



謹以此書獻給

敬愛的

父親與母親



# 謝 辭

轉眼間，接觸法律學這門學問也已七年，從大一時懵懵懂懂的門外漢，到現在能夠就一個特定的議題深入研究，對於法學有了更深一層的認識，並完成一本學術論著，這一路走來，幸得家人無條件的支持與關懷，師長的引導與提攜，以及學長姐、同學和朋友們的陪伴與鼓勵，方能順順利利的走到現在。

首先，我要感謝我的指導老師，也是我的恩師楊老師雲驊。於大學時期拜讀老師的論著，即為老師創新敏捷的思維和靈活生動的文筆所欽服，至研究所負笈北上，有幸拜入老師門下，因著老師的啟發與鼓勵，而著手研究刑事訴訟法上之類推適用，這個橫跨司法、立法與人權保障的創新議題，老師也不忘時時為我留意是否有新進的類推適用判決或實務見解。每次與老師討論論文時，老師總是能輕易地解開我諸多的疑惑，指引一個新的思考方向，協助我跳脫思維上的瓶頸，同時也感染了老師對於學術研究不滅的熱情。

其次，感謝口試委員吳老師從周與何老師賴傑，欣然應允擔任我的論文口試委員，費心閱覽學生的論文，吳老師更於口試前特地撥冗悉心解答學生的疑惑。二位老師於口試過程中提供諸多修改論文之建言，並拋出問題，引領學生對於所研究之課題做更為深入之思考。能夠獲得二位老師的指點與教導，改進論文闕漏與不完善之處，提升論文之質量與深度，實乃學生之幸，深覺欣喜與感激。

再者，感謝刑法中心的好友們，有緣能同窗三年，一起互相扶持成長的書甫、鴻元、逸帆、雨軒、翠芬、士淳、哲安、文成。更要特別感謝的是，總是不厭其煩的和我論辯問題並提供想法，不遠千里而來，處理口試大小事的穎穎；也是特地遠道而來，悉心紀錄口試過程與口委建議的小八學姊；耗費時間心力，悉心修改論文內容，校對論文格式的孟釗；細心校對論文格式，修改錯字與潤稿的中文所玉芳學姊；修正德文翻譯，並慷慨提供論文格式資訊的慧君學姊；熱心通知論文相關程序事宜，及口試相關資訊的君逸學長；在論文陷入瓶頸時，一起思考論文難點的瑛淑、耀文與老友瑋庭；替我印製重要參考文獻的老友詩涵。也謝謝默默關心、為我加油打氣的好友們。你們所給予大大小小、有形無形的幫助、關心鼓勵與支持，是這本論文完成最佳的催化劑。

最後也是最深切的感謝，我要向敬愛的父親、母親以及弟弟，致上最誠摯的敬意與謝意，因為你們一直以來的關懷與期盼，全心全意、毫無保留的支持與鼓勵，我才能夠心無旁騖、無後顧之憂地持續鑽研法律，在你們殷殷的期盼之下，順利完成這本論文，謹將這本論文獻給我敬愛的父親和母親。

吾生也有涯，而知也無涯，這本學位論文的誕生，只是一個起點，是筆者對於法學研究的初步心得，法學的浩瀚，還需要筆者用一辈子的時間，從理論與實務雙方面加以思考及驗證。畢竟，法與時移，而禁與世變，法律具有隨社會變遷而移化的特性，需要不斷的填補漏洞與刪定增修，以切合社會的需求。因此，筆者會在法學的路上繼續前進，不枉家人、師長與朋友的期許，肩負起習法之人所應承擔的社會責任，略盡一己棉薄之力。



阮愷蓉

2012.7 於書香政大

# 論文摘要

我國刑事訴訟實務經常運用類推適用，解決法律所未明文規範之案型，也因此，刑事訴訟法是否容許類推適用？實務上運用類推適用是否合理妥適？會否誤用類推適用之概念？或是與其他的法學方法產生混淆？甚至是濫用類推適用導致侵害立法權之核心領域？等等，都是本文所欲深入研究探討的議題。

開始進入本文討論核心之前，首應處理的便係刑事訴訟法是否容許類推適用，此一先決問題，惟基於文章結構安排的流暢性，筆者將其列於第四章加以探討。透過刑事訴訟法與刑法之比較、刑事訴訟法本質之探究、比較法之借鑑等等，肯認刑事訴訟法上類推適用之容許性。

接著，本文嘗試以法學方法為基礎，分別就應然面向與實然面向，探討刑事訴訟法上之類推適用。就應然面相而言，筆者先於第二、三章，釐清法學方法中法律漏洞與類推適用之基礎概念，復於第四章納入刑事訴訟法特有之目的與價值考量，建構了一個刑事訴訟法上之類推適用，理想中應有的三階段操作模式：開放性法律漏洞之確認、類推適用中類似性之探求，以及刑事訴訟法上妥適性之權衡。復將觀察焦點轉向實然面向，筆者於第五章將關於刑事訴訟上類推適用之實務見解分為六大類型：大法官解釋與判例之類推適用、強制處分之類推適用、證據能力之類推適用、傳聞例外之類推適用、技術性規範之類推適用，以及實務否定之類推適用。於探討各類規範類推適用之容許性後，實際運用筆者於應然面向所建立之理想操作模型，對於二十多則的實務見解，一一檢驗與評析。

惟我國實務對於法學方法尚未能精確掌握，屢屢誤用類推適用，致與其他法學方法互相混淆，對於類推適用之操作與論述亦過於簡略，未能為個案司法造法之類推適用提供充足的理由與論證。故而，本文強調於刑事訴訟法之類推適用中，應納入法學方法之思考方式，尤須特別著重妥適性之權衡，將刑事訴訟法三大目的與其他原理原則納入權衡與考量。期能以本文所建構之操作模型，作為刑事訴訟法實務上運用類推適用時之參考，並引發學界與實務對於法學方法在刑事訴訟法上運用之關注。

# 目 錄

<b>第一章 緒論</b> .....	1
第一節 研究動機及目的.....	1
第二節 研究方法及範圍.....	3
第一項 研究方法.....	3
第二項 研究範圍.....	3
第三節 本文架構.....	3
<b>第二章 法律漏洞</b> .....	5
第一節 法律漏洞存否之過去與現在.....	5
第一項 法律漏洞存否之歷史演變.....	5
第二項 法律漏洞之現代觀點.....	7
第二節 法律漏洞之意義及認定.....	8
第一項 法律漏洞之意義.....	8
第二項 法律漏洞之認定.....	8
第一款 反面解釋.....	10
第二款 有待價值補充之概念.....	10
第一目 不確定法律概念.....	11
第二目 授權式類推適用.....	12
第三款 非屬法律保留範圍.....	13
第四款 法律政策錯誤.....	14
第三節 法律漏洞之類型.....	15
第一項 自始法律漏洞與嗣後法律漏洞.....	15
第二項 無認知法律漏洞與有認知法律漏洞.....	15
第三項 開放性法律漏洞與隱藏性法律漏洞.....	16
第四節 法律漏洞之填補.....	16
第一項 法律漏洞填補之性質.....	16
第二項 法律漏洞填補之方式.....	18
第三項 法律漏洞填補之界線.....	18

<b>第三章 類推適用</b> .....	20
第一節 正當性基礎.....	20
第二節 類推適用之定位.....	21
第一項 一般類推與法學類推.....	21
第二項 廣義類推與狹義類推.....	22
第三項 類推適用與類推解釋.....	23
第三節 類推適用之定義與特徵.....	24
第一項 類推適用之定義.....	24
第二項 特徵一：特殊到特殊的間接推論.....	25
第三項 特徵二：類似性之探求.....	26
第一款 構成要件類似說.....	26
第二款 實質一致說與同一思想基礎說.....	27
第三款 適切性與正當性.....	27
第四款 小結.....	28
第四項 特徵三：著重「評價」.....	29
第五項 特徵四：理論不全、具或然性.....	29
第六項 特徵五：認定法律漏洞之方式.....	29
第四節 類推適用之類型.....	30
第一項 二分說.....	30
第二項 單一說.....	31
第三項 小結.....	31
第五節 類推適用與其他法學方法之區辨.....	32
第一項 類推適用與反面解釋.....	32
第二項 類推適用與當然解釋.....	33
第三項 類推適用與擴張解釋.....	34
第四項 類推適用與目的性限縮.....	36
第五項 類推適用與目的性擴張.....	37
第六節 類推適用之界限.....	38
第七節 類推適用之操作模式.....	40
第一項 確定存在開放性法律漏洞.....	40

第二項 類似性之探求：運用類推適用填補法律漏洞.....	41
<b>第四章 刑事訴訟法上之類推適用 .....</b>	<b>42</b>
第一節 刑事訴訟法上類推適用之容許性.....	42
第一項 刑法之「類推禁止」於刑事訴訟法上之適用？ .....	43
第一款 刑法類推適用禁止原則.....	43
第二款 刑事訴訟法不適用罪刑法定原則.....	44
第二項 刑事訴訟法原則上容許類推適用.....	46
第三項 德國刑事訴訟法原則上允許類推適用.....	47
第四項 與公法類推適用之比較.....	47
第五項 與民法類推適用之比較.....	48
第二節 刑事訴訟法上類推適用之必要性.....	49
第一項 刑事訴訟法存在法律漏洞.....	49
第二項 刑事訴訟法有司法造法之需求.....	50
第三節 刑事訴訟法上類推適用之外部界限.....	51
第一項 以有利或不利於被告或犯罪嫌疑人劃定界限？ .....	51
第二項 以規範性質劃定界限？ .....	51
第三項 以憲法優位性原則劃定界限.....	52
第一款 權力分立原則.....	53
第二款 法律保留原則.....	55
第三款 正當法律程序原則.....	57
第四款 比例原則.....	58
第四節 刑事訴訟法上類推適用之內部價值權衡.....	59
第一項 實體真實發見原則.....	60
第二項 法和平性原則.....	61
第三項 正當法律程序原則.....	61
第五節 刑事訴訟法上類推適用之操作模式.....	62
第一項 確定存在開放性法律漏洞.....	62
第二項 類似性之探求：運用類推適用填補法律漏洞.....	63
第三項 妥適性之權衡：審酌刑事訴訟法上類推適用之妥適性.....	63

<b>第五章 我國實務上之類推適用</b> .....	65
第一節 大法官解釋與判例之類推適用.....	66
第一項 刑期期間之計算類推適用民法規定.....	66
第一款 實務見解.....	66
第二款 本文評析.....	66
第二項 分案要點類推適用牽連管轄規定意旨.....	67
第一款 實務見解.....	67
第二款 本文評析.....	68
第一目 不存在法律漏洞.....	68
第二目 實非類推適用.....	69
第三項 判決文字誤寫誤算之裁定更正.....	69
第一款 實務見解.....	69
第二款 本文評析.....	70
第四項 自訴人之代理人不得代理自訴人上訴.....	70
第一款 判例要旨.....	70
第二款 本文評析.....	71
第五項 預料證人不能於審判期日到場須具一定之客觀事實.....	72
第一款 判例要旨.....	72
第二款 本文評析.....	73
第六項 小結.....	73
第二節 強制處分之類推適用.....	74
第一項 強制處分類推適用之容許性.....	74
第二項 限制出境.....	74
第一款 實務見解.....	75
第二款 本文評析.....	76
第一目 限制住居之可能文義範圍.....	77
第二目 未規範限制出境存在法律漏洞.....	77
第三目 限制出境與限制住居具有類似性.....	78
第四目 限制出境之類推適用不符合妥適性之要求.....	78
第三項 附帶搜索與同意搜索之事後救濟程序.....	80

第一款 實務見解.....	80
第二款 本文評析.....	81
第一目 應類推適用事後陳報制.....	81
第二目 事後救濟應類推適用準抗告規定.....	82
第四項 小結.....	84
第三節 證據能力之類推適用.....	84
第一項 類推適用證據使用禁止規定之容許性.....	84
第二項 筆錄與錄音（錄影）不符部分排除其證據能力.....	85
第一款 監聽譯文與錄音不符.....	85
第一目 實務見解.....	85
第二目 本文評析.....	85
第二款 證人陳述筆錄與錄音不符.....	86
第一目 實務見解.....	86
第二目 本文評析.....	87
第三項 另案監聽所得證據資料之證據能力.....	89
第一款 實務見解.....	89
第一目 類推適用另案扣押.....	89
第二目 限縮類推適用另案扣押.....	90
第二款 本文評析.....	92
第一目 不應完全類推適用另案扣押.....	92
第二目 應限縮類推適用另案扣押.....	93
第四項 非任意性證人陳述之證據能力.....	94
第一款 實務見解.....	94
第二款 本文評析.....	95
第五項 共同被告得爭執他被告之自白非出於任意性.....	96
第一款 實務見解.....	96
第二款 本文評析.....	97
第六項 小結.....	97
第四節 傳聞例外之類推適用.....	98
第一項 以類推適用創設傳聞例外之容許性.....	98

第一款 刑事訴訟法第 159 條之 3 存在法律漏洞.....	98
第二款 類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 的類似性基礎.....	100
第一目 審判中傳喚或訊問不能.....	100
第二目 可信性之情況保證.....	100
第三目 使用該證據之必要性.....	101
第三款 類推適用刑訴法第 159 條之 3 的審查模式.....	101
第二項 證人於審判中行使拒絕證言權.....	102
第一款 實務見解.....	102
第二款 本文評析.....	103
第一目 警詢筆錄.....	103
第二目 監聽譯文.....	104
第三項 傳聞供述之證據能力.....	105
第一款 實務見解.....	105
第二款 本文評析.....	106
第一目 傳聞供述之本質.....	106
第二目 類似性之探求.....	107
第三目 妥適性之權衡.....	108
第四項 兩岸司法互助取證之證據能力.....	109
第一款 實務見解.....	109
第二款 本文評析.....	110
第一目 證人於大陸地區所為供述證據之本質.....	111
第二目 類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3.....	111
第五項 小結.....	112
第五節 技術性規範之類推適用.....	112
第一項 技術性規範類推適用之容許性.....	112
第二項 裁判上一罪非屬智慧財產法院管轄罪名處斷之案件管轄.....	113
第一款 實務見解.....	113
第二款 本文評析.....	114
第三項 牽連再牽連案件之管轄.....	114
第一款 實務見解.....	114

第二款 本文評析.....	116
第四項 裁判上一罪類推適用 319 條第 3 項但書.....	117
第五項 第二審上訴書狀得引用相關文書.....	118
第六項 第三審類推適用第 370 條不利益變更禁止原則.....	119
第七項 第三審上訴中扣押被告財產由二審法院裁定.....	120
第八項 判決確定後之閱卷權.....	121
第一款 實務見解.....	121
第二款 本文評析.....	123
第九項 確定裁定類推適用再審、非常上訴程序救濟.....	124
第一款 實務見解.....	124
第二款 本文評析.....	125
第十項 非因過失遲誤交付審判期間之回復原狀.....	126
第一款 實務見解.....	126
第二款 本文評析.....	128
第十一項 酌量扣押被告財產之事後救濟程序.....	129
第六節 實務否定之類推適用.....	129
第一項 新聞記者之拒絕證言權.....	129
第一款 實務見解.....	130
第二款 本文評析.....	131
第一目 未規範記者之拒絕證言權是否係法律漏洞.....	131
第二目 新聞記者得否類推適用第 182 條主張拒絕證言權..	133
第三目 小結.....	135
第二項 第二審上訴須以判決違背法令為由.....	136
第一款 實務見解.....	136
第二款 本文評析.....	137
第三項 檢察官不蒞庭不待其陳述逕行判決.....	138
第一款 實務見解.....	138
第二款 本文評析.....	139
第四項 小結.....	140

<b>第六章 結論</b> .....	141
一、刑事訴訟法原則上容許類推適用.....	141
二、建構應然面之操作模型.....	142
三、評析實然面之實務見解.....	142
(一)大法官解釋與判例之類推適用.....	143
(二)強制處分之類推適用.....	143
(三)證據能力之類推適用.....	144
(四)傳聞例外之類推適用.....	144
(五)技術性規範之類推適用.....	145
(六)實務否定之類推適用.....	145
四、刑事訴訟法上類推適用之獨特性.....	146
<b>參考文獻</b> .....	147



## 圖表目錄

【圖表 1：法律漏洞之認定】 .....	9
【圖表 2：法律概念之類型】 .....	12
【圖表 3：法之續造的三個階段】 .....	16
【圖表 4：類似性之探求】 .....	28
【圖表 5：一般法學上類推適用之操作模式】 .....	40
【圖表 6：刑事訴訟法之三大目的】 .....	60
【圖表 7：刑事訴訟法上類推適用之操作模式】 .....	62
【圖表 8：妥適性之權衡】 .....	64



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機及目的

刑事訴訟法係屬程序法，相較於其他法域而言，法學方法在刑事訴訟法上之運用，受到較低程度的關注<sup>1</sup>，但也不可因此而逕謂法學方法於刑事訴訟程序上運用不具重要性。德國學者 *Karl Larenz* 即認為，理論之進步，需要有法學方法之協力，以更為自覺，更為透明的論點，更為嚴謹的理由構成，來支持判決的結論。<sup>2</sup>蓋法學方法論在各個法域均具有一定之重要性，將法學方法之應用引入刑事訴訟法中殆屬必要。

然而，法學方法種類繁多，涵蓋法律解釋與適用之各個層面，則何以筆者僅擇定「類推適用」而為文，須先加以釋明。蓋「類推適用」是常見填補法律漏洞的法學方法，學說與實務均頻繁使用此一概念，雖其乍看之下似係非常簡單易操作的法學方法，但也因此往往忽略了它的論述過程，甚至可能與其他相似的法學方法產生混淆或誤用。相較於其他的法學方法，類推適用特殊之處在於其介於立法與司法的交界點，係司法造法之一種。就其功能而言，司法造法一方面可以濟法律不足之窮，另一方面可以避免法令滋彰之害。<sup>3</sup>拉丁法諺即有言：「同一理由，同一法律；類似事項，類似判決（*Ubi eadem ratio, ibi eadem lex [idem jus]; et de similibus idem est iudicium.*）」<sup>4</sup>；而我國憲法第 7 條亦明文揭示「平等原則」，司法院釋字第 485 號即闡明「憲法第 7 條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」得由其內涵導出「等者等之，不等者不等之」並可連結第 16 條訴訟權而衍生出「禁止拒絕審判」原

---

<sup>1</sup> 其他法域之類推適用已有諸多文章加以探討，尤以民法領域討論最盛。而以刑事訴訟法上之類推適用為主題之論文僅三篇：李佳玟，〈刑事訴訟法中之法理與類推適用—以南迴搞軌案為例〉，《日新司法年刊》，8 期，頁 152-158，2008 年 7 月。王兆鵬，〈類推適用第一五九條之三〉，《月旦法學教室》，69 期，頁 18-19，2008 年 7 月。黃思瑤，〈刑事程序法之解釋方法〉，《刑事法雜誌》，35 卷 5 期，頁 1-34，1991 年 10 月。

<sup>2</sup> 王澤鑑，〈舉重明輕、衡平原則與類推適用（上）〉，《法令月刊》，47 卷 2 期，頁 3，1996 年 2 月。

<sup>3</sup> 鄧衍森，司法造法的法律哲學基礎及其功能，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 3，1976 年。

<sup>4</sup> 鄭玉波，《法諺（一）》，頁 28，1986 年。

則，即法官不得以法無明文規定，而拒絕審判。因此，於法律存在漏洞之情形，基於正義的需求，落實平等原則，除了法律明文禁止類推適用之外，（例如：刑法的罪刑法定主義、租稅法的租稅法定主義）法官不僅具有類推適用之權利，甚而負有以「類推適用」填補法律漏洞，而盡公平審判之義務。惟法院從事司法造法，以類推適用填補法律漏洞的同時，亦可能逾越立法界線，僭越立法權，甚而侵害人民之基本權，尤需慎重為之。

我國刑事程序雖已有法條明文加以規範，但刑事訴訟程序繁瑣複雜，實際個案態樣變化多端，法條不可能窮盡所有情形，制定圓滿完善毫無缺漏的法律規範。在這種情況下，產生了法律漏洞，而需要加以填補，以維持法秩序的公平正義。因此，類推適用之運用便十分重要。實務上法官面對具體個案爭議時，經常運用類推適用的方式，解決法無明文規範的案件事實，例如刑事訴訟法第 159 條之 3 傳聞例外之類推適用、證人陳述類推適用刑事訴訟法第 98 條及第 156 條、對向犯類推適用第 156 條第 2 項補強證據、偶然監聽類推適用另案扣押之規範、判決確定後類推適用第 33 條閱卷權等等。<sup>5</sup>惟我國學說與實務，尚未針對刑事訴訟法的類推適用，建立一個理論上的思考架構，若法官於解釋法律或填補法律漏洞時，未能運用合理運用類推適用的法學方法，審慎的從事法律漏洞的填補，恐流於恣意，難期裁判結果符合公平正義之要求。

故而，本文擬從法學方法與刑事訴訟法之基本理論著手，推導出刑事訴訟上之類推適用所應具有的「應然」層面，進而架構出一套具體操作的模式，並以之檢驗「實然」層面，即實務判決所為之類推適用是否符合應然層面之要求，以匡正實務判決誤用，或未妥適應用類推適用之部分。期能提供一個初步思考的方向，更可透過此一套刑事訴訟法上類推適用的具體操作模式，繼續發展刑事訴訟上之法學方法，使其更為嚴謹化。

---

<sup>5</sup> 本文第五章即就實務上之類推適用為介紹與評析。

## 第二節 研究方法及範圍

### 第一項 研究方法

本文主要採用文獻分析法、比較分析法，以及案例分析法。由於本文所欲研究之課題，可供直接參考之文獻甚少，故筆者擬從法學方法著手，先釐清法律漏洞及類推適用之相關概念，藉由比較刑法、民法、憲法及行政法上之類推適用，推導出刑事訴訟法上類推適用之容許性及必要性。復劃定刑事訴訟上之類推適用的界線所在，其外部以憲法及憲法原則為界，內部則以刑事訴訟法之原理原則為妥適性之控制；再建構一套刑事訴訟法上之類推適用的操作模式。確定了「應然」面向後，則檢討「實然」面向，就我國實務判決曾為刑事訴訟上類推適用之具體類型，及我國學說上有爭議的類推適用之具體類型，以類型化的方式分析統整，再實際操作刑事訴訟法上類推適用之模型，檢驗其妥適性。最後，本文將提出實務上操作類推適用的不足或不妥之處，期能以類推適用為引子，促進刑事訴訟法實務上法學方法之發展。

### 第二項 研究範圍

關於實然面向，本文以我國實務判決為主，鑒於刑事訴訟法上之類推適用態樣繁多，遍及刑事訴訟各章節，筆者力有未逮，無法搜羅所有類推適用之類型，並一一加以解析，故將研究範圍限縮至明言「類推適用」或「基於同一法理」之類型，並採擇實務上常常出現之類型加以闡釋與評析。至如形式上採用舉輕以明重或舉重以明輕之用語（當然解釋），實質上係類推適用之實務見解，而誤用解釋方法者，雖亦深具研究價值，然因本文篇幅有限，暫不納入，尚祈來日能加以深入探究。

## 第三節 本文架構

本文分為六個章節，第一章係緒論，說明本文之研究動機及目的，及所採用之研究方法，並介紹本文之研究架構。

第二章則論述法律漏洞之概念，蓋類推適用之前提係存在開放性法律漏洞，故在確認法律漏洞存在後，則必須進一步探究法律漏洞之意義，並介紹其類型與填補方法。

第三章深入討論釐清類推適用此一法學方法，蓋填補法律漏洞的方法良多，例如：目的性限縮、目的性擴張、類推適用等。其中，「類推適用」係以法律已有明文規定之構成要件，與法無明文規定之案件事實間之「類似性」為基礎，比附援引，以填補「開放性法律漏洞」之方法。此一概念雖經常被使用，但其內涵卻未必能輕易的加以掌握，而需要進一步加以究明，蓋類推適用與其他法律解釋方法，或法律漏洞填補方法之間的界限並不十分明確，既容易產生混淆，又難以釐清其間之概念。而於實務應用上，我國刑事訴訟實務於解釋法律概念，或填補法律漏洞時，又往往大量交替使用「類推適用」、「基於同一法理」、「舉重以明輕」、「舉輕以明重」等語，表示其推論之過程，但因忽略法學方法，所以其推論過程，究係以類推適用或目的性擴張的方法填補法律漏洞，或是以當然解釋、擴張解釋的方法為法律解釋，抑或是採用其他的法學方法，事實上在所難明。本文認為，應不可僅依形式上所採之用語而遽下判斷，而必須依其實質推論方式詳加分析探究，先釐清其所採之法學方法為何者。然後，再進一步考量其實質上操作之結果是否符合公平正義的要求。

第四章則進入本論文之核心，討論刑事訴訟法上之類推適用，主要釐清刑事訴訟法上類推適用之容許性、必要性及其外部界線，與類推適用時所應加以權衡之刑事訴訟法內部價值，並進而架構應然層面的模型。容許性部分，以刑事訴訟法之本質為核心，比較其他法域如刑法、行政法、民法類推適用之情形，以推導出刑事訴訟法上類推適用之容許性。必要性部分，則由法律漏洞必然存在與司法造法之必要性加以證立。再從具優位性之憲法原則，如權力分立、司法權之本質、法律保留、比例原則，劃定刑事訴訟法上類推適用之外部界線。復以刑事訴訟法之三大目的作為類推適用法律評價之內部價值權衡，本文以此方法建構出刑事訴訟法上類推適用之操作模型，期能於個案中具體適用。

第五章則蒐集我國實務關於刑事訴訟法上類推適用之實例，並以所建構之應然模型加以套用檢驗其妥當性，將實然與應然做一比較與檢討。

第六章結論部分，總結前述各章，期能藉由本文建構刑事訴訟法上類推適用之操作模型，於個案判斷上之論理能更為細緻妥適，而非淪於法官恣意。

## 第二章 法律漏洞

*Non est regula quin fallet* 法律必有漏洞

### 第一節 法律漏洞存否之過去與現在

法律規範體系中存在著漏洞，並非自始即受公認之理，故以下將先討論法律漏洞存在與否於歷史上的論辯，肯認法律漏洞之存在，進而討論法律漏洞之現代意義。

#### 第一項 法律漏洞存否之歷史演變

現今法學界一致認同法律漏洞此概念之存在可能，如地球繞著太陽公轉一般，無庸置疑。惟，正如哥白尼主張日心說在當時被視為離經叛道一般，法律漏洞概念之存在也非至明之理，而是經過了一番歷史激辯後，始成為眾所肯認之真理，並使法官於判決中填補法律漏洞之權限得以正當化，而為維護人權，實現公平正義，填補法律漏洞甚至係法官的義務。

十九世紀前之歐陸與英美法學界盛行自然法論與註釋法學，認為法律係一完整自足之封閉體系，不可能存在任何法律漏洞，立法者所制定之法典如同萬能鑰匙般，可輕易解決所有個案事實。<sup>6</sup>故法官只需謹守本分，運用單純的邏輯演繹、概念分析，將法律套用於個案事實即可，無須也不被允許於判決中為個案事實作價值判斷或利益衡量，否則將導致司法僭越立法之嚴重後果。如法國啟蒙時期思想家孟德斯鳩（*Montesquieu*）即嚴正反對法官造法，認為「法官只是如同自動販賣般自動適用法律之機器，其判決不過是嚴格的複寫法律而已，不得加入任何個人之利益衡量、價值判斷。法官只是一張宣告、說明『何者是法律』的嘴巴，但法官並不具任何能力以個人意思來改變、左右法律之效力，而是嚴格受法律拘

---

<sup>6</sup> 拿破崙所制定之法國民法典，即係基於成文法萬能思想而生，相信可以人類理性制定出一部亙古不變之完美法典，該法典中即有一條文謂：「從今以後，法官不可以法律無明文為理由，而拒絕裁判」，認為任何生活事實均可由法典中找到解答。（楊日然，《法理學》，頁 174，2005 年 9 月。）附帶一提，現今由憲法保障人民平等權與訴訟權導出「法官禁止拒絕審判」，與上述條文之結論相同，但所植基之理由迥異，不可等同視之。

束的動物。<sup>7</sup>」孟德斯鳩認為法官的功能僅為一台自動販賣機，僅係依照立法者所設定好的程式，做機械化的複製套用，於今日角度觀之，係生動地表現出概念法學對於法官功能之不當定位，弱化司法功能，過份強調法律之概念分析及邏輯推演，致法律無法隨著時代變遷而演進，與現實社會脫節，淪為一門純粹理論認識的學科。概念法學思想之缺陷，於我國於民國 65 年間之誹韓案判決<sup>8</sup>，可見一斑。

鑑於概念法學之諸多缺陷，學者提出了批判的思想。基希曼於 1848 年發表《法學無學問價值論》，文中直陳：「只要立法者更動三個字，則整個法學圖書館中的文獻全要變成廢紙堆了！」一針見血地點破「法典萬能主義」的荒謬之處，並帶動了法學思想的改革。耶林目的法學之興起，取代僵化的概念法學，掀起了一場「自由法運動」，歐陸法學界的 *E.Ehrlich*, *H.Kantorowicz*, *F.Gény* 等自由法運動健將，強調「活法」的探求，認為成文法只是萬千活法的文字形式化。<sup>9</sup>同一時期，美國法學界的巨擘 *O.W.Holmes* 的名言也謂「法律的生命不是邏輯，而是經驗」，另提倡社會法學思想的 *R.Pound* 亦認為「法律必須確定，卻不能呆滯」。<sup>10</sup> 上述論證，在在顛覆概念法學脈絡下的法典萬能主義，認為制定法並非唯一法源，活法才是真正的法源，藉由活法的探求，促使法律隨著社會的脈動，有機的成長，而非停滯僵化，悖離現實社會所需。法官具有司法造法之權限與義務，並非單純機械化適用法律，以不斷活化促進法律發展與成長，以符合現實社會所需。

繼目的法學後，利益法學承襲其看法，一方面承認法律漏洞之存在，另一方面對於法官填補法律漏洞之方式，做了更為細微之修正。<sup>11</sup>其認為自由法論陷於感

---

<sup>7</sup> 楊日然，《法理學》，頁 171-172，2005 年 9 月。

<sup>8</sup> 我國於民國 65 年 10 月間引起軒然大波的誹韓案判決，即係法官囿於概念法學之事例。被告郭壽華發表文章指稱：「韓愈為人尚不脫古人風流才子的怪習氣，妻妾之外，不免消磨於風花雪月，以致體力過度消耗，及後誤信方士硫磺下補劑，離潮州不久，果卒於硫磺中毒」等語，經韓愈第三十九代直系血親韓思道不滿，向台北地方法院自訴被告誹謗死人罪。一、二審法院均判決確定被告誹謗已死之人，處罰金三千元。審判者著重於概念邏輯，而為機械式的邏輯推演，疏未為利益衡量之價值判斷，致判決結果貽笑大方。楊仁壽，《法學方法論》，頁 3-9，2010 年 5 月二版。甚而有專書彙編當時之論戰：《誹韓案論叢》，聯合報編輯部編，1977 年。

<sup>9</sup> 楊日然，《法理學》，頁 184，2005 年 9 月。黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 23，1988 年。

<sup>10</sup> 黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 24，1988 年。

<sup>11</sup> 楊日然，《法理學》，頁 193，2005 年 9 月。

情法學，忽視立法者之原意，法律固然存在著漏洞，惟法官填補法律漏洞時，須先探究實定法中立法者所為之利益衡量，而非恣意以活法加以填補。而至評價法學大家 *Karl Larenz* 亦認為「所有的法律都必然存在著漏洞」<sup>12</sup>，對於法律漏洞之填補殆屬必須。至此，法律漏洞之存在已成定論，司法功能因而大幅提升，藉由司法造法輔助立法之闕漏與不足，制定法之意涵可適當被闡釋，進而促進法律之成長與演進，法律並非僵硬固化的水泥電線杆，而係可藉由司法造法不斷成長茁壯之森森大木。

## 第二項 法律漏洞之現代觀點

在資訊爆炸的二十一世紀，科技網路日新月異，社會經濟發展一日千里，社會變遷之迅速、人際關係網之複雜程度，遠勝十九、二十世紀時之情形，對於法規之飢渴亦倍於上世紀，準此，立法腳步必然落後於現實社會變遷之速度，也因此，實務對於法律漏洞之填補有著更大的需求，司法造法之功能更顯其要。例如：司法警察運用新科技，以監聽監錄的方式調查取證，原非制定法所規範之蒐證方式，故形成嗣後實務偵查應用的法律漏洞，後才經制定通訊暨監察保障法加以規範，填補該法律漏洞。此外，民主之蓬勃發展，以及資訊流通之便利性，促成多元資訊的流動與交換，已非百家爭鳴所能比擬，立法者於制定法律的過程中，須考量各利益團體之意見，衡酌不同版本之草案及其間的利益衡量與價值取捨，甚而為求法案順利通過，不得不為「立法妥協」，也可能致生法律漏洞。例如：刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定即係立法妥協下之產物，文義上對於法院調查證據之職權範圍語焉不詳，後經最高法院召開多次會議，方逐步確立法官調查證據之權責範圍，惟其妥適性，有待商榷。<sup>13</sup>

除了立法過程中不可避免的缺漏外，從法官適用法律之面向，亦可見法律漏洞存在之必然性。希臘哲人 *Heraclitus* 有言：「人不可能跨入同一條河流兩次」，現代法哲學先驅 *Gustav Radbruch* 亦曾言：「世界上不會有兩個完全相同的事物，

---

<sup>12</sup> *Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl, 1991., S.366.*

<sup>13</sup> 最高法院先後於 91 年度第 4 次刑事庭會議決議、100 年度第 4 次刑事庭會議決議、101 年刑事庭第 2 次決議研討刑事訴訟法第 163 條第 2 項之內涵，並逐步限縮法院調查之範圍。學者對最高法院此舉有所批判：楊雲驊，〈惶恐灘頭說惶恐，零丁洋裡嘆零丁〉—談最高法院 101 年第 2 次刑庭決議〉，《台灣法學雜誌》，197 期，頁 98-104，2012 年 4 月 1 日。何賴傑，〈刑事法院依職權調查證據之範圍與限制〉，《台灣本土法學雜誌》，2 期，頁 33-42，1999 年 6 月。

就像沒有兩只完全一樣的雞蛋。<sup>14</sup>」換言之，所有個案事實都是獨一無二的，不論訴訟主體或訴訟客體或是整個刑事訴追程序，彼此間都存在著大大小小的差別，不可能存在二個完全相同的個案，立法者也不可能預見所有情形而為詳盡的規範。法典萬能純屬空中樓閣，自須仰賴法官審理個案時，針對個案事實為價值判斷與利益權衡，以求得對個案事實最為妥適之判決。而其方式，小則以法律解釋，大則以超越文義範圍的方式填補法律漏洞，甚而為超越法律之法之續造。

## 第二節 法律漏洞之意義及認定

### 第一項 法律漏洞之意義

法律係屬社會規範之一，與倫理、道德、宗教等規範共同肩負維持社會秩序、伸張公平正義之責任，故並非所有生活事實之大小事項均需以法律為鉅細靡遺的規範，而係限於應由法律規範之事項，方須以法律為妥適之規範。因此，法律依其於社會規範體系中之定位及功能實現，可劃定一理想的應規範範圍；而若將實定法之規範與理想法律規範，兩相比對而有所差異，致規範不足或規範不妥適者，即屬法律漏洞。

而此理想的法律規範計畫究何所指，*Canaris* 強調係由現行法公布實之規範目的探知之「立法者應有的計畫」，*Rüthers* 則認為此計畫並非客觀存在、可直接適用之標準，而係司法者對「矛盾的規範與評價進行的和諧解釋」，依照通說，法律規範計畫須由其自身出發，透過歷史解釋及目的論解釋，始能得出。<sup>15</sup>實定法與理想法間，猶如一幅未經切割的拼圖原畫與經切割散落之拼圖塊，原畫將隨著社會的變遷而異其畫面，而實定法係一幅永遠不能完成的拼圖，一直不斷地尋找拼湊適當的拼圖塊，以達到與理想法最為接近一致的狀態。

### 第二項 法律漏洞之認定

法律漏洞的兩大特徵係「不圓滿性」與「違反計畫性」<sup>16</sup>，換言之，法律漏

---

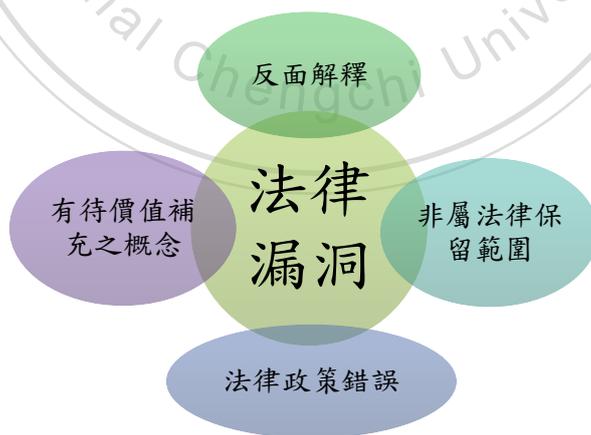
<sup>14</sup> *Gustav Radbruch* 著，王怡蘋、林宏濤譯，《法學導論》，頁 30，2002 年 3 月。

<sup>15</sup> 吳從周，〈民法上之法律漏洞、類推適用與目的論限縮〉，《東吳法律學報》，18 卷 2 期，頁 113，2006 年 12 月。

<sup>16</sup> 黃茂榮，《法學方法與現代民法》，頁 559，2009 年 8 月 6 版。

洞即違反計畫的不圓滿性。不圓滿性係就案件事實的角度觀察，當一個案件事實發生，且其應屬法律規範之範疇，卻遍尋不著適當的法規範，而無從圓滿解決該案件事實時，法律對於該案件事實而言，即不具圓滿性。而違反計畫性係就法律規範計畫（立法計畫）的角度觀察，某特定案件事實應劃歸理想規範之範疇，且非立法者有意之沉默，法律卻並未加以規範時，即謂法律係違反計畫性。<sup>17</sup>尚需特別加以留意的是，雖以法律「漏洞」之名稱之，惟其內涵並非僅指「規範不足」，即應規範而漏未規範之情形，而係亦兼及「規範不當」之情形，即有規範但該規範並非適當之情形，例如：隱藏性的法律漏洞，即屬於規範欠缺之情形。

然而，法律漏洞之認定並非易事，蓋我們雖可掌握法律漏洞之抽象內涵，惟其外延範圍殊難界定，無法以正面解釋之方式窮盡列舉所有法律漏洞，僅能以反面剔除之方式，除去非屬法律漏洞者，以反面的方式認定法律漏洞是否存在。此外，法律漏洞往往係法官於適用法律時不敷使用，不足以妥適解決個案事實時，始行顯現，故法官適用法律、尋法找法以解決個案事實之過程，亦係認定法律漏洞並加以填補之過程。因此，法官審理個案事實，卻無法由實定法中尋獲妥適規範加以解決時，不得逕行認定係屬法律漏洞而加以填補，而須先考量該規範缺漏的現象，是否屬於反面解釋、有待價值補充之概念、非屬法律保留範圍以及立法政策錯誤，若屬之，即為立法者「有意之沉默」，而非法規範之疏漏，法官自無加以填補之權限，亦無需類推適用，否則將造成司法僭越立法，違反權力分立原則。以下則就「立法者有意沉默」的四種類型詳為論述：



【圖表 1：法律漏洞之認定】

<sup>17</sup> Larenz, a.a.O., S.373-374.

## 第一款 反面解釋

反面解釋即反面的推理（der Umkehrschluß），係將邏輯上反面推理（der Umkehrschluß）之方式運用於法學上<sup>18</sup>，若規定為「A=P」，則依反面推理可得出「非 A=非 P」的結論，例如：刑事訴訟法第 3 條規定，刑事訴訟之當事人為檢察官、自訴人及被告。法律以正面規範屬於當事人者，為檢察官、自訴人以及被告三者，故可以反面推論，非屬條文所列舉之三種人之一者，即非刑事訴訟法之當事人。然而，並非所有法律規範均當然可以為反面解釋，而是必須具備一個重要的前提，即係法定構成要件已經被立法者窮盡列舉，並非僅係例示故尚有類推適用之空間。換言之，若依立法意旨可認定立法者僅欲對列舉之案型賦予該法定構成要件之效果，則該規範即已窮盡列舉。惟反面解釋僅能認定系爭案型非屬該規範之法律效果，但一個規範之反面效果可能有兩種以上之態樣，故反面解釋只能封閉部分的法律漏洞，而無法終極的封閉一個法律漏洞。<sup>19</sup>

另外要注意的是，反面解釋與類推適用係互斥的邏輯規則，反面解釋的同時，亦宣告了類推適用之禁止；允許類推適用之當下，亦阻斷了反面解釋之可能性。例如：刑事訴訟法第 4 條但書，列舉內亂罪、外患罪，以及妨害國交罪此三類案件之第一審管轄權係屬於高等法院，則應認立法者已窮盡列舉符合此構成要件（第一審管轄權例外屬於高等法院）之案件類型，故可依反面解釋認定瀆職罪之第一審非屬高等法院管轄，同時也不得因瀆職罪與列舉之三款案件類型，具有同屬保護國家法益之犯罪的類似性，而類推適用刑事訴訟法第 4 條但書，謂其第一審管轄係高等法院，而應回歸適用該條之本文規定。

## 第二款 有待價值補充之概念

「有待價值補充之概念」即學者所稱之「法內漏洞」<sup>20</sup>（又稱立法者明白授權補充之漏洞、實質漏洞），惟本文並不贊同法內漏洞之概念，蓋本文認為其非屬法律漏洞，若以漏洞稱之，將產生概念上的混淆；其應係立法者預留予法官從

<sup>18</sup> 黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 134 以下，1988 年。

<sup>19</sup> 黃茂榮，《法學方法與現代民法》，頁 630-633，2009 年 8 月 6 版。

<sup>20</sup> 黃茂榮教授之分類：黃茂榮，《法學方法與現代民法》，頁 565 以下，2009 年 8 月 6 版。

事裁量判斷的「有待價值補充之概念」，法官之裁量補充係立法者意料中之事。換言之，立法者故意於立法時預留空間，使法官審理個案時，得依據具體個案靈活運用法規範，享有一定程度之裁量空間，此時法官裁量並未違背其立法計畫，不生立法與司法間權力分配之衝突，未若法律漏洞之填補，需特別考量是否會造成司法僭越立法，危及權力分立之法治國架構，自非法律漏洞。故而，本文未採法內漏洞之名稱，而以「有待價值補充之概念」稱之，以彰顯其內涵。有待價值補充之概念可細分為「不確定法律概念（有待具體化之法律概念）」與「授權式的類推適用」。

### 第一目 不確定法律概念

法律概念係由核心與外延所構成，猶如太陽的核心與其外圍的光暈。依照概念的核心與外延之明確度可將法律概念分為三種<sup>21</sup>，其一係核心與外延意義均明確的「狹義法律概念（der Rechtsbegriff im engeren Sinne）」，一般人均可輕易判定其所指涉之概念，且能明確劃定與其他概念間之界線，例如：地方法院、拘票、辯護人等；其二係核心意義明確，但外延意義模糊的「描述性（經驗性）不確定法律概念（descriptive unbestimmte Begriff）」，雖可依一般經驗理解其本質與特徵，但無法明確劃定其外圍界線，而須經由法律解釋加以界定，例如：住所、文書、電磁紀錄、搜索等；最末，係核心與外延意義均不明確之「規範性（評價性）不確定法律概念（normative unbestimmte Begriff）」，此需經價值判斷，始得確定其概念內涵，富有相當大的彈性，使法官能因時制宜，適當納入社會價值、利益衡量、價值權衡，依照具體個案之差異而有所變通，提供法律演進之空間，有其存在之實益，例如：公平正義、必要時、重大關係、公共利益。惟不確定法律概念之採用及其解釋均需審慎為之，以免形成法官恣意擅斷之空間。

---

<sup>21</sup> 黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 43-44，1988 年；司法院釋字第 586 號楊仁壽大法官不同意見書。

		核心	
		明確	不明確
外延	明確	狹義法律概念	X
	不明確	描述性 不確定法律概念	規範性 不確定法律概念

【圖表 2：法律概念之類型】

## 第二目 授權式類推適用

基於立法技術之要求，法律文字需盡可能明確且簡潔，以簡馭繁，而非冗長繁瑣。因其規範的思考方式與類推適用相同，均係對於欲加以規範的相似類型，以簡潔的方式立法，使法律文字不致過於繁瑣複雜，此為達法條簡潔之立法方式，依其功能可分為兩種<sup>22</sup>：

其一係為「避免繁瑣的重複規定」，故立法者對於具類似性的規範類型，會於法律文字中明文授權法官，於此規範類型適用其他法定之構成要件或法律效果，其法條用語常以「準用」、「...亦同」、「...有同一之效力」表示。例如：刑事訴訟法第 197 條規定「鑑定，除本節有特別規定者外，準用前節關於人證之規定。」即為使法條簡潔，而不再於關於鑑定的規範中，重複贅述與證人規定中相同之部分。再如刑事訴訟法第 178 條第 1 項規定「證人經合法傳喚，無正當理由不到場者，得科以新台幣三萬元以下之罰鍰，並得拘提之；再傳不到者，亦同。」即以「亦同」二字表示證人再傳未到之效果，與第一次傳喚未到之效果相同，免去法律文字內容之重述。故而，立法者實際上已對該案件類型提出法定規範，惟為求法條之明確簡潔，故以較為減省之用語指示法官如何適用法律，難謂係違反立法者之立法計畫，亦無規範不圓滿之情形，並非法律漏洞。

其二係為「避免掛一漏萬」之例示規定。立法者於立法時已慮及其所欲規範

<sup>22</sup> 黃茂榮，〈法學方法與現代民法〉，頁 581-584，2009 年 8 月 6 版。

之類型無法被窮盡列舉，故採用例示而非列舉的方式，舉出其所欲規範的標準態樣，復以抽象概括的方式，併予規範相類似之類型。<sup>23</sup>例如：刑事訴訟法第 159 條第 2 項「...其關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，亦同。」先以舉例的方式，臚列羈押、搜索等五種強制處分之態樣，後以「其他依法所為強制處分之審查」概括規範所有相類似的類型，以免有所遺漏。

### 第三款 非屬法律保留範圍

法律規範體系具有「層級化」之特徵，依照受規範生活事實之輕重鉅細、干預人民自由與權利之程度、對於規範之需求程度高低等，而異其規範密度，是為「層級化法律保留體系」。<sup>24</sup>若屬於執行法律之細節性、技術性事項，僅對人民之權利產生輕微之影響，需要規範之密度較低，即「非屬法律保留事項」，得由司法機關本於司法行政監督權發布命令規定之。例如：法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項、檢察機關實施搜索扣押應行注意事項、臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點等。另司法院釋字第 530 號解釋認為，最高司法機關得就審理程序有關之細節性、技術性事項，本於其司法行政監督權發布規則而為規定，除司法行政事務外，亦可提供相關法令、有權解釋之資料或司法實務上之見解，作為司法機關人員執行職務之依據。例如：最高法院民刑事庭決議、最高法院判例、司法院解釋等。

---

<sup>23</sup> 羅傳賢，《立法程序與技術》，頁 211，2005 年 4 版。

<sup>24</sup> 司法院釋字第 443 號解釋理由書節錄「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」

故而，基於法律保留層級化體系，此等細節性、技術性事項，無須亦不可能由法律加以規範，而係由司法行政機關本於其職權，發布行政命令或行政規則加以規定。法律對其未為規範，自非法律漏洞。

#### 第四款 法律政策錯誤

立法係政策實踐的過程，藉由制定法律以變更或推行國家政策，而政策係決定立法價值的依據，法律政策之選擇反應在制定法上。<sup>25</sup>法律政策係指立法者經過價值判斷後，決定採用或不採用某制度，例如：我國未採用美國的陪審團制度、日本的裁判員制度、建置德國的偵查法官等，均屬法律政策之選擇。若立法者決定不採用某一特定制度，但此決定卻經不起以法政策為基礎而對於法律提出之批評，此構成法律政策之錯誤，僅能藉由修法或新的立法，始能修正該法律政策之錯誤。<sup>26</sup>例如：現行法採行卷證併送制，未採行起訴狀一本主義，有學者認為立法者未採起訴狀一本之制度係立法者之法律政策錯誤（*rechtspolitischer Fehler*），建議應修法改採起訴狀一本制。<sup>27</sup>

法律政策之錯誤，仍可盡其規範功能，對於相關之案件類型提供適當的答案，並不構成法律體系之不圓滿性，且其係立法者之政策選擇，自亦不違背立法計畫，並非法律漏洞。<sup>28</sup>至法律漏洞與法律政策錯誤間之區別，則應依法律之規範意旨及其「內存目的」加以認定。所謂內存目的，必須考量立法者之主觀意思，以及法律客觀之目的及一般法律原則。經價值評斷後，若認為依法律本身之規範意旨，該規範之欠缺導致法律不圓滿性，則係法律漏洞；反之，若僅係法律政策之決定無法經受法政策上的批評，即係法律政策之錯誤，並非須由法官加以填補之法律漏洞。<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> 羅傳賢，《立法程序與技術》，頁 87-88，2005 年 4 版。

<sup>26</sup> *Larenz, a.a.O.*, S.374.

