

《刑事訴訟法》

一、甲涉嫌施用毒品，警察 A 持檢察官簽發之鑑定許可書，到甲住處強制甲到警察局接受採尿處分。該鑑定許可書記載之鑑定機關為警察 A 所屬之警察局。到警察局後，警察 A 先與甲以聊天方式討論甲之案情，甲透露有施用毒品。警察 A 告訴甲，等下開始作筆錄時，也要如此陳述。其後，警察 A 依法定程序訊問甲並記明筆錄，甲也自白施用毒品。訊問完畢後，警察 A 依據該鑑定許可書對甲採尿。基於先前該管檢察長即以公文指示尿液一律送到某特定地區醫院檢驗，警察 A 即遵照該公文指示逕行將尿液送至該醫院。其後，醫院送來檢驗報告，顯示甲尿液中有毒品陽性反應。不久，甲即被提起公訴。如果你是甲之辯護人，試回答下列問題。(25 分)

(一)如何抗辯警察 A 強制甲到警察局之合法性？

(二)如何抗辯甲之自白及醫院之檢驗報告之合法性？

命題意旨	本題刑訴考題相當靈活，答案亦是開放式作答，與『強制處分』及『證據』相關之部分，考生均需作答，並對個案實例題靈活思考。本題測驗考生有關鑑定之條文內容，鑑定機關與鑑定程序，並且考生亦可討論強制採取尿液之規範要件。另，警察以聊天方式討論案情，嗣後並將聊天內容當成犯罪嫌疑人甲之自白，命犯罪嫌疑人以此方式供述，並製作筆錄，是否合法？以及鑑定醫院之鑑定是否具備證據能力等問題，考生均需詳加論述之。
答題關鍵	1.命犯罪嫌疑人強制同行至警局之合法性。 2.被告自白證據之要件為何，如何認定其證據能力。 3.鑑定報告之證據能力要件。
高分閱讀	1.邢政大，《刑事訴訟法》講義，第三回。 2.邢政大，《刑事訴訟法》講義，第四回。 3.邢政大，《刑事訴訟法》總複習講義，第一回、第二回。

【擬答】

(一)命犯罪嫌疑人到場須有合法之拘提或逮捕

1.拘提：係指一定時期內，拘束受拘提人之自由，強制其到達一定處所接受訊問，並保全被告或蒐集證據之強制處分。

(1)一般拘提：需先經傳喚、通知被告、證人，司法警察官或司法警察，因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問。經合法通知，無正當理由不到場者，得報請檢察官核發拘票（刑訴 71 之 1）。

(2)逕行拘提：無庸先經傳喚、通知程序，對象僅限被告。被告犯罪嫌疑重大，而有左列情形之一者，得不經傳喚逕行拘提：A、無一定之住所或居所者 B、逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者 C、有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者 D、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者（刑訴 76）。

2.逮捕：

(1)通緝犯逮捕：係指對於逃亡或藏匿之被告，以公告周知方式，通知檢察官或司法警察官予以逮捕之強制處分。

(2)現行犯之逮捕：係指以直接強制力而限制現行犯之人身自由，性質上屬無令狀拘捕。

3.本題員警 A 並未合法拘提逮捕，縱令獲得檢察官核發之鑑定許可書，但強制犯罪嫌疑人甲至警局，應不合法。

(二)犯嫌甲之自白及警察持鑑定許可書為身體採樣檢查之強制處分並獲得檢驗報告是否合法？

1.甲之自白：

(1)訊問被告應於事物訊問之前踐行告知義務，告知被告以下事項（刑訴 95）：1、犯罪嫌疑及所犯所有罪名，罪名經告知後，認為應變更者，應再告知 2、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述 3、得選任辯護人 4、得請求調查有利之證據刑事訴訟法第 95 條第 2 款、第 156 條分別規定：訊問被告應先告知



