立法院公報

The Legislative Yuan Gazette

第 114 卷第 65 期

中華民國 114 年 7 月 24 日(星期四)出版

目　次

委員會紀錄

頁　次

全院委員會第 4 次會議

114 年 7 月 14 日（星期一）

總統咨，為司法院大法官含院長、副院長，現有缺額 7 名，茲依據中華民國憲法增修條文第 5 條規定，提名蔡秋明、蘇素娥、蕭文生、鄭純惠、林麗瑩、陳慈陽、詹鎮榮 7 位為司法院大法官，並以蔡秋明為院長、蘇素娥為副院長，咨請同意案（114 年 7 月 9 日、114 年 7 月 10 日、114 年 7 月 14 日為一次會）（前接第四冊、後接第六冊）……（ 1 ～502 ）

附：本期委員發言紀錄索引……（ 503 ）

立法院第 11 屆第 3 會期第 4 次全院委員會會議紀錄

（前接第四冊）

四、司法院大法官被提名人鄭純惠書面資料：

大法官被提名人鄭純惠

立法院民眾黨黨團

司法院院長、副院長及大法官被提名人問卷調查表

第一部分　基本資料

一、公共服務及參與

曾加入之社團、學會、公會等組織（商業性、聯誼會、學術性、社群性、公益性等）並說明參與情形。

答：

序次	加入之學會／社團／公會	性質	加入時間	擔任職務	備註
1	女法官協會			會員	
2	中華法學會			會員	

大法官被提名人鄭純惠

二、出版論文及研究計畫

請提供下列資料及清單：

（一）若有國外學歷，請提供完整學位論文。

（二）現在或曾經單獨或共同、協同主持或參與過的研究計畫，包括委託單位、計畫金額及研究計畫的結論摘要。

答：無

三、法律工作資歷

請提供下列資料及清單：

（一）曾經擔任釋憲案件之聲請人、代理人、鑑定人，或曾參與憲法法庭言詞辯論、所提出之聲請書、書狀、言詞辯論筆錄或鑑定意見書等，並說明是否收受報酬以及報酬金額。

（二）曾經擔任仲裁人者，所參與訟爭標的最高之十件案件，並說明是否收受報酬以及報酬金額。

（三）曾經參與學術倫理案件之審查者，請敘明於案件審查中擔任之角色、工作內容及對學術倫理審查表達之見解。

答：無

如您曾任律師，請問您任律師期間：

（一）請敘述下列事項：

1. 執業生涯中之主要客戶群與專精領域。

2. 下列業務類型之比例：

(1) 民事訴訟

(2) 刑事訴訟

(3) 行政訴訟及訴願

(4) 非訟案件

3. 個人處理過 10 件影響重大之案件。

（二）執業期間是否曾受懲戒？若有，時間及其原因為何？並提出懲戒書。

答：未曾擔任律師。

如您曾任檢察官，請問您任檢察官期間：

（一）請敘述下列事項：

1. 參與司法案件中，偵查案件終結之件數大約為多少？平均辦案維持率為何？

大法官被提名人鄭純惠

2. 檢察官生涯中，偵辦過 10 件影響重大之案件。

3. 檢察官生涯中，提起上訴案件之裁判結果，平均撤銷原判決占撤銷原判決及駁回上訴件數百分比為何?

4. 擔任檢察行政職務期間所推動的政策及其影響。

答：未曾擔任檢察官。

如您曾任法官，請問您任法官期間：

（一）請敘述下列事項：

1. 參與司法案件中，做成裁判之數量大約為多少？民事、刑事及行政訴訟比例大致為何？

答：民事裁判上萬件。

2. 法官生涯中，承審主筆 10 件影響重大案件之案號與判決書。

答：如附件一。

3. 法官生涯中，10 件曾遭上級審法院推翻承審主筆意見案件之案號與判決書。

答:如附件二。

4. 除簡歷自傳中提及者外，曾停止審判聲請釋憲，或於判決中引用憲法或相關國際人權公約之案件與判決書。

答：同附件一。

（二）是否曾遭案件當事人聲請法官迴避，或是否曾自行迴避，原因為何？

答：無。

（三）法院服務期間內，有無任何無償或有償之兼職？若有，請說明之。

答：兼任中國文化大學有償教職。

（四）擔任司法行政職務期間所推動的政策及其影響。

答：無

四、司法或法律改革活動參與

（一）請提供個人參與過影響重大的司法或法律改革活動，說明個人參與該等活動的內容。

（二）請列出個人曾為其從事政治或法律遊說活動的客戶或組織，並請說明為各客戶或組織進行遊說的內容。

答：無。

大法官被提名人鄭純惠

五、政黨及政黨活動

曾擔任政黨、政治性組織或其附屬機構之職務，其職稱及職責。若曾於政治競選中擔任特定職務，請說明職務內容及是否支薪。

答：無。

大法官被提名人鄭純惠

六、利益衝突

擔任大法官後，自己及家族成員是否將會因此產生利益衝突？

如有，說明個人將採取的因應之道？

答：不發生利益衝突情形。

裝

訂

7

大法官被提名人鄭純惠

第二部分　司法院大法官被提名人十問

一、憲政體制：

(一)有國內外憲政學者，針對五權憲法體制提出不同意見評論，您對現行五權憲法認同嗎？

(二)您對五權憲法是否應調整有何見解？請問，您對於考試院與監察院的存廢有何想法？

(三)您認為如何的憲政改革才是真正符合民主憲政的發展方向？

答：

憲法之解釋，乃法治國原則之一環；憲法之修改，則本於國家主權原則，為民主之體現。我國憲法依第 53 條（行政）、第 62 條（立法）、第 77 條（司法）、第 83 條（考試）、第 90 條（監察）等規定建置五院；五權分治，平等相維（司法院釋字第 3 號解釋理由參照）。而憲法關於各憲法機關間分權、制衡規定整體所建構的憲政結構，羈束大法官有關政府體制之憲法解釋。

按憲法第 2 條規定：「中華民國之主權屬於國民全體」，憲法增修條文第 12 條規定：「憲法之修改，須經立法院立法委員四分之一之提議，四分之三之出席，及出席委員四分之三之決議，提出憲法修正案，並於公告半年後，經中華民國自由地區選舉人投票複決，有效同意票過選舉人總額之半數，即通過之，不適用憲法第一百七十四條之規定」。關於五權憲法之政府體制，是否考量考試院、監察院之職權本質加以調整，及考試院與監察院存廢等重大憲政議題，基於國民主權原則，須透過國民自由意見表達及意思形成之溝通程序，經由直接民主（複決），以最直接體現國民主權之修憲行為加以決定。

大法官被提名人鄭純惠

二、憲法訴訟法之修正：

世界先進民主國家的憲法法院對於要做成審判抑或是裁定皆有最低出席人數之規範，例如：日本最高裁判所（15 名法官）需有 9 名以上法官出席，要做成違憲判決則需 8 名以上法官意見一致；美國聯邦最高法院（9 名法官）需要 6 名以上法官出席，做出違憲判決則採簡單多數決；南非憲法法院（11 名法官）需有 8 名以上法官出席；南韓憲法法院（9 名法官）需有 7 名以上法官出席，做成違憲判決則需 6 名以上法官贊成；捷克憲法法院（15 名法官）需要 9 名以上法官出席，做成違憲判決則需 8 名以上法官贊成。顯然，針對憲法法院規範最低出席人數，已是普遍性的規範，防止少數判決。去年 12 月我國三讀修正《憲法訴訟法》，規範我國憲法法庭（15 名大法官）需要 10 名以上大法官出席，9 名以上大法官贊成，方能做出暫時處分裁定以及同意違憲宣告判決，您認為這樣的修正，是否有如同賴清德總統於公布法律時加註批示「容或有妨礙憲法法庭正常運作，侵越司法權力核心範圍，及破壞政府體制分立制衡之憲政爭議」？並請敘明理由。

答:

關於 114 年 1 月 23 日修正公布憲法訴訟法第 30 條規定之相關爭議，業經聲請法規範憲法審查，現繫屬憲法法庭，基於法官倫理規範第 17 條:「法官對於繫屬中或即將繫屬之案件，不得公開發表可能影響裁判或程序公正之言論」之規定，就此不便表示個人看法。

大法官被提名人鄭純惠

三、113 年憲判字第 8 號判決：

(一)您是否贊成 113 年憲判字第 8 號判決？理由為何？

(二)您是否同意「個案犯罪情節屬於最嚴重」方得判處死刑？您又是如何解釋「個案犯罪情節屬於最嚴重」？

(三)您是否同意「應經各級法院合議庭法官之一致決」方得判決死刑？比較法上有無立法例係採取相同之立場？

(四)若未來有科處死刑之判決，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，憲法法庭是否應採取一致決才得以為合憲判決？

答：

憲法法庭 113 年憲判字第 8 號判決（下稱系爭判決），對所聲請以死刑為最重本刑之相關規定（下稱系爭規定），進行法規範憲法審查，作成合憲性解釋。該判決以生命權之保障為出發點，並以憲法比例原則為審查標準，進而提出實體及程序面之合憲性要件，因所涉死刑制度之存廢問題，為現代法治國家之重大爭議課題，因此，除有大法官提出不同意見書，並引起各界廣泛討論，凡此均屬就憲法建構之價值體系進行對話，有助於社會成員之持續溝通及凝聚共識。

系爭判決就實體面部分，係認國家所定最重本刑為死刑之犯罪處罰規定者，僅得適用於情節最嚴重之犯罪。其判決理由並敘明，參酌具國內法效力之「公民與政治權利國際公約」（下稱公政公約）第 6 條第 2 項關於死刑僅得適用於「最嚴重之犯罪」之規定，及該公約之人權事務委員會就上開條文之一般性意見。而最高法院刑事判決近年來參酌上開公政公約條文及一般性意見，嚴格解釋死刑限於涉及直接故意殺人的極嚴重罪行始有其適用，並建立審查犯罪情狀是否為「情節最重大之罪」應審酌之事由，已形成穩定發展之見解。是系爭判決之上開實體要件之見解，實未超逸兩公約之規範意旨

大法官被提名人鄭純惠

及現行刑事實務之司法實踐。又本件係聲請審查具實體法性質之系爭規定是否牴觸憲法，關於審查該實體規定之合憲性要件，是否適合納入刑事訴訟之程序面要求，尚有商榷之餘地。

裝

訂

大法官被提名人鄭純惠

四、113 年憲判字第 9 號判決：

(一)您是否贊成 113 年憲判字第 9 號判決？哪部分贊同？哪部分反對？並請敘明理由。

(二)前大法官湯德宗在社群平台錄製影片指出，多數大法官對憲政體制的理解錯誤，錯將我國憲政制度視為「內閣制傾向的雙首長制」，他主張國會對行政權的監督，只要不侵害其「核心職權」，即可認為合憲。請說明對此意見之看法及評論。並請說明釋憲時採多數決制與存在不同意見書的意義，及在不同憲政理解流派下，如何避免將憲政爭議簡化為政黨鬥爭或價值對立？

答:

憲法法庭 113 年憲判字第 9 號判決（下稱系爭判決），就 113 年 6 月 24 日修正公布之立法院職權行使法修正條文及刑法第 141 條之 1 規定，關於聽取總統國情報告、質詢、人事同意權、調查權、聽證會之舉行、刑法第 141 條之 1 等部分，以權力分立原則為主要審查標準，作成大部分違反憲法權力分立原則之結論。因此，權力分立原則之內涵，即成為學者及社會各界評論之爭點。

前大法官湯德宗認為系爭判決採取封閉而隔絕的權力分立觀，惟權力分立之本質，重在使各權力相互制衡，無法絕對劃分，大法官解釋先例向來採取互動且制衡的權力分立觀，亦即各權力得在不違反憲法明文限制及不侵害其他權力核心之前提下，自由行使對其他權力之牽制，不待憲法明文授權。足見關於權力分立內涵及政府體制之不同理解，將形成結論迥異之法律見解。此外，多位大法官亦提出不同意見書。而釋憲採多數決之法制，不同意見書是大法官以自我負責之積極態度參與評議所為獨立判斷之體現，對外公布不同意見書，使社會大眾得以獲知少數意見，瞭解法律解釋之相對性，進而促進社會對話，有助於法學再度發展。

大法官被提名人鄭純惠

五、憲法法庭之職權：

根據中華民國憲法增修條文第 3 條，行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院十日內，移請立法院覆議。又依憲法訴訟法第 47 條第 1 項規定「國家最高機關，因本身或下級機關行使職權，就所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」。

然憲法上覆議制度為政治層面考量，聲請釋憲應為法規範是否牴觸憲法之合憲性判斷，惟行政院屢次將立法院三讀通過之法律案及預算案聲請釋憲，您認為聲請釋憲是否適合作為政黨衝突之最終解決手段？並請敘明理由。

答：

行政院對立法院通過之法律案，經總統核可提起覆議，若立法院依憲法增修條文第 3 條第 2 項第 2 款決議維持原案，行政院長應即接受該決議，係屬憲法所設之政治責任機制，旨在維持行政與立法間之制衡與穩定；而憲法解釋之目的，在於確保民主憲政國家憲法之最高法規範地位，就人民基本權利保障及自由民主憲政秩序等憲法基本價值之維護，作成有拘束力之司法判斷（司法院釋字第 585 號解釋理由參照）。兩者之本質及制度目的，均有不同。關於提問所稱政黨衝突，倘涉及國家最高機關間發生憲法上權限之爭議，依憲法訴訟法第 65 條第 1 項規定，得聲請憲法法庭為機關爭議之判決；此外涉及政治問題之紛爭，尚非聲請釋憲所得解決。

大法官被提名人鄭純惠

六、大法官獨立行使職權：

(一)針對有檢察官背景、未曾擔任法官的人被提名為司法院院長，以及大法官人選被質疑以「國安」或「政治忠誠」為標準，民眾憂心「審檢一家親」重現，司法獨立蕩然無存之疑慮。請問大法官，您如何看待行政部門以「國安」或「忠誠」為提名標準？未來如您出任大法官，將如何確保自己不成為政權工具，而是守護人民權利、依法獨立審判的最後防線？

(二)前總統陳水扁曾說：「大法官不是萬能的上帝……不要利用大法官，陷其於不義。」面對近年行政、立法爭端需要訴諸釋憲程序時，請問您如何看待大法官的角色定位？在政治權力拉鋸中，是否認為憲法法庭應自我節制及迴避利益，避免司法被政治工具化？大法官在處理涉及政治權力爭端之憲法訴訟時，應如何劃定其角色邊界，以避免司法被政治工具化、維護法治中立性？

答:

法治國為憲法基本原則之一，乃自由民主憲政秩序之基石，國家所有機關之權力行使均受法之制約。憲法第 80 條規定法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉，明文揭示法官從事審判僅受法律之拘束，不受其他任何形式之干涉。審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，司法院大法官依憲法規定獨立行使憲法解釋及憲法審判權，為其處理涉及國家機關權限爭議之憲法訴訟時之角色定位。被提名人擔任法官從事審判工作數十年，對於依法獨立審判的態度與實踐，上萬件的裁判書是最切實的紀錄，或可供為評斷之指標。

14

七、不適任檢察官：

根據法務部統計分析資料，檢察官評鑑委員會新制施行後案件統計表、案件結果統計表所示，自民國 109 年起總數 969 件之案件，移送懲戒法院者 10 位、交付檢審會者 2 件，請求成立比例僅佔 1.2%，顯見光是成案就有高度困難。

自 2012 年起，財團法人民間司法改革基金會召開至少六場「追緝惡檢」系列記者會，議題包含檢察官濫行起訴、淪為私人打手、動用搜索扣押權解決糾紛、違法濫權等，羅秉成前政務委員、顧立雄部長當時都大聲疾呼法務部對於檢察官辦案濫權、疏誤應進行了解及究責，諸多案例均顯見檢察官在偵查程序中手握國家偵查大權，對於被告有不當逼供、無證據起訴、將起訴書當作說故事比賽等情形屢見不鮮。

(一)您認為目前對於不適任檢察官之監督機制是否完備?

(二)您是否支持尤伯祥大法官於 2009 年 4 月投書所言「偵訊人員行使之公權力源於國民主權，既受全體國民之付託，向全體國民負責，則他方面全體國民對偵訊人員行使權力之結果，當然負有監督之責。當有人在偵訊室內遭到不正取供時，做為與其同為社會共同體成員的其他人，難道在道義上可以漠不關心？」?您是否贊成為維護被告或犯罪嫌疑人不受不正訊問之權利，偵訊內容應公開?

答：

為維護偵查程序之順利進行及真實發現，與保障被告、犯罪嫌疑人、被害人或其他訴訟關係人之名譽、隱私、安全，並確保被告受公平審判之權利，以落實無罪推定原則，刑事訴訟法第 245 條第 1 項規定：「偵查，不公開之」。惟案件在偵查中，有偵查不公開作業辦法第 8 條所定各款情形之一者，經審酌公共利益之維護或合法權益之保護而有必要時，偵查機關或偵查輔助機關得適度公開或揭露偵查程序或偵查內容。是偵查不公開原則，旨在使國家正確有效行使刑罰權，並保護犯罪嫌疑人及關係人之憲法權益。現行制度要求偵訊過程全程錄音錄影，作為日後審查合法性之依據，若被告主張遭受

大法官被提名人鄭純惠

不正訊問，得聲請法院調閱偵訊影音資料，由法院審酌是否於審判程序中播放。至於是否基於維護被告或犯罪嫌疑人不受不正訊問之權利，以何種適當方式公開偵訊內容至何種程度，以兼顧犯罪嫌疑人及關係人憲法權益之保護及刑罰權之正確行使，核屬立法裁量之範疇。又被提名人因從事民事審判工作多年，對於不適任檢察官之監督機制尚待深入研究，目前難以遽為完備與否之評析。

大法官被提名人鄭純惠

八、特別預算：

憲法第 63 條規定「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權」；憲法第 70 條另明定「立法院對於行政院所提預算案，不得為增加支出之提議」，請被提名人說明：

(一)我國憲法並未明定特別預算之相關規定，現行特別預算之提出及審議均依預算法規定辦理。憲政運作上，特別預算之編列均先有特別條例授權行政單位編列。請問特別預算之編列是否以定有特別條例為必要？

(二)倘特別條例之訂定為提出特別預算之要件，立法委員是否有提出特別條例之提案權？立法委員所提特別條例中，就特別預算之總額訂定上限是否有違憲之虞？於法條指定辦理之各項業務明定預算總額上限或下限，是否有違憲之虞？

(三)若前開特別條例同時有行政院提案及立法委員提案，其中若有出入—如立法委員提案較行政院提案總額為高—是否有違憲法第 70 條之虞？

(四)立法院有議決法律案之權。倘立法院所議決之法律案事實上必須增加政府預算支出，是否會有違憲法第 70 條之虞？

答:

政府就未來一年間之計畫所預期之收入及支出編列預算，以使國家機關正常運作，並規範國家之財政，原則上應制定單一之預算。惟為因應特殊緊急情況，有預算法第 83 條各款規定之情形時，行政院得於年度總預算外另提出特別預算，其審議程序，依同法第 84 條規定為之（參見司法院釋字第 463 號解釋）。而預算法第 83 條規定：「有左列情事之一時，行政院得於年度總預算外，提出特別預算：一、國防緊急設施或戰爭。二、國家經濟重大變故。三、重大災變。四、不定期或數年一次之重大政事」，並未明文行政院編制

大法官被提名人鄭純惠

特別預算須提出特別條例。惟現行實務常以特別立法方式，據為特別預算之法源基礎，例如：前瞻基礎建設特別條例、嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例等。學者或稱為特別條例化之特別預算，並認應避免常態化致與預算單一性之原則未符。

憲法第 70 條規定:「立法院對行政院所提預算案，不得為增加支出之提議」，立法院不得在預算案之外以委員提案方式為增加支出之提議，並經司法院釋字第 264 號解釋釋示在案。而預算案與法律案不同；法律案無論關係院或立法委員皆有提案權，預算案則祇許行政院提出；預算案實質上為行政行為之一種，但基於民主憲政之原理，預算案必須由立法機關審議通過而具有法律之形式，故有稱之為措施性法律者，以別於通常意義之法律。關於立法院所議決之法律案，事實上必須增加政府預算支出，是否有違反憲法第 70 條之虞，須視該法案具體條文內容是否兼具預算案之性質、以何方式增加支出及其決定權之歸屬等項，基於權力分立與責任政治原則加以檢視。

大法官被提名人鄭純惠

九、法庭直播：

總統府司改國是會議於 106 年做成以下決議：「大法官憲法法庭、最高法院及最高行政法院召開言詞辯論庭應予直播」，且要求司法院針對地方法院、高等法院以及高等行政法院、智慧財產法院第一、二審案件，例如：民刑事選舉案件、刑事貪瀆案件、危害公眾利益（例如重大經濟案件）、弱勢族群及邊緣文化的訴訟和集體訴訟、高度憲政爭議及政治重大矚目案件以及高等行政法院所有案件，尤其食品安全、環境保護、及稅法案件等，在權衡確保人民知的權利、訴訟當事人公平審判權、被告、證人及關係人的人格權與實現公開透明的正當法律程序原則之下，一年內研議法庭直播的範圍與條件。

您是否同意我國各級法院法律審應全面直播、事實審特定案件進行直播？或應該有何條件與配套限制？並請敘明理由。

答：

立法院於 114 年 6 月 27 日通過法院組織法部分條文修正案，於第 90 條明定「法庭直播」的適用條件與限制，具體內容如下：

一、法律審與事實審之區分原則：

（一）法律審：最高法院、大法庭於公開行訴訟之言詞辯論及裁判之宣示時所為之錄音、錄影，應以適當方式實施公開播送。但有妨害國家安全、公共秩序、善良風俗，或造成個人生命、身體、隱私或營業秘密重大損害之虞者，得裁定不予公開播送。

（二）事實審：高等法院、地方法院所為之錄音、錄影，不予公開播送。但審理涉及重大公共利益或社會矚目之案件，得審酌與公共利益之關係、審判程序之公平性、程序參與人及他人權益之均衡維護等一切情狀後，就於公開行訴訟之言詞辯論及裁判之宣示所為之錄音、錄影，依當事人聲請或依職權裁定以適當方式實施公開播送。

二、限制與例外規定：明定不得公開播送之案件類型包括：1.依法應不公

大法官被提名人鄭純惠

開審理者、2.簡易或小額訴訟程序之民事案件、3.簡易或交通裁決事件訴訟程序之行政案件、4.最重本刑 5 年以下有期徒刑之刑事案件、5.適用家事事件法、少年事件處理法、智慧財產案件審理法或商業事件審理法之案件。

三、保護個人權益措施：若參與訴訟者有正當理由確信公開播送其錄音、錄影，將危害其生命、身體、自由、隱私或財產，或嚴重影響審判公平性，法院得裁定以變聲、變像或其他無法識別個人之方式處理。

上開修正條文，依同法第 115 條規定，自公布後三個月施行。關於法庭錄音、錄影公開播送之實施及相關配套措施，應具體落實確保人民知的權利、訴訟當事人公平審判權、被告、證人及關係人的人格權與實現公開透明的正當法律程序原則之衡平。

大法官被提名人鄭純惠

十、代理孕母法制化：

釋字第 748 號解釋指出：「民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違。有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。」

代理孕母制度在國際間發展趨勢不一，部分國家如美國、加拿大、英國等地區已設立相關法制。衛福部為推動人工生殖政策改革，推動代理孕母，於 113 年 5 月公告的人工生殖法草案中特別提到，這些變革都是為了服膺釋字第 748 號、第 721 號、第 696 號、第 554 號、第 552 號、第 362 號等解釋，所闡述要維護「憲法第 22 條保障之婚姻自由」及「憲法第 7 條保障平等權」根本原則。

又我國目前《人工生殖法》僅針對配偶雙方使用人工生殖技術做規範，代理孕母至今尚未法制化，惟實務上有民眾赴海外進行相關安排，並引發子女法律地位與基本權保障之爭議。請被提名人說明：

(一)國際上代理孕母法制之發展，對我國憲法解釋與立法政策有何啟示？

(二)依據憲法所保障之人格尊嚴、生育自由、性別平等與家庭權，您是否認為代理孕母可在憲法架構下予以容許？

(三)如推動代理孕母法制化，您認為應設立哪些憲法上之基本原則與限制，以保障孕母、委託人及子女之基本權益？

(四)若我國法律未提供「代理孕母制度」選擇，是否構成侵害憲法保障的國人權益？ 原因為何？

大法官被提名人鄭純惠

答:

關於國際上代理孕母法制之發展，目前已有從禁止走向規範之立法，例如：英國、加拿大等，以保障生育自由與家庭權利，同時防範潛在的倫理與人權風險，惟各國立法之開放程度尚有不同。此重要課題，涉及憲法不同基本權之實踐與權衡，及對社會多元家庭型態之回應等多面向，尚需詳予探究外國法制之理論基礎及其規範內容，並就我國相關法制加以比較，始足為比較解釋及立法政策形成之參考依據。

在我國憲法架構下，是否容許代理孕母制度，涉及代理孕母之人格尊嚴與身體自主權，不孕夫妻、同性伴侶之家庭權，代孕子女之權益等不同面向之法益權衡。而代孕子女與委託代孕者之親子關係，亦涉及與我國民法之身分行為不得代理原則、婚生推定制度所採之子宮為母說，如何協調適用之問題。如推動代理孕母法制化，關於如何確保代理孕母係基於充分知情、無脅迫與自願之基礎參與代孕，使代理孕母對自己的身體與隱私有充分自主權；如何規範委託代孕者之權利義務；代理孕母滿足父母擁有子女之權利時，代孕子女能否取得自己血緣和身世資訊之權利，涉及其身分權之保障，基於具有國內法律效力之兒童權利公約揭示之兒童最佳利益原則，如何保障代孕子女對血緣和身世之資訊知情權，避免父母隱瞞身世，且強化身分告知之義務，均為需關注之重要課題。

22

最高法院民事大法庭 108 年度台抗大字第 897 號不同意見書

法官　魏大喨

法官　鄭純惠

對於本院民事大法庭 108 年度台抗大字第 897 號裁定主文「執行法院於必要時，得核發執行命令終止債務人為要保人之人壽保險契約，命第三人保險公司償付解約金」，提出不同意見。理由如下：

一、 無法律明文規定或法律明確授權，債權之效力不得對外延伸介入債務人與第三人間之法律關係

憲法第 15 條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源。而契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，契約內容涉及財產使用、收益及處分之權能者，受憲法第 15 條規定之保障。債權人之私法債權，為憲法保障之財產權，債務人欠債還錢，天經地義。然債權並非直接支配債務人財產之權利，其效力原僅存在於債權人與債務人間，債權人得否介入債務人與第三人間之法律關係以確保其債權之實現，涉及債權效力之對外延伸，亦攸關債務人及第三人間之契約權益及意思決定自由等財產權及人格權之保障，自須法律明文規定或法律明確授權。

民法第 242 條債權人代位權、第 244 條債權人撤銷權，強制執行法第 115 條以下關於執行債務人對於第三人之債權等規定，即係立法者權衡債權人與債務人等各相關權益之衝突，於維護私法債權實現之必要範圍內，對債務人等之財產權及自我決定權為合理之限制，使債權效力得以延伸介入債務人與第三人間之法律關係。準此，關於上開規定之適用，自應考量其立法目的，不得任意擴張解釋致侵害他人之財產權及意思決定權而有違憲之虞。

二、 要保人對保險人之人壽保險解約金債權，以要保人終止保險契約為要件，強制執行法第 115 條未明文授權執行法院得核發執行命令終止債務人為要保人之人壽保險契約

強制執行之標的以開始強制執行時之債務人所有責任財產為對象，舉凡債務人將來可取得之財產，如將來薪資債權、租金債權或附條件、期限之權利等，均得為強制執行之標的。此觀強制執行法第 115 條第 3 項、第 115 條之 1 第 1 項之規定自明。保險法第 119 條第 1 項規定：「要保人終止保險契約，而保險費已付足一年以上者，保險人應於接到通知後一個月內償付解約金；其金額不得少於要保人應得保單價值準備金之四分之三」，要保人取得對保險人之解約金債權，以其終止保險契約為要件。而上開規定僅於人壽保險有其適用，此觀健康保險、傷害保險依保險法第 130 條、第 135 條未準用第 119 條規定，年金保險於保險法第 135 條之 4 但書有特別規定自明。準此，債權人依強制執

行法第 115 條規定，聲請強制執行要保人對於第三人即保險人之人壽保險解約金（下稱壽險解約金）債權，於要保人已終止保險契約時，該項債權為要保人之既存權利，除有強制執行法第 122 條第 2 項所定情形外，自得強制執行。惟於要保人未終止保險契約時，保險人並無給付壽險解約金之義務，則債權人為實現其金錢債權，得否聲請執行法院核發執行命令終止保險契約，涉及債權效力之對外延伸與債務人等之財產權及人格權保障之衝突，向為極具爭議之課題。

強制執行法第 115 條第 2 項規定，執行法院於債務人對於第三人之金錢債權經扣押後，得詢問債權人意見，以命令許債權人收取，或將該債權移轉於債權人；如認為適當時，得命第三人向執行法院支付轉給債權人。而附條件之金錢債權，於條件未成就前，第三債務人並無給付之義務，執行法院難以收取、移轉或支付轉給命令逕為變價，同條第 3 項乃規定「執行法院得依聲請，準用對於動產執行之規定拍賣或變賣之」，此觀該條項之立法理由亦明。足見立法者就債務人對第三人之附條件之金錢債權，並未授權執行法院得以促成條件成就之方法，達成換價取償之目的，使債權人之債權獲清償。

保險法第 28 條但書規定要保人破產時，破產管理人得終止保險契約；消費者債務清理條例第 24 條第 1 項規定法院裁定開始更生或清算程序時，監督人或管理人得終止或解除債務人所訂

雙務契約，乃立法者針對要保人經法院裁定宣告破產、開始更生或清算程序之情形，明文授權破產管理人、監督人或管理人得為終止契約之行為。進行破產、更生或清算程序之法院，既未經法律明文授權，自無代為終止契約之權限。況債務人對於第三人之金錢債權，經執行法院發扣押命令禁止債務人收取或為其他處分後，債務人對該債權固喪失處分權，惟尚非不得為無礙執行效果之保存債權行為（最高法院 91 年台上字第 812 號判決先例要旨參照），亦未喪失對其他未經扣押財產之管理、處分權。此與債務人經法院裁定宣告破產、開始更生或清算程序後，喪失對其財產之管理及處分權，並不相同，無從類比。益徵執行法院在法無明文授權之情形下，無終止債務人與保險人間之人壽保險契約之權限。

三、 要保人是否終止人壽保險契約，涉及要保人之意思決定自由，在法無明文之情形下，執行法院不得為實現債權人之債權而核發執行命令終止債務人為要保人之人壽保險契約

人身保險並非以填補被保險人財產上之具體損害為目的，被保險人之生命、身體完整性無法以金錢估計價值，人身保險契約與財產保險契約有所不同（司法院大法官釋字第 576 號解釋意旨參照）。而人壽保險，以被保險人之生命作為保險標的，且以保險事故之發生作為保險金給付之要件，常見兼有保障要保人及其家屬等之生存，安定社會之功能，本件多數說亦肯認。足見人

壽保險契約固不具歸屬上之專屬性，惟仍具有與一般財產契約不同之特性。

倘要保人與保險人訂立人壽保險契約，係以詐害行為減少其財產致害及債權，要保人之債權人得依民法第 244 條規定，訴請法院撤銷該保險契約，以回復債務人即要保人之財產。除此之外，要保人常係基於將來長期保障之目的而締結人壽保險契約，其間倘要保人之經濟狀況發生變化而有資金需求時，是否終止保險契約取得解約金而喪失將來之保障，或暫以保單質借、申請減少保額等方式應急而維持契約效力，涉及要保人斟酌各項因素、衡量利弊得失，本於主觀之價值判斷而為取捨之決定，核屬要保人意思自由決定之範疇。尤以終止保險契約，要保人所受損失可能遠大於其債權人可得之利益，例如：保費已經或即將繳清，可預見不久之將來保險事故會發生；取回之解約金甚少，因附約失效，保險事故發生後對本人及其家屬（受益人）之原有保障全失；被保險人因年齡增加、身體狀況不同而難以訂立相同條件之保險契約，甚或無法重新投保。因此，是否行使人壽保險契約之終止權，自應尊重要保人自主決定之選擇權，不得以強制執行方式使之終止。執行法院在法無明文之情形下，為滿足執行債權，核發執行命令終止債務人為要保人之人壽保險契約，消滅要保人與保險人間之契約關係，影響被保險人、受益人等關係人之權益，除有違憲之虞外，衡之債權人所受取得解約金受償之利益與保險契約終

止對要保人、被保險人及受益人等關係人造成之重大不利益，亦難謂符合公平合理及比例原則，本席殊難同意。

四、結語

本件多數說未具體說明執行法院得以核發終止契約執行命令之法律依據為何，逕以「債務人於其對於第三人之金錢債權經扣押後，即喪失對於該債權之處分權」、「終止壽險契約，乃使抽象之保單價值轉化為具體解約金償付請求權所不可或缺，係達成換價目的所必要之行為」為由，謂執行法院得核發執行命令終止債務人與保險人間之人壽保險契約，理由構成尚有未足。多數說雖另以強制執行法第 1 條第 2 項、第 122 條規定以為執行法院就具體個案行使終止權之必要性制約。惟終止要保人之人壽保險契約，所生將使事故發生後原有保險契約之權益全部喪失之不利益，尚非強制執行法第 122 條規定所得救濟。而以終止要保人與保險人間之人壽保險契約作為滿足債權人債權之執行處分，既於法無據，自非屬執行法院得以裁量採取之執行方法。

基上所述，執行法院得否為實現債權人之債權，核發執行命令終止債務人與第三人即保險人間之人壽保險契約，涉及債權效力之對外延伸與債務人等之財產權及人格權保障之衝突，須法律明文規定或法律明確授權，始得為之。執行法院在法無明文授權之情形下，自不得核發執行命令終止債務人為要保人之人壽保險契約。爰為此不同意見書。

最高法院民事大法庭 110 年度台上大字第 279 號不同意見書

法官 鄭 純 惠

對於本院民事大法庭 110 年度台上大字第 279 號裁定，提出不同意見如下：

壹、 程序方面：

一、 本件提案程序不合法

(一)原提案事實與個案事實不符

大法庭受理提案後應進行合法性審查，倘認提案不合法，應以裁定駁回之。大法庭為準備審判起見，得使受命法官行大法庭之準備程序。最高法院辦理大法庭案件應行注意事項（下稱注意事項）第 36 條、第 37 條第 2 項分別定有明文。是大法庭受理提案後，關於提案合法性審查事項，指定受命法官進行準備程序以闡明訴訟關係，乃大法庭之程序，為大法庭評議之基礎。

本件提案之法律爭議為：「上訴人就其所受不利判決全部提起上訴，應如何計算其上訴利益」，則提案之原因事實自應符合「上訴人就其所受不利判決全部提起上訴」，程序上始謂合法。大法庭受理本件提案後，因上開提案之要件事實即上訴人上訴範圍尚有未明，乃由大法庭指定受命法官行準備程序，確認「上訴人就被上訴人請求給付部分，有無不服？」，上訴人訴訟代理人明白表示：「沒有不服，我們只就抵銷抗辯敗訴部分提起上訴而

已」，有民國 111 年 3 月 15 日大法庭準備程序筆錄可稽，就上訴範圍，並無陳述不明或任何疑義。則提案裁定記載「本案法律爭議：上訴人就其所受不利判決全部提起上訴」，既與該案件之原因事實不符，其提案程序即有未合。

嗣上訴人訴訟代理人於 112 年 2 月 24 日提出 110 年度台上大字第 279 號民事陳報狀，謂「所稱沒有不服，係指針對被動債權不另提上訴理由。主動債權及被動債權均請鈞院依職權審判之」，其何以提出與原意不符之書狀，固不明原因，惟既係向大法庭提出書狀，且攸關上開提案合法要件之審查，應如何解釋，自屬大法庭之權責。而在第三審程序，上訴之聲明，不得變更或擴張之。當事人對於判決理由所為抵銷抗辯不利之判斷，與本案訴訟標的受敗訴之判決，各有不同之上訴利益，不受原判決主文形式為准駁宣示之拘束。上訴人原僅就抵銷抗辯不利之判斷，提起上訴，嗣擴張就本案訴訟標的敗訴部分亦聲明不服，於法自屬不合，不因其上訴聲明形式上仍為「原判決廢棄」，即謂非擴張上訴。

準此，本件提案之本案當事人僅就第二審判決認其抵銷抗辯之主動債權不存在部分，提起第三審上訴，自不生將訴訟標的之本案給付與同額抵銷抗辯無理由部分之金額合併計算上訴利益之問題。本件提案與個案事實不符，大法庭未依注意事項第 36 條規定以裁定駁回該提案，逕行實體審理，程序上自有未合。

(二)追加提案，與法院組織法第 51 條之 2 第 1 項所定之「歧異」提案要件未符

法院組織法第 51 條之 2 第 1 項所稱「歧異」，包括先前裁判已有複數紛歧見解之積極歧異，及擬與無紛歧之先前裁判為不同見解裁判之潛在歧異。所謂「先前裁判」：指在合議庭為終局裁判前，各庭已作成之其他終局裁判。「歧異提案」：指提案庭就受理案件「擬採」為裁判基礎之法律見解，與相同事實之先前裁判法律見解不同，而將該法律爭議提交予大法庭裁判之提案。此觀注意事項第 2 條第 6、7 款，第 5 條之規定自明。

本件追加提案，未提出「複數」紛歧見解之先前裁判，亦未提出無紛歧之各庭已作成之「其他終局裁判」，僅提出提案庭就該未終結之受理案件自為之命補費裁定，是否符合「先前裁判」之要件，已非無疑。且該命補費裁定所表示之見解，係提案庭就該受理案件「已採」為裁判基礎之法律見解，自與歧異提案之要件不符，應不予受理，而不生受理合併追加提案之問題。

(三)本件提案及追加提案均與個案事實不符，程序要件既有未合，大法庭裁定所表示之法律見解能否拘束個案，非無疑問。

二、本件裁定主文及理由關於被告對於第二審認其主張抵銷之請求「一部」不成立之判決，提起第三審上訴部分，核屬旁論

按法院組織法第 51 條之 10 所稱「拘束力」，係指提案庭就提交案件，應以大法庭裁定所表示之法律見解為基礎，為本案終局裁判。但大法庭裁定內之旁論無拘束提案庭之拘束力，注意事項第 48 條定有明文。又就大法庭受理之歧異提案，以裁定合併提案予大法庭裁判者，限於與該提案相同事實之同一法律爭議為限。此觀注意事項第 10 條、第 15 條第 2 項、第 16 條之規定亦明。本件提案之法律爭議為：「上訴人就其所受不利判決全部提起上訴，應如何計算其上訴利益」，大法庭裁定表示之法律見解，自僅就與提案相同事實即上訴人就其所受不利判決「全部」提起上訴之同一法律爭議，始生拘束力。本件裁定主文及理由關於被告對於第二審認其主張抵銷之請求「一部」不成立之判決，提起第三審上訴部分，核屬旁論，不生法院組織法第 51 條之 10 所定之拘束力。

貳、實體方面：

一、經裁判之抵銷數額有既判力，因該部分判決受不利益對之提起上訴者，自應將該數額算入因上訴所得受利益之數額，計徵裁判費，始符民事訴訟為有償之原則

上訴，為當事人對於所受不利益之下級審終局判決聲明不服之方法。是提起上訴，須具有上訴利益；財產權之訴訟能否上訴第三審，並受民事訴訟法第 466 條第 1 項所定上訴利益數額之限制。上訴人之上訴利益，原則上固應於上訴時，對照原告（被上

訴人）之聲明與法院之判決主文為形式上之觀察，其聲明為法院所容許者，被告（上訴人）即有上訴利益，反之為原告有上訴利益。然民事訴訟法第 400 條第 2 項對其成立與否經裁判之抵銷數額，既明定有既判力，因該部分判決所生法律上之效力，而受不利益之當事人，就該部分判決，自有上訴利益，應將之算入因上訴所得受利益之數額。

又民事訴訟採有償主義，裁判費之預納為起訴或上訴合法要件之一，此與法院如何就實體事項為裁判，係屬二事。財產權之訴訟，法院應核定訴訟標的之金額或價額，按法定標準徵收裁判費。上訴利益乃上訴人提起上訴請求廢棄或變更原判決所得受之客觀利益，與原告依其起訴聲明所得受之客觀利益，固有可能不同。惟裁判費之徵收，應以原告(或上訴人)所得受之起訴(或上訴)利益為標準，則無不同。是上訴利益，自為法院核定上訴之訴訟標的價額命上訴人繳納上訴裁判費之計算基準。縱上訴人僅對非訴訟標的所受不利判決提起上訴，亦屬相同。例如：原告不服原判決所定之被告履行期間(或被告僅不服原判決未定履行期間），而以除去（或酌定）履行期間為請求變更原判決之範圍，自應以原告因除去（或被告因酌定）履行期間所受之利益，計算其上訴利益，並據之計徵上訴裁判費。上訴人不得以所不服者非訴訟標的為由，解免其繳納上訴裁判費之義務。當事人因主張之

5

抵銷數額經裁判而受之不利益，既得算入其上訴利益額，自應計徵裁判費，始符民事訴訟為有償之原則。

被告對於第一審命其為本案給付之金額（下稱系爭金額）及認其主張同額抵銷抗辯無理由之判決，提起第二審上訴。經第二審維持第一審所為判決，駁回上訴人之上訴。倘被告就第二審判決維持第一審所命給付系爭金額及認其同額抵銷之主動債權不存在均不服，提起第三審上訴，其因上訴所得受之利益，為其無須給付原告系爭金額，及除去同額之抵銷債權經裁判不存在之不利益，計算其第三審上訴利益數額，自應併計其敗訴之系爭金額與不利之經裁判之抵銷同額，並據此計徵上訴裁判費。

二、 本件多數見解之商榷

本件裁定主文關於上訴利益之計算，所稱「不服第二審認原告請求存在之金額」，與關於上訴裁判費之計徵，所稱「於其不服範圍內，按原告請求之訴訟標的金額」，用語不同；裁定理由關於上訴裁判費之計徵，先謂「應僅得就被告所不服第二審認原告請求存在之額計徵裁判費」，繼謂「仍應於其不服範圍內，按原告請求之訴訟標的金額計徵」，亦非相同。如何解讀，實難懸揣，恐生將來實務上適用、運作之爭議。

抵銷抗辯非訴訟標的，當事人對於判決理由所為抵銷抗辯不利之判斷不服，有無上訴利益、應否計徵裁判費，法均無明

文。本件多數見解於此前提下，既認「應就被告表明不服原判決程度之數額（含對原法院就原告請求債權認定存在、就被告抵銷債權認定不存在），合併計算其上訴利益」，已肯認當事人對於判決理由所為抵銷抗辯不利之判斷，與本案訴訟標的受敗訴之判決，各有不同之上訴利益，不因法無明文而受限。乃又以法無明文為由，謂「於被告併就原告請求債權存在及抵銷債權不存在部分聲明不服之情形，因被告本應就原告請求部分繳納上訴裁判費，為免重覆徵收…應僅得就被告所不服第二審認原告請求存在之額計徵裁判費」。於相類之情形下，為正相反之結論，前後論述不免齟齬。

又被告僅對經裁判否准抵銷不利部分提起上訴，乃對於非訴訟標的所受不利判決提起上訴，其上訴之效力不及於原告本案請求有理由部分，上訴審法院僅得以原審判決否准抵銷部分為其審判範圍。自難以上訴人聲明係原判決廢棄，遽謂原告之本案請求為上訴之訴訟標的，據以核定其價額及計徵裁判費。本件多數見解謂「被告僅就抵銷請求不成立之不利部分聲明不明…此時之上訴裁判費，係就原告訴訟標的將受影響之部分計徵，非就抵銷請求為徵收」，及本件裁定主文「上訴裁判費，

應於其不服範圍內，按原告請求之訴訟標的金額」計徵，均不無混淆不同上訴利益情形。

裁判費之徵收，涉及司法資源之有效利用，隱含防止濫行起訴或上訴之目的，攸關公益。上訴人就其主張之抵銷數額經裁判所受之不利益，提起上訴，阻止該部分判斷確定產生既判力，利用訴訟程序獲取裁判，對被上訴人及法院均生影響，本件多數見解謂就此部分毋庸徵收上訴裁判費，亦失公平，本席難以同意。爰為此不同意見書。

8

最高法院民事大法庭 110 年度台抗大字第 1069 號不同意見書

法官　陳 玉 完

法官　鄭 純 惠

關於本院民事大法庭 110 年度台抗大字第 1069 號裁定主文「最高限額抵押權之債權人，持拍賣抵押物裁定為執行名義，聲請強制執行，其取得執行名義所憑之債權，經法院判決確認不存在確定，倘執行法院就其提出之其他債權證明文件，依形式審查結果，足認尚有其他已屆清償期之擔保債權存在時，即不得依債務人之聲明異議，駁回強制執行之聲請」，提出不同意見。理由如下：

一、聲請裁定拍賣抵押物為最高限額抵押權所擔保之原債權之確定事由，抵押權人應確定其請求實行抵押權之債權及其金額

最高限額抵押權人，於債權已屆清償期，而未受清償者，得聲請法院，拍賣抵押物，民法第 881 條之 17 準用第 873 條定有明文。而最高限額抵押權，係就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在最高限額內設定之抵押權，其債權額在結算前並不確定，實際發生之債權額不及最高額時，應以其實際發生之債權額為準。最高限額抵押權所擔保之原債權，於抵押權人聲請裁定拍賣抵押物時確定，其流動性隨之喪失，該抵押權所擔保者由不特定債權變為特定債權，斯時該最高限額抵押權之從屬性即與普通抵押權完全相同，故債務人或抵押人得請求抵押權人結算實際發生之債權額，並得就該金額請求變更為普通抵押權之登記，此觀民法第 881 條之 12 第 1 項第 5 款、第 881 條之 13 之規定自

明。準此，最高限額抵押權人於聲請裁定拍賣抵押物時，該抵押權所擔保之債權既已確定而得結算已屆清償期而未受償之金額，基於權利實行之從屬性，抵押權人自應確定其請求實行抵押權優先受償之債權及其金額，並提出該債權存在及已屆清償期之證明文件。

最高限額抵押權確定時，原債權於確定時存在且符合約定之擔保債權範圍者，均得列入該抵押權之擔保債權。惟該抵押權確定時存在之各擔保債權，須已屆清償期而未受清償者，抵押債權人始得據以聲請拍賣抵押物。是最高限額抵押權確定時之擔保債權範圍，與得聲請裁定拍賣抵押物之擔保債權範圍，未必相同。益徵最高限額抵押權人就其據以聲請許可拍賣抵押物之擔保債權，應予特定並提出證明文件，供非訟法院審查認定其債權及數額。

最高限額抵押權人於聲請裁定拍賣抵押物時，就已屆清償期而未受償之多數擔保債權，僅為部分之主張，核屬其處分權之範疇，惟超逾上開範圍未據債權人主張之擔保債權，債務人或抵押人無從預期而於聲請程序中加以爭執，非訟法院亦無從審查。倘債務人或抵押人否認該聲請債權存在，非訟法院從最高限額抵押權人提出之文件為形式上之審查，不能明瞭是否有該債權存在時，即應駁回拍賣抵押物之聲請，不生所謂已屆期且未受清償之擔保債權全部均為裁定效力所及之問題。況未據抵押權人主張之擔保債權，欠缺可預測性及明確性，債務人或抵押人無從對之為爭執，

據以對許可拍賣抵押物之裁定提起抗告或聲請再審，或提起確認債權不存在之訴，倘認該許可裁定之效力及於抵押權人不主張之擔保債權，無異剝奪債務人或抵押人於聲請程序之對審權而使其承擔裁定之不利益，有違程序權之保障。是許可拍賣抵押物裁定之效力，自應結合最高限額抵押權與抵押權人據以聲請之擔保債權。至抵押權人就其未據為聲請裁定拍賣抵押物之擔保債權，得依強制執行法第 34 條第 2 項規定，聲明參與分配，自不待言。

二、非訟法院與執行法院權限各別，執行法院關於拍賣抵押物強制執行程序之開啓及進行，須以非訟法院許可拍賣抵押物之裁定為依據

所謂強制執行，係債權人依執行名義，聲請執行法院對債務人施以強制力，強制其履行債務，以滿足債權人私法債權之程序。強制執行之目的，既在實現債權人之債權，其程序之開啓及進行自應以債權人之債權存在且已屆履行期為前提。現行立法為避免債權人債權之判斷影響執行程序之迅速進行，乃採取權利判斷與權利執行程序分離之制度。強制執行應依執行名義為之，強制執行事件應為如何之執行，須依執行名義之內容定之，不容違反，至債權人有無執行名義所載之債權，執行法院無審認判斷之權。

抵押權人就其債權實行抵押權，其事件類型隱含爭訟對立性，立法者考量社會大眾對抵押權制度之利用及實行抵押權迅速之需求，而將抵押權人聲請裁定拍賣抵押物事件採行非訟程序，由非訟法院就抵押權人提出之文件為形式上之審查而為准、駁之裁

定。於普通抵押權事件，祇須其抵押權已經依法登記，且債權已屆清償期而未受清償，法院即應為准許拍賣之裁定，至於為拍賣程序基礎之私法上權利有瑕疵時，應由爭執其權利之抵押人提起訴訟，以資救濟。惟最高限額抵押權雖經地政機關辦理登記，其實際發生之擔保債權額在結算前並未確定，非訟法院不得因抵押權登記而逕准許拍賣抵押物，須就抵押權人提出之文件為形式上審查，認其有抵押權登記擔保範圍之債權存在，且債權已屆清償期而未受清償時，始得為准許拍賣抵押物之裁定。為兼顧債權人及債務人雙方之權益，非訟法院於裁定前，應使債務人就所擔保之現存債權額有陳述意見之機會，此項程序之踐行，於民國 94 年 2 月 5 日非訟事件法修正增訂第 74 條規定前，亦屬非訟法院職權調查權責之範疇（73 年度台抗字第 349 號裁定意旨可參）。反觀，強制執行法第 9 條規定，開始強制執行前，除因調查關於強制執行之法定要件或執行之標的物認為必要者外，無庸傳訊當事人。實務見解復認拍賣抵押物之強制執行程序，並無適用非訟事件法第 74 條規定之餘地 （103 年度台抗字第 19 號裁定意旨可參）。益徵拍賣抵押物之裁定程序與執行程序，關於當事人之程序保障，顯有不同，不應類比。

拍賣抵押物之執行名義係由非訟法院裁定核發，應由非訟法院就准、否之全部要件通盤審查，不應一部切割由執行法院取而代之。抵押權人取得裁定許可拍賣抵押物所憑之債權，倘經債務人或抵押人提起確認債權不存在之訴，獲勝訴判決確定，該執行

名義之執行力因形式審查基礎失所依附而不存在。若抵押權人執原許可拍賣抵押物裁定，主張尚有未經非訟法院審查之其他債權，聲請執行法院強制執行拍賣抵押物，基於非訟法院與執行法院權責各別，執行法院不得取代非訟法院自為審查擔保債權是否存在，原執行名義自失其執行力，抵押權人不能以原裁定再聲請強制執行，而於該抵押權所擔保原債權之確定時點，倘尚有其他屆期未清償之擔保債權存在，其非不得更行聲請裁定拍賣抵押物，不生一事不再理或聲請無實益之問題。

三、本件多數意見之評析及本意見書之結論

本件最高限額抵押權人甲於 96 年間執系爭拍賣抵押物裁定為執行名義，以原抵押權人乙聲請裁定拍賣抵押物所憑本票債權之該紙本票（下稱系爭本票）為證明文件，主張已受讓該執行名義所載抵押權及擔保債權，聲請強制執行拍賣抵押物，經抵押人丙對甲提起確認系爭本票債權不存在及請求塗銷抵押權之訴。嗣於 98 年間確認系爭本票債權不存在之訴經法院為丙勝訴之判決確定，上開執行程序並已終結。甲於逾 10 年後之 108 年間，再執系爭拍賣抵押物裁定，提出丙擔任連帶保證人之系爭合約文件（下稱其他債權證明文件），主張同判決亦肯認尚有該抵押權所擔保之其他債權存在（尚未確定），重行聲請強制執行拍賣抵押物。而提案之法律問題係謂「倘債權人取得執行名義所憑之本票債權經判決確認不存在確定，但同判決亦肯認尚有抵押權所擔保之債權存在（尚未確定）時，執行法院得否依債務人之聲請，駁

回債權人強制執行之聲請？」。本件裁定主文關於執行法院得否以同判決亦肯認尚有抵押權所擔保之債權存在為由，准許或駁回債權人強制執行之聲請，語意尚有未明。

本件多數意見認為倘執行法院就其另提出之債權證明文件，依形式審查結果，足認尚有其他已屆清償期之擔保債權未受清償者，即不得依債務人之聲明異議，駁回強制執行之聲請。依此見解，抵押權人得以未經非訟法院踐行審查程序之債權聲請強制執行，要求無權限之執行法院取代非訟法院之地位，自行填補執行名義所據擔保債權遭否定所生基礎之欠缺，已造成現行法制非訟法院與執行法院權責分際之混亂；且執行法院既得自行審查執行名義執行力所依據之擔保債權，啓動強制執行程序，則非訟法院於債權人聲請拍賣抵押物裁定時命其提出債權證明文件之必要性何在，值得深思。而抵押權人於聲請裁定拍賣抵押物所憑之債權經判決確認不存在確定後，得執原裁定一再以尚有其他屆期未清償之擔保債權為由，向執行法院聲請拍賣抵押物，債務人或抵押人須相應對之提起訴訟始得排除強制執行，無異將抵押權人未於非訟法院表明債權及其數額之不利效果，轉由債務人負擔，殊非事理之平。又同判決關於抵押人請求塗銷系爭抵押權之訴部分，於理由中就抵押權人之其他擔保債權存否加以論斷，仍不能謂其具有確認判決之效力，何況該部分判決業經最高法院第 4 次廢棄發回更行審理中，執行法院如何形式審查執行債權，亦非無疑。倘執行法院從抵押權人提出之其他債權證明文件為形式上之審

查，不能「足認尚有其他已屆清償期之擔保債權存在」，據此駁回其執行之聲請，依多數說之主張，原拍賣抵押物裁定之執行力仍存在，抵押權人無從再聲請裁定拍賣抵押物，若認其須另提確認該債權存在之訴，始得續行執行，亦難謂對抵押權人有利。如此是否符合拍賣抵押物制度之立法本旨，及兼顧當事人之程序利益，實值商榷。

基上所述，最高限額抵押權之債權人持本票為債權證明文件，聲請裁定准許拍賣抵押物獲准後，執以為執行名義向法院聲請強制執行。倘該債權人取得執行名義所憑之系爭本票債權經判決確認不存在確定，該執行名義之執行力因形式審查基礎失所依附而不存在，縱同判決亦肯認尚有其他擔保債權存在（尚未確定），執行法院應依債務人之聲明異議，駁回債權人強制執行之聲請。抵押權人於該抵押權所擔保原債權之確定時點，倘尚有其他屆期未清償之擔保債權存在，其得更行聲請裁定拍賣抵押物，不生一事不再理或聲請無實益之問題。爰為此不同意見書。

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：113/07/30 03:30

裁判字號：最高法院 108 年台再字第 21 號民事判決

裁判日期：民國 109 年 08 月 06 日

裁判案由：請求侵權行為損害賠償再審之訴

最高法院民事判決　　108年度台再字第21號

再 審原 告　台灣美國無線電股份有限公司

法定代理人　柯安卓（Adrien Fabrice Cadieux）

訴訟代理人　李念祖律師

范　鮫律師

林之嵐律師

楊代華律師

劉怡莎律師

簡維克律師

再 審原 告　Technicolor S.A.

法定代理人　Frederic Rose

再 審原 告　Thomson Consumer Electronics（Bermuda）Ltd .

法定代理人　Sophie Le Menaheze

上 列二 人

訴訟代理人　史　馨律師

林元祥律師

郭哲華律師

褚衍嵐律師

再 審原 告　General Electric Company

法定代理人　H.Lawrence Culp Jr.

訴訟代理人　谷湘儀律師

張炳坤律師

曾至楷律師

再 審被 告　社團法人桃園縣原台灣美國無線公司員工關懷協會

法定代理人　劉荷雲

訴訟代理人　林永頌律師

周漢威律師

孫則芳律師

宋一心律師

李秉宏律師

趙珮怡律師

薛煒育律師

李艾倫律師

張譽尹律師

蔡晴羽律師

朱芳君律師
王誠之律師
曾彥傑律師
蔡雅澄律師

上列當事人間請求侵權行為損害賠償事件，上訴人對於中華民國107年8月16日本院判決（107年度台上字第267號），提起再審之訴，本院判決如下：

主　文

再審之訴駁回。

再審訴訟費用由再審原告負擔。

理　由

本件再審原告General Electric Company（下稱GE公司）之法定代理人，於民國107年10月1日由John L. Flannery變更為H.Lawrence Culp Jr.，有GE公司發布之新聞稿在卷可稽（見本院卷二353頁），H.Lawrence Culp Jr. 聲明承受訴訟，核無不合，應予准許，合先敘明。

次查再審原告主張本院107年度台上字第267號判決其敗訴確定部分（下稱原確定判決）有民事訴訟法第496條第1項第1 款所定事由，對之提起再審之訴，係以：一、前訴訟程序第二審（下稱第二審）係認定GE公司於「76年9月30 日簽約前」已知悉污染情事，再審被告之上訴理由則主張於「77年12月31日正式交易前」（或77年9 月出具調查報告草稿時）知悉污染情事，原確定判決違反民事訴訟法第476條第1項規定，超出第二審之認定及再審被告之主張，自行認定「調查人員於76年10月30日、76年11月18日至同年月27日進行探測調查結果，即發現有污染情事。顯見GE公司於76年12月31 日合併美商美國無線電股份有限公司（原名Radio Corporation of America，嗣更名為RCA Corporation ，下稱美商RCA）前已知悉上情」，藉以建立GE 公司知悉污染後仍促使再審原告台灣美國無線電股份有限公司（下稱RCA 公司）辦理減資，惡意逃避系爭污染所生之損害賠償債務，作為GE公司有揭穿公司面紗原則之適用之主要依據。再審原告Technicolor S.A.（下稱Technicolor）為法國公司、Thomson Consumer Electronics（Bermuda）Ltd.（下稱Thomson（Bermuda））為百慕達公司，均非美國公司，GE公司係轉讓消費電子事業予訴外人「湯姆遜集團」，且未收到或保有有機溶劑作業環境測定資料，原確定判決竟謂「湯姆遜集團」等同於Technicolor，認Technicolor 為RCA公司之控制公司，復自行錯誤認定「RCA 公司桃園廠每月均定期進行有機溶劑作業環境測定，每年並將測定結果傳回國外母公司。可見RCA 公司及其母公司均保有系爭化學物質之種類、使用時間、劑量等相關資料。而於83年9月2日RCA 場址地下水污染調查專案小組第六次會議中，該小組即要求關於廠區運作歷史調查…該次會議GE公司、湯姆遜集團均有派員參加（由Bechtel 公司人員代表），惟RCA等4公司並未提出相關資料」，並基此錯誤事實謂舉證責任應轉換由再審原告承擔，及時效抗辯屬權利濫用之論

理依據。違反民事訴訟法第222條第3項、第476條第1項規定，及最高法院22年聲字第597號、28年上字第2250號、60年台上字第2085號、73年台上字第1903號、72年台上字第112號裁判先例，顯有違誤。二、自來水法第3 章「工程及設備」第47條之規範目的，乃保護自來水公司之設備及服務，重在公共利益，社會大眾因此享受用水品質僅係反射利益，該條規定非以保護個人權益為目的，自非民法第184條第2項所定「保護他人之法律」。原確定判決認定再審原告違反自來水法第47條規定，依民法第184條第2項規定推定有過失，顯然錯誤適用自來水法第47條、民法第184 條第2 項規定，更違背我國侵權行為法之過失責任主義。三、第二審法院否准伊聲請調查再審被告病歷資料等證據，違反民事訴訟法第286 條規定，原確定判決未予審酌，且未針對本件具體情節，斟酌當事人間能力、證據偏在一方、因果關係證明之困難等因素，遽依民事訴訟法第277 條但書規定，減輕再審被告關於因果關係之舉證責任，違反例外從嚴解釋原則、民事訴訟法第281 條規定，及最高法院18年上字第209號、68年台上字第1749 號裁判先例，顯有適用民事訴訟法第277條但書規定錯誤情事。四、102年1月30日修正前之公司法第2條第1項第4款、第154 條規定，股東僅依其所認股份對公司負有限責任，原確定判決違背上開規定，未審酌102年1月30日始修正增訂公司法第154條第2項規定，引進「揭穿公司面紗原則」，係以「公司股東」為受規範主體，不採用「企業實體同一性」理論，且未經我國認許之外國法人無我國公司法之適用，原確定判決竟依公司法第6章之1關係企業之規定，以「揭穿公司面紗原則」為所謂之「法理」，將上開規定恣意溯及既往適用於30年前之RCA公司前股東GE公司及非RCA公司股東Technicolor，復未說明GE公司、Thomson（Bermuda）及Technicolor（下稱GE等3公司）有何濫用RCA公司法人地位，致RCA 公司負擔特定債務且清償顯有困難之情事，遽謂GE等3公司應與RCA公司負不真正連帶賠償責任，理由不備及矛盾，並顯有錯誤適用民法第1條、公司法第449條、第154條第2項規定之情事。五、再審被告至遲於91年2月8日對再審原告聲請假扣押時，其行使權利並無任何事實或法律上之障礙，其基於自身主觀考量，至93 年4月22日始起訴請求伊賠償，其侵權行為損害賠償請求權已罹於時效而消滅，伊為時效之抗辯，係權利之正當行使，並無任何可責難之事由，且得以確保消滅時效制度尊重既存事實狀態及維持法秩序安定性之公益目的，衡之再審被告受影響者僅為個人經濟利益，伊顯非以損害他人為主要目的，自不構成民法第148條第1項所定之權利濫用，縱認伊為時效抗辯因有可歸責事由而違反誠信原則，至多僅使消滅時效於該事由發生後相當期間（最長1 年）內暫不完成，再審被告在原確定判決所認RCA 公司可歸責事由發生後1 年內既未起訴，自不得再限制伊為時效抗辯。原確定判決認定權利濫用之標準，未考量伊於為時效抗辯時並無不當行使權利之意圖、伊因再審被告延滯起訴致證據滅失而難於防禦、再審被告各選定人之個別權利行使情形、再審被告部分會員死亡時距

本件起訴時已逾10年等情形，復未表明認定消滅時效起算點之法律上見解，反以無關再審被告行使權利有無法律上障礙之RCA 公司規避債務、未於訴訟前提出相關事證資料、因果關係舉證困難度等事由，重複評價，遽認伊所為時效抗辯對再審被告全體會員均屬權利濫用，復未具體敘明伊妨害再審被告選定人行使權利之起訖時點，僅以不明確之抽象法律概念空泛剝奪伊行使時效抗辯權，判決不備理由，且違反法律保留原則，對人民財產權加諸法無明文之限制，違反憲法第15條、第16條、第23條，民法第 148條第1項、第197條，民事訴訟法第226條第3項、第469條之1、第470條第2項規定，及最高法院17年上字第917號、29年上字第842號、45年台上字第105號、63年台上字第1885號、71年台上字第737號裁判先例、31年11月19日、95年11月14日民事庭會議決議，司法院大法官釋字第446、474、503、636、694、696、723、775號解釋，亦有違誤。六、RCA公司於81 年間關廠，依法律不溯及既往原則，91年4月28日公布施行之職業災害勞工保護法第7條、及89年5月5日修正施行之民法第487條之1及第227條之1規定，於本件無適用之餘地。原確定判決認本件得適用上開規定，且職業災害勞工保護法第7條、民法第487條之1 所定之「賠償」不以財產上損害為限，違反中央法規標準法第14條、民法債編施行法第1條、第36條、民法第18條第1、2項規定，司法院大法官釋字第574、577、629號解釋，並有違誤等語，為其論據。

按民事訴訟法第496條第1項第1 款所謂適用法規顯有錯誤，係指確定判決所適用之法規，顯然不合於法律規定，或與司法院現尚有效及大法官會議之解釋，或消極的不適用法規，顯然影響判決者而言，不包括漏未斟酌證據、認定事實錯誤、理由不備或矛盾及學說上諸說併存致發生法律上見解歧異之情形在內。且第三審為法律審，其所為判決，以第二審判決所確定之事實為基礎，故上開規定所謂適用法規顯有錯誤，對第三審判決言，應以該判決依據第二審判決所確定之事實而為之法律上判斷，有適用法規顯有錯誤之情形為限。本件第二審判決以：RCA 公司桃園廠、竹北廠於64年至80年間，於其電子及電器產品之生產製程，使用含有如第二審判決附表（下稱附表）三所示化學物質（下稱系爭化學物質）之有機溶劑（下稱有機溶劑），如附表五所示之RCA 公司代表權人執行職務，未教育員工關於有機溶劑對人體之影響、正確處理方式及注意事項、發生中毒事故之緊急措施，亦未提供維護作業勞工健康所必要之防護用具或監督員工使用個人防護用具，未依規定設置符合標準之排氣裝置，致其員工之皮膚接觸該化學物質，或吸入含有系爭化學物質之污染空氣；其竹北廠儲存廢棄之有機溶劑未設置圍堵設施，致有機溶劑污染該廠區地面，其桃園廠任意傾倒廢棄之有機溶劑，致該廠區土壤及地下水中三氯乙烯、四氯乙烯、三氯乙烷等有機溶劑嚴重超標，復使嚴重污染之地下水與自來水系統相通，互相切換，供桃園廠員工飲用，違反勞工安全衛生法（現名職業安全衛生法）授權訂定之「有機溶劑中毒預防規則」、「鉛中毒預防規則」、「勞工健康管理規則

（現名勞工健康保護規則）」、「勞工安全衛生設施規則（現名職業安全衛生設施規則）」如附表四所示規定，74年11月20日修正前之「廢棄物清理法」第12條第1項規定及依該法授權於64年5月21日訂立之「廢棄物清理法臺灣省施行細則」第18條規定，自來水法第47條規定等保護他人之法律。系爭化學物質包含「確定」、「很可能」、「可能」有人類致癌物及有「動物致癌性證據」之成份，其對人體之影響如附表三所示，長期接觸將造成體內之代謝發生變化、細胞功能及其基本結構遭到破壞，導致組織器官損傷、代謝紊亂、功能障礙及病理變化等傷害。RCA 公司員工長期不當暴露、接觸混合多種具致癌性之系爭化學物質，超過可得容受之程度與劑量，體內已存有導致健康異常之因子而受有損害。系爭化學物質多種，其間相互作用、疾病機轉，縱具專業知識之科學家亦未必能清楚瞭解，況RCA 公司使用有機溶劑所含化學物質之種類、劑量等資訊均由其掌握，員工難以得悉，RCA 公司及其母公司保有之相關資料均未提出，由再審被告舉證證明RCA 公司員工所患疾病或死亡結果與接觸有機溶劑間有相當因果關係，顯有困難而失公平，應依民事訴訟法第277 條但書規定，減輕其就因果關係之舉證，以「合理之蓋然性」為已足。依此判斷標準，RCA 公司員工「死亡之疾病」、「外顯之疾病」與接觸有機溶劑有因果關係者，依序如附表六「K本院認定」欄「死亡與接觸有機溶劑有因果關係」、「B」所示。美商RCA由其持股100%之子公司「加拿大商美國國際無線電公司」向我國經濟部投資審議委員會（下稱投審會）申請，於56年8月21日在臺設立RCA公司，於61年間另設立持股100%之子公司「百慕達商美國國際無線電公司」取代「加拿大商美國國際無線電公司」，美商RCA於76 年12月31日與持有其100%股權之GE公司合併，GE公司為存續公司，於76年9月30日與訴外人法商湯姆遜消費電子國際公司（Thomson Consumer Electronics International S.A. ，下稱法商湯姆遜公司）簽約，於77年12月31日將RCA 公司讓與法商湯姆遜公司。「百慕達商美國國際無線電公司」於80年4月3日更名為Thomson（Bermuda），自61年起至81年間，始終持有RCA公司99% 以上之股份，為RCA公司之控制公司。GE公司透過其持股100%之美商RCA，間接持有RCA公司99%以上之股權，至77年12月31日將其消費電子事業轉讓與法商湯姆遜公司前，為RCA公司之控制公司。Technicolor透過其持股99.6%之法商湯姆遜公司（持有Thomson（Bermuda）99.5%股份）、Thomson（Bermuda）間接持有RCA公司99%以上之股份，亦屬RCA公司之控制公司。GE 公司將消費電子事業讓與法商湯姆遜公司前，雙方即分別委託調查RCA 公司桃園廠、竹北廠環境，調查小組於76年10月30日進行調查，足見GE公司、法商湯姆遜公司於締約時應已知悉或可得知悉污染情事，惟渠等均未對外透露污染情事，仍任由RCA 公司員工繼續暴露於受污染之環境，RCA公司於77年3月23日在美國召開股東臨時會決議減資新臺幣25億794萬元，於同年5月28日正式向投審會申請減資，自77年7月21日起至78年11月20日將美金1億5,062萬1,055.89 元匯出

國外，於81年3月24 日將受污染之桃園廠區土地、建物以新臺幣19億350萬7,567元出售，於87年7月、88年1月間將美金1 億餘元匯出國外，顯有惡意脫產、逃避債務之情事，應依「揭穿公司面紗原則」之法理，由RCA公司之股東即其控制公司GE等3公司分別與RCA 公司對如附表一所示（除原確定判決附表甲、乙、丙外）之選定人（再審被告為渠等之被選定人，下稱選定人）負侵權行為之不真正連帶賠償責任。RCA 公司員工不具毒物學等專業知識，對於該公司長期使用有機溶劑所含系爭化學物質之種類及其間作用，對人體健康之影響及造成傷害之可能性，難以確知明瞭。再審被告對再審原告聲請假扣押時，僅係懷疑RCA 公司為侵權行為人，迄法院囑託之鑑定人為鑑定證述後，始知悉RCA 公司使用含致癌性物質之有機溶劑與其身體健康受損害有關，應自斯時起算其侵權行為損害賠償請求權之2 年時效。而接觸有機溶劑所致癌症之潛伏期可能超過20年，應自RCA 公司員工自該公司離職20年或自發病時起計算民法第197條所定10 年。部分選定人或其被害家屬雖自RCA公司離職已逾30年或自發病時起已逾10年，惟RCA公司所為係使員工暴露於混合多項致癌性物質之繼續性侵權行為，相關證據均掌握在RCA 公司手中，其員工欠缺直接證據，難以確認所患疾病成因，個別起訴求償，舉證更屬不易，況RCA 公司陸續將資產轉移海外，益使員工對於起訴望之卻步，足見選定人行使權利有主觀及客觀上之相當困難，非故意或怠忽注意而不行使權利，再審原告以時效抗辯拒絕賠償，違反誠信原則，核屬權利濫用。故選定人依侵權行為之法律關係，請求RCA公司、Technicolor、Thomson（Bermuda）給付如附表一「 (H)本院認定金額」欄所示金額本息，及GE公司給付如附表一「 (I)GE公司應給付金額」欄所示金額本息，如其中一人為給付，他人於給付範圍內免給付義務，自屬有據，爰就上開部分為再審原告敗訴之判決。原確定判決以：第二審本其確定之事實就上開部分為再審原告不利之判決，於法並無違誤，爰維持第二審就上開部分所為再審原告敗訴之判決，駁回再審原告該部分之第三審上訴。

查第三審為法律審，應以第二審判決確定之事實為判決基礎，不得斟酌第二審法院言詞辯論終結前當事人所未主張之事實或未聲明之證據，然對於第二審法院調查證據、認定事實及適用法規是否違背法令，有審查之權，得依第一、二審卷內當事人之陳述及證據資料，而為第二審判決認定事實當否之判斷。GE公司將消費電子事業讓與法商湯姆遜公司前，雙方即分別委託調查RCA 公司桃園廠、竹北廠環境，調查小組於76年10月30日進行調查，足見GE公司、法商湯姆遜公司於締約時應已知悉或可得知悉污染情事；RCA 公司使用有機溶劑所含化學物質之種類、劑量等資訊均由其掌握，員工難以得悉，RCA 公司及其母公司保有之相關資料均未提出，為第二審判決合法確定之事實。則原確定判決依卷內Dames and Moore公司77年9月16日調查報告初稿、77年12月16日報告，及87年度RCA受僱勞工流行病學調查研究 (一)報告、98年整治計畫書，謂「GE公司於76年9月30 日與湯姆遜集團簽訂買賣契

約，…調查人員於76年10月30日、76年11月18日至同年月27日進行探測調查結果，即發現有污染情事。顯見GE公司於76年12月31日合併美商RCA前已知悉上情」、「於83年9月2日RCA場址地下水污染調查專案小組第六次會議中，該小組即要求關於廠區運作歷史調查…該次會議GE公司、湯姆遜集團均有派員參加（由Bechtel公司人員代表）。惟RCA等4 公司並未提出相關資料」，認定第二審上開確定之事實並無不當，未超出第二審判決合法確定事實之範圍。次查原確定判決本於第二審判決合法確定之事實，並就民法第184條第2項所謂「保護他人之法律」、民事訴訟法第 277 條但書所定「依其情形顯失公平」之要件，所涉不確定法律概念之解釋，表示法律上意見，詮釋自來水法第47條立法目的在避免自來水系統遭受污染，以確保國民健康，其所保護者包含個人用水安全之權益，屬保護他人之法律；化學物質長期污染造成之大型職業災害訴訟事件，具共同性、持續性及技術性等特徵，其實害之發生常須長久時日累積始告顯著，其間參雜諸多不確定因素，使因果關係之脈絡，極不明確，倘要求在經濟上、專門知識上處於弱勢之被害人就因果關係之存在，依傳統舉證責任程度為證明，顯非事理之平，應依民事訴訟法第277 條但書規定，減輕被害人關於因果關係之舉證責任；及就學說上諸說併存，關於「揭穿公司面紗原則」之理論於102年1月30日公司法修正前得否適用、「誠信原則對於時效抗辯權行使之適用」，闡述說明公司股東倘濫用公司獨立人格，利用公司型態迴避法律上或契約上之義務，造成社會經濟失序或其他侵害債權人等顯不公平情形時，有援引學說所謂「揭穿公司面紗原則」相關理論，以調整公司法人格獨立及股東有限責任原則之必要，該項理論於102年1月30日增訂公司法第154條第2項規定予以明文化之前，已據司法實務多所參酌，屬民法第1 條所定之法理，得以適用；消滅時效制度設立之目的，重在避免因時間久遠，證據湮沒散失，造成舉證困難，且權利上睡眠者，法律不予保護。惟債務人對債權人之未能行使權利倘有可責難之事由，參照債務人行為之內容與結果、債權人與債務人間社經地位、能力及個案各種事實關係等，足認債務人時效抗辯權之行使有悖誠信原則或公平正義，不容許行使時效抗辯並未顯著違反時效制度之目的時，應解為債務人為時效抗辯係屬權利濫用。無非係就上開法條所定要件之涵義及適用範圍，表示法律上之意見，難謂創設法律所無之限制規範或違反法律保留原則，縱有與上開法律上意見歧異之其他見解，亦非適用法規顯有錯誤之問題。至GE等3公司為RCA公司之控制公司，再審原告對於選定人或其被害家屬之未能行使權利有可歸責之事由，係屬第二審認定事實職權行使當否之問題，無原確定判決適用法規顯有錯誤之可言。再審原告所陳上述再審理由，或為事實審法院取捨證據、認定事實當否之範疇，或為判決是否不備理由或理由矛盾，或為法律審法院就上開事項所表示法律上見解之問題，要與原確定判決是否適用法規顯有錯誤無涉。又原確定判決係認第二審依侵權行為法律關係為再審原告上開部分敗訴之判決，於法並無違

誤，其關於職業災害勞工保護法第7條、民法第487條之1 之論述，不影響判決結果，而予以維持，另未論及民法第227條之1規定之適用，自無原確定判決此部分論述適用法規顯有錯誤情事。再審論旨，指摘原確定判決適用法規顯錯誤，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件再審之訴為無理由。依民事訴訟法第78條，判決如主文。

中　華　民　國　109　年　8　月　6　日

最高法院民事第一庭

審判長法官　陳　國　禎

法官　陳　真　真

法官　李　瑜　娟

法官　王　金　龍

法官　鄭　純　惠

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　華　民　國　109　年　8　月　18　日

資料來源：司法院法學資料檢索系統

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：113/07/30 03:33

裁判字號：最高法院 109 年台上字第 489 號民事判決

裁判日期：民國 110 年 02 月 04 日

裁判案由：請求移除網路搜尋結果等

最高法院民事判決　　109年度台上字第489號

上　訴　人　施允澤

訴訟代理人　徐志明律師

　　方瓊英律師

被 上訴 人　GOOGLE LLC（原名GOOGLE INC.）

法定代理人　ERIC SCHMIDT

訴訟代理人　徐頌雅律師

　　余若凡律師

　　施汝憬律師

上列當事人間請求移除網路搜尋結果等事件，上訴人對於中華民國107年6月20日臺灣高等法院第二審判決（106 年度上字第1160號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人請求被上訴人刪除第一審判決附表編號1至4、11至13所示網頁搜尋結果之上訴，及該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回其他上訴部分，由上訴人負擔。

理　由

本件上訴人主張：伊未參與民國97年間發生之中華職業棒球「米迪亞暴龍隊」（下稱暴龍隊）打假球放水案（下稱系爭假球案），經臺灣新北地方法院98年度矚易字第1號、臺灣高等法院100年度矚上易字第2 號刑事判決（下稱刑事判決）無罪確定。惟被上訴人經營之「http://www.google.com.tw」搜尋引擎（下稱系爭搜尋引擎），於不特定使用者輸入關鍵字「施建新」時，仍自動呈現「施建新球隊難管的真相」、「施建新　施允澤　假球」字串（下稱系爭字串），以該字串檢索後出現如第一審附表（下稱附表）「網頁搜尋結果之內容摘要」欄所示13項搜尋結果（下稱系爭搜尋結果），並得依其顯示之連結路徑連結至各該網頁資料（下稱系爭資料）。系爭搜尋結果及系爭資料之內容，不實指摘伊參與系爭假球案，部分並不當揭露伊之學經歷、職業、感情、家庭等隱私，不法侵害伊之名譽權、隱私權，詳如附表「原告主張侵害其權益及說明」欄所示。伊辭任球團負責人多年，早非特定職業領域之公眾人物，隨時間經過，系爭搜尋引擎當初蒐集及處理伊個人資料之目的已不存在或無正當合理關連，禁止處理系爭資料對伊有更值得保護之重大利益。系爭搜尋引擎運用超連結程式搜尋、讀取各網頁上伊之個人資料，系統化後留存於其伺服

器中，並提供系爭字串及系爭搜尋結果，使網路使用者透過連結網頁輕易取得系爭資料，協助散布或容任系爭資料繼續留存網路供不特定人閱覽，伊得請求刪除系爭字串及系爭搜尋結果等情，依民法第18條第1項、第184條第1項、第195條第1 項後段、第28條、第188條第1項、第213 條，個人資料保護法（下稱個資法）第11條第2、3、4 項規定，並於原審擴張聲明，求為命被上訴人刪除系爭字串及系爭搜尋結果之判決。

被上訴人則以：伊僅為系爭搜尋引擎經營者，非系爭資料發布者，對於系爭搜尋結果、系爭字串所連結之網路資訊內容並不知情，並無故意或過失之侵權行為。上訴人於系爭假球案爆發時為眾所周知之公眾人物，系爭資料內容或為真實，或經合理查證而可信為真，或係善意對於可受公評之事為適當評論，伊運用搜尋引擎程式所提供之搜尋結果，亦屬商業上之意見表現，受言論自由之保障，未不法侵害上訴人之名譽或隱私權。系爭搜尋結果所連結之系爭資料均屬公開資訊，系爭搜尋引擎並未蒐集、處理或利用上訴人個人資料，不受個資法之規範；縱認有個資法之適用，系爭假球案相關資訊，至今仍為公眾關注之公共事務，系爭搜尋結果符合該法第19條、第20條之規定，上訴人不得依個資法第11條第2、3、4 項規定請求伊移除系爭字串及系爭搜尋結果，況如附表編號5至10所示搜尋結果已不存在等語，資為抗辯。

原審以：上訴人為本國人，被上訴人為未經我國認許之外國法人，上訴人主張被上訴人經由電腦網路侵害伊人格權，依侵權行為及個資法規定，請求被上訴人刪除系爭字串及系爭搜尋結果，屬涉外民事事件，依個資法第33條第3項、涉外民事法律適用法第28條第1項第3 款規定，我國法院有管轄權，並應以我國法為準據法。次查原審於107年5月16日言詞辯論期日當庭以系爭搜尋引擎輸入「施建新」關鍵字，勘驗網頁畫面，僅自動呈現「施建新球隊難管的真相」字串，再實行檢索後所出現之全部搜尋結果列表中，出現如附表編號1至4、11至13所示之相同標題文字與連結路徑，並無上訴人主張之「施建新　施允澤　假球」字串及如附表編號5至10 所示搜尋結果，有勘驗筆錄在卷可稽。上訴人請求被上訴人刪除該不存在之「施建新　施允澤　假球」字串及如附表編號5至10 所示搜尋結果，自屬無據。按隱私權為個人之基本權利，其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。現今網際網路與搜尋引擎技術發達，經網路公開揭露之個人資料流通快速、廣泛且長久，加以搜尋引擎業者提供檢索結果及連結，使不特定人易於接近取得，對於資訊主體之資訊隱私權自有影響。而搜尋引擎業者為提供網路使用者實用之檢索結果，各自本於商業上之考量，運用獨特的演算法，對公開網頁進行搜尋及建立排序索引，屬商業上意見表達，受言論自由之保障。是資訊主體以搜尋引擎業者提供檢索結果及連結之網頁資料，不法侵害其隱私權為由，請求刪除

該檢索結果及連結路徑，應本於利益衡量而為判斷。系爭搜尋引擎提供之「施建新球隊難管的真相」字串，係源自於上訴人於97年7月23 日在網路上發表標題為「球隊難管的真相」之文章，網路使用者於系爭搜尋引擎輸入「施建新」時，電腦會利用演算法自動捕捉既有網站連結間之關連性後所產生的清單，呈現該字串，有系爭搜尋引擎之搜尋演算法的運作方式、Goog1e網頁搜尋說明、及「施建新球隊難管的真相」文章可稽。可見該字串呈現在公開網頁，乃上訴人自身行為所致，難認系爭搜尋引擎呈現該字串不法侵害上訴人之人格權。系爭搜尋引擎提供如附表編號1至4、11至13所示之搜尋結果所連結之系爭資料，編號1 係批踢踢實業坊於97年10月間發佈標題為「謊稱年齡、假報學歷施建新原來攏係假—精華區—批踢踢實業坊」之文章，編號2 係維基百科—自由的百科全書網站所刊登標題為「2008年中華職棒假球事件」之文章，編號3係TVBS新聞網於97年10月9日發佈標題為「中華職棒/謊報年齡學歷　施建新：關你何事！」之報導，編號4、11、12 係痞客邦PIXNET網頁依序於98年10月間、97年10月9日、97年10月9日刊登標題「不客氣時間棒球篇（二）：黑米事件一週年有感」、「米迪亞棒球隊真實始末！務必進來看看」、「這種人就應該用球棒從嘴巴穿進去屁眼穿出來」之文章，編號13係訴外人戴凱文於98年間在網路上發表標題為「從米迪亞看中華職棒」之文章。上訴人於97年間系爭假球案爆發時，擔任訴外人米迪亞系統科技股份有限公司執行長，經營暴龍隊，在網路上發表「球隊難管的真相」之文章，並在接受記者採訪時自稱為35歲，曾就讀臺灣大學電機研究所及在美國史丹佛大學攻讀博士學位，乃自願為眾所周知之公眾人物。其因涉及系爭假球案，經檢察官提起公訴，嗣雖經刑事判決無罪，惟刑事判決認定上訴人邀集以職棒簽賭為業之訴外人林秉文合資購買球隊，林秉文並主導、操控暴龍隊球員打假球；報章媒體並曾刊載上訴人年齡、學歷造假等報導。足見系爭資料有關上訴人涉及系爭假球案、可能謊報年齡、學歷之內容，非出於虛構，且係就可受公評之事項為合理之評論，並無侵害上訴人名譽或隱私權。況被上訴人之系爭搜尋引擎提供搜尋結果連結之系爭資料，並非其撰著及發表，客觀上無從審核系爭資料之內容，亦難認其有侵權行為。雖如附表編號1、12 搜尋結果所連結之資料內容，部分評論負面，用語粗俗、偏激，編號11搜尋結果所連結之資料內容，提及上訴人之感情、婚姻狀況；惟衡酌上訴人身為公眾人物，是否有謊報年齡、學歷，有無涉及系爭假球案，與公共利益相關；系爭假球案影響中華職棒發展，始終為國內外關注之公共事務，迄今亦未隨時間經過降低該事件之重要性等情，被上訴人提供附表編號1至4、11至13所示搜尋結果之公共利益，較上訴人之個人利益應優先考量，難認不法侵害上訴人之名譽或隱私權。上訴人依民法第18條規定及侵權行為之法律關係，請求被上訴人刪除「施建新球隊難管的真相」字串及如附表編號1至4、11至13所示之搜尋結果，為無理由，不應准許。又被上訴人經營系爭搜尋引擎，利用程式對公開網頁檢索取

得資料並建立索引，於使用者輸入關鍵字進行特定資料查詢時，其電腦系統根據該關鍵字，利用其設計之演算法捕捉既有網站連結間之關連性，提供相關預測搜尋字串或搜尋結果，就其中與個人資料有關者，自屬對於個人資料之蒐集、處理，應受個資法之規範。系爭搜尋引擎蒐集、處理之個人資料，係取自於公開網站之來源，並有協助資訊發布、流通之功能，具有公共利益，依個資法第19條第1項第6、7 款規定，自屬合法。「施建新球隊難管的真相」字串，係源自上訴人發表之網路文章，其正確性無疑，且有助於網路使用者得以迅速檢索所需資料，難認其處理之特定目的消失或期限屆至。如附表編號1至4、11至13所示搜尋結果所連結之系爭資料，有關上訴人於97年間謊報年齡、謊稱學歷，涉嫌與黑幫份子合資購買球隊及系爭假球案經檢察官提起公訴，非出於虛構，系爭假球案影響我國職棒發展甚深，始終為國內外關注之公共事務，未隨時間之經過降低其重要性或受關注之程度。足見系爭資料之蒐集、處理，所具實現公眾之言論自由及滿足群眾知之需求之特定目的並未消失。上訴人依個資法第11條第2、3、4 項規定，請求被上訴人刪除「施建新球隊難管的真相」字串及如附表編號1至4、11至13所示之搜尋結果，亦無理由，不應准許。爰維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴及擴張（追加）之訴。

關於廢棄發回部分：

查現今資訊科技及網際網路發達，自網路取得個人資料，加以蒐集、處理或利用，甚為普遍，搜尋引擎業者提供檢索結果及連結，加速資訊流通，使網路使用者易於接近取得資訊、滿足知的權利；相對的，個人隱私受侵害之可能大為增加，個人之資訊自主權及隱私權自有受保護之必要，個資法之制定即係為保障個人資訊自主決定之人格權。個資法第5條、第11條第3項前段、第4 項規定：「個人資料之蒐集、處理或利用，應尊重當事人之權益，依誠實及信用方法為之，不得逾越特定目的之必要範圍，並應與蒐集之目的具有正當合理之關聯」、「個人資料蒐集之特定目的消失或期限屆滿時，應主動或依當事人之請求，刪除、停止處理或利用該個人資料」、「違反本法規定蒐集、處理或利用個人資料者，應主動或依當事人之請求，刪除、停止蒐集、處理或利用該個人資料」。是個人資料之蒐集、處理或利用，應合法、有特定目的，且不得逾越必要範圍。資訊主體對於曾經合法公開之個人資料，因時間經過，其被蒐集、處理或利用之特定目的已不存在，或已逾越該目的之必要範圍，自得請求該資料之蒐集或處理者予以刪除。關於必要性存否之認定，應就資訊主體之資訊隱私權與公眾知的權利之公共利益，為法益之衡量。被上訴人經營搜尋引擎，自公開網頁檢索取得資料，於網路使用者輸入關鍵字進行資料查詢時，提供搜尋結果，使網路使用者得以迅速檢索所需資料，就其中有關之個人資料，有蒐集、處理行為；如附表編號1至4、11至13所示搜尋結果所連結之資料，有關上訴人於97年間謊報年齡、謊稱學歷，涉嫌與黑幫份子合資購買球隊及系爭假球

案經檢察官提起公訴等內容，並非虛構；其中編號1、12 搜尋結果所連結之資料內容，部分有用語粗俗、偏激之負面評論，編號11搜尋結果所連結之資料內容則提及上訴人之感情、婚姻狀況。上訴人所涉系爭假球案，嗣經刑事判決無罪確定，為原審認定之事實。果爾，上訴人於事實審主張：被上訴人蒐集、處理系爭資料之目的，係基於商業、經濟利益；伊現非公眾人物，系爭搜尋結果所連結之系爭資料內容已過時，且諸多涉及個人隱私，無留存之必要，伊請求被上訴人刪除系爭字串及系爭搜尋結果，以降低一般民眾接近系爭資料之機會，有個資法第19條第1項第7款但書所定「更值得保護之重大利益」等語（見原審卷一326頁、369頁以下、卷二129頁、187頁以下），即攸關被上訴人提供如附表編號1至4、11至13所示搜尋結果，有無因時間經過而逾越其蒐集、處理目的之必要範圍，上訴人得否請求刪除。乃原審未斟酌被上訴人提供搜尋引擎服務之性質、刪除如附表編號1至4、11至13所示搜尋結果對網路使用者接近利用資訊之影響，該搜尋結果所連結之資料被公開當時之社會狀況及其後之變化，該資料所涉公共利益之具體內涵、記載隱私事實之必要性、公開資料對上訴人隱私侵害之程度，上訴人公眾生活之角色、其行為造成結果之關連性等因素，遽以前揭理由謂上訴人不得依個資法第11條第3、4項規定，請求刪除如附表編號1至4、11至13所示之搜尋結果，尚嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非無理由。末查上訴人現名並非施建新，案經發回，應併注意及之。

關於駁回其他上訴部分：

原審認定系爭「施建新　施允澤　假球」字串及如附表編號5 至10所示搜尋結果，已不存在；系爭搜尋引擎提供「施建新球隊難管的真相」字串，係合法取自上訴人發表之網路文章，未侵害上訴人之人格權，亦無處理之目的消失或期限屆至情事，上訴人不得請求被上訴人刪除，爰就此部分為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴及擴張（追加）之訴，經核於法並無違背。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴一部為有理由，一部為無理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項、第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　華　民　國　110　年　2　月　4　日

最高法院民事第一庭

審判長法官　陳　國　禎

法官　周　舒　雁

法官　陳　麗　芬

法官　黃　書　苑

法官　鄭　純　惠

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　華　民　國　110　年　2　月　9　日

最高法院民事判決

111年度台上字第183號

上　訴　人　鄭中人
訴訟代理人　吳尚昆律師
　　葉思慧律師
被 上 訴人　LINE株式會社(原名LINE分割準備株式會社，Line Corporation及日商連我股份有限公司台灣分公司之承當訴訟人)

法定代理人　出澤剛(Takeshi Idezawa)

訴訟代理人　蔣大中律師
　　施穎弘律師

上列當事人間請求提供複製本等事件，上訴人對於中華民國110年7月20日臺灣高等法院第二審判決(109年度消上字第12號)，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人請求被上訴人給付如附表所示之資料及答覆查詢等之上訴，暨該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回其他上訴部分，由上訴人負擔。

理　由

本件上訴人主張：伊以所有之手機號碼0939292689（下稱系爭門號）註冊為被上訴人LINE株式會社之被承當訴訟人LINE Corporation【民國110年2月28日與LINE分割準備株式會社完成吸收分割程序，並更名為A Holdings株式會社（下稱LINE公司），由LINE分割準備株式會社（同日更名為LINE株式會社）繼受LINE公司及日商連我股份有限公司台灣分公司（下稱LINE台灣分公司）之各項LINE服務業務】之登入帳號，使用其提供之LINE服務，兩造間成立LINE服務契約（下稱系爭契約）。嗣系爭門號變更登記人為訴外人群和智慧財產有限公司，仍由伊繼續使用。LINE公司於10

2年4月1日訂定LINE服務條款（下稱服務條款），於105年12月9日發布隱私權政策（下稱隱私權政策），LINE台灣分公司於107年5月1日就其於我國提供LINE服務訂定LINE聊天服務之特別條款（下稱特別條款）。LINE公司於107年9月19日透過行動裝置通知伊變更隱私權政策，未說明蒐集個資之目的及同意與否可能產生之影響，逕顯示「欲繼續使用LINE，您必須同意LINE隱私權政策的變更以及LINE為行銷目的而使用及分享本人資訊」，要求伊須點選「同意」按鈕，如不勾選同意即無法繼續使用LINE服務（下稱系爭通知），違反隱私權政策6c第2項約定，及行政院所頒「即時通訊軟體服務定型化契約應記載及不得記載事項」（下稱系爭應記載及不得記載事項）其中應記載事項第9條，個人資料保護法（下稱個資法）第5條、第7條、第8條、第19條第1項第5款、第20條第1項第6款，公平交易法第9條第4款、第25條，消費者保護法（下稱消保法）第11條、第12條，民法第247條之1之規定，應屬無效。詎LINE公司因伊未勾選同意按鈕，即停止提供登入帳號為系爭門號（下稱系爭門號帳戶）LINE服務。伊於108年1月11日、同年2月23日依隱私權政策5a.約定，透過被上訴人官方網頁要求被上訴人將系爭門號帳戶如附表所示伊之個人資料複製本（下稱個資複本）提供予伊，被上訴人迄未完整交付，妨害伊行使個人資料自主權，伊得依系爭契約約定及個資法第10條前段規定，請求被上訴人繼續提供伊LINE服務，及就其蒐集系爭門號帳戶之伊個人資料，答覆伊之查詢及製給個資複本。伊因無法使用LINE服務，致失去所儲存之重要資料及500位好友聯絡方式等，並遭部分友人、公務往來對象誤會伊故意不讀取或回覆訊息，對伊產生負面評價而名譽受損，伊得依個資法第29條第2項準用第28條第2項前段，民法第184條第2項、第185條、第195條第1項前段規定，一部請求被上訴人給付伊慰撫金新臺幣（下同）10萬元等情，並於原審減縮聲明，求為命被上訴人繼續提供伊LINE服務，及製給直接、間接蒐集系爭門號帳戶如附表所示未提供之個資（下稱系爭個資）複本予伊，並以書面向伊報告其如何處理、利用所蒐集系爭門號帳戶之個資，暨完整列舉系爭門號

帳戶之個資揭露予第三人之內容、可供查證之接收對象名稱；並給付伊10萬元之判決（未繫屬本院者，不予贅敘）。

被上訴人則以：伊業將所保留系爭門號帳戶之上訴人個資複本製給上訴人，伊並未蒐集或保留系爭個資，自無從提供或報告。伊於107年6月25日、同年7月2日依序於官網、部落格預告、說明隱私權政策之更新，明確告知蒐集個資之目的及同意與否可能產生之影響，復於同年9月19日通知上訴人時再次說明：「用戶必須就『LINE隱私權政策的變更』與『LINE得為了行銷目的使用及分享本人資訊』等2個選項點選『同意』按鈕，才能繼續使用LINE服務；如果用戶不希望個資被使用於行銷目的，可以在勾選同意後，於繼續使用LINE服務時，進入『設定』選項，選擇退出直接行銷機制」，並無妨害上訴人行使其個資自主權。上訴人係因拒絕依上開流程辦理，致無法進入系統使用LINE服務，伊並未停止上訴人使用LINE服務。上訴人將伊提供之LINE服務用於公務，本件並無消保法或系爭應記載及不得記載事項之適用，倘認有其適用，上訴人既不同意伊變更隱私權政策，系爭契約應視為終止。伊並未不法蒐集、處理或利用個資侵害上訴人名譽，上訴人不得請求伊賠償慰撫金10萬元等語，資為抗辯。

原審以：LINE公司於102年4月1日訂定服務條款，於105年12月9日發布隱私權政策，LINE台灣分公司於107年5月1日就其於我國提供LINE服務訂有特別條款。LINE公司於107年9月19日向使用LINE服務之用戶提出變更隱私權政策之系爭通知，以系爭門號註冊之LINE服務帳戶存有系爭通知，系爭門號帳戶係由上訴人持有使用，為兩造所不爭執。次查(一)被上訴人業依上訴人之請求，提供其依隱私權政策3a.i、3a.ii所蒐集及保留LINE帳號相關資訊、裝置類型、作業系統類型、IP位址、瀏覽器資訊，其中包括類型和語言設定、廣告識別碼等個資複本予上訴人。上訴人主張被上訴人尚蒐集或保留系爭個資，既為被上訴人所否認，上訴人自應負舉證之責。惟查，如附表編號1至6所示之個資，係LINE公司依隱私權政策3b.i至3b.viii及3c.「可能」蒐集之資訊，如附表編號7所示「被上訴人向提供特定服務的合作夥伴，及使用官

方帳號、以LINE帳號登入進行驗證、或提供服務的第三方蒐集的上訴人個人資訊」，並非隱私權政策4d.所定被上訴人應繼續留存之對象，被上訴人已提供上訴人選擇設定經其留存之個資，上訴人未舉證證明被上訴人有蒐集或保留系爭個資，其依隱私權政策4d.約定，請求被上訴人交付，自屬無據。被上訴人依個資法第10條規定，僅就其蒐集之個資答覆查詢、提供閱覽或製給複製本，不包括就蒐集之個資如何處理、利用為答覆查詢；隱私權政策5a.約定係載明被上訴人之回覆均係依據相關法律規定，未約定被上訴人有報告後續處理、利用之義務。上訴人依個資法第10條前段規定，請求被上訴人製給系爭個資複本，及以書面報告如何處理、利用所蒐集系爭門號帳戶之個資，暨完整列舉系爭門號帳戶之個資揭露予第三人之內容、可供查證之接收對象名稱，均無理由。(二)上訴人係以消費之目的而使用被上訴人提供之LINE服務，系爭契約自有消保法之適用。被上訴人為與不特定多數消費者訂立同類之即時通訊軟體服務契約，提出預先擬定之服務條款屬定型化契約條款，系爭應記載及不得記載事項構成系爭契約內容，服務條款與之抵觸者無效。系爭應記載及不得記載事項之應記載事項第9條第1至3項規定：「企業經營者變更契約或服務內容時，應以雙方約定之方式公告及通知消費者」、「企業經營者未依前項進行公告及通知者，其契約或服務內容之變更無效」、「消費者於第一項通知到達後十五日內未為反對之表示者，視為接受契約或服務內容之變更；有為反對之表示者，視為終止契約之通知」；不得記載事項第5條第1項規定：「不得約定企業經營者得任意終止或解除契約」，系爭契約關於契約內容變更及終止契約部分，自應以系爭應記載及不得記載事項上開規定為準。被上訴人於107年6月25日在其官網預告將更新隱私權政策，於同年7月2日在官方部落格公告於「該日」更新隱私權政策，用戶會陸續在手機的LINE中，收到需要用戶同意的通知視窗等，並說明更新隱私權政策相關事項，包括用戶必須就「LINE隱私權政策變更」與「LINE得為了行銷目的使用及分享本人資訊」等2個選項點選「同意」按鈕，才能繼續使用LINE服務之說明(用

戶就第3個選項「本人同意分享優化服務資訊以協助完善服務」即使不點選「同意」按鈕，亦不會影響其繼續使用LINE服務），同時告知如果用戶不希望自己的資料被使用於行銷目的，可以在勾選同意後，於繼續使用LINE服務時，進入「設定」選項，選擇退出直接行銷機制；於同年9月19日通知上訴人變更隱私權政策，並再次說明前述事項，有107年6月25日官網公告、107年7月2日官方部落格公告、107年9月19日變更隱私權政策通知附卷可稽。足見被上訴人已向包含上訴人在內之用戶，公告及通知變更之內容、蒐集個資之目的及同意與否可能產生之影響，並告知蒐集個資係為行銷之目的及合作對象泛指協力廠商、廣告商，並無未盡說明義務之情事。上訴人得自行評估是否同意隱私權政策之變更，倘不希望自己的資料被使用於行銷目的，可以在勾選同意後，於繼續使用LINE服務時，進入「設定」選項，選擇退出直接行銷機制，操作上雖較為繁瑣，並未影響上訴人自由意思之決定，尚無違反系爭應記載及不得記載事項，難認妨害上訴人個資自主權之行使。上訴人於107年9月19日未點選同意，迄原審言詞辯論終結時，仍未同意隱私權政策之變更，其請求被上訴人繼續提供LINE服務，難認有據。被上訴人變更隱私權政策已盡說明之義務，並無妨害上訴人行使個資自主權或侵害其名譽之情事，且上訴人未按同意鈕，被上訴人亦無從依變更後之隱私權政策蒐集、處理、利用上訴人之個資，自無違反個資法第7條、第8條規定可言。上訴人依個資法第29條第2項準用第28條第2項前段，民法第184條第2項、第195條第1項前段規定，一部請求被上訴人賠償慰撫金10萬元，亦屬無據。故上訴人請求被上訴人繼續提供伊LINE服務，及就其直接、間接蒐集之系爭個資製給複本，並以書面向伊報告其如何處理、利用所蒐集系爭門號帳戶之個資，暨完整列舉系爭門號帳戶之個資揭露予第三人之內容、可供查證之接收對象名稱，並給付伊10萬元，為無理由，均不應准許。爰維持第一審就上開部分所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴。

關於廢棄發回部分：

查原審於附表編號1、2（即原判決附表2編號2、3）之備註欄記載「僅部分提供，並不完全（本院卷第177至188頁部分，業經減縮，不在請求範圍）」，就上訴人經減縮聲明後如附表編號1、2所示之請求範圍未予特定，復未釐清如附表編號7所示「被上訴人向提供特定服務的合作夥伴，及使用官方帳號、以LINE帳號登入進行驗證、或提供服務的第三方蒐集的上訴人個人資訊」之具體內容為何，遽為判決，已有可議。次查隱私權政策4d.約定：「LINE在以下情形會保留您所提供的個人資訊：您的帳號有效的情況下；履行本隱私權政策中所載的特定用途所需期間內；或適用法令中要求的期間內」（見第一審卷204頁）。而兩造不爭執雙方均無終止契約之行為，上訴人係因未點選「同意」按鈕，決定同意變更否，致無法繼續使用LINE服務，其只須依據被上訴人之指引，點選同意按鈕，即可繼續使用LINE服務（見原審卷163頁、169頁）。果爾，被上訴人在系爭門號帳戶有效之情況下，就上訴人所提供之個資依約應予保留。乃原審未命被上訴人證明其未保留上訴人所提供個資之原因及依據，遽就上訴人請求製給系爭個資複本，為上訴人不利之判決，亦有未合。又維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第22條所保障。個人自主控制個人資料之資訊隱私權，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權。準此，當事人本於資訊自主之知悉權，依個資法第10條規定，得請求公務機關或非公務機關答覆之查詢，包括就其蒐集之個人資料如何處理及利用；被請求機關須具有同條但書所定之事由，始得拒絕。原審見未及此，復未審究被上訴人所為抗辯是否符合個資法第10條但書所定事由，遽謂個資法第10條之規定不包括就蒐集之個資如何處理、利用為答覆查詢等，進

而認上訴人不得為此項請求，並有未洽。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非無理由。

關於駁回其他上訴部分：

原審認定被上訴人通知上訴人變更隱私權政策，已盡說明之義務，上訴人未同意變更隱私權政策，不得請求被上訴人繼續提供LINE服務；被上訴人並無妨害上訴人行使個資自主權、不法蒐集上訴人個資或侵害其名譽之情事，上訴人不得請求被上訴人賠償慰撫金10萬元，爰就此部分為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，經核於法並無違背。至原判決關於契約已否終止所為論述，無論當否，要與裁判結果不生影響。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴一部為有理由，一部為無理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項、第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　27　　日

最高法院民事第一庭

審判長法官　陳　國　禎

法官　李　瑜　娟

法官　邱　景　芬

法官　蔡　和　憲

法官　鄭　純　惠

本件正本證明與原本無異

書　記　官　陳　雅　婷

中　　華　　民　　國　　112　　年　　5　　月　　4　　日

最高法院民事大法庭 112 年度台上大字第 544 號裁定部分不同意見書

法官　李 寶 堂

法官　鄭 純 惠

對於本院民事大法庭 112 年度台上大字第 544 號裁定(下稱本裁定),有關肯定法人得享有名譽、信用之人格權部分,敬表贊同;惟關於「法人之名譽或信用遭侵害,致受有對達成其設立目的有重大影響而無法以金錢量化之損害,得請求金錢賠償」部分,尚難支持。爰提出部分不同意見書。

一、 本裁定肯認法人於法令限制內,依其性質得享有名譽、信用之人格權,敬表贊同

人格尊嚴之維護,為我國憲法保障人民自由權利之基本理念;人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺,為受憲法第 22 條保障之基本權(司法院釋字第 372、664 號解釋理由參照),並經由民法等規範之制定,以具體落實其保障。關於基本權保障之主體,憲法第二章之章名及個別條文均規定為「人民」,至於法人是否為基本權保障之主體,並無明文。就此,司法院釋字第 486 號解釋闡述:自然人及法人為權利義務之主體,當然為憲法保護之對象;為貫徹憲法對人格權及財產權之保障,非具有權利能力之團體,於符合一定要件之前提下,亦受憲法之保障。

由此可見，法人為基本權保障之主體。惟有關法人受基本權保護之範圍及程度，與自然人有無不同，則未據詮釋。

法人因組織、目的之不同而具有異質性，相關問題之類型化處理，常有其必要性。有關公法人得否主張基本權之保護，因涉及組織型態、任務性質等問題，尚存爭議而有討論餘地，非得一概而論。惟觀之經中央原住民族主管機關核定，具有公法人資格之原住民部落，就其傳統智慧創作申請取得智慧創作專用權，得享有智慧創作之財產權及人格權（原住民族基本法第 2 條之 1 第 1 項、原住民族傳統智慧創作保護條例第 6 條第 2 項、第 10 條）；具私法人性質之公營事業，於其目的及公司章程所定範圍內，得享有憲法財產權之保障，亦為司法院釋字第 765 號所肯認；民法第 26 條規定：「法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力。但專屬於自然人之權利義務，不在此限」。準此而言，無涉公共任務執行之私法人，得依其性質享有基本權，殆無疑義。本件提案及併案基礎事實之請求人均為本國公司法人，自得依其性質享有受憲法保障之人格權。本裁定肯認法人於法令限制內，得享有非專屬於自然人之名譽、信用人格權，且對於法人名譽、信用之法律保障於今更形重要，敬表贊同。基於大法庭裁定表示之法律見解，僅就與提案相同事實之同一法律爭議，發生拘束力，爰以上開基礎事實為以下討論之前提。

二、 本裁定關於「法人之名譽或信用遭侵害，致受有對達成其設立目的有重大影響而無法以金錢量化之損害，得請求金錢賠償」部分之理由構成及衍生之疑義

非財產權與非財產上損害，意義不同。人格權受侵害，可能發生財產上損害及非財產上損害。關於人格權之民事保障，立法者於民法第 18 條設有一般性之規定，於第 1 項賦予人格權受侵害者除去侵害請求權、防止侵害請求權。又人格權為民法第 184 條第 1 項前段所保護之權利，名譽、信用並為同法第 195 條第 1 項前段具體明定之人格權。被害人就其名譽或信用之人格權受侵害所生財產上或非財產上之損害，得依民法第 213 條規定，請求回復原狀或支付回復原狀所必要之費用，以代回復原狀。準此，本裁定所稱：民法第 18 條第 2 項所謂損害賠償，倘非解釋包含非財產上損害賠償，非財產上損害之回復原狀將失所依據等語，似無發生之疑慮。至於人格權受侵害所生非財產上損害之金錢賠償，依民法第 18 條第 2 項規定，以法律有特別規定者為限，始得請求。由此可見，立法者具目的性地以法律保留制約以司法解釋或法官造法等方式，擴大其適用之範圍。是關於該項規定及所指特別規定之適用發生疑義，探究其立法本旨，以發現客觀之規範意旨，據為法律解釋之參考，自有其必要。

我國民法於民國 18 年制定時，第 18 條係仿自 1907 年瑞士民法第 28 條之立法例，而瑞士民法所稱損害賠償乃專指財產上

之損害賠償而言，至於非財產上之損害賠償則以慰撫金稱之。民法第 195 條第 1 項「雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額」（下稱系爭規定），則參照 1900 年德國民法第 847 條第 1 項之立法用語。參考各該法源國之解釋，以理解立法意旨，前者所稱慰撫金，與後者所謂非財產上之損害賠償，其意義內涵實無不同，均係針對精神上損害而言。而非財產上損害不能以金錢計算，其所以賦予被害人以金錢利益者，旨在恢復被干擾精神之平衡及慰撫其痛苦。再觀民法第 195 條之立法理由，亦載明：「查民律草案第九百六十條理由謂身體、康健、名譽、自由之被害人，雖非財產上之損害，亦得請求相當賠償之金額，（慰藉費）以保全其利益」。是以，本院裁判先例及學說通說之見解，向來認為人格權受侵害之慰撫金或相當金額之賠償，係供賠償人格權遭受侵害之精神上損害（見本院 108 年度台上大字第 2680 號裁定理由）。本裁定並未闡釋系爭規定之立法本旨，亦未說明於今如何考量該項立法之客觀規範意旨而為解釋，僅以社會情況變遷、時移世異為由，所為法意解釋之理由構成尚有未足。

關於世界各國立法例或學說判例，固不失為法律解釋所得參考之事實資料，惟仍需詳予探究外國法制之理論基礎及其規範內容，並就我國相關法制加以比較，始足據為比較解釋。本裁定謂「瑞士法已修正其規定，許法人於一定要件下得請求非財產上損害之金錢賠償（瑞士債務法第 49 條），另如法國、日本、波蘭、

歐盟及歐洲人權法院等判決，亦多予以肯認」，惟未詳細論述各該國為何及如何准許之具體內涵，亦未就其他國家未予肯認之理由、我國與各該國法制之異同，加以比較說明；參以瑞士係以法律修正，而非司法解釋之方式肯認。則本裁定以世界潮流為由，認於今解釋系爭規定之文義，應包括非精神上損害以外之其他非財產上損害，論斷所據亦有不足。

本裁定另以民法第 514 條之 8 規定之立法為據，解釋系爭規定所稱「非財產上損害」之文義，不以精神上損害為限。惟民法第 514 條之 8 關於旅遊時間浪費之非財產上損害賠償，乃針對人格權受侵害所為之規範。蓋時間係個人生活規劃、目標設定之基礎，時間如何利用，涉及個人自主決定之人格權。而旅遊未依約定之旅程進行，是否為時間之浪費，通常取決於個人基於其時間利用之價值觀而生之主觀感知。此由該條係規定「旅客就『其』時間之浪費」，可知時間之浪費與否，涉及個人主體性。是該條所指時間浪費之損害，非謂客觀上時間的單純流逝，而係指旅客無法依原定目標度假、舒展身心，主觀感受時間無益虛度所生失落、鬱悶、沮喪、怨憤等精神上損害而言。參以立法者於特別侵權行為法，亦多設有「雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額」之相同文字規定；觀之其中個人資料保護法第 28 條第 2 項之立法理由：「當事人可能不發生財產上損害而僅生精神上痛苦，爰參照民法第 195 條之規定，於本條第 2 項規定被害人亦得

請求相當之慰藉金」，醫療器材管理法第 82 條第 2 項之立法理由：「非財產上損害係指非得以金錢計算之損害，乃精神或肉體痛苦」。似見本裁定以「立法者因應文明社會之發展，肯認時間浪費係有別於精神上痛苦之非財產上損害」為據，進而體系化解釋系爭規定，所為解釋推論之前提仍待商榷。

本裁定係基於「強化法人人格權保障」之目的，解釋系爭規定之文義包括精神上痛苦以外之非財產上損害，法人得以直接適用，並認「在其設立目的之圓滿達成需求下，法律亦應賦與其完善之人格權保護」。依此而言，精神痛苦之程度，並非自然人請求慰撫金之要件，僅為慰撫金額量定之審酌因素。則本裁定僅以法人與自然人有其本質上之差異為由，認法人所受非財產上損害以對達成其設立目的有「重大」影響為限，關於差別處理之合理依據，似宜為更詳細之理由論述。而何謂「對達成其設立目的有重大影響」，涉及不確定法律概念，恐生將來事實審法院運作之解讀爭議。又法律解釋之意義，具體存在於個案之適用。依本裁定理由所示「法人之名譽或信用遭侵害所受之損害，原多屬得以金錢量化之財產上損害，此於被害人為營利法人時尤然」，本件以營利為目的之公司法人就其名譽或信用遭受侵害，恐因未符合受有「無法以金錢量化之損害」之要件，實質上無從請求賠償相當之金額。果爾，具個案效力之本裁定，基於強化法人人格權保

障之目的所為解釋，具體存在於本件個案適用之意義為何，亦值思考。

三、 充實公司法人商譽保護之探求—財產權與非財產權二分法之檢視(代結論)

向來依權利之標的，區分為財產權及非財產權，前者指具有財產價值之權利，包括債權、物權及無體財產權；後者包括人格權及身分權。傳統人格權係以體現人之尊嚴及價值的「精神利益」為其保護客體，該精神利益不能以金錢計算，不具財產權之性質。關於人格權受侵害之財產上及非財產上損害，其賠償範圍及方法，均適用民法第 213 條以下之規定。而民法第 213 條在於保護被害人之完整利益，民法第 214、215 條則在保護被害客體之價值利益。傳統人格權因不具財產權性質，其受損害本身非得視為被害人之財產上損害，自無價值利益之賠償問題。又囿於傳統差額說，只有被害人因人格權受侵害造成整體財產不利之結果，即財產結果損害，始得依民法第 216 條規定請求賠償。惟公司法人之名譽、信用（下合稱商譽）受侵害，未必衍生實質的財產結果損害，倘未能證明其受有結果損害，即無適用民事訴訟法第 222 條第 2 項之餘地；縱嘗試回復原狀，實際上亦可能難以恢復其商譽應有之狀態，而仍存有回復原狀不足以填補其所受非財產上損害之情形。鑑於民法第 18 條第 2 項之規定，公司法人乃轉而尋求依系爭規定請求賠償相當之金額，惟其實際上恐難符合本裁定主文所示要件而仍無法求償。審酌有些權利無法單純歸類為財產權

或人格權，例如：著作權、專利權；且人格權與無體財產權之界限亦有流動之可能，例如：商標權。重新檢視向來財產權與非財產權之二分法，或可探求其他充實公司法人商譽保護之方法。

公司法人之商譽為其企業形象、品牌之表彰，而成為如何之企業、建立如何之品牌形象，以體現企業之識別度、同一性，涉及其人格發展之自主決定權，商譽之權利內涵，乃具有人格權之非財產權性質。然隨著社會變遷、機械化及科技進步，同類商品大量生產進入市場，造成企業競爭激烈，而廣告傳播事業發達，更加深企業形象認同與消費行為間之連結。企業須經由長時間嚴格管控商品及服務品質，以維護、累積其商譽，使消費者對其品牌產生信賴，始可達到相當之市場地位。商譽代表企業的品牌價值、客戶關係、管理能力、員工素質等無形優勢，並於商業活動及營業讓與時展現其經濟效益及商業價值，其內涵蘊含一定之經濟利益，為兼具財產價值之無形資產，此觀商業會計法第 50 條第 1 項、商業會計處理準則第 21 條之規定自明。而商譽之財產價值與其公司之社會評價、信用、聲譽等緊密相連，其權利內涵具有人格權與財產權之雙重性質。商譽既具有財產權之性質，公司法人就其商譽受侵害致價值減損，得依民法第 214、215 條規定請求金錢賠償。此與須證明其另受有結果損害，始得依民法第 216 條規定請求賠償財產上損害，自有未同。商譽，本屬抽象存在之概念，其損害金額不易具體計算。倘被害人已證明受有損害

而不能證明其損害之數額或證明顯有重大困難者，得適用民事訴訟法第 222 條第 2 項規定，由法院審酌一切情況，依所得心證定其數額。而實務上關於無形財產評價之方法（參見無形資產評價基準暨評價資料庫之建置與管理辦法），亦可供商譽價值估算之參考，據以計算其價值減損之數額。

公司法人商譽之權利內涵，具有人格權與財產權之雙重性質。為充實公司法人商譽之保護，倘原有之侵害除去、侵害防止或回復原狀之請求，仍有救濟不足之虞，與其迂迴糾結於請求非財產上損害之金錢賠償而未果，透過財產權與非財產權二分法之重新檢視，解析法人商譽之權利內涵，具體化商譽受損本身之經濟利益，經由財產價值利益之賠償，以實質填補公司法人商譽之損害，或許是另一值得思考的方向。

最高法院民事判決

113年度台上字第649號

上　訴　人　吳沃澤

吳鄭素貞（吳文亮之承受訴訟人）

吳常嘉（吳文亮之承受訴訟人）

吳其玲（吳文亮之承受訴訟人）

吳青芳（吳文亮之承受訴訟人）

吳柏廷（吳沃疇之承受訴訟人）

吳黃麗彩（吳沃疇之承受訴訟人）

吳姿瑩（吳沃疇之承受訴訟人）

吳柏青（吳沃疇之承受訴訟人）

張吳玲玲

陳俊德

陳賢立

陳賢哲

吳娟娟

吳哲明

吳沃松

吳俊德
吳俊傑
吳俊謨
吳俊龍
吳陳聘
吳純純
吳哲夫
吳哲三
吳哲修
陳吳美惠
林俊偉
林佳禾
林佩玉
楊裕東

共　　同
訴訟代理人　高傳盛律師
上　訴　人　吳俊夫
吳黃幸先
吳孟儒
吳陳素猜

吳信翰
吳信輝
吳信億
陳惠日
陳守堅

陳惠月

陳守富

陳惠年
吳陳翠璣
吳斯年
吳靜容
顏陳玉鳳
顏家和
張顏嬌嬌
顏家興
顏美玲
黃耀隆
黃麗蓉
黃耀儀
黃世安
黃素娥
黃耀群
黃素秋　現應為送達之處所不明
李黃寶鶴

黃瀞玉
黃筱詞
黃郁青
黃耀陞
黃建興
黃建義
童黃寶桂
王黃月華

黃麗莉
黃柏嘉

林毅勳
林洋光
林俊青
林怡慧
林妍秀

林弘謀
林弘猷
林弘志

林永陽
林雪娥
林雪卿
黃林雪嬌
吳江明霞
吳宗憲
吳宗隆
吳玉麗
吳侑誠（兼林美智之承受訴訟人）

吳宣燁（兼林美智之承受訴訟人）

吳思諄（林美智之承受訴訟人）

吳珮芬
吳沃燧

闕吳錦綾
吳 沃 基

柯吳錦綉
吳 毓 舲（吳沃霖之承受訴訟人）

吳 綺 舲（吳沃霖之承受訴訟人）

吳 肇 峰
被 上訴 人　財政部國有財產署

法定代理人　曾 國 基
上列當事人間請求塗銷土地所有權登記等事件，上訴人對於中華民國111年11月15日臺灣高等法院第二審判決（110年度上字第449號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件上訴人吳沃澤以次30人基於共有及繼承之法律關係，請求被上訴人塗銷土地所有權登記，其訴訟標的對於共同訴訟之繼承人必須合一確定，依民事訴訟法第56條第1項第1款規定，吳沃澤以次30人對於原判決提起上訴之效力，及於同造未提起上訴之吳俊夫以次65人，爰將之併列為上訴人，合先敘明。

二、次查上訴人主張：日據時期編定為新莊郡板橋街番子園段番子園小段第211-1、222-1地號土地應有部分2分之1，及同小段第213-1地號土地全部（下稱原211-1等土地），為伊之先祖吳愚所有，伊因繼承而公同共有。上開土地因坍沒成為河川，於民國21年（日據時期昭和7年）辦理滅失登記，嗣土地陸續浮覆，臺灣省政府於85年9月26日公告劃出河川區域治理計畫範圍線外之土

地，依土地法第12條第2項規定，該土地所有權當然回復。原211-1等土地經地政機關重新編列地號，成為新北市板橋區僑中段（下稱僑中段）第803地號（嗣再分割增加第803-2、803-4地號）及同段第806地號（嗣再分割增加第806-1、806-2、806-4、806-8、806-28至30地號）土地之一部分，實際坐落位置如原判決附圖（下稱附圖）標示803-2、803-4、803-4(1)、806(1)所示，面積依序73.33、26.75、161.27、44.05平方公尺（下稱系爭土地）。詎系爭土地於89年2月21日辦竣第一次登記為中華民國所有，管理機關為被上訴人，妨害伊所有權之行使等情，依民法第828條第2項準用第821條、第767條第1項中段規定及繼承之法律關係，求為命被上訴人將如附圖標示803-2、806(1)部分，辦理土地分割登記後，將分割出之地號及僑中段第803-4地號土地以第一次登記為原因之所有權登記塗銷之判決。

三、被上訴人則以：系爭土地浮覆後，須經主管機關公告劃出河川區域外始屬回復，原所有人之土地所有權非當然回覆。上訴人為未經我國法令登記之系爭土地原所有權人，其本於所有權之妨害除去請求權，有民法第125條消滅時效規定之適用。系爭土地於89年2月21日登記為中華民國所有，上訴人之請求權時效自斯時起，算至104年2月20日，已罹於時效而消滅，上訴人遲至109年8月27日始提起本件訴訟，伊得為時效抗辯，並無權利濫用或違反誠信原則等語，資為抗辯。

四、原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，係以：日據時期編定為新莊郡板橋街番子園段番子園小段第211-1、222-1地號土地應有部分2分之1、第213-1地號土地全部，原為吳愚所有。吳愚於25年12月25日死亡，由其子吳澄淇等人共同繼承，吳澄淇於38年2月14日死亡，上訴人為其部分繼承人。原211-1等土地因坍沒成為河川，於21年辦理滅失登記，嗣土地陸續浮覆，於85年9月26日經臺灣省政府公告劃為河川區域治理計畫範圍線兩側以外之土地，並由地政機關重新編列地號，成為僑中

段第803地號（嗣分割增加第803-2、803-4地號）及同段第806地號（嗣分割增加第806-1、806-2、806-4、806-8、806-28至30地號）土地之一部分，實際坐落位置及面積如附圖標示803-2、803-4、803-4(1)、806(1)所示。系爭土地於89年2月21日辦竣第一次登記為中華民國所有，管理機關為被上訴人，為兩造所不爭執。次查(一)土地法第12條第1項所謂私有土地因成為公共需用之湖澤或可通運之水道，其所有權視為消滅，並非土地物理上之滅失，所有權亦僅擬制消滅，當該土地回復原狀時，依同條第2項之規定，原土地所有人之所有權當然回復，無待申請地政機關核准。至同項所稱「經原所有權人證明為其原有」，僅係證明方法，不因之影響其實體上權利。系爭土地浮覆時，上訴人因繼承而公同共有之土地所有權當然回復，無須主管機關之核准。系爭土地經登記為中華民國所有，對上訴人公同共有系爭土地之所有權自有妨害，上訴人得本於所有人地位行使物上請求權。(二)司法院釋字第107號、第164號解釋，所謂已登記不動產所有人之回復請求權或除去妨害請求權，無消滅時效之適用，其登記係指依我國法令所為之登記而言。日據時期已登記之土地，因成為河川、水道經塗銷登記，臺灣光復後土地浮覆，原所有權人未依我國法令辦理土地登記，其於該土地登記為國有後，依民法第767條第1項規定行使物上請求權時，有消滅時效規定之適用。系爭土地於日據時期因沉沒為河川而為滅失登記，嗣雖已浮覆，然於89年2月21日辦理第1次登記為中華民國所有之前，原所有權人並未依我國法令辦理登記，上訴人行使民法第767條第1項之除去妨害請求權，仍有民法第125條消滅時效之適用。上訴人於89年2月21日系爭土地登記為國有時，已可行使除去妨害請求權，且系爭土地於登記國有前，業經改制前臺北縣板橋地政事務所（下稱板橋地政）辦理徵詢異議公告，上訴人未舉證證明其有何不能行使請求權之情形，乃遲至109年8月27日始提起本件訴訟，其請求權已罹於時效而消滅。被上訴人依法為時效抗辯，難認有違反誠信