<sup>27</sup> 黃朝義，《刑事訴訟法》，頁 347 以下，2009 年 9 月 2 版；林山田，《刑事程序法》，頁 564，2004 年 9 月 5 版。

<sup>28</sup> 黃茂榮，《法學方法與現代民法》，頁 562，2009 年 8 月 6 版。

<sup>29</sup> *Larenz, a.a.O.*, S.374.

### 第三節 法律漏洞之類型

法律漏洞依其區分標準之不同，有多種相異之分類，本文僅擇其要者加以介紹。

#### 第一項 自始法律漏洞與嗣後法律漏洞

以法律漏洞存在之時點加以區分。於立法者立法當時即已存在之法規範之不圓滿狀態，稱之為「自始法律漏洞（anfängliche Lücke）」；反之，於立法之後，歷經社會變遷、科技革新及經濟發展等變化，法規範無法因應社經變遷，致立法目的不達，成為不圓滿的法規範，即係「嗣後法律漏洞（nachträgliche Lücke）」。<sup>30</sup>前者例如，檢警以不正方式訊問證人，取得證人不具任意性之證言，對於人權之戕害程度，與以不正訊問方式取得被告之自白相當，應排除該證言之證據能力，惟現行法卻未就證人不具任意性之證言，如刑事訴訟法第 156 條第 1 項般明文排除其證據能力。<sup>31</sup>後者例如，因科技發展使錄音錄影技術更為成熟普及，於 1998 年修法前，對於司法警察官、司法警察詢問犯罪嫌疑人時，其筆錄與錄音、錄影之內容不相符者，應否排除其證據能力，欠缺明文規範。<sup>32</sup>

#### 第二項 無認知法律漏洞與有認知法律漏洞

自始漏洞可分為立法者有意識到而未為規範的「有認知法律漏洞（bewußte Lücke）」，刻意開放某問題不為規整，將之讓由實務司法裁判及學討論來決定其走向；以及立法者無意識到的「無認知法律漏洞（unbewußte Lücke）」，即立法者忽略了依其原本的規範意向應該加以規範的案件類型，或誤以為就此已為規範。<sup>33</sup>如刑事訴訟法第 159 條之 3 規定，被告以外之人於審判中若有法定四款情形，而其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，具有特別可信性及證據使用之必要性時，則為傳聞例外，具證據能力。對此，最高法院多數見解認為，刑事訴訟法第 159 條之 3 所訂 4 款法定事由係屬「例示」，立法者對於傳

---

<sup>30</sup> Larenz, a.a.O., S.379.

<sup>31</sup> 最高法院 100 年度台上字第 3796 號判決。

<sup>32</sup> 最高法院 96 年度台上字第 5223 號判決。

<sup>33</sup> Larenz, a.a.O., S.379.

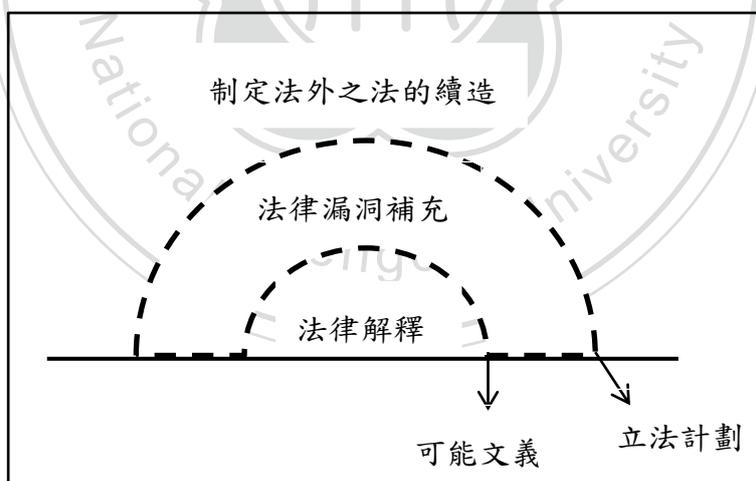
聞例外故意不為完全規範，而交由司法裁判與學界填補其內涵，是為立法者有認知之漏洞。<sup>34</sup>

### 第三項 開放性法律漏洞與隱藏性法律漏洞

「開放性法律漏洞（明顯漏洞） offene Lücke」係就特定類型事件，法律欠缺依其本應包含之適用規則，應規範而未為規範致規範不足時，其通常以「類推適用」、「回歸法律所包含之原則」或「取向事物本質」的方式加以填補；「隱藏性法律漏洞（verdeckte Lücke）」係就特定類型事件，法律雖然含有得以適用之規則，惟該規則在評價上並未慮及此類事件的特質。因此，依其意義及目的而言對此類事件並不適宜，其填補之方式係將適用範圍加以限縮，稱為「目的論的限縮」。<sup>35</sup>換言之，前者係規範不足，猶如紙杯破了個洞，無法達成盛水之功能；後者則係規範過度，猶如花盆之底部未留一洞孔使之排水，使其功能不彰。

## 第四節 法律漏洞之填補

### 第一項 法律漏洞填補之性質



【圖表 3：法之續造的三個階段】

<sup>34</sup> 惟學者有持反對見解者：李佳玟，〈刑事訴訟法中之法理與類推適用—以南迴搞軌案為例〉，《日新司法年刊》，8期，頁152-158，2008年7月。

<sup>35</sup> Larenz, a.a.O., S.377,391.

法律公布生效後，以抽象條文的方式呈現，自此有了一個新生命，透過法官審理不同個案的司法裁判的過程中，進行「法的續造」，不斷的延續法律條文的生命，甚至是賦予它新的或更深一層的意涵，使其不斷成長茁壯，法秩序因而更為完備充實。*Larenz* 認為法官從事法的續造係「同一思想過程的三個階段」。第一階段係「單純的法律解釋」，若是首度解釋，或變更解釋的情形，法官單純的法律解釋已經是一種法的續造。第二階段係「法律內的法的續造（漏洞補充）」，法官超越「可能的字義範圍」（狹義之解釋界限），而仍在立法者原本的計劃、目的範圍內從事法之續造。第三階段係「超越法律的法的續造」，指法官超越立法者原本的計劃、目的範圍，而仍在整體「法秩序之基本原則範圍」內之法之續造。法官僅於具有重大事由時始得為之。<sup>36</sup>

因此，「法律漏洞之補充係法之續造的一環」，介於法條可能文義範圍以外與立法者立法計畫範圍以內的一個抽象空間，惟可能文義與立法計畫的界線究係何在，無法明確地加以劃定，蓋其係不斷流動推移的兩條線，須於個案中加入價值判斷與利益衡量，始得加以劃定。也就是說，法律適用係一個「尋法」的過程，由此觀之，當一個案件事實發生時，第一步驟係就法條文義本身去作理解，運用法律解釋，於可能文義範圍內找尋適當的法律，以解決該個案。而若以單純地法律解釋無法尋獲適當的法律用以解決該個案，且該個案非屬法外空間，或無須由法律加以規範之情形，並認定為「法律漏洞」，則進入第二步驟「法律漏洞之填補」，仍係運用法律解釋方法，探尋立法目的、法律規範意旨、法秩序之體系、參考比較法等，超越法條文義可能範圍之外，尋求適當的法規範以解決該個案，惟不得逾越立法者之立法計畫，否則即屬進入第三階段之超越法律的法之續造。故而，法律漏洞之填補，係於用盡法條可能文義範圍內之解釋方法，仍無法求得妥適的規範時，始出而補充之，是為「法律解釋活動之繼續」。<sup>37</sup>

而法官透過個案判決，填補法律漏洞，以妥適解決具體個案，於判決中對於未經法律妥適規範的案件類型，提出解決的方式，其法律見解若經法院普遍認可，用於解決相似的案型，而具有事實上拘束力，甚而可做為日後立法或修法之參考，學說上則稱之為「造法之嘗試」。<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> *Larenz, a.a.O.*, S.366,367.

<sup>37</sup> 黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 70，1988 年。

<sup>38</sup> 黃茂榮，《法學方法與現代民法》，頁 668-673，2009 年 8 月 6 版。

## 第二項 法律漏洞填補之方式

法律漏洞之填補方式有，類推適用、目的性限縮，以及目的性擴張等三者。類推適用與目的性限縮均係源於「平等原則」，唯前者係「等者等之」，就法律所未規範之案件類型，比附援引相類似的法定規範，後者則係「不等者不等之」，限縮法定規範之適用範圍，將法律漏未排除的相異案件類型剔除，而不適用該法律規範。目的性擴張則以立法意旨為法理基礎，對於法未規範，且與法定案型不具類似性之案件類型（與類推適用相異之處），為達法律規範之目的，擴張法定規範之適用範圍，及於該未受規範之案件類型。<sup>39</sup>

「開放性法律漏洞」係指法律應規範某案件類型，卻付之闕如，未為應有之規範，致生「規範不足」之情形，對其填補大多以「類推適用」的方式為之。而「隱藏性法律漏洞」則係法律對於應予規範之案件類型已存在一般規範，惟適用一般規範無法妥適解決系爭案件類型，應以「目的性限縮」的方式填補之。依照法定規範之立法意旨限縮其適用範圍，將系爭案件類型排除於外，以符規範目的。

40

## 第三項 法律漏洞填補之界線

憲法第 171 條第 1 項規定「法律與憲法牴觸者無效。」基於憲法優位性原則，法律漏洞之填補自應與制定法律相同，不得與其上位規範「憲法」相牴觸。易言之，法律漏洞之填補須以憲法為界線，遵循憲法所揭櫫之理念與精神，諸如平等原則、人身自由保障、人民不受軍事審判原則、人民享有秘密通訊自由權、法律保留、比例原則等。德國刑事訴訟法學者 *Claus Roxin* 亦嘗言：「刑事訴訟法係憲法之測震儀。<sup>41</sup>」刑事訴訟法對於人民基本權利之干預甚鉅，相較於其他法域而言，與憲法之基本人權保障具有更為密切之關聯性。故於刑事訴訟法填補法律漏洞時，更須確保其合憲性，不得違背憲法。

復就立法權與司法權間之權力制衡而言，憲法第 62 條規定「立法院為國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權。」立法機

---

<sup>39</sup> 黃茂榮，《法學方法與現代民法》，頁 736，2009 年 8 月 6 版。

<sup>40</sup> 黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 94-97，1988 年。

<sup>41</sup> *Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009. S. 8.*

關職司制定法律，具有將法律「具體化的優先地位」。而憲法第 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。」法官負有適用法律以解決個案之義務，原則上僅得被動適用制定法。惟於立法者所制定之法律欠缺妥適性時，法官為貫徹實現憲法基本權利與價值理念，例外得以裁判填補法律漏洞，針對具體個案，補充立法機關之立法缺漏，以妥適解決個案之「候補立法權」。<sup>42</sup>故而，若已有妥適之制定法可供適用，法官不得棄明文規範不用，而遽指立法疏漏，任意為法律漏洞之填補。申言之，法律固有漏洞，但法官不得任意發現活的法律加以填補，而應先從實定法中探求立法者之利益衡量，並以此作為判斷，以解決具體個案。<sup>43</sup>



---

<sup>42</sup> 黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 99-100，1988 年。

<sup>43</sup> 楊日然，《法理學》，頁 182，2005 年 9 月。

## 第三章 類推適用

類推係日常生活中常用的推理方式，當我們遇到陌生的人事物時，往往會搜尋過往記憶中已知的類似經驗，將之套用於未知的人事物，以推理出相同的結果。雖然類推係一種不精準的推理方式，其所得出的結果未必為真，但卻仍係不可或缺的推理方式。於法學的領域，當法官面對法律所未明文規範的案型時，往往會在已知的法律規範中搜尋法律評價上具相似性者，以類推的方式，適用於需類推的案型。法學上的類推，有其特殊性而異於其他領域的類推，結合推理方式與適用於需類推案型之特性，稱其為「類推適用」。以下將就法律上之「類推適用」詳為探究。

### 第一節 正當性基礎

法律以追求正義為其終極目的，平等即係正義原則之體現。<sup>44</sup>拉丁法諺有云：「同一理由，同一法律；類似事項，類似判決。」<sup>45</sup>要求立法與司法均須遵循平等原則，而我國憲法第 7 條規定亦揭示了平等權乃憲法位階之基本人權，當然具有拘束行政、立法及司法機關之效力。

平等原則要求法院審理個案時，對於類似案型應為類似之判決，若為立法者已明文規範之案型，法官於認事用法上自無疑義。惟於法無明文規範之案型，無適當之法律可資依循，法官亦不得以法無明文規範而逕行拒絕審判。<sup>46</sup>反之，基於平等原則，法官應尋求類似之法規範，綜合判斷法律評價，以「類推適用」之方式，對於法無明文規範之案型為妥適之裁判，以達公平審判之目的。惟刑法基於罪刑法定主義，禁止類推適用，羅織罪刑，則為例外。

另憲法第 16 條規定人民有請願、訴願及訴訟之訴訟基本權。司法院釋字第 653 號解釋即謂「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）。基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序

---

<sup>44</sup> 吳庚，《憲法的解釋與適用》，頁 178，2004 年 6 月 3 版。

<sup>45</sup> 鄭玉波，《法諺（一）》，頁 28，1986 年。

<sup>46</sup> 李惠宗，《憲法要義》，頁 121，2004 年 9 月。

公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（司法院釋字第 396 號、第 574 號解釋參照），不得因身分之不同而予以剝奪（本院釋字第 243 號、第 266 號、第 298 號、第 323 號、第 382 號、第 430 號、第 462 號解釋參照）。<sup>47</sup>法諺亦曰：「有權利，即有救濟；無救濟，無權利。」訴訟權要求法官審理具體個案時，應具備有效性及無漏洞性，凡權利均應給予適當之救濟。<sup>47</sup>故而，當制定法規範不足，形成法律漏洞，致無法給予適當之權利救濟及保障時，法院不得拒絕審判，使人民求助無門，而是負有以「類推適用」的方式，找尋具有類似性之法規範，解決具體個案之義務。又成文法之普遍性和確定性這兩大立法技術特徵，必然帶來與生俱來的侷限性，無法完全滿足個案正義，只能通過類推的調整來實現一般正義。<sup>48</sup>

綜上，類推適用之正當性可由憲法上之平等權及訴訟權導出，為追求個案正義，與司法審判之平等及人民訴訟權之妥適保障，法官自不得以法無明文規範逕行拒絕審判，甚而因此而負有類推適用之義務。

## 第二節 類推適用之定位

### 第一項 一般類推與法學類推

類推，係人類的基本思維方式<sup>49</sup>，當面對未知事物，或欲發覺新事物時，人們往往會從已知的經驗中，搜尋相類似的事物，以推論或提出假說，有助於新知識之建構。人們基於兩件事物之間，同樣具備某些相同或相似的要素，而推測他們可能還有其他要素也是相同或相似的關係。<sup>50</sup>類推思維推動著人類文明的演進，甚至可以說，人類的一切創造活動都是由模倣—比較—類推而來的。<sup>51</sup>學說認為類推係指「同一性與歧異性中之關聯」、「同一性與價值衝突的中介點」、「一致與

<sup>47</sup> 李惠宗，《憲法要義》，頁 263，2004 年 9 月。

<sup>48</sup> 劉文仕，〈刑法上類推禁止原則的當代思考（一）〉，《司法周刊》，第 902 期，1998 年 11 月 3 版。

<sup>49</sup> 黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 22-23，1988 年

<sup>50</sup> 類比推理之公式：（雍琦，《法律邏輯學》，頁 398，2009 年 1 月。）

A 具有 a.b.c.d 屬性	(類比推理)	B 亦具有 d 屬性
B 具有 a.b.c 屬性		

<sup>51</sup> 楊鼎夫，〈語言的類推〉，《中國語文通訊》，21 期，頁 26，1992 年 7 月。

矛盾的統合或同一性與歧異性的合一」，上述見解可歸結為「渠等係由既存現象中一致、類似（即部分一致）及歧異面相來理解，把握行為類推」。<sup>52</sup>我們在日常生活中運用到類推的例子，不勝枚舉，但必須注意的是，類推所得出的結論不一定具有真確性，而具有或然性，須以其他方式加以驗證。蓋類推作為一種運用廣泛的思維方式，其雖無推論上之必然結果，但能生從已知推導至未知的效果，連結各種經驗。<sup>53</sup>類推係各領域均通用之思維方式，以下，本文再將其區分為非法學的「一般類推」與法學領域的「法學類推」，並將兩者加以比較，以突顯出法學類推之特徵。

一般類推，係指日常生活、經驗科學、自然科學等，性質上並非法學上之類推，著重的是結論之「真偽」，需驗證其真理性。<sup>54</sup>例如：我們知道人類可生存於地球上，而火星之大氣、溫度等與地球環境具有類似性，便有科學家推論人類將來或可移居至火星。申言之，一般類推常係人們探索未知事物的第一步，以類似性為基礎，試圖理解並預測未知事物的可能態樣。而法學上的類推，則係為解決法律漏未規範之案件類型，於法律規範中，尋求具「類似性」者，比附援引，以對此案型提出適切的解決方案。故而，法學上類推結論之真偽並不具重要性，結論之妥當性與正當性，始為法學類推所關注之焦點，此為法學類推異於一般類推之處。<sup>55</sup>換言之，法律規範本即係一種「評價性」的規範，目的係為維護並實踐社會價值，故對於個案類推所著重的係「法律評價的妥適性」，需考量立法目的之貫徹、平等權維護等等，價值判斷於法學類推上，扮演了舉足輕重的角色。

## 第二項 廣義類推與狹義類推

從不同的角度來觀察法學上之類推，可發現由外部鉅觀之「廣義類推」，與內部微觀的「狹義類推」，爰析述如下：

廣義類推之觀點，以德國學者 *Arthur Kaufmann* 為代表，其於《類推與事物本質》一書中提出廣義類推的概念，於法學方法論上投下了一顆震撼彈，顛覆了

---

<sup>52</sup> *Von Leo Reisinger* 著，黃建輝 譯，〈法學思惟上之類推適用〉，《植根雜誌》，11 卷 1 期，頁 22-23，1995 年 1 月。

<sup>53</sup> 李賢中，〈倫理語境與類推思維探析〉，《哲學與文化》，27 卷 9 期，頁 835-836，2000 年 9 月。

<sup>54</sup> 碧海純一著，邱聰智譯，〈法之解釋與適用〉，《法學叢刊》，61 期，頁 88，1971 年 1 月。

<sup>55</sup> 同前註。

以往狹義類推的思維，而從另一種角度觀察法學上的類推。*Kaufmann* 認為，「法是當為與存在的對應。」因此，在法之中，當為與存在既非同一，亦非相異，而是「類似地」聯繫在一起，法律認識一直是類推性的認識，法本身就帶有「類推」的性質。<sup>56</sup>每個法律適用或法律發現依其本質，並非形式的邏輯推論，亦非單純的涵攝，而是一種類推的過程。<sup>57</sup>而「事物本質」(Natur der Sache) 是當為與存在之間的調和者，是類推的關鍵點，是一種「觀點」，在該觀點中，存在與當為互相遭遇，它是現實與價值互相聯繫（對應）的方法論上所在。

廣義類推採用嚴格的觀點檢視所有案件事實，認為每樁案件事實都是獨一無二，不可能完全相同的，所以與法條文義規範完全一致的案件只會有一件，其他案件則全都是法院類推的認識。而狹義類推則以較為寬鬆的態度適用法條，法條乃抽象的規範，即欲將一定範圍內的相似案件均納入法條規範之範疇，並非僅對單一案件生規範效力，且此範圍之劃定係以「法條的可能文義」為界限，逾越此界限亦可能有相似案件，惟其相似程度相對較低，是否仍能適用該法規範，即須詳為價值判斷、利益衡量，更需留意立法與司法間之權力界線。通說採狹義類推之觀點，將類推適用定位為填補開放性法律漏洞之法學方法，係超越法條文義之比附援引。本文所稱之類推適用，即屬於狹義類推之範疇。廣義類推與狹義類推之區別，在於對「符合」或屬於法條文義規範範疇之案件認定之寬嚴程度之不同。

雖然廣義類推提出了另一個觀察法律適用的角度，令人耳目一新，功不可沒，惟其對於實際上法律適用之方法則較無實益。蓋傳統的狹義類推概念，有其嚴謹的立論基礎與類推適用的體系，能妥適考量各案件之價值權衡與利益衡量，對於法律漏洞之填補，有甚大之助益。故而，本文係以填補法律漏洞之狹義類推為研究對象。

### 第三項 類推適用與類推解釋

類推適用是否係一種解釋法律之方法<sup>58</sup>？若將類推適用定義為超越法條文義，比附援引相似法規範，以填補開放性法律漏洞之方法。乃擴張法條文義之適

---

<sup>56</sup> *Arthur Kaufmann* 著，吳從周譯，《類推與事物本質－兼論類型理論》，頁 43-45，1999 年 11 月。

<sup>57</sup> 同前註，頁 143。

<sup>58</sup> 關於日本學者間對此之爭論，可參閱碧海純一著，邱聰智譯，〈法之解釋與適用〉，《法學叢刊》，61 期，頁 83-93，1971 年 1 月。

用範圍，而逾越其可能之文義，突破法條解釋之範圍，為填補法律漏洞之法之續造。基此，類推適用非屬法律解釋方法之結論已顯而易見。惟我國實務偶有誤用<sup>59</sup>，學者亦有將類推解釋與類推適用等而視之者。<sup>60</sup>本文認為，就本質而言，類推適用與類推解釋所指涉的實係同一種法學方法，為明確表示類推適用係超越法文之填補法律漏洞之方式，為法律解釋之繼續，但非狹義之法律解釋，實應揚棄類推解釋之用語，採用「類推適用」之用語，以彰顯其內涵。<sup>61</sup>本文認為實不宜採用「類推解釋」之用語，否則易使人誤解類推適用係屬法律解釋方法之一，產生概念上之混淆。

### 第三節 類推適用之定義與特徵

#### 第一項 類推適用之定義

類推適用是為了填補開放性法律漏洞之法官續造法律的方法<sup>62</sup>，將法律明文之單一或多數規定所導出之規定（供類推構成要件；供類推案型），適用於法律並未明文規定，而與前述規定具有法律評價上之類似性之案件類型（需類推構成要件；需類推案型）。<sup>63</sup>以下，本文將法無明文規範之案型稱為「需類推案型」或「需類推構成要件」，而法律明文之類似性規範則稱為「供類推案型」或「供類推構成要件」，以釐清概念所指涉之對象，便於行文。

例如：法律無明文規定非任意性證人證言之證據能力，故對於以不正方法（強暴、脅迫、利誘、詐欺...）取得之證人證言，其證據能力之認定，即屬於法未明文規範之「需類推案型」或「需類推構成要件」。而與其具有法律評價上類似性之刑事訴訟法第 156 條第 1 項規定，以不正方法（強暴、脅迫、利誘、詐欺...）取得之被告自白，不具證據能力，則係「供類推案型」或「供類推構成要件」。

以下就類推適用之五大特徵，為一闡述。

---

<sup>59</sup> 以「類推解釋」於司法院法學檢索系統搜尋，僅有不到十則判決使用此用語，相較於類推適用之用語（數百則），係屬少數，誤用之情形並不常見。

<sup>60</sup> 林永謀於《刑事訴訟法釋論（上冊）》一書中即採此用語，楊仁壽於其《法學方法論》一書中亦指出學者誤用之情形。

<sup>61</sup> 王澤鑑，〈舉重明輕、衡平原則與類推適用〉，《民法學說與判例研究第八冊》，頁 84-85，2006 年 2 月。

<sup>62</sup> 林立，《法學方法論與德沃金》，頁 49，2002 年 6 月 2 版。

<sup>63</sup> *Larenz, a.a.O., S.381.*

## 第二項 特徵一：特殊到特殊的間接推論

邏輯上常見的推理方式有「演繹」與「歸納」。笛卡兒所提出的演繹法係由「一般到特殊」的推論，三段論法即為其著例，人皆有一死乃大前提，小前提係蘇格拉底是人，小前提涵攝至大前提後得出蘇格拉底也有一死的結論；培根提出的歸納法則係由「特殊到一般」的推論，其典型案例係，甲看到一隻天鵝是白色的，乙也看到一隻白色的天鵝，丙丁亦如是，因此可以推論所有的天鵝都是白色的。而類推的推理方式異於其他的邏輯推理方式，蓋類推的推理方式係「特殊到特殊」，基於兩個事物間具有相似或相同之要件，而推論這兩個事物間尚有其他相同或相似的要件或結果，即類推的思維。<sup>64</sup>例如菜市場裡出現了新品種的黃色花椰菜，外型 and 質地都與白色花椰菜相同，基於外型和質地上的類似性，推論新品種的黃色花椰菜也具有和白色花椰菜一樣的口感與味道。

然而，類推與演繹和歸納的推理方式，概念上仍存有一定程度的相似性。德國學者有以邏輯學的觀點探討類推適用，認為類推適用係「由特殊到特殊」的推論過程，以「特稱命題」(particular proposition)為推論前提，其須具有大前提與小前提，本質上與演繹法中的「三段論法」相同，係屬「間接推論」(mittelbarer Schluß)。<sup>65</sup>另有學者認為類推與歸納係相同的推理方式，差別僅係，歸納的結論必須係一全稱命題(所有 S 均為 P)，但類推的結果僅係一偏稱命題(S 為 P)，二者仍有所區別，但實質上毋庸強加區分。<sup>66</sup>

邏輯學之觀點僅係以符號取代法律文字之敘述，充其量僅係簡化類推適用之推論過程，以更為簡潔的方式表達而已，惟以邏輯分析方式呈現類推適用之概念，僅能明瞭其邏輯上之架構及推演的形式程序，對於類推適用之內涵及類似性之判斷，此等涉及價值判斷及利益權衡的類推適用操作的核心部分，並無任何助益，而流於概念之邏輯描述。換言之，從邏輯分析的角度來看類推適用，可以幫助我們掌握抽象邏輯概念上的類推適用是什麼模樣。至於如何於生活事實中具體應用類推適用這個概念，則須仰賴類推適用之特徵二：類似性之探求。

---

<sup>64</sup> 雍琦，《法律邏輯學》，頁 398，2009 年。

<sup>65</sup> 全稱命題之主詞係「周徧」(Distribution)，係指對宇宙中某一部分所包含的分子皆已詳細窮盡地被列舉、討論。反之，特稱命題之主詞係「不周徧」，所推得的結論不能一體適用於所有情形。

<sup>66</sup> 雍琦，《法律邏輯學》，頁 400，2009 年。

### 第三項 特徵二：類似性之探求

類推適用之基礎即在於類似性之探求。惟供類推構成要件與需類推之構成要件間之類似性探求，殊非易事，學者提出諸多判定類似性之理論與學說，爰詳述如下，並於小結中提出本文見解。

#### 第一款 構成要件類似說

此說幾為通說。<sup>67</sup>Larenz 認為，類似性 (Ähnlichkeit) 係指二者在若干觀點上一致，其餘則否，也就是二者並非絕對相同，亦非絕對不同，且必須恰好在與「法評價」有關的重要觀點上互相一致。此外，法學上之類推適用係一種「評價性」的思考過程，而非單純形式邏輯的思考操作。其判斷步驟有三：

- (1)先釐清在法定構成要件中表現出來的評價之「決定性觀點」為何。至法定構成要件中，哪些要素對於法定評價具有重要性，則必須以該法律規範之目的、基本思想為探討。
- (2)積極確定，在所有這些觀點上，待判的案件事實與法律上已規定者是否均互相一致。
- (3)消極確定，兩者間的不同之處，是否不足以排斥此等法律評價。

此說係以「構成要件」之比較為「類似性之架構基礎」，若「需類推之構成要件」具有「供類推之構成要件」中對於法定評價具有重要性的「決定性要件」，且「需類推之構成要件」與「供類推之構成要件」的相異處，不足以排斥此法律評價者，即可認定二者具有「類似性」。此說較為客觀明確，實際上可供操作，應係較為妥適之見解。惟純以法條之構成要件與生活事實要件間之異同，作為判斷類似性之標準，雖然明確，但亦造成拘泥於法條形式文義而流於僵化。且就決定性觀點之認定而觀之，仰賴法律評價之認定，而法律評價之認定並不明確，見

---

<sup>67</sup> Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983. S. 365ff; Bochenski, I.M., Formale Logik, 1956, S. 205ff; Heller, Theodor, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, 1961, S. 10ff; Klug, Ulrich, Juristische Logik, 4. Aufl., 1982. S. 118ff. 轉引自黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 110，1988 年。

人見智，往往有南轅北轍之結果，故其明確性是否足夠，似也不無疑問。

## 第二款 實質一致說與同一思想基礎說

實質一致說主張「類似性」之認定，應視系爭法律規定之法定案型與待決案件事實間是否具有「實質一致」。<sup>68</sup>惟何謂「實質一致」，本說並未提出妥切之認定標準，亦可能與目的性擴張、法律外之法的續造之認定產生混淆，是其不足之處。同一思想基礎說則認為，系爭案件事實與法定案型事實間，若具有「同一利益狀態」，即本於相同的基本思想，則可認定二者具有「類似性」，<sup>69</sup>其缺失亦與「實質一致說」相同。

## 第三款 適切性與正當性

類推適用本質上係法律解釋之繼續，而法律解釋須符合「適切性」與「正當性」。<sup>70</sup>故類似性之探求，亦須顧慮法律解釋之要求，以實踐法律價值。於適切性之面向，以類似性為基礎，和供類推構成要件相連結，並將該規範適用於需類推之案型，具有鑑往知來之功能。其判斷方式與 *Larenz* 教授所提出之構成要件類似說並無二致。至正當性之面向，本說則強調供類推案型與需類推案型之間，必須具有「同等法律價值」。<sup>71</sup>換言之，除了二者形式上具有相似性、邏輯上具有合理性之外，法律上之評價也必須相當，始符合類似性之要求，本說也彰顯了類推適用極重視「評價」的特性，蓋類推適用本身即是不斷衡量法律評價的一個思維過程。

---

<sup>68</sup> *L.Enneccerus/H.C.Nipperdey*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14.Aufl., 1952, §58 II 1, S. 339. 轉引自黃建輝，前揭書，頁 111。

<sup>69</sup> *M.Herberger/D.Simon*, Identität und Differenz, 1957, 2.Aufl. S.172. 轉引自黃建輝，前揭書，頁 110。

<sup>70</sup> 王文宇，〈論類推適用與法律解釋〉，載：《民商法理論與經濟分析》，頁 294，2009 年。

<sup>71</sup> 同前註，頁 295。

#### 第四款 小結

本文認為類似性之探求，可由「形式層面」與「實質層面」加以分析，基本上以 *Larenz* 所提出之構成要件類似說為主幹，並強化法律評價之部分。當面對一個需類推的案型時，我們首先觀察其形式構成要件，找尋具有類似性之供類推構成要件。故在「形式層面」，本文參考 *Larenz* 的構成要件類似說之思考方式，先積極確定供類推構成要件與需類推構成要件之間相同或一致之處，並消極確定供類推構成要件與需類推構成要件之間相異或不一致之處。「實質層面」則著重「法律價值之權衡」，探求需類推案型所應成就或維護之社會價值為何，與供類推構成要件所表現出的「決定性法律評價（決定性觀點）」是否具有一致性，類推適用之結果能否符合法律價值上之要求。申言之，法律價值的類似性才是類推適用之基礎，至形式構成要件之相似與否，僅係輔助類似性之確認，實質上法律價值的一致性，才係類推適用之精華所在。



【圖表 4：類似性之探求】

### 第四項 特徵三：著重「評價」

類推適用係一個法律評價之過程，因此其具有高度抽象性，類似性之判斷亦因個案之不同而異。而法律評價之判斷，需仰賴法律解釋之方法探求，故類推適用雖非法律解釋，卻係以法律解釋的方式<sup>72</sup>，探求供類推案型與需類推案型間的法律評價及其類似性，以做出類推適用容許與否的價值評斷與利益衡量。故而，法律解釋所需考量之文義因素、歷史因素、體系因素、目的因素、合憲性因素，以及外國法之比較解釋等，均可用以探求法律評價。

### 第五項 特徵四：理論不全、具或然性

類推是一種特殊到特殊的推理方式，由個案與個案間的類似性，推論可能於其他方面亦具有類似性，或認定兩個個案應具相同之結論，係一種由下而上的推理。<sup>73</sup>不若由上而下的推理有上位原理原則之堅實基礎，類推所推導出的結論並非絕對正確<sup>74</sup>，具有或然性，未必符合妥當性之要求。因此，如何提高類推適用之妥當性便係重要之課題，可參照如下之標準<sup>75</sup>：其一，應詳盡比較供類推構成要件與需類推構成要件，具「類似性」的要件越多，則類推的妥當性相對的就越 high；其二，進行「反類推」，找出供類推構成要件與需類推構成要件的相異之處，並分析這些相異的構成要件是否會與供類推案型產生互斥的結果。

### 第六項 特徵五：認定法律漏洞之方式

法律漏洞之存在係類推適用以填補法律漏洞之前提，理論上應先認定法律漏洞之存在，而後始考量是否以及如何以類推適用之方式填補法律漏洞。然而，不論法律漏洞之認定或類推適用之操作，均係一種衡量「法律評價」之過程。認定法律漏洞存在時，往往係先找出一個特定規範，透過援用該法定構成要件，比較法未明文規定之案型與法定案型間之類似性，再以平等原則權衡，認定立法者就

---

<sup>72</sup> 王文字，〈論類推適用與法律解釋〉，載：《民商法理論與經濟分析》，頁 293，2009 年。

<sup>73</sup> 關於由上而下與由下而上的推理方式，詳參 Richard A. Posner 著，朱蘇力譯，《超越法律》，頁 187 以下，2002 年。

<sup>74</sup> 楊仁壽，《法學方法論》，頁 270，2010 年 5 月 2 版。

<sup>75</sup> 下述兩點係參考雍琦，《法律邏輯學》，頁 404-406，2009 年。並融合類推適用之概念所提出。

特定案型未以明文規範，係違反平等原則而存在法律漏洞，而應以類推適用加以填補。<sup>76</sup> *Canaris* 亦特別強調「類推適用不僅是法律填補漏洞的方法，同時也是用來認定漏洞的方法，因為藉由平等原則探知現行法的不完整性，並且在此種平等原則的探知上所作的比較，進而回溯到制定法的評價，也就是立法目的時，無非意味著：在漏洞的問題上，一個制定法所規定的案例與制定法所未規定的案例間是否具有法律上的類似性，攸關重要，而這正是意味著：漏洞是透過類推適用（填補漏洞）的途徑，而被認定的」<sup>77</sup>，這段文字，具體而微地闡釋了類推適用與法律漏洞認定內涵上之重疊性。故而，類推適用不僅係填補法律漏洞之方式，亦係認定法律漏洞之方式。於探求供類推構成要件與需類推構成要件間之「法律評價上類似性」之過程中，首需考量法律規定之規範目的、立法意旨，其次則對法律評價之類似性為判斷，而此類似性之評價，同時亦係法律漏洞是否存在之認定根據。<sup>78</sup>

#### 第四節 類推適用之類型

關於類推適用之類型，學說上有二分說與單一說之區別，本文採取二分說，將類推適用分為個別類推與整體類推兩大類型，以下分論之。

##### 第一項 二分說

個別類推，係將「單一」法定規範適用於未經法律規範的案件事實，類推適用單一制定法規範，故又稱為制定法類推。而整體類推係綜合「多數」相異之構成要件，賦予相同法律效果之法定規範，推導出「一般的法律規則」，並將該原則適用於未經法律規範的案件事實，又稱法類推。<sup>79</sup>

個別類推較為常見，實務之類推適用常係此類型，惟具體指明係個別類推適

---

<sup>76</sup> 吳從周，〈民法上之法律漏洞、類推適用與目的論限縮〉，《東吳法律學報》，18卷2期，頁117，2006年12月。

<sup>77</sup> *Canaris, Lücken, S.72*. 轉引自吳從周，〈民法上之法律漏洞、類推適用與目的論限縮〉，《東吳法律學報》，18卷2期，頁117，2006年12月。

<sup>78</sup> 王澤鑑，〈舉重明輕、衡平原則與類推適用〉，《民法學說與判例研究第八冊》，頁69，2006年2月。

<sup>79</sup> *Larenz, a.a.O., S.383,384.*

用者並不多見，其著例為刑事訴訟法第 159 條之 3 傳聞例外之類推適用。<sup>80</sup>整體類推之適用要件較為嚴格，對於一般性法律原則之推導，需經過審慎之權衡。首應重複審查，是否存在與之矛盾的其他法律，次則考量是否有其他法律原則足以限制其適用範圍。<sup>81</sup>如最高法院 99 台非字第 77 號判決，即以審判筆錄（刑訴法第 48 條）、有罪判決書（刑訴法第 310 條之 1）、第二審判決書（刑訴法第 373 條）、簡易判決書（刑訴法第 454 條第 2 項），依法律規定均得引用相關文書為類似性基礎，導出法院文書得引用相關文書之一般原則，類推適用於法無明文規範的第二審上訴理由書，肯認其得引用告訴人聲請上訴理由狀。

## 第二項 單一說

*Canaris* 認為整體類推並非由特殊到特殊的推論，而係由特殊到一般的「歸納」，*Heck* 則認為整體類推係不完全的歸納法<sup>82</sup>，否認整體類推係類推適用之態樣，認為類推適用僅具個別類推適用之單一內涵。惟本文以為僅以整體類推的推論方式不符合類推適用係由特殊到特殊的模式，即忽視整體類推適用係以法定案型與需類推案型間之「類似性」為推論核心，並具有「評價性」的重要特徵，逕將其簡化為單純的歸納法，實不足以操作整體類推，並非妥適。

## 第三項 小結

本文認為應採「二分說」以區分「個別類推適用」與「整體類推適用」兩種類型。蓋本文認為，二者的差異在於「類似性」的推論來源，前者係由個別的法律規範推得，後者則係綜合多數法律規範而導出一般的法律原則，並將其適用於

---

<sup>80</sup> 最高法院 98 年度台上字第 6331 號、96 年度台上字第 4464 號判決「我國傳聞法則係初次引進，其傳聞之例外，未若美國法制之繁複（參見司法院 92 年 1 月印行，美國聯邦證據法，第 97 至 120 頁），較之於日本法亦為簡略（參照日本刑事訴訟法第 321 條至第 328 條），於實務運作上，賦予法官較大之裁量權。基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，應可參酌先前實務之見解及相關外國立法例，就本法所未規定之具類似性情形者，個別類推適用於已規定之相關法條，委之於司法判決之解釋以補充累積其不足。是以，事實審法院於調查證據，遇有傳聞供述之情形，本乎傳聞證據之所以排除其證據能力，在於未經當事人之反對詰問權予以核實之立論，自應先究明原始證人是否存在或不明，傳喚其到庭作證，使命具結陳述，並接受被告之詰問，以確認該傳聞供述之真偽。」

<sup>81</sup> *Larenz, a.a.O.*, S.383,384.

<sup>82</sup> 黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 131-132，1988 年。

需類推案型。整體類推雖經質疑為歸納法而非類推適用，惟細究其推論過程，係由多數法律規範（特殊），推導出一般的法律原則（一般），以適用於需類推案型（特殊），整體觀之，仍係「特殊—特殊」的推論過程。

申言之，作為整體類推基礎的多數法規範，其個別規範本身即得以個別類推適用的方式，適用於需類推案型，採用整體類推則能更加確認與強化，法定案型與需類推案型之間的類似性，增添類推適用的妥當性。在適用順序上，本文則贊同 *Larenz* 之見解，即認為「即使在看來可能可以作整體類推的情形，仍然以先為個別類推為宜。」<sup>83</sup> 整體類推之適用應更加謹慎。

## 第五節 類推適用與其他法學方法之區辨

### 第一項 類推適用與反面解釋

反面解釋即係將邏輯上反面推理(*der Umkehrschluß*)之方式運用於法學上<sup>84</sup>，若規定為「A=P」，則依反面推理可得出「非 A=非 P」的結論，例如：刑事訴訟法第 156 條第 1 項規定「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」，則其反面解釋即為「被告之自白，出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，縱與事實相符者，不得為證據。」反面解釋的重要前提係，依立法者明示或由立法意旨可知構成要件已被「窮盡列舉」，並非例示規定，此時方無類推適用之可能，故容許反面解釋的同時，亦意味著「類推適用之禁止」，也因著類推適用之禁止，使反面解釋成為有效之邏輯規則。<sup>85</sup> 例如：刑事訴訟法第 4 條但書規定，內亂罪、外患罪及妨害國交罪之第一審管轄權屬於高等法院，即係立法者明文窮盡列舉例外第一審屬高等法院管轄之罪章，故非屬所列舉罪章之犯罪，應禁止類推適用該規定。惟反面解釋僅能提供「反面的」而非正面的消息，而一個反面性的答案可能還涵蓋兩個以上的法律效力態樣，故反面解釋僅能封閉部分的法律漏洞，而無法終極地封閉一個法律漏洞。<sup>86</sup>

<sup>83</sup> *Larenz*, a.a.O., S.386.

<sup>84</sup> 黃建輝，〈以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用〉，頁 136-138，1988 年

<sup>85</sup> 黃茂榮，〈法學方法與現代民法〉，頁 630-633，2009 年 8 月 6 版。

<sup>86</sup> 同前註。

而於一個案中，究應為反面解釋抑或是類推適用，需探求法律之規範目的而定，不可逕為反面解釋，應先比較需類推案型與供類推案型間是否存在類似性，予以類推適用是否符合法規範意旨，結論若係肯定，則應為類推適用以求個案適用之妥當性。以刑事訴訟法第 159 條之 3 為例，法條明文規定「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。」，則法條規定的四款事由究係列舉規定抑或是例示規定，即關係著就此規範應為反面解釋而禁止類推適用，或是得以類推適用納入法無明文規範之傳聞例外類型。目前學界與實務多數見解認為係屬例示規定<sup>87</sup>，得類推適用納入其他傳聞例外類型，而非以反面解釋排除法無明文規範之傳聞例外類型。

## 第二項 類推適用與當然解釋

我國法學緒論與法學方法論之學說一致認為，類推適用與當然解釋係兩種相異之思維與論證方式。<sup>88</sup>當然解釋係依法律規範目的，系爭案型較法律所明文規定者更有適用該規定之理由，故理所當然應適用該規範，如所謂「舉輕以明重」或「舉重以明輕」即係當然解釋之運用。<sup>89</sup>例如：刑事訴訟法第 95 第 3 款規定「訊問被告應先告知左列事項：三、得選任辯護人。」且第 93 條第 1 項規定「被告或犯罪嫌疑人因拘提或逮捕到場者，應即時訊問。」司法警察（官）自應於被告所選任之辯護人到場後及時訊問，惟其卻待被告所選任之辯護人離去後，始對被告進行訊問，較諸於未告知被告得選任辯護人之情形更為嚴重，依當然解釋，自己違反上述規定，屬違法訊問。<sup>90</sup>復如：刑事訴訟法第 161 條第 1 項規定「檢

<sup>87</sup> 詳細論述請參照本論文第五章第四節。

<sup>88</sup> 惟吳從周教授持反對意見。吳從周，〈當然解釋與類推適用係不同的思維方式？—最高法院 83 年台上字第 2710 號判決之啟示〉，《植根雜誌》，12 卷 4 期，頁 15，1996 年 4 月。

<sup>89</sup> 楊仁壽，法學方法論，頁 298，2010 年 5 月 2 版。

<sup>90</sup> 最高法院 98 年度台上字第 4209 號判決「……故司法警察（官）明知被告或犯罪嫌疑人已表明需選任辯護人，自應待其辯護人到場後，即刻訊問，不得無故拖延。如司法警察（官）待犯罪嫌疑人所選任之辯護人到場後，卻刻意拖延，不遵守應即時詢問之規定，而於其辯護人離去後，始加詢問，使犯罪嫌疑人未獲辯護人之諮商及協助，自有礙於其防禦權之充分行使。此種情形，較之於詢問之初未告知得選任辯護人，尤為嚴重；且既屬明知而有意為之，自屬惡意。因此，依

察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」，檢察總長乃全體檢察官之首長，自亦屬檢察官之一員，故檢察總長提起非常上訴，依本條之當然解釋，舉輕以明重，自亦須負舉證責任。<sup>91</sup>均係當然解釋之實例。

關於類推適用與當然解釋之區別，前者在邏輯上係「間接推論」，以「類似性」為推論基礎，且超出可能文義之範圍；後者則係「直接推論」，認定系爭案型當然「包含於」該規範，且未逾越可能文義之範圍。<sup>92</sup>理論上兩者有甚大之差異，惟實際上二者之區別並非涇渭分明，有學者甚至認為「當然解釋與類推解釋本質上係相同的思維方式」、「當然解釋本質上也是一種類推」，實務判決亦有將類推適用與當然解釋混用者。蓋不論是類似性之判斷，或是否當然包含於規範文義，都取決於「價值判斷」，需探求立法意旨與規範目的而定。<sup>93</sup>本文認為，實際上判斷是否存在法律漏洞而應類推適用時，會運用類似當然解釋之方法進行比較，舉重明輕或舉輕明重，本質確係相同之思維方式，惟當然解釋仍可涵蓋於文義範圍內，類推適用則已逸脫於文義範圍之外，此為需辨明的相異之處。

### 第三項 類推適用與擴張解釋

擴張解釋係體系解釋方法之一；由於法條文義涵蓋範圍過於狹窄，不足以發揮其規範功能，故依立法精神擴張法條文義內涵，以達其規範目的。擴張文義之程度不得逾越「可能文義範圍」，否則即進入類推適用之範疇。類推適用與擴張解釋均係擴大法條文義之適用範圍，惟前者係以類似性為基礎，以間接推論擴及法未明文規範之案型；後者則係對法條文義之直接認識，尚於可能文義之範圍內。換言之，類推適用已超越擴張解釋，且非實定法解釋，類推適用與擴張解釋間存在著流動的界線<sup>94</sup>，蓋可能文義之範圍，抽象而不明確，事實上無法劃定一條明

---

舉輕以明重之法理，司法警察（官）以此方法違背刑事訴訟法第九十三條第一項即時詢問之規定時；其所取得被告或犯罪嫌疑人之不利供述證據，難認有證據能力。……」

<sup>91</sup> 最高法院 98 年度台非字第 270 號判決「刑事訴訟法第一百六十一條第一項規定：故在通常程序，檢察官除負提出證據責任外則編之規定，在比法律審更嚴謹、且採書面審理為原則、無從就嚴格證明事項為調查之非常上訴審，雖非全盤適用，惟本諸刑事訴訟基本之控訴原則，舉輕以明重，檢察總長在非常上訴就所聲請之事項，須負提出證據責任，為理之必然。」

<sup>92</sup> 吳從周，〈當然解釋與類推適用係不同的思維方式？—最高法院 83 年台上字第 2710 號判決之啟示〉，《植根雜誌》，12 卷 4 期，頁 137，1996 年 4 月。

<sup>93</sup> 同前註，頁 140。

<sup>94</sup> Meyer-Göbner, Strafprozessordnung, 47. Aufl., 2004., S.47-48.

確的界線。二者之區分於刑法禁止類推適用原則下具有重大意義，於刑事訴訟法領域基於應考量類推適用之容許性及其界限，也仍有加以區分之必要。惟所謂「可能文義」之界線浮動，實有賴於具體個案中為全面之價值權衡，始得探知。

關於刑事訴訟法上擴張解釋與類推適用間之界線如何劃定，德國學說認為，一般的法學迄今的嘗試解決都是徒勞的，蓋擴張解釋界線的問題存在於所有的法律領域，而決定具體個案，是否容許或不容許擴張解釋或類推適用，常須依據立法政策而定。法律條文越是明確，擴張解釋的空間越小，人們也就比較不會推移類推的界線。刑法上之明確性原則具有重要之意義，適用擴張解釋時自須特別慎重，以免超出法律解釋之範圍，違背禁止類推適用原則。刑事訴訟法同樣亦須遵守明確性原則，小心謹慎地操作類推適用，但不受禁止類推原則之拘束。<sup>95</sup>

擴張解釋與類推適用間之區別，甚為幾微，如欲細究，可以最高法院 99 年度台上字第 5199 號判決<sup>96</sup>為例。此判決認為「共犯（指共同正犯、教唆犯、幫助犯）之為證人者，其陳述證詞依刑事訴訟法第 156 條第 2 項之規範意旨，自以有補強證據為必要，藉以限制其證據價值；而對向正犯之立為證人，如購買毒品者之指證某人為販毒者是，雖非屬共犯證人之類型，但其陳述證言或因有利害關係，本質上已存有較大之虛偽危險性，為擔保其真實性，依上開規定之同一法理，仍應認為有補強證據之必要性。而所謂補強證據，係指該證人之陳述本身以外之別一證據，而與其陳述具有關連性，並因兩者之相互利用，而得以證明其所指之犯罪事實具有相當程度之真實性者而言。至於證人之屬於對向犯之共同正犯者，縱二人以上所證述之內容一致，其證據價值仍與對向正犯之陳述無殊，究非屬陳述本身以外之另一證據，自不足以謂對向犯之共同正犯所為之陳述相互間即得作

---

<sup>95</sup> Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz : Großkommentar, 26.Aufl.,2006.,S.524-525.

