

《刑法與刑事訴訟法》

一、甲向曾在○○農會信用部服務過的乙詢問搶劫此農會信用部的可能性，乙告訴甲有關農會信用部的作業情形。甲說服丙共謀搶劫計畫，由丙事先偷走他人停放路邊的機車，得手後置放在甲住處。行搶前一天，丙的父親住進加護病房，丙告訴甲無法參加搶劫。甲缺錢孔急，獨自騎乘丙偷來的機車前往○○農會信用部，入內以幾可亂真的金屬製玩具槍抵住櫃檯前的客戶 A，對行員 B 大喊「給錢馬上走」，B 立刻將平時防搶的玩具鈔丟給甲，甲拿到一疊上面有農會信用部封籤的玩具鈔，轉身朝門口跑，卻遭到趕來現場的警察逮捕。原來乙得知甲決定行搶後，心生不安，透過他人向警察通報。試問：

(一) 甲之刑責如何？(10 分)

(二) 乙之刑責如何？得否主張減免刑責？(10 分)

(三) 丙的刑責為何？(10 分)

命題意旨	本題為萬年考古題的變化題，旨在測驗同學對於下面考點的熟稔度： 一、強制罪與剝奪行動自由罪之區辨？ 二、強制罪與恐嚇罪之競合？ 三、強盜取財罪之強制手段的對象有無限定？ 四、持用玩具手槍行搶，可否認係「至使不能抗拒」呢？ 五、金屬製的玩具槍，可否該當兇器？ 六、欲搶農會現鈔，卻搶得農會預備防搶的玩具假鈔，究該當強盜取財罪之既遂或未遂？ 七、承上，欲搶現鈔，卻搶得農會預備防搶的玩具假鈔，可否主張刑法第 26 條規定而不罰？ 八、幫助犯之中止未遂與準中止未遂之區辨？ 九、共同正犯關係脫離的概念與評價
答題關鍵	建議依各別刑事案件發生之時間序列按照犯罪論理的檢驗順序逐次評價。
考點命中	1. 《高點刑法經典題型精解》，金律師編著，頁 2-151、2-149、8-74、8-85~8-92。 2. 《高點刑法總則經典題型》，金律師編著，頁 9-40。 3. 《高點刑法分則經典題型》，金律師編著，頁 7-85~7-101。 4. 《高點刑法&刑訴-申論題實戰解析》，頁 1-57、1-145。 5. 《來勝刑法精要》，金政大編著，頁 1-78、1-96、1-102、1-162、2-44、2-46。

【擬答】

(一) 甲之刑責：

1. 甲以金屬製玩具槍抵住 A，僅能論以強制罪(刑§304)，不能論以剝奪他人行動自由罪(刑§302 I)以及恐嚇危害個人安全罪(刑§305)。理由如下：

- (1) 本題，甲以幾可亂真的金屬制玩具槍抵住 A，客觀上，乃是以行動之方式，將加害於被害人 A 之生命、身體法益的資訊傳達予被害人，使其產生畏怖心或恐懼感的行為，該當刑法第 305 條恐嚇危害安全罪所定「以加害生命、身體之事恐嚇他人致生危害於安全」的要件。
- (2) 又，甲此舉，核諸吾人之經驗認知，無非在於迫使被害人 A，放棄其原本所為之事，聽從甲之指使，否則將立即加害 A 之生命或身體，核屬以行動方式，將不利於被害人生命或身體法益的惡害訊息告知予被害人，使其心生畏懼或有所顧忌，迫使其不得不聽使行為人的指示，受行為人操控的脅迫行為；同時，甲之舉動，不僅使得 A 不得不放下手邊的事務，聽從其指示，更妨害 A 行使其使用農會或與農會交易的權利，該當刑法第 304 條強制罪所定「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利」的要件。
- (3) 至於，甲以幾可亂真的金屬制玩具槍抵住 A，客觀上，無非在於以將加害於其生命或身體之事恐嚇 A，迫使 A 不得不聽從其指示，企圖將 A 個人之身體行動自由置於自己實力支配掌握之下，形式上似該當刑法第 302 條妨害自由罪所定「其他非法方法，剝奪人之行動自由」的要件。惟依實務見解，刑法第 302 條第 1 項之剝奪行動自由罪，條文既云「拘禁」、「剝奪」，性質上自須其行為持續相當之時間，始

能成立。本題，甲之行爲，旨在用以要脅 B 交付財物，雖難免對於 A 的人身自由造成拘束，但從題示，甲對於 A 的人身自由的拘束，不過瞬間而已，自不能成立奪剝他人行動自由罪，祇能成立刑法第 304 條之強制罪。

- (4) 至於甲以幾可亂真的金屬制玩具槍抵住 A，同時該當刑法第 304 條強制罪與第 305 條之恐嚇罪，應如何競合，不無問題。惟依實務見解認為，如果對於他人之生命、身體等以現實之強暴脅迫手段加以危害要挾，而使人行無義務之事或妨害人行使權利，應構成刑法第 304 條之強制罪，毋需論以恐嚇危害安全罪。據此，甲以幾可亂真的金屬制玩具槍抵住 A，其目的既在於使 A 行無義務之事或妨害 A 行使權利，自僅能論甲以刑法第 304 條之強制罪。

