

《刑法與刑事訴訟法》

一、甲、乙二人長期與 A 有嫌隙，因而二人約好共同教訓 A，某日看見 A 單獨一人在堤防邊散步，於是說好將 A 打成鼻青臉腫的輕傷程度即可（輕傷的故意）後，一齊向 A 跑去。甲先趕到 A 身邊，想用腳踹 A 的腳，卻不小心踹到腹部，當場導致 A 的內臟破裂而死亡，乙隨即趕到而尚未出手。試問甲、乙二人的行為，應如何論處？試根據實務與學說見解詳細分析論述。（30 分）

命題意旨	本題在測驗共同正犯之要件、加重結果犯「行為人不能預見其發生時」要件之解釋、加重結果犯有無共同正犯之適用等爭點。
答題關鍵	本題題目雖然簡短，惟事實部分交代實嫌不足，事實涵攝時易生爭議。本題從經驗法則觀之，欲踹擊他人腳部，似難預見誤踹腰部進而導致他人臟器受損死亡。惟從出題形式研判，嗣後應尚有其他考點，前後呼應。作答上在事實認定部分稍微調整，當不失為「進可攻、退可守」之答題策略。再者，題旨強調「依照實務與學說見解詳細分析論述」，考生作答須同時論及學說與實務見解，方為妥適。
考點命中	1.《高點刑法講義》第三回，任政大編撰，80 頁以下。 2.《高點刑法講義》第四回，任政大編撰，63 頁以下。

【擬答】

(一)甲、乙就甲踹擊 A 之行為，成立刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪之共同正犯(刑法第 28 條參照)：

- 1.按共同正犯係指兩個以上的行為人，基於共同之行為決意，各自分擔犯罪行為之一部，行為人間彼此互為補充，犯罪行為的分工與角色分配的互助合作下，共同實現犯罪行為。再者共同正犯就共同行為決意內之不法構成要件之實現，行為人形成犯罪共同體，著手實行、犯行既遂即以一體認定，此有我國最高法院 28 年上字第 3310 號刑事判例意旨可稽。
- 2.不法構成要件該當性部分，主觀上甲、乙於行為前即有傷害 A 之共同行為決意，具有傷害故意無疑；客觀上雖僅有甲踹擊至 A 腹部之行為，惟甲、乙共同奔向 A 為傷害行為已升高 A 身體法益侵害之風險，足以評價為互為補充之共同傷害行為，且 A 產生傷害結果，傷害行為與結果間具有因果關係、客觀歸責，不法構成要件該當。
- 3.甲、乙俱無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

(二)甲踹擊 A 之行為，致 A 內臟破裂死亡，成立刑法第 277 條第 2 項傷害致死罪：

- 1.按加重結果犯係指行為人所為基本構成要件行為，發生基本構成要件結果以外之加重結果，因基本行為性質上具有特殊的危險性，行為人得預見加重結果之發生，法律特別規定就基本犯罪與加重結果綜合為一獨立犯罪類型，以平衡責任，此參刑法第 17 條「行為人不能預見其發生時」即明。再者，我國實務見解端視其就此加重結果之發生，行為人於客觀情形能否預見斷之，此有最高法院 47 年台上字第 920 號刑事判例可稽。
- 2.查甲使用踢擊踹擊 A 之腳部，題旨就此節事實較為簡略，略有爭議。惟甲係以奔跑、踹擊 A 之手段為傷害行為，方向、力道均顯較一般情形有間，且腹部與腳部位置相距有限，一般人當能合理預見踹擊行為有誤擊腰部、造成臟器受損之可能。職是之故，甲對 A 死亡之結果應具有預見可能性，成立本罪。

