

外國羈押期間折抵的類推適用 — 評析最高法院 109 年度台抗字第 1082 號裁定

To Apply Foreign Detention Jail Credit by Analogy:
Comment on Ruling No. 1082 of the Supreme Court
in 2020

朱 祐 頤^{*}
Yu-Yi Chu

摘 要

我國對於外國所為的羈押期間可否折抵，實務見解以往採取「二分模式」，將羈押分為「受我國司法互助請求所為羈押」以及「非受我國司法互助請求所為羈押」的兩種情形，並且就前者認為是我國司法權行使的延伸，將外國羈押以視同的方式，擬制為我國所為的羈押，直接適用刑法第 37 條之 2，但對於非受司法互助請求所為的羈押，則是無任何折抵的方式，而在最高法院近期的裁定之中，不同以往，提出應類推適用刑法第 37 條之 2 及跨國移交受刑人法第 10 條的規定，並且引用聯合國反腐敗公約以及刑事司法互助的法理，但本文認為實務見解在理由與結論上有互相矛盾的嫌疑，雖然類推適用移交法的結論是正確的，但是說理並不正確，並且在結論上不應以類推適用刑法第 37 條之 2 進行折抵，在參考德國刑法的規定，以及不同審判權間折抵的性

投稿日期：110.04.14 接受刊登日期：110.07.19 最後修訂日期：110.06.30

* 中國文化大學法律研究所碩士生。
LL.M Student of Chinese Culture University

質，應以類推適用刑法第 9 條的方式，並類推適用跨國移交受刑人法第 10 條作為規範的補充。

關鍵詞：類推適用；刑期折抵；刑事司法互助；移交受刑人；一事不再理

目 次

壹、前言

貳、外國羈押期間之實務簡述

一、實務概況－以司法互助作為二分標準

二、實務上錯誤的法學方法

參、最高法院 109 年度台抗字第 1082 號裁定

一、裁定內容

二、判決評析

肆、外國羈押期間折抵之類推適用

一、刑法第 9 條之折抵

二、跨國移交受刑人法之折抵

三、修法前的法律適用

伍、修法方向建議

一、德國法制之參考

二、修法建議

陸、結論

壹、前言

我國對於外國羈押期間之折抵，僅於規範於跨國移交受刑人法（下稱移交法）第 10 條：「接收前在移交國已執行徒刑之日數、執行前拘束受刑人人身自由之日數及接收程序所經之日數，均應以一日分別抵依前條轉換之有期徒刑一日。」，惟依其規定，應是專指因移交受刑人之情況，可以適用跨國移交受刑人法第 10 條之規定，就接收前受人身自由拘束的日期進行刑期折抵，所謂受人身自由拘束者，即包含羈押期間在內，而移交受刑人的定義上，專指「將已經判決確定之人，移交其至受刑人之國籍國接受刑罰之執行¹」，亦即若非判決已經確定的情況，則不適用跨國移交受刑人法之規定。

若該受刑人於外國受到刑罰，其後非經移交自行返國的情形，則是依照我國刑法第 9 條的但書「在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」。然而該條文所規定之範圍，僅限於在外國受刑之執行，亦即僅有刑罰可以作為折抵，免其刑之執行，但是刑罰以外，如羈押等其他人身自由拘束，則不能作為免其執行的對象。

有疑問者是，我國刑法第 37 條之 2 第 1 項，雖然對於裁判確定前羈押²，亦有折抵的規定，但是條文並未規定裁判確定前之羈押，應屬於我國所為或是外國所為，那麼是否可以透過法律解釋，將外國所處分之審前人身自由拘束，包含在刑法第 37 條之 2 的構成要件之中？就法律解釋之目的上而言，有「主觀說」及「客觀說」的爭論，主觀說認為，法律解釋乃在探求立法者意思；客觀說則是認為，法律解釋乃在闡釋法

1 跨國移交受刑人法第 4 條第 2 款：「接收受刑人，應符合下列條件：二、受刑人經移交國法院判處徒刑確定。」

2 依刑事訴訟法第 108 條第 4 項：「羈押期間自簽發押票之日起算。但羈押前之逮捕、拘提期間，以一日折算裁判確定前之羈押日數一日。」，所以刑法第 37 條之 2 所稱的羈押，應該也包含了羈押前的逮捕及拘提折抵。

律本身蘊含的意旨。但法律解釋實乃屬結合客觀意旨及主觀意思³，而刑法第 37 條之 2 之裁判確定前羈押，雖然並未明文規定專指我國所為之裁判確定前羈押，但是該條文規定於刑法第一編第五章「刑」的規範之下，本章乃是我國刑罰之規定，自然是指我國司法權所為之羈押，並且就立法者的意旨而言，應是為了避免受刑人因羈押期間而被延長刑罰期間，對於刑法第 37 條之 2，最高法院長期以來的見解皆認為，本條的適用「以因本案受我國司法權行使致受羈押或逮捕、拘提為限。⁴」，顯然僅有我國羈押才得以折抵，似乎無法透過法律解釋，將外國處分羈押包含在其中。所以我國刑法第 37 條之 2 的規定，乃是指由於我國司法權行使，所為的羈押或逮捕，至於外國所為之羈押，則「原則上」不在本條的規範之列。

所以，非經移交受刑人回國之人，其在國外羈押的期間即可能存在法律漏洞，並且該漏洞存在於一、非受移交受刑人規定回國者，二、在國外所受之人身自由拘束並非刑罰。

貳、外國羈押期間之實務簡述

一、實務概況—以司法互助作為二分標準

對於此種非經移交回國，而於外國受到羈押之受刑人，我國實務見解認為，受到我國刑事司法互助請求所致之人身自由拘束，參酌刑法第 37 條之 2 第 1 項、刑事訴訟法第 108 條第 4 項規定之立法意旨，基於保障人權之目的，自可「視同」裁判確定前之羈押，予以折抵刑期⁵。而我國實務見解得出此一結果的理由乃是基於，「外國政府機關，如係

3 王澤鑑，法律思維與民法體系，頁 260-263，自版，1999 年 5 月。

4 如最高法院 96 年度台抗字第 741 號、101 年度台抗字第 1009 號、102 年度台抗字第 88 號、102 年度台抗字第 429 號刑事裁定。

5 最高法院 101 年度台抗字第 1058 號、104 年度台抗字第 4 號刑事裁定。

基於我國政府機關之請求，為達將該被告或犯罪嫌疑人由外國直接遣返回國接受偵查、審判之目的，而實施之拘禁，不啻為我國司法權行使之延伸⁶」。並且亦有學者認為：刑事管轄權或者司法權本為國家主權的延伸，而刑事司法互助的基礎是司法權的協調，但是司法權的協調與刑事管轄權的專屬性並不矛盾，協調可以使刑事管轄權的專屬性質能夠落實，透過司法互助反而可以使國家司法權有效的行使，而國際刑事司法互助可視為司法權的境外延伸⁷，藉由國際刑事司法互助的合作，使國家司法權得以向境外延伸，令罪犯無法藉由其他國家而逃避法律的制裁⁸。所以依照實務見解的作法，必須是外國所為之羈押原因，乃是因我國透過司法互助的方式請求，才得以視同我國羈押進行折抵。

法務部亦認同此種，以羈押原因是否為我國透過司法互助請求的區分方式⁹，並且更進一步認為，當受刑人在外國受到逮捕及拘留，是因該外國本於其刑事司法所為，並非因我國司法互助請求而致人身自由受到限制，此種情況下不得折抵刑期，但是在外國政府同意我國司法互助請求後，並將受刑人交由我國司法人員控制之日起，可開始計算折抵刑期¹⁰。

所以我國實務見解，是將非經移交回國所受的羈押，分為兩種形式（一）因司法互助請求而受人身自由拘束，（二）非因司法互助請求而受人身自由拘束。於前者的情形認為乃是我國司法權行使之延伸，所以得以逕行依照刑法第 37 條之 2 進行折抵，於後者的情形則不得以任何的方式進行刑期折抵。

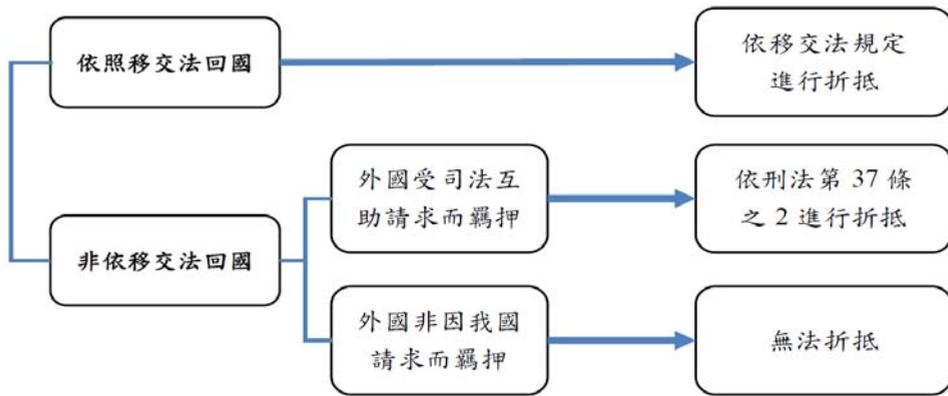
6 最高法院 104 年度台抗字第 4 號刑事裁定。

7 黃姿蓉，我國刑事司法互助發展模式與困境之探討，中央警察大學外事警察研究所碩士論文，頁 23，2017 年 1 月。

8 洪期榮，引渡法之理論與實務－從國際引渡法論台灣制度，國立臺灣海洋大學海洋法律研究所博士論文，頁 15，2013 年 1 月。

9 法務部 108 年 04 月 29 日法檢字第 10804513350 號。

10 法務部 110 年 01 月 20 日法檢字第 11004500550 號。



二、實務上的法學方法使用

透過司法互助的方式進行請求，而使外國處分來達成刑事訴訟上之目的，被認為是我國的司法權的延伸，這樣的見解不僅實務如此認為，亦有其他學者採取相同見解¹¹，就此，本文認為，對於外國受我國請求而執行之強制處分，將其認為是我國司法權的延伸，雖然將外國機關當作我國執法機關之延伸或有疑義，但仍可能解釋為我國司法權行使的一種方式，然而實務見解以此司法權延伸，推導出外國所為審前羈押，「視同」我國所處分之羈押¹²，逕行適用刑法第 37 條之 2 進行折抵，對於這樣的見解，本文持保留立場。