2. 甲以金屬製玩具槍抵住 A，喝令農會行員 B 給錢，構成加重強盜取財未遂罪(刑§330 II)。理由說明如下：

- (1) 按意圖為自己或第三人不法之所有，攜帶兇器而著手實行以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付，終未能既遂者，為加重強盜未遂罪。刑法第 330 條第 2 項、第 328 條、第 321 條第 1 項第 3 款，第 25 條規定，定有明文。
- (2) 客觀上，甲以幾可亂真的金屬制玩具槍抵住 A，固該當對 A 犯強制罪之犯行。問題是，甲對 A 犯強制罪之目的，乃在藉以要脅 B 交付財物，則甲所為對 B 是否該當對 B 施用脅迫之行爲？對此，依照通說之見解，刑法對強盜罪之強暴或脅迫的規範重點，不在於行爲人施用強暴或脅迫行爲的對象為何人，而是在於行爲人所為的強暴或脅迫行爲是否足以壓制被害人之抗拒或使被害人身體上或精神上處於不能抗拒狀，從而，縱使是對第三人施用強暴或脅迫，例如，行爲人持刀架在來訪的客人脖子上而使主人驚懼不已，只要行爲人的舉動，是在向擬予強盜取財的對象，傳達一項足以使其產生畏懼心理的加害通知，壓制其意思的形成自由，使行爲人擬予強盜取財之對象的精神處於難以抗拒狀態者，即該當強盜罪之脅迫行爲。基此，甲以幾可亂真的金屬制玩具槍抵住 A，藉以要脅 B 交付財物，對於 B 而言，亦該當施用脅迫之手段。
- (3) 惟甲用以要脅 B 所使用的工具，從題所示，乃是一把不具殺傷力的玩具槍，能否該當以脅迫方法至使他人不能抗拒，不能無疑。對此，依實務見解，強盜罪之所謂「不能抗拒」，祇須行爲人所為之強暴、脅迫等不法行爲，就當時之具體事實，予以客觀判斷，足使被害人身體上或精神上達於不能或顯難抗拒之程度，即足當之¹。據此，本題甲用以要脅 B 的工具雖係玩具槍，但依題示，甲所持的金屬製玩具槍既幾可亂真，顯非一般人所能輕易辨識該槍之真假，且面對他人持槍相脅，一般人均不能或顯難抗拒，是甲基於強盜之故意，持玩具槍抵住 A，藉以要脅 B 的舉動，應認係對 B 著手實行客觀上，足以使 B 喪失抗拒能力的脅迫行爲，並已然至使 B 不能抗拒。
- (4) 又，依題示，B 受甲之要脅後，「B 立刻將平時防搶的玩具鈔丟給甲」，顯見甲主觀所欲強盜的現鈔，最後所取得者，僅為毫無價值之玩具鈔，是否該當強盜取以之既遂，學理上容有疑義。有學者主張，強盜或竊盜客體之「他人之物」並不以具有財產價值者為限，只要該物對於持有者而言，具有一定之重要意義以及主觀之價值性即該當本罪之客體。據此，本題甲從 B 處所取得之玩具鈔，縱為該農會作為偷天換日以防搶之用，仍具一定之價值，仍為強盜罪之客體，從而應認甲所為業已該當強盜既遂²。惟本文認為，縱或認為系爭農會用以防搶的玩具鈔，仍得該當本罪之行爲客體，惟從題示，該農會備置的玩具鈔並非甲意圖強盜取財的客體，即甲對於 B 所交付的玩具鈔根本沒有為自己或他人不法所有之意圖，所以還是不能以甲已搶玩具鈔而論甲以強盜既遂。且依向來之實務見解，欲搶黃金，因物主事先掉包，僅搶得石頭者，不能該當強盜既遂，僅能論以強盜未遂而已³，益證甲所為，只能論甲以強盜取財未遂。
- (5) 再者，甲所持以施用脅迫 A、B 二人的工具為玩具手槍，可否認係刑法第 321 條第 1 項第 3 款之「兇

¹ 98 台上 192。

² 謝開平，〈輕微案件在刑法上之處理—以最高法院 70 年台上字第 7323 號判例作為檢驗對象〉，58 卷 4 期，2007 年 04 月，頁 53-64。

³ 70 台上 7323 判例：刑法第 26 條但書所謂不能發生犯罪之結果者，即學說上所謂之不能犯，在行爲人方面，其惡性之表現雖與普通未遂犯初無異致，但在客觀上則有不能與可能發生結果之分，本件原判決對於上訴人邱某搶奪部分，既於事實認定被害人翁某已預先掉包，故上訴人搶奪所得為石頭一袋而非黃金等情。而理由內亦說明上訴人邱某意欲搶奪黃金，因被害人事先防範換裝石頭，未達目的，而又無危險，顯屬不能犯，自應依刑法第 26 條但書減免其刑，乃原判決竟以普通未遂犯處斷，自屬不合。（本則判例於民國 95 年 8 月 22 日經最高法院 95 年度第 16 次刑事庭會議決議自 95 年 7 月 1 日起不再援用。）