<sup>96</sup> 尚有判決採否定說，認為不應擴張解釋，亦不得類推適用。最高法院 98 年度台上字第 5551 號判決認為「惟刑事訴訟法所稱之「共犯」，固包括共同正犯、教唆犯及幫助犯；但其中所謂共同正犯，係指參與犯罪之數人，彼此間就犯罪之實行，有犯意聯絡及行為分擔者而言。一般原得由一人單獨完成之犯罪，而由二人以上，基於彼此間犯意之聯絡，共同實行而分擔犯罪行為之「任意共同正犯」，當然屬之；須有二人以上，共同參與實行，始能成立犯罪之「必要共同正犯」，苟其參與犯罪之數人係均朝同一目標實行之「聚合犯」，則彼此間非但有犯意聯絡，並有行為分擔，自亦屬共同正犯。至二個以上之行為人，彼此相互對立之意思經合致而成立犯罪之「對向犯」，因居於相互對立之對向關係，行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此之間無所謂犯意之聯絡或行為之分擔，本質上並非共同正犯，更非教唆犯或幫助犯，自無刑事訴訟法第一百五十六條第二項關於「共犯」自白補強性法則規定之適用。」

為其所陳述犯罪事實之補強證據。」深入分析此判決之意旨，可知其認為刑事訴訟法第 156 條第 2 項所稱之「共犯」，係指共同正犯、教唆犯及幫助犯而言，並不包含學理上「必要共犯」（對向犯、聚合犯）之部分，蓋對向犯本質上並非共同正犯，故非屬於刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定之「共犯」。因此，無法以文義解釋將對向犯納入刑事訴訟法第 156 條第 2 項之規範範疇，其已超出可能文義範圍，故以類推適用的方式將刑事訴訟法第 156 條第 2 項之規定，適用於對向犯之情形。

惟本文認為，上開判決之見解並非妥適，蓋其先就刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定「共犯」之文義做限縮解釋，將文義限縮至核心僅指共同正犯、教唆犯、幫助犯，排除必要共犯（對向犯、聚合犯），而後再以類推適用之方式，將刑事訴訟法第 156 條第 2 項之規定，適用於對向犯之情形，如此迂迴論述，甚為多餘。蓋必要共犯（對向犯、聚合犯）本可涵蓋於「共犯」之文義範圍內，縱然非屬核心文義，仍可涵括至文義之外延，尚未逾越可能文義範圍，採用「擴張解釋」之方式，即可將對向犯納入刑事訴訟法第 156 條第 2 項之規範範疇內。

#### 第四項 類推適用與目的性限縮

目的性限縮係由 *Larenz* 所提出之概念，基於正義及平等原則之要求，「不同事物，應為不同處理」，若法規對於應排除適用之案型未為排除，使相異案型適用同一法規而為相同處理，即存在規範不當的「隱藏性法律漏洞」。此時即須以目的性限縮之方式，限縮法規之適用範圍，排除不應適用該法規之特定案型。其與限縮解釋之區別在於，限縮解釋係將文義限縮於法條之「核心」意義，而非如目的性限縮係排除特定案型之適用。<sup>97</sup>關於目的性限縮，實務上有兩大著例可加以說明：

其一係民國 65 年間喧囂一時的誹韓案。按刑事訴訟法第 234 條第 5 項規定「刑法第 312 條之妨害名譽及信用罪，已死者之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬得為告訴。」故刑法第 312 條的 2 項之誹謗死人罪，被誹謗死者之「直系血親」得為告訴人，惟法規疏未對直系血親之

---

<sup>97</sup> *Larenz, a.a.O.*, S.391.

親等設限。後唐代大文豪韓愈的第 39 代孫韓思道即依本條，對為文評論韓愈私生活之郭壽華，提起誹謗死人罪之自訴，並經判決確定成立本罪，處罰金三百元。此判決引起社會極大之關注，亦促成法學方法上之反思，楊仁壽於其《法學方法論》一書中，即以此案為方法論之導引案例，直言「刑事訴訟法第 234 條第 5 項未對直系血親之親等設限，顯係立法疏漏，為一隱藏性之法律漏洞。」因此，法官應以目的性限縮之方法，限縮其適用範圍，不及於隔代過遠之直系血親。

其二係最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議，對於刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書為目的性限縮解釋。按刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定「但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係之事項，法院應依職權調查之。」法條明文規範法院於「公平正義之維護」及「對被告之利益有重大關係之事項」，負有職權調查之義務，惟最高法院於 101 年度第 2 次刑事庭會議決議，逕以目的性限縮之方式，限縮法官調查義務之範圍僅限於「有利於被告之事項」，而排除對被告不利但有助於公平正義維護之事項。然而，此決議之內容是否悖離法條文義，甚且僭越立法權，不無疑義。<sup>98</sup>

類推適用與目的性限縮均係源於正義、平等原則之理念，而作為填補法律漏洞之方法。前者係對於規範不足之開放性法律漏洞，以類似性為基礎，擴張法規範之適用範圍而為填補；後者則對於規範不妥當之隱藏性法律漏洞，依規範意旨排除不應適用該規範之案型。二者於理論上係完全互斥之法學方法，惟其推論之依據均需仰賴法律之規範目的、立法意旨，仍有相似而須加以區辨之處。

## 第五項 類推適用與目的性擴張

目的性擴張係相對於目的性限縮之概念，由 *Canaris* 所創<sup>99</sup>，有別於同係法律漏洞補充方式的類推適用與目的性限縮。目的性擴張係就不具相似性之構成要件（法定案型與法無明文規範之案型不具類似性），基於「規範目的」之考量，擴充過於狹隘之文義，適用於法無明文規範之案型。目的性擴張雖亦係擴張法條適用範圍，惟其並非基於類似性，而係單純依「立法目的」為文義之擴張，故異

---

<sup>98</sup> 同前註 13。

<sup>99</sup> 王澤鑑，〈舉重明輕、衡平原則與類推適用〉，《民法學說與判例研究第八冊》，頁 85-86，2006 年 2 月。

於類推適用。<sup>100</sup>

雖然有學者認為類推適用和目的性擴張均係基於平等原則，貫徹立法意旨之法律漏洞填補方式，故傳統上不加以區分。<sup>101</sup> 惟，本文認為，將法規範作超越其可能文義之擴張，涉及立法權與司法權間之權力分立制衡之緊張關係，自須以嚴謹之論證理由賦予正當化的堅實基礎，故仍有加以區分之必要。

兩者之區別，可以實務上決定「普通案件與智慧財產案件競合之裁判上一罪」之管轄權的案例加以說明：《智慧財產法院組織法》及《智慧財產案件審理法》等相關法令，就一罪屬智慧財產法院管轄，另罪不屬，而兩罪具有裁判上一罪關係，依法從一重之非屬智慧財產法院管轄罪名處斷之案件，俱未規定究應由智慧財產法院或高等法院審判。最高法院 97 年度台上字第 4634 號判決認為，「基於同一法理」，適用智慧財產法院組織法第 25 條及刑事訴訟法第 7 條相牽連案件管轄。申言之，相牽連案件係數案件間具有相關聯之處，為兼顧訴訟經濟與智慧財產之專業性，原則上併由智慧財產法院管轄，惟裁判上一罪係「同一案件」，為單一獨立之案件，而相牽連案件係具關連之多數案件，故同一案件與相牽連案件之間並不具有類似性，但基於相同的法律目的考量（訴訟經濟、智慧財產案件專業性），自須以「目的性擴張」之方法，適用智慧財產法院組織法第 25 條及刑事訴訟法第 7 條定其管轄權，而非類推適用。

## 第六節 類推適用之界限

類推適用係超越法條可能文義範圍之法官造法活動，基於平等原則，對法條適用範圍進行擴充，故極容易觸及立法權與司法權間的敏感地帶，故而類推適用之界限劃分便係極重要之問題。以下，本文擬從「權力分立」及「法律漏洞填補之界限」，劃定類推適用之界限。

基於權力分立理論，立法權職司制定法律，司法權則專責適用法律，一則制定，他則適用，互相分立制衡，避免球員兼裁判之不公情形。<sup>102</sup>故概念法學者將法官定位為適用法律之機器，嚴格禁止僭越立法權，類推適用自係絕對禁止。然

---

<sup>100</sup> Larenz, a.a.O., S.397ff.

<sup>101</sup> 王澤鑑，〈舉重明輕、衡平原則與類推適用〉，《民法學說與判例研究第八冊》，頁 85-86，2006 年 2 月。

<sup>102</sup> 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，《憲法權力分立》，頁 132-134，2010 年 9 月 2 版。

而，社會變遷迅速，人事無窮而法條有限，法律漏洞常係由適用法律之過程中始顯現，正如茶壺盛水後，方知其有裂縫。權力分立之高牆亦日漸鬆動，轉變為權力之互助與分享，法官從事法之續造填補法律漏洞已成為其義務，類推適用以解決法文明文規範之案件，亦因平等原則之要求，成為法官之義務。惟權力之分享仍應有其限度，不得侵害它權力之「核心領域」<sup>103</sup>，如法官不得完全逸脫「立法意旨」而為違背法律價值判斷之類推適用。

類推適用係填補法律漏洞的法學方法之一，*Larenz* 將其定位為超越法條可能文義範圍，而為逾越立法者之立法計畫及規範目的之「法律內的法之續造」。故而，立法者之規範目的及立法計畫即係類推適用之界限，若為逾越此界限之類推適用，即非屬法律漏洞之填補，而為超越法律之法之續造，僅於重大事由時始得為之。<sup>104</sup>至於立法計畫及規範目的，則須借助歷史解釋方法，透過立法理由、草案、立法院會協商紀錄等加以探求。

此外，有以「例外從嚴解釋原則」推論法規性質屬「例外規定」者，自須從嚴解釋，自更無類推適用之餘地。<sup>105</sup>惟本文並不贊同此見解，蓋例外從嚴解釋原則缺乏理論基礎，且類推適用係為填補因立法者思慮未周而產生之法律漏洞，例外規定或可顯示立法者對該問題已有所意識而加以考量，但不可基此即謂其已為完備之考量，逕行解釋為立法者有意之沉默。縱係例外規定，亦可能係立法者有認知之法律漏洞，留下實務與學說填補之空間，如刑事訴訟法第 159 條之 3 係傳聞例外之規定，實務多數見解認為係立法者有認知之法律漏洞，而得以類推適用填補之。

另有學者認為類推適用之前提係「類似性」，故應以類似性為類推適用之界限，若供類推構成要件與需類推構成要件之類似程度甚低，或其相同之處不具法律評價上之重要性，致類推結果不公，即不得為類推適用。<sup>106</sup>惟本文認為以類似性劃定類推適用之界限亦並不妥適，蓋類似性本屬類推適用的構成要件之一，為類推適用之本質與核心內涵，以其劃定類推適用之界限，形同套套邏輯，實質上

---

<sup>103</sup> 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，《憲法權力分立》，頁 138-139，2010 年 9 月 2 版。

<sup>104</sup> *Larenz, a.a.O.*, S.366,367.

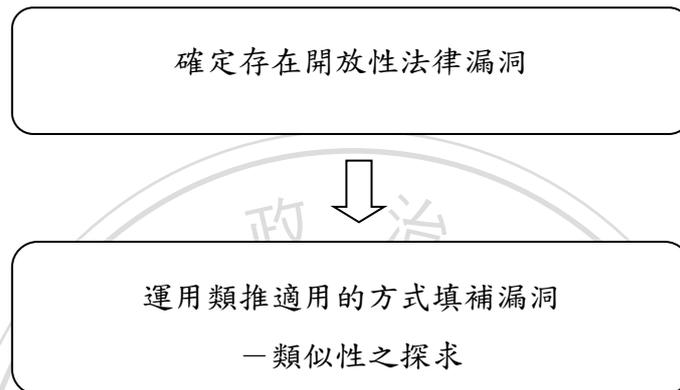
<sup>105</sup> *Karl Engisch* 及黃建輝均反對此論點，惟國內法學緒論著作均贊同此見解。*Karl Engisch* 著，鄭永流譯，《法律思維導論》，頁 185，2004 年。黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 145-146，1988 年。

<sup>106</sup> 黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 1，1988 年。

並未劃定任何界限。

## 第七節 類推適用之操作模式

綜合第二章法律漏洞與本章類推適用之概念，法學上類推適用之操作模式，可簡化為二個階段，即先確定開放性法律漏洞確係存在，而後探求法定規範與係爭個案間之類似性，以類推適用填補法律漏洞。其操作模式如下圖所示：



【圖表 5：一般法學上類推適用之操作模式】

### 第一項 確定存在開放性法律漏洞

法律漏洞的兩大特徵係「不圓滿性」與「違反計畫性」<sup>107</sup>，換言之，法律漏洞即係違反計畫的不圓滿性。不圓滿性係就案件事實的角度觀察，當一個案件事實發生，且其應屬法律規範之範疇，卻遍尋不著適當的法規範，而無從圓滿解決該案件事實時，法律對於該案件事實而言，即不具圓滿性。而違反計畫性係就法律規範計畫（立法計畫）的角度觀察，某特定案件事實應劃歸理想規範之範疇，且非立法者有意之沉默，法律卻並未加以規範時，即謂法律係違反計畫性。<sup>108</sup>

法官審理個案事實，卻無法由實定法中尋獲妥適規範加以解決時，不得逕行認定係屬法律漏洞而加以填補，而須先考量該規範缺漏的現象，是否屬於反面解釋、有待價值補充之概念、非屬法律保留範圍或立法政策錯誤。若屬之，即為立法者「有意之沉默」，而非法規範之疏漏，法官自無加以填補之權限；反之，則

<sup>107</sup> 黃茂榮，《法學方法與現代民法》，頁 559，2009 年 8 月 6 版。

<sup>108</sup> Larenz, a.a.O., S.373-374.

可認定係存在規範不足之開放性法律漏洞，而有類推適用相關規範加以填補之可能。

## 第二項 類似性之探求：運用類推適用填補法律漏洞

類似性之探求，可由「形式層面」與「實質層面」加以分析，本文基本上以 *Larenz* 所提出之構成要件類似說為主幹，但強化法律評價之部分。

當我們面對一個需類推的案型時，首先會觀察其形式構成要件，以找尋具有類似性之供類推構成要件。故本文在「形式層面」參考 *Larenz* 的構成要件類似說之思考方式，先積極確定供類推構成要件與需類推構成要件之間相同或一致之處，並消極確定供類推構成要件與需類推構成要件之間相異或不一致之處。「實質層面」則著重「法律價值之權衡」，探求需類推案型所應成就或維護之社會價值為何，與供類推構成要件所表現出的「決定性法律評價（決定性觀點）」是否具有 consistency，類推適用之結果能否符合法律價值上之要求。申言之，法律價值的類似性才係類推適用之基礎，至形式構成要件之相似與否，僅係輔助類似性之確認，實質上法律價值的一致性，才係類推適用之精華所在。

## 第四章 刑事訴訟法上之類推適用

釐清了法律漏洞與類推適用之概念後，以下即進入本論文之核心，即如何將類推適用的法學方法導入刑事訴訟法中。蓋法學方法作為基礎法學，雖可適用於公法、民事法、刑事法等不同法域，惟基於各法域不同之本質與特性，法學方法之適用亦應有所調整，尤其於類推適用之法學方法應用，更能突顯法學不同領域之差異性，例如民法由契約自由和私法自治主導，原則上容許類推適用；行政法原則上亦容許類推適用，惟強調依法行政及法律保留之重要性；刑法基於罪刑法定主義，原則上禁止類推適用。故而，刑事訴訟法是否容許類推適用係本文所需解決之問題，並就刑事訴訟法上類推適用之必要性作一闡釋。解決刑事訴訟法上類推適用之容許性與必要性之問題後，尚需探究容許類推適用之範圍，劃定刑事訴訟法上類推適用之界限。

### 第一節 刑事訴訟法上類推適用之容許性

類推適用係超越法條可能文義範圍，由法官以司法造法之方式填補法律漏洞之法學方法，嚴格而言，類推適用實質上係司法權僭越立法權，於具體個案中創造新規範並加以適用，影響司法權與立法權間之分立與制衡，故而在討論類推適用時，首先必須考量容許性。

刑事實體法基於罪刑法定主義原則禁止法規範之類推適用，而屬於程序法之刑事訴訟法是否應為相同解釋，須加以深究；如民法第 1 條明文肯認法官得靈活運用法學方法，於制定法不足以妥適解決個案時，類推適用相類似之法規範以解決個案，甚而得以習慣、法理填補法律漏洞；而於公法領域，亦如同刑事訴訟法並未對類推適用之容許性明文規範，但原則上允許類推適用，則刑事訴訟法可否以之為借鏡，為相同之解釋？因而，本文擬先討論刑法之「類推禁止原則」應否適用於刑事訴訟法，以確定刑事訴訟法是否禁止類推適用，並參考比較民法和公法上類推適用之容許性，進一步確立刑事訴訟法上類推適用之容許性。正如學者所言：「對刑事訴訟之研究要能有突破性的進展的前提，往往在於其他法領域，例如憲法、行政法及法律解釋方法論等的搭配運用及規制功能等的整合下，方能

勝任此一任務。<sup>109</sup>」爰析論如下：

## 第一項 刑法之「類推禁止」於刑事訴訟法上之適用？

### 第一款 刑法類推適用禁止原則

刑法上類推適用禁止原則源於罪刑法定主義，罪刑法定主義要求犯罪之構成要件與法律效果需事先以法律明文加以規定，使人民得以預見其行為會否違犯刑法，不致遭受不可預見之刑罰制裁，並避免國家羅織犯罪妄加於人民。蓋刑事類推係非依法定程序之司法造法活動，不符傳統權力分立之要求，混淆法定道德之區別，易致國家恣意行使刑罰權，不當壓制國民自由，與法治國原則背道而馳。<sup>110</sup>就我國立法而言，刑法第 1 條規定「行為之處罰，以行為時法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」是為罪刑法定主義之明文規範，而「禁止類推適用」則係由其所衍生之重要下位原則。<sup>111</sup>

刑法為了保障人權，免於人民遭受不可預見之刑罰，節制國家權力避免濫用刑罰權，自將禁止類推適用原則奉為圭臬。故而，法院於裁判時，若發現法律存有漏洞，對於特定行為並無明文規範應處以刑罰，而欠缺法定刑罰規範可資適用，即應為無罪判決，而不得比附援引相類規範，作為定罪科刑之依據。<sup>112</sup>惟因時代變遷，人民對於司法機關之專業性信賴程度已提升，國家權力的絕對分立制衡亦已鬆綁，由權力相互制衡之政府逐漸轉向權力共享互助之政府，故絕對禁止類推適用以節制國家權力、維持法安定性，已不符時代所需，反而對個案公平正義之追求有所危害。故而，禁止類推適用原則已非絕對，而有其例外，應限縮其適用範圍，甚而有學者認為禁止類推適用原則已不合時宜，且無法明確區分其與擴張解釋間之界限，宜加以廢除。<sup>113</sup>目前通說認為禁止類推適用仍係刑法之原則，但

---

<sup>109</sup> 楊雲驊，〈違反全程連續錄音錄影義務法律效果的再檢討－評最高法院九十年度台上字第七一三七號判決－〉，《台灣本土法學》，40 期，頁 59，2002 年 11 月。

<sup>110</sup> 劉文仕，〈刑法上類推禁止原則的當代思考（二）〉，《司法周刊》，第 903 期，1998 年 11 月。

<sup>111</sup> 林山田，《刑法通論（上冊）》，頁 77，2005 年 9 月 9 版。

<sup>112</sup> 林山田，〈論刑法之解釋與類推〉，《軍法專刊》，第 29 卷第 4 期，頁 16，1983 年 4 月。

<sup>113</sup> 林紀東，〈刑法與類推解釋－由一個案件說起－〉，《軍法專刊》，第 1 卷第 2 期，頁 14-16，

有利於行為人時則容許類推適用，例如減輕或免除其刑、減免罪責事由等規定，即可類推，故類推禁止原則僅「禁止創設刑罰或加重刑罰之類推」，從權力分立機制成為有利於行為人之保護原則。<sup>114</sup>

## 第二款 刑事訴訟法不適用罪刑法定原則

刑事訴訟法係廣義的刑事法學，就其方法論而言，尚無專為刑事訴訟法建立之解釋原則<sup>115</sup>，則刑事訴訟法作為刑法之實行法，是否應適用刑法之罪刑法定主義而「禁止類推適用」遂生疑義。刑事訴訟法第 1 條第 1 項規定「犯罪，非依本法或其他法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰。」是否與刑法第 1 條罪刑法定主義互相呼應而應為相同解釋，殊值探討。高雄地方法院 100 年度簡上字第 169 號判決<sup>116</sup>認為「……未按罪刑法定主義固為刑事法之重要法理，亦經刑事訴訟法第 1 條定明在案，且因此衍生出類推適用禁止之原則，亦即禁止以類推方式作為新創或擴張可罰行為或加重科處刑罰、保安處分方法。然刑法之所以禁止類推適用，係因唯有如此，個人之自由及權利，方不致受到國家公權力不可預見與不可預計之限制或剝奪。準此，類推禁止原則應限於對於惡化行為人之法律地位者，始在禁止之列，倘若以類推而有利於行為人時，應不在禁止之列。……」肯認刑事訴訟法第 1 條係相應於刑法第 1 條罪刑法定主義之規範，原則上亦受到類推適用禁止原則之拘束，僅例外有利於被告時不禁止類推適用，其解釋方式與刑法相同。

---

1952 年 6 月。

<sup>114</sup> 林山田，〈論刑法之解釋與類推〉，《軍法專刊》，第 29 卷第 4 期，頁 16，1983 年 4 月。周朱枕，〈論刑法上之類推解釋〉，《法律評論》，第 29 卷第 7 期，頁 7-9，1963 年 7 月。

<sup>115</sup> 林永謀，《刑事訴訟法釋論（上）》，頁 25，2010 年 12 月改訂版。

<sup>116</sup> 高雄地方法院 100 年度簡上字第 169 號判決內容節錄「未按罪刑法定主義固為刑事法之重要法理，亦經刑事訴訟法第 1 條定明在案，且因此衍生出類推適用禁止之原則，亦即禁止以類推方式作為新創或擴張可罰行為或加重科處刑罰、保安處分方法。然刑法之所以禁止類推適用，係因唯有如此，個人之自由及權利，方不致受到國家公權力不可預見與不可預計之限制或剝奪。準此，類推禁止原則應限於對於惡化行為人之法律地位者，始在禁止之列，倘若以類推而有利於行為人時，應不在禁止之列。本院審酌本案檢察官就被告同一提供一銀淡水分行帳戶之幫助行為，在被告已因履行士林地檢署檢察官所為緩起訴處分之負擔，亦即已受到相當於刑罰之制裁，且緩起訴期滿未經撤銷後，復對被告聲請簡易判決處刑，有違一事不再理原則。且此種命被告履行、遵守一定負擔之緩起訴處分期滿未經撤銷之效力，雖未如曾經判決確定之案件經刑事訴訟法第 302 條第 1 款明文規定應諭知免訴，然此為對被告有利之事項，不在類推禁止之列，因認本案應類推適用刑事訴訟法第 302 條第 1 款規定，諭知免訴之判決。」

然而，本文認為，刑事訴訟法第 1 條第 1 項規定「犯罪，非依本法或其他法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰。」揭示刑事案件之訴追須由法律詳加規定，並依本法所定程序進行之旨，以實現憲法保障人權之目的。實難認定其係罪刑法定主義之明文規範，毋寧係「程序法定主義」，即若未依據訴訟法所定之程序則不得對人民遽予處罰，亦即無程序即無處罰<sup>117</sup>，強調刑事訴訟程序亦應符合「法律保留原則」之要求。大法官於司法院釋字第 567 號解釋文謂「未以法律規定必要之審判程序，而係依行政命令限制人民身體之自由，不論其名義係強制工作或管訓處分，均為嚴重侵害人身自由之處罰。」即表明限制人民身體自由之處分，應由法律規定必要之審判程序，不得逕依行政命令為之，肯認刑事程序應依循法律保留原則。故而，刑事訴訟法第 1 條第 1 項實非罪刑法定主義之規範，上述判決之見解似非妥適。

程序法定原則內涵係因國家獨占刑罰權，為免國家濫權，故必須以法律加以約束，使刑事訴追機關行使犯罪訴追時應依循法定程序，不得恣意妄為，此與行政程序法係為規範行政權須依法定程序行使行政權之功能相類。然公法上既未以程序法定為由禁止類推適用，同屬公法之刑事訴訟法自亦不應為相異之解釋。故而，程序法定原則並不當然導出禁止類推適用之結論，且實際上欲將刑事訴訟法之所有階段與大大小小的程序環節均加以詳為規範，殆無可能，而應認為刑事訴訟本質上必然存在著法律漏洞，須以類推適用加以填補。

復就刑法與刑事訴訟法之功能而言，刑法係明文規定犯罪之構成要件及法律效果，以明確劃定刑罰權行使界線之實體規範；刑事訴訟法則係實踐國家依據刑法所得行使之刑罰權之程序規範，亦即前者旨在劃定實體刑罰權，後者則係實踐實體刑罰權之程序，雖同係圍繞著刑罰權而生之規範，惟實體規範與程序規範之功能相異，自不宜採用完全相同之解釋。本文認為，花蓮地方法院 96 年度訴字第 1024 號判決之見解頗值認同，茲節錄如下：「另按刑事實體法，由於罪刑法定原則之故，因此一般性、概括性地禁止類推適用；反之，刑事訴訟法並不同於刑事實體法，刑事訴訟法以發現真實、保障人權、追求正義為目的，刑事訴訟法條文的解釋與刑事實體法不同，當發現法律漏洞時，在不違反憲法法律保留前提下，必須權衡司法資源之有限性及發現真實、保障人權、追求正義之需要而作最符合

---

<sup>117</sup> 林永謀，《刑事訴訟法釋論（上）》，頁 10，2010 年 12 月改訂版。

立法目的之解釋或類推適用。一般而言，刑事訴訟法並不禁止類推適用。」故而，刑事訴訟法並不適用刑法上之罪刑法定原則，自亦不禁止類推適用。

## 第二項 刑事訴訟法原則上容許類推適用

刑事訴訟法係為實現國家實體刑罰權而生之技術性規範，對於國家刑罰權應由何人、何種組織、何種程序、以何種方式行使，加以明文規範，俾使刑事訴追機關與人民有所依循，其本質上係程序法。其規範內容係國家刑罰權之行使，涉及國家與人民之間的關係，係一種法律施行法，故屬公法。刑事訴訟法原則上適用於普通之刑事案件及一般犯罪行為人，故為普通法。它係規定運用刑事實體法之程序規則，故為強行法。它只能行使於國家主權所及之範圍內，故為國內法，而其體材及內容大部分係仿效外國立法例而制定，故為繼受法。<sup>118</sup>因此，刑事訴訟法之性質係成文法、普通法、程序法、公法、刑事法、強行法、國內法以及繼受法。

刑事訴訟法雖屬於刑事法學，惟與刑法之功能互異，蓋刑事實體法之功能係就可非難之特定生活事實，由立法者採擇並經立法程序成為實定法，抽象規範犯罪之構成要件及法律效果，嚴格界定人民之行止，亦須「罪刑法定主義」節制國家權力，原則上禁止類推適用，創設或加重刑罰。而刑事訴訟法係確定並實現具體個案刑罰權之訴訟程序，以對犯罪進行訴追並認定犯罪成立與否，及罪責之輕重等，多係程序性之規範，與刑法之規範內容迥異，實不應逕行類推適用刑法上禁止類推適用原則。然而刑事訴訟法中並非盡係對人民權利並無侵害或僅有些微限制之程序規範，而亦存在對於人民基本權利有重大干預之實體規範，如強制處分。雖係為求刑事訴追而不得行使強制手段，但挾著國家公權力壓倒性之優勢，故類推適用非如民法般自由，自亦有須加以制衡之必要，以免國家濫行侵害人權。

再者，基於立法之侷限性，法律必然有漏洞，而法律漏洞於刑事訴訟法屢見不鮮，原則上刑事訴訟法不禁止類推適用。甚至基於憲法優位性之積極意義，有時「應」類推適用，亦為刑事訴訟法作為應用憲法的具體展現。但就另一方面而言，

---

<sup>118</sup> 林山田，《刑事程序法》，頁 11-12，2004 年 9 月 5 版。

憲法優位性原則亦可能導出「禁止」類推適用之結論，例如違反法律保留原則之類推適用，即禁止為之。<sup>119</sup>

### 第三項 德國刑事訴訟法原則上允許類推適用

德國之學說與實務亦認為，刑事訴訟法不適用實體刑法之禁止類推適用原則，基本上程序法允許類推適用，除非類推將產生不利於被告之結果。<sup>120</sup>如德國最高法院擴大「自為判決」之適用範圍，類推適用於「有罪判決之更正」，即為著例，以下爰析述之。<sup>121</sup>

德國刑事訴訟法第 354 條第 1 項規定「如果僅因對原判決所依據的事實認定有法律適用錯誤而撤銷判決者，只要無需進一步的事實認定討論，且僅是宣告無罪或停止程序或處以絕對特定刑，或者終審上訴法院與檢察署的聲請一致認為判處法定最低刑罰或免除刑罰為適當時，上訴審法院應當對案件自為裁判。」在此，立法者明文列舉了「宣告無罪」或「停止程序」或「處以絕對特定刑」等情形下最高法院例外得「自為判決」。惟德國司法實務擴張本項之適用範圍，基於不同理由在更多案件自為判決，如對於有罪判決之更正即為一例。蓋「有罪判決之更正」本非屬第 354 條第 1 項明文列舉得自為判決之情形，但相較於法定列舉之情形而言，對於「較輕微的權利」如僅係對於下級審判決之有罪宣告予以更正而已，自不應嚴格禁止。復基於訴訟經濟與訴訟迅速之要求，允許對於有罪判決之更正將簡化訴訟程序之勞費，與第 354 條第 1 項明文列舉得自為判決之情形具有相同之法律上評價，即具有類似性，亦符合妥適性之要求。故應允許法律審上訴法院具有超越法條文義類推適用之權限，此一類推適用已經司法實務普遍運作，也得到學說普遍的認同。

### 第四項 與公法類推適用之比較

公法上之類推適用可分為憲法上之類推適用與行政法上之類推適用，前者係大法官從事違憲審查為憲法解釋時所為之類推適用，後者為行政機關或行政法院

---

<sup>119</sup> 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，頁 23-24，2006 年 9 月 4 版。

<sup>120</sup> Meyer-Göbner, a.a.O., S.47-48.

<sup>121</sup> Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, §354.

就行政事項所為之類推適用。

就權力分立的角度而言，大法官從事法律漏洞之填補，係基於立法者之授權，其地位與立法者相當，所為之法律內之法律漏洞之填補，本質上並非類推適用，而係本於立法者之地位所為之準用指示，實無須考量類推適用容許性之問題<sup>122</sup>，蓋填補法律漏洞本係司法違憲審查之核心任務之一，甚至亦得為超越法律的法之續造。

至於行政法上之類推適用，一般認為原則上均應容許，縱係侵害人民自由權利之規範亦不例外。且以類推適用填補行政法上之法律漏洞，依照法律保留原則之重要性理論，只要該侵害並非重大且與基本權利有關，而應保留予立法者決定者，即為適法。但若是不利於人民之類推適用，則必須符合法律保留原則、法安定性以及信賴保護之要求，始得為之。關於行政法上類推適用之容許性，除了依憲法第 19 條規定「人民有依法律納稅之義務」而受到稅捐法定主義拘束之稅法外，原則上對於其類推適用之容許性並無爭議。<sup>123</sup>蓋行政法未如刑法一般受罪刑法定主義之拘束，法律亦未明文禁止類推適用，故因法律漏洞必然存在於行政法領域，且有加以填補之必要性，當然承認行政機關及行政法院得類推適用以填補法律漏洞。惟行政法上之類推適用並非毫無限制，基於行政權與立法權間之權力分立與制衡，行政法上之類推適用不得逾越「法律保留原則」所畫下之界限，否則司法權與立法權之間將失去平衡，甚而致生侵害人民基本權之結果。

刑事訴訟法屬於廣義之公法，原則上得與公法上之類推適用為同一解釋，且刑事訴訟法不受刑法罪刑法定原則下禁止類推適用原則之拘束，已如前述，刑事訴訟法由於制定法之侷限性而必然存在法律漏洞，自應容許法院得類推適用填補法律漏洞。復基於其公法之特性，亦需受「法律保留原則」之拘束，不得為違背法律保留原則之類推適用。

## 第五項 與民法類推適用之比較

民法第 1 條規定：「民事，法律無規定者依習慣，無習慣者依法理。」明文

---

<sup>122</sup> 彭康凡，論行政法上之類推適用－以類推適用民法規定為重心－，東吳大學碩士論文，頁 31，2006 年 8 月。

<sup>123</sup> 陳清秀，〈稅法上之類推適用〉，《憲政時代》，16 卷 1 期，頁 59，1990 年 7 月。

肯認民法存在法律漏洞，並容許以習慣和法理填補法律漏洞，故民法容許類推適用以填補法律漏洞，並無疑義。實務判決亦常運用類推適用之方法解決法無明文規範之類型。

我國民法上之類推適用經由多位學者以法學方法為基礎加以研討，燦然大備，類推適用於民事法領域蓬勃發展，民法上運用類推適用之實務判決不勝枚舉，關於類推適用之學者論述亦頗豐碩。反觀刑事訴訟法領域，刑事訴訟法上類推適用之論述甚稀，尚待研究。

民法與刑事訴訟法，一則為規範民事權利義務關係之實體法，一則為規定刑事訴訟程序進行之程序法。民事法基於契約自由與私法自治原則，不禁止類推適用，刑事訴訟法則因程序規範本質上無法窮盡，技術性規範原則上不致對人民權利產生侵害，亦不適用刑法之罪刑法定主義，原則上容許類推適用。惟關於刑事訴訟法之類推適用論述甚稀，故於操作類推適用時，民法上類推適用豐碩的研究成果，可供參酌。

## 第二節 刑事訴訟法上類推適用之必要性

### 第一項 刑事訴訟法存在法律漏洞

法律規範係一概念、類型化之設計，目的在於將社會生活事實於法律中作一定位，惟概念、類型化之過程所納入之特徵往往無法窮盡列舉，而法律對於特定案型已有明文規定，但對具有同等法律上評價之生活事實卻未明文加以規範，此時該概念、類型化活動及未盡完善，須由法院以裁判充實該不妥善之狀態，即以實務判決填補該法律漏洞。<sup>124</sup>除了立法過程中不可避免的闕漏外，從法官適用法律之面向，亦可見法律漏洞存在之必然性。蓋所有個案事實都是獨一無二的，不論訴訟主體或訴訟客體，或是整個刑事訴追程序，都存在著大大小小的差別，立法者也不可能預見所有情形而為詳盡的規範，而須仰賴法官於審理個案時，針對個案事實為價值判斷與利益權衡，以求得對個案事實最為妥適之判決。小則以法律解釋的方式，大則以超越文義範圍的方式填補法律漏洞，甚而為超越法律之法之續造。

---

<sup>124</sup> 黃建輝，違憲審查與司法造法，台大博士論文，頁 59-60，1995 年 6 月。

不論於何種法域，都必然存在著法律漏洞，而需要加以填補。刑事訴訟法並無如刑法第 1 條「罪刑法定原則」之規定，法無明文禁止類推適用，故原則上應容許類推適用。復基於「平等原則」之法理，為維持審判公平正義，由法院以類推適用之方式填補法律漏洞，可能成為法院之義務。刑事訴訟法上存在法律漏洞之例子，不勝枚舉，例如：關於同意搜索與附帶搜索之事後救濟程序缺乏明文規範，致受處分人無從行使其救濟權，而存在法律漏洞；疏未規範證人之非任意性證言應排除其證據能力，與保障人性尊嚴之憲法價值矛盾；告訴人非因過失致遲誤交付審判期間，漏未規定得準用回復原狀之規定等等。

## 第二項 刑事訴訟法有司法造法之需求

類推適用係就立法者未加以明文規範之案型，以比附援引的方式，適用現行法上具類似性基礎之規範加以解決，即創設了一個新的法律規則，並適用於具體個案，本質上係司法造法之嘗試。<sup>125</sup>司法造法之目的係活化定促進法律有機的成長發展，「法律欲不變成一潭死水，而欲活生生地在司法判決的過程上，正確合理地解決人類現實生活上永無止息的紛爭。最重要的前提是，他必須能配合和適應人類各種不同之需要，而此前提有效成立之必要條件，就是法官的態度。<sup>126</sup>」法院仍然只是適用法律之機關，法院不可避免地須行使其造法功能，以就立法者制定之法律，避免其時代錯誤或因法條拘束造成不公之結果，於實際適用法律時，確定法條之真意，期能輔助立法機關以為未來立法之基礎。<sup>127</sup>蓋法律有其極限，即在於有限規範與無限事實之間無法完全溝通，而必須以司法造法作為其間之橋梁，以個案裁判對於有限的抽象規範作擴充與彌補。<sup>128</sup>

刑事訴訟法作為整體法律秩序之一部分，加以刑事程序複雜多變之特性，立法者自亦無法以法律就所有刑事程序窮盡規範，而必然存在法律漏洞，已為本文所再三強調之論點。故而，基於法官禁止拒絕審判原則，必須司法造法以補充立法之不足，刑事訴訟法自殆有類推適用以補充法律漏洞之必要性。

---

<sup>125</sup> 黃建輝，《以案例、民法為中心探討法律漏洞、類推適用》，頁 104，1988 年。

<sup>126</sup> 鄧衍森，司法造法的法律哲學基礎及其功能，東吳法研所碩士論文，頁 6，1979 年 3 月。

<sup>127</sup> 同前註，頁 61-62。

<sup>128</sup> 同前註，頁 115。

### 第三節 刑事訴訟法上類推適用之外部界限

#### 第一項 以有利或不利於被告或犯罪嫌疑人劃定界限？

從保障行為人基本權利的角度觀之，會導出以類推適用之結果，有利或不利於行為人制定類推適用之界限。申言之，若類推適用之結果利於行為人，則容許法院為類推適用，若類推適用之結果係不利於行為人，則不容許法院為類推適用。但基於武器平等原則，保障行為人之基本權並非刑事訴訟法之唯一目的，發現真實、維持法安定性、遵守正當法律程序，亦係刑事訴訟法所追求之目的，僅偏重被告人權保障，不當擴張法律保留之範圍，並非妥適。更進一步而言，類推適用之結果是否有利於行為人，亦難以判定。茲舉一例加以說明：司法警察以不正方式取得之證人供述，其證據能力應否類推適用刑事訴訟法第 156 條第 1 項規定，絕對排除其證據能力，將會因個案情形之不同，而影響該證言之證據能力。如該證言係對被告不利之陳述，則因不利於被告故得類推適用刑事訴訟法第 156 條第 1 項，排除該證言之證據能力；若證言係對被告有利之陳述，並直指真兇另有其人，則因利於被告故不得類推適用刑事訴訟法第 156 條第 1 項，排除該證言之證據能力，否則將生不利於告知結果，但在對於真兇的刑事訴追程序中，反因該證言係不利於真兇，故得類推適用刑事訴訟法第 156 條第 1 項，排除該證言之證據能力。因此，單以類推適用之結果是否有利於行為人，如此粗略的標準，劃定類推適用之界限，而未將發現真實、法安定性以及正當法律程序等刑事訴追目的納入考量，顯非妥適。

#### 第二項 以規範性質劃定界限？

有以法規範之性質為著眼點，認為應由規範之性質，決定類推適用之界限。有學者認為，刑事訴訟法雖係程序法，但其規範性質並非全屬程序規範，而可分為實體規範與程序規範。實體規範應一律視為強行規定，採用與刑法相同之解釋方法，例如各種強制處分之規定。故而刑事訴訟法之實體規範，即應與刑法規範作相同解釋，禁止類推適用。而程序規範貴在得以靈活運用，以藉刑事訴訟法實

現實體刑罰權，故對於程序規範之解釋，應注重法規之目的，不受法條文句之拘束，亦可為超越法條可能文義範圍之類推適用。<sup>129</sup>

惟何謂實體規範？何謂程序規範？此一分野欠缺明確之定義及判斷方式。縱可認為侵害人民權利者，係屬實體規範，反之則屬程序規範，然而程序規範，亦或多或少造成訴訟參與人之不便，而有侵害其權利之虞，故實體規範與程序規範間能否截然二分，不無疑義。例如：刑事訴訟法第 28 條規定「每一被告選任辯護人，不得逾三人。」係規範選任辯護人人數上限之程序規範，惟此規定亦同時限制了被告之辯護權，此訴訟權核心，而帶有實體規範之特徵。再者，縱係程序規範，亦未必均得類推適用，例如：關於刑事案件之管轄分配，屬於程序規範，惟基於管轄法定原則，原則上應禁止類推適用。

因之，以實體規範或程序規範劃定類推適用之界限，逕謂實體規範一律禁止類推適用，而程序規範則允之，亦有稍嫌速斷之嫌，故以規範性質劃定類推適用界線之方式，僅能指引一個「實體規範大多不宜類推適用，而程序規範為求靈活運用，以解決繁雜之社會事實，大多均可類推適用」的大方向，而實際的操作標準訂立，仍必須尋求其他方式為之。

### 第三項 以憲法優位性原則劃定界限

憲法，乃規範國家與人民權利義務關係之根本大法，於實定法規範體系上具有優位性（Vorrang der Verfassung），稱為「憲法優位性原則」，具消極面及積極面兩項內涵。<sup>130</sup>就消極面而言，任何國家立法行為皆不得違反憲法之明文規定，憲法成為評量所有法律及植基於其上之國家行為之基準。憲法第 171 條第 1 項即規定「法律與憲法牴觸者無效。」因之，刑事訴訟法之類推適用自不得違反憲法，否則即屬違憲之類推適用，當然禁止。就積極面而言，憲法之基本價值與基礎原則，係所有法律之上位指導原則，故刑事訴訟法必須積極充實憲法規範之具體內涵，落實憲法所揭櫫之價值，甚而有時法院「應」積極類推適用。例如：以不正方法取得證人陳述，破壞憲法對於個人意思自由與人性尊嚴之保障，即應類推適

---

<sup>129</sup> 林永謀，《刑事訴訟法釋論（上）》，頁 26，2010 年 12 月改訂版。

<sup>130</sup> 關於憲法優位性之論述，均參照林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，頁 19,23-24，2006 年 9 月 4 版。

用具類似性之刑事訴訟法第 156 條第 1 項規定，排除該證言之證據能力。

再者，如前所述，*Roxin* 嘗言：「刑事訴訟法乃憲法之測震儀」<sup>131</sup>，具體呈現了刑事訴訟法與憲法間密不可分之關係。蓋刑事訴訟對於基本權利造成重大之干預，例如：拘提、羈押、搜索、扣押、監聽、身體檢查等，相較於其他程序法規，刑事訴訟法域所允許干預人權之手段最為嚴厲，也最為徹底，有罪判決之程序結果，甚至可能剝奪人民之生命權。因而，刑事訴訟法與憲法間的合致性需求，也就遠高於其他法律領域，任何刑事訴追機關之濫權行為，均可能令憲法保障之基本權化為泡影<sup>132</sup>。如德國納粹時期之惡法，允許法官為悖離憲法價值之類推適用，致生慘無人道之猶太人大屠殺事件，即為著例。故而，以下本文以憲法之基本價值與原理原則，作為刑事訴訟法上類推適用之界限。

### 第一款 權力分立原則

英國史學家 *Lord Acton* 爵士曾言：「權力使人腐化，絕對的權力，絕對的腐化。」(*Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely.*) 為了防止政府濫權，保障人民的自由及權利，憲政主義者即主張以具體的憲法規範，規範政府之組成及權力之行使，以建構一個有限政府。提出三權分立理論之 *Montesquieu* 即認為「若司法權不和立法權及執行權分立，便無自由可言。假如立法權與司法權結合，市民之生命與自由將受專制之控制，因為法官就是立法者。」傳統的權力分立理論，著重於政府權力之分散，防止權力集中而造就專制政權，以防堵獨裁專政。但至近現代，權力分立理論走向功能論取向，則從分散而轉向更為強調三權間的制衡，政府之組織設計只要不危及各權力的核心功能，以及不影響各權力間的制衡關係，應允許其可彈性地混合各權力，以維持有效率的政府。惟權力之彈性設計亦應有其界限，各權力部門不得侵奪其他權力部門之「核心功能或權力」。<sup>133</sup>故而，現代憲法上之權力分立，既重視權力間之分立與制衡，也強調權力間的相互分享。一方面藉由權力之分立與制衡，避免權力之恣意與濫用；另一方面藉由權力之分享，使權利之行使皆須獲得其他機關之認同，始有可能進行。憲

---

<sup>131</sup> *Roxin, Claus, a.a.O., S.8.*

<sup>132</sup> 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，頁 20，2006 年 9 月 4 版

<sup>133</sup> 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，《憲法權力分立》，頁 138-139，2010 年 9 月 2 版。

法機關間相互獨立，也相互依存。<sup>134</sup>

我國憲法實務上，大法官亦經由諸號大法官會議解釋，確立權力分立原則為我國憲法之指導性原則，具有本質上之重要性。大法官於司法院釋字第 3 號解釋表示：「憲法……建置五院，各於所掌範圍內，為國家最高機關，獨立行使職權，相互平等初無軒輊。」並於司法院釋字第 175 號解釋認為：「五權分治彼此相維」雖然我國憲政體制相較於原始的權力分立理論，多了考試權與監察權，非三權而係五權，但權力間之分立與制衡，仍係基於權力分立之原理。大法官於司法院釋字第 499 號解釋文中，明文揭示：「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。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」在在均肯認憲法機關間之權力分立與制衡，係我國憲法的基本支柱，不可任意動搖之原則。

就立法機關與司法機關間，關於立法權之分立制衡與分享而言，立法機關享有優先的立法權，但並非絕對壟斷立法權，司法機關則具有彌補立法不足之候補立法權。<sup>135</sup>立法機關依憲法第 62 條規定，職司制定法律之職權，享有優先的立法權；司法權除了違憲審查外，職司認定個案事實，並適用制定法，做出判決解決個案事實。惟職司適用法律之司法機關，相較於立法機關更易發現制定法的缺漏之處；此際，制定法律固係立法機關之核心權限，而法院比附援引相類似之法律規範，適用於法無明文規範之個案事實，係屬「司法造法」，於個案創設法規範加以適用，因此就產生了司法權僭越立法權之疑義。易言之，類推適用即係法院針對特定個案，取代立法者，創設法規以解決該個案。

然而，類推適用之前提係存在法律漏洞，即立法者疏未就特定生活事實為法律規範，則因立法機關並未充分執行其優先立法權，故由司法機關於不侵害立法權核心領域之前提下，行使其候補、後位立法權以資補充。蓋立法機關並非擁有獨佔專屬的立法權，而僅係享有一優先的立法地位，為了追求個案正義，司法機

---

<sup>134</sup> 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，《憲法權力分立》，頁 189，2010 年 9 月 2 版。

<sup>135</sup> 關於司法機關與立法機關就立法權之共享狀態，詳參黃建輝，違憲審查與司法造法，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，1995 年 6 月。

關仍應享有候補的立法權。正如學者所言：「司法機關為了有效保障人民權利，自須擁有個案的候補立法權，俾立法者未充分發揮立法權，致制定法漏未明定系爭案件之規範時，能適時填補該缺漏狀態。<sup>136</sup>」申言之，司法機關類推適用相類似之法律規範，以填補法律漏洞，係屬候補立法權之正當行使。

惟，基於權力分立原則，司法機關行使後位立法權，類推適用以填補法律漏洞，應有其界限。<sup>137</sup>蓋法院之裁判活動應受立法者所定法律，乃至整體法律秩序之制約，而不能擅自踰越。因此除非實定法確已存在法律漏洞，需要法院加以填補，或立法者故意不為規範者，否則法官不得恣意創設法律規範，致侵害立法權之核心領域，而僭越立法權。其次，係立法者擁有規範條文化之優先權力，所制定之法律具有一般抽象之規範效力，而司法機關之候補立法權僅限於具體個案，換言之，法院類推適用相類似法定規範，以填補法律漏洞，僅具個案效力，適用於特殊的個案，不具一般抽象之規範效力。且類推適用本即係個案到個案之推理，縱使實務上大多數相類似個案之判決，均類推適用同一法律規範，以解決相類似之個案事實，亦不因此具有制定法之效力，否則將導致司法權僭越立法權。

## 第二款 法律保留原則

十九世紀之立憲主義建立「權力分立制度」，行政權非經立法機關通過法律，不得干涉人民之自由及財產。在此制度下，法律即用以限制國君之權力；國家干涉人民自由財產之合法性，透過法律而取得，法律保留原則即基此而生。<sup>138</sup>法律保留原則於消極面象，係要求行政需有法律之授權，始能作成行政行為，於積極面向，則係要求作成行政行為之法律依據，因此法律保留原則亦稱為「積極之依法行政原則」。<sup>139</sup>

我國大法官於司法院釋字第 443 號解釋理由書認為「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障」，並建立了層級化法律保留體系（System

---

<sup>136</sup> 黃建輝，*違憲審查與司法造法*，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，頁 79，1995 年 6 月。

<sup>137</sup> 同前註，頁 88-89。

<sup>138</sup> 陳敏，*《行政法總論》*，頁 159，2009 年 9 月 6 版。

<sup>139</sup> 同前註，頁 157-158。

des abgestuften Vorbehalts) )，將法律保留之規範密度分為四個階層：

其一，係「憲法保留」事項，該等事項受到憲法的直接規範，不許法律加以限制。關於人民身體之自由，憲法第 8 條詳盡規定即屬憲法保留之事項，就其內容，縱令立法機關亦不得制定法律加以限制。

其二，係「國會保留」，又稱為絕對法律保留，須以狹義之法律直接規範之事項。如憲法第 7 條、第 9 條至第 18 條、第 21 條及第 22 條之各種自由及權利，必須於符合憲法第 23 條之條件下，以法律限制之。諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之。又中央法規標準法第 5 條規定「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」故而，關於國會保留之事項，必須有狹義之法律明文規定才得加以限制，其自亦不容許類推適用。

其三，係「一般法律保留」，又稱為相對法律保留，得以法律或基於法律授權之法規命令規範之事項。例如：涉及人民上述以外其他自由權利之限制者，得以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，但其授權應符合具體明確之原則。

其四，係「不適用法律保留」之事項。如僅係執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關以行政命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。

刑事訴訟法上有諸多侵害人民權利之規範，最典型的便係強制處分的相關規範，德國刑事訴訟法註釋書中即謂：「更明顯的是強制處分，使用剝奪個人自由的強制處分，比如待審拘留和暫時的（臨時的）拘留。類推禁止可直接從德國基本法第 104 條第 1 項得出。若類推適用相關規則或訴訟程序，對於被告而言係有利的，自不適用實體刑法的類推禁止原則。而對此類推適用，人們應特別留意並嚴格遵守公法上的法律保留原則。<sup>140</sup>」學者亦認為：「刑事程序之進行，不必然都允許類推適用，若涉及基本權之干預，憲法要求國家行為必須有法律的授權依據，否則行為即為違法。……結果對被告是否有利並非重點，判斷重點毋寧在於適用法理是否侵害刑事被告之基本權利。倘若侵害被告之基本權利，便有法律保

---

<sup>140</sup> Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz : Großkommentar, 26.Aufl.,2006.,S.527.