得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述；被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其犯行。此乃被告在刑事訴訟程序中，所享有保持緘默及拒絕陳述之權利。為確保被告之緘默權及拒絕陳述權，防止以違法之方法取得其供述，刑事訴訟法第九十八條明定：訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法；第一百五十六條第一項明定：被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。將被告因遭受身體上強制（包括：強暴、疲勞訊問及其他施以生理上壓迫之不正方法）或精神上強制（包括：脅迫、利誘、詐欺及其他施以心理上壓迫之不正方法）所為非任意性之自白，以及在違法羈押中所為之自白，同列為以不正方法取得之供述證據，不問其自白是否與事實相符，一概排除其證據能力。良以非任意性之自白，係在被告遭受身體上強制或精神上強制之情況下所取得，並非出於其自由意思之發動，在其心意自主之情況下所為之陳述，非真實之可能性大為提高，若允許採為證據，不僅嚴重侵犯人權，也容易造成司法誤判，因此否定其證據能力。

(2) 警詢為對甲告知緘默權，因此取得甲之自白應不適用

關於緘默權之意義，係指被告或犯罪嫌疑人不因緘默受處罰、不得僅因保持緘默推斷其罪行（刑事訴訟法（以下同），第 156 條第 4 項）、訊問時應告知被告有保持緘默之權（第 95 條）、未告知緘默權即訊問所得之證據無證據能力（第 158 條之 2 第 2 項、第 158 條之 4）。我國法有關緘默之評價（刑訴 156IV）「被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行」。被告行使緘默權者，該項權利之行使本身，不得依照自由心證而作為推斷犯罪事實之基礎。緘默權的本質源自於不自證己罪原則，亦即任何人均無積極行為之義務以幫助國家對自己訴追。對被告訊問不得以強暴、脅迫利誘、詐欺、違法羈押等不正方式獲得被告自白及不利於己之陳述。

(3) 另甲之自白依照刑訴第 98 條規定，不得使用強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正方式獲得，如以不正方式獲得，依照刑訴第 156 條之規定，該證據應無證據能力。何謂不正方式，依照實務意見，應依照綜合法則判斷，如詢問階段訊問者與被訊問者立於不對等地位，則謂之為『不正方式』。

(4) 因此員警 A 違法拘捕甲至警局，並違反刑事訴訟法第 95 條告知義務、與第 98 條以任意性方式獲得犯嫌甲之自白，該自白如上所述，應排除證據能力。

2. 醫院之檢驗報告：

鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就下列之人選任一人或數人充之：就鑑定事項有特別知識經驗者、經政府機關委任有鑑定職務者。鑑定機關之選任權於審判中為法院，偵查中為檢察官。審判長、受命法官或檢察官於必要時，得使鑑定人於法院外為鑑定，並得將關於鑑定之物，交付鑑定人（刑訴 203）。法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第二百零三條至第二百零六條之一之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。第一百六十三條第一項、第一百六十六條至第一百六十七條之七、第二百零二條之規定，於前項由實施鑑定或審查之人為言詞報告或說明之情形準用之（刑訴 208）

3. 檢查身體的採樣處分：鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，採取分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，並得採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或其他相類之行為。前項處分，應於第 204-1 第 2 項許可書中載明。

4. 拒卻鑑定人：當事人得依聲請法官迴避之原因，拒卻鑑定人。但不得以鑑定人於該案件曾為證人或鑑定人為拒卻之原因。鑑定人已就鑑定事項為陳述或報告後，不得拒卻。但拒卻之原因發生在後或知悉在後者，不在此限。拒卻鑑定人，應將拒卻之原因及前條第二項但書之事實釋明之。

5. 本題員警 A 持檢察官核發之鑑定留置票，依照刑訴 205 之 2 條規定，檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。並依據刑事訴訟法第 206 條之 1，鑑定時應通知當事人、代理人及辯護人在場。復依照刑事訴訟法第 208 條規定，機關鑑定應指定適當機關為之。

