

最高法院大法庭法律問題鑑定意見

案號：最高法院 110 年度台上大字第 5557 號

鑑定人：曾淑瑜（臺北大學法律學系教授）

壹、徵詢之法律問題

中華民國人民在中華民國領域外(含香港與澳門)犯刑法第 5 條至第 7 條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院究應以行為不罰為無罪判決，抑或無審判權而為不受理判決？

貳、日本刑法場所適用範圍之原則

徵詢之法律問題涉及刑事實體法及刑事程序法，查國內相關教科書未見正面明確提出意見，爰從與我國法例相同之日本刑法，論述相關法律規定及學者、實務見解，以茲參考。

一、採屬地主義為原則

依日本刑法第 1 條第 1 項規定，本法於在日本國內之所有犯罪者，適用之。(同我國刑法第 3 條前段)此乃日本刑法場所適用範圍之基本原則，凡在日本國內犯罪之人，無論其國籍為何，均適用本法。申言之，犯罪地在日本國內(日本之領域包括領土、領空、領海)之犯罪稱為國內犯，犯罪地在日本國外之犯罪稱為國外犯。判例及學者通說認為該當構成要件事實之一部分存在者，該場所即為犯罪地，即構成要件行為地，構成要件結果發生地，及行為至結果間因果關係經過之中間影響地，均解為犯罪地(遍在說)¹。(同我國刑法第 4 條)又同條第 2 項補充屬地主義為旗國主義，即在日本國外之日本船舶或日本航空機內犯罪者，亦適用日本刑法。(同我國刑法第 3 條後段)

二、兼採其他主義

(一) 屬人主義

區分為積極的屬人主義及消極的屬人主義，前者係指日本國民在國外犯日本刑法第 3 條各罪名(類似我國刑法第 7 條本文，但不以明定刑度幾年以上或重罪為劃一標準)，不論是基於國家忠誠說，日本

¹ 最判昭 46.4.22，刑集 25.3.451。大谷實，刑法講義總論，成文堂，2009 年，頁 76；高橋則夫，刑法總論，成文堂，2016 年，頁 44、45。

國民即使是在國外仍應遵守日本刑法；或由日本代理外國處罰之代理處罰說²；抑第 3 條各罪已擾亂國內之社會秩序，有必要維持國內之社會秩序之社會秩序維持說，均有日本刑法之適用。此外，為保護若干日本重大公務法益，規定日本公務員在國外犯同法第 4 條各罪名者（類似我國刑法第 6 條），亦為積極的屬人主義³。至於後者，係指外國人在國外對日本國民犯日本刑法第 3 條之 2 各罪名者。（類似我國刑法第 8 條）本條曾於第二次世界大戰終了後，基於戰爭之放棄及國際主義原則，於 1947 年修正刪除，後來有鑑於交通發達，國際上人之移動日常化，日本國民在國外因犯罪被害之機會大增，從保護日本國民之觀點，對日本國民犯殺人等對生命、身體一定重大犯罪者，有必要整備國外犯之處罰規定，於 2003 年又再次立法規定⁴。

（二）保護主義

日本刑法第 2 條列舉數個侵害日本國家重大利益之罪名，不問犯罪行為人之國籍及犯罪地，基於保護本國國民利益之必要，規定有日本刑法之適用。（類似我國刑法第 5 條）例如內亂、外患罪等，犯罪行為人攻擊之對象關係國家刑罰之權力，從國家保護主義言，適用國內刑法有其正當性。相對地，本條從在國外保護本國國民之利益為目的，此種個人保護主義又同時兼具消極的屬人主義⁵。有學者認為在日本國外，日本國民以外之人對日本國民犯強制性交罪、殺人罪、傷害罪、強盜罪等重大罪名時，從保護日本國民之觀點，適用日本刑法，應屬保護主義之復活⁶。我國刑法第 5 條第 1-3 款、第 5-7 款、第 8 條（準用第 7 條）即屬保護主義之規定。