(三)乙就甲踹擊 A 之行為，致 A 內臟破裂死亡，不成立犯罪：

- 1.我國學說與實務見解就「加重結果犯有無共同正犯之適用」容有不同見解，分述如次：
 - (1)肯定說：我國實務見解認為加重結果犯與過失犯之概念有間，加重結果犯對於加重結果之發生，並無主觀上之犯意可言，從而共同正犯中之一人所引起之加重結果，仍有共同正犯之適用。差別僅就行為人應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生於客觀情形能否預見而已，此有最高法院 91 年台上字第 50 號刑事判例可稽。
 - (2)否定說：我國學說見解多認為行為人是否得以預見加重結果之發生，本質上仍屬刑法過失之概念。我國法上不承認過失共同正犯，縱使複數行為人皆有過失，至多僅屬過失同時犯，不生共同負擔全部刑責之問題。
 - (3)本文認為加重結果犯「行為人不能預見其發生時」之解釋，不能逸脫刑法過失犯之範疇，否則已逾越衡平原則之規範目的，且過分加重行為人之責任，有悖罪責原則，故本文認應採取否定說為佳。
- 2.本文認加重結果犯並無共同正犯之適用已如前述，乙自無傷害致死罪共同正犯之適用。退步言之，縱使採取肯定說之見解，甲、乙二人於行為前已約定好將 A「打成鼻青臉腫的輕傷程度即可」，當亦難認乙於犯

意聯絡範圍內，得以預見甲使用踹擊方式之誤擊 A 之腰部，當不待言，併予敘明。

二、甲某日於一豪華別墅區設置路障，A 開車回家經此路障無法通行因而下車察看，此時甲即持水果刀出現，逼迫 A 一同前往 A 宅搜取財物，剛進屋中 A 就乘機掙脫甲的控制奔向屋外求救。當時甲雖然看到許多貴重財物，但是由於頗為擔心被捕，只好空手遠離 A 宅，行至不遠處有一間中古機車行，甲向老闆 B 表示欲購買店中的某部機車，所以要先試騎看看，B 同意在其視線範圍內測試，但甲一騎上車後，卻以據為己有之意思，頭也不回地逃離該處。試根據實務與學說見解詳盡分析，本案甲之行為應如何論處？（30 分）

命題意旨	本題在測驗強盜罪與加重強盜罪之要件、中止未遂與障礙未遂之區別、竊盜、搶奪與詐欺罪之區別等爭點。
答題關鍵	本題考點多元，因此在分配作答時間上要慎重，簡要考點可簡短甚至合併作答(如中止犯部分)，涉及實務爭議的考點，縱須兩說併陳，亦言簡意賅即可(如財產犯罪罪名之適用)，方能符合高投資報酬率之答題策略。
考點命中	1.《高點刑法講義》第三回，任政大編撰，41 頁以下。 2.《高點刑法講義》第七回，任政大編撰，35 頁至 71 頁。

【擬答】

(一)甲設置路障妨害 A 道路通行之行為，成立刑法第 304 條第 1 項強制罪：

- 1.按刑法第 304 條之強暴、脅迫，祇以所用之強脅手段足以妨害他人行使權利，或足使他人行無義務之事為已足，並非以被害人之自由完全受其壓制為必要，此有最高法院 28 年上字第 3650 號刑事判例可稽，此與刑法第 302 條剝奪他人行動自由罪有間。
- 2.不法構成要件部分，客觀上甲設置路障妨礙 A 通行，已足以妨害 A 正常通行道路之權利行使，且該設置行為尚不足以剝奪 A 個人之行動自由，主觀上甲對前述事實明知並有意使其發生，具有強制故意，不法構成要件該當。甲無阻卻違法事由且具罪責，成立本罪。

(二)甲持水果刀逼迫 A 前往 A 宅搜取財物之行為，成立刑法第 328 條第 1 項、第 4 項強盜取財未遂罪(刑法第 25 條參照)：

- 1.不法構成要件部分，主觀上甲具有強盜故意，且具不法為自己所有之意圖，客觀上甲使用水果刀逼迫 A 前往 A 宅搜取財物，足以評價為使 A 交付財物之著手實行行為，惟 A 掙扎致甲並未取得財物，僅屬未遂階段，本罪不法構成要件該當。
- 2.甲無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。
- 3.附帶一提的是，我國實務見解有認為區分強盜與擄人勒贖罪，係以是否將被害人擄走脫離其原有處所，使喪失行動自由，而移置於自己實力支配下，為其區別標準(最高法院 98 年台上字第 302 號刑事判決)，且有認為擄人勒贖並不以被擄人與被勒贖人不屬同一人為必要(最高法院 85 年台上字第 3675 號判決)。本案若依照我國實務見解，似有擄人勒贖罪之適用，惟本文認為此項解釋已逾越擄人勒贖之社會文脈，亦有紊亂各罪體系適用之嫌，本文不採之，併予敘明。