法學上的擬制是指：「有意地將明知為不同者，等同視之」，立法者擬制的目標通常是將一構成要件 A 所做的規定，適用於另一構成要件 B，對於 B 應賦予與 A 相同的法律效果，為達此目的，所以法律適用者應將 B 「視為」A 的一個事例。而作為法院裁判理由手段的擬制，其與法定擬制應做不同評價，裁判理由與法條不同，它需要的是正確的認識

11 參黃姿蓉，同註 7，頁 23；洪期榮，同註 8，頁 15。

12 最高法院 106 年度台抗字第 443 號刑事裁定。

並使用法律；在法院裁判的說理之中，擬制係指：「假定案件事實中存在著一種足以發生法效果的構成要件要素，雖然法院應該就此構成要件要素確悉，事實並非如此」，長久以來，司法裁判經常運用擬制的意思表示此種說理方式，例如當法院想免除責任時。於此，擬制掩蓋了決定性的理由；將實質說理貶為表象說理，這是法院應該避免的¹³。

我國審前之羈押與外國受我國請求而處分之審前人身自由拘束，兩者顯然構成要件不同，然而若是立法者以法律規範將兩者視同之，固為立法之方法之一，但是法院以直接適用的方式將兩者等而視之，則並非法院適用法律的正確做法，「視同」本來即是一種對事實的擬制，但是法院之職責乃是正確的認識並适用法律，如果就法律之構成要件具有疑義時，透過解釋確定其內容，而已經就其可能之文義做出最廣義的解釋，仍無法涵攝於案例事實時，即不能再「適用」該規範¹⁴，此時已經不屬於法律解釋的範圍，而是屬於法律漏洞，應尋找有無類似的規範可以類推適用進行法律漏洞的填補，然而我國法院將外國的羈押以「擬制」的法學方法，視同為我國所為審前羈押，顯然外國羈押與我國羈押在構成要件上是不同的，並且在法律適用上，是無法忽視這種不同的，我國法院應正視此種差異，而非逕行依擬制的方式，迴避法院應負的說理義務。

13 Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，頁 160-163，五南圖書出版股份有限公司，1996 年 12 月。

14 王澤鑑，同註 3，頁 301。

參、最高法院 109 年度台抗字第 1082 號裁定

一、裁定內容

(一) 本案事實

聲明異議人即受刑人（下稱受刑人）因在波蘭共和國（下稱波蘭）境內犯跨國電信詐欺案件，自民國 107 年 1 月 18 日起至同年 4 月 18 日止，由波蘭法院羈押，經波蘭檢方調查後認無繼續羈押之必要，將受刑人驅逐出境，由我國司法警察於同年 4 月 20 日在桃園國際機場將受刑人拘提到案，移交臺灣苗栗地方檢察署偵結起訴，案經臺灣苗栗地方法院、臺灣高等法院臺中分院判決應執行有期徒刑 3 年 3 月，最終由最高法院駁回上訴確定¹⁵。受刑人因其在國外受羈押期間，檢察官未予刑期折抵一事，就檢察官執行之指揮提起聲明異議。

(二) 法院見解

1. 臺灣高等法院臺中分院 109 年度聲字第 773 號刑事裁定

該聲明異議經臺中高分院作成裁定認為：「受刑人所犯詐欺等罪，係經我國法院判刑確定，並非波蘭法院判決確定，而非所謂移交國法院判處徒刑確定之案件，應無適用跨國移交受刑人法第 10 條之適用。且受刑人係因在波蘭犯罪，而遭該地警方破獲，進行偵查，因後續無繼續羈押必要，始將受刑人驅逐出境，足見受刑人在波蘭遭拘禁之原因事實，並非出於我國政府機關基於司法協助所為，而難認係因受我國司法權行使或延伸，而難參酌刑法第 46 條第 1 項、刑事訴訟法第 108 條第 4 項規定之立法意旨，視同裁判確定前之羈押，予以折抵刑期。故受刑人主張波蘭政府羈押拘禁期間，應適用跨國移交受刑人法第 10 條規

15 最高法院 108 年度台上字第 1908 號刑事判決。

定，予以折抵刑期等語，尚無可採。是本件檢察官於執行指揮書之備註欄記載本件國外拘禁部分，不得折抵刑期等情，難謂檢察官之執行指揮有何不當或違法之處。」

2. 最高法院 109 年度台抗字第 1082 號刑事裁定

而受刑人不服臺中高分院所為之裁定，而提起抗告，經最高法院作成裁定認為原裁定撤銷，理由如下：「刑事被告或犯罪嫌疑人，於外國境內犯罪，嗣經遣送回國接受偵查、審判、執行者，其於國外經本案羈押期間，可否於有罪裁判確定後折抵刑期，法雖無明文，惟外國司法機關因偵查犯罪之必要，依該國法律予以羈押，嗣經個案跨國國際合作共同打擊犯罪，該國於偵查中即將被告遣送，交由我國司法機關依法進行偵查、審判與執行，此刑事司法互助合作，符合我國與國際社會之共同利益；又參照我國具有內國法效力之聯合國反貪腐公約第 46 條第 10 項、第 11 項明定在一締約國領域內被羈押之人，如被要求至另一締約國進行辨認、作證或提供其他協助，以利相關犯罪之偵查、起訴或審判程序取得證據之目的者，該人在被移交前往之國家內之羈押期間，應折抵其在移交締約國應執行之刑期，易言之，為達取證目的而移交被羈押人至他國時，該人在他國之羈押期間應折抵移交國刑期。因此，適用跨國移交受刑人法執行經外國法院判決確定之徒刑，或聯合國反貪腐公約內國法化之為取證目的而移交至他國羈押期間，均可折抵徒刑刑期，參酌前揭法理，僅於外國境內羈押，而遣送回國接受偵查、審判、執行之情形，更應可以折抵刑期，方可兼顧我國司法權行使之延伸，與憲法第 8 條、公民與政治權利國際公約第 9 條保障人身自由之意旨。故於此情形下，自應類推適用刑法第 37 條之 2、跨國移交受刑人法第 10 條之規定，將其在外國所為本案羈押期間，依法折抵徒刑之刑期或保安處分。」

二、判決評析

本案就結論上採取了類推適用刑法第 37 條之 2、跨國移交受刑人法第 10 條之規定而理由有兩項，其一為「參照聯合國反貪腐公約第 46 條第 10 項、第 11 項」，其二為「刑事司法互助合作，符合我國與國際社會之共同利益」本於此二者原因，所以為兼顧我國司法權行使之延伸，與憲法第 8 條、公民與政治權利國際公約第 9 條保障人身自由之意旨，才得出類推適用的結論，是以本文就實務見解此兩項原因分別進行討論。

（一）矛盾的理由

刑事訴訟法第 379 條第 14 款規定：「有左列情形之一者，其判決當然違背法令：判決不載理由或所載理由矛盾者。」並且實務見解進一步說明「倘若事實未有記載，而理由加以說明，或事實已有記載，而理由未予說明，或事實認定與理由說明，不相一致，前後齟齬，或事實認定與所採之證據不相適合，按諸刑事訴訟法第三百七十九條第十四款規定，均為判決不載理由，或所載理由矛盾，其判決當然違背法令¹⁶」本案雖然是裁定，並非判決，但是裁定所用的理由與其結論，並不一致，恐有所載理由矛盾之嫌。

1. 聯合國反貪腐公約第 46 條第 10 項、第 11 項之規定

本案所引用之理由，乃是聯合國反貪腐公約第 46 條第 10 項：「在一締約國領域內被羈押或服刑之人，如被要求到另一締約國進行辨認、作證或提供其他協助，以利就與本公約所定犯罪有關之偵查、起訴或審判程序取得證據，在符合下列條件時，得予以移交：(a) 該人在知情後自由表示同意；(b) 雙方締約國主管機關均同意，但應符合雙方締約國

16 最高法院 103 年度台上字第 4398 號、108 年台上字第 223 號刑事判決。

認為適當之條件。」及第 11 項第 d 款：「為了本條第 10 項之目的：(d) 該人在被移交前往之國家內之羈押時間，應折抵其在移交締約國應執行之刑期。」，然而實務見解認為這兩項規定係指「為達取證目的而移交被羈押人至他國時，該人在他國之羈押期間應折抵移交國刑期」，但是實務的理解是否正確，本文認為尚有疑義。

首先反貪腐公約第 46 條的規定，其制定目的為，「貪污罪犯日益增強的國際流動性和利用先進技術和國際銀行業務來實施犯罪，使執法和審判機關比以往更有必要在與此類犯罪有關的調查、起訴和審判程序中以有效方式協作和互助¹⁷。」，所以，第 46 條第 10 項制定的目的，也相同的是在於貪污犯罪的偵查、起訴及審判，使受人身自由拘束之人就貪污犯罪進行辨認、作證或提供其他協助，但是在協助時，該罪犯仍然是受到國家的強制力控制之下，亦即在國家的羈押之下所做出的協助偵查，那麼該罪犯乃是基於證人的身分協助，本於鼓勵罪犯協助之目的，或者同為羈押皆須折抵的想法，而在規定之中說明，為達取證目的所受之羈押期間應折抵刑期，因其與在移交國境內所受之人身自由拘束皆為對罪犯之不利益，簡言之，因為取證移交所受羈押，與在移交國內受人身自由拘束並無不同，所以應視同為刑期，使其可以進行折抵。

