

《刑事訴訟法》

一、甲經檢察官起訴瀆職罪，在偵查與審判中皆經裁定羈押。審判長在審判中訊問甲時，明白向甲表明：「如果你否認犯行，將繼續羈押且禁見；若坦承犯行，馬上可讓你交保出去」，甲因此坦承犯行。問甲之陳述是否得為證據？法理基礎為何？（25 分）

命題意旨	測驗考生對於不自證己罪概念之保護範圍之理解。
答題關鍵	本題應指明縱然是文明手段強迫被告陳述，仍屬不自證己罪之違反，此為答題之核心。
高分閱讀	1.王兆鵬老師著，刑事訴訟中被遺忘的權利-緘默權，《月旦法學雜誌第 145 期》，2007 年 6 月出版，頁 171~190。 2.王兆鵬老師著，不自證己罪保護之客體，載於《臺灣本土法學雜誌 95 期》，2007 年 6 月出版，頁 67~75。 3.金台大，刑訴總複習講義第一回，頁 26~29。(相似度 100%)

【擬答】

本題中，甲之陳述係違反不自證己罪原則所取得，應不得作為證據，分述如下：

(一)不自證己罪之憲法位階

我國憲法無不自證己罪之規定，惟從我國相關大法官解釋及美國憲法增修第 5 條及日本憲法 38 條等等可知不自證己罪乃現代法治國家普遍之基本權利，從我國大法官解釋字第 392 號等，亦應可得出此為憲法所保障之基本權利。

(二)不自證己罪之概念

- 1.所謂不自證己罪，乃於刑事程序中，不得強迫被告成為對自己不利之證人。此概念應包含：(1)不得以刑求或不人道方式強迫被告陳述。(2)不得因被告拒絕陳述而對其為刑事處罰。(3)不得因被告保持緘默而對其作不利之推斷。
- 2.另，參酌美國法及日本法之看法可知，不自證己罪之保障，即賦予被告擁有緘默權。
- 3.承前，進一步言，不自證己罪（緘默權）所禁止之強迫，即使以「文明」、「大多數人認可的方式」強迫人民陳述，亦在禁止之列。因為國家機關已製造外力影響人民陳述，應認為違反不自證己罪。
- 4.參考美國聯邦最高法院見解：「依照不自證己罪原則，被告因為得到直接或間接之承諾、受脅迫或不當影響而陳述，不論其程度多輕微，都不得作為證據。因為法律無法評估外在影響的強度，也無法判斷該影響對被告心志造成的影響，只要訊問者使用任何程度的影響，自白即應排除」。

綜上，學說上認為，人民的陳述自由，應該是完全的自由，國家機關不得製造任何外力以影響人民之陳述自由。

(三)本案分析

本案例中，審判長向甲表示，若否認犯行將繼續羈押且禁見；若坦承犯行，可以交保。此實已構成法院製造外而影響被告甲之陳述自由，雖然羈押及決定是否令被告禁止接見本係法院之職權，惟依此作為條件而使被告自白，即如前述學說所云係以「文明」之手段強迫被告自白，自己違反不自證己罪原則，亦即破壞被告緘默權之保障。

(四)綜上所述，本案例中，審判長為如題示之表示，已不當製造外力影響被告甲之陳述，所取得之被告甲之陳述，因違反不自證己罪原則及緘默權之保障，故不得作為證據。

二、甲乙原是舊識，一日，兩人因細故起衝突，甲憤而隨手拿起在旁之鐵器猛擊乙之頭部，乙應聲倒地，甲乘隙逃逸。乙之子丙獲悉趕至，見伊父乙昏倒地上乃予扶起並延醫救治，未幾乙甦醒，丙即向之詢問究竟，乙告以經過始末，同時指明係甲所為。翌日，乙因腦出血不治死亡。檢察官以甲逃逸無蹤，乃蒐集有關證據並以丙其人為證據方法之一，認甲有殺人罪嫌，將之提起公訴。法院審理中，丙經傳喚不到，而將乙所告知之前述經過內容以書面提出於該法院。嗣丙因與甲為民事上之和解，遂移民他國不歸，甲經法院傳喚則到庭並坦承檢察官之起訴事實無訛在案。

問：審理之法院得否以前揭丙之書面陳述內容為甲該犯罪行為認定之依據？試就問題所涉之相關法理詳予說明。(25 分)

