

最高檢察署

刑事大法庭言詞辯論意旨書

(110 年度台上大字第 5557 號)

檢察官 朱朝亮

蔡秋明

林麗瑩

李進榮

林俊言

本案提案之法律問題

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

目錄

壹、本件提案之法律問題	1
貳、與法律爭點相關之本案事實	1
參、本案所涉及之我國法律條文	2
肆、本案法律問題之實務見解	3
一、無罪說	3
二、不受理判決說	4
伍、對本案法律問題之學說見解	4
陸、本案所涉之外國立法例與實務見解	5
一、日本法	5
二、德國法	5
三、美國法	6
柒、本署對本案法律問題之意見	7
一、刑法第 3 條至第 8 條規定(刑法適用法)具有定我國刑事法院審判權之法律性質	7
(一)刑法適用法之規定同時界定我國法院在國際上審判權的範圍，屬於訴訟要件，是案件審查的第一個步驟.....	8

(二)刑法適用法規定的要件與刑法罪名的構成要件要素不同，而是其適用的前提要件.....	9
(三)刑法適用法並非準據法的規定.....	10
(四)刑法適用法與客觀處罰條件.....	11
1.構成要件內的客觀處罰條件.....	11
2.德國通說：刑法適用法為構成要件外的客觀處罰條件 ...	12
二、刑法第3條至第7條所稱「適用之」，係定我國審判權之範圍，與刑法所稱「不罰」指具體行為不構成刑事處罰，兩者不同，前者是進入判斷有無「不罰」之前提要件	13
三、因不符刑法適用法之要件，如為無罪判決，將有實體確定力，影響再追訴的可能性及國際司法互助	15
(一)就阻斷將來追訴可能性而言：.....	16
1.代理管轄權之取得法則.....	16
2.刑事管轄權之再取得.....	16
(二)國際司法互助之拒絕法則.....	17
捌、結論	18

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

111 年度台庭蒞字第 5 號

提出人 最高檢察署檢察官朱朝亮

上訴人

即被告 蘇柏誠 年籍詳卷

上列被告因加重詐欺案件，最高法院提案庭(刑事第五庭)就本提案之法律問題所擬採為裁判基礎之法律見解，認與最高法院先前裁判之法律見解歧異，已於 111 年 1 月 26 日裁定將此法律問題提交最高法院刑事大法庭裁判(110 年度台上大字第 5557 號)，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述如下：

壹、本件提案之法律問題

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

貳、與法律爭點相關之本案事實

被告蘇柏誠係中華民國人民，得知告訴人高維辰因違反銀行法案件被通緝而藏匿在泰國，欲返國又恐遭羈押，被告遂與共同正犯 2 人，共同基於詐欺取財之犯意聯絡，先後於民國 104 年 6 月、9 月、10 月間在泰國曼谷，及於 105 年 4 月 25 日在香港，對告訴人佯稱熟識警察及司法人員，可安排返國歸案而不被羈押，致告訴人陷於錯誤陸續共支付美金 4 萬元。嗣告訴人於 105 年 4 月 26 日從香港搭機回臺灣，於桃園國際機場入境後為法務部調查局人員逮捕歸案，並由檢察官聲請法院羈押獲准，始知受騙。

原判決以被告係於 105 年 12 月 2 日修正公布施行之刑法第 5 條增列「第 11 款、第 339 條之 4 之加重詐欺罪」之前，在泰國曼谷及香港，涉犯刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺罪嫌，依被告行為時之刑法第 5 條至第 7 條規定，及香港澳門關係條例第 1 條、第

43 條第 1 項之特別規定，中華民國人民在該條款施行前，於中華民國領域外(含香港與澳門)犯該罪，並無我國刑法之適用，無從追訴、審判而無審判權，依刑事訴訟法第 303 條第 6 款規定，諭知被告被訴加重詐欺罪嫌部分公訴不受理。檢察官不服提起上訴，指摘依原審認定之事實，被告所為係刑法第 7 條之不罰行為，應依刑事訴訟法第 301 條第 1 項行為不罰之規定，諭知無罪之判決，而非不受理判決。

參、本案所涉及之我國法律條文

刑法第 5 條

本法於凡在中華民國領域外犯下列各罪者，適用之：

- 一、內亂罪。
- 二、外患罪。
- 三、第 135 條、第 136 條及第 138 條之妨害公務罪。
- 四、第 185 條之 1 及第 185 條之 2 之公共危險罪。
- 五、偽造貨幣罪。
- 六、第 201 條至第 202 條之偽造有價證券罪。
- 七、第 210 條、第 214 條、第 218 條及第 216 條行使第 211 條、第 213 條、第 214 條文書之偽造文書罪。
- 八、毒品罪。但施用毒品及持有毒品、種子、施用毒品器具罪，不在此限。
- 九、第 296 條及第 296 條之 1 之妨害自由罪。
- 十、第 333 條及第 224 之海盜罪。
- 十一、第 339 條之 4 之加重詐欺罪。

第 6 條

本法於中華民國公務員在中華民國領域外犯左列各罪者，適用之：

- 一、第 121 條至第 123 條、第 125 條、第 126 條、第 129 條、第 131 條、第 132 條及第 134 條之瀆職罪。
- 二、第 163 條之脫逃罪。