留原則之適用。<sup>141</sup>」申言之，刑事訴訟法之類推適用，本質上係法院之司法造法行為，法院審判行為雖非屬狹義行政權之行使，惟刑罰權之發動對人民權利所造成之侵害更甚於狹義行政行為，自應受公法上法律保留原則之拘束。故若類推適用之結果，加重或創設對於被告基本權利之侵害，即屬違背法律保留原則之類推適用，應予以禁止。總體而言，刑事訴訟法上之類推適用應以法律保留原則為界限。

### 第三款 正當法律程序原則

憲法上正當法律程序之要求，係源於對政府的不信任，而藉正當法律程序，保障人民權益免受政府濫權，富含濃厚的「防弊」意味。故其最原始的核心功能在於「消極地保障人民權益」，免受政府侵害。<sup>142</sup>美國憲法起草人 *James Madison* 認為，正當法律程序原則旨在抑制立法和行政部門之恣意專擅與危害人權，防止政府立法或行政部門僭越分際侵害人權。<sup>143</sup>我國刑事訴訟法中即有諸多對於被告權益保障之規定，如告知義務、令狀原則、證據排除法則、證據調查權、自訴等。此外，亦有積極提升行政效能之功能，惟其仍需以人民權利保障為基礎，<sup>144</sup>如牽連管轄即係為達訴訟經濟，提升行政效能之適例。又隨著人本主義色彩濃厚的非工具價值受到重視，正當法律程序亦具有「維護人性尊嚴之功能」。<sup>145</sup>例如刑事訴訟法第 124 條搜索時應注意受搜索人之名譽。

我國大法官於司法院釋字第 384 號解釋，首次由憲法第 8 條第 1 項導出「正當法律程序」的概念，確立正當法律程序為憲法位階之原則，並指明其範圍係兼具程序與實體兩層面的正當程序：「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

---

<sup>141</sup> 李佳玟，〈刑事訴訟法中之法理與類推適用—以南迴搞軌案為例〉，《日新司法年刊》，8 期，頁 157，2008 年 7 月。

<sup>142</sup> 葉俊榮，《環境行政之正當法律程序》，頁 8，1997 年。

<sup>143</sup> *Annals of Congress, Vol. 1, 1<sup>st</sup> Congress, 1<sup>st</sup> and 2<sup>nd</sup> Sess., p. 439*. 轉引自史慶璞，《美國憲法理論與實務》，三民書局，頁 252，2007 年。

<sup>144</sup> 葉俊榮，《環境行政之正當法律程序》，頁 9，1997 年。

<sup>145</sup> 同前註，頁 10。

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。」上開意旨，可謂係以憲法第 8 條之法定程序為基礎，以美國法上正當法律程序之概念<sup>146</sup>闡釋其意涵，奠定我國法上正當法律程序之大概輪廓。

關於上開正當法律程序之意義，國內學者已由不同的角度加以詮釋，使其具有多面向、多義性。自程序保障之觀點，正當法律程序之意義係在保障程序主體地位及保障程序主體之主客觀參與可能性。<sup>147</sup>就整體司法程序觀之，正當法律程序係指公平合理之法律與公平合理之司法程，作為為政府一切權力行使或對人民權利之侵害和限制皆須遵循之法原則，惟其具體內容於實定法上無明文標準。<sup>148</sup>如溯及刑事訴訟制度目的，可更進一步說，正當法律程序係避免法院誤判誤罰之手段，乃由消極的實體真實發見主義而來。亦即，發見真實須以合乎法的正當程序，以合乎公平正義及國民感情之方式為之，著重的係認定事實之過程，而非結果。除避免處罰無辜者外，亦維持法之正當程序，以確保人權免受侵害。<sup>149</sup>就其於刑事訴訟程序之功能而言，正當法律程序係指整個刑事程序必須依據法律所明定之程序規範，且所有之法定程序之規定內容必須公平而正當合理，以兼顧發現真實與保障人權，公平正確地行使刑罰權，並使所有參與刑事程序之訴訟主體彼此間具有武器對等性，以平等之地位參與刑訴程序，受到公平之追訴與審判。簡言之，正當法律程序係一總括性之刑事程序原則，主要內涵包括法律性原則、公平審判原則、禁止強制自證有罪等。<sup>150</sup>故而，刑事訴訟法上之類推適用時亦應考量正當法律程序之要求，以期為刑事訴訟法上類推適用之外部界線。

#### 第四款 比例原則

比例原則在於要求「方法」與「目的」之均衡。凡採取一項措施以達成一項目的時，該措施必須為合適、必要及合比例之方法。「合適」之方法，係指該方

---

<sup>146</sup> 惟林永謀及孫森焱大法官於協同意見書中表示反對意見。

<sup>147</sup> 許玉秀，〈論正當法律程序原則（七）〉，《軍法專刊》，56 卷 3 期，頁 2，2010 年 6 月。

<sup>148</sup> 林國漳，〈淺釋行政法學上之「正當法律程序」原則〉，載：《行政法之一般法律原則（一）》，頁 57，1999 年 3 月。

<sup>149</sup> 黃東熊，《刑事訴訟法論》，頁 20-21，1999 年 2 版。

<sup>150</sup> 林山田，《刑事程序法》，頁 30-31，2004 年 5 月 5 版。

法有助於目的之達成；「必要」之方法，係指可以達成目的之數種方法中，應選擇對於人民權益侵害最小之方法；「合比例」之方法，係指該方法所造成之不利益，與其所欲達成目的之利益相權衡，不失合理之比例關係。<sup>151</sup>故於從事類推適用時，若有多數具類似性之規範，應選擇與系爭個案的類似程度最高，最能符合個案需求之規範來加以類推適用於系爭個案。

#### 第四節 刑事訴訟法上類推適用之內部價值權衡

不論係法律漏洞之認定，或是類推適用之類似性探求或妥適性之權衡，均需以法律評價為核心，以取得價值間的最佳平衡。以刑事訴訟法為例，因其所欲達成之目的多元，包含了發現真實、保障人權與法和平性，不同價值間常有衝突，例如證據排除法則，即可能因保障人權及正當法律程序而犧牲了發現真實，故而在價值之間的權衡，便係刑事訴訟法類推適用中最重要也最為核心的部分，有待法官於個案中審慎權衡。由此亦可說，個案中能否類推適用之意見分歧，常係由於不同見解認定應優先保障的價值不同而產生。

刑事訴訟法係為確定並實現國家刑罰權而生之程序規範。其最原始的目的便係「發現真實」，經過偵查蒐證、法庭審理等程序後，確定犯罪事實，處以行為人一定的刑罰。然而，由於時代演進、觀念變遷，發現真實已非獨大之唯一目的，發現真實必須於法定程序下進行，並兼顧人權保障，不可為了發現真實而罔顧其他的價值。*Roxin* 即認為<sup>152</sup>，刑事訴訟之目的，係建構在「人權保障」之基礎上，刑事訴訟之目的在此基礎上，層次有三：即追求實體正確的裁判、遵守法定程序，以及創設法律和平。其同時亦強調，發現真實必須在正當的程序作用下，方為所許。

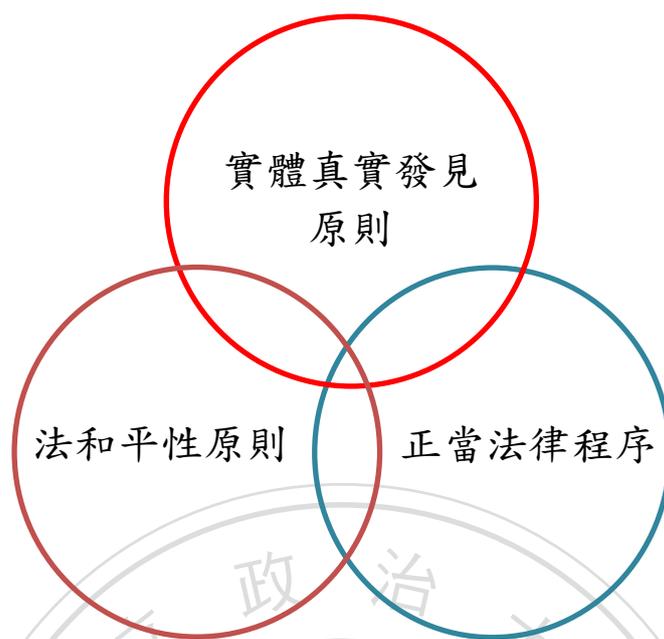
我國刑事訴訟制度目的係採實質真實發現，同時亦須遵守法治程序之要求，當兩者目的於個案衝突時，不可恣意且片面的犧牲任一方，而應於可能範圍內，盡可能謀求兩者和諧並存之方案。<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> 陳敏，《行政法總論》，頁 88，2009 年 9 月 6 版。

<sup>152</sup> 轉引自林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，頁 21，2009 年 9 月 10 版。

<sup>153</sup> 楊雲驊，〈違反全程連續錄音錄影義務法律效果的再檢討－評最高法院九十年度台上字第七一三七號判決－〉，《台灣本土法學雜誌》，40 期，頁 52，2002 年 11 月。



【圖表 6：刑事訴訟法之三大目的】

### 第一項 實體真實發見原則

就傳統大陸法系之刑事訴訟法而言，刑事訴訟乃關乎國家刑罰權有無之問題，刑事裁判之結果與國家安全、社會秩序之維護關係甚切，故刑事訴訟不僅保護個人利益，亦兼及維護公眾利益，與民事訴訟僅在解決私權紛爭，不可等同視之。實體真實發見係刑事訴訟之主要目的，為維護此客觀正義，國家負有客觀正確性之義務，裁判必須與「真實」合致。實體真實發見原則雖要求究明客觀事實，然此非謂需解明被告過去犯行之所有細節，蓋究明實體真實之目的在於刑法之具體化、現實化，對於實體真實之發見足以判定被告刑事責任之有無，即可謂為充足。<sup>154</sup>如刑事訴訟法第 163 條第 2 項前段規定，法院為發見真實，得依職權調查證據，即係此原則之明文規範。又如刑事再審之相關規定，即係為救濟實體事實認定錯誤，致法院所下判決錯誤之情形。

<sup>154</sup> 林永謀，《刑事訴訟法釋論（上）》，頁 5-7，2010 年 12 月改訂版。

## 第二項 法和平性原則

刑事訴訟之另一目的，在於得出能夠維持「法和平性」(Rechtsfrieden)的裁判。犯罪對於社會和平共同生活造成損害，刑事訴訟經由法定程序之踐行與終結來處罰犯人，釋放無辜，並藉此回復原來因為犯罪而受損之法和平性。惟此之和平僅係法秩序之和平，至於已造成之創傷則不可能平復。而法和平性須仰賴「法安定性」(Rechtssicherheit)加以維持，意即確定裁判具有實體確定力(既判力)，於法律上生禁止再訴之效力，確定系爭法律關係。<sup>155</sup>

## 第三項 正當法律程序原則

正當法律程序一方面係憲法位階之原則，劃定了刑事訴訟法上類推適用之外部界線，另一方面係刑事訴訟法上三大目的之一，影響了類推適用之內部價值權衡。自刑事訴訟法觀察正當法律程序之功能，正當法律程序係刑事訴訟之三大目的之一，不容許以不擇手段、不問是非及不計代價之方法來發現真實。即以一套訴訟規則來規制並釐清追訴程序中國家與個人間權利與義務之界限，一方面便利國家完成追訴，另一方面保障個人權利，免受國家之過度干預。<sup>156</sup>其核心功能係對「真實發見」提供保障，並有效防止司法恣意濫權與越權，保障人民之基本權。<sup>157</sup>另有學者認為，正當法律程序之功能，在於保障權力(利)的正當運作，同時界定權力(利)的正當範圍，甚至提供權力(利)之正當基礎。而所謂提供權力(利)之正當基礎，係指程序性的權力(利)。故正當法律程序之功能亦在於創設程序基本權。<sup>158</sup>

本文認為，刑事訴訟的目的與原理原則係整部刑事訴訟法的根源，也是各個制度背後的理論基礎，而從事類推適用時，最重要的係對於規範的評價，以及疏未規範的個案事實，與擬類推的法明文規範之間的評價類似性的探求，無法逸脫於刑事訴訟的目的之外而獨立評價，故於類推適用上，自應將刑事訴訟之目的納入考量。

---

<sup>155</sup> 林鈺雄，《刑事訴訟法(上)》，頁11，2006年9月4版。

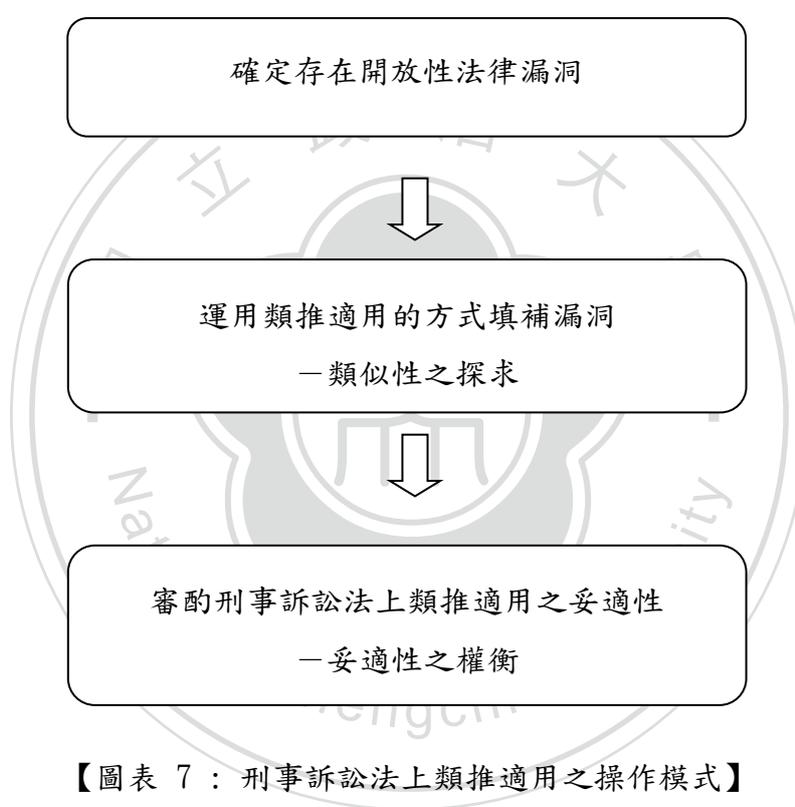
<sup>156</sup> 同前註，頁9。

<sup>157</sup> 林永謀，《刑事訴訟法釋論(上)》，頁16，2006年10月增訂版。王兆鵬，《刑事訴訟講義》，頁4，2006年9月2版。

<sup>158</sup> 許玉秀，〈論正當法律程序原則(五)〉，《軍法專刊》，56卷1期，頁6，2010年2月。

## 第五節 刑事訴訟法上類推適用之操作模式

本文嘗試將類推適用與刑事訴訟法結合，並建構刑事訴訟法中類推適用的操作模式。相較於一般法學上之類推適用，基於刑事訴訟法之特性，增添了第三階段妥適性之權衡。本模式理論上可分為三個階段，但於實際操作時，每個階段均交互影響，而非必然依照一定的次序為之，因探求規範與系爭個案間之類似性的同時，也確認了法律漏洞是否存在，並考量其評價是否在可容許的界線範圍以內。其操作模式可以下圖表示：



【圖表 7：刑事訴訟法上類推適用之操作模式】

### 第一項 確定存在開放性法律漏洞

法律漏洞的兩大特徵係「不圓滿性」與「違反計畫性」<sup>159</sup>，換言之，法律漏洞即係違反計畫的不圓滿性。不圓滿性係就案件事實的角度觀察，當一個案件事實發生，且其應屬法律規範之範疇，卻遍尋不著適當的法規範，而無從圓滿解決

<sup>159</sup> 黃茂榮，《法學方法與現代民法》，頁 559，2009 年 8 月 6 版。

該案件事實時，法律對於該案件事實而言，即不具圓滿性。而違反計畫性係就法律規範計畫（立法計畫）的角度觀察，某特定案件事實應劃歸理想規範之範疇，且非立法者有意之沉默，法律卻並未加以規範時，即謂法律係違反計畫性。<sup>160</sup>

法官審理個案事實，卻無法由實定法中尋獲妥適規範加以解決時，不得逕行認定係屬法律漏洞而加以填補，而須先考量該規範缺漏的現象，是否屬於反面解釋、有待價值補充之概念、非屬法律保留範圍或立法政策錯誤。若屬之，即為立法者「有意之沉默」，而非法規範之疏漏，法官自無加以填補之權限；反之，則可認定係存在規範不足之開放性法律漏洞，而有類推適用相關規範加以填補之可能。

## 第二項 類似性之探求：運用類推適用填補法律漏洞

類似性之探求，可由「形式層面」與「實質層面」加以分析，本文基本上以 *Larenz* 所提出之構成要件類似說為主幹，但強化法律評價之部分。

當我們面對一個需類推的案型時，首先會觀察其形式構成要件，以找尋具有類似性之供類推構成要件。故本文在「形式層面」參考 *Larenz* 的構成要件類似說之思考方式，先積極確定供類推構成要件與需類推構成要件之間相同或一致之處，並消極確定供類推構成要件與需類推構成要件之間相異或不一致之處。「實質層面」則著重「法律價值之權衡」，探求需類推案型所應成就或維護之社會價值為何，與供類推構成要件所表現出的「決定性法律評價（決定性觀點）」是否具有 consistency，類推適用之結果能否符合法律價值上之要求。申言之，法律價值的類似性才係類推適用之基礎，至形式構成要件之相似與否，僅係輔助類似性之確認，實質上法律價值的一致性，才係類推適用之精華所在。

## 第三項 妥適性之權衡：審酌刑事訴訟法上類推適用之妥適性

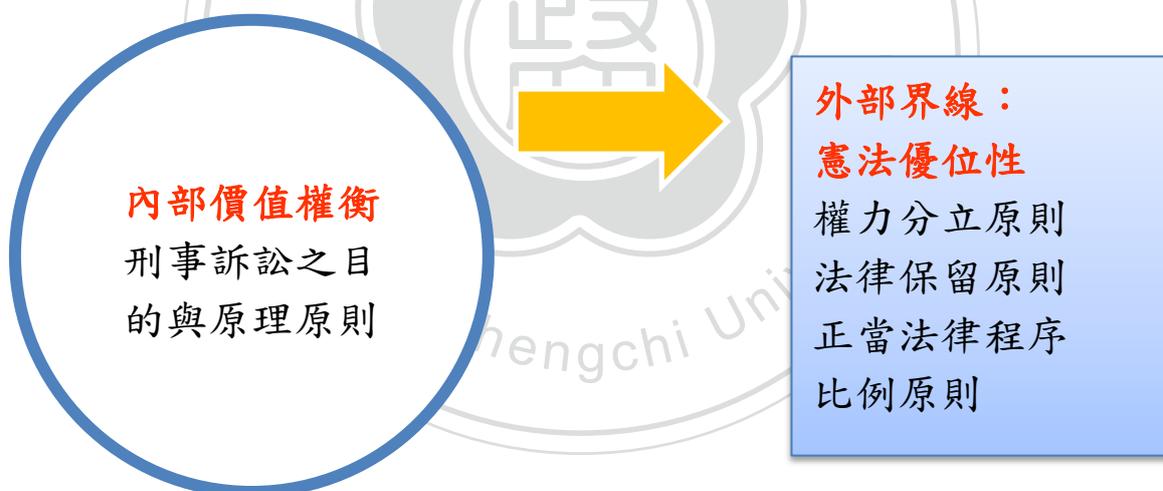
基於「憲法優位性原則」，刑事訴訟法之類推適用自不得違反憲法，否則即屬違憲之類推適用。就積極面而言，憲法之基本價值與基礎原則，係所有法律之

---

<sup>160</sup> *Larenz*, a.a.O., S.373-374.

上位指導原則，故刑事訴訟法必須積極充實憲法規範之具體內涵，落實憲法所揭櫫之價值，甚而有時法院「應」積極類推適用。蓋刑事訴訟法與憲法間的合致性需求，遠高於其他法律領域，任何刑事訴追機關之濫權行為，均可能令憲法保障之基本權化為泡影。<sup>161</sup>須以憲法之基本價值與原理原則，作為刑事訴訟法上類推適用之外部界限。

不論係法律漏洞之認定，或是類推適用之類似性探求或妥適性之權衡，均需以法律評價為核心，以取得價值間的最佳平衡。因刑事訴訟所欲達成之目的多元，欲保障之價值間常有衝突，例如證據排除法則，即可能因保障人權及正當法律程序而犧牲了發現真實，故而，價值之間的權衡便係刑事訴訟法類推適用中最重要也最為核心的部分，有待法官於個案中審慎權衡。刑事訴訟的目的與原理原則係整部刑事訴訟法的根源，各個制度背後的理論基礎，而從事類推適用時，最重要的便係對於規範的評價，以及需類推構成要件，與供類推構成要件之間的評價類似性的探求，無法逸脫於刑事訴訟的目的之外而獨立評價，亦應將刑事訴訟之目的納入考量，妥為權衡。



【圖表 8：妥適性之權衡】

<sup>161</sup> 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，頁 20，2006 年 9 月 4 版

## 第五章 我國實務上之類推適用

筆者以「類推適用」、「類推」、「基於同一法理」、「舉重明輕」、「舉輕明重」為關鍵字，於司法院法學資料檢索系統進行搜尋，檢索範圍上自最高法院，下迄福建連江地方法院，尋獲大量判決。經篩選整理後，本文以最高法院之判決為主，擇定二十多種實務上頻繁使用，且具代表性之類型，並試將其類型化劃歸為六大類別：大法官解釋與判例之類推適用、強制處分之類推適用、關於證據之類推適用、傳聞例外之類推適用、技術性規範之類推適用以及實務否定之類推適用。

茲詳述筆者將實務見解劃歸為此六大類別之基準與理由：

首先，由於大法官解釋具有拘束全國司法機關之效力，判例則對法院有事實上之拘束力，二者對於法官於審理個案時有一定之拘束力<sup>162</sup>，不同於最高法院判決與普通法院判決，故本文將其獨立為一類。其次，將最高法院關於類推適用之判決，劃分為肯定類推適用與否定類推適用兩大區塊，由於肯定類推適用之判決繁多，故又將其細分為數個類型，以專節分別討論；而明確表示系爭個案不得類推適用之判決較少，故不再細分，僅以實務否定之類推適用一節討論。

關於個案中肯定類推適用之最高法院判決的部分，分為「強制處分之類推適用」、「關於證據之類推適用」、「傳聞例外之類推適用」以及「技術性規範之類推適用」此四種類型。蓋刑事訴訟法中關於強制處分與證據之部分，相較於其他刑事程序而言，較多帶有實體性質之規範，對於人民基本權之干預與發現真實的影響甚大，亦為學術界所關注之焦點，故將強制處分與證據分別獨立以專節討論。惟就傳聞例外之部分，則將其由證據法抽出而以專節討論，蓋傳聞例外雖然亦屬於證據法之範疇，惟實務上有大量判決運用傳聞例外之類推適用<sup>163</sup>，為實務上運用最為頻繁也最為廣泛的類推適用類型，故筆者亦以獨立專節討論之。而關於技術性規範此類別，由於刑事訴訟法中多係細節性、技術性之程序規範，此類規範

---

<sup>162</sup> 司法解釋包括司法院之解釋例與最高法院之判例，因有法律規定之解釋權（憲法第 78 條、第 171 條第 2 項、第 173 條），而為之具有法律拘束力之解釋，故又稱有權解釋。林山田，〈論刑法之解釋與類推〉，《軍法專刊》，29 卷 4 期，頁 13，1983 年 4 月。

<sup>163</sup> 依筆者搜尋判決之結果，傳聞例外之類推適用係實務運用最為頻繁也最為廣泛的類型。

內容較為瑣碎，散見於刑事訴訟法各階段程序，亦不致對人民基本權產生影響，相較於帶有實體性質規範之類推適用，關於技術性規範之類推適用，可採取較為寬鬆的審查態度，基於此同質性，筆者將其獨立為一個專節。

最後，實務上否定的類推適用這個類別，則採擇明確表示不得類推適用之實務判決，以藉此觀察實務於何種情形下，係絕對不得類推適用。

## 第一節 大法官解釋與判例之類推適用

### 第一項 刑期期間之計算類推適用民法規定

#### 第一款 實務見解

司法院釋字第 677 號解釋，宣告監獄行刑法第 83 條第 1 項關於「執行期滿者，……應於其刑期終了之次日午前釋放」之規定係屬違憲，大法官並於解釋文進一步指出，於相關規定修正前，受刑人應於其刑期終了當日之午前釋放。惟關於刑期之計算方式，監獄行刑法中並無明文規範，故該解釋文認為，「……然依刑事訴訟法第 65 條：『期間之計算，依民法之規定。』」本此意旨，有關刑期期間之計算應類推適用民法第 121 條第 1 項規定，以日、星期、月或年定期間者，以期間末日之終止，為期間之終止。」簡言之，關於受刑人刑期之計算，應類推適用民法關於期間之規定。

#### 第二款 本文評析

監獄行刑法係針對刑罰之執行所為之規範，就受刑人經刑事程序確定判決後入監服刑之部份，以監獄行刑法特為規範，乃刑事訴訟法之特別法。特別法係就原已包含於普通法規範射程內之特定事項，因該事項之特殊性，而將其從普通法中抽出，另以獨立的特別法加以詳細規範。基於特別法優先於普通法之原則，同一事件於普通法和特別法中均有規範時，應優先適用特別法之規定。至若就特定事項於特別法中並無適當規範可資適用者，因該事項仍屬普通法之規範射程所及，即應當然回歸適用普通法之規定，並不存在法律漏洞，無須類推適用。

準此，監獄行刑法刑期之計算並無明文規範，即應係立法者不欲對刑期之計

算為特別之規定，且適用一般計算期間之方式計算刑期，對於受刑人之權益並未造成侵害，並無須以特別方式計算刑期之必要。故而，關於刑期之計算，應回歸適用刑事訴訟法，依刑事訴訟法第 65 條規定，直接適用民法之規定計算之。準此，本文則認為司法院釋字第 677 號解釋文恐係誤用了類推適用之概念，蓋刑事訴訟法已明文規定應適用民法之規定，立法者已依其計劃作了規範，僅係為了避免繁瑣的重覆規定，而未於監獄行刑法中，重複指示應適用民法關於期間之規定。制定法中對於期間計算之方式已有明文規定，自不存在法無明文規範之法律漏洞，不具備類推適用之前提要件。

## 第二項 分案要點類推適用牽連管轄規定意旨

### 第一款 實務見解

司法院釋字第 665 號解釋文謂：「……惟相牽連之數刑事案件分別繫屬於同一法院之不同法官時，是否以及如何進行合併審理，相關法令對此雖未設明文規定，因屬法院內部事務之分配，且與刑事訴訟法第六條所定者，均同屬相牽連案件之處理，而有合併審理之必要，故如類推適用上開規定之意旨，以事先一般抽象之規範，將不同法官承辦之相牽連刑事案件改分由其中之一法官合併審理，自與首開憲法意旨無違。……」本號解釋係就台北地方法院所制定之分案要點為違憲審查，並做出合憲之結論。其意旨可分為兩點：其一，刑事訴訟法對於相牽連之案件繫屬於同一法院之不同法官時，具牽連關係之各個案件，得否以及如何合併審理，未有明文規範，惟大法官並未指明缺乏明文規範究竟是必然存在法律漏洞，抑或非屬法律保留之範疇。其二，大法官認為相牽連案件之合併審理係屬法院內部事務之分配，應類推適用刑事訴訟法第 6 條牽連管轄之規定意旨，於符合法定法官原則之要求下，所為之分案或改分案始得謂係合憲。

此號解釋引起了學界極大的關注<sup>164</sup>，主要爭議點在於該分案要點的合憲性，

---

<sup>164</sup> 討論司法院釋字第 665 號解釋之相關文章有：林孟皇，〈法定法官原則的理論與實務－兼評司法院釋字第 665 號解釋〉，《法官協會雜誌》，11 期，頁 61-100，2009 年 12 月。〈併案更換法官與重罪羈押已經合憲了嗎？－評司法院釋字第 665 號解釋〉，《月旦法學雜誌》，176 期，頁 86-96，2010 年 1 月。〈重罪羈押、法定法官原則與司法院大法官釋字第 665 號解釋相關法律問題學術研討會〉，《月旦法學雜誌》，176 期，頁 68-85，2010 年 1 月。蘇永欽，〈人權保障留給司法行政和

即關於法院內之分案方式能否僅以行政規則加以規範，是否屬於法律保留之事項，而僅得以法律規範之。另外，系爭分案要點之規範內容是否符合實質正當性（以及大法官迴避而未討論之改分案規定），抑或是會對於審判獨立造成危害，干預司法審判，亦備受質疑，惟此分案要點之實質正當性，並非本文所欲討論之焦點，合先述明。

## 第二款 本文評析

### 第一目 不存在法律漏洞

大法官於司法院釋字第 665 號解釋肯認法定法官原則，於理由書中闡明其內涵係「法院經由案件分配作業，決定案件之承辦法官，與司法公正及審判獨立之落實，具有密切關係。為維護法官之公平獨立審判，並增進審判權有效率運作，法院案件之分配，如依事先訂定之一般抽象規範，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業者，即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並無不符。法官就受理之案件，負有合法、公正、妥速處理之職責，而各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第 78 條、第 79 條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率。」

蓋基於法律保留原則，所有為確定法定法官所需之機關（組織）行為均被要求法律保留，以立法機關通過之法律規範法官之事務分配，最能保障其不受行政機關干預，惟實際上無法將所有相關事務均以法律為鉅細靡遺之規範，故較為細節性、技術性之事項，則需下放權限由下位階之行政命令為規範，屬於司法行政

---

程序的立法空間－簡評釋字第 665 號解釋》，《月旦法學雜誌》，176 期，頁 5-23，2010 年 1 月。  
陳運財，〈大法官釋字第 665 號解釋評析〉，《月旦法學雜誌》，176 期，頁 24-41，2010 年 1 月。  
李建良，〈審判獨立與司法獨裁－解評司法院釋字第 665 號解釋〉，《月旦法學雜誌》，176 期，頁 42-67，2010 年 1 月。

裁量之空間。<sup>165</sup>準此，上開釋字之爭議點，相牽連之案件繫屬於同一法院之不同法官時，具牽連關係之各個案件，得否以及如何合併審理，雖未經法律明文規範，惟其屬於細節性、技術性之法院內部事務，且依法院組織法第 78 條、第 79 條已授權各法院就受理案件分配之事務，於合理及必要之範圍內，自行訂定補充規範，非屬法律保留之範疇。刑事訴訟法對其未有規範，乃屬當然，並不存在規範不足之開放性法律漏洞。

## 第二目 實非類推適用

單就法學方法的角度而言，本號解釋之情形，並非系爭案型無規範可循，而係立法層次不同之問題，既已有分案要點加以規範，大法官僅係欲以刑事訴訟法第 6 條之制度目的，證立系爭要點之合憲性，並闡明系爭要點之制度目的與刑事訴訟法第 6 條之制度目的相同。故本文認為，其所稱之類推適用並非為填補法律漏洞而為之類推適用，蓋此處並無規範不足之情形存在，所謂「類推適用刑事訴訟法第 6 條」實係畫蛇添足，而應認基於「法律優位原則」，規範行政機關基於法律授權所訂定之下位規範不得消極牴觸上位規範，憲法第 172 條亦明文「命令與憲法或法律牴觸者無效。」責系爭分案要點須依循上位的法定法官原則之要求訂定，乃屬當然。而就實質而言，系爭分案規範內容是否符合法定法官原則與規範內容實質正當之要求，係屬行政命令是否消極牴觸上位規範之問題，無涉於刑事訴訟法上類推適用之妥適性權衡，蓋其並非屬於法律位階之規範，自始即未落入刑事訴訟法上類推適用之範疇。

## 第三項 判決文字誤寫誤算之裁定更正

### 第一款 實務見解

司法院釋字第 43 號解釋文認為：「……原判誤被告張三為張四，如全案關係人中別有張四其人，而未經起訴，其判決自屬違背法令，應分別情形依上訴非常

---

<sup>165</sup> 姜世明，〈法定法官原則之基本概念〉，《法官協會雜誌》，11 期，頁 37，2009 年 12 月。

上訴及再審各程序糾正之。如無張四其人，即與刑事訴訟法第 245 條之規定未符，顯係文字誤寫，而不影響於全案情節與判決之本旨。除判決宣示前得依同法第 40 條增刪予以訂正外，其經宣示或送達者，得參照民事訴訟法第 232 條，依刑事訴訟法 199 條由原審法院依聲請或本職權以裁定更正，以昭鄭重。」換言之，刑事判決若有誤寫誤算等顯然錯誤，且不影響全案情節與判決之本旨者，因刑事訴訟法中對此並無規範，故得類推適用民事訴訟法第 232 條規定，由法院以裁定更正即可。

## 第二款 本文評析

刑事訴訟法對於刑事判決書中若有誤寫誤算應如何處理，並無明文加以規範，相較於民事判決誤寫誤算於民事訴訟法第 232 條規定，應以裁定加以更正之規定，刑事訴訟法卻付之闕如，顯係立法者疏未加以規範，而存在著開放性法律漏洞，於立法增訂相關規範前，法院應類推適用相類似之規範加以解決。

準此，需類推構成要件（誤寫誤算等顯然錯誤，於判決無影響之刑事判決）與供類推構成要件（誤寫誤算等顯然錯誤，於判決無影響之民事判決），具有相類似的判決錯誤態樣，決定性法律評價相同。而其相異之處，一則係關於刑事案件之判決，他則係關於民事案件之判決，對於相同的決定性法律評價不生影響。蓋對於誤寫誤算等於判決無影響之顯然錯誤，以裁定方式更正其錯誤，僅係一技術性的程序規範，並未侵害被告之權利。類推適用之結果，有助於訴訟經濟之達成，無礙於裁判之合法妥當，亦符合妥適性之要求。

## 第四項 自訴人之代理人不得代理自訴人上訴

### 第一款 判例要旨

最高法院 71 年台上字第 7884 號判例要旨：「刑事訴訟法第 346 條規定原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴，此項規定，非可類推解釋，而認自訴人之代理人亦得為自訴人之利益而代自訴人提起上訴。」。本則判例逕認自訴人之代理人，不得類推適用刑事訴訟法第 346 條，被告之代理人得為被告之利益而上訴之規定，惟未詳述其所持之理由，甚為遺憾。

## 第二款 本文評析

本文認為，上開判例採用「類推解釋」之用語，並非妥適。蓋類推適用係超越法條可能文義之填補法律漏洞之方法，已超越法律解釋之範疇，不宜以類推解釋稱之，已於本文第三章第二節第三項闡明。

刑事訴訟法對於「自訴人之代理人，得為自訴人之利益，而代自訴人提起上訴」並未明文規範自訴人之代理人是否具有獨立上訴權，則此究係立法者疏未規範之法律漏洞，抑或是立法者有意沉默之法外空間，不無疑義。依刑事訴訟之目的加以推論，刑事訴訟法第 346 條對告訴權之規範目的應係為平衡國家與被告間的武器不平等，為保障被告之防禦權，而賦予其原審之代理人或辯護人得為被告之利益而上訴之「從屬代理權」。準此，該規範最重要的決定性價值係「保障被告之防禦權」。反觀自訴權規範中，「自訴人」於刑事訴訟程序中之地位，相當於檢察官，且刑事犯罪之訴追以國家追訴為原則，係國家刑罰權之實現，非如民事訴訟係為處理當事人間私益之糾紛，似無特別保障自訴人防禦權之必要。

惟仍須注意，自訴仍無法與檢察官之公訴完全等同視之，蓋自訴人居於私人地位，未若檢察官有國家之實力作為後盾，亦無足夠之法律知識，自須由自訴代理人加以輔助，本法第 319 條第 3 項亦已採自訴強制律師代理制度。自若依本法第 3 條規定，自訴人與被告同係訴訟中之兩造當事人，兩者之地位具有類似性，自訴人之上訴權亦應得到適當之保障，由此觀點，即應認本法對於自訴人卻有如刑事訴訟法第 346 條規定，使自訴人之代理人得代其提起上訴，自存在規範不足之開放性法律漏洞。本文認為，基於兩者同係刑事訴訟當事人之地位上的類似性，且其相異之處並不足以影響法律上之評價，使自訴人之代理人得代自訴人上訴，亦不致增加法院與訴訟上之負擔，無礙於真實發見，有助於健全正當法律程序與人權保障，符合妥適性之要求，應以許可類推適用為當，上開判例持保守態度，固守文義解釋而禁止類推適用，容有斟酌之餘地。

## 第五項 預料證人不能於審判期日到場須具一定之客觀事實

### 第一款 判例要旨

最高法院 93 年台上字第 5185 號判例<sup>166</sup>：「刑事訴訟法第 279 條第 1 項、第 276 條第 1 項規定預料證人不能於審判期日到場，而受命法官得於審判期日前行準備程序時訊問證人之例外情形，其所稱「預料證人不能於審判期日到場」之原因，參酌同法第 178 條第 1 項有關證人經合法傳喚，無正當理由不到場，方得科以罰鍰並拘提之規定，基於同一法理，亦必有正當理由足以預料證人不能於審判期日到場者始得為之，所謂「正當理由」，須有一定之客觀事實，可認其於審判期日不能到場並不違背證人義務，例如因疾病即將住院手術長期治療，或行將出國，短期內無法返國，或路途遙遠，因故交通恐將阻絕，或其他特殊事故，於審判期日到場確有困難者，方足當之。必以此從嚴之限制，始符合集中審理制度之

---

<sup>166</sup> 同此見解之最高法院判決有：最高法院 98 年度台上字第 2114 號判決「又上述所稱「預料證人不能於審判期日到場」之原因，參酌刑事訴訟法第一百七十八條第一項有關證人經合法傳喚，無正當理由不到場，方得科以罰鍰並拘提之規定，基於同一法理，亦必有正當理由足以預料證人不能於審判期日到場者始得為之。所謂「正當理由」，須有一定之客觀事實，可認其於審判期日不能到場並不違背證人義務，方足當之。不得僅以證人空泛陳稱：「審判期日不能到場，甚或由受命法官逕行泛詞諭知「預料該證人不能於審判期日到庭」，即行訊問或詰問證人程序，為實質之證據調查，否則其所踐行之證據調查程序，即難調為適法。」、最高法院 97 年度台上字第 3166 號、最高法院 96 年度台上字第 1242 號、最高法院 96 年度台上字第 1310 號、最高法院 96 年度台上字第 1597 號、最高法院 96 年度台上字第 2276 號、最高法院 96 年度台上字第 2346 號、最高法院 96 年度台上字第 2431 號、最高法院 96 年度台上字第 2500 號、最高法院 96 年度台上字第 2435 號、最高法院 96 年度台上字第 5710 號、最高法院 96 年度台上字第 5901 號、最高法院 96 年度台上字第 5404 號、最高法院 96 年度台非字第 54 號、最高法院 95 年度台上字第 1786 號、最高法院 95 年度台上字第 7246 號、最高法院 95 年度台上字第 2019 號、最高法院 94 年度台上字第 3114 號、最高法院 94 年度台上字第 5734 號、最高法院 94 年度台上字第 624 號、最高法院 93 年度台上字第 5185 號、最高法院 93 年度台上字第 6010 號、最高法院 93 年度台上字第 6013 號判決「至上開刑事訴訟法第二百七十六條第一項規定預料證人不能於審判期日到場，而受命法官得於審判期日前行準備程序時訊問證人之例外情形，其所稱「預料證人不能於審判期日到場」之原因，參酌同法第一百七十八條第一項有關證人經合法傳喚，無正當理由不到場，方得科以罰鍰並拘提之規定，基於同一法理，亦必有正當理由足以預料證人不能於審判期日到場者，始得為之。所謂「正當理由」，須有一定之客觀事實，足認其於審判期日不能到場並不違背證人義務，例如因疾病即將住院手術長期治療，或行將出國，短期內無法返國，或路途遙遠，因故交通恐將阻絕，或其他特殊事故，於審判期日到場確有困難者，方足當之，且必以此從嚴之限制，始符合集中審理制度之立法本旨。不得僅以證人空泛陳稱：「審判期日不能到場」，即行訊問或詰問證人程序，為實質之證據調查，否則即屬違背法定程序取得之證據。」

立法本旨，不得僅以證人空泛陳稱：「審判期日不能到場」，甚或由受命法官逕行泛詞諭知「預料該證人不能於審判期日到庭」，即行訊問或詰問證人程序，為實質之證據調查。」

## 第二款 本文評析

就方法論而言，本判例係以刑事訴訟法第 178 條第 1 項「證人經合法傳喚，無正當理由而不到場者，得科以新臺幣三萬元以下之罰鍰，並得拘提之；再傳不到者，亦同。」之規定，**限縮**刑事訴訟法第 276 條第 1 項「法院預料證人不能於審判期日到場者，得於審判期日前訊問之。」之適用範圍。蓋第 276 條第 1 項依其文亦僅規定「預料證人不能於審判期日到場者」，而未限定其不能到場之原因為何。探究本條文之立法目的，係於例外情形始將訊問證人之程序移至準備程序時進行，蓋刑事訴訟以直接審理為原則，為使法官獲得直接的印象，原則上訊問證人應於審判期日進行。然而，若單純依本條文之文義解釋，恐致證人任意藉口不能於審判期日到場，亦剝奪了被告的對質詰問權，並非立法者之本意。故本文認為，以「目的性限縮」的方式限縮其文義範圍，僅限於證人有「正當理由」而不能到場的情形，而以刑事訴訟法第 178 條第 1 項規定為佐證，並比照限縮其範圍。並非逾越可能文義範圍而為法律補充之類推適用，而係「目的性限縮」之法律漏洞填補。

## 第六項 小結

大法官於司法院釋字第 677 號、第 665 號解釋中運用類推適用之概念，惟本文認為均屬錯誤之應用，蓋前者係立法者已於法條中明文授權應適用民法規定之授權式類推適用，後者則非屬法律保留之範疇，毋庸以法律加以規範，行政規則本應承上位規範之意旨訂定，無需類推適用。僅於司法院釋字第 43 號就判決文字之誤寫誤算，類推適用民事訴訟法相關規範填補該法律漏洞，應屬正確。

而就最高法院判例運用類推適用之部分，最高法院 71 年度台上字第 7884 號判例認為，自訴人之代理人不得類推適用刑事訴訟法第 346 條代理自訴人上訴，本文認為似過於固守文義解釋，不予類推適用反將導致自訴人權保障不足之結果。而最高法院 93 年度台上字第 5185 號判例則基於同一法理，認為刑事訴訟法

第 276 條第 1 項所稱「預料證人不能於審判期日到庭」應限於有一定客觀事實正當理由，本文認為實係採目的性限縮之方式，而非類推適用，雖然結論堪稱妥適，惟其法學方法論證似有混淆之虞。準此，本文以為，大法官與最高法院似尚未能準確運用類推適用之方法，亦未意識到開放性法律漏洞之存在係類推適用之前提要件，說理粗糙簡略。

## 第二節 強制處分之類推適用

### 第一項 強制處分類推適用之容許性

強制處分，乃國家追訴犯罪時，為保全被告或蒐集、保全證據之必要，而對受處分人施加之強制措施，兼具程序行為與實體干預受處分人基本權利之雙重性質，以國家公權力干預人民之基本權，故與憲法上人民之基本權保障關係密切。<sup>167</sup>干預基本權之處分，受法律保留原則之拘束，須有法律明文授權依據，若逕予類推適用，將違反憲法位階之法律保留原則。<sup>168</sup>例如：於通訊保障暨監察法公布施行前，法律並未授權刑事訴追機關得為通訊監察，刑事訴追機關即不得為通訊監察，亦不得類推適用搜索、扣押等規定為之，否則將違反法律保留。德國實務上一系列判決亦認為，不得以類推適用法律條文之方式，來合法化國家的干預措施。<sup>169</sup>雖然強制處分受到法律保留之拘束，但並非謂與強制處分有關之所有事項均禁止類推適用，若類推適用之結果對於被告更為有利，原則上應容許類推。以下僅以實務上較具爭議性的「限制出境」與「附帶搜索與同意搜索之事後救濟程序」為例，探討強制處分之類推適用。

### 第二項 限制出境

刑事訴訟法上之限制出境，係侵害被告受憲法第 10 條所保障之居住遷徙自由之強制處分，藉由限制被告不得擅自越出過境之外，僅得居住於我國國境之內，

---

<sup>167</sup> 林鈺雄，〈刑事訴訟法（上冊）〉，頁 267-268，2006 年 9 月 4 版。

<sup>168</sup> 同前註，頁 24。

<sup>169</sup> Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz : Großkommentar, 26. Aufl., 2006., S.527.