(三)甲持水果刀逼迫 A 前往 A 宅搜取財物之行為，成立刑法第 330 條第 2 項之攜帶凶器強盜未遂罪(刑法 321 條第 1 項第 3 款參照)：

按行為人為強盜行為，若攜帶凶器即對被害人生命、身體法益侵害風險大幅提升，我國刑法有加重處罰之規定。再者，對於凶器之解釋，足以使被害人身體、生命有侵害危險者即屬之，此有最高法院 29 年上字第 2476 號刑事判例參照。本案中，甲持有之水果刀已足以升高 A 生命、身體法益侵害之危險，故甲成立攜帶凶器強盜未遂罪。

(四)甲前述行為成立之刑法攜帶凶器強盜未遂罪，並無刑法中止犯之適用(刑法第 27 條參照)：

- 1.按刑法第 27 條中止犯之減輕，以已著手於犯罪之實行，而因己意中止其結果之發生者為限，此有最高法院 48 年台上字第 415 號刑事判例可稽。中止意思之解釋，學理上多以法蘭克公式「非不能也，是不為也」，即行為人對之中止行為出於「自願性」加以判斷。
- 2.本案中，依照題意甲係因為擔心被捕始放棄犯行，就其中止意思部分，其主觀上顯係不能完成犯行，自非出於自願性，依法當無中止犯之適用。

(五)甲藉故試騎機車，以據為己有之意思取走機車，應成立刑法第 320 條第 1 項普通竊盜罪：

- 1.實務與學說見解對竊盜與搶奪罪之區別：

我國實務見解認為搶奪罪係指公然奪取而言，與乘人不知之竊盜罪有間(最高法院 22 年上字第 1334 號刑事判例)。我國學說見解認為搶奪罪係施用不法腕力，相對於此竊盜罪是以和平手段為之，此參刑法竊盜罪並無加重結果犯之規定即明。本文認為區別竊盜與搶奪行為，應依照不同刑法規定之內容適度區別行為類型，採取體系解釋為佳，故應以學說見解較為可採。

2. 實務與學說見解對竊盜與詐欺罪區別：

我國實務見解與學說就竊盜罪與詐欺罪之區別，咸認詐欺罪以施行詐術使人將物交付為其成立要件，而竊盜罪則無使人交付財物之必要(最高法院 33 年上字第 1134 號判例)。其中詐欺罪之交付行為係由於被詐欺人對於該財物之處分而來，即具有處分之「自願性」而言。若不具有交付之自願性，縱使交付行為係因詐術行為，亦僅屬於竊盜，學理上稱為「詐欺式竊盜」。

3. 本案中，甲雖然係公然騎走 B 之機車，惟其並未施用不法腕力，屬於和平之手段，自無搶奪罪之適用；再者甲雖對於 B 佯稱試騎有施用詐術之行為，惟 B 並未將財物基於自願性處分予甲，僅係鬆弛其對自己機車之持有支配關係，當無詐欺罪之適用，故本案中甲應成立竊盜罪無疑。

(六) 競合：

甲成立之強制罪、強盜取財未遂罪、攜帶凶器強盜未遂罪，為法條競合關係，性質上為不真正競合，僅論以攜帶凶器強盜未遂罪已足，與竊盜罪間犯意個別、行為互殊，應論以數罪併罰(刑法第 50 條參照)。

- 三、甲涉及多起重大經濟犯罪遭羈押，但甲對許多案情均拒絕回答，偵查陷於膠著。某日，警方借提甲至警局，並通知甲妻乙亦至警局，希望乙能勸甲說明案情，後警方藉故上廁所離開，甲見四下無人，遂偷偷告訴乙某個藏有鉅額不法所得的秘密人頭帳戶，囑乙想辦法處理。但警方早就在偵訊室桌底下裝設隱藏式竊聽器，這些談話都被錄下，並循線查獲該帳戶。試問，此錄下之談話以及查扣之帳戶資料可否作為將來法院認定甲有罪之證據？(30 分)

