詰問無異空談，實務上亦有判決採類似之看法。

※95 台上 5160 號判決

「又刑事訴訟法第一百五十九條之一所稱被告以外之人於審判中向法官所為之陳述，以及於偵查中向檢察官所為之陳述，均係指已經被告或其辯護人行使反對詰問權者而言，如法官於審判外或檢察官於偵查中訊問被告以外之人之程序，未予被告或其辯護人行使反對詰問權之機會，除有刑事訴訟法第一百五十九條之三所列各款之情形以外，法院均應傳喚該陳述人到庭，使被告或其辯護人有行使反對詰問權之機會，否則該項在審判外向法官所為之陳述，或在偵查中向檢察官所為之陳述，縱使已經具結，或並無顯不可信之情況，仍不具備適法之證據能力。」

二、歸責法則

係以國家機關或被告本身有無可歸責事由，判斷某種不利效果應否由被告

承擔之法則。換言之，因可歸責於「法院」之事由而致未能對質詰問，此時，即不應由被告來承擔此不能詰問之不利益。因此，唯有非可歸責於國家之事由導致被告無法行使其對質詰問之權利時，方可能成立對質詰問的容許例外。

※最高法院 104 台上 3929 號判決

「刑事被告對證人之詰問權利，係刑事訴訟程序基本權之一，為確保被告對證人行使反對詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並就其指述被告不利之事項，接受被告之詰問。倘法院已依法傳喚拘提證人，然證人未到庭，致被告未能行使詰問權，自非可歸責於法院。而該證人先前所為不利被告之證詞，法院踐行法定調查程序，給予被告充分辯明之防禦機會，佐以其他補強證據，非以之為認定被告犯罪事實之唯一證據，即非法所不許。」

三、防禦法則

即便是合乎前兩項要件之情形，也應本於補償平衡的公平程序要求，盡力保障被告較佳防禦的可能性。換言之，以最能合乎質問權內涵保障之方式，於被告縱使無法親自質問出庭的不利證人（最佳的防禦方案）時，法院應盡力尋求「次佳之防禦替代方式，而非逕行採納書面陳述等證據替代品。

【概念延伸】

較佳防禦手段優先性原則之運用

（一）概念說明

在某些特別法的案件中，往往會因為證人之特殊性，例如當證人為秘密證人、污點證人或性侵害案件之證人時，而對被告之對質詰問權有所限制。此時即會產生在證人保護與被告對質詰問權中發生衝突之情形，應如何處理即有疑義。

（二）限制是否合理以及防禦法則之運用

1、該限制是否存在充分、具體的理由

林鈺雄老師認為，首先必須先判斷限制被告對質詰問權是否存在充分、具體之理由，以性侵害案件為例，大多數被害人以避免二度心裡創傷為由，拒絕在審判程序中作證，然而此舉雖然能保護被害人，但同時也侵害了被告對質詰問之權利，故必須要求至少有專家之鑑定意見、被害人之相關病歷等等，以資

佐證，不能僅憑想當然爾的臆測即剝奪被告的對質詰問權，始能符合所謂的充分、具體理由。

2、較佳防禦手段優先性

林鈺雄老師認為，縱使為了保護證人具有充分、具體的理由，國家機關仍應採取對於被告侵害最小的手段。基於補償平衡的上位要求，在尚未完全排除能夠達到保護證人目的且限制被告權利較為輕微的手段前，不可率先採取限制較嚴之方法，更不可跳躍至「剝奪」的手段，否則即屬對於被告防禦權的過度侵害。

最佳 → 次佳 → 次次佳 → 最差（剝奪）

以性侵害案件為例，如該被害證人無法當庭接受被告對質詰問，至少應先選擇「偽裝」或「隔離」措施等替代手段，而非逕行選擇對於被告侵害最嚴重之剝奪。目前僅有少數實務見解符合此看法之要求。