三、第 213 條之偽造文書罪。

四、第 336 條第 1 項之侵占罪。

第 7 條

本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。

肆、本案法律問題之實務見解

一、無罪說

刑法適用法屬於實體法範疇，故當非屬刑法之適用範圍時，應為無罪之判決。最早由司法院於 39 年作成院解字第 3619 號解釋，針對中華民國人民在領域外犯重婚罪之情形，認為縱令回國同居，依刑法第 7 條規定不適用刑法處罰。但此號解釋並未說明所謂「不適用刑罰處罰」的具體法律效果究應為無罪或不受理之判決。最高法院 60 年台非字第 61 號判例則明確認此種情形屬於刑事訴訟法第 301 條第 1 項之行為不罰，而應諭知無罪之判決。最高法院 81 年度台上字第 1413 號判決進而說明：「按行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，刑法第 1 條定有明文，又依刑法第 11 條前段及第 5 條、第 6 條、第 7 條規定，中華民國人民在中華民國領域外犯刑法第 5、6 條以外其最輕本刑為 3 年以上有期徒刑以外之罪者，不適用之。易言之，此種行為係屬不罰，如經起訴，應為無罪之判決，原判決竟認此部分係無審判權，應不另為不受理之諭知，自屬違誤。」之後最高法院 89 年度台上字第 1334 號判決更闡明：「如非屬刑法或特別刑事法令所規定處罰之行為，則屬實體上判決之範疇。刑法第 7 條前段規定：本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前 2 條以外之罪，而其最輕本刑為 3 年以上有期徒刑者適用之。依其反面解釋，我國人民在我國領域外犯同法第 5、6 條以外之罪，而其最輕本刑非為 3 年以上有期徒刑者，則屬不罰（司法院院解字第 3619 號解釋參照），此係

實體上之規定。」(最高法院 97 年度台非字第 121 號判決亦採相同意旨)

二、不受理判決說

法院受理案件，其審查順序，係先程序、後實體。倘從程序方面審查結果，認為不符合程序規定要件，例如無審判權等情形，即當逕受程序判決，無從進而為實體判決之餘地。而刑事審判權的判斷，係以刑罰權存在之可能性作為決定之基礎，而刑罰權存在與否須仰賴實體刑法之適用可能性，始能決定刑罰權乃至於審判權之存否。亦即，當行為人所為之行為事實得為刑法效力所及時，則對該案件之程序處理具有審判權存在，亦即審判權之判斷標準乃取決於刑法得以適用之效力範圍，而刑法效力適用範圍之決定原則有 4 種標準，分別是屬人原則、屬地原則、保護原則以及世界法原則。因此，當依據此 4 種原則為基準予以判斷結果無法適用本國刑法時，則無審判權存在，此時在偵查中檢察官應依刑事訴訟法第 252 條第 7 款法院對於被告無審判權，而非第 8 款行為不罰之規定為不起訴處分；若誤予起訴者，法院應依刑事訴訟法第 303 條第 6 款對於被告無審判權規定為不受理，而非無罪之判決。簡言之，法院必先有審判權，始有管轄權，兩者兼具，始能為實體之（有罪、無罪）判決。(最高法院 83 年度台上字第 326 號判決採此見解)

伍、對本案法律問題之學說見解

我國學者大部分見解認為：

我國刑法第3條以下為刑法適用法之規定，除了是刑法效力範圍的規定，也是我國法院刑事審判權範圍的規定，個案如無我國刑法適用時，應屬訴訟要件欠缺，或稱有訴訟障礙事由¹，或無實體刑罰權²，偵查中，檢察官應依刑事訴訟法第252條第7款無審判權為不起訴處分，

¹ 許澤天，刑法總則，二版 2021，頁 37；王效文，刑法適用法之規範性質與原則，成大法學，第十期，111 頁。

² 林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，2020 年 9 月 10 版，28 頁。

已經起訴之案件，法院應依刑事訴訟法第303條第6款為不受理判決³。

陸、本案所涉之外國立法例與實務見解

一、日本法

依日本刑事訴訟法(以下簡稱日本刑訴法)第338條、第339條，欠缺一定訴訟條件，得以公訴不受理之裁判，終結訴訟程序。

日本刑訴法第338條第1款：「有左列情形者，應以判決宣告公訴不受理：一、對於被告無審判權。」審判權是與立法權、行政權對立之統治作用中的司法權，係基於領土主權而生，原則上及於日本國內之日本國民、外國人，但對於天皇、攝政、有治外法權之外國元首、外交官、外國船艦內之船員於公務中、登陸時之犯罪，均無審判權⁴。

另外，日本刑法第3條有積極屬人主義的規定，日本國民在國外涉犯該條所定之犯罪，日本法院亦有審判權⁵，縱然被告在外國被俘虜之期間，日本法院的審判權處於事實上無法行使之狀態，但嗣後事實上得行使審判權，當然可以處罰其違法行為⁶。