(1) 鑑定機關之鑑定報告：

審判長、受命法官或檢察官於必要時，得使鑑定人於法院外為鑑定，並得將關於鑑定之物，交付鑑定人（203）。機關鑑定：法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定。

(2) 本題警察 A 因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於犯罪嫌疑人甲採取其尿液作為犯罪之證據時，雖得採取之。惟採取當時並未通知其辯護人在場，且偵查機關本身（即警員 A 所屬之警察局，醫院僅為檢驗



單位)為鑑定機關亦有疑義,因此甲之辯護人得抗辯該鑑定報告應無證據能力。

- 二、甲臨時起意赴某觀光夜市吃消夜,途中適逢A與B兩幫派在鄰近公園聚眾鬥毆,甲素來對A幫派較有好感,故在場為A幫派助勢;有路人報警將幫派分子多人及甲逮捕,檢察官並對甲起訴論以刑法第283條之罪,認甲應對B幫派分子乙之重傷負責。甲主張其適逢路過並未下手實施傷害,故不對乙之重傷負責;但警方調閱公園中之錄影帶,卻清楚顯示甲有在場助勢之行為。試問法院應如何審理此案件?請依刑事訴訟法之規定,詳述檢方及辯方的舉證責任:包括其必要性、順序、層次及範圍。(25分)

命題意旨	本題刑訴考題在測驗考生有關審理程序之流程問題,本題較為實務,考生需對於審理程序之相關條文熟讀,並瞭解實務流程,方能完整作答。
答題關鍵	1.法院對於檢察官起訴範圍之確認。 2.有關舉證責任之意義及規範。 3.本題如何確認審理範圍,及舉證責任之歸屬。
高分閱讀	1.刑政大,《刑事訴訟法》講義,第四回。 2.刑政大,《刑事訴訟法》講義,第六回。 3.刑政大,《刑事訴訟法》總複習講義,第一回、第二回。

【擬答】

(一)法院應先確認起訴範圍

- 1.刑法第283條規定:「聚眾鬥毆致人於死或重傷者,在場助勢而非出於正當防衛之人,處三年以下有期徒刑,下手實施傷害者,仍依傷害各條之規定處斷。」
- 2.本題檢察官以刑法第283條起訴,該條分有在場助勢聚眾鬥毆使人死亡或重傷,以及有下手實施傷害之兩種情形。因此法官應先確認檢察官起訴範圍究竟為『在場助勢』或是有『下手實施傷害』。

(二)本題審理討論問題有下:

- 1.依照刑事訴訟法第154條第二項規定,「犯罪事實應依證據認定之,無證據不得認定犯罪事實。」此為證據規定的帝王條款之一,既然有證據始能認定被告之犯罪事實,則亦表示被告受到無罪推定之保護,在確能認定其犯罪事實的證據之前,被告應受無罪推定,此即無罪推定原則之展現。因此法院需有證據,始能認定本件犯罪事實。
- 2.舉證責任之意義
無論採行何種訴訟程序,難免會產生事證無法查明之情形,舉證責任是在幫助法官於事實不明時為裁判,此規則為「證明負擔之規則」,亦稱為「舉證責任分配原則」,舉證責任論是解決「待證事實最後不明時法律效果如何分配之理論」。
- 3.舉證責任本質:
(1)客觀舉證責任(結果責任):待證事實至審理最後時點仍然無法確定或未經證明時的法律效果問題。只要法院審理後,對於待證事實仍未形成明確心證,則依舉證分配原則,判決負客觀舉證責任者敗訴,因此客觀舉證責任為承擔敗訴之「結果責任」。
(2)主觀舉證責任(行為責任):由客觀舉證責任衍生出主觀舉證責任概念,意即當事人為避免敗訴負有以自己之舉證活動證明系爭事實之責任,此種責任稱為「主觀舉證責任」。
- 4.法院亦有調查原則與證明責任
刑訴與民訴不同,刑訴無法等同民訴主觀責任觀念,因刑訴法院負有一定範圍內之澄清義務,縱使當事人不為任何舉證活動,並不因此解除法院探知真相之義務,法院亦不能不為調查而逕行裁判。此亦受**有疑唯利被告原則、無罪推定原則**影響。依照刑事訴訟法第163Ⅱ「法院為發見真實,得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項,法院應依職權調查之。」
- 5.舉證責任之必要性是在認定本案勝敗歸屬之法則,另,訴訟程序一開始舉證責任之歸屬係由原告(公訴檢察官或自訴人)擔任之。