原則或權利濫用之情事。故上訴人依民法第828條第2項準用第821條、第767條第1項中段規定及繼承之法律關係，請求被上訴人將如附圖標示803-2、806(1)部分，辦理土地分割登記後，將分割出之地號及僑中段第803-4地號土地以第一次登記為原因之所有權登記塗銷，為無理由，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

五、按民法之消滅時效，立法者雖賦予義務人得對罹於時效之請求權為拒絕給付之抗辯，但權利人之權利並不因罹於時效而消滅，為免權利人與義務人間之權利義務關係，因義務人行使時效抗辯權而過度失衡或違反公平正義，行使時效抗辯權，應符合民法第148條規定，依誠實信用方法為之，且不得有權利濫用情事。日據時期已登記之土地，因成為河川、水道經塗銷登記，臺灣光復後土地浮覆，於該土地登記為國有前，地政機關有無踐行正當法律程序，使原土地所有人或其繼承人得以知悉土地浮覆等相關資訊，俾適時行使其權利，攸關國家對原土地所有人或其繼承人之塗銷登記請求為時效抗辯，是否違反誠信原則或有權利濫用情事，自應究明。上訴人於事實審主張：系爭土地於89年2月21日辦理第一次登記為國有前，板橋地政雖辦理為期15天之公告徵詢異議，然未檢視日據時期之地籍圖、土地臺帳及見出帳等，查明原土地所有權人之年籍資料，且公告附表登載之地號為重新編列之僑中段第803、806地號，並非日據時期之原211-1、222-1、213-1地號，原土地所有權人吳愚之繼承人根本無從知悉系爭土地已經浮覆且進行公告徵詢異議而得行使權利，並非怠於行使權利，被上訴人對伊請求塗銷登記為時效抗辯，使權利義務狀態明顯失衡，違反公平正義等語（見原審卷一155頁以下、第一審卷二117頁以下）。攸關被上訴人對上訴人之塗銷登記請求，行使時效抗辯權是否權利濫用或違反誠信原則，係屬重要之攻擊方法。原審未於判決書理由項下記載其取捨之意見，遽認被上訴人依法為時效抗辯，並無權利濫用或違反誠信原則，進而為上訴人

不利之判決，自有判決不備理由之違法。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中　華　民　國　113　年　5　月　15　日

最高法院民事第九庭

審判長法官　吳　麗　惠

法官　徐　福　晋

法官　邱　景　芬

法官　管　靜　怡

法官　鄭　純　惠

本件正本證明與原本無異

書　記　官　陳　雅　婷

中　華　民　國　113　年　5　月　21　日

最高法院民事判決

113年度台上字第728號

上　訴　人　農業部農村發展及水土保持署臺南分署
（原行政院農業委員會水土保持局臺南分局）

法定代理人　邱啓芳
訴訟代理人　馬興平律師
被上訴人　田德義
田俊傑
杜金枝
林蔚珈
田瑋琳

田俊瓏

顏金城
顏澔瑋
彭萍華
杜金葉
杜聖新
杜亦陳
杜志雄
溫偉貞

陳曉玉
陳新得
高杜文妹
杜榮華

杜 若 穎（原名杜春姿）

杜 榮 國
杜 耀 順
杜 曉 嬛
杜 婕 妤
杜 雪 柔
杜 婉 萍
杜 青 翰
江 麗 華
杜 庭 雨
陳 凱 駿（兼謝春燕、陳偉光之承受訴訟人）

陳 凱 毅（兼謝春燕、陳偉光之承受訴訟人）

陳 偉 銀（謝春燕之承受訴訟人）

余 佳 美（謝春燕之承受訴訟人）

陳 鈺 寰（謝春燕之承受訴訟人）

陳 頌 恩（謝春燕之承受訴訟人）

陳 幸 君（謝春燕之承受訴訟人）

杜 亞 聖（兼杜曾珍之承受訴訟人）

杜 佩 雯（兼杜曾珍之承受訴訟人）

伊比·伊斯拔巴楠即杜亞山
（兼杜曾珍之承受訴訟人）

杜 亞 民（兼杜曾珍之承受訴訟人）

杜 建 文（兼杜曾珍、杜清勝之承受訴訟人）

杜吳寶鏡（兼杜清勝之承受訴訟人）

杜 建 國（兼杜清勝之承受訴訟人）

杜 建 華（兼杜清勝之承受訴訟人）

杜 建 雄（兼杜清勝之承受訴訟人）

杜 建 強（兼杜清勝之承受訴訟人）

高 澤 民（杜清勝之承受訴訟人）

高 婉 柔（杜清勝之承受訴訟人）

高 語 喬（原名高婉臻，杜清勝之承受訴訟人）

高 婉 婷（杜清勝之承受訴訟人）

謝 美 齡
杜安達立

共　　同

訴訟代理人　林 三 加律師

上列當事人間請求國家賠償事件，上訴人對於中華民國113年1月17日臺灣高等法院高雄分院第二審更審判決（111年度原重上國更二字第1號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人對於第一審命其給付被上訴人陳凱駿、陳凱毅、陳偉銀、余佳美、陳鈺寰、陳頌恩與陳幸君之被繼承人謝春燕、被上訴人彭萍華、石金花、高杜文妹、杜耀順財產上損害之上訴及命上訴人給付被上訴人精神慰撫金部分，暨該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回其他上訴部分，由上訴人負擔。

理　由

一、本件被上訴人田德義以次31人、杜亞聖以次10人、謝美齡以次2人、及陳凱駿以次2人之被繼承人陳偉光、陳凱駿以次7人之被繼承人謝春燕、杜亞聖以次5人之被繼承人杜曾珍、杜建文以次10人之被繼承人杜清勝（下稱被上訴人）主張：伊係高雄市桃源區拉庫斯溪河畔復興里下部落（下稱復興下部落）居民，民國98年8月間莫拉克颱風侵襲後，拉庫斯溪上游產生崩積土石，改制前行政院農業委員會水土保持局臺南分局（下稱上訴人）為負責拉庫斯溪清疏之治理機關，未依實際現況評估應疏浚之土石數量，復未監督第一審共同被告高雄市桃源區公所（下稱桃源區公所）確實辦理拉庫斯溪2期清疏工程（下稱系爭清疏工程），將清疏所生土石運離河床妥適堆置，致完工後之通水斷面仍有不足，上訴人就拉庫斯溪之管理自有缺失。嗣拉庫斯溪集水區於101年6月10日起連降大雨，土石回淤堵塞河道，暴漲溪水夾帶大量砂石沖進復興下部落（下稱系爭災害），淹沒土地（下稱系爭土地）及其上如原判決附表（下稱附表）（乙）欄所示12戶房屋（下稱系爭房屋），致伊之財產權及人格權受侵害。伊得依國家賠償

法（下稱國賠法）第3條第1項規定請求上訴人賠償財產上及非財產上之損害，倘認該項請求依據欠缺書面協議先行程序而不合法，則依同法第2條第2項後段規定，請求上訴人賠償等情，求為命上訴人給付田德義、石金花、彭萍華、杜金葉、高杜文妹、謝春燕、陳偉光、杜榮華、杜耀順、杜清勝、杜吳寶鏡（下稱田德義等11人）依序如附表編號1、7、11、12、19至21、24、27、35、46「請求項目金額㈣」欄（下稱丙欄）所示之土地損失、屋內動產財損，及給付被上訴人如附表丙欄所示之精神慰撫金，並均加付自起訴狀繕本送達翌日起算法定遲延利息之判決（未繫屬本院者，不予贅敘）。

二、上訴人則以：被上訴人依國賠法第3條第1項規定所為請求，未踐行書面協議先行程序，於法未合。伊並非拉庫斯溪之主管機關，僅核撥經費由桃源區公所進行系爭清疏工程，該工程係依專家事前評估可行之治理河川工法，將清疏河道所生土石，以蛇籠堆置於河岸旁，使河岸墊高，防止河水溢流，伊於工程期間多次派員督導至完成驗收，並無怠於執行職務情事。系爭災害純屬天災所致，與系爭清疏工程之施作，並無相當因果關係等語，資為抗辯。

三、原審以：高雄市桃源區拉庫斯溪上游於98年8月間莫拉克颱風侵襲後，產生千萬立方公尺之崩積土石，101年6月10日起拉庫斯溪集水區連降大雨，溪水暴漲夾帶大量土石流入復興下部落。拉庫斯溪屬國賠法第3條第1項所定之公有公共設施，上訴人掌理集水區與河川界點以上野溪之水土保持調查、規劃、保育、治理及督導，有負責拉庫斯溪清疏之治理行為，屬治理機關，為兩造所不爭執。查人民向賠償義務機關提出國家賠償請求書，無須記載其請求之法律依據，此觀國賠法施行細則第17條之規定即明。被上訴人因系爭災害向上訴人請求國家賠償，先行之書面協議雖僅敘及國賠法第2條第2項後段規定，未記載同法第3條第1項規定，惟被上訴人主張之事實、理由，與其提起本件訴訟所為主張

相同，上訴人收受上開請求書後拒絕賠償，可認被上訴人依國賠法第3條第1項規定請求上訴人賠償，已踐行書面協議先行程序。次查(一)關於財產上損害之賠償請求：1、拉庫斯溪上游於98年8月間莫拉克颱風侵襲後，產生大量崩積土石，對中、下游有造成災害之危險，上訴人乃核定計畫、核撥預算，委由桃源區公所自99年間進行拉庫斯溪及鄰近河流相關之清疏工程，並負責進度掌控、監督抽檢。系爭清疏工程於100年5月間發包施工，於同年7月19日遭逢豪雨，致已清疏部分再度淤滿，危及鄰近復興下部落之復興橋，經改制前行政院農業委員會水土保持局（下稱水保局）邀集專家學者，會同桃源區公所、施作廠商於同年8月1日會勘後決議該工程未完成部分暫緩施作，將經費運用於復興橋上、下游土砂清疏作業，以減免災害。系爭清疏工程之第1工區因此進行變更設計，即取消石籠護岸之施作，改為河道清疏9萬7,362立方公尺（其中4萬5,647立方公尺運至指定置土區），近運回填方計8萬9,235立方公尺（下稱系爭變更設計），有水保局函文、桃源區公所工程採購契約、相關圖說、變更設計圖、會勘紀錄、現場照片可憑。又系爭變更設計指定之置土區位於復興橋下游南方經度229840、緯度2568560-2568480間，有竣工圖可參；系爭清疏工程之契約估價價目表編有全程攝影費用，施工廠商依施工細部說明第9項約定，應依施工進度確實記錄並拍照備查，以供日後比對驗收；收方測量應由第三方測量公司量測以確保其公正性，亦據證人即桃源區公所經建科科長顏裕華、實際施工之邱永正證述明確。2、惟查，系爭變更設計之清疏數量，主要取決於系爭清疏工程之剩餘經費，業據證人即負責設計監造之宏鎮工程顧問有限公司技師謝忠勝證述明確。又系爭清疏工程於系爭變更設計後之100年8月11日重新開工，桃源區公所無法提出重新開工後之施工照片，其驗收紀錄記載「土石堆置區數量合計：47773m3」，係由施工廠商自行以儀器量測，非由第三方測量公司進行量測，尚難信實；上訴人提出系爭災害發生後101年7月所拍攝之

衛星照片，及橫跨6年之99年與104年地形套疊等高線衛星圖、地形變異圖，不能證明施工廠商確有運送清疏之土石至系爭變更設計指定之置土區；況桃源區公所於第一審對於清疏之土石均未另運至其他地區堆置，而係於河道兩側堆置，亦表示「不爭執」。可見施工廠商未依約將應清運之4萬5,647立方公尺土石運至指定置土區，僅將之堆置於河道兩旁。系爭清疏工程於100年8月23日完工，負責督導該工程之水土保持技師即訴外人王威升於101年1月17日至現場勘查，評定清疏後之復興橋通水斷面明顯不足，且河道兩岸仍有大量土石堆積，亦有成果評定表、照片在卷可參。3、準此以觀，拉庫斯溪於系爭災害發生前，持續處於如遇大雨即可能發生土石災害之不安全狀態，系爭清疏工程原疏浚部分因豪雨遭回填，其現地狀況已與原先設計時不同，系爭變更設計未依實際現況需求重新評估應疏浚之土石，僅以剩餘經費決定清疏數量，且實際清疏所生之土石未運至指定置土區，逕將之堆置於河道兩旁，迨系爭清疏工程完工後，河道兩岸堆積大量土石，復興橋通水斷面仍明顯不足，其通水狀況難以承受強降雨裹攜而來之土石流量而有安全疑慮，客觀上存有招致溪流附近居民生命、身體或財產損害之風險，上訴人就拉庫斯溪之管理有所欠缺。上訴人於101年1月間現場勘查已知上情，迄未積極採取任何修護或應變之具體防範措施，迨拉庫斯溪集水區於101年6月10日起連降大雨，當日17時雨量已達218.5mm，該溪岸旁堆置之土石經大雨沖刷回淤河道，阻礙原通流斷面，造成河道減縮，無法承受強降雨裹攜而來之土石流量，致溪水夾帶大量土石沖進復興下部落而發生系爭災害。拉庫斯溪之管理有欠缺，與系爭災害之發生，有相當因果關係，上訴人應依國賠法第3條第1項規定，負賠償責任。被上訴人杜榮華因系爭災害致其所有坐落高雄市桃源區復興段第33地號土地面積4,851平方公尺（下稱33地號土地）無法回復原狀，受有依公告現值計算之損害新臺幣（下同）48萬5,100元；田德義等11人因系爭災害各受有如附表編號1、7、11、12、

19、20、21、24、27、35、46丙欄所示之屋內動產財損各45萬元（下合稱系爭財產上損害），得依國賠法第3條第1項規定，請求上訴人賠償；就系爭財產上損害之賠償請求，關於兩造攻擊防禦方法之判斷及法律上之意見，與第一審判決相同，爰依民事訴訟法第454條第2項規定予以引用，不予贅述。

(二)關於精神慰撫金之賠償請求：1、上訴人就系爭清疏工程負有督導桃源區公所執行之權責，並就拉庫斯溪之治理負最終責任。惟系爭清疏工程之施工廠商未依系爭變更設計將應清運之砂石運至指定置土區，桃源區公所未確實查核施工廠商提出之施工照片日期、施工日誌記載之清運數量，及收方測量是否有經公正第三方測量公司測量，率依施工廠商提供之重複施工照片與自行測量之收方數據為撥款及驗收之依據。上訴人於系爭變更設計後，未繼續督導、查核後續工程之執行狀況，於桃源區公所請領系爭清疏工程款項，未檢視工程照片，僅依桃源區公所登錄之施工進度，依比例計算撥款。足見上訴人就系爭清疏工程未盡督導執行之義務，其就系爭災害之發生，應依國賠法第2條第2項後段規定，負賠償責任。2、國賠法第2條第2項後段規定保護之客體，係指法律所維護及保障之一切自由及權利而言。而為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，依憲法第22條、憲法增修條文第10條第11項及第12項前段規定，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利，此一文化權利為個別原住民受憲法保障基本權之一環（司法院大法官釋字第803號解釋理由參照）。是原住民文化權為國賠法第2條第2項後段規定保護之權利，且屬人格權，原住民個人得提出主張。被上訴人屬布農族，布農族的家族是氏族組織的基層單位，其基本性質是父系繼嗣、父長制、父系繼承、從父居制、大家族制。被上訴人原為毗鄰而居之12戶住家，同屬Isbabana家族，依布農族習俗世代同居，因系爭房屋遭沖毀，全部分散而居，除附表編號35、46所示2戶移至復興里之上部落區域外，其餘5戶移至對岸清

水台地造屋、2戶移至高中部落、3戶因未設籍無補償也無法自立造屋。原住民文化與其土地、領域存有深厚密切之關係，被上訴人遷離原慣有居地，離開與孕育及實踐布農族文化有密切聯繫的傳統領域土地，原享有參與原文化生活之權利受有莫大阻礙，布農族文化與習俗亦將因原鄉環境脫離而逐漸消逝，影響其身分及文化認同。堪認被上訴人之原住民文化權受侵害，且情節重大。被上訴人依民法第195條第1項規定請求上訴人賠償精神慰撫金，即屬有據。３、上訴人不法侵害被上訴人之原住民文化權，為便於量化各人得請求之非財產上損害，爰採客觀、一致之標準以酌定精神慰撫金之數額。審酌上訴人為拉庫斯溪治理機關，有監督桃源區公所執行清疏工作之義務，被上訴人因系爭災害被迫遷離原居地，該地已無回復可能，其原住民文化權所受侵害程度等一切情狀，認被上訴人各請求賠償精神慰撫金20萬元，均屬相當。(三)從而，田德義等11人依國賠法第3條第1項規定，請求上訴人賠償系爭財產上損害，及被上訴人依國賠法第2條第2項後段、民法第195條第1項規定，請求上訴人各給付精神慰撫金20萬元，並均加付自起訴狀繕本送達翌日即103年9月10日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許。爰維持第一審所為命上訴人賠償被上訴人財產上損害部分之判決，駁回其上訴，及廢棄第一審就精神慰撫金部分所為被上訴人敗訴之判決，改判如其聲明。

四、關於廢棄發回部分：

(一)查審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明、陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之，民事訴訟法第199條第2項定有明文。被上訴人於事實審係主張：伊對上訴人僅依國賠法第3條第1項規定請求，如認該請求依據欠缺書面協議先行程序而不合法，則依同法第2條第2項後段規定，請求上訴人賠償等語（見原審更一字卷二250頁、266頁、312頁）。依此主張，被上

訴人依國賠法第3條第1項規定所為請求，倘認已踐行書面協議先行程序，法院得否另依同法第2條第2項後段規定為判決，則欠明瞭。原審未予闡明，既認被上訴人依國賠法第3條第1項規定請求上訴人賠償，已踐行書面協議先行程序，並據以為判決。乃又依同法第2條第2項規定為上訴人不利之判決，已有可議。

(二)次查判決書內應記載之理由，如第二審關於攻擊或防禦方法之意見及法律上之意見，與第一審判決不同者，應另行記載。如當事人於第二審提出新攻擊或防禦方法者，法院應併記載其意見，此觀民事訴訟法第454條第2項之規定自明。第一審判決就兩造有關「屋內動產財損」請求之爭點，僅記載關於「石金花、杜吳寶鏡之房屋是否因系爭災害遭沖毀」之判斷意見（見該判決21頁）。而上訴人於原審一再抗辯：被上訴人彭萍華戶籍及通訊地址均在高雄市桃源區愛玉路79號，其未實際居在如附表編號11所示之162號房屋；被上訴人謝春燕之戶籍及實際住所均未在如附表編號20所示之152號房屋，該屋係由訴外人杜寓璇設籍、居住並繳納電費；被上訴人石金花、高杜文妹、杜耀順於98年8月莫拉克風災發生後，均申請經高雄市政府於99年間公告核配杉林區大愛園區永久屋，渠等於系爭災害發生時均未於如附表編號7、19、27所示房屋居住，自無屋內動產財損可言等語，並援用98年10月6日研商莫拉克颱風災後劃定特定區域原住居民遷村原則工作會報紀錄、高雄市政府都市發展局106年8月10日高市都發住字第10632919300號函附查核表、戶籍謄本為證據（見原審原重上國字卷三179頁、207頁以下、223頁反面以下、225頁、235頁、240頁反面以下，更一字卷二252頁、284頁以下）。攸關彭萍華、謝春燕、石金花、高杜文妹、杜耀順得否請求上訴人賠償如附表丙欄所示之「屋內動產財損」，係屬第一審判決未表示意見之重要防禦方法。原審未於判決理由項下記載其取捨之意見，遽謂其理由與第一審判決相同予以引用，進而就此部分為上訴人不利之判斷，自有判決不備理由之違法。

(三)原住民族之文化為憲法增修條文第10條第11項及第12項前段所明文肯認，國家有保障、扶助並促進其發展之義務。原住民之文化權利乃個別原住民受憲法第22條保障之基本權之一環，亦經司法院大法官釋字第803號解釋在案。而各原住民族之語言、習俗、傳統等文化特徵有其差異，原住民之文化權利，源於對所屬特定原住民族之文化認同，以維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化為目的，具有與身分連結之獨特性，須具原住民身分者始得享有之，且其所屬原住民族之文化有足以表彰其族群特徵之可區別性。被上訴人彭萍華係大陸地區湖南省人，為93年11月間憑定居證初設戶籍登記之新住民，被上訴人溫偉貞為排灣族原住民，被上訴人陳曉玉、陳新得為阿美族原住民，被上訴人林蔚珈非原住民，有戶籍謄本在卷可稽（見原審原重上國字卷一172頁、173頁反面，卷三232頁反面、235頁以下）。果爾，能否謂渠等得以布農族原住民文化權受侵害為由，請求上訴人賠償精神慰撫金，即滋疑義。原審見未及此，遽命上訴人給付渠等因布農族原住民文化權受侵害之精神慰撫金，亦有未合。

(四)文化乃一意涵廣泛、具包容性之概念，原住民文化權為原住民在文化層面享有之權利，其面向多元，參酌98年間內國法化之公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第27條、經濟社會文化權利國際公約（下稱經社文公約）第15條揭示保障人權之規定，原住民享受其傳統文化之權利，包含文化生活之參與，科學進步成果之分享，及科學、文學或藝術作品之精神與物質利益之保護。亦見原住民之文化權利，涵蓋生活方式、無形之精神文化創作、有形之物質文化資產等內容。則個別原住民主張其享有之文化權利受侵害，是否屬人格法益受侵害，應視其主張之具體權利內容而定。原審未敘明被上訴人主張所享有原住民文化權之具體內容，以為定性之依據，遽為判決，尚有疏略。又原住民族與其傳統占有或使用之土地間存有深層精神聯繫，源生自該傳統領域所形塑之原住民族獨特生活方式、文化價值觀，為原住民族文

化之核心，攸關原住民參與文化生活權利之體現，是原住民族對傳統領域土地之權利，向受肯認。此觀公政公約第23號一般性意見第7點，經社文公約第21號一般性意見第36點、第26號一般性意見第16點，及基於憲法增修條文第10條第12項委託立法之原住民族基本法第20條第1項之規定，亦明。所謂原住民族傳統領域土地，係指原住民族傳統祭儀、祖靈聖地、部落及其獵區與墾耕或其他依原住民族文化、傳統習慣等特徵可得確定其範圍之公有土地，原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法第3條第2款定有明文。是原住民占有或使用之土地滅失，是否損及其參與文化生活之權利，自與該土地是否為其所屬原住民族之傳統領域及如何影響足以表彰其族群特徵之文化實踐與傳承相關，而應予查明。高雄市桃源區經行政院原住民族委員會核定14個原住民族部落，多數為布農族，其中復興里1至3鄰之復興部落，分為上部落及下部落，復興下部落約有百餘住戶，被上訴人為其中12戶，有原住民族委員會核定並刊登公報之部落一覽表，及專家證人台邦.撒沙勒提出之報告（下稱系爭專家報告，外放）可稽。原審未查明審認布農族原住民之傳統領域及其範圍，被上訴人於災後遷居所在是否屬布農族傳統領域範圍，系爭土地與布農族文化實踐與傳承之連結關係，該土地滅失如何影響被上訴人參與布農族文化生活之具體內涵及其程度，遽謂被上訴人因系爭災害遷離布農族傳統領域土地，其參加文化生活之權利產生阻礙，人格權受侵害且情節重大，進而為上訴人不利之判決，並嫌速斷。

(五)末查非財產上之損害賠償，除損害填補外，並具有慰撫之作用，及預防之機能。法院定慰撫金之數額，應斟酌行為人係故意或過失，其加害情節，被害人所受損害之痛苦程度，及兩造之身分地位、教育程度、經濟狀況等一切情狀定之。被上訴人之年齡分布自20歲以下至80歲以上，職業各有不同，個別主張因系爭災害造成傳統服飾暨文物流失、災後如何居住生活，及情緒影響、精神創傷等所受之損害情節及痛苦程度亦有差異，有系爭專家報

告可稽。原審復認被上訴人於系爭災害發生後，2戶移至復興里之上部落區域、5戶移至對岸清水台地造屋、2戶移至高中部落、3戶無法自立造屋。則原審既認被上訴人得請求上訴人賠償非財產上損害，乃未斟酌上開各情，及就前開事項詳查審認，逕劃一判命上訴人給付被上訴人慰撫金各20萬元，尤有未洽。

上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非無理由。

五、關於駁回其他上訴部分：

原審認定上訴人就拉庫斯溪之管理有欠缺，與系爭災害之發生，有相當因果關係，其應依國賠法第3條第1項規定，負賠償責任；並援用第一審判決相同理由認定被上訴人杜榮華所有33地號土地因系爭災害遭切割於新建之堤防外而有流水通過，客觀上無法回復原狀而受有該部分土地喪失之損害48萬5,100元；田德義、杜金葉、陳偉光、杜榮華、杜清勝、杜吳寶鏡所有之房屋因系爭災害沖毀，依序受有如附表編號1、12、21、24、35、46丙欄所示之屋內動產財損各45萬元，得請求上訴人如數賠償，並加計自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息，爰就此部分為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，經核於法並無違背。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴一部為有理由，一部為無理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項、第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　華　民　國　113　年　11　月　6　日

最高法院民事第九庭

審判長法官　吳　麗　惠

法官　徐　福　晋

法官　邱　景　芬

法官　管　靜　怡

法官　鄭　純　惠

本件正本證明與原本無異

書記官陳雅婷

中　華　民　國　113　年　11　月　13　日

最高法院民事判決

113年度台上字第924號

上　訴　人　薩摩亞國(SAMOA)泓凱企業集團有限公司
(FONG KAI BUSINESS GROUP CO.,LTD.)

兼法定代理人　張燦能
上　訴　人　泓凱光電股份有限公司

法 定代理 人　張燦能
共　　同
訴 訟代理 人　陳振瑋律師
章文傑律師
被　上訴　人　凱基商業銀行股份有限公司

法 定代理 人　楊文鈞
訴 訟代理 人　張炳煌律師

上列當事人間請求撤銷仲裁判斷事件，上訴人對於中華民國113年1月23日臺灣高等法院第二審判決（112年度重上字第193號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、本件於第三審上訴程序中，被上訴人凱基商業銀行股份有限公司之法定代理人於民國113年6月19日由龐德明變更為楊文鈞，有公司變更登記表在卷可稽，楊文鈞聲明承受訴訟，核無不合，應予准許，合先敘明。

二、次查被上訴人主張：伊於110年4月16日就兩造間關於目標可贖回遠期契約（Target Redemption Forward，下稱TRF)交易所生爭議，提付中華民國仲裁協會（下稱仲裁協會）仲裁，請求上訴人連帶給付伊美金（下同）92萬5,434.09元及遲延利息（下稱主請求）；上訴人薩摩亞國泓凱企業集團有限公司(下稱泓凱企業公司)於仲裁程序中，反請求伊給付泓凱企業公司736萬2,269.93元及遲延利息（下稱反請求）。兩造各選1仲裁人，再由兩造選任之仲裁人共推訴外人郭土木為主任仲裁人，組成仲裁庭，於111年4月6日作成110仲聲忠字第014號仲裁判斷（下稱系爭仲裁判斷）。上訴人於仲裁程序未曾提出民法第227條之2第1項規定之抗辯，仲裁庭於詢問終結前復未使兩造就情事變更原則之適用陳述意見，竟違法適用上開規定而為伊主請求不利之判斷等情，依仲裁法第40條第1項第3款前段、第4款後段規定，求為撤銷系爭仲裁判斷關於主請求部分之判決（未繫屬本院者，不予贅敘）。

三、上訴人則以：伊於仲裁程序中曾提及中國人民銀行突然改變匯率政策之事實，並主張被上訴人應負善良管理人注意義務，基於誠信原則，應揭露上手銀行權利金等資訊，及強調風險分配、顯失公平等內容；被上訴人則表示TRF交易損失源自於匯率波動，與其無關。足見兩造就情事變更原則已實質進行攻防，系爭仲裁判斷不構成仲裁法第40條第1項第3、4款所定之撤銷事由等語，資為抗辯。

四、原審以：被上訴人於110年4月16日將泓凱企業公司於104年7月24日承作交易編號TARF59/F135969、比價24期之TRF交易（下稱系爭交易）所生爭議提付仲裁協會仲裁，請求上訴人連帶給付92萬5,434.09元本息。泓凱企業公司於同年8月26日在仲裁程序中，反請求被上訴人給付828萬7,704.02元本息，嗣縮減為736萬2,269.93元本息。被上訴人、上訴人依序選定林繼恆、李禮仲為仲裁人，雙方選定之仲裁人共推郭土木為主任仲裁人，組成仲裁

庭。仲裁庭於111年4月6日作成系爭仲裁判斷，駁回被上訴人之主請求及上訴人之反請求，為兩造所不爭執。次查(一)被上訴人提付仲裁之主請求，係主張泓凱企業公司積欠伊系爭交易之交割款92萬5,434.09元及遲延利息，依其與泓凱企業公司間之「金融交易總約定書」，其與上訴人泓凱光電股份有限公司、張燦能間之「金融交易連帶保證約定書」，請求上訴人連帶給付。上訴人則抗辯：1.系爭交易未有效成立：(1)被上訴人與泓凱企業公司就系爭交易之意思表示未合致，(2)被上訴人銷售TRF商品，違反銀行法等強制禁止規定，系爭交易為無效，(3)系爭交易條款內容對伊顯失公平，依民法第247條之1規定無效，(4)被上訴人刻意隱瞞TRF商品相關風險與權利金資訊，致泓凱企業公司陷於錯誤承作系爭交易，泓凱企業公司已撤銷受詐欺所為之系爭交易意思表示；2.倘認系爭交易有效成立，泓凱企業公司發現匯率走勢不利，欲進行反向交易時，被上訴人竟毫無理由拒絕，造成系爭交易之損失無限制擴大，被上訴人就損害之發生，與有過失，應減免伊之給付責任，且泓凱企業公司亦得以對被上訴人之反請求債權，與被上訴人之主請求債權為抵銷等語。(二)系爭仲裁判斷書記載駁回主請求之理由，略以：上訴人關於系爭交易並未有效成立，及以反請求債權為抵銷之抗辯，均不可採。上訴人抗辯：「其發現匯率走勢不利…造成系爭交易損失無限制擴大」而請仲裁人免除其給付義務，雖不符民法第217條與有過失之規定，惟中國人民銀行突然改變匯率政策、國際主要貨幣匯率變化及銀行外匯市場收盤匯率等市場因素，造成匯率大幅波動、市場恐慌而產生拋售效應，致系爭交易比價後發生鉅額損失，並非兩造基於過去匯率走勢而承作之TRF交易所得預料，如全由上訴人負擔，顯失公平。故被上訴人之主請求依法及依約雖均屬有據，但基於民法第148條規定誠實信用原則而具體適用情事變更原則，認應以被上訴人於TRF交易中自上手銀行收取權利金96萬764元，扣抵被上訴人之主請求92萬5,434.09元，以調整此不可預見之風險負

擔，經扣抵後，被上訴人之主請求已無餘額，其利息亦失其附麗，均應駁回等語。由此可知，仲裁庭適用民法第227條之2規定，為其駁回被上訴人主請求之主要及唯一論據。(三)按仲裁庭應予當事人充分陳述機會，並就當事人所提主張為必要之調查；仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴，仲裁法第23條第1項、第40條第1項第3款定有明文。而仲裁庭作為仲裁判斷之主要理由，倘未經兩造於仲裁程序中主張，仲裁庭於詢問終結前復未發問或曉諭使當事人陳述，較諸未予當事人充分陳述機會，情節更為嚴重，則受不利判斷之一方，自得依仲裁法第40條第1項第3款前段規定，請求撤銷該仲裁判斷。上訴人於仲裁程序，未依民法第227條之2第1項規定，請求仲裁庭就主請求為減免給付之判斷，為兩造所不爭執。上訴人於仲裁程序抗辯：被上訴人依誠實信用原則負有風險告知、文件提供、揭露權利金等義務，其隱匿向上手銀行收取權利金之事實，令泓凱企業公司承作系爭交易卻無法獲得權利金，且由被上訴人自由決定平倉時點，均顯失公平，TRF交易之定型化契約應屬無效等語，核與情事變更原則無涉。至被上訴人於仲裁程序主張：系爭交易損益源自於交易標的匯率漲跌等語，係說明系爭交易損失之發生，與上手銀行支付權利金無關。足見系爭仲裁判斷關於主請求之主要理由，即適用情事變更原則減免上訴人之給付義務，在仲裁程序未據兩造認知及進行攻防，仲裁庭於詢問終結前亦未發問或曉諭使兩造陳述意見，構成仲裁法第40條第1項第3款前段所定得撤銷之事由。故被上訴人依仲裁法第40條第1項第3款前段規定，請求撤銷系爭仲裁判斷關於主請求部分，為有理由，應予准許。其就同一原因事實，併依同條項第4款後段規定為請求部分，無庸再予論斷。爰廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決，改判如其聲明。

五、查仲裁，乃當事人本於私法自治及程序選擇權所決定之訴訟外紛爭解決方式，其程序之進行與判斷之依據得由當事人約定，

此觀仲裁法第19條前段、第31條之規定即明。而仲裁程序符合正當法律程序，為仲裁判斷具拘束力之基石，為保障當事人之聽審權，仲裁法第23條第1項規定：仲裁庭應予當事人充分陳述機會，並就當事人所提主張為必要之調查。中華民國仲裁協會規則（下稱仲裁協會規則）第23條第1項，亦同此明文。是仲裁庭就其形成判斷基礎之事實與證據，及就事實關係為當事人未能預見之法律評價，應使當事人兩造陳述；仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述者，所為仲裁判斷即有仲裁法第40條第1項第3款前段所定得提起撤銷訴訟之事由。被上訴人就主請求提付仲裁協會仲裁，上訴人則提出反請求，兩造並合意適用仲裁法及仲裁協會規則，不同意適用衡平原則為判斷，有仲裁協議、詢問會紀錄在卷可稽（見第一審卷一215頁以下、489頁、496頁）。而上訴人於仲裁程序就被上訴人之主請求，係抗辯：泓凱企業公司發現匯率走勢不利，欲進行反向交易時，被上訴人竟毫無理由拒絕其請求，造成系爭交易之損失無限制地擴大，被上訴人就損害之發生，顯然與有過失等語（見同上卷24頁），並未提出情事變更之抗辯；系爭仲裁判斷擷取上訴人上開抗辯之部分事實，進而為兩造未提出且未及知之法律評價，認「發現匯率走勢不利…造成系爭交易損失無限制擴大」之情節，有情事變更原則之適用，逕以被上訴人收取之權利金扣抵其主請求，據此為被上訴人主請求不利之判斷；仲裁庭就上開據以形成系爭仲裁判斷之主要基礎，於詢問終結前未使兩造陳述意見，為原審合法確定之事實。原審因認系爭仲裁判斷有仲裁法第40條第1項第3款前段所定得撤銷之事由，爰為上訴人敗訴之判決，經核於法並無違誤。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　8　　月　　28　　日

最高法院民事第九庭

審判長法官　吳　麗　惠
法官　徐　福　晉
法官　邱　景　芬
法官　管　靜　怡
法官　鄭　純　惠

本件正本證明與原本無異

書　記　官　陳　雅　婷

中　華　民　國　113　年　9　月　4　日

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：114/07/02 06:29

裁判字號：臺灣高等法院 91 年上字第 688 號民事判決

裁判日期：民國 91 年 12 月 24 日

裁判案由：遷讓房屋等

臺灣高等法院民事判決　　91年度上字第688號

上　訴　人　文素霞

訴訟代理人　吳仲立律師

上　訴　人　林雲鶯

訴訟代理人　林明輝律師

被 上訴 人　國立台北科技大學

法定代理人　張天津

訴訟代理人　曾肇昌律師

複 代理 人　張松浦律師

上當事人間遷讓房屋等事件，上訴人對於中華民國九十一年七月五日台灣台北地方法院九十年重訴字第一九六八號第一審判決提起上訴，本院判決如下：

主　　文

原判決關於（一）命上訴人文素霞應將坐落被上訴人所有台北市大安區懷生段一小段第九一五、九一六、九一七地號上，門牌號碼為台北市忠孝東路三段七五巷十四號，如附圖Ｇ部分所示，面積一五二平方公尺之地上建物騰空遷讓予被上訴人，及給付超過新台幣肆拾參萬玖仟玖佰柒拾柒元，及自民國九十年八月十五日起至遷讓返還如附圖所示Ｈ部分房屋之日止，按月給付被上訴人新台幣捌仟貳佰壹拾壹元部分，及該部分假執行之聲請；（二）命上訴人林雲鶯給付不當得利損害金超過新台幣捌拾萬參仟陸佰壹拾陸元，及自民國九十年九月十五日起至遷讓返還如附圖Ｆ部分所示房屋之日止，按月給付被上訴人新台幣壹萬肆仟柒佰柒拾玖元部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用之裁判（除確定部分外）均廢棄。

上廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

其餘上訴駁回。

第一審（除確定部分外)及第二審訴訟費用由上訴人文素霞負擔十分之一，上訴人林雲鶯負擔十分之四，餘由被上訴人負擔。

事　　實

甲、上訴人方面：

一、聲明：

（一）原判決不利於上訴人部分廢棄。

（二）上廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及其假執行之聲請均駁回。

二、陳述：除與原判決記載相同者，茲予引用外，補稱：

（一）上訴人文素霞部分：

1、依行政院五十八年十二月八日台五十八人政肆字第二五七六八號令之規定可知：「除退休人員配偶外，原賴其扶養之父母及未成年子女，無獨立謀生能力者，准依照退休人員續住宿舍之規定，暫時續住公有宿舍，至房屋處理辦法公布時為止。」被上訴人既為公立機關，該行政院函令之效力自應拘束其下級機關即被上訴人，二造已成立另一使用借貸關係，上訴人得以繼續居住系爭房屋至所謂「房屋處理辦法」公布時為止，被上訴人既未證明所謂之房屋處理辦法已公布及其已遵照該辦法之規定辦理補償，且證人李金魯亦到庭證稱，因宿舍很小不敷使用，大家遂自行增建，建的時候有報備學校，過年時學校也曾幫忙粉刷報公帳云云，足可見被上訴人承認與上訴人成立新的借貸關係，同意其繼續使用系爭房屋，則難謂上訴人無權占用附圖H部分之建物。

2、附圖G部分之建物乃上訴人之配偶馬德福約於五十年間自行填土所興建，馬德福死亡後，該建物由上訴人繼承，所有權自屬於上訴人所有。又附圖G及附圖H之建物面積，經大安地政事務所複丈完畢，G部分建物之面積大於H部分建物一三〇平方公尺，且H部分只有兩間房間，G部分則有三間臥房，及客廳、雜物間、廚房各一間、衛浴室二間，兩部分之大小比例相差甚大，且兩棟建物間亦有廊道區隔，雖由於兩相仳鄰，共用水電管線，但二者各自定著於土地上，各具有頂蓋、樑柱、牆壁，其各作為使用經濟上之獨立不動產。G部分建物並未因附合而成為H部分建物之重要成分，此有鈞院九十一年十月二十三日現場履勘之照片可稽，且馬福德興建系爭G部分建物時，自始即有使用被上訴人土地並在其上興建、擁有自己房屋以行使地上權之意思，截至目前為止，業已使用長達四十一年，依民法第七百七十二條、第七百六十九條之規定，上訴人已符合時效取得地上權之要件，自屬有權占用G部分建物及其基地。

（二）上訴人林雲鶯部分：

1、行政院五十八年十二月八日台五十八人政肆字第二五七六八號令已明示退休人員及配偶，可依退休人員續住宿舍之規定，暫時續住公有宿舍，則被上訴人依上級行政機關之命令讓其退休人員及其配偶續住宿舍，本即不會有何積極意思表示，被上訴人於訴外人翁志華退休後仍繼續住於宿舍而無任何反對意思之事實，即可證明被上訴人確有默示同意訴外人翁志華及其配偶之上訴人續住系爭建物；另由證人李金魯於原審所為過年時學校也曾幫粉刷報公帳等證詞，亦可證明兩造間確已於訴外人翁志華退休後另成立一新使用借貸契約。

2、被上訴人從未向上訴人林雲鶯為終止使用借貸契約之意

思表示，上訴人林雲鶯仍屬有權占有，被上訴人請求上訴人遷讓房屋及給付相當於租金利益之不當得利，即失其所據。

三、證據：援用原審之立證方法，補提現場履勘照片為證。

乙、被上訴人方面：

一、聲明：駁回上訴

二、陳述：除與原判決記載相同者，茲予引用外，補稱：

（一）上訴人文素霞之配偶馬德福與上訴人林雲鶯之配偶翁志華於任職學校期間，分別獲配住如附圖Ｈ、Ｆ部分所示之宿舍，固認馬德福、翁志華與學校就上開宿舍存有不定期使用借貸關係，惟馬德福、翁志華已分別於七十一年四月、七十四年二月間退休，則使用借貸之目的業已完成，上開宿舍之使用借貸契約當然因使用目的完成而消滅，該二人配偶即上訴人附隨其夫住居該宿舍，當然為無權占有。至於學校粉刷宿舍，係通案情形，其占有不因此由無權變成有權，此與新成立使用借貸關係無關。至於學校過去對於退職人員未積極趕人，並不表示各該退職人員即有權占有，依法因任職關係獲配住系爭宿舍者，於離職時應即交還宿舍，當然應視為使用業已完畢，則其之繼續占用，顯係無權占有。至上訴人主張上級行政機關之命令，充其量只生行政法上之效果，並不當然發生民法上之法律效果。

（二）系爭附圖Ｇ部分係毗鄰附圖Ｈ部分建物興建，兩者共用水電及出入口，並無使用上之獨立性，又依文素霞提出之照片及平面圖所示，附圖Ｇ與Ｈ部分牆壁雖均相連接，客觀上而言亦無構造上之獨立性，是不能認附圖Ｇ部分為另一獨立之不動產，依民法第八一一條之規定，附圖Ｇ部分之建材係附合於原不動產即附圖Ｈ部分之建物，而由不動產所有人即學校取得其所有權。退步言之，縱認附圖Ｇ部分建物係馬德福自建所有，惟因該建物不能脫離基地，上訴人文素霞對於基地既無權占有，自亦無權占有基地，其自應負擔無權占有基地之損害。

三、證據：援用原審之立證方法。

理　　由

甲、程序方面：

按國有財產權由各地國家機關使用者，名義上雖仍為國有，實際上即為使用機關行使所有人之權利，故對於是類財產，准由管理機關起訴，代國家主張所有人之權利（最高法院五十一年台上字第二六八〇號判例參照）。本件坐落台北市懷生段一小段九一五、九一六、九一七地號土地上之建物即門牌號碼台北市忠孝東路三段七五巷十四號、同路段七五巷十一弄四號之房屋為中華民國所有，被上訴人為管理機關，並經登記有案，有土地及建物登記簿謄本在卷可憑，是被上訴人本於管理機關之地位，代國家主張上開房屋所有權人之權利，起訴請求上訴人交還系爭房屋，自屬當事人適格，先予

敘明。

乙、實體方面：

一、被上訴人起訴主張：

(一)上訴人文素霞之配偶馬德福前因任職被上訴人學校關係，配住國有而由被上訴人管理之台北市忠孝東路三段七五巷十四號如附圖H部分所示之宿舍（下稱系爭宿舍一），且未得被上訴人同意自行增建如附圖G部分所示之建物，然其擅自增建部分，係攀附原宿舍而無獨立之出入通道及水電系統，依經濟效用及一般社會交易習慣，難認此增建部分另有獨立之不動產所有權，是增建部分應認係附合於原配住宿舍無從分離，成為宿舍之重要成分，仍歸宿舍所有權人所有。嗣訴外人馬德福已於七十一年四月間退休，依借貸之目的，應視為使用業已完畢，被上訴人與馬德福間就系爭宿舍一之使用借貸契約已經消滅，且被上訴人因學生人數激增，原有校地已不敷使用，經規劃興建學生宿舍及綜合運動場，已報請教育部核定廢村收回土地興建在案，依民法第四百七十二條第一款之規定，被上訴人亦得終止系爭宿舍一之使用借貸契約。而訴外人馬德福已於八十六年八月間去世，目前系爭宿舍一由上訴人文素霞無權占有，文素霞並已另獲配售公教住宅，自應將占用如附圖所示H及G部分騰空返還被上訴人，爰依民法第七百六十七條、第四百七十條之規定請求其遷讓房屋，並依侵權行為、不當得利之法律關係請求給付使用系爭宿舍一自八十五年八月八日起至九十年八月七日止，相當於租金之不當得利損害金，共計新台幣（下同）四百七十五萬三千四百二十五元，並自起訴狀繕本送達上訴人文素霞翌日起至交還上開房屋之日止，按月以八萬八千四百八十四元計算之損害金。

(二)上訴人林雲鶯之配偶翁志華前因任職被上訴人學校關係，配住國有而被上訴人管理之台北市忠孝東路三段七五巷十一弄四號一樓如附圖F部分所示之宿舍（下稱系爭宿舍二）。嗣訴外人翁志華已於七十四年二月間退休，依借貸之目的，應視為使用業已完畢，被上訴人與訴外人翁志華間就系爭宿舍二之使用借貸契約已經消滅，且被上訴人業已報請教育部核定廢村收回土地興建，已如上述，依民法第四百七十二條第一款之規定，被上訴人亦得終止系爭宿舍二之使用借貸契約。而訴外人翁志華已於八十八年一月間去世，目前系爭宿舍二由上訴人林雲鶯無權占有，爰依民法第七百六十七條、第四百七十條之規定請求其遷讓房屋，並依侵權行為、不當得利之法律關係請求給付使用系爭宿舍二自八十五年八月八日起至九十年八月七日止相當於租金之不當得利損害金，共計二百八十九萬三千九百五十七元，及自起訴狀繕本送達上訴人林雲鶯翌日起至交還上開房屋之日止，按月以五萬三千七百二十一元計算之損害

金。（原審判決 (一)上訴人文素霞應將如附圖G、H部分所示之建物騰空遷讓予被上訴人，並應給付被上訴人三百五十七萬九千零十八元，及自九十年八月十五日起至遷讓前開房屋之日止，按月給付被上訴人六萬六千三百六十三元。(二)上訴人林雲鶯應將如附圖F部分所示之建物騰空遷讓予被上訴人，並應給付被上訴人八十萬六千四百零九元，及自九十年九月十五日起至遷讓返還前開房屋之日止，按月給付被上訴人一萬四千七百七十九元。而駁回被上訴人其餘請求。茲上訴人就其敗訴部分，提起上訴；至被上訴人就其敗訴部分，則未提起上訴）。

二、上訴人則抗辯如左：

(一)上訴人文素霞部分：

1、如附圖所示G部分之建物，乃上訴人文素霞配偶馬德福於五十年間自行興建，其與被上訴人配住之附圖H部分之系爭宿舍一，雖共用水電管線，但有廊道區隔，各具頂蓋、樑柱、牆壁，且附圖G部分之建物面積較附圖H部分為大，是附圖G、H部分之建物應各為獨立之不動產，而附圖G部分由馬德福原始取得其所有權，馬德福死亡後，即由文素霞繼承其所有權，故並非為被上訴人所有。

2、馬德福興建附圖G部分建物時，自始即有行使地上權之意思，且被上訴人均未曾異議，依民法第七百七十二條、第七百六十九條，上訴人就其基地已時效取得地上權，附圖G部分之建物亦非無權占有其基地。況依證人李金魯之證詞，配住人自費增建部分均有向被上訴人報備，過年時學校還幫忙粉刷，顯然被上訴人不僅同意增建，且亦有在增建部分得使用期限內，同意上訴人繼續使用之默示意思表示，是被上訴人逕行要求上訴人遷讓房屋或拆屋還地，顯已違反民法第一百四十八條。

3、就附圖H部分之宿舍，依行政院五十八年十二月八日台五八人政肆字第二五七六八號令規定：「除退休人員配偶外，原賴其扶養之父母及未成年子女，無獨立謀生能力者，准依照退休人員續住宿舍之規定，暫時續住公有宿舍，至房屋處理辦法公布時為止」，被上訴人為公立機關，應受上開行政院函令之拘束，且依上開函令，被上訴人另准許上訴人文素霞繼續居住宿舍，是兩造間另成立一新使用借貸關係，上訴人續住附圖H部分宿舍，合法有據，並非無權占有。

(二)上訴人林雲鶯部分：

1、行政院五十八年十二月八日台五八人政肆字第二五七六八號令，業已明示退休人員及配偶，可依退休人員續住宿舍之規定，暫時續住公有宿舍，則被上訴人依上開行政命令讓退休人員翁志華及其配偶林雲鶯續住宿舍，本即不會有何積極之意思表示，惟由林雲鶯於翁志華退休

後仍繼續住於宿舍，被上訴人並無任何反對意思之事實，即可證明被上訴人確有默示同意訴外人翁志華及其配偶林雲鶯續住系爭宿舍二，且由證人李金魯於原審所為證詞，亦可證明兩造間確已於翁志華退休後另成立新使用借貸契約。

2、被上訴人從未向上訴人林雲鶯為終止使用借貸契約之意思表示，上訴人林雲鶯占有系爭宿舍二仍屬有權占有，被上訴人請求上訴人遷讓房屋及給付相當於租金利益之不當得利，即失其所據。

三、兩造不爭執之事實：

(一)上訴人文素霞之配偶馬德福前因任職被上訴人學校關係，配住國有而由被上訴人管理如附圖H部分所示之系爭宿舍一，另自行增建如附圖G部分所示之建物。嗣訴外人馬德福於七十一年四月間退休，且於八十六年八月間去世，如附圖所示H及G部分建物，目前由上訴人文素霞占用。

(二)上訴人林雲鶯之配偶翁志華前因任職被上訴人學校關係，配住國有而被上訴人管理如附圖F部分所示之系爭宿舍二。嗣訴外人翁志華於七十四年二月間退休，且於八十八年一月間去世，如附圖所示F部分建物，目前由上訴人林雲鶯占用。

四、兩造之爭點及論斷：

被上訴人另主張上訴人之配偶因任職而配住系爭宿舍，乃使用借貸關係，於退休時，依借貸之目的業已使用完畢，該使用借貸關係歸於消滅，且被上訴人就系爭宿舍已報請教育部核定廢村收回土地興建在案，依民法第四百七十二條第一款之規定，亦得終止系爭宿舍之使用借貸契約，又如附圖G部分所示之建物乃未經被上訴人同意擅自增建，且附合於原配住宿舍無從分離，仍歸宿舍所有權人所有，上訴人並無居住系爭宿舍之合法權源，迄今仍占用宿舍乃為無權占有等語，為上訴人所否認，並以前揭情詞置辯。是本件兩造之爭點即為：(一)系爭宿舍之使用借貸關係，是否業已消滅？上訴人得否以有權續住為由而拒絕返還系爭宿舍？（二）如附圖所示G部分之建物是否為獨立之不動產？茲論述如下：

(一)關於系爭宿舍之使用借貸關係，是否業已消滅及上訴人得否以有權續住為由而拒絕返還系爭宿舍之爭點：

1、按借用人應於契約所定期限屆滿時，返還借用物；未定期限者，應於依借貸之目的使用完畢時返還之；又所有人對於無權占有其所有物者，得請求返還之，民法第四百七十條第一項、第七百六十七條分別定有明文。本件上訴人文素霞之配偶馬德福及上訴人林雲鶯之配偶翁志華於任職被上訴人學校期間，分別獲配住如附圖所示H、F部分之宿舍，已如前述，應認馬德福、翁志華分別與被上訴人就系爭宿舍成立未定期限之使用借貸關係，惟被上訴人既因馬德福、翁志華在職之關係始借貸系爭

房屋，應認於其二人退休離職時，依借貸之目的，當然應視為使用業已完畢，亦即系爭宿舍之使用借貸關係分別於七十一年四月間、七十四年二月間，馬德福、翁志華退休離職時，不待終止而當然消滅（最高法院四十四年台上字第八０二號判例參照）。

2、上訴人以有權續住為由而拒絕返還系爭房屋，尚屬無據：

（1）行政院前為照顧退休人員生活，固於四十九年十二月一日以台（四九）人字第六七一九號令示，准許退休人員暫時續住原服務機關配住之宿舍。並於五十八年十二月八日台（五八）人政肆字第二五七六八號令示，「除退休人員配偶外，原賴其扶養之父母及未成年子女，無獨立謀生能力者，准依照退休人員續住宿舍之規定，暫時續住公有宿舍，至房屋處理辦法公布時為止」。嗣行政院於七十二年四月二十九日修正「事務管理規則」全文，其中第二百四十九條規定：「宿舍借用期間，以借用人任職各該機關期間為限。借用人調職、離職及退休時應在三個月內遷出。」而為兼顧四十九年十二月一日行政院令於事務管理規則修正前配住宿舍公務人員可暫時續住之規定，行政院於七十四年五月十八日以台（七四）人政肆字第一四九二七號函令：「於事務管理規則修正前退休，而現仍續住修正前規則所定眷屬宿舍之退休人員，准予續住至宿舍處理時為止。於事務管理規則修正前配住，而於修正後退休之人員，其所配住之宿舍係修正前規則所定之眷屬宿舍者，亦准予續住至宿舍處理時為止。」，固有上開行政院函令附原審卷可稽。

（2）惟上述行政院函令及事務管理規則，僅屬行政院對其下級機關，依其職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之行政規則，亦即其僅對行政機關有內部之拘束力，不具有直接對外拘束一般人之效力。而上訴人文素霞之配偶馬德福、上訴人林雲鶯之配偶翁志華於退休後，均已不具公務人員之身分，前述行政規則對上訴人及其配偶等自無直接之拘束力。且行政機關發布之行政規則，亦無當然變更私法上契約之效力，亦即於被上訴人援引並經上訴人及其配偶同意前，就系爭宿舍之私法上使用借貸關係，自不生任何變更之法律效果。而上訴人文素霞、林雲鶯並未舉證被上訴人曾對其等為同意續住或成立新使用借貸契約之意思表示，僅以上開行政命令為據，遽認被上訴人於其等配偶退休時未積極請求返還宿舍，即為同意其續住或另行合意成立新的使用借貸關係，尚屬無據。

3、綜此，上訴人文素霞、林雲鶯於如附圖Ｈ、Ｆ部分所示

宿舍之使用借貸關係消滅後，仍繼續占用系爭宿舍，而另無其他正當權源，即為無權占有，被上訴人本於前述民法第四百七十條第一項及第七百六十七條之規定，請求上訴人文素霞遷讓如附圖Ｈ部分所示之房屋，上訴人林雲鶯遷讓如附圖Ｆ部分所示之房屋，自屬有據。

(二)關於如附圖所示Ｇ部分之建物是否為獨立不動產之爭點：

１、按動產因附合而為不動產之重要成分者，不動產所有人取得動產所有權，民法第八百十一條固有明文，惟於原有建築物之外另行增建，須增建部分與原有建築物無任何可資區別之標識存在，且與之作為一體使用者，不具構造上及使用上之獨立性，始有上開規定之適用，倘該增建部分得獨立為物權之客體，即無上開規定之適用（最高法院八十八年度台上字第四八五號判決要旨參照）。

２、本件如附圖所示Ｇ部分之建物係被上訴人文素霞之配偶馬德福於五十年間自行出資增建，為兩造所不爭執。而該增建房屋部分，一邊圍牆與隔壁房屋即台北市忠孝東路三段七五巷十二號相鄰但非共用，其間有間隔空地置放腳踏車等雜物，另一邊圍牆則與台北市忠孝東路三段十四弄九號房屋相接共用，與系爭宿舍一即如附圖所示Ｈ部分屋頂分開未相接，有走道相隔位置分開，走道上有雨棚相接，該Ｇ部分之建物有面向忠孝東路三段七五巷之獨立出入口，而如附圖所示Ｈ部分之宿舍，本有面向建國南路之獨立出口，嗣經封堵改由上開面向忠孝東路三段七五巷之門口出入，業經本院履勘現場屬實，並有勘驗筆錄及現場照片附卷可稽。由此可見，如附圖所示Ｇ增建部分，其有獨立之建築構造，與Ｈ部分並未相連成一體，且有獨立之出入口，並非無可資區別之標識，自不得僅因Ｇ與Ｈ共用水電、走道，及使用Ｈ部分嗣改由面向忠孝東路三段七五巷之同一出入口，即認Ｇ增建部分無構造上及使用上之獨立性，依前開說明，應認如附圖所示Ｇ部分之增建，得獨立為物權之客體，而無民法第八百十一條之適用。則被上訴人主張如附圖Ｇ部分所示之建物，係附合於系爭宿舍一即附圖所示Ｈ部分無從分離，仍歸宿舍所有權人所有云云，即不足採。如附圖所示Ｇ部分之增建房屋既非被上訴人所有，則其依所有物返還請求權，請求上訴人文素霞將如附圖所示Ｇ部分之房屋騰空遷讓返還被上訴人，自屬無據。

五、按無法律上原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益，民法第一百七十九條定有明文。而無權占有他人之建物，可能獲得相當於租金之利益亦為社會通常之觀念（最高法院六十一年台上字第一六九五號判例參照）。本件上訴人不遷讓如附圖所示Ｈ、Ｆ部分房屋之行為，致被上訴人所受不能使用收益之損害間，顯有因果關係，故被上訴人依侵權行為

及不當得利之法律關係，請求上訴人給付起訴前五年即自八十五年八月八日起至九十年八月七日止及自起訴狀繕本送達翌日起至返還上開房屋之日止，無權占有系爭如附圖所示H、F部分房屋所獲得相當於租金之利益及致被上訴人所受之損害，即屬有據。茲就被上訴人請求之不當得利數額審酌如下：

(一)城市地方租用房屋之租金，以不超過土地及建築物申報總價額年息百分之十為限，土地法第九十七條亦定有明文。另土地法第九十七條第一項規定所謂之土地價額，依同法施行法第二十五條之規定，係指法定地價而言，而土地法第一百四十八條規定土地所有權人依土地法所申報之地價為法定地價，故土地法第九十七條所謂之土地申報價額，即指該土地之申報地價。查本件系爭如附圖所示H、F部分房屋位於台北市忠孝東路，屬於城市地方，自有前開規定之適用。

(二)又如附圖所示H、F部分房屋均位於台北市大安區忠孝東路及建國南路交叉口之東北角，向東約六百公尺可抵捷運忠孝復興站，向西約五百公尺可達捷運忠孝新生站，北距市民大道約一百公尺，交通運輸條件良好，地位佳，生活機能尚稱優良，但建物外觀老舊，維護保養情況不佳，整體景觀略顯雜亂等情，有世衡不動產鑑定股份有限公司九十一年一月二十二日（91）世估字第九一００一一七號鑑定報告書、兩造提出之照片附原審卷可參，經審酌上情，認被上訴人請求上訴人無權占有系爭宿舍相當於租金之不當得利損害金，應按其基地即台北市大安區懷生段一小段九一五、九一六、九一七地號土地之申報地價及建築物申報之總價額年息百分之六計算，較為允當。經查：

1、上訴人文素霞部分：其占有之附圖H部分所示建物占地面積為二二平方公尺，而其基地即上開地段九一五、九一六、九一七地號八十三年七月申報地價分別為每平方公尺六萬零四百五十一元、六萬七千七百八十九元、六萬三千零一元，八十六年七月申報地價分別係每平方公尺六萬四千二百五十八元、七萬二千一百十二元、六萬六千九百五十三元，八十九年七月申報地價分別乃七萬三千二百八十五元、八萬一千零六元、七萬六千一百五十三元，有被上訴人提出之地價謄本為證，被上訴人僅請求以申報地價最低之九一五地號之申報地價為基準核算，自無不可。而上訴人文素霞占有附圖H部分之房屋現值，經鑑價為二萬九千九百四十八元，有前揭鑑定報告書可佐。準此，被上訴人請求上訴人文素霞給付八十五年八月八日至九十年八月七日之不當得利金額四十三萬九千九百七十七元【計算式：〔（22x60451＋29948x6%x1〕+〔（22x64258 +29948）x6%x3〕+〔（22x73285 +29948）x6%x1〕=439977（元以下四捨五入

）】，及自起訴狀繕本送達之翌日即九十年八月十五日起至遷讓返還附圖Ｈ部分房屋之日止，按月給付被上訴人八千二百十一元【計算式：（22×73285＋29948）×6%÷12=8211（元以下四捨五入）】，即無不合，應予准許。至逾此範圍之請求部分，無論依不當得利或侵權行為之法律關係請求，均屬無據，不應准許。

２、上訴人林雲鶯部分：其占有之如附圖Ｆ部分所示建物占地面積為一百零一平方公尺，惟因連同上訴人林雲鶯占有部分在內共有三層面積相同之建物均坐落在同一基地上，此有被上訴人提出之建物登記謄本在卷可佐，且經原審至現場履勘屬實，有勘驗筆錄為憑，是上訴人林雲鶯占有之基地面積應僅為三十四平方公尺【計算式：101÷3=34（小數點以下四捨五人）】。而其基地即上開地段九一七地號八十三年七月申報地價為每平方公尺六萬三千零一元，八十六年七月申報地價係每平方公尺六萬六千九百五十三元，八十九年七月申報地價乃七萬六千一百五十三元，業如前述。而上訴人林雲鶯占有附圖Ｈ部分之房屋現值，經鑑價為三十六萬六千六百三十元，有前揭鑑定報告書可佐。準此，被上訴人請求上訴人林雲鶯給付八十五年八月八日至九十年八月七日之不當得利金額八十萬三千六百十六元【計算式：〔（34×63001＋366630）×6%×1〕＋〔（34×66953＋366630）×6%×3〕＋〔（34×76153＋366630）×6%×1〕=803616（元以下四捨五人）】，及自起訴狀繕本送達之翌日即九十年九月十五日起至遷讓返還附圖Ｆ部分房屋之日止，按月給付被上訴人一萬四千七百七十九元【計算式：（34×76153＋366630）×6%÷12＝14779（元以下四捨五人）】，即無不合，應予准許。至逾此範圍之請求部分，無論依不當得利或侵權行為之法律關係請求，均屬無據，不應准許。

六、綜上所述，被上訴人依民法第七百六十七條及民法第四百七十條第一項，請求上訴人文素霞應將如附圖所示Ｈ部分之建物騰空遷讓予被上訴人，並應給付被上訴人四十三萬九千九百七十七元，及自九十年八月十五日起至遷讓返還前開所示房屋之日止，按月給付被上訴人八千二百十一元；另請求上訴人林雲鶯應將如附圖所示Ｆ部分之建物騰空遷讓予被上訴人，並應給付被上訴人八十萬三千六百十六元，及自九十年九月十五日起至遷讓返還前開所示房屋之日止，按月給付被上訴人一萬四千七百七十九元，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，不應准許。其此部分假執行之聲請亦失所依附，應併予駁回。原審就超過上開應准許部分，為被上訴人勝訴之判決並為假執行之宣告，尚有未洽，上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。至於上開應准許部分，原審為被上訴人勝訴之判決並為假執行

之宣告，經核並無違誤，上訴意旨就此部分仍執陳詞，指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

七、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法及所提之證據，核與判決結果無影響，毋庸再予一一論述，附此敘明。

丙、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第四百四十九條第一項、第四百五十條、第七十九條但書、第八十五條第一項但書，判決如主文。

中　華　民　國　91　年　12　月　24　日

民事第十一庭

審判長　法　官　吳景源

法　官　滕允潔

法　官　鄭純惠

抄本係照原本作成。

中　華　民　國　97　年　6　月　11　日

書記官　廖麗蓮

資料來源：司法院法學資料檢索系統

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：114/07/02 06:28

裁判字號：臺灣高等法院 91 年上字第 886 號民事判決

裁判日期：民國 92 年 05 月 06 日

裁判案由：損害賠償

台灣高等法院民事判決　九十一年度上字第八八六號

上　訴　人　游象流
訴訟代理人　游文華律師
複 代理 人　沈定國
被 上訴 人　游輝杉
訴訟代理人　林清漢律師
被 上訴 人　游輝文
　　游輝玉

右當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國九十一年七月十五日台灣桃園地方法院九十年訴字第一八一二號第一審判決提起上訴，本院判決如左：

主　　文

原判決廢棄。

被上訴人應連帶給付上訴人新台幣壹佰陸拾萬元及自民國九十年十月十日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

第一、二審訴訟費用由被上訴人連帶負擔。

本判決第二項於上訴人以新台幣伍拾參萬伍仟元供擔保後，得假執行。

事　　實

甲、上訴人方面：

一、聲明：

（一）原判決廢棄。

（二）被上訴人應連帶給付上訴人新台幣（下同）一百六十萬元及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

（三）願供擔保請准宣告假執行。

二、陳述：除與原判決記載相同者，茲予引用外，補稱略以：

（一）被上訴人之被繼承人游力瑚確實未依約將如原判決附表所示之坐落桃園縣大園鄉雙溪口段溪洲子小段五七五之二地號等三十筆土地應有部分（下稱系爭土地）移轉予上訴人，原因是移轉土地要繳土地增值稅，游力瑚全部土地辦理過戶時一併繳納，業經證人即代書鄭人彬於九十一年三月四日證述明確。而游力瑚亦未依約定，將系爭土地應有部分與全體共有人約定之分管使用部分交付上訴人使用，該分管部分現由被上訴人占有使用。上訴人確曾向游力瑚定期催告未果，嗣並為解除契約意思表示，亦經證人黃阿錦於原審證述屬實，其證言與證人游許陸妹所為證述並無不同。

（三）上訴人另於九十一年十月三十一日委由律師發函定期二十一日催告被上訴人交付系爭土地應有部分經全體分管使用部分予上訴人，並依買賣契約辦理所有權移轉登記，經被上訴人游輝玉於九十一年十一月一日、游輝文於九十一年十一

月四日、游輝杉於九十一年十一月六日收受送達，故被上訴人自最後收受之人即游輝杉收受日屆滿二十一日即九十一年十一月二十七日起負給付遲延責任。其中游輝杉雖由個人單獨表示僅願出售並移轉上述部分土地，惟因非三人共同為意思表示，依法不生效力，且其亦僅止於意思表示，並未實際付諸行動，故上訴人乃於九十一年十二月三日再委由律師定期三十日期間，催告被上訴人履行同上交付占有及移轉所有權事項，被上訴人游輝玉於九十一年十二月四日、游輝文於九十一年十二月五日、游輝杉於九十一年十二月十六日及九十一年十二月十七日各收受一次正本（含夜間投遞）之送達，復於送達後期限三十日屆滿後之九十二年一月二十三日委由律師發函正式聲明解除系爭買賣關係，被上訴人三人均於同年月二十四日收受送達。本件買賣契約既經依法解除，自應為被上訴人不利判決。

（四）又上訴人於九十二年三月二十八日委由律師發函向被上訴人游輝杉表明願先受領其中十六筆土地，其餘十四筆土地嗣再續行辦理移轉並交付占有，詎被上訴人游輝杉於九十二三月三十一日收受該律師函送達後，竟未辦理該十六筆土地所有權移轉登記及交付土地，反另向桃園縣大園鄉調解委員會聲請調解，而本件土地買賣價金向無爭議，顯見被上訴人游輝杉無力履行。

三、證據：除援用原審之立證方法外，補提九十一年十月三十一日及十二月三日、九十二年一月二十三日及三月二十八日律師函暨掛號函件回執、調解會開會通知、聲請調解書為證，並聲請訊問證人游許陸妹、黃阿錦。

乙、被上訴人游輝杉方面：

一、聲明：駁回上訴。

二、陳述：除與原判決記載相同者，茲予引用外，補稱略以：

（一）上訴人與被上訴人之被繼承人簽約時，業已知悉本件系爭土地三十筆有部分可移轉登記，有部分有限制移轉登記之情事。故兩造之契約中，並無確定約定移轉登記或交付使用日期，而上訴人並未依一定催告程序，且嗣縱催告履行期間，但被上訴人亦同意依約履行，並無違約情事，上訴人自不得解除契約。

（二）被上訴人游輝杉業於九十一年十一月二十六日以中壢二十六支郵局第一一五七號存證信函通知上訴人表明就不能移轉登記部分土地，不願出賣，並請協調返還剩餘差額定金，另就得移轉十六筆土地部分，上訴人若願移轉，被上訴人將依法協助辦理移轉登記及點交占有使用，詎上訴人遲不履行，被上訴人並無違約情事，故上訴人主張解約請求返還價金及損害賠償，顯無理由。

三、證據：除援用原審之立證方法外，補提中壢二十六支郵局第一一五七號存證信函。

丙、被上訴人游輝文、游輝玉方面：未於準備程序及言詞辯論期日到場，惟據所提出之書狀，其聲明及陳述如左：

一、聲明：原判決廢棄，判令上訴人本案請求有理由。

二、陳述：上訴人於八十九年底九十年初期間，確實有多次定期一個月或一星期不等期限，催告游力瑚履行契約並交付分管土地，惟游力瑚因該分管土地由被上訴人游輝杉強占使用，以致無法交付予上訴人使用，故對上訴人之請求為認諾。

理　　由

甲、程序方面：

被上訴人游輝文、游輝玉於言詞辯論期日經合法通知未到場，核無民事訴訟法第三百八十六條各款所列情形，爰依上訴人聲請，由其一造辯論而為判決。

乙、實體方面：

一、上訴人起訴主張：其於八十八年六月三日向訴外人游力瑚購買如原判決附表所示之系爭土地，約定價金為五百萬元，並簽立不動產買賣契約書（下稱系爭買賣契約）。上訴人已依約於簽約時給付價金五十萬元，並於八十九年一二月三日交付價金三十萬元，合計共八十萬元，惟游力瑚迄未依約將系爭土地交付上訴人占有使用，亦未完成所有權移轉登記，上訴人乃依系爭買賣契約第十條後段之約定，於九十年二、三月間向游力瑚表示解除本件買賣契約。嗣游力瑚於九十年七月間死亡，被上訴人三人為其繼承人，依法繼承其一切權利義務。而上訴人另於九十一年十月三十一日委由律師發函定期二十一日催告被上訴人等交付系爭土地應有部分，並依買賣契約辦理所有權移轉登記，經被上訴人分別受收送達，其中被上訴人游輝杉雖由個人單獨表示僅願出售並移轉系爭土地部分，惟因非被上訴人三人共同為意思表示，依法不生效力，上訴人乃於九十一年十二月三日再委由律師定期三十日期間，催告被上訴人履行交付系爭土地之占有及移轉所有權事項，並於九十二年一月二十三日委由律師發正式聲明解除系爭買賣關係，被上訴人三人均於同年月二十四日收受送達。本件買賣契約既經依法解除，上訴人爰依系爭買賣契約第十條約定，請求被上訴人連帶返還價金八十萬元並賠償八十萬元之損害金等語。

二、被上訴人游輝杉則以：上訴人與被上訴人之被繼承人游力瑚簽約時，業已知悉本件系爭土地三十筆有部分可移轉登記，有部分有限制移轉登記之情事，故兩造之契約中，並無約定移轉登記或交付使用之確定日期，而上訴人亦未依法定期催告，且嗣縱催告履行期間，但被上訴人游輝杉業於九十一年十一月二十六日以存證信函通知上訴人表明就不能移轉登記部分土地，不願出賣，並請協調返還剩餘差額定金，另就得移轉十六筆土地部分，上訴人若願移轉，被上訴人將協助辦理移轉登記及點交占有使用，詎上訴人遲不履行，被上訴人並無違約情事，故上訴人主張解約請求返還價金及損害賠償，顯無理由等語，資為抗辯。被上訴人游輝文、游輝玉則具狀就上訴人之請求為認諾。

三、兩造不爭執之事實：

上訴人於八十八年六月三日與訴外人游力瑚（更名前為游輝儀）訂立系爭買賣契約，購買如原判決附表所示之系爭土地，約定價金為五百萬元，上訴人已於簽約時給付價金五十萬元，並於八十九年一二月三日再給付價金三十萬元，共計八十萬元，游力瑚則迄未依約辦理系爭土地所有權移轉登記及交付占有予上訴人。嗣游力瑚於九十年七月間死亡，繼承開始時，無配偶及第一、二順位繼承人，依法由其兄弟即被上訴人三人為其繼承人。其後上訴人於九十一年十月三十一日委由律師發函定期二十一日催告被上訴人交付系爭土地應有部分及辦理所有權移轉登記，經被上訴人分別收受催告函後，被上訴人游輝杉於九十一年十一月二十六日委由律師以個人名義發函通知上訴人表明就系爭土地不能移轉登記之十四筆部分，不願出賣，並請協調返還剩餘差額定金，另就得移轉之十六筆土地，倘上訴人若願移轉，被上訴人將協助辦理。嗣上訴人再於九十一年十二月三日以（九一）華函字第一二〇三號函定期三十日期間，催告被上訴人交付系爭土地應有部分及辦理所有權移轉登記，復於九十二年一月二十三日以（九二）華函字第〇一二三號函解除系爭買賣關係之事實，為兩造所不爭執，並有不動產買賣契約書、土地登記簿謄本、繼承系統表、上訴人九十一年十月三十一日（九一）華函字第一〇三一號函、九十一年十二月三日（九一）華函字第一二〇三號函、九十二年一月二十三日（九二）華函字第〇一二三號暨掛號函件回執、被上訴人游輝杉九十一年十一月二十六日中壢二十六支郵局第一一五七號存證信函附卷可稽，自堪信為

真實。

四、兩造之爭點及論斷：

上訴人主張確曾向游力瑚定期催告依約將土地交付並辦理移轉登記未果，乃於九十年二、三月間向游力瑚為解除契約意思表示，嗣並另於九十二年一月二十三日委由律師發函向被上訴人聲明解除系爭買賣契約，系爭買賣契約既經依法解除，被上訴人依約除應連帶返還已收受之八十萬元價金外，應另賠償上訴人同額之損害金等情，為被上訴人游輝杉所否認，並以前開情詞置辯。經查：

（一）按請求履行債務之訴，除被告自認原告所主張債權發生原因之事實外，應由原告就其主張此項事實，負舉證之責任（最高法院四十三年台上字第三七七號判例要旨參照）。本件上訴人主張出賣人游力瑚未依約移轉登記及交付系爭土地，其已依法解除系爭買賣契約，被上訴人為游力瑚之繼承人依約應連帶返還所受領價金八十萬元並賠償同額之損害金等情，雖據被上訴人游輝文、游輝玉具狀認諾上訴人之請求（見本院卷頁六五），惟游力瑚就系爭土地之所有權及系爭買賣契約之權利義務，既由被上訴人共同繼承，依民法第一千一百五十一條規定，應屬被上訴人全體公同共有，故本件訴訟標的對於被上訴人全體即須合一確定，是被上訴人游輝文、游輝玉上述認諾，依民事訴訟法第五十六條第一項第一款規定，對於上訴人全體不生效力。而被上訴人游輝杉既否認上訴人之主張，其效力及於被上訴人全體，則依前開說明，上訴人仍應就其主張系爭買賣契約已經解除之事實，負舉證之責任。

（二）又「給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力。」、「契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限，催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。」民法第二百二十九條第二項及第二百五十四條分別定有明文。準此，必須經債權人定相當期限催告其履行，而債務人於期限內仍不履行時，債權人始得解除契約。

（三）本件上訴人主張其已於九十年二、三月定期催告游力瑚交付系爭土地乙節，為被上訴人游輝杉所否認。而證人黃阿錦於原審法院訊問「上訴人是否定期催告游力瑚交付土地」時，先證稱：「上訴人有說土地要趕快交給他」，嗣證稱：「上訴人每個月都有跟游力瑚講」，最末則證稱：「上訴人向游力瑚講說一個月、一個禮拜要交給他」等語（見原審卷頁一二九、一三〇），前後所證不一，核與證人游許陸妹於原審所證：上訴人有說到哪一天要交給上訴人使用等情(見原審卷頁一三一)，亦有未符。倘上訴人確曾定期限催告，則證人就上訴人所定期限之方式，衡情當不致為不同證述，是僅據上開二證人之證言，尚難認上訴人就其於九十年二、三月間已定期催告游力瑚履約之主張已盡舉證之責。故縱上訴人曾多次為履行給付之催告，既未定相當期限，亦難謂與前述民法規定解除契約之要件相符。則上訴人主張其已於九十年、三月間解除系爭買賣契約，尚不足採。

（四）而上訴人於原審判決後之九十一年十月三十一日，委由律師發函定期二十一日催告被上訴人交付系爭土地及辦理所有權移轉登記，經被上訴人游輝玉於九十一年十一月一日、游輝文於九十一年十一月四日、游輝杉於九十一年十一月六日分別收受送達，其後被上訴人游輝杉於九十一年十一月二十六日以個人名義發函通知上訴人表明就系爭土地不能移轉登記之十四筆部分，不願出賣，並請協調返還剩餘差額定金，另就得移轉之十六筆土地，倘上訴人若願移轉，被上

訴人將協助辦理移轉登記及點交占有等情，為兩造所不爭，且有律師函及掛號郵件收件回執附卷可稽（見本院卷頁四八至五〇）。惟繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為公同共有，民法第一千一百五十一條定有明文。而公同共有物之處分及其他權利之行使，除其公同關係所由規定之法律或契約另有規定外，應得公同共有人全體之同意，非任何一人所得私擅處分（最高法院十九年上字第二四一八號判例參照）。準此，被上訴人游輝杉前開以個人名義所為履行債務之給付行為，既未得全體繼承人即被上訴人游輝文、游輝玉之同意，尚不生被上訴人全體提出給付之效力，仍應認被上訴人於上訴人催告期限內並未依約履行，則自被上訴人最後收受之日即游輝杉收受日屆滿二十一日即九十一年十一月二十七日起，被上訴人就系爭買賣契約即負給付遲延之責任。

（五）嗣上訴人再於九十一年十二月三日發函定期三十日期間，催告被上訴人交付系爭土地及辦理所有權移轉登記，復於九十二年一月二十三日發函表示解除系爭買賣契約，上訴人均於九十二年一月二十四日收受該解約函，亦有九十一年十二月三日（九一）華函字第一二〇三號函、九十二年一月二十三日（九二）華函字第〇一二三號暨掛號函件回執附卷可稽，被上訴人等既未於上訴人催告期限內依約履行，其給付已遲延，已如前述，上訴人自得依法解除契約，是應認系爭買賣契約於被上訴人受領上訴人解約之意思表示時已合法解除。而系爭買賣契約第十條規定：「本約簽訂後：：如乙方（即游力瑚）不賣或不照約履行應盡義務時，亦應將已收價款如數退還與甲方（即上訴人）外，另加賠償所收價款同額之損害金與甲方：：」，則上訴人於解除系爭買賣契約後，依上開約定請求被上訴人連帶返還價金八十萬元並給付同額之違約金八十萬元，即屬有據。

五、綜上所述，上訴人依系爭買賣契約第十條之約定，請求被上訴人連帶給付一百六十萬元及自起訴狀繕本送達之翌日即九十年十月十日起至清償日止，按年息百分之五計算之法定遲延利息，為有理由，應予准許。原審未及審酌上訴人於原判決後定期催告及解約之事實，而為上訴人敗訴之判決，尚有未洽。上訴人上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。爰由本院予以廢棄改判，如主文第二項所示。又上訴人陳明願供擔保宣告准免假執行，經核並無不合，爰酌定相當擔保金額併宣告之。

丙、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百五十條、第四百六十三條、第三百八十五條第一項前段、第八十五條第二項、第三百九十條第二項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　九十二　　年　　五　　月　　六　　日

民事第十一庭

審判長法　官　吳　景　源

法　官　滕　允　潔

法　官　鄭　純　惠

右正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後二十日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第四百六十六條之一第一項但書或第二項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　九十二　年　　五　　月　　六　　日
書記官　張　淑　華

附註：

民事訴訟法第四百六十六條之一（第一項、第二項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其他法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：114/07/02 06:29

裁判字號：臺灣高等法院 92 年上字第 1127 號民事判決

裁判日期：民國 94 年 01 月 25 日

裁判案由：給付貨款

臺灣高等法院民事判決　　92年度上字第1127號

上　訴　人
即被上訴人　中日工程顧問有限公司
法定代理人　張金壽
訴訟代理人　張同輝
被 上訴 人
即 上訴 人　台北大眾捷運股份有限公司
法定代理人　陳椿亮
訴訟代理人　詹文凱律師
複代理人　　陳芬芬律師

上列當事人間因請求給付貨款事件，兩造對於中華民國九十二年十月十五日台灣台北地方法院九十一年訴字第六〇九八號第一審判決各自提起上訴，本院於九十四年一月十一日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於命上訴人台北大眾捷運股份有限公司給付部分，及該部分假執行之宣告，暨命上訴人台北大眾捷運股份有限公司負擔訴訟費用之裁判均廢棄。

右廢棄部分，被上訴人中日工程顧問有限公司在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

上訴人中日工程顧問有限公司之上訴駁回。

第一審關於命上訴人台北大眾捷運股份有限公司負擔訴訟費用部分，及第二審訴訟費用關於上訴人台北大眾捷運股份有限公司上訴部分，由被上訴人中日工程顧問有限公司負擔。

第二審訴訟費用關於上訴人中日工程顧問有限公司上訴部分，由上訴人中日工程顧問有限公司負擔。

事　　實

甲、上訴人即被上訴人中日工程顧問有限公司（下稱中日公司）方面：

壹、聲明：

一、上訴聲明：

（一）原判決不利於上訴人部分廢棄。

（二）上開廢棄部分，被上訴人應再給付上訴人新台幣（下同）壹佰捌拾陸萬伍仟陸佰伍拾玖元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息百分之五計算之利息。

二、答辯聲明：上訴駁回。

貳、陳述：除與原判決記載相同者，茲予引用外，補稱略以：
一、本件調解成立書並無給付標的，僅能稱為原合約之補充，此亦為被上訴人所自承，自無違反一事不再理原則。
二、按台北市政府採購申訴審議委員會調解內容有關第七項產品部份，係依照原合約之規定辦理交付，而上訴人亦依規定完成交付，調解內容意義亦為上訴人無法對原合約規定辦理時，被上訴人則同意就其內部之零件分別購買，但上訴人應提出各別零件之原廠證明，且重新議價，惟上訴人已依原合約規定交貨，自已完成交貨手續，無需再依調解內容出具各別零件之原廠證明。
三、兩造最大爭議之鑑定報告，上訴人已依調解成立書之規定完成鑑定，又至被上訴人處協調，完成二次鑑定，而被上訴人卻執意指稱鑑定報告內容不完善，顯無理由。
參、證據：除援用原審之立證方法外，並聲請中國鋼鐵股份有限公司為鑑定。
乙、被上訴人即上訴人台北大眾捷運股份有限公司（下稱台北捷運公司）方面：
壹、聲明：
一、上訴聲明：
（一）原判決不利於上訴人部分廢棄。
（二）上開廢棄部分，駁回被上訴人在第一審之訴及其假執行之聲請。
二、答辯聲明：上訴駁回。
貳、陳述：除與原判決記載相同者，茲予引用外，補稱略以：
一、本案已於九十一年九月二十日，經台北市政府採購申訴審議委員會調解成立，已具有既判力之拘束，被上訴人實已不得再為爭執。今被上訴人違法提起訴訟在先，原審法院再為裁判於後，於程序上即已違反一事不再理之原則。
二、本件鑑定報告之技師葉明英係由被上訴人自行選定，選定前未告知上訴人，更未得上訴人同意，是原判決認定其係兩造合意選定，已有違誤。再者，上訴人對鑑定之技師資格未曾質疑，並不意味上訴人即必須對於鑑定報告全盤接受，上訴人自得對鑑定報告不明確之處有所質疑。
三、調解內容第一點所謂採購品之「規格」、「功能」、「效率」與現品之比較，並非僅以鑑定報告之表面「文字敘述相同」為已足，必須實質鑑定、考量系爭第一至第六項採購品之機械性質始可，並且對於尚有疑義或鑑定不足之處，再為更明確、更細緻之鑑定，而達到兩造皆可明瞭、接受之程度。上訴人於「捷運公司答復中日公司意見彙整表」中，明確表列原鑑定報告尚有疑義之處，並請被上訴人對鑑定報告不足之處再予以補正，經原審諭令被上訴人補正，被上訴人所提補充報告中，其結論並未明確就規格、功能、效率等項目為明確之比較，僅簡稱均屬良好，與雙方協議結果完全不符，縱鑑定無一定之方式，但總有特定之標準，被上訴人所為鑑

定之比較，亦應檢附相關佐證資料，而原判決竟依此鑑定報告之結論率為裁判，實有認事用法之違誤。被上訴人負有證明其貨物合於要求之義務，如未能提出其他證明，其主張自無可採。

四、另被上訴人對第七項採購標的部分仍未依調解內容提出各物品之原廠證明，不符合雙方約定之付款條件，上訴人自無給付之必要，其上訴顯無理由。添

參、證據：除援用原審之立證方法外，補提中鋼公司報價明細表為證。

理　　由

一、上訴人中日公司起訴主張：上訴人台北捷運公司於九十年九月四日向其採購「轉轍器組件Ｕ型連接板螺栓等七項」（下稱系爭貨物），並訂立財物採購合約，約定買賣總價三百三十九萬元，中日公司已於九十一年五月十七日交貨，惟台北捷運公司以證明文件不足拒付貨款；嗣兩造經台北市政府採購申訴審議委員會調解成立，中日公司亦已依調解內容提出系爭貨物第一至六項之技師鑑定報告，第七項則依系爭合約約定提出保固書，惟上訴人台北捷運公司仍拒付貨款，爰依採購合約，請求上訴人台北捷運公司給付貨款三百三十九萬元，並返還保證金三十三萬九千元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止之法定遲延利息等語。（原審判決上訴人台北捷運公司應給付上訴人中日公司一百八十六萬三千三百四十一元及自九十一年十一月二十二日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，而駁回上訴人中日公司其餘之訴。嗣兩造各就其敗訴部分提起上訴）。

二、上訴人台北捷運公司則抗辯如下：

（一）本件已於九十一年九月二十日經台北市政府採購申訴審議委員會調解成立，已具有既判力之拘束，被上訴人實已不得再為爭執。被上訴人違法提起訴訟在先，原審法院再為裁判於後，於程序上即已違反一事不再理之原則。

（二）上訴人中日公司所交付之系爭貨物不符約定品質，台北捷運公司在中日公司依採購申訴審議委員會調解內容履行前，無給付貨款之義務。而中日公司雖依調解內容請葉明英工業技師鑑定，惟該鑑定報告僅紀錄結果數據，並未敘明鑑定之方法及程序，上訴人中日公司自應就該鑑定報告內容仍有疑義之處再予以補正。又中日公司對第七項採購標的部分仍未依調解內容提出各物品之原廠證明，亦未經兩造重新議價，從而，中日公司之請求與兩造協議不符，台北捷運公司之付款條件尚未成就，自無付款之義務。

三、兩造不爭執之事實：

兩造於九十年九月四日訂立財物採購契約（下稱系爭契約），由台北捷運公司向中日採購系爭貨物，約定買賣總價為三百三十九萬元，中日公司並交付保證金三十三萬九千元。中日公司已於九十一年五月間一次交貨，因請求台北捷運公司

給付貨款三百三十九萬元未果，乃向台北市政府採購申訴審議委員會就辦理驗收及給付貨款之爭議申請調解，嗣於九十一年九月五日經調解成立，其成立調解內容為：「㈠由招標機關（即台北捷運公司）提供現品予申請人（即中日公司），並由申請人請機械技師就已交付之採購品第一項至第六項之規格、功能、效率與現品作成鑑定比較表，若結果優於或等於現品，招標機關則依契約價格收受。招標機關應提供申請人現品以供比對，申請人於技師鑑定完畢後負責返還，若有任何損害並負賠償責任。㈡第七項採購品，招標機關同意就其內部之零件分別購買，但申請人應提出各別零件之原廠證明，且各別零件應各別重新議價。：：㈣申請人應於九十一年九月十七日之次日起算六週內完成機械技師之鑑定事宜。」。其後，中日公司於九十一年十月十八日交付葉明英工業技師製作之零組件製造鑑定報告（下稱系爭鑑定報告）一份予台北捷運公司，台北捷運公司以鑑定報告內容不夠詳盡為由，於九十一年十一月四日、同年月二十一日先後發文要求中日公司補正，中日公司則於九十一年十一月十一日回函表示系爭鑑定報告已符合調解內容等事實，為兩造所不爭執，且有財物契約、交貨通知單、調解成立書、鑑定報告、台北捷運公司函、中日公司函等附卷可稽（見原審卷頁十至二六、頁四六至六六），自堪信為真實。

四、兩造之爭點及論斷：

上訴人中日公司主張其已依兩造調解成立內容就系爭貨物第一至第六項請工業技師鑑定，系爭貨物第七項亦已依約辦理交貨，並提出保固書，台北捷運公司自應依系爭契約給付價金及返還保證金等語，為上訴人台北捷運公司所否認，並以前揭情詞置辯。經查：

（一）關於中日公司請求台北捷運公司給付貨款三百三十九萬元部分：

1、按機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得向採購申訴審議委員會申請調解。採購申訴審議委員會辦理調解之程序及其效力，除本法有特別規定者外，準用民事訴訟法有關調解之規定，政府採購法第八十五條之一第一項第一款、第三項定有明文。又調解成立者，與訴訟上和解有同一之效力，亦即與確定判決有同一之效力，此觀之民事訴訟法第三百八十條、第四百十六條之規定自明。

2、本件上訴人中日公司就其依系爭契約請求台北捷運公司辦理驗收及給付貨款三百三十九萬元之爭議，向台北市政府採購申訴審議委員會申請調解，並於九十一年九月五日經調解成立，已如上述，依前開說明，該調解成立與確定判決有同一之效力，則中日公司於上開調解成立後之九十一年十一月十八日再就系爭貨款三百三十九萬元之同一請求，對台北捷運公司提起本件訴訟，違反一

事不再理之原則，依民事訴訟法第四百條、第二百四十九條第一項第七款之規定，其此部分起訴為不合法。原審就中日公司請求台北捷運公司給付貨款三百三十九萬元部分予以實質審究，即有違誤。

（二）關於中日公司請求台北捷運公司返還保證金三十三萬九千元部分：

1、系爭契約第十條第二項第二款約定：「一次全部交貨者，俟全部交清，經甲方（即台北捷運公司）正式驗收合格且無待解決事項後，發還餘額或解除保證責任全部。」（見原審卷頁一七）。本件中日公司於九十一年五月間一次交貨，為兩造所不爭，已如上述，則依上開約定，保證金須於台北捷運公司正式驗收合格且無待解決事項後，始得退還。而兩造有關系爭貨物辦理驗收之爭議，業經台北市政府採購申訴審議委員會調解成立，亦如上述，則中日公司自須依成立調解內容履行後，始得認符合前述「正式驗收合格且無待解決事項」之返還保證金要件。

2、依前述調解成立內容㈠，台北捷運公司須提供現品中日公司，並由中日公司請機械技師就已交付之採購品第一項至第六項之規格、功能、效率與現品作成鑑定比較表，若結果優於或等於現品，招標機關則依契約價格收受。觀之中日公司於九十一年十月十八日所提出葉明英工業技師製作之系爭鑑定報告（見原審卷頁五三至五八），葉明英機械技師就系爭第一項至第六項貨物與台北捷運公司提供之現品比較結果，其材質、尺寸、規格、功能及使用效益均屬相當，其中第五項動力連桿部分，中日公司所交付予上訴人台北捷運公司之產品甚至比法國馬特拉 MATRA公司之原廠品質更優，則中日公司主張系爭第一至第六項產品經葉明英技師鑑定結果，其品質等於或優於上訴人台北捷運公司提供之現品，尚非無據。而中日公司於原審程序中再度委請葉明英技師就系爭產品之硬度及強度分析，分析結果其強度亦與現品相等，亦有卷附檢驗報告足參（見原審卷頁二九四至二九七）。又依上述調解成立內容，並未約明鑑定之特定方法及程度，則台北捷運公司主張中日公司須補正實質鑑定機械性質以比較系爭貨物之規格、功能及效率云云，已屬無據。況台北捷運公司要求補正之上述鑑定方法，無法以非破壞性試驗之方式為之，此有國立台灣大學暨嚴慶齡工業發展基金會合設工業研究中心、台灣檢驗科技股份有限公司、中國鋼鐵股份有限公司函附卷可稽（見原審卷頁二九０、二九一及本院卷頁九三）。然依兩造成立之調解內容第一項後段所示，台北捷運公司提供予中日公司之現品如有任何毀損，中日公司應負賠償責任，則台北捷運公司提供之現品倘以破壞性試驗，即可能造

成現品之損害，故中日公司主張其依調解內容僅須做非破壞性之試驗，亦非無據。台北捷運公司主張中日公司未提出符合調解內容之鑑定報告云云，並無可採。

3、依前述調解成立內容㈠，系爭第七項採購品，台北捷運公司同意就其內部之零件分別購買，但中日公司應提出各別零件之原廠證明，且各別零件應各別重新議價。本件上訴人中日公司自認無法提出原廠證明文件，其雖主張系爭契約及附圖並無要求原廠證明，組裝產品由組裝公司出具保證書，即符合約定品質云云。惟兩造既自陳嗣後成立調解合意為系爭契約之補充（見本院卷頁三六），中日公司即應依調解內容提出系爭第七項產品之各別零件原廠證明，並重新議價，則中日公司再執系爭契約未具體約定原廠證明為由，主張由組裝公司出具保固書，即符合雙方之約定云云，即不足採。故台北捷運公司所辯中日公司尚未依調解內容提出系爭第七項產品之原廠證明文件等語，堪以採信。

4、綜此，上訴人中日公司既未依調解內容提出系爭第七項產品之原廠證明文件，即難認已符合前述「正式驗收合格且無待解決事項」之返還保證金要件，則中日公司請求退還保證金三十三萬九千元，尚屬無據。

五、綜上所述，中日公司依系爭契約，請求台北捷運公司給付貨款三百三十九萬元部分為不合法，請求返還保證金三十三萬九千元部分，為無理由，均不應准許。其假執行之聲請，因訴之駁回而失所依附，應併予駁回。原審命台北捷運公司給付中日公司貨款一百八十六萬三千三百四十一元及法定遲延利息並為假執行之宣告，尚有未洽，上訴人台北捷運公司上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。至於原審駁回上訴人中日公司其餘貨款請求部分，其理由雖有不同，結論則無二致，仍應予維持。又原審就上訴人中日公司請求返還保證金三十三萬九千元部分，為其敗訴判決並駁回其假執行聲請，經核並無違誤，上訴人中日公司上訴意旨就此部分仍執陳詞，指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回其上訴。

六、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法並所提之證據，核與判決結果不生影響，爰不再一一論述，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴人中日公司之上訴為無理由，上訴人台北捷運公司之上訴為有理由，依民事訴訟法第四百四十九條第一項、第二項、第四百五十條、第七十八條，判決如主文。

中　華　民　國　94　年　1　月　25　日

民事第九庭審判長法　官　吳 景 源
法　官　滕 允 潔
法　官　鄭 純 惠

正本係照原本作成。
如不服本判決，應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後二十日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第四百六十六條之一第一項但書或第二項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

中　華　民　國　94　年　1　月　27　日

書記官　廖 麗 蓮

附註：
民事訴訟法第四百六十六條之一（第一項、第二項）：
對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其他法定代理人具有律師資格者，不在此限。
上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：114/07/02 06:27

裁判字號：臺灣高等法院 96 年建上字第 122 號民事判決

裁判日期：民國 97 年 06 月 18 日

裁判案由：確認工程款請求權不存在等

臺灣高等法院民事判決　　96年度建上字第122號

上　訴　人
即被上訴人　國防部
法定代理人　陳肇敏
訴訟代理人　陳君漢律師
複代理人　　王福民律師
訴訟代理人　陳玫瑰律師
參　加　人　白省三即白省三建築師事務所

訴訟代理人　常亮
　　黃虹霞律師
被上訴人
即上訴人　　遠揚營造工程股份有限公司

法定代理人　徐旭松
訴訟代理人　林凱倫律師
　　陳光飛

上列當事人間確認工程款請求權不存在等事件，兩造對於中華民國96年10月11日臺灣臺北地方法院93年度建字第255號第一審判決各自提起上訴，本院於97年6月4日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於本訴部分確認上訴人遠揚營造工程股份有限公司對被上訴人國防部工程款請求權不存在之金額超過新台幣叁仟伍佰陸拾肆萬零捌佰捌拾肆元及自民國九十二年七月一日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息部分，暨命上訴人遠揚營造工程股份有限公司負擔訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人國防部在第一審之訴駁回。

原判決關於反訴部分駁回上訴人遠揚營造工程股份有限公司後開第四項之訴部分及該部分假執行之聲請暨命其負擔訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人國防部應再給付上訴人遠揚營造工程股份有限公司新台幣伍拾貳萬貳仟貳佰壹拾陸元及自民國九十二年八月二十日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

上訴人遠揚營造工程股份有限公司其餘上訴駁回。

上訴人國防部之上訴駁回。

第一審關於命上訴人遠揚營造工程股份有限公司負擔訴訟費用部分，及第二審訴訟費用關於上訴人遠揚營造工程股份有限公司上訴部分，由被上訴人國防部負擔百分之二，餘由上訴人遠揚營造工程股份有限公司負擔。

第二審訴訟費用關於上訴人國防部上訴部分，由上訴人國防部負擔。參加訴訟費用由參加人負擔。

本判決第四項，於上訴人遠揚營造工程股份有限公司以新台幣貳拾萬元供擔保後，得假執行。但被上訴人國防部如以新台幣伍拾貳萬貳仟貳佰壹拾陸元為上訴人遠揚營造工程股份有限公司預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

甲、程序方面：

一、上訴人即被上訴人國防部之法定代理人原為李天羽，於本院審理中，先後變更為蔡明憲、陳肇敏，並據分別具狀聲明承受訴訟（本院卷頁224），核與民事訴訟法第170條、第175條第1項、第176條之規定，並無不符，應予准許。

二、按當事人對於第一審判決不服之程度，及應如何廢棄或變更之聲明，依民事訴訟法第438條第1項第3款雖應表明於上訴狀，然其聲明之範圍，至第二審言詞辯論終結時為止，得擴張或變更之，此不特為理論所當然，即就同法於第二審程序未設與第473條第1項同樣之規定，亦可推知（最高法院30年抗字第66號判例意旨參照）。本件上訴人遠揚公司就反訴部分原上訴聲明為：「國防部應再給付上訴人新台幣（下同）36,163,100元及自92年7月1日起至清償日止，按年息5%計算之利息。」（見本院卷頁22），嗣於本院言詞辯論終結前，將上訴聲明減縮為：「國防部應再給付上訴人36,163,100元及自92年8月2日起至清償日止，按年息5%計算之利息。」（見本院卷頁200反面），依上開說明，自應准許。

乙、實體方面：

一、上訴人即被上訴人國防部（下稱國防部）主張：

(一)變更設計部分：

1、關於變更設計部分，兩造所訂之工程承攬契約書（下稱系爭工程契約）明確規定須經國防部同意，遠揚公司尚且於工程進行中申辦4次有關「擋土工法」、「二樓以上梯廳增設排煙設備」、「鐵板製箱體變更不鏝銅箱體」、「消檢缺失」等變更設計案，對於變更設計之辦理，更不能諉為不知。建築師僅係代表國防部監督遠揚公司履行契約約定之應辦事項，雖於其權責範圍中對於遠揚公司之指示與監督行為效力等同於國防部，但不得未經國防部之同意，變更契約規定，亦有系爭工程契約第6條之約定可參。且承包工程須知第11條第2項已明定被上訴人須於期限內提出異議。蓋建築師對於原設計圖說本有變更或補充之權利，遠揚公司依約應須照辦，如認建築師之指示將增加額外之工作與材料時，即應於14日內提出異議，並且聲明應加

之工料，否則該項之詳圖即被認為與契約相符，將來遠揚公司即不得要求加價。被上訴人既未依照變更設計程序辦理，亦從未就建築師之指示將增加工料之部分，於契約所訂之期限內提出異議，縱認為建築師之指示屬於變更設計，被上訴人亦不得請求增加給付。

2、前述4項變更設計案，其總金額若不計減帳擋土工法變更(減帳)，具加帳之金額亦不過2,679,529元，甚至B基地消防缺失檢查改善工程變更設計案，僅加帳63,747元，遠揚公司亦知應依照程序辦理變更設計及展延工期。惟遠揚公司對於本件其認為變更設計而要求加帳金額達12,746,908元，已逾曾經正式辦理變更設計而加帳金額達5倍之多，卻未依照契約所訂程序辦理，自不能於嗣後以變更設計為由，要求增加給付。

3、至於遠揚公司所提92年1月23日、24日及3月21日各次驗收紀錄，並無國防部同意辦理變更設計後而可增加給付之紀錄。工程結算明細表，依照工程慣例為工程驗收時所須之文件，當然須由遠揚公司提出，以利驗收，然亦不代表國防部要求遠揚公司提出結算明細表，即係同意增加給付。是否應增加給付，自應依據原契約之規定，倘若契約已規定承包商不得請求加價，國防部依約自無增加給付之理。

4、至於遠揚公司所主張以情事變更或援引民法第490條第1項、491條第1項之規定要求增加給付，然情事變更須於契約成立後，發生契約雙方不可預期之事由，致如依原契約效果履行顯失公平，始有適用之餘地，惟遠揚公司並未說明發生何種不可預料之情事，且依據原契約之約定有何顯失公平之處。遠揚公司捨契約之約定方式不為，如因此而增加其支出致其權利受有損害，亦屬可歸責於遠揚公司之事由所致，自不應許其要求增加給付。而系爭契約為總價承攬，如需增加給付亦有相關約款可據，則本件國防部已依約給付承攬報酬，遠揚公司再依民法第490條第1項、491條第1項之規定為主張，亦無理由。

(二)重複扣款部分：

該部分係因審計部督導所發現之缺失而於結算時辦理扣款，結算時係依據原契約所訂之金額加計變更設計增減之金額後，再扣除應扣帳之項目，並無遠揚公司所稱就「銅管鷹架及腳踏板防護網」工項，有「重複」扣款1,513,284元之情事。

(三)實作數量較契約標單增加部分：

1、本件依系爭工程合約第7條之約定，係採「總價承包」之方式計付工程價款，故除有系爭工程合約第7條第2項所列之情形外，國防部自無因數量之增加，而有增加給付之必要。然例外依系爭合約第25條第6項約定、投標須知第16點第1項規定，如遠揚公司於投標前認為數量有所疑問，其實際施做數量有超過契約數量之可能，可以提高單價之

方式處理。而若數量差異於10%範圍中，無論遠揚公司是否提出數量異議，均應自行承擔，縱因此而增加支出，於總價承包之原則下，亦係其所應承擔之風險，國防部無須增加給付。若遠揚公司認為數量因國防部計算錯誤，致差異超過10%，則應依投標須知第16點第1項規定「應於簽約後三個月內提出異議，並以變更設計方式增加給付，逾期則不得再行提出」。況本件開標日於A基地係87年10月30日，於B、C基地則為88年1月15日，顯見遠揚公司自得標時起算，於A基地至少擁有長達121天、於B、C基地至少擁有長達119天之時間，應有充足之時間以其專業營造能力詳實核算圖說與標單差異，並就數量提出異議。

2、至於參加人88年11月17日函文，係在說明B基地PC厚度之施作問題，其中亦無任何一語提及同意就全部工程之實做數量，於結算時再為辦理。此外，該項施作問題，係本於擋土工法辦理變更設計，對於原設計圖所為釋疑，與原契約標單數量以及實做數量無關。3次驗收會議紀錄之記載，並無國防部業已變更契約屬性，由總價承攬轉變成實作實算契約之意。況國防部為公務機關，預算支出與契約變更必然有一定之作業程序，以會議紀錄方式辦理契約變更，顯違常情。而系爭工程契約關於數量增減之問題，於第25條第6項明確表示「逾」10%部分始有增加給付之可能。鑑定報告就此部分，未將未超過10%以上之數量扣除，即逕為鑑定，其報告與兩造系爭契約第6條之約定不符。並不足採信。

3、至於遠揚公司所稱國防部減帳之部分，參照遠揚公司所提出之各基地結算減帳統計表，其中扣款項目金額大者，均屬未執行之項目，其餘則屬驗收缺失，或審計部督導之缺失改正扣款，與數量差異並無關聯。況若遠揚公司認為國防部未在契約簽訂3個月內為異議，依約不應扣款（國防部否認），其亦僅得請求返還扣款之部分，而非請求就數量增加部分為加帳。是以，自不應以國防部就驗收缺失為扣款，即能解免遠揚公司應依約於契約簽訂後3個月內為異議之義務。

(四)稅利管理費部分：

遠揚公司另外請求稅利管理費合計4,848,980元，然遠揚公司向工程會提出調解時，僅提出41,769,681元，當時並未計入稅利管理費等金額，而前開款項亦為計價項目之一，核屬工程承攬報酬之一部，自有2年短期時效之適用。然遠揚公司自承系爭工程於92年7月1日完工，其遲至94年9月27日始就稅利管理費於反訴中提出請求，則該部分之請求已逾時效期間，縱認國防部有給付之必要，國防部亦得拒絕給付。

二、參加人方面：

(一)變更修正設計部分：

1、遠揚公司請求之事項多屬系爭工程契約第15條約定之範圍

，並非屬於變更設計。再國防部並未核准同意遠揚公司變更修正設計，國防部充其量僅同意配合工程進行之細部調整變更，且遠揚公司並未要求追加減帳及工期，故國防部未同意辦理追加。又本件契約已明定為總價決標，並非依實作數量計價，遠揚公司於投標時應自行核算標單是否正確，如認為不正確，應自行在單價中調整，不得另行請求增加給付報酬。

2、遠揚公司並未依系爭工程契約中變更設計之相關約定完成辦理變更設計程序，如未依系爭工程契約第25條、投標須知第16點第1項、承包工程須知第11點等約定，在簽約後三個月內提出數量差異，請求變更設計或未於工程司核准圖說後14日內提出異議要求應加工料等，故不得請求增加給付報酬。復依系爭工程契約第15條約定，施工說明已記載合約圖已標明部分，不得要求加價，遠揚公司請求變更修正設計追加部分，均為該條所約定之「為完成本工程所必需，或工程慣例所應為之零星事項」，不得請求加價。又鑑定報告關於非屬零星變更及數量計算等，均不足採。

(二)重複扣款部分：

國防部就「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項，並未重複扣款，且就兩造結算減帳部分，既已經兩造合意減帳結算完畢，遠揚公司自不得再翻異要求給付。又以遠揚公司所提細部修正加減帳明細表A基地第15項為例，契約數量為26,367㎡，遠揚公司提出實作數量為29,120㎡，並依29,120㎡計算與國防部達成調解之增減部分（減作鋼絲安全網、塑膠帆布、安裝及拆卸，增作尼龍網），得出須減帳873,420元；同理B基地為409,265元，C基地為230,599元，合計1,513,284元，故國防部就鋼管鷹架及腳踏板防護網工項，並無重複扣款情事。

(三)實作數量較契約標單增加部分：

1、本件契約已明定為總價決標，遠揚公司於投標時有自行核算標單是否正確，如認不正確，有自行在單價中調整之責任，遠揚公司稱實作數量較契約標單數量增加部分，非在原契約範圍內云云，並不可採。遠揚公司亦未依系爭工程契約中變更設計之相關約定，完成辦理變更設計程序，不得請求增加給付報酬。

2、又參加人就鋼筋計算已列入合理耗損，其數量與遠揚公司施工日報所載相符，足見參加人之鋼筋計算數量無誤。至遠揚公司所引詹氏書局出版李健雄關於鋼筋合理損耗之數據，不是法令，充其量僅為著者之個人意見而已，又由遠揚公司所引該書見解之第7點，鋼筋數量之計算合理誤差值為3%，縱認需加計所謂鋼筋合理損耗，亦應先扣除該數量合理誤差值3%，超過部分才有加計為合理損耗之問題。另遠揚公司所引93年2月18日國防部會議記錄所載「損耗比例修正為8%」部分，係3%之誤載，仍未逾遠揚公司所引

前著作之誤差值，遠揚公司仍不應以鋼筋合理損耗為由，要求加計鋼筋數量及加價。

3、本件工程因遠揚公司選擇不同施工方法致工程數量增加，且事實上遠揚公司主張之實際施作數量，並不確實，遠揚公司不得為無理請求。此點由鑑定人鑑定數量係依遠揚公司提供之資料交由不具資格，資本額僅3萬元之菁準工程行核算，未經國防部及參加人表示意見，甚至有鑑定數量超過遠揚公司主張數量之顯不合理情形，此部分應由鑑定人與參加人複委託之專業技師對質以明其情事。就數量差異超過10%部分，依系爭工程投標須知第16點第1項約定，遠揚公司如有異議，應於簽約後三個月內提出，但遠揚公司未於三個月內提出，依約已失權，不得為本件請求，就工程司核准圖說部分，則依工程承包須知第11條約定，亦因遠揚公司未於14日內異議而失權。

(四)稅利管理費部分：

系爭工程於92年7月1日驗收完成，遠揚公司就稅利管理費應於94年6月30日前請求，但遠揚公司至94年9月28日始為請求，已罹於2年時效期間。

三、被上訴人即上訴人遠揚公司主張：

(一)關於變更設計追加11,233,624元（A基地2,868,420元，B 基地7,436,062元，C基地929,142元）部分：

1、遠揚公司請求事項屬於變更設計，並非零星事項：

參加人及台經公司為國防部之工程司，國防部於本件所受之不利益亦可能轉向其工程司請求及主張，自不宜據此為不利遠揚公司及背於事實之依據。系爭變更設計項目，多為增作、增設、改作、或因契約圖說與核准圖說差異而為變更，與契約第15條所規定完成工程所必須、或依工程慣例應為之零星事項不同。參加人於工程會協調會時，亦明白陳稱「經本所嚴謹檢核後，確認遠揚營造所提有關變更設計加減帳項目及數量均為事實無誤；另以本所專業角度而言，亦認為遠揚營造送審之變更設計加減帳項目內容，均有施作之必要性」等語，該意見並經國防部函送公共工程委員會。又本件鑑定報告，及鑑定人台灣省建築師公會函覆原審，本件「變更設計部分」非屬「現場零星變更」。而本件變更設計項目，均係經國防部及其工程司指示施作。

2、國防部已核准同意遠揚公司變更設計：

⑴依系爭契約第25條（工程變更)第1款規定，國防部制式合約要求遠揚公司於接獲通知指示變更應即照辦，遠揚公司並無不同意之餘地，亦無法要求應俟國防部同意辦妥變更設計或議價手續後，再為施工，否則即為違約。另契約第6條之規定，白省三建築師事務所及台經公司為國防部之工程司，依約國防部之工程司代表國防部指示及監督遠揚公司辦理各項應辦事項，其指示與監督行為之效力與國防

部相同。而本件之變更設計追加，係依國防部及其工程司指示所為，且相關之項目及施作圖說並經國防部、工程司即參加人及台經公司、遠揚公司蓋章簽認。另雙方並據此修正竣工圖，且依修正後之竣工圖驗收本工程完畢，並點交國防部之購買戶使用迄今，由國防部收取價款獲益，今國防部否認核准同意變更設計，顯非事實。

⑵國防部於92年1月23日初驗工作檢討會議第九項指示尚要求遠揚公司提出變更設計程序申請；另於初驗總結會議及初驗第二次複驗總結會議，決議由遠揚公司將本項變更設計併同實際施作數量與契約標單增減部分，一併於92年3月22起10日內申報，俾依約辦理變更手續；惟嗣遠揚公司提出申報時，國防部卻又拒予辦理追加款項之變更設計，並要求遠揚公司依其指示辦理，否則無法驗收，遠揚公司為期本工程順利驗收結案，迫不得已，只能暫依國防部要求，就減帳部分先提出結算明細，惟仍重申並要求國防部應依契約規定及公平原則就加帳工程部分辦理加帳，嗣再度去函國防部，催請儘速撥付變更設計及實際施作數量較契約標單增加部分之「追加款」，惟仍無結果。

⑶依系爭新建工程契約第5條（契約文件效力)第1項約定，承包工程須知內容，縱與系爭新建工程契約約定不同或有牴觸，仍應優先適用系爭契約約定。系爭新建工程契約第25條（工程變更)第3項已約定工程變更設計所生工程費增減問題，既係由雙方共同議定工程款，則絕無再「強制遠揚公司須於14日內提異議」之理。又承包工程須知第11條，係針對「施工圖等工程圖說有所不明或不足之補充修正」而言，並非前揭所述「變更設計」，否則原合約中全部「變更設計議價程序」約定，均成具文。

3、本件縱為總價承包，亦係指原契約設計項目內容部分，然就國防部變更原設計及追加工程項目部分，並不在原契約設計項目內容範圍內，自無原契約總價承包之適用。又就國防部變更原設計、增加工程項目及內容等而增加之款項，自屬民法第491條第1項所之「非受報酬，即不為完成其工作」之情形，核諸前揭規定，視為國防部允與報酬，遠揚公司自得請求國防部支付該報酬。

4、依民法第227條之2第1項規定及民法債編施行法第15條規定，修正之民法第227條之2之規定，於民法債篇修正施行前發生之債，亦適用之。遠揚公司於訂約時，原得預期本工程可依原圖說內容及契約標單進行施作，不意於契約簽訂後，因不可歸責於遠揚公司之變更設計變更圖樣等事由，致遠揚公司增生工程款負擔，核其情事顯有重大變更，實非投標時所可得合理預見，而國防部坐享變更設計結果之實質利益，倘令遠揚公司承擔因此所須支付之額外費用，自有失公平，故遠揚公司亦得依民法第227條之2第1項規定，請求國防部增加給付。

(二)國防部就「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項重複扣款（A基地873,420元、B基地409,265元、C基地230,599元）：

1、「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項，原合約為「鋼絲安全網」，嗣變更為「尼龍護網」，而本件工程完工結算時，國防部以原合約「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項未施作，而自「原合約總價」中將該工項價款全數扣除（即A基地減帳1,067,862元，B基地減帳410,120元、C基地減帳111,647元），然就變更後增加之「尼龍護網」部分價款，拖延審核不為給付。換言之，遠揚公司「實領之金額」，與「原合約總價」間，已因國防部之減帳未給付，而有短帳差額。

2、本件鑑定人以「原合約工項及總額」與「實作工項及總額」相比較，而就上述「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項變更部分，計算應增加之「尼龍護網」等價款，並扣減原契約未施作之「鋼絲護網」等價款結果，應減帳金額分別為A基地710,523元，B基地152,940元，C基地86,174元。而上述「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項變更減帳部分，併同其他變更修正設計增減之工程款匯總計算結果，國防部除應給付「原合約總價款」外，尚應增加給付遠揚公司A基地2,499,144元，B基地7,027,275元，C基地945,679元價款；從而，國防部前於完工結算時，以原合約「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項未施作，而自「原合約總價」中將該工項價款全數扣除未給付之數額，即應返還予遠揚公司。而遠揚公司於原審請求返還數額則為A基地873,420元，B基地409,265元，C基地230,599元。

(三)遠揚公司實作數量較契約標單增加工程款29,022,773元（A基地9,672,411元、B基地16,731,124元、C基地2,619,238元）：

1、遠揚公司於系爭契約約定總價外，仍得就實作數量較契約標單增加之部分，請求增加給付報酬：

⑴依契約第25條第6項：凡實做數量較契約數量增減達10%以上者，其逾10%之部分，得以變更設計增減之。故縱為總價承包，亦應受此限制，合約總價並非絕對不得變更。另依民法第490條第1項及第491條第1項規定，遠揚公司亦得請求國防部給付此部分報酬 。

⑵本工程簽約後，因諸多圖說施工介面疑義尚須等候國防部工程司解釋，及部分圖說仍於相關單位審核中等非可歸責於遠揚公司事由，以致無法於契約所定3個月內全部核算完成。又既係「實作數量」，自須俟實際施作，工程完工後，才能得出該數量，國防部以其定型契約及投標須知，要求於訂約後3個月內，提出「實作數量」與契約數量之差異並辦理變更，實有違常理。又政府採購法及相關法規，亦均未有此3個月限制之規定。

⑶依國防部初驗會議內容，可證國防部指示遠揚公司就現場

施作數量及竣工圖不符部分，於正式驗收前完成工程結算，或於92年3月22起10日內提送工程結算明細表，進行竣工圖及結算明細之核算。且雙方實已合意將原約改為「實作實算」，已非總價承包方式結算，自無訂約後3個月內提出數量異議問題。其後，遠揚公司亦依國防部指示提出申報，惟國防部悖於誠信、契約規定及公平原則，只就減帳工程項目作減帳處理，對加帳工程項目不予辦理加帳。又國防部就本件實做數量與標單差異中之減作部分，亦係於「工程結案」時，始為結算減帳，例如前述參加人88年11月17日第202號函文所載B基地P.C厚度減作數量差額，國防部亦據該函於結案時扣減遠揚公司3,531,615元價款，足見國防部就實作數量差異部分，已同意於工程結案時再作加減核算辦理。

2、本件實作數量業經雙方核算屬實，並確定確與契約標單數量有所差異，且差異之數量亦多逾10%。又國防部前於工程驗收，對數量減少部分作減帳處理時，其對數量減少未逾10%部分，亦一併減除該部分款項，認為不應支付予遠揚公司，則參加人及國防部現主張，遠揚公司就數量增加部分，其未逾10%部分，不得請求給付云云，顯與國防部前就減帳部分所為處理，有兩套不同標準，顯有失公平及誠信。

3、依詹氏書局（建築專業書局)出版之建築估價鋼筋數量之計算篇所載，足見確有鋼筋數量合理損耗之工程慣例。行政院公共工程委員會工程鑑定亦稱：工程實務上確有按一定比率計算鋼筋合理損耗之工程慣例，只是各家所採用之損耗比率無統一標準而已。台灣省建築師公會鑑定報告亦認有鋼筋數量合理損耗之工程慣例。且調解當時國防部工程司即參加人尚將遠揚公司原提列10%，修正為8%計算。

4、遠揚公司施工係依契約及經國防部審核通過之施工圖進行，遠揚公司並無選擇不同施工法施工問題。又本件鑑定人係就爭議項目，查核合約圖、竣工圖，核算實際施作完工數量，與契約約定數量之差異增加或減少，而合約圖、竣工圖，均係經國防部核准通過，並無因遠揚公司選擇不同施工法致工程數量增加問題。

(四)遠揚公司所請求之稅利管理費（含勞工安全衛生費、承商利潤管理費、品保費、工程保險費、加值營業稅)4,848,980元，並未罹於時效：

1、系爭工程合約包含不動產之製造興建及材料機具之供給，本件應屬具有承攬與買賣混合契約性質之不動產製作物供給契約，關於價金或承攬報酬之請求權自無民法第127 條第7款所定2年短期時效期間之適用，而應為15年。

2、退步言，倘認稅利管理費，亦有民法第127條第7款所定2年短期時效期間之適用。遠揚公司前自申請行政院公共工程委員會調處開始，迄至本件反訴起訴，所請求給付之項

目均包含有「實作數量較契約標單增加工程款」部分之稅利管理費，亦無罹於時效問題。

四、本件國防部於原審提起本訴請求「確認遠揚公司對國防部46,618,661 元之工程款請求權及自92年7月1日起至清償日止，按年息5%計算之利息請求權不存在」；遠揚公司則反訴請求「國防部應給付遠揚公司46,618,661元，及自92年7月1日起至清償日止，按年息5%計算之利息」。原審判決㈠本訴部分確認遠揚公司對國防部36,163,100元之工程款請求權及自92年7月1日起至清償日止，按年息5%計算之利息請求權不存在；而駁回國防部其餘之訴。㈡反訴部分國防部應給付遠揚公司10,455,561元及自92年8月20日起至清償日止，按年息5%計算之利息；而駁回遠揚公司其餘之訴。經國防部及遠揚公司分別就其本反訴敗訴部分提起上訴。

國防部及參加人並於本院聲明：

㈠本訴部分：

１、上訴聲明：

⑴原判決不利國防部部分廢棄。

⑵廢棄部分，確認遠揚公司對國防部10,455,561元之工程款請求權及自92年8月20日起至清償日止，按年息5%計算之利息請求權不存在。

２、答辯聲明：遠揚公司之上訴駁回。

㈡反訴部分：

１、上訴聲明：

⑴原判決不利國防部部分廢棄。

⑵廢棄部分，遠揚公司在第一審之反訴駁回。

⑶如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

遠揚公司並於本院聲明：

㈠本訴部分：

１、上訴聲明：

⑴原判決不利遠揚公司部分廢棄。

⑵廢棄部分，國防部在第一審之訴駁回。

２、答辯聲明：駁回上訴人國防部之上訴。

㈡、反訴部分：

１、上訴聲明：

⑴原判決不利遠揚公司部分廢棄。

⑵廢棄部分，國防部應再給付遠揚公司36,163,100元及自92年8月20日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

⑶前項請求，願供擔保請准宣告假執行。

２、答辯聲明：駁回國防部之上訴。

五、兩造不爭執之事實：（原審卷㈡第144頁反面）

(一)兩造於87年11月27日與88年2月13日分別簽訂「花蓮民意營區A基地眷地新建工程合約」及「花蓮民意營區BC基地眷地新建工程合約」，A基地之承攬契約總價為3億9,860萬元、BC基地之承攬契約總價為4億7,590萬元，均為總價

承攬之契約，國防部並聘請參加人及訴外人台經公司為其監造建築師及建築管理顧問，該二者為國防部之工程司，按系爭工程契約第6條約定，工程司於其權責內對遠揚公司之指示與監督，效力與國防部相同，但不得未經國防部同意，變更契約規定。

(二)系爭工程已完工驗收，並曾就「擋土工法」、「二樓以上梯廳增設排煙設備」、「鐵板製箱體變更不銹鋼箱體」、「消檢缺失」等4項工作進行變更設計程序，而變更設計後之款項，均已辦理加減帳完成並已給付。

六、兩造之爭點及論斷：

國防部主張遠揚公司以工程變更設計、實際施作數量較標單增加為由，認國防部應增加給付工程款，惟該工程係總價承包，無另行增加給付之可能，故遠揚公司對國防部之系爭工程款債權並不存在等語。為遠揚公司所否認，並以前揭情詞置辯。是本件兩造爭點為：(一)遠揚公司請求變更設計追加工程款11,233,624元（A基地2,868,420元，B基地7,436,062元，C基地929,142元），有無理由？(二)國防部是否就「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項，重複扣款1,513,284元（A基地873,420元、B基地409, 265元、C基地230,599元）？(三)遠揚公司請求實作數量較契約標單增加工程款29,022,773元（A基地9,672,411元、B基地16,731,124元、C基地2,619,238元），有無理由？(四)遠揚公司請求「實作數量較契約標單增加工程款」部分之稅利管理費4,848,980元，有無理由？是否罹於時效？茲分別論述如下：