綜上，被告在領域外為日本刑法第3條所列以外之犯罪，日本法院對之無審判權，對被告無審判權，是訴訟條件欠缺，如經起訴，法院應依日本刑訴法第338條第1款為不受理判決，若起訴書有無法送達之情，則應依照第339條第1項第1款為不受理裁定⁷。

二、德國法

德國刑法第3條至第7條即相當於我國刑法第3條至第8條之規定，

³ 其他學者逕以無審判權，認檢察官應為不起訴處分，法院應為不受理判決者，尚有許玉秀，參見罪刑法定原則的構成要件保障功能(上)，月旦法學雜誌第123期，2005.8，頁27；柯耀程，刑事程序論，2019，149頁。

⁴ 三井誠等編著，新基本法コンメンタール刑事訴訟法，日本評論社，2018年4月14日，第3版，553頁(河源俊也執筆)。

⁵ 淺田和茂、井田良編著，新基本法コンメンタール刑法，日本評論社，2017年9月30日，第2版，16頁(辰井聡子執筆)。

⁶ 最判昭28・10・27刑集第7卷10号2009頁 <https://reurl.cc/OpoDrg>(最後瀏覽：2022年3月10日)。判決要旨：<https://reurl.cc/LpoDaa>(最後瀏覽：2022年3月10日)。

⁷ 河上和雄、小林充、植村立郎、河村博(編著)，注釈刑事訴訟法(第3版)第6卷§317~§350の14，立花書房，2015年4月，725頁(福崎伸一郎執筆)。

一般稱之為國際刑法(internationales Strafrecht)，或刑法適用法(Strafanwendungsrecht)，規範內容以德國法院適用德國刑法審判的範圍⁸，特別是一個具有涉外因素的具體犯罪事實，透過上開規定，確認德國對其有刑罰權，同時也確認德國法院對其具有審判權(Strafgerichtsbarkeit)⁹，如無法滿足上開規定之要件，屬於訴訟障礙事由(Verfahrenshindernis)，法院應終止程序，而非為無罪判決¹⁰。實務判決可參照：BGHSt 34,1(3), BGH NJW 1995,1844。

依照上開德國刑法第7條第2項第1款之規定，即屬於規範領域外犯罪的積極屬人主義，其規定，在德意志聯邦共和國領域外之其他犯罪(指同法第3條至第7條第1項以外之犯罪)，依犯罪地之法律得處以刑罰或犯罪地不屬於任何刑罰權之下者，如行為人行為時是德國人或行為後成為德國人，適用德國刑法。如無法滿足該條之規定，例如依犯罪地之法律不構成犯罪，又無同法第3條至第7條第1項之情形時，德國法院無審判權，應為終止程序之決定(即我國之不起訴處分或不受理判決)。

三、美國法

對於在領域外犯罪，美國法院無審判權之情況時，依照聯邦刑事訴訟規則12(b)(2) (Rule§12(b)(2), Federal Rules of Criminal Procedure)之規定¹¹，是「無地域管轄權lack of territorial jurisdiction」，法院應是依聲請駁回起訴(dismiss the indictment)，較類似我國的不受理判決，而不是判無罪判決(acquittal)。至於實際案例可以參照：United States v. Roberts, 1 F. Supp. 2d 601 (E.D. La. 1998)。

⁸ Satzger, Internationales und Europäches Strafrecht, §3 Rn.4.本書已由王士帆教授翻譯出版(國際刑法與歐洲刑法，2版，2019年10月)，本文參考中文版。

⁹ Kinderhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5.Aufl. 2017, Vor. §§3ff, Rn.8

¹⁰ Roxin/Schönemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, S.32

¹¹ Rule§ 12(b)(2) : Motions That May Be Made at Any Time. A motion that the court lacks jurisdiction may be made at any time while the case is pending..

柒、本署對本案法律問題之意見

本法律問題，應定性為無審判權之訴訟要件欠缺事由，偵查中檢察官應為不起訴處分，審理中法院應為不受理判決，理由如下：

一、刑法第 3 條至第 8 條規定(刑法適用法)具有定我國刑事法院審判權之法律性質

適用刑法涉及國家司法高權，即國家的刑罰權。但當犯罪與其他國家高權有關，例如在外國犯罪或行為人為外國人的情況，而屬於涉外刑事案件，此時國家刑罰權的行使，需有可讓我國與該刑事案件聯繫的正當因素，而使我國刑法能夠加以適用於該案件¹²。

當然在刑事案件上，國家司法高權指的是國家刑罰權的層次，而一國的刑罰權在相對於行為人以及其他國家而言，該國有權對特定的行為進行刑事處罰¹³，亦即進行刑事訴追，而進行刑事訴追則屬於法院審判權的層次。國家刑罰權並非不可指明適用外國的刑法¹⁴，亦即我國法院可以在具體個案適用外國的刑法對特定犯罪加以追訴。不過大多數國家，包括我國，原則上刑事法院並不會適用他國之刑法，而是藉由規定自己國家刑法適用的範圍，同時界定國家刑罰權的範圍，而使得一國刑法適用範圍與國家刑罰權範圍基本上是一致的¹⁵。此外，如果案件事實與本國的司法利益無關，應該也沒有國家會想用該國刑法處理該案，縱使強加適用，除了容易引起主權衝突外，也會違反國際法上一般性的禁止權利濫用原則(Verbot des Rechtsmißbruchs)¹⁶。因此如上所述，刑事案件必須有一個正當的聯繫因素，才能定一國的刑法適用範圍。聯繫因素的正當性來自國際法所承認的相關國際刑法適用原則(Pinzipien des Internationalen Strafrechts)，如屬地原則、國旗原

¹² 許澤天，前揭書，37 頁。或稱合理的聯繫因素(sinnvoller Anknüpfungspunkt)，Vgl. Satzger, a.a.O., § 4 Rn.2.