(三)本題有關舉證責任之分析

- 1.因檢察官為原告,故原告應先負擔被告有犯罪之舉證責任,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。刑事訴訟法第161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。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。（91 年第四次刑庭會議，刑事妥速審判法第 6 條）本題檢察官已提出監視錄影帶，證明甲有在場助勢之行為，因此有關在場助勢之部分，舉證責任已倒置於被告甲，由甲負舉證責任證明自己並無在場助勢。

2. 另，有關下手實施傷害之部分，因檢察官尚未獲得證據，因此此部分之舉證責任仍在原告檢察官，倘檢察官無法證明時，則應該負擔敗訴不利益，依照上述規定，法官應依照無罪推定原則給予被告甲無罪之判決。

三、甲在路上拾獲乙之信用卡，竟持該信用卡至賣場購物後盜刷，經店員丙察覺有異而以現行犯逮捕。檢察官偵查後，認甲雖否認犯行，但依乙、丙之證述、賣場錄影光碟資料、刷卡資料等證據，認甲涉犯行使偽造私文書、詐欺取財罪，依法提起公訴（侵占遺失物未據起訴）。試問：（25 分）

倘若甲在準備程序坦承上情，但表示係因服用精神疾病藥物後，無法控制自己的行為，受命法官於聽取當事人及辯護人之意見後，可否未經合議庭評議逕行依簡式審判程序審理？

復若甲始終否認犯行，請就修法前及現行刑事訴訟之訴訟架構，論準備程序受命法官及審理時審判長應如何進行訊問被告程序？檢察官得否經審判長同意後訊問被告？倘若辯護人認為受命法官、審判長之訊問構成誘導或係以不正方法為之，可以為何種主張？

命題意旨	本題刑訴考題在測驗考生有關程序轉換（通常審判程序轉換為簡式審判程序之要件）之流程問題，及準備程序與審判期日訊問被告之規定。並且不合法訊問被告之救濟方式。
答題關鍵	1. 法院審理方式程序轉換。 2. 有關訊問被告之規定。 3. 法官不正訊問被告之救濟。
高分閱讀	1. 邢政大，《刑事訴訟法》講義，第一回。 2. 邢政大，《刑事訴訟法》講義，第六回。 3. 邢政大，《刑事訴訟法》總複習講義，第二回。

【擬答】

(一)於準備程序被告需全部坦承犯行，並法院應於合議庭審理時將程序轉換後並諭知當事人，始能將通常審判程序轉為簡式審判程序

1. 簡式程序制訂目的：為了合理分配有限司法資源的利用，避免耗費不必要的審判程序，減輕法院審理案件的負擔，以達訴訟經濟之要求；另一方面可使訴訟儘速終結，讓被告免於訟累，法院對於符合法定要件之非重大刑事案件，在被告對於起訴事實無爭執之情況下，簡化證據之調查，使明案得以速判，此即所謂簡式審判程序。
2. 適用範圍：除被告所犯為死刑、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者外。**非特定重罪或事物管轄案件。**
3. 適用時機：於準備程序進行中，被告先就被訴事實為有罪之陳述時。所謂有罪陳述必須包括構成要件該當、違法性及有責性均承認，始謂為有罪陳述。
4. 簡式審判之決定：審判長得告知被告簡式審判程序之旨、聽取當事人、代理人、辯護人及輔佐人之意見、裁定進行簡式審判程序、經當事人同意（非明文要件）
5. 簡式審判之證據調查：不完全受嚴格證明法則拘束，簡式審判程序之證據調查，不受第 159 條第 1 項、第 161 條之 2、第 161 條之 3、第 163 條之 1 及第 164 條至第 170 條規定之限制。因簡式審判程序，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。
6. 本題甲僅於準備程序坦承構成要件，但對於責任能力有爭議，因此並不符合簡式審判程序之有罪陳述要件。況縱令被告甲完全為有罪陳述，因簡式審判程序簡化證據調查，案件不受嚴格證明法則之拘束，證據調查程序對當事人影響甚鉅，因此需合議庭裁定行簡式審判程序始為適法，不得未經合議庭裁定而逕行簡式審判程序。



