臺灣高等法院臺中分院檢察署 97 年度研究發展報告

既判力與二重危險之研究

臺灣高等法院臺中分院檢察署

審查人: 檢察長　陳榮宗

撰寫人: 主任檢察官　林朝榮

臺灣高等法院臺中分院檢察署 97 年 12 月印行

既判力與二重危險之研究

目　　錄

第 一 章　緒 論　p1
第 一 節　研究動機　p1
第 二 節　研究範圍　p6
第 三 節　研究方法　p9

第 二 章　既判力與二重危險概說　p13
第 一 節　前言　p13
第 二 節　源頭相同　p15
第 三 節　法系殊途　p25
第 四 節　結語　p46

第 三 章　二重危險法則之理論與應用　p49
第 一 節　前言　p49
第 二 節　何謂危險（What is jeopardy）？　p50
第 三 節　危險何時貼加（When does it attach）？　p52
第 四 節　危險何時終了（When does it terminate）？　p77
第 五 節　何謂同一案件（What is a same offense）？　P86

臺灣高等法院臺中分院檢察署

第 一 款 犯罪構成要件完全同一說（same statutory offense test; identical offense test; identity of offenses test） p89
第 二 款 Blockburger 標準（Blockburger test） p92
第 三 款 行為同一說（same conduct test） p107
第 四 款 行為同一說（same conduct test）之反對論 p115
第 五 款 行為同一說（same conduct test）之推翻 p118
第 六 款 非法勾當同一說（same transaction test） p127
第 七 款 附帶禁反言（collateral estoppel）；爭點效（issue preclusion）理論 p138
第 六 節 何種情況下可謂特定人已蒙受二重危險（When is someone put in jeopardy twice）？ p144
第 七 節 二重危險法則之例外 p160
第 一 款 Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案【犯罪未完成之例外（Uncompleted Offenses Exception）】 p163
第 二 款 U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案【犯罪發現在後或已盡調查能事之例外（Later Discovered Offenses or the Due Diligence Exception）】 p165
第 三 款 People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案【騙局審判及詭詐勾結之例外（Sham Trial and Fraud or Collusion Exception）】 p170
第 四 款 英國「確實新證據 new and compelling evidence」之例外 p182
第 八 節 結 語 p186

臺灣司法官學院研究報告

第 四 章 既判力法則之理論與應用 p195
第 一 節 前 言 p195
第 二 節 既判力與類既判力 p200
第 一 款 嚴格證明與自由證明 p200
第 二 款 既判力之發生（實體爭點已經嚴格證明；追訴權消滅） p210
第 三 款 類既判力之發生（實體爭點僅經自由證明；追訴權殘存） p213
第 四 款 不生既判力之裁判（僅就程序爭點為自由之證明；追訴權完好無缺） p220
第 五 款 免訴判決之特殊性（免訴判決有無既判力） p225
第 三 節 既判力之實體面作用（行為不兩罰；實質確定力；排除效） p237
第 一 款 行為不兩罰；實質確定力 p237
第 二 款 排除效 p240
第 四 節 既判力之程序面作用（案件不兩判；一事不再理；爭點效） p246
第 一 款 案件不兩判；一事不再理 p246
第 二 款 爭點效 p277
第 五 節 既判力（實質確定力）之擴張與延展 p293
第 一 款 同一案件 p293
第 二 款 既判力（實質確定力）之擴張 p296
第 三 款 既判力（實質確定力）之延展 p298
第 四 款 實體法上「行為不兩罰」與程序法上「案件不兩判」之交錯 p302
第 六 節 既判力（一事不再理）之例外；為被告之不利益聲請再審 p308
第 七 節 結 語 p313

臺灣高等法院檢察署

第 五 章 檢討與展望 p325

第 一 節 前言 p325

第 二 節 關於一事不再理效果之發生 p325

第 三 節 關於無罪判決之上訴 p333

第 四 節 關於爭點效 p351

第 五 節 關於為被告之不利益聲請再審 p357

第 六 節 關於許可重行追之例外 p362

第 七 節 結語 p383

第 六 章 結論 p389

參 考 文 獻 p413

臺灣高等法院臺中分院檢察署

第 一 章 緒 論

要 目

第 一 節 研究動機 p1
第 二 節 研究範圍 p6
第 三 節 研究方法 p9

第 一 節 研究動機

本研究計畫，設定「既判力與二重危險之研究」為主題。

既判力(res judicata；non bis in idem)，乃大陸法系之法則。在刑事訴訟言，意指案件既經有罪、無罪之實體判決確定後，發生確定力(見行政訴訟法§213 之用語)，在民、刑訴訟，慣稱此一確定力為既判力(見民事訴訟法§400I 之用語；刑事訴訟法雖無明文，但在學術及實務上亦均習稱之為既判力)。既判力之作用有二，在程序方面言，基於「案件不兩判」之原則，發生一事不再理（non bis in idem）之效果；在實體方面言，基於「行為不兩罰」之原則，發生實質確定力（res judicata）之效果。因此，如對於已生既判力之同一案件再行起訴，法院應依刑事訴訟法§302i 之規定，逕為免訴之判決，亦即，直接從程序上駁回第二度之起訴(此乃案件不兩判、一事不再理之作用，對於前此曾經無罪判決確定之案件，特有意義)，而拒就同一案件更為實體之審判(此乃行為不兩罰、實質確定力之作用，對於前此曾經有罪判決確定之案件，特有意義)。

二重危險(double jeopardy)，為英美法系之法則。在刑事訴訟言，意指被告就特定案件既經蒙受論罪科刑之第一次性危險後，即因此免疫，而不能使之就同一案件蒙受論罪科刑之第二次性危險。世界第一部成文憲法，即美國憲法，[1] 其增修條文第 5 條規定曰："no person shall be . . . subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb." 即為二重危險之代表性規定。在二重危險法則下，一如既判力法

[1] 美國為世界上，最先有成文憲法之國家。見，林紀東，*比較憲法*，五南圖書出版公司，民國 69 年 2 月 1 日初版，頁 113。

則，同樣發生一事不再理及實質確定力之雙重作用。[2]

以上兩項法則，貌似相同，實又有異。蓋既判力法則係孕育於大陸法系職權主義（inquisitorial system）刑事審判構造中，而二重危險法則則生成於英美法系當事人主義（accusatorial system，or adversary system）刑事審判構造上。[3] 由於兩項主義所奉行之理想，有其一定程度之差異，以致作為其下位概念之既判力法則及二重危險法則，儘管基本精神相通，但仍在實際運作時，產生分歧。舉其犖犖大者言，**例如**，既判力法則之一事不再理效果，係發生於實體上有罪、無罪之判決確定後，乃重在實體面之實質正義，此觀諸我刑事訴訟法§302i「案件曾經（有罪、無罪）判決確定者，應諭知免訴判決」之規定，可得明瞭；而二重危險之一事不再理效果，則發生於程序上第一次性危險貼加後，而不必果經判決確定，乃重在程序面之形式正義。是在陪審審判，當陪審已就位宣誓完畢；另在法官審判，當第一件證據已呈堂調查，均應認為對於被告已貼加第一次性危險；是若因故解散陪審或駁回起訴，而未完成審判，基於二重危險之禁止，即阻斷嗣後對於被告進行再度之審判。[4] 職是之故，因二重危險之禁止，而衍生之一事不再理效果，可能比既判力法則之一事不再理效果，提早發生。**又如**，被告若經第一審法院為無罪判決，在大陸法系之既判力法則下，由於案件尚未終

---

[2] 「Many important values lie at the core of the United States Double Jeopardy Clause. First, 【一事不再理】 the Double Jeopardy Clause protects against needless embarrassment, expense, and psychological trauma. The constant threat of ***reprosecution*** may damage the individual's psyche, his family's well-being, and society's attitude toward government. Second, 【實質確定力】the Double Jeopardy Clause protects finality. Society has a substantial interest in preserving the ***finality of judgments***. Continuous investigation and prosecution result in an ongoing invasion of privacy.」 See, Jennifer E. Costa, *Double Jeopardy and Non Bis in Idem: Principles of Fairness*, 4 U.C. Davis Journal of International Law & Policy181, 184-185(1998).

[3] 大陸法系職權主義與英美法系當事人主義之比較: See, James L. Bischoff, *Reforming the Criminal Procedure System in Latin America*, 9 Texas Hispanic Journal of Law & Policy 27, 31-34(2003).

[4] Downum v. United States, 372 U.S. 734 (1963) (trial terminated just after jury sworn but before any testimony taken). In Crist v. Bretz, 437 U.S. 28 (1978), the Court held this standard of the attachment of jeopardy was "at the core" of the clause and it therefore binds the States.

審判決確定，檢察官如果不服，自可依循審級制度，逐級上訴，以尋求被告有罪之判決；然而，在英美法系二重危險法則之下，則認為被告經無罪判決後，不得對之再為審判，並認此乃二重危險法制史中最根本之法則，不論特定無罪判決有何等重大之違誤，如允許在無罪判決後，可以有第二次之審判，將產生一項難以接受之高度危險，亦即，檢方挾其無比優勢之資源，當足以削弱被告之防禦能力，以致即使係無辜之被告，亦終有被定罪之可能。因此，無罪判決具有終局確定力，檢方對於無罪判決絕無上訴之餘地。[5]

以上所述既判力法則與二重危險法則之差異，當其各在自己領域運作時，倒也相安無事，互不干犯。但在國際關係日見緊密，地球村時代業已來臨之今天，此兩項法則交相激盪、彼此擦撞之機會漸多，而成為殊應注意之問題。

舉例言之，我中華民國政府自大陸播遷來台後，於民國 43 年 12 月 2 日，與美國簽訂「中美共同防禦條約」[6]，以防範中共進犯，因此開始有美軍駐台。而為處理在華美軍人員刑事案件，立法院於民國 55 年 1 月 28 日制定「中美共同防禦期間處理在華美軍人員刑事案件條例」，前司法行政部並於民國 55 年 4 月 14 日令頒「處理在華美軍人員刑事案件注意事項」，以供司法人員遵循。在此「處理在華美軍人員刑事案件注意事項」之中，令人驚訝者，乃其注意事項中竟出現：「參、偵查與審判：十二、偵審中一般注意事項：(四)、對於在我國法院管轄下以美軍人員或其文職單位人員或彼等之家屬為被告之案件，判決後應注意左列事項：1. 經法院判決無罪者，案件即告確定，除有誤用法律之情形外，檢察官或自訴人不得上訴。 2. 判決有罪者，除有誤用法律之情形外，倘被告不上訴，檢察官或自訴人亦不得上訴」云云之規定。試想，若係我國人民為刑事被告之案件，而經法院判決無罪，檢察官為達成訴追之任務，豈有不依我刑事訴訟法 §344I 提起上訴之理？然則，何以上開「處理在華美軍人員刑事案件注意事項」竟規定「美軍人員或其文職單位人員或

[5] See, UNITED STATES v. MARTIN LINEN SUPPLY CO., 430 U.S. 564 (1977).
[6] 「中美共同防禦條約」於 68 年 12 月 31 日終止效力。

彼等之家屬為被告之案件，經法院判決無罪者，案件即告確定，檢察官或自訴人不得上訴」？此非不平等條約者何？然而，若平心思索，此或即既判力法則與二重危險法則交相激盪、彼此擦撞之結果。

「處理在華美軍人員刑事案件注意事項」之不平等規定，已隨民國 68 年中美斷交，[7] 而成為過去。但是，相同之問題，仍存在於南韓。由於南北韓之對峙，美軍駐南韓協防。南韓與美國遂也簽訂有「駐韓美軍地位協定（the Status of Forces Agreement）」。[8] 2002 年 6 月 13 日，一輛美軍裝甲車，輾斃兩名 13 歲之南韓女孩，結果，操作裝甲車之兩名美軍，在同年 11 月獲判無罪。儘管美國政府已賠償被害人家屬，美國總統布希、駐韓美軍司令以及兩名肇事美軍均已公開道歉，但南韓民眾依然群情譁然，而演成群眾運動，要求修正不平等之「駐韓美軍地位協定」。而所指不平等之處，「檢察官不得對於被告之無罪判決上訴」，正亦其一。[9] 想來如此之不幸，自亦既判力法則與二重危險法則交相激盪、彼此擦撞之結果。

既判力法則與二重危險法則之交相激盪、彼此擦撞，更見於國際刑事法院（International Criminal Court）。按所謂「國際刑事法院」，係聯合國於 2002 年所設立。考自第二次世界大戰結束，在德國紐倫堡（Nuremberg）及日本東京（Tokyo）審判戰犯後，聯合國大會即認有成立常設國際刑事法院之必要。1950 年，國際法委員會（International Law Commission）擬訂兩份「國際刑事法院法」草案，擬提交聯合國大會審議，但因冷戰之故，一直被束之高閣。迨 1989 年，原議始再度遭受重視。經多年協商，聯合國於 1998 年 6 月，在羅馬召集會議，同年 7 月 17 日，以 120 票對 7 票、21 票棄權，通

---

[7] 劉屏，*中美斷交二十年*，基督教論壇報，1999/1/3。

[8] Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of the United States Armed Forces in the Republic of Korea, July 9, 1966, U.S.-S. Korea, 17 U.S.T. 1677.

[9] See, Youngjin Jung & Jun-Shik Hwang, *Where Does Inequality Come From? An Analysis of the Korea-United States Status of Forces Agreement*, 18 American University International Law Review 1103, 1103-1105, 1123(2003).

過「羅馬國際刑事法院法(the Rome Statute of the International Criminal Court)」。投反對票之 7 個國家為，伊拉克、以色列、利比亞、卡達、葉門、中華人民共和國及美國。新法於 2002 年 7 月 1 日生效；所成立之國際刑事法院，其主要功能在於訴追審判犯有種族屠殺罪、危害人類罪、戰爭罪、侵略罪之個人。該法院 18 名法官，於 2003 年 2 月由會員國大會選出，2003 年 3 月 11 日宣誓就職。[10] 以上關於「國際刑事法院」之簡介中，殊應重視者，乃美國對於「羅馬國際刑事法院法」投下反對票。考美國所以投下反對票之原因，其主要者之一，竟係「羅馬國際刑事法院法」就當事人上訴權之規定，乃採大陸法系之既判力法則，許可檢察官對於被告之無罪判決提起上訴，而認此與美國二重危險法則之精神格格不入，自難於苟同。[11]

舉例而已之以上三大事件，已充分說明大陸法系之既判力法則與英美法系之二重危險法則，確存在某種程度之齟齬。

我民國 17 年刑事訴訟法之始訂，係抄襲自日本大正 11 年(西元 1922)之刑事訴訟法；而日本大正 11 年刑事訴訟法，則係以大陸法系職權主義之法、德刑事訴訟法為母法而繼受之。[12] 層層相因之結果，可見我刑事訴訟法，原屬大陸法系職權主義之刑事訴訟法。然而，民國 91 年，我刑事訴訟法之修正，開始朝向英美法系當事人主義傾斜。歷經 91 年、92 年、93 年之幾度修正，原屬英美法系當事人主義之交互詰問法則、證據排除法則、傳聞法則、認罪協商制度等，不斷引入我刑事訴訟法之中。官方之說法，謂我今日刑事訴訟法，係採「改良式當事人進行主義」。[13]

---

[10] See, Matthew A. Barrett, *Ratify or Reject: Examining the United States' Opposition to the International Criminal Court*, 28 The Georgia Journal of International and Comparative Law 83, 85-89（1999）. See also, Wikipedia, the free encyclopedia, 2008.04.16, retrieved from: http://en.wikipedia.org/wiki/International_Criminal_Court,

[11] See, James L. Bischoff, supea note 3, at 195.

[12] 黃東熊，*刑事訴訟法論*，三民書局，七十四年二月初版，頁 26-27。

[13] 司法院秘書長范光群先生，於 95.12.27 接受中國時報專訪時，指出：「司法院依據司法改革會議結論，有關改革我國刑事訴訟所研採的制度，與美國之『當

然則，「改良式當事人進行主義」之採行，勢必引起大陸法系既判力法則與英美法系二重危險法則相交錯之問題。究竟兩者在「改良式當事人進行主義」之下，應如何進行調和，乃當前引人關切之課題。[14]

正因如此，筆者乃不揣膚淺，設定「既判力與二重危險之研究」為研究計畫，當試全力一探究竟，縱使研求所得，不過曝獻之見，自問於我刑事訴訟制度之興革，亦曾有心於一效綿薄也。

第 二 節 研究範圍

茲既設定「既判力與二重危險之研究」為研究計畫，自當圈限一定之研究範圍，庶免天馬行空，漫無邊際，以致研究失焦，而乏實用價值，因擬定大綱如下，資為研究之南針。

既判力與二重危險之研究（大綱）

第 一 章 緒 論

臺灣高等法院臺中分院資料館

事人進行主義』不同(美國採陪審制)，又與德國採『職權主義』不同(德國法官應依職權調查證據之規定)。我們所採的制度，當事人進行精神雖比『職權主義』強些，但仍不及近鄰的日本的制度。司法院所以作這樣的設計，出發點是針對我們國情需要與人民的立場。簡單來說，新制刑事訴訟程序的進行，有關證據調查將由法官『應依職權』進行之規定，改為原則上由(訴訟) 『當事人』即檢察官、被告(或辯護律師)主導，法官則以中立者的角色居中裁判，原則上不再主導調查證據，只例外基於公平正義考量、發現真實必要的情形下，才依職權調查證據。這樣的訴訟制度，因尚保留部分『職權主義』精神，因此，我們稱它為『改良式當事人進行主義』。」見，95.12.27 中國時報 A5 版。

[14] 國內學者就此曾為文論述者，例如： 1. 王兆鵬，*以一事不再理論再審*，月旦法學雜誌，第 144 期，頁 171-193 (2007.5) ；2. 王兆鵬，*論一事不再理之憲法原則（上）*，台灣本土法學雜誌，第 80 期，頁 51-67 (2006.3)；3. 王兆鵬，*論一事不再理之憲法原則（下）*，台灣本土法學雜誌，第 81 期，頁 41-65 (2006.4)；4. 何尚先，*美國二重危險法理對量刑上訴權之關係*，刑事法雜誌，第 28 卷第 4 期，頁 1-18 (民國 73 年 8 月)；5. 陳運財，*論起訴事實之同一性---評最高法院八十六年度台非字第一八七號刑事判決*，月旦法學雜誌，第 62 期，頁 145-158 (2000.7)；6. 陳運財，*犯罪之競合與刑事裁判確定的效力*，月旦法學雜誌，第 122 期，頁 81-99 (2005.7)；7. 林鈺雄，*新刑法總則與新同一案件---從刑法廢除牽連犯、連續犯論訴訟上同一案件概念之重構*，月旦法學雜誌，第 122 期，頁 27-56 (2005.7)。

第 一 節 研究動機
第 二 節 研究範圍
第 三 節 研究方法

第 二 章 既判力與二重危險概說

第 一 節 前言
第 二 節 源頭相同
第 三 節 法系殊途
第 四 節 結語

第 三 章 二重危險法則之理論與應用

第 一 節 前言
第 二 節 何謂危險（What is jeopardy）？
第 三 節 危險何時貼加（When does it attach）？
第 四 節 危險何時終了（When does it terminate）？
第 五 節 何謂同一案件（What is a same offense）？
第 一 款 犯罪構成要件完全同一說（same statutory offense test; identical offense test; identity of offenses test）
第 二 款 Blockburger 標準（Blockburger test）
第 三 款 行為同一說（same conduct test）
第 四 款 行為同一說（same conduct test）之反對論
第 五 款 行為同一說（same conduct test）之推翻
第 六 款 非法勾當同一說（same transaction test）
第 七 款 附帶禁反言（collateral estoppel）；爭點效（issue preclusion）理論
第 六 節 何種情況下可謂特定人已蒙受二重危險（When is someone put in jeopardy twice）？
第 七 節 二重危險法則之例外
第 一 款 Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案【犯罪未完成之例外（Uncompleted

臺灣高等法院臺中分院檢察署

Offenses Exception）】 p163
第二款 U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案【犯罪發現在後或已盡調查能事之例外（Later Discovered Offenses or the Due Diligence Exception）】
第三款 People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案【騙局審判及詭詐勾結之例外（Sham Trial and Fraud or Collusion Exception）】
第四款 英國「確實新證據 new and compelling evidence」之例外

第八節 結語

第四章 既判力法則之理論與應用

第一節 前言
第二節 既判力與類既判力
第一款 嚴格證明與自由證明
第二款 既判力之發生（實體爭點已經嚴格證明；追訴權消滅）
第三款 類既判力之發生（實體爭點僅經自由明；追訴權殘存）
第四款 不生既判力之裁判（僅就程序爭點為自由之證明；追訴權完好無缺）
第五款 免訴判決之特殊性（免訴判決有無既判力）
第三節 既判力之實體面作用（行為不兩罰；實質確定力；排除效）
第一款 行為不兩罰；實質確定力
第二款 排除效
第四節 既判力之程序面作用（案件不兩判；一事不再理；爭點效）
第一款 案件不兩判；一事不再理

臺灣高等法院暨所屬檢察署

第 二 款 爭點效
第 五 節 既判力（實質確定力）之擴張與延展
第 一 款 同一案件
第 二 款 既判力（實質確定力）之擴張
第 三 款 既判力（實質確定力）之延展
第 四 款 實體法上「行為不兩罰」與程序法上「案件不兩判」之交錯
第 六 節 既判力（一事不再理）之例外；為被告之不利益聲請再審
第 七 節 結 語

第 五 章 檢討與展望

第 一 節 前言
第 二 節 關於一事不再理效果之發生
第 三 節 關於無罪判決之上訴
第 四 節 關於爭點效
第 五 節 關於為被告之不利益聲請再審
第 六 節 關於許可重行追之例外
第 七 節 結語

第 六 章 結論

臺灣高等法院臺中分院檢察署

第 三 節 研究方法

筆者不敏，就本文之研究，擬採文獻研究、案例研究、歷史研究、比較研究之方法而行之。

首先，為學之道，重在「溫故而知新」。前人就既判力與二重危險之相關問題，多有精闢之探討，其研究心得見諸文獻者，不在少數。筆者既設定「既判力與二重危險之研究」為努力目標，自應深入閱讀相關文獻，俾在前人之研究基礎上，汲取既有之寶貴知識，進而望有創新與發明。如此之文獻研究手段，即所謂「溫故而知新」之求學方法。孔子曾說：

「溫故而知新，可以為師矣。」[15] 漢書亦有一段文字，載曰：「儒林之官，四海淵原，宜皆明於古今，溫故知新，通達國體，故謂之博士。」[16] 均在在說明文獻研究之重要。而本文研究大綱中，所列既判力與二重危險之「理論與應用」等研究項目，實亦端賴如此之文獻研究，始足以竟其功。

其次，文獻研究之手段，每令人有感不足者，乃實證資料之缺乏。就本文之研究言，實證資料之最重要來源，首推具體個案之判例法。奈在文獻研究之中，常遭遇之困擾為，雖文獻上之抽象論述，亦多所引據具體個案之判例法資為印證說明，只可惜泰都點到為止，而難窺全豹，欲加深入瞭解，唯徒憑自己之想像而已。有感於此，是本文之研究，凡遇需要具體個案之判例法資為印證時，當儘可能還原具體個案之背景事實及其判決理由之論證過程，資以擔保自己之認知無誤，並與讀者分享之。如此之研究方法，案例研究法也，容循此而試行之。

再者，社會科學之研究，由於條件之限制，不易以實驗之方法為之。是欲探討一項社會制度之利弊得失，則從事歷史之考察及異同之比較，輒屬發見真相之必要方法。[17] 是本文研究大綱中，關於「既判力與二重危險概說」所論「源頭相同」、「法系殊途」等研究項目，當採歷史考察之研究方法，以探討兩項法則之緣起及其沿革，用明因果之跡，並稽其得失之理。

又舉凡法律原則，均無非人類思想之產物，各有其生成之文化背景及社會環境，實難想像有何特定之法律原則，可以「放諸四海而皆準，百世以俟聖人而不惑」，因此，在此既判力法則與二重危險法則交相激盪、彼此擦撞之際，如何謹其斟酌，慎作損益，非先進行兩者之異同比較，難以得其正鵠。是本文研究大綱中，所列「檢討與展望」等研究項目，當採異同比較之研究方法，以期從中發現兩者之短長，並評估其利弊。從而提出我刑事訴訟制度興革之展望。

---

[15] 語本論語，爲政。

[16] 語本漢書，卷十，成帝紀。

[17] A. Esmein, Translated by John Simpson, *A History of Continental Criminal Procedure* 570 (1968).

國家圖書館出版品預行編目(CIP)資料

本文之撰寫，在風格方面，稍異於傳統者，乃在比較法之參酌採擷上，凡所引據之英美資料，均儘可能將其原文附述於註腳，而非僅註記其出處而已。所以如此者，蓋方便讀者之立即考證也。考傳統學術論著，在外來資料之旁徵博引上，多以豐富故，只能於註腳簡明註記其出處，而難識廬山真面目，致讀者間生迷惘，或想考證之際，輒以原著欲覓無門，而有不知何從下手之苦。是傳統論著風格，固有篇幅節約、引註簡明之優點，但不能謂無霧裡看花、終隔一層之遺憾。筆者本此認知，乃試作變革，而有如上述。其主要目的，固在方便讀者之立即考證，尤重要者，更所以期本文立論，循循有其規矩，而務在信而有徵，特以筆者自忖所學不深，誤謬難免，必也如此，始足以邀讀者先進之即時賜予糾正與指教也。

最後，必須一言者，乃筆者銜命進行本文之研究，係開始於民國 97 年 2 月，剋日完成之期限則為 97 年 12 月。短短 11 個月之時間，從蒐集資料、研讀文獻、原文翻譯、整理要點、著手撰寫，彙總成文，到排版付梓，其節奏之緊湊與迫促，不問可知。而檢察業務繁重，筆者忙於本身公事，已備極辛苦，茲又平添此項研究工作，其負擔之難堪，自亦不言而喻。所幸，靜宜大學法律系兼任講師林芸澧老師，應筆者之邀，慨允協力進行研究，是在蒐集資料、研讀文獻、原文翻譯、整理要點等工作上，林芸澧老師著力甚多，而所提出之諸多觀點與見解，均富高度參考價值，俱經筆者一一納入本文之論述當中，若謂本文之完成，林芸澧老師居功過半，恐尚不足以稱謝。在此，謹對於林芸澧老師，敬表衷心之感激，筆者至誠，再拜謝恩。

國家圖書館出版品預行編目資料

臺灣高等法院臺中分院檢察署

第 二 章　既判力與二重危險概說

要　目

第 一 節　前言　p13
第 二 節　源頭相同　p15
第 三 節　法系殊途　p25
第 四 節　結語　p46

第 一 節　前言

比較法領域中，有一句名言，即：「直接審理主義」加「反詰問權之保障」，即等於「傳聞法則」。[1] 本文所論既判力與二重危險，亦恰好可以套用上開公式，而謂：「既判力」加「程序危險之禁止」，即等於「二重危險法則」。

何故而謂「既判力」加「程序危險之禁止」，即等於「二重危險法則」？試觀美國聯邦最高法院於 Sealfon v. United States 332 U.S. 575 (1948) 一案判決之所言：「既判力 (res judicata)，可以在二重訴追中，作為防禦方法。此一既判力法則，不但適用於民事訴訟程序，抑且適用於刑事訴訟程序；再者，縱使並非同一案件，既判力法則之運作，其效力亦及於前此確定判決中所已判斷之爭點 (按即發生爭點效，或附帶禁反言 Collateral estoppel)。」[2] 據此可知，二重危險法則，本即涵蓋既判力法則。再者，二重危險法則所禁止者，為第 2 次性危險；但為判斷是否為第 2 次性危險，須先找出是否已曾發生第 1 次性危險。第 1 次性危險（original jeopardy）必有其開始之時，危險之開始，謂之危險之貼加（attachment）。[3] 依據美國法，在陪審審判（jury trial），

---

[1] 黃東熊，*刑事訴訟法研究*，三民書局，民國 70 年 4 月初版，頁 228-230。

[2] "Res judicata may be a defense in a second prosecution. That doctrine applies to criminal as well as civil proceedings (*United States* v. *Oppenheimer*, 242 U.S. 85, 87; *United States* v. *De Angelo*, 138 F.2d 466, 468: 147 A. L. R. 991; see *Frank* v. *Mangum*, 237 U.S. 309, 334) and operates to conclude those matters in issue which the verdict determined though the offenses be different. See *United States* v. *Adams*, 281 U.S. 202, 205." See, Sealfon v. United States 332 U.S. 575, 578 (1948).

[3] "Jeopardy must have a beginning, called attachment." See, Kyden Creekpaum, *WHAT'S WRONG WITH A LITTLE MORE DOUBLE JEOPARDY? A 21<ST> CENTURY RECALIBRATION OF AN ANCIENT INDIVIDUAL RIGHT*, 44 Am. Crim. L. Rev. 1179, 1183（2007）.

當全體陪審員就位宣誓完畢時，其危險開始貼加；[4] 在無陪審之審判（non-jury trial；bench trial），當法官開始聽審證據時，其危險開始貼加。[5] 其已貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決 (發生既判力)，固無論；即使其審判因故中止，而未有終局判決出現，亦因二重危險法則之禁止，阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行第二度之訴追，以防免被告第 2 次性危險之蒙受 (程序危險之禁止)。[6] 因此，二重危險法則較之既判力法則，對

---

[4] "Jeopardy attaches in a jury trial when the jury is empaneled and sworn." See, Downum v. United States, 372 U.S. 734, 737-38 (1963) (jeopardy attaches when jury sworn even though discharged before trial); United States v. Milhim, 702 F.2d 522, 523-24 (5th Cir. 1983) (jeopardy does not attach when jury dismissed before being sworn). "The federal rule that jeopardy attaches when the jury is sworn is binding on the states." See, Crist v. Bretz, 437 U.S. 28, 38 (1978).

[5] "Jeopardy attaches in a bench trial when the judge begins to hear evidence." See, Lee v. United States, 432 U.S. 23, 27 n.3 (1977); Serfass v. United States, 420 U.S. 377, 388 (1975); "In a nonjury trial, jeopardy attaches when the court begins to hear evidence." See, McCarthy v. Zerbst, 85 F.2d 640, 642 (CA10 1936); Wade v. Hunter, 336 U.S. 684, 688 (1949). "The Court has consistently adhered to the view that jeopardy does not attach, and the constitutional prohibition can have no application, until a defendant is "put to trial before the trier of the facts, whether the trier be a jury or a judge."" See, United States v. Jorn, 400 U.S. 470, 479 (1971); Kepner v. United States, 195 U.S. 100, 128, 130-131 (1904); United States v. Macdonald, 207 U.S. 120, 127 (1907); Bassing v. Cady, 208 U.S. 386, 391-392 (1908); Collins v. Loisel, 262 U.S. 426, 429 (1923).

[6] "The rule traces back to United States v. Perez, 22 U.S. (9 Wheat.) 579 (1824). See also, Kepner v. United States, 195 U.S. 100 (1904); Downum v. United States, 372 U.S. 734 (1963) (trial terminated just after jury sworn but before any testimony taken). In Crist v. Bretz, 437 U.S. 28 (1978), the Court held this standard of the attachment of jeopardy was "at the core" of the clause and it therefore binds the States. But see id. at 40 (Justice Powell dissenting).例外如下: An accused is not put in jeopardy by preliminary examination and discharge by the examining magistrate, Collins v. Loisel, 262 U.S. 426 (1923), by an indictment which is quashed, Taylor v. United States, 207 U.S. 120, 127 (1907), or by arraignment and pleading to the indictment. Bassing v. Cady, 208 U.S. 386, 391 -92 (1908). A defendant may be tried after preliminary proceedings that present no risk of final conviction. E.g., Ludwig v. Massachusetts, 427 U.S. 618, 630 -32 (1976) (conviction in prior summary proceeding does not foreclose trial in a court of general jurisdiction, where defendant has absolute right to demand a trial de novo and thus set aside the first conviction); Swisher v. Brady, 438 U.S. 204 (1978) (double jeopardy not violated by procedure under which masters hear evidence and make preliminary recommendations to juvenile court judge, who may confirm, modify, or remand)." See U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** n.67**,** retrieved 2008.08.04 from: http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/02.html#1

於被告之保障，係提早到程序尚在進行之階段，而增加「程序危險之禁止」。二重危險法則認為「對於被告之刑事訴追程序，縱使在最後評決作出前即告結束，該被告亦已經蒙受（第 1 次性）危險」，其基本理由何在？聯邦最高法院於 Green v. United States, 355 U.S. 184（1957）一案，業已提出最佳之說明。該案判決理由指出：「此一至少係在英美法中根深蒂固之基本觀念，乃認：擁有全部資源及權力之政府，應不許對於特定個人之特定犯行，反覆企圖加以定罪，而因此致使該特定個人遭受困窘、耗費及折磨，並使之生活於繼續性之焦慮與不安之中，而且，因此提高即使係無辜之該特定個人亦終有被判有罪之可能性。」[7] 綜上所述以觀，二重危險法則，本即包括既判力法則；只不過，二重危險法則，係在既判力法則之外，增加「程序危險之禁止」而已。

正由於「既判力」加「程序危險之禁止」，即等於「二重危險法則」；因此，本章「概說」之鋪陳，正合將「既判力」與「二重危險」進行統一之說明。

第 二 節　源頭相同

「既判力」與「二重危險」兩項法則之緣起，咸信其源頭相同。因此，20 世紀初，美國奧克拉荷馬州最高法院（SUPREME COURT OF OKLAHOMA）於 Stout v. State ex rel. Caldwell, 130 P. 553, 558 (Okla. 1913) 一案之判決中，即宣稱：二重危險法則「似乎一直嵌置在英國普通法、羅馬法，以及一切其他法律制度之中，與其說它有一特定之起源，不如說它其實是一直有其存在」。此一主張，當然言過其實。舉例言之，漢摩拉比法典，[8] 就完全不曾提及二重危險之禁

[7] “The basic reason for holding that a defendant is put in jeopardy even though the criminal proceeding against him terminates before verdict was perhaps best stated in Green v. United States, 355 U.S. 184, 187 -188: "The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty."” See, CRIST v. BRETZ, 437 U.S. 28, 35 (1978).

[8] “See, The Oldest Code of Laws in the World: The Code of Laws Promulgated by

止。[9] 事實上，美國聯邦最高法院在 Palko v. Connecticut 302 U.S. 319 (1937) 一案判決中，亦承認「二重危險，------並非到處都受到禁止」。[10]

然而，禁止二重危險之保障，確擁有悠久之歷史，則屬無可置疑。古代猶太法律，曾數度提及二重危險所包涵之法則。一部彙集猶太祭司教義之經典，即塔木德經 (The Talmud)，曾宣示，在涉及極刑之案件，其無罪判決，不得再加推翻。[11] 舊約聖經申命記 25:2 節，提到：當人們間之爭執訴諸法院時，其經判決有罪而應受體罰之人，應在法官面前，按其罪行之輕重程度，接受鞭打。[12] 塔木德經 (The

---

Hammurabi, King of Babylon, B.C. 2285-2242 (C.H.W. Johns trans., 2000).” Cited in, David S. Rudstein, *A BRIEF HISTORY OF THE FIFTH AMENDMENT GUARANTEE AGAINST DOUBLE JEOPARDY*, 14 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 193, n.17（2005）.

[9] “Sigler, supra note 10, at 3 n.6; Note, Double Jeopardy and Dual Sovereigns, 35 Ind. L.J. 444, 445 (1960). But see George C. Thomas III, Double Jeopardy: The History, The Law 1 (1998) (asserting that "laws against changing a final judgment can be traced to the Code of Hammurabi."); id. at 73 (stating that the first law of Hammurabi contains an "effective way of preventing a second trial by the same prosecutor after an acquittal" and that the fifth law contains a way of binding judges to a single verdict).” Id., n.18.

[10] “Early in the twentieth century, SUPREME COURT OF OKLAHOMA declared that the doctrine "seems to have been always embedded in the common law of England, as well as in the Roman law, and doubtless in every other system of jurisprudence, and, instead of having a specific origin, it simply always existed." Stout v. State ex rel. Caldwell, 130 P. 553, 558 (Okla. 1913). This claim certainly is overstated. The Code of Hammurabi, for example, makes no reference to double jeopardy. Indeed, the United States Supreme Court itself recognized in Palko v. Connecticut that "[d]ouble jeopardy . . . is not everywhere forbidden."” Id., at 196.

[11] “Nevertheless, there can be no doubt that the protection against double jeopardy possesses a long history. Ancient Jewish law contains several references to principles encompassed by double jeopardy law.The Talmud, a compilation of the teachings of the rabbinic sages, proclaims that in capital cases, an acquittal may not be reversed.” Id., at 197. “Babylonian Talmud, Sanhedrin 32a, 33b (Isidore Epstein ed., Jacob Shachter trans., Soncino Press 1935); see also Hyman E. Goldin, Hebrew Criminal Law and Procedure 108-09 & n.6 (1952); Samuel Mendelsohn, The Criminal Jurisprudence of the Ancient Hebrews 150 & n.358 (2d ed. 1968).” Id., n.23.

[12] “In the Old Testament, Deuteronomy 25:2 states that when a dispute between men is brought before a court, a guilty man who deserves to be beaten shall be flogged in the presence of the judge according to the measure of his misdeeds.” Id. “The King James Bible translates this provision as "according to his fault," Deuteronomy 25:2 (King James), while the Revised Standard version translates it

Talmud) 因此記載，猶太祭司 Akiba 即係依據舊約聖經之此段經文，說明何以猶太法律禁止人類法庭對於應處死之人另又加以鞭打。[13] 祭司 Akiba 解釋此段經文之意思為：你可判命有罪之人為一件罪行接受處罰，但你不可使之接受兩樣處罰而儼若其曾犯有兩件罪行一般------亦即，不得既加處死，又加鞭打。[14] 一位現代作者，將祭司 Akiba 之上開說法，解釋為：「單一犯罪，僅能科加單一處罰」（本文簡稱為「行為不二罰」）。[15]

美國聯邦最高法院大法官 Hugo L. Black 在 Bartkus v. Illinois 359 U.S. 121 (1959) 一案判決之不同意見書中，主張：「害怕、厭惡政府使用權力就人們之同一行為進行兩度之審判，乃在西方文明中可找到之最古老信念之一。此一信念之根源，深遠到古希臘、古羅馬時代。」[16] 若對於古希臘、古羅馬之法律，稍作檢驗，當足以支持 Black 大法官之主張。查古希臘、古羅馬法律制度，就二重危險之禁止，均包含有某種形式之保障。西元前 355 年，希臘辯論家 Demosthenes，在一次駁斥 Leptines 之演說中，提到：「不論在何種訴訟中，法律均禁止就同一人之同一爭點進行兩度之審判。」[17] 兩年

---

as "in proportion to his offense." Deuteronomy 25:2 (Revised Standard).” Id., n.24.

13 “The Talmud relates that Rabbi Akiba relied upon this verse to explain why Jewish law prohibited a person liable to a death penalty by a human tribunal from also being flogged.” Id. “Babylonian Talmud, Makkoth 13b (Isidore Epstein ed., H.M. Lazarus trans., Soncino Press 1935).” Id., n.25.

14 “Rabbi Akiba interpreted the verse to mean that "you make [the guilty man] liable to punishment for one misdeed, but you cannot hold him liable [in two ways as] for two misdeeds . . . [[i].e., death and lashes]."” Id. “Babylonian Talmud, Makkoth 13b (Isidore Epstein ed., H.M. Lazarus trans., Soncino Press 1935).” Id., n.26.

15 “A modern writer interprets Rabbi Akiba's statement to mean "that for one offense, only one punishment might be inflicted."” Id. “George Horowitz, The Spirit of Jewish Law 170 (1973).” Id., n.27.

16 “Justice Hugo L. Black asserted in his dissenting opinion in Bartkus v. Illinois 359 U.S. 121 (1959). that "[f]ear and abhorrence of governmental power to try people twice for the same conduct is one of the oldest ideas found in western civilization. Its roots run deep into Greek and Roman times."” Id. at 198. See, Bartkus v. Illinois 359 U.S. 121, 151-52 (1959) (Black, J., dissenting). See also Benton v. Maryland, 395 U.S. 784, 795 (1969) ("[The guarantee against double jeopardy's] origins can be traced to Greek and Roman times . . . .").

17 “An examination of early Greek and Roman law bears out Justice Black's assertion.

之後，Demosthenes 在另場演說中，又說：「立法者不許任何已經法院判決確定之問題，被二度提出於法院。」[18] 據稱，在古雅典，「一個人不能因同一犯罪遭受兩次審判。」[19] 在提到 5 世紀後葉之司法實務時，一位學者寫道：「一個被起訴到法院之人，其主要之關切在於，要以如何之方法贏得勝訴判決，蓋一旦遭受審判，他將不會為同一控訴內容再度遭受訴追；此一既判力法則（the rule ne bis in eadem re），為雅典所接受，即使在斯巴達並不然。」[20]

羅馬共和國時代 (the Roman Republic)，刑事訴追經法官作成無罪判決後，即禁止對於被告再進行任何種類之訴訟程序。[21] 羅馬帝國時代 (The Roman Empire)，亦有若干禁止二重危險之保障規定。在帝國早期，規定：「對於陪審所為之

Both legal systems contained some form of protection against double jeopardy. In 355 B.C., the Greek orator and pleader in law courts Demosthenes, in a speech against Leptines, stated that "the laws forbid the same man to be tried twice on the same issue, be it a civil action, a scrutiny, a contested claim, or anything else of the sort."" Id. "Demosthenes, Against Leptines, in Olynthiacs, Philippics, Minor Public Speeches, Speech Against Leptines, XX ?147, at 589 (J.H. Vince trans., Harvard Univ. Press 1998) (1930)." Cited in, id. n.35.

[18] "Two years later, in a speech he wrote to be given by Diodorus against Timocrates, Demosthenes stated: "The legislator does not permit any question once decided by judgement of the court to be put a second time . . . ."" Id. "Demosthenes, Against Timocrates, in Against Meidias, Androtian, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton, XXIV ?55, at 407 (J.H. Vince trans., Harvard Univ. Press 1986) (1935)." Id., n.36.

[19] "It is said that in ancient Athens, "[a] man could not be tried twice for the same offense."" Id. "Robert J. Bonner, Lawyers and Litigants in Ancient Athens: The Genesis of the Legal Profession 195 (1927). See also John Potter, G. Dunbar & Charles Anthon, Antiquities of Greece 147 (New York, Collins 1825) ("There shall be no renewing of any thing dispatched by judges either in public or private matters, or by the people, according to the enactions of their decrees . . . ."); id. ("The judges are not to proceed so strictly, as that corporal and pecuniary punishments shall be inflicted at one and the same time."). Id., n.37.

[20] "Referring to the practice in the last half of the fifth century, one scholar wrote: "The main concern of a man brought into court was to win a verdict by one means or another, for once tried he could not be prosecuted again on the same charge, the rule ne bis in eadem re being accepted in Athens if not in Sparta . . . ."" Id., at198-99. "J. Walter Jones, The Law and Legal Theory of the Greeks: An Introduction 148 (1956)." Id., n.38.

[21] "In the Roman Republic, an acquittal by a magistrate in a criminal prosecution barred further proceedings of any kind against the accused." Id., at 199. "H.F. Jolowicz, Historical Introduction to the Study of Roman Law 325 (2d corrected ed. 1954); 1 James Leigh Strachan-Davidson, Problems of the Roman Criminal Law 155 (1912)." Id., n.40.

評決，不得上訴，亦無可能對之進行再審查。[22] 在第 1 世紀，羅馬帝國皇帝 Tiberius 統治期間，曾有一次，陪審將皇帝 Tiberius 認為有罪之某被告評決為無罪；[23] 皇帝 Tiberius 因此對於陪審大加斥責，並以另一罪行再度訴追該被告；然而，畢竟「皇帝 Tiberius 對於陪審前此所已作出之評決，亦無能加以撼動。」[24] 在此不久之後，羅馬帝國統治者取消陪審審判制（按，改為由皇帝任命之職業法官審判），[25] 並許可訴追者對於無罪判決上訴，請求帝國上訴法院對於無罪判決進行再審查。[26] 然而，儘管新程序已改為職業法官審判制，若干禁止二重危險之保障規定，依然存在。第 3 世紀，一位領袖群倫之法學家 Iulius Paulus，說：「在無罪判決之後，原訴追者可在 30 日內，對於被告重行訴追，但逾此期間，重行訴追即成為不可能。」[27] 東羅馬帝國皇帝查士丁尼一世（the Byzantine emperor Justinian I），於西元 533 年所頒布，摘要彙編當時羅馬法律有關文件之一部法典，即「查士丁

---

[22] "The Roman Empire also provided some protection against double jeopardy. During the early years of the Empire, "there was no appeal and no chance of reviewing the verdict of a jury."" Id. "2 James Leigh Strachan-Davidson, Problems of the Roman Criminal Law 155, 157 (1912)." Id., n.41.

[23] "On one occasion during the reign of Tiberius in the first century, a jury acquitted a man Tiberius thought should have been convicted." Id. "2 James Leigh Strachan-Davidson, Problems of the Roman Criminal Law 155, 157 (1912)." Id., n.42.

[24] "Tiberius scolded the jury and charged the man with another crime, "but he could not affect the verdict already given."" Id. "2 James Leigh Strachan-Davidson, Problems of the Roman Criminal Law 155, 157 (1912). See also Pandias M. Schisas, Offences Against the State in Roman Law 190 (1926) (stating that Tiberius had "no right to revise" the jury's decision)." Id., n.43.

[25] "Shortly thereafter, the rulers of Rome began providing substitutes for jury trials" Id. "2 James Leigh Strachan-Davidson, Problems of the Roman Criminal Law 155, 157 (1912)." Id., n.44.

[26] "and allowing an accuser to seek review of an acquittal in the imperial appeal courts." Id. "2 James Leigh Strachan-Davidson, Problems of the Roman Criminal Law 155, 177 (1912). ; Schisas, Pandias M. Schisas, Offences Against the State in Roman Law 221-22, 232." Id., n.45.

[27] "Despite these new procedures, some protection against double jeopardy still existed. Iulius Paulus, a leading Roman jurist at the turn of the third century, stated that "[a]fter a public acquittal a defendant can again be prosecuted by his informer within thirty days, but after that time this cannot be done."" Id. "The Opinions of Paulus 4.17, in 1 The Civil Law 323 (S.P. Scott trans., 1973) (emphasis added)." Id., n.46.

尼法典（The Digest of Justinian），規定：「統治者必不許一個已獲判無罪之被告，就同一犯罪再受訴追。」[28] 而且，「任何人均不得因同一犯罪，而遭受各別法律之各別訴追。」[29]

近接於羅馬帝國時代結束之際，所開始發展之教會法(The canon law)，亦含有禁止二重危險之規定。[30] 羅馬教皇 Gregory IX 於西元 1234 年所公布之教皇指令彙編「The Gregorian Decretals」（內容主要為教皇對於問題之解答），[31] 其中一章，係取自早期教會會議之教規，該章宣稱：「對於已經免責之被告，不得就其所涉之犯罪進行重複之訴追。」[32] 於更早之西元 1140 年，在 Bologna 教書之修道士 Gratian，出版 Concordantia discordantium canonum （Concordance of discordant canons「調和不一致之教規」）一書，該書又稱為「the Decretum」，其中涵蓋大量過去之權威資料，包括教會會議之教規、聖經之章節、及教皇之判決。[33] 在此「the

---

[28] "The Digest of Justinian, a collection and abridgment of juristic writings on then-existing Roman law compiled under the Byzantine emperor Justinian I and published in 533, provided that "[t]he governor must not allow a man to be charged with the same offenses of which he has already been acquitted,"" Id. "Dig. 48.2.7.2 (Ulpian, De Officio Proconsulis 7), in 4 The Digest of Justinian 797 (Theodor Mommsen et al. eds., Univ. of Pa. Press 1985) (1870)." Id., n.47.

[29] "and that "a person cannot be charged on account of the same crime under several statutes."" Id. "Dig. 48.2.14 (Paulus, De Officio Proconsulis 2), in 4 The Digest of Justinian 799 (Theodor Mommsen et al. eds., Univ. of Pa. Press 1985) (1870)." Id., n.48.

[30] "The canon law, which began its development near the end of the Roman Empire, also contained a prohibition against double jeopardy." Id., at 200. "Martin L. Friedland, Double Jeopardy 5, 326-27 (1969); R.H. Helmholz, The Spirit of Classical Canon Law 284, 286-87 (1996); Jay A. Sigler, Double Jeopardy: The Development of a Legal and Social Policy 3 (1969)" Id., n.55.

[31] "The Gregorian Decretals, a compilation of papal decretals (mainly written answers to specific questions put to the pope) promulgated by Pope Gregory IX in 1234," Id., at 200-01. "R.H. Helmholz, The Spirit of Classical Canon Law 11-13 (1996) " Id., n.56.

[32] "contains a chapter, taken from a canon of an earlier church council, proclaiming: "An accusation cannot be repeated with respect to those crimes of which the accused has been absolved." [57] The commentary on this chapter states the principle as: "[I]f anyone is absolved of a crime of which he was accused, he should not again be accused of the same thing."" Id., at 201. "R.H. Helmholz, The Spirit of Classical Canon Law 286 (1996). (citing Decretals Gregorii IX 5.1.6)." Id., n.57.

[33] "Even earlier, around 1140, Gratian, a Camaldolese monk who taught in Bologna, published his Concordantia discordantium canonum (Concordance of discordant

Decretum」一書中，至少兩度提及二重危險。其中一處說：「聖經認為，上帝不對同一件事情給予兩次處罰」；[34] 另一處說：「對於同一犯罪，不論犯人係被判有罪或無罪，嗣後均不得再有進一步之訴追。」[35]

教會法對於二重危險之禁止，係源自西元 391 年聖徒 Jerome 就舊約聖經 Nahum 1:9 節一段經文之解釋。[36] Douay 版本之聖經，將此段經文譯為：「不得給予二重之折磨。」[37] 英王 James 欽定之英譯聖經版本，則稱：「折磨應不得給予第二次。」[38] 聖徒 Jerome 解讀此段經文之意義為：「上帝對於同一行為不給予兩次之處罰。」[39] 此一解讀，乃被據

---

canons), known as the Decretum, containing a mass of authorities from the past, including canons of church councils, scriptural passages, and decisions of popes." Id. " R.H. Helmholz, The Spirit of Classical Canon Law 7 (1996). " Id., n.59.

34 "The Decretum contains at least two references to double jeopardy. At one point it states, "The Scripture holds, '***God does not punish twice in the same matter***,'"" Id. "R.H. Helmholz, The Spirit of Classical Canon Law 286 (1996). (citing Decretum Gratiani, Distinctio 81, canon 12)." Id., n.60.

35 "while at another it proclaims, "'***Whether one is condemned or absolved, there can be no further action involving the same crime***.'"" Id. "R.H. Helmholz, The Spirit of Classical Canon Law 286 (1996). (citing Decretum Gratiani, Causa 2, quaestio 1, canon 14)." Id., n61.

36 "The canon law's prohibition against double jeopardy emanated from an interpretation given by Saint Jerome in A.D. 391 of Nahum 1:9, a verse in the Old Testament." Id. "Martin L. Friedland, Double Jeopardy 5, 327 (1969); R.H. Helmholz, The Spirit of Classical Canon Law 287 (1996); Jay A. Sigler, Double Jeopardy: The Development of a Legal and Social Policy 3 (1969); George C. Thomas III, Double Jeopardy: The History, The Law 72 (1998); see also Bartkus v. Illinois, 359 U.S. 121, 152 n.4 (1959) (Black, J., dissenting)." Id., n.62.

37 "The Douay version of the Bible translates this verse as: "there shall not rise a double affliction;"" Id. "Nahum 1:9 (Douay)." Id., n.63.

38 "the King James Bible declares: "[a]ffliction shall not rise up the second time."" Id. "Nahum 1:9 (King James). The Revised Standard version of the Bible translates the verse as "[The Lord] will not take vengeance twice on his foes." Nahum 1:9 (Revised Standard). The New Revised Standard version translates it as "no adversary will rise up twice," Nahum 1:9 (New Revised Standard), while the New International version translates it as "trouble will not come a second time." Nahum 1:9 (New International)." Id., n.64.

39 "Saint Jerome read the verse to mean "***that God does not punish twice for the same act***."" Id. "Bartkus, 359 U.S. at 152 n.4 (Black, J., dissenting) (relying upon 25 Migne, Patrologia Latina 1238 (1845)). See also Z.N. Brooke, The English Church and the Papacy 205 & n.1 (1989); Jay A. Sigler, Double Jeopardy: The Development of a Legal and Social Policy 3 (1969) (translating the phrase as "God does not punish twice for the same transgression."). " Id., n.65.

以推論出：「如在上帝面前，果係如此，則在俗世凡間，亦當如此。」[40] 聖徒 Jeromel 如上之解讀，遂早在西元 847 年，便已進入教會法之中；[41] 其後並以「甚至上帝亦不對於同一行為進行兩次之審判」云云之文字加以敘說。[42]

據上說明可知，二重危險法則，實係起源於大陸法系之羅馬法與教會法。然則，二重危險法則究竟如何引進於英國？

有一派學說，認為二重危險法則當然係由歐洲大陸傳遞過來英國。傳遞之途徑有二，一為教會法，二為羅馬法。教會法係於西元 1066 年隨諾曼征服（the Norman conquest）傳進英國。[43] 羅馬法則影響論文作者及法官；[44] 論文作者在為文增補相對尚未發達之普通法理論時，自然會引用精緻之羅馬法學以為補充；[45] 又最早期之普通法法院之法官，及英國大法官，乃由研究過羅馬法之教會神職人員所擔任，[46] 是當

---

40 "It was reasoned that if this were so before God, it should be the same on earth." Id. "R.H. Helmholz, The Spirit of Classical Canon Law 287 (1996)." Id., n.66.

41 "Saint Jerome's interpretation of the verse entered church canons as early as 847," Id., at 202. "Z.N. Brooke, The English Church and the Papacy 205 & n.1 (1989). The maxim was cited in the Council of Mainz in 847 and repeated in the Council of Worms in 868. Id.; Martin L. Friedland, Double Jeopardy 5 n.4. (1969)." Id., n.71.

42 "subsequently to be stated as, "Not even God judges twice for the same act."" Id. "Bartkus v. Illinois, 359 U.S. 121, 152 n.4 (1959) (Black, J., dissenting). See also George C. Thomas III, Double Jeopardy: The History, The Law 72 (1998); Z.N. Brooke, The English Church and the Papacy 205 & n.1 (1989); R.H. Helmholz, The Spirit of Classical Canon Law 286 (1996)." Id., n.72.

43 "***One theory postulates that the principle came from the Continent***, either through canon law, which was introduced into England after the Norman conquest in 1066," Id. at 205. "R.H. Helmholz, The Spirit of Classical Canon Law 286 (1996); Max Radin, Handbook of Anglo-American Legal History 228 (1936); Jay A. Sigler, Double Jeopardy: The Development of a Legal and Social Policy 3 (1969); Note, Double Jeopardy and Dual Sovereigns, 35 Ind. L.J. 444, 446-47 (1960); see also Martin L. Friedland, Double Jeopardy 6 (1969)." Id., n.94.

44 "or through Roman law, which influenced treatise writers and judges." Id. "Note, Double Jeopardy and Dual Sovereigns, 35 Ind. L.J. 444, 446-47 (1960); see also Martin L. Friedland, Double Jeopardy 6 (1969)." Id., n.95.

45 "These writers, as the theory goes, supplemented the relatively undeveloped common law with the more refined and sophisticated jurisprudence of the Roman law." Id. "Note, Double Jeopardy and Dual Sovereigns, 35 Ind. L.J. 444, 446 (1960)" Id., n.96.

46 "In addition, the earliest judges of the common law courts, as well as the chancellors in England, were members of the clergy who had studied Roman

彼等奉命進行法律原則之系統化整理時，自然也會求諸彼等所研究而熟悉之羅馬法觀念。[47] 學者一般都同意如此之見解，蓋甚多西方之法律係來自相同之源頭，及共享之司法觀念。[48]

在英國，二重危險法則之問題，因大主教 Thomas Becket 與英王亨利二世（Henry II）之衝突而浮現。[49] 英王亨利二世，對於教會神職人員得以主張前此已經教會法院審判，而享有免受世俗法院審判之特權，深為厭惡；[50] 終在 1163 年，亨利二世試圖對於一名已經教會法院判決無罪之神職人員重行審判時，與大主教 Becket 爆發終極之挑戰。正由於亨利二世之違背二重危險法則而與 Becket 產生仇恨，遂導致 Becket 遭到謀殺。[51] 在 Becket 事件後，二重危險法則在英國之發展，仍非平順。有位學者斷言：「二重危險法則既未獲得明確定義，亦未獲得適用」。[52] 事實上，即使教會已重返

---

law." Id. "Note, Double Jeopardy and Dual Sovereigns, 35 Ind. L.J. 444, 446 (1960)." Id., n.97.

47 "When called upon to formulate principles, it is contended, they naturally turned to the ideas with which they were familiar from their studies." Id. "Note, Double Jeopardy and Dual Sovereigns, 35 Ind. L.J. 444, 446 (1960)." Id., n.98.

48 "Scholars generally agree that the origin of the protection against double jeopardy in English law "is, and undoubtedly will remain, a matter of speculation," because "much of Western law derives from a common fund of shared judicial concepts."" Id., at 209. "See generally Jill Hunter, The Development of the Rule Against Double Jeopardy, 5 J. Legal Hist. 4 (1984) (questioning the fundamentality of the principle)." Id., n.136. "Jay A. Sigler, Double Jeopardy: The Development of a Legal and Social Policy 3 (1969)." Id., n.137.

49 "In England, the concept of double jeopardy shares a common historical fount with the right to a grand jury indictment. Much like the grand jury, the principle barring double jeopardy arose out of the conflict between Archbishop Thomas Becket and Henry II." See, Alfredo Garcia, *THE FIFTH AMENDMENT: A COMPREHENSIVE AND HISTORICAL APPROACH*, 29 U. Tol. L. Rev. 209, 235（1998）. "Martin L. Friedland, Double Jeopardy 5 (1969)." Cited in, Alfredo Garcia, id., n.165.

50 "Henry resented the privilege of the clergy to avoid prosecution in civil court by claiming that they had been previously judged in ecclesiastical courts." Id. "Martin L. Friedland, Double Jeopardy 5 (1969)." Id., n.167.

51 "Henry's ultimate challenge to Becket came in 1163 when he sought to retry a clerk who had been acquitted of the offense in the ecclesiastical court. Indeed, it is Henry's violation of the double jeopardy ban that supposedly triggered his feud with Becket, leading ultimately to Becket's murder." Id. "Martin L. Friedland, Double Jeopardy 6 (1969)." Id., n.168.

52 "Following the controversy between Becket and Henry II, the path of double

二重危險法則之原路，但 Becket 之繼任者及教宗伊諾森三世（Pope Innocent III）並未再反對多重之處罰。[53]

1487 年，英王亨利七世（Henry VII），就殺人案件，制定一項違背二重危險法則之規定。[54]該規定允許對於已經大陪審起訴而被判無罪之殺人案件之被告，經由 "appeal"（即由私人提起之訴追），而開啟第二度之訴追。此一第二度訴追之唯一限制，徒為"appeal"之提起，須在 1 年又 1 天之期限內為之。[55]

此一忽視二重危險法則之傾向，持續於整個 16 世紀及 17 世紀上葉。[56] Vaux's Case 一案，[57] 可作為對於二重危險法則漫不經心之範例。在此 Vaux's Case 一案，法院認定，從實體上駁回有瑕疵之大陪審之起訴，並不禁止再度之起訴，蓋被告所被訴追之行為，依法既非犯罪，則被告即不曾蒙受任何之危險。[58] 異乎尋常者是，直到 17 世紀後葉，在英國，所見儘是二重危險法則之遭受違背。[59]

---

jeopardy did not run smooth. One scholar concluded that the rule against double jeopardy was "neither clearly defined nor applied."" Id. “Martin L. Friedland, Double Jeopardy 7 (1969).” Id.,, n.169.

53 “In fact, even the Church backtracked on the principle, Becket's successor did not oppose multiple punishment and neither did Pope Innocent III.” Id. “Martin L. Friedland, Double Jeopardy 7 (1969).” Id., n.170.

54 “In 1487, Henry VII enacted an Act which violated the double jeopardy principle in homicide cases.” Id. “Martin L. Friedland, Double Jeopardy 9 (1969).” Id., n.172.

55 “The Act allowed the prosecution of a homicide through an "appeal" (i.e., a prosecution initiated by a private party) even though the accused was acquitted on the indictment. The only restriction on the reprosecution was that the "appeal" be brought within a year and a day.” Id. “Martin L. Friedland, Double Jeopardy 9-10 (1969); Jay A. Sigler, Double Jeopardy: The Development of a Legal and Social Policy 7-9 (1969).” Id., n.173.

56 “The trend of ignoring the double jeopardy principle continued through the sixteenth and early part of the seventeenth centuries. One case serves as the paradigm for the cavalier treatment accorded double jeopardy.” Id., at 235.

57 “76 Eng. Rep. 992 (K.B. 1591), cited in Martin L. Friedland, Double Jeopardy 11 n.3. (1969).” Id., n.174.

58 “In Vaux's Case, the court held that a dismissal of a defective indictment on the merits did not preclude reprosecution because the accused "was never in jeopardy when charged with an act which is not an offence according to the law."" Id. “76 Eng. Rep. 992 (K.B. 1591), cited in Martin L. Friedland, Double Jeopardy 11 n.3. (1969).” Id., n.175.

59 “Paradoxically, until the latter half of the seventeenth century, the double jeopardy

對於二重危險法則漠不關心之現象，在 17 世紀後葉發生重大改變，自此二重危險法則成就為用以遏制政府專制之現代角色(the modern role of double jeopardy as a rule intended to curb governmental tyranny）。[60] 何以如此，蓋 17 世紀後葉，西元 1688 年，英國光榮革命興，而民主憲政時代來臨故也。

在美國，亦同然於獨立戰爭勝利，組成聯邦後，於 1791 年，在其世界第一部成文憲法之增修條文中，明文保障二重危險之禁止。[61]

然則，追本溯源，二重危險法則與既判力法則，其實源頭相同，並無差異。已彰彰見諸上開歷史沿革之說明。

第 三 節　法系殊途

依前款之說明可知，二重危險之觀念，起源於歐洲大陸之羅馬法與教會法，然後播傳於英美。然而，時至今日，二重危險之觀念，在大陸法系，係以「既判力法則」之型態而存在；在英美法系，則依「二重危險法則」(「既判力法則」加「程序危險之禁止」）之理想而發展。以致源頭相同之二重危險觀念，在大陸法系與英美法系之發展，趨向殊途。為明所以，當探究其原因如下。

今日所謂「英美法系」，係指 1688 年英國光榮革命後，在民主憲政制度下發展而出之法律制度；同然，所謂「大陸法系」，亦應指為 1789 年法國大革命後，在民主憲政制度下發展而出之法律制度。[62] 然而，兩大法系之分野，並非成於

---

principle in England had been observed mainly in the breach." Id., at 235.

60 "Indifference toward the double jeopardy bar underwent a metamorphosis during the latter half of the seventeenth century. Finally, (it had been) bringing into focus the modern role of double jeopardy as a rule intended to curb governmental tyranny." Id., at 235-36. "Modern double jeopardy law began to emerge in England in the last half of the seventeenth century." See, David S. Rudstein, supra note 8, at 218.

61 "The Double Jeopardy Clause became part of the Fifth Amendment to the Constitution following its ratification by the States in 1791." See, David S. Rudstein, supra note 8, at 232.

62 "The Double Jeopardy Clause became part of the Fifth Amendment to the Constitution following its ratification by the States in 1791." See, David S. Rudstein, supra note 4, at 232. "U.S. Const. amend. V. A protection against

一夕，而各有其歷史背景，從而浸淫出信念之差異，以致影響二重危險之價值觀。因此，歷史背景之回顧，有其重要性。

不列顛早期之住民為克爾特人（the Celts）。西元 47 年，羅馬人佔領不列顛。迨第五世紀初，羅馬帝國勢微，不得不自行撤走。而安格魯－薩克遜人，則又於稍後入侵。羅馬人治下之不列顛，雖在市鎮造成相當程度之羅馬化，拉丁文已然成為文化用語，但市鎮以外之不列顛人，則幾不曾接觸羅馬文明。而當羅馬人撤走之後，市鎮隨之衰落，未完成之建築任其荒廢，圓形劇場淪為市場。是當西元 449 年安格魯－薩克遜人入侵不列顛時，不列顛已由羅馬人之不列顛回復為克爾特人之不列顛。而再經安格魯－薩克遜人一番蹂躪，羅馬文化遂從不列顛消失，所殘存者僅為羅馬人修造之道路、市鎮遺趾及基督教而已。[63] 職是之故，嗣後英國以獨樹一格而發展開來之法律制度，比較歐洲大陸諸國而言，所受羅馬法之影響極為有限。[64]

安格魯－薩克遜人原居住丹麥半島至萊因河口間之北海（North Sea）海岸，乃日耳曼蠻族之一支，並無文化。[65] 既入侵不列顛後，不列顛之情況，殆與歐洲大陸其他經日耳曼蠻族入侵之地區無異。在刑事程序方面，係沿用日耳曼之傳統習慣，採私人訴追之彈劾主義訴訟制度，判斷爭執之方法，或採宣誓法，或採神裁判法。[66]

西元 1066 年，諾曼第公爵威廉（Willian Duke of Normandy）渡海征服不列顛，而將歐洲大陸業已發展成型之封建制度移植於英格蘭，但其封建方式卻有異於歐洲大陸。

---

double jeopardy was made part of the French constitution of 1791. See Lebbeus R. Wilfley, Trial by Jury and "Double Jeopardy" in the Philippines, 13 Yale L.J. 421, 424 (1904). The Napoleonic Code of Criminal Procedure published in 1808 also recognized the principle. Article 360 of that Code provided: "No person legally acquitted can be a second time arrested or accused by reason of the same act." ” See, David S. Rudstein, supra note 8, n.371.

[63] Clayton Roberts & David　Roberts 原著，賈士蘅譯，*A History of England*（*英國史*），民國 75 年 10 月初版，頁 18-43。

[64] Keith J. Eddey, *The English Legal System* 169 (1987).

[65] 賈士蘅譯，同前註(63)，頁 47-48。

[66] 賈士蘅譯，同前註(63)，頁 66-67；J. H. Baker, An Intorduction to English Legal History 2-5 (1979).

國家圖書館出版品預行編目資料

緣歐陸於查理曼帝國瓦解後，群龍無首中，係由地方大、小領主，自下而上逐級推選出上一級之諸侯，乃至於國王。而威廉之於英格蘭，則以征服者之姿態，將征服之土地分封於約 170 名左右追隨其征服英格蘭之貴族，貴族再將土地分封於武士，武士復將土地分封於其他人。此種由上而下之分封制度乃為威廉建立起強而有力之中央集權政府。是以英國國王在封建制度中所享有之權力，自始優於歐陸諸國，其國家型態之發展亦較為順利。[67] 封建制度既建立後，諸侯在其領地內，本亦有權設置法庭，以遂行其統治，並從中獲得財務方面之利益。惟英國國王旋即體會，在強有力之中央政府外，建立統一之法律制度及秩序，亦實所必須。從而，在司法方面，屬於皇室之法庭（the Court of Exchequer, the Court of King's Bench, the Court of Common Pleas）紛紛建立，並派出巡迴法官（itinerant justices in eyre）巡迴全國各地，以處理民、刑事案件。[68] 在行政方面，為調查全國土地及財富，威廉於 1086 年，派遣考察團深入全國各地，完成「土地勘察記錄書（Domesday Book）」，以作為徵收租稅之依據。據史家指出：「這項調查進行得非常徹底，沒有一百英畝地、沒有三十英畝地，甚至沒有一頭公牛、一頭母牛、一條豬，在這調查中逃過調查員的注意」。[69] 據此，可知當時英國國王權勢之一斑。十二、十三世紀，安如王室續行專制統治，約翰王變本加厲，為籌措戰費，對貴族及市民之壓榨了無止境。1215 年初，貴族輩在史丹福（Stamford）武裝集會，進迫倫敦，5 月間，倫敦市民為判軍開啟城門，6 月 15 日，約翰王不得不在壓力之下簽署「大憲章」（Magna Carta）。大憲章之主要內容，除規定：「非經全國同意，不得徵收免役稅及國王津貼……」外，並規定除非有法律上之依據，不得逮捕拘禁任何自由人或剝奪其財產，且應擔保自由人有受其同

---

[67] R. R. Palmer & Joel Colton 原著，孫小魯譯，*History of the Modern World （現代世界史上冊）*，頁 32（民國 77 年 1 月初版）；Eddey, supra note (64), at 170.

[68] Baker, supra note (66), at 13-15；Eddey, supra note (64), at 169-172；Charles W. Thomas & Donna M. Bishop, *Criminal Law : Understanding Basic Principles* 21-23 (1987)；賈士蘅譯，同前註(63)，頁 100-104、113-117。

[69] Eddey, supra note (64), at 172；賈士蘅譯，同前註(63)，頁 104-108。

儕裁判之權利（the right to trial by one's peers ）。[70] 所謂「有受其同儕裁判之權利」，雖不當然等於受陪審裁判之權利（the right to trial by jury），但已為英國嗣後之陪審審判制度提供其基礎。[71]

西元 1215 年，除「大憲章」之簽署，為劃時代之事件外，同年間，另一尤重要之事件，於「大憲章」甫簽署後之兩個月發生，此即教皇英諾森三世（Innocent Ⅲ）於第四次拉特蘭會議（Fourth Lateran Council）中，下令禁止教士主持神裁判法（trial by ordeal）。此一禁令無異已將神裁判法廢止。自此時起，歐陸與英國均須另覓用以取代神裁判法之可行方式，否則審判即無從進行。英國在大憲章擔保「受其同儕裁判之權利」下，乃往陪審裁判之方向發展，既設大陪審（grand jury）以執行訴追，復設小陪審（petty jury）以職司審判。而歐陸方面，則由於並無類似大憲章關於「受同儕裁判」之權利保障書存在，統治者在不受拘束之下，本於鎮壓犯罪之警察思想（police-minded thinking），而朝糾問制度之方向發展。是自 1215 年起，英國刑事程序之發展，乃自樹一格，而與歐陸分道揚鑣。[72]

考英國大陪審制度之起源，實與 1066 年諾曼第公爵征服英格蘭後所建立之中央集權政府有其密切關係。蓋在中央集權之下，國王須派出巡迴法官以實現其對於全國之司法控制，此已見諸前述。但巡迴法官之於地方，並無充分之警察力量，以致欠缺一套有效之制度以將地方上之犯罪提交巡迴法官審判。為解決此項困難，原屬於教會法院糾問主義之告發陪審（the jury of denunciation or accusation）制度遂告引進。[73] 緣自第九世紀起，兼為教會法院法官之主教（bishop），當其視察轄區時，輒將當地之教士及信徒召集前來，然後由信徒中挑選出若干人，使之宣誓後，命將所知特定人之犯罪

---

70 Gerhard O.W. Mueller & Fre' Le Poole-Griffiths, *Comparative Criminal Procedure* 4 (1969)；林紀東，*比較憲法*，民國 69 年 2 月初版，頁 71-72；賈士蘅譯，同前註(63)，頁 159-163。

71 賈士蘅譯，同前註(63)，頁 162。

72 Mueller & Poole-Griffiths, supra note (70), at 3-6.

73 A. Esmein, *A History of Continental Criminal Procedure* 332 (1968).

提出告發，其經告發涉有犯罪嫌疑之人，輒須引證言協助人（co-swearers）協同宣誓，或接受神裁判法（ordeal）之考驗以證明清白，此種職權糾問主義下義務告發之制度，即所謂之告發陪審。[74] 西元 1166 年，享利二世（King HenryⅡ）首次依此模式建立大陪審（grand jury）制度。大陪審由各該地方上百人團（hundred，乃地方連保單位）之 12 名武士（若當地無武士，則由其他適格之人）所組成，其功能在於就所知之犯罪，逮捕犯罪嫌疑人，而提交皇室之巡迴法官審判（請注意，其審判方式，仍採神裁判法等）。是大陪審之始設，在當時英國中央集權政治之下，其功能本在於依職權進行訴追，用為皇室效命，以放大王權，初非在於保護被告之利益。[75] 惟自 1215 年大憲章保障「受同儕裁判」之權利以後，大陪審之性格丕變。乃從本來專以調查、訴追犯罪為能事之角色，逐漸轉為介在被告與政府官員間之緩衝器（buffer），除仍維持其原有調查犯罪之權限外，其重要之功能在於審查他人訴追之提起，是否基於可資信賴之證據，及其訴追是否出於政府官員之不良居心，以保護被告免於不當之訴追。[76] 是除大陪審對於自己所知之犯罪，本於職權所進行之訴追（稱為 presentment）外，其他政府官員或私人對於犯罪之訴追，均須將訴追狀（稱為 bill of indictment）提交大陪審，由其進行審查，並訊問資以支持訴追之相關證人，俾決定其訴追是否具有充分理由，若然，則於訴追狀簽署「billa vera」或「true bill」，而許可訴追；若其不然，則簽署「ignoramus」或「not found」而駁回訴追。[77] 大陪審制度嗣後之發展，則因英國

[74] Id., at 66-67, 83-84.

[75] Id., at 66-67, 83-84, 332; Baker, supra note (66), at 23, 415; Eddey, supra note(64), at 37; Richard Calkins, *The Fading Myth of Grand Jury Secrecy*, The John Marshall Journal of Practice and Procedure 18-19 (1967); John Spain, *The Grand Jury, Past and Present : A Survey* , 2 American Criminal Law Quarterly 119 (1964) ; James P. Whyte, *Is the Grand Jury Necessary*? , 45 Virginia Law Review 464-465 (1959).

[76] Whyte, id., at 465; Theodore M. Kranitz, *The Grand Jury : Past-Present-No Future*, 24 Missouri Law Review 321 (1959) ; Paul M. Lukes, *Should the Grand Jury Indictment Procedure Be Abolished in Illinois*? , 2 The John Marshall Journal of Practice and Procedure 348-351 (1969).

[77] Esmein, supra note (73), at 337-338, 344.

另創設由民眾所擔任之治安法官（the justice of the peace）以從事起訴前之預審，而使大陪審漸失其重要性，終於 1933 年宣告廢止。[78]

至於英國小陪審（petty jury）制度之建立，亦有其深遠之淵源。按歐洲中古前期所採之彈劾主義訴訟制度，本有其「不告不理」原則之例外，即「陪審審訊法」（the inquest by the country）。按陪審審訊法之實施，係於無人出面訴追之情況下，經徵得犯人之同意，而例外進行之審判，寓有相當程度職權糾問之色彩。其審訊之方法為，將犯罪行為地可能知悉該項犯罪之殷實民眾召集前來法庭作證，其人數至少 24 人，使逐一在 4 名武士之前宣誓後，供證其所見所聞，並制作筆錄，然後提被告到庭，先詢問被告是否拒卻證人，繼之將前開筆錄朗讀予被告聆聽，再使各該證人承認係在宣誓之下而為此證言，從而即可以此證人之供述為基礎，而作成判決。[79] 此種職權糾問（inquisition）色彩濃厚之陪審審判制度，早先使用於歐陸法國，而經諾曼第公爵威廉，於 1066 年橫渡海峽征服英格蘭時，引入英國。威廉並將此制度應用於行政及財政方面，前述 1086 年威廉所完成之「土地勘察記錄書（Domesday Book），其中絕大部分之資料，即係運用此種職權糾問手段所取得。是所謂小陪審，其原始性質，實為證人，而非裁判者。[80] 迨 1215 年，在約翰王簽署大憲章以保障「受同儕裁判」之權利，並教廷於同年廢止神裁判法，兩大事件風雲際會之下，近今形態之陪審裁判制度遂成為英國方面不可避免之選擇。[81] 自是而後，除負責訴追之大陪審（grand jury）依然維持其存在外，另須增設小陪審（petty jury or trial jury），以職司審判。因此，英國乃出現大、小陪審併存之情況。而小陪審之性質，在前此陪審審訊（the inquest by the country）制度之下，原屬證人之性質，已見前述。是 1215

[78] Eddey, supra note (64), at 37-38 ; Harry W. More, *Principles and Prosedures in the administration of Justice* 287 (1975).

[79] Esmein, supra note (73), at 64-68.

[80] Id., at 323-324, 326; Baker, supra note (66), at 64.

[81] Baker, supra note (66), at 415-416; Mueller & Poole-Griffiths, supra note (70), at 4.

年以後，英國雖開始試行陪審審判制度，但陪審於一時之間，仍不能脫卻其為特種證人之性質。因此，陪審員之產生，係由犯罪所在地之鄰人中，挑選 12 名於兩造當事人間無所偏袒，且有資產之人士擔任之。而陪審自己即係證人，係本於一己就系爭事實之知識而為判斷，別無所謂在公開法庭中調查證據之程序。是陪審員為多得系爭事實之知識，尚得私行走探犯罪地及訪問目擊者，當事人亦得在審判開始之前，提供資料予陪審員。如斯形態之陪審審判，維持數百年之久，嗣至 16 世紀，證人應在公開法庭中面對陪審而陳述其見聞事實之法則始初告建立。而此項證人須在法庭公開調查之法則出現後，陪審乃從證人之性質逐漸轉變為裁判者之角色。蓋陪審若不放棄其證人之性質，則在公開法庭中，將有兩類證人同時出現，其一為本係證人性質之陪審，另一則為須對陪審供述其見聞事實之證人。若由前者判斷後者供述之真實性，無異以證人判斷證人，在邏輯上不免矛盾。惟陪審之轉變為完全之裁判者，其發展仍須假以時日。迨 1670 年，在 Bushel's case 一案，the Court of Common Pleas 之審判長 Vaughan 仍認為：「陪審就事實之判斷，得本於一己就案件之所知為其基礎，蓋陪審究係來自於犯罪所在地之左右鄰居，法律乃假定縱使在法庭中並無任何證據資料提供予陪審，陪審亦足以憑其所知判斷事實之真相，同理，陪審亦得本於一己之所知，而不採信一切呈現於法庭之證據」。總之，陪審得本於一己所知而為判斷之原則，可謂根深蒂固，即至於 1670 年，依然有上述 Vaughan 法官之見解可見。然而，此項原則終須逐漸改變。首先，法官不斷致力於使陪審須將一己所知之事項公開表明，加以實務上命重新審判（new trials）之情況增加，而歷經 17、18 世紀之演進，乃確立陪審必須依據法庭中所呈現之證據資料而為判斷之原則。近今陪審之形態始告發展完成。[82]

---

[82] Esmein, supra note (73), at 326-329; Valerie P. Hans & Neil Vidmar, *Judging the Jury* 21-30 (1986); Benjamin Kaplan, *Trial by Jury*, Compiled in, *Talks on American Law* 54-55 (1972). 關於 jury 之問題，並請參考：Harry Kalven, Jr. & Hans Zeisel, *The American Jury* (1971); Reid Hastie, *Inside The Jury* (1983); Seymour Wishman, *Anatomy of a Jury* (1986); Morris J. Bloomstein, Verdict : *The*

英國刑事司法制度之發展，治安法官（the justice of the peace）之角色亦極具重要性。緣諾曼第公爵入主英國而建立中央集權政府後，鑑於以往在歐陸所見地方勢力侵犯王權之經驗，乃持續採行削減地方權限之政策。其最重要者，乃剝奪地方官吏之司法權，而由中央派遣巡迴法官巡迴各地，以國王之名義實施審判。但因巡迴法官欠缺警察力量，是以首於 1166 年創設大陪審制度，以執行訴追，此已見前述。除此之外，復於 1195 年起，開始任命「治安武士」（Knights of the peace）以協助維持法律秩序。1327 年及 1361 年，並先後以法律明白規定：「優秀且適法之人（good and lawful man）將受任命以維持治安（be assigned to keep the peace）」。而治安法官（justice of the peace）之名稱，亦於該 1361 年之法律中正式使用。嗣於 1362 年之法律，進而規定由治安法官組成四季法院（four quarter sessions），一年四次召開法庭以審理刑事案件。1496 年起，治安法官進而在四季法院之外，得就地方上輕微之刑事案件（minor, summary criminal cases），逕以小法庭（petty sessions）之形式進行審理。從而治安法官乃由最初協助治安之角色，而演變為今日司法之角色。治安法官就重罪案件（felony）雖無審判權，但擁有預審之權限，亦即，重罪案件須經治安法官實施預備審問，以決定是否將被告交付審判，是以治安法官之功能乃有取代大陪審之勢，終致大陪審於 1933 年廢止。[83]

由以上英國刑事司法制度之歷史背景觀之，可知自 1066 年諾曼征服以後，英國中央集權之王室，就刑事司法權之掌握，係出於職權糾問之立場。其於 1166 年創設之大陪審，始意在於使地方民眾檢舉犯罪，用以放大皇室之司法權，而無關人權保障。至於小陪審之創設，則只係 1215 年大憲章簽署，並教廷廢止神裁判法後，不得已之選擇，且其小陪審之前身，原係糾問色彩濃厚之所謂陪審審訊制度（the inquest by

---

Jury System (1971); American Bar Association Project on Minimum Standards for Criminal Justice, Standards Relating to Trial by jury (1968)；熊谷弘，英米陪審制度の運用と其の 批判（昭和 35 年 9 月）。

[83] Baker, supra note (66), at 21-25; Eddey, supra note (64), at 29-31, 37-38.

the country）。事實上，在大憲章簽署以後之幾世紀間，皇室意欲控制司法之企圖，從不曾間斷。凡皇室欲加之罪之被告，陪審若竟反於皇室之意願而為無罪之判決，常導致陪審自己遭受處罰。愛德華四世（1461-1483）甚至一度創設星法院（Star Chamber），引進糾問程序及刑求拷問之手段，以進行犯罪之鎮壓。[84] 惟因英國殊異於歐陸之封建制度，致在皇室集權專制之下，迫使中產階級與貴族聯合，以對抗國王，終於 1688 年之光榮革命，一舉驅逐主張君權神授之詹姆士二世，而迎立威廉、瑪麗夫婦，共即王位。國會並於 1689 年制定權利章典（Bill of Rights），確立「法律支配」之原則。英國民主政治之發展，始真正步入坦途。當然，相對於民主政治之發展，英國刑事司法亦日益擺脫專制權力之干涉，而成就為今日獨樹一格之制度。論者指出，英國憲政發展史，實亦即司法獨立之奮鬥史，[85] 信哉斯言。

至於歐洲大陸刑事司法制度之發展，情形則殊異於英國。

考羅馬帝國於西元 330 年以後，分裂為東西兩部，東羅馬帝國以君士坦丁堡為京城，西羅馬帝國仍以羅馬為首都。此際日耳曼蠻族已開始遷徙，西羅馬人不知大禍之將至，猶朝夕痛恨帝國皇帝、帝國軍隊、帝國稅吏以及帝國法官。寖假人人均思遠去帝國，投身為蠻夷之自由農民。日耳曼蠻族遂乘西羅馬式微之際，大舉入侵。西元四七六年，西羅馬帝國亡。[86]

日耳曼蠻族，有語無文，僅能口耳相傳若干神話，及頌揚英勇善戰之勇士。入侵歐洲之後，以各別部落之形態群聚，除抱有強烈之部落意識外，尚無國家或政府之觀念。支

---

[84] Esmein, supra note (73), at 340-341；賈士蘅譯，同前註(63)，頁 265；S. C. Easton 原著，李邁先譯，*The Western Heritage*（*西洋近世史*）（一），頁 226, 228（民國 71 年 8 月 5 版）；Hans & Vidmar, supra note (82), at 21-23.

[85]「英國憲政制度之建立，據 C. H. Mcllwain, *Constitutionalism : Ancient and Modern* 一書，即為司法獨立奮鬥史」。引自，涂懷瑩，*中華民國憲法原理*，頁 60（民國 75 年 10 月新訂九版）。

[86] 薩孟武，*西洋政治思想史*，民國 75 年 8 月再版，頁 18；R. R. Palmer & Joel Colton 原著，孫小魯譯，*History of the Modern World*（*現代世界史上冊*），頁 16-17（民國 77 年 1 月初版）。

配部落之規範，無非習俗而已。故，日耳曼人初據歐洲時，尚乏能力建立超部落之政治組織以遂行有效統治。因此，歐洲之秩序與安全，幾至蕩然無存。四處流竄之武士，佔領農莊，以保護者之姿態盤據不去，而依賴農民所生產之糧食為生。地主、農奴，武士、奴隸，貴族、平民等階級區分逐漸出現。社會生活莊園化，各個自給自足之莊園與外界不相往來。錢幣停止流通，貿易近乎死寂。西方世界遂退為半原始狀態，西元 500 年以後之歐洲，淪入史稱之中古「黑暗時代」。[87]

在日耳曼蠻族武裝割據下之西方世界，既形成無數封閉而獨立之莊園，彼此不相統屬，是以在政治上始終欠缺有效之公權力機構。此際，尚能維繫與過去文明之關係者，僅基督教之教會組織而已。西元 800 年前後，法蘭克人中，出現一名傑出之領袖查理曼，以武力征戰各地，而在西方世界一度建立短暫統一之大帝國，但不旋踵又告瓦解。惟於查理曼帝國短暫統一中，因軍事上逐級分封采邑之結果，業已形成一種金字塔型之封建系統。又為遂行有效統治，查理曼亟須借重已深入人心之基督教精神力量，是以又透過行政力量，協助基督教建立相對應於封建系統之大一統教會網。西元 800 年，查理曼進而接受教皇之加冕，而成為「西方的皇帝」。由於政治與宗教大一統網絡之建立，乃為嗣後西方世界搭起一種社會生活之新型框架，而一改早期日耳曼蠻族武裝割據下漫無組織之狀況。因此，雖查理曼帝國不久即告瓦解，但地方封建勢力已然形成。各一定地域內之封建領主，遂依循曾一度建立之社會生活框架，以及日耳曼領袖出於推選之傳統，分別以由下而上逐級推選之方式，而產生各該地域之國王。西元 962 年，日耳曼人推舉鄂圖第一為東法蘭克國王（亦稱日耳曼國王），並接受教皇加冕為神聖羅馬帝國皇帝，是為神聖羅馬帝國之始。西元 987 年，法蘭西諸公爵亦推選修·卡貝為法國國王，卡貝後裔從此不斷承襲王業，達八世紀之久，直到法國大革命期間。是以透過查理曼帝國之短暫統一及瓦解，遂將歐陸帶入一種由下而上推舉國王之封建時代。

[87] 孫小魯譯，同前註（86），頁 21-22。

此種出自推選關係之封建制度，其特質在於權利義務之相對性，而與古羅馬之帝制原則有別。羅馬皇帝享有絕對權威，而西歐封建制度中卻無人可自認為至高無上。蓋國王既係出自推選，其與各封建領主間之權利義務，無寧為一種以合約相約束之關係。各封建領主在其領地既有人民，復有財賦，又有甲兵，儼然大王國中各別獨立之小王國，國王雖稱凌駕於封建領主之上，但究其實質，不過為名義上之共主而已，其權力難出於自有領地以外。是以法國修·卡貝於西元九八七年獲選為國王後之兩百年間，法國國王實際上享有之權力，至為有限。[88] 至於英國之封建制度，則有異於歐陸，向不曾有由下而上推選國王之史實。蓋西元 1066 年，歐陸諾曼第公爵威廉，渡海征服英格蘭，而將歐陸業已發展成型之封建制度，以由上而下之分封方式，移植於所征服之土地上。因此，同為封建體制之英格蘭，其國王之權力自始遠優於歐陸，國家形態之發展亦較順利。[89] 此已詳見前述。

封建制度發展過程中，伴隨產生之異物，乃自由市鎮之出現。緣西羅馬帝國滅亡後，西歐淪入中古黑暗時代，商業及城市均告沒落，殘存者僅為死寂之莊園生活，社會中不再有商人階級。迨封建制度基本成型後，商業始又萌芽。來往各地貿有易無之商人，在封建領地之莊園附近，租用領主之土地，建立市集，以便與莊園交易。此等市集，隨貿易之逐漸興盛，於西元 1000 年前後，發展成人口聚集之市鎮（towns）。市鎮所以稱為封建體制外之異物，乃因其並非封建制度組織框架中本來之有機部分。尤以市鎮在形成過程中，由於商人始終不願一如莊園中之農奴臣服於封建領主，而不斷致力於建立自己之自治地位。西元 1100 年左右，新市鎮多已掙脫封建勢力之支配，而以共和自治團體之形態獨立存在。神聖羅馬帝國轄下之自由市鎮，除來自皇帝似有若無之影響力外，不聽命於任何人。法蘭西與英格蘭轄下之市

[88] 孫小魯譯，同前註(86)，頁 21-26, 30-32；薩孟武，同前註(86)，頁 88-95；金觀濤、唐若昕，*西方的躍起*，民國 78 年 11 月初版，頁 106-115。

[89] 孫小魯譯，同前註(86)，頁 32；Keith J. Eddey, *The English Legal System* 170 (1987).

鎮，地位雖遜於神聖羅馬帝國轄下者，但亦多能由國王手中爭得相當特許自由。此等特權，畀予市鎮近乎獨立之地位。[90]

由於封建時代政治上之情勢係如上述，是以司法管轄權，亦隨之而支離破碎。國王之司法管轄權僅涵蓋王畿，而不及於諸侯領地及自由市鎮。後二者各有其獨立之司法管轄權。不僅如此，教會亦設有法庭，對於教士及涉犯異端（heresy）、巫術（sorcery ）、通姦（adultery）、高利貸（usury）等罪之一般民眾，另有其專屬之管轄權。權力支離破碎之情況如是，國王自甚難堪，是以自 13 世紀起，特以 1215 年以後，國王對於中央集權之建立及司法管轄權之兼併，無有不遺餘力者。尤以此時重商主義業已抬頭，市民為競爭海外市場，亦亟須強有力之中央政府作為對外拓展商業之後盾，是以市民乃積極支持國王以壓抑封建諸侯，而使權力日益集中於國王。而所謂一切裁判權均源自國王之理論及對於封建領地之判決得上訴國王之制度逐一建立後，乃使封建領地、自由市鎮及教會法庭之管轄權漸失其重要性。[91] 而權力集中國王之結果，刑事司法制度之走上糾問主義，殆又為勢所不能免。

糾問制度自十三世紀萌芽伊始，歷經兩百餘年之發展，已在法學家及實務界雙方配合之下，確立其模式。此際，王權更順勢介入，運用其立法上之權威，而將糾問制度法制化。首先出現之法律，為 1498 年敕令（the Ordinances of 1498）。自是以後，糾問制度之秘密審理原則，已有法律上之明確依據，民眾從此無權與聞刑事審判之進行。此種情況將持續到法國大革命止。[92] 尤重要之兩項敕令，出現於 1539 年及 1670 年。前者為法蘭西斯第一（Francis Ⅰ）所頒布，就糾問程序設為更詳細之規定；後者為路易十四（Louis　XIV）所制定，內容大致如前者，但規定愈益嚴酷，可謂集糾問制

---

[90] 孫小魯譯，同前註(86)，頁 33-38；金觀濤、唐若昕，同前註(88)，頁 126-134；薩孟武，同前註(86)，頁 94。

[91] Esmein, supra note (73), at 48-54；孫小魯譯，同前註(86)，頁 162-165；薩孟武，同前註(86)，頁 98-99。

[92] Esmein, id., at 145-148.

度之大成，而成為專制政體恐怖統治之利器。是路易敕令既經頒布，而沿用 120 年之後，終於激起法國大革命。[93]

1670 年路易十四敕令，所採秘密、間接及書面審理之糾問制度，可謂徹頭徹尾不見有審判之實質。因此，糾問制度無疑已成為專制政體恐怖統治之利器。法國人民，在長期忍受糾問制度之苦痛後，對於英國式之訴訟制度百般傾慕。改革運動者，無不呼籲結束糾問制度，而力爭引進公開、直接及言詞審理之英國式陪審審判制度。[94] 法王路易十六雖被迫於 1788 年頒布敕令，廢除刑求拷問，及就糾問程序作若干枝節性之修正，[95] 但專制統治所蓄積之民怨既深，迨 1789 年 7 月 14 日，暴動群眾攻陷巴士底監獄，釋出受刑人，流血大革命終告爆發。革命既起，刑事程序之改革，遂成為革命運動之首務，同年 10 月，國民議會立即頒布命令，將 1670 年路易十四敕令所規定之程序，先權宜改革為一切程序公開，並承認辯護制度。方 2 年，又於 1791 年 9 月，下令全盤程序徹底改從英國制。然而，在法國歷經 1792 年第二次革命及 1793、1794 年恐怖時期之後，「自由」之為物，所為社會帶來之傷害及困頓，已使法國人漸感喪氣。是以在刑事程序之立法方面，乃開始有倒返固有糾問主義之傾向。[96] 尤以革命後之社會秩序日益混亂，盜賊橫行之程度，已對社會造成災難性之震憾。[97] 而 1791 年之命令及 1795 年之罪刑法典，顯然已證明全盤英國化之刑事程序，無足以適應鎮壓犯罪之需要。[98] 是在人心思定及渴望安全之趨勢下，1801 年所修訂之法律，乃進一步向 1670 年路易十四敕令之糾問主義

---

93 Esmein, id., at 148-149；黃東熊，*各國檢察制度沿革概論*，台大法學論叢，第 11 卷第 1 期，頁 3（民國 70 年 12 月）。

94 黃東熊，*中外檢察制度之比較*，民國 75 年 4 月，頁 7；出射義夫，檢察制度の研究，頁 41-42（昭和 13 年）；岩井昇二，フランスにおける刑事訴追（1），警察研究第 35 卷第 12 號，頁 80-82（1964）；Esmein, supra note (73), at 397-402；Mueller & Poole-Griffiths, supra note (70), at 7-8.

95 Esmein, supra note (73), at 393-397.

96 Esmein, id., at 435-436；岩井昇二，同前註(94)，頁 88-89；孫小魯譯，同前註(86)，頁 544-567。

97 Esmein, supra note (73), at 437, 447-449.

98 Esmein, id., at 437；岩井昇二，同前註(94)，頁 89。

回歸。[99] 隨後歷經 1804 年之調整，終於 1808 年制定犯罪審理法（the French Code of Criminal Examination），將法國之刑事程序規劃為折衷主義之訴訟制度，而告底定。論者所謂：「法國大革命，實係刑事程序之革命」，[100] 信非過言。犯罪審理法（The Code of Criminal Examination）係拿破崙於 1808 年所制訂。嗣成為十九世紀所謂「改革刑事訴訟法」之典範，大陸法系諸國及戰前日本刑事訴訟法，均深受其影響。[101] 本法基本上，為 1670 年路易十四敕令（糾問主義）及法國大革命後十數年之間英國化法制（彈劾主義）之混合，前者之特質表現於預審程序，後者之特質表現於本案審理程序，堪稱為折衷主義之刑事訴訟制度。[102]

正因兩大法系各有其歷史背景，一如上述，從而英美法系乃發展出所謂「當事人主義刑事審判制度（accusatorial criminal justice systems）」；而大陸法系則發展出所謂「職權主義刑事審判制度（inquisitorial criminal justice systems）」。茲簡述之如下：

（一）、當事人主義：英國，傳統上認犯罪乃對於私人（包括國王）權利之侵害，刑事訴訟之目的，乃在解決私人間之紛爭，與民事訴訟無異，法院固採不告不理之立場，即訴追犯罪亦屬於私人之責任。如有訴追提起，其審判雖非不重真實之發見，尤須維持程序之公正，以保障人權。因此，審判之進行，乃採當事人交互詢問制，由當事人自行蒐集、調查證據，並負證明之責任，即程序之進行，亦委諸當事人，以防止國家權力之介入。美國，承英國傳統，採行相同之制度，雖於獨立後，仿法國法制設檢察制度，由檢察官獨占犯罪之訴追，惟擔任訴追之檢察官，在訴訟上之地位，與英國制度中之原告，仍無不同。是以，在偵查中，檢察官並無任何優越於被告之權力，而僅係為訴追之準備而進行蒐證活動之單純原告；在審判中，亦須為證明被告之犯罪，而以完全平等

---

[99] Esmein, supra note (73), at 445-446.

[100] Mueller & Poole-Griffiths, supra note (70), at 8.

[101] Mueller & Poole-Griffiths, id., at 571；岩井昇二，フランスにおける刑事訴追（2），警察研究第 36 卷第 2 號，頁 85（1965）。

[102] Esmein, supra note (73), at 510, 528, 570-571.

於被告之地位，與被告之辯護人展開唇槍舌劍。因此，英美法系乃將訴訟之追行，委諸兩造當事人，稱之為當事人主義。**(二)、職權主義**：大陸法系，認犯罪乃對於國家之侵害，故，刑事訴訟之目的，重在發見實體之真實，務期有罪必罰，以確保社會安全。在採行糾問程序之時代，固認國家所設置之糾問機關，須本於職權主動訴追、審判犯罪，即在設置檢察制度而將訴追、審判之職權劃分由各別之機關行使後，仍認不特檢察官須本於職權，以優越於被告之地位，屬行偵查與訴追，以確保社會安全，即本應退居為公平裁判者立場之法院，亦須本於職權調查證據，以期發見真實。故，在檢察制度設立之後，大陸法系之審判構造，縱已模仿英國而改採訴訟形式，然而，在精神上固仍受傳統糾問觀念之影響，認為職司審判之法院，猶須善用其職權，分擔防衛社會之責任。是以，其審判乃採法官訊問制，而將證據之蒐集、調查之責任，集於法官一身，甚至審判程序之進行，亦由法官全權掌握。因此，大陸法系乃將訴訟之追行，委諸法院之職權，稱之為職權主義。[103]

學者 Rachel A. Van Cleave 在論美國與義大利之刑事司法制度時，[104] 亦曾就「當事人主義刑事審判制度(accusatorial criminal justice systems）」與「職權主義刑事審判制度（inquisitorial criminal justice systems）」有一番精闢之比較。Van Cleave 指出：當事人主義刑事審判制度與職權主義刑事審判制度，就真實之發現而言，其區別在於「形式真實(formal truth）」之發現與「實質真實（material truth）」之發現。職權主義，認為外在於審判本身，有「絕對實質之真實(material and absolute truth）」存在。[105] 此一究明「實質真實（material

---

[103] 林朝榮，訴訟構造與檢察官法庭活動，刑事法雜誌，第 29 卷第 4 期，頁 51-54（民國 74 年 8 月）。

[104] See, Rachel A. Van Cleave, *AN OFFER YOU CAN'T REFUSE? PUNISHMENT WITHOUT TRIAL IN ITALY AND THE UNITED STATES: THE SEARCH FOR TRUTH AND AN EFFICIENT CRIMINAL JUSTICE SYSTEM*, 11 Emory Int'l L. Rev. 419（1997）.

[105] "GIUSEPPE DI CHIARA, PROCESSO PENALE E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE -- ITINERARI 3 (1996). *See also* Christopher L. Blakesley, *Comparative Law: Its Purposes and Possibilities*, 27 TEX. INT'L L.J. 315,

or substantive truth）」之目標，正與當事人主義只重追求「程序或形式之真實（procedural or formal truth）」，成為對比。「程序真實（procedural truth）」之獲得，係經由形式上審判規則之遵循以達成；而形式上審判規則之遵循，乃資以擔保程序之公平及個人權利之保障。當事人主義傾向於迴避究明案件「實質真實（material truth）」之可行性，而代以追求在實際上可能比較可行之目標，即「程序或形式之真實（procedural or formal truth）」之實現。當事人主義與職權主義此一構造上之不同，反映出兩者在刑事審判制度上所採原理之差異。[106],[107]。當事人主義置其核心重要性於審判程序本身，視審判程序為一項工具；經由審判程序，俾兩造當事人將各自所發現之證據提出法庭並進行辯論。負責判斷事實之人（the factfinder），通常為陪審，負有評價證據並作成評決之義務。相應於此者，乃主審法官之理想角色，應保持消極被動（non-active）並公正中立（impartial）。由於當事人主義付託兩造當事人就審判之進行如此高度之控制權，因此，在程序上及證據方面，設有複雜之法則，資為規範。諸如：責成檢察官就被告之罪責，須負擔證明到超出合理可疑之外

319-20 (1992) ("The goal of the continental investigation and trial remains to find the 'objective truth.'") (reviewing BERNHARD GROSSFELD, THE STRENGTH AND WEAKNESS OF COMPARATIVE LAW (1990))." Cited in, id., n.31.

106 "Gherardo Colombo, *The New Code of Criminal Procedure, in* 5 ITALIAN POLITICS: A REVIEW 55, 58 (Filippo Sabetti & Raimondo Catanzaro eds., 1991)." Cited in, id., n.32.

107 "A comparison of the search for truth in accusatory and inquisitorial criminal justice systems initially requires a distinction between two types of "truths" -- material truth and formal truth. "Truth" in an inquisitorial jurisdiction assumes the existence of a "material and absolute" truth, "external to and independent of the trial." This goal of ascertaining "material or substantive truth" is in contrast to the "procedural or formal truth" pursued in accusatory systems. Procedural truth is the result achieved by following formal rules designed to ensure that the process is fair, and that individual rights have been protected. Accusatory systems tend to eschew the feasibility of ascertaining the material truth of a case and instead settle for the perhaps more realistic goal of achieving "procedural or formal truth." The structural differences between accusatory and inquisitorial systems reflect this distinction in their philosophies regarding criminal justice systems." Id., at 425-26.

之高度舉證責任；[108] 以及關於證據排除法則錯綜複雜之規定是。[109] 訴訟程序之參與者及評論家，固皆認為如此技術性之規範，事實上將妨礙負責判斷事實之人究明實質真實之能力；[110] 然而，此一責任之分派及拘泥形式之規範，正反映一項民主特徵，即在訴訟之參與者之間，建立制衡之關係。可作為當事人主義之辯解或正當化之理由是：當兩造當事人武器平等，且有責任提出證據並進行辯論時，則在此辯證法之下，實質之真實當即浮現。[111] 一項更切乎實際之辯解，可能是：就審判程序所以設下如此複雜之規範，正反映出對於實質真實之認定乃近乎不可能之認識。因此，當事人主義乃置其信念於：經由兩造當事人及法官對於技術性規範之嚴加遵守，資以維護程序之公平及憲法之保障，縱使所發現之真實並非實質之真實，但卻已實現公平正義。[112],[113]。職

108 "*In re* Winship, 397 U.S. 358 (1970). " Cited in, id., n.33.

109 "Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961) (applying the exclusionary rule to the states by incorporating it through the due process clause of the Fourteenth Amendment); Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 HARV. L. REV. 757 (1994)." Cited in, id., n.34.

110 "Mirjan Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. PA. L. REV. 506, 579-80 (1973); *see also* Rudolf B. Schlesinger, *Comparative Criminal Procedure: A Plea for Utilizing Foreign Experience*, 26 BUFF. L. REV. 361, 378 (1976) (arguing that the rules in the United States encourage defendants to remain silent, thus depriving the factfinder of evidence from the accused)." Cited in, id., n.35.

111 "Luigi Carli, *Fatto e Verita nell'Ideologia della Riforma e della Controriforma del Codice di Procedura Penale: Le Ragioni dei Pratici, in* RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE 230, 234 (A. Giuffre ed., 1995)." Cited in, id., n.36.

112 "Mirjan Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. PA. L. REV. 506, 580 (1973)." Cited in, id., n.37.

113 "An accusatorial system places central importance on the trial as the means by which the parties present and debate the evidence which they have each discovered. The factfinder, usually a jury, has the responsibility of evaluating the evidence and reaching a verdict. Correspondingly, the ideal role of the trial judge is non-active and impartial. Along with entrusting such a high degree of control over the trial to the parties, accusatorial systems include complex rules governing procedural and evidentiary aspects of the trial, such as placing a high burden on the prosecutor to prove guilt beyond a reasonable doubt, and the intricate web of rules surrounding the exclusionary rule. Participants and critics alike acknowledge that these technical rules actually may impede the factfinder's ability to ascertain substantive truth in any given case. However, this division of

權主義就所謂「真實（truth）」所下之不同定義，同然反映出其刑事審判構造之差異。職權主義忽視審判程序本身及兩造當事人辯論之重要性，卻使偵查階段負有職權調查義務之法官（按，指義大利所採預審制度下，在偵查階段之預審法官），耗盡其角色於探究、分析並評價證據，然後依其證據作出合乎邏輯之判斷（按，即決定是否起訴）。[114] 職權主義分派給審判階段法官之角色，亦為積極主動之角色；而將審判上最大部分之責任，全攤在此一唱獨腳戲之演員身上；如此之安排，反映出一項哲學，亦即：一個受過訓練之個體法官，具有發現實質真實所需要之心理及邏輯之能力。[115] 相應於此者，乃辯護人及檢察官，在本案審判階段及預審階段，均僅係消極之角色，蓋對於法官所行邏輯推理之工作而言，彼等只係外人而已。[116],[117]。職權主義審判構造，少有證

---

responsibility and the formal rules reflect the democratic characteristic of establishing checks on the actions of the participants. One explanation or justification for this system is that where the parties are equally armed and have the opportunity to present evidence and arguments, the substantive truth will emerge as a result of this dialectic. A more realistic explanation may be that the complex rules governing trials reflect a recognition of the near impossibility of determining the substantive truth. Therefore, accusatorial systems place their faith in the adherence by the parties and judges to technical rules to protect the fairness of the process and the guarantees of the constitution, thus achieving justice, though perhaps not substantive truth." Id., at 426-27.

114 "Mirjan Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. PA. L. REV. 506, 582 (1973); *see also* GIUSEPPE DI CHIARA, PROCESSO PENALE E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE -- ITINERARI 4 (1996)." Cited in, id., n.40.

115 "GIUSEPPE DI CHIARA, PROCESSO PENALE E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE -- ITINERARI 4 (1996)." Cited in, id., n.41.

116 "GIUSEPPE DI CHIARA, PROCESSO PENALE E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE -- ITINERARI 3 (1996); *see also* ERALDO STEFANI, LA DIFESA ATTIVA NEL GIUDIZIO ABBREVIATO E NEL PATTEGGIAMENTO [The Active Defense Attorney in the Abbreviated Trial and in Plea Bargaining] 7 (1994)." Cited in, id., n.42.

117 "The different definition of truth in inquisitorial systems likewise is reflected in the different structure of the criminal justice system. Inquisitorial systems marginalize the importance of the trial and the dialectical debate between the parties while exhausting the role of the investigative judge in researching, analyzing, and evaluating the evidence to come to a logical decision dictated by such evidence. Assigning such an active role to the trial judge, and collapsing most of the responsibilities into this single player, reflects the philosophy that a

據法則及程序法則，亦反映出其追求實質真實發現之目的。[118] 偵查階段之預審法官，負有調查及斟酌與發現實質真實有關之一切必要證據之責任；且少有證據法則上之障礙足以阻擾預審法官之調查。再者，法官就被告有罪無罪之認定，亦無特定舉證責任標準之拘束。[119] [120]。

經由以上之分析可知，兩大法系確存在信念上之差異；其最重要之不同，蓋兩點，即：**（一）、英美法系，獨鍾「個人自由之保障」；大陸法系，偏愛「社會安全之維護」。（二）、英美法系，著重「程序正義」，寧以「形式之真實發現」為實際，滿足於「寧縱毋枉」；大陸法系，著重「實質正義」，務以「實質之真實發現」為理想，講求乎「毋枉毋縱」**。關此兩點不同，特再補充說明如下，以徵所言之不謬。

試觀學者 Alfredo Garcia 之所言：【美國權利典章（Bill of Rights）之歷史根基，來自兩項基本觀念，即：自由主義及共和主義。此兩項理想，將 18 世紀之英國，與歐陸國家作出區隔。事實上，一如 Bernard Bailyn 所言：「在經過 17

---

trained individual, the judge, can perform the mental and logical gymnastics required to discover the substantive truth. Correspondingly, the defense attorney and prosecutor have passive roles at both the trial and the investigative stages, since they are considered extraneous to the judge's task of logical deduction." Id., at 427-28.

118 "Mirjan Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. PA. L. REV. 506, 564 (1973)." Cited in, id., n.43.

119 "*See* Lawrence J. Fassler, Note, *The Italian Penal Procedure Code: An Adversarial System of Criminal Procedure in Continental Europe*, 29 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 245, 268 (1991); *see also* Robert Siegel, All Things Considered (National Public Radio broadcast, Feb. 5, 1997, Transcript No. 97020504-212) ["NPR All Things Considered"] (interview with George Fletcher, Professor of Law, Columbia University) (noting that in civil law countries criminal and civil cases are joined and tried together, the standard of proof is lower (preponderance of the evidence), and the same for each. Also noting the prosecutor in a civil law jurisdiction may appeal a criminal verdict of not guilty)." Cited in, id., n.44.

120 "The existence of very few evidentiary or procedural rules also reflects the inquisitorial goal of determining substantive truth. The investigative judge is required to investigate and consider all evidence necessary and relevant to determining the truth, and very few evidentiary barriers exist to impede the judge's investigation. Moreover, the judge's determination of guilt or innocence is not bound by a specific standard or burden of proof." Id., at 428.

世紀（按，指光榮革命）之動盪後，英國以其所建立視自由為首要目標之穩定而安全之憲政體制而自豪。」[121] 在相當高程度上言，自由主義及共和主義，彼此具有不可或缺之關連性。實際上，在規範觀念言，自由主義及共和主義係用以達成一項共同之目的，即：制衡專橫不羈之政府權力。在 18 世紀之英國，自由乃一項絕對之觀念，不容在政治上加以改變或重行定義。最重要者是，英國之不成文憲法，係仰仗自由之觀念，以之作為個人獨立自主之標誌。自由之維護，有賴政府權力之受到制衡，而其制衡之方法，即政府所作所為之合法性須經控制預算之國會加以認可。除此「制度性之保障（institutional guarantees）」，英國之憲法學者，並在免受專橫警察權力所害之自由外，更列舉若干個人之基本權。專橫之逮捕監禁，為 18 世紀之英國人所畏懼，並視之為與自由相對立之事物。因此，有兩項特別保障，被認為與自由權攸關，即：經由大陪審起訴及由小陪審審判之權利。若無此等權利，自由將在英國消失。[122] 自由，界定為英國憲政秩序之精髓；自由，乃英國憲法不可或缺之要素。[123] 而個人

[121] "The historical roots of the American Bill of Rights derive from two fundamental concepts: liberty and republicanism. These two ideals distinguished eighteenth-century England from its continental national counterparts. Indeed, as Bernard Bailyn tells us, "England prided herself on her success ... in having established, after the upheavals of the seventeenth century, liberty as the principal goal of a stable and secure constitution."" See, Alfredo Garcia, *THE FIFTH AMENDMENT: A COMPREHENSIVE AND HISTORICAL APPROACH*, 29 U. Tol. L. Rev. 209, 211-12（1998）.

[122] "To a large degree, both liberty and republicanism are integrally connected. At bottom, they are normative constructs designed to achieve a common objective: a check upon unbridled and arbitrary governmental power. In eighteenth-century England, liberty was an "absolute" concept not "subject to political change or redefinition." Britain's unwritten constitution rested, above all, on the notion of liberty as the hallmark of freedom. Preservation of liberty depended on a balanced government legitimated through consent by the body politic who would control the purse strings. Besides these "institutional guarantees," British constitutional theorists listed few individual rights other than the right to be free from arbitrary police power. Arbitrary arrests and imprisonment were feared by eighteenth-century Britons as the antithesis of liberty. Two specific protections were perceived as vital to liberty: the right to an indictment and the right to a jury trial. Without these rights, liberty would vanish in Great Britain." Id., at 212.

[123] "Liberty defined the essence of the English constitutional order; the British conception of liberty is the indispensable element of the English constitution."

權利，特別是在刑事程序中對抗政府專橫權力之保障，亦成為美國各州憲法及聯邦權利典章之重要部分。[124] 也因此，自由之觀念，乃形成美國獨立戰爭時之思想體系，並促成對於政府所行使之壟斷性權力，產生設下限制之需要。不僅由於政府有越權之潛在可能性，而正當化對於個人權利之保障；而且，由於刑罰之嚴厲性，更放大政府權力之可畏。觀念上及務實上之考慮，強調出對於個人權利提供憲法保障之必要性，務使個人享受一項最可敬之擁有，即：免於遭受不當處罰之自由。[125]】由以上英美法系，言必稱個人自由權利，並謂「自由主義及共和主義，此兩項理想，將 18 世紀之英國，與歐陸國家作出區隔」云云以觀，吾人所持【**英美法系，獨鍾「個人自由之保障」；大陸法系，偏愛「社會安全之維護」**】之看法，益見確係正解。

其次，關於「寧縱毋枉」與「毋枉毋縱」之問題，試觀學者 Adam Raviv 之所言：「我們（美國）在政治上、法律上、歷史上及大眾化之文獻中，充滿一項主張，即：我們寧可讓許多有罪之人倖逃法網，也不願讓一個無辜之人遭到判罪。」[126] 再觀學者 Alexander Volokh 之所言：「中國人說，應將所有有罪之人繩之以法，並使一切無辜之人得還清白」[127]；「有一個故事說，有位中國法學教授，在聆聽一位英國

Id.

124 "Individual rights, especially safeguards against arbitrary power in the criminal process, were part and parcel of both state constitutions as well as the federal Bill of Rights." Id., at 213.

125 "Liberty and freedom, therefore, were concepts that shaped revolutionary ideology and thus contributed to the need to define constraints upon the monopoly of force wielded by the state. Not only did the potential excesses of governmental power warrant safeguarding individual rights, but also the severity of criminal penalties magnified the awesome power of the state. Ideological and pragmatic considerations underscored the need for constitutional protections to preserve the individual's right to that most revered possession: freedom from unjust punishment." Id., at 217.

126 "Our political, legal, historical, and popular literature is filled with the proposition that we would rather allow many guilty persons to go free than to convict one innocent person." See, Adam Raviv, *Torture and Justification: Defending the Indefensible*, 13 Geo. Mason L. Rev. 135, 141（2004）.

127 "Just convict all the guilty and acquit all the innocent, say the Chinese." See, Alexander Volokh, n GUILTY MEN, 146 U. Pa. L. Rev. 173, 209（1997）. "See Louis Henkin, Rights: Here and There, 81 Colum. L. Rev. 1582, 1604 (1981)

國家圖書館出版品預行編目資料

律師解釋，英國人是何等開明，以至於深信，讓 99 個有罪之人倖逃法網，比較來說，也好過讓一個無辜之人遭到處死之後，想了一秒鐘，然後反問英國律師說：「這對誰比較好？」[128] 據於上開簡短之引述，信已足以佐證【**英美法系，著重「程序正義」，寧以「形式之真實發現」為實際，滿足於「寧縱毋枉」；大陸法系，著重「實質正義」，務以「實質之真實發現」為理想，講求乎「毋枉毋縱」**】之看法。

第 四 節　結語

本章之論述，重在探討二重危險觀念之起源及其沿革。

首先，吾人發現，英美法系與大陸法系關於二重危險之觀念，其實起自同一源頭。追本溯源，古希臘、古羅馬、羅馬共和國、羅馬帝國、舊約聖經及古代猶太法律，都存在二重危險之觀念。然後，此一觀念落實於大陸法系之羅馬法與教會法之中。教會法於西元 1066 年隨諾曼征服（the Norman conquest）傳進英國；羅馬法則影響英國論文作者及法官；從而，二重危險之觀念自然導入英國。

然而，源頭雖同，二重危險之觀念，在民主憲政革命後，於英美法系與大陸法系之發展，卻趨向殊途。按今日所謂「英美法系」，係指 1688 年英國光榮革命後，在民主憲政制度下發展而出之法律制度；同然，所謂「大陸法系」，亦應指為 1789 年法國大革命後，在民主憲政制度下發展而出之法律制度。然而，兩大法系之分野，並非成於一夕，而各有其歷史背景，從而浸淫出信念之差異，以致影響二重危險之價值觀。吾人經由歷史背景之研求，發現大陸法系，由於其迥異於英國之歷史背景，衍生出鎮壓犯罪之警察思想

("[The Chinese] believed that no single guilty person should go free and no single innocent convicted.")." Cited in, id., n.297.

128 "The story is told of a Chinese law professor, who listened as a British lawyer explained that Britons were so enlightened that they believed it was better that ninety-nine guilty men go free than that one innocent man be executed. The Chinese professor thought for a second and asked, "Better for whom?"" Id., at 211. "See Dominic Lawson, Notebook: The Voters Want Cash, Mr. Clarke, Daily Tele-graph (London), Apr. 8, 1995, at 17, available in 1995 WL 7996172." Cited in, id., n.312.

（police-minded thinking），而務期有罪必罰，以確保社會安全，從而其配套之制度即為「職權主義刑事審判制度（inquisitorial criminal justice systems）」。反之，英美法系，由於英國獨樹一格之歷史背景，則衍生出自由主義，而認自由，乃界定為英國憲政秩序之精髓；自由，乃英國憲法不可或缺之要素；為確保個人免於遭受不當處罰之自由，刑事審判應維持程序之公正，以保障人權，從而其配套之制度即為「當事人主義刑事審判制度（accusatorial criminal justice systems）」。總之，兩大法系信念之差異，可以綜合為兩點，即：**（一）、英美法系，獨鍾「個人自由之保障」；大陸法系，偏愛「社會安全之維護」。（二）、英美法系，著重「程序正義」，寧以「形式之真實發現」為實際，滿足於「寧縱毋枉」；大陸法系，著重「實質正義」，務以「實質之真實發現」為理想，講求乎「毋枉毋縱」。**

正因英美法系與大陸法系，有以上信念上之差異，遂使源頭相同之二重危險觀念，在大陸法系與英美法系之發展，趨向殊途。時至今日，二重危險之觀念，在大陸法系，係以「既判力法則」之型態而存在；在英美法系，則依「二重危險法則」(「既判力法則」加「程序危險之禁止」)之理想而發展。凡此，容在本文第三章「二重危險之理論與應用」、第四章「既判力之理論與應用」為進一步之說明。

臺灣高等法院檢察署

臺灣高等法院臺中分院檢察署

第 三 章　二重危險法則之理論與應用

要　目

第 一 節　前言　p49
第 二 節　何謂危險（What is jeopardy）？　p50
第 三 節　危險何時貼加（When does it attach）？　p52
第 四 節　危險何時終了（When does it terminate）？　p77
第 五 節　何謂同一案件（What is a same offense）？　P86
　第 一 款　犯罪構成要件完全同一說（same statutory offense test; identical offense test; identity of offenses test）　p89
　第 二 款　Blockburger 標準（Blockburger test）　p92
　第 三 款　行為同一說（same conduct test）　p107
　第 四 款　行為同一說（same conduct test）之反對論　p115
　第 五 款　行為同一說（same conduct test）之推翻　p118
　第 六 款　非法勾當同一說（same transaction test）　p127
　第 七 款　附帶禁反言（collateral estoppel）；爭點效（issue preclusion）理論　p138
第 六 節　何種情況下可謂特定人已蒙受二重危險（When is someone put in jeopardy twice）？　p144
第 七 節　二重危險法則之例外　p160
　第 一 款　Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案 【犯罪未完成之例外（Uncompleted Offenses Exception）】　p163
　第 二 款　U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案【犯罪發現在後或已盡調查能事之例外（Later Discovered Offenses or the Due Diligence Exception）】　p165
　第 三 款　People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案【騙局審判及詭詐勾結之例外（Sham Trial and Fraud or Collusion Exception）】　p170
　第 四 款　英國「確實新證據 new and compelling evidence」之例外　p182
第 八 節　結 語　p186

第 一 節　前 言

二重危險法則，如何進入英國，並不確知。早期基本人權之文件，例如大憲章 the Magna Carta，並無禁止二重危險之保障。迨西元 1300 年，英國普通法已承認被告之四種抗辯，其中之一為「前此已經無罪判決」，此一抗辯極其類似當今之二重危險。嗣至 1760 年，Blackstone 簡潔總結英國二重危險之法學理論為:「普世之格言……任何人均不應因同一犯罪行為而被超過一次置於生命危險之中」。[1]

[1] “The exact path by which the prohibition on double jeopardy entered English

臺灣高等法院臺中分院檢察署

二重危險法則，出現在美國憲法增修條文§5 之原文為：「nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb （不得使任何人因同一犯罪而蒙受兩度生命上或肢體上之危險）」。在此 20 個字當中，由「offence（犯罪）」、「life or limb（生命上或肢體）」 兩項用語可知，二重危險法則僅適用於刑事案件，而與民事事件無關。[2] 除此一點係無可置疑者外，其實上開二重危險法則之規定，尚存在 5 大關鍵問題：即一、何謂危險（What is jeopardy）？二、危險何時貼加（When does it attach）？三、危險何時終了（When does it terminate）？ 四、何謂同一案件（What is a "same offense"）？五、何種情況下可謂特定人已蒙受二重危險（When is someone put in jeopardy twice）？[3] 欲明二重危險法則理論之內涵，及其在實務上之應用，應循此 5 大關鍵問題，逐一加以釐清。

第 二 節 何謂危險（What is jeopardy）？

一般而言，「危險（jeopardy）」係指刑事訴追之風險；[4] 因此，「危險」只與刑事訴追發生關聯，而與民事事件無

---

common law is uncertain. Early fundamental documents like the Magna Carta lack a protection against double jeopardy, but by 1300 A.D. English common law recognized four pleas, including former acquittal (sometimes called *autrefois acquit*), that were very similar to modern double jeopardy. By the 1760s, Blackstone had summarized English double jeopardy jurisprudence in a pithy "universal maxim ... that no man is to be brought into jeopardy of his life more than once for the same offence."" See Kyden Creekpaum, NOTE: *WHAT'S WRONG WITH A LITTLE MORE DOUBLE JEOPARDY? A 21<ST> CENTURY RECALIBRATION OF AN ANCIENT INDIVIDUAL RIGHT*, 44 Am. Crim. L. Rev. 1179, 1182-83（2007）.

[2] “Blackstone's "universal maxim" is similar to the "life and limb" phrasing adopted in the Fifth Amendment to the United States Constitution: "[N]or shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb." These twenty words have spawned a complicated body of law. The terms "offense" and "life and limb" confine the clause to the area of criminal law, but that is where the straightforwardness ends. The clause begs several key questions: (1) What is jeopardy?; (2) When does it attach?; (3) When does it terminate?; (4) What is a "same offense"?; and (5) When is someone put in jeopardy twice?” Id., at 1183.

[3] Id.

[4] See, e.g., Breed v. Jones, 421 U.S. 519, 528 (1975). “Jeopardy denotes risk. In the constitutional sense, jeopardy describes the risk that is traditionally associated with a criminal prosecution.” See Price v. Georgia, 398 U.S. 323, 326, 329 (1970);

涉。

在 Breed v. Jones, 421 U.S. 519 (1975)一案，少年犯 Jones 在少年法庭受審後，被認定成立強盜罪；但在進行如何施以保護處分之聽審時，少年法庭又認為不宜給予 Jones 少年犯之處遇，而裁定移送檢察官，請檢察官比照成年犯進行刑事訴追。結果，Jones 被判成立一級強盜罪。Jones 因此聲請人身保護令，並主張其被移送成人法院及嗣後之審判，已使之蒙受二重危險。聯邦地方法院駁回其聲請，認定二重危險條款不適用於少年事件程序；Jones 上訴，聯邦上訴法院撤銷改判，認定本案有二重危險條款之適用；加州少年主管機關代表人 Breed 上訴，結果，聯邦最高法院認定，少年之非行既經少年法庭裁判後，二重危險條款禁止對該少年再行刑事訴追。[5] 聯邦最高法院於判決理由指出：「少年法庭之聽審程序，已將被上訴人 Jones 置於危險之中，蓋少年法庭之聽審程序，目的在於確定 Jones 是否有違背刑法之犯行，而其可能之結果是，包括其裁判所固有之烙印並多年自由之剝奪。因此，當少年法庭審理事實之法官開始聽審證據時，危險業已貼加。」[6] 就第二次在成人法院之審判而言，「被上訴人 Jones 已為同一犯行承受兩次審判之負擔；他須二度糾集資源

Serfass v. United States, 420 U.S. 377, 387-389 (1975).

[5] "After a hearing in the juvenile court, respondent（Jones）was found guilty, if tried as an adult, of robbery. After a dispositional hearing, the juvenile court determined respondent was unfit for treatment as a juvenile and ordered that he be prosecuted as an adult. Respondent was found guilty of robbery in the first degree. Respondent then filed the instant petition for a writ of habeas corpus and alleged that his transfer to adult court and subsequent trial placed him in double jeopardy. The court denied the motion and held that the Double Jeopardy Clause did not apply to juvenile court proceedings. The appellate court reversed and held that double jeopardy applied. The appellate court's mandate was stayed pending the U.S. Supreme Court's decision. The Court held the double jeopardy clause barred the prosecution of a juvenile as an adult for conduct that had already resulted in juvenile court adjudication." See, BREED, DIRECTOR, CALIFORNIA YOUTH AUTHORITY v. JONES, 421 U.S. 519 (1975).

[6] "Respondent（Jones）was put in jeopardy at the Juvenile Court adjudicatory hearing, whose object was to determine whether he had committed acts that violated a criminal law and whose potential consequences included both the stigma inherent in that determination and the deprivation of liberty for many years. Jeopardy attached when the Juvenile Court, as the trier of the facts, began to hear evidence." See, Breed v. Jones, 421 U.S. 519, 528-31 (1975) .

以對抗政府之資源；兩次頂起沈重之個人壓力。」[7]

據此案例以觀，少年犯 Jones 在少年法庭審理事實之法官開始聽審證據時，其生命上或肢體上之第 1 次性危險業已貼加；迨其被裁定移送檢察官，比照成年犯進行刑事訴追時，是為第 2 次性生命上或肢體上危險之承受。二重危險法則所禁止者，為第 2 次性危險；但為判斷是否為第 2 次性危險，須先找出是否已曾發生第 1 次性危險。聯邦最高法院認定少年法庭之聽審程序，目的在於確定是否有違背刑法之犯行，且其可能之結果，既係包括裁判之烙印並自由之剝奪，已屬於刑事訴追之風險，而構成第 1 次性「危險（jeopardy）」，從而，嗣後在成人法院之第二度訴追，構成第 2 次性「危險」，謂之「二重危險（double jeopardy）」，為二重危險法則所禁止。

第 三 節　危險何時貼加（When does it attach）？

第 1 次性危險（original jeopardy）必有其開始之時，危險之開始，謂之危險之貼加（attachment）。[8] 依據美國法，在陪審審判（jury trial），當全體陪審員就位宣誓完畢時，其危險開始貼加；[9] 在無陪審之審判（non-jury trial；bench trial），當法官開始聽審證據時，其危險開始貼加。[10] 其已

---

[7] "Respondent （Jones） was subjected to the burden of two trials for the same offense; he was twice put to the task of marshaling his resources against those of the State, twice subjected to the "heavy personal strain"." See, Breed v. Jones, 421 U.S. 519, 532-33 (1975) .