¹³ Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeine Teil, 5., vollst. neubearb. und erw. Aufl. 1996, S.163.

¹⁴ Jescheck/Weigend, a.a.O., S.163.

¹⁵ 例外情形如瑞士刑法典第 64 條，參照：上註，頁 164。

¹⁶ Jescheck/ Weigend, a.a.O., S.165.

則、保護原則、世界原則等¹⁷。至於我國刑法第3條至第8條有關我國刑法適用範圍之規定，亦分別採用上開相關原則，定我國刑法適用範圍，其具有如何之法律性質，因涉及訴訟上應該如何適用、審判，以下分四點說明之：

(一)刑法適用法之規定同時界定我國法院在國際上審判權的範圍，屬於訴訟要件，是案件審查的第一個步驟

我國刑法第3條至第8條即在規定刑法的適用範圍，基本上分別依照相關聯繫因素的國際上刑法適用原則，訂定我國刑法的適用範圍。其中第7條關於我國人民在我國領域外犯同法第5條、第6條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用我國刑法之規定，即屬採用積極的屬人原則¹⁸。

因此刑法第3條至第8條之規定，即所謂學理上所稱刑法適用法(Strafanwendungsrecht)，決定我國刑法適用的範圍。而如前所述，透過刑法適用法的規定，同時也決定了我國刑罰權的範圍。而國家刑罰權是經由刑事訴訟的審判來加以確定。所以一般認為只要是國家刑罰權可及之案件，該案件就落入該國刑事審判權可審理的範圍¹⁹，當有具體涉外刑事案件發生時，須視刑法適用法判斷我國司法機關可否進行追訴、法院可否審理，以實現我國之刑罰權，而屬於我國(刑事)法院審理權限的範圍，即刑事審判權，因此刑法適用法事實上也成為我國刑事審判權在國際上相對於其他國家的範圍規定(internationale Strafgerichtsbarkeit)，因此一般認為刑法適用法具有雙階決定的意義²⁰。當然，在審判權的層次，尚有其他基於國際法或憲法上之理由限縮一國之審判權，例如對於有治外法權之外國元首、外交官等依條約或國

¹⁷ 國內介紹刑法的適用原則 參見：林鈺雄，新刑法總則，2021年8月9版，75-80頁；王效文，前揭文，115-129頁；朱朝亮，國際司法互助之總則：國際管轄原則、司法互助之義務、司法互助之權利，月旦法學教室第99期，2011年1月，95-99頁。

¹⁸ 參見王效文，前揭文，123頁；朱朝亮，前揭文，96頁。

¹⁹ Roxin/Schönemann, a.a.O., S32.

²⁰ 在此的雙階意義是指：第一階，相對於行為人、國際其他國家，決定本國的審判權範圍(internationale Strafgerichtsbarkeit)，第二階是決定刑法的適用，Vgl. Roxin/Schönemann, a.a.O., S.32.

際慣例享有外交豁免權；又如我國憲法第73條規定立法委員於立法院內所為之言論及表決，對外不負責任，因此立委於立法院質詢時，縱涉有誹謗官員之行為，一般認為不在刑法適用範圍²¹。至於刑事訴訟法及法院組織法中相關管轄權的規定，則屬於處理內國刑事審判權之行使與分配問題²²。

綜上，如果刑事案件具有涉外因素，必須先依照刑法第3條至第8條規定審查，除了決定是否適用我國刑法外，也同時決定我國法院是否得加以審判，亦即刑法第3條至第8條就程序法面向而言，屬於我國法院有無審判權之規定。而一個案件是否得由內國法院加以審判，亦即一國刑罰權是否及於該案，屬於訴訟之前提要件(Verfahrensvoraussetzung)，如有欠缺(不為該國刑罰權所及)，構成訴訟障礙(Verfahrenshindernis)或訴訟要件(Prozessvoraussetzung)不具備²³，在我國刑事訴訟法上即可歸類為訴訟要件之欠缺，在偵查中應依刑事訴訟法第252條第7款，法院對被告無審判權者，檢察官應為不起訴處分；若起訴後，則法院應依刑事訴訟法第303條第6款，法院對於被告無審判權者，應諭知不受理判決。