命題意旨	本題為修法題，旨在測驗考生對於新修正之通保法掌握程度。
答題關鍵	在答題上應特別注意本次通保法修正所增訂之第 18-1 條之規定，本條規定除了將另案監聽明文化以外，亦將舊法原規定於通保法第 5 至 7 條證據排除之規定，統一移至第 18-1 條第 3 項進行規定，在回答上應援引最新修正之條文規定。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第四回，黎台大編撰，頁 92-94；頁 109-110。

【擬答】

(一) 警方以隱藏式竊聽器所錄得之談話內容，不得作為法院認定甲有罪之證據

1. 按通訊保障及監察法(下稱通保法)第 3 條第 1 項之規定，人與人之間言論及談話，屬於通訊之內容；復依通保法第 13 條之規定，通訊監察之方法，包括以錄音之方法為之。查本案中，警方係以隱藏式竊聽器之方式進行錄音，取得甲、乙之間秘密之談話內容，已符合通訊監察之定義，應受通保法之規範。
2. 另按通保法第 3 條第 2 項規定：「前項所稱之通訊，以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限。」本案中警方設置隱藏式竊聽器地點位於警局，屬於警察勢力控制範圍之下，然管見以為，警察雖將被告帶至偵訊室，惟其並未正式開始偵訊，僅係由其妻子乙與甲進行交談。且觀諸題旨，警察對於妻子乙尚未達到實力支配之程度，並非警察手足之延伸，亦難認妻子與甲交談之時，已屬於功能訊問之範疇。據此，應可認為甲、乙雙方談話之際，該內容仍具備合理之隱私期待。
3. 針對違法之通訊監察，最新修正之通保法於第 18 條之 1 第 3 項規定：「違反第 5 條、第 6 條或第 7 條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第 17 條第 2 項規定予以銷燬。」是警察違法監聽所取得之談話內容，因違反第 5 條、第 6 條之規定，不得採為證據使用，法院不得將此談話內容作為認定甲有罪之依據。

(二) 警方藉由錄得之談話，進而查扣之帳戶資料，依現行法之規定，亦不得作為法院認定甲有罪之證據

1. 警方藉由錄得之談話，所進行之查扣帳戶行為，原屬合法之偵查發動作為，然依通保法第 18 條之 1 第 3 項之規定，違法監聽行為所取得之內容「或衍生之證據」，於司法審判程序，均不得採為證據使用，此乃英美法上「毒樹果實理論」之明文化。據此，查扣帳戶取得之資料，因違法監聽行為所屬衍生之證據，因通保法第 18 條之 1 第 3 項之規定，亦不得作為法院認定甲有罪之證據。
2. 對於上開條文之規定，學說上有不同見解者認為，證據排除之適用應限於「審判中」，然通保法之規定似乎將證據排除之規定擴張於「偵查中」，然此乃不當之規定，蓋偵查發動與證據能力無涉，為避免一次違法之通訊監察而連帶癱瘓刑事追訴，造成「證據禁止」擴張為「偵查禁止」，即使違法發動監聽所取得之

內容無證據能力，偵查機關仍得基此證據發動偵查行為，併予敘明。

- 四、甲、乙涉嫌貪污一併被提起公訴。法官行準備程序時，檢察官所提之證據清單含有檢察官訊問被告乙之訊問筆錄（以下稱證 1）及調查局調查員詢問證人丙（甲之配偶）之詢問筆錄（以下稱證 2）。甲之辯護人抗辯：關於證 1，共同被告乙訊問筆錄，因檢察官未給與甲有詰問乙之機會，因而該筆錄不具證據能力；關於證 2，調查局調查員詢問丙時，既知丙為甲之配偶，卻疏未告以得拒絕證言，因而該筆錄亦不具證據能力。審判期日，乙已棄保潛逃，經法院裁定分離審判。法院以乙無法傳喚而駁回甲之辯護人聲請傳喚證人乙到庭接受詰問之請求。證人丙經法院傳喚到庭，經法院告以得拒絕證言後，丙拒絕證言而未陳述。法院最後仍採認證 1 及證 2 作為甲有罪之證據。試說明法院如此採證之合法性。（30 分）