※最高法院 99 台上 4087 號判決

「然被告有對質或詰問證人之權利；對質詰問權為被告重要之訴訟防禦權利，藉由對質詰問程序，法院得以觀察其問答之內容與互動，親身感受而獲得心證，有助於真實之發見；是證人於審判中作證，除非當事人捨棄，否則非經當事人對質詰問，其證詞即屬未經合法調查之證據，而不得作為判斷之依據（刑事訴訟法第一百五十五條第二項規定參照）；況修正後性侵害犯罪防治法第十六條，已對被害人為詰問時之處所、利用聲音或影像傳送之科技設備或其他適當隔離措施之詰問方法，以及不當詰問之禁止等之審判保護措施詳予規定，亦徵被害人仍有到場作證並接受交互詰問之義務。C女於法院審理時始終未到庭接受上訴人等之詰問；上訴人或其原審之選任辯護人亦未捨棄傳喚，並已爭執C女前開陳述之證據能力（見原審卷第四九、九二頁筆錄）。則原審未傳喚到庭接受上訴人等之詰問，遽採C女於警詢及檢察官訊問時之陳述為判決之基礎，未說明其理由，自有理由不備。」

此外，在視訊訊問的情形中，其比起沒有辦法互動之朗讀筆錄，仍算是具有提問機會之較佳防禦手段。但相較證人親自出庭作證並當庭接受質問之方式

而言，視訊方式仍具有空間之隔閡，具本質上之缺失，無法完全重現當面質問之緊張壓力與身歷其境之察言觀色。因此，法院在證人無從親自出庭作證時，即應選擇視訊訊問此一較佳之選項，這也是較佳防禦手段優先原則之運用，然而我國實務見解卻濫用 § 177 II 規定，往往基於法院之便利性（免除提解人犯之麻煩）而使用視訊訊問，此種將視訊訊問與當庭訊問等同視之的情形，實屬錯誤，故視訊訊問仍應以證人之「不可及性」或有「證人保護」之需求為限

13。

※最高法院 97 台上 2537 號判決

「遠距視訊係利用法庭與其所在處所之聲音及影像相互同步傳送之科技設備，進行直接訊問。現行遠距視訊係在監獄或看守所設置一個視訊終端，作為「視訊法庭」，而「審判法庭」則為另一個視訊終端，連線之結果，「視訊法庭」即屬於「審判法庭」之延伸，如利用遠距視訊踐行交互詰問，不能謂非當庭詰問。又利用遠距視訊踐行交互詰問時，行詰問人與受詰問人之語音、表情或態度均能透過電子設備完全呈現，與法庭審判現場無異，自難認足以影響反詰問權之正當行使。至於遠距視訊，旨在增益訴訟效率並避免人犯提解之危險等理由而設置，採行與否，視個案之具體情形而定，刑事訴訟法第一百七十七條第二項規定：「證人所在與法院間有聲音及影像相互傳送之科技設備而得直接訊問，經法院認為適當者，得以該設備訊問之。」是遠距視訊之採行，純屬審判長調查證據之執行方法或細節之指揮事項，為審判長訴訟指揮權行使範圍。」

四、佐證法則

此為證據證明力之層次，法院即便遵守了較佳防禦手段優先原則，自身仍應審慎評價未經質問的不利證詞之證明力。換言之，該不利陳述不得作為有罪裁判之唯一證據，也不做為其主要證據，仍應以其他證據檢驗該不利陳述之真實性。

◆實務見解之趨勢

隨著我國人權保障之進步，民國 109 年 2 月 27 日所公布之釋字 789 號解

¹³立法理由創設「便利性」，作為限制被告對質詰問權之理由，然而無論從直接審理原則或是對質詰問保障之觀點觀之，「便利」與否皆非考量之重點，林鈺雄老師認為不得以此作為侵害被告對質詰問權之正當化事由。

釋，針對關於性侵害犯罪被害人警詢陳述證據能力之議題，其中提及因被告訴訟上防禦權蒙受潜在不利益而應給予有效訴訟上之補償措施，雖未明文引用林鈺雄老師之見解，然而從解釋理由書所提及之概念觀之，實際上均隱含了林鈺雄老師前開四個容許法則之運用。然而美中不足的是，對於林鈺雄老師所強調之「較佳防禦手段優先性」原則，於解釋理由書中則並未提及，此點較為可惜。

※釋字第 789 號解釋

解釋爭點：民國 109 年 02 月 27 日解釋爭點性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款有關被害人警詢陳述，得為證據之規定，是否違憲？

解釋文

中華民國 94 年 2 月 5 日修正公布之性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定：

「被害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、因性侵害致身心創傷無法陳述者。」旨在兼顧性侵害案件發現真實與有效保護性侵害犯罪被害人之正當目的，為訴訟上採為證據之例外與最後手段，其解釋、適用應從嚴為之。法院於訴訟上以之作為證據者，為避免被告訴訟上防禦權蒙受潜在不利益，基於憲法公平審判原則，應採取有效之訴訟上補償措施，以適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失。包括在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權；在證據評價上，法院尤不得以被害人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據，並應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。於此範圍內，系爭規定與憲法第 8 條正當法律程序及第 16 條訴訟權之保障意旨均尚無違背。