(二)刑法適用法規定的要件與刑法罪名的構成要件要素不同，而是其適用的前提要件

在刑法分則各罪的構成要件規定，除妨害國交罪章罪名外，大多未直接對犯罪地、行為人或被害人的國籍有所規定，一般僅單就行為、行為客體與結果作要件之規定。因此若就構成要件文義，似乎所有符合該規定之事實都屬於構成要件該當，而不問犯罪地、行為人或被害人之國籍，如此將賦予刑法一種普世效力(Weltgeltung)。或有認為刑法屬於內國法，不應具有跨越內國的適用，或有認為刑法罪名規定本

²¹ 參見林鈺雄，前揭新刑法總則，頁80。關於立委言論免責權，學者進一步說明，此屬於個人排除刑罰事由，僅適用於該特定之人，而認其不構成犯罪(似乎認非無審判權)，見同書，327頁。

²² Vgl. Roxin/Schönemann, a.a.O., S33ff.; 王效文，前揭文，110頁。

²³ Vgl. Roxin/Schönemann, a.a.O., S.32, 149; Kinderhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., Vor. §33ff, Rn.8; Fischer, StGB, 67 Aufl., 2020, Vor. §3-7, Rn.1.

有普世效力，僅國家透過對於本國刑法適用的規定自我設限²⁴；惟無論如何，刑法分則或其他特別刑法之適用，必須在空間、事件因素以及對人的效力範圍，結合刑法適用法(即我國刑法第3條以下之規定)，來先一步地確定其適用範圍²⁵。

如上所述，一方面，刑法各罪構成要件本身，並未處理其適用在何種空間或對人的效力；另一方面，刑法適用法也未涉及罪名的構成要件要素，而是其前提要件²⁶，在個案是否構成某特定構成要件並違法且有責的判斷之前，必須先要審查是否滿足刑法適用法的規定。因此也有稱刑法適用法為可刑罰性之實體前提要件(materielle Voraussetzungen der Strafbarkeit)²⁷，亦即在實體法面向，刑法適用法並非犯罪構成要件，而是其適用的前提。刑法適用法的審查，必須在案件一開始的第一個步驟為之²⁸。

(三) 刑法適用法並非準據法的規定

由於刑法第3條以下關於刑法在空間上的適用範圍規定，在德國學說上除使用「刑法適用法」外，經常冠以「國際刑法」(internationales Strafrecht)之名，會讓人以為相關條文涉及國際法，但刑法適用法僅是單純處理內國法適用範圍，只是這些規定透過國際法上認為正當或合理的聯繫因素，將國家刑罰權的範圍擴大及於跨國之犯罪事實，其本身與國際法無關，而是有關內國法的規定²⁹。此外，國際刑法的用語，也讓人聯想到國際私法(Internationales Privatrecht)。國際私法主要在處理當一個民事案件事實牽涉到多國時，應適用何國私法以及由何國法院管轄的規範，故一般也稱為純正衝突法(echtes Kollisionsrecht)³⁰。如上所述，刑法適用法在第一個層次上是確認國家

²⁴ 兩種見解之說明，參見王效文，前揭文，96頁。

²⁵ Satzger, a.a.O. §3 Rn.13.

²⁶ Fischer, a.a.O., Rn.30.

²⁷ Gless, Internationales Strafrecht- Grundriss für Studium und Praxis, 2.Aufl. Basel 2015 Rn.119.

²⁸ Satzger, a.a.O., §3 Rn.3.

²⁹ Satzger, a.a.O. §3 Rn.4.

³⁰ Satzger, a.a.O. §3 Rn.3.

刑罰權存在，理論上國家刑罰權並非不可指明適用外國的刑法，特別是一國刑罰權延伸領域外，同一犯罪事實可能落入多重刑法秩序中，如果要確認何者對犯罪事實才是適用之關鍵，這便類似國際私法的情況，有所謂解決衝突的法規範(Kollisionsnorm)。但是除了瑞士舊刑法第5條第1項有出現過適用外國刑法的規定外，目前大部分國家對於刑罰權範圍的規定，都只處理本國法院依本國刑法審理的範圍。我國刑法第3條以下基本上也是採如此規定模式，並不處理一犯罪事實有多個國家刑法可適用而發生衝突時，決定適用哪國刑法之規範，亦即並不是決定準據法之規定。刑法適用法目的在於單方面認定內國實體刑法適用的範圍，而不在於化解適用何國法的衝突³¹，因此刑法第3條以下之規定，至多就是刑法的「適用法」，而非決定準據法的衝突法。

（四）刑法適用法與客觀處罰條件

1.構成要件內的客觀處罰條件

按刑法分則各本條之客觀犯罪要件中，可分客觀不法構成要件及客觀處罰條件。前者為犯罪之不法內涵，故必須行為人對於該要素之事實有所認識者，始足當之；後者，其事由本身不具犯罪之不法內涵，僅因立法者基於刑事政策比例原則之考量，而針對各別犯罪特設之刑罰限制條件，以提高國家發動刑罰權之門檻。故行為人有無認識該事實，並不影響本罪故意之成立。易言之，倘該特定事由乃犯罪行為之不法內涵者，即屬客觀不法構成要件要素，不能視之為所謂「客觀處罰條件」，不得無視行為人對此事由有無故意，均予處罰，反之，若屬客觀處罰條件，不論被告對該要素事實之認識有無故意過失，一旦該條件具備即具備可罰性，否則即屬不罰行為。又稱客觀處罰條件者（又稱客觀可罰條件）諸如：刑法第146條第2項之妨害投票罪，其中「取得投票權」並非構成要件要素，即屬「客觀的處罰條件」。次如同法第238條詐術結婚罪所定「婚姻無效之裁判或撤銷婚姻之裁判確

