

# 刑事政策與犯罪防治研究

**Criminal Policies and Crime Prevention**

第35期

2023.08

法務部司法官學院




ISSN 2706-641X

# 刑事政策與犯罪防治研究

## Criminal Policies and Crime Prevention

第35期 2023.08

出版者：法務部司法官學院  
發行人：柯麗鈴  
總編輯：吳永達  
執行主編：王伯頌、古承宗、溫祖德、賴擁連  
（依姓氏筆劃排列）  
諮詢委員：王皇玉、朱群芳、吳慧菁、林琬珊  
許春金、許福生、陳玉書、陳亮妤  
黃宗旻、楊士隆、楊雲驊、蔡德輝  
鄧煌發（依姓氏筆劃排列）  
編輯委員：王伯頌、古承宗、許恒達、許華孚  
黃蘭嫻、溫祖德、賴擁連、謝煜偉  
（依姓氏筆劃排列）  
執行編輯：吳雨潔、張瓊文、蔡宜家、鄭元皓  
顧以謙（依姓氏筆劃排列）  
發行所：法務部司法官學院  
地址：10671台北市大安區辛亥路三段81號  
電話：(02)2733-1047  
傳真：(02)2377-0171  
網址：<http://qr.angle.tw/w0u>   
定價：200元  
編印單位：元照出版公司  
電話：(02)2375-6688  
網址：<http://www.angle.com.tw>

DOI: 10.6460/CPCP

GPN: 2010503237



# 刑事政策與犯罪防治研究

第35期 2023.08

---

## 目 錄

### 專 論

#### 【刑事法學】

- 白領犯罪法律問題之探討  
——以醫療社團法人公司治理為中心..... 林金龍 1
- 國民法官選任之困境與對策  
——以日本裁判員制度為借鏡..... 黃鼎軒 53
- 論「跟蹤騷擾行為」入罪化爭議..... 楊迺軒 109

### 特 稿

- 德國聯邦最高法院刑事裁判BGHSt 67, 29  
——EncroChat資料之證據能力..... 王士帆 161
- 論交付審判制度之法官迴避制度  
——兼評最高法院刑事大法庭111年度  
台上大字第1924號裁定..... 顏 榕 205

# Criminal Policies and Crime Prevention

Vol. 35 August 2023

---

## CONTENTS

### Articles

#### Criminal Law

- A Study of the Legal Issues in White-Collar Crime  
– Centering on the Hospital Governance Regarding to  
the Medical Care Corporations  
*Chin-Lung Lin* ..... 1
- The Dilemma of National Judges’ Election and  
Countermeasures – Focusing on Japan’s Saiban-in System  
*Ting-Hsuan Huang* ..... 53
- Controversy of Criminalization of “Stalking and  
Harassment”  
*Nai-Hsuan Yang* ..... 109

### Special Issues

- Criminal Judgment of the German Federal Supreme Court  
BGHSt 67, 29 – Evidence Ability of EncroChat Data  
*Shih-Fan Wang* ..... 161
- Judge Disqualification for Setting for Trial Procedure  
– Review of Supreme Criminal Court Ruling No. 1924,  
111th Session  
*Yan Jung* ..... 205

## 編輯導讀

本（35）期為本刊改版發行之第12刊，亦為「刑事法學」及「犯罪學」合併出刊後的第5期。本期收錄3篇專論、2篇特稿，內容兼含刑事實體法、程序法，以及國外立法經驗與司法實務，相對以往更現多元。

專論部分，注意到醫療機構中的舞弊案件，林金龍「白領犯罪法律問題之探討——以醫療社團法人公司治理為中心」一文點出，醫療機構中的白領犯罪問題，係來自於醫院治理機制的不完備。有鑑於醫院與企業在法人結構上有一定的相似程度，在比較公司治理與醫院治理的異同後，作者提出可以在醫療機構中應用的有效治理機制，以期能扶正治本，從醫院內部有效杜絕犯罪誘因。

隨著國民法官法正式施行，陸續浮現與程序面相關的問題。對於如何選出無偏見、無預斷之國民法官，公正不倚地執行審判職務，黃鼎軒於「國民法官選任之困境與對策——以日本裁判員制度為借鏡」一文中，從日本裁判員制度的選任程序、實務經驗，反思我國在國民法官選任制度上還能做出什麼樣的進步。文中也特別提及，在特殊案件類型上，裁判員選任應如何因應調整，實屬難得。

同樣在日前上路的跟蹤騷擾防治法，雖經立法明文訂定「跟蹤騷擾行為」樣態，對於適用範圍的質疑仍時有所聞。楊迺軒於「論『跟蹤騷擾行為』入罪化爭議」一文中，參考

美國州法、聯邦法與模範刑法典中對於跟追騷擾行為的立法歷程、定義與適用範圍，再回頭檢討我國對於跟蹤騷擾行為的定義，特別是「與性或性別有關」要件的爭議，指出現行法規在適用上可能出現的漏洞，建議刪除該項要件，僅判斷行為人的主觀故意是否與客觀要件相對應；若跟蹤騷擾行為涉及公共利益時，則可以透過違法性階層檢驗，排除不法。

本（35）期收錄的兩篇特稿，則以國內外刑事裁判為主軸。首先，王士帆「德國聯邦最高法院刑事裁判BGHSt 67, 29——EncroChat資料之證據能力」一文介紹德國聯邦最高法院在面臨日益複雜的數位犯罪時，如何解釋科技偵查和個人隱私之間的平衡問題。德國聯邦最高法院雖然對本案採取肯定見解，但外界仍有許多不同意見，後續發展方向同樣值得觀察。其次，顏榕「論交付審判制度之法官迴避制度——兼評最高法院刑事大法庭111年度台上大字第1924號裁定」從日本與我國在交付審判制度上的部分共通處，肯認刑事大法庭該號裁定，具有緩解交付審判制度與控訴原則間緊張關係的效果，亦值參考。

感謝前揭專家學者大作，也盼望能在這些大作帶動的思維活水中，迎來更多刑事法學、刑事政策、犯罪學等專家學者、青年學人的踴躍賜稿與議題激盪，再帶給讀者豐富的啟發與迴響。

**執行主編群** 謹識

2023年8月



# 白領犯罪法律問題之探討 ——以醫療社團法人公司治理為中心

林金龍\*

## 要 目

壹、前 言	二、醫療社團法人有公司法 相關公司治理之類推 適用
貳、案例研究——社團法人秀 傳紀念醫院醫療器材採購 弊案	三、近期司法實務見解
一、案例事實	四、小 結
二、法律爭點	陸、結論與建議
三、法律爭點評析	一、醫療法仿效公司法的公 司治理，全面修（增） 訂相關醫院治理條款
參、公司治理架構與法律規範	二、董事會欠缺實質獨立性 監督——應增訂「獨立 行使職權之獨立董事」 治理條款
肆、醫院治理架構與法律規範	
伍、醫療社團法人有無公司法 的公司治理適用之爭議	
一、醫療社團法人無公司法 相關公司治理之類推 適用	

DOI：10.6460/CPCP.202308\_(35).01

本篇文章業經雙向匿名審查通過。

\* 國防大學通識教育中心兼任助理教授，國立中正大學法學博士、國立中央大學管理學博士。E-mail: chinlunglin@ntu.edu.tw。

三、杜絕激發董事與管理階  
層自利之誘因——引進  
「吹哨人」  
(whistleblower) 舉報

## 摘 要

公司治理 (Corporate Governance) 主要目的，無非在追求「股東利益最大化」之際，同時也能夠善盡企業社會責任 (Corporate Social Responsibility, CSR)。惟企業在追求經營績效的同時，往往忽視落實公司治理的效能，以致於經營舞弊案件層出不窮。這情形不僅發生在以營利為目的的公司，甚至以公益性質的醫療機構，也無法倖免於外。近年，不乏許多醫療機構，為了追求經營績效而無視於醫院治理相關法律規範，董、監事與管理階層沆瀣一氣，動輒利用資訊不對稱，漸次進行不當利益輸送、關係人與關係企業交易等白領犯罪 (White-collar crime) 行為。這也無怪乎，為何今日醫療品質之所以每況愈下，醫療糾紛之所以會如此層出不窮。無可諱言，公司係以營利為目的之社團法人，醫院治理顯然有別於公司治理。尤其，醫療社團法人經營管理上除具有「公益」與「私益」性質之外，同時也並非單純僅以營利為主要目的。是則，醫療社團法人究竟有無公司法相關企業治理規範的適用，不免令人心生疑惑。有鑑於此，本文以醫療社團法人為中心，探討醫院治理機制相關法律問題。準此，為謀醫療社團法人永續經營之計，本文認為醫療法關於醫療社團法人之規定：1.應仿效公司法的公司治理規範，全面修（增）訂相關醫院治理條款。2.宜增訂「獨立」行使職權的獨立董事。3.宜引進「吹哨人」(whistleblower) 舉報機制。

關鍵詞：白領犯罪、公司治理、醫院治理、醫療機構、醫療社團法人

# A Study of the Legal Issues in White-Collar Crime – Centering on the Hospital Governance Regarding to the Medical Care Corporations

Chin-Lung Lin\*

## Abstract

The purpose of corporate governance is the pursuit of “maximizing shareholder benefits”, and it may fulfill corporate social responsibility (CSR) at the same time. However, while the companies pursue key performance indicators (KPI) of operational performance, it often neglects to implement effective corporate governance, leading to business fraud cases emerging one after another. This situation occurs in the for-profit hospitals, and even nonprofit hospitals cannot escape. In recent years, there are many medical care institutions ignoring the relevant laws and regulations of hospital governance in order to pursue business performance. In general, the directors, supervisors of medical care corporations use asymmetric information to engage in

---

\* Adjunct Assistant Professor, General Education Center, ROC National Defense University, Taiwan; Ph.D., College of Law, National Chung Cheng University, ROC (Taiwan); Ph.D., College of Management, National Central University, ROC (Taiwan). E-Mail: chinlunglin@ntu.edu.tw

White-Collar Crime, such as illegal benefits transfer, related party transaction. As a result, the quality of medical treatment today is in deterioration, and the medical disputes are expected to be endless. The term “company” is a corporate juristic person for the purpose of profit making. Therefore, hospital governance is obviously different from corporate governance. In particular, there are both “public benefits” and “private benefits” in the nature of the medical care corporations, and therefore, it is not solely for profit-making purposes. Accordingly, it is a problem whether the medical care corporation is qualifying to apply the corporate governance related to the company law. In view of this, this article focuses on the medical care corporations to explore the legal issues related to the hospital governance mechanism. For the medical care corporations to commit to corporate sustainability, this article concludes that the medical care corporations in medical care act should consider the followings:

1. The corporate governance of the company law should be imitated, and the relevant hospital governance clauses should be revised and added.
2. The term “independent directors” should be stipulate in the medical care corporations regarding to the medical care act.
3. The whistleblower mechanism shall be introduced in the medical care act.

**Keywords:** White-Collar Crime, Corporate Governance, Hospital Governance, Medical Care Institutions, Medical Care Corporations

## 壹、前言

公司治理（Corporate Governance）主要目的，無非在追求「股東利益最大化」<sup>1</sup>之際，同時也能夠善盡企業社會責任（Corporate Social Responsibility, CSR）。惟企業往往為了追求經營績效，往往忽視落實公司治理的效能，以致於經營舞弊案件層出不窮。這情形不僅發生在以營利為目的的公司，甚至具有公益性質的醫療機構也無法倖免於外。時至今日，不乏許多醫療機構為了追求經營績效，群起效法以利潤中心導向的醫院管理制度。令人遺憾的是，這種思維已被顛覆得無以復加。醫院管理實務上，醫療機構動輒以「頂級客戶」作為主要顧客定位，相關醫療產品的推陳出新，主要也是以「自費醫療」作為主要顧客需求，完全無視於本身同時具有非營利性、公益性與企業社會責任。殊不知，醫療機構管理的良窳與否，不單是取決於經營管理績效而已，更有賴於醫療主管機關行政指導、醫護人員提供的專業知識與辛勤、病患與其家屬的協同合作、藥品與醫療器材廠商所提供的藥品與醫療器材，以及社區人員的共同參與。上述每一個環節皆環環相扣，倘若任一環節稍有疏忽或怠忽職守，也勢必將影響醫院的整體經營管理效能。

無可諱言，今日臺灣醫療品質之所以每況愈下，醫病關係之所以緊張，以及醫療糾紛之所以層出不窮，莫不源

---

<sup>1</sup> 中華民國「上市上櫃公司治理實務守則」第18條。

自於醫院經營管理思維，儼然由昔日以病人福祉為中心的核心價值，繼之被以績效、利潤為中心的醫院經營管理思維所取代<sup>2</sup>。尤其是以醫療社團法人為名的醫療機構，董、監事與管理階層沆瀣一氣，為了牟取不法利益所得，動輒利用資訊上的不對稱，漸次進行不當利益輸送、關係人與關係企業交易等白領犯罪（White-collar crime）行為<sup>3</sup>。這也無怪乎，醫療社團法人有機會將醫院利潤與盈餘，不斷的投入、擴充醫院設備與規模，最後終於成為超級「托拉斯醫療集團」<sup>4</sup>。這種情形所產生的危害，不單純僅是形成醫療市場上的不公平競爭與壟斷而已。對於多數位處山

---

<sup>2</sup> 黃達夫，醫院是非營利事業公共財，和信醫院雙週刊334，2017年8月15日，<https://www.kfsyscc.org/m/archives/5999>（最後瀏覽日：2022年12月16日）；106年度醫院評鑑基準及評量項目——醫學中心適用，第1篇、經營管理，第1.1章 醫院經營策略，頁1，file:///C:/Users/user/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/106年醫院評鑑基準-1051207公告.pdf（最後瀏覽日：2022年12月16日）。

<sup>3</sup> 白領犯罪一詞，始於1940年由美國犯罪學者蘇哲蘭（E.H. Sutherland）提出。由於白領犯罪蘊含多元面向，故又可稱之為經濟犯罪、商業犯罪、企業犯罪、公司犯罪、菁英犯罪。1996年6月美國「白領犯罪國家研究中心」（National White Color Crime Center）定義白領犯罪：「由個人或組織所從事有計畫的詐騙性違法或非倫理行為，通常是社會上層或受人尊敬之人為個人或組織利益，在合法的職業活動過程中違反受託人責任或公共信用的行為。」孟維德，白領犯罪，3版，2021年9月，頁4、8、11。

<sup>4</sup> 學者認為醫療機構企圖擴大適用「基礎設備理論」，醫療市場逐漸形成「托拉斯醫療集團」；紀振清，基礎設備理論於醫療事業之適用與檢討，第七屆競爭政策與公平交易法學術研討會，2021年5月6日，<https://www.ftc.gov.tw/upload/seminar/07-12.pdf>（最後瀏覽日：2022年12月16日）。

地、離島與偏鄉的私立醫療機構而言，除了壓縮私立醫院與診所的營運生存空間之外，更甚至影響山地、離島與偏鄉居民使用醫療保健的機會與就醫權。

就醫療法律實務而言，醫療社團法人醫院因醫院治理不當，以致衍生相關弊案是屢見不鮮，法院大都也以刑法背信、侵占、詐欺及偽造文書予以論罪科處<sup>5</sup>。例如2013年醫療社團法人維新醫院偽造文書弊案<sup>6</sup>。又例如，2014年9月醫療社團法人秀傳紀念醫院醫療器材採購弊案<sup>7</sup>。歸結這些弊案的成因，終究不外乎是源於醫院治理機制的不完備<sup>8</sup>。顯而易見，醫療社團法人若能夠實踐醫院治理責任，不僅可以杜絕相關弊案發生之可能性，同時也可以善盡醫院企業社會責任。該案例也適足以說明，醫院治理效能不彰，何以能夠侈言醫院能善盡企業社會責任。遺憾的是，現行醫療法規範的「醫院治理」，其周延程度遠不及

<sup>5</sup> 侯凱倫，法人犯罪之研究，東海大學法律研究所碩士論文，2011年，頁139-167。

<sup>6</sup> 臺灣臺中地方法院105年訴字第252號刑事判決。

<sup>7</sup> 彰化地檢署105年度偵續1字第3號緩起訴處分書。張傑程，從公司治理觀點探討我國「企業貪瀆」之防制對策，刑事政策與犯罪防治研究專刊，17期，2018年6月，頁29-31。本院陳委員根德，針對彰化秀傳醫院詐領健保費案，暴露出健保藥價黑洞長期無法解決的問題，由媒體報導的各方面資料顯示，秀傳醫院並非個案，行政院應該全面檢視各地醫療體系，迅速將不法之徒繩之以法，也能彌補藥價黑洞，讓健保制度實行更加長久，特向行政院提出質詢。立法院公報第103卷第85期院會紀錄，[https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/communique1/final/pdf/103/85/LCIDC01\\_1038501\\_00025.pdf](https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/communique1/final/pdf/103/85/LCIDC01_1038501_00025.pdf)（最後瀏覽日：2022年12月16日）。

<sup>8</sup> 張傑程，同前註7，頁29-31。



於公司法相關的「公司治理」規範。也就因此，醫療法相關修法爭議不絕於耳，甚至有倡議將醫療社團法人「公司化」之主張<sup>9</sup>。有趣的問題是，醫療社團法人究竟有無公司法相關企業治理規範的適用？這問題不僅涉及醫院治理的問題，同時也關乎醫療社團法人「公司化」主張之可能性。準此，本文以醫療社團法人為中心，探討醫院治理機制相關法律問題。

## 貳、案例研究——社團法人秀傳紀念醫院 醫療器材採購弊案

### 一、案例事實

2014年9月醫療社團法人秀傳紀念醫院爆發醫療器材採購弊案。該採購弊案之所以發生，乃係緣於社團法人秀傳醫院總裁黃某，為牟取藥品經銷商提供藥品議價折讓之暴利，於是夥同其女兒、親友、親信一起組成共犯結構。該共犯結構主要是利用將藥品之採購流程，由總裁黃某的姪子陳某設立空殼公司（健活有限公司），向藥廠採購藥品，再轉賣給秀傳醫療體系下的各醫院。易言之，渠等共謀為不法利益輸送，主要是經由利用轉售的行為，將其間

---

<sup>9</sup> 王炳龍、劉見祥、楊志良，推動我國醫療機構進入資本市場所面臨之障礙與解決之道，證券櫃檯月刊，第162期，2012年12月，頁42；謝碧珠，立法院第十屆第三會期，專題研究，中國大陸醫療機構公司化與上市之發展及其對臺灣之啟示，2014年9月1日，<https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=6586&pid=84829>（最後瀏覽日：2022年12月16日）。

產生的藥價差額流入人頭公司，進而造成秀傳醫療體系醫院的損害<sup>10</sup>。本案犯罪嫌疑人等涉及刑法背信、業務侵占等罪嫌，惟因考量犯嫌多年在醫療事業貢獻費用不貲，在切結不在犯與承諾支付處分金之後，彰化地檢署最後偵查終結給予緩起訴處分<sup>11</sup>。

## 二、法律爭點

歸結本案犯罪成因之爭點，主要係源於下列醫院治理機制不完備所導致<sup>12</sup>。

### (一)未落實經營權與所有權分離

醫療社團法人秀傳紀念醫院積極以多元化經營醫療事業集團，轄下除了醫療社團法人秀傳紀念醫院之外，另外還包括財團法人彰濱秀傳醫院、臺南醫院、岡山醫院等醫療事業集團。該弊案之所以發生，源起於醫療社團法人秀傳紀念醫院總裁黃某，對於醫療事業集團轄下各醫院皆具有經營管理決策權，黃某夥同分別在同一醫療社團法人擔任醫療事業集團高階經理人的二位女兒，以及姪子陳某設立空殼公司（健活有限公司），共同策劃參與採購弊案。渠等家族成員不僅身兼醫療事業集團董事職務，同時也分別擔任醫療事業集團高階經理人。於是乎，內部治理機制

<sup>10</sup> 張傑程，同前註7，頁29-31。

<sup>11</sup> 張傑程，同前註7，頁29-31。彰化地檢署105年度偵續1字第3號緩起訴處分書。

<sup>12</sup> 張傑程，同前註7，頁29-31。

在缺乏有效監督之下，家族成員為了彼此共同利益，不免形成以家族成員為主的共犯結構，漸次進行不當利益輸送、關係人交易等白領犯罪行為。

### (二)建立「法令遵循」(Legal Compliance) 機制

理論上而言，秀傳醫療體系轄下設有營運中心之設置，負責綜理各醫院的採購、財務、醫務管理等各項行政醫療業務。同時，該中心之下也設有稽核室，對於有關採購、財務等業務執行，進行內部稽核監控。就此而言，內部治理的「法令遵循」機制，提供每個業務部門的遵循法指引，上至董、監事與高階管理階層，下至員工，皆應予以遵循。惟事實並不盡然，醫療集團在追求超額利潤與擴充營運版圖誘因(Incentives)激發之下，對於相關醫療法規的認識，往往囿於自我合理化(Rationalization)，刻意忽視應該具有的「法令遵循」意識。這情形之下，內部治理機制勢必無法達成，這也就凸顯出「法令遵循」意識為何如此的重要。也就因此，藉由「法令遵循」意識的提升，全體員工一致信守遵循之下，內部治理機制效能始得以充分發揮。

### (三)缺乏完善採購與稽核勾稽制度

秀傳醫療體系雖然有採購制度的建立，惟負責採購程序與稽核管控職務，也全然皆由集團體系的兒女、親友、親信所組成。如此以來，即不免給予有心人士，可以上下其手的可乘之機。理論上而言，舉凡採購作業中，不免有

詢價、比價、議價、開標、訂約決標、交貨驗收、申請付款等繁瑣的採購流程與步驟。這些繁瑣的採購流程與步驟，不僅要各司其職而分層負責，也都必須經過嚴謹的管控程序，以杜絕採購弊端。然而，實務上並不盡然是如此，蓋縱令非具有採購職務的職銜，只有就採購結果具有決策權，該彼此相互間「不合常規」的情形，即具有其實質因果關係。這也就足以說明，完善採購與稽核勾稽制度建立的與否，無非受制於具有實質決策權者的影響，職務的職銜也僅只是徒具形式而已。

#### (四)資訊揭露不對稱與不透明

秀傳醫療體系採購程序由共犯所主導，故包括健保藥價補助、藥商報價資料、銷貨流程等相關資訊，也只有該共犯得以利用享有知悉資訊的優勢，另由陳某設立之空殼公司（健活有限公司），向藥廠採購醫藥用品，再轉賣給秀傳醫療體系下的各醫院，渠等也就因此而享有牟取商提供藥品議價折讓之暴利。綜觀整個採購流程之所以發生弊端，相關採購資訊的不對稱與不透明，無非是其中的主要關鍵因素。蓋影響整個採購標案的關鍵資訊，只限於內部核心人士得以知悉，外部人士不僅無法獲悉相關藥品採購資訊，更遑論有公平參與藥品採購的期待可能性。這情形適足以說明，醫療社團法人資訊揭露透明與否，對於醫院治理機制的效能具有關鍵性的影響。尤其是，相關資訊的揭露必須是主動與即時，否則即屬資訊不對稱與不透明之列。

### (五)董事會治理效能喪失殆盡

董、監事會之制度設計，無非是經由董、監事會各司其職的監督，以有效落實董事會治理等內部治理機制。惟本案秀傳醫療體系總裁黃某，除分別身兼社團法人秀傳紀念醫院、財團法人彰濱秀傳醫院董事長之外，其長女與三女也分別擔任社團法人秀傳紀念醫院董事與監察人（兼財務長）。這情形即足以說明，舉凡董事會、監事會成員的組成與高階經理人職務皆由該家族成員出任，渠等應保有中立、超然地位行使職權，不僅無法有期待可能性，更有可能為了牟取私益，藉由不同治理機制之漏洞，圖利自己或是利害關係人。無可諱言，本案董事會治理效能，儼然已喪失殆盡。也就因此，就醫院董事會治理效能而言，醫療社團法人董事應該如何善盡忠實義務與注意義務，無非是值得審思的議題。

### (六)欠缺對關係企業之管理監督

秀傳醫療體系總裁黃某的姪子陳某設立空殼公司，向藥廠採購藥品，再轉賣給秀傳醫療體系下的各醫院。實際上，陳某設立空殼公司係屬秀傳醫療體系之子公司，該子公司實際辦公處所及業務之運作，皆在秀傳紀念醫院財務部進行。就此而言，秀傳醫療體系除了有社團秀傳紀念醫院之外，轄下更包括財團法人彰濱秀傳醫院、臺南醫院、岡山醫院等醫療事業集團之外，更加入陳某設立空殼公司（健活有限公司）。如此複雜與隱密的關係企業佈局，以及關係企業彼此如何進行不當利益輸送，非核心的內部人

士即無從得知，更遑論外部人士人可以一窺堂奧。迄至今日，醫療法對於關係企業管理監督規範，仍然付之闕如。就本案例而言，醫療法除了應對關係企業之不當利益輸送，應該予以規範之外；同時，也應要求該資訊必須即時揭示給大眾知悉。如此為之，使確保對關係企業之管理的有效監督。

### 三、法律爭點評析

醫院未落實治理機制，伴隨而來的無非就是醫院弊案的叢生。綜觀本案例事實與分析，歸納其治理上缺失，提供結論與建議如下列所示各項。

#### (一)落實經營權與所有權分離

醫院治理結構通常係由董事會與高階管理人員所組成，董事會立於監督地位，高階管理人員則在董事會授權範圍內，對醫院事務享有管理權和代理權。一般咸認為，當董事會決策授權範圍愈明確、董事會組成愈具專業性、家族董監比率愈小、董監事角色獨立性愈高，則愈將有助於提升醫院治理效能<sup>13</sup>。相對而言，當董、監事會成員與高階管理階層，大多由同一家族成員出任，抑或是組織經營權同時為所有權人控制，如此經營權與所有權不分情形之下，董、監事不僅可以肆無忌憚的濫用權力，更可以藉

---

<sup>13</sup> 嚴玉華、楊鎮維，醫院治理機制與效能之研究，臺大管理論叢，23卷S1期，2013年4月，頁59-62。

機圖謀私益而中飽私囊<sup>14</sup>。如此以來，醫院治理不僅無法被有效的監督，反而更易激發醫院舞弊的誘因。也就因此，當經營權與所有權高度重疊之下，不僅無法落實醫院治理而陷入弊案的泥淖，更可能禍延至組織經營權的紛爭。令人稱幸的是，醫療法第43條在制度設計上，即在避免因家族成員參與經營而形成共犯結構，進而相互利用職權而進行不當利益輸送，抑或關係人間交易。

惟令人遺憾，醫療法第43條規定，僅限於醫療財團法人董事資格選任始有其適用，醫療社團法人則未有相同之規定。有鑑於此，醫療社團法人董、監事之選任，似宜借鑑醫療財團法人規定，以杜絕家族事業共犯結構之弊端<sup>15</sup>。另外，雖然2017年4月6日行政院院會通過「醫療法」修正草案，草案第33條規定，「基於強化醫療法人財務、業務監督功能及提升法人治理效能之考量，定明醫療

---

<sup>14</sup> 同前註13，頁59-62。

<sup>15</sup> 醫療社團法人是結合社員的組織，法律性質上屬於有獨立的人格及主體性的自律法人，法律對醫療社團法人並不限制家族經營之模式。惟觀諸醫療法第5條增訂「醫療社團法人」之立法理由，無非是為使私立醫療機構得以社團法人型態設立，藉以輔導轉型，改善經營體質，提升醫療服務水準，並對國內醫療體制產生積極正面效益。除此之外，非公開發行股票公司之社團法人醫院，至今普遍仍為公開性較低之企業，不僅容易無視其他股東與利害關係人之權益，同時經營權與管理權多未分離，以致董事會監督制衡力量始終不彰。由此可知，社團法人醫院更有賴於健全的醫院治理機制的導入，以便於可以成功的轉型。準此，為健全醫院治理與醫療社團法人轉型之計，醫療法關於醫療社團法人之規定，似宜仿效醫療法第43條，增訂親屬關係之限制，以杜絕家族事業共犯結構之弊端。

法人應設置監察人，且監察人不得兼任同一醫療法人之董事或職員，以彰顯其獨立性。又為期監察人能以超然立場獨立行使職權，定明監察人相互間、監察人與董事間親屬關係之限制。」<sup>16</sup>惟上開修正草案，關於親屬關係之限制，只限於監察人與董事間親屬關係，不包括董事與管理階層間親屬關係。是則，為謀醫療社團法人永續經營之計，管見：1.醫療法關於醫療社團法人之規定，宜仿效醫療法第43條，增訂親屬關係之限制。2.「醫療法」修正草案第33條宜將董事與管理階層間親屬關係一併納入。

## (二)強化法令遵循 (Legal Compliance) 意識

企業為永續經營發展，有賴於建立良好的風險控管機制，包括事前的法令遵循，以及事後的內稽內控。法令遵循制度在事前，將現行有效的法律規範（包括成文法律、行政命令、司法判決、主管機關解釋與指導等廣義法令）進行辨認，並與公司內部相關單位溝通，衡量現行有效法

<sup>16</sup> 2017年4月6日行政院：行政院院會通過「醫療法」部分條文修正草案，第33條：「為避免醫療法人董事長利用職務之便於不同醫療法人間從事不正之利益輸送，以圖自己或他人之不正利益，同時避免利益衝突及決策困境，而損及醫療法人之公益性，爰定明同一人不得同時擔任二以上醫療法人之董事長。另基於強化醫療法人財務、業務監督功能及提升法人治理效能之考量，定明醫療法人應設置監察人，且監察人不得兼任同一醫療法人之董事或職員，以彰顯其獨立性。又為期監察人能以超然立場獨立行使職權，定明監察人相互間、監察人與董事間親屬關係之限制。」衛生福利部，行政院，行政院院會通過「醫療法」部分條文修正草案，2017年4月6日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-2737-8755-1.html>（最後瀏覽日：2022年12月16日）。



規應該如何落實，最後提出應如何實行之建議，以達到現行法規的要求。法令遵循即經由遵法制度之建制，確保公司上下建立法令遵循意識，同時藉由定期內部和外部監督，落實法令遵循機制。一般企業基於法律風險控管，設有法令遵循制度，更遑論醫療機構具有公益性。也就因此，醫療社團法人董、監事會、管理階層或員工無視或漠視「法令遵循」意識，為了醫療社團法人得以永續經營之計，管見：1.不妨藉由「吹哨人」的舉發，以確保法律風險在可控制範圍之內，同時也有助於醫院內部治理機制的有效性。2.法令遵循制度之設計，法令遵循主管應該獨立行使職權。否則，就內部控制而言，法令遵循與稽核關係，即不免有疊床架屋之嫌。

### (三)建立完善採購與稽核勾稽制度

採購品質的良窳與否，端賴稽核制度的落實與否。蓋理論上舉凡採購作業中，不免有詢價、比價、議價、開標、訂約決標、交貨驗收、申請付款等採購流程與步驟。這些繁瑣的採購流程與步驟，也都必須經過分層負責的管控程序，以杜絕採購弊端。惟實務上，縱令非具採購之職銜者，但只要就採購結果具有決定權者，則其間的「不合常規」即具有其實質因果關係。也就因此，完善的採購建制，有賴稽核對於各項採購作業的傳票，予以相互勾稽確認。惟無可否認，再怎樣完善的採購及稽核勾稽制度，也不敵經營權與所有權高度重疊之下，家族共犯間彼此利用職權，遂行不法利益輸送或關係人交易之犯罪行為。由於

整個採購作業流程，有由分層負責的管控機制，縱令非內部核心人士，相關人士基於權責，或多或少不免知道事有蹊蹺。也就因此，為了醫療社團法人得以永續經營之計，管見：法律應鼓勵「吹哨人」舉發不法情事。如此以來，不僅可以落實內稽內控相關內部治理機制，同時也可以防範弊案於未然。

#### (四)建立資訊揭露透明機制

資訊控管機制的良窳與否，對於內部治理機制的落實，無非是扮演著舉足輕重的地位。也就因此，無論是就醫院治理機制的落實，抑或是醫院弊案的防範而言，其關鍵在於如何避免因資訊不對稱與不透明，進而產生的資訊落差（information disparity）。易言之，組織內部資訊如果可以合法、適切、正確地分享給各個董、監事與外部治理者，如此不僅將有效減低誘發董事與高階管理者內心貪婪的誘因，同時也可以結合外部治理機制，杜絕引發董、監事與高階管理自利的，進而對白領犯罪有效的防微杜漸。令人遺憾的是，現行醫療法第34條第2項與第3項規定，對於財務營運資訊的揭露，僅限於年度終了五個月內，以及必須是受中央主管機關命令時，二者既非是即時提出，亦非是主動提出。無疑的，醫療法相關資訊揭露透明機制之規範，仍然是付之闕如<sup>17</sup>。

<sup>17</sup> 2017年4月6日行政院院會通過醫療法修正草案第46條之1規定，為強化醫療財團法人之資訊公開透明，定明醫療財團法人應依中央主管機關公告之方式，主動公開其章程、捐助章程及年度財務

縱令如此，惟行政院衛生署依據醫療法第34條第3項之規定訂定「醫療法人財務報告編製準則」（下稱「準則」），該準則第32條要求醫療法人應依一般公認會計原則及企業會計準則公報第十四號，充分揭露關係人交易資訊。另外，由於該準則規範涵蓋醫療社團法人及醫療財團法人之財務報告編製規定。因此，醫療社團法人之財務報告即應依該準則、醫療法、相關法令及一般公認會計原則編製與揭露相關財務報表<sup>18</sup>。令人遺憾的是2017年4月6日行政院院會通過醫療法修正草案第46條之1規定，「為強化醫療財團法人之資訊公開透明，定明醫療財團法人應依中央主管機關公告之方式，主動公開其章則、捐助章程及年度財務報告等事項。」<sup>19</sup>惟上開修正草案適用對象，不僅不包括醫療社團法人，更未有罰則之規定。準此，為謀醫療社團法人永續經營之計，包括醫院財務狀況、醫療品質揭露、會計審查制度等資訊皆必須充分揭露與透明，如此始能健全醫院治理之機制<sup>20</sup>。管見：醫療社團法人亦應仿照醫療財團法人，明確規定資訊揭露透明的

---

報告等事項。惟上開修正草案，其規範適用對象不包括醫療社團法人。衛生福利部，同前註16。

<sup>18</sup> 醫療法第34條第4項規定，醫療社團法人之會計制度亦應依公司法相關規定辦理，故修訂後編製準則從財務會計準則公報改為國際財務報導準則（IFRS）或企業會計準則公報（EAS）。余文彬，財務報告編製準則修訂後醫療社團法人之會計處理及課稅規定，會計師季刊，288期，2021年9月，頁49。

<sup>19</sup> 衛生福利部，同前註16。

<sup>20</sup> 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁59-62。

主動性與即時性。尤其是，違反規定的罰則，更是有其制定之必要性。

### (五)強化董事會治理效能

一般咸認為，董、監事會各司其職，就可以有效落實內部治理機制。遺憾的是，這不僅與事實相違，甚至可以謂與事實相去甚遠。歸咎其主要原因，乃是一般社團法人醫院，大都由私人醫院與診所轉型，不免家族治理色彩濃厚，更易於激發自利之誘因，進而圖謀不法利益。如此而言，不僅無法有效落實治理機制，動者更衍生出白領犯罪之不法行為。於是乎，董事會成員悉由同一家族成員擔任，不僅難以期待渠等可以保有中立、超然地位行使職權之外，更有可能渠等為了牟取私益，藉由不同治理機制之漏洞，圖利自己或是利害關係人。有鑑於此項缺失，為了強化董事會治理效能，2017年4月6日行政院院會通過醫療法修正草案第43條第2項規定，將「社會公正人士」及「員工代表」納入其董事會成員之一<sup>21</sup>。惟上開修正草案適用對象，不包括醫療社團法人。也就因此，縱令規範適用對象包括醫療社團法人，惟對於董事會決策的監督，也難以發揮實質效力。也就因此，為了醫療社團法人得以永續經營之計，管見：1.醫療法的醫院治理機制，似宜仿效公司法第23條第1項有關董事之忠實義務及注意義務之規定，明確的課予董事會責任。2.對於醫院治理機制的強化

---

<sup>21</sup> 衛生福利部，同前註16。

而言，應該引入「獨立行使職權的董事」，以強化對董事會治理效能的監督。也唯有「獨立行使職權的董事」之設置，無非才是正本溯源之計。

#### (六)對關係企業進行有效管理監督

隨著全球化趨勢之影響，商業經營模式亦愈趨多元化與高度複雜。時至今日，不乏許多社團醫療法人，積極開拓醫療事業版圖，以追求超額利潤；同時，藉由交叉持股形成關係企業集團，以達利益輸送之目的。就醫院經營策略而言，藉由擴大醫療市場不僅可以減低成本開銷，更可以增加市場占有率，這固然是無可厚非。然而，醫院畢竟有別於企業，具有非營利性與公益性。目前，醫療法對於關係企業相關不當利益輸送規範，迄今仍然付之闕如；這無異將會形成醫院治理的漏洞。從社團法人秀傳醫院案例，就足以說明填補漏洞的必要性。雖然，2017年4月6日行政院院會通過醫療法修正草案第33條第2項規定：「為避免醫療法人董事長利用職務之便於不同醫療法人間從事不正之利益輸送，並強化財務、業務監督功能，提升法人治理效能，定明同一人不得同時擔任醫療財團及醫療社團法人之董事長或二以上醫療財團法人之董事長。」<sup>22</sup>惟上開修正草案，對於關係企業的不當利益輸送，顯然未及於公司法第369條之4規定，來得嚴謹與周延<sup>23</sup>。為謀醫療社

---

<sup>22</sup> 衛生福利部，同前註16。

<sup>23</sup> 公司法第369條之4規定：「控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，而未於營業年度終了時為適當補償，致

團法人永續經營之計，管見：醫療法似宜仿效公司法第369條之4規定，以確保關係企業的有效管理監督。

## 參、公司治理架構與法律規範

關於公司治理架構的概念，主要是緣起於現代公司在所有權與經營權分離原則之下的代理關係，亦即投資人將所有權委由專業經理人經營管理，但是礙於資訊不對稱與報酬之利誘驅使之下，專業經理人遂開始自我放任，甚至營私舞弊而損及股東或公司利益。為了消弭所有權人與專業經理人之間利益衝突，以及有效監督專業經理人的管理效能，於是藉由公司治理機制，以期公司治理能夠發揮除弊興利之效益<sup>24</sup>。事實上，公司治理乃是企業藉由經濟和法律的手段，以內部與外部的雙重監督管理，謀求股東、董事、經理人最佳利益的機制。就內部機制而言，經由董事會、股東會、監察人、獨立董事之運作，以及內稽內控與法令遵循主管制度之設置，以有效達到監理之目的。就

---

從屬公司受有損害者應負賠償責任。」

<sup>24</sup> Eugene F. Fama & Michael C. Jensen, *Separation of Ownership and Control*, 26(2) JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 301-25 (1983); Benjamin M. Oviatt, *Agency and Transaction Cost Perspectives on the Manager-Shareholder Relationship: Incentives for Congruent Interests*, 13(2) ACADEMY OF MANAGEMENT 214-25 (1988); 陳銘薰、劉坤億、蔡淑美、李彥宏，行政法人公司治理模式可行性，2004年行政院人事行政局委託研究案（PG9407-0781），GRB政府研究資訊系統，2004年11月，頁23，<https://www.grb.gov.tw/search/planDetail?id=1106026>（最後瀏覽日：2022年12月16日）。

外部機制而言，藉由法律規範、主管機關監管控、公司資訊的揭露、會計師、律師的查核意見、利害關係人的制衡，以及市場的監督力量，以期有效達成監理之目的。如此雙管齊下，不僅可以保障公司之股東、經營管理者、董事與其他利害關係人之共同利益，更可以有效防止公司經營階層出現不道德和法律背信等行為。

1999年世界銀行分別就公司的角度與公共政策的角度兩個層面，提出了一個公司治理的體系架構。就公司治理的內部機制（公司的角度）而言，可以被視為公司界定股東與管理階層之間關係的契約，它的核心在於董事會。股權分散程度與公司治理有密切關係。詳言之，股權分散的情形之下，公司治理機制重點，即在於如何設計一套制度，能使外部股東監督經理人。相對的，股權集中的情況之下，公司治理的設計重點，即在於如何防止控制股東為了自身利益，侵害一般小股東的權益<sup>25</sup>。公司治理的外部機制（公共政策角度）而言，主要是如何有效建立市場規範機制。換言之，也就是一方面提供公司管理者合理的報酬；同時，另一方面外部環境與制度的規範配合，包括各種法律規章與組織制度的建立，迫使管理者放棄私利，以追求公司最大利益為目的。

2004年經濟合作暨發展組織（OECD）的公司治理準

---

<sup>25</sup> 世界銀行之公司治理架構，World Bank, 1999, Corporate Governance: A Framework for Implementation, Washington D.C: World Bank 2000, [http://www.ausncp.gov.au/content/docs/19990101\\_corporate\\_governance.pdf](http://www.ausncp.gov.au/content/docs/19990101_corporate_governance.pdf) (last visited: Dec. 16, 2022).

則 (OECD Principles of Corporate Governance)，將治理的內涵包括<sup>26</sup>：一、界定公司經營者、監督者、股東及其他利害關係人間的權利義務關係。二、確立公司的基本結構，使公司得據以決定公司的經營目標及達成目標的方法。三、建立適當的監督機制，並包括六大面向：(一)確立有效公司治理架構基礎 (The Basis of Effective Corporate Governance Framework)。 (二)確保股東的權利並使其發揮功能 (The Rights of Shareholders & Key Ownership Functions)。 (三)公允平等對待全體股東 (The Equitable Treatment of Shareholders)。 (四)重視利害關係人 (The Role of Stakeholders in Corporate Governance)。 (五)提升資訊公開的時效性及正確性 (Disclosure & Transparency)。 (六)董事會及監察人或監事會應善盡職責，對公司與股東負責任並兼顧利害關係人的利益 (The Responsibilities of the Board)。

美國法官Frank H. Easterbrook及學者Daniel R. Fischel皆認為董事與公司之間的契約關係，儼然成為一個「自我實現的契約」 (self-enforcing contracts)<sup>27</sup>。同時，1994

---

<sup>26</sup> 廖大穎，從公司治理觀點解析2011年4次公司法修正對企業法制之影響，月旦法學雜誌，216期，2013年5月，頁6；劉德蕙，我國醫療機構公司化相關法律問題之探討，東吳大學法律學研究所碩士論文，2016年，頁71。

<sup>27</sup> FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHEL, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW 93-102 (1991); 邵慶平，商業判斷原則的角色與適用，科技法學評論，8卷1期，2011年6月，頁117。



年Paramount Communications Inc. v. QVC Network Inc.案，德拉瓦州最高法院承襲與引用了Unocal, Moran, Relvon及Mills案之精神，認為公司董事必須追求股東之最佳合理利益<sup>28</sup>。這也就說明了，公司治理不外乎是源自於股東與管理階層之間關係的契約。公司治理的主要核心思維，無非是在謀求股東最大利益前提之下，明確規範股東會和董事會的組織架構，劃分股東和董事的權責。除此以外；董、監事會應對股東和公司整體利益負責，監督公司管理階層與落實法令遵循，以確保公司的永續經營。易言之，當董事會及管理階層企圖追求股東利益以外的經濟目的，即可能違背委託股東經營之意旨，造成利益衝突及經濟效能減損的可能。至於，股東以外之利害關係人，包括債權人、員工、客戶、消費者利益，以及其他社會公共利益，亦不能擅自利用公司資源投入股東以外之利益之實現，應該以立法或另訂契約方式給予保障<sup>29</sup>。

## 肆、醫院治理架構與法律規範

關於「治理」（Governance）一詞，傳統大都聚焦在公司治理制度之探討，公司治理制度設計，主要探討企業董事（監）會、管理階層、股東與其他利害關係人之間關

---

<sup>28</sup> 楊岳平，公司治理與公司社會責任：企業併購下股東、債權人、員工、投資人之保護，2011年9月，頁39。

<sup>29</sup> 賴英照，從尤努斯到巴菲特——公司社會責任的基本問題，台灣本土法學雜誌，93期，2007年4月，頁160。

係的規範架構，同時藉由治理機制有效監督公司營運目標與營運績效指標的表現<sup>30</sup>。但是，醫院治理與公司治理不僅性質上分屬不同的概念<sup>31</sup>，醫療服務更有別於一般市場商品服務，除具備獨特性、資訊不對稱、外部性、政府干預等特性之外<sup>32</sup>，同時也兼具有社會公益的考量。學者Eeckloo（2004）等人認為醫院治理則是經由董事會確認醫院使命，設定目標與監督，以期醫院發揮全面性運作與效能的過程<sup>33</sup>。Eeckloo等人（2004）又認為相對於公司治理，醫院治理並非只是單純追求利潤極大化，同時也在致力於拯救生命<sup>34</sup>。這也就是醫院治理學者之所以主張，為何公司治理的模式往往無法成為醫院治理的準則，充其量只能視為參考依據。雖然公司治理原則不能直接適用醫院

---

<sup>30</sup> Eugene. F. Fama & Michael. C. Jensen, *Agency Problems and Residual Claims*, 26(2) JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS, 327-49 (1983); 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁58。

<sup>31</sup> C. Murphy & S. O'Donohoe, *Hospital Governance: An Insight from the South East of Ireland*, Presented at the Irish Accounting & Finance Association Conference, DCU, Ireland (2006); 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁58。

<sup>32</sup> S. FOLLAND, A. C. GOODMAN & M. STANO, *THE ECONOMICS OF HEALTH AND HEALTH CARE* (1997); A. M. Garber & C. E. Phelps, *Economic Foundations of Cost-Effectiveness Analysis*, 16(1) JOURNAL OF HEALTH ECONOMICS 1-31 (1997); 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁58。

<sup>33</sup> K. Eeckloo, H. G. Van, H. C. Van & A. Vleugels, *From Corporate Governance to Hospital Governance, Authority, Transparency and Accountability of Belgian Non Profit Hospitals, Board and Management*, 68(1) HEALTH POLICY 1-15 (2004); 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁58。

<sup>34</sup> Eeckloo, Van, Van & Vleugels, *id.*

治理，但是不妨可以經由一個過相當調整後的參考架構，復行將公司治理的原則運用在醫院治理上<sup>35</sup>。美國醫院評鑑聯合委員會（Joint Commission International）就醫院治理評鑑內容與架構立場，提出主張認為醫院治理議題可包括兩項要素：一、主要是以董事會為核心，探討如何在符合法律與契約規範下，對經營階層有效的落實監督，據以將醫院經營效益極大化。二、主要是以領導與管理為核心，即經由市場機制提供誘因，促使醫院可以自行建立有效的治理機制<sup>36</sup>。

就醫院治理機制而言，大致可以歸納區分為「治理結構」、「資訊揭露透明度」、「決策機制」等三項醫院治理機制<sup>37</sup>。關於治理結構，Fama & Jensen（1983）指出獨立董事與獨立監察人之專業素養高，決策品質相對優質，故獨立董事與獨立監察人席次比率愈高，愈能發揮正面監督效果<sup>38</sup>。Dechow, Sloan & Sweeney（1996）指出董事如果同時兼任內部其他管理職務，董事會不僅無法有效進行監督管理，更可能導致管理者與董事一起進行共同舞弊<sup>39</sup>。Hillman & Dalziel（2003）主張，由於董事會的功

---

<sup>35</sup> 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁59。

<sup>36</sup> Joint Commission International, *Accreditation Standards for Hospitals USA*, IL: Joint Commission International (3rd ed. 2007); 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁59。

<sup>37</sup> 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁60。

<sup>38</sup> Fama & Jensen, *supra* note 30, at 327-49; 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁62。

<sup>39</sup> P. M. Dechow, R. S. Sloan & A. P. Sweeney, *Causes and Consequences*

能主要在監督管理與進行資源有效分配，因此董事會增加其會議頻率時，也就愈能掌握公司管理階層代理問題，以及瞭解組織內資源分配現況，進而提升組織效能<sup>40</sup>。其次，關於資訊揭露透明，一般咸認為財務、會計與醫療品質等相關資訊之揭露應盡可能予以透明化，如此不僅可以供醫院內外部利害關係人監督與參考，同時也可以提供給醫院管理階層決策之依據<sup>41</sup>。至於決策機制而言，有文獻認為當董事會授權範圍愈明確化、愈是積極參與醫院決策過程，愈能有助於提升醫院治理效能<sup>42</sup>。Hummel (1980) & Flanagan (1981) 認為董事會有相當程度依賴高階經理等管理人員，這也會直接影響醫院治理效能彰顯與否<sup>43</sup>。