命題意旨	測驗同學是否熟悉「傳聞證據」之概念及「傳聞例外」之運用。
答題關鍵	「臨終陳述」乃我國法未明文，但是外國法普遍承認之例外，宜引出我國實務如何操作此問題。
高分閱讀	1.陳運財老師，「傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討」，載於《臺灣本土法學雜誌第 94 期》，2007 年 5 月，頁 129~130。 2.金台大，刑訴總複習講義第一回，頁 108。(相似度 100%) 3.金台大，刑訴總複習補充資料。

【擬答】

本題中，丙之書面（下稱系爭書面）內容屬於傳聞證據，能否作為甲犯罪行為認定之依據，端視系爭書面是否符合傳聞例外，茲分述如下：

(一)傳聞證據之概念

參考最高法院 93 台上字 117 號判決，傳聞證據應符合以下三個要件：

- 1.審判外陳述。
- 2.被告以外之人陳述。
- 3.舉證之一方引述該陳述之目的係用以證明該陳述所直接主張內容之真實性。

(二)系爭書面應屬傳聞證據

本題中，系爭書面乃於審判外製作，且係被告甲以外之人之陳述，且引用該陳述之目的，乃用以證明甲犯罪行為之存在，亦即用以證明該陳述所直接主張內容之真實性，據上而論，系爭書面屬於傳聞證據。

(三)傳聞證據排除法則及例外規定

- 1.依刑事訴訟法（下稱本法）第 159 條「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」，此即傳聞證據排除之規定，除非屬於條文中「法律有規定」之情形，亦即傳聞例外之情形，否則傳聞證據即無證據能力。
- 2.本題中，原始證人乃是乙，於死亡前向丙所為之陳述，而丙將之載於系爭書面提出於法院，如前所述，此為傳聞證據，本無證據能力，惟，外國法承認此種臨終陳述之傳聞例外，然我國法卻無相關規定承認此種例外。但實務見解卻有認為可類推本法第 159 條之 3 規定，承認此種傳聞例外，參見最高法院 96 年台上字 4064 決「（一）被告以外之人於審判中到庭所為之陳述，如非其本人所親自聞見或經歷之事實，而係轉述其他被告以外之人親自聞見或經歷之供述為其內容，具結所為之陳述，乃屬傳聞供述，其證據能力之有無，現行刑事訴訟法就此並未規定（參見日本刑事訴訟法第 324 條第 2 項）。此傳聞供述，能否成為傳聞之例外，賦予其證據能力，宜解為應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 之規定，以原供述之其他被告以外之人，已供述不能或傳喚不能或不為供述為前提，並以其具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，始得為證據。」。
- 3.從而，系爭書面能否成為傳聞之例外，需以原供述之其他被告以外之人，已供述不能或傳喚不能或不為供述為前提，並以其具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者。

(四)本題分析

本題中，乙已經死亡，而傳聞證人丙傳喚不到，且已移民他國不歸，且乙於陳述時，應可認為具有可信之特別情況，且為證明甲犯罪事實存否所必要，綜上所述，系爭書面業符合本法第 159 條之 3 規定之要件，而得類推本法第 159 條之 3 規定，賦予系爭書面證據能力。

(五)綜上，丙之書面雖屬傳聞證據，但依實務見解，類推本法第 159 條之 3 規定，仍得作為甲犯罪行為認定之依據。

三、甲男與乙女均明知對方為有配偶之人，於屏東市投宿旅館通姦，為乙女之夫丁當場查獲，甲男與乙女惱羞成怒，當場聯手毆傷丁男。甲男之妻丙女先委任律師對乙女自訴通姦罪，並對甲男告訴通姦罪。乙女之夫丁男亦委任律師對甲男自訴通姦罪及傷害罪，並對乙女告訴通姦罪及傷害罪。第一審言詞辯論終結前，丙女對乙女撤回自訴。丁男則對乙女撤回告訴。請詳附理由解答下列問題：

(一)檢察官對丙女告訴甲男通姦罪應如何處理？（5 分）

(二)法院就丙女自訴乙女通姦罪及丁男自訴甲男通姦罪與傷害罪應如何處理？(20 分)

命題意旨	測驗同學對於「告訴及自訴不可分」之熟練程度。
答題關鍵	本題看似單純，實則暗藏爭點，除基本之「告訴」、「自訴不可分」相關爭點，如釋字第 569 號解釋外，應特別留意被害人對共犯分別提出告訴及自訴時，對於提出自訴之共犯，因受對他共犯所提告訴之不可分效力影響，而產生告訴與自訴競合之情形，倘能發現此爭點，即有可能拿到 15 分甚至更高。
高分閱讀	史奎謙《圖說系列-刑事訴訟法(II)》(高點文化出版)，P.1-30~1-35。