解釋理由書節錄

本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（本院釋字第 654 號及第 762 號解釋參照），包含對證人之對質、詰問之權利（本院釋字第 384 號、第 582 號及第 636 號解釋參照）。為落實憲法正當法律程序原則，刑事訴訟法所建構之刑事審判制度，應採取證據裁判原則與嚴格證明法則，法院就具證據能力之證據，經合法調查程序，形成足以顯示被告

犯罪之確信心證，始能判決被告罪刑。

基於被告受憲法保障之訴訟上防禦權，其於審判中對證人對質、詰問之權利，應受最大可能之保障。基此，被害人未到庭接受詰問之審判外陳述，原則上不得作為證據。於性侵害案件，立法者為減少被害人受二度傷害等重要利益，而以法律為例外規定，承認被害人向司法警察所為陳述具證據能力，如其規定足以確保審判外陳述作為證據之最後手段性，且就被告因此可能蒙受之防禦權損失，有適當之衡平補償，使被告仍享有充分防禦權之保障，即與憲法第 8 條正當法律程序原則及第 16 條訴訟權之保障意旨無違。

性侵害案件多發生於私密封閉而少有第三人在場之環境，被告於刑事訴訟程序上常需藉由對質、詰問以辯駁被害人證詞之可信性及真實性；惟性侵害案件被害人卻可能因須面對被告、揭露個人私密資訊及重複陳述受害情節，而加劇其身心創傷。94 年 2 月 5 日修正公布之性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定：「被害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、因性侵害致身心創傷無法陳述者。」（本款於 104 年 12 月 23 日修正公布，僅為文字修正，下稱系爭規定）係考量性侵害案件之特性，以實現刑事訴訟發現真實，並兼保護性侵害犯罪被害人之目的，明定被害人因性侵害致身心創傷，無法於審判中陳述者，法院就被害人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述（下稱警詢陳述），得於證明其具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要之前提下，賦予該警詢陳述有證據能力，乃刑事訴訟法第 159 條第 1 項之特別規定，具例外規定之性質，其解釋、適用，自應依循前揭憲法意旨，從嚴為之。

依此，所謂「因性侵害致身心創傷無法陳述」，係指被害人因本案所涉性侵害爭議，致身心創傷而無法於審判中陳述。基於憲法保障刑事被告訴訟上防禦權之意旨，刑事被告詰問證人之機會應受到最大可能之保障，是系爭規定應僅限於被害人因其身心創傷狀況，客觀上已無法合理期待其就被害情形到庭再為陳述者，始有其適用。有爭議時，法院應依檢察官之舉證為必要之調查（如經專業鑑定程序、函調相關身心狀況資料），被告亦得就調查方法、程序與結果等，行使陳述意見、辯論與詰問相關證人、鑑定人等防禦權，以確認被害人於開庭時確有因性侵害致身心創傷無法陳述之情狀。被害人之具體情況尚未能確認者，法院仍應依聲請盡可能傳喚被害人到庭。於個案情形，如可採行適當之審判保

護措施，例如採被害人法庭外訊問或詰問，或利用聲音、影像傳送之科技設備等隔離措施而為隔離訊問或詰問等（性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項參照），以兼顧有效保護被害人與刑事訴訟發現真實之需求者，系爭規定即尚無適用餘地。其次，系爭規定所謂「經證明具有可信之特別情況」，係指性侵害案件，經適當之調查程序，依被害人警詢陳述作成時之時空環境與相關因素綜合判斷，除足資證明該警詢陳述非出於強暴、脅迫、誘導、詐欺、疲勞訊問或其他不當外力干擾外，並應於避免受性別刻板印象影響之前提下，個案斟酌詢問者有無經專業訓練、有無採行陪同制、被害人陳述時點及其與案發時點之間距、陳述之神情態度及情緒反應、表達之方式及內容之詳盡程度等情況，足以證明縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況而言。檢察官對此應負舉證責任，指出證明之方法。基於憲法保障刑事被告訴訟上防禦權之意旨，上開警詢陳述應經全程連續錄音或錄影，被告於此等證據能力有無之調查程序中，亦得對被害人警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人、鑑定人等行使詰問權，並得於勘驗警詢錄音、錄影時表示意見，以爭執、辯明被害人警詢陳述是否存在特別可信之情況。