命題意旨	本題命題上相當靈活，涉及傳聞例外、質問法則以及親屬間拒絕證言權之爭點，答題上建議應分為證 1 與證 2 進行鋪陳，會比較有層次感。
答題關鍵	(一) 證 1 之爭點在於，偵查中是否需要給予被告對質詰問之機會，此涉及實務上補行詰問說之見解，對此應加以闡述。此外，由於審判時共同被告乙棄保潛逃，導致甲無法在審判中補行詰問，此時應討論甲無法為對質詰問可歸責於誰之問題，此涉及質問法則(即對質詰問容許例外)之判斷，考生就此部分亦應加以分析討論。 (二) 就證 2 部分，爭點在於國家機關違反親屬間拒絕證言權告知義務之效果為何。實務對此多採取權利領域理論，亦即第 185 條第 2 項親屬間拒絕證言權仍係保護證人而非保護被告，倘若抓住實務此一脈絡，回答本爭點並不困難。
考點命中	1. 《高點刑事訴訟法講義》第二回，黎台大編撰，頁 78-80。 2. 《高點刑事訴訟法講義》第七回，黎台大編撰，頁 53-58；對質詰問觀點的傳聞法則部分，頁 81-93。

【擬答】

(一) 法院將檢察官訊問被告乙之訊問筆錄(證 1)作為甲有罪之證據，不合法：

- 共同被告乙於偵查中，向檢察官所為不利於被告甲之陳述，應屬傳聞證據，此時應視有無刑事訴訟法(下同)第 159 條之 1 第 2 項傳聞例外之適用。有關共同被告於偵查中向檢察官所為不利他共同被告之陳述，是否須經他共同被告之對質詰問，實務穩定見解認為(最高法院 102 年台上字第 669 號判決參照)，偵查中未必要給予被告對於他共同被告或證人對質詰問之機會，而採取補行詰問說之看法。
- 申言之，實務上強調，偵查中與審判中構造不同，疏難有進行對質詰問之可能，據此，第 159 條之 1 第 2 項之規定，並無限縮檢察官在偵查中訊問證人之程序，應給予被告或其辯護人對該證人或共同被告行使反對詰問之機會，始有證據能力可言。**據此，只要於將來審判中，賦予被告對該證人「補行詰問」之機會，即屬完足調查之證據，得作為裁判之依據。**從而，本案檢察官於偵查中雖未給予被告甲詰問他共同被告乙之機會，仍符合第 159 條之 1 第 2 項傳聞之例外而有證據能力，至於得否作為裁判之依據，應屬合法調查之問題。
- 惟查，審判中行合法調查程序時，乙竟棄保潛逃，致個案中被告甲無法對乙行使對質詰問，此時該證據是否仍得作為法院裁判之依據，應視個案中有無對質詰問之容許例外。**依對質詰問容許例外之「歸責法則」，不利證人不能到庭接受對質詰問，必須是非肇因於國家之事由所致，始有成立容許例外之可能。**本案中，不利證人(即共同被告)乙無法到庭之原因，係因棄保潛逃之故，就此事實，管見以為，國家機關於羈押程序審查時，即應審慎評估個案中有無羈押之「必要性」，倘個案中國家機關錯估羈押之必要性，導致共同被告棄保潛逃之情形，此應屬可歸責於國家之事由，使被告甲無法行時對質詰問權，此時即應認為不符合對質詰問權之例外。職是，本案中未經過合法之調查程序(對質詰問程序)，乙先前於偵查中檢察官前所為之陳述，不得作為法院裁判之依據，法院就證 1 之採證程序不合法。

(二) 法院將調查局人員詢問證人丙之詢問筆錄(證 2)作為甲有罪之證據，應屬合法：

- 調查局人員依現行法之規定無告知親屬間拒絕證言之告知義務
調查局人員，於執行犯罪調查職務時，視同刑事訴訟法上之司法警察官(法務部調查局組織法第 14 條參照)，是調查員於詢問證人丙時，應依司法警察詢問之相關規定為之。其中，**就對證人之告知義務部分，因第 196 條之 1 第 2 項準用第 185 條第 2 項之規定，是調查局人員依法並仍有踐行親屬間拒絕證言權之告知義務**，故本案中，甲丙之間既然有親屬關係，調查局人員疏未告知丙親屬間拒絕證言權，該偵查程序即有違法。