³¹ Roxin/Schönemann, a.a.O., S.32; Satzger, a.a.O. §3 Rn.4

定者」，一旦此處罰條件之客觀事實存在（婚姻經法院判決宣告無效或撤銷確定），即使行為人對此事實無直接或間接故意，仍不影響該罪之成立。又如刑法第283條聚眾鬥毆致人於死或重傷罪之立法形式，一般學說上即認係經立法者加以須發生致人死亡或受重傷之結果，始予處罰之客觀處罰條件。再如修正後之公平交易法第35條對於違反第10條、第14條及第20條第1項規定者，基於「比例原則」及「先期預警」等理由，採取「先行政後司法」之處理方式，亦即在犯罪構成要件上，附加一客觀處罰條件，用以限制國家對違反公平交易法行為之刑罰權行使界限；再如破產法第154條之詐欺破產罪，以破產宣告為客觀處罰條件。凡有此等事由時，檢察官應以刑訴法第252條第8款之行為不罰，為不起訴處分，法院則應依刑訴法第301條第1項後段之行為不罰，為無罪判決。

一般之客觀處罰條件，立法者皆基於刑事政策比例原則之考量，按各罪之不法內涵，分別特設其各自之刑罰限制條件，以提高國家發動刑罰權之門檻，故而上開客觀處罰條件之內容，皆分別規定在刑法分則或刑事特別法各本條文之中，而非統一規定在刑法總則之中。而刑法第7條各罪之不適用本國刑法，應是法院有無審判權之訴訟條件欠缺問題，或稱妨訴障礙之問題，此時檢察官應為不起訴處分，倘誤為起訴時，法院應為不受理判決。若解釋為構成要件之客觀處罰條件，則應為無罪判決，顯與其為無審判權之訴訟要件欠缺之定性不符。

2. 德國通說：刑法適用法為構成要件外的客觀處罰條件

惟德國學界與實務界普遍將刑法適用法視為客觀處罰條件³²。首先刑法適用法之規範並不涉及行為規範，與界定行為是否不法無關，因此並非在禁止錯誤處理的範疇，亦即行為人對於某一國家的刑法秩序是否可以適用到其所為之行為的認知產生錯誤，並非德國刑法第17條(即我國刑法第16條)所謂之禁止錯誤。又因為刑法適用法的要件規

³² 德國相關學說、實務見解，參照許澤天，前揭書，37頁，註60；王效文，前揭文，108頁，註39。

定，如上所述不被認為是構成要件要素，因此也不能主張構成要件錯誤，也因其並非構成要件要素，與一般規定在刑法各罪客觀構成要件的客觀處罰條件不同，或有稱之為非與構成要件結合的客觀處罰條件(nicht-tatbestandsgebundene objective Bedingungen der Strafbarkeit)³³，或有稱之為客觀處罰(先決)條件(objective (vor)Bedingung der Strafbarkeit)³⁴，在此，「先決」意味著刑法適用法的問題乃是犯罪審查的第一步，而非如同一般客觀處罰條件，當作附屬在犯罪構成要件之要素來審查。既然是客觀處罰條件，顯示行為人對於其行為是否適用我國刑法來加以審判、處罰，不需要有認識，亦即不影響其主觀故意的認定。不過對於行為人是否主觀上不用認識到非自己所在法秩序內之他國刑法規範一節，仍有學說認為，雖然行為人不須認識到該他國刑法規範之確實內容，但至少應該要認識到其行為可能會進入到他國刑法的適用範圍內，否則還是會影響其故意責任³⁵。

二、刑法第3條至第7條所稱「適用之」，係定我國審判權之範圍，與刑法所稱「不罰」指具體行為不構成刑事處罰，兩者不同，前者是進入判斷有無「不罰」之前提要件

如上所述，刑法第3條至第8條(第8條係外國人在領域外對我國人犯罪，「準用」第7條之規定)所謂刑法適用法，係定我國刑法的適用範圍及同時定我國刑事法院的審判權範圍，同時具有實體法與程序法的面向，但在實體法的面向上，是判斷可罰性(Strafbarkeit)的前提要件，亦即在進入判斷行為是否構成要件該當、違法、有責性前，首先要進行審查的事項。刑法適用法不是犯罪構成要件，也不是行為規範，與判斷行為不法性無關。

至於相關刑事實體法上所規定的「不罰」，就文義而言，是指不處罰，進一步而言，可以說是行為不構成犯罪(所以不處罰)，亦即具

³³ Jescheck/Weigend, a.a.O., S.180

³⁴ Stazger, a.a.O. §5 Rn.7

³⁵ 相關學說介紹參見王效文，前揭文，109-110 頁。

體行為並無刑事處罰。如果就相關體系解釋而言，目前在實體刑法出現不罰的狀況，大略可粗分以下情況：

欠缺責任要件或免責之情況：

如刑法第12條第1項：行為非出於故意或過失者，不罰；第18條第1項：未滿十四歲人之行為，不罰；第19條第1項：行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰等等。