刑事訴訟為發現真實，並保障人權，除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務（刑事訴訟法第 176 條之 1 參照），包括犯罪被害人在內。而為確保被告訴訟上之防禦權，經傳喚作證之證人，原則上應依法到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。證人經傳喚而未於審判時到場者，被告即無從對其對質、詰問，有不利於被告防禦權之虞。是性侵害案件，被害人無法到庭陳述並接受詰問，而例外依系爭規定以合於前述意旨之警詢陳述作為證據者，於後續訴訟程序，為避免被告訴訟上防禦權蒙受潛在不利益，法院基於憲法公平審判原則，應採取有效之訴訟上補償措施，以適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失。包括在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權；在證據評價上，法院尤不得以被害人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據，並應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。綜上，系爭規定旨在兼顧發現真實與有效保護性侵害犯罪被害人等重要利益，其目的核屬正當；倘被害人之警詢陳述，於符合前開意旨之前提下，業經法院為必要之調查，被告得行使各種防禦權以充分爭執、辯明其法定要件之存否，並為訴訟上採為證據之例外與最後手段，且訴訟上就被告因此蒙受之詰問權損失，已有適當之衡平補償，並非屬被告有罪判決之唯一或主要證據，則於此範圍內，系爭規定即與憲法第 8

條正當法律程序及第 16 條訴訟權之保障意旨均尚無違背。

❖最高法院 105 台上第 757 號判決¹⁴

「刑事被告對證人之詰問權利，乃憲法第十六條保障人民之訴訟權利之一，且屬憲法第八條第一項規定之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人行使反對詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並就其陳述被告不利之事項，接受被告之反對詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。例外的情形，僅在被告未行使詰問權之不利益經由法院採取衡平之措施，其防禦權業經程序上獲得充分保障時，始容許援用未經被告詰問之證詞，採為認定被告犯罪事實之證據。而被告之防禦權是否已獲程序保障，亦即有無「詰問權之容許例外」情形，應審查：(1) 事實審法院為促成證人到庭接受詰問，是否已盡傳喚、拘提證人到庭之義務（即學理上所謂之義務法則）。(2) 未能予被告對為不利陳述之證人行使反對詰問權，是否非肇因於可歸責於國家機關之事由所造成，例如證人逃亡或死亡（歸責法則）。(3) 被告雖不能行使詰問，惟法院已踐行現行之法定調查程序，給予被告充分辯明之防禦機會，以補償其不利益（防禦法則）。(4) 系爭未經對質詰問之不利證詞，不得據以作為認定被告犯罪事實之唯一證據或主要證據，仍應有其他補強證據佐證該不利證述之真實性（佐證法則）。在符合上揭要件時，被告雖未行使對不利證人之詰問權，應認合於「詰問權之容許例外」，法院採用該未經被告詰問之證言，即不得指為違法。」

五、不利益變更禁止

本條之規範目的，在於防止被告因為畏懼受更不利之上訴審判決，因而放

¹⁴讀者看到這邊一定會感到非常訝異，這則最高法院判決不就完完全全承認林鈺雄老師的見解嗎？沒錯，而且還被選為最高法院值得參考裁判！不過筆者還是無法就此斷言此判決是否代表最高法院往後的穩定見解，因為這則判決是師母作出來的…，但還是值得各位注意啦！

棄上訴權之行使，藉以保障被告上訴之決定自由。此項原則保護被告之用意固然相當明顯，但是無論從適用範圍到法律效果，於我國立法規定及實務運作，此一原則皆受到相當高度的限縮，以下分述之¹⁵。

◆適用前提

(一) 須由**被告上訴**或**為被告之利益**而合法上訴者（包括職權上訴以及 § 344 IV）

(二) 檢察官或自訴人「**未對被告之不利益上訴**」或「**該上訴不合法或無理由**」

因此，若檢察官或自訴人為被告之不利益上訴，即無不利益變更禁止原則之適用。但須注意的是，實務見解認為如果檢察官所提對被告不利益之上訴係**不合法或無理由者**，為避免檢察官故意以無理由或不合法之上訴剝奪被告享有不利益變更禁止之福祉，此時仍應有不利益變更禁止之適用¹⁶。然而林鈺雄老師則認為只有在檢察官所提起之上訴為**不合法**時，才仍有不利益變更禁止原則之適用，蓋檢察官若認為原審判決有所不當者，本即應妥善運用合法之上訴以排除不利益變更禁止之適用，才能達到發現真實之目的。