[8] "Jeopardy must have a beginning, called attachment." See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1183.

[9] "Jeopardy attaches in a jury trial when the jury is empaneled and sworn." See, Downum v. United States, 372 U.S. 734, 737-38 (1963) (jeopardy attaches when jury sworn even though discharged before trial); United States v. Milhim, 702 F.2d 522, 523-24 (5th Cir. 1983) (jeopardy does not attach when jury dismissed before being sworn). "The federal rule that jeopardy attaches when the jury is sworn is binding on the states." See, Crist v. Bretz, 437 U.S. 28, 38 (1978).

[10] "Jeopardy attaches in a bench trial when the judge begins to hear evidence." See, Lee v. United States, 432 U.S. 23, 27 n.3 (1977); Serfass v. United States, 420 U.S. 377, 388 (1975); "In a nonjury trial, jeopardy attaches when the court begins to hear evidence." See, McCarthy v. Zerbst, 85 F.2d 640, 642 (CA10 1936); Wade v. Hunter, 336 U.S. 684, 688 (1949). "The Court has consistently adhered to the view

貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決(發生既判力)，固無論；即使其審判因故中止，而未有終局判決出現，亦因二重危險法則之禁止，阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行第二度之訴追，以防免被告第 2 次性危險之蒙受 (程序危險之禁止)；但不無例外，其例外情形容後另述。[11] 各法院咸認，乞靈於「危險貼加」之觀念，以界定刑事程序進行中與二重危險法則之憲法目的及政策發生牽連之時間點，對於提出二重危險抗辯之案件，在判斷上，有所幫助。[12]

美國憲法增修條文§5 關於禁止二重危險之人權保障，係源自英國普通法。英國普通法二重危險之禁止，自從前到現在，一直遵循一項相對單純之法則，亦即，只有在審判已告

---

that jeopardy does not attach, and the constitutional prohibition can have no application, until a defendant is "put to trial before the trier of the facts, whether the trier be a jury or a judge."" See, United States v. Jorn, 400 U.S. 470, 479 (1971); Kepner v. United States, 195 U.S. 100, 128, 130-131 (1904); United States v. Macdonald, 207 U.S. 120, 127 (1907); Bassing v. Cady, 208 U.S. 386, 391-392 (1908); Collins v. Loisel, 262 U.S. 426, 429 (1923).

[11] "The rule traces back to United States v. Perez, 22 U.S. (9 Wheat.) 579 (1824). See also, Kepner v. United States, 195 U.S. 100 (1904); Downum v. United States, 372 U.S. 734 (1963) (trial terminated just after jury sworn but before any testimony taken). In Crist v. Bretz, 437 U.S. 28 (1978), the Court held this standard of the attachment of jeopardy was "at the core" of the clause and it therefore binds the States. But see id. at 40 (Justice Powell dissenting).*例外如下*: An accused is not put in jeopardy by preliminary examination and discharge by the examining magistrate, Collins v. Loisel, 262 U.S. 426 (1923), by an indictment which is quashed, Taylor v. United States, 207 U.S. 120, 127 (1907), or by arraignment and pleading to the indictment. Bassing v. Cady, 208 U.S. 386, 391 -92 (1908). A defendant may be tried after preliminary proceedings that present no risk of final conviction. E.g., Ludwig v. Massachusetts, 427 U.S. 618, 630 -32 (1976) (conviction in prior summary proceeding does not foreclose trial in a court of general jurisdiction, where defendant has absolute right to demand a trial de novo and thus set aside the first conviction); Swisher v. Brady, 438 U.S. 204 (1978) (double jeopardy not violated by procedure under which masters hear evidence and make preliminary recommendations to juvenile court judge, who may confirm, modify, or remand)." See U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** **n.67,** retrieved 2008.08.04 from: http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/02.html#1

[12] "As an aid to the decision of cases in which the prohibition of the Double Jeopardy Clause has been invoked, the courts have found it useful to define a point in criminal proceedings at which the constitutional purposes and policies are implicated by resort to the concept of "attachment of jeopardy."" See, United States v. Jorn, 400 U.S. 470, 480 (1971) .

完成，作出有罪或無罪之判決後，始得謂被告已歷經第 1 次性之危險。如此之法則，主要目的在於維護判決之既判力，而類似大陸法系之既判力法則（doctrines of res judicata）及附帶禁反言（collateral estoppel）之作用。顯然，美國早期歷史中，就憲法禁止二重危險之保障，亦係限於上開同等範圍內，始有其適用。就此，Mr. Justice Story 曾說：「如果陪審遭到解散，而未作出任何評決，並不意味二重危險條款禁止就同一被告之同一犯行進行二度之審判，------蓋在此種情況下，若謂該被告之生命或肢體已曾蒙受危險，自非公平。」[13]

然而，在美國，就以上關於憲法二重危險法則之見解，並不被認為係一命定須加肯認之鐵律。1824 年，聯邦最高法院於 United States v. Perez, 22 U.S. 579（1824）一案，首開其端，認為刑事訴追之結果，縱未以有罪或無罪之判決告終，被告亦有可能已蒙受危險；而此一觀念在 19 世紀末得到確立，並成為二重危險法學上不可或缺之一部分。因此，在 Wade v. Hunter, 336 U.S. 684（1949）一案，聯邦最高法院乃得以在判決中精確說明：「本院過去之許多判例已認定，受陪審審判之被告，縱其審判中斷而未有最後之評決，該被告亦有可能已蒙受足以禁止就同一犯行進行二度審判一類之危險。」[14]

---

[13] “The Fifth Amendment guarantee against double jeopardy derived from English common law, which followed then, as it does now, the relatively simple rule that a defendant has been put in jeopardy only when there has been a conviction or an acquittal - after a complete trial. A primary purpose served by such a rule is akin to that served by the doctrines of res judicata and collateral estoppel - to preserve the finality of judgments. And it is clear that in the early years of our national history the constitutional guarantee against double jeopardy was considered to be equally limited in scope. As Mr. Justice Story explained: "[The Double Jeopardy Clause] does not mean, that [a person] shall not be tried for the offence a second time, if the jury shall have been discharged without giving any verdict; . . . for, in such a case, his life or limb cannot judicially be said to have been put in jeopardy." 3 J. Story, Commentaries on the Constitution 1781, pp. 659-660 (1833).” See, CRIST v. BRETZ, 437 U.S. 28, 33 (1978).

[14] “But this constitutional understanding was not destined to endure. Beginning with this Court's decision in United States v. Perez, 9 Wheat. 579（22 U.S. 579, March 23, 1824）, it became firmly established by the end of the 19th century that a defendant could be put in jeopardy even in a prosecution that did not culminate in a

臺灣高等法院檢察署

換言之，在英國普通法，一般而言，二重危險法則之適用，以前此審判已曾作出有罪或無罪之實體判決為要件。但在美國憲法上之二重危險法則，所認危險之貼加，則遠早於有罪或無罪判決之作出。[15] 是在陪審審判，當陪審已就位宣誓完畢；另在法官審判，當第一件證據已呈堂調查時，均應認為對於被告已貼加危險。[16]

認為「對於被告之刑事訴追程序，縱使在最後評決作出前即告結束，該被告亦已經蒙受（第 1 次性）危險」之見解，其基本理由何在？聯邦最高法院於 Green v. United States, 355 U.S. 184 （1957）一案，或已提出最佳之說明。該案判決理由指出：「此一至少係在英美法中根深蒂固之基本觀念，乃認：擁有全部資源及權力之政府，應不許對於特定個人之特定犯行，反覆企圖加以定罪，而因此致使該特定個人遭受困窘、耗費及折磨，並使之生活於繼續性之焦慮與不安之中，而且，因此提高即使係無辜之該特定個人亦終有被判有罪之可能性。」[17]

---

conviction or an acquittal, and this concept has been long established as an integral part of double jeopardy jurisprudence. Thus in Wade v. Hunter, 336 U.S. 684, 688 , the Court was able accurately to say: "Past cases have decided that a defendant, put to trial before a jury, may be subjected to the kind of `jeopardy' that bars a second trial for the same offense even though his trial is discontinued without a verdict." See also, e. g., Arizona v. Washington, 434 U.S. 497 ." See, CRIST v. BRETZ, 437 U.S. 28, 34-35 (1978).

[15] "Significant differences between American and English double jeopardy rules include the timing of jeopardy attachment and the method of deciding when double jeopardy protection exists. American jeopardy attaches at the beginning of a trial, while English jeopardy attaches at the end. The English do not consider an accused to be in jeopardy until the final judgment; that is, a person "is not tried nor put in jeopardy until the verdict is given." *See* JAY A. SIGLER, *DOUBLE JEOPARDY: THE DEVELOPMENT OF A LEGAL AND SOCIAL POLICY* 3, 126 (1969).(quoting R. v. Charlesworth, (1861) 121 Eng. Rep. 786). In the United States, the application of double jeopardy protection to a particular case is a question of law always to be decided by the judge, while the English entrust that decision to the jury. *See id.* at 128." Kyden Creekpaum, supra note 1, n.106（2007）.

[16] "The common law generally required that the previous trial must have ended in a judgment, of conviction or acquittal, but the constitutional rule is that jeopardy attaches much earlier, in jury trials when the jury is sworn, and in trials before a judge without a jury, when the first evidence is presented." See U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11.

[17] "The basic reason for holding that a defendant is put in jeopardy even though the criminal proceeding against him terminates before verdict was perhaps best stated

雖然「刑事審判縱非終局結束，（第 1 次性）危險亦已可能貼加」之見解已確立良久，但是，在陪審審判之場合，其（第 1 次性）危險開始貼加之精確時間點何在，於聯邦最高法院 Downum v. United States, 372 U.S. 734（1963）一案判決作成之前，仍可能存有爭執。聯邦最高法院於 Downum 一案判決認定：「被告之第一次審判，恰在陪審宣誓完畢後，任何證據開始呈堂前，立告結束，在此情形下，二重危險法則即當禁止對於該被告進行第二度之訴追。」聯邦最高法院此一「陪審組成並宣誓完畢，危險即告貼加（jeopardy attaches when the jury is empaneled and sworn）」之認定，自此成為明確之權威見解。[18]

「陪審組成並宣誓完畢，危險即告貼加（jeopardy attaches when the jury is empaneled and sworn）」之見解，其理由建立在「被告享有保留其所挑選之陪審之利益，對於此一利益有善加保護之必要（the need to protect the interest of an accused in retaining a chosen jury）」之上。聯邦最高法院就被告之此一利益，在 Wade v. Hunter, 336 U.S. 684（1949）一案判決中，將之形容為：係被告所享有「將其審判由一特定法庭予以完成之寶貴權利（valued right to have his trial completed by a particular tribunal）」。此一利益，在英美刑事司法之「陪審

---

in Green v. United States, 355 U.S. 184, 187 -188: "The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty."" See, CRIST v. BRETZ, 437 U.S. 28, 35 (1978).

[18] "Although it has thus long been established that jeopardy may attach in a criminal trial that ends inconclusively, the precise point at which jeopardy does attach in a jury trial might have been open to argument before this Court's decision in Downum v. United States, 372 U.S. 734 . There the Court held that the Double Jeopardy Clause prevented a second prosecution of a defendant whose first trial had ended just after the jury had been sworn and before any testimony had been taken. The Court thus necessarily pinpointed the stage in a jury trial when jeopardy attaches, and the Downum case has since been understood as explicit authority for the proposition that jeopardy attaches when the jury is empaneled and sworn. See United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564, 569 ; Serfass v. United States, 420 U.S., at 388 ." See, CRIST v. BRETZ, 437 U.S. 28, 35 (1978).

審判」發展史中，業已根深蒂固。貫串「陪審審判」之發展史，由其中所營造出之一項強固傳統，乃「陪審一旦組成，在其完成宣示評決之神聖使命之前，不得加以解散（once banded together a jury should not be discharged until it had completed its solemn task of announcing a verdict）」。[19] 而被告之此項權利所以如斯寶貴之理由，尤在於被告享有就其案件之審判應「一次便是全部（once and for all）」般予以完成之法律上利益；並一次便是全部般 「了結其就所涉案件與乎社會之面對（concluding his confrontation with society）」。[20] 所以須如此者，蓋可藉之免去被告遭受重複審判之耗費與折磨、生活於可能被羅織入罪之焦慮不安中；並以防範檢方假借次復一次之審判，資以研求更多之證據，並探知辯方之防禦策略，而增強其攻擊之力道。[21]

姑不論其歷史之起源，無論如何，被告此一「將其審判由一特定法庭予以完成之寶貴權利」，在今天，已受到禁止二重危險之憲法保障所庇護，蓋此一權利已立基在「陪審組成並宣誓完畢，危險即告貼加」之聯邦法則之上。[22]

---

[19] "The reason for holding that jeopardy attaches when the jury is empaneled and sworn lies in the need to protect the interest of an accused in retaining a chosen jury. That interest was described in Wade v. Hunter（336 U.S. 684）, as a defendant's "valued right to have his trial completed by a particular tribunal." 336 U.S., at 689 . It is an interest with roots deep in the historic development of trial by jury in the Anglo-American system of criminal justice. Throughout that history there ran a strong tradition that once banded together a jury should not be discharged until it had completed its solemn task of announcing a verdict. " See, CRIST v. BRETZ, 437 U.S. 28, 35-36 (1978).

[20] "The reason the defendant's right is so "valued" is that he has a legitimate interest in completing the trial "once and for all" and "concluding his confrontation with society."" See, United States v. Jorn, 400 U.S. 470, 486 (1971) (plurality opinion).

[21] "so as to be spared the expense and ordeal of repeated trials, the anxiety and insecurity of having to live with the possibility of conviction, and the possibility that the prosecution may strengthen its case with each try as it learns more of the evidence and of the nature of the defense."See, Arizona v. Washington, 434 U.S. 497, 503 -05 (1978); Crist v. Bretz, 437 U.S. 28, 35 -36 (1978).

[22] "Regardless of its historic origin, however, the defendant's "valued right to have his trial completed by a particular tribunal" is now within the protection of the constitutional guarantee against double jeopardy, since it is that "right" that lies at the foundation of the federal rule that jeopardy attaches when the jury is empaneled and sworn. United States v. Martin Linen Supply Co., supra; Serfass v. United States, supra, at 388; Illinois v. Somerville, 410 U.S., at 467 ; United States v. Jorn,

聯邦最高法院因於 CRIST v. BRETZ, 437 U.S. 28, 35 (1978) 一案判決理由之結語，斬釘截鐵寫下：「今天，本院明確認定，『陪審組成並宣誓完畢，危險即告貼加』之聯邦法則，乃禁止二重危險之憲法保障所不可或缺之一部分。」[23]

茲在陪審審判 （jury trial），其危險貼加之法則，既如上述；則在無陪審之審判 （non-jury trial；bench trial），係以「法官開始聽審證據」，[24] 為危險貼加之開始，而不待乎終局判決之出現，殆已屬不證自明之理，自無庸再多贅論。

據上所論可知，原來二重危險法則作用之發生，在其已貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪判決之情形(發生既判力)，固無論；即使其審判因故中止，而未有終局判決出現，亦同然因二重危險法則之禁止，而足以阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行第二度之訴追，以防免被告蒙受第 2 次性危險，因形成「程序危險之禁止」。吾人所以謂：「既判力法則」加「程序危險之禁止」，即等於「二重危險法則」者，其故在此。

於此應注意者，乃以上所陳「在陪審審判，當陪審已就位宣誓完畢；另在法官審判，當第一件證據已呈堂調查時，均應認為對於被告已貼加（第 1 次性）危險。而第 1 次性危險一旦貼加，二重危險法則開始作用。其已貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決，固無論；即使其審判因故中止，而未有終局判決出現，亦因二重危險法則之禁止，阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行二度之訴追」等論點，畢竟係基本原則，而不能謂無例外。亦即，已貼加第 1 次性危險之審判，如因故中止，而未有終局判決出現，在特別情形下，亦有可以不受二重危險之禁止，而進行二度訴追之例外。

---

400 U.S. 470, 478 -480, 484-485 (plurality opinion)." See, CRIST v. BRETZ, 437 U.S. 28, 36 (1978).

[23] "Today we explicitly hold: The federal rule that jeopardy attaches when the jury is empaneled and sworn is an integral part of the constitutional guarantee against double jeopardy." See, CRIST v. BRETZ, 437 U.S. 28, 38 (1978).

[24] See, Lee v. United States, 432 U.S. 23, 27 n.3 (1977); Serfass v. United States, 420 U.S. 377, 388 (1975).

以宣告誤審（mistrial）[25] 為例，按誤審之宣告，必係發生於陪審已就位宣誓完畢或第一件證據已呈堂調查之後，此際，對於被告之第 1 次性之危險業已貼加，然而，由於宣告誤審之故，其審判並未完成，以致未有終局判決之出現；如宣告誤審之後，不問所以宣告誤審之原因，一概不許重開審判，有時亦非情理之平。

宣告誤審，有可能係出於「顯然必要（manifest necessity）」[26] 之結果，諸如，陪審不能達成評決（the jury cannot reach a verdict），[27] 或情況顯然阻礙審判之繼續是。[28] 在此種「顯然必要」下所宣告之誤審，自不妨重開審判，而無牴觸二重危險法則之虞。

然而，在事實審法官，係因檢方左右下之某種情況，或檢方之不當行為，或由於該法官本身之錯誤裁量或濫用裁量，而宣告誤審之情形下，是否可以引據「顯然必要」之理論，資以正當化第二次之審判，始為問題之困難所在。通常情形下，就被告所享有完成其審判之權利，與社會應有依其所設計之公平審判以合乎正義之終局判決來終結訴訟之公

---

[25]"A judge may cancel a trial prior to the return of a verdict; legal parlance designates this as a **mistrial**.

A judge may declare a mistrial due to: 1.The court determining that it lacks jurisdiction over a case; 2.Evidence being admitted improperly; 3.Misconduct by a party, juror, or an outside actor, if it prevents due process; 4.A hung jury which cannot reach a verdict with the required degree of unanimity; 5.Disqualification of a juror after the jury is impanelled, if no alternate juror is available and the litigants do not agree to proceed with the remaining jurors.

A declaration of a mistrial generally means that the court must hold a retrial on the same subject.

An important exception occurs in criminal cases in the United States. If the court erroneously declares a mistrial, or if prosecutorial misconduct forced the defendant into moving for a mistrial, then the US Constitution's protection against double jeopardy bars any retrial; so the prosecution must be terminated." See, Wikipedia, the free encyclopedia, mistrial, retrieved 97.08.07 from: http://en.wikipedia.org/wiki/Trial_%28law%29

[26] See, United States v. Perez, 22 U.S. (9 Wheat.) 579, 580 (1824).

[27] See, Logan v. United States, 144 U.S. 263 (1892).

[28] See, Simmons v. United States, 142 U.S. 148 (1891) (juror's impartiality became questionable during trial); Thompson v. United States, 155 U.S. 271 (1884) (discovery during trial that one of the jurors had served on the grand jury which indicted defendant and was therefore disqualified); Wade v. Hunter, 336 U.S. 684 (1949) (court- martial discharged because enemy advancing on site).

益間，必須有一番權衡。[29] 因此，當危險業已貼加，而因起訴程序之瑕疵，致宣告誤審時，聯邦最高法院認定再度之審判並不受禁止；例如，事實審法官正當行使其裁量權，而認陪審不能公正作成評決，或一項有罪之評決因明顯之錯誤必將在上訴中遭到撤銷，則社會公義之目的已難達成，而不應要求檢方繼續進行其證明，蓋即若檢方在陪審面前證明成功，其成功亦將在上訴審法院遭到裂解之情形是。[30] 反之，例如，在 Downum v. United States, 372 U.S. 734 一案，當危險業已貼加時，檢方卻因一名關鍵證人疏未傳喚且已不能找出其下落，而聲請宣告誤審獲准之情形，聯邦最高法院即認定再度之審判應受禁止，蓋檢方在挑選陪審及陪審宣誓之前，業已知悉該名證人不能到場。[31] 雖然，此 Downum 一案之判決，似乎在於建立一項原則，即因檢方或法官之錯誤所導致之誤審，不足以構成中止審判之「顯然必要」，但在 Illinois v. Somerville, 410 U.S. 458 一案之判決，則作出區分，而限定 Downum 一案判決之見解，僅適合於一種情況，即其錯誤所

---

[29] "Difficult has been the answer, however, when the doctrine of "manifest necessity" has been called upon to justify a second trial following a mistrial granted by the trial judge because of some event within the prosecutor's control or because of prosecutorial misconduct or because of error or abuse of discretion by the judge himself. There must ordinarily be a balancing of the defendant's right in having the trial completed against the public interest in fair trials designed to end in just judgments." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11. See also, Illinois v. Somerville, 410 U.S. 458, 463 (1973).

[30] "Thus, when, after jeopardy attached, a mistrial was granted because of a defective indictment, the Court held that retrial was not barred; a trial judge "properly exercises his discretion" in cases in which an impartial verdict cannot be reached or in which a verdict on conviction would have to be reversed on appeal because of an obvious error. "If an error could make reversal on appeal a certainty, it would not serve 'the ends of public justice' to require that the Government proceed with its proof when, if it succeeded before the jury, it would automatically be stripped of that success by an appellate court."" See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11. See also, Illinois v. Somerville, 410 U.S. 458, 464 (1973).

[31] "On the other hand, when, after jeopardy attached, a prosecutor successfully moved for a mistrial because a key witness had inadvertently not been served and could not be found, the Court held a retrial barred, because the prosecutor knew prior to the selection and swearing of the jury that the witness was unavailable." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11. See also, Downum v. United States, 372 U.S. 734 (1963).

導致之誤審，係出於檢方之作弊，例如，檢方就其舉證未見順遂之審判，有意利用錯誤以導致宣告誤審，俾便其有利條件增加時，再尋求重新之審判。[32] 另類情形發生於檢方因辯方有害之不當行為而聲請宣告誤審。在 Arizona v. Washington, 434 U.S. 497 一案，辯護人在其開頭陳述中，對於檢察官過去之行為作出有害之評論，檢察官因此聲請宣告誤審，法官駁回被告之異議，而裁准檢察官之聲請。聯邦最高法院認定，本件在宣告誤審後之重新審判，不受二重危險之禁止。即令在嚴格之字面意義言，本件之宣告誤審，並非「必要」，蓋事實審法官本可透過對於陪審之限制性曉諭而解決問題，然而，聯邦最高法院指出，對於事實審法官就辯護人之不當行為可能損及一個或更多陪審員之公正性所為之評估，應給予最高度之尊重。只要在審判筆錄中可以找到支持宣告誤審之依據為已足，事實審法官無須特為宣告誤審「顯有必要」之說明。[33] 然而，強調事實審法官之裁量權，已對於因事實審法官之錯誤而依職權或依檢方聲請所為宣告誤審之案件，造成衝擊，而使此等案件陷於理論上之混亂。因此，在 Gori v. United States, 367 U.S. 364 一案，事實審法官

[32] "Although this case appeared to establish the principle that an error of the prosecutor or of the judge leading to a mistrial could not constitute a "manifest necessity" for terminating the trial, Somerville distinguished and limited Downum to situations in which the error lends itself to prosecutorial manipulation, in being the sort of instance which the prosecutor could use to abort a trial that was not proceeding successfully and to obtain a new trial in which his advantage would be increased." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11. See also, Illinois v. Somerville, 410 U.S. 458, 464 -65, 468-69 (1973).

[33] "Another kind of case arises when the prosecutor moves for mistrial because of prejudicial misconduct by the defense. In Arizona v. Washington, defense counsel in his opening statement made prejudicial comments about the prosecutor's past conduct, and the prosecutor's motion for a mistrial was granted over defendant's objections. The Court ruled that retrial was not barred by double jeopardy. Granting that in a strict, literal sense, mistrial was not "necessary" because the trial judge could have given limiting instructions to the jury, the Court held that the highest degree of respect should be given to the trial judge's evaluation of the likelihood of the impairment of the impartiality of one or more jurors. As long as support for a mistrial order can be found in the trial record, no specific statement of "manifest necessity" need be made by the trial judge." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11. See also, Arizona v. Washington, 434 U.S. 497 (1978).

未顧及辯護人之意願，逕依職權宣告誤審，理由是，事實審法官認為檢察官之詢問方針意在揭露被告之犯罪前科，此舉已構成有害於被告之錯誤。聯邦最高法院雖認此案事實審法官所為實係裁量權之濫用，但仍認為此案嗣後對於被告之重行審判，應無不可，蓋事實審法官所為誤審之裁定，係出於保護被告利益之考慮。[34] 然而，以上 Gori 一案之見解，在後來 United States v. Jorn, 400 U.S. 470 一案，並未獲得支持。在 Jorn 一案，事實審法官出於裁量權之濫用，而誤將陪審解散。其所以解散陪審之原因是，事實審法官並不相信檢察官所謂若干特定證人已經正當告知其憲法上權利云云之保證。在此一案，聯邦最高法院不准對於被告 Jorn 進行二度之重新審判，理由是：「明顯必要之法則」，要求事實審法官，在其經由審慎裁量而形成若繼續審判將不足以維護公共正義之目的前，不得排除被告願受第一次組成之陪審進行審判並或可因此獲得無罪判決之選擇權。聯邦最高法院之見解，似乎是將 Jorn 一案，採為事實審法官之作為「非理性或不負責」時之處理範例。[35] 但是，如果事實審法官之作為，係出

[34] "Emphasis upon the trial judge's discretion has an impact upon the cases in which it is the judge's error, in granting sua sponte a mistrial or granting the prosecutor's motion. The cases are in doctrinal disarray. Thus, in Gori v. United States, the Court permitted retrial of the defendant when the trial judge had, on his own motion and with no indication of the wishes of defense counsel, declared a mistrial because he thought the prosecutor's line of questioning was intended to expose the defendant's criminal record, which would have constituted prejudicial error. Although the Court thought the judge's action was an abuse of discretion, it approved retrial on the conclusion that the judge's decision had been taken for defendant's benefit." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11. See also, Gori v. United States, 367 U.S. 364 (1961); United States v. Tateo, 377 U.S. 463 (1964) (reprosecution permitted after the setting aside of a guilty plea found to be involuntary because of coercion by the trial judge).

[35] "This rationale in Gori was disapproved in the next case(United States v. Jorn), in which the trial judge discharged the jury erroneously and in abuse of his discretion, because he disbelieved the prosecutor's assurance that certain witnesses had been properly apprised of their constitutional rights. Refusing to permit retrial, the Court observed that the "doctrine of manifest necessity stands as a command to trial judges not to foreclose the defendant's option [to go to the first jury and perhaps obtain an acquittal] until a scrupulous exercise of judicial discretion leads to the conclusion that the ends of public justice would not be served by a continuation of the proceedings." The later cases appear to accept Jorn as an example of a case where the trial judge "acts irrationally or irresponsibly."" See, Fifth Amendment,

諸審慎，曾賦與檢辯雙方表示立場之機會，並對於被告經由面對一次陪審即終局了結問題之利益寄予重視，則該法官之作為應得到尊重。[36] 當然，誤審之宣告若係出於被告之聲請，則儘管其聲請係因檢方或法院之誤失而有所必要，一般而言，均被認為此種誤審之宣告不足以構成重行追訴之障礙。此種誤審宣告，既係出於被告之聲請，輒被認為係被告在審慎選擇後，對於其所享有就其有罪或無罪之爭點在第一次組成之陪審面前徹底解決之珍貴權利，所為之拋棄。[37] 在 United States v. Dinitz, 424 U.S. 600 一案，事實審法官以被告之主要辯護人有不當行為為由，裁定禁止該主要辯護人續為辯護，在被告對此裁定抗告中，事實審法官賦與被告就停止審判以便其對於禁止辯護之裁定提起抗告、宣告誤審，或由助理辯護人辯護而繼續審判，進行選擇。聯邦最高法院認為：在被告選擇宣告誤審後，得對之重為審判，並說明其理由稱，雖然事實審法官裁定禁止該主要辯護人續為辯護，可能係一項錯誤，但其所以如此為之，並非出於驅使被告求為宣告誤審，或損害被告追求無罪判決之惡意。儘管在困難之下，被告作出停止原審判並接受新審判之抉擇，其抉擇仍應受尊重，而重為審判並不受禁止。[38] 因此，在通常情形下，

國家司法官學院 檢察官陪審制

DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11. See also, United States v. Jorn, 400 U.S. 470, 483 (1971).

[36] "But if the trial judge acts deliberately, giving prosecution and defense the opportunity to explain their positions, and according respect to defendant's interest in concluding the matter before the one jury, then he is entitled to deference." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11. See also, Arizona v. Washington, 434 U.S. 497, 514 , 515-16 (1978); Illinois v. Somerville, 410 U.S. 458, 462 , 465-66, 469-71 (1973) (discussing Gori and Jorn.)

[37] "Of course, "a motion by the defendant for mistrial is ordinarily assumed to remove any barrier to reprosecution, even if the defendant's motion is necessitated by a prosecutorial or judicial error.""Such a motion by the defendant is deemed to be a deliberate election on his part to forgo his valued right to have his guilt or innocence determined before the first trier of fact." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11. See also, United States v. Jorn, 400 U.S. 470, 485 (1971) (plurality opinion); United States v. Scott, 437 U.S. 82, 93 (1978).

[38] "In United States v. Dinitz, the trial judge had excluded defendant's principal attorney for misbehavior and had then given defendant the option of recess while he appealed the exclusion, a mistrial, or continuation with an assistant defense counsel. Holding that the defendant could be retried after he chose a mistrial, the Court

如被告自行聲請宣告誤審，或默許宣告誤審，即應受其自己決定之拘束，而可要求其接受重新之審判。[39]

事實審之法官，亦有可能依聲請駁回起訴，此種起訴之駁回，既非宣告誤審，亦非宣告無罪，而係一種與事實上有罪或無罪不相關之認定，例如以起訴前存在有害之遲延為由，而為有利於被告之終結審判之裁定是。[40] 此種並未達成實體終局判決，即逕在程序進行中駁回起訴之裁判，是否足以防杜檢方嗣後之再行追訴，而發生二重危險之禁止效果？應分別情形以觀。

如其**起訴之駁回，係發生於本案審判前之準備程序**，此際，由於陪審尚未組成（jury trial），或法官並未開始聽審證據（bench trial），是其第一次之危險未曾貼加，自無妨檢方嗣後之再行追訴，而不發生二重危險之問題。因此，早在 1936 年， McCARTHY v. ZERBST, 85 F.2d 640 （1936）一案，聯邦第 10 上訴法院即於判決中指出：「被告 McCARTHY 就訴因 1 從不曾蒙受危險，蓋訴因 1 起訴之遭到駁回，係發生

---

reasoned that, while the exclusion might have been in error, it was not done in bad faith to goad the defendant into requesting a mistrial or to prejudice his prospects for acquittal. The defendant's choice, even though difficult, to terminate the trial and go on to a new trial should be respected and a new trial not barred." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11. See also, United States v. Dinitz, 424 U.S. 600 (1976); Lee v. United States, 432 U.S. 23 (1977) (defendant's motion to dismiss because the information was improperly drawn made after opening statement and renewed at close of evidence was functional equivalent of mistrial and when granted did not bar retrial, Court emphasizing that defendant by his timing brought about foreclosure of opportunity to stay before the same trial).

[39] "Therefore, ordinarily, a defendant who moves for or acquiesces in a mistrial is bound by his decision and may be required to stand for retrial." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11.

[40] "It may be that the trial judge will grant a motion to dismiss that is neither a mistrial nor an acquittal, but is instead a termination of the trial in defendant's favor based on some decision not relating to his factual guilt or innocence, such as prejudicial preindictment delay. United States v. Wilson, 420 U.S. 332 (1975) (preindictment delay); United States v. Jenkins, 420 U.S. 358 (1975) (determination of law based on facts adduced at trial; ambiguous whether judge's action was acquittal or dismissal); United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978) (preindictment delay)." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** retrieved 2008.08.04 from:
http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/04.html

於開始審判之前。一般原則是：特定人在基於合法之起訴，被召到法院，已作答辯，而且陪審已經組成並宣誓就位之前，並未蒙受危險；另在無陪審之審判，亦只在被告因起訴，被召到法院，已作答辯，而且法官已開始聽審證據之後，其危險始行發生。」[41] 所以如此者，蓋在審判前即經駁回起訴，既「未冒有遭受定罪之危險」（without risk of a determination of guilt），即「無所謂危險之貼加」（jeopardy does not attach），從而，無論檢方就其駁回起訴之裁判上訴，或為再度之訴追，均不構成二重之危險（neither an appeal nor further prosecution constitutes double jeopardy）。[42]

然而，如上斬釘截鐵之見解【即斷言，起訴之駁回，如係發生於本案審判前之準備程序，被告既未冒有遭受定罪之危險，即無所謂危險之貼加】，嗣亦引來質疑之看法，而認為起訴之駁回，縱係發生於本案審判前之準備程序，如其駁回起訴之理由，係與本案之實體有關，亦應認為第一次性之危險業已貼加，從而禁止以後之重行追訴。關於此一問題，

---

[41] "Petitioner was never in jeopardy on count one. It was dismissed before trial. The general rule is that a person is not in jeopardy until he has been arraigned on a valid indictment or information, has pleaded, and a jury has been impaneled and sworn; and where a case is tried to a court without a jury, jeopardy begins after accused has been indicted and arraigned, has pleaded and the court has begun to hear evidence." See, McCARTHY v. ZERBST, 85 F.2d 640（1936）.

[42] In *Serfass v. United States*, the Court held that "without risk of a determination of guilt, jeopardy does not attach, and neither an appeal nor further prosecution constitutes double jeopardy." See, Serfass v. United States, 420 U.S. 377, 391-92 (1975); *see also* United States v. Friedman, 649 F.2d 199, 202-03 (3d Cir. 1981) (jeopardy does not attach upon pretrial dismissal of original indictment, although indictment not formally dismissed before trial began on superseding indictment); United States v. Valle, 697 F.2d 152, 154 (6th Cir.) (jeopardy does not attach upon pretrial dismissal of indictment because no risk of guilt determination, even when extrinsic evidence offered to support validity of indictment), *cert. denied*, 461 U.S. 918 (1983); United States v. Grabinski, 727 F.2d 681, 687 (8th Cir. 1984) (jeopardy does not attach upon dismissal of case for lack of jurisdiction); *cf.* United States v. Piteo, 726 F.2d 53, 54-55 (2d Cir.) (per curiam) (no double jeopardy when defendant tried for crimes described at earlier sentencing hearing on unrelated charges), *cert. denied*, 467 U.S. 1206 (1984); United States v. Olson, 751 F.2d 1126, 1128-29 (9th Cir. 1985) (per curiam) (pretrial hearing on motion to dismiss indictment when judge hears government's description of evidence not equivalent to hearing evidence for purpose of deciding guilt or innocence; latter would cause jeopardy to attach).

「聯邦最高法院曾以 5 對 4 之過半數意見，於 United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978) 一案，認定：決定性要素，在於事實審法官之作為，是否就犯罪構成要件之部分或全部為有利被告之判斷，亦即，事實審法官是否已就被告之有罪或無罪作出某種認定。如事實審法官所為公訴駁回之裁判，涉及有罪或無罪之認定，則在功能上言，等同於無罪判決(原則上，禁止以後之重行追訴)；反之，所有其他情形之公訴駁回之裁判，在功能上言，等同於宣告誤審(原則上，不禁止以後之重行追訴)。」[43]

---

[43] "By a close division of the Court, the determining factor is whether the action of the trial judge, whatever its label, correct or not, resolved some or all of the factual elements of the offense charged in defendant's favor, whether, that is, the court made some determination related to the defendant's factual guilt or innocence. Such dismissals relating to guilt or innocence are functional equivalents of acquittals, whereas all other dismissals are functional equivalents of mistrials." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40; *see also* "United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978) (at close of evidence, court dismissed indictment for preindictment delay; ruling did not go to determination of guilt or innocence, but, like a mistrial, permitted further proceedings that would go to factual resolution of guilt or innocence). The Court thought that double jeopardy policies were resolvable by balancing the defendant's interest in having the trial concluded in one proceeding against the government's right to one complete opportunity to convict those who have violated the law.【被告利在於一次程序中徹底解決問題，檢方利在享有一次對於犯罪之被告繩之以法之完全機會，二重危險法則之適用與否，應在此兩項利益間，進行權衡。】The defendant chose to move to terminate the proceedings and, having made a voluntary choice, is bound to the consequences, including the obligation to continue in further proceedings. Id. at 95-101. The four dissenters would have followed Jenkins, and accused the Court of having adopted too restrictive a definition of acquittal.【四名持反對意見之大法官，指摘多數意見就所謂無罪判決採取過分嚴格之定義。】Their view is that the rule against retrials after acquittal does not, as the Court believed, "safeguard determination of innocence; rather, it is that a retrial following a final judgment for the accused necessarily threatens intolerable interference with the constitutional policy against multiple trials." Id. at 101, 104 (Justices Brennan, White, Marshall, and Stevens). They would, therefore, treat dismissals as functional equivalents of acquittals, whenever further proceedings would be required after reversals.【四名持反對意見之大法官，認爲：禁止於無罪判決後重行審判之法則，並非在於保障無罪之判斷，而係在於保障有利被告之終局判決；蓋在有利被告之終局判決作出後，如許可重行審判，將必然對於憲法禁止多重審判之立意，造成難以忍受之干犯。彼等見解，認爲公訴駁回之裁判，如經撤銷，將需要進一步之程序以審判原案件時，則該駁回公訴之裁判，在功能上言，應視同無罪判決。】" See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40, n.113.

新近 2007 年 9 月，UNITED STATES OF AMERICA, Appellee, v. DOMINICK **DIONISIO**, a.k.a. BLACK DOM, Defendant-Appellant, 503 F.3d 78 (2007) 一案，就此有頗詳之討論，茲摘要如下，以助明瞭問題之癥結。**Dionisio** 一案，事實背景為：【2001 年，被告 Dionisio 在 New York 東區聯邦地方法院，被依 RICO 法之規定起訴，被訴訴因包括：實行敲詐勒索、共謀敲詐勒索及其他犯行(以下簡稱 2001 年之起訴)。此等犯罪牽涉可倫坡 La Cosa Nostra 家族犯罪組織。所被起訴之犯行，發生於 1993 年起至 2001 年之間。其被訴實行敲詐勒索、共謀敲詐勒索等訴因，據指許多係出自相同之前提行為，其中包括 1999 年 1 月至同年 5 月之共謀販賣大麻。依據被告 Dionisio 與檢方之一項答辯協議，被告 Dionisio 同意對於一項實行敲詐勒索之訴因認罪，法院因此量處被告 Dionisio 78 個月有期徒刑，並與其前此另案之有期徒刑併同執行。依據同一答辯協議，檢方聲請法院附以不得再行訴追之條件(with prejudice)，駁回檢方對於被告 Dionisio 其他訴因之起訴（the government moved to dismiss with prejudice the other counts against Dionisio）。在此等被駁回之起訴中，包括本件重行起訴之共謀敲詐勒索之指控。被告 Dionisio 與檢方之答辯協議，約定如下：[44] (a).檢方不得就上開已撤回起訴之犯罪，對於被告 Dionisio 再行訴追；但雙方認同此一答辯協議，無礙檢方將上開已撤回起訴之犯行，在以後依據 18 U.S.C.§1961 *et seq.* 之規定為訴追時，作為前提行為或加重其刑之基礎。(b).在量刑之際，檢方將聲請駁回其

[44] "In 2001, in the Eastern District of New York, Dionisio was charged under the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act ("RICO"), 18 U.S.C. §1962(c), with counts of substantive racketeering, racketeering conspiracy, and other offenses [hereinafter "2001 indictment"]. These involved the Colombo organized crime family of La Cosa Nostra. The charged conduct allegedly took place from 1993 to 2001. The counts of substantive racketeering and racketeering conspiracy asserted several of the same predicate acts, including a conspiracy to distribute marijuana between January 1999 and May 1999. Pursuant to a plea agreement, Dionisio pled guilty to one count of substantive racketeering, and the court sentenced him to 78 months' imprisonment to run concurrently with a prior sentence. Also pursuant to the plea agreement, the government moved to dismiss with prejudice the other counts against Dionisio. Among these was the racketeering conspiracy charge. Dionisio's plea agreement provided that:------" See, 503 F.3d 78,79-80.

餘之訴因，並附以不得再行訴追之條件。[45] 此一答辯協議，進而約定，如果檢方認定被告 Dionisio 有任何違反答辯協議之約定時，被告 Dionisio 不得解免其認罪答辯之義務，但檢方因答辯協議所生之義務即因此解免。[46] 2004 年，被告 Dionisio 在 New York 東區聯邦地方法院，再度因其共謀敲詐勒索之行為被起訴；此回被起訴之所犯法條為 18 U.S.C. §1962(d) (以下簡稱 2004 之起訴)。被告 Dionisio 此回被起訴之行為，仍然與可倫坡犯罪家族有所關連，據指係發生於 1991 年 11 月至 1999 年之間。此一共謀犯罪，依地方法院之認定，係基於四件前提行為，即：(1).1991 年之雙重謀殺未遂；(2). 1991 年搶劫 Yeshiva；(3).在 1998 年 8 月至 1999 年 5 月之間，共謀搶劫 Hispanic 毒販之大麻；(4).在 1998 年 8 月至 1999 年 5 月之間，共謀搶劫住在 Battery Park City in Lower Manhattan 附近之一名白種男子之大麻。[47] 2005 年 6 月 3 日，被告 Dionisio 以二重危險條款及 2001 年答辯協議之違反為理由，聲請駁回前開起訴。Dionisio 主張，2004 年所

---

[45] "(a) no further criminal charges will be brought against the defendant for the specific crimes charged against the defendant in the above-captioned superseding indictment, it being understood that this agreement does not bar the use of such conduct as a predicate act or as the basis for a sentencing enhancement in a subsequent prosecution including, but not limited to, a prosecution pursuant to 18 U.S.C.§1961 *et seq.*; (b) At the time of sentence, [the government] will move to dismiss the remaining counts of the referenced superseding indictment and the underlying indictments *with prejudice*." Id., at 80.

[46] "The agreement further stated that "[s]hould it be judged by the Office that the defendant has violated any provision of this agreement, the defendant will not be released from his plea of guilty but this Office will be released from its obligations under this agreement."" Id.

[47] "In 2004, Dionisio was once again indicted in the Eastern District of New York on the charge of racketeering conspiracy, this time in violation of 18 U.S.C. §1962(d) [hereinafter "2004 indictment"]. His charged conduct, also in connection with the Colombo crime family, assertedly took place from November 1991 to May 1999. This conspiracy, as identified by the district court, was based on four claimed predicate acts: "(1) a 1991 double attempted murder, (2) a 1991 robbery of a Yeshiva, (3) a conspiracy to rob marijuana from Hispanic narcotics traffickers in or about and between August 1998 and May 1999, and (4) a conspiracy to rob marijuana 'from a white male residing in the vicinity of Battery Park City in Lower Manhattan' in or about and between August 1998 and May 1999."*United States v. Dionisio*, 415 F. Supp. 2d 191, 194 (E.D.N.Y. 2006) (quoting Def.'s Ex. E. PP 11-19)." Id.

起訴共謀搶劫 Hispanic 毒販之行為，與 2001 年所起訴共謀販賣大麻之行為，兩者間之關係，乃前者為後者之前提行為，因此，兩者乃為同一行為。而由於前者之起訴，已附有不得再行追訴之條件而被駁回，被告 Dionisio 因主張，其不得再因同一犯罪行為而二度被暴露於危險之下。Dionisio 另又主張，2004 年之起訴，並已違反檢方於 2001 年答辯協議中，所為不再對於被告 Dionisio 另為追訴之保證。[48] 2006 年 2 月 15 日，聯邦地方法院法官 Irizarry 駁回被告求為駁回起訴之聲請。該院否決被告所提二重危險之質疑；認定：2001 年關於共謀敲詐勒索之指控，係依據被告之答辯協議，而經法院附以不得再行起之條件，駁回檢方之起訴，在此情形下，危險並未貼加。另就被告所主張檢方違背答辯協議一節，該院於駁回其主張時，指出：依答辯協議所駁回 2001 年之起訴，僅限於特定之訴因；而且，縱使 2001 年及 2004 年所起訴之犯罪為屬同一，亦因答辯協議已明白表示：「該答辯協議並不禁止將 2001 年所訴追之行為，在將來其他敲詐勒索之訴追中，用作為前提之行為」；是該院並未就 2001 年及 2004 年之兩次起訴，是否基於同一犯罪之問題，進行審酌。[49] 本件抗告，Dionisio 僅得以二重危險為由，指摘地

[48] "On June 3, 2005, defendant moved to dismiss the indictment both as a violation of the Double Jeopardy Clause and as a breach by the government of the 2001 plea agreement. Dionisio contended that the 2004 marijuana conspiracy indictment to rob marijuana traffickers was based on the same conduct as that which formed the predicate of Dionisio's 2001 marijuana conspiracy indictment. Because the earlier conspiracy indictment had been dismissed "with prejudice," defendant argued that he could not be exposed to jeopardy again on a conspiracy charge grounded in the same offense conduct. Dionisio also argued that the 2004 indictment violated the government's plea agreement pledge that "no further criminal charges will be brought against the defendant for the specific crimes charged" in the 2001 indictment." Id.

[49] "On February 15, 2006, the district court (Judge Irizarry) denied Dionisio's motion to dismiss. The court rebuffed the double jeopardy challenge; it held that "jeopardy did not attach when the racketeering conspiracy charge was dismissed with prejudice from the 2001 indictment pursuant to defendant's plea agreement." 415 F. Supp. 2d at 199; *see generally id.* at 195-200. Rejecting defendant's contention that the government had breached the plea agreement, the court noted that the agreement dismissed the 2001 counts only "for the specific crimes charged" and, even if the crimes charged in the 2001 and 2004 indictments were the same, the plea agreement expressly stated that it "does not bar the use of . . . conduct [like

方法院駁回其求為駁回起訴之聲請(蓋程序進行中所為之裁定，原則上不得抗告，但關於二重危險之裁定，得即時抗告，是為例外)，以期本院撤銷原地方法院之裁定。Dionisio 抗告主張：當前此地方法院附以不得再行追訴為條件，而駁回 2001 年共謀敲詐勒索之起訴時，危險業已貼加；再者，附有不得再行追訴為條件之駁回起訴，已具備既判力(res judicata)，蓋在效果上，此一起訴之駁回，已等同於實體裁判，從而禁止以後之再行訴追。在答辯時，檢方聲稱 2001 年之駁回起訴，並未貼加危險；並主張：前此地方法院所為者，只不過為對於兩造之答辯協議，給予司法行政上之核可；且其因而導出之駁回共謀敲詐勒索之起訴，既不能成其為附帶禁反言(collateral estoppel)之理由，亦未有所謂危險之貼加。[50]】**聯邦第二上訴法院**(UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT)就本案之**判斷如下**：【本院對於 Dionisio 二重危險之主張重新進行審酌。不言而喻，被告必先經歷第一次性危險，始有所謂蒙受第二次性危險之問題。本件抗告之核心問題，乃 2001 年附有禁止再行訴追為條件之駁回起訴，是否已將被告 Dionisio 置於充

---

that alleged in the 2001 indictment] as a predicate act" in future racketeering prosecutions. *Id.* at 194. The court did not consider whether the two indictments were based on the same offense conduct." Id., at 80-81.

50 "On appeal, at this time, Dionisio may only challenge the double jeopardy ground of the court's denial of his motion to dismiss. And it is that which he seeks to have reversed. He contends that jeopardy attached when the court dismissed, with prejudice, his 2001 indictment for racketeering conspiracy, and further that the dismissal "with prejudice" bears the preclusive force of res judicata because, in effect, it operates as an adjudication on the merits and therefore bars subsequent prosecutions. In response, the government argues that jeopardy did not attach in 2001. It contends that the court gave only ministerial approval to the parties' 2001 plea agreement, and that the resulting dismissal of the racketeering conspiracy charge can neither be the grounds for collateral estoppel nor for the attachment of jeopardy." Id., at 81;

"A defendant usually may only appeal from a court's final decision, which, in a criminal case, is marked by the imposition of a sentence. *Flanagan v. United States*, 465 U.S. 259, 263, 104 S. Ct. 1051, 79 L. Ed. 2d 288 (1984). An interlocutory appeal from a district court pretrial order denying a motion to dismiss an indictment on double jeopardy grounds is, however, permitted. *Abney v. United States*, 431 U.S. 651, 658-62, 97 S. Ct. 2034, 52 L. Ed. 2d 651 (1977). *See also infra* note 3.(程序進行中所爲之裁定，原則上不得抗告，但關於二重危險之裁定，得即時抗告，是爲例外)" Id., n.2.

分危險之中，而足以啟動二重危險條款之保障。[51] 正如本件原聯邦地方法院之正確見解：「聯邦第二上訴法院及聯邦最高法院，均不曾直接就依據答辯協議所為，附以不得再行追訴為條件之駁回起訴，是否貼加危險之問題，作出如何解決之判例。」然而，本件原聯邦地方法院仍認定：預審階段所為附以不得再行追訴為條件之駁回起訴，並不足以引起危險之貼加。雖然，本院認為原聯邦地方法院此一斷然之見解，係出於就聯邦最高法院及本院判例之誤解，及對於其他聯邦上訴法院判例之過度解讀，但是，基於本案之事實背景，本院仍認定原聯邦地方法院所為駁回抗告人二重危險之主張，為屬妥洽。[52] 由於被告所享有終局確定(finality)之憲法上利益，係遠早於終局判決作出前即已貼加，是以一項已確切建立之原則係：「危險之貼加，不僅在終局判決作出時有之，更廣泛而言，即在刑事訴訟程序進行中之某時點，當其二重危險條款之憲法目的及政策，業已與之發生關連時，亦應認為危險已經貼加。參見 Serfass v. United States, 420 U.S. 377, 388 (1975).」 其結果，則如聯邦最高法院長久以來所持之見解，即：「在陪審審判，當陪審組成並宣誓就位時，或

[51] "We review Dionisio's double jeopardy challenge de novo. *United States v. Estrada*, 320 F.3d 173, 180 (2d Cir. 2003). It goes without saying that "an accused must suffer jeopardy before he can suffer double jeopardy."（不言而喻，被告必先經歷第一次性危險，始有所謂蒙受第二次性危險之問題） *Serfass v. United States*, 420 U.S. 377, 393, 95 S. Ct. 1055, 43 L. Ed. 2d 265 (1975); *United States v. Von Barta*, 635 F.2d 999, 1004 (2d Cir. 1980), *cert. denied*, 450 U.S. 998, 101 S. Ct. 1703, 68 L. Ed. 2d 199 (1981) (quoting *Serfass*, 420 U.S. at 393);*see also United States v. Jorn*, 400 U.S. 470, 480, 91 S. Ct. 547, 27 L. Ed. 2d 543 (1971); *see generally Ex parte Lange*, 85 U.S. (18 Wall.) 163, 168-69, 21 L. Ed. 872 (1873) (establishing that the Double Jeopardy Clause bars a second prosecution only if jeopardy attached in the original proceeding). At the heart of this appeal is whether the 2001 dismissal with prejudice of the charge against Dionisio placed him in sufficient jeopardy to trigger the protections of the Clause." Id., at 81.

[52] "As the district court correctly noted, "no Second Circuit or Supreme Court authority directly address[es] whether jeopardy attaches when a charge is dismissed with prejudice pursuant to a plea agreement," 415 F. Supp. 2d at 196. The court nevertheless held that pretrial dismissal with prejudice cannot trigger the attachment of jeopardy. While we believe that the court's categorical ruling was based on a misreading of both Supreme Court and our precedents, as well as an over-reading of the decisions of other circuits, we conclude that on the facts of this case its rejection of appellant's double jeopardy claim was appropriate." Id., at 82.

在非陪審審判，當法官開始聽審證據時，其危險即告貼加」。然而，本院曾認為：「雖然陪審宣誓就位或法官開始聽審證據，而開始實體上之審理時，其危險無疑已告貼加；但是，在預審程序，究於如何情形下，可謂已置被告於危險之中，則不甚明瞭。參見 Lockett v. Montemango, 784 F.2d 78, 82 (2d Cir. 1986).」[53] 鑑於此一不確定性，本院就本件抗告之審理，乃以檢驗聯邦最高法院及其他上訴法院所建立及適用之準則為開始，以評估預審階段所為起訴之駁回，在如何情形下，足以啟動二重危險條款之保障。[54] Serfass v. United States, 420 U.S. 377 (1975)一案之判決，為評估預審階段危險之貼加，提供主要之指標。聯邦最高法院於該案判決中，審查一項開始審判前，因被告為現役軍人，而在起訴前未據其提出說明，因此所導致駁回檢方起訴之裁定。儘管被告 Serfass 主張，該預審階段之駁回起訴，係基於起訴事實以外之證據上事實而為之，該項證據上事實，在本案審判時，足以構成實體上之防禦；然而，聯邦最高法院認定，正式或嚴格意義之危險(formal or technical jeopardy)並未貼加，蓋該駁回起訴之法院，實無權力對於被告作出有罪或無罪之判斷(筆者按，蓋由於無審判權之故)。但是，聯邦最高法院於判決理由中，進而又稱，即使起訴之駁回，係基於證據上之事實而為之，

[53] "Because a defendant's constitutional interest in finality attaches well before a verdict is reached, it is firmly established that the "attachment of jeopardy" occurs not only with a verdict but more generally at the "point [**10] in criminal proceedings at which the constitutional purposes and policies [of the clause] are implicated." Serfass, 420 U.S. at 388. As a result, the Supreme Court has long recognized that jeopardy attaches in a jury trial after the jury has been empaneled and sworn, see Kepner v. United States, 195 U.S. 100, 128, 24 S. Ct. 797, 49 L. Ed. 114 (1904), and in a bench trial when the judge begins to hear evidence. Wade v. Hunter, 336 U.S. 684, 688, 69 S. Ct. 834, 93 L. Ed. 974 (1949); McCarthy v. Zerbst, 85 F.2d 640, 642 (10th Cir.), cert. denied, 299 U.S. 610, 57 S. Ct. 313, 81 L. Ed. 450 (1936). We have recognized, however, that while jeopardy certainly attaches in a trial on the merits after a jury is sworn or a judge hears evidence, "it is less clear . . . what pretrial proceedings are such as to place a defendant in jeopardy." Lockett v. Montemango, 784 F.2d 78, 82 (2d Cir. 1986)." 1d.

[54] "In view of this uncertainty, we begin by examining the standard, established by the Supreme Court and applied by numerous courts of appeals, for evaluating *when the protections of the Double Jeopardy Clause may be triggered by a pretrial dismissal*." Id.

且該事實可引起解釋為「無罪 acquittal」之結果，但「無罪 acquittal」一詞，就二重危險條款之意旨而言，並非帶有魔法般之本質；寧倒是，所謂「無罪 acquittal」，本無從自賦與「無罪 acquittal」特徵之程序情境中分離而出。由於預審程序所處理者並未真正涉及所訴犯罪本身周邊之事實，所以高等法院駁回被告之主張，並稱：「未有定罪之風險，即無危險之貼加------」。[55] 後來，在 United States v. Martin Linen Supply Co. , 430 U.S. 564 (1977)一案，聯邦最高法院於適用 Serfass 一案之見解時，特又強調，在判斷起訴之駁回，是否真正意味著「無論正確或不正確，其已就所訴犯罪之事實上構成要件，為部分或全部之判斷」時，應超出該預審裁定之形式以外，而審查其實質。在此 Martin Linen 一案，聯邦最高法院所處理者，涉及一件事實審法官因陪審僵持不決而解散陪審後，由該法官所逕為之無罪判決。聯邦最高法院認定，二重危險條款禁止檢方對於該無罪判決上訴；並強調：須要評估者是，「該法官所為之裁判，無論所標記之名稱為何，無論正確或不正確，是否真正意味著，其已就所訴犯罪之事實上構成要件，為部分或全部之判斷。在此，該法官所作成之無罪判決，毫無疑問，乃一項在實質上及形式上貨真

[55] "*Serfass v. United States*, 420 U.S. 377, 95 S. Ct. 1055, 43 L. Ed. 2d 265 (1975), provides the primary guidepost for evaluating pretrial attachments of jeopardy. In *Serfass*, the Supreme Court reviewed the dismissal, before trial, of an indictment that had been based on defendant's failure to report for military service. Despite Serfass's contention that the pretrial dismissal relied on "evidentiary facts outside of the indictment, which facts would constitute a defense on the merits at trial," *id.* at 390 (citations omitted), the Court held that "formal or technical jeopardy" had not attached, because the court that had dismissed the indictment was "without power to make any determination regarding petitioner's guilt or innocence." *Id.* at 389 (citations omitted). But the Supreme Court went further, and stated that even if a dismissal were based on evidentiary facts that gave rise to a constructive acquittal, the word "acquittal" bore "no talismanic quality for purposes of the Double Jeopardy Clause." *Id.* at 392. Rather, "an 'acquittal' cannot be divorced from the procedural context in which the action so characterized was taken." *Id.* Because the pretrial proceedings did not actually concern "facts surrounding the commission of the alleged offense," *id.* at 389 (quoting *United States v. Covington*, 395 U.S. 57, 60, 89 S. Ct. 1559, 23 L. Ed. 2d 94 (1969)), the High Court rejected defendant's claim and said: "Without risk of a determination of guilt, jeopardy does not attach . . . .". *Id.* at 391-92." Id., at 82-83.

價實之無罪判決。」[56] 由 Serfass 一案到 Martin Linen 一案，聯邦最高法院所建構之見解，要求吾人之審查，須超出無罪或有罪之形式標記以外，而置注意於其實質上所為之判斷。但是，以上聯邦最高法院之判例，抑且確認一項觀點，亦即，為啟動二重危險之保障，並不真正需要有一項無罪或有罪之判決。反而，關鍵之所在，乃被告是否已面對定罪之危險；而此一關鍵，亦恰可包括被告在預審答辯程序中之暴露於定罪危險之情形。因此，即使在預審程序之環境中，關鍵之爭點，仍在於預審程序就檢方起訴之處置，是否已帶有就實體事實而為之判斷，並使被告因該實體事實之判斷，而被置於真正危險之中。此一危險貼加之判斷準則，與聯邦最高法院嗣於 Burks v. United States, 437 U.S. 1(1978)、United States v. Scott, 437 U.S. 82(1978)兩案件所持之見解相符合。該兩案件判決所確立之見解為：在辨識危險是否貼加時，所須區辨者為 (a).究係關於被告罪責之判斷，抑係非關罪責而只關程序之判斷；(b). 究係關於事實問題之判斷，抑係關於法律問題之判斷。[57] 以上區辨，在實用上之重要性，明顯表現在預審

---

[56] "Subsequently, in applying *Serfass*, the Supreme Court has underscored the need to look beyond the form of the court's pretrial ruling to its substance in order to determine whether the dismissal actually represented a "*resolution, correct or not, of some or all of the factual elements of the offense charged."* *United States v. Martin Linen Supply Co.*, 430 U.S. 564, 571, 97 S. Ct. 1349, 51 L. Ed. 2d 642 (1977) (emphasis added). In *Martin Linen*, the Court addressed a judgment of acquittal issued by a trial judge after a deadlocked jury had been discharged. Concluding that the Double Jeopardy Clause barred the government's appeal, the Court emphasized the need to evaluate "whether the ruling of the judge, whatever its label, actually represents a resolution, correct or not, of some or all of the factual elements of the offense charged. There can be no question that the judgments of acquittal entered here . . . were 'acquittals' in substance as well as form." *Id.* at 571-72." Id.

[57] "The Serfass-Martin Linen framework requires that we look beyond formalistic labels of acquittal or conviction and scrutinize the substantive resolution underlying that disposition. But these decisions also confirm that it is not necessary to have an actual acquittal or, for that matter, a conviction, in order to trigger double jeopardy. What is crucial, instead, is whether the defendant faced the risk of a determination of guilt, and this may well include exposure to risk of conviction in a pretrial plea proceeding. Thus, the key issue, even in a pretrial context, is whether the disposition of an individual's indictment entailed findings of facts on the merits such that the defendant was placed in genuine jeopardy by the making of such findings. This standard for jeopardy attachment comports with the Court's later

程序之種種處置。舉例言之，判斷被告未在迅速審判所要求之時間內接受審判，此乃事實上之判斷。然而，此一判斷乃非關危險之判斷。對照而觀，一件由法院直接參與之答辯協議，被告決定就兩項訴因答辯有罪，以換取檢方就第三訴因為附有不得再行訴追為條件之撤回起訴，此際，一切有關答辯協議之基礎事實之認定，即可能構成使被告在預審程序暴露於危險中之事實認定。而相同之情況，亦可能如是，例如，如果被告準備在審判前就特定犯罪答辯有罪，而嗣後檢方卻尋求追訴該特定犯罪所包括之較輕之罪。其結果是，觸及被告被訴實體事實之判斷，對於 Serfass、Martin Linen 兩案件所確立之準則而言，具有本質上之重要性，蓋唯在觸及案件之實體事實，方足以言被告已被置於真正危險之中。[58] 本院因此認定，原地方法院在形成其所持「預審程序所為附有禁止再行訴追之條件之駁回起訴，必然不帶有危險」之見解時，已然過度解讀本院及其他上訴法院之判例。而且，本院懷疑，原地方法院如此一刀兩斷式之判斷標準，是否與聯邦

decisions in *Burks v. United States*, 437 U.S. 1, 98 S. Ct. 2141, 57 L. Ed. 2d 1 (1978), and in *United States v. Scott*, 437 U.S. 82, 98 S. Ct. 2187, 57 L. Ed. 2d 65 (1978), which establish that, in identifying whether jeopardy attached, it is necessary to distinguish: (a) between "determinations that relate to a defendant's culpability and those that are merely procedural and do not bear on the defendant's blameworthiness," as well as (b) between "questions of fact and questions of law." *Kruelski v. Conn. Super. Ct. for the Jud. Dist. of Danbury*, 316 F.3d 103, 109 (2d Cir. 2003); *see also Smalis v. Pennsylvania*, 476 U.S. 140, 106 S. Ct. 1745, 90 L. Ed. 2d 116 (1986) (holding that a trial judge's grant of a demurrer, based on insufficiency of the evidence to establish factual guilt, constituted a nonappealable acquittal under the Double Jeopardy Clause)." Id., at 83-84.

[58] "The practical import of these distinctions is evident in any number of pretrial dispositions. For instance, the determination that a defendant was not tried within the relevant speedy trial time is a finding of fact. But it is not a finding of fact that involves jeopardy. By contrast, a plea agreement in which the court was directly [**16] involved in a defendant's decision to plead guilty to two counts, in exchange for an agreement to drop with prejudice a third count, [5] all on the basis of findings of certain facts which support that agreement, might perhaps constitute a pretrial fact-finding that implicated jeopardy in its proper sense of risk of exposure. And the same would likely be true if an individual were to plead guilty to an offense before trial, and the government subsequently were to seek to indict that person for a lesser-included offense. It follows that the adjudication of some facts that go to the merits of a charge against a defendant is essential to the standard established in Serfass and Martin Linen, for only if the facts go to the merits of the case can it be said that the defendant was placed in actual jeopardy." Id., at 84.

最高法院於 Oppenheimer, Ashe, Serfass, and Martin Linen 等案判決所持之見解相合致。然而，本院就此爭點，並不須表明終極之立場。蓋，在本案而言，即使本院採取吾人所以為聯邦最高法院業已建立之比較微妙之判斷標準，本院仍必須認定本案並未曾有危險之貼加。[59] 本案卷證僅顯示，兩造間有一項協議，即被告願就實行敲詐勒索之一項訴因答辯有罪，而檢方則將聲請法院附以不得再行訴追之條件而駁回其他訴因之起訴。事實上，檢方業已為如上之聲請，而法院亦已作出駁回其他訴因之起訴之適當裁定。但是，吾人並不明瞭該法院所據為駁回起訴之理由及基礎何在。在卷證中亦無任何資料顯示，該駁回起訴之裁定，曾有何關於事實方面構成要件之判斷，而觸及其案件之實體。再者，亦無跡象顯示，曾有何關於事實方面構成要件之判斷，致其所牽涉之程序，已置 Dionisio 於遭受定罪之危險之中。在此情況之下，吾人所信聯邦最高法院業已建立，關於危險貼加之要件，並未見其與本案之情節相符合。因此，原地方法院之判決，所適用之判斷標準，縱未能盡洽人意，但其判斷之結果終歸正確。基於上述理由，本院維持原地方法院之判斷，即對於 Dionisio 所為 2004 年之訴追，不受二重危險條款之禁止。[60]】[61]

---

[59] "We therefore conclude that the district court over-read our court's and other circuit court decisions in reaching its holding that a pretrial dismissal with prejudice necessarily entails no jeopardy. And we doubt that such a bright line test would be consistent with the Supreme Court decisions in Oppenheimer, Ashe, Serfass, and Martin Linen. Nevertheless, we need not take an ultimate position on that issue. For, in the case before us, even if we apply the more nuanced test that we think the Supreme Court cases have established, we must hold that no jeopardy attached as a result of Dionisio's plea agreement and the subsequent dismissal of some counts with prejudice." Id., at 88-89.

[60] "The record discloses only an agreement *between the parties* that following Dionisio's plea of guilty to one count of substantive racketeering, the government would move to dismiss the remaining counts with prejudice. The government, in fact, made such a motion, and the court duly dismissed the other counts. But we do not know the reason or basis for that dismissal. And there is nothing in the record to suggest that the dismissal entailed a resolution of any factual elements that went to the merits of the charges against Dionisio. There is, moreover, certainly no indication that any such resolution (assuming *arguendo* that one had occurred) involved a process that put Dionisio at any risk of conviction. Under the circumstances, the requirements for the attachment of jeopardy that, we believe, the Supreme Court has established have not been met. Hence, the district

第四節　危險何時終了（When does it terminate）？

依據美國法，在陪審審判（jury trial），當全體陪審員就位宣誓完畢時；在無陪審之審判（non-jury trial；bench trial），當法官開始聽審證據時，對於被告而言，是為第 1 次性危險（original jeopardy）貼加之開始，此已詳見前述。第 1 次性危險有其貼加之始（a beginning），自亦有其結束之時（an ending）；第 1 次性危險之結束，謂之危險終了（termination）。[62] 第一次性危險貼加後，須待其危險終了，始見禁止將來再度訴追之二重危險法則發生作用。[63] 因此，在第 1 次性危險貼加後，尚未終了前，並不禁止第二度之審判。[64] 問題是，第 1 次性危險到底在何時終了？此當區分無罪判決、有罪判決等幾種情形，分別說明之。

首先，在前述「陪審審判，當陪審已就位宣誓完畢；另在法官審判，當第一件證據已呈堂調查時，均應認為對於被告已貼加危險。其已貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決(發生既判力)，固無論；

---

court--although it applied a less nuanced, and less satisfactory, test--nonetheless reached the correct result. For these reasons, we AFFIRM the district court's holding that Dionisio's 2004 indictment was not barred by the Double Jeopardy Clause." Id., at 89.

61 筆者按，如其起訴之駁回，係發生於本案開始審判後，此際，由於陪審業已組成並宣誓就位（jury trial），或法官業已開始聽審證據（bench trial），是其第一次性之危險已然貼加，如法院竟因特定原因，不待審判之完成，即行裁定駁回起訴，在此情形，當然禁止嗣後之再行訴追，而毋庸審酌其起訴之駁回，是否已帶有就實體事實而為之判斷，並使被告因該實體事實之判斷，而被置於真正危險之中。

62 "Jeopardy must also have an ending, called termination." See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1183.

63 "For the double jeopardy clause to act as a bar to further prosecution it is necessary that (1) jeopardy attached in an earlier proceeding and (2) that the original jeopardy has terminated." See, PROJECT: SIXTEENTH ANNUAL REVIEW OF CRIMINAL PROCEDURE: UNITED STATES SUPREME COURT AND COURTS OF APPEALS 1985-1986: *II. Preliminary Proceedings. [PART 2 OF 2]*, 75 Geo. L.J. 859, 991（1987）.

64 "Once jeopardy has attached, retrial is not barred until jeopardy is terminated." See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1184; See also, Sattazhan v. Pennsylvania, 537 U.S. 101, 106 (2003).

即使其審判因故中止，而未有終局判決出現，亦因二重危險法則之禁止，阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行第二度之訴追，以防免被告第2次性危險之蒙受 (程序危險之禁止)」之情形，其審判因故中止之時，即為第1次性危險終了之時，從而發生「程序危險之禁止」效果，不得對於同一被告之同一犯行進行第二度之訴追。

再者，被告經無罪判決後，不得對之再為審判，此乃二重危險法制史中最根本之法則。[65] 此一法則，賦與無罪判決特別之重要性。不論特定無罪判決有何等重大之違誤，如允許在無罪判決後，可以有第二次之審判，將產生一項難以接受之高度危險，亦即，檢方挾其無比優勢之資源，當足以削弱被告之防禦能力，以致即使係無辜之被告，亦終有被定罪之可能。[66] 雖然在其他關於二重危險法則之適用場合，關切之重點，或置諸公共安全之利益上，而不顧二重之危險，因許可續行審判，以追求正確之審判結果 (例如，宣告誤審後，許為重行審判之情形)，然而，此種利益權衡之作法，卻絕對不得行之於無罪判決之場合，固不論其無罪判決有何等之違誤，甚至不問其有何等「異乎尋常」之違誤。[67] 而且，無罪判決具有絕對之終局確定力（granting absolute finality to acquittal），在憲法上，檢方對於無罪判決絕無上訴之餘地。

---

[65] “That a defendant may not be retried following an acquittal is "the most fundamental rule in the history of double jeopardy jurisprudence."” See, United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564, 571 (1977); See also, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

[66] “"The law attaches particular significance to an acquittal. To permit a second trial after an acquittal, however mistaken the acquittal may have been, would present an unacceptably high risk that the Government, with its vastly superior resources, might wear down the defendant so that 'even though innocent he may be found guilty.'"” See, United States v. Scott, 437 U.S. 82, 91 (1978) (quoting Green v. United States, 355U.S. 184, 188 (1957)). See also, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

[67] “While in other areas of double jeopardy doctrine consideration is given to the public-safety interest in having a criminal trial proceed to an error- free conclusion, no such balancing of interests is permitted with respect to acquittals, "no matter how erroneous," no matter even if they were "egregiously erroneous."” See, Burks v. United States, 437 U.S. 1, 16 (1978); Fong Foo v. United States, 369 U.S. 141, 143 (1962). See also, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

[68] 因此，無罪判決幾都具有終了第 1 次性危險之效果（an acquittal almost always terminates jeopardy），從而啟動二重危險法則之保障（triggers double jeopardy protection），[69] 禁止對於被告進行再度之訴追。[70]

對於陪審所為之無罪判決，檢方不得上訴或重行訴追之法則，向無爭議。至於法官所為之無罪判決，固亦生禁止二重危險之效果，[71] 將無對於同一行為重行審判之可能。[72] 但是，屢生之困擾是，如何認定法官之判決係一項檢方不得提起上訴之無罪判決，或只係檢方得提起上訴之公訴之駁回。此一問題之關鍵在於，究竟法官之判決所處理者是否為所訴追犯罪之構成要件。[73] 因此，在陪審僵持不決之情形下，法

---

68 "The general rule granting absolute finality to acquittal has been broadly and repeatedly defended by the Supreme Court as "[p]erhaps the most fundamental rule in the history of double jeopardy jurisprudence."" See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1190; See also, Kepner v. United States, 195 U.S. 100 (1904).

69 ""The protection of the Double Jeopardy Clause by its terms applies only if there has been some event, such as an acquittal which terminates the original jeopardy."" See, Richardson v. United States, 468 U.S. 317, 325 (1984); See also, Smalis v. Pennsylvania, 476 U.S. 140, 145 (1986) ("'Acquittals, unlike convictions, terminate the initial jeopardy.'" (quoting Justices of Boston Mun. Court v. Lydon, 466 U.S. 294, 308 (1984))). "The simplest instance of the double jeopardy protection is an acquittal, which almost always terminates jeopardy and triggers double jeopardy protection." See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1184.

70 無罪判決後，可對於被告進行再度訴追之例外，請參閱本章第七節「二重危險法則之例外」。

71 See, United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564, 570 - 72 (1977); Sanabria v. United States 437 U.S. 54, 63 -65 (1978); Finch v. United States, 433 U.S. 676 (1977). "Little or no controversy accompanies the rule that once a jury has acquitted a defendant, government may not, through appeal of the verdict or institution of a new prosecution, place the defendant on trial again. Similarly, when a trial judge acquits a defendant, that action concludes the matter." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

72 In Fong Foo v. United States, 369 U.S. 141 (1962), the Court acknowledged that the trial judge's action in acquitting was "based upon an egregiously erroneous foundation," but it was nonetheless final and could not be reviewed. Id. at 143. See also, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

73 See, United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564, 571 (1977). "But it may be difficult at times to determine whether the trial judge's action was in fact an acquittal or was a dismissal or some other action which the prosecution may be able to appeal. The question is "whether the ruling of the judge, whatever its label, actually represents a resolution, correct or not, of some or all of the factual

官因被告之聲請，以檢方之舉證不足以證明被告犯罪為由，所為被告無罪之判決，檢方不得上訴。[74] 即使，有如在 Sanabria v. United States 一案，法官誤將特定證據之證據能力排除，而以其餘之證據不足以認定被告有罪為由，所為被告無罪之判決，依然終局確定，而不得上訴。[75]

惟，法官所為被告無罪判決之終局確定性，亦存在一些例外。第一，由於法之正當程序條款，其主要目的，在本質上，係以禁止重複審判，並非用以禁止檢方之上訴，因此，如法官已將案件交付陪審評議，而經陪審評決有罪，乃法官卻於其後本於自己之確信，以證據不足以證明被告有罪為由，自為被告無罪之判決，此際，檢方得為上訴，蓋上訴後如經上訴審法院撤銷法官之無罪判決，亦不過回復原陪審所為之有罪判決而已，並不生重行審判之問題 。[76] 第二，法

---

elements of the offense charged."" See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

[74] See, United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564, 570-76 (1977). See also United States v. Scott, 437 U.S. 82, 87 -92 (1978); Smalis v. Pennsylvania, 476 U.S. 140 (1986) (demurrer sustained on basis of insufficiency of evidence is acquittal). "Thus, an appeal by the Government was held barred in a case in which the deadlocked jury had been discharged, and the trial judge had granted the defendant's motion for a judgment of acquittal under the appropriate federal rule, explicitly based on the judgment that the Government had not proved facts constituting the offense." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

[75] See, Sanabria v. United States, 437 U.S. 54 (1978). "Even if, as happened in Sanabria v. United States, the trial judge erroneously excludes evidence and then acquits on the basis that the remaining evidence is insufficient to convict, the judgment of acquittal produced thereby is final and unreviewable." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

[76] "In United States v. Wilson, 420 U.S. 332 (1975), following a jury verdict to convict, the trial judge granted defendant's motion to dismiss on the ground of prejudicial delay, not a judgment of acquittal; the Court permitted a government appeal because reversal would have resulted in reinstatement of the jury's verdict, not in a retrial. In United States v. Jenkins, 420 U.S. 358, 365 (1975), the Court assumed, on the basis of Wilson, that a trial judge's acquittal of a defendant following a jury conviction could be appealed by the government because, again, if the judge's decision were set aside there would be no further proceedings at trial. In overruling Jenkins in United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978), the Court noted the assumption and itself assumed that a judgment of acquittal bars appeal only when a second trial would be necessitated by reversal. Id. at 91 n.7." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra

官以證據不足以證明被告有罪為由，依職權或被告之聲請，宣告被告無罪，如依聯邦之標準，其時危險尚未貼加（例如，被告要求進行陪審審判，法官為該無罪之宣告時，陪審尚未組成），則檢方仍得對於該無罪判決上訴。[77]

在危險貼加後，如法官宣告誤審（mistrial），通常情形下，可對被告重行審判；反之，在陪審評決有罪前，法官以檢方之證據不足為由，或因被告方面已證明一項必要之防禦，例如心神喪失或陷阱偵查，而宣告被告無罪，則不得對於被告重行審判。[78] 然而，法官亦有可能依聲請駁回起訴，此種起訴之駁回，既非宣告誤審，亦非宣告無罪，而係一種與事實上有罪或無罪不相關之認定，例如以起訴前存在有害之遲延為由，而為有利於被告之終結審判之裁定是。[79] 就此

---

note 40, n.104. "Some limited exceptions do exist with respect to the finality of trial judge acquittal. First, because a primary purpose of the due process clause is the prevention of successive trials and not of prosecution appeals per se, it is apparently the case that if the trial judge permits the case to go to the jury, which convicts, and the judge thereafter enters a judgment of acquittal, even one founded upon his belief that the evidence does not establish guilt, the prosecution may appeal, because the effect of a reversal would be not a new trial but reinstatement of the jury's verdict and judgment thereon." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

[77] See, Serfass v. United States, 420 U.S. 377 (1975) (after request for jury trial but before attachment of jeopardy judge dismissed indictment because of evidentiary insufficiency; appeal allowed); United States v. Sanford, 429 U.S. 14 (1976) (judge granted mistrial after jury deadlock, then four months later dismissed indictment for insufficient evidence; appeal allowed, because granting mistrial had returned case to pretrial status). "Second, if the trial judge enters or grants a motion of acquittal, even one based on the conclusion that the evidence is insufficient to convict, the prosecution may appeal if jeopardy had not yet attached in accordance with the federal standard." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

[78] "If, after jeopardy attaches, a trial judge grants a motion for mistrial, ordinarily the defendant is subject to retrial; if, after jeopardy attaches, but before a jury conviction occurs, the trial judge acquits, perhaps on the basis that the prosecution has presented insufficient evidence or that the defendant has proved a requisite defense such as insanity or entrapment, the defendant is not subject to retrial." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

[79] See, United States v. Wilson, 420 U.S. 332 (1975) (preindictment delay); United States v. Jenkins, 420 U.S. 358 (1975) (determination of law based on facts adduced at trial; ambiguous whether judge's action was acquittal or dismissal); United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978) (preindictment delay). "However, it may be that the trial judge will grant a motion to dismiss that is neither a mistrial nor an

種起訴之駁回，能否上訴，並不明確；現在，聯邦最高法院以 5 對 4 之多數意見，於 United States v. Scott 一案，認定：決定性要素，不在於是否必須有進一步之程序，**而係在於事實審法官之作為，是否就犯罪構成要件之部分或全部為有利被告之判斷**，亦即，事實審法官是否已就被告之有罪或無罪作出某種認定。**如事實審法官所為公訴駁回之裁判，涉及有罪或無罪之認定，則在功能上言，等同於無罪判決**；反之，所有其他情形之公訴駁回之裁判，在功能上言，等同於宣告誤審。[80] 亦即，前者情形，有二重危險法則之適用，不得上訴；後者情形，無二重危險法則之適用，可以上訴。

至於有罪判決，情形則與無罪判決有異。蓋二重危險之禁止，其基本目的之一，在於保護既經有罪判決之被告，免於就同一犯罪遭受二度之訴追。[81] 業已確立之法則是，一行為不二罰。[82] 當然，於被告所謂終局確定之利益，在有罪判決之場合，已變成不是問題之問題，蓋被告最大之可能係提起上訴，而檢方則通常滿足於有罪判決之結果。因此，重行訴追之問題，只存於被告上訴成功之後。[83] 一般而言，被告上訴成功而經上訴審法院撤銷下級審法院之有罪判決時，下級審法院得對於被告之同一犯罪重行審判；其理論建立在，被告上訴指摘原有罪判決時，已然捨棄其對於進一步訴追之

---

acquittal, but is instead a termination of the trial in defendant's favor based on some decision not relating to his factual guilt or innocence, such as prejudicial preindictment delay." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

[80] See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 43.

[81] See, North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 (1969). "A basic purpose of the double jeopardy clause is to protect a defendant "against a second prosecution for the same offense after conviction."" See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** retrieved 2008.08.04 from: http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/05.html

[82] See, Ex parte Lange, 85 U.S. (18 Wall.) 163 (1873). "It is "settled" that "no man can be twice lawfully punished for the same offense."" Id.

[83] "Of course, the defendant's interest in finality, which informs much of double jeopardy jurisprudence, is quite attenuated following conviction, and he will most likely appeal, whereas the prosecution will ordinarily be content with its judgment. The situation involving reprosecution ordinarily arises, therefore, only in the context of successful defense appeals and controversies over punishment." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

異議權。[84] 因此，一般原則是，被告上訴後，其有罪判決經撤銷時，二重危險法則並不禁止對之重行訴追。[85] 在此情形下，處罰罪犯之社會利益，高過於被告避免進一步訴追之利益。[86]

然而，上開得重行審判之法則，存在一項例外，亦即，被告經審判後，如係就其被訴較重罪名之犯罪行為適用較輕

---

[84] See, United States v. Ball, 163 U.S. 662 (1896). The English rule precluded a new trial in these circumstances, and circuit Justice Story adopted that view. United States v. Gilbert, 25 Fed. Cas. 1287 (No. 15,204) (C.C.D.Mass. 1834). The history is briefly surveyed in Justice Frankfurter's dissent in Green v. United States, 355 U.S. 184, 200 -05 (1957). “Generally, a defendant who is successful in having his conviction set aside on appeal may be tried again for the same offense, the assumption being made in the first case on the subject that, by appealing, a defendant has "waived" his objection to further prosecution by challenging the original conviction.” See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

[85] “The general rule is that the double jeopardy clause "does not bar reprosecution of a defendant whose conviction is overturned on appeal."” See, Justices of Boston Mun. Court v. Lydon, 466 U.S. 294, 308 (1984) (dictum); United States v. Ball, 163 U.S. 662, 671-72 (1896); *see* United States v. Coward, 669 F.2d 180, 183 (4th Cir.) (retrial permitted after conviction for conspiracy to distribute drugs reversed on ground that failure to sever defendants' trials prejudiced jury), *cert. denied*, 456 U.S. 946 (1982); United States v. Mize, 756 F.2d 353, 357 n.7 (5th Cir. 1985) (retrial not prohibited by double jeopardy clause when reversal not predicated on evidentiary insufficiency); United States v. Lagerquist, 758 F.2d 1279, 1283 (8th Cir. 1985) (double jeopardy clause not applicable when reversal based on jurisdictional ground rather than finding that evidence legally insufficient); *cf.* Vardas v. Estelle, 715 F.2d 206, 213 (5th Cir. 1983) (retrial on abandoned counts of original indictment permitted when conviction for robbery with firearms reversed on procedural grounds), *cert. denied*, 465 U.S. 1104 (1984). "That a defendant's conviction is overturned on collateral rather than direct attack is irrelevant for purposes [of deciding the retrial issue]." United States v. Tateo, 377 U.S. 463, 466 (1964) (retrial permitted after reversal on habeas corpus review).

[86] “In such cases, society's interest in punishing criminals outweighs the defendant's interest in avoiding further prosecution.” See, United States v. Tateo, 377 U.S. 463, 466 (1964) (retrial not barred after kidnapping conviction reversed because trial judge improperly induced guilty plea; contrary holding would seriously interfere with administration of justice). Because a contrary rule might discourage appellate courts from zealously attacking trial error, the rule also serves the defendant's interests. *Id.* The main rationale for permitting retrial is that the original jeopardy continues until criminal proceedings have "run their full course." Price v. Georgia, 398 U.S. 323, 326 (1970); *see also* United States v. Hayes, 676 F.2d 1359, 1363 (11th Cir.) (once defendant affirmatively seeks and obtains reversal of conviction, none of traditional policies underlying double jeopardy, such as avoidance of multiple punishments or prosecutorial harassment, apply), *cert. denied*, 459 U.S. 1040 (1982).

之罪名論罪，而經上訴撤銷其有罪判決時，當禁止就其較重之罪名重行審判。在 Green v. United States, 355 U.S. 184 (1957) 一案，被告被控一級謀殺，結果以二級謀殺論罪；聯邦最高法院認定，在被告上訴撤銷原有罪判決後，固當然可就其二級謀殺罪部分重行審判，但就一級謀殺罪部分，基於第一次判決已隱含宣告其為無罪之原理，即不得再對之重行審判。[87] 即使聯邦最高法院認為第一次審判中，陪審之判斷顯然有誤，但二重危險禁止原則，仍要求陪審所為隱含之無罪宣告，應受尊重。〔筆者按，Green 在第一次判決中，經以二級謀殺論罪，判處徒刑，Green 提起上訴，原有罪判決經撤銷發回更審，第二次判決，改以一級謀殺論罪，判處死刑。〕[88] 再者，另一例外見於上級審法院以證據不足為理由撤銷下級審法院之有罪判決。在 Burks v. United States, 437 U.S. 1 (1978) 一案，上級審法院以檢方未能駁斥被告心神喪失之證據為由，撤銷下級審法院所為被告有罪之判決。在指示不得對於被告重行審判時，聯邦最高法院評論稱，如果事實法院在第一審審判時，一如上訴審法院所言一般而為其所應為，即可能導出一項無罪判決，在此情形下，當然不得對於被告之同一犯罪重行審判------，上級審法院認定為證據不足，而非事實法院認定為證據不足，其實兩者並無差別。二重危險條款禁止檢方反覆尋求將被告定罪之根本政策，業已杜絕檢方將其在第一次審判程序中所未蒐羅到手之證據另有補充利用之機會。[89] 另方面，如果上級審法院係因不認同

---

[87] "An exception to full application of the retrial rule exists, however, when defendant on trial for an offense is convicted of a lesser offense and succeeds in having that conviction set aside. Thus, in Green v. United States, defendant had been placed on trial for first degree murder but convicted of second degree murder; the Court held that, following reversal of that conviction, he could not be tried again for first degree murder, although he certainly could be for second degree murder, on the theory that the first verdict was an implicit acquittal of the first degree murder charge." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

[88] "Even though the Court thought the jury's action in the first trial was clearly erroneous, the double jeopardy clause required that the jury's implicit acquittal be respected." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

[89] See, Burks v. United States, 437 U.S. 1, 10-11(1978). See also Greene v. Massey,

證據之證明力，而非因認為證據不足，致撤銷陪審之有罪評決，則重行審判應受許可；蓋因上級審法院之判決，並未認定無罪始為唯一適當之取向，因此，對於無罪判決之尊重，在此種情形下，並非理所當然。[90] 再者，在上級審法院係因下級審法院錯誤認許特定證據之證據能力而撤銷原判決，此際，即使所剩其餘之證據不足以形成有罪之認定，依前述 Burks 案之原則，亦不禁止在此情形下之重行訴追。[91]

---

437 U.S. 19 (1978) (remanding for determination whether appellate majority had reversed for insufficient evidence or whether some of the majority had based decision on trial error); Hudson v. Louisiana, 450 U.S. 40 (1981) (Burks applies where appellate court finds some but insufficient evidence adduced, not only where it finds no evidence). Burks was distinguished in Justices of Boston Municipal Court v. Lydon, 466 U.S. 294 (1984), holding that a defendant who had elected to undergo a bench trial with no appellate review but with right of trial de novo before a jury (and with appellate review available) could not bar trial de novo and reverse his bench trial conviction by asserting that the conviction had been based on insufficient evidence. The two-tiered system in effect gave the defendant two chances at acquittal; under those circumstances jeopardy was not terminated by completion of the first entirely optional stage. “Still another exception arises out of appellate reversals grounded on evidentiary insufficiency. Thus, in Burks v. United States, the appellate court set aside the defendant's conviction on the basis that the prosecution had failed to rebut defendant's proof of insanity. In directing that the defendant could not be retried, the Court observed that if the trial court "had so held in the first instance, as the reviewing court said it should have done, a judgment of acquittal would have been entered and, of course, petitioner could not be retried for the same offense. . . . [I]t should make no difference that the reviewing court, rather than the trial court, determined the evidence to be insufficient." The policy underlying the clause of not allowing the prosecution to make repeated efforts to convict forecloses giving the prosecution another opportunity to supply evidence which it failed to muster in the first proceeding.” See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

[90] See, Tibbs v. Florida, 457 U.S. 31 (1982). The decision was 5- to-4, the dissent arguing that weight and insufficiency determinations should be given identical double jeopardy clause treatment. Id. at 47 (Justices White, Brennan, Marshall, and Blackmun). “On the other hand, if a reviewing court reverses a jury conviction because of its disagreement on the weight rather than the sufficiency of the evidence, retrial is permitted; the appellate court's decision does not mean that acquittal was the only proper course, hence the deference required for acquittals is not merited.” See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

[91] See, Lockhart v. Nelson, 488 U.S. 33 (1988). “Also, the Burks rule does not bar reprosecution following a reversal based on erroneous admission of evidence, even if the remaining properly admitted evidence would be insufficient to convict.” See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

總之，有罪判決並不自動終了危險，蓋有罪之被告得對於有罪判決上訴，在上訴程序中，原本之危險猶然繼續。有此「危險繼續」之理論，遂容許進行二度之審判（包括上訴審之審判及上訴成功後之發回更審）。[92] 因此，有罪判決，係在有罪之被告並未挑戰或未能成功挑戰有罪判決時，其危險終了。[93]

第 五 節　何謂同一案件（What is a same offense）？

二重危險法則，在美國憲法增修條文§5 之原文為：「nor shall any person be subject for **"the same offence"** to be twice put in jeopardy of life or limb（不得使任何人因「**同一犯罪**」而蒙受兩度生命上或肢體上之危險）」。判斷被告是否因「同一犯罪（the same offense）」而被置於危險之中，有時，與判斷被告係於「何時」被置於危險之中，同樣困難。由於現代刑法之錯綜複雜性，同一行為可能觸犯兩個以上不同之法律規定，蓋不同之法律規定就同一行為之構成部分或多或少均有所涉及；或者，同一行為可能就同一法律之規定，有二

[92] See, *Lydon*, 466 U.S. at 309 (viewing the two *Lydon* trials not as distinct trials, but instead as a "'continuous course of judicial proceedings'" (quoting Lydon v. Justices of Boston Mun. Court, 698 F.2d 1, 12 (1st Cir. 1982))). The continuing jeopardy concept originates with *Ball v. United States*, 163 U.S. 662 (1896). "Conviction does not automatically terminate jeopardy because the convicted person can appeal, and the *same* jeopardy is said to continue during the appellate process. This "continuing jeopardy" theory allows for retrials." See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1184. "Once a defendant has been convicted, jeopardy is not terminated with respect to the conviction until the criminal proceedings have "run their full course."" See, Price v. Georgia, 398 U.S. 323, 326 (1970). "If a defendant's conviction is reversed on appeal and retrial is permitted, the defendant is considered to be in "**continuing jeopardy**."" See, Justices of Boston Mun. Court v. Lydon, 466 U.S. 294, 308 (1984) (concept of continuing jeopardy implicit in rule permitting retrial after reversal of conviction).

[93] "A conviction terminates jeopardy when the convicted fails to successfully challenge his conviction." See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1184. "Once the proceedings have run their full course, a conviction terminates the original jeopardy and a subsequent prosecution for the same offense is barred by the double jeopardy clause." See, *In re* Nielsen, 131 U.S. 176, 187 (1889) (final conviction for unlawful cohabitation bars subsequent prosecution for adultery when commission of adultery included as integral part of convicted offense).

次以之違反，例如，在一場合，搶劫一群人中之若干人。[94] 導致檢察官可就同一行為或一系列之行為進行多次之訴追。[95] 結果，二重危險法則之生命力，便繫於就兩件犯罪是否合於二重危險趣旨中所謂「同一犯罪」之判斷上。[96] 此一判斷之重要性，不僅在對於相關行為進行「**相繼訴追**[97]（successive prosecutions，即分別起訴）」時有之，[98] 即使在「**合一訴追**

---

[94] "The complexity of modern criminal law, allows many charges to arise from the same act or series of acts." See, See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1183; "The same conduct may transgress two or more different statutes, because laws reach lesser and greater parts of one item of conduct, or may violate the same statute more than once, as when one robs several people in a group at the same time." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.6,*** retrieved 2008.08.04 from: http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/06.html#1

[95] See, Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436, 445 n.10 (1970) ("In more recent times, with the advent of specificity in draftsmanship and the extraordinary proliferation of overlapping and related statutory offenses, it became possible for prosecutors to spin out a startlingly numerous series of offenses from a single alleged criminal transaction."). There are essentially two kinds of situations here. There are "double-description" cases in which criminal law contains more than one prohibition for conduct arising out of a single transaction. E.g., Gore v. United States, 357 U.S. 386, 392 -93 (1958) (one sale of narcotics resulted in three separate counts: (1) sale of drugs not in pursuance of a written order, (2) sale of drugs not in the original stamped package, and (3) sale of drugs with knowledge that they had been unlawfully imported). And there are "unit-of-prosecution" cases in which the same conduct may violate the same statutory prohibition more than once. E.g., Bell v. United States, 349 U.S. 81 (1955) (defendant who transported two women across state lines for an immoral purpose in one trip in same car indicted on two counts of violating Mann Act). See Westen & Drubel, *Toward a General Theory of Double Jeopardy*, 1978 Sup. Ct. Rev. 81, 111-22.

[96] "Consequently, the vitality of double jeopardy protection depends upon the determination of whether two offenses are the same for double jeopardy purposes." See, PROJECT: SIXTEENTH ANNUAL REVIEW OF CRIMINAL PROCEDURE, supra note 63, at 1013.

[97] 相繼訴追（successive prosecutions），即分別起訴；相當於我刑事訴訟法所稱之「重行起訴」（見§303ii）、「追加起訴」（見§265）及「同一案件繫屬於有管轄權之數法院」（見§8）。

[98] See, Borchardt v. United States, 469 U.S. 937, 940 (1984) (Brennan, J., with Marshall, J., dissenting from denial of certiorari) (double jeopardy clause generally requires that all charges against defendant that grow out of single act, occurrence, transaction, or episode be prosecuted in one proceeding); United States v. Ward, 757 F.2d 616, 618-19 (5th Cir. 1985) (double jeopardy clause does not preclude contempt conviction for refusal to testify before grand jury despite fact that refusal to cooperate with government considered by court in sentencing for separate drug offense); United States v. Kroesser, 750 F.2d 833, 836-37 (11th Cir. 1985) (rejecting contention that two counts of indictment charging defendant with

[99]（single prosecutions，即合併起訴）」中卻牽涉多數罪名及刑罰之情形，亦然。[100] 聯邦最高法院將此一「同一犯罪」之法律上判斷，形容為「正如藻海一般，不能不挑戰最勇敢的司法航海家（veritable Sargasso Sea which could not fail to challenge the most intrepid judicial navigator）」。[101] 據此可見，是否為「同一犯罪」之法律上判斷，其麻煩之一斑。

---

concealing and retaining stolen property divided single continuous offense into separate units because times and locations of offenses different although counterfeit money subject of both counts); United States v. Romano, 736 F.2d 1432, 1441 (11th Cir. 1984) (rejecting contention that indictment improperly charged conspiracy in more that one count when counts involved different frauds that occurred at different times and involved different predicate acts), *vacated as moot*, 755 F.2d 1401 (11th Cir. 1985) (moot insofar as it relates to one codefendant, as that codefendant died while motion for rehearing pending); United States v. Coachman, 752 F.2d 685, 692 (D.C. Cir. 1985) (criminal contempt for refusal to testify during grand jury investigation and refusal to testify at resulting trial separate offenses).

[99] 合一訴追（single prosecutions），相當於我刑事訴訟法所稱之「合併起訴」（見§15）及「合併審判」（見§6）。

[100] See, Ohio v. Johnson, 467 U.S. 493, 500-02 (1984) (when defendant indicted on four counts pleads guilty over state's objection to two less serious counts included in other two counts, no violation of defendant's double jeopardy rights occurs when government attempts to prosecute defendant for more serious counts at same proceeding); United States v. Nolan, 718 F.2d 589, 594 n.5 (3d Cir. 1983) (consecutive sentences for importation and possession of narcotics with intent to distribute permissible when two distinct statutes violated); United States v. Mullins, 698 F.2d 686, 687 (4th Cir.) (consecutive sentences for two counts of possession of firearms by convicted felon permissible if two guns acquired at different times and places but not permissible if government proves only that defendant in possession of several weapons at one time), *cert. denied*, 460 U.S. 1073 (1983); United States v. Thetford, 676 F.2d 170, 175-76 (5th Cir. 1982) (consecutive sentences for two counts of tax evasion permissible when one based on defendant's tax return and one based on estranged wife's separate return, both signed by defendant), *cert. denied*, 459 U.S. 1148 (1983); United States v. Griffin, 765 F.2d 677, 682-83 (7th Cir. 1985) (no double jeopardy violation when defendant charged with two counts of possession of controlled substance with intent to distribute on basis of seizure of cocaine from car and person, when cocaine in car and on person were of different purity and quantity); United States v. Anderson, 709 F.2d 1305, 1306 (9th Cir. 1983) (convictions on two of three counts of mail theft vacated and only one conviction affirmed when items stolen simultaneously), *cert. denied*, 465 U.S. 1104 (1984); United States v. Ching, 682 F.2d 799, 802 (9th Cir. 1982) (consecutive sentences for possession of unregistered firearm and possession of firearm by felon permissible even though both charges may have involved same weapon, as each charge required proof of facts other did not require).

[101] "This determination is important not only in successive prosecutions for related acts, but also in single prosecutions involving multiple charges and punishments.

不論相繼訴追或合一訴追，其所涉及之數罪名，是否為「同一犯罪」，在判斷上，曾經出現之見解，約有**「犯罪構成要件完全同一說（same statutory offense test; identical offense test; identity of offenses test）」、「要件同一說（same element test）」、「證據同一說（same evidence test; identical evidence test）」、「犯罪構成要件包括的同一說（same element in a lesser included offenses test）」、「行為同一說（same conduct test）」及「非法勾當同一說（same transaction test）」**等諸說。[102] 實務上，就以上諸說之利用，迭有變遷，以下當循實務見解之變遷，依序說明之。

第 一 款　犯罪構成要件完全同一說（same statutory offense test; identical offense test; identity of offenses test）

首先，就「犯罪構成要件完全同一說（same statutory offense; identical offense）」言，此說之定義最為簡單；認為是否為「同一犯罪」之法律上判斷，應求諸憲法本文「the same offense」之字面意義；亦即兩件犯罪，在法律上及事實上完全同一時，始為同一犯罪。[103] 早期若干州法院之判決，曾宣稱：「唯當其犯罪在法律上及事實上完全同一時，始禁止重行訴追（reprosecution was barred only when the offenses were identical in law and fact）」，[104] 所採之判斷標準，即為

The Supreme Court has described the decisional law in the area as a "veritable Sargasso Sea which could not fail to challenge the most intrepid judicial navigator."" See, PROJECT: SIXTEENTH ANNUAL REVIEW OF CRIMINAL PROCEDURE, supra note 63, at 1013-14; See also, Albernaz v. United States, 450 U.S. 333, 343 (1981).

[102] See, George C. Thomas III , *The Prohibition of Successive Prosecutions for the Same Offense: In Search of a Definition*, 71 Iowa L. Rev. 323, 330-31（1986）.

[103] Id.; See also, George C. Thomas III, *A Blameworthy Act Approach to the Double Jeopardy Same Offense Problem*, 83 Calif. L. Rev. 1027, 1033 (1995).

[104] *See, e.g.*, Commonwealth v. McCan, 277 Mass. 199, 202-04, 178 N.E. 633, 634-35 (1931); State v. Harlan, 103 N.H. 31, 32, 164 A.2d 562, 563-64 (1960); State v. Goodson, 54 N.M. 184, 187, 217 P.2d 262, 264 (1950); State v. Rose, 89 Ohio St. 383, 386-87, 106 N.E. 50, 51 (1914); State v. Brooks, 215 Wis. 134, 139-40, 254 N.W. 374, 376 (1934).

國立臺灣大學法學論叢 電子資料庫 試閱

「犯罪構成要件完全同一說」。[105] 然而，自 1889 年起，聯邦最高法院一貫駁斥此一狹隘之定義而不採。[106] 在 1889 年 In re Nielsen, 131 U.S. 176 (1889) 一案，被告 Nielsen 先被以猶他州法律「非法同居（unlawful cohabitation）」罪名判罪，並已服刑完畢，乃其同一時期之非法同居行為，卻又被以「通姦（adultery）」罪名再度起訴並判決有罪。Nielsen 以在後之通姦罪判決違反二重危險條款為由，聲請人身保護令（request for a writ of habeas corpus），案經上訴聯邦最高法院；聯邦最高法院審查結果，認定：本件非法同居罪，係一繼續性之犯罪，涵蓋 Nielsen 判罪前整個時期之犯行，而通姦罪則為非法同居罪所包括之構成要件，再度就通姦罪為審判，已侵犯 Nielsen 免於二重危險之權利；因撤銷聯邦地方法院所為駁回 Nielsen 人身保護聲請之判決，而將案件發回更審，並命簽發人身保護令狀，依法辦理之。[107] 亦即，聯

105 此一「犯罪構成要件完全同一說」，若移用於我國，當指兩件案件之起訴書或自訴狀所指控被告之「犯罪事實及所犯法條」完全同一而言（我刑事訴訟法§264、§320 參照）；且所謂「犯罪事實」同一，尤指「構成犯罪之具體事實及其犯罪之日、時、處所、方法」完全同一而言（我刑事訴訟法§320III 參照）。因此，在美國「犯罪構成要件完全同一說」所指之「同一犯罪（the same offense）」，乃相當於我國所謂之「事實上同一案件」。然而，我刑事訴訟法所謂之「同一案件」（§8、§260），固不以「事實上同一案件」爲限，即裁判上一罪或實質上一罪，其犯罪事實之一部與他部，縱在事實上並非同一，但在法律上仍應認爲同一，乃「法律上同一案件」，仍屬「同一案件」之範疇。

106 See, George C. Thomas III , supra note 78, at 331.

107 In 1889 the Court held that adultery and cohabitation were the same offense for purposes of the double jeopardy clause. See, In re Nielsen, 131 U.S. 176, 186-87 (1889). (Petitioner Nielsen sought review of the order of the District Court for the First Judicial District of the Territory of Utah, which denied his writ for habeas corpus relief following his conviction for adultery. Petitioner was convicted of unlawful cohabitation, under a law designed to discourage multiple marriages in Utah. After he served his sentence, he was charged with the offense of adultery committed during the same time period. Petitioner contended that the subsequent adultery charge violated the Double Jeopardy Clause. Upon review, the court reversed the district court's denial of petitioner's request for a writ of habeas corpus. The court held that the conviction for unlawful cohabitation was a continuing offense, which covered the entire period until petitioner's conviction. The offense of adultery was an included element of the offense of cohabitation, and the second trial for adultery committed during that time violated petitioner's right to be protected from double jeopardy. The court reversed the district court's judgment and remanded the cause, with directions to issue a habeas corpus as

邦最高法院在此案所表示之見解，乃法定犯罪構成要件並非完全同一之「非法同居（unlawful cohabitation）」與「通姦（adultery）」，亦有可能成其為「同一犯罪」，而非可拘泥於「犯罪構成要件完全同一（same statutory offense; identical offense）」之說。迨 Brown v. Ohio, 432 U.S. 161 (1977)一案，聯邦最高法院更明白駁斥「法律上及事實上完全同一（identical in law and fact）」之標準，指出：「長久以來之認知是，個別法律所規定之犯罪，欲成其為憲法二重危險條款意義中之同一案件，並不以構成要件或事實證據完全同一為必要。」[108] 因此，在 Brown 一案，乃認「竊盜」與「使用竊盜」為同一案件。總之，兩件犯罪，在「法律上及事實上完全同一」時，固為同一案件，但二重危險條款意義中之同一案件，絕非以此為限；是否為同一案件，尚有賴其他標準加以解決。而且，如果固守「法律上及事實上完全同一」之標準，由於法律上之同一，隨國會之意志而定，將導致國會事實上可以限定二重危險條款保障之範圍，而使憲法禁止多重訴追之保障成為多餘。其結果，超出國會之立法以外，「犯罪構成要件完全同一說」，即未能提供任何禁止多重訴追之保障。[109]

---

prayed for by the petitioner, and proceed thereon according to law.)

108 In Brown v. Ohio, 432 U.S. 161 (1977), the Court explicitly rejected the "identical in law and fact" test: "It has long been understood that separate statutory crimes need not be identical -- either in constituent elements or in actual proof -- in order to be the same within the meaning of the constitutional prohibition." *Id.* at 164. *Brown* held that the Ohio offenses of auto theft and joyriding, as construed by Ohio courts, were the same offense. *See id.* at 168; *see also* Whalen v. United States, 445 U.S. 684, 694 (1980) (felony murder and rape are same offense); Harris v. Oklahoma, 433 U.S. 682, 682-83 (1977) (per curiam) (felony murder and robbery are same offense).

109 "The legislature could, in effect, define the scope of the protection of the double jeopardy clause, rendering the constitutional prohibition against multiple prosecutions redundant because it would be coextensive with legislative will. So construed, this test would provide no protection against successive prosecutions beyond that provided by the legislature." "If the double jeopardy clause prohibits successive prosecutions only when the legislature so intends, then the constitutional question is not different from the legislative intent question, and the double jeopardy protection is therefore rendered "superfluous." *Cf.* Westen, Westen, *The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections on Government Appeals of Criminal Sentences*, 78 MICH. L. REV. 1001, 1025 (making the same

第 二 款 Blockburger 標準（Blockburger test）

「要件同一說（same element test）」、「證據同一說（same evidence test; identical evidence test）」、「犯罪構成要件包括的同一說（same element in a lesser included offenses test）」，均指「Blockburger 標準（Blockburger test）」而言。[110]

在談「Blockburger 標準（Blockburger test）」之前，有一首須說明之問題；亦即，立法機關是否有權就「同一犯罪（the same offense）」之為物，透過立法手段進行切割處理？

雖然，關於此一問題，尚非全無疑問，但在美國，似乎二重危險條款並不禁止立法機關在立法上，將單一行為割裂為數個獨立之犯罪，而讓檢方可以在一個訴追程序中，對於本質上係單一之行為，尋求科加被告多重之處罰。[111] 當立法機關在兩項法律中特別授權，對於依據 Blockburger 標準而論，原屬「同一行為」之行為，進行重複之處罰時，則不

---

argument in the multiple punishment context).” See, George C. Thomas III , supra note 102, at 331. & n.46.

同理，在我國，如固守「事實上同一案件」始爲「同一案件」，則「法律上同一案件」，即難獲得既判力（我刑事訴訟法§302I 參照）及一事不再理（我刑事訴訟法§303II、VII 參照）之保障。

110 See, David A. Fusco, *The Constitutional Issue Hidden Within a Circuit Split: Double Jeopardy in the Context of Proving Predicate Offenses*, 4 Seton Hall Cir. Rev. 265, 276（2008）; U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.6,*** supra note 94.

111 “Although the question is not totally free of doubt, it appears that the double jeopardy clause does not limit the legislative power to split a single transaction into separate crimes so as to give the prosecution a choice of charges that may be tried in one proceeding, thereby making multiple punishments possible for essentially one transaction.” See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.6,*** supra note 94. See also, Albernaz v. United States, 450 U.S. 333, 343 -44 (1981) (defendants convicted on separate counts of conspiracy to import marijuana and conspiracy to distribute marijuana, both charges relating to the same marijuana.) The concurrence objected that the clause does preclude multiple punishments for separate statutory offenses unless each requires proof of a fact that the others do not. Id. at 344. Inasmuch as the case involved separate offenses which met this test, Albernaz strictly speaking is not a square holding and previous dicta is otherwise, but Albernaz is well-considered dicta in view of the positions of at least four of its Justices who have objected to the dicta in other cases suggesting a constitutional restraint by the clause. Whalen v. United States, 445 U.S. 684, 695 , 696, 699 (1980) (Justices White, Blackmun, Rehnquist, and Chief Justice Burger).

管其是否為同一行為，法院或陪審即可依據該等法律，在單一審判中，對之科加重複之處罰。[112] 例如，在 ALBERNAZ ET AL. v. UNITED STATES, 450 U.S. 333 (1981)一案，被告 Albernaz 以同一合意，共謀輸入大麻及販賣大麻，結果被以「共謀輸入大麻罪」及「共謀販賣大麻罪」兩項訴因分別判罪，而為重複之處罰；聯邦最高法院認定，國會有意將此一行為所生之兩罪，訂為個別之犯罪，而授權法院對之科加重複之處罰，因此，本件就被告 Albernaz 所為之重複處罰，並不違反二重危險之禁止。[113] 然而，二重危險條款，已確切

112 “"Where a legislature specifically authorizes cumulative punishment under two statutes, regardless of whether the 'same' conduct. . . . the trial court or jury may impose cumulative punishment under such statutes in a single trial."” See, Missouri v. Hunter, 459 U.S. 359 (1983) (separate offenses of "first degree robbery," defined to include robbery under threat of violence, and "armed criminal action"). Only Justices Marshall and Stevens dissented, arguing that the legislature should not be totally free to prescribe multiple punishment for the same conduct, and that the same rules should govern multiple prosecutions and multiple punishments.

113 “Petitioners（i.e., Albernaz）, who were involved in an agreement to import marihuana and then to distribute it domestically, were convicted on separate counts of conspiracy to import marihuana, in violation of 21 U.S.C. 963, and conspiracy to distribute marihuana, in violation of 21 U.S.C. 846. These statutes are parts of different subchapters of the Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970. Petitioners received consecutive sentences on each count, the length of each of their combined sentences exceeding the maximum which could have been imposed either for a conviction of conspiracy to import or for a conviction of conspiracy to distribute. The Court of Appeals affirmed the convictions and sentences. ***Held:*** 1. Congress intended to permit the imposition of consecutive sentences for violations of 846 and 963 even though such violations arose from a single agreement or conspiracy having dual objectives. Pp. 336-343. (a) In determining whether Congress intended to authorize cumulative punishments, the applicable rule, announced in Blockburger v. United States, 284 U.S. 299, 304 , is that "where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions, the test to be applied to determine whether there are two offenses or only one, is whether each provision requires proof of a fact which the other does not." The statutory provisions involved here specify different ends as the proscribed object of the conspiracy - "distribution" and "importation" - and clearly satisfy the Blockburger test. Each provision requires proof of a fact that the other does not, and thus 846 and 963 proscribe separate statutory offenses the violations of which can result in the imposition of consecutive sentences. Braverman v. United States, 317 U.S. 49 , distinguished. Pp. 337-340. (b) While the Blockburger test is not controlling where there is a clear indication of contrary legislative intent, if anything is to be assumed from the legislative history's silence on the question whether consecutive sentences can be imposed for a conspiracy to

建立其解釋上之一項法則，亦即，推定法官不得就同一行為科加重複之處罰，除非立法機關在立法時，以明確之用語（spoken in language that is clear and definite），宣示其真正欲就同一行為科加重複處罰之意圖。[114] 因此，聯邦最高法院指出，在進行是否發生二重危險之分析時，其第一步驟，應係先行探究立法機關是否有意將各個犯行視作各別之犯罪，而均加以處罰；答案若為否定，始再進行各個犯行是否為同一犯罪之判斷。[115] 而判斷各個犯行是否為同一犯罪之主要標準，即所謂之 Blockburger 標準。

Blockburger 標準，係聯邦最高法院於 1932 年，在 Blockburger v.United States, 284 U.S. 299 (1932)一案判決中所提出；亦稱為「同一證據法則(the same evidence rule)」，或「同一要件標準（same elements test）」，或逕稱為「Blockburger 標準」；嚴格而言，以上各名稱，以統稱為「犯罪構成要件包括的同一說（same element in a lesser included offenses test）」，較為週延，並可避免混淆，其理由容後進一步說明之。當然，法院應限於國會關於是否科加多重處罰

臺灣高等法院臺中分院檢察署

---

import and distribute drugs, it is that Congress was aware of the Blockburger rule [450 U.S. 333, 334] and legislated with it in mind. And the rule of lenity has no application in this case, since there is no statutory ambiguity. Pp. 340-343. 2. The imposition of consecutive sentences for petitioners' violations of 846 and 963 does not violate the Double Jeopardy Clause of the Fifth Amendment. In determining whether punishments imposed after a conviction are unconstitutionally multiple, the dispositive question is whether Congress intended to authorize separate punishments for the crimes. Where Congress intended, as it did here, to impose multiple punishments, imposition of such sentences does not violate the Constitution. Pp. 343-344. 612 F.2d 906, affirmed." See, ALBERNAZ ET AL. v. UNITED STATES, 450 U.S. 333 (1981).

114 See, United States v. Universal C.I.T. Corp., 344 U.S. 218, 221 - 22 (1952). "The clause does, however, create a rule of construction, a presumption against the judiciary imposing multiple punishments for the same transaction unless Congress has "spoken in language that is clear and definite" to pronounce its intent that multiple punishments indeed be imposed." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.6,*** supra note 94.

115 "The Supreme Court has stated that the first step in the double jeopardy analysis is to determine whether the legislature intended that each violation be considered a separate offense." See, David A. Fusco, supra note 110, at 276.

之意圖不明確時，始得適用 Blockburger 標準，以進行是否同一犯罪之判斷。[116]

在 Blockburger 一案所揭櫫之判斷標準，其要旨為：「當同一行為(the same act)或同一非法勾當(the same transaction)構成對於兩項不同法律規定之違背時，用以判斷其究為一件犯罪抑或兩件犯罪之標準，乃各該個別之法律規定，是否要求各自證明一項事實，而此一各自須加以證明之事實，卻係另一規定所不需要者」。[117] 在此情形下，兩罪之犯罪構成要件縱有雷同，但因不能彼此包括，故為兩項獨立之犯罪，可一併加以追訴處罰，而不發生二重危險之問題。亦即，對於單一行為，可依據不同之犯罪規定予以追訴處罰之前提是，此二法律所規定之犯罪，各須證明一項他一規定所不需要之要件。[118] 蓋在此際，雖係單一行為，卻係兩件犯罪。[119]

---

116 "The commonly used test in determining whether Congress would have wanted to punish as separate offenses conduct occurring in the same transaction, absent otherwise clearly expressed intent, is the **"same evidence" rule**." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, **Annotations p.6,** supra note 94. "In 1932, in Blockburger v. United States, 284 U.S. 299 (1932), the Supreme Court formulated the test that is most frequently used to determine whether, for purposes of punishment, two offenses are the same for double jeopardy purposes. A court should apply the Blockburger test only when there is some uncertainty as to legislative intent regarding the imposition of multiple punishments." See, PROJECT: SIXTEENTH ANNUAL REVIEW OF CRIMINAL PROCEDURE, supra note 63, at 1014-15.

117 "The rule, announced in Blockburger v. United States, 139 "is that where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions, the test to be applied to determine whether there are two offenses or only one, is whether each provision requires proof of a fact which the other does not."" See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, **Annotations p.6,** supra note 94.

118 "A single act may be prosecuted and punished under different statutory provisions if each offense requires proof of an element that the other does not." See, Blockburger v.United States, 284 U.S. 299 (1932) at 304; See also, PROJECT: SIXTEENTH ANNUAL REVIEW OF CRIMINAL PROCEDURE, supra note 63, at 1014.

119 See, Therrien v. Vose, 782 F.2d 1, 5 (1st Cir. 1986) (defendant's argument that imposition of two consecutive life sentences for murders of two victims violated double jeopardy clause because jury conceivably could have found defendant guilty of murder of first victim based solely on their finding that he had committed underlying felony of murdering second victim was without merit; murders of two victims were two distinct offenses to be proved separately, each was independently supported by prosecution's evidence, and each offense carried its

own penalties), *cert. denied,* 106 S. Ct. 2285 (1986); Government of Virgin Islands v. Grant, 775 F.2d 508, 513-14 (3d Cir. 1985) (double jeopardy not violated by sentencing defendant to prison on charge of possession of dangerous weapon during violent crime and placing defendant on probation for assault arising from same incident); United States v. Grandison, 783 F.2d 1152, 1156 (4th Cir.) (double jeopardy clause does not limit Congress' ability to define allowable unit of prosecution and punishment when all charges brought in one suit), *cert. denied,* 107 S. Ct. 160 (1986); United States v. Love, 767 F.2d 1052, 1062-63 (4th Cir. 1985) (defendant's convictions of conspiracy to import drugs and conspiracy to possess drugs with intent to distribute, did not violate double jeopardy rule against multiple punishments for same crime because each conspiracy conviction involved element of proof not in others), *cert. denied,* 106 S. Ct. 849 (1986); United States v. Teplin, 775 F.2d 1261, 1264-65 (4th Cir. 1985) (count alleging violation of Travel Act and count alleging attempted extortion were not duplicitous, but charged separate offenses); United States v. Maggitti, 784 F.2d 590, 599-600 (5th Cir. 1986) (separate counts charging that single act violated both statute prohibiting witness tampering and statute prohibiting retaliation against witness were not duplicitous because each statutory provision required proof of fact that other did not); United States v. Foster, 789 F.2d 457, 459-60 (7th Cir.) (willfully attempting to evade income taxes and willfully filing false employee's withholding allowance certificate are separate offenses), *cert. denied,* 107 S. Ct. 273 (1986); United States v. Muza, 788 F.2d 1309, 1312 (8th Cir. 1986) (arson and conspiracy to commit arson separate and distinct crimes for double jeopardy purposes); United States v. Risken, 788 F.2d 1361, 1369 (8th Cir.) (conviction under one statute required proof of defendant's knowledge of pending judicial proceeding, which was expressly not element of violation under other statute, thus, two convictions separate for double jeopardy purposes), *cert. denied,* 107 S. Ct. 329 (1986); Colley v. Summer, 784 F.2d 984, 989 (9th Cir.) (although intentional infliction of substantial bodily harm is basis for inferring intent to kill as required for a conviction for offense of attempted murder under Nevada law, an intent to kill not necessary element of offense of battery with intent to commit sexual assault; thus two offenses distinct for double jeopardy purposes), *cert. denied,* 107 S. Ct. 142 (1986); United States v. Roberts, 783 F.2d 767, 769 (9th Cir. 1985) (perjury counts required proof of facts which concealment count did not and therefore district court did not abuse discretion in denying defendant's motion to dismiss perjury counts on double jeopardy grounds); Timberlake v. United States, 767 F.2d 1479, 1481-82 (10th Cir. 1985) (convictions of conspiracy to import cocaine, conspiracy to distribute cocaine, and conspiracy to travel in interstate and foreign commerce with intent to promote unlawful activity did not violate double jeopardy clause despite assertion that there was single conspiracy for which imposition of several punishments not permissible), *cert. denied,* 106 S. Ct. 883 (1986); United States v. Miles, 772 F.2d 613, 616-17 (10th Cir. 1985) (multiple convictions under National Firearms Act proper even if arising from single act or transaction as long as each offense requires proof of some fact not required by other); United States v. Fiallo-Jacome, 784 F.2d 1064 (11th Cir. 1986) (test for determining whether multiple charges constitute only one offense is whether each charge required proof of additional fact that other does not); United States v. Souder, 782 F.2d 1534, 1538-39 (11th Cir. 1986) (although involving the same marijuana and cocaine seized from boat, no multiplicity in count charging

以上抽象之文字表述，恐難令人一目了然；為深刻把握「Blockburger 標準」之精確意義，實有將 Blockburger 一案之背景事實及其法律見解之所以形成，先加還原之必要。茲摘要介紹 Blockburger 一案如下：【**BLOCKBURGER v. UNITED STATES, 284 U.S. 299 (1932)** 一案，被告 Blockburger，因販賣禁藥嗎啡，違反 Harrison Narcotic Act (U. S. C., Title 26, 692, 696)之規定，而被起訴。審判結果，陪審計評決 3 項訴因為有罪。有罪之 3 項訴因，所牽涉之嗎啡販賣，被告都賣給同一買主。其訴因之 1，係指控被告於某特定時日，第一次販賣 10 喱重嗎啡予買主，而該買賣標的物嗎啡未有貼上印花稅之原始包裝，亦非來自於貼有印花稅之原始包裝物；其訴因之 2，係指控被告於第一次買賣後之次日，第二次販賣 8 喱重嗎啡予同一買主，而該買賣標的物嗎啡依然未有貼上印花稅之原始包裝，亦非來自於貼有印花稅之原始包裝物；其訴因之 3，係指控被告於訴因 2 之第二次販賣，更係將買賣標的物賣給未依法持有書面訂單之同一買主。法院遂依陪審評決有罪之 3 項訴因，各量處被告有期徒刑 5 年、併科罰金$2,000，其 3 個 5 年有期徒刑須接續執行；

---

conspiracy to possess with intent to distribute quantity of cocaine, another count alleging same with respect to marijuana, and separate counts for intent to distribute same cocaine and marijuana to United States citizens); United States v. Collins, 779 F.2d 1520, 1527 (11th Cir. 1986) (imposition of separate judgments and consecutive sentences for conspiracy to possess with intent to import marijuana into United States, attempted importation of marijuana, and aiding and abetting possession of marijuana with intent to import marijuana into United States did not violate double jeopardy clause, despite assertion that substantive charges had merged). *But see* United States v. Baugh, 787 F.2d 1131 (7th Cir. 1986) (unless government specifically proves defendant separately acquired or stored his weapons, he is presumed to have committed only one crime of unlawful receipt of firearm, and court may impose sentence for only one offense); United States v. Cerro, 775 F.2d 908, 913 (7th Cir. 1985) (government could not impose consecutive sentences on defendant for multiple conspiracies simply by failing to present evidence to establish single, overarching conspiracy, though it could easily have done so).

Certain jury instructions may cause normally separate offenses to be viewed as a single offense for double jeopardy purposes. *See* Pryor v. Rose, 724 F.2d 525, 530 (6th Cir. 1984) (while assault with intent to commit murder and assault to commit robbery with deadly weapon ordinarily separate offenses, offenses same when instructions allowed intent to commit murder to be supplied by finding of intent to commit robbery).

案經上訴，上訴審法院維持原判決。[120] 被告 Blockburger，再上訴於聯邦最高法院。所持上訴理由為：（一）、訴因 1 與訴因 2，被告所販賣之嗎啡，都是賣給同一人，所以兩次販賣只構成單一犯罪；（二）、訴因 2 所指控買賣標的物非來自於貼有印花稅之原始包裝物，及訴因 3 所指控將買賣標的物賣給未依法持有書面訂單之同一買主，兩者係同一次買賣，亦只能科加一個刑罰，始稱合法。[121] 聯邦最高法院駁回被告 Blockburger 之上訴，而維持原論罪科刑之判決。聯邦最高法院於判決理由中說明：（一）、訴因 1 與訴因 2 之販賣，雖然都是賣給同一人，但因係在不同時間所為之販賣，兩者仍有所區別而成其為個別之販賣。從證據中顯示，在本件訴因 1 第一次買賣之嗎啡交付後，買主旋即給付訴因 2 第二次購買另一數量嗎啡之價金，而第二次買賣之嗎啡，係在第二天交付。然而，第一次買賣業已於交付嗎啡時完成，無論其第二次買賣就額外嗎啡價金之給付，係如何緊接於第一次買賣之完成，都是另一個別、不同買賣之開始，而此另一個別、不同買賣之完成，則有待於另一次嗎啡之交付。[122] 被告 Blockburger 上訴理由雖主張：訴因 1 與訴因 2

---

120 “The petitioner（聯邦最高法院之上訴人，即事實審之被告 Blockburger，以下同）was charged with violating provisions of the Harrison Narcotic Act (U. S. C. Title 26, 692, 696). The indictment contained three counts. Each of these counts charged a sale of morphine hydrochloride to the same purchaser. The first count charged a sale on a specified day of ten grains of the drug not in or from the original stamped package; the second count charged a sale on the following day of eight grains of the drug not in or from the original stamped package; the third count charged the latter sale also as having been made not in pursuance of a written order of the purchaser as required by the statute. The court sentenced petitioner to five years' imprisonment and a fine of $2,000 upon each count, the terms of imprisonment to run consecutively; and this judgment was affirmed on appeal. (C.C.A.) 50 F. (2d) 795.” See, BLOCKBURGER v. UNITED STATES, 284 U.S. 299, 300-01 (1932).

121 “The principal contentions here made by petitioner are as follows: (1) That, upon the facts, the two sales charged in the first and second counts as having been made to the same person constitute a single offense; and (2) that the sale charged in the second count as having been made not from the original stamped package, and the same sale charged in the third count as having been made not in pursuance of a written order of the purchaser, constitute but one offense, for which only a single penalty lawfully may be imposed.” Id., at 301.

122 “The sales charged in the first and second counts, although made to the same person, were distinct and separate sales made at different times. It appears from

之販賣，都是賣給同一人，第一次販賣之交付嗎啡，與給付第二次販賣之價金，並無實質上之時間間隔，兩者應構成單一繼續性之犯罪（即繼續犯，為一罪）云云，但本院認為，此一主張為有不洽。蓋本案之情節，與所謂繼續犯之差異性，正如本院於 In re Snow, 120 U.S. 274 (1887)一案所為之判斷，早已獲得解決。在 In re Snow 一案，本院認定，與二人以上女子同居之罪行(Act of March 22, 1882, c. 47, 22 Stat. 31; now 18 USCA 514)，乃一繼續性之犯罪，依原立法意旨，其犯罪之實施，係指如同夫妻一般，生活或住居在一起而言。本院在該案判決理由中稱：繼續犯，其本質，具有時間上之持續性，而非由隔離之個別犯罪所構成------。[123] 系爭關於麻醉藥品之法律，即 Harrison Narcotic Act，重點不在於規範禁藥之買賣，而係在於就不合乎其所設兩項要件中任一要件之買賣，給予刑事制裁。每一相繼之個別買賣，不論在時間上如何接近，都單獨構成不同之犯罪。其區別，一如刑法學者 Mr. Wharton 之文章所說，乃在於：「如果犯意單一，不論其行為持續之時間有多久，均只能作為一件犯罪而加以訴追。但如相繼之犯意，係個別發生，即使其係全部結合在一起，而成為一個腫脹性之共通行為流程，亦可將之分離，而各別加以訴追。」見，Wharton's Criminal Law (11th Ed.) 34。

---

the evidence that, shortly after delivery of the drug which was the subject of the first sale, the purchaser paid for an additional quantity, which was delivered the next day. But the first sale had been consummated, and the payment for the additional drug, however closely following, was the initiation of a separate and distinct sale completed by its delivery." Id.

123 "The contention on behalf of petitioner is that these two sales, having been made to the same purchaser and [284 U.S. 299, 302] following each other, with no substantial interval of time between the delivery of the drug in the first transaction and the payment for the second quantity sold, constitute a single continuing offense. The contention is unsound. The distinction between the transactions here involved and an offense continuous in its character is well settled, as was pointed out by this court in the case of **In re Snow**, 120 U.S. 274 , 7 S. Ct. 556. There it was held that the offense of cohabiting with more than one woman, created by the Act of March 22, 1882, c. 47, 22 Stat. 31 (now 18 USCA 514) was a continuous offense, and was committed, in the sense of the statute, where there was a living or dwelling together as husband and wife. The court said (pages 281, 286 of 120 U. S., 7 S. Ct. 556, 559): 'It is, inherently, a continuous offense, having duration; and not an offense consisting of an isolated act. ... .'" Id., at 301-02.