(一)關於遠揚公司請求變更修正追加工程款11,233,624元（A基地2,868,420元，B基地7,436,062元，C基地929,142元）之爭點：

1、依工程會頒布之「各機關辦理公有物作業手冊」第六章「設計變更第6.2.1「設計變更分類」：「工程施工中應以不設計變更為原則，但實地情形與設計不符，不能完全按施工圖施工或為配合主辦機關施工後實際使用變動需要，而與契約之工程圖說、項目，或其相關數量有所不同時，得辦理變更或增減。設計變更依提議對象區分為主辦機關（專案管理廠商及設計監造單位均屬主辦機關之代表）通知承包商設計變更及承包商要求設計變更兩種。依現場零星變更與一般設計變更可區分為下列四類（其分類如圖6-1)： 1.現場零星變更：⑴承包商為便利工作進度調整原設計之相關部分，而不涉及數量、金額之變更及工期展延情節（填具現場零星變更提議單，如表6-1)。⑵設計監造單位為因應現場施工技術上之需要，設計圖不足以實現原設計，而指示承包商即時現場修正（填具現場零星設計圖面變更通知單，如表6-2)。 2.一般設計變更：⑴設計監造單位基於原設計有不妥或技術上有新的訴求，主動提出辦理圖說或內容之設計

變更（填具設計變更提議單，如表6-3)。⑵主辦機關基於特殊考量需求變更或調整契約範圍及相關書圖時，通知設計監造單位就變更範圍、工程標別、估計費用、設計圖作業期程及預估工期影響予以分析後，確認現場是否變更（填具使用需求變更提議單／設計變更提議單或現場零星設計面變更通知單，如表6-4及表6-3、表6-2)。主辦機關並應定期彙辦修正契約圖及契約變更，至於設計變更如涉及責任之歸屬，則依契約及相關法令之規定辦理。」（見原審卷㈠頁123），系爭工程為國防部依政府採購法招標之工程，關於遠揚公司施作系爭工程中，是否為設計變更修正追加，國防部主張應依上開標準判斷，遠揚公司雖舉兩造於工程會調解時，工程會委員王文吉所述內容為其主張，但觀諸其內容，實與上開手冊所述大致相同；因此，本件遠揚公司施作系爭工程中是否有變更修正追加，自應依上開標準判斷之。

2、遠揚公司主張系爭工程施作中有變更設計追加之項目；國防部則否認之，並舉參加人及台經公司之審核結果為證，而以遠揚公司所為係屬系爭工程契約第15條約定之零星事項變更。經查：

⑴本件參加人為國防部委任之系爭工程監造建築師，而訴外人台經公司則為國防部委任之系爭工程營建管理顧問，並為系爭工程國防部之工程司，與國防部有法律上之利害關係，且依系爭工程契約第6條約定，於該條約定事項範圍內，其指示與監督行為之效力與國防部相同，是國防部以參加人及台經公司之審核結果為據，主張遠揚公司所指變更設計追加之項目均屬系爭工程契約第15條約定之「為完成本工程所必需，或工程慣例所應為之零星事項」云云，尚難遽予採信認。

⑵而本件經台灣省建築師公會委派建築師鑑定結果認：「本案系爭之變更皆有契約數量、金額之調整及部分新增項目產生，並非承包商為便利工作調整原設計，亦非設計監造單位現場指示之即時修正；其中有部分契約圖說係與台電審查核准圖說差異而導致變更等。以上變更，皆應循一般設計變更及契約變更之程序辦理。」（見鑑定報告第1冊頁6，外放）。國防部及參加人雖質疑上開鑑定結果，然觀之其鑑定分析方法，係依系爭工程契約第15條約定、工程會所頒「各機關辦理公有建築物作業手冊」之規定，並認系爭工程契約第15條之約定，係指施工圖樣與說明書有不符合時之處理時之方式，復於「變更項目調查」，「依據系爭工程相關變更內容進行現場勘查，對現場鑑定標的物完工實況與竣工圖說進行比對」（見鑑定報告第1冊頁3-5），則其據此所為之鑑定結果，自有足供參考之可信度。

⑶再經原法院函請台灣省建築師公會說明理由，其函覆稱

：「 1.核算結果有數量增減，其詳細數量如附件五5-2A、5-2B、5-2C。 2.變更設計不屬現場指示配合施工合理性之變更或調整，其詳細施工項目及說明如附件五5-1A、5-1B、5-1C 。 3.有新增項目產生。」，有該公會96年4月27日96台建師鑑（94066)字第572號函在卷可稽（見原審卷㈡頁75）。準此以觀，遠揚公司主張於施作系爭工程中有變更修正追加之項目，且該部分並非屬系爭工程契約約定之零星事項，應堪採信。

3、國防部另以系爭工程乃總價承攬為由，主張遠揚公司不得以變更設計另行請求增加給付工程款云云。惟依系爭工程契約第7條第2項約定，系爭工程固按契約總價結算，但如因變更設計致工程項目或數量有增減時，就變更部分予以加減帳結算；又於系爭工程契約第25條約定工程變更，並就變更後工程費用等為約定（見原審卷㈠頁9反面、15)。由上開二條文之約定，可知系爭工程契約雖為總價承攬契約，但仍有例外之約定，其中變更設計即其例外約定，足見國防部上開主張，並非可採。

4、國防部主張其未核准同意遠揚公司變更修正設計，遠揚公司未依系爭工程契約約定辦理變更設計程序，不得請求變更修正追加之工程款云云。遠揚公司則辯稱已依國防部及其工程司即參加人之指示提出變更設計申請，但國防部遲遲未予核准云云。查：

⑴參加人為國防部之工程司，為兩造所不爭執，依系爭工程契約第6條之約定，參加人之職務為依權責處理施工界面、落實品質管理、監督施工進度、公共安全衛生、控制預算成本及協調溝通各單位等相關工作，代表國防部監督遠揚公司履行系爭工程契約各項約定應辦事項，參加人於其權責範圍內對遠揚公司之指示與監督行為，效力與國防部相同。至系爭工程之變更設計，涉及變更契約施工圖說及契約款項，核屬契約內容之變更，則非契約當事人之參加人，於未經國防部同意之情形下，固無逕行同意或指示遠揚公司為變更設計之權。

⑵惟依國防部就系爭工程作業流程表及權責劃分表之規定（見原審卷㈠頁111-116）：

①各項施工計畫書（圖）審核流程，為承商即遠揚公司將計畫書（圖）分送監造建築師（即參加人）及營建顧問（即台經公司），並副知業主國防部。嗣監造建築師於整合營建顧問之審查意見後送給遠揚公司修改並副知業主，其後遠揚公司將修正後計畫書（圖）再分送監造建築師及營建顧問，經監造建築師整合營建顧問之意見審查通過後送交業主，於業主核備蓋章後，交還施工計畫書（圖）予遠揚公司後據以執行施工。施工計畫書（圖）需經國防部完成核備方可施作，如提前施作，國防部得要求停止施作（見原審卷㈠頁

112）。由此堪認，遠揚公司就系爭工程之施工及修正非經國防部完成施工計畫書（圖）核備不得施作。

②關於系爭工程之變更設計，由承商即遠揚公司提出者，應經建築師即參加人初審，營建顧問即台經公司審查、分析、建議，再經業主即國防部核定，最後依變更設計流程辦理（見原審卷㈠頁113）。其審查整合變更施工之相關作業程序，須由遠揚公司提出送審，經參加人審查、台經公司協助審查後，再由國防部核可（見原審卷㈠頁115)。參以系爭工程契約第25條第3項約定「因工程變更而有數量之增減者，其工程費之增減計算，原契約已列之工作項目按原訂單價核算增減，原契約未列之工作項目由雙方共同議訂合理之工程價款」（見原審卷㈠頁15）。由此足見，遠揚公司提出系爭工程之變更設計時，須將變更設計施工計畫書（圖）分送監造建築師（即參加人）及營建顧問（即台經公司），並副知業主國防部，經參加人整合台經公司之意見審查通過後送交國防部核可蓋章後，交還變更設計施工計畫書（圖）予遠揚公司後，遠揚公司始得據以施作變更工程項目，其後兩造就變更施作完工項目，再依原契約所列單價核算增減工程款或另行協議合理之工程款。

⑶又系爭工程關於變更設計之作業程序，兩造並未約定申辦之限定期限。至系爭工程施作中，有「擋土工法」、「二樓以上梯廳增設排煙設備」、「鐵板製箱體變更不銹鋼箱體」、「消檢缺失」等4項變更設計案，業經由國防部核定並完成議價，固有國防部提出該4項工程變更設計議價紀錄在卷可按（見原審卷㈠頁117-122）。惟據此尚不足認定未經國防部核定議價者均非屬變更設計之施工，而不得請求報酬。而本件遠揚公司主張其就系爭工程有依上開作業流程提出變更設計申請，業據提出參加人工地備忘錄、遠揚公司工地備忘錄、台經公司工地工務通知書為憑。觀之上開備忘錄及通知書內容，參加人於90年9月25日核頒系爭工程A基地「施工項目變更明細表」並通知遠揚公司提出價差比較表以供審核後報業主核備，以利完工時之結算作業；復於91年1月8日再以備忘錄通知遠揚公司儘速提出變更價差比較表。嗣遠揚公司於91年1月9日提送A基地部分變更項目價差比較表予參加人及台經公司。另參加人於91年3月28日檢還系爭工程A、B、C基地施工項目變更追加減帳、修正簽認圖說審核意見，通知遠揚公司修正後再行提送。經遠揚公司修正後，台經公司於91年4月11日通知遠揚公司表示有部分變更修正施工項目漏未列入，參加人則於91年4月23日檢還系爭工程A、B、C基地施工項目變更追加減帳、修正簽認圖說（第2次修正）審核意見，通知

遠揚公司修正後再行提送（見被證3-1至3-6，外放）。由此足見，遠揚公司就系爭工程確依上開作業流程提出變更設計，並經參加人審查表示意見。而遠揚公司所指之系爭工程變更修正項目已經施作完畢，業經台灣省建築師公會鑑定明確，且其間亦未據國防部要求停止施作。互核以觀，堪認遠揚公司施作系爭變更修正項目之施工計畫圖說業經國防部核可。則國防部復以其未核准同意遠揚公司變更修正設計、遠揚公司未依約辦理變更設計作業程序為由，主張遠揚公司所為均屬零星事項變更，不得請求變更施工之追加工程款云云，核無理由。

⑷另依國防部於92年1月23日初驗工作檢討會議紀錄第九項記載「監造單位表示，本次初驗查檢尚有現場施作數量與竣工圖不符，及未辦妥一次變更設計，應再補行程序作業，於正式驗收前完成工程結算」等語（見被證12，外放）。另92年1月24日初驗總結檢討會議決議「初驗有關竣工圖與結算明細表之核算部分，請遠揚公司於正驗前完成正式核備」，92年3月21日初驗第二次複驗紀錄則記載「工程結算明細表，依初驗第一次複驗紀錄於92年3月22日起10日內提送」等語（見被證4-2，外放）。嗣遠揚公司於92年3月28日以（92)遠營字第087號函提出結算明細表，請國防部依變更程序辦理修正（見被證4-3，外放），復於92年6月2日以（92)遠營字第207號函提出結算明細總表及細部修正加減帳明細總表，並再請國防部就變更設計追加減帳部分依約辦理審核等語（見被證4-4），再於92年6月13日以（92）遠營字第222號函催國防部儘速撥付變更設計追加減帳部分工程款（見被證13，外放）。綜此以觀，固堪認兩造就已施作之變更工程項目部分未達議價之協議，尚難以遠揚公司具領兩造無爭議部分之結算工程款，遽認其已捨棄系爭變更追加款之請求，而不得再事請求。

5、按如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬。未定報酬額者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付。民法第491條定有明文。又系爭工程契約第25條第3項約定「因工程變更而有數量之增減者，其工程費之增減計算，原契約已列之工作項目按原訂單價核算增減，原契約未列之工作項目由雙方共同議訂合理之工程價款」（見原審卷㈠頁15）。本件兩造就遠揚公司變更施作項目除依系爭工程契約第25條第3項共同議訂工程價款外，就未達成議價合意之變更施作項目部分，則應依民法第491條之規定，按合理市價給付之。茲查：

⑴國防部於遠揚公司請領結算工程款時，已依遠揚公司提出之細部修正加減帳明細總表所列金額（見被證2，外放），將其中「鋼管鷹架及腳踏板防護網」之項目扣除

工程款1,513,284元後給付遠揚公司，由此堪認，兩造已就系爭工程「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項之變更施作達成減帳之合意，並已履行給付完畢（詳如後述）。準此，任何一方均不得於事後就系爭工程其中「鋼管鷹架及腳踏板防護網」之變更施作項目之工程價款再予爭執。

⑵而關於遠揚公司已施作完畢之變更設計項目之合理報酬金額（含稅利管理費用在內），其中A基地為2,499,144元、B基地為7,027,275元、C基地為945,679元，此有台灣省建築師公會之鑑定結果可憑（見鑑定報告第1冊頁7，外放）。而上開鑑定之建築師係依竣工圖，逐項比對遠揚公司所提之變更設計內容，其所為之鑑定應屬可採。惟關於其中「鋼管鷹架及腳踏板防護網」之變更施作項目部分，鑑定人於計算增加施作之「尼龍護網」價款，並扣減原契約未施作之「鋼絲護網」等價款後，另行鑑定應減帳合理金額為A基地710,523元，B基地152,940元，C基地86,174元（見鑑定報告第2冊附件五5-1A、5-1B、5-1C），尚不影響兩造前已達成並履行之合意效力，而有重複計算減帳之情形。故關於遠揚公司已施作完畢之變更設計項目之合理報酬金額（含稅利管理費用在內），就其中「鋼管鷹架及腳踏板防護網」之變更工項部分，應分別加計上開鑑定之減帳金額，準此計算，其中A基地為3,209,667元、B基地為7,180,215元、C基地為1,031,853元。至其中A、C基地部分，因遠揚公司僅分別請求給付增加工程款2,868,420元、929,142元，此部分本院自僅能於遠揚公司請求之金額範圍內准許之。合計遠揚公司依承攬契約關係，就已施作完畢之變更設計項目請求國防部給付追加工程款10,977,777元部分（即A基地2,868,420元、B基地7,180,215元、C基地929,142元），為有理由；逾此數額之變更設計追加工程款請求，即屬無據。

(二)關於國防部是否就「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項，重複扣款1,513,284元（即A基地873,420元、B基地409,265元、C基地230,599元）之爭點：

1、遠揚公司主張其申請追加工程款時，原列作減項且已扣除款項之「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項1,513,284元，國防部又再予重複減除，此部分應予返還云云。國防部則否認有重複扣款情事。是遠揚公司就其主張國防部有重複扣款之事實，自應負舉證之責任。

2、系爭工程之「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項，兩造原於合約約定為「鋼絲安全網」，嗣經變更施作「尼龍護網」。而國防部於系爭工程完工結算時，原以遠揚公司未執行合約「鋼管鷹架及腳踏板防護網」（即鋼絲安全網）工項，於結算減統計表中擬將該項之原合約價款全

數扣除（即A基地減帳1,067,862元，B基地減帳410,120元、C基地減帳111,647元），然就變更施作所增加之「尼龍護網」價款則未辦理增帳結算（見原審卷㈠頁205-207）。其後遠揚公司乃於92年4月7日致函參加人並補送系爭工程之細部修正加減帳明細總表，其中A基地第15項、B基地第14項、C基地第14項之項目均為「鋼管鷹架及腳踏板防護網」，而遠揚公司分別載明各減少金額為A基地873,420元、B基地409,265元、C基地230,599元（合計1,513,284元，見被證2，外放）。而上開減少之金額，乃遠揚公司扣除未施作「鋼絲安全網、塑膠帆布、安裝及拆卸」等項目之價款，再加上變更施作「尼龍網」所增加之價款後計算所得，此觀之上開A基地之應減帳金額，與遠揚公司所提出之調解後變更設計加減帳明細表之金額，互核相符可以得知。則國防部於遠揚公司請領結算工程款時，依遠揚公司提出之上開細部修正加減帳明細總表所列金額，將其中「鋼管鷹架及腳踏板防護網」之項目扣除工程款1,513,284元後給付遠揚公司，應認兩造已就系爭工程「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項之變更施作達成減帳結算之合意並履行給付完畢。

3、至鑑定人就兩造已達成減帳合意之「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項另行鑑定應減帳之合理金額，並不影響兩造前已達成並履行之合意效力，已如上述，自不得據此反認國防部依其前與遠揚公司之合意就此部分減帳給付有重複扣款之情事。此外，遠揚公司亦未再舉證證明之，其主張國防部有重複扣款之情事，即非可採。是遠揚公司請求國防部返還就「鋼管鷹架及腳踏板防護網」工項之重複扣款金額，即A基地873,420元、B基地409,265元、C基地230,599元，合計1,513,284元，尚屬無據。

(三)關於遠揚公司請求實作數量較契約標單增加之工程款29,022,773元（A基地9,672,411元、B基地16,731,124元、C基地2,619,238元）之爭點：

1、系爭工程契約第7條第2項約定「本工程按照契約總價結算，即依契約總價計給，如因變更設計致工程項目或數量有增減時，就變更部分予以加減帳結算。」，第25條第6項約定：「凡實作數量較契約數量增減達百分之十以上者，其逾百分之十之部分，得以變更設計增減之。詳如投標須知第拾陸點第一項。」（見原審卷㈠頁9反面、15）。而投標須知第拾陸點第1項則規定：「標單上所列項目與數量僅供參考，投標人應自行按圖說詳細估算，對標單數量若有懷疑，可於單價中自行調整，但不得擅自更改標單項目與數量，日後亦不得以任何理由要求加價。惟工程數量因本部計算錯誤，致實作數量有顯著差異時，凡實作數量較契約數量增減達百分之十以

上者，其逾百分之十之部分，得以變更設計增減之，但承商須於訂約後三個月內提出數量異議，否則日後不得提出。」（見原審卷㈠頁191）。互核以觀，堪認兩造約定系爭工程為總價承攬，並非於完工時實作實算，例外於遠揚公司在訂約後3個月內計算實作數量將較契約數量增減達10%以上者，就超過10%部分得依變更設計程序辦理增減給付，逾期則不得再提出異議。至實作數量較契約數量增減未逾10%者，則仍屬總價承攬範圍，兩造在各工項單價中自行調整吸收，不得互為增減給付之請求。又兩造就施作數量之增減既已於契約另行約定，則就依約定已不得請求之部分，自無再適用民法第491條第1項規定請求之餘地。

2、系爭工程之標單所列項目與數量，係各參與投標廠商決定投標價格計算之依據，其項目及數量，自不得由投標廠商任意更改，以維工程公開招標投標程序之公平性。又行政機關招標公共工程而與得標廠商簽約之後，如須超出預定工程總價而增加給付，須遵循法定程序辦理預算追加並花費時日始得完成。故國防部於系爭工程投標須第拾陸點第一項為有關實作數量增減須逾10%始得變更設計增減並為異議期間之限制規定，尚難認有何顯失公平之情形。遠揚公司僅以政府採購法及相關法規均未限制3個月為由，主張上開投標須知之規定為不合理云云，尚不足採。況系爭工程投標須知乃參與投標之廠商事先必閱之文件，其內容包括工程名稱、工程地點、工程範圍、購領圖說、估價內容及範圍等；且系爭工程招標文件圖說於投標1個月前即得購領，其包括投標須知、契約草案、承包工程須知、單價分析表、工程圖說等（見原審卷㈠頁190）。由此足見，遠揚公司於參與系爭工程投標前，已有時間詳閱投標須知，而得明瞭系爭工程乃總價承攬及投標須知第拾陸點第1項有關實作數量增減之異議期間規定，並得本於專業審酌契約草約、工程圖說、單價分析表等文件再決定是否投標。則遠揚公司於明瞭投標須知上開規定後仍決定投標，並因此分別於87年10月30日（A基地）、88年1月15日（BC基地）開標時得標，復於得標簽約後再執國防部以定型化契約及投標須知要求須於訂約後3個月內，提出實作數量與契約數量之差異並辦理變更，有失公平云云，難認有理。

3、本件兩造係於87年11月27日、88年2月13日分別簽訂系爭工程A基地、BC基地之契約，為兩造所不爭執，則依上述系爭工程契約第7條第2項、第25條第6項，投標須知第拾陸點第1項之約定，遠揚公司就系爭工程實作數量超逾契約標單10%以上之異議應分別於88年2月27日（A基地）、88年5月13日（B、C基地）前提出，逾期即不

得再主張實作數量增加之工程款。雖遠揚公司辯稱：兩造簽約後，其即規劃開工，並核算契約標單與圖說數量，惟因諸多圖說施工介面疑義尚須等候國防部工程司解釋，及部分圖說仍於相關單位審核中等非可歸責於遠揚公司之事由，致無法於契約所定三個月內全部核算完成云云。惟查，系爭工程分別於87年10月30日（A基地）、88年1月15日（BC基地）開標，則遠揚公司於開標日已知其得標，不待上開簽約日，即得本其專業審閱工程圖說核算國防部標單之項目及數量是否有誤。而遠揚公司就其所指須經國防部工程司解釋、審核之施工介面疑義及施工圖說為何，迄未具體陳明並舉證以實其說，則其據此主張因不可歸責致無法於訂約後3個月內核算數量提出異議，即難遽採。況遠揚公司係遲至系爭工程實際完工後始提出實作數量較契約標單增加工程款之主張，益徵其並未於訂約後3個月內預估實作數量較契約標單數量增加，則其諉為不可歸責致無法於契約所定3個月內全部核算完成云云，不足採信。至遠揚公司另辯稱：實作數量須俟實際施作完工才能得出該數量云云，顯與兩造就系爭工程為總價承攬並非於完工時實作實算之約定有違，亦不足採。

4、遠揚公司另抗辯：參加人於88年11月17日以88-三門文字第202號函，要求遠揚公司將實作數量與契約標單數量差異部分，待「工程結案」時辦理加減帳，國防部亦於92年1月24日初驗總結會議及92年3月21日初驗第二次複驗總結會議協商會議，決議遠揚公司將實作數量與契約標單增減部分於92年3月22日起10日內申報，依約辦理變更手續，可證兩造已合意將原契約改為實作實算方式結算云云。惟查：

⑴依系爭工程契約第6條但書之約定，參加人不得未經國防部之同意，變更契約約定，已如上述。而參加人88年11月17日88-三門文字第202號函文，其主旨已表明係就B基地之P.C層厚度疑義為說明（被證4-1，外放）。上開B基地之P.C層厚度之疑義，乃肇於因擋土工法之變更設計，而B基地「擋土工法」變更設計案，業經由國防部核定並完成議價，有國防部提出之工程變更設計議價紀錄在卷可按（見原審卷㈠頁117）。是有關系爭工程B基地之P.C層厚度之施工乃屬前述（一)系爭工程變更設計施工項目之問題，非指未變更施工項目而單純實作數量增減之情形。則遠揚公司以國防部延至結算時就B 基地之P.C層厚度減作予以扣減3,531,615元，亦屬實作數量與標單差異部分之款項，故應返還遠揚公司云云（見本院卷頁176反面），尚不足採。又遠揚公司以參加人上開函文說明表示「待工程結案再作加減帳核算處理」等字語，據而主張國防部就所有實作數量均同意結案時

再核算加減帳云云，亦不足採。

⑵依國防部於92年1月23日初驗工作檢討會議紀錄第九項記載「監造單位表示，本次初驗查檢尚有現場施作數量與竣工圖不符，及未辦妥一次變更設計，應再補行程序作業，於正式驗收前完成工程結算」等語（見被證12，外放），92年1月24日初驗總結檢討會議決議「初驗有關竣工圖與結算明細表之核算部分，請遠揚公司於正驗前完成正式核備」，及92年3月21日初驗第二次複驗紀錄則記載「工程結算明細表，依初驗第一次複驗紀錄於92年3月22日起10日內提送」等語（見被證4-2，外放），尚不足據以認定國防部已同意將原約定之「總價承攬」改為「實作實算」之方式結算。參以系爭工程92年6月30日結案問題協調會會議紀錄（見被證5，外放），國防部已明白表示關於契約內項目數量追加部分，遠揚公司未依投標須知第拾陸點第1項規定之程序辦理，已不得請求，益證遠揚公司主張兩造已合意將系爭工程契約由總價承攬契約變更為實作實算契約，已無訂約後3個月內提出數量異議之問題云云，並非可採。

5、綜此，本件系爭工程契約為總價承攬契約，遠揚公司主張實作數量較契約數量增加，於增加10%之範圍內，依約本不得請求追加工程款，至國防部是否於減少10%之範圍內，違約予以減帳，則應由遠揚公司另行主張；而就增加超過10%部分，因遠揚公司未於約定期限內異議，並辦理變更設計程序，已生失權之效果，不得於完工後再為請求。是其請求國防部給付其實作數量較契約標單增加之工程款29,022,773元，即無理由。又關於兩造關於此部分爭點中之⑴實作數量與契約數量差異部分，是否國防部計算錯誤？又遠揚公司主張之項目之實作數量是否均未增加超過10%？⑵鋼筋是否有合理損耗之工程慣例？⑶是否有因遠揚公司選擇不同施工法致工程數量增加？因本院以前開理由，認遠揚公司不得為此部分之請求，故即無庸再加予判斷，附予敘明。

(四)關於遠揚公司請求「實作數量較契約標單增加工程款」部分之稅利管理費4,848,980元之爭點：

本件遠揚公司請求國防部應給付實作數量較契約標單工程款部分，為無理由，已如上開（三)所述，則遠揚公司請求依該部分計算之稅利管理費4,848,980元，即無所據。兩造就此請求所為是否罹於消滅時效之攻擊防禦方法，本院無庸再予論斷，併予敘明。

七、綜上所述，遠揚公司就系爭工程之變更修正追加部分，得請求追加工程款10,977,777元，其餘就「鋼管鷹架及腳踏板防護網」重複扣款部分、實作數量較契約標單增加之工程款及其稅利管理費用部分，其請求為無理由。按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任；給付無確定期限

者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任；其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力。遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；但約定利率較高者，仍從其約定利率。民法第229條第1項、第2項、第233條第1項分別定有明文。本件遠揚公司就系爭工程款曾向工程會申請調解，其調解申請狀之繕本，於92年8月19日送達國防部，有國防部提出之調解申請狀繕本上收文章戳可按（見原審卷㈠第31頁），該調解之申請，無非在於請求國防部給付追加工程款之意，應屬民法第229條第2項所規定與起訴狀繕本送達之相類行為，有催告之效力，國防部即應自受催告之翌日即92年8月20日起至清償日止，就遠揚公司反訴請求有理由之金額部分，依民法第233條第1項規定按年息5%計算，給付法定遲延利息予遠揚公司。

八、從而，(一)本訴部分：國防部請求確認遠揚公司對於國防部35,640,884元（即國防部請求之46,618,661-10,977,777＝35,640,884）之工程款請求權及自92年7月1日起至清償日止，按年息5%計算之利息請求權不存在之範圍內，為有理由，應予准許，超過上開部分之請求，為無理由，應予駁回。原判決就超過上開應准許部分為上訴人遠揚公司敗訴之判決，尚有未洽；上訴人遠揚公司上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求為廢棄改判，為有理由，爰由本院改判如主文第二項所示。至上開應准許部分，原審為遠揚公司敗訴之判決，經核並無不合；上訴人遠揚公司仍執陳詞，就此部分指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應予駁回。又原審所為上訴人國防部敗訴判決部分，經核並無違誤，上訴人國防部上訴意旨就此部分仍執陳詞，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。(二)反訴部分：遠揚公司依承攬契約關係，請求國防部應給付10,977,777元及自92年8月20日起至清償日止，按年息5%計算之法定遲延利息範圍內，為有理由，應予准許。至逾此部分之請求，為無理由，應予駁回；其此部分假執行之聲請，因訴之駁回而失所依附，應併予駁回。原審僅判決國防部應給付遠揚公司10,455,561元及自92年8月20日起至清償日止之法定遲延利息，關於駁回遠揚公司如本件主文第四項所示之請求及該部分假執行之聲請，即有未洽。上訴人遠揚公司就此部分上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判國防部應再給付522,216元（10,977,777－10,455,561＝522,216），為有理由，爰由本院就此部分予以廢棄改判如主文第四項所示。至於上訴人遠揚公司之請求不應准許部分，原判決為遠揚公司敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，於法並無不合，遠揚公司就此部分上訴意旨指摘原判決不當，為無理由，應予駁回。又原審所為上訴人遠揚公司上述勝訴判決部分，經核並無違誤，上訴人國防

部上訴意旨就此部分仍執陳詞，指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回其上訴。

九、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法並所提之證據，核與判決結果不生影響，爰不再一一論述，附此敘明。

十、兩造就反訴部分均陳明願供擔保以代釋明，分別聲請宣告假執行或免為假執行，就上訴人遠揚公司上訴有理由部分，經核均無不合，爰分別酌定相當之擔保金宣告之。

丙、據上論結，本件上訴人遠揚公司之上訴為一部有理由、一部無理由，上訴人國防部之上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第450條、第463條、第79條、第78條、第86條第1項、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　97　　年　　6　　月　　18　　日

民事第十四庭

審判長法　官　張　蘭

法　官　黃麟倫

法　官　鄭純惠

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　　97　　年　　6　　月　　20　　日

書記官　劉麗芬

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其他法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：114/07/02 06:29

裁判字號：臺灣高等法院 98 年重上字第 235 號民事判決

裁判日期：民國 99 年 11 月 02 日

裁判案由：履行契約

臺灣高等法院民事判決　　98年度重上字第235號

上　訴　人　正文科技股份有限公司

法定代理人　陳鴻文

訴訟代理人　張冀明律師

複 代理 人　顧念妮律師

被 上訴 人　淇譽電子科技股份有限公司

法定代理人　許黃月華

訴訟代理人　翁祖立律師

複 代理 人　吳宗樺律師

訴訟代理人　林芳如律師

上列當事人間請求履行契約事件，上訴人對於中華民國98年3月20日台灣板橋地方法院96年度重訴字第520號第一審判決提起上訴，本院於99年10月19日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用之裁判（除確定部分外）均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人應給付上訴人美金陸萬伍仟陸佰柒拾柒元伍角及自民國九十七年一月十日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一審（除確定部分外）及第二審訴訟費用由被上訴人負擔百分之五，餘由上訴人負擔。

本判決所命給付，於上訴人供擔保新台幣柒拾萬元後得假執行，但被上訴人如以新台幣貳佰壹拾萬元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

甲、程序方面：

一、按當事人對於第一審判決不服之程度，及應如何廢棄或變更之聲明，依民事訴訟法第438 條第1項第3款雖應表明於上訴狀，然其聲明之範圍，至第二審言詞辯論終結時為止，得擴張或變更之，此不特為理論所當然，即就同法於第二審程序未設與第473條第1項同樣之規定，亦可推知（最高法院30年抗字第66號判例意旨參照）。本件上訴人原上訴聲明為：「被上訴人應給付上訴人美金1,373,513.56元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息；並向上訴人

受領如原判決附件一所示之貨品。」，其於本院言詞辯論終結前，先將上訴聲明減縮為：「被上訴人應給付上訴人美金1,373,513.56元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5% 計算之利息。」（見本院卷頁155），嗣再減縮為「被上訴人應給付上訴人美金210,616.8 元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。」（見本院卷頁278）」， 復於本院言詞辯論程序，再擴張上訴聲明為：「被上訴人應給付上訴人美金1,373,513.56元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。」（見本院卷頁496），依上開說明，應予准許，合先敘明。

二、又民事訴訟法第447條第1項前段固規定當事人於第二審不得提出新攻擊或防禦方法，惟當事人以在第一審已經主張之爭點，即其攻擊或防禦方法（包含事實、法律及證據上之爭點），因第一審法院就該事實、法律及證據上評價錯誤為理由，提起上訴，其上訴理由，仍在第一審審理之範圍內，應允許當事人就該上訴理由，再行提出補強之攻擊或防禦方法，或就之提出其他抗辯事由，以推翻第一審法院就該事實上、法律上及證據上之評價。故同條項但書第三款乃規定：對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，不在此限（最高法院99年度台上字第1233號判決要旨參照）。本件上訴人於原審已經主張「被告（即被上訴人）於96年1 月下旬要求原告（即上訴人）暫停出貨，嗣至96年5 月11日始再求原告部分出貨時，原告得否拒絕分次出貨，並要求被告須結清之前所欠貨款，始再同意出貨？」之爭點（見原審卷頁308 ），並就被上訴人於原審所提出之上訴人96年5 月12日電子郵件及96年9 月23日電子郵件（見原審卷頁42、43）之內容，為同時履行抗辯之法律上主張 （見原審卷頁309），嗣於本院二審程序就其中96年9 月23日電子郵件內容，再行提出不安抗辯之法律上主張，核屬就第一審已提出之抗辯事由為法律上意見之補充，依上開說明，尚無不合，程序上亦應准許。

乙、實體方面：

一、上訴人起訴主張：

被上訴人自民國95年7 月間起，陸續以訂購單向上訴人採購製造DELL WL6000 無線喇叭系統產品所需之零件模組，並先後於95年11月15日、95年11月28日及95年12月12日下單訂購如附表所示之模組（品名、數量、交貨日期及已交貨數量均詳如附表所示），嗣上訴人已陸續交付部分貨品。詎被上訴人於96年1 月底片面要求上訴人停止出貨，斯時尚有如附表所示125,478 件貨品尚未出貨。上訴人念及雙方多年往來，對於已屆交貨期限之貨品，僅由業務人員以電子郵件方式，請求被上訴人訂定受領日期，然被上訴人均置之不理，顯已受領遲延。嗣上訴人於96年6 月15日以存證信函要求被上訴人儘速受領，詎被上訴人竟片面要求上訴人分批給付貨品，

顯無履約之誠意。而上訴人就系爭貨物早已完成備料準備，隨時處於得交付成品之狀態，被上訴人自應依雙方買賣約定受領貨品，並給付美金1,308,108.15元之價金。為此，依買賣契約關係，請求被上訴人應給付上訴人美金1,373,513.56元及加計自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息。

（原審判決上訴人敗訴，上訴人提起上訴。）

並於本院聲明：

㈠原判決廢棄。

㈡被上訴人應給付上訴人美金1,373,513.56元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

㈢願供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人則抗辯如下：

（一）被上訴人因與訴外人美商戴爾股份有限公司（下稱戴爾公司）間締結代為製造DELL WL6000 5.1 聲道無線喇叭系統產品之契約，乃向上訴人訂購製造該項產品所需之零件模組，被上訴人再按戴爾公司之指示及實際生產需求，指定上訴人分批出貨之時間與數量，上訴人僅需參考被上訴人所提供與戴爾公司間之FCT， 於訂購單註明之交貨期限屆至前，完成備料及生產之準備，而被上訴人於交貨期限屆至後，定合理期間通知上訴人按期交付系爭產品，兩造已有多筆訂單完成交易，均以此模式交易而形成慣例。

（二）被上訴人已合法解除未履約部分之買賣契約：

1、被上訴人係為按時履行與戴爾公司間之代工契約，才向上訴人訂購系爭貨品，參酌最高法院64年台再字第177號判例意旨，系爭貨品之買賣契約屬具有非於一定時期為給付而不能達契約目的之性質，為民法第255 條之定期契約。

2、被上訴人於96年9 月13日通知上訴人於同年月20日交付貨品5,000套，詎上訴人藉詞 「確定被上訴人履約之誠意」，欲變更原訂付款條件，為被上訴人所拒，兩造自應依原訂交易條件繼續履約，然上訴人竟拒絕依約交貨，被上訴人乃於96年10月11日以台北南海郵局第1455號存證信函，定期限催告上訴人於3日內交付貨品5,000套，並表示如屆期仍未履行，將依法解除契約。詎上訴人仍置之不理，被上訴人遂於97年2月4日以台北南陽郵局第819 號存證信函通知上訴人解除系爭契約，自屬合法。況依民法第255 條之規定，被上訴人亦得不經催告逕解除契約，故系爭買賣契約未履約部分已因被上訴人依法行使解除權而失其效力，上訴人自不得再請求被上訴人受領貨品及給付價金。

3、被上訴人於96年第1季末至第3季末，公司資產高達新台幣1,286,867,000元，負債僅新台幣450,780,000元，財務狀況健全，並無困難，而被上訴人雖曾有扣留貨款之紀錄，乃係肇因於上訴人先前交付之貨品存有瑕疵，鑑

於瑕疵責任尚未釐清，始行使同時履行抗辯暫緩支付該筆款項，被上訴人並非無正當理由而未給付價金，被上訴人嗣後亦已遵照上訴人之要求，於96年9月5日結清爭議貨款，故上訴人依民法第265 條之規定為不安之抗辯，拒絕給付，並無理由。又縱認上訴人享有不安抗辯權，依最高法院75年台上字第2560號判決意旨，在未行使此項抗辯權之前，被上訴人仍生遲延責任，於其不安抗辯之前，上訴人自得依法解除契約。

並於本院聲明：

㈠上訴駁回。

㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執之事實：

（一）被上訴人自95年7月間起，陸續向上訴人採購製造 DELL WL6000無線喇叭系統產品所需之零件模組（即Tx Module與Rx Module ，下稱系爭貨品），並分別於：

1、95年11月15日以附表所示1號訂單（下稱系爭1號訂單）訂購①Tx/Rx Module（5.725-5.85 GHZ） 頻段貨品各5,000件，②Tx/Rx Module（5.15-5.25GHZ）頻段貨品各2萬件，訂購單之交貨期限均為96年1月5日。

2、95年11月28日以附表所示2號訂單（下稱系爭2號訂單）訂購①Tx/Rx Module（5.725-5.85 GHZ） 頻段貨品各5,000件、訂購單之交貨期限為96年1 月10日。②Tx/Rx Module（5.725-5.85GHZ）頻段貨品各1萬件，訂購單之交貨期限為96年2月1日；③Tx/Rx Module（5.15-5.25 GHZ）頻段貨品各25,000件，訂購單之交貨期限為96年1月10日；④Tx/Rx Module（5.15-5.25GHZ）頻段貨品各2萬件，訂購單之交貨期限為96年2月1日。

3、95年12月12日以附表所示3號訂單（下稱系爭3號訂單）訂購Tx/Rx Module（5.15-5.25 GHZ）頻段貨品各1萬件，訂購單之交貨期限為96年2月2日。

（二）如附表所示訂單未出貨部分之總價金含稅後為1,373,513.56美元。

（三）系爭1號訂單中，Tx/Rx Module（5.15- 5.25GHZ）頻段貨品2萬套已出貨完畢，Tx/Rx Module（5.725-5.85GHZ）頻段貨品業已給付2,311套，尚餘2,689套未給付；系爭2 號訂單中，Tx/RX Module（5.725- 5.85GHZ）頻段貨品均尚未為給付；Tx Module（5.15-5.25GHZ）業已給付10,200套，尚餘34,800套未給付，Rx Module（5.15- 5.25GHZ）頻段貨品業已給付9,700件，尚餘35,300件未給付；系爭3號訂單之貨品則均尚未給付，總計共125,478件貨品尚未由被上訴人受領（詳如附表所示）。

（四）被上訴人曾於96年1 月下旬要求上訴人暫停出貨，此後上訴人即未再出貨予被上訴人。

（五）兩造電子郵件及存證信函往來情形：

1、上訴人曾於96年4月2日以電子郵件要求被上訴人受領貨物。

2、被上訴人於96年5月11日以電子郵件通知上訴人預定6月20前請上訴人出貨3,000套；上訴人於同年5月12日回覆出3,000set ok,但請被上訴人「惠付貨款」，意即請被上訴人清償之前上訴人已出貨然被上訴人尚未清償之貨款，被上訴人當時並未清償，上訴人亦未出貨與被上訴人，被上訴人迄至同年9月6日始給付上訴人8,546,679元。

3、上訴人於96年6月15日以湖口新工郵局第125號存證信函通知被上訴人已受領遲延，請被上訴人於5 日內配合上訴人進行出貨及受領貨品，並以預付貨款方式給付相應之價金。

4、被上訴人於96年9 月13日以電子郵件通知上訴人安排於同年9月20出貨5,000套；上訴人於同年9 月14日以電子郵件回復「DOWN Paid 後一週內可以出貨」；被上訴人於同年9 月20以電子郵件詢問付款條件為何，上訴人於同年9月21日回復三點要求；被上訴人再於96年9月21日以電子郵件請求上訴人於同年9月26交貨； 上訴人於同年9 月23日以電子郵件回復「但是貴司有過遲延半年的付款紀錄，請貴司配合消除此紀錄，前文所提三點正文的基本要求，請貴司務必配合實行，以利敝公司順利配合出貨」。所謂三點要求即：⑴、為庫存之原料給以支票或信用狀提供新台幣1,850萬元之擔保。⑵、 於每次裝運時預付款項。⑶、賠償其他費用（律師費）新台幣45萬元。

5、被上訴人嗣於96年10月11日以台北南海郵局第1455號存證信函催告上訴人於3日內交付系爭貨品5,000套，經上訴人於同年月12日收受通知，然上訴人並未交付。被上訴人嗣於97年2月4日以台北南海郵局第819 號存證信函通知上訴人解除系爭契約，經上訴人於同年月5 日收受通知。

四、兩造之爭點及論斷：

上訴人主張被上訴人就如附表所示125,478 件未交數量之系爭貨品，應依兩造間之買賣契約全部受領並給付買賣價金等語。為被上訴人所否認，並以前揭情詞置辯。是本件兩造爭點為：(一)兩造就系爭貨品之買賣契約內容為何？(二)被上訴人以上訴人給付遲延為由，主張解除買賣契約，有無理由？(三)上訴人請求被上訴人就如附表所示125,478 件未交數量之貨品給付價金，有無理由？茲分別論述如下：

(一)關於兩造就系爭貨品之買賣契約內容之爭點：

1、按稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立。民法第345 條定有明文。而買

賣契約因給付型態之不同，而區分為一時性契約與繼續性契約。前者係指契約當事人因一次給付，債務即告履行完畢，契約關係即告消滅；後者係指契約當事人之給付，須經長期繼續為給付，才能實現契約之目的，債務始克履行完畢者而言。易言之，繼續性買賣契約之雙方當事人均負有多次個別給付之義務，債之關係內容需繼續反覆的實現，與一時性買賣契約債之關係內容一次即可實現不同。經查，本件被上訴人自陳其為履行與訴外人戴爾公司所訂之DELL WL6000 5.1 聲道無線喇叭系統產品代工契約，須經由上訴人配合提供所製造之系爭貨品（即Tx Module與RxModule） 始能進行組裝，乃陸續依戴爾公司預估之需求產量，事先以開立訂購單方式，概括就規格、品名及數量預為約定，向上訴人訂購系爭貨品，嗣上訴人再配合被上訴人需求分批出貨交付，同時履行多筆訂單乃常態，均係由被上訴人通知上訴人出貨之系爭貨品規格及數量，從無需指定特定訂單等語在卷（見本院卷頁439、444反面-445），足見上訴人非一次給付即能實現被上訴人買受系爭貨品之目的。又系爭貨品之貨款給付方式為「月結30天」，即上訴人於出貨當月月底結算被上訴人當月應付之貨款金額，而被上訴人應於上訴人結算後之次月月底前給付貨款，為兩造所不爭執（見本院卷頁78、110反面）， 且有上訴人提出之交易紀錄表可稽（見本院卷頁36-42）。 由此堪認，兩造間就系爭貨物之買賣，乃約定由被上訴人預計所需數量陸續下單訂購，再由上訴人依被上訴人通知分次於一定期間交付特定數量予上訴人，而被上訴人則按月依受領數量計價付款，上訴人所負之給付貨物義務與上訴人所負之價金給付義務，均依約採分期對待給付方式，是其性質應屬繼續性契約。

2、次按，探求契約當事人之真意，應通觀契約全文，並斟酌立約當時之情形，依誠信原則，從契約之主要目的及經濟價值等作全盤之觀察，若契約文字，有辭句模糊，或文意模稜兩可時，固不得拘泥於所用之辭句，但解釋之際，並非必須捨辭句而他求，倘契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不能反捨契約文字更為曲解（最高法院18年上字第1727號、17年上字第1118號判例、86年度台上字第3873號判決意旨意旨參照）。本件兩造對於系爭貨品所約定之貨款給付方式為「月結30天」，即上訴人於出貨當月月底結算被上訴人當月應付之貨款金額，而被上訴人應於上訴人結算後之次月月底前給付貨款，為兩造所不爭執，已如上述。惟兩造對於上訴人應「交貨日期」之解釋則各有所執，爰依上開原則，審究如下：

⑴本件被上訴人向上訴人購買系爭貨品之如附表所示3 張

訂單，分別記載交貨期限為96年1月5日、96年1 月10日、96年2月1日及96年2月2日，惟兩造對系爭3 張訂單所載上開「交貨期限」，並非實際交貨期日之約定，均不爭執（見本院卷頁102正反面），即難認系爭3張訂單所載「交貨期限」之文義已表示當事人所約定系爭貨品實際交付時點之真意。

⑵而被上訴人自95年7月間起，已陸續於95年7月11日、8月25日、9月11日、10月12日以060700052號、060800129號、060900039號、0610000043號等4 張訂單向上訴人訂購系爭貨品並完成交貨，其上所載「交貨期限」分別為95年8月10日、10月10日及11月2日、11月1日、 11月30日（見原審卷頁57-60），惟實際上該4張訂單共分134次分批進行給付與受領：其中⑴060700052號交貨期限為95年8月10日之訂單，實際交貨情形為自95年9月17日起至同年11月20日止，分46次交貨； ⑵060800129號交貨期限為95年10月10日及同年11月2日之訂單， 實際交貨情形為自95年11月17日起至同年12月9日止， 分52次交貨；⑶060900039號交貨期限為95年11月1日之訂單，實際交貨情形為自95年12月7 日起至同年12月14日止，分8 次交貨；⑷0610000043號交貨期限為95年11月30日之訂單，實際交貨情形為自95年11月25日起至同年12月29日止，分29次交貨之事實，為兩造所不爭執，並有被上訴人提出訂購單、交貨明細表及上訴人提出之交易紀錄表在卷可稽（見原審卷頁57-62、本院卷頁36-40）。由兩造前已完成系爭貨品之交易慣例以觀，可見兩造於系爭貨品之訂購單所載之「交貨期限」並非確定交貨時點之約定，上訴人實係依被上訴人指示所需數量分次出貨，其間曾於訂購單所載之「交貨期限」屆至後3 個月內始將訂購貨品分次交付受領完畢。

⑶參以本件系爭1 號訂單亦已進行了12次給付與受領，其中7 次（95年12月21日、同年月22日、25日、26日、28日、96年1月3日、同年月4日） 於訂單所載之交貨期限（即96年1月5日）前，1次於96年1月5日當天，其餘4次（95年1月8日、同年月11日、12日、19日）於訂購單所載之交貨期限屆至後，此有上訴人提出之交易紀錄表在卷可稽（見本院卷頁40-42）。 益徵兩造就系爭貨品之買賣，並非約定於訂單所載「交貨期限」交付且非一次交貨完畢。又依系爭3 張訂單之內容可知，被上訴人訂購之貨品有Tx Module（5.725-5.85GHZ）、 Rx Module（5.725- 5.85GHZ）、Tx Module（5.15-5.25 GHZ）、Rx Module（5.15-5.25 GHZ）等不同之規格，且上訴人須配合被上訴人指示之貨物數量分次出貨，已如上述。互核以觀，堪認被上訴人除須於交貨前合理期間通知被上訴人製造產品外，尚須具體特定所需貨品之規格，否

則上訴人無從為給付。故本件兩造雖於系爭訂單預載「交貨期限」，惟具體之清償日期應依被上訴人指定之交貨時間定之。

⑷另觀之兩造於95年8 月至12月間有關系爭貨品陸續出貨之往來電子郵件，係被上訴人每月將該月份預定出貨之規格、總量及交付期限事先通知上訴人，經上訴人評估生產進度後告知被上訴人於交貨期限前之各日出貨數量，並於完成產品後逐日通知被上訴人安排快遞取貨；其間上訴人倘認生產進度無法配合被上訴人指定之交貨期限，兩造則再就出貨日期進行磋商調整（見本院卷頁43-63）。 由此益見，系爭貨品訂購單所載之「交貨期限」非謂被上訴人須於期限屆至時一次受領全部貨物，乃兩造概括預定在該期限前後合理期間之交貨數量，以供上訴人進行產能評估及購入相關零件等之準備，且使被上訴人負有在該期限屆至後合理期間內指定全部出貨日期之協力義務。而依兩造之交易實例，乃由被上訴人逐月評估當月需求之系爭貨品數量、規格及交期，於現有訂購單之範圍內，於交期前之合理期間通知被上訴人製造產品分次給付，兩造並得視上訴人實際產能協商調整交貨日期。是上訴人主張被上訴人於訂單所載交貨期限屆至時即有一次受領全部貨品之義務云云，及被上訴人抗辯本件貨物買賣乃定期性給付云云，均不足採。

(二)關於被上訴人以上訴人給付遲延為由解除買賣契約之爭點：

1、按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。而債權人非因債務人遲延給付當然取得契約解除權，仍須定相當期限催告其履行，於期限內不履行時，始得解除契約，此觀民法第229條第2項前段及第254 條之規定自明。所謂無確定期限，指未定期限及雖定有期限而其屆至之時期不確定二種情形，前者稱不定期債務，後者稱不確定期限之債務。本件兩造於系爭貨品之訂購單所載之「交貨期限」並非確定交貨時點之約定，上訴人係依被上訴人指示所需之數量、規格及交貨期限分次出貨，已如上述，核屬不確定期限之債務。準此，於被上訴人指定上訴人交貨期限屆至後，仍應經被上訴人催告，上訴人自受催告時起始負遲延責任。

2、本件被上訴人就上訴人於95年12月份之出貨數量共計13,722件，依約於96年1月底前付清貨款 （見本院卷頁29），就上訴人於96年1月份之出貨50,800套部分， 則未依約於96年2月底給付該部分貨款即美金556,069.5元，並於96年1月底單方要求上訴人停止出貨，迄至96年4月19日匯款給付其中貨款美金294,227.05元，其餘貨款美金261,842.55元仍未給付，經上訴人聲請原法院於96年

6月20日對被上訴人核發支付命令（96年度促字第40767號），嗣被上訴人於96年9月5日再匯款新台幣8,546,679 元予上訴人以清償上開餘欠貨款。此有交易紀錄表、支付命令、台灣土地銀行匯款單、存摺明細在卷可稽（見原審卷頁77、本院卷頁40-41、64、65）。 被上訴人雖抗辯：遲付貨款係因上訴人所交付之貨品有瑕疵，停止出貨係經上訴人同意云云。惟為上訴人所否認。經查：

⑴上訴人主張系爭貨品係由訴外人鈺寶公司（即Syncomm）設計製造晶片，之後交由上訴人將該晶片安裝於所生產之無線卡後售予被上訴人，再由被上訴人安裝於其無線喇叭主版以組裝完成無線喇叭，被上訴人所指貨品瑕疵非上訴人所致等情，業據提出被上訴人與鈺寶公司、被上訴人與上訴人之往來電子郵件為證（見原審卷頁234、42）。 觀之被上訴人於96年4月3日寄與鈺寶公司之電子郵件表示：「…由於Syncomm（即鈺寶公司） 所供交的IC有瑕疵導致無線模組品質不良，…因為此模組製造及Firmware不良由我司已墊付發生的費用，而這些費用應是要由Syncomm 來吸收所有損失。但是目前貴司（指鈺寶公司）都沒有正面回覆這些問題，所以有爭議的金額共計NT$8,546,779元我們將先保留不要支付給正文。…」等語（見原審卷頁234）。 是上訴人上開主張，尚非無據。

⑵參以被上訴人亦自陳：該瑕疵可能係因鈺寶公司所提供之晶片所致等語（見本院卷頁231），並於96年5月11日寄發電子郵件予上訴人表示：「…如你所知SYNIC 模組的設計問題導致JS的損失甚鉅，因此不得不採取如此做法來逼SYNIC 積極處理目前及後續的問題，造成貴司困擾也請諒解…」等語（見原審卷頁42）。由此可知，被上訴人所指貨品瑕疵並非上訴人所造成，而應由訴外人鈺寶公司負責，且上訴人亦逕向鈺寶公司為賠償損失之主張。此外，被上訴人就所辯：鈺寶公司為上訴人之履行輔助人及上訴人有同意其暫停出貨之情，復未舉證以實其說，則其未依約於96年2月底期限屆至時給付96年1月份出貨50,800套之貨款，自屬遲延給付價金，而其於96年1 月底單方通知上訴人停止出貨，亦有未於合理期間為指定交貨期限之協力行為之情事。

3、按因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。但自己有先為給付之義務者，不在此限，民法第264 條定有明文。次按債務人享有同時履行抗辯權者，在未行使此抗辯權以前，仍可發生遲延責任之問題，必須行使以後始能免責（最高法院50年台上字第1550號判例意旨參照）。茲查：

⑴被上訴人於96年1 月底告知上訴人暫停出貨後，上訴人

先後於96年3 月30日及4月2日以電子郵件向被上訴人表示「貴公司所回覆模組拉貨需要等待至七月以後，正文實在無法接受所備成品與料件長時間堆積，希望貴公司本於訂單交易原則，自四月份起開始拉回成品」等語（見原審卷頁114、本院卷頁142），催告被上訴人指定交貨期限。被上訴人於96年5 月11日以電子郵件通知上訴人預定6月20前請上訴人出貨5.725模組3,000套 （即Tx Module（5.725GHZ）、Rx Module（5.725GHZ）各3,000件，下稱系爭3,000套貨品）；上訴人則於同年5月12日以電子郵件回覆「出3,000set ok.但請還是惠付正文款項」等語（見原審卷頁42），意即請被上訴人清償之前上訴人96年1月份出貨50,800套餘欠之貨款美金261,842.55元。 而上訴人與被上訴人因系爭貨品買賣而互負債務，依約上訴人有先為交付貨品之給付義務，被上訴人則應於次月為交付貨款之對待給付，惟上訴人已依約交付96年1 月份之出貨50,800套後，被上訴人並未依約於96年2月底給付該部分貨款，迄至被上訴人於96年5月11日指示預定6月20前出貨系爭3,000套貨品，就上開前欠貨款仍未全部為對待給付，上訴人自得依民法第264 條第1 項之規定，行使同時履行抗辯權，拒絕交付其餘貨品之給付。是本件上訴人在被上訴人指定之出貨期限前，以電子郵件通知被上訴人行使同時履行抗辯權，在被上訴人清償前欠貨款前拒絕自己之給付，就系爭3,000套貨品部分自不負給付遲延之責任。

⑵又債務人之給付兼需債權人之行為，債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出，民法第235 條但書規定甚明。倘債務人已依此規定通知債權人，自不負給付遲延責任。查本件上訴人履行系爭貨物之給付義務，須先由被上訴人指定出貨之規格、總量及交付期限，經上訴人評估生產進度後告知被上訴人於交貨期限前之各日出貨數量，並於完成產品後逐日通知被上訴人安排快遞取貨，已如上述，足見上訴人交付貨物兼需被上訴人指定交期及往取貨物等協力行為，則依上開規定，上訴人自得以準備給付之事情通知被上訴人以代提出。而本件上訴人於接獲被上訴人預定於96年6 月20日前出貨之電子郵件通知後，先以96年5 月12日電子郵件對被上訴人為上開同時履行之抗辯，惟被上訴人並未清償前欠貨款，嗣上訴人仍於被上訴人指定交貨期限前之96年6 月15日以存證信函通知被上訴人表示「……本公司特以此函要求貴公司於函到五日內配合本公司進行出貨、受領前述產品，或買回上述產品之成品、半成品與零組件等事宜，並以預付貨款方式給付相應之價金。逾期本公司將依法追訴請求相關損害賠償及利息，幸勿自誤。」等語（見原審卷頁12-13），應認上訴人已將於5日內準備

給付之事情通知被上訴人，亦難認上訴人有何給付遲延之情事。況其後被上訴人就系爭3,000 套貨品之交貨事宜未再為任何回應或主張，則其以上訴人給付遲延為由主張解除買賣契約，就系爭3,000 套貨品部分難認有據。

4、嗣上訴人聲請原法院於96年6 月20日對被上訴人核發支付命令（96年度促字第40767號），被上訴人始於96年9月5 日再匯款新台幣8,546,679元以清償上訴人96年1月份出貨50,800套部分之餘欠貨款，隨後被上訴人即於96年9月13日以主旨為「請告知9月的5K何時可以交貨呢？」 之電子郵件，另請上訴人安排約於9月20日交貨5.15頻段模組4,000套及5.725頻段模組1,000套，共5,000套（下稱系爭5,000套貨品，見原審卷頁46）。 上訴人於同年9月14日以電子郵件回覆被上訴人表示「Payment條件OK，貴公司Down paid後一週內可以出貨。」； 被上訴人於同年9月20以電子郵件表示「Payment條件OK---甚麼條件？Down paid後一週內可以出貨---請問付出貨量貨款的幾%？」等語詢問付款條件；上訴人於同年9月21日回復三點要求為：「⑴、 提出新台幣1,850萬元之支票或信用狀以為庫存原料之費用擔保。⑵、於每次裝運時預付款項。⑶、賠償正文公司其他費用（律師費）新台幣45萬元。」（見原審卷頁43-45）。 被上訴人再於96年9月21日以電子郵件向上訴人表示「針對854萬品質爭議貨款HOLD之事，我司總經理亦親自向貴司副總作出陳述，希望化解無謂之誤解，…希望你能協助雙方互信共榮之關係，依照之前的交易條件繼續正常交貨，否則JAZZ若無法在10月份正常出貨給DELL而產生空運費且損及後續DELL出貨的意願，相信對JAZZ及正文都是非常不利的，再次請求貴司能在9/26日交貨給JAZZ」等語（見原審卷頁43-44）。上訴人於同年9月23日以電子郵件回復「但是貴司有過遲延半年的付款紀錄，請貴司配合消除此紀錄，前文所提三點正文的基本要求，請貴司務必配合實行，以利敝公司順利配合出貨」等語（見原審卷頁43）。惟被上訴人於同年9 月29日函覆未予同意上訴人上開要求，並請上訴人於同年10月2日出貨 （見原審卷頁180）。上訴人乃於同年9月30日再以電子郵件表示：因被上訴人自96年1月底告知暫停出貨致尚有62,739set模組未取貨及付款，且迄至96年9月6日始付清前欠之已出貨貨款，故要求被上訴人以現金給付未出貨部分之貨款，不再有出貨後30日付款優惠等語（見原審卷頁180 ），此有兩造往來之電子郵件在卷可稽（見原審卷頁43-46、180-183）。

5、互核以觀，可知上訴人於收受被上訴人指定交貨5,000套之通知後，以被上訴人於96年1 月片面通知暫停出貨

及有遲延半年付款紀錄為由，要求被上訴人須先給付貨款、提供庫存原料之擔保及賠償相關費用，始交付貨品。就此上訴人雖主張係行使不安抗辯權云云，惟按當事人之一方，應向他方先為給付者，如他方之財產，於訂約後顯形減少，有難為對待給付之虞時，如他方未為對待給付或提出擔保前，得拒絕自己之給付。民法第265條定有明文。準此，行使不安抗辯權，須以他方之財產於訂約後有顯著減少致有難為對待給付之虞為要件，若他方財產減少並不影響其對待給付，債務人即不得援用該條之抗辯據以免除給付遲延之責任。茲就上訴人據以主張不安抗辯之事由，審酌如下：

⑴上訴人主張被上訴人片面通知暫停出貨部分：

被上訴人於96年1 月底單方通知上訴人停止出貨，有未於合理期間為指定交貨期限之協力行為之情事，固如上述，惟此僅涉及被上訴人違反協力義務之問題，尚無從據此認定被上訴人就有何難以對待給付貨款之虞。

⑵上訴人主張被上訴人有遲延半年付款紀錄部分：

①被上訴人於95年12月25日發送電子郵件予上訴人表示「……現行付款條件為 "月結30天付現"； 我司希望Gemtek能接受改為月結120天。由於我司與Dell 的銷售合約載明為EOAP 50 days （即為Dell由HUB拉貨後50天才付款）；在時間計算上仍須加計15天在HUB 的倉儲天數、一般海運運輸35天、和Gemtek模組由出貨至Jazz成品組裝完出貨約15天，以上總計115天。 因為天數長資金壓力繁重，希望 Gemtek能… 給予月結120天支持。」 等語，要求上訴人於月底前回覆；上訴人則於95年12月25日當天回覆難以接受改以120 日付款條件等語；此有上開電子郵件附卷可稽（見原審卷頁269反面）。 而被上訴人就上訴人於95年12月份之出貨數量部分，依約於96年1 月底前付清貨款，亦如上述。觀之被上訴人經上訴人拒絕同意延長付款期限後，仍依約於96年1 月給付貨款，尚難認被上訴人有未為或難以對待給付之情事。

②至被上訴人就上訴人於96年1 月份已出貨50,800套部分，以貨品瑕疵扣款為由，未依約於96年2 月底給付貨款，僅於96年4 月19日給付部分貨款，嗣經上訴人聲請原法院對被上訴人核發支付命令，被上訴人迄至96年9月5日始匯款清償餘欠貨款，而被上訴人所指貨品瑕疵並非上訴人所造成，而應由訴外人鈺寶公司負責，故被上訴人確有給付價金遲延之情事，固如上述。惟被上訴人既係因貨品瑕疵之爭議而為扣款之主張，縱其主張並無理由，亦難據此認其係因財產減少而有難為對待給付之虞。上訴人以此逕認被上訴人之債信於96年1 月下旬產生變化云云，尚乏確據而難以遽

採。

⑶上訴人主張被上訴人於訂約後財務狀況惡化部分：

被上訴人為上櫃公司，96年度第1季（1-3月）之期末現金及約當現金餘額為新台幣211,927,000元，第2季（4-6月）之期末現金及約當現金餘額為新台幣50,551,000元，第3季（7-9月）之期末現金及約當現金餘額為新台幣123,793,000元， 有台灣證券交易所公開資訊觀測站公告之現金流量表在卷可參（見本院卷頁66-68）， 由此可見，被上訴人於96年9 月間之現金餘額增加，且顯逾系爭貨款數額，已難認有上訴人所指前三季之財務狀況惡化之情。此外，上訴人復未舉出其他證據足資證明被上訴人於96年間有債信不佳或票據退票等情事致有難為對待給付貨款之虞，則其以被上訴人財務惡化為由，主張於96年9 月間係為不安抗辯，於被上訴人未先給付貨款、提供庫存原料之擔保及賠償相關費用前，得拒絕交付上開5,000套貨品云云，尚屬無據。

6、承上所述，被上訴人於96年9 月13日以電子郵件請上訴人安排約於9月20日交付系爭5,000套貨品，上訴人於同年9月14日以電子郵件回覆被上訴人「貴公司Down paid後一週內可以出貨」等語，足見上訴人表示只要被上訴人預付貨款得隨時於一週內交付系爭5,000套貨品， 亦即上訴人對於被上訴人指定之交貨數量及規格已達成合意，僅附加出貨之條件。嗣被上訴人於10月4 日以主旨為「模組9月的5K追加為7,600KITS，請問何時可以交貨呢？」之電子郵件向上訴人表示「…依9/27日DELL提供的FCT，今年10月至明年1月每個月需求量也都約5-6K，但是稍微有增加，所以10月需要安排10月初交貨15段模組*7600KITS（5.725頻段暫不必交貨），請盡速交貨以期能在一年的時間能化去貴公司DELL WL6000 模組之庫存…」等語，上訴人於同日回覆並未為同意之表示（見本院卷頁186），是應認兩造並未就系爭5,000套貨品之數量及規格達成變更之合意。而上訴人於96年9 月間以不安抗辯為由，主張被上訴人須先給付貨款、提供庫存原料之擔保及賠償相關費用，始交付貨品云云，並無理由，既如上述，則被上訴人嗣於96年10月11日以台北南海郵局第1455號存證信函再催告上訴人應於文到3 日內交付系爭5,000套貨品，逾期即解除契約 （見原審卷頁47-51 ），上訴人於同年10月12日收受該函後屆期仍未交付，自屬給付遲延。

7、按繼續性之契約已開始履行者，由於無須因嗣後之債務不履行情事，使其溯及的消滅契約關係，致增法律關係之複雜性，原則上固應以「終止」之方法消滅其契約關係，惟究不得執此即謂凡已履行之繼續性契約，均無容當事人行使法定或意定解除權之餘地（最高法院95年度

台上字第1731號判決要旨參照）。準此：

⑴上訴人就系爭5,000 套貨品遲延給付，經被上訴人催告仍未履行，其後雖於96年10月18日以台北台塑郵局第275 號存證信函要求被上訴人給付全部貨款並受領全部貨品（見本院卷頁190）， 復於96年10月25日以電子郵件表示被上訴人須結清所訂單所有餘數，則上訴人仍以30天付款作為優惠等語（見原審卷頁248）； 再於96年10月30日提起本件訴訟請求被上訴人給付全部貨款並受領全部貨品（見原審卷頁4 ），惟被上訴人並無系爭貨品之訂購單所載交貨期限屆至時一次受領全部貨物之義務，已如上述，上訴人要求被上訴人受領系爭訂購單尚未交付之全部貨物，已難認係依債之本旨提出給付，且上訴人就系爭5,000 套貨品並未現實提出以為給付，自無從免除其給付系爭5,000套貨品遲延之責任。

⑵又被上訴人已自陳系爭貨品買賣之給付標的係屬可分，且其係一部解除系爭訂購單中上訴人遲延履行而尚未清償之部分（見本院卷頁446 正反面）。從而，被上訴人於97年2月4日以台北南海郵局第819 號存證信函通知上訴人解除契約，經上訴人於同年月5 日收受通知，有存證信函及回執影本在卷可稽（見原審卷頁52-56、160），就上訴人遲延給付系爭5,000 套貨品部分應認已生解約之效力。此外，被上訴人以上訴人給付遲延為由，主張解除系爭3,000 套貨品部分之買賣契約，為無理由，已如上述，至於逾越上開數量之範圍，被上訴人既未指定交貨期限通知上訴人交付貨品，亦難認上訴人有何給付遲延可言。從而，被上訴人就超逾系爭5,000 套貨品之範圍，主張解除契約自不生效力。

(三)關於上訴人請求被上訴人就如附表所示125,478件之未交貨品給付價金之爭點：

1、被上訴人於97年2月4日以存證信函通知上訴人解除契約，經上訴人於同年月5 日收受通知，就上訴人遲延給付系爭5,000 套貨品部分已生解約之效力，既如上述，則上訴人依買賣契約關係，請求被上訴人給付系爭5,000 套貨品之價金，即屬無據，不應准許。

2、上訴人就系爭3,000套貨品（即Tx Module 5.725GHZ 、Rx Module 5.725GHZ，各3,000件） 部分，已依被上訴人指定之期限提出準備給付之通知，被上訴人遲未受領，其以上訴人給付遲延為由，主張解除此部分之買賣契約，為無理由，均如上述，參以被上訴人於訴訟中復為拒絕受領之表示（見本院卷頁423）， 是上訴人就此部分貨品請求被上訴人給付價金，應認有據。而兩造約定之Tx Module 5.725GHZ及Rx Module 5.725GHZ之每件單價，均為美金10.425元，有訂購單附卷可憑（見原審卷頁9-11），準此計算，系爭3,000套貨品之價金 （含稅

）共計為美金65,677.5元（10.425×3000×2×1.05 ＝65677.5）。 是上訴人依買賣契約關係，請求被上訴人給付此部分價金共美金65,677.5元，為有理由，應予准許。

3、至於上訴人未交貨品逾越上開數量之範圍，被上訴人並未指定期限通知上訴人交貨，難認上訴人有給付遲延，被上訴人主張解除契約不生效力，已如上述。惟被上訴人並無系爭貨品之訂購單所載交貨期限屆至時一次受領全部貨物之義務，則被上訴人縱有未在合理期間內就系爭貨物指定出貨日期之情，亦僅涉及協力義務違反之責任問題，究難謂上訴人得在上訴人未指示交貨前，逕行請求給付相應之價金。故上訴人就此部分請求被上訴人給付價金，亦屬無據，難以准許。

五、綜上所述，上訴人依買賣契約關係，請求被上訴人給付美金65,677.5元及自起訴狀繕本送達翌日即97年1 月10日（見原審卷頁27）起至清償日止，按年息5%計算之法定遲延利息，為有理由，應予准許。逾此數額之請求，為無理由，不應准許。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，尚有未洽，上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院就此部分予以廢棄改判如主文第二項所示，並依兩造聲請分別酌定相當之擔保金額而為准、免假執行之宣告。至於超過上開應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決並駁回其假執行之聲請，理由雖有不同，結論並無二致，上訴意旨就此部分仍執陳詞，指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

六、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法與所舉證據，核與本件判決結果不生影響，爰不再逐一論駁，附此敘明。

丙、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第449條第2項、第450條、第79條、 第463條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　華　民　國　99　年　11　月　2　日

民事第九庭

審判長法　官　張宗權

法　官　林曉芳

法　官　鄭純惠

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但書或第2 項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　華　民　國　99　年　11　月　4　日

書記官　劉麗芬

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其他法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：114/07/02 06:28

裁判字號：臺灣高等法院 99 年重上字第 400 號民事判決

裁判日期：民國 100 年 05 月 17 日

裁判案由：撤銷買賣契約等

臺灣高等法院民事判決　　99年度重上字第400號

上　訴　人
即被上訴人　許連蓁
訴訟代理人　林慶苗律師
被 上 訴人
即 上 訴人　許銘輝
　　許銘杰

上列當事人間請求撤銷買賣契約等事件，兩造對於中華民國99年5月25日台灣台北地方法院99年度重訴字第8號第一審判決各自提起上訴，本院於100年5月3日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

兩造上訴均駁回。

第二審訴訟費用由兩造各自負擔。

事實及理由

一、上訴人即被上訴人許連蓁（下稱許連蓁）起訴主張：

(一)許連蓁前與配偶共同出資，以許連蓁名義購買坐落台北市中正區福和段2小段第683地號土地（下稱系爭土地），並在其上興建四層樓房屋（即台北市汀州路3 段78號1至4樓，下稱系爭房屋）後，將系爭房屋1、4樓及系爭土地持分1/3 登記為許連蓁所有，系爭房屋2、3樓及系爭土地持分各1/3 則分別信託登記在被上訴人即上訴人許銘輝、許銘杰名下。而許連蓁因高齡而心智老化衰退，自民國91年4月起經三軍總醫院神經科診斷患有顯著運動障礙，日常生活無法自理，嗣於97年6 月10日因蜂窩性組織炎及糖尿病等症狀至台大醫院急診住院，於同年7月3日始出院，詎許銘杰於民國97年8 月12日，以輪椅將許連蓁推至地政事務所，令當時對於表示行為欠缺認識、未遑注意及熟慮之許連蓁在其事先完成之文件上簽名，許連蓁其後始知該文件內容係以新台幣（下同 ）80,200元將系爭房屋1樓應有部分6/10、4/10分別出售並移轉予許銘輝、許銘杰，爰依民法第74條、第88條、第113條、第114條之規定，請求撤銷兩造就系爭房屋1 樓之買賣契約及所有權移轉登記行為，許銘輝、許銘杰應將系爭1 樓房屋之所有權移轉登記予以塗銷後回復登記為許連蓁所有。

(二)許銘輝、許銘杰假借照顧許連蓁之便，先於97年8月4日將許連蓁於聯邦銀行公館分行（下稱聯邦銀行）2 筆本金為

989,100元、653,569元（加計利息後分別為999,657元、660,544元）之定期存款（存單認證號碼：03037789、03037797）辦理解約存入帳戶，並於同日偽造許連蓁名義將該帳戶存款共計211萬元轉匯至許連蓁於台灣銀行公館分行034004009442 號帳戶（下稱台銀帳戶），再於翌日持偽造許連蓁名義之取款條自台銀帳戶內提領110萬元， 贈與許銘輝之子許恒碩、許銘杰之女許雅淳各55萬元。又訴外人劉淑霞前向許連蓁承租系爭房屋1 樓，並簽發面額各20萬元之支票12紙預付1 年租金，經許連蓁委請許銘輝、許銘杰將租金支票存入許連蓁聯邦銀行帳戶，詎許銘輝、許銘杰竟於97年8月26日盜領其中97年8月份至98年2月份共7紙租金支票合計140萬元，且侵吞於97年9月19日到期之押租金80萬元定期存單。為此，依民法184 條第1項或第179條之規定，請求擇一判命許銘輝、許銘杰返還許連蓁330 萬元並加計自起訴狀繕本送達翌日起算之利息。

（原審判決許銘輝、許銘杰應給付許連蓁租金140 萬元及押金80萬元，共220萬元及加計自98年8月25日起算之法定遲延利息；而駁回上訴人其餘之訴。兩造各就敗訴部分，分別提起上訴。）

並於本院聲明：

㈠上訴聲明：

1.原判決不利於許連蓁部分廢棄。

2.上開廢棄部分，兩造於97年8月4日就系爭房屋1樓所為買賣契約之債權行為及97年8月15日所有權移轉登記之物權行為，均應予撤銷。

3.許銘輝、許銘杰應將前項以買賣為原因之系爭1樓房屋於97年8月15日所為之所有權移轉登記予以塗銷，並回復登記為許連蓁所有。

4.許銘輝、許銘杰應再給付許連蓁110萬元及自98年8月25日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

5.前項聲明，願供擔保，請准宣告假執行。

㈡答辯聲明：駁回許銘輝、許銘杰之上訴。

二、被上訴人即上訴人許銘輝、許銘杰則抗辯如下：

(一)許銘輝、許銘杰之曾祖父許子久委託許連蓁購買系爭土地並興建系爭房屋，而依曾祖父許子久之遺願，以許銘輝為曾長孫繼承許氏香火，許銘杰過房予曾祖母繼承游氏香火，應分別取得系爭房屋1 樓持分各6/10、4/10。嗣許連蓁於96年12月27日至法院親自書寫長達3 頁之遺囑，經公證人確定其自由意志，做成認證書後，再於97年3 月31日赴法院親筆說明前開公證遺囑之理由，始於97年8月4日簽立出售系爭房屋1 樓應有部分各6/10、4/10予許銘輝、許銘杰之買賣契約（下稱系爭買賣契約），並於97年8 月12日辦理所有權移轉登記，實非心神喪失者得以完成。況依台大醫院及三軍總醫院於98年所開立之證明，均與心智狀態

無關，無法證明許連蓁在為系爭買賣契約意思表示及移轉所有權移轉登記時沒有行為能力，許連蓁所言其對於過戶文件之內容，毫無知悉，並不真實。

(二)許銘輝、許銘杰自許連蓁銀行帳戶提領110 萬元贈與許銘杰之子許恒碩、許銘杰之女許雅淳各55萬元，係經許連蓁授權並交付定存單及印章始得為之，此有上訴人親筆之贈與契約及國稅局贈與稅繳清證明書可證。至於系爭房屋1樓出租期間至99年3 月26日，系爭押金80萬元已於租期屆至後返還承租人劉淑霞，而許銘輝、許銘杰既已移轉取得系爭房屋1樓產權，依買賣不破租賃原則及民法第295條之規定，自併隨取得系爭房屋1樓租金140萬元之從權利。

並於本院聲明：

㈠上訴聲明：

1.原判決不利於許銘輝、許銘杰部分廢棄。

2.上開廢棄部分，許連蓁於第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

㈡答辯聲明：駁回許連蓁之上訴。

三、兩造不爭執之事實：

（一）許銘輝、許銘杰之曾祖父許子久於46年9月2日出售其所有之兩筆房地，所得資金共計15萬元。

（二）許銘杰於55年間過房予曾祖母許游桃，以傳續游姓宗祠之香火。

（三）許連蓁於60年12月23日購買系爭土地，價金為516,300元。

（四）許連蓁設於聯邦銀行帳戶內之211 萬元存款於97年8月4日轉匯至許連蓁設於台銀帳戶，並經許銘杰於97年8月5日提領110萬元（下稱系爭存款）， 再分別存入55萬元至許銘輝之子許恒碩、許銘杰之女許雅淳帳戶。

（五）許銘輝、許銘杰於97年8月26日兌領系爭房屋1樓之未到期租金支票7紙及80萬元之押租金定期存單。

（六）許連蓁就系爭房屋1樓於97年8月12日在台北市古亭地政事務所（下稱古亭地政）以買賣名義辦理移轉登記予許銘輝、許銘杰共有（應有部分各為6/10、4/10），買賣價金為80,200元。

四、兩造之爭點及論據：

許連蓁主張其係陷於錯誤且未能熟慮之情形下，以顯不相當之對價，就系爭房屋1 樓與許銘輝、許銘杰訂立系爭買賣契約並移轉所有權，依法自得予以撤銷；又許銘輝、許銘杰偽造文書盜領許連蓁系爭存款110萬元，並侵占系爭房屋1樓之租金140 萬元及押租金80萬元等語。為許銘輝、許銘杰所否認，並以前揭情詞置辯。是本件兩造之爭點為：(一)許連蓁依民法第74條或第88條撤銷系爭1 樓房屋之買賣債權契約及移轉登記物權行為，有無理由？(二)許連蓁依侵權行為或不當得利之法律關係，請求許銘輝、許銘杰返還系爭存款110

萬元，有無理由？(三)許連蓁依侵權行為或不當得利之法律關係，請求許銘輝、許銘杰返還領取之租金共140 萬元及押租金80萬元，有無理由？茲分別論述如下：

(一)關於許連蓁撤銷系爭房屋之買賣契約及移轉登記行為之爭點：

1、本件許連蓁為許銘輝、許銘杰之母，於60年12月23日以其名義向訴外人陳振煌買受系爭土地後，所有權登記為兩造共有，應有部分各1/3；系爭土地上建有4層樓之系爭房屋，其中1、4樓原登記為許連蓁所有，2、3樓則分別登記為許銘輝、許銘杰所有。嗣兩造於97年8月4日訂立系爭買賣契約，內容為許連蓁以80,200元之價格將系爭1 樓房屋出售予許銘輝6/10、許銘杰4/10；許連蓁並於97年8月12日將系爭1樓房屋以買賣為登記原因，移轉登記為許銘輝、許銘杰共有（持分各為6/10、4/10）之事實，為兩造所不爭執，並有土地登記申請書、台北市稅捐稽徵處中正分處97年契稅繳款書、土地建築改良物所有權買賣移轉契約書附卷可稽（見原審審重訴字卷頁75-77、89-93），堪信為真實。

2、按意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。當事人之資格或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤，民法第88條定有明文。而所謂「錯誤」係指表意人為意思表示時，因認識不正確或欠缺認識，以致內心之效果意思與外部之表示行為不一致之謂。又主張因錯誤而為表示之當事人，應就此項事實，負舉證之責任。許連蓁主張其因心智缺陷，對意思表示欠缺認識致陷於錯誤而訂立系爭買賣契約並移轉系爭1 樓房屋所有權等語，既為許銘輝、許銘杰所否認，依上開說明，許連蓁自應就此主張之事實，負舉證之責任。經查：

⑴許連蓁主張其心智老化衰退，自91年4 月起至三軍總醫院神經科就診，經長期追蹤診斷患有顯著運動障礙，日常生活無法自理，嗣於97年6 月10日又因蜂窩性組織炎及糖尿病等症狀，至台大醫院急診住院，於同年7月3日始出院，固據提出與所述相符之診斷證明書2 紙（見原審重訴字卷頁17、18），惟上開僅係身體病症之診斷，尚不涉及精神及心智狀態之判斷，自無從據以認定許連蓁於簽訂系爭買賣契約及辦理移轉登記時有其所指心智缺陷之情形。又許連蓁另以其於96年看診紀錄有「中樞性之眩暈」、服藥副作用有「頭痛、頭昏、暈眩」等症狀云云，縱認屬實，核與所稱之心智缺陷仍屬有間，且難據此認定其於為上開行為時確有「眩暈」等之症狀發生，則在別無佐證之情形下，自無從進一步推認因此致

其不能為意思表示或受意思表示，或其辨識意思表示效果之能力顯有不足。

⑵許連蓁於96年12月27日立自書遺囑，其遺囑內容關於系爭1樓房屋之部分係記載：「…2.座落台北市汀州路3段78號一層建物及防空避難室所有權全部（持如附件二）由長子許銘輝繼承持分十份之六，由次子許銘杰繼承持分拾分之四」等語（見原審審重訴字卷頁109）。該遺囑並經許連蓁持向原法院公證處請求認證，經公證人陳靜心於96年12月27日辦理認證（原法院96年度北院認字第013001833號），其認證書記載：「立遺囑人許連蓁（年籍略）、請求認證之文書名稱：自書遺囑、認證之意旨：一後附之自書遺囑由請求人到場承認為其簽名或蓋章，經公證人核對其身分證明文件無誤。二公證人詢明立遺囑人確係明瞭遺囑內容。立遺囑人並表明：該遺囑為其依民法第壹仟壹佰玖拾條所規定方式自己書寫全文並簽名，且遺囑係其於自由意志下所立。」等語（見原審審重訴字卷頁107）；嗣上訴人於97年3月27日再向原法院公證處提出認證理由說明書，內載：「我許連蓁（年籍略）於96.12.27認證96年度北院認字第013001833文書說明理由如下：1.依習俗長子許銘輝傳我許家香火次子許銘杰傳另房游氏祖先。2.長女許淑德，自從與林振堂結婚，林家已經居住我許家房舍30多年其2 名女兒幼年也由我許家帶大，我許家子孫反而要自己努力在外打拼生活居住顯對不起許家祖先。3.為對許家祖先交代調整身後事理由如上。…」等語，並經原法院公證處公證人陳靜心捺蓋戳章確認（見原審審重訴字卷頁114）。上開各情，為兩造所不爭執，並有認證書、自書遺囑、認證理由說明書在卷可憑（見審重訴字卷頁107-114）。

⑶又證人即公證人陳靜心於原審證稱：「（附件一、二立遺囑人是否有印象？）不確定是否坐輪椅，一般如果看的出意識不清，我們不會辦理作認證。自書遺囑必須親自書寫，所以我們會確定這遺囑是否你親自書寫，會問這是不是你寫的，簽名是否你簽的。通常我們會在認證請求書上請他再簽名，已確定這是否他的簽名。認證請求書我們自己留底」、「（認證理由說明書認證的過程？）因為認證理由說明書不像自書遺囑需親自書寫，所以我們原則上確認本人親自簽名，但不確認是否本人親自書寫」、「（是否經過你認證，應該不會有心神喪失或其他類似狀況？）認證當時應該不會有」、「（本件情形有無就遺囑內容與許連蓁交談？）辦理認證通常會與當事人就內容確認，通常就是跟當事人講一遍是否就是這樣分，例如老大分多少，老二分多少，幾分之幾會與當事人確認。如果當事人說不是這樣，那我會認為當

事人自己也不是很肯定，一般沒有見過這樣的情形」等語（見原審卷頁50反面-51）。 依證人陳靜心上開證述內容，堪認其辦理本件認證時，循例確認上開遺囑、認證書是否許連蓁親自簽名及內容是否許連蓁之真意等節，據此尚難認許連蓁於辦理上開認證時有何意識或精神欠佳致無法認識或誤認之情事。

⑷嗣兩造於97年8月4日訂立系爭買賣契約，及許連蓁本人於97年8月12日在古亭地政，將系爭1樓房屋以買賣為登記原因，辦理所有權移轉登記為許銘輝、許銘杰共有（應有部分各為6/10、4/10）之事實，為兩造所不爭執。而證人即承辦上開登記案件複審之古亭地政人員王百祿證稱：「案件備註欄當事人有親自來核對身分，且經由初審跟複審，我是擔任複審，複審部分通常我們是從身分證資料核對，初審會核對的比較詳細，但如果是老人家我會多問一點，看他對於本件的意思表示」、「（登記案卷上訴人許連蓁在上面有簽名，是否確認她有無親簽？如何確認？）有，當事人來地政事務所，我們依照規定核對本人身分，確認本人後才請他當場親自簽名，在我們面前親自簽給我們看，親簽完確認無誤後，我們就會核對我們的職章，依照土地登記規則第40條，我們的作業流程是本人親自到地政事務所，我們承辦人員會核對身分，確認無誤之後我們就會同時在備註欄核我們的職章」、「（你們會不會確認到場當事人的意識狀態，如有心神喪失或精神耗弱或其他情形？）通常是老人家的話，初審做完時，我複核時，會在作確認，但本案時間太久我沒有印象」等語（見原審卷頁52-52反面）。質之證人即古亭地政人員洪宛君則證稱：「（有無確認申請人的真意是否要做這樣的移轉？）有，我們再核對身分時，會問申請人今天是否知道要辦怎樣的案件……就是他要答的出今天要辦什麼事情，心神喪失跟精神耗弱我們當下無法判斷，就是確認他今天要辦什麼事情」等語在卷（見原審卷頁53-53反面）。互核以觀，足見古亭地政人員洪宛君、王百祿為初審、複審時，均先後向許連蓁本人確認是否欲移轉系爭1樓房屋無訛後始行辦理登記，亦難認許連蓁當時對於辦理系爭1樓房屋所有權登記之事有何欠缺認識之情形。

⑸承上所述，許連蓁於96年12月27日自書遺囑並持向原法院公證處辦理認證，復於97年3 月27日提出認證理由書，再於97年8月間親至古亭地政申辦系爭1樓房屋所有權移轉登記，業經法院公證人、地政人員分別確認其真意，其先後歷經8個月期間，3次表達之意思，均欲將系爭1 樓房屋以6、4比例分配予許銘輝、許銘杰，前後一致，並無歧異或反覆之情形。則許連蓁以其有顯著運動障礙、日常生活無法自理、蜂窩性組織炎、糖尿病、頭痛

、頭昏、暈眩等症狀為由，主張陷於錯誤而訂立系爭買賣契約並移轉系爭1樓房屋所有權云云，衡情難採。

3、次按法院依民法第74條第1 項之規定撤銷法律行為或減輕給付，不僅須行為人有利用他人之急迫、輕率，或無經驗，而為法律行為之主觀情事，並須該法律行為，有使他人為財產上之給付，或為給付之約定，依當時情形顯失公平之客觀事實，始得因利害關係人之聲請為之。本件許連蓁另主張許銘輝、許銘杰有利用其急迫、輕率而簽訂系爭買賣契約及移轉登記之主觀情事，且該契約之內容對許連蓁而言顯失公平之客觀情事；既為許銘輝、許銘杰所否認，許連蓁就此主張之事實，亦應負舉證之責任。茲查：

⑴兩造就系爭1 樓房屋於依系爭買賣契約所載內容，許連蓁出售系爭1 樓房屋予許銘輝、許銘杰之價金為80,200元，為兩造所不爭執。又許連蓁於97年12月27日、98年3 月27日之遺囑及認證理由說明書，均表示有於身後將系爭1 樓房屋移轉予許銘輝、許銘杰之意思，業如上述，其於認證理由說明書復表明係基於習俗及傳承香火等原因以此方式分配財產，準此以觀，堪認許連蓁意在將系爭1 樓房屋無償分歸許銘輝、許銘杰所有。則許銘輝、許銘杰所辯基於節稅等考量，故兩造提前以買賣為原因辦理移轉登記，核與常情尚屬無違。而買賣價金之決定，本涉及買賣雙方考量各項主、客觀因素後加以磋商決定，尚無從僅以市價為衡量對價是否相當之唯一依據。況系爭1 樓房屋移轉登記，並不包括坐落之土地在內，則兩造本於上開主觀因素考量而簽訂系爭買賣契約，雙方所約定之價金，自無從以一般買賣市價相據比較。是許連蓁以系爭1 樓房屋之買賣價金與市價顯不相當為由，主張該契約之內容對其顯失公平云云，尚難遽採。

⑵又許連蓁於96年12月27日自書遺囑並持向原法院公證處辦理認證，復於97年3 月27日提出認證理由書，均經法院公證人確認其真意，其後再於97年8 月12日親自在古亭地政就系爭1 樓房屋簽立系爭買賣契約並辦理移轉登記予許銘輝、許銘杰共有（應有部分各為6/10、4/10），亦經初審及複審之地政人員分別確認其同意辦理系爭1 樓房屋所有權登記之真意，均如上述，準此以觀，實難認許連蓁有何因急迫、輕率而簽訂系爭買賣契約及移轉登記之主觀情事。則許連蓁依民法第74條第1 項之規定訴請撤銷系爭買賣契約及移轉登記行為，難認有據。

4、綜此，許連蓁就系爭1 樓房屋之買賣債權契約及移轉登記物權行為，依民法第88條主張撤銷，或依民法第74條訴請撤銷，均屬無據。則其進一步依民法第113條、第114條之規定，請求許銘輝、許銘杰應將系爭1 樓房屋之所有權移轉登記予以塗銷後回復登記為許連蓁所有，即

無理由，不應准許。

(二)關於許連蓁請求許銘輝、許銘杰返還系爭存款110萬元之爭點：

1、許銘輝、許銘杰於97年8月4日將許連蓁存於聯邦銀行2筆本金為989,100元及653,569元定期存款（存單認證號碼03037789、03037797）辦理解約存入該帳戶（加計利息後分別為999,657元、660,544元），同日再以許連蓁名義將該帳戶中存款共210 萬元轉匯至許連蓁台銀帳戶，復於翌日（97年8月5日）以許連蓁名義之取款條，自台銀帳戶內提領110萬元後， 分別存入55萬元至許銘輝之子許恒碩、許銘杰之女許雅淳帳戶之事實，為兩造所不爭執，並有定存單、領息憑條代支出傳票、匯款單、存入憑條、取款憑條等在卷可稽（見原審審重訴字卷頁32-43）。

2、許連蓁主張系爭存款110 萬元係許銘輝、許銘杰未經其同意而盜領等語，為許銘輝、許銘杰所否認。則許連蓁就許銘輝、許銘杰有不法盜領存款之侵權行為或不當得利之事實，自應負舉證之責任。經查：

⑴按贈與，因當事人一方以自己之財產，為無償給與於他方之意思表示，經他方允受而生效力，民法第406 條定有明文。足見贈與係諾成契約，苟其契約成立，債務人即應受此契約之拘束。本件許連蓁於97年8月5日以自己為贈與人，訴外人許恒碩、許雅淳為受贈人，訂立贈與契約（下稱系爭贈與契約），約定將現金110 萬元贈與許恒碩、許雅淳（各55萬元），嗣於97年8 月12日申報並繳清贈與稅之事實，有經許連蓁簽名、蓋章之贈與契約，及贈與稅繳清證明書在卷可憑（見審重訴字卷頁151-152）。 又許連蓁對其於系爭贈與契約上之簽章真正，並不爭執，足見其已為無償給與許恒碩、許雅淳各55萬元之表示，而許雅淳亦於系爭贈與契約上蓋章為允受之表示，且許雅淳及許恒碩分別以帳戶受領存入之款項55萬元，亦堪認均有允受贈與之意。則許連蓁僅以許恒碩未於系爭贈與契約上簽章為由，否認系爭贈與契約之效力，尚不足採。

⑵至許連蓁另主張系爭贈與契約上之簽章係遭許銘輝、許銘騙取云云，惟並未具體指明並舉證證明許銘輝、許銘被有何詐騙許連蓁於贈與契約簽名之事實，上開主張已難遽採，況許連蓁復未發見被詐欺簽立系爭贈與契約後1 年內為撤銷贈與之意思表示，自無從影響系爭贈與契約之效力。準此，許銘輝、許銘杰辯稱係依系爭贈與契約之約定，於97年8 月5日自上訴人台銀帳戶內提領110萬元，分別存入許恒碩、許雅淳帳戶各55萬元等語，尚非無據，即難認許銘輝、許銘杰有何盜領存款之不法侵權行為。況系爭存款之受領人為許恒碩、許雅淳，亦難

認許銘輝、許銘杰受有不當得利之可言。是許連蓁依侵權行為或不當得利之法律關係，請求許銘輝、許銘杰給付110 萬元並加計法定遲延利息，均無理由，不應准許。

(三)關於許連蓁請求許銘輝、許銘杰返還租金140萬元及押租金80萬元之爭點：

1、上訴人前於96年3 月7日將系爭房屋1樓出租予訴外人劉淑霞，雙方簽訂租賃契約並經公證，約定租賃期間自96年3月27日起至99年3月26日，每月租金20萬元，押租金80萬元。劉淑霞因此將所簽發面額20萬元之支票12紙及到期日為97年9 月19日之80萬元定存單，存入許連蓁聯邦銀行帳戶內以給付1 年份之租金及押租金。嗣許銘輝、許銘杰於97年8月26日兌領許連蓁未到期之租金支票7紙共140萬元及80萬元押租金定存單，合計領取220萬元等情，為兩造所不爭執，並有房屋租賃契約、公證書、票據領回申請書、聯邦銀行儲蓄存款單附卷可稽（見原審審重訴卷頁29-30、44-48），堪信為真。

2、許連蓁主張許銘輝、許銘杰未經其同意兌領取得系爭租金及押租金等語；為許銘輝、許銘杰所否認，並辯稱：其等已於97年8月登記取得系爭1樓房屋所有權，自有權領取系爭租金及押租金，此亦經兩造合意等語。經查：

⑴兩造於97年8月4日訂立系爭買賣契約，內容約定許連蓁以80,200元之價格將系爭1 樓房屋出售予許銘輝6/10、許銘杰4/10；許連蓁並於97年8月12日將系爭1樓房屋以買賣為登記原因，移轉登記為許銘輝、許銘杰共有（持分各為6/10、4/10）之事實，為兩造所不爭執，已如上述。而系爭買賣契約第2 條約定：「付款期限及移交不動產方法：捌萬貳百元整（簽訂本契約當日於銀行轉帳交付）、並完成交屋手續」（見原審審重訴字卷頁115），並未明文系爭租金、押租金之歸屬，則許銘輝、許銘杰以此條約定為據，辯稱：兩造已達成由許銘輝、許銘杰於取得系爭1 樓房屋所有權後收取租金、押租金之合意云云，難認可採。

⑵承前所述，許連蓁基於習俗及傳承香火等原因，預立遺囑將系爭1 樓房屋分歸許銘輝、許銘杰繼承，嗣基於節稅等考量，故兩造提前以買賣為原因辦理系爭1 樓房屋移轉登記予許銘輝、許銘杰。準此以觀，堪認兩造就系爭房屋之移轉登記核與一般買賣交易有別，尚難逕以買賣不破租賃之原則相繩，亦難認許連蓁於提前移轉登記系爭1 樓房屋予許銘輝、許銘杰之時，亦有將租金、押租金併歸許銘輝、許銘杰取得之相同原因考量。參以系爭1樓房屋之租賃契約仍由許連蓁持有，且未到期7紙租金支票及押租金定存單，業經承租人先行交付並存入許連蓁聯邦銀行帳戶，則除許連蓁另有同意交付上開出租

相關文件之表示外，衡情應認其意在僅提前移轉系爭1樓房屋所有權，仍保留系爭1 樓房屋出租人權利。而許銘輝、許銘杰復未能舉出其他證據足資證明兩造已達成合意由其等取得系爭1 樓房屋所有權後收取租金、押租金，或許連蓁有授權其等兌領系爭租金支票及押租金定存單，則許銘輝、許銘杰逕行將未到期之系爭租金支票及押租定存單兌領得款據為己有，自屬不法侵害許連蓁之財產權。至於許銘輝、許銘杰所辯於兌領後返還80萬元押租金予承租人劉淑霞（見本院卷頁144），核屬就侵權行為所得所為之處分，尚不影響其等侵權行為責任之成立。是許連蓁依民法第184條第1項之規定，請求許銘輝、許銘杰返還220萬元，為有理由，應予准許。 又許連蓁依侵權行為法律關係所為請求，既有理由，其併依不當得利法律關係請求擇一判決部分，即無再予審究之必要，附此敘明。

五、綜上所述，許連蓁依侵權行為之法律關係，請求許銘輝、許銘杰給付220萬元及自起訴狀繕本送達翌日即98年8月25日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許；逾此範圍之請求，為無理由，不應准許。是則原審就上開應准許部分為許連蓁勝訴之判決，並依聲請分別為准、免假執行之宣告，並無違誤。許銘輝、許銘杰上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應予駁回其上訴。至上開不應准許部分，原審為許連蓁敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，經核亦無不合，許連蓁上訴意旨就此部分，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

六、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法與所舉證據，核與本件判決結果不生影響，爰不再逐一論駁，附此敘明。

七、據上論結，本件兩造之上訴，均為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　華　民　國　100　年　5　月　17　日

民事第十庭

審判長法　官　張宗權

法　官　林曉芳

法　官　鄭純惠

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但書或第2 項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　華　民　國　100　年　5　月　20　日

書記官　劉麗芬

附註：
民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：
對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其他法定代理人具有律師資格者，不在此限。
上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：114/07/02 06:27

裁判字號：臺灣高等法院 100 年建上字第 17 號民事判決

裁判日期：民國 100 年 05 月 24 日

裁判案由：給付工程款

臺灣高等法院民事判決　　100年度建上字第17號

上　訴　人　新北市政府

法定代理人　朱立倫

訴訟代理人　李承志律師

被 上訴 人　一亨營造有限公司

法定代理人　蕭靜禧

訴訟代理人　林復宏律師

　　吳家鳳律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國99年12月21日台灣板橋地方法院99年度建字第98號第一審判決提起上訴，本院於100年5月10日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於命上訴人給付超過新台幣壹佰陸拾叁萬伍仟貳佰伍拾元本息部分，及該部分假執行之宣告，暨命上訴人負擔訴訟費用部分之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

其餘上訴駁回。

第一審關於命上訴人負擔訴訟費用部分及第二審訴訟費用由上訴人負擔十分之三，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序方面：

本件上訴人業因台北縣改制為新北市，於民國99年12月25日更名為新北市政府，而法定代理人原為周錫瑋，於同日變更為朱立倫，有上訴人99年12月25日北府祕文字第0991238235號函附卷可憑，並據其具狀聲明承受訴訟（本院卷頁15、16），核與民事訴訟法第170條、第175條第1項、第176條之規定，並無不合，應予准許。

乙、實體方面：

一、被上訴人起訴主張：

其於95年11月16日與上訴人簽訂工程契約書（下稱系爭契約），承攬「台北生活圈道路系統建設計畫—北85線柑園橋至北二高橋下涵洞拓寬工程（第一標）工程（下稱系爭工程），預定總價新台幣（下同）9,258萬元，工期為220日曆天。被上訴人依約於95年12月25日開工施作，嗣因上訴人用地取得延宕、地上物拆除、台灣電力股份有限公司（下稱台電）架空桿線地下化期程、水電瓦斯管線遷移等不可歸責於被上

訴人之因素未能排除，造成無法施工而延宕至97年5月22 日始完工，並經上訴人於97年12月12日驗收合格。其間上訴人雖同意展延工期295 日曆天，惟被上訴人施作系爭工程每日須支出工地管理、衛生安全等必要費用30,705.218元，因工期展延致額外支出9,648,039 元必要費用，顯非訂約當時所得預料。為此，依系爭契約第20條第10項、民法第491條第1項或同法第227條之2之規定，請求擇一判命上訴人給付被上訴人9,648,039元並加計自97年12月3日起算之法定遲延利息。

（原審判決上訴人應給付被上訴人6,704,525元及加計自97年12月8日起算之法定遲延利息，而駁回被上訴人其餘之訴。上訴人就其敗訴部分提起上訴；被上訴人敗訴部分，則未據聲明不服，非本院審理範圍。）

並於本院聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：系爭契約第20條第10項關於暫停施工已明確約定上訴人係「得」並非「應」補償被上訴人，上訴人自有斟酌是否同意補償之權利，且依此約定足認被上訴人自始有預見發生暫停施工之可能而與上訴人達成合意，當無情事變更原則適用之餘地。又兩造已於97年6月2日針對展延工期增加支出部分，舉行第一次變更設計書圖審查會議，並於議定第一次變更設計後，就展延工期全部達成追加相關金額之協議，則被上訴人不於變更契約時請求追加系爭費用，應認已捨棄系爭費用相關請求，自不得違反協議再重複為本件請求。況被上訴人業於97年5 月22日完工，自斯時即得請求本件承攬報酬，其遲至99年7 月30日始提起本件訴訟，請求權已罹於2年時效而消滅等語，資為抗辯。

並於本院聲明：

㈠原判決不利於上訴人部分廢棄。

㈡上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、兩造不爭執之事實：

被上訴人於95年11月16日與上訴人簽訂系爭契約承攬系爭工程，預定總價9,258萬元，工期為220日曆天。被上訴人於95年12月25日開工施作，嗣因上訴人用地取得延宕、地上物拆除、台電架空桿線地下化期程、水電瓦斯管線遷移等不可歸責於被上訴人之因素未能排除，造成無法施工而延宕至97年5月22日始完工，經上訴人於97年12月12日驗收合格，其間上訴人同意展延工期295日曆天。

四、兩造之爭點及論據：

被上訴人主張系爭工程因不可歸責被上訴人之事由致展延長達295 日工期，顯非訂約當時所得預見，上訴人自應依系爭契約第20條第10項、民法第491條第1項或民法第227條之2之規定，給付被上訴人因工期展延所增加支出之必要費用等語。惟為上訴人所否認，並以前開情詞置辯。是本件兩造爭點

為：(一)被上訴人本件請求權是否罹於時效？(二)被上訴人依系爭契約第20條第10項約定、民法第491條第1項規定，請求上訴人給付6,704,525元（下稱系爭費用）， 有無理由？(三)被上訴人依民法第227條之2規定，請求上訴人給付系爭費用，有無理由？茲分別論述如下：

(一)關於被上訴人本件請求權是否罹於時效之爭點：

1、按承攬人之報酬請求權，因二年間不行使而消滅。又消滅時效，自請求權可行使時起算。民法第127條第7款、第128 條前段分別定有明文。被上訴人與上訴人簽訂系爭契約承攬系爭工程，則本件被上訴人之承攬報酬請求權，自應適用上開2 年之時效規定。而兩造於系爭契約第5條第1項第2 款付款辦法約定：「本契約自開工日起，每15日估驗計價撥付估驗款1次。估驗時應由乙方（即被上訴人）提出估驗明細單，…甲方（即上訴人）得就該估驗案予以抽驗及查核；抽驗及查核結算其符合規定，該付款期限延為25日；……估驗款每期均應扣除5%作為保留款，並於工程完成，甲方驗收合格，乙方繳納保固金保證金後，於15日內一次無息結付尾款。」等語，而系爭契約第3 條附件則約定，系爭工程總價款於完工後按實做數量結算（見原審卷頁10、25）。由此堪認，兩造就系爭工程之付款方式，可區分為各期估驗付款及尾款，而各期估驗工程之進度及數量並無明確規定，俟全部完工後按實做數量總結算，此外兩造復未約定各期估驗付款所生扣款等爭議，不得再於全部完工後時總結核算，則應認本件各期估驗款僅係暫付款性質，被上訴人就各期估驗款有爭議未付部分，仍得於請求尾款給付時併主張之。準此，被上訴人就系爭工程相關未付款項之請求權，依上述系爭契約約定，於工程全部完工經上訴人驗收合格後即可得行使。至於被上訴人繳納保固保證金，乃其請求上訴人給付工程款之要件，核與本件工程款請求權之時效起算無關。

2、經查，系爭工程於97年5 月22日完工，因涉及變更設計範圍問題有待釐清，兩造於97年6月2日召開第一次變更設計書圖審查會，嗣於97年9 月30日兩造就第一次變更設計新增工項進行議價，再於97年10月21日簽訂議定書，迄至97年12月12日經上訴人就系爭工程全部驗收合格之事實，為兩造所不爭執，並有第一次變更設計書圖審查會會議記錄、會議說明、新增單價議定書、單價分析表、議價記錄、標單、建議底價核定單等（見外放證物卷）及工程結算驗收證明書（見原審頁29）附卷可憑。則依上開說明，本件被上訴人依系爭契約關係或情事變更原則，請求上訴人給付工程款，應自97年12月12日起算其請求權時效，其於99年7 月30日提起本件訴訟（見原審卷頁3），尚未罹於2年之時效期間。上訴人抗辯：

被上訴人本件請求權已罹於2 年時效而消滅云云，尚不足採。

(二)關於被上訴人依系爭契約第20條第10項約定、民法第491條第1項規定，請求上訴人給付系爭費用之爭點：

1、系爭工程於開工後，因上訴人用地取得延宕、地上物拆除、台電架空桿線地下化期程、水電瓦斯管線遷移等不可歸責於被上訴人之因素未能排除致無法施工，被上訴人乃以可供施工部分已完成為由，函請自96年9 月18日起暫時停止施工並撤離工務所，俟影響施工之障礙因素排除後再進場施工，經上訴人委託監造之億興工程顧問有限公司（下稱億興顧問公司）於96年9 月28日以96億工字第9609280844號函覆審查結果認被上訴人上開要求合理，並請上訴人就被上訴人已完成工項辦理部分驗收（見原審卷頁30-31）。 嗣被上訴人於96年12月24日起至97年1月8日復工完成部分路面新舖及標線繪製等工項，因上開影響施工之部分障礙因素仍存，故被上訴人再函請自97年1月9日起暫時停止施工，俟影響施工之障礙因素排除後再進場施工，經億興顧問公司於97年1 月17日以97億工字第9701170079號函覆審查結果建請上訴人同意備查（見原審卷頁41）。其後被上訴人於97年2 月21日復工迄至97年5 月22日全部完工，經上訴人於97年12月12日驗收合格，於97年12月28日出具工程結算驗收證明書（見原審卷頁29），其間上訴人於97年4 月15日以北工養一字第0970252037號函准被上訴人展延工期295日曆天（見原審卷頁42-44）之事實，為兩造所不爭執，並有系爭契約、工程結算驗收證明書及上開函文在卷可稽，自堪信為真實。

2、兩造於系爭契約第7條附件第3項就「履約期限延期」約定：「㈠本契約履約期間…確非可歸責於乙方（即被上訴人）而需展延履約期限者，乙方應於事故發生或消失後，儘速以書面通知甲方（即上訴人）並同時申請展延履約期限，不計算逾期懲罰性違約金…。」（見原審卷頁25反面）；並於第3 條附件約定：「一本契約總價預計9,258萬元正。二依實際施作或供應數量結算，…。三若有相關項目如稅捐、利潤或管理費另以一式列計者，應依結算總價與本契約總額比例增減之。但保險費及本契約已訂明不適用比例增減條件者，不在此限。四本契約實際施作或供應項目、數量總計金額逾預算金額時，應辦理契約變更據以給付逾越該額度之契約價金…。」（見原審卷頁25）；另以第20條第10、11項分別約定「因非可歸責於乙方（即被上訴人）之情形，甲方（即上訴人）通知乙方部分或全部暫停執行，得補償乙方因此而增加之必要費用，但不包括乙方所失之利益。但暫停執行期間累計逾10個月者，乙方得通知甲方終止或解

除部分或全部本契約」、「前款暫停執行，甲方應視情形，酌予延長履約期限」等語（見原審卷頁20）。互核以觀，堪認兩造已於系爭契約中就工程契約總價、結算總價暨工程變更之工程款計價方式加以約明，並對於不可歸責於被上訴人致延誤施工之因素，在第7條附件第3項約定得以上訴人核准延長工期之方式處理，並就施工期間展延所附隨增加以一式列計之管理費、稅捐及利潤等相關成本費用，於締約當時予以考量而在系爭契約第3 條約定於增加工程實作數量之情形，得依實作總價與契約總價比例增加給付；另就被上訴人因非可歸責於己之事由致須停止施工，因此增加必要費用支出之情形，以系爭契約第20條第10項為補償之約定。

3、上訴人於97年5 月28日以北工養一字第0970393956號開會通知單通知被上訴人、億興顧問公司及上訴人委員劉賢淋（下稱劉委員）於97年6月2日召開第一次變更設計書圖審查會。會中劉委員當場表示見：「 1.展延工期295日，遠大於預定工期220日，應加註說明重要原因。 2.有關工期展延引致管理費增加問題，應通盤考量。」之審查意見，經會議主席總結表示「 1.有關劉委員提及工期展延引致管理費增加問題，請顧問公司依合約之精神檢討，若顧問公司認有必要，請依合約規定提出，本局再視合約規定予以接受或駁回。 2.另會議中之臨時動議承商提及展延工期之管理費及物價調整議題，因本次變更設計係由承監造單位會同彙整，其彙整之變更設計圖中並未將其列入，故依業務建議，針對本次變更設計書圖先審查，俾利結算，若承商仍對管理費及物價調整之部分仍可提起履約爭議。」等語。嗣監造人億興顧問公司於會後提出書面說明：「有關工期展延引致管理費增加問題，依據台北縣政府委託技術服務契約書第16條爭議處理：一甲方與乙方因履約而生爭議者，同意依法令及契約規定，考量公共利益及公平合理，本誠信和諧，盡力協調解決之。」，有上訴人97年6月9日函檢送之第一次變更設計書圖審查會會議記錄、會議說明可稽（見外放證物卷頁1、2、38）。準此以觀，堪認被上訴人已於第一次變更設計書圖審查會中請求上訴人給付因展延工期引致增加之管理費，惟未據該次會議納入審查範圍，會中結論委由億興顧問公司提出檢討意見，嗣經億興顧問公司檢討出具之說明意見則僅列為履約爭議事項。則上訴人以被上訴人未於變更契約時請求追加系爭費用云云，自不足採。

4、嗣兩造於97年9 月30日兩造就第一次變更設計新增工項進行議價，新增工項其中「標誌牌（甲種）」部分依原合約單價（見外放證物卷頁7、18），其餘4項新增工項：①不銹鋼欄杆②表面洗石子③貓眼④水門，則經被上

訴人第2 次減價按上訴人底價55萬元承包而成議，並於97年10月21日簽訂新增單價議定書，亦有新增單價議定書、單價分析表、議價記錄、標單、建議底價核定單等附卷可稽（見外放證物卷頁3-6、8-11）。 其後兩造於97年10月間就系爭工程連同第一次變更設計合併辦理結算，結算之總金額為94,816,596元，較原契約總價9,258萬元，增加2,236,596元，其各工項增減及總結算金額情形如下：

⑴直接工程費（含新增項目）：原合約金額80,526,651元、增加金額6,909,373.75元、減少金額4,962,678.45元，總結算金額為82,473,346元。

⑵間接工程費：原合約金額7,644,778元、增加金額654,526.7元、減少金額471,131元，總結算金額為7,828,173.7元。其各細項包括：

①環保清潔費：

原合約金額161,053元、增加金額13,818元、減少金額9,925元，總結算金額為164,946元。

②工程品管費：

原合約金額805,267元、增加金額69,093元、減少金額49,627元，總結算金額為824,733元。

③勞工安全衛生管理費：

原合約金額322,107元、增加金額27,638元、減少金額19,851元，總結算金額為329,894元。

④工程營造保險費：

原合約金額449,630元、增加金額37,168元、減少金額27,710元，總結算金額為459,088元。

⑤包商工地管理及利什費：

原合約金額5,906,721元、增加金額506,809.7元、減少金額364,018元，總結算金額為6,049,512.7元。

⑶稅捐：原合約金額4,408,571元、增加金額378,195元、減少金額271,690元，總結算金額為4,515,076元。

此有變更設計圖說、上訴人製作之第一次變更設計併結算明細表（議定後）、經被上訴人蓋章確認之第一次變更設計併結算總表等可憑（見外放證物卷頁12-29、41）。相核以對，堪認上訴人已本於系爭工程變更設計後施作工項及數量之增減，依系爭契約第3 條附件之約定，按實作總價（即上開直接工程費結算金額82,473,346元）與契約總價（即直接工程費原合約金額80,526,651元）之比例（約1.024）， 就以一式計價之環保清潔費、工程品管費、勞工安全衛生管理費、包商工地管理及利什費，分別增加給付被上訴人3,893元、19,466元、7,787元及142,791元， 則如前所述，應認兩造於結算時已就被上訴人於實際施工期間（含展延之工期）所伴隨而生上開相關費用之增加考量包含在內。

5、本件上訴人以97年4 月15日北工養一字第0970252037號函准系爭工程展延295 日曆天，並依被上訴人實際施作情形說明如下（見原審卷頁43）：

⑴第1階段施工（95年12月25日至96年12月23日，計267日）：計展延47日。

⑵第1次停工（96年9月18日至96年12月23日，計97日）：計展延97日。

⑶第2階段施工（96年12月24日至97年1月8日，計16日）：計展延16日。

⑷第2次停工（97年1月9日至97年2月20日，計43日）：計展延43日。

⑸第3階段施工（97年2月21日至97年5月22日，計92日）：計展延92日。

再觀之上訴人編製之第一次變更設計說明書，第5項「工項變更說明」記載：「…(25)工期檢討，原工期220日曆天，展延295日曆天合計為515日曆天，履約期限延到97年5月22日。」等語，第6項「經費變更說明」第⑻點則表列第一次變更設計併結算之加減帳，其中「間接工程費」之加減帳數額，亦係依直接工程費結算金額與契約總金額之比例予以計算增減；又第7 項除敘明「原案工期」及「變更工期」外，另未就被上訴人因停工期間所致管理費等「間接費用」增加之問題，說明有何因此經費增加之情形。準此，被上訴人於系爭工程第1、2、3 階段實際施工展延期間所附隨增加之環保清潔費、工程品管費、勞工安全衛生管理費、包商工地管理及利什費等，已經上訴人依實作總價與契約總價比例增加並給付完畢。被上訴人就此部分，復依系爭契約及民法第491 條之規定請求上訴人給付，難認有據。至於被上訴人主張於系爭工程上開2次停工期間共140天（97＋43＝140） 所支出之相關必要費用部分，則未據上訴人加以考量增加給付。又第一次變更設計併結算總表記載系爭工程展延295日曆天等語，並經被上訴人蓋章簽認 （見外放證物卷頁41），僅堪認被上訴人對展延工期總日數之確認，尚不足認定其已就結算金額以外之所有款項請求為捨棄之表示。是上訴人主張兩造於議定第一次變更設計後已就展延工期全部達成追加相關金額之協議，或被上訴人已捨棄系爭費用相關請求云云，均不足採。

6、兩造於系爭契約第20條第10項、第11項分別約定：因非可歸責於被上訴人之情形，上訴人通知部分或全部停工，得補償被上訴人因此而增加之必要費用，並酌予延長履約期限（見原審卷頁20），已如上述。茲查：

⑴依此約定意旨，堪認兩造於訂約時，預慮系爭工程可能發生不可歸責於雙方之事由致須停工之情形，且衡量此時承攬人實未施工無從取得相對之報酬，惟於停工期間

仍可能須保留適當人力以管理工地，並維持工地衛生安全等項因而支出相關成本費用，亦因無從歸責於定作人致難以據之索取賠償，爰以上開約定就停工期間核准展延履約期限，避免承攬人逾期完工，並補償承攬人因此支出之相關必要費用，以期公平。此由內政部78年6 月19日台內營字第709046號函（下稱內政部函）亦釋示：「各主辦工程機關訂定工程契約時，對下列各點應予定明，以使契約公平合理：……四工程施工期間，機關通知廠商全面連續停工或非可歸責於廠商之事由而停工超過3 個月者，廠商因停工而導致之損失，於工程契約中訂明補償條款……」等語，益可得徵。準此，應認系爭工程因非可歸責被上訴人之事由致須停止施工時，被上訴人自得以系爭契約第20條第10項約定為據，請求上訴人補償因此增加之必要成本費用，上訴人尚不得僅以「『得』補償」之用字為由逕行拒絕，否則將使兩造上開約定形同具文，復因雙方已於訂約時預為上開約定之明文致被上訴人亦無從另以情事變更原則訴請給付，實非事理之平。是上訴人辯稱其有斟酌是否同意補償之權利云云，自不足採。

⑵本件上訴人核准被上訴人就系爭工程展延295 日曆天，其中因3個階段施工而展期之日數共155天，另因不可歸責於被上訴人之事由經上訴人通知准予停工期間，先後2次共140天，已如上述。又兩造於系爭契約第8 條約定被上訴人應負責工地管理、施工品管、工地環境維護等事項，而上訴人則應給付被上訴人以一式計算之環保清潔費161,053元、工程品管費805,267元、勞工安全衛生管理費322,107元、包商工地管理及利什費5,906,721元，此4 項共計7,195,148元，亦有系爭契約第3條附件、第8 條及契約總表可憑（見原審卷頁25、45）。是被上訴人依民法第491條之規定，以系爭契約預訂工期220日曆天計算，主張其每日須支出上開管理維護工地之相關費用32,705元（7,195,148÷220＝32,705，元以下4捨5入），尚非無據。惟參酌內政部上開有關行政機關應就非可歸責於廠商之事由而停工超過3 個月導致之損失約明補償條款之函示意旨，應認在被上訴人另未提出其他證據佐證之情形下，其請求上訴人補償一式性之工程間接費用損失，僅於停工逾3 個月（90日）以上期間之按日估算範圍，核屬相當。準此計算，被上訴人依系爭契約第20條第10項之約定，得請求上訴人補償停工50天（140－90＝50）所支出之必要費用共1,635,250元（32,705x50＝1,635,250 ）。其逾此範圍之補償請求，尚屬無據，不應准許。

⑶末按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任，

其經債權人起訴者，與催告有同一之效力，民法第229條第1 項定有明文。被上訴人於97年6月2日第一次變更設計書圖審查會中即請求上訴人給付因展延工期引致增加之管理費未果，已如上述。又被上訴人復於97年12月2 日就本件請求補償工期展延費用之爭議，向上訴人採購申訴會聲請調解，經上訴人於97年12月8 日北府購調字第0970915142號函通知被上訴人補正調解費等項，嗣兩造調解不成立等情，為兩造所不爭執，並有上訴人上開函文在卷可憑（見原審卷頁46、本院卷頁39）。由此堪認，上訴人至遲於97年12月8 日前已知悉被上訴人再次催告給付系爭費用而應負遲延責任。從而，被上訴人請求加計自97年12月8 日起算之法定遲延利息，為有理由，應予准許。

(三)關於被上訴人依民法第227條之2規定請求上訴人給付系爭費用之爭點：

1、按契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果，固為民法第227 條之2第1項所明定（88年4月21日修正公布、89年5月5日施行）。 然此一情事變更原則旨在規範於不可預料之情事發生時，公平分配風險與補充不可預見之損失，以分配因情事變更之風險所產生之不利益，經由法院公平裁量決定增減給付或變更其他原有效果，使能公平分配風險於雙方當事人。是如當事人於法律行為成立時，即預見情事將有變更，雙方對之應如何調整給付有所約定者，即無該條之適用。

2、又工程承攬契約價格之決定因素，除工程規模及工程數量外，尚有工期長短之考量，因不計工期（即實質工期延長）或工期延長結果，將增加安全衛生、品管、環保管理費等各項相關成本費用之支出。而被上訴人為專業營造公司，對系爭工程投標事先就工程地域、範圍、路徑等，必經相當之勘查、評估，考量相當之成本，始能決意出價承攬，是被上訴人施工期間所可能遭遇障礙物遷移、其他施工單位之配合等因素，所生展延工期當為其所能預見。參以兩造於系爭契約第7條附件第3項約定履約期限延期：「㈠本契約履約期間…確非可歸責於乙方（即被上訴人）而需展延履約期限者，乙方應於事故發生或消失後，儘速以書面通知甲方（即上訴人）並同時申請展延履約期限，不計算逾期懲罰性違約金…。」（見原審卷頁25反面），已如上述，足見雙方簽約時已就不可歸責於被上訴人事由致延誤施工，約定得以工期延長為處理方式，即難謂被上訴人就工期之延展無法預料。被上訴人以系爭工程工期大幅延展為由，主張本件有情事變更原則之適用云云，尚難遽採。況兩造並就展

期施工所附隨增加之勞工安全衛生管理費、工程品管費、環境維護費、工地管理及利潤等相關成本費用，於系爭契約第3 條為明文約定；另就因非可歸責被上訴人之事由致須停止施工之情形，以系爭契約第20條第10項約定被上訴人得請求上訴人補償因此增加之必要費用，俱如上述，益徵兩造於簽約當時就工程延長將增加相關成本費用已有預見，並於系爭契約內明文約定增加給付之方式，即不得謂日後履行契約時之工期展延增加費用為契約訂立時未能預料之情事變更，而再據此以為增加給付之請求。是被上訴人就超逾上述准許1,635,250 元範圍之數額，併依民法第227 條之2第1項規定之情事變更原則，請求上訴人給付延長工期所增加之費用，亦無理由，不應准許。

五、綜上所述，被上訴人依系爭契約第20條第10項之約定及民法第491 條第1項之規定，請求上訴人給付1,635,250元及自97年12月8 日起至清償日止，按年息5%計算之法定遲延利息部分，為有理由，應予准許。逾此所為請求，為無理由，不應准許；其假執行之聲請失所附麗，亦不應准許。原審就超過上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並為假執行之宣告，尚有未洽。上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院就此部分廢棄改判如主文第二項所示。至於上開應准許部分，原審判命上訴人給付，並依聲請分別為准、免假執行之宣告，理由雖有不同，結論並無違誤，仍應予維持。上訴意旨就此部分，仍執陳詞指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回。

六、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法與所舉證據，核與本件判決結果不生影響，爰不再逐一論駁，附此敘明。

丙、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第2項、第79條，判決如主文。

中　華　民　國　100　年　5　月　24　日

民事第十庭

審判長法　官　張宗權

法　官　林曉芳

法　官　鄭純惠

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但書或第2 項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　華　民　國　100　年　5　月　26　日

書記官　劉麗芬

附註：
民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：
對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其他法定代理人具有律師資格者，不在此限。
上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：114/07/02 06:27

裁判字號：臺灣高等法院 101 年建上字第 2 號民事判決

裁判日期：民國 102 年 11 月 05 日

裁判案由：返還逾期違約金等

臺灣高等法院民事判決　　101年度建上字第2號

上　訴　人
即被上訴人　榮民工程股份有限公司
法定代理人　王央城
上　訴　人
即被上訴人　益鼎工程股份有限公司
法定代理人　羅守緯
共　　同
訴訟代理人　劉志鵬律師
　　吳詩敏律師
　　王雪娟律師
被上訴人
即上訴人　　國防大學
法定代理人　邱國正
訴訟代理人　林清源律師

上列當事人間請求返還逾期違約金等事件，兩造對於中華民國100年11月4日臺灣桃園地方法院99年度重訴字第278 號第一審判決各自提起上訴，上訴人並為訴之減縮及擴張，本院於102年10 月1日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於命國防大學給付部分，及該部分假執行之宣告，暨命國防大學負擔訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，榮民工程股份有限公司及益鼎工程股份有限公司在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

榮民工程股份有限公司及益鼎工程股份有限公司之上訴，暨益鼎工程股份有限公司擴張之訴均駁回。

第一審關於命國防大學負擔訴訟費用部分，及第二審訴訟費用關於上訴部分由榮民工程股份有限公司負擔百分之四十五、餘由益鼎工程股份有限公司負擔。擴張之訴訴訟費用由益鼎工程股份有限公司負擔。

事實及理由

甲、程序方面：

一、上訴人即被上訴人益鼎工程股份有限公司（下稱益鼎公司）之法定代理人原為任惠昌，嗣於本院審理中變更為羅守緯，有經濟部民國102年1月17日經授商字第10201010830 號函附卷可憑，並據其具狀聲明承受訴訟（本院卷㈡頁6-17）；被上訴人即上訴人國防大學（下稱被上訴人）之法定代理人原

為陳永康，嗣於本院審理中變更為邱國正，有國防部101年8月22日國人管理字第1010011082號令附卷可憑，亦據其具狀聲明承受訴訟（本院卷㈠頁206-209），均核與民事訴訟法第175條第1項、第176條規定，並無不合，應予准許。

二、按於第二審程序為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限。民事訴訟法第446條第1 項、第255條第1項第3款定有明文。本件上訴人即被上訴人益鼎公司、榮民工程股份有限公司（下稱榮民公司，與益鼎公司合稱上訴人）於原審起訴聲明：「被上訴人應給付上訴人67,616,713元，及其中62,479,231元自98年7月22日起，其餘5,137,482元自98年10月17日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息。」，嗣於本院二審程序，依共同投標協議書所記載承攬工程之比例，變更聲明為：「被上訴人應給付榮民公司30,427,521元，暨其中28,115,654元自98年7月22日起，其餘2,311,867元自98年10月17日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息；及應給付益鼎公司37,189,192元，及其中34,363,577元自98年7 月22日起，其餘2,825,615元自98 年10月17日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息。」，核屬擴張或減縮應受判決事項之聲明，依上開說明，應予准許。