至於在反貪腐公約第 46 條第 10 項所提到的「移交」的意義，本文認為有必要特別說明，在反貪腐公約第 46 條第 10 項，與第 45 條¹⁸所提到的移交是兩種不同的概念，第 45 條是為移交受刑人之規定，在其他官方文件¹⁹之中亦有將第 45 條稱為「被判刑人員的移管²⁰」，其立法目

17 聯合國反腐敗公約技術指南，頁 131，2010 年 7 月，https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53539_Ebook_c.pdf，最後瀏覽日期：2021 年 4 月 28 日。

18 聯合國反貪腐公約第 45 條：「各締約國得考慮締結雙邊或多邊協定或安排，將因觸犯本公約所定之犯罪而被判監禁或其他剝奪自由形式之人，移交其本國服滿刑期。」

19 聯合國反腐敗公約實施立法指南，頁 183，2012 年 6 月，<https://www.un.org/>

的乃是允許將貪污犯罪而被判刑的罪犯移交到他們的國籍國服刑，從而增進這些人回歸正常社會生活的機會²¹，這與跨國移交受刑人法的立法目的²²相符，然而在第 46 條第 10 項所提到的移交則並非基於人道主義使受刑人回歸社會而移交，而是將受刑人移動到他國協助偵查，是以反貪腐公約第 46 條第 10 項的移交，顯然與跨國移交受刑人法所稱的移交不同²³。

那麼本案引用反貪腐公約第 46 條第 10 項及第 11 項之法理似乎並不正確，本案之事實為行為人在波蘭因詐欺罪而受羈押，其後波蘭官方因認為無羈押必要，而將行為人驅逐出境，我國司法警察於入境時將行為人拘提到案，與反貪腐公約所規範的取證目的所受之羈押期間規範明顯不同，而規範目的也不同，本案不存在鼓勵罪犯協助偵查的情形，簡言之，反貪腐公約所規範的羈押期間折抵之目的，應不同於一般的羈押折抵目的，並且移交的意義也與跨國移交受刑人法的移交並不相同，所以於本案中將反貪腐公約第 46 條第 10 項及第 11 項作為法理引用，用以類推適用跨國移交受刑人法並不恰當。

2. 國際司法互助合作

本案在理由中亦有提到「外國司法機關因偵查犯罪之必要，依該國法律予以羈押，嗣經個案跨國國際合作共同打擊犯罪，該國於偵查中即

zh/issues/anti-corruption/pdfs/legislative_guide.pdf，最後瀏覽日期：2021 年 4 月 28 日。

20 「被判刑人員的移管」這個用詞即為移交受刑人的意思，例如在中華人民共和國國際刑事司法協助法第八章即使用「移管被判刑人」的詞語。

21 聯合國反腐敗公約技術指南，同註 17，頁 125。

22 跨國移交受刑人法第 1 條：「為移交受刑人至其本國執行，以彰顯人道精神，達成刑罰教化目的，特制定本法。」

23 關於「移交」的定義，可參見詹汶澐，回家的代價？跨國移交受刑人法中外國司法正當法律程序之研究，國立成功大學法律系碩士論文，頁 18-22，2016 年 2 月；俞秀端，移交受刑人法制之研究—以跨國移交受刑人法為中心，國立海洋大學海洋法律研究所碩士論文，頁 55，2014 年 1 月。

將被告遣送，交由我國司法機關依法進行偵查、審判與執行，此刑事司法互助合作，符合我國與國際社會之共同利益…參酌前揭法理，僅於外國境內羈押，而遣送回國接受偵查、審判、執行之情形，更應可以折抵刑期，方可兼顧我國司法權行使之延伸」，從用語上來看，實務見解似乎仍認為本案亦屬於我國司法權行使之延伸，亦即前述所說的「透過司法互助請求模式」，並且對於實務見解長期以來所建立的二分模式在裁定最後亦有特別說明「本院 104 年度台抗字第 4 號裁定，係就受刑人因外國執法機關基於該國移民法規所為之逮捕、拘留期間不得折抵刑期而為說明，與本件個案情節不同，尚無裁判歧異之情形，併此敘明。」，但是本案是否與實務長期以來的見解相同，本文認為或有疑義，以下進行分析。

實務對於二分模式的適用，最主要的區別乃是來自於，外國羈押是否因受我國政府司法互助請求所為，針對此一問題，臺中高分院所做成裁定之中亦有提及「受刑人係因在波蘭犯罪，而遭該地警方破獲，進行偵查，因後續無繼續羈押必要，始將受刑人驅逐出境，已如前述，足見受刑人在波蘭遭拘禁之原因事實，並非出於我國政府機關基於司法協助所為，而難認係因受我國司法權行使或延伸」，只是在最高法院持不同見解認為：『本案的受刑人遭波蘭警方逮捕並羈押後，我國外交部即由駐波蘭代表處向波蘭政府說明，請波蘭政府於完成當地偵查及審判程序後應將涉案國人遣返我國而非遣送至中國大陸…果爾，則受刑人遭波蘭警方逮捕後，我國外交部及駐波蘭代表處為協助國人返國受審，而向波蘭方提出遣返國人等請求，是否係基於與我國司法機關合作而為？本件執行指揮書備註欄所載「非基於我國司法機關之請求，是否有誤？原審未予調查究明，遽為駁回異議之聲明，尚有未洽。』，最高法院似乎認為本案此種外國羈押後，我國請求將其遣送回臺灣審判的情形也屬於「透過司法互助請求」。

對於本案最高法院的見解，似乎與實務以往的見解不同，若是依照

本案最高法院的見解，在波蘭處以受刑人羈押後，並在我國政府請求遣送之前，這段時間我國乃是「被動的」行使司法權，因為我國並未向外國請求羈押，而是依照該國的刑事司法管轄權，自主進行逮捕並羈押被告，在這樣的情況下，是難以將其認為是我國司法權行使之延伸，自不得進行刑期折抵，從實務以往的「司法互助脈絡」下，只有在外國已經受到我方請求之後，才可視為我國司法權行使之延伸，而進行刑期折抵，那麼在本案之中，得予以刑期折抵的期間就相當有限了。

從本詐騙案其他被告的案件中可知，「經外交部及駐波蘭代表處即積極與波蘭政府說明、交涉、請求後，於 107 年 4 月 18 日波蘭法院為不予延押裁定後獲波蘭檢方釋放並交由波蘭邊防局後續處理，再於 107 年 4 月 18 日至 20 日經波蘭政府協助遣送以利後續逮捕、羈押而拘束其人身自由（苗栗縣警察局係於同年 4 月 21 日 6 時 10 分在桃園國際機場第二航廈入境大廳 D4 候機室將受刑人逮捕）。²⁴」，本案甚至在受刑人回到我國之前，皆未交由我國司法警察控制，如果將本案波蘭法院所為羈押，認為是我國司法權行使之延伸，似乎略有不當。

然而，本案實務見解得出，全部的羈押期間皆得以折抵的結果，其原因在於，實務見解將「受司法互助請求而羈押」與「受司法互助請求而回國」混為一談，忽略了二者的差異，按照實務過去的見解，所做出的推論，乃是「外國政府機關，如係基於我國政府機關之請求，為達將該被告或犯罪嫌疑人由外國直接遣返回國接受偵查、審判之目的，而實施之拘禁，不啻為我國司法權行使之延伸」，顯然是採取羈押原因的區分方式，僅在外國的羈押原因是受我國請求時，才認為是我國司法權延伸。但在本案的「受司法互助請求回國」情形，羈押並非受我國司法互助請求，而是在波蘭警方逮捕後，我國才以司法互助請求將涉案人員送回臺灣審判，判決之中亦有提到這點²⁵，所以本案的羈押，是無法將其

24 臺灣高等法院臺中分院 109 年度聲字第 806 號刑事裁定。

25 「本案受刑人於 107 年 1 月 18 日遭波蘭警方逮捕後，即羈押於盧布林看守所。

解釋為我國司法權延伸的。

本文可以理解法院本於「保障人權之目的，依有利於受刑人解釋之原則，參酌憲法第 8 條規定、公民與政治權利國際公約第 9 條規範意旨²⁶」，對於波蘭法院所為羈押應予折抵的想法，實務見解的目的是值得肯定的，但是若因此將本案外國羈押期間，強行解釋為我國司法權的延伸，甚至於視同我國的羈押期間，這樣的結論是有顧此失彼之嫌。

（二）不正確的法律適用

1. 類推適用的內涵

類推適用係指，某一法律規定依其規範目的應積極規定而並未規定，存在法律漏洞的情況下，以類推適用的方法填補法律漏洞，而類推適用的前提是基於存在「相似性」，亦即法律就 A 情況下明定了法律效果，而就 B 情況下並未規定，但是若是 B 情況要適用 A 情況的法律效果，則僅能在兩者之間具有「相似性」才可類推適用，而相似性的有無則應探求法律的規範目的，其次則應判斷兩者是否基於「同一法律理由」²⁷。而學者將此種法律漏洞的填補總結成三個階段：「1. 確認關於 B 情況下，法律並未有規範，係屬於法律漏洞；2. 尋找相似類型的情況 A，並探求其規範目的，以發現同一法律原因；3. 將 A 情況的法律效果，