綜上所述，無論是公司治理或醫院治理，顯然治理主要的關鍵問題，莫不是因各種交易關係中，相關的治理結構與決策品質的劣，以及資訊的不對稱，導致不當利益輸送、關係人與關係企業交易之行為等弊案叢生。2014年9

---

*of Earnings Manipulation: An Analysis of Firms Subject to Enforcement Actions by the SEC*, 13(1) CONTEMPORARY ACCOUNTING RESEARCH 1-36 (1996); 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁62。

<sup>40</sup> A. J. Hillman & T. Dalziel, *Boards of Directors and Firm Performance: Integrating Agency and Resource Dependence Perspectives*, 28(3) THE ACADEMY OF MANAGEMENT REVIEW 383-96 (2003); 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁62。

<sup>41</sup> 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁64。

<sup>42</sup> 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁65。

<sup>43</sup> J. M. HUMMEL, *STARTING AND RUNNING A NONPROFIT ORGANIZATION* (1980); J. FLANAGAN, *THE SUCCESSFUL VOLUNTEER ORGANIZATION*. CHICAGO, IL: Contemporary Books (1981); 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁65。

月社團法人秀傳醫院爆發醫療器材採購弊案之案例，無疑是提供了最佳的佐證說明。今日，不乏許多社團法人醫院為了追求企業超額利潤之目的，動輒利用不同法律規範的差異性而鑽營法律漏洞，以遂行貪污舞弊之事實<sup>44</sup>。這也無怪乎，社團法人醫院之所以備受關注，無非是醫療法對於醫院治理規範，遠不及於公司法規範的周詳。同時，社團法人醫院性質，始終介於非營利性與營利性間之爭議，以致於其是否有公司法規範的公司治理之適用，不免令人存有疑義。也就因此，更遑論當社團法人醫院因與企業交叉持股，抑或成為關係企業時，究竟有公司法規範的公司治理適用餘地，也不免令人質疑。

## 伍、醫療社團法人有無公司法的公司治理適用之爭議

### 一、醫療社團法人無公司法相關公司治理之類推適用

依照醫療法第1條規定，醫療社團法人經營管理上除具有「公益」與「私益」性質之外，並非單純僅以營利為主要經營目的<sup>45</sup>。然而，隨著醫療事業集團化趨勢，使得非營利之公益性定位，亦日益愈趨於模糊。也就因此，醫療社團法人究竟是否有公司治理機制之適用，不免令人存

<sup>44</sup> 李俊鋒，醫療社團法人公司化與治理之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，2016年，頁4-5；侯凱倫，同前註5。

<sup>45</sup> 周國隆、楊哲銘，實用醫事法律，增訂3版，2020年9月，頁22；王炳龍、劉見祥、楊志良，同前註9。

有法律適用的疑義。蓋醫療法第30條第2項：「醫療社團法人，非依本法規定，不得設立；其組織、管理、與董事間之權利義務、破產、解散及清算，本法未規定者，準用民法之規定。」上開法令即明白揭示，醫療社團法人處理相關組織、管理、與董事間之權利義務、破產、解散及清算事項是準用民法，而非準用公司法<sup>46</sup>。準此，醫療社團法人處理相關組織、管理、與董事間之權利義務、破產、解散及清算事項，自當無法以公司法予以規範，從而也就無公司治理機制適用之餘地。

## 二、醫療社團法人有公司法相關公司治理之類推適用

惟有認為，醫療社團法人定位以非營利為目的，但是卻具有營利之實，並且涉及其他利害關係人，因此當醫療法未有明定醫療社團法人負責人的義務與責任時，民法時亦未有規定，得類推適用公司法第23條，使公司負責人盡忠實執行業務與善良管理人注意義務<sup>47</sup>。除此之外，醫療法第49條第3項：「醫療社團法人得於章程中明定，社員按其出資額，保有對法人之財產權利，並得將其持分全部或部分轉讓於第三人。」無疑的，醫療法第49條第3項規

<sup>46</sup> 公司法第1條規定，公司是以營利為目的的社團法人。惟為謀能兼顧企業社會責任（Corporate Social Responsibility, CSR），2018新修正公司法，增訂公司法第1條第2項規定：「公司經營業務，應遵守法令及商業倫理規範，得採行增進公共利益之行為，以善盡其社會責任。」準此，公司法規範公司內部治理架構，除了在追求經濟利益之外，同時也在增進公共利益與善盡其社會責任。

<sup>47</sup> 劉德蕙，同前註26，頁92、99。

定與公司之股東權利相當，無異於一般公司的配股。其次，醫療法第53條：「醫療社團法人結餘之分配，應提撥百分之十以上，辦理研究發展、人才培訓、健康教育、醫療救濟、社區醫療服務及其他社會服務事項基金；並應提撥百分之二十以上作為營運基金。」醫療法第53條，即間接認分配盈餘的合法性，與公司股東享有盈餘分配及賸餘財產分配請求權無異。另外，財政部賦稅署於95年7月13日臺稅發字9504526550函釋的說明5：「醫療社團法人之結餘可按出資比例分配予社員，具有營利之性質，應屬所得稅法第11條第2項規定，以其他方式成立之營利事業。」顯然的，財政部已認定醫療社團法人儼然已具備營利性質，應屬於公司法所規範的標的。上開法令適足以說明，醫療社團法人應屬公司法規範適用之列，故醫療社團法人有公司法相關公司治理之類推適用。

### 三、近期司法實務見解

值得注意的是，臺灣高雄地方法院109年訴字第1355號民事判決，就醫療社團法人醫院是否適用公司治理，表示相關見解與理由，茲臚列如下：(一)依照醫療法第49條第3項之規定，醫療社團法人應屬具有營利性質之社團法人。(二)法院認為醫療法第1條、第30條第2項，分別明文規定「本法未規定者，適用其他法律規定」、「醫療社團法人，非依本法規定，不得設立；其組織、管理、與董事間之權利義務、破產、解散及清算，本法未規定者，準用民法之規定。」顯見，於立法體系上，醫療法關於醫療社

團法人之規定，與公司法對於公司（營利社團法人）之規定相同，皆屬民法之特別法。亦即，舉凡醫療法所未規定者，在不違反醫療社團法人意義及性質下，亦有民法規定之適用。(三)醫療法未規定之事項，與醫療社團法人設立之性質、立法目的無違情況下，亦得適用與其性質相近之公司法相關規定。例如，醫療法未有如同公司法第23條第1項訂有董事之忠實義務及注意義務規定，醫療社團法人與公司同為營利社團法人，依醫療法之立法目的，以及醫療社團法人設立登記目的，無任何應排除董事負忠實義務之理由。因此，應認醫療社團法人之董事亦應負忠實義務及注意義務。(四)雖醫療法對於董事資訊權未有明文規範，然醫療社團法人董事如因執行業務之合理目的需要，為善盡受任人義務，自應使其取得於執行業務合理目的必要範圍內之相關醫療社團法人資訊。此乃董事執行職務負忠實及注意義務下所附隨之內涵，係緣於其執行職務之本質所生，有助於醫療法所欲達成健全與永續經營進而嘉惠病人之立法目的。

#### 四、小 結

緣於對醫療社團法人醫院，究竟屬營利性與非營利性之疑議，衍生出是否為公司法規範標的之列，進而是否有公司治理機制適用之爭論，分別有肯定與否定見解。文獻資料顯示，有學者倡議修法，主張將醫療社團法人「公司化」。誠然，二者之所以意見分歧，莫衷一是；不外乎各自主張，皆言之有理，持之有故。惟若不採營利性之主



張，適用公司治理之機制，則不免將導致監督管制成本與效益之間的失衡。況且，臺灣高雄地方法院109年訴字第1355號民事判決，亦明確揭示，醫療法未規定之事項，其之所以可以適用與其性質相近之公司法相關規定，限於與醫療社團法人設立之性質、立法目的無違情況之下。因此，為避免因未能適用公司治理機制，以致醫療機構經營者違法濫權情事發生，以及兼顧社員與其他利害關係人權益之保障，醫療法應有公司法的公司治理適用。然而，醫療法與公司法的規範目的，分別屬於不同的法律組織架構與規範目的，倘若將二者置於同一平台而評價，實則不免容有討論之空間。

有趣的問題是，醫療社團法人究竟有無公司法相關企業治理規範的適用？依據上開說明，實務與學說向來就有正反兩面不同見解之爭論。無論如何，二者也皆言之有理，並且也持之有本。有學者認為醫院治理有別於公司治理，主要因素在於：(一)公司經營管理單純以「私益」為主，醫院經營管理係同時兼有「公益」與「私益」性質。(二)公司治理在追求「利潤極大化」，醫院治理除了在提供「優質醫療服務品質」之外，同時也強調「利潤」之重要，因此醫院治理必須在「利潤」與「優質醫療服務品質」之間尋求如何取得平衡。(三)公司治理負責的對象是以股東為限，醫院治理負責的對象則是利害相關人<sup>48</sup>。是

---

<sup>48</sup> 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁59-62。

以，學者研究歸納分列「治理結構」（董事會規模、董事會議頻率、董事家族比例）、「資訊揭露透明度」（醫院財務狀況、醫療品質揭露、會計審查制度）與「決策機制」（經營管理運作模式、授權決策範圍、決策參與程度等）等三個醫院治理機制，對於「醫院治理效能」的五個構面（財務效能、顧客效能、內部流程效能、學習與成長效能、社會責任效能）進行實證研究。學者研究結果顯示，除了「治理結構」未能對於「醫院治理效能」的五個構面產生正向影響之外，其餘「資訊揭露透明度」與「決策機制」皆足以對醫院治理效能的五個構面產生正向影響。其中，「治理結構」之所以未能正向影響之原因，包括：（一）醫院治理的本質與公司治理不同，因此在高度制度化的醫療體系制約之下，醫院董事會結構似乎未能如同公司治理般發揮被預期的影響效力。（二）參與醫院治理的各個利害關係人（主管機關、捐贈人、投資人、董事會、院長、員工、病患以及供應商等）皆不免對於醫院內部或外部治理機制有所影響，進而影響董事會治理結構之決策<sup>49</sup>。準此，學者認為公司治理相關規範經過些許調整，即可以作為醫院治理上的參考架構<sup>50</sup>。

49 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁70-73。

50 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁59-62。

## 陸、結論與建議

### 一、醫療法仿效公司法的公司治理，全面修（增）訂相關醫院治理條款

醫療實務上，醫療社團法人醫院因醫院治理不當，以致衍生相關弊案是屢見不鮮。尤其是醫療社團法人，董、監事與管理階層沆瀣一氣，為了牟取不法利益所得，動輒利用資訊上的不對稱，漸次進行不當利益輸送，以及與關係人、關係企業交易等白領犯罪行為。例如，2013年醫療社團法人維新醫院偽造文書弊案，即屬具有指標性的案例。歸結這些弊案的成因，終究不外乎是源於醫院治理機制的不完備，以致於迭有不正利益輸送、侵占、背信、詐欺等白領犯罪之情事發生。顯而易見，苟若醫院治理效能不彰，更遑論可以侈言醫院能善盡企業社會責任。遺憾的是，現行醫療法規範的醫院治理，其周延程度遠不及於公司法相關的公司治理規範。也就因此，醫療法相關修法爭議不絕於耳，甚至有倡議將醫療社團法人「公司化」之主張。

承上所述，為謀能夠有效防範醫療機構經營者違法濫權情事發生，以及兼顧其他利害關係人權益保障之計。醫療法不妨可以師法公司法既有的公司治理規範，以作為增（修）訂相關醫院治理條款之芻議。近年司法實務判決亦不乏持有相同之見解，例如臺灣高雄地方法院109年訴字第1355號民事判決，即是採取如此的主張，認為醫療法未

規定之事項，與醫療社團法人設立之性質、立法目的無違情況下，亦得適用與其性質相近之公司法相關規定。但是無可諱言，由於醫療法與公司法規範作用與目的，終究分別隸屬於不同的法律組織架構與規範目的，倘若將二者置於同一平台而給予評價論斷，唯恐不免容有討論與商議之空間。舉例而言，原屬於公司治理機制之設計，公司法規定屬於股東權限<sup>51</sup>，惟醫療法第51條，卻仍保留為主管機關監管權限。又例如，公司法規定屬於監察人權限<sup>52</sup>，惟醫療法第52條第1項後段、第2項、第3項，卻仍保留為主管機關監管權限。除此之外，醫療法第36條亦是將醫療機構取得或處分資產，同樣保留作為主管機關監管權限<sup>53</sup>。

上開有關於管制法規與私法自治關係競合與權衡之問題，學者一般咸認為縱令基於公共利益維護之考量，惟在不違反強行禁止規定、公序良俗、公司本質、股東平等，以及不侵害公司固有權時，實則應該允許公司有較大的自治範圍，以避免行政管制過度干預公司自治<sup>54</sup>。除了學說

<sup>51</sup> 公司法第47條、第113條第1項、第126條、第277條。

<sup>52</sup> 公司法第220條、第213條、第218條之2。

<sup>53</sup> 公司法雖然無類似規定，但證券交易法第36條之1與「公開發行公司取得或處分資產處理準則」第6條規定，公開發行公司應訂定取得或處分資產處理程序。

<sup>54</sup> 曾宛如，公司法制之重塑與挑戰，月旦法學雜誌，300期，2020年5月，頁141；陳彥良，我國公司法制之再進化——以2018年公司法修正為中心，財金法學研究，1卷2期，2018年9月，頁179；郭大維，英美公司法制之發展進程：兼論我國近年公司法之修正，國土及公共治理季刊，6卷1期，2018年3月，頁20；朱德芳，論公司法下董事會發行新股之權限與責任——以公司法第156條第5項股份交換制度為核

之外，司法實務亦不乏持有相同見解。最高法院向來以觀察法規之立法目的、倫理上可非難性，輔以法益之權衡，以作為「效力規定」抑或是「取締規定」的判斷方法。例如，最高法院89年台上字第2085號判決，認為醫療法施行細則第16條係屬取締規定，而並非是效力規定，故違反者僅是行政管理問題，並非私法契約無效<sup>55</sup>。是則，無論是「效力規定」抑或是「取締規定」，也皆不能無視於醫療社團法人醫院兼具有「公益」與「私益」的雙重性質。事實上，關於公司治理，公司法相關法規設有包括董事（會），監察人、經理人、內部稽核、法令遵循等「內部機制」，以及包括獨立董、監事、簽證會計師、政府法令規範、強制資訊公開揭露等「外部機制」<sup>56</sup>，相較於醫療法顯然更為周延。私法自治之下的「公司治理」即是如此，更遑論「醫院治理」具有更高的公益性質。是則，依據「舉輕明重」之法理，醫療法不妨全面增（修）訂如同公司法的公司治理規範，如此以來不僅可以杜絕相關法律適用之爭議，對於防白領犯罪可能導致的不正利益輸送、侵占、背信、詐欺等不法犯罪行為，同時也可以收到防微

---

心，兼論股東優先認股權之存廢，政大法學評論，115期，2010年6月，頁204；黃偉峯，企業併購法，2007年10月，頁19-20；王志誠，公司法：第二講公司之章程與自治，月旦法學教室，23期，2004年9月，頁64-73。

<sup>55</sup> 楊慧娘，民法第七十一條之理論與適用，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2015年，頁190。

<sup>56</sup> 林國全，公司治理法制，月旦民商法雜誌，39期，2013年3月，頁6；易明秋，公司治理法制論，2007年2月，頁6。

杜漸之成效。

誠然，公司法相關公司治理規範有別於醫療社團法人的特殊性，倘若將二者置於同一平台而給予評價論斷，唯恐不免容有討論與商議之空間。然而，依據前開學者研究發現，除了「治理結構」未能對於「醫院治理效能」的五個構面產生正向影響之外，其餘包括「資訊揭露透明度」與「決策機制」皆足以對醫院治理效能的五個構面產生正向影響。其中，「治理結構」之所以未能正向影響之原因，主要原因是：(一)醫院治理的本質與公司治理不同，因此在高度制度化的醫療體系制約之下，醫院董事會結構似乎未能如同公司治理般發揮其被預期的影響效力。(二)參與醫院治理的各個利害關係人（主管機關、捐贈人、投資人、董事會、院長、員工、病患以及供應商等）皆不免對於醫院內部或外部治理機制有所影響，進而影響董事會治理結構之決策<sup>57</sup>。試想，(一)高度制度化的體系制約莫屬於金融體系，惟金融體系董事違反公司治理仍不在少數<sup>58</sup>，更何況是醫療體系相關醫院治理規範機制遠不如公

<sup>57</sup> 嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁70-73。

<sup>58</sup> 彭禎伶、魏喬怡，金控大股東手別伸太深！最重撤其董事代表，2022年10月14日，工商時報，<https://ctee.com.tw/news/finance/734681.html>（最後瀏覽日：2022年12月16日）；彭禎伶，金管會嚴管金控大股東，2022年10月14日，工商時報，<https://ctee.com.tw/news/finance/734993.html>（最後瀏覽日：2022年12月16日）；戴瑞瑤，嚴重違反公司治理開發金6董、總停職降薪，2022年8月3日，聯合新聞網，<https://udn.com/news/story/7239/6507633>（最後瀏覽日：2022年12月16日）。

司治理機制更為健全。因此，若非醫院同時運用「內部治理」與「外部治理」機制，何以醫院董事會結構能夠未如同公司治理般發揮被預期的影響效力呢。(二)關係人係由公司治理「外部機制」進而影響董事會治理結構之決策，適足以說明公司治理規範「內部治理」與「外部治理」機制，二者具有相輔相成之效力。爰此，醫療法仿效公司治理相關規範，以作為醫院治理條款之芻議，無非可以令其正本清源，有效杜絕與防範不正利益輸送、侵占、背信、詐欺等白領犯罪之情事發生。

## 二、董事會欠缺實質獨立性監督——應增訂「獨立行使職權之獨立董事」治理條款

公司治理實施架構中，無非是仰賴公司內部稽核控制度、監察人、法令遵循等內部機制，以及政府監督、法令規範、會計師、律師、董事等外部機制，以期收到防微杜漸效果。遺憾的是，社團法人醫院董事與管理階層往往為了牟取不法利益所得，動輒利用資訊上的不對稱，漸次進行不當利益輸送、關係人與關係企業交易等白領犯罪行為。其結果，不外乎使得醫院治理架構下的內、外部機制，面臨著雙重機制失靈的危機。不免令人質疑內部機制中，包括董事、監察、內稽內控與法令遵循制度等內部機制，為何無法達到有效的風險控管，抑或是提供有效的預警機制呢？俗語謂，魔鬼總是藏在細節裡。仔細探究其原因不難發現，其爭點在於不管是稽核、監察人、法令遵循等內部機制，抑或是會計師、律師、等外部機制，其與董

事會與經營管理者間，即便不是有利益衝突，不然就是有職務隸屬關係。如此情況，對於「獨立行使職權」焉能有期待可能性，更遑論能夠具有治理機制的預警效力。縱令稱為「獨立董事」，也唯恐徒有「獨立」之虛名，未能具有「獨立」之實質。

詳言之，獨立自主性乃是公司治理成敗關鍵之所在。諸多內、外部機制設計中，唯有獨立董事與董事會、經營管理者間，沒有利益衝突與職務隸屬關係，因此而被高度期待能夠獨立行使職權<sup>59</sup>。然而，事實又不盡然，蓋獨立董事雖然由股東會選任，惟其之所以能夠被股東選任，無非是由大股東或董事會提出獨立董事候選人名單<sup>60</sup>。這也就足以說明，縱令法令規範一再強調獨立董事的獨立性，以及獨立董事與公司董事會沒有利益衝突與職務隸屬關係。然而，獨立董事選任的權力來源，不免會影響獨立董事行使職權的獨立性。也就因此，為謀有效達到公司治理

<sup>59</sup> 證券交易法第14條之2第2項：「獨立董事應具備專業知識，其持股及兼職應予限制，且於執行業務範圍內應保持獨立性，不得與公司有直接或間接之利害關係。……」公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法第3條：「公開發行公司之獨立董事於執行業務範圍內應保持其獨立性，不得與公司有直接或間接之利害關係，……。」

<sup>60</sup> 公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法第5條第3項：「公開發行公司得以下列方式提出獨立董事候選人名單，經董事會評估其符合獨立董事所應具備條件後，送請股東會選任之：一、持有已發行股份總數百分之一以上股份之股東，得以書面向公司提出獨立董事候選人名單，提名人數不得超過獨立董事應選名額。二、由董事會提出獨立董事候選人名單，提名人數不得超過獨立董事應選名額。三、其他經主管機關規定之方式。」



之效力與收防微杜漸之效果，有關獨立董事的選任除了具有獨立董事積極與消極之格之外，似乎應該增加利害關係人參與選任<sup>61</sup>，以及報請主管機關同意核准<sup>62</sup>。同理，獨立董事如此、獨立監察人、法律遵循主管等任免，也皆應如此規範。也唯有如此，獨立董事、獨立監察人、法律遵循主管等，始得以被期待「獨立行使職權」，以有效達到醫院治理之目的，同時也可以防範白領犯罪於未然。

遺憾的是，縱令獨立董事具有「獨立性」與「專業性」等多項公司治理優點，惟立法者似乎是礙於目前企業經營環境考量，認為獨立董事制度應採取循序漸進方式推行，以緩和對企業可能造成衝擊過大，故不宜貿然強制企業皆應設立獨立董事制度<sup>63</sup>。也就因此，雖然2006年證券

---

<sup>61</sup> 利害關係人主要包括病人、員工和股東。楊志良、吳憲明、廖宏恩、王秀英，健康醫療服務機構公司化之可行性研究——以民間興辦醫院為例，2009年12月，頁46；周惠櫻、鄧昇謨，臺灣醫院對利害關係人企業社會責任之初探，醫務管理期刊，12卷3期，2011年9月，頁206-219。另外，亦有認為利害關係人主要包括政府、衛生主管機關、捐贈人或投資人、董事會、院長、員工、患者以及供應商等。嚴玉華、楊鎮維，同前註13，頁58-59。

<sup>62</sup> 雖然有學者認為報請主管機關同意核准之舉，恐有行政管制過度干預公司自治之虞。王志誠，同前註54。惟管見以為，報請主管機關同意核准之舉，無非只是課以主管機關行政監督之責任，並且可以有效強化公司治理之效力。同時，依據法益權衡理論，尚不足以構成有過度干預公司自治之情形。

<sup>63</sup> 劉連煜，公開發行公司董事會、監察人之重大變革——證交法新修規範引進獨立董事與審計委員會之介紹與評論，證券櫃檯，116期，2006年2月，頁12；吳當傑，最新證券交易法有關公司治理規範之解析實務，證交資料，528期，2006年4月，頁2-3。

交易法修正增訂第14條之2至第14條之3，明文引進獨立董事制度，惟以「公開發行股票公司」為限，原則上得自行依據公司章程規定設置獨立董事，但主管機關應視公司規模、股東結構、業務性質及其他必要情況，要求其設置獨立董事，人數不得少於二人，且不得少於董事席次五分之一。針對證交法修正增訂第14條之2規定，有學者即提出質疑，認為：(一)僅憑主管機關之行政命令即可決定公司常設監督機關，並非以法律之形式規範，其適法性不無疑問。(二)公司如係自願設置獨立董事制度時，是否也受制於「人數不得少於二人，且不得少於董事席次五分之一」之規定，也不無有疑義<sup>64</sup>。是則，更遑論「非公開發行股票公司」之社團法人醫院，至今普遍仍為公開性較低之企業，不僅容易無視其他股東與利害關係人之權益，同時經營權與管理權多未分離，以致董事會監督制衡力量始終不彰。由此可知，社團法人醫院更有賴於健全的醫院治理機制的導入，以便於可以成功的轉型。證券交易法如此的修正增訂，對於社團法人醫院而言，顯然無益於醫院治理機制之健全。準此，醫療法之修正案，實應將獨立董事制度納入社團法人醫院。

除此之外，另外值得一提的是2006年證券交易法修正增訂案第14條之4至第14條之5，雖然猶未引進獨立監察人制度，惟規定企業應擇一設置審計委員會或監察人，審計

<sup>64</sup> 林仁光，董事會功能性分工之法制課題——經營權功能之強化與內部監控機制之設計，臺大法學論叢，35卷1期，2006年1月，頁255。

委員會則應由全體獨立董事組成。管見，無論是獨立董事，抑或是審計委員會或監察人，只要能維持其「獨立性」與「專業性」，勢必可以強化公司治理機制之效力。其次，必須注意的是證券交易法修正增訂案第14條之4規定審計委員會應由全體獨立董事組成，其人數不得少於三人，惟同法14條之2月規定，獨立董事人數不得少於二人。惟如此規定，二者於法律邏輯上不免有相互牴觸之情形發生。蓋既然獨立董事人數僅規定不得少於二人，則何來審計委員會之獨立董事人數，焉能有不得少於三人之可能性。

### 三、杜絕激發董事與管理階層自利之誘因——引進「吹哨人」(whistleblower)舉報

就公司治理設計架構而言，當內、外部機制無法達到有效的風險控管，抑或是無法有效的發揮預警機制，公司治理的強調的雙重機制，無疑的即告失靈。揆諸企業治理實務，公司治理雙重機制失靈案件並非少見，醫院治理亦當然如此。否則，白領犯罪案件，為何如此層出不窮。歸咎其主要原因，不難發現治理機制的治本之道，主要的關鍵不單只是董、監事與管理階層的監督功能而已，更重要的是在於如何有效杜絕激發渠等自利的誘因。毫無疑問，當董事、監事與管理階層具有共同利益，渠等不免礙於誘因而沆瀣一氣。相反的，當董事、監事與管理階層有組織

爆發經營權紛爭與「代理問題」<sup>65</sup>，渠等不免也會因彼此利益不同而心生嫌隙，進而權衡利害得失而揭發弊案。無疑地，醫院治理機制中引進「吹哨人」制度，不僅可以將強化醫院治理機制。同時，也有助於將相關白領犯罪案件，防範於未然。就內部機制而言，尤其是就經營權與所有權未分離，以及董事會治理功能不彰等二項缺失，苟若能爰引「吹哨人」<sup>66</sup>的舉發制度，如此不僅可以有效的監督董事與管理階層，同時也可以有效杜絕自利之誘因。

無可諱言，每一個法律制度設計的良窳也都是一體二面，各有其利弊得失，無法絕對的完美無瑕，也只能夠追求相對的盡善盡美，「吹哨人」舉發制度設計機制亦是如此。就「吹哨人」舉發制度設計而言，企業組織內部掏空公司、財報不實等不法情事往往具有錯綜複雜關係與秘密性，除非由組織內部「吹哨人」之舉發，否則外人難以窺知不法舞弊情事之全貌<sup>67</sup>。是以，「吹哨人」舉發制度之設計，不僅可以防範與匡正企業治理之不法情事發生於未然，同時對於公眾利益損害之擴大，也可以收到防微杜漸之效果。惟「吹哨人」對於企業組織不法情事之揭露行為，終究不免將損及企業商譽、企業形象與投資人權益。

<sup>65</sup> 趙悅伶，臺灣公司治理之實際成效：以家族企業、獨立董事、審計委員會為軸，2017年1月，頁23；嚴玉華、楊鎮維，同前註13。

<sup>66</sup> 林淑芬，法人刑事利得沒收之預防——以法令遵循制度為中心，政治大學法律學研究所碩士論文，2021年，頁159-161。

<sup>67</sup> 曾令寧、呂桔誠，接軌國際金融監理建構全面遵循體制，財團法人台灣金融研訓院，2020年8月，頁95。

如此以來，「吹哨人」也無可避免將會受到企業報復。職是之故，法律必須提供「吹哨人」有效的法律保護機制，使其在特定條件之下得以不受企業解僱與免除民事、刑事責任，否則企業不法情事將無法真相大白，法律公平正義也將無法得以伸張。也就因此，「吹哨人」制度設計之機制，儼然已成為公司治理的重要一環。

相較於英國「公益揭露法」(Public Interest Disclosure Act of 1998)與日本「公益通報者保護法」，對於「吹哨事項」予以統一規範。我國立法如同美國與德國立法，將「吹哨事項」分別散見於各自不同法律領域〔證人保護法、勞工相關法規、金融控股法規、銀行、保險及證券期貨各服務事業內控辦法、上市(櫃)守則及參考範例等〕，而並無單一專法規範。準此，有學者認為我國擬議「揭弊者保護法草案」的制度設計，應重視「保護機制」與「誘因機制」，揭弊者才能夠勇於舉發企業組織不法情事，以及無後顧之憂。其中，「保護機制」包括：(一)提升吹哨人舉發意願(1.匿名舉報；2.獨立專責單位受理檢舉；3.提供高額檢舉獎金)。(二)強化吹哨人保護措施(1.不利處分禁止搭配反報復條款；2.身分保密；3.工作權保障；4.人身安全保障；5.法律責任減輕或免除)。(三)吹哨人遭遇不利對待之救濟(受雇主報復性不利處分的吹哨者，若經審定確認後，可獲得以下救濟：1.復職；2.給付積欠薪資及其利息；3.補償任何因不利對待引發之特別損害，包括訴訟費用、專家證人費用及合理律師費)。另

外，為鼓勵「吹哨人」能夠無懼於檢舉企業組織不法情事，法律規範應提供相當檢舉獎金，以作為舉發誘因之用<sup>68</sup>。

誠如上述，醫療社團法人醫院因醫院治理不當，以致衍生相關弊案是屢見不鮮，尤其是醫療社團法人，董、監事與管理階層沆瀣一氣，為了牟取不法利益所得，動輒利用資訊上的不對稱，漸次進行不當利益輸送、關係人與關係企業交易等白領犯罪行為。歸結這些弊案的成因，終究不外乎是源於經營權與所有權高度重疊之下，家族共犯間彼此利用職權，遂行不法利益輸送或關係人交易之犯罪行為。遺憾的是，由於諸如此類犯罪行為具有錯綜複雜性與高度隱密性而難以被察覺，因此縱令「企業治理」之下設有內部稽核控制制度、監察人、法令遵循等內部機制，以及政府監督、法令規範、會計師、律師、董事等外部機制，也難以收到防微杜漸效果，更遑論「醫院治理」之下，並未設有相關內、外部的治理機制。爰此，醫療法規範的醫院治理機制，若能引進「吹哨人」舉發制度，如此不僅將可以有效監督董事與管理階層，防範經營權與所有權高度重疊之弊端，同時也可以有效杜絕犯罪行為人自利之誘因。

<sup>68</sup> 林國全、陳恩儀、楊峻昌，證券事件「吹哨者」及其民事責任研究，中華民國證券暨期貨市場發展基金會，2018年10月，頁5、106-108。

## 參考文獻

### 一、中文文獻

- 106年度醫院評鑑基準及評量項目——醫學中心適用，第1篇、經營管理，第1.1章 醫院經營策略（日期不詳）。file:///C:/Users/user/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/106年醫院評鑑基準-1051207公告.pdf
- 王志誠（2004）。公司法：第二講公司之章程與自治。《月旦法學教室》，23，64-73。
- 王炳龍、劉見祥、楊志良（2012）。推動我國醫療機構進入資本市場所面臨之障礙與解決之道。《證券櫃檯月刊》，162，29-42。
- 朱德芳（2010）。論公司法下董事會發行新股之權限與責任——以公司法第156條第5項股份交換制度為核心，兼論股東優先認股權之存廢。《政大法學評論》，115，149-242。
- 余文彬（2021）。財務報告編製準則修訂後醫療社團法人之會計處理及課稅規定。《會計師季刊》，288，49-57。
- 吳當傑（2006）。最新證券交易法有關公司治理規範之解析實務。《證交資料》，528，2-8。
- 李俊鋒（2016）。《醫療社團法人公司化與治理之研究》〔未出版碩士論文〕。中興大學法律學研究所。<https://ndltd.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gsweb.cgi/login?o=dnclcdr&s=id=%22104NCHU5194013%22.&searchmode=basic>
- 周國隆、楊哲銘（2020）。《實用醫事法律》（增訂三版）。五南。
- 周惠櫻、鄧昇謨（2011）。臺灣醫院對利害關係人企業社會責任之初探。《醫務管理期刊》，12（3），206-219。[https://doi.org/10.6174/JHM2011.12\(3\).206](https://doi.org/10.6174/JHM2011.12(3).206)
- 孟維德（2021）。《白領犯罪》（三版）。五南。

- 易明秋（2007）。*公司治理法制論*。五南。
- 林仁光（2006）。董事會功能性分工之法制課題——經營權功能之強化與內部監控機制之設計。*臺大法學論叢*，35（1），157-266。<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2006.35.01.04>
- 林國全（2013）。*公司治理法制*。*月旦民商法雜誌*，39，5-19。  
<https://doi.org/10.3966/172717622013030039001>
- 林國全、陳恩儀、楊峻昌（2018）。證券事件「吹哨者」及其民事責任研究。中華民國證券暨期貨市場發展基金會。
- 林淑芬（2021）。*法人刑事利得沒收之預防——以法令遵循制度為中心*〔未出版碩士論文〕。政治大學法律學研究所。<https://ndltd.ncl.edu.tw/cgi-bin/g32/g3web.cgi/login?o=dnclcdr&s=id=%22109NCCU5194022%22.&searchmode=base>
- 邵慶平（2011）。商業判斷原則的角色與適用。*科技法學評論*，8（1），103-139。
- 侯凱倫（2011）。*法人犯罪之研究*〔未出版碩士論文〕。東海大學法律研究所。<https://ndltd.ncl.edu.tw/cgi-bin/g32/g3web.cgi/login?o=dnclcdr&s=id=%22099THU00194012%22.&searchmode=base>
- 紀振清（2021年5月6日）。*基礎設備理論於醫療事業之適用與檢討*。第七屆競爭政策與公平交易法學術研討會。<https://www.ftc.gov.tw/upload/seminar/07-12.pdf>
- 張傑程（2018）。從公司治理觀點探討我國「企業貪瀆」之防制對策。*刑事政策與犯罪防治研究專刊*，17，19-41。[https://doi.org/10.6460/CPCP.201806\\_\(17\).03](https://doi.org/10.6460/CPCP.201806_(17).03)
- 郭大維（2018）。英美公司法制之發展進程：兼論我國近年公司法之修正。*國土及公共治理季刊*，6（1），17-25。
- 陳彥良（2018）。我國公司法制之再進化——以2018年公司法修正為中心。*財金法學研究*，1（2），177-205。



- 陳銘薰、劉坤億、蔡淑美、李彥宏（2004年11月）。行政法人公司治理模式可行性，2004年行政院人事行政局委託研究案（PG9407-0781）。GRB政府研究資訊系統。<https://www.grb.gov.tw/search/planDetail?id=1106026>
- 彭禎伶（2022年10月14日）。金管會嚴管金控大股東。工商時報。<https://ctee.com.tw/news/finance/734993.html>
- 彭禎伶、魏喬怡（2022年10月14日）。金控大股東手別伸太深！最重撤其董事代表。工商時報。<https://ctee.com.tw/news/finance/734681.html>
- 曾令寧、呂桔誠（2020）。接軌國際金融監理建構全面遵循體制。財團法人台灣金融研訓院。
- 曾宛如（2020）。公司法制之重塑與挑戰。月旦法學雜誌，300，132-141。<https://doi.org/10.3966/102559312020050300008>
- 黃偉峯（2007）。企業併購法。元照。
- 黃達夫（2017年8月15日）。醫院是非營利事業公共財。和信醫院雙週刊334。<https://www.kfsyscc.org/m/archives/5999>
- 楊志良、吳憲明、廖宏恩、王秀英（2009）。健康醫療服務機構公司化之可行性研究——以民間興辦醫院為例。行政院研究發展考核委員會。
- 楊岳平（2011）。公司治理與公司社會責任：企業併購下股東、債權人、員工、投資人之保護。元照。
- 楊慧娘（2015）。民法第七十一條之理論與適用〔未出版碩士論文〕。臺灣大學法律學研究所。<https://ndltd.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gsweb.cgi/login?o=dnclcdr&s=id=%22103NTU05194023%22.&searchmode=basic>
- 廖大穎（2013）。從公司治理觀點解析2011年4次公司法修正對企業法制之影響。月旦法學雜誌，216，5-20。<https://doi.org/10.3966/102559312013050216001>

- 趙悅伶（2017）。臺灣公司治理之實際成效：以家族企業、獨立董事、審計委員會為軸。元照。
- 劉連煜（2006）。公開發行公司董事會、監察人之重大變革——證交法新修規範引進獨立董事與審計委員會之介紹與評論。證券櫃檯月刊，116，12-21。
- 劉德慧（2016）。我國醫療機構公司化相關法律問題之探討〔未出版碩士論文〕。東吳大學法律學研究所。https://ndltd.ncl.edu.tw/cgi-bin/gsc3/gscweb.cgi/login?o=dnclcdr&s=id=%22104SCU00194073%22.&searchmode=basic
- 衛生福利部（2017年4月6日）。行政院：行政院院會通過「醫療法」部分條文修正草案。https://www.mohw.gov.tw/cp-2737-8755-1.html
- 賴英照（2007）。從尤努斯到巴菲特——公司社會責任的基本問題。台灣本土法學雜誌，93，150-180。
- 戴瑞瑤（2022年8月3日）。嚴重違反公司治理開發金6董、總停職降薪。聯合新聞網。https://udn.com/news/story/7239/6507633
- 謝碧珠（2014年9月1日）。中國大陸醫療機構公司化與上市之發展及其對臺灣之啟示立法院。第十屆第三會期，專題研究。立法院。https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=6586&pid=84829
- 嚴玉華、楊鎮維（2013）。醫院治理機制與效能之研究。臺大管理理論叢，23(S1)，57-84。https://doi.org/10.6226/NTURM2013.SEP.OG018

## 二、英文文獻

- Dechow, P. M., Sloan, R. S., & Sweeney, A. P. (1996). Causes and consequences of earnings manipulation: An analysis of firms subject

- to enforcement actions by the SEC. *Contemporary Accounting Research*, 13(1), 1-36 <http://dx.doi.org/10.1111/j.1911-3846.1996.tb00489.x>
- Easterbrook, Frank H., & Fischel, Daniel R. (1991). *The economic structure of corporate law*. Harvard University Press.
  - Eeckloo, K., Van, H. G., Van, H. C., & Vleugels, A. (2004). From corporate governance to hospital governance, Authority, transparency and accountability of belgian nonprofit hospitals, board and management. *Health Policy*, 68(1), 1-15. <http://dx.doi.org/10.1016/j.healthpol.2003.07.009>
  - Fama, Eugene F., & Jensen, M. C. (1983). Agency problems and residual claims. *Journal of Law and Economics*, 26(2), 327-349. <https://doi.org/10.1086/467038>
  - Fama, Eugene F., & Jensen, Michael C. (1983). Separation of ownership and control, *Journal of Law and Economics*, 26(2), 301-325. <https://doi.org/10.1086/467037>
  - Flanagan, J. (1981). *The successful volunteer organization*. Contemporary Books.
  - Folland, S., Goodman, A. C., & Stano, M. (1997). *The economics of health and health care*. Prentice-Hall Inc.
  - Garber, A. M., & Phelps, C. E. (1997). Economic foundations of cost-effectiveness analysis. *Journal of Health Economics*, 16(1), 1-31.
  - Hillman, A. J., & Dalziel, T (2003). Boards of directors and firm performance: Integrating agency and resource dependence perspectives. *The Academy of Management Review*, 28(3), 383-396. <https://doi.org/10.2307/30040728>
  - Hummel, J. M (1980). *Starting and running a nonprofit organization*.

University of Minnesota Press.

- Joint Commission International (2007). *Accreditation standards for hospitals USA* (3rd ed.). IL: Joint Commission International.
- Murphy, C., & O'Donohoe, S. (2006). *Hospital governance: An insight from the south east of Ireland*. Presented at the Irish Accounting & Finance Association Conference, DCU, Ireland.
- Oviatt, Benjamin M. (1988). Agency and transaction cost perspectives on the manager-shareholder relationship: Incentives for congruent interests. *Academy of Management*, 13(2), 214-225. <https://doi.org/10.2307/258573>
- World Bank (n.d.). 1999, *Corporate Governance: A Framework for Implementation*, Washington D.C: World Bank 2000. [http://www.ausncp.gov.au/content/docs/19990101\\_corporate\\_governance.pdf](http://www.ausncp.gov.au/content/docs/19990101_corporate_governance.pdf)

# 國民法官選任之困境與對策 ——以日本裁判員制度為借鏡\*

黃鼎軒\*\*

## 要目

壹、前言	二、不選任事由的判斷
貳、日本裁判員制度之選任程序	三、案件類型之選任建議
一、選任程序概述	參、結語——對國民法官法之啟發

DOI：10.6460/CPCP.202308\_(35).02

本篇文章業經雙向匿名審查通過。

\* 本文為「黃鼎軒、楊迺軒、蕭宏宜（2022）。國民法官選任之研究（法務部111年度委託研究計畫之研究報告，W1110301）。法務部。」成果之一部，內文僅為作者想法，不代表法務部立場。

\*\* 東吳大學法學院專任助理教授，東吳大學法學博士。

## 摘 要

為使國民能參與刑事司法審判，我國於2020年7月22日三讀通過「國民法官法」，經2年半準備期間後，將於2023年1月正式施行上路。其中，國民法官案件之審理能否順暢且公平地進行，繫諸於事前能否有效篩選無偏見、預斷之國民法官參與審理程序，涉及對國民法官詢問事項及詢問方式，更是攸關裁判結果是否能公平，且達成訴追犯罪目的之不可忽視的課題。

在日本裁判員制度的運作上，關於裁判員的選任程序及應如何進行選任，例如如何判斷裁判員具有不公平審判之虞、如何行使不附理由拒卻權等，均有豐富實務運作經驗。本文藉由爬梳日本文獻及實際採訪日本具有裁判員選任經驗之實務家，透過日本實務經驗、分析及回饋，比較研究彼邦經驗，反思國民法官模擬法庭之運作，作為因應國民法官法施行後，選任國民法官之參考。

最後，由於選任國民法官之目的，在於使多元社會價值意見且能公正審理之人得以進入法庭，透過彼此討論進行評議並形成判決，本文以此目的形成為前提，提出選任程序之建議以作為結語。

關鍵詞：國民法官之選任、公平法院、不公平審判之虞、不附理由拒卻權、國民參與刑事審判、國民法官法

# **The Dilemma of National Judges’ Election and Countermeasures – Focusing on Japan’s Saiban-in System**

Ting-Hsuan Huang<sup>\*</sup>

## **Abstract**

In order to enable citizens to participate in criminal justice trials, Taiwan passed the “National Judge Act” on July 22, 2020, it will be officially implemented in January 2023. The smooth and fair trial of a national judge’s case depends on whether the national judge can be effectively selected to participate in the trial process without prejudice and prejudgment, and involves the voir dire of the national judge. And the manner of questioning, which is a crucial issue for the fairness of the decision and the achievement of the purpose of pursuing the crime.

In the operation of the Japanese “Saiban-in system”, there is a wealth of practical experience regarding the selection process of saiban-ins and how they should be selected, such as how to judge the risk of unfair trial and how to exercise the right of peremptory challenge.

---

\* Assistant Professor of Law, School of Law, Soochow University; Ph.D., Soochow University.

This paper reflects on the operation of the Saiban-in' moot court by reviewing Japanese literature and interviewing Japanese practitioners who have experience in the selection of saiban-ins, and by comparing the Japanese practical experience, analysis, and feedback, as a reference for the selection of national judges after the implementation of the National Judges Act.

Finally, since the purpose of electing national judges is to bring diverse social values into the courtroom, to discuss with each other, and to form a judgment, this paper concludes with a proposal for the selection process based on this purpose.