器」，學理上容有疑義。依實務見解，所謂兇器，其種類並無限制，凡客觀上足以對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之器物均屬之，且祇須著手時攜帶此種具有危險性之兇器為已足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要⁴。本題，甲持供犯強盜罪之前揭金屬製玩具槍一支，縱經鑑定結果，認其不具殺傷力，惟依題示，其既屬金屬製品，當具一定的重量，如以該槍枝敲打肉身可致傷，在客觀上足以對人之生命、身體、安全構成威脅，依實務見解，自屬兇器無疑。

(6)承上所述，甲以金屬製玩具槍抵住 A，喝令農會行員 B 給錢，不僅對於 A 而言，該當強制罪(刑§304 I)。對於 B 而言，甲所為，客觀上亦同時該當加重強盜取財未遂罪(刑§330 II)之要件；主觀上，甲亦有攜兇器犯強盜罪之故意，以及為自己不法所有之意圖，自該當加重強盜取財未遂罪犯行。

- 3.問題是，甲對於 A、B 二人所犯之二罪，應如何競合？不無疑義。有主張因甲以金屬製玩具槍抵住 A，喝令農會行員 B 給錢，雖可認係出於一個法律意義的一行為，但因其行為業已侵害 A、B 二個不同人格之意思自由以及財產法益，應依刑法第 55 條規定想像競合犯之規定，從重論以加重強盜未遂罪。惟依最高法院二十八年上字第三八五三號判例意旨『認以強暴、脅迫使人行無義務之事，如係使人交付財物或藉以取得不法利益，即應成立強盜罪名，不得論以刑法第三百○四條之強制罪』。基此，對甲所為，僅能論以加重強盜取財未遂罪。
- 4.另外，從題示，B 受甲的脅迫後，乃是按照先前的教育訓練，遇有盜匪行搶時，即刻交付予用以防搶的玩具鈔，則甲脅迫 B，至使不能抗拒，而取得者，既是農會平時用以防搶的玩具鈔，根本不能發生取得他人財物的結果，則甲得否主張刑法第 26 條不能未遂之規定而不罰，即不能無疑？蓋依刑法第 26 條規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」本題，從題旨，甲之行為，自始不能構成強盜取財之既遂無疑，但有無危險，須再進一步加以認定，而關於有無危險之判斷，依實務，係採具體危險理論，即以一般人立於行為人行為時之立場所認識之事實及行為人所特別認識之事實為基礎，再以一般經驗法則判斷有無（具體）危險。若判斷的結果為無危險，則為不能未遂，若有危險，則為普通未遂。本題，甲搶劫該農會時，主觀上乃認為農會櫃檯內置的錢袋，乃為現金，從而甲亦自認為 B 所交付者為現鈔，且任何一般人立於甲之立場，亦均會認其所搶得者為現鈔，從而從一般人之經驗認知而言，甲所為必然對於農會之財產，具有相當之危險性，故甲所為不能成立不能未遂，只能論以普通未遂。
- 5.至於丙偷走他人停放路邊的機車的行為，乃是按照甲、丙二人所訂的共同強盜農會財物的犯罪計畫所為，故可認為甲有將丙竊盜機車的行為，視同自己之共同犯罪行為的意思，縱甲未分擔實行竊取機車之行為，對丙竊車之行為，仍應成立竊盜罪之(共謀)共同正犯。只是，丙竊車之目的，在於用以助成甲、丙共同的強盜犯行，核屬甲、丙二人所擬共犯強盜罪之預備行為。只是，對於甲所犯之共同竊盜罪，以及加重強盜未遂罪，應如何競合？不無疑問。對此，本文認為應將上開前後二段犯罪事實，當成一個單一整體的犯罪行為過程，依刑法第 55 條規定，從重論甲以加重強盜未遂罪。