我國外交部及駐波蘭代表處於同日獲悉後，即按『行政院打擊跨境電信詐騙犯罪跨部會平臺』決議通過之處理原則辦理，由駐波蘭代表處向波蘭政府說明，請波蘭政府於完成當地偵查及審判程序後應將涉案國人遣返我國而非遣送至中國大陸」。

26 由於本案是一起刑法第 339 條之 4「三人以上共同詐欺取財」的加重詐欺罪，所以本案有多位共同被告，而對於檢察官於執行刑罰時未予折抵一事，亦有多位被告提起聲明異議，並且法院在裁定中亦多次提到本段詞語，例如：臺灣高等法院臺中分院 109 年度聲字第 1297 號、第 1459 號、第 1301 號、第 806 號刑事裁定。

27 王澤鑑，同註 3，頁 302-306。

移轉適用於 B 情況之上。²⁸」。而學說上就兩案件事實之間的「相似性」更進一步解釋，相似性乃指兩者在特定觀點上一致，其他情況下則否，如果在所有情況下皆一致，那應是相同，那麼兩者並不能完全相同也不能完全不同，必須在與法律評價有關的重要觀點上相互一致，所以必須先找尋法律評價之決定性觀點何在，接著正面確定兩種情況的事實與法律上規定是否一致，再反面確定兩者的不同之處是否不足以排斥此等法律評價²⁹。

然而就類推適用並不是在所有法領域皆可以類推適用，在刑法的領域之中就存在禁止類推適用的原則，但禁止類推適用原則，其目的是為了保護被告的權利，或者避免惡化被告的地位，是以從規範意旨及歷史淵源來看，如果類推適用之目的乃是有利於行為人，則應例外允許有利於行為人之類推適用³⁰。而刑事實體法領域之中採取禁止類推適用原則乃是來自其上位概念的罪刑法定原則，在刑事訴訟的領域之中並不適用罪刑法定原則，也無法以此得出禁止類推適用的結論，所以不可一概而論，但若是出現法律漏洞的情況下，由於刑事訴訟法並不禁止類推適用，所以有時候反而「應」類推適用³¹。但是即使刑事法領域之中存在類推適用，仍應注意是否有違反法律保留原則的情形，法律保留原則乃係有意將涉及基本權之事項交由立法權決定，所以基本權干預的國家高權行為仍應遵守法律保留原則的要求，禁止任意不利基本權的類推適用³²。

28 同前註，頁 306。

29 Karl Larenz 著，陳愛娥譯，同註 13，頁 290-291。

30 王皇玉，刑法總則，頁 42-45，新學林出版股份有限公司，2019 年 8 月，第 5 版；林鈺雄，新刑法總則，頁 41，元照出版有限公司，2018 年 9 月，第 6 版。

31 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，頁 20-21，新學林出版股份有限公司，2020 年 9 月，第 10 版。

32 薛智仁，刑事程序法定原則，月旦刑事法評論，第 11 期，頁 37，2018 年 12 月。

2. 不應類推適用刑法第 37 條之 2

本文之所以認為不應類推適用刑法第 37 條之 2，其規定之目的，與本案的情形並不相似，相較於刑法第 37 條之 2，刑法第 9 條之折抵似乎更接近於本案的情形。

首先，刑法第 37 條之 2 之規範目的乃是因為，羈押規範之目的，雖為裁判確定前為保全程序之進行，所先行拘束被告人身自由的干預處分，其並非是刑罰的執行，僅是由於偵查或審理上之必要，而拘束被告人身自由，但於裁判確定前受法院羈押，往往須要經過相當漫長的期間，並且於羈押期間，被告實際上已喪失自由，與執行刑罰無異，如果不予折算，則無異於延長被告刑期，故包含我國在內等多國立法例，皆有以羈押期間折抵刑期執行之規定³³。

然而，刑法第 37 條之 2 的折抵，應該被認為是一種來自「相同司法權」的折抵，其所欲避免的是，被告不會因為同一行為，而遭到延長刑期，至於是否限於「本案羈押」？學說上認為，他案羈押之日數，原則上不得折抵本案之刑期，但如果他罪之羈押期間，是在本案發現之後，則可以折抵本案之刑期³⁴，並且亦有認為，由於被告實際上已受自由拘束之不利益，原則上應肯認他案羈押折抵之可能³⁵，且對於他案，既然已經從事偵查或審判，自應發生與本案羈押相同效果，因此亦應可折抵刑期，始為合理³⁶。學說上的大多數見解，認為刑法第 37 條之 2 的羈押，並不限於「本案羈押」，而是包含「他案羈押」期間亦得折抵，這樣的結論，應該是來自於，在折抵時忽略羈押的原因，雖然兩案件的羈押原因不同，但他案羈押的期間亦得折抵，也是為了避免被告受到過

33 林鈺雄，同註 30，頁 666-667；張麗卿，刑法總則理論與運用，頁 614-615，五南圖書出版股份有限公司，2020 年 9 月，第 8 版。

34 張麗卿，同前註，頁 614-615。

35 林鈺雄，同註 30，頁 667。

36 陳子平，刑法總論，頁 764，元照出版有限公司，2015 年 9 月，第 3 版。

長的人身自由拘束期間，所以在計算折抵時，亦將來自於他案的羈押期間一併計入，僅是在計算折抵對象時，予以被告計算上的便利，並且這樣的計算方式，都加上了一個附加條件，「所得折抵的他案羈押期間，必須在本案判決確定之前」，僅在這樣的情況下，才有折抵的可能，而無論是本案羈押，或是他案羈押，皆是來自於我國司法權行使下的人身自由拘束期間，也是因為羈押與後續的刑罰，兩者都來自相同的司法權，才得以依刑法第 37 條之 2 進行折抵。

裁定之中有一點說理是值得注意的，裁定理由提到「有上開聲請羈押理由書、刑事司法互助請求書在卷可稽。倘屬無訛，則波蘭法院所為羈押裁定為本案羈押，似應予以折抵刑期。」認為外國所為裁定，若屬本案羈押，則應予折抵刑期，實務見解長期以來皆認為「刑法第 37 條之 2 所謂裁判確定前羈押之日數，係指因本案所受羈押之日數而言，若因他案而受羈押，即不得移抵本案之刑罰³⁷。」而為了延續此一見解，所以適用第 37 條之 2 必然限於本案羈押，但是對於「本案羈押」這一區別標準，實務見解似乎是認為，波蘭所為的羈押係屬於「本案羈押」，但是裁定中亦提到，本案乃是「因中國公安部刑事偵查局提供被害人匯款等相關資料予波蘭警方，於 107 年 1 月 18 日於波蘭境內機房逮捕受刑人所屬詐欺集團成員共 48 人，經波蘭盧布林地方法院認受刑人以電信方式詐欺大陸地區人民，涉犯詐欺罪嫌而予羈押」，波蘭警方本於中國公安的請求而羈押，這樣的情況顯然並非我國司法權之行使，亦非經我國司法互助請求而羈押，若將此做為我國司法權的「本案羈押」，似乎稍有不當。

在本案之中，由於波蘭所為的羈押，並非因我國司法互助請求所為，所以不可認為是我國司法權延伸，如此一來，本案的外國羈押期間，與後續的刑罰，顯然並非源自相同的司法權，而是來自不同的司法權，

37 最高法院 29 年度聲字第 30 號、56 年度台抗字第 129 號、57 年度台抗字第 244 號、100 年度台抗字第 983 號刑事裁定。

與刑法第 37 條之 2 所規範之目的顯不相同，並且我國並非沒有不同司法權間的折抵規定，我國刑法第 9 條但書乃是對外國刑罰的折抵規定，其所折抵的對象，是來自於不同司法權所為之人身自由拘束，所以，本文認為，本案之中以類推適用刑法第 37 條之 2 的方式進行折抵，並非正確的作法，在相似性上，本案更接近於刑法第 9 條的折抵。

（三）小結

實務見解的推論脈絡一直都是，「因為是司法權行使的延伸，所以視同刑法第 37 條之 2 所稱羈押」，縱使本案中的見解，或許是注意到了兩者存在本質上的不同，而改以類推適用的方式折抵，但是推論方式則過於簡略，並且語焉不詳，諸如「此刑事司法互助合作，符合我國與國際社會之共同利益」，縱使符合國際社會之共同利益，又該如何推論出類推適用刑法第 37 條之 2 的結論？亦或是「僅於外國境內羈押，而遣送回國接受偵查、審判、執行之情形，更應可以折抵刑期」，以「僅…更應可」的文字用法，是舉重以明輕或是舉輕以明重之法理？然而最高法院並未善盡其說理義務，就如同文章前面提到的「將實質說理貶為表象說理」，這是法院應該避免的。

並且在本裁定中，雖然實務見解相較於過去，類推適用了跨國移交受刑人法第 10 條之規定，並引用了聯合國反貪腐公約第 46 條第 10 項、第 11 項以及國際刑事司法互助之法理，作為類推適用的理由，然而這兩項引用，卻是非正確的理由，並非是類推適用跨國移交受刑人法錯誤，僅是類推的理由錯誤，引用反貪腐公約的錯誤，在於實務見解誤解對於移交的定義；對於刑事司法互助，本文明白，跨國移交受刑人法其本質上即是一種國際刑事司法互助，國際刑事司法互助大致可分成狹義、廣義及最廣義三種，最廣義之國際刑事司法互助，則除包含狹義³⁸及