**Keywords:** Election of National Judges, Fair Court, Danger of Unfair Trial, Peremptory Challenge, Civil Participation in Trials, National Judges Act



## 壹、前言

為使國民能參與刑事司法審判，我國於2020年7月22日三讀通過「國民法官法」，經2年半準備期間後，於2023年1月正式施行上路。其中，國民法官案件之審理能否順暢且公平地進行，繫諸於事前能否有效篩選無偏見、預斷之國民法官參與審理程序，涉及對國民法官詢問事項及詢問方式，更是攸關裁判結果是否能公平，且達成訴追犯罪目的之不可忽視的課題。

關於國民法官及備位國民法官之選任程序，對於行國民參與審判之案件，應依國民法官法（下稱「本法」）第21條規定，於審判期日之訴訟程序前，法院自備選國民法官複選名冊中，以隨機抽選方式選出該案所需人數之候選國民法官，並為必要之調查。其後，根據調查結果排除不符擔任國民法官資格之人後，造具「候選名冊」。其後，法院再依本法第22條規定，應於國民法官選任期日30日前，檢附國民參與審判制度概要說明書、候選國民法官調查表，以書面通知候選國民法官於選任期日到庭。

上開文件經候選國民法官填寫調查表完畢後，於選任期日10日前送交法院後，法院應依本法第23條規定，於國民法官選任期日2日前，將應到庭之候選國民法官名冊，送交檢察官及辯護人。又法院為進行國民法官選任程序，應將應到庭之候選國民法官之調查表，提供檢察官及辯護人檢閱。但不得抄錄或攝影。

在選任期日當天，依照現行模擬法庭運作狀況觀察，

較為常見的是國民法官報到同時會領取一份「到庭調查表」，藉以確認先前回傳調查表內容有無變更，告知本件案情概要，並確認有無本法第15條迴避以及第16條拒絕被選認為正選及備位國民法官事由。法院蒐集上開經填寫完畢之調查表後，複印並交給檢辯雙方作為口頭詢問時之參考資料<sup>1</sup>。

基此，法院為判斷候選國民法官是否具備積極資格或不具備消極資格，應依據上開參考資料，由法院依本法第26條規定，依職權或檢、辯聲請，附理由裁定不選任該候選國民法官，稱為「附理由拒卻」。檢察官、被告與辯護人，除得依上開規定聲請法院裁定不選任外，亦得依第28條規定，不附理由拒卻候選國民法官，惟人數不得逾4人，稱為「不附理由拒卻」。

又對於上開國民法官選任程序必要事項，由本法第34條授權司法院訂定選任辦法，於2022年3月25日訂定發布，並自2023年1月1日施行之「國民法官選任辦法」，（下稱「選任辦法」）。依該選任辦法第5條規定，法院應於選任期日前，就對國民法官詢問事項及詢問方式，與檢察官及辯護人充分討論；若有必要，檢察官亦得依選任辦法第6條第2項規定，先行擬定預定詢問候選國民法官之問題，利用事前協商程序，提出於法院，由法院確認是否適合對候選國民法官為詢問。

<sup>1</sup> 許家源，論國民法官法之選任程序——兼論日本經驗之啟示，月旦法學雜誌，324期，2022年5月，頁55。

對於上開檢察官所提出之詢問問題，由於詢問到庭之候選國民法官之目的，在於選出能於個案中公正審理之人，倘法院認為該問題有選任辦法第9條第2項第1款情事，例如「使候選國民法官產生預斷或偏見之虞」（該條項第1款）時，法院得依其裁量權限制或禁止詢問該問題。

依照司法院釋字第392號解釋，檢察官係代表國家從事偵查、訴追、執行之檢察機關，其職責在於犯罪訴追，對於具有不當無罪傾向或有輕縱傾向之候選國民法官，屬本法第15條第9款「足認其執行職務有難期公正之虞」，而不得被選任為國民法官或備位國民法官。為篩選並排除具有上開傾向之候選國民法官，檢察官得透過候選國民法官調查表（選任辦法第7條），抑或經法院認為適當者，由檢察官直接對到庭之候選國民法官進行詢問（本法第26條第2項），據以作為聲請法院裁定不選任（本法第27條）或不附理由聲請法院不選任國民法官（本法第28條）之參考。

此外，依筆者之觀察，在國民法官模擬法庭案件中，有關國民法官選任程序時，時常涉及下列問題：第一，就有關詢問事項、詢問方式，往往會出現無法有效篩選候選國民法官問題，例如詢問候選國民法官其家庭狀況等；此外，在訴訟當事人在設計選任題庫時，也常有設計出涉及刺探心證疑慮之題型。

第二，依國民法官法第19條第9款規定，倘候選國民

法官「有具體事證足認其執行職務有難期公正之虞」，依同法第27條第1項規定，法院應依職權或當事人、辯護人之聲請，裁定不選任之。然而，何謂「有具體事證足認其執行職務有難期公正之虞」，法條中未有具體規範，在選任實務操作上也難有先例依循。

第三，依國民法官法第28條第1項規定，檢察官、被告與辯護人得不附理由拒卻不超過4人之候選國民法官。然而，就不附理由拒卻權之使用時機，以及不附理由拒卻權之行使是否有其相關界線，均未見有規定。

第四，就特殊國民法官案件類型之選任，未有相關規範。例如將於2026年1月1日施行之國民法官法第5條第1項第1款「所犯最輕本刑為十年以上有期徒刑之罪」中，若有涉及刑法第226條強制性交致被害人重傷時，應如何在選任程序中，除確保選任程序目的外，也能保障被害者之隱私。另外，就業已施行之第5條第1項第2款案件中，因涉及被害人死亡，國民法官於審判過程中，不可避免地會看到血腥等刺激性證據，若其身心無法負荷刺激證據，將可能影響審判程序。因而，是否於選任程序中，是否得以事先藉由詢問程序，預先就未來可能提出之刺激證據進行詢問，亦成為不可迴避之議題。

基此，本文以對國民法官篩選時，所提出之詢問事項、詢問方式以及程序安排等為探討重點，借鏡踐行多年人民參與審判經驗之日本裁判員制度，關於選任、詢問裁判員之技巧與實務經驗，分析其中利弊得失。爬梳外國法

制經驗後，分析國民法官模擬法庭實務，並對國民法官選任程序提出相關建議，以供參考。

## 貳、日本裁判員制度之選任程序

以下針對日本裁判員制度中，關於選任程序之流程、不選任事由之判斷，以及針對不同類型案件選任之方法為一介紹，說明如下。

### 一、選任程序概述

關於日本裁判員選任的程序，原則上可分為抽選裁判員及選任當日流程二方面進行說明。

#### (一)裁判員之抽選

第一，地方法院將每年適用裁判員制度的案件數量，進行換算後決定備選裁判員的人數。亦即，依照裁判員法第20條第1項規定，地方法院應依最高裁判所規則規定，截至每年9月1日止，將次年備選裁判員之必要員額數，依照其轄區內市町村進行劃分，並將其通知市町村的選舉管理委員會。

第二，製作「備選裁判員預定者名簿」。其依裁判員法第21條第1項規定，市町村選舉管理委員會接獲第20條第1項之通知時，應於登錄於選舉人名簿中，以抽籤方式抽選候選裁判員預定者的該當員額數，製作「預定者名簿」。並於每年10月15日前，依照裁判員法第22條第1項規定，將「預定者名簿」送交地方法院。

第三，將不符裁判員資格或死亡者，從「裁判員備選者名簿」中剔除。亦即，依照裁判員法第23條第3項、第4項規定，將不具有擔任裁判員之積極、消極資格者，例如有犯罪前科者、未完成義務教育者、具有特殊職業身分者、死亡者等人，由地方法院將其從「裁判員備選者名簿」中刪除。

第四，通知「裁判員備選者名簿」中之裁判員候選者。依照裁判員法第25條規定，地方法院應將其被記載於「裁判員備選者名簿」之旨，通知候選裁判員，並告知隔年一年間，有可能會因為裁判員事件，而被傳至法院擔任裁判員。

第五，從「裁判員備選者名簿」中抽選「候選裁判員」。依照裁判員法第26條規定，在適用裁判員制度之具體個案第一次審判期日決定時，應考量審判所需期間及其他情事，抽籤決定候選裁判員之人數。而為確保基於公正抽籤選出候選裁判員，同法第4項賦予檢察官及辯護人有於抽籤程序時，在場之機會。

此時，若預計該案件之裁判日數，將於5日以內結束時，平均會寄送給約70名的候選裁判員選任程序之通知，亦會同時附上「事前質問票」予其填寫，填寫完畢後請求其寄回「事前質問票」。若依據該質問票之回答，有明顯該當辭退裁判員之事由時，法院會寄送文書或以撥打電話

告知該人不需要於記載時間前來法院進行選任程序<sup>2</sup>。

第六，「候選裁判員名簿」之作成。依照裁判員法第31條規定，審判長應至遲於裁判員選任程序前2日，將記載候選裁判員姓名之名簿，送交檢察官及辯護人。

第七，法庭內的裁判員選任程序。依照裁判員法第33條規定，選任程序不公開，且由審判長進行選任程序之指揮。又審判長應於選任程序進行前，將候選裁判員提出之質問票的影本給予檢辯雙方閱覽（裁判員法第31條第2項）。此外，在選任程序過程中，陪席法官、檢察官、被告或辯護人，得請求審判長同意後，對候選裁判員進行詢問。經詢問後，倘檢察官、被告或辯護人認為候選裁判員有符合不能擔任裁判員之事由，或者有為不公平審判之虞時，法院應依聲請或職權，裁定不選任該當候選裁判員（裁判員法第34條第4項）。

必須注意的是，依照裁判員法第30條規定，法院得於選任程序前，為判斷候選裁判員是否該當不適任事由等，以質問票對其進行確認。而質問票，可分為「事前質問票」與「當日質問票」二種。

所謂「事前質問票」，通常會事前隨同選任程序通知，一併寄送給候選裁判員<sup>3</sup>，目的係為確認該候選裁判員

---

<sup>2</sup> 裁判員の選任手續の具体的イメージ編，頁40-41，<https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/2020/R2navigation4-1.pdf>（最後瀏覽日：2022年9月28日）。

<sup>3</sup> 惟在例外狀況，例如預計可能花費較長時間進行審理時，則會先寄送事前質問票，等到收到質問票後，依回答之結果剔除該當辭退事由之

是否有被選認為裁判員之積極或消極資格、有無辭退之申請等<sup>4</sup>。例如記載裁判員法第16條等相關事由：1.是否有因重病或受傷等原因而有出庭困難而想辭退？2.有無因有必要照護或養育有障礙之同居家人之情形，並因此想辭退者？3.因負責工作中重要職務，倘若不自行處理時將對該事業造成顯著損害，而有辭退之意願者<sup>5</sup>？4.因社會上重要職務而無法於其他時間執行該職務，而希望辭退者<sup>6</sup>。

至於「當日質問票」，則是主要是於選任期日當日，由候選裁判員現場填寫，目的是用來判斷是否該裁判員有無不公平審判之虞使用<sup>7</sup>。若候選裁判員對於質問票中之問題有虛偽記載之情事，依裁判員法第111條規定，處以30萬元以下之罰鍰或得依第110條之規定，處以50萬元以下

---

候選裁判員後，再寄送到庭通知書，稱「分離發送」。池田修、合田悅三、安東章，解說裁判員法：立法の経緯と課題，2016年9月，頁100-101。

<sup>4</sup> 質問票でおたずねすること，<https://www.saibanin.courts.go.jp/introduction/situmon/index.html>（最後瀏覽日：2022年9月28日）。

<sup>5</sup> 舉例而言，L為公司職員，於選任期日當日因為工作緣故，必須出國工作，L因為找不到代班的人，因而希望辭退裁判員之選任。此時，L可以將上開情事記載於質問票中，並且將機票收據影本附上，連同質問票一併寄回予法院。待法院收到資料後，即會通知L毋庸出席選任期日。詳情可參見：裁判員の選任手續の具体的イメージ編，同前註2，頁42。

<sup>6</sup> 裁判員選任手續のイメージ案，頁4-5，<https://www.courts.go.jp/saikosai/vc-files/saikosai/file2/80702010.pdf>（最後瀏覽日：2022年9月28日）。

<sup>7</sup> 西村健，選任手續の概要，自由と正義，59卷2期，2008年2月，頁84。



之罰金。

此外，依照裁判員法第36條第1項規定，檢察官及被告對於候選裁判員，分別可以不附理由拒卻最多4位候選裁判員。又備位裁判員的選任，依該條第2項規定，檢察官及被告亦得不附理由拒卻備位裁判員，其規則如下：如果備位裁判員為1人或2人時，得拒卻1人；備位裁判員為3人或4人時，得拒卻2人；備位裁判員為5人或6人時，得拒卻3人。

又關於通知到場候選裁判員的人數現狀，其選定的人數，是以從事該裁判員裁判職務的期間4天為前提。在制度剛施行時，有將近70至80名，不過近來減少至60至65名左右。而選任程序應出席的候選裁判員人數，在考量到選任程序當天申請辭退，或被訴訟當事人行使不選任請求權的可能性，大概以目標20人左右選定到場的候選裁判員<sup>8</sup>。

綜上所述，關於選任程序之流程，可繪圖如下：

---

<sup>8</sup> 平成25年6月裁判員制度に関する検討会，「裁判員制度に関する検討会」取りまとめ報告書，<https://www.moj.go.jp/content/000112006.pdf>（最後瀏覽日：2022年7月2日）。

圖

選任程序的流程<sup>9</sup>（作者自繪）



<sup>9</sup> 本圖內文取自：裁判員等選任手續の流れ，[https://www.courts.go.jp/sapporo/vc-files/sapporo/file/01\\_saibanintou\\_sennintetsuduki.pdf](https://www.courts.go.jp/sapporo/vc-files/sapporo/file/01_saibanintou_sennintetsuduki.pdf)（最後瀏覽日：2022年9月26日）。

## (二)選任程序當日之詢問程序

在選任程序當日，對於傳喚到庭之候選裁判員，在對其為必要之詢問後，根據其回答的內容，決定選任裁判員及備位裁判員。關於詢問程序之說明如下：

### 1.詢問程序之流程

所謂必要之詢問，其大致流程為：辯護人與檢察官會前往個別詢問室，至於候選裁判員則在全體詢問室等待，同時填寫、記載「當日質問票」。此時，辯護人等可以在個別詢問室中，閱覽關於候選裁判員所提出之事前質問票，並且就該質問票內容，判斷該候選裁判員是否有擔任裁判員之消極資格，以及判斷是否有為不公平審判之虞。

此外，在候選裁判員報到後，也會將座位表交付給檢辯雙方，也因為座位表上記載有候選裁判員的編號，可以對照事前質問票後，得以得知該候選裁判員的具體座位，藉此對其進行觀察，而後續行使不附理由拒卻權時，亦得使用該號碼進行拒卻<sup>10</sup>。

接著，法官、檢察官及辯護人會前往全體詢問室，於全體詢問室中，先進行簡單的自我介紹後，由審判長向全體候選裁判員進行全體詢問。其後，法官、檢察官與辯護人會回到個別詢問室中，依裁判員法第34條第1項，逐一對有個別詢問必要之候選裁判員進行個別詢問<sup>11</sup>。

<sup>10</sup> 鵜飼裕未，裁判員選任手續のいろは，LIBRA，21卷，2021年4月，頁32。

<sup>11</sup> 同前註，頁32。

對於候選裁判員之個別詢問程序，是在個別的房間內，為判斷該候選裁判員是否有不適合被選任之事由，得由審判長進行詢問（裁判員法第34條第1項）。另外，如果檢察官或辯護人及被告認為有判斷該候選裁判員是否具有為不公平審判之虞，且具有必要時，得請求審判長同意，由審判長對候選裁判員進行詢問（裁判員法第34條第2項）。

在詢問程序室內，除3位職業法官、書記官外，檢察官及辯護人（在法院認為有必要時被告亦得在場）有在場權（裁判員法第32條）。在裁判員法施行後，對於候選裁判員的個別詢問，僅在例外的場合進行。例如，對於到場的候選裁判員，於選任程序當日發放之「質問票（當日用）」，上面記載「您與被告有任何關係，或有參與事件的偵查程序等，有與事件具有特別關係嗎？」等四個問題，如果候選裁判員圈選「沒有」的選項，則不會對其進行口頭個別詢問，其後即進行抽籤選任6名正選裁判員及數名備位裁判員<sup>12</sup>。

至於個別詢問程序，依照曾任東京地方檢察署檢察官之伊藤雅大律師訪談說明<sup>13</sup>：個別詢問程序時間可能30秒

<sup>12</sup> 高野隆，裁判員制度の効果：10年を振り返って，自由と正義，70卷5期，2019年5月，頁27-28。

<sup>13</sup> 此訪談內容為執行「法務部111年度『國民法官選任之研究』委託研究計畫案」之出國訪談之成果，研究計畫於完稿時尚未公開，又訪談內容之引用已獲得受訪者同意。受訪者為：伊藤雅大，現職「弁護士法人瓜生・糸賀法律事務所」律師，曾任東京地方檢察庁檢察官、法

至10分鐘不等，必須視個案情況而定。至於選任的標準，則是應選任能夠依據證據、法律等進行法律判斷及適當量刑之人，並傾向選任能夠進行有效溝通，且具有協調性的人作為裁判員。

對此，高野隆律師即認為個別口頭詢問是選出公正且適格裁判員不可或缺的程序，例如於2011年千葉縣地方法院進行之女子大學生殺害的裁判員事件中（被告一審被判處死刑），其中有一位裁判員從審判開始時每次都在開庭中打瞌睡，而無法專心參與審判，導致最終該名裁判員被解任。之所以產生本案的狀況，是因為本案候選裁判員的選任程序，審判長僅有發放及回收「質問票」而已，並未進行個別口頭詢問。如果有經過個別口頭詢問程序的話，就可以預先得知該名候選裁判員可能時常有打瞌睡不專心，無法實質參與審理，有不公平審判之虞的危險，而決定不選任該名裁判員<sup>14</sup>。

## 2. 進行詢問程序之注意事項

既然詢問程序之目的在於選出能夠進行公平審判之裁判員，所不可或缺程序，在實務運作上，應注意下列事項：

第一，應事先閱覽事前質問票，並做好相關註記。由

---

務省刑事局調辦事檢察官，法務部111年度「國民法官選任之研究」委託研究計畫案訪談，經費來源：法務部，訪談日：2022年7月22日，訪談人：黃鼎軒，地點：弁護士法人瓜生・糸賀法律事務所。

<sup>14</sup> 高野隆，同前註12，頁28。

於至少會於選任期日前2日，將通知到庭之候選裁判員名單及記載姓名之名冊，寄送給檢察官與辯護人，並使辯護人及檢察官得依裁判員法第31條規定，於選任期日時閱覽事前質問票之影本。因此，當檢察官收到該名冊時，應先確認該人是否有前科而不具備裁判員之積極資格（裁判員法第14條第3款），並事先在該名冊就重要資訊先行註記，例如有特別姓氏時，應注意是否與被告或被害人有親屬關係等，以便在審理期日時得以快速閱覽<sup>15</sup>。

第二，應於裁判長對候選國民法官進行解說時，提及審判時間規劃以及是否有休息時間等事宜。由於候選裁判員的個人身體狀況不同，應先於全體詢問前，先向候選裁判員說明開庭時間可能約2小時才會休息一次，且2小時內均無休息時間。若有生理因素，例如必須頻繁如廁，抑或有需較長如廁時間等生理上之理由，也請填入當日質問票中，藉以作為判斷是否有裁判員法第14條第3款因顯著身心障礙而無法遂行裁判員之職務等消極事由，進而作為是否選任該候選裁判員之判斷依據<sup>16</sup>。

第三，若該裁判員於質問票中回答擔任裁判員可能對工作產生影響時，此時會進一步對該候選裁判員進行個別詢問，並且確認其工作內容是否缺少該候選裁判員即無法進行，例如該人正在擔任其職場中重要業務或企劃之負責人且無法輕易請假、缺席等情況，則會傾向不選任該候選

---

<sup>15</sup> 伊藤雅大，同前註13。

<sup>16</sup> 伊藤雅大，同前註13。

裁判員<sup>17</sup>。

第四，於法官、檢察官及辯護人前往全體詢問室，向候選裁判員自我介紹時起，即應開始觀察候選裁判員的態度，並且將有疑慮者逐一記號，以作為行使不選任請求之參考。例如，觀察該候選裁判員是否有仔細聆聽說明、有無一直低頭滑手機、聽取指示時是否有客觀上顯而易見的輕蔑態度，如翹二郎腿等<sup>18</sup>，又或者是外觀上明顯是反社會團體等<sup>19</sup>。

## 二、不選任事由的判斷

在日本裁判員的選任程序中，檢、辯雙方僅會在進行選任程序前2日收到只記載候選裁判員姓名之名簿，且當日質問票中記載的詢問題數也不多，導致檢、辯雙方難以獲得充足的不選任事由判斷素材<sup>20</sup>。對於檢察官而言，若在具體個案，如死刑案件或與責任能力有關之案件，想要追加個別詢問候選裁判員，則必須依照裁判員法第34條第2項規定，由審判長判斷該問題是否相當方能提出。

---

<sup>17</sup> 伊藤雅大，同前註13。

<sup>18</sup> 伊藤雅大，同前註13。

<sup>19</sup> 此訪談內容為執行「法務部111年度『國民法官選任之研究』委託研究計畫案」之出國訪談之成果，研究計畫於完稿時尚未公開，又訪談內容之引用已獲得受訪者同意。受訪者為：A現任檢察官（匿名採訪），現職為檢察官，法務部111年度「國民法官選任之研究」委託研究計畫案訪談，經費來源：法務部，訪談日：2022年7月19日，訪談人：黃鼎軒，地點：A檢察官辦公室。

<sup>20</sup> 菅野亮，裁判員の選任手続の現状と課題，刑事弁護，72期，2012年10月，頁24。

根據令和2年，即2020年的統計資料顯示，出席選任程序的候選裁判員人數共有2萬4,798人，其中有1萬7,458人被不選任。被不選任的人數中，包含「附理由不選任」19人、因辭退之不選任2,920人、不附理由不選任2,957人、未中籤之不選任1萬1,562人<sup>21</sup>。

對此，有律師認為，附理由不選任之人數之所以會極度稀少，主要原因是缺少用來判斷是否附理由選任之素材；至於不附理由不選任之人數，之所以相對較多，是因為縱使掌握候選裁判員之資訊較少，仍可單純行使不附理由拒卻權。甚至是在個別詢問中，如果對於該候選裁判員有為不公平審判的疑慮時，例如該候選裁判員說「我時常對犯罪者的態度抱持嚴苛的態度」、「特別是殺人者應該要處以死刑」等，亦可行使不附理由拒卻<sup>22</sup>。

### (一)不公平審判之虞的判斷

根據平成19年，即2007年5月23日召開之最高裁刑事規則制定諮問委員會（下稱「委員會」），其認為「所謂認定具有『為不公平審判之虞』，係指1.與當事人具有特別關係；2.於訴訟程序外已經本件形成一定的判斷；3.難以依照法律進行審判<sup>23</sup>。

<sup>21</sup> 裁判員制度の実施状況等に関する資料，令和2年度，頁24，<https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/2021/R2-103-1.pdf>（最後瀏覽日：2022年7月5日）。

<sup>22</sup> 菅野亮，同前註20，頁25-26（註釋12）。

<sup>23</sup> 不公平な裁判をするおそれに関する質問の基本的考え方，<https://www.courts.go.jp/saikosai/vc-files/saikosai/file2/80101019.pdf>（最後瀏



關於上述第一點，所謂特別關係，例如在同一公司上班、就讀同一學校、附近鄰居、從事同一職業等，尤其是案件發生在都市，會有更高的機會認定候選裁判員與當事人間具有特別關係。若認定候選裁判員與當事人具有上開特別關係，並非立即認定其該當「有為不公平審判之虞」要件，而是僅是無法排除為不公平審判之可能性，還必須透過追加詢問的方式進一步詢問該候選裁判員：「因為有\_\_\_\_\_等事件，所以您能夠在審判中基於證據進行公平裁判嗎？」<sup>24</sup>

至於第二、三點，在日本裁判員實務上幾乎沒有發生過。例如，涉及特定政治信仰的案件，該候選裁判員是否具有該特定政治信仰，是用來判斷是否具有不公平審判之虞的關鍵。不過，在此類的案件中，若對候選裁判員進行詢問時，則有可能因涉及侵害該人之思想、信仰自由等，而被嚴格避免詢問該問題。舉例而言，有一因為特定政治信仰或政治主張而引發的恐怖攻擊事件，如同與邪教教團內部進行私刑殺人般，由於該犯罪與特定團體或其成員間，具有極高度的連結性，若該候選裁判員屬於該團體者，則可認定具有不公平審判疑慮。反之，若是基於個人恩怨而殺人或因為金錢目的所為的強盜殺人，縱使候選裁判員屬於該特定團體，也無法立即認定有為不公平審判疑

---

覽日：2022年7月4日）。

<sup>24</sup> A現任檢察官（匿名採訪），同前註19。

慮，必須進一步進行追加詢問<sup>25</sup>。

又例如假設該候選裁判員主張否定由國家進行司法審判的團體或特定性別等，具有極端差別待遇思想或主張的團體時，得認定其具有不公平審判之虞，並以不附理由方式對其進行拒卻<sup>26</sup>。

此外，在判斷是否有不公平裁判之虞的問題時，應討論該問題是否符合：1.對候選者的判斷具有意義；2.符合裁判員法的詢問主旨（不承認當事人為選出對自己有利的裁判員所為之詢問）；3.候選者的隱私保護；4.時間制約等要素<sup>27</sup>。

因此，關於詢問候選裁判員的詢問方法，不是從不會直接導致不公平判的問題中進行詢問，而是應進行與「2.於訴訟程序外已經對本件形成一定的判斷；3.難以依照法律進行審判」有關的概括詢問，並根據其回答，若認有必要時，再為詢問，才是合理的詢問方法。另外，依據事件的性質、內容，若認有追加具體詢問事項的合理理由時，也應例外允許之<sup>28</sup>。

檢、辯雙方即以上述對於不公平裁判之虞判斷為前提，利用「當日質問票」及「口頭詢問」程序，用以篩出

<sup>25</sup> A現任檢察官（匿名採訪），同前註19。

<sup>26</sup> A現任檢察官（匿名採訪），同前註19。

<sup>27</sup> 不公平な裁判をするおそれに関する質問の基本的考え方，同前註23。

<sup>28</sup> 不公平な裁判をするおそれに関する質問の基本的考え方，同前註23。

具有不公平裁判之虞的候選裁判員，再以附理由或不附理由方式，行使拒卻權。

### 1. 具體問題之提出

第一，關於具體問題的提出，可依「當日質問票」及「口頭詢問」程序說明如下。首先，關於「當日質問票」之具體問題，依照委員會的說明，可以舉例如下<sup>29</sup>：

(1) 您是否與被告或被害人具有關係、涉及事件的偵查或者與本事件具有特別的關係？有無（若有的話，請具體說明情況。）

(2) 您或您家人等身旁親友是否有與遭遇與本次犯罪相同的被害經驗？有無（若有的話，請在允許的範圍內說明被害內容。）

(3) 是否是根據報導等知悉本次的案件呢？

A. 不知道

B. 知悉一定程度

C. 知悉詳情

其次，則是關於詢問程序中的口頭詢問，若於「1. 您是否與被告或被害人具有關係、涉及事件的偵查或者與本事件具有特別的關係？」中，回答否者，則不對其進行詢問。若回答是者，在判斷是否具有與本案事件具有特別關

---

<sup>29</sup> 以下整理自：不公平な裁判をするおそれに関する質問の具体的イメージ，<https://www.courts.go.jp/saikosai/vc-files/saikosai/file2/80101020.pdf>（最後瀏覽日：2022年7月4日）。

係之不適格事由時（裁判員法第17條<sup>30</sup>），除可明確判斷之資料外，應在口頭詢問程序中，判斷是否有符合上開所稱不適格之事由。此外，若記載者屬於事件相關不適格事由以外之事由或特別關係時，例如與被告在同公司上班等，則應該對其口頭詢問「能否跳脫本案事件，而以裁判中呈現之證據資料，進行公平之判斷？」再根據其回答，判斷有無為不公平裁判之虞。

第二，若候選裁判員在「您或您家人等身旁親友是否有與遭遇與本次犯罪相同的被害經驗？」問題中，回答否者，則不對其進行詢問。若回答是者，不應進一步在口頭詢問程序中，追加詢問「被害程度如何」，而是應詢問「能否跳脫自己或親友的被害經驗，而以裁判中呈現之證據資料，進行公平之判斷？」再根據其回答，判斷有無為不公平裁判之虞。

第三，若候選裁判員在「是否是根據報導等知悉本次的案件呢？」問題中，回答否者，則不對其進行詢問。若回答是者，則進一步在口頭詢問程序中，詢問「能否不受報導左右，而在法庭中見聞之證據進行判斷？」再根據其回答，判斷有無為不公平裁判之虞。不過，根據具體個案狀況，也可以適當詢問「知悉何種程度？」「關於此事事件，有什麼想法嗎？」俾利判斷。

第四，對於候選裁判員詢問「是否有其他情事，會影

---

<sup>30</sup> 例如，本案被告或被害人、被害人之親屬、被告或被害人之法定代理人等。

響到您對於本案判斷呢？」若回答有，則進一步詢問該情事為何，再判斷有無為不公平裁判之虞。

第五，根據事件性質的不同，追加詢問不同的問題。舉例如下：

(1)在預計以司法警察官等搜查官作為證人的事件：於此類案件中，基於當事人的請求，審判長得以口頭詢問：「對您來說，是否曾經遭遇特別信賴警察等偵查行為的經驗；或者，反過來說，有無特別不信賴警察的經驗？」若回答否定者，則對其繼續詢問。若回答肯定者，則繼續詢問：「是哪類的事情呢？」並根據其回答追問：「縱使發生過那樣的事件，您也可以公平地判斷警察官的證言內容嗎？」藉以判斷該候選裁判員是否有為不公平裁判之虞。

(2)在爭執是否有死刑適用的事件：於此類案件中，基於當事人的請求，審判長得以口頭詢問：「關於本案被起訴○○○罪，根據法律是可以被處死刑、無期徒刑或○年以上有期徒刑。若本案被判決有罪，是否得以以法律所規定之法定刑為前提，進行量刑判斷？」若回答是者，且無其他特別論述，則毋庸繼續詢問。若該候選裁判員有其他較為激進之論述，則可以詢問：「關於本次案件的裁判，依據證據判斷，不管是認定哪種的事實，在評議中，您都會絕對選擇不科處死刑嗎？」倘候選裁判員回答否，則不繼續追問；若回答是，則可繼續追問，藉以判斷其是否有無不公平審判之虞。

依照上開委員會的指引，對於該候選裁判員是否具有

為不公平審判危險之判斷，可由檢辯雙方請求，經審判長判斷後對其進行詢問。然而，在日本裁判員實務運作上，對於是否具有不公平審判之虞，是奠基於審判外一切事項進行判斷，難以依循法條文字進行具體判斷。

此外，關於事件與當事人的關係等，因為涉及隱私事項，也僅能由當日質問票及個別詢問方式進行釐清。也因為在裁判員選任程序中，大多都不會進行個別詢問，特別是是否科處死刑或有無責任能力為爭點的案件，更難以對候選裁判員進行是否與事件或當事人間有關係之判斷<sup>31</sup>。

## 2. 實務操作經驗之借鏡

根據本文作者實際採訪日本曾任檢察官之律師或現任檢察官等實務家之結果，關於如何判斷該候選裁判員是否有不公平裁判之虞，可借鏡之點如下：

第一，「若當日質問票及相關詢問程序之題目，作為是否具有不公平裁判之虞的判斷素材顯有不足時，是否會追加進行個別詢問？若會，進行追加詢問的基準為何？」

現任A檢察官認為，就程序上而言，於選任程序期日之前，由於審判長會將記載在質問票中之一般詢問事項提示給訴訟當事人，因此實務現狀上幾乎沒有審判長所提示之詢問事項，用來判斷是否具有不公平裁判之虞素材顯有不足之情形。至於當日質問票的內容，大多不超出最高裁

<sup>31</sup> 菅野亮，同前註20，頁25。

判所出版之「與不公平審判之虞有關問題之具體例」（不公平な裁判をするおそれに関する質問の具体的イメージ），即上述「1.具體問題之提出」之說明。

若有進行個別詢問必要之案例時，基本上也由該當案件內容等進行有無不公平審判之虞的判斷，例如，該個案屬於社會矚目被新聞媒體大幅報導案件時，會從事前質問票的回答或透過事前調查方式，可能會對特定候選裁判員進行追加個別詢問，並且基於：(1)與當事人具有特別關係；(2)於訴訟外已對於本案形成一定心證；(3)由個別候選裁判員的言行舉止判斷其難以客觀依據法律進行判斷等觀點，進行個別詢問<sup>32</sup>。

第二，由於裁判員之選任程序目的係在選出具有法定消極事由或不選任事由時，得以適切進行不選任請求權。因而對於裁判長而言，若有追加詢問之必要，也僅限於上述目的範圍內進行。基此，檢察官或辯護人不得藉由選任程序，進行選任對己方有利之裁判員<sup>33</sup>。

第三，涉及特定案件類型，例如檢察官求處死刑、涉及責任能力的案件，應該進一步確認該候選裁判員是否具有特定價值觀，亦即應判斷其是否有依法進行審判的能力<sup>34</sup>，例如有被害人死亡之案件，是否不論如何都應判處死刑等。若該候選裁判員回答：「是」，則可以認定其具

---

<sup>32</sup> A現任檢察官（匿名採訪），同前註19。

<sup>33</sup> A現任檢察官（匿名採訪），同前註19。

<sup>34</sup> 菅野亮，同前註20，頁25。

有不公平裁判之虞的事由<sup>35</sup>。

第四，就實際運用上，以該候選裁判員具有不公平裁判之虞為由，附理由不選任該裁判員的案件極少，因為若具體說明理由時，可能會因為該理由有侵害該候選裁判員之思想、信仰之自由的疑慮<sup>36</sup>。此外，有律師稱若在個別詢問程序中，對於該候選裁判員是否能依法進行公平審判而有懷疑時，在實務運用上，會直接以不附理由方式拒絕拒卻候選裁判員<sup>37</sup>。

### 3. 「不公平審判之虞」事由的實務操作爭議

就不公平審判之虞之要件，除規定在裁判員法第18條裁判員不適任事由、第30條第1項質問票的詢問事項、第34條對候選裁判員的追加詢問、第41條第4款裁判員解任事由外，也規定在第93條第1項第2款撤銷預定選任裁判員之選任。其中，若在審理過程中，裁判員有為不公平審判之虞時，是否得以藉以作為訴訟程序違背法令而得上訴二審外，也應討論是否有得以之作為聲請迴避及移轉管轄之事由。於日本法上有下述討論。

<sup>35</sup> 此訪談內容為執行「法務部111年度『國民法官選任之研究』委託研究計畫案」之出國訪談之成果，研究計畫於完稿時尚未公開，又訪談內容之引用已獲得受訪者同意。受訪者為：江崎佳孝，現職「弁護士法人上原綜合法律事務所」律師，曾任東京地方檢察庁檢察官，法務部111年度「國民法官選任之研究」委託研究計畫案訪談經費來源：法務部，訪談日：2022年7月26日，訪談人：黃鼎軒，地點：弁護士法人上原綜合法律事務所；A現任檢察官（匿名採訪），同前註19。

<sup>36</sup> 伊藤雅大，同前註13。

<sup>37</sup> 菅野亮，同前註20，頁25。



首先，就解任程序而言，於法院審理過程中，發現裁判員具有第41條第4款「不公平審判之虞」時，除得依該法請求法院解任該裁判員或備位裁判員外，也得由法院依第43條規定，由審判長將理由通知所屬地方法院，若地方法院認為有該當不公平審判之虞時，則會對該裁判員或備位裁判員進行職權解任。

其次，關於裁判員案件一審審理中，於被告被起訴犯侵入住宅、強盜殺人、違反持有槍砲刀劍類取締法案件<sup>38</sup>，由於裁判員於審理中看到被害人遺體彩色照片以及被害者哀號等緊急報案的錄音檔，導致產生「急性壓力症」（Acute Stress Disorder, ASD）。該名裁判員從開審陳述直到判決的過程中，均有身心狀況，也必須要定期治療等狀況。被告主張，關於握有判斷權限之裁判員，因為被要求必須基於健康且正常的精神狀態下，無偏見地分析證據認定事實，進而為量刑判斷。一審審判長在掌握該名裁判員身心狀況使其看診，並被認定具有ASD症狀時，就應該肯認該裁判員之辭任，或以有「不公平審判之虞」為由通知地方法院，並應解任該名裁判員；然而法院卻未為

---

<sup>38</sup> 平成25年3月14日福島地方裁判所郡山支部判決，認為由於被告犯罪罪質惡劣，殺害被害人態樣冷酷、殘虐，犯罪結果實則重大，且遺族被害感情實屬強烈，也重大影響社會，且行為人殺人計畫性甚高，進而認為其刑事責任極其重大，科以剝奪生命之死刑，寔屬不得已之選項，因而一審判決被告死刑。被告律師分別以「訴訟程序違背法令」、「事實誤認」、「量刑不當」等理由，提起二審上訴，然而遭仙台高判平成26年6月3日判決駁回上訴。

上開措施，任由訴訟程序繼續進行，有侵害日本憲法第32條保障被告接受審判之權利，顯然對判決有影響，屬於訴訟程序違背法令事由，而提起二審上訴。

惟全案經「仙台高等裁判所平成26年6月3日判決<sup>39</sup>」認為該裁判員得依法執行公平誠實審判之職務，駁回被告上訴。詳言之，一審法院於審判到判決宣告的期間中，不僅未受有裁判員法第44條第1項規定，對一審法院於選任決定後所生同法第16條第8款難以執行裁判員職務事由，聲請辭任等，也未受有因裁判員身心不適等理由而於準備程序中，對於變更審理期日進行檢討。審酌具體審理狀況，未見有因裁判員身心不適原因導致難以執行職務的事蹟；又原審審判長亦未依同法第41條第1項第7款所稱「裁判員或備位裁判員，有為不公平審判之虞時」之相當理由，依同法第43條第2項的職權解任事由通知所屬地方法院。綜上所述，包含該裁判員在內所參與原審的審理及判決等，並至判決宣告期間的審理過程，難以認為其有依法公平誠實執行裁判員職務的特別障礙，而得以推論其得以執行全部職務實屬相當，亦無證據證明有妨害其職務之執行。因而，上訴理由指摘違憲實屬無據。

另外，倘法院懷疑裁判員有不公平審判之虞時，是否有將相關情報提供給訴訟當事人而得以行使聲請解任請求權之訴訟法上義務，在日本實務界引發討論。「東京高等

<sup>39</sup> 仙台高判平成26年6月3日高檢速報26年1号182頁。

裁判所令和2年4月22日<sup>40</sup>」判決否定之，認為法院並無提供資訊之訴訟法上義務。

亦即，本件事實概要為，被告在不同時間地點，分別犯放火燒燬現有人所在建築物罪、妨害業務罪及對現未有人所在建築物放火罪。在一審程序<sup>41</sup>中，其主要爭點在於：(1)對現有人所在建築物認識之有無；(2)犯人性之爭執；(3)延燒可能性之認識；(4)各犯行責任能力；(5)量刑輕重等，經一審法院審理後，判決被告7年有期徒刑。

其中，辯護人認為，原審進行訴訟程序過程中，與檢察官尚未起訴放火罪有關係之人，對2名裁判員有不當之干涉，進而導致有不公平審判之虞情事發生，且一審法院並未儘速通知原審辯護人上開事實，導致剝奪原審辯護人請求解任裁判員之機會，而侵害被告受公平審判之權利，因屬於對判決有影響之訴訟程序違背法令，而以其為理由之一，提起上訴。

根據一審法院，即靜岡地方裁判所濱松支部的調查結果，其認為：在裁判員裁判審理中，其中2名裁判員於法院外抽菸區內抽菸時，單方面聽到旁聽人討論，關於被告於另案中所為放火以及竊盜行為，其內容為：「裁判員是怎麼被選出來的？」、「我是A」、「是住在B而遭遇被害的人，那個時候大概有20件不知原因的火災，就是那個人啊！」、「他燒了我們家」、「在聚會有兩次錢包不

<sup>40</sup> 東京高判令和2年4月22日高檢速報（令2）号156頁。

<sup>41</sup> 靜岡地裁浜松支部令和1年12月13日。

見」等。對此，二審法院認為該當裁判員雖其與旁聽人有接觸，但並未受到任何影響。

此外，二審法院更進一步認為，根據裁判員法第41條規定，若有該條第1項各款情事時，訴訟當事人得請求解任裁判員；至於同法第43條則規定依法院職權解任的程序，必須法院認為符合同法第41條第1項第7款有不公平審判之虞的相當理由時，依第43條之程序依職權進行解任程序。然而，若法院認為不足以認定具有第41條第1項第7款有不公平審判之虞時，本即毋庸進行解任程序。因而法院只需要在認定具有第41條第1項第7款「有不公平審判之虞」情事時，在必要範圍內由法院確認相關情事，並基於認定之事實討論是否需要依第43條程序處理即為已足。毋庸為賦予當事人解任請求的機會，而具有提供上開情報的訴訟法上義務，且上開義務法亦無明文。因此，上訴理由認為原審法院具有訴訟程序違背法令之指摘係無理由。

二審法院又針對裁判員接觸證據以外的情報，是否會造成妨礙審判公平之主張，提出下列看法。亦即，裁判員會接受審判長所為須基於證據認定事實等說明，並且為其會遵守法律進行裁判員職務行為之宣誓（裁判員法第39條、裁判員規則第36條）。縱使有如上訴理由指稱，於審判程序外由第三者單方面提供情報等情事，若裁判員有適切理解證據裁判主義概念的話，其對於裁判及不生影響，而上訴人指摘情事本身，也無法認為該當裁判員具有不公平審判之虞的情事產生。又裁判員法第102條第1項規定，

關於被告事件任何人均不得接觸被選任的裁判員或備位裁判員。若基於影響被告事件審判之目的，提供關於事實認定或量刑等情報者，於同法第106條以下定有相關罰則，除確保裁判公正及對裁判的信賴外，也保護裁判員等生活的平穩，並減輕其負擔。除無法認定有上訴理由所指摘向裁判員提供相關情報情事者外，實施裁判員裁判的第一審法院業已努力避免上開情況，縱使存在情報提供者的問題，也不能謂無法期待單方面接受情報之裁判員無法為公平之審判。

上述兩案件法院說明，雖其對於裁判員是否有為不公平審判之虞的討論，非在裁判員的選任程序，而是在審判程序。然而，本文認為若訴訟當事人欲避免上開情事於審判期中發生，可預先於裁判員選任期中，或於當日詢問票中詢問是否裁判員遇到上開情形，也能依法審判。

例如可詢問下列問題：「本件審理中可能會涉及屍體等刺激證據的提出，縱使您看到這些照片，也能依據證據依法進行審判嗎？」、「若您在休息時偶然聽聞他人對話講述關於被告未被起訴的事實，您也能在審判中依據證據公平地認定事實並進行量刑嗎？」藉由上開問題的提出，可預先篩選無法依證據裁判主義進行審理之裁判員，也能避免審判期日若有類似上開兩案件事實發生，因而產生爭議。

## (二)不附理由拒卻權之判斷

關於不附理由拒卻權判斷，最重要的是應透過何種方

法獲得判斷之素材。根據日本最高裁判所事務總局的研究報告指出，檢、辯雙方可以從全盤考量，例如從質問票的回答，或者該候選裁判員對詢問的回答，以及透過檢、辯出席選任程序（裁判員法第32條）而對各候選裁判員應答態度等，藉由上開素材進行判斷<sup>42</sup>。

### 1. 不得為行使不附理由拒卻權而請求詢問

此外，由於在候選裁判員之選任程序中，檢、辯雙方僅有在場權及請求審判長代為詢問候選裁判員之權利，因此上開研究報告即認為，判斷不附理由拒卻權素材之取得，頂多只是當事人取得之反射利益而已，其不得為行使不附理由拒卻權，而在選任程序中，向法院請求詢問候選裁判員<sup>43</sup>。其理由可以列舉出以下幾點<sup>44</sup>：

第一，裁判員法的立法目的。亦即，裁判員法之所以規定不附理由拒卻權，主要是因為當事人在透過審判長對候選裁判員進行詢問過程中，若有認為該候選裁判員有為不公平審判之虞時，要其說明具體理由，有其困難。因此，為了確保裁判的公正性，建構被當事人所信賴的裁判法院，裁判員法本來就不允許當事者透過選任程序，戰略性地篩選對自己有利的裁判員。

第二，詢問權專屬審判長。亦即，在裁判員法中，於

<sup>42</sup> 最高裁判所事務總局，刑事局模擬裁判の成果と課題——裁判員裁判における公判前整理手続，審理，評議及び判決並びに裁判員等選任手続の在り方，判例タイムズ，60卷7期，2009年3月，頁48-49。

<sup>43</sup> 同前註，頁49。

<sup>44</sup> 同前註，頁49。

詢問程序時，依照裁判員法第34條第1項規定，詢問候選裁判員之權利係專屬於審判長，而不承認當事人具有詢問權。

第三，檢、辯詢問目的與候選裁判員回答動機不同，有不公平之虞。亦即，若允許其詢問與辭退事由或不公平裁判之虞直接無關的問題，則候選裁判員的回答內容或其態度，如果容許作為不選任請求權行使的判斷素材的話，將導致因檢、辯雙方未告知其詢問動機及主旨，而將候選裁判員之回答運用在其回答預想之外的地方，在選任程序的行使上，有可能導致「不公平」（unfair）的現象<sup>45</sup>。

## 2. 實務操作經驗之借鏡

根據本文作者實際採訪日本曾任檢察官之律師或現任檢察官等實務家之結果，關於如何判斷該候選裁判員是否有不公平裁判之虞，可借鏡之點如下：

第一，不可為挑選對己方有利之裁判員進行裁判員之選任。就日本裁判員制度的目的而言，是為從廣泛的國民中抽籤選出裁判員，以利公平審判的進行，因此設計有法定消極事由、不選任請求等，且為判斷是否行使不選任請求權，亦得對該候選裁判員進行追加詢問。身為公益代表者之檢察官、在野法曹之律師，只要認為候選裁判員有為

---

<sup>45</sup> 因為在日本裁判員制度中，本來即不允許以為積極取得不附理由拒卻權的判斷素材為目的，所為的詢問。因此，若允許檢辯雙方以隱藏其詢問目的（但其實目的是為了行使不附理由拒卻），則將反向變成同意其積極取得不附理由拒卻權的素材，而使程序不公平。

不公平審判之虞，均應將其予以排除，而非故意不將其排除，以留下對己有利之裁判員<sup>46</sup>。

第二，不附理由拒卻權使用時機：

(1)涉及無法公開、明講的理由時：例如涉及特定價值觀時，若欲對候選裁判員進行追加詢問，有涉及到其思想、宗教信仰<sup>47</sup>等調查疑慮，而可能會被審判長制止，或因其特定價值觀而會造成不當量刑可能時<sup>48</sup>，檢、辯雙方會傾向以不附理由方式不選任該候選裁判員。又或者，依照日本社會感情，若候選裁判員身上有刺青，也會傾向行使拒卻權<sup>49</sup>。

(2)若有不該當不選任事由，且該候選裁判員欠缺參與審判積極性，或中途可能因為工作因素而無法參與審判等情況，為了該候選裁判員的利益，也會行使不附理由拒卻權。

(3)又於特定案件中，例如偵查機關知悉涉及宗教團體等情報，且因為維護裁判員的名譽或偵查秘密，而無法向法院釋明不選任理由時，亦得活用不附理由拒卻權<sup>50</sup>。

(4)若依客觀判斷，審判程序對候選裁判員而言，身心負擔過大，例如其體質羸弱容易昏倒、一小時必須休息一

<sup>46</sup> A現任檢察官（匿名採訪），同前註19。

<sup>47</sup> 若就涉及思想及宗教等問題進行詢問，可能會違反日本憲法第19條所保障之思想及良心自由的權利。

<sup>48</sup> 江崎佳孝，同前註35。

<sup>49</sup> 江崎佳孝，同前註35；伊藤雅大，同前註13。

<sup>50</sup> A現任檢察官（匿名採訪），同前註19。



次等，雖上開事由不構成不公平審判之虞，然若其仍積極想擔任裁判員，因考量可能影響審判程序進行，也會對其行使不附理由拒卻權<sup>51</sup>。

(5)涉及特定案件時：涉及性犯罪案件時，雖無證據顯示女性裁判員的量刑有嚴罰傾向，也會行使不附理由拒卻權<sup>52</sup>；涉及照護者殺人案件時，若候選裁判員中有相對高齡者，也會對其行使不附理由拒卻權，因該候選裁判員可能會出於同情而有相較為輕的量刑<sup>53</sup>。

第三，因出席選任程序之候選裁判員人數日趨減少，導致為維持一定候選裁判員人數，避免未達裁判員人數法定門檻而必須重新進行選任程序，或因行使拒卻權導致幾乎在選任前就決定裁判員等缺失，在實務運作上有日漸減少行使不附理由拒卻權的傾向<sup>54</sup>。

### (三)裁判員不選任請求之駁回

日本裁判員選任屬於不公開程序，於選任程序中會對候選裁判員進行有無擔任裁判員積極資格、消極資格，以及是否具有不公平審判之虞等，以作為選任裁判員之依

---

<sup>51</sup> 江崎佳孝，同前註35。

<sup>52</sup> 相對地，也有現任檢察官認為，在性犯罪案件中，辯護人有盡可能地以不附理由拒卻權排除女性候選裁判員，而在法律制度上，檢察官亦無法阻止上開情況發生。A現任檢察官（匿名採訪），同前註19。

<sup>53</sup> 江崎佳孝，同前註35。

<sup>54</sup> 伊藤雅大，裁判員裁判における複雑困難事件への対応，臺日美國民參與刑事審判學術及實務交流研討會，法務部、東吳大學法學院，2022年8月23日、8月24日，頁97。

據。又檢察官、被告或辯護人，對於特定候選裁判員，得以附理由或不附理由不選任的方式拒卻其擔任裁判員。然而，若當事人所為不選任請求遭法院駁回時，當事人得聲明異議，且同時準用裁判員法第35條規定有即時抗告之適用<sup>55</sup>。

不過，當事人對於裁判員等選任程序中，法院駁回其不選任請求而聲明異議時，是否應停止選任程序？對此，「最高裁判所第一小法廷平成25年3月15日<sup>56</sup>」認為，裁判員法第35條第1項之聲明異議，由於裁判員選任程序之性質，未准用即時抗告之停止執行效力之刑事訴訟法第425條規定。因此，其後依照裁判員法第37條選任裁判員及備位裁判員之裁定並未違法。又於後續關係到聲明異議之候選裁判員未被選任時，由於喪失撤銷駁回不選任裁定之實益，欠缺聲明異議之法律上利益，而認為本件聲明異議不合法。

然而，對於上開最高裁判所之裁定，有學者認為：對於駁回不選任請求裁定是否得以中斷選任程序之考量，不僅涉及被告有接受公平審判權利，也涉及到實現公平審判的一般利益，然而裁判員法係將裁判員負擔優先於上述利益考量，才有不中斷選任程序規定。不過，法院若駁回附理由不選任請求時，則當事人僅能以有人數上限之不附理

<sup>55</sup> 依據裁判員法第35條第4項規定，法院應於收受或口頭聲請時起24小時內添具意見書，送交抗告法院。

<sup>56</sup> 最一小決平成25年3月15日刑集67卷3号319頁。

由拒卻權，不選任該名候選裁判員，而排擠當事人不附理由拒卻權之員額。此外，倘該名候選裁判員後來不論因為遭不附理由拒卻，或者未中籤而未被選任，若認當事人無聲明異議之利益，則無法進一步檢視在不公開程序中受理訴訟法院不選任請求之當否。因此上開制度應有檢討之必要<sup>57</sup>。

相對地，在我國國民法官制度下，於國民法官法第32條規定，就選任程序之裁定，不得抗告。其理由在於，為避免國民法官因資格爭議遭影響其公平法院形象，或有拖延訴訟之情事，依照該條之立法理由，若國民法官或備位國民法官經選出後，發現有欠缺積極事由或具備消極事由時，當事人、辯護人及輔佐人本即得依法聲請法院裁定解任，而無庸在選任程序就讓當事人爭執法院裁定之必要性。

### 三、案件類型之選任建議

在裁判員選任程序中，針對特殊類型之案件，例如性犯罪類型案件，有涉及犯罪被害人保護；而殺人類型案件，則有涉及屍體等刺激證據提出問題。在日本法上就上述特殊案件，於選任程序中有特殊考量，介紹如下：

---

<sup>57</sup> 笹倉香奈，裁判員不選任請求却下への異議申立てと手続の停止 最一小決平25・3・15（最新判例演習室 刑事訴訟法），法学セミナー，58卷6期，2013年6月，頁120。

### (一)性犯罪類型

首先，就裁判員組成性別比例而言，在涉及性犯罪的裁判員對象案件中，會有女性裁判員在量刑上會選擇較重刑度傾向的刻板印象，辯護人也會傾向於選任程序中排除女性候選裁判員。然而就日本的統計，關於性犯罪的裁判員案件中，裁判員的性別構成比例約為男性57%，女性約40%；而觀察全體裁判員的組成比例，男性約55%，女性約43%，就性別比率上沒有太大的區別。因而，其實在性犯罪案件中，只要透過審判長事先說明審判規則，於量刑評議時再次強調相關量刑規定，就裁判員組成的性別比例而言，即不會對判決結果產生影響<sup>58</sup>。