或者，一如上開 Mr. Wharton 文章附註 3 所言：「其標準是，究竟所禁止者，係個別之行為，抑個別之行為所構成之流程。如係前者，則個別之行為均可分別加以處罰；如係後者，則處罰只能單一。」[124] 就本件而言，其第一次買賣，業已完成。其第二次買賣，並非本乎第一次買賣之犯意而來，其犯意實係嶄新發生，易言之，乃係一筆嶄新之交易。茲問題之所在，業經掌握，亦即，問題非如 Snow 一案者然，而係應如 Ebeling v. Morgan, 237 U.S. 625 (1915)一案一般，加以解決。Ebeling v. Morgan 一案，其被告係因意圖盜取，而故意以扯破等方法拆毀郵包，因被以數個訴因判決有罪。聯邦最高法院於該案判決理由中說明，問題之所在，乃：「在意圖盜取或偷竊郵件之同一不法勾當中，相繼扯破或割開美國聯邦用以運送郵件之郵包，其人究係構成一罪，抑係因為每一割開郵包之行為均帶有犯意，而各構成額外之個別罪名」。就此問題之解答，聯邦最高法院稱：依系爭規定之文字以觀，明白顯示其立法原意，係以保護每個郵包免於遭到侵害。每當任何一個郵包遭到扯破、割開或損壞時，犯罪即告完成。雖然割開郵包之整體不法勾當，係出於一個繼續性之犯意而為之，但每一次有一個郵包被本其犯意而割開時，其犯罪便完成一次。其犯罪係依個別郵包之割開而單獨完成，而無關任何其他郵包之遭受侵害。[125]（二）、系爭麻醉藥法

[124] "The Narcotic Act does not create the offense of engaging in the business of selling the forbidden drugs, but penalizes any sale made in the absence of either of the qualifying requirements set forth. Each of several successive sales constitutes a distinct offense, however closely they may follow each other. The distinction stated by Mr. Wharton is that, 'when the impulse is single, but one indictment lies, no matter how long the action may continue. If successive impulses are separately given, even though all unite in swelling a common stream of action, separate indictments lie.' Wharton's Criminal Law (11th Ed.) 34. Or, as stated in note 3 to that section, 'The test is whether the individual acts are prohibited, or the course of action which they constitute. If the former, then each act is punishable separately. ... If the latter, there can be but one penalty.'" Id., at 302.

[125] "In the present case, the first transaction, resulting in a sale, had come to an end. The next sale was not the result of the original impulse, but of a fresh one-that is to say, of a new bargain. The question is controlled, not by the Snow Case, but by such cases as that of Ebeling v. Morgan, 237 U.S. 625, 35 S. Ct. 710. There the accused was convicted under several counts of a willful tearing, etc., of mail bags with intent to rob. The court (page 628 of 237 U. S., 35 S. Ct. 710, 711) stated the

律§1 規定，凡販賣禁藥，除非其禁藥係以貼上印花稅之原始包裝，或其禁藥係來自於貼有印花稅之原始包裝物而販賣之，否則構成犯罪；§2 規定，將禁藥賣給未依法持有書面訂單之買主，亦構成犯罪。因此，依上開規定之表象而觀，計規定兩項不同之犯罪。就本件訴因 2、訴因 3 而言，僅有單一之販賣行為，然而，其問題在於，此一單一販賣行為，由於已同時觸犯上開兩項規定，則被告所為，究應認係構成兩件犯罪，抑僅構成一件犯罪。[126] 查本件系爭法律規定，並非針對販賣禁藥本身而設，蓋關於販賣禁藥之規範事項已超出聯邦國會之權限（屬於州之權限），因此，本件系爭法律規定，係針對違反該法§1、§2 所列要件之販賣而設，其立法目的在於助成法定印花稅科徵之執行。[127] 本件系爭法律§1、§2 所分別規定之兩項犯罪，各自要求一項不同要件之證明。就此，可資適用之法則是，當同一行為或同一不法勾當構成兩項不同法律規定之違反時，用以判斷此際究係構成兩件犯罪，抑僅構成一件犯罪之標準，乃各該規定是否各自要

---

question to be 'whether one who, in the same transaction, tears or cuts successively mail bags of the United States used in conveyance of the mails, with intent to rob or steal any such mail, is guilty of a single offense, or of additional offenses because of each successive cutting with the criminal intent charged.' Answering this question, the court, after quoting the statute, section 189, Criminal Code , (U. S. C. title 18, 312 [18 USCA 312]) said (page 629 of 237 U. S., 35 S. Ct. 710, 711): 'These words plainly indicate that it was the intention of the lawmakers to protect each and every mail bag from felonious injury and mutilation. Whenever any one mail bag is thus torn, cut, or injured, the offense is complete. Although the transaction of cutting the mail bags was in a sense continuous, the complete statutory offense was committed every time a mail bag was cut in the manner described, with the intent charged. The offense as to each separate bag was complete when that bag was cut, irrespective of any attack upon, or mutilation of, any other bag.'" Id., at 303.

126 "Section 1 of the Narcotic Act creates the offense of selling any of the forbidden drugs except in or from the original stamped package; and section 2 creates the offense of selling any of such drugs not in pursuance of a written order of the person to whom the drug is sold. Thus, upon the face of the statute, two distinct offenses are created. Here there was but one sale, and the question is whether, both sections being violated by the same act, the accused committed two offenses or only one." Id., at 303-04.

127 "The statute is not aimed at sales of the forbidden drugs qua sales, a matter entirely beyond the authority of Congress, but at sales of such drugs in violation of the requirements set forth in sections 1 and 2, enacted as aids to the enforcement of the stamp tax imposed by the act." Id.

求證明一件額外之事實，而此一各自所需額外事實之證明，卻為另一規定所不需要者。申言之，一件單一行為，可能觸犯兩項法律所規定之罪名；如果各該法律所規定之罪名，各自要求證明一件額外之事實，而此一各自所需額外事實之證明，卻為另一規定之罪名所不需要者，則其中一法律所規定之罪名，縱經無罪或有罪判決，亦不足以使被告豁免於另一法律所規定罪名之訴追與處罰。適用此一標準之結果，本院就本件之判斷，必須是：本件就系爭法律§1、§2 兩項規定之違反，雖係出於單一之販賣行為，仍應認定已構成兩件犯罪。[128] 本件系爭法律§1、§2 兩項規定，其明白之用意，係要求就兩項規定之各別違反，均科加所規定之刑事制裁；如果認為如此之規定過分嚴酷，其補救措施，應係經由國會立法解決，而非假借司法造法之解釋而為之。結論：原判決維持，上訴駁回。[129]】

由以上「Blockburger 標準」之背景事實及法律見解以觀，吾人可以整理出公式如下：甲案所須證明之構成要件事實為 A+B；乙案所須證明之構成要件事實為 A+C。甲、乙兩案，固均須證明相同之 A 構成要件事實，但甲案另須證明乙案所不需要之 B 構成要件事實，又乙案另須證明甲案所不需要之 C 構成要件事實，因此，甲、乙兩案縱係衍生自同一行為，但兩者構成要件事實不一，所需用以證明之證據相異，

128 "Each of the offenses created requires proof of a different element. The applicable rule is that, where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions, the test to be applied to determine whether there are two offenses or only one is whether each provision requires proof of an additional fact which the other does not. Gavieres v. United States, 220 U.S. 338, 342 , 31 S. Ct. 421, and authorities cited. In that case this court quoted from and adopted the language of the Supreme Court of Massachusetts in Morey v. Commonwealth, 108 Mass. 433: 'A single act may be an offense against two statutes; and if each statute requires proof of an additional fact which the other does not, an acquittal or conviction under either statute does not exempt the defendant from prosecution and punishment under the other.' Applying the test, we must conclude that here, although both sections were violated by the one sale, two offenses were committed." Id., at 304.

129 "The plain meaning of the provision is that each offense is subject to the penalty prescribed; and, if that be too harsh, the remedy must be afforded by act of Congress, not by judicial legislation under the guise of construction. **Judgment affirmed**." Id., at 305.

所以並非同一案件，即就兩案件一併加以追訴，亦不發生二重危險之問題。此一公式套進上開 Blockburger 一案之背景事實，即係：甲案（訴因 2）所須證明之構成要件事實為 A（販賣禁藥）+ B（所販賣之禁藥未有貼上印花稅之原始包裝）；乙案（訴因 3）所須證明之構成要件事實為 A（販賣禁藥）+ C（禁藥賣給未依法持有書面訂單之買主）。甲、乙兩案，固均須證明相同之 A（販賣禁藥）之構成要件事實，但甲案另須證明乙案所不需要之 B（所販賣之禁藥未有貼上印花稅之原始包裝）之構成要件事實，又乙案另須證明甲案所不需要之 C（禁藥賣給未依法持有書面訂單之買主）之構成要件事實，因此，甲（訴因 2）、乙（訴因 3）兩案縱係衍生自同一販賣行為，但兩者構成要件事實不一，所需用以證明之證據相異，所以並非同一案件，即就兩案件一併加以追訴，亦不發生二重危險之問題。此亦即 Blockburger 判決理由所謂：「一件單一行為，可能觸犯兩項法律所規定之罪名；如果各該法律所規定之罪名，各自要求證明一件額外之事實，而此一各自所需額外事實之證明，卻為另一規定之罪名所不需要者，則其中一法律所規定之罪名，縱經無罪或有罪判決，亦不足以使被告豁免於另一法律所規定罪名之訴追與處罰。適用此一標準之結果，本院就本件之判斷，必須是：本件就系爭法律§1（訴因 2）、§2（訴因 3）兩項規定之違反，雖係出於單一之販賣行為，仍應認定已構成兩件犯罪」云云之精義所在。

茲「Blockburger 標準」之精義既如上述，因此，在後來 Gore v. United States, 357 U.S. 386 (1958)一案，聯邦最高法院即隨之認定：被告一件販賣禁藥之行為，觸犯三項不同之刑事法律規定，而各該不同之規定，都要求各自證明某一特定事實，乃此一特定事實之證明，卻又為另兩項規定所不需要者，則在同一訴訟程序中，對於被告就上開三項罪名全部加以訴追，自應為法之所許。[130]嗣在 Illinois v. Vitale, 447 U.S.

[130] "Thus, in Gore v. United States, the Court held that defendant's one act of selling narcotics had violated three distinct criminal statutes, each of which required proof of a fact not required by the others; prosecuting him on all three counts in the same proceeding was therefore permissible." See, U.S. Constitution: Fifth

410 (1980)一案，適用「同一證據」法則（亦即，Blockburger 標準）之結果，乃認定在前此第一個有罪判決，係就「未減速慢行以防範肇事」之罪名論罪，似此情形，並不足以阻卻第二度就其肇事所生「過失致死」罪名之追訴，蓋「未減速慢行」並非「過失致死」之必要構成要件，除非檢方在第二個審判中必須證明「未減速慢行」始足以支持「過失致死」之成立。[131]

「Blockburger 標準」之立論，既係著眼於「構成要件事實」，及資以證明構成要件事實所需之「證據」，以判斷二以之案件是否為同一案件，因得其名曰：「要件同一說（same element test）」、「證據同一說（same evidence test; identical evidence test）」。然而，「Blockburger 標準」之適用，其實不以上述情形為限，而尚有派生之狀況，亦須求諸「Blockburger 標準」以為解決。例如，甲案所須證明之構成要件事實為 A+B+C；乙案所須證明之構成要件事實為 A+B。甲、乙兩案，固均須證明相同之 A+B 構成要件事實，但甲案另須證明乙案所不需要之 C 構成要件事實，此際，甲、乙兩案是否為同一案件，在判斷上，即滋生疑問。就此，如依上開 Blockburger 判決理由所謂：「單一行為，觸犯兩項法律所規定之罪名；如果各該法律所規定之罪名，各自要求證明一件額外之事實，而此一各自所需額外事實之證明，卻為另

Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.6,*** supra note 94. See also Albernaz v. United States, 450 U.S. 333 (1981); Iannelli v. United States, 420 U.S. 770 (1975) (defendant convicted on two counts, one of the substantive offense, one of conspiracy to commit the substantive offense; defense raised variation of Blockburger test, Wharton's Rule requiring that one may not be punished for conspiracy to commit a crime when the nature of the crime necessitates participation of two or more persons for its commission; Court recognized Wharton's Rule as a double-jeopardy inspired presumption of legislative intent but held that congressional intent in this case was "clear and unmistakable" that both offenses be punished separately).

131 “Application of the same principles resulted in a holding that a prior conviction of failing to reduce speed to avoid an accident did not preclude a second trial for involuntary manslaughter, inasmuch as failing to reduce speed was not a necessary element of the statutory offense of manslaughter, unless the prosecution in the second trial had to prove failing to reduce speed to establish this particular offense.” See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.6,*** supra note 94.

國家圖書館出版品預行編目資料

一規定之罪名所不需要時，應認定已構成兩件犯罪」之判斷標準，作反面解釋，應可得到：「單一行為，觸犯兩項法律所規定之罪名；如果其中一法律規定之罪名，所要求證明之事實，均為另一規定之罪名所需要時，應認定只構成一件犯罪」之結論。[132] 因此，上舉之例，乙案所須證明之構成要件事實為 A+B，甲案所須證明之構成要件事實為 A+B+C；足見乙案所須證明之 A+B，均為甲案在證明其 A+B+C 時所需要，從而，應認定甲案、乙案只構成一件犯罪；亦即，乙案為甲案所包括；甲案、乙案為「同一犯罪（the same offense）」，既不得「**相繼訴追**（successive prosecutions，即分別起訴）」，亦不得「**合一訴追**（single prosecutions，即合併起訴）」，否則，即干犯二重危險之禁止。「Blockburger 標準」，準此而為適用，乃使構成要件並非完全一致之兩案件，因彼此存在包括關係之故，而有成其為二重危險法則所稱「同一犯罪（the same offense）」之可能，從而放大被告免受二重危險之保障；就此而言，亦正係「Blockburger 標準」與「犯罪構成要件完全同一說（same statutory offense; identical offense）」最大不同之所在。職是之故，若稱「Blockburger 標準」為「要件同一說（same element test）」或「證據同一說（same evidence test; identical evidence test）」，恐尚失之偏狹，而不如稱為「犯罪構成要件包括的同一說（same element in a lesser included offenses test）」之為愈也。

以「犯罪構成要件包括的同一說（same element in a lesser included offenses test）」相稱之「Blockburger 標準」，應用於實際，Brown v. Ohio, 432 U.S. 161 (1977)一案，可謂為典型。在 Brown 一案，聯邦最高法院第一次適用「同一證據標準(the same evidence test)」，資以禁止在州法院就不同法律

---

[132] 其反面解釋，亦可謂為：「二重危險條款，對於違反兩項刑罰規定之同一行為，如各該規定並不『要求證明一項為另一規定所不要求證明之事實』時，禁止為相繼之訴追。」See, GRADY v. CORBIN, 495 U.S. 508, 510 (1990). “We have long held, see Blockburger v. United States, 284 U.S. 299, 304 (1932), that the Double Jeopardy Clause of the Fifth Amendment prohibits successive prosecutions for the same criminal act or transaction under two criminal statutes whenever each statute does not "require proof of a fact which the other does not.""”

規定所涉及之同一行為進行相繼之訴追。該案被告因未經所有人同意而駕駛其汽車，已經以「joyriding 駕車兜風之使用竊盜」罪名判罪，然後又經依偷竊同一汽車之「竊盜汽車」罪名，再度遭受追訴並判決有罪。由於州法院已坦認「joyriding 駕車兜風之使用竊盜」罪名係「竊盜汽車」所包括之較輕罪名，聯邦最高法院乃認定：此兩項犯罪所需要之證據相同，依二重危險之趣旨，已切合 Blockburger 標準，乃同一犯罪，因此，第二個有罪判決遭到撤銷。[133] 依此判例以觀，被包括之輕罪部分，如先經有罪判決確定，其既判力即擴張及於重罪部分，而禁止就重罪部分再行訴追，此殆 Blockburger 標準之另一重要效果。[134] 只是，被包括之輕罪部分，如先經無罪判決確定，其效果如何，則未見說明。例如，被告意圖販賣而持有禁藥，係屬較重之罪，而單純持有禁藥部分，則為被包括之輕罪；[135] 假設單純持有禁藥部分先經追訴而獲判無罪，然則，意圖販賣而持有禁藥之重罪，

---

133 "In Brown v. Ohio, 432 U.S. 161 (1977), the Court, apparently for the first time, applied the same evidence test to bar successive prosecutions in state court for different statutory offenses involving the same conduct. The defendant had been convicted of "joyriding," of operating a motor vehicle without the owner's consent, and was then prosecuted and convicted of stealing the same automobile. Because the state courts had conceded that joyriding was a lesser included offense of auto theft, the Court observed that each offense required the same proof and for double jeopardy purposes met the Blockburger test. The second conviction was overturned." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.6,*** supra note 94; See also Harris v. Oklahoma, 433 U.S. 682 (1977) (defendant who had been convicted of felony murder for participating in a store robbery with another person who shot a store clerk could not be prosecuted for robbing the store, since store robbery was a lesser- included crime in the offense of felony murder).

134 "One effect of Blockburger is to bar prosecution of a greater offense after a defendant has been convicted of the lesser included offense. Brown v. Ohio stated quite plainly that the state cannot prosecute a defendant for the greater offense after successfully prosecuting the defendant for the lesser offense." See, Brown v. Ohio, 432 U.S. 161, 166 (1977). See also, Brian Carter-Stiglitz, *RECENT MINNESOTA SUPREME COURT DECISION: CASE NOTE: CRIMINAL LAW: HANKERSON V. STATE--THE DOUBLE JEOPARDY AND OFFENSIVE COLLATERAL ESTOPPEL ISSUES THAT ATTEND RETRYING AGGRAVATING FACTORS*, 34 Wm. Mitchell L. Rev. 1517, 1533-34,38（2008）.

135 "A defendant is charged with simple possession of a controlled substance and possession with intent to distribute, the former being a lesser included offense of the latter." See , Brian Carter-Stiglitz, id., at 1537.

如再經追訴，是否應受二重危險之禁止？似此問題，似應求諸後述「附帶禁反言（collateral estoppel）」之原則以為解決。

第 三　款　行為同一說（same conduct test）

1990 年，聯邦最高法院在 GRADY v. CORBIN, 495 U.S. 508 (1990)一案，曾修正 Brown 一案關於「Blockburger 標準」之見解，聲稱問題之重點，應在於「同一行為 same conduct」，而非「同一證據 same evidence」。[136] 此即所謂「行為同一說（same conduct test）」。然而，此一修正見解，只適用 3 年，即在 UNITED STATES v. DIXON, 509 U.S. 688 (1993)一案判決中，以其有法則上之錯誤及適用上之不穩定，而遭到推翻。[137]

欲瞭解何謂「行為同一說（same conduct test）」，實有將 Grady 一案之背景事實及其法律見解之所以形成，先加還原之必要。茲摘要介紹 Grady 一案如下：**【GRADY v. CORBIN, 495 U.S. 508 (1990)**一案，被告 Corbin，駕駛汽車，在一條 New York 公路上，撞擊迎面而來之車輛，造成一人死亡，一人受傷；Corbin 因此收到 2 張交通違規之告發單，命其前去鎮治安法院報到。其中 1 張告發單，指控 Corbin 涉犯屬於輕罪之酒醉駕車；另 1 張告發單，則指控 Corbin 未靠道路中線之右側行駛。當 Corbin 在鎮治安法院就告發單所指控之行為答辯有罪時，承審法官並未接到本件車禍涉及死亡事故，及命案尚在調查中之通知。[138] 後來，Corbin 經大陪

---

136 "In 1990, the Court modified the Brown approach, stating that the appropriate focus is on same conduct rather than same evidence. That interpretation held sway only three years, however, before being repudiated as "wrong in principle [and] unstable in application."" See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.6,*** supra note 94, Footnote 2 (1996 Supplement), Footnote 3 (1996 Supplement).

137 Id.

138 "After respondent Corbin's automobile struck oncoming vehicles on a New York highway, causing the death of one person and injury to another, he was served with two uniform traffic tickets directing him to appear at a Town Justice Court. One ticket charged him with the misdemeanor of driving while intoxicated, and the other charged him with failing to keep to the right of the median. When Corbin pleaded guilty to the traffic tickets in the Town Justice Court, the presiding judge was not informed of the fatality or of a pending homicide investigation." See, GRADY v. CORBIN, 495 U.S. 508 (1990).

審起訴，被指控之罪名包括過失致死及過失傷害等。起訴書上所詳列之 3 件過失行為，檢方須加證明者有三，即：（一）、在酒醉情況下，於公路上駕駛汽車；（二）、未靠道路中線之右側行駛；（三）、依當時天氣及路況，以過快之速度行駛。[139] Corbin 以二重危險為由，聲請駁回起訴，其聲請遭郡法院駁回；Corbin 進而聲請頒發禁止訴追之令狀，仍遭上訴部門駁回。[140] 然而，Corbin 終於上訴成功，州上訴法院撤銷下級法院之裁判，認定：檢方「依賴前此交通上之犯行，作為證明過失致死及過失傷害之必要事實」之打算，業已違反聯邦最高法院於 Illinois v. Vitale, 447 U.S. 410 (1980) 一案判決中所提出之剴切格言，即：「如果檢方欲以證明被告在第一次訴追中業經判決有罪之行為，資以證明第二次訴追中之一項基本事實，則此一第二次之訴追將受禁止。」[141] 案經檢方上訴，**聯邦最高法院判決如下**：在繼起之第二次訴追中，如檢方為證明第二次所訴追犯罪之一項基本事實，因此須先證明該被告前此已經訴追過之一項行為構成犯罪時，二重危險條款將禁止該第二次之訴追。[142] **(a)**.判斷繼起之第二次訴追，是否應受禁止，法院必須先行適用傳統 Blockburger

139 "Subsequently, a grand jury indicted Corbin, charging him with, among other things, reckless manslaughter, criminally negligent homicide, and third-degree reckless assault. A bill of particulars identified the three reckless or negligent acts on which the prosecution would rely to prove the charges: (1) operating a motor vehicle on a public highway in an intoxicated condition; (2) failing to keep right of the median; and (3) driving at a speed too fast for the weather and road conditions." Id.

140 "Corbin's motion to dismiss the indictment on, inter alia, constitutional double jeopardy grounds was denied by the County Court. He then sought a writ of prohibition barring prosecution, which was denied by the Appellate Division." Id.

141 "However, the State Court of Appeals reversed, finding that the State's intention to "rely on the prior traffic offenses as the acts necessary to prove the homicide and assault charges" violated this Court's "pointed" dictum in Illinois v. Vitale, 447 U.S. 410 , that if two successive prosecutions were not barred by the test of Blockburger v. United States, 284 U.S. 299, 304 , the second prosecution would be barred if the prosecution sought to establish an **essential element** of the second crime by proving the conduct for which the defendant was convicted in the first prosecution." Id.

142 "***Held:*** The Double Jeopardy Clause bars a subsequent prosecution if, to establish an **essential element** of an offense charged in that prosecution, the government will prove conduct that constitutes an offense for which the defendant has already been prosecuted." Id.

標準。如適用 Blockburger 標準之結果，顯示二以上之犯罪具有相同之法律構成要件，或其一為另一所包括之較低度犯罪，則探究工作即告停止，蓋已可斷定繼起之第二次訴追應受禁止。[143] 然而，只依 Blockburger 標準之要求，進行兩項犯罪構成要件之嚴格比較，由於此一 Blockburger 標準之要求，係由合一訴追（a single prosecution）而造成多重處罰之背景環境中所發展而出（指 Blockburger 一案之審判，其背景環境，係以單一起訴，合併訴追多數訴因，而造成多重處罰而言），就保護被告免受多重審判（multiple trials）之負擔而言，並非充足，例如，Brown v. Ohio, 432 U.S. 161 (1977) 一案之情形是（指 Brown 一案之審判，所牽涉之兩件犯罪，係先後起訴，而非合一訴追，因此造成多重審判而言），因此，進行兩項犯罪構成要件之嚴加比較，並非判斷繼起之第二次訴追，是否違反二重危險條款之獨門方法（例如，Harris v. Oklahoma, 433 U.S. 682 (1977) 一案之情形是是（指 Harris 一案之審判，在比較系爭兩件犯罪是否同一犯罪時，除適用 Blockburger 標準外，尚適用構成要件包括的同一為標準，而非以 Blockburger 標準為獨門方法而言）。[144] 在相繼訴追（Successive prosecutions）之情形，不論其相繼之訴追係發生在無罪判決抑或有罪判決之後，其所引起之關切，遠超出可能對於被告加重量刑之問題以外。蓋相繼之訴追，畀予檢方反覆嘗試就其所謂之犯罪，將特定個人繩之以法之機會，並因此使該人蒙受困窘、耗費及折磨，且強令之生活於繼續性之焦慮、不安之狀態中。又相繼之訴追，提供檢方排練舉

國家司法官學院 司法官訓練所 版權所有

143 “(a) To determine whether a subsequent prosecution is barred, a court must first apply the traditional Blockburger test. If the test's application reveals that the offenses have identical statutory elements or that one is a lesser included offense of the other, then the inquiry must cease, and the subsequent prosecution is barred.” Id.

144 “However, a technical comparison of the elements of the two offenses as required by the Blockburger test - which was developed in the context of multiple punishments imposed in a single prosecution - does not protect defendants sufficiently from the burdens of multiple trials, see, e. g., Brown v. Ohio, 432 U.S. 161 , and, thus, is not the exclusive means of determining whether a subsequent prosecution violates the Double Jeopardy Clause. See, e. g., Harris v. Oklahoma, 433 U.S. 682 .” Id., at 508-09.

證之機會，因此增加就其所訴追之犯罪誤判有罪之風險。假設 Blockburger 標準，係在相繼訴追之背景環境中，獨門之檢驗標準，則檢方即可對於本件被告 Corbin 相繼進行 4 次連續不斷之訴追及審判，亦即：相繼訴追 1. 未靠道路中線之右側行駛；2. 在酒醉情況下駕駛汽車；3.過失傷害；4. 過失致死。[145] **(b)**.判斷「檢方是否在繼起之第二次訴追中，將舉證證明被告前此業已經過訴追之一項行為構成犯罪」，其探求之關鍵，應係「檢方將加以證明之『行為』是什麼？」，而非「檢方將用以證明該『行為』之『證據』是什麼？」。因此，其標準並非「實際證據 actual evidence」標準或「相同證據 same evidence」標準。雖然，在某一審判中，特定證據業經檢方提出使用，並不因此即阻礙檢方在其後之訴訟中，再將同一證據提出（參照 Dowling v. United States, 493 U.S. 342 (1990)）；但是，檢方卻不得只為規避二重危險法則之適用，而在繼起之訴訟中，徒以變更所提證據之方法，用為證明前此業經訴追之同一行為。[146] **(c).**適用此一解析方法於本件系爭事實，將見其直截了當之效果。雖然，依 Blockburger 標準，並不禁止本件對於 Corbin 進行過失致死及過失傷害之訴追，但是，檢方在其「待證事實清單 bill of particulars」中，已承認檢方將證明 Corbin 整個有罪之行為，資以坐實 Corbin

145 "Successive prosecutions, whether following acquittals or convictions, raise concerns that extend beyond merely the possibility of an enhanced sentence. They allow the State to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense, and ordeal, and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity. They also give the State an opportunity to rehearse its presentation of proof, thus increasing the risk of an erroneous conviction for one or more of the offenses charged. Were Blockburger the exclusive test in the context of successive prosecutions, the State could try Corbin in four consecutive trials: for failure to keep right of the median, for driving while intoxicated, for assault, and for homicide." Id.

146 "(b) The critical inquiry in determining whether the government will prove conduct in the subsequent prosecution that constitutes an offense for which the defendant has already been prosecuted is what conduct the State will prove, not the evidence the State will use to prove it. Thus, the test is not an "actual evidence" or "same evidence" test. While the presentation of specific evidence in one trial does not forever prevent the government from introducing the same evidence in a subsequent proceeding, see Dowling v. United States, 493 U.S. 342 , a State cannot avoid the Clause merely by altering in successive prosecutions the evidence offered to prove the same conduct." Id.

涉犯過失致死及過失傷害之基本要件。因此，二重危險法則禁止此項訴追。然而，如果檢方之「待證事實清單」顯示，檢方將完全依據 Corbin 在大雨中高速行車之行為，資以坐實 Corbin 之過失，則以上見解，將不禁止其嗣後之訴追。[147] **(d).** 酒醉駕車係一全國性災難、檢方已工作過度，以及檢方不可能總有時間監測表面上細小之案件迂迴通過司法體系（按，指本件交通上違法部分之先經定罪而言）等情，均不足以成為免去須謹守憲法法則之理由。若有充分之準備及先見之明，檢方應可將交通違法之告發及嗣後起訴書所指控之犯罪，在單一程序中合併加以追訴。[148] **原判決應予維持，檢方之上訴駁回。**[149] **】**

要之，本件 Grady 一案，由大法官 BRENNAN 執筆之判決理由，係認 Blockburger 標準（即「要件同一說（same element test）」、「證據同一說（same evidence test; identical evidence test）」、「犯罪構成要件包括的同一說（same element in a lesser included offenses test）」），尚不足以提供被告免受二重危險之充分保障，而有放寬「同一犯罪」認定標準之必要。大法官 BRENNAN 列舉 Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970)；In re Nielsen, 131 U.S. 176 (1889)；Harris v. Oklahoma, 433 U.S. 682 (1977)等案為例，指出：在 Ashe 一案，聯邦最高法院認為，被告在前此第一次審判，就其涉嫌搶劫樸克牌賭局中一名賭客之犯行，因證據不足以證明其於搶劫時在場

---

147 "(c) Applying this analysis to the instant facts is straightforward. While Blockburger does not bar prosecution of the reckless manslaughter, criminally negligent homicide, and third-degree reckless assault charges against Corbin, the State, in its bill of particulars, has admitted that it will prove the entirety of the conduct for which Corbin was convicted to establish essential elements of these offenses. Thus, the Double Jeopardy Clause bars the prosecution. However, this holding would not bar a subsequent prosecution if the bill of particulars revealed that the State would rely solely on Corbin's driving too fast in heavy rain to establish recklessness or negligence." Id.

148 "(d) That drunken driving is a national tragedy and that prosecutors are overworked and may not always have the time to monitor seemingly minor cases as they wind through the judicial system do not excuse the need for scrupulous adherence to constitutional principles. With adequate preparation and foresight, the State could have prosecuted Corbin for the offenses charged in the traffic tickets and the subsequent indictment in a single proceeding." Id., at 509-10.

149 "74 N. Y. 2d 279, 543 N. E. 2d 714, **affirmed.**" Id.

之故，已獲判無罪，茲被告於搶劫時不在場之爭點，既已於第一次審判獲得決定性之解決，則二重危險法則禁止就被告涉嫌於同一樸克牌賭局中搶劫另一名賭客之犯行，進行第二度之訴追；[150] 在 In re Nielsen 一案，聯邦最高法院認為，被告因同時與兩名女子以夫妻名義同居兩年半時間之犯行，已於第一次審判時經判決有罪，則就其在前開同居時間結束後之第二天與該兩名女子中之一人通姦之犯行，即不得再行追訴。[151] 大法官 BRENNAN 因認，以上二案件，以 Blockburger 標準為衡，固均許為連續論罪科刑，然而二重危險條款卻禁止對之為重複之訴追。[152] 再者，在 Harris 一案，被告在前此第一次審判，係因在搶劫過程其同伴射殺一名雜貨店店員之犯行，經以「犯重罪時殺人」之罪名判決有罪，嗣檢方又以「持械搶劫」之罪名將之起訴判罪。若以 Blockburger 標準為衡，此先後之兩次訴追，固非同一案件，蓋就法言法，「犯重罪時殺人」之罪名，可經由所犯為任何重罪之證明，而加以坐實，並非必出於證明其殺人時所犯重罪為搶劫一途；反之，「持械搶劫」，則無須證明有人死亡。然而，由於檢方承認在「犯重罪時殺人」罪名之審判中，其「必須證明持械搶劫之一切要素，以作為被告犯下重罪之基礎」，聯邦最高法院全體大法官乃一致認為，在後之第二度訴追應受二重危險條款所禁止，並說明其理由為：聯邦最高法院將搶劫過程中殺人本身，視為法定之獨立犯罪，而搶劫則為其所包括之較輕罪名。[153] 大法官 BRENNAN 因更斷言：「以上

---

150 "In ***Ashe*** v. Swenson, supra, the Court had held that the Double Jeopardy Clause barred a prosecution for robbing a participant in a poker game because the defendant's acquittal in a previous trial for robbing a different participant in the same poker game had conclusively established that he was not present at the robbery." See, GRADY v. CORBIN, 495 U.S. 508, 519 (1990).

151 "In In re Nielsen, 131 U.S. 176 (1889), the Court had held that a conviction for cohabiting with two wives over a 2 1/2-year period barred a subsequent prosecution for adultery with one of the wives on the day following the end of that period." Id.

152 "Although application of the Blockburger test would have permitted the imposition of consecutive sentences in both cases, the Double Jeopardy Clause nonetheless barred these successive prosecutions." Id.

153 "In Harris, the defendant was first convicted of felony murder after his companion shot a grocery store clerk in the course of a robbery. The State then indicted and

諸案件，俱都承認，Blockburger 標準所要求就兩罪之構成要件進行技術性之比較（以判斷是否為同一案件），並不足以保障被告免受多重審判之負擔。」[154] 進而指出，本件 Grady 一案，同然證明 Blockburger 標準對於被告免受多重審判之保障，有其極限。[155] 大法官 BRENNAN 說：假如在本件相繼訴追之背景環境中，Blockburger 標準果真構成研判二重危險之全部，其結果便是，檢方可以將全案分為 1.未靠道路中線之右側行駛；2.在酒醉情況下駕駛汽車；3.過失傷害；4.過失致死等四部分，而對於被告 Corbin 進行 4 次之相繼訴追及連續審判；如此這般，檢方便可隨著每一度之審判而改進其案件之舉證，例如，可以評估哪位證人之供述最具說服力、研求哪份書證可起最大作用、以及為如何之開頭陳述及最終辯論最能說服陪審。而被告 Corbin 將被迫對於每一次審判進行與檢方之競賽，或者，只好選擇認罪以避免無謂之煩擾及耗費。[156]

職是之故，大法官 BRENNAN 說：對於被告進行相繼之訴追，不能只以通過 Blockburger 標準之檢驗即可為之，而必須符合更高之要求；亦即，如果檢方在繼起之第二次訴追

---

convicted him for robbery with a firearm. The two prosecutions were not for the "same offense" under Blockburger since, as a statutory matter, felony murder could be established by proof of any felony, not just robbery, and robbery with a firearm did not require proof of a death. Nevertheless, because the State admitted that "`it was necessary for all the ingredients of the underlying felony of Robbery with Firearms to be proved'" in the felony-murder trial, the Court unanimously held that the subsequent prosecution was barred by the Double Jeopardy Clause, reasoning: "we treated a killing in the course of a robbery as itself a separate statutory offense, and the robbery as a species of lesser-included offense."" Id., at 520.

154 "These cases all recognized that a technical comparison of the elements of the two offenses as required by Blockburger does not protect defendants sufficiently from the burdens of multiple trials." Id.

155 "This case similarly demonstrates the limitations of the Blockburger analysis." Id.

156 "If Blockburger constituted the entire double jeopardy inquiry in the context of successive prosecutions, the State could try Corbin in four consecutive trials: for failure to keep right of the median, for driving while intoxicated, for assault, and for homicide. The State could improve its presentation of proof with each trial, assessing which witnesses gave the most persuasive testimony, which documents had the greatest impact, and which opening and closing arguments most persuaded the jurors. Corbin would be forced either to contest each of these trials or to plead guilty to avoid the harassment and expense." Id., at 520-21.

中，為坐實所訴追犯罪之一項基本要件，勢須舉證證明被告前此業已經過訴追之一項行為構成犯罪時，二重危險條款將禁止如此之第二次訴追。此一要求(即所謂「行為同一說 same conduct test」)，並非 Blockburger 標準所謂之「實際證據 actual evidence」標準或「相同證據 same evidence」標準。其關鍵性之探求，應係著眼於「檢方將加以證明之『行為』是什麼？」，而非「檢方將用以證明該『行為』之『證據』是什麼？」(按，「行為同一說 same conduct test」，得名於此)。[157] 因此，檢方不得只為規避二重危險法則之適用，而在繼起之第二次訴追中，徒以變更所提證據之方法，用為證明前此業經訴追之同一行為。例如，在本件被告 Corbin 所涉犯罪事件中，有兩名旁觀者目擊其經過，檢方在第一次訴追中，傳喚其中一人為證人，藉以證述被告 Corbin 所駕駛之汽車超越道路中線；然後，在第二次訴追中，傳喚其中另一人為證人，藉以證述被告 Corbin 超越道路中線之同一行為；似此情形，在 Blockburger 標準所謂之「實際證據 actual evidence」標準或「相同證據 same evidence」標準之下，或可認係已通過其標準之考驗，以其前後兩次訴追之犯罪，由於所用之證據有所不同，並非同一犯罪之故，而無礙為第二次之訴追，因不生二重危險之問題；然而，依據本件新創「行為同一說 same conduct test」之標準以論，其實上述兩個證人作證之情形並無差別，蓋在第二次訴追中，檢方為坐實所訴追犯罪之一項基本要件，勢須舉證證明被告前此業已經過訴追之一項行為構成犯罪，因此，其第二次訴追與第一次訴追所欲證明之犯罪，實為同一犯罪，應受二重危險之禁止。[158] 茲本件

[157] "Thus, a subsequent prosecution must do more than merely survive the Blockburger test. The Double Jeopardy Clause bars any subsequent prosecution in which the government, to establish an essential element of an offense charged in that prosecution, will prove conduct that constitutes an offense for which the defendant has already been prosecuted. This is not an "actual evidence" or "same evidence" test. The critical inquiry is what conduct the State will prove, not the evidence the State will use to prove that conduct." Id., at 521.

[158] "A State cannot avoid the dictates of the Double Jeopardy Clause merely by altering in successive prosecutions the evidence offered to prove the same conduct. For example, if two bystanders had witnessed Corbin's accident, it would make no difference to our double jeopardy analysis if the State called one witness to testify

Grady 一案，檢方既在其「待證事實清單 bill of particulars」中，說明檢方將進行證明之事實為「(1). 被告在血液中酒精含量逾 0.1%之酒醉情況下，於公路上駕車；(2).未靠道路中線之右側行駛，且事實上已越過道路中線 9 英尺；(3).在大雨中，以時速約 45 至 50 英里之速度行駛，此一速度，在當時之天候及路況下，顯然過快。------被告以上述方式行車，自係明瞭且有意忽視可能肇事之危險，------由於被告之過失而未能察覺危險，遂導致肇事，而造成一死一傷」；據此可知，檢方已然承認，檢方將以「證明 Corbin 前已經判罪之『酒醉駕車』、『未靠右行駛』之行為」為方法，資以坐實 Corbin 涉犯過失致死及過失傷害之基本要件。因此，即使依 Blockburger 標準以論，二重危險法則並不禁止本件對於 Corbin 進行過失致死及過失傷害之訴追，但是，如依上開「行為同一說 same conduct test」之標準為衡，其訴追仍應受二重危險法則之禁止。[159]

第 四 款　「行為同一說（same conduct test）」之反對論

大法官 BRENNAN，於 Grady 一案所提出之「行為同一說 same conduct test」，在聯邦最高法院，係以 5 票對 4 票之

---

in the first trial that Corbin's vehicle crossed the median and called the other witness to testify to the same conduct in the second trial." Id., at 522.

159 "The ***bill of particulars*** states that ***the prosecution will prove*** the following: "The defendant (1) operated a motor vehicle on a public highway in an intoxicated condition having more than .10 percent of alcohol content in his blood, (2) failed to keep right and in fact crossed nine feet over the median of the highway, and (3) drove at approximately forty-five to fifty miles an hour in heavy rain, which was a speed too fast for the weather and road conditions then pending . . . . By so operating his vehicle in the manner above described, the defendant was aware of and consciously disregarded a substantial and unjustifiable risk of the likelihood of the result which occurred. . . . By his failure to perceive this risk while operating a vehicle in a criminally negligent and reckless manner, he caused physical injury to Daniel Dirago and the death of his wife, Brenda Dirago." By its own pleadings, the State has admitted that it will prove the entirety of the conduct for which Corbin was convicted - driving while intoxicated and failing to keep right of the median - to establish essential elements of the homicide and assault offenses. *Therefore, the Double Jeopardy Clause bars this successive pro1secution.*" Id., at 523.

臺灣高等法院臺中分院檢察署

接近比數，勉強過關。[160] 雖然，「行為同一說 same conduct test」意在放寬 Blockburger 就「同一犯罪」之認定標準，以擴大二重危險法則之保障面，用心堪謂良苦；然而，其立論基礎確有不週，而招來反對論之強烈批駁，其中尤以大法官 SCALIA 之攻訐最為尖銳。

大法官 SCALIA，於 Grady 一案判決之不同意見書(dissenting opinion)中指出：大法官 BRENNAN 所倡「行為同一說 same conduct test」，其造成之實際效果是，檢方對於「單一犯罪行為、單一事件、單一情節、單一勾當」所生之多數訴因，必須合併於單一訴追程序中，全部加以起訴並合併審判，否則，以後即不得對於未經一併起訴之訴因，再行訴追(見 Brown v. Ohio, 432 U.S. 161,170 (1977). BRENNAN, J., concurring.)。此乃聯邦最高法院始終不肯採納之見解 (見 Garrett v. United States, 471 U.S. 773, 790 (1985).)。[161] 而且，「行為同一說 same conduct test」之立論，係謂：「基於同一證據所為之相繼訴追，將使被告面臨就同一事實之證明進行對抗之負擔及困窘，而且將使檢方得以排練其舉證，因此增加就其所訴追之犯罪出現錯誤有罪判決之危險。」如果此論正確，則二重危險條款所保障者，即變成係保障個人免於就同一證據進行舉證或駁斥之必要，而非以保障免於對抗二重訴追之必要矣！[162] 大法官 SCALIA，因此總結指出：由於我

國家圖書館出版品預行編目資料

---

160 "BRENNAN, J., delivered the opinion of the Court, in which WHITE, MARSHALL, BLACKMUN, and STEVENS, JJ., joined. O'CONNOR, J., filed a dissenting opinion. SCALIA, J., filed a dissenting opinion, in which REHNQUIST, C. J., and KENNEDY, J., joined." Id., at 510.

161 "The effects of this innovation [495 U.S. 508, 527] upon our criminal justice system are likely to be substantial. In practice, it will require prosecutors to observe a rule we have explicitly rejected in principle: that all charges arising out of a single occurrence must be joined in a single indictment. The principle the Court adopts today is not only radically out of line with our double jeopardy jurisprudence; its practical effect, whenever it applies, will come down to a requirement that where the charges arise from a "`single criminal act, occurrence, episode, or transaction,'" they "must be tried in a single proceeding," Brown v. Ohio, supra, at 170 (BRENNAN, J., concurring) - a requirement we have hitherto "steadfastly refused" to impose, Garrett v. United States, 471 U.S. 773, 790 (1985)." Id., at 526-27, 539.

162 "The Court defends the rule on the ground that a successive prosecution based on the same proof exposes the defendant to the burden and embarrassment of

不同意「行為同一說 same conduct test」之新理論，所以，對我而言，本件 Grady 一案問題之所在，乃當前之訴追，是否將使被告就其前此已經判決有罪之同一犯行，再度陷於危險之中。查被告先前答辯有罪之交通上犯行有二，即在道路上逆向行車，及酒醉駕車。關於此兩項犯行之構成要件，與系爭過失致死及過失傷害之關係，已據被告坦承，依據 Blockburger 標準以論，過失致死及過失傷害兩罪，包含有逆向行車及酒醉駕車所不需要之要件，是以彼此間，並未構成二重危險條款意旨中所謂之同一犯罪。因此，我主張撤銷原判決，亦即二重危險法則並不禁止本件對於過失致死及過失傷害兩罪之再行訴追。[163] (按，原 74 N. Y. 2d 279, 543 N. E. 2d 714 州上訴法院之判決，認定：檢方「依賴前此交通上之犯行，作為證明過失致死及過失傷害之必要事實」之打算，業已違反聯邦最高法院於 Illinois v. Vitale, 447 U.S. 410 一案判決中所提出之剴切格言，即：「如果檢方欲以證明被告在第一次訴追中業經判決有罪之行為，資以證明第二次訴追中之一項基本事實，則此一第二次之訴追將受禁止。」)

國家圖書館出版品預行編目資料

resisting proof of the same facts in multiple proceedings, and enables the State to "rehearse its presentation of proof, thus increasing the risk of an erroneous conviction for one or more of the offenses charged." If the Court were correct that the Double Jeopardy Clause protects individuals against the necessity of twice proving (or refuting) the same evidence, as opposed to the necessity of twice defending against the same charge." Id., at 540-41.

163 "Since I do not agree with the Court's new theory of the Double Jeopardy Clause, the question in this case for me is whether the current prosecution will place respondent in jeopardy for the "same offenses" for which he has already been convicted. The elements of the traffic offenses to which he pleaded guilty were, respectively, operating a vehicle on the wrong side of the road, N. Y. Veh. & Traf. Law 1120(a) (McKinney 1986), and operating a vehicle while in an intoxicated condition, 1192(3). The elements of the offenses covered by the subsequent charges whose dismissal is challenged here are, respectively, recklessly causing the death of another person, N. Y. Penal Law 125.15 (McKinney 1987), negligently causing the death of another person, 125.10, and recklessly causing physical injury to another person, 120.00. *Because respondent concedes* that each of these provisions contains an element, in the sense described by Blockburger, that the provisions under which he has been convicted do not, they do not constitute the "same offense" within the meaning of the Double Jeopardy Clause. I would therefore reverse the judgment." Id., at 543-44.

其實，Grady 一案，由大法官 BRENNAN 所執筆之「行為同一說 same conduct test」，其難洽人意，亦可由其判決理由稍後之一段伏筆，可以見之。蓋大法官 BRENNAN 於判決理由之末，既已作成：【檢方檢方在其「待證事實清單 bill of particulars」中，已然承認，檢方將以「證明 Corbin 前已經判罪之『酒醉駕車』、『未靠右行駛』之行為」為方法，資以坐實 Corbin 涉犯過失致死及過失傷害之基本要件。因此，即使依 Blockburger 標準以論，二重危險法則並不禁止本件對於 Corbin 進行過失致死及過失傷害之訴追，但是，如依上開「行為同一說 same conduct test」之標準為衡，其訴追仍應受二重危險法則之禁止】之結論後，突又狗尾續貂，接上一段或可視為「行為同一說 same conduct test」例外之敘述，其文字曰：【唯若檢方在其「待證事實清單 bill of particulars」中，揭示檢方將不依賴被告 Corbin 前已經判罪之行為資為證明方法，亦即，檢方將只仰仗被告 Corbin 在大雨中高速行車之事實，資以坐實 Corbin 涉犯過失致死及過失傷害之基本要件，則以上「行為同一說 same conduct test」之見解，將不禁止檢方嗣後對於過失致死及過失傷害之訴追。[164] 】此一伏筆之預留，依筆者所見，始為顛覆「行為同一說 same conduct test」正當性之真正敗筆。蓋若真如其言，檢方一旦改依被告 Corbin 在大雨中高速行車之事實為基礎，即可重行訴追被告 Corbin 過失致死及過失傷害之犯行，則被告 Corbin 前此有罪判決之實質確定力 (finality)，將立即陷於不安之狀態中，此又豈二重危險法則所以保障被告免受二重訴追之本意？「行為同一說 same conduct test」之不可採，據此自相矛盾之立論，可見一斑。

第 五 款 「行為同一說（same conduct test）」之推翻

[164] "This holding would not bar a subsequent prosecution on the homicide and assault charges if the bill of particulars revealed that the State would not rely on proving the conduct for which Corbin had already been convicted (i.e., if the State relied solely on Corbin's driving too fast in heavy rain to establish recklessness or negligence)" Id., at 523.

Grady 一案所持「行為同一說 same conduct test」之不洽，已見諸上述反對論。果不其然，只 3 年之後，Grady 之見解，在 United States v. Dixon, 509 U.S. 688 (1993)一案判決中，遭到推翻。自此，關於二重危險法則「同一犯罪」之判斷，復歸 Blockburger 標準。

為明所以，仍有略加介紹 Dixon 一案背景事實及其法律見解之必要。茲先摘述 Dixon 一案聯邦最高法院之裁判要旨如下：【基於被告 Dixon 之遭受逮捕，及被起訴意圖販賣而持有古柯鹼罪，Dixon 被依藐視法庭罪先行判決有罪；原因係 Dixon 於另一不相關之犯罪，經附以不得再有任何犯罪行為之條件而釋放後，竟再犯上開意圖販賣而持有古柯鹼罪。後來，事實審法院以二重危險之理由，駁回對於 Dixon 之第 2 次訴追，亦即，駁回 Dixon 所犯意圖販賣而持有古柯鹼罪之起訴。至於另被告 Foster，其被訴之單純傷害（訴因 1）、三度以傷害為恐嚇（訴因 2、3、4）、意圖殺人而施加暴行（訴因 5）等罪，儘管曾構成 Foster 前此遭受起訴審判藐視法庭罪（違反民事保護令）之基礎，亦即，Foster 前因民事保護令，被要求不得「攻擊或以任何方法脅迫」其已分居之妻子，而卻有以上違反民事保護令之犯罪行為，致其先行遭受藐視法庭罪（違反民事保護令）之審判並定罪。然而，事實審法院卻為與被告 Dixon 一案相反之處理，認定：二重危險法則並不要求須將前開被告 Foster 五項訴因之起訴駁回。Columbia 上訴法院將上開被告 Dixon 及被告 Foster 之兩件案件於上訴程序中合併為審理後，判決：上開兩案件後來之第 2 次訴追，依 Grady v. Corbin, 495 U.S. 508 判例之見解，均應受二重危險條款所禁止。[165] 案經上訴於聯邦最高法院，

[165] "Based on respondent Dixon's arrest and indictment for possession of cocaine with intent to distribute, he was convicted of criminal contempt for violating a condition of his release on an unrelated offense forbidding him to commit "any criminal offense." The trial court later dismissed the cocaine indictment on double jeopardy grounds. Conversely, the trial court in respondent Foster's case ruled that double jeopardy did not require dismissal of a five-count indictment charging him with simple assault (Count I), threatening to injure another on three occasions (Counts II-IV), and assault with intent to kill (Count V), even though the events underlying the charges had previously prompted his trial for criminal contempt for violating a civil protection order (CPO) requiring him not to "`assault . . . or in any

聯邦最高法院諭知：原判決部分維持，部分撤銷發回更審。[166] 】

Dixon 一案有其複雜性，徒依以上扼要之裁判要旨，就其之來龍去脈，似難立見明瞭。爰進一步說明 Dixon 一案之背景事實及其法律見解如下：【**United States v. Dixon, 509 U.S. 688 (1993)一案**，被告 Dixon，前因二級謀殺罪遭到逮捕，後經交保釋放。依據 Columbia D.C.保釋法之規定，司法官員有權對於保釋之被告，附加任何「足以擔保其人到庭接受審判；或擔保他人或社區安全」之合理條件，是 Dixon 之保釋文件，即據此具體要求：Dixon 於保釋後，不得有任何犯罪行為，並警告如就保釋條件有任何違反，將招致撤銷保釋、命再行羈押、及藐視法庭罪之訴追。[167] Dixon 在保釋待審中，又因意圖販賣而持有古柯鹼罪，遭到逮捕並起訴。原命保釋之法院，因命 Dixon 就其有何可以免受藐視法庭罪之制裁及撤銷保釋，提出理由加以說明。在 Dixon 說明理由之審理程序中，四名警察人員到場，就所謂意圖販賣而持有古柯鹼罪之相關事實作證；Dixon 之辯護人在場對於證人實施反詰問，並進行辯方之舉證。最後，法院認定，檢方就 Dixon 之持有古柯鹼並具有販賣之意圖，已盡超出合理可疑之舉證責任；因判決 Dixon 成立藐視法庭罪；依法，藐視法庭罪得以無陪審之簡易程序，即予論罪科刑。Dixon 遂因此藐視法庭罪，被判入獄 180 日(藐視法庭罪之法定本刑為 6 個月以下

---

manner threaten . . .'" his estranged wife. The District of Columbia Court of Appeals consolidated the two cases on appeal and ruled that both subsequent prosecutions were barred by the Double Jeopardy Clause under Grady v. Corbin, 495 U.S. 508 .” See, United States v. Dixon, 509 U.S. 688, 1 (1993). Id.

166 “***Held:*** The judgment is affirmed in part and reversed in part, and the case is remanded. 598 A.2d 724 (D.C. 1991), affirmed in part, reversed in part, and remanded.”

167 “Dixon was arrested for second-degree murder and was released on bond. Consistent with the District of Columbia's bail law authorizing the judicial officer to impose any condition that "will reasonably assure the appearance of the person for trial or the safety of any other person or the community," D.C.Code Ann. 23-1321(a) (1989), Dixon's release form specified that he was not to commit "any criminal offense," and warned that any violation [509 U.S. 688, 2] of the conditions of release would subject him "to revocation of release, an order of detention, and prosecution for contempt of court." See D.C. Code Ann. 23-1329(a) (1989) (authorizing those sanctions).” Id., at 2.

有期徒刑，或 1,000 元以下罰金)。稍後，Dixon 以二重危險為由，聲請駁回意圖販賣而持有古柯鹼罪之起訴；該案事實審法院准如所請。[168] 至於被告 Michael Foster 上訴至聯邦最高法院之經過，與被告 Dixon 雷同。Foster 已分居之妻子，依據所稱 Foster 過去對伊之身體攻擊，由 Columbia D.C.上級法院聲請到民事保護令(依法，民事保護令可在依據相當理由足信相對人曾經實施家庭暴力或威脅實施家庭暴力之情形下簽發)。該民事保護令，命 Foster 不得以「騷擾、攻擊、或以任何方法威脅、或身體上虐待」施加於其妻 Ana；Foster 就此命令內容已表同意接受。[169] 在此後 8 個月之期間中，Foster 太太 Ana 向法院先後提出三次聲請，請求追究其夫 Foster 諸多違反民事保護令之藐視法庭罪。在 Ana 所指述之 16 件違反民事保護令之情事中，與本案相關者，為 3 件威脅恐嚇(時間為 1987.11.12、1988.03.26 及 1988.05.17) 及 2 件攻擊行為 (時間為 1987.11.06 及 1988.05.21)，其中最嚴重一次，乃 Foster 將 Ana 頭部推觸地板，造成頭部受傷，喪失意

168 “While awaiting trial, Dixon was arrested and indicted for possession of cocaine with intent to distribute, in violation of D.C.Code Ann. 3541(a)(1) (1988). The court issued an order requiring Dixon to show cause why he should not be held in contempt or have the terms of his pretrial release modified. At the show-cause hearing, four police officers testified to facts surrounding the alleged drug offense; Dixon's counsel cross-examined these witnesses and introduced other evidence. The court concluded that the Government had established "`beyond a reasonable doubt that [Dixon] was in possession of drugs and that those drugs were possessed with the intent to distribute.'" 598 A.2d 724, 728 (D.C. 1991). The court therefore found Dixon guilty of criminal contempt under 23-1329(c), which allows contempt sanctions after expedited proceedings without a jury and "in accordance with principles applicable to proceedings for criminal contempt." For his contempt, Dixon was sentenced to 180 days in jail. 23-1329(c) (maximum penalty of six months' imprisonment and $1,000 fine). He later moved to dismiss the cocaine indictment on double jeopardy grounds; the trial court granted the motion.” Id.

169 “Respondent Michael Foster's route to this Court is similar. Based on Foster's alleged physical attacks upon her in the past, Foster's estranged wife Ana obtained a civil protection order (CPO) in Superior Court of the District of Columbia. See D.C.Code Ann. 11005(c) (1989) (CPO may be issued upon a showing of good cause to believe that the subject "has committed or is threatening an intrafamily offense"). The order, to which Foster consented, required that he not "`molest, assault, or in any manner threaten or physically abuse'" Ana Foster. 598 A.2d, at 725-726.11.” Id.

識。[170] 在簽發開庭通知命 Foster 到場後，法院進行連續三天無陪審之法官審判。代理 Ana 之律師，負責案件之訴追；雖然檢方顯然知道本件訴訟之存在(正如法院也知有關本案某些犯罪行為之大陪審程序亦另在進行中)，但檢方並未有人代表其在本件訴訟中到場。[171] 就關於攻擊行為之指控，法院曉諭 Ana，應就作為構成要件之民事保護令之存在，先行舉證證明；然後再行證明刑法所規定之攻擊行為事實上業已發生。[172] 在原告舉證完畢後，法院依 Foster 之聲請，宣告若干訴因為無罪，其中包括所謂 11 月 12 日及 5 月 17 日之威脅恐嚇。[173] 然後，Foster 上台作證，大體否認原告之指控。[174] 最後，法院依超出合理可疑之外之心證，就 3 件訴因判決 Foster 成立藐視法庭罪，其中包括 1987.11.06、1988.05.21 之攻擊行為；但就其他訴因判決 Foster 無罪，其中包括 3 月 26 日之威脅恐嚇。Foster 因此被量處總計 600 日之徒刑。(依法，藐視法庭罪可量處 6 月以下徒刑或 300 元罰金。) [175] 後

---

170 "Over the course of eight months, Ana Foster filed three separate motions to have her husband held in contempt for numerous violations of the CPO. Of the 16 alleged episodes, the only charges relevant here are three separate instances of threats (on November 12, 1987, and March 26 and May 17, 1988) and two assaults (on November 6, 1987, and May 21, 1988), in the most serious of which Foster "threw [his wife] down basement stairs, kicking her body[,] . . . pushed her head into the floor causing head injuries, [and Ana Foster] lost consciousness." 598 A.2d, at 726." Id., at 3.

171 "After issuing a notice of hearing and ordering Foster to appear, the court held a 3-day bench trial. Counsel for Ana Foster and her mother prosecuted the action; the United States was not represented at trial, although the United States Attorney was apparently aware of the action, as was the court aware of a separate grand jury proceeding on some of the alleged criminal conduct." Id.

172 "As to the assault charges, the court stated that Ana Foster would have "to prove as an element, first that there was a Civil Protection Order, and then [that] . . . the assault as defined by the criminal code, in fact occurred." Tr. in NOB. IF-630-87, IF-631-87 (Aug. 8, 1988), p. 367; accord, id., at 368." Id.

173 "At the close of the plaintiffs' case, the court granted Foster's motion for acquittal on various counts, including the alleged threats on November 12 and May 17." Id.

174 "Foster then took the stand and generally denied the allegations." Id., at 3-4.

175 "The court found Foster guilty beyond a reasonable doubt of four counts of criminal contempt (three violations of Ana Foster's CPO, and one violation of the CPO obtained by her mother), including the November 6, 1987 and May 21, 1988, assaults, but acquitted him on other counts, including the March 26 alleged threats. He was sentenced to an aggregate 600 days' imprisonment. See 16-1005(f) (authorizing contempt punishment); Sup. [509 U.S. 688, 4] Ct. of D.C. Intrafamily

國立臺灣大學法學院及司法研究所檢閱專用

來，檢方就 Foster 之 1987.11.06 單純攻擊行為(訴因 1)；1987.11.12、1988.03.26、1988.05.17 以傷害威脅恐嚇(訴因 2、3、4)；1988.05.121 意圖殺人而實施攻擊 (訴因 5) 等犯罪，獲得大陪審核可而起訴。Ana 為各該訴因之告訴人；訴因 1 及訴因 5，係基於 Foster 已經依藐視法庭罪論罪之事件而為之；訴因 2、3、4，則係本諸 Foster 在藐視法庭罪之審判已獲宣告無罪之事件。一如 Dixon 一般，Fosterk 亦主張二重危險法則禁止上開一切訴因之訴追，而聲請駁回檢方之起訴；且又主張，依「附帶禁反言」之原則，對於訴因 2、3、4、5 亦無再行訴追之餘地。[176] 檢方就事實審法院所為被告 Dixon 受二重危險法則保障之判決上訴；而被告 Foster 則就事實審法院駁回其禁止二重危險主張之判決上訴。上訴審法院就此兩件上訴，經合併審理後，以聯邦最高法院新近 Grady v. Corbin 一案判例為據，諭知本件 Dixon、Foster 兩案件後來之第二個訴追，均因二重危險而受禁止。檢方不服，再向聯邦最高法院上訴，所提出之唯一問題為：被告因特定行為，前已依藐視法庭罪論罪，則就該同一特定行為本身再進行刑事實體之追訴，是否應受二重危險條款之禁止。聯邦最高法院審查後，許可其上訴，並須發調卷命令。[177] 】；以上所

Rules 7(c), 12(e) (1987) (maximum punishment of six months' imprisonment and $300 fine).” Id., at 3-4.

176 “The United States Attorney's Office later obtained an indictment charging Foster with simple assault on or about November 6, 1987 (Count I, violation of 22-504); threatening to injure another on or about November 12, 1987, and March 26 and May 17, 1988 (Counts II-IV, violation of 22-2307); and assault with intent to kill on or about May 21, 1988 (Count V, violation of 22-501). App. 43-44. Ana Foster was the complainant in all counts; the first and last counts were based on the events for which Foster had been held in contempt, and the other three were based on the alleged events for which Foster was acquitted of contempt. Like Dixon, Foster filed a motion to dismiss, claiming a double jeopardy bar to all counts, and also collateral estoppel as to Counts II-IV. The trial court denied the double jeopardy claim, and did not rule on the collateral estoppel assertion.” Id., at 4.

177 “The Government appealed the double jeopardy ruling in Dixon, and Foster appealed the trial court's denial of his motion. The District of Columbia Court of Appeals consolidated the two cases, reheard them en banc, and, relying on our recent decision in Grady v. Corbin, 495 U.S. 508 (1990), ruled that both subsequent prosecutions were barred by the Double Jeopardy Clause. 598 A.2d, at 725. In its petition for certiorari, the Government presented the sole question "[w]hether the Double Jeopardy Clause bars prosecution of a defendant on

引，係 Dixon 一案比較詳細之背景事實；而聯邦最高法院就此案件所為「原判決部分維持，部分撤銷發回更審」之判決，恰由前此在 Grady 一案曾提出不同意見書(dissenting opinion)之大法官 SCALIA，執筆撰寫判決之理由。大法官 SCALIA 於判決理由指出：【（一）、二重危險條款之保障，於藐視法庭罪之訴追，與其他犯罪之訴追，並無不同。[178] 在多重處罰及相繼訴追之兩種情境下，如被告因而遭受處罰或訴追之兩件犯罪，未能通過相同要件標準（the "same-elements"）或 Blockburger 標準（the "Blockburger" test）之檢驗，則應有二重危險法則之適用。（見 e.g., Blockburger v. United States, 284 U.S. 299, 304.）[179] 前開相同要件標準（the "same-elements"）或 Blockburger 標準（the "Blockburger" test），所探究者為：「個別之兩項犯罪，是否各自包含一項為他一犯罪所未包含之構成要件」；答案若為否定，則該兩項犯罪即為二重危險條款所謂之同一犯罪（the "same offence"），從而二重危險法則禁止後來之二重處罰或二重訴追。[180] 本院新近於 **Grady** 一案判決中，認定：在通過 Blockburger 標準之檢驗外，後來之第二個訴追，必須再通過同一行為標準（a "same-conduct" test）之檢驗，始足以避免二重危險之禁止。所謂同一行為標準（a "same-conduct" test），乃：「在後來之第二個訴追中，如為落實所訴追之犯罪之一項基本構成要件，檢方勢須證明被告前此業經訴追之一項行為構成犯罪時」，則該後來之第二個訴追，即非二重危險法則之所許。[181]（二）、雖然 Foster 就訴因 2、3、4、5

---

substantive criminal charges based upon the same conduct for which he previously has been held in criminal contempt of court." Pet. for Cert. I. We granted certiorari, 503 U.S. 1004 (1992)." Id.

178 "The Double Jeopardy Clause's protection attaches in nonsummary criminal contempt prosecutions just as it does in other criminal prosecutions." Id., at 1.

179 "In the contexts of both multiple punishments and successive prosecution, the double jeopardy bar applies if the two offenses for which the defendant is punished or tried cannot survive **the "same-elements"** or **"Blockburger" test**. See, e.g., Blockburger v. United States, 284 U.S. 299, 304." Id.

180 "That test inquires whether each offense contains an element not contained in the other; if not, they are the "same offence" within the Clause's meaning, and double jeopardy bars subsequent punishment or prosecution." Id., at 1-2.

181 "The Court recently held **in Grady** that, in addition to passing the Blockburger

所受之訴追，依 Grady 一案之同一行為標準（a "same-conduct" test）為衡，無疑應受禁止；但是，同一行為標準（a "same-conduct" test）之見解應予推翻，蓋其見解與本院一貫之判例相牴觸，含有不夠精確之歷史性解析，且已造成混淆。其與 Blockburger 標準所不同者為，Grady 標準欠缺憲法根基。Grady 標準與本院判決先例並普通法對於二重危險之明白認知有所不符。（見 Grady, supra, at 526,大法官 SCALIA 不同意見書）。在 In re Nielsen, 131 U.S. 176（1889）一案，及其後許多案例，所主張者均為與 Blockburger 標準相一致之命題，而未嘗為 Grady 標準建立任何導因。對比之下，兩件在 Nielsen 之後之案件，所以支持後來之第二個訴追，係因「合於」而且「只合於」Blockburger 標準之故。（見 Gavieres v. United States, 220 U.S. 338, 343, and Burton v. United States, 202 U.S. 344, 379-381）。再者，Grady 標準在其適用上，已經證明有其不穩定性，見 United States v. Felix, 503 U.S. 378 (1992).。雖然本院並不率為判決先例之重新斟酌，卻也從不認為應被迫遵循不切實際且論理不週之判決先例。[182]（三）、由於 Dixon 之毒品罪，並未含有任何前此藐視法庭罪所不包括之犯罪構成要件，是其後來對於毒品罪之訴追，不合乎

---

test, a subsequent prosecution must satisfy **a "same-conduct" test** to avoid the double jeopardy bar. That test provides that, "if, to establish an essential element of an offense charged in that prosecution, the government will prove conduct that constitutes an offense for which the defendant has already been prosecuted," a second prosecution may not be had." Id., at 2.

182 "Although prosecution under Counts II-V of Foster's indictment would undoubtedly be barred by the Grady "same-conduct" test, **Grady must be overruled**, because it contradicted an unbroken line of decisions, contained less than accurate historical analysis, and has produced confusion. Unlike Blockburger analysis, the Grady test lacks constitutional roots. It is wholly inconsistent with this Court's precedents and with the clear common law understanding of double jeopardy. See Grady, supra, at 526 (SCALIA, J., dissenting). In re Nielsen, 131 U.S. 176, and subsequent cases stand for propositions that are entirely in accord with Blockburger and that do not establish even minimal antecedents for the Grady rule. In contrast, two post-Nielsen cases, Gavieres v. United States, 220 U.S. 338, 343, and Burton v. United States, 202 U.S. 344, 379-381, upheld subsequent prosecutions because the Blockburger test (and only the Blockburger test) was satisfied. Moreover, the Grady rule has already proved unstable in application, see United States v. Felix, 503 U.S. 378 . Although the Court does not lightly reconsider precedent, it has never felt constrained to follow prior decisions that are unworkable or badly reasoned." Id.

Blockburger 標準。Dixon 係經由觸犯毒品罪以致違反法院之命令，而受藐視法庭罪之制裁，其所犯毒品罪業已併入藐視法庭罪之中。Dixon 違反釋放條件所構成之「犯罪」即藐視法庭罪，不能由構成要件即「違反釋放條件」之毒品罪中抽離。參見 Harris v. Oklahoma, 433 U.S. 682 (per curiam)一案。在本案，一如 Harris 一案，作為基礎之實質犯罪，係一種「包括的較低度犯罪」（見 Illinois v. Vitale, 447 U.S. 410, 420 ），其後來之第二個訴追，受到二重危險條款所禁止。似此相同之解析，適用於本案 Foster 訴因 1 之起訴，該起訴應受禁止。[183]（四）、然而，Foster 其餘 4 個訴因之起訴，依 Blockburger 標準為衡，並不受禁止。Foster 因違反禁止攻擊其妻之家庭保護令所導致之第一次訴追（即藐視法庭罪），並不禁止對於 Foster 訴因 5 之訴追；蓋訴因 5 係指控 Foster 意圖殺人而施加攻擊。意圖殺人而施加攻擊之罪，需要證明被告特別之「殺意」，而此則藐視法庭罪所非需；反之，藐視法庭罪需要證明被告對於民事保護令之認知，而此則意圖殺人而施加攻擊罪所不必。因此，此兩件犯罪，依 Blockburger 標準為衡，乃不同之犯罪。如此這般，訴因 2、3、4 之訴追，亦同樣不受禁止。[184]（五）、職是之故，本件後來對於 Dixon 之第二個訴追，及對於 Foster 關於訴因 1 之第二個訴追，均違

臺灣高等法院檢察署

183 "Because Dixon's drug offense did not include any element not contained in his previous contempt offense, his subsequent prosecution fails the Blockburger test. Dixon's contempt sanction was imposed for violating the order through commission of the incorporated drug offense. His "crime" of violating a condition of his release cannot be abstracted from the "element" of the violated condition. Harris v. Oklahoma, 433 U.S. 682 (per curiam). Here, as in Harris, the underlying substantive criminal offense is a "species of lesser-included offense," Illinois v. Vitale, 447 U.S. 410, 420 , whose subsequent prosecution is barred by the Double Jeopardy Clause. The same analysis applies to Count I of Foster's indictment, and that prosecution is barred." Id.

184 "However, the remaining four counts of Foster's indictment are not barred under Blockburger. Foster's first prosecution for violating the [509 U.S. 688, 3] CPO provision forbidding him to assault his wife does not bar his later prosecution under Count V, which charges assault with intent to kill. That offense requires proof of specific intent to kill, which the contempt offense did not. Similarly, the contempt crime required proof of knowledge of the CPO, which the later charge does not. The two crimes were different offenses under the Blockburger test. Counts II, III, and IV are likewise not barred." Id., at 2-3.

反二重危險條款；至於 Foster 關於其他訴因之第二個訴追，則否。原 Columbia 區上訴法院之判決，部分維持，部分撤銷發回更審。茲判決如上。[185] 】

第 六 款　非法勾當同一說（same transaction test）[186]

「非法勾當同一說（same transaction test）」，首見於 Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970)一案，三名大法官即 Brennan、 Douglas、Marshall 之協同意見書。

為瞭解「非法勾當同一說（same transaction test）」之所以提出，依然有先行簡介 Ashe 一案背景事實之必要。【**Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970)一案**，其案發暨審判之經過如下：1960.01.10 凌晨時分，6 個牌友在 Lee's Summit, Missouri，John Gladson 家地下室，正玩著樸克牌。突有 3 或 4 名蒙面人，持一把獵槍及數隻手槍，闖入地下室，搶走每名牌友之金錢及多件私人財物。搶匪等人（始終不清楚搶匪究為 3 人或 4 人）得手後，即利用被害人之一所有之汽車逃走。其後不久，贓車在一處田野被發現；當天早上稍晚時分，在發現被棄贓車之不遠處，州警逮捕 3 名正在公路上行走之男子；而本件被告 Ashe，則在些許距離外，經由另名州警加以逮捕。被捕之 4 人，後經起訴 7 件個別之犯罪，即 6 件對於各個牌友之持械搶劫罪，及 1 件偷竊汽車罪。[187] 1960 年 5 月，

---

185 “Dixon's subsequent prosecution, as well as Count I of Foster's subsequent prosecution, violate the Double Jeopardy Clause. The other counts of Foster's subsequent prosecution do not violate the Double Jeopardy Clause. The judgment of the District of Columbia Court of Appeals is affirmed in part and reversed in part, and the case is remanded for proceedings not inconsistent with this opinion. It is so ordered.” Id., at 23.

186 我最高法院 24 年上字第 3871 號判例所謂：「自訴人曾以被告詐取股款一千五百元，訴經第一審法院判決無罪確定在案，嗣又以被告侵占股款一千五百元，向第一審法院提起自訴，其所訴侵占與詐欺之內容完全相同，無非罪名各異而已，自不能謂其自訴之侵占案件非曾經判決確定」云云，與此非法勾當同一說（same transaction test），有其神似之處。

187 “Sometime in the early hours of the morning of January 10, 1960, six men were engaged in a poker game in the basement of the home of John Gladson at Lee's Summit, Missouri. Suddenly three or four masked men, armed with a shotgun and pistols, broke into the basement and robbed each of the poker players of money and various articles of personal property. The robbers-and it has never been clear whether there were three or four of them-then fled in a car belonging to one of the

被告 Ashe 為被訴搶劫牌友之一即 Donald Knight 部分之犯行接受審判。審判中，檢方傳喚 Knight 及 3 名現場被害人為證人。各該證人均證述搶劫現場之情況並列舉各自遭受之損失。關於曾發生持械搶劫及各該證人俱有財物遭搶之事實，在證據上無懈可擊。4 名證人就此所為之證言，在自己內在方面及與其他證人方面，均相吻合。然而，就被告 Ashe 曾係搶匪中之一人之事實，檢方之證據薄弱。前開 4 名證人中之兩名，認為搶匪全部只有 3 人，且無法指認被告 Ashe 即係搶匪之一。第 3 名證人，係被告 Ashe 之姻親伯父，證稱：在警察派出所指認時，他曾斷然指認另 3 人為搶匪，但就被告 Ashe，他只能說 Ashe 之嗓音聽來頗像搶匪中之一人。第 4 名證人，雖指認被告 Ashe 為搶匪，但也只能本諸 Ashe 之體材、身高及動作，作為指認之依據。[188] 被告 Ashe 之辯護人，在反詰問上開證人時，係簡略而為之；只重在揭露關於指認上證言之弱點；而並未打算就上開證人關於搶劫事實本身及遭搶損失之陳述有所質疑。證人 Knight 證稱，搶匪搶走他所有之手錶 1 隻、現金 250 元及支票 500 元，所言前後並無齟齬。Knight 之皮夾，業經警察由其他三名搶匪中一人之

---

victims of the robbery. Shortly thereafter the stolen car was discovered in a field, and later that morning three men were arrested by a state trooper while they were walking on a highway not far from where the abandoned car had been found. **The petitioner** was arrested by another officer some distance away. The four were subsequently charged with seven separate offenses-the armed robbery of each of the six poker players and the theft of the car." See, Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436, 437-38 (1970).

188 "In May 1960 the petitioner went to trial on the charge of robbing Donald Knight, one of the participants in the poker game. At the trial the State called Knight and three circumstances of the holdup and itemized witnesses. Each of them described the circumstances of the holdup and itemized his own individual losses. The proof that an armed robbery had occurred and that personal property had been taken from Knight as well as from each of the others was unassailable. The testimony of the four victims in this regard was consistent both internally and with that of the others. But the State's evidence that the petitioner had been one of the robbers was weak. Two of the witnesses thought that there had been only three robbers altogether, and could not identify the petitioner as one of them. Another of the victims, who was the petitioner's uncle by marriage, said that at the 'patrol station' he had positively identified each of the other three men accused of the holdup, but could say only that the petitioner's voice 'sounded very much like' that of one of the robbers. The fourth participant in the poker game did identify the petitioner, but only by his 'size and height, and his actions.'" Id., at 438.

身上起出，並經法庭許可作為證據。辯方未進行任何舉證，且放棄最終辯論時之結辯。結果，陪審以證據不足為理由，宣告 Ashe 無罪。[189] 6 星期之後，Ashe 再度遭到起訴及審判，此回起訴之訴因為：被告 Ashe 搶劫另一牌友 Roberts。被告 Ashe 以業經判決無罪為由，聲請駁回此一再度之追訴。其聲請遭到駁回，第二度審判因之開始。第二度審判到場之證人，絕大部分與第一次審判同，然而彼等就被告 Ashe 身分之指認，所證較第一次審判大為強烈。舉例言之，在第一次審判中完全無法指認 Ashe 為搶匪之兩名證人，在此次審判中，則證稱 Ashe 之特色、體材、格調，與搶匪中之一人相符合。另名在第一次審判中只能依體材、動作指認 Ashe 為搶匪之證人，現在則證稱更因記起 Ashe 之特殊嗓音而能加以指認。而檢方在此次審判中，則拒不傳喚前在第一次審判中就 Ashe 之身分為顯然負面指認之證人，而使檢方之舉證進一步精進。辯論終結，案件交付陪審審議前，法官對於陪審之教示，實際上與第一次審判所為者無異。而此次陪審審議之結果，則評決 Ashe 有罪，Ashe 因此被量處在 Missouri 州監獄執行有期徒刑 35 年。[190] 案經上訴，Missouri 最高法

---

189 "The cross-examination of these witnesses was brief, and it was aimed primarily at exposing the weakness of their identification testimony. Defense counsel made no attempt to question their testimony regarding the holdup itself or their claims as to their losses. Knight testified without contradiction that the robbers had stolen from him his watch, $250 in cash, and about $500 in checks. His billfold, which had been found by the police in the possession of one of the three other men accused of the robbery, was admitted in evidence. The defense offered no testimony and waived final argument. [397 U.S. 436 , 439] The trial judge instructed the jury that if it found that the petitioner was one of the participants in the armed robbery, the theft of 'any money' from Knight would sustain a conviction. He also instructed the jury that if the petitioner was one of the robbers, he was guilty under the law even if he had not personally robbed Knight. The jury found the petitioner 'not guilty due to insufficient evidence.'" Id., at 438-39.

190 "Six weeks later the petitioner was brought to trial again, this time for the robbery of another participant in the poker game, a man named Roberts. The petitioner filed a motion to dismiss, based on his previous acquittal. The motion was overruled, and the second trial began. The witnesses were for the most part the same, though this time their testimony was substantially stronger on the issue of the petitioner's identity. For example, two witnesses who at the first trial had been wholly unable to identify the petitioner as one of the robbers, now testified that his features, size, and mannerisms matched those of one of their assailants. Another witness who before had identified the petitioner only by his size and actions now

院維持 Ashe 有罪之判決，認定：被告 Ashe 二重危險之主張，應予駁回。5 年之後，Ashe 在 Missouri 最高法院尋求 Post Conviction Relief 所為之非常上訴，亦未見成功。然後，Ashe 向 Missouri 西區聯邦地方法院提出本件人身保護之聲請（habeas corpus proceeding），主張本件第二度之訴追，侵犯其免於二重危險之權利。聯邦地方法院雖認為 Ashe 之主張，顯然在實體上為有理由，但考量其受限於聯邦最高法院 Hoag v. New Jersey, 356 U.S. 464 (1958) 一案之判例見解，不得不駁回 Ashe 人身保護之聲請。案經上訴，聯邦第 8 上訴法院，亦以 Hoag v. New Jersey 之見解為依據，而維持原聯邦地方法院之判決。Ashe 再上訴於聯邦最高法院，終經聯邦最高法院許可其上訴，並頒發調卷命令，以審酌本案所呈現之重大憲法問題。[191] 】結果，Ashe 上訴成功。聯邦最高法院判決諭知：【原判決撤銷，發回聯邦第 8 上訴法院更審。[192] 】

聯邦最高法院所以認為 Ashe 之上訴為有理由，其過半數之意見，係採納「附帶禁反言 Collateral estoppel」之見解，

---

also remembered him by the unusual sound of his voice. The State further refined its case at the second trial by declining to call one of the participants in the poker game whose identification testimony at the first trial had been conspicuously negative. The case went to the jury on instructions virtually identical to those given at the first trial. This time the jury found the petitioner guilty, and he was sentenced to a 35-year term in the state penitentiary." Id., at 439-40.

191 "The Supreme Court of Missouri affirmed the conviction, holding that the 'plea of former jeopardy must be denied.' State v. Ashe, 350 S.W.2d 768, 771（November 13, 1961）. A collateral attack（按，此乃 a motion to vacate under Mo. Sup. Ct. . 27.26, or Criminal Appeal From Motion Under Rule 27.26, 亦稱 Post Conviction Relief，類似我國之非常上訴）upon the conviction in the state courts five years later was also unsuccessful. State v. Ashe, 403 S.W.2d 589（June 13, 1966）. The petitioner then brought the present habeas corpus proceeding in the United States District Court for the Western District of Missouri, claiming that the second prosecution had violated his right not to be twice put in jeopardy. Considering itself bound by this court's decision in Hoag v. New Jersey, 356 U.S. 464(1958), the District Court denied the writ, although apparently finding merit in the petitioner's claim. 4 The Court [397 U.S. 436 , 441] of Appeals for the Eighth Circuit affirmed, also upon the authority of Hoag v. New Jersey, supra. 5 We granted certiorari to consider the important constitutional question this case presents. 393 U.S. 1115 , 89 S. Ct. 995." Id., at 440-41.

192 "The judgment is reversed, and the case is remanded to the Court of Appeals for the Eighth Circuit for further proceedings consistent with this opinion." Id., at 447.

資為立論基礎；此當詳後述，姑略下不表。於茲將以說明者，乃「非法勾當同一說（same transaction test）」如何據此背景事實而發倡。試觀大法官 Brennan 於 Ashe 一案之協同意見書（大法官 Douglas、Marshall 加入），所言如下：【我（大法官 Brennan）同意將「附帶禁反言法則 Collateral estoppel」併入於二重危險條款之中，而作為憲法上之一項要求；因此，我加入本判決之過半數意見。然而，縱使「附帶禁反言法則」不能適用於本案事實，依我所見，二重危險條款仍然禁止對於被告 Ashe 所涉持械搶劫進行第二度之訴追。本案之兩次訴追，第一次為搶劫 Knight，第二次為搶劫 Roberts，兩者都是產生自「同一犯罪事件 one criminal episode」，因此，我認為依據本案之明白事實，二重危險條款禁止 Missouri 檢方在不同之審判中，對於被告 Ashe 進行個別搶劫行為之訴追。[193]】在此，大法官 Brennan 所謂：「產生自同一犯罪事件（之多數犯罪），二重危險條款禁止在不同之審判中，對於被告進行個別之訴追」云云，亦即「非法勾當同一說（same transaction test）」。大法官 Brennan 進一步說明其重點立論基礎如下：

第一，傳統所採之「同一證據標準 the same evidence' test」，對於被告之保障有所不足。於是，實有採用「非法勾當同一說（same transaction test）」之必要。Brennan 說：【二重危險條款之保障，被表述為禁止對於「同一犯罪 the same offence」進行多重之訴追。雖然，「同一犯罪 the same offence」一詞，出現在絕大多數早期普通法對於二重危險法則之論述中，但在 18 世紀以前，關於此一用詞精確意義之問題，卻鮮少被提出；且直到權利典章（the Bill of Rights 1791）入憲

[193] "I agree that the Double Jeopardy Clause incorporates collateral estoppel as a constitutional requirement and therefore join the Court's opinion. However, even if the rule of collateral estoppel had been inapplicable to the facts of this case, it is my view that the Double Jeopardy Clause nevertheless bars the prosecution of petitioner a second time for armed robbery. The two prosecutions, the first for the robbery of Knight and the second for the robbery of Roberts, grew out of one criminal episode, and therefore I think it clear on the facts of this case that the Double Jeopardy Clause prohibited Missouri from prosecuting petitioner for each robbery at a different trial." Id., at 448-49.

時，仍無權威之定義。[194] 迨普通法終於對之欲有所定義時，在 1796 年英國 The King v. Vandercomb, 2 Leach 708, 720, 168 Eng.Rep. 455, 461 (Crown 1796) 一案判決中，所採納之見解，卻係對於免受多重訴追之保障顯有不足之「同一證據標準 the same evidence' test」。此一標準之內涵為：「除非是第二次訴追所包含之事實一經證明，則被告前此之第一次訴追，即有遭受定罪可能之情形，否則，前此第一次訴追之無罪判決，不足以阻止第二次之訴追。」[195] 「同一證據標準 the same evidence' test」，旋為美國司法界所追隨，然而，此一標準之缺陷顯而易見；不但不可行，且在事實上，形同宣告二重危險之保障為無效。[196] 舉例言之，當「單一之犯罪事件 a single criminal episode」牽涉多數被害人時，依據「同一證據標準 the same evidence test」，檢方得就其對於各個被害人之侵害，分別提起獨立之訴追；例如，State v. Hoag, 21 N.J. 496, 122 A.2d 628, (1956)，即後來之 Hoag v. New Jersey, 356 U.S. 464 (1958) 一案是。再者，當「單一不法勾當 a single transaction」可按時間先後分割為各別之犯罪時，「同一證據標準 the same evidence test」亦許可對之為多重之訴追；例如，Johnson v. Commonwealth, 201 Ky. 314, 256 S.W. 388 (1923) 一案是。甚至是「單一犯罪行為 a single criminal act」，如從兩個以上不同法律之觀點看，為不同之犯罪時，亦足以導致多重之訴追；例如，State v. Elder, 65 Ind. 282 (1879) 一

194 "The Double Jeopardy Clause is expressed as a prohibition against multiple prosecutions for the 'same offence.' Although the phrase 'same offence' appeared in most of the early common-law articulations of the double-jeopardy principle, questions of its precise meaning rarely arose prior to the 18th century, and by the time the Bill of Rights was adopted it had not been authoritatively defined." Id., at 450-51.

195 "When the common law did finally attempt a definition, in The King v. Vandercomb, 2 Leach 708, 720, 168 Eng.Rep. 455, 461 (Crown 1796), it adopted ***the 'same evidence' test***, which provided little protection from multiple prosecution: '(U)nless the first indictment were such as the prisoner might have been convicted upon by proof of the facts contained in the second indictment, an acquittal on the first indictment can be no bar to the second.'" Id., at 451.

196 "The 'same evidence' test of 'same offence' was soon followed by a majority of American jurisdictions, *but its deficiencies are obvious*. It does not enforce but virtually annuls the constitutional guarantee." Id.

案是。而現代刑事立法之趨勢，係傾向將措辭上所謂之「一個犯罪勾當 a criminal transaction」割裂為許多獨立之犯罪，此乃已知之事實，然則，「同一證據標準 the same evidence test」因此所賦與檢方可就本質上係單一之犯罪事件，以進行多重訴追之機會，將令人震驚。而我國傳統上，檢察官就刑事訴追之發動及其訴追之範圍，享有實際上不受審查之裁量權，此亦係已知之事實，然則，「同一證據標準 the same evidence test」內在所固有，畀予檢察官濫用起訴裁量之潛在可能性，亦令人難以忍受。[197]】

第二，將產生自「單一勾當 a single transaction」或「單一事變 a single occurrence」之一切爭執合併起訴、合併審判，最能促進司法正義、訴訟經濟及訴訟便利。於是，實有採用「非法勾當同一說（same transaction test）」之必要。Brennan 說：【依我所見，除極其有限之情況外，二重危險條款要求檢察官，須將產生自「單一犯罪行為 a single criminal act」、「單一犯罪事變 a single criminal occurrence」、「單一犯罪事件 a single criminal episode」、「單一犯罪勾當 a single criminal transaction」之各個罪名，合併起訴、合併審判。此一用以決定是否「同一犯罪 same offence」之「同一非法勾當標準 same transaction test」，不僅足以實現二重危險條款中，所具體化之古來對於惱人之多重訴追所為之禁止，抑且足以回應一項逐漸受到廣泛肯認之看法，亦即：「將產生自『單一勾當 a single transaction』或『單一事變 a single

197 "For example, where a single criminal episode involves several victims, under the 'same evidence' test a separate prosecution may be brought as to each. E.g., State v. Hoag, 21 N.J. 496, 122 A.2d 628, (1956), aff'd, 356 U.S. 464 (1958). The 'same evidence' test permits multiple prosecutions where a single transaction is divisible into chronologically discrete crimes. E.g., Johnson v. Commonwealth, 201 Ky. 314, 256 S.W. 388 (1923) (each of 75 poker hands a separate 'offense'). Even a single criminal act may lead to multiple prosecutions if it is viewed from the perspectives of different statutes. E.g., State v. Elder, 65 Ind. 282 (1879). Given the tendency of modern criminal legislation to divide the phrases of a criminal transaction into numerous separate crimes, the opportunities for multiple prosecutions for an essentially unitary criminal episode are frightening. And given our tradition of virtually unreviewable prosecutorial discretion concerning the initiation and scope of a criminal prosecution,3 the potentialities for abuse inherent in the 'same evidence' test are simply intolerable." Id., at 451-52.

occurrence』之一切爭執合併起訴、合併審判，最能促進司法正義、訴訟經濟及訴訟便利。」[198] 近代刑事訴訟法及民事訴訟法，正反映對於此一看法之肯認（United Mine Workers v. Gibbs, 383 U.S. 715, 724-726, 1137-1139 (1966)一案參照）。雖然，1935 年，美國法律協會（the American Law Institute）採行「同一證據標準 the same evidence test」，但已早為「同一勾當標準 the same transaction test」所取代。在英國，亦已放棄其反對合併起訴之殘存法則，而改採「同一勾當標準 the same transaction test」。聯邦刑事訴訟法已大為鼓勵在單一審判程序中，為訴之主觀合併及客觀合併。該法 Rule 8(a)，就性質相類之訴追，或其訴追係出自同一情事或相關連之情事，或出自共通計畫、方案之一部分者，設有客觀合併之規定。Rule 8(b)，則規定共同被告之主觀合併。Rule 13，更就分別提起之訴，以其原適於合併起訴者，設有得命合併辯論之規定。此等規定，代表當前對於刑事訴訟構造如何正當建立之一種深思熟慮之想法。[199] 相同之想法，亦反映在聯邦民事訴訟法之中。該法許多具有廣泛目的之規定，要求或鼓勵就相關之主張合併起訴。Rule 13，強制被告，對於原告因

[198] "In my view, the Double Jeopardy Clause requires the prosecution, except in most limited circumstances, to join at one trial all the charges against a defendant that grow out of a single criminal act, occurrence, episode, or transaction. This *'same transaction' test* of 'same offence' not only enforces the ancient prohibition against vexatious multiple prosecutions embodied in the Double Jeopardy Clause, but responds as well to the increasingly widespread recognition that the consolidation in one lawsuit of all issues arising out of a single transaction or occurrence best promotes *justice, economy, and convenience*." Id., at 453-54.

[199] "Modern rules of criminal and civil procedure reflect this recognition. See United Mine Workers v. Gibbs, 383 U.S. 715 , 724-726, 1137-1139 (1966). Although in 1935 the American Law Institute adopted the 'same evidence' test, it has since replaced it with the 'same transaction' test. England, too, has abandoned its surviving rules against joinder of charges and has adopted the 'same transaction' test. The Federal Rules of Criminal Procedure liberally encourage the joining of parties and charges in a single trial. Rule 8(a) provides for joinder of charges that are similar in character, or arise from the same transaction or from connected transactions or form part of a common scheme or plan. Rule 8(b) provides for joinder of defendants. Rule 13 provides for joinder of separate indictments or informations in a single trial where the offenses alleged could have been included in one indictment or information. These rules represent considered modern thought concerning the proper structuring of criminal litigation." Id., at 454-55.

國家圖書館出版品預行編目資料

以起訴之同一事件所生之反對主張，應提起反訴，否則禁止以後之再行起訴。Rule 14，將此一強制規定，擴張適用於第三人。Rules 18，允許廣泛為訴之合併、反訴，及第三人之訴訟參加。Rules 19、20、24，規定主觀合併、主參加之訴。Rule 23，特別是 Rule 23(b)(3)，許可個別之主張，以集團訴訟之方式為訴之合併。[200] 二重危險條款，代表憲法對於過度熱心之檢察官可能專橫苛酷之一種禁止。而所以促成民事訴訟進行訴之合併運動之考量，即司法正義、訴訟經濟及訴訟便利，此在刑事訴訟之情境中，有其更大之作用；蓋憲法禁止使個人就同一犯罪蒙受二度之煩惱。然而，如果聯邦最高法院就二重危險條款係以「同一證據標準 the same evidence test」進行解釋，則刑事被告免於多重審判之保障，比諸民事被告，將有所不如。如此反常之結果，焉得容忍。[201] 本件 Ashe 一案之情節，正凸顯「同一證據標準 the same evidence test」內在所固有濫用刑事程序之危險，同時又證明有改採「同一勾當標準 the same transaction test」之必要。[202] 由於 Missouri 檢方未能提出何以不將其他訴追在同一程序合併審判之正當理由，已足以合理推論，Missouri 檢方係打算保留

---

200 "The same thought is reflected in the Federal Rules of Civil Procedure. A pervasive purpose of those Rules is to require or encourage the consolidation of related claims in a single lawsuit. Rule 13 makes compulsory (upon pain of a bar) all counterclaims arising out of the same transaction or occurrence from which the plaintiff's claim arose. Rule 14 extends this compulsion to third-party defendants. Rule 18 permits very broad joinder of claims, counterclaims, cross-claims, and third-party claims. Rules 19, 20, and 24 provide for joinder of parties and intervention by parties having claims related to the subject matter of the action. Rule 23 permits the consolidation of separate claims in a class action; see particularly Rule 23(b)(3)." Id., at 455-56.

201 "The Double Jeopardy Clause stands as a constitutional barrier *against possible tyranny by the overzealous prosecutor*. The considerations of *justice, economy, and convenience* that have propelled the movement for consolidation of civil cases apply with even greater force in the criminal context because of the constitutional principle that no man shall be vexed more than once by trial for the same offense. Yet, if the Double Jeopardy Clause were interpreted by this Court to incorporate the 'same evidence' test, criminal defendants would have less protection from multiple trials than civil defendants. This anomaly would be intolerable." Id., at 456-57.

202 "The present case highlights the hazards of abuse of the criminal process inherent in the 'same evidence' test and demonstrates the necessity for the ***'same transaction' test***." Id., at 457.

其他訴追，以便其在訴追被告 Ashe 搶劫 Knight 部分未能贏得有罪判決時，再行推出審判。Missouri 檢方，顯然刻意安排其案件之第二次審判，以便就其第一次審判中，所漏失之指認證據之環節，進行補強。McClendon，在第一次審判中，係一無用之證人(未能指認被告 Ashe)，所以，在第二次審判中，Missouri 檢方即未再加以傳喚。Gladson 及 Roberts，在第一次審判中，證言猶豫含混，但在第二次審判中，其證言轉為詳細、積極且廣泛。職是之故，任何二重危險之認定標準，若許可檢方有此補足其舉證漏洞之第二次機會，想必任何人都會感到不安。如果，在單一事件中，由於有多數被害人之故，檢方為修補其案件，便可反覆迫使被告蒙受鞭笞(run the gantlet)，則憲法禁止二重危險之保障，其意義即見落空。[203] 濫用刑事程序，係諸多可怕罪惡中最嚴重之一種；亦正因此一罪惡之存在，導致二重危險條款入憲於權利典章之中。此一罪惡之最有效防止，無寧係採用「同一勾當標準 the same transaction test」，以解釋何謂「同一犯罪 same offence」，俾利二重危險條款達成其可敬之目的。[204] 】

然而，大法官 Brennan 於 Ashe 一案所倡「同一勾當標準 the same transaction test」見解，在同案判決中，立見首席大法官 Burger 提出不同意見書（Mr. Chief Justice BURGER,

---

203 "Since Missouri has offered no justification for not trying the other informations at that trial, it is reasonable to infer that the other informations were held in reserve to be tried if the State failed to obtain a conviction on the charge of robbing Knight. The prosecution plainly organized its case for the second trial to provide the links missing in the chain of identification evidence that was offered at the first trial. McClendon, who was an unhelpful witness at the first trial was not called at the second trial. The hesitant and uncertain evidence of Gladson and Roberts at the first trial became detailed, positive, and expansive at the second trial. One must experience a sense of uneasiness with any double-jeopardy standard that would allow the State this second chance to plug up the holes in its case. The constitutional protection against double jeopardy is empty of meaning if the State may make 'repeated attempts' to touch up its case by forcing the accused to 'run the gantlet' at many times as there are victims of a single episode." Id., at 457, 459.

204 "Abuse of the criminal process is foremost among the feared evils that led to the inclusion of the Double Jeopardy Clause in the Bill of Rights. That evil will be most effectively avoided, and the Clause can thus best serve its worthy ends, if 'same offence' is construed to embody the 'same transaction' standard." Id., at 459-60.

dissenting.)加以反對。首席大法官 Burger 說:【大法官 Brennan 協同意見書之精華，主張本案情節之全部，乃為「單一勾當 one transaction」、「單一事件 one episode」(或者，若可由我描述其特性，我或稱之為「一場嬉鬧 one frolic」)，因此，乃僅為「單一之犯罪 only one crime」。Brennan 看問題之方法，完全忽略本案計有對於搶劫 6 個被害人而生之 6 件各別獨立訴追之意義所在。[205] 「單一嬉鬧 single frolic」之觀念，其立論基礎之一，係謂單一犯罪事件「不可分 indivisible」。吾人就此立論之簡短回應是：就被害人而言，此一犯罪行為之分割，輕而易舉，且分割而出之各部分，均極具個別性；且每部分之犯罪，均係針對特定個人而為之一件犯罪。在我而言，如果將本案情境中對於 6 個特定個人所進行之 6 件個別攻擊，說成是「單一勾當 a single transaction」，我認為這是對於人類人格尊嚴及個人獨立性之一種貶損。[206] 有如聯邦最高法院一般，一切法院固均應將被告之個人權利及人性尊嚴，提升至一定之高度，但卻不應如此隨便，逕將多數被害人揉成一團而加以對待。我寧願授與被害人個人地位之尊嚴，等同被告一般，不較多，但確定也不較少。[207] 】

由於「同一勾當標準 the same transaction test」，的確存在問題，聯邦最高法院始終拒絕採取此一見解。[208]

---

205 "The essence of Mr. Justice BRENNAN's concurrence is that this was all one transaction, one episode, or, if I may so characterize it, one frolic, and, hence, only one crime. His approach, like that taken by the Court, totally overlooks the significance of there being six entirely separate charges of robbery against six individuals." Id., at 468.

206 "One of the theses underlying the 'single frolic' notion is that the criminal episode is 'indivisible.' The **short answer to that is that** to the victims, the criminal conduct is readily divisible and intensely personal; each offense is an offense against a person. For me it demeans the dignity of the human personality and individuality to talk of 'a single transaction' in the context or six separate assaults on six individuals." Id., at 468-69.

207 "No court that elevates the individual rights and human dignity of the accused to a high place-as we should-ought to be so casual as to treat the victims as a single homogenized lump of human clay. I would grant the dignity of individual status to the victims as much as to those accused, not more but surely no less." Id., at 469.

208 "The Court has "steadfastly refused to adopt the 'single transaction' view of the Double Jeopardy Clause."" See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, **Annotations p.6,** supra note 94; See also, Garrett v. United States, 471 U.S. 773, 790 (1985). Earlier, the approach had been rejected by Chief Justice

第 七 款 「附帶禁反言 collateral estoppel；爭點效 issue preclusion」理論

按，既判力在實體面「行為不兩罰」、「實質確定力」之作用，所發生之另一重要效果，為禁止矛盾。禁止矛盾之效果，分成兩方面，其一為「關於訴訟標的本身之**排除效**」，此在美國，稱為「直接禁反言（direct estoppel）」，或逕稱為「排除效（claim preclusion）」；[209] 另一為「非關訴訟標的本身之**爭點效**」，此在美國，稱為「附帶禁反言（collateral estoppel）」，或逕稱為「爭點效（issue preclusion）」。[210] 以下所介紹者，為「附帶禁反言 collateral estoppel；爭點效 issue preclusion」。[211]

Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970) 一案之背景事實，已詳見前述。聯邦最高法院就此案判決之過半數之意見（majority），係採納「附帶禁反言 collateral estoppel」之見解，資為立論基礎。而「附帶禁反言 collateral estoppel」理論，亦自此確立為二重危險法則之重要內涵。

Ashe 一案過半數之意見（majority）指出：【正如本件原聯邦地方法院及聯邦上訴法院之所見，本件系爭事實確與 Hoag v. New Jersey, 356 U.S. 464 (1958)一案之事實相同。在 Hoag 一案，被告 Hoag 因涉嫌在一處酒館持械搶劫三個男人及其他人而接受審判。關於搶劫事實之證明，雖然清楚明白，但資以指認被告 Hoag 即係搶匪之一之證據卻嫌薄弱，

Burger in Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436, 468 (1970) (dissenting), by him and Justice Blackmun in Harris v. Washington, 404 U.S. 55, 57 (1971) (dissenting), and, perhaps, by Justice Rehnquist in Turner v. Arkansas, 407 U.S. 366, 368 (1972) (dissenting).

209 "Claim preclusion is one subset of res judicata. Claim preclusion is asserted by a party in the second action who claims that the other party cannot bring the lawsuit because the claim was already litigated in the first action. The party asserting claim preclusion can argue that the other party either lost in the first lawsuit and is therefore barred from bringing the claim, or the other party won in the prior lawsuit and therefore the claim merged in the first judgment." See, Michelle S. Simon, Offensive Issue Preclusion in the Criminal Context: Two Steps Forward, One Step Back, 34 U. Mem. L. Rev. 753, n3.（2004）.

210 "Courts use the phrases collateral estoppel and issue preclusion interchangeably." Id., n.4.

211 關於「附帶禁反言 collateral estoppel；爭點效 issue preclusion」，並請參閱本文第四章第四節第二款「爭點效」。

而被告 Hoag 又提出不在場之抗辯。結果，陪審作出無罪之評決。後來，被告 Hoag 再度為涉嫌搶劫酒館中之第四個人之指控接受審判。此回審判之結果，陪審認定被告 Hoag 有罪。被告 Hoag 在州法院上訴失敗後，上訴到聯邦最高法院。[212] 鑑於本件上訴所提出之問題，只論及憲法增修條文§14 正當程序條款（即 New Jersey 檢方之追訴過程，是否已導致不公平），聯邦最高法院拒絕撤銷系爭有罪判決，蓋依據卷證所示情況，聯邦最高法院無從認定被告 Hoag 所受之二度訴追及判罪，已違反正當程序。聯邦最高法院並以為，該院就**「附帶禁反言（collateral estoppel，即相同當事人間之爭點在前此審判中既經事實上之判斷，即禁止在後來之訴訟中再事爭執之原則）」**，是否在州法院刑事審判中，成為正當程序之一項要件，亦無須有所判斷；蓋聯邦最高法院已接受 New Jersey 法院所認，被告 Hoag 前此之無罪判決，無論如何，均不足以產生禁反言之效果。再者，聯邦最高法院以為，該院甚至無庸斟酌禁反言是否為憲法增修條文§5 禁止二重危險保障條款之要素。[213] 然而，依據 Benton v. Maryland, 395

---

212 "As the District Court and the Court of Appeals correctly noted, the operative facts here are virtually identical to those of Hoag v. New Jersey, supra. In that case the defendant was tried for the armed robbery of three men who, along with others, had been held up in a tavern. The proof of the robbery was clear, but the evidence identifying the defendant as one of the robbers was weak, and the defendant interposed an alibi defense. The jury brought in a verdict of not guilty. The defendant was then brought to trial again, on an indictment charging the robbery of a fourth victim of the tavern holdup. This time the jury found him guilty. After appeals in the state courts proved unsuccessful, Hoag brought his case here." See, ASHE v. SWENSON , 397 U.S. 436, 441 (1970).

213 "Viewing the question presented solely in terms of Fourteenth Amendment due process-whether the course that New Jersey had pursued had 'led to fundamental unfairness,' 356 U.S., at 467 , 78 S.Ct. at 832-this Court declined to reverse the judgment of conviction, because 'in the circumstances shown by this record, we cannot say that petitioner's later prosecution and conviction violated due process.'6 356 U.S., at 466 . The Court found it unnecessary to decide whether 'collateral estoppel'-the principle that bars relitigation between the same parties of issues actually determined at a previous trial-is a due process requirement in a state criminal trial, since it accepted New Jersey's determination that the petitioner's previous acquittal did not in any event give rise to such an estoppel. 356 U.S., at 471 . And in the view the Court took of the issues presented, it did not, of course, even approach consideration of whether collateral estoppel is an ingredient of the Fifth Amendment guarantee against double jeopardy." Id., at 441-42.

U.S. 784 (1969)一案所提出之原理，使本案爭點出現與 Hoag v. New Jersey, 356 U.S. 464 (1958)所見大有不同之觀點。問題之所在，已非「附帶禁反言」是否為正當程序之要件，而是「附帶禁反言」是否為憲法增修條文§5 禁止二重危險保障條款之一部分。而且，如果「附帶禁反言」已經禁止二重危險保障條款加以具體化，則「附帶禁反言」在特定案件中之可適用性，已不再是可留給州法院在「基本公平」之泛泛領域中妄加決定之問題，而是聯邦最高法院應經由全盤卷證之檢驗而作成判斷之憲法問題。[214] **「附帶禁反言 collateral estoppel」係一項棘手之片語，但卻代表吾人當事人主義司法制度一項極端重要之法則。此一法則之簡單意旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執。雖然，此一法則係先在民事訴訟之領域中發展而出，但「附帶禁反言」法則至少於 50 多年前，聯邦最高法院在 United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85 (1916) 一案之判決中，已將之確立為聯邦刑事司法之一項法則。**[215] 正如大法官 Holmes 在該 Oppenheimer 一案判決中所言：如此經常且理所當然般被以嚴肅敬畏之態度所提到之對人保

[214] "The doctrine of Benton v. Maryland, 395 U.S. 784(1969), puts the issues in the present case in a perspective quite different from that in which the issues were perceived in Hoag v. New Jersey, Supra. The question is no longer whether collateral estoppel is a requirement of due process, but whether it is a part of the Fifth Amendment's guarantee against double jeopardy. And if collateral estoppel is embodied in that guarantee, then its applicability in a particular case is no longer a matter to be left for state court determination within the broad [397 U.S. 436 , 443] bounds of 'fundamental fairness,' but a matter of constitutional fact we must decide through an examination of the entire record. Cf. New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 285 , 728-729d 686; Niemotko v. Maryland, 340 U.S. 268, 271 , 327; Watts v. Indiana, 338 U.S. 49, 51 , 1348; Chambers v. Florida, 309 U.S. 227, 229 , 473-474; Norris v. Alabama, 294 U.S. 587, 590 ." Id., at 442-43.

[215] "'Collateral estoppel' is an awkward phrase, but it stands for an extremely important principle in our adversary system of justice. It means simply that when an issue of ultimate fact has once been determined by a valid and final judgment, that issue cannot again be litigated between the same parties in any future lawsuit. Although first developed in civil litigation, collateral estoppel has been an established rule of federal criminal law at least since this Court's decision more than 50 years ago in United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85(1916)." Id., at 443.

障（指禁反言原則），如竟少於對債務責任之保障（指刑事方面之保障竟少於民事），自無斯理。[216] 因此，「禁反言」之作為聯邦法則，「由於來得太晚，以致未能想起此一法則並未充分適用於刑事案件之先前判決；其原因在於，或者欠缺相互關係，或者先前無罪判決之出現，儘管並非檢方必然就其所需證明之各個環節，盡皆舉證失敗，亦被信為只不過反映，係因檢方就其案件之證明，依其全部證據為整體之觀察，未能盡其較高標準之舉證責任之故。（見 United States v. Kramer, 289 F.2d 909, 913.）」[217] 聯邦之諸多判決，已曾明白指出：禁反言法則在刑事案件之適用，並非依據 19 世紀一本訴訟法書籍所述高技術性並古老之方法而為之，而係應基於現實性及合理性之方法而運作。[218] 當先前之無罪判決，係基於一個籠統性之陪審評決而作出時（經常之情形係如此），如欲適用禁反言法則，則其合乎現實性及合理性之方法是：當要求法院就前此作出無罪判決之訴訟程序，進行卷證之檢驗，並將其書狀、證據、指控及其他相關事項納入考量，以判斷一個理性之陪審團，是否可能係基於一項特定之爭點而作出其無罪之評決，亦即，其無罪之評決並非基於被告所冀望排除其受到陪審斟酌之事項（意指冀望不利於被告之事項經陪審摒棄不採）而為之。[219] 此一調查，必須設

[216] "As Mr. Justice Holmes put the matter in that case, 'It cannot be that the safeguards of the person, so often and so rightly mentioned with solemn reverence, are less than those that protect from a liability in debt.' 242 U.S., at 87 , 37 S.Ct. at 69." Id.

[217] "As a rule of federal law, therefore, '(i)t is much too late to suggest that this principle is not fully applicable to a former judgment in a criminal case, either because of lack of 'mutuality' or because the judgment may reflect only a belief that the Government had not met the higher burden of proof exacted in such cases for the Government's evidence as a whole although not necessarily as to every link in the chain.' United States v. Kramer, 289 F.2d 909, 913." Id.

[218] "The federal decisions have made clear that the rule of collateral estoppel in criminal cases is not to be applied with the hypertechnical and archaic approach of a 19th century pleading book, but with realism and rationality." Id., at 444.

[219] "Where a previous judgment of acquittal was based upon a general verdict, as is usually the case, this approach requires a court to 'examine that record of a prior proceeding, taking into account the pleadings, evidence, charge, and other relevant matter, and conclude whether a rational jury could have grounded its verdict upon an issue other than that which the defendant seeks to foreclose from consideration.'" Id.

定在一個講究實際之框架中，並注意其訴訟程序之全盤情況。[220] 當然，採行任何在技術上有較多限制之準則以適用禁反言法則，即等於是對於禁反言法則適用於刑事訴訟程序之拒絕；此至少在先前無罪判決係基於籠統性陪審評決而作出時，情形係屬如此。[221] 直截了當適用聯邦禁反言法則於本案之結果，足以導出唯一之結論。亦即，由於在卷證中，欠缺任何跡象足以導致前此作出無罪判決之陪審，可能合理認定持械搶劫一事並未發生，或 Knight 並非系爭搶劫事件之被害人；職是之故，所餘攤在陪審面前，唯一可以合理想到之爭點，必係被告 Ashe 是否為搶匪之一；而陪審經由其評決，已認定 Ashe 並非搶匪。因此，聯邦禁反言法則，將使對於 Ashe涉嫌搶劫 Roberts 部分所進行之第二個訴追，完全受到禁止。[222]在前述 Benton v. Maryland 一案之觀點中，認為有待解決之終極問題是：**此一已經確立之聯邦「附帶禁反言法則」，是否經由憲法增修條文§5 禁止二重危險之保障條款加以具體化？今天，聯邦最高法院毫不猶豫，認定其答案為：「是」**。因為，不論此一憲法保障條款所保障者尚可能包括如何之其他事物，至少可以確定者是：此一條款，保障已受無罪判決之個人，免於二度遭受笞刑。[223] 茲問題之所

---

220 "The inquiry 'must be set in a practical frame and viewed with an eye to all the circumstances of the proceedings.' Sealfon v. United States, 332 U.S. 575, 579 , 240." Id.

221 "Any test more technically restrictive would, of course, simply amount to a rejection of the rule of collateral estoppel in criminal proceedings, at least in every case where the first judgment was based upon a general verdict of acquittal." Id.

222 "Straightforward application of the federal rule to the present case can lead to but one conclusion. For the record is utterly devoid of any indication that the first jury could rationally have found that an armed robbery had not occurred, or that Knight had not been a victim of that robbery. The single rationally conceivable issue in dispute before the jury was whether the petitioner had been one of the robbers. And the jury by its verdict found that he had not. The federal rule of law, therefore, would make a second prosecution for the robbery of Roberts wholly impermissible." Id., at 445.

223 "The ultimate question to be determined, then, in the light of Benton v. Maryland, supra, is whether this established rule of federal law is embodied in the Fifth Amendment guarantee against double jeopardy. We do not hesitate to hold that it is. 10 For whatever else that [397 U.S. 436 , 446] constitutional guarantee may embrace, North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 , 2076, it surely protects a man who has been acquitted from having to 'run the gantlet' a second time. Green

在，並非 Missouri 檢方是否可以將被告 Ashe 搶劫 6 名賭客之行為，分成 6 個獨立之犯罪，而合法進行追訴；亦非被告 Ashe 如在搶劫 6 名被害人之單一審判程序被判有罪，是否可以受到全部 6 個刑罰之處罰。**其問題之所在，只不過是：在陪審經由評決認定被告 Ashe 並非搶匪之一之後，檢方是否尚可強邀被告 Ashe 在另一個新陪審之前，就同一爭點再行爭訟，而不違憲。**[224] **在第一個陪審就被告 Ashe 涉嫌搶劫 Knight 部分判決無罪之後，Missouri 檢方當然不能使被告 Ashe 就涉嫌搶劫 Knight 部分再度遭受審判。一旦陪審依據相衝突之證言，認定：被告 Ashe 為搶匪之一一事，至少尚存在合理之可疑（亦即，因此判決被告無罪），檢方即不得再提出相同或不同之指認證據，第二次訴追 Ashe 涉嫌搶劫 Knight，而希冀另一不同之陪審或可能認定其證據較具說服力。**[225] **儘管本件之第二次審判，所涉及者係同一搶劫案件之另一被害人，但從合憲性之角度言，其情況於此並無不同。蓋在本案情節中，就被告 Ashe 是否為搶匪之一之爭點言，被害人之名姓為何，並無任何關係。**[226] 檢方在本案之書狀中，已坦率承認，在被告 Ashe 獲判無罪之後，檢方只不過將第一次審判，當成第二次追訴之演習；檢方在其書狀中稱：「檢察官無疑認為在第一次訴追中，檢方有可能證明所訴追之案件，而當檢察官在第一次訴追之舉證失敗後，他

---

v. United States, 355 U.S. 184, 190 , 225." Id., at 445-46.

224 "The question is not whether Missouri could validly charge the petitioner with six separate offenses for the robbery of the six poker players. It is not whether he could have received a total of six punishments if he had been convicted in a single trial of robbing the six victims. It is simply whether, after a jury determined by its verdict that the petitioner was not one of the robbers, the State could constitutionally hale him before a new jury to litigate that issue again." Id., at 446.

225 "After the first jury had acquitted the petitioner of robbing Knight, Missouri could certainly not have brought him to trial again upon that charge. Once a jury had determined upon conflicting testimony that there was at least a reasonable doubt that the petitioner was one of the robbers, the State could not present the same or different identification evidence in a second prosecution for the robbery of Knight in the hope that a different jury might find that evidence more convincing." Id.

226 "The situation is constitutionally no different here, even though the second trial related to another victim of the same robbery. For the name of the victim, in the circumstances of this case, had no bearing whatever upon the issue of whether the petitioner was one of the robbers." Id.

當如一切優秀律師一般，為其所當為，亦即：他將依據第一次審判所兜過之情況，精進其第二次審判之舉證。」然而，此正係憲法二重危險法則所禁止者。[227] 原判決撤銷，本案發回聯邦第 8 上訴法院，命依本院上開判決意旨更為審判。茲判決如上。[228] 】要之，本案關於「**被告 Ashe 並非搶匪之一**」之事實爭點，既經第一次審判為終局判斷後，則相同當事人間（即檢方與被告 Ashe 間），就該事實爭點，即不得在將來之任何訴訟中，再事爭執；是以本件之第二度起訴，已使被告 Ashe 蒙受二重危險，而應受禁止。

第 六 節 何種情況下可謂特定人已蒙受二重危險（When is someone put in jeopardy twice）？

既有前此各節之探究後，於此當研討在何種情況下可謂特定人已蒙受二重危險。蓋美國憲法增修條文§5 規定：「nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb（不得使任何人因同一犯罪而蒙受兩度生命上或肢體上之危險）」；因此，遭受刑事訴追之特定人，如足以斷定其所遭受之訴追，係屬因同一犯罪而蒙受二重危險時，即可援引上開憲法保障條款，聲請法院駁回其訴追。職是之故，研討在何種情況下可謂特定人已蒙受二重危險，有其重要性。

茲整理特定人蒙受二重危險之可能情形如下：

一、在陪審審判（jury trial），「陪審組成並宣誓完畢，危險即告貼加（jeopardy attaches when the jury is empaneled and sworn）」。其理由建立在「被告享有保留其所挑選之陪

[227] "In this case the State in its brief has frankly conceded that following the petitioner's acquittal, it treated the first trial as no more than a dry run for the second prosecution: 'No doubt the prosecutor felt the state had a provable case on the first charge and, when he lost, he did what every good attorney would do-he refined his presentation in light of the turn of events at the first trial.' But this is precisely what the constitutional guarantee forbids." Id., at 447.

[228] "The judgment is reversed, and the case is remanded to the Court of Appeals for the Eighth Circuit for further proceedings consistent with this opinion. It is so ordered." Id.

審之利益，對於此一利益有善加保護之必要（the need to protect the interest of an accused in retaining a chosen jury）」之上。聯邦最高法院就被告之此一利益，在 Wade v. Hunter, 336 U.S. 684（1949）一案判決中，將之形容為：係被告所享有「將其審判由一特定法庭予以完成之寶貴權利（valued right to have his trial completed by a particular tribunal）」。此一利益，在英美刑事司法之「陪審審判」發展史中，業已根深蒂固。貫串「陪審審判」之發展史，由其中所營造出之一項強固傳統，乃「陪審一旦組成，在其完成宣示評決之神聖使命之前，不得加以解散 （once banded together a jury should not be discharged until it had completed its solemn task of announcing a verdict）」。[229] 而被告之此項權利所以如斯寶貴之理由，尤在於被告享有就其案件之審判應「一次便是全部（once and for all）」般予以完成之法律上利益；並一次便是全部般「了結其就所涉案件與乎社會之面對（concluding his confrontation with society）」。[230] 所以須如此者，蓋可藉之免去被告遭受重複審判之耗費與折磨、生活於可能被羅織入罪之焦慮不安中；並以防範檢方假借次復一次之審判，資以研求更多之證據，並探知辯方之防禦策略，而增強其攻擊之力道。[231] 因此，「陪審組成並宣誓完畢」後，第 1 次性危險業告貼加，二重危險法則開始作用。其已貼加第 1 次性危

229 “The reason for holding that jeopardy attaches when the jury is empaneled and sworn lies in the need to protect the interest of an accused in retaining a chosen jury. That interest was described in Wade v. Hunter（336 U.S. 684）, as a defendant's "valued right to have his trial completed by a particular tribunal." 336 U.S., at 689 . It is an interest with roots deep in the historic development of trial by jury in the Anglo-American system of criminal justice. Throughout that history there ran a strong tradition that once banded together a jury should not be discharged until it had completed its solemn task of announcing a verdict. ” See, CRIST v. BRETZ, 437 U.S. 28, 35-36 (1978).

230 “The reason the defendant's right is so "valued" is that he has a legitimate interest in completing the trial "once and for all" and "concluding his confrontation with society."” See, United States v. Jorn, 400 U.S. 470, 486 (1971) (plurality opinion).

231 “so as to be spared the expense and ordeal of repeated trials, the anxiety and insecurity of having to live with the possibility of conviction, and the possibility that the prosecution may strengthen its case with each try as it learns more of the evidence and of the nature of the defense.”See, Arizona v. Washington, 434 U.S. 497, 503 -05 (1978); Crist v. Bretz, 437 U.S. 28, 35 -36 (1978).

險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決，固無論；即使其審判因故中止，例如宣告誤審（mistrial），而未有終局判決出現，亦因二重危險法則之禁止，阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行二度之訴追。亦即，以後之再行訴追，對於被告而言，構成第 2 次性危險，被告即可援引上開憲法保障條款，聲請法院駁回其訴追。但是，宣告誤審，有時可能係出於「顯然必要（manifest necessity）」[232] 之結果，諸如，陪審不能達成評決（the jury cannot reach a verdict），[233] 或情況顯然阻礙審判之繼續是。[234] 在此種「顯然必要」下所宣告之誤審，自不妨重開審判，而無牴觸二重危險法則之虞，是為例外。再者，如係被告自行聲請宣告誤審，或默許宣告誤審，亦應受其自己決定之拘束，而可要求其接受重新之審判。[235]

二、在法官審判（bench trial），即無陪審之審判（non-jury trial）係以「法官開始聽審證據」，[236] 為第 1 次性危險貼加之開始。但事實審之法官，亦有可能依聲請駁回起訴，此種起訴之駁回，既非宣告誤審，亦非宣告無罪，而係一種與事實上有罪或無罪不相關之認定，例如以起訴前存在有害之遲延為由，而為有利於被告之終結審判之裁定是。[237] 起訴之

---

232 See, United States v. Perez, 22 U.S. (9 Wheat.) 579, 580 (1824).

233 See, Logan v. United States, 144 U.S. 263 (1892).

234 See, Simmons v. United States, 142 U.S. 148 (1891) (juror's impartiality became questionable during trial); Thompson v. United States, 155 U.S. 271 (1884) (discovery during trial that one of the jurors had served on the grand jury which indicted defendant and was therefore disqualified); Wade v. Hunter, 336 U.S. 684 (1949) (court- martial discharged because enemy advancing on site).

235 "Therefore, ordinarily, a defendant who moves for or acquiesces in a mistrial is bound by his decision and may be required to stand for retrial." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** supra note 11.

236 See, Lee v. United States, 432 U.S. 23, 27 n.3 (1977); Serfass v. United States, 420 U.S. 377, 388 (1975).

237 "It may be that the trial judge will grant a motion to dismiss that is neither a mistrial nor an acquittal, but is instead a termination of the trial in defendant's favor based on some decision not relating to his factual guilt or innocence, such as prejudicial preindictment delay. United States v. Wilson, 420 U.S. 332 (1975) (preindictment delay); United States v. Jenkins, 420 U.S. 358 (1975) (determination of law based on facts adduced at trial; ambiguous whether judge's action was acquittal or dismissal); United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978) (preindictment delay)." See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY,

國家圖書館出版品預行編目資料

駁回，縱係發生於本案審判前之準備程序，如其駁回起訴之理由，係與本案之實體有關，亦應認為第一次性之危險業已貼加，從而禁止以後之重行追訴。關於此一問題，「聯邦最高法院曾以5對4之過半數意見，於United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978)一案，認定：決定性要素，在於事實審法官之作為，是否就犯罪構成要件之部分或全部為有利被告之判斷，亦即，事實審法官是否已就被告之有罪或無罪作出某種認定。如事實審法官所為公訴駁回之裁判，涉及有罪或無罪之認定，則在功能上言，等同於無罪判決(原則上，禁止以後之重行追訴)；反之，所有其他情形之公訴駁回之裁判，在功能上言，等同於宣告誤審(原則上，不禁止以後之重行追訴)。」[238]

三、無罪判決。被告經無罪判決後，不得對之再為審判，此乃二重危險法制史中最根本之法則。[239] 此一法則，賦與無罪判決特別之重要性。不論特定無罪判決有何等重大之違誤，如允許在無罪判決後，可以有第二次之審判，將產生一項難以接受之高度危險，亦即，檢方挾其無比優勢之資源，當足以削弱被告之防禦能力，以致即使係無辜之被告，亦終有被定罪之可能。[240] 雖然在其他關於二重危險法則之適用場合，關切之重點，或置諸公共安全之利益上，而不顧二重之危險，因許可續行審判，以追求正確之審判結果(例如，宣告誤審後，許為重行審判之情形)，然而，此種利益權衡之作法，卻絕對不得行之於無罪判決之場合，固不論其無罪判決

Annotations p.4, supra note 40.

238 See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 43.

239 “That a defendant may not be retried following an acquittal is "the most fundamental rule in the history of double jeopardy jurisprudence."” See, United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564, 571 (1977); See also, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

240 “"The law attaches particular significance to an acquittal. To permit a second trial after an acquittal, however mistaken the acquittal may have been, would present an unacceptably high risk that the Government, with its vastly superior resources, might wear down the defendant so that 'even though innocent he may be found guilty.'"” See, United States v. Scott, 437 U.S. 82, 91 (1978) (quoting Green v. United States, 355U.S. 184, 188 (1957)). See also, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

國家圖書館出版品預行編目資料

有何等之違誤，甚至不問其有何等「異乎尋常」之違誤。[241] 而且，無罪判決具有終局確定力（granting absolute finality to acquittal），在憲法上，檢方對於無罪判決絕無上訴之餘地。[242] 因此，無罪判決具有終了第 1 次性危險之絕對效果（an acquittal almost always terminates jeopardy），[243] 從而啟動二重危險法則之保障（triggers double jeopardy protection），禁止對於被告進行再度之訴追。[244]

四、有罪判決。有罪判決，情形則與無罪判決有異。蓋二重危險之禁止，其基本目的之一，在於保護既經有罪判決之被告，免於就同一犯罪遭受二度之訴追。[245] 業已確立之法則是，一行為不二罰。[246] 當然，於被告所謂終局確定之利益，在有罪判決之場合，已變成不是問題之問題，蓋被告最大之可能係提起上訴，而檢方則通常滿足於有罪判決之結果。因此，重行訴追之問題，只存於被告上訴成功之後。[247]

---

241 "While in other areas of double jeopardy doctrine consideration is given to the public-safety interest in having a criminal trial proceed to an error- free conclusion, no such balancing of interests is permitted with respect to acquittals, "no matter how erroneous," no matter even if they were "egregiously erroneous."" See, Burks v. United States, 437 U.S. 1, 16 (1978); Fong Foo v. United States, 369 U.S. 141, 143 (1962). See also, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 40.

242 See, Kepner v. United States, 195 U.S. 100 (1904).

243 ""The protection of the Double Jeopardy Clause by its terms applies only if there has been some event, such as an acquittal which terminates the original jeopardy."" See, Richardson v. United States, 468 U.S. 317, 325 (1984); See also,Smalis v. Pennsylvania, 476 U.S. 140, 145 (1986) ("'Acquittals, unlike convictions, terminate the initial jeopardy.'" (quoting Justices of Boston Mun. Court v. Lydon, 466 U.S. 294, 308 (1984))).

244 See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1184.

245 See, North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 (1969). "A basic purpose of the double jeopardy clause is to protect a defendant "against a second prosecution for the same offense after conviction."" See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

246 See, Ex parte Lange, 85 U.S. (18 Wall.) 163 (1873). "It is "settled" that "no man can be twice lawfully punished for the same offense."" See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

247 "Of course, the defendant's interest in finality, which informs much of double jeopardy jurisprudence, is quite attenuated following conviction, and he will most likely appeal, whereas the prosecution will ordinarily be content with its judgment. The situation involving reprosecution ordinarily arises, therefore, only in the context of successful defense appeals and controversies over punishment." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,***

一般而言，被告上訴成功而經上訴審法院撤銷下級審法院之有罪判決時，下級審法院得對於被告之同一犯罪重行審判；其理論建立在，被告上訴指摘原有罪判決時，已然捨棄其對於進一步訴追之異議權。[248] 因此，一般原則是，被告上訴後，其有罪判決經撤銷時，二重危險法則並不禁止對之重行訴追。[249] 在此情形下，處罰罪犯之社會利益，高過於被告避免進一步訴追之利益。[250] 總之，有罪判決並不自動終了

---

supra note 81.