（三）世界主義

係指不論犯罪地及犯人之國籍，世界各國共通對一定法益之侵害的犯罪，各國均設有適用其國內刑法之主義，又稱為普遍主義。我國

² 此為有力之學說，採取者如平野龍一、西田典之、大谷實等。但採本說適用刑法第 3 條必須要有雙罰性。大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀編著，大コンメンタル刑法第 1 卷，青林書院，2015 年，頁 94。按日本國民在國外犯罪，而在國內發現時，基於本國國民不引渡原則之事實上、法律上之理由，外國既無法引渡犯人，依屬地主義，日本亦無外國審判權，有適用刑罰之權力，遂發展出代理處罰主義。山中敬一，刑法總論，成文堂，2015 年，頁 97。

³ 因本條規定之罪名多屬職權濫用、收賄等公務員犯罪，不問在外國是否屬於可罰之行為，均有日本刑法之適用。

⁴ 高橋則夫，同註 1，頁 46。

⁵ 山中敬一，同註 2，頁 96。

⁶ 大谷實，同註 1，頁 78-79。

刑法第 5 條第 4 款、第 8-10 款（準用第 7 條）即屬之。世界主義就處罰外國人之國外犯，具有實質上的意義，然而，如果說世界主義是在保護本國之利益，毋寧說是立基於國際協調主義之立場，壓制威脅國際之犯罪，進而為國際之協力。因此，在昭和 62 年修正刑法，增設第 4 條之 2 包括的國外犯處罰規定：「除第二條至前條規定外，本法於在日本國外犯第二編（各種類型）之罪⁷，而依條約即使在日本國外犯罪亦應處罰者，不問何人適用之。」所謂「依條約即使在日本國外犯罪亦應處罰者」，是指在國際條約上，縱使在國外犯罪，日本有義務設定其在日本之審判權。現今條約上最常見的就是審判權設定義務，課予犯罪地國、犯人國籍國等第一次審判權設定義務。其次，對於其他締約國無法為犯人引渡時，課以第二次審判權設定義務。前開審判權設定義務之目的，在於依條約使得締約國得以追訴犯人犯罪之行為，並處以刑罰。至於他國是否有追訴程序上之要素，即是判斷是否該當「亦應處罰者」之要素⁸。

參、刑法場所適用範圍之法律性質

刑法未規定之國外犯如果無法處罰者，在實體法上究為欠缺犯罪之構成要件？或欠缺處罰條件？抑是在程序法上欠缺審判權？此在實體法說中共計有構成要件說及（客觀）處罰條件說；依程序法說則有訴訟條件說及準據法說，分述如下：⁹

一、構成要件說

行為地不論是在國內或國外，均屬構成要件要素，欠缺國外犯處罰規定之犯罪類型，在國外犯罪之情形，即是欠缺構成要件要素。行為地如在國內，因具備客觀的構成要件要素，即屬故意之對象。採此說，因行為時須存在犯罪構成要件要素，例如日本國籍不以裁判時存在為準，而是以行為時是否存在為準（行為時說）。

學者山中敬一認為本說較為妥當，其主張處罰條件說是 19 世紀國家主義規範觀之產物，該說強調國家主權，只依國家實體法就能決定刑法規範之妥當範圍，原則上無限制地擴張國家主權之處罰權