(二)準備程序及審判程序訊問被告之程序分述如下：

- 1.準備程序：刑事審判程序集中審理，原則上不在從事實質證據調查，僅為達成集中審理之目的。審判程序係刑事訴訟程序之重心，可分為「審判準備程序」及「審理期日」。準備程序僅限於審判之準備（271 至 279），目的在於透過準備而使「人」與「物」能齊聚在審判期日，期前（審判期日）準備工作包含：**補正起訴程式（273VI）、指定審判期日、傳喚並通知訴訟參與者（271、272）、齊集證據方法以及例外提前進行調查證據程序（276 I）**。準備程序之流程為：法院或受命法官得於第一次審判期日前，傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭進行準備程序。實務上法院或受命法官行準備程序依照刑事訴訟法第 273 條規定之流程如下：
 - (1)檢察官行起訴要旨
 - (2)法院踐行告知義務
 - (3)被告答辯
 - A.被告為自白，符合刑訴 449 II：逕以簡易判決處刑。
 - B.被告為有罪答辯，不符合 449 II，但適合簡式審判程序即裁定行簡式審判程序，被告為無罪答辯（否認犯行）：進行以下程序。
 - (4)被告否認犯行，如辯護人在場，法院宜再訊問被告之辯護人有何意見，法院利用機會整理「事實上之爭點」及有無檢察官函請併辦之情形。
 - (5)檢察官提出證明方法
 - (6)法院訊問被告有無提出證據以供調查，被告可能聲請調查證據，法院利用機會整理證據上爭點及法律上爭點。
 - (7)被告不知提出證據，法院得曉諭當事人為調查證據聲請。
 - (8)法院就雙方當事人提出之證據，逐一過濾，最後決定審判期日調查之範圍、次序及方法。
 - (9)其他與審判有關事項，EX：訴訟條件是否欠缺。
 有關證據能力之意見，法院依刑事訴訟法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之，於行準備程序亦準用之。
- 2.審判期日程序：審判期日為調查證據應於檢察官陳述起訴要旨後，審判長應告知被告第九十五條規定之事項程序完畢後行之。審判長對於準備程序中當事人不爭執之被告以外之人之陳述，得僅以宣讀或告以要旨代之。但法院認為有必要者，不在此限。除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之。審判期日順序：
 - (1)審判期日，以朗讀案由為始。
 - (2)審判期日，應由法官、檢察官及書記官出庭。審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判。許被告用代理人之案件，得由代理人到庭。強制辯護之案件無辯護人到庭者，不得審判；但宣示判決，不在此限。其他訴訟參與者（證人、鑑定人）也應到場才可進行以下程序。
 - (3)人別訊問：審判長依第九十四條訊問被告。
 - (4)起訴要旨之陳述：檢察官應陳述起訴之要旨。如為自訴案件，由自訴代理人陳述起訴要旨。
 - (5)審判長對被告踐行告知義務後，進行法院調查證據程序。證人、鑑定人雖經陳述完畢，非得審判長之許可，不得退庭。
陳述意見權及提出有利證據之告知：審判長每調查一證據畢，應詢問當事人有無意見，審判長應告知被告得提出有利之證據。
證據證明力之辯論：法院應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明力之適當機會。（※83 台上 2308）
 - (6)本案訊問：除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。
 - (7)審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之。
 - (8)言詞辯論：調查證據完畢後，應命依下列次序就事實及法律分別辯論之：檢察官、被告、辯護人。已辯論者，得再為辯論，審判長亦得命再行辯論。依次辯論後，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會。
 - (9)被告之最後陳述：審判長於宣示辯論終結前，最後應詢問被告有無陳述。
 - (10)宣示辯論終結：法院應於辯論終結之日起十四天內宣示判決。
- 3.於訴訟審理程序進行中，檢察官得於審判期日之合議程序，經審判長許可後訊問被告。