(二)乙所為構成幫助強盜未遂罪，但得依刑法第 27 條第 2 項後段準中止犯規定，減免其刑。理由如下：

- 1.依題示，當甲向曾在農會信用部服務過的乙詢問搶劫此農會信用部的可能性，乙應知甲主觀上已然具有強盜的故意，卻仍告訴甲有關農會信用部的作業情形，乙之所為，按諸經驗，必然有助於甲搶劫農會既遂，至少會強化甲強盜農會的決心，自該當幫助他人犯罪之行為；又從題示，甲亦有實行強盜未遂之行為，且甲所為之搶劫農會的行為，客觀上難謂與乙所提供的訊息無因果關係；主觀上，乙提供甲有關農會信用部的作業資訊予甲時，具有幫助甲強盜既遂的故意，只是最後甲既未能犯強盜既遂，基於幫助犯的限制從屬性理論，乙行為仍構成幫助強盜未遂罪。
- 2.惟依刑法第 27 條第 2 項規定：「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同(第 1 項)。前項規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，或結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之(第 2 項)。」而依通說，於幫助犯之情形，幫助者的己意中止行為，必須有效地阻止被幫助者捨棄犯罪的繼續實行，或者有效地防止犯罪結果的發生，始能成立中止犯。此外，幫助犯亦與共同正犯或教唆犯同樣存有準中止犯的情形。關於幫助犯的中止未遂與準中止犯，兩者均有刑法第 27 條第 2 項的適用。
- 3.依題示，乙得知甲決定行搶後，心生不安，透過他人向警察通報，固可認為乙係出於自主的動機，自願地放棄幫助他人犯罪既遂的意思，以及實施客觀上足以防止被幫助者犯罪既遂的行為；但從題示，經乙通報後趕來的警察，既係於甲完成強盜行為之後始趕至將甲逮捕，並未能有效地阻止被幫助者完成強盜的行

⁴ 最高法院一〇一年度台上字第二八九號刑事判決。重製必究！

為，同時甲所為之強盜取財行為之所以未能既遂，未能發生搶劫農會財物的結果，乃是因為 B 所交付予甲的是「農會平時防搶的玩具鈔」所致，與乙所為的通報警察行為，毫無因果關係，故無中止犯減刑規定適用之餘地。

4. 惟甲之所以強盜未既遂，雖與乙之行為欠缺因果關聯性。但依題示，乙既於得知甲決定行搶後，心生不安，透過他人向警察通報。按諸經驗，應可認為乙已然基於己意中止的意思，積極地採取客觀上足以有效防止甲犯強盜既遂之行為，符合準中止未遂犯之「已盡力」的要件，故應認乙得依刑法第 27 條第 2 項後段規定，主張減免其刑。

(三)丙之刑責：

1. 丙偷走他人停放路邊的機車之行為，該當竊盜既遂罪(刑§320 I)。同時，丙所為，既係依照甲、丙二人之共同犯罪計畫，為實現共同搶劫農會之目的所實施的準備犯強盜罪之行為，故丙偷機車之行為，亦同時構成預備強盜罪(刑§328 V)。
2. 至於丙雖然有與甲共謀搶劫農會之行為，但之後丙既有告知丙告訴甲無法參加搶劫農會的表現，即無須對於甲之後所犯強盜未遂的行為負責。蓋依學理，**共同正犯中之一人，於犯罪完成前，放棄犯意而從共同正犯關係脫離者，謂之「共同正犯關係之脫離」**。本題，丙係在他共同正犯甲著手實行犯罪前表示不再參與共同盜取財的計畫，係屬「共同正犯關係之著手前脫離型」或謂「共謀關係之脫離」，而依學理，行為人只要於共謀後、著手實行前，有向他共同正犯表示脫離之意思，不論其他共同正犯是否瞭解，均不用為脫離之後其他共同正犯的行為負責。據此，丙與甲共謀搶劫農會後，在甲著手實施搶劫農會之前，即已通知甲取消參與搶劫計畫，則甲應能瞭解丙不欲與其共同實施搶劫農會的意思，故應認丙已自甲丙二人的共同正犯關係中脫離，自然不能要求丙為甲所為的加重強盜取財未遂罪負共同正犯之責。
3. 綜上，丙所為，僅同時構成竊盜罪與預備強盜罪，二者應依刑法第 55 條想像競合規定，從一重處斷。

二、甲與 A 發生糾紛，而起殺害 A 之念頭。甲以專業能力，製作出致命之毒藥；然後邀 A 到家中用餐，A 同意赴約。A 抵達甲宅，當摻有毒藥之晚餐上桌後，A 剛舀起一匙食物，尚未入口就皺眉表示，腹部開始嚴重疼痛，再三向甲道歉就迅速離開甲家就醫。

甲深怕自己犯行東窗事發，連餐桌食物與剩餘毒藥都沒月收拾，就匆忙出門，前往好朋友乙家。乙招呼甲進門後，甲告知毒害 A 之經過，乙基於兩人情誼，遂安排甲至南部乙所有的農莊避風頭，並提醒甲先趕緊回家「妥善處理」家裡的毒藥與摻有毒藥的晚餐。甲回家後將剩餘毒藥與摻有毒藥之晚餐，帶去處理有毒化學物品之處，妥善處理完畢。試問：

(一)甲之行為，在刑法上應如何論處？(14 分)

(二)乙之行為，在刑法上應如何論處？(16 分)

命題意旨	本題是萬年考古題，旨在測驗同學對於下面考點的熟稔度： 一、未遂犯之構成要件。 二、湮滅刑事證據罪的客體。 三、藏匿人犯罪之構成要件。 四、教唆他人湮滅自己犯罪證據之刑責。
答題關鍵	建議依各別刑事案件發生之時間序列按照犯罪論理的檢驗順序逐次評價。
考點命中	1.《高點刑法經典題型精解》，金律師編撰，頁 2-132~2-149、8-74、8-85~8-92。 2.《高點刑法總則經典題型》，金律師編撰，頁 9-1~9-27。 3.《高點刑法總則經典題型》，金律師編撰，頁 15-23~15-38。 4.《高點刑法&刑訴-申論題實戰解析》，金律師編撰，頁 1-57、1-204。 5.《高點刑法精要》，金政大編著，頁 1-73、1-232。