⁷ 第二編之罪，乃指刑法分則各種類型之犯罪。

⁸ 大塚仁等編著，同註 2，頁 105。

⁹ 山中敬一，同註 2，頁 105-106。

限。一國之刑法即使在國外亦應要求其規範妥當性之立場¹⁰。

二、(客觀) 處罰條件說

本說認為在政策上應明定處罰範圍，據此，如認犯罪成立，國外犯之處罰規定即屬客觀處罰條件。本說為通說¹¹。學者高橋則夫認為刑法場所適用範圍之法律性質為客觀處罰條件，然而，當場所適用範圍有錯誤時，不阻卻故意。另一方面，場所適用範圍之問題，亦屬日本刑法之行為規範及制裁規範保護領域之問題。此保護領域之問題為構成要件該當事實之問題，因此，其錯誤應解為阻卻故意¹²。另支持本說者認為「犯罪狀態」是對違反規範或法益侵害在規範上之評價。首先，作為法的評價就應該與犯罪事態分離，此際應以何為基準，即應從犯罪構成要件要素之規定（法益侵害等）為解釋，故犯罪主要應符合與其發生場所相對應之刑法適用，即場所適用範圍之條項；而前開場所適用範圍條項應解為屬於犯罪構成要素以外之「條件」較為妥當¹³。

三、訴訟條件說

本說主張國外犯處罰規定不是實體法上之意義，而是程序法上之問題。依此說，採裁判時說。即訴訟條件是否存在，以裁判時為認定基準。採程序法說，國外犯處罰規定，為管轄或審判權之問題，無審判權時，即應為不受理判決。應注意的是，有學者主張刑法場所適用範圍之問題應與審判權相區別。審判權原則上是國家統治權所及之領域，對身在國外之犯人，無審判權。惟對國外犯，為行使審判權，當有必要於國內審判時，則須向該犯人所在國引渡犯罪人，此時即衍生國際司法互助之必要性¹⁴。

所謂訴訟條件，從字義上解釋，乃是使訴訟適法成立實體判決之要件（條件）。現行日本刑事訴訟法第 329 條及第 337 條以下明定各種之訴訟條件，欠缺其中之一條件，即不得為實體審理，不得為實體判決，只能審查程序為形式判決（管轄錯誤、不受理、免訴）。

¹⁰ 山中敬一，同註 2，頁 106。

¹¹ 支持者如大谷實、西田典之、高橋則夫等。

¹² 高橋則夫，同註 1，頁 45。

¹³ 渡邊卓也，電腦空間における刑事的規制，早稻田大學社會科學部博士論文，2006 年，頁 110。

¹⁴ 山中敬一，同註 2，頁 106。

訴訟條件之有無，以訴因為基準判斷之。而法院無審判權，即不得進行實體審理及裁判，法院有審判權為基本之訴訟條件（日本刑事訴訟法第 338 條第 1 款）¹⁵。

四、準據法說

國外犯處罰規定是明定有關刑法適用之準據法，而所謂準據法說，係將場所適用範圍之規定，解釋為規定對於某犯罪究應遵從哪一國法律處理之要件。此外，國外犯處罰規定之性質不論是採準據法或管轄法¹⁶，當然無認識之必要，此與處罰條件相同。從日本刑法第 4 條之 2 觀察，雖無認識本條之必要，惟條約締約國課以處罰義務，則須對該當行為須有認識，即依本條處罰國外犯，以對該犯罪行為有所認識為限¹⁷。

肆、無罪判決與不受理判決之區別

一、在何種情形下為無罪判決

依日本刑事訴訟法第 336 條規定，被告事件不構成犯罪，或無犯罪之證明者，應為無罪判決。申言之，無罪判決為一實體裁判，公訴事實「不構成犯罪」及公訴事實「無犯罪之證明」，即應宣判無罪。且判決確定者禁止再以與公訴事實同一事實為起訴審判。所謂「不構成犯罪」，是指對應訴因所證明之事實不構成犯罪，及依同法第 335 條第 2 項「阻礙法律上犯罪之成立」（阻卻犯罪成立事由）--即存在有阻卻構成要件該當性事由、阻卻違法性事由及阻卻責任事由之情形。當證明之事實不構成犯罪時，一方面，除了訴因所揭示之事實不能證明外，亦無法認定法令解釋上該當之構成要件¹⁸。阻卻犯罪成立事由