乙、實體方面：

一、上訴人起訴主張：兩造於92年11月12日就被上訴人率真分案主體工程（下稱系爭工程）簽訂工程契約（下稱系爭契約），約定由上訴人施作系爭工程，契約總價為新台幣（下同）3,905,000,000元。依系爭契約第7條第1 項約定，系爭工程原應於94年8 月30日以前全部竣工，嗣因工程期間所生不可歸責於上訴人之事由，經行政院公共工程委員會（下稱工程會）作成調0940172 號調解書（下稱系爭調解）展延工期至95年5月31日，而上訴人則同意不得就94年1月1日起至94年9月30日止所生任何事由主張展延工期；其後因被上訴人辦理第二次變更設計而展延工期210 日曆天至95年12月27日，復經中華民國仲裁協會（下稱仲裁協會）97年度仲聲信字第45號仲裁判斷（下稱系爭仲裁判斷）認定再展延工期至96年3月30日。然系爭工程展延工期期間即94年10月1日至96年3月30日（下稱系爭展延工期），兩造並未約定休息日不得免計工期或不得再請求展延工期，則被上訴人自應依公務人員週休二日實施辦法第3 條規定，就系爭展延工期內各類休息日加給工期103 日，並應就其間發生不可歸責於上訴人事由所遲滯之工期核給展延日數，包括：「被上訴人遲延申請消防圖說變更」應展延工期9 日、「被上訴人就無障礙設施與主管機關桃園縣政府意見不一而影響使用執照之核發」應展延工期16日、「新增污水處理廠流量計工作」應展延工期16日、「因漏項、數量不足及變更設計等」應展延工期12日，合計系爭工程應再展延工期共156日，則上訴人於96年3月30日

之後16日即完工，並無遲延情事，被上訴人逕自上訴人應領之工程款中扣罰逾期違約金62,739,928元（下稱系爭逾期違約金），自屬無法律上原因而受有利益。縱認系爭工程無須另展延工期，惟系爭工程至96年3月30日時已完成99.845%，未完工之比例微乎其微，甚至不影響已完工部分之使用，被上訴人仍以契約價金總額為計罰之基準，自屬不當且過高，應依民法第251條及第252條規定酌減至零元，退步言，被上訴人以系爭工程結算總價3,904,951,921 元，加計依系爭仲裁判斷應增加給付之展延工期管理費16,293,555元後，以總額3,921,245,476元為計罰基礎，亦有違系爭契約第17條第1項之約定而有溢扣259,928 元之不當得利。又上訴人於系爭展延工期期間每月增加支出必要費用9,143,972 元，非締約時及第二次變更設計時所得預見，被上訴人亦應增加給付自96年3月31日起至96年4月15日完工時止共16日之費用合計4,876,785元。爰依民法第179條、第227條之2，請求被上訴人應給付67,616,713元，及其中62,479,231元自98年7月22 日起，其餘5,137,482元自98年10月17日起，均至清償日止之法定遲延利息。

（原審判決被上訴人應給付上訴人52,739,928元及加計自98年7 月22日起算之法定遲延利息，而駁回上訴人其餘之訴。兩造各就敗訴部分，分別提起上訴。上訴人並於二審程序，依榮民公司、益鼎公司承攬系爭工程之比例45%、55%，為上述起訴聲明之減縮及擴張。）

並於本院聲明：

㈠上訴聲明：

1.原判決不利於上訴人部分廢棄。

2.上開廢棄部分，被上訴人應再給付榮民公司6,694,553 元，暨其中4,382,686元自98年7 月22日起，其餘2,311,867元自98年10月17日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息；及應再給付益鼎公司8,182,232元，及其中5,356,617元自98年7月22日起，其餘2,825,615元自98年10月17日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息。

3.願供擔保，請准宣告假執行。

㈡答辯聲明：駁回被上訴人之上訴。

二、被上訴人則以：上訴人於本件訴訟與系爭仲裁事件，均係主張得展延工期至96年4 月15日及該期間管理費，顯屬同一事件，況上訴人亦另訴請求返還不當得利（原法院99年重訴字第151號、本院99年重上字第692號，下稱系爭不當得利事件），應不得再行提起本訴。縱認上訴人得提起本件訴訟，惟系爭工程性質為限期完工，各類休息日均不得免計工期，而上訴人第一次請求展延工期（即工程會系爭調解）時，就系爭工程於94年10月1 日前之工期依此主張，自不得於本件為相反之主張，且基於同一工程契約應為一致性之解釋原則，法院亦不得為不同之認定。況上訴人所主張展延工期事由，

均非為真，亦屬上訴人承攬範圍之工作而不得請求展延工期，且均發生於96年底第二次變更契約前，上訴人自不得依情事變更原則請求伊給付展延工期16 天增加之費用4,876,785元。又上訴人從未交付所謂逾期違約金予伊，其請求伊給付62,739,928元，性質為伊尚未支付系爭工程承攬報酬之一部分，與不當得利無關，依民法第127條第7款之規定已逾2 年之消滅時效。而本件係依政府採購法公開招標，上訴人於投標時即已知逾期違約金日罰契約價金千分之1 ，並認並未過高始行投標，且與工程會之契約範例約定之違約金相同，應無過高情事等語，資為抗辯。

並於本院聲明：

㈠上訴聲明：

1.原判決不利被上訴人部分廢棄。

2.上開廢棄部分，上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

㈡答辯聲明：

1.駁回上訴人之上訴及變更之訴。

2.如受不利之判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

三、兩造於92年11月12日簽訂系爭契約，約定由上訴人施作系爭工程，工程地點位於桃園縣八德市榮民之家對面（桃園縣八德市大湳段1989-1 等74筆土地），契約總價3,905,000,000元，原約定竣工日期為94年8 月30日。嗣上訴人提出第一次展延工期之請求，兩造經工程會系爭調解成立內容為「展延工期227天，上訴人應於95年5月31日（含）前竣工，上訴人亦同意捨棄因上開工期展延期間所生相關費用，並不得就94年1月1日起至94年9月30日止所生任何事由主張展延工期。」。後因被上訴人辦理第二次變更設計，經兩造於97年1 月簽立「被上訴人率真分案主體工程第二次變更設計附加契約書」約定就該次變更設計增加工期210 日曆天，而展延工期至95年12月27日。上訴人再提出第二次展延工期之請求，經工程會調解不成立，而依政府採購法第85條之1第2項規定，向仲裁協會聲請仲裁，並以系爭工程於94年10月1 日後陸續發生被上訴人片面禁止大陸產品進口、缺工、天候異常等不可歸責於上訴人且非雙方締約當時所得預見之情事，嚴重影響工期，請求展延工期至96年4 月15日及被上訴人應給付展延工期期間所增加之費用，經98年6月6日仲裁協會作成系爭仲裁判斷：展延工期至96年3 月30日，及被上訴人應給付上訴人16,293,555元本息，而駁回上訴人其餘請求，並於理由中敘明違約金酌減不在仲裁審理範圍。系爭工程則於96年4 月15日實際竣工等事實，為兩造所不爭執，並有被上訴人率真分案主體工程契約、工程會調0940172 號調解成立書、96年4 月23日工程會議記錄、系爭工程第二次變更設計附加契約書、系爭仲裁事件第二、三、七次詢問會筆錄、系爭仲裁判斷書附卷可稽（見原審卷㈠頁31-59、65-68、148、69、

卷㈢38-107），自堪信為真實。

四、上訴人主張被上訴人就系爭展延工期期間之各類休息日應依規定加給工期，並就所發生不可歸責於伊事由再展延工期，合計共應再展延工期156 日，則伊並無遲延完工情事，被上訴人應依民法第179條規定返還對伊不當扣罰16 日之逾期違約金，並應依民法第227條之2規定給付伊因工期展延所增加支出之必要費用等語。惟為被上訴人所否認，並以前開情詞置辯。經查：

(一)按民事訴訟法第400條第1項所定之一事不再理原則，乃指同一事件已有確定之終局判決或仲裁判斷者而言。其所謂同一事件，必同一當事人就同一法律關係而為同一之請求，若此三者有一不同，即不得謂為同一事件，自不受確定判決之拘束（最高法院19 年上字第278號判例要旨參照）。至於前後兩訴是否同一事件，應依㈠前後兩訴之當事人是否相同；㈡前後兩訴之訴訟標的是否相同；㈢前後兩訴之聲明，是否相同、相反或可以代用等三個因素決定之。茲查，本件上訴人前向仲裁協會聲請仲裁，係以系爭工程於94年10月1 日後陸續發生被上訴人片面禁止大陸產品進口、缺工、天候異常等非雙方締約當時所得預見之情事致影響工期，依民法第227條之2規定，請求被上訴人應給付95年6月1日至96年4月15日期間增加之管理費102,092,447元，經仲裁協會作成系爭仲裁判斷命被上訴人應給付上訴人16,293,555元本息（見原審卷㈢頁80反面-81、106-107）；而上訴人於本件則主張系爭展延工期期間另發生「被上訴人遲延申請消防圖說變更」、「被上訴人就無障礙設施與主管機關桃園縣政府意見不一而影響使用執照之核發」、「新增污水處理廠流量計工作」、「因漏項、數量不足及變更設計等」等非締約時及第二次變更設計時所得預見致影響工期之事由，據此依民法第227條之2規定請求增加給付自96年3月31日起至96年4月15日止共16日之費用合計4,876,785 元。互核以對，堪認本件訴訟與系爭仲裁事件之當事人固屬無異，惟前後兩者係本於主張不同情事變更原因事實所生之訴訟標的法律關係，依上開說明，即非同一事件。被上訴人抗辯：本件訴訟為系爭仲裁判斷既判力所及而不得再行起訴云云，尚不足採。又上訴人前起訴請求被上訴人返還35,291,209元本息之系爭不當得利事件（即原法院99年度重訴字第151號、本院99 年度重上字第692號），係主張被上訴人以上訴人自96年6月26日至同年7月4日逾期9 日遲延改善初驗缺失為由，據以計罰違約金35,291,209元，乃無法律上原因而受有利益，依民法第179 條規定起訴請求被上訴人返還上開款項；而本件訴訟上訴人則係主張伊並無遲延完工情事，被上訴人不當扣罰16日之逾期違約金62,739,928元，而依民法第179 條請求返還。經核前後兩訴係本於不同原因事實之不當得利法律關

係，依前所述，並非同一事件，自不生重複起訴之問題。

(二)關於上訴人依民法227條之2規定，請求被上訴人給付96年3月31日起至96年4月15日共16日展延工期期間所增加之費用4,876,785元部分：

1、按仲裁法第37條第1項規定：仲裁之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力。又民事訴訟法第400 條第1 項所稱確定判決之既判力客觀範圍，不僅關於其言詞辯論終結前所提出之攻擊防禦方法有之，即其當時得提出而未提出之攻擊防禦方法亦有之。是為訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中經裁判者，當事人之一造以該確定判決之結果為基礎，於新訴訟用作攻擊防禦方法時，他造應受其既判力之拘束，不得以該確定判決言詞辯論終結前，所提出或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為反於確定判決意旨之認定，亦即當事人於既判力基準時點前得提出而未提出之其他攻擊防禦方法，因該既判力之遮斷效（失權效或排除效）而不得再為與確定判決意旨相反之主張，此乃法院應以「既判事項為基礎處理新訴」及「禁止矛盾」之既判力積極的作用，以杜當事人就法院據以為判斷訴訟標的權利或法律關係存否之基礎資料，再次要求法院另行確定或重新評價，俾免該既判力因而失其意義。

2、本件上訴人就系爭工程第二次提出展延工期之請求，經工程會調解不成立，而依政府採購法第85條之1第2項規定，向仲裁協會聲請仲裁，係主張系爭工程於94年10月1 日後陸續發生被上訴人片面禁止大陸產品進口、缺工、天候異常等不可歸責於上訴人且非雙方締約當時所得預見之情事，嚴重影響工期，請求展延工期至96年4 月15日及被上訴人應給付展延工期期間所增加之費用，經98年6月6日仲裁協會作成系爭仲裁判斷：展延工期至96年3 月30日，及被上訴人應給付上訴人16,293,555元本息，而駁回上訴人其餘請求，為兩造所不爭執，已如上述。又上訴人於系爭仲裁程序業已表明，係依系爭契約第17條第3項、民法第230條及同法第227條之2規定，請求展延工期至96年4月15 日（見原審卷㈡頁78正反面）。由此堪認，上訴人依上開法律關係對被上訴人所為展延工期至96年4 月15日之請求，業經系爭仲裁判斷展延工期至96年3 月30日，則依上開說明，於兩造之間，與法院之確定判決，有同一效力，則上訴人不得再以其於系爭仲裁程序得提出而未提出之94年10月1日至96年4月15日其他展期事由，為與系爭仲裁判斷展延工期至96年3月30日相反之主張。

3、準此，上訴人再主張⑴系爭展延工期期間即94年10月1 日至96年3 月30日，被上訴人應依公務人員週休二日實施辦法第3條規定就各類休息日加給工期103日，⑵系爭展期工期期間發生不可歸責於上訴人致遲滯工期之事由，包括：

①「被上訴人遲至95年12月21日始向消防主管單位申辦消防圖說變更，直至96年2月6日始取得消防設備查驗核准函，依施工計畫所載時程系爭工程須於61日後之96年4月8日完工，自應另展延工期9 日」、②「被上訴人原設計之無障礙設施與主管機關桃園縣政府要求不同，遲至96年3 月26日始通知上訴人變更設計及向主管機關重新提送修正之使用執照申請書表，因此延至96年4 月11日取得使用執照，應展延工期16日」、③「被上訴人因96 年3月26日桃園縣政府環境保護局函知將擇期前往現場勘查，而要求上訴人施作獨立專用累計型水量計測設施以供查核，經上訴人自96年4月7日至23日共16天完成此項新增工作，應展延工期16日」、④「因漏項、數量不足及變更設計等，應展延工期12日」，經核均屬上訴人於系爭仲裁程序所得提出94年10月1日至96年4月15日其間之展期事由，遑論其中「被上訴人遲延申請消防圖說變更」、「變更無障礙設施之設計」、「新增污水處理廠流量計工作」均涉及變更設計範圍，於97年1 月第二次變更設計附加契約書約定增加工期時本得預見而予以斟酌，則上訴人於系爭仲裁判斷作成後始再行提出上開展期事由，主張系爭工程應再展延工期156 日，自不足採。而兩造於系爭契約原約定系爭工程竣工日期為94年8 月30日，嗣經兩造歷次協調、工程會成立系爭調解及仲裁協會作系爭仲裁判斷，最後完工期限展延至96年3月30日，無從再展延至96年4月15日，既如上述，則上訴人依民法第227條之2 規定，請求被上訴人給付96年3月31日至96年4 月15日共16日展延工期期間所增加之費用合計4,876,785元，即乏所據而不能准許。

(三)關於上訴人依不當得利之規定，請求被上訴人返還所扣罰之逾期違約金62,739,928元部分：

1、兩造就系爭工程約定之契約總價為3,905,000,000 元，嗣經第一次、第二次變更設計，先後約定減價14,079元、34,000元，工程款結算金額為3,904,951,921 元，另加計系爭仲裁判斷認應就第二次展延工期增加給付之相關費用16,293,555元，合計共3,921,245,476 元。嗣被上訴人以上訴人於96年4月15日竣工已逾期16 日為由，按日依上開金額千分之一計算，共扣罰上訴人逾期違約款62,739,928元。其後上訴人於98年7 月20日發函催告被上訴人於文到10內依系爭仲裁判斷內容給付，並主張「因其他不可歸責於本聯合承攬體（即上訴人）之原因，系爭工程應續延展工期至96年4 月15日，貴校（即被上訴人）自本聯合承攬體工程款暫扣之96年3月31日至96年4月15日逾期罰款62,479,231元，應予發還，就此部分，本聯合承攬體將另依法請求」等語，經被上訴人於98年7月21日收受該函。

被上訴人則於98年8 月26日發函通知處理系爭工程款項收付作業之國軍老舊營舍改建基金（101年1 月1日更名為國

軍營舍及設施改建基金，下稱國軍營舍改建基金）管理會，則依被上訴人98年8 月26日通知函就扣罰上訴人違約金部分，按承攬比例（即榮民公司45% 、益鼎公司55%）分別開立統一收據，並發還其餘暫扣款予上訴人。上訴人再於98年10月14日以休息日應免計工期、被上訴人遲延申請消防圖說變更、新增污水處理廠流量計工作、因漏項、數量不足及變更設計等影響工程進度之事由，提出第三次請求展延工期共155日，及依民法第179條之規定請求被上訴人返還所扣罰之逾期罰款62,739,928元本息，並依民法第491條第1項、第227條之2 規定請求被上訴人給付自96年3月31日起至96年4月15日止共16日之管理費4,876,785元，向工程會申請系爭工程履約爭議調解（被上訴人於同年月16日收受該申請書），經進行數次調解會議均無結果，工程會乃於99年7 月9日開立調0980850號調解不成立證明書等情，為兩造所不爭執，並有被上訴人97年7 月11日國學總務字第0970003698號函、上訴人98年7 月20日榮工業一字第0980007022號函國軍營舍改建基金管理會98年10月15日國備主計字第0980013737號函及101年9月17日國備工營字第1010014077號函檢附相關資料、上訴人98年7月20 日榮工業一字第0980007022號函、98年10月14日履約爭議調解申請書暨其收件回執、工程會99年7 月15日工程訴字第09900286720號函檢附之調0980850號調解不成立證明書附卷可稽（見原審卷㈠頁137-138、卷㈠73-78、本院卷㈠頁198-201、原審卷㈠頁14-32、34-36），堪以採信。

2、系爭契約第17條「遲延履約」約定：「一乙方（即上訴人）如未依照契約規定達成一般條款所規定之分段進度或本契約第12條規定之竣工期限，應按逾期日數，每日依契約價金千分之1 計算逾期違約金。…乙方之逾期違約金，甲方（即被上訴人）得自應付契約價金中扣抵；其有不足者，得通知乙方繳納或自保證金扣抵。二逾期違約金之總額，以結算時契約價金之百分之20為上限。…」（見原審卷頁52-53），而系爭工程原定完工日期為94年8月30日，經兩造於工程會成立系爭調解及系爭仲裁判斷展延工期，最後工期為96年3月30日，而上訴人係於96年4月15日實際完工，均如上述，則被上訴人以上訴人逾期完工16日為由，抗辯得依上開約定對上訴人計罰逾期違約金並自應付予上訴人之承攬報酬中予以扣抵等語，即非無據。又系爭契約第3 條已規定「契約價金」為「乙方完成履約標的之全部報酬，依決標時契約價金及履約過程中雙方完成協議之契約變更金額辦理結算。稅捐、品管組織費、勞工安全衛生費等管理費、利潤及管理費、工程保險費以一式列計者，除契約另有規定外，應依結算契約價金與決標時契約價金比例增減之。」（見原審卷㈠頁37），則系爭契約第17條上開約定按日以千分之1 計算之基礎「契約價金」，自應

為同一之解釋，包括完工結算上訴人得請求被上訴人給付之工程款及相關稅費。準此，系爭工程原定之契約總價為3,905,000,000元，嗣經先後二次變更設計而分別減價14,079元、34,000元，結算時工程款為3,904,951,921元，另加計系爭仲裁判斷認應就第二次展延工期增加給付之相關費用16,293,555元，合計被上訴人原得向上訴人請求給付之結算契約總價為3,921,245,476 元，則被上訴人以此為基準據以計算上訴人逾期完工16日之違約金，即非無據。上訴人主張應以系爭工程原定契約價金3,905,000,000 元為計算基準，被上訴人有計算違約金錯誤而溢扣之情形云云，尚不足採。

3、按依不當得利之法則請求返還不當得利，以無法律上之原因而受利益，致他人受有損害為其要件，此觀民法第179條規定自明。本件上訴人施作系爭工程，乃基於承攬契約而為給付，至於被上訴人受領上訴人施作之工程，亦係基於兩造間之系爭契約而受利益，具有法律上之原因。又上訴人履約有逾期違約金之情形時，被上訴人得自應付契約價金中扣抵；其有不足者，得通知上訴人給付，系爭契約第5條第3項、第17條第1 項分別定有明文（見原審卷㈠頁39、53）。準此可知，上訴人於系爭工程正式驗收合格後，本即得依約請求給付工程款，雖因被上訴人以上訴人逾期完工應計罰逾期違約金為由扣款而拒未給付，應認被上訴人係以對於上訴人之違約金債權為抵銷工程款之表示，尚難以國軍營舍改建基金管理會於上訴人扣款後之98年10月15日發函檢送系爭工程違約罰款統一收據予上訴人收執，遽認上訴人有另行交付系爭逾期違約金予被上訴人之情形。況上訴人自始否認被上訴人對之有系爭逾期違約金債權，兩造自無從達成交付系爭違約金之合意，則上訴人主張被上訴人係基於兩造事先約定之簡易交付方式，於扣罰逾期違約金時已發生受領伊所給付之系爭違約金而受有利益云云，尚不足採。是縱認上訴人並無逾期完工或系爭逾期違約金有過高而應予酌減之情事，亦僅被上訴人所為抵銷全部或一部不生效力，而就應付之工程款對上訴人負債務不履行責任，並未因此受有免除該部分工程款債務之利益；上訴人之工程款債權亦不因被上訴人抵銷而消滅，仍應於民法第127條第7款規定之2 年時效期間內，依系爭契約之約定為請求。

4、系爭契約第5條有關契約價金之給付條件，其第1 項第2款約定：「自開工日次月起，除契約另有規定外，乙方（即上訴人）得於每月5 日前提出估驗計價申請一次，…甲方（即被上訴人）應於收到估驗計價申請全部資料之次日起10個工作日內完成計價，於完成估驗計價記後提送「國軍老舊營舍改建基金管理委員會」於10個工作日內撥付款項。估驗的項目及數量以已施工完成者為限，如契約另有規

定者，從其規定。每期估驗款應扣除百分之5 作為保留款，累積之保留款於工程完成，取得使用執照，並經甲方正式驗收合格，乙方繳納保固保證金後，於15個工作日內一次無息退還。」（見原審卷㈠頁38）。而系爭合約第15條則約定，系爭工程正式驗收合格後，上訴人應配合被上訴人指定之接管單位辦理點交，被上訴人則應給付尾款（見原審卷㈠頁51）。由此堪認，兩造就系爭工程之付款方式，可區分為各期估驗付款及尾款，而各期估驗工程之進度及數量並無明確規定，俟全部完工後按實作數量總結算，此外兩造復未約定各期估驗付款所生扣款等爭議，不得再於全部完工後時總結核算，則應認本件各期估驗款僅係暫付款性質，上訴人就各期估驗款經被上訴人扣款未付部分，仍得於請求尾款給付時併主張之。準此，上訴人就系爭工程之工程款請求權，依系爭契約上述約定，於系爭工程全部完工經被上訴人正式驗收合格後即可得行使。至於上訴人繳納保固保證金，乃其請求返還保留款之要件，核與本件工程款請求權之時效起算無關。又系爭工程業經被上訴人於96年8 月15日正式驗收，有驗收紀錄附卷可憑（見原審卷㈠頁72），依上說明，上訴人就系爭工程之工程款請求權時效期間應自96年8月15日起算2年，而上訴人雖曾於98年7月20日發函請求被上訴人返還逾期罰款62,479,231元，經被上訴人於98年7月21日收受該函，惟迄未於請求後6 個月內依系爭契約關係起訴請求被上訴人給付系爭工程款62,739,928元，則上訴人之系爭工程款請求權已罹於2 年時效而消滅，被上訴人因此據以拒絕給付，乃法律賦予被上訴人因時效完成而取得之抗辯權使然，亦不生不當得利之問題。從而，上訴人以被上訴人扣罰逾期違約金62,739,928元，係無法律上原因而受有利益，致上訴人受有損害為由，依民法第179 條規定，請求被上訴人返還上開款項，難認有據，不應准許。

5、又上訴人本件請求並不符合民法第179 條規定之要件，既如上述，則兩造有關「系爭逾期違約金是否有過高而應予酌減之情形？酌減後之違約金金額為何？」之爭點，即無另予論述之必要，附此敘明。

五、綜上所述，上訴人主張被上訴人應依民法第227條之2規定給付自96年3月31日起至96年4月15日止共16日所增加之費用共4,876,785元，及應依民法第179條規定返還扣罰之逾期違約金62,739,928元，均屬無據。從而，上訴人按其等承攬系爭工程之比例（即榮民公司45%、益鼎公司55%），依上開情事變更及不當得利之法律關係，請求被上訴人應給付榮民公司30,427,521元，暨其中28,115,654元自98年7 月22日起，其餘2,311,867元自98年10 月17日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息；及應給付益鼎公司37,189,192元（包括於本院擴張請求3,380,836元部分），暨其中34,363,577 元自98

年7月22日起，其餘2，825,615元自98年10月17 日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息，均無理由，不應准許；其假執行之聲請亦失所依附，應併予駁回。原審判命被上訴人給付上訴人52,739,928元及加計自98年7 月22日起算之法定遲延利息並為假執行之宣告，尚有未洽，被上訴人上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。至於原審為上訴人敗訴判決部分（減縮部分除外）並駁回該部分假執行聲請，理由雖有不同，結論並無違誤，上訴人上訴意旨就此部分仍執前詞，指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回其上訴。又上訴人益鼎公司於二審程序擴張請求5%比例即3,380,836元本息部分為無理由，既如上述，自應併予駁回。

六、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法並所提之證據，經核與本件判決結果不生影響，爰不再逐一論駁，附此敘明。

丙、據上論結，本件榮民公司及益鼎公司之上訴及益鼎公司擴張之訴均為無理由、國防大學之上訴為有理由，依民事訴訟法第449條第2項、第450條、第78條、第85條第1項但書，判決如主文。

中　華　民　國　102　年　11　月　5　日

民事第十一庭

審判長法　官　鄭純惠

法　官　徐福晋

法　官　蕭胤璞

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　華　民　國　102　年　11　月　7　日

書記官　陳樂觀

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：114/07/02 06:28

裁判字號：臺灣高等法院 101 年重上字第 319 號民事判決

裁判日期：民國 103 年 01 月 14 日

裁判案由：給付違約金等

臺灣高等法院民事判決　　101年度重上字第319號

上 訴 人即
附帶被上訴人　黃琴嘵
訴訟代理人　　林志豪律師
複 代理 人　　徐明水律師
被上訴人即
附帶上訴人　　瓏山林企業股份有限公司
兼法定代理人　林鴻堯
共　　同
訴訟代理人　　吳明清
　　張毓桓律師

上列當事人間請求給付違約金等事件，上訴人對於中華民國101年3月19日臺灣臺北地方法院100年度重訴字第573號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，被上訴人則為附帶上訴，本院於102年12月24日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於㈠駁回黃琴嘵對瓏山林企業股份有限公司後開第二項之訴部分；㈡命林鴻堯、瓏山林企業股份有限公司給付之利息超過自本判決確定日起算部分，及該部分假執行宣告之裁判均廢棄。

上開廢棄㈠部分，瓏山林企業股份有限公司應再給付黃琴嘵新台幣伍萬壹仟肆佰肆拾柒元。

上開廢棄㈡部分，黃琴嘵在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

其餘上訴、追加之訴及其假執行之聲請均駁回。

其餘附帶上訴駁回。

第二審訴訟費用關於上訴部分，由瓏山林企業股份有限公司負擔百分之一，餘由黃琴嘵負擔。第二審訴訟費用關於附帶上訴部分，瓏山林企業股份有限公司負擔十分之三，餘由林鴻堯負擔。追加之訴訴訟費用，由黃琴嘵負擔。

本判決第二項，於黃琴嘵以新台幣壹萬捌仟元供擔保後，得假執行。但瓏山林企業股份有限公司如以新台幣伍萬壹仟肆佰肆拾柒元為黃琴嘵預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

甲、程序方面

按於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限。民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款定有明文。本件上訴人即附帶被

上訴人（下稱上訴人）就其於原審起訴請求被上訴人即附帶上訴人瓏山林企業股份有限公司、林鴻堯（下分稱瓏山林公司、林鴻堯，合稱被上訴人）分別給付違約金新台幣（下同）214萬元、7,236,000元部分，於本院二審程序追加請求自99年11月19日起算之法定遲延利息（見本院卷㈠頁44反面），經核其所主張均係本於被上訴人有遲延給付違約情事之同一基礎事實，依上開規定，應予准許。至於上訴人就原審判決駁回其請求瓏山林公司、林鴻堯有關分別返還928,500元、1,823,000元部分應加計自97年10月15日起至100年4月18日止之法定遲延利息部分，聲明不服並具體核算上開期間之利息數額為116,507元、228,749元（見本院卷㈠頁45正反面），亦無不合，併予敘明。

乙、實體方面

一、上訴人起訴主張：伊於民國96年2月11日分別與林鴻堯、瓏山林公司簽訂土地、房屋預定買賣契約書（下分稱系爭土地、房屋契約，合稱系爭房地契約），各以3,618萬元、1,081萬元購買坐落台北市中山區金泰段105之4地號土地（含停車位應分配之土地持分，下稱系爭土地），及其上之「博物館」建案（下稱系爭建案）編號D2號2樓房屋（下稱系爭房屋），另與瓏山林公司簽訂房屋室內裝修設備貸款暨房屋變更設計約定書（下稱系爭裝修契約），約定裝修費用為201萬元。伊已依約按期繳納第1至5期土地價款725萬元、房屋價款214萬元及房屋室內裝修費用41萬元。嗣因兩造就系爭房地契約第6期款之給付發生爭議，被上訴人於98年1月6日行政院消費者保護委員會（下稱消保會）協調會上，同意伊不以98年1月8日為辦理貸款期限，且應儘速再為協商，伊並以系爭房地有瑕疵為由，主張行使同時履行抗辯權。詎被上訴人竟逕於於98年2月4日通知伊解除系爭房地契約並將伊已繳納之價金全數沒入以為違約金，其解除契約自非合法。而瓏山林公司未依約於取得系爭房屋使用執照後4個月內通知辦理交屋，復於99年3月17日以買賣為原因將系爭房屋所有權移轉登記予他人，顯已陷於給付不能，經伊催告履約未獲置理，伊業於99年11月18日解除系爭房地買賣契約，爰依民法第259條規定請求瓏山林公司、林鴻堯分返還伊已付價金255萬元、725萬元及各加計自97年10月15日起算之法定遲延利息。縱認伊未繳納第6期款而可歸責，惟被上訴人已出售系爭房地予他人而獲利更多，其等沒收伊所繳納之全部價金充作違約金，顯屬過高應予酌減，是伊亦得依不當得利之法律關係請求被上訴人分別返還上開本息。又瓏山林公司未於97年11月21日取得使用執照後4個月內（即98年3月20日）通知辦理交屋，爰依系爭房屋契約第23條及第16條第1項第2款之約定，請求瓏山林公司給付伊以已繳房屋價款計算之違約金214萬元、及自98年3月20日起至99年11月18日解約時止（共607日）按已繳房屋價款萬分之5計算之遲延利息649,490元

，合計2,789,490元；另依系爭土地契約第10條及第11條第1項、系爭房屋契約第16條第1項第2款及第23條約定，請求林鴻堯給付伊以土地總價款百分之20計算之違約金7,236,000元、及按已繳土地價款萬分之5計算之遲延利息2,200,375元，合計9,436,375元。

（原審就上訴人上開請求，判命瓏山林公司、林鴻堯應分別返還上訴人不當得利928,500元、1,823,000元及均加計自100年4月19日起算之法定遲延利息，並駁回上訴人其餘之訴。上訴人就其敗訴部分聲明不服，提起上訴，並於本院就違約金部分追加請求利息，被上訴人則就其敗訴部分，提起附帶上訴。至上訴人請求超逾上開部分，業據原審判決駁回，未據聲明不服，非本院審理範圍。）

並於本院上訴聲明：

㈠原判決關於駁回上訴人後開第㈡至㈤項之訴部分廢棄。

㈡瓏山林公司應再給付上訴人1,621,500元及自97年10月15日起至清償日止，按年息5%計算之利息；並就原審所命給付部分再給付遲延利息116,507元。

㈢林鴻堯應再給付上訴人5,427,000元及自97年10月15日起至清償日止，按年息5%計算之利息；並就原審所命給付部分再給付遲延利息228,749元。

㈣瓏山林公司應給付上訴人2,789,490元，及其中214萬元部分自99年11月19日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

㈤林鴻堯應給付上訴人9,436,375元，及其中7,236,000元部分自99年11月19日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

㈥願供擔保，請准宣告假執行。

另答辯聲明：附帶上訴駁回。

二、被上訴人則以：上訴人應於使用執照核發日起第30日給付系爭房地第6期款，此屬確定期限，況上訴人於簽約時已簽具自洽貸款切結書，即表示不向瓏山林公司指定之金融機構辦理貸款，自負有一次繳清第6期價款之義務，而伊等於97年11月21日寄發繳款通知予上訴人時已隨函檢附系爭房屋使用執照影本於該書面通知背面，則上訴人未遵期繳納第6期價款，自屬給付遲延。嗣伊等先後於97年12月25日及98年1月22日催告上訴人履約，後函並表示逾期不履行即以當日存證信函之送達併為解約之意思表示，其間亦未同意展延上訴人付款期限，詎上訴人仍未按期繳款，伊等始於98年2月4日正式通知上訴人解除系爭房地契約並沒入已繳全部價金充作違約金，兩造間就系爭房地已無契約關係存在，伊等自得轉售系爭房地予他人，上訴人無從再主張解除契約，其請求伊等返還價金及給付違約金均無理由。又伊等因系爭房地之簽訂須另外支付216萬元佣金給負責代銷之仲介公司，於系爭房地契約解除後仍不得取回上開佣金自亦受有損失，本件沒入已繳價金以為違約金，並無過高情事，且伊等於解約後另行出售系爭房地，與上訴人之違約行為，係屬二事，不得據為

酌減違約金之理由等語，資為抗辯。

並於本院答辯聲明：

㈠上訴駁回。

㈡如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

另附帶上訴聲明：

㈠原判決不利於被上訴人部分廢棄。

㈡上開廢棄部分，駁回上訴人於第一審之訴。

三、本件上訴人於96年2月11日分別與瓏山林公司、林鴻堯簽訂系爭房屋、土地契約，購買系爭建案「博物館」社區大樓編號D2號2樓之系爭房屋（含建物地下3樓編號105及106之停車位）及其坐落基地即系爭土地，約定房屋、土地買賣價金分別為1,081萬元、3,618萬元，合計4,699萬元，各分6期繳付。上訴人另與瓏山林公司簽訂系爭裝修契約，約定由瓏山林公司以201萬元負責系爭房屋室內設計及裝修（裝潢）設備施工等工作。上訴人已依約分別繳付系爭房地1至5期價金，及41萬元室內裝修費用。嗣瓏山林公司於97年11月21日取得系爭建案使用執照，同日發函通知上訴人繳交系爭房地第6期尾款，並於同年12月25日以台北興安郵局第790號存證信函催告上訴人繳付第6期尾款，上訴人收受上開通知及信函後並未繳款，瓏山林公司再於98年1月22日以台北興安郵局第877號存證信函催告上訴人繳付款項，並表示如逾期不履行，則依約沒入上訴人已繳付全部款項並解除買賣合約。上訴人收受該函後，於98年2月2日以高雄40支局第186號存證信函回覆表示瓏山林公司未完成系爭房屋完工交付安全可使用之房屋之合約義務，待達完成完工條件時始繳付尾款等語。其後被上訴人於98年2月4日以台北興安郵局第299號存證信函表示解除系爭房地買賣契約並沒入上訴人已繳全部款項，經上訴人於同年月5日收受該函。而上訴人則分別於99年10 月20日、11月2日以基隆東信郵局第142號、第154號存證信函催告被上訴人辦理交付系爭房屋及所有權移轉登記等事宜，再於99年11月17日以基隆東信郵局第185號存證信函為解除系爭房地買賣契約之意思表示，經被上訴人分別於同年月18日收受該信函等事實，為兩造所不爭執，並有系爭房地契約暨附件、系爭裝修契約、瓏山林公司函暨大宗掛號函件執據聯、上開存證信函暨其回執附卷可稽（見原審卷㈠頁17-30、31-107、108 -130、138-149、223-224、本院卷頁33-36、176-186），自堪信為真實。

四、上訴人主張伊並無給付價金遲延情事，被上訴人主張解除系爭房地買賣契約不生效力，嗣伊另以被上訴人違約而解除系爭房地契約始為合法，被上訴人自應返還伊已付價金及依約給付違約金等語。為被上訴人所否認，並以前揭情詞置辯。是本件兩造之爭點為：(一)系爭房地契約是否已經被上訴人合法解除？(二)被上訴人沒收上訴人已繳價金充作違約金，有無理由？是否過高而有酌減之必要？(三)上訴人以被上訴

人違約為由，主張解除系爭房地契約，及請求被上訴人返還價金及給付違約金，有無理由？茲分別論述如下：

(一)關於被上訴人主張解除系爭房地買賣契約之爭點：

1、按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。民法第229條第1項及第254條分別定有明文。所謂無確定期限，包括未定期限，及雖定有期限而其屆至之時期不確定，從而，當事人以債務之履行繫於屆至期限不確定之事實者，自屬不確定期限之債務。查系爭土地契約第4條第1項及系爭房屋契約第7條第1項均約定：「本契約付款辦法，買方應依已完成之工程進度所定之土地（房屋）價款分期付款明細表（附件一）之規定，於接獲賣方繳款通知10日內自行向買方指定之繳納地點或金融機構專戶以現金或即期支票如數壹次繳清，不得藉故拖延。」，而系爭房地契約附件一之分期付款明細表，則載明第6期款「於核發使用執照起第30天」等語，此有系爭土地、房屋買賣契約在卷可稽（見原審卷㈠頁20-21、25、37、50）。依上開約定文義，系爭房、地第6期價款之繳納，有關「於核發使用執照起第30天」、「於接獲賣方通知10日內」應如何適用，即生解釋上之疑義。觀之系爭房地契約附件一，其中第1期至第5期款為「自備款」，第6期款為「可委辦貸款抵繳之期款」且數額為總價款之8成，可知所載「於核發使用執照日起第30日」之目的係為使上訴人有充裕時間以籌措現款或向金融機構辦理貸款，而上訴人向金融機構辦理貸款須備件審核等流程，非立時可蹴，衡情難期上訴人「於接獲賣方通知10日內」即可辦妥貸款，自不得遽認上訴人應於被上訴人通知10日內繳納第6期款。又系爭房屋使用執照之核發時點，買受人難以即時知悉，有待於出賣人之通知，倘被上訴人怠於通知，將使上訴人受有縮減籌措價款期間或接獲通知時已逾使用執照核發30日之不利益，亦不宜逕以使用執照核發日起第30日為第6期價款之最後繳納時點。是依目的性解釋，應認系爭房地第6期款自被上訴人通知時起算30日，較為合理，此由瓏山林公司於97年11月21日通知上訴人於1個月後之97年12月23日繳納第6期款，亦可得徵。準此堪認，上訴人就系爭房地第6期價款之給付義務於系爭房屋使用執照核發後經被上訴人通知時起算30日，依上開說明，自屬給付不確定期限之債務。

2、至於系爭房地第6期價款之給付方式，兩造於系爭土地契約第5條、系爭房屋契約第18條，均以第1項約定由被上訴人洽定之金融機構之貸款給付之情形、第2項約定上訴人自洽金融機構辦理貸款之情形，第3項約定不辦理貸款時之情形（見原審卷㈠頁20、44）；其中第1項約定：「…

…倘因買方貸款條件不符合，致不能核貸或無法如數貸足及買方中途改變主意自願不貸或未能如期協辦或主動向核貸金融機構拒絕貸款者，視為放棄貸款，則其原欲貸款部分之價款應於賣方通知後，七日內以現金一次向賣方繳清，否即係違約。……」，惟第2項就自洽貸款之買方其後無法貸得款項或放棄貸款等情形應如何繳清第6期價款則未予規定。衡之不動產買受人向金融機構貸款，須備妥相關文件交由金融機構審核以決定否通過及核貸數額，買受人亦可能基於其他考量而捨棄以貸款方式支付價款，此於買受人向被上訴人洽定之金融機構辦理貸款或自洽金融機構辦理貸款之情形，並無不同，是上訴人主張自洽貸款者亦有上開第1項約定之適用等語，尚非無據。參以被上訴人寄予上訴人之第6期款繳款通知亦記載「…台端如為自洽金融機構辦理貸款者，則敬請於民國97年12月23日前辦妥貸款手續（含備齊抵押權設定契約書、撥款委託書交付代書並繳清核貸差額），逾期依買賣合約（貸款約定）即視為放棄貸款，應於七日內以現金一次繳清，否則即係違約…」（見原審卷㈠頁201），益見被上訴人亦認自洽貸款者應適用上開第1項之約定。準此，選擇自洽貸款之買受人因貸款條件不符合致不能貸得或貸足款項，或中途改變主意放棄貸款時，應於被上訴人通知後7日內繳納第6期價款，逾期未繳納始生給付遲延之違約情事，再經被上訴人催告相當期間而仍未履行者，依系爭土地契約第10條第2項、系爭房屋契約第23條第2項約定，被上訴人始得解除系爭房地契約。

3、上訴人簽訂系爭房地契約時，同時出具代辦申請貸款委託書、自洽貸款切結書，有系爭房契約附件二、三在卷可稽（見原審卷㈠頁26-29、81-84），可知上訴人於簽約時尚未決定辦理貸款之方式。嗣被上訴人於97年11月7日通知上訴人如欲由被上訴人洽定之金融機構辦理貸款者，應於同月17日、18日至台北市民權東路6段186之8號旁（民權上城接待會館）辦理對保手續，若當日未到者視為不辦理房地貸款，有該通知在卷足稽（見原審卷㈠頁220），惟上訴人於同年月8日收受通知後，屆期並未前往辦理對保，為兩造所不爭執，並有大宗掛號函件執據聯可憑（見原審卷㈠頁221），由此堪認，上訴人於斯時已選擇以自洽金融機構貸款方式繳納第6期價款。又系爭房屋之使用執照於97年11月21日核發，被上訴人於同日寄發第6期款繳款通知予上訴人，經上訴人於同年月22日收受，亦為兩造所不爭執，並有該通知及大宗掛號函件執據聯可憑（見原審卷㈠頁200、201），而該通知已表明上訴人如為自洽金融機構貸款者，應於97年12月23日前辦妥貸款手續，逾期應於7日內以現金一次繳清等語（見原審卷㈠頁201），核與前述上訴人就第6期價款之給付義務係於系爭房屋使用

執照核發後經被上訴人通知時起算30日之要件，並無不合。應認被上訴人上開催告已踐履系爭土地契約第5條第1項、系爭房屋契約第18條第1項之約定，且其並非要求上訴人辦完抵押權設定登記，亦無牴觸自洽貸款切結書第2條後段約定「房屋產權登記與抵押權設定登記手續同時辦理」之情形。又申請銀行貸款到核撥貸款之時間約7至10日，業據證人即上訴人洽辦貸款之土地銀行經理黃登茂，於本院另件100年度重上字第804號訴訟（下稱另訴）中證述明確（見該另訴卷㈡頁154），則被上訴人於97年11月21日通知上訴人應於97年12月23日前辦妥自洽貸款手續，亦難認有上訴人所謂催告期間不相當而違反誠信原則或權利濫用原則之情事。是被上訴人抗辯：上訴人於未於97年12月23日前辦妥自洽貸款亦未於其後7日內以現金繳付第6期款，即屬給付遲延等語，尚非無據。

4、林鴻堯為瓏山林公司之法定代理人，系爭房地繳款通知均由瓏山林公司具名，其上並載明應繳之房屋款、土地款數額及付款方式係匯入瓏山林公司之銀行帳戶（見原審卷㈠頁200、201），而瓏山林公司並就所收受被上訴人給付之房屋及土地價金開立其名義之發票予被上訴人，其上品名亦記載「代收土地款」（見本院卷㈡頁13），由此堪認，林鴻堯就系爭房地買賣相關事宜已授權瓏山林公司代為處理。是兩造就系爭房地契約價款之給付發生爭議，經消保會先後於97年12月22日、98年1月6日進行協調，賣方由瓏山林公司派員到場出席（見原審卷㈡頁66-69），依上所述，瓏山林公司於協調會中所為表示及與買方所達成協議之效力自及於林鴻堯。又被上訴人復於97年12月25日以興安郵局第791號存證信函催告上訴人於函到7日內繳付第6期款，如擬以貸款撥付，特寬限辦理期間，至遲應於98年1月8日前辦妥貸款手續（含備齊抵押設定契約書、撥款委託書交付代書並繳清核貸差金額）等語，經上訴人於97年12月26日收受，有該存證信函暨回執在卷可查（見原審卷㈠頁202-203、本院卷頁179-181）。嗣兩造於98年1月6日消保會第二次協調會中，作成會議結論：「一瓏山林公司同意本案陳情人黃靖雅君等7戶（包括上訴人在內）辦理貸款之期限不以98年元月8日為限。二本案將於98年2月6日續行會議，請瓏山林公司於下次會議前主動儘速與本案陳情人個別協商，俾保障消費者權益。」等語，此有消保會檢送之該次會議紀錄在卷足憑（見原審卷㈡頁69正反面頁），參以證人即該次會議主席吳政學亦證稱：瓏山林公司由陳經理代表協商作成決議，被上訴人同意該七戶辦理貸款期限不以98年1月8日為限，雙方願意再協商，才定98年2月6日會議日期等語明確（見原審卷㈡頁56反面-57）。是被上訴人主張兩造曾於98年1月6日達成上訴人辦理貸款期限不以98年1月8日為限之協議等情，自屬有據。上訴

人以98年1月6日協調會未通知林鴻堯，瓏山林公司亦未同意展期，上開會議結論不生拘束上訴人之效力云云，尚不足採。

5、承上所述，本件上訴人並未於被上訴人97年11月21日催告期滿日即97年12月23日前辦妥自洽貸款，亦未於通知後7日內以現金繳付第6期款，已有給付遲延之情形，嗣被上訴人再定期催告上訴人應於98年1月8日完成貸款手續撥付第6期款，雖經兩造合意展延，惟難認被上訴人有免除上訴人給付遲延責任之情形。被上訴人再於98年1月22日以台北興安郵局第877號存證信函定期催告上訴人於98年2月3日前繳付第6期款，如擬以貸款撥付，特寬限辦理期間，至遲應於98年2月3日前辦妥貸款手續（含備齊抵押設定契約書、撥款委託書交付代書並繳清核貸差金額），如逾期不為履行，則依約沒入上訴人已繳之全部款項同時解除買賣合約，並以該函之送達併為解除合約之意思表示等語，經上訴人於98年1月23日收受，有該存證信函暨回執在卷可查（見原審卷㈠頁204-205、本院卷頁182-184）。上訴人雖於98年2月2日由其妹黃靖雅代理以高雄40支局第186號存證信函回覆表示瓏山林公司未完成系爭房屋完工交付安全可使用之房屋之合約義務，待達完成完工條件時始繳付尾款等語（見原審卷㈠頁223-224）。惟按因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付，但自己有先為給付之義務者，不在此限，民法第264條第1項定有明文。準此，如契約當事人自己有先為給付之義務者，自不得主張同時履行抗辯。查兩造於系爭房屋契約第12條、第15條及第16條約定，系爭建物之完工期限為98年3月31日，移轉所有權登記則係使用執照取得3個月內，並於上訴人繳清各期價款後始辦理交屋（見原審卷㈠頁40、42、43），由此可見，上訴人就系爭房地第6期款相對於被上訴人就系爭房屋完工、交屋及移轉所有權，有先為給付之義務，則上訴人以被上訴人就停車位及公共設施等未完工為由，主張同時履行抗辯拒絕給付第6期價款，難認有據。又上訴人另以系爭房屋有面積坪數不足之瑕疵情事云云，惟未據舉證證明其曾以上開事由在被上訴人解除契約前為同時履行之抗辯，自無可採。而被上訴人於上訴人給付遲延後已再定期催告應於98年2月3日前履行，上訴人逾期仍未繳納第6期價款，依前所述，被上訴人自得依系爭土地契約第10條第2項、系爭房屋契約第23條第2項約定解除系爭房地契約。是被上訴人其後於98年2月4日以台北興安郵局第299號存證信函表示解除系爭房地契約，經上訴人於同年月5日收受該函，亦有該存證信函暨回執在卷可稽（見原審卷㈠頁206、本院卷頁185-186），應認系爭房地契約已於98年2月5日經被上訴人合法解除。

(二)關於被上訴人沒收上訴人已繳價金充作違約金，有無理由

及應否酌減之爭點：

1、兩造於系爭土地契約第10條第2項、系爭房屋契約第23條第2項約定，上訴人給付價金遲延者，被上訴人得沒收土地、房屋總價款20%計算之違約金，但沒收之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限（見原審卷㈠頁22、46）。而本件上訴人有給付第6期價金遲延情事，已如上述，則被上訴人於98年2月4日以台北興安郵局第299號存證信函主張沒入上訴人已繳全部款項，固非無據。惟按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。違約金是否相當，須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為斟酌之標準（最高法院79年台上字第1915號判例意旨參照）。查系爭土地之買賣價款為3,618萬元、系爭房屋之價款為1,081萬元，合計4,699萬元，核屬於高價位之商品買賣，購買者應具有相當之資力或籌措資金之信用，而上訴人違約致被上訴人解除契約，將使被上訴人當時出售過程所為費用支出歸於徒勞而受有損害，惟上訴人已部分履約而繳納房屋價款214萬元、土地價款725萬元，合計939萬元，亦如前述，則被上訴人以上訴人所繳全數價金充違約金，尚屬過高。本院綜合上情，並參酌內政部對於預售屋之買賣情況，盱衡國內之經濟情況，平衡買賣雙方之利益，於其公告之預售屋買賣定型化契約範本中規範如買方違約，賣方得沒入之違約金最高不得超過買賣總價款之15%（該範本第24條第2項，見本院卷㈠頁67），認兩造上開約定之違約金應酌減至買賣總價之15%為當。至於上訴人以被上訴人嗣將系爭房地另行轉售他人之價金合計6,660萬元（見本院卷㈠頁102、114），高於出售上訴人之價格，據此主張被上訴人並無損害云云，惟此為上訴人違約，經被上訴人解除契約後所發生之事實，尚非得為本件違約金是否酌減之考量。準此，本件經酌減後，林鴻堯得沒入之違約金為5,427,000元（3,618,000×15%＝5,427,000），瓏山林公司得沒入之違約金為1,621,500元（10,810,000×15%＝1,621,500）。

2、違約金經法院核減後，就減少部分應依不當得利規定返還，與契約解除後之回復原狀義務，兩者之法律關係不同，其請求權個別存在，當事人行使解除權後，依民法第259條及第260條規定，除請求回復原狀外，並得請求損害賠償，亦即民法第259條乃不當得利之特別規定，僅適用於解除契約後之回復原狀義務，其範圍與一般不當得利不同，是以約定之違約金過高，經法院酌減之數額，應依一般不當得利規定請求返還，亦即應按所酌減之數額依民法第182條第2項計付利息（最高法院94年度台上字第1874號判決意旨參照）。本件上訴人已給付土地價款725萬元予林鴻堯、已給付房屋價款214萬元予瓏山林公司，為兩造所

不爭執，又被上訴人依系爭房地契約所得沒入之違約金應酌減至系爭房地總價款之15%為相當，林鴻堯、瓏山林公司得分別沒入之違約金為5,427,000、1,621,500元，均如上述，是本件經核減後林鴻堯就超過部分即1,823,000元（7,250,000－5,427,000＝1,823,000）。瓏山林公司就超過部分即518,500元（2,140,000－1,621,500＝518,500），即已屬無法律上之原因，而受有利益，並致上訴人受有損害，上訴人得依民法第179條不當得利之規定，請求林鴻堯、瓏山林公司分別返還。至於上訴人另主張其得依民法第259條規定請求返還部分，按諸上開說明，尚屬無據。

3、又受領人於受領時，知無法律上之原因或其後知之者，應將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還，民法第182條第2項固有明文。惟在違約金酌減之情形，違約金酌減為形成訴權，此觀諸民法第252條之規定即明，並非當事人一主張即生效力，是在法院判決確定時，違約金酌減之形成力始發生，於斯時不當得利之請求權始確定發生，不當得利受領人始確定知悉其受領超過酌減後數額部分，受領法律上原因已不存在，按諸民法第182條第2項規定違約金之受領人應於判決確定時始有附加利息，一併返還之義務（最高法院97年台上字第1078號、98台上字第501號判決意旨參照）。是本件上訴人請求被上訴人返還違約金酌減後之利息，自本件判決確定時起至清償日止之範圍內，始屬有據，逾此範圍之請求，係屬無據。

4、至系爭裝修契約依第12條第2項「本約定書係屬同時簽訂之『房屋預定買賣契約書』及『土地預定買賣契約書』之附約，如前述主約有任何一契約解除時，本契約書亦得同時解除；惟本附約（即本約定書）倘因故解除或失其效力時，則不影響雙方簽訂『房屋預定買賣契約書』及『土地預定買賣契約書』之效力」之約定（見原審卷㈠頁114 ），固因被上訴人解除系爭房地契約而併予發生解除之效力，惟系爭裝修契約並無上訴人違約時，被上訴人得以其所繳款項充作違約金之約定，且依系爭裝修契約第6條約定係於取得使用執照後3個月後施工，而本件97年11月21日取得使用執照，之後上訴人未依約繳付第6期房地價金，經被上訴人於98年1月6日解除契約，瓏山林公司既尚未施工亦難認有何損害。則系爭裝修契約經瓏山林公司合法解除後，上訴人依民法第259條第1款及第2款規定，請求瓏山林公司償還已繳付之款項41萬元及附加自受領時起之利息，即屬有據。查上訴人就系爭裝修契約分別於96年1月20日（第1期）給付0元、96年3月31日（第2期）給付20萬元、97年2月25日（第3期）給付8萬元、97年4月18日（第4期）給付7萬元、97年10月15日（第5期）給付6萬元，合

計41萬元，為被上訴人所不爭執，瓏山林公司自應返還之。至於附加利息償還部分，上訴人請求除原審所准自起訴狀繕本送達翌日即100年4月19日起按年息5%計算之利息外，瓏山林公司應再給付自最後受領日即97年10月15日起至100年4月18日止之利息共51,447元（410,000×916/365×0.05＝51,447，元以下4捨5入），為有理由，應予准許。逾此所為請求，則無理由，不應准許。

5、從而，上訴人得請求林鴻堯返還不當得利1,823,000元及自本判決確定之日起至清償日止，按年息5%計算之利息；上訴人得請求瓏山林公司返還不當得利（系爭房屋契約違約金酌減部分）及償還所為之給付（系爭裝修契約部分）共928,500元（518,500＋410,000＝928,500），及其中518,500元自本判決確定日起，其中41萬元自97年10月15日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息。

(三)關於上訴人以被上訴人違約為由，主張解除系爭房地契約，及請求被上訴人返還價金及給付違約金之爭點：

本件系爭土地契約、系爭房屋契約及系爭裝修契約已經被上訴人於97年2月5日合法解除，既如上述，則上訴人於被上訴人解除契約後，始以被上訴人有給付遲延、給付不能之情事為由，於98年2月4日以存證信函表示解除契約，即失所據，其基此再依民法第259條、第179條規定請求被上訴人返還所給付之價金，復依系爭土地契約第10條、第11條第1項約定、系爭房屋契約第16條第1項第2款、第23條約定請求被上訴人給付違約金，均屬無據。其於本院就違約金部分追加請求自99年11月19日起算之法定遲延利息，亦不應准許。

六、綜上所述，上訴人依民法第179條及第259條之規定，請求林鴻堯應給付1,823,000元及自本判決確定之日起至清償日止，按年息5%計算之利息、瓏山林公司給付928,500元及其中518,500元自本判決確定日起，其中41萬元自97年10月15日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許。逾此所為請求，則為無理由，應予駁回，其假執行之聲請亦失所附麗，應併予駁回。原審就上開應准許其中對瓏山林公司請求返還裝修費用41萬元自97年10月15日起至100年4月18日止之利息51,447元部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨就此部分，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄，改判如主文第2項所示，並依兩造聲請，酌定相當之擔保金分別為假執行暨免假執行之宣告。至上訴人請求不應准許部分，原判決為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，理由雖有不同，結論並無不合，上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其此部分之上訴。上訴人就原審請求瓏山林公司、林鴻堯分別給付違約金214萬元、7,236,000元部分，於本院二審程序追加請求自99年11月19日起算之法定

遲延利息部分，亦為無理由，應併其假執行之聲請駁回。又原審判命林鴻堯、瓏山林公司給付之利息超過自本判決確定日起算部分，尚有未合，被上訴人附帶上訴就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判如主文第5項所示，至於原判決所命被上訴人給付部分，核無不合，被上訴人就此部分指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回其此部分之附帶上訴。

七、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法與所舉證據，核與本件判決結果不生影響，爰不再逐一論駁，附此敘明。

丙、據上論結，本件上訴及附帶上訴，均為一部有理由，一部無理由，追加之訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第2項、第450條、第79條、第78條、第85條第1項但書、第463條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　103　　年　　1　　月　　14　　日

民事第十一庭

審判長法　官　鄭純惠

法　官　徐福晋

法　官　蕭胤瑛

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　103　　年　　1　　月　　17　　日

書記官　陳樂觀

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：114/07/02 06:30

裁判字號：臺灣高等法院 102 年重上字第 51 號民事判決

裁判日期：民國 102 年 10 月 01 日

裁判案由：分割共有物

臺灣高等法院民事判決　　102年度重上字第51號

上　訴　人　鄭　圖

訴訟代理人　邱秀珠律師

視同上訴人　呂忠雄

訴訟代理人　呂游惠美

游象勳

林契名律師

複代理人　何勇良

視同上訴人　呂順和

呂順安

呂文祥

翁大田

翁義雄

被 上訴 人　呂順正

呂文進

共　同

訴訟代理人　鄧敏雄律師

許智超律師

上列當事人間請求分割共有物事件，上訴人對於中華民國101 年10月17日臺灣桃園地方法院100年度重訴字第257號第一審判決提起上訴，本院於102年8月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序方面

一、按分割共有物事件，為固有必要共同訴訟，其訴訟標的對於各土地共有人必須合一確定。本件分割共有物事件雖僅上訴人鄭圖對於原判決關於桃園縣桃園市中埔段611 地號土地之分割方法聲明不服，提起上訴，惟依民事訴訟法第56 條第1項第1 款之規定，其上訴之效力及於此部分之同造當事人呂忠雄、呂順和、呂順安、呂文祥、翁大田、翁義雄，合先敘明。

二、視同上訴人翁大田、翁義雄未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386 條各款之情形，爰依被上訴人之聲請，就該部分由其一造辯論而為判決。

乙、實體方面

一、被上訴人起訴主張：坐落桃園縣桃園市中埔段611 地號之土地（地目田、面積2876平方公尺，下稱系爭土地）為兩造所共有，各自應有部分詳如原判決附表編號1 所示。系爭土地並無因法令限制不許分割情事，亦無因使用目的有不能分割之情形，而兩造就系爭土地復未訂有不分割之契約，惟就分割方法則未能獲致協議，爰依民法第823條及第824條之規定，訴請准予裁判分割。

（原審判決准予分割，分割方法如附圖一（甲之一）分割方案所示，編號A部分土地分歸呂順正、呂順安按應有部分各2分之1 比例維持共有，B部分土地分歸呂順和所有，C部分土地分歸呂文進所有，D部分土地分歸呂文祥所有，E部分土地分歸翁大田所有，F部分土地分歸翁義雄所有，G部分土地分歸呂忠雄所有，H部分土地分歸上訴人所有，I部分土地分歸呂文進、呂順正、呂文祥、呂順和、呂順安所有並依序按應有部分24分之5、24分之3、24分之10、24分之3、24分之3 之比例維持共有。上訴人不服原判決分割方法，提起上訴。至被上訴人另請求裁判分割如原判決附表編號2 至8所示7筆土地部分，經原審判決後，未據當事人聲明不服，非本院審理範圍，附此敘明。）

並於本院聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：伊所有之門牌號碼桃園縣桃園市永安北路175之1 號房屋（下稱系爭房屋），主要坐落附圖一所示編號H、G部分土地及些微占用編號F部分土地，系爭土地之分割方法自應顧及目前使用狀況而保留系爭房屋。惟依原判決之分割方法，將造成系爭房屋部分遭拆除，且伊所取得附圖一編號H部分之土地面臨桃園市永安北路部分路寬僅約5 公尺，路深則達115 公尺，土地不易利用，經濟價值明顯減損，共有人翁義雄、呂忠雄各自分得之附圖一編號F及G部分土地亦有相同之問題，反之翁大田所分得附圖一編號E部分土地臨路面寬較長，經濟價值較高，顯不公平。爰請求依附圖二所示之分割方案將系爭房屋坐落之土地分由伊取得，且此割方案有利於整體土地利用及經濟價值，較為公平；退步言，則請求變價分割系爭土地等語，資為抗辯。

並於本院聲明：

㈠原判決關於系爭土地之分割方法部分廢棄。

㈡上開廢棄部分，請求判決：

1.第一順位：依附圖二所示之分割方案分割，編號A及I部分土地分歸呂順正、呂文進、呂文祥、呂順和、呂順安所有並依序按應有部分24分之3、24分之5、24分之10、24分之3、24分之3之比例維持共有；E部分土地分歸翁大田所有；F部分土地分歸翁義雄所有；G部分土地分歸呂忠雄所有；H部分土地分歸上訴人所有；J部分土地（寬2 公尺）分歸兩造依應有部分比例維持共有。

2.第二順位：系爭土地准予變價，所得價金依各共有人之應

有部分比例分配之。

三、視同上訴人翁義雄於本院言詞辯論期日未到場，惟其前於準備期日到庭及視同上訴人呂忠雄、呂順和、呂順安、呂文祥均表示同意原判決之分割方案，不同意上訴人提出之分割方案（見本院卷頁104反面、105反面、174 反面）。至於視同上訴人翁大田未於準備程序或言詞辯論期日到場，亦未具狀為何聲明或陳述。

四、按各共有人得隨時請求分割共有物，但因物之使用目的不能分割或契約訂有不分割之期限者，不在此限；共有物之分割方法不能協議決定者，得聲請法院裁判定之，民法第823 條第1項、第824條第2 項分別定有明文。系爭土地為兩造所分別共有，面積為2,876平方公尺，各共有人之應有部分如原判決附表編號一所示，而各共有人間就系爭土地復無不分割之協議，惟就分割方法未能協議決定等事實，為兩造所不爭執，並有土地登記謄本附卷可稽（見原審卷㈠頁11-13）。又系爭土地之地目為田，使用分區為空白，非屬農業發展條例規定之耕地，分割不受該條例之限制，亦有桃園縣桃園地政事務所100年10月21日桃地登字第1000007810號函可參（見原審卷㈠頁155），堪認系爭土地亦無因使用目的或法令限制有不能分割之情形。從而，被上訴人就系爭土地請求裁判分割，核無不合，應予准許。

五、次按，共有物之分割，若分割之方法，不能協議決定者，法院得因任何共有人之請求，命以原物分配或變賣共有物以價金分配於各共有人，民法第824條第2項亦有明文。又分割共有物，以消滅共有關係為目的。法院裁判分割共有土地時，除因該土地內部分土地之使用目的不能分割（如為道路）或部分共有人仍願維持其共有關係，應就該部分土地不予分割或准該部分共有人成立新共有關係外，應將土地分配於各共有人單獨所有（最高法院69年台上字第1831號判例意旨參照）。而法院為裁判分割時，需衡酌共有物之性質、價格、經濟效用及公共利益、全體或多數共有人利益等因素，並兼顧各取得部分之裏地通路問題，以符合公平之原則。若原則上認原物分配對全體或多數共有人有利，需先就原物分配，必於原物分配有困難者始予變賣，以價金分配於各共有人。要之，裁判分割共有物，必須以原物分割為原則，兼顧各共有人使用現況及利益平衡，酌留通路，務使共有物之經濟效用於分割後，獲得最大之效益。經查：

(一)系爭土地面積為2,876平方公尺，東側經開闢桃園縣桃園市永安北路（下稱永安北路）為對外聯絡道路，地上南側有上訴人所建造使用之加強磚造建物（即系爭房屋）暨鐵皮雨遮（占地面積合計144 平方公尺），北側有呂順正之占地面積436平方公尺鐵皮建物，上開2棟建物均未辦理第一次所有權登記等情，業據原法院履勘現場屬實，並製有勘驗筆錄在卷足稽（見原審卷㈠頁191-192），並經在場

兩造各自指明，且有地上建物位置暨面積之複丈成果圖附卷可憑（見原審卷㈠頁194、198-200）。審酌系爭土地面積非小，其上僅有面積分別為144、436平方公尺之上開2棟建物，其餘土地均為空地，依各共有人依持分比例為原物分割，各自分得之土地不致有面積過小之利用上困難，且兩造均同意優先採用原物分配之原則，認系爭土地之裁判分割，應以原物分割為優先考量，並使各共有人所分配之土地均有得對外通行之通路。

(二)茲據此審酌如附圖一、二所示之分割方案如下：

1、依上訴人所提如附圖二所示之土地分割方案，其中上訴人分得系爭土地H部分之面積及位置，固可涵蓋其所有使用之系爭房屋占用系爭土地之現狀範圍；惟衡之坐落系爭土地上之上開2 棟房屋均為未辦理所有權登記之違章建物，已難認有占用系爭土地之合法權源，再觀上訴人提出之分管協議書（見原審卷㈠頁101-102），其立協議書人僅為呂順和、呂順平、呂順正、呂順安及上訴人等5 人，且業據呂順正、呂文進否認該協議書之真正（見原審卷㈠頁130，上訴人就此復未舉證以實其說，亦無從認定系爭土地共有人全體有為此分管之約定，是尚難僅為遷就系爭土地上建物所在現況，即將建物所在基地全部劃由建物所有人取得列為優先考量，仍應慮及上述分割原則並兼顧分割方案對其他共有人之公平性。而系爭中埔段611 地號土地形狀不規則，呈現東寬西窄之「凹」字形，東側鄰永安北路（系爭土地範圍有151平方公尺已舖設柏油，位置詳見原審卷㈠頁194 之複丈成果圖編號611(8)所示），現為系爭土地對外聯絡之主要通路，為兼顧各共有人利用土地對外通路之利益平衡，宜按各共有人之應有部分比例決定東鄰永安北路之路寬，較符合公平分配原則。惟依上訴人所提此分割方案，上訴人將取得超逾依其持分比例之臨路面寬，相對壓縮其他共有人取得東鄰永安北路之路寬比例，核與兼顧各共有人利益之公平分配原則未符，且為其他共有人所不同意，尚難憑採。

2、而原判決所採如附圖一所示之分割方案，依各共有人之應有部分比例決定東側毗鄰永安北路之路寬，符合公平分配原則，且考量呂順安、呂順正同意就編號A部分土地保持共有，及呂文進、呂順正、呂文祥、呂順和、呂順安就編號Ｉ部分土地繼續維持共有之意願，而予以尊重採納，亦有助於維持較大面積之土地完整性，對於日後整體使用亦較能發揮經濟效益，是原判決採此分割方案，兼顧各共有人之利益平衡，且酌留對外聯絡通路，符合系爭共有土地利用之經濟效用及共有人公平之原則，應較為可採。又此分割方案已慮及上訴人所取得土地位置符合其使用之系爭房屋現況所在，雖面積未盡相符

，致位於編號Ｆ、Ｇ土地之部分建物將可能遭拆除，惟系爭房屋為未辦理所有權登記之建物，難以僅為遷就建物所在現況而據為土地分割原則之優先考量，已如上述，為求兼顧各共有人利益平衡等情狀，致未能同時遷就系爭違章房屋所在全部範圍，衡情仍屬符合系爭共有土地利用之經濟效用及共有人公平之原則，參以兩造就原判決所採如附圖一所示之分割方案，除上訴人以外之共有人均未聲明不服，是應認原判決採用如附圖一所示之分割方案並無不當。

(三)準此，審酌系爭土地之相關位置、使用情形、整體利用之效益、共有人之利益、兩造所提分割方案之優劣、意願等一切因素，應認原判決就系爭土地以如附圖一所示之分割方案予以分割，將編號Ａ部分土地（面積324.66平方公尺）分歸呂順正、呂順安按應有部分各2分之1比例維持共有，Ｂ部分土地（面積162.33平方公尺）分歸呂順和所有，Ｃ部分土地（面積270.55平方公尺）分歸呂文進所有，Ｄ部分土地（面積541.11平方公尺）分歸呂文祥所有，Ｅ部分土地（面積191.73平方公尺）分歸翁大田所有，Ｆ部分土地（面積191.73平方公尺）分歸翁義雄所有，Ｇ部分土地（面積191.73平方公尺）分歸呂忠雄所有，Ｈ部分土地（面積460.16平方公尺）分歸上訴人所有，Ｉ部分土地（面積542平方公尺）分歸呂文進、呂順正、呂文祥、呂順和、呂順安所有並依序按應有部分24分之5、24分之3、24分之10、24分之3、24分之3之比例維持共有，核屬適當。又本件系爭土地並無原物分割顯有困難之情形，既如上述，則上訴人另主張將系爭土地變價而以所得價金依各共有人之應有部分比例分配云云，自不足採。

六、綜上所述，被上訴人依民法第823條、第824條之規定，請求就兩造共有之系爭土地予以分割，應予准許。本院審酌系爭共有土地利用之經濟效用及全體共有人利益均衡，認原審判決依如附圖一所示定分割方法，並無不當。上訴意旨指摘原判決所採分割方法不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回其上訴。

七、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法與所舉證據，核與本件判決結果不生影響，爰不再逐一論駁，附此敘明。

丙、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條、第85條第1項前段、第463條、第385條第1項前段，判決如主文。

中　華　民　國　102　年　10　月　1　日

民事第十一庭

審判長法　官　鄭純惠

法　官　詹文馨

法　官　徐福晋

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　102　　年　　10　　月　　3　　日

書記官　陳樂觀

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

五、司法院大法官被提名人林麗瑩書面資料：

大法官被提名人林麗瑩

立法院民眾黨黨團

司法院院長、副院長及大法官被提名人問卷調查表

第一部分　基本資料

一、公共服務及參與

曾加入之社團、學會、公會等組織（商業性、聯誼會、學術性、社群性、公益性等）並說明參與情形。

答：

序次	加入之學會／社團／公會	性質	加入時間	擔任職務	備註
1	社團法人檢察官協會		2006 年前後	曾擔任過理事	
2	社團法人國際刑事法學會臺灣分會		2008 年前後	會員	目前已無參與
3					
4					
5					

大法官被提名人林麗瑩

二、出版論文及研究計畫

請提供下列資料及清單：

（一）若有國外學歷，請提供完整學位論文。

答：無。

（二）現在或曾經單獨或共同、協同主持或參與過的研究計畫，包括委託單位、計畫金額及研究計畫的結論摘要。

答：無。(研究助理不算入)

三、法律工作資歷

請提供下列資料及清單：

（一）曾經擔任釋憲案件之聲請人、代理人、鑑定人，或曾參與憲法法庭言詞辯論、所提出之聲請書、書狀、言詞辯論筆錄或鑑定意見書等，並說明是否收受報酬以及報酬金額。

答：

112 年憲判字第 9 號搜索律師事務所案、113 年憲判字第 8 號死刑憲法爭議案擔任法務部代理人，並撰寫意見書。相關意見書已提供於提名資料內。

（二）曾經擔任仲裁人者，所參與訟爭標的最高之十件案件，並說明是否收受報酬以及報酬金額。

答：無。

（三）曾經參與學術倫理案件之審查者，請敘明於案件審查中擔任之角色、工作內容及對學術倫理審查表達之見解。

答：無。

如您曾任律師，請問您任律師期間：

（一）請敘述下列事項：

1. 執業生涯中之主要客戶群與專精領域。

2. 下列業務類型之比例：

(1) 民事訴訟

(2) 刑事訴訟

(3) 行政訴訟及訴願

(4) 非訟案件

大法官被提名人林麗瑩

3. 個人處理過 10 件影響重大之案件。

（二）執業期間是否曾受懲戒？若有，時間及其原因為何？並提出懲戒書。

答：未曾擔任律師。

如您曾任檢察官，請問您任檢察官期間：

（一）請敘述下列事項：

1. 參與司法案件中，偵查案件終結之件數大約為多少? 平均辦案維持率為何?

答：

擔任檢察官偵查案件，平均每月終結案件數約為 65 至 75 件，本人擔任一審檢察官係在 82 至 87 年間，後出國接續法務部司法行政工作，當時之辦案成績已難調閱。另主任檢察官期間，95 至 97 年間擔任新竹地檢發言人，並無偵辦案件與辦案成績，97 至 102 年在台北地檢，辦案成績平均 95 分以上，103 至 105 年調臺灣高等檢察署，主要為二審公訴蒞庭及上訴第三審業務，辦案成績平均 92 分。

2. 檢察官生涯中，偵辦過 10 件影響重大之案件。

答：

由於擔任檢察官偵辦案件時期距今久遠，難以憑記憶調閱資料，茲以擔任主任檢察官時期偵辦之案件選取 2 件，其他則以近期在臺灣高等檢察署、最高檢檢察署承辦之案件 8 件為代表如下：(書類如附件)

(1)臺灣臺北地方法院檢察署(現臺灣臺北地方檢察署)101 年度偵字第 22693、22694 號，102 年度偵字第 7106、8496 號被告李 O 華等人違反銀行法吸金案。

(2)臺灣臺北地方法院檢察署 102 年度偵字第 3318、5286 號家內性侵案。

(3)臺灣高等法院 103 年度矚上更(一)字第 3 號貪瀆案件公訴蒞庭案。

(4)臺灣高等法院檢察署(現臺灣高等檢察署)檢察長 102 年度上聲議字第 8130 號命令起訴案。

(5)最高法院 110 年度台上大字第 5660 號槍砲累犯大法庭言詞辯論案

(6)最高法院 110 年度台上大字第 5557 號加重詐欺大法庭言詞辯論案

(7)最高法院 111 年度台非大字第 43 號加重詐欺大法庭言詞辯論案

(8)最高法院 111 年度國模台上字第 2 號國民法官法模擬法庭言詞辯論案

(9)最高法院 113 年度台上大字第 4096 號違反組織犯罪大法庭言詞辯論案

(10)最高檢察署 111 年度非字第 1440 號非常上訴案（諸慶恩案）

3.檢察官生涯中，提起上訴案件之裁判結果，平均撤銷原判決占撤銷原判決及駁回上訴件數百分比為何?

答：

之前年代久遠，難以確認，至於 111 年迄今在最高檢察署期間，共擬具 7 件察總長非常上訴書，其中 4 件成功撤銷原確定判決，2 件被駁回，1 件審理中。

4.擔任檢察行政職務期間所推動的政策及其影響。

答：

1. 民國 92 年至 95 年期間，調法務部檢察司辦事，負責刑事訴訟法相關業務，正值 88 年司法改革各項修法已陸續完成，參與了最後一波與司法院共推審判中的量刑協商新制(刑事訴訟法第七編之一)，並推動落實第一審檢察官到庭實施公訴、進行交互詰問，編製公訴辦案手冊，該業務落實檢察官在審理庭的舉證活動與義務，對於司法贏得人民信賴，甚有助益。

2. 民國 105 年復調任法務部綜合規劃司司長，負責全國司改國是會議法務部的幕僚作業，並列席司改國是會議，會議結束後並負責統籌法務部所屬執行相關決議落實的進度與成果研考，其中參與規劃而完成立法的包

大法官被提名人林麗瑩

括檢察官起訴書於第一審判決後公開(法院組織法第 83 條)、各級檢察署更名去法院化(法院組織法第 114 條之 2、法務部組織法第 5 條)、檢察官評鑑制度改良，增加案件當事人得聲請評鑑權、檢察官評鑑委員會加入外部委員等(法官法)、增訂刑事訴訟法第一編第八章之一限制出境、出海之獨立型強制處分、第 116 條之 2 包含電子監控等被告停止羈押時應遵守事項(羈押替代措施)等司法改革事項。

如您曾任法官，請問您任法官期間：

（一）請敘述下列事項：

1. 參與司法案件中，做成裁判之數量大約為多少？民事、刑事及行政訴訟比例大致為何？

2. 法官生涯中，承審主筆 10 件影響重大案件之案號與判決書。

3. 法官生涯中，10 件曾遭上級審法院推翻承審主筆意見案件之案號與判決書。

4. 除簡歷自傳中提及者外，曾停止審判聲請釋憲，或於判決中引用憲法或相關國際人權公約之案件與判決書。

（二）是否曾遭案件當事人聲請法官迴避，或是否曾自行迴避，原因為何？

（三）法院服務期間內，有無任何無償或有償之兼職？若有，請說明之。

（四）擔任司法行政職務期間所推動的政策及其影響。

答：未曾擔任法官。

四、司法或法律改革活動參與

（一）請提供個人參與過影響重大的司法或法律改革活動，說明個人參與該等活動的內容。

答：

於民國 87 年參與發起檢察官改革協會，係有感於檢察官定位屬性不明，外部又有將檢察官行政官化的趨勢，擔心檢察權行政化後易受政治干預。此一檢改運動持續多年，許多改革訴求也陸續獲得法務部正面回應，在檢察一體及檢察人事法制面及政策面均做了許多修正及改革。今日的法務部檢察官人事審議委員會、票選推薦主任檢察官、法官法關於檢察官的身分定位、檢察一體陽光化及指令權界限等規定，均為多年來檢改的具體成果。

（二）請列出個人曾為其從事政治或法律遊說活動的客戶或組織，並請說明為各客戶或組織進行遊說的內容。

答：無。

大法官被提名人林麗瑩

五、政黨及政黨活動

曾擔任政黨、政治性組織或其附屬機構之職務，其職稱及職責。若曾於政治競選中擔任特定職務，請說明職務內容及是否支薪。

答：無

參與政黨／競選人／組織	參與時間	擔任職務	工作內容	有無支薪	備註

大法官被提名人林麗瑩

六、利益衝突

擔任大法官後，自己及家族成員是否將會因此產生利益衝突？如有，說明個人將採取的因應之道？

答：

自己及家族成員身分或工作應無產生利益衝突之處。

裝

訂

大法官被提名人林麗瑩

第二部分　司法院大法官被提名人十問

一、憲政體制：

(一) 有國內外憲政學者，針對五權憲法體制提出不同意見評論，您對現行五權憲法認同嗎？

答：

我國憲法前言謂：中華民國國民大會受全體國民之付託，依據孫中山先生創立中華民國之遺教，為鞏固國權，保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利，制定本憲法…。憲法第 1 條則稱中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國。

是以我國憲法政體之設計，乃源自孫中山先生政治思想，包括其提出的五權分立創見。五權分立改良自西方三權分立政治理論與實務，雖最後憲法制定內容並未完全依照孫先生的規劃，但基本上仍符合國民主權、權力分立等現代民主法治國家的基本大原則，而以孫先生五權分立思想，將國家權力作更細緻的分工與分權，運作至今日，雖產生一些爭議，多屬憲法規定不明確而產生機關權限爭議，這是各國政治體制運作時多會產生的個別問題，應該是可以透過憲政慣例或修憲程序加以完善。

雖然一般認為修憲有其界限，司法院釋字第 499 號解釋謂：「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。」是以民主共和國原則、國民主權原則、人民權利保障及權力分立制衡原則，為民主憲政秩序基礎，為修憲界限，至於如欲修憲廢除考、監兩院，從五權改為三權分立，則如上所述，只要維持有權力間互相制衡關係，即無破毀憲法之疑，並不致逾越修憲界限，惟修憲工程有高度政治性，尚賴朝野取得共識以及國民全體的認同。

大法官被提名人林麗瑩

(二)您對五權憲法是否應調整有何見解？請問，您對於考試院與監察院的存廢有何想法？

答：

承前一問題的回答，目前五權分立憲法，確實有產生一些爭議，除循憲政慣例外，應可透過修憲程序加以完備，至於是否要廢除考試院與監察院回歸一般三權分立的架構，雖應該不涉及修憲之界限，但個人認為這只是各種完備憲政運作的選項之一，並非一定非如此不可。尤其廢考、監兩院，尚涉及國家最高機關人、事、物的調整變動，工程浩大，除政治成本外，也需考量經濟成本，當然關鍵在於修憲尚待朝野政黨取得共識，此外並經國民認同，本人目前為憲法法庭大法官被提名人身分，不宜再深入表示意見。

(三)您認為如何的憲政改革才是真正符合民主憲政的發展方向？

答：

承前一問題的回答，事實上憲政體制本有各種理想圖像，社會科學很難有所謂真理，多數涉及價值取向，例如總統制、內閣制或雙首長制等政體的選擇，均符合民主法治的憲政大原則，並各有其優點、弱點，也各有擁護者，各國所採行者多數都非典型的體制，而各有所修正或混和，尚無絕對應朝哪個方向改革才是正確的。本人反而認為司法權的改革，才是目前憲政改革的重點，亦即司法院釋字第 530 號所示的司法院應審判機關化，落實司法與行政的分離，方足以確保司法任務的中立性，完備權力分立的民主法治憲政秩序要求。

大法官被提名人林麗瑩

二、憲法訴訟法之修正：

世界先進民主國家的憲法法院對於要做成審判抑或是裁定皆有最低出席人數之規範，例如：日本最高裁判所（15 名法官）需有 9 名以上法官出席，要做成違憲判決則需 8 名以上法官意見一致；美國聯邦最高法院（9 名法官）需要 6 名以上法官出席，做出違憲判決則採簡單多數決；南非憲法法院（11 名法官）需有 8 名以上法官出席；南韓憲法法院（9 名法官）需有 7 名以上法官出席，做成違憲判決則需 6 名以上法官贊成；捷克憲法法院（15 名法官）需要 9 名以上法官出席，做成違憲判決則需 8 名以上法官贊成。顯然，針對憲法法院規範最低出席人數，已是普遍性的規範，防止少數判決。去年 12 月我國三讀修正《憲法訴訟法》，規範我國憲法法庭（15 名大法官）需要 10 名以上大法官出席，9 名以上大法官贊成，方能做出暫時處分裁定以及同意違憲宣告判決，您認為這樣的修正，是否有如同賴清德總統於公布法律時加註批示「容或有妨礙憲法法庭正常運作，侵越司法權力核心範圍，及破壞政府體制分立制衡之憲政爭議」？並請敘明理由。

答：

本人為大法官被提名人，不宜評論政治，但對新修正憲法訴訟法關於評議門檻之修正，謹提出以下意見：

1. 關於最低出席審理評決門檻之規定，宜有人數不足時的因應機制，以維持憲法法庭運作之彈性與空間

確實多數國家的釋憲機關均有規定最低出席審理評決的人數。但除了規定最低出席評決門檻外，為維持釋憲機關之彈性與運作空間，避免因評決門檻發生無法運作的困境，多同時有因迴避、卸任、辭職、免職或死亡，而人數不足或未及補足缺額時的因應機制。例如德國憲法法院係兩庭分別運作，一庭遇有因迴避而人數不足時，可由另一庭支援；另在不及選出下屆憲法法院的法官時，則屆期的法官仍繼續留任執行職務，以免憲法法院無法運作。另外，加拿大有所謂專案法官，在遇有最高法院大法官人數不足

大法官被提名人林麗瑩

時，可以專案調請來自於聯邦上訴法院、聯邦法院、加拿大稅務法庭法官等機制。114 年 1 月 23 日修正公布的憲法訴訟法僅有規定評決的最低門檻，卻未有缺額不足評議門檻時的補救機制，一旦人數不足，憲法法庭即無法運作，形同關閉釋憲管道，形成所謂的憲政困境，對於國家憲政秩序以及人民基本權保障將造成很大衝擊。尤其憲法法庭絕大多數的案件，均屬民眾提起的裁判憲法審查，憲法法庭一天不運作，就會影響許多民眾的權益，影響不可謂不大。

2. 關於違憲宣告之最低門檻，恐影響人民權益保障

現行憲法訴訟法將違憲宣告門檻調成至少須有 9 位大法官同意，使違憲宣告門檻至少將近達三分二，未來如果參與評議的人數縱達 10 人以上，但不滿 15 人，實際上同意違憲的門檻甚至會高於三分之二，其結果將使憲法法庭受理審查之案件，大部分以合憲判決終結。

或有認為，憲法訴訟法第 30 條的修正，目的是為了確保評議的品質和憲政的穩定性，但也可能因為違憲門檻過高，而導致案件無法有效審理，人民主張公權力侵害權利的案件，絕大多數都將以合憲終結，縱使有過半數大法官認為裁判或法規侵害人權，亦無法達成違憲之結論，此趨勢將影響人民的權益，使得憲法訴訟功能受限。

大法官被提名人林麗瑩

三、113 年憲判字第 8 號判決：

(一)您是否贊成 113 年憲判字第 8 號判決？理由為何？

答：

首先，憲法法庭的判決有拘束全國各機關與人民的效力，本人必須先表明對該判決充分尊重並予遵循的立場。

但憲法判決為司法判決的一種，做出之後均可受公評，本人確實也曾對該判決提出評論。最主要的是本判決首次以所謂合憲範圍，擴大該判決的審理範圍，雖然並未宣告死刑本身違憲，但除了宣告多個法律違憲，更進一步做立法指示，展現高度的司法積極主義。但死刑在我國社會中仍是一個意見針鋒相對且嚴重分歧的議題，涉及高度的價值取捨。釋憲者在此面臨所謂「抗多數困境」，亦即欠缺「直接」民主的司法，卻要審查應經民主程序表達的政治、道德或社會價值，應該要謙抑自制，有所謂的「司法自制」原則之適用，不宜採取司法積極主義。而不決定尚未成熟的案件，盡量尊重自己之前的決定，正是美國司法最小化主義(Judicial Minimalism)的主張：法院秉持消極的美德，在當代重大爭議上保持緘默，是一種建設性的緘默，也是基於尊重民主。將重大基本的、艱難的憲法問題留給民主機制。例如美國聯邦最法院在解釋酷刑禁止條款時，很早就提出殘酷且不尋常刑罰的概念，「會隨著受人性正義啟發的公共意見，得到更廣泛的意義」，之後並由首席大法官華倫(Earl Warren)在 Trop v. Dulles 一案發展成為「不斷演進的倫理標準」(evolving standards of decency)，這個標準持續影響美國聯邦最高法院的死刑釋憲案。而該院處理死刑相關議題時，例如智能障礙至何種程度不得宣告死刑或執行死刑、幾歲的未成年人不得宣告死刑等議題，公眾意見亦即社會共識(societal consensus)成為該院調整或轉變見解的關鍵基準。而 113 年憲判字第 8 號判決展現積極介入立法的指示，雖然有其保障人權的理念，卻忽略了在死刑相關議題上，社會仍有高度分歧的意見，判決也未顧及法學方法論經常提到的，在涉及價值取捨高度爭議的問題上，憲法解釋也必須進行後果的衡量，評估社會的可承受性，

大法官被提名人林麗瑩

否則將傷害到釋憲的權威性。正如本判決公布後，民意反彈甚大，甚至有提出公投案試圖翻轉本判決，確實會影響憲法判決的威信與安定性。

(二)您是否同意「個案犯罪情節屬於最嚴重」方得判處死刑？您又是如何解釋「個案犯罪情節屬於最嚴重」？

答：

我國已批准公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約(下稱兩公約)並通過兩公約施行法，兩公約已內國法化。依照兩公約施行法第 2、3 條規定，兩公約有關人權之規定、公約人權事務委員會之一般性意見已為我國內具有拘束力之規範。刑事司法實務並已將兩公約規定、一般性意見納入刑事實體法與程序法之解釋。其中公民與政治權利公約(下稱公政公約)第 6 條第 2 項規定非犯情節最重大(the most serious crimes)之罪，不得科處死刑，113 年憲判字第 8 號亦採認此一原則，本人表示贊同，判決理由中所提到的大部分判斷標準，本人認為係彙整國際、國內實務見解，大致並無不妥，但關於犯罪情節屬最嚴重之殺人既遂限於直接故意、概括故意、擇一故意，不包括未必故意(即所謂間接故意)部分，則不表認同。

蓋公政公約人權事務委員會第 36 號一般性意見認為所謂「情節最嚴重之罪」，限於涉及蓄意殺人的極嚴重罪行，但其解釋上並未排除未必故意。如果逕行排除未必故意，反可能有違反體系正義。蓋刑法規定直接故意和間接故意同屬故意，既然兩者在規範評價上相同，就不應在一開始就排除間接故意也有落入情節最嚴重範圍內的可能性。刑法理論上不法內涵的判斷，學者也曾舉例，斷言直接故意不法內涵高於間接故意，是指必須在其他條件相同的情況下，這個命題才有效：例如直接故意殺一人會較未必故意殺一人(如果都是持刀、因發生爭吵之動機)不法內涵高，但如果有其他變項，例如被害人數不同，就又另當別論，直接故意殺一人，跟未必故意殺 10 人，後者的不法內涵顯然較高，這在學說上沒有疑義。因此一開始就排除未必故意可構成情節最嚴重犯行，反而個案上會出現輕重失衡，影響量刑的正義。

大法官被提名人林麗瑩

(三)您是否同意「應經各級法院合議庭法官之一致決」方得判決死刑？比較法上有無立法例係採取相同之立場？

答：

要求審判一致決，就本人有限所知，為美國聯邦最高法院視為被告享有憲法增修條文第 6 條受陪審團審判權利的內涵之一，但具體係指有罪、無罪之認定須經 12 位陪審員的一致決，至於科刑程序並未要求須經陪審團決定。美國聯邦最高法院目前亦未對陪審團在量處死刑時是否應一致決表態。蓋目前美國尚有死刑刑罰之各州包括聯邦刑事審判，均採兩階段程序制(bifurcated prodeedings)，即區分罪責(有罪無罪)認定階段與量刑階段，陪審團認定有罪及罪名後，量刑階段則由職業法官或仍由陪審團審理。不過對於死刑之量處，目前多數州均規定罪責部分如係由陪審團審理之案件(被告可放棄陪審團審理，則改由職業法官審理罪責)，量處死刑也應由陪審團決定，至於陪審團於決定是否量處死刑，目前已有兩個州(阿拉巴馬州及佛羅里達州)並不要求一致決，主要考量避免極少數陪審員使評決陷入僵局(deadlock)。依照這兩州之規定，12 位陪審員中，若僅有 2 位以下之否決(10-2)，仍可科處死刑。而針對死刑量處不須一致決的規定是否合憲，雖曾有案件上訴到美國聯邦最高法院，但該院均未受理，迄今不表示意見。亦即第一審量處死刑，美國聯邦最高法院並未表示一致決為憲法要求，至於上訴審無論是否死刑案件，均為多數決，亦無一致決的要求。目前亦未聽聞比較法上，有上訴審採取一致決的立法例。

當然我國憲法法庭就人權保障標準可以要求比較高，但是從法理上來看，要求各審級一致決，形同一票否決制，個案沒有判死刑，可能是因為各審級中剛好碰到一位不願判處死刑的法官，這造成死刑制度上有很高的射倖風險，就像玩俄羅斯輪盤手槍一樣，反而對於將來有可能被判處死刑的被告非常不公平，判決理由認為各審級一致決可避免造成偏差及不公平的目的，結果卻適得其反。

(四)若未來有科處死刑之判決，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所

大法官被提名人林麗瑩

受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，憲法法庭是否應採取一致決才得以為合憲判決？

答：

如上所述，本人認為一致決係美國陪審團認定犯罪事實的要求，法律審包括憲法法庭的審理，不涉及犯罪事實的認定，不應也不宜採取一致決，此不僅在比較法未有所聞，此制度將使憲法法庭時時陷入評決的僵局，難以發揮憲法審查、保障人權的功能。

裝

訂

大法官被提名人林麗瑩

四、113 年憲判字第 9 號判決：

(一)您是否贊成 113 年憲判字第 9 號判決？哪部分贊同？哪部分反對？並請敘明理由。

答：

本人首先亦重申對憲法法庭裁判尊重並予遵循的立場。以下則提出個人的看法：

1. 就審查立法程序部分，遵循先例之尊重國會自律，深值贊同

本判決對於 113 年 6 月 24 日修正公布之立法院職權行使法之立法程序部分，遵循其先例如釋字第 342 號、第 499 號等解釋中所樹立之原則，即基本上司法不介入國會自律領域，關於立法、修憲之程序只要符合公開透明與討論原則，除有明顯重大瑕疵外，並不牴觸憲法，而認本案立法程序雖有瑕疵，但並未悖離公開透明原則，而不違憲，本人表示贊同。

2. 就審查相關條文內容部分，判決就機關權限部分主要依權力分立原則、機關忠誠義務為審查，並遵循先例釋字第 325 號、第 461 號、第 585 號、第 631 號、第 632 號及第 729 號等解釋進行審查；就課予人民義務及處罰部分，主要依法律明確性原則、比例原則、正當法律程序加以審查，就此基本審查原則部分，本人亦表贊同。

3. 至於具體條文方面，就調查權部分，本號判決基本上係因循釋字 585 號對立法調查權之建置，強調必須與立法院憲法職權之行使有重大關聯之必要，並進一步指明就調查事項(含範圍)、目的及方法，尚應具體明確，俾利判斷調查權之行使，與立法院憲法職權之行使有重大關聯且必要，並指出調查方法涉及課予政府人員或人民陳述證言或表示意見之協助調查義務者，必須具體明確，並應以經院會決議通過，始得為之等，應屬對釋字第 585 號更具體之補充，並非否定立法調查權，而係指條文規範違反明確性原則。不過與釋字第 585 號解釋一樣，究竟立法調查權的範圍何在？與監察院的調查權之界限，本判決仍未有明確說明，將來勢必

仍會產生爭議。例如憲法明列立法院職權包括議決法律案、預算案等，則對於各院預算案之擬訂，是否與其議決預算案職權有重大關聯，或此屬各院內部形成政策過程，為各院職權核心等爭議，均仍涉及權限爭議。又有關第 25 條第 8 項「移送彈劾或懲戒」部分，本判決以介入憲法明定之監察委員彈劾提議權，逾越立法院之憲法職權範圍，並有干擾監察院彈劾權行使之疑慮，並以縱限縮解釋該條僅屬立法院對監察院提出之彈劾建議，監察院及監察委員均不受立法院移送案之拘束，但此亦將引發立法權、行政權與監察權間之憲政爭議等理由宣告違憲，就此部分本人贊同朱富美大法官及詹森林大法官均提及之不同意見，基於司法權尊重立法權之憲法要求，有權解釋機關在遇文義有多種解釋可能性時，應以合憲解釋為優先選擇，第 25 條第 8 項所謂立法院得「移送彈劾」，無從被解為一重新分配彈劾權限之規定。據此，本項所規範之「移送彈劾」，在合憲性解釋下，解為立法院自身在符合一定程序之要求下，可向監察院「建議」啟動彈劾，至於是否個案可能引發政治角力或爭執，乃規範妥適性問題，應非屬違憲審查之釋憲機關所須審查之事項。

(二)前大法官湯德宗在社群平台錄製影片指出，多數大法官對憲政體制的理解錯誤，錯將我國憲政制度視為「內閣制傾向的雙首長制」，他主張國會對行政權的監督，只要不侵害其「核心職權」，即可認為合憲。請說明對此意見之看法及評論。並請說明釋憲時採多數決制與存在不同意見書的意義，及在不同憲政理解流派下，如何避免將憲政爭議簡化為政黨鬥爭或價值對立？

答：

如同在第一個問題的第二小題所回答的，本人認為憲政體制本有各種理想圖像，如總統制、內閣制或雙首長制等，但實則為各國體制運作實況所做的學術歸納，並系統化而成的政治理論，重點在於分析不同體制如何操作國家分權而治、互相制衡的方式，但實際上各國所採行者多數都非典型的體制，而各有所修正或混和。我國釋憲機關除在 1997 年憲法增修前之釋字第 419 號理由書曾明白提及我國憲法規定下的體制應為內閣制外(釋字第

387 號亦有相同意旨，但未明確使用內閣制一詞)，1997 年後的釋憲均未明確定位我國體制究為總統制、內閣制、雙首長制或所謂內閣制傾向的雙首長制。對於有關總統、立法、行政三者間關係與權限的解釋，大法官均從憲法規定加以闡明，如釋字第 461 號指出凡行政院各部會首長及其所屬公務員，除依法獨立行使職權，不受外部干涉之人員外，於立法院各種委員會依憲法第 67 條第 2 項規定邀請到會備詢時，有應邀說明之義務。參謀總長為國防部部長之幕僚長，有應立法院邀請於委員會接受立委質詢之義務；釋字第 543 號重申發布緊急命令應由總統經行政院會議決議的憲法規定；釋字第 613 號解釋行政院為國家最高行政機關，基於行政一體，須為包括獨立行使職權之國家通訊傳播委員會在內，所有行政院所屬機關之整體施政表現負責，法律賦予獨立機關獨立性與自主性之同時，仍應保留行政院院長對獨立機關重要人事一定之決定權限，以落實行政一體及責任政治；釋字第 627 號則指出雖經歷多次修憲，總統仍僅享有憲法及憲法增修條文所列舉之權限，而行政權仍依憲法第 53 條規定概括授予行政院，憲法第 37 條關於副署之規定，僅作小幅修改等，至於 113 年憲判字第 9 號更未指出我國傾向何種憲政體制，而僅從憲法規定加以推論相關規定合憲與否。

至於國會對行政權的監督，只要不侵害其「核心職權」，即可認為合憲之主張，本人則表贊同。有關機關權限爭議的憲法解釋理論，雖已從早期的核心領域之說，漸採取功能最適原則的審查，畢竟會產生爭議者，通常已非典型的核心權限事項，惟核心領域理論仍是探討權限分際不容放棄的基準，功能最適觀點，係在規範內容不明確時，才有其發揮之餘地，仍不能以功能最適觀點侵犯核心領域。

又關於釋憲多數決與不同意見書的意義，各國釋憲機關多數均依此制度運行，亦即機關的結論依照多數決，但公開個別法官的不同意見書。一般認為公開不同意見書符合開放社會的精神，調和了評議秘密原則，雖然不同意見書不能動搖多數所做成的結論或決定，但不同意見書有助於憲法的續造與發展，展現司法的思辨性，今天的少數可能成為明日的多數。雖然也有批評不同意見書的提出，會減損判決的威信與形象，特別是憲法法庭的

大法官被提名人林麗瑩

判決，對於輿論或政治上不贊同判決立場的一方，執不同意見書攻擊判決的正確性，將傷害判決對外的單一絕對性，但本人認為不同意見書制度利大於弊。

又對於憲政爭議，雖然憲法法庭無法迴避機關間權限爭議之審理，但因涉及高度政治性，釋憲者仍應謹慎睿智地化解爭端，而又能謹守本分，不「從事政治」(poltik treiben)，秉持司法自制原則，而不應採取積極主義，避免陷入政治爭議及價值對立的漩渦，以維持司法之中立性，並避免損及司法威信及信賴性。

裝

訂

大法官被提名人林麗瑩

五、憲法法庭之職權：

根據中華民國憲法增修條文第 3 條，行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院十日內，移請立法院覆議。又依憲法訴訟法第 47 條第 1 項規定「國家最高機關，因本身或下級機關行使職權，就所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」。

然憲法上覆議制度為政治層面考量，聲請釋憲應為法規範是否牴觸憲法之合憲性判斷，惟行政院屢次將立法院三讀通過之法律案及預算案聲請釋憲，您認為聲請釋憲是否適合作為政黨衝突之最終解決手段？並請敘明理由。

答：

憲法法庭的職權在於維護憲政秩序、保障人權，不應涉入政治鬥爭、政黨衝突。至於覆議程序依照憲法增修條文第 3 條第 2 項第 2 款規定，係行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認有「窒礙難行」時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院 10 日內，移請立法院覆議。是以覆議案之實體要件為相關議案有「窒礙難行」之處；而機關法規範違憲審查，依照憲法訴訟法第 47 條第 1 項之規定，必須就最高機關本身或其下級機關行使職權，就所適用之法規範，認有牴觸憲法者，可提起法規範違憲審查。法規範窒礙難行與法規範違憲，應為不同概念，自不得混淆，而將本應依覆議程序處理之問題，向憲法法庭提起法規範審查。但法規範如確有違憲爭議，自不因同時有窒礙難行之處，即排除可聲請釋憲之途徑，至於個案是否有利用釋憲程序做政黨衝突解決，本人不宜表示意見。

大法官被提名人林麗瑩

六、大法官獨立行使職權：

(一)針對有檢察官背景、未曾擔任法官的人被提名為司法院院長，以及大法官人選被質疑以「國安」或「政治忠誠」為標準，民眾憂心「審檢一家親」重現，司法獨立蕩然無存之疑慮。請問大法官，您如何看待行政部門以「國安」或「忠誠」為提名標準？未來如您出任大法官，將如何確保自己不成為政權工具，而是守護人民權利、依法獨立審判的最後防線？

答：

1. 大法官來源應多元化

大法官的來源應該多元，法官、學者或律師可分別代表不同法律領域對憲法的觀點，如此憲法法庭才能透過不同觀點的思辨，達成較為完備的判斷。我國歷任大法官不乏來自檢察官、律師、學界及行政部門等法律專業人士，而不偏重或偏廢一方，此亦為司法院組織法第 4 條第 1 項明定大法官資格包括來自法官、檢察官、教授、研究學者等等六款資格，同條第 2 項並規定具有前項任何一款資格之大法官，其人數不得超過總名額三分之一，其立法目的即在多元化大法官之任用，並避免偏重單一來源。

2. 大法官所盡的忠誠義務，係忠於憲法

至於大法官的忠誠義務，係忠於憲法、服膺憲法並超越黨派、政治與個人利益，維持中立形象。尤其在國家安全議題上，扮演著人權保障的守護者角色，並注意國家安全維護的必要性。特別是面對國家安全威脅升高等情況，必須警覺政府基於防衛國家與全體人民安全，確保社會穩定，將採取相關防衛作為，尤其針對新興的各種攻擊模式，包含經濟、科技、數位等攻擊，國家各類防範措施所新興的人權爭議勢必增多，憲法法庭應體認確保民主憲政秩序穩定與個人基本權保障同為憲法誡命，違憲審查基準所依賴之立法事實調查，例如手段與目的達成間的關聯性、手段侵害是否必要、是否有其他替代措施等，勢將面臨各種專業挑戰，必須相應提昇有關素養，並增加各國及國際人權法院相類案件判準的探究，例如美國聯邦最高法院

大法官被提名人林麗瑩

今年初對於 TikTok 社群平台「不賣就禁」法案的審查，即屬新的審查對象與方法，值得研析，並謹守憲法對個人基本權保障的誡命。

(二)前總統陳水扁曾說：「大法官不是萬能的上帝……不要利用大法官，陷其於不義。」面對近年行政、立法爭端需要訴諸釋憲程序時，請問您如何看待大法官的角色定位？在政治權力拉鋸中，是否認為憲法法庭應自我節制及迴避利益，避免司法被政治工具化？大法官在處理涉及政治權力爭端之憲法訴訟時，應如何劃定其角色邊界，以避免司法被政治工具化、維護法治中立性？

答：

1. 大法官審理機關權限爭議案，應採取司法自制之立場

關於行政、立法等政治部門的權限爭議、個別憲法機關行使權限是否逾越憲法界限之問題，經常產生政治爭端，我國釋憲史上諸如副總統可否兼任行政院長(釋字第 419 號)，核四預算停止執行(釋字第 520 號)等重大權限爭議，均有高度的政治性。美國聯邦最高法院有司法不介入政治問題的誡命。德國聯邦憲法法院之權責雖包括機關權限爭議，但其對行政、立法等政治部門的權限爭議、憲法機關行使權限是否逾越憲法界限之問題，則以司法自制原則因應，避免捲入政治漩渦，傷害憲法法院作為仲裁者的權威性。德國聯邦憲法法院曾指出，凡是向聯邦憲法法院有所請求之人，無論是循何種程序，其所要的是法律，而非是政治上的決定。憲法賦予憲法法院一定的權限(指機關權限爭議)，乃使國家存立的問題，繫於法院對於憲法問題的判斷，此種作法在憲法政策上是否合目的性，並非該院所得加以審究者。無論如何，關於政治決定置於法院手中的說法，是不正確的。

2. 政治問題應交由政治程序解決，大法官應避免捲入政治爭執

我國憲法法庭也必須處理機關權限爭議，以及機關行使職權有否逾越憲法的問題，德國聯邦憲法法院的經驗甚值參酌，而美國聯邦最高法院的不處理政治問題原則，也曾為我國釋憲所引用，如釋字第 328 號，就憲法第四

條我國領土範圍之規定，以其所稱固有疆域範圍之界定，為重大之政治問題，而不予以解釋。另對於修憲、立法程序爭議，則採低密度審查，尊重國會自律(釋字第 342 號、第 499 號參照)，除有不待事實調查，而一望可知的明顯重大瑕疵，否則均認定合憲，基本上類似德國所採的司法自制原則。至於機關間的權限爭議，學說或實務上從早期的核心領域理論，現已漸採取功能最適原則的審查，但涉及高度政治爭議時，大法官也採取克制的態度，以「政治問題應交由政治程序決定」，避免捲入政治漩渦。例如釋字第 520 號解釋關於核四預算停止執行案，或有批評該號解釋大法官審而不決，並未具體判斷行政院片面停止核四預算執行是否合憲的問題，但該號解釋詳細說明因施政方針或重要政策變更涉及法定預算之停止執行時，行政院或相關部會首長，應依照憲法增修條文第 3 條及立法院職權行使法規定，適時向立法院提出報告並備質詢。立法院並有聽取報告之義務，而如立法院做成反對決議或其他決議，則應視決議之內容，由各有關機關依本解釋意旨，協商解決方案或根據憲法現有機制選擇適當途徑解決僵局。該號解釋意旨即抱持兩院應依憲法所定相關機制解決僵局，即「政治問題應交由政治程序決定」，而避免捲入政治問題的爭執。

大法官被提名人林麗瑩

七、不適任檢察官：

根據法務部統計分析資料，檢察官評鑑委員會新制施行後案件統計表、案件結果統計表所示，自民國 109 年起總數 969 件之案件，移送懲戒法院者 10 位、交付檢審會者 2 件，請求成立比例僅佔 1.2%，顯見光是成案就有高度困難。

自 2012 年起，財團法人民間司法改革基金會召開至少六場「追緝惡檢」系列記者會，議題包含檢察官濫行起訴、淪為私人打手、動用搜索扣押權解決糾紛、違法濫權等，羅秉成前政務委員、顧立雄部長當時都大聲疾呼法務部對於檢察官辦案濫權、疏誤應進行了解及究責，諸多案例均顯見檢察官在偵查程序中手握國家偵查大權，對於被告有不當逼供、無證據起訴、將起訴書當作說故事比賽等情形屢見不鮮。

(一)您認為目前對於不適任檢察官之監督機制是否完備?

答：

強化獨立有效能，兼顧正當法律程序的檢察官監督與淘汰制度，是 2017 年全國司改國是會議的重要結論之一，回應相關結論，法官法修正法官、檢察官評鑑制度經行政院、司法院及考試院會銜送請立法院審議，完成修法，並於 108 年 7 月 17 日公布。修正重點為：受評鑑檢察官承辦已終結案件之當事人或被害人，無須透過民間團體或其他陳情方式，得直接請求個案評鑑；調整檢察官評鑑委員會外部評鑑委員人數，由原來的 4 人增加為 6 人；委員會認受評鑑法官應受懲戒時，得直接報由司法院移送職務法庭審理，無須繞道監察院進行彈劾，以提昇審理之效率；限制應受懲戒法官申請退休、資遣之時點，提前至由司法院移送監察院審查時，並增訂對受懲戒判決時已離退者之追繳退休金制度等，基本上已依各界要求完備檢察官評鑑制度。

目前實施狀況的檢討，民間對於聲請評鑑之事由，排除法律見解錯誤為聲請評鑑事由，似有過於僵化之情形，法律見解不得請求評鑑本在保障司法

的獨立性，但對於部分假法律判斷之獨立性，而有個案偷渡徇私的情形，建議對於明顯違法、恣意曲解之事由亦可請求評鑑，本人認為可以思考審慎採行。

(二)您是否支持尤伯祥大法官於 2009 年 4 月投書所言「偵訊人員行使之公權力源於國民主權，既受全體國民之付託，向全體國民負責，則他方面全體國民對偵訊人員行使權力之結果，當然負有監督之責。當有人在偵訊室內遭到不正取供時，做為與其同為社會共同體成員的其他人，難道在道義上可以漠不關心？」?您是否贊成為維護被告或犯罪嫌疑人不受不正訊問之權利，偵訊內容應公開?