又如刑法第294-1條阻卻遺棄罪成立之事由；誹謗、公然侮辱罪的免責條款如刑法第310條第3項本文：對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰；第311條善意發表言論之免責等。

有阻卻行為違法性者：

如刑法第21條第1項：依法令之行為，不罰；同條第2項本文：依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。第22條：業務上之正當行為，不罰；第23條本文：對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰；第24條第1項本文：因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰；第26條：

有屬於構成要件不該當或錯誤者：

如野生動物保育法第51-1條，原住民未經許可，獵殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭祀或非為買賣者，首次犯，不罰；刑法第26條：行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。

此外，廣義而言，也有認為犯罪構成要件不備，即行為不成立犯罪(例如毀損行為卻未致令不堪用)，或行為僅屬觸及行政罰範圍，而無刑事處罰者³⁶

綜上文義及體系的解釋說明，在我國法體系下，法文規定「不罰」者，必須進入構成要件、違法或有責性之判斷。刑事訴訟法第301條第1項規定，不能證明被告犯罪或其行為不罰者，應諭知無罪之判決，

³⁶ 參見劉幸義，由法律用語理論-區分「不罰」、「不犯罪」與「無罪」之用語與概念，收於法律概念與體系結構：法學方法論文集，128 頁以下說明。

前者屬於證據不足的問題，後者則屬於上開所指行為在違法性、有責性或構成要件該當性有阻卻事由³⁷，或有構成要件不合致的情況。惟無論如何，在我國法體系下，所謂構成無罪的「不罰」事由，均必須進入實體行為事實之認定，而刑法適用的問題，則屬於可罰性前提要件，亦即必須在進入犯罪構成要件、違法、有責判斷前，所要滿足的要件，因此欠缺刑法適用法所規定的要件，與法律規定「不罰」層次不同，不能與不罰等價。前者應為進入後者判斷之前提要件。

因此國外實務均認為欠缺刑法適用法要件時，為訴訟要件的欠缺，應為程序性處理，例如為不受理判決(日本)或終止訴訟(德國)或駁回起訴(美國)，而非為無罪判決。

三、因不符刑法適用法之要件，如為無罪判決，將有實體確定力，影響再追訴的可能性及國際司法互助

程序的不受理判決，僅有形式的確定力，並不生一事不再理的既判力，而無罪判決為實體判決，原則上必須進行實體審理(證據調查及言詞辯論)，無罪判決確定後對該案件產生既判力，即一事不再理之效力³⁸。

本件法律問題所指，中華民國人民在中華民國領域外(含香港與澳門)犯刑法第5條至第7條以外之罪，而無我國刑法之適用時，亦即不符合刑法第7條可適用我國刑法之要件，依照上開說明，法院即應從程序上認為我國法院無審判權，依刑事訴訟法第303條第6款為不受理判決。而毋庸進入實體審查，此時若依不罰說，須為無罪判決，不僅須踐行證據調查、言詞辯論等程序，該判決將產生實質確定力，而有一事不再理之效力。不僅有違刑法適用法不涉及實體可罰性判斷的本質(僅其前提要件)，對案件意外產生實體確定力，結果將危及將來追訴的可能性，也因為一事不再理的禁止雙重危險原則，對於國際司法互助亦可能產生障礙。

³⁷ 參見陳樸生，刑事訴訟法實務，重訂3版，1990，338頁。

³⁸ 林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，59-61頁。

(一)就阻斷將來追訴可能性而言：

對於不符刑法適用法要件之案件，雖我國無審判權，但國際上對於本無管轄權之案件，基於國際共同打擊犯罪，司法互助原則，仍有可能因國與國之間訂定條約或合意，而在特定情況下，基於追訴之便捷性，使原本無管轄權之國家，取得管轄權(即刑事審判權)：

1.代理管轄權之取得法則

基於兩國間簽訂之刑法共通適用條約，對於本無管轄權之刑事案件，因有管轄權國請求代行管轄權，致原無管轄權國家因此得以代行該刑案之管轄權。如德國人A在荷蘭飆車被舉發後翌日逃往德國。基於國人不引渡、輕罪不引渡之法則及訴訟經濟考量，此時荷蘭得將案件移請德國，請求德國追訴A之飆車罪行，此時德國即得按德國刑法追訴A之飆車罪行，並在德國執行A科處之罰金刑。此乃基於兩國簽訂刑法共通適用法則之條約，因此德國即得就A在荷蘭違反道路交通之犯罪，代理荷蘭依德國法對之為追訴處罰，因此而有「代理管轄主義」之新刑法適用法則誕生³⁹。此時原無管轄權國家，即得適用內國刑法對在外國之犯罪行為進行追訴⁴⁰。

2.刑事管轄權之再取得

雖依本國刑法規定對某犯罪無固有審判權，但基於「或引渡或追訴（又稱不引渡即追訴）」之國際條約或國際慣例，或基於有管轄權國家追訴移管之代理管轄法理，此時無固有管轄權國家即取得本案之新刑事管轄權⁴¹（審判權）。

綜上，如因欠缺刑法適用法要件，非論知不受理判決，而逕予無罪判決，將產生一事不再理之實質確定力，即使將來有可能因行為人在我國境內，縱有管轄權國家如本案之泰國，基於追訴之便捷性擬同

³⁹ 森下忠，刑事訴追の移管，收錄於「刑事司法の國際化」，成文堂，1990年10月初版，170-171頁。

⁴⁰ 歐洲追訴移送條約第2條規定。Vgl. auch Satzger, a.a.O., §4 Rn.4.