以保全刑事訴訟程序之進行，為我國實務上頻繁實施之強制處分措施。<sup>170</sup>惟本法並未就限制出境設有明文規範，而僅就限制住居列有明文，如本法第 93 條第 3 項規定「前項情形，未經聲請者，檢察官應即將被告釋放。但如認有第一百零一條第一項或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得逕命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，仍得聲請法院羈押之。」，第 228 條第 4 項亦有相似規定，另第 116 條亦規定「羈押之被告，得不命具保而限制其住居，停止羈押。」準此，限制出境於刑事訴訟法上是否具有法源依據？可否以法律解釋的方式將其納入限制住居之規範範疇？抑或需類推適用限制住居之規範？若係類推適用，則此類推適用應否容許？是否符合妥適性之要求？以下先分析實務見解，而後提出本文之評析。

### 第一款 實務見解

最高法院 73 年第 4 次刑事庭庭長會議決定（一）認為「限制被告出境，係執行限制住居方法之一種，案件在第三審上訴期間內或上訴中之被告，有無限制出境或繼續限制出境之必要，參照刑事訴訟法第 121 條第 2 項後段之規定，應由第二審法院決定之。」新進最高法院 101 年度台抗字第 508 號判決<sup>171</sup>亦認為「…限制被告出境，僅在限制被告應居住於我國領土範圍內，不得擅自出國，俾便於訴訟程式之進行，較之限制居住於某市某縣某鄉某村，其居住之範圍更為廣闊，

<sup>170</sup> 林輝煌，〈論限制出境〉，《月旦法學雜誌》，120 期，頁 70-71，2005 年 5 月。

<sup>171</sup> 相關判決尚有，最高法院 101 年度台抗字第 281 號判決、最高法院 101 年度台抗字第 232 號判決、最高法院 101 年度台抗字第 5110 號判決、最高法院 100 年度台抗字第 934 號判決、最高法院 100 年度台抗字第 862 號判決、最高法院 100 年度台抗字第 843 號判決、最高法院 100 年度台抗字第 650 號判決、最高法院 100 年度台抗字第 509 號判決、最高法院 100 年度台抗字第 504 號判決、最高法院 100 年度台抗字第 325 號判決：「惟依刑事訴訟法有關被告之強制處分，依其情節輕重分別有羈押、具保、責付、限制住居等方式，限制出境等亦屬限制住居之處分，旨在避免被告因出境而滯留國外，以保全刑事追訴、審判之順利進行或刑之執行。有無限制出境之必要或限制出境能否解除，由法院衡酌具體個案之證據保全及訴訟程序進行等一切情形，綜合判斷之，屬事實審法院職權裁量之事項。」、最高法院 101 年度台抗字第 540 號判決、最高法院 101 年度台抗字第 473 號判決、最高法院 100 年度台抗字第 932 號判決：「刑事訴訟法上為保全被告，依其情節輕重分別有羈押、具保、責付、限制住居等方式，限制出境亦屬限制住居之處分，係執行限制住居方法之一種。至有否限制出境之必要，事實審法院本有裁量之權。」、最高法院 100 年度台抗字第 901 號判決：「審酌抗告人涉案情節重大，侵害社會公共信用法益非輕，且有出境滯留國外不歸之可能性，基於限制出境乃限制被告基本權較為輕微之保全手段，衡諸比例原則，認仍有繼續限制其出境（海）之必要。」

是限制出境與限制住居名稱雖有不同，然限制出境亦屬限制住居之處分，係執行限制住居方法之一種。從而限制出境之處分，性質上屬於限制住居之一種，目的在防止被告逃亡，確保被告能於審判時到庭，以利刑事訴訟程序之進行及刑罰執行，從而考量解除限制出境與否，自應依此為判斷依據。」準此，有學者認為最高法院係以類推適用的方式，類推限制住居的規定，而得由法官或檢察官作出限制被告出境之強制處分，以合法化限制出境之強制處分。<sup>172</sup>另有學者認為上開實務見解係依舉重以明輕之法理，擴張解釋限制住居之文義，以包括限制出境之情形。<sup>173</sup>然而，本文認為最高法院既非採類推適用亦非擴張解釋限制住居之文義，依上開實務見解之行文及用語可推知，最高法院均直言「限制出境之處分，性質上屬於限制住居之一種」將限制出境當然包攝於限制住居之文義範圍之內，應係採「當然解釋」之方式，視限制出境為限制住居的態樣之一。蓋限制被告出境，僅在限制被告應居住於我國領土範圍內，較之限制被告居住於某特定範圍，其居住之範圍更為廣闊，舉重以明輕，限制出境亦屬限制住居之處分，係執行限制住居方法之一種。惟上開實務見解，容有斟酌之餘地。

## 第二款 本文評析

限制出境之強制處分，侵害了被告居住遷徙自由權，更甚而侵害其工作權，基於憲法優位性原則，屬於法律保留之事項，而須由刑事訴訟法加以規定。大法官於司法院釋字第 443 號解釋文闡明：「憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由，係指人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由，且有得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利。對此人民自由權利之限制，憲法第二十三條規定應以法律定之且不得逾越必要之程度。」易言之，對於人民行動自由之限制，干預人民之基本權，屬法律保留事項，須以法律明文規定始得為之。故而，作為強制處分之一之限制出境，若無法以解釋方式於刑事訴訟法中尋得其法源依據，基於法律保留原則，縱係規範不足之法律漏洞，亦不得以類推適用之方式創設新種類之強制處分，否則即超越法律保留原則所畫下之類推適用的外部界線，致司法

---

<sup>172</sup> 林輝煌，〈論限制出境〉，《月旦法學雜誌》，120 期，頁 70，2005 年 5 月。

<sup>173</sup> 吳巡龍，〈論刑訴程序之限制出境〉，《台灣本土法學》，100 期，頁 172，2007 年 11 月。

僭越立法，侵害人民之基本權。惟本法並未以法條明文規定限制出境此種強制處分，是否得將其解釋為限制住居的態樣之一，必須詳究限制住居之制度目的，確認其可能文義範圍，始得察知。

## 第一目 限制住居之可能文義範圍

就文義解釋而言，限制住居係限制被告之住居，不准遷移，或指定相當處所，限制被告住居而停止或免除羈押之執行方法。<sup>174</sup>即以限制被告應居住於特定範圍內之方式，保全刑事訴訟程序之進行。所謂「住居」之意涵，並非僅形式上戶籍設於該處，而係指事實上居住於該特定範圍內，於限制住居之期間內，應事實上居住於特定之範圍內。且限制住居非謂每天二十四小時，每時每刻均僅得於該特定範圍內移動，片刻不得離開該特定範圍，而係被告客觀上與主觀上均以該特定範圍為住居所，即為已足，否則無異於將被告軟禁於特定範圍或特定住居所之內，過度干預其行動自由，而違背比例原則之要求。

準此，若限制被告僅得於特定縣市住居，則其仍得至其他縣市旅遊、洽公等，無礙於其住居所之限制。由此推之，至若被告係超越國境，出境至他國旅遊、洽公等，亦不因此而變更其住居所，無違限制住居之處分內容。實非可如實務見解般，因限制住居係限制被告僅得於我國境內特定範圍居住，而限制出境同係欲確保刑事訴訟程序之進行，而限制被告僅得於我國國境範圍內活動，即逕將其涵攝於限制住居之文義範圍內，當然解釋為限制住居的態樣之一。簡言之，限制出境並非當然包涵於限制住居之可能文義範圍內。

## 第二目 未規範限制出境存在法律漏洞

雖然限制出境於其他法律中設有明文規定，如入出國及移民法第 6 條第 1 項規定：「國民有下列情形之一者，入出國及移民署應禁止其出國：一、經判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢。但經宣告六月以下有期徒刑或緩刑者，不在此限。二、通緝中。三、因案經司法或軍法機關限制出國。四、有事

---

<sup>174</sup> 林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，頁 273，2009 年 10 版。

實足認有妨害國家安全或社會安定之重大嫌疑。五、涉及內亂罪、外患罪重大嫌疑。六、涉及重大經濟犯罪或重大刑事案件嫌疑。七、役男或尚未完成兵役義務者。但依法令得准其出國者，不在此限。八、護照、航員證、船員服務手冊或入國許可證件係不法取得、偽造、變造或冒用。九、護照、航員證、船員服務手冊或入國許可證件未依第四條規定查驗。十、依其他法律限制或禁止出國。」惟其係針對刑事訴追機關對被告為限制出境處分後，執行層面之法源依據，而非檢察官或法院為限制出境之法律基礎。就比較法而言，日本及德國之刑事訴訟法對於限制出境亦未有明文加以規定。<sup>175</sup>準此，限制出境為我國實務上頻繁使用之強制處分措施，卻乏明文規範之法律依據，致實務採取限制出境之強制處分時，無法規範可供依循，而存在法規不圓滿狀態，亦違反立法計劃，形成規範不足之法律漏洞。於現行法規範下，欲為限制出境找尋法律基礎，即須考慮類推適用之方式。

### 第三目 限制出境與限制住居具有類似性

供類推構成要件（限制住居）係限制被告僅得於我國境內特定範圍居住，以確保刑事訴訟程序之進行；需類推構成要件（限制出境）同係欲確保刑事訴訟程序之進行，而限制被告僅得於我國國境範圍內活動。供類推構成要件與需類推構成要件，均係為保全刑事訴訟程序之進行，而為之羈押替代措施，同係相較於羈押，對於被告行動自由較為輕微之干預，二者之決定性法律評價具有類似性。至供類推構成要件與需類推構成要件之相異之處，前者係限制被告須於特定範圍住居，後者係禁止被告自由跨出國境範圍，僅受限之行動自由的內容不同，無礙其法律評價之類似性。準此，二者間具有類推適用所要求之類似性之基礎。

### 第四目 限制出境之類推適用不符合妥適性之要求

憲法第 10 條規定「人民有居住及遷徙之自由。」公民與政治權利國際公約

---

<sup>175</sup> 顧立雄，〈「論刑訴程序之限制出境」與談紀錄〉，《台灣本土法學》，100 期，頁 183，2007 年 11 月。

第 12 條第 2 項規定「人人應有自由離去任何國家，連其本國在內。」復於同條第 3 項規定「上列權利不得限制，但法律所規定、保護國家安全、公共秩序、公共衛生或風化、或他人權利與自由所必要，且與本公約所確認之其他權利不牴觸之限制，不在此限。」司法院釋字第 443 號解釋文亦闡明「憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由，係指人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由，且有得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利。對此人民自由權利之限制，憲法第二十三條規定應以法律定之且不得逾越必要之程度。」限制出境係限制被告不得自由出國境之強制處分，干預被告之行動自由，更甚而侵害其工作權，基於憲法優位性原則，屬於法律保留之事項，而須由刑事訴訟法加以規定。

準此，限制出境於現行法並無明文規範，基於法律保留原則，原則上不得無法律依據而侵害或干預人民受憲法保障之行動自由。縱然現行法對於限制出境未有明文規範，係存在規範不足之開放性法律漏洞，且限制出境與限制住居間具有法律評價上之類似性，符合第一、二階段之檢驗，仍不得逕予類推適用限制住居之規範。蓋第三階段妥適性權衡，要求類推適用之結果必須契合刑事訴訟法所欲追求與保護之目的和價值，並不得逾越由憲法優位性原則其權力分立原則所劃定之外部界線。故不得逕以類推適用之方式創設新類型之強制處分，否則即悖於法律保留原則之要求，致使司法權僭越立法權，過度侵害人民之基本權，不符合妥適性之要求。

退萬步言，現行法中限制住居之制度，對於限制之期間、次數、事後救濟程序等均未明文詳加規範，相較於羈押之規範內容，顯得過於簡陋；又限制住居之決定是否適於由檢察官為之，亦有合憲性之疑義；加以於實然面上屢見檢察官浮濫運用限制住居、出境等處分，甚而有未經訊問即予限制、無限期之限制住居處分等違背正當法律程序者。已經監察院提出調查報告，建請司法院與法務部共同研議修法。<sup>176</sup>故而，供類推構成要件（限制住居）本身之制度規範並非完備，而有違憲之疑慮，是否為適格之供類推構成要件，亦屬有疑。

綜上，限制出境於本法未有明文規範，探究限制住居之可能文義範圍，並非必然包攝限制出境，而不得逕當然解釋為其態樣之一，致逾越文義解釋範圍，試

---

<sup>176</sup> 詳參監察院關於「檢察官命被告『限制住居』等有無過於浮濫，影響人民權益」乙案之〈調查報告〉。

圖以類推適用限制住居規範之方式，為限制出境覓得法律依據，亦不可得。蓋侵害人民基本權之強制處分，基於憲法優位性，須受法律保留原則之拘束，禁止類推適用而創設新類型之強制處分。準此，我國實務逕以限制住居規範作為限制出境之法律依據，恐悖離法律保留原則，而有違憲之疑慮。

### 第三項 附帶搜索與同意搜索之事後救濟程序

由檢察事務官、司法警察或司法警察官所執行之附帶搜索或同意搜索，刑事訴訟法上未設有事後救濟程序，形成規範不足之開放性法律漏洞。而就現行法可能供類推適用以填補該法律漏洞之供類推構成要件有二：其一為刑事訴訟法第 131 條第 3 項之「事後陳報制」，即「前二項搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。」其二則為刑事訴訟法第 416 條第 1 項第 1 款之「準抗告」，即「對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為下列處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之：一、關於羈押、具保、責付、限制住居、搜索、扣押或扣押物發還、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之處分及第一百零五條第三項、第四項所為之禁止或扣押之處分。」下述實務見解即對此有所討論。

#### 第一款 實務見解

臺灣高等法院 91 年庭長法律問題研討會提出法律問題：「警察機關依刑事訴訟法第 130 條規定實施『附帶搜索』及第 131 條之 1 規定實施『同意搜索』時，是否應於執行後將搜索結果陳報法院？」研討意見有肯否兩說，爰析述如下。

肯定說認為，同意搜索和附帶搜索屬於無令狀搜索，性質和逕行搜索與緊急搜索相同，刑事訴訟法就逕行搜索與緊急搜索，明文規定應於執行後將搜索結果向法院陳報（刑事訴訟法第 131 條第 3 項參照）。就其立法目的，係因無令狀搜索係搜索之例外情況，為保障人權，自應藉由法院事後審查建立控管機制，準此，同意搜索和附帶搜索亦屬無令狀搜索，刑事訴訟法卻疏未規範其事後審查機制，存在立法漏洞，應類推適用前揭規定而要求執行機關事後陳報。再者，現行法對於同意搜索及附帶搜索，並未規定得提起準抗告加以救濟，亦屬法律漏洞，應類

推適用刑事訴訟法第 131 條第 3 項規定，向法院陳報搜索結果，使被搜索人有一救濟途徑，否則將致執法機關濫用同意搜索和附帶搜索，對人權造成侵害。

否定說則認為，同意搜索和附帶搜索雖係無令狀搜索，惟其並非源自急迫性或緊急狀況。蓋刑事訴訟法亦未規定同意搜索和附帶搜索需陳報法院，自不應以類推適用方式加諸執行機關額外之義務，而應認此係立法者有意加以區隔，並非立法漏洞。搜索程序若有瑕疵，自可回歸準抗告程序予以救濟，且取得證物有無證據能力，亦可留待日後由本案審理法院再行判斷。因此，執行搜索機關毋庸就附帶搜索結果陳報法院。

研討結論採否定說，認為同意搜索和附帶搜索不應類推適用刑事訴訟法第 131 條第 3 項之「事後陳報制」，而應直接回歸準抗告程序加以救濟。

上開實務見解突顯出，實務已意識到由司法警察官、司法警察執行之附帶搜索及同意搜索，欠缺事後救濟程序，對於被告之權利保障不足，有權利卻無救濟，將違背憲法保障人民訴訟權之要求，故思考應否類推適用逕行搜索與緊急搜索之事後陳報制，為被搜索人之權利救濟開啟一扇窗。但在此一基礎上，本文所更進一步欲探討者，在於這扇窗應不應該開，開的位置是否妥適，抑或是有另一扇更適合開啟的大門，將於以下評析之。

## 第二款 本文評析

### 第一目 應類推適用事後陳報制

上述關於現行法對於同意搜索和附帶搜索，未設有如逕行搜索與緊急搜索般之事後陳報制，究竟是否存在法律漏洞，不無疑義。有學者持肯定見解<sup>177</sup>，其認為我國法對於檢察事務官、司法警察（官）所為之附帶搜索與同意搜索未設救濟監督程序，將排除實務上最重要且數量龐大之附帶搜索與同意搜索等無令狀搜索之監督，實屬一大立法疏漏，故應立法課予執行機關事後陳報之義務，以完善事後控制模式，於修法前，應類推適用準抗告之規定加以救濟。

---

<sup>177</sup> 黃朝義，《刑事訴訟法》，頁 232-234，2009 年 9 月 2 版。

本文認為，就同意搜索和附帶搜索之規範目的而言，前者係基於被搜索者之自願性同意，於未違背被搜索者自由意志的情形下所為之搜索，以被搜索者之自願性同意，取代法院令狀之監督；後者則係為維護執行人員及被搜索者之生命身體安全，無須考量被告是否同意，亦無須法院令狀即得實施之例行性搜索。簡言之，同意搜索和附帶搜索本質上，係毋庸法院事前以令狀審核之搜索類型，至其搜索方式是否符合法定程序之要求，則係另一問題。而逕行搜索與緊急搜索本質上則係須經法院事前以令狀審核是否發動搜索，僅因情況急迫，故使刑事訴追機關得先行搜索，再以事後陳報的方式補正程序。依此論點，同意搜索和附帶搜索之性質與逕行搜索與緊急搜索，迥然不侔。再者，執行機關未踐行事後陳報之效果甚為強烈，可能導致證據因此遭到排除，若逕以類推適用之方式，對執行機關增添法所未明文規範之事後陳報義務，對於執行機關無異係一種突襲，恐將犧牲刑事訴訟發現真實之目的，亦有違背權力分立，過度僭越立法權之疑慮。

然而，從被搜索人之角度而觀，附帶搜索與同意搜索同係對被搜索人之隱私權造成侵害，依司法院釋字第 603 號之意旨「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。」隱私權關乎人性尊嚴之保障，為憲法位階之基本權利。準此，基於「憲法優位性原則」，侵害人民隱私權之強制處分自應設有事後救濟程序，且附帶搜索、同意搜索對人民隱私權所造成之侵害，實無異於緊急搜索所造成之侵害，二者具有「類似性」，無為相異規範之理。而就類推適用之妥適性而言，類推適用事後陳報制能補足欠缺事後救濟程序之法律漏洞，致執行機關未踐行事後陳報程序，並非當然導致所取得之證據絕對無證據能力，法院尚有裁量之空間，不致過不妨礙真實發見，有助於保障人權及正當法律程序之遵守，符合妥適性之要求。

## 第二目 事後救濟應類推適用準抗告規定

前揭研討會之否定說認為，應直接回歸適用準抗告之規定，就結論而言，甚為可採，惟準抗告規定（刑事訴訟法第 416 條第 1 項）對於處分不符者，該處分機關需為「審判長、受命法官、受託法官或檢察官」，而附帶搜索與同意搜索之

處分機關為「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察」，僅檢察官符合準抗告規定文義之法定處分機關，檢察事務官、司法警察官或司法警察則非屬之。易言之，若處分機關為檢察事務官、司法警察官或司法警察者，即無法直接適用準抗告程序救濟，蓋其並非文義範圍所包攝之處分機關，必須類推適用準抗告之規定。因此，需檢驗附帶搜索與同意搜索類推適用刑事訴訟法第 416 條準抗告，是否符合類似性與妥適性之要求。

就上述二者之類似性而言，有學者基於兩大理由予以肯認<sup>178</sup>，其一係具有「相同的利益狀態（*Gleichheit der Interessenlage*）」，從被處分人之立場觀之，不論處分機關為檢察官或檢察事務官、司法警察官、司法警察，客觀上均對其基本權造成同樣的干預與侵害，甚至可說司法警察官或司法警察所為之侵害往往更甚；其二係由「維護相對法官保留原則」的觀點而言，若動用例外權限，自應受事後監督，否則將限縮原則權限，本末倒置，致使例外取代原則。於此，檢察事務官、司法警察官、司法警察所為之附帶搜索或同意搜索，與檢察官所為之附帶搜索或同意搜索，同樣屬於相對法官保留原則之例外權限，不因處分機關之不同而有所差異，故檢察事務官、司法警察官、司法警察所為之附帶搜索或同意搜索，亦應受事後救濟法院之審查。就妥適性而言，類推結果可填補現行法對受處分人事後救濟程序欠缺保障之漏洞，使被處分人之救濟權得以實踐，不致落空。並健全正當法律程序，監督司法警察官或司法警察以正當程序發現真實，無礙真實發見之刑訴目的，符合妥適性之要求。復以德國經驗作為佐證，德國刑事訴訟法規定受急迫性扣押處分者，得於該處分尚未終結前向法院提起事後救濟（§98 II S.2 StPO），而立法同採相對法官保留之其他干預處分，如抽血檢驗與檢查身體處分與搜索處分等，則未明文規定其事後救濟途徑。依德國通說，尚為終結之上開干預處分，本於例外權限之相同利益狀態，應類推適用扣押規定，受干預人得聲請原則權限機關予以權利救濟。<sup>179</sup>

---

<sup>178</sup> 林鈺雄，〈急迫性搜索之事後救濟—兼評刑事訴訟法第一三一條之修法—〉，《月旦法學雜誌》，89 期，頁 137，2002 年 10 月。

<sup>179</sup> 同前註。

## 第四項 小結

最高法院以當然解釋之方式，將限制出境視為限制住居之態樣之一，並非妥適，縱係類推適用限制住居之規定，以為限制出境之法律依據，亦非所許，蓋此已構成強制處分之創設，須由立法者明文規範，始得侵害或干預人民之基本權，於第三階段妥適性之權衡，基於法律保留原則，禁止類推適用。另於附帶搜索與同意搜索之事後救濟程序之類推適用之情形，基於附帶搜索與同意搜索和緊急搜索間之類似性基礎，且類推適用之結果有利於被告、有助於正當法律程序等，符合妥適性之要求，而得類推適用準抗告與事後陳報制，實務見解未盡完備。故而，關於強制處分之類推適用，對於人民之基本權利產生重大之影響，尤須審慎為之。

## 第三節 證據能力之類推適用

### 第一項 類推適用證據使用禁止規定之容許性

學者有言：「證據法乃訴訟法的靈魂。」<sup>180</sup>言簡意賅的闡明證據法之重要性，蓋犯罪事實之認定須仰賴證據加以還原並證實，而證據章中最重要的便係證據使用禁止。證據使用禁止係要求符合法定程序所取得之證據始具證據能力，方得作為有罪判決之基礎。若非依法定方式取得證據，其證據能力之認定，原則上係依刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡原則判斷，例外依特別規定判斷之。由此觀之，關於證據能力之判斷，既已設有概括規定，是否得類推適用證據能力判斷之例外規定，不無疑義。

此外，立法者復於刑事訴訟法第 155 條第 2 項規定「無證據能力，……，不得作為判斷之依據」，其中「無證據能力」，有學者認為係屬一概括、有待價值補充之法律概念，而且由於證據使用禁止涉及多種憲法利益上之衝突，故立法者對於規定證據使用禁止一事負有主要形成之任務，惟刑事訴訟法對「無證據能力」之規定卻係非窮盡列舉式，而係一個有意的法律漏洞。<sup>181</sup>德國學說亦認為，立法

<sup>180</sup> 林鈺雄，〈刑事訴訟法論（上）〉，頁 410，2006 年 9 月 4 版。

<sup>181</sup> 楊雲驊，〈違反全程連續錄音錄影義務法律效果的再檢討－評最高法院九十年度台上字第七一三七號判決－〉，《台灣本土法學雜誌》，40 期，頁 47-48，2002 年 11 月。

機關將證據使用禁止於個案具體化之任務，交由司法機關操作，係符合憲法之要求，法官亦有依憲法及現行法規定盡可能填補法律漏洞之義務。<sup>182</sup>故而，於符合類推適用之要件，與刑事訴訟法之目的權衡的妥適性者，法院即有權類推適用相關規範填補法律漏洞。我國實務上對於證據使用禁止，有數則具代表性之見解，爰析述之。

## 第二項 筆錄與錄音（錄影）不符部分排除其證據能力

### 第一款 監聽譯文與錄音不符

#### 第一目 實務見解

最高法院 99 年度台上字第 5503 判決認為「監聽譯文與錄音不符而警察所為監聽譯文如經勘驗結果，確與實際監聽錄音內容不符，即應類推刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項規定，其不符之部分，不得作為證據，應以實際錄音內容為準，否則難謂符合『證據法則』。」詳言之，監聽譯文係司法警察依據監聽錄音內容，將所聽聞之對話行諸於文字之書面記錄，屬於派生之文書證據，其調查方式係依刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項，以適當之設備播放錄音內容，以確認該錄音內容及對象與監聽譯文所載是否相符。惟刑事訴訟法對於監聽譯文與錄音不符者，是否仍具證據能力，未有明文規範，故上開判決認為應類推適用刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項規定，使不符之部分，無證據能力。

#### 第二目 本文評析

我國現行刑事訴訟法對於監聽譯文與錄音不符者，是否仍具證據能力，未有明文規範，此際是否存在法律漏洞，係須加以確認之類推適用前提要件。監聽譯

---

<sup>182</sup> 楊雲驊，〈違反全程連續錄音錄影義務法律效果的再檢討－評最高法院九十年度台上字第七一三七號判決－〉，《台灣本土法學雜誌》，40 期，頁 49，2002 年 11 月。

文與錄音不符之情形，可能係刑事訴追機關有意造假之違法行為，亦可能係無意之紀錄錯誤，前者可適用刑事訴訟法第 158 條之 4 以權衡的方式，定其證據能力，後者則無規範可循。惟監聽譯文與錄音不符，不論係刑事訴追機關有意或無意所造成之結果，均係取證程序上之顯然且重大之瑕疵，結果上應使其無證據能力較為妥適。故而，本法疏未規範其證據能力，存在規範不足之開放性法律漏洞。

按刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項規定「筆錄內所載之被告之陳述與錄音、錄影之內容不符者，除有前項但書情形外，其不符之部分，不得作為證據。」，蓋於被告陳述時全程錄音錄影之規定，其立法理由係為建立詢問筆錄之公信力，並擔保程序之合法與被告陳述之任意性。則若筆錄所載之內容與錄音、錄影之內容不符，則無法滿足立法理由所欲達成之目的，此不具公信力、記載程序顯然瑕疵之筆錄，自無證據能力可言，至其內容不具真實性則係證明力判斷之問題，無涉於其證據能力。反觀監聽譯文與錄音不符之情形，乃係轉錄程序上顯然且重大之瑕疵，雖不一定構成違反法定程序取證，但此刑事訴追機關的明顯的轉錄錯誤，亦無法擔保轉錄過程之合法正當，使該監聽譯文失卻公信力。故而，需類推構成要件(監聽譯文與錄音不符)與供類推構成要件(筆錄所載被告陳述與錄音不符)間，於決定性之法律評價係屬一致，具備類似性之基礎，得類推適用上開規定，使監聽譯文與錄音不符之部分，無證據能力。類推結果亦符合妥適性之要求。

## **第二款 證人陳述筆錄與錄音不符**

### **第一目 實務見解**

最高法院 99 年度台上字第 6127 號判決認為，「本法對於證人於審判中為陳述，既增訂應予錄音或錄影，然於檢察官訊問證人，及於司法警察官、司法警察詢問證人時，則無必須錄音或錄影之明文，此應屬立法上之疏漏。是以，檢察官於訊問證人，或司法警察官、司法警察於詢問證人時，如仍予以錄音或錄影，自非法所懸禁。倘上開檢察官訊問證人，或司法警察官、司法警察詢問證人之筆錄，經檢察官或法官依刑事訴訟法第 212 條、第 213 條就訊(詢)錄音、錄影內容實施勘驗後，有筆錄與錄音、錄影之內容不相符之情形，宜參照刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項之規定，對該不符部分之筆錄，排除其證據能力。」一言以蔽之，

本法對於檢察官訊問證人，與司法警察官、司法警察詢問證人時，未明文規範應予錄音或錄影，存在法律漏洞，且於筆錄與錄音、錄影內容不符時，宜參照刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項之規定，排除筆錄不符部分之證據能力。

另於最高法院 96 年度台上字第 4922 號判決認為，「是以，檢察官於訊問證人，或司法警察官、司法警察於詢問證人時，如仍予以錄音或錄影，自非法所懸禁。倘遇有筆錄與錄音、錄影之內容不相符者，宜解為類推適用刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項之規定，對該不符部分之筆錄，排除其證據能力，但究難僅因檢察官於訊問證人，或司法警察官、司法警察於詢問證人時，未全程連續錄音或錄影，即謂其所取得之供述筆錄為違背法定程序，或得逕認其為無證據能力。」此判決明確採取「類推適用」之用語，認為於證人陳述筆錄與錄音、錄影之內容不符者，應類推適用刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項之規定，排除內容不符部分之證據能力。

## 第二目 本文評析

上開判決認為「檢察官訊問證人，及於司法警察官、司法警察詢問證人時，則無必須錄音或錄影之明文」係立法疏漏，因為刑事訴訟法第 44 條之 1 第 1 項規定：「審判期日應全程錄音，必要時，並得全程錄影」，即對於證人於審判中之陳述應予以錄音，必要時並得全程錄影。故於系爭情形亦應錄音或錄影，卻無明文加以規範，應認係因立法者之疏忽而形成規範不足。本案實際上欲填補的法律漏洞係「檢察官訊問證人，或於司法警察官、司法警察詢問證人時，予以錄音或錄影，筆錄內記載證人之陳述與錄音或錄影不符時」應如何處理之問題。雖然檢察官訊問證人，或司法警察官、司法警察詢問證人時，並無必須錄音或錄影之義務，但亦未禁止其錄音或錄影，因此產生了筆錄與錄音錄影內容不符時應如何判斷其證據能力之問題。

關於第一個問題，「檢察官訊問證人，及於司法警察官、司法警察詢問證人時，必須錄音或錄影」，本法並無明文加以規範，則其是否屬於立法者應予以規範卻未為規範之「開放性法律漏洞」？探究刑事訴訟法第 44 條之 1 第 1 項之增訂理由係「為使審判期日之訴訟程序能合法妥適地進行，並使審判筆錄之記載有所憑據，杜絕爭議……」蓋錄音或錄影係以機器將訊問或詢問之實況加以紀錄，

具有監督國家合法進行刑事訴訟程序、保障人權之功能。準此，於調查或偵查程序中詢問或訊問證人，自應以相同之方式予以保障，卻未明文課予刑事訴追機關必須錄音或錄影義務，形成規範不足之法秩序之不圓滿性，係立法疏漏，應以立法的方式加以填補。

關於第二個問題，證人陳述筆錄與錄音錄影內容不符時，應如何判斷其證據能力，法無明文規範。而「需類推適用的案型」係「檢察官訊問證人，或於司法警察官、司法警察詢問證人時，予以錄音或錄影，筆錄內記載證人之陳述與錄音或錄影不符時，應如何處理」。「供類推適用構成要件」係第 100 條之 1 第 2 項規定，筆錄內所載之被告之陳述與錄音、錄影之內容不符者，就不符的部分，排除其證據能力。關於二者間之類推適用，討論如下。

探究立法者增訂第 100 條之 1 第 1 項之理由係基於「司法警察官或司法警察之詢問筆錄，在訴訟程序過程中，時有被告或辯解非其真意，或辯解遭受刑求，屢遭質疑，為建立詢問筆錄之公信力，以擔保程序之合法，所以詢問過程應全程錄音或錄影。<sup>183</sup>」故其決定性評價係「擔保程序合法」以及「詢問筆錄之公信力」。也因此於第 2 項規定，筆錄與錄音錄影不符之部分原則上應排除其證據能力。蓋實況錄製的錄音或錄影，顯然比偵訊者聽了陳述後再間接記載的筆錄更為直接可信。而兩者間的類似性，均係紀錄供述證據之二種方法：筆錄內容與錄音錄影之內容不相符之情形。故應符合「擔保程序合法」以及「詢問筆錄之公信力」之決定性評價。兩者間之相異處，在於一係針對被告的供述，且刑事訴追機關負有錄音錄影之義務；一係針對證人的供述，而刑事訴追機關不負有錄音錄影之義務。其相異之處並不足以排斥決定性的法律評價。

綜上，於檢察官訊問證人，或於司法警察官、司法警察詢問證人時，予以錄音或錄影，筆錄內記載證人之陳述與錄音或錄影不符時，類推適用第 100 條之 1 第 2 項規定，「排除其證據能力」，應有助於發現真實、擔保程序合法、保障人權、建立詢問筆錄之公信力，與刑事訴訟法之目的並無抵觸。

---

<sup>183</sup> 《立法院公報》，第 86 卷第 55 期，頁 73 (民國 1997 年 12 月 24 日)。轉引自吳巡龍，《刑事訴訟與證據法實務》，頁 122，2006 年 11 月。

### 第三項 另案監聽所得證據資料之證據能力

#### 第一款 實務見解

##### 第一目 類推適用另案扣押

最高法院 97 年度台非字第 549 號判決<sup>184</sup>意旨：「本院按實施刑事訴訟程序之公務員，依通訊保障及監察法規定對被告或犯罪嫌疑人實施之通訊監察，係為確保國家安全、維持社會秩序之目的所為截取他人通訊內容之強制處分。依該法修正前、後第 5、6、11 條規定以觀，通訊監察之內容原則上固應針對通訊監察書記載之特定犯罪嫌疑之罪名，惟實施通訊監察時，因無法預期及控制實際監察所得之通訊內容及範圍，在通訊監察過程中，不免會發生得知在本案通訊監察目的範圍以外之通訊內容（有稱之為「另案監聽」、「他案監聽」者），此種監察所得與本案無關之通訊內容，如涉及受監察人是否另有其他犯罪嫌疑時，得否容許作為另案之證據使用，法無明文規定。此種情形因屬於本案依法定程序實施通訊監察時，偶然附隨取得之證據，並非實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，自無刑事訴訟法第 158 條之 4 規定之適用。而同屬刑事強制處分之搜索、扣押，則於刑事訴訟法第 152 條明定，允許執行人員於實施搜索或扣押時，

---

<sup>184</sup> 採相同見解的有：最高法院 100 年度台上字第 6706 號判決、最高法院 99 年度台上字第 2505 號判決「監聽係政府機關依據通訊保障及監察法之授權所為截取他人通訊內容之強制處分，必須符合所列舉之得受監察之犯罪與受監察者之要件，始為合法，此觀該法第五條第一項規定即明。然偵查作為屬於浮動之狀態，偵查機關於執行監聽時未必能保證獲得所受監察罪名之資料，自亦無從事先預測或控制監聽所可能擴及之範圍。因此，在監聽過程中時而會發生得知「另案」之通訊內容。此「另案監聽」所取得之證據，如若係執行監聽機關自始即偽以有本案監聽之罪名而聲請核發通訊監察書，於其監聽過程中發現另案之證據者，因該監聽自始即不符正當法律程序，且執行機關之惡性重大，則其所取得之監聽資料及所衍生之證據，依同法第五條第五項之規定，悉應絕對排除，不得作為另案之證據使用。倘若屬於本案依法定程序監聽中偶然獲得之另案證據，則因其並非實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序所取得之證據，當亦無刑事訴訟法第一百五十八條之四之適用。此種情形，應否容許其作為另案之證據使用，現行法制並未明文規定。而同屬刑事強制處分之搜索、扣押，則於刑事訴訟法第一百五十二條規定有學理上所稱之「另案扣押」，允許執行人員於實施搜索或扣押時，對於所發現「另案應扣押之物」得以立即採取干預措施而扣押之，分別送交該管法院或檢察官。鑒於此種另案監聽之執行機關並不存在脫法行為，且監聽具有如前述不確定性之特質，其有關另案之通訊內容如未即時截取，蒐證機會恐稍縱即逝。則基於與「另案扣押」相同之法理及善意例外原則，自應容許將該「另案監聽」所偶然獲得之資料作為另案之證據使用。」

對於所發現「另案應扣押之物」，得以立即採取干預措施而扣押之，分別送交該管法院或檢察官（學理上稱為「另案扣押」）。則基於同一之法理，及刑事訴訟上發現真實之要求，自應容許將在本案通訊監察目的範圍以外，偶然獲得之資料，作為另案之證據使用。又 96 年 7 月 11 日修正公布之通訊保障及監察法第五條第五項、第六條第三項均規定「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。」依上開二項規定意旨，並參酌刑事訴訟法第 158 條之 4 之規定，違法監聽如情節並非重大者，所取得之監聽內容及所衍生之證據，有無證據能力，仍應就人權保障及公共利益之均衡維護予以權衡決定，而非當然無證據能力，則依「舉重以明輕」之法理，在合法監聽時，偶然附隨取得之另案證據資料，並非違背法定程序取得之證據，亦未侵害憲法所保障之人民秘密通訊權，基於維護公平正義及刑事訴訟發現真實之目的，該偶然取得之監聽內容及所衍生之證據，亦應認為有證據能力。」

簡言之，關於通訊監察中偶然獲得非本案通訊監察目的之其他犯罪事實或證據者，即偶然監聽（他案監聽、另案監聽）所意外獲得之證據，是否應排除其證據能力，現行法未有明文規範。前揭判決以兩大理由肯認偶然監聽所獲之證據，應具有證據能力：其一係類推適用刑事訴訟法第 152 條另案扣押之規定，蓋合法監聽而偶然獲知他案證據，與合法搜索時意外發現他案證據而予以扣押之情形相似，故類推適用另案扣押之規定，肯認其證據能力；其二係比較違法監聽所取得證據，情節非重大者，該證據是否具有證據能力，尚須依刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡人權保障與公共利益以決之。舉重以明輕，因合法監聽，偶然附隨取得之他案證據資料，未違背法定程序，亦未侵害人民通訊秘密權，為維公平正義及發現真實，偶然監聽所得之證據資料應有證據能力。

## 第二目 限縮類推適用另案扣押

最高法院 97 年度台上字第 2633 號判決<sup>185</sup>：「監聽係政府機關依據通訊保障

---

<sup>185</sup> 採相同見解的有：最高法院 101 年度台上字第 1383 號判決、最高法院 99 年度台上字第 982 號判決「又於本案依法定程序執行通訊監察中偶然獲得之另案證據，其並非實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序所取得之證據。此種情形，應否容許其作為另案之證據使用，現行法制並未明文規定。基於與「另案扣押」相同之法理及善意例外原則，倘若另案通訊監察亦屬於通訊保

及監察法之授權所為截取他人通訊內容之強制處分，必須符合所列舉之得受監察之犯罪與受監察者之要件，始為合法，此觀修正前、後之該法第 5 條第 1 項規定即明。然偵查作為屬於浮動之狀態，偵查機關於執行監聽時未必能保證獲得所受監察罪名之資料，自亦無從事先預測或控制監聽所可能擴及之範圍。因此，在監聽過程中時而會發生得知「另案」之通訊內容。此「另案監聽」所取得之證據，如若係執行監聽機關自始即偽以有本案監聽之罪名而聲請核發通訊監察書，於其監聽過程中發現另案之證據者，因該監聽自始即不符正當法律程序，且執行機關之惡性重大，則其所取得之監聽資料及所衍生之證據，不論係在通訊保障及監察法第 5 條第 5 項增訂之前、後，悉應予絕對排除，不得作為另案之證據使用。倘若屬於本案依法定程序監聽中偶然獲得之另案證據，則因其並非實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序所取得之證據，當亦無刑事訴訟法第 158 條之 4 之適用。此種情形，應否容許其作為另案之證據使用，現行法制並未明文規定。而同屬刑事強制處分之搜索、扣押，則於刑事訴訟法第 152 條規定有學理上所稱之「另案扣押」，允許執行人員於實施搜索或扣押時，對於所發現「另案應扣押之物」得以立即採取干預措施而扣押之，分別送交該管法院或檢察官。鑒於此種另案監聽之執行機關並不存在脫法行為，且監聽具有如前述不確定性之特質，其有關另案之通訊內容如未即時截取，蒐證機會恐稍縱即逝。則基於與「另案扣押」相同之法理及善意例外原則，倘若另案監聽亦屬於通訊保障及監察法第五條第一項規定得受監察之犯罪，或雖非該條項所列舉之犯罪，但與本案即通訊監察書所記載

---

障及監察法第五條第一項規定得受監察之犯罪，或雖非該條項所列舉之犯罪，但與本案即通訊監察書所記載之罪名有關聯性者，自應容許將該「另案監聽」所偶然獲得之資料作為另案之證據使用。」、**最高法院 100 年度台上字第 7007 號判決**「又於本案依法定程序執行通訊監察中偶然獲得之另案證據，則因其並非實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序所取得之證據，並無刑事訴訟法第一百五十八條之四之適用。此種情形，應否容許其作為另案之證據使用，現行法制並未明文規定。基於與「另案扣押」相同之法理及善意例外原則，倘若另案通訊監察亦屬於通訊保障及監察法第五條第一項規定得受監察之犯罪，或雖非該條項所列舉之犯罪，但與本案即通訊監察書所記載之罪名有關聯性者，自應容許將該「另案監聽」所偶然獲得之資料作為另案之證據使用。」、**最高法院 100 年度台上字第 6173 號判決**「又於本案依法定程序執行通訊監察中偶然獲得之另案證據，則因其並非實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序所取得之證據，並無刑事訴訟法第一百五十八條之四之適用。此種情形，應否容許其作為另案之證據使用，現行法制並未明文規定。基於與「另案扣押」相同之法理及善意例外原則，倘若另案通訊監察亦屬於通訊保障及監察法第五條第一項規定得受監察之犯罪，或雖非該條項所列舉之犯罪，但與本案即通訊監察書所記載之罪名有關聯性者，自應容許將該「另案監聽」所偶然獲得之資料作為另案之證據使用。本件原判決已說明卷附通訊監察錄音譯文雖屬「另案監聽」取得之證據，仍有證據能力所憑理由（見原判決第三、四頁），經核於法尚無不合。」

之罪名有關聯性者，自應容許將該「另案監聽」所偶然獲得之資料作為另案之證據使用。」

## 第二款 本文評析

### 第一目 不應完全類推適用另案扣押

本文認為，最高法院 97 年度台非字第 549 號判決肯認另案監聽（他案監聽、偶然監聽）所意外獲得之證據，是否應排除其證據能力，未有明文規範，存在法律漏洞，頗值贊同。惟其主張另案監聽所取得之證據資料應有證據能力，所提出之兩大理由，立論薄弱，論理錯誤，顯不足採。

就類推適用另案扣押之部分而言，另案監聽與另案扣押在法律上之評價，並不完全具有類似性。蓋另案監聽係對於尚未存在之對話，預測其可能與特定犯罪有關而予以監察，監聽的內容及對象具有不確定性，且通訊監察過程又係屬秘密且實施期間較長，較搜索扣押更有不當侵害人民秘密通訊及隱私權之危險，自應踐行更為嚴格之正當程序。<sup>186</sup>故而，合法監聽而偶然獲取他案證據，雖與合法搜索意外取得他案證據同樣具有證據取得之「偶然性」，惟通訊監察和搜索扣押這兩類強制處分，對於人民權利干預之程度具有本質上的差異，蓋前者係採隱密、未事前告知之方式，且發動之要件甚為嚴格，需係通訊保障暨監察法所列舉之重罪，且監察手段與犯罪偵查具關連性等要求；相較之下，搜索僅須有一定犯罪嫌疑即得聲請法院核發搜索票發動搜索，發動要件顯然寬鬆許多，兩者實無法完全等同視之，故另案監聽自不宜直接類推適用另案扣押之規定，使另案監聽所獲得之證據資料，一概具有證據能力。

再者，最高法院 97 年度台非字第 549 號判決比較違法監聽所取得證據，情節非重大者，尚非絕對排除其證據能力，並進而推論出偶然監聽所獲得之證據資料，必然具有證據能力，實屬一不知所以然的推論。偶然監聽而意外獲知他案犯罪資訊，雖係合法之監聽，而未若違法監聽般具有重大程序瑕疵，惟可否因為「偶

---

<sup>186</sup> 吳巡龍，〈監聽偶然獲得另案證據之證據能力〉，《月旦法學教室》，47 期，頁 80，2006 年 9 月。

然」二字，即將其視為命運的眷顧，天上掉下來的禮物，欣然接受而無須懷疑其證據能力？答案顯然係否定的。畢竟通訊監察作為祕密性極強的強制處分，係在被處分人不知不覺的情形下，予以監聽監錄，被處分人毫不知悉，毫無反抗或尋求救濟之可能，對於人民之隱私權、祕密通訊權侵害甚大，上開判決竟認為偶然監聽並未侵害人民之祕密通訊權，甚為荒謬。縱係合法監聽，本質上亦對人民權益產生侵害，惟因係合法故得將此侵害正當化耳，非謂自始即未對人民之祕密通訊權造成侵害。又偶然監聽雖非執行機關主觀上之惡意所造成，而是因通訊監察本質上的不確定性，而逸脫於通訊監察保障法所得事先已令狀控制之範圍外，不可歸責於執行機關，但就結果而言，仍係對被監聽人之通訊秘密，造成未經法官保留審查之侵害，從被監聽人的角度觀之，實無異於違法之通訊監察，則將偶然監聽之不利後果無條件的由被監聽人全面承擔，將對被監聽人造成二次侵害。上開判決並未意識此問題，亦未深加考量，即逕行認定偶然監聽所獲得之證據資料，必然具有證據能力，缺乏可使人信服之論理依據，致被監聽人之權益於不顧，流於速斷，並不足採。

## 第二目 應限縮類推適用另案扣押

合法監聽偶然獲得他案證據資料，是否具有證據能力，現行法並無明文加以規範，若逕謂法無明文規範，而視其為無令狀監聽，當然排除其證據能力，恐過度犧牲實體真實發現，蓋偶然監聽非屬違法程序，實不可歸責於刑事訴追機關。故而，此存在規範不足之開放性法律漏洞，非立法者有意之沉默，需類推適用相關規範加以填補。

就類似性而言，合法監聽偶然獲取他案證據，與合法搜索意外取得他案證據同樣具有證據取得之「偶然性」，惟通訊監察和搜索扣押這兩類強制處分，對於人民權利干預之程度具有本質上的差異。兩者的相異之處在於，前者係採隱密、未事前告知之方式，且發動之要件甚為嚴格，需係通訊保障暨監察法所列舉之重罪，且監察手段與犯罪偵查具關連性等諸多要求。且就比較法而言，德國刑事訴訟法內亦有類似我國另案扣押之規定，惟學說及司法實務幾乎一致認為此規定不

得類推適用之合法另案監聽之情形，使該監聽內容於他案具有證據能力。<sup>187</sup>

簡言之，另案監聽和另案扣押兩者的相異之處對法律評價產生影響，故不宜完全類推適用另案扣押之規定，而應配合通訊監察之特性，限縮類推適用之範圍。於此，我國學說<sup>188</sup>多採與最高法院 97 年度台上字第 2633 號判決相同之見解，認為另案監聽所得之證據資料，若該另案屬於通訊保障暨監察法所列舉之重罪，或與本案具有關連性者，始得類推適用另案扣押之規定，以限縮類推適用範圍之方式，確保類推結果符合妥適性之要求。至本案通訊監察必須符合法定程序，執行機關主觀善係屬善意等要件，乃合法偶然監聽之前提，不予贅述。

## 第四項 非任意性證人陳述之證據能力

### 第一款 實務見解

最高法院 100 年度台上字第 3796 號判決<sup>189</sup>認為「被告之自白，非出於強暴、

---

<sup>187</sup> 楊雲驊，〈通訊監察「違反令狀原則」以及「另案監聽」在刑事證據法上之效果—評最高法院九八年度台上字第一四九五號、九七年度台上字第二六三三號及九七年度台非字第五四九號三則判決〉，《台灣本土法學》，141 期，頁 88，2009 年 12 月。

<sup>188</sup> 楊雲驊，〈通訊監察「違反令狀原則」以及「另案監聽」在刑事證據法上之效果—評最高法院九八年度台上字第一四九五號、九七年度台上字第二六三三號及九七年度台非字第五四九號三則判決〉，《台灣本土法學》，141 期，頁 67-93，2009 年 12 月。朱朝亮，〈另案監聽之證據排除〉，《月旦法學教室》，110 期，頁 39-41，2011 年 12 月。吳巡龍，〈監聽偶然獲得另案證據之證據能力〉，《月旦法學教室》，47 期，頁 80-89，2006 年 9 月。黃惠婷，〈另案監聽〉，《月旦法學教室》，26 期，頁 113-122，2004 年 12 月。

<sup>189</sup> 最高法院 100 年度台上字第 3796 號、最高法院 100 年度台上字第 3099 號、最高法院 100 年度台上字第 1667 號、最高法院 99 年度台上字第 8204 號判決「供述證據，特重任意性，故刑事訴訟法第一百五十六條第一項規定：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」，將被告供述之任意性，作為證據能力之要件。而證人陳述之任意性，同法雖無相同之明文，但本於同一法理，審理事實之法院亦應詳加調查，以擔保該證人陳述之信用性。又對於證人施以前揭不正之方法者，不以負責詢（訊）問或製作筆錄之公務員為限，其他第三人亦包括在內，且不以當場施用此等不正之方法為必要，縱係由第三人於詢（訊）問前為之，倘使證人精神上、身體上受恐懼、壓迫之狀態延續至應訊時，致不能為任意性之陳述者，該證人之陳述仍屬非出於任意性，依法不得採為判斷事實之根據。」、最高法院 99 年度台上字 3307 號「又供述證據，特重任意性，故刑事訴訟法第一百五十六條第一項規定：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」將被告供述之任意性，作為有證據能力之要件。而證人陳述之任意性，同法雖無明文，但本於同一法理，自應注意及之，事實審法院應詳加調查，用以擔保該證人陳述之憑信性，尤以當事人既有爭執，倘未查明，遽行採取，即有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。」、最高法院 98 年度台上字第 4782 號「證人之證言，如係出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問，或其他不正方法，所為非任意性之陳述，刑事訴訟法雖無如第一百

脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」，將被告供述之任意性，作為證據能力之要件。而證人陳述之任意性，同法雖無相同之明文，但本於同一法理，審理事實之法院亦應詳加調查，以擔保該證人陳述之信用性。」

