

# 《刑事訴訟法》

一、甲遭乙持刀砍傷後，持醫院開立之診斷證明書向檢察官提告，檢察官偵查後將乙以傷害罪起訴。試問，此一診斷證明書可否作為證明乙犯罪之證據？（25 分）

命題意旨	診斷證明書應在證據法體系中何部分討論，以及傳聞法則的基本概念理解。
答題關鍵	先點出該文書屬於傳聞證據，然後再判斷是否屬 159-4 的傳聞例外，將該特信性文書的標準清楚寫出，即可取得高分。
高分閱讀	1.路台大，刑事訴訟法上課講義第五回，p.98~100。 2.路台大，《刑事訴訟法精要》來勝出版，p.12-29~12-30。

## 【擬答】

(一)本題爭點在於傳聞例外的判斷與第 159 條之 4 特信性文書的定義，該診斷書不可作為證明乙犯罪之證據，理由如下：

### 1.該診斷證明書屬於傳聞證據

依本法第 159 條與實務學說之見解，傳聞係指被告以外之人於審判外針對待證事實所為之陳述。本題中診斷證明書應屬醫療機關鑑定後陳述之替代品，係屬傳聞書面之性質。

### 2.傳聞例外合法性—第 159 條之 4 的判斷

本法第 159 條之 4 認為特信性文書可為傳聞例外，立法目的認為本條之文書可為傳聞例外，是因為具有公示性、例行性、制裁性，故「真實性保障極高」或具有「一定程度的不可替代性」。因此本條中的「除顯有不可信之情形」，僅是訓示意涵，並非降低此種文書之可信性門檻。

### 3.159 條之 4 判斷標準

學說上認為特信性文書之判斷，應考量以下幾點：

(1)通常的公務、業務活動中之例行性記載。

(2)基於個人認知或觀察。

(3)記載事項的發生時間與製作時間有無密接，具當場性、同時性。

(二)故可整合出下列標準：「限於例行性公務或業務過程中，基於觀察或發現而當場或即時記載的類型化特徵所製作，若屬個案性質或預見該項文書內容將提出於刑事程序作為證據使用而作成者，即不具例行性之性質。」，故本題中的診斷證明書屬於針對個案所為，非屬例行性機械性之文書，非屬傳聞例外不可作為證據。

二、警員甲持檢察官簽發之拘票至乙宅拘提毒販乙，於客廳順利拘提乙後，復又在臥室內找到一保險櫃，打開後，發現裡面有一支制式手槍，甲遂當場扣押之，並要求乙在「勘查採證同意書」簽名，乙當場簽名。試問，遭扣押之手槍可否作為審判認定乙有罪之證據？（25 分）

命題意旨	強制處分合法性的檢討，特別是無令狀搜索與扣押的合法性檢驗，亦測驗同學對於證據排除之理解。
答題關鍵	必須先從強制處分中合法性下手，再討論證據排除與否 1.強制處分合法性：(1)搜索合法性。(2)扣押合法性。 2.證據排除。
高分閱讀	1.路台大，刑事訴訟法上課講義第四回，p.91~119。 2.路台大，刑事訴訟法上課講義第五回，p.35~46。 3.路台大，《刑事訴訟法精要》來勝出版，p.11-1~11-19。 4.路台大，《刑事訴訟法精要》來勝出版，p.4-1~4-11。

## 【擬答】

本題爭點在無令狀搜索合法性與扣押合法性及證據排除之適用，手槍不可做為認定有罪之證據，理由如下：

### 一、強制處分合法性

#### (一)搜索合法性—不合法

本題中甲對乙之搜索並無搜索票，故應屬無令狀搜索，此時應檢討各種無令狀搜索合法性：

#### 1.附帶搜索(第 130 條)

甲拘提乙應屬合法拘提，但僅能搜索乙可立即觸及範圍，不過卻從客廳搜索到臥室，應非屬合理的立



即可觸及範圍，故非屬合法附帶搜索。

## 2. 對人緊急搜索(第 131 條第 1 項)

甲雖有檢察官所開之拘票，從文義上看可借此依本法第 131 條第 1 項第 1 款入屋內緊急搜索。惟學說上認為現行法搜索權已回歸相對法官決定，故若允許用檢方拘票入屋緊急搜索，形同可用拘票規避搜索相對法官決定之意旨，故應將緊急搜索限於法官核發的拘票，本案中甲緊急搜索應屬違法。

## 3. 對物緊急搜索(131 條第 2 項)

甲為警察，自非本條僅能由檢察官發動之緊急搜索的合法發動主體。

## 4. 同意搜索(131 條之 1)

本題中，雖有簽名之同意搜索書，惟乙是在受到實力支配的狀況下所簽，故應非屬自願性同意，該同意無效故非合法同意搜索。

## (二) 扣押合法性—不合法

無令狀扣押前提須有合法搜索，本案中搜索行為不合法，故非屬合法無令狀扣押，該扣押行為應屬違法。

## 二、證據排除

本題中，搜索扣押皆屬違法，故取證時有瑕疵，該瑕疵是否影響證據能力屬證據排除之問題，對此本法雖有 131 條與 416 條之依據，惟該條文皆無判斷如何排除之基準，對此學說實務有如下處理方式：