2. 證人得拒絕證言之規定或國家機關之告知義務，僅為保護證人而設

承上所述，國家機關詢問證人時程序雖有違誤，然實務認為，證人與被告有刑事訴訟法第 180 條第 1 項之關係者；證人有同法第 181 條之情形者，應告以得拒絕證言，刑事訴訟法第 185 條第 2 項、第 186 條第 2 項，固分別定有明文。惟證人得拒絕證言及法院或檢察官告知義務之規定，係為保護證人而設，非在保護被告，故得拒絕證言屬於證人之權利，非當事人之被告所得主張。因之，法院或檢察官違反上開告知義務所生之法律效果，僅及於證人，不及於被告。則該證言對訴訟當事人之被告而言，仍具證據能力(最高法院 102 台上字第 146 號判決參照)。

3. 據此，本案中，調查局人員雖未對於證人丙踐行第 185 條第 2 項之告知義務，然就本案被告甲而言，仍不得主張該證人之陳述無證據能力。是以，本案中證人丙於偵查中調查局人員前為陳述，卻於審判中合法行使親屬間拒絕證言權之情形，應適用第 159 條之 2，認為屬於證人前後不一致陳述之情形(最高法院 102 台上字第 953 號判決參照)，在法院認定先前之陳述具有較可信之特別情況下，自得將先前於調查局人員前之陳述採為證據，本案法院就證 2 之採證行為合法。

五、甲明知乙向丙購買海洛因供己施用，竟具狀向檢察官告發乙於 A 時、地販賣海洛因予丙。偵查中，甲以證人身分具結後，證稱：目睹乙於 A 時、地販賣海洛因予丙。檢察官以乙涉嫌販賣海洛因予丙提起公诉後，第一審受命法官於準備程序，以證人身分傳喚甲，甲向受命法官稱：「我痛恨跑法院，審判期日不想再來。」受命法官當場徵得檢察官、被告及辯護人同意，命甲以證人身分具結後，甲仍為同上之證言。乙不服第一審論處其販賣海洛因罪刑之判決，提起上訴。甲於第二審第一次審判期日到庭，具結後再為同上證言。嗣因乙提出甲涉嫌誣告、偽證之告訴，檢察官於偵查中向甲提示相關證據並稱：若於乙販賣毒品案件裁判確定前自白，得依刑法第 172 條之規定減輕或免除其刑；否則，將以偽證、誣告罪起訴，並具體求處重刑。甲認檢察官已掌握相關證據，乃於第二次審判期日到場，以證人身分具結後證稱「乙為供己施用而向丙購買海洛因」。乙經判決無罪確定後，檢察官執甲先後陳述及證言，以甲涉誣告、偽證罪嫌，提起公诉。甲在誣告等案件審理時辯稱，因受檢察官以重刑相脅，並以刑法第 172 條減刑規定勸誘，始為不實陳述，該部分陳述，非出於任意性，應予排除。試問：

- (一) 第一審於準備程序訊問甲是否合法？甲在第一審準備程序所為虛偽陳述，是否成立偽證罪？(30 分)
- (二) 甲先後在偵查、審判中具結後所為虛偽陳述，其罪數？(15 分)
- (三) 甲之誣告、偽證，二罪間關係？(10 分)
- (四) 甲辯稱其在乙涉嫌毒品案件第二審第二次作證時之陳述，因係受利誘而不具任意性，有無理由？(15 分)
- (五) 甲有無刑法第 172 條減輕或免除其刑規定之適用？(10 分)