答：

檢察官偵查案件，必須遵守正當法律程序，而不正訊問、不正取供均非可取，此種違法行為，會遭遇兩種法律效果的制裁，一是在本案訴訟程序中，相關取得之供述證據，法院認為如構成不正訊問，將排除證據能力，一是對不正訊問之檢察官進行懲處，除監督長官可發動職務監督外，當事人亦可直接對檢察官聲請評鑑，請求調閱偵訊錄音影資料，加以調查確認。如果涉及刑求逼供，更可能有刑事責任。

法治國家對於各種不法或不當行為的追懲，均有司法訴訟管道，也有一定的正當法律程序，不因身分而有不同待遇。檢察官如有違失、犯錯，也必須按照法律程序加以究責懲處。為維護被告或犯罪嫌疑人不受不正訊問，已有上述救濟及懲處失職者的法定途徑，若公開偵訊內容，如係偵訊錄音影光碟，因屬訴訟之證據資料，不僅將違反法院組織法第 90-4 條，且形同公審，恐與法治國原則不相符合。

大法官被提名人林麗瑩

八、特別預算：

憲法第 63 條規定「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權」；憲法第 70 條另明定「立法院對於行政院所提預算案，不得為增加支出之提議」，請被提名人說明：

(一)我國憲法並未明定特別預算之相關規定，現行特別預算之提出及審議均依預算法規定辦理。憲政運作上，特別預算之編列均先有特別條例授權行政單位編列。請問特別預算之編列是否以定有特別條例為必要？

答：

特別預算是一種預算調整機制。由於政府預算均在前一年度編列完成，但事先編定與執行間會有落差，是以預算制度上會設計「彈性調整」機制。我國預算的調整機制有不同層次的安排，首先是第一預備金、第二預備金，再來還有所謂追加預算，如果這幾個彈性機制還不足以因應臨時需求，才需要動用到特別預算，因此「特別預算」具有最後手段性。

依照預算法第 83 條，在「國防緊急設施或戰爭」、「國家經濟重大變故」、「重大災變」及「不定期或數年一次之重大政事」四種特殊情況下，行政院得以在年度預算外，再提出特別預算，又依同法第 84 條前段，特別預算之審議程序，準用本法關於總預算之規定，是以特別預算之提出，不以訂定特別條例為限。而依照立法院 114 年度中央政府總預算案整體評估報告指出，近年屢以特別條例提出特別預算，並以「不定期或數年一次之重大政事」事由最多。

(二)倘特別條例之訂定為提出特別預算之要件，立法委員是否有提出特別條例之提案權？立法委員所提特別條例中，就特別預算之總額訂定上限是否有違憲之虞？於法條指定辦理之各項業務明定預算總額上限或下限，是否有違憲之虞？

大法官被提名人林麗瑩

答：整合(二)、(三)、(四) 於(四)一併回答

(三)若前開特別條例同時有行政院提案及立法委員提案，其中若有出入—如立法委員提案較行政院提案總額為高—是否有違憲法第 70 條之虞？

答：整合(二)、(三)、(四)於(四)一併回答

(四)立法院有議決法律案之權。倘立法院所議決之法律案事實上必須增加政府預算支出，是否會有違憲法第 70 條之虞？

答：

因(二)、(三)、(四)小題均涉及立委有關預算之提案，茲合併答覆如下：

根據上述立法院 114 年度中央政府總預算案整體評估報告，已有指摘特別預算常態化與預算單一性為原則未盡相符，恐破壞正常預算體制。是以，目前應以減少特別預算並回歸正常年度預算編列為要，似不宜再開提案訂定特別條例提出特別預算之門。

至於立法委員特別條例提案，就特別預算總額訂定上限或下限、預算總額高於行政院提案、立法委員以法律案增加政府預算支出等，是否有違憲法之問題，基於憲法法庭大法官被提名人之身分，不宜具體回應，但在此仍提出爭點所在，即立委提案特別預算、其總額高於行政院提案、立法訂定各項預算之上限或下限、或以法律案增加政府預算等，爭點在於是否相當於預算案之形成、是否與對行政院所提預算案為增加提議相當、以及是否符合預算案作為措施性法律之性質，這些爭點必須從「責任政治」與「權力分立」加以探究。司法院釋字第 391 號解釋理由認為，預算案有其特殊性而與法律案不同，法律案無論關係院或立法委員皆有提案權，預算案則僅許行政院提出、預算案必須由立法機關審議通過而具有法律之形式，故有稱之為措施性法律(Massnahmegesetz)，以有別於通常意義之法律等語，惟該解釋除城仲模大法官提出部分不同意見外，大法官蘇俊雄、劉鐵錚兩位則提出不同意見，認多數大法官據以支持「預算行政說」之「責任政治」

大法官被提名人林麗瑩

與「權力分立」等理由，是否得以使「預算行政說」與我國之民主憲政法秩序相容，尚有疑義，指出「預算行政說」的立場僵硬地切割設定預算之提案權與議決權，從而單純地禁止立法委員為預算內容的積極調整行為，但卻未慮及權力間之「制衡」原理，以致法理上輕重失衡，無法導引出判斷是否違反責任政治與權力分立原則的合理標準。不過該解釋與不同意見仍僅限於立法委員調整預算科目之作為。本題所列各爭議則更待個案立法事實之調查，方可為判斷。

大法官被提名人林麗瑩

九、法庭直播：

總統府司改國是會議於 106 年做成以下決議：「大法官憲法法庭、最高法院及最高行政法院召開言詞辯論庭應予直播」，且要求司法院針對地方法院、高等法院以及高等行政法院、智慧財產法院第一、二審案件，例如：民刑事選舉案件、刑事貪瀆案件、危害公眾利益（例如重大經濟案件）、弱勢族群及邊緣文化的訴訟和集體訴訟、高度憲政爭議及政治重大矚目案件以及高等行政法院所有案件，尤其食品安全、環境保護、及稅法案件等，在權衡確保人民知的權利、訴訟當事人公平審判權、被告、證人及關係人的人格權與實現公開透明的正當法律程序原則之下，一年內研議法庭直播的範圍與條件。

您是否同意我國各級法院法律審應全面直播、事實審特定案件進行直播？或應該有何條件與配套限制？並請敘明理由。

答：

法律審程序透過直播，而使言詞辯論內容向公眾公開，有助於法律的公眾思辨與教育，本人表示贊同。惟法律審辯論雖原則上不涉及個案事實，但仍應注意如有量刑事由的辯論，亦可能涉及被告或被害人之隱私、個人資訊，應有配套對個案情形加以限制或保護。至於事實審直播，情形更形複雜，本人持比較謹慎保留的態度。原則上應避免有公審效應、影響公平審判或侵害人格權、隱私權等情事。

惟填寫本問題時，立法院已於 114 年 6 月 27 日三讀通過法院組織法相關條文之修正，依通過之規定，法律審為原則予以公開播送，例外限制；事實審原則不公開播送，例外於審理涉及重大公益或社會矚目案件，得依當事人聲請或法官依職權，裁定以適當方式，將公開行訴訟之言詞辯論及裁判之宣示所為之錄音、錄影，予以公開播送。

依照新修正之規定，事實審公開播送之程序，限於言詞辯論及裁判宣示，已大幅限縮可能造成訴訟相關人個人資料、隱私及人格權的侵害，但仍應

大法官被提名人林麗瑩

注意縱使言詞辯論仍會涉及證人、鑑定人個人資訊，被告或被害人隱私，特別是量刑辯論，被告的個人背景幾乎是將其全生命的歷程於法庭中描述公開，犯罪情節更涉及被害人的私密。依照新修正規定，個案是否公開播送最後由法官裁決，並有規定給予參與訴訟之人得聲請予以變音、變相或去識別化之措施，個案法官必須充分考量各相關人的權益並與公益做謹慎衡量。本人認為適當的作法，應該徵詢個人影像、聲音或個人資訊會出現在公開播送內容的訴訟關係人之意見，如有不同意者，其部分即應從公開播送中加以隱蔽，或增加保護措施，此措施亦為多數開放事實審公開播送的立法例採行的作法，例如法國、加拿大等。至於公開之適當方式，個人認為原則上宜於判決後，方予公開，不僅可達到監督司法之功能，亦使影響公平審判之疑慮降至最低。

大法官被提名人林麗瑩

十、代理孕母法制化：

釋字第 748 號解釋指出：「民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違。有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。」

代理孕母制度在國際間發展趨勢不一，部分國家如美國、加拿大、英國等地區已設立相關法制。衛福部為推動人工生殖政策改革，推動代理孕母，於 113 年 5 月公告的人工生殖法草案中特別提到，這些變革都是為了服膺釋字第 748 號、第 721 號、第 696 號、第 554 號、第 552 號、第 362 號等解釋，所闡述要維護「憲法第 22 條保障之婚姻自由」及「憲法第 7 條保障平等權」根本原則。

又我國目前《人工生殖法》僅針對配偶雙方使用人工生殖技術做規範，代理孕母至今尚未法制化，惟實務上有民眾赴海外進行相關安排，並引發子女法律地位與基本權保障之爭議。請被提名人說明：

(一)國際上代理孕母法制之發展，對我國憲法解釋與立法政策有何啟示？

答：

代理孕母一般指透過第三方婦女的子宮懷孕生子，由該婦女孕育胎兒，生產後將嬰兒交給委託方。從相關媒體報導可知，早期歐洲國家均禁止代理孕母，但隨各類民間團體的推動，已有許多國家開放代理孕母，但反對聲浪也不小，目前全球至少已有 30 多國開放代理孕母，僅開放程度、限制不同。英國、加拿大、丹麥、荷蘭、巴西、紐西蘭和澳洲等允許利他代孕（即不收取報酬，例如自願代孕或委託親友代孕），但禁止商業性代孕，也有國

大法官被提名人林麗瑩

家開放商業代孕，但是容易產生人權或倫理爭議。代理孕母在國際上討論最多的爭點是關於代理孕母的人權議題。美國實務上即發生著名的 M baby 案，該案委託代理孕母之契約被紐澤西州最高法院宣告無效(In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396)，並因代理孕母為胎兒卵子的提供者，取得作為胎兒生母之親權，而使代理孕母制度該如何運作，產生爭議。上述案例在 1988 年判決，到了 1993 年美國加州則在 Johnson v. Calvert 案確立代理孕母運作的原則：代孕者與代孕子女不具血緣關係，而委託之夫妻與代孕子女有血緣關係，則以雙方簽訂契約的時點為斷，簽約時具有擔任父母之意願者取得親權等，因原則之確立使代孕制度在美國各州又發展起來。

尋求代理孕母者，主張的是其生育權保障，特別是有受孕障礙者、單身者，無法藉由自然生育自己兒女，有透過人工方式保障其生育權行使之必要；而代理孕母方的權益，較為複雜。除了代孕者身體健康承受風險外，代孕者出借子宮甚至卵子後，與新生命間會有情感聯繫、而生倫理問題，因此常有爭端。又由於供需造成不對等的結構因素，而有代理孕母被工具化、受壓迫及剝削的質疑，此均涉及身體自主權與親權的憲法爭議，更是對憲法最高價值人性尊嚴的嚴肅挑戰。

在立法政策上，我國除了可參考各國的規範外，大方向採取較為安全的利他代孕模式，並限於借腹不使代孕者與胎兒有血緣關係，可降低上述人權或倫理上的爭議，但仍需配套照顧孕母身體健康風險、子女身分認同、親權歸屬等問題，以降低對代理孕母制度的質疑。

(二)依據憲法所保障之人格尊嚴、生育自由、性別平等與家庭權，您是否認為代理孕母可在憲法架構下予以容許？

答：

憲法價值本即應隨時代演進，憲法保障人格權(釋字第 399 號、第 486 號、第 587 號、第 603 號、第 656 號、第 664 號及 111 年憲判字第 8 號、113 年憲判字第 3 號等參照)、家庭生活、家庭制度(釋字第 372 號、第 554 號、第 712 號等參照)，也是透過解釋發展而建立，而憲法第 7 條保障之平等權

即包括性別平等，亦藉由解釋發展消除性別歧視(釋字第 365 號、第 807 號及釋字第 748 號等參照)。生育自由又為一較新興之人權，特別是對於先天或後天意外喪失孕育生命能力之人，實際上與其他病患一樣，都有透過新興醫療技術治療的人權。消除婦女一切形式歧視公約（CEDAW）第 12 條要求應為婦女提供懷孕、分娩和產後的服務及營養等，即明文生育權保障。美國聯邦最高法院也承認家庭權、生育權，以結婚、建立家庭的自由，受到美國憲法增修條文第 14 條保護(Cleveland Board of Education v. La Fleur, 414 U.S.479)，生育權作為個人權利，包括單身者或結婚者有權利決定生育或養育孩子(Eisenstadt v. Baird, 405 U.S.438)，但保障生育權，在憲法層次目前各國多僅限於自然生殖方式，人民可以消極要求國家不得介入個人的生育自主權，人工生殖則仍為立法層次之保障。上述公約第 12 條進一步使國家有積極提供優惠措施之義務，而使個人權利具有請求權的面向。憲法保障生育權是否可擴張到人工生殖，甚至使用另一人身體的權利，亦即國家不得干預透過雙方合意的契約，進行人工生殖包括代孕等，則仍有前述在第一小題提到的爭議，但此並非不能透過制度的規劃，建立良好的法律監管機制，避免孕母及兒童權益受到侵害，應為憲法所許可。

(三)如推動代理孕母法制化，您認為應設立哪些憲法上之基本原則與限制，以保障孕母、委託人及子女之基本權益？

答：

個人認為應該在憲法保障人格權的架構下，立法滿足生育者委託生育的需求，同時充分保障孕母身體自主權，而必須提供充分之資訊、確保其實質的選擇自由(知情同意)，避免有剝削壓迫情事，確保雙方委託契約是符合平等、透明原則且無違倫理。後續則有子女身分認同等權益必須顧及，兒童亦為憲法上權利主體，聯合國兒童權利公約並要求必須遵循兒童之最佳利益，應尊重其自我身分的選擇。

(四)若我國法律未提供「代理孕母制度」選擇，是否構成侵害憲法保障的國人權益？ 原因為何？

大法官被提名人林麗瑩

答：

個人認為代理孕母制度在憲法層次的問題，應是各種權利衝突的調和，正如第一小題所述，委託代理孕母者，有其人格自我實現滿足生育、家庭生活需求，希望透過法律、契約自由精神加以實現，甚至主張性別平等；而代理孕母則有人格權、身體自由、健康權等受到干預的疑慮，此外，孕母更可能對胎兒主張享有一定之親權，認為其亦受家庭權之保障，而這些權利的衝突，具有相當高的倫理性，即社會的價值觀感，因此必須有賴法律制度的規劃，來平衡各方需求或基本權的落實與保障。前一小題也已說明，目前承認憲法生育權之保障，國際間尚僅止於自然生殖，是否可擴張至人工生殖亦為憲法所保障，甚至可積極請求國家提供人工生殖的協助，仍是一個待發展的憲法議題，「代理孕母制度」目前與其說是主觀權利的追求，毋寧更類似制度性的社會工程，將來是否因國家法律未提供「代理孕母制度」而構成基本權侵害？本人保持開放態度。

臺灣臺北地方法院檢察署檢察官起訴書101年度偵字第22693號

101年度偵字第22694號
102年度偵字第7106號
102年度偵字第8496號

被　　告　李0華　女
住
國民身分證統一編號：
(現羈押於法務部矯正署臺北看守所)
蓋0群　女
籍設
現居
國民身分證統一編號
董0淵　男
住
國民身分證統一編號

上二人共同
選任辯護人　葉秀美　律師

上列被告因違反銀行法等案件，已經偵查終結，認應提起公訴，茲將犯罪事實及證據並所犯法條分敘如下：

犯罪事實

一、李0華與其胞兄李0全（另行通緝）、蓋0群、董0淵均知非銀行不得收受存款及受託經理信託資金等業務，且參加人取得佣金、獎金或其他經濟利益，主要不得基於介紹他人加入，而非基於其所推廣或銷售商品或勞務之合理市價，竟共同基於約定給付顯不相當紅利向不特定多數人吸收資金及違法多層次傳銷之犯意聯絡，簽訂合作協議書，由李0全成立盛世達有限公司（最後登記公司所在地址為臺北市中正區許昌街42-1號10樓，下稱盛世達公司）擔任負責人，並先由蓋理群擔任會計，董0淵擔任業務對外稱總經理，自民國99年11月間起，以盛世達公司在泰國轉投資之ELEVEN ELEVEN工業公司獲利頗豐，亟需資金擴充產能為由，用借款或投資名義向不特定之人吸收資金，並與投資人約定每借款單位為新臺幣（下同）10萬元，每月固定分配5%之利息即5,000元，投資期間3個月至1年不等，期滿可收回本金；另外，每介紹其他投資人加入一單位10萬元，每月可以多領1,000元車馬費，而以此方式招攬投資人投入吸收資金。至100年5月李絢華加入並取代蓋理群擔任公司會計，蓋理群則轉為業務，至同年6、7月間為止蓋理群與董0淵退出經營。期間其等要求投資人將借款或投資款以現金交付與李0華、李0全，或匯入李周全華南商業銀行（下稱華南銀行）帳號113200905016號帳戶、兆豐商業銀行城中分行（下稱兆豐銀行）帳號01727026742號帳戶、盛世達公司華南銀行帳號113100157411號帳戶、台新國際商業銀行（下稱台新銀行）帳號20560100000900號帳戶、李0華中華郵政股份有限公司（下稱中華郵局）沙鹿鹿寮郵局帳號01414410108259號帳戶、合作金庫商業銀行新生分行（下稱合作金庫銀行）帳號094776569600號帳戶、蓋理群中華郵局帳號00013270449799號、合作金庫商業銀行3100765501267號帳戶及董0淵中華郵局00025210188263號帳戶等，又為取信不特定投資人，由

李0全簽發本票及出具保管條擔保到期付款，吸收包含如附表所示陳0男在內之100多人投資，金額達2億4,731萬3,500元（不含李0庭、劉0華、劉0柔等人無法接受自救會開出之條件部分），惟自101年2月起，其等即以因泰國水災損失及ELEVEN ELEVEN工業公司資產遭員工侵占等藉口，無預警停止支付投資人本金及利息，致如附表所示之陳0男等人損失不貲，因而報警查悉上情。

二、案經陳0男、李0庭等多人告訴暨臺北市政府警察局大安分局、中正第一分局報告偵辦。

證據並所犯法條

一、證據清單及待證事實：

編號	證據清單	待證事實
1	被告李0華之供述	1.其自100年5月間起，擔任盛世達公司會計，對外借款招募資金用以投資泰國ELEVEN ELEVEN工業公司，並以每借款單位10萬元，每月固定分配5%之利息即5,000元，投資期間3個月至1年不等，期滿可收回本金，每介紹一單位10萬元借款，每月可以多領1,000元車馬費之方式吸收不特定人投資之事實。 2.其與李周全至100年12月止，以前揭方式，向100多人吸收投資金額1億8,000多萬元，付息還本到101年1月止，嗣因泰國水災及泰國ELEVEN ELEVEN工業公司資產遭員工侵占才無力付款，有與投資人簽和解書達成和解。
2.	被告蓋0理群之供述	1.自99年11月間起至100年5月間，擔任盛世達公司會計，並為投資人介紹上開投資收息方式。 2.自己也有投資盛世達公司。
3.	被告董0淵之供述	1.自99年11月間起至100年5月間，受李0全之邀，加入盛世達公司擔任業務，對外為公司總經理，招攬投資人，為投資人介紹上開投資獲息方式。 2.自己也有投資盛世達公司。

4.	告訴人陳0男之指訴	告訴人陳0男於如附表編號1之時間參與投資10萬元及收受被告給付之利息之事實。
5.	告訴人李0庭、告訴代理人林耀立律師之指訴	告訴人李0庭及其親友鄭0霞、游0德芳於如附表編號2、2-1、2-2之時間分別參與投資409萬5,000元、100萬元、20萬元及收受被告給付利息之事實。
6.	被害人黃0蘭之證述	被害人黃0蘭及其親友陳0玉、官0昀、林0達、魏0蓁、黃0章、蔡0吉、蔡0瑜、陳0珠、余0靜於如附表編號3至編號3-9所示之時間分別參與投資550萬元、160萬元、10萬元、10萬元、30萬元、10萬元、10萬元、20萬元、10萬元、10萬元，並收受被告給付利息之事實。
7.	被害人王0華之證述	被害人王0華於如附表編號4之時間參與投資共480萬元，並收受被告給付利息之事實。
8.	被害人鄭0芬之證述	被害人鄭0芬於如附表編號5之時間參與投資共380萬元及收受被告給付利息之事實。
9.	告訴人王0香之指訴	告訴人王0香於如附表編號6之時間參與投資130萬元及收受被告給付利息之事實。
10.	告訴人李0雲之指訴	告訴人李0雲於如附表編號7之時間參與投資280萬元及收受被告給付利息之事實。
11.	告訴人吳0雪之指訴	告訴人吳0雪於如附表編號8之時間參與投資20萬元及收受被告給付利息之事實。
12.	告訴人蔣0華之指訴	告訴人蔣0華於如附表編號9之時間參與投資120萬元及收受被告給付利息之事實。
13.	被害人林0之證述	被害人林0及其親友范0滿、王0同於如附表編號10、編號10-1、10-2所列之時間參與投資萬元及收受被告給付利息之

		事實。
14.	證人鄔聖光之證述	一開始是投資人劉淑明、王雪華、謝鼎昆等委託伊去向同案被告李周全要錢，之後伊受許麗足等數十人委託與被告及李周全達成和解，並分別在臺灣及泰國公證。
15.	盛世達有限公司募資企畫書	盛世達公司吸收投資人之方式為投資每單位10萬元計，每月固定分配5%之利息，介紹他人加入投資者，可領車馬費。
16.	盛世達有限公司合作協議書	被告董倉淵、蓋理群係與李周全為盛世達公司之共同經營人，3人對非法吸金、違法多層次傳銷具有犯意聯絡、行為分擔。
17.	被告及李周全出具與告訴人陳益男、李宛庭及黃秀蘭、陳美玉、官麗昀、林偉達、魏宛蓁、黃永章、蔡金吉、蔡瓊瑜、陳寶珠、余佳靜、許銘詩、李建進、楊碧連、陳進忠、黃秀枝、王雪華、簡金水、鄭君婷、王連香、李錦雲、吳蔡雪、蔣正華、王立中、李玉琴等人之保管條及本票、被告支付100年9月、10月、11月、12月利息與李宛庭之資料表4張、計算表1張、中華郵局102年1月12日儲字第102 001084號函	佐證被告3人及李周全提供如附表所示之投資人本票、保管條，約定月利率5%即年利率60%，並按月給付利息，以吸收資金之事實。
18.	(1)華南銀行102年1月17日營清字第1020001548號函、存戶李周全、盛世達公司開戶及往來明細表暨對帳單 (2)兆豐銀行102年1月18日102 兆銀城中字第025 號函、存戶李周全開戶及存款往來明	佐證被告李絢華、蓋理群、董倉淵有與李周全違法吸收資金之事實。

	細表 (3)中華郵局102年1月18日儲字第1020010840號函、儲戶李絢華立帳申請書及客戶歷史交易清單 (4)合作金庫銀行102年2月25日合金新存字第1020000323號函、存戶李絢華歷史交易明細表 (5)台新銀行102年2月23日台新作文字第1020 0819號函、存戶盛世達公司存款歷史交易明細表 (6)蓋理群中華郵局帳號00013270449799號帳戶、兆豐銀行帳號21061014242號帳戶、合作金庫商業銀行帳號3100765501267號帳戶交易明細表 (7)董滄淵中華郵局帳號00025210188263號帳戶、兆豐銀行帳號01710721016號帳戶、彰化銀行帳號979051181281號帳戶交易明細表	
19.	李周全與被害人代表鄔聖光所簽署之和解協議	佐證被告等與李周全吸收不特定人投資金額達2億4,731萬3,500元（不含告訴人李宛庭及劉素華、劉秋柔等人無法接受自救會開出之條件部分），並以2億4,731萬3,500元和解之事實。

二、核被告3人所為，係違反銀行法第29條之1、第29條之規定，涉犯同法第125條第1項非銀行不得收受存款罪嫌，及違反公平交易法第23條之規定，涉犯同法第35條第2項違法多層次傳銷之罪嫌。被告等上開2罪間係一行為觸犯2罪名，請依想像競合從重論以非法收受存款罪嫌。又被告李絢華與同案被告李周全之犯罪所得達1億元以上，應依銀行法第125條第1項後段論處。又被告3人與李周全間有犯意聯絡及行為分擔，請依共同正犯論處。

三、依刑事訴訟法第251條第1項提起公訴。

此　致

臺灣臺北地方法院

中　華　民　國　102　年　5　月　20　日
檢　察　官　林　麗　瑩

本件正本證明與原本無異
中　華　民　國　102　年　5　月　24　日
書　記　官　林　秀　媛

附錄本案所犯法條全文
銀行法第29條
（禁止非銀行收受存款及違反之處罰）
除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務。
違反前項規定者，由主管機關或目的事業主管機關會同司法警察機關取締，並移送法辦；如屬法人組織，其負責人對有關債務，應負連帶清償責任。
執行前項任務時，得依法搜索扣押被取締者之會計帳簿及文件，並得拆除其標誌等設施或為其他必要之處置。

銀行法第29條之1
（視為收受存款）
以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論。

銀行法第125條
違反第29條1項規定者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以上2億元以下罰金。其犯罪所得達新臺幣1億元以上者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣2500萬元以上5億元以下罰金。
經營銀行間資金移轉帳務清算之金融資訊服務事業，未經主管機關許可，而擅自營業者，依前項規定處罰。
法人犯前二項之罪者，處罰其行為負責人。

公平交易法第23條
（多層次傳銷之管理）
多層次傳銷，其參加人如取得佣金、獎金或其他經濟利益，主要係基於介紹他人加入，而非基於其所推廣或銷售商品或勞務之合理市價者，不得為之。

公平交易法第35條
（獨占、聯合、仿冒行為之處罰）
違反第10條、第14條、第20條第1項規定，經中央主管機關依第41條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人3年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣1億元以下罰金。
違反第23條規定者，處行為人3年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣1億元以下罰金。

臺灣臺北地方法院檢察署檢察官起訴書

102年度偵字第3318號
102年度偵字第5286號

被　　告　3327102031B（姓名、年籍詳卷）
現羈押於法務部矯正署臺北看守所

上列被告因妨害性自主等案件，業經偵查終結，認應提起公訴，茲將犯罪事實及證據並所犯法條分敘如下：

犯罪事實

一、代號3327102031B(下稱B男，姓名、年籍詳卷)與代號3327102031女子（下稱A女，真實姓名年籍均詳如卷附對照表）為父女關係，B男自民國88年4月23日刑法修正施行時起，明知A女係未滿14歲之幼兒，竟因對其蒙生不倫愛戀之情結，而基於加重強制猥褻及加重強制性交之單一犯意，在其等當時先後位於臺北市萬華區昆明街或內江街，或新北市新莊區(前為臺北縣新莊市)民安西路等住處內，趁其前配偶代號3327102031A(下稱A1，真實姓名、年籍詳卷附對照表)不注意或不在家時，將A女帶至其臥室或臥室後面之小房間內，違反A女意願，撫摸A女下體，並在其自己之陰莖抹上果醬，命A女舔舐其陰莖為之口交，事後並對A女假詞恫稱如告訴母親，母親會病死云云，致A女不敢反抗、不敢對外聲張求救。其中A女9歲即小學3年級以前，B男均乘其配偶A1外出或假日時以幫A女洗澡之藉口為之；A女9歲至12歲間，因A1每天需外出工作，B男則幾乎每天晚上對A女為上開強制性交行為，至A女11、12歲即小學6年級之後，A1較長時間留在家中，B男即趁A1不在家時，將A女帶至家中小房間為上開強制性交行為。迨A女12、13歲即國中1年級以後，B男在每次對A女性侵害時，除上開口交行為外，均會以手指或陰莖插入A女陰道而性交得逞。嗣因B男與A1離異，迨94、95年間A女國中1年級以後，B男搬離共同住處，仍承前開加重強制性交之犯意，及A女滿14歲後續基於強制性交之犯意，不定時以帶A女回去「看奶奶」為由，將A女帶至其新北市新莊區頭興街7巷4號2樓住處或偶在公共場所麥當勞之廁所內，對A女為上開強制性交行為直至98年間A女15歲以後。A女滿15歲以後某日，B男竟對A女表示，要A女等，等A女18歲，B男承諾給A女戒子、房子及「穩定的家」。嗣A女滿18歲後，即101年12月10日晚間，B男乘A1父親病重忙於照顧父親無暇兼顧兒女之際，即假意可代為照顧兒女，將A女及其弟帶回其新北市新莊區上開住處，並於翌(11)日晚上，趁A女之弟已離開上開住處，僅A女、B男2人獨處時，B男復基於強制性交之犯意，持新臺幣500元之紙鈔摺成戒子，下跪向A女求婚，又企圖從後抱住A女並企圖撫摸其下體，適A1來電，A女藉機逃離該處，B男方未能達於著手強制性交。惟A女因身心受創，返家後經常於夢境經驗上開性侵害過程，夢話連連，經A1發覺有異反覆查問，A女方於101年12月29日吐露遭B男性侵害，A1始得知上情，並於102年1月31日帶同A女向警方提出告訴。

二、又B男因上開對A女為性侵害之家庭暴力犯罪，經臺灣臺北地方法院家事法庭於102年2月2日以102年度緊家護字第1號裁定核發緊急保護令，命B男不得對A女及其母即A1實施身體或精神上不法侵害之行為，不得直接或間接對A女及A1為騷擾

、接觸、通話、通信等聯絡行為。詎B男於同年月8日收受該緊急保護令後，明知該緊急保護令之內容且知不得違反該保護令規定，竟基於違反保護令之犯意，於該保護令仍有效之102年2月19日下午3時許，至A女外祖父靈堂設置處即臺北市萬華區漢中街50巷6號之1會客室內等候，俟A女及A1午餐結束返回靈堂時，仍隱坐於會客室內不離開，待A1與致意賓客話畢帶同A女進入會客室時，B男即起身欲衝向A女，A1見狀立刻擋住B男，B男仍執意往前靠近A女並以雙眼逼視A女，致A女害怕尖叫，而對A女、A1為接觸及騷擾之行為，後因A1大聲斥喝有家暴令等語，引多數人上前關切，B男方跑離現場。

三、案經A女、A1先後訴由臺北市政府警察局中正第一分局、萬華分局報請偵辦。

證據並所犯法條

一、 證據清單及待證事實

編號	證據清單	待證事實
1	被告3327102031B之供述	1.被告於101年12月11日晚間有在新北市新莊區住處以新臺幣500元紙鈔摺成戒子向A女求婚。 2.被告有於102年2月初收到保護令，仍於同年月19日下午至A女外祖父靈堂設置處即臺北市萬華區漢中街50巷6號之1，並有遇到A女、A1。
2	證人即告訴人A女之指證	事實欄一、二、全部犯罪事實。
3	證人即告訴人A1之指證	事實欄一、二、全部犯罪事實。
4	內政部警政署刑事警察局(測謊)鑑定書1紙	被告否認以任何物體插入A女下體、沒有以生殖器碰觸A女嘴巴等陳述，呈不實反應。
5	振興醫療財團法人振興醫院精神狀況鑑定書1份	A女有遭受性侵害之創傷後壓力症候群。
6	臺灣臺北地方法院102年度緊家護字第1號家事裁定影本1份、被告3327102031B於102年2月8日簽收裁定正本郵務簽收單影本一份	被告已於102年2月8日接獲左揭緊急保護令，該保護令明示被告不得直接或間接對於A女及A1為騷擾、接觸、通話、通信等聯絡行為。

二、核被告所為，係犯刑法第221條第1項之強制性交、第222條第1項第2款加重強制性交及家庭暴力防治法第61條第2款之

違反保護令罪嫌。又被告對A女強制猥褻或加重強制猥褻行為，應屬強制性交、加重強制性交之階段行為，應為強制性交、加重強制性交行為所吸收，不另論處；又被告先後多次加重強制性交犯行或強制性交行為，應係基於對告訴人A女不倫愛戀情結之單一犯意，行為類同，時間緊密，應為接續行為，請從重論以一加重強制性交罪嫌。又被告所犯加重強制性交罪嫌與違反保護令罪嫌間，犯意個別、行為互殊，請分論併罰之。

三、告訴意旨另以被告3327102031B自民國86年間A女年僅3歲時起，即基於強制猥褻或強制性交之犯意，在其等當時位桃園市大有路住處，趁A1不注意或不在家時，違反A女意願，以陰莖摩擦A女嘴鼻等處以滿足性慾，或將A女帶至其臥室或臥室後面之小房間內，違反A女意願，撫摸A女下體，並在其自己之陰莖抹上果醬，命A女舔咬其陰莖等性侵害之行為，亦涉有加重強制猥褻或加重強制性交之犯嫌等語。惟按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項定有明文。查刑法第16章妨害性自主罪章，於88年4月23日修正施行前，屬於妨害風化罪章，修正前刑法並無現行刑法第222條第2款對未滿14歲之男女強制性交、第224條之1對未滿14歲之男女犯強制猥褻等加重處罰規定，而依修正前刑法第221條第1項強姦罪之刑度為五年以上有期徒刑，第224條第1項強制猥褻刑度為七年以下有期徒刑，均分別輕於現行刑法第222條第2款對未滿14歲之男女強制性交罪之七年以上有期徒刑、第224條之1對未滿14歲之男女犯強制猥褻之三年以上十年以下有期徒刑，又查，依修正前刑法第10條並無「性交」之定義，同法第221條強姦罪之構成要件「姦淫」行為，係指男女性器官之接合，上開B男違反A女意願，以陰莖摩擦A女嘴鼻等處以滿足性慾，或撫摸A女下體，並在其自己之陰莖抹上果醬，命A女舔咬其陰莖等性侵害之行為，依前揭修正前刑法規定，應僅構成修正前刑法第224條第1項強制猥褻罪嫌。綜合上述說明，修正前之上開刑法規定自較修正後之刑法有利被告，是依照前開刑法第2條從新從輕原則，告訴人上開指訴被告於88年4月23日刑法修正施行前之行為，如構成犯罪，自應適用修正前刑法論以修正前刑法第224條第1項強制猥褻罪。又按時效已完成者，應為不起訴處分，刑事訴訟法第252條第2款定有明文。查修正前刑法第224條第1項強制猥褻罪法定最重本刑為7年，其追訴權時效依照修正前刑法第80條第1項第2款規定為10年，告訴人2人均遲至102年1月31日始向司法警察機關提出告訴，本署並於同日收案，有2人當日之告訴警詢筆錄在卷可稽，顯已罹於追訴權時效，惟此部分與前開提起公訴部分，具有裁判上一罪之關係，爰不另為不起訴處分，併此敘明。

四、依刑事訴訟法第251條第1項提起公訴。

此　致

臺灣臺北地方法院

中　　華　　民　　國　　102　　年　　4　　月　　9　　日

檢　察　官　林　麗　瑩

本件正本證明與原本無異

中　　華　　民　　國　　102　　年　　4　　月　　11　　日

書　記　官　林 秀 媛

附錄本案所犯法條全文
中華民國刑法第222條
（加重強制性交罪）
犯前條之罪而有下列情形之一者，處 7 年以上有期徒刑：
一、二人以上共同犯之者。
二、對未滿十四歲之男女犯之者。
三、對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者。
四、以藥劑犯之者。
五、對被害人施以凌虐者。
六、利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者。
七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者。
八、攜帶兇器犯之者。
前項之未遂犯罰之。

臺灣高等法院檢察署檢察官蒞庭補充理由書(一)

103 年度上蒞字第 4673 號

被　　告　詹昭書　男　年籍詳卷

選任辯護人　宋重和　律師

　　廖國欽　律師

上列被告因貪污治罪條例案件，業經臺灣新竹地方法院檢察署檢察官提起上訴，臺灣高等法院為第二審判決後，經上訴最高法院發回更審，現由臺灣高等法院 103 年度矚上更(一)字第 3 號審理中，茲補充意見及理由如下：

針對本案最高法院發回意旨指摘事項提出意見及理由如下：

一、被告騙使張仁宗自始為其所購家俱之付款人，並非經移轉積欠家俱貨款而免除該項債務

有關最高法院發回意旨就被害人張仁宗代被告支付家俱款部分，以原判決似認被告係利用其檢察官職務上有受理申告案件及可主導該案件而對張春鳳等四人以妨害自由等罪起訴之機會，騙使張仁宗為其清償先前向生活雅集公司、聯成公司購買傢俱之貨款共新臺幣(下同)13 萬 6,740 元，此部分被告詐得者究係具體之財物(傢俱貨款)抑財產上之不法利益(免除該項貨款債務)，尚欠明瞭等語。經查：

(一)被告向張仁宗索款之前，已前往家俱行挑選家俱，尚在躊躇未定中，遲未下訂

證人曾寶秋於 101 年 8 月 13 日在原審審理時證述：(問：98 年間，妳的職業為何？)：我在新竹市經國路一段 340 號經營「生活雅集公司」。(提示 100 肅他九卷第 94 頁估價單影本，這張估價單是否妳所製作？)是。(問：妳是否還記得寫這筆估價單時，訂購傢俱的人為何？) 就是估價單上面的黃郁珺小姐(即被告之妻)。(問：可否詳述這位黃小姐到妳們生活雅集公司訂購傢俱的

情形？）她前後來過好多次，門市小姐跟我都有跟她接洽過，最後是我開估價單。開好估價單之後，她說她會請先生過來確認，確認之後，她會請她的親戚過來付錢。後來她先生有來確認，確認之後也確實有她的親戚來付錢。（問：妳在廉政署的筆錄上講說，黃郁珺來過店裡面看過好幾次傢俱，確定要購買的時間是否就是估價單所記載的 98 年 8 月 28 日當天？）是。（問：請回想她來過好幾次，一直到 98 年 8 月 28 日才確認訂購傢俱，她是一個禮拜來過好幾次？還是一個月來好幾次？）我不知道她是何時第一次來我們店裡面，但是自我第一次接洽她的時候，距離她訂購的時間大概一個月左右。（問：所以她確定訂購傢具之前的一個月左右，是妳可以確定妳第一次跟她接洽的時間？）應該說我知道有這個人來店裡面看東西，距離她 98 年 8 月 28 日確定訂購的時間大約有一個月的時間(詳原審卷三第 62 頁至第 66 頁)。綜上，被告向張仁宗索款之前，已前往家俱行挑選家俱，尚在躊躇未定中，遲未下訂。

(二)被告係因見張仁宗因圍廠事件有求於己，因認家俱款可由張仁宗支付，乃由其妻黃郁珺向家俱行確認採購家俱，並指示向張仁宗收款

證人張仁宗於 100 年 10 月 20 日偵查中證述：被告跟我說他在竹東放翁清境社區有買一個房子，所以他有去看傢俱，其中有二家，一家是在新竹市經國路的生活雅集，…，他看了傢俱之後叫我去付錢，他是約我吃飯或打電話給我，或是到我家去，他看完經國路的生活雅集傢俱後，打電話給我，說他已經看過傢俱，要我付錢，當時並沒有講多少錢，我當時不知道多少錢，我去到那裡後，我身上只有帶現金 5 萬元，我就先付了 5 萬元，尾款隔了二天後我去付完，總共付了 8 萬元（詳肅他字第九號卷第 134 頁）。於

100 年 10 月 27 日偵查中證述：（問：何銘軒在 98 年 8 月 31 日才到新竹地檢署按鈴申告，為何你在 8 月 29 日就到生活雅集公司幫詹昭書付了 5 萬元的訂金？）那時候祐春已經被圍廠，很緊急，在這種情形下，詹昭書打電話給我，說他已經看完一些傢俱，要我去生活雅集公司付錢，他是沒有直接說為何要我去付錢，但是我跟他認識那麼久，他從來沒有要我直接幫他付錢，尤其是付傢俱的錢，剛好那時候也講好 98 年 8 月 31 日要去申告，我怕如果不幫他付這筆錢，他就不幫忙我處理祐春被圍廠的事。（問：你為何在 98 年 8 月 31 日又到生活雅集公司付了 3 萬 7740 元？）因為那天被告有受理何銘軒的申告，我之前在 98 年 8 月 29 日身上只帶了 5 萬元，到了生活雅集公司要付到 8 萬 7740 元，我只好先付 5 萬元給生活雅集公司，其餘的我就在 8 月 31 日付掉了等語（詳偵字第 10010 號卷二第 41 頁正反面）。

被告於 100 年 10 月 22 日偵訊時亦供述：（問：98 年 8 月 28 日你的妻子是否有到新竹市經國路生活雅集去選購 8 萬 7740 元，而你們二人從未付款？）這個部分是因為張仁宗有提到傢俱的部分有需求可以先跟他講，因為聯成傢俱的樣態跟生活雅集的樣態不太一樣，本來我跟他講說我是比較喜歡像生活雅集的部分，他也是一樣有說這部分我們訂完之後他會作為入宅的餽贈物，所以錢都是由張仁宗到店裡面結清的等語（詳偵字第 10010 號卷三第 25 至 26 頁）。於 100 年 10 月 28 日偵訊時供述：有收到張姓溫泉業者幫我代付的價值 8 萬 7740 元的傢俱等語（詳偵字第 10010 號卷三第 4 頁反面）。

證人曾寶秋於 101 年 8 月 13 日在原審審理時證述：（問：妳是否認識張仁宗？）當時不認識。他來確認傢俱的時候才認識的。（問：他何時來確認傢俱？）黃小姐的先生（指被告）來確認過後，他才

來確認，確認之後，他才來付錢。（問：妳是否記得張仁宗來時，是在妳填寫的估價單的時間後幾天？）填完訂購單的時候，黃小姐的先生先來確認，確認之後，他的親戚才來確認，他的親戚就是我後來所知道的張仁宗。（問：妳在廉政署的筆錄上講說，黃郁珺來過店裡面看過好幾次傢俱，確定要購買的時間是否就是估價單所記載的 98 年 8 月 28 日當天？）是（詳原審卷三第 63 頁至第 65 頁）。

上開被告供述與被害人張仁宗、證人曾寶秋之證述內容互核，可證被告係見張仁宗因圍廠事件有求於己，而認傢俱款可由張仁宗支付，乃由其妻黃郁珺向傢俱行確認採購傢俱，連訂金都未自行支付，而指示逕向張仁宗收款。

（三）綜上，本件被告所進家俱，自始即以張仁宗為付款人，並非事後債務移轉或免除

綜據上述，是以原二審判決認定被告向張仁宗索款之前，已前往上開家俱行挑選傢俱，但因考量所須購買之傢俱數量不少，支出金額甚高，尚在躊躇未定中，遲未向前開二家廠商下訂。嗣被告因見張仁宗有求於己，對其所述深信不疑，並同意支付對價，因認傢俱款可由張仁宗支付，故告知其妻黃郁珺可前往生活雅集公司指定傢俱，並為掩飾與張仁宗間之不當資金往來，乃要求其妻黃郁珺向銷售人員謊稱貨款將由其表哥支付，其妻黃郁珺遂於同年 8 月 28 日前往生活雅集公司訂購價值新臺幣（下同）8 萬 7,740 元之傢俱，並向老闆娘曾寶秋表示親戚近日內會前來付款，為避免麻煩不支付訂金等情。足證，本件被告自始並無負擔購買傢俱債務，連訂金都未付，而係直接指示家俱行負責人向張仁宗取款，負擔傢俱款之債務人自始即設定為張仁宗，顯非免除自己債務，況被告如此迂迴取款，目的係為掩飾與張仁宗間之不當資金往來，

豈可因被告掩飾犯行之手法，反使其不構成犯罪。

二、被告係以對張仁宗製造其主導偵辦何銘軒申告妨害自由一案之假象為詐術，使張仁宗陷於錯誤

就最高法院指摘原判決理由內對如何據以認定被告為維持何銘軒、游文珊對張春鳳等四人所申告之妨害自由等罪案件，仍由其主導偵辦之假象，乃藉由不明管道探知該案已發交竹北分局調查，並於張仁宗詢問該案辦理進度時，告以該案已發交竹北分局偵辦，無須掛慮，及上訴人為取信於張仁宗、何銘軒，使其等願意提前付款，而續向張仁宗表示何銘軒已經跟人家談和解了，案件是否續行辦理，並催促何銘軒儘快付款，適祐春公司確與該公司污泥廠鄰近之村民達成敦親睦鄰合意，由該公司支付每戶村民數千元不等之補償金，更使張仁宗相信全案仍在上訴人主導中等事實，未說明所憑之證據等語，惟查：

(一)**證人莊守禮律師於偵查中具結證稱**：(見新竹地檢署 100 年偵字第 10010 號卷三，第 182 頁新竹地檢署 100 年 12 月 13 日訊問筆錄)「(問：在 98 年 9 月 23 日你有寫一份陳報狀，提到沒有查到案號、股別，後來有無查到？)應該有，**我有透過張仁宗查案號、股別，張仁宗應該有告訴我**，時間是在陳報狀後一個禮拜就告訴我。」

(二)**證人張仁宗之證述：**

1.100 年 10 月 27 日廉政署詢問筆錄(新竹地檢署 100 偵 10010 號案，卷 2，第 16 頁)：「**何銘軒在按鈴申告後，有一直問我該案之進度**，並詢問我詹昭書檢察官到底夠不夠力，我就向詹昭書檢察官詢問，**詹昭書檢察官表示該案件已經交由竹北分局偵辦**，至於辦案內容詹昭書檢察官沒有告訴我。」、「..**期間詹昭書檢察官曾向我抱怨何銘軒既然已經提告，為何又與被告談和解，我以我認**

為詹昭書檢察官有持續掌握該案件之進度。」、「因為我是相信詹昭書檢察官所說的，所以我沒有問何銘軒有無和解這件事。」（筆錄第 11 頁倒數第 8 行起）

2. 100 年 10 月 20 日新竹地檢署訊問筆錄（新竹地檢署 100 肅他 9 號卷，第 136 頁）：「之後我們有見面，**我們有問他案件進度，他說案件哪有這麼快**，沒有說過承辦人不是他，**後來他又告訴我怎麼和先生又跟人家和解，意思是說並非他沒有幫到我的忙。**（問：你給他這筆 60 萬元時，污泥場的事情是否已經結案？）我沒有跟何先生聯絡，我不知道是否已結案，但因為何先生他後來私下有跟鄉長和解，我就沒有再問何先生這件事。（問：你主觀上願意給他該筆車款的理由為何？）...何先生是透過我知道詹檢在幫忙，詹檢在這件事情按鈴前後陸續跟我要錢，我不知道案件何時結案，在這期間他有說何先生跟鄉長和解，所以我認為詹檢一直有在協助我處理污泥場的事情，所以才願意給他錢。」（筆錄第 4 頁第 18 行起）

3. 100 年 10 月 27 日新竹地檢署訊問筆錄（新竹地檢署 100 偵 10010 號案，卷 2，第 41 頁背面）：「..還有何銘軒按在按鈴申告後，陸續有打電話問我這件案子進行的進度，**我就會打電話問詹昭書，他說沒有那麼快，有在進行，而且還說竹北分局已經在辦，另外，詹昭書也有跟我說何銘軒怎麼可以這樣，要告人家又跑去跟張春鳳和解，所以我就覺得詹昭書有這個實力去掌握狀況。**」（筆錄第 6 頁第 12 行起）

4. 100 年 11 月 6 日新竹地檢署訊問筆錄（新竹地檢署 100 偵 10010，卷 2，第 176 頁）：「（問：該車款是在圍廠之後，跟圍廠有無關連？）有關連，因為陸續就有動作，安排按鈴申告，中途問他進度，他就跟我們說有在辦，所以這中間一直在等他辦，看他如何

辦，**他有跟我提過是竹北分局在辦。**」（筆錄第 2 頁第 22 行起）「（問：你說詹昭書有跟你提過為何何銘軒跟鄉長和解，是在何時？）按鈴後詹昭書常常打電話問我還有沒有事，那段時間我們常見面聊事情，**我印象中他有告訴我何銘軒為何要提告又要跟人家和解。**（問：你有轉問何銘軒此事？）**我沒有印象。**」（筆錄第 3 頁第 13 行起）

5. 100 年 12 月 9 日新竹地檢署訊問筆錄（新竹地檢署 100 偵 10010 號案，卷 3，第 163 頁背面）：「**詹昭書是告訴我竹北分局已經在辦了，我們見面時他這樣講，電話中也有講，給我的感覺就是這是他指揮的，他有在掌握這件案件的偵辦。**」（筆錄第 4 頁）

6. 101 年 8 月 20 日新竹地方法院審判筆錄（新竹地方法院 100 矚訴 1，卷 3）：「（辯護人問：（提示 100 偵 10010 卷二第 176 頁第 15 至 16 行並告以要旨）你在 100 年 11 月 16 日偵訊時，有證稱說被告有跟你抱怨「何銘軒為何要提告又要跟人家和解」，你這段在偵查時的供述有沒有實在？）**那是事實。我不知道他跟鄉長和解，是被告就衝著我問「你要叫我辦，何銘軒又跟人家和解，這是怎麼一回事？」這是被告問我的話。」...被告告訴我以後，我很不高興，我又打電話問何銘軒，我跟他說「詹檢抱怨說他在辦，你又去跟人家和解」**，我有這樣跟何銘軒反應，**詹檢還有說「你自己去跟人家和解，我要怎麼辦」**我一聽，覺得何銘軒你跟人家和解，我都不知道，**這個事情是被告告訴我**，表示被告有掌握這件事情的進度到那裡，何銘軒說「他是做生意的，沒有辦法。」他就這樣回答我。」

(三)證人何明軒之證述：

1. 100 年 11 月 2 日廉政署詢問筆錄（新竹地檢署 100 偵 10010，卷 2，第 151 頁背面）：「我後來有至竹北分局製作筆錄，至於那位會

幫忙的檢察官到底有幫我們什麼忙，可能要問張仁宗比較清楚。...（問：你於按鈴申告我印象中有詢問張仁宗該案件後續偵辦進度為何？）有，**我印象中有詢問過張仁宗 4、5 次，因為張仁宗在我去地檢署按鈴申告後，就有告訴我這案子很快就會把這些人起訴，但一直沒有後續的結果，所以我才會詢問張仁宗好幾次。**」（筆錄第 8 頁第 1 行起）

「（問：你在竹北分局製作筆錄前，有無向張仁宗表示要去竹北分局製作筆錄這件事情？）有，**我有通知張仁宗說我要去竹北分局製作筆錄這件事情，他當時就表示，這案子因有詹檢察官在盯，才會這麼快通知你去做筆錄**，很快就會有結果。」（筆錄 9 頁倒數第 2 行）

2. 100 年 11 月 2 日新竹地檢署訊問筆錄具結證稱（新竹地檢署 100 偵 10010，卷 2，第 72 頁）「（問：張仁宗有跟你報告具體的進度？）**他只有說詹檢有在辦這個案子，後來竹北分局有叫我們去做筆錄，接獲通知後我有問張仁宗，張仁宗說詹檢有在盯這個案子，所以程序比較快。**」（筆錄第 3 頁倒數第 11 行）

「（問：你們在不起訴處分前，有無跟鄉長張春鳳接觸談和解？）**我有親自去找鄉長二、三次，但他避不見面，但透過羅旻耀傳話給鄉長**，內容是如果他不率眾抗爭，我們就會撤告，我們打算在妨害自由的案子起訴後再撤告，**我們單向傳話給鄉長，但沒有得到回應**。（問：為何外界傳出你們已經與張春鳳和解？）因為張春鳳連任後，他跟吳議員都有賄選傳聞，後來就沒有聚眾來圍場，我們與鄉長沒有見面，**也沒有和解**。....之後我們補貼當地居民影響的費用，就是附近 500 公尺內的居民，以戶為單位，每個月給幾千元的補貼。...我們是一戶一戶的去拜訪，跟一些意見領袖，但不是鄉長、議員、村長，附近的居民沒有意見，他們就發動不

了圍場了。(問:你們有跟鄉長傳話,跟附近居民達成補貼的協議,這些事有無告訴警方?)沒有。」(筆錄第 4 頁第 17 行起)

3. 100 年 12 月 9 日廉政署詢問筆錄(100 偵 10010,卷 3,第 103 頁):「(問:(提示 100 年 11 月 2 日祐春公司,扣押物編號 J-25,複製個人硬碟祐春公司資料光碟列印檔案 5 頁)**你從 98 年 11 月起已與新竹縣湖口鄉湖口村 9 鄰的村民達成敦親睦鄰的合意,是否如此?詳情。)是我們祐春公司與湖口村第 9 鄰村民敦親睦鄰的合意**,付的金額要問經理,依每戶影響程度價格不同。」....(問:你跟村民達成敦親睦鄰這件事,是否有跟張仁宗或詹昭書提及?)我有跟張仁宗提過。」(筆錄第 13 頁第 3 行起)

4. 101 年 8 月 24 日新竹地方法院審判筆錄:(新竹地院 100 年矚訴 1,卷 3,第 193 頁)「(檢察官問:你去竹北分局作筆錄這件事情,你有沒有告訴張仁宗?)我是自己去做筆錄,我有沒有告訴張仁宗,我不太記得,依照常理,應該有。(檢察官問:張仁宗有沒有什麼回應?)他說整件事情詹檢察官都有在辦,會很快的有結果。(檢察官問:你是否記得你什麼時候讓張仁宗知道竹北分局再調查這個案子?)我不太記得詳細的時間。」(筆錄第 12 頁第 15 行起)

「(檢察官問:你有跟那些圍廠的被告談和解嗎?)後來有透過一些地方人士跟當地居民有達成敦親睦鄰的共識。(檢察官問:這些敦親睦鄰的協議有無包括圍廠的被告呢?)**協議只有包括一個居住在當地的民眾,民代都沒有**。因為民眾有了共識之後,民代就沒有舞台做抗爭了。(檢察官問:你與居民達成敦親睦鄰的協議,有沒有主動告訴張仁宗?)沒有。(檢察官問:張仁宗有沒有質問過你,為什麼申告之後又跑去跟人家和解?)有。(檢察官問:他怎麼跟你說?)**他說怎麼告人家又跟人家和解,但是我們申告跟**

和解對象不一樣，我們只有跟住在廠周圍的居民達成和解，沒有包含村長、鄉長還有議員。（檢察官問：既然你沒有告訴張仁宗和解的事情，張仁宗有沒有說他是怎麼知道這件事情？）張仁宗是說，詹檢察官問他，怎麼告人家妨害自由又跟人家和解。」（筆錄第 13 頁倒數第 9 行起）

「（辯護人問：你前面有提到和解的事情，有敦親睦鄰的共識...目的為何？是不是要去跟圍廠案的被告和解？還是有其他目的原因？）我們敦親睦鄰的原因，是因為之前這個爭議，環保署長有到場裡來督導，在民眾跟署長的面談中，公司有承諾在工廠附近的居民要給予適度的洗衣服的補貼，所以我們敦親睦鄰的費用是只有在靠近我們工廠那十幾戶的民眾，所以只有涵蓋一位圍廠案的被告，就是這樣的原因。...我們敦親睦鄰是每個月支付，他是實質補貼的性質，之前跟吳文清村長談的是一次性的支付，這兩個性質是不一樣的。...我先澄清，我跟吳文清的部分沒有達成共識，只是有去找他問多少錢能夠解決圍廠的問題，能否代表張春鳳鄉長和議員，他說沒有辦法，所以沒有共識。睦鄰費用是我們現在每個月都還有給付，這是有共識的。（辯護人問：莊守禮律師 100 年 12 月 13 日偵訊時說你或張仁宗有說，已經跟鄉長達成和解，顯然你是否跟村長吳文清達成和解，是否如此？）沒有。（辯護人問：你有沒有把跟對方和解或敦親睦鄰的想法及過程跟莊守禮律師或張仁宗做過討論？）只有跟張仁宗討論。（辯護人問：張仁宗怎麼跟你說，他有贊成嗎？）他說只要能夠解決問題，我們多重的處理方式，他都不反對。」（筆錄第 27、28 頁）、「我們要先起訴對方才有和解的籌碼，...我們當然是以和為貴，以和解為目的，但是非得要起訴才能和解，吳文清也不能代表鄉長及議員做出決定，我們是依照敦親睦鄰的想法，從廠旁邊的居民，逐步

拜訪，所以才會找了吳文清 3 次。議員鄉長我們也各自找了 1、2 次，所以找這些民代，只是要請他們高抬貴手，但是他們也說沒有辦法承諾，民眾的部分，他們也沒有辦法處理，所以我們才會自己跟民眾達成共識。..我們敦親睦鄰不是一天就談成，大概是從圍廠案發生之後經歷半年的時間一步一步達成共識。」（筆錄第 29 頁）、

「**我們是跟居民敦親睦鄰完成之後，我才告訴張仁宗，因為敦親睦鄰的時間很長。**是我主動告訴張仁宗的。**張仁宗責問我的，我回答他的是指我嘗試要跟鄉長等民意但表和解的事情，至於我跟圍廠的居民敦親睦鄰的這部分，是我主動告訴他的，並不是他問我，我才回答，而且這部分也不是他指責我的部分。**」（筆錄第 33 頁）

「（審判長問：後來你有收到竹北分局約詢的通知你收到通知之後，是不是有主動告知張仁宗？）有。（審判長問：所以不是張仁宗跟你講說竹北分局要約談你，而是你收到通知之後，你主動告訴張仁宗？）至於是誰先知道要去竹北分局作筆錄，我忘記了，但是我收到竹北分局的約詢的通知，我一定有告訴他，張仁宗也一直跟我說他有積極在辦。」（筆錄第 46 頁）

(四)證人陳文政之證述：

100 年 11 月 29 日廉政署詢問筆錄(新竹地檢署 100 偵 10010 號，卷 2，306 頁)：「（問：何銘軒及祐春公司提告後，是否曾透過管道向你等表達和解之意？）都沒有。（問：祐春公司後來對於湖口鄉民改採敦親睦鄰策略進行安撫，詳情為何？）祐春污泥場余環保署長介入協調後，於 98 年 11 月間，就有針對附近居民挨戶拜訪，並有每戶發放 1 萬元的補償金，如此進行敦親睦鄰的動作確實有改善居民與祐春污泥場的關係，直至現在祐春污泥場還有

每戶發放 5 千元的補償金。」（筆錄第 6 頁）

（五）證人吳文清之證述：

100 年 11 月 29 日廉政署詢問筆錄（新竹地檢署 100 偵 10010 號，卷 2，302 頁）：「（問：關於你等遭祐春公司提告之前開圍廠案糾紛案件，張仁宗曾否居間向你等探詢和解意願或檢方辦理進度？）沒有，祐春污泥場除了找羅敏耀來找過我之外，沒有其他人來跟我接觸過。（問：祐春污泥場究竟發放當地居民補償金若干？如何發放？發放對象為何？）詳細數目和發放對象，我都不知道，我只聽說有發，因為我沒有要拿補償金，所以就不知道細節。（問：羅敏耀代表祐春污泥場前往你家表示要給你個人回饋之時間為何？）我只能羅敏耀最後一次到我家的時間，確定是在 98 年三合一選舉後 2 天的晚上 7 點左右，至於日期我不記得了。」（筆錄第 7 頁倒數第 15 行）

（六）證人張春鳳之證述：

100 年 11 月 30 日廉政署詢問筆錄（新竹地檢署 100 偵 10010 號，卷 2，第 296 頁）：「（問：何銘軒及祐春公司於提告後，是否曾透過管道向你等表達和解之意？）沒有。（問：祐春公司後來對於湖口鄉民改採敦親睦鄰策略進行安撫，詳情為何？）我不知道，而且居民跟祐春公司都沒跟我提這件事情，我只聽說祐春公司好像有對鄰近居民做成敦親睦鄰的動作。（問：是否認識新竹縣尖石鄉那羅溫泉會館，也是東尼休閒事業集團的負責人張仁宗？）不認識。（問：關於你等遭祐春公司提告之前開圍廠案糾紛案件，張仁宗曾否居間向你等探詢和解意願或檢方辦理進度？）沒有，從來沒有人針對祐春的任何事情尋求要和解。」（筆錄第 5 頁）

（七）證人吳淑君之證述：

100 年 11 月 30 日廉政署詢問筆錄（新竹地檢署 100 偵 10010 號，

卷 2，299 頁）：「（問：何銘軒及祐春公司於提告後，是否曾夠過管道向你等表達和解之意？）沒有。（問：祐春公司後來對於湖口鄉民改採敦親睦鄰策略進行安撫，詳情為何？）我不知道，...沒有聽說祐春污泥場有其他回饋鄉里的事情了。...（問：是否認識新竹縣尖石鄉那羅溫泉會館，也是東尼休閒事業集團的負責人張仁宗？）不認識。（問：關於你等遭祐春公司提告之前開圍廠案糾紛案件，張仁宗曾否居間向你等探詢和解意願或檢方辦理進度？）沒有。」（筆錄第 5、6 頁）

(八)非供述證據

1. 起訴書證據編號第 25 號「新竹地檢署 98 年他字第 1751 號影卷等」（外放）：

   證明本件圍廠民眾被訴妨害自由案，於 98 年 9 月 3 日分案後，承辦檢察官郭進昌於同年 9 月 9 日發指揮書交竹北分局調查，竹北分局於同年 9 月 24 日約詢何銘軒製作筆錄，並於同年 12 月 16 日將調查結果函復新竹地檢署之事實。

2. 起訴書證據編號第 39 號「100 年 11 月 2 日祐春公司扣押物編號 J-27「祐春公司資料」光碟 1 片」：

   證明祐春公司於 98 年 11、12 月間，有與湖口村村民達成敦親睦鄰協議之事實。

綜據上述卷內證據足認：

被害人張仁宗於本案係立於中間地位，受祐春污泥場負責人何銘軒委託，出面與被告詹昭書聯繫並交付相關對價，以取得被告詹昭書承諾以檢察官職權主導偵辦祐春污泥場遭民意代表率居民圍廠之妨害自由案件。是以被害人張仁宗得知與該案相關之訊息來源，無非出於兩方面，一係由何銘軒及所委任之告訴代理人莊守禮律師告知，一係由被告詹昭書告知。被害人張仁宗自然會將從兩方面得知之訊息相互比

對，以驗證被告詹昭書所述有主導並掌握案件偵辦進度之可信度，張仁宗並因被告製造主導案件假象，而陷於錯誤先後支付傢俱貨款及 60 萬元現金。

被告詹昭書與被害人張仁宗相處時，確實有自恃憑藉其檢察官身分發表之談話，對外具有一定之公信力與可信度，遂有信口開河、隨口胡亂編織謊言訛詐被害人張仁宗之惡劣慣行，此由扣案之 98 年 12 月 28 日被告詹昭書於東尼廚房二樓辦公室內，向被害人張仁宗索取 30 萬元購車尾款之蒐證光碟內容，即可證明（參高等法院 102 年 8 月 13 日準備程序筆錄第 3 頁倒數第 2 行起）：

張仁宗：...結果，我是覺得阿，若是有的話就是用這個試試看，他們使照還沒拿到，只有拿到建照。那個就再看了啦，我覺得那個若是沒有，他那種人喔。

（動作：詹昭書往後躺靠在沙發上，雙手交握放在腹部）

詹昭書：使照現在擋住了。

張仁宗：擋住了是喔？

詹昭書：因為還沒拿到呀。

張仁宗：還沒拿到？

詹昭書：對阿，因為承辦人跟我講說他，就先擋住了。

張仁宗：那就把他擋著。...

由勘驗內容可知，被告於 98 年 12 月 28 日與張仁宗見面拿錢時，以肯定之語氣向張仁宗表示達鑫公司之使用執照「現在擋住了」、「因為承辦人跟我講說他，就先擋住了」。然而，實際上達鑫公司是在 99 年 2 月 2 日才向新竹縣政府提出「使用執照申請書」，同年 2 月 6 日新竹縣政府工務處發給使用執照，有起訴書證據清單第 26 號第 2 項之新竹縣政府工務處辦理達鑫公司使用執照全案影卷 1 宗在卷可參。顯然被告慣常使用之詐騙手法之一，即是利用被害人張仁宗與其談話時

透露之訊息為素材，隨意編織謊言內容，顯示其「有利用職務之機會與權勢」予以提供若干協助，以加深被害人張仁宗對其謊言之確信。而聰明如被告者，確實也會利用前述達鑫公司使用執照「現在擋住了」、「因為承辦人跟我講說他，就先擋住了」等稍加查證即可立即戳破之謊言進行訛詐。若非有前述證據證明被告確有以此等拙列手法施詐，難道被告也要辯稱：「即使至笨至愚之人，也不會有人笨到用這種容易遭識破之謊言訛詐他人」？

況被告惡劣之行止還不只如此，同日蒐證之光碟內容中，對於達鑫公司使用執照部分，被告繼續又以高等法院 102 年 8 月 13 日準備程序筆錄第 6 頁第 18 行起至第 24 行，勘驗內容訛詐：

（動作：詹昭書拿起桌上的一張文件放入身邊的 L 型夾中）

張仁宗：上個禮拜阿，就是跟我說什麼～

（動作：張仁宗指桌上的文件）

張仁宗：這個要不要，不用喔。

（動作：張仁宗將桌上剩下的文件拿走，詹昭書躺靠沙發、翹二郎腿、摸頭）

詹昭書：嗯，不用，必要的話我會找他們局長。

被告向張仁宗稱「必要的話我會找他們局長」，所指應是查詢函回文之經濟部水利署第二河川局，其言意指必要時會就達鑫公司違法使用水防道路一節，找經濟部水利署第二河川局局長溝通。衡情被告與該局局長素不相識，達鑫公司申請以水防道路為聯外道路一節是否合法屬行政事務，與檢察官職權完全無涉，顯見被告又隨口吹噓對經濟部水利署第二河川局局長有影響力以施詐，目的即在深化被害人張仁宗對其所言之確信。

由前開短短不到 5 分鐘之 2 段對話中，即已見被告數度向張仁宗佯稱

「使照現在擋住了；因為還沒拿到呀；因為承辦人跟我講說他，就先擋住了」、「必要的話我會找他們局長」，益徵被告慣以檢察官之職務及權勢，形塑出其有影響力、很有辦法之表象。故被告之所以獲知係爭妨害自由案已交竹北分局偵辦及何銘軒已嘗試進行和解等情，除可能是被告利用其人脈關係自不明管道探詢得知之外，亦無法排除根本係被告自與被害人張仁宗言談中獲知之相關訊息，自行拼湊推測，而在面臨被害人張仁宗數度詢問該案辦理進度時，隨口編織謊言訛詐被害人張仁宗以為搪塞。

而被告確實有向被害人張仁宗謊稱：「案件已交竹北分局偵辦，無須掛慮」及「何銘軒已經跟人家談和解了，案件是還要不要辦下去」等語，此有被害人張仁宗前述具結之證詞可茲佐證。被害人張仁宗確實另外經由何銘軒之告知而獲悉上情，有前述證人何銘軒、被害人張仁宗具結之證詞附卷可稽，足證被害人張仁宗於接收到被告前開謊言後，再比對從何銘軒處獲知之訊息，認為與被告所述相符，而誤信被告確有掌握該案偵辦進度為真，進而強化其支付被告 60 萬元購車款之意願為真實。

至於前開兩項不實訊息，究竟是否為被害人張仁宗在遭被告訛詐前（遭詐騙之談話時間點，證人已無法記憶），已從何銘軒等人處獲悉一節，已非本案重點，亦無法作為被害人張仁宗並不會遭被告詐騙之證明。如前述，本案何銘軒、張仁宗、被告彼此之利害目的不一，具有三角關係，被害人張仁宗處於中間介紹人地位，自然要就被告所述有掌握案件偵辦進度、有確實幫忙之內容，是否與何銘軒方面提供之內容相符，以作為是否進一步付款之研判。故重點在於被告確實有以其檢察官偵辦刑事案件之職權機會，利用與被害人張仁宗談話時，見機以「案件已交竹北分局偵辦，無須掛慮」及「何銘軒已經跟人家談和解了，案件是還要不要辦下去」等語訛詐被害人張仁宗，製造案件

有在其掌握關切中辦理之假象，正因如此，再加上與被害人張仁宗自何銘軒處獲得之訊息吻合，才會使被害人張仁宗誤信為真，而願意提前付款。綜上所述，已足以證明原審判決書事實(八)之認定為真實。

三、被告就有關何銘軒申告圍廠妨害自由案件之陳述，確實足以使張仁宗及何銘軒陷於錯誤而陸續支付傢俱款及現金 60 萬元

最高法院另以張仁宗訴訟經驗豐富，是否僅因被告之陳述即可陷於錯誤一節，經查，茲將卷附張仁宗相關涉訟之民、刑事案件資料及結果整理如附表所示，其中附表一張仁宗為告訴人之案件，多數係向警方提出告訴後移送檢察署偵辦，僅附表一編號 2、3、5 係逕向檢察署提告，且均在臺灣士林地方法院檢察署，但編號 2 部分係以書狀提告，僅編號 3、5 張仁宗有親至檢察署言詞申告(相關書類、申告文件或筆錄參見新竹地院矚訴 1，卷 2，第 174 頁以下)。惟上開兩次到場言詞申告，一次由檢察事務官受理，分案後由檢察官親自偵查並開庭(編號 3)；一次由內勤檢察官受理後，併由前案警方移送之編號 4 案件中，由前案同一檢察官承辦，每次模式均不相同，況檢察官尚有專組之分，各檢察署就轄區內特殊類型案件則另有責任區專責檢察官之劃分，如與本案所涉，臺灣新竹地方法院檢察署針對國土保育案件即有檢察官責任區之劃分，即使任職司法界，縱同為檢察官，對於非任職之檢察署分案模式亦難全盤瞭解，實難認一非司法界人員，因訴訟經驗豐富，即認足以瞭解各檢察署分案、辦案模式。況查，張仁宗為告訴人之案件，結果均為不起訴處分，附表二張仁宗所涉民事訴訟，其均為敗訴之一方，訴訟均屬失敗之經驗，益徵其對被告即任職臺灣新竹地方法院檢察署，並為國土保育專組檢察官，對被告就相關案件之陳述，自會產生依賴之信任，況於其企盼有效解決祐春圍廠事件之急切心情下，顯然會受被告詐稱可以主導案件、達其所欲目的所誘，足

證張仁宗、何銘軒有陷於錯誤之事實。

被告在短短數月內收取張仁宗達十萬元以上傢俱、現金 60 萬元，從蒐證光碟、張仁宗及何銘軒之指述內容均明證都是被告主動要求，如非有一定請求事項之對價，孰能信之。被告辯稱張仁宗自願送，但對照之前雙方互動，至多僅是長期借用車輛、白吃白喝，為何在此時期卻突然贈與高額傢俱貨款及現金，益足徵本案被害人陷於錯誤，以為被可以其追訴犯罪之職務擺平抗爭民眾。

被告一再規避本案重要事實(如張仁宗先後在被告要求下支付傢俱貨款、現金 60 萬元等)，將案件誤導為張仁宗扮演司法黃牛誆騙何銘軒云云。惟何銘軒除承諾張仁宗事成後入股祐春污泥廠外，迄今未對此案有何支出，張仁宗則已陸續為被告支付傢俱貨款及交付被告現金如上述，並在何銘軒與附近居民達成敦親睦鄰協議，對於以起訴張春鳳等人作為解決圍廠手段之需求已降低，復認張仁宗處理不力，又對於互相入股祐春公司及那羅溫泉會館之數額細節頻起爭議，兩人合作生變，約於 99 年年中，何銘軒即不同意張仁宗入股祐春公司，兩人合作逐漸破局，益徵本件係被告利用職務上機會詐騙張仁宗之事實甚明。

此　致

臺灣高等法院（智股）

中　華　民　國　103　年　11　月　5　日

檢察官　林孟堂

臺灣高等法院檢察署檢察長命令

102年度上聲議字第8130號

受文者：臺灣新北地方法院檢察署檢察長

一、中華民國102年10月23日新北檢玉致101偵續722字第344502號函，陳送被告林人香詐欺等罪嫌再議一案卷件均悉。

二、原檢察官偵查結果，以被告所涉犯罪嫌疑尚有不足，而為不起訴處分。惟查：

(一)本案犯罪事實：

被告林人香與奈及利亞人EmekaPhilipAmazu(下稱Emeka，業已離境)所屬之詐欺集團，基於犯意聯絡，由林人香提供瑞瑋國際貿易有限公司(下稱瑞瑋公司)安泰商業銀行，帳號01612600596200號之帳戶，並於民國100年12月14日前後某日，與Emeka共同虛偽訂定以迦納國Tianboa(SolarUiva)Limited公司為買方之買賣契約書，買賣標的為太陽能面板1000片、價金美金23萬3千元，另由詐欺集團成員，於100年12月14日以植入木馬等惡意電腦程式方法，攔截NGJINKIAT（中文譯名：黃人傑或黃仁杰）透過網際網路雅虎奇摩電子信箱「ngjinkiat@yahoo.com」寄予傅友東之「hengkyfu@gmail.com」電子郵件信箱、內容為請求傅友東代為匯款至受款人「HonorLuckInc」、受款銀行「SunnyBank」(陽信銀行)受款人帳號07005300003671號之信件後，將內容竄改為受款人為「O.celotEnterpriseCo.LtdAmount」(即瑞瑋公司)之上開林人香提供與詐欺集團之銀行帳戶，致NGJINKIAT、傅友東陷於錯誤，以為訊息已正確傳達，傅友東即依竄改後之匯款資料，於同年月15日，代理NGJINKIAT自印尼國之中亞銀行(BankCentralAsia簡稱BCA)匯款美金23萬3875元(約新台幣708萬9,721元)至瑞瑋公司上開安泰銀行帳戶內，上開款項於同年月20日入帳後，隨即於翌(21)日由林人香提領一空，僅餘數千新台幣於帳戶內，其中新台幣106萬元現金提領後，交與Emeka朋分，餘新台幣602萬元則轉入瑞瑋公司臺灣銀行帳戶，而詐欺取財得

逞。

(二)證據並所犯法條：

1.上開事實業據聲請人指述歷歷，核與證人傅友東證述相符，並有聲請人NG JIN KIAT寄予傅友東之電子郵件影本及遭竄改後之影本、傅友東自BCA銀行之匯款單各1件、瑞瑋公司安泰銀行、臺灣銀行帳戶往來明細各1份、被告林人香至安泰銀行提領上開贓款之有摺交易傳票、交易憑條各2紙、匯款至臺灣銀行之匯款委託書1紙附卷可佐。

2.被告林人香雖矢口否認有與詐欺集團共同詐騙聲請人NG JIN KIAT、被害人傅友東，並辯稱伊與迦納國Tianboa(SolarUiva) Limited公司有太陽能面板買賣契約，上開匯入安泰銀行瑞瑋公司帳戶之款項，伊以為是買方Tianboa公司匯入的云云，並提出買賣契約書1紙為證，惟查：

(1)瑞瑋公司與Tianboa公司之買賣契約係屬虛偽：

上開被告所提出之買賣契約，買方雖為迦納國Tianboa(Solar Uiva) Limited公司，被告卻稱不知該公司是否存在，事後撥打契約上電話為空號，訂約係由介紹人即當時在台之奈及利亞人Emeka簽約，此方式已悖於國際交易常情。又該買賣標的為太陽能面板(Solar Module Series) 1000片，規格為：maximum power 260W（即功力為260瓦）、dimension1947x993x50mm、output tolerante+/-5%、每片單價美金233元，惟被告迄今未提出訂約前就該規格商品向製造商詢價之證明，檢察官要求下，提出者除1份可認係太陽能面板詢價外，其他均為單價在20-30元美金間之太陽能充電器(solarcharger)之詢價電子郵件，顯非太陽能面板之詢價，且詢價日期均在2009年至2010年初，與本件契約日期相差一年以上，顯與本件契約詢價、訂購產品無關。況依上開唯一1份太陽能面板詢價郵件，係於2009年10月之詢價，太陽能面板計價方式，為每瓦2.6美金，依被告所提上開契約太陽能面

板規格功力為260瓦，每片單價即應高達美金676元，上開契約約定竟為每片美金233元，1000片總價23萬3,000元，縱價格有時間波動之差異，此亦明顯悖於市場行情，況被告迄今無法提出事前為該契約詢問相關廠商出貨價格、出貨能力、時間之相關足以出貨之證明，實無可能即逕行接單，該契約顯然係為偽造匯款合法來源所做，並非實在。

(2)被告所稱交易與貨款交付方式明顯異常：

被告稱係因與非洲國家交易，原則上會要求買方在交貨前現金付清貨款後，才會交貨上船，因此告訴人貨款進帳戶內，以為是迦納國買方之付款云云，惟查，國際貿易賣方未提供任何交貨保證或下單訂貨之證明，賣方即交付全額貨款者，顯違背常規，況此次匯款金額高達美金23萬多元(約新臺幣7百多萬元)，與瑞瑋公司銀行帳戶自開戶來往來均在美金1萬5千元以下，顯屬異常，有安泰銀行100年12月22日對疑似不法或顯屬異常交易之存款帳戶管理報告1紙在卷可佐，參以瑞瑋公司100年申報之營業稅資料，每2個月銷售額多數在新臺幣10萬元以下，高者亦不超過50萬元，全年營業額在百萬元上下，有該公司100年營業人銷售額與稅額申報書影本6紙在卷可稽，此次匯款如此異常高額，顯非瑞瑋公司正常之貿易業務，而被告經銀行通知匯款到達後，並未向廠商訂貨，反而立刻提領現金新臺幣106萬元，並將其餘款項轉入臺灣銀行，顯與貿易常規不符。

(3)被告有取贓款、處理贓款之行為：

上開匯款入被告帳戶後，被告並未積極向製造商訂貨，反而立即提領現金新臺幣106萬元與詐欺集團朋分、同時將餘款轉出該安泰銀行帳戶至上開臺灣銀行帳戶，顯在避免帳戶遭查獲凍結後無法取款，雖被告辯稱臺灣銀行離伊住處較近，故通常買方匯入安泰銀行帳戶之貨款伊會再轉入臺灣銀行帳戶，惟被告轉帳仍要親至安泰銀行辦理，且查閱瑞瑋公司上

開兩銀行帳戶往來明細，僅有此次款項由安泰銀行轉入臺灣銀行之記錄，被告所辯顯屬矛盾不實。又被告辯稱提領現金300萬元買輪胎欲交易之說，亦與其稱與非洲國家買方交易，需先買方交付全部貨款後，方會下單訂貨之交易習慣相悖，顯屬事後掩飾取贓款之編派說法，無足採信。被告事後又親至安泰銀行櫃臺將現金新臺幣300萬元存回安泰銀行帳戶，又與上開使用安泰銀行並不方便之說法相左，目的顯在測試該帳戶是否遭凍結。

(4)綜上，所辯顯屬事後掩飾犯行之詞，被告事證明確，不足採信，犯嫌堪以認定。

3.核被告所為係與Emeka所屬犯罪集團共犯刑法第216條、第210條行使偽造私文書及第339條第1項詐欺取財罪嫌，2罪間係一行為觸犯數罪名，應從重依行使偽造私文書罪處斷。

(四)原檢察官未見及此，遽予處分不起訴，尚屬未恰。惟本案涉嫌犯罪事證既已明確，已踐行之偵查程序亦臻完備，無續行偵查之必要，爰著貴署檢察官依法提起公訴。

三、爰依刑事訴訟法第258條第2款命令起訴。

中　　華　　民　　國　102　　年　　11　　月　20　　日

最高檢察署

刑事大法庭言詞辯論意旨書

(110 年度台上大字第 5660 號)

檢察官　蔡瑞宗
蔡秋明
林麗瑩
李進榮
林俊言

本案提案之法律問題

關於被告成立累犯以及應加重其刑之事項，檢察官應否基於「改良式當事人進行主義」之精神，踐行主張並指出證明方法之責任。亦即，依司法院釋字第 775 號解釋（下稱釋字第 775 號解釋）所揭示，將累犯「必」加重其刑變更為「可裁量」事項之意旨，法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，程序上應否先由當事人（尤其是檢察官）就被告構成累犯以及應加重其刑之事項，主張並指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而列為是否加重其刑之裁判基礎？

目錄

壹、本件提案之法律問題 ……1
貳、與法律爭點相關之本案事實 ……1
參、本案所涉及之我國法律條文與立法理由 ……2
一、刑事訴訟法第 47 條第 1 項 ……2
二、刑事訴訟法第 161 條第 1 項、第 163 條第 2 項……2
肆、本案法律問題之實務見解 ……2
伍、本案所涉之外國立法例與實務見解 ……3
一、日本法 ……3
(一)量刑事實為法院應依職權認定事項，量刑事實經檢察官主張者，檢察官始負舉證責任……3
(二)累犯是法定加重事由，法院應依職權適用 ……3
(三)提案裁定肯定說所引日本最高裁判所最高裁判所大法庭昭和 33 年 2 月 26 日決定，係指法院依職權調查累犯加重事由後，應使當事人知曉，與檢察官是否應主張累犯並負舉證責任無涉 4
(四)小結 ……6
二、美國法 ……6
(一)美國量刑程序相對審判程序為職權進行……6
(二)量刑前的調查程序：由法院之觀護官進行調查並製作量刑前調查報告 ……7
(三)量刑聽審程序：不適用審判程序的證據法則，法官得依職權調查 ……8
(四)量刑的正當法律程序要求：用以加重超越法定最高本刑的事實，必須經過陪審團審理，並適用超越合理懷疑的證明程度，但

前科除外 ……9
(五)量刑的上訴審查：量刑偏離量刑準則所量定的區間，法院有說明義務 ……10
(六)檢察官在量刑程序上的角色：協力義務，原則上沒有主張的責任，也沒有明顯的舉證責任……12
(七)提案裁定文中肯定說引用之美國聯邦巡迴法院判決，並無要求檢察官對前科負主張及舉證的責任……13
1.McKenzie 一案： ……14
2.Bryant 一案： ……14
3.小結：……14
三、德國法 ……15
(一)罪行認定與量刑程序統合，法院職權進行，適用相同的程序原則 ……15
(二)以行為罪責為量刑基礎：依照幅的理論(Spielraumtheorie)，以罪責框定個案刑度上、下限（罪責原則)……17
(三)檢察官在量刑上的角色：程序合法的監督者……18
(四)累犯加重規定廢除後，被告前科仍為重要的量刑事項，法院有調查義務……19
(五)量刑的上訴審查：前科如果對被告量刑有重要性，法官有調查及說明義務……20
四、外國法啟示 ……21
陸、本署對本案法律問題之意見 ……22
一、累犯加重於釋字第 775 號解釋公布後，仍屬法定加重事由，法院應依職權調查審酌，為合義務之裁量並於判決理由中說明，並無控訴原則之適用 ……23
(一)釋字第 775 號解釋內涵：累犯加重規定原則合憲。法院必須在個案中審酌加重後有無過苛，而違反罪刑相當性……23

(二)以警告模型將累犯加重納入罪責原則內涵：引入德國聯邦憲法法院解釋‧‧‧

六、累犯適用問題不在舉證，而是資料判讀(法院的事實認定)，應藉由科技改善前科資料表，並增加量刑調查的輔助人力，以解決實務困境 ····· 34
七、量刑之正當法律程序：被告資訊充分獲知權 ····· 35
八、結論 ····· 36

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

111 年度台庭蒞字第 3 號

提　出　人　　最高檢察署檢察官蔡瑞宗

上　訴　人

即　被　告　　張邱群

上列被告因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，最高法院提案庭(刑事第八庭)就本提案之法律問題所擬採為裁判基礎之法律見解，認與最高法院先前裁判之法律見解歧異，已於 111 年 1 月 19 日裁定將此法律問題提交最高法院刑事大法庭裁判(110 年度台上大字第 5660 號)，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述如下：

壹、本件提案之法律問題

關於被告成立累犯以及應加重其刑之事項，檢察官應否基於「改良式當事人進行主義」之精神，踐行主張並指出證明方法之責任。亦即，依司法院釋字第 775 號解釋（下稱釋字第 775 號解釋）所揭示，將累犯「必」加重其刑變更為「可裁量」事項之意旨，法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，程序上應否先由當事人（尤其是檢察官）就被告構成累犯以及應加重其刑之事項，主張並指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而列為是否加重其刑之裁判基礎？

貳、與法律爭點相關之本案事實

(提案裁定所列之基礎事實)

上訴人張邱群因涉犯非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝、殺人未遂罪嫌，經檢察官提起公訴，起訴書未請求對上訴人所為上開犯行依累犯規定加重其刑。法院於審理時，檢察官亦未就上訴人成立累犯以及應加重其刑之事項，有所主張並指出證明方法。事實審法院於判決時，自行認定上訴人犯行成立累犯，並依累犯規定加重其刑。

(補充基礎事實)

事實審法院(第一審、第二審)於審理時，均於調查證據最後時，

依職權調查卷附被告之前科紀錄表，提示雙方當事人表示意見，被告、辯護人及檢察官均表示無意見。判決時，第一審法院審酌被告曾有違反槍砲彈藥刀械管制條例之前案，並有構成累犯之前科紀錄，顯見被告對於刑罰之反應力顯然薄弱，適用累犯之規定加重，亦不致生被告所受之刑罰超過其所應負擔罪責，導致其人身自由因此遭受過苛之侵害，而有不符憲法罪刑相當原則，進而牴觸憲法第 23 條比例原則之情形，符合累犯應加重其刑之立法意旨，而參照司法院釋字第 775 號解釋意旨，認定上訴人犯行成立累犯，並依累犯規定加重其刑。第二審法院判決則認為第一審刑罰裁量職權之行使，既未逾越法律所規定之範圍，亦無濫用權限之情形，難遽謂原判決就此部分之量刑有何不當。

參、本案所涉及之我國法律條文與立法理由

一、刑事訴訟法第 47 條第 1 項

二、刑事訴訟法第 161 條第 1 項、第 163 條第 2 項

肆、本案法律問題之實務見解

對於成立累犯及應加重其刑之事項，檢察官無主張並指出證明方法之責任(係法院應依職權調查之事項)

判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文；又依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤而顯然於判決有影響者，該項判決即屬違背法令，得提起非常上訴，復經司法院釋字第 181 號解釋在案，故事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第 47 條規定加重其刑，即屬法院認定事實與適用法律之基礎事項，客觀上有調查之必要性，應依職權加以調查。(例如本院 88 年度台非字第 28 號；106 年度台非字第 194 號；109 年度台非字第 180、168、157、113、62 號；110 年度台非字第 193、184、122、112、106、18 號等判決意旨參照)

惟提案庭擬變更見解，認有無成立累犯之事實及應否加重其刑，

應採控訴原則，由檢察官主張並負指出證明方法之責任。亦表徵賦予檢察官程序選擇權及尊重其起訴處分(裁量)之意思等。

伍、本案所涉之外國立法例與實務見解

一、日本法

(一)量刑事實為法院應依職權認定事項，量刑事實經檢察官主張者，檢察官始負舉證責任

關於量刑事實的舉證責任，日本學說有三種不同見解：(一)檢察官舉證說：本說主張量刑相關事實，為實體法事實或準用犯罪事實之事項，應適用日本刑事訴訟法(以下簡稱日本刑訴法)第 335 條第 1 項之「成罪事實」(罪となるべき事実)，由檢察官負舉證責任[1]。(二)區分說：不利於被告事項由檢察官舉證，有利於被告事項由被告舉證[2]。(三)非檢察官舉證責任說：不少法官在實務上採行之[3]，即認為量刑事實如非與犯罪行為本身有關者，諸如犯罪之種類、罪質、犯行動機、態樣、手段、被害結果大小、程度、數量等，則其舉證不應分配給檢察官，至於被告前科、性格(反社會性、常習性、犯罪傾向、粗暴性、精神之未成熟性)、被告之反省、悔悟情形、社會的制裁、損害賠償等一般情狀(情狀事實)，沒有舉證責任分配問題[4]，亦即為法院應依職權認定事項[5]。

(二)累犯是法定加重事由，法院應依職權適用

累犯是刑法所規定刑之加重事由，作為生成判決主文所依據之理由，其認定須在理由中說明[6]，累犯作為加重事由若於犯罪事實中未

---

[1] 田宮裕，刑事訴訟法(新版)，有斐閣，1996 年 3 月，302 頁；川出敏裕，挙証責任と推定，收錄於松尾浩也・井上正仁(編)刑事訴訟法の争点（第 3 版），有斐閣，2002 年 4 月，158 頁。

[2] 上口裕，刑事訴訟法(第 2 版)，成文堂，2011 年 1 月，370 頁。

[3] 原田國男，量刑事実の立証，收錄於木谷明(編著)刑事事実認定の基本問題(第三版)，成文堂，2015 年 11 月，440 頁註 1。

[4] 原田國男，量刑事実の立証，木谷明(編著)刑事事実認定の基本問題(第三版)，成文堂，2015 年 11 月，440 頁；杉田宗久，量刑事実の証明と量刑審理，收錄於大阪刑事実務研究會(編)量刑実務大系 4，判例タイムズ社，2011 年，164、170 頁。

[5] 謝煜偉，量刑事實之調查與量刑情狀鑑定，檢察新論 23 期，2018 年 2 月，31 頁。

[6] 最大判昭 24•5•18 刑集 3 巻 6 号 734 頁，https://reurl.cc/k72zlr(最後瀏覽：2022 年 3 月 9

予判示，則有理由不備之違法[7]，為日本實務之作法[8]。量刑為法院應依職權認定事項，自不得恣意為之，累犯係導出主刑過程中，須適用之加重規定，法院未依職權適用或適用有誤，屬於日本刑訴法第 380 條所稱量刑法律之適用有誤明顯影響判決[9]，得上訴二審；若以其適用或不適用，有量刑顯為不當，如不撤銷原判決顯然違背正義者(日本刑訴法第 411 條[10])，亦得為上訴三審之理由。

(三)提案裁定肯定說所引日本最高裁判所最高裁判所大法庭昭和 33 年 2 月 26 日決定，係指法院依職權調查累犯加重事由後，應使當事人知曉，與檢察官是否應主張累犯並負舉證責任無涉

檢察官於公判庭陳述關於犯罪事實及法律適用之意見(即論告)時，自明治 30 年代起，均會陳述其就該案之科處何種刑罰種類及其刑度之「求刑」意見，最高裁判所認此合憲，並表示法院之量刑不受檢察官求刑意見之拘束，檢察官求刑係屬正當並未違法[11]，嗣此檢察官求刑並主張，乃形成其訴訟上慣例[12]。

因此，檢察官如主張被告為累犯，應加重其刑，自會提出相關之證據，而法院如再自依職權調查累犯事由，如有未遂行證據調查程序

日)。判例要旨：https://reurl.cc/2Ded8E(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

7 大決昭 3•1•28 集 7 卷 33 頁，https://reurl.cc/akgWmY(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

8 大塚仁、中山善房、古田佑紀、河上和雄(編集)，大コンメンタール刑法〈第 4 巻〉第 43 条~第 59 条，青林書房，2013 年 10 月，434 頁(安東章執筆)。

9 伊藤栄樹、亀山継夫、小林充、香城敏麿、佐々木史朗、増井清彦(合著)，注釈刑事訴訟法第六巻，立花書房，1998 年 7 月，180-182 頁(小林充執筆)。

10 第 411 條規定：「第三審法院對於無第 405 條各款規定之事由，但認為有左列事由，如不撤銷原判決顯然違背正義時，得以判決撤銷原判決。一、違反法令足以影響判決者。二、量刑顯為不當者。三、重大事實誤認則以影響判決者。四、有得為再審聲請之事由者。五、判決後刑罰已廢止、變更或大赦者。」原文是：「第四百十一条　上告裁判所は、第四百五条各号に規定する事由がない場合であつても、左の事由があつて原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる。

一　判決に影響を及ぼすべき法令の違反があること。
二　刑の量定が甚しく不当であること。
三　判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があること。
四　再審の請求をすることができる場合にあたる事由があること。
五　判決があつた後に刑の廃止若しくは変更又は大赦があつたこと。」
引自 e-Gov 法令検索，形事訴訟法，https://reurl.cc/dXorWk(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

11 最判昭 24•3•17 刑集 3 卷 3 号 318 頁，https://reurl.cc/3jW8x8(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。判決要旨：https://reurl.cc/02GVZb(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

12 遠藤邦彦，量刑判断の総論的検討，收錄於大阪刑事実務研究會(編)量刑実務大系 1，判例タイムズ社，71 頁。

(日本刑訴法第 305 條第 2 項[13])，是否違法，最高裁判所大法庭昭和 33 年 2 月 26 日駁回上訴決定[14]，認定法院依職權調查累犯(刑之加重事項)後，應使當事人知曉，否則屬違法。以下說明之。

案例事實：侵入住宅竊盜未遂案件，第一審法院[15]就警察、檢察官所製作之筆錄、身上調查書、前科調書、指紋照會回答書等，經辯護人之同意為適法之證據調查程序，訊問被告前科調書所載是否無誤，經被告回答無誤，嗣第一審法院認定被告為累犯而量處有期徒刑 8 月。二審法院[16]認為一審法院認定被告為累犯之資料不充分，依日本刑訴法第 279 條，函檢察署調取被告之前案紀錄，但卻未如同一審法院於公判庭中調查此證據，也未告知被告，仍認定被告為累犯。被告以二審法院並未將其向檢察署所調查之前科資料，依日本刑訴法第 305 條第 2 項行證據調查程序，有日本刑訴法第 405 條[17]之判決違反判例之情，並認為亦有日本刑訴法第 411 條量刑不當顯然違背正義之情，而提起上訴。最高裁判所大法廷昭和 33 年 2 月 26 日決定駁回其上訴。

最高裁判所認為：上訴理由不符合日本刑訴法第 405 條，量刑也無顯然違背正義之情。作為累犯加重理由之前科，雖不屬於日本刑訴法第 335 條之「成罪事實」，然前科係作為刑之法定加重理由的事實，

---

13 第 305 條第 2 項：「關於法院依職權調查文書證據，審判長應自行朗讀文書或命陪席法官或法院書記官為之。」原文是：「第三百五条②　裁判所が職権で証拠書類の取調べをするについては、裁判長は、自らその書類を朗読し、又は陪席の裁判官若しくは裁判所書記官にこれを朗読させなければならない。」引自 e-Gov 法令検索，形事訴訟法，https://reurl.cc/dXorWk(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

14 最大決昭 33•2•26 刑集第 12 巻 2 号 316 頁，https://reurl.cc/bkg1ev(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。判決要旨：https://reurl.cc/jk2X6L(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

15 金沢簡易裁判所昭和 31 年 10 月 20 日判決，LEX/DB 24003186。

16 名古屋高等裁判所金沢支部昭和 32 年 3 月 30 日判決，LEX/DB 24003187。

17 日本刑事訴訟法第 405 條規定：「對於高等裁判所所為第一審或第二審判決，得以左列事項上訴第三審：(第 1 款)有違憲法或解釋憲法有誤。(第 2 款)作出違反最高裁判所判例之判斷。(第 3 款)於無最高裁判所判例之情形，作出違反大審院或該當第三審法院之高等裁判所判例或本法施行後相當於二審法院之高等裁判所判例的判斷。」原文是：「第四百五条　高等裁判所がした第一審又は第二審の判決に対しては、左の事由があることを理由として上告の申立をすることができる。

一　憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること。

二　最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと。

三　最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと。」引自 e-Gov 法令検索，形事訴訟法，https://reurl.cc/dXorWk(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

因為在實質上準同犯罪構成事實犯罪事實，其認定應依證據為之，其證據調查程序應依日本刑訴法第 305 條。即法院依其職權所調取檢察署回覆之被告前科資料，屬於證據書類，應依日本刑訴法第 305 條第 2 項為證據調查程序(審判長應自行朗讀文書或命陪席法官或法院書記官為之)。

(四)小結

作為認定累犯之前科，係證據書類，檢察官如主張被告有累犯情事應加重其刑，則應提出相應之證據。而量刑事實，如被告前科、性格、被告之反省、悔悟情形、社會的制裁、損害賠償等一般情狀(情狀事實)，沒有舉證責任分配問題，係法院應依職權認定事項。法院如依其職權調查累犯(刑之加重事項)後，應行日本刑訴法第 305 條第 2 項之證據調查程序，使當事人知曉，如調取後未踐行此程序，係屬違法。

二、美國法

(一)美國量刑程序相對審判程序為職權進行

美國刑事訴訟程序分成兩大階段，前階段原則為由陪審團審判的定罪程序，第二個階段則是由職業法官進行的量刑程序。在量刑程序並無當事人進行主義之適用並有糾問的色彩[18]，依照美國聯邦法典第 18 篇即聯邦犯罪和刑事程序法(Title 18, U.S. Code, Crimes andCriminal Procedure，以下均以 18U.S.C.代表之)第 3661 條之規定：「為使法院達到妥適量刑之目的，不得限制法院獲取及斟酌一切有關已定罪被告之相關資訊，包括該被告之背景、個性、行為」[19]，量刑程序由法官依職權進行，沒有控訴原則不告不理的適用，與陪審

[18] 參照：張明偉，美國聯邦量刑指南適用之研究及其對臺灣的啟示，興大法學，第 28 期，2020,11，第 296-373 頁 (頁 298)；See. William T Pizzi, Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body? Crime, Procedure,and Evidence in a Comparative and International Context , Ch. 4, John Jackson, Maximo Langer, Peter Tillers, eds., Hart Publishing, 2008, 69-71 https://ssrn.com/abstract=1331636

[19] 18 U.S.C. §3661：No limitation shall be placed on the information concerning the background, character, and conduct of a person convicted of an offense which a court of the United States may receive and consider for the purpose of imposing an appropriate sentence.

圍審理犯罪認定事實時，依控訴原則由當事人雙方主導程序、證據調查之攻防的當事人進行程序完全不同。

(二)量刑前的調查程序：由法院之觀護官進行調查並製作量刑前調查報告

除上開 18 U.S.C. §3661 之原則性規定外，規範量刑程序進行的聯邦法規，主要的是 18U.S.C. §3553 、聯邦刑事程序規則第 32 條(Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 32，以下引註 rule 32, fed. r. crim. p)。量刑程序由法官開啟，除有正當理由外，不得有不必要的遲延(In General. The court must impose sentence without unnecessary delay.)[20]。除了極少數案件外[21]，程序上原則先交由觀護官(Probation officier)進行所有與量刑有關事實調查與蒐集(pre-sentence investigation)，包括詢問被告、及其他可提供訊息之人、調取文件等。詳言之，觀護官會廣泛調取本案相關資料，除了審判程序上決定被告有罪之證據資料外，被告之前科資料、入出國境資料、身心健康資料、調查被告個人及家庭背景、詢問被告、訪談被告之親屬，及調查被告之財務狀況等等[22]，這些都屬於適用聯邦量刑準則所需的要項[23]。就量刑前的調查，相當於法官的助手[24]，觀護官隸屬於法院[25]，為法官的量刑進行調查及準備工作，其調查具有一定獨立性，在調查程序中雖然要從當事人即檢、辯與被告雙方獲取資訊，並尊重兩方提供的意見，但同時必須讓資料更豐富，以協助法院妥適量刑[26]。觀護官在完成量刑前之調查後，製作一份量刑前調查報

[20] rule 32(b)(1), fed. r. crim. p
[21] 例外情況依 rule 32(c)(1)(A)(i)(ii), fed. r. crim. p
[22] rule 32(d)(2), fed. r. crim. p 參照許金釵，美國聯邦量刑準據之研究–兼論我國建立量刑準據之可行性，臺中高等行政法院出國報告，民國 95 年，第 69 頁
[23] Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, Sentencing Law and Police, 2013, 533.
[24] 參照吳巡龍，美國的量刑公式化，收於氏著新刑事訴訟制度與證據法則，2003 年，學林出版社，頁 376。
[25] 參照美國聯邦法院網站：https://www.uscourts.gov/services-forms/probation-and-pretrial-services
[26] Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 536-540,

告(presentence)提交法院[27]，並最遲必須在量刑前 35 天將量刑前調查報告送達被告、辯護人及檢察官[28]。而當事人於收到量刑報告之 14 天內，如有異議(objections)，必須以書面方式提出，觀護官接到異議後，得邀集雙方討論、繼續調查、修正報告，至遲於量刑期日 7 日前向法院提出量刑前調查報告，若有未決之異議應一併提出，以及其對該未決異議之意見[29]。

量刑前調查報告之內容，主要適用聯邦量刑準則(Federal Sentencing Guideline)[30]及量刑委員會的政策聲明(police statement[31])，亦即按量刑準則以被告之犯行級數與犯罪紀錄點數與級數計算後得出量刑區間，並建議適當量刑種類、提供刑度因子及所有可偏離量刑之事實；此外，並須提出關於被告生活素行與人格資訊，包括被告先前犯罪紀錄、財務狀況、影響被告行為之情況，以助於決定課處何種刑罰或矯正措施、對被害人各種影響的資訊等；法院所需之其他資訊，包括 18 U.S.C. § 3553(a) 所列的各項審酌事項[32]。

(三)量刑聽審程序：不適用審判程序的證據法則，法官得依職權調查

法院量刑時會進行聽審程序，聽取檢察官、辯護律師及被告之意見，雙方均可對觀護官的量刑前調查報告特別是量刑建議，提出意見，甚至互相討論。如果有未出現在量刑前調查報告的資訊，也必須整理成書面提供檢、辯雙方並陳述意見。被告有表達減輕其刑的權利。此外，法院就未決之爭點(dispute)，得准許雙方提出證據、證人，並得傳喚證人到庭作證，證人亦得以經署押之書面證詞為之(適用 rule26.2f, fed. r. crim. p)。並讓被害人出庭並有陳述意見之機會。[33]法官納入量刑考量的重要事項，必須顯示有足夠的可靠性，即

---

27 rule 32(c)(1)(A), fed. r. crim. p
28 rule 32(e)(2), fed. r. crim. p
29 rule 32(f),(g), fed. r. crim. p
30 關於聯邦量刑準則之介紹，參照許金釵，前揭文；吳巡龍，前揭文，頁 365-374。
31 量刑委員會的政策聲明為 United States Sentencing Commission GuildeLine Manual, 以下引用縮寫為 U.S.S.G.Manual。對法官之量刑具有拘束力，參見 28 U.S.C §994(c)。
32 rule 32(d), fed. r. crim. p
33 rule 32(i), fed. r. crim. p

達證據優勢標準(Preponerance of the evidence) 的證明程度[34]。

若法院認有偏離量刑可能，而該資訊未出現在量刑前調查報告或當事人所提出之文件時，法院應具體舉述認為可偏離之原因，並合理地通知當事人[35]

法官認定量刑事實除了應由陪審團認定之法定事由外(何謂應由陪審團認定之事實，參見本文以下正當法律程序之要求說明之)，均可參酌觀護官製作的量刑前調查報告表。法院在判定當事人的爭點時，可參酌其認為重要的資訊，只要該資訊的正確性，有顯示足夠可靠性的證據加以支持即可，並不適用證據法則下關於證據能力規定(admissibility under the rules of evidence)[36]。實務上，量刑大量使用傳聞證據[37]，甚至於審判程序因違法蒐證侵害被告權利而遭到排除的證據，在非死刑量刑案件也經常允許於量刑程序使用[38]。

(四)量刑的正當法律程序要求：用以加重超越法定最高本刑的事實，必須經過陪審團審理，並適用超越合理懷疑的證明程度，但前科除外

美國實務早期對量刑程序的看法，認為與判定罪行的審判程序有實質上的不同，認為美國憲法增修條文第五、第六條[39]等被告刑事訴訟上的權利，並不適用於量刑程序，畢竟在量刑程序只是決定已被認定有罪的被告如何處罰的程序[40]。此時期最高法院意見的主要代表判決為McMillan案及Williams案[41]，基本上是不承認被告程序保障權，量刑法官可以在陪審團認定的事實外，自己獲取並認定其他量刑事實，

---

[34] Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 450; .
[35] U.S.S.G.Manual §6A1.3 and Commentary
[36] rule 32(g), fed. r. crim. p
[37] U.S.S.G.Manual §6A1.3
[38] Id.
[39] Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 546
被告有不自證己罪、緘默權；被告有接受陪審團審判、快速審判、資訊告知、不利證人對質詰問權、辯護依賴權
[40] Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 444-445,
[41] Samuel Williams v. New York 337 U.S. 241 (949); Dynel McMillan v. Pennsylvania 477 U.S. 79 (1986)

其證明程度僅需優勢證據標準即可，甚至不用開示予被告，而不適用審判程序中的證據法則[42]。雖然法院實務陸續給予被告在量刑程序上的權利，包括聘請律師[43]、請求調查有利證據[44]、緘默權(法院不能因為被告拒絕陳述而給予更高的刑度)[45]等，但並未擴大到其他程序權利。80 年代開始，美國進行大規模量刑改革，主要是為減少量刑歧異的嚴重現象，訂定了大量的實體量刑法則，但還是很少碰觸程序的證據法則、舉證責任及聽審程序[46]。

不過 McMillan 及 Williams 案兩案以來，實務習以為常的法官可以使用審判外的資訊予以量刑，甚至不用開示予被告的作法，在 2000 年開始受到挑戰，接連在 Apprendi[47]及 Blakely(非聯邦法院案件)[48]案中，法院確立了：任何可加重刑度超越法定最高刑度的事實，都必須經過陪審團審理，並以超越合理懷疑(beyond a reasonable doubt)的程度證明之。不過兩案都提及了一個例外，就是被告之前的定罪紀錄(prio conviction)即前科，是不適用上開原則的，這個例外於 Almendarez-Torres [49]一案中即已確認前科作為加重量刑因子，不適用上開須經陪審團認定及超越合理懷疑之證明標準。最高法院在 Almendarez-Torres 案援用 McMillan 案，認為作為提高刑度的量刑事實，憲法並未要求立法者必須將其視為犯罪的要件(an element of the crime)，再犯(recidivism)作為加重量刑的因子(factor)，並未違反憲法要求，其證明程度適用自 McMillan 案以來所建立的量刑因子證明標準[50]，亦即達優勢證據的標準即可。

(五)量刑的上訴審查：量刑偏離量刑準則所量定的區間，法院有說明

---

[42] Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 449-451
[43] Menpa v.Rhay, 389 U.S. 128 (1967)
[44] Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963)
[45] Griffin v. Califonia, 380 U.S. 609(1995)
[46] Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 446.
[47] Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466 (2000)
[48] Ralph Blakely, Jr. v. Washington 542 U.S. 296 (2004)
[49] Almendarez-Torres v. United States, 523 U.S.224 (1998)
[50] Id. at 242-248

義務

原本依照 18 U.S.C.§3553(b)(1)及 §3742(e)，聯邦量刑準則計算的量刑區間，對於聯邦法院是有拘束力的，未依照準則所算出區間的量刑，且無正當事由的話，是為違法量刑，上訴法院應撤銷之(18 U.S.C.§3742(e))。不過在布克案[51]最高法院宣告上開兩條規定無效後，聯邦量刑準則已不具強制力。

布克案雖宣告依聯邦量刑準則計算的刑度區間具強制力的條款失效，但其餘規定仍有效，法官量刑時必須一併審酌準則與其他刑罰目的，特別是 18 U.S.C.§3553(a)所列的刑罰目的與量刑審酌事項，盡量避免量刑歧異。上訴審法院對於偏離量刑準則的量刑，仍應以 18 U.S.C.3553(a)之規定及其他實務上重要的量刑因素，來審酌原審法院之量刑是否有不合理性(unreasonableness)[52]。量刑法官雖然有較大的裁量空間，但量刑準則仍是具體化聯邦量刑法最佳參考指標[53]，一般量刑法官仍先依量刑準則計算被告之犯罪等級與前科點數定出量刑區間，即前所述由觀護官製作之量刑前調查報告內容的量刑建議。

布克案之後，上訴法院會以在布克案所宣示的合理審查標準(reasonableness review)審查依量刑準則所為之量刑，上訴審通常會形式審查下級審法院量刑是否參考量刑準則所為，只要定刑在準則所計算出的區間內，理由不用詳細說明，但如下級審定刑落在準則計算的區間外(a non-Guidleine sentence)，判決必須詳細說明為何高於或低於量刑準則所建議量刑區間之理由，亦即在偏離量刑準則量刑時，法官有說明的義務(duty to explain)[54]，因此量刑準則依然扮演

[51] United States v. Fredie J. Booker 543 U.S. 220 (2005)
[52] 摘錄布克案判決文，引自 Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 193.
[53] 參照張明偉，前揭文，頁 306；許金釵，前揭文，頁 56。
[54] Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 213；另實務運作詳，前揭文，at199-218；張明偉，前揭文，第 308 頁；許金釵，前揭文，第 50,51 頁。

了法官量刑上的重要依據。

(六)檢察官在量刑程序上的角色:協力義務,原則上沒有主張的責任,也沒有明顯的舉證責任

在美國提到檢察官在量刑上影響力，主要是指檢察官對一個犯罪事實可以選擇以何罪名起訴，如上所述，不同的罪名在量刑級數上扮演重要分量，因此檢察官選擇如何起訴，就決定了後端量刑的刑度[55]。此外美國大部分的刑事案件，係透過被告與檢察官認罪協商決定刑度，因此大部分案件並非透過法官量刑程序由法官決定刑度，而是檢察官與被告的協商[56]。然而認罪協商的結果仍要經法官審查，法院除了審查協商的罪名是否已充分反映被告實際犯行之嚴重性，且須無損於法律所定的量刑目的及量刑準則之規範[57]。而認罪協商所得的刑度通常會遠輕於經定罪後量刑程序法官所判定的刑度[58]，但是同樣的，除非符合除外條款，協商的刑度仍必須在依照量刑準則所計算出的區間內，否則法官應拒絕同意協商的刑度[59]。

至於量刑程序上，因有濃厚的職權色彩，不適用如定罪審理程序的證據法則，沒有明顯的舉證責任。檢察官雖為當事人之一方，但其角色為接近公益之代表人，在量刑程序上，檢察官的義務毋寧是確保被告和受害者受公平對待，並協助法院獲取妥適的量刑。美國聯邦檢察官準則對檢察官在量刑程序上的任務，即規定如下[60]：為確保相關事實完整準確地提請量刑法院注意，檢察官應配合觀護官準備量刑前調查報告、審查量刑前調查報告；並以準確且令人信服地支持政府量刑建議的方式，強調關鍵事實和量刑考量因素；應對調查報告進行補充或更正；在沒有觀護官事先做量刑前調查報告的案件，必須做實際

---

55 Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 127.
56 Id. at 487.
57 U.S.S.G.Manul §6B1.2(a)
58 Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 121
59 U.S.S.G.§6B1.2(b),(c)
60 The principles of federal prosecution 9-27.720 ，See https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution

的論告；並因應辯方向法院論述；且應依法院之要求，澄清辯方有爭執的重大事項，並提供機會與受害者。

而從前面量刑程序說明可知，在法官進行量刑聽審程序前，是由觀護官進行量刑事項的調查，檢辯雙方會取得觀護官所做的量刑調查報告。在聽審程序上，檢察官代表政府(公共利益)，通常會依照觀護官所做的量刑前調查報告進行論告，當然也可對量刑調查報告提出意見及並提出自己的量刑建議，若被告或辯護人對加重事由提出異議或主張有減輕事由，檢察官也應審酌是否適當，而加以反駁或舉證證明之，此時檢察官才負有對其主張之事項負有優勢證據的舉證責任[61]。有學者認為[62]，檢察官的舉證責任與審判階段密切結合，但在量刑程序則無。檢察官可以求刑，建議一個特定刑度，但檢察官沒有義務去證明刑度是妥適的，妥適量刑是法官的責任，不管檢察官有無求刑。此一見解與歐陸法刑事訴訟對量刑的基本看法一致。也可見在職權進行的量刑程序上，檢察官相較於主動積極的法官，扮演著補充性的角色。

(七)提案裁定文中肯定說引用之美國聯邦巡迴法院判決，並無要求檢察官對前科負主張及舉證的責任

貴院本件提案裁定中，肯定說援引美國聯邦巡迴法院McKenzie(United States v. McKenzie, 539 F.3d 15, 18-19〔1st Cir. 2008〕)及Bryant(U.S. v. Bryant, 571 F.3d 147, 153-157〔1st. Cir. 2009〕)兩案為依據，以支持被告累犯之前科資料應由檢察官主張並負指出證明方法之責任。惟查，該兩案僅可說明前述目前美國實務對於前科紀錄作為加重刑度的量刑因子，其證明程度須達優勢證據標準(preponderance evidence)，內容並未有何足以支持檢察官應負提出主張並指出證明方法之責任的見解。

---

[61] See U.S.S.G §6A1.3

[62] William T Pizzi, supra note 18, at 70.

1.McKenzie 一案：

本案被告上訴爭執兩點：第一，其 2006 年的商店竊盜犯罪所得僅為價值 21 美金的物品，不應算入其犯罪紀錄；第二，法院引用電腦化的案卷報告(Computerized Docket Report)作為上開前科其的證據是不足的。上訴法院判決指出原審(區法院)判定觀護官的量刑前調查報告妥適的標列被告 2006 年商店竊盜(shoplifting)，列入被告的犯罪紀錄點數，並同意檢方引用 Spaulding 案支持量刑前調查報告，是妥適的，被告的指摘無理由；對於第二點，上訴法院肯認法院電腦化的前案報告作為前科的證據，足以該當優勢證據標準的要求，而依該案判決文中所顯示的，電腦化前案報告紀錄應該是由觀護官調取作為量刑前調查報告內容的，而非由檢方主張並提出。

2.Bryant 一案：

本案被告爭執區法院將紐約、Suffolk 高等法院的判決納入犯罪紀錄而認定其構成常業犯(career offender)而加重其量刑點數是違法的。判決理由中指出當被告對量刑前調查報告內的認定有爭執時，檢方(判決用語為 “政府” The Government)，不應僅依賴觀護官的量刑前調查報告；亦即當被告將量刑前調查報告認定的前科記錄作為爭點(dispute)時，檢方需有足夠的證據證明該前科紀錄的存在。該案上訴法院認為前科的證明，必須是司法性的紀錄(judicial records)，認為量刑前調查報告內的前科紀錄所引的來源是國家犯罪資料中心(NCIC)或紐約州警方資訊網的資料是非司法性的紀錄(non-judicial record)，並不如法院判決影本或其他法院文件等司法性紀錄般記載判決事實，可靠性是不夠的。上訴法院認為，原審判決有明顯瑕疵之處在於，法院應該要求政府即檢方提出其他足資信賴的來源，以確認量刑報告上開前科紀錄的真實性。

3.小結：

本案提案裁定肯定說所引上開判決，僅反映本意旨書所述美國量

刑程序實務運作。亦即量刑程序是由法院依職權發動，委由觀護官作量刑前調查，製作量刑前調查報告交由法院，並開示給檢辯雙方。判決文中”The government bears the burden of establishing by a preponderance of evidence of a prior convinction for sentencing enhancement purpose”文義雖為「認定作為加重刑度目的定罪判決(前科)，政府方(即檢方所代表)負優勢證據證明程度的責任」，但程序上實質進行調查舉證的，應為觀護官，法院也可依職權調查，這段話實際上當指事實(此處為前科)最後無法達到優勢證據標準加以證明時，由檢方負擔不能證明的不利益(不加重刑度)。**法院基本上是依據量刑前調查報告為量刑或本於職權調查，量刑程序沒有控訴原則的適用，不待檢察官或辯護人之主張或舉證。**

檢辯雙方在量刑聽審程序也是針對量刑前調查報告進行攻防，也可以提出新事證，請求調查，特別是當被告爭執量刑報告的量刑事項時，若法院認須補強證據，亦可要求檢方進行證據補強，基本上量刑因子的證明程度，僅須優勢證據標準，就前科量刑因子而言，需要的是司法性的前科紀錄，警方的紀錄是不足的；而電腦資訊化的案件報告即符合優勢證據標準的證明。附帶說明的是，當被告有爭執涉及量刑因子事實的存在時，法院除可要求檢方提供證明外，亦可主動蒐集證據或令觀護官再進行調查(18 U.S.C.§3661、U.S.S.G.Manual§6A1.3(b)。

三、德國法

(一)罪行認定與量刑程序統合，法院職權進行，適用相同的程序原則

德國的刑事訴訟是典型的職權進行主義，法院有澄清義務(德國刑事訴訟法第 244 條第 2 項)。在控訴原則下，案件經檢察官起訴後，即由法院主導審判，並依職權進行證據調查與事實認定。檢察官與辯護人則立於協助法院發現真實的角色。但檢察官與法官同樣擔負著對被告有利、不利事項均應予注意的義務。由於訴訟程序並未區分定罪

與量刑程序，於證據調查階段，做為當事人之檢察官、被告及其辯護人，均有聲請調查證據權利，但原則上法院應依職權調查與本案判決有關的事實與證據，不待當事人聲請，亦即判決所有適用實體刑事法的事實，包括所有與罪責及量刑有關之事實，都落在職權調查範圍內[63]。證據調查程序終結後，檢辯雙方進行言詞辯論，也是一併就罪責、量刑統體論告及答辯[64]。

而量刑是事實審法院的任務，法院必須從審判程序中所獲得關於行為人行為、人格全面的圖像為基礎，確認有利被告、不利被告的情狀，並將這些情狀互相權衡，依照法律規定得出在個案中妥適的刑度[65]。所有法院斟酌的事項，都必須是已在言詞審理中調查過的，法院於審判後縱於卷宗中發現與量刑有關的事證，但未曾提出於言詞審理過程中，也不能逕採為量刑根據[66]。從正當法律程序而言，法院雖有廣泛不受當事人主張限制的調查採證職權，但所有作為量刑基礎或根據的事證(除法定例外，如公眾週知之事實)，都必須在言詞審理程序中讓當事人知悉，經合法的證據調查程序[67]。而量刑相關的證據法則與罪行認定的證據法則相同，都適用嚴格證明法則、法院澄清義務(Aufklärungspflicht)及疑利被告原則(in dubio pro reo)等[68]。**例外情況，是對於被告生活經歷，包括家庭生活狀況、教育程度、職業等，法院可委託輔助人員在審判程序外進行調查並提出報告，就此部分，即適用自由證明**，但如被告有所爭執報告內容，法院可以該受託調查的輔助人員為證人進行訊問[69]。

不過量刑程序上，有較多的證據是以文書證據的證據方法調查。前科如做為量刑上的加重事由，除了依據聯邦中央紀錄的前案資料表

63 LR-StPO, Band 6, Aufl.27 2020,§244, Rn.40
64 §258 StPO. Vgl. LR-StPO Band 6/Teil2, 26 Aufl. 2013, §258 Rn.27ff
65 BGHSt 29, 319 (320); Vgl. KK-StPO 8.Aufl. 2019, §267 Rn.25
66 LR-StPO Band 6/Teil2, 26. Aufl. 2013, §261 Rn.20; KK-StPO, §261 Rn.19; So schon RGRspr.2 529 ; RGSt 1 81; BGH StV 1985 401, LR,§261, Rn.20
67 LR-StPO Band 6/Teil2, §261 Rn.14ff; KK-StPO, §261 Rn.16ff.
68 Schäfer/Sande/van Gemmeren, Strafzumessungsprozess , 5.Aufl. 2012, S.381ff.
69 A.a.O, S.383.

(Auszüge aus dem Bundeszentralregister)為文書證據進行調查[70]，如果前案犯行內容對於本案量刑是重要的，則以前案法院之判決為文書證據，踐行調查程序(提示並朗讀與本案相關之要旨)，判決內容所認定的事實，在本案就可以直接以該判決為文書證據加以採認[71]。

(二)以行為罪責為量刑基礎：依照幅的理論(Spielraumtheorie)，以罪責框定個案刑度上、下限（罪責原則）

就量刑的實體內容而言，在德國刑法總則編第三章行為效果的第二節量刑，以第 46 條至第 51 條共 7 個條文(其中第 48 條累犯加重規定已廢除)，為量刑一般原則和於特定具體狀況適用的量刑規範。法院在量刑上享有廣泛的裁量空間，但量刑的裁量一般均認為不是自由的裁量，而是受法律拘束的裁量[72]。法院必須以法律對量刑的一般規定(第 46 條)和特殊規定(例如第 47 條 6 個月以下短期自由刑為例外情形)為依據，刑法第 46 條作為量刑一般規範，框定了法院量刑的基本架構，正如同我國刑法第 57 條的地位，發揮指導法院裁量個案刑度的作用。該條建構定刑的兩種類型規範，第一類(即該條第 1 項)是建立在刑罰的目的論上，第二類(即該條第 2 項)是例舉各項重要量刑情狀，均可以成為是有利或是不利行為人的因子[73]。

根據德刑法第 46 條第 1 項第 1 句的規定，量刑的基礎是行為人的罪責(die Schuld des Täters)，也就是說刑度不得逸脫罪責的基礎，本句設定的罪責基礎公式，導出刑罰是對行為人有責的不法之抵償(ausgleichen)[74]，聯邦憲法法院即揭示刑罰應與罪責相當，不得過度[75]；而此處罪責相當，不單是基於應報原則，而是經由刑罰的一般預防來實現法益的保護[76]。而該條第 2 句則規定，在定刑時要考量刑

---

70 A.a.O., S.384.
71 A.a.O., S.187.
72 Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgmeine Teil, 5., vollst. neubearb. und erw. Aufl. 1996, S.871
73 A.a.O., S.876.
74 A.a.O., S.877
75 BVerfGE 6, 389 (439), 45, 187 (256-259)
76 Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgmeine Teil, 5., vollst. neubearb. und erw.