【擬答】

(一)檢察官於丙女對甲男提出通姦罪告訴後即應開始偵查，惟待丁男對甲男合法提起通姦罪自訴後，即應停止偵查，將案件移至丁男所提自訴案件之繫屬法院，茲詳述理由如后：

1. 丙女對甲男所提之告訴為合法：

甲男與乙女均明知對方為有配偶之人仍行通姦，已構成刑法第 239 條之通姦罪，而丙女既屬甲男配偶，依刑事訴訟法（下稱本法）第 234 條第 2 項規定，為專屬告訴權人，故丙女先委任律師對甲男提出通姦罪告訴，為合法告訴，檢察官基於本法第 228 條第 1 項之法定偵查義務，應於丙女提出告訴後開始偵查。

2. 丁男對甲男提出自訴後，應有本法第 323 條第 2 項之適用：

惟依本法第 323 條第 2 項規定，檢察官開始偵查後，如知有告訴乃論之罪經犯罪之直接被害人提起自訴之情形者，應即停止偵查，將案件移送法院。本案中，甲男與乙女通姦，故乙女之配偶丁男亦屬甲男觸犯通姦罪之直接被害人，復因通姦罪屬告訴乃論之罪，故丁男對甲男提出通姦罪之自訴即屬本法第 323 條第 1 項但書之情形，依同條第 2 項規定，檢察官雖因丙女對甲男提出通姦罪告訴而開始偵查，仍應於丁男對甲男提出自訴後，停止偵查，將案件移送至丁男自訴案件之繫屬法院。

(二)茲就法院對丙女自訴乙女通姦罪及丁男自訴甲男通姦罪與傷害罪應為之處理，分述如后：

1. 丙女自訴乙女通姦罪：

(1)丙女對甲男提起通姦罪告訴時，依本法第 239 條告訴不可分之規定，告訴效力及於乙女，此時丙女可否另對乙女提起通姦罪自訴，學說及實務有不同見解：

A. 多數意見認為，既本法第 323 條第 1 項但書已給予告訴乃論之罪被害人較大之自訴權限，不受同條項本文之限制，是縱同一被害人先提起告訴，只要檢察官尚未偵查終結，被害人應皆得另行提起自訴，故雖丙女對甲男之通姦罪告訴效力及於乙女，惟因丙女係同時對乙女提起自訴，檢察官甚至尚未開始偵查，故丙女之自訴應為合法。

B. 少數意見認為，基於公訴優先原則，於被害人決定行使告訴權後，即不應允其行使自訴權，故丙女對甲男之通姦罪告訴既已及於乙女，則不得再對乙女另行自訴。管見以為，應以多數意見為妥，蓋本法第 323 條第 1 項但書之立法意旨相當明確，即立法者欲予告訴乃論之罪被害人較大之程序選擇自由，特別是自訴權之行使，故於現行法下，丙女仍可對乙女另行自訴。惟少數說之意見，如考量自訴制度之存廢，於未來立法方向上亦值參考。

(2)另應敘明者，依本法第 321 條規定，對於配偶不得提起自訴，而早期實務見解，如最高法院 29 年上字第 2333 判例及 29 年非字第 15 號判例，皆認通姦罪既屬絕對告訴乃論之罪，則應擴張本法第 239 條「告訴不可分」之適用範圍，使通姦罪之被害人因不得對配偶提起自訴，亦不得對相姦者提起自訴，此即實務發展出之「不得自訴之不可分」原則；倘依此見解，則丙女既不得對配偶甲男提起自訴，則其對相姦者乙女所提之自訴亦不合法。惟司法院大法官後於釋字第 569 號解釋中，認上開實務見解「對人民之自訴權增加法律所無之限制，應不再援用」，故應回歸本法第 321 條規定，丙女僅不得對其配偶甲男提起自訴，但對相姦者乙女所提自訴仍為合法。

(3)丙女對乙女合法提出自訴後，於第一審辯論終結前撤回自訴，符合本法第 325 條第 1 項之規定，故生撤回之效力；而自訴撤回後，案件繫屬消滅，基於控訴原則下不告不理之要求，法院不得為任何裁判，否則即屬本法第 379 條第 12 款「未受請求之事項予以判決」之當然違背法令，僅須依本法第 325 條第 3 項，由書記官將撤回自訴之事由通知被告即可。

2. 丁男自訴甲男通姦罪與傷害罪：

(1)甲男先與乙女通姦，再於丁男發現後另行起意加以毆傷，故通姦行為與傷害行為於實體法上應屬數罪併

罰，程序法上亦非單一案件，亦即丁男對甲男通姦罪及傷害罪之自訴應為二案件；且因通姦罪與傷害罪皆屬告訴乃論之罪，依本法第 323 條第 1 項但書之規定，雖丁男對乙女所提之通姦罪與傷害罪告訴，其告訴效力皆因第 239 條之規定而及於甲男，惟如上述多數意見及管見，丁男仍得以直接被害人身份對甲男提起此二罪之自訴，此點合先敘明。