38 所謂「狹義國際刑事司法互助」，係指證人及鑑定人的訊問、物品的移交、搜索及扣押、勘驗、文書送達與情報交換等範圍之刑事司法互助類型。

廣義³⁹刑事司法互助、，尚包含「外國法院刑事判決執行⁴⁰」及「刑事訴訟移轉管轄」⁴¹，其中針對前者，也包含跨國移交受刑人法制。然而本案顯然是實務脈絡下，最難定義是否為刑事司法互助原因的類型，並非經司法互助請求羈押，僅是請求回國，在實務脈絡下無法作為司法權行使之延伸，並且一旦陷入了二分法的區分標準，也就意味著，必須以司法互助的要素去思考跨國移交受刑人法的類推適用，但是在司法互助之中，尚有引渡等規定，亦有學者認為，在本案此種審判前遭羈押，並且未審判即遣送回國的情形，應屬於引渡⁴²，並非移交受刑人之情形，這樣的思考脈絡，將使得類推適用跨國移交受刑人法的規定，捨棄了最具相似性的引渡制度，恐怕引喻失義。

本案在案件的事實上，雖然因回國的方式並非以移交，但若是依照我國引渡法之規定，又非透過正式的司法互助管道將被告引渡回我國接受審判，在性質上或許帶有刑事司法互助之中的「刑事訴訟程序轉移⁴³」的意味，因為波蘭的司法機關並非將所有被告皆遣送至我國，本案共有

39 「廣義國際刑事司法互助」，則除狹義司法互助之內容外，尚且包含「引渡」，亦有稱為「大司法互助」。

40 德國國際刑事司法互助法（Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, IRG）第四部份「經由執行外國判決之法律協助」（Rechtshilfe durch Vollstreckung ausländischer Erkenntnisse）即為德國關於移交受刑人之規定，但該節不僅限於徒刑之執行，亦包含罰金與沒收執行。

41 鄭文中，發展中之國家刑法，頁 127-129，法源資訊股份有限公司，2015 年 6 月；蔡佩芬，司法互助若干問題研究－涉外刑事判決效力概覽，財產法暨經濟法，第 18 期，頁 124-125，2009 年 6 月。

42 楊婉莉，初探跨境案件之境外羈押折抵刑期（下）－以最高法院裁判為中心，月旦裁判時報，第 44 期，頁 49-65，2016 年 2 月。該文章認為，前面所提到的最高法院 101 年度台抗字第 1058 號及 104 年度台抗字第 4 號刑事裁定，二者皆屬於引渡之類型。

43 在聯合國《刑事訴訟轉移示範條約》第 1 條的適用範圍中提到：「在根據一締約國法律某人涉嫌犯了某種罪行時，該國為了正當司法工作的需要，可請求另一締約國對此罪行提起訴訟」。

50 名被告，其中有 48 名為臺灣籍，有 2 人為波蘭籍⁴⁴，但僅將臺籍的被告以驅逐出境的方式，使我國司法進行偵查及審判，雖然與「刑事訴訟程序移轉」有別⁴⁵，但此種方式，卻是外國常與我國所進行的「事實上」司法互助，對於這樣的方式，礙於本文討論的範圍並不做過多的討論，但這應該成為我國在國際刑事司法互助上應注意的內容。

肆、外國羈押期間折抵之類推適用

本文並非認為受刑人的外國羈押期間不應予以折抵，僅是對於實務見解上的理由及法律適用並不認同，在適用法律上，本文認為刑法第 9 條關於外國裁判之折抵的規範，比起刑法第 37 條之 2 更具相似性，並且亦應引用跨國移交受刑人法第 10 條的規定，只是理由與我國實務並不相同，理由如下：

一、刑法第 9 條之折抵

在討論刑法第 9 條的折抵之前，應先了解刑法第 9 條的性質，刑法第 9 條為我國對於外國裁判效力之規範，其條文規定：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」，以條文本身來看，外國的確定判決，對於我國來說並無既判力，亦即我國法院並不受外國法院的拘束，此種情形，並非一國的刑事審判權或刑罰權對同一犯罪重複發動，所以不產生一事不再理的效力，僅是將外國判決作為一種「事實狀態」

44 ETtoday 新聞雲，波蘭遣返 33 詐欺犯全押！集團首腦竟是火辣女模，<https://www.ettoday.net/news/20180421/1154633.htm>，最後瀏覽日期：2021 年 4 月 28 日。

45 刑事訴訟程序移轉仍須以正式的司法互助管道進行，但本案波蘭政府是以驅逐出境的方式，放棄案件中對台籍被告的審判權，應該是一種「事實上」的刑事程序移轉。

46，我國雖然對於外國裁判並不產生一事不再理的效果⁴⁷，然依照刑法第 9 條的但書，外國法院裁判並非不會對於我國產生效力，僅是產生折抵的效果，在學說上有將此種作法稱為「扣抵原則⁴⁸」（Anrechnungsprinzip），亦即以折抵的方式，進行一事不再理原則的實踐，但原則上不承認外國判決的效力，此種模式以德國刑法為代表⁴⁹。

不過依照條文的用語「但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」，所謂免其刑之執行與折抵（Angerechnet）是否為相同的意義？我國刑法第 37 條之 2 關於羈押的折抵，在刑法第 37 條之 2 所使用的文字為「以一日抵有期徒刑或拘役一日」，應該為我國刑法之中關於折抵之規定，而本條的折抵乃是裁判之執行，依照刑事訴訟法之規定⁵⁰應由檢察官指揮之，但是我國刑法第 9 條的「免其刑之執行」的適用方式，我國實務見解則是認為「應於主文內宣告之⁵¹」，簡言之，折抵乃是由檢察官適用，而「免其刑之執行」則是由法官適用，此為二者最大的區別，但是兩者對於被告所產生的效果是相同的，皆是使被告的刑期得以抵免。

然而，條文所使用「在外國已受刑之全部或一部執行」的文字，似乎僅指「刑之執行⁵²」，換言之，羈押及逮捕等刑罰以外的其他人身自由

46 蘇俊雄，刑法總論 I，頁 312，自版，1995 年 10 月。

47 對於刑法第 9 條一事不再理效力的討論，可參見陳靜隆，論刑事訴訟一事不再理—從裁判確定力談起，法令月刊，第 69 卷，第 6 期，頁 67-68，2018 年 6 月。

48 亦有將 Anrechnungsprinzip 翻譯為「併算原則」或「勘算原則」者，參蘇俊雄，同註 46，頁 312-317。

49 鄭文中，從國際刑事法論一事不再理原則於歐盟之發展，中華國際法與超國界法評論，第 9 卷，第 2 期，頁 251，2013 年 12 月。

50 刑事訴訟法第 457 條：「執行裁判由為裁判法院對應之檢察署檢察官指揮之。…」。

51 最高法院 70 年度台上字第 1480 號、71 年度台上字第 5445 號刑事判決。

52 依照實務見解「刑之執行」似乎不限於有期徒刑之執行，實務上曾有以外國所判處刑事勞役折抵我國有期徒刑的情況，如：最高法院 103 年度台上字第 2587 號

拘束，皆不在折抵之列，如在外國受到之羈押期間，無法作為刑法第 9 條的折抵。

本條之折抵規定與刑法第 37 條之 2 最大的不同，乃是本條的折抵對象，是來自於不同司法權所做成的人身自由拘束，刑法第 9 條所折抵的對象，乃是外國裁判中已受執行的期間，既然為外國裁判，自然與我國後續所做成的判決是不同司法權所為，刑法第 9 條與第 37 條之 2 不應以折抵的對象，是否為羈押作為區分，而是應以折抵對象的做成，與後續被折抵的刑期，二者是否來自同一司法權做為區分。

二、跨國移交受刑人法之折抵

我國並非只有刑法中有刑期折抵之規定，跨國移交受刑人法第 10 條亦有關於刑期折抵的規定，條文規定：「接收前在移交國已執行徒刑之日數、執行前拘束受刑人人身自由之日數及接收程序所經之日數，均應以一日分別抵依前條轉換之有期徒刑一日。」，然而本規定的立法理由當中所提到：「參照刑法第四十六條第一項⁵³規定，明定應予折抵之情形。」，但對於本規定性質，本文認為比起刑法第 37 條之 2，似乎更接近刑法第 9 條的「不同司法權之折抵」。

區別的關鍵即在於「接收前」的刑罰與後續我國所執行的刑罰，是否來自同一司法權，在移交受刑人法制中，依照歐洲《移交受刑人公約》（Convention on the Transfer of Sentenced Persons）關於移交後所執行刑罰的模式，有兩種分類，可分為「繼續執行⁵⁴」（Continued Enforcement）

刑事判決。

53 應為現行刑法第 37 條之 2 第 1 項。

54 歐洲移交受刑人公約第 10 條第 1 項：「In the case of continued enforcement, the administering State shall be bound by the legal nature and duration of the sentence as determined by the sentencing State.」。

與「刑罰轉換⁵⁵」(Conversion of Sentence)，所謂繼續執行模式，係指執行國應受到判決國所確定之刑罰的法律性質和期限約束，簡言之，僅是將受刑人於外國監獄所執行的刑罰，轉由本國監獄所執行，但是仍是執行外國在判決時所定的刑罰；而刑罰轉換模式，則是指對於「對外國刑事判決的承認」，那麼在承認之後，於我國執行的刑罰，是屬於外國法院裁判，或是我國法院的裁判即有疑義，因為在歐洲移交受刑人公約之中的刑罰轉換模式，公約對於刑罰的理解為「透過轉換使執行國刑罰的制裁，取代判決國所判處的制裁⁵⁶」，公約認為執行國所執行的乃是執行國本國之制裁，與繼續執行模式下執行外國制裁不同。