罰對未來行為人在社會上生活(即復歸社會或再社會化)被期待應發揮的影響，很明顯的是基於刑罰特別預防功能的觀點。一般認為上述該條前後兩句所揭示的刑罰目的量刑原則，存在刑罰目的的自相矛盾(Antienomie der Strafzwecke)[77]，一方面是考量罪責的嚴重程度，一方面是著重行為人再社會化的考量，兩者將會導出不同的刑度，造成量刑適用上的衝突。在具體量刑上如何調和兩者，學說很多，不多贅述，**德國實務發展了所謂幅的理論(Spielraumtheorie)，即，以行為人的行為罪責為基礎劃定刑罰的上下限，法院可於此一區間內考量對行為人復歸社會可期待的效果(特別預防目的)，給予具體的刑度，但原則上不能逾越罪責區間的上下限**[78]。

同條第 2 項則條列了法院量刑時必須審酌的情狀，包括針對行為人對犯罪的內在觀點(如行為人的行為動機、目的)、客觀的行為不法(行為方式、手段及所生影響)；有些則涉及行為人的人格及刑罰必要性的問題(如素行、人際關係、經濟情況，犯後態度特別是有否努力與被害人修復等等，有些純粹為犯罪行為的不法內容和罪責內容，有些則是基於預防觀點的考量因素，而這些條列的情狀，是開放的，僅在反應基於罪責、考量預防目的，所開展出來法院應注意的事實範圍[79]。

以上的說明，主要在強調，德國法上，**行為人的行為罪責是法院量刑的根本界線，基於其他刑罰目的不管是一般預防或特別預防的考量，均不能逾越罪責相當的界線，此即罪責原則**[80]。

(三)檢察官在量刑上的角色：程序合法的監督者

如上所述，德國刑事訴訟是典型的職權進行，在控訴原則下，就檢察官起訴的效力範圍內，法院就犯罪構成要件、不法、罪責及犯罪

---

77 Aufl. 1996, S. 877.
A.a.O.,S.879
78 BGHSt 7,28 (32); 20,264 (266f); 27, 2 (3); Vgl. Jescheck/ Weigend,a.a.O., S880.
79 Vgl. Jescheck/ Weigend,a.a.O., S886.
80 BGHSt 20, 264 (267); BGH NJW 1987, 3015

成立後的法律效果，都依職權進行證據蒐集和調查，而且犯罪的認定與量刑程序統合進行。檢察官作為形式當事人一方，仍享有聲請調查證據的權利，但實務上檢察官在審判程序中很少行使此權，一方面起訴時，已將必要的證據提出，一方面是法院基於其澄清義務，會主動充分調查[81]。不過，有必要時，檢察官個案上為了詳盡的蒐集證據，仍會聲請調查證據。基於其客觀義務，檢察官毋寧是程序合法進行、遵守法定形式的監督者[82]，因此德國法上沒有所謂實質的舉證責任，但因為量刑仍有疑利被告原則之適用，在窮盡調查義務後，量刑事實仍有不明時，應為有利被告之判斷。

檢察官在結辯論告時，會就量刑表示意見，並依照檢察機關內部的基準具體求刑，但是檢察官的求刑並不拘束法官，一般即用聲請(beantragen)稱之[83]。

(四)累犯加重規定廢除後，被告前科仍為重要的量刑事項，法院有調查義務

德國在 1986 年廢止了刑法第 48 條累犯加重的總則一般規定，但被告的前科紀錄仍是最重要的量刑要素(bedeusamste Strafzumessungsgründe)[84]，主要是在刑法第 46 條第 2 項例示的量刑審酌情狀—被告之素行(Vorleben)上，法院基於其澄清義務，必須主動調查並考量被告的前科狀況[85]。德國的實務根據聯邦憲法法院對舊法累犯加重規定的合憲論述〔詳下述陸、一、(二)〕，發展了警告模型(Warnungsmodell)或稱跨越模型(Überwindungsmodell)，認為前科的加重，理由在於被告越過先前有罪判決警告所築起的抑制門檻(Hemmschwellen)，當顯露出較高的犯罪能量而再犯，此次犯行即具

81 Vordermayer von Heintschel-Heinegg, Handbuch für den Staatsanwalt, 6.Aufl. 2019, 5.Teil. 2.Kapitel Sitzungsdienst und Plädoyer, Rn.32
82 Nr.127 Abs.1 RiStBV
83 Vgl. Vordermayer von Heintschel-Heinegg,, a.a.O.,Rn.63ff
84 BGHSt 24 198, 200
85 LR-StPO Band 6, Aufl.27 2020, §244 Rn.41

有責任升高之狀況[86]。不過此處需要強調：前科作為素行重要的內容與前科作為累犯的加重，基礎論證仍稍許不同，作為被告素行的考量上，視為行為人個人生活經歷、人品及人格一環，所據的刑罰目的雖然仍以行為罪責為基礎，但兼有特別預防觀點[87]。相對於累犯法定加重的規定，重點是行為罪責的加重。而前科如果是放在被告的素行考量，及德國刑法第 46 條第 1 項第 2 句的特別預防觀點來看，被告的前科顯示過去科處的刑罰並不能使行為人有一個合規範的社會生活，這種考量之下，有時加重刑度反而無法達到特別預防的效果，在具體狀況下，如過去有科處罰金刑的前科，此次對被告科處自由刑並予以緩刑，應較能得到及時的警告作用[88]。因此被告的前科作為量刑的重要因素，不一定是如同累犯的加重刑度結果，在特別的狀況，也有可能是減輕[89]。

(五)量刑的上訴審查：前科如果對被告量刑有重要性，法官有調查及說明義務

量刑的決定既然是法律的適用，事實審法院的裁量受到法律拘束，法律審可對事實審法院的量刑進行合法性審查。法院量刑受到合法性審查的事項，除了實體法的規定外，程序違法事由(第 344 條第 2 項)主要仍涉及**法院的澄清義務與說明義務，以及調查程序的合法性。**以澄清義務的違反而言，指對於重要的量刑事實，應調查而未調查，應審酌而未審酌。就前科的調查而言，法院未調取被告之前案紀錄表，或者對有疑問的前案紀錄疏未查明，都構成澄清義務的違反[90]。又如將前科納入量刑評價，卻未踐行合法的調查程序(以書證提示並給予

[86] BGHSt 23,237(238); 43,106(108); Kinderhäuser/ Neumann/ Paeffgen, StGB , 5.Aufl. 2017, §46 Rn.67; Schäfer/Sande/van Gemmeren, a.a.O. S183f,

[87] 參照王皇玉，釋字第 775 號與累犯加重處罰 ─以德國法與我國法之比較為中心，收錄於主體、理性與人權的彼岸：李茂生教授六秩晉五祝壽論文集，頁 127-153 (137); Vgl.Jescheck/ Weigend, a.a.O., S. 892f; Schäfer/Sande/van Gemmeren, a.a.O.,, S.182ff

[88] Vgl.Jescheck/ Weigend, a.a.O., S. 893; Schäfer/Sande/van Gemmeren, a.a.O.,, S.182ff

[89] Vgl. Schäfer/Sande/van Gemmeren, a.a.O., S.183

[90] BGHSt NStZ-RR 2010, 236, 237; BGHSt, 20 205. Vgl. LR-StPO, Band 6, Aufl.27 2020, §244 Rn.41

辯論機會)，亦屬違法判決[91]。

就說明義務而言，依照德國刑事訴訟法第 267 條規定的羅列，刑事判決必須書面並附詳細理由。該條第 3 項規定，有罪判決理由應指出適用之刑法並說明決定量刑的情狀；對於法定加重或減輕事由，亦有說明義務，例如舊刑法第 48 條累犯加重規定仍存在時，如已構成累犯的法定要件，法院即有義務在理由中交代，按照聯邦憲法法院指示的個案審酌意旨，說明應加重或不應加重的理由[92]。

說明義務並不要求法院要逐一就量刑事由加以條列說明，毋寧是法院對作為決定法律效果的、認為已證明的事實，以一個整體觀察(Gesamtschau)方式，進行評斷、互為權衡審酌的說明[93]。

對於審酌罪行的不法性、罪責性以及罪行的嚴重性上，屬於特別重要的情狀，法院必須在量刑考慮並說明理由[94]。在累犯加重廢除後，雖然不一定每個判決都要在理由中交代被告前科狀況，**但前科是量刑重要事項，如有上開審酌上的必要性，對於前科及該前科犯行的認定必須在判決理由內交代，這也在法律審審查範圍內**，且不能只是按前科紀錄表羅列犯罪紀錄[95]，但如有就量刑評價的觀點，簡短綜整說明是足夠的[96]。

四、外國法啟示

日本、美國、德國刑事訴訟制度分別為改良式當事人、當事人進行或職權進行原則，制度或有所不同，但在量刑程序上均為由法官主導的職權進行，不受當事人主張拘束，得職權調查其認為重要的量刑事實或資訊。檢察官基本上立於協助法官妥適量刑的角色，即使在美

---

91 LR-StPO Band 6/Teil2, Aufl.26 2013, §261 Rn.20 : etw OLG Düsseldorf VRS 64(1983) 128; OLG Koblenz VRS 65 (1983) 379;

92 Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allg. Teil, Teillband 2, 6.neu.u.erw. Aufl., 1984, S.573.; OLG Karlsruhe NJW 76, 433

93 LR-StPO Band 6/Teil2, 26 Aufl. 2013, §267 Rn.87

94 Fischer, StGB, 67 Aufl.,2020, § 46 Rn. 107; BGH Beschl. v. 21.9.2005-5 StR - wistra 2005, 458.

95 Vgl.Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, StGB, 29 Aufl. 2014, §46 Rn. 65. BGH NStZ/D 4,134; BGH MDR/D 76,13;BGH StV 84,151, wistra 88,64

96 Fischer, a.a.O., §46 Rn.38b

國，檢察官並不似在審判程序般有明顯的舉證責任，至多在被告爭執相關量刑事實，而該事實無法達相關的證明程度時，由檢方負擔不能證明的不利益。此外，在英國、澳洲等傳統英美法體系的國家，也都是以量刑為法官之職權，在量刑階段，檢察官只是立於協助法官妥適量刑角色[97]。在德、日、美檢察官均可以具體求刑，但對法官只是建議性質，並無拘束力。

前科為重要的量刑事項。在美國為量刑準則之量刑表上分級計點的刑度加重因子，與被告之犯罪類型與態樣的分級交叉計量得出被告刑度區間，法官原則上在此區間內決定被告刑度；日本與我國相同仍有累犯加重的一般規定，法院應依職權調查，法院未依職權適用或適用有誤，屬於日本刑訴法第 380 條所稱量刑法律之適用有誤明顯影響判決，得上訴二審。德國雖已廢除一般累犯加重規定，但前科仍是審酌被告素行的重要事項，法院應依職權調查，對於足以影響被告量刑之前科，必須納入審酌並在理由說明。

陸、本署對本案法律問題之意見

依據法律進行罪責相當之妥適量刑，係審判之核心職權，量刑程序應由法院依職權調查各項加重、減輕或免除之事由，包括累犯是否加重，均不待當事人主張及舉證。惟如檢察官主張被告有應加重之事由，應指出證明之方法。

累犯加重之規定，於司法院釋字第 775 號解釋後，仍屬法定加重事由，惟法官於具體個案中應審酌是否加重，有無罪刑不相當之過苛情形，為合義務之裁量並於判決理由中說明

刑事訴訟制度無論採當事人進行或職權進行，量刑程序均為法院

[97] The Attorney General's Guidelines on the Acceptance of Pleas and the Prosecutor's Role in the Sentencing Exercise paragraph B:4 provides:
"…The prosecution advocate represents the public interest, and should be ready to assist the court to reach its decision as to the appropriate sentence.
https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/sentencing-overview
澳洲部分參見：The role of counsel for the prosecution in sentencing proceedings for offences under the Occupational Health and Safety Act

依職權進行、職權調查；但程序之進行，在當事人進行主義或改良式當事人進行下，法院應讓當事人先行陳述或主張，但法院仍應適時將量刑相關事證資料，提供當事人知悉並表示意見。

被告如有累犯之前科紀錄，檢察官縱未主張，法院仍有依職權審酌之義務。

理由如下：

一、累犯加重於釋字第 775 號解釋公布後，仍屬法定加重事由，法院應依職權審酌，為合義務之裁量並於判決理由中說明，並無控訴原則之適用

(一)釋字第 775 號解釋內涵：累犯加重規定原則合憲。法院必須在個案中審酌加重後有無過苛，而違反罪刑相當性

刑法第 47 條第 1 項有關累犯加重之規定，釋字第 775 號解釋認為不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟該號解釋認為：「其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。」上開解釋文指出個案如不分情節，一律加重，致個案有過苛情況，不符罪刑相當、違反憲法比例原則，才有牴觸憲法的問題，亦即只有在一律加重的適用方式下才違憲。

因此，本號解釋並未將累犯加重解釋為法院得自由裁量，相反的，從本號解釋理由書一開始即強調司法院歷來的解釋，已將罪責原則納入憲法保障意旨：「刑罰法律，基於無責任無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰（本院釋字第 687 號

解釋參照）。刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則之拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應（釋字第 551 號及第 669 號解釋參照）。亦即國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。」可證本號解釋脈絡，累犯加重規定是在罪責原則之內，成為衡量行為人罪責要素之一，因此法院必須在每個個案中依職權調查是否成立累犯，並審酌加重後是否過苛。誠如蔡明誠大法官於部分協同意見書所述：「將刑罰加重之法律效果與累犯之構成要件相連結時，使該規定納入國家刑罰領域在實質上所確定責任原則之適用範圍。」法院無從自由裁量。

（二）以警告模型將累犯加重納入罪責原則內涵：引入德國聯邦憲法法院解釋

學界、實務界提出刑法第 47 條第 1 項累犯加重處罰的憲法爭議，除違反一事不二罰（雙重評價禁止）外，大多環繞在其是否違反罪責原則[98]。至於釋字第 775 號解釋如何將累犯加重調和入罪責原則內，除了指出刑罰超過行為人所應負擔罪責，人身自由遭受過苛之侵害的個案，不符罪刑相當原則外，解釋文並未多加說明。但從解釋理由書一、第一段：「…行為人前因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，理應產生**警惕作用**，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪。然而行為人卻故意再犯後罪，足見行為人有其特別惡性，…」之脈絡可以推論，本號解釋採取的論證基礎，係所謂的警告模型（Warnungsmodell）[99]，即德國聯邦憲法法院於 1979 年認定德國舊刑法第 48 條累犯加重規定合憲[100]的論據。

---

[98] 國內學者意見參見：王皇玉，前揭文；黃惠婷，由刑罰目的探討累犯加重刑罰的正當性，矯正期刊，第 9 卷第 1 期，109 年 1 月，第 1-35 頁；謝煜偉，當弦外之音成為主旋律—評釋字第 775 號解釋間論解釋公布後之量刑新趨勢，月旦法學雜誌 第 294 期 (2019.11), 第 33-55 頁; 許恆達，月旦法學雜誌，第 319 期 (2021.12), 第 181-193 頁。

[99] Vgl. Kinderhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB , 5. Aufl. 2017, §46 Rn.67

[100] BVerfG Beschluß vom 16. 1. 1979 - 2 BvL 4/77 ; 本文以下引用 NJW 1979 1037

1. 累犯加重處罰的前提是行為人就犯罪的類型和情節而言，沒有因先前的定罪有所警惕而應受到非難

德國在其舊刑法第 48 條有一般累犯加重之規定，雖於 1986 年廢除，之後僅特定犯罪之累犯有加重規定(如德國刑法第 176a 條第 1 項對於兒童性侵害之累犯加重)。在廢除累犯加重規定前，一如釋字第 775 號解釋前後一般，學界對累犯加重有諸多質疑，聯邦憲法法院於 1979 年即針對刑法累犯加重規定做出並未違反罪責原則的合憲判決，理由中並反駁了諸多對累犯加重有違罪責原則的質疑，指出：刑法第 48 條(累犯)刑罰的加重規定，加重處罰的前提是行為人“就犯罪的類型和情節而言，沒有因先前的定罪有所警惕而應受到非難”這樣的論述，使實體法的累犯條款納入了罪責原則。進一步說，“任何無視先前定罪所形成的抑制衝動(Hemmungsimpulse)的人，可能以增加犯罪能量的方式行事，因而提高了其責任非難(Schuldvorwurf)。立法者將第 48 條的適用繫於個案中，基於前案判罪定刑對被告的警告作用，而加重被告的罪責[101]。

2. 累犯的規定不允許以一個公式化的方式處理前科，而應該由法官在每個具體個案審酌

憲法法院並指出「累犯的規定不允許以一個公式化的方式處理前科，而應該由法官在每個具體個案審酌，就被告犯行的種類和情節觀察，其是否並未因之前的定罪有所警惕而需要給予非難」[102]。

憲法法院將累犯加重的規定，分成形式要件與實體要件，條文規定累犯構成的要件為形式要件，個案滿足法律規定的形式要件後，實體上尚須審查符合法律要件的前科是否對行為人發生警告效果(Warneffekt)。在此依據的行為責任概念(Tatschuld-Beriff)當然不能作狹隘理解，法院也要將行為人的心理因素、人格特質與生活狀況

[101] BVerfG, NJW 1979, 1037
[102] Leitsatz von BVerfG, Beschluß vom 16. 1. 1979 - 2 BvL 4/77, NJW 1979, 1037

納入其整體綜合考量中[103]。**累犯加重，也不應僅限於前科與本次犯行為同種類犯罪，將不同類型的犯罪納入累犯加重考量，這是立法者的形成自由**，個案中不能否認不同類的犯罪也有可能使行為人責任加重的情狀，前科不能以公式化的方式來考量。**警告效果應該從先前行為的判罪與本次行為的內在關聯來判斷**，兩個行為間有一個可從犯罪學上理解的關聯、一個犯罪的持續性或者說是行為責任重要的關聯性[104]。

上開憲法法院的理由，將累犯的加重調和入罪責原則，累犯可能使得被告在個案中應負擔罪責加重，但憲法法院強調，累犯加重的規定，並不是說只要有法定要件的前科紀錄，一定會有非難責任的提高，而是前科紀錄使行為人立於進一步可能加重其罪責的特定前提下，**至於是否因而加重了行為人的責任，必須在每個個案中，由事實審法官調查並審酌**[105]。

3. 釋字第 775 號解釋亦以符合罪責原則為前提，但限於個案過苛時方違憲

如前所述，釋字第 775 號也在理由書一開始即強調罪責原則。但對累犯加重涉及違憲的部分，大法官僅提及「一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分」不符罪刑相當、違反比例原則，似乎除了必須逐案審酌是否加重外，不加重之情形應屬例外(即人身自由遭受過苛侵害時)，因此在本號的協同意見書、部分不同意見書，大法官間對該號解釋產生累犯得加重、得不加重等不同看法，學界亦有批判[106]。但如照解釋文文義，自當限於

103 BVerfG, NJW 1979, 1038
104 Ebenda.
105 Ebenda.
106 參見謝煜偉，當弦外之音成為主旋律—評釋字第 775 號解釋間論解釋公布後之量刑新趨勢，月旦法學雜誌 第 294 期 (2019.11), 第 33-55 頁; 許恆達，月旦法學雜誌，第 319 期 (2021.12), 第 181-193 頁。

法院就個案如依累犯規定加重，有徒刑過苛時，才不加重[107]。

縱然在釋字第 775 號解釋之後，對累犯的加重規定應如何適用有如上的分歧看法，惟**法院依法審判，累犯作為法定加重事由的規定，迄今仍是合憲的法律存在，法院必須依照釋字 775 號解釋意旨，以符合罪責原則的方式，在個案為累犯規定的適用**，不論個案最後加不加重，均應於判決理由中就其審酌詳加說明[108]。

二、釋字第 775 號解釋理由書對科刑資料調查與辯論的指示，僅提及調查的順序，無法推論累犯的成立及應加重事項由檢察官主張，並負指出證明方法之責任

另外，雖然關於量刑程序並不在釋字第 755 號聲請釋憲範圍，但解釋理由書中另針對科刑資料之調查與辯論特別指示：

「為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實（刑法第 47 條第 1 項及第 59 條至第 62 條參照）及其他科刑資料（刑法第 57 條及第 58 條參照），指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決。」

上開解釋理由，僅提及科刑程序調查進行的順序，應先由當事人提出主張與舉證，法院再進行周詳之調查與充分辯論。至於法院調查範圍是否限於當事人之主張？特別是關於累犯之適用，是否應由檢察官主張並指出證明方法，實無從自解釋文導出此結論。

三、司法院對累犯的修法意見：須符合平等原則及憲法保障人民基本權之精神，法官應於每個個案依立法理由之基準裁量，並說明理由

釋字第 775 號解釋後，法務部依照該號解釋指示，提出累犯修法

[107] 參見本號解釋詹森林大法官協同意見書;大法官黃虹霞協同意見則認僅得於極特殊個案方得不加重。另謝煜偉亦同此見解，前揭文，頁 45。

[108] 即使適用上採「得加重」說，學者亦認為到最後個案無論加不加重，都需要在判決中交代理由。參見謝煜偉，前揭文，頁 45。

草案[109]，司法院不同意法務部草案將累犯得否加重之裁量限縮於特定之罪，並提出對案，主張將目前累犯加重規定之「應」加重，改為「得」加重，以符合憲法揭示之罪刑相當原則、比例原則及平等原則。所有犯罪一律適用，由法官依個案裁量，使罪當其責、罰當其罪，與目前司法改革保障人權之基本精神一致[110]。

司法院並於理由中強調：論者或以改採「得」加重其刑，較為抽象，恐同一情節因法官裁量寬嚴不同，而有加重與否之不同結果。然而，關於裁量加重之判斷基準，係規定於立法理由，法官並非毫無基準恣意裁量，且法官對裁量結果負有說理義務，當事人如有不服可提起上訴救濟，濫行裁量之可能性低[111]。足證司法院見解亦認累犯加重改為個案裁量後，法官必須於每個個案依罪責原則、比例原則等基準審酌，無論結果是否加重，均應說明理由，避免任意裁量。

四、個案累犯是否納入法院量刑審酌，不應視檢察官有無主張及端賴檢察官之舉證，法院必須依職權調查，否則有侵害罪責原則、公平審判原則等違憲疑慮

(一) 量刑為審判權核心事項

量刑為事實審的原始本質任務(Ureigenste Aufgabe des Tatrichters)[112]，法院從審判程序中廣泛獲取關於行為人行為、人格全面的圖像為基礎，確認有利被告、不利被告的各種情狀，並將這些情狀相互權衡，哪些情狀或事項具有哪種意義(有利或不利)、或賦予何程度的重要性，都屬於法院本於權責的衡量[113]，並由其依照法律規定，符合論理法則、經驗法則，衡量出在個案中妥適的刑度，而不能由其他人取代其依法的獨立判斷，對量刑情狀的評價、權衡與決定，

109 立法院 110 年 2 月 24 日印製之立法院院總字第 246 號議案關係文書(政府提案第 17399 號)，案由：行政院、司法院函請審議「中華民國刑法第四十七條及第四十八條條文修正草案」案

110 參見立法院上開議案，第 27 頁草案條文對照表說明欄。

111 同上註，第 34 頁草案條文對照表說明欄。

112 BayObLG München, Urteil v. 16.07.2020 – 207 StRR 236/20; *ähnl.* BGHSt 3 STR 132/12; NJW 2003, 2037

113 Vgl.KK-StPO 8.Aufl. 2019, §267 Rn.24

法律審也都必須加以尊重，謹守審查界限[114]。這也就是為何不管是職權進行的或當事人進行的刑事訴訟制度，量刑程序由法官主導、依職權調查。檢察官或其他訴訟參與人的主張，包括檢察官的具體求刑，或成文的量刑指南、量刑準則均僅是建議性質，不能拘束法院本於其從個案中獲得的判斷。

當然，法官量刑應依據罪責原則並符合罪刑相當性避免過苛。而累犯是否加重，因學說之不同，立法例上也有不同，而一旦採累犯加重之規定者，刑罰加重之法律效果與累犯之規定連結時，立法者已將累犯納入國家刑罰領域在實質上所確定責任原則之適用範圍[115]。準此，如果將累犯是否納入個案量刑事項一節，委諸控訴原則、處分權原則，將造成個案衡量罪責的基準不同，顯然侵害了量刑的罪責原則，而當發生個案均有累犯加重必要且無過苛的情況時，僅因檢察官之主張或不主張，而產生有依累犯加重/累犯但不加重的差別待遇，量刑竟可適用不同規則，實有悖於平等原則、公平審判原則。

(二)德國聯邦憲法法院：量刑事項涉及罪責原則、公平審判原則，不得由當事人或法院任意處分

1. 罪責原則下，量刑事項不得任由當事人或法院處分

量刑是法院在罪責原則之下，以行為人的行為責任為基礎，審酌個案中各種量刑重要情況，而給予被告一個罪責相當的刑度，不容許任由當事人及法院自由處分，此為德國聯邦憲法法院 2013 對德國審判中的量刑協商規定(§257c StPO)為合憲判決時，所清楚指明[116]。而釋字第 775 號解釋，亦是以罪責原則為基礎，僅在避免個案有刑度過苛的狀況，而非可解釋為個案法官可任意決定是否適用累犯規定，甚至交由檢察官決定是否主張而任意處分。

上開德國憲法法院判決即指出協商的規定不能使法官不受量刑

114 Vgl. KK-StPO, a.a.O.; Fischer, StGB, 67 Aufl. 2020, §46 Rn.153b; BGHSt 3, 179; 24, 268
115 BVerfG, NJW 1979, 103.
116 Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058

的規則(Strafzumessungsregel)拘束，相關規定(指德國刑事訴訟法第 257c 條第 3 項)授權法院能做的是，在對案件所有情況及綜合性的量刑審酌以自由心證評價後，提出一個刑度的上下區間，如此正如罪責原則所要求的，不僅將有罪宣告排除於協商之外，更確保了依據量刑原則而得的罪責相當性，不任由訴訟相關參與人處分[117]。除了追訴機關(檢察機關)依規定對微罪放棄追訴(不起訴)的情形外，憲法位階的罪責原則也不容立法機關任意處分[118]。

2. 量刑規則涉及公平審判

又依據公平審判原則賦與被告程序上的權利與協助，其詳細的內容以及設計首先是立法機關任務，然後在法律規定的範圍內，就由法院在其法律解釋和適用的義務下來加以確認。如果整體觀察訴訟法包括其經由法院的解釋與適用，發生了無法獲得符合法治國必要的結果或犧牲法治國不可放棄的部分，就是對公平審判的侵害。雖然有效率的司法也是法治國原則所採認的，但迅速審判的需求必須顧及公平審判的要求[119]。

憲法法院認為，在罪責原則以及與其密切相連的實體真實發現和公平審判、法治國原則、無罪推定、法院中立等原則下，不容許將審判中真相、法律涵攝以及量刑原則的運作，放任訴訟參與人(指包括檢、辯、被告及輔佐人等)或法院自由處分，因為這些最終都會與處理罪責問題的判決連結。法院必須拒絕與訴訟參與人以類似契約方式的合意，任意處置發現真相的義務，而脫離罪刑相當的誡命。法官和檢察官都必須拒絕以判決之名，行拍賣之實，任由正義被交易[120]。

3. 各國的協商實務，都不允許偏離被告罪責的協商

不僅德國聯邦憲法法院揭示協商判決規定，不能違背量刑原則而脫逸罪責原則的拘束，前述論及美國檢察官與被告辯護人的認罪協商，

[117] A.a.O., S.1068f
[118] A.a.O., S.1067
[119] A.a.O.,S.1061f
[120] A.a.O., S.1068

必須接受法官審定，被告所認的罪、雙方商定的刑度，不能偏離被告應有的罪責與量刑準則所定的刑度區間(參見前述伍、二、(六))。足證不管是否當事人進行，罪責不能協商交易，是普遍的價值。我國刑事訴訟法第七編之一協商程序規定，除重罪案件排除協商之外(第 455-2 條第 1 項)，對顯失公平、顯與法院認定之事實不符者(第 455-4 條第 1 項第 3,5 款)，法院均應拒絕以協商為判決，亦同上述罪責不得協商處分之意旨。此外，實務上對輕微案件(同法第 449 條第 3 項簡易判決僅得宣告緩刑或得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑)，被告於偵查中自白，得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告(即依同法第 451-1 條第 1 項一般所謂非正式之偵查中協商)，若被告所涉罪名最輕本刑為 6 個月以上，且有故意犯罪受徒刑宣告之前科紀錄，檢察官即不會同意，因為量刑上將可能不符可緩刑或易科罰金或易服社會勞動之要件，亦足證檢察官縱可與被告協商刑度，但仍必須在法律所框定的罪責範圍內[121]。

綜上，即便是協商程序，量刑也不能任當事人自由處分、偏離罪責原則，更何況是一般經過通常審理程序，由法院主導的量刑程序下，更不可就個別法定量刑事由藉控訴原則之名，任由當事人處分。如果累犯加重，將來個案是繫於檢察官是否主張而由檢察官處分，可能侵及司法審判的核心(罪責的量定)，也將違反罪責原則，顯有違憲疑慮。

(三)累犯規定若委諸法院自由裁量或以控訴原則操作，將遭遇憲法訴訟審查之危機

個案被告是否經認定為累犯，除了涉及量刑加重外，對被告後續刑之執行至關重要，現行刑事執行法規仍有許多以累犯為要件而加嚴處遇之規定，例如提報假釋最低執行期間較高(刑法第 77 條第 1 項)、

[121] 參照林鈺雄，刑事訴訟法 下冊，2020.9.，頁 356-357; 對我國協商判決之憲法疑義，參照頁 367-368; 楊雲驊，刑事訴訟新增「協商程序」之探討(下)，月旦法學教室 第 21 期，頁 105。

在監執行期間不得報准日間外出（監獄行刑法第 26 條之 2 第 3 項第 2 款）、受刑進級責任分數逐級加成（行刑累進處遇條例第 19 條第 3 項）、不得被遴選至外役監受刑（外役監條例第 4 條第 2 項第 3 款）等，姑不論這些規定是否合理，在矯正機關執行實務上，受刑人均非常在意判決結果是否經法院認定為累犯。

因此累犯實務操作如採提案庭之肯定說，在有上述違憲疑慮的情況下，當發生個案均有累犯加重必要且無過苛的情況時，僅因檢察官之主張或不主張，甚至檢察官沒有主張累犯加重之個案，被告累犯之情節更為重大，卻仍享有不必認定累犯加重之優惠，而檢察官有主張累犯加重之個案情節稍輕，卻必須依累犯規定加重其刑，**後者個案之被告必認其遭受量刑上之差別待遇，而受有不利終局裁判，並可以主張貴院這樣的見解，將個案罪責認定的要素交由檢察官單方面處分，將違背憲法的罪責原則、公平審判及平等原則，即可依照憲法訴訟法第 59 條第 1 項提起憲法訴訟。**法院如採自由裁量，不加重無庸理由交代，亦將發生個案間因不同法院審判而產生差別待遇之狀況，亦將面臨憲法訴訟之危機。

提案庭的肯定說除有不符罪責原則、公平審判原則，讓渡司法審判核心職權之疑義外，更恐有侵害實體正義之嫌。黃昭元大法官與許志雄大法官兩位在釋字第 775 號解釋協同意見書針對刑法第 48 條判決確定後，發現累犯更定其刑之規定違憲一節指出：「雖使實體正義難免受到影響，但基於一事不再理及正當法律程序原則追求程序正義之本旨，此乃不得不忍受之代價。」大法官對於確定判決後是否可再依累犯更定其刑，尚且再三權衡實體正義與其他重要憲法權利，更何況仍在審理程序中，法官尚有依職權調查之權限時，更不該輕言放棄實體正義之追求。

五、刑事訴訟法第 161 條第 1 項、第 163 條第 2 項規定下，法院對審判核心事項仍有調查義務

我國刑事訴訟法第 161 條第 1 項所指檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。此處的犯罪事實，**一般指被告犯罪之構成要件事實，文義上並未包括量刑事實，此解釋亦符合前開介紹之各國量刑實務見解。**當然相關犯罪成立的事實，包括犯罪動機、情節、手段、所生損害等也同時是量刑審酌的事項，經過調查證據程序後，當然也成為量刑事實。至於其他量刑事實，如被告之生活狀況、品行包括被告前科、智識程度等，應屬法院為了確定被告所負之刑責，應依職權探求之範圍。參照同法第 163 條第 2 項本文之規定，法院為發現真實本有依職權調查之權限，本不受當事人主張之限制。再依同項但書之規定，於公平正義之維護有重大關係，法院並負有應依職權調查證據之義務，對於與被告刑罰罪責有關之事項，涉及量刑是否符合罪責，是否過度等關係被告之個案正義的實現，當屬公平正義之核心事項，法院應有職權調查之義務。

雖然貴院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議(一)將第 163 條第 2 項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，限縮解釋，應以「利益」被告為限，惟參照法院組織法第 57-1 條立法理由，貴院決議制度於大法庭制度施行後，當然廢止，不待明文規定，關於貴院先前已作成之決議，僅是貴院先前「曾經」表示的法律見解，已無通案拘束力，因此有該條第三項賦予人民二年內仍可聲請釋憲之規定，而量刑事項參諸前揭有關罪責原則、司法審判核心的論證，益徵其應落入刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書於公平正義之維護有重大關係之事項，法院有義務職權調查。累犯加重規定業經釋字第 775 號認定原則合憲，仍屬法定加重事由，事涉公平審判，若不能依據刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書認為法院有調查義務，僅有同條本文裁量調查之適用，此見解亦將導致有上開在陸、四、內所提之違憲疑義。

參諸前揭在德國、及刑事訴訟為改良式當事人進行的日本量刑制度，量刑事項特別是與前科有關的加重事由，都屬法院應依職權調查認定之事項，不待檢察官主張證明。甚至在絕對當事人進行的美國刑事訴訟制度，量刑程序也是職權進行，由法院依職權或委由觀護官調查量刑事項，檢察官處於舉證的補充地位。綜上，累犯加重採控訴原則，委由檢察官主張並舉證實無論理基礎，也無比較法上的根據，且恐將引起違憲爭議。

六、累犯適用問題不在舉證，而是資料判讀(法院的事實認定)，應藉由科技改善前科資料表，並增加量刑調查的輔助人力，以解決實務困境

目前實務上累犯適用問題，不在累犯的證據證明，因為我國刑事前案紀錄、法院判決資訊化建置完整，各機關資訊連線交換均無縫接軌。但累犯認定確實造成法院極大負擔，貴院受理之非常上訴案件經撤銷原判決者，幾乎半數為累犯宣告違誤所致[122]，惟**遭認定違法撤銷之理由，與前科舉證證明無關，也鮮少與法院之裁量審酌有關，而是在判讀前科資料認定要件時發生錯誤(即事實認定發生錯誤)**，特別是關於「前案執行完畢」、「五年後再犯」的認定與計算上佔了極大比例[123]。在這些違誤之中，因「被告假釋期間再犯，假釋在指揮書刑期期滿後，原判決作成前撤銷」、「被告假釋期間再犯，假釋在指揮書刑期期滿，且原判決作成後撤銷」兩類，又占了一半以上[124]，後者為不可抗力，但其他錯誤均是可以以技術克服的，反而非可藉由交察官主張或舉證就可以免除法官的判讀與認定。目前我國司法機關前科資料複雜判讀困難，特別是前科累累之人，加上數罪併罰反複定執行刑，更增加資料的複雜度，前科表有時厚達數公分，判讀確實困難容易出錯。但目前資訊科技發達，應該可以透過程式設計，讓前科表呈現方式更

[122] 呂尚恩, 累犯違誤之實證研究—分析 107 年至 109 年 6 月止之非常上訴案件, 司法新聲 第 137 期，學員論著，第 66-88 頁(頁 69)
[123] 參見呂尚恩，前揭文，頁 72 表三
[124] 同前註。

符合法院在認定相關法律要件時的需要，例如將符合累犯的前科，提列出來，並附註簡要假釋、撤銷假釋、入出監時間等，法官不必再自行人工判讀，而容易出錯。此外，也可仿美國觀護官、德國法院委託輔助人員協助法官作量刑調查的制度，法院設置專責輔助人力，整理個案量刑事證與資料，法院可專注於其核心工作—量刑事項的審酌與權衡，特別是被告構成累犯時，是否個案應該加重罪責，有無罪責相當或過苛情形等。科技或輔助人力可以協助法官更專注核心任務，而不必為了技術問題而影響法的重要原則。

七、量刑之正當法律程序：被告資訊充分獲知權

釋字第 775 號解釋理由針對量刑程序指示，應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實及其他科刑資料，指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決。以此為正當法律程序之要求。上開釋字解釋理由所示當事人在程序上的表達權雖然重要，然而作為被告聽審權重要一環的資訊請求權，亦不容忽視[125]。在法院審理程序調查證據告一段落後，掌握最多量刑資料的應該就在法院的卷證資料內。正如前所介紹德國、美國的量刑程序，法院可將所有在審判程序中出現的已證明的證據資料納入量刑考量，美國量刑程序甚至允許法官將審判外的資訊，若跟本案有關，收納入本案考量中，在進行聽審程序前，先讓雙方當事人取得量刑前的調查報告，當中包括量刑相關因子、量刑區間等資訊，讓當事人對量刑先取得充分資訊後，才會進行量刑聽審程序。因此為**充分落實正當法律程序，除讓當事人在言詞辯論前，充分閱卷外，適時將法院可能審酌的量刑重要事項，提示當事人注意，及時陳述意見**，亦是將來量刑程序改革應該關注的方向。

[125] 參照林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，2020.9，171 頁。

八、結論

綜上所述，本署認為：量刑係事實審法院審判的核心事項，法院對於關係被告罪責認定的各項加重、減輕或免除事由，包括累犯是否加重均應依職權調查審酌。不僅釋字第 775 號解釋理由書無法推導出累犯加重應先由檢察官主張並指出證明之方法，法院方有調查義務；甚而如將累犯加重繫於檢察官是否主張或舉證，將侵害刑法基本的罪責原則，造成個案適用之量刑基準不同，而有違憲疑慮。

依照釋字第 775 號解釋，是否構成累犯及應否加重，應該由法官在具體個案審酌，就被告犯行的種類與情節觀察，其是否並未因之前的定罪有所警惕而需要給予非難。即審酌被告是否對於刑罰之反應力顯然薄弱，適用累犯之規定加重，亦不致其所受之刑罰超過其所應負擔罪責，導致其人身自由因此遭受過苛之侵害等，而為合義義務之裁量，並於判決理由中加以說明審酌經過。

而檢察官立於控訴方，同時負有對被告有利、不利之事項均應注意的客觀義務，就量刑事項亦應協助法院達成妥適量刑之目的，對於量刑事實應積極有所主張，並指出證明之方法。檢察官可以具體求刑，但檢察官的求刑只是對法官的建議，而無拘束力，日本實務見解亦同。

釋字第 775 號解釋既認刑法第 47 條第 1 項累犯加重之規定原則合憲，僅法官須個案審酌加重是否有過苛情形，則累犯依然為法定加重事由，如被告有累犯之前科紀錄，檢察官縱未主張，法院仍有依職權審酌之義務。雖在改良式當事人進行下，法院應讓當事人先行陳述或主張，惟法院依職權調查之相關事證，仍應先適時提供當事人知悉，並表示意見，以符合正當法律程序之要求。

爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中　華　民　國　111　年　3　月　21　日

檢察官　蔡瑞宗

蔡秋明

林麗瑩

李進榮

林俊言

最高檢察署

刑事大法庭言詞辯論意旨書

(110 年度台上大字第 5557 號)

檢察官　朱朝亮
蔡秋明
林麗瑩
李進榮
林俊言

本案提案之法律問題

中華民國人民在中華民國領域外（含香港與澳門）犯刑法第 5 條至第 7 條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院究應以行為不罰為無罪判決，抑或無審判權而為不受理判決？

i

目錄

壹、本件提案之法律問題 1

貳、與法律爭點相關之本案事實 1

參、本案所涉及之我國法律條文 2

肆、本案法律問題之實務見解 3

一、無罪說 3

二、不受理判決說 4

伍、對本案法律問題之學說見解 4

陸、本案所涉之外國立法例與實務見解 5

一、日本法 5

二、德國法 5

三、美國法 6

柒、本署對本案法律問題之意見 6

一、刑法第 3 條至第 8 條規定(刑法適用法)具有定我國刑事法院審判權之法律性質 7

(一)刑法適用法之規定同時界定我國法院在國際上審判權的範圍，屬於訴訟要件，是案件審查的第一個步驟 8

(二)刑法適用法規定的要件與刑法罪名的構成要件要素不同，
而是其適用的前提要件..... 9
（三）刑法適用法並非準據法的規定..... 10
（四）刑法適用法與客觀處罰條件..... 11
1.構成要件內的客觀處罰條件 11
2.德國通說：刑法適用法為構成要件外的客觀處罰條件 ... 12
二、刑法第 3 條至第 7 條所稱「適用之」，係定我國審判權之範
圍，與刑法所稱「不罰」指具體行為不構成刑事處罰，兩者不
同，前者是進入判斷有無「不罰」之前提要件..... 13
三、因不符刑法適用法之要件，如為無罪判決，將有實體確定
力，影響再追訴的可能性及國際司法互助..... 15
(一)就阻斷將來追訴可能性而言：..... 16
1.代理管轄權之取得法則 16
2.刑事管轄權之再取得 16
(二)國際司法互助之拒絕法則..... 17
捌、結論 18

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

111 年度台庭蒞字第 5 號

提　出　人　　最高檢察署檢察官朱朝亮

上　訴　人

即　被　告　　蘇柏誠

上列被告因加重詐欺案件，最高法院提案庭(刑事第五庭)就本提案之法律問題所擬採為裁判基礎之法律見解，認與最高法院先前裁判之法律見解歧異，已於 111 年 1 月 26 日裁定將此法律問題提交最高法院刑事大法庭裁判(110 年度台上大字第 5557 號)，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述如下：

壹、本件提案之法律問題

中華民國人民在中華民國領域外（含香港與澳門）犯刑法第 5 條至第 7 條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院究應以行為不罰為無罪判決，抑或無審判權而為不受理判決？

貳、與法律爭點相關之本案事實

被告蘇柏誠係中華民國人民，得知告訴人高O辰因違反銀行法案件被通緝而藏匿在泰國，欲返國又恐遭羈押，被告遂與共同正犯 2 人，共同基於詐欺取財之犯意聯絡，先後於民國 104 年 6 月、9 月、10 月間在泰國曼谷，及於 105 年 4 月 25 日在香港，對告訴人佯稱熟識警察及司法人員，可安排返國歸案而不被羈押，致告訴人陷於錯誤陸續共支付美金 4 萬元。嗣告訴人於 105 年 4 月 26 日從香港搭機回臺灣，於桃園國際機場入境後為法務部調查局人員逮捕歸案，並由檢察官聲請法院羈押獲准，始知受騙。

原判決以被告係於 105 年 12 月 2 日修正公布施行之刑法第 5 條增列「第 11 款、第 339 條之 4 之加重詐欺罪」之前，在泰國曼谷及香港，涉犯刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺罪嫌，依被告行為時之刑法第 5 條至第 7 條規定，及香港澳門關係條例第 1 條、第

43 條第 1 項之特別規定，中華民國人民在該條款施行前，於中華民國領域外（含香港與澳門）犯該罪，並無我國刑法之適用，無從追訴、審判而無審判權，依刑事訴訟法第 303 條第 6 款規定，諭知被告被訴加重詐欺罪嫌部分公訴不受理。檢察官不服提起上訴，指摘依原審認定之事實，被告所為係刑法第 7 條之不罰行為，應依刑事訴訟法第 301 條第 1 項行為不罰之規定，諭知無罪之判決，而非不受理判決。

參、本案所涉及之我國法律條文

刑法第 5 條

本法於凡在中華民國領域外犯下列各罪者，適用之：

一、內亂罪。

二、外患罪。

三、第 135 條、第 136 條及第 138 條之妨害公務罪。

四、第 185 條之 1 及第 185 條之 2 之公共危險罪。

五、偽造貨幣罪。

六、第 201 條至第 202 條之偽造有價證券罪。

七、第 210 條、第 214 條、第 218 條及第 216 條行使第 211 條、第 213 條、第 214 條文書之偽造文書罪。

八、毒品罪。但施用毒品及持有毒品、種子、施用毒品器具罪，不在此限。

九、第 296 條及第 296 條之 1 之妨害自由罪。

十、第 333 條及第 224 之海盜罪。

十一、第 339 條之 4 之加重詐欺罪。

第 6 條

本法於中華民國公務員在中華民國領域外犯左列各罪者，適用之：

一、第 121 條至第 123 條、第 125 條、第 126 條、第 129 條、第 131 條、第 132 條及第 134 條之瀆職罪。

二、第 163 條之脫逃罪。

三、第 213 條之偽造文書罪。

四、第 336 條第 1 項之侵占罪。

第 7 條

本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。

肆、本案法律問題之實務見解

一、無罪說

刑法適用法屬於實體法範疇，故當非屬刑法之適用範圍時，應為無罪之判決。最早由司法院於 39 年作成院解字第 3619 號解釋，針對中華民國人民在領域外犯重婚罪之情形，認為縱令回國同居，依刑法第 7 條規定不適用刑法處罰。但此號解釋並未說明所謂「不適用刑罰處罰」的具體法律效果究應為無罪或不受理之判決。最高法院 60 年台非字第 61 號判例則明確認此種情形屬於刑事訴訟法第 301 條第 1 項之行為不罰，而應諭知無罪之判決。最高法院 81 年度台上字第 1413 號判決進而說明：「按行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，刑法第 1 條定有明文，又依刑法第 11 條前段及第 5 條、第 6 條、第 7 條規定，中華民國人民在中華民國領域外犯刑法第 5、6 條以外其最輕本刑為 3 年以上有期徒刑以外之罪者，不適用之。易言之，此種行為係屬不罰，如經起訴，應為無罪之判決，原判決竟認此部分係無審判權，應不另為不受理之諭知，自屬違誤。」之後最高法院 89 年度台上字第 1334 號判決更闡明：「如非屬刑法或特別刑事法令所規定處罰之行為，則屬實體上判決之範疇。刑法第 7 條前段規定：本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前 2 條以外之罪，而其最輕本刑為 3 年以上有期徒刑者適用之。依其反面解釋，我國人民在我國領域外犯同法第 5、6 條以外之罪，而其最輕本刑非為 3 年以上有期徒刑者，則屬不罰（司法院院解字第 3619 號解釋參照），此係實體上之規

定。」（最高法院 97 年度台非字第 121 號判決亦採相同意旨）

二、不受理判決說

法院受理案件，其審查順序，係先程序、後實體。倘從程序方面審查結果，認為不符合程序規定要件，例如無審判權等情形，即當逕受程序判決，無從進而為實體判決之餘地。而刑事審判權的判斷，係以刑罰權存在之可能性作為決定之基礎，而刑罰權存在與否須仰賴實體刑法之適用可能性，始能決定刑罰權乃至於審判權之存否。亦即，當行為人所為之行為事實得為刑法效力所及時，則對該案件之程序處理具有審判權存在，亦即審判權之判斷標準乃取決於刑法得以適用之效力範圍，而刑法效力適用範圍之決定原則有 4 種標準，分別是屬人原則、屬地原則、保護原則以及世界法原則。因此，當依據此 4 種原則為基準予以判斷結果無法適用本國刑法時，則無審判權存在，此時在偵查中檢察官應依刑事訴訟法第 252 條第 7 款法院對於被告無審判權，而非第 8 款行為不罰之規定為不起訴處分；若誤予起訴者，法院應依刑事訴訟法第 303 條第 6 款對於被告無審判權規定為不受理，而非無罪之判決。簡言之，法院必先有審判權，始有管轄權，兩者兼具，始能為實體之（有罪、無罪）判決。（最高法院 83 年度台上字第 326 號判決採此見解）

伍、對本案法律問題之學說見解

我國學者大部分見解認為：

我國刑法第3條以下為刑法適用法之規定，除了是刑法效力範圍的規定，也是我國法院刑事審判權範圍的規定，個案如無我國刑法適用時，應屬訴訟要件欠缺，或稱有訴訟障礙事由[1]，或無實體刑罰權[2]，偵查中，檢察官應依刑事訴訟法第252條第7款無審判權為不起訴處分，

[1] 許澤天，刑法總則，二版 2021，頁 37；王效文，刑法適用法之規範性質與原則，成大法學，第十期，111 頁。
[2] 林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，2020 年 9 月 10 版，28 頁。

已經起訴之案件，法院應依刑事訴訟法第303條第6款為不受理判決[3]。

陸、本案所涉之外國立法例與實務見解

一、日本法

依日本刑事訴訟法(以下簡稱日本刑訴法)第338條、第339條，欠缺一定訴訟條件，得以公訴不受理之裁判，終結訴訟程序。

日本刑訴法第338條第1款：「有左列情形者，應以判決宣告公訴不受理：一、對於被告無審判權。」審判權是與立法權、行政權對立之統治作用中的司法權，係基於領土主權而生，原則上及於日本國內之日本國民、外國人，但對於天皇、攝政、有治外法權之外國元首、外交官、外國船艦內之船員於公務中、登陸時之犯罪，均無審判權[4]。

另外，日本刑法第3條有積極屬人主義的規定，日本國民在國外涉犯該條所定之犯罪，日本法院亦有審判權[5]，縱然被告在外國被俘虜之期間，日本法院的審判權處於事實上無法行使之狀態，但嗣後事實上得行使審判權，當然可以處罰其違法行為[6]。

綜上，被告在領域外為日本刑法第3條所列以外之犯罪，日本法院對之無審判權，對被告無審判權，是訴訟條件欠缺，如經起訴，法院應依日本刑訴法第338條第1款為不受理判決，若起訴書有無法送達之情，則應依照第339條第1項第1款為不受理裁定[7]。

二、德國法

德國刑法第3條至第7條即相當於我國刑法第3條至第8條之規定，一般稱之為國際刑法(internationales Strafrecht)，或刑法適用法

---

[3] 其他學者逕以無審判權，認檢察官應為不起訴處分，法院應為不受理判決者，尚有許玉秀，參見罪刑法定原則的構成要件保障功能(上)，月旦法學雜誌第 123 期，2005.8.，頁 27；柯耀程，刑事程序論，2019，149 頁。

[4] 三井誠等編著，新基本法コンメンタール刑事訴訟法，日本評論社，2018 年 4 月 14 日，第 3 版，553 頁(河源俊也執筆)。

[5] 浅田和茂、井田良編著，新基本法コンメンタール刑法，日本評論社，2017 年 9 月 30 日，第 2 版，16 頁(辰井聡子執筆)。

[6] 最判昭 28•10•27 刑集第 7 巻 10 号 2009 頁 https://reurl.cc/OpoDrg(最後瀏覽：2022 年 3 月 10 日)。判決要旨：https://reurl.cc/LpoDaa(最後瀏覽：2022 年 3 月 10 日)。

[7] 河上和雄、小林充、植村立郎、河村博(編著)，注釈刑事訴訟法(第 3 版) 第 6 巻 §317~§350 の 14，立花書房，2015 年 4 月，725 頁(福崎伸一郎執筆)。

(Strafanwendungsrecht)，規範內容以德國法院適用德國刑法審判的範圍[8]，特別是一個具有涉外因素的具體犯罪事實，透過上開規定，確認德國對其有刑罰權，同時也確認德國法院對其具有審判權(Strafgercihtsbarkeit)[9]，如無法滿足上開規定之要件，屬於訴訟障礙事由(Verfahrenshindernis)，法院應終止程序，而非為無罪判決[10]。實務判決可參照：BGHSt 34,1(3), BGH NJW 1995,1844。

依照上開德國刑法第7條第2項第1款之規定，即屬於規範領域外犯罪的積極屬人主義，其規定，在德意志聯邦共和國領域外之其他犯罪(指同法第3條至第7條第1項以外之犯罪)，依犯罪地之法律得處以刑罰或犯罪地不屬於任何刑罰權之下者，如行為人行為時是德國人或行為後成為德國人，適用德國刑法。如無法滿足該條之規定，例如依犯罪地之法律不構成犯罪，又無同法第3條至第7條第1項之情形時，德國法院無審判權，應為終止程序之決定(即我國之不起訴處分或不受理判決)。

三、美國法

對於在領域外犯罪，美國法院無審判權之情況時，依照聯邦刑事訴訟規則12(b)(2) (Rule§12(b)(2), Federal Rules of Criminal Procedure)之規定11，是「無地域管轄權lack of territorial jurisdiction」，法院應是依聲請駁回起訴(dismiss the indictment)，較類似我國的不受理判決，而不是判無罪判決(acquittal)。至於實際案例可以參照：United States v. Roberts, 1 F. Supp. 2d 601 (E.D. La. 1998)。

柒、本署對本案法律問題之意見

本法律問題，應定性為無審判權之訴訟要件欠缺事由，偵查中檢

[8] Satzger, Internationales und Europäches Strafrecht, §3 Rn.4.本書已由王士帆教授翻譯出版(國際刑法與歐洲刑法，2 版，2019 年 10 月)，本文參考中文版。
[9] Kinderhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5.Aufl. 2017, Vor. §§3ff, Rn.8
[10] Roxin/Schönemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, S.32
[11] Rule§ 12(b)(2) ： Motions That May Be Made at Any Time. A motion that the court lacks jurisdiction may be made at any time while the case is pending..

察官應為不起訴處分，審理中法院應為不受理判決，理由如下：

一、刑法第 3 條至第 8 條規定(刑法適用法)具有定我國刑事法院審判權之法律性質

適用刑法涉及國家司法高權，即國家的刑罰權。但當犯罪與其他國家高權有關，例如在外國犯罪或行為人為外國人的情況，而屬於涉外刑事案件，此時國家刑罰權的行使，需有可讓我國與該刑事案件聯繫的正當因素，而使我國刑法能夠加以適用於該案件[12]。

當然在刑事案件上，國家司法高權指的是國家刑罰權的層次，而一國的刑罰權在相對於行為人以及其他國家而言，該國有權對特定的行為進行刑事處罰[13]，亦即進行刑事訴追，而進行刑事訴追則屬於法院審判權的層次。國家刑罰權並非不可指明適用外國的刑法[14]，亦即我國法院可以在具體個案適用外國的刑法對特定犯罪加以追訴。不過大多數國家，包括我國，原則上刑事法院並不會適用他國之刑法，而是藉由規定自己國家刑法適用的範圍，同時界定國家刑罰權的範圍，而使得一國刑法適用範圍與國家刑罰權範圍基本上是一致的[15]。此外，如果案件事實與本國的司法利益無關，應該也沒有國家會想用該國刑法處理該案，縱使強加適用，除了容易引起主權衝突外，也會違反國際法上一般性的禁止權利濫用原則(Verbot des Rechtsmißbrachs)[16]。因此如上所述，刑事案件必須有一個正當的聯繫因素，才能定一國的刑法適用範圍。聯繫因素的正當性來自國際法所承認的相關國際刑法適用原則(Pinzipien des Internationalen Strafrechts)，如屬地原則、國旗原則、保護原則、世界原則等[17]。至於我國刑法第3條至第8條有關我國

[12] 許澤天，前揭書，37 頁。或稱合理的聯繫因素(sinnvoller Anknünpfungspunkt)，Vgl.Satzger, a.a.O.,§ 4 Rn.2.
[13] Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgmeine Teil, 5., vollst. neubearb. und erw. Aufl. 1996, S.163.
[14] Jescheck/Weigend, a.a.O., S.163.
[15] 例外情形如瑞士刑法典第 64 條，參照：上註，頁 164。
[16] Jescheck/ Weigend, a.a.O., S.165.
[17] 國內介紹刑法的適用原則 參見：林鈺雄，新刑法總則，2021 年 8 月 9 版，75-80 頁；王效文，前揭文，115-129 頁;朱朝亮，國際司法互助之總則：國際管轄原則、司法互助之義務、司法互助之權利，月旦法學教室第 99 期，2011 年 1 月，95-99 頁。

刑法適用範圍之規定，亦分別採用上開相關原則，定我國刑法適用範圍，其具有如何之法律性質，因涉及訴訟上應該如何適用、審判，以下分四點說明之：

(一)刑法適用法之規定同時界定我國法院在國際上審判權的範圍，屬於訴訟要件，是案件審查的第一個步驟

我國刑法第3條至第8條即在規定刑法的適用範圍，基本上分別依照相關聯繫因素的國際上刑法適用原則，訂定我國刑法的適用範圍。其中第7條關於我國人民在我國領域外犯同法第5條、第6條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用我國刑法之規定，即屬採用積極的屬人原則[18]。

因此刑法第3條至第8條之規定，即所謂學理上所稱刑法適用法(Strafanwendungsrecht)，決定我國刑法適用的範圍。而如前所述，透過刑法適用法的規定，同時也決定了我國刑罰權的範圍。而國家刑罰權是經由刑事訴訟的審判來加以確定。所以一般認為只要是國家刑罰權可及之案件，該案件就落入該國刑事審判權可審理的範圍[19]，當有具體涉外刑事案件發生時，須視刑法適用法判斷我國司法機關可否進行追訴、法院可否審理，以實現我國之刑罰權，而屬於我國(刑事)法院審理權限的範圍，即刑事審判權，因此刑法適用法事實上也成為我國刑事審判權在國際上相對於其他國家的範圍規定(internationale Strafgerichtsbarkeit)，因此一般認為刑法適用法具有雙階決定的意義[20]。當然，在審判權的層次，尚有其他基於國際法或憲法上之理由限縮一國之審判權，例如對於有治外法權之外國元首、外交官等依條約或國際慣例享有外交豁免權；又如我國憲法第73條規定立法委員於立法院內所為之言論及表決，對外不負責任，因此立委於立法院質詢時，縱

[18] 參見王效文，前揭文，123 頁; 朱朝亮，前揭文，96 頁。
[19] Roxin/Schönemann, a.a.O., S32.
[20] 在此的雙階意義是指：第一階，相對於行為人、國際其他國家，決定本國的審判權範圍(internationale Strafgerichtsbarkeit)，第二階是決定刑法的適用，Vgl. Roxin/Schönemann,a..a.O., S.32.

涉有誹謗官員之行為，一般認為不在刑法適用範圍[21]。至於刑事訴訟法及法院組織法中相關管轄權的規定，則屬於處理內國刑事審判權之行使與分配問題[22]。

綜上，如果刑事案件具有涉外因素，必須先依照刑法第3條至第8條規定審查，除了決定是否適用我國刑法外，也同時決定我國法院是否得加以審判，亦即刑法第3條至第8條就程序法面向而言，屬於我國法院有無審判權之規定。而一個案件是否得由內國法院加以審判，亦即一國刑罰權是否及於該案，屬於訴訟之前提要件(Verfahrensvoraussetzung)，如有欠缺(不為該國刑罰權所及)，構成訴訟障礙(Verfahrenshindernis)或訴訟要件(Prozessvoraussetzung)不具備[23]，在我國刑事訴訟法上即可歸類為訴訟要件之欠缺，在偵查中應依刑事訴訟法第252條第7款，法院對被告無審判權者，檢察官應為不起訴處分；若起訴後，則法院應依刑事訴訟法第303條第6款，法院對於被告無審判權者，應諭知不受理判決。

(二)刑法適用法規定的要件與刑法罪名的構成要件要素不同，而是其適用的前提要件

在刑法分則各罪的構成要件規定，除妨害國交罪章罪名外，大多未直接對犯罪地、行為人或被害人的國籍有所規定，一般僅單就行為、行為客體與結果作要件之規定。因此若就構成要件文義，似乎所有符合該規定之事實都屬於構成要件該當，而不問犯罪地、行為人或被害人之國籍，如此將賦予刑法一種普世效力(Weltgeltung)。或有認為刑法屬於內國法，不應具有跨越內國的適用，或有認為刑法罪名規定本有普世效力，僅國家透過對於本國刑法適用的規定自我設限[24]；惟無

[21] 參見林鈺雄，前揭新刑法總則，頁 80。關於立委言論免責權，學者進一步說明，此屬於個人排除刑罰事由，僅適用於該特定之人，而認其不構成犯罪(似乎認非無審判權)，見同書，327 頁。

[22] Vgl. Roxin/Schönemann, a.a.O., S33ff.；王效文，前揭文，110 頁。

[23] Vgl.Roxin/Schönemann, a.a.O.,S.32,149; Kinderhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O.,, Vor. §§3ff, Rn.8; Fischer, StGB, 67 Aufl.,2020, Vor. §§3-7, Rn.1.

[24] 兩種見解之說明，參見王效文，前揭文，96 頁。

論如何，刑法分則或其他特別刑法之適用，必須在空間、事件因素以及對人的效力範圍，結合刑法適用法(即我國刑法第3條以下之規定)，來先一步地確定其適用範圍[25]。

如上所述，一方面，刑法各罪構成要件本身，並未處理其適用在何種空間或對人的效力；另一方面，刑法適用法也未涉及罪名的構成要件要素，而是其前提要件[26]，在個案是否構成某特定構成要件並違法且有責的判斷之前，必須先要審查是否滿足刑法適用法的規定。因此也有稱刑法適用法為可刑罰性之實體前提要件(materielle Voraussetzungen der Strafbarkeit)[27]，亦即在實體法面向，刑法適用法並非犯罪構成要件，而是其適用的前提。刑法適用法的審查，必須在案件一開始的第一個步驟為之[28]。

（三）刑法適用法並非準據法的規定

由於刑法第3條以下關於刑法在空間上的適用範圍規定，在德國學說上除使用「刑法適用法」外，經常冠以「國際刑法」(internationales Strafrecht)之名，會讓人以為相關條文涉及國際法，但刑法適用法僅是單純處理內國法適用範圍，只是這些規定透過國際法上認為正當或合理的聯繫因素，將國家刑罰權的範圍擴大及於跨國之犯罪事實，其本身與國際法無關，而是有關內國法的規定[29]。此外，國際刑法的用語，也讓人聯想到國際私法(Internationales Privatrecht)。國際私法主要在處理當一個民事案件事實牽涉到多國時，應適用何國私法以及由何國法院管轄的規範，故一般也稱為純正衝突法(echtes Kollisionsrecht)[30]。如上所述，刑法適用法在第一個層次上是確認國家刑罰權存在，理論上國家刑罰權並非不可指明適用外國的刑法，特別是一國刑罰權延伸領域外，同一犯罪事實可能落入多重刑法秩序中，如果要確認何者對

[25] Satzger,a.a.O. §3 Rn.13.
[26] Fischer, a.a.O.,Rn.30.
[27] Gless, Internationales Strafrecht- Grundriss für Studium und Praxis, 2.Aufl.Basel 2015 Rn.119.
[28] Satzger, a.a.O., §3 Rn.3.
[29] Satzger, ,a.a.O. §3 Rn.4.
[30] Satzger, ,a.a.O. §3 Rn.3.

犯罪事實才是適用之關鍵，這便類似國際私法的情況，有所謂解決衝突的法規範(Kollisionsnorm)。但是除了瑞士舊刑法第5條第1項有出現過適用外國刑法的規定外，目前大部分國家對於刑罰權範圍的規定，都只處理本國法院依本國刑法審理的範圍。我國刑法第3條以下基本上也是採如此規定模式，並不處理一犯罪事實有多個國家刑法可適用而發生衝突時，決定適用哪國刑法之規範，亦即並不是決定準據法之規定。刑法適用法目的在於單方面認定內國實體刑法適用的範圍，而不在於化解適用何國法的衝突[31]，因此刑法第3條以下之規定，至多就是刑法的「適用法」，而非決定準據法的衝突法。

（四）刑法適用法與客觀處罰條件

1.構成要件內的客觀處罰條件

按刑法分則各本條之客觀犯罪要件中，可分客觀不法構成要件及客觀處罰條件。前者為犯罪之不法內涵，故必須行為人對於該要素之事實有所認識者，始足當之；後者，其事由本身不具犯罪之不法內涵，僅因立法者基於刑事政策比例原則之考量，而針對各別犯罪特設之刑罰限制條件，以提高國家發動刑罰權之門檻。故行為人有無認識該事實，並不影響本罪故意之成立。易言之，倘該特定事由乃犯罪行為之不法內涵者，即屬客觀不法構成要件要素，不能視之為所謂「客觀處罰條件」，不得無視行為人對此事由有無故意，均予處罰，反之，若屬客觀處罰條件，不論被告對該要素事實之認識有無故意過失，一旦該條件具備即具備可罰性，否則即屬不罰行為。又**稱**客觀處罰條件者（又稱客觀可罰條件）諸如：刑法第146條第2項之妨害投票罪，其中「取得投票權」並非構成要件要素，即屬「客觀的處罰條件」。次如同法第238條詐術結婚罪所定「婚姻無效之裁判或撤銷婚姻之裁判確定者」，一旦此處罰條件之客觀事實存在（婚姻經法院判決宣告無效或撤銷確定），即使行為人對此事實無直接或間接故意，仍不影響該

[31] Roxin/Schönemann, a.a.O.,S.32; Satzger, ,a.a.O. §3 Rn.4

罪之成立。又如刑法第283條聚眾鬥毆致人於死或重傷罪之立法形式，一般學說上即認係經立法者加以須發生致人死亡或受重傷之結果，始予處罰之客觀處罰條件。**再如**修正後之公平交易法第35條對於違反第10條、第14條及第20條第1項規定者，基於「比例原則」及「先期預警」等理由，採取「先行政後司法」之處理方式，亦即在犯罪構成要件上，附加一客觀處罰條件，用以限制國家對違反公平交易法行為之刑罰權行使界限；再如破產法第154條之詐欺破產罪，以破產宣告為客觀處罰條件。凡有此等事由時，檢察官應以刑訴法第252條第8款之行為不罰，為不起訴處分，法院則應依刑訴法第301條第1項後段之行為不罰，為無罪判決。

一般之客觀處罰條件，立法者皆基於刑事政策比例原則之考量，按各罪之不法內涵，分別特設其各自之刑罰限制條件，以提高國家發動刑罰權之門檻，故而上開客觀處罰條件之內容，皆分別規定在刑法分則或刑事特別法各本條文之中，而非統一規定在刑法總則之中。而**刑法第7條各罪之不適用本國刑法，應是法院有無審判權之訴訟條件欠缺問題，或稱妨訴**障礙之問題，此時檢察官應為不起訴處分，倘誤為起訴時，法院應為不受理判決。若解釋為構成要件之客觀處罰條件，則應為無罪判決，顯與其為無審判權之訴訟要件欠缺之定性不符。

2. **德國通說：刑法適用法為構成要件外的客觀處罰條件**

惟德國學界與實務界普遍將刑法適用法視為客觀處罰條件[32]。首先刑法適用法之規範並不涉及行為規範，與界定行為是否不法無關，因此並非在禁止錯誤處理的範疇，亦即行為人對於某一國家的刑法秩序是否可以適用到其所為之行為的認知產生錯誤，並非德國刑法第17條(即我國刑法第16條)所謂之禁止錯誤。又因為刑法適用法的要件規定，如上所述不被認為是構成要件要素，因此也不能主張構成要件錯誤，也因其並非構成要件要素，與一般規定在刑法各罪客觀構成要件

[32] 德國相關學說、實務見解，參照許澤天，前揭書，37 頁，註 60；王效文，前揭文，108 頁，註 39。

的客觀處罰條件不同，或有稱之為非與構成要件結合的客觀處罰條件(nicht-tatbestandsgebundene objective Bedingungen der Strafbarkeit)[33]，或有稱之為客觀處罰(先決)條件(objective (vor)Bedingung der Strafbarkeit)[34]，在此，「先決」意味著刑法適用法的問題乃是犯罪審查的第一步，而非如同一般客觀處罰條件，當作附屬在犯罪構成要件之要素來審查。既然是客觀處罰條件，顯示行為人對於其行為是否適用我國刑法來加以審判、處罰，不需要有認識，亦即不影響其主觀故意的認定。不過對於行為人是否主觀上不用認識到非自己所在法秩序內之他國刑法規範一節，仍有學說認為，雖然行為人不須認識到該他國刑法規範之確實內容，但至少應該要認識到其行為可能會進入到他國刑法的適用範圍內，否則還是會影響其故意責任[35]。

二、刑法第 3 條至第 7 條所稱「適用之」，係定我國審判權之範圍，與刑法所稱「不罰」指具體行為不構成刑事處罰，兩者不同，前者是進入判斷有無「不罰」之前提要件

如上所述，刑法第3條至第8條(第8條係外國人在領域外對我國人犯罪，「準用」第7條之規定)所謂刑法適用法，係定我國刑法的適用範圍及同時定我國刑事法院的審判權範圍，同時具有實體法與程序法的面向，但在實體法的面向上，是判斷可罰性(Strafbarkeit)的前提要件，亦即在進入判斷行為是否構成要件該當、違法、有責性前，首先要進行審查的事項。刑法適用法不是犯罪構成要件，也不是行為規範，與判斷行為不法性無關。

至於相關刑事實體法上所規定的「不罰」，就文義而言，是指不處罰，進一步而言，可以說是行為不構成犯罪(所以不處罰)，亦即具體行為並無刑事處罰。如果就相關體系解釋而言，目前在實體刑法出現不罰的狀況，大略可粗分以下情況：

[33] Jescheck/Weigend, a.a.O.,S.180
[34] Stazger,a.a.O.§5 Rn.7
[35] 相關學說介紹參見王效文，前揭文，109-110 頁。

欠缺責任要件或免責之情況：

如刑法第12條第1項：行為非出於故意或過失者，不罰；第18條第1項：未滿十四歲人之行為，不罰；第19條第1項：行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰等等。

又如刑法第294-1條阻卻遺棄罪成立之事由；誹謗、公然侮辱罪的免責條款如刑法第310條第3項本文：對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰；第311條善意發表言論之免責等。

有阻卻行為違法性者：

如刑法第21條第1項：依法令之行為，不罰；同條第2項本文：依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。第22條：業務上之正當行為，不罰；第23條本文：對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰；第24條第1項本文：因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰；第26條：

有屬於構成要件不該當或錯誤者：

如野生動物保育法第51-1條，原住民未經許可，獵殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭祀或非為買賣者，首次犯，不罰；刑法第26條：行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。

此外，廣義而言，也有認為犯罪構成要件不備，即行為不成立犯罪(例如毀損行為卻未致令不堪用)，或行為僅屬觸及行政罰範圍，而無刑事處罰者[36]

綜上文義及體系的解釋說明，在我國法體系下，法文規定「不罰」者，必須進入構成要件、違法或有責性之判斷。刑事訴訟法第301條第1項規定，不能證明被告犯罪或其行為不罰者，應諭知無罪之判決，前者屬於證據不足的問題，後者則屬於上開所指行為在違法性、有責

[36] 參見劉幸義，由法律用語理論-區分「不罰」、「不犯罪」與「無罪」之用語與概念，收於法律概念與體系結構：法學方法論文集，128 頁以下說明。

性或構成要件該當性有阻卻事由[37]，或有構成要件不合致的情況。惟無論如何，在我國法體系下，所謂構成無罪的「不罰」事由，均必須進入實體行為事實之認定，而刑法適用的問題，則屬於可罰性前提要件，亦即必須在進入犯罪構成要件、違法、有責判斷前，所要滿足的要件，因此欠缺刑法適用法所規定的要件，與法律規定「不罰」層次不同，不能與不罰等價。前者應為進入後者判斷之前提要件。

因此國外實務均認為欠缺刑法適用法要件時，為訴訟要件的欠缺，應為程序性處理，例如為不受理判決(日本)或終止訴訟(德國)或駁回起訴(美國)，而非為無罪判決。

三、因不符刑法適用法之要件，如為無罪判決，將有實體確定力，影響再追訴的可能性及國際司法互助

程序的不受理判決，僅有形式的確定力，並不生一事不再理的既判力，而無罪判決為實體判決，原則上必須進行實體審理(證據調查及言詞辯論)，無罪判決確定後對該案件產生既判力，即一事不再理之效力[38]。

本件法律問題所指，中華民國人民在中華民國領域外（含香港與澳門）犯刑法第5條至第7條以外之罪，而無我國刑法之適用時，亦即不符合刑法第7條可適用我國刑法之要件，依照上開說明，法院即應從程序上認為我國法院無審判權，依刑事訴訟法第303條第6款為不受理判決。而毋庸進入實體審查，此時若依不罰說，須為無罪判決，不僅須踐行證據調查、言詞辯論等程序，該判決將產生實質確定力，而有一事不再理之效力。不僅有違刑法適用法不涉及實體可罰性判斷的本質(僅其前提要件)，對案件意外產生實體確定力，結果將危及將來追訴的可能性，也因為一事不再理的禁止雙重危險原則，對於國際司法互助亦可能產生障礙。

[37] 參見陳樸生，刑事訴訟法實務，重訂 3 版，1990，338 頁。
[38] 林鈺雄，刑事訴訟法 (上冊)，59-61 頁。

(一)就阻斷將來追訴可能性而言：

對於不符刑法適用法要件之案件，雖我國無審判權，但國際上對於本無管轄權之案件，基於國際共同打擊犯罪，司法互助原則，仍有可能因國與國之間訂定條約或合意，而在特定情況下，基於追訴之便捷性，使原本無管轄權之國家，取得管轄權(即刑事審判權)：

1.代理管轄權之取得法則

基於兩國間簽訂之刑法共通適用條約，對於本無管轄權之刑事案件，因有管轄權國請求代行管轄權，致原無管轄權國家因此得以代行該刑案之管轄權。如德國人A在荷蘭飆車被舉發後翌日逃往德國。基於國人不引渡、輕罪不引渡之法則及訴訟經濟考量，此時荷蘭得將案件移請德國，請求德國追訴A之飆車罪行，此時德國即得按德國刑法追訴A之飆車罪行，並在德國執行A科處之罰金刑。此乃基於兩國簽訂刑法共通適用法則之條約，因此德國即得就A在荷蘭違反道路交通之犯罪，代理荷蘭依德國法對之為追訴處罰，因此而有「代理管轄主義」之新刑法適用法則誕生[39]。此時原無管轄權國家，即得適用內國刑法對在外國之犯罪行為進行追訴[40]。

2.刑事管轄權之再取得

雖依本國刑法規定對某犯罪無固有審判權，但基於「或引渡或追訴（又稱不引渡即追訴）」之國際條約或國際慣例，或基於有管轄權國家追訴移管之代理管轄法理，此時無固有管轄權國家即取得本案之新刑事管轄權[41]（審判權）。

綜上，如因欠缺刑法適用法要件，非諭知不受理判決，而逕予無罪判決，將產生一事不再理之實質確定力，即使將來有可能因行為人在我國境內，縱有管轄權國家如本案之泰國，基於追訴之便捷性擬同

[39] 森下忠，刑事訴追の移管，收錄於「刑事司法の國際化」，成文堂，1990 年 10 月初版，170-171 頁。
[40] 歐洲追訴移送條約第 2 條規定。Vgl. auch Satzger, a.a.O.,§4 Rn.4.
[41] 古田佑紀，刑事司法にお　　國際協力，收錄於「現代刑罰法大系」，第 1 卷，日本評論社，1984 年，359-363 頁。

意我國代理管轄，我國法院也可能無法就已判決無罪之案件，再行審理。

(二)國際司法互助之拒絕法則

本來在同一司法權領域內之同一案件，始有禁止雙重危險原則之適用，但在國際司法互助時，在不同司法權領域間，亦會要求此原則之適用。所謂不同司法權領域，包括「請求國」、「受請求國」及「第三國」已經對同一案件，實施司法管轄權者。就「前二者」言，例如奧地利共助法第16條第3項規定：國際司法互助之事項，如同一案件業經奧地利內國主管機關，對該可罰行為為有罪或無罪之確定判決者，或已停止對其為追訴者，不得引渡。另瑞士共助法第5條亦明文規定：有下列刑罰權已消滅之情形者，應不允司法互助。1.經瑞士或犯罪地國法院審理後已宣判無罪、或在預審已為免訴決定、或已宣判免刑、緩刑者。2.刑罰已執行完畢或依判決國法律已不得再執行刑罰者。3.依受請求國之法令追訴權或行刑權時效已完成者。但上開刑罰權已消滅之情事，如請求國援用受請求國之法定再審理由而請求時，不得拒絕。就「第三國」言，依奧地利共助法第17條規定：第三國已實施裁判權，且有下列情形之一者，就該可罰行為之司法互助，得拒絕之：1.因行為地法院已為無罪判決或已終止對其為追訴行為時，2.第三國法院有罪判決之刑罰，已執行終了，或已許可緩刑、假釋者，或依第三國法令行刑權時效已完成者[42]。

一事不再理原則原本僅具有拘束內國法院之效力，隨著跨境犯罪的增加及國際刑事司法合作進一步開展，一事不再理原則已有非主權化的趨勢[43]，除了透過區域公約如申根公約，區域內各國採取互相承認裁判，使一事不再理取得跨國效力[44]，另外在司法互助上，也開始

[42] 森下忠，オーストリアの犯罪人引渡及び司法共助法，收錄於「刑事司法の國際化」，成文堂，1990 年 10 月初版，192-193 頁。
[43] 鄭文中，從國際刑事法論一事不再理原則於歐盟之發展，中華國際法與超國界法評論，第 9 卷第 2 期，243-286 頁。
[44] 關於申根公約與歐盟境內一事不再理的效力，參照 Satzger,a.a.O.,§10 Rn.70ff.

以此為前提進行雙邊司法互助，因此如果將僅是無我國刑法適用之案件，即諭知無罪判決，將來有管轄權的國家追訴時，向第三國請求司法互助，可能就會因為我國曾對該案為無罪判決，而影響該案之司法互助，進而妨礙該案之追訴。

捌、結論

綜上，可知本件如採無罪說，不採不受理說，以本件被告在曼谷及香港向告訴人佯稱，其熟識司法人員可安排返國歸案不被羈押，致告訴人陷於錯誤陸續交付美金 4 萬元，嗣告訴人回國後仍在機場被逮捕歸案，始知受騙。因其犯罪時間在 105 年 12 月 2 日即刑法第 5 條增列第 339 條之 4 加重詐欺罪之前，致依我國刑法第 5 條至第 7 條規定，始無我國刑法之適用。故若本案遽在我國為無罪判決確定，則依上述國際司法互助之尊重本國管轄權原則、雙重危險禁止原則，既經本國為無罪判決之後，縱嗣後告訴人前往香港或泰國向該國司法機關請求追訴被告，各該國之司法機關欲追訴而須向我國或他國請求司法互助時，例如請求引渡、提供證據等，可能會因為我國之無罪判決，而遭受阻礙。或有管轄權之香港、泰國依司法互助之案件移管代理管轄權約定，委託我國法院代該國行使管轄權（審判權）時，則我國因一事不再理，因已曾為無罪判決，同一案件亦不得再為有罪判決，如此即違反國際司法互助之精神，終讓有罪被告仍得脫免刑責，即違反公平正義原則。反之，如為我國為不受理判決之後，縱未來在香港或泰國被告即得再被追訴處罰，或本國依代理管轄取得審判權時，皆得再為有罪判決，因此時未違反尊重本國管轄權原則及違反雙重危險禁止原則，即此始為正當。

爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中　華　民　國　111　年　3　月　28　日

檢察官　朱朝亮

蔡秋明

林麗瑩

李進榮

林俊言

最高檢察署

刑事大法庭言詞辯論意旨書

(111 年度台非大字第 43 號)

檢察官　陳維練
蔡秋明
李進榮
林俊言
林麗瑩

本案提案之法律問題

一、被告所犯數罪併罰之各罪，符合「得易服社會勞動之罪」與「不得易科罰金及易服社會勞動之罪」，於審判中得否請求法院定應執行刑？

二、就上開案件，審判中未經被告請求，法院即逕予合併定應執行刑。判決確定，檢察總長對之提起非常上訴，本院應如何判決？

目　　錄

壹、本案基礎事實 1

貳、本案法律問題之實務見解 2

一、法律問題一：目前實務見解採肯定說 2

二、法律問題二 2

（一）甲說：原判決關於定應執行刑部分撤銷 2

（二）乙說：上訴駁回 2

參、本署見解 3

一、法律問題一：採否定說 3

（一）以解釋論檢證肯定說 3

（二）依照狹義的解釋方法，刑法第 50 條第 2 項被告之請求權應僅限於判決確定後之執行階段方得行使—否定說為當 4

（三）刑法第 50 條第 2 項亦無法律漏洞需要填補，規定的不圓滿係法律有意義的沉默—仍以否定說為當 6

（四）結論 14

二、法律問題二：認應撤銷原判決，另行判決，分別就得易服社會勞動之數罪、不得易科罰金及不得易服社會勞動之數罪，各定應執行刑 15

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

111 年度台庭蒞字第 8 號

提　出　人　　最高檢察署檢察官陳維練

被　　告　　白偉廷

上列被告因加重詐欺案件，最高法院提案庭(刑事第七庭)就本提案之法律問題所擬採為裁判基礎之法律見解，認與最高法院先前裁判之法律見解歧異，已於 111 年 5 月 16 日裁定將此法律問題提交最高法院刑事大法庭裁判(111 年度台非大字第 43 號)，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述如下：

壹、本案基礎事實

一、被告白偉廷明知其無遊戲主機等物品可供販賣。竟基於為自己所有之不法意圖，於網際網路登入網站詐騙他人既遂。經臺灣新北地方法院以 110 年度審訴緝字第 18、19、20 號、110 年度審訴字第 1156 號判決，論處以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財罪刑（共 21 罪），並定應執行刑有期徒刑 1 年 8 月確定。

二、檢察總長對系爭判決提起非常上訴，理由略以：系爭判決中有部分犯罪屬不得易科罰金及易服社會勞動之罪；部分犯罪宣告有期徒刑 6 月以下，得聲請易服社會勞動。而依刑法第 50 條：「（第 1 項 ）裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。（第 2 項 ）前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第 51 條規定定之。」之規定，非經被告請求，不得就不得易科罰金及易服社會勞動之罪併合處罰。系爭判決未正確適用刑法第 50 條第 2 項規定，逕予合併定應執行刑有期徒

刑 1 年 8 月，自有判決不適用法則之違法。案經確定，且不利於被告，爰提起非常上訴，以資糾正與救濟等旨。

貳、本案法律問題之實務見解

一、法律問題一

目前實務見解採肯定說

如最高法院 105 年度台非字第 243 號、105 年度台上字第 637 號等判決。理由則以：「得易服社會勞動之罪」與「不得易科罰金及易服社會勞動之罪」，於判決確定後，受刑人既得依刑法第 50 條第 2 項規定，請求檢察官聲請法院定應執行刑，可見該項請求為被告之權利。倘被告於審判中已為該項請求，如仍拘泥於刑法第 50 條第 2 項規定，不予准許，而必待判決確定，始得請求檢察官聲請法院定應執行之刑，徒增勞費，亦非立法本意，故應認該項請求，於審判中亦得行使。

二、法律問題二

（一）甲說：原判決關於定應執行刑部分撤銷

採此說者有最高法院 110 年度台非字第 83 號、109 年度台非字第 20、194 號、108 年度台非字第 7、18、110 號、106 年度台非字第 153 號等判決。

理由則以：非經被告請求，不得就「得易服社會勞動之罪」與「不得易科罰金及易服社會勞動之罪」併合處罰，乃原判決未經被告之請求，逕就所犯各罪所處之徒刑合併定應執行刑，有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘定應執行刑部分違法洵有理由，應由本院將原判決關於定應執行刑部分撤銷，以資救濟。

（二）乙說：上訴駁回

若未經被告請求，法院逕行定應執行刑確定者，該判決關

於定應執行刑部分，固有違法，惟基於訴訟經濟原則，及為避免再次定應執行刑，與原定之應執行刑歧異，徒增紛擾，非不得經由事後補行請求而補正。故於確定被告不補行上開請求之前，難認已侵害被告該項請求之權利，而確於被告不利益。於檢察官詢明前，尚難認有提起非常上訴之必要性。應認非常上訴為無理由，予以駁回。

參、本署見解

一、法律問題一：採否定說

關於本案法律問題一，本署認為應採否定說，亦即對於刑法第 50 條第 1 項但書所指不得合併處罰者，刑法第 50 條第 2 項既已明定受刑人始能請求檢察官聲請法院定應執行刑，於審判中之被告無從為該請求。

（一）以解釋論檢證肯定說

肯定說認為不應拘泥於刑法第 50 條第 2 項規定，審判中被告如請求而不予准許，非立法本意等理由，認為被告得於審判中行使此一權利。似乎認為既然為權利的賦予，在時間或程序階段上加以限制，並非必要。惟是否為立法本意、是否應拘泥於條文規定等，均涉及法解釋論的問題。

法院作為法律之適用者，必須盡量符合憲法所賦予的角色去選擇法律適用的方法(Methode der Rechtsanwendung)，亦即妥適解釋法律[1]。畢竟解釋論相對於立法論，後者應屬於立法者的職權，基於權力分立、民主原則，法院受法律拘束，必須依法審判，遵守立法者的價值判斷，並有義務以可供使用的方法工具來檢視這些價值標準的存在[2]。換言之，法律解釋的目的在於實現立法的規範目的(Normzwecke der Gesetzgebung)，

[1] Bernd Rüthers, Rechtstheorie, 1999, Rn.821.
[2] A..a.O., Rn.812.

這個必須藉由解釋工具，如文義、體系、立法過程來加以探求。這些手段中的任何一種都不能被法官遺漏或忽視其可能的認知價值[3]。惟若法律存有漏洞，無法透過文義、體系或歷史解釋等狹義下的解釋工具實現規範目的時，為使個案正確並妥適適用法律，法官有權為法律之續造，但仍應謹守解釋法律的界限。以下就以相關的解釋工具來檢證刑法第 50 條第 2 項規定。

（二）依照狹義的解釋方法，刑法第 50 條第 2 項被告之請求權應僅限於判決確定後之執行階段方得行使—否定說為當

裁判確定前犯數罪，有刑法第 50 條第 1 項但書規定之情形者，不得併合處罰。此一原則，在同條第 2 項有例外規定，條文規定之文字為：「前項但書之情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第 51 條規定定之。」

上開刑法第 50 條第 2 項就原不得合併處罰者，賦予受刑人請求權，可請求檢察官向法院聲請合併定應執行刑。肯定說所引最高法院兩則判決見解均認為，受刑人之請求，係選擇權之賦予，此一結論可資認同[4]，質言之，受刑人就法律規定原則不得合併處罰之情況，仍有權選擇合併定應執行刑。惟依照法條文義，此一選擇權有兩項要件：即行使之主體為「受刑人」，行使方式為「請求檢察官(向法院)聲請」兩要件，足證此一選擇權之行使係於判決確定後之執行階段。蓋條文規定請求之主體，為受刑人而非被告，受刑人之身分，顯然屬於判決確定後執行階段之身分；且規定並非直接向法院聲請，而係請求檢察官向法院聲請，此亦顯然指執行階段由檢察官作為執行主體的情形。因此刑法第 50 條第 2 項之選擇權，依照文義應限於執行階段，

[3] A.a.O., Rn.821.

[4] 肯定說所引最高法院最高法院 105 年度台非字第 243 號刑事判決、105 年度台上字第 637 號刑事判決理由均提及：刑法第五十條第一項但書之情形，除被告於法院審理中請求法院，或於判決確定後受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者外，不適用併合處罰之規定，**賦予其選擇權**，以符合其實際受刑利益。

且須透過檢察官為聲請人向法院聲請。

因此如依肯定說，認為原不得合併處罰者，在審判階段，被告即可向法院聲請合併定應執行刑，顯然已超越表面文義，擴大法律適用範圍。

當然，在文義解釋可能的範圍內，也可考慮基於體系一致性及立法目的，將文義做超越一般人通常理解的範圍而予以擴張解釋[5]。事實上，肯定說即認為擴大適用於審理中應該不違反立法者的本意。而探求刑法第 50 條第 2 項立法本意，應係在數罪原不得合併處罰的情形，賦予受刑人仍可決定讓法院合併定應執行刑的權利，此部分應該沒有疑義，但立法者在規範上使用「受刑人」、須由「檢察官聲請」等要件，可見有意將此權利之行使限於執行階段[6]。特別是，審判程序為檢察官與被告立於對立當事人地位的所謂對審程序，雙方如有程序上之主張，均係直接向法院為之，上開「請求檢察官向法院聲請」此一要件，顯與審判屬於對審程序有所矛盾，依照體系解釋方法，立法者本可將審判中請求法院合併定應執行刑納入規範，卻正面的僅就執行階段賦予選擇權，從體系解釋、歷史解釋(立法意旨)來看，應是有意排除審判中的選擇權。

退一步言，體系解釋通常是在文義仍有不明的情況，或者有多種解釋可能的情形時，透過將個別法條與其他法條間整體觀察，而優先採用有助於維持該規定與其他規定間事理上的一

[5] 學者認為擴張解釋屬於體系解釋之一，而關於體系解釋，國內有學者將其分類為當然解釋、反面解釋、擴張解釋及限縮解釋等類型，而後兩種均藉由立法目的之解釋，參見楊仁壽，法學方法論，第 2 版 2010，第 198 頁以下；李惠宗，法學方法論，第 3 版， 新學林出版股份有限公司，2018，頁 288；惟有德派學者認為，當然解釋、反面解釋，已超出可能的文義範圍，應屬法律續造之論證方式，且方法上屬於推論，用詞應改為當然推論、反面推論，參見吳從周，民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮，東吳法律學報第 18 卷第 2 期，第 103 頁以下(頁 120-121)；本意見書後述法律漏洞部分，參用吳從周意見，並引用得學者 Rüthers 反面推論之見解，依 Rüthers 就反面推論之看法，亦認為須藉用歷史解釋、體系解釋，Rüthers, a.a.O.,Rn.900

[6] 關於現行刑法第 50 條修法過程，也就是歷史解釋的詳細說明，放在本文之後關於確認有無法律漏洞的立法計畫之說明部分。

致性之解釋[7]。就刑法第 50 條第 2 項之規定文字，依照上開說明的兩個要件，實在難以論斷其可包含到審判中請求合併定刑的另種解釋可能性。且就「請求檢察官聲請」而言，去除而不顧此一要件有違文義，但如要滿足此一要件，又與審判程序的對審制顯然有體系上的矛盾，論證至此，透過相關狹義的解釋方法，並無法得出刑法第 50 條第 2 項可擴大解釋為被告於審判階段即得向法院聲請合併定應執行刑。

（三）刑法第 50 條第 2 項亦無法律漏洞需要填補，規定的不圓滿係法律有意義的沉默—仍以否定說為當

狹義的解釋方法無法獲致肯定說的結論，尚不能即認肯定說見解不符合解釋論。刑法第 50 條第 2 項在文義可能範圍，縱無法包括審判中被告有選擇權，此如可認為是解釋論上所謂的法律漏洞，法官仍可透過法律續造的權責，將刑法第 50 條第 2 項選擇權擴及審判中之被告。不過前提是必須認定法律有漏洞。

1.法官進行法律續造的前提—法律有漏洞

在方法論上要超越文義解釋的前提，必須先有所謂的「法律漏洞」(Gesetzeslücken)存在[8]，而由適用法律者(法官)以解釋方法加以填補，此已超越狹義的法律解釋。法官對法律漏洞的填補為法官進行法律續造(Rechtsfortbildung)[9]；法律有漏洞，法官才有續造法的權限，這雖然已經超越文義可能範圍，但仍在立法者原本的計畫、目的範圍內，尚屬於法律解釋的範疇，為法律內的法的續造[10]，蓋法律漏洞的發現與填補，仍必須

---

[7] Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.neue bearb. Aufl., 1991, S.325. 本書學生版(無全文版之前四章)已由陳愛娥教授翻譯出版，本文參考中文版(法學方法論，初版五刷，五南圖書出版股份有限公司，2004)。

[8] Larenz, a.a.O., S.366.

[9] A.a.O., S.370.; Larenz 稱法律續造是一種創造性的認識的成果，a.a.O., S.402.

[10] A.a.O., S.366. 照 Larenz 的分類，法的續造，除法律內的法的續造外，尚有超越法律的法的續造，認為法律解釋與法官的法的續造，並非本質截然不同之事，僅屬於不同層次的思考方式，但仍有必要區分三者。法官不能以法律沒有規定拒絕裁判，因此有解釋法律的義務，如法律有漏洞，即有填補的義務，此外，只有在重大事由的情況下，法官才可從事超越法律的法的續造。Rüthers 則認為法律適用(狹義法律解釋)、法律續造、法律

靠歷史解釋、體系或目的性的解釋(詳下述說明)，進行具有補充意義的造法。如果在上述方法下，並無法認定法律存有漏洞(詳下述)，則法官並無造法權限。法律續造仍必須與法官修法、變法相區別，後者有取代立法職權，只有在極例外的情況才允許[11]。

對於原屬不得合併定應執行刑之數罪，第 50 條第 2 項規定無從含括審判中之被告得請求合併定刑，是否為所謂的需納入規整，卻漏未規定的法律漏洞呢？

2.法律漏洞是否存在—從歷史解釋與目的論檢視立法計畫是否不圓滿

通說認為法律漏洞是一種法律違反計畫的不圓滿性(planwidrige Unvollständigkeit)[12]，通常情況是發現有屬於法律規整(Regelung)範圍內，且認為需要規整者，法律卻未規定，簡言之，法律對此保持「沉默」。但須注意的是，法律保持沉默並非必然為法律漏洞，如果法律的沉默是依照計畫、所謂有意義的沉默(beredtes Schweigen)[13]，則非法律漏洞。至於何謂立法計畫？何以認定違反計畫，須以法律本身的觀點、法律根本規整的意向、藉此追求的目的以及立法者的計畫為準。因此必須回到以歷史解釋及目的論的方式予以探求[14]。也就是在探求立法計畫，考慮的不僅是立法者的意向，而必須將顯現在法律中的客觀法目的、一般的法律原則亦加以考量[15]。

而同類事物應同等處理(Gleichbehandlung des Gleich-

修正(即 Larenz 超越法律的法的續造)三者必須嚴格區分，而在法律續造階段，法官已經相當於規範的制定者,Rüthers,a.a.O., Rn.831。但學者一致認為超越法律的法的續造是極例外的情況。

11 Vgl. Rüthers, a.a.O., Rn.826ff; 935;即 Larenz 所謂超越法律的法的續造 vgl. Larenz, a.a.O., S.370, 413ff; 此部分非本意見書重點，不再詳述。

12 Larenz,a.a.O., S.373; Rüthers, Rn.832

13 A.a.O., S.370; Rüthers, a.a.O., Rn.838.

14 同註 12。

15 Larenz, a.a.O., S.374f.

artigen)此一般性原則，在漏洞的發現，具有關鍵的、內存於所有法律中的原則。假使法律已以特定方式規範案件事實 A，對於評價上應屬同類的 B 事實則未有規範，此等規定欠缺即屬法律漏洞[16]—如本法律問題：刑法第 50 條第 2 項規範受刑人對於原本不得合併處罰者，於執行時可以選擇請求定應執行刑，那麼可否評價審判中的被告應有同樣地位，而當然應賦予其選擇權，權利之保障方顯充足？答案即從是否法律有違反計畫的不圓滿性著手探求之。

（1）歷史解釋(立法過程)僅得知立法者欲賦予受刑人定應執行刑之選擇權

如從立法過程探求，數罪併罰定應執行刑制度，並非我國所獨有，旨在綜合斟酌犯罪行為之不法與罪責程度，及對犯罪行為人施以矯正之必要性，而決定所犯數罪最終具體應實現之刑罰，以符罪責相當之要求[17]，且數罪宣告刑直接累計執行造成刑罰過度，此不論從犯罪預防或是應報衡平，均屬不必要[18]。而數罪併罰定應執行刑的原則下，如何適用易刑規定則為實務及學說上經常性之爭議問題[19]，本件法律問題亦源於此。

目前刑法第 50 條之條文，係民國 101 年立委提案修正，草案原本係於同法第 41 條增列第 8 項，擬將得易科罰金或易服社會勞動之罪與不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪合併定刑

[16] 同上。就法律漏洞分類上而言，此應屬明顯的法律漏洞，其填補方式有賴類似推論(類推適用)之方法，以當然推論(der “Erst recht”- Schluß)或目的性擴張(Teleologische Extension)，將漏未規定部分比附援引現有規定；與此相對的類型為隱藏的法律漏洞，其填補方式為目的性限縮，此部分與本法律問題無關，不再詳述。Vgl. Larenz, a.a.O., S.375-397; 填補方式之詳細說明，亦可參閱 Rüthers, a.a.O., Rn.888-905.

[17] 司法院釋字第 679 號解釋理由書第 1 段參照。

[18] 參見黃榮堅，犯罪的結合與競合，收於刑法問題與利益思考，月旦出版社 1995，頁 461。

[19] 相關司法院釋字就有好幾號解釋，其中關於數宣告刑均得易科罰金，定應執行刑逾六個月者易科罰金部分，就有釋字第 366、662 號兩號解釋，其他尚有釋字第 144、679 號與本件有關，釋字第 679 號認為得易科罰金與不得易科罰之罪，合併定刑後，是否仍得易科罰金，原則屬於立法權，立法者自得於符合憲法意旨之範圍內裁量決定之。學說部分例舉如：林山田，論併合處罰之易科罰金 – 兼評釋字第 366 號解釋，收於刑事法論叢(二)，1997；薛智仁，易科罰金與數罪必罰的交錯難題，成大法學 第 18 期，2009 年 12 月；張明偉，數罪併罰之易科罰金，五南圖書出版股份有限公司，2011。

後，原得易科罰金或易服社會勞動之罪，規定為仍得易科罰金或易服社會勞動。惟此修法草案經法務部從刑事政策、執行層面困難加以說明，並經立委質詢、大體討論及逐條審查後，第 41 條第 8 項之上開修法終究未被採納，而維持現行條文；惟立法者認為：得易刑之罪與不得易刑之罪合併定應執行刑，將造成得易刑之罪亦無法易刑，宜將兩者分開條列，故仍認為有修法之必要，而改弦易張轉為修正刑法第 50 條如現行條文[20]。上開修法過程，我們僅能探知立法者認為裁判確定所犯數罪中，得易科罰金與不得易科罰金之罪、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪，如合併定刑後，原本得易科罰金或得易服社會勞動的部分，變成不得易科罰金或不得易服社會勞動，係對受判決人或受刑人造成不必要之限制[21]，因此必須分開定應執行刑。惟在得易刑與不得易刑之罪不合併處罰之原則下，第 50 條第 2 項仍賦予受刑人選擇權，使其在如請求定應執行刑時，可期待減縮刑度的利益，與不合併時得易科罰金或得易服社會勞動的利益間，自主選擇。

至於選擇權的行使時點，從文義最大的解釋範圍來看，立法者僅規定受刑人得於執行中請求檢察官向法院聲請，卻未規定審判中被告即得行使選擇權，這個現象原因應有兩種可能：一是漏未規定，一是立法有意的略去審判中的選擇權。如果判斷是前者，係認為審判中被告與受刑人在決定是否合併定刑的權利上，具有應相同對待之地位，應同予納入賦予請求權之規整中，卻漏了規定，這即屬於違反計畫的不圓滿性，可認為存在法律漏洞需要填補；後者則屬於法律刻意的沉默，亦即立法

[20] 相關立法過程，參見立法院公報第 101 卷第 82 期，第 360-364 頁；第 102 卷第 4 期，第 224-234 頁。
[21] 參見原提案草案第 41 條第 8 項修法理由，見立法院公報第 102 卷第 4 期第 231 頁。

者認為不宜作相同處理，形式上看起來漏未規定，卻是立法者有計畫的不完整性(als geplante Unvollständigkeit)，司法並不能進行所謂的填補，否則會構成違法[22]。

但我們從立法過程中並未看到立法者對於審判中被告得否聲請合併定應執行刑的討論，難以探求立法當時是否有意排除審判中被告的選擇權。不過，如果我們採取客觀目的論的標準（Objektiv-teleologische Kriterien)，亦即客觀的規範目的解釋方法，特別是訴諸具憲法層次的法律原則觀點，應該就會有清楚的答案。

（2）目的論—刑法第 50 條第 2 項規範目的的探求

i 刑法第 50 條第 2 項選擇權之賦予，必須以獲充分資訊為基礎

刑法第 50 條第 2 項既然是選擇權的賦予，其規範目的即應考量保障選擇權的有效行使。而選擇權有效並真實符合本人意願的行使，必須建立在選擇者具有充分的資訊基礎上，在資訊不完整或欠缺資訊的前提下，所謂的選擇權是被架空的。合併定應執行刑，一方面有縮減刑度的優惠，一方面卻有原得易科罰金或易服社會勞動之有期徒刑，均不得易刑而必須入監之不利益。此外，尚有其他當事人考量的個別因素，其中合併定應執行刑後雖不得易刑，但可能有假釋之適用或其他適用縮刑規定之優惠，而另一方面，易服社會勞動期間則有天花板的限制(刑法第 41 條第 5 項、第 9 項)等，這些相對的優惠都與個別罪的宣告刑長短有正相關。因此，我們應可推論，原不得合併處罰之數罪，如要賦予當事人可選擇合併定應執行刑，其前提應該是當事人已獲知其所犯數罪的具體量刑（宣告刑）狀況後，在充分的衡量可易科罰金、可易服社會勞動的具體刑度、本身財力、時間、法律對於易服社會勞動的最高期間限制、合併定

[22] Rüthers, a.a.O., Rn.835ff.

刑可預期縮減之刑度、將來可假釋之期待利益等優缺事項，綜合考量後，方可言其選擇是符合其真實意願的。**而審判中，法院對於數罪不僅有罪、無罪尚屬未定，即便認定有罪，各罪具體量刑為何，均未可知，被告於審判中可考量的資訊基礎顯然太過薄弱，恐陷被告進行猜測、賭注式的決定困境。**

ii 司法院釋字第 731 號解釋確保選擇權行使時享有充分資訊，方符合正當法律程序要求

行使選擇權應基於獲取充分資訊的基礎，此關乎憲法所保障的正當法律程序。司法院於釋字第 731 號解釋即指出了選擇權與資訊的重要關係，多位大法官也利用協同意見書再加詳細闡明。

該號解釋係關於區段徵收補償，土地所有權人申請抵價地抵付之期間規定是否違憲之問題。蓋土地徵收條例之區段徵收補償，依條例第 39 條第 1 項規定，有現金補償及抵價地補償二種方式。如原土地所有權人不願領取現金補償，依該條例第 40 條第 1 項規定，應於徵收公告期間內申請發給抵價地。該號解釋宣告上開規定不符憲法要求之正當行政程序，有違憲法第十五條保障人民財產權之意旨。解釋理由書並說明：「申請發給抵價地之申請期限，涉及人民財產權之限制，自應踐行正當之行政程序，包括**應確保利害關係人及時獲知相關資訊**，俾得適時向主管機關主張或維護其權」，理由書進一步說明，要求原土地所有權人在徵收公告期間內為申請，**將無法確保原土地所有權人適時取得選擇補償方法所需之資訊，不符憲法要求之正當行政程序**[23]，並指示：「為確保原土地所有權人取得充分資訊以決定是否申請抵價地，主管機關宜於徵收公告及書面通知時，一併告知預估之抵價地單位地價」等。本號解釋揭示主管機關對

[23] 參照釋字第 731 號理由書第 3 段。

於人民之選擇權，必須確保其選擇時享有充分資訊，特別是在有關基本權干預之情況(如該案涉及之財產權)，方符合正當法律程序的要求。回到本案之觀察，本案之受刑人於得易刑與不得易刑之數罪，原則不得合併定應執行刑，但經請求檢察官聲請，亦得選擇合併定刑，此選擇權行使方式亦類似於上開區段徵收之補償方式(原則為現金補償，但土地所權人得申請改以抵價地補償)。基於相同的正當法律程序要求，亦當保障請求合併定應執行刑前，享有充分之資訊以確保其選擇權的有效行使。黃茂榮大法官在上開解釋的協同意見中，並深入闡明資訊在行使選擇權的重要性：要消除徵收機關與原土地所有權人間之資訊不對稱，以使其在受有相關必要資訊之情形下，自由選擇，俾符合正當行政程序原則之要求。為使原土地所有權人「知悉相關資訊之可能性」，除應使當事人或利害關係人「及時」獲悉與其利害相關之訊息外，該資訊內容亦須足資作為當事人或利害關係人為有利之決定的參考基礎。否則，如僅空有「及時獲悉之訊息」，但訊息內容空泛、非必要或不確定，當事人或利害關係人之「受告知權（right to be informed)」還是未受到完善之保障。

iii 被告請求合併定應執行刑，如係於審判階段並無充分資訊基礎，有違公平審判原則、正當法律程序

此外，在刑事訴訟程序中，被告之資訊權亦屬其不可或缺之程序權利。上開釋字第 731 號所揭示之正當法律程序要求，大法官在多號涉及刑事訴訟的司法院解釋中也都有所強調，其內容即相當於公民政治與權利公約第 14 條、歐洲人權公約第 6 條上保障被告受公平審判權利[24]，公約例示(而非列舉)被告在刑

[24]參見釋字第 384、582、737、762 號等解釋，均在闡明刑事訴訟被告所享有正當法律程序之保障，內容相當程度即是公民與政治權利公約、歐洲人權公約所規定刑事訴訟上的公平審判原則，此可參見釋字第 384 號解釋理由書提到「實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而

事訴訟上基本權利，並發展出被告基於訴訟主體地位的多項重要訴訟權，其中資訊獲知權(Informationsrecht)即屬貫穿整個訴訟程序之重要權利。被控罪名及權利告知權僅是最低限度之保障[25]，被告訴訟上有效的防禦，是以能及時且充分獲知所有訴訟上重要事實、表示及過程等資訊為前提[26]，尤其被告本身獨立之閱卷權也已受到肯定。而刑度與執行方式對被告而言屬有罪無罪外，最重要的程序結果，刑法既然賦予其對於不得易刑與得易刑之數罪合併定刑的選擇權，即應該使其選擇權之行使確實受到保障，而非空有選擇的形式。法律要求人民做出影響其權利之決定，不應期待其在訊息不明之下，以猜測或賭注之方式為之；而必須確保人民獲有必要明確程度之資訊。例如受逮捕者放棄「尋求律師協助之權」，必須在受充分告知其有權選擇及委任律師協助或可接受法律扶助，並了解自己所處情形後，所為之決定，始符合「受通知後決定」之意旨[27]。因此，**如使被告在審判中即行使其聲請合併定應執行刑之選擇權，無疑在有罪、無罪不明、宣告刑不明的情況下，任被告以猜測或賭注方式而為決定，揆諸前開說明，此種選擇權行使顯有瑕疵，違背正當法律程序之要求，亦即被告受公平審判之權利保障不足。**

3.原不得合併處罰之數罪，法律未規定審判中被告得請求定應執行刑，係法律有意義的沉默，而非法律漏洞

綜合以上說明，對於刑法第 50 條第 1 項但書原不得合併定應執行刑者，就規範目的而言，選擇權的賦予應避免提早至審判階段，而應在有罪、無罪、各罪宣告刑均已確定的階段，再給予

言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。」

[25] Meyer-Goßner/Schmitt, 58. Aufl. Art. 6 MRK Rn. 16.

[26] LR-StPO/Esser, Band 8, 25. neubarb. Aufl., MRK Art.6/Art.14 IPBPR, Rn.69b.

[27] 參見釋字第 731 號羅昌發大法官協同意見書。

是否合併定刑的選擇權，方符合賦予選擇權的實質意義。是以應可認為立法者就審判中未明文規定被告可請求法院合併定刑，是有意不為規定，是一種所謂有計畫的不圓滿性(geplante Unvollständigkeit)，而非違反計畫的不圓滿性。相對於前者(有法律漏洞的情況)法院以類推適用方法，使用當然推論或目的性擴張填補漏洞，本件則應進行反面推論(Umkehrschluß)[28]，得出被告審判中不宜有請求權之結論。換言之，基於確保選擇權(請求權)得符合其實質意願，應認在受判決人已明確獲知其各罪之宣告刑後，方足以妥適行使其選擇權，決定是否要聲請合併定應執行刑。在審判階段，被告對於數個被控犯罪之行為，究有罪、無罪，有罪後，刑度多少？可否易科罰金或易服社會勞動，均尚未知，實難期待被告可充分衡量輕重、利害關係而為符合真實意願之決定。此外，被告在資訊不完全的情況下做決定，將如同本件提案裁定中反對意見之警告，法院如依被告審判中之請求，於判決定其應執行刑，倘判決確定後，定刑之結果不符合被告期望，則被告能否再請求檢察官聲請定應執行刑？此等問題勢將迭生困擾，從而影響國家刑罰權之實現與法安定性之維護。

（四）結論

第 50 條第 2 項經由文義、歷史及體系等狹義解釋方法，無法得出對於不得合併定應執行刑之數罪，得擴大解釋為被告於審判中得請求法院合併定應執行刑。當然接下來可以探究此是否有法律漏洞，需要法院透過法的續造填補，以補足規範目的的完整性。但探究規範目的後，審判中未規定被告得請求合併定應執行刑，應該是屬於法律有意義的沉默。亦即從落實被告

[28] Rüthers, a.a.O., Rn.899f.; 依照 Rüthers 的說明，反面推論是類似推論的相對方法，亦即此處沒有相同事物相同處理之適用，而是依照立法意旨或規範目的法律刻意的不納入規定，法官在此不得為法律續造。

請求權的有效行使而言，審判中讓被告就不得合併處罰之數罪，得請求法院定應執行刑，是有瑕疵的權利行使，依照反面推論的方法，應該認為此處並無法律漏洞需要填補。本署就法律問題一認為應採否定說。

二、法律問題二：認應撤銷原判決，另行判決，分別就得易服社會勞動之數罪、不得易科罰金及不得易服社會勞動之數罪，各定應執行刑

法律問題二係以法律問題一為前提。本署對於法律問題一已採否定見解，認為被告於審判中無從請求法院就原屬不得合併處罰之數罪，定應執行刑，則法律問題二原提案裁定之甲說、乙說已無所附麗，依循法律問題一之結論，貴院應以違背法令為由撤銷原判決關於定應執行刑部分，且認原判決定應執行刑部分係不利於被告，應依刑事訴訟法第 447 條第 1 項第 1 款但書之規定另行判決，對於被告得易服社會勞動部分之數罪、不得易科罰金及不得易服社會勞動部分之數罪，依刑法第 50 條第 1 項前段、第 51 條第 5 款分別定其應執行刑。其後，被告自得依判決結果，選擇是否請求檢察官向法院聲請合併定應執行刑，此時被告尚享有合併定應執行刑不利益變更禁止之優惠，亦即合併定應執行刑之最高度，不得逾越原判決得易服社會勞動部分之應執行刑與不得易刑部分應執行刑之總和[29]。

此致

最高法院

中　華　民　國　111　年　7　月　25　日

[29]最高法院 105 年度台非字第 44 號刑事判決參照。

15

檢察官　　陳維練

蔡秋明

李進榮

林俊言

林麗瑩

最高檢察署

檢察官言詞辯論意旨書

(111 年度國模台上字第 2 號)

檢察官　洪泰文
蔡秋明
許祥珍
李進榮
李濠松
林俊言
林麗瑩

目　　錄

壹、本案爭點 1

貳、與爭點相關之本案事實 2

參、本署意見： 2

一、本署關於爭點一見解之說明 3

（一）證物提示為踐行勘驗之證據方法 3

（二）本案第一審審判長已因辯護人反應，依國民法官法第 46 條為適當處置 5

（三）本案辯護人於檢察官進行證據調查時，並未合法向法院合議庭異議 5

（四）國民法官法二審上訴審應有失權效之適用 6

（五）國民法官法二審上訴審可類推適用刑訴法第 380 條，引進無害瑕疵原則 10

（六）爭點一小結 13

二、本署關於爭點二見解之說明 14

（一）國民法官法第二審的定性，司法負有法律續造的任務 14

（二）國民法官法第二審具有事後審的特徵，但仍有續審與覆審可能 16

（三）國民法官案件二審之審查權限受嚴格限制 18

（四）國民法官審判之二審與刑訴法相關上訴第三審規定 20

（五）國民法官案件二審判決應優先適用刑訴法第 373 條 21

（六）爭點二小結 23

肆、附錄：關於人民參與刑事審判上訴審之外國立法例與實務 24

一、美國二審上訴制度 24

（一）美國上訴制度概說 24

（二）上訴權的喪失－以不提出視為放棄之失權效為主 25

（三）上訴理由與審查標準 25

（四）上訴審查結論與無害錯誤法則(Harmlessness error rule)..26
（五）憲法層次的錯誤與當然撤銷發回事由.....28
（六）撤銷原判決以發回為原則，僅證據未達起訴標準時，上訴法院得自為判決無罪.....30
（七）上訴審判決—僅須對上訴有無理由作說明.....31
二、日本裁判員制度之二審上訴.....31
（一）日本現行刑事訴訟法二審架構.....31
（二）與裁判員制度關係.....37
（三）結論.....40
三、德國二審法律審上訴.....41
（一）多數刑事案件之審判為二個審級，第二審為法律上訴且為終審.....41
（二）法律審的上訴理由.....42
（三）相對上訴理由判斷違背法令之瑕疵影響於判決基準：類無害瑕疵原則.....44
（四）法律上訴審對事實認定的審查.....45
（五）上訴審查範圍(§352 Ⅰ StPO).....46
（六）上訴審判決(§§353, 354 StPO)—撤銷以發回為原則.....46

最高檢察署檢察官言詞辯論意旨書

111 年度國模台上字第 2 號

壹、本案爭點

爭點一

（1）本件第一審檢察官調查提示扣案電擊棒、柴刀之過程及所為之陳述，是否符合國民法官法第 76 條所定提是辨認之範圍？所為陳述會否造成國民法官產生預斷或偏見之虞？第一審審判長關於此部分證據調查程序所為之訴訟指揮，有無違反國民法官法第 46 條、刑事訴訟法(下稱刑訴法)第 155 條第 2 項之規定，而構成違法或不當？

（2）本爭點與刑訴法第 288 條之 3 之關係為何？

（3）第二審對於第一審訴訟程序之適法性，應如何審查？現行第三審審查第二審裁判所執之無害錯誤(瑕疵)原則，於第二審判決有無適用餘地？

爭點二

（1）刑訴法之第二審訴訟構造，為覆審制，該法第 364 條規定準用同法第 308 條、第 310 條關於第一審有罪判決書之記載事項，因此第二審之有罪判決，應於判決書記載犯罪事實及相關理由。惟國民法官制度之第二審有罪判決書應如何記載？刑訴法上開規定有無及如何準用？當事人上訴意旨未指摘之事項，第二審法院應如何處理？凡此，均與第二審之訴訟構造(覆審制？續審制？事後審制？或兼有前開性質？)及其審判對象(案件本身？第一審判決？上訴理由？或者兼有之？)有關。因此，應先予釐清。

（2）第二審就第一審有罪判決之上訴審理結果，其態樣可概分為：一、上訴駁回(上訴不合法、上訴無理由)；二、撤銷發回原審法院；三、撤銷自為有罪判決；四、撤銷自為無罪判決。關於

國民法官案件之第二審判決書之記載事項(即如何準用第一審之審判規定)，會否因上訴結果，而異其結果？

貳、與爭點相關之本案事實

參附件士林地方法院 109 年度模試訴字第 1 號 109 年 12 月 8 日審判筆錄節本（**關於不爭執事項內容及電擊棒、柴刀、本案臺北市政府警察局刑案現場勘查報告及所附現場圖 2 張、現場照片 77 張之證據調查程序筆錄**）

參、本署意見：

爭點一

（1）調查證物之提示，屬於勘驗之證據方法，可包括對物證功能的客觀說明、促請國民法官以五官感受證物的性能，及說明物證與待證事實關聯性。本件檢察官提示電擊棒、柴刀之過程合法，或屬不爭執事項或屬勘驗之證據調查內容，並無使國民法官產生偏見或預斷之虞。

（2）本案辯護人於審判中並未向法院合議庭提出異議，原審也無明顯瑕疵可言，應認產生失權效果，被告方對此證據調查程序不得再於上訴審爭執。

（3）國民法官案件第二審法院審查原審審判時，可類推適用刑訴法第 380 條，建立無害錯誤(瑕疵)標準，如認指摘之瑕疵或違法情節，並不影響於判決，即無庸撤銷原判決。

惟本案被告就檢察官調查證據之程序已因失權效不得再上訴爭執，應無庸進行瑕疵是否無害之審查，即可認為此部分上訴第二審為無理由，上訴第三審為不合法。

爭點二

（1）國民法官審判上訴第二審，其性質特殊，可以改良之事後審兼有限的續審性質來說明，但仍難全然掌握全貌，且覆審亦非全

無可能。

國民法官判決上訴第二審，雖依規定第二審審查範圍不受上訴理由拘束，但應類推適用刑訴法第 393 條，以上訴指摘範圍內審查為原則，且仍以經上訴之部分為審查對象(刑訴法第 348 條)。

(2) 國民法官第二審在自為判決原則上，仍有可能重新認定事實。判決書之記載，除自為認定事實外，適用刑訴法第 373 條規定，得逕引用原審認定之事實；在上訴不合法或無理由駁回時，可逕引原審判決，並就上訴有無理由及原審是否有違法瑕疵補充說明。被告方此部分上訴為無理由。

一、本署關於爭點一見解之說明

(一) 證物提示為踐行勘驗之證據方法

按無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，刑訴法第 155 條第 2 項定有明文。而涉及犯罪事實之合法調查，依照實務見解[1]，必須經嚴格證明。所謂嚴格證明，其嚴格性指證據方法及調查程序受到「雙重限制」，一是法定證據方法之限制，二是法定調查程序之限制[2]。而調查物證之證據方法有勘驗或鑑定，提示為踐行勘驗之方式，而非證據方法本身。勘驗依照刑訴法第 213 條第 5 款得檢查與案情有關之物件，所謂檢查指經由五官中的一種或多種進行，即經由視覺、聽覺、品嚐、嗅覺或觸摸而進行對物件外觀、性質的確認，可以在程序的任何階段進行檢查，即使在準備程序中，也可以為審理程序做準備而進行[3]。而物證依刑訴法第 164 條(國民法官法第 76 條)之提示，應屬於讓人以五官知覺來辨認證物之物理性質、狀態或

[1] 司法院釋字第 582 號解釋理由：刑事審判基於憲法正當法律程序原則，對於犯罪事實之認定，採證據裁判及自白任意性等原則。刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪。

[2] 參見林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，2022.09，11 版，頁 505。

[3] 以上說明參見 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10Aufl. 2017, Rn.2220;德國實務一般意見，參見 BGHSt 18, 53。

特徵的調查手段，在證據方法上係歸類於勘驗[4]，即所謂的當庭勘驗(刑訴法第 44 條第 1 項第 10 款)。我國實務見解亦認物證依上開條文之提示即屬勘驗[5]。

依照原審(第二審)之認定，檢察官上開證據調查時，展示其功能或性能，自屬審判期日合法調查證據程序所必要，又檢察官調查上開證據時之陳述包括促使國民法官感知物證，均符合勘驗要求審判者對物證功能、性能及其強弱的感知，並與證據客觀型態相符，並無所謂使國民法官產生預斷或偏見之虞。況且，對於刀械、電擊棒並不熟悉之國民法官，檢察官輔以對該證物以符合客觀情況之說明，以及與待證事實之關聯性，應屬證物調查時，所謂提示之勘驗範圍。辯護人雖指稱檢察官之陳述已落入勘驗範圍，惟提示物證即屬勘驗之證據方法，並將過程由書記官記載於筆錄中，屬合法之證據調查方法，亦為犯罪事實之證明應經嚴格證明，須以法定證據方法調查之要求。至於檢察官敘及被告持電擊棒、電擊棒裝有電池等，應屬本案一審審理中辯方不爭執之事項，此可參見上開援引與爭點有關之本案事實部分，辯護人於檢察官提示電擊棒及柴刀後，對證據調查之意見表示可得而知。至於檢察官稱被告當場係持該長電擊棒等語部分，屬於與待證事實之說明，在接下來的提示警方現場勘查筆錄及照片時，即可立證該長電擊棒係現場被告所持的凶器之一，與隨後被告身上查獲之電擊棒、菜刀等其他凶器之扣押有所區分。

綜上，本件檢察官提示證物履踐勘驗之證據方法，並無以審判外之證據、情緒性之言詞，使國民法官產生偏見或預斷之虞，即符合刑事訴訟法第 155 條第 2 項規定。

---

[4] 參見林鈺雄，前揭書，頁 605。日本學者亦採相同見解，土本武司著/董璠輿、宋英輝合譯，日本刑事訴訟法要義，1997，頁 298；田口守一著/張凌、于秀峰合譯，刑事訴訟法，第五版 2009；中國政法大學出版社，2010，頁 286。

[5] 例如最高法院 91 年度台上字第 2363 號、101 年度台上字第 4177 號刑事判決要旨參照。

（二）本案第一審審判長已因辯護人反應，依國民法官法第 46 條為適當處置

又辯護人之上訴理由，涉及國民法官法第 46 條之問題。

查原審調查程序階段，由當事人主導證據調查之進行，審判長角色為維持法庭秩序及確保訴訟進行的合法正當。依照國民法官法第 46 條規定，審判長應注意法庭上之言詞或書面陳述無使國民法官、備位國民法官產生預斷之虞或偏見之事項，並隨時為必要之闡明或釐清。依照該條之立法理由說明，關於檢辯雙方所為陳述或提出之證據，如有使國民法官、備位國民法官產生偏見之不當情形，例如：於論告或辯論程序中，使用未經法院認定具有證據能力之審判外資料，此時審判長本應積極行使訴訟指揮權，限制檢察官或辯護人使用此種可能會不當影響國民法官心證之資料。

本案檢察官提示電擊棒及柴刀之過程，係符合勘驗之法定證據方法之正當程序，已如前述，並無引起國民法官預斷或偏見之虞。惟辯護人有所誤解，於檢察官對電擊棒、柴刀之提示過程與陳述，當場向審判長提出「異議」，審判長並就辯護人之「異議」，依第 46 條提醒檢察官注意，檢察官則澄清只是在說明其待證事實後，審判長請檢察官說明證據跟待證事實的關聯性，不要讓國民法官產生預斷的疑慮，足認審判長認為檢察官之澄清有理由，而僅就辯護人之疑義提醒檢察官，其依法定指揮訴訟之職權，妥適處置雙方當事人之爭議，尚難認有何違法或不當。

（三）本案辯護人於檢察官進行證據調查時，並未合法向法院合議庭異議

1. 本案聲明異議之合法程序

就審判長依國民法官法第 46 條所為之訴訟指揮如有不服，應如何異議之程序，國民法官法未有規定，依照同法第 4 條應適用刑事訴訟法之規定，即該法第 288-3 條向法院聲明異議。而第 46 條之立法

理由亦認檢辯雙方所為陳述或提出之證據，如有使國民法官、備位國民法官產生偏見之不當情形，審判長未即時予以制止者，檢察官、辯護人自得依刑事訴訟法第 288-3 條規定，向法院聲明異議。是以辯護人對於檢察官進行證據調查之陳述，認為有引起國民法官預斷或偏見時，首先應先向審判長反應，請審判長依照第 46 條為必要之闡明、釐清或其他適當處置，經反應而未獲適時處置者，即得依刑訴法第 288-3 條規定向法院聲明異議，司法院草擬中之國民法官法施行細則草案第 B16 點，亦同此看法。

2. 本案辯護人於檢察官證據調查時，雖有向審判長反應，但之後並未續向合議庭依刑訴法第 288-3 條異議

依上開說明，辯護人方面如認為檢察官於調查證據時，所為陳述有造成國民法官產生預斷或偏見之虞，認為審判長應制止而未制止，即應於當場依照刑訴法第 288-3 條規定**向法院合議庭而非審判長**提出異議。就本案而言，辯護人確實已當場向審判長反應，惟辯護人在審判長上開訴訟指揮後，並無任何向合議庭表示不服之陳述，揆諸前開說明，顯然不符合刑事訴訟法第 288-3 條規定向法院提出異議之程序。本案應認對於檢察官提示電擊棒、柴刀之證據調查過程，辯護人經向審判長反應，審判長處置後，辯護人並未向法院依刑訴法第 288-3 條提出異議。

（四）國民法官法二審上訴審應有失權效之適用

此處所謂失權效係指於原審訴訟中依規定得聲明不服，而未提出者，於判決後即不得再以該事由提出上訴。此一原則在一審有人民參與審判之立法例，如美、德、日之上訴審均有非常類似的規定或實務經驗。我國實務亦以之為上訴三審之限制。

1. 美國法「未提出異議視為放棄法則」(raise-or-waive rule)

所謂「未提出異議視為放棄法則」(raise-or-waive rule)，指對於第一審法院之錯誤不得再以上訴主張同一錯誤。但例外，在明顯

錯誤(plain error)情況下，雖原審中未提出異議，仍得上訴主張之[6]。明顯錯誤在聯邦刑事訴訟規則第 52(b)有明文之定義：明顯之錯誤、瑕疵影響顯著權利者，即令當事人未為主張，法院得更正之，例如不得參與審判的法官參與審判，歸納而言，明顯瑕疵有四個審查要件：1. 有錯誤；2. 錯誤明顯；3. 影響顯著權利；4. 嚴重影響公平正義或司法程序的公正聲譽[7]。

2. 德國法之失權效(Verwirkungsdoktrin)

德國刑事訴訟實務對於程序進行之瑕疵(不合法)，當事人得依該國刑訴法第 238 條第 2 項對審判長之指揮訴訟(依同條第 1 項規定包括審判、訊問被告及調查證據)提出異議，該異議由法院裁定之。得聲明異議而未聲明異議，事後不得以該瑕疵提出法律上訴[8]。其實務對於未異議之瑕疵不得為上訴理由，有認為係基於失權效的理論[9]，也有學者基於禁止權利濫用之理論，亦即未在瑕疵當下提出異議，可視為對審判長指揮訴訟方式有沉默的認同(Konsens)，之後應不得再為自我矛盾之表示，否則構成權利之濫用[10]。但亦有重大瑕疵例外不適用失權效，法院一般仍會在個案審酌是否侵及被告公平審判權利，例如在被告無辯護人的案件、審判長僭行應由合議庭決定之權限等，至於何謂重大瑕疵，德國實務亦在發展中[11]。

3. 日本法之失權效

日本刑事訴訟法 309 條規定：「(第 1 項) 檢察官、被告或辯護人關於證據之調查，得聲明異議。(第 2 項) 檢察官、被告或辯護人除依前項規定之情形外，亦得對審判長之處分聲明異議。(第 3 項) 法

---

[6] See Charles H. Whitebread, Christopher Slobogin, Criminal Procedure An Analysis of Cases and Concepts, (5th Ed. 2008), at 885; 王兆鵬, 美國刑事訴訟法，2007 二版，頁 778。

[7] Johnson v. United States, 520 U.S.461, 117 S.Ct. 1544 (1997) ; Charles H. Whitebread, Christopher Slobogin, supra note 6, at 885. 關於明顯錯誤介紹的中文文獻如王兆鵬，法律審之上訴審理，台灣本土法學雜誌，第 31 期，2002.02.頁 52-53。

[8] 此亦為該國實務發展出來，相關判決、學說介紹參見 KK-StPO/Schneider, 8 Aufl. 2019, StPO §238 Rn.25ff

[9] BGH NStZ 1982, 432.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29 Aufl. 2017, S.481.

[10] LR-StPO/Becker, §238 Rn.46.

[11] KK-StPO/Schneider, a.a.O., Rn.30f.

院應就前二項之異議裁定之。」條文構造跟我國刑訴 288-3 幾乎是一樣。

其最高裁判所也採失權效見解，認為在原審可聲明不服之審判瑕疵，而未主張，則就該瑕疵不得作為上訴理由。例如認為在審理期日外訊問證人，依規定應通知被告在場並將訊問事項告知被告，但卻漏未告知，當場被告和辯護人也未為任何異議，之後在法庭調查該份訊問筆錄時，同樣地被告、辯護人還是沒有異議，那麼事後即不得以此作為上訴理由（最高裁判所昭和 29.9.24 判決）。

4. 我國刑事訴訟實務已引進失權效

我國實務就第 288-3 條得異議而未提出異議，認為除該瑕疵係屬重大外，其效果應以該訴訟瑕疵視為治癒。例如最高法院 101 年度台上字第 3903 號判決要旨即以：當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有特別規定外，得向法院聲明異議，刑事訴訟法第二百八十八條之三第一項定有明文。此調查證據處分之異議，有其時效性，如未適時行使異議權，致該處分所為之訴訟行為已終了者，**除該項瑕疵係屬重大，有害於訴訟程序之公正，而影響於判決之結果者外**，依刑事訴訟法第三百八十條規定，自不得執為上訴第三審之理由。原審審判期日踐行證據調查程序時，受命法官於告知審判長後，對到場之證人等分別予以訊問，即令有上訴意旨指稱該人證之調查程序係由受命法官代行審判長職權之違法情形，亦因上訴人及其辯護人俱未當場及時聲明異議，致審判長同意受命法官調查證據處分之瑕疵，已因該訴訟程序終了而治癒，上訴人等之聲明異議權自亦喪失，要難事後再執詞主張前揭證據調查之程序違法[12]。

實務相關判決亦提及失權效的例外—瑕疵重大，上開最高法院 101 年度台上字第 3903 號判決提出「有害於訴訟程序之公正，而影

[12] 最高法院 102 年度台上字第 4794 號亦類此見解。

響於判決之結果者」為重大瑕疵基準。學者則有認為失權效之運用，應區分完整的失權效與不完整的失權效[13]，對法律以明文規定失權要件與失權效果者，例如刑訴法第 159-5 條第 2 項傳聞證據之擬制同意，可認是前者，其餘均應納入不完整失權效來判斷。不完整的失權效，例如對審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分，刑訴法第 288-3 條規定當事人得向法院聲明異議，至於得聲明異議，而未聲明可否執為上訴理由，仍應視該瑕疵的性質而定，基本上除被告無辯護人、對不得捨棄之訴訟要件、當然違背法令事由外，包括程序依法踐行對於法治程序、公平審判原則有重要性，而遠大於督促或制裁當事人適時行使權利之必要性時，也視為有重大瑕疵，不應有失權效。此見解似乎也與美、德法上是否構成失權效例外的明顯瑕疵判斷有異曲同工之處。

5. 小結

美、德、日上開失權效理論與「未提出異議視為放棄法則」，性質上均係針對事後審上訴的失權效，我國實務則是針對第三審上訴(法律審上訴)之限制。就之失權效本質，在於原瑕疵已治癒，當事人不得再行主張該訴訟程序不合法，至於上訴審是否為法律審並非所限，僅於上訴審為覆審制時，上訴審對案件應重新再一次進行事實審理程序，所謂失權效並無實質上訴意義，否則均應有此失權效之適用[14]。況我國民法官法之第二審上訴，與美國第二審上訴類同(詳爭點二(1)及下述肆、一、美國上訴審介紹之說明)，就此比較法觀點，國民法官案件上訴第二審亦應有上開失權效之適用。至於失權效之例外，除刑訴法第 379 條判決當然違背法令事由，應逕視為失權效之例外[15]，其他亦可參考美、德、日累積之實例或基準。至於違反刑訴法第 155 條第 2 項，可否構成失權效之例外，可參考美國法明顯瑕疵判斷基準，

[13] 參見林鈺雄 無影響於判決之程序瑕疵—刑事訴訟法第 380 條之體系分析，台灣大學法學叢書 (216)最高法院刑事裁判評釋，頁 383 以下。
[14] 參照最高法院 97 年度台上字第 3089 號判決。
[15] 參照林鈺雄，上揭文(註 13)，頁 387。

或依上開學者所述之不完整失權效加以判斷。實務見解有採混和無害瑕疵原則之基準者，認為違反刑訴法第 155 條第 2 項之情形，如於判決無影響者，亦有失權效之適用[16]。

（五）國民法官法二審上訴審可類推適用刑訴法第 380 條，引進無害瑕疵原則

1. 刑訴法第 380 條限制上訴要件「顯然於判決無影響」之基準

關於刑訴法第 380 條以訴訟程序違誤的三審上訴要件限制，於當事人指摘原審進行之訴訟程序有違背法令的瑕疵，依照該條規定，必須瑕疵顯然影響於判決，方可構成合法的上訴三審事由。此規定類似於德國的相對上訴事由(參見肆、三、德國二審法律上訴)，而實務對該條所謂「顯然於判決無影響」之(反面)要件，也參照美國實務發展無害錯誤(瑕疵)原則[17]。

我國刑訴法第 380 條之法理依據，主要在於作為法律上訴審，應以原審判決所認定之事實為基礎(刑訴法第 394 條第 1 項本文)，法律審僅審查原審有無適用實體或程序法的法律違誤，排除與判決欠缺因果關聯的救濟，則是立法者對於法律審上訴制度的自我限制[18]，以避免動輒撤銷原判決，而在訴訟經濟與確保審判無瑕之間進行權衡。歸納實務就「顯然於判決無影響」之運用，如某項證據調查程序有瑕疵，但原判決之理由並未引用該證據者[19]；證據調查程序有瑕疵，但並非

[16] 最高法院 97 年度台上字第 2461 號刑事判決要旨：審判長於行隔別訊問時，如未履踐上開聽取意見之前置程序，因屬審判長有關證據調查之處分(消極的不作為)，當事人、代理人、辯護人或輔佐人如有不服，依刑事訴訟法第二百八十八條之三之規定，得向法院聲明異議，由法院就該異議裁定之。此調查證據處分之異議，有其時效性，如未適時行使異議權，致該處分所為之訴訟行為已終了者，除其瑕疵係重大、有害訴訟程序之公正，而影響於判決結果者外，應認其異議權已喪失，瑕疵已被治癒，而不得執為上訴第三審之合法理由。審判長預料證人如於上訴人在庭時有不能自由陳述之情形，而於證人陳述時，諭命上訴人暫行退庭之旨，....第一審此部分之訴訟程序雖有未先經聽取意見之瑕疵，然迄於言詞辯論終結前，上訴人及其辯護人俱未聲明異議，上開訴訟程序之違背法令，復未致不當剝奪上訴人之對質詰問權，而有害程序之公正，即於判決結果顯然無影響，應屬無害之瑕疵，上訴人自不得據為適法之第三審上訴理由。

[17] 關於刑訴法第 380 條我國學說、實務之彙整介紹，參見林勤純，論顯然無影響於判決之訴訟 程序違法，最高法院 98 年度第一次學術研討會—祝賀洪庭長清江優遇，2010，頁 125 以下。

[18] 林鈺雄，前揭文(註 13)，頁 359。

[19] 如最高法院 95 年度台上字第 3970 號刑事判決。

當事人爭執之關鍵者[20]；其他如違反訴訟程序之訓示規定者，亦屬顯然於判決無影響[21]。

2. 刑訴法第 380 條「顯然於判決無影響」基準之擴大適用

刑訴法第 380 條「顯然於判決無影響」之基準，學說上亦有認之為美國法上之無害錯誤(瑕疵)法則[22]。我國在實務上也將該基準擴大適用於實體違法[23]，而不限於條文本身所指之訴訟程序的違法或瑕疵，例如僅主文論罪用語欠周全、主文文字脫漏，與判決結果毫無影響等(最高法院 84 年台非字第 190 號判例、最高法院 82 年度第 2 次刑事庭會議決議（七））。**甚至在有判決當然違背法令事由時，**就個案微小之瑕疵，顯然不影響判決者，亦有適用該法則之情形，例如記載理由與客觀事實不符，但無礙於法律適用及論罪科刑者，仍認不構成理由矛盾(最高法院 78 年台非字第 90 號判例)[24]。又如涉及該條第 7 款之強制辯護案件，未經辯護人辯護而逕行審判者，卻因係無罪判決，而認定該程序瑕疵不影響於判決(最高法院 92 年度台上字第 4731 號判決)；第 6 款被告缺席的無罪判決(最高法院 92 年度台上字第 3497 號判決)等，學者有認為此係將絕對的上訴事由相對化之趨勢[25]。而關於該條第 10 款應於審判期日調查之證據未予調查事由，實務亦透過將該款所指證據限於法院認定事實及適用法律之基礎者，方有該款之適用[26]，亦具有將其相對化之效果。

3. 刑訴法第 380 條之顯然於判決無影響之基準，應可援引於國民法官案件第二審上訴

在比較法上，如德、日、美無論法制面或實務面(參見下述肆德、日、美上訴審之介紹)，一審有人民參與審判之上訴，亦均有類似瑕

[20] 如最高法院 97 年度台上字第 4441 號刑事判決。
[21] 參照林勤純，前揭文(註 17)，頁 144。
[22] 王兆鵬，法律審之上訴審理，台灣本土法學雜誌，第 31 期，2002.02.頁 60。
[23] 參照林勤純，前揭文(註 17)，頁 145 以下
[24] 其他案例，參照林勤純，前揭文，第 150-160 頁。
[25] 林鈺雄，前揭文(註 13)，頁 364。
[26] 司法院釋字第 238 號解釋、最高法院 80 年台上字第 4402 號判例。

疵不影響判決者，如德國法律上訴審，與日本第二審上訴的事後審，其上訴理由分別有絕對上訴理由(類於我國之判決當然違背法令)與相對上訴理由(違背法令必須判斷是否影響於判決)，與我國規定相當類似，美國事後審的法律上訴理由，亦有無害瑕疵法則。而國民法官案件第二審上訴，基於一審亦為國民參與審判，二審則具有事後審之性質，就法律上訴理由，也類同上開德、日、美之制度；而透過國民法官法第 91 條、第 92 條第 1 項本文之解釋與授權，基於尊重國民法官之審判，亦與上開所述刑訴法第 380 條之規範目的，即法律審自我限制的要求相同，自得以類推適用之解釋方法，採用於國民法官案件中法律上訴之理由。而刑訴法第 380 條原本係規定上訴三審的合法要件，對於國民法官審判的第二審則應為在判斷上訴有無理由的類推適用[27]，此方符合後述(爭點二)國民法官法第 91 條授權司法進行法律補充的任務。

4. 關於國民法官法第 46 條有關之上訴事由亦應進入「顯然於判決無影響」之審查

此外，與本案有關之國民法官法第 46 條規定，屬於因國民法官審判特質而引進之新訴訟概念，其運用與受到指摘的瑕疵，在美國法上亦屬於無害瑕疵原則審查之範圍。其司法實務有大量關於職業法官或當事人於提出證據、陳述上有引起陪審團偏見或歧視之虞，經提起上訴時，這類指摘除非已影響被告之憲法上權利，一般均落入無害瑕疵原則來審查是否應撤銷原判決[28]。美國的案例，包括檢察官為了使陪審團認定被告有罪，非以積極舉證，而以訴諸情緒或偏見、激發陪審團對被告種族的偏見，或訴諸對被害人或其家屬的同情等，雖被認定是有程序瑕疵，但是否因此而撤銷原判決，仍會落入無害瑕疵原則

[27]如本文下述二、爭點二的說明，國民法官案件上訴審的審查基準與密度並未規定，係屬法律有計畫的漏洞，而基於平等原則，相同者，應為相同之對待，為類推適用填補漏洞之方式，對未規範之事項，適用相類似之法規，以達成規範的完滿性。參見李惠宗，法學方法論，第三版，2018.09，頁 331。

[28] 參見 Vilija Bilaisis, Harmless Error: Abettor of Courtroom Misconduct, 74 J. Crim. L. & Criminology 457 (1983)。

審查，且多有以不影響判決結果而維持原判決者[29]。上開美國實務經驗即可供國民法官二審之上訴參酌，而引用刑訴法第 380 條規定之「顯然於判決無影響」為審查基準。

（六）爭點一小結

（1）

在原審調查程序階段，由當事人主導證據調查之進行，審判長角色為維持法庭秩序及訴訟進行的合法正當。因此國民法官法第 46 條規定，審判長應注意法庭上之言詞或書面陳述無使國民法官、備位國民法官產生預斷之虞或偏見之事項，並隨時為必要之闡明或釐清。

調查證物的提示，屬於勘驗之證據方法，可包括對物證功能的客觀說明、促請國民法官以五官感受證物的性能，及說明物證與待證事實關聯性。本件檢察官提示電擊棒、柴刀之過程合法，並無使國民法官產生偏見或預斷之虞。

(2)

如當事人的舉措有使國民法官產生預斷或偏頗之虞，審判長未有處理，另一方當事人得依國民法官法第 46 條、刑訴法第 288-3 條向法院提出異議。如未經提出異議，則發生失權效，上訴時即不得再行主張該調查程序有瑕疵。除非該瑕疵係明顯而重大，有害於公平審判，且足以影響判決，例外雖於程序進行中縱未提出異議，仍得於上訴時主張。

本案辯護人於審判中並未向法院合議庭提出異議，原審也無明顯瑕疵可言，應認被告方對此證據調查程序不得再於上訴審爭執。

(3)

又調查證據階段，當事人對於其認為程序之進行有違法或瑕疵，已提出異議，該案判決後自仍得於上訴時主張之。惟第二審法院審查時，依照國民法官法第 91 條之意旨，本於尊重國民法官之審判，可

[29] People v. Gay, 28 Cal. App. 3d 661, 104 Cal. Rptr. 812 (1972); State v. Miller, 288 N.C. 582, 220 S.E.2d 326 (1975). 其他案例參閱 Vilija Bilaisis, supra note 28, at 468.