## 第二款 本文評析

刑事訴訟法第 166 條之 7 第 2 項第 2 款雖明文禁止以不正方式取得證人陳述，但未規定以不正方式取得之證人陳述亦應排除其證據能力，使不正取得證人陳述必須退而適用本法第 158 條之 4 權衡，亦難謂係一妥適之規範。蓋就規範目的而言，人性尊嚴係受憲法保障不可侵犯之核心價值，個人之自由意志絕對不容國家侵害，不因其身分係被告或證人而有所差異。故而，以不正方式取得證人陳述，嚴重侵害證人之人性尊嚴與意思自由，違法取證手段已達重大瑕疵程度，為嚇阻司法機關違法取證、確保司法廉潔、證言之真實性等刑事訴訟之價值，應絕對排除該證言之證據能力，立法者對此疏未規範，存在規範不足之開放性法律漏洞，須以類推適用相關規範加以填補。

關於以不正方式取得被告之自白，本法第 156 條第 1 項規定應絕對排除其證據能力，與以不正方式取得證人陳述，同樣係屬以不正訊問之方式取得人之供述。探究第 156 條第 1 項之規範目的，上溯憲法層次，在於「意思決定及意思活動自由」的保障，乃法治國刑事訴訟程序以及「人性尊嚴不可侵犯」的根本要求，此

---

五十六條第一項就被告自白須出於任意性，且與事實相符者，始得為證據之明文規定，但基於保障人權，避免非任意性供述常與事實不符而應予排除之同一法理，自亦應認無證據能力，而不得作為證據。」、**最高法院 96 年度台上字第 7143 號**、**最高法院 93 年度台上字第 3625 號**、**最高法院 93 年度台上字第 892 號判決**均採類似理由「現行刑事訴訟法第一百九十二條對於證人之訊問，雖因有同法第一百六十六條之七第二項之禁止規範，而將原條文規定準用第九十八條部分刪除，但依卷附傅明祥、陳來傳、張坤城之警詢陳述製作時間均在九十二年九月一日現行刑事訴訟法修正施行前之九十一年二月二日，其筆錄之證據能力，依現行刑事訴訟法施行法第七條之三規定，自仍應依修正前刑事訴訟法之規定審認之。而依修正前刑事訴訟法第一百九十二條準用第九十八條規定，訊問（詢問）證人應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊（詢）問或其他不正之方法。再同法第一百五十六條規定被告之自白須出於任意性，始得採為證據，基於同一法理，證人之陳述，亦必須出於任意性，否則即不具證據能力，不得採為判決之依據。」、**最高法院 92 年度台上字第 4966 號判決**「訊（詢）問被告或證人，皆應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、恫嚇、侮辱或其他不正之方法，刑事訴訟法第九十八條、第一百六十六條之七第二項（修正前第一百九十二條）規定甚明；倘其供述證據之取得，違背上開程序禁止之規定，依任意性法則即無證據能力。」。

點適用於所有的「人」，不獨對被告為然<sup>190</sup>。且不論係對被告或證人為不正訊問，國家機關均有相當類似的誘因，利用不正訊問以迅速獲得對被告不利證據。<sup>191</sup>故而，供類推構成要件（刑事訴訟法第 156 條第 1 項）與需類推構成要件（不正訊問取得證人陳述之證據能力）具有類似性，符合類推用之要件，類推結果亦具妥適性。準此，本則判決結論雖頗為妥適，惟其僅以擔保證人信用性為類推適用之理由，而未訴諸更高層次的人性尊嚴與意志自由憲法要求，甚為可惜。

## 第五項 共同被告得爭執他被告之自白非出於任意性

### 第一款 實務見解

臺灣高等法院花蓮分院 96 年度重選上更（四）字第 3 號判決認為「又考量具共犯關係之共同被告，審判外非出於任意性而為自白時，伴隨出現不利於他被告之陳述者，所在多有。共同被告非出於任意性之審判外陳述，若兼具自白與對被告不利之內容，依現行法第 156 條第 3 項規定，僅共同被告得陳述其自白非出於任意性，若共同被告自身消極不爭執，將使一不具任意性之審判外陳述，因共同被告消極未依第 156 條第 3 項爭執其自白不具任意性而取得證據能力，其中不利被告之部份，再因合乎傳聞例外而得為證據，等同使一非法取得之自白，透過合乎傳聞例外而取得證據能力，實屬不妥，對被告之保障亦顯有不足。故現行法雖明文規定僅被告可得陳述其自白非出於任意性，惟訴訟法規並無如實體法、有類推適用禁止之規定，故於此種審判外陳述兼具自白與證言雙重證據方法性質之例外情形，應允許被告得類推適用第 156 條第 3 項，爭執他具共犯關係之共同被告，於審判外陳述不具任意性，而否認其證據能力。」

---

<sup>190</sup> 林鈺雄，〈刑事訴訟法（上）〉，頁 23，2006 年 9 月 4 版。

<sup>191</sup> 李佳玟，〈刑事訴訟法中之法理與類推適用—以南迴搞軌案為例〉，《日新司法年刊》，8 期，頁 158，2008 年 7 月。

## 第二款 本文評析

刑事訴訟法第 156 條第 3 項規定「被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。」該規範係為表彰自白之任意性必須列為首要考量，因被告本身係最了解其自白是否係刑事訴追機關行使不正方法而得，故條文規定被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查，而非謂被告自白是否具有任意性僅得由被告自身爭執，其他人均無置喙之餘地，換言之，法條並未窮盡列舉得對被告自白任意性提出爭執之人，自不得以反面解釋逕認非被告本人即不得對自白之任意性提出爭執，故此處應有類推適用之空間。故而，現行法並未規定共同被告得對其他被告之自白任意性提出爭執，應認存在有規範不足之開放性法律漏洞。

探究供類推構成要件（刑事訴訟法第 156 條第 3 項）之規範目的，乃為維護被告陳述與否之意思決定及意思活動自由<sup>192</sup>，因不正方式取得被告之自白，係違背被告之意思自由，嚴重侵害憲法所保障之人性尊嚴，故當被告陳述其自白係出於不正之方法時，即應優先於其他事證而為調查。而需類推之構成要件（共同被告爭執其他被告自白之任意性），與供類推之構成要件所要保護之意思自由與人性尊嚴之憲法價值相同，具類似性之基礎。且共同被告與其他被告之利害關係相互牽連，而會受到該不正訊問所得自白之影響，類推適用供類推構成要件有助於維護被告自白任意性及人性尊嚴，無礙於以正當法律程序發現真實，類推結果亦符合妥適性之要求。

## 第六項 小結

上述關於證據能力類推適用之實務見解，除了主張另案監聽所獲之證據應類推適用另案扣押取得證據能力之見解，係屬不當之類推適用外，關於監聽譯文與錄音（錄影）不符部分，與訊問證人筆錄與錄音（錄影）不符之部分，類推適用刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項排除其證據能力；另案監聽所得證據資料之證據

---

<sup>192</sup> 林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，頁 169，2006 年 9 月 4 版。

能力限縮類推適用另案扣押之規定、證人非任意性陳述類推適用刑事訴訟法第 156 條第 1 項排除其證據能力，以及共同被告類推適用刑事訴訟法第 156 條第 3 項爭執他被告之自白係出於不正方法所得，均屬妥適之類推適用，合理擴張證據排除法則之適用範圍，貫徹人權保障、以正當法律程序發現真實之刑事訴訟目的。

## 第四節 傳聞例外之類推適用

### 第一項 以類推適用創設傳聞例外之容許性

#### 第一款 刑事訴訟法第 159 條之 3 存在法律漏洞

本條規定「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實所必要者，得為證據：一 死亡者。二 身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三 滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四 到庭後無正當理由拒絕陳述者。」其增訂理由<sup>193</sup>認為，被告以外之人於司法警察官、司法警察調查中之陳述，性質上屬傳聞證據，一般亦多未具結，可信性較受質疑。惟本法既賦予司法警察官、司法警察調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之職權，若其等所做之筆錄全無證據能力，並非合宜。故如該等陳述，係在可信之情況下所為，且為證明犯罪事實存否所必要，於審判中有事實上無法直接審理之情形時，若經調查之司法警察官、司法警察到庭證明，賦予被告反對詰問權，則應承認該陳述之證據價值，以達實體真實發現之訴訟目的。為補救因採傳聞法則，致使實務上可能發生蒐證困難之缺失，爰參考日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款<sup>194</sup>之立法例增訂本條，承認該審判外陳述，得採為證據。由此可見，於符合「可信性情況之擔保」

---

<sup>193</sup> 林俊益，〈論修正刑訴法之傳聞法則及其例外〉，《全國律師》，6 卷 9 期，頁 42，2002 年 9 月。

<sup>194</sup> 日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款「關於在檢察官或法官面前所為陳述之書面筆錄以外之書面，其陳述人因死亡、精神或身體之障礙，所在不明，或滯留國外，而不能於準備期日或審判期日到庭陳述，且該陳述係證明犯罪事實之存否所不可或缺者。但以先前之陳述存有較為可信之特別情況者為限。」引自林俊益，〈傳聞法則之研究〉，臺灣高等法院 91 年度研究發展項目研究報告，頁 215，2003 年 2 月。

與「使用證據之必要性」以及「證人於審判中傳喚或訊問不能」三要件之情形下，被告以外之人於司法警察官、司法警察調查中之陳述，例外具有證據能力。

要討論類推適用刑訴法第 159 條之 3 是否具容許性，首應確認此規範是否存在「開放性法律漏洞」，而有以「類推適用」填補之空間。本條所列四款事由，究係立法者有限的列舉，或僅係例示規定而保留法院於實務上發展填補其內涵之空間，不無疑義。自比較法之觀點而言，美國法上訂有 28 項傳聞例外，我國刑事訴訟法卻僅有 4 條規定，相較之下，我國立法密度明顯不足，實係「立法疏漏」所致。若嚴格適用現行法，將排除許多具證據價值之審判外陳述，阻礙發見真實。學者甚至認為，於未為完善立法前，應類推適用既有法理，承認英美法上根深蒂固之傳聞例外。<sup>195</sup>本條所列各款事由係參考日本刑事訴訟法第 321 條所訂定，而日本學說上對於該條係限制性或例示性規定，學說見解不一，其判例之見解則認為應係「例示性」規定，即使供述人出庭，但喪失記憶、拒絕證言、沉默、遭受性侵害之被害人因哭泣不能提供證言的情形，或外國大使館職員行使外交特權拒絕作為證人出庭之情形，都符合本條不能供述之要件。<sup>196</sup>我國實務亦有判決<sup>197</sup>認為「九十二年二月六日修正刑事訴訟法增訂傳聞法則及其例外規定，就此傳聞供述，亦未明定其例外適用之規定。第以我國傳聞法則係初次引進，其傳聞之例外，未若美國法制之繁複，較之於日本法亦為簡略，於實務運作上，賦予法官較大之裁量權。基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，應可參酌先前實務之見解及相關外國立法例，就本法所未規定之具類似性情形者，個別類推適用於已規定之相關法條，委之於司法判決之解釋以補充累積其不足。」簡言之，由於和英美、日本之立法例相較之下，我國現行法規範過於簡陋，故該實務判決認為我國傳聞例外立法疏漏，存在法律漏洞，為求發見真實，得由法院以類推適用之方式填補之。

---

<sup>195</sup> 王兆鵬，〈類推適用第一五九條之三〉，《月旦法學教室》，69 期，頁 19，2008 年 7 月。

<sup>196</sup> 土本武司著，董潘興、宋英輝譯，《日本刑事訴訟法要義》，頁 358，86 年 5 月初版。

<sup>197</sup> 最高法院 98 年度台上字第 6331 號判決、最高法院 96 年度台上字第 4464 號判決。

## 第二款 類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 的類似性基礎

### 礎

本條之決定性觀點有三，析述如下：

#### 第一目 審判中傳喚或訊問不能

解釋上，此傳喚或訊問不能之事由，必須繼續存在達一定程度以上，故一時之不能事由，並不包含在內。<sup>198</sup>如本條第 3 款規定，事實審法院不得僅因證人經合法傳喚不到，即逕行認有符合刑事訴訟法第 159 條之 3 所謂傳喚不能之要件，仍應調查究明證人有無因「滯留國外或所在不明」而無法傳喚或傳喚不到之情形，由法院踐行調查義務，並力促證人到庭，以盡保障被告詰問權之義務。<sup>199</sup>復依歐洲人權法院之要求，法院必須貫徹尋找證人以促其到庭之義務，盡必要努力找尋失蹤之證人，且證人之失蹤無可歸責於國家之事由。<sup>200</sup>

#### 第二目 可信性之情況保證

所謂可信之情況保證，係指陳述時之外部客觀情況值得信用保障而言。某些陳述係在特別可信之情況下所為時，虛偽陳述之危險性不高，故縱係在審判外之陳述，或未給予當事人對質詰問權，仍得承認其有證據能力。換言之，即係陳述人在為該陳述時之「外部情況」足以令人相信該陳述是虛偽的危險性不高，其陳述過程並未受到其他外力影響，而具有可信性，並非指該陳述之「內容」的可信度（證明力）很高，二者不可混為一談。至於陳述人陳述時之「外部情況」，是否具有可信性，則必須綜合陳述人之觀察、記憶、表達是否正確，及有無偽證之

---

<sup>198</sup> 丁中原，〈我國傳聞法則之例外規定：傳喚或詢問不能〉，載：《傳聞法則之理論與實踐》，頁 181，2004 年 9 月 2 版。

<sup>199</sup> 陳運財，〈傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討〉，《台灣本土法學》，94 期，頁 139-140，2007 年 5 月。

<sup>200</sup> 林鈺雄，〈證人概念與對質詰問權—以歐洲人權法院相關裁判為中心〉，《刑事程序與國際人權》，頁 212、222，2007 年 12 月。

各種因素而予以判斷，其保證之強度有高低之別，其程度之強弱，需依綜合判斷之結果而定。<sup>201</sup>

### 第三目 使用該證據之必要性

所謂使用證據之必要性，係指因無法再從同一陳述者取得證言，而有利用原陳述之必要性而言。例如，原陳述人死亡，無法就待證事實之事項再為陳述，亦無從讓當事人對證人行使對質詰問權，但證人於審判外所為之原陳述，對待證事實係不可或缺者。其原陳述之書面、筆錄、錄音，則因係證明待證事實所不可或缺之證據，而有使用證據之必要性，而容許其有證據能力。「使用證據之必要性」也有程度強弱之別，若該待證事實係重要事實，且無其他證據可為證明時，則其必要性最強，如取得其他證據有不便時，則其必要性較弱。<sup>202</sup>

### 第三款 類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 的審查模式

在肯認刑事訴訟法第 159 條之 3 係存在法律漏洞之前提下，本文認為若過度限縮傳聞例外之範圍，將致妨礙發見真實，故法院可藉由類推適用之方式，創設傳聞例外。惟為免法院濫權，恣意類推，自需經過一番論證過程與價值權衡，以確認該類推適用係合理妥適。首先，法院需考量「需類推之傳聞證據」與「法定傳聞例外證據」間是否具有「類似性」，而得類推適用。即以上開刑事訴訟法第 159 條之 3 的決定性觀點為判斷依據；其次，應考量系爭個案中，刑事訴訟法所欲保護之其他價值為何，與類推適用所欲達成之目的，做一衡量。再者，創設容許傳聞例外新類型時，往往亦降低甚至剝奪了被告對質詰問權之保障，故應藉由嚴格要求傳聞供述之「可信性之情況保證」與「使用證據之必要性」，以正當化對被告對質詰問權之剝奪。

以下本文僅就我國實務認為應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 傳聞例外，

---

<sup>201</sup> 林俊益，《傳聞法則之研究》，臺灣高等法院 91 年度研究發展項目研究報告，頁 136，2003 年 2 月。

<sup>202</sup> 林俊益，《傳聞法則之研究》，臺灣高等法院 91 年度研究發展項目研究報告，頁 135，2003 年 2 月。

而賦予其證據能力的二種主要案件類型：「證人於審判中行使拒絕證言權」及「傳聞供述之證據能力」，運用法學方法與刑事訴訟法的目的，詳為剖析實務見解之妥適性。

## 第二項 證人於審判中行使拒絕證言權

### 第一款 實務見解

最高法院 98 年度台上字第 7121 號判決<sup>203</sup>認為「……共同被告就與被告本人

<sup>203</sup> 本案事實簡述：「證人即共同被告朱振榮、丁○○就與丙○○、乙○○有關之待證事項，證人朱振榮、甲○○就與丁○○有關之待證事項，於法院審理時分別以「恐因陳述致自己受刑事處罰」為由拒絕證言，而丙○○、乙○○、丁○○分別爭執上述證人等分別於警詢陳述之證據能力；另甲○○分別與朱振榮、案外人張嘉霖、綽號「肉兄」男子、不詳男子於民國 95 年 4 月 7 日電話通話內容，及前開通話監聽譯文，對於其他上訴人而言，屬審判外陳述，丁○○、丙○○分別對該電話通話內容及通話監聽譯文爭執其證據能力，因朱振榮、丁○○及甲○○拒絕證言，均不能於審判中陳述並給予被告詰問機會，原判決類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 規定，認具有可信之特別情狀，且分別為證明丙○○、乙○○、丁○○是否涉有本件犯行所必要，屬於傳聞法則例外而具有證據能力，於法核無不合。」。

另臺灣高等法院暨所屬法院 92 年法律座談會刑事類提案第 24 號，就證人於審判中行使拒絕證言權拒絕陳述，則其於偵查中所為陳述之證據能力，是否屬於傳聞例外而具證據能力之議題有所討論，其研討結論採乙說，以下分述甲乙二說之內容。

甲說認為：按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法 159 條第 1 項定有明文。證人於司法警察調查中所為之陳述係被告以外之人於審判外之陳述，依此規定，除有法律例外規定得作為證據外，即不得作為證據。同法第 159 條之 3 第 4 款雖例外規定，證人到庭後無正當理由拒絕陳述，該證人於司法警察調查中所為之陳述，經證明有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要，得作為證據。惟此款規定就證人到庭拒絕證言之情形既已明文限於「無正當理由」，依反面解釋之法理，證人到庭後之拒絕證言，如有正當理由，自無此款例外規定之適用。本題證人 A 之拒絕證言既有正當理由，自不得認有上開第 159 條之 3 第 4 款所定之情事。從而，證人 A 之證言除有同法第 159 條之 5 之情形外，不得作為證據。

乙說認為：A 之證言如具有可信之特別情況且為證明犯罪事實存否所必要，仍得作為證據，理由如左：

一、被告以外之人於審判外之陳述，原則上不得作為證據，其主要理由為直接審理原則之要求及被告反對詰問權之保障。然為實現刑事訴訟發現真實之目的，於證人無法於審判中到庭證述之情形，法院已窮其能事而未能取得該證人審判中之陳述，法律乃退而求其次，於該陳述具備可信之特別情況且為證明犯罪事實之存否所必要，例外規定其得為證據。刑事訴訟法第 159 條之 3 各款例外得為證據之情事，立法目的亦在於此。

二、證人到庭後如無正當理由拒絕證言，法院依刑事訴訟法第 193 條第 1 項裁定罰鍰後，如其仍拒絕證言，法院仍無從強制其證言；如有正當理由拒絕證言，法院更不得強迫其證言，兩者就法院已窮其能事而未能取得證人於審判中之陳述而言，性質上並無不同。刑事訴訟法第 159 條之 3 第 4 款雖係規定到庭後「無正當理由」拒絕陳述之情形，然就得否作為證據而言，到庭後拒絕證言之有無正當理由並無區別之理論依據或實際必要，故以上開第 159 條之 3 第 4 款明定到

有關之待證事項，於法院審理時以『恐因陳述致自己受刑事處罰』為由拒絕證言，其事由雖非上開條文（刑事訴訟法第 159 條之 3）各款例示之情形。惟與前陳述不能於審判中陳述，致未能給予被告詰問機會者無殊，基於同一法理，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為陳述，如經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，亦得為證據。……原判決類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 規定，認具有可信之特別情狀，且分別為證明被告是否涉有本件犯行所必要，屬於傳聞法則例外而具有證據能力，於法核無不合。」

此判決肯認地方法院與高等法院之見解，認為證人於審判中主張不自證己罪之拒絕證言權，拒絕於審判中陳述，使被告無法於審判中行對質詰問之情形，無異於審判中不能陳述，故類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3，於符合「可信性之情況保證」及「使用證據之必要性」之要件下，屬於傳聞例外，具證據能力。

## 第二款 本文評析

本案類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 傳聞例外，賦予其證據能力之證據有二，包括警詢筆錄及監聽譯文，以下分別論述之。

### 第一目 警詢筆錄

證人因主張刑事訴訟法第 181 條不自證己罪，於審判中拒絕陳述，係以合法

---

庭後「無正當理由」拒絕陳述，而反面解釋排除有正當理由拒絕陳述，尚非妥適。

三、92 年 2 月 6 日增訂本條之立法理由並未論及第四款何以僅限於無正當理由之拒絕陳述。本條係參酌日本刑事訴訟法第 1 項第 3 款而為增訂，日本刑事訴訟法此款規定「由於供述人死亡、精神或身體的障礙、或所在不明或現在國外而不能在審判準備或審判期日供述者」，依其實務見解，此款所列情形係例示性規定而非限制性規定，故被告以外之人拒絕證言或沈默均有該款之適用，並無分別拒絕證言有無正當理由。此外，美國聯邦證據法第 804 條 (A) 項第 (1) 款、第 (2) 款更將有正當理由拒絕證言與無正當理由拒絕證言並列為傳聞之例外。綜上觀之，本法第 159 條之 3 第 4 款應是對有正當理由拒絕證言之情形漏未審酌，而非有意排除。

四、同法第 159 條之 2 規定，被告以外之人於司法警察調查中所為之陳述，與審判中之陳述不符之情形，如先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，仍得作為證據。依此規定，證人於警訊之陳述縱與審判中之陳述不符，仍於較具特別可信性及證據必要性之條件下得作為證據，本題之情形，證人僅於審判中拒絕證言，並未為相反或不符之陳述，其先前於警訊中之陳述如合於第 159 條之 3 所規定具有可信之特別情況且為證明犯罪事實之存否所必要時，自應類推適用該條第 4 款之規定，認得作為證據。

之事由拒絕陳述，即到庭後有正當理由拒絕陳述，並不符合刑事訴訟法第 159 條之 3 第 4 款「到庭後無正當理由拒絕陳述」之文義。且本款規定僅限於「無正當理由」拒絕陳述之情形，而非僅言「到庭後拒絕陳述」，是否將「有正當理由」拒絕陳述之情形排除在外，自立法理由無法察知，亦無從知悉本款為何如此規定。法文刻意僅限於無正當理由之情形，應係欲排除「有正當理由」拒絕陳述之情形，或許係考量到有正當理由拒絕陳述之情形，尚有其他價值需要保護，不存在規範不足之法律漏洞。

蓋拒絕證言權之規範目的並非僅係為保護證人之權利，同時也在維護被告受正當程序審判之權利，故而，證人於審判期日到庭後行使拒絕證言權而拒絕陳述，係有正當理由拒絕陳述，依刑事訴訟法第 159 條之 3 第 4 款之反面解釋，不得類推適用使證人於審判前之陳述成為傳聞例外，以貫徹拒絕證言權之制度目的，不致落空。

## 第二目 監聽譯文

至監聽譯文的部分，法院則認為該監聽譯文係經由合法監聽所取得，故具有可信性之特別情況。惟監聽譯文係經司法警察監聽後，依其聽聞之內容轉錄而成的書面，其性質係「文書證據」。若被告或訴訟關係人對其譯文之真實性發生爭執或有所懷疑時，法院固應依刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項規定，以適當之設備，顯示該監聽錄音帶之聲音，以踐行調查證據之程序，俾確認該錄音聲音是否為通訊者本人及其內容與監聽譯文之記載是否相符，或傳喚該通訊者為證據調查。<sup>204</sup>故於證人行使拒絕證言權，而無法於審判中傳喚，以確認監聽譯文之真實性時，係屬「證據調查」不合法之情形，應適用刑事訴訟法第 158 條之 4 判斷該監聽譯文之證據能力。並不適用傳聞法則，亦無類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 傳聞例外規定之必要。

---

<sup>204</sup> 最高法院 97 年度台上字第 2272 號判決。

## 第三項 傳聞供述之證據能力

### 第一款 實務見解

傳聞供述，即傳聞證人所為之陳述。依最高法院之定義係指「被告以外之人，於審判中到庭所為之陳述，如非其本人所親自見聞或經歷之事實，而係轉述其他被告以外之人親自聞見或經歷之供述為其內容，具結而為之陳述，乃屬傳聞供述。」<sup>205</sup>最高法院對於傳聞供述之證據能力，可分為肯定說與否定說，而肯定其得類推適用第 159 條之 3 規定者，又有簡繁兩種版本。簡版<sup>205</sup>認為「傳聞供述，能否成為傳聞之例外，賦予其證據能力，宜解為應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 之規定，以原供述之其他被告以外之人，已供述不能或傳喚不能或不為供述為前提，並以其具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，始得為證據。」繁版判決<sup>206</sup>中則有極為詳細之論述，其要旨歸納如下：

1. 肯認傳聞供述有法律漏洞之存在。認為傳聞供述為傳聞證據之一種，是否具有證據能力，我國刑事訴訟法對此未為規定。並認我國規定未若美日繁複，係為於實務運作上，賦予法官較大之裁量權。

2. 由法院補充具類似性之傳聞例外。基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，應可參酌先前實務之見解及外國相關立法例，就本法所未規定之具類似性情形者，個別類推適用於已規定之相關法條，委之於司法判決之解釋以補充累積其不足。

3. 法院需已盡促使原始證人到庭之義務。事實審法院於調查證據，遇有傳聞供述之情形，本乎傳聞證據之所以排除其證據能力，在於未經當事人之反對詰問權予以核實之立論，自應先究明原始證人是否存在或不明，傳喚其到庭作證，使命具結陳述，並接受被告之詰問，以確認該傳聞供述之真偽。

4. 傳聞供述類推適用第 159 條之 3 之立論與要件。參照日本刑事訴訟法第 324 條第 2 項<sup>207</sup>，倘若原始證人確有其人，但已供述不能或傳喚不能或不為供述，法

<sup>205</sup> 最高法院 96 年度台上字第 4064 號判決、最高法院 99 年度台上字第 3378 號判決。

<sup>206</sup> 最高法院 98 年度台上字第 6331 號判決、最高法院 96 年度台上字第 4464 號判決。

<sup>207</sup> 日本刑事訴訟法第 324 條第 2 項「關於被告以外之人在公判準備或公判期日，以被告以外之人陳述之內容為其內容之陳述，準用第 321 條第 3 款之規定。」林俊益，《傳聞法則之研究》，臺

院亦盡促使證人到庭之義務，宜解為應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 規定，以該傳聞供述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，例外許其得為證據，賦予其證據能力。

亦有判決<sup>208</sup>以總體類推適用之方式，認為本諸刑事訴訟法第 159 條之 3、第 159 條之 5 之相同法理，於原始證人已死亡、因故長期喪失記憶能力、滯留國外或所在不明等因素，致客觀上不能到庭陳述並接受詰問，且以該「傳聞證言」或「傳聞書面」具備特別可信性及必要性之嚴格條件，或經當事人同意，法院復認具備適當性之要件外，基於真實之發現，該傳聞供述，始例外具證據能力。

另採否定說之判決<sup>209</sup>認為「傳聞供述由於轉述他人案外供詞，重複報告原始供述，不免因輾轉傳達或以訛傳訛，發生與原始供述歧異，甚至與事實相左之結果，故應認無證據能力。」、「法院縱令於審判期日對其（傳聞證人）訊問，或由被告對其詰問，亦無從擔保其陳述內容之真實性；又因原始證人非親自到庭作證，法院無從命其具結而為誠實之陳述，亦無從由被告直接對之進行詰問，以確認該傳聞陳述之真偽，殊有違事實審法院之證據調查應採直接主義及刑事訴訟法第 166 條之立法原意，故應認證人之傳聞證言不具證據能力。」

## 第二款 本文評析

### 第一目 傳聞供述之本質

傳聞證人之陳述具有「雙重證人陳述之危險」，蓋原始證人之陳述具有相當之危險性，常會出現錯誤而不自知，如可能因其「知覺」過程產生瑕疵，畢竟一般證人對於犯罪之發生，並無任何期待準備，對於突發之一切，尚措手不及，犯罪人已消逝，則證人能否真切地重覆當時情形，殊值懷疑。況一般人常依其主觀角度觀察事物，難免產生偏頗；證人之「記憶」瑕疵亦影響證詞之真實性，記憶乃複製過去，人將過去所發生的一切，依自己主觀重新複製，並以主觀填補遺忘

---

灣高等法院 91 年度研究發展項目研究報告，頁 351，2003 年 2 月。

<sup>208</sup> 最高法院 99 年度台上字第 2204 號判決。

<sup>209</sup> 最高法院 87 年度台上字第 3473 號判決。

的部分，很多回憶的過程中會出現自我欺騙；此外，證人之「表達能力」不精確，亦可能造成事實的扭曲，或誤解其言行所欲表達之真正意涵；而證人之「真誠性」更直接影響證言之真實性，證人可能刻意為虛偽陳述、捏造不實事實。簡言之，「傳聞供述」涉及兩個人的知覺、記憶、表達能力與真誠性之瑕疵，縱被告對傳聞證人行對質詰問，亦僅能測試傳聞證人是否確實無誤的傳達原始證人對其所為之陳述，而無法保證原始證人所為之陳述內容係屬真實，故傳聞供述，原則上應不具證據能力。<sup>210</sup>

然而，若採否定說，不論具體個案情形，一概排除傳聞供述之證據能力，恐將妨礙真實發現之刑訴目的，亦並非妥適，故本文認為應於特定情形下，容許法院得類推適用本條，創設傳聞例外。

## 第二目 類似性之探求

鑑於傳聞證人之陳述具有雙重證人陳述之危險，故對於類似性之要求，應特別強調該傳聞供述之「可信性之情況保證」，故本文將以此為論述重點。至證人於審判中不能傳喚或訊問，及使用傳聞供述之必要性的要求，因與上開證人行使拒絕證言權之情形無異，故不贅述。

實務上，最高法院 98 年度台上字第 6331 號判決指摘原審法院，認為「……原審既未先究明原始證人是否存在或不明，傳喚其到庭作證，使命具結陳述，並接受被告之詰問及命原始證人與傳聞證人為對質，亦未說明原始證人如何已供述不能或傳喚不能或不為供述之情形而類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 之規定，說明該傳聞供述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，例外許其得為證據，而賦予其證據能力，即遽採上開傳聞供述資為戊○○論罪之基礎，於法亦有未合。……」嚴格要求法院需盡傳喚證人到庭之義務，並應說明理由，頗值贊許。

關於審判外陳述可信性之認定，學者認為應指審判外之陳述人在做出陳述時，依當時之環境與陳述人之情況判斷，得確信該陳述人之知覺、記憶、表達、真誠

---

<sup>210</sup> 王兆鵬，〈傳聞法則理論—證人陳述之危險〉，載：《傳聞法則理論與實務》，頁 5-9，2004 年 9 月 2 版。

性之全部或一部無瑕疵，而得認為該審判外陳述具有特別之可信性，例如興奮或驚嚇陳述、臨終陳述等，咸認說謊之可能性極低。<sup>211</sup>而傳聞供述係傳聞證人於審判中向法院陳述，其於「日常生活」中，偶然聽聞原始證人所為之陳述，該陳述內容並非其親自經歷見聞。傳聞供述之可信性的情況保證應為較「嚴格之審查」，蓋其本質上具有雙重證人陳述之危險，可信度之要求自應倍增。除應使被告當庭詰問傳聞證人，以驗證其傳述之內容確與其所聞見者一致之外，尚須審酌原始證人向傳聞證人為陳述之時空、環境、情緒、神色等，是否具有特別之可信性，以此「雙重驗證」方式，擔保原始陳述之可信性。例如，甲開車載乙，乙於副駕駛座目睹對向車道車禍發生經過，驚愕之餘，隨即向甲陳述其所見所聞，依乙傳述內容之時空、情緒等，可推斷該記憶鮮明，較無虛偽可能；反之，乙在匆忙趕往上班途中，突然目睹一樁竊盜案發生，數月後，與甲閒聊時提及此事，依乙經歷此事件之時空（相隔甚遠）、情緒（匆忙急躁）等，及其向甲轉述之時空（時隔數月）、情緒、表達能力「或許會誇大、加入主觀判斷，難謂具有可信之特別情況。

至於最高法院 96 年度台上字第 4064 號判決<sup>212</sup>，僅以第三人證稱原始證人確實如其所述，親自在場聽聞被告說要提供一處賭場行搶，並將此親自聞見之事實告知傳聞證人以轉述，即認定此傳聞供述具可信性之情況保證。此一推論，實非充分。蓋其並未審酌原始證人向傳聞證人為「轉述」之情況，是否有客觀的事實足以認定；一般人於此情況下，不至有知覺、記憶、表達、真誠性之瑕疵，而具有可信性之情況保證等。<sup>213</sup>

### 第三目 妥適性之權衡

被告對於「原始證人」之對質詰問權，可否以其對「傳聞證人」之對質詰問

<sup>211</sup> 王兆鵬，〈類推適用第一五九條之三〉，《月旦法學教室》，69 期，頁 19，2008 年 7 月。

<sup>212</sup> 判決內容節錄「本件依原判決之事實認定及理由說明，乙○○固證稱係共犯黃鈺展告知伊，甲○○要提供一處賭場行搶，而屬傳聞供述；但依共犯證人李再龍證稱：黃鈺展於甲○○提議強劫台北縣石門鄉德茂村八甲二八號賭場時在場等語，則黃鈺展係將其親自聞見之事實告知乙○○為轉述，其陳述自具備可信性之情況保障；而黃鈺展業已通緝，無從傳喚再從原供述者取得陳述內容，符合傳喚不能，且為證明犯罪不可或缺之必要性要件。依上說明，乙○○上開傳聞證言，即非無證據能力。原判決認乙○○上開證言具有證據能力，其理由之論述容欠允洽，結論則無不合，而於判決之本旨及結果不生影響。」

<sup>213</sup> 王兆鵬，〈類推適用第一五九條之三〉，《月旦法學教室》，69 期，頁 19，2008 年 7 月。

取代之，殊值探究。因原始證人無法於審判中陳述，被告於審判中僅得聞見傳聞證人轉述其聞自原始證人之審判外陳述，透過對質詰問，被告僅能驗證傳聞證人是否真實無誤的轉述原始證人之陳述，是否確切地表達原始證人轉述時的時空、情緒等（如是否已摻入傳聞證人之主觀印象）。至於原始證人親身經歷之情景為何，其為該陳述之心境如何，知覺、記憶、表達能力及真誠性，仍均無法經由詰問傳聞證人而加以驗證。在傳聞供述摻入了傳聞證人之知覺、記憶、表達能力及真誠性瑕疵之前提下，傳聞證人既無法如錄影機般重複播放相同之畫面，實無法以被告對傳聞證人之對質詰問權，完全取代其對原始證人之對質詰問權。

惟被告之對質詰問權非受絕對保障，為求發見真實，於例外之情形下，對質詰問權必須退讓。比較法上，日本刑事訴訟法第 324 條明文規定，傳聞供述得準用第 321 條第 3 款（與我國刑事訴訟法第 159 條之 3 相似）之規定，於原始證人因死亡、精神或身體之障礙，所在不明，或滯留國外，而不能於準備期日或審判期日到庭陳述，且該陳述具可信性之情況保證，與使用證據之必要性，得以傳聞例外賦予其證據能力。我國並無類似規定，但為免過度限縮傳聞例外之範圍，致妨礙真實發見，法院得於個案中類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3，透過類似性之嚴格要求，創設傳聞例外，賦予具有相同法律評價之傳聞供述證據能力，而非概依刑事訴訟法第 159 條第 1 項排除其證據能力。

## **第四項 兩岸司法互助取證之證據能力**

### **第一款 實務見解**

最高法院 101 年度台上字第 900 號判決認為「……大陸地區公安機關之偵查人員依其職權或基於上述互助協議而為刑事上之調查取證，在地位與功能上實與我國司法警察或司法警察官依職權調查證據無異。且目前兩岸文化、經濟交流日漸頻繁，跨越兩岸之犯罪事件亦層出不窮（例如犯罪行為地、結果發生地或犯人所在地分別在兩岸），亟須兩岸合作共同打擊犯罪，以維護兩岸交流與人民安全。若大陸地區公安機關偵查人員依職權或依前述互助協議所調查之傳聞證據，或製作之證明文書及紀錄文書，僅因其不具我國司法警察或司法警察官之身分，而認不得適用刑事訴訟法第 159 條之 2、之 3 或之 4 關於傳聞證據例外具有證據能力之規定，致妨礙事實之發現，而無法為公正之裁判，無異鼓勵犯罪，而危害兩岸

交流與人民安全。故刑事訴訟法第 159 條之 2、之 3 關於「司法警察官或司法警察」之規定，自有依時代演進及實際需求而為適當解釋之必要。從而，原判決理由謂被告以外之人於大陸地區公安機關偵查員調查時所為之陳述，經載明於筆錄或書面紀錄（屬傳聞證據），而為證明犯罪事實存否所必要者，認可類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2 或同條之 3 之規定，以決定其證據能力，依上述說明，尚非全無見地。……因認付光選在雅瑤派出所偵查員及大瀝分局刑警隊詢問時所製作之筆錄，係於可信之特別情況下所製作，且為證明犯罪事實存否所必要，乃類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款規定，而承認其證據能力，尚難遽指為違法。……」

另最高法院 98 年度台上字第 2034 號判決認為「……原判決……於南京市中級人民法院（下稱南京法院）之開庭筆錄，性質上雖屬審判外之陳述，為傳聞證據，然應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款之規定，經審酌上揭開庭筆錄係於可信之特別情況下所製作，且為證明本件犯罪事實存否所必要，說明上揭開庭筆錄具有證據能力。……」此判決以個別類推適用之方式，認為證人於大陸所為之開庭筆錄，得類推適用第 159 條之 3 第 3 款，賦予其證據能力。

又最高法院 96 年度台上字第 5388 號判決認為「……司法警察、司法警察官調查犯罪之被告以外人之警詢筆錄，其證據能力之有無，應適用同法第 159 條之 2、第 159 條之 3 所定傳聞例外之要件為判斷。被告以外之人於大陸地區公安機關（司法警察）調查時所為之陳述經載明於筆錄或書面紀錄，同屬傳聞證據，解釋上亦應類推適用第 159 條之 2、第 159 條之 3 等規定或依其立法精神，審認是否合乎各該例外容許之要件，據以決定得否承認其證據能力。…」本則判決以總體類推的方式，歸納第 159 條之 2 與第 159 條之 3 等規定或其立法精神，認為應類推適用，使大陸地區公安機關調查時所為之筆錄或書面紀錄，於符合上開例外容許之要件下，得承認其證據能力。

## 第二款 本文評析

大陸地區國家機關所為之證人警詢筆錄或開庭筆錄，就我國而言，均屬被告以外之人於審判外所為之言詞或書面陳述，此類證據資料，得否依實務之見解，類推適用傳聞例外之規範，賦予其證據能力，不無疑義。

## 第一目 證人於大陸地區所為供述證據之本質

有認為得將大陸地區之警察、檢察官、法官與我國之司法警察、檢察官、法官等同視之，而得類推適用刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 4，如中國大陸公安局即相當於我國之警察局，故證人於公安調查中所為之公安局陳述筆錄，得類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 規定，得為證據；外國法官相當於我國法官，故其審訊筆錄之效力，等同於我國法官之審訊筆錄，得類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2 規定，得為證據。<sup>214</sup>

惟我國與大陸之取證法則有諸多差異，如我國之供述筆錄需全程錄音或錄影，大陸則並非所有案件均全程錄音或錄影；我國有為數甚多的證人拒絕證言權規定，大陸則無。<sup>215</sup>刑事訴訟法第 159 條之 1 與第 159 條之 2，係植基於我國司法體制而為之特殊立法，應只限於我國主權所及範圍，大陸地區之司法體制與我國相異，實不宜逕將其警察、檢察官、法官等與我國之司法警察、檢察官、法官等同視之，證人於大陸地區所做之警詢筆錄或開庭筆錄，自不得直接適用或類推適用刑事訴訟法第 159 條之 1 與第 159 條之 2，賦予其證據能力。

## 第二目 類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3

至其得否類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3，則應回歸基本的檢驗標準，於具體個案判斷，是否具備「原始證人客觀上不能到庭陳述」、該傳聞證據具有「可信之情況保證」與「使用證據之必要性」此三大決定性要件，以符合類似性之要求。再考量與被告對質詰問權保障間之衡平，以符合類推適用妥適性之要求。

惟有學者認為，經由司法互助所得之證據資料，本質上係無法由國內取得之證據，屬於直接審理之例外的非傳聞，蓋傳聞法則應僅限於國家主權所及之範圍內始具效力，似應由立法者針對司法互助所得證據資料之證據能力，另行制定特

---

<sup>214</sup> 朱朝亮，〈國際司法互助各論—引渡、狹義的司法互助〉，《月旦法學教室》，103 期，頁 112-113，2011 年 5 月。

<sup>215</sup> 邱忠義，〈兩岸司法互助調查證據及證據能力之探討—兼述防範被告逃匿對策〉，《刑事法雜誌》，54 卷 5 期，頁 159-161，2010 年 1 月。

別法加以規範，而毋庸迂迴適用或類推適用刑事訴訟法上傳聞例外之規定。<sup>216</sup>

## 第五項 小結

自我國採用傳聞法則後，法律文字並未如美國法與日本法般有相當詳盡的傳聞例外規範，現行法於法院審理具體個案時往往不敷使用，且傳聞例外之容許範圍過窄，致影響發見真實、蒐證困難、延滯訴訟，故應於一定條件及情形下，由法院以類推適用的方式，擴張傳聞例外之範圍，賦予傳聞供述證據能力。惟允許傳聞例外，相對的也會限縮被告之受憲法保障之對質詰問權，故於承認傳聞例外同時，應注意並非完全揚棄被告對質詰問權之保護，而係必須有所補償，或透過特殊的要件擔保，而足以取代或減弱被告之對質詰問權。我國刑事訴訟法第 159 條之 3 規定，即以「審判中證人不能傳喚或訊問」、「傳聞供述之可信性情況保證」及「使用證據之必要性」，擔保傳聞證據之真實性。故而，應容許法院得以類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 的方式，創設傳聞例外，但應嚴格檢驗是否符合三大要件之要求。尤其係對於「可信性之情況保證」，實務認定過於寬鬆，亦將其與可信度（證明力）之概念混淆，而為錯誤之認定。

## 第五節 技術性規範之類推適用

實務關於類推適用之判決，以技術性規範之類推適用最為大宗，態樣亦甚為繁多。本文先討論技術性規範類推適用之容許性，而後採擇最主要的十一種類型加以介紹與評析。

### 第一項 技術性規範類推適用之容許性

技術性規範係就刑事訴訟法上細節性、技術性事項所為之規範，而刑事訴訟法主要多係關於程序方面的技術性規範<sup>217</sup>，基於程序事項繁雜多變之本質，立法者自無法事先預見並窮盡規範所有程序事項。且技術性規範原則上無涉於基本權干預，貴在得以靈活運用，以藉刑事訴訟法實現實體刑罰權，故對於技術性規範

---

<sup>216</sup> 楊雲驊教授於 2012 年 6 月 17 日刑事證據法課程中表示此見解。

<sup>217</sup> 林永謀，《刑事訴訟法釋論（上）》，頁 73，2010 年 12 月改訂版。

之解釋，應注重法規之目的，不受法條文義之拘束，亦可為超越法條可能文義範圍之類推適用。<sup>218</sup>準此，原則上應容許技術性規範之類推適用，蓋其無礙於刑事訴訟法三大目的之達成，且可藉由類推適用促進訴訟迅速及訴訟經濟，關於技術性規範之類推適用可說係不可或缺。

## 第二項 裁判上一罪非屬智慧財產法院管轄罪名處斷之案件管轄

### 第一款 實務見解

最高法院 97 年度台上字第 4634 號判決及諸多判決<sup>219</sup>認為，智慧財產法院組織法及智慧財產案件審理法等相關法令，就屬及非屬智慧財產法院管轄，而具有裁判上一罪關係，依法從一重之非屬智慧財產法院管轄罪名處斷之案件，俱未規定究應由智慧財產法院或高等法院審判，是以，存在著規範不足的開放性法律漏洞。

然而，相牽連案件，一部屬普通法院管轄，一部屬智財法院管轄者，其管轄權之決定，依據智慧財產案件審理法第 25 條第 1 項規定，上訴或抗告原則上由智財法院管轄，復依智慧財產案件審理法第 25 條第 2 項規定「與第 23 條案件有刑事訴訟法第 7 條第 1 款所定相牽連關係之其他刑事案件，經地方法院合併裁判，並合併上訴或抗告者，亦同。但其他刑事案件係較重之罪，且案情確係繁雜者，智慧財產法院得裁定合併移送該管高等法院審判。」相牽連案件之管轄權分配，原則歸智財法院，例外移送高等法院。

故而，最高法院認為「基於同一法理」，就屬及非屬智慧財產法院管轄，而

---

<sup>218</sup> 蔡墩銘，《刑事訴訟法論》，頁 26，2000 年 4 版。

<sup>219</sup> 最高法院 99 年度台上字第 3998 號、最高法院 99 年度台上字第 3149 號、最高法院 99 年度台上字第 3150 號、最高法院 99 年度台上字第 2421 號、最高法院 99 年度台上字第 2458 號、最高法院 98 年度台上字第 1011 號、最高法院 98 年度台上字第 7878 號、最高法院 98 年度台上字第 2015 號、最高法院 98 年度台上字第 2014 號、最高法院 98 年度台上字第 1011 號、最高法院 98 年度台上字第 5914 號、最高法院 98 年度台非字第 265 號、最高法院 98 年度台職字第 15 號、最高法院 98 年度台職字第 9 號、最高法院 97 年度台上字第 5353 號、最高法院 97 年度台上字第 3634 號、最高法院 97 年度台上字第 5003 號、最高法院 97 年度台上字第 6723 號、最高法院 97 年度台上字第 6677 號、最高法院 97 年度台上字第 4634 號判決。

具有裁判上一罪關係，依法從一重之非屬智慧財產法院管轄罪名處斷之案件，應適用上開相牽連案件之管轄分配規定，裁定由智財法院管轄。

## 第二款 本文評析

本文認為，相牽連案件之數案件合併於同一法院管轄，係基於訴訟經濟之要求，且因智財法院始具足夠之專業性處理關於智財部分之罪。惟系爭案例乃裁判上一罪，為單一案件，與相牽連案件係屬數罪不同，單一案件本就應由同一法院審判，不容分割，並非基於訴訟經濟之要求，而係基於案件的單一不可分割性。裁判上一罪與相牽連犯罪不具有「類似性」，不具類推適用之類似性基礎。惟該法律漏洞確實存在，應以「目的性擴張」的方式填補該法律漏洞，以成就立法目的。

智慧財產法院組織法及智慧財產案件審理法等相關法令，就屬及非屬智慧財產法院管轄，而具有裁判上一罪關係，依法從一重之非屬智慧財產法院管轄罪名處斷之案件，俱未規定究應由智慧財產法院或高等法院審判。最高法院 97 年度台上字第 4634 號判決認為，「基於同一法理」，適用智慧財產法院組織法第 25 條及刑事訴訟法第 7 條相牽連案件管轄。申言之，相牽連案件係數案件間具有相關聯之處，為兼顧訴訟經濟與智慧財產之專業性，原則上併由智慧財產法院管轄，惟裁判上一罪係「同一案件」，為單一獨立之案件，而相牽連案件係具關連之多數案件，故同一案件與相牽連案件之間並不具有類似性，但基於相同的法律目的考量（如訴訟經濟、智慧財產案件專業性），自須以「目的性擴張」之方法，適用智慧財產法院組織法第 25 條及刑事訴訟法第 7 條定其管轄權，而非類推適用。

## 第三項 牽連再牽連案件之管轄

### 第一款 實務見解

關於牽連管轄之範圍，應否擴及牽連再牽連、牽連再再牽連之案件，實務上有兩則重要之見解，爰析論如下：

司法院 71 年廳刑 1 字第 29 號函釋，即就牽連再牽連之案件能否視為相牽連案件之法律問題研究討論，所設實例為「甲乙丙三人共犯殺人罪，乙又獨犯放火

罪，丙又獨犯侵占及竊盜罪，乙丙各自單獨所犯之罪，彼此間能否視為相連案件？」。討論意見有甲乙兩說，甲說採嚴格文義解釋，認為相牽連案件僅限於刑事訴訟法第七條所列四款情形之一，而乙丙各自獨犯之罪，與刑事訴訟法第七條所列各款情形不相符合，自非相牽連案件；乙說則認為雖不符合刑事訴訟法第七條所列各款情形，仍應解釋為相牽連案件，蓋甲乙丙三人共犯殺人罪，符合刑事訴訟法第七條第二款事的牽連，而乙丙各自獨犯之罪，符合刑事訴訟法第七條第一款人的牽連，故視為相牽連案件。後依司法院第二廳之研究意見，認採乙說為當。

另臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會刑事類提案第 33 號，討論了更為複雜的再再牽連案件，所設法律問題實例為「甲、乙共犯殺人罪，乙又與丙共犯強盜罪，丙又與丁共犯放火罪，丁又與戊共犯傷害罪，各罪犯罪地均非在嘉義縣市，臺灣嘉義地方法院檢察署檢察官就 5 人上揭各罪同時起訴，案件繫屬於臺灣嘉義地方法院時，除甲係居住在嘉義市，而乙、丙、丁、戊之住居所、所在地均非在嘉義縣市，則該院對於乙所犯之強盜罪及丙、丁、戊所犯各罪，是否均有管轄權，即上揭案件能否視為相牽連之案件？」。討論意見亦有甲乙二說，甲說引用上述司法院 71 年廳刑 1 字第 29 號函釋中乙說之見解，認為相牽連案件之管轄權及於牽連再牽連，甚至係再再牽連。且為達訴訟經濟、避免裁判歧異，應盡可能使案件得合併審理，以便於傳喚各案被告作為他案之證人。況刑事訴訟法第七條並未限制牽連之次數，第一、二、三款亦非互斥，可同時存在；乙說則認為合併管轄係就各款分別所列之情形而言，不及於牽連再牽連，更遑論再再牽連。蓋促進訴訟及訴訟經濟之考量，應以案件與案件間存在特殊關連性為前提，否則合併於一個審判程序，並無促進訴訟經濟之效果。而且牽連管轄係事務管轄、土地管轄、專屬管轄之例外規定，無限制的牽連將損及被告之就審利益，訴訟經濟能否凌駕法院之管轄權亦有待商榷。最後研討結果採乙說，認為合併管轄係就各款分別所列之情形而言，不及於牽連再牽連，或再再牽連。

上述兩則實務見解，就相似之爭議，提出正反兩說之理由，正反方之理由大致相同，但前後兩場研討會議做出了全然迥異的結論，且自 1940 年迄至 2009 年，又再度提出此議題加以研討，足見相牽連案件究竟應否擴及再牽連或再再牽連者，係甚為棘手之問題。

## 第二款 本文評析

回溯至問題的根源，首先需要確定的是，立法者對於案件再牽連和再再牽連，甚至再再再牽連之情形（可以無限擴張牽連），並未明文規範應適用牽連管轄之規定，是否存在立法者疏未規範之法律漏洞，而需要類推適用刑事訴訟法第 7 條牽連管轄之規定？抑或係立法者之刑事政策選擇，依反面解釋，排除非法定之案件牽連類型，不適用刑事訴訟法第 7 條牽連管轄之規定，禁止類推適用？欲解決此問題，須先究明法律漏洞是否存在，其後才須進一步討論有無類推適用之必要。

就歷史解釋而言，立法者認為刑事訴訟法第 9 條第 2 款「甲乙兩人共犯普通竊盜罪，而乙係曾犯強盜者」（即「數人共犯一罪」加上「一人犯數罪」之複合類型）及第 3 款「甲乙二人共犯普通竊盜罪，乙曾與丙先犯普通竊盜罪，而丙又曾觸犯強盜罪者」（即「數人共犯一罪」加上「一人犯數罪」，再加上「一人犯數罪」之複合類型），牽涉過廣，為各國立法例所罕見，而予以刪除。故而，由刑事訴訟法第七條之立法理由，即立法者之主觀意思解釋，否認複合性牽連管轄之類型，而未將其明訂於刑事訴訟法中。<sup>220</sup>從管轄規定之法理而言，係源於法定法官原則，法定法官原則經我國大法官於司法院釋字第 665 號解釋確立為憲法原則，即須事先制定一般性、抽象性之法律規範，以決定案件之分配，以符合公平審判之要求。具體而言，即對於審判之組織及案件之管轄，均應由法律明定，不得逸脫於法條文義範圍之外，另創設法律所無之類型，否則將違反法律保留原則。<sup>221</sup>復就客觀目的解釋而言，刑事訴訟法第 7 條牽連管轄之制度目的，係為達證據共通性及裁判一致性之要求，但不可逕謂凡具有證據共通性及裁判一致性之案件，均可一律適用或類推適用牽連管轄，由其中一法院合併審判。<sup>222</sup>蓋不斷擴張牽連管轄之範圍，將僅具低度證據共通性之案件合併由同一法院審判，恐將逸離牽連管轄之制度目的，難謂仍具訴訟經濟之效果。就比較法而言，日本學說認為該國刑事訴訟法第 9 條第 1 項（與我國訴訟法第 7 條牽連管轄之解釋結果相同）之關

---

<sup>220</sup> 黃翰義，〈從法定法官原則論牽連管轄之牽連再牽連〉，《軍法專刊》，56 卷 3 期，頁 173，2010 年 6 月。

<sup>221</sup> 同前註，頁 166。

<sup>222</sup> 同前註，頁 183。

連案件管轄所訂定之事由，係獨立之類型，並未將各款事由混合而成立新形態之複合性管轄權。<sup>223</sup>

故而，有學者認為，基於法定法官原則及法律保留原則，管轄應以法律明文規定之類型為限，立法者為明文規範之管轄類型，即不得以解釋方式另行創設管轄類型。<sup>224</sup>案件再牽連和再再牽連，甚至再再再牽連之情形(可以無限擴張牽連)，並未明文規範應適用牽連管轄之規定，應依反面解釋，排除非法定之案件牽連類型，均不適用刑事訴訟法第 7 條牽連管轄之規定，亦即於管轄上應禁止類推適用。

然而，本文認為類推適用本係個案到個案、特殊到特殊的推理方式，僅針對個案而非建立通案適用之準則，探究刑事訴訟法第 7 條牽連管轄之立法目的，係為達訴訟經濟而列舉一般情形下合併審判，將達成訴訟經濟效果之案件態樣，法院得依刑事訴訟法第 6 條合併審判之，是否合併審判法院尚有裁量之餘地。就合併管轄之效果而言，法院可因訴訟經濟而節省訴訟資源，被告及訴訟關係人可於同一程序解決數案件，減輕訟累之煩，對於真實發現、基本權利保障不生影響。亦不致違背法定法官原則，造成行政干預審判、恣意決定案件管轄權之不良後果。實毋庸固守文義解釋，而應以客觀規範目的為考量，適度擴張相牽連案件之範圍，進行個案權衡，於系爭個案具牽連關係，且合併審判可達訴訟經濟之目的時，仍不妨基於其間之類似性，容許類推適用牽連管轄規定。

#### 第四項 裁判上一罪類推適用 319 條第 3 項但書

最高法院 97 年度台上字第 5662 號判決<sup>225</sup>認為，「又依上開規定，同一案件

<sup>223</sup> 同前註，頁 172。

<sup>224</sup> 同前註，頁 175。

<sup>225</sup> **最高法院 100 年度台上字第 7142 號判決**「並對如何認定：上訴人自訴被告吳崇柔、吳瓊雄、胡雲月等三人涉犯之犯罪事實及罪名，應係想像競合犯刑法第三百三十九條第一項詐欺取財罪、同法第二百六條、第二百十條行使偽造私文書罪，上訴人就同一被告及犯罪事實之同一案件，於民國九十七年十一月十四日，已向臺灣士林地方法院檢察署檢察官提出告訴，並由檢察官分案偵查，嗣於九十九年五月二十一日，上訴人再就同一案件向第一審法院提起自訴，雖依刑事訴訟法第三百二十三條第一項但書規定，上訴人就被告等三人涉犯親屬間詐欺取財犯嫌之告訴乃論之罪部分，固得提起自訴，但因該部分犯罪與上訴人自訴被告等三人所犯他部之非告訴乃論之罪，即行使偽造私文書罪部分，係屬裁判上一罪關係，且行使偽造私文書罪係屬重罪，又依同法第 323 條第 1 項前段規定乃不得再行自訴之罪，審酌刑事訴訟法第 323 條第 1 項之立法意旨，防杜同一案件重複起訴雙重危險，及避免同一案件經不起訴，復遭自訴訴訟結果矛盾而限制自訴，應

於檢察官偵查後，自訴人就告訴乃論之罪，固仍得提起自訴，但該告訴乃論之罪部分如屬輕罪，而有裁判上一罪關係之重罪部分，則屬非告訴乃論時，因新修正刑事訴訟法第 323 條第 1 項但書，既已限定於檢察官偵查後之自訴，須以告訴乃論之罪之情形，始得提起，故法院應類推適用同法第 319 條第 3 項但書規定「不得提起自訴之部分係較重之罪」之法理，認為該輕罪之告訴乃論之罪部分仍不得提起自訴，始符刑事訴訟法第 323 條第 1 項之立法意旨。亦即裁判上一罪之一部分，若先經檢察官開始偵查，其效力及於全部，其他部分即應受上開法條之限制，而不得再行自訴，且不因自訴人與檢察官所主張之罪名不同而有異。」

本文認為，上開判決「類推適用」刑事訴訟法第 319 條第 3 項但書規定「不得提起自訴之部分係較重之罪」之法理，使裁判上一罪之輕罪之告訴乃論之罪部分仍不得提起自訴，以符合刑事訴訟法第 323 條第 1 項公訴優先原則之立法意旨，實係不必要之迂迴論述，其意難解，徒增思考與理解上之混亂。蓋刑事訴訟法第 323 條第 1 項但書規定公訴優先原則之例外，告訴乃論之罪經犯罪被害人提起自訴者，縱檢察官已開始偵查，為尊重被害人是否進行刑事追訴之意願，例外許其提起自訴，此情形下被害人追訴之意願優先於公訴之利益而受到保障。但於單一案件中，一部係告訴乃論之輕罪，他部係非告訴乃論之重罪，則此時經國家追訴之公益與私人追訴之私益權衡之後，被害人是否進行刑事追訴之意願並未高於公訴之利益。故而，本文認為應「目的性限縮」刑事訴訟法第 323 條第 1 項但書「告訴乃論之罪」的文義，僅包括其核心範圍，即單一案件之全部均屬於告訴乃論之罪之情形，以符合刑事訴訟法第 323 條第 1 項之立法意旨，而非類推適用。

## 第五項 第二審上訴書狀得引用相關文書

最高法院 99 年度台非字第 77 號判決認為，原判決逕以檢察官上訴理由書不得引用告訴人聲請上訴理由狀為由，認定上訴理由不備具體理由，並以判決駁回上訴，係違背法令之判決。其理由係，「具有嚴格法定程式要求之審判筆錄、有罪判決書、第二審判決書、簡易判決書等攸關當事人權益甚為重大之書類<sup>226</sup>，尚

---

類推適用刑事訴訟法第 319 條第 3 項但書規定之法理，認上訴人就被告等三人所犯之詐欺取財、行使偽造私文書等犯罪事實全部，均不得再行提起自訴，均已依據卷內資料予以說明。」

<sup>226</sup> 刑事訴訟法第 48 條：「審判筆錄內引用附卷之文書或表示將該文書作為附錄者，其文書所記載之事項，與記載筆錄者，有同一之效力。」刑事訴訟法第 310 之 1 條第 2 項：「前項判決，法

可引用相關文書作為其實體內容，舉重以明輕，第二審上訴書狀既無如同上開書狀嚴格之法定程式要求，且無禁止第二審上訴書狀引用告訴人聲請上訴理由狀之明文，自難認第二審上訴書狀無類推適用上開得引用相關文書規定之餘地。」

蓋刑事訴訟法中對於第二審上訴書狀得否引用相關文書，未有明文規範，係屬法律漏洞。第二審上訴理由書與審判筆錄、有罪判決書、第二審判決書、簡易判決書等，同係刑事追訴機關所為關於刑事案件之公文書，性質相類，兩者相異之處（一則為檢察官所製作，他則為法官所製作），不致對法律評價產生決定性之影響。依刑事訴訟法第 48 條、第 310 之 1 條第 2 項、第 373 條、第 454 條第 2 項，可歸納出刑事案件之公文書得引用相關文書之原則，將其「整體類推」至法未明文規範之第二審上訴書狀，得出第二審上訴理由書得引用相關文書之類推結果。且此類推結果足以健全刑事程序之規範，填補該缺漏，正當妥適且無損被告之權益。

### 第六項 第三審類推適用第 370 條不利益變更禁止原則

刑事訴訟法第 370 條規定「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」，此規定是為不利益變更禁止原則（Verdchlechterungsverbot, Verbot der reformation in pejus）。其制度目的係為保障被告之上訴權，使被告得安心上訴，無懼於受到更不利益之判決結果，不致因此而放棄其上訴權。刑事訴訟法復於第 439 條針對再審程序，及第 447 條第 2 項關於非常上訴程序，亦設有不利益變更禁止原則。惟就上訴第三審則未明文規定或準用第二審不利益變更禁止之規範，故第三審得否類推適用不利益變更禁止之相關規範，遂生疑義。

否定說<sup>227</sup>者立基於文義解釋，認為本法既於第三審並無不利益變更禁止之明

---

院認定之犯罪事實與起訴書之記載相同者，得引用之。」刑事訴訟法第 373 條：「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。」刑事訴訟法第 454 條第 2 項：「前項判決書，得以簡略方式為之，如認定之犯罪事實、證據及應適用之法條，與檢察官聲請簡易判決處刑書或起訴書之記載相同者，得引用之。」

<sup>227</sup> 林俊益，《刑事訴訟法概論（下冊）》，頁 400，2010 年 2 月。

文規定，亦未有第二審不利益變更禁止原則之準用條款，自不受不利益變更禁止之拘束。申言之，第三審未有相關規範，係屬立法者有意之沉默，故意不為規範，自不存在法律漏洞，亦不生類推適用之問題。惟我國實務及學界多數見解<sup>228</sup>均採肯定說：就蓋不利益變更禁止原則之規範目的而言，係為保障被告得無所顧忌自由上訴，免因恐受更不利益之結果而猶疑應否上訴，且我國第三審得就案件自為判決，異於法國法上之僅得撤銷。又不利益變更禁止係上訴程序之重要法則，殊無因第二審或第三審而異之理。以目前我國實務運作而言，於第三審均遵行此原則。

深論之，相較於第二審、再審及非常上訴均設有不利益變更禁止之明文規範，獨缺第三審未有不利益變更禁止之規定，顯失平衡，亦無為相異規定之正當理由，應係立法者無意之疏忽，而造成規範不足之開放性法律漏洞，需類推適用相關規範加以填補。因此，由第二審（刑事訴訟法第 370 條）、再審（刑事訴訟法第 439 條）及非常上訴（刑事訴訟法第 447 條第 2 項）關於不利益變更禁止之數規範，可推導出「不利益變更禁止」為上訴程序之共通原則，為達保障被告安心上訴權之制度目的，第三審程序應整體類推適用不利益變更禁止之規定，於一定要件下，不得為對被告更不利益之判決。

### **第七項 第三審上訴中扣押被告財產由二審法院裁定**

刑事訴訟法第 121 條第 1 項規定「第 107 條第 1 項之撤銷羈押、第 109 條之命具保、責付或限制住居、第 110 條第 1 項、第 115 條及第 116 條之停止羈押、第 118 條第一項之沒入保證金、第 119 條第 2 項之退保，以法院之裁定行之。」，復於第二項規定「案件在第三審上訴中，而卷宗及證物已送交該法院者，前項處分、羈押及其他關於羈押事項之處分，由第二審法院裁定之。」查其立法理由乃因第三審為法律審，不為事實之調查，故被告是否有羈押之原因及必要，自應由事實審法院（第二審法院）調查審認。

---

<sup>228</sup> 林永謀，《刑事訴訟法釋論（下）》，頁 41-42，2010 年 11 月；林俊益，《刑事訴訟法概論（下冊）》，頁 400，2010 年 2 月；林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，頁 288，2006 年 9 月 4 版；黃朝義，《刑事訴訟法》，頁 674，2009 年 9 月 2 版。

故而，最高法院 99 年度台抗字第 847 號判決認為，「貪污治罪條例第十條第四項之規定，係為保全涉嫌貪污犯罪之被告不法所得財物之追繳、價額之追徵或財產之抵償，必要時得酌量扣押其財產，此項有關被告財產權之酌量扣押規定，與上開沒入保證金等事項之裁定，同為關係被告財產權之程序事項。而刑事訴訟法關於案件在第三審上訴中，而卷宗及證物已送交該法院者，如何裁定，並無類似沒入保證金等程序事項之規範，自屬立法之缺漏。」換言之，關於貪污治罪條例訂有酌量扣押被告財產之強制處分，於案件在第三審上訴中，而卷宗及證物已送交該法院者，應如何裁定，未有如刑事訴訟法第 121 條第 1、2 項之明文規範，而無法依法定程序扣押其財產，避免貪污之被告變賣、隱匿其不法所得，洵非立法本意，係屬規範不足之開放性法律漏洞。

準此，上開判決認為「……有涉及及人身自由之羈押、剝奪人民財產權之沒入保證金等事項，於案件第三審上訴中，既應由第二審法院裁定。則該項為保全貪污被告不法所得財物之追繳、價額之追徵或財產之抵償，其酌量扣押被告財產之裁定，自亦應類推適用刑事訴訟法第 121 條第 2 項之規定，於案件在第三審上訴中，由第二審法院裁定，始符合立法本旨。」換言之，需類推之構成要件（依據貪污治罪條例酌量扣押被告財產之裁定）與供類推之構成要件（刑事訴訟法第 121 條第 2 項），同係關於被告強制處分之程序事項，法律上之決定性評價相同，相異之處僅在於強制處分之種類，而此差異對於法律評價不生影響，故兩者間具有「類似性」，符合類推適用之要件。而類推適用之結果，對於貪污治罪條例被告之財產扣押，於案件第三審上訴中，應由何法院裁定，有規範可循，補足現行程序規範不足之處，亦未侵害被告之權益，符合妥適性之要求。

## **第八項 判決確定後之閱卷權**

### **第一款 實務見解**

關於判決確定後辯護人是否具有閱卷權，本法未有明文規範，遂生爭議。臺灣高等法院台中分院 85 年 7 月份法律座談會，即就「已確定刑事案件之受判決人聲請再審，於法院尚未裁定開始再審前，委任律師聲請閱卷，應否准許？」有所討論：肯定說認為應准許辯護人閱卷，蓋依刑事訴訟法第 33 條規定，辯護人於審判中得檢閱卷宗。原確定判決之被告既已聲請再審，所委任之律師即係其再

審案件之辯護人，依上開規定意旨，以准許閱卷為宜。且依臺灣高等法院所頒布《辦理民、刑事審判紀錄業務注意事項》規定：聲請再審之當事人，委任律師請求抄閱原卷及證物，應准其所請；否定說則認為，不應准許辯護人閱卷。蓋依刑事訴訟法第 27 條之規定意旨，辯護人係針對具被告身分者而設。刑事案件經判決確定，於所聲請再審經法院裁定開始再審前，原確定判決之被告僅具受判決人身分，其所委任之律師並未具辯護人資格。且依刑事訴訟法第 33 條之規定意旨，辯護人於審判中始得聲請閱卷，受判決人所聲請再審，在法院裁定開始再審前，尚未進入審判程序，以不准閱卷為宜。座談會之結論及研究意見採肯定說。

就無辯護人之被告，得否以聲請再審或非常上訴為理由，行使閱卷權之爭議，最高法院 100 台抗字第 690 號判決<sup>229</sup>亦持肯定說。其認為「第 33 條第 2 項明定「於審判中」四字，係相對應「於偵查中」為限縮，至於判決終結後，無辯護人之被告得否以聲請再審或非常上訴為理由，預納費用請求付與卷內筆錄之影本，法無明文規定。參酌日本刑事訴訟法第 53 條第 1 項規定「任何人，在被告案件終結後，均得閱覽訴訟紀錄。但對訴訟紀錄之保存或對法院及檢察工作有妨礙者，不在此限。」，及我國實務對於「聲請再審之當事人，委任律師請求抄閱原卷及

---

<sup>229</sup> 最高法院 101 年度台抗字第 277 號判決「至於判決確定後，無辯護人之被告得否以聲請再審或非常上訴為理由，預納費用請求付與卷內筆錄之影本，雖無明文。惟參酌日本刑事訴訟法第五十三條第一項規定「任何人，在被告案件終結後，均得閱覽訴訟紀錄。但對訴訟紀錄之保存或對法院及檢察廳之事務有妨礙者，不在此限。」及我國實務對於「聲請再審或抗告之刑事案件，如有當事人委任律師請求抄閱原卷及證物，現行法並無禁止之明文，為符便民之旨及事實需要，自應從寬解釋，准其所請」（見司法院七十六年十月二十二日院台廳二字第○六一二五號函）之同一法理，於判決確定後，無辯護人之被告以聲請再審或非常上訴為理由，請求預納費用付與卷內筆錄之影本，既無禁止之明文，自宜類推適用上開規定，從寬解釋，以保障其獲悉卷內資訊之權利，並符便民之旨。」、最高法院 100 台抗字第 690 號判決「按刑事訴訟法第三十三條於民國九十六年七月四日增訂第二項「無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。」之規定，明文賦予無辯護人之被告閱錄卷證之權利，以利其防禦權之行使，並於但書針對特別除外事由，規定得由法院就閱卷範圍及方式為合理之限制。本條項明定「於審判中」四字，係相對應「於偵查中」為限縮，至於判決終結後，無辯護人之被告得否以聲請再審或非常上訴為理由，預納費用請求付與卷內筆錄之影本，法無明文規定。參酌日本刑事訴訟法第五十三條第一項規定「任何人，在被告案件終結後，均得閱覽訴訟紀錄。但對訴訟紀錄之保存或對法院及檢察工作有妨礙者，不在此限。」，及我國實務對於「聲請再審之當事人，委任律師請求抄閱原卷及證物，應准其所請」（臺灣高等法院編印「辦理民、刑事審判紀錄業務注意事項」第一〇九點參照）之同一法理，則於判決確定後，無辯護人之被告以聲請再審或非常上訴為理由，請求預納費用付與卷內筆錄之影本，既無禁止之明文，自應類推適用上開規定，從寬解釋，以保障其獲悉卷內資訊之權利，並符便民之旨。」

證物，應准其所請」<sup>230</sup>之同一法理，則於判決確定後，無辯護人之被告以聲請再審或非常上訴為理由，請求預納費用付與卷內筆錄之影本，既無禁止之明文，自應類推適用上開規定，從寬解釋，以保障其獲悉卷內資訊之權利，並符便民之旨。」本文認為此判決之結論甚值贊同，惟其以比較法上日本刑事訴訟法第 53 條第 1 項規定「任何人，在被告案件終結後，均得閱覽訴訟紀錄。…」作為立論基礎，並非妥適，蓋案件終結與判決確定係屬二事，非可等同視之。復以臺灣高等法院編印《辦理民、刑事審判紀錄業務注意事項》第 109 點「聲請再審之當事人，委任律師請求抄閱原卷及證物，應准其所請」之行政規則為由，以規範位階較低的行政規則，推論位階較高之法律應如何規範始具正當性，更混淆了法規範之位階，此立論亦乏說服力。至其認為閱卷權之目的係為「便民」，亦屬誤解，蓋閱卷權乃係保障被告訴訟防禦權之核心權利，並非僅為查詢便利而設。

## 第二款 本文評析

判決確定後，受判決人聲請再審或非常上訴，則辯護人或無辯護人之被告，是否得請求閱卷，法無明文加以規範。蓋刑事訴訟法第 33 條第 1、2 項規定，辯護人於「審判中」得檢閱卷宗或證物，無辯護人之被告於「審判中」得預納費用請求付與卷內筆錄之影本，僅規範審判中之閱卷權，至判決確定後之閱卷權，則未見明文。就閱卷權之規範目的而言，係屬被告有效防禦之訴訟權核心要件，蓋唯有被告在瞭解其所受指控為何、存在那些證據等情形後，始得進行有效之辯護，並發展辯護攻防策略，甚而決定是否認罪，關乎被告訴訟權益甚重。<sup>231</sup>準此，受判決人聲請再審或非常上訴，亦須閱覽卷宗或證物，以為有效之訴訟攻防，且此時既已進入審判階段，不再有偵查不公開等維持偵查資訊優勢之必要，辯護人或被告之閱卷權更無受限之理由，自不宜逕以法無明文規範，而採反面解釋<sup>232</sup>，排除判決確定後辯護人或被告之閱卷權，蓋於此並無對兩者為差別待遇之正當理由。故而，立法者對於判決確定後，受判決人聲請再審或非常上訴，則辯護人或無辯

<sup>230</sup> 參照臺灣高等法院編印「辦理民、刑事審判紀錄業務注意事項」第 109 點。

<sup>231</sup> 楊雲驊，〈閱卷權之突破—以歐洲人權法院近年來數個判決為例—〉，《台灣本土法學雜誌》，70 期，頁 120-121，2005 年 5 月。

<sup>232</sup> 同前註，頁 131。

護人之被告，是否得請求閱卷，未明文加以規範，應係屬無意的立法疏漏，形成應規範而漏未規範的開放性法律漏洞，須由法院以類推適用加以補充。

供類推之構成要件(刑事訴訟法第 33 條第 1、2 項)與需類推之構成要件(判決確定後，受判決人聲請再審或非常上訴，辯護人或無辯護人之被告之閱卷權)間是否具有法律上決定性評價之一致性，須以解釋方法探求之。就閱卷權之規範目的而論，係屬被告有效防禦之訴訟權核心要件，唯有在被告瞭解其所受指控為何、存在那些證據等情形後，始得進行有效之辯護，並發展辯護攻防策略，甚而決定是否認罪，關乎被告訴訟權甚大。<sup>233</sup>於受判決人聲請再審或非常上訴，亦須保護被告上開訴訟上之防禦權，確保其聽審權之實現，以為有效之訴訟攻防，且已進入審判階段，不再有偵查不公開維持偵查資訊優勢必要，而限制辯護人或被告閱卷權之理由。故而，供類推之構成要件與需類推之構成要件，均須達成維護被告訴訟上防禦權之目的，使其得為有效辯護，於決定性之法律評價上係屬一致。而兩者的相異之處，即訴訟階段之不同(一則係審判中，一則係判決確定後)，對於法律評價不生影響，符合類推適用之要件。類推適用供類推構成要件之結果，能有效保障被告之防禦權，促成辯護攻防策略之擬定，以進行有效之辯護，無礙發現真實，符合妥適性之要求。

## 第九項 確定裁定類推適用再審、非常上訴程序救濟

### 第一款 實務見解

依據最高法院 44 年度台非字第 41 號判例意旨：「撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴。」故而，實務肯認，與科刑判決據同一效力之實體裁定，得類推適用非常上訴之規定提起救濟。另臺灣高等法院暨所屬法院 89 年法律座談會刑事類提案第 47 號<sup>234</sup>，就實體裁定(此提案情形係撤銷緩刑之裁定)應如何救濟，有所討論。討論意見有三說：

<sup>233</sup> 同前註，頁 120-121。

<sup>234</sup> 臺灣高等法院暨所屬法院 89 年法律座談會刑事類提案第 47 號法律問題：「被告因甲案經法院判決有罪而處以有期徒刑，並經宣告緩刑，嗣因於緩刑期內另犯乙罪而受有期徒刑之宣告，經檢察官聲請並經法院裁定撤銷緩刑確定。惟該乙罪之有期徒刑之判決，嗣經再審改判無罪確定，此時對該撤銷緩刑之裁定，被告應如何救濟？」

甲說認為，依最高法院 44 年度台非字第 41 號判例意旨「撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴。」，故應以非常上訴程序救濟；乙說認為，應聲請原法院逕以裁定撤銷原裁定；丙說亦參照最高法院 44 年度台非字第 41 號判例意旨，認為撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同效力，如具有再審原因，則應許以聲請再審救濟之。甲、乙說均不足採，蓋此提案之情形並非裁定違背法令，與非常上訴之要件不符，且此提案之裁定係屬實體裁定，並非程序裁定，自不得由原法院逕行撤銷或變更之。因此，研討結果採丙說，並以兩大理由證立其論點：

其一，係「最高法院屢次認為實體裁定，與科刑判決有同效力，而於法律所明定之「判決」外，認為對於「實體裁定」亦得提起非常上訴（其於法學方法上應係以「類推適用」之方法）救濟之。而在確定「實體裁定」並未違背法令，然認定事實有誤之情形，與認定事實有誤之判決相類，有類推之基礎及類推之必要，故應許其以類推適用之方法，以再審程序救濟之。」即因實務承認，與科刑判決有同效力之實體裁定得作為非常上訴之客體，故於再審亦應為同一解釋，使實體裁定得作為再審之客體。

其二，係因「最高法院 69 年台抗字第 277 號判決認為「再審係為原確定判決認定事實錯誤而設之救濟程序，駁回再審之裁定，乃關於訴訟程序上之事項，與案件之實體上事項無關，不得據為聲請再審之對象。」其反面解釋似可認為若裁定係「與案件之實體上事項有關」者，即得據為聲請再審之對象。」

## 第二款 本文評析

按再審程序係針對判決事實認定錯誤所設之救濟程序，非常上訴則係對於判決違背法律者所設之救濟程序，兩者同係為判決錯誤（一則係事實錯誤，一則係法律錯誤）而設之非常救濟程序，與上訴二、三審之通常救濟程序，共同構築判決之救濟體系。至於裁定的救濟程序，僅設有抗告之通常救濟程序，未如判決另設有非常救濟程序，故與實體科刑判決具有同效力之實體裁定，得否類推適用判決的非常救濟程序，遂生疑義。實務上採肯定見解，已如上述，惟我國學者認

為關於實體事項之裁定，雖與實體科刑判決有同等之效力，如有違誤，應依非常上訴程序予以糾正，不得聲請再審。<sup>235</sup>，也就是說，確定裁定，無論是程序上事項或實體上事項之裁定，均不得為再審之客體（對象）。<sup>236</sup>此見解斬釘截鐵地直言裁定絕無類推適用再審規定之可能，但卻可類推適用非常上訴之相關規範，未敘明理由，即理所當然的導出此結論，缺乏理論依據。

問題的癥結點在於，立法者未就與實體科刑判決具有同等效力之實體裁定，訂立異於程序判決之救濟規範，或得準用再審或非常上訴救濟之規定，此部分是否存在法律漏洞，而得由法院以類推適用的方式填補之。本文認為，實體裁定涉及刑罰權之方式與範圍，對被告之權益影響甚大，例如：撤銷緩刑宣告之裁定、更定其刑之裁定、定執行刑之裁定等。<sup>237</sup>故而，其法律評價與實體判決相當，自應賦予同樣程度之救濟程序與之相應，以保障被告之訴訟權，立法者對此疏未規範，存在法律漏洞，法院自得類推適用判決之非常救濟程序，使被告得就與科刑判決具同等效力之實體裁定，提起再審或非常上訴加以救濟，若符合法定要件之要求，不因其所循之途徑係再審或非常上訴而有所差別。

## 第十項 非因過失遲誤交付審判期間之回復原狀

### 第一款 實務見解

臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會刑事類提案第 34 號<sup>238</sup>，就當事人

<sup>235</sup> 陳樸生，《刑事訴訟法實務》，頁 556，1995 年 9 月重訂 10 版。林永謀，《刑事訴訟法釋論(下)》，頁 215，2010 年 11 月改訂版。林鈺雄，《刑事訴訟法(下)》，頁 401，2006 年 9 月 4 版。

<sup>236</sup> 林俊益，《刑事訴訟法概論(下)》，頁 452，2010 年 2 月。

<sup>237</sup> 林俊益，《刑事訴訟法概論(下)》，頁 579，2010 年 2 月。

<sup>238</sup> **臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會刑事類提案第 34 號法律問題**：「某甲告訴某乙涉嫌誹謗案件，因不服 A 地方法院檢察署檢察官所為之不起訴處分，依法聲請再議，嗣於民國 98 年 3 月 2 日收受上開檢察署所屬高等法院檢察署檢察長所為駁回聲請再議之處分書，因不服該駁回再議處分，乃依刑事訴訟法第 258 條之 1 規定，委由律師提出理由狀聲請交付審判，並於 98 年 3 月 9 日以限時掛號寄出上開書狀，惟中華郵政股份有限公司(下稱「中華郵政」)該管投遞股因疏漏而於 98 年 3 月 10 日誤將上開書狀投遞他處，待退郵至中華郵政投遞股，始於 98 年 3 月 13 日改投至 A 地方法院，旋經該法院以逾 10 日期間為由裁定駁回(本案例不考慮在途期間之問題)。某甲認非因可歸責於己之事由致遲誤交付審判聲請期間，檢具中華郵政函覆之相關證明，主張類推適用刑事訴訟法第 67 條之規定聲請回復原狀。按此非因聲請人過失而遲誤交付審判期間者，得否聲請回復原狀？」

非因過失，遲誤交付審判期間，得否聲請回復原狀之法律問題，提出討論，有否定與肯定二說：

否定說採嚴格文義解釋，認為刑事訴訟法第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項前段、第 70 條分別明文規定，非因過失，遲誤「上訴」、「抗告」、「聲請再審」或「聲請再議」之期間者，得由原檢察官准予回復原狀。但就非因過失，遲誤交付審判期間，則未明文加以規範，顯係立法者有意排除遲誤交付審判聲請期間之準用，不適用聲請回復原狀之規定。

肯定說則認為，非因過失，遲誤交付審判期間，得類推適用回復原狀之規定，其理由有三：

其一，現行法未就非因過失，遲誤交付審判期間，設有準用回復原狀之規定，存在規範不足之開放性法律漏洞。蓋就期間之立法意旨而言，係為使應為訴訟行為之人為之而設，以免訴訟延宕，兼顧當事人雙方利益，並避免司法資源之虛費，然若期間遲誤係因非可歸責於自己之事由，亦概生失權之效果，顯與期間設立之立法意旨有悖，故於同法第 67 條以下訂有回復原狀聲請之規定。惟於非因聲請人過失而遲誤交付審判聲請期間之情形，因 91 年 2 月增訂交付審判制度時未併予修正，從而使非因過失而遲誤交付審判聲請期間者，無從準用規定聲請回復原狀。致當事人因非可歸責於己之原因，而致喪失聲請交付審判之訴訟權，似有戕害人民基本權利之虞，本於有權利即應予以救濟之法理，現行法之規定對當事人權益之保障似有失公允。

其二，聲請再議與交付審判同為對檢察官所為處分之救濟，對於檢察機關內部監督機制之再議程序，既得準用聲請回復原狀之規定，則使法院介入審查之外部監督機制之交付審判程序，由更為公正中立之法院介入審查，本應對於當事人保障復益周全完善，竟無所同予準用，依舉輕明重之理，第 70 條僅就再議得聲請回復原狀之規定顯對當事人之保障不周，致生當事人之不利益而侵害其權利，顯為立法闕漏。

其三，聲請交付審判所定 10 日期間，與上訴、抗告、聲請再審或再議期間同為法定不變期間。故為貫徹本法保障當事人權益之精神，於遲誤期間非屬可歸責於當事人之事由，應准其類推適用刑事訴訟法關於回復原狀聲請之規定。

座談會之審查意見採肯定說，並補充理由認為，因遲誤期間而喪失訴訟上之權利，係基於法安定性之考量，惟於遲誤期間不可歸責於當事人時，應賦予人民

救濟之方式，否則無異於剝奪人民之訴訟權，且於規範保護目的發生衝突時，應考慮基本權之優越性。

## 第二款 本文評析

按回復原狀之立法目的，係因期間之目的在於限制行為人為訴訟行為之期間，以利訴訟迅速進行，維持法安定性，若因訴訟行為人之過失而遲誤期間，將生失權效。惟若遲誤期間非因訴訟行為人之過失所致，仍令其生失權效，有失公允，亦悖於期間之制度目的。故而，非因訴訟行為人之過失而遲誤期間者，得聲請回復原狀，回復其為該訴訟行為之權利。<sup>239</sup>刑事訴訟法第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項前段及第 70 條，就非因過失而遲誤上訴、抗告、聲請再審或聲請再議之期間者，得聲請回復原狀，定有明文規定。而聲請交付審判之期間規定，與上開支上訴、抗告、聲請再審或聲請再議期間之性質與功能相同，均係法定不變期間，卻獨漏未規範非因過失，遲誤交付審判期間，得準用回復原狀之規定，亦無為差異規範之正當理由，顯係立法者疏未規範之法律漏洞，須由法院類推適用相似規範加以填補。

從刑事訴訟法第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項前段及第 70 條，關於非因過失而遲誤上訴、抗告、聲請再審或聲請再議之期間者，得聲請回復原狀之數個規定，應得推導出法定不變期間，均應設有訴訟行為人非因過失遲誤期間，而得聲請回復原狀之折衝規定，此一共通原則，即供整體類推之構成要件。故而，需類推構成要件（非因訴訟行為人之過失，致遲誤交付審判聲請期間）與供類推構成要件，同係設有法定不變期間之訴訟行為，同樣須考量訴訟當事人非因過失致遲誤期間之情形，使其得聲請回復原狀，始為公允。故二者於法律上決定性評價具一致性，符合類推適用之要件。至其相異之處，訴訟行為之類型不同，無礙於法律上評價之一致性。類推結果正可補充對訴訟行為人保障不足之處，使救濟程序更具法律正當性，符合妥適性之要求。

---

<sup>239</sup> 林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，頁 207，2009 年 9 月 10 版。

## 第十一項 酌量扣押被告財產之事後救濟程序

最高法院 99 年度台抗字第 602 號判決認為，貪污治罪條例第 10 條第 4 項及洗錢防制法第 14 條第 2 項，設有關於酌量扣押被告或犯罪嫌疑人，可得為證據或得沒收之贓、證物以外財產之規定，以保全將來對於應追繳或沒收之犯罪所得財產或財產上利益，無法追繳或沒收時，得進行之替代程序，以防堵脫產，並有效執行追繳或沒收。惟上揭法律對於被處分人聲請返還扣押物或其他救濟程序，均乏明文規範。而刑事訴訟法第 133 條所定對可為證據或得沒收之物，為暫時性之處分，以達保全證據或確保沒收執行之目的，兩者性質雖屬相近，但立法意旨、扣押之客體仍有本質上之差異，不得直接適用刑事訴訟法之規定予以救濟。故而，刑事訴訟程序中不服審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為扣押之處分，受處分人得依刑事訴訟法第 416 條第 1 項準抗告規定，向所屬法院聲請撤銷或變更之。上開扣押處分，與刑事訴訟法第 416 條第一項第一款之處分類似，為使受處分人能有救濟途徑，自應准許其類推適用前揭準抗告之規定以資救濟。

然而，貪污治罪條例與洗錢防制法，雖對於被處分人之救濟程序，未有明文加以規範。惟貪污治罪條例與洗錢防制法，乃刑事訴訟法之特別法，若就同一事項均有規定，則優先適用特別法，反之，若就特定事項，特別法中並未加以規範，則應回歸適用普通法。貪污治罪條例第 19 條亦規定「本條例未規定者，適用其他法律之規定。」故而，因貪污治罪條例與洗錢防制法而被扣押財產之被告，自應直接適用刑事訴訟法之相關規範救濟其權利，而不存在法律漏洞，應直接適用，而非類推適用刑事訴訟法之規定。本則判決之論述有待商榷。

## 第六節 實務否定之類推適用

我國實務否定類推適用之情形，有三大著例：新聞記者不得類推適用刑事訴訟法第 182 條規定主張拒絕證言權、第二審上訴理由不得類推適用刑事訴訟法第 377 條規定限於判決違背法令之事由，以及檢察官不蒞庭不得類推適用刑事訴訟法第 305 條不待其陳述逕行判決。爰析論如下。

### 第一項 新聞記者之拒絕證言權

刑事訴訟法第 182 條規定「證人為醫師、藥師、助產士、宗教師、律師、辯

護人、公證人、會計師或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」惟本條並未將新聞記者納入規範範圍，是否存在規範不足之開放性法律漏洞？新聞記者得否類推適用上開規定主張拒絕證言權？遂生疑義，以下僅就相關實務見解進行分析與評論。

### 第一款 實務見解

最高法院 97 年度台抗字第 464 號判決認為：「民國 89 年 10 月間，即有 40 位立法委員提案增訂刑事訴訟法第 182 條第 2 項：「前項規定(業務拒絕證言權)，於證人為報紙、雜誌、廣播電台、電視等新聞媒體從業人員或曾任此等職務之人，就其業務上知悉之作者、投稿人之個人事項以及消息來源等事項受訊問者，準用之。」然未獲通過（見立法院第四屆第四會期第十次會議議案關係文書院總第一六一號委員提案第三二六九號），顯係立法機關經理性思考新聞自由與真實發現司法利益後，有意不為明文立法，而不賦予記者拒絕證言權，是此要非立法未因應時代變遷而生之法律漏洞，則再抗告人主張該條未將記者列入，係法律漏洞而得以類推適用云云，即屬無據。」最高法院以記者之拒絕證言權曾經提案而未獲通過立法為由，主張係立法者有意識而為之理性政策選擇，若因此而存在不圓滿性，則係「法律政策錯誤」，並非法律漏洞，僅能藉由立法或超越法律的法之續造修正其錯誤。

惟臺灣台北地方法院 94 年度矚訴字第一號刑事裁定亦認為「新聞自由作為憲法保障之基本人權，在保護消息來源係新聞專業之基本原則下，新聞記者與消息來源間之高度信賴關係，將一如刑事訴訟法第 182 條規定之其他專業人士，且為發揮新聞媒體善盡監督政府之功能所必要，已如前述，則我國刑事訴訟法第 182 條就此未加以規定，即屬立法未能因應時代變遷而產生之法律漏洞。……又新聞之獲得，主要來自新聞記者之採訪，則接受採訪之消息來源，如不欲他人知悉該新聞係自其流傳出去，自會在乎新聞記者是否將其透露出去，因此，除非新聞來源自願公開身分，或同意新聞記者揭露其身分，否則，破壞記者與新聞來源間之關係，將使新聞記者不再被信賴，如此勢必使記者之消息枯竭，而無從發揮新聞自由之功能。」

## 第二款 本文評析

### 第一目 未規範記者之拒絕證言權是否係法律漏洞

否定說認為刑事訴訟法第 182 條係採「列舉規定」<sup>240</sup>，其並未包含記者在內，故記者無拒絕證言權。最高法院 97 年度台抗字第 464 號判決亦認為「此為明示、列舉規定，並無明列新聞媒體從業人員之規定，則本件再抗告人雖為記者，當無直接適用餘地。」從而可謂法規範已就可主張拒絕證言權者為窮盡列舉，僅列舉者可主張拒絕證言權。故依反面解釋，未包含於法規範內之記者，即經立法者排除而不得主張拒絕證言權。復觀日本之立法例，日本刑事訴訟法第 149 條規定：「醫師、牙科醫師、助產士、護士、律師、代辦人、公證人、宗教在職人或曾擔任上述職務之人，對於受業務上之委託而得知之有關他人秘密之事實，得拒絕證言。但本人已經承諾或拒絕證言可以認為僅為被告之利益而濫用權利時（被告為本人時除外），及其他有法院規則所規定之事由時，不在此限。」就證人之拒絕證言權亦係採「列舉規定」。<sup>241</sup>

肯定說則從憲法優位原則所保障之新聞自由、記者與新聞來源間具高度信賴關係、德國與美國之立法例以及立法過程四個面向，證立現行法未賦予新聞記者拒絕證言權係存在規範不足之開放性法律漏洞。

蓋憲法第 11 條規定「人民有言論、講學、著作及出版之自由」大法官於司法院釋字第 364 號肯認新聞自由屬於憲法第 11 條保障之範圍，解釋文認為「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第 11 條所保障言論自由之範圍。」其理由書則謂「廣播電視係人民表達思想與言論之重要媒體，可藉以反映公意強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，其以廣播及電視方式表達言論之自由，為憲法第 11 條所保障之範圍。惟廣播電視無遠弗屆，對於社會具有廣大而深遠之影響。」蓋新聞自由係民主社會之基石，藉由新聞自由之保障，可

---

<sup>240</sup> 黃東熊，《刑事訴訟法論》，頁 446，1999 年 3 月增訂初版；周叔厚，《證據法論》，頁 563，1989 年。（轉引自林孟皇，〈新聞自由與媒體特權（上）—以新聞記者的刑事訴訟上特權為中心〉，《台灣本土法學雜誌》，95 期，頁 28，2007 年 6 月。）；吳巡龍，〈記者有無拒絕證言權〉，《月旦法學教室》，52 期，頁 27，2007 年 2 月。

<sup>241</sup> 吳巡龍，〈記者有無拒絕證言權〉，《月旦法學教室》，52 期，頁 27，2007 年 2 月。

提供人民表達意見之媒介，促進政府與人民間之溝通與消息傳遞，落實主權在民的憲法精神，更進一步可達監督政府施政之目的<sup>242</sup>，故賦予記者拒絕證言權殆屬必要。且新聞記者之職務內容即係採訪新聞，於經編輯篩選後於報紙、廣播或電視台等大眾傳播媒體播送，傳佈訊息使大眾知悉。而新聞記者之消息來源多樣，可能係一般民眾、線人、警察、親身見聞等等，其與記者之間具有一定之信賴關係，故而將該訊息提供與該記者，希其傳播該訊息，而該信賴關係之保障係賦予拒絕證言權之核心目的。

就比較法而言，德國刑事訴訟法第 53 條規定「(一) 對於下列情形，證人亦有拒絕證言權：……現或曾參與期刊或廣播電台職業之籌備、製作或散布而獲知之作者、投稿人、寄付或支持保證人之個人事項與對其活動所獲得之消息以及在編輯上所獲得有關寄付、支持與消息之事項。」<sup>243</sup>此規定即賦予記者絕對之拒絕證言權。美國聯邦證據法雖未明文規定記者之拒絕證言權，惟美國有 31 州立法規定新聞人員有拒絕證言權，稱之為「盾牌法 (Shield Law)」。<sup>244</sup>惟其大多僅賦予記者相對之拒絕證言權，於具有 *Stewart* 大法官於 1972 年 *Branzburg v. Hayes* 案提出之三個要件時，仍可強迫新聞人員作證，析述如下：(一) 有相當理由相信新聞媒體從業人員有與案情清楚相關之訊息；(二) 無法以其他比侵害新聞自由輕微的方式取得此訊息；(三) 取得此訊息比對之保護有更重大利益。<sup>245</sup>

再者，立法委員未通過賦予記者拒絕證言權之修法草案，並非立法者有意排除而未為規範，而係基於某些計畫外之原因（議事效率），而形成法律不圓滿性之情形。蓋該次修法於委員會審查時未經充分討論即送院會處理，院會時亦未經討論即行朝野協商，朝野協商則未留下院會記錄，係立法者有意不為規範，或欲將之委由司法裁判為個案決定，不無疑義。<sup>246</sup>

---

<sup>242</sup> 吳巡龍，〈記者有無拒絕證言權〉，《月旦法學教室》，52 期，頁 27，2007 年 2 月；王兆鵬，〈論新聞記者之拒絕證言權〉，《月旦法學雜誌》，134 期，頁 203，2006 年 7 月；林孟皇，〈新聞自由與媒體特權(上)－以新聞記者的刑事訴訟上特權為中心〉，《台灣本土法學雜誌》，95 期，頁 21-22，2007 年 6 月。

<sup>243</sup> 轉引自王兆鵬，〈論新聞記者之拒絕證言權〉，《月旦法學雜誌》，134 期，頁 200，2006 年 7 月。

<sup>244</sup> 王兆鵬，〈論新聞記者之拒絕證言權〉，《月旦法學雜誌》，134 期，頁 200，2006 年 7 月。

<sup>245</sup> 吳巡龍，〈記者有無拒絕證言權〉，《月旦法學教室》，52 期，頁 26，2007 年 2 月；王兆鵬，〈論新聞記者之拒絕證言權〉，《月旦法學雜誌》，134 期，頁 204，2006 年 7 月。

<sup>246</sup> 林孟皇，〈新聞自由與媒體特權(上)－以新聞記者的刑事訴訟上特權為中心〉，《台灣本土法學雜誌》，95 期，頁 19-20、31、33，2007 年 6 月；吳元曜，〈法律適用方法論〉，頁 92，2010

對於記者是否可類推適用刑事訴訟法第 182 條拒絕證言權規定，本文採肯定說，認為法無明文規範記者之拒絕證言權，係存在應規範而未規範之開放性法律漏洞。蓋新聞自由係促進公意形成、健全民主政治所不可或缺之憲法制度性保障，若強令記者於刑事案件中作證，將破壞其與消息提供來源者間之信賴關係，甚而使其消息來源枯竭，形成寒蟬效應。無異於使記者成為檢調機關之輔助機關，恐生檢調機關怠於蒐證之弊。蓋搜集證據以達刑事訴追目的，本係檢調機關責無旁貸之職務，犯罪事實之證明，有諸多證據方法可採取，檢調機關應自行蒐集證據。記者採訪及播報新聞係為揭露訊息，並傳播資訊給社會大眾，並非為刑事訴追而蒐證，且若係專跑社會線或政經線之記者，需時常出庭作證，妨礙其工作執行而有損其工作權之虞。