¹⁵ 白取祐司，刑事訴訟法，日本評論社，2012 年，頁 231、233。

¹⁶ 甘添貴總主編、余振華主編「日本刑法翻譯與解析」一書中稱日本刑法第 4 條之 2 之規定具有世界主義及國際刑法之色彩，目的在對於國外之犯罪，若不符合第 2 條至第 4 條，而仍有「管轄權」之需要時，不能無特殊「管轄權」之條文，以因應地球村之趨勢，但本條仍須以條約為基礎，若有條約，即使不符合前述各國外犯之規定，仍可依本條取得「管轄權」。似採此說。按審判權為「一般」管轄權；而管轄權則為「具體」的審判權。審判權，指一國法院能審理民事或刑事事件之範圍及權限。管轄權，指國家如何將審判權具體分配於多數法院之間而為審判。而其相互關係則為：無審判權則無管轄權，但有審判權未必有管轄權，須依民事或刑事訴訟相關規定而定之。換言之，審判權係指劃歸法院審判的範圍，管轄權則為劃定各個法院可得行使審判權之權限。故各法院對於案件必須先有審判權，而後始生管轄權有無的問題。故前開書籍中所稱「管轄權」是否應為「審判權」之誤，或承認其前提上已有審判權，不無疑義。甘添貴總主編、余振華主編，日本刑法翻譯與解析，五南圖書，2018 年，頁 11。

¹⁷ 大塚仁等編著，同註 2，頁 105。

¹⁸ 松本時夫、土本武司、池田修、酒卷匡編著，條解刑事訴訟法，弘文堂，2016 年，頁 942；後藤昭、白取祐司編，新・コンメンタール刑事訴訟法（第 2 版），日本評論社，2013 年，頁 911。

之存否在證據上有爭議，結果存否不明時，即使被告對於此種事由之存在無法負擔舉證責任，因檢察官對前開事由之不存在須負舉證責任，仍該當無罪判決中所稱「不構成犯罪」。有學者認為處罰條件之有無，應與阻卻犯罪成立事由為相同考量¹⁹，雖未明言欠缺處罰條件應為無罪判決，但在解釋上應做如此推論。此外，即使訴因所揭示之事實構成犯罪，但與起訴狀記載之法條有顯著不同者，肯定說認為此亦屬於「不構成犯罪」之問題。但否定說主張在此情形對被告之防禦產生實質上之不利益，應視為提起公訴之問題，依日本刑事訴訟法第 338 條第 4 款為不受理判決。從當事人主義及重視被告人權保障之立場，肯定說較為妥當²⁰。

所謂「無犯罪之證明」，係指對於起訴之公訴事實（訴因）所提出之證據欠缺充足的證明。即公訴事實（訴因）所揭示之事實無法證明有超越合理之懷疑。除了檢察官方面舉證不足外，被告方面亦無法積極地舉證反對事實存在（例如公訴事實（訴因）所揭示事實不存在、有其他真正的犯人、被告不在場證明等情形）。又無自白之補強證據（日本憲法第 38 條第 3 項、日本刑事訴訟法第 319 條第 2 項），或前開所稱阻卻犯罪成立事實之存否不明之情形，亦包括在內²¹。換言之，公訴事實（訴因）之存否真偽不明時，即應依「有疑唯利被告原則」為無罪判決²²。

無罪判決與有罪判決之不同在於前者毋需揭示特別之理由，只要依裁判之一般原則（日本刑事訴訟法第 44 條第 1 項²³）附上理由，結論上依法律判斷表示「不構成犯罪」或「無犯罪之證明」其中之一即足矣，至於關於取捨選擇證據之理由，無逐一說明之必要²⁴。