【擬答】

(一)甲之刑責：

1. 甲將摻有毒藥之晚餐提供予 A 食用，該當殺人未遂罪(刑§271 II)。蓋依題示，既無 A 死亡的結果，甲所為即無由構成殺人既遂罪；主觀上，甲有殺 A 既遂故意；客觀上，甲將摻有毒藥之晚餐上桌，使之置於 A 可以隨時取用的狀態，依據主觀與客觀混合的著手理論之見解，已可認為甲已依據其主觀的犯罪計畫而開始實行足以直接導致殺人罪之構成要件實現的行為，自得認甲已著手於殺人行為的實行，完全該當殺人未遂罪之要件。

版權所有，重製必究！

2. 甲回家後將剩餘毒藥與摻有毒藥之晚餐，帶去處理有毒化學物品之處，妥善處理完畢，不成立湮滅刑事證據罪(刑§165)。因為，甲家中所置放的「剩餘毒藥與摻有毒藥之晚餐」固然係得用以證明甲犯殺人未遂罪之刑事案件證據。但此等證據對於甲個人而言，乃係關係「自己」刑事被告案件之證據，而非「關係他人刑事被告案件之證據」，欠缺本罪之行爲客體適格，自無由構成本罪。
3. 小結：綜上述，甲先後所爲，僅成立殺人未遂罪。

(二)乙之刑責：

1. 乙安排甲至南部乙所有的農莊避風頭，該當藏匿人犯罪(刑§164 I)。蓋依實務見解，刑法第 164 條第 1 項之所謂「藏匿犯人」係指藏匿已經犯罪之人而言（最高法院三十三年上字第一六七九號判例）；又此之所謂「犯人」不以起訴後之人爲限，故凡觸犯刑罰法規所規定之罪名者，不問其觸犯者係普通法或特別法、實質刑法或形式刑法，只須其爲實施犯罪行爲之人，且所犯之罪不問是否發覺或起訴或判處罪刑，均屬此之所謂「犯人」⁵。至所謂「藏匿」，則指收容隱藏，使偵查機關不易發覺之行爲，例如：提供藏身處所是。
2. 本題，甲係屬殺人未遂罪之犯罪嫌疑人，該當本罪之行爲客體；又乙安排甲至南部乙所有的農莊避風頭的行爲，乃是將甲收容隱藏於特定處所，使偵查機關難於發覺的藏匿犯人之行爲，故該當本罪。
3. 乙提醒甲先趕緊回家「妥善處理」家裡的毒藥與摻有毒藥的晚餐，不成立教唆他人湮滅刑事證據罪(刑§165、29)。蓋乙提醒甲先趕緊回家「妥善處理」家裡的毒藥與摻有毒藥的晚餐，固該當教唆甲湮滅甲自己所犯殺人罪之證據的行爲。但基於「教唆犯從屬性原則」，倘被唆人所爲不構成犯罪者，教唆者亦不成立犯罪。而依前述，正犯（即被教唆人）甲湮滅關係甲自己涉案之證據的行爲，並不成立犯罪。職是，乙教唆甲湮滅甲自己之犯罪證據之行爲，因被教唆者不成立犯罪，教唆行爲即無所附麗，故亦不成立本罪之教唆犯。
4. 小結：綜上述，甲先後所爲，僅成立藏匿人犯罪。

三、檢察官偵辦被告甲涉嫌違反著作權法案件，經傳喚證人乙（即甲之胞弟）爲證，依刑事訴訟法第 185 條第 2 項及第 186 條第 2 項之規定，告以其得拒絕證言，乙表明願意作證後，檢察官乃令乙具結陳述而取得不利於甲之證言。案經偵查終結，提起公訴。第一審法院審理中，檢察官爲實行公訴，自行囑託 A 國立大學爲鑑定，提出由該大學出具之鑑定報告書一份，作為甲侵害著作權之證據，並聲請詰問證人乙。乙到庭後，以其與被告甲爲親兄弟拒絕證言。試問：

(一) A 國立大學出具之鑑定報告得否作為證據？（15 分）

(二) 法院對於乙行使拒絕證言權，應如何處理？（15 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學對於下面考點的熟稔度： 一、以鑑定報告作為裁判之基礎之合法性要件。 二、於偵查程序放棄拒絕證言權後，再於審判程序中主張拒絕證言權的合法性。
答題關鍵	建議依各別刑事案件發生之時間序列按照犯罪論理的檢驗順序逐次評價。