4.辯護人如認為法院訊問有誘導或是不當，得向法院主張聲明異議。

訊問制度之設計，在於使當事人、代理人或辯護人在審判程序中積極參與，為使訴訟程序合法、妥適，當事人、代理人或辯護人，對於他造向證人、鑑定人所為之詰問及證人、鑑定人對於他造當事人等詰問之回答，均得聲明異議，以防不當或違法之詰問及證人、鑑定人恣意之回答，影響審判之公平、公正，或誤導事實。另當事人及辯護人對於審判長或受命法官有關調查證據及訴訟指揮之處分，亦得聲明異議，規定於第 288 條之 3：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有特別規定外，得向法院聲明異議。法院應就前項異議裁定之。」惟該裁定屬判決前關於訴訟程序的裁定，故不得抗告。（§404）

四、檢察官以公務員甲涉嫌洩漏國防以外應秘密之文書及主管事務之圖利罪嫌，提起公訴。經第二審法院審理結果，仍維持第一審法院關於被告甲圖利部分判處罪刑、洩密部分諭知無罪之判決。對此判決結果，僅被告甲就有罪之圖利部分提起第三審上訴；檢察官並未再聲明不服。最高法院認上訴為有理由，且甲另被訴涉犯洩密部分雖屬刑事訴訟法第 376 條第 1 款所定不得上訴第三審法院之案件，但因與得上訴於第三審之被訴涉犯圖利部分有刑法第 55 條裁判上一罪之想像競合關係，遂一併予以撤銷發回。試問：第三審如此之判決是否適法？試就刑事訴訟法之規定暨其法理予以說明。

命題意旨	本題刑訴考題在測驗考生有關案件單一性及上訴審判不可分之理論內容，本題為傳統律師、司法官考古題，考生應依照刑事訴訟法實務及法理詳予論述。
答題關鍵	1.案件單一性法理。 2.上訴不可分之實務見解。
高分閱讀	1.邢政大，《刑事訴訟法》講義，第二回。 2.邢政大，《刑事訴訟法》講義，第六回。 3.邢政大，《刑事訴訟法》總複習講義，第二回。

【擬答】

(一)案件單一性有審判不可分之適用

從訴訟階段之特定時點橫切觀察及靜態觀察，起訴事實訴訟客體如為一個即為單一案件（**被告單一，犯罪事實單一**）。案件係以刑罰權為其內容故案件是否單一，應以其在訴訟上為審判對象之具體刑罰權是否單一為斷。在實體法上為一個刑罰權，在訴訟法上為一個訴訟客體，具有不可分性質。

又實質上或裁判上一罪之案件，其一部不得上訴之罪，一部得為上訴之罪，既係審判不可分，不論本來不得上訴之部分係較輕或較重之罪，自應認為皆得上訴於第三審法院，且不分輕重，但必得上訴部分之罪上訴合法始可（27 渝上 1663、89 台上 1708 決）。

(二)公務員甲因圖利與洩密罪經最高法院法院認為，為一行為觸犯數罪名之想像競合犯，從一重處斷，因此有審判不可分之關係，全部撤銷發回更審，應屬適法。試敘述本題爭點如下：