Q、若被告未提上訴，但檢察官之上訴無理由者，第二審撤銷改判時¹⁷，是否仍有不利益變更禁止原則之適用？

例如第一審判決被告處有期徒刑 11 年，褫奪公權 5 年，檢察官上訴，第二審法院認為檢察官上訴為**無理由**，但原判決仍有認定事實不當之違法而撤銷改判，此時第二審法院得否改諭知褫奪公權 7 年呢？換言之，第二審法院是否仍受不利益變更禁止原則之拘束？

此問題乍看之下完全與不利益變更禁止原則之適用前提及目的無關，因為**被告自始未提出上訴**，我們當然毋須藉由不利益變更禁止原則來保障被告上訴之決定自由。不過實務見解認為此時仍然會產生不利益變更禁止之效力，蓋若**檢察官上訴不合法或無理由時**，不應使被告因檢察官之不合法或無理由上訴至

¹⁵林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），2013 年 9 月七版，頁 321。

¹⁶最高法院 99 台上 4127 號判決、101 台上 272 號判決、103 台上 2527 號判決參照。

¹⁷這邊有個觀念要提醒大家哦，縱使只有檢察官上訴而且上訴無理由，但這並不代表二審法院只能判決駁回上訴哦，因為第二審法院若認為上訴雖無理由，但原判仍有不當或違法者，還是應該將原審判決經上訴之部分撤銷，並就該案件自為判決（§369 I 但）。

受更不利益之結果。

有論者認為，此看法或可導源於日本學者白取佑司之主張，其認為之所以會產生不利益變更禁止之效力，是因為若無人提起上訴，則原判決自然會產生既判力；若僅被告提起上訴，對其而言，原判決於對於其有利之範圍內亦產生確定力，故在檢察官未上訴時，該確定力有拘束上級審不可判處高於該確定力刑度之效力，此即不利益變更禁止¹⁸。而於前述的例子中，如果檢察官所提之上訴無理由，則與未提起上訴相同，該部自然會產生確定力而不應變更之。

※最高法院 101 台上 272 號判決

「刑事訴訟法第三百七十條前段「不利益變更禁止」規定，對於檢察官為被告之不利益上訴，原則上雖無適用，然須以其上訴有理由為前提，倘其上訴並無理由，仍有該原則之適用。而緩刑之宣告，本質上無異恩赦，得消滅刑罰之效果，顯對被告有利，如無因原審判決適用法則不當之情形而將下級審緩刑之宣告撤銷，亦有違前揭不利益變更之禁止原則。」

(三) 非因原審判決適用法條不當而撤銷原判決（§ 370 I 但）

此項但書即為不利益變更禁止原則適用之除外規定，所謂適用法條不當，**實務見解認為凡對於第一審判決所引用之刑法法條有所變更者**，皆屬之¹⁹，而此處之法條，依據實務見解的闡釋應包括刑法總則及刑法分則之適用不當。此外，若第二審所認定之連續犯之次數較第一審法院所認定者為多時，第二審自得諭知較重於第一審判決之刑²⁰；相對的，如果第二審所認定之連續犯之次數較第一審法院所認定者為少時，第二審自不應維持第一審判決之刑，當然更不能諭知較重之刑²¹。

由於傳統實務見解過於限縮不利益變更禁止原則之適用，實務見解逐漸出現放寬適用之立場而有若干修正，部分實務見解認為若屬下列情形，則非 § 370 但書所稱之除外情形²²：

¹⁸花滿堂，刑事訴訟法爭議問題研究，2018年5月，頁267-269。

¹⁹最高法院32台上9696號判決參照。

²⁰高法院82年第7次刑庭決議參照

²¹最高法院92台上3977號判決、最高法院96台上3227號判決參照

²²林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），2013年9月七版，頁326-329。

1、單純適用量刑規定不當（刑 § 57²³）

※最高法院 93 台上 2578 號判決

「刑事訴訟法第三百七十條規定，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。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。所謂適用法條不當，固非專指刑法分則之法條而言，凡變更第一審所引用之刑法法條者，皆包含之。而刑事審判之量刑，在於實現刑罰權之分配正義，故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，重所當重，輕所當輕，使罪當其刑，而刑當其罪，以契合人民之法律感情。此所以刑法第五十七條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列各款事項，以為科刑輕重之標準。此項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，自亦有其適用。然在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審法院量定之刑，亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重。否則，如許上級審法院對下級審法院就量刑之當與不當，自為主觀認定，而未加尊重，將使不利益變更禁止原則之精神減損無遺。」