至法律未規範，則此並非立法政策錯誤，蓋本文認為，記者拒絕證言權雖曾經提出修正案，而未經立法院通過。惟就立法過程而觀，立法委員就多達 12 個版本的修正草案未附任何理由而未納入修法中，亦未留下任何院會紀錄，實難謂係立法委員有意識且理性討論過後所為之立法選擇<sup>247</sup>。且就結果而言，雖然未修法增訂記者之拒絕證言權，但卻有多達 12 個版本的修正草案，顯示了立法委員、司法機關等對於記者證言權之增訂，原則上係採肯定的態度，僅對於應採絕對或相對的拒絕證言權，以及例外情形之規範有不同的提案內容，而無法整合成單一版本。或可謂立法委員係對於應如何規範記者之拒絕證言權尚未有定論，故並未貿然立法，而委由實務與學界形成更明確的見解後，再妥為立法，亦未可知。故於修法前，須類推適用刑事訴訟法第 182 條填補法律漏洞。

## 第二目 新聞記者得否類推適用第 182 條主張拒絕證言權

本文已肯認法無明文規範記者之拒絕證言權係屬開放性的法律漏洞，即應為規範而漏未為規範。故而，可否類推適用刑事訴訟法第 182 條，賦予記者拒絕證言權，端視刑事訴訟法第 182 條之供類推之構成要件與需類推之構成要件記者拒絕證言權之間，是否具有「類似性」而定。

---

年 9 月。

<sup>247</sup> 林山田等，〈搜索修法之回顧與前瞻（一）〉，《台灣本土法學雜誌》，20 期，109 頁以下，2001 年 3 月。

否定說提出如下論點，認為記者與刑事訴訟法第 182 條規定得行使拒絕證言權之主體間，並不具有類似性，而不得類推適用。<sup>248</sup>其一係記者並無專業證照，而第 182 條之醫師、藥師、律師等多係經國家考試取得專業證照者。其二係刑法與行政法對於醫師等專業人士洩密，有相關的刑罰與行政罰加以處罰，記者則無，其三係醫師等專業人士係保守從業所知悉之秘密，原則上其保密不會對他人造成危害；而記者是將消息公佈周知，如保護消息來源，可能阻礙實體真實之發現，受害人之權益無法伸張。

肯定說則認為，記者與刑事訴訟法第 182 條規定得行使拒絕證言權之主體間，具有類似性，而得類推適用。<sup>249</sup>其一，係肯認新聞記者與消息來源間具有「高度信賴關係」，蓋記者與新聞來源間關係密切且互相信任，而提供幕後消息及獨家新聞予記者，故新聞記者為了顧及採訪對象或新聞提供者之權益，有必要、有義務、有責任保密新聞來源。<sup>250</sup>最高法院 97 年度台抗字第 474 號刑事裁定即稱「……新聞之獲得，主要來自新聞記者之採訪，除非提供新聞來源者自願公開身分或同意新聞記者揭露其身分，否則破壞新聞記者與新聞來源者間之互動關係，勢必使新聞記者之消息來源枯竭而無從發揮新聞自由之功能。又保護消息來源固係新聞專業之基本職業倫理……」其二，係基於憲法保障新聞自由（司法院釋字第 364 號）之意旨，為保障新聞採訪制度之存續，即需保障記者與消息來源間之信賴關係，若喪失此等信賴關係，新聞採訪制度恐瀕臨瓦解，而無法保障其存續及穩固，有害憲法對新聞自由之制度性保障。其三，係新聞採訪制度在社會上具有相當之重要性，蓋媒體向有第四權之稱，具有監督政府、增進人民表現自由、促進公意形成等功能，為民主社會之重要制度，而具有相當重要性。

本文認為否定說之論點並非可採。其一，係刑事訴訟法第 182 條所規範之主體包括宗教師以及其所列舉之專業人士之業務上佐理人，均係與其業務對象具信賴關係，而其執業資格取得無需經由國家證照制度加以認可者，有無證照實非本條規範之決定性要件，縱記者不具此要件，亦非當然不具類似性。其二，係對於

---

<sup>248</sup> 臺灣台北地方法院 94 年度矚訴字第 1 號刑事裁定；林孟皇，〈新聞自由與媒體特權（上）——以新聞記者的刑事訴訟上特權為中心〉，《台灣本土法學雜誌》，95 期，頁 32，2007 年 6 月；吳元曜，《法律適用方法論》，頁 91-95，2010 年 9 月。

<sup>249</sup> 吳元曜，《法律適用方法論》，頁 90-91，2010 年 9 月。

<sup>250</sup> 錢震，《新聞新論》，頁 170-171，2003 年 3 月。

記者洩密並無相關的刑罰與行政罰加以處罰，惟不加以處罰並不表示記者即無保密之義務，而是因媒體自律要求，法律規範在此限縮，如基於記者之內部規範，仍有保密之義務，如我國公共電視台之節目製播準則第三篇第九章第三點即規定「記者應保護消息來源」<sup>251</sup>，且新聞記者若洩密，仍可能受刑法洩密罪或誹謗罪之處罰。其三，係拒絕證言權之本質，即係為維護私人利益，而犧牲刑事訴追利益之制度，只要行使拒絕證言權，即係阻卻其於刑事訴訟法中作證之義務，均會造成公眾法益之損害之虞，若謂醫師等專業人士之保密即未對他人造成損害，恐無其理。

整體而言，刑事訴訟法第 182 條賦予從事特定業務者，對於其因業務關係而知悉之他人祕密得行使拒絕證言權，其規範目的係為避免因其所言將來有可能被做為證據，而降低其溝通意願，或破壞具特定關係的人之間的互動。<sup>252</sup>故其所表現之「決定性評價」係從事該業務者與其業務對象間具有「高度信賴關係」，且為維持該業務之持續執行，應賦予從事該業務者拒絕證言權。

準此，記者與其消息提供者之間具有「高度信賴關係」，記者基於此信賴關係而取得新聞，消息提供者亦因信賴記者而提供其消息，故具備刑事訴訟法第 182 條之「決定性評價」，而其不一致之部分如上述否定說所列，均不足以排斥此等法律評價。從而本文認為，於現行法無明文賦予記者拒絕證言權之情形下，記者應得類推適用刑事訴訟法第 182 條行使拒絕證言權，以填補法律漏洞。

### 第三目 小結

雖然現行法無明文賦予記者拒絕證言權，而存在著法律漏洞，但實務之運作卻並未產生很大的困擾。蓋實務對於拒絕提供消息來源之記者，多採取寬容（甚

---

<sup>251</sup> 公共電視台之節目製播準則第三篇第九章「三 保護消息來源 並審慎查證 1.保護消息來源，係民主社會中維繫資訊自由公開的要件，也是新聞專業的基本原則。輕易透露新聞來源，恐將影響資訊流通，也衝擊民主社會健全發展，謹慎考量是否承諾不透露消息來源，一旦答應，就應確實遵守。...4.保護消息來源事新聞專業的基本原則，然而目前《刑事訴訟法》並未保障新聞記者在接受法庭訊問時，有拒絕證言的權利。因此，一旦發生保護消息來源的原則與法庭調查相牴觸的情況時，只要所報導的新聞是經過審慎查證，且已提報部門主管同意，對於記者觸法時的可能後果，公廣集團應提供法律與工作權等相關支援與協助。...」

<sup>252</sup> 吳巡龍，〈記者有無拒絕證言權〉，《月旦法學教室》，52 期，頁 26，2007 年 2 月。

或放縱)的態度<sup>253</sup>,直至 94 年度矚訴字第 1 號刑事裁定審理「股市勁永禿鷹案」,始出現國內首件記者因拒絕證言而遭裁罰之案例,於此案例後,迄今並未再發生第二件記者因拒絕證言而遭裁罰之案例。<sup>254</sup>或可謂司法機關已透過實務運作之方式,間接賦予記者拒絕證言權。惟為落實新聞自由之保障,及維護新聞記者與消息提供者間之信賴關係,仍應立法承認記者之拒絕證言權較為妥當。

## 第二項 第二審上訴須以判決違背法令為由

### 第一款 實務見解

刑事訴訟法第 361 第 2 項規定:「上訴書狀應敘述具體理由。」惟具體理由之內容為何?應如何判斷上訴書狀之記載,是否已符合具體理由之要求?上開問題均缺乏明文規範。臺灣高等法院 98 年度上訴字第 4212 號判決認為,應類推適用刑事訴訟法第 377 條規定,將第二審之上訴書狀,嚴格界定須依據卷內既有訴訟資料或提出新事證,指摘或表明第一審判決有何採證認事、用法或量刑等足以影響判決本旨之不當或違法,而構成應予撤銷之具體事由,始足當之。惟最高法院 98 年度台上字第 7962 號判決<sup>255</sup>駁回此見解,認不應類推適用刑事訴訟法第

<sup>253</sup> 王兆鵬,〈論新聞記者之拒絕證言權〉,《月旦法學雜誌》,134 期,頁 211,2006 年 7 月。

<sup>254</sup> 本文以「記者 拒絕證言」於司法院法學資料檢索系統查尋各級法院,並未尋獲其他案件。(99 年 12 月檢索)

<sup>255</sup> **最高法院 98 年度台上字第 7962 號判決**「刑事訴訟法第三百六十一條原規定:不服地方法院之第一審判決上訴者,應向管轄第二審之高等法院為之,並無第二審之上訴書狀應敘明上訴理由之明文,則凡第一審之判決已上訴部分,無論曾否敘述上訴理由,第二審均應調查裁判,以免過度限制被告之上訴權。嗣該條於民國九十六年七月四日於第二項修正為「上訴書狀應敘述具體理由。」但第二審之訴訟架構,未同步改為事後審,仍採覆審制;是不服地方法院之第一審判決而上訴之門檻不應太高,以呼應覆審制之訴訟架構。惟上開修正條文所指之「具體理由」內容,未見明文,但由該條文之原草案為「依前項規定提起上訴者,其上訴書狀應敘述理由,並引用卷內訴訟資料,具體指摘原審判決不當或違法之事實。其以新事實或新證據為上訴理由者,應具體記載足以影響判決結果之理由。」修正為現行條文之立法理由為:「提起第二審上訴之目的,在於請求第二審法院撤銷、變更原判決,自須提出具體理由。爰增訂第二項,明定上訴書狀應敘述具體理由。又因目前第二審並非如第三審係法律審,故上訴理由無須如第三百七十七條規定以原判決違背法令為限,乃屬當然。」足見第三審之上訴書狀只應敘述具體理由,即屬適法。原判決卻類推適用刑事訴訟法第三百七十七條之規定,將第二審之上訴書狀,嚴格界定須依據卷內既有訴訟資料或提出新事證,指摘或表明第一審判決有何採證認事、用法或量刑等足以影響判決本旨之不當或違法,而構成應予撤銷之具體事由,始克當之,並以上訴意旨未具體指摘第一審判決有違法或不當,僅屬空泛之指摘,認其上訴為不合法律上之程式,予以駁回,揆諸前揭說明,難謂為允洽。」

377 條解釋第二審上訴書應敘述「具體理由」之內涵，其理由有三：

其一，刑事訴訟法第 361 條之原修正草案為，「依前項規定提起上訴者，其上訴書狀應敘述理由，並引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決不當或違法之事實。其以新事實或新證據為上訴理由者，應具體記載足以影響判決結果之理由。」未經採納，並修正為「上訴書狀應敘述具體理由。」可推知立法者主觀意思不欲與第三審上訴門檻為同一解釋。其二，第二審之訴訟架構採「覆審制」，故而上訴門檻不宜太高。其三，第二審非如第三審係法律審，故上訴理由無須如刑事訴訟法第 377 條規定以原判決違背法令為限。

## 第二款 本文評析

首先，刑事訴訟法第 361 條第 2 項，對於上訴書狀之形式要求，僅簡單規定為「上訴書狀應敘述具體理由。」至如何記載始得謂符合具體理由之要求，未有明文規範，得否謂係法律漏洞？就系爭條文之修正目的而言，係「為節制濫行上訴，本無意過度限制提起第二審上訴，放任顯有不當或違法之第一審判決豁免於第二審法院審查，致影響於當事人之訴訟權。<sup>256</sup>」以避免僅泛稱原判決認事用法

---

<sup>256</sup> 最高法院 98 年度台上字第 7481 號判決「所謂具體理由，解釋上固係指依據卷內既有訴訟資料或提出新事證，指摘或陳明第一審判決於認定事實、適用法律或量刑有何足以影響判決本旨之不當或違法，而構成應予撤銷、變更之具體事由，始克當之；倘僅泛言原判決認定事實錯誤、違背法令、量刑失之過重或輕縱，而未依上述意旨指出具體事由，或形式上雖已指出具體事由，然其事由縱使屬實，亦不足認原判決有何不當或違法者，皆難謂係具體理由，俾與第二審上訴制度旨在請求第二審法院撤銷、變更不當或違法之第一審判決，以實現個案救濟之立法目的相契合，並節制濫行上訴。然現行刑事訴訟法就第二審上訴係採行覆審制，第三審上訴則為法律審，兩者基本原則不同，第三審上訴理由限於原判決違背法令，第二審上訴理由則不以此為限，兼及原判決認定事實錯誤，對於第二審上訴之限制，自不能嚴過第三審上訴。而上述修正之本旨既在節制濫行上訴，本無意過度限制提起第二審上訴，放任顯有不當或違法之第一審判決豁免於第二審法院審查，致影響於當事人之訴訟權。我國尚未實施全面義務辯護或國選辯護制度，未有辯護人輔助之被告提起第二審上訴，倘所具上訴書狀已及第一審判決於認事、用法或量刑有不當或違法之事由，並非明顯抽象、空泛或籠統指摘，且所指事由並非顯然不足據以撤銷、變更第一審判決，僅因被告未具備專業法律知識，致所理由是否契合法定具體理由之精義，尚欠明確，而第一審判決自形式上觀察，復顯有不當或違法情形存在者，基於國家具體刑罰權之正確實現及第二審上訴側重個案救濟之精神，第二審法院審酌是否合於法定具體理由要件，應就上訴書狀所述理由及第一審判決之認事、用法或量刑，暨卷內所有訴訟資料等項，兼顧保障被告之權益，而為整體、綜合觀察，不容偏廢，始符立法本旨。」、最高法院 98 年度台上字第 5354 號判決「第二審上訴書狀應敘述具體理由，民國九十六年七月四日修正公布之刑事訴訟法第三百六十一條第二項定有明文。上訴書狀全然未敘述理由者，第一審法院或第二審法院審判長應分別依同條第三項、同法第三百六十七條但書之規定，定期間裁定先命補正；如若所提之上訴理由，經第二審法院審查結果，

不當或採證違法、判決不公等，顯無具體理由之情形。故而，刑事訴訟法第 361 條第 2 項所稱上訴書狀應敘述具體理由，應係不確定的法律概念（待價值補充之法律概念），如何敘述始符合「具體理由」之要求，應採寬鬆標準認定，針對個案判斷其所述理由「並非明顯抽象、空泛或籠統指謫，且所指事由並非顯然不足據以撤銷、變更第一審判決。<sup>257</sup>」即得謂係具體理由，此係立法者預留予法院解釋之空間，法院應依職權審酌個案具體情形，自行解釋以具體化其內涵，並不存在法律漏洞。

再者，刑事第二審採「覆審制」，其訴訟結構異於上訴第三審之法律審，兩者不具「類似性」基礎，更遑論此類推適用之結果將悖離修法理由，且客觀上類推適用將過度限縮第二審上訴範圍，導致全然不具妥適性之類推結果。綜上，本則最高法院判決之結論，足資贊同。

### 第三項 檢察官不蒞庭不待其陳述逕行判決

#### 第一款 實務見解

臺灣高等法院高雄分院 96 年上更（二）字第 333 號判決認為：「又刑事訴訟法第 305 條規定「被告拒絕陳述者，得不待其陳述逕行判決；其未受許可而退庭者，亦同」，該法文係專對被告放棄訴訟上之抗辯而為之特別規定，自不得類推適用於同為當事人之檢察官。又檢察官係代表國家實行公訴，若法院於審理刑案時，遇有實行公訴之檢察官惡意缺席或未經審判長許可而退庭之情事時，即可令

---

認非屬具體理由者，固無命補正之問題，應依同法第三百六十七條之規定，以上訴不合法律上之程式而判決駁回之。然此上訴理由之敘述如何得謂具體，與法院審查之基準如何，攸關是否契合法定具體理由之第二審上訴門檻，自屬訴訟權保障之核心內容。國家機關為防止先前「空白上訴」之流弊，改採對於被告訴訟（上訴）權限制較大之現制，雖屬立法政策之形成，未逾立法裁量之範疇。……又第二審上訴之目的，既在於請求撤銷、變更原判決，則所謂具體理由之審查，當係指相對應於第一審判決之採證認事、用法或量刑等各項有無顯然影響於判決之違法或不當而言，並因個案之不同而具浮動性。上訴理由之敘述，應先合乎具體之要求，始有所敘述可取與否之實體審理與判斷之問題。上訴書狀所敘述原判決如何足以撤銷、如何應予變更之事實上或法律上之具體事項（包括提出利己之事證，期使第二審法院採納，俾為有利之認定），除其所陳之事由，與訴訟資料所載不相適合者外，倘形式上已足以動搖原判決使之成為不當或違法而得改判之事由者，均應認符合具體之要件。」

<sup>257</sup> 最高法院 98 年度台上字第 7481 號判決。

庭務員通知該檢察官所屬之主任檢察官或該檢察署檢察長另行指派檢察官到庭實行公訴，如該檢察署事實上無從派人代理實行公訴時，似宜另定審理期日，以維訴訟程序上之正義，是故法院自不得未經檢察官到庭論告即逕行判決……。」本則判決認為檢察官不蒞庭實行公訴，不得類推適用刑事訴訟法第 305 條「被告拒絕陳述者，得不待其陳述逕行判決；其未受許可而退庭者，亦同」，無待檢察官陳述，逕為一造缺席判決。

## 第二款 本文評析

刑事訴訟法第 3 條規定「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告。」，檢察官與被告同屬刑事程序之當事人，形式地位相似，惟就實質層面而論，檢察官代表國家訴追犯罪，以實踐國家刑罰權，到庭參與審判程序乃其義務與職責，亦為正當法律程序之要求，刑事訴訟法第 280 條規定「審判期日，應由推事、檢察官及書記官出庭。」第 379 條第 8 款亦規定「除有特別規定外，未經檢察官或自訴人到庭陳述而為審判者。」係判決當然違背法令之事由。再者，依據《檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項》第 123 項規定「檢察官有實行公訴之職責。對於提起公訴之案件，應於法院通知之審判期日始終到庭，不得無故缺席或先行離庭；如有正當理由預期無法到庭或全程在庭者，應洽請法院改期或為適當之處理，或事先將其事由陳報該管檢察長，由該管檢察長指派或自行委託其他檢察官，依檢察一體原則到庭接替執行職務。」基於檢察一體原則，檢察官具可替代性，縱原實行公訴之檢察官因故無法出庭，亦得因檢察一體而改派其他檢察官出庭實行公訴，蓋於審判期日到庭實行公訴，係檢察官不可推諉之法定職權。

綜上，顯見檢察官不到庭實行公訴，與被告拒絕陳述或未受許可而退庭，兩者於法律上之評價迥異，不具類似性，不符類推適用之基礎。至檢察官於審判期日不到庭，法院應如何處理，係屬司法行政之技術性、細節性事項，法律對此無明文規範，並非法律漏洞，自亦不存在類推適用之前提。法院應依內部行政規則通知檢察機關或另定審判期日，非可逕認存在法律漏洞，而類推適用刑事訴訟法第 305 條為一造缺席判決。上開判決之見解足資贊同。

#### 第四項 小結

上開實務否定類推適用之判決見解，除了禁止新聞記者類推適用刑事訴訟法第 182 條主張拒絕證言權之部分，尚有討論之空間外，其他二種禁止類推適用之類型，基於第二審和第三審制度結構之不同，對於上訴理由之要求自亦不得等同視之，另檢察官代表國家執行刑罰權，刑事訴訟法上之地位與國家刑罰權行使對象之被告大相逕庭，於檢察官不蒞庭實行公訴時，自不得類推適用被告不到庭之規定逕行判決。準此，刑事訴訟法上之類推適用必須顧及制度目的，禁止悖離制度建置目的之類推適用。



## 第六章 結論

法學方法在刑事訴訟法上之應用尚未受到普遍的重視，惟法學方法可使吾人以更為科學、更有邏輯的方式思考刑事訴訟法上之議題，不論哪一個法域，都必須以法學方法來思考，而非單憑直覺即妄下論斷。而諸多法學方法中，尤以「類推適用」最值得研究，蓋法院透過個案司法造法，以填補法律漏洞，涉及司法與立法間權力分立之緊張關係，與人民基本權利之保障。刑事訴訟法作為整體法律秩序之一部分，加以刑事程序複雜多變之特性，立法者自亦無法以法律就所有刑事程序窮盡規範，而必然存在法律漏洞，有類推適用法定規範加以填補之必要性。惟刑事訴訟法是否亦受刑法上之禁止類推適用原則之拘束，係研究刑事訴訟法上類推適用之先決問題，故而，如何證立刑事訴訟法容許類推適用便係本文之重點，於肯認刑事訴訟法上類推適用之容許性後，筆者復由應然與實然兩個面向，探討刑事訴訟法上之類推適用。謹就本文主要之研究成果，簡要析述如下：

### 一、刑事訴訟法原則上容許類推適用

刑事訴訟法雖與刑法屬於刑事法，惟其與刑法之功能互異，蓋刑事實體法之功能係就可非難之特定生活事實，由立法者採擇並經立法程序成為實定法，抽象規範犯罪之構成要件及法律效果，嚴格界定人民之行止，必須藉由「罪刑法定主義」節制國家權力，原則上禁止類推適用，創設或加重刑罰。而刑事訴訟法係確定並實現具體個案刑罰權之訴訟程序，以對犯罪進行訴追並認定犯罪成立與否，及罪責之輕重等，多係技術性之程序規範，與刑法之規範內容迥異，實不應逕行類推適用刑法上禁止類推適用原則。

再者，基於立法之侷限性，法律必然有漏洞，而法律漏洞於刑事訴訟法屢見不鮮，原則上刑事訴訟法不禁止類推適用。甚而，基於憲法優位性之要求，於某些情形下，必須類推適用，以具體實踐憲法之價值，自不受刑法上禁止類推適用原則之拘束。

## 二、建構應然面之操作模型

關於刑事訴訟法上之類推適用之應然層面，本文將法學方法導入刑事訴訟法中，針對刑事訴訟法上之類推適用建構一個應然的操作（檢驗）模型，分為三大層次：確定存在開放性法律漏洞、類似性之探求，以及妥適性之權衡。首先，應先認定開放性的法律漏洞確係存在，其方式係以反面剔除除去非屬法律漏洞之反面解釋、有待價值補充之概念、非屬法律保留事項和立法政策錯誤，亦即以反面的方式認定是否違反立法計劃，是否就特定類型事件，法律欠缺依其本應包含之適用規則，應規範而未為規範致規範不足之法律漏洞確係存在。

其次，從形式層面和實質層面判斷需類推構成要件與供類推構成要件間是否具有類似性，「形式層面」參考 *Larenz* 的構成要件類似說之思考方式，積極確定供類推構成要件與需類推構成要件之間相同或一致之處，構成兩者間決定性法律評價之類似性，並消極確定供類推構成要件與需類推構成要件之間相異或不一致之處，對於兩者間決定性法律評價之類似性。「實質層面」則著重「法律價值之權衡」，探求需類推案型所應成就或維護之社會價值為何，與供類推構成要件所表現出的「決定性法律評價（決定性觀點）」是否具有的一致性，類推適用之結果能否符合法律價值上之要求。此外，亦須注意類推適用與其他法學方法間之區辨，以免產生混淆。

最末，則考量類推適用之結果在刑事訴訟法上之妥適性，基於刑事訴訟法與憲法間特別密切之關係，以憲法優位性原則劃定刑事訴訟法上類推適用之外部界限，將憲法價值納入考量，更須特別注意權力分立原則與法律保留原則，復以刑事訴訟法所欲實踐之三大目的，發現真實原則、法和平性原則與正當法律程序原則，作為刑事訴訟法上類推適用之內部價值權衡。透過這三層次的嚴謹推理，確認該刑事訴訟法上之類推適用係屬合理妥適。

## 三、評析實然面之實務見解

關於刑事訴訟法上之類推適用之實然層面，我國實務判決頻繁使用類推適用之方法填補開放性的法律漏洞，本文篩選出其中較具重要性之見解，並將其類型

化為六大類<sup>258</sup>：大法官解釋與判例之類推適用、強制處分之類推適用、證據能力之類推適用、傳聞例外之類推適用、技術性規範之類推適用，以及實務否定之類推適用。僅就各類別簡述如下：

### (一)大法官解釋與判例之類推適用

大法官於司法院釋字第 677 號、第 665 號解釋中錯誤運用類推適用之概念，蓋前者係立法者已於法條中明文授權應適用民法規定之授權式類推適用，後者則非屬法律保留之範疇，毋庸以法律加以規範，行政規則本應承上位規範之意旨訂定，無需類推適用。僅於司法院釋字第 43 號就判決文字之誤寫誤算，類推適用民事訴訟法相關規範填補該法律漏洞，應屬正確。最高法院判例運用類推適用之部分，最高法院 71 年度台上字第 7884 號判例認為，過於固守文義解釋，認為自訴人之代理人不得類推適用刑事訴訟法第 346 條代理自訴人上訴，反致自訴人權保障不足之結果。而最高法院 93 年度台上字第 5185 號判例則基於同一法理，認為刑事訴訟法第 276 條第 1 項所稱「預料證人不能於審判期日到庭」應限於有一定客觀事實正當理由，實係採目的性限縮之方式，而非類推適用，雖然結論堪稱妥適，惟其法學方法論證似有混淆之虞。故而，大法官與最高法院似尚未能準確運用類推適用之方法，亦未意識到開放性法律漏洞之存在係類推適用之前提要件，說理粗糙簡略。

### (二)強制處分之類推適用

雖然強制處分受到法律保留之拘束，但並非謂與強制處分有關之所有事項均禁止類推適用，若類推適用之結果對於被告更為有利，原則上應容許類推。本文以實務上具爭議性之「限制出境」與「附帶搜索和同意搜索之事後救濟程序」為例。最高法院以當然解釋之方式，將限制出境視為限制住居之態樣之一，並非妥適，且此已構成強制處分之創設，基於法律保留原則，禁止類推適用。另於附帶搜索與同意搜索之事後救濟程序之類推適用之情形，基於附帶搜索與同意搜索和緊急搜索間之類似性基礎，且類推適用之結果有利於被告、有助於正當法律程序

---

<sup>258</sup> 分類基準與理由請參見本文第五章。

等，符合妥適性之要求，而得類推適用準抗告與事後陳報制，實務見解未盡完備。

### (三)證據能力之類推適用

刑事訴訟法第 155 條第 2 項規定「無證據能力，……，不得作為判斷之依據」，其中「無證據能力」，係屬一概括、有待價值補充之法律概念，而且由於證據使用禁止涉及多種憲法利益上之衝突，雖然立法者對於規定證據使用禁止一事負有主要形成之任務，惟刑事訴訟法對「無證據能力」之規定並非非窮盡列舉式，而係一個有意的法律漏洞，得以類推適用之方式填補之。

實務上主要有「筆錄與錄音（錄影）不符部分排除其證據能力」、「另案監聽所得證據資料之證據能力」、「非任意性證人陳述之證據能力」，以及「共同被告得爭執她被告知自白非出於任意性」此四類代表性判決。實務見解除了主張另案監聽所獲之證據應類推適用另案扣押取得證據能力之見解，係屬不當之類推適用外，關於監聽譯文與錄音（錄影）不符部分，與訊問證人筆錄與錄音（錄影）不符之部分，類推適用刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項排除其證據能力；另案監聽所得證據資料之證據能力限縮類推適用另案扣押之規定、證人非任意性陳述類推適用刑事訴訟法第 156 條第 1 項排除其證據能力，以及共同被告類推適用刑事訴訟法第 156 條第 3 項爭執他被告之自白係出於不正方法所得，均屬妥適之類推適用，合理擴張證據排除法則之適用範圍，貫徹人權保障、以正當法律程序發現真實之刑事訴訟目的。

### (四)傳聞例外之類推適用

自我國採用傳聞法則後，法律文字並未如美國法與日本法般有相當詳盡的傳聞例外規範，現行法於法院審理具體個案時往往不敷使用，且傳聞例外之容許範圍過窄，致影響發見真實、蒐證困難、延滯訴訟，故應於一定條件及情形下，由法院以類推適用的方式，擴張傳聞例外之範圍，賦予傳聞證據證據能力。應容許法院得以類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 的方式，創設傳聞例外，但應嚴格檢

驗是否符合三大要件之要求。<sup>259</sup>實務上頻繁類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3，以創設傳聞例外之主要類型為「證人於審判中行使拒絕證言權」、「傳聞供述之證據能力」與「兩岸司法互助取證之證據能力」。惟證人於審判中行使拒絕證言權，應依刑事訴訟法第 159 條第 3 項第 4 款之反面解釋，禁止類推適用；至傳聞供述之證據能力及兩岸司法互助取證之證據能力，則於符合三大要件之要求下得類推適用之。

### (五)技術性規範之類推適用

技術性規範原則上無涉於基本權干預，無礙於刑事訴訟法三大目的之達成，貴在得以靈活運用，以藉刑事訴訟法實現實體刑罰權，故對於技術性規範之解釋，應注重法規之目的，不受法條文義之拘束，原則上應容許技術性規範之類推適用，且可藉由類推適用促進訴訟迅速及訴訟經濟，關於技術性規範之類推適用可說係不可或缺。實務上關於技術性規範之類推適用態樣繁多，散見於刑事訴訟法各章節，經本文檢驗評析後，既有通過應然面操作模型三階段檢驗之實務見解，亦有誤用類推適用，實質上應係他種法學方法（如：目的性擴張、目的性限縮），或應直接回歸適用刑事訴訟法即可者。<sup>260</sup>由此可見，實務尚未能準確掌握類推適用之法學方法，仍有進步之空間。

### (六)實務否定之類推適用

本文將實務見解中，明確表示不得類推適用之判決獨立抽出，加以分析，以歸納出不得類推適用之案型的共同特徵。實務判決主要有「新聞記者之拒絕證言權」、「第二審上訴須以判決違背法令為由」和「檢察官不蒞庭不待其陳述逕行判決」此三類。除了禁止新聞記者類推適用刑事訴訟法第 182 條主張拒絕證言權之部分，尚有討論之空間外，其他二種禁止類推適用之類型，一係基於第二審和第三審制度結構之不同，對於上訴理由之要求自亦不得等同視之；他則因檢察官代表國家執行刑罰權，刑事訴訟法上之地位與國家刑罰權行使對象之被告大相逕庭，

---

<sup>259</sup> 詳見本文第五章第四節。

<sup>260</sup> 詳見本文第五章第五節。

於檢察官不蒞庭實行公訴時，自不得類推適用被告不到庭之規定逕行判決。由此得出，刑事訴訟法上之類推適用必須顧及制度目的，「禁止悖離制度建置目的之類推適用」。

#### 四、刑事訴訟法上類推適用之獨特性

相較於一般法學上類推適用之二階段檢驗模式，筆者基於刑事訴訟法之特性，增添了第三階段妥適性之權衡，須審酌刑事訴訟法獨特之內部價值，和基於憲法優位性所劃定之外部界限。<sup>261</sup>

蓋刑事訴訟所欲達成之目的多元，欲保障之價值間常有衝突，故而，價值之間的權衡便係刑事訴訟法類推適用中，最重要也最為核心的部分，有待法官於個案中審慎權衡。刑事訴訟的目的與原理原則係整部刑事訴訟法的根源，各個制度背後的理論基礎，而從事類推適用時，最重要的便係對於規範的評價，以及需類推構成要件，與供類推構成要件之間的評價類似性的探求，無法逸脫於刑事訴訟的目的之外而獨立評價，亦應將刑事訴訟之目的納入考量，妥為權衡。

復基於「憲法優位性原則」，刑事訴訟法之類推適用自不得違反憲法，否則即屬違憲之類推適用。蓋刑事訴訟法與憲法間的合致性需求，遠高於其他法律領域，任何刑事訴追機關之濫權行為，均可能令憲法保障之基本權化為泡影。自須以憲法之基本價值與原理原則，作為刑事訴訟法上類推適用之外部界限。

筆者不揣資淺，大膽嘗試此橫跨司法、立法及人權保障之重要議題，將基礎法學中法學方法論之概念，納入刑事訴訟法中。建構刑事訴訟法上類推適用於應然面之理想操作模式，復將實然面之觀察焦點置於我國本土的實務判決，蒐羅大量與類推適用相關之實務判決和法律問題研討等，歸納出實務上應用類推適用之主要類型，並以應然面之操作模式，對於實務之見解加以評析。

尚祈筆者粗略之淺見能提供學術與實務上些許助益，開展另一個思考刑事訴訟爭議之可能方向，而不囿於刑事訴訟法單一法領域之制式化思考模式，拋磚引玉，促進法學方法於刑事訴訟法上之發展。

---

<sup>261</sup> 詳見本文第四章第三、四、五節。

# 參考文獻

## 【中文文獻】

### 一、教科書、專論

1. 王文宇，論類推適用與法律解釋，載：《民商法理論與經濟分析》，2009年。
2. 王兆鵬，《刑事訴訟講義》，2006年9月2版。
3. 王兆鵬、陳運財、林俊益、宋耀明、丁中原、張熙懷、葉建廷合著，《傳聞法則理論與實踐》，2004年9月2版。
4. 史慶璞，《美國憲法理論與實務》，三民書局，2007年。
5. 李惠宗，《憲法要義》，2004年9月。
6. 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，《憲法權力分立》，2010年9月。
7. 林山田，《刑法通論（上冊）》，2005年9月9版。
8. 林山田，《刑事程序法》，2004年9月5版。
9. 林立，《法學方法論與德沃金》，2002年6月2版。
10. 林永謀，《刑事訴訟法釋論(上)》，2006年10月增訂版。
11. 林永謀，《刑事訴訟法釋論(下)》，2010年11月改訂版。
12. 林俊益，《刑事訴訟法概論(上)》，2009年9月10版。
13. 林俊益，《刑事訴訟法概論(下)》，2010年2月。
14. 林俊益，《傳聞法則之研究》，臺灣高等法院91年度研究發展項目研究報告，2003年2月。
15. 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，2006年9月4版。
16. 林鈺雄，《刑事訴訟法(下冊)》，2006年9月4版。
17. 林鈺雄，證人概念與對質詰問權—以歐洲人權法院相關裁判為中心，載：《刑事程序與國際人權》，2007年12月。
18. 林國璋，淺釋行政法學上之「正當法律程序」原則，載：《行政法之一般法律原則（一）》，1999年3月。

19. 吳元曜，《法律適用方法論》，2010年9月。
20. 吳巡龍，《刑事訴訟與證據法實務》，2006年11月。
21. 吳庚，《憲法的解釋與適用》，2004年6月第3版。
22. 周叔厚，《證據法論》，1989年。
23. 黃東熊，《刑事訴訟法論》，1999年2版。
24. 黃建輝，《以案例·民法為中心探討—法律漏洞·類推適用》，1988年。
25. 黃茂榮，《法學方法與現代民法》，2009年8月6版。
26. 黃朝義，《刑事訴訟法》，2009年9月2版。
27. 陳敏，《行政法總論》，2009年9月6版。
28. 陳樸生，《刑事訴訟法實務》，1995年9月重訂10版。
29. 葉俊榮，《環境行政之正當法律程序》，1997年。
30. 雍琦，《法律邏輯學》，2009年1月。
31. 楊日然，《法理學》，2005年10月。
32. 楊仁壽，《法學方法論》，2010年5月。
33. 鄭玉波，《法諺（一）》，1986年。
34. 蔡墩銘，《刑事訴訟法論》，2000年4版。
35. 羅傳賢，《立法程序與技術》，2005年4版。

## 二、碩博士論文

1. 林彥谷，從對質詰問權之觀點論我國傳聞法則，國立臺灣海洋大學海洋法律研究所，2010年6月。
2. 黃建輝，違憲審查與司法造法，臺灣大學法研所博士論文，1995年6月。
3. 黃建輝，論民法上之類推適用，臺灣大學法研所碩士論文，1988年。
4. 彭康凡，論行政法上之類推適用—以類推適用民法規定為核心，東吳大學法研所碩士論文，2005年。
5. 鄧衍森，司法造法的法律哲學基礎及其功能，東吳大學法研所碩士論文，1976年。

### 三、期刊文章

1. 王兆鵬，〈傳聞法則之過去與未來〉，《全國律師》，7卷8期，2003年8月，頁131-146。
2. 王兆鵬，〈論新聞記者之拒絕證言權〉，《月旦法學雜誌》，134期，2006年7月，頁199-211。
3. 王兆鵬，〈類推適用第一五九條之三〉，《月旦法學教室》，69期，2008年7月，頁18-19。
4. 王澤鑑，〈舉重明輕、衡平原則與類推適用(上)〉，《法令月刊》，47卷2期，1996年2月，頁3-12。
5. 王澤鑑，〈舉重明輕、衡平原則與類推適用(下)〉，《法令月刊》，47卷3期，1996年2月，頁3-12。
6. 王澤鑑，〈舉重明輕、衡平原則與類推適用〉，《民法學說與判例研究第八冊》，2006年2月，頁84-85。
7. 朱敏賢，〈公法上之類推適用〉，《法學叢刊》，187期，2002年7月，頁101-148。
8. 朱朝亮，〈另案監聽之證據排除〉，《月旦法學教室》，110期，2011年12月。
9. 朱朝亮，〈國際司法互助各論—引渡、狹義的司法互助〉，《月旦法學教室》，103期，2011年5月，頁96-114。
10. 李佳玟，〈刑事訴訟法中之法理與類推適用—以南迴搞軌案為例〉，《日新司法年刊》，8期，2008年7月，頁152-158。
11. 李賢中，〈倫理情境與類推思維探析〉，《哲學與文化》，27卷9期，2000年9月，頁828-836。
12. 林山田，〈論刑法之解釋與類推〉，《軍法專刊》，29卷4期，1983年4月，頁13-17。
13. 林紀東，〈刑法與類推解釋—由一個案件說起—〉，《軍法專刊》，1卷2期，1952年6月，頁14-16。
14. 林俊益，〈論修正刑訴法之傳聞法則及其例外〉，《全國律師》，6卷9期，2002年9月，頁30-45。
15. 林鈺雄，〈急迫性搜索之事後救濟—兼評刑事訴訟法第一三一條之修法〉，《月旦法學雜誌》，89期，2002年10月，頁126-141。

16. 林孟皇，〈新聞自由與媒體特權(上)—以新聞記者的刑事訴訟上特權為中心〉，《台灣本土法學雜誌》，95期，2007年6月，頁19-33。
17. 林輝煌，〈論限制出境〉，《月旦法學雜誌》，120期，2005年5月，頁70-71。
18. 邱忠義，〈兩岸司法互助調查證據及證據能力之探討—兼述防範被告逃匿對策〉，《刑事法雜誌》，54卷5期，2010年1月，頁141-177。
19. 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》，18卷2期，2006年12月，頁103-139。
20. 吳從周，〈當然解釋與類推適用係不同的思維方式？—最高法院八十三年台上字第二七一〇號判決之啟示〉，《植根雜誌》，14卷4期，1998年4月，頁134-146。
21. 吳巡龍，〈監聽偶然獲得另案證據之證據能力〉，《月旦法學教室》，47期，2006年9月，頁80-89。
22. 吳巡龍，〈記者有無拒絕證言權〉，《月旦法學教室》，52期，2007年2月，頁26-27。
23. 吳巡龍，〈論刑訴程序之限制出境〉，《台灣本土法學》，100期，頁172，2007年11月。
24. 黃翰義，〈從法定法官原則論牽連管轄之牽連再牽連〉，《軍法專刊》，56卷3期，2010年6月，頁163-187。
25. 黃惠婷，〈另案監聽〉，《月旦法學教室》，26期，2004年12月，頁113-122。
26. 許玉秀，〈論正當法律程序原則(五)〉，《軍法專刊》，56卷1期，2010年2月，頁1-6。
27. 許玉秀，〈論正當法律程序原則(七)〉，《軍法專刊》，56卷3期，2010年6月，頁1-3。
28. 陳清秀，〈稅法上之類推適用〉，《憲政時代》，16卷1期，1990年7月，頁59-73。
29. 陳運財，〈傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討〉，《台灣本土法學》，94期，2007年5月，頁128-153。
30. 黃思瑤，〈刑事程序法之解釋方法〉，《刑事法雜誌》，35卷5期，1991年10月，頁1-34。
31. 楊鼎夫，〈語言的類推〉，《中國語文通訊》，21期，1992年7月，頁26-29。

32. 楊雲驊，〈違反全程連續錄音錄影義務法律效果的再檢討—評最高法院九十年度台上字第七一三七號判決—〉，《台灣本土法學》，40期，2002年11月，頁43-59。
33. 楊雲驊，〈通訊監察「違反令狀原則」以及「另案監聽」在刑事證據法上之效果—評最高法院九八年度台上字第一四九五號、九七年度台上字第二六三三號及九七年度台非字第五四九號三則判決〉，《台灣本土法學》，141期，2009年12月，頁67-93。
34. 楊雲驊，〈閱卷權之突破—以歐洲人權法院近年來數個判決為例—〉，《台灣本土法學雜誌》，70期，2005年5月，頁120-137。
35. 劉文仕，〈刑法上類推禁止的當代思考(一)〉，《司法周刊》，902期，第二版，1998年11月。
36. 顧立雄，〈「論刑訴程序之限制出境」與談紀錄〉，《台灣本土法學》，100期，頁183，2007年11月。

## 【翻譯文獻】

1. *Arthur Kaufmann* 著，顏厥安審校，吳從周譯，《類推與「事物本質」—兼論類型理論—》，1999年11月，學林出版。
2. *Gustav Radbruch* 著，王怡蘋、林宏濤譯，《法學導論》，2002年3月。
3. *Karl Engisch* 著，鄭永流譯，《法律思維導論》，2004年。
4. *Karl Larenz* 著，陳愛娥譯，《法學方法論》，2008年6月，五南圖書出版。
5. *Richard A. Posner* 著，朱蘇力譯，《超越法律》，頁187以下，2002年。
6. *Von Leo Reisinger* 著，黃建輝譯，〈法律思惟上之類推適用〉，《植根雜誌》，11卷1期，1995年1月，頁22-31。
7. 土本武司著，董潘興、宋英輝譯，《日本刑事訴訟法要義》，1997年5月。
8. 碧海純一著，邱聰智譯，〈法之解釋與適用〉，《法學叢刊》，61期，1971年1月，頁83-93。

## 【德文文獻】

1. *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, 47.Aufl.,Verlag C.H. Beck,2004.
2. *Larenz,Karl*,Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl, Verlag Berlin, 1991.
3. *Löwe-Rosenberg*, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz : Großkommentar, 26.Aufl.,2006.
4. *Roxin,Claus*,Strafverfahrensrecht, 26.Aufl. ,Verlag C.H. Beck,2009.



## 【參考實務見解】

### 一、大法官解釋與司法院函釋

司法院釋字第 43 號解釋

司法院釋字第 665 號解釋

司法院釋字第 677 號解釋

司法院 71 年廳刑 1 字第 29 號函釋

### 二、法律座談會

最高法院 73 年第 4 次刑事庭庭長會議決定（一）

臺灣高等法院暨所屬法院 89 年法律座談會刑事類提案第 47 號

臺灣高等法院暨所屬法院 92 年法律座談會刑事類提案第 24 號

臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會刑事類提案第 33 號

臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會刑事類提案第 34 號

臺灣高等法院 91 年庭長法律問題研討會

臺灣高等法院台中分院 85 年 7 月份法律座談會

### 三、最高法院判例

最高法院 44 年度台非字第 41 號判例

最高法院 71 年台上字第 7884 號判例

最高法院 93 年台上字第 5185 號判例

### 四、最高法院判決

最高法院 87 年度台上字第 3473 號判決

最高法院 92 年度台上字第 4966 號判決

最高法院 93 年度台上字第 892 號判決

最高法院 93 年度台上字第 3625 號判決  
最高法院 93 年度台上字第 5185 號判決  
最高法院 93 年度台上字第 6010 號判決  
最高法院 93 年度台上字第 6013 號判決  
最高法院 94 年度台上字第 624 號判決  
最高法院 94 年度台上字第 3114 號判決  
最高法院 94 年度台上字第 5734 號判決  
最高法院 95 年度台上字第 1786 號判決  
最高法院 95 年度台上字第 2019 號判決  
最高法院 95 年度台上字第 7246 號判決  
最高法院 96 年度台非字第 54 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 1242 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 1310 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 1597 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 2276 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 2346 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 2431 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 2435 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 2500 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 4064 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 4464 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 4922 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 5388 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 5404 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 5710 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 5901 號判決  
最高法院 96 年度台上字第 7143 號判決  
最高法院 97 年度台抗字第 464 號判決  
最高法院 97 年度台非字第 549 號判決  
最高法院 97 年度台上字第 2272 號判決

最高法院 97 年度台上字第 2633 號判決  
最高法院 97 年度台上字第 3166 號判決  
最高法院 97 年度台上字第 3634 號判決  
最高法院 97 年度台上字第 4634 號判決  
最高法院 97 年度台上字第 5003 號判決  
最高法院 97 年度台上字第 5353 號判決  
最高法院 97 年度台上字第 5662 號判決  
最高法院 97 年度台上字第 6677 號判決  
最高法院 97 年度台上字第 6723 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 1011 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 2014 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 2015 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 2034 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 2114 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 4782 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 5354 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 5914 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 6331 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 7121 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 7481 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 7878 號判決  
最高法院 98 年度台上字第 7962 號判決  
最高法院 98 年度台非字第 265 號判決  
最高法院 98 年度台職字第 9 號判決  
最高法院 98 年度台職字第 15 號判決  
最高法院 99 年度台上字第 982 號判決  
最高法院 99 年度台上字第 2204 號判決  
最高法院 99 年度台上字第 2421 號判決  
最高法院 99 年度台上字第 2458 號判決  
最高法院 99 年度台上字第 2505 號判決

最高法院 99 年度台上字第 3149 號判決  
最高法院 99 年度台上字第 3150 號判決  
最高法院 99 年度台上字第 3307 號判決  
最高法院 99 年度台上字第 3378 號判決  
最高法院 99 年度台上字第 3998 號判決  
最高法院 99 年度台上字第 5503 號判決  
最高法院 99 年度台上字第 6127 號判決  
最高法院 99 年度台上字第 8204 號判決  
最高法院 99 年度台抗字第 602 號判決  
最高法院 99 年度台抗字第 847 號判決  
最高法院 99 年度台非字第 77 號判決  
最高法院 100 年度台上字第 1667 號判決  
最高法院 100 年度台上字第 3099 號判決  
最高法院 100 年度台上字第 3796 號判決  
最高法院 100 年度台上字第 6173 號判決  
最高法院 100 年度台上字第 6706 號判決  
最高法院 100 年度台上字第 7007 號判決  
最高法院 100 年度台抗字第 325 號判決  
最高法院 100 年度台抗字第 504 號判決  
最高法院 100 年度台抗字第 509 號判決  
最高法院 100 年度台抗字第 650 號判決  
最高法院 100 年度台抗字第 690 號判決  
最高法院 100 年度台抗字第 843 號判決  
最高法院 100 年度台抗字第 862 號判決  
最高法院 100 年度台抗字第 901 號判決  
最高法院 100 年度台抗字第 932 號判決  
最高法院 100 年度台抗字第 934 號判決  
最高法院 101 年度台上字第 900 號判決  
最高法院 101 年度台上字第 1383 號判決  
最高法院 101 年度台抗字第 232 號判決

最高法院 101 年度台抗字第 277 號判決  
最高法院 101 年度台抗字第 281 號判決  
最高法院 101 年度台抗字第 473 號判決  
最高法院 101 年度台抗字第 508 號判決  
最高法院 101 年度台抗字第 540 號判決  
最高法院 101 年度台抗字第 5110 號判決

## 五、高等法院判決

臺灣高等法院 98 年度上訴字第 4212 號判決  
臺灣高等法院高雄分院 96 年上更(二)字第 333 號判決  
臺灣高等法院花蓮分院 96 年度重選上更(四)字第 3 號判決

## 六、地方法院判決

臺灣台北地方法院 94 年度矚訴字第 1 號刑事裁定  
臺灣高雄地方法院 100 年度簡上字第 169 號判決  
臺灣花蓮地方法院 96 年度訴字第 1024 號判決