248 See, United States v. Ball, 163 U.S. 662 (1896). The English rule precluded a new trial in these circumstances, and circuit Justice Story adopted that view. United States v. Gilbert, 25 Fed. Cas. 1287 (No. 15,204) (C.C.D.Mass. 1834). The history is briefly surveyed in Justice Frankfurter's dissent in Green v. United States, 355 U.S. 184, 200 -05 (1957). “Generally, a defendant who is successful in having his conviction set aside on appeal may be tried again for the same offense, the assumption being made in the first case on the subject that, by appealing, a defendant has "waived" his objection to further prosecution by challenging the original conviction.” See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

249 “The general rule is that the double jeopardy clause "does not bar reprosecution of a defendant whose conviction is overturned on appeal."” See, Justices of Boston Mun. Court v. Lydon, 466 U.S. 294, 308 (1984) (dictum); United States v. Ball, 163 U.S. 662, 671-72 (1896); *see* United States v. Coward, 669 F.2d 180, 183 (4th Cir.) (retrial permitted after conviction for conspiracy to distribute drugs reversed on ground that failure to sever defendants' trials prejudiced jury), *cert. denied*, 456 U.S. 946 (1982); United States v. Mize, 756 F.2d 353, 357 n.7 (5th Cir. 1985) (retrial not prohibited by double jeopardy clause when reversal not predicated on evidentiary insufficiency); United States v. Lagerquist, 758 F.2d 1279, 1283 (8th Cir. 1985) (double jeopardy clause not applicable when reversal based on jurisdictional ground rather than finding that evidence legally insufficient); *cf.* Vardas v. Estelle, 715 F.2d 206, 213 (5th Cir. 1983) (retrial on abandoned counts of original indictment permitted when conviction for robbery with firearms reversed on procedural grounds), *cert. denied*, 465 U.S. 1104 (1984). "That a defendant's conviction is overturned on collateral rather than direct attack is irrelevant for purposes [of deciding the retrial issue]." United States v. Tateo, 377 U.S. 463, 466 (1964) (retrial permitted after reversal on habeas corpus review).

250 “In such cases, society's interest in punishing criminals outweighs the defendant's interest in avoiding further prosecution.” See, United States v. Tateo, 377 U.S. 463, 466 (1964) (retrial not barred after kidnapping conviction reversed because trial judge improperly induced guilty plea; contrary holding would seriously interfere with administration of justice). Because a contrary rule might discourage appellate courts from zealously attacking trial error, the rule also serves the defendant's interests. *Id.* The main rationale for permitting retrial is that the original jeopardy continues until criminal proceedings have "run their full course." Price v. Georgia, 398 U.S. 323, 326 (1970); *see also* United States v. Hayes, 676 F.2d 1359, 1363 (11th Cir.) (once defendant affirmatively seeks and obtains reversal of conviction, none of traditional policies underlying double jeopardy,

危險，蓋有罪之被告得對於有罪判決上訴，在上訴程序中，原本之危險猶然繼續。有此「危險繼續」之理論，遂容許進行二度之審判（包括上訴審及上訴成功後之發回更審）。[251] 因此，有罪判決，係在有罪之被告並未挑戰或未能成功挑戰有罪判決時，其危險終了。[252] 自此時起，有罪判決確定之被告，開始受二重危險法則之保障，禁止就其有罪判決確定之同一犯罪為再度之訴追。

五、隱含之無罪宣告。被告經審判後，如係就其被訴較重罪名之犯罪行為適用較輕之罪名論罪，而經上訴撤銷其有罪判決時，當禁止就其較重之罪名重行審判。在 Green v. United States, 355 U.S. 184 (1957) 一案，被告被控一級謀殺，結果以二級謀殺論罪；聯邦最高法院認定，在被告上訴撤銷原有罪判決後，固當然可就其二級謀殺罪部分重行審判，但就一級謀殺罪部分，基於第一次判決已隱含宣告其為無罪之原理，即不得再對之重行審判。[253] 即使聯邦最高法

---

such as avoidance of multiple punishments or prosecutorial harassment, apply), *cert. denied*, 459 U.S. 1040 (1982).

251 See, *Lydon*, 466 U.S. at 309 (viewing the two *Lydon* trials not as distinct trials, but instead as a "'continuous course of judicial proceedings'" (quoting Lydon v. Justices of Boston Mun. Court, 698 F.2d 1, 12 (1st Cir. 1982))). The continuing jeopardy concept originates with *Ball v. United States*, 163 U.S. 662 (1896). "Conviction does not automatically terminate jeopardy because the convicted person can appeal, and the *same* jeopardy is said to continue during the appellate process. This "continuing jeopardy" theory allows for retrials." See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1184. "Once a defendant has been convicted, jeopardy is not terminated with respect to the conviction until the criminal proceedings have "run their full course."" See, Price v. Georgia, 398 U.S. 323, 326 (1970). "If a defendant's conviction is reversed on appeal and retrial is permitted, the defendant is considered to be in "**continuing jeopardy**."" See, Justices of Boston Mun. Court v. Lydon, 466 U.S. 294, 308 (1984) (concept of continuing jeopardy implicit in rule permitting retrial after reversal of conviction).

252 "A conviction terminates jeopardy when the convicted fails to successfully challenge his conviction." See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1184. "Once the proceedings have run their full course, a conviction terminates the original jeopardy and a subsequent prosecution for the same offense is barred by the double jeopardy clause." See, *In re* Nielsen, 131 U.S. 176, 187 (1889) (final conviction for unlawful cohabitation bars subsequent prosecution for adultery when commission of adultery included as integral part of convicted offense).

253 The decision necessarily overruled Trono v. United States, 199 U.S. 521 (1905), although the Court purported to distinguish the decision. Green v. United States, 355 U.S. 184, 194 -97 (1957). See also Brantley v. Georgia, 217 U.S. 284 (1910)

院認為第一次審判中，陪審之判斷顯然有誤，但二重危險禁止原則，仍要求陪審所為隱含之無罪宣告，應受尊重。〔筆者按，Green 在第一次判決中，經以二級謀殺論罪，判處徒刑，Green 提起上訴，原有罪判決經撤銷發回更審，第二次判決，改以一級謀殺論罪，判處死刑。〕[254]

六、上級審法院以證據不足為理由撤銷下級審法院之有罪判決。在 Burks v. United States, 437 U.S. 1 (1978) 一案，上級審法院以檢方未能駁斥被告心神喪失之證據為由，撤銷下級審法院所為被告有罪之判決。在指示不得對於被告重行審判時，聯邦最高法院評論稱，如果事實法院在第一審審判時，一如上訴審法院所言一般而為其所應為，即可能導出一項無罪判決，在此情形下，當然不得對於被告之同一犯罪重行審判------，上級審法院認定為證據不足，而非事實法院認定為證據不足，其實兩者並無差別。二重危險條款禁止檢方反覆尋求將被告定罪之根本政策，業已杜絕檢方將其在第一次審判程序中所未蒐羅到手之證據另有補充利用之機會。[255]

(no due process violation where defendant is convicted of higher offense on second trial). "An exception to full application of the retrial rule exists, however, when defendant on trial for an offense is convicted of a lesser offense and succeeds in having that conviction set aside. Thus, in Green v. United States, defendant had been placed on trial for first degree murder but convicted of second degree murder; the Court held that, following reversal of that conviction, he could not be tried again for first degree murder, although he certainly could be for second degree murder, on the theory that the first verdict was an implicit acquittal of the first degree murder charge." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

254 "Even though the Court thought the jury's action in the first trial was clearly erroneous, the double jeopardy clause required that the jury's implicit acquittal be respected." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

255 See, Burks v. United States, 437 U.S. 1, 10-11(1978). See also Greene v. Massey, 437 U.S. 19 (1978) (remanding for determination whether appellate majority had reversed for insufficient evidence or whether some of the majority had based decision on trial error); Hudson v. Louisiana, 450 U.S. 40 (1981) (Burks applies where appellate court finds some but insufficient evidence adduced, not only where it finds no evidence). Burks was distinguished in Justices of Boston Municipal Court v. Lydon, 466 U.S. 294 (1984), holding that a defendant who had elected to undergo a bench trial with no appellate review but with right of trial de novo before a jury (and with appellate review available) could not bar trial de novo and reverse his bench trial conviction by asserting that the conviction had been based on insufficient evidence. The two-tiered system in effect gave the

七、既判力擴張。判斷被告是否因「同一犯罪（the same offense）」而被置於危險之中，在美國，係採「Blockburger 標準（Blockburger test）」，亦即所謂「要件同一說（same element test）」、「證據同一說（same evidence test; identical evidence test）」、或「犯罪構成要件包括的同一說（same element in a lesser included offenses test）」。Blockburger 標準，係聯邦最高法院於 1932 年，在 Blockburger v.United States, 284 U.S. 299 (1932)一案判決中所提出，其要旨為：「當同一行為(the same act)或同一非法勾當(the same transaction)構成對於兩項不同法律規定之違背時，用以判斷其究為一件犯罪抑或兩件犯罪之標準，乃各該個別之法律規定，是否要求各自證明一項事實，而此一各自須加以證明之事實，卻係另一規定所不需要者」。[256] 在此情形下，兩罪之犯罪構成要件縱有雷同，但因不能彼此包括，故為兩項獨立之犯罪，可一併加以追追訴處罰，而不發生二重危險之問題。亦即，對於單一行為，可依據不同之犯罪規定予以追訴處罰之前提是，此二法律所規定之犯罪，各須證明一項他一規定所不需要之要件。[257] 蓋在此際，雖係單一行為，卻係兩件犯罪。[258] 茲

---

defendant two chances at acquittal; under those circumstances jeopardy was not terminated by completion of the first entirely optional stage. “Still another exception arises out of appellate reversals grounded on evidentiary insufficiency. Thus, in Burks v. United States, the appellate court set aside the defendant's conviction on the basis that the prosecution had failed to rebut defendant's proof of insanity. In directing that the defendant could not be retried, the Court observed that if the trial court "had so held in the first instance, as the reviewing court said it should have done, a judgment of acquittal would have been entered and, of course, petitioner could not be retried for the same offense. . . . [I]t should make no difference that the reviewing court, rather than the trial court, determined the evidence to be insufficient." The policy underlying the clause of not allowing the prosecution to make repeated efforts to convict forecloses giving the prosecution another opportunity to supply evidence which it failed to muster in the first proceeding.” See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** supra note 81.

256 “The rule, announced in Blockburger v. United States, 139 "is that where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions, the test to be applied to determine whether there are two offenses or only one, is whether each provision requires proof of a fact which the other does not."” See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.6,*** supra note 94.

257 “A single act may be prosecuted and punished under different statutory provisions

if each offense requires proof of an element that the other does not." See, Blockburger v.United States, 284 U.S. 299 (1932) at 304; See also, PROJECT: SIXTEENTH ANNUAL REVIEW OF CRIMINAL PROCEDURE, supra note 63, at 1014.

258 See, Therrien v. Vose, 782 F.2d 1, 5 (1st Cir. 1986) (defendant's argument that imposition of two consecutive life sentences for murders of two victims violated double jeopardy clause because jury conceivably could have found defendant guilty of murder of first victim based solely on their finding that he had committed underlying felony of murdering second victim was without merit; murders of two victims were two distinct offenses to be proved separately, each was independently supported by prosecution's evidence, and each offense carried its own penalties), *cert. denied*, 106 S. Ct. 2285 (1986); Government of Virgin Islands v. Grant, 775 F.2d 508, 513-14 (3d Cir. 1985) (double jeopardy not violated by sentencing defendant to prison on charge of possession of dangerous weapon during violent crime and placing defendant on probation for assault arising from same incident); United States v. Grandison, 783 F.2d 1152, 1156 (4th Cir.) (double jeopardy clause does not limit Congress' ability to define allowable unit of prosecution and punishment when all charges brought in one suit), *cert. denied*, 107 S. Ct. 160 (1986); United States v. Love, 767 F.2d 1052, 1062-63 (4th Cir. 1985) (defendant's convictions of conspiracy to import drugs and conspiracy to possess drugs with intent to distribute, did not violate double jeopardy rule against multiple punishments for same crime because each conspiracy conviction involved element of proof not in others), *cert. denied*, 106 S. Ct. 849 (1986); United States v. Teplin, 775 F.2d 1261, 1264-65 (4th Cir. 1985) (count alleging violation of Travel Act and count alleging attempted extortion were not duplicitous, but charged separate offenses); United States v. Maggitti, 784 F.2d 590, 599-600 (5th Cir. 1986) (separate counts charging that single act violated both statute prohibiting witness tampering and statute prohibiting retaliation against witness were not duplicitous because each statutory provision required proof of fact that other did not); United States v. Foster, 789 F.2d 457, 459-60 (7th Cir.) (willfully attempting to evade income taxes and willfully filing false employee's withholding allowance certificate are separate offenses), *cert. denied*, 107 S. Ct. 273 (1986); United States v. Muza, 788 F.2d 1309, 1312 (8th Cir. 1986) (arson and conspiracy to commit arson separate and distinct crimes for double jeopardy purposes); United States v. Risken, 788 F.2d 1361, 1369 (8th Cir.) (conviction under one statute required proof of defendant's knowledge of pending judicial proceeding, which was expressly not element of violation under other statute, thus, two convictions separate for double jeopardy purposes), *cert. denied*, 107 S. Ct. 329 (1986); Colley v. Summer, 784 F.2d 984, 989 (9th Cir.) (although intentional infliction of substantial bodily harm is basis for inferring intent to kill as required for a conviction for offense of attempted murder under Nevada law, an intent to kill not necessary element of offense of battery with intent to commit sexual assault; thus two offenses distinct for double jeopardy purposes), *cert. denied*, 107 S. Ct. 142 (1986); United States v. Roberts, 783 F.2d 767, 769 (9th Cir. 1985) (perjury counts required proof of facts which concealment count did not and therefore district court did not abuse discretion in denying defendant's motion to dismiss perjury counts on double jeopardy grounds); Timberlake v. United States, 767 F.2d 1479, 1481-82 (10th Cir. 1985) (convictions of conspiracy to import cocaine, conspiracy to distribute cocaine, and conspiracy to travel in

整理其公式如下：如甲案所須證明之構成要件事實為 A+B；乙案所須證明之構成要件事實為 A+C。甲、乙兩案，固均須證明相同之 A 構成要件事實，但甲案另須證明乙案所不需要之 B 構成要件事實，又乙案另須證明甲案所不需要之 C 構成要件事實，因此，甲、乙兩案縱係衍生自同一行為，但兩者構成要件事實不一，所需用以證明之證據相異，所以並非同一案件，即就兩案件一併加以追訴，亦不發生二重危險之問題。「Blockburger 標準」之立論，既係著眼於「構成要件事實」，及資以證明構成要件事實所需之「證據」，以判斷二以之案件是否為同一案件，因又得其名曰：「要件同一說

---

interstate and foreign commerce with intent to promote unlawful activity did not violate double jeopardy clause despite assertion that there was single conspiracy for which imposition of several punishments not permissible), *cert. denied*, 106 S. Ct. 883 (1986); United States v. Miles, 772 F.2d 613, 616-17 (10th Cir. 1985) (multiple convictions under National Firearms Act proper even if arising from single act or transaction as long as each offense requires proof of some fact not required by other); United States v. Fiallo-Jacome, 784 F.2d 1064 (11th Cir. 1986) (test for determining whether multiple charges constitute only one offense is whether each charge required proof of additional fact that other does not); United States v. Souder, 782 F.2d 1534, 1538-39 (11th Cir. 1986) (although involving the same marijuana and cocaine seized from boat, no multiplicity in count charging conspiracy to possess with intent to distribute quantity of cocaine, another count alleging same with respect to marijuana, and separate counts for intent to distribute same cocaine and marijuana to United States citizens); United States v. Collins, 779 F.2d 1520, 1527 (11th Cir. 1986) (imposition of separate judgments and consecutive sentences for conspiracy to possess with intent to import marijuana into United States, attempted importation of marijuana, and aiding and abetting possession of marijuana with intent to import marijuana into United States did not violate double jeopardy clause, despite assertion that substantive charges had merged). *But see* United States v. Baugh, 787 F.2d 1131 (7th Cir. 1986) (unless government specifically proves defendant separately acquired or stored his weapons, he is presumed to have committed only one crime of unlawful receipt of firearm, and court may impose sentence for only one offense); United States v. Cerro, 775 F.2d 908, 913 (7th Cir. 1985) (government could not impose consecutive sentences on defendant for multiple conspiracies simply by failing to present evidence to establish single, overarching conspiracy, though it could easily have done so).

Certain jury instructions may cause normally separate offenses to be viewed as a single offense for double jeopardy purposes. *See* Pryor v. Rose, 724 F.2d 525, 530 (6th Cir. 1984) (while assault with intent to commit murder and assault to commit robbery with deadly weapon ordinarily separate offenses, offenses same when instructions allowed intent to commit murder to be supplied by finding of intent to commit robbery).

（same element test）」、「證據同一說（same evidence test; identical evidence test）」。然而，「Blockburger 標準」之適用，其實不以上述情形為限，而尚有派生之狀況，亦須求諸「Blockburger 標準」以為解決。例如，甲案所須證明之構成要件事實為 A+B+C；乙案所須證明之構成要件事實為 A+B。甲、乙兩案，固均須證明相同之 A+B 構成要件事實，但甲案另須證明乙案所不需要之 C 構成要件事實，此際，甲、乙兩案是否為同一案件，在判斷上，即滋生疑問。就此，如依上開 Blockburger 判決理由所謂：「單一行為，觸犯兩項法律所規定之罪名；如果各該法律所規定之罪名，各自要求證明一件額外之事實，而此一各自所需額外事實之證明，卻為另一規定之罪名所不需要時，應認定已構成兩件犯罪」之判斷標準，作反面解釋，應可得到：「單一行為，觸犯兩項法律所規定之罪名；如果其中一法律規定之罪名，所要求證明之事實，均為另一規定之罪名所需要時，應認定只構成一件犯罪」之結論。[259] 因此，上舉之例，乙案所須證明之構成要件事實為 A+B，甲案所須證明之構成要件事實為 A+B+C；足見乙案所須證明之 A+B，均為甲案在證明其 A+B+C 時所需要，從而，應認定甲案、乙案只構成一件犯罪；亦即，乙案為甲案所包括；甲案、乙案為「同一犯罪（the same offense）」，既不得「**相繼訴追**（successive prosecutions，即分別起訴）」，亦不得「**合一訴追**（single prosecutions，即合併起訴）」，否則，即干犯二重危險之禁止。「Blockburger 標準」，準此而為適用，乃使構成要件並非完全一致之兩案件，因彼此存在包括關係之故，而有成其為二重危險法則所稱「同一犯罪（the same offense）」之可能，從而放大被告免受二重危險之保障。職是之故，若稱「Blockburger 標準」

[259] 其反面解釋，亦可謂為：「二重危險條款，對於違反兩項刑罰規定之同一行為，如各該規定並不『要求證明一項為另一規定所不要求證明之事實』時，禁止為相繼之訴追。」See, GRADY v. CORBIN, 495 U.S. 508, 510 (1990). “We have long held, see Blockburger v. United States, 284 U.S. 299, 304 (1932), that the Double Jeopardy Clause of the Fifth Amendment prohibits successive prosecutions for the same criminal act or transaction under two criminal statutes whenever each statute does not "require proof of a fact which the other does not.""”

為「要件同一說（same element test）」或「證據同一說（same evidence test; identical evidence test）」，恐尚失之偏狹，而不如稱為「犯罪構成要件包括的同一說（same element in a lesser included offenses test）」之為愈也。以「犯罪構成要件包括的同一說（same element in a lesser included offenses test）」相稱之「Blockburger 標準」，應用於實際，Brown v. Ohio, 432 U.S. 161 (1977)一案，可謂為典型。在 Brown 一案，聯邦最高法院第一次適用「同一證據標準(the same evidence test)」，資以禁止在州法院就不同法律規定所涉及之同一行為進行相繼之訴追。該案被告因未經所有人同意而駕駛其汽車，已經以「joyriding 駕車兜風之使用竊盜」罪名判罪，然後又經依偷竊同一汽車之「竊盜汽車」罪名，再度遭受追訴並判決有罪。由於州法院已坦認「joyriding 駕車兜風之使用竊盜」罪名係「竊盜汽車」所包括之較輕罪名，聯邦最高法院乃認定：此兩項犯罪所需要之證據相同，依二重危險之趣旨，已切合 Blockburger 標準，乃同一犯罪，因此，第二個有罪判決遭到撤銷。[260] 依此判例以觀，被**包括之輕罪部分，如先經有罪判決確定，其既判力即擴張及於重罪部分，而禁止就重罪部分再行訴追**，此殆 Blockburger 標準之另一重要效果。[261] 是既判力擴張所及之重罪部分，如再經訴追，即應認該被告已蒙受二重危險。

---

[260] "In Brown v. Ohio, 432 U.S. 161 (1977), the Court, apparently for the first time, applied the same evidence test to bar successive prosecutions in state court for different statutory offenses involving the same conduct. The defendant had been convicted of "joyriding," of operating a motor vehicle without the owner's consent, and was then prosecuted and convicted of stealing the same automobile. Because the state courts had conceded that joyriding was a lesser included offense of auto theft, the Court observed that each offense required the same proof and for double jeopardy purposes met the Blockburger test. The second conviction was overturned." See, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.6,*** supra note 94; See also Harris v. Oklahoma, 433 U.S. 682 (1977) (defendant who had been convicted of felony murder for participating in a store robbery with another person who shot a store clerk could not be prosecuted for robbing the store, since store robbery was a lesser- included crime in the offense of felony murder).

[261] "One effect of Blockburger is to bar prosecution of a greater offense after a defendant has been convicted of the lesser included offense. Brown v. Ohio stated quite plainly that the state cannot prosecute a defendant for the greater offense

八、「附帶禁反言 Collateral estoppel」。美國聯邦最高法院，於 Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970)一案，提出「附帶禁反言 Collateral estoppel」之見解，資為該案判決之立論基礎。而「附帶禁反言 Collateral estoppel」理論，亦自此確立為二重危險法則之重要內涵。聯邦最高法院於 Ashe 一案判決指出：【「附帶禁反言 Collateral estoppel」，係一項棘手之片語，但卻代表吾人當事人主義司法制度一項極端重要之法則。此一法則之簡單意旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執。雖然，此一法則係先在民事訴訟之領域中發展而出，但「附帶禁反言」法則至少於 50 多年前，聯邦最高法院在 United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85 (1916)一案之判決中，已將之確立為聯邦刑事司法之一項法則。[262] 此一已經確立之聯邦「附帶禁反言法則」，是否經由憲法增修條文§5 禁止二重危險之保障條款加以具體化？今天，聯邦最高法院毫不猶豫，認定其答案為：「是」。因為，不論此一憲法保障條款所保障者尚可能包括如何之其他事物，至少可以確定者是：此一條款，保障已受無罪判決之個人，免於二度遭受笞刑。[263] 】查 Ashe 一案之簡要背景事實如下：被告 Ashe 涉嫌與另數

---

after successfully prosecuting the defendant for the lesser offense." See, Brown v. Ohio, 432 U.S. 161, 166 (1977). See also, Brian Carter-Stiglitz, supra note 134, at 1533-34,38.

262 "'Collateral estoppel' is an awkward phrase, but it stands for an extremely important principle in our adversary system of justice. It means simply that when an issue of ultimate fact has once been determined by a valid and final judgment, that issue cannot again be litigated between the same parties in any future lawsuit. Although first developed in civil litigation, collateral estoppel has been an established rule of federal criminal law at least since this Court's decision more than 50 years ago in United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85(1916)." See, ASHE v. SWENSON , 397 U.S. 436, 443 (1970).

263 "The ultimate question to be determined, then, in the light of Benton v. Maryland, supra, is whether this established rule of federal law is embodied in the Fifth Amendment guarantee against double jeopardy. We do not hesitate to hold that it is. For whatever else that constitutional guarantee may embrace, North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 , 2076, it surely protects a man who has been acquitted from having to 'run the gantlet' a second time. Green v. United States, 355 U.S. 184, 190 , 225." Id., at 445-46.

國家圖書館出版品預行編目資料

人，蒙面持槍闖入一戶人家之地下室，搶劫正在玩樸克牌之 6 名牌友之財物，檢方先將被告 Ashe 搶劫牌友之一即 Knight 部分之犯行起訴，使被告 Ashe 接受審判。結果，陪審以證據不足為理由，宣告 Ashe 無罪。6 星期之後，Ashe 再度遭到起訴及審判，此回起訴之訴因為：被告 Ashe 搶劫另一牌友 Roberts。被告 Ashe 以業經判決無罪為由，聲請駁回此一再度之追訴。其聲請遭到駁回，第二度審判因之開始。結果，陪審評決 Ashe 有罪，Ashe 因此被量處在 Missouri 州監獄執行有期徒刑 35 年。後來，Ashe 向 Missouri 西區聯邦地方法院提出本件人身保護之聲請（habeas corpus proceeding），主張本件第二度之訴追，侵犯其免於二重危險之權利。其聲請遭到駁回，遞經上訴於聯邦最高法院。[264] 聯邦最高法院適用上開「附帶禁反言 Collateral estoppel」理論，判決如下：【直截了當適用聯邦禁反言法則於本案之結果，足以導出唯一之結論。亦即，由於在卷證中，欠缺任何跡象足以導致前此作出無罪判決之陪審，可能合理認定持械搶劫一事並未發生，或 Knight 並非系爭搶劫事件之被害人；職是之故，所餘攤在陪審面前，唯一可以合理想到之爭點，必係被告 Ashe 是否為搶匪之一；而陪審經由其評決，已認定 Ashe 並非搶匪。因此，聯邦禁反言法則，將使對於 Ashe 涉嫌搶劫 Roberts 部分所進行之第二個訴追，完全受到禁止。[265] 本案問題之所在，並非 Missouri 檢方是否可以將被告 Ashe 搶劫 6 名賭客之行為，分成 6 個獨立之犯罪，而合法進行追訴；亦非被告 Ashe 如在搶劫 6 名被害人之單一審判程序被判有罪，是否可以受到全部 6 個刑罰之處罰。**其問題之所在，只不過是：在陪審經由評決認定被告 Ashe 並非搶匪之一之後，檢方是**

---

[264] See, Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970).

[265] "Straightforward application of the federal rule to the present case can lead to but one conclusion. For the record is utterly devoid of any indication that the first jury could rationally have found that an armed robbery had not occurred, or that Knight had not been a victim of that robbery. The single rationally conceivable issue in dispute before the jury was whether the petitioner had been one of the robbers. And the jury by its verdict found that he had not. The federal rule of law, therefore, would make a second prosecution for the robbery of Roberts wholly impermissible." Id., at 445.

否尚可強邀被告 Ashe 在另一個新陪審之前，就同一爭點再行爭訟，而不違憲。[266] 在第一個陪審就被告 Ashe 涉嫌搶劫 Knight 部分判決無罪之後，Missouri 檢方當然不能使被告 Ashe 就涉嫌搶劫 Knight 部分再度遭受審判。一旦陪審依據相衝突之證言，認定：被告 Ashe 為搶匪之一一事，至少尚存在合理之可疑（亦即，因此判決被告無罪），檢方即不得再提出相同或不同之指認證據，第二次訴追 Ashe 涉嫌搶劫 Knight，而希冀另一不同之陪審或可能認定其證據較具說服力。[267] 儘管本件之第二次審判，所涉及者係同一搶劫案件之另一被害人，但從合憲性之角度言，其情況於此並無不同。蓋在本案情節中，就被告 Ashe 是否為搶匪之一之爭點言，被害人之名姓為何，並無任何關係。[268] 檢方在本案之書狀中，已坦率承認，在被告 Ashe 獲判無罪之後，檢方只不過將第一次審判，當成第二次追訴之演習；檢方在其書狀中稱：「檢察官無疑認為在第一次訴追中，檢方有可能證明所訴追之案件，而當檢察官在第一次訴追之舉證失敗後，他當如一切優秀律師一般，為其所當為，亦即：他將依據第一次審判所兜過之情況，精進其第二次審判之舉證。」然而，此正係憲法二重危險法則所禁止者。[269] 原判決撤銷，本案

---

266 "The question is not whether Missouri could validly charge the petitioner with six separate offenses for the robbery of the six poker players. It is not whether he could have received a total of six punishments if he had been convicted in a single trial of robbing the six victims. It is simply whether, after a jury determined by its verdict that the petitioner was not one of the robbers, the State could constitutionally hale him before a new jury to litigate that issue again." Id., at 446.

267 "After the first jury had acquitted the petitioner of robbing Knight, Missouri could certainly not have brought him to trial again upon that charge. Once a jury had determined upon conflicting testimony that there was at least a reasonable doubt that the petitioner was one of the robbers, the State could not present the same or different identification evidence in a second prosecution for the robbery of Knight in the hope that a different jury might find that evidence more convincing." Id.

268 "The situation is constitutionally no different here, even though the second trial related to another victim of the same robbery. For the name of the victim, in the circumstances of this case, had no bearing whatever upon the issue of whether the petitioner was one of the robbers." Id.

269 "In this case the State in its brief has frankly conceded that following the petitioner's acquittal, it treated the first trial as no more than a dry run for the second prosecution: 'No doubt the prosecutor felt the state had a provable case on the first charge and, when he lost, he did what every good attorney would do-he

發回聯邦第 8 上訴法院，命依本院上開判決意旨更為審判。茲判決如上。[270] 】。要之，本案關於「**被告 Ashe 並非搶匪之一**」之事實爭點，既經第一次審判為終局判斷後，則相同當事人間（即檢方與被告 Ashe 間），就該事實爭點，即不得在將來之任何訴訟中，再事爭執；是以本件之第二度起訴，已使被告 Ashe 蒙受二重危險。[271]

第 七 節　二重危險法則之例外

舉凡原則，必不免有其例外。社會科學領域中，斷難有「放諸四海而皆準，百世以俟聖人而不惑」之鐵則，而可以毫無例外。二重危險法則，亦然，「其對於被告之保障，並非具有絕對性及決定性；在適當情形下，應承認並適用其例外。（The protections afforded by double jeopardy are not as absolute and conclusive as Aleman suggests; exceptions are recognized and applied when appropriate.）」[272]「公平性與確定性，對兩造而言，俱屬二重危險法則不可或缺之成分，固不獨於被告為然。（Fairness and finality to *both* parties are integral

---

refined his presentation in light of the turn of events at the first trial.' But this is precisely what the constitutional guarantee forbids." Id., at 447.

270 "The judgment is reversed, and the case is remanded to the Court of Appeals for the Eighth Circuit for further proceedings consistent with this opinion. It is so ordered." Id.

271 最高法院 28 年滬上字第 43 號判例要旨，謂：「自訴人(某乙)之夫某甲，前以上訴人(即被告)封鎖伊(某甲)所住房門，將伊(某甲)拘禁在內，提起自訴，業經地方法院認爲犯罪不能證明，諭知無罪之判決確定在案。茲自訴人(某乙)復以當時上訴人(即被告)之封鎖房門，氏夫(某甲)雖未被拘禁，氏(某乙)實被鎖閉房中等情提起自訴，按自訴人(某乙)所指上訴人(即被告)之犯罪事實，係一個鎖閉房門以拘禁人之行爲，其**行爲既屬一個**(按，僅係自然意義之一行爲)，雖兩案自訴人(某甲、某乙)所主張被拘禁之人不同(前一自訴指爲拘禁某甲、後一自訴指爲拘禁某乙)，亦**不過被害法益前後互異**，並不因此一端而失其案件之同一性，自訴人(某乙)就曾經確定判決之同一案件提起自訴，仍不得謂無刑事訴訟法第二百九十四條第一款（現行§302I）之情形，自應諭知免訴。」據此判例以觀，自然意義之**一個鎖閉房門以拘禁人之行爲**，乃「事實上同一」之「同一行爲」，前既經以「犯罪不能證明」而諭知**無罪**，格於既判力「行爲不兩罰」之禁止，自難重行訴追、更爲處罰。此一判例內容，與「附帶禁反言 Collateral estoppel」理論有其相通之處。

272 See, THE PEOPLE OF THE STATE OF ILLINOIS, Plaintiff-Appellee, v. HARRY ALEMAN, Defendant-Appellant, 667 N.E.2d 615,624（1996）.

components of double jeopardy.）」[273]　因此，「檢方亦必須被提供至少一次公平之機會，以就其所可能蒐集到之證據進行舉證。（The State also must be provided with at least "one fair opportunity to offer whatever proof" it can assemble.）」[274]從而，「二重危險條款之兩項政策，固為：禁止就同一犯罪為多重之處罰；及保障被告免於因多重訴追所造成之煩擾及身體、心理並財務上之負擔。但，吾人仍應就此與對於有罪之人科加公正處罰之社會利益，進行適當之衡平。（Two policies served by the Double Jeopardy Clause are relevant: prevention of multiple punishments for one offense, and protection from harassment and from the physical, psychological, and financial burdens of multiple prosecutions. We must balance against them the societal interest in imposing just punishment on the guilty.）」[275]　職是之故，「法院不可使用刻板、機械之法則以解釋二重危險條款。（A court may not apply rigid or mechanical rules in interpreting the double jeopardy clause.）」[276]「在某種情況下，當被告免受多重訴追造成煩擾及身體、心理並財務上負擔之利益，已被對於有罪之人科加公正處罰之社會利益所蓋過（Under these[certain] circumstances, appellants' interest in avoiding the physical, psychological, and financial burdens of multiple prosecutions is outweighed by society's interest in punishment of the guilty.）」時，當即引據例外法則以排除二重危險條款適用。[277]

---

[273] See generally *Nelson v. Lockhart*, 488 U.S. 33, 44-47, 102 L. Ed. 2d 265, 109 S. Ct. 285 (1988) (Marshall, J., dissenting); *Burks v. United States*, 437 U.S. 1, 15-16, 57 L. Ed. 2d 1, 98 S. Ct. 2141 (1978); *United States v. DiFrancesco*, 449 U.S. 117, 129, 66 L. Ed. 2d 328, 101 S. Ct. 426 (1980).

[274] See, *Burks v. United States, 437 U.S. 1*, 16; *People v. Edwards, 97 Ill. App. 3d 407*, 411-12.

[275] *See Howard v. United States*, 372 F.2d 294, 299 & n.10 (9th Cir.), *cert. denied*, 388 U.S. 915, 87 S. Ct. 2129, 18 L. Ed. 2d 1356 (1967).

[276] See, *Serfass v. United States, 420 U.S. 377*,, 390, 43 L. Ed. 2d 265, 95 S. Ct. 1055, citing *Illinois v. Somerville*, 410 U.S. 458, 35 L. Ed. 2d 425, 93 S. Ct. 1066 (1973).

[277] See, UNITED STATES of America, Plaintiff-Appellee, v. Stephanie Kay STEARNS, Defendant-Appellant; UNITED STATES of America, Plaintiff-Appellee, v. Buck Duane WALKER, aka Roy A. Allen, Defendant-Appellant, 707 F.2d 391, 393（1983）.

正因如此，在美國，乃由「法官造法」，在三件具體個案中，認定應排除二重危險條款之適用，許可檢方對於曾經判決確定之被告，進行二度之訴追，從而成為二重危險條款之重要例外。此三件判例，依序為：**Diaz v. U S, 223 U.S. 442（1912）一案**【被告所涉傷害犯行既經判罪後復就同一犯罪重行訴追其傷害致死；稱為犯罪未完成之例外（Uncompleted Offenses Exception）[278]】；**U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案**【被告既經以竊盜判罪後復就同一犯罪重行訴追其強盜殺人；稱為犯罪發現在後或已盡調查能事之例外（Later Discovered Offenses or the Due Diligence Exception）[279]】；**People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案**【被告賄賂法官為無罪判決後復就其同一犯罪進行二度之訴追；稱為騙局審判及詭詐勾結之例外（Sham Trial and Fraud or Collusion Exception）[280]】。在英國，則以國會「制定法」之方式，創造有「**確實新證據 "new and compelling evidence"**」時，可以重行審判之例外。以下，在美國方面，當還原各該判決之事實背景及法律見解，用明其例外所以形成之基礎；在英國方面，當略述其所以導致二重危險法則改革之緣由，資為佐證前此所言【斷難有「放諸四海而皆準，百世以俟聖人而不惑」之鐵則】之不謬。

臺灣高等法院暨中分院檢察署

---

278 See, Anne Bowen Poulin, *DOUBLE JEOPARDY PROTECTION FROM SUCCESSIVE PROSECUTION: A PROPOSED APPROACH*, 92 Geo. L.J. 1183, 1259-60（2004）；Anne Bowen Poulin, *DOUBLE JEOPARDY PROTECTION AGAINST SUCCESSIVE PROSECUTIONS IN COMPLEX CRIMINAL CASES: A MODEL*, 25 Conn. L. Rev. 95, 148-50（1992）.

279 See, Anne Bowen Poulin, id., at 1260-62.

280 See, David S. Rudstein, *Double Jeopardy and the Fraudulently Obtained Acquittal*, 60 Mo. L. Rev. 607, 620-34（1995）；Anne Bowen Poulin, *DOUBLE JEOPARDY AND JUDICIAL ACCOUNTABILITY: WHEN IS AN ACQUITTAL NOT AN ACQUITTAL?* 27 Ariz. St. L.J. 953, 988-91（1995）；Laurie L. Levenson, *DOUBLE TROUBLE: UNDER WHAT CIRCUMSTANCES CAN A DEFENDANT BE PROSECUTED FOR THE SAME ACT UNDER DIFFERENT STATUTORY PROVISIONS?* 22 Los Angeles Lawyer 40, 41（1999）.

第 一 款　Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案 【犯罪未完成之例外（Uncompleted Offenses Exception）】

Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案，事實背景如下：【1906 年 5 月 30 日，被告 Diaz，在菲律賓 Occidental Negros 省 San Carlos 地方，經由拳打腳踢，對於被害人 Alcanzaren 施加身體傷害；因此，在第二天，被告 Diaz 被依傷害罪名起訴於 San Carlos 治安法官前。聽審後，被告 Diaz 被以輕罪判決有罪，處罰金 50 元。接著，在 6 月 26 日，被害人 Alcanzaren 死亡；由於其死亡據指係因前述傷害所導致，被告 Diaz 遂又被依傷害致死罪名起訴於同一治安法官前。經預審調查後，治安法官認定傷害致死罪之起訴，具有相當理由，因此諭命被告聽候第一審之審判。然後，傷害致死罪(非極刑之罪)之起訴書經提出於該第一審法院，據此，被告 Diaz 被判有罪，處一定期間之徒刑及其他處罰。[281] 當應傳在第一審法院進行答辯時，被告 Diaz 提出前此在治安法官前所行傷害罪之訴追及本案預審調查之卷宗謄本，主張本案前此已生第一次危險(即抗辯本案訴追為二重危險)，然而，其抗辯遭裁定駁回。之後，在本案審判中，辯護人又將前述訴訟卷宗引為證據。辯護人在將卷宗引為證據時，只提到說：「這是本案為輕罪之訴訟卷宗」，但是，換句話說，辯護人所表彰之意義為：此一卷宗乃兩件訴訟(即前案及本案)共通之卷宗。兩件訴訟包含在單一卷宗之內，由單一文件加以證明，又其卷宗明白

[281] "On May 30, 1906, at San Carlos, province of Occidental Negros, Philippine Islands, Gabriel Diaz, by blows and kicks, inflicted bodily injuries upon Cornelio Alcanzaren, and by reason thereof was the next day charged before the justice of the peace of San Carlos with assault and battery. At the hearing upon that charge Diaz was found guilty of a misdemeanor and fined 50 pesetas and costs, which he paid. Subsequently, on the 26th of June, Alcanzaren died, and Diaz was then charged before the same justice of the peace with homicide, it being alleged that the death ensued from the bodily injuries. At the preliminary investigation of this charge, the justice concluded that there was reasonable cause to believe that it was well founded, and accordingly held the accused to await the action of the court of first instance. There was then filed in that court a complaint charging Diaz with the crime of homicide, not capital, upon which he subsequently was tried, found guilty, and sentenced to a term of imprisonment and other penalties." See, DIAZ v. U S, 223 U.S. 442, 444 (1912).

顯示兩件訴訟之辯護人，及法院將各該文書視為證據處理。該訴訟卷宗包含治安法官審理傷害罪時及進行本案預審時，被告本人之陳述及依菲律賓法律就死者遺體所行之驗屍報告；而第一審法院所作成之有罪判決，在一定程度上係以以上之陳述為基礎。在既經有罪判決後，被告 Diaz 上訴於菲律賓最高法院，結果上訴駁回，然後，全案上訴到聯邦最高法院。[282] 】**聯邦最高法院大法官 Mr. Justice Van Devanter 就此案為全院撰寫之判決理由要旨如下：**【依據菲律賓[283]文人政府法律「禁止二重危險」之規定，二重危險係限於就「同一犯罪」始能發生。而本件之情形並非如此。[284] 本件第一審法院所審判被告傷害致死之案件，與治安法官所審判被告傷害之案件，雖然在某些構成要件上為屬同一，但兩者在法律上及事實上均為不同之犯罪。被害人之死亡，乃傷害致死罪之主要構成要件，但在傷害罪則不然。在傷害案件審判之際，被害人死亡之結果尚未發生；須到被害人死亡之結果發生時，才算觸犯傷害致死罪。亦唯被害人死亡結果發生之後，而非之前，方可能使被告因傷害致死罪而被置於危險

[282] "When called upon to plead in the court of first instance, Diaz interposed a plea of former jeopardy, supported by a copy of the record of the proceedings before the justice of the peace upon the charge of assault and battery and at the preliminary investigation, but the plea was overruled. Then, during the trial, his counsel introduced in evidence the record of those proceedings. In doing this the counsel spoke only of 'the proceedings in the case for a misdemeanor,' but it otherwise appears that what was meant was the record of both proceedings. Both were embraced in a single document, authenticated by a single certificate, and it clearly is disclosed that counsel on both sides and the court treated the entire document as in evidence. It embraced the testimony produced before the justice at the hearing upon the assault and battery charge and at the preliminary investigation, including the personal statement of the accused and the report of an autopsy, upon the body of the deceased, performed conformably to the Philippine law; and it was partly upon this testimony that the court of first instance rested its judgment of conviction. Following his conviction, Diaz prosecuted an appeal to the supreme court of the Philippines, the conviction was sustained (15 Philippine, 123) and the case was then brought here." Id., at 444-45.

[283] 按，1912 年，聯邦最高法院爲本案判決時，菲律賓爲美國之殖民地。

[284] "The provision against double jeopardy, in the Philippine civil government act (32 Stat. at L. 691, chap. 1369, 5), is in terms restricted to instances where the second jeopardy is 'for the same offense' as was the first. That was not the case here." Supra note 281., at 448.

之中。[285] 而且，依據菲律賓法律，治安法官雖有審判被告傷害罪之管轄權，卻無審判其傷害致死罪之管轄權；因此，在治安法官前所行之審判，其附帶而生之危險，不能延伸及於其管轄權範圍以外之犯罪。就治安法官所行之審判，所能主張之危險，至多不過保障被告不再就傷害罪更受訴追；因此，在嗣後訴追傷害致死罪時，傷害罪不能被當作傷害致死罪所包含之輕罪處理。**職是之故，本件前此危險之抗辯，不足以構成訴追傷害致死罪之障礙。[286] 原判決應予維持，上訴駁回。[287]** 】

第 二 款　U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案【犯罪發現在後或已盡調查能事之例外（Later Discovered Offenses or the Due Diligence Exception）】

U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案，事實背景如下：【1974 年 8 月，Eleanor 及 Malcolm Graham 兩夫妻失蹤。同年 10 月，失蹤人之船隻在被告 Stearns 及 Walker 之占有中被發現；兩名被告聲稱，Eleanor 及 Malcolm Graham 已經淹死。被告等因此被依竊盜罪起訴，並判決有罪。[288] 迨

---

285 "The homicide charged against the accused in the court of first instance and the assault and battery for which he was tried before the justice of the peace, although identical in some of their elements, were distinct offenses both in law and in fact. The death of the injured person was the principal element of the homicide, but was no part of the assault and battery. At the time of the trial for the latter the death had not ensued, and not until it did ensue was the homicide committed. Then, and not before, was it possible to put the accused in jeopardy for that offense." Id., at 448-49.

286 "Besides, under the Philippine law, the justice of the peace, although possessed of jurisdiction to try the accused for assault and battery, was without jurisdiction to try him for homicide; and, of course, the jeopardy incident to the trial before the justice did not extend to an offense beyond his jurisdiction. All that could be claimed for that jeopardy was that it protected the accused from being again prosecuted for the assault and battery, and therefore required that the latter be not treated as included, as a lesser offense, in the charge of homicide. It follows that the plea of former jeopardy disclosed no obstacle to the prosecution for homicide." Id., at 449.

287 "Judgment affirmed." Id., at 459.

288 "Eleanor and Malcolm Graham disappeared without a trace in August 1974. Their boat appeared in October in the possession of the appellants, Stearns and Walker, who claimed that the Grahams had drowned. Appellants were charged with theft

1981 年，失蹤人 Eleanor Graham 之頭蓋骨浮現，證據顯示係出於他殺，被告 Stearns 及 Walker 因此被以強盜殺人之重罪起訴。茲所產生之爭點為：二重危險及既判力之問題。[289] 全案較詳細之經過，當如下述。1974 年夏天，被告 Stearns 及 Walker 之船隻，與被害人 Graham 家之船隻，在南太平洋一處無人居住之環礁 Palmyra 外之淺水區交會。Graham 家之船隻「海風號」，係一條 37 呎長之豪華遊艇，配有最先進之科技設備，足供兩年之巡航。[290] 被告 Stearns 及 Walker 之帆船「Iola 號」，由於引擎故障，須拖進環礁外之淺水區。「Iola 號」由夏威夷航行至此，約 1,000 英里，耗用一個月之時間；而大部分其他船隻，就如此之航程，只需時 4 到 7 天。由於欠缺金錢及食物，被告等到達此地之前，只靠椰子肉及海魚果腹。[291] 在此 8 月末時節，環礁外淺水區，只剩「海風號」及「Iola 號」兩條船。8 月 28 日，Graham 家依預先安排之模式，以無線電與夏威夷聯絡。此後，夏威夷方面試圖以無線電與 Graham 家聯絡，均無結果。Graham 家從此音訊杳然。[292] 同年 10 月，「海風號」在檀香山遊艇港灣被發現，船上乘員為被告 Stearns 及 Walker。此時之「海風號」已被改換名稱，更行辦理登記；其裝潢重新油漆，船首像已被移除。10 月 28 日，Stearns 以涉嫌偷竊「海風號」被逮捕；11 月 1 日，一隻搜索隊出發前往 Palmyra。搜索隊並未找到 Graham 家或「Iola 號」之任何線索，亦未找到有

---

and convicted." See, U S v. Stearns, 707 F.2d 391, 392（1983）.

289 "In 1981, when Eleanor Graham's skull and some bones surfaced with evidence of foul play, appellants were indicted for felony (robbery) murder. At issue now are their claims of double jeopardy and res judicata." Id.

290 "The paths of Stearns, Walker, and the Grahams crossed in the summer of 1974 in a lagoon off Palmyra, an uninhabited atoll in the South Pacific. The Grahams arrived in their luxurious 37-foot boat, the Sea Wind, with state-of-the-art technology, outfitted for a two-year cruise." Id.

291 "Stearns and Walker had to be towed into the lagoon because of their sailboat's broken engine. Walker's boat, the Iola, had taken a month to make the trip from Hawaii, about 1,000 miles, although most vessels make it in four to seven days. Without money and provisions, they survived on a diet of coconuts and fish." Id.

292 "In late August the Sea Wind and the Iola were the only vessels left in the lagoon. On August 28th the Grahams made radio contact with Hawaii, pursuant to a prearranged pattern. All later attempts to make radio contact with them were fruitless. They were never heard from again." Id.

何不法行為之證據。被告 Walker 在 11 月被逮捕。被告 Stearns 聲稱 Graham 夫婦已經淹死；至於彼等如何取得「海風號」之占有，被告 Stearns 則提出若干自相矛盾之解釋。[293] 結果，被告等以涉嫌竊盜罪及州際運輸贓物罪被起訴。兩名被告均被判有罪。[294] Graham 太太之遺骨於 1981 年浮現。一對造訪 Palmyra 之夫婦，撈起一艘沉沒水中之飛機救援船。兩星期後，此對夫婦在珊瑚礁附近，發現 Graham 太太之頭蓋骨及若干其他骨頭。有一具曾以電線閉鎖之金屬箱，裡頭至少尚殘存一塊骨頭。此一金屬箱及骨頭，曾經遭受高溫燒烤。[295] 被告 Stearns 及 Walker，因此被以涉嫌重罪謀殺起訴。被告等以二重危險及既判力之理由，聲請夏威夷聯邦地方法院（the United States District Court for the District of Hawaii）駁回檢方之起訴，其聲請經聯邦地方法院為否准之裁定，乃向聯邦第 9 上訴法院（UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT）提起本件抗告。[296] 】

聯邦第 9 上訴法院法官 EUGENE A. WRIGHT 為該院就本件抗告所撰寫駁回抗告之理由要旨如下：【被告等主張，檢方對於彼等所為重罪謀殺之起訴，應受二重危險條款之禁止；蓋竊盜罪係重罪即強盜殺人罪所包含之輕罪，前此就竊盜罪所為之訴追，應足以禁止當前就強盜殺人罪之再度訴

---

293 "In October the Sea Wind was seen in a Honolulu yacht harbor, with Stearns and Walker as its crew. It had been re-registered under a new name, its trim repainted, and its figurehead removed. On October 28th Stearns was arrested for theft of the vessel, and on November 1st a search team set out for Palmyra. The group found no clue of the fate of the Grahams or of the Iola, and no evidence of foul play. Walker, who was apprehended in November, and Stearns claimed that the couple had drowned, and offered conflicting explanations for how they came to possess the Sea Wind." Id.

294 "Appellants were indicted on charges of theft and interstate transportation of stolen property. Both were convicted." Id.

295 "Mrs. Graham's remains surfaced in 1981. A couple visiting Palmyra raised a sunken airplane rescue boat. Two weeks later, they found Mrs. Graham's skull and some bones on a coral shelf nearby. A metal box that had been closed with electrical wire still held at least one of the bones. The metal box and the bones had been subjected to very high temperatures." Id.

296 "Stearns and Walker were indicted for felony murder. This appeal is from the district court's denial of their motions to dismiss the indictments on grounds of double jeopardy and res judicata." Id.

追。[297] 一般而言，前此就同一不法勾當所包含之較輕之罪所為之審判及有罪判決，足以禁止嗣後對於所包含較重部分之犯罪再行訴追。參照 *Illinois v. Vitale*, 447 U.S. 410, 419-21, 100 S. Ct. 2260, 2266-67, 65 L. Ed. 2d 228 (1980) 判決意旨。就本件抗告意旨而言，檢方承認前此所訴追之竊盜罪，確係本件強盜殺人罪所包含之較輕之罪。因此，除非本院適用例外法則，否則，本件強盜殺人罪之訴追，將受二重危險條款之禁止。[298] 聯邦最高法院曾提到一項例外，即：儘管檢方在當初已盡調查之能事，仍未能發現足以支持就較重之罪進行訴追所必要之額外事實，以致未就較重之罪進行訴追時，在此情形下，應例外許可嗣後對於該較重之罪之再行訴追。參照 *Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161, 169 n. 7, 97 S. Ct. 2221, 2227 n.7, 53 L. Ed. 2d 187 (1977).[299] 二重危險條款之兩項政策，為：禁止就同一犯罪為多重之處罰；及保障被告免於因多重訴追所造成之煩擾及身體、心理並財務上之負擔。吾人應就此與對於有罪之人科加公正處罰之社會利益，進行適當之衡平。[300] 由於被告 Stearns 已因竊取「海風號」之罪名受

---

297 "Appellants contend that their felony-murder prosecutions are barred by the Double Jeopardy Clause. They argue that because theft is a lesser-included offense of felony (robbery) murder, the theft prosecutions preclude the present prosecutions." Id.

298 "As a general rule, trial on an offense is barred by prior trial and conviction of a lesser-included offense based on the same transaction. *See Illinois v. Vitale*, 447 U.S. 410, 419-21, 100 S. Ct. 2260, 2266-67, 65 L. Ed. 2d 228 (1980). For purposes of this appeal, the government concedes that the thefts charged were lesser-included offenses of felony (robbery) murder. Therefore, these prosecutions are barred unless we apply an exception to that rule." Id., at 393.

299 "The Supreme Court has suggested an exception that would permit later prosecution where the State is unable to proceed on the more serious charge at the outset because the additional facts necessary to sustain that charge . . . have not been discovered despite the exercise of due diligence. *Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161, 169 n. 7, 97 S. Ct. 2221, 2227 n.7, 53 L. Ed. 2d 187 (1977); *see Illinois v. Vitale*, 447 U.S. at 420 n. 8, 100 S. Ct. at 2267 n. 8; *Jeffers v. United States*, 432 U.S. 137, 152, 97 S. Ct. 2207, 2216, 53 L. Ed. 2d 168 (1977)." Id.

300 "Two policies served by the Double Jeopardy Clause are relevant: prevention of multiple punishments for one offense, and protection from harassment and from the physical, psychological, and financial burdens of multiple prosecutions. *See Howard v. United States*, 372 F.2d 294, 299 & n. 10 [**6] (9th Cir.), *cert. denied*, 388 U.S. 915, 87 S. Ct. 2129, 18 L. Ed. 2d 1356 (1967). We must balance against them the societal interest in imposing just punishment on the guilty. *Id.*" Id.

到處罰，則其免於多重處罰之利益，必須受到考慮。檢方承認 Stearns 不應既受竊盜罪之處罰，又受重罪謀殺之處罰。然而，假設 Stearns 因謀殺罪被判處刑罰，而已將 Stearns 因竊盜罪所已服之刑期計入其中並加以抵銷，則多重之處罰即將可以避免。[301] 被告 Stearns 因免於煩擾之保障所應享有之利益，亦因此一例外所設定之條件，而充分受到維護。蓋此一例外，只適用於相關事實係於第一次訴追之後始行發現之場合。且除非檢方係在當初已盡調查之能事，而仍未能發現足以支持就較重之罪進行訴追所必要之額外事實，以致未就較重之罪進行訴追，否則，檢方仍不能享有此一例外之好處。以上要件之設定，已足以排除檢方操弄此一例外，圖為進行多重訴追，而資以煩擾被告之可能性。[302] 在此等情況之下，被告免受多重訴追造成煩擾及身體、心理並財務上負擔之利益，已被對於有罪之人科加公正處罰之社會利益所蓋過。[303] 本院因此認定：如果檢方在當初已盡調查之能事，仍未能發現足以支持就較重之罪進行訴追所必要之額外事實，以致未就較重之罪進行訴追，則本件對於重罪謀殺之訴追，不受二重危險條款所禁止。[304] 由於本件之事實，合乎

---

301 "Because Stearns has been punished already for the theft of the Sea Wind, her interest in avoiding multiple punishments must be considered. The government concedes that she should not be punished for the underlying theft as well as for felony murder. *See* *Whalen v. United States*, 445 U.S. 684, 100 S. Ct. 1432, 63 L. Ed. 2d 715 (1980). Multiple punishment will be avoided, however, provided she receives credit for the time already served for theft, if she is sentenced for murder. *Cf.* *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711, 89 S. Ct. 2072, 23 L. Ed. 2d 656 (1969) (in imposing new sentence on reconviction, must give credit for punishment already served for same offense)." Id.

302 "Appellants' interest in protection from harassment is served adequately by the conditions of this exception. It applies only if relevant facts are discovered after the first prosecution. The government may not take advantage of it unless it acted with due diligence at the outset but was unable to discover additional facts necessary to sustain the greater charge. These requirements eliminate the possibility that the government could manipulate the exception in order to bring multiple prosecutions for purposes of harassment." Id.

303 "Under these circumstances, appellants' interest in avoiding the physical, psychological, and financial burdens of multiple prosecutions is outweighed by society's interest in punishment of the guilty." Id.

304 "We conclude that the felony-murder prosecutions here are not prohibited by the Double Jeopardy Clause if the government was unable to prosecute the greater charge at the outset because the facts to sustain that charge were not discovered

上開例外之兩項要件，故二重危險條款並不禁止對於本件重罪謀殺之再行訴追。蓋檢方在其最初之偵查中，已盡調查之能事。檢方在本件之特殊之情況下，已用盡一般應有之注意；其未能就較重之重罪謀殺進行訴追，係因未發現足以支持就較重之重罪謀殺罪進行訴追所必要之額外事實之故。[305] 原裁定應予維持，抗告駁回。[306] 】

第 三 款 People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案【騙局審判及詭詐勾結之例外（Sham Trial and Fraud or Collusion Exception）】

People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案，事實背景如下：【1972 年 9 月 27 日，被害人 Billy Logan 在芝加哥 West Walton 街上被人槍殺，為此，被告 Aleman 於 1976 年 12 月遭到起訴。隨後在 1977 年 5 月所進行之無陪審審判中，被告獲判無罪。1975 年 10 月，另名被害人 Anthony Reitinger 又被人槍殺。15 年後，即 1993 年 12 月，被告 Aleman 再因前開兩件謀殺案件，遭大陪審起訴。[307] 被告 Aleman 以二重危險、迅速審判、禁反言為由，聲請駁回起訴。檢方則以被告於 1977 年之審判，曾以美金 $10,000 賄賂法官，而獲判無罪，因此，其審判為無效，從而，並無二重危險法則之適用，作為抗辯。[308] 伊州(ILLINOIS)Cook 郡法院(the Circuit

---

despite the exercise of due diligence." Id.

305 "Because the facts here satisfy both conditions of the exception, the Double Jeopardy Clause does not bar these prosecutions. The government exercised due diligence in its early investigation. It used ordinary diligence under the unusual circumstances. It was then unable to prosecute on the greater charge because the additional facts necessary to sustain it were not discovered." Id., at 394.

306 "Order appealed from is AFFIRMED." Id.

307 "On September 27, 1972, Billy Logan was shot to death on West Walton Street in Chicago, for which Aleman was indicted in December 1976. Following a bench trial in May of 1977, he was acquitted. In October of 1975, Anthony Reitinger was shot to death near Taylor Street in Chicago. A grand jury indicted Aleman for both murders in December 1993, over 15 years later." See, People v. Aleman, 667 N.E.2d 615, 617（1996）.

308 "Aleman moved to dismiss the indictments based upon considerations of double jeopardy, speedy trial and estoppel. The State countered that Aleman's 1977 trial was a nullity by virtue of a $ 10,000 judicial bribe to acquit him; therefore, double jeopardy is inapplicable." id.

Court of Cook County)於 1994 年 10 月，作出定暫時狀態之裁定(interim ruling)，其裁定意旨為：假如檢方能夠證明 1977 年之賄賂法官事件，則被告求為駁回起訴之聲請當予否准，而檢方之起訴並無進入審判之障礙；至於就此爭點之終局裁定(final order)，則須至就所稱賄賂法官事件能夠進行證據聽審時再行作出。被告 Aleman 求為就前開爭點作出終局裁定(final order)之聲請，於 1994 年 10 月 19 日遭裁定駁回。[309] 乃於 1994 年 10 月 26 日，依據伊州最高法院法庭規則§604(f)之規定提起抗告，經本院(伊州第 1 區第 2 庭上訴法院 APPELLATE COURT OF ILLINOIS, FIRST DISTRICT, SECOND DIVISION)裁定駁回；被告又依據伊州最高法院法庭規則§383 之規定提起再抗告，於 1995 年 1 月 6 日，復經伊州最高法院裁定駁回。[310] 然後，Cook 郡法院無視被告 Aleman 之異議，於 1995 年 2 月 9 日，就前述賄賂法官事件進行證據之聽審。1995 年 3 月 9 日，Cook 郡法院作出終局裁定(final ruling)，認定：有足夠之證據證明 Frank Wilson 法官於 1977 年之審判遭受賄賂；因此，被告 Aleman 求為駁回起訴之聲請應予否准。[311] 被告 Aleman 就此裁定向本院(伊州第 1 區第 2 庭上訴法院)提起抗告；其爭點，包括：(1). Cook 郡法院是否有權實施前述 1995 年關於賄賂法官事件之證據聽審；(2). Cook 郡法院是否誤就被告 Aleman 以二重危險為理由求為駁回起訴之聲請作出否准之裁定；-------。[312] 本院

---

309 “The circuit court issued an "interim ruling" in October 1994, denying dismissal of the indictments and finding no legal impediment to trial, provided the State could prove the 1977 bribery. Entry of a final order was stayed until an evidentiary hearing could be held with respect to that alleged bribery. Aleman's motion to make the interim ruling final was denied on October 19, 1994.” Id.

310 “Supreme Court Rule 604(f) interlocutory review sought by Aleman on October 26, 1994, was dismissed by this court. The Illinois Supreme Court denied Aleman's motion for a Supreme Court Rule 383 supervisory order on January 6, 1995.” Id.

311 “The circuit court evidentiary hearing proceeded on February 9, 1995, over Aleman's objection. On March 9, 1995, the court entered a supplemental and final ruling, finding sufficient evidence to establish that Judge Frank Wilson had been bribed during the 1977 trial and denied Aleman's motion to dismiss the indictments.” Id.

312 “The issues raised in this appeal include whether the circuit court (1) possessed jurisdiction to conduct the 1995 evidentiary hearing; (2) erred in denying

查，1995 年 Cook 郡法院所行關於賄賂法官事件之證據聽審，依檢方所引用之證據，足以令負責事實判斷之人員(fact finder)，產生如下之心證。在 1976 年，被告 Aleman 被起訴後，其案件係分配由 Cook 郡法院 James Bailey 法官負責審判。被告當時之辯護人 Thomas J. Maloney，聲請法院更換法官，並指名法官 Bailey 及法官 Wilson，聲稱被告如由此兩名法官之一予以審判，將難以得到公平審判之結果。其聲請獲准，案件改分由法官 Fred Suria 承辦。乃 1977 年 3 月 8 日，法官 Fred Suria 又自請迴避。[313] 被告 Aleman 之案件遂又改分予法官 Wilson 承辦；而法官 Wilson 於 1977 年 3 月 22 日，請求將其姓名由前此被告聲請法官迴避之名單中除去；其請求獲准。被告之原辯護人 Maloney，聲請辭去辯護人之職務，亦獲准許；新辯護人 Frank Whalen 於 1977 年 4 月 3 日，提出委任狀於法院。[314] 證人 Rizza，以前係芝加哥之警察，作證稱：在 1974 年末 1975 年初，當時他雖然仍為警察，但他所經營之一處賽馬簽賭場所，仍遭警察臨檢掃蕩。1975 年春夏之間，Rizza 與 Aleman（即本件被告）、 Jimmy Inendino 及 Johnnie Mancella 等人見面；Aleman 告訴 Rizza 說，Rizza 欠

Aleman's motion to dismiss the indictments by reason of double jeopardy; (3) erred in conducting the evidentiary hearing; (4) improperly ordered the indictments to stand in violation of his right to a "speedy prosecution" and speedy trial under the Illinois and United States Constitutions; (5) erred in finding that he was an active participant in the bribery scheme; and (6) improperly refused to immunize a proposed defense witness. Issues (1) and (2) will be considered in this opinion; issues (3) through (6) will be determined in a separate Supreme Court Rule 23 order disseminated contemporaneously." Id.

313 "Evidence adduced at the 1995 evidentiary hearing would permit a fact finder to believe the following. After Aleman was indicted in December 1976, his case was placed on the trial call of Cook County Circuit Judge James Bailey. His then attorney, Thomas J. Maloney, petitioned to substitute judges, naming Judges Bailey and Wilson, asserting that Aleman would not receive a fair trial before either of them. His motion was granted; the cause was transferred and reassigned to Judge Fred Suria. On March 8, 1977, Judge Suria recused himself from the case." Id.

314 "Aleman's cause was then assigned to Judge Wilson, who on March 22, 1977, granted his motion to withdraw Wilson's name from the earlier petition for substitution of judges. Maloney's motion to withdraw as Aleman's counsel was granted and Frank Whalen filed his written appearance as defense counsel on April 3, 1977." Id.

下因經營賽馬簽賭所須付之街頭保護稅(street taxes)$40,000 元，及外加其開始經營後每月應付之$1,000 元。所謂街頭保護稅(street taxes)，係指應付予犯罪組織成員之金錢，用邀保護所營不法事業之生存。[315] 在 Aleman 干預 Rizza 之不法事業後，Rizza 與 Angelo LaPietra 見面；依 Rizza 所言，LaPietra 也與犯罪組織有關係。經由 LaPietra 之協商，同意由 Rizza 按月付給 Aleman 街頭保護稅$1,000，外加數百元作為打點官方之用；而 Aleman 及 Inendino 則將負責蓋掉一切營業損失，但也要分享營業之利潤。依此協議之部分約定，Rizza 負有將其他獨立從事賽馬簽賭之營業報告予 Aleman 知悉之義務。而如斯獨立從事賽馬簽賭之營業者，Anthony Reitinger 便是其中之一。[316] Rizza 自 1976 年 5 月之後，未再直接支付街頭保護稅予 Aleman，但持續支付予 Aleman 之叔 Joseph Ferriola。1977 年初冬，Aleman 告訴 Rizza 說，他被起訴之謀殺案，「都已關照妥當」，還說，「在芝加哥犯謀殺案，只要殺對人，一切都沒問題！」後來，Aleman 又告訴 Rizza 說，他將要求無陪審之法官審判，「因為此一案件都已關照妥當」；進監獄不再是選項，他不會進監獄。直到更後來，Aleman 仍告訴 Rizza 說，案件進行之情形「很好！」Rizza 則提醒說，報紙上之報導，不利於他，案件之情況並不看好。Aleman 回答說，案件「都已關照妥當！」[317] 在反詰問時，

臺灣高等法院暨中分院檢察署

---

315 “Vincent Rizza, a former Chicago police officer, testified that during the end of 1974 and the beginning of 1975, while still an officer, one of his bookmaking operations was raided by the police. Rizza met Aleman, Jimmy Inendino and Johnnie Mancella in the spring or summer of 1975, and was told by Aleman that he owed $ 40,000 in back "street taxes," plus $ 1,000 per month thereafter for his bookmaking operation. "Street taxes" are monies paid to members of organized crime in order to protect the existence of the illegal operation.” Id.

316 “Following Aleman's intrusion into Rizza's illicit business, Rizza met with Angelo LaPietra who, according to Rizza, also had ties to organized crime. LaPietra's negotiations permitted Rizza to pay Aleman $1,000 in street taxes plus a couple of hundred dollars per month for office expenses. Aleman and Inendino would cover all operation losses and the profits would be split. As part of the deal, Rizza also had to report other independent bookmakers to Aleman. One such independent bookmaker was Anthony Reitinger.” Id., at 617-18.

317 “Rizza did not pay street taxes directly to Aleman after May of 1976, but continued to pay them to Joseph Ferriola, identified as Aleman's uncle. In the early winter of 1977, Aleman told Rizza that his murder indictment "was all taken

Rizza 承認，在 1970 年代末，他經常使用古柯鹼；在作為芝加哥警察時，他曾因自己之使用禁藥案犯下偽證罪；1980 年代，他曾接受「聯邦證人保護方案」之保護。[318] 然後，兩造當事人就以下事實達成無庸舉證之證據協議，即：Aleman 就 1990 聯邦檢察官對之所為之訴追，答辯有罪；其答辯有罪之事實為，Aleman 與從事運動簽賭及收取街頭保護稅之「the Outfit」犯罪組織所控制之「the Ferriola street crew」一起進行非法活動。Aleman 告訴律師 Robert Cooley，要他去找出未付街頭保護稅之簽賭場經營者，並與之簽賭下注，如果律師 Cooley 賭輸，Aleman 便將該簽賭場經營者揪出。Aleman 之有罪答辯，並承認，Rizza 從事賭博事業，按月付給 Aleman 及 Inendino 街頭保護稅 $ 500 到 $ 1,000 不等；Aleman 告訴 Rizza，要他去找出未付街頭保護稅之簽賭場經營者，並告訴經營者，是「Joe Nagel (Ferriola 的綽號)」派來的。在此答辯協議中，Aleman 否認參與 Reitinger 之謀殺，亦否認賄賂法官 Wilson。結果，Aleman 被判處有期徒刑 12 年。[319]證人 Cooley，前為芝加哥之警察，並曾為「Cooley, DeLeo, and D'Arco」法律公司之合作律師，作證說，當他執

---

care of," and that "committing murder in Chicago was okay if you killed the right people." He later told Rizza that he was going to request a bench trial "because the case was all taken care of"; going to jail was not an option; and he was not going to jail. Still later, Aleman told Rizza the case was going "fine." Rizza noted that the newspapers were crucifying him and the case looked bad. Aleman responded that the case was "taken care of."" Id.

318 "On cross-examination, Rizza admitted that he had used cocaine frequently during the late 1970s and that he had committed perjury as a Chicago police officer and in his federal criminal drug case. Rizza stated that he had been in the Federal Witness Protection Program during the 1980s." Id.

319 "The parties then stipulated that pursuant to a 1990 federal prosecution, Aleman pled guilty to engaging in illegal activities with "the Ferriola street crew" which was controlled by the "the Outfit," an organized criminal group which collected wagers on sporting events and street taxes from independent bookmakers. He told attorney Robert Cooley to find independent bookmakers who were not paying street taxes and to place bets with them; if Cooley lost, Aleman would "grab" the bookmakers. Aleman's plea also admitted that Rizza operated a gambling business and paid $ 500 to $ 1,000 per month in street taxes to him and Inendino. He told Rizza to locate any independent bookmakers and tell them "Joe Nagel," Ferriola's nickname, had sent him. In the federal plea agreement, Aleman denied any participation in Reitinger's murder or Judge Wilson's bribery. He was sentenced to 12 years in prison." Id.

業刑事法律期間，經常賄賂法官、檢察官、書記官及法警。自 1986 年，他開始為聯邦檢察機關工作，擔任臥底線民。[320] 1977 年 2 月，Cooley 遇見第一監獄之人物 Pat Marcy 及 John D'Arco，Marcy 問 Cooley，是否認識審理 Aleman 案件之法官。Cooley 知道 Aleman 係芝加哥黑幫之主要執行者。[321] Cooley 與法官 Wilson 係暱友，見面時，Cooley 告訴 Wilson 如何解決 Aleman 案件之方法。Wilson 說，他是該案件替代審判之法官。Cooley 說，此一案件證據薄弱，很容易處理，如作成無罪判決，當付給 Wilson 酬謝 $10,000。當 Cooley 再度會見 Wilson 時，Wilson 說，被告 Aleman 之辯護人 Maloney，與他係朋友，如果 Maloney 辭退辯護人職務，他就同意解決掉此一案件。Cooley 當即付給 Wilson $2,500，餘款 $7,500 則約定待案件結束後一次付清。[322] 在初步付款予 Wilson 之後，Cooley 與 Marco D'Amico 及 Aleman 見面。Cooley 向 Aleman 保證，此一案件業已搞定；法官將判他無罪。然後，在 1977 年 4 月，Cooley 又與 Frank Whalen 見面。Cooley 告訴 Whalen 說，他知道自己在作什麼，法官將解決掉此一案件，法官不想與 Whalen 有任何接觸，將由他 Cooley 扮演中間人。Whalen 表示同意。[323] 之後，Cooley 與 Aleman

---

320 "Cooley, a former Chicago police officer and an attorney associated with the law firm of Cooley, DeLeo, and D'Arco, testified that during the time he practiced criminal law, he frequently bribed judges, prosecutors, clerks and sheriffs. In 1986, Cooley began working for the United States Attorney's office as an undercover informant." Id.

321 "In February 1977, Cooley met 1st Ward figures Pat Marcy and John D'Arco, Sr. Marcy asked Cooley if he "had a judge at 26th Street who could handle or take care of a case," one who would fix Aleman's case. Cooley knew of Aleman's reputation as the main enforcer for the mob in Chicago." Id.

322 "When Cooley ran into Judge Wilson, a close friend, he told Wilson of the approach to "handle" Aleman's case. Wilson informed Cooley that he had been "SOJ'd" (substitution of judge) on the case. Cooley later told Wilson the case was weak, it could be handled very easily, and that Cooley would pay him $ 10,000 for an acquittal. After Cooley again met Wilson the latter agreed to handle the case if Maloney, Aleman's attorney, would withdraw because he and Maloney were friends. Cooley then gave $2,500 to Wilson, the remaining $7,500 to be paid when the trial was over." Id.

323 "After paying Wilson initially, Cooley met Marco D'Amico and Aleman. Cooley assured Aleman that the case had been fixed; the judge would acquit him. Cooley then met Frank Whalen in a loop hotel in April 1977. Cooley told Whalen that he

見面，有 Aleman 之同夥 Butch Petrocelli 在場。Aleman 告訴 Cooley 說，其兄弟 Anthony 與 Logan 遭謀殺一案之一名女性證人搭上聯繫，該女性證人同意收受 $10,000 之報酬，然後作證證明 Aleman 並無槍殺之行為。之後，Cooley 告訴法官 Wilson 關於該證人之事，Wilson 認為那是好主意。但 Cooley 並未將付給證人 $10,000 之情形讓法官 Wilson 知道。在審判前一星期，Cooley 在 Florida 與 Whalen 見面，再度保證法官 Wilson 將解決掉案件。[324] 在審判開始後之第二天，法官 Wilson 與 Cooley 見面。Wilson 非常不愉快，並說出其憂慮，也就是案件並非一如 Cooley 最初所說一般之證據薄弱。次日，Cooley 將此一發展情形告訴 Marcy。Marcy 回答說，Wilson 法官最好為其所應為。[325] Cooley 再度與 Wilson 法官見面。此回 Wilson 法官更加不愉快，因為檢察官通知他說，有名證人為作偽證，收受 $10,000 報酬。Wilson 為他自己身為法官卻只收到 $10,000 感到驚奇。Wilson 說，他有可能失去工作，並聲稱：「我全部只能拿到 1 萬元嗎？我想我值得更多！」Wilson 責怪 Cooley，說他將因此一案件之審判承受一切壓力。Wilson 因此再度要求更多之賄款。Cooley 對 Wilson 說，他將考慮看看能做什麼。Wilson 並未曾表示任何不想完成交易標的之意圖；而 Cooley 也將在審判完成後，付給 Wilson 餘款 $7,500。Cooley 又與 Marcy 見面，Marcy 說：「Wilson 將不能多拿一分錢！」[326] 1977 年 5 月 24 日，Wilson 法官就

---

knew what he was doing, the judge was going to throw the case out, and the judge did not want to have any contact with Whalen. Cooley would act as middleman. Whalen agreed." Id.

[324] "Cooley met Aleman with Butch Petrocelli, Aleman's "partner on a lot of hits," present. Aleman informed Cooley that his brother, Anthony, contacted a female witness to the Logan murder, who would accept $ 10,000 to testify that he had not done the shooting. Cooley later informed Judge Wilson about this witness; Wilson thought that was a good idea. Cooley did not inform Wilson of the $ 10,000 witness payment. Cooley then met Whalen in Florida a week before the trial and again assured him that Wilson would throw the case out." Id.

[325] "On the second day of trial, Judge Wilson and Cooley met. Wilson was very upset and voiced his concern that the case was not as weak as Cooley had initially represented. The next day, Cooley told Marcy of this development. Marcy responded that Wilson had "better do what he's supposed to do."" Id., at 618-19.

[326] "Cooley met Wilson again. Wilson was even more upset this time because the prosecutors had informed him that a witness was receiving $10,000 for testifying

Logan 遭謀殺一案，判決被告 Aleman 無罪。審判完成後，Marcy 給予 Cooley 兩個信封；一個內裝 $7,500，要給 Wilson，另一個內裝 $3,000，要給 Cooley。當晚，Cooley 與其秘書在一家飯店和 Wilson 見面。在男洗手間內，Cooley 交給 Wilson 前述 $7,500。Wilson 心情不悅，因為媒體全在責難他，並抱怨說：「我全部就拿這些嗎？我不能比這些多拿一點嗎？」然後 Wilson 就此離去。[327] Aleman 提出一份聯邦調查局專員 John Bowen 於 1989 年 3 月 1 日製作之報告作為證據，該報告係 Bowen 訪談 Cooley 之後所作成。Bowen 之報告指出，Cooley 要求 Marcy 解除 Maloney 所擔任被告 1977 年謀殺案審判之辯護人職務，因為 Cooley 不喜歡他。此一報告並指出，Cooley 已事先由 Marcy 交給 $2,500，用以鎖定法官 Wilson 於該案件上（to "lock him [Wilson] in on the case."）。[328] 兩造當事人就以下事實達成無庸舉證之證據上協議，即：Cooley 之秘書在一件聯邦案件之審判上，作證稱，在 1977 Aleman 案件審判後，她陪同 Cooley 與法官 Wilson 見面；Wilson 看起來很悲傷，並對她說：「妳看起來像是年輕好女孩。離開 Cooley 吧！」[329] Edward Whalen 在證據聽

---

falsely. Wilson was amazed that he was only receiving $10,000 although he was a "full circuit judge." Wilson explained that he may lose his job and asserted, "that's all I get is ten thousand dollars? I think I deserve more." Wilson blamed Cooley because he would receive "all kinds of heat" for this trial. He again requested more bribe money. Cooley told Wilson he would see what he could do. Wilson never expressed any intention not to fulfill his end of the deal. Cooley would pay Wilson the remaining $7,500 after the trial. Cooley met with Marcy again, who told him that Wilson "won't get a nickel more."" Id.

327 "On May 24, 1977, Judge Wilson acquitted Aleman of Logan's murder. After the trial, Marcy gave Cooley two envelopes; one contained $7,500 for Wilson and the other held $3,000 for Cooley. That evening, Cooley and his secretary met Wilson at a restaurant. In the men's room, Cooley gave Wilson the $7,500. Wilson was upset because the press was "all over" him and complained, "That's all I'm going to get? I don't get any more than that?" Wilson then left." Id.

328 "March 1, 1989, following an interview with Cooley. Bowen's report indicated that Cooley asked Marcy to remove Maloney from defendant's 1977 murder trial because Cooley did not like him. The report also indicated that Cooley had been given a $ 2,500 advance from Marcy to "lock him [Wilson] in on the case."" Id.

329 "The parties stipulated that Cooley's secretary testified during a federal trial that she was with Cooley when he met Judge Wilson following Aleman's 1977 trial; Wilson looked very sad and said, "You look like a nice young girl. Stay away from [Cooley]."" Id.

審程序作證稱，他是 Frank Whalen 之姪兒，他經常協助叔叔 Frank 處理案件，包括 1977 年被告 Aleman 謀殺案件之審判。他叔叔從不曾在 Cooley 所聲稱之飯店逗留過。他在這段時間從不曾與 Cooley 有過接觸。叔叔 Frank 或被告 Aleman，都不曾跟他表示過該案件之審判已先有定局。他不曾遇見過 Pat Marcy, John D'Arco, Sr.或 John D'Arco, Jr.等人，也不曾在法庭以外之場所見過法官 Wilson。[330] 在反詰問時，Edward 指認一份文件複本，該文件係被告 Aleman 謀殺案件，在法官辦公室所行非公開程序中（*in camera*），辯方求為排除特定證人之陳述之聲請文件（motion in *limine*）。在該程序中，助理檢察官提出一項證據，即在當年冬天，被告 Aleman 之兄弟兩度提供金錢予一名證人，要求該證人出庭作證時陳述，她所看到由謀殺車輛中出來之人（someone "get out of the hit car"），係另有其人，而非被告 Aleman。1997 年 1 月，Aleman 告訴該證人，如果她出庭作證時陳述，她所看到進入謀殺車輛之人（someone "get into the hit car"），係另有其人，而非被告 Aleman，她將「值得 $10,000」之報酬。在進行此一非公開程序之後，法官 Wilson 裁定該證言不具有證據能力，其理由為該證言太過引起不利之偏見，乃傳聞證據，且顯然欠缺根據。1990 年，該證人在對於聯邦調查局之一項陳述中，否認在 Logan 遭到謀殺當晚看過什麼車子，也不曾因其證言而有人提供給她金錢。[331]兩造當事人就以下事實達成

---

330 "Edward Whalen testified at the evidentiary hearing. He was Frank Whalen's nephew and often helped his uncle with cases, including Aleman's 1977 murder trial. His uncle never stayed at a loop hotel, as Cooley claimed. Edward never came into contact with Cooley during this time. Neither Frank Whalen nor Aleman ever indicated to Edward that the case had been predetermined. Edward never met Pat Marcy, John D'Arco, Sr., nor John D'Arco, Jr., and never saw Judge Wilson outside of the courtroom." Id.

331 "On cross-examination, Edward identified a transcript of an *in camera* proceeding of Aleman's murder trial regarding the defense motion in *limine* to bar certain testimony of a witness. The assistant State's Attorney there made an offer of proof that twice during the winter, Aleman's brother had offered a witness money to testify she saw someone other than him "get out of the hit car." In January, 1977, Aleman told the witness, "it would be worth $10,000" if the witness would testify that she saw someone other than defendant "get into the hit car." Following the *in camera* proceeding, Judge Wilson ruled that the testimony was inadmissible because "it would be very prejudicial, it's hearsay, obviously no basis." In a

無庸舉證之證據上協議，即：聯邦調查局幹員 Francis Marrocco 將證稱，他於 1989 年 11 月 30 日，在亞利桑那州太陽城 Wilson 法官家中，訪談 Wilson。幹員 Marrocco 告知 Wilson 法官，Cooley 已經與聯邦政府合作，並已錄下他最近與 Wilson 一次交談之內容；並說，檢方正在調查 Logan 遭謀殺之案件及後來被告 Aleman 之審判，檢方相信在該案審判中，Wilson 法官為判被告無罪，曾由 Cooley 手中收受賄賂。Wilson 法官拒絕播聽所謂之交談錄音，並否認曾收受 $ 10,000 賄賂而判被告 Aleman 無罪。之後，幹員 Marrocco 送達一份大陪審之傳票予法官 Wilson，該傳票指定 1989 年 12 月 6 日，Wilson 應到芝加哥出庭；但屆時 Wilson 並未到場。[332] 1990 年 2 月 5 日，法官 Wilson 之屍體，在其家中後院被發現，證實係單一子彈傷及頭部。致死原因被登錄為自殺。[333] 兩造當事人進一步就以下事實達成無庸舉證之證據上協議，即：Maloney 因另件聯邦敲詐勒索案件被判有罪，在聯邦法院對於 Maloney 進行量刑聽證時，Monte Katz 出庭作證。Katz 證稱，他與 Aleman 兩人，原都被監禁在都會矯治中心（the Metropolitan Correction Center），後來轉監禁在威斯康辛州牛津之聯邦矯治機構。他與 Aleman 兩人，在聯邦矯治機構中成為朋友，Aleman 經常與他討論 Aleman 曾經犯下之案件，包括 Logan 遭謀殺一案。Aleman 最近因 Logan 遭謀殺一案，再度被起訴，但 Aleman 並不擔心。Aleman 出

---

statement to the F.B.I. in 1990, that witness denied having seen any cars on the night Logan was murdered or being offered money in connection with her testimony." Id.

332 "The parties stipulated that F.B.I. agent Francis Marrocco would testify that he interviewed Judge Wilson at his home in Sun City, Arizona on November 30, 1989. Marrocco there informed Wilson that Cooley had been cooperating with the federal government and had recorded one of his recent conversations with Wilson. Marrocco also told Wilson that the government was investigating Logan's murder and Aleman's subsequent trial in which the government believed Wilson had accepted a bribe from Cooley for an acquittal. Wilson declined to hear the recorded conversation and denied having accepted $ 10,000 to acquit Aleman. Marrocco then served Wilson with a grand jury subpoena for a December 6, 1989, appearance in Chicago, but he failed to appear." Id., at 619-20.

333 "Judge Wilson's body was discovered in his backyard on February 5, 1990, having sustained a single gunshot wound to his head. The cause of death was listed as suicide." Id.

示一篇 ABA Law Journal 法律期刊有關本件訴訟之文章給 Katz 看，並詢問他有何意見，然後 Aleman 說，他經由他叔叔 Joe Nagel 付錢給 Marcy，用以「打通(reach)」法官，所以他已把審判「搞定（fixed）」。Aleman 對於起訴一事，並不憂慮，因為案件已經太久，而且檢方不會勝訴，因為本案屬於二重危險之情況。Katz 於 1994 年 4 月 19 日，將以上談話內容通知 Cook 郡之州檢察署。[334] 辯方提出 Aleman 之宣誓口供書作為證據。Aleman 在宣誓口供書中，否認以下事實：(1).1977 年，「於名叫 Marco D'Amico 之人在場或不在場之情況下」，與 Cooley 見面；(2). 與 Cooley 談論有關 Logan 遭謀殺一案之審判；(3).就其 1977 年 Logan 遭謀殺一案之無罪判決，參與對任何法官之任何賄賂。[335] 1995 年 3 月 9 日，Cook 郡法院就本案作出追加裁定，否准被告 Aleman 求為駁回檢方起訴之聲請。法院初則認定 Cooley 之證言符合傳聞法則「共謀者之陳述」之例外，具有證據能力，而駁回被告 Aleman 求為排除證據之聲請。繼又認定檢方就被告 Aleman，為 1977 年 Logan 遭謀殺一案之審判，參與賄賂法官之事實，已盡舉證責任；因此，對於被告 Aleman 求為駁回檢方起訴之聲請，應為否准之裁定，蓋因被告 Aleman 欠缺先前之危險（即 1977 年之審判並未產生所謂第一次性之

---

334 “The parties further stipulated that Monte Katz testified at the federal sentencing hearing of Maloney, after Maloney had been convicted of federal racketeering charges, among others, in unrelated cases. Katz and Aleman were both incarcerated at the Metropolitan Correction Center and later at a federal correctional institution in Oxford, Wisconsin. Katz and Aleman became friends at the federal institution and Aleman often discussed crimes he had committed, including the Logan murder. Aleman recently had been reindicted for the Logan murder but he was unconcerned. Aleman showed Katz an ABA Law Journal article regarding the instant proceedings, asked Katz for his opinion, and then said that he had the original trial "fixed" by having his uncle, Joe Nagel, pay Marcy money to "reach" the judge. Aleman "wasn't worried" about being indicted because the case was too old and would not be won because it "was a double jeopardy situation." Katz informed the Cook County State's Attorney's office of these conversations on April 19, 1994.” Id.

335 “The defense introduced Aleman's sworn affidavit into evidence in which he denied: (1) meeting with Cooley in 1977 "in or out of the presence of someone named Marco D'Amico"; (2) speaking with Cooley in connection with the Logan murder trial; and (3) participating "in any bribery of any judge" regarding his 1977 acquittal in the Logan murder.” Id.

危險）。被告 Aleman 因此提起本件抗告。[336] **】 伊州第 1 區第 2 庭上訴法院 (APPELLATE COURT OF ILLINOIS, FIRST DISTRICT, SECOND DIVISION) 主審法官 (PRESIDING JUSTICE)HARTMAN 為該院就本件抗告所撰寫駁回抗告之理由，經整理後，大要如下：**【被告 Aleman 被訴槍殺一名男子，結果獲判無罪。15 年之後，又因同一謀殺行為(及另一事隔第一件謀殺行為 3 年後所犯之謀殺罪)遭到起訴。被告以二重危險為由，聲請伊州 Cook 郡法院駁回起訴；檢方則以被告前此之審判為無效，蓋因被告賄賂法官而獲判無罪，從而不得適用二重危險法則，作為反駁。Cook 郡法院，在前此審判之法官遭受賄賂一事獲得證明後，駁回被告之聲請，被告因此提起抗告。**伊州第 1 區第 2 庭上訴法院，駁回抗告，而維持原裁定，其理由為：**二重危險法則之保障，並非絕對。二重危險法則之例外中，與本件被告有關者，為騙局審判(sham trial)、詭計或勾結(fraud or collusion)，以騙局審判(sham trial)所導致之無罪判決，不能認係危險；本件被告係由於詭詐或勾結(fraud or collusion)而獲判無罪，因此，其從不曾被置於所謂危險之中，從而，自得對於被告重行追訴。經由賄賂法官，被告業已妨礙其第 1 次審判之作出公平之判決，因此，被告不得引據二重危險法則，以保自己免受二度之訴追。[337] **結論：**伊州第 1 區第 2 庭上訴法院，

[336] "On March 9, 1995, the circuit court in the present case filed its supplemental ruling denying Aleman's motion to dismiss the indictments. The court initially ruled that Cooley's testimony was admitted properly under the coconspirator's exception, overruling Aleman's motion to strike. The court further concluded that the State sufficiently met its burden of producing proof that Aleman had participated in bribing Judge Wilson during his 1977 trial for the Logan murder; therefore, Aleman's motion to dismiss the indictments was denied for want of previous jeopardy. This appeal followed." Id.

[337] "Defendant was indicted for the shooting death of a man, but he was acquitted. Fifteen years later, he was indicted for the same murder and another that was committed three years after the first. Defendant filed a motion to dismiss the indictments based, inter alia, on double jeopardy, but the state countered that his trial was a nullity because of a judicial bribe to acquit him and double jeopardy was inapplicable. The lower court denied dismissal after establishing that the judge had been bribed in the earlier trial, and defendant appealed. The court affirmed the dismissal because the protections afforded by double jeopardy were not absolute. Exceptions that pertained to defendant were a sham trial which

維持原駁回被告以二重危險為由求為駁回檢方起訴之聲請之裁定。上訴法院認定：**二重危險法則所提供之保障並非絕對**；其兩項例外，包括騙局審判(sham trial)及詭詐或勾結(fraud or collusion)。當被告在第 1 次訴追中賄賂法官時，其已妨礙就其訴訟作出公平之判決，因此，被告從不曾蒙受危險，從而，可以對之為再度之訴追。[338] 】

第 四 款 英國「確實新證據 new and compelling evidence」之例外

在英國，一名年輕婦女失蹤，數月後，母親在自家浴室壁板後面發現其屍體。涉嫌謀殺之被告 Dunlop，經兩度審判，陪審均無法達成評決；因此，依據英國法律，被告 Dunlop 被宣告無罪。之後，Dunlop 得知，由於二重危險法則之保障，其可免受第二度之審判；真兇 Dunlop 乃多次對於多人自白其犯行。結果，Dunlop 為此被訴究偽證罪，並被判決有罪；蓋在前此謀殺罪之兩度審判中，Dunlop 為自己被控之謀殺罪，所作之陳述為屬虛偽。然而，由於二重危險法則之保障，國家對於其真正之謀殺犯行，已無從再行追訴審判。[339] 在美國，被宣告無罪之被告，不可能就同

---

resulted in an acquittal and which could not be considered jeopardy, and fraud or collusion; defendant, who was acquitted due to fraud or collusion was never placed in jeopardy and therefore could be reprosecuted. By bribing the judge, defendant prevented a fair "resolution" of his first proceeding, and he would not be allowed to employ the principles of double jeopardy to shield himself from a second prosecution." See, THE PEOPLE OF THE STATE OF ILLINOIS, Plaintiff-Appellee, v. HARRY ALEMAN, Defendant-Appellant, 1996 Ill. App. LEXIS 450,1.

338 "The court affirmed the dismissal of defendant's motion to dismiss the indictments against him for reasons of double jeopardy. The court held that the protection afforded by double jeopardy was not absolute, and two exceptions included a sham trial and fraud or collusion. When defendant bribed the judge in the first prosecution, he prevented a fair resolution to his proceeding, and he was never subjected to jeopardy and could be reprosecuted." Id.

339 "In England, a young woman goes missing, and months later her own mother discovers her body behind a panel in the bathroom of her home. The prime suspect (Dunlop) is tried twice in English courts. When neither jury reaches a verdict, he is acquitted under English law. Later, knowing double jeopardy protects him from retrial, the killer confesses multiple times to multiple people. He is convicted of perjury because he had testified falsely in both prior trials, but double jeopardy rules prevent the government from retrying him for the actual murder." "This fact

一犯罪再度遭受審判；在英國，亦然。然而，2003 年，英國立法修正其二重危險法則，准許在有限之情況下，可對於已獲判無罪之被告，再度進行訴追。因此，上述謀殺案件之兇手 Dunlop，乃成為英國歷史上，已獲判無罪後，又被撤銷無罪判決，而再經起訴定罪之第一人。[340] 在英國，

---

pattern is based on the case of Billy Dunlop and the 1989 murder of Julie Hogg. *See* R. v. Dunlop, [2007] 1 Crim. App. 8, 115. ” See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1179.

340 “Under American double jeopardy law, a person acquitted of a murder cannot be retried for that murder. Until recently, the same would have been true in England. In 2003, the English changed their rules to allow for limited reprosecution of the acquitted. In the real case described above, the murderer Billy Dunlop became the first person in English history to have his acquittal quashed, and then to be retried and convicted. This Note is concerned with the question of whether the United States should pursue a similar goal of double jeopardy reform to provide more ways to retry the erroneously acquitted.” Id., at 1179-80.

See Double Jeopardy Man is Given Life, BBC NEWS, October 6, 2006, *available at* http://news.bbc.co.Uk/1/hi/england/tees/5412264.stm (last visited Oct. 19, 2008).

Double jeopardy man is given life

A man has been jailed for life after becoming the first person to be retried for murder in the wake of changes to the 800-year-old double jeopardy law.

Billy Dunlop, 43, was acquitted of the 1989 murder of Julie Hogg, of Billingham, Teesside, in 1991.

He later confessed to a prison officer while serving time for assault, but at that time the law prevented a retrial. He was told he must serve a minimum of 17 years in prison after pleading guilty last month. Until the double jeopardy law was changed in April 2005, anyone acquitted by a jury could not be retried for the same offence. Dunlop could only be prosecuted for lying at his earlier trial and was given six years in jail for perjury.

'Persistent campaign'

Julie Hogg's mother, Ann Ming and her husband, Charlie, 81, travelled to London from Teesside, to see Dunlop jailed on Friday. After sentence was passed Mrs. Ming, who described Dunlop as "pure evil", said: "I would have liked life to have meant life. Julie's murder has devastated our family and left us in turmoil. "I would like to thank everyone who has helped us in the long, tireless campaign for justice for our daughter Julie. "We just hope after 17 years when he is eligible for parole and if I'm dead, somebody carries on the good work and keeps him behind bars so he will never, ever kill anybody else again." Earlier, in court, Mrs. Ming sobbed as prosecutor Andrew Robertson, QC told the court: "Now the law has changed, in large part due to the long and persistent campaign by Mr. and Mrs. Ming who felt they and their daughter were being denied justice." An impact statement from Mrs. Ming was read to the judge, Mr. Justice Calvert-Smith. In it, she told of the "indescribable" shock and after-effects of finding the body after police had failed to discover it during a search. "As a family, we are damaged beyond repair and will never be the same again as Julie will never return home," she said. Ms Hogg, who was separated from her husband, had a son, Kevin, who was three when she

此一改變二重危險法則之聖戰，係由上開謀殺案件被害人之母親 Julie Hogg 所發動。兇手 Dunlop，在前此謀殺案件之兩度審判中，為自己之利益作證而為虛偽之陳述，導致兩度審判之陪審均以無法達成評決告終；英國法院因視被告等於已經「無罪"not guilty"」評決而登錄結案。之後，Dunlop 對人坦白犯行，並吹噓其已受二重危險法則之保護。依據其坦白犯行之新證據，並其在前此謀殺案件之兩度審判中，各別宣誓後為虛偽之陳述，以逃避有罪判決，Dunlop 乃被以兩件偽證罪之訴因起訴並判決有罪，處有期徒刑 12 年。[341] 前述謀殺案被害人之母親，為 Dunlop 只因偽證罪入監，而非謀殺罪，惱怒不已，乃開始進行改革二重危險法則之訴求。其訴求運動，終在國會通過「2003 年刑事訴訟法 “the Criminal Justice Act of 2003”」時，獲得成功。新法包括刑事訴訟程序之廣泛改革，其中之一為精心

was murdered. He was not in court today, but his impact statement said: "I have missed out on a mother's love. "I have missed out on a childhood. I have never been able to understand why the man who killed my mother had not been caught by police and sent to prison." Timothy Owen QC, defending, said Dunlop had confessed through remorse and because he wanted to make a clean breast of his crime. Mr. Justice Calvert-Smith said he could not take into account violent crimes committed by Dunlop since the murder, but they would be considered by the Parole Board, which would eventually decide when he would be released. Outside the court, Det Supt Dave Duffey, of Cleveland Police said: "The whole campaign has been based on Ann. She's a determined, driven woman. I've got nothing but admiration for her. "There's no doubt in my mind that she's been focal to changing the law." After the double jeopardy law was changed in April 2005 Cleveland Police re-opened the case into Ms Hogg's murder. The pizza delivery woman had been initially reported missing but her body was discovered months later behind a bath panel by her mother. Dunlop, a labourer who lived nearby, was charged with the murder. He faced two trials, but each time the jury failed to reach a verdict and he was formally acquitted in 1991. The law change only applies to England and Wales. In Scotland the former ruling relating to double jeopardy rule still applies.

341 “In England, the policy crusade to change the double jeopardy laws was led by the mother of murder victim Julie Hogg, whose case is described above. Her killer, Dunlop, pled innocent and testified falsely on his own behalf in two murder trials that each ended in a hung jury. The English court then recorded a "not guilty" verdict. [6] Later, Dunlop confessed to the crime and bragged (correctly) that he was protected by double jeopardy law. Based on the new evidence of his confession, and because "on two entirely separate occasions [Dunlop] had lied on oath when on trial for murder to avoid conviction," he was convicted on two counts of perjury and sentenced to twelve years in prison.” Id.; *See* R. v. Dunlop, [2001] 2 Crim. App. (Sentencing) 27, 134-35.

設計之「二重危險法則之例外」。此一例外規定為：僅對於特定犯罪，僅在有「確實新證據 “new and compelling evidence”」，且僅在經由法院認可並可聲明不服之情況下，准許對於已經無罪判決之被告，撤銷其無罪判決，並重新進行審判。[342] 從而，Dunlop 謀殺案件之無罪判決被撤銷，其謀殺案件於 2006 年經重行審判之結果，判決有罪。[343] 處無期徒刑。[344]

---

342 **Criminal Justice Act 2003**
2003 CHAPTER 44
PART 10 RETRIAL FOR SERIOUS OFFENCES
Cases that may be retried
New and compelling evidence
(1) The requirements of this section are met if there is new and compelling evidence against the acquitted person in relation to the qualifying offence.
(2) Evidence is new if it was not adduced in the proceedings in which the person was acquitted (nor, if those were appeal proceedings, in earlier proceedings to which the appeal related).
(3) Evidence is compelling if—
(a) it is reliable,
(b) it is substantial, and
(c) in the context of the outstanding issues, it appears highly probative of the case against the acquitted person.
(4) The outstanding issues are the issues in dispute in the proceedings in which the person was acquitted and, if those were appeal proceedings, any other issues remaining in dispute from earlier proceedings to which the appeal related.
(5) For the purposes of this section, it is irrelevant whether any evidence would have been admissible in earlier proceedings against the acquitted person.
2008.10.19 retrieved from:
http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/ukpga_20030044_en_10#pt10

343 “Enraged that her daughter's killer was only sent to jail for lying instead of for murder, the victim's mother embarked on a quest to change the English double jeopardy law. The reform movement succeeded when Parliament passed the Criminal Justice Act of 2003. The Act included extensive criminal justice reforms, one of which was a carefully crafted exception to the double jeopardy prohibition. The new reforms allow for an acquittal to be quashed and for the acquitted to be retried, but only for certain crimes, only with new and compelling evidence, and only with redundant approvals and appealability. Billy Dunlop's acquittal was quashed and he was retried and convicted of murder in September 2006.” Id., at 1180-81.

344 *See* R. v. Dunlop, [2007] 1 Crim. App. 8.
Press Release, Crown Prosecution Serv., William Dunlop Sentenced in First Double Jeopardy Case (Oct. 6, 2006), *available at* http://www.cps.gov.uk/news/pressreleases/archive/2006/155_06.html (last visited OCT. 19, 2008) (stating Dunlop "has today been sentenced to life imprisonment for the murder of Julie Hogg in 1989" and that his sentence would have a "minimum tariff of 17 years").

第 八 節 結 語

本章之論述，重在探討二重危險法則理論之內涵，及其在實務上之應用。茲歸納其要點如下：

William Dunlop sentenced in first double jeopardy case
6 October 2006

The first man to face a retrial under the double jeopardy rule after Director of Public Prosecutions, Ken Macdonald, QC, gave his consent for this case to be referred to the Court of Appeal, has today been sentenced to life imprisonment for the murder of Julie Hogg in 1989.

Martin Goldman, Chief Crown Prosecutor for Cleveland CPS, said the CPS and Cleveland police have continually challenged the basis on which William Dunlop would be sentenced to ensure the court was given all the facts.

He said: "We have undertaken further investigation and presented the results of these to the court in order to prove the level of danger he poses."

At the sentencing hearing, the crown presented to the judge, Mr Justice Calvert-Smith:

- The circumstances of the murder
- Victim impact statements from Julie Hogg's son, who was only three at the time of her murder, and her mother, Mrs. Ann Ming. Both of these were read out in court
- Dunlop's previous convictions for violence, including grievous bodily harm, wounding, actual bodily harm and threats to kill.

Mr. Goldman added: "William Dunlop is a dangerous killer whose sentence today reflects the premeditated and truly horrendous nature of his crime.

"He has tried to escape responsibility for the murder of Julie Hogg for nearly 20 years and has put her family through great suffering in the process. Today we have finally seen him face the consequences of his actions."

Notes to Editors

1. Julie Hogg was killed in Billingham, Cleveland on 16 November 1989. William Dunlop faced two trials for murder and each time the jury failed to reach a verdict. He was formally acquitted in October 1991 at Newcastle Crown Court.
2. On 14 April 2000, William Dunlop pleaded guilty to two charges of perjury arising out of the evidence he gave at the murder trials. He was sentenced to six years' imprisonment to run concurrently on each perjury charge. This sentence was consecutive to one of seven years he was already serving for assault, which was imposed in 1998, making a total of 13 years.
3. The case against William Dunlop was referred to the DPP by the Chief Crown Prosecutor for Cleveland, Martin Goldman, when the double jeopardy law - that a person once acquitted cannot be tried twice for the same offence - was changed by the Criminal Justice Act 2003. The provisions on the retrial of serious offences (double jeopardy) under the Criminal Justice Act 2003 came into force on April 4, 2005.
4. William Dunlop was sentenced to life imprisonment with a minimum tariff of 17 years.

For further information contact CPS press office on 020 7796 8180.

臺灣高等法院臺中分院檢察署

壹、二重危險法則，出現在美國憲法增修條文§5 之原文為：「nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb （不得使任何人因同一犯罪而蒙受兩度生命上或肢體上之危險）」。在此 20 個字當中，由「offence（犯罪）」、「life or limb（生命上或肢體）」 兩項用語可知，二重危險法則僅適用於刑事案件，而與民事事件無關。

貳、所謂「危險（jeopardy）」係指刑事訴追之風險。二重危險法則所禁止者，為第 2 次性危險；但為判斷是否為第 2 次性危險，須先找出是否已曾發生第 1 次性危險。

參、在英國，雖認只有在審判已告完成，作出有罪或無罪之判決後，始得謂被告已歷經第 1 次性之危險。如此之法則，主要目的在於維護判決之既判力，而類似大陸法系之既判力法則（doctrines of res judicata）及附帶禁反言（collateral estoppel）之作用。但在美國，自 1824 年 United States v. Perez, 22 U.S. 579（1824）一案起，聯邦最高法院即認：刑事訴追之結果，縱未以有罪或無罪之判決告終，被告亦有可能已蒙受危險；而此一觀念在 19 世紀末得到確立，並成為二重危險法學上不可或缺之一部分。因此，在 Wade v. Hunter, 336 U.S. 684（1949）一案，聯邦最高法院更於判決理由中精確說明：「本院過去之許多判例已認定，受陪審審判之被告，縱其審判中斷而未有最後之評決，該被告亦有可能已蒙受足以禁止就同一犯行進行二度審判一類之危險。」換言之，在英國普通法，一般而言，二重危險法則之適用，以前此審判已曾作出有罪或無罪之實體判決為要件。但在美國憲法上之二重危險法則，所認危險之貼加，則遠早於有罪或無罪判決之作出。是在陪審審判，當陪審已就位宣誓完畢；另在法官審判，當第一件證據已呈堂調查時，均應認為對於被告已貼加危險。其已貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決(發生既判力)，固無論；即使其審判因故中止，而未有終局判決出現，亦因二重危險法則之

禁止，阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行第二度之訴追，以防免被告第 2 次性危險之蒙受 (程序危險之禁止)。吾人所以謂：「既判力法則」加「程序危險之禁止」，即等於「二重危險法則」者，其故在此。惟，在例外情形，其審判之因故中止，若係出於「顯然必要（manifest necessity）」之結果，例如，陪審不能達成評決（the jury cannot reach a verdict），或情況顯然阻礙審判之繼續，而宣告誤審時；則在此種「顯然必要」下所宣告之誤審，自不妨重開審判，而無牴觸二重危險法則之虞。

肆、二重危險法則就「程序危險之禁止」，甚至更推進至於**本案審判前準備程序中**所為涉及實體爭點之駁回起訴之裁判。亦即，起訴之駁回，縱係發生於本案審判前之準備程序，如其駁回起訴之理由，係與本案之實體有關，亦應認為第一次性之危險業已貼加，從而禁止以後之重行追訴。關於此一問題，聯邦最高法院曾以 5 對 4 之過半數意見，於 United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978)一案，認定：決定性要素，在於事實審法官之作為，是否就犯罪構成要件之部分或全部為有利被告之判斷，亦即，事實審法官是否已就被告之有罪或無罪作出某種認定。如事實審法官所為公訴駁回之裁判，涉及有罪或無罪之認定，則在功能上言，等同於無罪判決(原則上，禁止以後之重行追訴)；反之，所有其他情形之公訴駁回之裁判，在功能上言，等同於宣告誤審(原則上，不禁止以後之重行追訴)。此與我刑事訴訟法§161II、§326III 所規定「駁回公訴」及「駁回自訴」之裁定，亦足以發生「類既判力」之情形相近。

伍、第 1 次性危險有其貼加之始（a beginning），自亦有其結束之時（an ending）；第 1 次性危險之結束，謂之危險終了（termination）。第一次性危險貼加後，須待其危險終了，始見禁止將來再度訴追之二重危險法則發生作用。因此，在第 1 次性危險貼加後，尚未終了前，並不禁止第二度之審判。是在前述「陪審審判，當陪審已就位宣誓完畢；另在法官審

判，當第一件證據已呈堂調查時，均應認為對於被告已貼加危險。其已貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決(發生既判力)，固無論；即使其**審判因故中止**，而未有終局判決出現，亦因二重危險法則之禁止，阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行第二度之訴追，以防免被告第 2 次性危險之蒙受 (程序危險之禁止)」之情形，其「審判因故中止」之時，即為第 1 次性危險終了之時，從而發生「程序危險之禁止」效果，不得對於同一被告之同一犯行進行第二度之訴追。在**無罪判決**之情形，被告既經無罪判決後，不得對之再為審判，此乃二重危險法制史中最根本之法則。此一法則，賦與無罪判決特別之重要性。不論特定無罪判決有何等重大之違誤，如允許在無罪判決後，可以有第二次之審判，將產生一項難以接受之高度危險，亦即，檢方挾其無比優勢之資源，當足以削弱被告之防禦能力，以致即使係無辜之被告，亦終有被定罪之可能。而且，無罪判決具有終局確定力（granting absolute finality to acquittal），在憲法上，檢方對於無罪判決絕無上訴之餘地。因此，無罪判決具有終了第 1 次性危險之絕對效果（an acquittal almost always terminates jeopardy），從而啟動二重危險法則之保障（triggers double jeopardy protection），禁止對於被告進行再度之訴追。至於**有罪判決**，情形則與無罪判決有異；有罪判決並不自動終了危險，蓋有罪之被告得對於有罪判決上訴，在上訴程序中，原本之危險猶然繼續。有此「危險繼續」之理論，遂容許進行二度之審判（包括上訴審之審判及上訴成功後之發回更審）。因此，有罪判決，係在有罪之被告並未挑戰或未能成功挑戰有罪判決時，其危險終了。自此時起，有罪判決確定之被告，開始受二重危險法則之保障，禁止就其有罪判決確定之同一犯罪為再度之訴追。

陸、二重危險法則，在美國憲法增修條文§5 之原文為：「nor shall any person be subject for **“the same offence”** to be twice put in jeopardy of life or limb（不得使任何人因「**同一犯罪**」而蒙受兩度生命上或肢體上之危險）」。判斷被告是否因「同

一犯罪（the same offense）」而被置於危險之中，有時，與判斷被告係於「何時」被置於危險之中，同樣困難。實務上，所曾出現用以判斷是否「同一犯罪」之理論，迭有變遷，最後，係以「**Blockburger 標準（Blockburger test）**」為主流。Blockburger 標準，係聯邦最高法院於 1932 年，在 Blockburger v.United States, 284 U.S. 299 (1932) 一案判決中所提出；亦稱為「同一證據法則 (the same evidence rule)」，或「同一要件標準（same elements test）」，或逕稱為「Blockburger 標準」。在 Blockburger 一案所揭櫫之判斷標準，其要旨為：「當同一行為 (the same act) 或同一非法勾當 (the same transaction) 構成對於兩項不同法律規定之違背時，用以判斷其究為一件犯罪抑或兩件犯罪之標準，乃各該個別之法律規定，是否要求各自證明一項事實，而此一各自須加以證明之事實，卻係另一規定所不需要者」。在此情形下，兩罪之犯罪構成要件縱有雷同，但因不能彼此包括，故為兩項獨立之犯罪，可一併加以追訴處罰，而不發生二重危險之問題。亦即，對於單一行為，可依據不同之犯罪規定予以追訴處罰之前提是，此二法律所規定之犯罪，各須證明一項他一規定所不需要之要件。蓋在此際，雖係單一行為，卻係兩件犯罪。其具體之公式如下：假設甲案所須證明之構成要件事實為 A+B；乙案所須證明之構成要件事實為 A+C。甲、乙兩案，固均須證明相同之 A 構成要件事實，但甲案另須證明乙案所不需要之 B 構成要件事實，又乙案另須證明甲案所不需要之 C 構成要件事實，因此，甲、乙兩案縱係衍生自同一行為，但兩者構成要件事實不一，所需用以證明之證據相異，所以並非同一案件，即就兩案件一併加以追訴，亦不發生二重危險之問題。然而，「Blockburger 標準」之適用，其實不以上述情形為限，而尚有派生之狀況，亦須求諸「Blockburger 標準」以為解決。例如，甲案所須證明之構成要件事實為 A+B+C；乙案所須證明之構成要件事實為 A+B。甲、乙兩案，固均須證明相同之 A+B 構成要件事實，但甲案另須證明乙案所不需要之 C 構成要件事實，此際，甲、乙兩案是否為同一案件，在判斷上，即滋生疑問。就此，如依上開 Blockburger 判決理由所謂：

「單一行為，觸犯兩項法律所規定之罪名；如果各該法律所規定之罪名，各自要求證明一件額外之事實，而此一各自所需額外事實之證明，卻為另一規定之罪名所不需要時，應認定已構成兩件犯罪」之判斷標準，作反面解釋，應可得到：「單一行為，觸犯兩項法律所規定之罪名；如果其中一法律規定之罪名，所要求證明之事實，均為另一規定之罪名所需要時，應認定只構成一件犯罪」之結論。因此，上舉之例，乙案所須證明之構成要件事實為 A+B，甲案所須證明之構成要件事實為 A+B+C；足見乙案所須證明之 A+B，均為甲案在證明其 A+B+C 時所需要，從而，應認定甲案、乙案只構成一件犯罪；亦即，乙案為甲案所包括；甲案、乙案為「同一犯罪（the same offense）」，既不得「**相繼訴追**（successive prosecutions，即分別起訴）」，亦不得「**合一訴追**（single prosecutions，即合併起訴）」，否則，即干犯二重危險之禁止。「Blockburger 標準」，準此而為適用，乃使構成要件並非完全一致之兩案件，因彼此存在包括關係之故，而有成其為二重危險法則所稱「同一犯罪（the same offense）」之可能，從而放大被告免受二重危險之保障。據此應用於實際，Brown v. Ohio, 432 U.S. 161 (1977)一案，可謂為典型。在 Brown 一案，聯邦最高法院第一次適用「同一證據標準(the same evidence test)」，資以禁止在州法院就不同法律規定所涉及之同一行為進行相繼之訴追。該案被告因未經所有人同意而駕駛其汽車，已經以「joyriding 駕車兜風之使用竊盜」罪名判罪，然後又經依偷竊同一汽車之「竊盜汽車」罪名，再度遭受追訴並判決有罪。由於州法院已坦認「joyriding 駕車兜風之使用竊盜」罪名係「竊盜汽車」所包括之較輕罪名，聯邦最高法院乃認定：此兩項犯罪所需要之證據相同，依二重危險之趣旨，已切合 Blockburger 標準，乃同一犯罪，因此，第二個有罪判決遭到撤銷。依此判例以觀，被**包括之輕罪部分，如先經有罪判決確定，其既判力即擴張及於重罪部分，而禁止就重罪部分再行訴追**，此殆 Blockburger 標準之另一重要效果。是既判力擴張所及之重罪部分，如再經訴追，即應認該被告已蒙受二重危險。

柒、美國聯邦最高法院，於 Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970)一案，提出「附帶禁反言 Collateral estoppel」之見解，資為該案判決之立論基礎。而「附帶禁反言 Collateral estoppel」理論，亦自此確立為二重危險法則之重要內涵。聯邦最高法院於 Ashe 一案判決指出：【「附帶禁反言 Collateral estoppel」，係一項棘手之片語，但卻代表吾人當事人主義司法制度一項極端重要之法則。此一法則之簡單意旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執。雖然，此一法則係先在民事訴訟之領域中發展而出，但「附帶禁反言」法則至少於 50 多年前，聯邦最高法院在 United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85 (1916)一案之判決中，已將之確立為聯邦刑事司法之一項法則。此一已經確立之聯邦「附帶禁反言法則」，是否經由憲法增修條文§5 禁止二重危險之保障條款加以具體化？今天，聯邦最高法院毫不猶豫，認定其答案為：「是」。因為，不論此一憲法保障條款所保障者尚可能包括如何之其他事物，至少可以確定者是：此一條款，保障已受無罪判決之個人，免於二度遭受笞刑。】

捌、舉凡原則，必不免有其例外。社會科學領域中，斷難有「放諸四海而皆準，百世以俟聖人而不惑」之鐵則，而可以毫無例外。二重危險法則，亦然，「其對於被告之保障，並非具有絕對性及決定性；在適當情形下，應承認並適用其例外。（The protections afforded by double jeopardy are not absolute and conclusive; exceptions are recognized and applied when appropriate.）」正因如此，在美國，乃由「法官造法」，在三件具體個案中，認定應排除二重危險條款之適用，許可檢方對於曾經判決無罪確定之被告，進行二度之訴追，從而成為二重危險條款之重要例外。此三件判例，依序為：**Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案** 【被告所涉傷害犯行既經判罪後復就同一犯罪重行訴追其傷害致死；稱為犯罪未完成之

例外（Uncompleted Offenses Exception）】；**U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案**【被告既經以竊盜判罪後復就同一犯罪重行訴追其強盜殺人；稱為犯罪發現在後或已盡調查能事之例外（Later Discovered Offenses or the Due Diligence Exception）】；**People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案**【被告賄賂法官為無罪判決後復就其同一犯罪進行二度之訴追；稱為騙局審判及詭詐勾結之例外（Sham Trial and Fraud or Collusion Exception）】。在英國，則以國會「制定法」之方式，創造有**「確實新證據 "new and compelling evidence"」**時，可以重行審判之例外。

臺灣高等法院臺中分院檢察署

臺灣高等法院臺中分院檢察署

第 四 章　既判力法則之理論與應用

要　目

第 一 節　前 言　p195
第 二 節　既判力與類既判力　p200
　第 一 款　嚴格證明與自由證明　p200
　第 二 款　既判力之發生（實體爭點已經嚴格證明；追訴權消滅）　p210
　第 三 款　類既判力之發生（實體爭點僅經自由證明；追訴權殘存）p213
　第 四 款　不生既判力之裁判（僅就程序爭點為自由之證明；追訴權完好無缺）　p220
　第 五 款　免訴判決之特殊性（免訴判決有無既判力）　p225
第 三 節　既判力之實體面作用（行為不兩罰；實質確定力；排除效）　p237
　第 一 款　行為不兩罰；實質確定力　p237
　第 二 款　排除效　p240
第 四 節　既判力之程序面作用（案件不兩判；一事不再理；爭點效）　p246
　第 一 款　案件不兩判；一事不再理　p246
　第 二 款　爭點效　p277
第 五 節　既判力（實質確定力）之擴張與延展　p293
　第 一 款　同一案件　p293
　第 二 款　既判力（實質確定力）之擴張　p296
　第 三 款　既判力（實質確定力）之延展　p298
　第 四 款　實體法上「行為不兩罰」與程序法上「案件不兩判」之交錯 p302
第 六 節　既判力（一事不再理）之例外；為被告之不利益聲請再審　p308
第 七 節　結 語　p313

第 一 節　前 言

在大陸法系，提及類似二重危險[1]之概念時，通常稱之為「res judicata」或「non bis in idem」。[2]「res judicata」，為拉丁文，BLACK'S LAW DICTIONARY 定義之為「a matter adjudged」;[3] FindLaw Law Dictionary 定義之為「judged matter」，[4] 均為「既判事項」之意，若以我刑事訴訟法之術

[1] See, M. Cherif Bassiouni, *Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions*, 3 DUKE J. COMP. & INT'L L. 235, 288 (1993) (stating that double jeopardy is analogous to civil law concept of res judicata and is referred to as *non bis in idem* in noncommon law countries).

[2] "Most civil law countries refer to double jeopardy as res judicata or non bis in idem." See, Jennifer E. Costa, *Double Jeopardy and Non Bis in Idem: Principles of Fairness*, 4 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 181,182（1998）.

[3] See, BLACK'S LAW DICTIONARY 1305 (6th ed. 1990) (defining res judicata as "[a] matter adjudged").

[4] See, FindLaw Law Dictionary: (**res judicata:** Latin, judged matter)

語加以翻譯，則譯為刑事訴訟法§302i 之「案件曾經判決確定」（或實質確定力），堪稱相當。「non bis in idem」，亦為拉丁文，BLACK'S LAW DICTIONARY 定義之為「not twice for the same」[5]；維基百科指出：「『Ne bis in idem（即 non bis in idem）』，由拉丁文字譯，為『not twice for the same』，意謂『對於同一案件，不得二度起訴』。此乃起源於羅馬法之一項法律觀念，但基本上與普通法『二重危險』之觀念相當。」[6] 因此，若以我訴訟法學之慣用語加以翻譯，則譯為

1: a thing, matter, or determination that is adjudged or final: as

a: a claim, issue, or cause of action that is settled by a judgment conclusive as to the rights, questions, and facts involved in the dispute

b: a judgment, decree, award, or other determination that is considered final and bars relitigation of the same matter

Example: the trial court interpreted the earlier order as a dismissal with prejudice and thus res judicata as to the subsequent complaint -- Southeast Mortg. Co. v. Sinclair, 632 So. 2d 677 (1994)

also**:** the barring effect of such a determination

2: a principle or doctrine that generally bars relitigation or reconsideration of matters determined in adjudication

Example: the doctrine of res judicata precludes the presentation of issues in a post-conviction petition which have previously been decided upon direct appeal -- Stowers v. State, 657 N.E.2d 194 (1995): as

a: a broad doctrine in civil litigation that requires and includes the barring of relitigation of settled matters under merger, bar, collateral estoppel, and direct estoppel**:** "former adjudication"

(compare bar § 3b estoppel by judgment at estoppel § 2a merger § 4)

b: a specific doctrine that precludes relitigation of claims and issues arising from the same cause of action between the same parties and their privies after a final judgment on the merits by a competent tribunal or after some other final determination having the same effect

Example: res judicata precludes only subsequent suits on the same cause of action; collateral estoppel may preclude relitigation of issues in later suits on any cause of action -- J. H. Friedenthal et al.

(called also claim preclusion)

3: an affirmative defense based on res judicata）.

Retrieved 2008.09.22, from:http://mysearch.findlaw.com/scripts/dic?s=res+judicata

[5] See, BLACK'S LAW DICTIONARY, *supra* note 3, at 1051 (defining *non bis in idem* as "not twice for the same").