2、第二審認定犯罪情節較一審為輕，且適用法條刑度較一審刑度為低者。縱使二審判決對於第一審判決所適用之法條有所變更，若犯罪情節較輕，原則上仍應為較輕之判決。

※最高法院 102 台非 422 號判決

「刑事審判旨在實現刑罰權分配的正義，故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使罰當其罪，此所以刑法第 57 條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列 10 款事項以為科刑輕重之標準，此項原則於刑事訴訟法第 370 條所定不利益變更禁止情形，亦有其適用；故第一審判決認定有想像競合犯關係之輕重二罪俱能證明而從一重罪論科，僅被告上訴於第二審法院時，第二審認定重罪部分不成立犯罪，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，第二審判決如量處較重於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無悖。」

²³不過一樣涉及刑之酌減的刑法§59，若適用不當，例如「未適用刑§59 而量處法定刑以外之刑」（最高法院 44 台上 320 號判例）、「誤適用刑§59 而酌減其刑為不當」（最高法院 104 台上 1251 號判決、最高法院 104 台上 2196 號判決參照），均被認為是§370 但書所稱之除外情形。

3、非法律上加重事由之量刑事實之認定變更者（例如刑 § 2、§ 28²⁴）

※最高法院 95 台上 929 號判決

「所謂「禁止不利益變更」原則，其立法意旨在於不使被告畏懼上訴而妨害其上訴權之行使，故此所稱「原判決適用法條不當而撤銷之者」，在解釋上應將有關非法律上加重事由之量刑事實之認定變更者，予以排除，始符立法意旨。……原判決之認定，與第一審判決相較，並無更不利於上訴人之事實，或更重之罪名（原判決及第一審均適用舊法裁判），其不同者，僅係非關法律上加重事由之刑法第二條第一項但書及第二十八條之適用與否，依前開「禁止不利益變更原則」之立法意旨，是否無該原則之適用，非無可疑，原判決排除該原則之適用，諭知較重於第一審判決之刑，而未說明其理由，自有可議。」

4、犯罪次數變更（法條不變）

※最高法院 95 台上 4165 號判決（集合犯）

「查法院於對有罪之被告科刑，應依刑法第五十七條規定審酌包括被告犯罪所生之危險或損害等一切情狀，而常業犯罪，性質上屬多數行為之集合犯，法律上擬制為一罪，即學理上所稱之實質上一罪，對其量刑之輕重，當與其行為之次數多寡有關。故常業犯罪案件，其所認定行為次數較少者，與所認定行為次數較多者，兩者所適用之刑罰法條，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。」

※最高法院 92 年台上第 3977 號判決（連續犯）

「刑事審判旨在實現刑罰權分配的正義，故法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第五十七條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條各款所列事項以為科刑輕重之標準。此項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。又刑法第五十六條之連續犯雖以一罪論，但得加重其刑至二分之一，其加重多寡，當與連續犯次數之多寡有關，故同一連續犯案件，其認定犯行次數較少者，與所認定犯行次數較多者，兩者適用之連續犯刑罰法條，就形式

²⁴在這邊要提醒各位讀者的是，實務上關於正共犯型態變更有無不利益變更禁止原則之適用仍屬紛亂，傳統實務見解反而多認為構成§370 I 但書而排除適用，例如誤共同正犯為教唆犯（26 渝上 48 判例參照）

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，故第二審判決認定之連續犯次數，如較第一審所認定者為少，則第二審既已就其認定不成立犯罪之各連續行為，於判決理由內敘明，不另為無罪之諭知，此時其認定之犯罪情節顯已較第一審為輕，除非第一審判決量刑失輕，否則第二審判決倘未說明理由即仍諭知如第一審判決所宣告之刑，在實際上乃無異諭知較重於第一審判決之刑。自難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之本旨無違。」

應特別注意的是，近期最高法院值得參考裁判一改以往僅針對個案闡述是否構成例外的論述方式，認為 § 370 I 但書之適用，必須以認定的犯罪事實較原審判決認定的犯罪事實為擴張，或改適用之法條法定刑重於原適用之法條者為前提。此看法直接限定 § 370 I 但書之適用，是否將成為未來最高法院的穩定見解，值得觀察。