所以如果用歐洲移交受刑人公約去解讀我國的移交法的規定，受刑人於我國所服之刑罰，乃是我國法院依照跨國移交受刑人法第 9 條所宣告轉換之刑，即是來自我國的刑罰，而非外國的刑罰，對於外國僅是承認其判決而已，顯然我國乃是採取刑罰轉換模式⁵⁷。所以移交之後於我國所執行的刑罰，應該是來自我國法院轉換之裁定，是我國司法權所為，而非外國司法權所為的，那麼條文所規範的，來自外國司法權之「接

55 歐洲移交受刑人公約第 11 條第 1 項：「In the case of conversion of sentence, the procedures provided for by the law of the administering State apply. When converting the sentence, the competent authority: a shall be bound by the findings as to the facts insofar as they appear explicitly or implicitly from the judgment imposed in the sentencing State; b may not convert a sanction involving deprivation of liberty to a pecuniary sanction; c shall deduct the full period of deprivation of liberty served by the sentenced person; and d shall not aggravate the penal position of the sentenced person, and shall not be bound by any minimum which the law of the administering State may provide for the offence or offences committed.」。

56 歐洲移交受刑人公約第 9 條第 1 項第 b 款：「The competent authorities of the administering State shall: b convert the sentence, through a judicial or administrative procedure, into a decision of that State, thereby substituting for the sanction imposed in the sentencing State a sanction prescribed by the law of the administering State for the same offence, under the conditions set out in Article 11.」。

57 我國採刑罰轉換模式的相同見解，參廖先志，論《跨國移交受刑人法》第 10 條之折抵，檢協會訊，第 99 期，頁 3，2014 年 3 月。

收前」刑罰折抵，即是一種「不同司法權之折抵」，足見，跨國移交受刑人法第 10 條應該更接近於刑法第 9 條的折抵，立法理由認為是參照刑法第 37 條之 2，或許是立法者對於本條文的誤解。

三、修法前的法律適用

對於外國羈押期間之立法漏洞，乃因刑法第 9 條之規範過於簡略所致，我國於訂立刑法第 9 條時，所規定之文字近似於同時期德國帝國刑法典（RStGB）之規定：「如果在德國領土上因同一行為再次被定罪，則在國外已進行的處罰，應與將應執行的處罰相抵銷⁵⁸。」，然對於此外國羈押期間之立法漏洞，德國刑法其後已針對該漏洞，增訂第 51 條第 3 項進行修正⁵⁹，使外國羈押期間得以準用本國羈押期間折抵之規定。而我國刑法在外國羈押期間規範修正之前，本文認為應類推適用跨國移交受刑人法第 10 條及刑法第 9 條對外國羈押期間予以折抵。並且應該要揚棄實務所創造的二分法，對於外國所為的羈押期間，皆應予以刑期折抵。

（一）司法互助標準難以認定

實務見解所創設的二分法，其認定標準為「是否以司法互助請求所為羈押」，然而這項標準，其實是相當難以認定的，就如同本裁定的事實中，並非因司法互助請求而羈押，僅是羈押後因司法請求而回我國接受審判，此種情形下對於是否符合實務見解的二分法即有爭議，並且這樣的區分標準，也可能使在外國羈押期間在認定上的困難。

在法務部的函釋中，曾提到這樣的事實：「受刑人甲男受某跨國電信詐欺集團成員之指示，於印尼從事對於大陸地區人民之電話詐欺犯

58 RStGB, 1871, S. 129.

59 BGBl. I, 1975, S. 16.

罪。大陸地區公安部刑事偵查局接獲大陸地區被害人報案，乃請求印尼警方協助偵辦，於 106 年 2 月 15 日逮捕機房內之甲男及其他人員，並均移送至印尼移民局收容。我國刑事警察局，接獲通知有臺籍犯罪嫌疑人甲男，刑事警察局立即與印尼、大陸地區公安部刑事偵查局共同偵辦本案，並報請檢察官指揮偵辦本案及要求將甲男遣返臺灣。嗣於 106 年 3 月 1 日印尼政府完成同意遣返甲男作業，於 3 月 2 日在我國刑事警察局人員陪同下搭機遣返，於 3 月 4 日返抵桃園機場，旋即在入境大廳由警員持檢察官核發之拘票逕行拘提到案後，向法院聲請羈押⁶⁰。」在這樣的案件之中，受刑人甲男於遣返抵臺執行拘提前所受拘禁之期間（即自 106 年 2 月 15 日起至 106 年 3 月 3 日止），得否折抵本案之刑期？

最終法務部所採見解為「得自印尼政府將甲男移交我國司法人員控制之日起算折抵刑期⁶¹。」，理由認為，甲男在印尼當地涉及犯罪遭該國警方逮捕、拘留，係基於該國刑事司法管轄權及受大陸地區公安部之刑事司法互助請求，嗣移送印尼移民局收容，係依該國法律之收容程序，均非因我國刑事司法權行使或基於我國政府刑事司法互助請求而致人身自由受限制，自不得折抵刑期。

顯然在這樣的案件之中，對於如何認定是否基於司法互助請求是相當困難的，法務部的案件中，甚至於在 3 月 1 日，才確定了是由我國司法互助的方式遣送回國，然而其在 2 月 15 日即遭外國逮捕羈押，並且本案尚且存在大陸公安之請求，可能會使羈押的原因是來自哪個國家的司法互助而產生爭議，所以若以羈押是否基於我國司法互助請求作為標準，則可能會導致受刑人的權益受到損害，應該捨棄以此作為得否折抵的標準。

60 法務部 110 年 01 月 20 日法檢字第 11004500550 號。

61 同前註。

（二）基於罪刑相當原則與一事不再理原則應予折抵

關於受刑人於外國所受人身自由拘束的折抵，本於憲法上的罪責相當原則，不使受刑人因同一行為受到不相等的處罰，亦帶有一事不再理原則的意思，亦有學者認為，本於罪刑相當原則，所以我國對於外國羈押期間亦應進行折抵⁶²，並且我國在大法官解釋第 775 號中亦有提到「國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。基於憲法罪刑相當原則⁶³」，足見罪刑相當原則乃是我國憲法上之原則，我國如果對於同一行為，在外國羈押期間與我國所執行的刑罰，對於受刑人施以與其行為不相當之人身自由拘束，則可能會違反憲法上對於罪刑相當的要求。

再者，一事不再理原則已於我國憲法上發展甚久⁶⁴，雖未明文規定，亦為我國憲法上之原則，並且釋字第 775 號亦提及「一事不再理原則。其已成為現代法治國普世公認之原則（聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項、美國憲法增補條款第 5 條、德國基本法第 103 條第 3 項及日本國憲法第 39 條等規定參照）。」，雖然我國刑法第 9 條，並未承認外國裁判具有一事不再理效力，然而刑法第 9 條但書的「扣抵原則」，乃是以折衷的方式表達了立法者對於一事不再理的想法，一事不再理原則效力之討論，雖然大多集中於一事不再理在於法秩序內部之討論，但在歐盟已經有對於一事不再理原則跨國性效力的討論⁶⁵，足見並

62 陳重言，刑罰折抵—借鏡德國法之體系重構，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上冊），頁 717，承法數位文化有限公司，2012 年 4 月。

63 司法院釋字第 602 號、第 630 號、第 662 號、第 669 號及第 679 號解釋，同此意旨。

64 如司法院釋字第 168 號開始即已提及一事不再理原則，到司法院釋字第 775 號更是確立了一事不再理的憲法上地位。

65 關於歐盟「跨國性一事不再理」的介紹，可參閱 Helmut Satzger 著，王士帆譯，國際刑法與歐洲刑法，頁 258-278，元照出版有限公司，2014 年 4 月。

非只有本國判決才有一事不再理適用之可能，並且一事不再理的目的之中，亦包含了禁止重複處罰⁶⁶，既然對於外國已執行的刑罰得以折抵，那麼本於避免重複處罰，對於外國所為的羈押自然也應進行折抵。

（三）類推適用刑法第 9 條及跨國移交受刑人法第 10 條

1. 類推適用刑法第 9 條但書

在捨棄了實務上的二分法後，即不應該類推適用刑法第 37 條之 2，實務長期以來僅適用刑法第 37 條之 2 之原因，是在於將外國所為的羈押，僅可透過解釋，認為是我國司法權延伸所為的羈押，此種「視同」的法律方法並不正確，但是當改以類推適用的方式時，則無需再將其強行解釋為我國所為的羈押，而是應以最具相似性的規範進行類推適用，外國所為的羈押或其他人身自由拘束，相較於後續來自我國司法權的刑罰，皆屬於來自不同司法權的處分，以此種分類方式下，刑法第 9 條應該是最接近此種情形的規範，並且在比較法解釋中，德國刑法對於外國羈押期間的折抵，也是規範在關於外國裁判折抵的條項中，顯然比起類推適用刑法第 37 條之 2，類推適用刑法第 9 條但書之折抵規定會更為合適。

2. 類推適用跨國移交受刑人法第 10 條

雖然以類推適用刑法第 9 條之規範做為外國羈押期間的折抵基礎，然而刑法第 9 條所規範者並未包含羈押期間，須以其他規範進行補充，跨國移交受刑人法第 10 條之折抵亦屬「不同司法權」之折抵，並且跨國移交受刑人法第 10 條之折抵範圍包含「已執行日數、人身自由拘束期間、接收程序期間」。

66 學說上認為，一事不再理原則之目的有五項，防止冤獄、防止審判所帶來的痛苦、防止騷擾被告、確保判決的終局性、禁止重複處罰，而此種弱化的方式似乎僅可達到近指重複處罰。關於一事不再理之目的，可參王兆鵬，一事不再理，頁 8-12，自版，2008 年 4 月。