(一) 本法明文規定於 158 條之 4，對於公務員違法取證行為應權衡處理之

(二) 權衡標準依 93 年台上字 664 號判例，應有以下八個基準：

1. 違背法定程序之主觀意圖。
2. 違背法定程序之程度。
3. 違背法定程序之狀況。
4. 侵犯被告或犯罪嫌疑人權益的種類、輕重。
5. 犯罪所生危險或實害。
6. 禁止使用證據對於預防將來違法取證之效果。
7. 偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性。
8. 證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度。

(三) 學說上認為上開權衡法則有不安定之缺點且輕重失衡，故應將基準順序清楚界定：

1. 主觀上，警察應屬惡意且蓄意之違法取證
2. 客觀上，甲已經侵害乙的隱私權與財產權，且無令狀違法取證違反令狀原則應屬正當法律程序之明顯重大違反。承上所述，本案中扣押之證據應證據排除而無證據能力。

三、甲為里長選舉候選人，見對手來勢洶洶，大事不妙，遂向有選舉權之里民 A1、A2、A3 各送一千元，並約定選舉時一定要把票投給甲，檢察官據報查獲並將甲上揭犯行起訴，發現甲另有行賄給 A4 要求投其一票之事實，試問，檢察官該如何處理？(25 分)

命題意旨	考驗同學是否能清楚界定案件範圍，即單一性與同一性之問題，且知道在一案或數案下，不同之處理方式。
答題關鍵	先點出案件單一與同一的判斷基準，再來判斷檢察官可否提起後訴(A4)，若不行時之處理方式為何也應清楚說明。
高分閱讀	1. 路台大，刑事訴訟法講義第八回，p.11~12。 2. 路台大，《刑事訴訟法精要》來勝出版，p.15-1~15-35。

## 【擬答】

爭點在於案件範圍的認定與 265 條跟 267 條之區分，對此檢察官應函送併案處理即可，理由如下：

## (一) 案件的內涵與單一性的定義

案件包括被告與犯罪事實二部分，單一性處理的是靜態觀察案件於特定時點之範圍大小，除了被告須單一外，犯罪事實也必須單一；本題中被告僅甲一人，故為單一無疑，惟犯罪事實是否單一則須先討論案件單一與否的判斷標準。

## (二) 犯罪事實單一與否的判斷

我國實務認為犯罪事實單一與否，除了單純一罪的單一犯罪事實外，由於實務將訴訟法上犯罪事實認定與實體法上罪數藉由刑罰權概念加以連結，故也包括法律上單一之情形—實質上一罪與裁判上一罪之情況。本題



中行賄罪之狀況實體法上如何認定殊有爭議，包括數罪併罰說與集合犯說，管見以為行賄罪之構成要件必然包括複數的行為，故應採集合犯說為宜，此時即為實質上一罪而屬法律上單一之狀況，故本題中甲對 A1~A4 的行賄行為皆屬單一犯罪事實。

### (三)檢察官之處理方式

若為數案件時，檢察官若欲起訴其他案件應依第 256 條追加之，若為一案件而欲起訴他部分犯罪事實時，由於 267 條起訴不可分之適用，此時無須追加，而僅須涵送併案處理即可。本題中 A1~A4 屬單一案件已如前述，因此檢察官起訴 A1~A3 時該起訴效力依 267 條及於 A4 部分，故此檢察官非依 265 條追加，而應對 A4 部分函送併案處理即可。

四、甲因涉案遭逮捕後，於警察局接受詢問，時間是某日十四時至二十時。後甲遭起訴，一、二審均採用甲於該警詢期間內之自白，作為判決甲有罪之證據。甲所選任之辯護人乙未於第二審審判中爭執此點，而是於上訴第三審時，主張該詢問違法。試問，辯護人乙之此一主張是否合法？（25 分）

命題意旨	考點包括辯護制度與實質有效辯護、上訴三審之具體理由。
答題關鍵	先點出辯護人未主張之過失應屬對實質有效辯護之侵害，且此過失不可歸責於被告，故應允許以夜間訊問為理由上訴三審，但在上訴三審時，該理由應具體指摘法律適用錯誤之處。
高分閱讀	1.路台大，刑事訴訟法講義第十回，p.76~77。 2.路台大，《刑事訴訟法精要》來勝出版，p.3-1~3-7。

### 【擬答】

(一)辯護人未爭執夜間訊問應屬對實質有效辯護之侵害，且該過失不應等同被告過失

辯護制度目的在於平衡國家與被告的實力差距，確保被告程序主體地位，因此辯護人應為被告爭執夜間訊問之違法，辯護人未為被告辯護時應屬對實質有效辯護之侵害。又，在辯護制度的目的下，被告是基於對辯護人的信賴而選任辯護人，因此不應如過去實務所認將辯護人未主張之過失視為被告過失而不給被告再主張之機會。

(二)可再主張該違法－辯護制度的維持與刑訴無失權效之運用

刑訴法不同於民訴並無適時提出主義與失權效與自我負責原則的運用，因此當事人未提出也不會得到失權的效果，又承上述律師未提出並不可等同為被告過失，且律師未提出爭執也不等於該證據有可信度或不可再予以爭執，故可再主張該違法做為上訴三審之理由。

(三)上訴三審應具體指摘

依最高法院 71 年第 3 次刑庭總會決議，上訴三審應具體指摘違法之處，且應指摘該證據法則等適用違法或錯誤之處，本題中若上訴三審時可以具體指摘該夜間訊問之違法，則可做為具體之指摘，該上訴三審應屬合法。