❖ 最高法院 107 年度台上字第 1642 號判決

(一) 刑事訴訟法第 370 條第 1 項但書所謂因原審判決適用法條不當而撤銷，得諭知較重於原審判決之刑者，必須認定的犯罪事實較原審判決認定的犯罪事實為擴張，或改適用之法條法定刑重於原適用之法條者，始得為之。

(二) 原判決以第一審判決未論上訴人係犯陸海空軍刑法第 76 條第 1 項第 7 款之罪，為適用法條不當，固屬正確。但既仍適用刑法第 227 條第 3 項處罰，與第一審判決相同，且認定之犯罪事實亦未較原審判決之認定為擴張，依上述說明，自不得諭知較重於第一審判決所處之有期徒刑 10 月。竟改判處上訴人有期徒刑 1 年，顯違刑事訴訟法第 370 條第 1 項前段之不利益變更禁止原則之規定。

◆ 適用範圍：二審 (§ 370)、再審 (§ 439)、非常上訴 (§ 447 II 但)

Q、更審有無不利益變更禁止原則之適用？

不利益變更禁止原則於更審適用時，傳統實務見解認為，不包括經最高法院發回更審案件之第二審法院前次判決在內。然而近來實務見解針對一特殊個案見解似乎有所鬆動，倘更審判決認定之犯罪情節與更審前之第二審判決相同，且被告犯罪依法律有減輕其刑原因，但更審前之第二審不及審酌或未予減輕，則比較之對象除了原一審判決外，亦即於原二審判決！

※最高法院 95 台上 4190 號判決

「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。」其所謂原審判決係指第一審判決而言，並不包括經最高法院發回更審案件之第二審法院前次判決在內。」

※最高法院 103 台上 3020 號判決²⁵

「刑事訴訟法第三百七十條第一項前段規定：「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。」其所謂原審判決係指第一審判決而言，固不包括經最高法院發回更審案件之第二審法院前次判決在內。但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，應符合罪刑相當之原則，使罰當其罪，此所以刑法第五十七條明定科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意該條所列十款事項以為科刑輕重之標準，此項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；故由被告上訴或為被告之利益而上訴者，倘更審判決認定之犯罪情節與更審前之第二審判決相同，而被告犯罪依法律有減輕其刑原因，但更審前之第二審不及審酌或未予減輕，更審判決乃依法律減輕其刑後，自為判決，其依減得後之法定刑範圍所宣告之刑，除非更審前之第二審判決量刑失輕有誤，否則，更審判決如諭知較更審前之第二審所宣告之刑為重，卻未說明其理由，即難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨無悖。」

三、不利益變更禁止與罪刑相當原則

綜上所述，可以發現實務上因為 § 370 I 但書之擴張適用結果（凡對於第一

²⁵林鈺雄老師對於本則判決有相當多的批評，老師認為此判決的見解，相當突兀，因為該案最高法院撤銷發回更五審高院判決的主要理由，便是更五審「諭知重於更三審、更四審之刑」！而非更五審「諭知重於原審判決（第一審判決）之刑」。這等於是將現行立法規定更改為「第二審法院不得諭知較重於原審判決及更審前判決之刑」！不但形式上是天外飛來一筆的「法官造法」，實質上內容也極不妥當，因為如此一來，越更審就只能判越輕，撤銷發回次數越多刑度就要越輕，刑事訴訟有這種原則或法理嗎？此外，這到底是在談不利益變更禁止原則？還是在談違反速審要求的減刑呢？若是後者，不當撤銷發回不正是訴訟遲延的主因嗎？其實，系爭 103 年度台上字第 3020 號判決對造法的內容，似乎也欠缺確信，因此判決理由左右搖擺，一來先說「原審判決係指第一審判決而言，固不包括經最高法院發回更審案件之第二審法院前次判決在內」，二來卻又把更審前判決列入量刑輕重比較的對象並據此撤銷發回，立場反而自相矛盾。見林鈺雄，不利益變更禁止原則之適用前提／最高院 103 台上 3020 判決，台灣法學雜誌第 287 期，2015 年 8 月。

審判決所引用之刑法法條有所變更者)，導致許多不合理情形之發生，故不得不創設前述例外適用不利益變更禁止原則之情形。不過，目前部分實務見解用一個更漂亮的方式來幫這個難題解套—「罪刑相當原則」。實務見解認為，縱使符合 § 370 I 但書而不適用不利益變更禁止原則，惟此並非代表法院裁判得不受憲法，以及刑事訴訟法之基本原理原則拘束。據此，例如比例原則、罪刑相當原則等要求，法院於裁判時仍應遵守並於個案中具體適用。