- (2) 丁男對甲男所提之通姦罪自訴，與上述丙女對乙女通姦罪之自訴相同，因釋字第 569 號解釋意旨而屬合法自訴，後丁男雖撤回對乙女之通姦罪告訴，惟丁男對甲男所提者為自訴而非告訴，且依本法第 239 條但書，對於配偶撤回通姦罪之告訴，撤回效力本不及於相姦人，故丁男對甲男之自訴不受任何影響，法院應對此自訴案件為有罪與否之實體判決。
- (3) 丁男對甲男所提之傷害罪自訴是否合法，主要爭議為丁男是否因不得對其配偶乙女提出傷害罪自訴，而不得對共犯甲男提出自訴；雖釋字第 569 號解釋僅針對通姦罪解釋，惟就不應將本法第 239 條「告訴不可分」之規定擴大為「不得自訴不可分」之見解，大法官之立場於通姦罪與傷害罪並無二致，且釋字第 569 號解釋亦明文宣告最高法院 29 年上字第 2333 號判例不再援用，故丁男雖依本法第 321 條不得對乙女提起傷害罪自訴，仍得對傷害罪之共犯甲男提起傷害罪自訴，不受第 239 條告訴不可分之規定影響。
- (4) 丁男撤回對乙女之告訴，是否影響丁男對甲男之自訴，亦有爭議。丁男對乙女提出傷害罪告訴時，依第 239 條告訴不可分之規定，效力及於甲男，故當丁男對乙女撤回傷害罪告訴時，撤回效力及於對甲男之告訴，固無疑問，惟此時丁男對甲男之自訴是否受告訴遭撤回影響，即非無疑。而管見以為，既然立法者透過第 323 條第 1 項但書之規定，使告訴乃論之罪之被害人提起自訴時，不受先前告訴之影響，則於現行法下，對於告訴乃論之罪經合法提起之自訴，亦不應受告訴遭撤回之影響，故丁男對甲男之合法自訴不受丁男撤回對乙女告訴之影響，法院仍應對甲男毆打丁男是否構成傷害罪為實體判決。

四、甲因被訴偽造有價證券，羈押中。民國 96 年 12 月 15 日，第一審宣判決甲有罪：

- (一) 甲當庭以言詞聲明不服提起上訴，經記載於筆錄後，復於法定上訴期間內，向第一審法院提出上訴書，表示不服原審判決，提起第二審上訴，未言及其他。問第一審法院應如何處理？（5 分）

- (二) 若甲於其上訴書中除表示提起上訴外，分別執行下列各項之一為上訴理由：1. 僅指摘「原判決採證違背經驗法則」。2. 僅指摘「依原判決認定之犯罪事實，甲犯罪情節較共同正犯乙為輕，原判決卻對甲量處較重之刑」；實際上，原判決事實所認定甲、乙犯罪經過、情節相同，理由中量刑時對甲、乙均引用刑法第 57 條之抽象條文以為相同之概括說明。3. 主張證人丙於警詢之陳述係屬傳聞，應無證據能力，並指摘原判以甲明知其情，卻未於原審言詞辯論結終前聲明異議，且經審酌認為適當，而採信丙警詢供述作為證據，有違證據法則云云；實際上，甲於原審言詞辯論結終前確明知上情但未聲明異議。4. 僅指摘原判決引用未經提示之筆跡鑑定報告為認定甲有罪之證據，係採證違法；實則原審就該鑑定報告已踐行合法之調查程序。問第二審法院應如何處理？試分別敘述之。（20 分）

命題意旨	測驗同學對於第二審採覆審制觀念是否正確。
答題關鍵	本題看似複雜，實則以「覆審制下之第二審應如何審理」為貫穿軸心，倘考生對於覆審制之觀念正確，則對於第二子題所列之四種情形，即可一以貫之。
高分閱讀	史奎謙《圖說系列-刑事訴訟法（II）》（高點文化出版），P.5-1～5-6。

【擬答】

- (一) 第一審法院應先待甲於上訴期間屆滿後 20 日內補提上訴理由，倘逾 20 日仍未補提，第一審法院應定期間先命補正，倘甲仍未補正，則第一審法院應速將該案卷宗及證物送交第二審法院。茲詳述如后：