移交法與刑法之折抵規範二者範圍並不相同，以至於我國在對於外國裁判之折抵時產生了割裂適用，但是由於我國外交上的困境，使得這些受刑人大多無法使用移交受刑人規範回我國執行之外，更是使其在刑期折抵上，不如移交回國的受刑人，這項由於我國外交上失利而造成的不利益，顯然不應該由受刑人來承擔，恐與憲法上對人民的保護義務以及憲法第 7 條平等原則有違。所以在參酌憲法第 8 條及公民與政治權利國際公約第 9 條的規範意旨後，刑法第 9 條之規範，自然應以移交法第 10 條之折抵進行補充。

（1）折抵範圍

此處的折抵範圍，是指在外國所受人身自由拘束所得折抵者，移交法所包含者為「已執行日數、人身自由拘束期間、接收程序期間」，而我國刑法僅可折抵「刑之執行」部分，很顯然的移交法的規範是較有利於受刑人的，我國已有數個案例因為在外國僅受羈押又非因移交回國，所以無法折抵的情形⁶⁷，所以折抵的範圍必須予以放寬，並且不應僅止於在外國受羈押的期間，也應包含羈押以外其他人身自由拘束期間及接收程序期間，此處所謂「接收程序期間」，乃指受刑人於該外國受到假釋，或者受判決緩刑後，通常該國會將該名受刑人驅逐出境，而我國在接到外國通知後，會在入境時於機場將該受刑人逮捕，此時在被告被驅逐出境前，可能存在不屬於刑罰或是刑事訴訟上強制處分的人身自由拘束的情形⁶⁸，在此種情形下，亦應為折抵的對象。是以應「類推適用」跨國移交受刑人法第 10 條的方式，使「人身自由拘束期間、接收程序期間」得以折抵。

（2）折抵方式

我國刑法第 9 條僅規定「得」折抵，而移交法第 10 條所規範為「應

67 如最高法院 109 年度台上字第 1796 號、107 年度台上字第 4879 號刑事判決。

68 例如類似於我國行政訴訟法第二編第四章的「收容程序」。

折抵」，對此，實務見解曾有認為：刑法第 9 條但書所謂「免其刑之執行」，係指免其依我國法所處之刑之執行而言，法律文字使用「得」字，則免執行與否及應免其全部或一部之執行，應由法院自由裁量⁶⁹。或許立法者在立法之時所考量的乃是，我國法院不受外國判決所拘束，既然不受外國判決所拘束，那麼得否折抵自然應繫諸於我國法院的判斷，所以才給予我國法院折抵的裁量權，然而本文認為，對於究竟是應折抵或是得折抵，是無可爭議的，法院「應」折抵在外國執行的期間，因為既然立法者不希望我國國民因為同一行為而受到過度的處罰，那麼折抵就是必須的，並不存在法院的裁量權，這並不意味著我國就應該被外國判決所拘束，因為在「應」折抵之後，法院對於如何折抵仍擁有裁量權。

刑法第 9 條並未規範折抵的方式，是否應參考移交法的規定以一日折抵一日刑期，我國法院曾有判決中之折抵，並非以在外國執行刑罰的一日折抵我國執行的一日⁷⁰，雖然多數的實務見解通常以一日折抵一日，或者是以月為單位作為折抵的基準，但是我國在規範上，由於已經存在移交法之規定，所以折抵的標準至少應以一日折抵一日為宜，若是存在外國所執行的羈押環境，較於我國羈押環境嚴厲的情形，我國法院欲以一日折抵二日的方式，則亦屬法院裁量的自由。

伍、修法方向建議

我國刑法規定之漏洞，雖可透過類推適用的方式解決，但立法機關仍應盡速修法將法律漏洞填補，而在比較法上，我國可借鑑德國法制之規定，蓋我國刑法體系與德國之規範較為接近，且我國刑法第 9 條於立法時所採取之規範模式亦與德國制度相同，但在德國刑法進行修正時，我國刑法並無就該規定進行修正，是以在修法時，德國法律之規定可做

69 司法院（74）廳刑一字第 997 號法律問題座談會意見。

70 如最高法院 103 年度台上字第 2587 號刑事判決，被告在外國執行約 13 年，回國後僅折抵 12 年刑期，但該案是外國刑罰，而非羈押期間之折抵。

為我國之借鑑。

一、德國法制之參考

(一) 德國刑法第 51 條

在外國法例上，亦有不同司法權間折抵之規定，例如德國刑法（StGB）第 51 條：「（第 1 項）受有罪判決人因程序標的之行為，受羈押或其他剝奪自由者，應折抵有期徒刑或罰金。但如果考量受有罪判決人之犯後表現，認為折抵不正當者，法院得不予全部或部分之折抵。」「（第 3 項）如果被定罪的人因同樣的行為在國外受到懲罰，則在國外已執行的刑罰應折抵本國的刑罰。於在國外遭受的其他任何剝奪自由的行為，準用第 1 項之規定。」，此二者的規定即相當於我國刑法第 9 條及第 37 條之 2。並且德國實務見解認為，如果在國外執行的刑罰，所涉及的並非本國所規範的獨立程序性行為，也應按照德國刑法第 51 條第 3 項的規定由本國刑罰抵消⁷¹。結合德國刑事訴訟法第 450a 條的規定⁷²，則折抵的部份不僅包含人身自由拘束，還包含因執行判決而引渡所處分的拘禁。

關於刑罰折抵的法理基礎，有見解認為是基於公平原則或是衡平原則⁷³，但德國的多數見解則是認為，乃是基於憲法上的特別犧牲原則，因考量到受判決人所受到人身自由剝奪，乃是為了使刑事訴訟得以進行順利的公共利益，所以此不利益因其特別犧牲而制定了刑罰折抵的規

71 BGH, Urteil. v. 22.12.1987-1 StR 423/87, BGHSt 35, 172, 17.

72 德國刑事訴訟法第 450a 條第 1 項：「被定罪者為了執行判決而為引渡之程序中，遭受的國外剝奪自由，也必須與擬執行的監禁相抵消。如果同時將被定罪之人引渡進行刑事起訴，亦同。」第 2 項：「在為執行複數判決而引渡的情況下，在國外遭受的剝奪自由應與刑期最高的判決相抵銷；在相同刑期情況下應與該首先執行的判決相抵」。

73 褚劍鴻，刑法總則論，頁 439，自版，1992 年 11 月，第 9 版。

範，並且刑事法中亦有相當於憲法位階的罪刑相當原則，即受判決人所應負之責任，須與其所受刑罰相同，所以在執行階段應予適當調整，使受判決人不會額外負擔不相符的刑責⁷⁴。故而，刑罰折抵之基礎，乃是源自於憲法上的罪刑相當原則及特別犧牲原則，刑罰折抵為憲法上所保障之價值⁷⁵。

德國刑法第 51 條第 3 項所規範的此種模式，又被稱為「扣抵原則」（Anrechnungsprinzip），並且德國聯邦憲法法院認為，扣抵原則並非國際法上的一般原則，而是一種以弱化的方式（in abgeschwächter form）表達立法者對於一事不再理的想法⁷⁶，此種作法被認為含有人權要素在於其中，承認被告已受過之刑罰僅是次要目的，而以第二次訴追表達國家本身的主權才是主要目的⁷⁷。所以法官的裁量，將被告在外國因同一行為所受之惡害（Übel）轉換到內國的刑罰體系之中，所以在轉換時應注意等質等量的轉換，例如考慮監獄環境或是相類於此的條件⁷⁸。在某些國家拘禁條件比起德國嚴厲的情形，法院可以自由裁量折抵的標準，例如以在外國拘禁的一日折抵兩日刑罰⁷⁹。

德國關於外國羈押的折抵，乃是準用德國刑法第 51 條第 1 項關於國內羈押折抵之規定，然而條文規定的「其他剝奪自由者」，於德國刑事執行規則第 39 條第 3 項（StVollstrO）進行補充：「德國刑法第 51 條第 1 項應予折抵的其他剝奪自由是指下列情況：1. 被定罪的人因偵查人員的臨時逮捕而遭受的監禁；2. 被定罪者因訴訟所針對的行為，而

74 甘添貴，數案羈押之刑期折抵，跨世紀法學新思維—法學叢刊創刊五十週年，頁 515，元照出版有限公司，2006 年 1 月。

75 關於德國刑法上之刑期折抵基礎，可參見陳重言，同註 62，頁 699-701。

76 BverfGE 75, 1, 16.

77 鄭文中，同註 49，頁 258。

78 同前註，頁 257。

79 Hans-Heinrich Jescheck、Thomas Weigend 著，徐久生譯，德國刑法教科書（Lehrbuch des Strafrechts AT），頁 1080，中國法制出版社，2001 年 3 月。

遭受的引渡拘禁和臨時引渡拘禁；3. 根據刑事訴訟法第 81、126a 條和少年法院法（JGG）第 71 條第 2 項、第 73 條第 1 項的規定進行安置（Unterbringung）；4. 因犯罪或其他義務違反，而根據軍事紀律規則進行的紀律逮捕；5. 根據少年法院法第 16a 條規定所進行的逮捕。」

（二）德國國際刑事司法互助法⁸⁰

德國亦有移交受刑人之法制，在德國國際刑事司法互助法第 54 條第 4 項：「因犯罪已在外國對被定罪者實施的制裁部分，以及根據國際刑事司法互助法第 58 條遭受的人身自由限制，應與待確定的制裁折抵。如果在可執行性宣告時未予折抵，或者折抵事項發生在其後，則必須對該宣告進行補充。」亦有關於移交前所受人身自由拘束之折抵，且其所得折抵之期間乃是移交案件於外國所受之部分制裁（Sanktion），包含受刑人於外國所受之已執行刑罰日數及執行前拘束受刑人人身自由日數，並且亦及於因接收程序所拘束人身自由之日數⁸¹。