【擬答】

(一) A 國立大學出具之鑑定報告不得作為證據。理由如下：

1. 按鑑定人爲法定的證據方法，鑑定人，包含鑑定機關在內，乃「人」之鑑定方法，原則上與證人的證據方法相同，必須具結、出庭及受詰問，其所爲之鑑定始能作為裁判之基礎。
2. 問題是，於機關鑑定的場合，亦即法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關（或團體）爲鑑定，或審查他人之鑑定時，應否命實際上實施鑑定之自然人具結？本法並未明文規定。雖刑事訴訟法第 208 條第 1 項規定：「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體爲鑑定，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爲之。」據此，於機關鑑定時，若須以言詞報告或說明時，法院「得命」受囑託機關實施鑑定或審查之「自然人」爲之。而在法院命該自然人言詞爲之的情況下，該人爲受（詢）詰問之對象，並負具結義務（刑訴§§208 II、163 I、166~167-7、202）。惟從上開規定的文義形式以觀，於機關鑑定，實際上實施鑑定的自然人要否出庭，並非本諸法律規定，而是取決於法院的裁量。此際，倘若囑託機關鑑定，但未命實際鑑定人具結，其鑑定有無證定能力？容有疑義。
3. 對於上開問題，實務見解認為：「我國刑事訴訟法所謂之「鑑定」，除選任自然人充當鑑定人外，另設有囑

⁵ 最高法院 87 年度台上字第 757 號判決。

託機關鑑定制度。法院或檢察官依刑事訴訟法第二百零八條規定囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定時，祇須其以言詞或書面提出之鑑定報告，符合同法第二百零六條第一項、第二百零八條所規定之形式要件，即具有證據能力，此即屬刑事訴訟法第一百五十九條第一項所稱「法律有規定」之特別情形。而受託從事鑑定之機關、團體提出之鑑定報告，其證明力如何，則由法院本於確信自由判斷，如其所為判斷，並不違背經驗法則及論理法則，即不得指為違法⁶。」

- 4.再者，「囑託機關鑑定，並無必須命實施鑑定之人為具結之明文，此觀刑事訴訟法第二百零八條第一項，已將該法第二百零二條（鑑定人之具結義務）之規定排除，未在準用之列即明。此與同法第二百零八條第二項明定，於實施鑑定之人為言詞報告或說明時，準用該法第二百零二條規定，顯屬有別。因之，囑託機關鑑定雖未命實施鑑定之人具結，其鑑定不得指為無證據能力。⁷」
- 5.本題，A 國立大學之鑑定報告書，既係第一審法院審理中，「檢察官」為實行公訴，自行囑託 A 國立大學為鑑定而提出，形式上符合刑事訴訟法第二百零六條第一項、第二百零八條所定之要件，縱然檢察官於囑託 A 國立大學鑑定時，責令實施鑑定之人具結，依前開實務見解，仍具有證據能力。
- 6.然對於上開實務見解，有不同意見認為，鑑定人就其鑑定結果簽章、具結，無異以其專業聲譽來擔保鑑定之專業性、可靠性及公正性，欠缺具結就等於是欠缺擔保。縱於機關鑑定的場合，由於實際上實施鑑定的，乃是自然人，為擔保其鑑定結果的專業性、可靠性及公正性，同有命其具結的必要；再者，法院若欲採納其對被告不利的鑑定意見時，尚必須命實施鑑定或審查之人出庭，讓被告行使其詰問權，否則即未經具結的鑑定，以及未經被告詰問的鑑定意見，均不應認其具有證據能力。基此，A 國立大學出具之鑑定報告，因未經實施鑑定之人的具結，亦未令被告對之行使其詰問權，自不得以該鑑定報告，作為裁判之基礎。亦值傾聽。