命題意旨	刑訴部分，第一小題涉及準備程序期前訊問證人之爭議；第四小題則涉及自白法則中，不正方法中所稱之「利誘」應如何解釋之問題。第二及第三小題在測驗偽證罪與誣告罪之罪數與競合。
答題關鍵	刑訴部分，第一小題：由於實務上已有判例就期前訊問之要件加以闡述，因此在回答上只要能該援引判例，並加以於本案中涵攝，即可獲得不錯的分數；第四小題：關於不正方法中「利誘」之解釋，實務判決近來有見解加以闡釋，回答上應對實務見解多加著墨。 第二及第三小題相對於前面考題，屬於較為冷門之考點，在作答上為避免掛一漏萬，穩健的作答方式為兩說併陳，複數作答可以彌補實務見解掌握或學理論述之不足，在作答上為一謹慎賺取基本分之作答方式。 第五小題在測驗個別實務見解，考生僅須掌握規範目的(類似自首的解釋方法)，在作答時僅須提及應如何適用即可。
考點命中	1. 《高點刑事訴訟法講義》第六回，黎台大編撰，頁 57-58；頁 60-62。 2. 《高點刑事訴訟法講義》第七回，黎台大編撰，頁 25-26。 3. 《高點刑法講義》第九回，任政大編撰，42 頁以下。 4. 《高點刑法講義》第九回，任政大編撰，91 頁以下。

【擬答】

(一)第一審於準備程序訊問甲不合法；甲於第一審準備程序所為之虛偽陳述，成立偽證罪

1.本案不符合期前訊問之例外，受命法官不得於準備程序訊問甲

(1)依準刑事訴訟法(下同)第 279 條第 1 項規定，準備程序處理之事項，原則上僅限於訴訟資料之聚集及整理，旨在使審判程序能密集而順暢之進行預作準備，不得因此而取代審判期日應踐行之直接調查證據程序。調查證據乃刑事審判程序之核心，改良式當事人進行主義之精神所在；關於證人、鑑定人之調查、詰問，尤為當事人間攻擊、防禦最重要之法庭活動，亦為法院形成心證之所繫，除依第 276 條第一項規定，法院預料證人不能於審判期日到場之情形者外，不得於準備程序訊問證人，致使審判程序空洞化，破壞直接審理原則與言詞審理原則(最高法院 93 年台上字第 2033 號判例參照)。

(2)依上開判例之意旨，準備程序僅在使審判程序得以密集而順暢之進行所為之預作準備程序，故除有第 276 條之例外情形，否則不得於準備程序進行實質之證據調查。實務上認為，第 276 條規定，預料證人不能於審判期日到場，而受命法官得於審判期日前行準備程序時訊問證人之例外情形，其所稱「預料證人不能於審判期日到場」之原因，須有一定之客觀事實，可認其於審判期日不能到場並不違背證人義務，必以此從嚴之限制，始符合集中審理制度之立法本旨，不得僅以證人空泛陳稱：「審判期日不能到場」，甚或由受命法官逕行泛詞論知「預料該證人不能於審判期日到庭」，即行訊問或詰問證人程序，為實質之證據調查。

(3)據此，本案中甲向受命法官稱：「我痛恨跑法院，審判期日不想再來」等語，難認符合第 276 條所稱之「預料證人不能於審判期日到場」。是本案受命法官僅因甲之空泛陳稱，即對甲進行實質證據調查之訊問程序，即非適法。

2.準備程序中，受命法官仍有命證人具結之權，且該具結效力不因其前訊問不合法而受影響

(1)按刑法上之偽證罪，以於執行審判職務之供屬審判時，證人於案情有重要關係之事項供前或供後具結而為虛偽陳述為其構成要件。所稱之審判時，係指開始審判起至審判終結前之期間，自不以審判期日為限，即使係審判期日前受命法官所為之準備程序(第 279 條參照)，亦為本罪所稱之審判時。

(2)從而，本案甲係於準備程序中具結而為虛偽陳述，應該當偽證罪之構成要件。又本案受命法官於準備程序之採證行為不合法，僅係影響甲具結所為之陳述，得否作為乙涉嫌毒品案件之證據而已，並不影響具結本身之效力。故甲於第一審準備程序所為之虛偽陳述，仍得成立偽證罪。