其次，涉及性犯罪案件被害人之保護。於一般裁判員案件之選任程序時，必須向候選裁判員說明被告及被害人的姓名、犯罪行為的日時、場所及簡要介紹案件等，用以作為判斷該候選裁判員是否與本案有無特定關係。然而，在性犯罪案件中，在保護犯罪被害人的前提下，應如何進行上開特定關係之判斷，即成為難題。

在日本裁判員的選任實務中，會先將被害人姓名以化名的方式進行案件內容的說明，用以作為與該當事件有無特定關係之判斷。其後，於選任裁判員及備位裁判員後，再第一次告知其被害人的真實姓名，用以再次確認是否與案件有特定關係。如果經判斷該名裁判員或備位裁判員與

---

<sup>58</sup> 平成25年6月裁判員制度に関する検討会，同前註8。

被告具有特定關係，則應解任其裁判員或備位裁判員之職務，而該經解任之裁判員，就被害人之姓名屬於因職務上所知悉之秘密，而負有守密義務<sup>59</sup>。

就法院而言，審判長得以在對候選裁判員進行案件概要說明時，不告知特定被害者之事項，如姓名，若犯罪現場為被害者自宅等地址資訊，必要時在選任程序前，對當事人告知候選裁判員的姓名、是否名單中有與被害者居住在同一區域地址的候選裁判員等情報<sup>60</sup>。

此外，檢察官亦得於選任程序開始前，將法院寄送過來的候選裁判員名冊事先給被害人確認其中是否有熟人等相關者及有無同名同姓者等，再輔以選任期日的詢問結果，當判斷該候選裁判員屬於與本案有關係之人時，則會行使不選任請求權，藉以保護被害人的隱私<sup>61</sup>。

## (二)殺人罪

就涉及被害人死亡的裁判員案件中，不可避免的會出現被害人屍體、血腥照片等刺激證據。近來，在日本有因刺激證據的提出與否，而取消後續庭期的案件。該案件為傷害致死罪被起訴的被告，是障礙者設施的職員，在2019年3月將患有智能障礙的被害者，勒斃使其窒息後死亡。

---

<sup>59</sup> 裁判員制度の施行状況等に関する検討会 第10回会合，令和元年12月17日，頁9，<https://www.moj.go.jp/content/001316972.pdf>（最後瀏覽日：2022年10月17日）。

<sup>60</sup> 平成25年6月裁判員制度に関する検討会，同前註8。

<sup>61</sup> 平成25年6月裁判員制度に関する検討会，同前註8。

本案在2021年8月26日經過24次的準備程序，於8月30日召開審理程序。不過，在審理程序中，大阪地方法院在開庭後的非公開協議中，由於辯護人預計提出用來作為詰問負責解剖法醫使用的遺體照片，未有任何馬賽克等加工措施，而審判長也認為不能直接提出於公判程序，且辯護人也未回應是否修正照片，因此剩下八次的審判即被取消<sup>62</sup>。

因此，為避免裁判員、備位裁判員於審理程序中，因刺激證據原因導致無法審理等，若預計於審理程序中調查包含血腥照片等刺激證據時，應於裁判員選任程序中，告知候選裁判員關於本次審理可能涉及刺激證據，若身心無法負荷，則可以及時提出，以作為是否辭退的判斷要素<sup>63</sup>。

在我國實際的運用上，除了可以由審判長在選任程序當日進行告知本案有涉及刺激證據的調查外，也可對於有疑慮之候選裁判員，進一步在個別詢問程序中進行詢問，以作為是否排除其選任之判斷。此外，法院亦得在審理程序中，進行刺激證據調查前，事前進行告知，使其內心有所準備。然而，由於國民法官並非經過訓練的專門司法人

---

<sup>62</sup> 「刺激証拠」で裁判員に精神的負担、公判日程取り消しに，<https://www.yomiuri.co.jp/national/20210919-OYT1T50010/>（最後瀏覽日：2022年10月17日）。

<sup>63</sup> 裁判員制度の施行状況等に関する検討会 第14回会合，令和2年9月14日，頁21，<https://www.moj.go.jp/content/001328571.pdf>（最後瀏覽日：2022年10月17日）。

員，縱使有被告知可能涉及刺激證據的調查，具體而言仍無法想像如何進行，因此應具體告知刺激證據調查的方式，例如在法庭中會由螢幕播放遺體或解剖照片等、不使用法庭大型螢幕呈現證據、採取其他適當之證據調查方式（國民法官法施行細則草案第119條），或安排心理測驗員與國民法官進行談話及心理輔導等方式<sup>64</sup>，以減輕被選任國民法官、備位國民法官之身心負擔<sup>65</sup>。

### 參、結語——對國民法官法之啟發

爬梳日本裁判員制度中關於選任程序進行後，本文認為可供國民法官法選任程序參考之建議如下：

第一，關於日本裁判員選任程序，其面臨因各種因素使得國民參與意願下降<sup>66</sup>，選任程序當日到庭候選裁判員

---

<sup>64</sup> 臺灣彰化地方法院111年第1次實務模擬法庭「111年度國模重訴字第1號」，即以對國民法官之心理照護為演練重點，並引進心理測驗員對國民法官進行心理照護。

<sup>65</sup> 島田委員，裁判員制度の施行状況等に関する検討会 第11回会合，令和2年2月10日，頁17，<https://www.moj.go.jp/content/001330164.pdf>（最後瀏覽日：2022年10月17日）。

<sup>66</sup> 出席率而言，就被要求出席選任程序的候選裁判員中，實際上出席選任程序比率所為的出席率統計，是在下列表格「リ」的部分。從平成21（2009年）的83.9%開始逐年遞減，到平成29年（2017年）時甚至低到63.9%，至於平成30年（2018年）開始逐漸升高到67.5%、令和元年（2019年）的68.6%，有逐漸改善的傾向。詳見：市原志都（最高裁判所事務総局刑事局第二課長），裁判員制度の施行状況等に関する検討会 第14回会合，令和2年9月14日，頁13，<https://www.moj.go.jp/content/001334582.pdf>（最後瀏覽日：2022年10月17日）。

人數不足，導致檢察官、辯護人無法積極對到場之候選裁判員行使拒卻權<sup>67</sup>。

為解決上述問題，日本各地方法院也於平成29年（2017年）夏天開始在選任程序上下功夫。例如，若寄送選任期日通知時無法收受該通知，則會再次寄送通知、若事前詢問票在期限前未寄回，則以書面再次請求寄回等，也因此使得出席率有比較高<sup>68</sup>。

此外，還有為使候選裁判員容易跟其職務單位進行溝通，也在寄送選任程序資料時，同時附上以職務單位為對象並請求其協力幫忙的委託書面，或為提高候選裁判員參加意願，也將擔任過裁判員者的經驗及正面評價等事實及心聲，一併寄送給候選裁判員<sup>69</sup>。如果候選裁判員家中有需要照顧的小孩或長者，雖然依法是可以請求辭退擔任裁判員，但也會在通知書中附上一封，在裁判員選任程序或審判期間，可以由區公所等介紹托嬰、托兒設施或照護設施，而其費用則由裁判員的日給中扣除<sup>70</sup>。也因為有上述的努力，才能使得出席率逐漸升高，辭退率逐漸下降。

由於選任程序之目的，依據選任辦法第2條之規定，是為確保所有符合資格之國民均有公平機會參與審判，實

---

<sup>67</sup> 伊藤雅大，同前註54，頁97。

<sup>68</sup> 市原志都，同前註66，頁13。

<sup>69</sup> 市原志都，同前註66。

<sup>70</sup> 島田委員說明資料，裁判員制度の施行状況等に関する検討会 第14回会合，令和2年9月14日，<https://www.moj.go.jp/content/001328571.pdf>（最後瀏覽日：2022年10月17日）。



現符合公正且兼具多元參與精神之國民參與審判程序，因此在未來國民法官法上路後，應充實如托嬰等制度，盡可能地使不同年齡層、不同職業別等候選國民法官無後顧之憂到場，方能於判決中充分反映國民感情。

第二，關於不公平審判之虞的判斷基準。由於國民法官之選任目的，是為充分反映國民多元意見，應將具有不公平審判之虞的判斷標準，限縮在僅於：一、與當事人具有特別關係；二、於訴訟程序外已經本件形成一定的判斷；三、難以依照法律進行審判時，方能以此理由對該國民法官進行拒卻。

第三，不附理由拒卻權的判斷。由於選任程序之目的在於確保所有國民均有公平機會參與審判，不會因為其性別、宗教、種族、階級、黨派或其他個人因素，而受到不公平的對待。雖然不附理由拒卻權，在無法依附理由拒卻候選國民法官時，具有最後手段性<sup>71</sup>；然而在踐行不附理由拒卻權時，必須特別注意不能侵害充分反映國民意見之選任目的，且不得僅基於對己有利之原因選任國民法官<sup>72</sup>，例如行為人對於被害人女性，犯下刑法第226條之1強制性交殺人案件中，刻意排除女性等，有違反選任程序

---

<sup>71</sup> 金孟華，國民法官選任程序之操作方法——以美國陪審制為借鏡，交大法學評論，10期，2022年3月，頁125。

<sup>72</sup> 亦有學者認為，不可僅基於對己有利或不利之考量為不附理由拒卻。參見：王正嘉，參與刑事審判的人民選任之問題與觀察，檢察新論，22期，2017年7月，頁138。其他文獻，亦可參見：蔡碧玉，國民法官的偏見與抗壓，月旦法學教室，239期，2022年9月，頁50-52。

之目的<sup>73</sup>。

然而，因經檢、辯雙方行使不附理由拒卻權時，依本法第28條第4項，法院應為不選任裁定，又依第32條規定，對於該法院不選任之裁定不得抗告。因而，若不附理由拒卻權有違反前開平等原則時，有論者參考美國法論述認為應修法賦予當事人即時異議或救濟之機會<sup>74</sup>。

第四，在詢問候選國民法官題庫之撰擬上，除不應過度刺探候選國民法官之隱私外，更應注意撰擬之問題，必須在保障國民法官多元參與前提下，不得有選任辦法第9條第2項規定之各款情況。

例如，在甲、乙被起訴妨害公眾往來安全致死罪的案件中，其中有主要證據為「交通事件的行車紀錄器」，證明案發當時現場狀況。如設計問題為<sup>75</sup>：「我有時會觀看交通事件的行車紀錄器的新聞報導，而且我會跟著一起指責行車紀錄器拍下來的當事人。□非常同意。□同意。□沒有想法。□不同意。□非常不同意。」此詢問問題之設計，以「指責」「當事人」作為題幹，有隱含當事人有責

<sup>73</sup> 由於不附理由拒卻係無法透過客觀檢驗，且檢察官、被告與辯護人所為不附理由拒卻之聲請，依選任辦法第59條第2項，法院應為不選任裁定。因此僅能透過檢察官與辯護人自我要求，不得不合理行使其不附理由拒卻權。如於上開案件，其行使不附理由拒卻之對象均是女性等，即屬不合理行使其不附理由拒卻權。

<sup>74</sup> 蔡羽玄，重新思考國民法官之不附理由拒卻權，月旦律評，4期，2022年7月，頁95。

<sup>75</sup> 此為臺灣臺北地方法院第2輪次第2場次實務模擬法庭「111年度國模交訴字第1號」之詢問問題。

的前提事實在內，然而交通事故原因多元，並非僅止於被拍攝下來的當事人對肇事有過失，此問題有不當刺探心證之虞。

又例如，在被告欲倒車撞被害人甲，卻將乙撞至重傷後逃離現場，同時觸犯刑法第284條後段、第271條第2項及刑法第185條之4的案件中<sup>76</sup>，設計問題為：以下請依您本人之實際經驗勾選（可複選）。有汽車駕照有實際駕車上路的經驗您是否曾經違反交通規則？（無論是否故意或疏忽或有無因此被開罰單）以上均無。關於此問題之設計，目的是在詢問候選國民法官是否有駕照，以及是否有交通違規經驗。然而，鑑於為使多元價值之國民法官加入審判，也應納入沒有駕照或曾有交通違規經驗之國民法官的意見，因此本題對於本件交通犯罪之國民法官篩選，提問顯然不具鑑別實益，若有妨害程序順暢進行之虞時，得限制或禁止之。

然而，並非所有刺探心證問題均應禁止，例如在涉及死刑的案件中，詢問被告是否可以在罪責原則的基礎上，審酌刑法第57條各款量刑事由，方能為死刑判斷等，雖然是使候選國民法官預先表示心證，然而此問題旨在確認候選國民法官是否能遵守法律進行判斷，應允許之<sup>77</sup>。

---

<sup>76</sup> 此為臺灣新北地方法院111年第4次實務模擬法庭「111年度國模重訴字第4號」之詢問問題。

<sup>77</sup> 廖先志，論國民法官選任程序中之「刺探心證」及其相類似問題，裁判時報，116期，2022年2月，頁100。

此外，應注意的是，在題目撰擬上，也必須具備鑑別候選國民法官是否得以公正客觀進行審判之鑑別性<sup>78</sup>，且不得與選任目的顯無正當合理之關聯。例如，在被告殺害身為朋友之被害人的案件中，在個別詢問程序時，連續詢問「同一位」候選國民法官：「你目前工作是？」「您現在有工作嗎，或是家庭主婦？」「你的學歷？」「已婚嗎？」「有小孩嗎？」「您有幾個小孩？小孩成年了嗎？」「有無與家人同住？」以上問題均以本案犯罪事實無關，且有無工作、是否結婚、有無小孩及是否與家人同住等，均屬候選國民法官之個人隱私，且與選任目的無正當合理之關聯，應禁止提出該問題<sup>79</sup>。

第五，在國民法官的選任上，由於審理程序中，檢、辯雙方將會各自提出有利自己主張進行攻擊防禦，應選任願意傾聽不同意見，也願意與他人對於不同意見進行討論之國民法官，而非僅單方面固執己見<sup>80</sup>，不接受他人意見之人。具體而言，可透過選任當日程序進行中，觀察候選

<sup>78</sup> 郭重余、金孟華，國民法官選任程序之研究，刑事政策與犯罪研究論文集，23期，2020年10月，頁330。關於其他模擬法庭無鑑別性的問題，可參見：鄭吉雄、林蕙芳，國民參與審判選任程序詢問之觀察與檢討，裁判時報，75期，2018年9月，頁95-97。

<sup>79</sup> 此為臺灣彰化地方法院110年第2次實務模擬法庭「110年度國模重訴字第2號」候選國別法官個別詢問問題，詢問對象均為候選國民法官6號。

<sup>80</sup> 因而有文獻認為，若候選國民法官存在根深蒂固的偏見時，對其教育其無意義，而應考慮將該候選國民法官列為附理由或不附理由拒卻之對象。詳見：林俊宏，國民法官法選任程序的操作建議，月旦律評，2期，2022年5月，頁113。

國民法官態度，如是否態度明顯不良，或者明顯不聽他人說明等情況，並即時記錄作為拒卻之參考。又或者得於個別詢問程序時，詢問：「假設評議過程中，你的意見是少數意見，你會選擇說服大家或是接受多數意見<sup>81</sup>？」，並進一步詢問理由，以作為選任願意思考不同意見，並且與其他國民法官進行討論之人的參考。

第六，就不附理由拒卻權之拒卻人數，依本法第28條第1項，不得逾4人。又依國民法官選任辦法第62條規定，同一案件有數名被告者，各該被告與其辯護人得不附理由聲請法院不選任4名候選國民法官。亦即，於共同被告的國民法官案件中，則因為各共同被告均得在4人限度內進行不附理由拒卻，如共同被告有2名，則可不附理由拒卻8名<sup>82</sup>；惟檢察官僅能不附理由拒卻4名。

對此，本文認為由於檢察官、被告及辯護人均為訴訟當事人之一造，於共同被告案件中，不得僅因訴訟經濟合併審理為由，作為限制檢察官不附理由拒卻人數，而應使

---

<sup>81</sup> 此為臺灣新竹地方法院實務模擬法庭「110年度參模訴字第3號」之個別詢問問題。而到場之候選國民法官177號答：「尊重大家的意見」；候選國民法官38號答：「我會參與整個過程後再去思考，而不是堅持己見，就是會去思考，再去做判斷」，顯然候選國民法官38號相對於候選國民法官177號而言，願意進行思考並充分討論，較適合擔任國民法官一職。

<sup>82</sup> 如臺灣臺北地方法院第2輪次第2場次實務模擬法庭「111年度國模交訴字第1號」，即為共同被告之案件，該案於選任程序中，就第一輪次的不附理由拒卻，由2名共同被告分別拒卻1人共2人，檢察官僅能拒卻1人。

檢察官享有與共同被告得行使不附理由拒卻人數。因此，於2名共同被告案件中，各共同被告分別有4次不附理由拒卻權（合計8次），檢察官亦應有8次不附理由拒卻權<sup>83</sup>。

第七，就選任程序的流程安排，根據曾擔任過裁判員者的意見，如果在中午前進行選任程序，隨即時下午開始審判程序，在尚未充分瞭解選任程序，也還沒做好心理準備的狀態下即進行審理，就很難將審理內容記在腦中。也因為在前往選任程序前，不確定是否會被選上擔任裁判員，因此有人認為應在選任程序與準備程序間，有適當時間上的間隔<sup>84</sup>。如此才能使原本有工作的裁判員，得以在被選任為裁判員後，就其工作為適當妥善安排。

反觀我國國民法官審判，就排程問題也有國民法官反映：「剛開始來的時候，其實我也不知道這是什麼，朋友跟我說去參加一下也好，結果參加後就選上了，進去之後就開始審理案件，我就手忙腳亂的，一上來就開始要問問題<sup>85</sup>」、「我不知道你們法庭開庭要提前多久通知，針對一般尤其是像醫療業，或像服務業、餐飲業，其實通常都是在月底就排班了，那是不是能再更提早通知，就是例如

<sup>83</sup> 不過在行使不附理由拒卻權時，應謹慎行使，避免使候選裁判員母數過少，導致無法選任不同背景之國民法官進入審理程序。

<sup>84</sup> 平成25年6月裁判員制度に関する検討会，同前註8。

<sup>85</sup> 臺灣臺南地方法院110至111年度第2輪次第1場國民法官模擬法庭交流座談會，3號國民法官發言，<https://www.judicial.gov.tw/tw/dl-166900-59885676b9564e43a9fb7db7145acb3b.html>（最後瀏覽日：2022年10月17日）。

可能提前1個半，甚至2個月，那我們有充分的時間去跟同事協調換班之類的……<sup>86</sup>」等問題。為解決國民法官請假等問題，建議得以先進行選任程序後，間隔1至2日後再進行審理程序為妥。

---

<sup>86</sup> 臺灣新北地方法院111年第4次國民參與刑事審判模擬法庭成果座談會會議紀錄，1號國民法官發言，<https://www.judicial.gov.tw/tw/dl-164925-d0ba896d1bbf499882effefd71745d3.html>（最後瀏覽日：2022年10月17日）。

## 參考文獻

### 一、中文文獻

- 王正嘉（2017）。參與刑事審判的人民選任之問題與觀察。《檢察新論》，22，124-141。
- 林俊宏（2022）。國民法官法選任程序的操作建議。《月旦律評》，2，106-113。https://doi.org/10.53106/27906973213
- 金孟華（2022）。國民法官選任程序之操作方法——以美國陪審制為借鏡。《交大法學評論》，10，99-129。
- 許家源（2022）。論國民法官法之選任程序——兼論日本經驗之啟示。《月旦法學雜誌》，324，50-61。https://doi.org/10.53106/1025593132403
- 郭重余、金孟華（2020）。國民法官選任程序之研究。《刑事政策與犯罪研究論文集》，23，309-341。https://doi.org/10.6482/ECPCR.202010.0010
- 黃鼎軒、楊迺軒、蕭宏宜（2022）。國民法官選任之研究（法務部111年度委託研究計畫之研究報告，W1110301）。法務部。
- 廖先志（2022）。論國民法官選任程序中之「刺探心證」及其相關問題。《裁判時報》，116，96-102。https://doi.org/10.53106/207798362022020116010
- 臺灣新北地方法院111年第4次國民參與刑事審判模擬法庭成果座談會會議紀錄（2022）。1號國民法官發言。https://www.judicial.gov.tw/tw/dl-164925-d0ba896d1bbf499882efffed71745d3.html
- 臺灣臺南地方法院110至111年度第2輪次第1場國民法官模擬法庭交流座談會（2022）。3號國民法官發言。https://www.judicial.gov.tw/tw/dl-166900-59885676b9564e43a9fb7db7145acb3b.html
- 蔡羽玄（2022）。重新思考國民法官之不附理由拒卻權。《月旦律



- 評，4，86-99。https://doi.org/10.53106/27906973408
- 蔡碧玉（2022）。國民法官的偏見與抗壓。《月旦法學教室》，239，50-52。https://doi.org/10.53106/1684739323910
  - 鄭吉雄、林蕙芳（2018）。國民參與審判選任程序詢問之觀察與檢討。《裁判時報》，75，93-103。https://doi.org/10.3966/207798362018090075007

## 二、日文文獻

- 「刺激証拠」で裁判員に精神的負担、公判日程取り消しに（2022）。https://www.yomiuri.co.jp/national/20210919-OYT1T50010/
- 不公平な裁判をするおそれに関する質問の具体的イメージ（2022）。https://www.courts.go.jp/saikosai/vc-files/saikosai/file2/80101020.pdf
- 不公平な裁判をするおそれに関する質問の基本的考え方（2022）。https://www.courts.go.jp/saikosai/vc-files/saikosai/file2/80101019.pdf
- 市原志都（最高裁判所事務総局刑事局第二課長）〔令和2（2020）年9月14日〕。裁判員制度の施行状況等に関する検討会第14回会合。https://www.moj.go.jp/content/001334582.pdf
- 平成25年6月裁判員制度に関する検討会（2022）。「裁判員制度に関する検討会」取りまとめ報告書。https://www.moj.go.jp/content/000112006.pdf
- 伊藤雅大（2022年8月23日、8月24日）。裁判員裁判における複雑困難事件への対応。臺日美國民參與刑事審判學術及實務交流研討會，法務部、東吳大學法學院，臺北市，臺灣。
- 池田修、合田悦三、安東章（2016）。解説裁判員法：立法の経緯と課題。弘文堂。
- 西村健（2008）。選任手続の概要。自由と正義，59（2），83-

91。

- ▶島田委員〔令和2（2020）年2月10日〕。裁判員制度の施行状況等に関する検討会 第11回会合。 <https://www.moj.go.jp/content/001330164.pdf>
- ▶島田委員説明資料〔令和2（2020）年9月14日〕。裁判員制度の施行状況等に関する検討会 第14回会合。 <https://www.moj.go.jp/content/001328571.pdf>
- ▶高野隆（2019）。裁判員制度の効果：10年を振り返って。自由と正義，70（5），18-29。
- ▶笹倉香奈（2013）。裁判員不選任請求却下への異議申立てと手続の停止 最一小決平25・3・15（最新判例演習室 刑事訴訟法）。法学セミナー，58（6），120。
- ▶最高裁判所事務総局（2009）。刑事局模擬裁判の成果と課題——裁判員裁判における公判前整理手続，審理，評議及び判決並びに裁判員等選任手続の在り方。判例タイムズ，60（7），8-52。
- ▶菅野亮（2012）。裁判員の選任手続の現状と課題。刑事弁護，72，23-26。
- ▶裁判員の選任手続の具体的イメージ編（2022）。 <https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/2020/R2navigation4-1.pdf>
- ▶裁判員制度の実施状況等に関する資料〔令和2（2020）年度〕。 <https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/2021/R2-103-1.pdf>
- ▶裁判員制度の施行状況等に関する検討会 第10回会合〔令和元年（2019）12月17日〕。 <https://www.moj.go.jp/content/001316972.pdf>
- ▶裁判員制度の施行状況等に関する検討会 第14回会合〔令和2（2020）年9月14日〕。 <https://www.moj.go.jp/content/001328571.pdf>

- ▶ 裁判員等選任手続の流れ（2022）。[https://www.courts.go.jp/sapporo/vc-files/sapporo/file/01\\_saibanintou\\_sennintetsuduki.pdf](https://www.courts.go.jp/sapporo/vc-files/sapporo/file/01_saibanintou_sennintetsuduki.pdf)
- ▶ 裁判員選任手続のイメージ案（2022）。<https://www.courts.go.jp/saikosai/vc-files/saikosai/file2/80702010.pdf>
- ▶ 質問票でおたずねすること（2022）。<https://www.saibanin.courts.go.jp/introduction/situmon/index.html>
- ▶ 鵜飼裕未（2021）。裁判員選任手続のいろは。LIBRA，21，32-33。



# 論「跟蹤騷擾行為」入罪化爭議

楊迺軒\*

## 要 目

壹、緒 論	參、評析我國跟蹤騷擾防制法
貳、美國反跟追法「跟蹤騷擾行為」之定義與適用範圍	一、跟蹤騷擾的概念內涵
一、美國反跟追法制之起源與發展	二、網路跟追與網路騷擾
二、跟蹤騷擾行為之定義與範圍	三、跟蹤騷擾行為之適用範圍與憲法界線
	肆、結 論

DOI : 10.6460/CPCP.202308\_(35).03

本篇文章業經雙向匿名審查通過。

\* 逢甲大學財經法律研究所專任助理教授，美國聖路易華盛頓大學法學博士（JSD）。

## 摘 要

2021年4月，行政院提出「跟蹤騷擾防治法草案」版本並送入立法院審查，該草案係參考美國與日本立法例所訂定而成。其中，「跟蹤騷擾行為」的入罪化，係為了解決社會上層出不窮但卻無法可管的跟蹤騷擾行為。然而，該犯罪構成要件的訂定，可能因牽涉到不同的行為樣態，包含傳統類型的跟蹤騷擾行為以及運用科技設備的網路跟蹤騷擾行為，而需在構成要件設計上，特別處理與立法。本文透過爬梳美國法的相關立法模式後，提出比較法觀點的分析建議，希望能對我國跟蹤騷擾行為的刑事立法，提供些許建言。

關鍵詞：跟蹤騷擾行為、跟蹤騷擾防制法、網路跟追行為、模範反跟追法、性與性別

# Controversy of Criminalization of “Stalking and Harassment”

Nai-Hsuan Yang\*

## Abstract

In April 2021, the Executive Yuan proposed the “Stalking and Harassment Prevention Act” and sent it to the Legislative Yuan for review. The bill refers to the legislation of the United States and Japan. Criminalizing stalking and harassment aim to solve the endless and uncontrollable situation of stalking and harassment in society. However, the establishment of the elements of the crime may involve different behavior patterns, including the traditional type of stalking and harassing, as well as the technology type of cyber-stalking and cyber-harassment. After sorting out the relevant legislative models of American law, this article puts forward analysis and suggestions from the perspective of comparative law. And hopes to provide some recommendations for Taiwan’s criminal legislation of stalking and harassment.

**Keywords:** Stalking, Anti-Stalking Law, Cyber-Stalking Law, Model Stalking Law, Sex and Sexual Orientation

---

\* Assistant Professor of Law, Graduate Institute of Financial and Economic Law, Feng Chia University; J.S.D., Washington University in St. Louis School of Law.

## 壹、緒論

2021年4月，屏東發生一起震驚社會的兇殺案，通訊行曾姓女店員生前遭黃姓男子因追求不成而多次跟蹤騷擾，曾女亦曾向警方報案，警方也依性騷擾防治法移送黃姓男子；不料，黃姓男子仍持續跟蹤曾女，並製造假車禍後擄殺女店員<sup>1</sup>。由於類似跟騷案件頻傳，導致我國社會人心惶惶，司法機關與立法委員們亦求快速回應民意，紛紛提出相關修法草案與政策，使得我國跟蹤騷擾防制法迅速通過三讀立法，並於同年12月經總統公布，2022年6月生效。

我國跟騷法的立法歷程非常迅速，我國相關司法機構與個別立法委員於2021年5月提出草案後，在同年11月即三讀通過跟蹤騷擾防制法，如此立法效率可遇不可求<sup>2</sup>。此種因應社會民情需求、為求快速平息民怨與社會憤慨的立法模式，不僅僅發生於我國，美國跟騷法制的立法也是起

---

<sup>1</sup> 「這個法案就是妳的名」女店員遭跟蹤擄殺今告別式 周春米：力拚跟騷法6月三讀，Yahoo奇摩（即時新聞），2021年4月22日，<https://tw.news.yahoo.com/%E3%80%8C%E9%80%99%E5%80%8B%E6%B3%95%E6%A1%88%E5%B0%B1%E6%98%AF%E5%A6%B3%E7%9A%84%E5%90%8D%E3%80%8D-%E5%A5%B3%E5%BA%97%E5%93%A1%E9%81%AD%E8%B7%9F%E8%B9%A4%E6%93%84%E6%AE%BA%E4%BB%8A%E5%91%8A%E5%88%A5%E5%BC%8F-%E5%91%A8%E6%98%A5%E7%B1%B3%EF%BC%9A%E5%8A%9B%E6%8B%9A%E8%B7%9F%E9%A8%B7%E6%B3%95-6-%E6%9C%88%E4%B8%89%E8%AE%80-055335277.html>。

<sup>2</sup> 我國快速修法的案例還有2013年因洪仲丘案而引發之「軍事審判法」修法。



因於相似的重大社會案件，進而引發近代第一部跟騷法的誕生。我國的跟騷法誕生緣由，與現代世界各國誕生跟騷法制之原因，幾乎如出一轍。而我國的跟騷法立法模式，主要就是參照美國與日本的相關立法例，以此為我國跟騷法藍本並作出相關文字上與適用上的調整。因此，本文針對美國跟騷法制之比較研究，希望能檢視我國此次跟騷法的刑事立法模式，並提出相關建議。

由於我國跟騷法制之訂定，係基於現實物理上的跟騷案件引發；然而現實生活中發生的跟騷行為，不一定是物理上的跟騷，亦可能是透過科技網路設備為之，因此我國跟蹤騷擾防制法第3條第1項第4款：「以電話、傳真、電子通訊、網際網路或其他設備，對特定人進行干擾。」中，亦有將此種非物理型態的跟騷行為明確定性。而這種科技網路跟騷行為的應用，係我國後續跟騷法運作與研究的重點，亦為本文分析討論的重點之一。

本文希望透過分析與研究美國跟騷法制之誕生與發展，提供我國跟騷法制實務運作之參考，並針對我國「跟蹤騷擾行為」的刑事入罪化，透過比較法的角度提出針貶建議。

## 貳、美國反跟追法「跟蹤騷擾行為」之定義與適用範圍

1990年初，美國加州政府引領全美踏出第一步制定反跟追法，雖然並非全世界第一部針對「跟追」行為為刑事

處罰之法律<sup>3</sup>，但卻是引領近代全球各國訂定反跟追法浪潮的急先鋒。在加州制定了全美第一部反跟追法的五年內，全美50州與華盛頓哥倫比亞特區皆陸續完成各州的反跟追法制定<sup>4</sup>；並藉由全球化的推波助瀾，美國的反跟追法制定很快地擴散影響到歐洲、加拿大、澳洲、紐西蘭以及日本等地<sup>5</sup>。

時至今日，美國反跟追法已存在超過三十年，「跟追」行為的模式也從傳統型態的物理上跟蹤、監視、盯梢或尾隨等方式，伴隨科技的日新月異，跟追行為的樣態亦與時俱進。根據美國司法部（U.S. Department of Justice）於2021年4月所公布的2016年美國跟追受害之調查報告（簡稱「2016調查報告」），美國2016年約有380萬人是跟追行為的被害人，該調查將跟追行為依其行為樣態不同，區分為「傳統模式的跟追」（Traditional stalking）與「科技手段的跟追」（Stalking with technology）<sup>6</sup>。所謂

<sup>3</sup> 丹麥於1933年是將「跟追」行為訂為刑事處罰的要件並增訂於刑法中；See Modena Group on Stalking, Protecting women from the new crime of stalking: A comparison of legislative approaches within the European Union, Final report, 79 (Apr. 2007), [http://www.europeanrights.eu/public/commenti/stalking\\_testo.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/commenti/stalking_testo.pdf) (last visited: Aug. 5, 2022).

<sup>4</sup> Christine B. Gregson, *California's Antistalking Statute: The Pivotal Role of Intent*, 28 GOLDEN GATE U. L. REV. 221, 221 (1998).

<sup>5</sup> Suzan van der Aa, *International (cyber) Stalking: Impediments to Investigation and Prosecution*, in THE NEW FACES OF VICTIMHOOD: GLOBALIZATION, TRANSNATIONAL CRIMES AND VICTIM RIGHTS 191, 191 (Rianne Letschert & Jan van Dijk eds., 2011) (ebook).

<sup>6</sup> Jennifer L. Truman & Rachel E. Morgan, Bureau of Justice Statistics Special Report: Stalking Victimization, 2016, 1-2 (2021), <https://bjs.ojp>.

「傳統模式的跟追」之定義為「尾隨、跟蹤、守候、出現在特定地點、留置或寄送不被需要的物品或對被害人之朋友與家人出於詢問被害人下落為目的之騷擾<sup>7</sup>」；而「科技手段的跟追」之定義為「撥打不受歡迎的語音電話、留下語音訊息或簡訊、利用科技設備為監視、利用電子追蹤設備或應用程式追蹤被害人之行蹤、發布或威脅被害人要在網路散布被害人不想被公開之訊息、透過網路傳送訊息或電子郵件或透過社交媒體監控被害人之活動<sup>8</sup>」。該調查報告指出，僅受到傳統模式跟追的受害人數約為70萬人，共占有所有被害人數的19%；僅受到科技手段模式跟追的受害人數約為130萬人，共占有所有被害人數的34%；而同時受到傳統模式跟追以及受到科技手段跟追的受害人數約為177萬人，共占有所有被害人數的47%<sup>9</sup>。透過調查報告的此項觀察可知，現今美國的跟追犯罪中，利用科技與設備而為的跟追行為，從數量上已經不亞於傳統上的跟蹤、監視等行為。在網路普及與Covid-19疫情影響下的臺灣，運用科技手段的跟蹤行為，亦會是重要且需要被討論的一塊。因此，美國法如何辨別及定義刑法上的「科技手段」跟蹤行為，實乃我國於討論反跟追法制如何訂定之今時今日，值得且應該關注的比較法議題。

---

gov/redirect-legacy/content/pub/pdf/sv16.pdf (last visited: Aug. 5, 2022).

<sup>7</sup> *Id.*

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> *Id.*

## 一、美國反跟追法制之起源與發展

美國訂定反跟追法之源由，起因於1989年所發生的重大殺人案件，美國知名演員Rebecca Schaeffer被已經持續跟蹤她兩年的瘋狂粉絲，於她洛杉磯的公寓門前開槍殺害<sup>10</sup>。以及接續在此案後，五位居住在加州橘郡的女性被其親密伴侶殺害，而這些案件的共同點為「兇手於犯案前，皆不斷地跟蹤受害者，然而司法系統卻無法發揮作用，提前介入<sup>11</sup>。」接連發生數起跟追問題引發的重大社會案件後，在美國社會大眾的矚目與媒體關注下，於1990年，加州政府首開先例地創立將「跟追行為」入罪化的反跟追法<sup>12</sup>。

相對於加州政府將跟追行為入罪化之作為，美國聯邦政府亦於1994年由時任參議員、現任美國總統喬·拜登（Joe Biden）領銜提案並通過「反婦女暴力法」（The Violence Against Women Act，簡稱VAWA）<sup>13</sup>。該法規主

---

<sup>10</sup> Ashley N. B. Beagle, *Modern Stalking Laws: A Survey of State Anti-Stalking Statutes Considering Modern Mediums and Constitutional Challenges*, 14 CHAP. L. REV. 457, 467-68 (2011).

<sup>11</sup> Robert A. Guy, Jr., *The Nature and Constitutionality of Stalking Laws*, 46 VAND. L. REV. 991, 991 (1993).

<sup>12</sup> 美國反跟追法的歷史緣由與詳細發展經過，可參閱：法思齊，美國反跟追法（Anti-Stalking Law）之研究——兼論我國相關法制之建構，東吳法律學報，24卷3期，2013年1月，頁10-14。

<sup>13</sup> Lisa N. Sacco, Full faith and credit: Interstate enforcement of protection orders under the Violence Against Women Act of 1994, CRS Report 2 (2019), [https://www.everycrsreport.com/files/20190423\\_R45410\\_672f9e33bc12ac7ff52d47a8e6bd974d96e92f02.pdf](https://www.everycrsreport.com/files/20190423_R45410_672f9e33bc12ac7ff52d47a8e6bd974d96e92f02.pdf) (last visited: Aug. 5, 2022).

要有7大項目，包含加強聯邦對性犯罪懲罰與提供性犯罪受害婦女協助的「婦女安全巷法」（Safe Streets for Women Act）、針對家庭暴力與親密伴侶間暴力之受害婦女提供保護與協助的「婦女安全之家法」（Safe Homes for Women Act）、保障婦女免受暴力犯罪之權利的「性暴力之民權救濟法案」（Civil Rights Remedies for Gender-Motivated Violence Act）、提升司法系統對性犯罪與家暴案件之識別與處置的「婦女司法平等法」（Equal Justice for Women in the Courts Act）、長期且持續對反婦女暴力法相關規定研究與報告的「反婦女暴力法改進章」（Violence Against Women Act Improvements）、建立與授權相關犯罪者資料庫來打擊跟蹤與家庭暴力犯罪問題的「降低全美跟蹤犯罪者與家庭暴力犯罪者章」（National Stalker and Domestic Violence Reduction）以及針對移民受虐婦女與兒童相關保護與協助的「受暴移民婦女與兒童保護章」（Protections for Battered Immigrant Women and Children）<sup>14</sup>。1996年，美國國會進一步將「跟追行為」入罪化，將任何人意圖為騷擾或傷害他人，而使他人陷於恐懼之中之行為（跨州際），明定為刑事犯罪<sup>15</sup>。

綜合觀察美國聯邦政府針對婦女犯罪防治的立法模

---

<sup>14</sup> See Tracey B. Carter, *Local, State, and Federal Responses to Stalking: Are Anti-Stalking Laws Effective?*, 22 WM. & MARY J. WOMEN & L. 333, 338-47 (2016).

<sup>15</sup> 18. U.S.C. § 2261A (Supp. II 1996).

式，係採「先整體後局部」之方法，先訂定整體性的刑事政策專法後，才針對個別行為的入罪化為立法模式。

首先，國會與聯邦政府聯手制定保障婦女的整體政策的包裹法案VAWA；在VAWA的7大項目中，首要切重整體刑事政策面的調整與整體司法環境對婦女受害人的不利進行改善，並在其中一章留下後續相關刑事入罪化的補充要求與伏筆。其次，於1996年美國國會才進一步訂定「州際跟追行為處罰與防治法」（**Interstate Stalking Punishment and Prevention Act**），才將跟追行為入罪化。美國此種立法模式與文化，十分值得我國反思與深究，我國立法委員或政治人物往往在面對突如其來的重大社會爭議案件時，常常「膝蓋式反應」的回應與做法，都是直接提出「入罪化」或「重刑化」的修法，卻絲毫未反思整體事件成因與如何才能根本式提供較完善且整體的解決方案。例如今年的太魯閣號出軌事件與2019年的臺鐵嘉義車站刺警命案，太魯閣號出軌事件後，從隸屬行政機關的法務部長在事件後立即「召集刑法研修小組火速研修，提出加重處罰草案，日前送行政院審查<sup>16</sup>」，到屬於立法部門的立法委員亦提出了超過15種針對刑法第276條「過失致死罪」及刑法第183條「顛覆或破壞交通工具罪」之修法

---

<sup>16</sup> 劉世怡，太魯閣號事故過失致死起訴 刑度疑過輕法務部修法加重，中央社，2021年4月20日，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202104200207.aspx>（最後瀏覽日：2022年9月8日）。

版本<sup>17</sup>。

值得一提之處，美國跟追法的早期立法係包裹在VAWA之中，因此有相關學者將跟追法的立法法制化，認為是女性主義的重要一環<sup>18</sup>。然而，跟追行為被害人卻非僅限於女性。「2016調查報告」中指出，跟追犯罪的女性受害人約有267萬人，占總體跟追受害人比例約70%；而跟追犯罪的男性受害人約有111萬人，占總體跟追受害人比例約30%<sup>19</sup>。由此可知，現今時代的跟追犯罪行為雖然仍是女性受害者人數較多，然而在訂定跟追法制以及思考相關問題，已非全然針對女性或單一性別之爭議。由2021年美國聯邦政府對VAWA的再授權法案所通過的條文與規範可得知一二，該法案將涵蓋對象擴及至「受到家庭暴力、性犯罪和跟蹤犯罪的LGBTQ受害者<sup>20</sup>」，可以發現美國聯邦政府也在對相關犯罪的整體司法政策作出微調，並且聯邦刑法中亦沒有將「特定性別」作為犯罪認定要件。因此，跟追犯罪的訂定與相關法制發展，不應理解為僅只

---

<sup>17</sup> 詳參立法院議事及發言系統，[https://lis.ly.gov.tw/lylgmeetc/lgmeetkm?\\$\\$APIINTPRO!!XX%28%E9%81%8E%E5%A4%B1%E8%87%B4%E6%AD%BB%29%20AND%20DA%3D1100101%3A1101230](https://lis.ly.gov.tw/lylgmeetc/lgmeetkm?$$APIINTPRO!!XX%28%E9%81%8E%E5%A4%B1%E8%87%B4%E6%AD%BB%29%20AND%20DA%3D1100101%3A1101230)（最後瀏覽日：2021年12月30日）。

<sup>18</sup> Andrea Mazingo, *The Intersection of Dominance Feminism and Stalking Laws*, 9 NW. J. L. & SOC. POL'Y. 335, 345 (2014).

<sup>19</sup> See Truman & Morgan, *supra* note 6, at 6.

<sup>20</sup> Jo Yurcaba, Exclusive: Violence Against Women Act to offer support to LGBTQ survivors, NBCNews, Mar. 18, 2021, <https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/exclusive-violence-against-women-act-offer-support-lgbtq-survivors-n1261331> (last visited: Aug. 5, 2022).

保護特定性別或為女權主義服務，而應將此理解為針對一個特定地重要保護群體為考量。

## 二、跟蹤騷擾行為之定義與範圍

美國於1980年代以前，針對現行跟追行為的刑事應對手段，僅能透過該行為可能構成間接或接近的刑罰來處理，諸如騷擾（harassment）、非法侵入（trespassing）、遊蕩（loitering）和恐嚇（intimidation）<sup>21</sup>。然而，這些相關法律並無法涵蓋跟追行為，僅能將跟追行為視為單獨且不相關的行為，比如反騷擾法、反威脅法或反家暴法，其要件上皆訂有更為具體的危險或已發生之結果等要求，使得跟追行為無法適用，進而讓刑事司法難以介入或論罪<sup>22</sup>。由於美國50州的反跟追法要件各有異同，以下將針對已將各州反跟追法統整並分析而成的模範反跟追法為主要分析，其次以現今的聯邦與州反跟追法為整體分析，最後針對新興的科技跟追行為法制發展為檢討。以期能透過解構美國各跟追法中跟蹤騷擾行為的要件與相關討論，描繪出美國反跟追法制的立法經過與最新發展，作為我國相關立法可參酌之比較分析研究。

<sup>21</sup> Caralin Branscum, Seth Wyatt Fallik, Krystal Garcia, Breanna Eason & Kayla Gursahaney, *Stalking State Statutes: A Critical Content Analysis and Reflection on Social Science Research*, 31(4) WOMEN & CRIM. JUST. 261, 264 (2021).

<sup>22</sup> Nga B. Tran, *A Comparative Look at Anti-Stalking Legislation in the United States and Japan*, 26 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 445, 449-50 (2003).



### (一)模範反跟追法 (The Model Stalking Law)

美國加州於1990年訂定反跟追法後，陸續帶動各州立法機關、聯邦政府的相關立法與研究。除了各州政府陸續完成各州的反跟追法外，美國國會亦於1992年時通過法案，授權美國國家司法機構 (National Institute of Justice, NIJ) 進行反跟追法的相關研究，並明確指示四項任務：第一，評估各州的跟追法律及相關草案立法；第二，制定符合憲法規範的模範反跟追法；第三，將其調查結果完整報告於政府官員；第四，在法案頒布一年後，向國會報告其調查研究之結果<sup>23</sup>。1993年，NIJ完成並推出了1993年版的模範反跟追法，內容包含供各州參考的模範法條、要件定義以及針對相關爭點的評論，當時各州的反跟追法立法概況整理，警方針對跟追案件的處理模式概況，以及各州在跟追案件中的保釋、量刑以及執行方面的相關討論及研究<sup>24</sup>。

有鑑於新興科技的發展以及跟追行為模式的改變與演進，各州的相關立法緊隨在後地新增與修正，比如聯邦法在2006年將利用「全球定位系統」 (Global Positioning

---

<sup>23</sup> Dawn A. Morville, *Stalking Laws: Are They Solutions for More Problems?*, 71 WASH. U. L. Q. 921, 932 (1993).

<sup>24</sup> The National Institute of Justice, A Project to Develop a Model AntiStalking Code for States, A Final Summary Report Presented to the National Institute of Justice, 92, Oct. 1993, [https://popcenter.asu.edu/sites/default/files/problems/stalking/PDFs/NIJ\\_Stalking\\_1993.pdf](https://popcenter.asu.edu/sites/default/files/problems/stalking/PDFs/NIJ_Stalking_1993.pdf) (last visited: Aug. 5, 2022) [hereinafter MODEL CODE 1993]; See Carter, *supra* note 14, at 372.

System, “GPS”) 監視被害人之行為，納入跟追法的規範之中<sup>25</sup>。2007年時，美國的國家犯罪被害人中心（The National Center for Victims of Crime, “NCVC”）提出了模範反跟追法的修正版本，針對1993年NIJ提出的模範反跟追法進行重新的審視，並將各州反跟追法之成立要件與法條文字進行統整研究後，整合性地提出修正法條建議（第二章）以及各修正條文的評論註釋（第三章）<sup>26</sup>。提出該模範反跟追法修改版本之目的，並非強制各州訂定反跟追法需要具有一致性，而係強調各州在制定與修改現有的反跟追法時，應考量到各州共同可能面對到的爭議問題<sup>27</sup>。在2007年的模範反跟追法修正版本中，主要共有五大部分。

### 1. 立法意圖（Legislative intent）

由於在1993年版的模範反跟追法中，並未明定立法意圖來明確表示立法者對反跟追法之規範目的與相對應手段；因而在2007年版中，模範反跟追法修改諮詢委員會（Model Stalking Code Advisory Board）希望各州能明訂立法意圖，以闡明立法者傾向將跟蹤行為認定為嚴重犯罪之意圖，以鼓勵刑事司法系統能及早介入，並能其更為清楚地作出跟蹤行為的認定<sup>28</sup>。

---

<sup>25</sup> 18 U.S.C. § 2261A(2)(A)(2006).

<sup>26</sup> THE NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME, THE MODEL STALKING CODE REVISITED 19 (2007).

<sup>27</sup> *Id.*

<sup>28</sup> *Id.* at 28.

修正的模範反跟追法中，認為各州立法機關應明示，跟追行為可能侵害被害人的個人隱私及自主權外，更可能影響被害人及其他人的安全或潛在風險，並且跟追行為可能跟家庭暴力或性犯罪兼具有密切關聯；因此，刑事司法系統應積極介入跟追行為的處理（尤其跟追行為的不同模式認定，應更具彈性，不限於任何方式），以期能在產生更嚴重犯罪前即有效預防不幸事件的發生<sup>29</sup>。希望透過立法者明示其立法意圖後，能有助刑事司法機關在執行相關法令以及要件認定時，更為契合立法之目的。

## 2. 客觀要件——跟追行為

2007年的模範跟追法修正版中，跟追行為定義相對簡單與廣泛。跟追犯罪之構成乃「任何人故意針對特定之人，為一系列之行為（*course of conduct*），明知或應當知道該一系列之行為將使一般理性之人，感到(a)害怕或擔心他的安全或其他第三人的安全，或(b)造成他人精神上的痛苦，都將構成跟追犯罪<sup>30</sup>。」而構成跟追犯罪的客觀構成要件爭點，主要聚焦在「一系列之行為」的解釋與適用上。模範跟追法修正版為明確「一系列之行為」的定義與解釋，在第三章中特別針對此要件作出詳細的定義：「本法所提的一系列之行為係指，兩個或兩個以上之行為，包含但不限於跟追者直接、間接或通過第三方，透過任何行動、方法、手段、設備、或工具為跟蹤、監控、觀察、監

---

<sup>29</sup> *Id.* at 24.