(二)法院對於乙行使拒絕證言權之處理：

- 1.證人本應負擔實陳述證言之義務，惟證人如與當事人具有刑事訴訟法第一百八十八條所定一定身分關係之情形，難免互為容隱，欲求據實證言，顯無期待可能性，法律乃賦予其得為拒絕證言之特權。**此種特權，並非絕對性**，故如證人放棄其特權，其證言仍具有容許性，但必須證人主張其特權，始得拒絕。是證人於作證時，祇須釋明其與訴訟當事人間有前述一定之身分關係，即得主張概括拒絕證言，法院或檢察官即應予許可，不得再行訊問或詰問。證人於依法行使其一定身分關係之拒絕證言權時，應認其證言義務之解除條件已成就，法院或檢察官不得強使證人為證言，否則不啻剝奪其此項特權，所取得之證人證言，因違反法律正當程序，不論是否出於蓄意而為，概不具證言容許性，應予排除。此與同法第一百八十一條免於自陷入罪之拒絕證言權，必先有具體問題之訊問或詰問，始生證人如陳述證言，可能因揭露犯行而使自己或與其有前述一定身分關係之人受刑事訴追或處罰之危險者有別，從而主張免於自陷入罪拒絕證言之證人必須接受訊問或詰問後，針對所問之個別問題，逐一分別為主張此項特權，再由審判長、受命法官或檢察官依刑事訴訟法第一百八十三條第二項規定為許可或駁回之處分，不得泛以陳述可能致其或一定身分關係之人受刑事訴追或處罰為由，概括行使拒絕證言權，拒絕回答一切問題。是以，享有上開兩項拒絕證言權之證人，設若放棄其一定身分關係之特權，自不得概括拒絕證言，但如已主張該項特權者，法院或檢察官即不得再就個別問題為訊問或詰問，使其為證言⁸。
- 2.本題，證人乙為被告乙之胞弟，同時享有刑事訴訟法第 180 條第 1 項第 1 款之「基於特定身分關係的拒絕證言權」，以及第 181 條之「免於自陷入罪之拒絕證言權」。乙到庭後，以其與被告甲為親兄弟拒絕證言，乃是主張「基於特定身分關係的拒絕證言權」。
- 3.問題是，乙先前於偵查程序中既已表示放棄行使拒絕證言權，卻於審判程序中主張要行使其拒絕證據權，是否合法？對此，刑事訴訟法並無明文。本文認為，拒絕證言權乃是證人之權利，特別是刑事訴訟法第 185 條第 2 項規定，乃基於法律不強人所難的道理，使得與被告或自訴人具有特定身分關係者，得拒絕證言，以免身處人倫與法律交戰的窘境。從而，於刑事訴訟程序中，是否行使其身為證人之拒絕證言權，證人恆享自主的決定權，不能強行剝奪之。基此，縱使證人於偵查程序中，曾自主地放棄其拒絕證言權的行使，並依法具結後作證陳述。之後，再於審判程序復行主張，或許有礙於真實的發現，但現行法既未禁止曾放棄拒絕證言權之證人再行主張行使拒絕證言權，基於權利限制的法律保留原則，應認乙於審判中行使拒絕證言權仍屬合法，法院不能禁止乙行使其拒絕證言權。

⁶ 最高法院一〇二年度台上字第一四〇〇號、一〇〇年度台上字第四三一五號判決。

⁷ 最高法院九十七年度台上字第三八六一號判決。

⁸ 最高法院一〇一年度台上字第五七六三號判決。

4. 綜上，當乙於審判中而欲行使其拒絕證言權時，法院不能逕以乙曾於檢察官偵訊時放棄拒絕證言權為由，而駁回之。至於，乙應將拒絕之原因加以釋明，乃屬當然（刑訴§183 I 本）。
5. 至於乙於法院審理中，行使其拒絕證言權後，法院得否以其於偵查中向檢察官所為的證述，作為裁判的基礎，學理上容有疑問。對此，就法律規定的形式以觀，乙向檢察官所為之陳述，既本諸自由意志，且經具結，應無顯不可信之情況，依刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項規定，應得為證據。然有不同見解，認為從拒絕證言權的規範意旨而觀，似又不應容許法院以其於檢察官前所為的陳述，作為審判的基礎，更何況乙之證言，未經被告甲之詰問，其真實性亦值懷疑傾聽。

四、甲犯強盜罪且造成被害人死亡，檢察官乃以強盜致死罪將甲起訴。第一審法院認甲之犯行成立，論以強盜致死罪，科處無期徒刑。案經第一審法院依職權逕送上訴，第二審法院認甲所犯之行為事實，應成立強盜殺人罪，且甲罪大惡極，乃撤銷第一審判決，改依強盜殺人罪判處死刑。經第三審法院進行死刑辯論，認甲之犯行，第二審判決論以強盜殺人罪，容有疑慮，尚應查明，乃撤銷原判決發回更審。第二審法院審理後，亦認甲所犯為強盜致死罪，但改判量處死刑。試問：

(一) 第二審法院之更審判決是否違誤？（15 分）

(二) 更審判決經上訴第三審，第三審法院應如何處置？（15 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學對於下面考點的熟稔度： 一、不利益變更禁止原則之適用。 二、更審判決經上訴第三審，第三審法院應如何處置。
答題關鍵	建議依各別刑事案件發生之時間序列按照犯罪論理的檢驗順序逐次評價
考點命中	《高點刑法&刑訴-申論題實戰解析》，金律師，頁 3-148。

【擬答】

(一) 第二審法院之更審判決違背不利益變更禁止原則。理由如下：

1. 第二審法院判決經上訴第三審，為第三審法院廢棄發回第二審法院更審時，訴訟繫屬回歸第一審法院判決上訴後繫屬第二審法院之狀態，更審法院得就第一審法院判決上訴的部分為證據的調查與判決，惟應受第三審法院廢棄發回更審判決理由中所表示之法律見解的拘束，同時不得違反不利益變更禁止原則。
2. 依題示，第三審法院之所以撤銷原判決發回更審，乃認「甲之犯行，第二審判決論以強盜殺人罪，容有疑慮，尚應查明」，因而發回更審。再依題示，更審法院審理後，既認甲所犯為「強盜致死罪」，而非原本第二審法院所認定之「強盜殺人罪」，即難謂更審法院之判決有違反第三審法院廢棄發回原審判決意旨之處。
3. 問題是，更審法院審理結果，對於甲所為犯行雖與第一審法院的判決為相同之認定，均認甲係犯「強盜致死罪」，但卻量處死刑，重於第一審法院所量處的無期徒刑，是否違反不利益變更禁止原則，不能無疑。討論如下：