如此一來，我們就不需要再跟傳統 § 370 I 但書硬碰硬²⁶，只要讀者認為適用 § 370 I 但書有不合理之情形發生，歡迎使用以下實務見解。

※最高法院 107 年度台上字第 2545 號判決（值得參考裁判）

（二）刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為人所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違，司法院釋字第 669 號解釋理由書闡述綦詳。此罪刑相當原則於刑事審判個案同應適用，視同憲法原則。從而罪刑相當原則於刑事訴訟法第 370 條不利益變更禁止原則之例外情況（即但書之情形）亦應適用。亦即有例外情形雖可不受不利益變更禁止原則之限制，即得量處較重原審判決之刑，但同時須另受罪刑相當原則之拘束，故如係適用較輕之罪名或犯罪情節較輕，而下級審判決非顯然失出，則禁止處以較重之刑或相同之刑，以遵循此實體法之大原則，不可偏執。換一角度，如此亦係使被告提起上訴時，如有改判機會，不致因而遭受較重之刑，而憚於提起上訴，亦為不利益變更禁止原則保護之另一體現。

※最高法院 108 年度台上字第 2274 號判決（值得參考裁判）

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，刑事訴訟法第 370 條第 1 項前段定有明文，此即所謂「不利益禁止變更原則」，但此原則並非禁止第二審做出任何不利於被告之變更，而是僅止於禁止「原審判決之刑」之不利變更。依此，不利益禁止變更原則其功能僅在為第二審法院劃定量刑之外部界限，只要量刑結果未超出第一審判決之刑，即無不利益變更的問題。又按量刑之輕重，固屬事實審法院得依職權裁量之事項，惟仍應受罪刑相當、比例原則及公平原則之限制，始為適法，此即所謂「罪刑相當

²⁶不過當然還是要記一下實務見解放寬之例外，分列肯否二說之後，再套用「退萬步言之，縱使認為有例外情形可不受不利益變更禁止原則之限制，但仍須另受罪刑相當原則之拘束，如係適用較輕之罪名或犯罪情節較輕，而下級審判決非顯然失出，則禁止處以較重之刑或相同之刑。」，表現出各位讀者對實務見解的熟悉度很高，取得高分！

原則」。換言之，縱使不論不利益變更禁止原則與否，在第二審法院量刑時本必須遵守實體法的規定，尤其宣告刑不得超出法定量刑空間，在此範圍內「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第 57 條一切情狀」。倘若第二審認定被告之犯罪情節較第一審為輕微時，基於「罪刑相當原則」的要求，第二審量刑亦應隨之減輕。是「不利益禁止變更原則」及「罪刑相當原則」雖分別出於保障程序上被告之上訴決定權或正確適用實體法的要求，兩者概念應有區別，惟在適用上彼此相互關連。是若由被告上訴或為被告之利益而上訴第二審之案件，第二審所認定之犯罪情節，明顯輕於第一審者，若第二審之宣告刑猶等同於第一審，實際上無異論知較重於第一審之宣告刑，即難謂與「不利益變更禁止原則」或「罪刑相當原則」無悖。

【言頁碎碎念】

綜上所述，其實會發現近期最高法院同時承認兩種方式來限制 § 370 I 但書之適用：

1、釜底抽薪→從 § 370 I 但書適用之情況下手，直接挑戰傳統實務見解，改認為「必須以認定的犯罪事實較原審判決認定的犯罪事實為擴張，或改適用之法條法定刑重於原適用之法條者」為前提。（最高法院 107 年度台上字第 1642 號判決）

2、有備無患→縱使個案中有 § 370 I 但書之情形，得量處較重原審判決之刑，惟仍另受罪刑相當原則之拘束，不可偏執。（最高法院 107 年度台上字第 2545 號判決）

這兩種做法無疑是對保障被告之上訴利益有顯足之進步，解題時可以選擇在一開始討論 § 370 I 但書適用情況時即分列二說討論（傳統實務 vs.107 台上 1642）；或一開始採傳統看法（凡對於第一審判決所引用之刑法法條有所變更者）認為有 § 370 I 但書，排除不利益變更，嗣後再以「罪刑相當原則」之拘束作結亦可（引用 107 台上 2545）。