<sup>30</sup> *Id.* at 24.

視、威脅或聯繫他人，或者干擾他人財產之行為<sup>31</sup>。」

針對「一系列之行為」的重點討論，主要有二，分別是兩個以上的行為是否需要發生在一定時間內；以及行為的涵蓋範圍，該如何解釋「包含但不限於」與適用於個案上<sup>32</sup>。首先，針對兩個以上的行為，是否需要一段時間內為之，各州採取的模式各有差異。例如：阿肯色州對「一系列之行為」的定義為：「兩個以上的行為組成，且兩個行為至少間隔36小時，但發生在1年之內<sup>33</sup>。」明尼蘇達州則將「跟追行為」定義為：「在五年內，於美國國內構成本法所指稱的行為<sup>34</sup>。」其餘大多數州沒有規定特定時間段，僅要求需是兩個以上的行為，或為一段時間的行為。在2007年的模範跟追法修正版則是認為，不需規範兩個行為間的時間應在多久之內，僅需構成「一系列之行為」即可，這樣才能最有利於刑事司法機關儘早地介入該個案<sup>35</sup>。

其次，針對是否該將「一系列之行為」的具體行為樣態一一示例之問題，由於在1993年版的模範反跟追法中，要求行為人需「保持視覺或身體上的接近」（*maintain a visual or physical proximity*），而這樣的規定在科技日新月異的今日，可能使得大量運用科技手段或工具的跟追行

---

<sup>31</sup> *Id.* at 24-25.

<sup>32</sup> *Id.* at 44-48.

<sup>33</sup> ARK. CODE ANN. § 5-71-229(f)(1)(A) (2017).

<sup>34</sup> MINN. STAT. ANN. § 609.749(5)(b) (2020).

<sup>35</sup> THE NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME, *supra* note 26, at 45.

為，無法被跟追法的定義所涵蓋<sup>36</sup>。因此，模範反跟追法修改諮詢委員會在衡量採取涵蓋式定義的優劣，包含更具有彈性的可以因應時代變化，應用且涵蓋各類型的跟追行為；以及為明確示例而被濫用的潛在可能性後，仍然認為採取非列示、一般性的涵蓋式定義模式，能提供法院、檢察官與執法部門更寬廣的自由度，是更好的定義模式<sup>37</sup>。

此外，2007年的模範跟追法中，亦有針對跟追犯罪要件中的「精神上痛苦」、「一般理性之人」作出進一步定義與解釋。本法所指稱的「精神上痛苦」係指：「重大的精神痛苦或困擾，而其程度可能但不一定需要醫療或其他專業治療或諮詢<sup>38</sup>」；而「一般理性之人」則之定義則為：「處於受害人相同情況下的一般人<sup>39</sup>。」

### 3.主觀要件——故意

具體而言，每個刑事犯罪的成立，需應證明被告有意實施構成犯罪之行為，然而於跟追犯罪中，要證明被告具有行為的故意往往特別困難。故意可以區分成兩種，分別是特定故意（specific intent）和一般故意（general intent）<sup>40</sup>。一般故意係指「能證明被告係自願進行該被禁

---

<sup>36</sup> *Id.* at 47-48.

<sup>37</sup> *Id.* at 48.

<sup>38</sup> *Id.* at 25.

<sup>39</sup> *Id.* at 25.

<sup>40</sup> 本文將（specific intent & general intent）翻譯為：「特定故意」和「一般故意」之翻譯，係參考相關學者之翻譯，參法思齊，同前註12，頁18；另有不同見解將此翻譯為「特殊主觀要件」和「一般主觀要件」，詳參林志潔，論美國法上犯罪主觀要件與精神障礙心智缺陷

止的行為即可，而他進行該行為之目的則與構成犯罪與否無關<sup>41</sup>。若將一般故意套用於跟追犯罪中，則跟追者僅需對他所做的行為（例如，跟追、監視、打電話等）具有明知且有意為之（故意），而不需對這些行為的後果有認知或意圖。特定故意則不僅需要對其所為得行為具有故意，還需證明被告有打算從事進一步的行為，或額外的後果、目的<sup>42</sup>。因此，若認為跟追犯罪應採取特定故意之認定標準，則不僅需要證明被告有為跟追行為之故意，還需證明被告具有引發被害人恐懼（fear）、精神上痛苦（emotional distress）或其他法規上所要求之特定結果的意圖。

針對此議題，2007年的模範反跟追法修正版採取與1993年版相同立場，認為反跟追法的故意認定標準，應採取一般故意<sup>43</sup>。於1993年時，美國僅有13州針對反跟追法的主觀要件，採取一般故意的立法例，其餘皆採特定故意的立法模式；而時至今日，絕大多數的州都已修法改採一般故意<sup>44</sup>。模範反跟追法修改諮詢委員會認為，造成此立法轉向的原因，除了因為跟追行為的證明困難，導致實務

---

抗辯，歐美研究，39卷4期，2009年12月，頁640；本文認為此處之文義翻為一般故意與特定故意，較能符合此處所強調的特定性與一般概括性，因此採用此翻譯。

<sup>41</sup> Eric A. Johnson, *Understanding General and Specific Intent: Eight Things I Know For Sure*, 13(2) OHIO STATE J. CRIM. LAW 521, 530 (2016).

<sup>42</sup> *Id.* at 527.

<sup>43</sup> THE NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME, *supra* note 26, at 32-34.

<sup>44</sup> *Id.* at 33-34.

上造成檢察官過重的舉證責任和負擔外；更重要的是跟追法制的立法者認為，跟追行為人的動機或特定目的，不應該是決定該罪是否被起訴或成立的重要因素，而應將重心放在對跟追被害人的感受與保護上<sup>45</sup>。因此，跟追犯罪改採一般故意的認定後，僅需證明跟追行為人有明確的事實為跟追行為，且行為人本身具有進行該行為的故意即可；檢方無需再證明被告有造成被害人害怕等意圖，即可構成跟追犯罪。

#### 4. 加重要件與抗辯事由

2007年版的模範反跟追法修正版中，雖然明定跟追犯罪係重罪，然而各州對重罪、輕罪的區分具有天壤之別，並且此部分涉及各州的立法自由，不具太多的討論空間。但模範法中有明確訂定4項加重處罰要件，分別為：(a)被告違反禁止與受害人接觸的保護令；(b)被告於過去十年內，曾因跟蹤任何人而遭刑事定罪；(c)被告使用武力或武器，或威脅要使用武力或武器；(d)受害人是未成年人<sup>46</sup>。

針對免責抗辯事由，模範反跟追法修正版採取十分特別的立法建議，其列舉「排除」兩項不得作為合法抗辯事由的事項，而非如同一般立法例中，明示列舉「得成立」免責的抗辯事由。該兩項不得作為合法抗辯事由為：(a)行為人並未被告知，其一系列之行為係不受歡迎的；以及(b)

---

<sup>45</sup> *Id.* at 34.

<sup>46</sup> *Id.* at 53-54.

行為人無意引發被害人的恐懼或精神上痛苦<sup>47</sup>。而這兩項抗辯免除事由的排除規定，亦呼應了模範反跟追法採取一般故意認定模式的立場。

## (二) 聯邦法與州法

聯邦法針對跟追行為的刑事處罰條款，規定於聯邦法典第18章第2261A條之中，第1規定了傳統類型的跟追行為，該罪的要件包含：「跨州或跨國旅行者，基於殺人、傷害、騷擾、恐嚇或監視他人……之意圖所為之行為，使一般理性之他人造成安全上的擔憂或精神上的痛苦<sup>48</sup>。」第2項則是規定透過科技手段的跟蹤騷擾行為：「任何基於殺人、傷害、騷擾、恐嚇或監視他人……之意圖，透過郵件、電腦設備、電子通訊設備或任何設備工具，從事一系列之（跨州或跨國）行為而使得一般理性之他人感到安全上的擔憂或精神上的痛苦<sup>49</sup>。」聯邦的反跟追法基本上與2007年的模範反跟追法修正版本所建議之立法，採取相同模式的立法與規範模式，唯一不同點在於，聯邦刑事法規限於管轄權，僅能針對跨州或跨國的犯罪行為為介入，所以才需要在構成要件中特別限定在行為人的「跨州或跨國行為」。

各州反跟追法的制定，除了大多皆已參考上述模範反跟追法的立法建議，並各別採納進入各自的州法體系；還

---

<sup>47</sup> *Id.* at 51.

<sup>48</sup> 18 U.S.C. § 2261A(1) (2021).

<sup>49</sup> 18 U.S.C. § 2261A(2) (2021).



可以從統計歸納的相關研究中，觀察各州間訂定的反跟追法主要差異為何。根據隸屬美國聯邦司法部的犯罪被害人辦公室（Office of Victim of Crime）於2017所舉辦的全國犯罪被害人權週（National Crime Victims' Rights Week）中，針對跟追犯罪所發表的一份統計報告指出，第一，在跟追行為要件的立法模式中，共有51%的州要求應有兩個或更多不同的行為，包含行為人者跟蹤、監視或以其他方式騷擾受害者，才會構成跟追犯罪；而另外47%的州則不採上述立法模式，而僅需行為人有「既定模式」（established pattern）的跟追行為，即可構成跟追犯罪<sup>50</sup>。第二，針對跟追犯的行為是否構成被害人的恐懼，及檢察官對該項的舉證程度，各州亦有不同。針對恐懼的舉證，約有一半的州規定要求應證明被害人對跟蹤行為感到恐懼，而有24%的要求證明被害人對他們的安全感到擔心，而有8%的州需要證明被害人對他們的生命安全感到害怕<sup>51</sup>。第三，在證明被害人感到恐懼的舉證責任，各州亦有不同；53%的州僅要求舉證程度達該行為足使一般理性之人（reasonable person）感到恐懼即可，20%的州則要求檢方需證明個案的被害人確實感到恐懼，而另外27%的州則是要求檢方需證明該行為不僅足使一般理性之人感到

---

<sup>50</sup> Office for Victim of Crime, 2017 NCVRW Resource Guide: Stalking Fact Sheet, [https://ovc.ncjrs.gov/ncvrw2017/images/en\\_artwork/Fact\\_Sheets/2017\\_NCVRW\\_Stalking\\_508.pdf](https://ovc.ncjrs.gov/ncvrw2017/images/en_artwork/Fact_Sheets/2017_NCVRW_Stalking_508.pdf) (last visited: Aug. 5, 2022).

<sup>51</sup> *Id.*

恐懼，還需個案受害人於該個案中亦感到恐懼<sup>52</sup>。此外，雖然模範反跟追法修正版將跟追犯罪定性為重罪，然而全美50州皆將「初犯」跟追犯罪之行為人，排除於重罪處罰之中，係特別值得注意之處<sup>53</sup>。

### (三)使用科技手法之網路跟追行為 (cyberstalking)

隨著科技的日新月異，利用科技手段的跟追行為亦成為新的犯罪模式。2012年12月31日，時任美國總統巴拉克·歐巴馬針對跟蹤犯罪議題，首開先例的發布總統文告 (Presidential Proclamation)，宣布2013年1月為「全國跟追議題宣導月」 (National Stalking Awareness Month)，並在文告中提到聯邦政府正在努力解決網路跟追行為的威脅，且各州政府也在研擬修法以保障人們免受網路跟蹤的威脅<sup>54</sup>。尤其在2019年後所爆發的covid-19疫情影響下，網路跟追行為的蔓延，更是無遠弗屆的影響著現代社會裡人們生活的方方面面，包括他們的心理健康、情緒、就業和社交<sup>55</sup>。因此，網路跟追行為作為跟追犯罪的新型犯罪模式，亦可能在原先跟追法制的適用與解釋上，值得針對美國在此議題上的相關修法與因應為討論與分析。

---

<sup>52</sup> *Id.*

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> *See Carter, supra note 14, at 379.*

<sup>55</sup> Kelly Bracewell, Paul Hargreaves & Nicky Stanley, *The Consequences of the COVID-19 Lockdown on Stalking Victimisation*, *Journal of Family Violence* (2020), <https://doi.org/10.1007/s10896-020-00201-0> (last visited: Aug. 5, 2022).

網路跟追行為（cyberstalking）至今並未有絕對權威的明確定義，但可從不同學者的文獻與相關法律規範中，大致的釐清網路跟追行為的特性。有學者（第一種）將網路跟追行為定義為：「透過包括呼叫器、手機簡訊、電子郵件以及網際網路等之電子通訊系統，對他人實施騷擾之行為<sup>56</sup>。」亦有學者（第二種）不採取例示的定義模式而認為：「網路跟追行為有多種形式，但一般而言，網路跟追者的意圖是利用科學技術的匿名性和無法追蹤的距離來傷害受害者<sup>57</sup>。」第一種定義模式透過列舉可能構成網路跟追行為的行為，有相對明確的優點；然而，第二種定義模式從網路跟追行為的本質特性出發，能涵蓋範圍更廣且更為貼切英文原文的翻譯意思。舉例而言，在第一種的定義之下，GPS衛星定位系統或Iphone手機中的定位分享功能，係可以不透過網際網路而是接收衛星訊號，來判斷該訊號的定位為何；因此在解釋學上，第一種解釋模式可能受到英翻中的誤導，將cyberstalking過於狹隘的理解為皆須透過網際網路而為的跟追行為。然而，第二種定義模式的解釋，卻能較為明確的區分與釐清cyberstalking與stalking在行為本質上的差異，係在於cyberstalking係「利用科學技術的匿名性和無法追蹤的距離」，與傳統跟追行為係透過物理上接近或監視跟蹤等模式，讓人感到害怕有

<sup>56</sup> 法思齊，反跟追法之新挑戰——美國網路跟追法（Cyberstalking Law）之初探，月旦刑事法評論，5期，2017年6月，頁39。

<sup>57</sup> Philip Bean, *General Introduction*, in 1 HATE CRIME 1, 15 (Philip Bean ed., 2017).

所不同。此外，隨著科技的進步與發展，網際網路或各種設備的樣態或進化也是會與時俱進，但跟追行為的概念與侵害法益的結果，仍然會存在，因此第二種定義模式可能較於貼切與妥善。

網路跟追行為的發展與科技發展息息相關，其所發生的類型包含監視被害人的電子郵件、發送具威脅性的電子郵件或訊息、在網路上尋找被害人個人資訊並用於騷擾行為以及透過全球定位系統（GPS）等電子設備監視被害人之行為<sup>58</sup>。美國各州針對網路跟追行為相關法制模式，亦受到網路跟追行為的特性而有所不同，大致上有分成從網路跟追（cyber stalking）角度出發，以及從網路騷擾（cyber harassment）角度出發為立法。所謂網路騷擾的定義為：「透過電子郵件、訊息或其他有意害人的方式，從事造成他人精神上痛苦、恐嚇、威脅的行為<sup>59</sup>。」典型的案例為一名密蘇里州13歲之未成年人，於網路上交到匿名網友，而後因來自該網友電子郵件之騷擾，而自殺的案例<sup>60</sup>。而網路跟追行為則可以更為限縮的在「使用電子設備或支持互聯網的設備，而反覆為跟追該個人之行

---

<sup>58</sup> Jennifer Truman, Examining Intimate Partner Stalking And Use Of Technology In Stalking Victimization, Electronic Theses and Dissertations, 15-16 (2010), <https://stars.library.ucf.edu/etd/4214> (last visited: Aug. 5, 2022).

<sup>59</sup> Steven D. Hazelwood & Sarah Koon-Magni, *Cyber Legislation in the United States: A Qualitative Analysis*, 7(2) INT'L J. CYBER CRIM. 155, 157 (2013).

<sup>60</sup> *Id.*

為<sup>61</sup>。」美國各州有分別從原先的騷擾法制以及從跟追法制著手，針對此種類型之網路跟追行為為立法管制<sup>62</sup>。針對此類型的網路跟追行為，之所以會有兩種不同途徑的切入，係因各州目前仍對網路跟追行為與網路騷擾行為並未有絕對確立的定義與區別，因而往往在個案中，行為人若從事網路跟追行為而被起訴後，可能有多種法源可以介入處理<sup>63</sup>。而在現今的聯邦法典中，則是將傳統跟追行為與網路跟追行為分成兩項，一同規定於反跟追犯罪之中，仍將其視為跟追犯罪之一環，僅是在犯罪手法或器具有所革新。同此，有學者認為網路跟追行為與傳統跟追行為的本質仍然相同，諸如受害者的性別比例、跟追行為者的動機、關係和行為模式等；即便兩者在物理空間與對被害人造成實際物理上的擔憂程度有所差異<sup>64</sup>。

## 參、評析我國跟蹤騷擾防制法

我國於2021年立法三讀通過跟蹤騷擾防制法，其中將「跟蹤騷擾行為」明確定義並入罪化。該法中，「跟蹤騷擾行為」的刑事構成要件設計與規範上，大量參考美國與日本等外國立法例，但與美日之立法模式仍有不同，以下

---

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> *Id.* at 156.

<sup>63</sup> 詳參吳宜璇，網路跟追騷擾行為之管制及其憲法界線，政治大學法律學系碩士論文，2018年，頁55-99。

<sup>64</sup> Wei-Jung Chang, *Cyberstalking and Law Enforcement*, 176 *PROCEDIA COMPUTER SCIENCE* 1188, 1189-191 (2020).

將分別針對我國「跟蹤騷擾行為」之定性、個別構成要件的解釋適用與立法缺失，透過比較研究為分析討論。

## 一、跟蹤騷擾的概念內涵

依照新修訂之跟騷法，關於跟蹤騷擾之要件係規定於第3條「本法所稱跟蹤騷擾行為，指以人員、車輛、工具、設備、電子通訊、網際網路或其他方法，對特定人反覆或持續為違反其意願且與性或性別有關之下列行為之一，使之心生畏怖，足以影響其日常生活或社會活動。」對比前揭外國法制後，於解釋上有下列幾點應注意之事項。

### (一)客觀要件之檢討

首先，跟蹤騷擾行為的成立，必須是行為人對被害者反覆或持續為之，並使他人心生畏怖結果。其中「反覆性」要件，根據立法理由指出「有關反覆或持續性之認定，並非指全數款項之要件皆成立始有本條適用，僅須反覆或持續從事第一項各款行為之一項或數項，即有本條適用。」

在「反覆或持續」的要件認定上，應可參考美國法的相關規範。比如是否應規定兩個行為間至少應間隔多久，以及兩個行為間是否應發生在一定時間內等問題。美國法中有規範「兩行為應間隔36小時」、「兩行為應發生於5年內」等<sup>65</sup>，此種設立「行為反覆或持續」認定的上下限

<sup>65</sup> 詳參「參、二、(一)、1.客觀要件——跟追行為」之討論。

模式，應可作為我國司法實務上的認定參考與範例。若欠缺此種上下限的認定基準，可能造成「反覆性」要件認定過於寬廣，因而有違反「法律明確性」之嫌。本文建議，我國立法者即便不在立法本文明定「反覆性」的認定標準，至少仍應在立法理由中，詳列此種上下限的說明範例，以提醒司法實務者不可恣意、過寬地認定此要件。

## (二)主觀犯意的審視

本罪特定的主觀犯意，係規範於跟蹤騷擾防制法第3條，該條要求行為人必須出於「與性或性別有關」之主觀犯意，為跟蹤騷擾行為，始足當之。然而，此一主觀犯意之規定，是否具有足夠的立論基礎，仍有待商榷。

開始討論本項爭點之前，本文需先釐清「與性或性別有關」之體系定位，是否屬於主觀犯意，學說上仍有爭論<sup>66</sup>。學說上有否定意見認為，「與性或性別有關」並不一定是主觀要件<sup>67</sup>。其理由有二，第一，我國條文中並未明確採用「意圖」為立法文字<sup>68</sup>；第二，跟騷法的立法模

<sup>66</sup> 學說上有主張「與性或性別有關」係主觀意圖；參林宜謙，德國與我國跟蹤騷擾法制之比較分析，軍法專刊，68卷4期，2022年8月，頁128。另有見解認為「與性或性別有關」定性不明，可解釋為「客觀要件」亦可解釋為「主觀要件」；參鄭子薇，談跟蹤騷擾防制法「與性或性別有關」之構成要件——從性別的四個面向出發，月旦律評，14期，2023年5月，頁56。

<sup>67</sup> 廖宜寧，由行為不法角度建構跟蹤騷擾罪之刑罰正當性，興大法學，32期，2022年11月，頁115。

<sup>68</sup> 同前註，頁115。「我國條文的構成要件並未使用刑法上『意圖』用語，也未套用性騷擾防治法第25條構成要件中的『意圖性騷擾』，而

式採取我國性騷擾防治法中對性騷擾之定義模式：「對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為。」然而跟騷法第3條的8款行為中，卻僅有第5款的行為與「性或性別有關」，使得其他款行為在解釋上的格格不入<sup>69</sup>。然本文認為跟騷法第3條在立法文字上，已經十分明確的將「與性或性別有關」定性成主觀意圖，理由如下。第一，我國跟蹤騷擾防制法第3條的立法理由明確表示，「我國近年來發生多起社會矚目案件，均屬行為人基於性或性別之犯行，於跟蹤騷擾過程中，造成該被害人生命、身體等重大法益遭受侵害或致生風險」；且跟騷法之立法討論中亦表明此為立法者刻意採取的限縮立場<sup>70</sup>。第二，從跟騷法第3條之立法結構上觀察<sup>71</sup>，8款行為皆須「與性或性別有

---

是借用該法第2條性騷擾定義中『對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為』。」

<sup>69</sup> 同前註，頁116。「性騷擾防治法第2條的規定，乃是為了說明行為本身的性／性別關聯，也就是用外觀上的性／性別意涵來對行為進行限定。問題是，我國跟騷法當中的各款具體行為，除了第5款『對特定人要求約會、聯絡或為其他追求行為』外，均『非』屬性／性別相關的行為。如此一來，在各款行為外加上『與性或性別有關之行為』，便顯得格格不入。」

<sup>70</sup> 跟騷法「與性或性別有關」之立法係立法者刻意採取立場之相關討論與說明，詳參林婉珊，跟蹤騷擾防制法評析——過與不及的矛盾衝突，台灣法律人，11期，2022年5月，頁157-159。

<sup>71</sup> 跟騷法第3條文字結構可以得出：A+B+C1&C2+D才會成立此罪。本法所稱跟蹤騷擾行為，指「以人員、車輛、工具、設備、電子通訊、網際網路或其他方法」(A)，「對特定人反覆或持續為違反其意願」(B)且「與性或性別有關」(C1)之「下列行為之一」(C2)，「使之心生畏怖，足以影響其日常生活或社會活動」(D)。



關」。第三，從第3條第1項與第2項之體系解釋上，亦可觀察第2項特別規定不須有「與性或性別相關」之成立空間，相對於此，第1項皆需具備「與性與性別相關」。因此，本文認為即便法條文字並未採取主觀「意圖」之立法模式，解釋上也僅能解釋成主觀意圖。

我國跟蹤騷擾防制法的第3條立法說明中，明確指出本法主要所規制之範圍係「與性或性別有關」之跟蹤騷擾行為；而其餘非「與性或性別有關」之行為，於第3條第2項中限縮在「對特定人之配偶、直系血親、同居親屬或與特定人社會生活關係密切之人」，為本法所涵蓋範圍之內。然而，此種將「與性或性別有關」定為主觀犯意的立法模式，卻可能造成定義模糊、掛一漏萬以及差別對待合理性等問題。

首先，跟蹤騷擾行為是否應僅限於「與性或性別有關」？從跟騷法第3條第2項的規定，即可得知答案為否；否則何必將「配偶、直系血親、同居親屬或與特定人社會生活關係密切之人」明確表列於第2項規範之中。此外，除了第2項表列之人外，就沒有其他人會受到跟蹤騷擾行為之侵擾嗎？比如前述的美國佛州的Hinesley，即是出於個人反墮胎的主張而對他人為跟蹤騷擾。還是其他人受到跟蹤騷擾行為之侵擾時，他們所受到的侵擾較「與性或性別有關」之被害人所受之侵擾危害較低，屬於較不重要之法益，而不須受到同等之保障？

美國法中相關跟蹤騷擾行為的立法緣由，如同我國也

是因為婦女受到跟蹤騷擾行為的侵擾後發生不幸案件，造成社會大眾群起反彈，進而促使國家立法。美國聯邦政府雖然將跟蹤騷擾行為的整體刑事政策規劃制定於「反婦女暴力法（VAWA）」中，但其後將跟蹤騷擾行為入罪化的美國聯邦刑法第2261A，亦不將「性或性別有關」作為本罪的構成要件之一。美國各州的立法模式同樣不將「跟蹤騷擾行為」的本質認定為「與性或性別有關」，而是將「與性或性別有關」作為刑責輕重的要件之一為考量。比如明尼蘇達州的反跟追法立法模式，係於跟追行為要件中將與性別有關的行為模式定為其中一項：「未經同意，不當利用他人資訊對第三人為性行為邀約的行為<sup>72</sup>」；並於同條第3項加重跟追犯罪中，將「出於被害人的性別」而為的跟蹤騷擾行為，定為加重要件之一：「由於受害者或他人實際或其所認為之種族、膚色、宗教、性、性取向、第363A.03項中定義的殘疾、年齡或國籍而犯下前項描述的任何跟追行為<sup>73</sup>」，即該當本罪的加重要件。從明尼蘇達州的立法模式可以明確觀察到，跟蹤騷擾行為的犯罪行為人可能出於多種目的而為犯罪，包含種族、膚色、宗教、年齡、國籍，而性別僅是其中一種原因。因此，僅將

<sup>72</sup> MINN. STAT. ANN. § 609.749(2)(c)(8) (2020).

<sup>73</sup> MINN. STAT. ANN. § 609.749(3)(a)(1) (2020).

“[C]ommits any offense described in subdivision 2 because of the victim’s or another’s actual or perceived race, color, religion, sex, sexual orientation, disability as defined in section 363A.03, age, or national origin.”.

跟蹤騷擾行為限定於具備「性或性別有關」的主觀要件，是否過於狹隘與偏頗，仍有待立法者思考。

其次，將「性或性別有關」作為主觀要件的立法模式，在我國刑法中格格不入，且可能有舉證上的困難與爭議。我國刑法中規範與性有關之犯罪，包含妨害性自主罪或妨害風化罪的立法模式，皆是針對「性交」的客觀要件行為為規制，並無將「性或性別」作為主觀要件的規制與處罰。此種主觀要件上規制「性或性別有關」，在刑法可責性的評價上，可能有偏頗且欠缺合理區別對待之理由，而為差別對待其他類型的跟蹤騷擾行為；諸如出於「宗教」、「種族」、「膚色」、「殘疾」或「國籍」等不同原因而為的跟蹤騷擾行為，為何在保護法益上就不如「性或性別有關」。因此，跟騷法第3條中將「性或性別有關」定為主觀要件為限縮成罪可能性的立法模式，可能需要再進一步思考並作出合理的解釋，以避免落入不當差別待遇之爭論。

另針對現今社會中，具有其他正當理由之客觀上構成跟蹤騷擾之行為，若刪除「性與性別有關」之主觀要件，是否可能造成入罪過寬過廣？諸如新聞貼身採訪、八卦狗仔的跟蹤跟監、政治選舉時針對對方候選人為地方行程的緊密跟隨等。針對此疑慮，應可有兩種解決方式，其一是參考美國法立法模式，直接立法明定例外排除事項，比如明尼蘇達州法第609.749條第(7)項中直接明定例外排除規定，該行為若係有取得合法許可、符合特定合法商業目的

或職業職責或經州法、聯邦法、憲法授權保障時，不構成本罪；以及個人或團體所表達之言論自由亦不構成犯罪<sup>74</sup>。

再者，從立法模式觀察，跟騷法第3條第1項「與性或性別有關」為原則，第2項「親屬」為例外。若未來又發生更多不同種類的跟蹤騷擾行為，但不符合第1項「與性或性別有關」之原則，也不符合第2項所例外列舉事項時，立法者想必就只能在例外訂定第3項、第4項。此種立法模式，即是典型的掛一漏萬；因此，為避免此種欠缺思量所造成的立法疏漏，本文建議應刪除「與性或性別有關」之主觀要件。

## 二、網路跟追與網路騷擾

新型態跟蹤騷擾行為係指透過科技設備而為之，不同於傳統跟追行為的模式，其特性為透過科技、網際網路的便利性、低成本、高連結性、無地域性等<sup>75</sup>，對被害人為跟蹤騷擾。利用科技設備的新型態跟蹤騷擾行為，可以進一步區分成網路跟追行為與網路騷擾行為。「網路跟追行為」係規定於跟蹤騷擾防制法第3條第1項中，以「電子通訊、網際網路或其他方法」為下列規範之行為；「網路騷擾」則規定於第3條第1項第4款中：「以電話、傳真、電子通訊、網際網路或其他設備，對特定人進行干擾。」此種區分模式可以明確劃分出兩種行為之異同。

<sup>74</sup> MINN. STAT. ANN. § 609.749(7) (2020).

<sup>75</sup> 法思齊，同前註56，頁42。

「網路跟追」行為，係行為人透過科技設備能突破地域性，更加便利地為跟蹤、監視、觀察或知悉特定人行蹤。因此，雖然被害人不一定會立即感受到生命、身體、自由的危險性，但卻可能更為長期地籠罩在受侵害騷擾的風險之中，此種侵害不亞於傳統類型的跟蹤行為。然而，跟騷法中的「網路騷擾」行為，卻可能有過於限縮狹隘的問題。在跟騷法第3條的立法說明中指出：「第4款所稱干擾，包含撥打無聲電話或發送內容空白之傳真或電子訊息，或經拒絕後仍繼續撥打電話、傳真或傳送電子訊息等。」然而，文意上「干擾」的行為樣態與可能模式，卻不僅止於立法說明所提到的這幾種「物理上」的干擾。例如美國法將網路騷擾行為擴大解釋並適用在網路騷擾與網路暴力等行為。包括在社群網站發布不實貼文，實質干擾被害人且造成被害人心理壓力，足以使之心生畏怖，此種型態之犯罪，亦應可涵蓋於本罪的規範之中。舉例而言，臺灣北部某知名大學法律系教授就遭受女學生在「網路上編纂各種虛假情節」，以及「寄送不堪入目的求愛信件和私處特寫畫面給教授」<sup>76</sup>。此種透過網路傳播不實資訊、傳送求愛信件與不雅照片等行為，亦應該當本法第3條第1項第4款以網路對特定人為「干擾」之行為。

<sup>76</sup> CTWANT，北部大學校花學霸癡戀教授 私密照轟炸求愛！他忍18年提告，ETtoday新聞雲，2021年9月1日，<https://www.ettoday.net/news/20210901/2069065.htm#ixzz76yPYbYny>（最後瀏覽日：2022年8月20日）。

本文建議，應在跟騷法第3條的立法說明中，進一步擴大舉例說明網路騷擾行為的適用可能性與範圍。舉例而言，若個案行為人透過網路或科技設備追蹤被害人或傳送訊息騷擾被害人等，型態上非如同第3條第1項第1款之物理上干擾行為，仍應該當跟騷行為。以避免跟騷法之個案解釋上，跟騷行為限縮於「物理上干擾」，而讓本罪無法實際上保護到受到跟蹤騷擾侵害的被害人。

### 三、跟蹤騷擾行為之適用範圍與憲法界線

我國跟蹤騷擾防制法將跟蹤騷擾行為的刑事入罪門檻，透過三個構成要件：「性與性別有關」、「使之心生畏怖」與「足以影響其日常生活或社會活動」之立法模式為限縮成罪空間。然而，從比較法研究的角度切入，這三個要件是否皆合理與適當，仍有待討論。以下將針對「跟蹤騷擾行為」之犯罪成立範圍進行檢視，並且主張應刪除不適當之犯罪構成要件。其次，會針對個別案件類型中，如何透過既有的刑法解釋方法學，對跟騷犯罪的成立進行合理限縮與管控為討論。

#### (一)適用範圍

我國跟蹤騷擾防制法第18條：「實行跟蹤騷擾行為者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。」因此，跟騷騷擾刑事犯罪構成要件之成立與否，完全取決於個案行為人是否符合跟蹤騷擾防制法第3條之定義，若符合定義則構成本條犯罪。如同本章前述所

討論之客觀要件與主觀要件之規定與解釋下，本文認為現行法下的客觀要件檢驗應從嚴，而主觀要件應放寬，將「與性或性別有關」之要件刪除，應為更為合理之刑事立法模式。

首先，針對客觀要件的解釋上，我國法透過「反覆或持續」之要件為成立犯罪門檻，此要件之重要性係針對一般社會中的追求與交友空間的自由，與被拒絕且得知過度追求已造成被害人心生畏怖之情形，作出合理的區別與對待。若欠缺此要件或對「反覆或持續」之解釋過嚴，本罪的成立反倒可能過分限制或嚇阻一般社會通念下的交友與社交模式。此外，跟蹤騷擾防制法第3條第1項也明確列舉8款的跟蹤騷擾行為的類型樣態，此種立法模式亦可呼應刑法謙抑性與構成要件明確性之要求<sup>77</sup>。

其次，在主觀要件的解釋與立法論上，如同本文前述之主張，跟蹤騷擾行為應刪除「與性或性別有關」之要件，而直接改以一般的刑法「故意」理論為檢驗。簡而言之，不應該以該行為人之主觀是否具有「與性或性別有關」之意圖，而區別是否為跟蹤騷擾防制法定義下的犯罪。本文認為，跟蹤騷擾犯罪的成立與否，在刑法構成要件階段應依一致且相同之標準，認定該個案中的行為人是否構成此行為；至於個案中行為人是否有其他具合法性、正當性之理由，則可留待違法性階段為舉證，判斷個案是

---

<sup>77</sup> 林山田，刑法通論（上冊），增訂10版，2008年1月，頁95。

否不具備違法性。舉例而言，新聞記者甲跟蹤監視演藝明星乙，按照現行法的規定下，會因為甲不具「性與性別有關」之主觀意圖，而不成罪。然而，此種立法模式模糊且誤解了本罪可能不構成的核心爭議，並非甲的行為「與性或性別」有沒有關聯，而是甲的行為是否受憲法第11條所保障「新聞自由」之範圍<sup>78</sup>。

由於促發本次立法的緣由乃驚天動地的屏東兇殺案，使得「與性與性別有關」之類型案件成為本次立法主要想管制與遏止之犯罪類型；然而，並不代表只有「與性與性別有關」之跟騷行為，才需立法制止或具有獨特的管制意義。跟騷行為的犯罪正當性與合法性本質，係該跟騷行為造成被害人「心生畏怖，足以影響其日常生活或社會活動」；反之，僅有「性與性別有關」的跟騷行為，才會造成跟騷被害人害怕嗎？舉例而言，近日新北市議員劉美芳在公共場合活動時，遭到黑衣人跟蹤騷擾討債<sup>79</sup>，此種囂張的跟騷行為，因為黑衣人跟騷的主觀意圖與性或性別無關，則不構成跟騷法下的刑事犯罪。再者，即便個別職業或個人，因為有特別的行為正當性與合法性，皆應可在違法性階層為主張，否則透過「性與性別有關」之構成要件限縮，反倒可能讓本罪完全成為性犯罪法之一章，而完全

<sup>78</sup> 相似爭議與爭點，可參考司法院大法官釋字第689號解釋。

<sup>79</sup> 扯！無懼侯友宜在場 黑衣人討債跟騷議員劉美芳，台視新聞網，2022年9月7日，<https://news.ttv.com.tw/news/11109070013400I>（最後瀏覽日：2022年9月8日）。



誤解「跟蹤騷擾」犯罪的本質是「造成被害人心生畏怖的結果」。因此，本文主張跟騷法第3條之主觀構成要件，應刪除「與性或性別有關」之要件，回歸一般刑法的客觀理論為檢驗即可。

## (二)憲法界線

若採取本文立場，將跟騷法「與性或性別有關」之要件刪除，雖然可以讓本罪的範圍擴大且彰顯與正名本罪的罪質；然而也因本罪的犯罪構成要件解釋上將可能擴大成立範圍，甚至可能影響許多現今社會中普遍認可或認為應可容許之行為。因此，本文認為可以透過刑法理論中的「違法性」要件，將個案中，具合法性與正當性的理由與要件，納入成罪與否的重要考量，作為合理的配套與合憲性地限縮犯罪成立範圍。

跟騷犯罪之成立範圍與界線，主要的爭議牽涉到言論自由、新聞自由與個人隱私之不同基本權的衝突問題。尤其是社會上的公眾人物，往往可能遭受新聞記者舉著新聞自由之大旗，進而行跟蹤、騷擾、偷拍照片、偷錄影片等行為，使得新聞自由與個人隱私生活之兩種基本權保障可能產生衝突<sup>80</sup>。

首先，跟蹤騷擾行為，若造成被害人心生畏怖且足以影響其日常生活或社會活動時，已然造成對被害人隱私權

---

<sup>80</sup> 吳志光，社論／言論自由與公眾人物的隱私權，全國律師，14卷2期，2010年2月，頁2-3。

或可能的安全疑慮。然而，與之相對應的跟蹤、監視行為人，在某些特定情境下可能可以主張「新聞自由」、「言論自由」或其他可能的重大社會利益等正當性理由<sup>81</sup>。因而，該如何在個案中認定跟騷犯罪的成立與否，刑法論罪體系的「違法性」理論，應可提供一個妥善的個案「利益權衡」機制<sup>82</sup>。而現行法中受困於不符「與性或性別有關」之跟蹤騷擾行為，在刪除此要件後，都可透過既有的刑法「違法性」理論進行檢驗與限縮成罪空間。諸如，新聞記者對政治人物的跟騷行為、對政治人物之家人子女的跟騷行為、對非政治性之公眾人物（諸如宗教人士、社會賢達）的跟騷行為或對明星藝人的跟騷行為，被跟騷人都將可以受跟騷法的保護並主張其權利；而跟騷行為人則須在個案中進一步說明舉證，其行為之正當性與合法性為何，而非一味地躲在新聞自由與言論自由的保護傘下為所欲為。

其次，即便是政治人物、社會賢達或明星藝人仍具有隱私權，只是可能因為個別人物的職業特性而有所差異。如司法院大法官釋字第689號解釋理由書中表述：

以現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，個人之私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可

<sup>81</sup> 許恆達，新聞自由與記者的侵犯隱私行為：以業務上正當行為的解釋為中心，臺大法學論叢，46卷2期，2017年6月，頁602-628。

<sup>82</sup> 謝煜偉，社會抗爭運動與實質違法性判斷，全國律師，18卷11期，2014年11月，頁6-8。

能大為增加，個人之私人活動及隱私受保護之需要，亦隨之提升。是個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護。惟在公共場域中個人所得主張不受此等侵擾之自由，以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且該期待須依社會通念認為合理者。

因此，如何調劑新聞自由與公眾人物之隱私權，除了是跟騷法個案中的認定難題外，更是諸多公法學者的研究重點。但回歸到跟騷法中的跟騷犯罪成立與否，則仍可從刑法第22條之業務上正當行為或超法定阻卻違法事由之刑事理論出發，並參酌相關憲法權利理論與原則為之。以下將我國社會中常見案例，類型化舉例討論如下<sup>83</sup>：

### 1. 政治人物

政治人物往往可能受到媒體記者的跟監或盯哨，進而可能針對該政治人物是否有恪遵職守、戮力從公進行針對性檢驗。一般而言，若新聞記者針對「政治人物」進行跟監、蒐證等跟騷行為，相關法理或外國判例法的認定上，都對這類型的跟騷行為，採取較高之容忍度；因為大眾傳播媒體肩負一定的公眾任務，尤其是著名的第四權理論，

---

<sup>83</sup> 需特別注意，以下的舉例皆是以刪除「與性或性別有關」之要件為前提，若依照現行跟蹤騷擾防治法之要件，這四種類型案皆都不該當此項特殊主觀要件，因此都不可能成立本罪。

或稱監督功能理論<sup>84</sup>。因此，針對現任公職的政治人物，的確可能會認為新聞採訪者所採取之長期定點盯梢或公共場域的跟追行為，係基於一定事實而可任該特定事件屬大眾所關切且具一定公益性時<sup>85</sup>；即應可主張該新聞記者之跟追行為，乃具公益性之業務上正當行為，而可在違法性階層阻卻違法。

## 2. 政治人物之配偶子女

政治人物若因其公職身分，而應受到一定之公眾監督，且需退讓一定程度的隱私權保障，並對社會與媒體第四權之監督，負擔相當程度之容忍義務。而現實社會中，人們往往會進一步地對政治人物的親屬子女，具有高度的好奇與探知慾望；然而政治人物之配偶子女或親屬，是否應受到相同程度之對待或具有與公職在身之人相當的忍受義務？

我國針對政治人物的廉政、財產公開法規中，往往將政治人物之配偶或未成年子女，一並納入相關規範中。比如公職人員財產申報法第5條第2項：「公職人員之配偶及未成年子女所有之前項財產，應一併申報。」以及公職人員利益衝突迴避法第5條：「本法所稱利益衝突，指公職人員執行職務時，得因其作為或不作為，直接或間接使本

<sup>84</sup> 陳仲妮，論新聞自由與公眾人物隱私權之衝突與調和——以歐洲人權法院夏洛琳公主訴德國案（VON HANNOVER v. GERMANY）為中心，東吳大學法律研究所碩士論文，2008年，頁20。

<sup>85</sup> 李建良，新聞採訪自由與個人生活保護的衝突與調和？——簡評釋字第689號解釋，台灣法學雜誌，184期，2011年9月，頁29-30。

人或其關係人獲取利益者。」此法所稱之關係人即包含公職人員之配偶、共同生活之家屬或二親等以內親屬。由此可知，我國針對公職人員的廉政法規對公職人員之親屬，多也課以相當嚴苛、幾乎等同公職人員之標準。

然而，我國相關法規針對公職人員之親屬、配偶與子女之相關規範，是否代表其之隱私權亦應退讓，應仍屬二事。舉例而言，若今天我國立法院長的女兒結婚舉辦婚禮，而新聞記者針對此事對立法院長之子女親屬進行跟追；此時新聞記者之跟追行為，應屬與公眾事務、公眾利益無關，而不得主張其行為符合刑法上的業務上正當行為而可阻卻違法<sup>86</sup>。再比如以陳水扁前總統之女陳幸妤之情況為例，「當時有狗仔隊一直跟著陳幸妤，陳幸妤為了擺脫跟拍，闖了紅燈，還被登出來。她今天情緒崩潰，面對鏡頭，連問三次，她做錯了什麼<sup>87</sup>？」此種情況，即便陳女是總統之女，但不代表狗仔隊的跟騷行為都具備正當性或合法性；此種跟騷行為造成陳女心生畏懼且身心俱疲，完全屬於跟騷法應管制且制裁的範圍。

### 3. 公眾人物

具有公權力之公職人員、政治人物，與並未具有國家公權力之社會公眾人物，雖然兩者皆具有一定的社會影響

---

<sup>86</sup> 李念祖，給一個說法／隱私權的公共利益界限，在野法潮，17期，2013年4月，頁12-14。

<sup>87</sup> 閃狗仔闖紅燈 陳幸妤發飆崩潰，華視新聞，2008年5月28日，<https://news.cts.com.tw/cts/politics/200805/200805280246537.html>（最後瀏覽日：2022年9月8日）。

力，但仍不可等量齊觀，如同我國法制中會針對公職人員訂定相關廉政法規，但對一般公眾人物則會採取較低要求之標準。一般社會中，非屬政治人物之公眾人物仍可能受到一定程度的社會關注度，而可能有新聞記者對其進行跟監、盯哨等行為；包含知名宗教人士、重要社會意見領袖或外國皇室成員及其子女等等。具體個案中，跟騷行為人在主張言論自由或新聞自由而進行跟監、盯哨時，仍須特別將區分被害人是否具公職身分之政治人物或一般社會公眾人，原因是一般社會公眾人物雖然可能具某些社會影響力，但其屬性仍為社會上之一般人，仍不應過度侵犯或全方位影響其個人生活。

因此，個案中的認定標準，應依照在其特殊身分或其行為對於社會公益性之重要程度而定。舉例而言，有宗教信仰之重要社會意見領袖，若基於特性信仰而對社會發起重要的婚姻政策主張「一夫一妻」，卻被新聞記者跟監發現，其本身有婚外情、搞外遇時<sup>88</sup>。此時，該社會意見領袖雖非政府公職人員，然其為引領社會討論該議題之重要意見領袖，其言行舉止是否一致或如何回應發生於其身上之爭議，對於社會討論該議題與後續導向，則應屬具有重大社會公共利益。再舉國外一例說明，筆者於美國留學時，居住於密蘇里州當地最大的計畫生育聯盟之醫療診所

---

<sup>88</sup> 張暉珩，張守一反同性婚姻卻外遇 網友酸：性解放、怎麼教小孩，ETtoday 新聞雲，2016年12月8日，<https://www.ettoday.net/news/20161208/826035.htm>（最後瀏覽日：2022年9月8日）。

(Planned parenthood health center) 附近，幾乎每個週末，當地的宗教團體都會號召信徒與民眾到該診所外集會。雖然此種模式應屬較為和平且理性之主張與宣揚其理念，然偶爾也會有較激進之反墮胎人士，可能定點盯哨、甚至對到裡面工作之醫療人士或可能進入診所求診之人士，進行一定程度的騷擾。此時，在該家庭生育計畫醫療診所工作之員工，的確可能受到定點「盯哨」之騷擾，即可能構成在跟騷法上之「跟蹤騷擾」定義。然而，此種行為就是固定在該診所外集會，還是針對裡面人員為盯哨，的確可能有解釋空間；雖然個案中，可能還會需要證明其他要件，但若進入違法性階層討論之部分，可能仍需個案衡量這些固定集會之人的言論自由，況且在美國「墮胎」一直屬於是重大社會議題，此集會行為應屬具有一定公共性議題與社會公益性。

#### 4. 藝人明星

2003年蘋果日報開始在臺灣發行，帶來了「狗仔隊」的跟監文化<sup>89</sup>；時至今日，臺灣各家新聞媒體皆深受「狗仔」文化影響。此種跟監文化，新聞記者為求挖掘演藝人物之隱私、八卦，這等毫不具有任何社會公益性之新聞，而對藝人明星進行跟騷行為；本應受到本法或其他相關法規之制裁與遏止，但社會風氣使然，藝人花邊新聞在新聞

---

<sup>89</sup> 葉冠吟，台灣蘋果新聞網19年歷史畫句點 壹蘋9/1上線，中央通訊社，<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202208310380.aspx>（最後瀏覽日：2022年9月8日）。

版面充斥，但整體社會卻毫無作為。使得許多藝人明星為了從事演藝事業，只得放棄個人的私生活空間並容忍狗仔不斷的跟蹤騷擾。雖然，亦有主張認為這為演藝產業鏈之一環，狗仔與媒體是共存共榮的生態；更甚而有藝人主動謀劃、策動這種被跟追的情事，以求新聞版面之曝光以助其知名度上升，而有利其演藝事業之發展。然而，不代表所有藝人都是處於這種一個願打、一個願挨的情況。

針對此種不具社會公益性的跟追行為，若狗仔之跟騷行為已具體且明確造成藝人明星之心生畏怖，且足以影響其日常生活或社會活動時，仍應以跟騷法處理並提供藝人明星相關保護，以保障其仍保有一定私生活之隱私權利。我國現行的跟騷法以「與性或性別有關」之要件，作為排除上述4種類型情況之適用，實屬不合理之差別對待，對相似情況且具相同保障需求之跟騷行為，應一視同仁地處理，以遏止社會上不正當的跟騷風氣。

## 肆、結 論

我國跟蹤騷擾防制法的制定上，雖係參考美日等國之立法例。惟仍須進一步就該法條內容進行相關細節與差異對比，而非不加思索地移植、硬套。由於我國近年來立法者越趨重視社會重大爭議問題，導致漸漸形成一種「社會性立法」，此種「頭痛醫頭，腳痛醫腳」的立法模式，欠缺整體性、通盤性的規劃與計畫。雖然這是民主社會下的常態：快速效率、反映民意所需的好處；也有迫於壓力需



快速針對特定需求作出立法、時間不足無法整體規劃等壞處。相比之下，美國聯邦政府在遭遇相同的社會重大爭議時，卻仍能採取通盤式、有步驟地先訂定整體性的刑事政策專法，其次才是將相關規範、刑事處罰之條文逐一處理。

從本次跟騷法中的跟蹤騷擾行為入罪化立法即可發現，明明跟騷犯罪的行為樣態可能千變萬化，但我國卻在構成要件中明確增訂「與性或性別有關」，此種立法明顯係僅為回應屏東社會案件所定；然而，此種立法明顯欠缺考量，且掛一漏萬，使得社會中常見且可能造成相同風險與危險之跟騷行為，都置於法網之外。在未來實務法庭上，個案的舉證亦可能面臨重大挑戰，若所有被告都在法庭上主張其跟騷行為事實時（因罪證確鑿），但他的主觀目的是被害人欠他錢、行為人憎恨被害人、行為人是記者執行業務，而與性無關時，都可能使跟騷犯罪的舉證上徒增困難。

本文透過美國法制之簡介與比較分析後，針對我國最新通過之跟蹤騷擾防制法所提分析建議如下：

#### （一）客觀要件的解釋與適用應注意之處

在「反覆性要件」的解釋上，應注意個案中「兩個行為之間的時間隔多久」、「兩個行為間是否發生在一定時間內」以及「行為人與被害者之關係、交情或者間隔時間」等因素，以避免司法實務者恣意、過寬地認定。

## (二)主觀要件應立法修正

刪除本罪的特殊主觀犯意「與性或性別有關」，將本罪罪質從「性犯罪」導正回保障個人的「生命身體安全」性質。

## (三)「違法性」要素於個案適用上，應為成罪範圍合理控制之手段

針對個案中具行為正當性與合法性的要素，是否符合刑法中的「業務上正當行為」、「依法令行為」或其他超法定阻卻違法事由而定，即可有效調和本罪與其他基本權間潛在地衝突。

## 參考文獻

### 一、中文文獻

- CTWANT (2021年9月1日)。北部大學校花學霸癡戀教授 私密照轟炸求愛！他忍18年提告。ETtoday新聞雲。https://www.ettoday.net/news/20210901/2069065.htm#ixzz76yPYbYny
- ETtoday新聞雲 (2021年4月9日)。2月性騷3月尾隨！屏東變態男等她下班。https://www.ettoday.net/news/20210409/1956912.htm#
- Yahoo奇摩 (即時新聞) (2021年4月22日)。「這個法案就是妳的名」女店員遭跟蹤擄殺今告別式 周春米：力拚跟騷法6月三讀。https://tw.news.yahoo.com/%E3%80%8C%E9%80%99%E5%80%8B%E6%B3%95%E6%A1%88%E5%B0%B1%E6%98%AF%E5%A6%B3%E7%9A%84%E5%90%8D%E3%80%8D-%E5%A5%B3%E5%BA%97%E5%93%A1%E9%81%AD%E8%B7%9F%E8%B9%A4%E6%93%84%E6%AE%BA%E4%BB%8A%E5%91%8A%E5%88%A5%E5%BC%8F-%E5%91%A8%E6%98%A5%E7%B1%B3%EF%BC%9A%E5%8A%9B%E6%8B%9A%E8%B7%9F%E9%A8%B7%E6%B3%95-6-%E6%9C%88%E4%B8%89%E8%AE%80-055335277.html
- 台視新聞網 (2022年9月7日)。扯！無懼侯友宜在場 黑衣人討債跟騷議員劉美芳。https://news.ttv.com.tw/news/11109070013400I
- 立法院議事及發言系統 (日期不詳)。https://lis.ly.gov.tw/lylgmeetc/lgmeetkm?\$\$APIINTPRO!!XX%28%E9%81%8E%E5%A4%B1%E8%87%B4%E6%AD%BB%29%20AND%20DA%3D1100101%3A1101230
- 吳志光 (2010)。社論／言論自由與公眾人物的隱私權。全國律

- 師，14（2），2-3。
- 吳宜璇（2018）。網路跟追騷擾行為之管制及其憲法界線〔未出版碩士論文〕。政治大學法律學系研究所。<https://hdl.handle.net/11296/kes38e>
  - 李念祖（2013）。給一個說法／隱私權的公共利益界限。在*野法潮*，17，12-14。
  - 李建良（2011）。新聞採訪自由與個人生活保護的衝突與調和？——簡評釋字第689號解釋。《*台灣法學雜誌*》，184，29-49。
  - 林山田（2008）。*刑法通論（上冊）*（增訂十版）。元照。
  - 林志潔（2009）。論美國法上犯罪主觀要件與精神障礙心智缺陷抗辯。《*歐美研究*》，39（4），615-670。
  - 林宜謙（2022）。德國與我國跟蹤騷擾法制之比較分析。《*軍法專刊*》，68（4），116-135。
  - 林婉珊（2022）。跟蹤騷擾防制法評析——過與不及的矛盾衝突。《*台灣法律人*》，11，140-169。
  - 法思齊（2013）。美國反跟追法（Anti-Stalking Law）之研究——兼論我國相關法制之建構。《*東吳法律學報*》，24（3），1-47。
  - 法思齊（2017）。反跟追法之新挑戰——美國網路跟追法（Cyberstalking Law）之初探。《*月旦刑事法評論*》，5，39-51。  
<https://doi.org/10.3966/2415472520170600503>
  - 張暉珩（2016年12月8日）。張守一反同性婚姻卻外遇 網友酸：性解放、怎麼教小孩。ETtoday新聞雲。<https://www.ettoday.net/news/20161208/826035.htm>
  - 許恒達（2017）。新聞自由與記者的侵犯隱私行為：以業務上正當行為的解釋為中心。《*臺大法學論叢*》，46（2），589-664。  
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2017.46.02.05>
  - 陳仲妮（2008）。論新聞自由與公眾人物隱私權之衝突與調和——以歐洲人權法院卡洛琳公主訴德國案（VON HANNOVER v.