二、在何種情形下為不受理判決

依日本刑事訴訟法第 338 條規定，有下列情形，應以判決宣告公訴不受理：(1)對於被告無審判權者。(2)違反第 340 條²⁵規定而提起

¹⁹ 松本時夫等編著，同註 18，頁 942；後藤昭等編，同註 18，頁 912。

²⁰ 後藤昭等編，同註 18，頁 912。

²¹ 松本時夫等編著，同註 18，頁 943；後藤昭等編，同註 18，頁 912。

²² 同註 20。

²³ 本條項規定：「判決應附理由。」

²⁴ 最判昭 35.12.16，刑集 14 卷 14 號 1947 頁。

²⁵ 本條規定：「因撤回公訴而為公訴不受理之裁定，已經確定者，於公訴撤回後以對犯罪事實發現重要新證據者為限，得對同一案件再行提起公訴。」

公訴者。(3)已經提起公訴之案件，在同一法院再行提起公訴者。(4)違反公訴提起之程序而無效者。公訴不受理判決為形式判決，為欠缺訴訟條件時所為之判決，訴訟條件存否之判斷以訴因為基準，且為法院依職權調查之事項。按訴訟條件為公訴有效之要件，亦屬實體審理及實體判決之要件，故訴訟條件必須在訴訟提起時至判決時均具備，如公訴提起時欠缺訴訟條件，即使其後補足訴訟條件，公訴提起之瑕疵是否得以治癒，日本通說採否定說²⁶，判例一般也採否定見解²⁷。

刑事審判權，基於領土主權，原則上及於日本國家領土內之日本國民及外國人，但日本天皇、攝政，及擁有治外法權之外國元首、使節，其隨行人員、家屬，因欠缺訴訟條件，日本法院對前開特定人則無審判權²⁸。此為刑事訴訟法學者所採。惟實體法學者則將前開人員區分為國內法上之情形，即天皇及攝政，依皇室典範 21 條規定，不得為任何訴追，且終身不能訴追；而國會議員依日本憲法第 51 條規定，在議院所為之演講、討論、表決，在院外不負責任；國務大臣在其任期中，非經內閣總理大臣之同意，亦受不被訴追之保障。此為人的阻卻處罰事由。至於在國際法上之外國君主、總統、其家屬、非日本國民之隨從人員、外國大使、公使、隨從人員、家屬、非屬日本國民之雇員、隨從，及經承認在日本領土內之外國軍隊或軍艦之人員，不適用日本刑法是因為欠缺訴訟條件，具備訴訟障礙事由²⁹。

伍、本案意見

一、刑法第 5 條第 11 款乃保護主義之規定³⁰

按 105 年 11 月 30 日新增刑法第 5 條第 11 款：「第三百三十九條之四之加重詐欺罪」，其修正理由為：「跨境電信詐騙案件的新興犯罪造成民眾財產鉅大損害與危害國家形象等情形，為維護本國之國際形象，並對於該類跨境加重詐欺案件，賦予我國司法機關有優先的刑事

²⁶ 松本時夫等編著，同註 18，頁 952；後藤昭等編，同註 18，頁 918；白取祐司，同註 15，頁 231。

²⁷ 大判大 5.7.1，錄 22，1191 頁；名古屋高判昭 25.12.25，判特 14，115 頁。

²⁸ 松本時夫等編著，同註 18，頁 952；後藤昭等編，同註 18，頁 918。

²⁹ 高橋則夫，同註 1，頁 47-48；大谷實，同註 1，頁 81-83。

³⁰ 參考立法院公報（2016），105 卷第 82 期院會紀錄，頁 264，法務部意見略謂：前者（指刑法第 339 條之 4 第 1 款）不僅侵害個人財產權，更侵害公眾對國家公權力之信賴，有賴刑法特別加以保護；而後者（指刑法第 339 條之 4 第 3 款）係透過廣播電視等無國界之傳播工具犯罪，易為跨國性犯罪所利用，為維護各國共通保護之法益，本部亦贊同於刑法第 5 條增列刑法第 339 條之 4 之加重詐欺罪。似謂刑法第 5 條第 11 款兼採保護主義及世界主義。