- 依刑事訴訟法（下稱同法）第 361 條第 2 項，上訴書狀應敘述具體理由，復依同條第 3 項，上訴書狀未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後 20 日內補提理由書於原審法院。逾期未補提者，原審法院應定期間先命補正，故第一審法院應先等待甲於上訴期間屆滿後 20 日內補提上訴理由，倘逾 20 日甲仍未補提，則第一審法院應定期間先命補正。
- 惟若甲逾第一審法院命補正期間而仍未補提上訴理由者，其效果為何，並非無疑。依本法第 361 條第 3 項之增訂理由：「...雖已逾法院裁定命補正期間，並不當然發生失權效果，在法院尚未據以為裁判前，仍得

提出理由書狀以爲補正，乃屬當然...」，足證上訴人即使未於原審法院裁定命補正期間補提理由書，仍得於第二審法院判決前補提之，故第一審於甲經命補正仍未補正後，即應依同法第 363 條第 1 項之規定，速將該案卷宗及證物送交第二審法院，由第二審法院決定是否應依第 367 條「上訴書狀未敘述理由」之規定，以判決駁回甲之上訴。

(二)關於上訴制度之設計，立法上主要有三種不同之設計，包括覆審制、續審制與事後審制；我國現行法於第二審所採之制度爲覆審制，意指重複第一審之審判程序，著重於事實的重新審理，不受第一審判決認定之拘束，此點可由本法第 364 條之規定得證；於被告上訴爲合法之前提下，倘第二審認定被告上訴無理由，應依本法第 368 條以判決駁回上訴，倘認被告上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判決有其他不當或違法者，應依本法第 369 條第 1 項將原審判決經上訴之部分撤銷，自爲判決；復依最高法院 47 年台上字第 484 號判例，所謂第二審法院認爲上訴無理由者，應以判決駁回之，係指第一審判決與第二審審理結果所應爲之判決相同者而言，易言之，即使被告所提之上訴要旨不能成立，但若第二審認定第一審判決確有違法或不當時，二審範圍仍應於上訴範圍內自爲判決，不得以判決駁回之。茲就題意所示 4 種上訴理由，第二審法院應爲之處理，分述如后：

1. 僅指摘「原判決採證違背經驗法則」：

倘第二審認定此上訴理由尙未達本法第 361 條第 2 項所要求之「具體」程度，而認應視爲未提出上訴理由者，則應依第 367 條之規定命甲補正，敘明原審何項採證違背經驗法則及如何違背，倘甲逾期仍未補正，則第二審應以判決駁回；倘甲有補正或第二審認定甲之指摘已屬具體，則應依第 364 條之規定重新踐行審理程序，認定第一審判決是否違法或不當，再視認定結果，依上述原則分別適用第 368 條或第 369 條而判決駁回或撤銷第一審判決。

2. 僅指摘原判決「對犯罪情節較輕處以較重之刑」：

第二審應就事實部分重新審理，認定甲乙之犯罪情節是否確實相同，倘第二審認定之結果與第一審有所不同，則不論第一審係如何引用刑法第 57 條之抽象條文說明，亦不論第一審是否確有輕罪重判之情形，第二審皆應撤銷第一審判決，依其所認定之甲、乙犯罪情節，自爲認罪科刑之判決。反之，倘第二審認定事實與科刑結果與第一審相同，則應以判決駁回甲之上訴。

3. 僅指摘「丙之傳聞陳述被納爲證據」：

第二審因不受第一審判決認定拘束，故對於丙之警詢陳述，縱甲於第一審言詞辯論終結前未聲明傳聞證據應予排除之異議，只要甲於第二審言詞辯論終結前，以本法第 159 條第 1 項爲由聲明異議，第二審即不得依第 159 條之 5 第 2 項之規定，視甲已同意丙之警詢陳述得爲證據。由於甲已於上訴理由中主張丙之警詢係傳聞陳述，應無證據能力，故第二審應認甲未爲第 159 條之 5 第一項之同意，故倘因此而使第二審之判決結果異於第一審，則應認甲之上訴有理由，撤銷第一審判決而自爲判決。

4. 僅指摘「引用未經提示之筆跡鑑定報告做爲證據」：

由於第二審採覆審制，應重新踐行證據調查程序，故第二審應依法定程序重新提示該筆跡鑑定報告，使該鑑定報告取得證據能力，而第二審於踐行此法定程序後，仍應視第二審之認事用法是否與第一審相同，倘相同，則第二審應依第 368 條判決駁回甲之上訴，反之，倘第二審之判決結果異於第一審，則縱使第一審亦已踐行合法之證據調查程序，第二審仍應就上訴範圍撤銷第一審判決，自爲判決。