- GERMANY*) 為中心〔未出版碩士論文〕。東吳大學法律研究所。<https://hdl.handle.net/11296/c8h9vt>
- 華視新聞（2008年5月28日）。閃狗仔闖紅燈 陳幸妤發飆崩潰。  
<https://news.cts.com.tw/cts/politics/200805/200805280246537.html>
  - 葉冠吟（2022年8月31日）。台灣蘋果新聞網19年歷史畫句點 壹蘋9/1上線。中央通訊社。<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202208310380.aspx>
  - 廖宜寧（2022）。由行為不法角度建構跟蹤騷擾罪之刑罰正當性。《興大法學》，32，107-156。
  - 劉世怡（2021年4月20日）。太魯閣號事故過失致死起訴 刑度疑過輕法務部修法加重。中央社。<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202104200207.aspx>
  - 鄭子薇（2023）。談跟蹤騷擾防制法「與性或性別有關」之構成要件——從性別的四個面向出發。《月旦律評》，14，51-59。<https://doi.org/10.53106/279069731405>
  - 謝煜偉（2014）。社會抗爭運動與實質違法性判斷。《全國律師》，18（11），4-16。

## 二、英文文獻

- Beagle, Ashley N. B. (2011). Modern stalking laws: A survey of state Anti-Stalking statutes considering modern mediums and constitutional challenges. *Chap. L. Rev.*, 14, 457-482.
- Bean, Philip (2017). General introduction. In Philip Bean (Ed.), *Hate Crime*. Routledge.
- Bracewell, Kelly, Hargreaves, Paul, & Stanley, Nicky (2020). *The consequences of the COVID-19 lockdown on stalking victimisation*. *Journal of Family Violence*. <https://doi.org/10.1007/s10896-020-00201-0>

- Branscum, Caralin, Fallik, Seth Wyatt, Garcia, Krystal, Eason, Breanna, & Gursahaney, Kayla (2021). Stalking state statutes: A critical content analysis and reflection on social science research. *Women & Crim. Just.*, 31(4), 261-282. <https://doi.org/10.1080/08974454.2019.1686450>
- Carter, Tracey B. (2016). Local, state, and federal responses to stalking: Are anti-stalking laws effective?. *Wm. & Mary J. Women & L.*, 22, 333-391.
- Chang, Wei-Jung (2020). Cyberstalking and law enforcement. *Procedia Computer Science*, 176, 1188-1194. <https://doi.org/10.1016/j.procs.2020.09.115>
- Gregson, Christine B. (1998). California's antistalking statute: The pivotal role of intent. *Golden Gate U. L. Rev.*, 28, 221-263.
- Guy, Robert A., Jr. (1993). The nature and constitutionality of stalking laws. *Vand. L. Rev.*, 46, 991-1029.
- Hazelwood, Steven D., & Koon-Magni, Sarah (2013). Cyber legislation in the United States: A qualitative analysis. *Int'l J. Cyber Crim*, 7(2), 155-168.
- Johnson, Eric A. (2016). Understanding general and specific intent: Eight things I know for sure. *Ohio State J. Crim. Law*, 13(2), 521-541.
- Mazingo, Andrea (2014). *The intersection of dominance feminism and stalking laws*. *Nw. J. L. & Soc. Pol'y.*, 9, 335-369.
- Modena Group on Stalking (2007, April). *Protecting women from the new crime of stalking: A comparison of legislative approaches within the European Union*. Final report. [http://www.europeanrights.eu/public/commenti/stalking\\_testo.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/commenti/stalking_testo.pdf)
- Morville, Dawn A. (1993). Stalking laws: Are they solutions for

- more problems?. *Wash. U. L. Q.*, 71, 921-935.
- Office for Victim of Crime (2017, February). *2017 NCVRW resource guide: Stalking fact sheet*. [https://ovc.ncjrs.gov/ncvrw2017/images/en\\_artwork/Fact\\_Sheets/2017NCVRW\\_Stalking\\_508.pdf](https://ovc.ncjrs.gov/ncvrw2017/images/en_artwork/Fact_Sheets/2017NCVRW_Stalking_508.pdf)
  - Sacco, Lisa N. (2019). *Full faith and credit: Interstate enforcement of protection orders under the Violence Against Women Act of 1994*. CRS Report. [https://www.everycrsreport.com/files/20190423\\_R45410\\_672f9e33bc12ac7ff52d47a8e6bd974d96e92f02.pdf](https://www.everycrsreport.com/files/20190423_R45410_672f9e33bc12ac7ff52d47a8e6bd974d96e92f02.pdf)
  - The National Center for Victims of Crime (2007). *The model stalking code revisited*. National Center for Victims of Crime.
  - The National Institute of Justice (1993, October). *A project to develop a model antiStalking code for states, A final summary report presented to the national institute of justice*. [https://popcenter.asu.edu/sites/default/files/problems/stalking/PDFs/NIJ\\_Stalking\\_1993.pdf](https://popcenter.asu.edu/sites/default/files/problems/stalking/PDFs/NIJ_Stalking_1993.pdf)
  - Tran, Nga B. (2003). A comparative look at anti-stalking legislation in the United States and Japan. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 26, 445-477.
  - Truman, Jennifer L. & Morgan, Rachel E. (2021, April). *Bureau of justice statistics special report: Stalking victimization, 2016*. <https://bjs.ojp.gov/redirect-legacy/content/pub/pdf/sv16.pdf>
  - Truman, Jennifer (2010). *Examining intimate partner stalking and use of technology in stalking victimization*. Electronic Theses and Dissertations. <https://stars.library.ucf.edu/etd/4214>
  - van der Aa, Suzan (2011). International (cyber) stalking: Impediments to investigation and prosecution. In Rianne Letschert & Jan van Dijk (Eds.), *The new faces of victimhood: Globalization, transnational crimes and victim rights* (pp. 191-213). (ebook).

<https://doi.org/10.1007/978-90-481-9020-1>

- Yurcaba, Jo (2021, March 18). *Exclusive: Violence against women act to offer support to LGBTQ survivors*. NBCNews. <https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/exclusive-violence-against-women-act-offer-support-lgbtq-survivors-n1261331>



特稿

# 德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 67, 29 ——EncroChat資料之證據能力

王士帆\*

## 要 目

壹、導 言

貳、裁判要旨

參、裁判理由

DOI : 10.6460/CPCP.202308\_(35).04

\* 國立臺北大學法律系副教授，德國慕尼黑大學法學博士。本文為行政院國科會補助專題研究計畫（NSTC112-2410-H-305-004-MY3）成果之一。

## 摘 要

2017年開始，法國在多起販毒現場，發現EncroChat的特殊加密通訊手機。EncroChat用戶足跡遍及歐洲，因技術門檻高，法國警方難以辨識用戶身分和擷取加密通訊內容。在歐盟司法合作組織（Eurojust）主導下，法國、荷蘭以及歐盟刑警組織（Europol）以行動代號EMMA共同偵查。2020年，法國檢方取得法官核准之木馬偵查令狀，秘密使用國防機密等級的木馬程式。這波法國跨國木馬偵查成果非凡，被入侵的EncroChat手機高達32,477支，木馬波及121個國家。法國將EncroChat資料，透過歐盟刑警組織，提供給其他歐盟國。這顯然是歐洲追訴機關成功的木馬戰爭。然而，功成名就的背後，正觸動人權保障與科技偵查的敏感神經，EncroChat案件面臨不少法律挑戰。在證據使用方面，法國取得的EncroChat資料後來在歐洲國家之法院作為證據時，也有重重法律爭議。代表德國聯邦最高法院立場的是該院2022年裁判：BGHSt 67, 29。對於EncroChat資料之證據能力爭議，BGHSt 67, 29以司法互助之證據使用禁止為主軸，從5個面向——國際法原則、公共秩序、司法互助規定、德國憲法或刑事訴訟法規定——探討可能證據使用禁止的理由，並回應文獻不同意見，進而肯認EncroChat資料之證據能力。

關鍵詞：EncroChat、歐盟、證據能力、司法互助、科技偵查

# **Criminal Judgment of the German Federal Supreme Court BGHSt 67, 29 – Evidence Ability of EncroChat Data**

Shih-Fan Wang<sup>\*</sup>

## **Abstract**

Since 2017, special encrypted mobile phones of EncroChat have been found at drug trafficking scenes in France, where EncroChat users are located all over Europe and the high technical threshold makes it difficult for the French police to identify users and capture encrypted communications. The investigation was led by Eurojust and was conducted jointly by France, the Netherlands and Europol under the operational code EMMA. In 2020, the French prosecutors obtained a judge warrant for the investigation of the Trojan horse, which was secretly used. The results of the French multinational Trojan investigation were extraordinary, with 32,477 compromised EncroChat phones and a Trojan horse that reached 121 countries. The EncroChat data was provided by France to other EU countries through Europol. This was clearly a successful Trojan

---

\* Associate Professor of Law, National Taipei University; Dr. jur. Munich University, Germany.

war for European prosecutors. However, behind this success, the case of EncroChat is facing a number of legal challenges, as human rights protection and technological investigation are at stake. In terms of the use of evidence, the EncroChat data obtained in France was later used as evidence in the courts of European countries, and there were numerous legal disputes. BGHSt 67, 29, which represents the position of the German Federal Supreme Court, focuses on the prohibition of the use of evidence for mutual legal assistance in five areas – principles of international law, public order, the rules of mutual legal assistance BGHSt 67, 29 examines the reasons for the possible evidentiary prohibition – principles of international law, public order, mutual legal assistance provisions, german constitutional or german code of criminal procedure – and responds to the different opinions in the literature in order to affirm the evidentiary ability of EncroChat data.

**Keywords:** EncroChat, EU, Evidence Ability, Mutual Legal Assistance, Technology Investigation

## 壹、導 言

2017年開始，法國在多起販毒現場，發現一款名為EncroChat的加密通訊手機。EncroChat特色主要是：一、用戶匿名；二、先進技術，為了提升文字通訊安全，卸除鏡頭、麥克風、GPS定位和USB傳輸埠；三、自動刪除訊息，允許用戶使用倒計時功能，強制刪除自己在其他EncroChat用戶端的訊息；四、快速刪除的「緊急PIN碼」（panic PIN-Code），用戶在鎖定螢幕上輸入特殊的PIN碼，會立即刪除手機內所有資料，重複輸入錯誤密碼也會刪除所有資料；五、加密硬體模式，EncroChat手機無法被「暴力」破解來解析加密資料。這些技術特性，使犯罪集團趨之若鶩，但EncroChat無法從公開市場購買，而是由拍賣網站的賣家挑選買家，售價1,610歐元，每6個月另支付服務費用。

EncroChat用戶足跡遍及歐洲，又因技術門檻高，法國難以辨識用戶身分和擷取加密通訊內容。於是，在歐盟司法合作組織（Eurojust）主導下，法國與荷蘭及歐盟刑警組織（Europol）以行動代號EMMA共同偵查。2020年，法國檢方依法國《刑事訴訟法》第706-102-1條以下規定，取得法官核准之木馬偵查令狀，從EncroChat租借的法國電信公司伺服器，秘密植入國防機密等級的木馬程式。法國木馬佯裝成EncroChat軟體更新通知，使各國用戶誤信點擊。法國跨國木馬偵查成果非凡，被入侵的EncroChat手機高達32,477支，木馬波及121個國家，取得

手機IMEI碼、用戶化名、文字簡訊、傳輸或儲存手機的媒體檔案、註冊的實體基地台辨識碼、螢幕解鎖的密碼、手機使用Notes應用程式的記事本密碼、手機儲存聯絡人地址簿和聯絡方法。

法國將EncroChat資料，透過歐盟刑警組織，提供給其他歐盟國。德國偵查機關接收資料後，開啟偵查程序，並簽發歐盟偵查令狀（Europäische Ermittlungsanordnung, EEA）交予法國，希冀完整移交EncroChat資料，同時請求法國同意德國刑事程序可無條件使用系爭資料。隨之，法國向德國檢方提供曾註冊德國領域之電信基地台的EncroChat資料，法國法院也表達同意德國刑事程序使用所移交的EncroChat資料。請分析EncroChat資料在德國法院有無證據能力。

上述案情，簡要取材自2022年德國聯邦最高法院刑事裁判BGHSt 67, 29<sup>1</sup>。德國刑事法院約莫自2020年6月開始，因EncroChat資料聚訟盈庭。EncroChat是2015年成立於荷蘭的加密通訊平台提供者<sup>2</sup>，產品目標是方便用戶使用EncroChat獨有手機，以文字訊息在EncroChat用戶之間進行加密安全通訊。法國木馬跨國取得各國用戶的數位犯罪證據，之後移交給各國進一步追緝，影響所及，不只是德國而已，更席捲歐洲和其他區域。以德國為例，只要受木

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21 (LG Hamburg).

<sup>2</sup> Dennis-Kenji Kipker/Hauke Bruns, EncroChat und die „Chain of Custody“ – Digitale Ermittlungen als Bewährungsprobe für ein Recht auf faires Verfahren?, MMR 2022, 363.

馬入侵的手機是在德國境內使用，法國就會將秘密竊取的資料，移交到德國偵查機關手上。依德國2022年6月文獻統計，單單在德國就開啟大約2,700件偵查程序，超過50個裁判和EncroChat資料有關<sup>3</sup>。德國柏林檢察署接受採訪，稱光是柏林地區，就有近750名EncroChat用戶發送了約160萬條聊天加密訊息。EncroChat瓦解大約2年後，柏林檢察署至2022年5月為止，已對40個案件提起公訴，而至少有1名經確認身分的犯罪嫌疑人的偵查程序，尚有100多件仍在進行中<sup>4</sup>。

被歐洲執法機關直搗黃龍的EncroChat，發現法國機關入侵其服務平台後，2020年6月13日關閉整個網路，公告終止服務，法國也於同年6月28日停止木馬攻擊<sup>5</sup>。跨國木馬偵查EncroChat行動，戰功彪炳，歐盟稱讚「穿透組織犯罪團體」<sup>6</sup>。總言之，瓦解EncroChat是歐洲追訴機關

---

<sup>3</sup> Alba Hernandez Weiss, Gegenseitige Anerkennung als „Joker“ bei transnationalen Ermittlungen? Einige Überlegungen zu dem Rechtsstreit Berliner Gerichte im Fall „EncroChat“, ZfStW 2022, 427.

<sup>4</sup> Berliner Staatsanwaltschaft hat bisher 40 Anklagen erhoben, Legal Tribune Online, 16. 05. 2022, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/berlin-encrochat-staatsanwaltschaft-40-anklagen-ermittlungen-verfahren-chatnachrichten-chat-messenger-auswertung-polizei/> (最後瀏覽日：2023年4月6日)。

<sup>5</sup> Weiss, aaO. (Fn. 3), 429.

<sup>6</sup> Europol/Eurojust joint press release, Dismantling of an encrypted network sends shockwaves through organised crime groups across Europe, Europol, 02. 07. 2022, <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe> (最後瀏覽日：2023年4月6日)。

成功的木馬戰爭。然而，功成名就的背後，正觸動人權保障與科技偵查的敏感神經，EncroChat案件面臨不少法律挑戰：在證據取得方面，木馬秘密擷取群眾資料構成個人基本權干預，且不分有無犯罪嫌疑、觸犯何種罪名的大規模隨機入侵，將律師、記者、醫師等行使職業有特別保護需求之秘密通訊內容一網打盡。法國將木馬偵查列為國防機密，手法細節不透明，被7個歐盟國（比利時、法國、德國、荷蘭、挪威、瑞典、英國）的律師界和人權組織抨擊侵害被告防禦權和公平審判權利<sup>7</sup>，引發法國憲法爭訟<sup>8</sup>。

在證據使用方面，法國取得的EncroChat資料後來在歐洲國家之法院作為證據時，也有重重法律爭議。單以德國為例，如果德國法根本沒有法國這類木馬偵查措施，或依德國《刑事訴訟法》線上搜索條款（§ 100b StPO）<sup>9</sup>，不可能在同一條件下核准實施法國木馬偵查，也就是德國在相同情況下，不可能合法取得EncroChat證據時，德國法院仍可以使用EncroChat資料作為定罪證據嗎？在德國聯邦最高法院表態之前，除了柏林地方法院早先在2021年

<sup>7</sup> Fair Trials, [https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/02/EnroChat\\_LetterofConcern.pdf](https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/02/EnroChat_LetterofConcern.pdf)（最後瀏覽日：2023年4月6日）。

<sup>8</sup> Weiss, aaO. (Fn. 3), 428 Fn. 10. 中文文獻介紹，參見朱富美，黑暗將至？論網路偵查因應加密科技之立法新架構，法學叢刊，67卷2期，2022年4月，頁60-63。

<sup>9</sup> 關於德國線上搜索偵查，詳見王士帆，當科技偵查駭入語音助理——刑事訴訟準備好了嗎？，臺北大學法學論叢，112期，2019年12月，頁191-242。



7月主張使用EncroChat資料違反歐盟法和德國法<sup>10</sup>，故不得作為證據外（同時是德國首先採否定說的法院）<sup>11</sup>，德國其他基層法院均認EncroChat資料有證據能力。

那德國終審普通法院的態度呢？2022年2月8日，德國聯邦最高法院刑事第6庭<sup>12</sup>以旁論（obiter dictum）肯定，「本庭結論上與邦高等法院裁判相同，認為法國機關從EncroChat加密訊息服務之通訊監察所取得資訊，於刑事程序有證據能力」，但沒有交代理由。2022年3月2日德國聯邦最高法院刑事第5庭作成的BGHSt 67, 29<sup>13</sup>，是同院第2則EncroChat資料證據能力的裁判，卻是第1則從主題和內容上深入分析EncroChat資料，結論肯定其證據能力的裁判<sup>14</sup>。自此風行草偃，德國聯邦最高法院其他刑事庭相繼延續BGHSt 67, 29見解。德國刑事法院走向一致立場，肯定EncroChat資料證據能力，惟遭德國主流文獻的抨擊，除德國檢方撰文支持EncroChat證據能力外，德國律師界和學界文獻一面倒地反對<sup>15</sup>。反對者轉向德國聯邦憲

---

<sup>10</sup> Tido Park, *Durchsuchung und Beschlagnahme*, 5. Aufl., 2022, Rn. 938.

<sup>11</sup> LG Berlin, *Beschl. v. 01. 07. 2021 – 525 KLS 10/21*. 此則柏林地方院裁判被柏林高等法院撤銷，KG, *Berlin Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21, 2 Ws 93/21*.

<sup>12</sup> BGH, *Beschl. v. 08. 02. 2022 – 6 StR 639/21*.

<sup>13</sup> BGH, *Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21*.

<sup>14</sup> Christian Rückert, *Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21*, *NStZ* 2022, 446.

<sup>15</sup> 例如Stephan Beukelmann, *Verwertbarkeit von EncroChat-Daten*, *NJW-Spezial* 2022, 248; Martin Böse, *Der Auslandsbeweis im deutschen Strafprozess – die Encrochat-Entscheidung des BGH im Spiegel der Lehre*

法法院尋求救濟，第一起裁判憲法訴訟已繫屬德國聯邦憲法法院（2 BvR 558/22），這是針對德國聯邦最高法院第1則肯定見解的裁判（針對刑事第6庭）<sup>16</sup>。除此之外，堅持EncroChat資料無證據能力的柏林地方法院，另謀出路，亦向歐盟法院聲請解釋使用EncroChat資料證據是否牴觸歐盟法規<sup>17</sup>。而在作為歐洲人權殿堂的歐洲人權法院，已受理針對法國EncroChat偵查行動提起的個人申訴案，正等待歐洲人權法院一槌定音（Nr. 44715/20, 47930/21）。

在德國聯邦憲法法院、歐盟法院及歐洲人權法院表態之前，BGHSt 67, 29此刻正代表著德國聯邦最高法院立場。對於EncroChat資料之證據能力爭議，BGHSt 67, 29以

---

von den strafprozessualen Verwertungsverboten – Besprechung von BGH, Beschluss vom 2. 3. 2022 – 5 StR 457/11, JZ 2022, 1048-1056; Dominik Brodowski, Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21, StV 2022, 353-367; Kai Cornelius, Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21, NJW 2022, 1539-1547; Benjamin Derin/Tobias Singelnstein, Verwendung und Verwertung von Daten aus massenhaften Eingriffen in informationstechnische Systeme aus dem Ausland (Encrochat), NSTZ 2021, 449-454; Rückert, aaO., 435-447; Felix Ruppert, Erheben ist Silber, Verwerten ist Gold? Verwendbarkeit und Verwertbarkeit von Daten ausländischer Ermittlungsbehörden im Lichte des Grundrechtsschutzes – EncroChat, NZWiSt 2022, 221-227; Lucia Sommerer/Samuel Rehberger, Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21, Rdi 2022, 304-308; Weiss, aaO. (Fn. 3), 427-438; Lukas Zeyher, Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21, NZWiSt 2022, 236-252.

<sup>16</sup> Ausgewählte Neueingänge des Jahres 2022（德國聯邦憲法法院2022年3月新聞稿），Bundesverfassungsgericht, <https://reurl.cc/rLkeel>（最後瀏覽日：2023年4月6日）。

<sup>17</sup> LG Berlin, Beschl. v. 19. 10. 2022 – 525 KLs 8/22, StV Spezial 2022, 132-143.

司法互助之證據使用禁止為主軸，從5個面向——國際法原則、公共秩序、司法互助規定、德國憲法或刑事訴訟法規定——探討可能證據禁止的理由，並回應文獻不同意見，進而肯認EncroChat資料之證據能力。儘管筆者對BGHSt 67, 29見解持保留態度，鑑於BGHSt 67, 29在木馬跨國證據、科技偵查與人權保障的多重面向意義，被德國眾多文獻引用<sup>18</sup>，筆者仍不揣淺陋介紹，以饗同好。

## 貳、裁判要旨

EncroChat資料之證據能力。

## 參、裁判理由

### 【1-23略】

II.本庭認為，本案取得EncroChat用戶的資料，有證據能力（參見法蘭克福高檢署聲請書；BGH, Beschl. v. 08. 02. 2022 – 6 StR 639/21; HansOLG Bremen, Beschl. v. 18. 12. 2020 – 1 Ws 166/20, NStZ-RR 2021, 158 m. Anm.

---

<sup>18</sup> 例如Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., 2022, Rn. 391; Ralf Eschelbach, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier (Hrsg.), StPO, 5. Aufl., 2023, § 100e Rn. 30; Simon Henrichs/Karin Weingast, in: Christoph Barthe/Jan Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 9. Aufl., 2023, § 100e Rn. 25a-25b; Marcus Köhler, in: Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt (Hrsg.), StPO, 65. Aufl., 2022, § 100e Rn. 23a-23h; Christian Rückert, in: Christoph Knauer/Hans Kudlich/Hartmut Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, 2. Aufl., 2023, § 100e Rn. 93a-93c.

Vizcaino Diaz, jurisPR-StrafR 10/2021 Anm. 1; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21, NStZ 2021, 693 m. Anm. Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2021, 378; HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 m. Anm. Nadeborn/Kempgens, jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 4; OLG Köln, Beschl. v. 31. 03. 2021 – 2 Ws 118/21; OLG Rostock, Beschl. v. 11. 05. 2021 – 20 Ws 121/21, NJ 2021, 372; v. 23. 03. 2021 – 20 Ws 70/21, MMR 2021, 572; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. 07. 2021 – III 2 Ws 96/21; OLG Celle, Beschl. v. 12. 08. 2021 – 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466 m. Anm. Albrecht, jurisPR-StrafR 20/2021 Anm. 3; KG, Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353 m. Anm. Immel sowie Anm. Dießner, FD-StrafR 2021, 442178; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10. 11. 2021 – 2 Ws 261/21 m. Anm. Lorenz, FD-StrafR 2021, 443948; OLG Nürnberg, Beschl. v. 16. 11. 2021 – Ws 1069/21; Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 26. 07. 2021 – 2 Ws 94/21 (S); v. 09. 08. 2021 – 2 Ws 113/21 (S); v. 16. 12. 2021 – 2 Ws 197/21 m. Anm. Knierim, FD-StrafR 2022, 445089; Pauli, NStZ 2021, 146; Roth, GSZ 2021, 238; Labusga, NStZ 2021, 702, 704 ; 亦參見United Kingdom, Court of Appeal [Criminal Division] v. 05. 02. 2021 – [2021] EWCA Crim 128, CRi 2021, 62許可EncroChat資料作為證據 ; High Court v. 26. 10. 2020 – [2020] EWHC

2967 [Admin]關於歐盟偵查令狀之撤銷被駁回；另參見現在繫屬於歐洲人權法院的案件：Nr. 44715/20 [Lewis-Turner gegen Frankreich] 與 Nr. 47930/21 [Jarvis gegen Frankreich]；由美國FBI設計的加密手機服務Anom資料之證據能力類似問題，參見OLG Frankfurt, NJW 2022, 710)。【24】

對於在審判程序中使用取得之證據，無論該證據先前是在德國或以其他方式——例如司法互助——取得，其符合德國憲法之法律基礎是《刑事訴訟法》第261條（參見BVerfG, Beschl. v. 07. 12. 2011 – 2 BvR 2500/09 und 857/10, BVerfGE 130, 1 ff. Rn. 120, 137 ff. mwN）。針對司法互助從外國取得的資料，德國法無明確的用途限制規定，尤其無法直接適用《刑事訴訟法》第100e條第6項，惟基於憲法要求的比例原則，仍應就該條文的體現價值為相關考量（下文2. d) cc)）。被告上訴理由和大多數文獻及零星裁判一致主張證據使用禁止（參見Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449; dies., StV 2022, 130; Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366; Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655; Nadeborn/Albrecht, NZWiSt 2021, 420; Sommer, StV Spezial 2021, 67; Stehr/Rakow, StRR 2021, Heft 4, 6; Strate, HRRS 2022, 15; Theune, NJ 2021, 444; Wahl, ZIS 2021, 452; LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696 m. abl. Anm. Labusga und zust. Anm. Burhoff, StRR 2021, Heft 8,

31; kritisch auch Albrecht, jurisPR-StrafR 20/2021 Anm. 3; Deusch/Eggendorfer, K & R 2021, 689, 695 m. Fn. 50; Dießner, FD-StrafR 2021, 442178; Grözinger, in Müller/Schlothauer/Knauer, Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl., § 50 Rn. 336 ff.; Knierim, FD-StrafR 2022, 445089; Nadeborn/Kempgens, jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 4; Vizcaino Diaz, jurisPR-StrafR 10/2021 Anm. 1; Zimmermann, ZfISW 2022, 173), 此主張並無任何法律根據。證據是否禁止使用，應依本國法決定（下文1.）。無論從司法互助特別理由、本國憲法或刑事訴訟法，均無法得出證據使用禁止（下文2. d)與e)）。《歐洲人權公約》之要求亦不阻止證據使用（下文3.）。【25】

1.倘若——如同本案——司法互助被請求國已同意請求國無條件使用由其取得並移交的證據成果，則司法互助取得之證據有無證據能力的問題，應專以司法互助請求國之內國法為決定（BGH, *Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12*, BGHSt 58, 32 Rn. 21 mwN; *v. 09. 04. 2014 – 1 StR 39/14*, NStZ 2014, 608）。相較於此，偵查行為的合法性——除請求國有某種要求外（於歐盟偵查令狀指令，詳見指令第9條第2項與 Wortmann, *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen*, 2020, S. 125 ff.）——應依被請求國法律評價之（所謂*locus regit actum*，參見 Schuster, ZIS 2016, 564, 565; ders., *Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess*,

2006, S. 29; Pauli, NStZ 2021, 146, 148; Zimmermann, ZfISTW 2022, 173, 176 jeweils mwN)。對此，被請求國的主權決定，原則上不是由請求國法院依被請求國法律標準加以審查（參見BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 34 mwN; v. 09. 04. 2014 – 1 StR 39/14, NStZ 2014, 608）。確切而言，在司法互助過程的要求是，原則上應尊重外國法秩序和法律觀點的結構與內容，即使其細節上與本國——此指德國——見解並不一致（BVerfG, Beschl. v. 04. 12. 2019 – 2 BvR 1258/19 und 1497/19 Rn. 55; HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 79 jeweils mwN）。【26】

a)這符合與本案情形有關的《歐盟偵查令狀指令》體系。《歐盟偵查令狀指令》除了包括基於歐盟請求國（指令用語：核發國，參見指令第2條第a款）之聲請而在外國實施偵查措施外，也包括取得歐盟被請求國（指令用語：執行國，參見指令第2條第b款）先前因適用其內國法取證，而已在被請求國保管之證據（參見指令立法理由第7點第3句及指令第1條第1項第2句、第10條第2項第a款、第13條第1項）。【27】

歐盟境內之司法互助特色，是法院裁判之相互承認原則（參見指令立法理由第2點和第6點、指令第1條第2項、歐盟運作條約第82條第1項；關此詳見Mavany, Die Europäische Beweisanordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, 2012, S. 3 ff.; Wortmann, Die

Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020, S. 66 f.; Ronsfeld, Rechtshilfe, Anerkennung, Vertrauen – Die Europäische Ermittlungsanordnung, 2015, S. 70 ff., 194 ff.; BT-Drucks. 18/9757, S. 17; BT-Drucks. 18/4894, S. 12 f. jeweils mwN)。將歐盟建立成自由、安全和法治的區域，其基礎乃是相互信賴與推定其他歐盟國會遵守歐盟法，尤其是基本權利（歐盟偵查令狀指令立法理由第19點第1句）。這種推定可受推翻，因為執行國若有正當理由認為執行歐盟偵查令狀，將造成無法彌補的基本權侵害者，得拒絕執行（指令第11條及立法理由第19點第2句、第3句）。【28】

本庭不認同上訴人見解，本庭認為，法國機關使用之科技偵查手段受到部分保密這件事，不會影響《歐盟偵查令狀指令》假設的（可推翻的）推定行為合法。正如德國聯邦檢察總長正確指出，這些木馬程式的精確功能對於法律評價無顯著關係，因為基於其已被詳細描述的作用，即充分看出權利干預的範圍和程度（亦參見 Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21）。【29】

b)此一評價，受到德國《國際刑事司法互助法》（Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, IRG）為了轉化《歐盟偵查令狀指令》（§§ 91a ff. IRG）或其他一般司法互助規定（歐盟偵查令狀指令之補充適用，§§ 91, 91a Abs. 4 IRG）所修正的條文之確認。即便



在此之後，德國也沒有規定請求國應審查被請求國是否依照該國規定合法取得現有證據。換言之，德國就這類案件沒有明確規定證據使用問題（參見KG, Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21），是以，此所造成的權利保護缺陷，可在證據使用層次加以考慮（參見Schuster, ZIS 2016, 564, 572）。【30】

c)德國與法國之間的司法互助規定，並無特別規定明確要求所提供之證據，其在受請求國之取證過程，應符合受請求國自己的內國法（關於系爭措施與法國法相符性方面，參見Wahl, ZIS 2021, 452, 455）。【31】

2.從這些司法互助規定觀之，並無證據使用禁止的明文規定。在司法互助取得之證據方面，證據使用禁止可能是來自司法互助之特殊理由（參見BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 22; v. 09. 04. 2014 – 1 StR 39/14, NStZ 2014, 608 jeweils mwN），例如違反國際法原則（下文a））、公共秩序（下文b））或司法互助規定（下文c）），或者——如同在本國取得之證據——直接從憲法（下文d））或其他訴訟法（下文e））得出證據使用禁止。【32】

a)於本案，並不存在因違反國際法原則而造成無證據能力（關此詳見Radtke, NStZ 2017, 109; Schuster, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 135 ff. jeweils mwN），例如不法侵犯他國主權（對此，BGH, Urt. v. 08. 04.

1987 – 3 StR 11/87, BGHSt 34, 334, 343 f.; Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 22; Radtke, NStZ 2017, 109 mwN)。法國已經全面且無條件同意德國刑事程序使用所移交的EncroChat資訊。另外，也沒有明顯違反保護個人利益的國際強制規範（參見Zimmermann, ZfIS 2022, 173, 188）。【33】

b)法國機關的取證行為，亦未違反德國或歐洲公共秩序上的重要法治國原則（參見歐盟偵查令狀指令第1條第4項；德國國際刑事司法互助法第91b條、第73條；關於判斷基準，詳見Gleiß/Wahl/Zimmermann, in Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., § 73 IRG Rn. 1 ff.; Ambos/Gronke, in Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl., § 73 Rn. 1 ff.; Ronsfeld, Rechtshilfe, Anerkennung, Vertrauen – Die Europäische Ermittlungsanordnung, 2015, S. 169 ff. jeweils mwN；結論與本庭相同，認為未違反公共秩序者，HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21; Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 2 Ws 197/21; OLG Köln, Beschl. v. 31. 03. 2021 – 2 Ws 118/21; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10. 11. 2021 – 2 Ws 261/21；主張違反公共秩序，Wahl, ZIS 2021, 452, 457; LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696)。【34】

在相互信賴原則及（可推翻的）推定其他歐盟國會遵

守歐盟法（尤其是基本權利）的背景下（歐盟偵查令狀指令立法理由第19點第1句），以下觀點與本案尤其相關：德國核發歐盟偵查令狀所欲取得之資料，乃由法國偵查措施所取得，而法國偵查措施的出發點，是得知在多起販毒案件的大盤商和中盤商層級中，EncroChat手機扮演重要角色，又根據被告的陳述，這類手機確實用在販毒，而且不可能被偵查機關破解加密（亦參見BGH, Beschl. v. 14. 10. 2020 – 5 StR 165/20, NStZ 2021, 286關於販毒經常使用加密手機，犯罪時間是2018年底）。公開市場上無法買到這些手機，黑市購買和程式服務訂閱費非常昂貴。無法查出EncroChat公司的負責人，也沒有正式的公司所在地。鑑於涉嫌組成從事犯罪（特別是毒品犯罪）之犯罪組織與對加密通訊設備之不法提供、運輸和進口，在此脈絡下，開啟偵查程序——最初明顯是針對EncroChat公司的不明負責人（參見HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 92）——並無不當之處。【35】

在2019年首波存取EncroChat資料的偵查行動後，法國機關發現，相關的加密手機被積極宣傳成能逃避警方侵襲，同時也發現被解密的數位記事本一直與犯罪活動有關，尤其是大規模販毒。因此，法國偵查機關一開始就認為，這是一種秘密經營加密手機之供應商的犯罪網絡，他們故意為犯罪活動（以販毒尤為常見），提供不受監控的通訊設備，積極支援犯罪份子，從中獲得豐厚經濟利益（HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21

Rn. 91)。不同於被告及部分文獻和下級審裁判意見（尤其Sommer, StV Spezial 2021, 67; Theune, NJ 2021, 444; LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696），本庭認為，從法國偵查機關角度來看，偵查的對象不是一種完全正常的商業模式（為「任何人」提供加密手機），而是只供一些犯罪份子使用，這是一種自始目的就在支持犯罪活動的秘密網絡。從法國機關角度來看，在第一次入侵資料後的進一步偵查過程中，但也是直到2020年4月1日分析更多使用者資料後，EncroChat手機單獨或幾乎專門用於犯罪活動的假設，才獲得最終確認。鑑於系爭犯罪之嚴重程度，在國家保護人民尤其免於販毒和組織犯罪所生之危害與憲法誡命刑事司法有效運作的背景下（BVerfG, Urt. v. 19. 03. 2013 – 2 BvR 2628/10 u.a., BVerfGE 133, 168 Rn. 57; Landau, NStZ 2007, 121），法國法官面對這樣的犯罪嫌疑和證據狀況，基於犯罪追訴和與此緊密結合的預防理由，核准於一定期間內取得EncroChat服務商的所有使用者資料，並加以檢視（亦參見Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21），並無根本性的法治國缺失或違反人權或歐洲基本價值。【36】

基於目前的資訊可知，本案不是「漫無目標的大規模監控和資料分析，本質上屬秘密情報手段」（但採此看法者，Derin/Singelstein, StV 2022, 130, 134）。確切而言，法國機關顯然認為，單獨由EncroChat用戶以高價買

人和使用非透過一般銷售管道始可取得的加密通訊設備，便可懷疑用戶涉嫌參與有組織犯罪領域的犯罪活動，例如販毒、武器販賣或洗錢（參見OLG Celle, Beschl. v. 12. 08. 2021 – 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466；不同意見，Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449, 452; Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366, 369）。法國偵查機關一開始以EncroChat的不明負責人涉嫌參與犯罪組織，而在犯罪地（伺服器所在地）展開偵查，最後發展成——如同德國聯邦檢察總長更詳細之說明——將偵查擴大到很多國家的EncroChat手機用戶。因為唯有如此，法國機關始能查明EncroChat服務的犯罪使用規模與結構。鑑於本案有顯著且最終任何加密手機使用者都有具體的犯罪嫌疑成分，因此，本案並非「無犯罪嫌疑」的通訊監察（此乃法律上所不許可，BVerfG, Urt. v. 27. 02. 2008 – 1 BvR 370/07 und 595/07, BVerfGE 120, 274; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21; OLG Rostock, Beschl. v. 11. 05. 2021 – 20 Ws 121/21, NJ 2021, 372; KG, Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353；系爭措施範圍的比例性，詳見OLG Celle, Beschl. v. 12. 08. 2021 – 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466；不同意見，LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696; Theune, NJ 2021, 444）。【37】

c) 本案沒有違反導致證據使用禁止的司法互助規定。

本庭贊同本院刑事第1庭見解，認為只有在司法互助規定具有個人保護性質，至少有反射保護的意義時，始能考慮從違反該規定推導出證據使用禁止（BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 25; Radtke, NStZ 2017, 109；關於權利領域原則作為證據使用禁止之理由，亦參見BVerfG, Beschl. v. 01. 07. 2014 – 2 BvR 989/14, NStZ 2014, 528, 529; v. 08. 07. 2010 – 2 BvR 2485/07, NJW 2011, 207; BGH, Beschl. v. 09. 08. 2016 – 4 StR 195/16, NStZ-RR 2016, 377; v. 24. 09. 2020 – 4 StR 144/20, NStZ 2021, 59 jeweils mwN）。【38】

aa)根據《歐盟偵查令狀指令》第31條，歐盟國進行跨境電信監察時，應通知所涉及之目標歐盟國（關於補充直接適用性之問題，Zimmermann, ZfISTW 2022, 173, 179 mwN）。對於德國，法國機關可能違反此通知義務，或違反轉化該規定的法國法條文（歐盟偵查令狀指令應是直接併入法國法，關此詳見Knytel, Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung, 2020, S. 66 mwN），但仍不會導致證據使用禁止（對此一般性論述，參見Sieber/von zur Mühlen/Wahl, Rechtshilfe zur Telekommunikationsüberwachung, 2021, S. 1 ff. mwN）。【39】

(1)《歐盟偵查令狀指令》第31條是否具有個人保護性質，有待商榷。依《歐盟偵查令狀指令》第31條第1項，

於跨境電信監聽，無須受監察人所在之歐盟國技術協助時，實施監察之歐盟國應將電信監察一事，通知受監察人所在之歐盟國；關於通知時點，在核發電信監察令狀時已知悉此情形者，應事先通知，否則應在知情後，於監察期間或監察結束後立即通知。受通知國之管轄機關（在德國依國際刑事司法互助法第92d條第1項第1款是Stuttgart區法院）收到通知後，認為有不得在國內類似案件核准電信監察的情形者，得通知監察實施國之管轄機關，不應實施監察或應終止監察（歐盟偵查令狀指令第31條第3項）。德國在落實這一通知要求時，《國際刑事司法互助法》第91g條第6項第1句規定，德國機關在這類案件，有義務立即（最遲應在96小時內）通知監察實施國的管轄機構，不得實施監察或應終止監察，以及受監察人在德國主權境內期間所被監察的資訊，不得加以使用或只能在一定條件下使用（亦參見Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655, 658）。德國立法者採取比《歐盟偵查令狀指令》第31條第3項更嚴格的義務，其理由是依《歐盟偵查令狀指令》體系，受通知國若對跨境監察之通知沉默以對，會被視為同意監察，「因而存在一種風險，亦即，縱使電信監察本來依德國法不受允許，但在德國主權境內從電信監察取得的敏感資料，卻可以在其他歐洲國家使用。為保護受干預人的基本權並維護德國國家主權，《國際刑事司法互助法》第91g條第6項被設計成具有拘束力的規定」（BT-Drucks. 18/9757, S. 75）。【40】

本案之取證，無論是否屬《歐盟偵查令狀指令》第31條第1項及德國《國際刑事司法互助法》第91g條第6項所稱的電信監察（參見United Kingdom, Court of Appeal [Criminal Division] v. 05. 02. 2021 – [2021] EWCA Crim 128, CRi 2021, 62；亦參見歐盟偵查令狀指令立法理由第30點），這些規定應該不保護受干預人免於在受通知國（本案指德國）之證據使用，而僅僅在保護其免於在通知國（本案指法國）或其他歐洲國家之證據使用（參見Wahl, ZIS 2021, 452, 457; Zimmermann, ZfIS 2022, 173, 178）。德國立法理由亦只以此種個人保護為準（參見BT-Drucks. 18/9757, S. 75）。這也符合司法互助制度。一方面，通知義務使受通知之德國機關決定，可以實施哪些有直接影響德國主權的刑事訴訟偵查措施，所以通知義務主要在保護德國國家主權。另一方面，通知義務之目的在提供受干預人基本權保護，但只限於在國外之證據使用方面。德國憲法和刑事訴訟法透過採納證據用途禁止、證據使用禁止或特定之用途保留，可以為受干預人提供充分之保護，使其免於在德國刑事程序上遭受證據之使用；對此，並不需要透過僅在規範兩國法律交流的司法互助條文。因此，《歐盟偵查令狀指令》第31條第1項和德國《國際刑事司法互助法》第91g條第6項的個人保護目的，僅針對在外國之證據使用，這與本國之證據使用無關。

#### 【41】

(2)不過，即便認為上述通知義務的保護個人性質，



也適用在此時的德國刑事程序，但經過必要的權衡後，也不生證據使用禁止（參見德國聯邦檢察總長聲請書；HansOLG Bremen, Beschl. v. 18. 12. 2020 – 1 Ws 166/20, NStZ-RR 2021, 158; HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 103 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21; OLG Celle, Beschl. v. 12. 08. 2021 – 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466; KG, Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10. 11. 2021 – 2 Ws 261/21；不同意見，Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366, 368; LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696）。【42】

於此方面適用以下說明（僅參見BVerfG, Beschl. v. 07. 12. 2011 – 2 BvR 2500/09 und 857/10, BVerfGE 130, 1 Rn. 117; BGH, Urt. v. 03. 05. 2018 – 3 StR 390/17, NStZ 2019, 227; v. 20. 10. 2021 – 6 StR 319/21, NStZ 2022, 125 jeweils mwN）：任何違反證據取得規定必然導致刑事訴訟之證據使用禁止，不是刑事程序法所規定的普遍適用原則。相反的，每次違法取證應依個案情況，尤其是在權衡彼此衝突之利益下，依禁止類型和違法情節決定是否證據使用禁止。對此應注意，採納證據使用禁止會限制刑事程序法的一項基礎原則，亦即法院發現真實義務，法院應依職權調查所有重要的事實和證據。因此，證據使用禁止是一種例外，只有法律明文規定或出於更上位的重要理由，