我國所存在之刑法與跨國移交受刑人法二者規範不同的問題，於德國法制並不存在，在德國法制之中，不論是否以移交方式回國，對於因同一案件於外國所受之羈押期間皆可折抵，非依移交回國者，亦可依德國刑法第 51 條第 3 項，準用第 51 條第 1 項之規定進行折抵。

80 關於德國國際刑事司法互助法的介紹，可參閱陳重言，德國法規範下之國際刑事執行互助基礎架構－兼評我國跨國受刑人移交法草案，法學叢刊，第 57 卷，第 4 期，頁 45-94，2012 年 10 月；周慶東，刑罰執行之法互助－以德國國際刑事司法互助法為考察，司法新聲，第 103 期，頁 26-36，2012 年 7 月。

81 依照德國國際刑事司法互助法第 58 條第 1 項，「…若有下列事實，可以命令拘留（Haft）以確保對被裁判人執行監禁判決 1. 懷疑他有理由逃避有關可執行性或強制執行的程序，或 2. 有相當事實足認，受刑人會妨礙在可執行性程序中的真相調查。」乃屬「因接收程序所拘束人身自由之日數」。

二、修法建議

我國制度上之所以產生此等法律漏洞，究其原因，乃是我國法律條文規範過於簡略所致，以類推適用解決法律漏洞，僅為暫時之計，正本清源之道，仍需對我國刑法之規定進行修正，並且在我國刑法第 9 條規範之文字「受刑之全部或一部」將使受刑人於外國所服之羈押期間無法折抵，在我國法律修正上，可參考前開德國法律之規定，於條文增加「於外國所受其他剝奪自由之處分者，準用刑法第 37 條之 2」之規定，即可使受刑人於外國所受之羈押等處分進行折抵，且規範上又不至於造成割裂。

其次，我國在規範上僅規定「得」進行折抵，這將使我國刑法希望透過折抵來達成一事不再理的效果受到折扣，既然我國大法官解釋已明確表示保障一事不再理原則，那麼即「應」進行折抵，若在個案上可能發生因犯後態度或是其他因素，而認為以不折抵為適當者，則亦可增加相應規定，只是折抵之規定應成為法律適用之原則，僅在極其例外時才可不予折抵。相應於刑法第 9 條應進行修正，刑法第 37 條之 2 關於羈押期間折抵之規定亦可進行修正，使折抵不限於羈押期間，亦應包含其他人身自由拘束。

在我國之規範適用上，實應揚棄實務所創設的二分模式，實務上以是否受到我國司法互助請求作為區分標準，然則在外國服刑而可以移交方式回國者，已經因我國之外交困境，而僅寥寥數人，於外國監獄服刑完畢後回到我國，尚須面對我國法律的訴追，使受刑人爭執該羈押期間是否為我國透過司法互助之方式所請求者，實無必要，既然該受刑人於事實上已受人身自由拘束，則無論是否因我國透過司法互助所請求者，皆應予以折抵，乃屬當然。

陸、結論

關於非移交回國受刑人，其外國羈押期間，在我國未被法律規範所涵蓋，然而我國過去的實務見解卻以二分法的方式進行區分，使外國因受到我國司法互助請求的羈押，因為是我國司法權之延伸，而視同我國之羈押，可直接適用刑法第 37 條之 2，至於非因司法互助請求的羈押，則不可進行刑期折抵，但在最高法院 109 年度台抗字第 1082 號裁定中，法院提出了新的做法，類推適用刑法第 37 條之 2，而非以往的直接適用，實務見解意識到了兩者的差別，並且引用了跨國移交受刑人法之規定，然而雖然實務提出了不同以往的做法，但很可惜的是，實務適用法律的論理並不正確，並且混淆了「受司法互助請求羈押」與「受司法互助請求回國」兩者的區別，但是實務見解對於外國羈押期間應予折抵的想法，必須予以讚賞，只是在論理上稍有不足。

本文認為對於外國羈押期間，不應依是否受我國司法互助請求為區分，而是一概皆須進行折抵，並且此種情形，應該是屬於「不同司法權」之間的折抵，外國所為羈押，與我國刑罰，兩者本於不同司法權之行使，性質上更接近於刑法第 9 條，在比較法上，對於外國羈押期間的折抵，德國刑法亦規範在外國裁判折抵的項次，然而我國刑法第 9 條之折抵範圍，並未規範外國羈押期間在內，所以在我國法律修正以前，本於憲法上的罪刑相當性原則，以及一事不再理原則，應以類推適用刑法第 9 條之規範進行折抵，並且由於跨國移交受刑人法亦屬於「不同司法權」之間的折抵，所以可使用移交法之折抵進行補充，應使「人身自由拘束期間、接收程序期間」得以折抵，並不限於羈押期間，並且法院「應」進行折抵，及至少應以一日羈押期間，折抵我國一日刑罰期間。

雖然目前可透過類推適用的方式填補外國羈押期間之法律漏洞，惟若欲徹底解決此一漏洞，立法者仍應對刑法進行修正，在比較法上可參考德國刑法的作法，明文將外國羈押期間，準用我國刑法第 37 條之 2

一一〇年十二月

外國羈押期間折抵的類推適用— 247

之規定進行折抵。

參考文獻

中文

一、專書

Hans-Heinrich Jescheck、Thomas Weigend 著，徐久生譯，德國刑法教科書（Lehrbuch des Strafrechts AT），中國法制出版社，2001年3月。

Helmut Satzger 著，王士帆譯，國際刑法與歐洲刑法，元照出版有限公司，2014年4月。

Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，五南圖書出版股份有限公司，1996年12月。

王兆鵬，一事不再理，自版，2008年4月。

王皇玉，刑法總則，新學林出版股份有限公司，2019年8月，第5版。

王澤鑑，法律思維與民法體系，自版，1999年5月。

林鈺雄，刑事訴訟法（上），新學林出版股份有限公司，2020年9月，第10版。

林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，2018年9月，第6版。

張麗卿，刑法總則理論與運用，五南圖書出版股份有限公司，2020年9月，第8版。

陳子平，刑法總論，元照出版有限公司，2015年9月，第3版。

褚劍鴻，刑法總則論，自版，1992年11月，第9版。

鄭文中，發展中之國家刑法，法源資訊股份有限公司，2015年6月。

蘇俊雄，刑法總論 I，自版，1995年10月。

二、專書論文

甘添貴，數案羈押之刑期折抵，跨世紀法學新思維—法學叢刊創刊五十週年，元照出版有限公司，2006年1月。

陳重言，刑罰折抵—借鏡德國法之體系重構，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上冊），承法數位文化有限公司，2012年4月。

三、期刊論文

周慶東，刑罰執行之法互助—以德國國際刑事司法互助法為考察，司法新聲，第103期，頁26-36，2012年7月。

陳重言，德國法規範下之國際刑事執行互助基礎架構—兼評我國跨國受刑人移交法草案，法學叢刊，第57卷，第4期，頁45-94，2012年10月。

陳靜隆，論刑事訴訟一事不再理—從裁判確定力談起，法令月刊，第69卷，第6期，頁54-74，2018年6月。

楊婉莉，初探跨境案件之境外羈押折抵刑期（下）—以最高法院裁判為中心，月旦裁判時報，第44期，頁49-65，2016年2月。

廖先志，論《跨國移交受刑人法》第10條之折抵，檢協會訊，第99期，頁3-6，2014年3月。

蔡佩芬，司法互助若干問題研究—涉外刑事判決效力概覽，財產法暨經濟法，第18期，頁121-162，2009年6月。

鄭文中，從國際刑事法論一事不再理原則於歐盟之發展，中華國際法與超國界法評論，第9卷，第2期，頁243-286，2013年12月。

薛智仁，刑事程序法定原則，月旦刑事法評論，第11期，頁20-44，2018年12月。

Abstract

The practical opinion of the courts has adopted the dichotomy mode towards the issue of whether the period of detention in the foreign countries can be jail-credited or not. The adjudicates of detention in the foreign countries had been divided into the ones that are “requested by the mutual legal assistance made by Taiwan” and the ones that are “non-requested by the mutual legal assistance made by Taiwan”. The former ones have been considered as the extension of the exercise of the judicial right of Taiwan, *videlicet*, the detention in the foreign countries would be constructed to the detention in Taiwan and would apply to Article 37-2 of the Criminal Code. *Per contra*, the detentions non-requested by the mutual Legal Assistance made by Taiwan could only jail-credit nothing. However, the Supreme Court has recently made an innovate ruling (Ruling No.1082 of the Supreme Court in 2020). The ruling mentioned that the detentions non-requested by the Legal Assistance made by Taiwan should apply Article 37-2 of the Criminal Code and Article 10 of the Transfer of the Sentenced Persons Act analogously. It also cited the convention against Corruption of the United Nation and the principals of mutual legal assistance in criminal-matters. However, this study finds the reason and the conclusion of the ruling in conflict. Although the conclusion of applying the detentions non-requested by the Legal Assistance made by Taiwan analogously to the Transfer of the Sentenced Persons Act is reasonable, the rationales are not. The conclusion of applying the detentions non-requested by the Legal Assistance made by Taiwan to Article 37-2 of Criminal Code analogously isn’t ideal, either. According to *Strafgesetzbuch* (the German penal code) and concerning the jurisdictions are varied, the detention should be generally applied to Article

9 of the Criminal Code by analogy and should be applied analogously to Article 10 of the Transfer of the Sentenced Persons Act as a supplement.

Keywords: Analogy Principle, Jail Credit, Mutual Legal Assistance, Transfer of Sentenced Persons, Non Bis in Idem