管轄權，以符合民眾對司法之期待，暨提升司法形象，爰將第三百三十九條之四之加重詐欺罪納入中華民國刑法第五條國外犯罪之適用。」本條規定同日本刑法第2條之立法例，列舉數個侵害我國重大利益之罪名，不問犯罪行為人之國籍及犯罪地，基於保護我國或我國人民之法益，凡是行為侵害我國國家與社會所公認應以國家強制力加以保護之社會生活利益或價值利益，規定有我國刑法之適用。

二、刑法未規定之國外犯無法處罰之法律性質應採（客觀）處罰條件說

關於刑法場所適用範圍之法律性質，雖有四種不同學說，但首先須考量究應從實體法或程序法來解決這個問題。日本學者多數從實體法分析，究其理由，乃此與罪刑法定主義有關，為定性刑法之適用，須兼顧行為人之人權保障，將法律適用與罪責合一，而非割裂處理，程序法說依裁判時法，混淆了實體及程序，此其一；基於代理處罰主義，當透過刑事司法互助，即先已設定審判權存在，倘若再回頭討論有無訴訟條件之問題，顯已與代理處罰主義衝突，此其二；所稱欠缺訴訟條件，具有訴訟障礙事由，係針對免責權、免訴權、或者是外交人員等之刑事豁免權，此為國際刑法上之問題，應與審判權相區別，此其三。由此可見，刑法場所適用範圍之法律性質應採實體法說。

其次，究採構成要件說？或客觀處罰條件說？須進一步討論保護主義之目的。有鑑於如採構成要件說，行為人行為時須對其行為是否適用本國刑法，是否構成犯罪有所認識或預見，從保護主義之觀點，我國刑法第5條列舉數個侵害國家、社會重大利益之犯罪，既不問犯罪行為人之國籍及犯罪地，其目的是在保護我國公權力，如果再限縮行為人主觀上須對適用國內法有所認識或預見，前揭目的將因檢察官舉證之困難而落空。

而客觀處罰條件係指於某行為已然確認成立犯罪後，為限制刑罰權發動，另以一定客觀事實之具備，始對該行為人加以處罰之特別制約事由。由於此條件與行為或行為人本身之評價無關，而純為外界存在之客觀事實，故稱「客觀」；再因此類條件乃於犯罪成立後，針對需否處罰行為人一事所設之附加要件，故謂「處罰條件」。客觀處罰條件只會認定「客觀存在即可」，至於行為人主觀上有無認識或預見，

在所不問。客觀處罰條件與故意或過失並無關係，只要單純客觀上純在即可。相較於構成要件說，此說符合保護主義及世界主義之目的，於實務執行較無窒礙。

三、中華民國人民在中華民國領域外（含香港與澳門）犯刑法第 5 條至第 7 條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院應以行為不罰為無罪判決

我國刑事訴訟法第 301 條第 1 項規定：「不能證明被告犯罪或其行為不罰者應諭知無罪之判決。」本條所稱「不能證明被告犯罪」及「其行為不罰」，同日本刑事訴訟法第 336 條規定，被告事件不構成犯罪，或無犯罪之證明者。「其行為不罰」是指對檢察官提起之公訴事實，即存在有阻卻構成要件該當性事由、阻卻違法性事由及阻卻責任事由之情形。處罰條件之有無，應與阻卻犯罪成立事由為相同考量。換言之，行為人對於客觀處罰條件是否具備故意或過失均不影響論罪之判斷，雖「不罰」不等於「不適用之」，惟「不適用之」等同行為人之行為不具備（客觀）處罰條件。客觀處罰條件存在，則具構成要件該當性、違法性、有責性的行為即構成犯罪；而若欠缺客觀處罰條件，則即使具構成要件該當性、違法性、有責性的行為，仍應為無罪判決。至於反對此說者認為，為無罪判決後，依刑事訴訟法第 316 條第 1 項規定，視為撤銷羈押，進而衍生刑事補償之問題，如此倒果為因之理由無以為立論之根據。

綜上論結，本案徵詢之法律問題：中華民國人民在中華民國領域外（含香港與澳門）犯刑法第 5 條至第 7 條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院應以行為不罰為無罪判決。