1.不得上訴第三審案件依照刑事訴訟法第 376 條規定：「左列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。一 最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二 刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。三 刑法第三百三十五條、第三百三十六條第二項之侵占罪。四 刑法第三百三十九條、第三百四十一條之詐欺罪。五 刑法第三百四十二條之背信罪。六 刑法第三百四十六條之恐嚇罪。七 刑法第三百四十九條第二項之贓物罪。」

2.本案甲於二審法院認定構成『圖利罪』有罪，惟『洩密罪』無罪，因此二審認定為數罪關係。甲對有罪判決之『圖利罪』部分判決不服，提出三審上訴第三審認為圖利及洩密罪為審判不可分之想像競合一罪關係，因此全部撤銷發回更審。

(1)告即應理、不告不理

依照刑事訴訟法不告不理之法理，應是「起訴範圍」來決定「審判範圍」，惟目前實務處理方式顛倒，有罪與否，是否為一罪，是從「審理結果」來認定，有「理」決定「告」，而形成邏輯上的混淆。故上訴三審，如依照『告即應理、不告不理』之原則以觀，僅能就得上訴第三審之部分（圖利罪）提起上訴，第三審法院亦僅得就此部分為裁判；倘以『理』來決定『告』之範圍，則由三審法院決定是一罪或為數罪，情形分別有異。



(2)不告不理

刑事訴訟法上訴範圍，可分為『一部上訴』與『全部上訴』，上訴之全部 或一部，以上訴權人得上訴範圍為基準，若就「能上訴之部分」皆上訴者稱為全部上訴；否則即為一部上訴。至於原判決之一部或全部則以原判決之範圍為基準。如原判決認定：

A.數罪型（數案件）：全部均是得上訴第三審之案件，當事人亦全部上訴，則三審法院需全部加以審理，如部分為不得上訴第三審之案件，則三審法院僅能就得上訴第三審之部分為審理。

B.一罪型（一案件）：全部上訴，則三審法院需全部審理；如僅為一部上訴，依照刑事訴訟法第 348 條規定：「上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。」

(3)本案第二審法院認為甲圖利罪有罪及洩密罪無罪，因此上訴範圍應分別認定，又洩密罪為不得上訴第三審案件，因此第三審法院僅能針對甲圖利罪部分加以審理，洩密罪部分案件確定。

(4)實務上以「理」以決定「告」，以三審法院認定為準

如第三審法院認為甲觸犯圖利罪及洩密罪為一罪。則甲就兩部均上訴，或僅上訴行使偽造私文書部分並無差異。因甲不論就兩部均上訴或僅上訴得上訴之一部，因為上訴不可分，法院需全部審理。實務上認為刑事訴訟法第 348 條所指之『有關係部分』（22 上 1058）：對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。所謂**有關係之部分**，係指該部分與上訴部分在審判上無從分割，**因其一部上訴而受其影響（22 上 1058 例、86 台上 1911 決、89 台上 332 決）**，包括罪刑與保安處分、數罪中一罪上訴，其刑之執行、主刑與從刑、緩刑與犯罪及科刑、刑之量定與犯罪、訴訟程序、實質上一罪或裁判上一罪之犯罪事實一部上訴。本題即是『實質上一罪或裁判上一罪之犯罪事實一部上訴』，因此對行使偽造私文書部分提起上訴，上訴審法院亦得審理詐欺罪部分。

故本案如第三審法院認為甲觸犯圖利及洩密罪為一罪，兩部有裁判上一罪之關係，依前述規定，洩密罪部分應視為亦已上訴，第三審法院本得一併審理。雖洩密罪為刑事訴訟法第 376 條不得上訴第三審之案件，惟裁判上一罪之一部得上訴第三審，縱他部不得上訴第三審，實務上仍認全部均得上訴第三審法院（27 渝上 1663 號），因此本題圖利罪為本得合法上訴第三審之案件，基於上訴不可分法理，洩密罪及圖利罪部分，均得受第三審法院審判。故三審法院將一罪之兩部分（圖利罪及洩密罪）全部撤銷發回更審並無違法。