[6] "Ne bis in idem, which translates literally from Latin as "not twice for the same", means that no legal action can be instituted twice for the same cause of action. It is a legal concept originating in Roman Civil Law, but essentially as the double jeopardy clauses found in common law jurisdictions." Retrieved 2008.09.22, from: Wikipedia, the free encyclopedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Ne_bis_in_idem

「一事不再理」，亦可謂妥適。

我刑事訴訟法緣起大陸法系，以上「案件曾經判決確定」、「一事不再理」等觀念，吾人均非陌生，且更以「既判力」一詞，加以統合，而成為約定俗成之術語；晚近民事訴訟法之修正，進而將「既判力」一詞，納入條文之中，而成為法定之專門用語。[7] 因此，本文乃毫不猶豫，逕取「既判力法則」，為與「二重危險法則」相對稱之用語，以便利比較研究。

按，判決，由其成立，到生效，乃至於確定，有其一定之過程。由其過程之不同階段加以觀察，判決有其不同階段之效力。首先，問題之所在，為判決之成立；判決究於何時成立，應分別情形定之，合議法院之判決，於評決時成立。獨任法官之判決，經言詞辯論者，若先作成判決書而後宣示，其判決於作成判決書原本時成立；先宣示而後作成判決書原本者，於宣示時成立。獨任法官之判決，不經言詞辯論者，其判決於作成判決書時成立。[8] 然而，判決雖已成立，仍僅屬法院內部之決定，尚不發生何等之效力，其已制作判決書原本者，亦不過一種裁判文稿，並無羈束力之可言；[9] 如發現判決書原本有誤，法院自可逕行更正，而無任何限制。[10] 其次，判決如已經宣示、公告或送達，由於判決業經法院

---

[7] 民事訴訟法§400I 原規定：「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，除法律別有規定外，當事人不得就該法律關係更行起訴。」民國 92 年 02 月 07 日修正為：「除別有規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有**既判力**。」其修正理由稱：「為訴訟標的之法律關係於確定之終局判決中經裁判後，該確定終局判決中有關訴訟標的之判斷，即成為規範當事人間法律關係之基準，嗣後同一事項於訴訟中再起爭執時，當事人不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之判斷，此即民事訴訟制度為達終局地強制解決民事紛爭之目的所賦予確定終局判決之效力，通稱為判決之實質上確定力或既判力。其**積極作用在於避免先後矛盾之判斷，消極作用則在於禁止重行起訴**。原條文第一項著重於一事不再理之理念，僅就禁止重行起訴而為規定，就作為解釋既判力之範圍及其作用而言，立法上難認充足，爰修正第一項。」

[8] 最高法院 36 年度決議 (一)參照。

[9] 最高法院 20 年非字第 119 號判例：「法院或兼理司法各縣所為之判決，須對外表示，始發生羈束力，如僅制作判決書，並未依法定之宣告或送達程序，對外表示，則實際不過一種裁判文稿，並無羈束力之可言，原縣於同年八月八日復制作判決書，於同月十二日宣告，即不得指為重判。」

[10] 司法院大法官釋字第 43 號解釋：「來呈所稱：原判誤被告張三為張四，如全

布宣於外，基於公信原則，為判決之法院，立即受其羈束，縱使發現有誤，除顯係文字誤寫，而不影響於全案情節與判決之本旨，得另以裁定更正外，[11] 絕無擅自再加撤銷、廢棄或變更之餘地；此種由於判決之對外布宣，而反身拘束法院之效力，謂為判決之羈束力，[12] 或判決之自縛性。[13] 又判決縱因宣示、公告而發生羈束力，其所羈束者，仍僅法院本身，而非裁判對象之當事人；因此，如判決未經送達於當事人，其尚未確定者，上訴期間無從起算，其已確定者，執行力亦難能發生。[14] 再次，由於有審級制度之設，當事人對於下級審法院之判決，享有在法定期間內向上級審法院上訴之機會，必也有上訴權之當事人均未於法定期間內上訴，或雖已上訴，但又撤回，或業經終局駁回上訴確定，其原判決始告確定。至此判決已告確定之階段，判決發生「形式之確定力」，然後始涉及是否發生「既判力」（一事不再理及實質確

案關係人中別有張四其人，而未經起訴，其判決自屬違背法令，應分別情形依上訴非常上訴及再審各程序糾正之。如無張四其人，即與刑事訴訟法第二百四十五條（按即現行§266）之規定未符，顯係文字誤寫，而不影響於全案情節與判決之本旨。除判決宣示前得依同法第四十條增刪予以訂正外，其經宣示或送達者，得參照民事訴訟法第二百三十二條，依刑事訴訟法第一百九十九條（按即現行§220）由原審法院依聲請或本職權以裁定更正，以昭鄭重。」附最高法院呈一件：「查刑事判決正本送達後，發現原本錯誤，不得以裁定更正，爲鈞院院字第一八五七號解釋前段所明示；惟其後段，至此項錯誤如果係文字誤寫，自可以通常方式更正之等語，所謂通常方式係指何種方式而言，似欠明瞭。所謂文字誤寫，其範圍若何，是否包括一切文字如被告名字之誤寫一字（例如張三誤寫爲張四）亦在其內，並得以通常方式更正之，抑被告名字既有錯誤，不能視同文字誤寫，則對此所爲判決，能否認爲違背刑事訴訟法第二百四十五條，得爲非常上訴之理由，尤屬不無疑義，適用上殊感困難，似有重加解釋之必要，理合備文呈請鈞院解釋示遵。」

[11] 司法院大法官釋字第 43 號解釋參照。

[12] 民事訴訟法§231：「（I）判決經宣示後，爲該判決之法院受其羈束；不宣示者，經公告後受其羈束。（II）判決宣示或公告後，當事人得不待送達，本於該判決爲訴訟行爲。」

[13] 陳樸生，刑事訴訟法實務，著者發行，民國 83 年 9 月重訂 9 版，頁 265。

[14] 最高法院 23 年上字第 2280 號判例：「縣政府之刑事裁判書應送達當事人及告訴人，其地方管轄之刑事案件，未經聲明上訴者，並應呈送該管高等法院或分院覆判，此在修正縣知事審理訴訟暫行章程第二十二條及覆判暫行條例第一條著有明文，如科刑判決不將判決書依法送達，及應送覆判之件而不送覆判，即予執行刑罰者，均屬違法。」

定力）之問題。

如前所述，「既判力」之用語，在我國，係一作為「統稱」之名詞，乃上位觀念。析述之，則為「案件曾經判決確定」（實質確定力）與「一事不再理」兩項下位觀念。按，我刑事訴訟法§302i 規定：「案件有左列情形之一者，應諭知免訴之判決：一、曾經判決確定者。------」此一規定中與「既判力」有關之文字，厥為兩端，其一為「應諭知免訴判決」，其二為「案件曾經判決確定」。從刑事程序法「既判力」之角度看，「應諭知免訴判決」，表現為既判力「一事不再理」之作用，乃既判力之程序作用，即「案件不兩判」；「案件曾經判決確定」，則表現為既判力「實質確定力」之作用，乃既判力之實體作用，即「行為不兩罰」。此兩項作用之關係，前者為果，後者為因；亦即，所以有「應諭知免訴判決」(程序上案件不兩判)之結果，實以「案件曾經判決確定」(實體上行為不兩罰)為原因。按「行為不兩罰」本係刑事實體法立法上之大原則，[15] 於此則投影於刑事程序法中，藉助「案件曾經判決確定」之既判力「實質確定力」之作用，以與「應諭知免訴判決」之既判力「一事不再理」之作用接軌，而透過程序上免訴判決之諭知，用達「行為不兩罰」之終極目的。蓋刑事實體法為目的法，而刑事程序法為手段法；手段係為服務目的而存在；茲既判力「實質確定力」之作用，既充為刑事實體法與刑事程序法間之橋梁，用來溝通目的與手段，藉以鞏固刑事實體法「行為不兩罰」之終極目的，實正足以充分說明此一手段與目的間之關係。總之，所謂「既判力」，係由「一事不再理」與「實質確定力」所構成，據之上述，已殊明瞭；本文之研究，當本此「既判力」之定義為基調，以進行通篇之論述，庶免歧路亡羊，致入迷津。至於與「實質確定力」常相對應之用語「形式確定力」，則僅指判決一經確定，即發生程序上之確定力，浮動之訴訟狀態至此告

[15] 刑法§55 所規定「一行爲而觸犯數罪名者，從一重處斷」之想像競合犯，其所謂「一行爲」，係指自然意義之單一行爲，正因行爲單一之故，基於「行爲不兩罰」之原則，乃規定爲應「從一重處斷」。民國 94 年 02 月 02 日刑法§55 修正時，其立法理由亦稱：有關想像競合犯之實質根據，通說均以「單一行爲之處罰一次性」作爲說明。

終，而無從再循通常上訴之途徑，再事爭執之意，本與判決是否發生既判力（一事不再理及實質確定力）之問題無關，應附此說明。

「既判力法則」之理論與應用，牽涉若干關鍵問題，必須逐一整理釐清，始足以破解諸多疑難。以下容就「**既判力與類既判力**」、「**既判力之實體作用**」、「**既判力之程序作用**」、「**既判力（實質確定力）之擴張與延展**」、「**既判力之例外（為被告之不利益聲請再審）**」等重點，分節討論之。

第 二 節　既判力與類既判力

第 一 款　嚴格證明與自由證明

一切裁判，均有確定之時。裁判一經確定，即發生形式之確定力，而無從再循通常上訴或抗告之途徑，再事爭執。裁判在形式上確定之後，則視其裁判之不同性質，或發生或不發生「一事不再理」之效果。其發生「一事不再理」之效果者，禁止就曾經裁判確定之同一案件重行訴追，而具備實質之確定力，亦即，此種確定裁判，因具備實質之確定力之故，將影響追訴權之存在；其不發生一事不再理之效果，則就曾經裁判確定之同一案件重行訴追，並非所禁，亦即，此種確定裁判，僅具備形式之確定力，而無有實質確定力，易言之，在此情形下，「**追訴權完整無缺**」，絲毫不受確定裁判之影響。然而，具備實質確定力之裁判，其一事不再理之效果，又有強弱之分；其效果特強，而嚴禁就曾經裁判確定之同一案件重行訴追，亦即，其「**追訴權消滅**」者，謂之「**既判力**」；其效果稍弱，只在原則上發生一事不再理之效果，但許可在一定情形下，就曾經裁判確定之同一案件重行訴追，亦即，其「**追訴權殘存**」者，謂之「**類既判力**」。因此，裁判在形式上確定之後，是否發生實質確定力，可區分為三種情形以觀，即 (一)、發生「既判力」之確定裁判；(二)、發生「類既判力」之確定裁判；(三)、全無實質確定力可言之確定裁判。

就上述三種情形之 (一)、發生「既判力」之確定裁判言，一般情形下，自係指「有罪」或「無罪」之實體上確定判決

而言；[16] 就(二)、發生「類既判力」之確定裁判言，則如刑事訴訟法§161II 駁回公訴之裁定、§326III 駁回自訴之裁定是；就(三)、全無實質確定力可言之確定裁判言，則刑事訴訟法§303 不受理判決、§304 管轄錯誤判決、§333 駁回自訴之裁定，為其適例。至於§302「免訴」之確定判決，是否發生「既判力」，則聚訟紛紜，尚非可一概而論，容另以專節說明之。

何以確定裁判，有發生「既判力」、發生「類既判力」及「全無實質確定力可言」之分，其關鍵之所在，則「嚴格證明」與「自由證明」之區別，居於首要。

刑事審判之核心工作，為「認定事實」及「適用法律」。「適用法律」得其正鵠之前提，在於精確「認定事實」。「認定事實」須憑證據，不能出於擅斷；所憑證據須經調查，始足以自由判斷其證明力而形成心證；至若心證之形成，則可謂之為事實真偽之證明。乃刑事審判所須證明之事實，本有「實體事實」及「程序事實」之分，因此，所憑以認定事實之證據，及其調查證據之程序，並其自由心證所需證明之程度，自亦有別。是所謂「嚴格證明」與「自由證明」之分，實即發端於此。

在「實體事實」方面，所牽涉者為犯罪事實及刑事責任之認定，事關國家刑罰權之有無及其範圍之判斷，亦即，所進行者實係本案訴訟標的（國家刑罰權）之審理。既係本案訴訟標的（國家刑罰權）之審理，則本於「無罪推定」之原則，立即發生應由原告就被告之犯罪事實盡舉證責任之問

[16] 94 年度台上字第 1783 號判決要旨：按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此係因同一案件，既經法院爲實體上之確定判決，其犯罪之**起訴權業已消滅**，依一事不再理之原則，不許再爲訴訟客體，更爲其他有罪或無罪之實體上裁判。而案件是否同一，以被告及犯罪事實是否均相同爲斷，所謂事實同一，應從「訴之目的及侵害性行爲之內容是否同一」爲斷，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係爲準，亦即經其擇爲訴訟客體之社會事實關係是。而**判決理由之說明**，縱使涉及其他犯罪事實之認定，因非檢察官或自訴人擇爲訴訟客體之社會事實關係，自難認具有判決之實質確定力，即非既判力及，亦不得資爲認定是否同一案件之準據。

題。[17] 我刑事訴訟法§161I 規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法」；又§154II 規定：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實」；再者，§155II 規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」。本於以上諸規定，作為原告之檢察官（自訴人亦同，以下略），對於被告之犯罪事實，不僅應負提出證據之形式舉證責任，且負有說服法院之實質舉證責任；[18] 其說服法院心證之形成，尤須達到超越合理懷疑之確信程度，否則，因被告享有「無罪推定」原則之保障，法院即不能率為有罪之認定；[19] 再者，檢察官為盡其舉證責任所提出

[17] 刑事訴訟法§154，於民國 92 年 02 月 06 日增訂第 1 項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪」。其增訂理由稱：「按世界人權宣言第十一條第一項規定：『凡受刑事控告者，在未經獲得辯護上所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪。』此乃揭示國際公認之刑事訴訟無罪推定基本原則，大陸法系國家或有將之明文規定於憲法者，例如意大利憲法第二十七條第二項、土耳其憲法第三十八條第四項、葡萄牙憲法第三十二條第二款等，我國憲法雖無明文，但本條規定原即蘊涵無罪推定之意旨，爰將世界人權宣言上揭規定，酌予文字修正，增訂為第一項，以導正社會上仍存有之預斷有罪舊念，並就刑事訴訟法保障被告人權提供其基礎，引為本法加重當事人進行主義色彩之張本，從而**檢察官須善盡舉證責任，證明被告有罪，俾推翻無罪之推定**」。

[18] 刑事訴訟法§161 於民國 91 年 02 月 08 日修正，其修正理由稱：「鑑於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任，修正第一項。」最高法院因於該院 91 年度第 4 次刑事庭會議之決議中指出：「為貫徹無罪推定原則，檢察官對於被告之犯罪事實，應負實質舉證責任。刑事訴訟法修正後第一百六十一條 (下稱本法第一百六十一條) 第一項規定「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法」，明訂檢察官舉證責任之內涵，除應盡「提出證據」之形式舉證責任 (參照本法修正前增訂第一百六十三條之立法理由謂「如認檢察官有舉證責任，但其舉證，仍以使法院得有合理的可疑之程度為已足，如檢察官提出之證據，已足使法院得有合理的可疑，其形式的舉 證責任已盡…，」) 外，尚應「指出其證明之方法」，用以說服法院，使法官「確信」被告犯罪構成事實之存在。此「指出其證明之方法」，應包括指出調查之途徑，與待證事實之關聯及證據之證明力等事項。同條第二、三、四項，乃新增法院對起訴之審查機制及裁定駁回起訴之效力，以有效督促檢察官善盡實質舉證責任，藉免濫行起訴。」

[19] 最高法院 94 年度台上字第 2033 號判決要旨：「犯罪應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪，此為我刑事訴訟之基本原則。又公訴案件犯罪證據之蒐集，及提起公訴後，對犯罪事實之舉證責任及指出證明之方法，均屬公訴人之職責，原則上法院僅於當事人之

之證據，尚須具備證據能力，始有作為證據之資格，不然，其證據已自根本處遭到排除，而無從採為認定犯罪事實之基礎；[20] 又有進者，負舉證責任之檢察官，其舉證之目的，本在對於被告罪責之成立，實施攻擊，因此，儘管在消極方面，被告享有無罪推定之保障、享有緘默權、享有免於自證其罪之特權、不負證明自己無罪之義務，[21] 但在積極方面，仍不能不賦與被告充分之防禦機會，例如詰問不利己證人之機會是；[22] 而凡此因舉證責任所生攻擊、防禦之進行，又必須在

主張及舉證範圍內進行調查證據，其經法定程序調查證據之結果，認已足以證明犯罪事實時，始得爲犯罪事實之認定。若其爲訴訟上之證明，於通常一般人仍有合理之懷疑存在，尚未達於可確信其真實之程度者，在該合理懷疑尚未剔除前，自不能爲有罪之認定。法院不得以偵查機關關於某種犯罪之調查不易，即放棄上開原則之堅持，致有違背刑事訴訟無罪推定及嚴格證明之原則，其理甚明。」

[20] 最高法院 86 年度台上字第 7308 號判決要旨：「事實審法院基於證據裁判主義之原則，對於公訴人所舉資以證明犯罪事實之證據，究竟有無證據能力，即該證據是否具有作爲嚴格證明資料之能力或資格，須優先於證據之憑信性而爲調查，必先具有證據能力，始許由法院據而判斷其證明力，倘無證據能力，自不發生證據證明力之判斷問題。」

最高法院 92 年度台上字第 4292 號判決要旨：「按證據能力，乃證據資料容許爲訴訟上證明之資格，屬證據之形式上資格要件；至證據之證明力，則爲證據之憑信性及對於要證事實之實質上的證明價值。證據資料必須具有證據能力，容許爲訴訟上之證明，並在審判期日合法調查後，始有證明力可言，而得爲法院評價之對象。又刑事訴訟法第一百五十六條第一項規定，被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法（九十二年二月六日修正公布、同年九月一日施行之同條項增訂「疲勞訊問」），且與事實相符者，得爲證據。倘被告自白係出於前述之不正方法，或與事實不符，有一於此，即屬證據使用禁止範疇，應予以排除，不得採爲判決之基礎。此項欠缺證據能力之自白，本不容許爲訴訟上嚴格證明之資料，自非法院評價之對象，不生證明力之問題，尤無以其他證據補強之餘地。」

[21] 刑事訴訟法於民國 91 年 02 月 08 日增訂§161-1：「被告得就被訴事實指出有利之證明方法」。其增訂理由稱：「刑事被告固無爲不利於己陳述之義務，亦不負舉證責任，但有提出證據及指出有利之證明方法以實施防禦之權利，現行法於證據通則內，並未規定被告得就被訴事實主動指出有利之證明方法，雖於第九十六條規定訊問被告時，就其陳述有利之事實者，應命其指出證明之方法，但此規定對被告而言，僅處於被動地位，尚嫌保護欠週，爲配合第一百六十一條之修正，及貫徹當事人對等原則，宜於證據通則內增訂本條，賦予被告得就其被訴事實，主動向法院指出有利證明方法之權利，以維護被告之訴訟權益。」

[22] 「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障（釋字第三九六號、第四八二號解釋參照）。刑事被告對證人有詰問之權，即屬該

審理事實之法官面前，以言詞方式行之，始足以擔保法官正確心證之形成，是又有直接審理主義、言詞審理主義之要求；[23] 從而，其證據之調查，及審理之進行，必須經過「制

等權利之一。早於十七年七月二十八日公布之刑事訴訟法第二百八十六條、二十四年一月一日修正公布同法第二百七十三條即已規定「證人、鑑定人由審判長訊問後，當事人及辯護人得聲請審判長或直接詰問之。（第一項）如證人、鑑定人係聲請傳喚者，先由該當事人或辯護人詰問，次由他造之當事人或辯護人詰問，再次由聲請傳喚之當事人或辯護人覆問。但覆問以關於因他造詰問所發見之事項爲限。（第二項）」嗣後五十六年一月二十八日修正公布之刑事訴訟法第一百六十六條，仍爲相同之規定，九十二年二月六日修正及增定同法第一百六十六條至第一百六十七條之七，進而爲更周詳之規定。刑事被告享有此項權利，不論於英美法系或大陸法系國家，其刑事審判制度，不論係採當事人進行模式或職權進行模式，皆有規定（如美國憲法增補條款第六條、日本憲法第三十七條第二項、日本刑事訴訟法第三百零四條、德國刑事訴訟法第二百三十九條）。西元一九五○年十一月四日簽署、一九五三年九月三日生效之歐洲人權及基本自由保障公約（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第六條第三項第四款及聯合國於一九六六年十二月十六日通過、一九七六年三月二十三日生效之公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第十四條第三項第五款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。在我國憲法上，不但爲第十六條之訴訟基本權所保障，且屬第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」、對人民身體自由所保障之正當法律程序之一種權利（釋字第三八四號解釋參照）。」參見司法院大法官釋字第 582 號解釋理由書。

[23] 最高法院 70 年台上字第 3864 號判例要旨：「證人並未親身到庭，僅提出書面以代陳述者，顯與刑事訴訟法係採直接審理主義及言詞審理主義之本旨有違，依該法第一百五十九條規定，自不得採爲認定事實之證據。原判決採爲認定上訴人對外販賣洋煙酒事實之重要證據，乃係買受人李某所出具代替到庭陳述之書面文件一紙，依首開說明，該證人此項代替到庭陳述之書面文件，顯無證據能力，是其採證自屬違法。」

最高法院 86 年度台上字第 6704 號判決要旨：「刑事審判爲發現實質之真實，採直接審理主義，證據資料必須能由法院以直接審理方式加以調查者，始得採爲判斷之依據；司法警察官本於其職務作成之報告文書，或係基於他人之陳述而作成，或爲其判斷之意見，其本身無從依直接審理方式加以調查，不能認屬刑事訴訟法第一百六十五條第一項所稱可爲證據之文書，應無證據能力，縱令已將之向被告宣讀或告以要旨，依同法第一百五十五條第二項規定，亦不得作爲認定犯罪事實之證據。原判決逕採內政部警政署保安警察第七總隊蘇澳中隊調查長隆號快艇走私案之報告，爲論處上訴人罪刑之證據之一，於法自有未合。」

「按傳聞法則係由英、美發展而來，隨陪審制度之發達而成長，但非僅存在於陪審裁判，已進化爲近代之直接審理主義及言詞審理主義，並認訴訟當事人有反對詰問權，因此傳聞法則與當事人進行主義有密切關聯，其主要之作用即在

式之言詞辯論」；[24] 必也符合以上重重之要求，然後其證據始得謂已經合法調查，而可據為認定「實體事實」之基礎。總之，通過以上重重嚴格要求所完成之證明，以其要求嚴格之故，吾人乃稱之為「嚴格之證明」。為進一步申明「嚴格證明」之意義，試觀司法院大法官釋字第 582 號解釋之說明如下：「（按，**事實審法院**之刑事審判，以認定犯罪事實之有無為要務）。在正當法律程序下之刑事審判，犯罪事實應依證據認定之，即採**證據裁判原則**（刑事訴訟法第 154 條第 2 項參照）。證據裁判原則以「**嚴格證明法則**」為核心，亦即認定犯罪事實所憑之證據，須具**證據能力**，且經**合法調查**，否則不得作為判斷之依據（刑事訴訟法第 155 條第 2 項參照）。**所謂證據能力**，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；此項資格必須證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之

確保當事人之反對詰問權。由於傳聞證據，有悖直接審理主義及言詞審理主義諸原則，影響程序正義之實現，應予排斥，已為英美法系及大陸法系國家所共認，惟因二者所採訴訟構造不同，採英美法系當事人進行主義者，重視當事人與證據之關係，排斥傳聞證據，以保障被告之反對詰問權；採大陸法系職權進行主義者，則重視法院與證據之關係，其排斥傳聞證據，乃因該證據非在法院直接調查之故。我國現行刑事訴訟法於五十六年一月二十八日修正公布，增訂第一百五十九條之規定，其立法理由略謂：為發揮職權進行主義之效能，對於證據能力殊少限制，而訴訟程序採直接審理主義及言詞審理主義，在使法官憑其直接審理及言詞審理中有關人員之陳述，所獲得之態度證據，形成正確心證，是以證人以書面代替到庭之陳述要與直接審理主義、言詞審理主義有違，不得採為證據等語。可知當時之訴訟結構，基本上仍係以大陸法系之職權進行主義為基礎。然而國內學者歷來就本條之規定，究竟係有關直接審理之規定或有關傳聞法則之規定，迭有爭議，亦各有其理論之基礎。八十六年十二二月十九日公布修正之刑事訴訟法，對於被告之防禦權已增加保護之規定，此次刑事訴訟法修正復亦加強檢察官之舉證責任，且證據調查之取捨，尊重當事人之意見，並以之作為重心，降低法院依職權調查證據之比重。在此種前提下，酌予採納英美之傳聞法則，用以保障被告之反對詰問權，即有必要。況本法第一百六十六條已有交互詰問之制度，此次修法復將其功能予以強化，是以為求實體真實之發見並保障人權，惟善用傳聞法則，始能克盡其功。」參見，刑事訴訟法§159，民國 92 年 02 月 06 日修正理由。

[24] 刑事訴訟法§221 規定：「判決，除有特別規定外，應經當事人之言詞辯論為之」。因此，同法§379 規定：「除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判者」；「除有特別規定外，未經檢察官或自訴人到庭陳述而為審判者」，其判決當然違背法令。

禁止或排除，始能具備。如證人須依法具結，其證言始具證據能力；被告之自白，須非出於不正之方法，始具證據資格。**所謂合法調查**，係指**事實審法院**依刑事訴訟相關法律所規定之審理原則（如直接審理、言詞辯論、公開審判等原則）及法律所定各種證據之調查方式，踐行調查之程序；如對於證人之調查，應依法使其到場，告以具結之義務及偽證之處罰，命其具結，接受當事人詰問或審判長訊問，據實陳述，並由當事人及辯護人等就詰、訊問之結果，互為辯論，使法院形成心證。」[25]

茲「嚴格證明」之意義固已究明如上，然則，其與本文所論既判力之關係何在？曰：殆可一言以蔽之，即，「嚴格證明也者，既判力所由生之前提也！」 換言之，「未經嚴格證明之裁判，不生既判力！」 而「嚴格證明」之進行，必須在「制式言詞辯論」中為之，是又可歸納為，「言詞辯論也者，既判力所由生之基礎也！」 換言之，「未經言詞辯論之裁判，不生既判力！」（但須注意，已經嚴格證明及言詞辯論之裁判，亦有不當然發生既判力者，例如就程序爭點行嚴格證明及言詞辯論而為之不受理判決是）。職是之故，有罪、無罪判決，因所判斷者乃國家刑罰權之有無及其範圍，亦即，係就本案訴訟標的（國家刑罰權）所為「實體事實」之認定，已行「嚴格證明」，[26] 必經「言詞辯論」，[27] 乃實體判決，一經確定，當然發生既判力。

在「程序事實」方面，所牽涉者為「訴訟法上之程序事項」或「實體法上非屬犯罪構成要件之事實」之判斷，而非關犯罪事實及刑事責任之認定，亦即，所進行者實非本案訴訟標的（國家刑罰權）之審理。既非本案訴訟標的（國家刑罰權）之審理，自與應由原告就被告之犯罪事實盡舉證責任之問題無涉，而屬「法院應依職權調查之事項」。[28] 既屬「法

---

[25] 參見司法院大法官釋字第 582 號解釋理由書。

[26] 簡式審判程序、簡易程序、協商程序，例外不行「嚴格證明」程序，參見刑事訴訟法§273-2、§159II、§449I、§455-4II。

[27] 簡易程序、協商程序，例外不行「言詞辯論」程序，參見刑事訴訟法§§449I、§455-4II。

[28] 刑事訴訟法§393 規定：「第三審法院之調查，以上訴理由所指摘之事項為限。

院應依職權調查之事項」，則所使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制，而無須經過「制式之言詞辯論」，只以「自由之證明」為已足。[29] 且在「自由之證明」，法院之心證，亦非必須達於不容合理懷疑之確信程度為必要；[30] 只須「證明至令法院『大致相信』的程度，亦即相當於『釋明』的程度即可」，[31] 而與嚴格之證明，大異其趣。

但左列事項，**得依職權調查之**：一、第三百七十九條各款所列之情形。二、免訴事由之有無。三、對於確定事實援用法令之當否。四、原審判決後刑罰之廢止、變更或免除。五、原審判決後之赦免或被告死亡。」§394 規定：「(I)第三審法院應以第二審判決所確認之事實爲判決基礎。但關於**訴訟程序及得依職權調查之事項**，得調查事實。(II)前項調查，得以受命推事行之，並得囑託他法院之推事調查。(III)前二項調查之結果，認爲起訴程序違背規定者，第三審法院得命其補正；其法院無審判權而依原審判決後之法令有審判權者，不以無審判權論。」

29 最高法院 71 年台上字第 5658 號判例要旨：「犯人與被害人平日之關係，雖爲單純科刑應行審酌之情狀（刑法第五十七條第八款），非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明爲已足，然所謂自由證明，係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制而已，其關於此項科刑審酌之裁量事項之認定，仍應與卷存證據相符，始屬適法。」

30「至於上述所稱關於管收之審問程序，其應賦予義務人到場之機會，此乃絕對之必要。法院對於行政執行處聲請管收所提資料，若認尚有未足或尚有不明者，得命該處派員到場爲一定之陳述或補正，於此，行政執行處不得拒絕，固屬當然；而該處就此所爲之聲請，要以**自由證明**爲已足，法院之**心證，亦非須至不容合理懷疑之確信程度爲必要**，附此指明」。見司法院大法官釋字第 588 號解釋理由書。

31 臺灣新竹地方法院 94 年度易字第 225 號判決要旨：「搜索票之核發審查程序，是強制處分發動與否之程序問題，屬於審判期日以外之程序，通常具有時間上的「急迫性」，因此其證據法則，僅以自由證明爲已足，無庸經過嚴格證明程序。而自由證明法則並不要求至「無合理懷疑之確信程度」，只要對於發動搜索的門檻，已證明至令法院「大致相信」的程度，亦即相當於「釋明」的程度即可。故法院係依據聲請人聲請搜索票時所檢附之資料，判斷是否已符合上述「釋明」程度之要求，此觀法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第五十九條之規定即明。」

最高法院 72 年度台上字第 474 號判決要旨：「關於犯罪之時日，其非犯罪構成之要素，而與犯罪同一性無關者，其依自由之證明以爲事實之認定，即令**未經確信之判斷**，僅爲年、月之記載而不及日時，既於判決無所影響，自亦不能指爲違法。本件原判決附表第一項、第四項、第五項僅爲年、月之認定，未有日時之確實記載，然原判決非以夜間侵入住宅竊盜論處上訴人罪刑，又其日時復與刑罰之加重減輕事由無涉，原非犯罪構成要件事實之一部，不屬於嚴格的證明事項，其未有記載，當於判決無所影響。上訴人就此所爲之指摘，與法律之規定不相適合，其上訴自屬違背法律上之程式。」

就「訴訟法上之程序事項」言，刑事訴訟法§302「1.曾經判決確定者。2.時效已完成者。3.曾經大赦者。4.犯罪後之法律已廢止其刑罰者」等免訴事由；§303「1.起訴之程序違背規定者。2.已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者。3.告訴或請求乃論之罪，未經告訴、請求或其告訴、請求經撤回或已逾告訴期間者。4.曾為不起訴處分、撤回起訴或緩起訴期滿未經撤銷，而違背第二百六十條之規定再行起訴者。5.被告死亡或為被告之法人已不存續者。6.對於被告無審判權者。7.依第八條之規定不得為審判者」等不受理事由；§304「無管轄權」之管轄錯誤事由，俱屬「訴訟法上之程序事項」，因以「自由之證明」為已足，是刑事訴訟法§307乃規定：§302免訴判決、§303不受理判決、§304管轄錯誤判決，「得不經言詞辯論為之」。再如，§367規定：「第二審法院認為上訴有§362所定不合法律上之程式或法律上不應准許或其上訴權已經喪失之情形者，應以判決駁回之」（§395之規定，亦同），凡此上訴不合法之情形，亦屬「訴訟法上之程序事項」，乃第二審法院應依職權調查之事項，[32] 亦以「自由之證明」為已足，是刑事訴訟法§372乃規定：§367駁回不合法上訴之判決，「得不經言詞辯論為之」。另就「實體法上非屬犯罪構成要件之事實」言，因其事實非關犯罪事實及刑事責任之認定，是儘管其係規定在實體法之中，又縱其在審判上具一定之重要性，而經訴訟法規定為應於判決理由中記載之事項，[33] 仍應認以「自由之證明」為已足，其認定只須與卷存證據相符，即屬適法，而無待「言詞辯論」之嚴格證明；[34] 此種情形，例如§310所規定，有罪之判決書，應

[32] 最高法院 47 年台上字第 569 號判例要旨：「上訴有無違背法律上之程式及上訴權已否喪失，爲第二審法院**應依職權調查之事項**，如上訴有不合法之情形而逕爲實體上之審判者，其判決自屬違背法令。」

[33] 刑事訴訟法§310 規定：「有罪之判決書，應於理由內分別情形記載左列事項：一、認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。二、對於被告有利之證據不採納者，其理由。三、**科刑時就刑法第五十七條或第五十八條規定事項所審酌之情形**。四、刑罰有加重、減輕或免除者，其理由。五、易以訓誡或**緩刑者，其理由**。六、諭知保安處分者，其理由。七、適用之法律。」

[34] 最高法院 77 年度台上字第 5815 號判決要旨：「科刑時就刑法第五十七條規定事項所審酌之情形，應於有罪判決書之理由內加以記載，刑事訴訟法第三百十

於理由內記載「科刑時就刑法第57條規定事項所審酌之情形；宣告緩刑者，其理由」是。[35] 為進一步申明「自由證明」之意義，試觀最高法院93年度台上字第2251號判決要旨如下：「法院所應調查之待證事項，依其內容，有**實體爭點**及**程序爭點**之分；而其證明方法，亦有**嚴格證明**及**自由證明**之別。實體之爭點，因常涉及犯罪事實要件之該當性、有責性及違法性等實體法上事項，均與發見犯罪之真實有關，自應採取嚴格之證明，故其證據調查之方式及證據能力，均受法律所規範，適用直接審理原則；至程序爭點，既非認定有無犯罪之實體審判，而僅涉及訴訟要件之程序法上事項，自得採取自由之證明，其證據能力由法院審酌，並無直接審理原則之適用。**舉例言之**，交互詰問制度設計之主要目的，在辯明供述證據之真偽，以發見實體之真實，此參刑事訴訟法第166條之立法理由甚明。故關於犯罪事實之調查，既攸關發現真實及保障人權，其證據因採用嚴格之證明，自應賦予當事人詰問權之行使，以保障其基本訴訟權。**至非屬認定犯罪構成要件之事實，自僅以自由證明為已足，其證據調查程序不受嚴格限制**」。

茲「自由證明」之意義固已究明如上，然則，其與本文

條第三款定有明文，此項規定依同法第三百六十四條為第二審所準用，原審既認上訴人等係犯殺人罪，於法定本刑範圍內分別處以無期徒刑、十五年、十年有期徒刑，乃其**就刑法第五十七條規定事項所審酌情形**，並未於判決理由內為具體之記載，而僅出以「爰審酌被告等犯罪情狀」等數字，反不若第一審判決就此之敘述，自不能謂無理由不備之違法；但此項違誤，尚不影響於事實之確定，可據以為裁判，而量定刑罰之事實，係屬自由證明之事項，**只須存在於訴訟案卷內，縱未記載於犯罪事實**，仍無礙於第三審就此之審酌。因將原判決關於罪刑部分撤銷，自為判決。」

[35] 最高法院 71 年台上字第 5658 號判例要旨：「犯人與被害人平日之關係，為單純科刑應行審酌之情狀（刑法第五十七條第八款），非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明為已足。」

最高法院 93 年度台上字第 1683 號判決要旨：「被告犯罪後之態度，為單純科刑應行審酌之情狀（刑法第五十七條第十款），非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明為已足。」

最高法院 90 年度台上字第 2774 號判決要旨：「有罪之判決書，應依刑事訴訟法第三百十條第五款之規定，於理由內記載**緩刑之理由**。而法院認為所宣告之刑，以暫不執行為適當，其所審酌之情狀，非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明為已足。」

所論既判力之關係何在？曰：殆可一言以蔽之，即，「自由證明也者，確定裁判所以不生既判力之原因也！」換言之，「僅經自由證明之裁判，不生既判力！」而「自由證明」之進行，毋須經由「制式言詞辯論」而為之，是又可歸納為，「言詞辯論之欠缺，確定裁判所以不生既判力之緣故也！」換言之，「未經言詞辯論之裁判，不生既判力！」(但須注意，僅經自由證明而未經言詞辯論之裁判，有時亦足以發生類既判力，此待後述)。職是之故，免訴、不受理、管轄錯誤、駁回不合法上訴之判決，因所判斷者乃「訴訟法上之程序事項」，亦即，並非就本案訴訟標的（國家刑罰權）所為「實體事實」之認定，只行「自由證明」，不經「言詞辯論」，乃程序判決，縱經確定，亦不發生既判力（但須注意，某種免訴判決如經「言詞辯論」，已行「嚴格證明」，亦有發生既判力之可能，此待後述）。至於前述「實體法上非屬犯罪構成要件之事實」，因只係訴訟法所規定應於判決理由中記載之事項，而非就本案訴訟標的（國家刑罰權）所為判決之本身，並不發生所謂既判力之問題，然而，猶因其只行「自由證明」，不經「言詞辯論」之故，即使「爭點效」之效果，亦付諸闕如（關於「爭點效」，容於另節另款說明之）。[36]

第 二 款　既判力之發生 (實體爭點已經嚴格證明；追訴權消滅)

經由前款關於「嚴格證明」與「自由證明」之說明，吾人所理出之頭緒為：「嚴格證明也者，既判力所由生之前提

[36] 最高法院 94 年度台上字第 1783 號判決要旨：「按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此係因同一案件，既經法院為實體上之確定判決，其犯罪之起訴權業已消滅，依一事不再理之原則，不許再為訴訟客體，更為其他有罪或無罪之實體上裁判。而案件是否同一，以被告及犯罪事實是否均相同為斷，所謂事實同一，應從「訴之目的及侵害性行為之內容是否同一」為斷，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經其擇為訴訟客體之社會事實關係是。而判決理由之說明，縱使涉及其他犯罪事實之認定(筆者按，例如，就尚在偵查中之另一案件，認定被告為有罪或無罪，而資為量刑時「刑法§61V 被告品行」之參考是)，因非檢察官或自訴人擇為訴訟客體之社會事實關係，自難認具有判決之實質確定力，即非既判力所及，亦不得資為認定是否同一案件之準據。」

也！」換言之，「未經嚴格證明之裁判，不生既判力！」而「嚴格證明」之進行，必須在「制式言詞辯論」中為之，是又可歸納為，「言詞辯論也者，既判力所由生之基礎也！」換言之，「未經言詞辯論之裁判，不生既判力！」職是之故，有罪、無罪判決，因所判斷者乃國家刑罰權之有無及其範圍，亦即，係就本案訴訟標的（國家刑罰權）所為「實體事實」之認定，已行「嚴格證明」，必經「言詞辯論」，乃實體判決，一經確定，當然發生既判力。

有罪、無罪判決，當然發生既判力，固如上述。然而，有罪判決之作出，其實亦有不行「嚴格證明」，未經「言詞辯論」者（注意，無罪判決，不存在此種情形[37]），例如：刑事訴訟法§273-1、§273-2 依簡式審判程序所為之有罪判決（雖經言詞辯論，但未行嚴格證明）[38]；§449、§455-4II 依簡易程序、協商程序所為之有罪判決（未經言詞辯論，當然亦未行嚴格證明）是。此種不行「嚴格證明」或未經「言詞辯

[37]「法律問題：被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件以外之罪，於準備程序中先就被訴事實為有罪之陳述，惟法院按公訴人提出之證據認為不能證明被告犯罪或認定被告之行為不罰，應為無罪之諭知時，得否依刑事訴訟法第二百七十三條之一第一項，於審判長告知被告簡式審判程序之旨，並聽取當事人、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，裁定進行簡式審判程序？研討結果：採乙說。乙說：我國創設簡式審判程序制度之出發點，係在於合理分配司法資源的利用，減輕法院審理案件之負擔，以達訴訟經濟之要求，另一方面亦在於儘速終結訴訟，讓被告免於訟累(見刑事訴訟法第二百七十三條之一立法理由第二)，故簡式審判程序之利用，當然限於法院認定與被告陳述相符之有罪判決，始能符合該制度之立法目的。又刑事訴訟法第二百七十三條之一之立法理由第三點說明，若法院嗣後懷疑被告自白是否具有真實性，則基於刑事訴訟法重在實現正義及發現真實之必要，不宜以簡式審判程序為之，則可依該條第二項撤銷原裁定，仍依通常程序進行等語，更可推知立法者於訂立本條之初，即有排除依簡式審判程序為無罪判決之意旨。」參見，臺灣高等法院暨所屬法院 93 年法律座談會提案刑事類第 30 號。

[38]「簡式審判程序依刑事訴訟法第 273 條之 2 之規定，不完全受嚴格證明法則之拘束，亦即傳聞法則即不適用，且關於證據調查之次序方法之預定，證據調查請求之限制，證據調查之方法，證人、鑑定人詰問之方式等，均不須強制適用，是以在證據法則之適用及調查上均趨向寬鬆，且審判法院僅以獨任行之，毋須由 3 位法官合議審判，期能儘速結案，由之，亦可知簡式審判程序與通常程序，繁簡及其慎重之程度，原有極大之不同。」參見，臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會刑事類提案第 28 號。

論」之有罪判決，既與上述嚴格證明法則有違，是否發生既判力，即有稍作審思之必要。雖然，實務上對於以上情形之有罪判決，以其為實體判決之故，認為當然發生既判力，而向無疑義；但是，吾人仍願指出，上述與嚴格證明法則有違之有罪判決，所以發生既判力，蓋均以被告業已認罪為前提，此觀諸刑事訴訟法§273-1、§449、§455-2I 條文之內容自明。[39] 而我刑事訴訟法自民國 91 年以來之歷次修正，係以英美當事人主義之精神為修正趨向，已逐步引進當事人處分權之觀念，承認已認罪之被告，可以捨棄「嚴格證明」與「言詞辯論」之程序利益，而無礙有罪判決之作成。[40] 因此，上述與嚴格證明法則有違之有罪判決，所以發生既判力，並非嚴格證明法則之顛覆，而應認為係在當事人處分權主義下，嚴格證明法則之一種例外。

---

[39] 刑事訴訟法§449I 規定：「第一審法院依被告在偵查中之自白**或其他現存之證據**，已足認定其犯罪者，得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。但有必要時，應於處刑前訊問被告。」其中關於被告未經自白，即被告否認犯罪之案件，僅依「**其他現存之證據**」，即可不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑之規定，無疑已剝奪被告之防禦權，在立法論上，實有檢討修正之必要。

[40] 刑事訴訟法於民國 92 年 02 月 06 日新增簡式審判程序，§273-2 立法理由稱：「簡式審判程序，貴在審判程序之簡省便捷，故調查證據之程序宜由審判長便宜行事，以適當之方法行之即可，又因被告對於犯罪事實並不爭執，可認定被告亦無行使反對詰問權之意，因此有關傳聞證據之證據能力限制規定無庸予以適用。再者，簡式審判程序中證據調查之程序亦予簡化，關於證據調查之次序、方法之預定、證據調查請求之限制、證據調查之方法，證人、鑑定人詰問之方式等，均不 須強制適用，爰參考日本刑事訴訟法第三百零七條之二、日本刑事訴訟規則第二百零三條之三之規定，增訂本條。」民國 93 年 04 月 07 日新增協商程序，§455-2、§455-4 立法理由稱：「濫觴於美國之認罪協商制度，一般而言，指檢察官與被告、辯護人在法院判決前就被告所涉案件進行之協商，於此協商中，被告希望以其有罪答辯來協商取得檢察官對於判決較輕刑罰之建議或其他可能之讓步。依美國法制，認罪協商可以適用於所有案件，其協商之範圍包含「控訴協商」(Charge Bargaining)、「罪狀協商」(Count Bargaining)、「量刑協商」(Sentence Bargaining)及其混合型態。審酌我國國情、目前簡易判決處刑、簡式審判程序之適用範圍等各種狀況，於本條第一項限定協商之案件須非高等法院管轄第一審之案件，且須以被告所犯爲死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪爲限。協商判決係法院依檢察官之聲請，基於檢察官與被告所達成之協商合意而爲之判決，自無庸踐行言詞辯論程序。協商判決係不經言詞辯論之判決，對被告接受通常審判程序之權利多所限制。」

第 三 款　類既判力之發生 (實體爭點僅經自由證明；追訴權殘存)

經由本節第一款關於「嚴格證明」與「自由證明」之說明，吾人所理出之另一頭緒為：「自由證明也者，確定裁判所以不生既判力之原因也！」 換言之，「僅經自由證明之裁判，不生既判力！」 而「自由證明」之進行，毋須經由「制式言詞辯論」而為之，是又可歸納為，「言詞辯論之欠缺，確定裁判所以不生既判力之緣故也！」 換言之，「未經言詞辯論之裁判，不生既判力！」 然而，依我刑事訴訟法之設計，卻也有僅經自由證明而未經言詞辯論之裁判，時亦足以發生類既判力之情形，例如，刑事訴訟法§161II、§326III 所規定「駁回公訴」及「駁回自訴」之裁定是。

民國 91 年 02 月 08 日刑事訴訟法§161 修正，其修正條文規定曰：「（I）檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。（II）法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。（III）駁回起訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴。（IV）違反前項規定，再行起訴者，應諭知不受理之判決。」其修正理由指出：「一、鑑於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任，爰修正第一項。二、為確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴，基於保障人權之立場，允宜慎重起訴，以免被告遭受不必要之訟累，並節約司法資源，爰設計一中間審查制度之機制，增訂第二項。三、法院於裁定駁回起訴前，既曾賦予檢察官補正證明方法之機會，檢察官若不服該裁定者，亦得提起抗告請求上級法院糾正之，是以檢察官之公訴權能已獲充分保障，此時**為維護被告基本人權，避免被告有受二次追訴之危險**，[41] 爰增訂第三、四項。」

[41] 於此所謂：「爲維護被告基本人權，避免被告有受二次追訴之危險」云云，殆已與「二重危險法則」之理念相通。

據上條文內容暨立法理由以觀，有幾項重點值得注意：（一）、§161II 駁回公訴之裁判，係以裁定行之，當然未經言詞辯論及嚴格之證明，充其量僅屬自由之證明。[42]（二）、然而，此一依自由證明之方式所審查者，卻係被告有無成立犯罪可能之「實體爭點」。[43]（三）、職是之故，此一「駁回公訴」之裁定，如經確定，允宜賦與一定之實質確定力。（四）、只是，此一「駁回公訴」之裁定，既未經言詞辯論及嚴格之證明，縱應賦與實質確定力，亦不宜使其實質確定力之強度，與曾經言詞辯論及嚴格證明之實體確定判決，有等量齊觀之既判力。（五）、因此，條文乃規定，駁回起訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴。亦即，此一「駁回公訴」之裁定，如經確定，原則上具有實質確定力，不得對於同一案件再行起訴。但有例外，亦即，若有§260 所定「（i）發現新事實或新證據者；（ii）有第四百二十條第一項第一款、第二款、第四款或第五款所定得為再審原因之情形者」，即無礙對於同一案件之再行起訴。此與實體確定判決之既判力，絕對禁止對於同一案件再行起訴者，迥不相侔。職是之故，「駁回公訴」確定裁定所生之實質確定力，只合稱之為「類既判

---

42 臺灣高等法院臺中分院 93 年度抗字第 375 號判決要旨：「原審法院於第一次審判期日前，經訊問自訴人、被告及蒐集、調查證據之結果，認為案件有刑事訴訟法法第二百五十二條第十款之情形，而依同法第三百二十六條第三項之規定，裁定駁回自訴者，係自訴程序中之特有制度，並非經言詞辯論之審理判決。」此一判決要旨，雖係就「裁定駁回自訴」立論，但「裁定駁回公訴」，法理相通。另陳樸生老師，亦認：「此項駁回自訴之裁定，係屬程序裁判之一種，其認定事實所憑之證據，並不以經嚴格的證明為必要，即以經自由的證明為已足。」見，陳樸生，同前註 13，頁 423。

43 臺灣屏東地方法院 93 年度訴字第 717 號判決要旨：查依刑事訴訟法第 161 條第 2 項之立法理由，係為確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴，基於保障人權之立場，以免被告受不必要之訟累，並節約司法資源之使用，故增設起訴審查機制，篩選嫌疑不充足之案件，使其不能進入繁複之審判程序，以儘早免除被告之程序負擔，故關於審查之門檻，應以起訴證據是否足認被告有犯罪嫌疑為斷，此即刑事訴訟法第 251 條第 1 項規定「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑」者，亦即需有「足夠之犯罪嫌疑」，而此足夠之犯罪嫌疑雖非要達到有罪判決所要求之「毫無合理懷疑」之確信程度，但並非所謂的「有點合理可疑」而已，而是指依偵查所得之事證判斷，被告之犯行「可能獲致有罪判決」而言。

力」。（六）、「既判力」與「類既判力」之差別，在於：「**既判力**」使**追訴權澈底消滅**；[44] 而「**類既判力**」則猶容**追訴權殘存**。（七）、因此，在實體判決發生既判力之後，如對於同一案件再行起訴，法院應依刑事訴訟法§302I 規定，以「案件曾經判決確定」為由，諭知免訴判決；至在「駁回公訴」之裁定發生類既判力之後，若無§260 發現新事實或新證據等情形，而竟對於同一案件再行起訴，則法院應依刑事訴訟法§161IV 規定諭知不受理判決。（八）、前者所以以免訴判決處理者，乃因「既判力」使追訴權澈底消滅，是其對於同一案件之再行起訴，實體訴訟條件有欠缺（實體上之追訴權不存在）；後者所以以不受理判決處理者，乃因「類既判力」猶容追訴權殘存，是其若無§260 發現新事實或新證據等情形，而竟對於同一案件之再行起訴，形式訴訟條件有欠缺（實體上之追訴權尚存在，但§260 發現新事實或新證據等情形之程序條件有欠缺）。（九）、最後，殊堪注意者，乃修正理由所謂：「法院於裁定駁回起訴前，既曾賦予檢察官補正證明方法之機會，檢察官若不服該裁定者，亦得提起抗告請求上級法院糾正之，是以檢察官之公訴權能已獲充分保障，此時**為維護被告基本人權，避免被告有受二次追訴之危險**，爰增訂第三、四項，即（III）駁回起訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴。（IV）違反前項規定，再行起訴者，應諭知不受理之判決」云云，其中「**為維護被告基本人權，避免被告有受二次追訴之危險**」一語，實已道明英美「二重危險」觀念之引進。只惟，英美「二重危險」法則，在此情形，係賦與「駁回公訴」裁定完全之「既判力」，而非僅「類既判力」而已。[45]

---

[44] 最高法院 94 年度台上字第 1783 號判決要旨：「按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此係因同一案件，既經法院為實體上之確定判決，其犯罪之起訴權業已消滅，依一事不再理之原則，不許再為訴訟客體，更為其他有罪或無罪之實體上裁判。」

[45] 美國聯邦最高法院認為起訴之駁回，縱係發生於本案審判前之準備程序，如其駁回起訴之理由，係與本案之實體有關，亦應認為第一次性之危險業已貼加，從而禁止以後之重行追訴。關於此一問題，聯邦最高法院曾以 5 對 4 之過半數意見，於 United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978) 一案，認定：「決定性要素，在於事實審法官之作為，是否就犯罪構成要件之部分或全部為有利被告

為使論點益臻明瞭，茲引實務上之法律問題一則，資為佐證：

法律問題：檢察官聲請簡易處刑之案件，經法院裁定命補正，請檢察官補強有罪之證據，但承辦檢察官未予補正，經法院裁定「公訴駁回」確定，該經駁回之案件應如何處理？是否應重新分案偵辦？[46]

(一) 甲說：無須重新分案：案件經裁定駁回確定，即係無罪之裁判，與無罪之判決效力相同，應送地檢署執行科以無罪判決之方式處理即可，無重新分案偵查之必要。【筆者按，此說之病，在於誤將僅具「類既判力」之「駁回公訴裁定」，類比為具有「既判力」之「無罪判決」，自無可取。】

(二) 乙說：應重新分案：該裁定僅係形式上裁判，未具既判力，如發現有新事實新證據仍應重新起訴，故重新分案偵查。【筆者按，此說認「駁回公訴裁定」僅係形式上裁判，未具既判力，基本上正確。】至於應如何偵結，有不同意見：

1.逕予簽結說：刑事訴訟法第一百六十一條第三項規定，駁回起訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴。依據本條之解釋，該裁定駁回起訴與判決之效力相同，亦有實質確定力，檢察官再行偵查，如未發現有新事實新證據，則應逕予簽結。【筆者按，此說認重新分案再行偵查之結果，如未發現有新事實新證據，則應逕予簽結，其結果，如其案件原有告訴人，將因逕予簽結之故，原告訴人喪失聲請再議及聲請交付審判之機會，自有未妥，筆者以為，宜以犯罪嫌疑不足為由，為不起訴處分，以保障原告訴人聲請再議及聲請交付審判之權利；再者，縱其案件並無告訴人，但其案件如係最輕本刑三年以上有期徒刑之案件，將因逕予簽結之故，而規避§256III 職權送再議之審查機制，依然未妥，筆者以為，仍宜以犯罪嫌疑

之判斷，亦即，事實審法官是否已就被告之有罪或無罪作出某種認定。如事實審法官所爲公訴駁回之裁判，涉及有罪或無罪之認定，則在功能上言，等同於無罪判決(原則上，禁止以後之重行追訴)；反之，所有其他情形之公訴駁回之裁判，在功能上言，等同於宣告誤審(原則上，不禁止以後之重行追訴)。」詳請參見本文第三章第三節「危險何時貼加（When does it attach）？」之說明。

[46] 見法務部公報第 311 期 147-149 頁；法務通訊第 2153 期第 6-7 版。

不足為由，為不起訴處分，然後由原檢察官依職權送請上級檢察長再議，以擔保其不起訴處分之具體妥當性。畢竟，原檢察官最初之起訴，係因逾期未補正證明方法之故，而遭受法院裁定駁回，據此，已見其職責有所未盡於先，茲「駁回公訴」之裁定確定後，如又許原檢察官以未發現有新事實新證據為由，草草簽結，而乏再議機制之節制，終非所宜。】

2.應為不起訴處分說：檢察官起訴之案件，經法院裁定命補正，檢察官未為補正，而經法院裁定駁回後，應重新分案偵查，因原起訴之事實已經法院裁定駁回，該起訴之效力已經不存在，應另為起訴或不起訴處分，如發現有新事實新證據，即應予起訴，如查無新事實新證據，即依偵查結果認為應不起訴處分。【筆者認同此說，理由已見前述。】然則，如應為不起訴處分，其不起訴處分之理由為何？又有不同見解：

A.以罪嫌不足為理由：承辦檢察官如認為被告罪嫌不足，因原起訴效力已不存在，且該「裁定駁回」僅有形式上之確定力，「裁定駁回」僅係形式上審查，並未就犯罪之事實為實質審判，與無罪之判決效力不同，應無判決之實質確定力，檢察官應重新偵查，不受該裁定之拘束，故檢察官應以罪嫌不足為不起訴處分。【筆者認同此說，理由已見前述。】

B.以判決確定為理由：法院認為「檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時」，應裁定定期通知檢察官補正，法院已就被告不能成立犯罪之事實加以調查，對被告有罪無罪之事實及證據已經審核，認為被告可能罪嫌不足，因而命檢察官補正，檢察官不補正，法院乃認為被告罪嫌不足，以裁定駁回起訴，該駁回之裁定，係經法院之裁判，亦有判決之效力，故有實質之確定力，檢察官應受「裁定駁回」之拘束，如查無新事實新證據，檢察官即應以曾經判決確定為由，為不起訴處分。【筆者按，此說之病，在於誤將僅具「類既判力」之「駁回公訴裁定」，類比為具有「既判力」之「無罪判決」，自無可取。】

討論意見：採乙說之一 (逕予簽結說)。【筆者按，逕予簽結說不可取，理由已見前述。】

臺灣高等法院檢察署研究意見：採乙說之一 (逕予簽結說)。【筆者按，逕予簽結說不可取，理由已見前述。】

法務部研究意見：(一)、依刑事訴訟法第一百六十一條第三項及同條第四項之規定，駁回起訴之裁定已確定者，非有刑事訴訟法第二百六十條各款情形之一，檢察官不得對於同一案件再行起訴；不得再起訴而起訴者，法院應諭知不受理之判決。由於實務見解認為刑事訴訟法第二百六十條第一款所謂發現新事實或新證據，只須為不起訴處分以前未經發現，且足認被告有犯罪嫌疑為已足，並不以確能證明犯罪為必要(最高法院四十四年台上字第四六七號判例、五十七年台上字第一二五六號判例參照) ，未如刑事訴訟法第四百二十條第一項第六款所謂應具「確實之新證據」始足以聲請再審之高度的證明程度，故實際上駁回起訴之裁定確定後，檢察官仍保有相當程度的再起訴空間，運作上自應力求慎重，是以，案件經法院依刑事訴訟法第一百六十一條第二項裁定駁回後，檢察官仍應重新分案偵查，如有發現新事實新證據即應重新起訴，反之，則應逕予簽結。(二) 同意臺灣高等法院檢察署之研究結論，採乙說之一，惟理由修正如上。【筆者按，逕予簽結說不可取，理由已見前述。】

發生類既判力之情形，另見於刑事訴訟法§326III 所規定「駁回自訴」之裁定。§326 規定之內容為：「(I) 法院或受命法官，得於第一次審判期日前，訊問自訴人、被告及調查證據，於發見案件係民事或利用自訴程序恫嚇被告者，得曉諭自訴人撤回自訴。(II) 前項訊問不公開之；非有必要，不得先行傳訊被告。(III) 第一項訊問及調查結果，如認為案件有第二百五十二條、第二百五十三條、第二百五十四條之情形者，得以裁定駁回自訴，並準用第二百五十三條之二第一項第一款至第四款、第二項及第三項之規定。(IV) 駁回自訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行自訴。」如並無§260 之情形而再行自訴，則應依§334「不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決」之規定處理。[47] 是觀其全盤規定之內涵，實與前述§161

[47] 臺灣高等法院 87 年上易字第 5852 號判決要旨：「按駁回自訴之裁定已確定

「駁回公訴」之裁定無殊，亦屬於發生類既判力之裁判，而不待贅論。

惟為使論點更增清晰，另引實務上之法律問題一則，資為佐證：

法律問題：地方法院檢察署檢察官就偵查中之同一案件（同一被告、同一犯罪事實之單純一罪），知有自訴者，應停止偵查，並將案件移送法院。嗣法院依據全部卷證認係單純民事法律問題，而依刑事訴訟法第三百二十六條第三項為自訴駁回之裁定後，將檢察官移送併案審理之全卷以「無從併案」退回，檢察官應如何處理？[48]

提案機關討論意見：

甲說：續行偵查。仍應不起訴處分者，製作不起訴處分書；如認應起訴者，另行起訴。理由：案件經法院裁定自訴駁回確定後，因具有無罪之既判力，故併案之部分，即與自訴案件不生裁判上一罪之關係，檢察官自應續行偵查。【筆者按，此說之病，在於誤將僅具「類既判力」之「駁回自訴裁定」，類比為具有「既判力」之「無罪判決」，自無可取。且公訴與自訴殊途，同一案件既經提起自訴，即應依自訴程序之相關規定辦理。在駁回自訴之裁定已確定後，縱有§260 發現新事實或新證據之情形，亦僅原有權提起自訴之人得對於同一案件再行自訴，而非檢察官所得越俎代庖，而竟改依公訴程序再行起訴。是此說認同一案件經法院裁定自訴駁回確定後，檢察官應續行偵查，自嫌無據。】

者，非有刑事訴訟法第二百六十條各款情形之一，不得對同一案件再行自訴，又不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百二十六條第四項及第三百三十四條分別定有明文。本件上訴人即自訴人自訴被告之右開犯罪事實，前經上訴人向台灣台北地方法院提出自訴，經原審依刑事訴訟法第三百二十六條第三項駁回自訴人之自訴，並經本院駁回上訴人之抗告而告確定，嗣後自訴人改向台灣士林地方法院就同一事實再度提出自訴，復經該院判決自訴不受理在案，而依上訴人所提卷內資料，並未有新事實、新證據之提出，亦無刑事訴訟法第四百二十條第一項第一款、第二款、第四款或第五款所定得爲再審之原因，上訴人對於已裁定駁回自訴確定之同一案件，再行自訴，原審法院依照前揭說明，爰不經言詞辯論，逕爲不受理之判決。經核並無違誤，應予維持。」

[48] 見法務部公報第 223 期 141-142 頁。

乙說：不起訴處分。理由：本件併辦之案件與自訴之案件，既屬事實上同一之案件，而駁回自訴之裁定確定後，復具有既判力，應依刑事訴訟法第二百五十五條第一項「其他法定理由」為不起訴之處分。【筆者按，同一案件經法院裁定自訴駁回確定後，檢察官本無續行偵查之空間，理由已見前述；既不應續行偵查，自無再為不起訴處分之餘地。此說認為應再為不起訴處分，似非確論。】

丙說：簽結。理由：事實上同一之案件（單純一罪），法院於自訴案件中自應一併審理，與裁判上及實質上一罪之案件，檢察官移送法院併案後，法院認非屬裁判上一罪而以「無從併辦」而退回之情形不同。故此種情形，應屬法院誤退，檢察官應將本案簽結後，退回法院併該自訴案卷處理。【筆者按，此說應可贊同。】

審查意見：法院依刑事訴訟法第三百二十六條第三項裁定駁回自訴者具有實體裁判之既判力，與無罪確定判決之效力相同，依板橋地檢署八十年五月份法律座談會之研討結論，擬採丙說。【筆者按，審查意見擬採丙說，固可贊同，但所加註「裁定駁回自訴，具有實體裁判之既判力，與無罪確定判決之效力相同」云云之意見，則又屬對於「既判力」、「類既判力」之誤解。】

座談會研討結果：同意審查意見，採丙說。【筆者按，座談會研討結果，無條件同意審查意見，而未就其對於「既判力」、「類既判力」之誤解有所糾正，是為敗筆。】

法務部檢察司研究意見：同意討論意見結論，以丙說為當。【筆者按，法務部檢察司研究意見，無條件同意討論意見結論，而未就其對於「既判力」、「類既判力」之誤解有所糾正，同為敗筆。】

第 四 款　不生既判力之裁判 (僅就程序爭點為自由之證明；追訴權完好無缺)

經由本節第一款關於「嚴格證明」與「自由證明」之說明，吾人所理出之頭緒之一，即：「自由證明也者，確定裁判所以不生既判力之原因也！」 換言之，「僅經自由證明之

裁判，不生既判力！」 而「自由證明」之進行，毋須經由「制式言詞辯論」而為之，是又可歸納為，「言詞辯論之欠缺，確定裁判所以不生既判力之緣故也！」 換言之，「未經言詞辯論之裁判，不生既判力！」此項原則，除在前款所論「類既判力」之情形，為屬例外之外，一般而言，應無瑕疵可摘。

因此，同係「駁回自訴」之裁定，而見諸刑事訴訟法§333者，即無任何實質確定力可言。§333 規定：「犯罪是否成立或刑罰應否免除，以民事法律關係為斷，而民事未起訴者，停止審判，並限期命自訴人提起民事訴訟，逾期不提起者，應以裁定駁回其自訴。」由於本條「駁回自訴」之裁定，非惟「未經言詞辯論」，「僅經自由證明」，且所牽涉者，亦全然無關本案犯罪事實及刑事責任等「實體爭點」之認定，因此，不發生「類既判力」之效力，固不在話下，而其更無從發生「既判力」，尤屬當然。[49]

不受理判決、管轄錯誤判決，亦復如是。刑事訴訟法§303所規定之不受理判決，在性質上，係駁回不合法起訴之裁判；其所以為不受理判決之原因，包括「1.起訴之程序違背規定者。2.已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者。3.告訴或請求乃論之罪，未經告訴、請求或其告訴、請求經撤回或已逾告訴期間者。4.曾為不起訴處分、撤回起訴或緩起訴期滿未經撤銷，而違背第二百六十條之規定再行起訴者。5.被告死亡或為被告之法人已不存續者。6.對於被告無審判權者。7.依第八條之規定不得為審判者」諸情形，俱見皆屬形式訴訟條件之欠缺，而全然無關本案犯罪事實及刑事責任等「實體爭點」之判斷，是不受理判決縱使確定，亦緣於非關本案「實體爭點」之判斷故，而根本不能發生實體上之既判力。[50] 基此角度以觀，不受理判決之所以不能發

---

[49] 「本條，並無如§326IV 之限制，故自訴人於民事程序終結後再行起訴，並非法之所禁。」見，陳樸生，同前註 13，頁 423。

[50] 最高法院 73 年度第 9 次刑事庭會議決議 (一)：「決議：自訴案件，本應爲實體上之審判，而誤爲不受理之判決，其將來是否再行起訴，及應爲實體判決之結果如何，尚不可知，而諭知不受理後，則本件訴訟即因而終結，自難認其違誤之不受理判決於被告不利。故本院辦理非常上訴案件，以第二審確定判決

生既判力，實以非關本案「實體爭點」之判斷為因，而§307 所規定：§303 之不受理判決「得不經言詞辯論為之」，只以自由之證明為已足，則實為附隨之果；尚不能倒果為因，謂不受理判決係因不經言詞辯論、只行自由證明之故，所以不能發生既判力。然而，反對言之，§307 固規定：§303 之不受理判決「得不經言詞辯論為之」，但並非禁止不受理判決之行言詞辯論；設若在為不受理判決之前，曾就作為先決問題之「實體爭點」進行言詞辯論，並經嚴格之證明，始據為作成不受理判決之基礎，然則，此際之不受理判決，是否具有實體性，而應賦與一定之既判效果，即屬殊值重視之問題。例如，檢察官以殺人未遂罪起訴被告，被告則抗辯所涉犯者僅係傷害罪且未經合法告訴，在此場合，法院於決定是否應以「告訴乃論之罪未經告訴」之理由為不受理判決前，勢須就被告所犯究係「殺人未遂罪」抑係「傷害罪」之「實體爭點」，進行先決問題之判斷。而此一先決「實體爭點」之判斷，顯然不能以自由之證明為已足；設若法院為此召開言詞辯論，進行嚴格之證明，並於判決理由中，說明其得心證之理由，認定被告所犯實係傷害罪，然後以告訴乃論之傷害罪未經告訴為由，依§303III 為不受理判決，全案終因不受理判決而告確定。試問：此一確定之不受理判決，就被告所犯實係傷害罪之「實體爭點」，是否發生既判力效果？此方係真正問題之所在。[51] 關於此點，容於後述「爭點效」之論證中，再作說明。

誤認自訴人非犯罪之被害人，其所爲自訴不受理之諭知不當，有違背法令之情形時，非常上訴之判決，僅應將其違法之部分撤銷。此種情形，既非因誤認爲無審判權而不受理，又與維持被告審級利益無關，當無刑事訴訟法第四百四十七條第二項之適用。<u>至自訴人得依法另行訴求，不受一事不再理之拘束，自不待言</u>。」

[51] 臺灣高雄地方法院 93 年度訴字第 1514 號判決要旨：「按告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴；告訴經撤回者，法院應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第二百三十八條第一項及第三百零三條第三款分別定有明文。另按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實，刑事訴訟法第一百五十四條第二項定有明文。又殺人與傷害之區別，自以有無殺意爲斷，審理事實之法院，應就案內一切證據，詳查審認，視其犯罪之動機、殺傷之次數、所殺傷部位、傷勢程度、犯後態度等綜合判斷，俾爲認定；又殺人與傷害之區別，應以有無殺意爲斷，即行爲人於下手時有無決意取被害人生命爲準，至於

至於管轄錯誤之判決，在公訴程序，其依§304「無管轄權之案件，應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院」之規定而為之者，係造成訴訟繫屬改隸之裁判；在自訴程序，其依§335「諭知管轄錯誤之判決，未經自訴人聲明，毋庸移送案件於管轄法院」之規定而為之者，則係駁回不合法起訴之裁判。不論何者，其係因無管轄權之故，亦即因形式訴訟條件之欠缺，所為全然與本案犯罪事實及刑事責任等「實體爭點」無關之裁判，性質則一。是管轄錯誤判決縱使確定，亦緣於非關本案「實體爭點」之判斷故，而根本不能發生實體上之既判力。[52] 基此角度以觀，管轄錯誤判決之所以不能發生既判力，實以非關本案「實體爭點」之判斷為因，而§307 所規定：§304 之管轄錯誤判決「得不經言詞辯論為之」，只以自由之證明為已足，則實為附隨之果；尚不能倒果為因，謂管轄錯誤判決係因不經言詞辯論、只行自由證明之故，所以不能發生既判力。

再者，§362、§367、§384、§395 駁回不合法上訴之裁判，情形亦然。§362 規定：「原審法院認為上訴不合法律上之程式或法律上不應准許或其上訴權已經喪失者，應以**裁定**駁回之。」§367 規定：「第二審法院認為上訴有第三百六十二條前段之情形者，應以**判決**駁回之。」（§384、§395 情形相同，以下從略）。前者，§362 係以「裁定」駁回不合法之上

被害人受傷處是否致命部位，及傷痕多寡、輕重為何等，亦僅得供審判者心證之參考，究不能據為絕對之標準。準此，行為人於行為當時，主觀上是否有殺人之故意，除應斟酌其使用之兇器種類、攻擊之部位、行為時之態度、表示外，尚應深入觀察行為人與被害人之關係、衝突之起因、行為當時所受之刺激、下手力量之輕重，被害人受傷之情形及行為事後之態度等各項因素綜合予以研析。末按，刑事判決得就起訴之犯罪事實變更檢察官起訴所引應適用之法條者，以科刑或免刑判決為限，檢察官以殺人未遂起訴，經原審審理結果，認為被告所犯實為傷害罪，未經合法告訴，則於判決理由欄敘明其理由逕依刑事訴訟法第三百零三條第三款諭知不受理判決即可，尚無適用同法第三百條之餘地。」【經筆者查閱原判決理由全文，本案曾經言詞辯論，行嚴格之證明。蓋非如此，原審法院實無從將實體爭點，即原檢察官所起訴之殺人未遂罪，改認定為傷害罪也。】

[52] 刑事訴訟法§336 規定：「(I)自訴案件之判決書，並應送達於該管檢察官。(II)檢察官接受不受理或管轄錯誤之判決書後，認為應提起公訴者，應即開始或續行偵查。」據此規定以觀，足證管轄錯誤之判決絕無既判力可言。

訴，依§221、§222 之規定，「裁定」本無庸行言詞辯論，而以自由之證明為已足；後者，§367 則以「判決」駁回不合法之上訴，依§372 規定：「§367 之判決，得不經言詞辯論為之」，亦無庸行言詞辯論，同以自由之證明為已足。然而，不論何者，終歸係以上訴在程序上之不合法為理由，而為駁回之裁判；由於全然與本案犯罪事實及刑事責任等「實體爭點」無關，此等駁回不合法上訴之裁判，縱經確定，亦在根本上，不能發生實體上之既判力。基此角度以觀，駁回不合法上訴之裁判之所以不能發生既判力，實以非關本案「實體爭點」之判斷為因，而其得不經言詞辯論而為之，只以自由之證明為已足，則實為附隨之果；尚不能倒果為因，謂駁回不合法上訴之裁判係因不經言詞辯論、只行自由證明之故，所以不能發生既判力。然而，須注意者，乃：駁回不合法上訴之裁判本身，固不能發生既判力，但駁回不合法上訴之裁判一經確定，其經提起上訴之原判決亦隨之而確定。如其經提起上訴之原判決，係屬有罪或無罪之實體判決，即因隨同確定之故，立即發生既判力。[53] 司法院大法官釋字第 271 號解釋，所謂：「刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院二十五年上字第三二三一號判例，於上開解釋範圍內，應不再援用」云云，似認若將已確定之駁回不合法上訴之裁判，依非常上訴程序予以撤銷後，即得推翻前經提起上訴之原判

[53] 民國 30 年 3 月 11 日司法院院字第 2158 號解釋：「不得上訴於第三審之刑事案件，當事人對於第一審判決提起上訴，經第一審認爲逾期，以裁定駁回（現行§362），復提起抗告，經抗告審駁回後，又提起再抗告，雖於再抗告中，發見當事人之上訴並未逾期，但依刑事訴訟法第四百零七條第二項（現行§411，抗告不合法）、第三百九十七條（現行§405，不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所爲之裁定，不得抗告）各規定，亦祇能程序上駁回再抗告，**從而第一審之判決，即屬確定**，除該確定判決有再審或非常上訴之原因，得提起再審或非常上訴外，別無救濟之途。」

決（有罪或無罪判決）之實體既判力，從而全案復甦，而可就合法上訴部分繼續進行審判；似此想當然耳之論，恐不足以服人（關於釋字第 271 號解釋之平議，容後另敘）。

第 五 款　免訴判決之特殊性（免訴判決有無既判力）

免訴判決有無既判力，係一項棘手之問題。

刑事訴訟法權威，陳樸生老師，固稱：「免訴事由之存在，有關於實體面，即其訴訟條件之是否欠缺，係以實體事項為其判斷之依據。故其判決雖得不經言詞辯論為之（§307），屬於形式裁判之一種，而其內容則涉及實體，即具有實體性，自係實體關係的形式裁判，亦具實質的確定力。因之，免訴判決，其免訴事由是否存在，仍應就其實體關係之是否存在加以適當之處理。免訴事由之為時效已否完成，曾經大赦否，或犯罪後之法令已否廢止其刑罰者固無論；即曾經判決確定與否，其稱判決，雖包括確定之免訴判決在內，但該案件既經有罪或無罪之實體判決確定，因受一事不再理之拘束，不得再行起訴，而其再行起訴，應否諭知免訴判決，仍應就其與已確定之實體判決是否具有同一性，即是否其判決效力之所及加以審查。此項實體法上關係之有無，如未經為某種程度之實體的審理，仍無從為此實體關係是否存在之判斷，其曾經免訴判決確定者亦同。因之，**免訴判決之本質，既具有實體性，與實體判決同其效力**，乃稱不受理或管轄錯誤之形式裁判，為非本案裁判。稱實體判決（有罪、無罪）及免訴之形式裁判，為本案裁判，以資區別。」[54] 而認免訴判決具有既判力。[55]

然而，問題似非如此單純。

在美國，聯邦最高法院於 United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85(1916) 一案判決中，認定：本件對於被告

---

[54] 見，陳樸生，同前註 13，頁 276。

[55] 免訴判決有無既判力，其實眾說紛紜。參見，林鈺雄，*刑事訴訟法（上冊）*，元照出版有限公司，2005 年 9 月 4 版，頁 561；林俊益，*刑事訴訟法（上冊）*，新學林出版股份有限公司，2008 年 9 月 9 版，頁 573；黃朝義，*刑事訴訟法*，一品文化出版社，2006 年 9 月初版，頁 535；土本武司著，董璠輿、宋英輝譯，*日本刑事訴訟法要義*，五南圖書出版公司，民國 86 年 5 月初版，頁 277-78。

Oppenheimer 之訴追，應受禁止；蓋前此就本件同一案件之訴追，已曾因時效完成之故，而被判免訴。本件起因於另一案件（與本件被告 Oppenheimer 無關）之裁判，認定所謂時效完成之見解(即被告 Oppenheimer 前此第一次起訴所以被駁回所持時效完成之見解)為無效。檢方因此尋求就被告 Oppenheimer 前此已被判免訴之同一犯罪再度予以訴追。在駁回此一重行之起訴時，大法官 Holmes 在其為聯邦最高法院撰寫之判決理由中，指出：「如此經常且確切，被以莊嚴敬重之態度，所提到之人身保障(指二重危險條款)，其保障豈能少於對於債務責任時效完成之保障。一件因時效完成而為之免訴判決，其免受第二度審判之保障，亦不應低於以無辜為理由所為之無罪判決。」[56] 為加深瞭解起見，茲進一步摘要本案之事實經過及判決理由如下：【被告 Oppenheimer 等人，被依破產法§29 共謀隱匿破產管理人經管之財產罪起訴（Act of July 1, 1898, c. 541, §29; 30 Stat. 544, 554.）。Oppenheimer 提出前此曾就同一犯罪，經依違反破產法§29d 之罪名起訴，但因該法設有 1 年追訴權時效規定之故，而獲得之免訴判決，資為防禦（按，如此情形之免訴判決，早在另案與本件被告 Oppenheimer 無關之判決中被判定為有所違誤，見 *United States* v. *Rabinowich*, 238 U.S. 78.）。此一防禦，經以四個各別之名稱提出於法庭，即 demurrer（對起訴之異議）、motion to quash（聲請駁回起訴）、plea in abatement（撤銷起訴之抗辯）及 plea in bar（禁止起訴之抗辯）。在檢方聲請法院命被告在此四者之中，選定其究竟以何者為依據

[56] "In United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85, 37 S. Ct. 68, 61 L. Ed. 161 (1916), the Court found the defendant's indictment to be prohibited because an earlier indictment for the same offense had been held to be barred by a statute of limitations. A later ruling in another case rendered invalid the statute-of-limitations reasoning on the basis of which Oppenheimer's first indictment had been dismissed. The government then sought to recharge **Oppenheimer** with the identical crimes that had originally been deemed precluded. Rejecting this new indictment, Justice Holmes wrote for the Court: It cannot be that the safeguards of the person, so often and so rightly mentioned with solemn reverence, are less than those that protect from a liability in debt. It cannot be that a judgment of acquittal on the ground of the statute of limitations is less a protection against a second trial than a judgment upon the ground of innocence." See, United States v. Dionisio, 503 F.3d 78, 84（2007）.

後，被告撤回後二者，結果，法院依 motion to quash（聲請駁回起訴）之形式，為有利於被告之判決，諭知起訴駁回，被告無限期釋放。檢方為此提起本件上訴，並將所謂之 motion to quash（聲請駁回起訴），視作 plea in bar（禁止起訴之抗辯），而為主張。[57] 就實體方面，檢方之主張為，既判力法則（the doctrine of *res judicata*），除在憲法增修條文§5 所規定:「不得使任何人就同一犯罪兩度蒙受生命或肢體之危險」之修正型態下，有其適用外，此一既判力法則，實非為刑事案件而設（按即，既判力法則僅適用於民事事件，而不適用於刑事案件）；檢方並因此導出其結論為：如被告並未基於其被訴之犯罪事實面對陪審之審判，在一定意義下，此一被告從不曾陷於危險之中，則因妨訴抗辯（a plea in bar）而為之裁判（例如，因一定妨訴事由而駁回起訴，此一裁判不生既判力），自不足以阻止第二度之審判。[58] 大法官 Holmes 在判決理由中，指出：似乎只就檢方此一立場之陳述本身，已見其成為自己問題之解答。蓋如此經常且確切，被以莊嚴敬重之態度，所提到之人身保障(指二重危險條款)，其保障豈能少於對於債務責任時效完成之保障(意謂民事債務責任，尚且受時效完成判決之既判力之保障，則刑事方面之人

[57] "The defendant in error and others were indicted for a conspiracy to conceal assets from a trustee in bankruptcy. Act of July 1, 1898, c. 541, §29; 30 Stat. 544, 554. The defendant Oppenheimer set up a previous adjudication upon a former indictment for the same offence that it was barred by the one-year statute of limitations in the bankruptcy act for offences against that act, §29d; an adjudication since held to be wrong in another case. *United States* v. *Rabinowich*, 238 U.S. 78. This defence was presented in four forms entitled respectively, demurrer, motion to quash, plea in abatement, and plea in bar. After motion by the Government that the defendant be required to elect which of the four he would stand upon he withdrew the last-mentioned two, and subsequently the court granted what was styled the motion to quash, ordered the indictment quashed and discharged the defendant without day. The Government brings this writ of error treating the so-called motion to quash as a plea in bar, which in substance it was. *United States* v. *Barber*, 219 U.S. 72, 78." See, United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85, 85-86 (1916).

[58] "Upon the merits the proposition of the Government is that the doctrine of *res judicata* does not exist for criminal cases except in the modified form of the Fifth Amendment that a person shall not be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; and the conclusion is drawn that a decision upon ***a plea in bar*** cannot prevent a second trial when the defendant never has been in jeopardy in the sense of being before a jury upon the facts of the offence charged." Id., at 87.

身保障，豈能有遜於之)。一件因時效完成而為之免訴判決，其免受第二度審判之保障，亦不應低於以不能證明犯罪為理由所為之無罪判決。[59] 當然，駁回一件（指程序上）有瑕疵之起訴，並不足以禁止無瑕疵之再行起訴；但是，基於妨訴抗辯所為有利於被告之裁判，已涉及被告實體法之責任，此一裁判，與以實體法理由認定被告免責之裁判，在效果上幾無不同。**時效抗辯，係一項實體上之抗辯**（參見 *United States v. Barber*, 219 U.S. 72, 78,（1911）），而且，無論此一爭點，在前此案件中，係如何提出（意指無論審判前或審判中），一旦依其抗辯而作成裁判，即不容於嗣後之訴追中再事爭執。[60]】依此 Oppenheimer 一案之見解以觀，固認免訴判決具有既判力，而與陳樸生老師所見者相同。

然而，在新近 2003 年 Kruelski v. Conn. Superior Court, 316 F.3d 103（2003）一案，聯邦第二上訴法院 (UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT) 則認免訴判決並不發生既判力。本案之事實經過及判決理由如下：【被告 Kruelski，因「未經營業登記而經營療養院罪」被起訴。第一次審判期日前，Kruelski 以追訴權時效已完成為理由，聲請康乃迪克州第一審法院 (Connecticut State Superior Court for the Danbury Judicial District) 駁回起訴 (即諭知免訴判決)。此一聲請，第一審法院擱置未為處理。[61] 1995 年 5 月，本案進行陪審審判。審判

[59] "It seems that the mere statement of the position should be its own answer. It cannot be that the safeguards of the person, so often and so rightly mentioned with solemn reverence, are less than those that protect from a liability in debt. It cannot be that a judgment of acquittal on the ground of the statute of limitations is less a protection against a second trial than a judgment upon the ground of innocence." Id., at 87.

[60] "Of course the quashing of a bad indictment is no bar to a prosecution upon a good one, but a judgment for the defendant upon the ground that the prosecution is barred goes to his liability as matter of substantive law and one judgment that he is free as matter of substantive law is as good as another. **A plea of the statute of limitations is a plea to the merits**, *United States* v. *Barber*, 219 U.S. 72, 78,（1911） and however the issue was raised in the former case, **after judgment upon it, it could not be reopened in a later prosecution**." Id., at 87-88.

[61] "Edward Kruelski was charged in Connecticut State Superior Court for the Danbury Judicial District with having committed the offense of "offering to make home improvements without being registered," in violation of section 20-427(b)(5)

中，被告 Kruelski 聲請傳喚警員作證。該警員證稱：本案逮捕被告 Kruelski 之令狀雖於 1 年追訴權時效期間完成前兩天，即 1994 年 8 月 22 日即已簽發，但直到時效期間完成後之翌日，即 8 月 25 日下午稍晚時，始為執行員警發現該逮捕令狀，而於當晚執行逮捕。迨審判程序完成證據調查後，Kruelski 以檢方未能充分證明犯罪構成要件，及追訴權時效期間業已完成為理由，聲請為無罪之判決。第一審法院駁回被告所謂證據不足之主張，認定檢方已就被告之構成犯罪充分舉證；但認定被告 Kruelski 關於時效完成之主張為有理由，而駁回起訴 (即諭知免訴判決)。[62] 檢方因此上訴於第二審法院 (the Connecticut Appellate Court)。第二審法院認定：依據康乃迪克州關於追訴權時效之規定，只須逮捕令狀係在時效完成前簽發，而在非不當遲延之時間內加以執行，即符合時效之要求；因此撤銷原免訴判決，全案發回第一審法院更審。[63] 更審中，被告 Kruelski 以二重危險為由(即前已經免訴判決)，聲請駁回起訴。第一審法院駁回其聲請；Kruelski

---

of the Connecticut General Statutes. Before trial, Kruelski filed a Motion to Dismiss claiming that the charge against him was barred by the relevant statute of limitations, section 54-193 of the Connecticut General Statutes. This motion was left undecided by the trial court." See, Kruelski v. Conn. Superior Court, 316 F.3d 103, 104（2003）.

[62] "In May 1995, the case was tried to a jury. During the trial, Kruelski called to the stand a police officer, who testified that although the arrest warrant was signed by a judge on August 22, 1994, two days short of the one-year statute of limitations, it did not come to the attention of a police officer until late on the afternoon of August 25, one day after the year had run, and was not served until that same night. After the close of evidence, Kruelski moved for acquittal, arguing both that the State of Connecticut had failed to provide sufficient evidence of the elements of the offense charged and that the State had failed to initiate prosecution within the statute of limitations. The trial court rejected Kruelski's adequacy of the evidence argument, finding that "the State has introduced evidence sufficient to sustain a conviction in this prosecution for violation of section 20-427(b)(5) of the General Statutes." But it granted Kruelski's motion for acquittal based on the statute of limitations." Id.

[63] "The State appealed to the Connecticut Appellate Court, which reversed the trial court's decision on the statute of limitations. The Appellate Court ruled that in order to meet the requirements of a Connecticut statute of limitations, an arrest warrant need only be *issued* within the time limitation and then *executed* without unreasonable delay. It sent the case back for a new trial. *State v. Kruelski*, 41 Conn. App. 476, 677 A.2d 951 (Conn. App. Ct. 1996)." Id.

抗告於第二審法院、再抗告於康乃迪克州最高法院 (the Connecticut Supreme Court)，遞經駁回其抗告。[64] 2000 年 7 月， Kruelski 以二重危險為由，向聯邦地方法院 (the United States District Court for the District of Connecticut) 聲請人身保護令。2001 年 5 月 31 日，聯邦地方法院駁回其聲請，認定：康乃迪克州第一審法院原所為免訴判決，不足以阻止進一步之訴追 (即並無既判力)。Kruelski 因此上訴於聯邦第二上訴法院 (UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT)。[65] **聯邦第二上訴法院判決如下：**康乃迪克州第一審法院 (Connecticut State Superior Court for the Danbury Judicial District) 認定，其原所為之**免訴判決，並無足以阻止進一步訴追之既判力。蓋時效完成之抗辯，並非否定犯罪構成要件之抗辯，亦非阻卻行為違法之抗辯**；**反之，時效完成之抗辯，只係縱使被告成立犯罪，亦因時效完成之故，而不受處罰之抗辯**。其見解並無違誤。因此，本院維持聯邦地方法院駁回 Kruelski 人身保護令之聲請之判決。[66]】是本案判決，否認免訴判決具有既判力。而晚近美國其

---

64 "On remand, Kruelski, relying on the Fifth Amendment's ban on double jeopardy, U.S. Const. amend. V, filed a motion to dismiss the prosecution. Holding that a second trial was permitted under *United States v. Scott*, 437 U.S. 82, 57 L. Ed. 2d 65, 98 S. Ct. 2187 (1978), the trial court denied the motion. Kruelski appealed and the Appellate Court, also relying on *Scott*, affirmed the trial court's decision. *State v. Kruelski*, 49 Conn. App. 553, 715 A.2d 796 (Conn. App. Ct. 1998). Kruelski appealed to the Connecticut Supreme Court, which affirmed the Appellate Court's decision and its reading of *Scott*. *State v. Kruelski*, 250 Conn. 1, 737 A.2d 377 (Conn. 1999)." Id., at 104-05.

65 "In July 2000, Kruelski filed an application for a writ of habeas corpus based on his double jeopardy argument in the United States District Court for the District of Connecticut. On May 31, 2001, the district court issued a decision denying the petition. *Kruelski v. Connecticut Superior Court*, 156 F. Supp. 2d 185 (D. Conn. 2001). The court held that the state trial court's entry of a judgment of acquittal did "not constitute an acquittal barring further prosecution." Id., at 105.

66 "The Connecticut High Court held that further prosecution was not barred, because under Connecticut law "[a] statute of limitations defense is not a defense that, when proved, negates any element of a charged offense or establishes a legal justification for an otherwise criminal act. Instead, this type of defense 'represents a legal judgment that a defendant, although criminally culpable, may not be punished . . . .'" *Id.* at 382 (quoting *Scott*, 437 U.S. at 98). Connecticut, therefore, has determined that the expiration of its one-year statute of limitations governing the misdemeanor of offering to perform home improvements without being

他法院，與本案一般，認免訴判決並不發生既判力者，亦所在多有。[67]

免訴判決有無既判力？同樣困擾歐盟法院(The Court of Justice of the European Communities)。

2006 年，歐盟法院受理 **Gasparini (Case C-467/04)** 一案，其案情大要如下：【被告等由突尼西亞走私橄欖油到土耳其，途經葡萄牙及西班牙。[68] 兩名被告在葡萄牙最高法院經以時效完成為由判決免訴。[69] 西班牙法院須瞭解前開葡萄牙最高法院所為之免訴判決有無既判力。[70] 西班牙法院因此，停止訴訟程序，向歐盟法院提出諮詢，其問題為：免訴判決之既判力是否足以拘束另一會員國？[71] 就此，歐盟法院之首席顧問 (Advocate General [72]) SHARPSTON，所提出之

---

registered does not mean that a defendant is not culpable for the violation. It only provides that the defendant can no longer be prosecuted for it. Accordingly, we AFFIRM the district court's judgment denying the writ." Id., at 110-111.

67 "Other courts have reached similar conclusions with respect to the meanings of statutes of limitations. *See*, *e.g.*, *Nesbitt v. Hopkins*, 907 F. Supp. 1317, 1325 n.9 (D. Neb. 1995); *Cox v. State*, 585 So. 2d 182, 189-92 (Ala. Crim. App. 1991); *Jackson v. State*, 92 Md. App. 304, 608 A.2d 782, 784-87 (Md. Ct. Spec. App. 1992), *disapproved on other grounds*, *Armstead v. State*, 342 Md. 38, 673 A.2d 221, 241 n.32 (Md. 1996)." Id., n10.

68 "According to the Audiencia Provincial de Málaga (Provincial Court, Málaga-Spain), there is coherent evidence that, at some unspecified time in 1993, the shareholders and directors of the company Minerva agreed to import through the port of Setúbal (Portugal) lampante (refined) olive oil from Tunisia and Turkey, which was not declared to the customs authorities. The goods were then transported in lorries from Setúbal（Portugal） to Málaga (Spain). The defendants devised a system of false invoicing to create the impression that the oil came from Switzerland." See, Gasparini (Case C-467/04), 28 September 2006.

69 "The Supremo Tribunal de Justiça (Supreme Court of Justice, Portugal) acquitted two of the defendants in the case before it, on the ground that their prosecution was time-barred." Id.

70 "The Audiencia Provincial de Málaga (Spain) explains that it has to rule on whether an offence of smuggling can be found or whether, on the contrary, no such offence can be found having regard to the binding force of the judgment of the Supremo Tribunal de Justiça (Supreme Court of Justice, Portugal) ." Id.

71 "It was in those circumstances that the Audiencia Provincial de Málaga (Spain) decided to stay the proceedings and refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling: Is a finding by the courts of one Member State that prosecution of an offence is time-barred binding on the courts of the other Member States?" Id.

72 "Advocates General are also part of the **European Court of Justice** (ECJ), where there are eight of them. They are full members of the court but they are not judges.

法律見解為：西班牙之被告主張程序性之免訴判決亦生既判力；西班牙、荷蘭、波蘭及法國，主張實體判決始生既判力，因時效完成所為之免訴判決，並非實體判決，不生既判力；**義大利，則主張只在經由實體審理並確定被告罪責後，因認定其時效完成，所為之免訴判決，始生既判力**《筆者按，例如，檢察官以§271I 殺人罪起訴，30 年之追訴權時效固未完成，但經本案言詞辯論實體審理之結果，法院認定被告所犯係§276I 之過失致人於死罪，因 10 年之追訴權時效已完成，所為之免訴判決，應認具有實體性，從而生既判力；反之，檢察官以§276I 之過失致人於死罪起訴，法院認定 10 年之追訴權時效已完成，依刑訴§307 規定，不經本案言詞辯論，即為免訴判決，此種情形之免訴判決，應認不具實體性，從而不生既判力。》[73] SHARPSTON 最後提出之結論為：一國法院應受他國法院免訴判決之拘束，亦即，免訴判決具有既判力，而發生一事不再理之效果者，應僅限於下列條件業已具備之情形：(a).該免訴判決依該國法律業已確定；(b).**該免訴判決所行之審判程序，曾就案件之實體加以審酌**；(c).一國法院所受理之新案件，其主要事實及被告，與免訴判決之主要

They are not **prosecutors** either, unlike in the modern French legal system. They do not take part in the **court**'s deliberations, yet they assist with each case and deliver their opinions on questions. It is the role of the Advocates General to propose to the Court, in complete independence, a legal solution to the cases for which they are responsible. The Advocate General's opinion, although often in fact followed, is not binding on the Court." See, Wikipedia, the free encyclopedia, 2008.11.01 retrieved from:
http://en.wikipedia.org/wiki/Advocates_General

[73] "In contrast, all the Member States that have submitted observations adopt a substance-based approach. ***Spain, the Netherlands, Poland and France*** argue in essence that Article 54 of the CISA applies only where the competent court has, in a final decision, assessed the merits of the case and has passed a judgment on the criminal responsibility of the defendant. **That is not the case where criminal proceedings are definitively discontinued on the sole ground that prosecution of the offences is time-barred**. ***Italy argues in similar vein that Article 54 of the CISA applies only when the final decision to discontinue proceedings because the offence is time-barred is the result of proceedings involving consideration of the merits of the case and the criminal responsibility of the defendant.***" See, OPINION OF VOCATE GENERAL, SHARPSTON, delivered on 15 June 2006 (1), **Case C-467/04.**

事實及被告為屬同一。[74] 然而，歐盟法院之終局判決，並未採取首席顧問(Advocate General) SHARPSTON 之見解，而認定：時效完成之免訴判決具有既判力。[75] 何以如此認定？其判決理由指出：歐盟判例法已確認歐盟公約 §54 規定之目的，在於擔保個人在另一會員國不就同一行為再受追訴，以便其行使在各會員國間自由往來之權利。個人之行為既經追訴並經終局判決後，即應保證其不再遭受干擾。該人必須得以自由往來，而無庸顧慮在另一會員國就同一行為再受追訴。[76]】其實，依筆者所見，本案各方所表示之見解中，當以義大利所主張「**只在經由實體審理並確定被告罪責後，因認定其時效完成，所為之免訴判決，始生既判力**」，最為可採 (歐盟法院之首席顧問 SHARPSTON 所採納者，即如此之見解)。至於歐盟法院之終局判決，不分青紅皂白，認定：時

國家圖書館法院資料庫會員專用

---

[74] "At the present stage of development of European Union law, Article 54 of the Convention implementing the Schengen Agreement is to be interpreted as meaning that a national court is bound by a decision adopted in criminal proceedings by a court in another Member State that a prosecution is time-barred only if (a) that decision is final under national law, (b) the proceedings in the other Member State have involved consideration of the merits of the case, and (c) the material facts and the defendant(s) are the same in the proceedings before both courts. It is for the national court to decide whether those conditions are satisfied in a particular case. Where they are satisfied, further proceedings against the same defendant(s) on the basis of the same material facts are precluded." Id.

[75] "On those grounds, the Court (First Chamber) hereby rules: The *ne bis in idem principle*, enshrined in Article 54 of the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, signed in Schengen on 19 June 1990, applies in respect of a decision of a court of a Contracting State, made after criminal proceedings have been brought, by which the accused is acquitted finally because prosecution of the offence is time-barred." See, Gasparini (Case C-467/04), 28 September 2006.

[76] "It is settled case-law that Article 54 of the CISA has the objective of ensuring that no one is prosecuted for the same acts in several Contracting States on account of the fact that he exercises his right to freedom of movement (see Joined Cases C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge* [2003] ECR I-1345, paragraph 38, and *Van Straaten*, paragraph 57). It ensures that persons who, when prosecuted, have their cases finally disposed of are left undisturbed. They must be able to move freely without having to fear a fresh prosecution for the same acts in another Contracting State." Id.

效完成之免訴判決具有既判力，依其判決理由以觀，實係基於政治上之考量，而非出諸訴訟法學之原理，應不足為訓。

持平之論：依筆者所信，免訴判決有無既判力之問題，宜依下列原則認定之。

一、依刑事訴訟法§307:「第三百零二條之判決（即免訴判決），得不經言詞辯論為之」之規定，其免訴判決係**不經言詞辯論**而依**自由之證明**即行作成者，因本案犯罪事實是否成立及國家刑罰權是否存在，並未經嚴格證明，則如此之免訴判決，純為形式判決，不生既判力。

二、反之，其免訴判決係**經言詞辯論**，而就本案犯罪事實是否成立及國家刑罰權是否存在，進行**嚴格之證明**，然後依嚴格證明所得之心證，認定被告之犯罪事實及所犯法條，從而確定其案件「曾經判決確定、時效已完成、曾經大赦、或犯罪後之法律已廢止其刑罰者」，則如此之免訴判決，已非單純之形式判決可比，因其訴訟標的曾經實質審究，具有實體性，應生既判力。

三、以上見解，用諸實際，當如下述：

1.不生既判力之免訴判決：同一案件更行起訴時，不受前此免訴判決之拘束，法院應就更行起訴之案件依法審判，分別情形，更為有罪、無罪、免訴（須依獨立之免訴事由）、不受理或管轄錯誤之判決。而不得逕以「曾經免訴判決確定」為由，諭知免訴判決。

2.生既判力之免訴判決：同一案件更行起訴時，應受前此免訴判決之拘束，法院應就更行起訴之案件，逕以「曾經免訴判決確定」為由，諭知免訴判決。

茲舉三例如下，試為實務應用之參考：

案例 1：

張三對樹上開槍，李四中彈跌落斃命，張三旋在樹下挖洞將李四之屍體掩埋，事隔 10 多年，因洪水沖刷，屍骨暴露，終於東窗事發。張三於檢警偵查中，供稱:「當年因禽流感方興未艾，見樹上野鳥聚集，恐帶來病毒，乃持合法獵槍，開槍打鳥；詎開槍後，未中鳥雀，卻見李四中彈墜地身亡；人命關天，不勝恐懼，乃就地掩埋屍體，不料法網恢恢，

今竟暴露」云云。檢察官據此，認定張三涉犯刑法第 276 條第 1 項之普通過失致死罪嫌，提起公訴。法院審理結果，認普通過失致死罪之追訴權時效期間為 10 年，茲於事隔 10 多年後始行提起公訴，追訴權已罹於時效而消滅，乃依刑事訴訟法第 302 條第 2 款、第 307 條規定，**不經言詞辯論，本自由之證明**，逕諭知免訴判決，因未據上訴，旋告確定。不數月後，檢察官因另案執行搜索，察見張三於當年案發日之日記中，記有「今日大仇得報，大快我心」之語，直覺事有蹊蹺，再深入調查結果，終查明張三、李四原係世仇，當年槍擊李四事件，並非出於誤中，而係張三故意殺人。檢察官乃改依刑法第 271 條第 1 項之殺人罪，二度將張三提起公訴。此回再行起訴之殺人罪，30 年之時效期間固未完成，然法院是否應以同一案件前曾經免訴判決確定為由，依刑事訴訟法第 302 條第 1 款更為免訴之判決？如本案承審法院，就張三所犯是否確為過失致人於死罪，猶有疑義，乃**開言詞辯論，本嚴格之證明**，認定無誤後，始為前述免訴之判決，結果有無不同？（本例特色，為事實上之同一案件）

【**擬答：**本案前此第一次起訴（普通過失致死罪），若**不經言詞辯論，本自由之證明**，逕諭知免訴判決，不生既判力，承審法院對於第二次起訴（殺人罪），仍應為實體之審理，不得以同一案件前曾經免訴判決確定為由，為免訴之判決。反之，本案前此第一次起訴（普通過失致死罪），若**經言詞辯論，本嚴格之證明**，認定被告所犯係普通過失致死罪無誤後，始為免訴之判決，應生既判力，承審法院對於第二次起訴（殺人罪），應以同一案件前曾經免訴判決確定為由，逕為免訴之判決。】

案例 2：

王五欲置仇家趙六於死地，瞄準趙六開槍，卻誤中在旁之錢七，當場身亡。趙六幸得不死，驚走他鄉，隱姓埋名，以防王五再來尋仇。錢七凶死一案，經檢察官歷時 10 多年之追查，終發現兇手為王五。偵查中，王五供稱「當年因

禽流感方興未艾，見樹上野鳥聚集，恐帶來病毒，乃持合法獵槍，開槍打鳥；詎開槍後，未中鳥雀，卻見錢七中彈墜地身亡」云云，檢察官因以王五涉犯刑法第 276 條第 1 項之普通過失致死罪嫌，提起公訴。法院審理結果，以普通過失致人於死罪之追訴權時效期間為 10 年，茲時效既已完成，乃依刑事訴訟法第 302 條第 2 款、第 307 條規定，**不經言詞辯論，本自由之證明**，逕諭知免訴判決，因未據上訴，旋告確定。趙六避居他鄉多年後，終於鼓起勇氣回歸故里，並向檢察官舉告當年王五槍殺未遂一案，檢察官乃改依刑法第 271 條第 2 項之殺人未遂罪，二度將王五提起公訴。此回再行起訴之殺人未遂罪，30 年之時效期間固未完成，然法院是否應以同一案件前曾經免訴判決確定為由，依刑事訴訟法第 302 條第 1 款更為免訴之判決？如本案承審法院，就王五所犯是否確為過失致人於死罪，猶有疑義，乃**開言詞辯論，本嚴格之證明**，認定無誤後，始為前述免訴之判決，結果有無不同？（本例特色，為法律上之同一案件；亦即一行為觸犯數罪名之想像競合犯，乃裁判上之一罪）

【**擬答**：本案前此第一次起訴（普通過失致死罪），若**不經言詞辯論，本自由之證明**，逕諭知免訴判決，不生既判力，承審法院對於第二次起訴（殺人未遂罪），仍應為實體之審理，不得以同一案件前曾經免訴判決確定為由，為免訴之判決。反之，本案前此第一次起訴（普通過失致死罪），若**經言詞辯論，本嚴格之證明**，認定被告所犯係普通過失致死罪無誤後，始為免訴之判決，應生既判力，且本案係一行為觸犯數罪名之想像競合犯，乃裁判上之一罪，一部判決確定，效力及於全部，既判力擴張及於殺人未遂罪部分，承審法院對於第二次起訴（殺人未遂罪），應以同一案件前曾經免訴判決確定為由，逕為免訴之判決。】

案例 3：

某甲開車疾馳，撞上某乙，乙當場身亡，甲則畏罪逃逸。某乙車禍死亡一案，經檢察官歷時 10 多年之追查，終發現

肇事者為某甲，並以甲、乙二人本係世仇，認定甲當年係出於殺人故意，撞死某乙，乃以刑法第 271 條第 1 項之殺人罪嫌，將甲提起公訴。本案審理中，法院**開言詞辯論，本嚴格之證明**，採信某甲所辯：係因超速行駛，不慎撞到某乙，肇事當時，實不知死者為某乙云云之說詞，而認定某甲所犯實係刑法第 276 條第 1 項之普通過失致死罪嫌，並以過失致人於死罪之追訴權時效期間為 10 年，茲時效既已完成，乃依刑事訴訟法第 302 條第 2 款規定，逕諭知免訴判決，因未據上訴，旋告確定。問，此一免訴判決之性質如何？究係形式判決，抑係實體判決？究係本案判決，抑係非本案判決？是否發生既判力？如另一檢察官不知有此一免訴判決之存在，依某乙家屬之告訴，又以刑法第 271 條第 1 項之殺人罪嫌，二度將甲提起公訴，問，法院就此二度之起訴，應如何處理？

【**擬答**：本案前此第一次起訴（殺人罪），既經**言詞辯論，本嚴格之證明**，而認定犯罪事實為過失致人於死罪，只因時效完成之故，諭知免訴判決，如此之免訴判決，乃實體判決，且為本案判決，應生既判力。如另一檢察官不知有此一免訴判決之存在，依某乙家屬之告訴，又以刑法第 271 條第 1 項之殺人罪嫌，二度將甲提起公訴，法院就此二度之起訴，可**不經言詞辯論，本自由之證明**，直接以同一案件前曾經免訴判決確定為由，逕為免訴之判決。】

第 三 節　既判力之實體面作用（行為不兩罰；實質確定力；排除效）

第　一　款　行為不兩罰；實質確定力

一如本章第一節前言所述，「既判力」之用語，在我國，係一作為「統稱」之名詞，乃上位觀念。析述之，則為「案件曾經判決確定」與「一事不再理」兩項下位觀念。按，我刑事訴訟法§302i 規定：「案件有左列情形之一者，應諭知免訴之判決：一、曾經判決確定者。------」此一規定中與「既判力」有關之文字，厥為兩端，其一為「應諭知免訴判決」，

其二為「案件曾經判決確定」。從刑事程序法「既判力」之角度看，「應諭知免訴判決」，表現為既判力「一事不再理」之作用，乃既判力之程序作用，即「案件不兩判」;「案件曾經判決確定」，則表現為既判力「實質確定力」之作用，乃既判力之實體作用，即「行為不兩罰」。此兩項作用之關係，前者為果，後者為因；亦即，所以有「應諭知免訴判決」(程序上案件不兩判) 之結果，實以「案件曾經判決確定」(實體上行為不兩罰) 為原因。按「行為不兩罰」本係刑事實體法立法上之大原則，於此則投影於刑事程序法中，藉助「案件曾經判決確定」之既判力「實質確定力」之作用，以與「應諭知免訴判決」之既判力「一事不再理」之作用接軌，而透過程序上免訴判決之諭知，用達「行為不兩罰」之終極目的。蓋刑事實體法為目的法，而刑事程序法為手段法；手段係為服務目的而存在；茲既判力「實質確定力」之作用，既充為刑事實體法與刑事程序法間之橋梁，用來溝通目的與手段，藉以鞏固刑事實體法「行為不兩罰」之終極目的，實正足以充分說明此一手段與目的間之關係。總之，所謂「既判力」，係由程序面之「一事不再理」與實體面之「實質確定力」所構成，據之上述，已殊明瞭。

茲首就實體面之「實質確定力」言，同一行為既經「有罪或無罪」之實體判決確定後，即構成刑事訴訟法§302i 所稱之「案件曾經判決確定」，從而即無對於同一行為再加處罰之餘地；於是，刑事程序法上既判力實體作用之「實質確定力」發生，並以此為因，而導出如有第二度之訴追提起，即「應諭知免訴判決」之果；而「應諭知免訴判決」之果，則係既判力之程序作用，亦即「一事不再理」、「案件不兩判」，此當留待後述。

在此實體面「行為不兩罰」、「實質確定力」中所謂之「同一行為」，一般情形，係指「自然意義之一個行為」而言，例如，「一個單純之殺人行為」是。乃專指「事實上同一」之「同一行為」，而不包括「法律上同一」之「同一行為」；因此，刑法§55「一行為觸犯數罪名」之想像競合犯，不在其列；蓋想像競合犯所稱之「一行為」，固亦「自然意義之

一個行為」，但所「觸犯之數罪名」，則依「法律上同一」之「同一行為」處理，在立法政策上，認從一重處斷為已足，因稱之為「裁判上之一罪」，而與此所指「事實上同一」之「同一行為」，乃「事實上之一罪」者，趣旨有異。此外，「法律上同一」之「同一行為」，尚有所謂「實質上之一罪」，例如結合犯 (刑法§332I 強盜殺人罪)、加重結果犯 (刑法§277II 傷害致死罪)、繼續犯（組織犯罪條例§3 參與犯罪組織罪）、接續犯、職業犯 (醫師法§28 密醫罪)、吸收犯（§276 過失致死吸收§284 過失傷害、§271I 殺人既遂吸收§271II 殺人未遂、§121 收受賄賂吸收期約賄賂、§216 行使吸收§210 偽造）、包括的一罪 (刑法§196I 收集偽造幣券)是。「實質上一罪」，在形式上看似數罪，但國家對之所發生之刑罰權則僅單一，正因刑罰權單一故，因稱為「實質上之一罪」，亦與此所指「事實上同一」之「同一行為」，乃「事實上之一罪」者，迥不相侔。是凡此「裁判上之一罪」、「實質上之一罪」與既判力之關係，當於本章第五節「既判力（實質確定力）之擴張與延展」中另作說明，以免夾雜在此，造成論點之混淆。

所謂「行為不兩罰」，並非數理之觀念，自不能以「同一行為」之前後兩次審判，有無宣告刑罰，或所宣告刑罰之輕重，以定是否同一「行為」之遭受「兩次處罰」；因此，「事實上同一」之「同一行為」，如其前後兩次審判，均為有罪判決，「有罪」加「有罪」，固屬「行為之兩罰」，應受「行為不兩罰」之禁止；即若第一次審判為無罪，第二次審判為有罪，「無罪」加「有罪」，亦屬「行為之兩罰」，蓋對於同一行為之每次訴追，均含有欲加制裁之實體目的 (即刑法追訴權之行使)，第一次審判之「無罪」判決，係其制裁目的之消極完成，第二次審判之「有罪」判決，則係其制裁目的之積極完成；「消極完成」與「積極完成」等價，於是，「消極完成」加「積極完成」，仍構成「行為之兩罰」，而應受「行為不兩罰」之禁止。演繹而言，「有罪」加「無罪」；「無罪」加「無罪」，莫不皆然。

舉例言之，最高法院 29 年上字第 2150 號判例要旨，謂：「本案被告殺人部分，前經福山地方法院萊陽分庭於民國二

十二年八月十五日判處罪判，該項判決雖經第二審即山東高等法院第二臨時分庭認為係就未經起訴之行為審判，與舊刑事訴訟法第二百五十九條之規定相違背，於同年十二月二十八日以判決將其撤銷，但該分庭同時復依舊刑事訴訟法第三百十六條諭知**無罪**，業經確定在案，是被告之殺人嫌疑已受有實體上之確定判決，至為明瞭，乃萊陽地方法院檢察官於民國二十四年七月三十一日仍就同一案件提起公訴，並經該法院為第一審判決，諭知該被告殺人罪刑，該被告提起上訴後，原分院不依刑事訴訟法第二百九十四條第一款將其判決撤銷，諭知免訴，竟就實體上審理，認為犯罪不能證明，撤銷第一審判決，仍予諭知**無罪**，顯屬違法。」本件判例之特色，在於其所持：「就同一案件前既曾為**無罪**判決確定，即禁止在後一起訴，更為**無罪**之判決，而應以諭知免訴判決始為正辦」之見解。按，前此之第一次起訴，既曾為**無罪**判決確定，則嗣後之第二次起訴，復為**無罪**之判決，本正確之極，奈本件判例卻糾正以「仍予諭知無罪，顯屬違法」，然則，其故安在？要之，既判力「行為兩罰」之禁止，本在遏制對於被告欲加之罪之第二度企圖；亦即，第一度之無罪判決，係對於被告欲加之罪之消極完成，「行為不兩罰」之原則，從此不許再有第二度之訴追，以防範「行為兩罰」之可能性；是但有第二度訴追之提起，當從程序上以免訴判決駁回之；若竟更為無罪判決，看似正確無誤，其實已干犯實體面既判力禁止「行為兩罰」之大不韙。

第 二 款　排除效

既判力在實體面「行為不兩罰」、「實質確定力」之作用，所發生之另一重要效果，為禁止矛盾。禁止矛盾之效果，分成兩方面，其一為「關於訴訟標的本身之**排除效**」，此在美國，稱為「直接禁反言（direct estoppel）」，或逕稱為「排除效（claim preclusion）」；[77] 另一為「非關訴訟標的本身之**爭**

[77] "Claim preclusion is one subset of res judicata. Claim preclusion is asserted by a party in the second action who claims that the other party cannot bring the lawsuit because the claim was already litigated in the first action. The party asserting claim preclusion can argue that the other party either lost in the first lawsuit and is

點效」，此在美國，稱為「附帶禁反言（collateral estoppel）」，或逕稱為「爭點效（issue preclusion）」。[78] 由於既判力實體面之「實質確定力」，原則上只對「訴訟標的本身」而發生，故筆者乃將「關於訴訟標的本身之排除效」列於本節「既判力之實體面作用」中加以說明；至於「非關訴訟標的本身之爭點效」，雖亦認：「法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷」，而同有禁止矛盾之效果，但畢竟僅係程序上對於「當事人為相反主張，法院作相異判斷」之禁止，性質上較接近於「既判力之程序面作用」，筆者因將之列於本章第四節「既判力之程序面作用」之中，另作交待。

為便於明瞭「關於訴訟標的本身之排除效」，首先借用我民事訴訟法關於「排除效(或稱遮斷效、失權效)」之概念，說明如下。

最高法院 96 年度台上字第 1850 號民事判決要旨，稱：「為訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中經裁判者，當事人之一造以該確定判決之結果為基礎，於新訴訟用作攻擊防禦方法時，**他造應受其既判力之拘束**（既判力之「**遮斷效**」、「**失權效**」或「**排除效**」），不得以該確定判決言詞辯論終結前，所提出或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法為與確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為反於確定判決意旨之裁判，此就民事訴訟法第四百條第一項規定趣旨觀之尤明。」按，民事訴訟法§400I 原規定：「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，除法律別有規定外，當事人不得就該法律關係更行起訴。」民國 92 年 02 月 07 日修正為：「除別有

---

therefore barred from bringing the claim, or the other party won in the prior lawsuit and therefore the claim merged in the first judgment." See, Michelle S. Simon, *Offensive Issue Preclusion in the Criminal Context: Two Steps Forward, One Step Back,* 34 U. Mem. L. Rev. 753, n.3.（2004）.

[78] "Courts use the phrases collateral estoppel and issue preclusion interchangeably." Id., n.4.