⁴¹ 古田佑紀，刑事司法にお 國際協力，收錄於「現代刑罰法大系」，第1卷，日本評論社，1984年，359-363頁。

意我國代理管轄，我國法院也可能無法就已判決無罪之案件，再行審理。

(二)國際司法互助之拒絕法則

本來在同一司法權領域內之同一案件，始有禁止雙重危險原則之適用，但在國際司法互助時，在不同司法權領域間，亦會要求此原則之適用。所謂不同司法權領域，包括「請求國」、「受請求國」及「第三國」已經對同一案件，實施司法管轄權者。就「前二者」言，例如奧地利共助法第16條第3項規定：國際司法互助之事項，如同一案件業經奧地利內國主管機關，對該可罰行為為有罪或無罪之確定判決者，或已停止對其為追訴者，不得引渡。另瑞士共助法第5條亦明文規定：有下列刑罰權已消滅之情形者，應不允司法互助。1.經瑞士或犯罪地國法院審理後已宣判無罪、或在預審已為免訴決定、或已宣判免刑、緩刑者。2.刑罰已執行完畢或依判決國法律已不得再執行刑罰者。3.依受請求國之法令追訴權或行刑權時效已完成者。但上開刑罰權已消滅之情事，如請求國援用受請求國之法定再審理由而請求時，不得拒絕。就「第三國」言，依奧地利共助法第17條規定：第三國已實施裁判權，且有下列情形之一者，就該可罰行為之司法互助，得拒絕之：1.因行為地法院已為無罪判決或已終止對其為追訴行為時，2.第三國法院有罪判決之刑罰，已執行終了，或已許可緩刑、假釋者，或依第三國法令行刑權時效已完成者⁴²。

一事不再理原則原本僅具有拘束內國法院之效力，隨著跨境犯罪的增加及國際刑事司法合作進一步開展，一事不再理原則已有非主權化的趨勢⁴³，除了透過區域公約如申根公約，區域內各國採取互相承認裁判，使一事不再理取得跨國效力⁴⁴，另外在司法互助上，也開始

⁴² 森下忠，オーストリアの犯罪人引渡及び司法共助法，收錄於「刑事司法の國際化」，成文堂，1990年10月初版，192-193頁。

⁴³ 鄭文中，從國際刑事法論一事不再理原則於歐盟之發展，中華國際法與超國界法評論，第9卷第2期，243-286頁。

⁴⁴ 關於申根公約與歐盟境內一事不再理的效力，參照 Satzger, a.a.O., §10 Rn.70ff.

以此為前提進行雙邊司法互助，因此如果將僅是無我國刑法適用之案件，即諭知無罪判決，將來有管轄權的國家追訴時，向第三國請求司法互助，可能就會因為我國曾對該案為無罪判決，而影響該案之司法互助，進而妨礙該案之追訴。

捌、結論

綜上，可知本件如採無罪說，不採不受理說，以本件被告在曼谷及香港向告訴人佯稱，其熟識司法人員可安排返國歸案不被羈押，致告訴人陷於錯誤陸續交付美金 4 萬元，嗣告訴人回國後仍在機場被逮捕歸案，始知受騙。因其犯罪時間在 105 年 12 月 2 日即刑法第 5 條增列第 339 條之 4 加重詐欺罪之前，致依我國刑法第 5 條至第 7 條規定，始無我國刑法之適用。故若本案遽在我國為無罪判決確定，則依上述國際司法互助之尊重本國管轄權原則、雙重危險禁止原則，既經本國為無罪判決之後，縱嗣後告訴人前往香港或泰國向該國司法機關請求追訴被告，各該國之司法機關欲追訴而須向我國或他國請求司法互助時，例如請求引渡、提供證據等，可能會因為我國之無罪判決，而遭受阻礙。或有管轄權之香港、泰國依司法互助之案件移管代理管轄權約定，委託我國法院代該國行使管轄權（審判權）時，則我國因一事不再理，因已曾為無罪判決，同一案件亦不得再為有罪判決，如此即違反國際司法互助之精神，終讓有罪被告仍得脫免刑責，即違反公平正義原則。反之，如為我國為不受理判決之後，縱未來在香港或泰國被告即得再被追訴處罰，或本國依代理管轄取得審判權時，皆得再為有罪判決，因此時未違反尊重本國管轄權原則及違反雙重危險禁止原則，即此始為正當。

爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中 華 民 國 111 年 3 月 28 日

檢察官 朱朝亮

蔡秋明

林麗瑩

李進榮

林俊言