才在個案中予以承認。依此進行權衡的結果，一方面的關鍵影響是國家釐清真相的利益，這在具體案件中的輕重分量，尤其應在考慮其他證據之可取得性、犯罪嫌疑強度和犯罪嚴重性下來決定。另一方面，程序違法情節亦具有重要性，主要乃根據違法行為是善意、過失或故意來衡量。依憲法角度觀之，如果違法的後果，會導致被告欠缺充分機會來影響訴訟進展和其結果、無法落實對可受信賴之真實發現的最低要求，或資訊使用將造成不合比例地侵犯一般人格權時，即應要求證據使用禁止。此外，違法取得的資訊，假如承認其證據能力將造成偏袒違法取證時，亦不可為之。據此，特別是在重大、蓄意或客觀上可認為恣意地違反法律，使基本權保障受到計畫性或制度性忽視者，得要求證據使用禁止。【43】

根據這些標準，在利益衝突之權衡時，違反《歐盟偵查令狀指令》第31條第1項之通知義務，不會推導出證據使用禁止：本案涉及調查特別嚴重之犯罪，亦即依德國《麻醉藥品管制條例》（Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln, BtMG）第29a條第1項第2款可能面臨最高15年有期徒刑。於此，對於被告自白以外的其他案件，沒有其他證據可用來作為定罪證據，若不使用這些證據，便不可能證明被告相關案件之犯行。由於EncroChat用戶在加密通訊內暢所欲言，大談毒品交易，EncroChat紀錄在證據方面尤其豐富。【44】

相較之下，違反與個人保護有關的法律——儘管法國

機關早已清楚偵查措施會涉及在其他國家之多數人——不具決定性分量。此外，法國機關和所有參與其中的德國機構在司法互助過程中，都明確贊成為了刑事追訴目的而移交和使用法國取得之資訊，因此在結果上，並未侵害《歐盟偵查令狀指令》第31條首要追求的保護國家主權目的。

**【45】**

bb)本案亦無被告上訴所主張的違反《歐盟偵查令狀指令》第6條。**【46】**

(1)不同於被告上訴意見，本庭認為，作為《歐盟偵查令狀指令》所稱合法之司法機構的法蘭克福高檢署（參見EuGH, Urt. v. 08. 12. 2020 – C 584/19, NJW 2021, 1373），在核發歐盟偵查令狀之前，沒有義務審查法國司法機構已採取或經法官核准之取證措施，假設適用德國刑事訴訟法時，是否依德國法亦可合法核准之。《歐盟偵查令狀指令》第6條第1項第b款的審查義務，是以假設在核發國亦可合法取證為目的。依該規定清楚的文義和體系，其審查義務明確限於歐盟偵查令狀所記載尚應由執行國實施之偵查措施，而與執行國已依其內國法實行之偵查措施或僅用於移交現有證據之偵查措施無關。**【47】**

(a)依《歐盟偵查令狀指令》體系，只有在尚應由執行國執行偵查措施時（但本案並非如此），才進行這一審查（參見歐盟偵查令狀指令第1條第1項第1句）。於此種情況，核發國第一步（如同在國內之偵查）先審查系爭偵查措施是否符合其內國刑事訴訟規定，亦即，在內國類似案

件是否亦可在同一條件下命令實施該偵查措施（詳見 Wortmann, *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen*, 2020, S. 113 ff.）；第二步，是審查為了程序目的，而核發之歐盟偵查令狀，在考慮犯罪嫌疑人或被告權利下，是否具有必要性和比例性（歐盟偵查令狀指令第6條第1項；德國國際刑事司法互助法第91j條第3項）。依《歐盟偵查令狀指令》第9條第2項，核發國得堅持執行國應遵守核發國特定的法律要求。哪些偵查措施之成果才可以使用歐盟偵查令狀移交，《歐盟偵查令狀指令》並未規定（歐盟偵查令狀指令立法理由第8點；詳見 Ronsfeld, *Rechtshilfe, Anerkennung, Vertrauen – Die Europäische Ermittlungsanordnung*, 2015, S. 134；不同意見，Strate, *HRRS* 2022, 15, 17）。《歐盟偵查令狀指令》第4編只針對特定的偵查措施設有特殊規定（參見歐盟偵查令狀指令第22條以下）。【48】

然後，執行國從其觀點審查，對於歐盟偵查令狀，是否存在拒絕承認、拒絕執行或暫緩執行的國內理由（歐盟偵查令狀指令第9條第1項連結第11條第1項）。不過，此種內國審查會受到限制，當歐盟偵查令狀欲取得的資訊或證據，正受執行國保管，而且依執行國法律，在刑事程序內或為了歐盟偵查令狀原本即可取得者（亦參見歐盟偵查令狀指令第10條第2項第a款）。之後，核發國在第三審查步驟是，應確保其內國刑事程序對於執行國之承認或執行歐盟偵查令狀，有提供必要的基本權保護。核發國應確保

其內國刑事程序上，於評價透過歐盟偵查令狀取得之證據時，有維護被告防禦權及保障公平審判權利（歐盟偵查令狀指令第14條第7項第2句）。【49】

(b)如果——如同本案（參見歐盟偵查令狀指令第1條第1項第2句）——只是移交歐盟國依自己內國法實施偵查所取得的證據（對此詳見 Wortmann, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020, S. 141 ff.），則第一審查步驟被部分省略（不同意見，Roth, GSZ 2021, 238, 244 ff.）。那麼，根據《歐盟偵查令狀指令》體系，核發國不會審查假設根據其本國法，是否亦可核發偵查措施，因為在這種情形下，該歐盟偵查令狀的核發目的，僅在請求移交證據，並不會記載請求執行國應予執行的偵查措施。此時僅應根據《歐盟偵查令狀指令》第6條第1項第a款，審查為了程序目的而核發歐盟偵查令狀，在考慮犯罪嫌疑人或被告權利下，是否具有必要性和比例性。

【50】

雖然《歐盟偵查令狀指令》在移交已取得之證據方面，直接保障執行國之法律（參見 Wortmann, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020, S. 145及歐盟偵查令狀指令第10條第2項第a款）。然而，這種情況在核發國方面，受偵查措施干預之人的權利保護，在核發歐盟偵查令狀前，乃透過《歐盟偵查令狀指令》第6條第1項第a款來保障，在取得資訊後，則緊接在內國刑事程序依《歐盟偵查令狀指令》第14條第7項第2句（包括

證據使用問題)來保障。【51】

德國立法者在轉化《歐盟偵查令狀指令》時表示(BT-Drucks. 18/9757, S. 32):「根據指令第14條第7項第2句,核發國必須保障其內國刑事程序上,於評價透過歐盟偵查令狀取得之證據時,有維護被告防禦權及保障公平審判權利,但仍不得影響內國刑事程序法。該規定的背景是,執行國之權利保護可能來得太晚,這尤其會發生在秘密偵查措施之執行,受干預人直到執行完成後才對此知情。在這種情形,根據《歐盟偵查令狀指令》第13條第2項第1句,通常也不會停止移交證據。轉化需求並不存在。透過司法互助從外國取得之證據,其證據能力之有無,應以請求國法律為準。司法實務從公平審判程序之法治國誠命作為出發點(參見如BVerfGE 130, 1, 25 ff.),已提出可能導致無證據能力的案例理由。這符合《歐盟偵查令狀指令》第14條第7項的要求。在刑事司法互助領域,對於跨境取證之程序公平標準,取決於在適用本國法秩序下,有無可能是在公平程序上進行可信賴的證據調查(BGHSt 58, 32, 41 m. w. N.)。另外,如果德國《刑事訴訟法》第261條自由心證原則和德國刑事程序所適用的『罪疑有利被告』原則有考量到《歐盟偵查令狀指令》第14條第7項的要求時,證據會因此有證據能力。」【52】

由於本案不是核發一個尚待其他歐盟國執行偵查措施的令狀,而只是移交已存在的證據,因此,歐盟偵查令狀的合法性,於本案並不取決系爭措施是否本可依德國法

（例如德國刑事訴訟法第100a條、第100b條）合法實施之〔亦參見BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 36；不同意見，Roth, GSZ 2021, 238, 248，但其認為符合德國刑事訴訟法第100b條要件；與德國檢察總長意見一致，認為根據第100b條（並結合第100a條）：HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 93 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10. 11. 2021 – 2 Ws 261/21；不同意見，Sommer, StV Spezial 2021, 67, 69; Strate, HRRS 2022, 15, 16; Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449, 451 f.; dies., StV 2022, 130, 131; LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696〕。【53】

(2)法蘭克福高檢署在根據《歐盟偵查令狀指令》第6條第1項第a款進行審查或核發歐盟偵查令狀方面，沒有出現明顯的法律疏忽。【54】

在此基礎上，法蘭克福高檢署根據德國《刑事訴訟法》第161條第1項，可以簽發歐盟偵查令狀，其目的是請求移交在德國境內以組織犯罪為典型的所有犯罪資料（不同意見，Wahl, ZIS 2021, 452, 460; Sommer, StV Spezial 2021, 67, 69; Zimmermann, ZfStW 2022, 173, 180）。【55】

就此而言，《歐盟偵查令狀指令》第4條和德國《國際刑事司法互助法》第91a條以下規定一樣，都未更進一

步具體限制於必須是針對特定（已知或未知）之被告，始得進行偵查程序。這種限制也沒有出現在《歐盟偵查令狀指令》立法理由第10點，其不涉及移交已存在或透過執行國正進行之措施取得之證據。鑑於廣泛但尚未精確的犯罪嫌疑狀況，和法國司法機關所掌握的資訊（不同於請求歐洲國家進行具體的執行措施），依《歐盟偵查令狀指令》第5條第1項第2句第d款關於對EncroChat用戶可能違犯罪名的描述記載，如本案所見，得以概括條列來包含大量的可能犯罪（Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 09. 08. 2021 – 2 Ws 113/21 (S)；不同意見，Wahl, ZfStW 2021, 452, 460; Zimmermann, ZfStW 2022, 173）。法國機關基於其掌握的已知資訊，顯然無須為了審查《歐盟偵查令狀指令》第11條第1項第a、b、d、e、f款而額外說明，因為法國機關並未依第11條第4項請求提供額外說明。《歐盟偵查令狀指令》第11條第1項預設的通常情形，是基於核發國已進行之偵查程序，而請求執行特定偵查措施，本案則與此情形不同，根本差異在於，執行國之機關由於其已取得證據，故掌握所有關於承認歐盟偵查令狀問題的相關資訊（亦參見德國聯邦檢察總長聲請書）。【56】

基於2. b)所描述對單獨作為犯罪目的使用EncroChat服務的懷疑狀況和歐盟刑警組織所移交的資料，法蘭克福高檢署認為「核發關於涉及德國境內的所有EncroChat資料的歐盟偵查令狀，依《歐盟偵查令狀指令》第6條第1項第a款即使考慮犯罪嫌疑人權利後，仍有必要和符合比例



原則」(對此審查,詳見Wortmann, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020, S. 82 ff.) ,此一見解並無法律疏失(不同意見, Zimmermann, ZfISStW 2022, 173, 181)。於此,特別應考慮,鑑於購買和使用EncroChat手機的成本高昂,打從一開始就不可能僅涉及輕微犯罪,而是涉及組織犯罪領域中最嚴重的犯罪,若沒有獲取法國取得的資訊,德國幾乎無法追訴這類犯罪。

**【57】**

cc)法國法官同意歐盟偵查令狀請求之移交證據,不是援用《歐盟偵查令狀指令》,而是依據《歐盟會員國刑事司法互助公約》(Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-RhÜbk) aus dem Jahr 2000, ABl. C 197, S. 3)及其議定書,但這是無害行為,因為結果並無不同(不同意見, Strate, HRRS 2022, 15, 17)。 **【58】**

dd)被告在上訴理由補充期限內,並未主張於核發歐盟偵查令狀之前,法國和德國警方在資訊交換或其他合作可能違反司法互助規定。對於使用來自資訊交換的資料所設定的要求,絕不應高於使用歐盟偵查令狀取得之資料的要求。無論如何,由於事後已取得法國法官同意(參見德國國際刑事司法互助法第92b條第2句),故法律疏失並不明顯,也不再重要(亦參見Wahl, ZIS 2021, 452, 459; HansOLG Bremen, Beschl. v. 18. 12. 2020 – 1 Ws 166/20, NStZ-RR 2021, 158; 不同意見, Zimmermann, ZfISStW

2022, 173, 183) 。【59】

再者，被告後來提出的陳述並無合理說明，也未具體明顯看出法國或德國機關有目的性或系統性地規避保障被告個人權利保護的法規（亦參見HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 106 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21; Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 2 Ws 197/21; Zimmermann, ZfIStW 2022, 173, 185) 。

【60】

d)證據使用禁止也不是直接來自德國憲法。取得之資訊，根據德國《刑事訴訟法》第261條（於偵查程序則依刑事訴訟法第161條第1項），亦得用於追訴個案中屬於《刑事訴訟法》第100b條第2項所稱之重大犯罪，如果以其他方法調查犯罪事實有顯著困難或預期無結果且不涉及私人生活核心領域。【61】

aa)直接源自基本權的絕對證據使用禁止，只有在私人生活的絕對核心領域受到影響時才予承認（參見BVerfG, Beschl. v. 09. 11. 2010 – 2 BvR 2101/09, NStZ 2011, 103 Rn. 45 mwN）。這在交談犯罪計畫和實施方式時，如同本案，通常不屬於私人生活核心領域（亦參見HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 71) 。

【62】

bb)在德國刑事程序中對於使用透過歐盟偵查令狀取得之資訊作為證據，有一個法律基礎（參見BVerfG, Beschl. v. 07. 12. 2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10,

BVerfGE 130, 1 ff. Rn. 120, 137 ff. mwN) : 【63】

法院裁判中使用個人資訊，雖然干預一般人格權（德國基本法第2條第1項連結第1條第1項），但對於刑事法院判決之證據使用，《刑事訴訟法》第261條是符合憲法的法律基礎；與資訊非違法取得或非違法用途無關的用途禁止或使用禁止，都只在個案才會成立。判斷證據使用中存在的干預分量，關鍵在於所涉資訊的人格權重要程度和其取得方式。如果原先取得並作為證據使用之資訊，涉及干預《基本法》第10條秘密通訊自由或第13條住宅權，則干預強度會特別提升。在刑事程序，假如是使用合法取得之資料，判決中使用系爭資訊的比例性，通常已因先前的資訊取得限制而獲得擔保，因為眾多的偵查措施和證據取得行為只在限制條件下始得為之。【64】

cc)於透過歐盟國司法互助取得證據之案件，憲法關於證據使用的比例原則要求需予調整。對於司法互助取得的資訊，當這些資訊不是由德國機關核發之偵查令狀所取得，而只是接收其他歐盟國以自己法律基礎取得之證據成果時，除了在司法互助領域所適用的公共秩序保留條款外，別無明確的用途限制。德國《刑事訴訟法》第100e條第6項規定，依其法條文義，並不適用於本案情形，因為取得本案資料不是根據德國《刑事訴訟法》第100b條、第100c條，而是法國刑事訴訟法的自身措施（參見Roth, GSZ 2021, 238, 244；不同意見，HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 59; KG, Beschl. v.

30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353：直接適用）。【65】

當使用在司法互助外所存在的外國電信監察資訊，亦即相關資訊是在外國已進行的刑事程序中取得，而不是基於司法互助請求而取得時，由於證據司法互助和相關歐盟法律框架的特殊性，來自國內和來自外國的電信監察措施資訊，雙方的證據能力標準絕對不完全相同（BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 36 f.）。【66】

正是當——如同本案——秘密木馬程式偵查造成特別嚴重的基本權干預時（關於線上搜索，詳見BVerfG, Urt. v. 27. 02. 2008 – 1 BvR 370/07 und 595/07, BVerfGE 120, 274；對此亦見Wahl, ZIS 2021, 452, 456），在刑事程序使用此木馬偵查取得的證據，又構成一次對該受保護之基本權的獨立干預，則更加劇干預基本權（參見BGH, aaO., Rn. 45），故不可缺少對於證據使用的憲法保護機制（亦參見BVerfG, Urt. v. 19. 05. 2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. Rn. 216 ff.），個人私密領域保護與比例原則尤其重要。【67】

在內國偵查或透過歐洲司法互助所請求的外國偵查措施，因證據使用而持續或加劇的基本權干預，通常已於核發偵查措施命令本身時受到法律限制，例如限於特別嚴重犯罪或重大犯罪嫌疑之情形。如果在如同本案之個案中，因為其他歐盟國於原本適用其內國法造成相對人之基本權

干預，而未能提供這樣的限制時，因此形成的干預要件差異，便應於證據使用層面予以彌補。為此，得採用刑事訴訟用途限制規定之體現價值（verkörperte Wertung），亦即，立法者面對類似的干預強度手段，乃藉由用途限制規定將憲法比例原則納入考量（亦參見BVerfG, Urt. v. 19. 05. 2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. Rn. 216 ff.）。於本案，鑑於系爭木馬偵查措施的重大性，為了維護比例原則，也為了排除任何可想像的不利因素，得藉由法律最高保護等級（德國刑事訴訟法第100e條第6項）來豐富用途限制的基本思想。【68】

結論是：來自私人生活核心領域之資訊，如上所述，始終不可作為證據使用（亦參見德國刑事訴訟法第100d條第2項第1句）。再者，透過歐洲司法互助從法國EncroChat案件取得的證據成果，於刑事程序中，為了調查可核准依《刑事訴訟法》第100b條線上搜索所針對之犯罪，或調查此類犯罪之被告所在地時，得無須受監察人同意而加以使用（參見德國刑事訴訟法第100e條第6項第1款之價值）。於此，應考慮到使比例原則具體化的德國《刑事訴訟法》第100b條第1項第2款和第3款之限制要件。依據該規定，所追訴之犯罪必須是個案中犯罪情節特別重大，並且以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地有顯著困難或預期無結果。【69】

對於這一審查，應以證據成果之使用時點為判斷基準（參見BGH, Urt. v. 14. 08. 2009 – 3 StR 552/08, BGHSt

54, 69 Rn. 29; Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 45 f.)。就此而言，關鍵不在於回頭檢視在核准時點的犯罪嫌疑狀況，而應是使用時點的資訊狀況（BGH, Urt. v. 16. 06. 1983 – 2 StR 837/82, BGHSt 32, 10, 15; HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21; KG, Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353; Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 479 Rn. 3; KK-StPO/Bruns, 8. Aufl., § 100a Rn. 54；不同意見，LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696）。假設替代干預的想法（對此參見BVerfG, Beschl. v. 07. 12. 2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10, BVerfGE 130, 1 ff. Rn. 147 mwN; Urt. v. 19. 05. 2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. Rn. 216；詳見Schneider, GSZ 2022, 1 ff. mwN）有被遵守，因為資料於現在起應使用於刑事程序釐清德國刑事訴訟法第100b條犯罪目錄之嫌疑（參見BGH, Urt. v. 14. 08. 2009 – 3 StR 552/08, BGHSt 54, 69 Rn. 25），而且從現有資料可得知有重大之犯罪嫌疑狀況（HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 63; OLG Celle, Beschl. v. 12. 08. 2021 – 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466；不同意見，Sommer, StV Spezial 2021, 67, 69; Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366, 369）。【70】

據此，也經過必要的嚴格比例原則審查後，

EncroChat紀錄在本件刑事程序上作為證據使用的要件實已具備：這涉及數量並非輕微的販毒重罪（參見德國刑事訴訟法第100b條第2項第5款第b目），有些個案的交易重量龐大（案件編號6：提供5公斤古柯鹼，有效成分含量至少70%；案件編號9：約定購買3公斤大麻，其有效成分含量至少為10%，用於轉售盈利）。若無EncroChat紀錄作為證據，將不可能調查這些犯罪事實，而這些資料亦非私人生活核心領域的資訊（參見德國刑事訴訟法第100d條第2項第1句）。【71】

dd)從憲法的觀點而言，德國刑事訴訟法有相關之偵查措施規定，不是證據使用的條件。【72】

在司法互助脈絡下，將其他歐盟國明確為了刑事追訴目的所移交的資料，作為證據使用時，無法排除他國取得資料的偵查措施，於德國《刑事訴訟法》並無相對應規定（亦參見BVerfG, Urt. v. 19. 05. 2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. Rn. 216 ff.；不同意見，Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449, 450）。各國刑事訴訟法典由於有不同歷史淵源，而且與其國家之憲法制度有密切關聯，不同的刑事訴訟法典本身也規定了不同的刑事訴訟偵查措施（僅參見歐盟偵查令狀指令第10條第1項第a款；德國與法國偵查程序之基礎差異，亦參見Knytel, Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung, 2020, S. 91 ff. mwN）。取得其他國家依他自己內國法於該國境內蒐

集之證據時，原則上不能期待其他國家會適用德國刑事程序規定（Schuster, ZIS 2016, 564, 565 mwN）。因此，外國偵查措施單純不遵守德國法，這本身不能構成依附性證據使用禁止（Schuster, aaO., S. 568）。在這種情形，應透過審查系爭措施與本國及歐洲公共秩序之相容性，並在採納特殊的使用保留時，對證據使用進行嚴格的比例原則審查，以確保遵守法治國最低標準。【73】

從憲法理由來看，外國偵查措施未必應有德國法律基礎。這樣的要求，既非直接來自於憲法本身，德國聯邦憲法法院也沒有相關裁判支持（詳見Gleß/Wahl/Zimmermann, in Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., § 73 IRG Rn. 7 ff. mwN）。藉由司法互助，外國受德國請求，明確基於刑事追訴目的所移交予德國之資料，當在德國刑事程序作為證據使用時，對於此「轉換」（關於司法互助之轉換問題，詳見Fahrner, Handbuch Internationale Ermittlungen, 2020, § 20 Rn. 57 ff. mwN），無須德國《刑事訴訟法》第261條以外的單獨法律基礎（不同意見，Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449, 450; dies., StV 2022, 130）。【74】

ee)本案是否為了蓄意規避更嚴格的德國核准令狀規定，才提出司法互助請求（權限挑選，參見Roth, GSZ 2021, 238, 247; Labusga, NStZ 2021, 702, 704），所以應採取不同評價的問題，本庭無須裁判（已見於BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn.



37)。因為本案無此一情形，果真如此，也不明顯（KG, Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353）。【75】

e)最後，德國刑事訴訟法不會阻礙證據使用，並不存在個案中阻止 EncroChat 紀錄作為證據使用的規定。

【76】

3.本庭解釋下之證據使用，也符合《歐洲人權公約》規定。在法官本於對重大犯罪（該犯罪目前仍危害特別重要之法益）的充分懷疑，於本案範圍內所核發之通訊監察令狀，無法認為違反《歐洲人權公約》第8條或第10條而導致證據使用禁止（關於在——與本案情形無關的——國家情報機關無原因之網路通訊監察，在歐洲人權公約第8條與第10條如何解釋適用的問題，參見EGMR [Große Kammer], Urt. v. 25. 05. 2021 – 58170/13, 62322/14, 24960/15 [Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich] und 35252/08 [Centrum för Rättvisa gegen Schweden]; vgl. zur Thematik auch BVerfG, Urt. v. 19. 05. 2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152; Strate, HRRS 2022, 15, 17 f.）。將法國取得之資料作為證據使用，也沒有違反《歐洲人權公約》其他程序保障。被告權利之保護，尤其是公平審判權利（詳見Zimmermann, ZfIStW 2022, 173, 185 ff. mwN），已透過德國刑事訴訟法，和於此特別是透過個案中審查有無遵守公共秩序及證據使用禁止，而獲得確保（亦參見auch BVerfG, Beschl. v. 07. 12.

2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10, BVerfGE 130, 1 Rn. 122) 。【77】

4. 本案沒有《歐盟運作條約》第267條所稱歐盟法適用的解釋需求問題，因為本件刑事程序之證據使用乃以本國法為依據，而非歐洲法。內國刑事程序法不受歐盟偵查令狀指令之影響（參見BT-Drucks. 18/9757, S. 32）。

【78】

## 參考文獻

### 一、中文文獻

- 王士帆（2019）。當科技偵查駭入語音助理——刑事訴訟準備好了嗎？。《臺北大學法學論叢》，112，191-242。
- 朱富美（2022）。黑暗將至？論網路偵查因應加密科技之立法新架構。《法學叢刊》，67（2），41-74。

### 二、德文文獻

- Barthe, Christoph/Gericke, Jan (Hrsg.) (2023). *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 9. Aufl. C.H. Beck.
- Beukelmann, Stephan (2022). Verwertbarkeit von EncroChat-Daten. *NJW-Spezial*, 248.
- Beulke, Werner/Swoboda, Sabine (2022). *Strafprozessrecht*, 16. Aufl. C.F. Müller.
- Böse, Martin (2022). Der Auslandsbeweis im deutschen Strafprozess – die Encrochat-Entscheidung des BGH im Spiegel der Lehre von den strafprozessualen Verwertungsverboten – Besprechung von BGH, Beschluss vom 2. 3. 2022 – 5 StR 457/11. *JZ*, 1048-1056.
- Brodowski, Dominik (2022). Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21. *StV*, 353-367.
- Cornelius, Kai (2022). Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21. *NJW*, 1539-1547.
- Derin, Benjamin/Singelstein, Tobias (2021). Verwendung und Verwertung von Daten aus massenhaften Eingriffen in informationstechnische Systeme aus dem Ausland (Encrochat). *NStZ*, 449-454.
- Kipker, Dennis-Kenji/Bruns, Hauke (2022). EncroChat und die

- „Chain of Custody“ – Digitale Ermittlungen als Bewährungsprobe für ein Recht auf faires Verfahren?. *MMR*, 363-368.
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut (Hrsg.) (2023). *Münchener Kommentar zur StPO*, 2. Aufl. C.H. Beck.
- LG Berlin (2022). Beschl. v. 19. 10. 2022 – 525 KLS 8/22. *StV Spezial*, 132-143.
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram (Hrsg.) (2022). *StPO*, 65. Aufl. C.H. Beck.
- Park, Tido (2022). *Durchsuchung und Beschlagnahme*, 5. Aufl. C.H. Beck.
- Rückert, Christian (2022). Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21. *NStZ*, 435-447.
- Ruppert, Felix (2022). Erheben ist Silber, Verwerten ist Gold? Verwendbarkeit und Verwertbarkeit von Daten ausländischer Ermittlungsbehörden im Lichte des Grundrechtsschutzes – EncroChat. *NZWiSt*, 221-227.
- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter (Hrsg.) (2023). *StPO*, 5. Aufl. Carl Heymanns.
- Sommerer, Lucia/Rehberger, Samuel (2022). Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21. *Rdi*, 304-308.
- Weiss, Alba Hernandez (2022). Gegenseitige Anerkennung als „Joker“ bei transnationalen Ermittlungen? Einige Überlegungen zu dem Rechtsstreit Berliner Gerichte im Fall „EncroChat“. *ZfISW*, 427-438.
- Zeyher, Lukas (2022). Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21. *NZWiSt*, 236-252.

# 論交付審判制度之法官迴避制度 ——兼評最高法院刑事大法庭111年度 台上大字第1924號裁定\*

顏 榕\*\*

## 要 目

壹、前 言	二、交付審判制度之法律構造
貳、裁定要旨	三、交付審判制度之審理方式
一、主 文	四、控訴原則／彈劾主義
二、理由摘要	伍、日本法中之迴避制度： 以交付審判為中心
參、我國交付審判制度	一、日本刑事訴訟法第20條 之迴避事由（除斥事 由）
一、我國交付審判制度概述	
二、交付審判中程序進行方 式調查證據之範圍	
肆、日本交付審判制度概論	
一、交付審判制度之立法背 景與制度概要	

DOI：10.6460/CPCP.202308\_(35).05

\* 本文係改寫自筆者針對最高法院刑事大法庭111年度台上大字第1924號裁定所提出之法律意見。

\*\* 國立臺北大學法律學系助理教授，日本國立一橋大學法學研究科法學博士。

二、日本刑事訴訟法第21  
條之迴避事由（忌避事  
由）

陸、比較法上之觀察與大法庭  
裁定之評析

一、與控訴原則之緊張關係  
二、交付審判制度程序中異  
同之處

三、迴避事由欠缺規範交付  
審判：類推適用我國刑  
事訴訟法第17條第7款

柒、大法庭裁定與相關修法方  
向之評析

## 摘 要

最高法院刑事大法庭111年度台上大字第1924號裁定係在處理法官曾參與准予交付審判之裁定者，於嗣後同一案件之審判，是否應加以迴避之問題。本件裁定最終認定：法官曾參與准予交付審判之裁定者，於嗣後同一案件之審判，應類推適用刑事訴訟法第17條第7款規定自行迴避，不得執行職務。

我國交付審判制度於2002年修法通過，賦予法院一定之權限審查檢察官所為緩起訴、不起訴處分有無濫用權力之情事。在立法理由中亦有載明係參考德國與日本之立法例而為之立法。

然相較於日本刑事訴訟明文將曾參與交付審判作為法定迴避事由，我國法制上對此卻未有任何規定，也引發本件裁定。本文考量日本交付審判制度與我國制度之類似性，以日本法為比較對象，對於本件裁定及現有草案提出相關評析意見。

關鍵詞：交付審判、法官迴避、控訴原則

# Judge Disqualification for Setting for Trial Procedure – Review of Supreme Criminal Court Ruling No. 1924, 111th Session

Yan Jung\*

## Abstract

Through the Ruling No. 1924 in 2022, the Supreme Criminal Court in Taiwan made a decision regarding whether a judge who has previously decided the defendant be put on trial for the offense in a “setting for trial” proceeding, should recuse himself or herself from the subsequent trials for the case. The ruling ultimately held that that in such cases, Article 17(7) under the Code of Criminal Procedure is to be applied analogically to recuse the judge in a setting for trial procedure previously from sitting in the following district trials for the same case.

In 2002, Legislative Yuan in Taiwan added in “setting for trial” system to the criminal procedure law. The system grants the court to examine whether a prosecutor has abused his/her power by deferring prosecution or not prosecuting. In the legislation explanation, it notes the system was created with

---

\* Assistant Professor, Law Department of Taipei University; Ph.D., Hitotsubashi University, Japan.



reference to the trial proceeding systems in Germany and Japan.

However, in contrast to the Japanese criminal law, which expressly states that participation in a “setting for trial” is a legal ground for excusing a judge from the subsequent trials, there was no such a provision under the Code of Criminal Procedure in Taiwan, which led to this ruling, No. 1924, from Supreme Criminal Court. The review here provides comments on the ruling and the on-going relevant legislation drafts.

**Keywords:** Setting for Trial, Disqualification of Judges, the Principle of Accusation

## 壹、前言

最高法院刑事大法庭111年度台上大字第1924號裁定（下稱「本件裁定」）主要處理法官曾參與准予交付審判之裁定者，於嗣後同一案件之審判，是否應加以迴避。本件裁定最終認定：法官曾參與准予交付審判之裁定者，於嗣後同一案件之審判，應類推適用刑事訴訟法第17條第7款規定自行迴避，不得執行職務。

我國交付審判制度於2002年修法通過，賦予法院一定之權限審查檢察官所為緩起訴、不起訴處分有無濫用權力之情事。在立法理由中亦有載明「對檢察官起訴裁量權之制衡，除內部監督機制外，宜有檢察機關以外之監督機制，爰參考德日之規定，告訴人或告發人於不服上級檢察署之駁回處分者，得向法院聲請交付審判，由法院介入審查，以提供告訴人多一層救濟途徑。基於保障被告審級利益，明定應向該管第一審法院聲請交付審判。……」係參考德國與日本之立法例而為之立法。

然相較於日本刑事訴訟明文將曾參與交付審判作為法定迴避事由，我國法制上對此卻未有任何規定，也引發本件裁定。本文考量日本交付審判制度與我國制度之類似性，以日本法為比較對象，對於本件裁定及現有草案提出相關評析意見。

## 貳、裁定要旨

### 一、主 文

法官曾參與准予交付審判之裁定者，於嗣後同一案件之審判，應類推適用刑事訴訟法第17條第7款規定自行迴避，不得執行職務。

### 二、理由摘要<sup>1</sup>

#### (一)控訴原則係公平審判之基礎

刑事訴訟制度設置之目的在確定國家刑罰權之有無及其範圍，是刑事訴訟程序，應貫徹控訴原則，落實審檢分立及法定法官原則，非由法院以外之訴追者起訴或自訴，法院不能對未經起訴或自訴之被告或犯罪審判（刑事訴訟法第266條、第268條、第319條），始符合正當法律程序之要求。法官對於受理之案件，負有合法、公正、妥速處理之義務，基於公平法院原則，則應立於客觀、公正、超然地位，依據法律獨立審判，不受任何干涉（憲法第80條）。法官如兼為同一案件之訴追者及審判者，顯與控訴原則及其應公正執行審判職務之旨意有悖，自應迴避該案件之審判，不得執行職務（刑事訴訟法第17條第7款）。又法官對於案件之審判應否自行迴避，攸關人民訴訟權及

---

<sup>1</sup> 參考司法院，最高法院刑事大法庭111年度台上大字第1924號偽造文書案件新聞稿（111-刑大15），2022年12月28日，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1888-786141-53989-1.html>（最後瀏覽日：2023年2月28日）。

受公正審判之憲法上權利保障，法官於該管案件如存有主觀預斷成見或違反無罪推定原則之疑慮，客觀上顯難期其能公正執行審判職務，雖法律規範密度不足，司法者尚非不能基於合憲性及合目性之思維予以填補，認為法官仍應自行迴避，不得執行審判職務，以發揮法的續造功能，俾能確保人民得受公平之審判，而維繫人民對司法公正性之信賴。

## (二)曾參與准予交付審判之裁定在實質效果上等同已執行檢察官提起公訴之職務

刑事訴訟之審判程序以追訴開始，追訴必須由檢察官依法實施偵查、提起公訴、實行公訴。而法官之審判係出於被動，即所謂控訴或不告不理原則，與檢察官之主動偵查、提起公訴，性質上截然有別。然刑事訴訟法第258條之3第4項規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。則法官依上揭規定裁定准予交付審判，並於裁定中敘明被告涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條等起訴書法定應記載事項，與檢察官之提起公訴，同具有使案件繫屬法院發生訴訟關係及特定審判範圍之主動性功能。此外，被告原經檢察官為不起訴處分確定而終局終結，復因法院得就偵查中所發現之證據為必要之調查，而裁定准予交付審判，顯與審判權正義性、被動性、公正第三者性及獨立性之特徵不符，反而近似於檢察權之具有公益性、主動性及當事人性質。又法院一旦裁定准許交付審判，則法律擬制視為提起公訴，而開啟審判程序對被告所涉犯罪嫌疑進

行審判。其參與准予交付審判裁定之法官，形式上雖非檢察官，但所為之交付審判裁定，實質效果上已等同於執行檢察官提起公訴之法定職務，倘猶參與其後之審判，無異集起訴與審判職權於一身，形成類似「自己起訴、自己審判」之糾問現象，違反控訴原則之精神。縱使該案件嗣後於審判程序，仍應經檢察官踐行舉證、調查證據及辯論等嚴格證明程序，參與准予交付審判裁定之法官，亦能保持客觀中立而不致有所偏頗，然該法官實際上既已等同於執行檢察官之起訴職務，客觀上自足以使一般人懷疑法官已經具有主觀預斷成見，而難以維持公平審判之外觀及裁判之公信力，自應迴避嗣後本案之審判。

### (三)刑事訴訟法現制漏未規定法官曾參與准予交付審判之相關迴避問題：應自行迴避

我國交付審判制度，係參考德、日立法例而制定，在制度設計上且更接近於日本法制，但並未同時有類似日本刑事訴訟法應迴避嗣後同一案件審判之規定。倘係立法者有意為之，應見其特別說明與德、日立法例不同考量之意見，但上述相關條文之立法過程或立法說明均未見對此有所討論敘述，應係明顯之法律漏洞，並非立法者有意排除。法官參與准予交付審判之裁定，解釋上雖不能直接適用刑事訴訟法第17條第7款規定以自行迴避嗣後本案之審判，但基於確保人民得受公平之審判及對司法公正性之信賴考量，在法律未修正增訂前，本於相同法理，自應類推適用刑事訴訟法第17條第7款之規定，自行迴避嗣後本案

之審判。

## 參、我國交付審判制度

### 一、我國交付審判制度概述

我國交付審判制度於2002年修法通過，賦予法院一定之權限審查檢察官所為緩起訴、不起訴處分有無濫用權力之情事。根據刑事訴訟法之規定，聲請人聲請交付審判，須由合法提出告訴之告訴人即聲請權人，提出理由狀並委由律師強制代理，於再議被駁回後聲請之。此外，於審查法院認為應提起交付審判後，則擬制提起公訴。

關於交付審判之目的，立法者於修法理由中明確說明：「對檢察官起訴裁量權之制衡，除內部監督機制外，宜有檢察機關以外之監督機制，爰參考德日之規定，告訴人或告發人於不服上級檢察署之駁回處分者，得向法院聲請交付審判，由法院介入審查，以提供告訴人多一層救濟途徑。基於保障被告審級利益，明定應向該管第一審法院聲請交付審判。為防止濫行提出聲請，虛耗訴訟資源，明定交付審判之案件，必須委任律師提出理由狀，程序始稱合法」，於內部監督之再議制度之外，另設外部審查機制。

然而在新設交付審判制度之後，即有質疑由法院裁定起訴，實乃架空三面關係，且由法院自行調查、起訴，顯

已違反控訴原則，逾越法院應有之分際<sup>2</sup>。此外，我國交付審判制度於法院裁定起訴後，仍由檢察官負責公訴，在檢察一體下，此種設計是否妥適已有疑問，甚者，更有疑慮的制度為自裁自判，亦即有部分法院分案要點中<sup>3</sup>將裁定交付審判的案件，分由作出交付審判裁定之原股別承辦，也就是說裁定交付審判的法官，將在一審程序中繼續審判此案件，也引起了是否有違反控訴原則的高度疑慮<sup>4</sup>。

與本件法律問題相當程度關聯性者，為我國交付審判中的進行方式，特別是調查證據的範圍，也將影響本件法律問題之解釋。因之，以下先就交付審判中調查證據的範圍做一介紹。

## 二、交付審判中程序進行方式調查證據之範圍

關於交付審判審查程序，我國刑事訴訟法第258條之3第1項：「聲請交付審判之裁定，法院應以合議行之。」且同法第258條之3第3項規定：「法院為前項裁定前，得為必要之調查。」此外，學說亦指出因裁定交付審判視為

<sup>2</sup> 石宜琳，交付審判制度抵觸控訴原則——無異糾問制度復辟 合憲呼？！，全國律師，21卷9期，2017年9月，頁72-73。

<sup>3</sup> 如臺灣新北地方法院刑事庭分案要點第9點：案件一律以抽籤之方式分案辦理，但由本案衍生並有下列情形之一者，應予指定分子原承辦股辦理：9.裁定准交付審判案件。

<sup>4</sup> 林孟皇，聲請交付審判與法官迴避——評臺灣高等法院高雄分院105年度抗字第1號刑事裁定，裁判時報，58期，2017年4月，頁83以下；顏榕，交付審判程序之目的與證據調查範圍——簡評臺灣新竹地方法院108年聲判更一字第1號裁定，月旦醫事法報告，45期，2020年7月，頁55-57。

起訴，對被告而言其權益受重大影響，應給予被告陳述意見的機會；就證據法則而言，因非屬審判程序，應適用自由證明即可<sup>5</sup>。

然而，就同法第258條之3第3項「得為必要之調查。」應做何解釋，則有不同意見。法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項（下稱「注意事項」）第134條以「……法院於審查交付審判之聲請有無理由時，得為必要之調查，惟其調查範圍，應以偵查中曾發現之證據為限，不可就聲請人新提出之證據再為調查，亦不可蒐集偵查卷以外之證據。除認為不起訴處分書所載理由違背經驗法則、論理法則或其他證據法則，否則，不宜率予裁定交付審判。駁回交付審判聲請之裁定，不得抗告；被告對於法院為交付審判之裁定，則得提起抗告。而法院為交付審判之裁定，因該案件視為提起公訴，法院允宜於裁定理由中敘明被告所涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條，俾使被告行使防禦權，並利於審判程序之進行」，原則上認為僅得閱覽偵查卷宗資料，法院似不得自行再調查更多證據資料，實務上似乎也對於交付審判程序中之調查事實或蒐集證據呈現較保守之態度<sup>6</sup>，亦有認為法官可在交付審判程序中職權調查證據似已背離控訴原則、有糾問主義之虞<sup>7</sup>。

<sup>5</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法（下），2022年9月，頁181。

<sup>6</sup> 林俊益，聲請法院交付審判，月旦法學雜誌，87期，2002年8月，頁21。

<sup>7</sup> 林孟皇，同前註4，頁83。



亦有不同意見認為，在解釋同法第258條之3第3項「得為必要之調查」之時，應考量交付審判程序並非審判程序，其證據調查程序，應以能達成該制度之目的作為指導原則，亦即，為達到發揮監督檢察官濫用、誤用不起訴權限之功能，則法院不能受限於偵查內容及結果，也才能確認個案中是否有應起訴之犯罪事實及理由，因而法院不應過度自我設限而只就偵查卷宗為書面審查<sup>8</sup>。

然而，不論採取上開何種解釋方式，法院僅調查偵查卷宗資料或是得積極調查證據資料，在法官調查相關偵查卷宗後以裁定視為起訴的立法模式下，對於維持控訴原則當然是有相當大的考驗<sup>9</sup>，如何以其他方式盡可能維持控訴原則，以下擬分析完日本交付審判制度後，一併於後比較臺日制度並作出本文結論。

## 肆、日本交付審判制度概論

### 一、交付審判制度之立法背景與制度概要

日本刑事訴訟法第262條為交付審判制度（準起訴制度<sup>10</sup>）之相關規定。此為對於日本檢察官獨占起訴權限

---

<sup>8</sup> 何賴傑，檢察官不起訴職權修法之總檢討——交付審判制度，台灣本土法學雜誌，37期，2002年8月，頁105。同此見解，顏榕，同前註4，頁54。

<sup>9</sup> 採取強制起訴之方式，也會進一步產生此種制度是否會破壞控訴原則的疑慮，參林鈺雄，同前註5，頁175。

<sup>10</sup> 亦有學者稱日本刑事訴訟法第262條交付審判制度為「準起訴」制度，然本文於用語上一律使用「交付審判」制度。

（同法第247條）及起訴裁量權限（同法第248條）下，為了避免檢察官不當行使該等權限而設計的監督制度。係日本於二戰後伴隨著制定憲法第36條禁止拷問之規定後，為了落實這樣的意旨，有認仿效德國強制起訴制度而新設之制度<sup>11</sup>。特別是二戰前日本過度偏重自白及糾問式的偵查運作下，產生了諸多公務員濫權侵害人權之事件，如拷問、脅迫、違法拘捕等<sup>12</sup>，因之，在二戰後日本制定新憲法之契機下，為了杜絕公務員之濫權及提升人民對公務員之信賴，於刑法中修訂第193條至第195條之1，加重公務員濫權罪等之法定刑，然而刑法雖然做了修法，在程序上如果無法擔保公務員濫權等犯罪能被繩之以法，刑法之修正恐怕也是空中閣樓。特別是在追訴公務員濫權罪時，犯罪嫌疑人與偵查機關同為公務員，在日本由檢察官獨占公訴權之制度下，是否能維持公平的判斷實啟人疑竇，因之，在部分參考德國之強制起訴制度後，針對公務員的職權濫用罪，制定了日本刑事訴訟法第262條以下之交付審判制度<sup>13</sup>。雖有參考德國之交付審判度<sup>14</sup>，但日本僅針對特定罪名、採取由法院裁定起訴、起訴後由法院指定律師擔

<sup>11</sup> 河上和雄等編，大コンメンタール刑事訴訟法（第5卷），2013年2月，頁294-295。

<sup>12</sup> 小田中聡樹，準起訴手續とドイツ起訴強制手續の立法過程について，法律時報，45卷9号，1973年8月，頁40。

<sup>13</sup> 吉利用宣，付審判請求制度に関する一視角（一），同志社法學，27卷4号，1976年3月，頁69。

<sup>14</sup> 吉利用宣，付審判請求制度に関する一視角（二），同志社法學，28卷2号，1976年7月，頁128、135。

任檢察官的公訴等部分，與德國由法院的裁定賦予檢察官提起公訴的義務與起訴後由檢察官維持公訴等部分<sup>15</sup>，兩國仍有不同之處。

然而日本在交付審判制度正式立法之前，針對如何監督公務員違法濫權侵害人權已有相當之立法討論，甚至可以回溯到二戰之前。最早提出之相關法案，為高木益太郎等律師出身之眾議院議員在大正3（1914）年1月於帝國會議中所提出之「犯罪偵查相關法律草案」法案。該法案中主要內容包含偵查機關在偵訊時應容許在場陪同之人或是律師之在場，以及排除偵訊中偵查筆錄之證據能力，此外，同草案第6條規定：「對於有偵查犯罪職權之公務員，告發或告訴本法及刑法第二篇第二十章、第二十一章、第二十五章之犯罪之時，由犯罪地之法院裁定是否起訴。根據前項規定而有起訴之裁定時，預審法官當然應受理公訴。」為類似日本現行交付審判制度之條文。然而此項草案在眾議院特別委員會中並未出會，並未立法成功。此後，高木眾議員在大正5（1916）年、大正7（1918）年提出了相同內容之法案「人權保護相關之法律草案」，再次提出於眾議院，然而依舊沒有成功。此後，高木眾議員等人，在大正8（1919）年就前開「人權保護相關之法律草案」之內容作出若干修正後，再次提出於眾議院。該法案中與日本現行交付審判制度類似之處為：(1)擴張適用此

---

<sup>15</sup> 何賴傑，同前註8，頁100。

程序之犯罪範圍，新加入刑法第二篇第二十二章、第二十六章或是第二十八章、第三十一章、第三十二章、第三十四章或是第四十章之犯罪；(2)對於起訴、不起訴裁定可提起抗告；(3)允許法院職權調查，然而此次之法案依舊未能修法成功。其後，清瀨一郎眾議院議員在大正刑事訴訟法法案之審議時，雖有提出包含下述法條之修正案：「告訴或是告發事件為不起訴或起訴猶豫處分，告訴人或是告發人得向檢察官所屬法院提起抗告請求變更該處分」，然而對於此項修正案最終以在眾議院遭到否決。上述以律師界為中心所提倡之與準強制起訴相似之修法動態，最終也沒有反映在其後的大正11（1922）年修正的大正刑事訴訟法中<sup>16</sup>。

其後，在二戰之中，日本進行了多項增強偵查機關偵查權限的立法措施，而在二戰後日本政府面臨了急迫改革刑事訴訟法之修法需求。而根據日本學者的分析，基本上二戰後的刑事訴訟改革有兩個對立的目標，一是在戰後政體改變的時期中，強化維持治安之偵查權限，另一方面則是強化犯罪嫌疑人、被告之人權保障，日本刑事訴訟即是在這樣複雜的背景下立法成立。而交付審判制度在這樣複雜的立法背景下得以成立，必須說是在戰前律師界長久以來的努力的成果。此外，二戰後由律師出身的眾議院議員也持續提出了修正草案：針對公務員職權濫用、特別公務

<sup>16</sup> 小田中聰樹，同前註12，頁41-42。

員職權濫用、特別公務員暴行凌虐之犯罪，賦予律師公會公訴權。這樣的構想是二戰前所沒有的，最後也沒有正式立法，但此修正草案也影響了之後交付審判制度之立法<sup>17</sup>。

日本在二戰波茲坦宣言後，陸續進行了廢除戰時法等社會控制，也開始進行憲法改正作業，在這樣的脈絡下，司法省內部也開始了司法制度改革之檢討。一方面著手廢除預審制度及治安需求下強化偵查機關之強制處分的權限，另一方面則有避免人權侵害、強化犯罪嫌疑人、被告之人權保障的目標。交付審判制度即屬於後者之相關立法。特別是在強化偵查權限之下，如何妥適監督偵查機關，即成為當時備受討論之議題。在昭和21（1946）年1月19日於司法省刑事局局議中進行討論、同年26日中所提出之「刑事訴訟法中改正要綱案」中，在「告訴及告發相關事項」中：(3)告訴或告發刑法第193條至196條罪名之人，不服檢察官所為不提起公訴之處分時，得請求檢察官職務執行地所屬管轄法院，將此案件交付審判。在昭和21（1946）年1月19日於司法省刑事局局議中雖然也有討論是否導入私人訴追的制度，但遭到了否決，理由主要為濫權罪已有交付審判制度處理而沒有導入私人訴追的必要、除有濫訴的危險外也會破壞現有制度下起訴不起訴之標準、將導致刑罰制度更為發達的危險<sup>18</sup>。