規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力。」其修正理由稱：「為訴訟標的之法律關係於確定之終局判決中經裁判後，該確定終局判決中有關訴訟標的之判斷，即成為規範當事人間法律關係之基準，嗣後同一事項於訴訟中再起爭執時，當事人不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之判斷，此即民事訴訟制度為達終局地強制解決民事紛爭之目的所賦予確定終局判決之效力，通稱為判決之實質上確定力或既判力。[79] 其積極作用在於避免先後矛盾之判斷（按即排除效），消極作用則在於禁止重行起訴（按即一事不再理）。原條文第一項著重於一事不再理之理念，僅就禁止重行起訴而為規定，就作為解釋既判力之範圍及其作用而言，立法上難認充足，爰修正第四百條第一項（按即將原「當事人不得就該法律關係更行起訴」之文字，修正為「有既判力」）。」可見，既判力所生禁止矛盾之作用（即排除效），係針對本案「訴訟標的」而發生，因稱之為「關於訴訟標的本身之排除效」。此一觀念應用於刑事訴訟法，即相當於本案實體判決「既判力」所生「行為不兩罰」之「實質上確定力」。由於有此「行為不兩罰」之「實質上確定力」，遂導致實體上之「追訴權消滅」，檢察官不得以發現新事實、新證據為由，對於同一案件重行訴追；蓋在實體判決「既判力」基準時點（宣判時）之前所存在之一切事實及證據，均已被「行為不兩罰」所生之「實質上確定力」所**排除**（遮斷、失權）。[80] 據此可知，所謂「關

[79] 「實質上確定力」，即上開最高法院 96 年度台上字第 1850 號判決要旨所稱之「排除效(或稱遮斷效、失權效)」，目的在「禁止矛盾」，乃既判力之積極作用；而既判力另有消極作用，即「一事不再理」，目的在「禁止反覆」。因此，「實質上確定力」加「一事不再理」，始等於「既判力」之全部。上開立法理由，將實質上確定力「禁止矛盾」之作用，說是「通稱爲判決之實質上確定力或既判力」，似已誤將「實質上確定力」與「既判力」劃上等號。其實，「實質上確定力」僅爲「既判力」兩項作用之一而已。

[80] 最高法院 94 年度台上字第 3150 號判決要旨：「一事不再理之原則，係指同一案件曾經有實體上之確定判決，其犯罪之起訴權業已消滅，不得再爲訴訟之客體者而言。故此項原則，必須同一訴訟客體，即被告及犯罪事實，均屬同一時，始能適用，假使被告或犯罪事實有一不符，即非前案之判決效力所能拘束，自無一事再理之可言。」

最高法院 87 年度台上字第 651 號判決要旨：「同一案件，經法院爲本案之判決

於訴訟標的本身之排除效」，其實即係既判力實體面「行為不兩罰」、「實質確定力」之作用；只不過透過「排除效」之觀念，放大「行為不兩罰」、「實質確定力」之效果而已。

我刑事訴訟實務中，雖尚不曾使用「排除效」之用語，但在若干具體個案之處理上，實際上係運用「排除效」之觀念，資以解決問題。

舉例言之，最高法院 79 年台上字第 1471 號判例要旨，謂：「刑法第一百七十三條第一項放火燒燬現有人使用之住宅罪，其直接被害法益，為一般社會之公共安全，雖同時侵害私人之財產法益，但仍以保護社會公安法益為重，況放火行為原含有毀損性質，而放火燒燬現供人使用之住宅罪，自係指供人居住房屋之整體而言，應包括墻垣及該住宅內所有設備、傢俱、日常生活上之一切用品。故**一個放火行為**（按，僅係自然意義之一行為），若同時燒燬住宅與該住宅內所有其他物品，無論該其他物品為他人或自己所有，與同時燒燬數犯罪客體者之情形不同（按，即與「一行為觸犯數罪名」之想像競合犯不同），均不另成立刑法第一百七十五條第一項或第二項放火燒燬住宅以外他人或自己所有物罪。」 據此判例以觀，自然意義之**一個放火行為**，乃「事實上同一」之「同一行為」；設若已就行為人放火燒燬現有人使用之住宅之行為，依刑法§173I 為有罪之判決確定，即無再就刑法§175I、II 放火燒燬住宅以外他人或自己所有物部分，重行訴追、更加論罪之餘地，否則，即觸犯既判力「行為不兩罰」之禁止，而應逕依刑事訴訟法§302I「曾經判決確定」為由，諭知免訴之判決。所須注意者，在此所以須諭知免訴判決者，其根本原理，乃既判力之「排除效」所致。申言之，依本案情節以

確定，依一事不再理之原則，不許再爲訴訟之客體，更受實體上裁判。實質上或裁判上一罪之案件，檢察官雖僅就其一部起訴，依刑事訴訟法第二百六十七條規定，其效力及於全部，法院亦得就全部犯罪事實加以審判。故法院雖僅就其一部判決確定，其既判力仍及於全部，未經判決部分之犯罪事實，其起訴權歸於消滅，不得再爲訴訟之客體。倘檢察官再就該部分提起公訴，法院得不經實體審認，即依起訴書記載之事實，逕認係裁判上一罪，予以免訴之判決。」在此，何以謂「未經判決部分之犯罪事實，其起訴權歸於消滅」？一般固以「既判力（實質確定力）擴張」作爲說明，但究其根柢，無非「排除效」之作用而。

論，本案之「訴訟標的」乃國家對於「一個放火行為」所生之「刑罰權」；檢察官就此「一個放火行為」提起公訴後，如在審判中，主張國家對於被告享有刑法§173I、§175I、II等三項「刑罰權」，此際，事實審法院固應依實體法上「行為不兩罰」之原則，而如上開判例所言，僅依§173I 放火燒燬現有人使用之住宅罪論罪，並於判決中說明不另論刑法§175I、II 放火燒燬住宅以外他人或自己所有物罪之理由；此一判決如經確定，固可謂「訴訟標的」之全部，均經判決確定，而全部發生實質確定力，如有重行之訴追提起，法院逕依刑事訴訟法§302i「案件曾經判決確定」之規定，為免訴判決即可，並無特別之問題；然若檢察官在審判中，僅主張國家對於被告享有刑法§173I 放火燒燬現有人使用之住宅罪之單一「刑罰權」，而未就刑法§175I、II 放火燒燬住宅以外他人或自己所有物罪有所主張，事實審法院因逕就刑法§173I 放火燒燬現有人使用之住宅罪為有罪判決確定，而就刑法§175I、II 放火燒燬住宅以外他人或自己所有物罪部分，在其判決理由中未嘗有一語論及；此際，從形式上看，其確定判決固僅就刑法§173I 放火燒燬現有人使用之住宅罪部分發生實質確定力，而不及於刑法§175I、II 放火燒燬住宅以外他人或自己所有物罪部分；然而，設若檢察官再就刑法§175I、II 放火燒燬住宅以外他人或自己所有物部分，重行訴追，則法院究竟應依如何之理由為免訴判決？斯始為問題之所在。茲此一判例既稱「**一個放火行為**（按，僅係自然意義之一行為），若同時燒燬住宅與該住宅內所有其他物品，無論該其他物品為他人或自己所有，與同時燒燬數犯罪客體者之情形不同（按，即與「一行為觸犯數罪名」之想像競合犯不同）」，可見法院若欲為免訴判決，其所依據之理由，肯定與「一行為觸犯數罪名」之想像競合犯，因一部判決確定，效力及於全部，即所謂「既判力（實質確定力）擴張」之理論，風馬牛不相及，蓋本件情節本非想像競合犯故也。然則，其理由當向何處求之？依筆者所信，捨「既判力（實質確定力）」之「排除效」外，已無他途。蓋如上述，「排除效」之意義，在於「為訴訟標的之法律關係於確定之終局判決中經裁判

後，該確定終局判決中有關訴訟標的之判斷，即成為規範當事人間法律關係之基準，嗣後同一事項於訴訟中再起爭執時，當事人不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之判斷，其作用在於避免先後矛盾之判斷（按即排除效）」，此一觀念應用於刑事訴訟法，即相當於本案實體判決「既判力」所生「行為不兩罰」之「實質上確定力」。由於有此「行為不兩罰」之「實質上確定力」，遂導致實體上之「追訴權消滅」，檢察官不得以發現新事實、新證據為由，對於同一案件重行訴追；蓋在實體判決「既判力」基準時點 (宣判時) 之前所存在之一切事實及證據，均已被「行為不兩罰」所生之「實質上確定力」所排除（遮斷、失權）。以本案情節為衡，若檢察官在審判中，僅論告國家對於被告享有刑法§173I 放火燒燬現有人使用之住宅罪之單一「刑罰權」，而未就刑法§175I、II 放火燒燬住宅以外他人或自己所有物罪有所主張，事實審法院因逕就刑法§173I 放火燒燬現有人使用之住宅罪為有罪判決確定，則在「既判力」基準時點 (宣判時) 之前所存在之一切事實及證據，均已被「行為不兩罰」所生之「實質上確定力」所排除（遮斷、失權），假設檢察官再就刑法§175I、II 放火燒燬住宅以外他人或自己所有物罪重行起訴，法院當以「排除效」為理由，逕依刑事訴訟法§302i「案件曾經判決確定」之規定為免訴判決。

再如，最高法院 24 年上字第 3871 號判例要旨，謂：「自訴人曾以被告詐取股款一千五百元，訴經第一審法院判決**無罪**確定在案，嗣又以被告侵占股款一千五百元，向第一審法院提起自訴，其所訴侵占與詐欺之**內容完全相同**（按，僅係自然意義之一行為），**無非罪名各異而已**，自不能謂其自訴之侵占案件非曾經判決確定。」依本案情節以論，本案之「訴訟標的」乃國家對於被告「一個不法領得股款一千五百元之行為」所生之「刑罰權」；自訴人初以詐欺罪訴經第一審法院判決無罪確定，當時既未主張被告「不法領得股款一千五百元之行為」為侵占，則在詐欺罪判決無罪確定後，其於「既判力」基準時點 (宣判時) 之前所得主張之侵占，已被「行為不兩罰」所生之「實質上確定力」所排除（遮斷、失權），

嗣自訴人再以侵占罪起訴，法院當以「排除效」為理由，逕依刑事訴訟法§302i「案件曾經判決確定」之規定為免訴判決。蓋在本例，若不求諸「排除效」之觀念，則以詐欺罪與侵占罪，乃構成要件不同之各別犯罪，何以詐欺罪經無罪判決確定，應認為侵占罪亦已判決確定，實難為具有說服力之說明也。

第 四 節　既判力之程序面作用（案件不兩判；一事不再理；爭點效）

第 一 款　案件不兩判；一事不再理

按，我刑事訴訟法§302i 規定：「案件有左列情形之一者，應諭知免訴之判決：一、曾經判決確定者。------」此一規定中與「既判力」有關之文字，厥為兩端，其一為「應諭知免訴判決」，其二為「案件曾經判決確定」。從刑事程序法「既判力」之角度看，「應諭知免訴判決」，表現為既判力「一事不再理」之作用，乃既判力之程序作用，即「案件不兩判」；「案件曾經判決確定」，則表現為既判力「實質確定力」之作用，乃既判力之實體作用，即「行為不兩罰」。此兩項作用之關係，前者為果，後者為因；亦即，所以有「應諭知免訴判決」(程序上案件不兩判)之結果，實以「案件曾經判決確定」(實體上行為不兩罰)為原因。關於既判力實體面「實質確定力、行為不兩罰」之作用，已詳見前節之說明，於茲擬行論述者，為程序面「一事不再理、案件不兩判」之作用。

「一事不再理」原則，乃通行於一切訴訟法之普遍原則，固不獨以刑事訴訟法為然；而且，「一事不再理」作用之發生，亦不侷限於「既判力」發生之後，即在訴訟進行中，仍可見有「一事不再理」原則之適用。[81] 只不過，在討論「既

[81] 最高法院 96 年度台上字第 4611 號判決要旨：刑事訴訟法第三百零二條第一款所定「案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決」；及同法第三百零三條第二款所定「已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴，應諭知不受理之判決」，即所謂一事不再理原則，關於實質上一罪或裁判上一罪，固均有其適用，刑法所定之想像競合犯或修正前之連續犯均係裁判上之一罪，其一部分犯罪事實已經提起公訴或自訴或曾經判決確定者，其效力當然及於全部，如檢察

判力」之際，應視「一事不再理」原則，乃「既判力」之重要內容。

關於既判力「一事不再理」之作用，所應注意者，乃：有罪、無罪之實體判決，及曾經言詞辯論並行嚴格證明之免訴判決，始生「實質確定力」，而具有一事不再理之效果；至於未經言詞辯論並行嚴格證明之免訴判決、不受理判決、管轄錯誤判決，及§362、§367、§384、§395 駁回不合法上訴之裁判，由於全然與本案犯罪事實及刑事責任等「實體爭點」無關，既不生「實質確定力」，即乏「一事不再理」之效果可言。

關於以上各種裁判，是否發生「實質確定力」及「一事不再理」效果之問題，已詳見本章第二節第二款「既判力之發生 （實體爭點已經嚴格證明；追訴權消滅）」、第四款「不生既判力之裁判（僅就程序爭點為自由之證明；追訴權完好無缺）」、第五款「免訴判決之特殊性（免訴判決有無既判力）」之說明，在此，恕不再贅。

於茲特須提出討論者，乃§362、§367、§384、§395 駁回不合法上訴之裁判。

按§362、§367、§384、§395 駁回不合法上訴之裁判，如經確定，因其裁判本身非關本案「實體爭點」之判斷，固不能發生既判力，但駁回不合法上訴之裁判一經確定，則其經提起上訴之原判決亦隨之而確定。如其經提起上訴之原判決，係屬有罪或無罪之實體判決，即因隨同確定之故，立即發生既判力。關於如上之見解，本情通理達，原無庸疑。是民國 30 年 3 月 11 日**司法院院字第 2158 號解釋**，即明白指出：「不得上訴於第三審之刑事案件，當事人對於第一審判決提起上訴，經第一審認為逾期，以裁定駁回（現行§362），復提起抗告，經抗告審駁回後，又提起再抗告，雖於再抗告中，發見當事人之上訴並未逾期，但依刑事訴訟法第四百零七條第二項（現行§411，抗告不合法）、第三百九十七條（現行§405，不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所為之裁定，不得抗告）各規定，亦祇能**程序上駁回再抗告，從**

官復將其他部分重行起訴，應分別諭知免訴或公訴不受理之判決。

而第一審之判決，即屬確定，除該確定判決有再審或非常上訴之原因，得提起再審或非常上訴外，別無救濟之途。」[82]

乃在前開院字第 2158 號解釋之前，於民國 21 年 9 月 8 日，卻曾出現一件**司法院院字第 790 號解釋**，其要旨謂：「對於初判不服在法定上訴期限內已有合法之上訴，第二審法院誤為上訴逾期判決駁回，并進行覆判審之裁判，此種覆判裁判應歸無效，其駁回上訴之確定判決既屬違法，於依非常上訴程序撤銷後，仍由第二審進行上訴審審判。」[83] 此一如經非常上訴撤銷原違法駁回上訴之判決，即可恢復原上訴審之訴訟繫屬，並更行上訴審審判之見解，姑不論有無問題；畢竟最高法院並未遵照辦理，而於民國 25 年，由最高法院自創 **25 年上字第 3231 號判例**，謂：「被告因傷害致人於死，經地方法院判決後，原辦檢察官於二月十三日接收判決書，同月十五日已具聲明上訴片到達該院，其上訴本未逾越法定期間，第二審法院審理時，因第一審漏將該片附卷呈送，致檢察官之合法上訴無從發見，並以其所補具上訴理由書係在同年三月四日，遂（誤）認為上訴逾期，判決駁回，此種程序上之判決，本不發生實質的確定力，原檢察官之上訴，並不因而失效，既據第一審法院首席檢察官，於判決後發見聲明上訴片係呈送卷宗時漏未附卷，將原片檢出呈報，則第二審法院自應仍就第一審檢察官之合法上訴，進而為實體上之裁判。」顯見此一判例，係反於院字第 790 號解釋之見解，並不認為須經非常上訴程序將原違法駁回上訴之確定判決撤銷後，始得由第二審進行上訴審之審判。嗣於民國 79 年 12 月 20 日，司法院大法官作成**釋字第 271 號解釋**，又謂：「刑事訴訟程序中**不利益於被告**之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院二十五年上字第

[82] 引自，民國 78 年 6 月，司法院解釋彙編，第 4 冊 1851 頁。
[83] 引自，民國 78 年 6 月，司法院解釋彙編，第 2 冊 693 頁。

三二三一號判例，於上開解釋範圍內，應不再援用。」其結果，治絲益棼，令莘莘學子，並實務中人，如墜五里霧中，而成為訴訟法學上之一大問題。為究明癥結之所在，以下當循各該不同見解暨嗣後批判聲音之出現，按其先後順序，逐一臚列，並由筆者試以按語插入之方式，聊陳管見，則撥雲見日，庶乎近焉。

首先，問題起自山西高等法院第一分院所生之疑義，該分院呈請司法院解釋之原代電，稱：「司法院院長鈞鑒。茲有甲、乙共同殺人。由第一審判處罪刑。甲於法定期間內具狀請求覆訊另判。顯係不服縣判之表示。嗣另具上訴狀由第一審連同原卷轉送第二審法院核辦。主任檢察官以該狀上訴逾期。附具意見書送經刑庭覆判。除將上訴判決駁回外。并依覆判程序裁定。與乙一併發回覆審。經原縣覆審判決。宣告甲無罪。檢察官對之提起上訴救濟。此不合法程序之（救濟）方法。現分兩說。（甲）說：謂覆判案件如發見有合法之上訴書狀。自應照上訴程序辦理。覆判之裁判及駁回上訴之判決。當然均歸無效。（乙）說：謂覆判案件發見有合法之上訴書狀。其覆判之裁判雖應歸無效。而同法院駁回上訴之判決。非經上級審撤銷。不能另予裁判。究竟以上二說。以何者為是。如認乙說為是。而提起上訴應由檢察官為之。然檢察官對該確定之判決業已逾期。又無上訴之權。究應如何救濟。懸案以待。特懇迅賜解釋。以資遵辦。山西高等法院第一分院院長李宜勤叩灰印。」[84] 為此，司法院乃於民國 21 年 9 月 8 日作出**院字第 790 號解釋**，謂：「對於初判不服在法定上訴期限內已有合法之上訴，第二審法院誤為上訴逾期判決駁回，并進行覆判審之裁判，此種覆判裁判應歸無效，其駁回上訴之確定判決既屬違法，於依非常上訴程序撤銷後，仍由第二審進行上訴審審判。」【**筆者按**，民國 17 年 7 月 28 日公布之刑事訴訟法§439 規定：「最高法院認為非常上訴有理由者，應分別諭知左列之判決：一、原判決係違法者，將其違法之部分撤銷。但原判決不利於被告者，應另行判決。二、訴訟程序係違法者，撤銷其程序。」§440 規

[84] 引自，民國 78 年 6 月，司法院解釋彙編，第 2 冊 693 頁。

定：「非常上訴之判決，除依前條第一款但書規定者外，其效力不及於被告。」[85] 另民國 24 年 1 月 1 日修正公布之刑事訴訟法§440 規定：「認為非常上訴有理由者，應分別為左列之判決：一、原判決違背法令者，將其違背之部分撤銷。但原判決不利於被告者，應就該案件另行判決。二、訴訟程序違背法令者，撤銷其程序。」§441 規定：「非常上訴之判決，除依前條第一款但書規定者外，其效力不及於被告。」[86] 而上開民國 21 年所作出之院字第 790 號解釋，其作出之時間點，係介於民國 17 年與 24 年之間，足徵其解釋文所稱「駁回上訴之確定判決既屬違法，於依非常上訴程序撤銷後，仍由第二審進行上訴審審判」一節，關於非常上訴程序所應適用之法律，乃上開民國 17 年刑事訴訟法之規定。然而，違法駁回上訴之確定判決，如於被告並無不利，依 17 年刑事訴訟法§439i「原判決係違法者，將其違法之部分撤銷。但原判決不利於被告者，應另行判決」之規定，只能在論理上將原判決違法部分撤銷，而原判決依然維持其存在，且其論理上之撤銷，依 17 年刑事訴訟法§440 之規定，其效力並不及於被告；而絕無依§439i 但書之規定，將原判決撤銷並另行判決之餘地；亦絕無於依非常上訴程序撤銷後，仍由第二審進行上訴審審判可能。據此以觀，院字第 790 號解釋所謂「駁回上訴之確定判決既屬違法，於依非常上訴程序撤銷後，仍由第二審進行上訴審審判」一節，係一於法無據之烏龍解釋，實已彰彰明甚！】

乃最高法院對於上開院字第 790 號烏龍解釋，似未加以理會，而於民國 25 年 1 月 1 日，由最高法院自創 25 年上字第 3231 號判例，謂：「被告因傷害致人於死，經地方法院判決後，原辦檢察官於二月十三日接收判決書，同月十五日已具聲明上訴片到達該院，其上訴本未逾越法定期間，第二審法院審理時，因第一審漏將該片附卷呈送，致檢察官之合法上訴無從發見，並以其所補具上訴理由書係在同年三月四

[85] 引自，蔡墩銘主編、李永然編輯，刑事程序法立法理由判解決議令函釋示實務問題彙編，五南圖書出版公司，民國 71 年 10 初版，頁 704、715。
[86] 引自，同前註。

日，遂（誤）認為上訴逾期，判決駁回，此種程序上之判決，本不發生實質的確定力，原檢察官之上訴，並不因而失效，既據第一審法院首席檢察官，於判決後發見聲明上訴片係呈送卷宗時漏未附卷，將原片檢出呈報，則第二審法院自應仍就第一審檢察官之合法上訴，進而為實體上之裁判。」【**筆者按**，最高法院自創之此一 25 年上字第 3231 號判例，比較院字第 790 號烏龍解釋言，固有其進步之處，但卻進一步，退兩步，其實亦有其額外之謬誤。說其比較上曾有一步之進步，乃此一判例，不苟同於院字第 790 號解釋，並未認為須經非常上訴程序將原違法駁回上訴之確定判決撤銷後，始得由第二審進行上訴審之審判（其所以如此者，是否由於洞察院字第 790 號解釋於法無據之故，並非明瞭）；說其於進步之餘，卻又退兩步，則因此一判例，忽略前此提起之上訴，已因第二審法院所為駁回上訴之判決，已致第二審訴訟繫屬終結，訴訟關係消滅，實不可能就原上訴再為實體之審理與判決；否則，其再為之判決，當即牴觸「無訴訟繫屬即無實體判決」之大原則，而成其為無效之判決。[87] 何況，凡裁判，除形式確定力、實質確定力外，尚有所謂「羈束力」之問題；裁判之「羈束力」，又稱裁判之「自縛性」，意謂為裁判之原法院，應受自己所為裁判之羈束，不得擅自撤銷、廢棄、變更之，亦不得擅自違背自己所為裁判之效力；[88] 茲第二審法院既已作出駁回上訴之確定判決，則在裁判「自縛性」之

[87] 最高法院 89 年度台非字第 246 號判決要旨：「刑事案件，一經起訴、自訴或上訴者，該審級法院即發生訴訟繫屬關係，除經上級審法院依法撤銷原審判決而發回更審之情形外，每一審級法院均僅得為一次之終局判決，一經判決，該判決法院即應受其拘束，基於一事不再理之原則，不得再為另一重複之判決。如就業經起訴或自訴之同一案件，竟重行起訴或自訴者，固應依其前訴是否判決確定，分別判決免訴或諭知不受理；倘就業經起訴或自訴之案件，已為實體上之判決，原有審級之訴訟關係即歸消滅，雖未再重行起訴或自訴，同一審級法院竟再為另一實體上之判決者，學理上稱之為「雙重判決」，就一訴而重複判決部分，即屬判決違背法令，當然不生實質上之判決效力，惟因既具有判決之形式，若經確定，自得提起非常上訴，由非常上訴審以判決將原屬無效之重複判決撤銷，且毋庸另行判決，即具有改判之性質，其效力及於被告。」

[88] 民事訴訟法§231：「（I）判決經宣示後，為該判決之法院受其羈束；不宣示者，經公告後受其羈束。（II）判決宣示或公告後，當事人得不待送達，本於該判決為訴訟行為。」

「羈束力」下，何能無端違背自己所為駁回上訴判決之效力，而就原上訴更為第二審之實體審理與判決？然則，25 年上字第 3231 號判例，亦係一於法無據之烏龍判例，實亦已彰彰明甚！】

茲上開最高法院 25 年上字第 3231 號判例，既稱烏龍，則遲早必招致難以善了之問題。果不其然！問題起自民國 72 年間，**被告某女(姑隱其名姓)**之違反商標法案件。

該案之事實經過，略以：「**被告某女**因涉違反商標法案件，經騰霙企業有限公司負責人胡弗於七十二年提起自訴，迭經台北地方法院板橋分院於七十二年十二月三十一日以七十二年度自字第四四三號裁定駁回自訴，於七十三年五月三十一日以七十三年度自更字第十三號判決**被告某女無罪**，台灣高等法院於七十三年八月廿五日以七十三年度上訴字第二一九七號判決駁回檢察官之上訴，最高法院復於七十三年十一月八日**以七十三年度台上字第五八六三號判決駁回檢察官之第三審上訴（在此，最高法院誤認檢察官之合法上訴為不合法）**，判決書並已送達被告某女，豈料事隔數月被告某女突接最高法院七十四年二月廿八日之**七十四年度台上字第一六二八號判決書「撤銷原（高院）判決，發回台灣高等法院更審」（在此，最高法院發現檢察官之上訴實為合法後，即引據最高法院 25 年上字第 3231 號判例意旨，不顧前開程序上駁回上訴判決之存在，又逕為上訴有無理由之審查，結果認為上訴為有理由，因撤銷原第二審維持第一審無罪之判決，全案發回台灣高等法院更審）**，台灣高等法院更審結果，於七十四年八月十五日以七十四年度上更（一）字第二四五號判決**被告某女有罪並處有期徒刑八月**，被告某女上訴三審，最高法院於七十五年元月十六日以七十五年度台上字第一二三號判決駁回被告某女之上訴，至此**被告某女被處有期徒刑八月確定**。」被告某女自認冤抑難伸，毅然聲請司法院大法官解釋，聲請主旨略謂：「為最高法院七十五年度台上字第一二三號刑事判決所適用之最高法院二十五年上字第三二三一號判例有牴觸憲法第八條規定之疑義，聲請解釋事。」

司法院大法官為此所作出之解釋，即民國 79 年 12 月 20 日之**釋字第 271 號**解釋。其解釋文，稱：「刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院二十五年上字第三二三一號判例，於上開解釋範圍內，應不再援用。」【筆者按，細繹此一解釋之要旨有二，其（一）、本號解釋係針對「**不利益於被告**之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上判決駁回上訴確定」之情形而為；其（二）、前開誤為駁回上訴之確定判決，應先「依非常上訴程序將之撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判」。其要旨（一）所生之問題，姑且不表，容待後述；其要旨（二）之內容，顯見係與前開院字第 790 號解釋所持「駁回上訴之確定判決既屬違法，於依非常上訴程序撤銷後，仍由第二審進行上訴審審判」之見解，如出一轍。茲院字第 790 號係一於法（民國 17 年刑事訴訟法§439i、§440）無據之烏龍解釋，既已詳見前述，則如出一轍之本件釋字第 271 號解釋，其為於法（現行刑事訴訟法§447Ii、§447II、§448）無據之烏龍解釋，情形依然。從而，其所製造之現實問題，則有如本件聲請解釋之被告某女之下場。試觀被告某女違反商標法案件之後續發展如下：】

最高法院 25 年上字第 3231 號判例、司法院大法官釋字第 271 號解釋所製造之現實問題：

茲既有釋字第 271 號解釋為據，最高法院檢察署檢察總長乃對於前開最高法院七十三年台上字第五八六三號從程序上駁回檢察官上訴之確定判決提起非常上訴。最高法院於民國 80 年 11 月 29 日以八十年度台非字第五二０號非常上訴判決，諭知：「原判決（最高法院七十三年台上字第五八六三號）撤銷。」其非常上訴判決之原文，如下：

最高法院刑事判決　　八十年度台非字第五二０號

上訴人　　最高法院檢察署檢察總長
被　告　　某女 (姑隱其名姓年籍)
右上訴人因被告違反商標法案件，對於本院中華民國七十三年十一月八日確定判決（**七十三年台上字第五八六三號**）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主　　文

原判決撤銷。[89]

理　　由

本院按刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決係屬重大違背法令，既具有判決之形式，應依非常上訴程序將該確定判決撤銷。此業經司法院大法官會議以釋字第二七一號解釋有案。本件自訴人騰霙企業有限公司自訴被告某女違反商標法乙案，第一審之台灣台北地方法院板橋分院判決諭知該被告無罪，自訴人不服提起第二審之上訴，台灣高等法院於民國七十三年八月二十五日以七十三年度上訴字第二一九七號判決予以維持，即駁回自訴人在第二審之上訴。該自訴人復於法定期間內之七十三年九月二十四日具狀聲明上訴，並於同年十月二十三日補具上訴理由狀於台灣高等法院，乃該院於同年月二十四日備文檢卷移送本院審判時，竟漏未將上訴理由狀併送，致本院誤認其上訴未敘述理由，逾期仍未提出，上訴為不合法，而於同年十一月八日以七十三年度台上字第五八六三號從

[89] 以本案情節論，似此「原判決撤銷」之主文，依現行刑事訴訟法§447Ii、§447II之規定，本屬無據；但礙於釋字第 271 號解釋意旨，不得不有如此權變之作法。試觀最高法院爲此所作成之決議:「民國 81 年 4 月 21 日最高法院 81 年度第 1 次刑事庭會議 (一)，關於非常上訴判決之主文應如何記載之問題：研究報告：(宣讀庭長吳運祥、陳煥生、張祥麟、俞兆年、梁仰芝五人小組之研究報告)：司法院大法官會議釋字第二七一號解釋明示，刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤爲不合法，而從程序上駁回上訴確定者，其判決係屬重大違背法令，惟既具判決形式，應依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分，進行審判，則非常上訴審祇須將該違法駁回上訴之確定判決撤銷，原所合法上訴後之訴訟程序，當亦隨之而回復，於理由內說明爲已足，其判決主文僅記載爲：『原判決撤銷』即可（結論部分，引用刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款)，此項主文記載之方式，爲五人小組多數之研究意見。決議：本案經獲得一致共識，依照右開研究報告辦理。」

程序上判決駁回其上訴。茲自訴人之前述第三審之上訴，既係對第二審維持第一審諭知被告無罪判決不服所提起者，自屬不利益於被告之上訴，而其復已於本院未判決前提出上訴理由狀，其上訴原屬合法，本院誤其為不合法而予判決駁回上訴，揆之首開釋字第二七一號解釋，當屬違背法令。非常上訴意旨，執以指摘，即為有理由。應由本院將原判決撤銷，以資糾正。再本件非常上訴意旨，所指摘者，既僅係本院之前述判決，而不及於其他，是非常上訴審之本院，自毋庸對早已回復之原訴訟程序暨其判決之是否違法，予以判斷，附此敘明。
據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。
中　華　民　國　八十　年　十一月　二十九　日
最高法院刑事第二庭

由於最高法院檢察署檢察總長，只針對最高法院七十三年台上字第五八六三號從程序上駁回檢察官上訴之確定判決提起非常上訴，故最高法院八十年度台非字第五二0號非常上訴判決，亦僅諭知：「原判決（最高法院七十三年台上字第五八六三號）撤銷。」以致最高法院七十四年度台上字第一六二八號確定判決（撤銷原二審判決，發回台灣高等法院更審）、台灣高等法院七十四年度上更一字第二四五號確定判決（更審判決改判被告某女有罪並處有期徒刑八月）、最高法院七十五年度台上字第一二三號確定判決（駁回被告某女對於台灣高等法院處有期徒刑八月之更審判決之上訴），依然存在；此亦係最高法院八十年度台非字第五二0號非常上訴判決，所以附敘：「本件非常上訴意旨，所指摘者，既僅係本院之前述判決，而不及於其他，是非常上訴審之本院，自毋庸對早已回復之原訴訟程序暨其判決之是否違法，予以判斷，附此敘明」之原因。最高法院檢察署檢察總長，因此又提起非常上訴，求為撤銷上述依然存在之違法確定判決；最高法院於民國 81 年 05 月 28 日以八十一年度台

非字第一八三號號作出非常上訴判決，諭知：上開判決均撤銷。其非常上訴判決之原文，如下：

最高法院刑事判決　　八十一年度台非字第一八三號

上訴人　　最高法院法院檢察署檢察總長

被　告　　**某女**

右上訴人因被告違反商標法案件，對於本院中華民國七十四年三月二十八日確定判決（七十四年度台上字第一六二八號）、台灣高等法院中華民國七十四年八月十五日確定判決（七十四年度上更一字第二四五號）、本院中華民國七十五年元月十六日確定判決（七十五年度台上字第一二三號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主　　文

本院中華民國七十四年三月二十八日確定判決（七十四年度台上字第一六二八號）、台灣高等法院中華民國七十四年八月十五日確定判決（七十四年度上更一字第二四五號）、本院中華民國七十五年元月十六日確定判決（七十五年度台上字第一二三號）撤銷。

理　　由

本院按刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判，業經司法院大法官會議以釋字第二七一號解釋有案。本件自訴人騰霙企業有限公司自訴**被告某女**違反商標法乙案，第一審諭知被告無罪，自訴人不服提起第二審上訴，經台灣高等法院於民國七十三年八月二十五日以七十三年度上訴字第二一九七號判決駁回上訴，自訴人復於法定期間之七十三年九月二十四日具狀聲明不服，提起第三審上訴，並於同年十月二十三日補具上訴理由狀於台灣高等法院，乃該院於同年月二十四日備文檢卷移送本院審判時，竟漏未將上訴理由狀併送，致本院

臺灣高等法院臺中分院檢察署

誤認其上訴未未敘述理由，逾期仍未提出，上訴為不合法，而於同年十一月八日以七十三年度台上字第五八六三號判決從程序上駁回其上訴。揆之首開釋字第二七一號解釋，其判決顯屬違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判，乃本院七十四年度台上字第一六二八號判決，在上開程序判決尚未依非常上訴程序撤銷前逕行回復原訴訟程序，就自訴人之合法上訴，進而為實體上之裁判，將台灣高等法院七十三年度上訴字第二一九七號判決撤銷，發回更審，該院於七十四年八月十五日以七十四年度上更一字第二四五號判決將第一審諭知被告無罪之判決撤銷，改判論處被告業務侵占罪刑。被告不服，上訴第三審，經本院於七十五年元月十六日以七十五年度台上字第一二三號判決上訴駁回，而告確定，**形成程序判決與實體判決兩種併存之變異狀態**。嗣本院七十三年度台上字第五八六三號之程序判決，業經最高法院檢察署檢察總長提起非常上訴，並經本院於八十年十一月二十九日以八十年度台非字第五二0號判決將原判決撤銷在案。則在該判決撤銷之前之本院七十四年度台上字第一六二八號判決、台灣高等法院七十四年度上更一字第二四五號判決及本院七十五年度台上字第一二三號判決，均屬不得進行審判而逕行審判，當屬違背法令。非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將上開判決撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中　華　民　國　八十一　年　五　月　二十八　日

茲前此自最高法院七十三年台上字第五八六三號從程序上駁回檢察官上訴之確定判決以降之各違法確定判決，既均已經非常上訴判決予以撤銷，最高法院乃依釋字第 271 號解釋意旨，回復原訴訟程序，就原合法上訴部分進行審判，並認其上訴為有理由，因作出八十一年度台上字第四一四七

號判決，諭知：「原判決（即台灣高等法院七十三年度上訴字第二一九七號維持第一審無罪之判決）撤銷，發回台灣高等法院。」其判決之原文，如下：

最高法院刑事判決　　八十一年度台上字第四一四七號

上訴人　騰霙企業有限公司

代表人　某　男

被　告　**某　女**

右上訴人因自訴被告違反商標法等罪案件，不服台灣高等法院中華民國七十三年八月廿五日第二審判決（七十三年度上訴字第二一九七號，自訴案號：台灣台北地方法院板橋分院七十三年度自更字第十三號），提起上訴，本院判決如左：

主　文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

理　由

（略以）被告某女將之占有，供自己公司之產品使用，是否尚不構成業務侵占罪？亦非無審究之餘地。上訴意旨，執以指摘原判決不當，尚非全無理由，應認為有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中　華　民　國　八十一　年　八　月　二十　日

乃上蒼弄人，**被告某女**卻早已在民國 78 年 11 月 1 日去世，台灣高等法院乃諭知：「原判決（原第一審之無罪判決）撤銷。本件自訴不受理。」其判決之原文，如下：

台灣高等法院刑事判決　　八十一年度上更（一）字第四六八號

上訴人即自訴人　騰霙企業有限公司

代表人　某　男

被　告　**某　女　四十六歲（已死亡）**

臺灣高等法院暨所屬各法院檢察署

右上訴人因自訴被告違反商標法等案件，不服台灣板橋地方法院七十三年度自更字第十三號，中華民國七十三年五月三十一日第一審判決提起上訴，判決後經最高法院發回更審，本院判決如左：

主　　文

原判決撤銷。

本件自訴不受理。

理　　由

一、本件自訴意旨略以：自訴人騰霙企業有限公司所有「RO」商標圖權業經向經濟部中央標準局註冊登記，取得商標專用權，詎被告**某女**以其所經管之光裕機械工業有限公司非法冒用自訴人所有上述商標，使用於所製造應交付自訴人之「RO -七五五一系列汽車座椅滑槽」共九千三百二十四套，又被告所製之前開汽車座椅滑槽上所需用之螺絲帽共七萬五千只均由自訴人交付，被告將該批螺絲帽裝在前開汽車座椅滑槽後，擅行裝船，擬銷往美國。因認被告所為有犯商標法第六十二條第一款及刑法第三百三十五條之罪嫌。

二、按被告已死亡之案件，應諭知不受理之判決，為刑事訴訟法第三百零三條第五款所明定。自訴程序亦予準用，為同法第三百四十三條所規定。查本件**被告某女業於民國七十八年十一月一日死亡**，有戶籍謄本一件附卷可考，依上所述，自不得為實體審判，原判決自屬無可維持，自應由本院不經言詞辯論而為不受理之判決，以符法制。

三、據上論斷，應依刑事訴訟法第三百六十九條第一項前段、第三百六十四條、第三百四十三條、第三百零三條第五款、第三百零七條判決如主文。

中　華　民　國　八十一　年　九　月　二十九　日

哀哉！誠感傷**被告某女**以 46 之齡辭世！豈其天命如此歟？抑係司法之折磨，致其英年早逝？若係後者，則司法殺

人，其罪不輕。

最高法院25年上字第3231號判例、司法院大法官釋字第271號解釋所製造之法理問題：

最高法院25年上字第3231號判例、司法院大法官釋字第271號解釋所製造之實害，已見諸上開被告某女違反商標法等一案；而其法理上之疑義，則迄今猶未解決。

由於釋字第271號解釋確已製造法理上之問題，例如，其解釋要旨之（一），明示本號解釋係針對「**不利益於被告**之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上判決駁回上訴確定」之情形而為之，然而，本號解釋何以不能適用於「**有利於被告**之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上判決駁回上訴確定」之相反情形，則未見有所說明。

此一法理上之齟齬，首據大法官張承韜、翟紹先，於該釋字第271號解釋所提出之一部不同意見書中，加以質疑，試觀其一部不同意見書所言：「解釋標的之最高法院二十五年上字第三二三一號判例略謂：上訴法院誤合法之上訴為不合法，從程序上駁回上訴之判決確定者，不發生實質的確定力，上訴法院得逕行為實體上之裁判云云。原與本院院字第七九0號解釋略謂：上開程序上駁回上訴之確定判決，既屬違法，應依非常上訴程序撤銷後，進行上訴審審判等語不符。實務上之所以沿用判例運作數十年，無非為求所謂訴訟經濟，因利乘便，減少法院與當事人之勞煩而已，久為論者所批評。惟自民國三十六年行憲以來，憲法第八條第一項既已明定人民非依法定程序，不得審問處罰，則多數通過之解釋原則認為上開判例與憲法規定意旨不符，仍應依非常上訴程序辦理，自屬的論。詎料解釋文及解釋理由書草案竟溢出解釋原則，而採二分法方式，即將應依非常上訴程序辦理者，限於不利益於被告上訴之部分，言外之意，有利於被告上訴之部分，仍有上開判例之適用，是則，由於以下各點理由，本席等歉難全部贊同，爰提出一部不同意見書。（一）憲法第八條所謂之法定程序，係人民之審問處罰須受正當程序保障之條款，並無於人民有利與不利之區分。如：在法定

程序之刑事訴訟法上，不問判決被告有罪或無罪，均須踐行公開審理之法定程序是。（二）非常上訴係糾正違法判決，統一法律適用之制度，亦無不利益得提起，有利益不得提起之差別，不過，原則上，不利益判決之效力不及於被告而已。（三）多數意見既認上開判例，不符憲法第八條之法定程序，又以有利益或不利益於被告，而異其處理方式及效果，使判例仍得使用，不免自相矛盾。（四）且如被告受有罪判決後，為自己之利益上訴，而自訴人亦提起不利益於被告之上訴，均經上訴法院誤合法上訴為不合法而駁回之。此種有利與不利競合於同一判決主文之情形，對照解釋意旨，究應依非常上訴程序辦理？抑依上開判例辦理？徒貽實務上無所適從之困惑，豈能謂合。」

而釋字第 271 號解釋所造成之迷惑，更導致最高法院於民國 80 年 11 月 5 日，召開刑事庭會議，討論審判上應如何適用之問題。試觀最高法院之討論意見如下：

會議次別：最高法院 80 年度第 5 次刑事庭會議
會議日期：民國 80 年 11 月 5 日
院長提議：關於司法院大法官會議釋字第二七一號解釋將本院二十五年上字第三二三一號判例變更後，本院審判上應如何適用？有甲、乙二說：
討論意見：
甲說：（1）刑事訴訟程序中上訴審法院，將合法之上訴，誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，此種確定判決，既屬違法，應先依非常上訴程序撤銷後，再就合法上訴進行審判，早經司法院**院字第七九０號**解釋在案；而所謂合法上訴，當與是否利益於被告無關，亦即不問是否利益於被告之合法上訴（利益於被告之上訴，例如被告本人、其法定代理人、配偶、原審代理人、辯護人及檢察官為被告利益之上訴等是，不利益於被告之上訴，如自訴人及檢察官對被告不利益之上訴是）均包括在內。（2）司法院大法官會議釋字第二七一號解釋則明示刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上

訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。足見此所謂之合法上訴，係指明為不利益於被告之合法上訴，與上述院字第七九0號解釋不問此項合法上訴是否利益於被告者，自不相同；否則，既有院字第七九0號解釋，又何待於釋字第二七一號解釋。（3）因此，利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法而從程序上為駁回上訴之判決確定者，當不屬於釋字第二七一號解釋之範圍，仍應援用本院二十五年上字第三二三一號判例，亦即此種程序上判決，不發生實質上之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕依合法之上訴，進行審判，徵諸釋字第二七一號解釋文末僅謂：「最高法院二十五年上字第三二三一號判例於上開解釋範圍內，應不再援用」，益覺明顯。（4）若謂釋字第二七一號解釋文中所謂不利益於被告之合法上訴，似應包括利益於被告之合法上訴在內，則本解釋之不同意見書中，原即有：「以有利益或不利益於被告，而異其處理方式及效果，使判例仍得使用，不免自相矛盾」等語之記載，故釋字第二七一號解釋何以不包括利益於被告之合法上訴在內，要屬另一問題**【筆者按，此段說明之意思，也就是：**「為什麼會這樣，本院也不知道，反正，管他的！不就罷了！」**】**。

乙說：（1）本院二十五年上字第三二三一號判例意旨，所謂檢察官上訴本未逾期，祇因第一審漏送原先檢察官聲明上訴書狀致第二審法院誤認上訴逾期而判決駁回，本院以此種程序上判決，本不發生實質的確定力，第二審法院自應仍就檢察官之合法上訴，再逕行為實體上之裁判云云。此判例在訴訟程序上之運用，本合乎訴訟經濟原則，保障檢察官訴訟權

之合法行使，對被告權益亦無利與不利之可言。【**筆者按**，25年上字第3231號判例，亦係一於法無據之烏龍判例，此已詳見前述，是乙說之第一點理由，顯難成立。】（2）茲大法官會議作成上開解釋，則以此種程序上判決既有重大違背法令之情形，雖不生效力，惟仍具有判決之形式，足使被告信賴其羈束力，依司法院（**21 年**）**院字第七九０號**解釋在未經法定程序撤銷其判決前，自不得回復原訴訟程序，亦即應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得就合法上訴部分進行審判。揆其意旨，足可避免有兩個判決（程序判決與實體判決）同時存在之情形，有**一案雙重判決之嫌**，損害被告對法院判決之信賴。（3）經大法官會議此號解釋，**爾後本院**送達此種程序判決正本於當事人後，發見上訴本未逾期之上訴書狀（嗣後發現補具第三審上訴理由書情形亦同）。即應檢同該案卷通知原審檢察官依刑事訴訟法第四百四十二條之規定聲請檢察總長對上開程序判決提起非常上訴經撤銷後，本院始能進行第三審實體之審判。【筆者按，最高法院以前何以不遵照院字第七九０號辦理，在此亦僅唬弄而過，全不說明。何況，院字第七九０號解釋本係於法無據之烏龍解釋，此已詳見前述，於今何有回頭再加遵照之必要？是乙說之此一理由，亦無可採。】（4）非常上訴判決祇將違法之程序判決撤銷為已足，不發生不利於被告之改判問題，本院再就檢察官不利益於被告之合法上訴所為實體之判決，其結果縱或不利於被告，其效力仍及於被告。【筆者按，不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定，此一違法駁回上訴之判決，本於被告有利，蓋被告可因此免去受有實體審判而遭論罪科刑之危險，是縱經提起非常上訴，亦只能依刑事訴訟法§447Ii前段規定，將原判決關於違背法令部分撤銷，而無依

§447Ii但書撤銷原判決之餘地，從而，此一非常上訴判決，依§448之規定，效力根本不及於被告，何能「再就檢察官不利益於被告之合法上訴」更為實體之判決？是此一理由，亦難成立。】（5）上開解釋因係就該判例對檢察官不利益於被告之合法上訴，誤為程序上上訴駁回之判決而為之解釋，基於該解釋之同一法理，設**如對於被告為其利益之合法上訴，誤為駁回之程序上判決，亦應依非常上訴程序撤銷後，始得進行上訴審之實體判決，應無疑義**。【筆者按，此一情形，正係§447Ii但書（原確定判決不利被告）、§447II（為維持被告之審級利益，由原審法院更為審判）、§448除外規定（非常上訴判決效力及於被告）所欲提供予被告之實質救濟。是乙說此一理由所謂：「如對於被告為其利益之合法上訴，誤為駁回之程序上判決，亦應依非常上訴程序撤銷後，始得進行上訴審之實體判決」云云之見解，無異係25年上字第3231號判例之推翻，雖係歪打正著，倒見其結論正確，殊可贊同。】（6）按之民事訴訟因誤以上訴逾期或未繳納裁判費所為駁回上訴之程序上裁定，現民事實務上對於此違法之裁定亦須由當事人依民事訴訟法第五百零七條聲請再審經廢棄後，始另行分案進行第三審本案實體之審判。此後遇此情形，民刑事訴訟將可採取同一之處理程序。【筆者按，民刑事訴訟有別；民事訴訟以聲請再審之處理方式，正與刑事訴訟對於被告為其利益之合法上訴，誤為不合法而駁回之程序上判決，應依非常上訴程序撤銷後，依§447Ii但書、§447II、§448之規定，其效力及於被告，而提供實質救濟，因此得以進行上訴審實體判決之情形相類似；只不過民事訴訟提供實質救濟之對象，係因敗訴而提起合法上訴卻被誤為駁回之當事人，此人既可能係訴訟之原告，亦可能係訴訟之被告，而非如刑事訴訟之必限於被告而已。】

以上二說，應以何說為當，提請公決

決　　議：採甲說。【筆者按，本決議所謂：「採甲說」，即採甲說所謂：「利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法而從程序上為駁回上訴之判決確定者，當不屬於釋字第二七一號解釋之範圍，仍應援用本院二十五年上字第三二三一號判例，亦即此種程序上判決，不發生實質上之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕依合法之上訴，進行審判」云云之見解。只可惜，25 年上字第 3231 號判例，本係一於法無據之烏龍判例，卻在此決議中，又遭援用；而乙說理由（5）所持：「如對於被告為其利益之合法上訴，誤為駁回之程序上判決，亦應依非常上訴程序撤銷後，始得進行上訴審之實體判決」之見解，雖係歪打正著，但畢竟係 25 年上字第 3231 號判例之推翻，倒見其結論正確，而卻遭揚棄不用，誠屬遺憾。】

迨民國 81 年間，最高法院又面對一項法律疑義，有待解決；即「原法院誤將合法提起之公訴，視作違法，而諭知不受理之判決。嗣此一違法之不受理判決，經非常上訴予以撤銷，問：原法院可否因此即就原合法提起之公訴，進而為實體之審理？」考此一問題之性質，與釋字第 271 號解釋所示「合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定，應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判」之情節相當。蓋違法「駁回起訴之不受理判決」與違法「駁回上訴之程序判決」，俱係不生實質確定力之程序上判決，如經非常上訴予以撤銷，依釋字第 271 號解釋之意旨，後者之情形既可回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行實體審判；則前者之情形，自亦可回復原訴訟程序，就合法之起訴進行本案之審理，然後在理論上始稱一貫。然而，是否果應如此處理，則又因釋字第 271 號解釋本係一於法無據之烏龍解釋，是以在此又滋疑義，而引起最高法院之再度討論。試觀最高法院之討論意見如下：

會議次別：最高法院 81 年度第 2 次刑事庭會議 (四)

會議日期：民國 81 年 5 月 5 日

院長提議：甲獲知乙之子丙參加書記官普考及格，對乙佯稱可為活動派職，並向乙索取活動費數十萬元，嗣被識破真相，丙先向法院自訴甲詐欺，乙亦向檢察官對甲提出詐欺告訴並提起公訴，分由兩位法官審理。公訴案件之法官，認該案已有自訴在先，檢察官之起訴為重行起訴，依刑事訴訟法第三百零三條第二款規定，先行判決公訴不受理；自訴案件之法官，則以丙非犯罪之直接被害人，不得提起自訴而提起，依刑事訴訟法第三百三十四條規定，諭知自訴不受理，均經判決確定。茲最高法院**非常上訴判決**撤銷第一審公訴案件之不受理判決，其理由以在同一法院重行起訴，必以先起訴之案件係合法者始足當之，上述先起訴之自訴案件，其自訴人因非犯罪之直接被害人，其自訴為不合法，則該法院就後起訴之公訴案件依刑事訴訟法第三百零三條第二款諭知不受理之判決，顯有適用法則不當之違法，予以撤銷。試問該法院於非常上訴判決後，得否就該案對甲再為實體判決？有左列甲、乙二說：

討論意見：

甲說：可以重為實體判決。原判決因誤認先之自訴為合法，致依刑事訴訟法第三百零三條第二款為公訴不受理之判決，惟公訴不受理之判決，在法律上屬程序判決，既經最高法院予以撤銷，則原起訴之犯罪事實，尚屬未經法院審判，自應回復一審判決之原狀，應作實體上有罪或無罪之判決以資救濟。【筆者按，此說立論，顯受釋字第271號解釋之影響；其不足採，正與釋字第271號解釋同。】

乙說：不可再為實體判決。原第一審法院所為公訴不受理之判決係對被告有利之判決，非常上訴判決予以撤銷，其不利益不及於被告。且非常上訴判決係對原判決關於違背法令「部分」撤銷，既非全部撤銷，無從回復不受理判決前之原狀而更為實體判決。【筆者按，此說立論，大致已掌握重點，基本上可以贊同；但其理由，則有待下述刑四庭鍾日成庭長研究

報告之補充。】

以上二說，應以何說為當，提請公決。

刑四庭鍾日成研究報告：本提案，擬採乙說，即第一審法院不可再為實體判決，謹述理由如次：

一、原第一審法院，初以為既有乙之子丙，對甲之詐欺行為提起自訴在先，未注意丙之自訴為不合法，即對於檢察官在後對甲合法提起之公訴，誤為重行起訴，依刑事訴訟法第三百零三條第二款逾知公訴不受理之判決，案經確定，其訴訟繫屬即告終結（嗣丙對甲之自訴，因丙非直接被害人，亦判決自訴不受理確定)。

二、此項原應實體審判而誤為公訴不受理之判決，係屬判決違背法令，經提起非常上訴，顧此違法判決，被告得因而免受實體審判遭論罪科刑之危險，對被告有利。換言之，即無不利於被告之情事；且又非誤認無審判權而諭知不受理，第一審法院不對被告實體審判既對被告有利，如再由第一審對被告為實體上審判，被告反遭不利，故亦無維持被告審級利益之必要，非常上訴審，僅得依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，將原判決違背法令部分撤銷，自不能依同條款但書另行判決，亦不能依同條第二項，將原判決撤銷由第一審法院依判決前之程序更為審判。

三、依刑事訴訟法第四百四十八條規定，非常上訴之判決，僅前條第一項第一款但書之判決（即原違法判決不利於被告，撤銷後另為有利於被告之判決），及第二項之判決（即原違法判決係誤認為無審判權而諭知不受理，或原違法判決不利於被告又不宜另行判決，且有維持被告審級利益之必要，而撤銷後諭知由原審法院依判決前之程序更為審判之判決），其效力及於被告，其餘非常上訴之判決，效力均不及於被告。本件非常上訴判決，將原判決違背法令部分撤銷，既非上述二種判決，其效力自不及於被告。即本件非常上訴判決，僅具統一解釋法令之理論效力，並無現實之效力，原確定判決依然存在，對被告而言，並不因此非常上訴

判決而有何影響。其已終結之訴訟程序不因此而復活。又此違法之程序判決，不發生實體上之既判力，如依法再行起訴，應不受一事不再受理之拘束（參看本院二十九年非字第七一號判例，七十三年九月十八日第九次刑庭會議決議)。

四、司法院釋字第二七一號解釋，係指對於不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之確定判決，應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分，進行審判，似非對本案之解釋，不能類推適用於本案。

決　　議：

採鍾庭長日成之研究報告。【筆者按，鍾庭長日成之研究報告，其主要宗旨，在於闡述：就有利於被告之違法判決提起非常上訴，依刑事訴訟法§447Ii 前段、§448 之規定，僅能將原判決關於違背法令部分（注意，非原判決）撤銷，僅具統一解釋法令之理論效力，並無現實之效力，亦即其非常上訴判決之效力不及於被告，而原來有利於被告之違法判決依然存在，空有所謂將原判決關於違背法令之部分撤銷，卻對於被告因該違法確定判決所蒙受之利益，不生任何影響（犧牲國家追訴處罰之利益，容許被告不當得利）；反之，就不利於被告之違法判決提起非常上訴，則依刑事訴訟法§447Ii 但書、§448 之規定，不僅應將原判決（注意，非僅原判決關於違背法令部分）撤銷，並應由非常上訴審就該案件另行判決，必要時，並依§447II 之規定，諭知由原審法院依判決前之程序更為審判，此一非常上訴判決具有現實之效力，已使原不利於被告之違法判決失其存在，亦即其效力及於被告，畀予被告「另行判決」、「更為審判」之實質之救濟，以符人權保障之期待（犧牲確定判決之安定性，為被告追求實質之正義）。而本件「原法院誤將合法提起之公訴，視作違法，而諭知不受理之判決。嗣此一違法之不受理判決，經非常上訴予以撤銷，問：原法院可否因此即就原合法提起之公訴，進而為實體之審理？」之情形，因係屬於前者，即就有利於被告之違法判

決提起非常上訴之故，其非常上訴之判決，僅能將原判決關於違背法令部分（注意，非原判決）撤銷，效力不及於被告，因此，原法院不可再為實體之審理。綜觀鍾庭長日成之立論，可圈可點，不僅可以援引為說明釋字第 271 號解釋所以於法無據之理由；且其最後所謂「釋字第 271 號解釋，似非對本案之解釋，不能類推適用於本案」云云，亦不啻對於釋字第 271 號解釋之直接否定。再者，此一精闢見解之進一步引伸，亦可作為推翻 25 年上字第 3231 號判例之張本，蓋 25 年上字第 3231 號判例本係一於法無據之烏龍判例，自無任其繼續存在之必要。但遇有「對於被告為其利益之合法上訴，誤為不合法，而為程序上駁回之判決確定」之情形，當依上述就不利於被告之違法判決提起非常上訴之程序辦理方是。】

然而，上開鍾庭長日成研究報告之精闢見解，就最高法院 25 年上字第 3231 號判例所生之問題言，仍未受到應有之重視;蓋最高法院於民國 85 年 9 月 10 日檢討相關判例時(**最高法院 80 年度第 5 次刑事庭會議**），就 25 年上字第 3231 號判例之是否仍可適用之問題，**依然作成：「於本則判例後加註『本判例於司法院大法官會議釋字第二七一號解釋範圍內，不再適用；其餘部分，參照本院八十年十一月五日、八十年度第五次刑事庭會議決議意旨，仍可適用。』」之決議。**噫！敝帚自珍，是之謂乎？

持平之論

最高法院 25 年上字第 3231 號判例、司法院大法官釋字第 271 號解釋所製造之問題，繁複之極，已詳上述。為簡化認知、統一觀念起見，筆者嘗試化繁為簡，容將問題重新整理如下：

一、合法之上訴，法院誤為不合法，因此所為從程序上駁回上訴之違法確定裁判，應不出下表所示之 4 種：

1. 不利益於被告(為被告之不利益)之**合法**上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之**判決**確定。(例

國家圖書館出版品預行編目資料

如，第二審法院判決被告無罪，檢察官遵限提起第三審上訴，第三審法院誤認上訴逾期，依§395 之規定，從程序上為駁回上訴之**判決**確定。)

2. 不利益於被告(為被告之不利益)之**合法**上訴，原審法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之**裁定**確定。(例如，第二審法院判決被告無罪，檢察官遵限提起第三審上訴，其上訴書依§350 規定提出於原第二審法院，乃原第二審法院誤認上訴逾期，依§384 之規定，從程序上為駁回上訴之**裁定**確定。)

3. 有利益於被告(為被告之利益)之**合法**上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之**判決**確定。(例如，第二審法院判決被告有罪，被告遵限提起第三審上訴，第三審法院誤認上訴逾期，依§395 之規定，從程序上為駁回上訴之**判決**確定。)

4. 有利益於被告(為被告之不利益)之**合法**上訴，原審法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之**裁定**確定。(例如，第二審法院判決被告有罪，被告遵限提起第三審上訴，其上訴狀依§350 規定提出於原第二審法院，乃原第二審法院誤認上訴逾期，依§384 之規定，從程序上為駁回上訴之**裁定**確定。)

二、上表所示之 4 種情形，究應如何救濟？

【1.】不利益於被告(為被告之不利益)之**合法**上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之**判決**確定。(例如，第二審法院判決被告無罪，檢察官遵限提起第三審上訴，第三審法院誤認上訴逾期，依§395 之規定，從程序上為駁回上訴之**判決**確定。)

救濟方法：

在此情形下，第三審從程序上為駁回上訴之**判決**既經確定，則原第二審被告無罪之實體判決亦隨之確定。縱第三審駁回上訴之判決為違法，經檢察總長提起非常上訴；但該駁回上訴之判決，本於被告有利，故非

常上訴判決，依刑事訴訟法§447Ii 前段、§448 之規定，僅能將原判決關於違背法令部分（注意，非原判決）撤銷，僅具統一解釋法令之理論效力，並無現實之效力，亦即其非常上訴判決之效力不及於被告，而原來有利於被告之違法判決依然存在，空有所謂將原判決關於違背法令之部分撤銷，卻對於被告因該違法確定判決所蒙受之利益，不生任何影響（犧牲國家追訴處罰之利益，容許被告不當得利）。亦唯如此辦理，始可謂為於法有據之正辦；至於司法院院字第 790 號解釋、大法官釋字第 271 號解釋、最高法院 25 年上字第 3231 號判例，且拋諸腦後，莫再置理；蓋如斯判解，盡皆亂法之異數，誠不足取。法官於審理案件時，遇有上開情形，當聲請大法官再作解釋，[90] 以排除上開判解之適用。

【2.】不利益於被告(為被告之不利益)之**合法**上訴，原審法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之**裁定**確定。(例如，第二審法院判決被告無罪，檢察官遵限提起第三審上訴，其上訴書依§350 規定提出於原第二審法院，乃原第二審法院誤認上訴逾期，依§384 之規定，從程序上為駁回上訴之**裁定**確定。)

救濟方法：

在此情形下，原第二審法院從程序上為駁回上訴之**裁定**既經確定，則原第二審被告無罪之實體判決亦隨之

[90] 釋字第 371 號解釋文：「憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第一百七十一條、第一百七十三條、第七十八條及第七十九條第二項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。司法院大法官審理案件法第五條第二項、第三項之規定，與上開意旨不符部分，應停止適用。」

確定。由於在此駁回上訴之程序上確定裁判，為**裁定**而非**判決**，依現制尚無從依非常上訴尋求救濟。其結果，當依民國 30 年 3 月 11 日司法院院字第 2158 號解釋：「不得上訴於第三審之刑事案件，當事人對於第一審判決提起上訴，經第一審認為逾期，以裁定駁回（現行§362），復提起抗告，經抗告審駁回後，又提起再抗告，雖於再抗告中，發見當事人之上訴並未逾期，但依刑事訴訟法第四百零七條第二項（現行§411，抗告不合法）、第三百九十七條（現行§405，不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所為之裁定，不得抗告）各規定，亦祇能**程序上駁回再抗告，從而第一審之判決，即屬確定**，除該確定判決有再審或非常上訴之原因，得提起再審或非常上訴外，別無救濟之途」之意旨辦理。

【3.】有利益於被告(為被告之利益)之**合法**上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之**判決**確定。(例如，第二審法院判決被告有罪，被告遵限提起第三審上訴，第三審法院誤認上訴逾期，依§395 之規定，從程序上為駁回上訴之**判決**確定。)

救濟方法：

在此情形下，第三審從程序上為駁回上訴之**判決**既經確定，則原第二審被告有罪之實體判決亦隨之確定。由於第三審駁回上訴之判決為違法，且於被告為不利，如經檢察總長提起非常上訴，其非常上訴判決，應依刑事訴訟法§447Ii 但書、§448 之規定，不僅應將原判決（注意，非僅原判決關於違背法令部分）撤銷，並應由非常上訴審就該案件另行判決，且因有維持被告第三審上訴審級利益之必要，並依§447II 之規定，諭知由原審法院（第三審法院）依判決前之程序更為審判，此一非常上訴判決具有現實之效力，已使原不利於被告之違法判決失其存在，亦即其效力及於被告，畀予被告「另行判決」、「更為審判」之實質之救濟，

以符人權保障之期待（犧牲確定判決之安定性，為被告追求實質之正義）。

【4.】有利益於被告(為被告之不利益)之**合法**上訴，原審法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之**裁定**確定。(例如，第二審法院判決被告有罪，被告遵限提起第三審上訴，其上訴狀依§350 規定提出於原第二審法院，乃原第二審法院誤認上訴逾期，依§384 之規定，從程序上為駁回上訴之**裁定**確定。)

救濟方法：

在此情形下，原第二審法院從程序上為駁回上訴之**裁定**既經確定，則原第二審被告有罪之實體判決亦隨之確定。由於在此駁回上訴之程序上確定裁判，為**裁定**而非**判決**，依現制尚無從依非常上訴尋求救濟。其結果，當依民國 30 年 3 月 11 日司法院院字第 2158 號解釋：「不得上訴於第三審之刑事案件，當事人對於第一審判決提起上訴，經第一審認為逾期，以裁定駁回（現行§362），復提起抗告，經抗告審駁回後，又提起再抗告，雖於再抗告中，發見當事人之上訴並未逾期，但依刑事訴訟法第四百零七條第二項（現行§411，抗告不合法）、第三百九十七條（現行§405，不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所為之裁定，不得抗告）各規定，亦祇能**程序上駁回再抗告，從而第一審之判決，即屬確定**，除該確定判決有再審或非常上訴之原因，得提起再審或非常上訴外，別無救濟之途」之意旨辦理。依此解釋意旨辦理之結果，似即阻斷被告救濟之途，而於被告有所不公，然而，原第二審法院從程序上為駁回上訴之**裁定**，本有抗告之途徑以為救濟，若被告捨此不由，或曾經抗告而被駁回，自亦曾經救濟有方，而難謂於被告全然不平。且原第二審被告有罪之確定判決，果係違誤，而有再審或非常上訴之原因，亦別有再審或非常上訴之救濟，尚不至於投告無門。

總之，關於刑事訴法§362、§367、§384、§395 駁回不合法上訴之裁判，如經確定，是否發生一事不再理效果之問題，由於見仁見智，曾在理論上及實務上，捲起千堆雪；然而，萬變不離其宗，筆者因嘗試整理其頭緒如上，期有益於識者之參考。行文至此，想起吳庚大法官於釋字第 271 號解釋所提出之不同意見書，鏗鏘有聲，正足為本文立論之佐證，爰錄之如下，剽為本款之結尾詞：【吳庚大法官不同意見書：(壹)、刑事訴訟法素有實用的憲法之稱(Strafprozess ist angewandetes Verfassungsrecht)，此一說法不僅從歐美民主國家憲政發展之過程可獲印證，抑且為衡判刑事訴訟法規及法院行為合憲與否之標準，本件所涉及者，即憲法人身自由之保障在刑事訴訟程序中之實踐問題。憲法第八條為保障人身自由之基本條款，其第二項至第四項為關於提審制度之規定，與本件無關暫恝置不論。至於本條第一項則就人身自由之保障作原則性之宣示，其所稱：「人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」究竟包含如何之規範內容，為本件解釋上首應闡明之前提。本席以為上述憲法條文至少涵蓋下列原則：(一) 刑事被告利益之保障在一定限度內乃憲法保留(Verfassungsvorbehalt)範圍，除現行犯之逮捕，委由法律加以規定外(即法律保留 Gesetzesvorbehalt)，本項所舉之其他事項縱令法律亦不得與之牴觸，此即違警罰法雖屬憲法第二十三條所指之法律，仍為本院釋字第一六六號及釋字第二五一號宣告限制人身自由之違警罰為違憲之主要理由。(二) 人民因犯罪嫌疑有接受依法設置之法院及法官審判之權利。(三) 逮捕、拘禁、審問、處罰須遵守法定程序。(四) 對於違反法定程序之行為，提供人民一項消極的防衛權利(einnegatives Abwehrrecht)，此即條文所稱「得拒絕之」真諦所在。至何謂法定程序，不僅指憲法施行時已存在之保障刑事被告之各種制度，尤應體認憲法保障人身自由之精神，

予以詮釋。準此以解，在實體法包括：罪刑法定主義、對被告不利之刑罰法律不得溯及既往；在程序法上則為：審判與檢察分離、同一行為不受二次以上之審問處罰、審級救濟之結果原則上不得予被告不利益之變更、不得強迫被告自認其罪等。本件多數大法官所通過之解釋文，指最高法院二十五年上字第三二三一號判例部分內容與「憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符」，然則不符之處何在？判例究竟違反憲法第八條所包含之何項原則，仍應加以指明，始能令人信服。（貳）、本件聲請人因違反商標法案件，被害人提起自訴，先後經地方法院及高等法院二次判決無罪，自訴人不服上訴最高法院，亦因「誤合法上訴為不合法」而被駁回，至此聲請人無罪可謂確定。嗣後最高法院又置其先前之判決於不顧，發回高等法院更審，聲請人終於被判處八個月有期徒刑。是則本件乃屬是否違反同一行為不受二次以上審問處罰原則以及審級救濟之結果可否予被告不利益之變更問題。先就不受二次審問處罰而言，此一原則在刑事訴訟程序通稱為一事不再理（nebis in idem ）。多數意見基於實體判決與程序判決有別之前提，以最高法院駁回上訴之程序判決，祇有形式上羈束力，不具有實質確定力，與一事不再理原則無關為立論基礎，固有其訴訟技術上之依據。惟是否構成同一行為不受二次以上審問處罰應從憲法保障人身自由之根本精神予以解答，不應限於訴訟技術之層次。蓋不受二次處罰之原則在羅馬法上已經存在，並表現於下列法諺：Nemo debit bis puniri pro uno delicto, 或者 Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa（英譯：a man shall not be twice vexed for one and the same cause ）。十八世紀英國法學家布來克史東（Sir William Blackstone ）在其經典著作「英格蘭法律詮釋」（Commentaries on the Laws of England,1790,IV,335）中宣稱：不受一次以上之危險乃舉世普遍之法則（"the plea of autrefois acquit, for a formal acquital, is grounded on the universal maxim……that no man is to be brought into jeopardy of his life more than once for the same offense "）。美國聯邦憲法制定時，將已見諸殖民地各州憲法

之條款列入聯邦憲法修正案第五條，此乃眾所熟知之雙重危險保障條款（double jeopardy protection clause ）。二次大戰之後，德國基本法第一０三條第三項、日本憲法第三十九條亦均有類似規定，其他大陸法系國家則多以一事不再理之方式，規定於刑事訴訟法。所謂雙重危險保障或不受二次處罰原則其內涵如何？固無各國一致之標準，在英美法系國家適用此一原則之結果，非但一罪不能兩罰，凡經陪審團認定無罪者，檢察官亦不得上訴，使被告免再受審問處罰之危險；在大陸法系國家雖未如此嚴格之限制，但至少一如前述日本憲法之規定：「任何人就其已認定無罪之行為，不被追問刑事上責任，同一犯罪亦不得使其再受追問刑事上責任」，殆無疑問。我國刑事訴訟制度中，不僅明文規定同一犯罪行為不受二次審問處罰（刑事訴訟法第三百零二條第一款、第三百零三條第二款及第四款等），抑且在特種刑事案件中，全盤接受美國禁止雙重危險之法則，凡適用美軍在華地位協定之被告，依該協定第十四條第九項之有關照會，「如被告被判無罪，他造當事人不得提出上訴；被告對任何判決不提出上訴時，他造當事人亦不得提出上訴・・・。」故雙重危險保障原則，已溶入我國實證法體系之中。本件聲請人歷經三審法院判決，連續二次宣告無罪，若仍持訴訟技術之理由或程序法上之概念致聲請人再度受審並遭處罰，當非憲法保障被告利益之本旨。（參）、本件涉及之另一問題為審級救濟結果不得予被告不利益變更原則，此一原則與另一對被告不利益之刑罰法律不得溯及既往原則，均與信賴保護（Vertrauenschutz）有關。信賴保護雖為戰後發展成功之理論，但實為既得權保障之進一步延伸，最初表現於對相對人有利之行政行為，除非保障其信賴利益（例如給予適當之補償），否則不得因原來行政行為違法而加以撤銷，繼者擴及立法行為，如立法機關制定溯及既之法律而侵害人民權益時，亦屬違反信賴保護，乃有「信賴保護作為自由保護」（Vertrauenschutz als Freitsschutz）之憲法原則之建構。我國除刑法第一條及第二條之規定外，中央法規標準法第十八條亦屬排除不利益之溯及規定，均寓有信賴保護之精神。本院

民國二十五年院字第一五五七號解釋：訴願再訴願決定確定後，發現錯誤或因他種情形，撤銷原處分另為新處分時，必須以訴願人再訴願人之權益並不因之而受任何損害為前提，自屬信賴保護法理之體現，舉輕以明重，信賴保護原則在我國法制之地位，實不容漠視。本件聲請人既經最高法院駁回對造之上訴，其二次無罪宣告，在一般觀念中無疑即屬確定，竟因法院本身之錯誤，原有利判決遭致撤銷，並於第三之「實體」審判中，被判有罪。本件乃司法行為違反信賴保護原則之典型案例，類似情形，在行政機關之訴願程序尚不許存在，況於關係重大之刑事訴訟程序乎！又聲請人為請求憲法救濟而向本院大法官會議提出聲請，則本院之解釋已成為人民基本權利救濟體系最終之一環，雖本院之解釋文向例祇對法規或判例生棄廢效果（Kassatorische Wirkung），解釋文本身不自為決定（reformatorische Entscheidung），但若聲請憲法救濟，而結果受訴訟上之技術所限，非常上訴如僅撤銷最高法院第一次之判決或雖一併撤銷最高法院第二次之判決及高等法院之有罪判決，而「自訴人之合法上訴」仍在，勢須再開審判程序，造成為免除二次審問處罰之聲請人因尋求憲法救濟，反而更多次暴露於審判危險之中。尤有甚者，審判之結果，並不排除對聲請人不利益之變更，豈非違反救濟制度存在之目的乎！多數大法官通過之解釋理由書，雖亦出現信賴之字樣，惟語焉不詳，仍難同意。（肆）、爰依大法官會議法第十七條提不同意見書如上。】

第 二 款　爭點效

既判力在實體面「行為不兩罰」、「實質確定力」之作用，所發生之另一重要效果，為禁止矛盾。禁止矛盾之效果，分成兩方面，其一為「關於訴訟標的本身之**排除效**」，此在美國，稱為「直接禁反言（direct estoppel）」，或逕稱為「排除效（claim preclusion）」；[91] 另一為「非關訴訟標的本身之**爭**

[91] "Claim preclusion is one subset of res judicata. Claim preclusion is asserted by a party in the second action who claims that the other party cannot bring the lawsuit because the claim was already litigated in the first action. The party asserting claim preclusion can argue that the other party either lost in the first lawsuit and is

點效」，此在美國，稱為「附帶禁反言（collateral estoppel）」，或逕稱為「爭點效（issue preclusion）」。[92] 由於既判力實體面之「實質確定力」，原則上只對「訴訟標的本身」而發生，故筆者乃將「關於訴訟標的本身之排除效」列於本章第三節「既判力之實體面作用」中加以說明；至於「非關訴訟標的本身之爭點效」，雖亦認：「法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷」，而同有禁止矛盾之效果，但畢竟僅係程序上對於「當事人為相反主張，法院作相異判斷」之禁止，性質上較接近於「既判力之程序面作用」，筆者因將之列於本節「既判力之程序面作用」之中，進行交待。[93]

關於「非關訴訟標的本身之**爭點效**」之問題，美國聯邦最高法院於 ASHE v. SWENSON , 397 U.S. 436 (1970)一案判決，指出：「『附帶禁反言 collateral estoppel』(即爭點效 issue preclusion) 係一項棘手之片語，但卻代表吾人當事人主義司法制度一項極端重要之法則。此一法則之簡單意旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執。雖然，此一法則係先在民事訴訟之領域中發展而出，但『附帶禁反言』法則至少於 50 多年前，聯邦最高法院在 United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85 (1916)一案之判決中，已將之確立為聯邦刑事司法之一項法則。[94] 在

---

therefore barred from bringing the claim, or the other party won in the prior lawsuit and therefore the claim merged in the first judgment." See, Michelle S. Simon, Offensive Issue Preclusion in the Criminal Context: Two Steps Forward, One Step Back, 34 U. Mem. L. Rev. 753, n3.（2004）.

[92] "Courts use the phrases collateral estoppel and issue preclusion interchangeably." Id., n4.

[93] 關於「爭點效（issue preclusion）」，並請參閱本文第三章第五節第七款「附帶禁反言 collateral estoppel；爭點效 issue preclusion」理論。

[94] "'Collateral estoppel' is an awkward phrase, but it stands for an extremely important principle in our adversary system of justice. It means simply that when an issue of ultimate fact has once been determined by a valid and final judgment,

前述 Benton v. Maryland 一案之觀點中，認為有待解決之終極問題是：**此一已經確立之聯邦「附帶禁反言法則」，是否經由憲法增修條文§5 禁止二重危險之保障條款加以具體化？今天，聯邦最高法院毫不猶豫，認定其答案為：『是』。**因為，不論此一憲法保障條款所保障者尚可能包括如何之其他事物，至少可以確定者是：此一條款，保障已受無罪判決之個人，免於二度遭受笞刑。」[95] 查 Ashe 一案之簡要背景事實如下：被告 Ashe 涉嫌與另數人，蒙面持槍闖入一戶人家之地下室，搶劫正在玩樸克牌之 6 名牌友之財物，檢方先將被告 Ashe 搶劫牌友之一即 Knight 部分之犯行起訴，使被告 Ashe 接受審判。結果，陪審以證據不足為理由，宣告 Ashe 無罪。6 星期之後，Ashe 再度遭到起訴及審判，此回起訴之訴因為：被告 Ashe 搶劫另一牌友 Roberts。被告 Ashe 以業經判決無罪為由，聲請駁回此一再度之追訴。其聲請遭到駁回，第二度審判因之開始。結果，陪審評決 Ashe 有罪，Ashe 因此被量處在 Missouri 州監獄執行有期徒刑 35 年。後來，Ashe 向 Missouri 西區聯邦地方法院提出人身保護之聲請（habeas corpus proceeding），主張本件第二度之訴追，侵犯其免於二重危險之權利。其聲請遭到駁回，遞經上訴於聯邦最高法院。[96] 聯邦最高法院適用上開「附帶禁反言 Collateral estoppel」理論，判決如下：【直截了當適用聯邦禁反言法則於本案之結果，足以導出唯一之結論。亦即，由於在卷證中，欠缺任何跡象足以導致前此作出無罪判決之陪審，可能合理認定持械搶劫一事並未發生，或 Knight 並非系爭搶劫事件之

---

that issue cannot again be litigated between the same parties in any future lawsuit. Although first developed in civil litigation, collateral estoppel has been an established rule of federal criminal law at least since this Court's decision more than 50 years ago in United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85(1916)." See, ASHE v. SWENSON , 397 U.S. 436, 443 (1970).

95 "The ultimate question to be determined, then, in the light of Benton v. Maryland, supra, is whether this established rule of federal law is embodied in the Fifth Amendment guarantee against double jeopardy. We do not hesitate to hold that it is. 10 For whatever else that [397 U.S. 436 , 446] constitutional guarantee may embrace, North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 , 2076, it surely protects a man who has been acquitted from having to 'run the gantlet' a second time. Green v. United States, 355 U.S. 184, 190 , 225." Id., at 445-46.

96 See, Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970).

被害人；職是之故，所餘攤在陪審面前，唯一可以合理想到之爭點，必係被告 Ashe 是否為搶匪之一；而陪審經由其評決，已認定 Ashe 並非搶匪。因此，聯邦禁反言法則，將使對於 Ashe 涉嫌搶劫 Roberts 部分所進行之第二個訴追，完全受到禁止。[97] 本案問題之所在，並非 Missouri 檢方是否可以將被告 Ashe 搶劫 6 名賭客之行為，分成 6 個獨立之犯罪，而合法進行追訴；亦非被告 Ashe 如在搶劫 6 名被害人之單一審判程序中被判有罪，是否可以受到全部 6 個刑罰之處罰。**其問題之所在，只不過是：在陪審經由評決認定被告 Ashe 並非搶匪之一之後，檢方是否尚可強邀被告 Ashe 在另一個新陪審之前，就同一爭點再行爭訟，而不違憲。[98] 在第一個陪審就被告 Ashe 涉嫌搶劫 Knight 部分判決無罪之後，Missouri 檢方當然不能使被告 Ashe 就涉嫌搶劫 Knight 部分再度遭受審判。一旦陪審依據相衝突之證言，認定：被告 Ashe 為搶匪之一一事，至少尚存在合理之可疑（亦即，因此判決被告無罪），檢方即不得再提出相同或不同之指認證據，第二次訴追 Ashe 涉嫌搶劫 Knight，而希冀另一不同之陪審或可能認定其證據較具說服力。[99] 儘管本件之第二次審判，所涉及者係同一搶劫案件之另一被害人，但從合憲性之**

[97] "Straightforward application of the federal rule to the present case can lead to but one conclusion. For the record is utterly devoid of any indication that the first jury could rationally have found that an armed robbery had not occurred, or that Knight had not been a victim of that robbery. The single rationally conceivable issue in dispute before the jury was whether the petitioner had been one of the robbers. And the jury by its verdict found that he had not. The federal rule of law, therefore, would make a second prosecution for the robbery of Roberts wholly impermissible." Id., at 445.

[98] "The question is not whether Missouri could validly charge the petitioner with six separate offenses for the robbery of the six poker players. It is not whether he could have received a total of six punishments if he had been convicted in a single trial of robbing the six victims. It is simply whether, after a jury determined by its verdict that the petitioner was not one of the robbers, the State could constitutionally hale him before a new jury to litigate that issue again." Id., at 446.

[99] "After the first jury had acquitted the petitioner of robbing Knight, Missouri could certainly not have brought him to trial again upon that charge. Once a jury had determined upon conflicting testimony that there was at least a reasonable doubt that the petitioner was one of the robbers, the State could not present the same or different identification evidence in a second prosecution for the robbery of Knight in the hope that a different jury might find that evidence more convincing." Id.

角度言，其情況於此並無不同。蓋在本案情節中，就被告 Ashe 是否為搶匪之一之爭點言，被害人之名姓為何，並無任何關係。[100] 檢方在本案之書狀中，已坦率承認，在被告 Ashe 獲判無罪之後，檢方只不過將第一次審判，當成第二次追訴之演習；檢方在其書狀中稱：「檢察官無疑認為在第一次訴追中，檢方有可能證明所訴追之案件，而當檢察官在第一次訴追之舉證失敗後，他當如一切優秀律師一般，為其所當為，亦即：他將依據第一次審判所兜過之情況，精進其第二次審判之舉證。」然而，此正係憲法二重危險法則所禁止者。[101] 原判決撤銷，本案發回聯邦第 8 上訴法院，命依本院上開判決意旨更為審判。茲判決如上。[102]】。要之，本案關於「**被告 Ashe 並非搶匪之一**」之事實爭點，既經第一次審判為終局判斷後，則相同當事人間（即檢方與被告 Ashe 間），就該事實爭點，即不得在將來之任何訴訟中，再事爭執；是以本件之第二度起訴，已使被告 Ashe 蒙受二重危險，而應受禁止。

至在我國，就「爭點效」所持之態度，則尚嫌保守。在民事訴訟方面，關於「爭點效」之討論，首見於民國 72 年 4 月 19 日最高法院 72 年度第 4 次民事庭會議決議。該次民事庭會議討論之問題為：「院長交議：原告提起給付之訴，受敗訴之判決確定，在理由內已否定其基本權利時，原告得否就其基本權利提起確認之訴？尚乏明確之判解可循，實務與理論所採之見解，諸說併存，仍有爭議。」易言之，問題之所在，乃「判決理由中就非為本案訴訟標的之**前提爭點**所為

---

100 "The situation is constitutionally no different here, even though the second trial related to another victim of the same robbery. For the name of the victim, in the circumstances of this case, had no bearing whatever upon the issue of whether the petitioner was one of the robbers." Id.

101 "In this case the State in its brief has frankly conceded that following the petitioner's acquittal, it treated the first trial as no more than a dry run for the second prosecution: 'No doubt the prosecutor felt the state had a provable case on the first charge and, when he lost, he did what every good attorney would do-he refined his presentation in light of the turn of events at the first trial.' But this is precisely what the constitutional guarantee forbids." Id., at 447.

102 "The judgment is reversed, and the case is remanded to the Court of Appeals for the Eighth Circuit for further proceedings consistent with this opinion. It is so ordered." Id.

之判斷，應否賦與一事不再理之效力？」該次民事庭會議之討論意見，分兩說：「甲說：確定判決之既判力，僅以主文為限而不及於理由，本院十八年上字第一八八五號判例亦認為說明主文之理由，並無裁判效力。確定判決之主文，係就給付請求權之訴訟標的之法律關係為裁判，並不及於為其前提之基本權利法律關係。雖此非屬訴訟標的之基本權利法律關係，其存在與否，因與為訴訟標的之法律關係有影響，故於判決理由中予以判斷，但亦不能認為此項判斷有既判力（本院二十三年上字第二九四０號判例參照）。是以原告於其提起給付之訴受敗訴判決確定，雖在理由內已否定其基本權利，而當事人再行提起確認其基本權利存在之訴時，並不違反一事不再理之原則。至其提起確認之訴，是否有即受確認判決之法律上利益，則屬另一問題。乙說：所謂同一訴訟標的，不僅指前後兩訴係就同一訴訟標的，求為相同之判決而言，尚包括正相反對或可以代用之情形在內（本院四十年台上字第一五三０號、四十六年台抗字第一三六號判例參照），給付之訴所求判決之內容，實已包含確認基本權利及其請求權存在之法律關係在內。為防止同一爭點，屢興訴訟，俾權利關係，速歸於確定，應不許原告於給付之訴敗訴確定後，再行提起確認基本權利存在之訴，本院四十八年七月二十一日民刑庭總會決議：「原告提起給付之訴，經法院認為無權利判決確定者，不得就同一法律關係提起確認之訴」云云（所謂：「就同一法律關係」雖未表明究為給付請求權之法律關係，抑為基本權利之法律關係，惟前者既有本院二十六年渝上字第一一六一號判例可循，毋待再為決議，當係指後者而言），亦採此說。」最後決議係採甲說，即認：「判決理由中就非為本案訴訟標的之前提爭點所為之判斷，不生一事不再理之效力；至就該已經判斷之前提爭點，再行提起確認之訴，是否有即受確認判決之法律上利益，則屬另一問題。(意謂：再行提起之確認之訴，應屬合法，並不違反一事不再理之原則，而不得逕依民事訴訟法§249Ivii 裁定駁回之；但如可認定其再行起訴，欠缺保護之必要，則得

以原告之訴為無理由，判決駁回之。)」[103] 迨民國 87 年 5 月 7 日，最高法院 87 年度台上字第 1029 號判決要旨，猶然認為：「民事訴訟法第四百條第一項規定確定判決之既判力，惟於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生。若訴訟標的以外之事項，縱令與為訴訟標的之法律關係有影響，因而於判決理由中對之有所判斷，除同條第二項所定情形外，尚不能因該判決已經確定而認此項判斷有既判力。原判決以所謂『**爭點效**』之理論，認兩造間另案請求返還不當得利事件，對於重要爭點，即系爭借款已否清償一節，於確定判決理由中所為之判斷，法院及當事人不得任作相反之判斷或主張，不啻謂另件確定判決理由中就當事人間重要之爭執所為之判斷，對本件訴訟亦有拘束力，揆之首揭說明，於法自欠允洽。」可見，遲至民國 87 年間，最高法院對於「爭點效」理論，仍持排斥立場。惟，到民國 96 年 2 月 8 日，最高法院態度產生變化，首於 96 年度台上字第 307 號判決要旨，指出：「學說上所謂之『**爭點效**』，係指法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷結果，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷而言，其乃源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理而來。是『**爭點效**』之適用，除理由之判斷具備『於同一當事人間』、『非顯然違背法令』及『當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷』等條件外，必須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，**經兩造各為充分之舉證，一如訴訟標的極盡其攻擊、防禦之能事，並使當事人適當而完全之辯論，由法院為實質上之審理判斷**（**按即該非屬訴訟標的之爭點，已經嚴格證明**），前後兩訴之標的利益大致相同者，始應由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要爭點有關之他訴訟負結果責任，以符民事訴訟上之誠信原則。」復於民國 96 年 11 月 22 日，以 96 年度台上字第 2569 號判決要旨，指出：「法院於

[103] 見，最高法院民刑事庭會議決議暨全文彙編（92年9月版）上冊第1005頁。

確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，**本於兩造辯論之結果所為之判斷結果**（**按即該非屬訴訟標的之爭點，已經嚴格證明**），除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷，此源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理，避免紛爭反覆發生，以達『一次解決紛爭』所生之一種判決效力（拘束力），即所謂『**爭點效**』，亦當為程序法所容許。」據此發展可知，我最高法院至少在民事訴訟之領域，已開始承認「**爭點效**」之理論。

至在我國刑事訴訟之領域，則尚未見有此一方面之消息。茲以最近之最高法院 94 年度台上字第 1783 號判決為例，其判決要旨指出：【按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此係因同一案件，既經法院為實體上之確定判決，其犯罪之起訴權業已消滅，依一事不再理之原則，不許再為訴訟客體，更為其他有罪或無罪之實體上裁判。而案件是否同一，以被告及犯罪事實是否均相同為斷，所謂事實同一，應從『訴之目的及侵害性行為之內容是否同一』為斷，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經其擇為訴訟客體之社會事實關係是。而**判決理由之說明，縱使涉及其他犯罪事實之認定，因非檢察官或自訴人擇為訴訟客體之社會事實關係，自難認具有判決之實質確定力，即非既判力所及，亦不得資為認定是否同一案件之準據**。】亦即，在刑事訴訟，最高法院仍然堅持「就本案訴訟標的經法院為實體上之確定判決者」，始足以發生一事不再理之效果；至於其判決理由中，曾作為先決問題加以判斷之「非本案訴訟標的之實體爭點（即其他犯罪事實之認定）」，本無如何之拘束力可言，自不禁止其將來之再行起訴。

然而，吾人以為，民事訴訟，僅係私權之爭執，其當事人尚且受到「**爭點效**」之保護，而刑事訴訟，係為實現國家刑罰權而進行之程序，攸關人權之保障，若謂刑事被告不能享有「**爭點效**」之利益，豈非輕重倒置，而有違「舉輕明重」

之法理？[104] 為明刑事訴訟何以應採「**爭點效**」之理論，以排除二重危險，而保障被告之基本人權，實有將上開最高法院94年度台上字第1783號（否定爭點效）判決，再作檢討之必要。茲先將該判決之背景事實及判決理由，還原如下：

最高法院刑事判決　　九十四年度台上字第一七八三號

上 訴 人　鄧某　等

被　　告　吳某

上列上訴人等因自訴被告偽造文書案件，不服台灣高等法院中華民國九十一年四月二十六日第二審判決（九十一年度上訴字第六二二號，自訴案號：台灣桃園地方法院九十年度自更字第六號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

理　由

本件原判決以上訴人鄧某等**自訴意旨略稱**：被告吳某於民國七十九年六月二十一日，以桃園縣平鎮市南勢地區自辦市地重劃籌備會（下稱南勢重劃會）理事長身分，勸誘上訴人等就坐落桃園縣平鎮市平鎮段七十六、七十六之二、七十七、七十七之一、七十七之二、七十七之三、七十六之一地號等七筆土地所有權參與該地區市地重劃，雙方約定條件為商業區七七、七六、七七地號等三筆土地由該重劃會負責重劃分為六部分，鄧家兄弟六人各一部分，登記於各人名下，住宅區部分重劃後，土地分配不得低於百分之五十九以下。嗣於同年七月十八日竟未得上訴人等同意，另行發起「新光自辦市地重劃籌備會」（下稱新光重劃會），又偽造上訴人等人名義之申請函，將其原欲參加南勢重劃會之土地改列入新光重劃會中，且未踐行通知土地所有權人參加重劃計畫等法定程序，致上訴人等在不知情下被列入新光重劃案中，而喪失二千零七平方公尺土地，受有極大之損害。因**認被告涉有詐欺、背信、偽造文**

[104] 此正係美國聯邦最高法院於 ASHE v. SWENSON , 397 U.S. 436, (1970)一案，認爲刑事訴訟應比照民事訴訟，採取「爭點效」理論之重要立論基礎。

書之罪嫌。其中被告涉嫌詐欺、背信部分，上訴人等另行提起他訴，惟上開自訴中漏列偽造文書部分，因此就偽造文書部分另行提起（本件）自訴。**惟經審理結果**認上訴人等係就已經提起自訴並經判決確定之同一案件，復向法院提起自訴。因而**維持第一審所為諭知免訴之判決，並駁回上訴人等在第二審之上訴**。固非無見。

惟查：按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此係因同一案件，既經法院為實體上之確定判決，其犯罪之起訴權業已消滅，依一事不再理之原則，不許再為訴訟客體，更為其他有罪或無罪之實體上裁判。而案件是否同一，以被告及犯罪事實是否均相同為斷，所謂事實同一，應從「訴之目的及侵害性行為之內容是否同一」為斷，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經其擇為訴訟客體之社會事實關係是。而判決理由之說明，縱使涉及其他犯罪事實之認定，因非檢察官或自訴人擇為訴訟客體之社會事實關係，自難認具有判決之實質確定力，即非既判力所及，亦不得資為認定是否同一案件之準據。**經查**本件上訴人等於**前案自訴意旨**係以被告於七十九年間，以南勢重劃會理事長身分，勸誘上訴人等就坐落桃園縣平鎮市平鎮段前揭七筆土地所有權，參與該地區市地重劃，嗣於同年七月十八日又未得上訴人等同意，另行發起新光重劃會，將上訴人等原欲參加南勢重劃會之土地改列入新光重劃會中，且未踐行通知土地所有權人參加重劃計畫等法定程序，致上訴人等於不知情下被列入新光重劃案中，而喪失二千零七平方公尺土地，因認被告**涉有詐欺、背信罪嫌**。但就**本件自訴內容**之：「被告在未經自訴人同意下，擅自將自訴人等列為新光重劃會之發起人，並偽造申請函，**涉有偽造私文書罪**」一節，不僅於該案自訴狀中並未提及，且該案確定判決所引敘之自訴意旨亦無上開有關偽造文書犯罪事實之記載，此有該案自訴狀影本及原審法院八十八年重上更（三）字第二十二號確定判決在卷可查（見一審自字第一二五號卷第三十六頁、上訴六二二號

卷第一二三頁）。顯見上訴人等於本案所指訴被告偽造私文書之前述犯罪事實，並不包含在上訴人等於前案時請求確定之訴訟客體範圍內。雖上訴人等於前案自訴理由狀及上訴理由書中，曾陳稱被告涉有偽造文書犯行；且**原審曾就上訴人等上開所指偽造文書罪嫌部分詳細調查，亦於確定判決理由欄，說明被告無上訴人等所指偽造文書之犯行之理由（按即該非屬訴訟標的之爭點，已經嚴格證明）**。惟此僅在**說明被告無以偽造文書之方法欺瞞上訴人等，以達背信之目的（按即該非屬訴訟標的之爭點偽造文書，乃本案訴訟標的背信之先決問題）**，因該偽造文書部分，非上訴人等擇為訴訟客體之社會事實關係，揆諸首開說明，難認本件上訴人等自訴被告偽造文書案件與前案之犯罪事實同一。原判決率認兩案係同一案件，前案被告**無罪之確定判決**效力及於本案，自非適法。上訴意旨執此指摘原判決違法，非無理由，應認有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中　華　民　國　九十四　年　四　月　十　四　日

依上開背景事實及判決理由以觀，「該非屬訴訟標的之爭點**偽造文書**，乃本案訴訟標的**背信**之先決問題」，已經「原審就偽造文書罪嫌部分詳細調查，亦於確定判決理由欄，說明被告無偽造文書之犯行之理由」，足見被告就此一「非屬訴訟標的之爭點偽造文書」部分並不構成犯罪之爭點，已經「**嚴格證明**」。似此情節，若對比上開最高法院 96 年度台上字第 307 號**民事判決**所謂：「學說上所謂之『**爭點效**』，係指法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷結果，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷而言，其乃源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理而

來。是『**爭點效**』之適用，除理由之判斷具備『於同一當事人間』、『非顯然違背法令』及『當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷』等條件外，必須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，**經兩造各為充分之舉證，一如訴訟標的極盡其攻擊、防禦之能事，並使當事人適當而完全之辯論，由法院為實質上之審理判斷（按即該非屬訴訟標的之爭點，已經嚴格證明）**，前後兩訴之標的利益大致相同者，始應由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要爭點有關之他訴訟負結果責任，以符民事訴訟上之誠信原則。」及 96 年度台上字第 2569 號**民事判決**所謂：「法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，**本於兩造辯論之結果所為之判斷結果（按即該非屬訴訟標的之爭點，已經嚴格證明）**，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷，此源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理，避免紛爭反覆發生，以達『一次解決紛爭』所生之一種判決效力（拘束力），即所謂『**爭點效**』，亦當為程序法所容許」而論，豈容原自訴人就已經「**嚴格證明**」為並不構成犯罪之「非屬訴訟標的之爭點即偽造文書」部分，再行提起自訴，而更為相反之主張？若可如此，豈非坐實刑事被告所受禁止二重危險之保障，反不如民事當事人之批判？何況，民國 91 年 02 月 08 日刑事訴訟法§161 修正，其修正條文規定曰：「（I）檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。（II）法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。（III）駁回起訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴。（IV）違反前項規定，再行起訴者，應諭知不受理之判決。」其修正理由指出：「一、鑑於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及

說服之實質舉證責任，爰修正第一項。二、為確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴，基於保障人權之立場，允宜慎重起訴，以免被告遭受不必要之訟累，並節約司法資源，爰設計一中間審查制度之機制，增訂第二項。三、法院於裁定駁回起訴前，既曾賦予檢察官補正證明方法之機會，檢察官若不服該裁定者，亦得提起抗告請求上級法院糾正之，是以檢察官之公訴權能已獲充分保障，此時**為維護被告基本人權，避免被告有受二次追訴之危險**，爰增訂第三、四項。」於此所謂：「**為維護被告基本人權，避免被告有受二次追訴之危險**」云云，殆已與「二重危險法則」之理念相通。似此起訴審查機制中，未經嚴格證明，所為駁回起訴之裁定，尚且賦與「非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴」之「類既判力」，若謂本件已經本案審判「**嚴格證明**」為並不構成犯罪之「非屬訴訟標的之爭點即偽造文書」部分，並不發生美國聯邦最高法院於 ASHE v. SWENSON, 397 U.S.436 (1970)一案所已明確肯認之「附帶禁反言 collateral estoppel (即爭點效 issue preclusion)」之效果，而容許提起二度之訴追，其不愜人意，豈不顯然。

雖稱上開最高法院 94 年度台上字第 1783 號判決，對於「爭點效」係採取否定之立場，然而，早在民國 28 年，最高法院於 28 年滬上字第 43 號判例要旨中，即曾指出：「自訴人(某乙)之夫某甲，前以上訴人(即被告) 封鎖伊 (某甲) 所住房門，將伊 (某甲) 拘禁在內，提起自訴，業經地方法院認為**犯罪不能證明** (即**認定被告並無封鎖房門之行為**)，**諭知無罪**之判決確定在案。茲自訴人 (某乙) 復以當時上訴人 (即被告) 之封鎖房門，氏夫 (某甲) 雖未被拘禁，氏 (某乙) 實被鎖閉房中等情提起自訴，按自訴人 (某乙) 所指上訴人 (即被告) 之犯罪事實，係**一個鎖閉房門以拘禁人之行為**，其**行為既屬一個** (按，僅係自然意義之一行為)，雖兩案自訴人 (某甲、某乙) 所主張被拘禁之人不同 (前一自訴指為拘禁某甲、後一自訴指為拘禁某乙)，亦**不過被害法益前後互異**，並不因此一端而失其案件之同一性，自訴人 (某乙) 就曾經確定判決之同一案件提起自訴，仍不得謂無刑事訴訟法第二百

九十四條第一款（現行§302I）之情形，自應諭知免訴。」據此判例以觀，自然意義之**一個鎖閉房門以拘禁人之行為**，乃「事實上同一」之「同一行為」，前既經以「犯罪不能證明」而諭知**無罪**，格於既判力「行為不兩罰」之禁止，自難重行訴追、更為處罰。然則，本案情節，豈非與前述美國 ASHE v. SWENSON, 397 U.S.436 (1970)一案神似？ASHE 一案中，被告 Ashe 涉嫌與另數人，蒙面持槍闖入一戶人家之地下室，搶劫正在玩樸克牌之 6 名牌友之財物，檢方先將被告 Ashe 搶劫牌友之一即 Knight 部分之犯行起訴，使被告 Ashe 接受審判。結果，陪審以證據不足為理由，宣告 Ashe 無罪。6 星期之後，Ashe 再度遭到起訴及審判，此回起訴之訴因為：被告 Ashe 搶劫另一牌友 Roberts。被告 Ashe 以業經判決無罪為由，聲請駁回此一再度之追訴。其聲請遭到駁回，第二度審判因之開始。結果，陪審評決 Ashe 有罪，Ashe 因此被量處在 Missouri 州監獄執行有期徒刑 35 年。後來，Ashe 向 Missouri 西區聯邦地方法院提出人身保護之聲請（habeas corpus proceeding），主張本件第二度之訴追，侵犯其免於二重危險之權利。其聲請遭到駁回，遞經上訴於聯邦最高法院。聯邦最高法院判決：「本案關於『**被告 Ashe 並非搶匪之一**』之事實爭點，既經第一次審判為終局判斷後，即已發生『爭點效』，則相同當事人間（即檢方與被告 Ashe 間），就該事實爭點，即不得在將來之任何訴訟中，再事爭執；是以本件之第二度起訴，已使被告 Ashe 蒙受二重危險，而應受禁止。」對比之下，兩案除人物不同，犯罪行為有異外，其餘情節，殆即彼此之翻版；若謂我最高法院 28 年滬上字第 43 號判例，早已搶在 ASHE v. SWENSON, 397 U.S.436 (1970)一案之前，採納所謂「爭點效」理論，亦不為過。上開最高法院 94 年度台上字第 1783 號判決，對於「爭點效」理論，猶然採取否定之立場，似乎有欠三思。

「爭點效」理論果若適用於我刑事訴訟領域，則以下問題，當可迎刃而解。按，我刑事訴訟法§307 固規定：§303 之不受理判決「得不經言詞辯論為之」，但並非禁止不受理判決之行言詞辯論；設若在為不受理判決之前，曾就作為先

決問題之「實體爭點」進行言詞辯論，並經嚴格之證明，始據為作成不受理判決之基礎，然則，此際之不受理判決，是否具有實體性，而應賦與一定之既判效果，即屬殊值重視之問題。例如，檢察官以殺人未遂罪起訴被告，被告則抗辯所涉犯者僅係傷害罪且未經合法告訴，在此場合，法院於決定是否應以「告訴乃論之罪未經告訴」之理由為不受理判決前，勢須就被告所犯究係「殺人未遂罪」抑係「傷害罪」之「實體爭點」，進行先決問題之判斷。而此一先決「實體爭點」之判斷，顯然不能以自由之證明為已足；設若法院為此召開言詞辯論，進行嚴格之證明，並於判決理由中，說明其得心證之理由，認定被告所犯實係傷害罪，然後以告訴乃論之傷害罪未經告訴為由，依§303III 為不受理判決，全案終因不受理判決而告確定。試問：此一確定之不受理判決，就被告所犯實係傷害罪之「實體爭點」，是否發生既判效果？如檢察官以不受理判決並無既判力為由，於補強證據之調查後，再度以殺人未遂罪起訴被告，法院應如何處理？[105] 關於此一問題，依「爭點效」理論以論，亦即，借用最高法院

[105] 臺灣高雄地方法院 93 年度訴字第 1514 號判決要旨：「按告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴；告訴經撤回者，法院應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第二百三十八條第一項及第三百零三條第三款分別定有明文。另按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實，刑事訴訟法第一百五十四條第二項定有明文。又殺人與傷害之區別，自以有無殺意爲斷，審理事實之法院，應就案內一切證據，詳查審認，視其犯罪之動機、殺傷之次數、所殺傷部位、傷勢程度、犯後態度等綜合判斷，俾爲認定；又殺人與傷害之區別，應以有無殺意爲斷，即行爲人於下手時有無決意取被害人生命爲準，至於被害人受傷處是否致命部位，及傷痕多寡、輕重爲何等，亦僅得供審判者心證之參考，究不能據爲絕對之標準。準此，行爲人於行爲當時，主觀上是否有殺人之故意，除應斟酌其使用之兇器種類、攻擊之部位、行爲時之態度、表示外，尚應深入觀察行爲人與被害人之關係、衝突之起因、行爲當時所受之刺激、下手力量之輕重，被害人受傷之情形及行爲事後之態度等各項因素綜合予以研析。末按，刑事判決得就起訴之犯罪事實變更檢察官起訴所引應適用之法條者，以科刑或免刑判決爲限，檢察官以殺人未遂起訴，經原審審理結果，認爲被告所犯實爲傷害罪，未經合法告訴，則於判決理由欄敘明其理由逕依刑事訴訟法第三百零三條第三款諭知不受理判決即可，尚無適用同法第三百條之餘地。」【經筆者查閱原判決理由全文，本案曾經言詞辯論，行嚴格之證明。蓋非如此，原審法院實無從將實體爭點，即原檢察官所起訴之殺人未遂罪，改認定爲傷害罪也。】

96 年度台上字第 307 號判決要旨之所言：「法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷結果，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷。」及美國聯邦最高法院於 ASHE v. SWENSON , 397 U.S. 436 (1970)一案判決，所謂：「『附帶禁反言 collateral estoppel』(即爭點效 issue preclusion)法則，其簡單之意旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執」而觀，法院對於檢察官再度以殺人未遂罪所為之起訴，大可逕以「爭點效」為立論基礎，認被告所犯實係傷害罪之「實體爭點」，不容再事爭執，而依刑事訴訟法§307 之規定，不經言詞辯論，仍以「告訴乃論之傷害罪未經告訴」為由，逕為**不受理**之判決。

至於前開最高法院於 28 年滬上字第 43 號判例所謂:「自訴人(某乙)之夫某甲，前以上訴人(即被告) 封鎖伊 (某甲) 所住房門，將伊 (某甲) 拘禁在內，提起自訴，業經地方法院認為犯罪不能證明 (即**認定被告並無封鎖房門之行為)**，**諭知無罪**之判決確定在案。茲自訴人 (某乙) 復以當時上訴人 (即被告) 之封鎖房門，氏夫 (某甲) 雖未被拘禁，氏 (某乙) 實被鎖閉房中等情提起自訴，按自訴人 (某乙) 所指上訴人 (即被告) 之犯罪事實，係一個鎖閉房門以拘禁人之行為，其行為既屬一個 (按，僅係自然意義之一行為)，雖兩案自訴人 (某甲、某乙) 所主張被拘禁之人不同 (前一自訴指為拘禁某甲、後一自訴指為拘禁某乙)，亦不過被害法益前後互異，並不因此一端而失其案件之同一性，自訴人 (某乙) 就曾經確定判決之同一案件提起自訴，仍不得謂無刑事訴訟法第二百九十四條第一款（現行§302I）之情形，**自應諭知免訴**」云云，固認就已發生「爭點效」之事實爭點 (即被告並無封鎖房門之行為)，重行起訴，再事爭執，應以「曾經判決確定」為據，而依§302i 諭知免訴判決；然而，依筆者所信，似此情形，

宜認係「起訴之程序違背規定」(蓋其再度之起訴，係對於已發生爭點效之事實爭點，再事爭執，在程序上為不合法)，而逕依刑事訴訟法§303i，諭知不受理之判決；而非以「曾經判決確定」為據，依§302i 諭知免訴判決。以示「爭點效」與乎前述之「排除效」，尚有其本質上之區別。

第 五 節　既判力（實質確定力）之擴張與延展

第 一 款　同一案件

按刑事訴訟，乃對於特定人之特定犯罪事實，為確定國家具體刑罰權之存否及其範圍，而進行之程序。國家刑罰權，本係對於每一被告之每一犯罪事實而存在，故案件之構成，包括被告及犯罪事實。案件是否同一，應以**被告及犯罪事實**是否均相同為準。對於**同一被告、同一犯罪事實**之同一案件，國家僅有一個刑罰權，不容重複起訴、裁判，此即為刑事訴訟法上之一事不再理原則。[106]

然而，是否為同一案件之判斷，其實有其高度之複雜性；並非仰仗「應以**被告及犯罪事實**是否均相同為準」一語，即可輕易解決。由於案件是否同一，攸關既判力之理論與應用，以下當試行比較深入之解析。

在解析「案件是否同一」之前，有一先導性概念頗為重要；亦即「案件」與「訴」之關係。「案件」，係「實體面概念」；一個被告之一個犯罪事實，發生一個刑罰權，為一案件；一個被告之數個犯罪事實，發生數個刑罰權，為數案件；數個被告共犯一個犯罪事實，刑罰權係針對各個被告個別發生，亦為數案件(依據刑罰權之個數計算，重在實體面)。「訴」，係「程序面概念」；一個案件之一次訴訟繫屬，發生一次訴訟關係，是為一訴；一個案件之數次訴訟繫屬，因發生數次訴訟關係，則為數訴；一個被告之數個犯罪事實，或數個被告共犯一個犯罪事實，係數案件，若經以一份起訴書合併起訴，看似只發生一次訴訟繫屬，其實訴訟關係仍針對各個案件個別發生，乃數訴，而非一訴，此種情形，稱為訴之合併(依據訴訟關係之個數計算，重在程序面)。因此，「案

[106] 參照，臺灣高等法院 93 年度上訴字第 1184 號判決要旨。

件」與「訴」之關係，即在於：「一訴必為一案件，數案件必為數訴；但一案件未必僅發生一訴，蓋可能出現重複起訴之情形也。」其中，若有實體上之同一案件，既經本案判決確定，竟又重複起訴，則由於干犯「行為不兩罰」、「案件不兩判」原則之故，即在程序上發生牴觸既判力之效果，法院應逕從程序上以免訴判決駁回重複之起訴。據上以觀，既判力之問題，固係程序面「訴」重複提起之問題，而「訴」之是否重複提起，又必視其「訴」之內容即「案件」在實體上是否同一以為斷。因此，實體面「同一案件」之判斷，對於既判力之理論與應用而言，遂顯格外之重要。

實體面「同一案件」之判斷，應從案件是否具有「單一性」之判斷著手。「案件之單一性」，分為「事實上單一」及「法律上單一」兩種情形。所謂**「事實上單一」**，即**「單純之一罪」**，例如，單一之竊盜行為，構成單一之竊盜罪是；似此「單純之一罪」，在形式上為一罪，在實質上亦為一罪，乃最簡單明瞭之情形，一般而言，不至於滋生疑義。所謂**「法律上單一」**，即「裁判上一罪」及「實質上一罪」。**「裁判上一罪」**，在現行刑法中，僅餘§55「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷」之「想像競合犯」一種，至於原屬「裁判上一罪」之牽連犯 (犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷)、連續犯 (連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論，但得加重其刑至二分之一)，已於 95 年 07 月 01 日因刑法之修正而廢除。「想像競合犯」之例，例如張三圖殺李四，瞄準李四開槍，詎不中李四，卻誤中王五，李四固幸得不死，王五卻因此斃命，張三遂因一行為而觸犯殺人未遂及過失致死兩罪名，在裁判上，依刑法§55 之規定，應從一重之殺人未遂罪處斷，而較輕之過失致死罪，即不再論列；「想像競合犯」所以稱為「裁判上一罪」者，以此。因此，「裁判上一罪」，在形式上為數罪，在實質上亦為數罪，只不過基於立法政策，認為在裁判上從一重處斷為已足，而僅具一罪之價值，乃出於法律觀點之「法律上單一」之一罪，而非「事實上單一」之單純一罪。**「實質上一罪」**，例如結合犯 (刑法§332I 強盜殺人罪)、加重結果犯 (刑法§277II 傷害致死

罪)、繼續犯（組織犯罪條例§3 參與犯罪組織罪）、接續犯、職業犯 (醫師法§28 密醫罪)、吸收犯(§276 過失致死吸收§284 過失傷害、§271I 殺人既遂吸收§271II 殺人未遂、§121 收受賄賂吸收期約賄賂、§216 行使吸收§210 偽造）、包括的一罪(刑法§196I 收集偽造幣券)是。「實質上一罪」，在形式上看似數罪，但國家對之所發生之刑罰權則僅單一，正因刑罰權單一故，因稱為「實質上之一罪」；而與「裁判上之一罪」，不僅在形式上為數罪，且在實質上亦為數罪，國家對之所發生之刑罰權本為複數，只不過在裁判時，從一重處斷者有所不同。茲以結合犯之強盜殺人罪為例，刑法§332I 規定：「犯強盜罪而故意殺人者，處死刑或無期徒刑」，是此一犯罪明係包含「§328I 強盜」與「§271I 殺人」兩罪在內，在形式上看似數罪，但刑法已將此兩罪結合之犯罪型態，特設為「強盜殺人」之獨立罪名，而賦與「處死刑或無期徒刑」之法律效果，從而國家對之所發生之刑罰權僅為單一，乃實質上之一罪；再以加重結果犯之傷害致死罪為例，刑法§277II 規定：「犯前項之罪（傷害罪）因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑」，是此一犯罪明係包含「§277I 故意傷害」與所不預見之加重結果即「§276I 過失致人於死」兩罪在內，[107] 在形式上看似數罪，但刑法已將此因果延長而導致加重結果出現之犯罪型態，特設為「傷害致死」之獨立罪名，而賦與「處無期徒刑或七年以上有期徒刑」之法律效果，從而國家對之所發生之刑罰權僅為單一，亦係實質上之一罪；他如繼續犯、接續犯、職業犯、吸收犯、包括的一罪等情形，亦均因國家對之所發生之刑罰權僅為單一故，俱為實質上之一罪，恕不逐一贅述。凡此實質上之一罪，在形式上為數罪，但以國家刑罰權單一故，因作為一罪處理，乃出於法律觀點之「法律上單一」之一罪，亦非「事實上單一」之單純一罪可比。

由於實體面「同一案件」之判斷，存在「法律上單一」，即「裁判上一罪」及「實質上一罪」之現象，遂使既判力之

[107]「要言之，刑法之處罰結果加重犯，乃處罰其可能預見之結果，而非單純處罰不預見之結果，是不外就行爲之故意與過失競合之點，成立加重處罰之罪而已。」見，韓忠謨，*刑法原理*，作者發行，民國 61 年 8 月增訂 10 版，頁 218。

範圍複雜化，而發生所謂「既判力（實質確定力）擴張」、「既判力（實質確定力）延展」之問題，容進一步申述如后。

第 二 款　既判力（實質確定力）之擴張

「法律上單一」之「裁判上一罪」及「實質上一罪」，在法律上雖作為一罪處理，但由於「裁判上一罪」及「實質上一罪」在形式上本為數罪，即不免發生在案發之初，偵查機關僅發現其形式上數罪中之部分事實，以致只就所發現之部分（顯在性事實）起訴、審判，乃至於判決確定，而遺漏其他（潛在性事實）。在此情形下，一部判決確定（注意，實務上認為限於有罪判決確定）之效力，及於全部；所遺漏之部分（潛在性事實），縱事實上未經起訴審判，亦應認為曾經判決確定，而為既判力所及。如就遺漏之部分再行起訴，法院應依刑事訴訟法§302i 之規定，以「曾經判決確定」為由，諭知免訴之判決。此種既判力放大之效果，學理上稱為「既判力（實質確定力）之擴張」。何故有此「既判力（實質確定力）擴張」之效果？試觀最高法院 32 年上字第 2578 號判例要旨：「刑事訴訟法第二百九十四條第一款（現行§302i）規定，案件曾經判決確定者，應為免訴之判決，係以同一案件，已經法院為實體上之確定判決，該被告應否受刑事制裁，即因前次判決而確定，不能更為其他有罪或無罪之實體上裁判。此項原則，關於實質上一罪或裁判上一罪（如刑法第五十五條及第五十六條之犯罪），其一部事實已經判決確定者，對於構成一罪之其他部分，亦均應適用，此種情形，係因審判不可分之關係，在審理事實之法院，對於全部犯罪事實，按照刑事訴訟法第二百四十六條（現行§267）規定本應予以審判，故其確定判決之既判力，亦自應及於全部之犯罪事實。」當可明瞭。

惟，須注意者，顯在性事實如經**無罪**判決確定，即不生既判力擴張或延展之問題。其經**免訴**、**不受理**判決確定者，本不生既判力，更無論矣。是最高法院 82 年度台非字第 302 號判決要旨，稱：「所謂『**曾經判決確定**』，就裁判上一罪言，乃**專指有罪之判決確定**，如非經有罪判決確定，即無刑事訴

訟法第二百六十七條所規定之一部、全部之關係，既無一部、全部之關係，自亦不發生既判力所及之問題。」；又最高法院 96 年度台上字第 4611 號判決要旨，亦稱：「刑事訴訟法第三百零二條第一款所定『案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決』；及同法第三百零三條第二款所定『已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴，應諭知不受理之判決』，即所謂一事不再理原則，關於實質上一罪或裁判上一罪，固均有其適用，刑法所定之想像競合犯或修正前之連續犯均係裁判上之一罪，其一部分犯罪事實已經提起公訴或自訴或曾經判決確定者，其效力當然及於全部，如檢察官復將其他部分重行起訴，應分別諭知免訴或公訴不受理之判決；然此所謂一部分犯罪事實已經提起公訴或自訴或曾經判決確定者，其效力及於全部，係指已經提起公訴或自訴或判決確定之部分及重行起訴或未經判決部分，**均構成犯罪**，並有連續犯或想像競合犯之關係者而言，**如其一部分不構成犯罪**，即不可能發生連續犯或想像競合犯之關係，自無一部效力及於全部之餘地。」

關於「既判力之擴張」之實例，在「裁判上一罪」之情形，例如，前述「想像競合犯」之例，即張三圖殺李四，瞄準李四開槍，詎不中李四，卻誤中王五，李四固幸得不死，王五卻因此斃命，張三遂因一行為而觸犯殺人未遂及過失致死兩罪名，在裁判上，依刑法§55 之規定，本應從一重之殺人未遂罪處斷；乃案發後，李四驚走他鄉，未於檢察官偵查中出面指控張三殺人未遂之事實，而檢察官又採信張三擦槍走火以致誤斃王五之辯解，遂只將張三以涉犯過失致死罪提起公訴，旋經法院以過失致死罪名判決有罪確定。在此情形下，過失致死罪名之確定判決，其既判力擴張及於未經起訴審判之殺人未遂部分。他日，縱經李四回鄉舉告，而發現殺人未遂之事實，檢察官格於既判力之禁止，亦無從就殺人未遂罪部分再行追訴，否則，其再行之起訴，當受法院為免訴之諭知。至於可否依據刑事訴訟法§422 之規定，為被告之不利益聲請再審，則係另一問題。

在「實質上一罪」之情形，例如，屬於結合犯之「強盜殺人」案件，犯人某甲強盜某乙身懷之鉅款後，立即殺之滅口，某甲所犯乃刑法§332I「犯強盜罪而故意殺人者，處死刑或無期徒刑」之罪，檢警循線緝獲兇嫌某甲後，某甲固坦認殺害某乙不諱，但對於強盜某乙鉅款部分，秘而不宣，只稱為報父仇，所以手刃某乙云云，檢察官為其所蔽，遂只將某甲以涉犯殺人罪提起公訴，旋經法院以殺人罪名判決有罪確定。在此情形下，殺人罪名之確定判決，其既判力擴張及於未經起訴審判之強盜罪部分。他日，縱經發現強盜部分之事實，檢察官格於既判力之禁止，亦無從單就強盜部分，或就結合犯強盜殺人罪之全部再行追訴，否則，其再行之起訴，當受法院為免訴之諭知。至於可否依據刑事訴訟法§422 之規定，為被告之不利益聲請再審，亦係另一問題。

第 三 款　既判力（實質確定力）之延展

屬於「實質上一罪」之「繼續犯」，由於其犯罪行為之繼續性，在時間上呈線狀延展，縱其犯罪已經起訴、審判，乃至於判決確定，但其犯罪行為卻有可能在起訴、審判，乃至於判決確定之過程中仍在繼續進行，而未曾間斷；就繼續犯在實體上本為實質上一罪言，如合併其判決確定前之繼續犯行與乎判決確定後之繼續犯行而為觀察，其實仍為一個繼續犯，而只為一罪；然而，程序上確定判決之既判力，卻不容許作如是觀，亦即，既判力在空間上，須有其橫斷面之最廣統攝範圍，另在時間上，須有其縱斷面之最長延展範圍，而不能毫無限度。前述「既判力之擴張」，即係既判力在空間上、橫斷面之最廣統攝範圍，凡非既判力擴張所及之犯罪，即須另行追訴處罰，而不能因有一次之有罪判決確定，便使判決確定前之其他犯罪統歸豁免，此亦即刑法§50 所以規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之」、§52 規定：「數罪併罰，於裁判確定後，發覺未經裁判之餘罪者，就餘罪處斷」之故；同理，既判力在時間上，亦須有其縱斷面之最長延展範圍，故在時間上有繼續性質之繼續犯，其有罪判決之既判力，必須截取一定之時間點，以作一刀兩段式之處理，

使在此一定時間點以前之繼續犯行，為既判力所及，至在此一定時間點以後之繼續犯行，則屬非既判力所及之另起新犯罪，而應更受追訴及處罰，亦即，此一一定之時間點，乃既判力在時間上、縱斷面所能延展之最後臨界點；訴訟法學就此一定時間點之找定，稱之為「既判力之延展」，以示與「既判力之擴張」有別。[108] 而所找定之時間點，又稱之為「既判力之基準時點」。

刑事訴訟法，自民國 91 年以後之歷次修正，雖稱已改採所謂「改良式當事人進行主義」，但其實仍以職權主義為背景。在職權主義之觀念下，依刑事訴訟法§267「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部」之審判不可分原則，理論上，在最後審理事實之法院辯論終結後，尚未宣判前，法院均有本於職權再開辯論，而就起訴效力所及之全部犯罪加以審判之可能性，因此，唯在案件既經宣判時，因判決已對外發生效力，礙於判決之「羈束力」及「自縛性」，法院始完全喪失依職權再開辯論之機會，其咎既在法院，而非關刑事被告，職是之故，將「既判力之基準時點」定為最後審理事實之法院「宣判時」，最為合乎職權主義之精神；[109]

108 「犯罪事實具有連續性或繼續性者，在實體上爲一罪，在訴訟法上爲同一訴訟客體，具有不可分割性，故檢察官雖就其他犯罪事實之一部起訴，依刑事訴訟法第二百六十七條之規定，其效力及於全部，但其效力及全部之何一時點，自應予以界定，此即刑事既判力時之範圍，亦稱既判力時之基準點，或既判力之延展。」參見，最高法院 82 年度第 4 次刑事庭會議 (一)，刑三庭鍾日成、蔡詩文、楊文翰、黃武次、王德雲研究報告。

109 「按刑事訴訟法第三百零二條第一款規定，案件曾經判決確定者，應爲免訴之判決，係以同一案件，已經法院爲實體上之確定判決，該被告應否受刑事制裁，既因前次判決而確定，不能更爲其他有罪或無罪之實體上裁判，此項原則，關於實質上一罪或裁判上一罪，其一部事實已經判決確定者，對於構成一罪之其他部分，固亦均應適用，但此種事實係因審判不可分之關係在審理事實之法院，就全部犯罪事實，依刑事訴訟法第二百六十七條規定，本應予以審判，故其確定判決之既判力自應及於全部之犯罪事實，惟若在最後審理事實法院宣示判決後始行發生之事實，既非該法院所得審判，即爲該案判決之既判力所不能及（最高法院卅二年上字第二五七八號判例參照），是既判力對於時間效力之範圍應以最後審理事實法院之宣示判決日爲判斷之標準，而上開判例稱「最後審理事實法院」而非謂「最後事實審」，顯然不限於二審判決，因而在未經上訴於二審法院之判決，亦屬相同，否則，如認判決在一審確定者，其既判力延伸至確定之時，則於第一審法院宣示判決後，

而此亦所以與民事訴訟，彼因採取當事人主義，其當事人負有於言詞辯論終結前之適當時期提出攻擊、防禦方法之義務（民事訴訟法§196），應提出而不提出，咎在當事人，不可歸責於法院，乃將「既判力之基準時點」定為最後審理事實之法院「言詞辯論終結時」者，[110] 有所區別之緣故。

刑事訴訟，「既判力之基準時點」既定在最後審理事實之法院「宣判時」，則案件如在第一審確定，其「既判力之基準時點」，當為第一審法院「宣判時」；其案件如在第二審確定，其「既判力之基準時點」，當為第二審法院「宣判時」；須注意者，其案件如在第三審終審確定，由於第三審係法律審，故其「既判力之基準時點」，仍應回溯最後審理事實之法院即第二審法院之「宣判時」。[111] 至若不經言詞辯論之判

因被告逃匿無法送達延宕確定日期，在此期間，被告恣意以概括之犯意連續爲同一罪名之犯行，而受免訴判決，其有違公平正義原則，實非確當。」參見，最高法院 82 年度第 4 次刑事庭會議(一)決議。

110 最高法院 39 年台上字第 214 號民事判例要旨：「判決之既判力，係僅關於爲確定判決之**事實審言詞辯論終結時**之狀態而生，故在確定判決事實審言詞辯論終結後所後生之事實，並不受其既判力之拘束。」42 年台上字第 1306 號民事判例要旨：「訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中經裁判者，當事人之一造以該確定判決之結果爲基礎，於新訴訟用作攻擊防禦方法時，他造應受其既判力之拘束，不得以該確定判決**言詞辯論終結前**，所提出或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法爲與該確定判決意旨相反之主張，此就民事訴訟法第三百九十九條第一項規定之趣旨觀之甚明。」51 年台上字第 665 號民事判例要旨：「所謂既判力不僅關於其**言詞辯論終結前**所提出之攻擊防禦方法有之，即其當時得提出而未提出之攻擊防禦方法亦有之。上訴人前對系爭土地提起確認得標無效及登記應予塗銷之訴，既受敗訴判決且告確定，則其就本件訴訟請求確認買賣關係不存在及登記應予塗消，雖所持理由與前容有不同，然此項理由，乃於前案得提出而未提出者，即仍應受前案既判力之拘束，不容更爲起訴。」大法官釋字第 355 號解釋理由書：「我國民事訴訟採言詞審理主義與自由順序主義，當事人之攻擊或防禦方法，得於言詞辯論終結前提出，爲民事訴訟法第一百九十六條所規定。又依同法第四百四十七條意旨，當事人於第二審言詞辯論終結前亦得提出新攻擊或防禦方法。惟事件上訴第三審法院後，依同法第四百七十六條第一項意旨，應以第二審判決確定之事實爲判決基礎，不得再行提出新攻擊或防禦方法，就證據言，當事人自應就已存在並已知悉而得提出之證物，於事實審言詞辯論終結前全部提出。確定終局判決之既判力，其基準時，以事實審言詞辯論終結時爲準，即係基於上述原因。」

111 最高法院 84 年度台非字第 363 號判決要旨：「案件曾經判決確定者，依刑事訴訟法第三百零二條第一款之規定，法院即應爲免訴之判決；故對於已經提

決 (例如簡易判決、協商判決)，因不經宣示之故，即應以其判決正本最先送達於當事人之時，為其判決對外發生效力之時，而以之為「既判力之基準時點」。[112]

關於「既判力延展」之實例，可以組織犯罪防制條例§3「參與犯罪組織罪」為說明。最高法院 89 年度台上字第 2049 號判決要旨，謂：「『按凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加』（司法院大法官會議釋字第六十八號解釋），依上開解釋，**舉凡參加以犯罪宗旨之犯罪組織者**，其一經參加，犯罪固屬成立，惟在未經自首或有其他事實證明其確已脫離該犯罪組織以前，其違法情形仍屬存在，**在性質上屬行為繼續之繼續犯**，其間法律縱有變更，但其行為既繼續實施至新法施行

起公訴或自訴之同一案件，在同一法院重行起訴者，倘先行起訴或自訴部分，業經實體上之判決確定，則重行起訴部分，即應爲免訴之判決，而無論知不受理之可言。此項原則，不論實質上之一罪，或想像競合犯、牽連犯、連續犯等裁判上之一罪，其一部事實已經判決確定者，對於構成一罪之其他部分，均有其適用，乃因基於審判上不可分之關係，在審理事實之法院，對於全部犯罪事實，**本應依法均予審判**，故其判決確定之既判效力，自應及於全部之犯罪事實，若在最後審理事實法院宣示判決後，始行發生之事實，既非該法院所得審判，即爲該案判決之既判力所不能及。是既判力對於**時間效力之範圍**，係以最後審理事實法院之**宣示判決日**爲判斷之標準，得上訴於第二審之第一審刑事判決，如未據上訴，其既判力之時點，自應至宣判之日。」85 年度台非字第 348 號判決要旨：「既判力對於**時間效力之範圍**，係以最後審理事實法院之**宣示判決日**爲判斷之標準，得上訴於第二審之第一審刑事判決，如於上訴第二審後，又依法撤回上訴，其上訴撤回之日，雖爲判決確定日，但其既判力之時點，基於上開原則，仍應以第一審**宣示判決之日**爲其準據。」

112 最高法院 95 年度台非字第 99 號判決要旨：「按判決應宣示之，但不經言詞辯論之判決，不在此限，刑事訴訟法第二百二十四條第一項定有明文。又裁判製作裁判書者，除有特別規定外，應以正本送達於當事人、代理人、辯護人及其他受裁判之人，同法第二百二十七條第一項亦有明定。是裁判如經宣示者，於宣示時對外發生效力；如未經宣示、公告時，則於該裁判送達於當事人、代理人、辯護人或其他受裁判之人時，始對外發生裁判之效力。而經宣示之判決，於最後審理事實法院宣示判決後始行發生之事實，既非該法院所得審判，即爲該案判決之既判力所不及，其既判力對於時間效力之範圍，應以最後審理事實法院之宣示判決日爲判斷之標準，因而得上訴於高等法院之第一審刑事判決經宣示者，如未據上訴，其既判力之時點，固應至宣判之日；惟若第一審之確定判決，因未經言詞辯論，而未宣示及對外公告，即**應以其正本最先送達於當事人之時，對外發生效力**，而以之爲該確定判決既判力範圍之時點。」

後，自無行為後法律變更之可言（見司法院釋字第三八五九號解釋）。」因此，設有被告 A 某，涉犯組織犯罪防制條例§3「參與犯罪組織罪」，而經起訴、審判，乃至於判決確定，奈其犯罪行為卻在起訴、審判，乃至於判決確定之過程中仍在繼續進行，而未曾間斷；則其「參與犯罪組織罪」確定判決之既判力，其「既判力之基準時點」，只能延展至於最後審理事實之法院「宣判時」，在此基準時點之後，所繼續之「參與犯罪組織罪」之行為，已屬非既判力所及之另起新犯罪，而應更受「參與犯罪組織罪」之追訴及處罰。

第 四 款　實體法上「行為不兩罰」與程序法上「案件不兩判」之交錯

「既判力」之用語，在我國，係一作為「統稱」之名詞，乃上位觀念。析述之，則為「案件曾經判決確定」與「一事不再理」兩項下位觀念。按，我刑事訴訟法§302i 規定：「案件有左列情形之一者，應諭知免訴之判決：一、曾經判決確定者。------」此一規定中與「既判力」有關之文字，厥為兩端，其一為「應諭知免訴判決」，其二為「案件曾經判決確定」。從「既判力」之角度看，「應諭知免訴判決」，表現為既判力「一事不再理」之作用，乃既判力之程序作用，即「案件不兩判」;「案件曾經判決確定」，則表現為既判力「實質確定力」之作用，乃既判力之實體作用，即「行為不兩罰」。此兩項作用之關係，前者為果，後者為因；亦即，所以有「應諭知免訴判決」(程序上案件不兩判) 之結果，實以「案件曾經判決確定」(實體上行為不兩罰) 為原因。按「行為不兩罰」本係刑事實體法立法上之大原則，於此則投影於刑事程序法中，藉助「案件曾經判決確定」之既判力「實質確定力」之作用，以與「應諭知免訴判決」之既判力「一事不再理」之作用接軌，而透過程序上免訴判決之諭知，用達「行為不兩罰」之終極目的。蓋刑事實體法為目的法，而刑事程序法為手段法；手段係為服務目的而存在；茲既判力「實質確定力」之作用，既充為刑事實體法與刑事程序法間之橋梁，用來溝

通目的與手段，藉以鞏固刑事實體法「行為不兩罰」之終極目的，實正足以充分說明此一手段與目的間之關係。

然而，刑事實體法上「行為不兩罰」原則所衍生之狀況，盤根錯節，層出不窮，亦有刑事程序法上既判力「實質確定力」之作用難以招架之時候。此際，刑事實體法上「行為不兩罰」原則，當即自行發揮功能，逕以程序上再度之訴追，牴觸「行為不兩罰」原則之故，成其為以免訴判決駁回程序上再度訴追之獨立理由，而不再假借既判力「實質確定力」之作用為橋梁。從而發生刑事實體法上「行為不兩罰」原則，與刑事程序法「案件不兩判」（一事不再理）原則，直接交錯之現象。

上述刑事實體法上「行為不兩罰」原則，自行發揮功能，逕以程序上再度之訴追，牴觸「行為不兩罰」原則之故，成其為以免訴判決駁回程序上再度訴追之獨立理由，而不再假借既判力「實質確定力」之作用為橋梁之情形，見於加重結果犯 (例如刑法§277II 傷害致死罪)、吸收犯（例如§276 過失致死吸收§284 過失傷害、§271I 殺人既遂吸收§271II 殺人未遂）等犯罪。此等加重結果犯、吸收犯之犯罪型態，本亦「實質上一罪」之一種；但於某種場合，就其行為與結果間之因果聯絡言，在時間上卻可能呈現線狀之延伸，雖其最初之犯罪，已經起訴、審判，乃至於判決確定，奈其整個犯罪之因果聯絡，卻在起訴、審判，乃至於判決確定之過程中，仍在繼續進行中，而未曾間斷；因此，此種因果聯絡延緩完成之情形，頗類「實質上一罪」之「繼續犯」，然而，卻大有不同。舉例言之，某甲涉嫌以傷害之故意，痛毆某乙成傷，經某乙訴由檢察官將某甲以傷害罪提起公訴，旋經法院為實體判決（有罪或無罪）確定，乃某乙因傷情惡化，於某甲傷害罪判決確定後，始告不治死亡，茲此一傷害致死之加重結果，係由於因果聯絡之延緩完成，而未能在傷害一案之審判中及時併同論究，問：此一遲來之傷害致死罪名，可否再行追訴、處罰？當然，同樣之問題，亦可發生於先是過失傷害，判決確定後，由於死亡結果之出現，致罪名升高為過失致

死；先是殺人未遂，判決確定後，由於死亡結果之出現，致罪名升高為殺人既遂等情形。

按，以上所舉「傷害（判決確定）→傷害致死」、「過失傷害（判決確定）→過失致死」、「殺人未遂（判決確定）→殺人既遂」諸例，其特殊性在於，無論其因果聯絡係如何延緩完成，追本溯源，俱係出於自然意義之單一行為所導致。而「單一行為之處罰一次性」，亦即「行為不兩罰」，乃刑事實體法上之大原則，[113] 並與刑事程序法上既判力之「實質確定力」之作用，遙相呼應。然而，上述諸例所生「實質確定力」客觀範圍之問題，卻非「實質確定力（既判力）之擴張」、「實質確定力（既判力）之延展」等理論所能解決。其結果，原來屬於程序法上既判力之「實質確定力」所需解決之問題，可能轉為有賴刑事實體法上「行為不兩罰」原則自行發揮功能，始足以克服。

茲以加重結果犯為例，進一步說明如下：

刑法第17條規定「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之」，是為加重結果犯處罰上之限制規定。[114] 依此規定可知，加重結果犯乃以【故意犯一罪＋致發生行為人能預見而未預見之一定加重結果＝加重其刑之加重結果犯】之型態而存在。若依「行為人能預見而未預見之一定加重結果」而論，復可區分為兩種情形如下：

（一）、行為人對於「能預見而未預見之一定加重結果」之發生，負有過失責任，而本可另行成立一項過失之犯罪。在此情形，加重結果犯乃以**【故意犯＋過失犯＝加重結果犯】**或**【故意之<u>基本罪</u>＋過失之<u>加重結果</u>＝加重結果犯】**之型態

[113] 刑法§55 所規定「一行爲而觸犯數罪名者，從一重處斷」之想像競合犯，其所謂「一行爲」，亦係自然意義之單一行爲，正因行爲單一之故，基於「行爲不兩罰」之原則，乃規定爲應「從一重處斷」。民國 94 年 02 月 02 日刑法§55 修正時，其立法理由亦稱：有關想像競合犯之實質根據，通說均以「單一行爲之處罰一次性」作爲說明。

[114] 47年台上字第920號判例要旨：加重結果犯，以行爲人能預見其結果之發生爲要件，所謂能預見乃指客觀情形而言，與主觀上有無預見之情形不同，若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍。

而存在。例如，刑法§277II 之傷害致死罪，本係故意犯§277I 之傷害罪，卻導致能預見而未預見之致死結果，遂另犯§276I 過失致人於死罪，是本罪乃以**【故意傷害罪＋過失致人於死罪＝傷害致死罪】**之型態而存在。國家對此特殊型態之傷害致死罪，僅有單一之刑罰權，即§277II 所規定之法定本刑「處無期徒刑或七年以上有期徒刑」是。在德國，認加重結果犯係一個故意性質之犯罪外加一個過失導致之結果而成立之特別犯罪類型，殆指此種情形而言。[115] 凡此情形，均可謂係形式上數罪而實質上一罪之犯罪。如檢察官先就「故意之基本罪 (傷害罪)」提起公訴，在事實審審理中，「過失之加重結果 (傷害所致之死亡結果)」 始行發生，依刑事訴訟法§267「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部」之規定，自有起訴不可分、審判不可分原則之適用。是，最高法院判例乃謂：「傷害致死罪，係屬結果加重罪之一種，檢察官既就其傷害罪起訴，依刑事訴訟法第 267 條規定，其效力及於全部，法院自得加以審判（41 年台上字第 113 號）。」然而，如其死亡結果係在傷害罪判決確定後始行發生，則該傷害罪確定判決「實質確定力」客觀範圍之問題，卻非「實質確定力之擴張」、「實質確定力之延展」等理論所能解決。其結果，原來屬於程序法上既判力之「實質確定力」所需解決之問題，可能轉為有賴刑事實體法上「行為不兩罰」原則自行發揮功能，始足以克服。詳見後述。

（二）、行為人所故意犯之一罪，與其後所發生「能預見而未預見之一定加重結果」間，不存在相當因果關係，行為人就其結果，本可不負責任，亦不另行成立犯罪；但因行為人所故意犯之一罪，成其為結果發生之條件，刑法特結合兩者，使之成為有加重其刑規定之加重結果犯。在此情形，加重結果犯乃以**【故意犯＋不成立犯罪之單純加重結果＝加重結果犯】**之型態而存在。例如，刑法§226II之強制性交致被害人羞忿自殺罪，其強制性交固係犯罪，但致自殺則屬單純之加重結果，行為人並不另單獨成立犯罪，是並非形式上數罪而實質上一罪之犯罪，且強制性交係致自殺之單純條件，

[115] 楊建華，刑法總則之比較與檢討，作者發行，民國 71 年 3 月出版，頁 110。

其對於自殺結果之發生，不必具有相當因果關係。是本罪乃以**【強制性交（成立犯罪之基本罪）＋被害人羞忿自殺（不另成立犯罪之加重結果）＝強制性交致被害人羞忿自殺罪】**之型態而存在。國家對此特殊型態之強制性交致被害人羞忿自殺罪，僅有單一之刑罰權，即§226II所規定之法定本刑「處十年以上有期徒刑」是。在日本，實務上就加重結果犯之行為與結果間之因果關係，所以放寬相當因果關係說，而改採條件說者，殆如此種情形是。[116] 不過，由於其依然有犯罪事實之一部（強制性交）與全部（強制性交+致自殺）之分，故與單純之一罪仍有區別。在刑事訴訟法§267之立場言，「檢察官就犯罪事實一部（強制性交）起訴者，其效力及於全部（強制性交＋致被害人羞忿自殺）」，而有起訴不可分、審判不可分原則之適用，法院自得就全部加以審判。然而，如其「被害人羞忿自殺」之結果係在「強制性交罪」判決確定後始行發生，則該「強制性交罪」確定判決「實質確定力」客觀範圍之問題，卻非「實質確定力之擴張」、「實質確定力之延展」等理論所能解決。其結果，原來屬於程序法上既判力之「實質確定力」所需解決之問題，可能轉為有賴刑事實體法上「行為不兩罰」原則自行發揮功能，始足以克服。詳見後述。

以上兩種型態之加重結果犯，所出現諸如「傷害致死罪，其死亡結果係在傷害罪判決確定後始行發生」、「強制性交致被害人羞忿自殺罪，其被害人羞忿自殺之結果係在強制性交罪判決確定後始行發生」等情形，歸納言之，均無非係行為人所故意犯之一罪，先發生故意使其發生之中間結果，然後再升高而發生「行為人能預見而未預見之加重結果」，其間僅存在單一之相當因果關係，亦即無論中間結果或加重結果，均係「自然意義之一行為」即「行為人所故意犯之一罪，其資以實行之行為」所惹起，情形有如想像競合犯之為「自然意義之一行為」而觸犯數罪名者然。在此意義下，加重結果犯乃以**【故意犯之實行行為＋故意使其發生之中間結果＋行為人能預見而未預見之加重結果＝加重結果**

[116] 楊建華，同前註，頁 110-11。

犯】之型態而存在。例如，前述傷害致死罪之例，即係以【傷害之實行行為（自然意義之一行為）＋傷害結果（中間結果）＋死亡結果（加重結果）＝傷害致死罪】之型態而存在；另強制性交致被害人羞忿自殺罪之例，則係以【強制性交之實行行為（自然意義之一行為）＋違反被害人意願而性交之結果（中間結果）＋被害人羞忿自殺之結果（加重結果）＝強制性交致被害人羞忿自殺罪】之型態而存在。凡此情形，基於「單一行為之處罰一次性」及「行為不兩罰」之原理，如檢察官就犯罪事實之一部【傷害之實行行為（自然意義之一行為）＋傷害結果（中間結果）】以傷害罪名起訴，業已判決確定，然後【死亡結果（加重結果）】始行發生，則不論前此傷害罪之確定判決為有罪或無罪，均不得再就犯罪事實全部即傷害致死罪更行訴究。因此，最高法院判例乃謂：「被告前被自訴之傷害行為，既與被害人之死亡有因果關係，則傷害行為與因傷致死之結果，**明係同一事實**，其**傷害**部分既經判決（**有罪**）確定，自不能再就傷害致人於死部分重行受理，原審諭知免訴之判決，於法委無不合。（30 年上字第 2747 號）」；司法院解釋亦稱：「自訴人自訴**傷害**，經判決被告**無罪**，確定後自訴人死亡，屍親復以自訴人係傷害致死，訴經檢察官偵查起訴，又判決被告無罪，檢察官對於第二判決上訴，第二審自應依刑事訴訟法第三百六十一條第一項、第二百九十四條改判免訴。（院字第 2271 號解釋）」。以上兩件實例，所以認再行起訴之傷害致死罪應判決免訴者，均係出於「單一行為之處罰一次性」及「行為不兩罰」之原理，而非基於§267 起訴不可分、審判不可分及「實質確定力擴張」之理論。蓋前者（30 年上字第 2747 號判例）傷害部分雖經判決**有罪**確定，但死亡結果（加重結果）在既判力之基準時點 (最後審理事實之法院宣判時)之前，尚未發生，審理事實之法院本無從加以審判，而非應予審判而未審判，是「實質確定力擴張」理論之基礎不存在，故難以藉助「實質確定力擴張」之理論，以說明再行起訴之傷害致死罪何以業已判決確定，而應判決免訴；又後者（院字第 2271 號解釋）傷害部分係經判決**無罪**確定，而無罪之確定判決本

不足以發生「實質確定力擴張」之效果，則再行起訴之傷害致死罪所以應判決免訴者，其非藉助「實質確定力擴張」之理論，尤見明瞭也。[117]

據上可知，刑事實體法上「行為不兩罰」原則所衍生之狀況，盤根錯節，層出不窮，確亦有既判力「實質確定力」之作用難以招架之時候。此際，刑事實體法上「行為不兩罰」原則，當即自行發揮功能，逕以程序上再度之訴追，牴觸「行為不兩罰」原則之故，成其為以免訴判決駁回程序上再度訴追之獨立理由，而不再假借既判力「實質確定力」之作用為橋梁。從而發生刑事實體法上「行為不兩罰」原則，與刑事程序法「案件不兩判」原則，直接交錯之現象。是不可不察焉。

第 六 節　既判力（一事不再理）之例外；為被告之不利益聲請再審

既判力之實體作用，在於擔保「行為不兩罰」；程序作用，在於擔保「案件不兩判」。因此，刑事訴訟法§302i 乃規定，案件曾經（實體）判決確定者，應諭知免訴之判決，而逕從程序上駁回二度之起訴，以避免「行為不兩罰」、「案件不兩判」之原則遭受破壞。職是之故，禁止二度起訴之既判力法則，利在被告；對比英美二重危險法則以論，可謂既判力法則實係具有憲法高度之人權保障法則。

然而，我刑事訴訟法§422，卻設有為被告之不利益聲請

---

117 更有進者，傷害部分在經判決有罪或無罪確定後，始又發生死亡結果（加重結果）之情形，甚至再審程序亦無從救濟。此參以最高法院就【過失行爲＋傷害結果＋死亡結果＝過失致死】之案例所持之見解，足以知之。最高法院指出：「計程車司機甲因過失撞傷乙（按，可以比擬爲故意傷害），經告訴提起公訴，判處傷害罪刑確定後，乙因該傷死亡（按，可以比擬爲傷害致死），檢察官依刑事訴訟法第四百二十二條第二款聲請再審。按刑事訴訟法再審編所稱發見確實新證據，係指當時已經存在而發見在後或審判時未經注意之證據，且能證明原確定判決所認定之事實爲錯誤者而言，與在認定事實後，因以論罪處刑所應依據之法律無涉（參照三十五年特抗字第二十一號判例）。本題甲以傷害判處罪刑確定前，既無乙死亡之事實，其證據當不存在，即非審判時未經注意之證據。質言之，原判決所認定之事實並無錯誤，自不得因事後發生之事實，聲請再審。（最高法院 65 年度第 7 次刑庭庭推總會議決議）」。