類推適用刑訴法第 380 條，建立無害瑕疵標準，如認指摘之瑕疵或違法情節，並不影響於判決，即無庸撤銷原判決。在法定判決當然違背法令之情形(刑訴法第 379 條)，目前實務發展出來的個案相對化判斷，亦得適用於國民法官法上訴二審有無理由之判斷上。

就上訴審審查之順序而言，第一階段是確認當事人對該違誤之爭點是否已於原審中提出，是否有失權效；其次審查程序有無當事人指摘之違誤，認有違誤之後，方進行是否為無害錯誤之審查。本案在第一階段審查即為不成立，應無庸進行下一階段瑕疵是否無害之審查，即可認為此部分上訴第二審為無理由，上訴第三審為不合法。

二、本署關於爭點二見解之說明

國民法官審判案件之上訴審性質，關鍵條文為該法第 4 條、第 91 條之解釋，而第二審之性質，尚必須將第 90、92 條納入觀察。

(一) 國民法官法第二審的定性，司法負有法律續造的任務

國民法官法關於上訴審之規定，僅有第 89 條至第 92 條四個條文為特別規定，至於未規範之部分是否即依照同法第 4 條之規定適用刑事訴訟法，尚必須觀照同法上開 4 個關於上訴審的特別規定，尤其是第 91 條的概括指示規定。另外，重要指標國家國民參與審判的上訴審設計，也足為我國實務參考引用。

國民法官法第 91 條規定，行國民參與審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限。條文給予上訴法院的指示，涉及兩個「需要評價地予以補充的法律概念」(wertausfüllungs-bedürftige Rechtsbegriffe)：國民參與審判「制度之宗旨」、「妥適行使」審查權限，這兩個開放式不確定法律概念[30]，具備了「可能的文義」不足以清楚界定其外延的特徵，且正如民法「誠信原則」般，並未給法律適用者明確的內涵得以邏輯地操作，而只指

[30] 開放式不確定法律概念，參見黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法，植根雜誌，第 21 卷 12 期，2005.12，頁 7-8，氏認為開放式的不確定法律概念，是指須評價地加以補充，始能被是用到具體案件的概念類型，包括類型式概念與一般條款。

出一個方向，由法律適用者自行決定範圍[31]，此種立法設計一般也稱為概括條款(der Generalklausel)[32]，也就是須經法律適用者評價地加以補充，不再是單純的法律解釋，而具有法律補充的性質，因此有學者稱概括條款的規定，是立法者有意的(gewollte)，並非違反計畫的法律漏洞(nicht planwidrige Gesetzlücken)[33]，以此作為授權規範(Delegationsnorm)，授權法律適用者進行法律續造[34]。立法者需要使用這類開放性不確定法律概念的概括條款，明白表示讓法律適用者去進行法律續造的理由，通常是立法者在規範設計上有力不從心之處，立法者不能完全掌握哪些應該加以規範，以及縱已認為應加以規範，而不知應如何清楚地加以規範[35]。正如學者在引進國民參與審判時所指，刑事審判第一審採行國民參與制，有關上訴審，特別是第二審上訴是否應配套、以及如何設計的問題，並不容易回答。一則涉及理論、權利救濟以及訴訟成本等複雜因素，已甚難完美理出一套令人滿意的機制；二則有國民參與審判的立法例，又有諸多不同的結構設計，如何架構所謂「應有」的第二審上訴，猶如堆砌空中樓閣[36]，道盡立法者的困境。

因此條文設計上，上訴審應有如何架構，方可保障當事人之權利救濟，又不致造成訴訟成本過高等，立法者只規定重點(新證據提出、撤銷原事實認定之嚴格限制，以及以自判為原則等)，其餘則透過第 91 條授權規定，賦予司法寬廣的解釋空間，進行法律的補充。本意旨書從國民法官法規範體系性的探求，以及立法例的比較，提供法院進行解釋時之參考。

---

31 Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S.26f. 引自黃茂榮，前揭書，註 28。
32 或翻譯為一般條項，見黃茂榮，前揭文，頁 8。
33 Rüthers, Rechtstheorie, 1999, Rn.836.
34 Ph. Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, §4,1.zitiert von Rüthers, a.a.O., Rn.836.
35 黃茂榮，前揭文(註 30)，頁 9。
36 陳運財，論國民參與刑事審判與上訴制度之變革，月旦法學雜誌第 215 期，頁 167，中文摘要。

（二）國民法官法第二審具有事後審的特徵，但仍有續審與覆審可能

國民法官法之二審上訴並非覆審制，而具有事後審之特質，此從該法第 91 條、第 90 條、第 92 條之體系性解釋而得。

由於國民法官法第 90 條第 1 項限制新證據之調查與聲請，且依照第 2 項規定二審法院得逕以原審有證據能力、經合法調查之證據作為判斷之依據，此翻轉了刑事訴訟二審為覆審制的元素，亦即二審並非再一次的事實審，且因限制新證據的調查，原則上也非續審。一般認為國民法官審判之二審有事後審的本質，但又有一些非事後審的例外特質，以下分析之：

1. 事後審的定義

關於事後審的定義，學說各有細節上之不同[37]，但基本上均指向當事人不得再提出新事實或新證據，法院僅能依據原審卷宗證物，審查原審（包括程序與判決）有無違誤，意義在於其不是審理案件本身，而是審查原判決是否違背法令或有不當[38]。學者有將事後審又分為兩類，一類為法律審，僅審查原審適用法令有無違誤，判決必須以原審認定之事實為基礎；第二類為法律與事實同時審查，就原審認定事實、適用法令有無錯誤均予以審查[39]。不過分析德國法律上訴的事後審，雖稱為法律上訴，但仍不排除有事實認定的審查，亦即關於法官自由心證是否違背相關法則，以及認定事實之理由是否有瑕疵（參見下述肆、三、德國法律上訴審之介紹）。是以可認事後審縱然為法律上訴審，當然可包括事實認定的審查。

2. 就當事人的上訴權而言，留有續審或覆審的可能性

國民法官法的第二審上訴，雖具事後審性質，但並非如德國的法律上訴審，也非日本第二審的事後審（參見肆、二、日本裁判員制度

[37] 相關學說此處不詳述，可參見王兆鵬，事後審之事實審查，月旦法學雜誌，第 162 期，2008 年 11 月，頁 90-91。日本文獻可參考田口守一，前揭書(註 4)，頁 355。
[38] 田口守一，前揭書(註 4)，頁 355。並參照後附日本裁判員制度與二審上訴。
[39] 王兆鵬/張明偉/李榮耕，刑事訴訟法(下)，頁 365。日本學者田口手一認為，事後審不是審理案件本身，而是審查原判決是否得當。

與二審上訴)。首先，國民法官法第二審上訴，並未限制上訴事由，除了原則限制聲請調查新證據(第 90 條第 1 項)、不得以國民法官不具備法定資格(第 89 條，不包括第 15 條迴避事由)外，對於上訴之要件並未有規定，因此按照同法第 4 條規定回歸刑事訴訟法，上訴要件應僅要求須具體敘明上訴理由(刑訴法第 361 條第 1 項、第 367 條本文前段)，且不論是法律問題或事實問題均得提出上訴。至於在新證據的提出雖有限制，但國民法官法第 90 條第 1 項但書定有範圍不小之例外：當事人同意，且法院認為適當(第 1 款適用第 64 條第 1 項第 1 款)；為爭執審判中證人證述內容而有必要者(第 1 款適用第 64 條第 1 項第 4 款)；如不允許其提出顯失公平者(第 1 款適用第 64 條第 1 項第 6 款)；非因過失，未能於第一審聲請(第 2 款)及於第一審辯論終結後始存在或成立之事實(第 3 款)等事由而有必要時，第二審仍可調查新證據，因此學者認為國民法官法仍具有限制的續審性質[40]。

就證據調查的權限而言，除第 90 條第 1 項對新證據之限制外，亦不排除重行一次調查證據(同條第 2 項為裁量規定，非如刑事訴訟法第 393 條第 1 項本文規定第三審法院之調查，以上訴理由指摘之事項為限、第 394 條規定第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎)，此似乎又留有覆審的部分可能性。

3. 自為判決原則下，國民法官案件二審上訴審覆審之運用

國民法官法留有覆審之可能性，除了避免撤銷發回造成司法成本過高外，似在解決事實認定須充分尊重原審，但另一方面二審又以自為判決為原則，兩者間的矛盾，特別是關於判決當然違背法令事由，參照國民法官法第 92 條第 2 項但書第 1、2、3 款之規定，則若國民法官一審之判決係有刑事訴訟法第 379 條第 3 款禁止審判公開非依法律之規定、第 8 款未經自訴人或檢察官到庭陳述而為審判、第 9 款應

[40] 陳運財，國民法官法的觀察與期待 專訪（二），法務通訊第 4044 期，26.02.2021.，版面 6。

停止或更新審判而未經停止或更新審判、第 10 款應調查之證據未予調查者、第 11 款未與被告最後陳述之機會、第 12 款之未受請求事項而與判決、第 14 款判決不載理由或所載理由矛盾等當然違背法令情節，則屬應自為判決之範圍，惟上開事由或屬涉及事實認定之證據調查，或屬法律正當程序的重大瑕疵。而目前一般案件之三審上訴，在刑事訴訟法第 394 條(調查事項之限制)、第 398 條(得自為判決之限制)架構下，涉及事實認定之證據調查或訴訟之正當法律程序者，均以撤銷發回事實審為原則，然在國民法官法規定二審須自為判決之要求下，二審勢必進行證據調查或訴訟程序重新進行(例如涉及上開條文第 3 款、第 9 款之情況)，但在不符合同法第 92 條第 1 項但書，不撤銷原審事實認定下，可僅就(程序)違背法令部分撤銷，而維持原判決結果(參照下述（四）1.之說明)。此亦符合上開條項本文所指：而原審判決違法或不當者，應將原審判決「經上訴之部分撤銷」。

（三） 國民法官案件二審之審查權限受嚴格限制

如上所述，當事人的上訴理由基本沒有限制，但另一方面，依照國民法官法第 91 條、第 92 條第 1 項但書之規定，使二審法院審查權限大幅受限。

1. 對法院之審查標準嚴格限制，形成對上訴有理由範圍的限縮

首先，國民法官法第 91 條雖是開放性的概括條款，但是就規範的對象而言：「上訴法院」應本於國民法官參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限，可認規範對象為法院的審查，在尊重原判決的前提下，勢必應建立相關審查標準與審查密度之原則，美國法在上訴審查標準的實務發展(參見下述肆、美國上訴制度)，尤其因應國民法官法律素人參與審判之特殊性，審理程序中有無使國民法官產生預斷與偏見，特別是無害錯誤法則的運用，確實可供我國實務參考。

2. 國民法官案件二審上訴將以法律上訴為主，尤其就事實認定將為嚴格的法律上訴

此外，就事實認定的審查，同法第 92 條第 1 項但書參考日本實務發展的「法則違反說」(參見後述肆、二、日本裁判員制度與二審上訴)，限於違背經驗法則、論理法則且明顯影響判決，方得撤銷原判決的限制，使二審重新認定事實的權限大受限縮，雖然當事人的上訴理由可以提出事實問題，但在法院審查的空間，**事實問題的上訴很難成功，可認未來上訴仍會集中在法律問題**。另外，國民法官法第 92 條第 2 項之規定，在撤銷原判決的情況下，第二審法院原則上應自為判決，僅有於符合該項但書之五款情況，方得將案件發回。最後這一點，雖與日本法規定不同，但日本實務運作，剛好相反，在撤銷原判決的情況，大部分為自為判決[41]，國民法官法的規定可能是參考了日本實務的狀況(參閱肆、二、日本裁判員制度與二審上訴)，立法意旨應在避免司法成本過大。

在上訴法院以自判為原則之下，當事人可上訴請求重新調查在一審的證據，例如主張一審之調查有瑕疵、有新事實、或卷內資料已顯見該證人先前之陳述存在足以影響事實認定之疑義，而要求重新詰問證人[42]等。不過，正如前述，儘管當事人可以上訴，但法院受到第 92 條第 1 項但書限制，對事實認定僅能以違背經驗法則、論理法則顯然影響於判決者，方得撤銷原判決之事實認定，亦即關於事實問題的上訴，上訴有理由的部分將僅限於違背經驗法則或論理法則、且必須顯然影響於判決，相較德國的法律上訴審仍可就原判決是否理由不備或矛盾顯然影響判決(即形成心證的說明)，而撤銷原審事實認定，國民法官法就事實認定部分，顯然是嚴格的法律上訴。

[41] 三井　誠(吳秋宏、邱鼎文譯)，日本刑事上訴審之構造及其運用—特別是與裁判員審判之關連，月旦裁判時報，第 62 期，2017.08，頁 56。
[42] 參見最高法院 100 年度台上字第 419 號判決要旨。

（四）國民法官審判之二審與刑訴法相關上訴第三審規定

如上所述，第二審既具有事後審的性質，上訴理由也將以法律問題為主，而刑訴法第三審限於法律理由之上訴，其關於上訴理由之規定，就第 378 條違背法令之定義、第 379 條關於判決當然違背法令事由，即應直接適用於國民法官法案件(國民法官法第 4 條)。至於第 380 條（詳爭點一之說明）、第 393 條則可類推適用於國民法官案件之二審審判。

1. 判決當然違背法令事由與國民法官案件二審自為判決原則或有矛盾

國民法官審判之案件，就國民法官法第 92 條第 2 項各款規定綜合觀察，對一審判決以刑訴法第 379 條第 8-11,14 這幾款當然違背法令之事由上訴者，縱上訴有理由，仍應自為判決，其中第 10 款關於應於審判期日調查之證據而未調查者，最有疑義，畢竟有應調查未調查之證據，如屬於犯罪事實有關之證據，確實會影響事實認定。此外，實務上關於證據調查程序之重大瑕疵，或職業法官對於法律概念解釋錯誤(例如間接故意與有認識之過失差異，)之上訴，也均足以影響國民法官之判斷，除原審係無罪判決，可依照第 92 條第 2 項第 4 款撤銷發回外，依照上開國民法官法之規定均需自為判決，而產生是否得撤銷原審之事實認定的問題。本署認為，基於國民法官法第 91 條概括授權司法造法之意旨，對於判決當然違背法令事由，在國民法官二審上訴之適用，應為本於尊重原判決之意旨，視個案決定其適用範圍。而涉及正當法律程序之重大瑕疵者，在自為判決為原則下，可參考非常上訴判決，即刑訴法第 447 條第 1 項、第 448 條之規定模式，僅撤銷違背法令之訴訟程序，其他部分仍維持原判決，亦可達尊重原審判決並兼顧維持公平審判之目的。

2. 上訴審查範圍可類推適用刑訴法第 393 條

此外，國民法官法第 92 條第 1 項本文規定，第二審法院認為上

訴有理由，「或上訴無理由，而原審判決不當或違法者」，應將原判決經上訴之部分撤銷，足認第二審審查的內容包括原判決違法、原判決不當，且審查範圍並不受上訴理由拘束，範圍遠遠大於日本法上的第二審[43]。

但國民法官法第 91 條具有調整第二審性質的功能。質言之，本於尊重國民參與審判，以及二審妥適行使審查權限之要求，縱然依照上開同法第 92 條第 1 項本文之規定，法院審查範圍不受上訴理由所限，但職權調查部分應屬例外狀況，此部分應可類推適用刑訴法第 393 條，將二審法院之調查，除有該條但書所列情形，得依職權調查外，以上訴理由指摘之事項為限。此外，依刑訴法第 348 條關於許可一部上訴及量刑上訴之規定，國民法官上訴審審查對象，仍以上訴人主張上訴之部分為限，併此說明。

（五）國民法官案件二審判決應優先適用刑訴法第 373 條

1. 二審判決記載得引用原審判決之事實、理由

刑訴法第 373 條規定第二審判決書，得引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，對案情重要事項第一審未予論述，或於第二審提出有利於被告之證據或辯解不予採納者，應補充記載其理由。此規定依照國民法官法第 4 條，應得直接適用於國民法官審判之第二審上訴，且屬二審之特別規定，應優先於同法第 364 條準用一審規定而適用。僅於認為原審認定事實違背經驗法則、論理法則，顯然影響於判決(國民法官法第 92 條第 1 項但書時)，而重新認定事實時，方依刑事訴訟法第 364 條準用一審規定。

因此國民法官審判之第二審判決，如係維持第一審判決者，自得引用第一審之事實、證據及理由，僅需就當事人上訴之事由或有依職權調查之事項說明調查結果，特別是對案情重要事項、有利被告之證據或辯解不予採納之理由。但如有撤銷原判決違背法令部分或訴訟程

[43] 日本實務基本上仍是以當事人主張者為限，參見本文肆、二、日本裁判員制度與二審上訴。

序違背法令部分，主文之記載亦應表示撤銷之部分，其餘上訴駁回。

另參酌各國法例，一審有人民參與審判者，其二審雖可由職業法官審理，但均以事後審查原判決之合法妥適之型態為限，其二審判決均重上訴有無理由之說明，對於事實之記載均甚簡略，旨在提供審視判決之脈絡，畢竟對事實認定具有既判力者為一審有人民參與之判決。

2. 各類型判決記載

a. 上訴不合法：未進行實體審理，毋庸記載犯罪事實及理由。僅需記載上訴不合法之程序理由。

b. 上訴無理由：有進行事後書面審理(應記載犯罪事實、證據及認定之理由，及敘明上訴無理由)/僅就上訴理由範圍審查（可引用原判決）

c. 上訴有理由：(含上訴雖無理由，但原判決違法或不當)

(1) 有罪判決：i 維持一審有罪判決，事實未變動，但罪名或刑度有變動，可引用一審事實、證據，並就罪名適用、刑度變動加以理由說明/上訴人主張可採、不可採之理由。

ii 僅撤銷違背法令部分(判決內容或訴訟程序違背法令部分)，而不影響於判決主文、犯罪事實，仍可援引原判決未被撤銷部分，說明撤銷部分之理由(及原審認定犯罪事實無違反經驗法則或論理法則情節重大)/上訴人主張可採、不可採不分

iii 二審雖亦為有罪判決，但認定與一審不同之事實，則已為事後書面審理(或再一次審理)，應為事實與認定理由之記載，以及一審認定事實有何違反經驗法則、論理法則之理由/上訴人主張可採、不可採之理由

（一審如為無罪，二審認有問題，應該撤銷發回，故無一審無罪、二審有罪之情況）

(2)**無罪判決**：一審有罪二審改判無罪，應敘明無罪認定之理由(但一審認定事實有何違反經驗法則、論理法則，屬於例外得重新認定事實之理由，亦應記載)。

(3)**撤銷發回**：寫明撤銷發回意旨即可，但可簡述原判決之認定。

（六）爭點二小結

1.

國民法官案件上訴第二審，其性質特殊，可以改良之事後審兼有限的續審性質來說明，但此仍難掌握全貌，且覆審亦非全無可能。基本上國民法官之上訴二審，未限制當事人之上訴理由，且法院可依職權調查，不受上訴理由限制，惟依該法第 91 條意旨，類推適用刑訴法第 393 條，原則仍以上訴事由為審查範圍。且依刑訴法第 348 條，以經上訴之部分為審查對象。

法院審查之密度受到嚴格限制，而形成法律審之性格。又因以自為判決為原則，在原審有訴訟程序之當然違背法令的重大瑕疵時，必須撤銷該訴訟程序，即有覆審之可能(特別是同時有法定事由允許新證據提出之情況下)。

2.

國民法官第二審在自為判決原則上，仍有可能重新認定事實。判決書之記載，除自為認定事實外，適用刑訴法第 373 條規定，得逕引用原審認定之事實；在上訴不合法或無理由駁回時，並可逕引原審判決，就上訴有無理由說明及原審重要瑕疵補充說明。

本案原審判決駁回上訴，並於理由肆、結論記載「核其(指第一審)認定事實、法律適用及量刑之說明雖存有前揭部分瑕疵，惟均難認有何違背經驗法則或論理法則之不當或違法，且各該瑕疵經本院審

酌後，仍認本案應為相同之事實認定及法律適用，…」其判決書肯認第一審之事實認定及法律適用，記載符合實務慣例，並無違法或不當。此部分被告之上訴無理由。

肆、附錄：關於人民參與刑事審判上訴審之外國立法例與實務

一、美國二審上訴制度

（一）美國上訴制度概說

美國早期傳統並無上訴的概念，直到 19 世紀晚期才逐漸有刑事案件上訴制度的立法，上訴權尚不被認為是正當法律程序(due process)的內涵[44]，但現在則被普遍承認是刑事被告的憲法權利[45]。目前美國不論在聯邦或邦層級，均有上訴審，除少數州採二級二審制外，聯邦及絕大多數州均採三級三審[46]，在有罪判決後，被告享有至少一次向上級法院不服的上訴權，以聯邦案件為例，被告受有罪判決後，具有向聯邦巡迴上訴法院上訴之權利，至於上訴到最高法院，則需要經最高法院審查許可(grant of certiorari)[47]。第一審為事實審，有陪審團或被告放棄陪審團審理而由一位職業法官審判。而上訴審是由職業法官法律審查為主的事後審(post-trial review)[48]，上訴審審查對象為原審判決及其程序是否有違誤，因此僅就原審之訴訟紀錄內容進行審理[49]，原則上並不進行證據調查[50]。另一方面，當事人上訴之理

---

44 McKane v. Durston, 153 U.S. 684, 14 S.Ct. 913 (1984) ; See Charles H. Whitebread, Christopher Slobogin, Criminal Procedure- An Analysis of Cases and Concepts, 877 (5th Ed. 2008); Marc M. Arkin, Rethinking the constitutional right to a criminal appeal, 39 UCLA L. Rev., at 503;note170. 不過美國刑事判決的救濟，並非只有上訴，傳統上最主要的是聲請人身保護令(Habeas Corpus)，主要是就拘禁被告的人身救濟，包括到判決後的救濟；另外，上訴的救濟，還有所謂的附帶上訴(collateral appeal)，是指非針對終局判決的上訴，而是在訴訟進行中，即時請求上訴審審查原審訴訟繼續進行的合法性，而不必等到判決後才救濟。See Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Criminal Procedure, second Ed. 1992, 1140-1144.

45 See Marc M. Arkin, supra note 44, 543ff.

46 參見吳巡龍，從美國上訴制度檢討我國刑事訴訟上訴審修正草案，台灣法學雜誌， 第 67 期 2005.2，頁 125。

47 Charles H. Whitebread, , Christopher Slobogin, supra note 44, at 877.

48 Marc M. Arkin, supra note 44, at 570.

49 See Charles H. Whitebread, Christopher Slobogin, supra note 44,at 877.

由並不限於法律上爭點，也包括事實上的爭點，例如主張證據不足、事實認定有誤等，也可單獨針對量刑上訴[51]。惟檢察官原則上無法對無罪判決上訴，但檢察官仍有其他不服的管道[52]。因此大部分的上訴是由辯方針對有罪判決而提出。

（二）上訴權的喪失—以不提出視為放棄之失權效為主

上訴權的喪失即相當於上訴適格 reviewability 的審查，其原因大致有三：被告放棄上訴(此通常因被告認罪協商)、被告在上訴期間逃亡，第三個即最主要的事由即失權效。亦即在原審可以提出異議或不服，而未提出，即不得以該事由提出上訴[53]，基於不提出視為放棄法則(raise-or-waive rule)，不得再以上訴主張同一錯誤。但有例外，在明顯錯誤(plain error)情況下，雖原審中未提出異議，仍得上訴主張之[54]。明顯錯誤在聯邦刑事訴訟規則第 52(b)：明顯之錯誤、瑕疵影響顯著權利者，即令當事人未為主張，法院得更正之。例如已排除之證據仍使其進入陪審團程序調查。四個審查要件：1. 有錯誤；2. 錯誤明顯；3. 影響顯著權利；4. 嚴重影響公平正義或司法程序的公正聲譽[55]。

（三）上訴理由與審查標準

上訴事由可以是事實爭點也可以是法律爭點[56]，不過上訴審針對

---

[50] 英美法刑事實務的理念，以禁止雙重危險(prohibition on double jeopardy)，不僅禁止重複起訴，原則上也禁止重覆審理，因此上訴的意義著重對有罪判決的救濟，審查原有罪判決的適法性。有關 double jeopardy 說明，See Charles H. Whitebread, Christopher Slobogin,supra note 44, 918ff.

[51] See Marc L. Miller, Ronard F. Wright, Criminal procedure-Prosecution and Adjudication, 1999, at 986; 各種具體上訴理由，參見陳瑞仁，美國法官如何審查陪審團之有罪判決，月旦裁判時報，116 期，2022.2，頁 67。

[52] 檢察官不服權集中在對審前或審判中法院的裁決，特別是關於駁回起訴(dismissal)、證據排除的決定，而非對終局判決(final judgment)；除非是針對職業法官的 post-conviction finding，將原陪審團之有罪判決，基於證據上之理由撤銷改判無罪後，檢察官可針對職業法官之無罪判決上訴，參見 Charles H. Whitebread, Christopher Slobogin,supra note 44, 890-891; 中文文獻：陳瑞仁，美國法官如何審查陪審團之有罪判決，月旦裁判時報，116 期，2022.2，頁 67

[53] Charles H. Whitebread, Christopher Slobogin,supra note 44, at 884.

[54] 王兆鵬, 美國刑事訴訟法，2007 二版，頁 778。

[55] Johnson v. United States, 520 U.S.461, 117 S.Ct. 1544 (1997) ; Charles H. Whitebread, Christopher Slobogin,supra note 44, at 885. 關於明顯錯誤介紹的中文文獻如王兆鵬，法律審之上訴審理，台灣本土法學雜誌，第 31 期，2002.02.頁 52-53。.

[56] Marc L. Miller, Ronard F. Wright, supra note 51, at 986 .

不同的上訴指摘事項，有不同的審查標準(Standard of review)，上訴人於上訴理由必須指明何種上訴事由，法院應適用何種審查標準[57]。而上訴審查標準除了會因爭點、審判方式、案件類型而有不同外，聯邦和各州所採行的標準也不盡相同[58]：大致而言，可分對於事實爭點、法律爭點以及混和事實和法律的爭點。由於上訴審是事後審，對於事實認定相關爭點的審查，會採取較為尊重原審判決的標準，例如對職業法官審判(Benchtrial)的事實認定，採取明顯錯誤審查(clearly erroneous review)標準；對於陪審團之事實認定，則採取更為尊重的理性標準(reasonableness review)，或類似的顯著證據審查(substantial evidence review)、足夠證據審查(sufficiency of evidence review)等；如屬於法律爭點(legal issue)，例如對「相當理由」(Probable cause)的解釋，則上訴審具有重新審認之權(de novo review)；但如係事實與法律混合的爭點，此通常指將法律適用於事實是否正確的問題，則必須就個案視具體爭點較偏向法律面或事實面，決定採取就事實認定的審查標準或就法律爭點的審查標準。至於量刑的上訴，通常採取裁量濫用審查(abuse of discretion review)，基本上只要依照量刑準則的量刑，上級審均會予以尊重，若偏離量刑準則，原審有說明理由的義務，但上級審充分尊重原審之裁量權，除非已認定是裁量的濫用，才會撤銷。

（四）上訴審查結論與無害錯誤法則(Harmlessness error rule)

雖然針對不同上訴事由(爭點)適用不同尊重原審程度的審查標準，但是上訴法院也承認沒有審判是毫無瑕疵的。如果原判決一有瑕疵，特別是屬於可以重新審認(de novo review)的法律爭點，不管錯

[57] R.A.P.28(a)(9), 28.1(e)(2)

[58] 以下說明，參照國內文獻的介紹：文家倩，國民法官制之上訴審查- 以美國上訴審查標準為例，月旦裁判時報，第 101 期，2020.11，第 95-103 頁；陳瑞仁，前揭文(註 51)，頁 69；蘇凱平，論國民參與刑事審判的上訴審查-臺灣高等法院模擬判決與美國法制觀點，萬國法律 第 242 期，2022.04，第 5-8 頁；

誤類型或是否對判決有何影響，動輒撤銷重新審理，將會有為數甚多的重新審理案件，無論就訴訟資源、當事人、證人等關係人而言，都將產生嚴重損害[59]，因此美國上訴審實務不論聯邦或各州，就認定原審判決有瑕疵或錯誤時，是否須撤銷原判決，即發展出無害錯誤法則(Harmlessness error rule)或稱無害瑕疵法則，雖有錯誤但認定是無害的情況下，仍維持原判決[60]。至於無害錯誤法則的判斷標準，1919年即有立法：審查原審所有法庭紀錄後，於判決時無庸考慮不影響當事人重要權利(substantial rights)之技術性的錯誤、瑕疵或例外[61]。此立法雖係追隨英國，但英國當時之無害法則僅侷限適用於不當的證據許可或排除、以及錯誤的陪審團指示(misdirection of the jury)，美國採認的無害法則，則不限制錯誤的種類，也包括到實體法的適用[62]。此外，美國的立法看似採重要權利影響標準(Substantial right test)，但實務也另行發展了結果影響(result-basised；又可區分correct result test、effect-on -the-verdict)[63]的取向。實質權利標準視該錯誤是否影響被告重要權利，若錯誤被定位為僅是技術性(technical)的錯誤，而對被告重要權利不生影響，則屬於無害瑕疵[64]，此標準後來發展為憲法層次的當然撤銷發回錯誤(詳下述)；不過實務在判斷是否為無害瑕疵，多數運用結果影響取向的認定標準，法院實務，尚可分為四種主流[65]此不贅述，其中則以結果正確分析法(Correct

---

[59] See Charles H. Whitebread, Christopher Slobogin,supra note 44, at 893.

[60] Id, 892-893;

[61] Act of Feb. 26,1919,Pub. L.No. 65-281, 40 Stat.1181,1181. 目前在聯邦刑事訴訟規則第52 條(a)規定為：任何錯誤、瑕疵、不規則或差異，不影響重要權利者，毋庸考慮之。Fed. R.Crim.P.Rule 52(a)：Harmless Error. Any Error, defect, irregularity, or variance that does not affect substantial rights must be disregarded.

[62] See Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Criminal Procedure, second Ed. 1992, 1160-1161,1166.例如法官錯誤指示陪審團某個犯罪不需要證明某個要件，但檢察官已正確的主張並舉證此一要件，陪審團不致於不認定此一要件，則此錯誤即屬無害。

[63] See Justin Murray, a contextual approach to harmless error review, 130 Harv.L.Rev. (2017) 1791, (1799-1810)；中文文獻：王兆鵬，法律審之上訴審理，台灣本土法學雜誌，第 31 期，2002.02.頁 55-60。.

[64] Act of Feb. 26,1919,Pub. L.No. 65-281, 40 Stat.1181,1181. See Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, supra note 62, at 1162.

[65] 四種主流方法：結果正確分析法(Correct result test)、壓倒性證據分析法(overwhelming evidence test)、累積性證據分析法(cumulative evidence test)及心證影響分析法(effect of the error test)，其詳細說明參見 Charles H. Whitebread, Christopher Slobogin,supra note 44,

result test)使用最為廣泛，其審查方式為上級審檢視原審全部證據，縱然有該瑕疵存在，原審判決依然正確，則該瑕疵即為無害之瑕疵[66]。

（五）憲法層次的錯誤與當然撤銷發回事由

1. 憲法層次的錯誤與非憲法層次的錯誤

而聯邦最高法院則開始以區分憲法層次的錯誤(constitutional error)與非憲法層次的錯誤(non-constitutional error)進行上訴審查標準的確立。首先就非憲法層次的瑕疵，聯邦最高法院在 Kotteakos 一案[67]，有意將無害錯誤法則限定在非憲法層次的錯誤(non-constitutional error)上，並拒絕適用結果正確分析法(correct result test)，認不應以上訴法院心證取代原審陪審團心證，而是審查該錯誤是否影響陪審團，僅在該錯誤不足以影響陪審團或是僅是輕微的影響時，才可認為該錯誤是無害的。

2. 憲法層次錯誤中的當然撤銷發回事由

早期均認為憲法層次的錯誤並不適用無害瑕疵原則，但於 Fahy 一案上[68]，聯邦最高法院承認憲法層次的錯誤也可能無害。本案事實審涉及的瑕疵是關於使用違反憲法第 4 修正案非法扣押所取得的證據。該案本身的上開錯誤法院將其放入無害瑕疵法則的分析，雖然結論並非是無害的。接著在 Chapman[69]一案，對憲法的錯誤進一步區分當然發回的錯誤(automatic reversal)以及落入無害錯誤法則分析的錯誤，指出憲法權利若對於公平審判是如此重要的基礎時，其錯誤不能視為無害[70]，一旦有這些瑕疵，就會導致原審判必須廢棄，並進

893-894；中文介紹參見王兆鵬，前揭文(註 63)，頁 58-59。

66 See Charles H. Whitebread, Christopher Slobogin,supra note 44, at 893.

67 Kotteakos v. United States, 328 U.S. 750, 66 S Ct. 1239 (1946)

68 Fahy v. Connecticut, 375 U.S. 85,84 S.Ct. 229 (1963)

69 Chapman v. California, 386 U.S 18, 87 S.Ct. 824 (1967).

70 該案在此以註釋舉例：受脅迫的自白(Payne v. Arkansas, 356 U.S. 560, 78 S.Ct. 844, 2 L.Ed.2d 975, (1958))、被告辯護依賴權(Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335, 83 S.Ct. 792, 9 L.Ed.2d 799, (1963))、中立法官(Tumey v. Ohio, 273 U.S. 510, 47 S.Ct. 437, 71 L.Ed.2d 749,

行重新審理，這似乎回歸重要權利影響說的標準上。因此仍有些憲法錯誤亦即違反憲法所保障的權利可以是無害的，亦即政府未遵守這類聯邦憲法所保障的權利時，對該瑕疵的彌補，並不需要嚴重到廢棄原有罪判決的方式，而再次起訴(reprosecution，亦即重新審判)。Chapman 案之後，何謂當然發回的憲法錯誤，都是逐個案發展出來[71]，到了 Fulminante[72]一案，聯邦最高法院提出具體區分憲法層次的當然發回錯誤與適用無害瑕疵原則的錯誤，在 Fulminante 案指出前者涉及的是結構性的錯誤(Structural Error)，它影響到的是審判進行的框架，而非只是審理程序本身的瑕疵，如果沒有這些基本的保障，刑事審判無法可靠的發揮認定有罪無罪的功能，刑事處罰也喪失最基本的公平性，**並舉例被告在審判中的辯護依賴權及承審法官失去中立性即屬於結構性的。**至於其他可被歸類為程序瑕疵(Trial Error)的，原則上指在陪審團前展現案件的法庭活動(presentation)中出現的瑕疵，認為這些瑕疵是可在其他證據的脈絡下量化性地評估其是否為無害瑕疵[73]。

3. 無害瑕疵的舉證責任

無害瑕疵的舉證責任在 Kotteakos 一案，強調必須逐案認定[74]，而 Chapman、Fahy 兩案，最高法院都將其歸由檢方[75]，亦即因瑕疵而享有利益的一方，且在證明標準上，須證明至無合理懷疑(beyond reasonable doubt)的程度。不過聯邦法院在判斷非憲法層次的錯誤上，普遍採取在 Kotteakos 一案所建立相當可信(fair assurance)的證明程度，並由被告對錯誤非無害負擔舉證責任，至於憲法層次的錯誤，對該瑕疵是無害的，需由檢方證明至無合理懷疑(beyond

---

(1927)).

71 相關案例及所涉憲法權利，參見 Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Criminal Procedure, supra note 62, 1169-70.

72 Arizona v. Fulminante, 499 U.S. 279, 111 S.Ct. 1246 (1999).

73 Id. 307-308.

74 Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Criminal Procedure, supra note 62, at 1165.

75 Justin Murray, supra note 63, 1800. 在 Fahy 一案中並引用 commen-law 原則，由獲益一方負無害錯誤的舉證責任。

reasonable doubt)的程度[76]。

（六）撤銷原判決以發回為原則，僅證據未達起訴標準時，上訴法院得自為判決無罪

上訴審原則不重新認定事實，當有影響判決結果的錯誤(違背法令)而撤銷原判決時，應以發回重審為原則，這是所謂禁止雙重危險(prohibition on double jeopardy)的例外之一[77]。但上訴審仍可對原審事實認定進行審查，亦即對原審之心證、證據評價進行審查[78]。原審事實認定有錯誤時，也如上述，原則是撤銷原審判決，檢察官重新起訴，並另組陪審團審理。

極例外的情況，為 Burks[79]一案所建立的所謂證據不足之例外(the evidentiary insufficiency exception)，上訴審可撤銷原判自為判決(directed verdict)，而不得再行起訴及重審。即上訴審在審查原審所有資料後，認為依照證據情況，根本是證據不足，此時上級審可自為判決(directed verdict)，宣告本案被告應為無罪判決(Acquittal)，檢方證據不足以起訴，且被告已受審判，產生禁止雙重危險之效力。

不過證據不足的例外法則與證據證明力不同(心證不同)，須加以區分。在 Tibs[80]一案，如果上級審是基於證據證明力判斷，認為原判決有誤，此時即不適用 Burks 案的例外法則，認為此時撤銷原判決的原因是基於上級審的心證(finding)，認為證據的證明力不足以支持原陪審團的判決，這並非認為無罪是唯一正確的決定，此應該有重新審理的機會，並允許檢察官提出新的證據。此外，如是基於證據排除的理由撤銷原判決，也允許撤銷發回重審[81]。至於證據是否足夠的審

[76] Id. 1799-1800.
[77] Charles H. Whitebread, Christopher Slobogin,supra note 44, at 928;
[78] See Marc L. Miller, Ronard F. Wright, supra note 62, at 987; 中文文獻可參考王兆鵬，事後審之事實審查，月旦法學雜誌，第 162 期，2008 年 11 月，頁 90。
[79] Burks v. United States, 437 U.S. 1, 98 S.Ct. 2141 (1978).
[80] Tibs v. Floria, 457 U.S. 31, 102 S.Ct. 2211 (1982).
[81] Lockhart v.Nelson, 488 U.S. 33, 109 S.Ct. 285 (1988).

查基準，依照 Jackson [82]案所建立的標準，是上訴法院必須就原審的所有證據，以最有利檢方的角度審查，如果一個有理性的事實認定者，即可認定被告有罪的基本要素達超越合理懷疑(beyond a reasonable doubt)的程度，就不應認定證據不足[83]。

（七）上訴審判決—僅須對上訴有無理由作說明

美國上訴審法院作為事後審查審，原則上僅做書面審理，就上訴理由審查原審之訴訟紀錄(Record or Transcription)，當事人未主張之事由原則上不會加以審查，因此上訴審的判決書通常只交代上訴人的主張，以及法院判斷其有無理由的說明，但在判決的開始，仍會引述原審認定的事實，不管該案上訴是否有理由，不論結論是否為駁回上訴或撤銷原判決。

二、日本裁判員制度之二審上訴

（一）日本現行刑事訴訟法二審架構

1. 立法選擇

日本於 2009 年實施裁判員制度，但就裁判員案件之二審上訴並未因此增修新規定，仍適用原有之現行刑事訴訟法，與其他非裁判員案件並無不同。

此與其刑事訴訟法二審規定採「事後審制」有關，所謂「事後審」一般認為可由審判對象及審判之資料二面向觀察。就前者而言，若審酌標的係原審判決當否而非該事件本身時，為事後審（反之，若係事件本身，則為覆審或續審）；就後者而言，則是二審所依憑的判斷資料是否僅以原審曾調查者限？若是，即認屬事後審性質[84]。依此二面向觀察，日本刑事二審上訴應屬事後審。其最高裁判所（下稱最高裁）亦早已闡明：「所謂第二審上訴，並非與第一審基於同樣立場就該事

[82] Jackson v. Virginia, 443 U.S. 307 (1979).
[83] 即前述上訴法院就事實問題的審查基準，提及的顯著證據審查(substantial evidence review)
[84] 石井一正，《刑事控訴審の理論と実務》，2022 年 7 月，第 2 版，頁 254。

件再次進行審理…而是以第一審判決為對象，對之為事後的審查」[85]。

而此一「事後審查」之性質，恰與裁判員制度之立法精神相符。於裁判員法草案研議制訂時，針對其對應之上訴制度討論，曾有三種提案，其一認為毋庸為任何修法，只需更徹底落實現行刑事訴訟法事後審即可，其二認為應重新研議專為裁判員制度設計之上訴規定[86]，其三則主張應在二審也加入裁判員，如此進行二審審查時較無理論之扞格。

最後立法採第一說，認若要建立可由二審職業法官得以審查並撤銷原審裁判員判決的正當性，當以一審判決為對象，參照相關訴訟紀錄事後檢視原判決當否，而非就該事實本身重為審酌，故事後審的現行法框架，在裁判員制度下仍應維持，並伴隨著尊重一審裁判員裁判之制度宗旨，更加貫徹此特性，因而最終決定，裁判員案件之上訴審適用現行刑事訴訟法規定。

以統計數字觀察，2006 年至 2008 年職業法官時代，二審撤銷原審判決比例平均為 17.6%，至裁判員制度後之 2012 年至 2018 年，撤銷率降至約 10.9%[87]，是實施裁判員制度後，應認確有朝更貫徹事後審制的方向邁進。

2. 上訴理由

其第二審上訴規定於刑事訴訟法(以下同)第 372 條至第 404 條，當被告或檢察官對地方法院或簡易法院所為之第一審判決不服時，得提起第二審上訴（第 372 條），上訴期間為 14 日（第 373 條），提起時應先向第一審法院提出上訴書狀（第 374 條），並於一定期間內向第二審法院提出上訴意旨書敘明上訴理由（第 376 條）。

得為上訴二審之理由，以法律明文列舉者為限（第 384 條），可

85 最決昭 46.3.24，刑集 25 卷 2 號，頁 293。
86 例如主張二審就裁判員判決之上訴案件，若係量刑不當或事實誤認而撤銷時，不得自為判決，均應發回，僅訴訟程序違背法令或適用法令有違誤者，始得自為判決。柳瀨昇〈裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題〉《日本法学》，日本大学法学研究所，2018 年 10 月，第 84 卷第 2 期，頁 51。
87 最高裁，《裁判員制度 10 年の総括報告書》，2019 年 5 月，頁 21、22。

分為「絕對上訴理由」及「相對上訴理由」。前者指一旦具備該事由，便當然應撤銷原判決，換言之，即違背法令之情狀中，認其瑕疵極為重大者，此時不問是否影響於判決，一旦有該事由就構成撤銷理由，計有 7 種：法院組織不合法、依法不得參與判決之法官參與判決、違反關於公開審判之規定、違法管轄或管轄錯誤、受理或不受理訴訟係不當、已受請求之事項未予判決或未受請求之事項予以判決、判決未載理由或理由矛盾（第 377 條、第 378 條）。

相對上訴理由則指，雖具前述以外其他類型之瑕疵，然該錯誤須顯然影響於判決者，始得為上訴理由，包括：訴訟程序違背法令（第 379 條）、適用法令有違誤（第 380 條）、事實誤認（第 382 條）等。所謂「顯然影響於判決」，以訴訟程序違背法令（第 379 條）為例，最高裁認係指：若沒有發生該瑕疵，則很有機會做出不同結果之判決，此時方能以之構成撤銷理由[88]。

又關於訴訟程序違背法令，應注意有瑕疵治癒的可能，例如第 309 條規定當事人對法院證據調查或其他訴訟指揮等處分得聲明異議（類似我國刑事訴訟法第 288 條之 3），然若當事人未為異議時，瑕疵即治癒，附為敘明[89]。

3. 調查範圍及證據

二審法院之調查範圍，原則以當事人上訴理由所主張者為對象（第 392 條第 1 項），而當事人上訴主張之對象，又以原審判決所審酌者為前提，然若採取過於嚴格之事後審，不容再提出任何新事實或證據，對當事人亦恐過苛，故刑事訴訟法於 1953 年部分修正時增訂第 382 條之 2，規定若有不可歸責於當事人之不得已事由致其未能於一審辯論終結前提出之事實（例如重要證人滯留海外[90]），或言詞辯論

88 最大判昭 30.6.22，刑集第 9 卷第 8 號，頁 1189。
89 最判昭 29.9.24，松尾浩也等，《条解刑事訴訟法》，弘文堂，2014 年 4 月 4 版，頁 676。
90 三井誠（吳秋宏、邱鼎文譯）〈日本刑事上訴審之構造及其運用—特別是與裁判員審判之關連〉，《月旦裁判時報》，2017 年 8 月，第 62 期，頁 55。

終結後發生之事實（例如成立和解或原為傷害致生死亡結果[91]），當事人仍得提出。又若當事人於上訴意旨書中雖未提及，但仍有可能構成上訴事由時（例如當事人僅以原審量刑不當上訴，然二審發現原審法院組織不合法），法院亦得依職權調查（第 392 條第 2 項）。

第 393 條規定法院認有必要時，得依當事人請求或依職權調查事實（該條第 1 項本文），而法院為此調查時，其標的可否及於新證據？最高裁見解認：「為判斷第一審判決當否認有必要時，只要是關於該判決前既已存在之事實，無論是第一審已調查之證據乃至未經請求調查之證據，二審均得依職權調查之」[92]，可知實務採較寬鬆立場。

上述對嚴格事後審制的調整，反映出的是日本傳統司法實務對實體真實發現與裁判具體妥當性的固有傳統，是其刑事二審制度固為事後審，然在法律規範面、實務運用面，乃至學者多數意見，都已稍加放寬其操作基準，此為戰後刑事司法實務的實際態樣，學者將之形容為「柔軟的事後審」[93]

4. 二審法院之裁判

（1）駁回上訴

上訴顯然違背法令上程式或上訴權消滅後始提起者，應以裁定駁回之（第 385 條第 1 項）；若係未於期限內提出上訴意旨書或該意旨書不符法定程式，亦應以裁定駁回（第 386 條）。此外，第 395 條規定，若上訴違背法令上程式或上訴權消滅後始提起者，應以判決駁回，觀之與前述裁定駁回極類似，實務適用視該事由是否「顯然」，若一望即知、至為明顯而毋庸經言詞辯論者，依前者規定裁定駁回，若尚須經辯論程序，則依後者判決駁回[94]。

---

[91] 松尾浩也等，註 89，頁 1043。
[92] 最決昭 59.9.20，刑集第 38 卷第 9 號，頁 2810。池田修・前田雅英，《刑事訴訟法講義》，東京大學出版會，2012 年 4 月，4 版，頁 525。
[93] 石井一正，註 84，頁 255。
[94] 池田修・前田雅英，註 92，頁 526。

（2）撤銷原判

其次，若具法定上訴理由（第 377 條至第 382 條及第 383 條），應以判決將原審判決撤銷（第 397 條第 1 項），又當事人上訴之主張雖無理由，然法院依職權調查後認具其他法定上訴理由時，亦同[95]。此外，若法院依職權調查在原判決之後發生、足以影響量刑之事項後，認如不撤銷原判顯然違反正義時，即應判決撤銷之[96]（第 397 條第 2 項），實務之撤銷判決以此種情形最多。

於撤銷原審判決後，即應將案件發回原審、移送他管或自為判決：（1）當原審判決係違法宣告管轄錯誤或公訴不受理時（即實際上其應有管轄權或應受理公訴），將案件發回原審法院（第 398 條）；（2）反之，原審係誤無管轄權為有管轄權時，應將案件移送有管轄權之法院（第 399 條）；（3）若為前述 1、2 以外之理由撤銷原判時，原則應將案件發回原審或與原審同審級之法院（第 400 條本文），但二審法院若依相關證據認已得為判決時，得就該案件自為判決（第 400 條但書）。

（3）發回與自為判決

依第 400 條之規定方式，可知立法者原意應係以發回為原則（本文）、自判為例外（但書），此亦屬彰顯事後審制之精神。然實務運用正好相反，極高比例係二審自為判決。

2006 年至 2008 年職業法官時代，二審撤銷原判之被告共 431 名中，僅 11 名係發回或移送他管（約 2.5%），裁判員制度後之 2009 年至 2018 年，二審撤銷原判之 299 名被告中，僅 16 名被告係發回或移送（約 5.3%）[97]。換言之，縱使在裁判員制度實施後更強調事後審精神，二審自判比例仍高達約 95%。

---

[95] 池田修・前田雅英，註 92，頁 526。
[96] 第 397 條第 2 項用語固係「得以判決撤銷（破棄することができる）」，不同於同條第 1 項之「應撤銷（破棄しなければならない）」，然不能解為法院就撤銷與否有裁量權，而應認此時不撤銷將違反正義，故應撤銷，始符立法意旨。參石井一正，註 84，頁 412。
[97] 《裁判員制度 10 年の総括報告書》，註 87，頁 60。

單純觀察上開統計數據，可能會推論此乃續審制的證明，然若進一步理解撤銷原判的實際狀況，便未必能如此論斷。詳言之，撤銷原判之事由中，比例最高者為量刑不當及事實誤認，其中因量刑不當而撤銷原審判決者，絕大多數場合都是朝對被告有利方向變更原判決量定之刑，就被告審級利益而言並無何損害，於是多自為判決。

於事實誤認之情形亦同，經綜合原審及二審調查之證據後已認得自為判決時，幾乎難以想像有什麼情況是非要將案件發回原審重啟調查不可，且因事實誤認而撤銷之情形，多數亦屬對被告有利，同樣難認有損其審級利益。

要之，實務考量是以迅速裁判、節省司法資源及避免被告勞費之觀點出發，故才多數由二審自為判決 ，未必能因此推論此為續審制之證明[98]。

（4）判決書之記載

關於二審判決書之記載，僅刑事訴訟規則訂有第 246 條規定，明定二審判決書應記載上訴理由及重要答辯之要旨，於認適當時，並得引用之，且實務認為此一規定於撤銷後自為判決時之記載亦同[99]。

在裁判員制度之前傳統實務關於判決書之記載方式，以事實誤認之上訴為例，若肯認原判決，則首先論述依原審及二審調查所得證據，如何認為原判決認定之犯罪事實並無誤認，其次，再針對上訴所主張對原判決指摘不服之部分，逐一論述原判決之何部分可採、何部分應略加修正；若否定原判決，則首先論述依據自身調查證據所得，是否認同公訴事實，次再論述之所以不能認同原審判決之理由。

然在裁判員制度實施後，因意識到應貼近事後審精神，故記載方式稍有不同，通常先摘要整理原判決之判斷內容，次記載肯認或否定原判決之理由（運用法則為反說，詳後述），接著逐一駁斥當事人之

[98] 石井一正，註 84，頁 414。
[99] 石井一正，註 84，頁 410。

上訴主張[100]。

（二）與裁判員制度關係

現行刑事訴訟法於 1948 年制訂之初，二審相關規定雖採事後審無疑，然戰後六十年間的實務適用，可能為應實際需求、或心態上對發現實體真實的追求不易改變，導致實際上並未嚴格操作事後審。

然至裁判員制度開始施行，並經立法者強調應貫徹事後審宗旨，始又引發新一波議論，其中最受討論注目的重點在：當以事實誤認及量刑不當為由上訴時，二審的審查方法究竟為何？

蓋與覆審或續審相較，事後審的最大特徵在其判斷對象為原審判決當否而非事件本身，而原判決關於事實認定或量刑決定是否允當，二審的判斷基準究竟為何？即有加以釐清之必要，否則若不能清楚說明其判斷基準，恐會模糊事後審的應有宗旨[101]。

1. 事實誤認：心證優先說與法則違反說

在裁判員制度之前，二審雖規定為事後審，但在有關一審是否事實誤認的判斷上，卻有不同見解，其一認為二審根據相關證據資料審酌後，應形成自己的心證，就此與第一審之認定互為比較，若有不一致時，以二審的心證為優先，否決第一審之判斷，此稱「心證優先說」[102]；其二則認為並非比較心證，而係以原判決的判斷過程或判斷結論，是否違反經驗法則、論理法則，就第一審事實認定之合理性與否加以審查，稱為「法則違反說」[103]。

心證優先說的實質內涵其實較近於覆審，戰後刑事司法實務之所以仍有覆審或心證優先說的痕跡，論者認為可能是對一審判決尚未具完全的信心，以及二審職業法官通常而言確實較一審職業法官更有經驗，認為負有糾正一審錯誤之責以回應實體真實發現的要求[104]。

---

100 小西秀宣，〈裁判員裁判事件における控訴審の審理の在り方〉，《裁判員裁判時代の刑事裁判》，成文堂，2015 年 5 月，初版，頁 277、279。
101 石井一正，註 84，頁 257。
102 川出敏裕，〈控訴審の審査〉，《論究ジュリスト》，2019 年 11 月，31 期，頁 115。
103 石井一正，註 84，頁 481。
104 小西秀宣，註 100，頁 271。

迨導入裁判員制度後，基於尊重一審裁判員判決之觀點，法則違反說獲得較多數支持。尤具標竿意義的，是最高裁於平成 24 年(2012)作成之判決[105]。

該案為運輸毒品案件，一審裁判員法廷認不能證明被告知悉行李袋內所裝為毒品，故判決無罪，檢察官上訴後二審法院認為，被告說詞反覆，信用性非無疑，且依各間接事實，綜合評價後可以判斷認定被告知悉毒品存在，因而撤銷原判，自為判決處被告有期徒刑 10 年[106]。

被告上訴至最高裁後，最高裁認為，根據刑訴法規定，二審上訴之構造原則屬事後審性質，並非與第一審處在相同立場重新審理案件，而是第一審判決既已以檢、辯當事人訴訟進行活動為基礎，歷經直接審理、言詞辯論程序並對相關爭點進行調查後，對心證取捨、採信與否，業經綜合評價後有所判斷，則二審要進行是否構成刑訴第 382 條事實誤認之審查時，**必須具體指出原審判決有何違反經驗法則或論理法則之處**，否則，即不能認為事實認定有何違誤，而本件二審並未具體指出一審裁判員之判決究如何違反經驗法則或論理法則，顯有不當，故撤銷原判。

該案最高裁合議庭法官白木勇之協同意見說得更明白：「傳統二審的審查固然多以心證優先說為基礎，但在裁判員制度施行後，此一判斷基準應有改變必要」。

2. 法則違反說之運用

本件最高裁判決後，引發進一步討論的議題是，其射程範圍為何？亦即本案情形是二審將一審的無罪判決撤銷，改判有罪，此時應採法則違反說，然若一審係有罪判決，二審要改判無罪或改認定輕罪時，審查標準是否仍為法則違反說？或此際應改為心證優先說？學者雖

105 最判平 24.2.13，刑集 66 卷 4 號，頁 482。
106 詳細案例事實，參李濠松，〈無罪推定原則之適用—以日本裁判員制度之實務案例為中心〉，《檢察新論》，2021 年 5 月，29 期，頁 8 以下。

有主張，若一審判決有罪，基於對被告人權保障觀點，二審審查時應採心證優先說，蓋若二審法院已存有合理懷疑，僅因一審判決難認有何違反經驗法則、論理法則即不能撤銷原判，顯難令人接受，故於第一審有罪判決時，二審之審查仍應檢視是否有合理懷疑，亦即應採心證優先說[107]。

然實務就此並未區別，認二審以事實誤認為由撤銷原判決時，無論原審係判決有罪或無罪，都應就一審判決之事實認定究竟如何違反經驗法則、論理法則加以具體說明[108]，也就是較為貫徹前述認為二審係事後審的本質。

心證優先說或法則違反說固然法理出發點不同，但在真正運用上可能差別不大，學者即認為二審若得就其自身判斷為具體清楚的說明時，同時也就表示，應該能對一審究竟如何違反經驗法則、論理法則有具體指摘才對[109]，最高裁見解亦認二者實屬一事[110]。是心證優先說與法則違反說，在定位上訴審性質時固有其意義，但實務運用上未必有涇渭分明的操作基準。

3. 量刑不當

裁判員制度施行前 10 年間，由被告提起二審上訴的理由中，以量刑不當所占比例最高，約 72%至 75%（其次為主張事實誤認，占約 25%），裁判員制度實施後 10 年間，仍大致維持相同比例[111]。由此可觀察出量刑不當在日本刑事二審上訴中佔有的重要份量。

而裁判員制度實施後，因該制度初始目的本來就是為能充分反應國民感情及健全之社會常識（裁判員法第 1 條），特別是在量刑乙事，非常容易成為國民感情的直接投射，是基於對裁判員（國民）之尊重，及立法者所期待二審應貫徹事後審，只要原審判決之量刑沒有明顯不

[107] 後藤昭，〈裁判員裁判と控訴審の役割〉，《刑法雜誌》，有斐閣，2015 年 7 月，54 卷 3 期，頁 368。
[108] 最判平 26.3.20，刑集 68 卷 3 號，頁 499。
[109] 川出敏裕，註 102，頁 118。
[110] 最決平 26.7.8，《判例時報》，有斐閣，2014 年 12 月，2237 期，頁 141。
[111] 石井一正，註 84，頁 113、114。

合理，原則即應予尊重[112]。

基於對原審裁判員判決的尊重，二審就量刑當否所運用者乃所謂「框架審查」或稱「幅度審查」[113]，亦即並非檢視、比較上訴審的量刑結果與原審量刑結果是否一致，而是上訴審就該案件先訂出一定框架（幅度）後，視原審判決所量之刑是否落在該框架範圍內，若是，則不認為量刑不當，應維持原判，反之，若逾越該範圍，即屬量刑不當應加以撤銷[114]。

此外，最高裁就量刑審查亦曾揭示重要原則，該案例係兒虐傷害致死，檢察官求刑 10 年，然一審裁判員判決卻量處有期徒刑 15 年，被告上訴二審，仍經高院支持原判，駁回被告上訴。就此，最高裁表示，量刑乙事仍應堅守行為責任原則，在此前提下量定符合其犯罪行為的適當之刑，本案二審判決並未遵照此原則，故應撤銷[115]。

（三）結論

日本二審上訴制度於戰後大幅修正，改採事後審，而 2009 年實施之裁判員制度，植基於充分反應國民感情以促進司法信賴，故要求應對裁判員之判決充分尊重，恰與事後審之性質相符，故立法時，認只要貫徹現行刑事訴訟法的規定即可，從而決定不針對裁判員制度增修任何上訴審規範，仍直接適用刑訴法原有規定。

現行刑事訴訟法二審的事後審架構，明文列舉上訴事由，區分為絕對上訴理由及相對上訴理由，前者一旦具備即當然應撤銷，後者均尚要以影響於判決為要件。

又事人上訴主張之對象，以原審判決所審酌者為前提，然若有不可歸責於當事人之不得已事由致其未能於一審辯論終結前提出之事實，或言詞辯論終結後發生之事實，當事人仍得提出；而二審法院之

112 川出敏裕，註 102，頁 120。
113 藤野英一，〈刑事控訴審（事後審）における事実審査・量刑審査について〉，《法曹時報》，法曹會，33 卷 3 期，頁 26。
114 石井一正，註 84，頁 484。
115 最判平 26.7.24，刑集 68 卷 6 期，頁 925。

調查標的是否可及於新證據，最高裁見解採較寬鬆肯認之立場。從而，學者將其二審制度形容為「柔軟的事後審」。

再者，二審撤銷原判後絕大多數仍係自為判決而非發回原審，有力見解認為，此係因上訴理由多數為量刑不當，二審認定通常對被告有利，故縱令自為判決亦無損被告審級利益，更基於訴訟經濟考量，使案件儘早終結，故不能據此率認係採續審制。

實施裁判員制度後，主要討論側重二面向：即針對事實誤認及量刑不當上訴時二審的審查標準。就事實誤認，最高裁平成 24 年判決認為並非比較一、二審的心證（心證優先說），而應具體指出一審之判斷究竟何處不符論理法則、經驗法則（法則違反說），若得具體指明，始得撤銷；就量刑不當，則採「框架」（幅度）模式，除非原審量刑逸脫該框架範圍，否則只要仍落在該框架範圍內，即不宜撤銷，且平成 26 年判決亦揭櫫量刑仍應謹守行為責任原則，縱令原審係裁判員判決，若違背此原則時亦得加以撤銷。

三、德國二審法律審上訴

（一）多數刑事案件之審判為二個審級，第二審為法律上訴且為終審

德國之上訴審分為事實審上訴及法律審上訴兩種；但多數案件只有兩個審級，其上訴審即為法律審。

1. 事實審上訴：

僅區法院(Amtsgerichte)之案件包括獨任制法庭及參審法庭(Schöffengerichte)[116]之案件，得以提起事實審上訴(§312 StPO)。而區法院事實審上訴案件則由邦法院(Landgerichte)之小刑事參審庭(kleine Strafkammer)[117]審理(§§74Ⅲ,76 GVG)，亦即參審的事實審的上訴，也是由人民參與審判之法庭審理。

[116]區法院之參審法庭(Schöffengericht)由一位職業法官、兩位參審員組成(§29Ⅰ GVG)。
[117]邦法院之小刑事參審庭由一位職業法官、兩位參審員組成(§76Ⅰ GVG)

2. 法律審上訴：

上開區法院判決的第三審為法律審，是在邦高等法院，為職業法官組成合議庭(§§121 I, 122 II GVG)。至於一審管轄係由邦法院或由邦高等法院審理之案件，則無事實審上訴，僅有法律上訴(§§312、333 StPO)，均係上訴到聯邦最高法院，亦即僅有兩個審級。

總而言之，第一審之審判除在邦高等法院審理者外，均有人民參與審判，且如有事實審上訴者，上訴審亦為有人民參與之參審法庭。至於法律審則均為職業法官審理。

（二）法律審的上訴理由

1. 實體指摘與程序指摘

如前述，德國二審上訴審除區法院案件外，原則都為法律審，且為二審終結。

法律審的上訴，限於判決違法(das Urteil beruht auf einer Verletzung des Gesetzes)，此意味著只有法律問題可以上訴，不包括事實問題，因此法律審不重新或補充對於犯罪事實的證據調查。而上訴指摘違法，指不適用或不正確的適用法律(即相當我國刑訴法第 378 條所稱不適用法則或適用法則不當)，可分為實體指摘(Sachrüge)與程序指摘(Verfahrensrüge)[118]，實體指摘是以判決本身有違背法令之瑕疵為上訴理由，但判決本身違背之法令，不限於實體法尚包括程序法，特別是關於證據評價與心證形成的部分(詳下述)；程序指摘是以程序違背法令為上訴理由，兩類指摘均除了須指出審判何處違反何法律外，尚必須該違法影響於判決，亦即該違法的瑕疵與判決的形成具有因果關聯(Kausalzusammenhang)[119]，如果違法瑕疵與判決並無因果關連，亦即瑕疵如不影響判決(詳下述（三）之說明)，則不構成法律審上訴理由。

[118]關於兩者的說明參見：Beulke, StPO, Rn.564ff.; KK-StPO/Gericke, 8.Aufl. 2019, §337 Rn.5.

[119]關於因果關係之學說及實務整理參見 KK-StPO/Gericke, 8.Aufl. 2019, §337 Rn.33-35.

2. 絕對上訴理由與相對上訴理由

不過德刑訴法第 338 條亦有類似我國刑訴法第 379 條判決當然違背法令之事由，亦即所謂的絕對上訴理由(die absoluten Revisionsgründe)，如有構成絕對上訴事由，即視為該違法瑕疵當然影響於判決，絕對上訴理由有 8 款[120]，大致與我國刑訴法第 379 條所列類似，但審判期日應調查之證據，而未予調查並未列為絕對上訴理由。除了絕對上訴理由外，其他的實體指摘與程序指摘均為相對的上訴理由(die relativen Revisionsgründe)，兩種指摘差別在於實體指摘因為係指摘判決本身之法律適用，通常判決主文即所由生，因此這部分如有瑕疵，通常即會動搖判決，雖非絕對上訴事由，但通常指出瑕疵即可認影響於判決。至於在程序指摘上，因程序法是規範通往判決的路徑(der Weg zur Entscheidung)而非判決本身適用的法則，其是否「影響判決」此一要件，即扮演審查上之重要角色[121]，因此雖沒有類似我國刑訴法第 380 條之規定，將「顯然於判決無影響」之要件限於訴訟程序違背法令，惟其學界或實務界討論該因果關聯性要件時，多數指訴訟程序違背法令[122]，此類瑕疵如於原審訴訟程序中即得對該程序聲明異議，而未提出者，則不得再行於上訴程序主張[123]。但並非實體的違背法令不需影響於判決之要件，而是實體的指摘，通常即當然為判決所形成之基礎，而程序之瑕疵，因為程序之規定繁多，亦不限於刑事訴訟法，不一定均與判決之基礎有關，是否違背程序規定會影響判決，比較需要進一步的區分。

---

[120] 絕對上訴理由 8 款，依款列依序為：法院組織不合法；依法排除之法官或參審員參與審判；經聲請迴避有理由之法官或參審員參與審判，雖有理由卻被不當駁回者亦同；法院誤認自己有管轄權；檢察官或其他依法應在場之人缺席，而進行審判；應經言詞審理之判決，言詞審理違背訴訟公開之規定；判決不載理由；裁判重要爭點之辯護，經法院裁定受不合法限制等。

[121] Vgl.MüKoStPO/Knauer/Kudlich, 1. Aufl. 2019, StPO vor §333 Rn.43f.; §337 Rn.136.

[122] Vgl.Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29 Aufl. 2017, S.479.

[123] 相關判決、學說介紹參見 KK-StPO/Schneider, 8 Aufl. 2019, StPO §238 Rn.25ff.

（三）相對上訴理由判斷違背法令之瑕疵影響於判決基準：類無害瑕疵原則

如上所述，原審有違背法令事由，除絕對上訴事由外，尚必須該違背法令之瑕疵與判決的形成有因果關係，方構成法律上訴理由。一般而言，瑕疵是否影響於判決的判斷上，關鍵在於如果除去該瑕疵，是否判決有可能不同，亦即如無該瑕疵的話，可能會形成另一個不同的裁判基礎[124]。實務及學說[125]均強調此處只需要說明有可能性(Möglichkeit)，而且只要單純的可能性即可，不必證據予以證明，但不能是單純理論上的可能性[126]。反面而言，實務也發展出來類似美國法上無害瑕疵原則中，被廣泛使用的結果正確分析法(Correct result test)—縱使沒有該瑕疵(參看本文肆、一、美國二審上訴制度)，仍能形成相同判決，即不認為影響於判決[127]。程序瑕疵而影響於判決者，除涉及程序要件、程序障礙事由應依職權調查外，最主要的為涉及法院澄清義務者[128]：如當事人聲請調查之證據，應調查未予調查(此事由在德國並非判決當然違背法令)、未予當事人充分的提問權、未予被告最後陳述機會，違反證據禁止之證據而作為判決基礎、或相反的，應作為判決之證據的未採為判決基礎等；另一類屬於法院應有程序之行為，而不為之[129]，如未善盡告知義務(特別是審判中可能變更罪名時)、期日未通知辯護人到庭等，或涉及被告程序權利，或實質違反正當法律程序，均認為可能影響於判決。

另一方面，則一般認為不影響於判決之程序瑕疵，例如違反的僅是單純的秩序規定(Ordnungsvorschrift)[130]、於裁判宣示後才發生的程序瑕疵，或程序雖有違反規定之瑕疵，但其結果並不影響該規定之

124 Vgl.MüKoStPO/Knauer/Kudlich,a.a.O., Rn.137.
125 實務、學說整理，參見 KK-StPO/Gericke, a.a.O., Rn.33ff.
126 Vgl. Roxin/Schünemann, a.a.O., S.480；BGH NStZ 1985, 135.
127 KK-StPO/Gericke, a.a.O.,Rn35.
128 以下例示實務判決參見：MüKoStPO/Knauer/Kudlich,a.a.O., Rn.138.
129 以下例示實務判決參見：MüKoStPO/Knauer/Kudlich,a.a.O., Rn.139.
130 KK-StPO/Gericke, a.a.O.,Rn38.

規範目的[131]，例如雖未對證人為得拒絕證言之教示，但證人明顯已知其得拒絕證言，又如法院駁回當事人聲請調查證據之理由有瑕疵，但該證據調查依法定事由亦應駁回[132](如無關聯性之證據)等，均屬不影響於判決之程序瑕疵。但究有無影響，仍應就個案判斷之。

德國實務的發展，對於程序違背法令影響於判決之認定，盡量限縮其範圍，多數均將其視為單純的程序瑕疵，已漸漸將程序瑕疵邊緣化[133]。縱使為重大的瑕疵，只要是可以補正的，也可在審判程序終結前，透過事後的補正治癒該瑕疵，特別是證據調查程序的瑕疵，如漏未讓被告行使詰問權、書證漏未宣讀等。

(四) 法律上訴審對事實認定的審查

德國法律審，雖然不為事實認定，且不審查事實問題，原則上必須在原審認定之事實進行法律審查。但原判決之事實認定有無違反相關法則亦在法律審查範圍內。包括事實審法院之證據評價(Beweiswürdigung)、理由說明(Darstellung)等[134]。關於證據評價部分，事實審法官享有自由心證，但法律審可針對其是否符合經驗法則、思維法則(Denkgesetz, 應相當於論理法則、邏輯法則)，加以審查，事實審的自由心證也不應違反經科學證明的法則、眾所周知的事實。更進一步的，對於原判決之理由論述(Darstellung)，法律審亦可審查其是否有論述瑕疵，諸如理由矛盾、理由闕漏或循環論證等。法律審縱然不得以自己之心證取代原審之心證，但由於這類事實認定法則的審查密度越來越高，法律審已近乎是對原判決進行「可信服性」(Pausibilitätskontrolle)的審查[135]。但在此趨勢下，仍有不少個案會以具體的法律問題涉及事實審法院的自由心證，而認為上訴無理由

131 以下例示實務判決參見：MüKoStPO/Knauer/Kudlich,a.a.O., Rn.139
132 BGH 6.6.1973, 1 StR 82/72; BGH 26.4.1977, 5 StR 768/76. aus：KK-StPO/Gericke, a.a.O.,Rn38.
133 Vgl. Roxin/Schünemann, a.a.O.,480f
134 Roxin/Schünemann,a.a.O., S.477；KK-StPO/Gericke,a.a.O., Rn.28ff
135 Roxin/Schünemann,a.a.O., S.477,479；

[136]。

（五）上訴審查範圍(§352 I StPO)

針對實體指摘，上訴審法院可全面審查判決是否有實體瑕疵，不受上訴理由之限制[137]；另一方面，如上訴為程序指摘，則上訴審原則上僅需針對指摘違法的事由進行審查。但指摘的法條不受當事人主張之限制，只要當事人指出程序瑕疵之事實，縱然所主張違反之法律有誤，但該程序瑕疵確實有違反其他規定，法院仍應加以審查。

（六）上訴審判決(§§353, 354 StPO)—撤銷以發回為原則

法律上訴，在撤銷原判決之情況，除法定列舉事由(§354 I 以原審事實認定為基礎適用法律即應為無罪、終止程序或依法僅絕對刑度之罪，或上訴法院與檢察官之聲請一致認為判處最低法定刑或免刑為適當時)，上訴法院得自為判決外，其他情況均應發回更審。

二審判決書之記載事項並沒有標準的格式化要求。但通常主文之後會先大致說明本案事實。在上訴不合法之情況，上訴審判決仍會簡述本案訴訟重要經過，上訴人上訴理由，並說明不合法之理由。至於上訴無理由(kein Erfolg)之情況，上訴審之判決(或裁定§349(2) StPO)會引述原判決認定之事實，然後就上訴人上訴理由、對造答辯，並就上訴無理由加以說明。在上訴有理由之情況，多數係撤銷發回更審，但在撤銷發回之判決中，除上訴理由、撤銷之理由外，仍會簡述原判決認定之事實及理由。

此致

最高法院

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　7　　日

檢察官　　洪泰文

[136] Roxin/Schünemann,a.a.O., S.478；
[137] KK-StPO/Gericke, a.a.O.,Rn.5.

蔡秋明

許祥珍

李進榮

李濠松

林俊言

林麗瑩

最高檢察署

刑事大法庭言詞辯論意旨書
(113 年度台上大字第 4096 號)

檢察官　涂達人
林麗瑩
張安箴
李濠松
林錦鴻
戎　婕
吳梓榕
劉建志
許文琪
邱耀德

目錄

壹、本案基礎事實.....1

貳、本案法律爭點.....2

問題一部分.....2

問題二部分.....2

參、實務見解.....2

一、問題一部分.....2

（一）甲說（即行為人因詐欺犯罪而實際取得之個人報酬說）.....2

（二）乙說（即被害人因被詐欺而交付之物或財產上之利益說）.....2

二、問題二部分：.....3

（一）甲說（即肯定說）.....3

（二）乙說（即否定說）.....3

肆、本署意見.....3

問題一 採乙說.....3

一、本條立法目的一落實罪贓返還、被害人損害填補.....3

二、本條前段之「犯罪所得」，屬於與行為有關的要素.....7

三、詐欺集團具有在犯罪結構、實施模式及實務論罪之特殊性.....10

四、本條前段「自動繳交其犯罪所得」之解釋，不必然與其他法律有相同解釋.....15

五、甲說見解將產生不合理結果，違反體系正義.....17

問題二 採乙說.....21

一、「『如有』犯罪所得」之解釋，限於有犯罪所得，方有本條前段之適用...21

二、本條前段減刑要件，偵、審自白與自動繳交犯罪所得，二要件應並存而非擇一.....23

三、甲說適用結果，將產生不合理結論，違反體系正義.....23

伍、結論 24

一、關於問題一 24

二、關於問題二 25

三、修法取代司法解釋，反覆新舊法比較恐成實務負擔 25

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

114 年度台庭蒞字第 1 號

提　出　人　　最高檢察署檢察官 涂達人

上　訴　人

即　被　告　　劉耕富　年籍詳卷

上列被告因違反組織犯罪防制條例等案件，最高法院提案庭就本提案之法律問題所擬採為裁判基礎之法律見解，認與先前裁判之法律見解歧異，已於 114 年 1 月 10 日裁定將此法律問題提交最高法院刑事大法庭裁判(113 年度台上大字第 4096 號)，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述如下：

壹、本案基礎事實

上訴人劉耕富基於三人以上共同詐欺取財之犯意，參與詐欺犯罪組織擔任一線人員，透過交友軟體與大陸地區女子聊天，再佯以投資等不實說詞，要求投資，倘對方願意投資，即將此部分資訊轉給二線人員，聯繫匯款事宜，以取得之大陸地區金融帳戶供被害人匯款，若詐騙成功，一線人員依據個人之業績，可領取詐欺所得約 10％至 20％作為酬勞，藉此共同牟利；其以上開方式自民國 110 年 9 月起至 111 年 1 月 3 日查獲時止，對原判決附件（即第一審判決）附表編號（以下僅載編號序列）1 至 10 之大陸地區女子著手實行詐欺行為，致編號 1、2 所載之被害人因而陷於錯誤，分別匯款如編號 1 所示之人民幣共 10 萬 3,000 元以及編號 2 所示之人民幣 2 萬元至指定之大陸地區金融帳戶，另對編號 3 至 10 所載之 8 名被害人則尚未詐得財物。上訴人於偵查及歷次審判中均自白犯罪。案經原審審理後維持第一審論上訴人三人以上共同詐欺取財既遂 2 罪刑、未遂 8 罪刑，並宣告沒收（追徵）其犯編號 2 之報酬新臺幣 7000 元（其餘部分並未取得報酬）之判決，駁回其在第二審之上訴。

貳、本案法律爭點

問題一：

詐欺犯罪危害防制條例（下稱本條例）第 47 條前段規定「犯詐欺犯罪，在偵查及歷次審判中均自白，如有犯罪所得，自動繳交其犯罪所得者，減輕其刑」。於數人共犯詐欺罪之情形下，該條前段所稱「犯罪所得」，究指行為人因犯罪而實際取得之個人報酬？或被害人因被詐欺而交付之物或財產上之利益？

問題二：

倘行為人並未取得問題一所稱之「犯罪所得」，則其是否僅須於偵查及歷次審判中均自白，即合於本條前段規定之要件？

參、實務見解

一、問題一部分：

（一）甲說（即行為人因詐欺犯罪而實際取得之個人報酬說）：

原審認胡○○為原判決附表二所示犯行（按即三人以上共同詐欺被害人人民幣 1 萬 900 元部分），獲取犯罪所得人民幣 1090 元（按即附表二被害人受騙金額 10%），胡○○於偵查及歷次審判中均自白犯罪，若胡○○在事實審最後言詞辯論終結前自動繳交附表二部分之犯罪所得，事實審就胡○○上開部分應依該減刑規定（即本條前段）減輕其刑。（113 年度台上字第 20 號刑事判決）

（二）乙說（即被害人因被詐欺而交付之物或財產上之利益說）：

依本條例第 1 條所揭示之立法目的、第 47 條前段規定之立法說明，並參酌本條例第 43 條立法說明、民法第 185 條共同侵權行為人連帶負損害賠償責任之規定，以及比較本條例第 46 條與刑法第 62 條之規定，避免在犯本條例之罪未遂而無所得者或僅繳交與被害人受詐欺金額顯不相當之金額即享有較其他罪行更優厚之減刑寬典，應解釋本條前段之「犯罪所得」為被害人所交付之受詐騙金額。

（113 年度台上字第 3589 號刑事判決）

二、問題二部分：

（一）甲說（即肯定說）：

胡○○基於三人以上詐欺取財之犯意，共同詐欺原判決附表三編號 2 至 57 所示之人未遂，均無犯罪所得，胡○○於偵查及歷次審判中均自白，已滿足本條減刑規定之要件。（113 年度台上字第 20 號刑事判決）

（二）乙說（即否定說）：

上開減免其刑之規定所指本條例第 46、47 條前段之規定，不包含犯罪未遂之情形。（113 年度台上字第 3589 號刑事判決）

肆、本署意見

問題一 採乙說

即數人共犯詐欺罪之情形下，本條例第 47 條（下稱本條）前段所稱「犯罪所得」指被害人因被詐欺而交付之物或財產上之利益（下稱：被害金額）。

一、本條立法目的—落實罪贓返還、被害人損害填補

（一）本條前段係因行為人需刑罰性降低，基於刑事政策的減輕刑罰規定，須特別尊重立法者意志

本條係以行為人犯罪後的貢獻，作為減輕刑罰的事由，屬於第 57 條第 10 款所謂「犯罪後態度」量刑事由的特別規定。

而犯罪後態度可作為減輕刑責的因子，乃係基於特別預防目的，例如自白、賠償被害人損失、與被害人和解等，使其需刑罰性（Strafbedürfnis）降低[1]。是以本條的減輕事由，並非基於不法內涵或罪責輕微，而係因行為人犯罪後的態度，而使需刑罰性降低。特

[1] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgmeine Teil (LB), 5. Aufl. 1996, S.894.

別是因賠償被害人，而減輕犯罪結果之（財產上的或非財產上）損害，雖不能減輕罪責，但是基於預防目的的需刑罰性因此降低，亦即行為人經由其損害賠償的努力，顯示出其承認罪責，因而不需要以刑罰證明規範的有效性。且自願的損害賠償尚可顯示，就預防行為人繼續犯罪的目的（指特別預防）而言，已不需要再施加持續措施加以矯正。此外，經由行為人賠償被害人，包括努力尋找被害人、了解被害人的詳細情況，事實上有相當於服刑的效果，也可認為行為人這些為重新建立法和平（Rechtsfrieden）的努力，在量刑時必須予以肯定，換言之，由於行為人對損害賠償的努力，刑罰的多種目的已經實現，制裁可被減輕[2]。因此立法者得基於刑事政策考量，鼓勵行為人犯罪後以一定作為，特別規定減刑條款。

本條既然是屬於刑法第 57 條審酌行為人犯罪後態度的量刑特別規定，係因需刑罰性的降低，基於刑事政策考量，立法者給予個人減輕或免除刑罰的優惠[3]，這一個刑事政策上的決定，取決於立法者對於「就規範效用的維持來說，是否需要動用刑法來反應」的判斷[4]，是以此減刑規定，必須特別尊重立法者的意志，才能貫徹立法者基於刑事政策欲透過此規定所要達成的目的，因此本條之解釋，對於立法目的的探求與尊重尤為重要。

（二）本條立法者意志必須從條例與條文的立法說明探求

雖然對本條文義於實務上有甲、乙兩說不同的解釋，但依照前述說明，立法者事實上的意向，才是解釋的最高目的，且由於立法者立法時，無法預先回應所有被提出的個別法律問題，是以探求立法者的意向，即所謂主觀目的論解釋是以立法者整體構想為基礎[5]，

[2] Jescheck/Weigend, LB, S.896.
[3] 林鈺雄，新刑法總則，2022 年 9 月，第 10 版，329 頁。
[4] 蔡聖偉，最高法院 110 年度台上大字第 3997 號案件鑑定意見書，頁 11；Samson, Grünwald-FS, 1999, S.600f.
[5] Ingeborg Puppe 著，蔡聖偉譯，法學思維小學堂—法學方法論密集班，2023 年，

德國聯邦憲法法院即認為[6]，法律解釋從文義出發，但文義未必可以充分反應立法者的意向，立法者所追求的規定構想(Regelungskonzeption)，有時可能還要連同法律的意義及目的，或是其他文義的觀點，才會變得清楚。法官不應抗拒這個規定的構想。

至於立法意向或所謂立法者的意志，當然不外從立法過程的草案、討論紀錄及條文附加的理由說明等綜合的加以探求[7]。惟本條例立法過程匆促，相關立法過程之評估、討論紀錄等文件，並無關於本條立法目的之具體討論。此時，立法者意志之確認，應該以條例白紙黑字的立法說明，包括各條文的理由說明為主，探知立法之整體構想，即屬必要。

（三）本條前段減刑之立法者意志在促進罪贓返還—被害人損害填補

本條例立法之總說明即謂：「茲為落實打詐綱領政策之執行及需求，於通盤檢視我國現行法規，並參考外國立法例，網羅各界意見，以強化防詐作為、打擊詐欺集團、保護犯罪被害人為重點，採就源及溯源『雙源齊清』之方向，強化金融、電信及網路各面向之防詐作為，課予相關業者防詐義務；加重詐欺集團犯嫌刑責及擴大不法利得沒收，以嚴懲詐欺犯罪；建構保護詐欺犯罪被害人機制，提供相關協助及損害填補」等語，足認填補被害人損害為制定本條例之重要目的之一；而本條之立法理由更具體指明：「為使犯本條例詐欺犯罪案件之刑事訴訟程序儘早確定，同時使詐欺被害人可以取回財產上所受損害，行為人自白認罪，並自動繳交其犯罪所得者，應減輕其刑，…自動繳交其犯罪所得，減輕其刑，透過寬嚴併濟之刑事政策，落實罪贓返還。」足認本條前段規定自動繳交犯罪所得，立法者之構想是在使被害人取回財產上所受損害，落實罪贓返還，而

第 2 版，頁 165。

[6] BVerfGE 133, 168 (205)，翻譯引自 Puppe 著，蔡聖偉譯，前揭註 5 文，頁 166。

[7] Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl., S. 329.

非以自動繳交滿足沒收之目的，剝奪行為人不法利得。況且，本條例第 53 條第 1 項關於檢察官運用調解、和解程序，促使被告支付一定數額賠償被害人之規定，其立法理由亦強調目的在於罪贓返還、填補被害人損害，條文中並規定「對於未賠償被害人者，檢察官得促請法院審酌量刑，必要時應提起上訴。」由此可知，甲說主張僅繳交報酬，甚至供稱無報酬或未分有利得者，即不必繳交仍有減刑適用，亦與本條例第 53 條上開規定有所矛盾。

此外，本條例第三章之章名「溯源打詐執法」，暨本條例第 43 條之立法理由：「為能嚴懲詐欺犯罪並保障人民財產，爰為本條規定，就詐欺行為對於同一被害人單筆或接續詐欺金額為新臺幣五百萬元以上，或同一詐騙行為造成數被害人被詐騙，詐騙總金額合計新臺幣五百萬元以上，科處……；就詐欺行為對於同一被害人單筆或接續詐欺金額為新臺幣一億元以上，或同一詐騙行為造成數被害人被詐騙，詐騙總金額合計新臺幣一億元上，科處…」等以觀，其加重刑罰之規定，係以同一被害人單筆或接續受詐欺之金額為基準，雖在相關立法資料未見本條減輕其刑之討論，惟參以前開說明，立法者在擬定本條減刑之規定，應係基於一體思考，所得之計算，亦係就同一被害人單筆或接續詐欺金額思考，並與刑法沒收脈絡下之犯罪所得計算脫勾。另在本條例 43 條及本條之條文與立法理由均未提及行為人對於所得是否有處分權或係報酬等字樣，顯見立法者就所得之計算係著眼於被害人之被害金額，而非刑法沒收脈絡下之犯罪所得之計算。

學者亦認為，本條前段所定犯罪終了後始終自白，係犯罪後之行為，自然無關犯罪行為本身的不法與罪責，應該是出於立法政策而給予行為人優惠的個人解除刑罰事由[8]。既然是立法政策即本文所

[8] 許恒達，析論詐欺犯罪危害防制條例的刑法規範，台灣法律人，2025 年 1 月，第

謂之刑事政策考量之減刑，同前所述，自應首重立法所欲達成之被害人損害填補、罪贓返還，而非僅為行為人個人分得之利得或報酬。上述本條立法理由提及所謂「寬嚴並濟」，並非指本條應從寬解釋，而係本條例除有加重刑罰的規定外，也有如本條減輕或免除其刑之規定，以開啟行為人自新之路，但開啟自新之路，仍必須嚴格依照立法者的構想，才足以達成刑事政策的目標。

二、本條前段之「犯罪所得」，屬於與行為有關的要素（Tatbezogenes Merkmal），共同正犯間應合併計算

（一）基於個別共同正犯均應對犯罪結果負全部責任之法理

本條前段犯罪所得之認定，論理上有意義者為其屬性，其係屬犯罪結果之客觀構成要件，應歸類為與行為（事實）有關的不法要素，而非行為人要素[9]，應基於共同正犯不法事實的交互歸責（wechselseitige Zurechnung）效果[10]，每位共同正犯都要對整體不法事實負擔全部責任，包括犯罪結果，在財產犯罪即被害人所交付財物之全部。

蓋減輕或免除刑罰事由的規定，依照學說的看法，可分成個人（persönlich）的事由及事理上（sachlich）的事由兩大類，而所謂個人減輕刑罰事由，即指該減輕規定僅適用於那些自身實現相關事由的「特定人」[11]。而本條前段，係以偵查及歷次審判中均自白、並繳

40 期，頁 38-39。

[9] 所謂行為人要素，通常指責任排除或責任減免規定，僅適用於具有此等原因之行為人，縱使在共同正犯情形，亦同。例如未成年人減輕其刑、行為時有心智缺陷者減輕其刑等，我國刑法第 31 條第 2 項因身分或其他特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人(指無此特定關係之正犯或共犯)，科以通常之刑，均屬所謂行為人要素。詳細說明，參見本署 110 年度台上大字第 3997 號刑事大法庭言詞辯論意旨書，頁 9-10。

[10] Schönke/Schröder/Heine/Weißer, 30. Aufl. 2019, StGB § 25 Rn. 91 ; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 2022, Rn.873; 或有稱之為 彼此歸責(gegenseitige Zurechnung),Jescheck/ Weigend, LB., S.676.

[11] 蔡聖偉，前揭註 4 文，頁 5，氏引用德國刑法個人排除(Ausschließung)或解除(Aufhebung)事由，說明我國刑法關於個人減輕刑罰或免除刑罰事由；Vgl.

交犯罪所得之該特定被告，方得適用本減刑規定，是應為個人減輕刑罰事由。惟本條前段要件中關於「犯罪所得」之認定，並不應因此即必須以個人實際所分得之報酬或利得為限。即便本條規定係個人減輕刑罰事由，由此也只能推出「其適用與否依個人情況認定」，而無法繼續推導出共同參與者應分別計算犯罪所得的結論，減輕刑罰事由的「個人性」（依個人情況來決定該項規定適用與否）與犯罪所得「個別計算」二者間，並沒有推論上的關聯性[12]。

（二）賠償被害人之減刑規定，為個人減輕刑罰事由，但共同正犯亦以被害人全部損失計算賠償範圍

個別共同正犯主張本條前段之減刑，其所應繳交之犯罪所得指共同正犯所應負擔被害人交付財物之全部，亦貫徹本條立法理由所稱「除可因被告自白程序儘早確定外，同時使詐欺被害人可以取回財產上所受損害」，落實罪贓返還，亦即本條減刑要件，在於使被害人損害回復。相類似之德國刑法第 46a 條第 2 款減刑規定，規定行為人就損害賠償以個人重大付出或捨棄，使被害人獲得全部或絕大部分之賠償者，減輕其刑或免刑，亦屬於個人減輕或免除刑罰事由[13]，但該規定在共同正犯之情形，個別共同正犯所應賠償範圍，亦係以被害人之全部損害，即共同正犯對犯罪結果之共同責任為計算基準[14]。

至於條文文字「自動繳交『其』犯罪所得」，甲說認為有該「其」字，即指該犯罪行為人之「個人犯罪所得」，不及於其他共同正犯之犯罪所得。惟貴院 110 年度台上字第 3997 號判決，針對貪污治罪條例第 12 條第 1 項減輕其刑規定之統一見解，認為該項所定「情節輕

Jescheck/ Weigend, LB, S. 554.

[12] 蔡聖偉，前註 4 文，頁 5。

[13] Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn.781.

[14] Vgl. NK-StGB/Streng/Kett-Straub, 6. Aufl. 2023, StGB § 46a, Rn.18.; Schönke/Schröder/Kinzig, StGB § 46a, Rn.5.

微，『其』所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下者」[15]，於共同正犯應合併計算其金額或價額。顯見該「其」雖為條文主體之代名詞，但是否文義僅限個別行為人實際所得，或應以其應負之責任為範圍，仍必須從法條整體脈絡加以觀察。本條前段之繳交犯罪所得，目的既在滿足被害人之損害，而非沒收，則當以行為人對被害人所應負責任為範圍。本條後段之「全部」犯罪所得相較於前段之犯罪所得，則應屬犯罪集團「整體」之犯罪所得，包括行為人不負擔共同正犯責任的部分（詳下述三（三）、實務依乙說操作較為合理之說明），如此條文解釋才符合立法目的，並具有減刑要件之層升意義。

我國目前法律條文不論文字為「不法所得」、「犯罪所得」、「所得財物」等等，均指全部，解釋上並不包括部分所得；相較於德國刑法第 46a 條第 2 款，有明文規定賠償全部或絕大部分，兩種類型，可認定除全部外，部分賠償亦可滿足要件，而條文未明文使用部分所得者，當然均指全部所得。至於會出現不同見解者，僅限於上述究指個別行為人實際分得部分，或是否須扣除成本、抑共同正犯必須合併計算等不同解釋，尚無解釋部分所得或部分所得財物亦包含於文義之內。

（三）犯罪所得沒收之範圍與量刑有關之行為責任範圍不同，為貴院一致之見解

就詐欺集團案件，我國實務亦認為共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其等共同犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果共同負責。參以集團性之詐欺犯罪已屬現今詐欺犯罪型態之一，詐欺集團為求

[15] 該判決引述大法庭裁定主文「貪污治罪條例第 12 條第 1 項『所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下』，於共同正犯應合併計算其金額或價額。」未引「其」字，足證該「其」字作為代名詞，有無並不影響條文整體解釋。

順利完成犯行，多須採取分工方式，亦即就規劃犯罪計畫、找尋及取得被害人資料、對被害人施用詐術、蒐集或提供人頭帳戶、招募車手提領款項、居中聯繫、接應或監督取款、向車手收取提領贓款（收水）層轉上手等整體犯行中之不同階段，均可能分由不同之人為之，惟該詐欺集團成員意在共同詐取被害人財物之主觀意識則屬同一，參與者在犯意聯絡之範圍內，自須就其他成員分工實行之詐欺犯行亦共同負責[16]。

本條前段不法所得的計算必須與不法所得沒收範圍的規定相區別，前者處理的是量刑，後者處理的是不法利得之剝奪，量刑以行為人應負之罪責為基礎，即共同正犯對犯罪結果之全部均應有責，其認定自不應套用不法所得沒收的標準[17]。貴院統一見解[18]亦認共同犯罪，其所得之沒收，固應就各人實際分得之數為之，惟犯罪所得之沒收，在於徹底剝奪犯罪行為人之實際犯罪所得，使其不能坐享犯罪之成果，以杜絕犯罪誘因，性質上屬於類似不當得利之衡平措施，著重所受利得之剝奪，此與責任共同原則，旨在以共同犯罪參與關係中責任之認定，係屬二事。

三、詐欺集團具有在犯罪結構、實施模式及實務論罪之特殊性

詐欺集團具有在犯罪分工、實施模式之組織性，及實務論罪的特殊性，本條法條文義及其解釋必須在此脈絡下探求，方為合理。

（一）詐欺集團分層分工、金流掌握不易，被害人龐大損失絕大部分難以取回

目前集團性之詐欺，採取分層分工方式，區別金流、資訊流，分

[16] 最高法院 110 年度台上字第 3704 號判決意旨參照。
[17] 林鈺雄，違法吸金罪之一億條款及犯罪所得沒收 － 評最高法院 104 年度台上字第 1 號判決，收於林鈺雄主編，沒收新制(二) 經濟刑法的新紀元，頁 304-305。
[18] 最高法院 110 年度台上大字第 3997 號裁定。

有水房、機房等區塊，實務以查獲車手居多，或擴及查獲機房，但金流部分則較難掌握，縱查獲人數眾多，但不法金額多數去向不明無法查扣，為此類犯罪與其他經濟犯罪最大不同之處。

更有甚者，目前電信詐欺集團為增加檢警查緝難度與製造金流斷點，多以類似跨國企業之方式運作，其分工極為複雜精密更甚以往。首先，一般金主（即幕後首腦與出資人）多選擇採取資金提供者與經營者分離之營運模式，亦即透過秘書或總會計作為防火牆以及聯絡人，並由桶主（類似分公司經理）擔任實際經營人，待談妥合作模式後，即由秘書或總會計指派外務（又稱為開桶）至海外拓點，並透過俗稱的系統商取得被害人基本資料與建立電腦話務系統，再由桶主透過招募手（通常為幫派成員）對外收購人頭金融帳戶，並大量募集話務手至海外機房遂行電信詐騙。話務手則按等級分工，例如第一線（佯裝客服人員）、第二線（佯裝警員）、第三線（佯裝檢察官或法院），前後搭配，依詐欺集團提供講稿一步步，使被害人受騙上當交付財物。待被害人上鉤後，則由國內的水房（即會計部門）指示車手（即詐騙集團之貨運人員），前往領取贓款（俗稱收水）轉交給指定之人或轉匯至指定帳戶，其中第一層帳戶通常稱為一車，第二層帳戶稱為二車，以此類推，待水房透過多層次之方式自尾車取得犯罪贓款後，於扣除相關手續費、相關成員之抽成分紅後，方會再透過地下匯兌或經由虛擬貨幣途徑，輾轉交付秘書或總會計，再轉交金主。因此，在如此複雜之分工模式以及多層化洗錢下，光是要查獲到一定等級之組織成員，即已非常困難，遑論澈底追回被害人遭詐財產，所以這類案件中，現實上被害人難以完全取回其全數被害金額[19]，且經常金額龐大（113 年 8 月至 114 年 2 月統計之

[19] 整理自苗栗地方檢察署檢察官 107 年度偵字第 750 號起訴書。

被害金額共計約 785 億，僅查扣 79 億）[20]。

是以上述詐欺犯罪實務難以追查上游組織、被害金額甚少追回之困境，為本條例制定之背景，其立法目的有別於其他經濟、金融法規，而必須強調追查犯罪組織上游、追回被害金額為宗旨。

（二）詐欺集團之犯罪類型，論罪以被害人為單位

在論罪方面，此類詐欺犯罪亦有其特殊之處，係以被害人為單位，對一被害人之詐欺行為即以論一罪，通常對於被告之判決，多以附表編號方式表示犯罪數。則被害人所交付財物之全部，應係指同一罪被害人所交付財物之全部，亦即在犯罪事實屬同一案件之犯罪所得，則本條前段繳交其犯罪所得，即指該被害人之被害金額。個別共同正犯之被告，均必須繳交該金額後方得滿足此個人減刑要件。

（三）依乙說操作結果減刑條件公平且明確，並使本條前、後段適用具有層升之一貫性

如乙說上述之解釋於實務操作上，數共同正犯犯數罪時，個別正犯依各罪繳交所得減刑，結果較為公平明確，且足以體現本條後段規定為查扣「全部犯罪所得」之意旨，係全「案」甚至非在起訴範圍、而為犯罪集團之全部犯罪所得，如此前、後段之適用即具有體系之一貫性、亦滿足因應有效追訴詐欺犯罪集團之立法目的。以下舉例說明之（前提為被告均已滿足偵、審中均自白之要件）：

1. 被告與同案共同正犯詐欺被害人數人

如被告與同案共同正犯詐欺數被害人 7 人，則實務依被害人論犯罪數編號 1 至 7，假設情況一：被告僅自動繳交編號 1 被害人之被害金額，惟對於編號 2 至 7 被害人未自動繳交被害金額，則

[20] 數字整理自內政部警政署 165 打詐儀錶版 https://165dashboard.tw/ (最後瀏覽日：2025.04.07)

僅有編號 1 之罪依本條前段減輕其刑，其他共同被告不論是否取得報酬或分得贓款，亦得自動繳交被害人被害金額，獲取減刑，各共同被告間條件相同。假設情況二：被告僅自動繳交編號 1 被害人之被害金額，但卻使檢警得以扣押編號 2 至 7 被害人之被害金額，若起訴範圍（即被害人全部只有 7 人），則可適用本條後段；惟若尚有其他編號 8 至 20 被害人或另案審理中（不限於 7 人），則雖不適用本條後段，但仍可適用刑法第 57 條從輕量刑，甚至依第 59 條酌減其刑。

本案例若採甲說，如被告主張其被查獲前，僅從犯罪集團取得報酬新台幣(下同)1000 元，則被告繳交 1000 元後，法院即應對被告所犯編號 1 至 7 之罪均予減刑，甚不合理，被告更無動機供出金流以供查扣全部不法所得。

2. 被告詐騙部分被害人，其餘被害人為同案其他共同正犯所騙

如被害人全部共 10 人，則依被害人論犯罪數有編號 1 至 10，被告詐騙編號 1 至 4 被害人，其餘編號 5 至 10 被害人為同案起訴其他共同正犯所詐騙。假設情況一：被告自動繳交編號 1 被害人之被害金額，即本案犯罪所得，惟被告對於編號 2、3、4 被害人之被害金額均未自動繳交，則被告對於被害人編號 1 之犯行，可以適用本條前段減刑，對於編號 2、3、4 之犯行即不減刑。假設情況二：被告自動繳交編號 1 被害人之被害金額，則其對於編號 1 之犯行，可以適用本條前段減刑，但對於編號 2、3、4 被害人未自動繳交，但被告自白提供資訊，使檢警扣得編號 2 至 10 被害人之被害金額，即全案犯罪所得，則可適用本條後段減輕或免除其刑。假設情況三：被告均未自動繳交，編號 5 至 10 犯罪所得均未扣得，但被告自白提供資訊，仍使檢警扣得編號 1 至 4 之被害金額，則仍無本條之適用，但可適用刑法第 57 條從輕量

刑，甚至依刑法 59 條酌減其刑。

依照上述例示說明，乙說見解之操作，方足以合理解釋與適用本條前後段規定，前後段之犯罪所得均係「全部」，只不過前段指單一被害人被害金額，或稱本案所得，後段係指全部詐騙被害金額，或稱全案所得。

實務上法院採此乙說見解之判決[21]，均係以被害人所交付之金額為斷，以被害人為單位，各被告或共同正犯，均需自動繳交被害人所交付之金額後，始得以減刑，不問車手先後提領，或其提領之金額是否恰為被害人之交付金額。如此，共同正犯間可以獲得減刑之條件平等，且清楚明確，相較之下，若採甲說，則共犯獲得減刑之條件不均等，且自動繳交之金額實務上經常難以認定，減刑與否繫之於偶然之分贓約定等事實認定，且通常受限於被告之供述，難符實情。

（四）乙說見解並無侵害財產權之疑慮

甲說認為乙說之見解有侵害財產權之虞。惟自動繳交屬於暫扣款之性質，在未發還被害人或沒收前，均仍係繳交人所有[22]。

且依照民法 185 條之規定，行為人與詐騙集團共同犯罪者，民事上本應連帶負損害賠償責任，不生侵害被告固有財產之問題，民刑事責任同時解決，對被告與被害人均屬有利。況本條減刑規定，自動繳交本出於行為人之自願以換取減刑優惠，並無侵害財產權可言。

[21] 例如：臺灣高等法院 113 年度上訴字第 3014 號、113 年上訴字第 5720 號、113 年度金上重訴字第 33 號、113 年度上訴字第 2083 號、113 年度上訴字第 5660 號判決，臺灣高等法院臺中分院 113 年度上訴字第 1266 號、113 年度金上訴字第 1449 號判決、113 年度金上訴字第 1030 號判決。

[22] 參林鈺雄，犯罪所得之差價追徵及自動繳交之程序定性—評最高法院 110 年度台上字第 5316 號刑事判決，台灣法律人，2023 年 5 月，第 23 期，頁 146-148。

（五）甲、乙說均有可能發生溢繳問題，但現實難發生且可以解決

甲說認為乙說若被告與其他共犯，均應繳納相同被害金額始足以減刑，則可能發生被害人已完全受償而發生溢繳之情形，然而，溢繳之情形，甲說也會發生。惟依前述詐欺集團犯罪，其組織分工，區分金流、資訊流，通常金流難以追查，多數被害人鉅額損害無從獲償，此亦為本條立法之背景，所謂溢繳問題，或為理論上可能，現實上則難以發生。

至於果真發生溢繳情形，即便被害人已獲得全額賠償，仍然會有其他被害人受損害，如同前述，自動繳交之款項出於被告自願，應可分配其他被害人填補損害，即便均全額填補損害，因為自動繳交僅係暫扣款之性質，若未另諭知沒收時，於執行時，仍可將溢繳部分發還繳交人。

四、本條前段「自動繳交其犯罪所得」之解釋，不必然與其他法律有相同解釋

如甲說所舉，其他法律亦有類似本條前段，自動繳交犯罪所得之減刑規定，而在相關規定中共同正犯之繳交範圍，實務多採取個別行為人實際所得之解釋[23]。但相同法律名詞，不必然總是要做相同解釋。

（一）相同法律名詞，在不同規定下有不同解釋，實務已有前例

蓋進行法律解釋時，當文義有多種可能性，應優先考量有助於維持該規定與其他規定之事理上的一致性[24]，而為體系解釋。相同的法律名詞，在不同的法律規制脈絡下，甚至在同一部法律中也有不同解釋，實務上所見多有。例如貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款公務員對主管監督事務圖利罪構成要件中違背相關之法令與同

[23] 如貪污治罪條例第 8 條第 2 項之自動繳交，實務採個別共同正犯實際所得，最高法院 100 年度台上字第 22 號刑事判決參照。
[24] Vgl. Larenz, a.a.O., S.325.

條項第 5 款對非主管監督事務圖利罪構成要件中違背相關之法令，文字均相同，但其範圍解釋上即有不同[25]。司法院釋字第 555 號解釋指出，同一法律名詞的解釋，在不同領域或不同法律間，不一定有相同內涵，應依據立法者建構的原則及立法目的加以解釋。該號解釋即認為「公務員」或「公務人員」在不同法律間有不同解釋範圍，乃基於事物本質之差異，於平等原則無違。是以本條前段所稱「自動繳其交犯罪所得」，因立法者建構之原則及立法目的，基於事物本質之差異，自得異於其他法律之解釋。

（二）基於立法者的價值決定及立法目的，本條前段「自動繳交其犯罪所得」之犯罪所得，應指被害人之被害金額

承上所述，犯罪所得在本條前段應有的解釋，不應拘泥於必須與其他法律之類似規定作相同解釋。相同的法律名詞會在不同規範脈絡下有不同的內涵，體系解釋要求分別關照「外部體系」（概念體系）及「內在體系」（具一致性的價值決定），以事理上的一致性為基礎 ，換言之，體系解釋強調法律意義的脈絡，雖不脫離可能的文義與其他解釋標準，但必須注意規制的目的（Regelungszweck），才能理解法律意義的脈絡及其基礎的概念體系。亦即要求各條文規範脈絡間事理上有一致性，此即須追溯到法律的目的，以及其內在體系，即準則性的價值決定與原則。

因此，本條前段的解釋，應依照本條例本身立法者所作的價值決定和立法目的而解釋。貪污治罪條例第 8 條、證券交易法第 171 條第 5 項或銀行法第 125 條之 4 條第 2 項雖同有繳交犯罪所得（或所得財物）作為減刑要件，惟立法目的、保護法益，均與本條立法目的、詐欺罪保障係個人財產法益等有重大差異。詳言之，本條例

[25] 不同解釋內容及應不同解釋之理由，參見最高法院 110 年度台上大字第 5217 號裁定。

係以強化防詐作為、打擊詐欺集團、保護犯罪被害人為重點，而如前已述，本條立法理由，除說明係為使刑事訴訟程序儘早確定外，同時使詐欺被害人可以取回財產上所受損害，行為人自白認罪，並自動繳交其犯罪所得者，應減輕其刑，落實罪贓返還等語，凡此均與貪污治罪條例第 8 條之自動繳交全部所得財物，在於滿足國家之沒收、貪污罪保護法益，在於公務廉潔或職務的公正性有所不同；而銀行法、證券交易法保護法益，在於金融秩序等，且銀行法第 125 條之 4 條第 2 項，證券交易法第 171 條第 5 項，兩者之立法理由均強調「任何人都不得保有犯罪所得」之立法目的等，與本條例處罰詐欺罪保護法益為個人財產法益，本條前段繳交犯罪所得，係為使被害人取回財產損害，均有所不同，自不應以上開條文之既有解釋拘束本條之解釋。

五、甲說見解將產生不合理結果，違反體系正義

（一）甲說見解將產生減刑輕重失衡、不該減而減刑的不合理結論

解釋論上採取最保守的文義解釋或所謂文本主義者，認為依法判決如果產生不樂見的結果，應由國會修法解決，但這類保守解釋論者亦認為依法條文義判決，如果產生不合理（荒謬）的結果，法院即無須受文義的拘束，即一般所稱「荒謬法則」（absurdity doctrine）[26]。是以，判決採取的解釋，如果會產生不合理的結論，自不應僅消極期待修法，適用法律者應即自行採取合理的解釋工具，避免不合理結論。

而本條前段按照甲說解釋之結果，行為人僅繳納與被害人所交付財物不成比例之報酬，或甚至稱無所得，毋庸繳納任何金額，偵、審中自白即必減其刑（法定刑減至二分之一），運作下來，將產生以

[26] 或有稱「荒謬準則」，相關說明參賴英照，立法史料與立法目的，台灣法律人，2022 年 8 月，第 14 期，頁 17-22。

下不合理結果：犯較輕的一般詐欺罪偵審自白，僅得依刑法第 57 條裁量減刑，而犯較重的三人以上或其他加重詐欺罪，偵、審自白，反而依本條前段減輕其刑至二分之一，輕重失衡。其次，以往犯詐欺罪者，欲獲量刑優惠，必須積極與被害人商討和解，賠償被害人損失，縱使不是全部，也要以自身財力所及努力補償，才有量刑上之寬典，採甲說後，被告已不必與被害人和解，只要交出自稱的少量報酬款或稱無報酬，爭取依本條前段減刑，被害人損失之回復益加困難；更有甚者，被告已無動機為爭取本條後段之減刑或免除其刑，而供出集團金流、財產或組織，在此實無從認為行為人的需刑罰性有何降低的可能，與立法所要追求的價值完全矛盾，此顯不合理。

或有評論者認為本條前段規定，立法技術欠佳，造成解釋爭議，雖然修法是一途，惟依照前述之荒謬法則，採甲說見解會產生上述不合理的結論[27]，如仍消極等待修法，過程中將使多數案件發生不公平、矛盾的結果，而有體系不正義之情形。

（二）甲說見解所產生的不公平與矛盾，形成體系不正義，欠缺適當性與正當性

各法律都有其應規範的目的及應有的原則，立法者制定法律規定的細節時，應遵守自己所建構的原則，除非有極為重大的公益事由，否則不應「出爾反爾」、「前後矛盾」，此即「體系正義」所要求整個法律須維持體系的前後一貫，避免邏輯矛盾，造成體系上的紊亂，以維持「法秩序一致性 」（Einheit der Rechtsordnung）。其本質可溯源自「正義」的要求，是一種規範的適當性及正當性的落實[28]。

---

[27] 實務採甲說者，有稱僅拿與被害金額不成比例之報酬，或稱尚未分得利益者，即予減刑，此僅舉幾例，如臺灣高等法 院 113 年度上訴字第 2407 號(被害金額 300 萬元，僅還所謂報酬 2500 即減刑)；113 年度上訴字第 3742 號、113 年度上訴字第 4977 號等等判決。

[28] 李惠宗，體系正義作為稅法違憲審查基準之研究— 兼評憲法法庭憲判字第 5 號

而體系正義強調法規範的前後一貫性，即涉及相同者應相同處理的平等原則，規則與規則間不應有矛盾，則是要求價值體系上的協和性[29]。

如前所述，本條減刑規定，係基於行為人犯罪後的貢獻，包括自白（使刑事訴訟程序儘早確定）、繳交犯罪所得（使被害人取回財產上損害）等，使行為人需刑罰性降低，原在刑法第 57 條犯罪後態度所考量的減輕因子，立法者本於刑事政策考量，特別規定給予必減（減輕至二分之一）的優惠。此類刑事政策的決定，僅能從價值觀點（Wertungsgesichtspunkt）說明[30]，也因此必須回歸刑法量刑的脈絡與體系來適用本條規定，避免適用結果造成量刑的不平等或矛盾（需刑罰性沒有降低而減刑），否則本條規定將喪失其正當性與適當性。

上述釋字第 555 號解釋，雖未提及體系正義，但本質上係基於體系正義之審查[31]，學者認為整體觀之，該號解釋既然以「事物本質」作為平等原則之操作基準，則應是以「體系正義」為基準，且解釋理由尚針對公務人員涵義界定，分從「體系間正義」（公務人員任用法，以及公務人員俸給法、公務人員保障法、公務人員陞遷法、公務人員考績法、公務人員退休法、公務人員撫卹法等公務員法制）及「體系內正義」（戒嚴時期人民受損權利回復條例第 3 條第 1 項、第 5 項及該條例施行細則第 6 條、第 3 條第 1 項）所為之分析，即可得知[32]。

至於本條前段減刑規定，如前所述，係基於程序迅速及罪贓返

---

29 判決，台灣法律人，2022 年 10 月，第 16 期，頁 34。
30 李惠宗，前揭註 28 文，頁 37。
31 Samson, Grünwald-FS, S.601.
陳怡如，從釋字第 555 號淺談「體系正義」之操作，網址：https://www.lawtw.com/archives/335149 (最後瀏覽日：2025.03.25)
32 體系間正義、體系內正義意涵，李惠宗，前揭註 28 文，頁 36。

還之刑事政策，與其他有以繳交犯罪所得減刑規定之法律，價值決定並不相同，基於維持體系間之正義，必須做不同解釋，並維持詐欺相關犯罪減刑規定（例如一般詐欺罪僅適用刑法相關減刑規定）之體系內之正義。若如甲說將本條犯罪所得之解釋比照貪污治罪條例第 8 條等相類規定之解釋，恐造成減刑規定適用的不公平、對需刑罰性並未降低者給予減刑優惠的矛盾情況，將嚴重違反體系正義，而不具適當性與正當性。

（三）依本條之必減其刑，應從嚴解釋，並以刑法第 57 條補位

如前所述，本條減刑規定，應屬於刑法第 57 條第 10 款之特別規定，優先於第 57 條而適用[33]。符合本條減刑規定之要件者採取必減，適用刑法第 66 條以下之規定，有期徒刑或罰金量刑區間較法定刑下降二分之一，後段有免除其刑之規定部分，更下降三分之二[34]，基於本條為刑事政策之減刑，適用前段必須符合立法目的所指，有助刑事程序儘速確定及被害人取回財產損失而確有需刑罰性降低之實，方有必減之優惠，適用時必須從嚴，除須同時滿足偵、審自白與自動繳交犯罪所得要件外，所謂自動繳交犯罪所得應以被害人取回財產所受損害為必要。至於要件不符者，但卻有誠意與被害人和解，並已返還被害人部分損害之情況，雖不能適用本條前段減刑，但個案仍得回歸第 57 條依裁量減輕其刑，甚至以刑法第 59 條酌減其刑，此亦為實務認不符合本條減刑要件時之運作模式[35]，符合整體量刑體系規制。

---

[33] Vgl. Jescheck/Weigend, LB, S.896.

[34] 雖然構成新的量刑區間，實務上稱為處斷刑，此類減刑規定定位上仍為量刑規則或稱「刑罰裁量規則」(參見銀行法第 125-4 條、證券交易法第 171 條第 5 項立法說明)，而非另一個構成要件規定，詳細說明參本署 110 年度台上大字第 3997 號刑事大法庭言詞辯論意旨書，頁 7。

[35] 例如臺灣高等法院高雄分院 113 年度金上訴字第 548 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 113 年度原金上訴字第 9 號刑事判決。

問題二 採乙說

即本條前段之減刑規定，不適用於犯罪未遂之情形

一、「『如有』犯罪所得」之解釋，限於有犯罪所得，方有本條前段之適用

本條前段「『如有』犯罪所得」之解釋，應以限於有犯罪所得之情況，方得適用本條前段，亦即未取得財物之未遂犯，不得適用本減刑規定。

（一）無犯罪所得者，偵審中自白即可減刑，係透過要件的反面解釋

首先，從文字表面意義，本條條文所稱「如有犯罪所得，自動繳交…」此種條件句立法模式，一般認為係指「自動繳交」之前提要件為「有犯罪所得時」，反面解釋，「無犯罪所得時」，則無自動繳交之可能，亦即自動繳交之要件即不存在。是以在未遂犯無犯罪所得之情況，係透過此條件句文字的反面推論，或稱反面解釋，方得出僅滿足偵、審中自白，即得適用本條前段減刑之結論，此結論並非直接從文義所得出。反面推論又被視為當然解釋的一種，與舉輕明重、舉重明輕類似，在法律沒有明文的情況下，必須透過推論而為解釋，但與舉輕明重、舉重明輕屬於大與小間同有適用的推論模式不同，反面推論，係指與明文不符則排除適用的推論模式[36]。

（二）法律可否反面解釋，應探求立法意旨

然而反面解釋或推論從解釋方法上而言，並非可毫無限制的加以運用。以邏輯法則而言，只有條件被認為已窮盡的舉出時，反面推論才會正確。在此就以邏輯式檢證本條自動繳交的反面推論，此一條件句：有犯罪所得（P），為充分條件，繳交犯罪所得（Q），為必要條件，條文規定之邏輯式為：若 P 則 Q（P→Q，若有犯罪所得，則自動繳交犯罪所得）為真，反面推論即：若非 P 則非 Q（~P→~Q，

[36] 蔡志方，法律解釋方法及其順位論，收於法源資料庫，頁 83。

若無犯罪所得，即無自動繳交犯罪所得）為真，但這個反面推論在邏輯上早已被證實是一個錯誤，而許多邏輯上論證的錯誤，多因自然語言的多義性。自然語言在使用如（果）、當、若等條件語句時，並沒有清楚區分不同的條件形式[37]。邏輯上的條件句從「一個特定條件對於某個特定效果係屬充分」的語句，不能對這充分條件不存在的情況導出任何的結論，亦即其反面推論是無效的，除非能確認別無其他充分條件存在，換言之，必須 P 是 Q 的充分且必要條件時，反面推論才能成立[38]。至於是否為充分且必要條件，就法律條文而言，即必須確認立法者在此設定的條件，是窮盡式的舉出，或立法者為有意的沉默（ beredetes Schweigen）[39]，亦即確認無犯罪所得之情況不是條文所舉之條件(立法者對此有意沉默)，即無繳交犯罪所得之適用，否則不宜逕以反面解釋方法，認為未遂犯無不法所得，即無需適用繳交不法所得之要件。至於立法者是否有意沉默，則應探求立法意旨。而依照前述本條例整體立法目的及本條立法說明，可確認本條立法意旨在於罪贓返還之情形，因其需刑罰性降低，特別規定予以減刑，如無所得，即無所謂罪贓返還，則無所謂需刑罰性降低之事實，應不在立法者減刑之考量內，尚非可推論為無所得，即排除自動繳交犯罪所得之要件。換言之，本條前段可做反面解釋者，在於要件整體的反面解釋，即「偵、審自白」(T) +「有所得且繳交所得」(P)，才有「減刑」法律效果 (R)，T、P 為 R 之充分且必要條件，缺一不可，如無所得時，並無本條前段減刑之適用[40]。

---

[37] Ingeborg Puppe 著，蔡聖偉譯，前揭註 5 文，頁 271。在此指自然語言中的條件語句內容，可能是邏輯上的充分條件，也可能是必要條件，或者充要條件。

[38] Ingeborg Puppe 著，蔡聖偉譯，前揭註 5 文，頁 211。在邏輯命題上，當 P→Q、~P→~Q 均為真時，P 即為 Q 的充分且必要條件。

[39] Rüthers, Rechtstheorie, 1999, S.494.