<sup>17</sup> 小田中聡樹，同前註12，頁42-43。

<sup>18</sup> 小田中聡樹，同前註12，頁45-46。

其後在昭和21（1946）年8月6、7、8日之第八、九、十次之司法法制審議會第三小委員會中，審議之「刑事訴訟法改正要綱試案」約有63項目，其中針對交付審判的部分：第二十六項針對侵害人權案件的部分，對於檢察官之不起訴處分，請求交付審判之程序如下所述。一、告訴或告發刑法第193條至第196條之罪之人，不服檢察官所為不提起公訴之處分時，得於一定期間內，請求檢察官職務執行地所屬管轄法院，將此案件交付審判。二、法院在調查事實後，認為該請求為有理由時，應將該罪名交付審判。前項之情況下，檢察官負有維持公訴之責任。……。在此案中，較特殊之處為由檢察官維持公訴的部分。然而此部分遭到檢察側委員強烈的抵抗。因之，在其後之昭和21（1946）年8月9、10日之第二、三回司法法制審議會・臨時法制調查會第三部會總會所提出之「刑事訴訟法改正要綱試案」〔昭和21（1946）年8月8日〕之第26項僅有「針對侵害人權案件的部分，應考慮妥適之方法保障告訴、告發人之權利」這樣抽象的規定。如此的前提背景之下，在昭和21（1946）年8月12日印製之「刑事訴訟法修正之中間報告」中，就上開第26項之規定，修正第2項如下：前項之情況下，由法院所指定之辯護人來維持公訴，此時其視同為公務員。根據當時參與修法會議之學者的手稿，應是針對上開檢察官側反彈後的修正。此次草案，也可說是

建構日本現行交付審判制度的骨幹<sup>19</sup>。

在這樣的立法背景下，應如何理解交付審判度的立法目的，即有學者明確指出，交付審判之目的可以由(1)保護國民的具體的權利及(2)在客觀上確保檢察官處分之合法性兩方面來觀察。就前者(1)的部分，可由所有的國民都有要求公訴權正當之行使的權利或是利益為前提，在具體之事件中得請求救濟來觀察。就後者(2)的部分，與其說是救濟手段，不如說是法院就檢察官處分之合法性加以客觀的監督。如果重視前者，應擴大請求者等參與程序之機會；反之，如重視後者，則應重視法院職權調查證據等職權主義之強化<sup>20</sup>。

在日本現行法下，於刑法第193條至第196條、破壞活動防止法第45條、對進行無差別大量殺人行為團體規制法第42條或第43條之罪，告訴人或告發人不服檢察官之不起訴處分時，得請求該檢察官所屬檢察廳所在地管轄之地方法院審判之（日本刑事訴訟法第260條、第262條）。且應在收受前述不起訴通知後7日內，向為該處分之檢察官提出請求書（同法第262條第2項）。檢察官於收受理由書後，如認為有理由者即應提起公訴（同法第264條），認

---

<sup>19</sup> 小田中聡樹，同前註12，頁47-48。

<sup>20</sup> 井戸田侃，準起訴手續の構造，立命館法學，102号，1972年9月，頁165。此外，亦有從透過交付審判制度可處罰侵害人權的公務員犯罪（包含拷問等行為），亦可說是達到間接保護人權的目標，參新屋達之，付審判手續の再構成，刑法雜誌，38卷3号，1999年4月，頁324。

無理由者，應自收受理由書7日內將不起訴之理由，相關文書及證物送交法院（刑事訴訟規則第171條）。法院在收受前開交付審判聲請後，如認該提出之聲請不合法或是無理由，應為不受理之裁定；反之，如認有理由者，法院應裁定將該案交付管轄之地方法院審判，此時該案件視為已經提起公訴。而在交付審判之審理過程中，由合議庭進行審理，且必要時得進行事實之調查，並得囑託地方法院之法官或簡易庭之法官進行調查；在此情況下，受命法官與受託法官，與法院或審判長有相同之權限（日本刑事訴訟法第265條）。而在經過交付審判，擬制提起公訴後，法院應指定律師來擔任維持該公訴之任務，該名被指定之律師在裁判確定前應負責擔任檢察官之職務（同法第268條第2項）。

## 二、交付審判制度之法律構造

在告訴人或告發人不服檢察官之不起訴處分而向法院聲請交付審判後，法院需審查有無理由，如認為無理由則應駁回交付審判的請求，如認為有理由則應作出交付審判之裁定（同法第266條），質言之，交付審判制度是法院審查有無理由且必須作出裁定之程序<sup>21</sup>。日本在立法上採取了由法官裁定視為起訴（同法第267條）的模式，之後的公訴由法院指定的律師來維持公訴，一般日本學者認為

---

<sup>21</sup> 河上和雄等編，同前註11，頁295。



應該可評價為檢察官獨占起訴主義之例外<sup>22</sup>。

在裁判例上，最決昭和47（1972）年11月16日刑集26卷9号515頁中則說明「係直接爭執檢察官不起訴之效力，或是請求起訴命令，本質上即非屬於行政訴訟，而除了請求人當然並非當事人之外，犯罪嫌疑人或是檢察官，也不具有當事人之地位。再者，針對此請求的審判，仍在還沒有提起公訴的階段，對於是否存有該犯罪嫌疑事實及是否需要起訴，需使用檢察官偵查的成果與自行調查的資料，致力於真實發現，就須以自己的看法來判斷事件是否需要交付審判的部分，應該可說是和偵查的性質有類似之處。」認為「具有與偵查類似性質之起訴前的職權程序」。最決昭和49（1974）年3月13日刑集28卷2号1頁中亦認為「具有與偵查類似性質之起訴前的職權程序，本質上並沒有以對立當事人之存在為前提之對審構造」。

此外，主要考量交付審判制度程序中聲請人參與之程度，實務上多傾向認為應為類似「偵查」的構造或是「提起公訴前之職權程序」，否定請求人之程序參與，不允取許聲請交付審判之閱卷等程序參與，相對於此，學說上則多主張應增加請求人之程序參與，主張類似抗告訴訟說、中間程序說、刑事訴訟類似說或是預備審問類似說等<sup>23</sup>。

---

<sup>22</sup> 平野龍一，刑事訴訟法，1958年12月，頁125。

<sup>23</sup> 新屋達之，同前註20，頁325。

### 三、交付審判制度之審理方式

在聲請人（告訴人或告發人）聲請該管法院進行交付審判後，如檢察官認為應維持原處分，此時檢察官應將相關卷宗資料送至該管法院。該管法院收受後，書記官應儘速將收到交付審判之請求告知犯罪嫌疑人（日本刑事訴訟規則第172條第1項）。

就上述請求所進行之審理，由合議庭為之。審理以職權、秘密、非公開的方式來進行。法院除了檢閱檢察官所送交之卷證外，亦可自行調查事實。必要時，法院可命法官或是囑託地方法院、簡易法院之法官調查事實。此時，受命法官與受託法官與法院、審判長有同一權限。

法院具有刑事訴訟總則所規定之強制處分權限。然而，訴訟關係人之卷證閱覽權、證據聲請權、證人詢問時之在場、詢問權等，以當事人對等為前提之程序，在此均不適用，亦不準用。此外，亦不需要有公開之審理、不需要進行口頭辯論。也不需要通知請求人、關係人審理期日或是調查事實的結果<sup>24</sup>。

對於案件之犯罪嫌疑人，準用對於被告的傳喚、逮捕，同時不需要檢察官之請求，也不適用逮捕前置主義而得依職權羈押之。此外，對於犯罪嫌疑人之訊問，雖未有法律明文規定，一般認為交付審判程序具有和偵查類似的性質，因之可以允許之。刑事訴訟規則第173條也是以此

---

<sup>24</sup> 河上和雄等編，同前註11，頁311。

為前提而設定<sup>25</sup>。承上所述，法院有強制處分的權限，可為扣押、搜索、勘驗、詢問證人、鑑定等，與審判中的法院相同。實務上，在交付審判程序中，有發提出命令而命媒體交出取材的影片之裁判例<sup>26</sup>。

#### 四、控訴原則／彈劾主義

關乎訴訟由何人所發動之原理原則，有稱之為控訴原則（彈劾主義）與糾問主義。由法院發動之訴訟原理，一般稱之為糾問主義，而由法院之外之人發動之訴訟，就算是由被害人來發動，一般則稱之為控訴原則（彈劾主義）<sup>27</sup>。由歷史的發展來看，訴訟之原始型態雖然是採取偏向控訴原則（彈劾主義）的方式，但在國家體制逐漸完備之後，也出現了採取糾問主義的國家<sup>28</sup>。

其次，根據訴訟主體的區別，如只有法院與被告來進行訴訟，亦稱之為糾問主義，如由法院、訴追者與被告三方來進行訴訟，也稱之為控訴原則（彈劾主義）與糾問主義。一般而言，採取由法院發動之訴訟方式，其後也是只有法院與被告來進行訴訟，係典型的糾問主義；採取由法院之外之人發動訴訟，其後也大都是由法院、訴追者與被告三方來進行訴訟，為典型的控訴原則（彈劾主義）<sup>29</sup>。

<sup>25</sup> 河上和雄等編，同前註11，頁312。

<sup>26</sup> 最大決昭和44年11月26日23卷11号1490頁。

<sup>27</sup> 平野龍一，同前註22，頁2。

<sup>28</sup> 平野龍一，同前註22，頁2。

<sup>29</sup> 平野龍一，同前註22，頁2-3。但這也非絕對，歷史上亦有由法官職

此外，亦有學者延伸控訴原則（彈劾主義）之精神，認為在近代中控訴原則（彈劾主義）的重點應該是在承認被告的防禦權的主體性地位而為開展<sup>30</sup>。

日本在交付審判的立法上採取了由法官裁定視為起訴（同法第267條）的模式，之後的公訴由法院指定的律師來維持公訴，一般日本學者認為應該可評價為檢察官獨占起訴主義之例外<sup>31</sup>。然而，就交付審判的性質，理論上仍有不明之處。有學者提出，交付審判制度係因告訴人、告發人之請求而開啟，審理法院在認為有理由時以裁定產生起訴之效果。就此部分來看，與私人訴追有類似之處。然而之後審判的對象並非請求人請求記載書之事實，而是法院裁定之事實，以及維持公訴的律師並非是請求人的代理人，而是法院指定的律師，法院同時也可以撤銷該指定，因此與私人訴追的性質仍有不同。再者，就算法院內部有維持獨立性，即裁定起訴之合議庭與實際審判之合議庭並不相同，起訴之人與裁判之人的法人格仍歸於同一，且法院對於起訴後進行公訴的律師仍有監督權，在理論構成上仍留有諸多疑問<sup>32</sup>。此種由法院來起訴及指定進行公訴之

---

權開啟程序，但在程序開始後加入糾問官的模式。參白取祐司，刑事訴訟法，2017年3月，頁73。

<sup>30</sup> 久岡康成，當事者主義と彈劾主義の交錯，立命館法学，2005年2・3号（300・301号），2006年1月，頁420。

<sup>31</sup> 平野龍一，同前註22，頁125。

<sup>32</sup> 平場安治，刑事訴訟法講義，2001年7月，頁379-380。

律師的部分，在控訴原則上有相當的疑慮<sup>33</sup>。

特別是針對前開在交付審判裁定後，由法院指定進行公訴的律師（日本刑事訴訟法第268條第1項），法院在認為該受指定之律師未能妥適執行職務時可撤銷該指定（同法第268條第4項），且該指定律師視同為公務員（同法第268條第3項）。由這些規範內容觀之，與私訴之性質仍有相當大的不同。此外，法官與訴追者有著上下監督的密切關係來看，有可以解釋成法院與訴追者乃是出於同一主體的危險性，對於維持公正法院的地位而言，有相當的挑戰<sup>34</sup>。

再者，形式上而言，根據同法第266條第2項、第267條規定，交付審判之法院在認為請求有理由之時，須將事件裁定交付審判，且視為提起公訴。就算保持法院內部對內的獨立性，裁定交付審判之合議庭與審理的合議庭並不相同，形式上起訴者為交付審判的法院→受法院監督之訴追者律師→受訴法院進行審判，基本上均由法院來進行從交付審判開始的一連串程序。在此狀況下，更應該弱化法院對於擔任公訴之律師的指揮監督，避免審理之不公平之虞<sup>35</sup>。

綜上所述，在交付審判制度中，由於採取法院之裁定視為起訴的模式，應採取謹慎的態度來維持起訴後之控訴

---

<sup>33</sup> 新屋達之，同前註20，頁325-326。

<sup>34</sup> 吉利用宣，同前註14，頁128-129。

<sup>35</sup> 吉利用宣，同前註14，頁129-130。

原則，且至少需要保持法院內部的獨立性，即裁定交付審判之合議庭與審理的合議庭不得相同，且法院應避免強化監督訴追者（進行公訴之律師）的立場，維持由法院、訴追者與被告三方來進行訴訟。其中，在保持法院內部獨立性上，日本刑事訴訟法也明文將曾裁定交付審判一事列入後續審判中之迴避事由。

## 伍、日本法中之迴避制度：以交付審判為中心

承上所述，日本的迴避制度中亦有規範交付審判之部分，以下，首先就日本刑事訴訟中之迴避制度做一說明與分析。

### 一、日本刑事訴訟法第20條之迴避事由（除斥事由）

日本憲法第32條規定：「不得剝奪任何人受法院審判的權利。」此外，日本憲法第37條第1項就刑事被告由公平、迅速的觀點，規範：「在所有刑事案中，被告享有接受法院公正迅速的公開審判的權利。」而日本刑事訴訟法在第20條，就可能妨害公平法院之虞的客觀事由加以類型化，規範迴避之事由。迴避可說是具體化憲法所保障公平法院之制度之一<sup>36</sup>。

日本刑事訴訟法第20條規定：「法官有以下情形者，

<sup>36</sup> 河上和雄等編，大コンメンタル刑事訴訟法（第1卷），2013年2月，頁211。

應自行迴避執行職務：一、法官為被害人。二、法官現在或曾是被告或被害人之家屬。三、法官是被告或被害人之法定代理人、監護人、輔佐人。四、法官曾擔任該案件之證人或鑑定人。五、法官曾擔任該案件被告之代理人、辯護人或輔佐人。六、法官就該案件曾執行檢察官或司法警察之職務。七、法官對於該案件曾參與依第二百六十六條第二款之裁定、簡式判決、前審裁判、第三百九十八條至第四百條、第四百十二條或四百十三條之規定發回或移送時，曾參與原判決或裁判基礎事項之調查時。但如作為受託法官而參與之情形，不在此限。」

其中同法第20條第6款之迴避事由為，法官就該案件曾執行檢察官或司法警察之職務。第7款為參與前審，而此處包含了參與前審或與前審相當之情況。大致上可分為：(1)參與交付審判的裁定之時、(2)參與略式命令之時、(3)參與前審的裁判之時、(4)撤銷發回、移送時的狀況下參與原審判決等。

同法同條第6款之迴避事由，乃是規定法官就該事件中處於訴追側立場之情況。曾經居於當事人的立場，自然不適合作為判斷者的法官。第20條第7款中，就(1)參與交付審判的裁定之時，因刑事訴訟法第267條規定：為前條（第266條）第2項之裁定時，該事件視為起訴。而一般認為，裁定准許交付審判，相當於提起公訴的性質。因之，參與交付審判的裁定之人，實質上來說，與同法第20條第6款執行檢察官職務之人處於相同的立場，就裁定交付審

判之事件的審理、裁判，應迴避之<sup>37</sup>。

## 二、日本刑事訴訟法第21條之迴避事由（忌避事由）

在日本刑事訴訟法第21條中則規定：「（第1項）法官應自行迴避或有不公正裁判之虞時，檢察官或被告得聲請迴避。（第2項）辯護人得為被告聲請迴避。但不得與被告明示之意思相反。」與前開同法第20條相同，一般亦將之理解為擔保憲法上所規範之公平法院的措施<sup>38</sup>。雖在同法第20條已有列舉出法官可能有不公平審判之虞之事由，但也有可能不僅止於此，同法第21條的迴避（忌避）制度，可說是補足同法第20條迴避（除斥）制度中固定及定型化所伴隨的功能上的界限<sup>39</sup>。

然而就同法第21條第1項後段不公正裁判之虞之解釋，日本實務採取相當限縮且嚴格的解釋方式，最具代表性者為最決昭和47（1972）年11月16日刑集26卷9号515頁裁定中所述：一般而言法官的迴避（忌避）<sup>40</sup>制度，係指法官與事件中的當事人具有特別的關係，或是在程序外已經就事件形成一定的心證，非屬於審理該事件過程中的原因，已經無法期待該法官以公平的方式來客觀的審理及裁

<sup>37</sup> 同前註，頁226、231-232。

<sup>38</sup> 金子章，刑事手續における忌避制度について(1)——その実質的意義の検討を中心に——，横浜国際経済法学，18卷1号，2009年9月，頁60。

<sup>39</sup> 河村博等編，裁判例コンメンタール刑事訴訟法（第1卷），2015年4月，頁246。

<sup>40</sup> 係指日本刑事訴訟法第21條之迴避（忌避）制度。



判之時，將該法官從審判中排除，以確保裁判的公正及對其之信賴為目的，在程序中審理的方法、審理的態度等原則上均不構成迴避（忌避）事由。然而，對於實務上極度限縮的看法，學說上也有提出批判的意見，認為日本最高法院並沒有對於為何審理方法不會構成不公平的裁判的表徵，沒有合理的說明，以及根本違反當事人主義中擔保法官中立客觀的迴避制度的意旨等<sup>41</sup>。

暫且不論同法第21條第1項後段不公正裁判之虞之解釋，是否應該如同日本實務上採取如此限縮的解釋方式，至少由同法第20條、第21條的模式來看，後者應是在補充前者不足之處，換言之，前條事由係由立法者所預先設立，各款均有其相應之理由，為典型可能妨害公平法院之事由。

## 陸、比較法上之觀察與大法庭裁定之評析

### 一、與控訴原則之緊張關係

在臺日的交付審判制度中，均是由法院裁定交付審判視為起訴，換言之，均具有形式上起訴者為交付審判的法院→受訴法院進行審判的模式，在以訴訟由何人所發動及程序中的當事者數量來決定<sup>42</sup>是否符合控訴原則時，臺日交付審判制度顯然是由法院作為開啟訴訟者及審判者，也

<sup>41</sup> 白取祐司，バックアップ刑事訴訟法②第二章 除斥・忌避，季刊刑事弁護，2号，1995年4月，頁140。

<sup>42</sup> 平野龍一，同前註22，頁2-3。

因此在後續的訴訟進行過程及保持法院內部對內獨立性上（即裁定起訴之合議庭與實際審判之合議庭為不同之人），更應保持謹慎的態度，避免訴追者與審判者混於一體。

## 二、交付審判制度程序中異同之處

就交付審判之其他程序而言，在交付審判的範圍上，我國並未限制罪名，日本則是限於公務員犯罪等罪名，且有其在二戰後防堵公務員濫權的立法背景；此外，在起訴後的程序上，日本則由法院指定之律師來維持公訴，我國則依舊由檢察官來進行公訴。

在審查應否提起交付審判的程序中，日本刑事訴訟明確賦予法官進行強制處分的權限，或與其立法背景與制度上並不承認自訴有關。蓋在檢察官獨占起訴權限之下，對於檢察官濫行不起訴權限的監督，相當程度僅能倚靠交付審判之運作<sup>43</sup>，也因此明確賦予在交付審判中，法官進行強制處分發現真實的權限。此外，在該程序中，也採取偏向偵查式的秘密、不公開的方式。

在我國同時承認自訴制度及不對交付審判罪名設限的

<sup>43</sup> 目前日本設有交付審判制度及檢察審議會制度來監督檢察官的不起訴處分是否有濫用權限的情事，然而檢察審議會自2009年修法後，其決議方有拘束力，在此之前檢察官獨占起訴之例外僅有交付審判制度。關於日本檢察審議會制度，參陳運財，論追訴權之制衡——人民監督觀點的再省思，裁判時報，77期，2018年11月，頁58-61；林裕順，人民參與不起訴審查之探討——以日本「檢察審查會」為中心，檢察新論，22期，2017年7月，頁44-45。

狀況下，與日本主要針對公務員犯罪的立法目的亦有不同之處。在交付審判的程序中，法官是否得積極調查證據<sup>44</sup>，亦或僅得閱覽偵查卷宗<sup>45</sup>，仍有不同的意見。且相對日本交付審判程序而言，我國交付審判程序原則上準用第一審程序（參我國刑事訴訟法第258條之4）及同法第258條之1第2項之規定下，告訴人等程序參與人均得閱卷。

然而比較兩國制度，我國交付審判程序相較於偵查程序有諸多不同程序設計，但在立法理由為「對檢察官起訴裁量權之制衡，除內部監督機制外，宜有檢察機關以外之監督機制，爰參考德日之規定，告訴人或告發人於不服上級檢察署之駁回處分者，得向法院聲請交付審判，由法院介入審查，以提供告訴人多一層救濟途徑。基於保障被告審級利益，明定應向該管第一審法院聲請交付審判。為防止濫行提出聲請，虛耗訴訟資源，明定交付審判之案件，

---

<sup>44</sup> 何賴傑，同前註8，頁105；顏榕，同前註4，頁54。

<sup>45</sup> 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第134條：「……法院於審查交付審判之聲請有無理由時，得為必要之調查，惟其調查範圍，應以偵查中曾發現之證據為限，不可就聲請人新提出之證據再為調查，亦不可蒐集偵查卷以外之證據。除認為不起訴處分書所載理由違背經驗法則、論理法則或其他證據法則，否則，不宜率予裁定交付審判。駁回交付審判聲請之裁定，不得抗告；被告對於法院為交付審判之裁定，則得提起抗告。而法院為交付審判之裁定，因該案件視為提起公訴，法院允宜於裁定理由中敘明被告所涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條，俾使被告行使防禦權，並利於審判程序之進行」；林俊益，同前註6，頁21；鄭逸哲，「交付審判程序」和「起訴審查程序」——法院作為「太上檢察機關」？，法令月刊，58卷6期，2007年6月，頁15-16；林孟皇，同前註4，頁83。

必須委任律師提出理由狀，程序始稱合法」<sup>46</sup>之下，由外部監督檢察官權限與賦予告訴人救濟途徑（即保障告訴人權益部分），應為兩大立法目的<sup>47</sup>。日本交付審判之重要目的，除了避免檢察官在公務員濫權罪中不當行使不起訴權限，亦有保障人權的概念在內<sup>48</sup>，二者雖不完全相同，但亦有相當程度的共通之處。

同時，兩國同樣採取以法院作為外部監督機制的機關，在認為不起訴之案件實已達起訴門檻時，以裁定視為起訴。

在日本交付審判制度下，為達到監督檢察官行使不起訴權限有無不當，交付審判中法院所為之事項，雖當然與檢察官並不完全相同，但得進行一定程度犯罪事實的調查，並得為強制處分，同時，以裁定准許交付審判，相當於檢察官提起公訴的性質，實質上來說，裁定交付審判之法官，與日本刑事訴訟法第20條第6款執行檢察官職務之人處於相同或部分類似的立場<sup>49</sup>，也當然成為同法第20條第7款規定迴避之事由。

我國之迴避制度則漏未規範交付審判法院構成迴避事由，然而就兩國制度中之共通之處來看，特別是立法目的、由法院裁定視為起訴及交付審判中得為一定之調查，

<sup>46</sup> 立法院公報，91卷10期，頁961-962。

<sup>47</sup> 黃鼎軒，交付審判法制的再建構——以市民公訴權觀點出發，東吳法律學報，32卷4期，2021年4月，頁49。

<sup>48</sup> 井戶田侃，同前註20，頁165；新屋達之，同前註20，頁324。

<sup>49</sup> 河村博等編，同前註39，頁226、231-232。

本文認為應做如下之解釋。

### 三、迴避事由欠缺規範交付審判：類推適用我國刑事訴訟法第17條第7款

承上所述，在採取由法官裁定視為起訴之交付審判制度之下，其後之程序均應特別留意是否能盡可能維持訴追者與審判者之分離。首先，如裁定交付審判之法官與後續進行本案審理之法官為同一人，在組織體上起訴者為法院，審判者亦為法院的同時，起訴之人同時為審判之人，連基本的法院內部的獨立性均無法保持，自是嚴重違反控訴原則之虞，自應將參與裁定交付審判之法官列入迴避事由。

其次，在我國交付審判制度中，雖交付審判程序中法官所得進行調查之範圍仍有爭議，也當然不會與檢察官所進行的職務完全相同，但就調查偵查卷宗、資料，認定是否達到起訴門檻並以裁定之方式視為起訴的部分，仍是與檢察官的職權有部分的類似性，加上前述由法院之裁定視為起訴的方式，如果我們認為我國刑事訴訟法第17條第7款「法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者」應為法官自行迴避事由，則裁定交付審判之法官，基於同法第258條之3第4項「法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴」及同法同條第3項「法院為前項裁定前，得為必要之調查。」之規定，亦應加以迴避。

在立法尚未將裁定交付審判之列為迴避事由前，本文認為基於與我國刑事訴訟法第17條第7款「法官曾執行檢

察官或司法警察官之職務者」之類似性，應類推適用該條作為迴避事由。此外，因裁定交付審判法官有上述之事由，在以法院的內部獨立性作為維護控訴原則之方式下，應無個案中審酌是否有偏頗之虞之餘地，故應非適用同法第18條第2款。換言之，在起訴者之法院與審判之法院相同之情況下，應已構成類型化之迴避事由。

## 柒、大法庭裁定與相關修法方向之評析

此次本件裁定中，係以控訴原則連結公平法院，而公平法院又為訴訟權之核心領域，就控訴原則的部分指出「法官如兼為同一案件之訴追者及審判者，顯與控訴原則及其應公正執行審判職務之旨意有悖，自應迴避該案件之審判……」，應屬正確，蓋此為最低限度之控訴原則之維持，在大法庭處理爭議法律問題的層次上，選擇現行法下可能解釋之方式，應值贊同。

此外，在選擇迴避事由上，該裁定認為「然刑事訴訟法第258條之3第4項規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。則法官依上揭規定裁定准予交付審判，並於裁定中敘明被告涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條等起訴書法定應記載事項，與檢察官之提起公訴，同具有使案件繫屬法院發生訴訟關係及特定審判範圍之主動性功能。此外，被告原經檢察官為不起訴處分，上級檢察署檢察長亦認告訴人再議之聲請為無理由，偵查程序至此本已終局終結，復因法院得就偵查中所發現之證據為必要之

調查，而裁定准予交付審判，顯與審判權正義性、被動性、公正第三者性及獨立性之特徵不符，反而近似於檢察權之具有公益性、主動性及當事人性質。……」，認為實質上執行檢察官部分職務，應該類推適用刑事訴訟法第17條第7款事由。筆者同樣認為，在交付審判制度中，法官裁定提起公訴之裁定與檢察官之偵查行為不全然相同，然在未有立法明文規定裁定交付審判為法定迴避事由時，以類推適用之方式，亦不失為可行之方式。

此外，2021年司法院院會通過交付審判轉型之修正草案，在我國公訴與自訴雙軌併行之基礎上，將交付審判制度轉軌為「准許提起自訴」，以維持對於檢察官不起訴、緩起訴處分之外部監督機制。與交付審判制度相關之要點如下：一、告訴人不服駁回再議處分者，得於接受處分書後10日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請准許提起自訴，並就依法已不得提起自訴者，增訂例外仍得聲請准許提起自訴之情形。二、「准許提起自訴」之換軌模式，係對於檢察官不起訴或緩起訴處分之外部監督機制，為利法院為妥適之決定，並保障被告之權益，法院為准駁裁定前認有必要時，得予聲請人、代理人、檢察官、被告或辯護人以言詞或書面陳述意見之機會。法院准許提起自訴之裁定後，如聲請人未於裁定所定期間內提起自訴，即不得再行自訴。三、聲請人於准許提起自訴之裁定所定期間內提起自訴者，經法院通知後，檢察官應即將其為不起訴或緩起訴處分之該案卷宗及證物送交法院，俾使卷證資料齊全，以利後續審判。又為防止預斷，明定參與

准許提起自訴裁定之法官，不得參與其後自訴之審判。四、准許提起自訴之聲請程序，於法院為相關准駁裁定後即已終結，明定其聲請僅得於法院裁定前撤回之。至聲請人於法院裁定准許提起自訴所定期間內提起自訴者，就其自訴之撤回，適用第二編第二章之相關規定辦理<sup>50</sup>。

關上開草案之內容，主要將過去交付審判中「視為提起公訴」轉軌為「准許提起自訴」，並增訂裁定交付審判法官為迴避事由，保障當事人陳述意見之機會，聲請人得選擇是否提起自訴、明定得再行起訴之「新事實或新證據」範圍等5條修法草案。此外，相較於日本在二戰後並無自訴制度之情況下，我國保有公訴、自訴制度兩種制度，選擇轉軌自訴之方式，可說是解決交付審判中控訴原則的問題，也是法制度上之合理選擇<sup>51</sup>。

---

<sup>50</sup> 司法院，司法院院會通過刑事訴訟法部分條文及刑事訴訟法施行法第7條之20修正草案新聞稿，2021年3月22日，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-393621-5618c-1.html>（最後瀏覽日：2023年2月28日）。

<sup>51</sup> 於本文投稿後，立法院院會於2023年5月30日三讀通過「刑事訴訟法部分條文修正案」，在我國兼具公訴與自訴雙軌之前提下，將過去由法官之裁定「視為提起公訴」轉軌為「准許（告訴人）提起自訴」，維持對於檢察官不起訴、緩起訴處分的外部監督機制，同時新增第258條之4第2項：「參與准許提起自訴裁定之法官，不得參與其後自訴之審判。」明文規定法官曾參與准予交付審判之裁定者，於嗣後同一案件之自訴案件中不得審理，必須迴避，可說是正面肯認本件裁定之結論。



## 參考文獻

### 一、中文文獻

- 司法院（2021年3月22日）。*司法院院會通過刑事訴訟法部分條文及刑事訴訟法施行法第7條之20修正草案新聞稿*。https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-393621-5618c-1.html
- 司法院（2022年12月28日）。*最高法院刑事大法庭111年度台上一大字第1924號偽造文書案件新聞稿（111-刑大15）*。https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1888-786141-53989-1.html
- 石宜琳（2017）。交付審判制度牴觸控訴原則——無異糾問制度復辟 合憲呼?!。 *全國律師*，21（9），63-76。
- 何賴傑（2002）。檢察官不起訴職權修法之總檢討——交付審判制度。 *台灣本土法學雜誌*，37，97-113。
- 林孟皇（2017）。聲請交付審判與法官迴避——評臺灣高等法院高雄分院105年度抗字第1號刑事裁定。 *裁判時報*，58，79-89。  
https://doi.org/10.3966/207798362017040058007
- 林俊益（2002）。聲請法院交付審判。 *月旦法學雜誌*，87，20-21。
- 林裕順（2017）。人民參與不起訴審查之探討——以日本「檢察審查會」為中心。 *檢察新論*，22，34-49。
- 林鈺雄（2022）。 *刑事訴訟法（下）*。作者自版。
- 陳運財（2018）。論追訴權之制衡——人民監督觀點的再省思。 *裁判時報*，77，51-67。https://doi.org/10.3966/207798362018110077006
- 黃鼎軒（2021）。交付審判法制的再建構——以市民公訴權觀點出發。 *東吳法律學報*，32（4），43-79。
- 鄭逸哲（2007）。「交付審判程序」和「起訴審查程序」——法院作為「太上檢察機關」?。 *法令月刊*，58（6），12-32。
- 顏榕（2020）。交付審判程序之目的與證據調查範圍——簡評臺灣新竹地方法院108年聲判更一字第1號裁定。 *月旦醫事法報告*，

45, 40-57。 <https://doi.org/10.3966/241553062020070045004>

## 二、日文文献

- ▶久岡康成（2006）。当事者主義と弾劾主義の交錯。立命館法学，2・3（300・301），417-437。
- ▶小田中聡樹（1973）。準起訴手続とドイツ起訴強制手続の立法過程について。法律時報，45（9），41-50。
- ▶井戸田侃（1972）。準起訴手続の構造。立命館法学，102，157-175。
- ▶平野龍一（1958）。刑事訴訟法。有斐閣。
- ▶平場安治（2001）。刑事訴訟法講義。有斐閣。
- ▶白取祐司（1995）。バックアップ刑事訴訟法②第二章 除斥・忌避。季刊刑事弁護，2，138-143。
- ▶白取祐司（2017）。刑事訴訟法。日本評論社。
- ▶吉利用宣（1976）。付審判請求制度に関する一視角(一)。同志社法学，27（4），68-104。
- ▶吉利用宣（1976）。付審判請求制度に関する一視角(二)。同志社法学，28（2），127-174。
- ▶河上和雄等編（2013）。大コンメンタール刑事訴訟法（第1巻）。青林書院。
- ▶河上和雄等編（2013）。大コンメンタール刑事訴訟法（第5巻）。青林書院。
- ▶河村博等編（2015）。裁判例コンメンタール刑事訴訟法（第1巻）。立花書房。
- ▶金子章（2009）。刑事手続における忌避制度について(1)——その実質的意義の検討を中心に——。横浜国際経済法学，18（1），59-84。
- ▶新屋達之（1999）。付審判手続の再構成。刑法雑誌，38（3），323-337。

# 徵稿啟事

112.4.7修訂

1. 本刊1年固定發行3期，分別於4、8、12月出刊。同時本刊亦就重要時事或特定議題，不定期發行特刊。
2. 本刊全年接受投稿，稿件隨到隨審，並採取雙向匿名審查，審查結果將適時通知作者。
3. 本刊歡迎刑事法學、犯罪學研究專論投稿，並請作者於來稿時註明所屬學門，以便後續審查作業。
4. 來稿稿件以中文發表為限，全文以2萬字內為宜（含中英文摘要、註腳、參考文獻）。支給稿費以每千字新臺幣（下同）1,600元為標準，惟稿費支給以1萬元為上限，本刊亦得視情況決定分期刊登與否。
5. 稿件若為二人以上共同撰寫者，請於投稿資料表中註明作者順位、分工情形，並檢附各作者同意聯名投稿之書面文件。
6. 來稿標註中、英文題目名，並檢附5個以上中、英文關鍵字，及5百字左右之中、英文摘要。
7. 來稿請以word檔案寄至承辦人電子郵件信箱，並於信件主旨註明「某某某（請具名）投稿論文\_刑事政策與犯罪防治研究專刊」。
8. 稿件在本刊正式刊登前，另投其他期刊或收於專書（或論文集）中出版者，本刊將逕自退稿，並於退稿

日起二年內不接受同一（含共同）作者之投稿。但來稿如係收錄於研討會議性質之論文集且經本刊同意者，不在此限。

9. 本刊稿件一經刊登後，文責自負，若嗣後遭人檢舉涉及學術倫理情事時，如係屬實，除本刊公開表示退稿外，得追回已給付之稿費，並於退稿日起二年內不接受同一（含共同）作者之投稿。
10. 投稿經本刊刊登後，所有列名作者同意本刊得以非專屬授權方式再授權經本刊授權之資料庫，並得以數位方式為必要之重製、公開傳輸、授權用戶下載及列印等行為。為符合資料庫編輯之需要，並得進行格式之變更。作者交付稿件時，應一併附上著作權授權書。

# 審稿規則

110.2.18修訂

1. 為確保本刊之稿件品質，凡投稿稿件應依本規則進行審查。
2. 本刊設發行人一人、總編輯一人，由法務部司法官學院院長及犯罪防治研究中心主任出任；另每期刊物均商請國內外學者擔任執行編輯。
3. 除特約邀稿外，來稿均由執行主編邀請相關領域學者以雙向匿名審查方式進行審查；投稿與本刊性質不符者，執行主編得逕為退稿之決定。
4. 稿件數量如超過該期篇幅，執行主編得依論文時效性等原則，決定稿件刊登之先後順序。
5. 本刊通知投稿作者審查通過後，即開立來稿審查通過證明書。
6. 審查人應就送審稿件為「刊登」、「修改後刊登」、「修改後再審」、「不予刊登」之建議，並由本刊通知作者審查結果。
7. 投稿人稿件送審後，若獲「修改後刊登」、「修改後再審」通知，原則上應於通知後30天內修訂完成。如有因特殊事由請求延長時限時，應送執行主編決定是否同意。若逾期未完成修訂，視同撤回。如投稿人撤回後日後再次投稿，則重新進行匿名審查程序。

# 撰稿凡例

111.11.18修訂

壹、文長以1萬5千字至2萬字為原則，應包括作者中、英文姓名、論文之中、英文題目、目次、5個以上之中、英文關鍵字、參考文獻，以及5百字以內之中、英文摘要。中、英文最高學歷及中、英文現職獨立列為註解。

貳、所有引註均需詳列出處，如引註係轉引自其他書籍或論文，則須另為註解，不得逕自引用，年代則一律以西元為準。

參、註解格式

來稿若為犯罪學研究論著，應參考APA格式最新版（目前為第七版）內容進行撰寫；若為刑事法學研究論著，應使用隨頁註。

一、APA格式第七版

(一)內文中引用文獻時應將作者的姓名及發表年代寫出，若引用文獻之作者為1~2位，第一次引用時請列出所有作者姓名；若在3位以上，限引用第1位作者姓名，餘以等人代替。

(二)作者為機構，第一次出現呈現全名，再備註簡稱，第二次之後即可使用簡稱。

(三)同時引用若干位作者時，中文作者按姓氏筆劃排序，英文作者則依姓名字母排序。同時引用中文與英文作者時，中文作者在前，英文作者在後。

(四)同位作者相同年代有多筆文獻時，應加上a、b、c……標示，引用時並依此排序。

(五)引用全文時，應加註前後引號與頁碼。

(六)圖、表格式應參照APA第七版格式規範。

## 二、隨頁註之格式

### (一)中、日文部分

1.期刊論文：作者，篇名，期刊名，卷期數，出版年月，引註頁碼。

例如：溫祖德，從Jones案論使用GPS定位追蹤器之合憲性——兼評馬賽克理論，東吳法律學報，30卷1期，2018年7月，頁121-167。

2.專書論文：作者，篇名，收於：專書名，出版年月，引註頁碼。

例如：許恒達，酒後犯罪歸責模式之比較法研究，收於：刑事法學的回顧與展望，2015年1月，頁109-127。

3.研討會論文：作者，篇名，研討會名稱，主辦單位，辦理年月，引註頁碼。

例如：謝如媛，從犯罪防治到少年健全成長發展權之保障——從日本少年法制近年之動向談起，第75屆司法節學術研討會，司法院等，2020年1月，頁57-98。

4.書籍：作者，書籍名，版次，出版年月，引註頁碼。

例如：林山田，刑法通論（上），增訂10版，2008年1月，頁20。

5.所引註之文獻資料，若係重複出現，緊鄰出現則註明「同前註」之後加註頁數，例：同前註，頁35。前註中有數筆文獻時，應註明作者；若同一作者有數筆文獻，

則應簡要指明文獻名稱，例：林山田，刑法通論（上），同前註，頁35。

若非緊鄰出現則註明作者及「同前註××」之後再標明頁數，其他同前例：林山田，同前註10，頁50。

6.官方出版法律條文或判決等政府資料：

大法官解釋：司法院釋字第735號解釋。

行政函示：內政部(88)年台內地字第8811978號函。

法院判決：臺北高等行政法院97年度訴字第2594號判決。

法院判例：最高法院81年台上字第3521號判例。

法院決議：91年度第14次民事庭決議，91年11月5日。

7.引據其他國法律條文或判決時，請依各該國習慣。

(二)英文部分

1.期刊論文：作者，論文名，卷(期)數 期刊名 起始頁，引註頁碼（出刊年）。

例如：Matthew A. Edwards, *Posner's Pragmatism and Payton Home Arrest*, 77(2) WASH. L. REV. 299, 394-96 (2002).

2.書籍：作者，書名，引註頁碼（出版年）。

例如：JOHN KAPLAN ET AL., CRIMINAL LAW: CASES AND MATERIALS 897 (2004).

3.專書論文：作者，論文名，in 書名 起頁，引註頁碼（編者，出版年）。

例如：John Adams, *Argument and Report*, in 2 LEGAL PAPERS OF JOHN ADAMS 285, 322-35 (L. Kinvin Wroth & Hiller B. Zobel eds., 1965).



#### 4.前註之引用：

緊鄰出現者：*Id.* at引註頁數。例：*Id.* at 101.

非緊鄰出現者：作者姓，*supra note* ×，at引註頁數。

例如：Edwards, *supra note* 10, at 395.

- (三)德、法文或其他語言之期刊論文、專書論文、書籍等，作者得依所引用該國文獻之通用方式，於本文隨頁註釋。

#### 肆、參考文獻格式

參考文獻必須為正文與註釋中援引過之書籍與期刊文獻；請先列中文資料、再列外文資料；中文排列請按作者或編者之姓氏筆畫數，外文請按作者或編者之姓氏字母序。若同一作者有多項參考文獻時，請依年代先後順序排列。應採如下標示：

##### APA格式第七版

##### 一、書 籍：

作者（出版年）。書名（版次）。出版者。

例如：陳慈幸（2019）。*刑事政策：概念的形塑*（二版）。元照。

Dutton, D. G. (1995). *The batterer: A psychological profile*. Basic Books.

##### 二、期刊論文：

作者（出版年）。文章名稱。*期刊名稱*，卷（期），頁碼。doi碼

例如：王禎邦、歐陽文貞（2020）。臺灣社區精神復健機構發展近況及興革建議。*中華心理衛生學刊*，33（4），315-340。https://doi.org/10.30074/FJMH.202012\_33(4).0001

Hotaling, G. T., & Sugarman, D. B. (1986). An analysis of risk marks in husband to wife violence: The current state of knowledge. *Violence and Victims, 1*(2), 101-124. <https://doi.org/10.1891/0886-6708.1.2.101>

### 三、專書論文：

作者（出版年）。篇或章名。載於編者，書名（版次，頁碼）。出版者。若有doi碼請加註。

例如：許福生（2013）。性侵害防治法制之變革與發展。載於林明傑主編，*家庭暴力與性侵害的問題與對策*（頁355-424）。元照。

Straus, M. A. (1990). The conflict tactics scales and its critics: An evaluation and new data on validity and reliability. In M. A. Straus & R. J. Gelles (Eds.), *Physical violence in American families: Risk factors and adaptations to violence in 8,145 families* (pp. 49-73). Transaction Publishers. <https://doi.org/10.1891/0886-6708.5.4.297>

### 四、翻譯書籍：

原作者（翻譯出版年）。翻譯書名（譯者；版次）。出版者。（原著出版年）。

例如：Babbie, E. (2016)。社會科學研究方法（林秀雲譯；十四版）。雙葉。（原著出版年於1975年）。

### 五、學位論文：

作者（出版年）。論文名稱〔未出版博／碩士論文〕。學校名稱及科系研究所。論文網址

作者（出版年）。論文名稱〔已出版博／碩士論文〕。論文網址

例如：紀致光（2020）。*毒品施用者分流處遇制度及篩選項目之研究*〔未出版博士論文〕。中央警察大學犯罪防治研究所。<https://hdl.handle.net/11296/4jevjs>

Lai, Y. L. (2011). *The determinants of public attitudes toward the police across racial/ethnic groups in Houston* [Unpublished doctoral dissertation]. Sam Houston State University. <https://www.shsu.edu/academics/cj-crim/diss.html>

Andrea, H. (2014). *Effective networked nonprofit organizations: Defining the behavior and creating an instrument for measurement* (Doctoral dissertation). <https://etd.ohiolink.edu/>

#### 六、會議或研討會論文（包括口頭或書面發表）：

作者（年月日）。論文名稱。研討會名稱，舉行地點。

例如：林俊宏（2020年11月5日）。*毒品犯處遇之腦功能變化差異分析*。科學實證之毒品犯處遇及復歸轉銜研討會，集思台大會議中心——蘇格拉底廳，臺北市，臺灣。

McDonald, E., Manassis, R., & Blanksby, T. (2019, July 7-10). *Peer mentoring in nursing - improving retention, enhancing education* [Poster presentation]. STARS 2019 Conference, Melbourne, Australia. <https://unistars.org/papers/STARS2019/P30-POSTER.pdf>

七、研究計畫報告：

作者（年月日）。報告名稱（報告編號）。出版者。

例如：林瑞欽、江振亨、黃秀瑄（2007）。藥物濫用者復發危險因子與保護因子之分析研究（行政院衛生署管制藥品管理局九十六年度委託科技研究計劃之研究報告，DOH96-NNB-1036）。科技部。

Nabors, L. A. (1999). *School mental health quality assessment and improvement* (NTIS No. PB2000101192). Washington, DC: U.S. Department of Commerce.

八、網路資源：

作者（西元年月日）。文章名稱。網站名稱。URL

例如：李維庭（2020年5月25日）。臨床心理師談思覺失調症：試著與患者的雙知覺系統接軌，讓他不致成為「孤兒」。關鍵評論網。<https://www.thenewslens.com/article/135487>

Mateo, A. (2020, Nov. 25). *You're not the only one feeling more anxious in 2020 — here's what to do about it*. Health.com. <https://www.health.com/condition/anxiety/how-to-talk-about-anxiety>

九、文末參考文獻，最多可列出20位作者，其他未在本文中詳載之引用資料，則依照APA第七版手冊（Publication Manual of the American Psychological Association, 7th edition, 2020）規定之格式列入參考文獻。





# **Criminal Policies and Crime Prevention**

**Vol. 35 August 2023**

## **Chief Editor**

**Yung-Ta Wu**, Director, Crime Prevention Research Center,  
Academy for the Judiciary, Ministry of Justice

## **Executive Editorial Board**

**Chen-Chung Ku**, Professor, Department of Law, National Cheng  
Kung University

**Po-Chi Wang**, Associate Professor, Department of Criminal  
Justice, Ming Chuan University

**Tzu-Te Wen**, Associate Professor, Institute of Law and  
Government, National Central University

**Yung-Lien Lai**, Professor, Department of Crime Prevention and  
Corrections, Central Police University

## **Advisory Board**

**Chuen-Jim Sheu**, Distinguished Professor, Graduate School of  
Criminology, Ming Chuan University

**Doris Chu**, Professor, Department of Criminology, National Chung  
Cheng University

**Fu-Shen Hsu**, Professor, Department of Police Administration,  
Central Police University

**Huang-Fa Teng**, Professor, Department of Crime Prevention and  
Corrections, Central Police University

**Huang-Yu Wang**, Professor, College of Law, National Taiwan  
University

**Hui-Ching Wu**, Professor, Department of Social Work, National  
Taiwan University

**Lian-Yu Chen**, Attending Physician, Division of Psychosomatic  
Medicine, Taipei City Hospital

**Shu-Lung Yang**, Distinguished Professor, Department of  
Criminology, National Chung Cheng University

**Te-Hui Tsai**, Chair Professor, Department of Criminal Justice,  
Ming Chuan University

**Tzung-Min Huang**, Associate Professor, Department of Law,  
Chinese Culture University

**Wan-Shan Lin**, Associate Professor, Department of Law, Fu Jen  
Catholic University

**Yun-Hua Yang**, Professor, College of Law, National Chengchi  
University

**Yu-Shu Chen**, Associate Professor, Department of Crime  
Prevention and Corrections, Central Police University

### **Editorial Board**

**Chen-Chung Ku**, Professor, Department of Law, National Cheng  
Kung University

**Heng-Da Hsu**, Professor, College of Law, National Taiwan  
University

**Hua-Fu Hsu**, Professor, Department of Criminology, National  
Chung Cheng University

**Lan-Ying Huang**, Associate Professor, Graduate School of  
Criminology, National Taipei University

**Po-Chi Wang**, Associate Professor, Department of Criminal  
Justice, Ming Chuan University

**Tzu-Te Wen**, Associate Professor, Institute of Law and  
Government, National Central University

**Yu-Wei Hsieh**, Professor, College of Law, National Taiwan  
University

**Yung-Lien Lai**, Professor, Department of Crime Prevention and  
Corrections, Central Police University

### **Publisher:**

Academy for the Judiciary, Ministry of Justice

### **Address:**

No.81, Sec. 3, Xinhai Rd., Da'an Dist., Taipei City 106,  
Taiwan (R.O.C.)

**Website:** <http://qr.angle.tw/j40>

**Tel:** (02)2733-1047

**DOI:** 10.6460/CPCP



**GPN:** 2010503237