國立臺灣大學法學期刊公開徵稿

再審之規定，以挑戰確定判決之既判力，而置被告於二度危險之中。

刑事訴訟法§422 規定：「有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後，有左列情形之一者，為受判決人之不利益，得聲請再審：一、有第四百二十條第一款、第二款、第四款或第五款之情形者。二、受無罪或輕於相當之刑之判決，而於訴訟上或訴訟外自白，或發現確實之新證據，足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實者。三、受免訴或不受理之判決，而於訴訟上或訴訟外自述，或發見確實之新證據，足認其並無免訴或不受理之原因者。」依此規定，被告於案經判決確定後，其可能因檢察官或自訴人之聲請再審（§428），而再度開啟審判（§436）之情形，可分析如下：

（一）、被告經有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後，發現有 1.原判決所憑之證物已證明其為偽造或變造者（§420Ii 之情形）；2.原判決所憑之證言、鑑定或通譯已證明其為虛偽者（§420Iii 之情形）；3.原判決所憑之通常法院或特別法院之裁判已經確定裁判變更者（§420Iiv 之情形）；4.參與原判決或前審判決或判決前所行調查之法官，或參與偵查或起訴之檢察官，因該案件犯職務上之罪已經證明者，或因該案件違法失職已受懲戒處分，足以影響原判決者（§420Iv 之情形）等四種情形之一，如認為被告已因此於原確定判決中平白獲得某種利益，而經由聲請再審之再度開啟審判，可以追回實質正義時，檢察官或自訴人即可聲請再審。例如，被告雖經有罪判決確定，卻因有上開偽造證物之情形，足認其若非偽造證物即有應受重刑判決之犯罪事實是；再如，被告已經無罪判決確定，卻因有上開證人偽證之情形，足認其若非證人偽證即有應受有罪判決之犯罪事實是；又如，被告已經免訴或不受理判決確定，卻因有上開法官因該案件犯職務上枉法裁判之罪之情形，而足認其並無免訴或不受理之原因是。

（二）、被告雖經有罪判決確定，而於訴訟上或訴訟外自白，或發現確實之新證據，足認其原受之確定判決為輕於相當之刑之判決，而有應受重刑判決之犯罪事實時，檢察官或自訴

人亦可聲請再審。

（三）、被告經無罪判決確定，而於訴訟上或訴訟外自白，或發現確實之新證據，足認其有應受有罪判決之犯罪事實時，檢察官或自訴人亦可聲請再審。

（四）、被告經免訴或不受理之判決確定，而於訴訟上或訴訟外自述，或發見確實之新證據，足認其並無免訴或不受理之原因時，檢察官或自訴人亦可聲請再審。

以上各種為被告之不利益聲請再審，有法定期間之限制，即「於判決確定後，經過刑法第八十條第一項期間二分之一者，不得為之」(§425)。因此，例如，被告涉犯刑法§310I之誹謗罪，法定最重本刑為有期徒刑 1 年，依現行刑法§80Iiii之規定，其追訴權時效期間為 10 年，設若檢察官趕在時效期間 10 年之最末日提起公訴，歷經一、二審之審判，於第 11 年之末日二審法院判決被告無罪確定；嗣被告於訴訟上或訴訟外自白，或發現確實之新證據，足認其有應受有罪判決之犯罪事實時，檢察官或自訴人之聲請再審，須自第 11 年之末日判決確定時起算，在未經過原時效期間 10 年之二分之一即 5 年之法定期間內為之。其結果，在第 16 年之末日，檢察官或自訴人猶有機會聲請再審，而重開審判之門。此則無異以程序法之規定，變相延長實體法所規定之時效期間，而使本該享受時效保障之被告，蒙受重大之不利益。

又上開「(四)、被告經免訴或不受理之判決確定，而於訴訟上或訴訟外自述，或發見確實之新證據，足認其並無免訴或不受理之原因時，檢察官或自訴人亦可聲請再審」之規定，尤其啟人疑問。蓋免訴或不受理之判決，一般認係程序上之判決，並不發生實質確定力，原無禁止二重起訴之效果；是在免訴或不受理之判決確定後，果發現有並無免訴或不受理之原因時，則更行起訴便可解決問題，何勞以聲請再審之迂迴方式而為之？可見此一聲請再審之迂迴規定，意在變相延長實體法所規定之時效期間，以規避既判力二重起訴之禁止，實甚明瞭。

檢察官或自訴人為被告之不利益聲請再審，「法院認為有再審理由者，應為開始再審之裁定(§435I)」。「開始再審之

裁定確定後，法院應依其審級之通常程序，更為審判(§436)」。而此一依其審級之通常程序，更為之審判，「本質上為原訴訟程序之再開或續行，並非另一新訴訟關係」。[118] 且其更為審判之結果，如為被告有罪之判決，並無不利益變更禁止原則之適用，而可對於被告大開殺戒。[119] 於是，再審程序乃成為規避既判力二重起訴之禁止，以行再度訴追之巧門。此在英美二重危險法則之下，乃屬絕對禁止之事。

抑有進者，前此吾人在討論「既判力（實質確定力）擴張」之際，曾舉實例稱：【關於「既判力之擴張」之實例，在「裁判上一罪」之情形，例如，前述「想像競合犯」之例，即張三圖殺李四，瞄準李四開槍，詎不中李四，卻誤中王五，李四固幸得不死，王五卻因此斃命，張三遂因一行為而觸犯殺人未遂及過失致死兩罪名，在裁判上，依刑法§55 之規定，本應從一重之殺人未遂罪處斷；乃案發後，李四驚走他鄉，未於檢察官偵查中出面指控張三殺人未遂之事實，而檢察官又採信張三擦槍走火以致誤斃王五之辯解，遂只將張三以涉犯過失致死罪提起公訴，旋經法院以過失致死罪名判決有罪確定。在此情形下，過失致死罪名之確定判決，其既判力擴張及於未經起訴審判之殺人未遂部分。他日，縱經李四回鄉舉告，而發現殺人未遂部分之事實，檢察官格於既判力之禁止，亦無從就殺人未遂罪部分再行追訴，否則，其再行之起訴，當受法院為免訴之諭知。<u>至於可否依據刑事訴訟法§422之規定，為被告之不利益聲請再審，則係另一問題</u>。】又，【在「實質上一罪」之情形，例如，屬於結合犯之「強盜殺人」案件，犯人某甲強盜某乙身懷之鉅款後，立即殺之滅口，某甲所犯乃刑法§332I「犯強盜罪而故意殺人者，處死刑或無期徒刑」之罪，檢警循線緝獲兇嫌某甲後，某甲固坦認殺害某乙不諱，但對於強盜某乙鉅款部分，秘而不宣，只稱為報父仇，所以手刃某乙云云，檢察官為其所蔽，遂只將某甲以

[118] 參見，最高法院 89 年度第 5 次刑事庭會議決議。

[119] §439「不利益變更禁止原則」，即「為受判決人之利益聲請再審之案件，諭知有罪之判決者，不得重於原判決所諭知之刑」之規定，僅適用於「為受判決人之利益聲請再審之案件」。

」

涉犯殺人罪提起公訴，旋經法院以殺人罪名判決有罪確定。在此情形下，殺人罪名之確定判決，其既判力擴張及於未經起訴審判之強盜罪部分。他日，縱經發現強盜部分之事實，檢察官格於既判力之禁止，亦無從單就強盜部分，或就結合犯強盜殺人罪之全部再行追訴，否則，其再行之起訴，當受法院為免訴之諭知。至於可否依據刑事訴訟法§422 之規定，為被告之不利益聲請再審，亦係另一問題。】而吾人所以在介紹兩則實例之最後，均附上「至於可否依據刑事訴訟法§422 之規定，為被告之不利益聲請再審，則係另一問題」一語者，蓋在預告此兩則實例，依「既判力（實質確定力）擴張」之理論，固均禁止檢察官就既判力（實質確定力）擴張所及之潛在性事實，即其所發現「殺人未遂部分之事實」、「強盜部分之事實」，再行訴追，否則，其再行之起訴，當受法院逕為免訴之諭知；然而，檢察官卻可採取迂迴戰術，轉依刑事訴訟法§422ii：「受輕於相當之刑之判決，而發現確實之新證據，足認其有應受重刑判決之犯罪事實者，得為受判決人之不利益聲請再審」之規定，以聲請再審為手段，而重啟審判之門，並陷被告於二重危險之中。然則，一項法律制度之內涵，竟有如此自相矛盾之設計，豈不荒謬？職是之故，處於對立狀態之「既判力（實質確定力）擴張理論」與「為受判決人之不利益聲請再審」，勢須廢棄其一，否則，荒謬難解。問題是，究須廢棄何者？若以「既判力法則」乃具有憲法高度之人權保障法則，而 「為受判決人之不利益聲請再審」，則正與此一人權保障法則背道而馳為衡，不言而喻，所當廢棄者，自唯「為受判決人之不利益聲請再審」是問，復奚疑？

總之，我刑事訴訟法關於「為被告之不利益聲請再審」之規定，不僅有諸多不合理之處，抑且侵蝕「既判力法則之為具有憲法高度之人權保障法則」，而有違憲之虞。誠有嚴肅檢討之必要。

第 七 節　結 語

本章之論述，重在探討既判力法則理論之內涵，及其在實務上之應用。茲歸納其要點如下：

壹、在大陸法系，提及類似二重危險之概念時，通常稱之為「res judicata」或「non bis in idem」。「res judicata」意為「案件曾經判決確定」；「non bis in idem」意為「一事不再理」。在我國，將兩者合稱為「既判力」。

貳、「既判力」之用語，在我國，係一作為「統稱」之名詞，乃上位觀念。析述之，則為「案件曾經判決確定」與「一事不再理」兩項下位觀念。按，我刑事訴訟法§302i 規定：「案件有左列情形之一者，應諭知免訴之判決：一、曾經判決確定者。------」此一規定中與「既判力」有關之文字，厥為兩端，其一為「應諭知免訴判決」，其二為「案件曾經判決確定」。從刑事程序法「既判力」之角度看，「應諭知免訴判決」，表現為既判力「一事不再理」之作用，乃既判力之程序作用，即「案件不兩判」；「案件曾經判決確定」，則表現為既判力「實質確定力」之作用，乃既判力之實體作用，即「行為不兩罰」。此兩項作用之關係，前者為果，後者為因；亦即，所以有「應諭知免訴判決」(程序上案件不兩判) 之結果，實以「案件曾經判決確定」(實體上行為不兩罰)為原因。總之，所謂「既判力」，係由「一事不再理 (案件不兩判)」與「實質確定力 (行為不兩罰)」兩項作用所構成。

參、裁判在形式上確定之後，是否發生實質確定力，可區分為幾種情形以觀，即 (一)、發生「既判力」之確定裁判；一般情形下，係指「有罪」或「無罪」之實體上確定判決而言。「既判力」發生後，「追訴權消滅」；禁止就同一案件重行訴追。(二)、發生「類既判力」之確定裁判；例如刑事訴訟法§161II 駁回公訴之裁定、§326III 駁回自訴之裁定是。「類既判力」發生後，「追訴權殘存」；如有發現新事實、新證據等情形，例外許可再度起訴。(三)、全無實質確定力可言之確定裁判；

例如刑事訴訟法§303 不受理判決、§304 管轄錯誤判決、§333 駁回自訴之裁定是。在此情形下，「追訴權完好無缺」；不發生一事不再理之問題。(四)、至於§302「免訴」之確定判決，是否發生「既判力」，則聚訟紛紜，尚非可一概而論。依筆者所信，經「言詞辯論」並「嚴格證明」之免訴判決，應發生「既判力」；反之，未經「言詞辯論」，只行「自由證明」之免訴判決，無「既判力」可言。

肆、何以確定裁判，有發生「既判力」、發生「類既判力」及「全無實質確定力可言」之分，其關鍵之所在，則「嚴格證明」與「自由證明」之區別，居於首要。「嚴格證明也者，既判力所由生之前提也！」 換言之，「未經嚴格證明之裁判，不生既判力！」 而「嚴格證明」之進行，必須在「制式言詞辯論」中為之，是又可歸納為，「言詞辯論也者，既判力所由生之基礎也！」換言之，「未經言詞辯論之裁判，不生既判力！」(但有例外)。職是之故，有罪、無罪判決，因所判斷者乃國家刑罰權之有無及其範圍，亦即，係就本案訴訟標的（國家刑罰權）所為「實體事實」之認定，已行「嚴格證明」，必經「言詞辯論」，乃實體判決，一經確定，當然發生既判力。「自由證明也者，確定裁判所以不生既判力之原因也！」 換言之，「僅經自由證明之裁判，不生既判力！」而「自由證明」之進行，毋須經由「制式言詞辯論」而為之，是又可歸納為，「言詞辯論之欠缺，確定裁判所以不生既判力之緣故也！」 換言之，「未經言詞辯論之裁判，不生既判力！」(但有例外)。然而，依我刑事訴訟法之設計，卻也有僅經自由證明而未經言詞辯論之裁判，時亦足以發生類既判力之情形，例如，刑事訴訟法§161II、§326III 所規定「駁回公訴」及「駁回自訴」之裁定是。

伍、既判力之實體面作用，表現在「實質確定力（行為不兩罰）」及「排除效」之上。首**就「實質確定力」，即「行為不兩罰」言**，同一行為既經「有罪或無罪」之實體判決確定後，即構成刑事訴訟法§302i 所稱之「案件曾經判決確定」，從而

即無對於同一行為再加處罰之餘地；於是，刑事程序法上既判力實體作用之「實質確定力」發生，並以此為因，而導出如有第二度之訴追提起，即「應諭知免訴判決」之果。所謂「行為不兩罰」，並非數理之觀念，自不能以「同一行為」之前後兩次審判，有無宣告刑罰，或所宣告刑罰之輕重，以定是否同一「行為」之遭受「兩次處罰」；因此，「事實上同一」之「同一行為」，如其前後兩次審判，均為有罪判決，「有罪」加「有罪」，固屬「行為之兩罰」，應受「行為不兩罰」之禁止；即若第一次審判為無罪，第二次審判為有罪，「無罪」加「有罪」，亦屬「行為之兩罰」，蓋對於同一行為之每次訴追，均含有欲加制裁之實體目的 (即刑法追訴權之行使)，第一次審判之「無罪」判決，係其制裁目的之消極完成，第二次審判之「有罪」判決，則係其制裁目的之積極完成；「消極完成」與「積極完成」等價，於是，「消極完成」加「積極完成」，仍構成「行為之兩罰」，而應受「行為不兩罰」之禁止。演繹而言，「有罪」加「無罪」；「無罪」加「無罪」，莫不皆然。

陸、既判力之實體面作用，表現在「實質確定力（行為不兩罰）」及「排除效」之上。茲**就「排除效」言**，所謂「排除效」，係指「為訴訟標的之法律關係於確定之終局判決中經裁判後，該確定終局判決中有關訴訟標的之判斷，即成為規範當事人間法律關係之基準，嗣後同一事項於訴訟中再起爭執時，當事人不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之判斷，其作用在於避免先後矛盾之判斷（按即排除效）」，因此，「當事人之一造以該確定判決之結果為基礎，於新訴訟用作攻擊防禦方法時，他造應受其既判力之拘束（既判力之「遮斷效」、「失權效」或「排除效」），不得以該確定判決前，所提出或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法為與確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為反於確定判決意旨之裁判」。此一觀念應用於刑事訴訟法，即為，刑事確定判決發生既判力之後，既生「行為不兩罰」之「實質上確定力」，則實體上之「追訴權消滅」，檢察

官不得以發現新事實、新證據為由，對於同一案件重行訴追；蓋在實體判決「既判力」基準時點 (宣判時) 之前所存在之一切事實及證據，均已被「行為不兩罰」所生之「實質上確定力」所**排除**（遮斷、失權）。「排除效」之應用於實際，例如，最高法院 24 年上字第 3871 號判例要旨，謂：「自訴人曾以被告詐取股款一千五百元，訴經第一審法院判決**無罪**確定在案，嗣又以被告侵占股款一千五百元，向第一審法院提起自訴，其所訴侵占與詐欺之**內容完全相同** (按，僅係自然意義之一行為)，**無非罪名各異而已**，自不能謂其自訴之侵占案件非曾經判決確定。」依本案情節以論，本案之「訴訟標的」乃國家對於被告「一個不法領得股款一千五百元之行為」所生之「刑罰權」；自訴人初以詐欺罪訴經第一審法院判決無罪確定，當時既未主張被告「不法領得股款一千五百元之行為」為侵占，則在詐欺罪判決無罪確定後，其於「既判力」基準時點 (宣判時) 之前所得主張之侵占，已被「行為不兩罰」所生之「實質上確定力」所排除（遮斷、失權），嗣自訴人再以侵占罪起訴，法院當以「排除效」為理由，逕依刑事訴訟法§302i「案件曾經判決確定」之規定為免訴判決。蓋在本例，若不求諸「排除效」之觀念，則以詐欺罪與侵占罪，乃構成要件不同之各別犯罪，何以詐欺罪經無罪判決確定，應認為侵占罪亦已判決確定，實難為具有說服力之說明也。

柒、既判力之程序面作用，表現在「一事不再理（案件不兩判）」及「爭點效」之上。首**就「一事不再理」，即「案件不兩判」言**，按，我刑事訴訟法§302i 規定：「案件有左列情形之一者，應諭知免訴之判決：一、曾經判決確定者。------」此一規定中與「既判力」有關之文字，厥為兩端，其一為「應諭知免訴判決」，其二為「案件曾經判決確定」。從刑事程序法「既判力」之角度看，「應諭知免訴判決」，表現為既判力「一事不再理」之作用，乃既判力之程序作用，即「案件不兩判」；「案件曾經判決確定」，則表現為既判力「實質確定力」之作用，乃既判力之實體作用，即「行為不兩罰」。此

兩項作用之關係，前者為果，後者為因；亦即，所以有「應諭知免訴判決」(程序上案件不兩判)之結果，實以「案件曾經判決確定」(實體上行為不兩罰)為原因。所應注意者，乃：有罪、無罪之實體判決，及曾經言詞辯論並行嚴格證明之免訴判決，始生「實質確定力」，而具有一事不再理之效果；至於未經言詞辯論並行嚴格證明之免訴判決、不受理判決、管轄錯誤判決，及§362、§367、§384、§395 駁回不合法上訴之裁判，由於全然與本案犯罪事實及刑事責任等「實體爭點」無關，既不生「實質確定力」，即乏一事不再理之效果可言。

捌、既判力之程序面作用，表現在「一事不再理（案件不兩判）」及「爭點效」之上。茲**就「爭點效」言**，所謂「爭點效」，借用最高法院 96 年度台上字第 307 號判決要旨之所言，係指「法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷結果，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷而言，其乃源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理而來。」美國聯邦最高法院於 ASHE v. SWENSON , 397 U.S. 436 (1970)一案判決，亦謂：「『附帶禁反言 collateral estoppel』(即爭點效 issue preclusion) 係一項棘手之片語，但卻代表吾人當事人主義司法制度一項極端重要之法則。此一法則之簡單意旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執。」此一理論應用於實際，在美國，例如，ASHE v. SWENSON, 397 U.S.436 (1970)一案，被告 Ashe 涉嫌與另數人，蒙面持槍闖入一戶人家之地下室，搶劫正在玩樸克牌之 6 名牌友之財物，檢方先將被告 Ashe 搶劫牌友之一即 Knight 部分之犯行起訴，使被告 Ashe 接受審判。結果，陪審以證據不足為理由，宣告 Ashe 無罪。6 星期之後，Ashe 再度遭到起訴及審判，此回起訴之訴因為：被告 Ashe 搶劫另一牌友 Roberts。被告 Ashe 以業經判決無罪為

由，聲請駁回此一再度之追訴。其聲請遭到駁回，第二度審判因之開始。結果，陪審評決 Ashe 有罪，Ashe 因此被量處在 Missouri 州監獄執行有期徒刑 35 年。後來，Ashe 向 Missouri 西區聯邦地方法院提出人身保護之聲請（habeas corpus proceeding），主張本件第二度之訴追，侵犯其免於二重危險之權利。其聲請遭到駁回，遞經上訴於聯邦最高法院。聯邦最高法院判決：「本案關於『**被告 Ashe 並非搶匪之一**』之事實爭點，既經第一次審判為終局判斷後，即已發生『爭點效』，則相同當事人間（即檢方與被告 Ashe 間），就該事實爭點，即不得在將來之任何訴訟中，再事爭執；是以本件之第二度起訴，已使被告 Ashe 蒙受二重危險，而應受禁止。」在我國，例如，最高法院 28 年滬上字第 43 號判例要旨中，亦曾指出：「自訴人(某乙)之夫某甲，前以上訴人(即被告) 封鎖伊 (某甲) 所住房門，將伊 (某甲) 拘禁在內，提起自訴，業經地方法院認為犯罪不能證明，諭知無罪之判決確定在案。茲自訴人 (某乙) 復以當時上訴人 (即被告) 之封鎖房門，氏夫 (某甲) 雖未被拘禁，氏 (某乙) 實被鎖閉房中等情提起自訴，按自訴人 (某乙) 所指上訴人(即被告) 之犯罪事實，係**一個鎖閉房門以拘禁人之行為**，其**行為既屬一個** (按，僅係自然意義之一行為)，雖兩案自訴人 (某甲、某乙) 所主張被拘禁之人不同 (前一自訴指為拘禁某甲、後一自訴指為拘禁某乙)，亦**不過被害法益前後互異**，並不因此一端而失其案件之同一性，自訴人 (某乙) 就曾經確定判決之同一案件提起自訴，仍不得謂無刑事訴訟法第二百九十四條第一款（現行§302I）之情形，自應諭知免訴。」據此判例以觀，自然意義之**一個鎖閉房門以拘禁人之行為**，乃「事實上同一」之「同一行為」，前既經以「犯罪不能證明」而諭知**無罪**，格於既判力「行為不兩罰」之禁止，自難重行訴追、更為處罰。然則，本案情節，豈非與前述美國 ASHE v. SWENSON, 397 U.S.436 (1970)一案神似？對比之下，兩案除人物不同，犯罪行為有異外，其餘情節，殆即彼此之翻版；若謂我最高法院 28 年滬上字第 43 號判例，早已搶在 ASHE v. SWENSON, 397 U.S.436 (1970)一案之前，採納所謂「爭點效」理論，亦

不為過。只可惜，最近之最高法院 94 年度台上字第 1783 號判決，卻謂：【按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此係因同一案件，既經法院為實體上之確定判決，其犯罪之起訴權業已消滅，依一事不再理之原則，不許再為訴訟客體，更為其他有罪或無罪之實體上裁判。而案件是否同一，以被告及犯罪事實是否均相同為斷，所謂事實同一，應從『訴之目的及侵害性行為之內容是否同一』為斷，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經其擇為訴訟客體之社會事實關係是。而**判決理由之說明，縱使涉及其他犯罪事實之認定，因非檢察官或自訴人擇為訴訟客體之社會事實關係，自難認具有判決之實質確定力，即非既判力所及，亦不得資為認定是否同一案件之準據**。】顯然堅持「就本案訴訟標的經法院為實體上之確定判決者」，始足以發生一事不再理效果之見解；並認判決理由中，曾就作為先決問題加以判斷之「非本案訴訟標的之實體爭點（即其他犯罪事實之認定）」，本無如何之拘束力可言，自不禁止其將來之再行起訴。此一判決，對於「爭點效」理論，猶然採取否定之立場，似乎有欠三思。

玖、按刑事訴訟法第§362、§367、§384、§395 駁回不合法上訴之裁判，如經確定，因其裁判本身非關本案「實體爭點」之判斷，固不能發生既判力，但駁回不合法上訴之裁判一經確定，則其經提起上訴之原判決亦隨之而確定。如其經提起上訴之原判決，係屬有罪或無罪之實體判決，即因隨同確定之故，立即發生既判力。關於如上之見解，本情通理達，原無庸疑。乃最高法院 25 年上字第 3231 號判例，卻謂：「被告因傷害致人於死，經地方法院判決後，原辦檢察官於二月十三日接收判決書，同月十五日已具聲明上訴片到達該院，其上訴本未逾越法定期間，第二審法院審理時，因第一審漏將該片附卷呈送，致檢察官之合法上訴無從發見，並以其所補具上訴理由書係在同年三月四日，遂（誤）認為上訴逾期，判決駁回，此種程序上之判決，本不發生實質的確定力，原

檢察官之上訴，並不因而失效，既據第一審法院首席檢察官，於判決後發見聲明上訴片係呈送卷宗時漏未附卷，將原片檢出呈報，則第二審法院自應仍就第一審檢察官之合法上訴，進而為實體上之裁判。」又司法院大法官火上加油，於民國 79 年 12 月 20 日更以釋字第 271 號解釋，稱：「刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院二十五年上字第三二三一號判例，於上開解釋範圍內，應不再援用。」此兩件判例與解釋，相輔相成，激起實務與理論之大混亂，亟待大法官之重行解釋，以解決通盤之問題。

拾、在「裁判上一罪」及「實質上一罪」，既判力（實質確定力）有擴張與延展之問題。然而，刑事實體法上「行為不兩罰」原則所衍生之狀況，盤根錯節，層出不窮，亦有刑事程序法上既判力（實質確定力）擴張與延展之理論難以招架之時候。例如，最高法院 30 年上字第 2747 號判例要旨，謂：「被告前被自訴之傷害行為，既與被害人之死亡有因果關係，則**傷害**行為與**因傷致死**之結果，明係同一事實(按，僅係自然意義之一行為)，其傷害部分既經判決（有罪）確定，自不能再就傷害致人於死部分重行受理，原審諭知免訴之判決，於法委無不合。」據此判例以觀，自然意義之**一個傷害行為**，乃「事實上同一」之「同一行為」；因其**一個傷害行為**，所導致之**傷害結果**及**死亡結果**，在結果出現之時間點上，縱有遲速之別，但在因果聯絡上，則呈線狀發展之單一性，如已就傷害結果出現時之傷害罪，先為有罪判決確定，則嗣後始又出現之死亡結果，縱已將犯罪之嚴重性升高為傷害致死罪，但格於既判力「行為不兩罰」之原則，仍難再就傷害致死罪重行訴追、更為處罰。然而，考究此判例所謂「傷害部分既經判決確定，自不能再就傷害致人於死部分重行受

理，原審諭知免訴之判決，於法委無不合」云云一節，其根本原理，其實係在於刑事實體法「行為不兩罰」之大原則，而與刑事程序既判力之「實質確定力」之無關；尤須注意者，其亦與實質上一罪（一般咸認傷害致死罪之傷害行為與其致死結果合而為實質上之一罪），因一部判決確定，效力及於全部，即所謂「既判力擴張」之理論，未有牽涉；蓋本件傷害部分雖經判決**有罪**確定，但死亡結果（加重結果）在既判力之基準時點 (最後審理事實之法院宣判時)之前，尚未發生，審理事實之法院本無從加以審判，而非應予審判而未審判，是既判力擴張理論之基礎不存在，故難以藉助既判力擴張之理論，以說明再行起訴之傷害致死罪何以業已判決確定，而應判決免訴之原因。又如，司法院民國 30 年 12 月 30 日院字第 2271 號解釋謂：「自訴人自訴傷害，經判決被告無罪，確定後自訴人死亡，屍親復以自訴人係傷害致死，訴經檢察官偵查起訴，又判決被告無罪，二審檢察官對於第二判決上訴，第二審自應依刑事訴訟法第三百六十一條第一項、第二百九十四條改判免訴。」本例與前例雖均為傷害致死之案件，且均係先就傷害部分起訴，並經判決確定，然後死亡結果出現，再經以傷害致死罪二度起訴；實則兩例存在重要不同，蓋前例（最高法院 30 年上字第 2747 號判例）情節，乃「傷害罪先經有罪判決確定，後又起訴傷害致死罪」，而本例（院字第 2271 號解釋）情節，乃「傷害罪先經無罪判決確定，後又起訴傷害致死罪」。茲雖有如此之不同存在，乃本件解釋仍認再行起訴之傷害致死罪，亦同應為免訴之判決。考其根本原理，仍在於刑事實體法「行為不兩罰」之大原則，而與刑事程序法既判力之「實質確定力」無關；尤須注意者，其亦與實質上一罪（一般咸認傷害致死罪之傷害行為與其致死結果合而為實質上之一罪），因一部判決確定，效力及於全部，即所謂「既判力擴張」之理論，未有牽涉；蓋本件傷害部分係先經判決**無罪**確定，而無罪之確定判決本不足以發生既判力擴張之效果，則再行起訴之傷害致死罪所以應判決免訴者，其非藉助既判力擴張之理論，實甚明瞭。按「行為不兩罰」本係刑事實體法上之大原則，用諸實際，

則投影於刑事程序法中，藉助「案件曾經判決確定」之既判力「實質確定力」之作用，以與「應諭知免訴判決」之既判力「一事不再理」之作用接軌，而透過程序上免訴判決之諭知，用達「行為不兩罰」之終極目的。蓋刑事實體法為目的法，而刑事程序法為手段法；手段係為服務目的而存在；茲既判力「實質確定力」之作用，既充為刑事實體法與刑事程序法間之橋梁，用來溝通目的與手段，藉以鞏固刑事實體法「行為不兩罰」之終極目的，實正足以充分說明此一手段與目的間之關係。然而，據之上開兩件實例可知，刑事實體法上「行為不兩罰」原則所衍生之狀況，由於盤根錯節，層出不窮之故，確有徒憑刑事程序法上既判力（實質確定力）擴張與延展之理論尚不足以解決之問題。此際，刑事實體法上「行為不兩罰」原則，當即自行發揮功能，逕以程序上再度之訴追，牴觸刑事實體法「行為不兩罰」原則之故，成其為以免訴判決駁回程序上再度訴追之獨立理由，而不再假借既判力「實質確定力」之作用為橋梁。從而發生刑事實體法上「行為不兩罰」原則，越過既判力「實質確定力」之作用，而逕與刑事程序法「案件不兩判」（一事不再理）原則，直接交錯之現象。是為不可不注意者。

拾壹、既判力之實體作用，在於擔保「行為不兩罰」；程序作用，在於擔保「案件不兩判」。因此，刑事訴訟法§302i 乃規定，案件曾經（實體）判決確定者，應諭知免訴之判決，而逕從程序上駁回二度之起訴，以避免「行為不兩罰」、「案件不兩判」之原則遭受破壞。職是之故，禁止二度起訴之既判力法則，利在被告；對比英美二重危險法則以論，可謂既判力法則實係具有憲法高度之人權保障法則。然而，我刑事訴訟法§422，卻設有為被告之不利益聲請再審之規定，以挑戰確定判決之既判力，而置被告於二度危險之中。且為被告之不利益聲請再審，其法定期間之限制，規定為「於判決確定後，經過刑法第八十條第一項期間二分之一者，不得為之」（§425）。此則無異以程序法之規定，變相延長實體法所規定之時效期間，而使本該享受時效保障之被告，蒙受重大之

不利益。又「被告經免訴或不受理之判決確定，而於訴訟上或訴訟外自述，或發見確實之新證據，足認其並無免訴或不受理之原因時，檢察官或自訴人亦可聲請再審」之規定，意在變相延長實體法所規定之時效期間，以規避既判力二重起訴之禁止，尤其明瞭。再者，開始再審後，更為審判之結果，如為被告有罪之判決，並無不利益變更禁止原則之適用，而可對於被告大開殺戒。於是，再審程序乃成為規避既判力二重起訴之禁止，以行再度訴追之巧門，殊有害於被告之基本人權。此在英美二重危險法則之下，乃屬絕對禁止之事。抑有進者，容許「為被告之不利益聲請再審」之規定，勢必造成與「既判力（實質確定力）擴張」之理論相衝突，然則，一項法律制度之內涵，竟有如此自相矛盾之設計，豈不荒謬？總之，我刑事訴訟法關於「為被告之不利益聲請再審」之規定，不僅有諸多不合理之處，抑且侵蝕「既判力法則之為具有憲法高度之人權保障法則」，而有違憲之虞。誠有嚴肅檢討之必要。

臺灣高等檢察署臺中分院檢察署

臺灣高等法院臺中分院檢察署

第 五 章　檢討與展望

要　目

第 一 節　前言　p325
第 二 節　關於一事不再理效果之發生　p325
第 三 節　關於無罪判決之上訴　p333
第 四 節　關於爭點效　p351
第 五 節　關於為被告之不利益聲請再審　p357
第 六 節　關於許可重行追之例外 p362
第 七 節　結語　p383

第 一 節　前言

既有前此各章之探究後，「既判力法則」與「二重危險法則」之大概，業已呈現。本章之工作，當在兩項法則之間，試行斟酌損益，印證發明，並以展望將來，且看如何截長補短，用期有所興革，而臻法則之運作，更晉理想之境。乃前此各章之探究，觸及之問題殊廣，一一進行檢討比較，事有難能，容在有限之篇幅內，擇其犖犖大者，即「關於一事不再理效果之發生」、「關於無罪判決之上訴」、「關於爭點效」、「關於為被告之不利益聲請再審」、「關於許可重行追之例外」等項，析述如下。

第 二 節　關於一事不再理效果之發生

「既判力法則」與「二重危險法則」，均以「一事不再理效果之發生」，即「對於同一犯罪重行訴追之禁止」，為其法則之重要內涵。但「一事不再理效果」係於何時發生，則在兩項法則之間，遲速有別。

在美國，二重危險法則所禁止者，為第 2 次性危險，亦即，禁止對於同一犯罪進行第 2 次性危險之訴追；但為判斷是否為第 2 次性危險之訴追，須先找出是否已曾發生第 1 次性危險；換言之，第 1 次性危險既已發生後，一事不再理效果 (二重危險法則所禁止對於同一犯罪進行第 2 次性訴追之效果)，亦立即隨之而發生。第 1 次性危險（original jeopardy）必有其開始之時，危險之開始，謂之危險之貼加

臺灣高等法院檢察署中分署檢察官

（attachment）。[1] 依據美國法，在陪審審判（jury trial），當全體陪審員就位宣誓完畢時，其危險開始貼加；[2] 在無陪審之審判（non-jury trial；bench trial），當法官開始聽審證據時，其危險開始貼加。[3] 其已貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決，固無論；即使其審判因故中止，例如宣告誤審（mistrial），或駁回起訴，而未有終局判決出現，亦因二重危險法則之禁止，阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行二度之訴追；但不無例外。[4] 又事實審之法官，亦有可能依聲請駁回起訴，此種起訴之駁回，既非宣告誤審，亦非宣告無罪，而係一種與事實上有罪或無罪不相關之認定，例如以起訴前存在有害之遲延為由，而為有利於被告之終結審判之裁定是。[5] 此種駁回起訴之裁

---

[1] "Jeopardy must have a beginning, called attachment." See Kyden Creekpaum, NOTE: *WHAT'S WRONG WITH A LITTLE MORE DOUBLE JEOPARDY? A 21<ST> CENTURY RECALIBRATION OF AN ANCIENT INDIVIDUAL RIGHT*, 44 Am. Crim. L. Rev. 1179, 1183（2007）.

[2] "Jeopardy attaches in a jury trial when the jury is empaneled and sworn." See, Downum v. United States, 372 U.S. 734, 737-38 (1963) (jeopardy attaches when jury sworn even though discharged before trial); United States v. Milhim, 702 F.2d 522, 523-24 (5th Cir. 1983) (jeopardy does not attach when jury dismissed before being sworn). "The federal rule that jeopardy attaches when the jury is sworn is binding on the states." See, Crist v. Bretz, 437 U.S. 28, 38 (1978).

[3] "Jeopardy attaches in a bench trial when the judge begins to hear evidence." See, Lee v. United States, 432 U.S. 23, 27 n.3 (1977); Serfass v. United States, 420 U.S. 377, 388 (1975); "In a nonjury trial, jeopardy attaches when the court begins to hear evidence." See, McCarthy v. Zerbst, 85 F.2d 640, 642 (CA10 1936); Wade v. Hunter, 336 U.S. 684, 688 (1949). "The Court has consistently adhered to the view that jeopardy does not attach, and the constitutional prohibition can have no application, until a defendant is "put to trial before the trier of the facts, whether the trier be a jury or a judge."" See, United States v. Jorn, 400 U.S. 470, 479 (1971); Kepner v. United States, 195 U.S. 100, 128, 130-131 (1904); United States v. Macdonald, 207 U.S. 120, 127 (1907); Bassing v. Cady, 208 U.S. 386, 391-392 (1908); Collins v. Loisel, 262 U.S. 426, 429 (1923).

[4] 所謂不無例外，例如，宣告誤審，其誤審之宣告，或係出於「顯然必要（manifest necessity）」之結果，諸如，陪審不能達成評決（the jury cannot reach a verdict），或情況顯然阻礙審判之繼續是。在此種「顯然必要」下所宣告之誤審，自不妨重開審判，而無牴觸二重危險法則之虞。詳請參見本文第三章第三節「危險何時貼加（When does it attach）？」。

[5] "It may be that the trial judge will grant a motion to dismiss that is neither a mistrial nor an acquittal, but is instead a termination of the trial in defendant's favor based on some decision not relating to his factual guilt or innocence, such as prejudicial preindictment delay. United States v. Wilson, 420 U.S. 332 (1975) (preindictment

判，如係**發生於本案審判前之準備程序**，此際，由於陪審尚未組成（jury trial），或法官並未開始聽審證據（bench trial），是其第一次之危險未曾貼加，自無妨檢方嗣後之再行追訴，原則上不發生二重危險之問題。然而，此一發生於本案審判前之駁回起訴，如其駁回起訴之理由，係與本案之實體有關，則應例外認為第一次性之危險業已貼加，從而禁止以後之重行追訴。關於此一問題，「聯邦最高法院曾以 5 對 4 之過半數意見，於 United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978)一案，認定：決定性要素，在於事實審法官之作為，是否就犯罪構成要件之部分或全部為有利被告之判斷，亦即，事實審法官是否已就被告之有罪或無罪作出某種認定。如事實審法官所為公訴駁回之裁判，涉及有罪或無罪之認定，則在功能上言，等同於無罪判決 (原則上，禁止以後之重行追訴)；反之，所有其他情形之公訴駁回之裁判，在功能上言，等同於宣告誤審 (原則上，不禁止以後之重行追訴)。」[6] 因此，第

---

delay); United States v. Jenkins, 420 U.S. 358 (1975) (determination of law based on facts adduced at trial; ambiguous whether judge's action was acquittal or dismissal); United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978) (preindictment delay).” See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** retrieved 2008.08.04 from:
http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/04.html

[6] “By a close division of the Court, the determining factor is whether the action of the trial judge, whatever its label, correct or not, resolved some or all of the factual elements of the o1ffense charged in defendant's favor, whether, that is, the court made some determination related to the defendant's factual guilt or innocence. Such dismissals relating to guilt or innocence are functional equivalents of acquittals, whereas all other dismissals are functional equivalents of mistrials.” See, Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 5; “United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978) (at close of evidence, court dismissed indictment for preindictment delay; ruling did not go to determination of guilt or innocence, but, like a mistrial, permitted further proceedings that would go to factual resolution of guilt or innocence). The Court thought that double jeopardy policies were resolvable by balancing the defendant's interest in having the trial concluded in one proceeding against the government's right to one complete opportunity to convict those who have violated the law. 【被告利在於一次程序中徹底解決問題，檢方利在享有一次對於犯罪之被告繩之以法之完全機會，二重危險法則之適用與否，應在此兩項利益間，進行權衡。】The defendant chose to move to terminate the proceedings and, having made a voluntary choice, is bound to the consequences, including the obligation to continue in further proceedings. Id. at 95-101. The four dissenters would have followed Jenkins, and accused the Court of having adopted too restrictive a definition of acquittal. 【四名持反對意見之大法官，指摘多數意

1 次性危險之貼加，亦即，一事不再理效果 (二重危險法則所禁止對於同一犯罪進行第 2 次性訴追之效果)，遂亦有可能提前到**本案審判前之準備程序**，由於事實審法官已就犯罪構成要件之部分或全部為有利被告之判斷，因作出起訴駁回之裁判而發生。

對比以上美國二重危險法則，可見我既判力法則所生一事不再理之效果，顯然較晚發生。蓋我刑事訴訟法§302i 所定一事不再理之效果，必須「案件曾經判決確定」始告啟動。關於此點，我與美國固然有異，卻與英國相同。英國普通法二重危險之禁止，一直遵循一項相對單純之法則，亦即，只有在審判已告完成，作出有罪或無罪之判決後，始得謂被告已歷經第 1 次性之危險。如此之法則，主要目的在於維護判決之既判力，而類似大陸法系之既判力法則（doctrines of res judicata）及附帶禁反言（collateral estoppel）之作用。[7] 然而，在美國，聯邦最高法院於 United States v. Perez, 22 U.S. 579（1824）一案，首開其端，認為刑事訴追之結果，縱未以有罪或無罪之判決告終，被告亦有可能已蒙受危險；而此一觀念在 19 世紀末得到確立，並成為二重危險法學上不可或缺之一部分。因此，在 Wade v. Hunter, 336 U.S. 684（1949）一

見就所謂無罪判決採取過分嚴格之定義。】Their view is that the rule against retrials after acquittal does not, as the Court believed, "safeguard determination of innocence; rather, it is that a retrial following a final judgment for the accused necessarily threatens intolerable interference with the constitutional policy against multiple trials." Id. at 101, 104 (Justices Brennan, White, Marshall, and Stevens). They would, therefore, treat dismissals as functional equivalents of acquittals, whenever further proceedings would be required after reversals.【四名持反對意見之大法官，認爲：禁止於無罪判決後重行審判之法則，並非在於保障無罪之判斷，而係在於保障有利被告之終局判決；蓋在有利被告之終局判決作出後，如許可重行審判，將必然對於憲法禁止多重審判之立意，造成難以忍受之干犯。彼等見解，認爲應將公訴駁回之裁判，在功能上言，視同無罪判決。】" supra note 5, n113.

[7] "The Fifth Amendment guarantee against double jeopardy derived from English common law, which followed then, as it does now, the relatively simple rule that a defendant has been put in jeopardy only when there has been a conviction or an acquittal - after a complete trial. A primary purpose served by such a rule is akin to that served by the doctrines of res judicata and collateral estoppel - to preserve the finality of judgments. " 3 J. Story, Commentaries on the Constitution 1781, pp. 659-660 (1833)." See, CRIST v. BRETZ, 437 U.S. 28, 33 (1978).

案，聯邦最高法院乃得以在判決中精確說明：「本院過去之許多判例已認定，受陪審審判之被告，縱其審判中斷而未有最後之評決，該被告亦有可能已蒙受足以禁止就同一犯行進行二度審判一類之危險。」[8] 換言之，在英國普通法，一般而言，二重危險法則之適用，以前此審判已曾作出有罪或無罪之實體判決為要件。但在美國憲法上之二重危險法則，所認危險之貼加，則遠早於有罪或無罪判決之作出。[9] 是在陪審審判，當陪審已就位宣誓完畢；另在法官審判，當第一件證據已呈堂調查時，均應認為對於被告已貼加危險。[10] 是就關於一事不再理效果之發生時期，英國與美國之間，抑且尚有仁智之見，孰為真理，誠難斷言。依筆者所信，我與英國之見地，有助於法律安定性之維護；至於美國之作法，固裨益人權之保障，但是否保障過甚，不能無疑。

---

[8] "But this constitutional understanding was not destined to endure. Beginning with this Court's decision in United States v. Perez, 9 Wheat. 579（22 U.S. 579, March 23, 1824）, it became firmly established by the end of the 19th century that a defendant could be put in jeopardy even in a prosecution that did not culminate in a conviction or an acquittal, and this concept has been long established as an integral part of double jeopardy jurisprudence. Thus in Wade v. Hunter, 336 U.S. 684, 688 , the Court was able accurately to say: "Past cases have decided that a defendant, put to trial before a jury, may be subjected to the kind of `jeopardy' that bars a second trial for the same offense even though his trial is discontinued without a verdict." See also, e. g., Arizona v. Washington, 434 U.S. 497 ." See, CRIST v. BRETZ, 437 U.S. 28, 34-35 (1978).

[9] "Significant differences between American and English double jeopardy rules include the timing of jeopardy attachment and the method of deciding when double jeopardy protection exists. American jeopardy attaches at the beginning of a trial, while English jeopardy attaches at the end. The English do not consider an accused to be in jeopardy until the final judgment; that is, a person "is not tried nor put in jeopardy until the verdict is given." *See* JAY A. SIGLER, *DOUBLE JEOPARDY: THE DEVELOPMENT OF A LEGAL AND SOCIAL POLICY 3*, 126 (1969). (quoting R. v. Charlesworth, (1861) 121 Eng. Rep. 786). In the United States, the application of double jeopardy protection to a particular case is a question of law always to be decided by the judge, while the English entrust that decision to the jury. *See id.* at 128." See, Kyden Creekpaum, supra note 1, n.106.

[10] "The common law generally required that the previous trial must have ended in a judgment, of conviction or acquittal, but the constitutional rule is that jeopardy attaches much earlier, in jury trials when the jury is sworn, and in trials before a judge without a jury, when the first evidence is presented." See U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** retrieved 2008.08.04 from: http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/02.html#1

然而，美國判例法，所認：【關於二重危險之第 1 次性危險之貼加，亦即，一事不再理效果，亦有可能提前到**本案審判前之準備程序**，由於事實審法官已就犯罪構成要件之部分或全部為有利被告之判斷，因作出起訴駁回之裁判而發生】一節，則與我刑事訴訟法之規定，有其相通之處。按，依我刑事訴訟法之設計，亦有僅經自由證明而未經言詞辯論之裁判，而足以發生**類既判力**之情形，例如，刑事訴訟法§161II、§326III 所規定「駁回公訴」及「駁回自訴」之裁定是。考我刑事訴訟法§161，於民國 91 年 02 月 08 日修正，其修正後之規定曰：「（I）檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。（II）法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。（III）駁回起訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴。（IV）違反前項規定，再行起訴者，應諭知不受理之判決。」其修正理由指出：「一、鑑於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任，爰修正第一項。二、為確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴，基於保障人權之立場，允宜慎重起訴，以免被告遭受不必要之訟累，並節約司法資源，爰設計一中間審查制度之機制，增訂第二項。三、法院於裁定駁回起訴前，既曾賦予檢察官補正證明方法之機會，檢察官若不服該裁定者，亦得提起抗告請求上級法院糾正之，是以檢察官之公訴權能已獲充分保障，此時**為維護被告基本人權，避免被告有受二次追訴之危險**，[11] 爰增訂第三、四項。」 據上條文內容暨立法理由以觀，有幾項重點值得注意：（一）、§161II 駁回公訴之裁判，係以裁定行之，當然**未經**言詞辯論及**嚴格之證明**，充其量**僅屬自由之證明**。[12]

[11] 於此所謂：「**爲維護被告基本人權，避免被告有受二次追訴之危險**」云云，殆已與「二重危險法則」之理念相通。

[12] 臺灣高等法院臺中分院 93 年度抗字第 375 號判決要旨：「原審法院於第一次

（二）、然而，此一依自由證明之方式所審查者，卻係被告有無成立犯罪可能之「實體爭點」。[13]（三）、職是之故，此一「駁回公訴」之裁定，如經確定，允宜賦與一定之實質確定力。（四）、只是，此一「駁回公訴」之裁定，既未經言詞辯論及嚴格之證明，縱應賦與實質確定力，亦不宜使其實質確定力之強度，與曾經言詞辯論及嚴格證明之實體確定判決，有等量齊觀之既判力。（五）、因此，條文乃規定，駁回起訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴。亦即，此一「駁回公訴」之裁定，如經確定，原則上具有實質確定力，不得對於同一案件再行起訴。但有例外，亦即，若有§260 所定「（i）發現新事實或新證據者；（ii）有第四百二十條第一項第一款、第二款、第四款或第五款所定得為再審原因之情形者」，即無礙對於同一案件之再行起訴。此與實體確定判決之既判力，絕對禁止對於同一案件再行起訴者，迥不相侔。職是之故，「駁回公訴」確定裁定所生之實質確定力，只合稱之為「類既判力」。（六）、「既判力」與「類既判力」之差別，在於：「**既判力**」使**追訴權澈底消滅**；[14] 而「**類既判力**」則

審判期日前，經訊問自訴人、被告及蒐集、調查證據之結果，認爲案件有刑事訴訟法法第二百五十二條第十款之情形，而依同法第三百二十六條第三項之規定，裁定駁回自訴者，係自訴程序中之特有制度，並非經言詞辯論之審理判決。」此一判決要旨，雖係就「裁定駁回自訴」立論，但「裁定駁回公訴」，法理相通。另陳樸生老師，亦認：「此項駁回自訴之裁定，係屬程序裁判之一種，其認定事實所憑之證據，並不以經嚴格的證明爲必要，即以經自由的證明爲已足。」見，陳樸生，刑事訴訟法實務，著者發行，民國 83 年 9 月重訂 9 版，頁 423。

[13] 臺灣屏東地方法院 93 年度訴字第 717 號判決要旨：查依刑事訴訟法第 161 條第 2 項之立法理由，係爲確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴，基於保障人權之立場，以免被告受不必要之訟累，並節約司法資源之使用，故增設起訴審查機制，篩選嫌疑不充足之案件，使其不能進入繁複之審判程序，以儘早免除被告之程序負擔，故關於審查之門檻，應以起訴證據是否足認被告有犯罪嫌疑爲斷，此即刑事訴訟法第 251 條第 1 項規定「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑」者，亦即需有「足夠之犯罪嫌疑」，而此足夠之犯罪嫌疑雖非要達到有罪判決所要求之「毫無合理懷疑」之確信程度，但並非所謂的「有點合理可疑」而已，而是指依偵查所得之事證判斷，被告之犯行「可能獲致有罪判決」而言。

[14] 最高法院 94 年度台上字第 1783 號判決要旨：「按案件曾經判決確定者，應諭

猶容**追訴權殘存**。（七）、因此，在實體判決發生既判力之後，如對於同一案件再行起訴，法院應依刑事訴訟法§302I，以「案件曾經判決確定」為由，判決免訴；至在「駁回公訴」之裁定發生類既判力之後，若無§260 發現新事實或新證據等情形，而竟對於同一案件再行起訴，則法院應依刑事訴訟法§161IV 判決不受理。（八）、前者所以以免訴判決處理者，乃因「既判力」使追訴權澈底消滅，是其對於同一案件之再行起訴，實體訴訟條件有欠缺（實體上之追訴權不存在）；後者所以以不受理判決處理者，乃因「類既判力」猶容追訴權殘存，是其若無§260 發現新事實或新證據等情形，而竟對於同一案件之再行起訴，形式訴訟條件有欠缺（實體上之追訴權尚存在，但§260 發現新事實或新證據等情形之程序條件有欠缺）。再者，**發生類既判力之情形，另見於刑事訴訟法§326III 所規定「駁回自訴」之裁定**。§326 之內容為：「（I）法院或受命法官，得於第一次審判期日前，訊問自訴人、被告及調查證據，於發見案件係民事或利用自訴程序恫嚇被告者，得曉諭自訴人撤回自訴。（II）前項訊問不公開之；非有必要，不得先行傳訊被告。（III）第一項訊問及調查結果，如認為案件有第二百五十二條、第二百五十三條、第二百五十四條之情形者，得以裁定駁回自訴，並準用第二百五十三條之二第一項第一款至第四款、第二項及第三項之規定。（IV）駁回自訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行自訴。」如並無§260 之情形而再行自訴，則應依§334「不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決」之規定處理。[15] 是觀其全盤規定之內涵，實

知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此係因同一案件，既經法院爲實體上之確定判決，其犯罪之起訴權業已消滅，依一事不再理之原則，不許再爲訴訟客體，更爲其他有罪或無罪之實體上裁判。」

[15] 臺灣高等法院 87 年上易字第 5852 號判決要旨：「按駁回自訴之裁定已確定者，非有刑事訴訟法第二百六十條各款情形之一，不得對同一案件再行自訴，又不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百二十六條第四項及第三百三十四條分別定有明文。本件上訴人即自訴人自訴被告之右開犯罪事實，前經上訴人向台灣台北地方法院提出自訴，經原審依刑事訴訟法第三百二十六條第三項駁回自訴人之自訴，並經本院駁回上訴人之抗告而告確定，嗣後自訴人改向台灣士林地方法院就同一事實再度提出自訴，復經該院判

與前述§161「駁回公訴」之裁定無殊，亦屬於發生類既判力之裁判，而不待贅論。綜上所述以觀，我刑事訴訟法對於**本案審判前之準備程序**，法院就被告有無成立犯罪可能之「實體爭點」，曾作審酌後，所為駁回起訴之裁定，係以其僅經自由證明之故，而只賦與「類既判力」，使與於本案審判中，法院就被告有無成立犯罪可能之「實體爭點」，曾作審酌後，所為駁回起訴之判決（免訴判決或不受理判決，請參考後述補充說明），係以其已經嚴格證明之故，而應賦與完全之「既判力」或「爭點效」者，作出適當之區隔，俱見有其有週到之考量；反觀美國判例法，對於相同情形，則認為二重危險之第 1 次性危險業已貼加，並不問其係經自由證明或嚴格證明，均賦與完全之「既判力」，其思慮之未週，比較於我刑事訴訟法，相對遜色。

總之，「關於一事不再理效果之發生」，在時間點上，依筆者所信，我國與英國現制，較之美國，為有足多；而美國之作法，於「程序危險之禁止」上，固提供更澈底之人權保障，而可堪稱道，但過猶不及，似不足為訓。

第 三 節　關於無罪判決之上訴

英美法系之二重危險法則，禁止檢方對於被告之無罪判決提起上訴；大陸法系之既判力法則，則無如此之限制。[16] 有此差異之原因何在？孰是而孰非？且暫莫斷言，容先說明二重危險法則所以「禁止檢方對於被告之無罪判決提起上訴」之觀點如下。

英美法系認為，被告經無罪判決後，不得對之再為審判，此乃二重危險法制史中最根本之法則。[17] 此一法則，賦

決自訴不受理在案，而依上訴人所提卷內資料，並未有新事實、新證據之提出，亦無刑事訴訟法第四百二十條第一項第一款、第二款、第四款或第五款所定得爲再審之原因，上訴人對於已裁定駁回自訴確定之同一案件，再行自訴，原審法院依照前揭說明，爰不經言詞辯論，逕爲不受理之判決。經核並無違誤，應予維持。」

[16] 我刑事訴訟法§344 參照。

[17] “That a defendant may not be retried following an acquittal is "the most fundamental rule in the history of double jeopardy jurisprudence."” See, United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564, 571 (1977); See also, U.S.

與無罪判決特別之重要性。不論特定無罪判決有何等重大之違誤，如允許在無罪判決後，可以有第二次之審判，將產生一項難以接受之高度危險，亦即，檢方挾其無比優勢之資源，當足以削弱被告之防禦能力，以致即使係無辜之被告，亦終有被定罪之可能。[18] 雖然在其他關於二重危險法則之適用場合，關切之重點，或置諸公共安全之利益上，而不顧二重之危險，因許可續行審判，以追求正確之審判結果 (例如，宣告誤審後，許為重行審判之情形)，然而，此種利益權衡之作法，卻絕對不得行之於無罪判決之場合，固不論其無罪判決有何等之違誤，甚至不問其有何等「異乎尋常」之違誤。[19] 而且，無罪判決具有終局確定力（granting absolute finality to acquittal），在憲法上，檢方對於無罪判決絕無上訴之餘地。[20] 因此，無罪判決具有終了第 1 次性危險之絕對效果（an acquittal almost always terminates jeopardy），[21] 從而啟動二重危險法則之保障（triggers double jeopardy protection），禁止對於被告進行再度之訴追。[22]

Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** retrieved 2008.08.04 from: http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/04.html#1

18 “"The law attaches particular significance to an acquittal. To permit a second trial after an acquittal, however mistaken the acquittal may have been, would present an unacceptably high risk that the Government, with its vastly superior resources, might wear down the defendant so that 'even though innocent he may be found guilty.'"” See, United States v. Scott, 437 U.S. 82, 91 (1978) (quoting Green v. United States, 355U.S. 184, 188 (1957)). See also, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 17.

19 “While in other areas of double jeopardy doctrine consideration is given to the public-safety interest in having a criminal trial proceed to an error- free conclusion, no such balancing of interests is permitted with respect to acquittals, "no matter how erroneous," no matter even if they were "egregiously erroneous."” See, Burks v. United States, 437 U.S. 1, 16 (1978); Fong Foo v. United States, 369 U.S. 141, 143 (1962). See also, U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** supra note 17.

20 See, Kepner v. United States, 195 U.S. 100 (1904).

21 “"The protection of the Double Jeopardy Clause by its terms applies only if there has been some event, such as an acquittal which terminates the original jeopardy."” See, Richardson v. United States, 468 U.S. 317, 325 (1984); See also,Smalis v. Pennsylvania, 476 U.S. 140, 145 (1986) ("'Acquittals, unlike convictions, terminate the initial jeopardy.'" (quoting Justices of Boston Mun. Court v. Lydon, 466 U.S. 294, 308 (1984))).

22 See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1184.

以上抽象之文字敘述，或未能立刻將人導入問題之核心，茲引 UNITED STATES v. MARTIN LINEN SUPPLY CO., 430 U.S. 564 (1977) 一案判決，就何以「禁止檢方對於被告之無罪判決提起上訴」之剴切說明如下，或有助於對於問題之瞭解。

UNITED STATES v. MARTIN LINEN SUPPLY CO., 430 U.S. 564 (1977) 一案之事實背景及判決理由如下：**【事實背景：**陪審就被告公司之藐視法庭罪是否成立，不能達成評決而僵持不下，Western District of Texas 聯邦地方法院乃解散陪審。[23] 聯邦刑事訴訟法（Federal Rules of Criminal Procedure）29(c)規定：「在陪審解散後 7 天內，被告得聲請法院為無罪之判決，法院得據此而為無罪之判決。」[24] 被告

[23] "The criminal contempt proceeding was filed in 1971 and charged respondents, two commonly owned linen supply companies, and their president, William B. Troy, with violation of a consent decree entered in 1969 as the final judgment in an antitrust suit. The petitions were originally dismissed by the District Court but the dismissal was reversed by the Court of Appeals, 485 F.2d 1143 (1973). The Government filed a supplemental criminal contempt petition on which trial was had in February 1975. On February 21, 1975, the jury was discharged after returning the not-guilty verdict as to Troy and announcing that it was "hopelessly deadlocked" as to respondent corporations. Six days later, on February 27, 1975, respondents filed their motions for judgments of acquittal under Rule 29 (c). On April 24, 1975, the District Court granted the motions and entered judgments of acquittal." See, UNITED STATES v. MARTIN LINEN SUPPLY CO., 430 U.S. 564, 565-66, n1 (1977).

[24] "Rule 29 provides: "Motion for Judgment of Acquittal "(a) MOTION BEFORE SUBMISSION TO JURY. Motions for directed verdict are abolished and motions for judgment of acquittal shall be used in their place. The court on motion of a defendant or of its own motion shall order the entry of judgment of acquittal of one or more offenses charged in the indictment or information after the evidence on either side is closed if the evidence is insufficient to sustain a conviction of such offense or offenses. If a defendant's motion for judgment of acquittal at the close of the evidence offered by the government is not granted, the defendant may offer evidence without having reserved the right. "(b) RESERVATION OF DECISION ON MOTION. If a motion for judgment of acquittal is made at the close of all the evidence, the court may reserve decision on the motion, submit the case to the jury and decide the motion either before the jury returns a verdict or after it returns a verdict of guilty or is discharged without having returned a verdict. "(c) MOTION AFTER DISCHARGE OF JURY. If the jury returns a verdict of guilty or is discharged without having returned a verdict, a motion for judgment of acquittal may be made or renewed within 7 days after the jury is discharged or within such further time as the court may fix during the 7-day period. If a verdict of guilty is returned the court may on such motion set aside the verdict and enter judgment of

依此規定，於陪審解散後之第 6 天及時聲請法院為無罪之判決，結果，2 個月後，法院宣告被告無罪。[25] 本件上訴有待聯邦最高法院判斷之唯一問題為，對於此一依據 Rule 29 (c) 所為之無罪判決，檢方是否可以依據 18 U.S.C. 3731 之規定，提起上訴。18 U.S.C. 3731 之規定，「許可聯邦檢方對於聯邦地方法院駁回起訴之刑事判決提起上訴，------但因美國聯邦憲法二重危險條款禁止進一步追訴而不得上訴之情形，不在此限。」[26] 聯邦第 5 上訴法院就此問題，認定：檢方不得依據§3731 之規定，對於聯邦地方法院依據 Rule 29 (c)所為之無罪判決提起上訴；其判決理由指出：由於上訴後，無罪判決之撤銷，將使檢方可對於被告追行第二次之審判，因此，依二重危險條款之禁止效果，所必然導出之結論為，檢方不得對於聯邦地方法院依據 Rule 29 (c)所為之無罪判決提起上訴。[27] 聯邦最高法院頒發調卷命令，許可上訴。結果，聯邦最高法院維持聯邦第 5 上訴法院之原判決，檢方之上訴駁回。】[28]【**聯邦最高法院判決理由**：長久以來業已建立之一

---

acquittal. If no verdict is returned the court may enter judgment of acquittal. It shall not be necessary to the making of such a motion that a similar motion has been made prior to the submission of the case to the jury."" Id., at 566, n2.

[25] "After dismissal of the jury, the District Judge advised counsel for all parties that he would be inclined "to enter a judgment of acquittal as to [respondents] if an appropriate motion was made." App. 31. He said that he had "almost instructed a verdict for all Defendants" because the Government's case "is without a doubt the weakest [contempt case that] I've ever seen." Id., at 30." Id., at 567, n3.

[26] "In pertinent part, 3731 provides: " 3731. Appeal by United States "In a criminal case an appeal by the United States shall lie to a court of appeals from a decision, judgment, or order of a district court dismissing an indictment or information as to any one or more counts, except that no appeal shall lie where the double jeopardy clause of the United States Constitution prohibits further prosecution." Although this provision authorizes appeal from a district court "dismiss[al]" rather than "acquittal," it is now established that the form of the ruling is not dispositive of appealability in a statutory sense, see infra, at 568." Id., at 567, n.4.

[27] "In characterizing the trial court's action as a "directed verdict," the Court of Appeals erred in terminology, for Rule 29 (a) expressly substitutes "judgment of acquittal" for "directed verdict." As shall be seen, however, see infra, at 573, the purely formal nature of the change in federal criminal procedure marked by Rule 29 speaks strongly in favor of treating Rule 29 judgments of acquittal the same as their predecessor directed verdicts for purposes of invoking double jeopardy. See Fong Foo v. United States, 369 U.S. 141 (1962)." Id., at 567, n.5.

[28] "A "hopelessly deadlocked" jury was discharged when unable to agree upon a verdict at the criminal contempt trial of respondent corporations in the District

項法則，乃聯邦檢方在欠缺國會明白授權之情形下，不得對於刑事案件提起上訴(見 United States v. Wilson, 420 U.S. 332, 336 (1975); United States v. Sanges, 144 U.S. 310 (1892)）。只在兩個庭期之前，本院 (指聯邦最高法院，以下同) 在 Wilson 一案判決中，追溯查考前述制定法之授權，直到 1970 國會修正「刑事上訴法 the Criminal Appeals Act」為止（見 420 U.S., at 336 -339. See also United States v. Sisson, 399 U.S. 267, 307 -308 (1970).），此一崎嶇之歷史過程，在此無庸贅述。此一歷史之追溯，足以滿足本案當前之需求，亦即，本院在 Wilson 一案判決中已認定，國會在制定§3731 之規定(3731 as Title III of the Omnibus Crime Control Act of 1970, 84 Stat. 1890)時，係「意在廢除制定法上關於檢方上訴之一切障礙，並許可檢方在非憲法所禁之情形下提起上訴（見 420 U.S., at 337）。因此，除非受到二重危險條款之禁止，否則，檢方依據§3731 之授權，自可對於聯邦地方法院依據 Rule 29 (c) 所為之無罪判決提起上訴。」[29] 茲國會既已廢除制定法上關

Court for the Western District of Texas. Federal Rule Crim. Proc. 29 (c) provides that in such case "a motion for judgment of acquittal may be made . . . within 7 days after the jury is discharged [and] the court may enter judgment of acquittal. . . ." Timely motions for judgments of acquittal under the Rule made by respondents six days after the discharge of the jury resulted two months later in the entry by the District Court of judgments of acquittal. The sole question presented for our decision is whether these judgments of acquittal under Rule 29 (c) are appealable by the United States pursuant to 18 U.S.C. 3731. Section 3731 provides that an appeal by the United States in a criminal case "shall lie to a court of appeals from a . . . judgment . . . of a district court dismissing an indictment . . ., except that no appeal shall lie where the double jeopardy clause of the United States Constitution prohibits further prosecution." The Court of Appeals for the Fifth Circuit held that no appeal lay under 3731 from the judgments of acquittal entered by the District Court under Rule 29 (c). 534 F.2d 585 (1976). The Court of Appeals reasoned that, since reversal of the acquittals would enable the United States to try respondents a second time, the bar of the Double Jeopardy Clause "leads inescapably to the conclusion that no appeal lies from the directed verdict ordered by the court below." Id., at 589. 5 We granted certiorari. 429 U.S. 917 (1976). We affirm." Id., at 565-67.

[29] "It has long been established that the United States cannot appeal in a criminal case without express congressional authorization. United States v. Wilson, 420 U.S. 332, 336 (1975); United States v. Sanges, 144 U.S. 310 (1892). Only two Terms ago Wilson traced the uneven course of such statutory authority until 1970 when Congress amended the Criminal Appeals Act, 420 U.S., at 336 -339, and that history need not be repeated here. See also United States v. Sisson, 399 U.S. 267,

於檢方上訴之一切限制，則相關之探究自應轉向二重危險條款本身所禁止檢方上訴之範圍；而就二重危險條款之基本政策進行比較嚴密之研求，以測定檢方在刑事案件上訴權利之較精確界線，則成為當前之所必需 (見 United States v. Wilson, supra, at 339)。[30] 自 1970 年以來，本院之若干判決已進行此一「比較嚴密之研求」，許多形塑限制檢方上訴權利之政策，亦經成為比較尖銳之焦點。「二重危險法則自其普通法之起源一路發展而來，------認為，二重危險法則所為之禁止，係直指多重訴追，而非檢方之上訴權，至少檢方之上訴並不至於造成需要重新審判時之情形係如此。(Id., at 342.)」因此，Wilson 一案判決，認定：二重危險條款所具「立於支配地位之憲法原則」，乃聚焦於對於重複審判之禁止。[31] 此一政策之核心，乃在於擔心：如允許統治者得隨意對人民之同一犯罪進行第二次之審判，將使政府擁有一項強有力之鎮壓工具。因此，二重危險條款，乃在於保證：不許檢方反複嘗試將被告入罪，否則將「使被告遭受困窘、耗費及折磨；並強令之生活於繼續性之焦慮與不安之中；同時又提高即使是無辜之被告亦終有被定罪之可能性。」(見 Green v. United States, 355 U.S. 184, 187 -188 (1957); see also Downum v. United

307 -308 (1970). It suffices for present purposes that this Court in Wilson found that in enacting 3731 as Title III of the Omnibus Crime Control Act of 1970, 84 Stat. 1890, "Congress intended to remove all statutory barriers to Government appeals and to allow appeals whenever the Constitution would permit." 420 U.S., at 337 . Therefore, unless barred by the Double Jeopardy Clause of the Constitution, appeals by the Government from the judgments of acquittal entered by the District Court under Rule 29 (c) are authorized by 3731." Id.

[30] "Now that Congress has removed the statutory limitations to appeal and the relevant inquiry turns on the reach of the Double Jeopardy Clause itself, it has become "necessary to take a closer look at the policies underlying the Clause in order to determine more precisely the boundaries of the Government's appeal rights in criminal cases." United States v. Wilson, supra, at 339." Id.

[31] "In the few cases decided since 1970 that have taken this "closer look," many of the policies shaping restrictions on governmental appeal rights have been brought into sharper focus. "The development of the Double Jeopardy Clause from its [430 U.S. 564, 569] common-law origins . . . suggests that it was directed at the threat of multiple prosecutions, not at Government appeals, at least where those appeals would not require a new trial." Id., at 342. Thus Wilson held that the "controlling constitutional principle" focuses on prohibitions against multiple trials. Id., at 346." Id., at 568-69.

States, 372 U.S. 734, 736 (1963).) 社會對於刑事審判乃代表被告之沈重負擔之認識，明顯表現於希望：政府應被限於以單一之刑事程序，資為維護其執行刑法之重要利益。[32] [33]。二重危險條款，有賴兩項門檻條件之符合，始足以啟動禁止多重訴追之作用。二重危險條款之保障，只在被告前曾真正被置於危險之中，始行發生(見 Serfass v. United States, 420 U.S. 377 (1975).)。危險貼加之時刻，在陪審審判，係陪審組成並宣誓就位之時；在法官審判，係法官開始聽審證據之時(見 Illinois v. Somerville, 410 U.S. 458, 471 (1973) (WHITE, J., dissenting); Downum v. United States, supra.)。再者，當檢方之上訴，不致構成相繼訴追之威脅時，並不違背二重危險條款。因此，在陪審已作出有罪評決之後，法官始作出駁回起訴之裁判，對於此一裁判，檢方得為上訴；蓋檢方若上訴成功，只導致原陪審有罪評決之回復，而非重新之審判。（見 United States v. Wilson, supra.）[34] 由以上之種種考量以觀，

[32] "At the heart of this policy is the concern that permitting the sovereign freely to subject the citizen to a second trial for the same offense would arm Government with a potent instrument of oppression. The Clause, therefore, guarantees that the State shall not be permitted to make repeated attempts to convict the accused, "thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty." Green v. United States, 355 U.S. 184, 187 -188 (1957); see also Downum v. United States, 372 U.S. 734, 736 (1963). "[S]ociety's awareness of the heavy personal strain which a criminal trial represents for the individual defendant is manifested in the willingness to limit the Government to a single criminal proceeding to vindicate its very vital interest in enforcement of criminal laws." United States v. Jorn, 400 U.S. 470, 479 (1971) (Harlan, J.)." Id.

[33] "The Double Jeopardy Clause also accords nonappealable finality to a verdict of guilty entered by judge or jury, disabling the Government from seeking to punish a defendant more than once for the same offense. See Ex parte Lange, 18 Wall. 163 (1874)." Id., at 569, n.6.

[34] "In animating this prohibition against multiple prosecutions, the Double Jeopardy Clause rests upon two threshold conditions. The protections afforded by the Clause are implicated only when the accused has actually been placed in jeopardy. Serfass v. United States, 420 U.S. 377 (1975). This state of jeopardy attaches when a jury is empaneled and sworn, or, in a bench trial, when the judge begins to receive evidence. Illinois v. Somerville, 410 U.S. 458, 471 (1973) (WHITE, J., dissenting); Downum v. United States, supra. Further, where a Government appeal presents no threat of successive prosecutions, the Double Jeopardy Clause is not offended. Thus a postverdict dismissal of an indictment after a jury rendered a guilty verdict has

無一足以支持本案檢方對於聯邦地方法院依據 Rule 29 (c)所為無罪判決之上訴。在通常情形下，宣告誤審之裁判，由於並未對於審判之結果作出判斷，因而許可檢方對於被告重行訴追之作法，並不適用於本案；蓋本案已由具有權限之法院謹遵 Rule 29 (c)之規定作出合法有效之無罪判決。此一判決，依據 Rule 29 (c)條文之文字以觀，乃審判之終結，而被告之危險業早已貼加。如本案許可檢方上訴，且上訴成功，而經上級審法院撤銷原無罪判決，勢須進行另一次審判，或至少須有某種進一步之程序，以致力於解決所訴犯罪構成要件上之事實爭點(見 United States v. Jenkins, 420 U.S. 358, 370 (1975).)。因此，在本案言，並非屬於二重危險禁止檢方上訴之法則可以自動解免之情形。寧倒是，本院必須就聯邦地方法院依據 Rule 29 (c)所為無罪判決，在憲法上之意義，為進一步之研求。[35] 在二重危險之法學史中，其最基本之法則，可能就是：「一件無罪之評決，------不能因錯誤或其他理由而受審查，蓋如就無罪之評決再加審查，不免置被告於二重危險之中，因此，構成違憲。(見 United States v. Ball, 163 U.S. 662, 671 (1896).)」舉例言之，在 Fong Foo v. United States 一案，聯邦地方法院法官曉喻陪審為無罪之評決，然後，陪審正式評決被告無罪。聯邦上訴法院接受檢方之上訴，並撤銷

been held to be appealable by the United States because restoration of the guilty verdict, and not a new trial, would necessarily result if the Government prevailed. United States v. Wilson, supra." Id., at 569-70.

[35] "None of the considerations favoring appealability is present in the case of a Government appeal from the District Court's judgments of acquittal under Rule 29 (c) where the jury failed to agree on a verdict. The normal policy granting the Government the right to retry a defendant after a mistrial that does not determine the outcome of a trial, United States v. Perez, 9 Wheat. 579, 580 (1824), is not applicable since valid judgments of acquittal were entered on the express authority of, and strictly in compliance with, Rule 29 (c). Those judgments, according to the very wording of the Rule, act to terminate a trial in which jeopardy has long since attached. And a successful governmental appeal reversing the judgments of acquittal would necessitate another trial, or, at least, "further proceedings of some sort, devoted to the resolution of factual issues going to the elements of the offense charged . . ." United States v. Jenkins, 420 U.S. 358, 370 (1975). Therefore, the present case is not one where the double jeopardy bar to appealability is automatically averted. Rather, we must inquire further into the constitutional significance of a Rule 29 (c) acquittal." Id., at 570-71.

國家圖書館出版品預行編目資料

原判決，其判決理由指出：依卷證所示，聯邦地方法院法官無權曉喻陪審為無罪之評決。案經上訴本院後，本院撤銷聯邦上訴法院之判決，認定：雖然聯邦上訴法院所認聯邦地方法院之無罪判決具有異乎尋常之錯誤，其見解或許正確，然而，該無罪判決具有終局確定性，而且不受審查，------蓋如就無罪之評決再加審查，不免置被告於二重危險之中，因此，構成違憲。(見 369 U.S., at 143 . See also Kepner v. United States, supra; United States v. Sisson, 399 U.S., at 289 -290; Serfass v. United States, supra, at 392.)[36] 在適用上述 Ball、Fong Foo 及其他類似案件之見解時，本院更曾強調：何種情形下構成所謂「無罪判決」，並非完取決於法官所為裁判之形式 (見 United States v. Sisson, supra, at 270; cf. United States v. Wilson, 420 U.S., at 336 .)。寧倒是，本院必須確定法官所為裁判，不論其使用之名稱為何，是否實際上已相當於就所訴犯罪之事實上構成要件業為全部或一部之處置，而其處置之正確與否，並非所問。[37] 本案聯邦地方法院之無罪判決，在形式上及實質上，均為不折不扣之無罪判決；蓋聯邦地方法院顯然係認定檢方未能證明系爭藐視法庭罪之成立，始依 Rule 29 (c)之規定作出無罪判決。卷查聯邦地方法

[36] "Perhaps the most fundamental rule in the history of double jeopardy jurisprudence has been that "[a] verdict of acquittal . . . could not be reviewed, on error or otherwise, without putting [a defendant] twice in jeopardy, and thereby violating the Constitution." United States v. Ball, 163 U.S. 662, 671 (1896). In Fong Foo v. United States, supra, for example, a District Court directed jury verdicts of acquittal and subsequently entered formal judgments of acquittal. The Court of Appeals entertained the appeal of the United States and reversed the District Court's ruling on the ground that the trial judge was without power to direct acquittals under the circumstances disclosed by the record. We reversed, holding that, although the Court of Appeals may correctly have believed "that the acquittal was based upon an egregiously erroneous foundation, . . . [n]evertheless, `[t]he verdict of acquittal was final, and could not be reviewed . . . without putting [the defendants] twice in jeopardy, and thereby violating the Constitution.'" 369 U.S., at 143 . See also Kepner v. United States, supra; United States v. Sisson, 399 U.S., at 289 -290; Serfass v. United States, supra, at 392." Id.

[37] "In applying this teaching of Ball, Fong Foo, and like cases, we have emphasized that what constitutes an "acquittal" is not to be controlled by the form of the judge's action. United States v. Sisson, supra, at 270; cf. United States v. Wilson, 420 U.S., at 336 . Rather, we must determine whether the ruling of the judge, whatever its label, actually represents a resolution, correct or not, of some or all of the factual elements of the offense charged." Id.

院就此已作出過分清楚之表示，該院法官稱：這是我所見過證據最薄弱之案件。在宣告無罪判決之時，該院法官並命將其觀點即：「檢方未能就其重要主張為超出合理可疑之外之證明；被告應被認定為無罪」記入筆錄。[38] 因此，本件聯邦地方法院顯然已評估檢方之證據，並認定其證據在法律上不足以支持有罪之判決。又本件聯邦上訴法院認定，聯邦地方法院此一證據不足之判斷，業已啟動二重危險之保障。然而，檢方就本件聯邦地方法院之作為，在憲法上之意義，有所爭執。檢方主張，唯有陪審正式作成之無罪評決，始發生絕對禁止進一步訴追之效果，一旦地方法院宣告誤審並解散陪審，一切對於第二次審判之所謂二重危險之禁止，均告消失。本院不能同意檢方如此之主張。[39] 當然，一如檢方之主張，在陪審審判，其事實方面之主要判斷者，為陪審員。陪審之最重要責任在於，介在被告與乎掌握刑事制裁大權且可能專橫濫權之檢方之間。職是之故，不論有如何強勢之證據足以證明被告為有罪，事實審法官亦被禁止自己作成被告有罪之判決，或指示陪審作成被告有罪之判決（見 Sparf & Hansen v. United States, 156 U.S. 51, 105 (1895); Carpenters v. United States, 330 U.S. 395, 408 (1947)）。也正因如此，事實審法官被禁止試圖反於被告之利益，以支配或干預陪審之獨

[38] "There can be no question that the judgments of acquittal entered here by the District Court were "acquittals" in substance as well as form. The District Court plainly granted the Rule 29 (c) motion on the view that the Government had not proved facts constituting criminal contempt. 10 The court made only too clear its belief that the prosecution was "`the weakest [contempt case that] I've ever seen.'" 534 F.2d, at 587. In entering the judgments of acquittal, the court also recorded its view that "`the Government has failed to prove the material allegations beyond a reasonable doubt'" and that "`defendant should be found "not guilty."'"" Id., at 571-72.

[39] "Thus, it is plain that the District Court in this case evaluated the Government's evidence and determined that it was legally insufficient to sustain a conviction. The Court of Appeals concluded that this determination of insufficiency of the evidence triggered double jeopardy protection.The Government, however, disputes the constitutional significance of the District Court's action. It submits that only a verdict of acquittal formally returned by the jury should absolutely bar further proceedings and that "[o]nce the district court declared a mistrial and dismissed the jury, any double jeopardy bar to a second trial dissolved." Brief for United States 21. We cannot agree." Id.

立判斷。[40] 然而，如是對於事實審法官角色之限制，卻從不曾禁止事實審法官作出對被告有利之裁判。於 Fong Foo v. United States, 369 U.S. 141 (1962) 一案之判決中，所建立事實審法官得逕自為裁判之有限性格，亦直指此點而言。由於 Rule 29 之規定內容，只不過用以取代 Fong Foo 一案判決所稱之「事實審法官得逕自為裁判 directed-verdict」之機制，而授與事實審法官逕自作出無罪判決，在時間選擇上之彈性；並無具有說服力之根據，足以解釋 Rule 29 之規定，係用以弱化事實審法官上述與二重危險法則有關之有限權力(筆者按，即事實審法官得逕自為對被告有利裁判之權力)。寧倒是，Rule 29 立法顧問委員會就該條條文之註釋已確認稱：Rule 29 之規定，無意改變事實審法官或陪審之實質角色，只不過意在立法上純為「事實審法官得逕自為裁判 directed-verdict」之機制，加以修正，而賦與與實務上作法相稱之術語而已(見 18 U.S.C. App., p. 4504.)。也正因如此，United States v. Sisson 一案判決，乃認定：Rule 29，並未就關於乞求二重危險條款之保障上，在法官之判決與陪審之評決間，作出法律上之區別待遇。[41] 然而，檢方就 Fong Foo

[40] "Of course, as the Government argues, in a jury trial the primary finders of fact are the jurors. Their overriding responsibility is to stand between the accused and a potentially arbitrary or abusive Government that is in command of the criminal sanction. For this reason, a trial judge is prohibited from entering a judgment of conviction or directing the jury to come forward with such a verdict, see Sparf & Hansen v. United States, 156 U.S. 51, 105 (1895); Carpenters v. United States, 330 U.S. 395, 408 (1947), regardless of how overwhelmingly the evidence may point in that direction. The trial judge is thereby barred from attempting to override or interfere with the jurors' independent judgment in a manner contrary to the interests of the accused." Id., at 572-73.

[41] "Such a limitation on the role of a trial judge, however, has never inhibited his ruling in favor of a criminal defendant. Fong Foo v. United States, 369 U.S. 141 (1962), establishing the binding nature of a directed verdict, is dispositive on that point. Since Rule 29 merely replaces the directed-verdict mechanism employed in Fong Foo, and accords the federal trial judge greater flexibility in timing his judgment of acquittal, no persuasive basis exists for construing the Rule as weakening the trial court's binding authority for purposes of double jeopardy. Rather, the Notes of the Advisory Committee have confirmed that Rule 29 intends no substantive alteration in the role of judge or jury, but creates a purely formal modification of the directed-verdict device in order "to make the nomenclature accord with the realities." 18 U.S.C. App., p. 4504. Accordingly, United States v. Sisson, supra, at 290, held that Rule 29 recognizes no "legal distinction" between

一案判決，與 Rule 29 之牽連關係上，卻有不同之解讀。檢方主張，在 Fong Foo 一案，事實審法官「逕為裁判 directed-verdict」之結果，所以嗣受二重危險法則之拘束，蓋由於該案正式無罪判決之作出，係由陪審所為(筆者按，指陪審在事實審法官指示後，作出無罪評決；而該陪審嗣經解散)，而非出自於事實審法官。檢方如此之主張，事實上，已將 Rule 29 所定事實審法官所為之無罪判決，在憲法上之意義，轉為其所為無罪判決在時間上先後之問題。因此，如若事實審法官依 Rule 29 (a)之規定，本其職權或依被告之聲請所為之無罪判決，係在其將案件提交陪審審議之前而為之；或依 Rule 29 (b)之規定，事實審法官係在其將案件提交陪審審議之後，陪審尚未作出評決之前，逕為前述之無罪判決，然後解散該陪審；就以上兩種情形，依檢方之主張，勢必承認二重危險法則均禁止對之上訴及為再度之審判。然而，如若事實審法官選擇等待陪審審議之結果，後因陪審無從達成評決，事實審法官乃依據被告本於 Rule 29 (b)之規定，在 7 天內及時為無罪宣告之聲請，而為無罪之宣告，檢方卻主張，在此情形下，二重危險法則並不禁止對此無罪判決之上訴。[42] 本院未能為檢方之如此主張所說服。蓋 Rule 29 並未有如此造作之區別規定。寧倒是，此在時間上之區別規定，係意在授與事實審法官最大之機會，以便斟酌求為無罪宣告

judge and jury with respect to the invocation of the protections of the Double Jeopardy Clause." Id.

[42] "The Government, however, would read Fong Foo and, by implication, Rule 29 differently. It argues that the judge's directed verdict in Fong Foo was binding for double jeopardy purposes because the formal verdict of acquittal, though on direction, was rendered not by the judge, but by the jury, which then was discharged. This in effect turns the constitutional significance of a Rule 29 judgment of acquittal on a matter of timing. Thus, if the judge orders entry of judgment of acquittal on his own or on defendant's motion prior to submission of the case to the jury, as he may under Rule 29 (a), or after submission but prior to the jury's return of a verdict, as authorized by Rule 29 (b) - and the jury thereafter is discharged - the Government's argument necessarily concedes that the Double Jeopardy Clause would preclude both appeal and retrial. If, however, the judge chooses to await the outcome of the jury's deliberations and, upon its failure to reach a verdict, acts on a timely motion for acquittal filed under Rule 29 (c) within seven days of its discharge, the Government submits that the Double Jeopardy Clause should not bar an appeal." Id., at 573-74.

之聲請。檢方上訴，求為糾正事實審法官之錯誤、事實審法官不合理之作為、事實審法官之偏袒；就此上訴意旨之範圍言，檢方之上訴利益並非基於事實審法官在審判上依據 Rule 29 作出無罪判決之時機，而檢方亦未因事實審法官在陪審不能達成評決而加以解散後，從而所為之無罪判決，受有如何之特別損害。Rule 29 所設計授與事實審法官一定之權限，以額外保障受檢方瑕疵訴追之被告之規定，在此範圍內，被告受此保障之利益，本質上等同於在陪審前接受評決以及陪審不能達成評決之兩種情況。在此兩種情況下，被告既未遭受陪審予以定罪，亦未經陪審予以開脫，而在事實審法官不為介入之情況下，被告之無罪開脫，勢須有待另一陪審之再度審判。[43] 本院因此認定，對於 Rule 29 各款之規定，應為一致之對待。職是之故，事實審法官依據 Rule 29 (c)所為之無罪判決，與依據 Rule 29 (a) 或 (b) 所為之無罪判決一樣，均受二重危險法則禁止上訴之拘束。United States v. Sanford, 429 U.S. 14 (1976) 一案判決，並未有與此不同之結論。[44] 在 Sanford 一案，其陪審審判因宣告誤審而結束，而未有無罪判之作成。約 4 個月後，進行第二度之審判，就在準備程序階段，事實審法官駁回檢方之起訴。由於此一起訴之駁回，係發生於第一次審判宣告誤審之數月之後，卻在第二度之審判

[43] "We are not persuaded. Rule 29 contemplated no such artificial distinctions. Rather the differentiations in timing were intentionally incorporated into the Rule to afford a trial judge the maximum opportunity to consider with care a pending acquittal motion. Insofar as the Government desires an appeal to correct error, irrational behavior, or prejudice on the part of the trial judge, its interest is not dependent on the point of trial when the judge enters his Rule 29 judgment, and suffers no special prejudice by a judge's acquittal after the jury disagrees and is discharged. And to the extent that the judge's authority under Rule 29 is designed to provide additional protection to a defendant by filtering out deficient prosecutions, the defendant's interest in such protection is essentially identical both before the jury is allowed to come to a verdict and after the jury is unable to reach a verdict: In either case, the defendant has neither been condemned nor exculpated by a panel of his peers and, in the absence of intervention by the trial judge, his vindication must await further action by a jury." Id., at 574-75.

[44] "We thus conclude that judgments under Rule 29 are to be treated uniformly and, accordingly, the Double Jeopardy Clause bars appeal from an acquittal entered under Rule 29 (c) after a jury mistrial no less than under Rule 29 (a) or (b). United States v. Sanford, 429 U.S. 14 (1976), does not dictate a contrary result." Id.

國家圖書館出版品預行編目資料

開始之前，本院乃將此一事實審法官所為駁回檢方起訴之裁判，定性為「審判前之裁定 a pretrial order」，並認定依 Serfass v. United States, 420 U.S. 377 (1975)一案判決之見解，檢方可對之提起抗告。[45] 茲本院聯結 Sanford 與 Serfass 兩案件之見解，資以強調事實審法官依據 Rule 29 (c)所為之無罪判決之特色。在 Serfass 一案，本院用心於，將對於「審判前裁定 a pretrial order」之抗告，與對於「因審判中所導出關於案件主要爭點之基礎事實之法律上判斷」之上訴，兩者間之差異，細作區分。然而，依據 Rule 29 (c)所為之無罪判決，正係屬於對於「因審判中所導出關於案件主要爭點之基礎事實之法律上判斷」之情形，蓋依 Rule 29 (c)條文文字本身看，如此之無罪判決，顯然係對於一項就其案件之主要爭點業已在審判上進行舉證後，其危險業已貼加卻懸而未決之訴追，所為之終局判斷。在此情況下，本院認定：「雖然在某些時候，其案件經宣告誤審，而未有評決或判決作成，從而許可為再度之審判；但是，本案業已作成無罪判決，此一無罪判決足以禁止再度之審判，從而禁止其進行上訴之審查。(見 United States v. Wilson, 420 U.S., at 348 .)」[46]】

綜上判決理由，可以整理其要旨如下：（一）、二重危險條款禁止對於依據 Rule 29 (c)所為之無罪判決進行上訴審

[45] “In Sanford, a jury trial ended in the declaration of a mistrial. A judgment of acquittal was never entered. Some four months later, with the second trial well into the preparatory stage, the trial court dismissed the prosecution's indictment. Because the dismissal "occurred several months after the first trial had ended in a mistrial, but before the retrial of respondents had begun," id., at 16, the Court characterized the judge's dismissal as "a pretrial order," ibid., and concluded that its appealability was governed by Serfass v. United States, 420 U.S. 377 (1975).” Id.

[46] “The Court's linking of Sanford with Serfass highlights the distinctiveness of an acquittal under Rule 29 (c). In Serfass the Court carefully distinguished between appeal of a pretrial order and appeal of "`a legal determination on the basis of facts adduced at the trial relating to the general issue of the case.'" 420 U.S., at 393 , quoting United States v. Sisson, 399 U.S., at 290 n. 19. A Rule 29 acquittal, however, falls squarely within the latter category: By the very language of the Rule, such a judgment of acquittal plainly concludes a pending prosecution in which jeopardy has attached, following the introduction at trial of evidence on the general issue. In that circumstance we hold that "although retrial is sometimes permissible after a mistrial is declared but no verdict or judgment has been entered, the verdict of acquittal foreclosed retrial and thus barred appellate review." United States v. Wilson, 420 U.S., at 348 .” Id., at 575-76.

查或重行審判。[47]（二）、二重危險條款所具「立於支配地位之憲法原則」，乃聚焦於對於重複審判之禁止（參見 United States v. Wilson, 420 U.S. 332, 346 ），是當檢方之上訴，不致構成相繼訴追之威脅時，並不違背二重危險條款。[48]（三）、在通常情形下，宣告誤審之裁判，由於並未對於審判之結果作出判斷，因而許可檢方對於被告重行訴追之作法，並不適用於本案；蓋本案已由具有權限之法院謹遵 Rule 29 (c)之規定作出合法有效之無罪判決。如本案許可檢方上訴，且上訴成功，而經上級審法院撤銷原無罪判決，勢須進行另一次審判及進一步之程序，以解決所訴犯罪構成要件上之事實爭點。[49]（四）、本案之無罪判決，在形式上及實質上，均為不折不扣之無罪判決；蓋聯邦地方法院顯然係認定檢方未能證明系爭藐視法庭罪之成立，始依 Rule 29 (c)之規定作出無罪判決。[50]（五）、Rule 29 之規定，並未就關於乞求二重危險條款之保障上，在法官之判決與陪審之評決間，作出法律上之區別待遇。[51]（六）、Rule 29 之規定，就 Rule 29 (a)所規定法官在未將案件提交陪審審議前，即作出無罪判決；及 Rule 29 (b) 所規定法官在將案件提交陪審審議後，但在陪審作出評決前，作出無罪判決，然後解散陪審；以及，一如本案之情形，法官係選擇等待陪審審議之結果，直到陪審不能

---

[47] "The Double Jeopardy Clause bars appellate review and retrial following a judgment of acquittal entered under Rule 29 (c)." Id., at 575-76.

[48] "The "controlling constitutional principle" of the Double Jeopardy Clause focuses on prohibitions against multiple trials, United States v. Wilson, 420 U.S. 332, 346 , and where an appeal by the Government presents no threat of successive prosecutions, the Clause is not offended." Id., at 568-570..

[49] "The normal policy granting the Government the right to retry a defendant after a mistrial that does not determine the outcome of a trial does not apply here since valid judgments of acquittal were entered on the express authority of and in strict compliance with Rule 29 (c), and a successful governmental appeal reversing the judgments of acquittal would necessitate another trial or further proceedings to resolve factual issues going to the elements of the offense charged." Id., at 570-571.

[50] "The judgments of acquittal here were "acquittals" in substance as well as form, since the District Court plainly granted the Rule 29 (c) motion on the express view that the Government had not proved facts constituting criminal contempt." Id., at 571-572.

[51] "Rule 29 recognizes no legal distinction between judge and jury with respect to the invocation of the protections of the Double Jeopardy Clause." Id., at 573.

達成評決，始解散陪審，然後依據被告及時之聲請而作出無罪判決等三種情形間，並未曾刻意考量給予區別之待遇。本案之情形，與 United States v. Sanford, 429 U.S. 14 一案有別。[52] 因此，原判決應予維持，上訴駁回。[53]

在英美二重危險法則之下，何以禁止檢方對於被告之無罪判決上訴，有美國聯邦最高法院上開系統嚴謹之說明，想必已可一目瞭然，而不勞筆者再贅一語。於此，須加強調者，乃英美法系之特重程序正義，由此二重危險法則之禁止對於被告之無罪判決上訴，又可見其一斑。筆者於本文第二章「既判力與二重危險概說」中，曾指出：【比較法領域中，有一句名言，即：「直接審理主義」加「反詰問權之保障」，即等於「傳聞法則」。本文所論既判力與二重危險，亦恰好可以套用上開公式，而謂：「既判力法則」加「程序危險之禁止」，即等於「二重危險法則」。】蓋試觀美國聯邦最高法院於 Sealfon v. United States 332 U.S. 575 (1948)一案判決之所言：「既判力，可以在二重訴追中，作為防禦方法。此一既判力法則，不但適用於民事訴訟程序，抑且適用於刑事訴訟程序；再者，縱使並非同一案件，既判力法則之運作，其效力亦及於前此確定判決中所已判斷之爭點 (按即發生爭點效，或附帶的禁反言 Collateral estoppel)。」[54] 復於 Ashe v. Swenson , 397 U.S. 436, (1970) 一案判決稱：「『附帶的禁反言 Collateral estoppel』係一項棘手之片語，但卻代表吾人當事人主義司法制度一項極端重要之法則。此一法則之簡單意

[52] "Rule 29 contemplated no artificial distinctions between situations where the judge enters a judgment of acquittal prior to submission of the case to the jury under Rule 29 (a), or after submission but prior to the jury's return of a verdict under Rule 29 (b), and the jury is thereafter discharged, and the situation involved here, where the judge chose to await the outcome of the jury's deliberations and, upon its failure to reach a verdict, acted on a timely motion for acquittal after the jury's discharge. United States v. Sanford, 429 U.S. 14 , distinguished." Id., at 573-575.

[53] 534 F.2d 585, affirmed.

[54] "Res judicata may be a defense in a second prosecution. That doctrine applies to criminal as well as civil proceedings (*United States* v. *Oppenheimer*, 242 U.S. 85, 87; *United States* v. *De Angelo*, 138 F.2d 466, 468: 147 A. L. R. 991; see *Frank* v. *Mangum*, 237 U.S. 309, 334) and operates to conclude those matters in issue which the verdict determined though the offenses be different. See *United States* v. *Adams*, 281 U.S. 202, 205." See, Sealfon v. United States 332 U.S. 575, 578 (1948)

旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執。雖然，此一法則係先在民事訴訟之領域中發展而出，但『附帶的禁反言』法則至少於 50 多年前，聯邦最高法院在 United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85 (1916)一案之判決中，已將之確立為聯邦刑事司法之一項法則。」[55]「有待解決之終極問題是：此一已經確立之聯邦「附帶禁反言法則」，是否經由憲法增修條文§5 禁止二重危險之保障條款加以具體化？今天，聯邦最高法院毫不猶豫，認定其答案為：『是』。因為，不論此一憲法保障條款所保障者尚可能包括如何之其他事物，至少可以確定者是：此一條款，保障已受**無罪判決**之個人，免於二度遭受笞刑。」[56] 綜上所述以觀，二重危險法則，本即包括既判力法則；只不過，二重危險法則，係在既判力法則之外，增加「程序危險之禁止」而已。從而，採行大陸法系既判力法則之我國，所以並不禁止對於被告之無罪判決上訴，道理亦已明白；蓋推究其根本原因，殆我所採既判力法則之中，欠缺「禁止程序危險」之觀念故也。而我所以欠缺「禁止程序危險」之觀念，追本溯源，又由於兩大法系間存有信念上之根本差異，亦即：（一）、英美法系，獨鍾「個人自由之保障」；大陸法系，偏愛「社會安全之維護」。（二）、英美法系，著重「程序正義」，寧以「形式之真實發現」為實際，滿足於「寧縱毋枉」；大陸法系，著重「實質正義」，務以「實質之真實發現」為

[55] "'Collateral estoppel' is an awkward phrase, but it stands for an extremely important principle in our adversary system of justice. It means simply that when an issue of ultimate fact has once been determined by a valid and final judgment, that issue cannot again be litigated between the same parties in any future lawsuit. Although first developed in civil litigation, collateral estoppel has been an established rule of federal criminal law at least since this Court's decision more than 50 years ago in United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85(1916)." See, Ashe v. Swenson , 397 U.S. 436, 443 (1970) .

[56] "The ultimate question to be determined, is whether this established rule of federal law is embodied in the Fifth Amendment guarantee against double jeopardy. We do not hesitate to hold that it is. For whatever else that constitutional guarantee may embrace, North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 , 2076, it surely protects a man who has been acquitted from having to 'run the gantlet' a second time. Green v. United States, 355 U.S. 184, 190 , 225." Id., at 445-46.

理想，講求乎「毋枉毋縱」。凡此，皆已詳見本文第二章「既判力與二重危險概說」之論述。

職是信念差異之故，當此兩項法則交相激盪、彼此擦撞之機會來臨之際，將有奇妙之景象可觀。舉例言之，我中華民國政府自大陸播遷來台後，於民國 43 年 12 月 2 日，與美國簽訂「中美共同防禦條約」[57]，以防範中共進犯，因此開始有美軍駐台。而為處理在華美軍人員刑事案件，立法院於民國 55 年 1 月 28 日制定「中美共同防禦期間處理在華美軍人員刑事案件條例」，前司法行政部並於民國 55 年 4 月 14 日令頒「處理在華美軍人員刑事案件注意事項」，以供司法人員遵循。在此「處理在華美軍人員刑事案件注意事項」之中，令人驚訝者，乃其注意事項中竟出現：「參、偵查與審判：十二、偵審中一般注意事項：(四)、對於在我國法院管轄下以美軍人員或其文職單位人員或彼等之家屬為被告之案件，判決後應注意左列事項：1. 經法院判決無罪者，案件即告確定，除有誤用法律之情形外，檢察官或自訴人不得上訴。 2. 判決有罪者，除有誤用法律之情形外，倘被告不上訴，檢察官或自訴人亦不得上訴」云云之規定。試想，若係我國人民為刑事被告之案件，而經法院判決無罪，檢察官為達成訴追之任務，豈有不依我刑事訴訟法§344I 提起上訴之理？然則，何以上開「處理在華美軍人員刑事案件注意事項」竟規定「美軍人員或其文職單位人員或彼等之家屬為被告之案件，經法院判決無罪者，案件即告確定，檢察官或自訴人不得上訴」？此非不平等條約者何？然而，若平心思索，其實，此正即既判力法則與二重危險法則交相激盪、彼此擦撞之結果。只是，在感慨「不平等條約」之餘，依於人權思潮以論，在「既判力法則」下獲判無罪之我國被告，豈能不暗自驚羨彼邦在「二重危險法則」下，獲判無罪之被告，得有免受檢察官上訴之保障？

「處理在華美軍人員刑事案件注意事項」之不平等規定，已隨民國 68 年中美斷交，[58] 而成為過去。但是，相同

[57] 「中美共同防禦條約」於 68 年 12 月 31 日終止效力。

[58] 劉屏，*中美斷交二十年*，基督教論壇報，1999/1/3。

之問題，仍存在於南韓。由於南北韓之對峙，美軍駐南韓協防。南韓與美國遂也簽訂有「駐韓美軍地位協定（the Status of Forces Agreement）」。[59] 2002 年 6 月 13 日，一輛美軍裝甲車，輾斃兩名 13 歲之南韓女孩，結果，操作裝甲車之兩名美軍，在同年 11 月獲判無罪。儘管美國政府已賠償被害人家屬，美國總統布希、駐韓美軍司令以及兩名肇事美軍均已公開道歉，但南韓民眾依然群情譁然，而演成群眾運動，要求修正不平等之「駐韓美軍地位協定」。而所指不平等之處，「檢察官不得對於被告之無罪判決上訴」，正亦其一。[60] 然而，在指控「不平等條約」之反面，依於人權思潮以論，其有獲判無罪之南韓被告，其情之不堪，豈不正與我國被告同。

可見，一旦兩項法則有其交相激盪、彼此擦撞之機會時，依於人權思潮以論，兩者之優劣立判。展望未來，我刑事訴訟法是否改弦更張，亦應禁止檢察官對於被告之無罪判決上訴，關鍵當在是否願在理念上進行調整而已。

第 四 節　關於爭點效

既判力之作用　，除發生禁止反覆(一事不再理)之效果外，另一重要之效果，即為禁止矛盾。禁止矛盾之效果，分成兩方面，其一為「關於訴訟標的本身之**排除效**」，此在美國，稱為「直接禁反言（direct estoppel）」，或逕稱為「排除效（claim preclusion）」[61]；另一為「非關訴訟標的本身之**爭**

[59] Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of the United States Armed Forces in the Republic of Korea, July 9, 1966, U.S.-S. Korea, 17 U.S.T. 1677.

[60] See, Youngjin Jung & Jun-Shik Hwang, *Where Does Inequality Come From? An Analysis of the Korea-United States Status of Forces Agreement*, 18 American University International Law Review 1103, 1103-1105, 1123 (2003).

[61] "Claim preclusion is one subset of res judicata. Claim preclusion is asserted by a party in the second action who claims that the other party cannot bring the lawsuit because the claim was already litigated in the first action. The party asserting claim preclusion can argue that the other party either lost in the first lawsuit and is therefore barred from bringing the claim, or the other party won in the prior lawsuit and therefore the claim merged in the first judgment." See, Michelle S. Simon, *Offensive Issue Preclusion in the Criminal Context: Two Steps Forward, One Step Back*, 34 U. Mem. L. Rev. 753, n.3.（2004）.

點效」，此在美國，稱為「附帶禁反言（collateral estoppel）」，或逕稱為「爭點效（issue preclusion）」。[62] 「排除效」，係針對訴訟標的本身之事實爭點而生，此在既判力法則與二重危險法則間，俱為必然之理，並無差別；但在「爭點效」，因其係對於非關訴訟標的本身之事實爭點是否亦生禁止矛盾效果之問題，則在既判力法則與二重危險法則間，存在見解上之歧異。在美國，認二重危險法則之作用，發生「附帶禁反言（collateral estoppel）」效果，因承認「爭點效」對於非關訴訟標的本身之事實爭點亦生禁止矛盾之效果；反之，在我國，因堅持既判力法則禁止矛盾之效果僅能針對訴訟標的本身之事實爭點而生，從而否定「爭點效」。

美國聯邦最高法院於 Sealfon v. United States 332 U.S. 575 (1948)一案判決稱：「既判力，可以在二重訴追中，作為防禦方法。此一既判力法則，不但適用於民事訴訟程序，抑且適用於刑事訴訟程序；再者，縱使並非同一案件，既判力法則之運作，其效力亦及於前此確定判決中所已判斷之爭點(按即發生爭點效，或附帶禁反言 Collateral estoppel)。」[63] 復於 Ashe v. Swenson , 397 U.S. 436 (1970) 一案判決稱：「『附帶的禁反言 Collateral estoppel』係一項棘手之片語，但卻代表吾人當事人主義司法制度一項極端重要之法則。此一法則之簡單意旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執。雖然，此一法則係先在民事訴訟之領域中發展而出，但『附帶的禁反言』法則至少於 50 多年前，聯邦最高法院在 United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85 (1916) 一案之判決中，已將之確立為聯邦刑事司法之

[62] "Courts use the phrases collateral estoppel and issue preclusion interchangeably." Id., n.4.

[63] "Res judicata may be a defense in a second prosecution. That doctrine applies to criminal as well as civil proceedings (*United States* v. *Oppenheimer*, 242 U.S. 85, 87; *United States* v. *De Angelo*, 138 F.2d 466, 468: 147 A. L. R. 991; see *Frank* v. *Mangum*, 237 U.S. 309, 334) and operates to conclude those matters in issue which the verdict determined though the offenses be different. See *United States* v. *Adams*, 281 U.S. 202, 205." See, Sealfon v. United States 332 U.S. 575, 578 (1948)

一項法則。」[64]「有待解決之終極問題是：此一已經確立之聯邦「附帶禁反言法則」，是否經由憲法增修條文§5 禁止二重危險之保障條款加以具體化？今天，聯邦最高法院毫不猶豫，認定其答案為：『是』。因為，不論此一憲法保障條款所保障者尚可能包括如何之其他事物，至少可以確定者是：此一條款，保障已受**無罪判決**之個人，免於二度遭受笞刑。」[65]

在我國，最高法院於民事訴訟之領域，曾以96年度台上字第307號民事判決要旨，指出：「學說上所謂之『**爭點效**』，係指法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷結果，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷而言，其乃源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理而來。是『**爭點效**』之適用，除理由之判斷具備『於同一當事人間』、『非顯然違背法令』及『當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷』等條件外，必須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，**經兩造各為充分之舉證，一如訴訟標的極盡其攻擊、防禦之能事，並使當事人適當而完全之辯論，由法院為實質上之審理判斷**（**按即該非屬訴訟標的之爭點，已經嚴格證明**），前後兩訴之標的利益大致相同者，始應由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要

[64] "'Collateral estoppel' is an awkward phrase, but it stands for an extremely important principle in our adversary system of justice. It means simply that when an issue of ultimate fact has once been determined by a valid and final judgment, that issue cannot again be litigated between the same parties in any future lawsuit. Although first developed in civil litigation, collateral estoppel has been an established rule of federal criminal law at least since this Court's decision more than 50 years ago in United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85(1916)." See, Ashe v. Swenson , 397 U.S. 436, 443 (1970) .

[65] "The ultimate question to be determined, is whether this established rule of federal law is embodied in the Fifth Amendment guarantee against double jeopardy. We do not hesitate to hold that it is. For whatever else that constitutional guarantee may embrace, North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 , 2076, it surely protects a man who has been acquitted from having to 'run the gantlet' a second time. Green v. United States, 355 U.S. 184, 190 , 225." Id., at 445-46.

爭點有關之他訴訟負結果責任，以符民事訴訟上之誠信原則。」復於96年度台上字第2569號民事判決要旨，指出：「法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，**本於兩造辯論之結果所為之判斷結果**（**按即該非屬訴訟標的之爭點，已經嚴格證明**），除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷，此源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理，避免紛爭反覆發生，以達『一次解決紛爭』所生之一種判決效力（拘束力），即所謂『**爭點效**』，亦當為程序法所容許。」據此發展可知，我最高法院至少在民事訴訟之領域，已承認「**爭點效**」之理論。但在刑事訴訟之領域，則猶然堅持否定「爭點效」；茲以最高法院94年度台上字第1783號刑事判決為例，其判決理由指出：【**經查**本件上訴人等於**前案自訴意旨**係以被告於七十九年間，以南勢重劃會理事長身分，勸誘上訴人等就坐落桃園縣平鎮市平鎮段前揭七筆土地所有權，參與該地區市地重劃，嗣於同年七月十八日又未得上訴人等同意，另行發起新光重劃會，將上訴人等原欲參加南勢重劃會之土地改列入新光重劃會中，且未踐行通知土地所有權人參加重劃計畫等法定程序，致上訴人等於不知情下被列入新光重劃案中，而喪失二千零七平方公尺土地，因認被告**涉有詐欺、背信罪嫌**。但就**本件自訴內容**之：「被告在未經自訴人同意下，擅自將自訴人等列為新光重劃會之發起人，並偽造申請函，**涉有偽造私文書罪**」一節，不僅於該案自訴狀中並未提及，且該案確定判決所引敘之自訴意旨亦無上開有關偽造文書犯罪事實之記載，此有該案自訴狀影本及原審法院八十八年重上更（三）字第二十二號確定判決在卷可查（見一審自字第一二五號卷第三十六頁、上訴六二二號卷第一二三頁）。顯見上訴人等於本案所指訴被告偽造私文書之前述犯罪事實，並不包含在上訴人等於前案時請求確定之訴訟客體範圍內。雖上訴人等於前案自訴理由狀及上訴理由書中，曾陳稱被告涉有偽造文書犯行；且**原審曾就上訴人等上開所指偽造文書罪嫌部分詳**

細調查，亦於確定判決理由欄，說明被告無上訴人等所指偽造文書之犯行之理由（按即該非屬訴訟標的之爭點，已經嚴格證明）。惟此僅在**說明被告無以偽造文書之方法欺瞞上訴人等，以達背信之目的（按即該非屬訴訟標的之爭點偽造文書，乃本案訴訟標的背信之先決問題）**，因該偽造文書部分，非上訴人等擇為訴訟客體之社會事實關係，揆諸首開說明，難認本件上訴人等自訴被告偽造文書案件與前案之犯罪事實同一。原判決率認兩案係同一案件，前案被告**無罪之確定判決**效力及於本案，自非適法。上訴意旨執此指摘原判決違法，非無理由，應認有撤銷發回更審之原因。】亦即，在刑事訴訟，最高法院仍然堅持「就本案訴訟標的經法院為實體上之確定判決者」，始足以發生一事不再理之效果；至於其判決理由中，曾作為先決問題加以判斷之「非本案訴訟標的之實體爭點（即其他犯罪事實之認定）」，本無如何之拘束力可言，自不禁止其將來之再行起訴。

然而，吾人以為，民事訴訟，僅係私權之爭執，其當事人尚且受到「**爭點效**」之保護，而刑事訴訟，係為實現國家刑罰權而進行之程序，攸關人權之保障，若謂刑事被告不能享有「**爭點效**」之利益，豈非輕重倒置，而有違「舉輕明重」之法理？[66] 何況，民國 91 年 02 月 08 日刑事訴訟法§161 修正，規定曰：「(I) 檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。(II) 法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。(III) 駁回起訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴。(IV) 違反前項規定，再行起訴者，應諭知不受理之判決。」其修正理由指出：「一、鑑於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任，爰修正第一項。二、為確實促使檢察官負

[66] 此正係美國聯邦最高法院於 ASHE v. SWENSON , 397 U.S. 436, (1970)一案，認爲刑事訴訟應比照民事訴訟，採取「爭點效」理論之重要立論基礎。

舉證責任及防止其濫行起訴，基於保障人權之立場，允宜慎重起訴，以免被告遭受不必要之訟累，並節約司法資源，爰設計一中間審查制度之機制，增訂第二項。三、法院於裁定駁回起訴前，既曾賦予檢察官補正證明方法之機會，檢察官若不服該裁定者，亦得提起抗告請求上級法院糾正之，是以檢察官之公訴權能已獲充分保障，此時**為維護被告基本人權，避免被告有受二次追訴之危險**，爰增訂第三、四項。」於此所謂：「**為維護被告基本人權，避免被告有受二次追訴之危險**」云云，殆已與「二重危險法則」之理念相通。似此起訴審查機制中，未經嚴格證明，所為駁回起訴之裁定，尚且賦與「非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴」之「類既判力」，若謂上開最高法院 94 年度台上字第 1783 號刑事判決中所指，已經本案審判「**嚴格證明**」為並不構成犯罪之「非屬訴訟標的之爭點即偽造文書」部分，並不發生美國聯邦最高法院於 ASHE v. SWENSON, 397 U.S.436 (1970)一案所已明確肯認之「附帶禁反言 collateral estoppel (即爭點效 issue preclusion)」之效果，而容許提起二度之訴追，其不愜人意，豈不顯然。是關於「爭點效」之合引進刑事訴訟領域，應已到須慎重三思之時。

「爭點效」理論果若適用於我刑事訴訟領域，則上開最高法院 94 年度台上字第 1783 號刑事判決中所指，已經本案審判「**嚴格證明**」為並不構成犯罪之「非屬訴訟標的之爭點即偽造文書」部分，如經重行起訴，則借用美國聯邦最高法院於 ASHE v. SWENSON , 397 U.S. 436 (1970)一案判決，所謂：「『附帶禁反言 collateral estoppel』 (即爭點效 issue preclusion)法則，其簡單之意旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執」以論，似宜認係「起訴之程序違背規定」(蓋其重行之起訴，係對於已發生爭點效之事實爭點，再事爭執，在程序上為不合法)，而逕依刑事訴訟法§303i「起訴之程序違背規定」，諭知不受理之判決；而非以「曾經判決確定」為據，依§302i 諭知免訴判決。以示「爭點效」與乎「排除效」，尚有其本質上之

區別。[67]

第 五 節　關於為被告之不利益聲請再審

在美國，被告經有罪判決，循「直接上訴程序（direct appeals）」尋求救濟，既告失敗，而判決確定後，被告尚有最後之機會進行所謂「有罪判決確定後之救濟（post-conviction remedies）」。[68]「有罪判決確定後之救濟」，主要分為兩種，一為「被告之聲請人身保護令（habeas corpus）」，規定在 28 U.S.C. §§ 2241– 2266；[69] 一為「被告之聲請再審（new trial upon the defendant's motion）」，規定在 USCS Fed Rules Crim Proc R 33。[70],[71]。然而，無論何者，均

---

[67] 關於「排除效」，請參閱本文第四章第三節第二款之說明。

[68] "The term "post-conviction remedies" refers to specific types of legal challenges to guilty pleas, convictions, and sentences. These challenges are known as "collateral actions" and do not include direct appeals. Post-conviction remedies are primarily constitutionally based procedural approaches provided by the law to insure that justice is done." See, *Lewisburg Prison Project, Post-Conviction Remedies*, (Set: Post-Conviction. Bulletin 9.1), p.1（Update July, 2005）, 2008.11.11, retrieved from: http://www.eg.bucknell.edu/~mligare/LPP/bulletins/9.1.pdf#search='postconviction %20relief

"For many prisoners, federal habeas corpus stands as the last opportunity to challenge the constitutionality of their convictions or sentences." See, John H. Blume & David P. Voisin, *An Introduction to Federal Habeas Corpus Practice and Procedure*, 47 S.C. L. Rev. 271（1996）.

[69] "Habeas corpus is a Latin phrase meaning, "you have the body." The "great writ" of habeas corpus is protected by the United States Constitution in Article 1, which provides that "the privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public safety may require it." A writ of habeas corpus is an action, which claims that a prisoner's conviction (§2241) or sentence (§2254 for state prisoners and §2255 for federal prisoners) was unlawful. Habeas corpus statutes are found at 28 U.S.C. §§ 2241– 2266. The statute on counsel in death penalty cases at 21 U.S.C. § 848(q). A habeas corpus action is not used for seeking monetary damages. The purpose of a federal writ of habeas corpus is to assert that a conviction and sentence were obtained in violation of the U.S. Constitution or federal law. If the court agrees with you it may throw out the conviction. Release from incarceration on the dismissed charge is a remedy for habeas corpus actions." See, *Lewisburg Prison Project, Post-Conviction Remedies*, supra note 68, at 2.

[70] USCS Fed Rules Crim Proc R 33: New trial: (a) Defendant's Motion. Upon the defendant's motion, the court may vacate any judgment and grant a new trial if the interest of justice so requires. If the case was tried without a jury, the court may take additional testimony and enter a new judgment. (b) Time to File. (1) *Newly Discovered Evidence.* Any motion for a new trial grounded on newly discovered

係為被告之利益所開設之非常救濟程序；在二重危險法則之禁止下，絕難想像可以有檢察官為被告之不利益而聲請再審之情形。在日本，其二戰前之刑事訴訟法，於明治時期，就再審制度採法國制，僅許可為被告之利益而聲請再審；其後，舊刑事訴訟法，改採德國制，併許可為被告之不利益而聲請再審；然而，二戰之後，新憲法§39 已引進美國禁止二重危險之觀念，[72] 為迎合憲法之要求，戰後新刑事訴訟法，又改從法國制；[73] 是日本現行刑事訴訟法，僅在§435、§436，設有為被告利益聲請再審之規定，而禁止再為被告之不利益

evidence must be filed within 3 years after the verdict or finding of guilty. If an appeal is pending, the court may not grant a motion for a new trial until the appellate court remands the case. (2) *Other Grounds.* Any motion for a new trial grounded on any reason other than newly discovered evidence must be filed within 7 days after the verdict or finding of guilty.

[71] "On the motion of a federal defendant, a district court may grant a new trial "if the interests of justice so require." New trials have been granted for a variety of reasons. In exceptional circumstances, courts may grant a new trial based on a defendant's claim that the verdict was against the weight of the evidence. A motion based on newly discovered evidence must be filed "within three years after the verdict or finding of guilt. Motions based on all other grounds must be filed within seven days after the verdict or within such additional time as the court decides. The defendant may seek an extension of time to file the underlying motion as long as the defendant does so within the seven-day period, but the court itself is not required to act on that motion within any particular time. Claims made after the seven-day period must be supplemental to those properly made within the seven-day period. A district court loses jurisdiction to grant a motion for a new trial based on newly discovered evidence while an appeal is pending. To obtain a new trial based on newly discovered evidence, the defendant must show that: (1) the evidence was discovered after trial; (2) the failure to learn of the evidence at the time of trial was not due to the defendant's lack of diligence; (3) the evidence is material to the issues involved; (4) the evidence is authentic, and not merely cumulative or impeaching; and (5) a new trial would probably produce a different result. The trial court may hold an evidentiary hearing on the merits of a motion for a new trial, and because the trial court is in a superior position to assess the effects of errors or new evidence, decisions to deny an evidentiary hearing are reviewed for abuse of discretion." See, Annual Review of Criminal Procedure, *PROSECUTION OF PROCESS CRIMES: THOUGHTS AND TRENDS*, 37 Geo. L.J. Ann. Rev. Crim. Proc. 805, 806-811（2008）.

[72] 日本国憲法§39 規定：「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。」

[73] 團藤重光，*新刑事訴訟法綱要*，創文社，昭和五十六年二 月七訂版第二十一刷，頁 589。

而聲請再審。[74] 據此可知，法則之奉行，其影響立法之走向，不可謂不鉅。

然而，由於我國並無類似日本引進二重危險觀念之經驗，是我刑事訴訟法關於再審制度之規定，仍維持與日本戰前舊刑事訴訟法所規定者同；不僅在§420、§421 設有為被告（受判決人）之利益聲請再審之規定，同時在§422，廣泛規定得為被告（受判決人）之不利益聲請再審之情形。為被告之利益聲請再審之規定，不生二重危險之問題，並非本文關切之對象；茲所欲檢討者，乃§422 得為被告之不利益聲請再審之規定，是否具備合理性。

既判力之實體作用，在於擔保「行為不兩罰」；程序作

---

[74] 日本現行刑事訴訟法§35規定：「再審の請求は、左の場合において、有罪の言渡をした確定判決に対して、その言渡を受けた者の利益のために、これをすることができる。

一　原判決の証拠となつた証拠書類又は証拠物が確定判決により僞造又は変造であつたこ　　とが証明されたとき。

二　原判決の証拠となつた証言、鑑定、通訳又は翻訳が確定判決により虚僞であつたことが証明されたとき。

三　有罪の言渡を受けた者を誣告した罪が確定判決により証明されたとき。但し、誣告により有罪の言渡を受けたときに限る。

四　原判決の証拠となつた裁判が確定裁判により変更されたとき。

五　特許権、実用新案権、意匠権又は商標権を害した罪により有罪の言渡をした事件について、その権利の無効の審決が確定したとき、又は無効の判決があつたとき。

六　有罪の言渡を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき。

七　原判決に関与した裁判官、原判決の証拠となつた証拠書類の作成に関与した裁判官又は原判決の証拠となつた書面を作成し若しくは供述をした検察官、検察事務官若しくは司法警察職員が被告事件について職務に関する罪を犯したことが確定判決により証明されたとき。但し、原判決をする前に裁判官、検察官、検察事務官又は司法警察職員に対して公訴の提起があつた場合には、原判決をした裁判所がその事実を知らなかつたときに限る。」

§436規定：「再審の請求は、左の場合において、控訴又は上告を棄却した確定判決に対して、その言渡を受けた者の利益のために、これをすることができる。

一　前条第一号又は第二号に規定する事由があるとき。

二　原判決又はその証拠となつた証拠書類の作成に関与した裁判官について前条第七号に規定する事由があるとき。」

用，在於擔保「案件不兩判」。因此，刑事訴訟法§302i 乃規定，案件曾經（實體）判決確定者，應諭知免訴之判決，而逕從程序上駁回二度之起訴，以避免「行為不兩罰」、「案件不兩判」之原則遭受破壞。職是之故，禁止二度起訴之既判力法則，利在被告；對比英美二重危險法則以論，可謂既判力法則實係具有憲法高度之人權保障法則。

乃我刑事訴訟法§422 規定：「有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後，有左列情形之一者，為受判決人之不利益，得聲請再審：一、有第四百二十條第一款、第二款、第四款或第五款之情形者。二、受無罪或輕於相當之刑之判決，而於訴訟上或訴訟外自白，或發現確實之新證據，足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實者。三、受免訴或不受理之判決，而於訴訟上或訴訟外自述，或發見確實之新證據，足認其並無免訴或不受理之原因者。」依此規定，被告於案經判決確定後，可能因檢察官或自訴人之聲請再審（§428），而再度開啟審判（§436）。

以上為被告之不利益聲請再審，有法定期間之限制，即「於判決確定後，經過刑法第八十條第一項期間二分之一者，不得為之」（§425）。因此，例如，被告涉犯刑法§310I 之誹謗罪，法定最重本刑為有期徒刑 1 年，依現行刑法§80Iiii 之規定，其追訴權時效期間為 10 年，設若檢察官趕在時效期間 10 年之最末日提起公訴，歷經一、二審之審判，於第 11 年之末日二審法院判決被告無罪確定；嗣被告於訴訟上或訴訟外自白，或發現確實之新證據，足認其有應受有罪判決之犯罪事實時，檢察官或自訴人之聲請再審，須自第 11 年之末日判決確定時起算，在未經過原效期間 10 年之二分之一即 5 年之法定期間內為之。其結果，在第 16 年之末日，檢察官或自訴人猶有機會聲請再審，而重開審判之門。此則無異以程序法之規定，變相延長實體法所規定之時效期間，而使本該享受時效保障之被告，蒙受重大之不利益。

又「被告經免訴或不受理之判決確定，而於訴訟上或訴訟外自述，或發見確實之新證據，足認其並無免訴或不受理之原因時，檢察官或自訴人亦可聲請再審」之規定，尤其啟

人疑問。蓋免訴或不受理之判決，一般認係程序上之判決，並不發生實質確定力，原無禁止二重起訴之效果；[75] 是在免訴或不受理之判決確定後，果發現有並無免訴或不受理之原因時，則更行起訴便可解決問題，何勞以聲請再審之迂迴方式而為之？可見此一聲請再審之迂迴規定，意在變相延長實體法所規定之時效期間，以規避既判力二重起訴之禁止，實甚明瞭。

檢察官或自訴人為被告之不利益聲請再審，「法院認為有再審理由者，應為開始再審之裁定(§435I)」。「開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序，更為審判(§436)」。而此一依其審級之通常程序，更為之審判，「本質上為原訴訟程序之再開或續行，並非另一新訴訟關係」。[76] 且其更為審判之結果，如為被告有罪之判決，並無不利益變更禁止原則之適用，而可對於被告大開殺戒。[77] 於是，再審程序乃成為規避既判力二重起訴之禁止，以行再度訴追之巧門。此在英美二重危險法則之下，乃屬絕對禁止之事。

抑有進者，依「既判力（實質確定力）擴張」之理論，本禁止檢察官就既判力（實質確定力）擴張所及之潛在性事實，再行訴追，否則，其再行之起訴，當受法院逕為免訴之諭知；然而，檢察官卻可採取迂迴戰術，轉依刑事訴訟法§422ii：「受輕於相當之刑之判決，而發現確實之新證據，足認其有應受重刑判決之犯罪事實者，得為受判決人之不利益

---

[75] 依刑事訴訟法§307:「第三百零二條之判決（即免訴判決），得不經言詞辯論爲之」之規定，其免訴判決係不經言詞辯論而依自由之證明即行作成者，因本案犯罪事實是否成立及國家刑罰權是否存在，並未經嚴格證明，則如此之免訴判決，純爲形式判決，不生既判力。反之，免訴判決如經言詞辯論，而就本案犯罪事實是否成立及國家刑罰權是否存在，進行嚴格之證明，然後依嚴格證明所得之心證，認定被告之犯罪事實及所犯法條，從而確定其案件「曾經判決確定、時效已完成、曾經大赦、或犯罪後之法律已廢止其刑罰者」，則如此之免訴判決，已非單純之形式判決可比，因其訴訟標的曾經實質審究，具有實體性，應生既判力。是爲例外。請參閱本文第四章第二節第五款「免訴判決之特殊性（免訴判決有無既判力）」之說明。

[76] 參見，最高法院 89 年度第 5 次刑事庭會議決議。

[77] §439「不利益變更禁止原則」，即「爲受判決人之利益聲請再審之案件，諭知有罪之判決者，不得重於原判決所諭知之刑」之規定，僅適用於「爲受判決人之利益聲請再審之案件」。

聲請再審」之規定，以聲請再審為手段，而重啟審判之門，並陷被告於二重危險之中。然則，一項法律制度之內涵，竟有如此自相矛盾之設計，豈不荒謬？職是之故，處於對立狀態之「既判力（實質確定力）擴張理論」與「為受判決人之不利益聲請再審」，勢須廢棄其一，否則，荒謬難解。問題是，究須廢棄何者？若以「既判力法則」乃具有憲法高度之人權保障法則，而 「為受判決人之不利益聲請再審」，則正與此一人權保障法則背道而馳為衡，不言而喻，所當廢棄者，自唯「為受判決人之不利益聲請再審」是問，復奚疑？

總之，我刑事訴訟法§422 關於「為被告之不利益聲請再審」之規定，不僅有諸多不合理之處，抑且侵蝕「既判力法則之為具有憲法高度之人權保障法則」，而有違憲之虞，誠有嚴肅檢討之必要。依筆者所信，此一規定以廢止為宜。至於倖逃法網之被告，如確有特別情事，認非再行訴追，即與公平正義不合者，亦宜參酌英美二重危險法則之例外情形，設為我既判力法則之例外規定，而在實體法所定追訴權時效尚未完成前，容許檢察官為第二度之起訴，如此作法，或較符情理之平。

第 六 節　關於許可重行追之例外

舉凡原則，必不免有其例外。社會科學領域中，斷難有「放諸四海而皆準，百世以俟聖人而不惑」之鐵則，而可以毫無例外。二重危險法則，亦然，「其對於被告之保障，並非具有絕對性及決定性；在適當情形下，應承認並適用其例外。（The protections afforded by double jeopardy are not as absolute and conclusive as Aleman suggests; exceptions are recognized and applied when appropriate.）」[78] 「公平性與確定性，對兩造而言，俱屬二重危險法則不可或缺之成分，固不獨於被告為然。（Fairness and finality to *both* parties are integral components of double jeopardy.）」[79] 因此，「檢方亦必須被提

[78] See, THE PEOPLE OF THE STATE OF ILLINOIS, Plaintiff-Appellee, v. HARRY ALEMAN, Defendant-Appellant, 667 N.E.2d 615,624（1996）.