[40] 以邏輯式呈現即：(T/–T^–P)→ –R，(–T ^P/–P)→ –R。此處的邏輯論證是以暫不考慮其他法 律的減刑規定為前提，本條規範要件具有充分且必要時，反面解釋即有效。

況且，其他法條規定之條件句，均為如有（犯罪）所得「並」自動繳交…，尚可彰顯語句的條件性，惟本條前段係規定如有犯罪所得，自動繳交其犯罪所得，未使用「並」字，適足以突顯此減刑要件在於「有繳交犯罪所得時」，方有適用。

二、本條前段減刑要件，偵、審自白與自動繳交犯罪所得，二要件應並存而非擇一

本條立法說明第一段即開宗明義：「為使犯本條例詐欺犯罪案件之刑事訴訟程序儘早確定，同時使詐欺被害人可以取回財產上所受損害，行為人自白認罪，並自動繳交其犯罪所得者，應減輕其刑，….」將刑事訴訟程序儘早確定、使被害人取回財產損害兩者以「同時」連結，要求並存，而非擇一之目的，其後又將「自白認罪」、「繳交犯罪所得」以「並」連結，顯見本條前段之減刑，立法者要求自白認罪、繳交犯罪所得必須兩者兼備，而非擇一。

如上所述，本條減刑要件必須同時滿足偵、審中均自白，以及繳交犯罪所得兩要件，缺一不可。是以未在偵、審中均自白者，則不論有返還被害人所有損失，實務認為仍無從適用本條減刑[41]，即偵、審自白與返還罪贓為併存而非擇一的減刑要件。是以，行為人未遂時，被害人未有財物交付之損失，無罪贓返還之情形，縱有自白亦應認並未滿足本條減刑要件，否則無異自白即予減刑，前後要件解釋結論竟有不同，顯與立法政策不符。

三、甲說適用結果，將產生不合理結論，違反體系正義

甲說認為未遂犯並無所得，即毋庸滿足自動繳交犯罪所得之要件，在有偵、審自白時，仍應依本條前段減刑，除了有上述邏輯推論上的疑義外，解釋結果也會產生不合理結論，而違反體系正義。

[41] 最高法院 114 年度台上字第 722 號判決參照；又如：臺灣高等法院高雄分院 113 年度金上訴字第 548 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 113 年度原金上訴字第 9 號刑事判決亦可參考。

本條前段減刑規定，如包括未遂犯，則未有所得，本已依刑法第 25 條未遂減輕其刑，現又以自白再行必減，除已架空本減刑規定外，尚可能發生既遂犯偵、審自白處斷刑不變，未遂犯偵、審自白則應降低處斷刑，而有既遂犯自白不減刑，未遂犯自白減刑的不平等結果。此外，普通詐欺之未遂犯，偵、審均自白沒有必減，但惡性重大之詐騙集團未遂犯自白卻一律必減，顯然輕重失衡。況且，若不問有無犯罪所得均可減刑為立法者所接受，立法例上有毒品危害防制條例第 17 條第 2 項之立法形式[42]，該條是被告販賣或轉讓毒品不問有無犯罪所得，被告僅自白，即可減刑。另外，113 年 7 月 16 日修正前之洗錢防制法第 16 條第 2 項[43]之立法形式，在過去，該條是被告洗錢不問有無犯罪所得，被告僅需自白，即可減刑。相對於本條是有被害人之犯罪，且立法理由已言明使被害人取回財產上之損害及罪贓返還，若立法者認為僅被告自白即可獲得減刑，而不問有無犯罪所得，理應採前開立法之形式，僅列自白作為唯一要件，即可減刑，若有需要，再另行規定繳交犯罪所得減刑之要件，立法者不採此途，顯見有意區隔。若逕採甲說見解，量刑適用結果將有上述不平等、輕重失衡之結果，如本意旨書關於問題一、五部分之說明，產生所謂不合理結論，而有體系不正義發生，是以就問題二，甲說亦不具適當性與正當性。

伍、結論

一、關於問題一

本署採乙說，認為本條前段之「犯罪所得」係指被害人因被詐欺而交付之物或財產上利益。係基於個別共同正犯均應對犯罪結果

[42] 毒品危害防制條例第 17 條第 2 項：「犯第四條至第八條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。」

[43] 修正前洗錢防制法第 16 條第 2 項：「犯前四條之罪，在偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。」

負全部責任之法理，並契合詐欺集團犯罪之特性，及實務論罪以被害人為單位之模式，減刑條件明確而公平。並且，乙說適用結果，方符合立法者要求被害人得以取回財產損失，落實罪贓返還之立法政策。

至於本條「犯罪所得」之解釋，與「沒收」脈絡下之「犯罪所得」概念並不相同，應區分處理，本條犯罪所得在於處理是否減刑之刑度問題，不影響是否沒收犯罪所得之判斷標準，二者相互區別，不僅足以貫徹本條例之立法意旨，亦不致與沒收脈絡下之「犯罪所得」互相衝突。至於甲說將犯罪所得限縮至行為人之報酬，將沒收層次之問題置換至量刑領域，不僅概念混淆，並使本條之立法目的不達。而「自動繳交犯罪所得」之解釋，亦應本於保護法益、立法者的價值決定與立法目的認定其範圍，而不必與其他法律之類似規定做相同解釋，方具有事理上之一致性，符合體系秩序。

二、關於問題二

本署亦採乙說，即未遂犯並無犯罪所得，無自動繳交其所得之可能，即不得適用本條前段之減刑規定。如此，在解釋上才不會落入邏輯錯誤的陷阱，導致減刑適用之不平等與輕重失衡等不合理結論，違反體系正義。

三、修法取代司法解釋，反覆新舊法比較恐成實務負擔

本條實務適用之爭議，未來若以修法解決之，固然最為直接明快，但該如何修正仍有立法技術上之挑戰，此外，更應審慎評估反覆修法，將造成實務論罪量刑新舊法比較冗贅負擔，實非可期之解決之道。如以解釋解決本條適用爭議，不僅法官更合理地操作減刑，司法亦可回應人民追訴詐欺取回損害之期待。至於乙說或有甲說所述適用過於嚴格之處，惟只有如此方符罪贓返還之立法目的，縱然無法適用本條減刑，個案仍可回歸第 57 條之量刑裁量。合理、正當

適用本條，並輔以刑法第 57 條、第 59 條，將使法官量刑更符合個案正義。

綜上，本件爭點一、二均應採乙說為當。

爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中　華　民　國　114　年　4　月　10　日

檢察官　涂達人

林麗瑩

張安箴

李濠松

林錦鴻

戎　婕

吳梓榕

劉建志

許文琪

邱耀德

最高檢察署檢察總長非常上訴書

111年度非字第1440號

被　　告　諸[redacted]

上列被告因涉犯行使業務上登載不實文書案件，於92年8月14日經最高法院以92年度台上字第4411號判決確定。本檢察總長認為違背法令，應行提起非常上訴，茲將原判決主文及非常上訴理由分列於後：

原判決主文

原判決關於諸[redacted]部分撤銷。

本件不受理。

諸慶恩之上訴駁回。

非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者、判決不載理由或所載理由矛盾者，為當然違背法令，刑事訴訟法第378條、第379條第5款及第14款分別定有明文。又按民刑事訴訟案件下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提出不服之聲明或未提出不服之聲明而上級法院誤予廢棄或撤銷發回更審者，該項上級法院之判決及發回更審後之判決，均屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，得分別依上訴、再審、非常上訴及其他法定程序辦理，司法院釋字第135號解釋參照。

又刑事案件誤不合法之上訴為合法之無效確定判決，與有效之確定判決性質不同，雖有利於被告，仍應本於前揭釋字第135號解釋意旨，依非常上訴、再審程序處理，貴院97年度第4次刑事庭會議決議、102年度台非字第259號判決、104年度台非字第72號判決可資參照。

二、原判決誤不合法之上訴為合法，就被告死亡事實為調查，據

以不受理判決，係重大違背法令之無效判決，既具有判決形式，不問是否有利於被告，應提起非常上訴撤銷之

(一)本案檢察官所提起之第三審上訴係為被告之利益，惟卻主張適用較重之罪名，其上訴並不合法

1. 本案檢察官係為被告利益提起第三審上訴

本案第一審臺灣臺北地方法院於89年11月28日以89年度訴字第1072號判決被告及共同被告[redacted]等均無罪，臺灣臺北地方法院檢察署(現已改制為臺灣臺北地方檢察署)檢察官不服提起上訴，為臺灣高等法院(下稱臺高院)於91年4月17日以90年度上訴字第489號就被告被訴行使業務上登載不實文書部分撤銷臺北地院之無罪判決，改判被告有期徒刑4月，緩刑3年，其所涉違反商業會計法部分，不另為無罪之諭知；另共同被告[redacted]部分則仍維持無罪判決，而被告遭臺高院判處罪刑之行使業務上登載不實文書罪，係最重本刑3年以下有期徒刑之罪，依106年11月16日修正前刑事訴訟法第376條第1款之規定，不得上訴第三審。

被告收受判決後，仍就上開臺高院判決有罪之部分提起上訴，並亦聲請臺灣高等法院檢察署(現已改制為臺灣高等檢察署，下稱臺高檢)檢察官為其利益上訴，而該署檢察官亦因被告聲請，以91年度「請上」字第119號上訴書提起上訴。本件臺高檢檢察官提起上訴，確係因被告之聲請而發動，除可從上訴書案號為「請上」字得知外，並可由檢察官就被告所提刑事聲請上訴狀內容(參見附件一)，除「一、」中所載依刑事訴訟法第2條第1項、第344條第3項(應為第4項之誤)規定，及最高法院72年台聲字第53號判例聲請檢察官為其利益上訴之依據部分未引用外，檢察官上訴書內容(參見附件二臺高檢91年度請上字第119號上訴書影本)與被告上開刑事聲請上訴狀均相同一節顯然可證。又臺高檢**檢察官上訴書雖未引用被告刑事聲請上訴狀之上開依據，但通篇亦未**

引用一般檢察官第三審上訴書記載之刑事訴訟法第344條第1項或第375條等上訴之依據，是檢察官之上訴，「形式上」無法得知係為被告利益或不利益，然於「實質上」確係為被告之利益而提出，此從檢察官上訴書除「一、」項認被告有罪部分應從較重之商業會計法第71條第1款論罪外，「二、」至「六、」項之理由則認被告之行為實不構成犯罪，而該「一、」項之標題為「原判決援引刑法第215條行使業務上登載不實文書罪，而非商業會計法第71條第1款之規定，資為判決被告有罪之基礎，不當剝奪「聲請人」（應為「被告」）上訴第三審之權利」，**綜觀其上訴理由，目的在使被告受臺高院判決行使業務上登載不實文書罪之部分得以上訴第三審救濟，主張應改判無罪**，且並未就被告不另為無罪諭知之部分表示不服，或敘述上訴理由等情以觀，臺高檢檢察官之上訴當可確認係因被告聲請、且為被告利益而提起。

2. **為被告利益之上訴，而主張應適用較重之罪名，為不合法之上訴**

惟貴院71年台上字第1423號判例謂：刑法第六十一條第二款之案件，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院。上訴意旨，雖謂伊等在第二審業已爭執係屬搶奪罪名，即得提起第三審上訴云云，惟查刑事被告之上訴，以受有不利益之判決，為求自己利益起見請求救濟者，始得為之，原審認屬罪名較輕之竊盜，上訴人主張為較重之搶奪，顯與為自己利益請求救濟之旨相違，其上訴自非合法等語。本件臺高檢檢察官之上訴既如前述係為被告利益為之，而上訴書「一、」項之內容又係照錄被告聲請上訴狀之文字，則其所主張被告如成立行使業務上登載不實文書罪，應以較重之商業會計法第71條第1款之罪論處一節，就客觀情形觀之，即係求對被告更不利益之判決，已與檢察官上訴之目的係為被告利益之意

旨不符，難認合法，並不因其主觀上認為因得上訴第三審較為有利即作不同認定，況依該「一、」項之標題所載「不當剝奪「聲請人」（應為「被告」）上訴第三審之權利」一語亦可知，該項上訴理由實就被告主觀利益之立場所為，然於客觀上反可能造成對被告更不利益之效果。揆諸前揭貴院向來一致性之見解，自應認檢察官之上訴係不合法。

3.本案上訴三審之範圍不及於不另為無罪諭知部分

復按(修正前)刑事訴訟法第348條第1項規定，上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，乃於當事人之真意不甚明確時，依此規定，以確定其上訴之範圍，若當事人之真意甚為明確，即無適用此項規定之餘地，貴院68年台上字第1325號判例可資參照。又雖修正前刑事訴訟法第348條第2項規定，對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴，然輕罪部分之上訴如不合法，應從程序上予以駁回，自不生因牽連犯罪之上訴不可分問題，亦屬貴院向來一致性之見解，例如89年度台上字第3463號判決可參。。

本案臺高檢檢察官之上訴書內容，明顯係針對臺高院就被告行使業務上登載不實文書判決有罪之部分，認被告之行為並不構成犯罪，應予撤銷改判被告無罪，已如前述，至於上訴書「一、」項之內容雖有記載「商業會計法第71條第1款」等文字，係主張「原判決（即臺高院判決）援引刑法第215條行使業務上登載不實文書罪，而非商業會計法第71條第1款之規定，不當剝奪『聲請人』（應為『被告』）上訴第三審之權利」，意在指摘臺高院之判決既認定被告填製及行使業務上交易單(Deal Ticket)文書之行為，構成行使業務上登載不實文書罪，則該交易單(Deal Ticket)之性質亦係商業會計法第15條所定「商業會計憑證」中之「原始憑證」，臺高院判決未依商業會計法第71條第1款論罪，致使被告就

此部分之犯罪事實無上訴第三審之救濟機會，足見其指摘之事實範圍仍侷限於臺高院判決被告有罪之行使業務上登載不實文書部分，而非就被告被訴違反商業會計法（即與共同被告宋彪、潘筱梅等共同於百利達銀行會計帳冊上為不實登載）不另為無罪諭知之部分有所爭執，檢察官於上訴書「一、」項理由所載「商業會計法第71條第1款」之文字僅在闡明上開有罪部分事實之法律適用有疑義，參以檢察官上訴書之全文，亦未見任何有關於被告被訴違反商業會計法無罪部分之上訴理由，益證檢察官上訴僅係針對臺高院判決被告行使業務上登載不實文書之有罪部分無訛。再觀諸原判決，亦於案由欄僅記載「偽造文書」，而非「偽造文書『等』」或「『違反商業會計法』等」，又於理由欄一、「撤銷改判不受理（即檢察官上訴）部分」，論述檢察官上訴指摘之臺高院原判決內容時，復僅敘及臺高院改判論處被告「行使業務上登載不實文書罪刑部分」，而未就臺高院判決無罪之違反商業會計法部分有任何著墨或依刑事訴訟法第382條第1項及第395條後段之規定，以檢察官就此部分未提上訴理由為由予以判決駁回，益證原判決亦認檢察官之上訴範圍確僅及於臺高院對被告所涉行使業務上登載不實文書論處罪刑之有罪部分。

綜上，本件臺高檢檢察官向貴院提起之上訴既如前述，係針對當時不得上訴第三審之行使業務上登載不實文書輕罪部分，其上訴既屬不合法，自不因牽連犯之上訴不可分關係，使臺高院判決被告違反商業會計法之重罪無罪部分亦為上訴效力所及，而使檢察官之上訴成為合法。況縱認檢察官之上訴範圍及於被告違反商業會計法部分之犯罪事實，然檢察官之上訴書既未就此部分有具體、明確之指摘，或於提起上訴後10日內補提理由書，且於貴院92年8月14日判決前，仍未提出，依刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段之規定，

其上訴即屬不合法律上之程式，應以判決駁回，惟貴院92年度台上字第4411號判決並未以檢察官之上訴不合法予以駁回，而係判決不受理，亦有判決不適用法則之非常上訴事由，且其判決全文復全然未提及被告違反商業會計法部分之事實，亦難認無刑事訴訟法第379條第12款所定「已受請求之事項未予判決」之違背法令事由。

(二)原判決誤不合法之上訴為合法，係重大違背法令之無效判決，不問是否有利於被告，應提起非常上訴撤銷之

又貴院29年上字第1328號判例謂：被告於上訴中在所身故，即使屬實，但第三審法院限於上訴有理由時，始應將原審判決撤銷，該被告死亡前之上訴，既非合法，即不得適用刑事訴訟法第389條將其撤銷，自應仍以上訴不合法，予以駁回等語。又第三審法院得依刑事訴訟法第394條第1項但書規定，就關於訴訟程序及得依職權調查之事項，調查事實者，必以有合法之上訴存在為前提要件。而刑事被告於第三審上訴中死亡，依法應諭知不受理之判決者，亦以被告死亡在有合法上訴之後者為限。如為不合法之上訴，則原第二審判決已因無合法之上訴而確定，自難因嗣後被告死亡，而使原不合法之上訴變為合法，第三審法院即無從依刑事訴訟法第394條第1項但書之規定，就被告死亡之事實加以調查，據以諭知不受理之判決；唯有合法之上訴，始生移審之效力，倘上訴並非適法，即無此效力；下級審法院縱將卷、證送交上級審法院，上級審法院仍應就該上訴是否合法一節，先作形式上之審查，若認為上訴不合法律上之程式，自毋庸為其他程序或實體事項之審理，而應逕以上訴不合法為由，判決駁回之，貴院85年度台非字第237號及106年度台非字第178號等刑事判決亦可參照。

本件臺高檢檢察官所提第三審上訴既係不合法之上訴已如前述，其上訴不生移審之效力，縱被告於上訴三審中死亡，第

三審法院亦無從依刑事訴訟法第394條第1項但書之規定，就被告死亡之事實加以調查，據以諭知不受理之判決，否則顯有刑事訴訟法第379條第5款所謂法院受理訴訟或不受理訴訟係不當之違背法令，揆諸首揭司法院釋字第135號解釋意旨，此屬重大違背法令之無效判決；而刑事案件誤不合法之上訴為合法之無效確定判決，與有效之確定判決性質不同，參照首揭貴院97年度第4次刑事庭會議決議、102年度台非字第259號判決、104年度台非字第72號判決意旨，縱原判決雖有利於被告，亦即不論是否有利於被告，仍應本於釋字第135號解釋意旨，提起非常上訴撤銷之。

(三)原判決亦有判決理由矛盾之違背法令

本件臺高檢檢察官之上訴僅針對被告有罪部分，已如前述，而被告對其無罪部分並無上訴利益，被告自行提出之上訴應與檢察官上訴範圍同係針對有罪判決部分，即不得上訴三審之行使業務上登載不實文書罪部分，當可認定。況前揭臺高檢檢察官之上訴係依被告之請求，為被告之利益而提出，雖被告之上訴書因本案原卷保存期限屆至，已連同其他卷證銷燬無從取得，但依照本案原辯護人林之嵐律師之陳報，本件上訴第三審，其除為被告撰寫被告上訴狀外，被告遞交臺高檢之刑事聲請上訴狀亦由其撰寫，兩者內容大致相同(見附件三林之嵐律師遞交本署之刑事陳報狀)，是以檢察官之上訴書內容既係引用被告刑事聲請上訴狀，已如前述，上訴爭執之範圍、理由與被告自行提出之上訴類同，特別是為被告利益上訴，卻主張適用較重之罪名，並請求改判被告無罪一節應無二致，是以二者之上訴合法性及判決結果自應一致，然原判決之主文及理由，竟就二者之上訴互為歧異之認定，一方面以被告自行提起之上訴不合法為由判決駁回被告之上訴，另一方面卻認檢察官之上訴合法，而以被告死亡為由，撤銷改判不受理判決，已與「相同事物應為相同處理」之法

理有違，並使判決主文及理由均發生矛盾，亦有判決違背法令之情事。

三、原判決阻礙為被告利益之再審聲請，非予救濟，不足以保障人權，有提起非常上訴之必要性

按是否提起(非常上訴)，應依據非常上訴制度設立之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形以及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量；不利於被告之違法判決（無論是否與統一適用法令有關），因非予救濟，不足以保障人權，原則上有提起非常上訴之必要性，貴院97年度第4次刑事庭會議決議可為參考。

(一)原判決所為無效之不受理判決，使本案難以依再審程序洗刷冤屈，顯然不利於被告

1. 檢察官前為被告之利益，對上開臺高院90年度上訴字第489號被告有罪之判決聲請再審，然經臺高院以110年度聲再字第123號裁定以被告並非受「有罪」判決確定為由予以駁回，經檢察官提起抗告，亦經貴院110年度台抗字第97號裁定，以「刑事再審制度，乃判決確定後，為匡正其認定事實錯誤而設，屬非常救濟手段。而為受判決人之利益聲請再審者，應以有罪判決為聲請再審之客體（即對象），且以該有罪判決為有實體確定力為限」等理由，認被告應係經原判決為不受理判決確定，與聲請再審之要件不符，而駁回抗告。
2. 又縱然程序優先實體，審判必須具備訴訟條件等程序要件，法院始得就其實體事項予以審判；案件如有刑事訴訟法第302條至第304條應為免訴、不受理或管轄錯誤判決之情形，即毋庸為實體認定，應逕為上述程序判決。惟於部分狀況，例如時效完成、被告死亡等情形，程序上所為之免訴或不受理判決，無從認定被告究有無犯罪，與無罪判決認定被告犯罪不能證明，二者相較，仍屬於被告受有不利益，貴院89年台上字第1605號判決謂：「諭知不受理判決，非與王O珠(即

被告)絕無利害關係，此判決與無罪判決不同，對王0珠仍有不利益，王0珠對此不利益之不受理判決，自得提起上訴。」即同此意旨。況查，本案被告原受臺高院90年度上訴字第489號有罪判決，經檢察官認被告實不構成犯罪，而為被告利益提起第三審上訴，於上訴期間被告死亡，原審遽為不受理判決，實誤不合法之上訴為合法，係重大違背法令之無效判決，已如前述，論理而言，上開臺高院之有罪判決應尚未經有效判決加以撤銷。但原判決雖無效而形式上仍存在，致使檢察官無法就上開臺高院有罪判決，為被告利益提起再審，已如前述，原判決顯然不利於被告。

(二)本件被告及其家屬基於名譽權、人格權，亟欲透過再審程序平反冤屈

又憲法第16條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（司法院釋字第418號解釋參照）。本件被告及其配偶胡慧中均亟欲藉由聲請再審之訴訟程序以平抑冤屈，被告於經臺高院90年度上訴字第489號判決有罪後，即向臺高院聲請再審，然經臺高院以檢察官已提起上訴，判決未確定為由予以駁回，有臺高院91年度聲再字第194號裁定(附件四)為證；被告之配偶胡慧中於被告死亡後，多方向包括臺高檢署、貴院等司法機關表達為被告依法定程序洗刷冤屈之至盼(參見附件五被告配偶胡0中相關陳情書)，陳情書有「懇請您們回應慶恩、我們全家人及人民對司法公正零誤判的期待，給予慶恩一個明確的無罪判決」等語，其並向本署表達認同提起非常上訴，即使後續有罪判決復活，司法救濟之路仍然漫長，有本署詢問筆錄附卷可參。按維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值；人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第22條保障；名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實

現人性尊嚴所必要，受憲法第22條所保障，有司法院釋字第603號、664號、656號等解釋理由書可資參照。本件被告經臺高院90年度上訴字第489號為有罪判決後死亡，又經原判決不受理確定，被告遭有罪判決之客觀事實及因此所受之人格、名譽損害，並未獲得平反或彌補，且原判決雖無效，仍阻斷被告及其家屬聲請再審以爭取清白之訴訟途徑，已侵害人民於憲法第22條之人性尊嚴與人格權。

(三)是以原判決不僅係違背法令之無效判決，尚阻礙被告及其配偶亟欲爭取無罪、洗刷冤屈之訴訟途徑，侵害其等人性尊嚴、人格權及名譽權，非予救濟，不足以保障人權，而有提起非常上訴之必要性。

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

此致

最高法院

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　日

檢察總長　邢

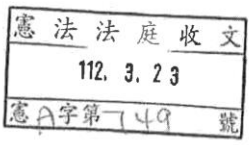
檢　察　官　林麗瑩　擬

檔　　號:
保存年限:

法務部 書函

地址：100204臺北市中正區重慶南路1段130號
承辦人：周芳怡
電話：02-21910189#2304
電子信箱：joycozy@mail.moj.gov.tw

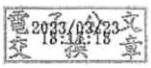
受文者：憲法法庭



發文日期：中華民國112年3月23日
發文字號：法檢字第11204500490號
速別：最速件
密等及解密條件或保密期限：
附件：如主旨 (A11000000F_11204500490A0C_ATTCH2.pdf、A11000000F_11204500490A0C_ATTCH1.pdf)

主旨：檢送憲法法庭會台字第11067號案本部之言詞辯論意旨書暨附件各乙份，請查照。

說明：復貴法庭112年1月5日通知書。

正本：憲法法庭
副本：聲請人理律法律事務所(含附件)、本部檢察司(含附件) 

憲法法庭 1120323
TCCA1120007696

第 1 頁，共 1 頁

法規範憲法審查言詞辯論意旨書

案號：會台字第 11067 號

關 係 機 關：法務部　　設臺北市中正區重慶南路 1 段 130 號
電話：02-21910189
代　表　人：黃謀信　　與關係機關之關係：法務部檢察司司長
地址/電話同上
訴訟代理人：簡美慧　　稱謂/職業：法務部檢察司副司長
地址/電話同上
周芳怡　　稱謂/職業：法務部調部辦事主任檢察官
地址/電話同上
林麗瑩　　稱謂/職業：最高檢察署調辦事檢察官
地址：臺北市中正區貴陽街 1 段 235 號
電話：02-23167000
聲請線上查詢案件進度，陳報 E-mail 如下
joycozy@mail.moj.gov.tw

為法規範憲法審查案件，提出以下言詞辯論意旨：

壹、律師與當事人間之「秘匿特權(或稱律師與當事人之秘密溝通豁免權)」(Attorney-Client Privilege) 及律師執業隱私權是否應受憲法保障？其憲法保障依據、對象、內涵及範圍為何？

所謂律師與當事人間之秘匿特權(Attorney-Client Privilege)，引用之原文以觀，應係來自英美之概念。但比較法上有從不同保護觀點出發，探究其與憲法基本權利關係，並發展其保護內涵及範圍，值得參考。以下以歐洲人權法院之見解、德國法、美國法三大比較法角度，分析此一爭點，並回應在我國法體系上應有之解釋：

一、歐洲人權法院之見解

(一)肯認律師法律職業特權(legal professional privilege)受歐洲人權

公約第 8 條保護，是權利也是義務，並有公共利益

歐洲人權法院(下稱人權法院)透過案例，發展了對律師與當事人間秘匿關係保護及在公約上地位的看法。

該院在 Michaud[1]一案表示，律師職業秘密(professional secrecy)的保護是律師與客戶間信賴關係的基礎。歐洲人權公約(下稱公約)第 8 條保護所有個人間「溝通」(correspondence)秘密性，而對於律師與其委託人間的溝通則加強保護。而加強保護的正當性在於民主社會中，律師被賦予重要的角色，即捍衛訴訟當事人的任務。如果律師無法擔保他與當事人溝通的秘密性，將無法履行其捍衛訴訟當事人的任務[2]。該案理由並提及，**律師與委託人間秘匿關係的保護與公平審判權關係雖然是間接的，但公平審判權必然有賴此秘匿關係之保護，其中包括被告不自證其罪的權利**[3]。人權法院因此認為，根據公約第 8 條對律師與委託人間秘匿關係的保護與理由，雖本為賦予律師義務，但也因此肯認律師得拒絕提供訊息的法律職業特權(legal professional privilege)，屬於公約第 8 條保護範圍[4]。

按公約第 8 條第 1 項規定：人人享有私人生活、家庭生活，以及住宅、通訊之保障[5]，是以公約本條內涵可回溯一般隱私權(allgemeine Privatheit)之保護[6]。可認人權法院承認律師有執業隱私權。不過該院也指出，律師與委託人間秘匿關係的保護，主要是賦予律師義務(包括保密、不得有包庇、共犯[7])，而非僅給予律師特權。給予律師特權不僅在保護律師與其客戶交流的職業與商業利益，也同時保障司法妥適運作的公共利益[8]，因此此特權也有公共利益的色彩。

---

[1] Michaud v. France, judgment of 6 December 2012 (12323/11, 2012).
[2] Id. §118.
[3] Id.
[4] Id. §119.
[5] Art.8 I : Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
[6] SK-StPO - Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK/Meyer, Bd. X EMRK, 5. Aufl. 2019, Art.8 Rn.1.
[7] Sallinen and others v. Finland, judgment of 25 November 2003 (50882/99), § 87; André and Another v. France, judgment of 24 July 2008 (18603/03), §42.
[8] Müller v. Germany, judgment of 19 November 2020 24173/18. §67 ; André and Another v. France, §42 ; Niemietz v. Germany, 16 December 1992 (13710/88), §37.

(二)律師法律職業特權範圍之解釋與保護，由內國法決定

人權法院肯認法律職業特權，至於其內涵從相關判決中提及只要是律師與客戶間具有秘匿性的溝通不問目的為何，應受到保護[9]，但強調這僅止於其與客戶間的關係(covers only the relationship between a lawyer and his clients)[10]，至於具體內容與保護方式與範圍，人權法院在多個判決中都認為應**由各內國法規範**[11]，**且不限於法律層次，並可透過實務見解形成保護範圍**[12]。人權法院僅審查內國法是否有給予公約最低限度保護、保護的範圍是否明確，足使人民可得預先確定。例如在 Sallinen[13]案，其違反公約之主因，係芬蘭法律對秘匿特權保護的範圍，在不同法律間規定關係不明確，導致法院對於同一案件見解不同而致[14]。

(三)層級化及個案權衡的審查基準

人權法院對於律師或辯護人與其客戶溝通內容，並非給予絕對的保護，歸納相關案例，其保護是在所謂的**層級式審查(Stufenprüfung)**上，逐個案的、以權衡方式保護[15]。蓋律師與客戶秘匿關係及律師職業特權的保護，既然主要由公約第 8 條隱私保護導出，因此在符合同條第 2 項要件下(法律保留、比例原則)，公權力可進行干預[16]。

基本上，對於律師與當事人溝通秘匿性內容，包括雙方之通訊及往來文

---

[9] "correspondence between a lawyer and his client, whatever its purpose" , see Michaud v. France , §117; Compbell v. the United Kingdom, judgment on 25 March 992(13590/88), §§46-48.

[10] Müller v. Germany, §67; Kopp v. Switzerland, Judgment of 25 March 1998 (23224/94), §73.

[11] 例如 Müller v. Germany 案人權法院認為內國法及實務見解對於拒絕證言權的範圍、要件已經有很清楚的界定，本件並無違反公約; 在 Kopp v. Switzerland 案違反公約的主要理由，即瑞士內國法與實務對於可監聽律師事務所的範圍沒有很明確的規範可遵循，以下兩件亦有類似理由而違反公約：Sallinen and others v. Finland, §91; Saber v. Norway, judgment of 17 December 2020 (459/18),§57.

[12] Kopp v. Switzerland, §73; Buck v. Germany, judgment of 28. April 2005 (41604/98), §§46,52.

[13] Sallinen and others v. Finland (50882/99, 2005).

[14] Id. § 91.

[15] SK-StPO/Meyer, a.a.O., Rn.213.

[16] 公約第 8 條第 2 項規定得干預該條第 1 項保護的權利，必須根據法律，並必須基於國家安全、公共安全或國家的經濟福祉，或為了防止暴亂或犯罪、為了保護健康或道德、或為了保護他人的權利與自由等正當目的，且以干預措施達到上開目的是民主社會中所必要者為限。
Art.8 Ⅱ：There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

3

件，不論其儲存媒介[17]，律師有拒絕揭露或提供之權[18]。但律師一般性有保密義務的內容，並不當然即免除公權力的干預措施。

人權法院也肯認內國法對具辯護人、訴訟代理人身分之律師與委託人間的溝通，與其他不在上開身分內的法律諮商、經濟投資服務，以及事務所一般與客戶聯繫的業務資訊，兩者可加以區別[19]，前者涉及客戶受公平審判權(公約第 6 條)，為秘匿特權保護，後者可不在特權排除干預措施的保護範圍內[20]。而縱然案件當事人與律師溝通秘匿性受到較強的保護，惟仍有個案權衡的例外情形。例如**辯護人與當事人的通訊原則上不得監聽**，但亦容許有例外，如辯護人為共犯，或因基於重大國安需求等情況而監聽，並不違反公約[21]。

至於搜索扣押(律師事務所之搜索詳下述)，涉及律師職業特權者，人權法院僅要求有特別的程序保障及避免濫權恣意之機制，並有較高的比例原則審查。至於**得扣押之物**(beschlagnahmefähige Objekte)**及資料量，並未有具體限制**，從相關人權法院判決來看，就律師的客戶檔案，甚至是辯護檔案，從公約第 8 條的觀點，並不完全禁止扣押及檢視[22]，但僅在具有被告與辯護人關係的情況下，才有可能禁止扣押，例如有個案因證據難以取得，而有意地規避被告不自證己罪的保障，則相關搜索扣押將被認為違反比例原則[23]。惟辯護特權也會因律師涉嫌犯罪或包庇而喪失[24]。

(四)關於律師事務所的搜索

首先，人權法院在解釋公約第 8 條之住宅保護時，對於住宅的定義是

---

[17] Michaud v. France (12323/11, 2012) §117；包括律師事務所內電腦硬碟、電子郵件、電磁資料等均屬之,see Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights – Right to respect for private and family life, consel of Europe, 2017, Rn.406.

[18] Michaud v. France,§91; Müller v. Germany, §38.

[19] See Kopp v. Switzerland, §71-73. ; vgl. SK-StPO/Meyer, a.a.O., Rn.330. 本件人權法院認為該案內國法未區分特權保護範圍，監聽律師事務所有電話，違反公約。

[20] Lindstrand Partners Advokatbyrå AB v. Sweden Judgment of 20 December 2016 (18700/09) ; vgl. SK-StPO/Meyer, a.a.O., Rn.330.

[21] 例如監聽當事人，截聽到與辯護人對話，發現辯護人涉嫌共犯, see Versini-Campinchi et Crasnianski c. France, 16 juin 2016 (49176/11)；又如為有效對抗高度複雜形式的間諜、恐攻犯罪對民主社會之威脅，基於國家安全利益，在嚴格的要件與程序要求下，例外情況不排除監聽時包含干預到公約第 6 條權利的對話內容，並不違反公約，see Klass and Others v. Germany, judgment of 6 September (19785029/71).

[22] SK-StPO/Meyer, a.a.O, Rn.297.

[23] André and Another v. France, §§41-42,47.

[24] Id. §42.

採取廣義的解釋，並不限於私人家宅(privates Heim)[25]，特定的營業空間(Geschäftsräume)，特別是屬於自由業的營業處所，也在保護範圍，包括律師事務所[26]。不過人權法院認為只要內國法符合法律保留及公約的要求，律師事務所是可以執行搜索扣押；但由於搜索律師營業處所及扣押相關文件，會破壞其職業秘密及與客戶的信賴關係，甚至可能涉及客戶受公平審判權（公約第 6 條），因此需要有特別的程序擔保(special procedural guarantees)、充分而有效保護機制(safegards)以避免濫權或恣意，並提供有效的審查機制(effective scrutiny)[27]。

因此在審核律師事務所的搜索票上，人權法院認為公約第 8 條第 2 項的要件必須從嚴解釋，所謂干預措施為達成目的是民主社會中所必要的必要性，必須解釋為有迫切的社會需要(pressing social need)[28]。該院並在案例上建立了嚴謹比例原則審查基準。除了有法律授權基礎、要求法律足夠明確避免實務產生歧異見解[29]，且必須基於公約第 8 條第 2 項列舉的正當目的外，上述所謂特別的程序擔保、有效審查機制，及足夠的保護機制，可分為事前、執行中、事後三階段說明：**(1)事前法官核票(司法審查)，且門檻提高：**事前必須是由法官或類似法官具有獨立地位者簽發之令狀[30]。法官審核時除必須考量本案所涉罪名的嚴重性外，尚應注意簽發搜索票的方式、狀況與應扣押物範圍，對於律師事務所盡量侷限在合理範圍，避免損及相關人之聲譽[31]。如前所述，人權法院對於得扣押之物及扣押數量並未有具體的限制，但令狀的記載有較高的要求[32]，應扣押物記載應具體明確，但以關鍵字方式形容是足夠的[33]。**(2)執行中避免濫權或恣意之保護機制：**執行搜索律師

[25] Sallinen and others v. Finland,§70.
[26] 以上說明及人權法院具體案例引用，參見 SK-StPO/Meyer, a.a.O. Rn.58,59.
[27] Roemen and Schmit v. Luxembourg, judgment of 25 February 2003 (51772/99), §69; André and Another v. France, §§41-43; Heino v. Finland, judgment of 15 February 2011 (56720/09), §45.
[28] See, for example Buck v. Germany, §44. 本案並非搜索律師事務所，惟人權法院在說明搜索律師事務所要件時，有提及本案，see Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights – Right to respect for private and family life, consel of Europe, 2017, Rn.307,309.
[29] Sallinen and others v. Finland, §91; Kopp v. Switzerland, §63,75 .
[30] Sallinen and others v. Finland, §89; Heino v. Finland, §40-44.
[31] Buck v. Germany, §45.
[32] SK-StPO/Meyer, a.a.O. Rn.296.
[33] Servulo & Associados - Sociedade de Advogados, RL u.a. gg. Portugal, Urteil vom 3.9.2015, (27013/10),§74，本案搜索令狀列出 35 個關鍵字，指出應扣押物為出現這些關鍵字之文件。本件雖然扣押事務所內大量檔案及電磁資料，人權法院認定無違反公約第 8 條。

事務所過程，人權法院原則上要求有中立第三者在場，負責檢視是否有禁止扣押之律師客戶秘匿特權所保護之文件。不過如果受搜索之律師或律師事務所有代表在場，並可檢視是否有不應扣押之文件，亦屬於有適當之保護機制[34]。又如德國對受搜索文件之檢視，原則為檢察官之權限，亦未受人權法院指為不合公約要求[35]。**(3)事後應有有效的司法救濟程序：**作為程序的有效擔保，除了有事前應由法官或類似法官獨立地位者審核令狀外，搜索、扣押執行後，應有立即可提起審查的救濟程序，程序應由具獨立性的法官來加以審核[36]。此外，該院也特別強調，扣押執行後，應該立即製作扣押物清單[37]，如果有所遲延將會影響關係人的救濟程序[38]。

二、德國法

(一)由拒絕證言權發展的律師與當事人間信賴關係保護，涉及的保護利益有多面向，包括公共利益

德國有關律師與當事人秘匿特權相當的法律概念為「律師與客戶之信賴關係」(Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant)保護，此信賴關係之保護，主要從德國刑事訴訟法(下稱德刑訴法)第 53 條特定職業人士拒絕證言權的規定發展而出。德國聯邦憲法法院即曾指出，保護特定職業與其客戶間的信賴關係，是公民生活需求不可或缺的一部分，並具有值得保護的利益(ein schutzwürdiges Interesse)[39]。而律師與當事人間信賴關係是具有多面向的保護利益[40]。聯邦憲法法院認為就當事人的利益而言，係自基本法第 2 條第 1 項人格權(人格發展自由)結合第 1 條人性尊嚴的基本權導出，並在不同面向，可涉及律師的職業自由、當事人的資訊自

---

[34] Lindtrand Partners Advokatbvrå AB v. Sweden judgment of 20 December 2016 (18700/09), §§85,96.本件無違反公約第 6 條、第 8 條。

[35] 在 Niemietz 一案中，人權法院並非指摘德國法沒有規定中立第三者在場檢視文件，而是因此認為搜索票之記載空泛，而無其他必要之限制，就該個案而言，更顯得特別不合比例(Niemietz v. Germany, §37)；而在 Buck 一案中，也強調德國法律規定與實務運作，已有充分保護機制，僅該個案本身執行逾越比例原則(Buck v. Germany, §§ 46-52)。

[36] Servulo & Associados - Sociedade de Advogados, RL u.a. gg. Portugal, §§ 103f.

[37] Id, §105.

[38] Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, judgment of 16 October 2007 (74336/01), §§ 61,63.

[39] BVerfG NJW 1972, 2214.

[40] Vgl. LR-StPO/ Ignor/Berteau, § 53, Rn.1; SK-StPO - Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK/Rogall, 5. Aufl. 2018, §53 Rn.4-11. (前揭索引文獻後者，內容基本上對信賴關係保護說有所批評)

主權；而在客戶具有刑事被告身分時，更涉及法治國原則下公平審判的不自證己罪、受有效辯護協助等基本權[41]。除相關個人基本權外，此信賴關係的保護，亦關乎有效且有序的司法公共利益(Interesse der allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege)[42]。

就律師而言，保密是律師的基本義務(德國聯邦律師法第 43a 條)，也是職務行使不可或缺的一環，而享有基本法第 12 條第 1 項的保護[43]。就保密義務而言，德國刑法第 203 條第 1 項第 3 款，對律師洩漏客戶秘密有刑事處罰規定；而權利方面，律師享有訴訟上的拒絕證言權，例如在刑事訴訟上，依德刑訴法第 53 條第 1 項第 2 款(辯護人)、第 3 款(律師)之證人拒絕證言權。

(二)區分法律事件律師與當事人信賴關係、辯護人與被告信賴關係

此外，基於拒絕證言權，延伸出來保護信賴關係免於國家干預的特權，以德刑訴法之規定為主。歸納德刑訴法之規定及相關實務穩定的見解，對**律師與當事人間信賴關係之保護，主要可區分當事人具有刑事被告或相當於被告之地位時，與當事人非刑事被告身分兩類，而有不同保護強度。**

1. 一般法律事件律師與當事人信賴關係之保護—相對性的保護

首先，德刑訴法第 53 條一般性的給予辯護人及其他代理法律事件的律師拒絕證言權，其拒絕證言範圍涵蓋只要當事人基於信任所提供，而不論是在刑事、民事或是其他法律事件(Rechtsangelegenheit)中所獲之資訊[44]，且不限於已有委託關係，包括徵詢委託階段，或雖非以律師身分進行諮商，只要實質內容符合上述要件，即在拒絕證言權範圍。至於抽象法律問題的諮詢、擔任企業監察的活動、擔任破產清算人等業務，依照德國實務見解，均不在律師得拒絕證言權範圍[45]。此外，依德國洗錢防制法

[41] BverfG HRRS 2005 Nr.549, Rn.78-95.
[42] KK-StPO/Bader, 9. Aufl. 2023, StPO §53 Rn.16; u.a. BVerfG HRRS 2015 Nr. 6, Rn.18, (2 BvR 2928/10, 2014)
[43] BverfG HRRS 2005 Nr.238, Rn.103 (Urteil v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01)
[44] LR-StPO/ Ignor/Berteau, § 53, Rn.34.
[45] 相關德國實務見解，參見 LR-StPO/ Ignor/Berteau, § 53, Rn.34.

(Geldwächebekämpfungsgesetz)，律師亦有洗錢犯罪之通報義務(該法第 11 條第 1、3 項)，其拒絕證言權因此受到限縮(不過通報義務係向職業公會再由公會向偵查機關通報)[46]。此外，享有拒絕證言權之辯護人、律師，依照 2011 年修訂德刑訴法第 160a 條第 1 項，給予其與當事人間信賴關係排除強制處分干預之保護。不過搜索、扣押因仍適用同法第 97 條之規定(同法第 160a 條第 5 項)，因此若非辯護人與被告關係，仍得為搜索扣押(詳下述)。

2. 辯護人與被告信賴關係之保護—憲法層級的保護

至於當事人具有被告地位時，即進一步形成辯護人與被告間之關係(Verteidiger-Mandanten-Beziehung)，聯邦憲法法院認為辯護人與被告間的信賴關係，是有效辯護不可或缺的基礎[47]。而其秘匿的自由溝通權，屬於德國基本法第 2 條人格權、法治國原則下公平審判與有效辯護的核心領域[48]。德刑訴法第 148 條第 1 項即明文：被告，包括人身自由受拘束之在監在押被告與辯護人間，無論以書面或口頭的溝通均受保障，依同法第 160a 條第 1 項規定，並給予不受強制處分權干預的保護，亦即不只有證據使用禁止(Beweisverwertungverbot)，在前端即有禁止蒐證的證據調查禁止(Beweiserhebungsverbot)[49]。不過，辯護人與被告的自由溝通權也不能濫用，依照上開德刑訴法第 160a 條第 4 項規定，當律師涉及包庇犯罪、妨礙司法(串證或滅證)、涉嫌贓物罪時，則不適用該條第 1 項、第 2 項之保護。

德刑訴法第 97 條有關禁止扣押物之規定，實務認為係同法第 160a 條之特別規定(參見同條第 5 項)。關於搜索扣押應優先適用第 97 條，而非第 160a 條。第 97 條就僅限於當事人已具有相當被告的地位時，律師與客戶之書面或其他紀錄資訊或檔案才得排除扣押[50]，此保護的侷限也獲得聯邦憲法

---

[46] LR-StPO/ Ignor/Berteau, § 53, Rn.34.
[47] BVerfG HRRS 2005 Nr.238, Rn.105(Urteil v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01)
[48] Vgl.LR-StPO/ Jahn, § 148, Rn.1. BVerfGE 109, 279= NJW 109,279.
[49] 參見德國刑訴法第 160a 條第 1 項之規定。
[50] 德國刑訴法第 97 條第 1 項：下列物不得扣押：(1)被告與依第 52 條或第 53 條第 1 項第 1 款至第 3b 款有拒絕證言權人間之書面通訊; (2)第 53 條第 1 項第 1 款至第 3b 款所稱之人，就被告對其信賴告知知識項或拒絕證言權所涵蓋之其他情況所作之紀錄; (3)其他為第 53 條第 1 項第 1 款至第 3b 款拒絕證言權所及物件，包括醫生檢查結果報告。

法院的支持[51]，認為禁止扣押的範圍必須嚴格解釋，保護當事人與其律師間秘匿的資訊利益，與有效的刑事追訴之憲法要求及探究真實的公共利益相對立，從而弱化了實體刑法保護法益的目的[52]。所以此類權利和禁止的說理或是擴張適用都需要有基於法治國原則的正當性[53]，一般解釋禁止扣押被告辯護人之資料，認為僅限於客戶(例如 A)為被告之特定案件，但如果他人(例如 B)為被告之案件，包括辯護人本身為被告，則具被告身分 A 之文件資料，仍可扣押使用於被告 B 或辯護人本人之刑事案件[54]。

惟上開禁止扣押物，也有法定例外情況(同條第 2 項但書)，亦即：1. 當有事實合理懷疑律師涉及包庇犯罪、妨礙司法(串證或滅證)、涉贓贓物罪時；2. 實施犯罪之工具或計畫使用之工具、犯罪所得或所生之物均不在禁止扣押之列。

(三)律師事務所之搜索

德刑訴法有關搜索之規定在第 102 條至第 110 條，扣押之規定在第 94 條至第 98 條；搜索有區分對被告(第 102 條)與對第三人(第 103 條)之搜索，而對於律師事務所的搜索扣押並無特別規定，不論律師作為犯罪嫌疑人或第三人，並不排除搜索或扣押之強制處分，僅司法實務對搜索律師事務所有較高的比例原則要求。

聯邦憲法法院即曾指出，在律師執行業務的空間範圍內，於審查強制處分的比例適當性時，必須注意保護律師與客戶間的信任關係，以符合追求有效和有序司法的公共利益，特別是根據第 103 條對無犯罪嫌疑人身分的律師搜索其事務所，這一點更為重要[55]。聯邦憲法法院提醒強制處分比例適當性(Angemesenheit)的審查[56]，除了所涉犯罪嫌疑的程度外，包括罪行的嚴重

---

[51] BVerfG NStZ 2019,159 (162).
[52] A.a.O., vgl. auch BVerfGE 33, 367(383)；BVerfGE 38, 312(321)；BVerfGE 77, 65 (76)
[53] A.a.O., vgl. auch BVerfGE 33, 367(383)；BVerfGE 77, 65 (76)
[54] LR-StPO/ Ignor/Berteau, § 97, Rn.24-25.
[55] BVerfG HRRS 2015 Nr. 6, Rn.18, (Beschl. v. 6. November 2014 - 2 BvR 2928/10)
[56] 此處指狹義比例原則，使用的手段(造成的侵害)與為達成之目的必須符合比例，在偵查的強制處分上即指該處分的侵害與欲查明的犯罪間必須符合比例。(Schließlich muss der jeweilige Eingriff in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Tat und der Stärke des Tatverdachts stehen,vlg. u.a. BVerfG, Beschl. v. 06.05.2008 – 2 BvR 384/07, Rn.12.

性、可預期的刑度均須列入考量。如果僅為微小處罰的犯行而搜索律師事務所是不合比例的[57]，此外，證據價值不高、犯罪嫌疑過於空泛而發動搜索，也是不合比例的[58]。

此外，搜索律師事務所時，對於扣押範圍，應注意上開第 97 條第 1 項，對於本案被告與其辯護人(律師)間往來資訊禁止扣押之規定。縱然禁止扣押範圍僅限於被告身分者與其律師之關係，但由於搜索行動觸及大量與訴訟無關的資訊，影響到與本案無關的眾多人員，因此執行時必須盡可能避免查扣與訴訟無關的文件或資訊。 因此在決定扣押前，即檢視文件的階段(德刑訴法第 110 條)，有必要盡可能地根據關聯性仔細檢查和區分文件是否得以扣押[59]。所謂文件的檢視階段，**指德刑訴法第 110 條之規定，該條第 1 項係關於執行搜索時，檢閱受搜索文件，包含電磁紀錄(同條第 3 項)，原則上屬於檢察官之權限**，但檢察官可授權司法警察(德國法院組織法第 152 條之官員)為之；惟同條第 2 項又規定，若文件或電磁紀錄持有人不同意在場官員檢閱時，而又有檢閱之必要時，即必須於持有人面前，當場封緘送交檢察官。

上述德國內國法上立法與司法實務，人權法院肯認符合公約之標準，僅在執行面有個案因逾越比例原則而遭指摘[60]。

三、美國法

(一)律師與當事人之秘匿特權，本為普通法(commen law)保障之權利

美國法上律師與當事人間之秘匿特權(Attorney-Client Privilege)，係指對於律師與當事人間為給予或取得法律諮詢之秘密溝通的保護[61]。聯邦層次的相關規定在聯邦證據規則第 501-503 條，其中第 502 條(g)項給予定義：該權利係指**相關法律所定**對於律師與其當事人間秘密通訊之保護(attorney-client privilege means the protection that **applicable**

[57] BVerfG, Beschl. v. 06.05.2008 – 2 BvR 384/07, Rn.17
[58] BVerfG HRRS 2015 Nr. 280, Rn.19 (2 BvR 497/12, 2 BvR 498/12, 2 BvR 499/12, 2 BvR 1054/12).
[59] BVerfG Beschluss vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02, Rn.101,107,118.
[60] Buck v. Germany, §46,52. 另參閱註 35。
[61] Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 389 (1981).

law provides for confidential attorney-client communications)。同規則第 501 條：「有關秘匿特權之主張，除聯邦憲法、聯邦法律或最高法院規則另有規定外，如同聯邦法院迄今依理論與實務所為之詮釋，應**依判例法（普通法）之法則處理之**。」[62]因此，一般認為律師秘匿特權為判例法上的權利，通常在聯邦或州的證據規則出現[63]，且至今尚未有聯邦法院見解承認其為憲法上權利[64]，其雖非憲法上權利，惟公權力對秘匿特權的侵犯，仍會構成憲法上的爭議。其中最主要的就是憲法增修條文第 4 條所指受不合理(unreasonable)的搜索或扣押。而在當事人的刑事訴訟程序上，則會落入增修條文第 6 條有效辯護權的保護範圍[65]。

(二)秘匿特權的範圍以當事人向律師尋求法律意見(legal advice)，並具有秘匿性為限

原則上，在秘匿特權範圍內，當事人有拒絕並防止其他人揭露相關訊息之特權[66]。而秘匿特權之範圍及保護，既然是普通法層次，美國各州規定或透過判決形成範圍或保護即不盡相同[67]。基本上只要是律師與客戶或有意成為客戶之人間的秘匿溝通，內容以尋求法律意見(legal advice)為限，如為單純的商業、稅務或投資諮詢則不在保護範圍[68]。此外，除了當事人(Client)可以放棄特權保護外[69]，秘匿特權的保護也有例外，例如聯邦證據規則第 503 條(d)，即列有 5 項例外，包括為幫助、計劃犯罪或詐騙，而與律師接觸、溝通，則與秘匿特權目的相違，而不在其保護範圍[70]。

---

[62] Federal Rule of Evidence(FRE) Rule 501. Privilege in General: "The common law — as interpreted by United States courts in the light of reason and experience — governs a claim of privilege unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; or rules prescribed by the Supreme Court."

[63] Lang v. Yang 869 F2d, 1008, 1012 n 2 (7th Cir 1989); Partington v. Gedan, 961 F.2d 852 (9th Cir. 1992)

[64] 美國聯邦最高法院則曾表示過，該院並未曾將律師與當事人的秘匿特權認定為憲法上權利, see Maness v. Meyers, 419 U.S. 449 (1975).

[65] Newburyport Clamshell Alliance v. Public Serv. Co. of New Hampshire, 838 F.2d 13,19 (1st. Cir.1988).

[66] FRE Rule 502(b).

[67] See Teri Dobbins Baxter, Great (and Reasonable) Expectations: Fourth Amendment Protection for Attorney-Client Communications (2008). 32 Seattle University Law Review 35 (36), (available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1336980)

[68] 相關美國實務見解整理，See Jackie Unger, Maintaining the Privilege: A Refresher on Important Aspects of the Attorney-Client Privilege, ABA Businesses Law Publication, available at : https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2013/10/01_unger/

[69] See FRE Rule 502.

[70] FRE Rule 503(d)(1)：Furtherance of Crime or Fraud. If the services of the lawyer were sought, obtained or used

(三)秘匿特權的保護為相對性的，搜索律師事務所採嚴格要件

不過享有秘匿特權之溝通內容，縱使是被告與其辯護人間的溝通，並非即得排除公權力為追訴犯罪的強制處分包括監聽及搜索、扣押。美國聯邦法院向來見解，係要求在相關干預措施上，必須對秘匿特權依照排除「與案件相關但係特權所及為限」(only if pertinent but privileged)的原則，將侵害最小化(minimized)[71]。

此外，美國聯邦最高法院肯認立法及實務未區分對犯罪嫌疑人或第三人之搜索，要件均為相當理由(probable cause)，且可對有特權保護文件之處所搜索，並非憲法所禁止[72]。而聯邦上訴法院則直接指明，搜索律師事務所非本質上不合理，但是要仔細審查其特殊性、搜索的範圍，以及搜索後之影響[73]，亦即審查應較為嚴格，核發搜索票必須符合明確性。除了嚴格要件外，實務也有發展不同的保護秘匿特權機制。例如，若律師非犯罪嫌疑人(第三人情形)，如無滅證疑慮，以提出命令為適當，是為提出命令較宜(subpoena preference rule)原則，屬於個案執行上之比例原則考量，而非搜索的前提要件[74]。美國聯邦司法部之檢察官手冊第 9 章，其中 9-19.220 則規定[75]，在通常情況下，對具有秘密性的資料，宜先以提出命令為之，但資料有滅失危險時，應經由檢察總長或其指定之人同意後，得採取搜索。而近期聯邦上訴法院[76]在律師事務所之搜索及扣押，就秘匿特權資料的保護機制(safeguard)，修正了過濾小組(filter team)制度的做法，認為宜先封存相關文件，並由被搜索人(律師)或其代表檢視封存文件，經被搜索人同意，或由法官裁定非特權保護範圍之文件後，方得交由檢方。

至聲請意旨固以 O' CONNOR v. Johnson 案為例，建議採行提出命令取

---

to enable or aid anyone to commit or plan to commit what the client knew or reasonably should have known to be a crime or fraud.

[71] See, for example United States v. Harrelson, 754 F2d 1153, 1169 (5th Cir 1985); United States v. Chagra, 754 F2d 1181,1182 (5th Cir 1985).

[72] Zurcher v. Stanford Daily, 436 U.S. 547, 563-567 (1978).

[73] Klitzman, Klitzman & Gallagher v. Kurt, 744 F.2d 955, 959 (3th Cir 1984)

[74] 明尼蘇達州最高法院在 O'Cornnor 案認為聯邦最高法院並不要求搜索前必須先命提出，但在律師並無犯罪嫌疑且無滅證危險時，直接以搜索律師事務所方式取證，是不合理的。See O'Connor v. Johnson, 287 N.W. 2d 400, 405 (Minn 1979)

[75] Justice Manul Title.9 9-19.220 (Procedure where Privileged Materials Sought Are in Possession of A Disinterested Third Party Physician, Lawyer, or Clergyman)

[76] United States v. Korf, 11 F. 4th 1235, 1243 (11 th Cir. 2021).

代搜索，惟依該判決理由之說明，憲法並未強制要求搜索律師事務所須先以提出命令為前提，且依該案意旨，律師有法律賦予的職業責任，須遵守提出命令(詳見參、附件)。觀諸我國律師法或律師倫理規範並無明定辯護人應即時提出交付，而辯護人無正當理由拒絕即時提出交付者，亦無相關配套罰則，亦無如同美國對於違反法院之命令有藐視法庭罪，若採提出命令優先，於我國刑事訴訟法欠缺違反提出命令之法律效果，及律師倫理規範未盡嚴密之現況下，恐難以期待律師遵守提出命令，致無從有效追訴犯罪與發現真實。

四、小結—我國法體系上，律師與當事人間秘匿特權應有保護

律師與當事人間之秘匿特權，在我國法上應可從刑事訴訟法第 182 條律師、辯護人的拒絕證言權發展形成保護範圍。參照歐洲人權法院見解，此可透過實務運作形成，不待法律規定。而我國經司法院釋字第 603 號、第 689 號解釋，肯認人格權與隱私權之憲法地位，基於人性尊嚴，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障，其內涵保障個人生活私密領域及個人資料之自主權。

而上開秘匿特權，就當事人方面而言，涉及之憲法權利應屬人格權保障範圍，其中包括個人的隱私權及資訊自主權。就律師方面而言，參考人權法院見解，應可認律師之執業隱私受隱私權保障；而揆諸上開比較法的說明，律師與當事人之秘匿關係，尚涉及有效有序司法的公共利益，而公權力為追訴犯罪對之進行干預措施，應有較高的比例原則門檻，但有效的追訴犯罪亦為憲法層次的要求，兩者仍應在個案為權衡。進一步如雙方是相當於辯護人與被告信賴關係時，參照司法院釋字第 654 號解釋，被告與辯護人的自由溝通權，係憲法保障被告辯護依賴權之一環，且屬於公平審判之核心領域，有高度保護之必要，原則上追訴犯罪之公共利益應退讓，但參考比較法上之例外情況，應認為可例外允許強制處分干預。

貳、刑事訴訟法第 122 條第 2 項及第 133 條第 1 項之規定，是否已構成對上開所述權利之侵害而違憲？

一、從比較法觀點，並無違憲疑慮

我國刑事訴訟法(以下未指明為外國法者，均指我國刑事訴訟法)第 122 條第 2 項規範搜索第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，第 133 條第 1 項規範對於可為證據或得沒收之物為扣押，係規範實施搜索扣押之一般性要件。**從比較法觀點，美、德、日立法例均未禁止對於律師事務所實施搜索**，德刑訴法、日本刑事訴訟法(下稱日刑訴法)均區分對於被告與第三人之處所搜索，且未就搜索律師事務所為特別規定，而日刑訴法規定得扣押之標的為證據物或認應沒收之物，與我國第 122 條、第 133 條第 1 項之立法體例類似[77]，由此可知，基於憲法要求有效追訴犯罪與發現真實之重大公益，於具體個案並非不能對律師事務所實施搜索扣押，至於是否有提供足夠之程序擔保及保護與救濟機制、第 122 條第 2 項、第 133 條第 1 項是否合憲，應從我國刑事訴訟程序關於搜索扣押之法規範體系與實務見解整體觀察認定，詳如下述。

二、有關搜索之規範與執行

(一)第 122 條第 2 項符合法律保留、明確性原則與比例原則

按第 122 條第 2 項規定：「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」依本部「檢察機關實施搜索扣押應行注意事項」(下稱搜扣應行注意事項)[78]第 5 點規定，所稱「有相當理由」，指所認定有犯罪證據存在之相當可能性，其程度高於第 122 條第 1 項所定之「必要時」，亦必符合比例原則，始足當之，可知對於第三人律師事務所實施搜索，相較於對被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所實施搜索之要件更為嚴格，上開法律規定要件明確，應認符合法律保留、明確性

[77] 美國聯邦刑事訴訟規則第 41 條未區分對於被告與第三人為搜索扣押；德刑訴法第 102 條、第 103 條區分對於被告與第三人為搜索；日刑訴法第 102 條區分對於被告與被告以外之人為搜索。另依日刑訴法第 99 條、第 218 條規定，法院於必要時，得扣押證據物或認應沒收之物，檢察官就犯罪偵查於必要時，依法官所發之令狀，得為扣押。是扣押標的為證據物或認應沒收之物。

[78] 本部制訂「檢察機關實施搜索扣押應行注意事項」，以行政規則規範搜索扣押執行方式與內部控制。落實迄今，不只重要政府機關、大專院校及媒體事業機構，舉凡認有重大影響基本權之處所，檢察官多於聲請搜索前，報告其主任檢察官層報檢察長，或共同研商決定，俾利審慎實施搜索扣押，加強保障人權。

原則與比例原則。又第 122 條第 2 項以有相當理由可信為「被告或犯罪嫌疑人」存在，目的係為查緝被告或犯罪嫌疑人；「應扣押之物或電磁紀錄」存在，係為搜索取得可為證據或得沒收之物或電磁紀錄而言，涉及辯護人與被告間秘密溝通內容者，實務上原則不得扣押(詳下述)，若以此等不得扣押之物為聲請搜索扣押之標的，自始不符合搜索之法定要件，除此以外，為防止以秘匿特權規避犯罪偵查、勾串滅證或為追緝已逃亡之被告，於符合法定要件之前提下，仍得實施搜索。

(二)搜索採取法官保留，聲請與核發搜索票均符合嚴格要件

依第 128 條規定，搜索採取法官保留。依同法第 128 條之 1 第 1 項規定，偵查中檢察官認有搜索之必要者，除逕行搜索之情形外，應以書面記載第 128 條第 2 項各款規定所列之事項，並敘明理由，聲請該管法院核發搜索票。又依搜扣應行注意事項第 10 點規定，檢察官向法院聲請搜索票時，應備妥聲請書，將第 128 條第 2 項各款規定所列之事項，逐一記載，且力求明確，並釋明對於第三人處所實施搜索之相當理由，足見相關法令已明定檢察官聲請搜索扣押應釋明符合法定要件，並具體指明搜索扣押範圍。而司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，依第 128 條之 1 第 2 項規定，得報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票，亦應由檢察官依上開法令嚴格把關符合法定要件與特定搜索扣押範圍。

其次，依第 128 條第 2 項第 3 款規定，搜索票應記載應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄，依同條第 3 項規定，法官並得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。準此，法院核准對於第三人律師事務所實施搜索時，應於搜索票明確記載搜索律師事務所之處所、身體、物件或電磁紀錄之範圍，並得具體指示就被告與辯護人間秘密溝通內容之物件、電磁紀錄等，不得扣押，及如何保護此等物件、電磁紀錄之具體措施，以符合嚴格要件。是以法院自得依法審酌律師事務所之特殊性，就具體個案搜索律師事務所之相當理由與必要性，嚴格審查以判斷是否核發搜索票。

(三)執行方式符合最小侵害及恪遵比例原則

對於第三人律師事務所實施搜索扣押，其聲請與核發搜索票均經嚴格審查是否符合法定要件，及具有搜索之必要性。依本部統計數據，偵查中對於第三人律師事務所實施搜索扣押之情形，極為少見[79]，足見實務對於第三人律師事務所搜索，十分嚴謹而審慎，無恣意之虞。

另依第 124 條規定：「搜索應保守秘密，並應注意受搜索人之名譽。」又依搜扣應行注意事項第 3 點規定：「檢察官實施搜索扣押，應嚴格遵守偵查不公開規定，並依比例原則，擇其適當方法，務期於損害最小、影響最少之情形下，審慎執行之。」基於偵查犯罪具有時效性與密行性，偵查中實施搜索扣押均不公開，並應依比例原則，採取最小侵害之方式妥慎、迅速為之，適足以維護律師事務所之聲譽，亦無侵害律師執業隱私權。

又第 133 條第 3 項規定：「對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，得命其提出或交付。」準此，法院縱已核發對於第三人律師事務所之搜索票，執行中審酌個案情形，認為應扣押之物並無滅失或遭偽、變造之虞者，自得以干預基本權程度較低之「命其提出或交付」為之，此亦符合美國實務於個案執行時，可考量比例原則「提出命令較宜」之精神。

三、有關扣押之規範與執行

(一)第 133 條第 1 項符合法律保留、明確性原則與比例原則

第 133 條第 1 項規定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」業已明確規範扣押範圍，以「可為證據之物」或「得沒收之物」為限。而依第 135 條第 1 項第 2 款但書規定，被告與辯護人往來之郵件、電報，在郵務或電信機關，或執行郵電事務之人所持有或保管者，原則不得扣押，旨在保障被告辯護倚賴權，然而為達成憲法要求有效追訴犯罪與發現真實之正當目的，對於非屬被告與其辯護人間之秘密溝通，或涉及現在進行中或未來犯罪之

[79] 依本部統計，近 3 年(109 年至 111 年)「聲搜」與「警聲搜」聲請案件，共計 5 萬 8639 件(其中「聲搜」541 件與「警聲搜」5 萬 8098 件，不含同意搜索)，依司法院全球資訊網司法統計年報，109 年、110 年(不含 111 年度)，核准件數已達 2 萬 9932 件(109 年度核准 1 萬 5760 件、110 年度核准 1 萬 4172 件，截至 112 年 3 月 16 日止，111 年度核准件數尚未公布)。近 3 年搜索律師事務所共計僅 20 件(含同意搜索)，其中僅有 2 件係因律師事務所為犯罪行為地，故對於第三人律師事務所實施搜索，其餘 18 件係因律師為被告或犯罪嫌疑人，或因律師涉及湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人而為搜索。

討論，或可認為犯罪證據或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，或為追緝已逃亡之被告等內容，例外得予扣押。

(二)辯護人與被告間秘密溝通內容，實務上原則禁止扣押

又為有效保障被告與辯護人之自由溝通權，實務已擴大不得扣押之範圍，依本部 93 年 4 月 27 日法檢字第 0930801416 號函釋：「……，律師因業務上知悉之秘密，如涉及辯護人與被告間基於信賴關係所獲知者，例如被告向辯護人坦承犯罪事實所作成之文書紀錄，應不得為搜索扣押之客體，否則亦將侵害被告之辯護倚賴權，惟辯護人之權限並不包括為被告隱匿或湮滅罪證，若涉及湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，縱係在辯護人持有或保管中之物，亦得為扣押之客體，否則無異鼓勵犯罪人，只要將犯罪證據寄放於辯護人處，即可不被扣押而脫免於罪。」衡諸第 135 條第 1 項第 2 款但書保障被告辯護倚賴權之立法意旨，該條法律文義所涵蓋之範圍顯然過狹，以致不能貫徹該規範之意旨，故**透過本部上開函釋，目的性擴張解釋辯護人與被告間基於信賴關係所獲知秘密之「文書紀錄」不得扣押，且不得「搜索」**。至其他承載辯護人與被告間秘密溝通內容之物件、電磁紀錄，亦可目的性擴張解釋適用第 135 條第 1 項第 2 款但書規定。本部就檢察機關提案法律問題研提意見並作成函釋後適用迄今，經檢察機關多年落實辦理，本件具體個案中臺灣高等法院 100 年度偵抗字第 633 號裁定理由亦同此意旨，足認已發展為實務穩定見解，符合人權法院認為對於秘匿特權之保障，不限於法律層次，並可透過實務見解形成保護之意旨，與美國實務最小侵害原則相符。

(三)扣押之審查採取法官或檢察官保留，並符合嚴格要件

附隨於搜索之扣押，應依法院核發之搜索票執行，採取法官保留，已如前述。另依第 136 條第 1 項規定：「扣押，除由法官或檢察官親自實施外，得命檢察事務官、司法警察官或司法警察執行。」採取法官或檢察官保留。於我國刑事訴訟程序，檢察官依第 2 條第 1 項規定，應於被告有利及不利

之情形，一律注意，負有客觀性義務，因此，不論法官或檢察官親自實施或命檢察事務官、司法警察官或司法警察執行扣押時，均應具體指明扣押範圍，並注意律師事務所之特殊性，從嚴審查扣押標的是否屬辯護人與被告間秘密溝通內容，若非犯罪證據、有勾串滅證之虞或為追緝已逃亡之被告等情形，自不得扣押。

(四)執行方式符合最小侵害及恪遵比例原則

偵查中執行扣押時，應注意第 124 條及搜扣應行注意事項第 3 點規定，以最小侵害方式審慎執行，避免影響律師事務所之聲譽，已如前述。另第 142 條第 1 項前段規定：「扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之。」第 2 項規定：「扣押物因所有人、持有人或保管人之請求，得命其負保管之責，暫行發還。」據此，若有誤為扣押、已調查扣押物完畢或得由律師事務所自行保管之情形，得循上開規定迅速發還，以維護辯護人與被告之權益。

四、對於律師事務所搜索扣押，除事前採法官保留原則，已有事中檢視扣押物與事後救濟相關規範

依第 128 條第 3 項規定，法官得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。準此，法院於核發搜索票時，應審酌律師事務所之特殊性，視具體個案情形，得於搜索票上得具體指示執行人員搜索律師事務所取得之扣押物，應先封緘送法院檢視審查，屬被告與辯護人間秘密溝通內容，且無涉及犯罪證據或勾串滅證等權利濫用情形者，不得扣押。

對於律師事務所實施搜索扣押時，依第 148 條規定，應命住居人、看守人或可為其代表之人在場；如無此等人在場時，得命鄰居之人或就近自治團體之職員在場。又依第 139 條、第 42 條規定，扣押物應加封緘並蓋印，並制作扣押物收據付與所有人、持有人或保管人；另應制作搜索扣押筆錄，於筆錄內詳記扣押物之名目，或制作目錄附後，並應令上開應命其在場之人簽名、蓋章或按指印。據此，上開應命在場之人或在場之當事人，依法得全程

參與檢視扣押物，確認扣押物是否屬秘匿特權保護範圍而不得扣押，併就扣押物之名目數量詳細確認後，上開應命在場之人於搜索扣押筆錄簽章或按指印。又實務執行搜索扣押均全程錄音錄影，可擔保上開檢視扣押物與搜索扣押過程符合正當法律程序。

執行過程中，上開應命在場之人或在場之當事人就扣押物是否屬秘匿特權保護範圍，如有爭議，基於偵查中之扣押為檢察官保留，自得由負有客觀義務之檢察官檢視認定，此與德刑訴法第 110 條檢視文件原則屬檢察官權限，並無不同[80]。此際，上開應命在場之人或在場之當事人得請求執行人員先將扣押物封緘，送交檢察官檢視認定。若仍有不服，受處分人得即時依第 416 條第 1 項第 1 款規定，向該管法院聲請撤銷或變更搜索扣押處分，並聲請先將扣押物封緘送交法院檢視審查，經審查屬秘匿特權保護範圍者，不得扣押。

檢察官或司法警察官於聲請核發之搜索票執行後，依第 132 條之 1 規定，應將執行結果陳報核發搜索票之法院，法院得審查執行搜索扣押之合法性。又搜索扣押處分固已執行終結，受處分人仍得依第 416 條第 1 項第 1 款聲請撤銷或變更原處分，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回，又依第 416 條第 2 項規定，搜索扣押經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據，已有明文規定救濟途徑及證據禁止之法律效果。

五、本案雖屬法規範憲法審查，惟依聲請意旨應屬個案執行問題，但本案搜索扣押「犯罪證據」亦無違法、違憲

本案聲請意旨固認臺灣高等法院 100 年度偵抗字第 633 號確定裁定適用之第 122 條第 2 項、第 133 條第 1 項違憲。惟依上開裁定意旨，該案經法務部調查局臺北市調查處聲請搜索扣押○○公司委託聲請人律師等人撰寫文件回覆證期局要求提出之說明，係涉及該案內線交易案件之重要證據，並經原審法院審查結果，認其聲請與刑事訴訟法之相關規定並無不合，據此

[80] 德刑訴法未規定由中立第三者在場檢視文件，人權法院對此未認為違反公約，詳見頁 5 至 6 及註 35。又由受搜索人(律師)或應命其在場之人(可為律師事務所代表之人)檢視文件，符合美國法近期實務判決發展，詳見頁 12，亦可有效避免辯護人與被告間秘密溝通內容或偵查秘密外洩等問題。

裁定核發搜索票，並經抗告法院認定於法無違等語。可知該案搜索扣押標的既屬「犯罪證據」，且○○公司亦非該案違反證券交易法等案件之被告或犯罪嫌疑人，與辯護人與被告間秘密溝通內容無關，本非在不得扣押之列，該案搜索扣押「犯罪證據」，於法並無不合，且無違憲疑義。

六、小結

律師與當事人間秘匿特權，涉及當事人隱私權、律師職業特權與職業隱私權之保障，若進一步為辯護人與被告間之秘密溝通內容，因屬被告受實質有效辯護協助之辯護倚賴權與公平審判之核心領域，應受更高度保障，惟對於律師事務所實施搜索扣押，於具體個案具有追訴犯罪與發現真實之重大公益，上開所涉基本權利均非絕對不得以公權力干涉。又從比較法觀點，美、德、日立法例均未禁止對於律師事務所實施搜索，且從我國法角度，第 122 條第 2 項、第 133 條第 1 項之規範符合法律保留、法官保留、明確性原則與比例原則，若涉及辯護人與被告間秘密溝通內容，則提升其保護，目的性擴張解釋第 135 條第 1 項第 2 款但書規定，原則不得扣押，並應予嚴格審查。於我國法規範與函釋之補充下，辯護人與被告秘匿特權之保護，已透過實務見解形成保護。又自實務執行之內在界限而言，檢察官對於第三人律師事務所聲請搜索，均依法律及相關要點規定審慎判斷是否符合法定要件，法院亦有嚴謹審查基準且可依法為具體指示，實務上實施搜索扣押方式須符合最小侵害手段，並已有事中檢視扣押物、事後救濟與證據禁止等相關程序擔保規範，可避免濫權或恣意，確保搜索扣押限制基本權之程度，與追訴犯罪與發現真實之公共利益間，損益均衡，符合人權法院層級化的保障與個案權衡之審查基準，亦與德國、美國法實務採取嚴格要件之標準無異，應無違憲之疑慮。

參、有關本案釋憲聲請書、釋憲聲請補充理由書引用外國判決之主張，與判決見解容有不同處，本部說明如附件。

此　致

憲法法庭　公鑑

中　華　民　國　1　1　2　年　3　月　1　6　日

具狀人　法務部

代表人　黃謀信

撰狀人　簡美慧

周芳怡

林麗瑩

法務部

法規範憲法審查言詞辯論意旨書

(111 年度憲民字第 904052 號聲請案及相關併案共 34 件)

目錄

壹、死刑作為法定刑之一(刑法第 33 條第 1 款)應合憲 1
一、死刑不當然違反生命權之保障，尚應就比例原則權衡之 1
二、死刑不當然侵犯人性尊嚴或構成酷刑，應視其目的、方法及程序予以審究 2
(一)人性尊嚴內涵非固定不變，應依現今(一般)理解來判斷 3
(二)死刑如與罪責原則緊扣，非依預防目的而工具化犯罪人、執行避免殘酷，可符合人性尊嚴 3
三、死刑作為刑罰手段，並不違反比例原則（刑罰目的檢驗） 4
(一)死刑在基於罪責衡平的目的觀下，應肯認其具有適當性 4
(二)死刑係針對非死刑不足以衡平罪責的情節最嚴重犯罪，但若基於特別預防的可能性，仍得選擇避用之，符合必要性原則 . 6
(三)死刑對情節最嚴重的犯罪，在罪刑相當下，無其他刑罰可能的不得已情況，符合手段相當原則，具最後手段性 7
(四)小結 7
四、死刑是否違反平等原則需視個案適用程序審究 8
五、死刑目前並不違反國際法，禁止死刑亦非有共識的國際法原則 9
六、謹守憲法解釋的界限，應維持向來死刑合憲之見解 9
(一)基於權力分立，貴院應採司法自制(judicial self-restraint)的審查立場，尊重行政與立法的形成空間 10
(二)死刑是重大、艱難的爭議問題，國內尚無共識，不宜透過憲法解釋改變見解 12
(三)以政治上達成共識為前提—歐洲人權法院的動態目的性解釋 12
(四)避免引發憲政爭議，解釋應進行後果衡量(結果取向的解釋) 13
貳、死刑可適用之範圍與程序要求 14
一、本釋憲案所涉罪名條文經由公政公約補充要件，死刑作為法定最高刑度，為不得已之最後刑罰，符合比例原則，均屬合憲 14
(一)刑法第 271 條第 1 項殺人罪 15
(二)刑法第 226 條之 1、第 332 條第 1 項、第 348 條第 1 項 16

二、刑法第 19 條屬責任能力之規範，與被告之精神狀況得否量處死刑，屬所謂「刑罰受容性」之判斷不同，並無違憲疑義 17
三、死刑案件程序面之特別保障 18
(一)死刑案件為強制上訴、強制辯護、三審言詞辯論案件，審理不得逾 8 年 18
(二)公政公約補充現行法公平審判程序規定 19
(三)實務發展死刑量刑基準及程序要求，避免裁量恣意或歧視 19
(四)死刑量刑應排除恣意及歧視，但量刑評決一致決並非憲法要求 20
(五)死刑判決確定後，仍得提起特別救濟程序，不限次數，程序未終結前不得執行 21

法規範憲法審查言詞辯論意旨書

案號：111 年度憲民字第 904052 號聲請案及相關併案共 34 件

相　對　人　　法務部

代　表　人　　郭永發

訴訟代理人　　簡美慧

林麗瑩

李仲仁

為法規範憲法審查案件提出言詞辯論意旨書事：

答辯聲明

聲請人之聲請駁回

答辯要旨

死刑不當然違反生命權之保障，本案所涉罪名符合公民與政治權利國際公約(以下簡稱公政公約)最重大犯行，死刑作為法定刑最高刑度，為不得已之最後刑罰，符合憲法第 23 條比例原則，亦不當然侵犯人性尊嚴或構成酷刑，應視其目的、方法及程序審究；另刑法第 19 條屬責任能力之規範，與被告之精神狀況得不量處死刑，屬所謂「刑罰受容性」之判斷不同，並無違憲疑義，又死刑案件程序面已有特別保障，且禁止死刑尚非國際法原則之共識，從憲法解釋的界限，應維持向來死刑合憲之見解。

理由

壹、死刑作為法定刑之一(刑法第 33 條第 1 款)應合憲

一、死刑不當然違反生命權之保障，尚應就比例原則權衡之

生命權可由憲法第 15 條生存權導出(司法院釋字第 476 號、第 792 號參照)。惟依照基本權保障體系，憲法列舉之基本權仍得在第 23 條法律保留、比例原則之框架下限制之。或有質疑憲法第 23 條用語為基本權得以法律「限制」之，是否包括基本權之「剝奪」？惟此處不應拘泥表面字義，從解釋方法亦無從得出生命權的限制不包括剝奪。德國基本法第 2 條第 2 項保障生命權，而同項但書亦容許以法律干預(eingegriffen)。在此「干預」

生命權只能是剝奪，即死亡，此乃生命權的特殊性，**係所謂全有或全無的基本權**（"Alles-oder-Nichts" Grundrecht），為其他基本權干預所無，而剝奪生命也將同時剝奪其他基本權的基礎[1]。因此縱允許生命權得依法干預（剝奪）之，但對生命權的干預比其他基本權干預需要憲法上更高的正當理由[2]。

基於生命權具有特殊的根本地位，德國聯邦憲法法院強調，生命權在基本法秩序中代表一個最高的價值，是人性尊嚴關鍵（vital）的基礎，也是其他基本權的前提[3]，但無論如何，禁止剝奪生命的誡命並非絕對（das Tötungsverbot ist nicht absolut）[4]。尚必須看是否符合憲法第 23 條的比例原則界限（詳後述）。

二、死刑不當然侵犯人性尊嚴或構成酷刑，應視其目的、方法及程序予以審究

人性尊嚴在我國憲法基本權未有明文，但已成為我國釋憲者經常引據於解釋或判決理由中[5]，司法院釋字第 567 號並將之提升至憲法的最高價值，具有不容國家機關以任何理由、任何方式予以侵害，此即參酌德國學說、實務對基本法第 1 條第 1 項所定人性尊嚴不得侵犯、具有絕對性及指引所有基本權之地位的看法[6]。其精神在於人都有自我的價值，受國家權力絕對的尊重，人是自主的而非受支配的物[7]。就生命權的干預，一般認為在符合保障之例外，而依法律允許剝奪生命之情況，並不當然違反人性尊嚴條款，尚需依其動機、目的和手段予以判斷[8]。

---

[1] Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art.2, Rn.57；南韓憲法法院解釋該國憲法第 37 條第 2 項基本權限制規定（相當我國憲法第 23 條），對生命權即為剝奪，亦同（參附件 2, 裁判要旨 4.）

[2] Epping/Hillgruber, GG Art.2, Rn.57；德國除因基本法第 102 條廢除死刑（詳後文），但經法律允許而剝奪人命的，仍存在於警察法、軍人防衛等領域。

[3] BVerfGE 39, 1(42); vgl. auch BVerfGE 88, 203(251ff); Epping/Hillgruber, GG Art.2. Rn.56

[4] Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, 102.EL August. 2023, GG Art.2 Abs.2 Nr.1 Rn.7.

[5] 相關司法院解釋整理與分析，參照李震山，人性尊嚴的憲法意義，收於：法學思索與社會實踐－華岡法律人的志業：林信和教授七秩榮慶暨榮退論文集（上冊），2023，頁 101-128。

[6] 人性尊嚴具有絕對性，排除基本權權衡：e.g. BverfGE 75, 369 (380)；具有領導地位：e.g. BVerfGE 6, 32 (36)；vgl. auch Epping/Hillgruber, GG Art.1 Rn.1, 10.

[7] BVerfGE 45, 187 (228); 133, 168 (197)，蔡宗珍，人性尊嚴之保障作為憲法基本原則，月旦法學雜誌，第 45 期，頁 99-102。

[8] Epping/Hillgruber, GG Art.1, Rn.19

(一)人性尊嚴內涵非固定不變，應依現今(一般)理解來判斷

人性尊嚴的意涵並非固定不變，德國聯邦憲法法院認為如何才符合人性尊嚴，並無法離開歷史性的發展而得，強調只能立於現階段認知的狀態，不能主張該判斷永遠有效[9]。就整個刑事司法的發展史，該院也承認，最殘酷的刑罰總會被較溫和的刑罰取代，這種從較野蠻到較人道，從較簡單到較複雜的刑罰態樣上的前進步伐，會繼續不斷。從而只能根據現今理解的狀況(der jetzige Stande der Erkenntnis)判斷是否符合人性尊嚴[10]。

是以，死刑剝奪生命雖為最嚴重制裁，不當然即視為侵犯人性尊嚴，應從目前一般人對人性尊嚴的認識與期待而斷。而生命權與人性尊嚴也未必均一致[11]。死刑尤應從罪名、犯行，審判及執行過程，是否尊重主體性加以論斷。德國係經由基本法第 102 條明定廢除死刑，並非因生命權之保障與人性尊嚴條款所導出的憲法結論，德國各界則對死刑與人性尊嚴看法分歧[12]，德國聯邦憲法法院卻迄今不表示意見，讓此問題保持開放(offen gelassen)[13]，學者認實際的意義在於是否再引進死刑的可能性，交給立法者決定[14]。

(二)死刑如與罪責原則緊扣，非依預防目的而工具化犯罪人、執行避免殘酷，可符合人性尊嚴

刑法作為最嚴厲的制裁法，必須盡可能與法治國理想模式相應，而維護人性尊嚴居於主要地位[15]。德國聯邦憲法法院認為，在對正義的實現作最高度要求的刑事司法領域內，人性尊嚴確立刑罰本質的觀點及罪責與罪贖(Schuld und Sühne)的關係，即罪責原則(Schuldprinzip)：無罪責，無刑

---

[9] BVerfGE 45, 187(229)；蔡宗珍，前揭文(註 7)，頁 101。

[10] BVerfGE 45, 187 (229)；美國最高法院對死刑是否為酷刑而違憲，亦採相同看法(Gregg v. Gorgia 428 U.S. 153, at 171,173, 175； 參看附件 3)。

[11] Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabrio, GG Art.2 Abs.2 Nr.1 Rn.14.

[12] 德國相關肯定、否定立場，參見 Epping/Hillgruber, GG Art.102 Rn.6; Deier/Dreier, 3.Aufl. 2018, GG Art.102 Fn.171,172.

[13] Deier/Dreier, GG Art.102 Rn.58；BVerfGE 94, 115 (138). 最近在 2019 的引渡案中，訴願人爭執(可能遭受死刑)牴觸人性尊嚴問題，但聯邦憲法法院仍沒有針對此爭議回應：BVerfG, 04.12.2019 - 2 BvR 1258/19, 2 BvR 1497/19.

[14] Deier/Dreier, GG Art.102 Rn.58。

[15] Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgmeine Teil, 5. Aufl. 1996, S. 26.

罰。刑事責任非難的前提是，理解刑罰規定且能夠為自己的行為準備好承擔法律後果的人才是責任主體[16]。並強調犯罪者不得在違反憲法保護個人社會價值與應受尊重的情況下，成為純粹防制犯罪目的的客體[17]，亦即不得為預防目的而工具化行為人。

人性尊嚴也導出酷刑的禁止。殘忍、不人道以及貶抑人格的刑罰不符人性尊嚴[18]。但嚴重的刑罰並不當然即違反人性尊嚴，如果刑罰是與受罰者的行為連結，正是這種對自我行為的刑法責任承擔(strafrechtliche Verantwortlichkeit)，顯示出國家基於保障人性尊嚴，給予個人自主性，亦即自我決定、自我負責的尊重[19]。**如果死刑並非基於一般預防目的、不合比例的，且非殘忍的方式執行，應可符合人性尊嚴的框架**[20]。

南韓憲法法院（22-1(A)KCCR 36, 2008Hun-Ka23）認為死刑本身並不當然違反人性尊嚴，死刑是基於行為人自主決定遂行殘酷犯行所應負的結果。在此情況，不應認為死刑僅係為了保障公眾安全之公共利益的工具(參附件 2 裁判要旨 6)；**日本最高法院**(最高裁昭和 23.3.12 判決)、**美國聯邦最高法院**〔Gregg v. Geogia, 428 U.S. 153, 173〕亦認為死刑，不當然構成酷刑而違憲，仍要視執行的方式是否殘忍或不人道，美國聯邦最高法院並認為如罪刑相當不過度，亦即不涉及不必要的痛苦、與行為嚴重性符合比例，應符合人性尊嚴(日、美判決分別參見附件 1-1, 1-2, 3)。

三、死刑作為刑罰手段，並不違反比例原則（刑罰目的檢驗）

(一)死刑在基於罪責衡平的目的觀下，應肯認其具有適當性

1. 刑法有保護法益的任務，亦涉及生命權保護義務與人性尊嚴

刑法作為最嚴厲之制裁法，首要任務是法益保護[21]。特別是生命、身體

---

[16] BVerfGE 45, 187 (228)；109, 133 (171).

[17] BVerfGE 45, 187 (228)；人性尊嚴導出所謂「客體公式」(Objektformel)：人不能成為僅僅是國家支配的客體 BVerfGE 109, 133(150); 115, 118 (153); 蔡宗珍，前揭文(註 7)，頁 100; Epping/Hillgruber, Art.1,Rn.13

[18] BverGE 131, 268 (287) ; Epping/Hillgruber, Art.1,Rn.13

[19] Epping/Hillgruber, GG Art.1,Rn.13.1；vgl. auch BVerfGE 45, 187 (228); 109, 133 (171).

[20] Deier/Dreier, 3.Aufl. 2018, GG Art.102, Rn.59f.

[21] Vgl. Jescheck/ Weigend, a.a.O., S.2ff; 8.

法益，基於人性尊嚴及生命權、身體完整性保障，也導出國家對於重要個人法益的保護義務，在個人對犯罪不得私力處理的前提下，如個人無法對抗其高度價值的個人法益遭嚴重犯罪的侵害，將動搖一般人對國家壟斷性權力的信心，就此應可導出個人對國家有效追訴，特別是嚴重侵害生命法益的犯罪必須「有效」追訴的請求權[22]。

2. 綜合理論的刑罰目的觀，在應報的罪刑相當範圍內，實現預防目的，刑罰手段與目的間應綜合判斷，非單一的觀察其目的正當性

國家以刑罰制裁保護法益，而刑罰手段涉及基本權干預，刑罰目的本身亦須探究其正當性。現代多數國家刑罰政策採多元的刑罰目的，我國現行刑法體系亦採取綜合理論(Vereinigungstheorien)[23]，結合並調和應報和預防兩種不同刑罰目的，以符合罪責的公正應報來實現預防效果。司法實務也大抵採綜合理論[24]，只有由責任程度證明是適當的刑罰(基於應報目的)，才具有威懾效果和社會教育意義(基於預防目的)[25]。刑罰手段與目的間應該綜合加以判斷，並非可單一觀察其目的正當性。

3. 涉及生命法益的嚴重侵害，在符合罪責原則下，死刑是犯罪者自我決定、自我負責的責任承擔，應肯認其具有手段的適當性

如上述，在綜合理論下，量刑基礎是行為的嚴重性和行為人個人的責任程度，法官考慮其他刑罰目的，如威懾和保安(社會防衛)等，僅能在受責任限制的刑度範圍內追求預防目的，此即由人性尊嚴所導出的罪責原則(Schuldprinzip)，德國聯邦憲法法院認為罪責不僅是刑罰的基礎，也是刑罰的上限[26]，不得以預防目的提高刑度。應報觀已與復仇、報復、仇恨不相干，而是一個尺度原則(Massprinzip)，亦即以應報的責任衡平，作為決定犯罪行為應得刑罰的基礎和標準[27]，而德國聯邦憲法法院肯認應報同時具有

[22] Vgl. Epping/Hillgruber, GG, Art.1, Rn.31.1.
[23] 我國刑法採行綜合理論之說明，參照許澤天，刑法總則，第 4 版，頁 25。
[24] 特別是重大犯罪包括選科死刑案件，通常都有依綜合理論極為詳盡的論證，例如 102 年度台上字第 170 號判決，其餘參見李佳玟，從美國模範刑法典之量刑模式論我國量刑準則，中央研究院法學期刊第 25 期，2019, 頁 50-57。
[25] Vgl. Jescheck/ Weigend, a.a.O., S.78f. 我國實務：最高法院 110 年台上字第 5734 號刑事判決。
[26] BVerfGE 50,5(12); 54,100 (108)
[27] Jescheck/ Weigend, a.a.O., S. 66f.

贖罪的功能、並滿足公眾對正義的期待[28]。但綜合理論承認：行為人經由責任的抵償(衡平 Ausgleich)，重新與社會達成和解，**若有需要及可能性，應使刑罰有再社會化的效果，基於這一目的，可減輕依責任所負的嚴厲刑度**[29]。

又如前述，刑罰是與受罰者行為連結，正是這種對自我行為的刑法責任承擔，顯示國家基於保障人性尊嚴，給予個人自主性，亦即自我決定、自我負責的尊重。在個人價值重大的法益上，如生命權、人性尊嚴等，此類重大法益遭受極端殘忍的侵害，死刑基於應報的罪責衡平、贖罪觀下，回應公眾對正義的期待，應肯認其具有適當性。此也回應了被害人的正當利益，就規範觀點，刑法的非價判斷對於被害人具有實現一般性追求法律承認的功能。有認為國家刑罰獨佔要長久存續，只有當侵害發生，尤其是被害人重要權利受侵害後，國家採取的反應不能低於一個(受文化而定)的干預門檻[30]，亦有日本學者認為，如刑罰排除死刑，某層次意味著殺人犯的生命價值高於被害人[31]。就此，尤難否認死刑作為刑罰的可能。美國聯邦最高法院在 Gregg 案亦認為，死刑在某種程度上體現了社會對特別重大犯罪的道德憤怒，就一個有序的社會要求其公民要依賴法律程序而非靠自力救濟來平反，是至關重要的[32]。

(二)死刑係針對非死刑不足以衡平罪責的情節最嚴重犯罪，但若基於特別預防的可能性，仍得選擇避用之，符合必要性原則

死刑只有在罪刑相當下才有可能，罪責未達死刑程度，不得基於預防目的而加重。在此，死刑不僅是責任的上限，也是罪責的底限，死刑只針對：非死不足以衡平罪責的情節最嚴重犯罪。如罪責仍有刑度往下區間，在量處死刑或無期徒刑皆合乎罪責時，則應選擇具復歸可能性的無期徒刑[33]。而死刑相較於其他刑罰手段確有本質上的不同，具有剝奪生命、無回復可能的極

---

[28] BVerfGE 45, 187 (259)

[29] Jescheck/ Weigend, a.a.O., S.76.

[30] Hörnle, Straftheorien，引用鍾宏彬、李立暐共譯中文版，刑事法雜誌第 57 卷第 5 期，頁 134。

[31] 竹田直平提出之「自誓死刑論」，引自謝煜偉，重新檢視死刑應報意義，中研院法學期刊第 15 期，頁 166。

[32] Gregg, 428 U.S., at 183. (參見附件 3)

[33] 許澤天，刑法總則，頁 24；最高法院 112 年度台上字第 1046 號判決亦可參照。

端性，死刑因而不具特別預防功能，不過基於綜合理論在憲法所賦予立法形成自由的範圍內，承認個別的刑罰目的，互相權衡彼此調和[34]，死刑縱排除行為人重回社會的可能性，但再社會化之請求權係從一般人格權導出，亦非絕對不可侵犯，並無違憲之虞[35]。相反的，基於特別預防目的，實務操作為迴避死刑事由，最高法院判決指出，情節最重大之罪，僅係得判處死刑的必要條件，而非充分條件，若有教化可能性，仍應排除死刑[36]。就以上說明死刑適用條件，應符合必要性原則。

(三)死刑對情節最嚴重的犯罪，在罪刑相當下，無其他刑罰可能的不得已情況，符合手段相當原則，具最後手段性

基於死刑的不可回復性，須因犯行為最嚴重，非以死刑不足以回應其罪責之不得已情形下方得宣告，已如前述。實務以死刑為最終刑罰，應盡可能謙抑適用[37]，且還須確認已無教化可能性，為最後不得已之最終刑罰[38]。

有見解認為死刑並不符罪責原則，以犯罪亦有受客觀環境的影響，死刑恐將應由社會分擔的責任完全歸由行為人[39]，惟此仍為極少數意見，罪責原則強調的即為個人責任，在量定罪責時，都應盡可能排除非應由行為人承擔之責任。實務量刑時必須就刑法第 57 條所例示之 10 款事由，逐一檢視、審酌，其中關於行為人之生活狀況、品行、智識程度及犯罪後態度，歸類為一般情狀的“行為人”屬性事由，用以判斷行為人有無更生改善可能性，憑以考量是否迴避死刑[40]。因此客觀成長背景或其他社會因子，係為特別預防目的，以排除死刑之事由，實非加重行為人罪責事由。

(四)小結

綜上所述，死刑僅能在罪責原則基礎上的罪刑相當下，最後不得已手段，

---

[34] BVerfGE45, 187(253).

[35] Vgl. Deier/Dreier, 3.Aufl. 2018, GG Art.102 Rn. 60. 再社會化係由人格權導出，vgl. BVerfGE 98, 169 (200); 45, 187 (237ff).

[36] 最高法院 104 年度台上字第 298 號判決、105 年度台上字第 1567 號判決參照。

[37] 例如最高法院 112 年度台上字第 1046 號刑事判決等。

[38] 例如最高法院 106 年度台上字第 3732 號、105 年度台上字第 682 號判決等。

[39] Roxin/Arzt/Tiedemann, Einfuhrungin das Strafrecht und Strafprozessrecht, S.7 林鈺雄，新刑法總則，頁 19 註 22；許澤天認係有爭議之問題，見氏著刑法總則，第 4 版，頁 26。

[40] 例如最高法院 110 年度台上字第 3266 號刑事判決；實務見解分析參見：溫祖德，論量刑前調查報告(含量刑鑑定)，臺北大學法學論叢，第 129 期，頁 151-158。

罪刑相當是憲法比例原則在刑法之化身[41]，而實務上，罪刑相當僅是得判處死刑的必要條件，而非充分條件，尚必須是僅在最嚴重之犯行，毫無復歸社會可能性的最終刑罰。**日本最高法院（1983 年最高裁昭和 58.7.8 判決**，參附件 1-1, 1-3)認為： 死刑非屬殘虐刑罰，死刑規定亦未違背憲法意旨，為該院一貫見解。但死刑畢竟係將生命永遠剝奪，實屬冷酷嚴峻之極刑，有鑑於此，其適用必須非常慎重。若其罪責確屬重大，且從罪刑相當及一般預防觀點，認爲極刑是不得不然時，死刑的選擇仍屬可接受。**南韓憲法法院在前述 2010 年之判決**(參附件 2 裁判要旨 5.C)，亦認死刑並未違反比例原則，因為法律已在相關的不同法益之間取得平衡。**美國聯邦最高法院在上述 Gregg 案[42]死刑合憲理由中亦承認，在極端情況死刑可以是適當的制裁**，並體現社會的信念：有些罪行本身就是對人的嚴重侮辱，因此唯一適當的回應可能是死刑；在極端的犯罪，死刑並非不能通過罪刑相當性的審查，死刑就其嚴厲性及無可撤回性而言，確係獨特的刑罰，法院必須特別謹慎，但不能認為死刑無論如何都與奪取人命的犯罪不成比例；死刑作為一極端刑罰，可適用於極端的犯罪。

四、死刑是否違反平等原則需視個案適用程序審究

死刑本身，從我國刑法係基於行為刑法，非行為人刑法，即刑罰的施加是因行為人所為具有責性、違法性的構成要件行為，除了行為人之年齡、精神狀態或其他客觀因素(具正當性之差別待遇)，影響有責性或量刑的判斷外，刑罰之構成要件，不問種族、宗教、性別、教育等，因此刑法之死刑規定，原則上並未有基於歧視或不正當之差別待遇之因子；至於第二個層次死刑適用之範圍包括具體罪名或個案審判程序，則仍有審究是否符合平等原則、比例原則之餘地，特別是法院的量刑程序、裁量權行使是否有恣意性或歧視因子，則必須視量刑程序、量刑準則審究(詳意見書貳之說明)。

[41] 林鈺雄，新刑法總則，2023， 第 11 版，頁 767。
[42] Gregg , 428 U.S. , at 184,187.(參看附件 3)

8

五、死刑目前並不違反國際法，禁止死刑亦非有共識的國際法原則

國際公約、國際慣例所形成的國際法一般原則確為釋憲者解釋憲法的參考[43]。公政公約第 6 條第 1 項保障生命權不得受「無理」剝奪。同條第 2 項對仍有死刑之國家指示：凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑等。足見公政公約亦未絕對禁止死刑。而我國將公約內國法化後，迄今已進行了三次國家報告的國際審查[44]。關於我國死刑制度與實務，2013 年初次審查委員會的結論性意見與建議，提及現任聯合國酷刑問題特別報告員，把源自於人性尊嚴的禁止死刑視為發展中的國際習慣法標準。審查結論強烈建議我國應加緊努力朝廢除死刑進行(第 56 段，參看附件 4)。最近的一次即 2022 年的第 3 次審查委員會結論性意見與建議，就死刑部分，審查委員會呼籲我國完成對國際人權憲章的承諾，將公政公約第二任擇議定書國內法化，採取與兩公約相同方式廢除死刑(第 73 段，參看附件 5)。

綜上，國際上源自人性尊嚴禁止酷刑的原則，逐漸朝向將最嚴厲的懲罰—死刑視為殘忍的刑罰，但目前仍在發展中，尚非普遍承認的國際法或國際習慣法[45]，國家廢除死刑的義務在於簽訂條約附加的任擇議定書。而國際審查委員會僅強調我國有履行廢除死刑的義務，但並未認定我國死刑制度已違反公約或國際法。

六、謹守憲法解釋的界限，應維持向來死刑合憲之見解

我國憲法並未對死刑制度顯示出反對的立場。在司法院釋字第 194 號、第 263 號及第 476 號中均認定死刑相關規定合憲。死刑制度已長期為我國憲政秩序所肯認。貴庭現再度受理死刑是否違憲的爭議，但有鑑於目前憲政秩序、社會法價值認識的現狀，本部認為不應率為見解轉向。

---

[43] 參見黃昭元，公民與政治權利國際公約與憲法解釋，發表於司法院大法官 104 年學術研討會，頁 102, 110 以下。

[44] 三次國際審查委員會的結論性意見與建議之中、英文版，參見以下連結：
https://www.humanrights.moj.gov.tw/17725/17733/Normalnodelist 最後瀏覽日：2024.03.24

[45] Vgl. Deier/Dreier, GG Art.102, Rn.61.; SK-StPO/Wolter/Meye, Bd. X EMRK, 5. Aufl. 2019, Art.2 Rn.118.

9

(一)基於權力分立，貴院應採司法自制(judicial self-restraint)的審查立場，尊重行政與立法的形成空間

死刑在我國社會中是一個意見針鋒相對且嚴重分歧的議題，涉及高度的價值取捨。釋憲者在此面臨所謂「抗多數困境」，亦即欠缺「直接」民主正當性的司法，卻要審查應經民主程序表達的政治、道德或社會價值，是否應謙抑自制的問題[46]。

不可否認憲法價值應隨時代演進。釋憲者被賦予特別的憲法解釋權，也具有續造憲法的任務，但即便如此，亦不應「高於」憲法。因釋憲者也承擔了維持法治國秩序與功能的責任，應避免超越解釋憲法的界限，尊重其他憲法機關權責。釋憲者依自己認定之憲法價值秩序來解釋憲法，將成為「憲法的主人」，法治國也可能改造為司法國[47]。

而釋憲機關「司法自制」的原則，或有引美國聯邦最高法院所謂政治問題不予審查，或有德國聯邦憲法法院所發展的原則：為其他憲法機關保留憲法所保障的政治形成的自由空間〔Raum freier politischer Gestaltung, BVerfGE 36, (1,14-15)〕、立法的第一管轄權〔Erstzuständigkeit, BVerfGE 101, 158(217f)〕，此處不探究各種憲法解釋界限的理論[48]，旨在強調死刑制度應尊重行政與立法的形成空間。德國聯邦憲法法院除如上述就死刑制度保持緘默外，在同性伴侶是否視為憲法婚姻關係的爭議上，即認為立法者在此應享有形成空間〔BVerfGE 133, 59 (85)〕，而將屬於社會變革或所謂”社會工程”的任務留給行政與立法[49]。美國聯邦最高法院在 Furman v. Georgia〔408 U.S. 238, 375-470 (1972)〕一案，雖宣告該件相關死刑判決之量刑規定恣意並涉及歧視，但並未宣告死刑本身違憲。該案評決

---

[46] 抗多數之困境(counter-majoritarian difficulty)，為美學界提出，深入之解析參見：黃昭元，司法違憲審查的正當性爭議，台大法學論叢第 32 卷第 6 期，頁 103-151。

[47] 本段引自 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl., S.361，「憲法的主人」(Herr der Verfassung)一詞係氏引述 Fursthof 用語; 對司法違憲審查抗多數正當性之質疑，尤其在困難案件(hard case)上司法應自制(Alexander M. Bickel 之主張)等，參見黃昭元，前揭文(註 46)，頁 9-14。

[48] 憲法解釋界限理論中文介紹分析，可參見：許宗力，憲法與政治，收氏著「憲法與法治國行政」，頁 3-52；陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限，月旦法學雜誌，第 42 期，頁 37-51。李建良，論司法審查的政治界限：美國「政治問題原則」初探，人文及社會科學集刊，第 9 卷第 4 期，頁 65-110；李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，台北大學法學論叢，第 47 期，頁 151-241。

[49] Möllers, Juristusche Metheidenlehre, S.511.

係以 5:4 擦邊通過，四位不同意見的大法官，均認為司法權應謹守司法自制，死刑是刑事政策問題，或認為死刑存廢應由行政或立法處理，司法不應行使決策的意志(參附件 3)。韓國憲法法院前揭 2010 年宣告死刑合憲的判決中，亦採取同樣態度(參附件 2 裁判要旨 2.)。

司法自制與權力分立原則相關[50]，此權力分立尚可依功能取向的審查界限來說明：國家事務應分配由組成結構與決定程序各方面均具備最佳條件的機關來負責，即所謂依「功能最適」(funktionsgerecht)而劃分[51]。立法機關有普遍民意基礎、多元政治組合，組織比司法更適合形成重大決定；而其決定程序經多重討論、協商、聽證，亦更適合作為重大爭議辯論的場域。死刑是否合憲，雖然是基本權解釋的問題，卻涉及高度的價值取捨，如人性尊嚴內涵即屬於有待充實的概念且具有倫理性[52]，無法完全抽離社會公眾的價值判斷。生命權的保障在此更有法益間的權衡問題，均涉及所謂憲法規範的開放性結構及不確定性，而當各種論證互有衝突、難確認法續造的正當性時，釋憲即應警覺權力分立的界限[53]。美國聯邦最高法院在前述 Gregg 案判決死刑合憲的理由中，即強調司法不能超越憲法的界限，法官不能和立法者一樣；當法院捲入當今的激情並在相互競爭的政治、經濟和社會壓力之間做出選擇承擔主要責任時，司法的獨立性將受到損害[54]。因此，應確保具有政治決定權力機關的活動空間，因其任務正是在於**評估社會情勢並決定如何規整，對於前景不明的風險性決定而言，行政和立法機關往往更有優勢**，司法應尊重其政治形成自由，**司法欠缺機制處理並考量法外因素**[55]，此也涉及責任政治的基本原則，負有政治責任的國家機關宜享有自由空間，以便合理解決政治上的問題，否則憲法的規範性將受到傷害，這包括對重大爭議裁判所可能引發的後果及效應，如果無法加以掌握或控制，自應有所自制以免侵

[50] Möllers, a.a.O., S.510ff.
[51] 關於功能取向的分析法，參見許宗力，前揭文(註 48)，頁 45 以下；有認為功能取向與司法自制理論是不同的釋憲權界限理論，但兩者皆與權力分立有關，陳愛娥，前揭文(註 48)，頁 41 以下。
[52] Larenz, a.a.O.,S.363.
[53] Vgl. Möllers, a.a.O.,S. 511.
[54] Gregg, 428 U.S. at 174-175 (參附件 3)。
[55] Möller, a.a.O.,S.511; 陳愛娥，憲法作為政治之法與憲法解釋，全國律師 7 卷 2 期，頁 31。

犯其他機關的責任領域[56]。

(二)死刑是重大、艱難的爭議問題，國內尚無共識，不宜透過憲法解釋改變見解

德國是透過基本法第 102 條明文廢除死刑，並非經由釋憲。死刑是否違反人性尊嚴，在德國討論熱烈，但如前述，聯邦憲法法院迄今保持緘默，而不決定尚未成熟的案件，盡量尊重自己之前的決定，正是美國司法最小化主義(Judicial Minimalism)的主張[57]；法院秉持消極的美德，在當代重大爭議上保持緘默，是一種建設性的緘默，也是基於尊重民主。將重大基本的、艱難的爭議問題留給民主機制，這是基於強化民主問責性、民主的協商性等，如此方符合憲法的精神。

是否廢除死刑絕大多數國家是透過立法或修憲程序，經由(憲法)法院宣告死刑違憲的為極少數，而這些國家解釋死刑違憲也具共通背景，即行政與立法有趨一致的共識或至少無對立立場。如匈牙利、立陶宛釋憲前後政府部門正進行簽署加入以廢死為前提的歐洲理事會及歐洲人權公約(及其第六號議定書)[58]，南非則是在反種族隔離背景下，由行政部門、立憲機關主動將問題交給憲法法院決定[59]，我國目前對於是否廢除死刑尚未有共識。

(三)以政治上達成共識為前提—歐洲人權法院的動態目的性解釋

歐洲人權公約第 2 條第 1 項關於生命權之保障，但書仍允許死刑。歐洲理事會(der Europarat)即公約的成員國是經由第 6 號、第 13 號議定書的簽署批准而達成歐洲全面廢死。歐洲人權法院在解釋公約上開條文允許死刑的範圍，即採取了所謂目的性的動態解釋(teleologisch-dynamische Auslegung)[60]，也就是人權法院依客觀目的解釋，隨政治面的共識發展，調整解釋條文的方向。人權法院在 2005 年 Öcalan[61]案中，認為未經公平審判，

---

[56] 李建良，前揭「論司法審查的政治界限：美國『政治問題原則初探』」，頁 104。

[57] See Cass R. Sunstein, One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court, P.4-5.

[58] 參見，林鈺雄，刑事訴訟程序與國際人權，2007，頁 33-34 及註 85。

[59] 黃丞儀，因為和解，所以共生—淺介南非憲法法院廢除死刑之判決，全國律師，第 15 卷第 8 期，頁 4,8。文內提及南非 1993 臨時憲法過程，是否要明定廢除死刑，沒有明確結論，表示留給憲法法院決定，司法部在憲法法院審理時，表達贊成廢除死刑。

[60] SK-StPO/Wolter/Meye, Bd. X EMRK, 5. Aufl. 2019, Art.2, Rn.118.

[61] EGMR,12.5.2005(GK) Öcalan./.TUR, Nr.46221/99

死刑的宣告將構成公約第 3 條的酷刑。在本案的判決理由中，人權法院也提及在當時仍有多數會員國未簽署或批准第 13 號議定書情況下，人權法院無法認定在會員國間，已建立死刑本身即構成酷刑的見解[62]。到了 2010 年，絕大多數會員國已簽署議定書的情況下，人權法院在 Al-Saadoon[63]案判決理由中承接 Öcalan 一案中的立場，以公約條文的解釋必須與構成其部分的國際法規則一致，有鑑於各國陸續簽署第 6 號及第 13 號議定書，並指出歐洲理事會的政策要求新加入的國家必須廢除死刑，因此認為公約第 2 條第 1 項但書已被修正，死刑應被禁止。

是以，歐洲人權法院以各會員國簽署批准廢死議定書為前提，逐步轉向認定死刑不符合公約第 2 條[64]，亦即是在各會員國有政治共識的情況下，司法上方採取同一步調。就此觀點而言，亞洲多數國家的共識仍是維持死刑，司法上並無如此解釋的前提。學界也認為，目前全球尚有許多具影響力的國家仍堅守死刑制度，難認為禁止死刑是一個有共識的國際法原則[65]。

(四)避免引發憲政爭議，憲法解釋應衡量後果

解釋法律包括憲法，應該就法論法，不應以會帶來何種後果而決定解釋方向。但解釋憲法除了典型的政治問題外，面對基本權規範的抽象、不確定性，其規範審查權會觸及最廣義之法解釋界限，而進到合目的性考量的政治層次，更由於憲法具有的政治性，釋憲機關的解釋難免於政治性裁判，就必須取向於預期的後果，以及對社會而言，後果的合目的性及可承受性[66]。解釋者應擺脫個人主觀的意見，將此問題是否「已有共識」納入解釋的考量範圍[67]，在有不同的解釋可能性時，選擇公眾較可接受者。

亞洲國家普遍存在死刑，日本與南韓均有過對死刑違憲審查的案件，目前均維持死刑合憲的判斷。貴庭對本案的解釋，如放棄後果衡量絕不可行。

---

[62] EGMR,12.5.2005(GK) Öcalan./.TUR, Nr.46221/99, Rn.165.
[63] EGMR, 02.03.2010, Al-Saadoon./.GBR, Nr.61498/08, Rn.116ff.
[64] SK-StPO/Wolter/Meye, a.a.O., Rn.117.
[65] Vgl. Deier/Dreier, GG Art.102 Rn.61.; SK-StPO/Wolter/Meye, a.a.O., Rn.118.
[66] Vgl. Larenz, a.a.O.,S.364; Möllers, a.a.O., S.206,497; 關於結果取向的解釋，vgl. Möllers, a.a.O., S.195-211; 國內文獻，蘇永欽，結果取向的憲法解釋，憲政時代，第 14 卷第 1 期，頁 1 以下；許宗力，前揭文(註 48)，頁 27-28。
[67] Vgl. Möllers, a.a.O., S. 206, 500.

在國內長久以來對於維持死刑制度之民意居高不下，貴庭在時空環境沒有改變情形下，若驟然宣告死刑制度違憲，是否會引發國內社會對立及衝突，影響憲政秩序，引發憲法機關間衝突及國內社會動盪，不可不慎。

貳、死刑可適用之範圍與程序要求

基於死刑議題的高度爭議性，在合憲範圍的解釋上，仍宜採取司法自制立場，承前所引用之「司法極小化主義」進行較窄而淺(narrow and shellow)的審查：只就本件系爭法條審查合憲性，不急於設定廣泛適用的規則(Broad rules)；關於死刑案件的程序規則盡量不深入詳細指示，僅提出一般準則[68]，畢竟當社會尚未有共識時，淺的決定，較能異中求同。例如美國聯邦最高法院在前揭 Gregg 案，僅回應 Furman 案量刑程序恣意、有歧視性的違憲理由，建立陪審團裁量應有指引避免恣意，使其聚焦個案被告及其犯行的個別情況的一般原則，並未具體指示何種程序規定，此後再逐案決定各州規定是否違憲[69]。

其次，我國已批准兩公約並通過兩公約施行法，兩公約已內國法化。依照兩公約施行法第 2、3 條規定，兩公約有關人權之規定、公約人權事務委員會之一般意見已為我國內具有拘束力之規範。刑事司法實務並已將兩公約規定、一般意見納入刑事實體法與程序法之解釋，具有補充現行法功能，並有優先性，實務上判決未遵循或審酌兩公約或一般意見者，構成判決違背法令[70]。是審查本案系爭規定是否合憲時，應以兩公約規定、一般性意見就相關規定之補充與修正為基礎。以下即在前揭兩前提下闡述本部意見：

一、本釋憲案所涉罪名條文經由公政公約補充要件，死刑作為法定最高刑

---

[68] See Sunstein, supra note, at 10- 13.在淺的(schellow)解釋這部分，氏提出兩種形式(forms)，此處就死刑量處的程序原則，應屬於其所謂抽象原則有共識(如公平審判)，但對其特別的內涵仍有不同看法(agreements aboute abstractions amid disagreements or uncertainty about the particular meaning of those abstractions)的情形。

[69] 關於 Gregg 案判決分析及後續聯邦最高法院審查死刑案件之逐案校準調整，參見李佳玟，前揭文(註 24)，頁 81 以下。

[70] 例如最高法院 102 年度台上字第 446 號判決意旨；另參見王正嘉，論死刑之裁量與界限：以兩公約與比較法為出發，臺大法學論叢，第 45 卷第 2 期，頁 717。

度，為不得已之最後刑罰，符合比例原則，均屬合憲

(一)刑法第 271 條第 1 項殺人罪

殺人罪法定刑為死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑；法院在個案的量刑空間，除死刑、無期徒刑外，尚可在最低 10 年以上有期徒刑之區間裁量。

1. 死刑的補充構成要件「情節最嚴重」

至於死刑，尚須遵循公政公約第 6 條第 2 項所示非犯情節最重大(the most serious crimes)之罪，不得科處死刑，構成死刑的補充構成要件，限縮適用範圍。加以第 36 號一般意見認為所謂「情節最嚴重」必須作嚴格解讀，限於涉及故意殺人的極嚴重罪行，謀殺未遂亦不得判處死刑(意見書第 35 段)。

2.「情節最嚴重」認定標準：例外適用原則

永山基準為日本最高法院在死刑案件(1983 年最高裁昭和 58. 7. 8 判決)建立之判準，必須就其所列各種情況綜合加以考察，認為其罪責誠屬重大，極刑是不得不然時，死刑方屬可接受。實務上，判斷是否情節最嚴重，參照永山基準，係就刑法第 57 條各款事由以與犯行有關的犯罪情狀判斷之，回歸以被告具體個別犯罪情節、所犯之不法及責任之嚴重程度等犯罪情狀，得否作為選擇科處死刑之充足理由為斷。確立**以罪責原則為量刑之基礎，再審酌是否仍有教化可能性，死刑為不得已情形之最終刑罰，學者稱此為死刑例外適用原則**[71]。

此外，聯合國經濟及社會理事會公布「保障死刑犯人權保證條款」第 1 條對情節最嚴重可判死刑之犯罪，限定於「蓄意且造成致命或極嚴重之後果的犯罪」。我國部分實務見解基於此條款，復將情節最嚴重之罪作嚴格且狹義解釋，在主觀犯意對應於我國刑罰法律架構，限縮於直接故意[72]，只有在最特殊的情況下和最嚴格限制下適用死刑，亦即**縱為情節最嚴重之犯行，若非直接故意仍應排除死刑。**

---

[71] 王正嘉，前揭文(註 70)，頁 737; 代表性判決：最高法院 102 年度台上字第 170 號判決。

[72] 例如：最高法院 103 年度台上字第 807 號判決、112 年度台上字第 1291 號判決意旨參照。

死刑在本條項殺人罪之適用，將僅限於制裁最嚴重的殺人行為，**就保護具最高價值的生命法益，為最後不得已之手段**，應符合比例原則，並不違憲。南韓刑法第 250 條第 1 項殺人罪、日本刑法第 199 條殺人罪，構成要件均同我國，因實務適用上亦限於極殘酷或罪責重大之最後不得已手段，均經宣告合憲[73]。

(二)刑法第 226 條之 1、第 332 條第 1 項、第 348 條第 1 項

1. 屬殺人罪與重大犯罪之結合犯，死刑要件亦須符合「情節最嚴重」

刑法第 226 條之 1 條強制性交、猥褻故意殺人、第 332 條第 1 項強盜殺人及第 348 條第 1 項擄人勒贖故意殺人三罪均有殺人外，尚結合其他高度嚴重之暴力犯罪，其死刑判斷與前述殺人罪相同，構成要件須情節最嚴重，為不得已最後手段，符合比例原則。

2. 法定刑限於死刑、無期徒刑亦符合比例原則

我國目前配合公政公約，限縮死刑適用範圍，採取廢除所有絕對死刑，現行法規已無以死刑為唯一法律效果之規定。至於系爭相關罪名現行法定刑限於死刑、無期徒刑則符合比例原則：

(1)法定刑設定，司法應尊重立法者在此事務領域之決定空間

立法者在制定實質內容的刑罰規範時，如何考量行為不同的不法內涵與罪責內涵，原則上是立法者自行決定，除非有恣意的情況。何種事實因素，以致於其正當化立法者不同處理，原則應屬於立法者的形成自由，此為德國聯邦憲法法院之見解〔BVferGE 45, 187 (253)〕[74]。關於法定刑的設定，我國大法官對立法機關就刑罰相關立法事實之判斷與預測，如合乎事理而具可支持性，均予適度尊重(例如釋字第 646 號解釋)。蓋如前述，立法機關所具之民主正當性，較諸司法機關更能反映當代社會紛呈的多元價值，前者並有基於民主論辯所為之決定，是由事務領域與機關功能最適之角度，亦應肯

[73] 參見附件 1-2 (日本 1948 年最高裁昭和 23.3.12 判決), 2(南韓憲法法院判決要旨 8)。

[74] 關於此處所涉之立法裁量，參見：李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，台北大學法學論叢，第 47 期，頁 162-163。

認合理審查標準，予以尊重[75]。

(2)系爭規定法定刑為死刑、無期徒刑，尚屬合理，未違反比例原則

系爭犯罪，均在殺人外結合有其他高度嚴重之暴力犯罪，較刑法第 271 條殺人罪不法內涵嚴重，其法定刑重於殺人罪，僅限死刑、無期徒刑，就犯罪輕重序列須與處罰輕重序列相應，或法定刑度的層級化而言，尚符合比例性[76]。至於系爭罪名可處死刑的情況與刑法第 271 條相同外，法官量刑空間僅剩無期徒刑，不似殺人罪名尚有 10 年以上有期徒刑之區間，是否違反比例原則一節，亦引用德國聯邦憲法法院就謀殺罪，法定刑為唯一無期徒刑，認定合憲之理由：法官在具體個案上，尚有刑總相關減刑規定可資適用，或透過構成要件的嚴格限縮解釋，避免罪刑不相當，該規定並不違反比例原則〔BVferGE 45, 187(261ff)〕。目前我國刑法第 59 條可提供個案若罪責過苛時，法院仍有不處無期徒刑之可能，是以相關法定刑尚不違反比例原則。南韓憲法法院前揭 2010 年死刑合憲判決中，亦認該國「懲治性犯罪及被害人保護法」第 10 條第 1 項性侵結合殺人之犯罪，法定刑為死刑、無期徒刑，亦認為無違反比例原則、平等原則。

二、刑法第 19 條屬責任能力之規範，與被告之精神狀況得否量處死刑，屬所謂「刑罰受容性」之判斷不同，並無違憲疑義

刑法第 19 條就刑法體系而言，屬於責任能力之規範，雖會影響死刑之量處，但並非針對死刑之規定。而對此責任能力之一般規範，就死刑審查其合憲與否，不能有悖於刑法體系。

關於被告之精神狀況與死刑之量處，實務另發展所謂的刑罰受容性標準[77]，係按照被告在審判時而非行為時的實質精神狀況進行審查，而應考量對於這類被告裁處或執行死刑適當與否，而融入整體死刑裁量基準內。本爭點實涉公政公約第 36 號一般意見，其第 49 段謂：締約國應避免對於面臨特殊障礙難以在與他人平等的基礎上進行自我辯護的個人，如存在嚴重社

[75] 參見許宗力大法官在司法院釋字第 669 號協同意見書。
[76] 法定刑的比例性，參見謝煜偉，前揭文(註 31)，頁 151。
[77] 刑罰受容性用語，參照王正嘉，前揭文(註 70)，頁 718-720。

會心理和心智障礙而阻礙其進行有效辯護的個人，以及道德可非難性有限的個人判處死刑。此意見就精神障礙者能否判處死刑，具體指明在**訴訟上因為個人之特殊障礙情狀而導致無法進行有效自我辯護，以及道德上非難性有限之人，不應判處死刑**[78]。美國聯邦最高法院在 Hallv.Florida〔572 U.S.701〕認為，如果一個人沒有能力做出深思熟慮的判斷，死刑有威攝效果的前提即不存在，也減損了應報目的價值；而對此類被告不能量處死刑，也在確保審判程序的正當性；但不能僅靠智力測驗確定是否可判處死刑，必須關注其他精神障礙的證據。是以，死刑刑罰受容性判斷應屬量刑階段，斟酌行為人之精神障礙是否具有限道德上可責性，有別於刑法第 19 條關於行為人於行為時責任能力有無或減輕之判斷。即使**行為人於行為時不符合刑法第 19 條第 1 項或第 2 項不罰或減輕其刑事由，仍應於死刑量刑審酌其一般情狀時，斟酌其精神障礙是否具有限道德上之可責性**[79]。

三、死刑案件程序面之特別保障

(一)死刑案件為強制上訴、強制辯護、三審言詞辯論案件，審理不得逾 8 年

死刑案件依照刑事訴訟法(下稱刑訴法)第 344 條第 5 項規定，係強制上訴案件；依同法第 31 條亦在強制辯護範圍，雖在第 388 條有因第三審原則不行言詞辯論而不適用強制辯護規定，惟此經由最高法院於 105 年 12 月 6 日訂定之「最高法院刑事案件行言詞辯論要點」第 1 點第 2 款規定「原審宣告死刑之案件，除判決明顯違背法令，必須撤銷發回者外，應行言詞辯論。」第 2 點第 1 項第 4 款規定「被告未經選任辯護人者，審判長應指定律師為其辯護。」是以，死刑案件上訴三審除應行言詞辯論外，亦為強制辯護案件。另依刑事妥速審判法第 7 條，案件自第一審繫屬日起已逾 8 年未能確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，若認有侵害被告受迅速審判權利，且情節重大者，應減輕其刑之規定，以及同法第 5 條第 3、4 項規定審

[78] 實務見解例如最高法院 102 年台上 4289 號、110 年度台上字第 3445 號。
[79] 最高法院 110 年度台上字第 3445 號判決要旨參照。

判中羈押不得逾 5 年，期限屆滿視為撤銷羈押，應將被告釋放等規定，亦為死刑案件所適用。

(二)公政公約補充現行法公平審程序規定

公政公約及人權委員會之一般意見具內國法效力，已如前述。實務已建立判處死刑只能依照「犯罪時有效並且不違反公約規定的法律」行之。以最高法院 102 年度台上字第 170 號判決為例，強調參照兩公約第 6 條第 2 項規定，以及人權事務委員會第 32 號一般性意見第 59 段，都要求在最終處以死刑之案件，應嚴格遵守公正審判之正當程序保障(即指公約第 14 條受公平審判權)，所以不僅論罪階段需踐行實質正當法律程序，於科刑階段也應該受正當法律原則之拘束。該判決理由並提及，對被告而言，涉及到公約權利乃聽審、陳述意見、辯論等權利，我國現有刑訴制度，如刑訴法第 289 條就此仍未有更精緻、完整的保障規定，然就公約適用的角度而言，此等權利之依據，可直接從公約第 14 條第 3 項第 4 款前段得出，毋待修法。

(三)實務發展死刑量刑基準及程序要求，避免裁量恣意或歧視

為確保死刑裁量之明確性與客觀性，避免裁量之恣意或任意性而浮動，最高法院發展針對死刑的量刑基準及程序要求[80]。死刑的量處，法院須在罪責原則基礎上，綜合刑法第 57 條所列 10 款事項等有利與不利之情狀為評價後，依被告具體犯罪情節、所犯之不法及責任之嚴重程度，檢視其罪責是否尤屬重大外，尚須審慎衡酌有無足以迴避死刑適用，判斷是否已無復歸社會之更生改善可能。實務將刑法第 57 條 10 款事由中之第 4、5、6、10 款所列犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度及犯罪後之態度，稱一般情狀的行為人屬性事由（一般情狀事由）；其他各款則屬與犯罪行為情節有關之行為屬性事由（犯情事由），後者攸關是否選科死刑之理由，前者則與犯罪行為人有無更生改善可能性（或稱教化可能性）之判斷有關，憑以考量是否迴避死刑[81]。至於考量行為人有無更生改善(教化)可能性之判斷，最高法院

[80] 李佳玟，前揭文(註 24)，頁 52 以下，最高法院 102 年台上字第 170 號判決意旨參照。
[81] 溫祖德，前揭文(註 40)，頁 157-158。例如最高法院 110 年度台上字第 4957 號、111 台上字 1775 號

進一步要求**實施量刑前調查報告或情狀鑑定**，就行為人之人格形成及其他相關背景資訊，**以實證調查方式進行評估**[82]。上述實務發展的死刑案件量刑基準與程序要求，避免裁量之恣意而導致歧視。

此外，本件所涉法條之死刑案件，均屬故意犯罪而發生死亡結果之案件，依照國民法官法第 5 條第 1 項第 2 款規定，**原則應進入國民法官審判程序，而國民法官案件依同法第 83 條第 3 項就量刑評議，提高死刑評決數，從一般案件過半數決提高至三分之二決**。又依照國民法施行細則第 274 條：「討論是否判處死刑時，審判長宜使國民法官充分理解死刑之意義與效果，提醒死刑為對犯罪情節最重大之罪所科處之最嚴重刑罰，應特別注意其衡平性及公平性，並適時說明於我國具有效力之國際公約對於科處死刑之限制。是否判處死刑之表決，宜單獨行之。」是以，死刑之量處受到指引，應可避免恣意。

(四)死刑量刑應排除恣意及歧視，但量刑評決一致決並非憲法要求

一致決是美國憲法增修條文第 6 條受陪審團審判權利的內涵之一[83]，即陪審團審判的評決必須為一致決。而美聯邦最高法院認為死刑之量處，陪審團可做為刑事制度及當代社會價值兩者間的連繫橋樑[84]，但並未指示死刑案件必須經陪審團審判。該院在宣告死刑合憲的 Gregg 一案，主要審查喬治亞州量處死刑之規定，認為該州之規定使陪審團的裁量權有適當引導，並有提供充分資訊，使陪審團能夠聚焦在被告及其犯行的特殊情況，而非恣意決定，陪審團雖有裁量權，但此裁量權受到明白且客觀的標準控制，因而不致有具歧視性的適用結果，此外死刑案件均自動上訴該州最高法院審查等，為該州死刑相關規定並不違憲的主要理由[85]。因此量處死刑之重點並非在一致決而是量刑應有指引或基準，以排除恣意，且應聚焦個案的特別情況，並有必要的上訴審查罪刑相當性。前述我國現行法之程序、實務發展之死刑量刑

[82] 同上。
[83] See Thompson v. Utah, 170 U.S. 343, 347 (1898); Patton v. United States, 281 U.S. 276, 288 (1930).
[84] Gregg v. Georgia, 428 U.S. at 190.
[85] Id. at 197-207. (並可參附件 3. 本案裁判要旨 3)

基準，應均可滿足上述原則。

此外，日本裁判員制度，有關終局評議表決，係規定「應包括法官及裁判員雙方在內的合議庭人數之過半數意見」（裁判員法第 67 條第 1 項），就評決數而言，與非裁判員之通常程序同為「過半數決」（裁判所法第 77 條第 1 項），量處死刑與其他案件相同，無特別規定。一致決或可提高死刑量處門檻，但從憲法相關原則而言，並非必要。

(五)死刑判決確定後，仍得提起特別救濟程序，不限次數，程序未終結前不得執行

死刑判決確定如有提起再審或憲法訴訟，依刑訴法第 435 條規定再審程序進行中，法院得裁定停止執行，依憲法訴訟法第 43 條規定憲法法庭得為暫時處分裁定停止執行。此外，法務部依照監獄行刑法第 145 條第 2 項授權訂定之「執行死刑規則」中第 2 點第 3、4、6 款規定，死刑案件提起憲法訴訟中（聲請大法官解釋程序在進行中）、聲請再審、非常上訴程序進行中，或依赦免法規定為大赦、特赦或減刑之研議中，不得於程序或事由終結前令准執行。且上開各類特別救濟程序，均無次數限制。是以有別於一般刑事判決確定後之特別救濟程序不停止執行，死刑判決確定後如有提起或聲請特別救濟，即不得執行，盡可能避免誤判並確保程序穩妥。

此致

憲法法庭　公鑒

中　　華　　民　　國　113　年　4　月　16　日

具狀人　法務部

代表人　蔡清祥

撰狀人　郭永發

林麗瑩

簡美慧

李仲仁

（後接第六冊）

本期委員發言紀錄索引

<table>
<tr><td colspan="2">立法院第11屆第3會期第4次全院委員會會議紀錄</td></tr>
<tr><td colspan="2">總統咨，為司法院大法官含院長、副院長，現有缺額7名，茲依據中華民國憲法增修條文第5條規定，提名蔡秋明、蘇素娥、蕭文生、鄭純惠、林麗瑩、陳慈陽、詹鎮榮7位為司法院大法官，並以蔡秋明為院長、蘇素娥為副院長，咨請同意案（前接第四冊、後接第六冊）
（頁次：１－５０２）</td></tr>
<tr><td>發　言　者</td><td>江啟臣（主席）</td></tr>
</table>

本期冊別　第五冊（全六冊）
本期期數　5358
出版日期　中華民國 114 年 7 月 24 日（星期四）
發　　行　立法院公報處
地　　址　臺北市中山南路一號
電　　話　(02)23585127 (02)23585858 轉 1367、1389
網　　址　http://lci.ly.gov.tw