(二)甲偵查中、審判中具結虛偽陳述之行爲，僅成立一個偽證罪：

1.複數偽證行為究應論以一罪或數罪，容有不同見解：

(1)數罪說：我國學說上亦有認為多次偽證行為，係多次扭曲刑事司法權之運作，應論以複數偽證罪。

(2)一罪說：按偽證罪之罪數以訴訟之件數為準，行為人於同一訴訟案件之偵、審程序多次偽證，因所侵害國家審判權之法益仍屬一個，自僅成立單一之偽證罪，不能因其分別在偵、審程序多次偽證，即認屬連續犯，此有最高法院 72 年台上字第 3311 號刑事判決可稽，本文認為偽證罪之罪數應非以行為次數，而應以待證事實觀之，較為妥適，故本文從之。

2.查本案中甲雖於偵查中、審判中具結後均為虛偽不實之證述，惟偽證罪之保護法益為國家司法權之正當行使，其法益數為集合法益恆屬為一，自僅成立一個偽證罪，而非論以數罪併罰。

(三)甲成立之誣告罪與偽證罪，兩罪間應成立想像競合關係(刑法第 55 條參照)：

1.誣告罪與偽證罪之競合關係，學說上有認為兩罪之保護法益均為司法權之正當行使，應論以法條競合關係，為不真正競合，僅論以誣告罪已足。惟我國實務見解認為意圖他人受刑事處分，向該管公務員誣告案件，告訴人於該案偵審中，先後所為虛構事實之陳述，屬遂行誣告之接續行為。該項陳述，如有經檢察官或法官以證人身分傳訊而具結之情形，即屬一行為同時觸犯誣告與偽證罪名，應依想像競合犯規定，從情節較重之誣告罪處斷，此有最高法院 101 年台上字第 107 號刑事判決可稽。本文認為誣告罪與偽證罪性質容有差異，誣告罪仍帶有「併合理論」之思考，競合關係應論以想像競合關係較為妥適。

2.查本案中，甲成立誣告罪與偽證罪已如前述，誣告罪之保護法益尚帶有保護個人不因他人虛偽申告行為而成為司法決定之被害人，應此兩罪之保護法益不完全同一，應論以想像競合關係。

(四)甲辯稱第二次作證所為之陳述不具任意性，無理由

1.按第 156 條第 1 項所稱不正方法之利誘，係指訊問人員約定給予利益，誘使被告自白之行為。實務上認為，訊問人員係就法律明文規定之減免其刑等利益，以適當之方法曉諭被告，甚或積極勸說，使被告因而坦承犯行者，倘未涉有其他不法，難解為係該條所稱之利誘(最高法院 100 台上字第 2539 號判決參照)。從而，實務對於利誘之認定，僅限於以法律所未規定或不容許之利益為限。

2. 本案中，檢察官於偵查向甲表示，若其於乙涉犯販賣毒品案件裁判確定前，就其偽證犯行自白，得依刑法第 172 條之規定減輕或免除其刑。此一偵查手段，**純係就刑法第 172 條之明文減免其刑之規定，以適當之方法曉諭甲，自難認檢察官之行爲屬於利誘之不正方法。**且查，檢察官在符合第 251 條所稱之「足認被告有犯罪嫌疑者」，本即應依法提起公訴，亦難認檢察官向甲言稱將提起公訴，係除利誘外對被告施以之其他不正方法。據此，乙抗辯其所爲之陳述係出於非任意性，應無理由。

(五) 甲仍應有刑法第 172 條減免其刑之適用：

1. 按刑法第 172 條減刑之規定，其規範目的不專在獎勵犯罪人之悛悔，而要在引起偵查或審判機關之易於發見真實以免被誣告人終於受誣，故不論該被告之自白在審判前或審判中，自動或被動，簡單或詳細，一次或二次以上，並其自白後有無翻異，苟其自白在所誣告之案件裁判確定以前，即應依該條減免其刑，此有最高法院 31 年上字第 345 號刑事判例可稽。再者，行爲人自白之動機，法律上亦無若限制，此亦有最高法院 26 年上字第 1886 號刑事判例參照。
2. 查本案中甲已於另案偵查中自白，且該案係於乙之案件確定前所爲之，符合「於所虛偽陳述或所誣告之案件，裁判或懲戒處分確定前自白者」之要件。再者，甲之自白雖有翻異，否認其所爲之自白，惟規範目的不專在獎勵犯罪人之悛悔已如前述，僅須甲確有違自白，即得使偵審機關易於發現真實，自仍有減免其刑之適用。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！