[79] See generally *Nelson v. Lockhart*, 488 U.S. 33, 44-47, 102 L. Ed. 2d 265, 109 S. Ct. 285 (1988) (Marshall, J., dissenting); *Burks v. United States*, 437 U.S. 1, 15-16, 57

供至少一次公平之機會，以就其所可能蒐集到之證據進行舉證。（The State also must be provided with at least "one fair opportunity to offer whatever proof" it can assemble.）」[80]從而，「二重危險條款之兩項政策，固為：禁止就同一犯罪為多重之處罰；及保障被告免於因多重訴追所造成之煩擾及身體、心理並財務上之負擔。但，吾人仍應就此與對於有罪之人科加公正處罰之社會利益，進行適當之衡平。（Two policies served by the Double Jeopardy Clause are relevant: prevention of multiple punishments for one offense, and protection from harassment and from the physical, psychological, and financial burdens of multiple prosecutions. We must balance against them the societal interest in imposing just punishment on the guilty.）」[81] 職是之故，「法院不可使用刻板、機械之法則以解釋二重危險條款。（A court may not apply rigid or mechanical rules in interpreting the double jeopardy clause.）」[82]「在某種情況下，當被告免受多重訴追造成煩擾及身體、心理並財務上負擔之利益，已被對於有罪之人科加公正處罰之社會利益所蓋過（Under these[certain] circumstances, appellants' interest in avoiding the physical, psychological, and financial burdens of multiple prosecutions is outweighed by society's interest in punishment of the guilty.）」時，當即引據例外法則以排除二重危險條款適用。[83]

正因如此，在美國，乃由「法官造法」，在三件具體個案中，認定應排除二重危險條款之適用，許可檢方對於曾經判決確定之被告，進行二度之訴追，從而成為二重危險條款

L. Ed. 2d 1, 98 S. Ct. 2141 (1978); *United States v. DiFrancesco*, 449 U.S. 117, 129, 66 L. Ed. 2d 328, 101 S. Ct. 426 (1980).

[80] See, *Burks v. United States, 437 U.S. 1*, 16; *People v. Edwards, 97 Ill. App. 3d 407*, 411-12.

[81] *See Howard v. United States*, 372 F.2d 294, 299 & n.10 (9th Cir.), *cert. denied*, 388 U.S. 915, 87 S. Ct. 2129, 18 L. Ed. 2d 1356 (1967).

[82] See, *Serfass v. United States, 420 U.S. 377*,, 390, 43 L. Ed. 2d 265, 95 S. Ct. 1055, citing *Illinois v. Somerville*, 410 U.S. 458, 35 L. Ed. 2d 425, 93 S. Ct. 1066 (1973).

[83] See, UNITED STATES of America, Plaintiff-Appellee, v. Stephanie Kay STEARNS, Defendant-Appellant; UNITED STATES of America, Plaintiff-Appellee, v. Buck Duane WALKER, aka Roy A. Allen, Defendant-Appellant, 707 F.2d 391, 393（1983）.

之重要例外。此三件判例，依序為：**Diaz v. U S, 223 U.S. 442（1912）一案**【被告所涉傷害犯行既經判罪後復就同一犯罪重行訴追其傷害致死；稱為犯罪未完成之例外（Uncompleted Offenses Exception）[84]】；**U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案**【被告既經以竊盜判罪後復就同一犯罪重行訴追其強盜殺人；稱為犯罪發現在後或已盡調查能事之例外（Later Discovered Offenses or the Due Diligence Exception）[85]】；**People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案**【被告賄賂法官為無罪判決後復就其同一犯罪進行二度之訴追；稱為騙局審判及詭詐勾結之例外（Sham Trial and Fraud or Collusion Exception）[86]】。在英國，則以國會「制定法」之方式，創造有**「確實新證據 "new and compelling evidence"」**時，可以重行審判之例外。茲將此二重危險法則之四項例外，引與我既判力法則可能有之例外，相比較如下，以察其異同之所在：

一、 **Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案** 【犯罪未完成之例外（Uncompleted Offenses Exception）】

Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案，其大要如下：被告 Diaz，對於被害人 Alcanzaren 施加身體傷害，先經治安法官以傷害罪判處罰金 50 元。判決確定後，被害人 Alcanzaren 始因傷重不治死亡，檢方復就同一傷害行為，改以傷害致死罪名，再度起訴於第一審法院；被告 Diaz 遂又依傷害致死罪被判處有期徒刑等刑罰。被告 Diaz 不服，以蒙受二重危險為

---

[84] See, Anne Bowen Poulin, *DOUBLE JEOPARDY PROTECTION FROM SUCCESSIVE PROSECUTION: A PROPOSED APPROACH*, 92 Geo. L.J. 1183, 1259-60（2004）；Anne Bowen Poulin, *DOUBLE JEOPARDY PROTECTION AGAINST SUCCESSIVE PROSECUTIONS IN COMPLEX CRIMINAL CASES: A MODEL*, 25 Conn. L. Rev. 95, 148-50（1992）.

[85] See, Anne Bowen Poulin, id., at 1260-62.

[86] See, David S. Rudstein, *Double Jeopardy and the Fraudulently Obtained Acquittal*, 60 Mo. L. Rev. 607, 620-34（1995）；Anne Bowen Poulin, *DOUBLE JEOPARDY AND JUDICIAL ACCOUNTABILITY: WHEN IS AN ACQUITTAL NOT AN ACQUITTAL?* 27 Ariz. St. L.J. 953, 988-91（1995）；Laurie L. Levenson, *DOUBLE TROUBLE: UNDER WHAT CIRCUMSTANCES CAN A DEFENDANT BE PROSECUTED FOR THE SAME ACT UNDER DIFFERENT STATUTORY PROVISIONS?* 22 Los Angeles Lawyer 40, 41（1999）.

由，遞經上訴至於美國聯邦最高法院。**聯邦最高法院大法官 Mr. Justice Van Devanter 就此案為全院撰寫之判決理由，要旨如下：**【依據菲律賓[87]文人政府法律「禁止二重危險」之規定，二重危險係限於就「同一犯罪」始能發生。而本件之情形並非如此。[88]本件第一審法院所審判被告傷害致死之案件，與治安法官所審判被告傷害之案件，雖然在某些構成要件上為屬同一，但兩者在法律上及事實上均為不同之犯罪。被害人之死亡，乃傷害致死罪之主要構成要件，但在傷害罪則不然。在傷害案件審判之際，被害人死亡之結果尚未發生；須到被害人死亡之結果發生時，才算觸犯傷害致死罪。亦唯被害人死亡結果發生之後，而非之前，方可能使被告因傷害致死罪而被置於危險之中。[89]而且，依據菲律賓法律，治安法官雖有審判被告傷害罪之管轄權，卻無審判其傷害致死罪之管轄權；因此，在治安法官前所行之審判，其附帶而生之危險，不能延伸及於其管轄權範圍以外之犯罪。就治安法官所行之審判，所能主張之危險，至多不過保障被告不再就傷害罪更受訴追；因此，在嗣後訴追傷害致死罪時，傷害罪不能被當作傷害致死罪所包含之輕罪處理。**職是之故，本件前此危險之抗辯，不足以構成訴追傷害致死罪之障礙。[90]原判決應予維持，上訴駁回。[91]**】

---

[87] 按，1912 年，聯邦最高法院爲本案判決時，菲律賓爲美國之殖民地。

[88] "The provision against double jeopardy, in the Philippine civil government act (32 Stat. at L. 691, chap. 1369, 5), is in terms restricted to instances where the second jeopardy is 'for the same offense' as was the first. That was not the case here." See, DIAZ v. U S, 223 U.S. 442, 448 (1912).

[89] "The homicide charged against the accused in the court of first instance and the assault and battery for which he was tried before the justice of the peace, although identical in some of their elements, were distinct offenses both in law and in fact. The death of the injured person was the principal element of the homicide, but was no part of the assault and battery. At the time of the trial for the latter the death had not ensued, and not until it did ensue was the homicide committed. Then, and not before, was it possible to put the accused in jeopardy for that offense." Id., at 448-49.

[90] "Besides, under the Philippine law, the justice of the peace, although possessed of jurisdiction to try the accused for assault and battery, was without jurisdiction to try him for homicide; and, of course, the jeopardy incident to the trial before the justice did not extend to an offense beyond his jurisdiction. All that could be claimed for that jeopardy was that it protected the accused from being again prosecuted for the assault and battery, and therefore required that the latter be not treated as included,

在我國，與此 Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案，相同之情節，卻有不同之處理。於本文第四章第五節第四款「行為不兩罰與案件不兩判之交錯」之論述中，筆者曾指出：【刑事實體法上「行為不兩罰」原則所衍生之狀況，盤根錯節，層出不窮，亦有刑事程序法上既判力「實質確定力」之作用難以招架之時候。此際，刑事實體法上「行為不兩罰」原則，當即自行發揮功能，逕以程序上再度之訴追，牴觸「行為不兩罰」原則之故，成其為以免訴判決駁回程序上再度訴追之獨立理由，而不再假借既判力「實質確定力」之作用為橋梁。從而發生刑事實體法上「行為不兩罰」原則，與刑事程序法「案件不兩判」（一事不再理）原則，直接交錯之現象。】;【上述刑事實體法上「行為不兩罰」原則，與刑事程序法「案件不兩判」（一事不再理）原則，直接交錯之現象，見於加重結果犯 (例如刑法§277II 傷害致死罪)。加重結果犯，若出現例如「傷害致死罪，其死亡結果係在傷害罪判決確定後始行發生」之情形，歸納言之，無非係行為人所故意犯之一罪，先發生故意使其發生之中間結果，然後再升高而發生「行為人能預見而未預見之加重結果」，其間僅存在單一之相當因果關係，亦即無論中間結果或加重結果，均係「自然意義之一行為」即「行為人所故意犯之一罪，其資以實行之行為」所惹起，情形有如想像競合犯之為「自然意義之一行為」而觸犯數罪名者然。在此意義下，加重結果犯乃以【**故意犯之實行行為＋故意使其發生之中間結果＋行為人能預見而未預見之加重結果＝加重結果犯**】之型態而存在。例如，傷害致死罪，即係以【傷害之實行行為（自然意義之一行為）＋傷害結果（中間結果）＋死亡結果（加重結果）＝傷害致死罪】之型態而存在。凡此情形，基於「單一行為之處罰一次性」及「行為不兩罰」之原理，如檢察官就犯罪事實一部【傷害之實行行為（自然意義之一行為）＋傷害結果（中間結果）】以傷害罪名起訴，業已判決確定，然後【死

as a lesser offense, in the charge of homicide. It follows that the plea of former jeopardy disclosed no obstacle to the prosecution for homicide.” Id., at 449.

91 “Judgment affirmed.” Id., at 459.

亡結果（加重結果）】始行發生，則不論前此傷害罪之確定判決為有罪或無罪，均不得再就犯罪事實全部即傷害致死罪更行訴究。因此，最高法院判例乃謂：「被告前被自訴之傷害行為，既與被害人之死亡有因果關係，則傷害行為與因傷致死之結果，**明係同一事實**，其**傷害**部分既經判決（**有罪**）確定，自不能再就傷害致人於死部分重行受理，原審諭知免訴之判決，於法委無不合。（30 年上字第 2747 號）」；司法院解釋亦稱：「自訴人自訴**傷害**，經判決被告**無罪**，確定後自訴人死亡，屍親復以自訴人係傷害致死，訴經檢察官偵查起訴，又判決被告無罪，檢察官對於第二判決上訴，第二審自應依刑事訴訟法第三百六十一條第一項、第二百九十四條改判免訴。（院字第 2271 號解釋）」。以上兩件實例，所以認再行起訴之傷害致死罪應判決免訴者，均係出於「單一行為之處罰一次性」及「行為不兩罰」之原理，而非基於§267 起訴不可分、審判不可分及「實質確定力(既判力)擴張」之理論。蓋前者（30 年上字第 2747 號判例）傷害部分雖經判決**有罪**確定，但死亡結果（加重結果）在既判力之基準時點 (最後審理事實之法院宣判時)之前，尚未發生，審理事實之法院本無從加以審判，而非應予審判而未審判，是「實質確定力(既判力)擴張」理論之基礎不存在，故難以藉助「實質確定力(既判力)擴張」之理論，以說明再行起訴之傷害致死罪何以業已判決確定，而應判決免訴；又後者（院字第 2271 號解釋）傷害部分係經判決**無罪**確定，而無罪之確定判決本不足以發生「實質確定力(既判力)擴張」之效果，則再行起訴之傷害致死罪所以應判決免訴者，其非藉助「實質確定力(既判力)擴張」之理論，尤見明瞭也。】因此，情節一如 Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案者，在我國，遂成為無從再行訴追處罰之犯罪。[92] 此與國民法律感情是否足相適合，不無疑問。

[92] 抑有進者，傷害部分在經判決**有罪**或**無罪**確定後，始又發生死亡結果（加重結果）之情形，甚至再審程序亦無從救濟。此參以最高法院就**【過失行爲＋傷害結果＋死亡結果＝過失致死】**之案例所持之見解，足以知之。最高法院指出：「計程車司機甲因過失撞傷乙（按，可以比擬爲故意傷害），經告訴提起公訴，判處傷害罪刑確定後，乙因該傷死亡（按，可以比擬爲傷害致死），檢察官依

然而，在我國，就刑事實體法上「行為不兩罰」原則，發生棄守之情形，亦非無有；此殆可見諸「實質確定力(既判力) 延展」之理論。前於本文第四章第五節第三款「實質確定力(既判力) 延展」」之論述中，筆者曾指出：【屬於「實質上一罪」之「繼續犯」，由於其犯罪行為之繼續性，在時間上呈線狀延展，縱其犯罪已經起訴、審判，乃至於判決確定，但其犯罪行為卻有可能在起訴、審判，乃至於判決確定之過程中仍在繼續進行，而未曾間斷；就繼續犯在實體上本為實質上一罪言，如合併其判決確定前之繼續犯行與乎判決確定後之繼續犯行而為觀察，其實仍為一個繼續犯，而只為一罪；然而，程序上確定判決之既判力，卻不容許作如是觀，亦即，既判力在空間上，須有其橫斷面之最廣統攝範圍，另在時間上，須有其縱斷面之最長延展範圍，而不能毫無限度。前述「實質確定力(既判力)擴張」，即係既判力在空間上、橫斷面之最廣統攝範圍，凡非既判力擴張所及之犯罪，即須另行追訴處罰，而不能因有一次之有罪判決確定，便使判決確定前之其他犯罪統歸豁免，此亦即刑法§50 所以規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之」、§52 規定：「數罪併罰，於裁判確定後，發覺未經裁判之餘罪者，就餘罪處斷」之故；同理，既判力在時間上，亦須有其縱斷面之最長延展範圍，故在時間上有繼續性質之繼續犯，其有罪判決之既判力，必須截取一定之時間點，以作一刀兩段式之處理，使在此一定時間點以前之繼續犯行，為既判力所及，至在此一定時間點以後之繼續犯行，則屬非既判力所及之另起新犯罪，而應更受追訴及處罰，亦即，此一一定之時間點，乃既判力在時間上、縱斷面所能延展之最後臨界點；訴訟法學就此一定時間點之找定，稱之為「既判力之延展」，以示與「既判力之擴

刑事訴訟法第四百二十二條第二款聲請再審。按刑事訴訟法再審編所稱發見確實新證據，係指當時已經存在而發見在後或審判時未經注意之證據，且能證明原確定判決所認定之事實爲錯誤者而言，與在認定事實後，因以論罪處刑所應依據之法律無涉（參照三十五年特抗字第二十一號判例）。本題甲以傷害判處罪刑確定前，既無乙死亡之事實，其證據當不存在，即非審判時未經注意之證據。質言之，原判決所認定之事實並無錯誤，自不得因事後發生之事實，聲請再審。（最高法院 65 年度第 7 次刑庭庭推總會議決議）」。

張」有別。[93] 而所找定之時間點，又稱之為「既判力之基準時點」。】；【刑事訴訟法，自民國 91 年以後之歷次修正，雖稱已改採所謂「改良式當事人進行主義」，但其實仍以職權主義為背景。在職權主義之觀念下，依刑事訴訟法§267「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部」之審判不可分原則，理論上，在最後審理事實之法院辯論終結後，尚未宣判前，法院均有本於職權再開辯論，而就起訴效力所及之全部犯罪加以審判之可能性，因此，唯在案件既經宣判時，因判決已對外發生效力，礙於判決之「羈束力」及「自縛性」，法院始完全喪失依職權再開辯論之機會，其咎既在法院，而非關刑事被告，職是之故，將「既判力之基準時點」定為最後審理事實之法院「宣判時」，最為合乎職權主義之精神[94]】；【關於「既判力延展」之實例，可以組織犯罪防制條例§3「參與犯罪組織罪」為說明。最高法院 89 年度台上字第 2049 號判決要旨，謂：「『按凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼

93 「犯罪事實具有連續性或繼續性者，在實體上爲一罪，在訴訟法上爲同一訴訟客體，具有不可分割性，故檢察官雖就其他犯罪事實之一部起訴，依刑事訴訟法第二百六十七條之規定，其效力及於全部，但其效力及全部之何一時點，自應予以界定，此即刑事既判力時之範圍，亦稱既判力時之基準點，或既判力之延展。」參見，最高法院 82 年度第 4 次刑事庭會議 (一)，刑三庭鍾日成、蔡詩文、楊文翰、黃武次、王德雲研究報告。

94 「按刑事訴訟法第三百零二條第一款規定，案件曾經判決確定者，應爲免訴之判決，係以同一案件，已經法院爲實體上之確定判決，該被告應否受刑事制裁，既因前次判決而確定，不能更爲其他有罪或無罪之實體上裁判，此項原則，關於實質上一罪或裁判上一罪，其一部事實已經判決確定者，對於構成一罪之其他部分，固亦均應適用，但此種事實係因審判不可分之關係在審理事實之法院，就全部犯罪事實，依刑事訴訟法第二百六十七條規定，本應予以審判，故其確定判決之既判力自應及於全部之犯罪事實，惟若在最後審理事實法院宣示判決後始行發生之事實，既非該法院所得審判，即爲該案判決之既判力所不能及（最高法院卅二年上字第二五七八號判例參照），是既判力對於時間效力之範圍應以最後審理事實法院之宣示判決日爲判斷之標準，而上開判例稱「最後審理事實法院」而非謂「最後事實審」，顯然不限於二審判決，因而在未經上訴於二審法院之判決，亦屬相同，否則，如認判決在一審確定者，其既判力延伸至確定之時，則於第一審法院宣示判決後，因被告逃匿無法送達延宕確定日期，在此期間，被告恣意以概括之犯意連續爲同一罪名之犯行，而受免訴判決，其有違公平正義原則，實非確當。」參見，最高法院 82 年度第 4 次刑事庭會議(一)決議。

續參加』（司法院大法官會議釋字第六十八號解釋），依上開解釋，**舉凡參加以犯罪宗旨之犯罪組織者**，其一經參加，犯罪固屬成立，惟在未經自首或有其他事實證明其確已脫離該犯罪組織以前，其違法情形仍屬存在，**在性質上屬行為繼續之繼續犯**，其間法律縱有變更，但其行為既繼續實施至新法施行後，自無行為後法律變更之可言（見司法院釋字第三八五九號解釋）。」因此，設有被告 A 某，涉嫌組織犯罪防制條例§3「參與犯罪組織罪」，而經起訴、審判，乃至於判決確定，奈其犯罪行為卻在起訴、審判，乃至於判決確定之過程中仍在繼續進行，而未曾間斷；則其「參與犯罪組織罪」確定判決之既判力，其「既判力之基準時點」，只能延展至於最後審理事實之法院「宣判時」，在此基準時點之後，所繼續之「參與犯罪組織罪」之行為，已屬非既判力所及之另起新犯罪，而應更受「參與犯罪組織罪」之追訴及處罰。】據上說明可知，就繼續犯在實體上本為實質上一罪言，如合併其判決確定前之繼續犯行與乎判決確定後之繼續犯行而為觀察，其實仍為一個繼續犯，而只為一罪；然而，程序上確定判決之既判力，卻藉助「既判力延展」之理論，而作一刀兩段式之切割，硬將之剁成兩件獨立之犯罪，從而，容許對於「既判力之基準時點」後之繼續犯行，再行另一次之獨立訴追。然則，此一 「既判力延展」之理論，在精神上，似又與 Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案之見解，十分貼近，而與國民法律感情，較相交融。

據此反觀上述「傷害致死罪，其死亡結果係在傷害罪判決確定後始行發生」，遂成其為無從再行訴追處罰之犯罪，致與國民法律感情難相適合之情形，自有再加檢討之必要。筆者以為，似宜參酌 Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案之見解，並比照上舉繼續犯「既判力延展」之例，在立法上，將「傷害致死罪，其死亡結果係在傷害罪判決確定後始行發生」之情形，設為既判力法則之例外，而許可檢察官之重行訴追，始見週全。

展望將來，凡此在理論與實務上，未能盡愜人意之情形，實有待集思廣益，以理出可以廣為各方所接受之原理原

則。依筆者所信，有如前此所言：【舉凡原則，必不免有其例外。社會科學領域中，斷難有「放諸四海而皆準，百世以俟聖人而不惑」之鐵則，而可以毫無例外。】因此，此一可以廣為各方所接受之原理原則，應當是：【承認既判力法則為法律原則，禁止一案兩判；但亦當承認其例外，例如「傷害致死罪，其死亡結果係在傷害罪判決確定後始行發生」之情形，在立法上，當列舉為可以重行訴追之特別情形。】如此處理，似不失為可行之取向。

二、U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案【犯罪發現在後或已盡調查能事之例外（Later Discovered Offenses or the Due Diligence Exception）】

U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案，其大要如下：1974 年 8 月，被告 Stearns 及 Walker，在南太平洋一處無人居住之環礁，殺死被害人 Eleanor 及 Malcolm Graham 夫妻後，奪取其豪華遊艇「海風號」。嗣後，「海風號」在檀香山遊艇港灣被發現，船上乘員即被告 Stearns 及 Walker，乃以涉嫌偷竊「海風號」而被逮捕。被告等聲稱 Graham 夫婦已經淹死；至於彼等如何取得「海風號」之占有，則提出若干自相矛盾之解釋。結果，被告等以涉嫌竊盜罪及州際運輸贓物罪被起訴。兩名被告均被判有罪確定。迨 1981 年，被害人之骨骸被發現，證據顯示係出於他殺，被告 Stearns 及 Walker 因此被以強盜殺人之重罪，再度起訴。被告等不服，以二重危險及既判力之理由，聲請夏威夷聯邦地方法院（the United States District Court for the District of Hawaii）駁回檢方之起訴，其聲請經聯邦地方法院為否准之裁定，乃向聯邦第 9 上訴法院（UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT）提起抗告。**聯邦第 9 上訴法院法官 EUGENE A. WRIGHT 為該院就本件抗告所撰寫駁回抗告之理由要旨如下**：【被告等主張，檢方對於彼等所為重罪謀殺之起訴，應受二重危險條款之禁止；蓋竊盜罪係重罪即強盜殺人罪所包含之輕罪，前此就竊盜罪所為之訴追，應

足以禁止當前就強盜殺人罪之再度訴追。[95] 一般而言，前此就同一不法勾當所包含之較輕之罪所為之審判及有罪判決，足以禁止嗣後對於所包含較重部分之犯罪再行訴追 (參照 *Illinois v. Vitale*, 447 U.S. 410, 419-21, 100 S. Ct. 2260, 2266-67, 65 L. Ed. 2d 228 (1980) 判決意旨)。就本件抗告意旨而言，檢方承認前此所訴追之竊盜罪，確係本件強盜殺人罪所包含之較輕之罪。因此，除非本院適用例外法則，否則，本件強盜殺人罪之訴追，將受二重危險條款之禁止。[96] 聯邦最高法院曾提到一項例外，即：儘管檢方在當初已盡調查之能事，仍未能發現足以支持就較重之罪進行訴追所必要之額外事實，以致未就較重之罪進行訴追時，在此情形下，應例外許可嗣後對於該較重之罪之再行訴追 (參照 *Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161, 169 n. 7, 97 S. Ct. 2221, 2227 n.7, 53 L. Ed. 2d 187 (1977).) [97] 二重危險條款之兩項政策，為：禁止就同一犯罪為多重之處罰；及保障被告免於因多重訴追所造成之煩擾及身體、心理並財務上之負擔。吾人應就此與對於有罪之人科加公正處罰之社會利益，進行適當之衡平。[98] 由於被告

[95] "Appellants contend that their felony-murder prosecutions are barred by the Double Jeopardy Clause. They argue that because theft is a lesser-included offense of felony (robbery) murder, the theft prosecutions preclude the present prosecutions." See, U S v. Stearns, 707 F.2d 391, 392（1983）.

[96] "As a general rule, trial on an offense is barred by prior trial and conviction of a lesser-included offense based on the same transaction. *See Illinois v. Vitale*, 447 U.S. 410, 419-21, 100 S. Ct. 2260, 2266-67, 65 L. Ed. 2d 228 (1980). For purposes of this appeal, the government concedes that the thefts charged were lesser-included offenses of felony (robbery) murder. Therefore, these prosecutions are barred unless we apply an exception to that rule." Id., at 393.

[97] "The Supreme Court has suggested an exception that would permit later prosecution where the State is unable to proceed on the more serious charge at the outset because the additional facts necessary to sustain that charge . . . have not been discovered despite the exercise of due diligence. *Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161, 169 n. 7, 97 S. Ct. 2221, 2227 n.7, 53 L. Ed. 2d 187 (1977); *see Illinois v. Vitale*, 447 U.S. at 420 n. 8, 100 S. Ct. at 2267 n. 8; *Jeffers v. United States*, 432 U.S. 137, 152, 97 S. Ct. 2207, 2216, 53 L. Ed. 2d 168 (1977)." Id.

[98] "Two policies served by the Double Jeopardy Clause are relevant: prevention of multiple punishments for one offense, and protection from harassment and from the physical, psychological, and financial burdens of multiple prosecutions. *See Howard v. United States*, 372 F.2d 294, 299 & n. 10 [**6] (9th Cir.), *cert. denied*, 388 U.S. 915, 87 S. Ct. 2129, 18 L. Ed. 2d 1356 (1967). We must balance against them the societal interest in imposing just punishment on the guilty. *Id.*" Id.

Stearns 已因竊取「海風號」之罪名受到處罰，則其免於多重處罰之利益，必須受到考慮。檢方承認 Stearns 不應既受竊盜罪之處罰，又受重罪謀殺之處罰。然而，假設 Stearns 因謀殺罪被判處刑罰，而已將 Stearns 因竊盜罪所已服之刑期計入其中並加以抵銷，則多重之處罰即將可以避免。[99] 被告 Stearns 因免於煩擾之保障所應享有之利益，亦因此一例外所設定之條件，而充分受到維護。蓋此一例外，只適用於相關事實係於第一次訴追之後始行發現之場合。且除非檢方係在當初已盡調查之能事，而仍未能發現足以支持就較重之罪進行訴追所必要之額外事實，以致未就較重之罪進行訴追，否則，檢方仍不能享有此一例外之好處。以上要件之設定，已足以排除檢方操弄此一例外，圖為進行多重訴追，而資以煩擾被告之可能性。[100] 在此等情況之下，被告免受多重訴追造成煩擾及身體、心理並財務上負擔之利益，已被對於有罪之人科加公正處罰之社會利益所蓋過。[101] 本院因此認定：如果檢方在當初已盡調查之能事，仍未能發現足以支持就較重之罪進行訴追所必要之額外事實，以致未就較重之罪進行訴追，則本件對於重罪謀殺之訴追，不受二重危險條款所禁止。[102]

---

[99] "Because Stearns has been punished already for the theft of the Sea Wind, her interest in avoiding multiple punishments must be considered. The government concedes that she should not be punished for the underlying theft as well as for felony murder. *See* Whalen v. United States, 445 U.S. 684, 100 S. Ct. 1432, 63 L. Ed. 2d 715 (1980). Multiple punishment will be avoided, however, provided she receives credit for the time already served for theft, if she is sentenced for murder. *Cf.* North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 89 S. Ct. 2072, 23 L. Ed. 2d 656 (1969) (in imposing new sentence on reconviction, must give credit for punishment already served for same offense)." Id.

[100] "Appellants' interest in protection from harassment is served adequately by the conditions of this exception. It applies only if relevant facts are discovered after the first prosecution. The government may not take advantage of it unless it acted with due diligence at the outset but was unable to discover additional facts necessary to sustain the greater charge. These requirements eliminate the possibility that the government could manipulate the exception in order to bring multiple prosecutions for purposes of harassment." Id.

[101] "Under these circumstances, appellants' interest in avoiding the physical, psychological, and financial burdens of multiple prosecutions is outweighed by society's interest in punishment of the guilty." Id.

[102] "We conclude that the felony-murder prosecutions here are not prohibited by the Double Jeopardy Clause if the government was unable to prosecute the greater charge at the outset because the facts to sustain that charge were not discovered

由於本件之事實，合乎上開例外之兩項要件，故二重危險條款並不禁止對於本件重罪謀殺之再行訴追。蓋檢方在其最初之偵查中，已盡調查之能事。檢方在本件之特殊之情況下，已用盡一般應有之注意；其未能就較重之重罪謀殺進行訴追，係因未發現足以支持就較重之重罪謀殺罪進行訴追所必要之額外事實之故。[103] 原裁定應予維持，抗告駁回。[104]】

在我國，與此 U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案，相同之情節，可能亦有不同之處理。於本文第四章第五節第二款「既判力擴張」之論述中，筆者曾指出：【關於「既判力擴張」之實例，在「裁判上一罪」之情形，例如，前述「想像競合犯」之例，即張三圖殺李四，瞄準李四開槍，詎不中李四，卻誤中王五，李四固幸得不死，王五卻因此斃命，張三遂因一行為而觸犯殺人未遂及過失致死兩罪名，在裁判上，依刑法§55 之規定，本應從一重之殺人未遂罪處斷；乃案發後，李四驚走他鄉，未於檢察官偵查中出面指控張三殺人未遂之事實，而檢察官又採信張三擦槍走火以致誤斃王五之辯解，遂只將張三以涉犯過失致死罪提起公訴，旋經法院以過失致死罪名判決有罪確定。在此情形下，過失致死罪名之確定判決，其既判力擴張及於未經起訴審判之殺人未遂部分。他日，縱經李四回鄉舉告，而發現殺人未遂之事實，檢察官格於既判力之禁止，亦無從就殺人未遂罪部分再行追訴，否則，其再行之起訴，當受法院為免訴之諭知。至於可否依據刑事訴訟法§422 之規定，為被告之不利益聲請再審，則係另一問題。】；【在「實質上一罪」之情形，例如，屬於結合犯之「強盜殺人」案件，犯人某甲強盜某乙身懷之鉅款後，立即殺之滅口，某甲所犯乃刑法§332I「犯強盜罪而故意殺人者，處死刑或無期徒刑」之罪，檢警循線緝獲兇嫌某甲後，某甲固坦認殺害某乙不諱，但對於強盜某乙鉅款部分，

---

despite the exercise of due diligence.” Id.

[103] “Because the facts here satisfy both conditions of the exception, the Double Jeopardy Clause does not bar these prosecutions. The government exercised due diligence in its early investigation. It used ordinary diligence under the unusual circumstances. It was then unable to prosecute on the greater charge because the additional facts necessary to sustain it were not discovered.” Id., at 394.

[104] “Order appealed from is AFFIRMED.” Id.

秘而不宣，只稱為報父仇，所以手刃某乙云云，檢察官為其所蔽，遂只將某甲以涉犯殺人罪提起公訴，旋經法院以殺人罪名判決有罪確定。在此情形下，殺人罪名之確定判決，其既判力擴張及於未經起訴審判之強盜罪部分。他日，縱經發現強盜部分之事實，檢察官格於既判力之禁止，亦無從單就強盜部分，或就結合犯強盜殺人罪之全部再行追訴，否則，其再行之起訴，當受法院為免訴之諭知。至於可否依據刑事訴訟法§422 之規定，為被告之不利益聲請再審，亦係另一問題。】據此以觀，與前開 U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案，相同之情節，彼邦設為犯罪發現在後或已盡調查能事之例外（Later Discovered Offenses or the Due Diligence Exception），而許可重行訴追；但在我「既判力擴張」之理論下，可能成為無從再加論究之犯罪。然而，「既判力擴張」之理論，所導出之如此見解與處理方式，是否足與國民法律感情相交融，似乎亦非全然可必。吾人所以在介紹前開兩則實例之最後，均附上「至於可否依據刑事訴訟法§422 之規定，為被告之不利益聲請再審，則係另一問題」一語者，蓋在預告此兩則實例，依「既判力（實質確定力）擴張」之理論，固均禁止檢察官就既判力（實質確定力）擴張所及之潛在性事實，即其所發現「殺人未遂部分之事實」、「強盜部分之事實」，再行訴追，否則，其再行之起訴，當受法院逕為免訴之諭知；然而，檢察官卻可採取迂迴戰術，轉依刑事訴訟法§422ii：「受輕於相當之刑之判決，而發現確實之新證據，足認其有應受重刑判決之犯罪事實者，得為受判決人之不利益聲請再審」之規定，以聲請再審為手段，而重啟審判之門。只是，依此迂迴之方式以達目的，徒凸顯法律制度之設計有所不週而已。蓋一項法律制度之內涵，竟有如此自相矛盾之設計，豈不荒謬？職是之故，處於對立狀態之「既判力（實質確定力）擴張理論」與「為受判決人之不利益聲請再審」，勢須廢棄其一，否則，荒謬難解。問題是，究須廢棄何者？若以「既判力法則」乃具有憲法高度之人權保障法則，而 「為受判決人之不利益聲請再審」，則正與此一人權

保障法則背道而馳為衡，不言而喻，所當廢棄者，自唯「為受判決人之不利益聲請再審」是問，復奚疑？

展望將來，若「為受判決人之不利益聲請再審」之制度果經廢棄，則一如 U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案相同之情節，在我國理論與實務上之處理，其有未能盡愜人意者，自有待集思廣益，以理出可以廣為各方所接受之原理原則。依筆者所信，仍有如前此所言：【舉凡原則，必不免有其例外。社會科學領域中，斷難有「放諸四海而皆準，百世以俟聖人而不惑」之鐵則，而可以毫無例外。】因此，此一可以廣為各方所接受之原理原則，應當是：【承認既判力法則為法律原則，禁止一案兩判；但亦當承認其例外，例如「犯罪發現在後或檢力已盡調查能事」之情形，在立法上，當列舉為可以重行訴追之特別情形。】如此處理，似不失為可行之取向。

三、**People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案**【騙局審判及詭詐勾結之例外（Sham Trial and Fraud or Collusion Exception）】

People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案其大要如下：1972 年 9 月 27 日，被害人 Billy Logan 在芝加哥 West Walton 街上被人槍殺，為此，被告 Aleman 於 1976 年 12 月遭到起訴。隨後在 1977 年 5 月所進行之無陪審審判中，被告獲判無罪。1975 年 10 月，另名被害人 Anthony Reitinger 又被人槍殺。15 年後，即 1993 年 12 月，被告 Aleman 再因前開兩件謀殺案件，遭大陪審起訴。被告 Aleman 以二重危險、迅速審判、禁反言為由，聲請駁回起訴。檢方則以被告於 1977 年之審判，曾以美金 $10,000 賄賂法官，而獲判無罪，因此，其審判為無效，從而，並無二重危險法則之適用，作為抗辯。1995 年 3 月 9 日，Cook 郡法院作出終局裁定(final ruling)，認定：有足夠之證據證明 Frank Wilson 法官於 1977 年之審判遭受賄賂；因此，被告 Aleman 求為駁回起訴之聲請應予否准。被告 Aleman 就此裁定向伊州第 1 區第 2 庭上訴法院，提起抗告。**伊州第 1 區第 2 庭上訴法院**

(APPELLATE COURT OF ILLINOIS, FIRST DISTRICT, SECOND DIVISION) 主 審 法 官 (PRESIDING JUSTICE)HARTMAN 為該院就本件抗告所撰寫駁回抗告之理由，經整理後，大要如下：【被告 Aleman 被訴槍殺一名男子，結果獲判無罪。15 年之後，又因同一謀殺行為 (及另一事隔第一件謀殺行為 3 年後所犯之謀殺罪) 遭到起訴。被告以二重危險為由，聲請伊州 Cook 郡法院駁回起訴；檢方則以被告前此之審判為無效，蓋因被告賄賂法官而獲判無罪，從而不得適用二重危險法則，作為反駁。Cook 郡法院，在前此審判之法官遭受賄賂一事獲得證明後，駁回被告之聲請，被告因此提起抗告。**伊州第 1 區第 2 庭上訴法院，駁回抗告，而維持原裁定，其理由為：**二重危險法則之保障，並非絕對。二重危險法則之例外中，與本件被告有關者，為騙局審判(sham trial)、詭計或勾結(fraud or collusion)，以騙局審判(sham trial)所導致之無罪判決，不能認係危險；本件被告係由於詭詐或勾結(fraud or collusion)而獲判無罪，因此，其從不曾被置於所謂危險之中，從而，自得對於被告重行追訴。經由賄賂法官，被告業已妨礙其第 1 次審判之作出公平之判決，因此，被告不得引據二重危險法則，以保障自己免受二度之訴追。[105] **結論：**伊州第 1 區第 2 庭上訴法院，維持原駁回被告以二重危險為由求為駁回檢方起訴之聲請之

[105] "Defendant was indicted for the shooting death of a man, but he was acquitted. Fifteen years later, he was indicted for the same murder and another that was committed three years after the first. Defendant filed a motion to dismiss the indictments based, inter alia, on double jeopardy, but the state countered that his trial was a nullity because of a judicial bribe to acquit him and double jeopardy was inapplicable. The lower court denied dismissal after establishing that the judge had been bribed in the earlier trial, and defendant appealed. The court affirmed the dismissal because the protections afforded by double jeopardy were not absolute. Exceptions that pertained to defendant were a sham trial which resulted in an acquittal and which could not be considered jeopardy, and fraud or collusion; defendant, who was acquitted due to fraud or collusion was never placed in jeopardy and therefore could be reprosecuted. By bribing the judge, defendant prevented a fair "resolution" of his first proceeding, and he would not be allowed to employ the principles of double jeopardy to shield himself from a second prosecution." See, THE PEOPLE OF THE STATE OF ILLINOIS, Plaintiff-Appellee, v. HARRY ALEMAN, Defendant-Appellant, 1996 Ill. App. LEXIS 450,1.

裁定。上訴法院認定：二重危險法則所提供之保障並非絕對；其兩項例外，包括騙局審判(sham trial)及詭詐或勾結(fraud or collusion)。當被告在第 1 次訴追中賄賂法官時，其已妨礙就其訴訟作出公平之判決，因此，被告從不曾蒙受危險，從而，可以對之為再度之訴追。[106]】

在我國，與此 People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案，相同之情節，依我刑事訴訟法§422i：【有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後，有§420Iv「參與原判決或前審判決或判決前所行調查之法官，或參與偵查或起訴之檢察官，因該案件犯職務上之罪已經證明者，或因該案件違法失職已受懲戒處分，足以影響原判決」之情形者，為受判決人之不利益，得聲請再審】之規定，循再審程序重開審判，當無問題。只是，誠如筆者於本文第四章第六節「既判力之例外（為被告之不利益聲請再審）」之論述中所指出：【我刑事訴訟法關於「為被告之不利益聲請再審」之規定，不僅有諸多不合理之處，抑且侵蝕「既判力法則之為具有憲法高度之人權保障法則」，而有違憲之虞，誠有嚴肅檢討之必要。】是依「為被告之不利益聲請再審」之規定，處理 People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案之問題，終非所宜。

展望將來，凡此在法制與實務上，未能盡愜人意之情形，實有待集思廣益，以理出可以廣為各方所接受之原理原則。依筆者所信，仍有如前此所言：【舉凡原則，必不免有其例外。社會科學領域中，斷難有「放諸四海而皆準，百世以俟聖人而不惑」之鐵則，而可以毫無例外。】因此，此一可以廣為各方所接受之原理原則，應當是：【承認既判力法則為法律原則，禁止一案兩判；但亦當承認其例外，例如「騙局審判及詭詐勾結」之情形，在立法上，當列舉為可以重行訴追之特別情形。】如此處理，似不失為可行之取向。

---

106 "The court affirmed the dismissal of defendant's motion to dismiss the indictments against him for reasons of double jeopardy. The court held that the protection afforded by double jeopardy was not absolute, and two exceptions included a sham trial and fraud or collusion. When defendant bribed the judge in the first prosecution, he prevented a fair resolution to his proceeding, and he was never subjected to jeopardy and could be reprosecuted." Id.

四、英國「確實新證據 new and compelling evidence」之例外

在英國，一名年輕婦女失蹤，數月後，母親在自家浴室壁板後面發現其屍體。涉嫌謀殺之被告 Dunlop，經兩度審判，陪審均無法達成評決；因此，依據英國法律，被告 Dunlop 被宣告無罪。之後，Dunlop 得知，由於二重危險法則之保障，其可免受第二度之審判；真兇 Dunlop 乃多次對於多人自白其犯行。結果，Dunlop 為此被訴究偽證罪，並被判決有罪；蓋在前此謀殺罪之兩度審判中，Dunlop 為自己被控之謀殺罪，所作之陳述為屬虛偽。然而，由於二重危險法則之保障，國家對於其真正之謀殺犯行，已無從再行追訴審判。[107] 詎料，2003 年，英國立法修正其二重危險法則，准許在有限之情況下，可對於已獲判無罪之被告，再度進行訴追。因此，上述謀殺案件之兇手 Dunlop，乃成為英國歷史上，已獲判無罪後，又被撤銷無罪判決，而再經起訴定罪之第一人。[108] 在

---

[107] "In England, a young woman goes missing, and months later her own mother discovers her body behind a panel in the bathroom of her home. The prime suspect (Dunlop) is tried twice in English courts. When neither jury reaches a verdict, he is acquitted under English law. Later, knowing double jeopardy protects him from retrial, the killer confesses multiple times to multiple people. He is convicted of perjury because he had testified falsely in both prior trials, but double jeopardy rules prevent the government from retrying him for the actual murder." "This fact pattern is based on the case of Billy Dunlop and the 1989 murder of Julie Hogg. *See* R. v. Dunlop, [2007] 1 Crim. App. 8, 115. " See, Kyden Creekpaum, supra note 1, at 1179.

[108] "Under American double jeopardy law, a person acquitted of a murder cannot be retried for that murder. Until recently, the same would have been true in England. In 2003, the English changed their rules to allow for limited reprosecution of the acquitted. In the real case described above, the murderer Billy Dunlop became the first person in English history to have his acquittal quashed, and then to be retried and convicted. This Note is concerned with the question of whether the United States should pursue a similar goal of double jeopardy reform to provide more ways to retry the erroneously acquitted." Id., at 1179-80.

See Double Jeopardy Man is Given Life, BBC NEWS, October 6, 2006, *available at* http://news.bbc.co.Uk/1/hi/england/tees/5412264.stm (last visited Oct. 19, 2008).

Double jeopardy man is given life

A man has been jailed for life after becoming the first person to be retried for murder in the wake of changes to the 800-year-old double jeopardy law.

Billy Dunlop, 43, was acquitted of the 1989 murder of Julie Hogg, of Billingham, Teesside, in 1991.

英國，此一改變二重危險法則之聖戰，係由上開謀殺案件被害人之母親 Julie Hogg 所發動。兇手 Dunlop，在前此謀殺案件之兩度審判中，為自己之利益作證而為虛偽之陳述，導致兩度審判之陪審均以無法達成評決告終；英國法院因視被告等於已經「無罪 not guilty」評決而登錄結案。之後，Dunlop

---

He later confessed to a prison officer while serving time for assault, but at that time the law prevented a retrial. He was told he must serve a minimum of 17 years in prison after pleading guilty last month. Until the double jeopardy law was changed in April 2005, anyone acquitted by a jury could not be retried for the same offence. Dunlop could only be prosecuted for lying at his earlier trial and was given six years in jail for perjury.

'Persistent campaign'

Julie Hogg's mother, Ann Ming and her husband, Charlie, 81, travelled to London from Teesside, to see Dunlop jailed on Friday. After sentence was passed Mrs. Ming, who described Dunlop as "pure evil", said: "I would have liked life to have meant life. Julie's murder has devastated our family and left us in turmoil. "I would like to thank everyone who has helped us in the long, tireless campaign for justice for our daughter Julie. "We just hope after 17 years when he is eligible for parole and if I'm dead, somebody carries on the good work and keeps him behind bars so he will never, ever kill anybody else again." Earlier, in court, Mrs. Ming sobbed as prosecutor Andrew Robertson, QC told the court: "Now the law has changed, in large part due to the long and persistent campaign by Mr. and Mrs. Ming who felt they and their daughter were being denied justice." An impact statement from Mrs. Ming was read to the judge, Mr. Justice Calvert-Smith. In it, she told of the "indescribable" shock and after-effects of finding the body after police had failed to discover it during a search. "As a family, we are damaged beyond repair and will never be the same again as Julie will never return home," she said. Ms Hogg, who was separated from her husband, had a son, Kevin, who was three when she was murdered. He was not in court today, but his impact statement said: "I have missed out on a mother's love. "I have missed out on a childhood. I have never been able to understand why the man who killed my mother had not been caught by police and sent to prison." Timothy Owen QC, defending, said Dunlop had confessed through remorse and because he wanted to make a clean breast of his crime. Mr. Justice Calvert-Smith said he could not take into account violent crimes committed by Dunlop since the murder, but they would be considered by the Parole Board, which would eventually decide when he would be released. Outside the court, Det Supt Dave Duffey, of Cleveland Police said: "The whole campaign has been based on Ann. She's a determined, driven woman. I've got nothing but admiration for her. "There's no doubt in my mind that she's been focal to changing the law." After the double jeopardy law was changed in April 2005 Cleveland Police re-opened the case into Ms Hogg's murder. The pizza delivery woman had been initially reported missing but her body was discovered months later behind a bath panel by her mother. Dunlop, a labourer who lived nearby, was charged with the murder. He faced two trials, but each time the jury failed to reach a verdict and he was formally acquitted in 1991. The law change only applies to England and Wales. In Scotland the former ruling relating to double jeopardy rule still applies.

對人坦白犯行，並吹噓其已受二重危險法則之保護。依據其坦白犯行之新證據，並其在前此謀殺案件之兩度審判中，各別宣誓後為虛偽之陳述，以逃避有罪判決，Dunlop 乃被以兩件偽證罪之訴因起訴並判決有罪，處有期徒刑 12 年。[109] 前述謀殺案被害人之母親，為 Dunlop 只因偽證罪入監，而非謀殺罪，惱怒不已，乃開始進行改革二重危險法則之訴求。其訴求運動，終在國會通過「2003 年刑事訴訟法 the Criminal Justice Act of 2003」時，獲得成功。新法包括刑事訴訟程序之廣泛改革，其中之一為精心設計之「二重危險法則之例外」。此一例外規定為：僅對於特定犯罪，僅在有「確實新證據 new and compelling evidence」，且僅在經由法院認可並可聲明不服之情況下，准許對於已經無罪判決之被告，撤銷其無罪判決，並重新進行審判。[110] 從而，Dunlop 謀殺案件

---

109 "In England, the policy crusade to change the double jeopardy laws was led by the mother of murder victim Julie Hogg, whose case is described above. [5] Her killer, Dunlop, pled innocent and testified falsely on his own behalf in two murder trials that each ended in a hung jury. The English court then recorded a "not guilty" verdict. [6] Later, Dunlop confessed to the crime and bragged (correctly) that he was protected by double jeopardy law. [7] Based on the new evidence of his confession, and because "on two entirely separate occasions [Dunlop] had lied on oath when on trial for murder to avoid conviction," he was convicted on two counts of perjury and sentenced to twelve years in prison." Id.; *See* R. v. Dunlop, [2001] 2 Crim. App. (Sentencing) 27, 134-35.

110 **Criminal Justice Act 2003**
2003 CHAPTER 44
PART 10 RETRIAL FOR SERIOUS OFFENCES
Cases that may be retried
New and compelling evidence
(1) The requirements of this section are met if there is new and compelling evidence against the acquitted person in relation to the qualifying offence.
(2) Evidence is new if it was not adduced in the proceedings in which the person was acquitted (nor, if those were appeal proceedings, in earlier proceedings to which the appeal related).
(3) Evidence is compelling if—
(a) it is reliable,
(b) it is substantial, and
(c) in the context of the outstanding issues, it appears highly probative of the case against the acquitted person.
(4) The outstanding issues are the issues in dispute in the proceedings in which the person was acquitted and, if those were appeal proceedings, any other issues remaining in dispute from earlier proceedings to which the appeal related.

之無罪判決被撤銷，其謀殺案件於 2006 年經重行審判之結果，判決有罪。[111] 處無期徒刑。[112]

在我國，與此英國「確實新證據 new and compelling evidence」之例外，相同之情節，依我刑事訴訟法§422ii：【有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後，有「受無罪或輕於相當之刑之判決，而於訴訟上或訴訟外自白，或發現確實之新證據，足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實」之情形者，為受判決人之不利益，得聲請再審】之規定，循再審程序重開審判，當無問題。只是，誠如筆者於本文第四章第六節「既判力之例外（為被告之不利益聲請再審）」之論述中所指出：【我刑事訴訟法關於「為被告之不利益聲請再審」之規定，不僅有諸多不合理之處，抑且侵蝕「既判力法則之為具有憲法高度之人權保障法則」，而有違憲之虞，誠有嚴肅檢討之必要。】是依「為被告之不利益聲請再審」之規定，處理類似上開 Dunlop 殺人一案之問題，終非所宜。

展望將來，凡此在法制與實務上，未能盡愜人意之情形，實有待集思廣益，以理出可以廣為各方所接受之原理原則。依筆者所信，仍有如前此所言：【舉凡原則，必不免有

---

(5) For the purposes of this section, it is irrelevant whether any evidence would have been admissible in earlier proceedings against the acquitted person.

2008.10.19 retrieved from: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/ukpga_20030044_en_10#pt10

[111] "Enraged that her daughter's killer was only sent to jail for lying instead of for murder, the victim's mother embarked on a quest to change the English double jeopardy law. The reform movement succeeded when Parliament passed the Criminal Justice Act of 2003. The Act included extensive criminal justice reforms, one of which was a carefully crafted exception to the double jeopardy prohibition. The new reforms allow for an acquittal to be quashed and for the acquitted to be retried, but only for certain crimes, only with new and compelling evidence, and only with redundant approvals and appealability. Billy Dunlop's acquittal was quashed and he was retried and convicted of murder in September 2006." Id., at 1180-81.

[112] *See* R. v. Dunlop, [2007] 1 Crim. App. 8.

Press Release, Crown Prosecution Serv., William Dunlop Sentenced in First Double Jeopardy Case (Oct. 6, 2006), *available at* http://www.cps.gov.uk/news/pressreleases/archive/2006/155_06.html (last visited OCT. 19, 2008) (stating Dunlop "has today been sentenced to life imprisonment for the murder of Julie Hogg in 1989" and that his sentence would have a "minimum tariff of 17 years").

其例外。社會科學領域中，斷難有「放諸四海而皆準，百世以俟聖人而不惑」之鐵則，而可以毫無例外。】因此，此一可以廣為各方所接受之原理原則，應當是：【承認既判力法則為法律原則，禁止一案兩判；但亦當承認其例外，例如「受無罪或輕於相當之刑之判決，而於訴訟上或訴訟外自白，或發現確實之新證據，足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實」之情形，在立法上，當列舉為可以重行訴追之特別情形。】如此處理，似不失為可行之取向。

第 七 節　結語

本章之論述，重在進行「既判力法則」與「二重危險法則」之斟酌損益，印證發明，並以展望將來，且看如何截長補短，用期有所興革，而臻法則之運作，更晉理想之境。。茲歸納其要點如下：

壹、依據美國法，在陪審審判（jury trial），當全體陪審員就位宣誓完畢時，其危險開始貼加；在無陪審之審判（non-jury trial；bench trial），當法官開始聽審證據時，其危險開始貼加。其已貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決，固無論；即使其審判因故中止，例如宣告誤審（mistrial），或駁回起訴，而未有終局判決出現，亦因二重危險法則之禁止，阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行二度之訴追。對比以上美國二重危險法則，可見我既判力法則所生一事不再理之效果，顯然較晚發生。蓋我刑事訴訟法§302i 所定一事不再理之效果，必須「案件曾經判決確定」始告啟動。關於此點，我與美國固然有異，卻與英國相同。英國普通法二重危險之禁止，一直遵循一項相對單純之法則，亦即，只有在審判已告完成，作出有罪或無罪之判決後，始得謂被告已歷經第 1 次性之危險。如此之法則，主要目的在於維護判決之既判力，而類似大陸法系之既判力法則（doctrines of res judicata）及附帶之禁反言 （collateral estoppel）之作用。是就關於一事不再理效果 (二重危險法則所禁止對於同一犯罪進行第 2 次性訴追之效果) 之發生時

期，英國與美國之間，抑且尚有仁智之見，孰為真理，誠難斷言。依筆者所信，我與英國之見地，有助於法律安定性之維護；至於美國之作法，固裨益人權之保障，但是否保障過甚，不能無疑。

貳、美國判例法，所認：【關於二重危險之第 1 次性危險之貼加，亦即，一事不再理效果 (二重危險法則所禁止對於同一犯罪進行第 2 次性訴追之效果)，亦有可能提前到**本案審判前之準備程序**，由於事實審法官已就犯罪構成要件之部分或全部為有利被告之判斷，因作出起訴駁回之裁判而發生】一節，與我刑事訴訟法之規定，有其相通之處。按，依我刑事訴訟法之設計，於**本案審判前之準備程序**，亦有僅經自由證明而未經言詞辯論之裁判，而足以發生**類既判力**之情形，例如，刑事訴訟法§161II、§326III 所規定「駁回公訴」及「駁回自訴」之裁定是。惟我刑事訴訟法對於本案審判前之準備程序，法院就被告有無成立犯罪可能之「實體爭點」，曾作審酌後，所為駁回起訴之裁定，係以其僅經自由證明之故，而只賦與「類既判力」，使與於本案審判中，法院就被告有無成立犯罪可能之「實體爭點」，曾作審酌後，所為駁回起訴之判決（免訴判決或不受理判決），係以其已經嚴格證明之故，而應賦與完全之「既判力」或「爭點效」者，作出適當之區隔，俱見有其有週到之考量；反觀美國判例法，對於相同情形，則認為二重危險之第 1 次性危險業已貼加，並不問其係經自由證明或嚴格證明，均賦與完全之「既判力」，其思慮之未週，比較於我刑事訴訟法，相對遜色。

參、英美法系之二重危險法則，禁止檢方對於被告之無罪判決提起上訴；大陸法系之既判力法則，則無如此之限制。按，比較法領域中，有一句名言，即：「直接審理主義」加「反詰問權之保障」，即等於「傳聞法則」。本文所論既判力與二重危險，亦恰好可以套用上開公式，而謂：「既判力法則」加「程序危險之禁止」，即等於「二重危險法則」。是二重危險法則，本即包括既判力法則；只不過，二重危險法則，係

在既判力法則之外，增加「程序危險之禁止」而已。從而，採行大陸法系既判力法則之我國，所以並不禁止對於被告之無罪判決上訴，道理亦已明白；蓋推究其根本原因，殆我所採既判力法則之中，欠缺「禁止程序危險」之觀念故也。而我所以欠缺「禁止程序危險」之觀念，追本溯源，又由於兩大法系間存有信念上之根本差異，亦即：(一)、英美法系，獨鍾「個人自由之保障」；大陸法系，偏愛「社會安全之維護」。(二)、英美法系，著重「程序正義」，寧以「形式之真實發現」為實際，滿足於「寧縱毋枉」；大陸法系，著重「實質正義」，務以「實質之真實發現」為理想，講求乎「毋枉毋縱」。展望未來，我刑事訴訟法是否改弦更張，亦應禁止對於被告之無罪判決上訴，關鍵當在是否願在理念上進行調整而已。

肆、美國聯邦最高法院於 Sealfon v. United States 332 U.S. 575 (1948)一案判決稱：「既判力，可以在二重訴追中，作為防禦方法。此一既判力法則，不但適用於民事訴訟程序，抑且適用於刑事訴訟程序；再者，縱使並非同一案件，既判力法則之運作，其效力亦及於前此確定判決中所已判斷之爭點(按即發生爭點效，或附帶禁反言 Collateral estoppel)。」復於 Ashe v. Swenson , 397 U.S. 436 (1970) 一案判決稱：「『附帶禁反言 Collateral estoppel』，係一項棘手之片語，但卻代表吾人當事人主義司法制度一項極端重要之法則。此一法則之簡單意旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執。」是二重危險法則，承認爭點效，而提供被告免於二重危險之進一步保障。在我國，最高法院於 96 年間，開始在民事訴訟之領域中，承認「**爭點效**」之理論。但在刑事訴訟之領域，則猶然堅持否定「爭點效」；茲以最高法院 94 年度台上字第 1783 號刑事判決為例，其判決要旨指出：【按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此係因同一案件，既經法院為實體上之確定判決，其犯罪之起訴權業

已消滅，依一事不再理之原則，不許再為訴訟客體，更為其他有罪或無罪之實體上裁判。而案件是否同一，以被告及犯罪事實是否均相同為斷，所謂事實同一，應從『訴之目的及侵害性行為之內容是否同一』為斷，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經其擇為訴訟客體之社會事實關係是。而**判決理由之說明，縱使涉及其他犯罪事實之認定，因非檢察官或自訴人擇為訴訟客體之社會事實關係，自難認具有判決之實質確定力，即非既判力所及，亦不得資為認定是否同一案件之準據**。】亦即，在刑事訴訟，最高法院仍然堅持「就本案訴訟標的經法院為實體上之確定判決者」，始足以發生一事不再理之效果；至於其判決理由中，曾作為先決問題加以判斷之「非本案訴訟標的之實體爭點（即其他犯罪事實之認定）」，本無如何之拘束力可言，自不禁止其將來之再行起訴。然而，吾人以為，民事訴訟，僅係私權之爭執，其當事人尚且受到「**爭點效**」之保護，而刑事訴訟，係為實現國家刑罰權而進行之程序，攸關人權之保障，若謂刑事被告不能享有「**爭點效**」之利益，豈非輕重倒置，而有違「舉輕明重」之法理？是關於「爭點效」之合引進刑事訴訟領域，應已到須慎重三思之時。

伍、在美國，被告經有罪判決，循「直接之上訴程序（direct appeals）」尋求救濟，既告失敗，而判決確定後，被告尚有最後之機會進行所謂「有罪判決確定後之救濟（post-conviction remedies）」。「有罪判決確定後之救濟」，主要分為兩種，一為「被告之聲請人身保護令（habeas corpus）」，規定在 28 U.S.C. §§ 2241– 2266； 一為「被告之聲請再審（ new trial upon the defendant's motion）」，規定在 USCS Fed Rules Crim Proc R 33。然而，無論何者，均係為被告之利益所開設之非常救濟程序；在二重危險法則之禁止下，絕難想像可以有檢察官為被告之不利益而聲請再審之情形。在日本，其二戰前之刑事訴訟法，於明治時期，就再審制度採法國制，僅許可為被告之利益而聲請再審；其後，舊刑事訴訟法，改採德國制，併許可為被告之不利益而聲請再審；然而，

二戰之後，新憲法§39 已引進美國禁止二重危險之觀念，為迎合憲法之要求，戰後新刑事訴訟法，又改從法國制；是日本現行刑事訴訟法，僅在§435、§436，設有為被告利益聲請再審之規定，而禁止再為被告之不利益而聲請再審。然而，由於我國並無類似日本引進二重危險觀念之經驗，是我刑事訴訟法關於再審制度之規定，仍維持與日本戰前舊刑事訴訟法所規定者同；不僅在§420、§421 設有為被告（受判決人）之利益聲請再審之規定，同時在§422，廣泛規定得為被告（受判決人）之不利益聲請再審之情形。筆者以為，我刑事訴訟法§422 關於「為被告之不利益聲請再審」之規定，不僅有諸多不合理之處，抑且侵蝕「既判力法則之為具有憲法高度之人權保障法則」，而有違憲之虞，誠有嚴肅檢討之必要。依筆者所信，此一規定以廢止為宜。至於倖逃法網之被告，如確有特別情事，認非再行訴追，即與公平正義不合者，亦宜參酌英美二重危險法則之例外情形，設為我既判力法則之例外規定，而在實體法所定追訴權時效尚未完成前，容許檢察官為第二度之起訴，如此作法，或較符情理之平。

陸、舉凡原則，必不免有其例外。社會科學領域中，斷難有「放諸四海而皆準，百世以俟聖人而不惑」之鐵則，而可以毫無例外。二重危險法則，亦然，「其對於被告之保障，並非具有絕對性及決定性；在適當情形下，應承認並適用其例外。（The protections afforded by double jeopardy are not absolute and conclusive; exceptions are recognized and applied when appropriate.）」正因如此，在美國，乃由「法官造法」，在三件具體個案中，認定應排除二重危險條款之適用，許可檢方對於曾經判決確定之被告，進行二度之訴追，從而成為二重危險條款之重要例外。此三件判例，依序為：**Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案**【被告所涉傷害犯行既經判罪後復就同一犯罪重行訴追其傷害致死；稱為犯罪未完成之例外（Uncompleted Offenses Exception）】；**U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案**【被告既經以竊盜判罪後復就同一犯罪重行訴追其強盜殺人；稱為犯罪發現在後或已盡調查能事

之例外（Later Discovered Offenses or the Due Diligence Exception）】；**People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案**【被告賄賂法官為無罪判決後復就其同一犯罪進行二度之訴追；稱為騙局審判及詭詐勾結之例外（Sham Trial and Fraud or Collusion Exception）】。在英國，則以國會「制定法」之方式，創造有「**確實新證據 new and compelling evidence**」時，可以重行審判之例外。在我國，則僅設有「為被告之不利益聲請再審」之規定，而別無既判力法則之例外；惟前已言之，依筆者所信，此一「為被告之不利益聲請再審」之規定以廢止為宜。至於倖逃法網之被告，如確有特別情事，認非再行訴追，即與公平正義不合者，亦宜參酌英美二重危險法則之例外情形，設為我既判力法則之例外規定，而在實體法所定追訴權時效尚未完成前，容許檢察官為第二度之起訴，如此作法，或較符情理之平。

臺灣高等法院臺中分院檢察署

第 六 章　結論

既有前此各章之探討後，於茲已屆提出結論之時機。以下當就研究所獲之粗淺心得，分成四點，逐一臚述：

壹、關於二重危險觀念之起源及其沿革

首先，吾人發現，英美法系與大陸法系關於二重危險之觀念，其實起自同一源頭。追本溯源，古希臘、古羅馬、羅馬共和國、羅馬帝國、舊約聖經及古代猶太法律，都存在二重危險之觀念。然後，此一觀念落實於大陸法系之羅馬法與教會法之中。教會法於西元 1066 年隨諾曼征服（the Norman conquest）傳進英國；羅馬法則影響英國論文作者及法官；從而，二重危險之觀念自然導入英國。

然而，源頭雖同，二重危險之觀念，在民主憲政革命後，於英美法系與大陸法系之發展，卻趨向殊途。按今日所謂「英美法系」，係指 1688 年英國光榮革命後，在民主憲政制度下發展而出之法律制度；同然，所謂「大陸法系」，亦應指為 1789 年法國大革命後，在民主憲政制度下發展而出之法律制度。然而，兩大法系之分野，並非成於一夕，而各有其歷史背景，從而浸淫出信念之差異，以致影響二重危險之價值觀。吾人經由歷史背景之研求，發現大陸法系，由於其迥異於英國之歷史背景，衍生出鎮壓犯罪之警察思想（police-minded thinking），而務期有罪必罰，以確保社會安全，從而其配套之制度即為「職權主義刑事審判制度（inquisitorial criminal justice systems）」。反之，英美法系，由於英國獨樹一格之歷史背景，則衍生出自由主義，而認自由，乃界定為英國憲政秩序之精髓；自由，乃英國憲法不可或缺之要素；為確保個人免於遭受不當處罰之自由，刑事審判應維持程序之公正，以保障人權，從而其配套之制度即為「當事人主義刑事審判制度（accusatorial criminal justice systems）」。總之，兩大法系信念之差異，可以綜合為兩點，即：**（一）、英美法系，獨鍾「個人自由之保障」；大陸法系，偏愛「社會安全之維護」。（二）、英美法系，著重「程**

序正義」，寧以「形式之真實發現」為實際，滿足於「寧縱毋枉」；大陸法系，著重「實質正義」，務以「實質之真實發現」為理想，講求乎「毋枉毋縱」。

正因英美法系與大陸法系，有以上信念上之差異，遂使源頭相同之二重危險觀念，在大陸法系與英美法系之發展，趨向殊途。時至今日，二重危險之觀念，在大陸法系，係以「既判力法則」之型態而存在；在英美法系，則依「二重危險法則」(「既判力法則」加「程序危險之禁止」) 之理想而發展。

貳、關於二重危險法則之理論與應用

（壹）、二重危險法則，出現在美國憲法增修條文§5 之原文為：「nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb （不得使任何人因同一犯罪而蒙受兩度生命上或肢體上之危險）」。在此 20 個字當中，由「offence（犯罪）」、「life or limb（生命上或肢體）」 兩項用語可知，二重危險法則僅適用於刑事案件，而與民事事件無關。

（貳）、所謂「危險（jeopardy）」係指刑事訴追之風險。二重危險法則所禁止者，為第 2 次性危險；但為判斷是否為第 2 次性危險，須先找出是否已曾發生第 1 次性危險。

（參）、在英國，雖認只有在審判已告完成，作出有罪或無罪之判決後，始得謂被告已歷經第 1 次性之危險。如此之法則，主要目的在於維護判決之既判力，而類似大陸法系之既判力法則（doctrines of res judicata）及附帶禁反言（collateral estoppel）之作用。但在美國，自 1824 年 United States v. Perez, 22 U.S. 579（1824）一案起，聯邦最高法院即認：刑事訴追之結果，縱未以有罪或無罪之判決告終，被告亦有可能已蒙受危險；而此一觀念在 19 世紀末得到確立，並成為二重危險法學上不可或缺之一部分。因此，在 Wade v. Hunter, 336 U.S. 684（1949）一案，聯邦最高法院更於判決理由中精確

臺灣高等法院臺中分院檢察署

說明：「本院過去之許多判例已認定，受陪審審判之被告，縱其審判中斷而未有最後之評決，該被告亦有可能已蒙受足以禁止就同一犯行進行二度審判一類之危險。」換言之，在英國普通法，一般而言，二重危險法則之適用，以前此審判已曾作出有罪或無罪之實體判決為要件。但在美國憲法上之二重危險法則，所認危險之貼加，則遠早於有罪或無罪判決之作出。是在陪審審判，當陪審已就位宣誓完畢；另在法官審判，當第一件證據已呈堂調查時，均應認為對於被告已貼加危險。其已貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決(發生既判力)，固無論；即使其審判因故中止，而未有終局判決出現，亦因二重危險法則之禁止，阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行第二度之訴追，以防免被告第 2 次性危險之蒙受 (程序危險之禁止)。吾人所以謂：「既判力法則」加「程序危險之禁止」，即等於「二重危險法則」者，其故在此。惟，在例外情形，其審判之因故中止，若係出於「顯然必要（manifest necessity）」之結果，例如，陪審不能達成評決（the jury cannot reach a verdict），或情況顯然阻礙審判之繼續，而宣告誤審時；則在此種「顯然必要」下所宣告之誤審，自不妨重開審判，而無牴觸二重危險法則之虞。

（**肆**）、二重危險法則就「程序危險之禁止」，甚至更推進至於**本案審判前準備程序中**所為涉及實體爭點之駁回起訴之裁判。亦即，起訴之駁回，縱係發生於本案審判前之準備程序，如其駁回起訴之理由，係與本案之實體有關，亦應認為第一次性之危險業已貼加，從而禁止以後之重行追訴。關於此一問題，聯邦最高法院曾以 5 對 4 之過半數意見，於 United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978)一案，認定：決定性要素，在於事實審法官之作為，是否就犯罪構成要件之部分或全部為有利被告之判斷，亦即，事實審法官是否已就被告之有罪或無罪作出某種認定。如事實審法官所為公訴駁回之裁判，涉及有罪或無罪之認定，則在功能上言，等同於無罪判決(原則上，禁止以後之重行追訴)；反之，所有其他情形之公訴駁

回之裁判，在功能上言，等同於宣告誤審(原則上，不禁止以後之重行追訴)。此與我刑事訴訟法§161II、§326III 所規定「駁回公訴」及「駁回自訴」之裁定，亦足以發生「類既判力」之情形相近。

（**伍**）、第 1 次性危險有其貼加之始（a beginning），自亦有其結束之時（an ending）；第 1 次性危險之結束，謂之危險終了（termination）。第一次性危險貼加後，須待其危險終了，始見禁止將來再度訴追之二重危險法則發生作用。因此，在第 1 次性危險貼加後，尚未終了前，並不禁止第二度之審判。是在前述「陪審審判，當陪審已就位宣誓完畢；另在法官審判，當第一件證據已呈堂調查時，均應認為對於被告已貼加危險。其已貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決(發生既判力)，固無論；即使其**審判因故中止**，而未有終局判決出現，亦因二重危險法則之禁止，阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行第二度之訴追，以防免被告第 2 次性危險之蒙受 (程序危險之禁止)」之情形，其「審判因故中止」之時，即為第 1 次性危險終了之時，從而發生「程序危險之禁止」效果，不得對於同一被告之同一犯行進行第二度之訴追。在**無罪判決**之情形，被告既經無罪判決後，不得對之再為審判，此乃二重危險法制史中最根本之法則。此一法則，賦與無罪判決特別之重要性。不論特定無罪判決有何等重大之違誤，如允許在無罪判決後，可以有第二次之審判，將產生一項難以接受之高度危險，亦即，檢方挾其無比優勢之資源，當足以削弱被告之防禦能力，以致即使係無辜之被告，亦終有被定罪之可能。而且，無罪判決具有終局確定力（granting absolute finality to acquittal），在憲法上，檢方對於無罪判決絕無上訴之餘地。因此，無罪判決具有終了第 1 次性危險之絕對效果（an acquittal almost always terminates jeopardy），從而啟動二重危險法則之保障（triggers double jeopardy protection），禁止對於被告進行再度之訴追。至於**有罪判決**，情形則與無罪判決有異；有罪判決並不自動終了危險，蓋有罪之被告得對於

有罪判決上訴，在上訴程序中，原本之危險猶然繼續。有此「危險繼續」之理論，遂容許進行二度之審判（包括上訴審之審判及上訴成功後之發回更審）。因此，有罪判決，係在有罪之被告並未挑戰或未能成功挑戰有罪判決時，其危險終了。自此時起，有罪判決確定之被告，開始受二重危險法則之保障，禁止就其有罪判決確定之同一犯罪為再度之訴追。

（陸）、二重危險法則，在美國憲法增修條文§5 之原文為：「nor shall any person be subject for **“the same offence”** to be twice put in jeopardy of life or limb（不得使任何人因「**同一犯罪**」而蒙受兩度生命上或肢體上之危險）」。判斷被告是否因「同一犯罪（the same offense）」而被置於危險之中，有時，與判斷被告係於「何時」被置於危險之中，同樣困難。實務上，所曾出現用以判斷是否「同一犯罪」之理論，迭有變遷，最後，係以「**Blockburger 標準（Blockburger test）**」為主流。Blockburger 標準，係聯邦最高法院於 1932 年，在 Blockburger v.United States, 284 U.S. 299 (1932) 一案判決中所提出；亦稱為「同一證據法則 (the same evidence rule)」，或「同一要件標準（same elements test）」，或逕稱為「Blockburger 標準」。在 Blockburger 一案所揭櫫之判斷標準，其要旨為：「當同一行為 (the same act) 或同一非法勾當 (the same transaction) 構成對於兩項不同法律規定之違背時，用以判斷其究為一件犯罪抑或兩件犯罪之標準，乃各該個別之法律規定，是否要求各自證明一項事實，而此一各自須加以證明之事實，卻係另一規定所不需要者」。在此情形下，兩罪之犯罪構成要件縱有雷同，但因不能彼此包括，故為兩項獨立之犯罪，可一併加以追訴處罰，而不發生二重危險之問題。亦即，對於單一行為，可依據不同之犯罪規定予以追訴處罰之前提是，此二法律所規定之犯罪，各須證明一項他一規定所不需要之要件。蓋在此際，雖係單一行為，卻係兩件犯罪。其具體之公式如下：假設甲案所須證明之構成要件事實為 A+B；乙案所須證明之構成要件事實為 A+C。甲、乙兩案，固均須證明相同之 A 構成要件事實，但甲案另

須證明乙案所不需要之 B 構成要件事實，又乙案另須證明甲案所不需要之 C 構成要件事實，因此，甲、乙兩案縱係衍生自同一行為，但兩者構成要件事實不一，所需用以證明之證據相異，所以並非同一案件，即就兩案件一併加以追訴，亦不發生二重危險之問題。然而，「Blockburger 標準」之適用，其實不以上述情形為限，而尚有派生之狀況，亦須求諸「Blockburger 標準」以為解決。例如，甲案所須證明之構成要件事實為 A+B+C；乙案所須證明之構成要件事實為 A+B。甲、乙兩案，固均須證明相同之 A+B 構成要件事實，但甲案另須證明乙案所不需要之 C 構成要件事實，此際，甲、乙兩案是否為同一案件，在判斷上，即滋生疑問。就此，如依上開 Blockburger 判決理由所謂：「單一行為，觸犯兩項法律所規定之罪名；如果各該法律所規定之罪名，各自要求證明一件額外之事實，而此一各自所需額外事實之證明，卻為另一規定之罪名所不需要時，應認定已構成兩件犯罪」之判斷標準，作反面解釋，應可得到：「單一行為，觸犯兩項法律所規定之罪名；如果其中一法律規定之罪名，所要求證明之事實，均為另一規定之罪名所需要時，應認定只構成一件犯罪」之結論。因此，上舉之例，乙案所須證明之構成要件事實為 A+B，甲案所須證明之構成要件事實為 A+B+C；足見乙案所須證明之 A+B，均為甲案在證明其 A+B+C 時所需要，從而，應認定甲案、乙案只構成一件犯罪；亦即，乙案為甲案所包括；甲案、乙案為「同一犯罪（the same offense）」，既不得「**相繼訴追**（successive prosecutions，即分別起訴）」，亦不得「**合一訴追**（single prosecutions，即合併起訴）」，否則，即干犯二重危險之禁止。「Blockburger 標準」，準此而為適用，乃使構成要件並非完全一致之兩案件，因彼此存在包括關係之故，而有成其為二重危險法則所稱「同一犯罪（the same offense）」之可能，從而放大被告免受二重危險之保障。據此應用於實際，Brown v. Ohio, 432 U.S. 161 (1977) 一案，可謂為典型。在 Brown 一案，聯邦最高法院第一次適用「同一證據標準(the same evidence test)」，資以禁止在州法院就不同法律規定所涉及之同一行為進行相繼之訴追。該

案被告因未經所有人同意而駕駛其汽車，已經以「joyriding 駕車兜風之使用竊盜」罪名判罪，然後又經依偷竊同一汽車之「竊盜汽車」罪名，再度遭受追訴並判決有罪。由於州法院已坦認「joyriding 駕車兜風之使用竊盜」罪名係「竊盜汽車」所包括之較輕罪名，聯邦最高法院乃認定：此兩項犯罪所需要之證據相同，依二重危險之趣旨，已切合 Blockburger 標準，乃同一犯罪，因此，第二個有罪判決遭到撤銷。依此判例以觀，被**包括之輕罪部分，如先經有罪判決確定，其既判力即擴張及於重罪部分，而禁止就重罪部分再行訴追**，此殆 Blockburger 標準之另一重要效果。是既判力擴張所及之重罪部分，如再經訴追，即應認該被告已蒙受二重危險。

（**柒**）、美國聯邦最高法院，於 Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970)一案，提出「附帶禁反言 Collateral estoppel」之見解，資為該案判決之立論基礎。而「附帶禁反言 Collateral estoppel」理論，亦自此確立為二重危險法則之重要內涵。聯邦最高法院於 Ashe 一案判決指出：【「附帶禁反言 Collateral estoppel」，係一項棘手之片語，但卻代表吾人當事人主義司法制度一項極端重要之法則。此一法則之簡單意旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執。雖然，此一法則係先在民事訴訟之領域中發展而出，但「附帶禁反言」法則至少於 50 多年前，聯邦最高法院在 United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85 (1916)一案之判決中，已將之確立為聯邦刑事司法之一項法則。此一已經確立之聯邦「附帶禁反言法則」，是否經由憲法增修條文§5 禁止二重危險之保障條款加以具體化？今天，聯邦最高法院毫不猶豫，認定其答案為：「是」。因為，不論此一憲法保障條款所保障者尚可能包括如何之其他事物，至少可以確定者是：此一條款，保障已受無罪判決之個人，免於二度遭受笞刑。】

（**捌**）、舉凡原則，必不免有其例外。社會科學領域中，斷

難有「放諸四海而皆準，百世以俟聖人而不惑」之鐵則，而可以毫無例外。二重危險法則，亦然，「其對於被告之保障，並非具有絕對性及決定性；在適當情形下，應承認並適用其例外。（The protections afforded by double jeopardy are not absolute and conclusive; exceptions are recognized and applied when appropriate.）」正因如此，在美國，乃由「法官造法」，在三件具體個案中，認定應排除二重危險條款之適用，許可檢方對於曾經判決無罪確定之被告，進行二度之訴追，從而成為二重危險條款之重要例外。此三件判例，依序為：**Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案**【被告所涉傷害犯行既經判罪後復就同一犯罪重行訴追其傷害致死；稱為犯罪未完成之例外（Uncompleted Offenses Exception）】；**U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案**【被告既經以竊盜判罪後復就同一犯罪重行訴追其強盜殺人；稱為犯罪發現在後或已盡調查能事之例外（Later Discovered Offenses or the Due Diligence Exception）】；**People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案**【被告賄賂法官為無罪判決後復就其同一犯罪進行二度之訴追；稱為騙局審判及詭詐勾結之例外（Sham Trial and Fraud or Collusion Exception）】。在英國，則以國會「制定法」之方式，創造有**「確實新證據 “new and compelling evidence”」**時，可以重行審判之例外。

參、關於既判力法則之理論與應用

（壹）、在大陸法系，提及類似二重危險之概念時，通常稱之為「res judicata」或「non bis in idem」。「res judicata」意為「案件曾經判決確定」；「non bis in idem」意為「一事不再理」。在我國，將兩者合稱為「既判力」。

（貳）、「既判力」之用語，在我國，係一作為「統稱」之名詞，乃上位觀念。析述之，則為「案件曾經判決確定」與「一事不再理」兩項下位觀念。按，我刑事訴訟法§302i 規定：「案件有左列情形之一者，應諭知免訴之判決：一、曾經判決確定者。------」此一規定中與「既判力」有關之文字，

臺灣高等法院檢察署

厥為兩端，其一為「應諭知免訴判決」，其二為「案件曾經判決確定」。從刑事程序法「既判力」之角度看，「應諭知免訴判決」，表現為既判力「一事不再理」之作用，乃既判力之程序作用，即「案件不兩判」;「案件曾經判決確定」，則表現為既判力「實質確定力」之作用，乃既判力之實體作用，即「行為不兩罰」。此兩項作用之關係，前者為果，後者為因；亦即，所以有「應諭知免訴判決」(程序上案件不兩判) 之結果，實以「案件曾經判決確定」(實體上行為不兩罰)為原因。總之，所謂「既判力」，係由「一事不再理 (案件不兩判)」與「實質確定力 (行為不兩罰)」兩項作用所構成。

（參）、裁判在形式上確定之後，是否發生實質確定力，可區分為幾種情形以觀，即 (一)、發生「既判力」之確定裁判；一般情形下，係指「有罪」或「無罪」之實體上確定判決而言。「既判力」發生後，「追訴權消滅」；禁止就同一案件重行訴追。(二)、發生「類既判力」之確定裁判；例如刑事訴訟法§161II 駁回公訴之裁定、§326III 駁回自訴之裁定是。「類既判力」發生後，「追訴權殘存」；如有發現新事實、新證據等情形，例外許可再度起訴。(三)、全無實質確定力可言之確定裁判；例如刑事訴訟法§303 不受理判決、§304 管轄錯誤判決、§333 駁回自訴之裁定是。在此情形下，「追訴權完好無缺」；不發生一事不再理之問題。(四)、至於§302「免訴」之確定判決，是否發生「既判力」，則聚訟紛紜，尚非可一概而論。依筆者所信，經「言詞辯論」並「嚴格證明」之免訴判決，應發生「既判力」；反之，未經「言詞辯論」，只行「自由證明」之免訴判決，無「既判力」可言。

（肆）、何以確定裁判，有發生「既判力」、發生「類既判力」及「全無實質確定力可言」之分，其關鍵之所在，則「嚴格證明」與「自由證明」之區別，居於首要。「嚴格證明也者，既判力所由生之前提也！」 換言之，「未經嚴格證明之裁判，不生既判力！」 而「嚴格證明」之進行，必須在「制式言詞辯論」中為之，是又可歸納為，「言詞辯論也者，既

判力所由生之基礎也！」換言之，「未經言詞辯論之裁判，不生既判力！」(但有例外)。職是之故，有罪、無罪判決，因所判斷者乃國家刑罰權之有無及其範圍，亦即，係就本案訴訟標的（國家刑罰權）所為「實體事實」之認定，已行「嚴格證明」，必經「言詞辯論」，乃實體判決，一經確定，當然發生既判力。「自由證明也者，確定裁判所以不生既判力之原因也！」 換言之，「僅經自由證明之裁判，不生既判力！」而「自由證明」之進行，毋須經由「制式言詞辯論」而為之，是又可歸納為，「言詞辯論之欠缺，確定裁判所以不生既判力之緣故也！」 換言之，「未經言詞辯論之裁判，不生既判力！」(但有例外)。然而，依我刑事訴訟法之設計，卻也有僅經自由證明而未經言詞辯論之裁判，時亦足以發生類既判力之情形，例如，刑事訴訟法§161II、§326III 所規定「駁回公訴」及「駁回自訴」之裁定是。

（伍）、既判力之實體面作用，表現在「實質確定力（行為不兩罰）」及「排除效」之上。首**就「實質確定力」，即「行為不兩罰」言**，同一行為既經「有罪或無罪」之實體判決確定後，即構成刑事訴訟法§302i 所稱之「案件曾經判決確定」，從而即無對於同一行為再加處罰之餘地；於是，刑事程序法上既判力實體作用之「實質確定力」發生，並以此為因，而導出如有第二度之訴追提起，即「應諭知免訴判決」之果。所謂「行為不兩罰」，並非數理之觀念，自不能以「同一行為」之前後兩次審判，有無宣告刑罰，或所宣告刑罰之輕重，以定是否同一「行為」之遭受「兩次處罰」；因此，「事實上同一」之「同一行為」，如其前後兩次審判，均為有罪判決，「有罪」加「有罪」，固屬「行為之兩罰」，應受「行為不兩罰」之禁止；即若第一次審判為無罪，第二次審判為有罪，「無罪」加「有罪」，亦屬「行為之兩罰」，蓋對於同一行為之每次訴追，均含有欲加制裁之實體目的 (即刑法追訴權之行使)，第一次審判之「無罪」判決，係其制裁目的之消極完成，第二次審判之「有罪」判決，則係其制裁目的之積極完成；「消極完成」與「積極完成」等價，於是，「消極完成」

加「積極完成」，仍構成「行為之兩罰」，而應受「行為不兩罰」之禁止。演繹而言，「有罪」加「無罪」;「無罪」加「無罪」，莫不皆然。

（陸）、既判力之實體面作用，表現在「實質確定力（行為不兩罰）」及「排除效」之上。茲**就「排除效」言**，所謂「排除效」，係指「為訴訟標的之法律關係於確定之終局判決中經裁判後，該確定終局判決中有關訴訟標的之判斷，即成為規範當事人間法律關係之基準，嗣後同一事項於訴訟中再起爭執時，當事人不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之判斷，其作用在於避免先後矛盾之判斷（按即排除效）」，因此，「當事人之一造以該確定判決之結果為基礎，於新訴訟用作攻擊防禦方法時，他造應受其既判力之拘束（既判力之「遮斷效」、「失權效」或「排除效」)，不得以該確定判決前，所提出或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法為與確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為反於確定判決意旨之裁判」。此一觀念應用於刑事訴訟法，即為，刑事確定判決發生既判力之後，既生「行為不兩罰」之「實質上確定力」，則實體上之「追訴權消滅」，檢察官不得以發現新事實、新證據為由，對於同一案件重行訴追；蓋在實體判決「既判力」基準時點 (宣判時) 之前所存在之一切事實及證據，均已被「行為不兩罰」所生之「實質上確定力」所**排除**（遮斷、失權）。「排除效」之應用於實際，例如，最高法院 24 年上字第 3871 號判例要旨，謂：「自訴人曾以被告詐取股款一千五百元，訴經第一審法院判決**無罪**確定在案，嗣又以被告侵占股款一千五百元，向第一審法院提起自訴，其所訴侵占與詐欺之**內容完全相同** (按，僅係自然意義之一行為)，**無非罪名各異而已**，自不能謂其自訴之侵占案件非曾經判決確定。」依本案情節以論，本案之「訴訟標的」乃國家對於被告「一個不法領得股款一千五百元之行為」所生之「刑罰權」；自訴人初以詐欺罪訴經第一審法院判決無罪確定，當時既未主張被告「不法領得股款一千五百元之行為」為侵占，則在詐欺罪判決無罪確定後，其於「既

判力」基準時點 (宣判時) 之前所得主張之侵占，已被「行為不兩罰」所生之「實質上確定力」所排除（遮斷、失權），嗣自訴人再以侵占罪起訴，法院當以「排除效」為理由，逕依刑事訴訟法§302i「案件曾經判決確定」之規定為免訴判決。蓋在本例，若不求諸「排除效」之觀念，則以詐欺罪與侵占罪，乃構成要件不同之各別犯罪，何以詐欺罪經無罪判決確定，應認為侵占罪亦已判決確定，實難為具有說服力之說明也。

（柒）、既判力之程序面作用，表現在「一事不再理（案件不兩判）」及「爭點效」之上。首**就「一事不再理」，即「案件不兩判」言**，按，我刑事訴訟法§302i 規定：「案件有左列情形之一者，應諭知免訴之判決：一、曾經判決確定者。------」此一規定中與「既判力」有關之文字，厥為兩端，其一為「應諭知免訴判決」，其二為「案件曾經判決確定」。從刑事程序法「既判力」之角度看，「應諭知免訴判決」，表現為既判力「一事不再理」之作用，乃既判力之程序作用，即「案件不兩判」;「案件曾經判決確定」，則表現為既判力「實質確定力」之作用，乃既判力之實體作用，即「行為不兩罰」。此兩項作用之關係，前者為果，後者為因；亦即，所以有「應諭知免訴判決」(程序上案件不兩判)之結果，實以「案件曾經判決確定」(實體上行為不兩罰)為原因。所應注意者，乃：有罪、無罪之實體判決，及曾經言詞辯論並行嚴格證明之免訴判決，始生「實質確定力」，而具有一事不再理之效果；至於未經言詞辯論並行嚴格證明之免訴判決、不受理判決、管轄錯誤判決，及§362、§367、§384、§395 駁回不合法上訴之裁判，由於全然與本案犯罪事實及刑事責任等「實體爭點」無關，既不生「實質確定力」，即乏一事不再理之效果可言。

（捌）、既判力之程序面作用，表現在「一事不再理（案件不兩判）」及「爭點效」之上。茲**就「爭點效」言**，所謂「爭點效」，借用最高法院 96 年度台上字第 307 號判決要旨之所言，係指「法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人

所主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷結果，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷而言，其乃源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理而來。」美國聯邦最高法院於 ASHE v. SWENSON , 397 U.S. 436 (1970)一案判決，亦謂：「『附帶禁反言 collateral estoppel』(即爭點效 issue preclusion) 係一項棘手之片語，但卻代表吾人當事人主義司法制度一項極端重要之法則。此一法則之簡單意旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執。」此一理論應用於實際，在美國，例如，ASHE v. SWENSON, 397 U.S.436 (1970)一案，被告 Ashe 涉嫌與另數人，蒙面持槍闖入一戶人家之地下室，搶劫正在玩樸克牌之 6 名牌友之財物，檢方先將被告 Ashe 搶劫牌友之一即 Knight 部分之犯行起訴，使被告 Ashe 接受審判。結果，陪審以證據不足為理由，宣告 Ashe 無罪。6 星期之後，Ashe 再度遭到起訴及審判，此回起訴之訴因為：被告 Ashe 搶劫另一牌友 Roberts。被告 Ashe 以業經判決無罪為由，聲請駁回此一再度之追訴。其聲請遭到駁回，第二度審判因之開始。結果，陪審評決 Ashe 有罪，Ashe 因此被量處在 Missouri 州監獄執行有期徒刑 35 年。後來，Ashe 向 Missouri 西區聯邦地方法院提出人身保護之聲請（habeas corpus proceeding），主張本件第二度之訴追，侵犯其免於二重危險之權利。其聲請遭到駁回，遞經上訴於聯邦最高法院。聯邦最高法院判決：「本案關於『**被告 Ashe 並非搶匪之一**』之事實爭點，既經第一次審判為終局判斷後，即已發生『爭點效』，則相同當事人間（即檢方與被告 Ashe 間），就該事實爭點，即不得在將來之任何訴訟中，再事爭執；是以本件之第二度起訴，已使被告 Ashe 蒙受二重危險，而應受禁止。」在我國，例如，最高法院 28 年滬上字第 43 號判例要旨中，亦曾指出：「自訴人(某乙)之夫某甲，前以上訴人(即被告) 封鎖伊 (某甲) 所住房門，將伊 (某甲) 拘禁在內，提起自訴，

業經地方法院認為犯罪不能證明，諭知無罪之判決確定在案。茲自訴人 (某乙) 復以當時上訴人 (即被告) 之封鎖房門，氏夫 (某甲) 雖未被拘禁，氏 (某乙) 實被鎖閉房中等情提起自訴，按自訴人 (某乙) 所指上訴人(即被告) 之犯罪事實，係**一個鎖閉房門以拘禁人之行為**，其**行為既屬一個** (按，僅係自然意義之一行為)，雖兩案自訴人 (某甲、某乙) 所主張被拘禁之人不同 (前一自訴指為拘禁某甲、後一自訴指為拘禁某乙)，亦**不過被害法益前後互異**，並不因此一端而失其案件之同一性，自訴人 (某乙) 就曾經確定判決之同一案件提起自訴，仍不得謂無刑事訴訟法第二百九十四條第一款（現行§302I）之情形，自應諭知免訴。」據此判例以觀，自然意義之**一個鎖閉房門以拘禁人之行為**，乃「事實上同一」之「同一行為」，前既經以「犯罪不能證明」而諭知**無罪**，格於既判力「行為不兩罰」之禁止，自難重行訴追、更為處罰。然則，本案情節，豈非與前述美國 ASHE v. SWENSON, 397 U.S.436 (1970)一案神似？對比之下，兩案除人物不同，犯罪行為有異外，其餘情節，殆即彼此之翻版；若謂我最高法院 28 年滬上字第 43 號判例，早已搶在 ASHE v. SWENSON, 397 U.S.436 (1970)一案之前，採納所謂「爭點效」理論，亦不為過。只可惜，最近之最高法院 94 年度台上字第 1783 號判決，卻謂：【按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此係因同一案件，既經法院為實體上之確定判決，其犯罪之起訴權業已消滅，依一事不再理之原則，不許再為訴訟客體，更為其他有罪或無罪之實體上裁判。而案件是否同一，以被告及犯罪事實是否均相同為斷，所謂事實同一，應從『訴之目的及侵害性行為之內容是否同一』為斷，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經其擇為訴訟客體之社會事實關係是。而**判決理由之說明，縱使涉及其他犯罪事實之認定，因非檢察官或自訴人擇為訴訟客體之社會事實關係，自難認具有判決之實質確定力，即非既判力所及，亦不得資為認定是否同一案件之準據**。】顯然堅持「就本案訴訟標的經法院為實體上之確定判決者」，始足以發生一事

不再理效果之見解；並認判決理由中，曾就作為先決問題加以判斷之「非本案訴訟標的之實體爭點（即其他犯罪事實之認定）」，本無如何之拘束力可言，自不禁止其將來之再行起訴。此一判決，對於「爭點效」理論，猶然採取否定之立場，似乎有欠三思。

（玖）、按刑事訴訟法第§362、§367、§384、§395 駁回不合法上訴之裁判，如經確定，因其裁判本身非關本案「實體爭點」之判斷，固不能發生既判力，但駁回不合法上訴之裁判一經確定，則其經提起上訴之原判決亦隨之而確定。如其經提起上訴之原判決，係屬有罪或無罪之實體判決，即因隨同確定之故，立即發生既判力。關於如上之見解，本情通理達，原無庸疑。乃最高法院 25 年上字第 3231 號判例，卻謂：「被告因傷害致人於死，經地方法院判決後，原辦檢察官於二月十三日接收判決書，同月十五日已具聲明上訴片到達該院，其上訴本未逾越法定期間，第二審法院審理時，因第一審漏將該片附卷呈送，致檢察官之合法上訴無從發見，並以其所補具上訴理由書係在同年三月四日，遂（誤）認為上訴逾期，判決駁回，此種程序上之判決，本不發生實質的確定力，原檢察官之上訴，並不因而失效，既據第一審法院首席檢察官，於判決後發見聲明上訴片係呈送卷宗時漏未附卷，將原片檢出呈報，則第二審法院自應仍就第一審檢察官之合法上訴，進而為實體上之裁判。」又司法院大法官火上加油，於民國 79 年 12 月 20 日更以釋字第 271 號解釋，稱：「刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院二十五年上字第三二三一號判例，於上開解釋範圍內，應不再援用。」此兩件判例與解釋，相輔相成，激起實務與理論之大混亂，亟待大法官之重行解釋，以解決通盤之問題。

（拾）、在「裁判上一罪」及「實質上一罪」，既判力（實質確定力）有擴張與延展之問題。然而，刑事實體法上「行為不兩罰」原則所衍生之狀況，盤根錯節，層出不窮，亦有刑事程序法上既判力（實質確定力）擴張與延展之理論難以招架之時候。例如，最高法院 30 年上字第 2747 號判例要旨，謂：「被告前被自訴之傷害行為，既與被害人之死亡有因果關係，則**傷害**行為與**因傷致死**之結果，明係同一事實(按，僅係自然意義之一行為)，其傷害部分既經判決（有罪）確定，自不能再就傷害致人於死部分重行受理，原審諭知免訴之判決，於法委無不合。」據此判例以觀，自然意義之**一個傷害行為**，乃「事實上同一」之「同一行為」；因其**一個傷害行為**，所導致之**傷害結果**及**死亡結果**，在結果出現之時間點上，縱有遲速之別，但在因果聯絡上，則呈線狀發展之單一性，如已就傷害結果出現時之傷害罪，先為有罪判決確定，則嗣後始又出現之死亡結果，縱已將犯罪之嚴重性升高為傷害致死罪，但格於既判力「行為不兩罰」之原則，仍難再就傷害致死罪重行訴追、更為處罰。然而，考究此判例所謂「傷害部分既經判決確定，自不能再就傷害致人於死部分重行受理，原審諭知免訴之判決，於法委無不合」云云一節，其根本原理，其實係在於刑事實體法「行為不兩罰」之大原則，而與刑事程序既判力之「實質確定力」之無關；尤須注意者，其亦與實質上一罪（一般咸認傷害致死罪之傷害行為與其致死結果合而為實質上之一罪），因一部判決確定，效力及於全部，即所謂「既判力擴張」之理論，未有牽涉；蓋本件傷害部分雖經判決**有罪**確定，但死亡結果（加重結果）在既判力之基準時點 (最後審理事實之法院宣判時)之前，尚未發生，審理事實之法院本無從加以審判，而非應予審判而未審判，是既判力擴張理論之基礎不存在，故難以藉助既判力擴張之理論，以說明再行起訴之傷害致死罪何以業已判決確定，而應判決免訴之原因。又如，司法院民國 30 年 12 月 30 日院字第 2271 號解釋謂：「自訴人自訴傷害，經判決被告無罪，確定後自訴人死亡，屍親復以自訴人係傷害致死，訴

經檢察官偵查起訴，又判決被告無罪，二審檢察官對於第二判決上訴，第二審自應依刑事訴訟法第三百六十一條第一項、第二百九十四條改判免訴。」本例與前例雖均為傷害致死之案件，且均係先就傷害部分起訴，並經判決確定，然後死亡結果出現，再經以傷害致死罪二度起訴；實則兩例存在重要不同，蓋前例（最高法院 30 年上字第 2747 號判例）情節，乃「傷害罪先經有罪判決確定，後又起訴傷害致死罪」，而本例（院字第 2271 號解釋）情節，乃「傷害罪先經無罪判決確定，後又起訴傷害致死罪」。茲雖有如此之不同存在，乃本件解釋仍認再行起訴之傷害致死罪，亦同應為免訴之判決。考其根本原理，仍在於刑事實體法「行為不兩罰」之大原則，而與刑事程序法既判力之「實質確定力」無關；尤須注意者，其亦與實質上一罪（一般咸認傷害致死罪之傷害行為與其致死結果合而為實質上之一罪），因一部判決確定，效力及於全部，即所謂「既判力擴張」之理論，未有牽涉；蓋本件傷害部分係先經判決無罪確定，而無罪之確定判決本不足以發生既判力擴張之效果，則再行起訴之傷害致死罪所以應判決免訴者，其非藉助既判力擴張之理論，實甚明瞭。按「行為不兩罰」本係刑事實體法上之大原則，用諸實際，則投影於刑事程序法中，藉助「案件曾經判決確定」之既判力「實質確定力」之作用，以與「應諭知免訴判決」之既判力「一事不再理」之作用接軌，而透過程序上免訴判決之諭知，用達「行為不兩罰」之終極目的。蓋刑事實體法為目的法，而刑事程序法為手段法；手段係為服務目的而存在；茲既判力「實質確定力」之作用，既充為刑事實體法與刑事程序法間之橋梁，用來溝通目的與手段，藉以鞏固刑事實體法「行為不兩罰」之終極目的，實正足以充分說明此一手段與目的間之關係。然而，據之上開兩件實例可知，刑事實體法上「行為不兩罰」原則所衍生之狀況，由於盤根錯節，層出不窮之故，確有徒憑刑事程序法上既判力（實質確定力）擴張與延展之理論尚不足以解決之問題。此際，刑事實體法上「行為不兩罰」原則，當即自行發揮功能，逕以程序上再度之訴追，牴觸刑事實體法「行為不兩罰」原則之故，成其為

以免訴判決駁回程序上再度訴追之獨立理由，而不再假借既判力「實質確定力」之作用為橋梁。從而發生刑事實體法上「行為不兩罰」原則，越過既判力「實質確定力」之作用，而逕與刑事程序法「案件不兩判」（一事不再理）原則，直接交錯之現象。是為不可不注意者。

（拾壹）、既判力之實體作用，在於擔保「行為不兩罰」；程序作用，在於擔保「案件不兩判」。因此，刑事訴訟法§302i乃規定，案件曾經（實體）判決確定者，應諭知免訴之判決，而逕從程序上駁回二度之起訴，以避免「行為不兩罰」、「案件不兩判」之原則遭受破壞。職是之故，禁止二度起訴之既判力法則，利在被告；對比英美二重危險法則以論，可謂既判力法則實係具有憲法高度之人權保障法則。然而，我刑事訴訟法§422，卻設有為被告之不利益聲請再審之規定，以挑戰確定判決之既判力，而置被告於二度危險之中。且為被告之不利益聲請再審，其法定期間之限制，規定為「於判決確定後，經過刑法第八十條第一項期間二分之一者，不得為之」（§425）。此則無異以程序法之規定，變相延長實體法所規定之時效期間，而使本該享受時效保障之被告，蒙受重大之不利益。又「被告經免訴或不受理之判決確定，而於訴訟上或訴訟外自述，或發見確實之新證據，足認其並無免訴或不受理之原因時，檢察官或自訴人亦可聲請再審」之規定，意在變相延長實體法所規定之時效期間，以規避既判力二重起訴之禁止，尤其明瞭。再者，開始再審後，更為審判之結果，如為被告有罪之判決，並無不利益變更禁止原則之適用，而可對於被告大開殺戒。於是，再審程序乃成為規避既判力二重起訴之禁止，以行再度訴追之巧門，殊有害於被告之基本人權。此在英美二重危險法則之下，乃屬絕對禁止之事。抑有進者，容許「為被告之不利益聲請再審」之規定，勢必造成與「既判力（實質確定力）擴張」之理論相衝突，然則，一項法律制度之內涵，竟有如此自相矛盾之設計，豈不荒謬？總之，我刑事訴訟法關於「為被告之不利益聲請再審」之規定，不僅有諸多不合理之處，抑且侵蝕「既判力法則之

為具有憲法高度之人權保障法則」，而有違憲之虞。誠有嚴肅檢討之必要。

肆、關於檢討與展望

（壹）、依據美國法，在陪審審判（jury trial），當全體陪審員就位宣誓完畢時，其危險開始貼加； 在無陪審之審判（non-jury trial；bench trial），當法官開始聽審證據時，其危險開始貼加。其已貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決，固無論；即使其審判因故中止，例如宣告誤審（mistrial），或駁回起訴，而未有終局判決出現，亦因二重危險法則之禁止，阻絕以後對於同一被告之同一犯行進行二度之訴追。對比以上美國二重危險法則，可見我既判力法則所生一事不再理之效果，顯然較晚發生。蓋我刑事訴訟法§302i 所定一事不再理之效果，必須「案件曾經判決確定」始告啟動。關於此點，我與美國固然有異，卻與英國相同。英國普通法二重危險之禁止，一直遵循一項相對單純之法則，亦即，只有在審判已告完成，作出有罪或無罪之判決後，始得謂被告已歷經第 1 次性之危險。如此之法則，主要目的在於維護判決之既判力，而類似大陸法系之既判力法則（doctrines of res judicata）及附帶之禁反言（collateral estoppel）之作用。是就關於一事不再理效果 (二重危險法則所禁止對於同一犯罪進行第 2 次性訴追之效果) 之發生時期，英國與美國之間，抑且尚有仁智之見，孰為真理，誠難斷言。依筆者所信，我與英國之見地，有助於法律安定性之維護；至於美國之作法，固裨益人權之保障，但是否保障過甚，不能無疑。

（貳）、美國判例法，所認：【關於二重危險之第 1 次性危險之貼加，亦即，一事不再理效果 (二重危險法則所禁止對於同一犯罪進行第 2 次性訴追之效果)，亦有可能提前到**本案審判前之準備程序**，由於事實審法官已就犯罪構成要件之部分或全部為有利被告之判斷，因作出起訴駁回之裁判而發生】一節，與我刑事訴訟法之規定，有其相通之處。按，依

我刑事訴訟法之設計，於**本案審判前之準備程序**，亦有僅經自由證明而未經言詞辯論之裁判，而足以發生**類既判力**之情形，例如，刑事訴訟法§161II、§326III 所規定「駁回公訴」及「駁回自訴」之裁定是。惟我刑事訴訟法對於本案審判前之準備程序，法院就被告有無成立犯罪可能之「實體爭點」，曾作審酌後，所為駁回起訴之裁定，係以其僅經自由證明之故，而只賦與「類既判力」，使與於本案審判中，法院就被告有無成立犯罪可能之「實體爭點」，曾作審酌後，所為駁回起訴之判決（免訴判決或不受理判決），係以其已經嚴格證明之故，而應賦與完全之「既判力」或「爭點效」者，作出適當之區隔，俱見有其有週到之考量；反觀美國判例法，對於相同情形，則認為二重危險之第 1 次性危險業已貼加，並不問其係經自由證明或嚴格證明，均賦與完全之「既判力」，其思慮之未週，比較於我刑事訴訟法，相對遜色。

（**參**）、英美法系之二重危險法則，禁止檢方對於被告之無罪判決提起上訴；大陸法系之既判力法則，則無如此之限制。按，比較法領域中，有一句名言，即：「直接審理主義」加「反詰問權之保障」，即等於「傳聞法則」。本文所論既判力與二重危險，亦恰好可以套用上開公式，而謂：「既判力法則」加「程序危險之禁止」，即等於「二重危險法則」。是二重危險法則，本即包括既判力法則；只不過，二重危險法則，係在既判力法則之外，增加「程序危險之禁止」而已。從而，採行大陸法系既判力法則之我國，所以並不禁止對於被告之無罪判決上訴，道理亦已明白；蓋推究其根本原因，殆我所採既判力法則之中，欠缺「禁止程序危險」之觀念故也。而我所以欠缺「禁止程序危險」之觀念，追本溯源，又由於兩大法系間存有信念上之根本差異，亦即：（一）、英美法系，獨鍾「個人自由之保障」；大陸法系，偏愛「社會安全之維護」。(二)、英美法系，著重「程序正義」，寧以「形式之真實發現」為實際，滿足於「寧縱毋枉」；大陸法系，著重「實質正義」，務以「實質之真實發現」為理想，講求乎「毋枉毋縱」。展望未來，我刑事訴訟法是否改弦更張，

亦應禁止對於被告之無罪判決上訴，關鍵當在是否願在理念上進行調整而已。

（**肆**）、美國聯邦最高法院於 Sealfon v. United States 332 U.S. 575 (1948)一案判決稱：「既判力，可以在二重訴追中，作為防禦方法。此一既判力法則，不但適用於民事訴訟程序，抑且適用於刑事訴訟程序；再者，縱使並非同一案件，既判力法則之運作，其效力亦及於前此確定判決中所已判斷之爭點(按即發生爭點效，或附帶禁反言 Collateral estoppel)。」復於 Ashe v. Swenson , 397 U.S. 436 (1970) 一案判決稱：「『附帶禁反言 Collateral estoppel』，係一項棘手之片語，但卻代表吾人當事人主義司法制度一項極端重要之法則。此一法則之簡單意旨為：當一項決定性之事實爭點，在合法有效之終局判決中經判斷後，則相同當事人間，就該事實爭點，不得在將來之任何訴訟中，再事爭執。」是二重危險法則，承認爭點效，而提供被告免於二重危險之進一步保障。在我國，最高法院於 96 年間，開始在民事訴訟之領域中，承認「**爭點效**」之理論。但在刑事訴訟之領域，則猶然堅持否定「爭點效」；茲以最高法院 94 年度台上字第 1783 號刑事判決為例，其判決要旨指出：【按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此係因同一案件，既經法院為實體上之確定判決，其犯罪之起訴權業已消滅，依一事不再理之原則，不許再為訴訟客體，更為其他有罪或無罪之實體上裁判。而案件是否同一，以被告及犯罪事實是否均相同為斷，所謂事實同一，應從『訴之目的及侵害性行為之內容是否同一』為斷，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經其擇為訴訟客體之社會事實關係是。而**判決理由之說明，縱使涉及其他犯罪事實之認定，因非檢察官或自訴人擇為訴訟客體之社會事實關係，自難認具有判決之實質確定力，即非既判力所及，亦不得資為認定是否同一案件之準據**。】亦即，在刑事訴訟，最高法院仍然堅持「就本案訴訟標的經法院為實體上之確定判決者」，始足以發生一事不再理之效果；至於其判

決理由中，曾作為先決問題加以判斷之「非本案訴訟標的之實體爭點（即其他犯罪事實之認定）」，本無如何之拘束力可言，自不禁止其將來之再行起訴。然而，吾人以為，民事訴訟，僅係私權之爭執，其當事人尚且受到「**爭點效**」之保護，而刑事訴訟，係為實現國家刑罰權而進行之程序，攸關人權之保障，若謂刑事被告不能享有「**爭點效**」之利益，豈非輕重倒置，而有違「舉輕明重」之法理？是關於「爭點效」之合引進刑事訴訟領域，應已到須慎重三思之時。

（伍）、在美國，被告經有罪判決，循「直接之上訴程序（direct appeals）」尋求救濟，既告失敗，而判決確定後，被告尚有最後之機會進行所謂「有罪判決確定後之救濟（post-conviction remedies）」。「有罪判決確定後之救濟」，主要分為兩種，一為「被告之聲請人身保護令（habeas corpus）」，規定在 28 U.S.C. §§ 2241– 2266； 一為「被告之聲請再審（ new trial upon the defendant's motion）」，規定在 USCS Fed Rules Crim Proc R 33。然而，無論何者，均係為被告之利益所開設之非常救濟程序；在二重危險法則之禁止下，絕難想像可以有檢察官為被告之不利益而聲請再審之情形。在日本，其二戰前之刑事訴訟法，於明治時期，就再審制度採法國制，僅許可為被告之利益而聲請再審；其後，舊刑事訴訟法，改採德國制，併許可為被告之不利益而聲請再審；然而，二戰之後，新憲法§39 已引進美國禁止二重危險之觀念，為迎合憲法之要求，戰後新刑事訴訟法，又改從法國制；是日本現行刑事訴訟法，僅在§435、§436，設有為被告利益聲請再審之規定，而禁止再為被告之不利益而聲請再審。然而，由於我國並無類似日本引進二重危險觀念之經驗，是我刑事訴訟法關於再審制度之規定，仍維持與日本戰前舊刑事訴訟法所規定者同；不僅在§420、§421 設有為被告（受判決人）之利益聲請再審之規定，同時在§422，廣泛規定得為被告（受判決人）之不利益聲請再審之情形。筆者以為，我刑事訴訟法§422 關於「為被告之不利益聲請再審」之規定，不僅有諸多不合理之處，抑且侵蝕「既判力法則之為具有憲法高度之

人權保障法則」，而有違憲之虞，誠有嚴肅檢討之必要。依筆者所信，此一規定以廢止為宜。至於倖逃法網之被告，如確有特別情事，認非再行訴追，即與公平正義不合者，亦宜參酌英美二重危險法則之例外情形，設為我既判力法則之例外規定，而在實體法所定追訴權時效尚未完成前，容許檢察官為第二度之起訴，如此作法，或較符情理之平。

（陸）、舉凡原則，必不免有其例外。社會科學領域中，斷難有「放諸四海而皆準，百世以俟聖人而不惑」之鐵則，而可以毫無例外。二重危險法則，亦然，「其對於被告之保障，並非具有絕對性及決定性；在適當情形下，應承認並適用其例外。（The protections afforded by double jeopardy are not absolute and conclusive; exceptions are recognized and applied when appropriate.）」正因如此，在美國，乃由「法官造法」，在三件具體個案中，認定應排除二重危險條款之適用，許可檢方對於曾經判決確定之被告，進行二度之訴追，從而成為二重危險條款之重要例外。此三件判例，依序為：**Diaz v. U S, 223 U.S. 442 （1912）一案**【被告所涉傷害犯行既經判罪後復就同一犯罪重行訴追其傷害致死；稱為犯罪未完成之例外（Uncompleted Offenses Exception）】；**U S v. Stearns, 707 F.2d 391（1983）一案**【被告既經以竊盜判罪後復就同一犯罪重行訴追其強盜殺人；稱為犯罪發現在後或已盡調查能事之例外（Later Discovered Offenses or the Due Diligence Exception）】；**People v. Aleman, 667 N.E.2d 615（1996）一案**【被告賄賂法官為無罪判決後復就其同一犯罪進行二度之訴追；稱為騙局審判及詭詐勾結之例外（Sham Trial and Fraud or Collusion Exception）】。在英國，則以國會「制定法」之方式，創造有「**確實新證據 new and compelling evidence**」時，可以重行審判之例外。在我國，則僅設有「為被告之不利益聲請再審」之規定，而別無既判力法則之例外；惟前已言之，依筆者所信，此一「為被告之不利益聲請再審」之規定以廢止為宜。至於倖逃法網之被告，如確有特別情事，認非再行訴追，即與公平正義不合者，亦宜參酌英美二重危險

法則之例外情形，設為我既判力法則之例外規定，而在實體法所定追訴權時效尚未完成前，容許檢察官為第二度之起訴，如此作法，或較符情理之平。

臺灣高等法院臺中分院檢察署

參 考 文 獻

1. 土本武司著，董璠興、宋英輝譯，*日本刑事訴訟法要義*，五南圖書出版公司，民國 86 年 5 月初版一刷。

2. 王兆鵬，*以一事不再理論再審*，月旦法學雜誌，第 144 期，頁 171-193 (2007.5)。

3. 王兆鵬，*論一事不再理之憲法原則（上）*，台灣本土法學雜誌，第 80 期，頁 51-67 (2006.3)。

4. 王兆鵬，*論一事不再理之憲法原則（下）*，台灣本土法學雜誌，第 81 期，頁 41-65 (2006.4)。

5. 出射義夫，*檢察制度の研究*，司法省調查部，昭和 13 年。

6. 李遇先譯，S. C. Easton 原著，*The Western Heritage（西洋近世史）*，幼獅文化事業公司，民國 71 年 8 月五版。

7. 何尚先，*美國二重危險法理對量刑上訴權之關係*，刑事法雜誌，第 28 卷第 4 期，頁 1-18 (民國 73 年 8 月)。

8. 林紀東，*比較憲法*，五南圖書出版有限公司，民國 69 年 2 月初版。

臺灣高等法院臺中分院檢察署

9. 林鈺雄，*刑事訴訟法（上下冊）*，元照出版有限公司，2005年9月4版。

10. 林鈺雄，*新刑法總則與新同一案件---從刑法廢除牽連犯、連續犯論訴訟上同一案件概念之重構*，月旦法學雜誌，第122期，頁27-56 (2005.7)。

11. 林俊益，*刑事訴訟法（上下冊）*，新學林出版股份有限公司，2008年9月9版。

12. 林朝榮，*訴訟構造與檢察官法庭活動*，刑事法雜誌，第29卷第4期，民國74年8月。

13. 岩井昇二，「*フランスにおける刑事訴追（1）～（7）*」，警察研究第35卷第12號～第36卷第11號連載（1964～1965）。

14. 金觀濤、唐若昕，*西方的躍起*，風雲時代出版公司，民國78年11月初版。

15. 涂懷瑩，*中華民國憲法原理*，著者發行，民國75年10月新訂九版。

臺灣高等法院臺中分院檢察署

16. 孫小魯譯，Robert Roswell Palmer & Joel Colton 原著，*History of the Modern World*（*現代世界史*），五南圖書出版有限公司，上冊民國 77 年 1 月初版，下冊民國 80 年 8 月初版。

17. 黃東熊，*刑事訴訟法論*，三民書局，七十四年二月初版。

18. 陳運財，*論起訴事實之同一性---評最高法院八十六年度台非字第一八七號刑事判決*，月旦法學雜誌，第 62 期，頁 145-158 (2000.7)。

19. 陳運財，*犯罪之競合與刑事裁判確定的效力*，月旦法學雜誌，第 122 期，頁 81-99 (2005.7)。

20. 黃東熊，*刑事訴訟法研究*，三民書局，民國 70 年 4 月初版。

21. 黃東熊，*各國檢察制度沿革概論*，國立臺灣大學法學論叢，第 11 卷第 1 期，民國 70 年 12 月。

22. 黃東熊，*中外檢察制度之比較*，中央文物供應社，民國 75 年 4 月出版。

23. 黃朝義，*刑事訴訟法*，一品文化出版社，2006 年 9 月初

臺灣高等法院臺中分院檢察署

版。

24. 陳樸生，*刑事訴訟法實務*，著者發行，民國 83 年 9 月重訂 9 版。

25. 楊建華，*刑法總則之比較與檢討*，作者發行，民國 71 年 3 月出版。

26. 熊谷弘，*英米陪審制度の運用と其の批判*，司法研修所，昭和 35 年 9 月。

27. 團藤重光，*新刑事訴訟法綱要*，創文社，昭和五十六年二 月七訂版第二十一刷。

28. 劉屏，*中美斷交二十年*，基督教論壇報，1999/1/3。

29. 韓忠謨，*刑法原理*，作者發行，民國 61 年 8 月增訂 10 版。

30. 薩孟武，*西洋政治思想史*，三民書局，民國 75 年 8 月再版。

31. Alfredo Garcia, *THE FIFTH AMENDMENT: A COMPREHENSIVE AND HISTORICAL APPROACH*, 29

臺灣高等法院臺中分院檢察署

Toledo Law Review 209（29 U. Tol. L. Rev. 209）（1998）.

32. Anne Bowen Poulin, *DOUBLE JEOPARDY PROTECTION FROM SUCCESSIVE PROSECUTION: A PROPOSED APPROACH*, 92 Georgetown Law Journal 1183（92 Geo. L.J. 1183）（2004）.

33. Anne Bowen Poulin, *DOUBLE JEOPARDY PROTECTION AGAINST SUCCESSIVE PROSECUTIONS IN COMPLEX CRIMINAL CASES: A MODEL*, 25 Connecticut Law Review 95（25 Conn. L. Rev. 95）（1992）.

34. Anne Bowen Poulin, *DOUBLE JEOPARDY AND JUDICIAL ACCOUNTABILITY: WHEN IS AN ACQUITTAL NOT AN ACQUITTAL*? 27 Arizona State Law Journal 953 (27 Ariz. St. L.J. 953)（1995）.

35. Alfredo Garcia, *THE FIFTH AMENDMENT: A COMPREHENSIVE AND HISTORICAL APPROACH*, 29 Toledo Law Review 209 (29 U. Tol. L. Rev. 209)（1998）.

36. Adam Raviv, *Torture and Justification: Defending the Indefensible*, 13 George Mason Law Review 135（13 Geo. Mason L. Rev. 135）（2004）.

37. Alexander Volokh, *n GUILTY MEN*, 146 University of Pennsylvania Law Review 173 （146 U. Pa. L. Rev. 173）

臺灣高等法院臺中分院檢察署

（1997）.

38. Annual Review of Criminal Procedure, *PROSECUTION OF PROCESS CRIMES: THOUGHTS AND TRENDS*, 37 The Georgetown Law Journal Annual Review of Criminal Procedure 805 (37 Geo. L.J. Ann. Rev. Crim. Proc. 805)（2008）.

39. Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of the United States Armed Forces in the Republic of Korea, July 9, 1966, U.S.-S. Korea, 17 U.S.T. 1677.

40. A. Esmein, Translated by John Simpson, *A History of Continental Criminal Procedure*, New York, Augustus M. Kelley・Publishers (1968).

41. Brian Carter-Stiglitz, *RECENT MINNESOTA SUPREME COURT DECISION: CASE NOTE: CRIMINAL LAW: HANKERSON V. STATE--THE* ***DOUBLE JEOPARDY*** *AND OFFENSIVE COLLATERAL ESTOPPEL ISSUES THAT ATTEND RETRYING AGGRAVATING FACTORS*, 34 William Mitchell Law Review 1517（34Wm. Mitchell L. Rev. 1517）（2008）.

42. Benjamin Kaplan, *Trial by Jury*, Compiled in, Harold J. Berman, *Talks on American Law*, Washington, United States Information Agency (1972).

臺灣高等法院臺南分院檢察署

43. Clayton Roberts & David Roberts 原著，賈士蘅譯，*A History of England*（*英國史*），五南圖書出版有限公司，民國 75 年 10 月初版。

44. Charles W. Thomas & Donna M. Bishop, *Criminal Law : Understanding Basic Principles*, California, SAGE Publications, Inc. (1987).

45. David S. Rudstein, *A BRIEF HISTORY OF THE FIFTH AMENDMENT GUARANTEE AGAINST DOUBLE JEOPARDY*, 14 William & Mary Bill of Rights Journal 193（14 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 193）（2005）.

46. David A. Fusco, *The Constitutional Issue Hidden Within a Circuit Split: Double Jeopardy in the Context of Proving Predicate Offenses*, 4 Seton Hall Circuit Review 265 (4 Seton Hall Cir. Rev. 265)（2008）.

47. David S. Rudstein, *Double Jeopardy and the Fraudulently Obtained Acquittal*, 60 Missouri Law Review 607 (60 Mo. L. Rev. 607)（1995）.

48. George C. Thomas III , *The Prohibition of Successive Prosecutions for the Same Offense: In Search of a Definition*, 71 Iowa Law Review323 (71 Iowa L. Rev. 323)（1986）.

臺灣高等法院臺中分院檢察署

49. George C. Thomas III, *A Blameworthy Act Approach to the Double Jeopardy Same Offense Problem*, 83 California Law Review 1027 (83 Calif. L. Rev. 1027) (1995).

50. Gerhard O. W. Mueller and Fre' Le Poole-Griffiths, *Comparative Criminal Procedure*, New York University Press ; University of London Press Limited (1969).

51. Harry W. More, *Principles and Procedures in the Administration of Justice*, New York, John Wiley & Sons, Inc. (1975).

52. Harry Kalven, Jr. & Hans Zeisel, *The American Jury* , Chicago, The University of Chicago Press (1971).

53. John Spain, *The Grand Jury, Past and Present : A Survey* , 2 American Criminal Law Quarterly 119 (1964).

54. James P. Whyte, *Is the Grand Jury Necessary*?, 45 Virginia Law Review 464 (1959).

55. J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, London, Butterworths (1979).

56. James L. Bischoff, *Reforming the Criminal Procedure System in Latin America*, 9 Texas Hispanic Journal of Law & Policy 27 (2003).

臺灣高等法院臺中分院檢察署

57. John H. Blume & David P. Voisin, *An Introduction to Federal Habeas Corpus Practice and Procedure*, 47 South Carolina Law Review 271 (47 S.C. L. Rev. 271)（1996）.

58. Jennifer E. Costa, *Double Jeopardy and Non Bis in Idem: Principles of Fairness*, 4 U.C. Davis Journal of International Law & Policy181（4 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 181）（1998）.

59. Justin W. Curtis, *THE MEANING OF LIFE (OR LIMB): AN ORIGINALIST PROPOSAL FOR DOUBLE JEOPARDY REFORM*, 41 University of Richmond Law Review 991（41 U. Rich. L. Rev. 991）（2007）.

60. Kyden Creekpaum, NOTE: *WHAT'S WRONG WITH A LITTLE MORE DOUBLE JEOPARDY? A 21<ST> CENTURY RECALIBRATION OF AN ANCIENT INDIVIDUAL RIGHT*, 44 American Criminal Law Review 1179（44 Am. Crim. L. Rev. 1179）（2007）.

61. Keith J. Eddey, *The English Legal System*, London, Sweet & Maxwell (1987).

62. Lewisburg Prison Project, *Post-Conviction Remedies*, (Set: Post-Conviction. Bulletin 9.1), p.1（Update July, 2005）, 2008.11.11, retrieved from:

臺灣高等法院臺中分院檢察署

http://www.eg.bucknell.edu/~mligare/LPP/bulletins/9.1.pdf#search='postconviction%20relief

63. Laurie L. Levenson, *DOUBLE TROUBLE: UNDER WHAT CIRCUMSTANCES CAN A DEFENDANT BE PROSECUTED FOR THE SAME ACT UNDER DIFFERENT STATUTORY PROVISIONS?* 22 Los Angeles Lawyer 40（1999）.

64. Michelle S. Simon, *Offensive Issue Preclusion in the Criminal Context: Two Steps Forward, One Step Back*, 34 The University of Memphis Law Review753 (34 U. Mem. L. Rev. 753)（2004）.

65. Morris J. Bloomstein, Verdict : *The Jury System*, New York, Dodd, Mead & Company (1971).

66. PROJECT: SIXTEENTH ANNUAL REVIEW OF CRIMINAL PROCEDURE: UNITED STATES SUPREME COURT AND COURTS OF APPEALS 1985-1986: *II. Preliminary Proceedings. [PART 2 OF 2]*, 75 Georgetown Law Journal 859（75 Geo. L.J. 859）（1987）.

67. Paul M. Lukes, *Should the Grand Jury Indictment Procedure Be Abolished in Illinois*? , 2 The John Marshall Journal of Practice and Procedure 348-351 (1969).

68. Rolando del Carmen , *Criminal Procedure and Evidence* ,

臺灣高等法院臺中分院檢察署

HARCOURT BRACE JOVANOVICH , INC. 1-2（1978）.

69. Rachel A. Van Cleave, *AN OFFER YOU CAN'T REFUSE? PUNISHMENT WITHOUT TRIAL IN ITALY AND THE UNITED STATES: THE SEARCH FOR TRUTH AND AN EFFICIENT CRIMINAL JUSTICE SYSTEM*, 11 Emory International Law Review 419 (11 Emory Int'l L. Rev. 419)（1997）.

70. Richard Calkins, *The Fading Myth of Grand Jury Secrecy*, 1 The John Marshall Journal of Practice and Procedure 18 (1967).

71. Reid Hastie, *Inside the Jury*, Massachusetts, Harvard University Press (1983).

72. Seymour Wishman, *Anatomy of a Jury*, New York, Times Books (1986).

73. Theodore M. Kranitz, *The Grand Jury : Past-Present-No Future*, 24 Missouri Law Review 321 (1959) .

74. Youngjin Jung & Jun-Shik Hwang, *Where Does Inequality Come From? An Analysis of the Korea-United States Status of Forces Agreement*, 18 American University International Law Review 1103 (2003).

臺灣高等法院臺中分院檢察署

75. U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.3,*** retrieved 2008.08.04 from:

http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/02.html#1

76. U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.4,*** retrieved 2008.08.04 from:

http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/04.html

77. U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.5,*** retrieved 2008.08.04 from:

http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/05.html

78. U.S. Constitution: Fifth Amendment, DOUBLE JEOPARDY, ***Annotations p.6,*** retrieved 2008.08.04 from:

http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/06.html#1

79. Valerie P. Hans & Neil Vidmar, *Judging the Jury*, New York & London, Plenum Press (1986).

臺灣高等法院臺中分院檢察署