- (1) 依刑事訴訟法第 370 條規定，「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」是為「不利益變更禁止」原則，其規範目的在於防止被告因為畏懼受更不利之上訴審判決，因而放棄上訴權之行使。而依通說，此項原則的適用之要件有三：其一、須由被告上訴或為被告之利益而上訴且上訴有理由；其二、檢察官或自訴人未合法為被告之不利益而上訴；其三、非因原審判決適用法條不當而撤銷原判決。
 - (2) 又依刑訴法第 344 條第 5、6 項規定，「宣告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應不待上訴依職權逕送該管上級法院審判，並通知當事人」、「前項情形，視為被告已提起上訴。」據此以言，法院判處被告死刑或無期徒刑，乃為最不利被告之判決，此時，第一審法院判處甲無期徒刑後依法所為的職權上訴，在解釋上，乃係「被告上訴或為被告之利益而上訴」。
 - (3) 再依題示，第一審法院判決後，檢察官並未對於該判決為被告之不利益而提起上訴；同時，更審法院既與第一審法院為相同的事實認定，認甲係犯強盜致死罪(刑§328 III)，而非強盜殺人罪(刑§332 I)，顯見更審法院之所以撤銷第一審判決，並非因原審判決適用法條不當而撤銷之。
 - (4) 承上述，更審法院對於本案之審理判決，有不利益變更禁止原則的適用。從而更審法院在認定甲所犯係「強盜致死」後，即無由判處甲更重於第一審法院所量定之無期徒刑的死刑，然更審法院卻改判量處死刑，顯有違背不利益變更禁止原則的違誤。
4. 綜上述，更審法院判決違背不利益變更禁止原則。

版權所有，重製必究！

(二)更審判決經上訴第三審，第三審法院應為處置：

- 1.首先，第三審法院應撤銷更審判決。蓋依刑訴法第 397 條規定：「第三審法院認為上訴有理由者，應將原審判決中經上訴之部份撤銷。」本題，更審判決既違背不利益變更禁止原則，即屬判決不適用法則之違背法令的判決，所以第三審法院應認更審法院之職權上訴為有理由，自得將更審判決中經上訴的部分撤銷。
- 2.其次，第三審法院要考慮者，乃是要撤銷改判，或廢棄發回。蓋依刑事訴訟法第 398 條至 401 條規定，第三審法院於撤銷更審判決之後，要非撤銷改判(刑訴§398)，即須依撤銷發回。然因更審法院無管轄錯誤或不當與否的問題，從而第三審法院將更審判決撤銷後，不生依刑事訴訟法第 399 條、第 400 條規定撤銷發回的問題。
- 3.問題是，法院撤銷該違法之更審判決之後，得否再依刑事訴訟法第 401 條規定，再度(二度)發回更審或發交審判，學理上容有不同見解。雖然向來實務見解向持肯定的見解，認為撤銷發回制度並無次數的限制問題。但反對見解則從憲法保障刑事被告適時審判請求權立場出發，主張「在法律保留原則以及比例原則的規制下，即使依照現行刑事訴訟法的規定，最高法院「最多」僅能撤銷發回更審「一次」而已⁹。 (...)更審判決再上訴者，對之即不能再援用刑訴法第 401 條規定，再為(第二次)撤銷發回更審的裁判。¹⁰」
- 4.如果第三審法院不能對於更審法院再廢棄發回，在撤銷違法的更審判決之後，唯一所能考慮的即是「撤銷改判」。縱使肯定向來實務可以無限制撤銷發回更審的作法，理論上亦只能在未能依刑事訴訟法第 398 規定撤銷改判的前提下始能為之。
- 5.而依刑訴法第 398 條規定：「第三審法院因原審判決有左列情形之一而撤銷之者，應就該案件自為判決。但應為後二條之判決者，不在此限：一、雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者。 (...)」據此，如果第三審法院認為更審判決雖有違背不利益變更禁止原則，但不影響於事實之確定，且可據以判決者，自得將更審判決判處死刑的刑部分撤銷，然後以更審判決所認定的事實為基礎，就量刑的部分，在不利益變更禁止的前提下，本諸罪責原則、平等原則，在審酌一切與被告量刑相關的事實、情狀之後，改判量處無期徒刑或其他輕於無期徒刑判決之刑。

五、甲為偽造高手，某日意圖供行使之用而偽造 A 名義之信用卡一張，交付與乙供其使用。乙在偽卡背面簽 A 之名字，即持卡至商店購買手機一只，並在刷卡簽帳單上冒簽 A 名，交與店員而得手。A 收到信用卡帳單時，向信用卡發卡銀行 B 詢問，B 始發現此事，即向警方提出告訴。警察傳喚 A 及商店負責人 C 到警察局製作筆錄，A 及 C 也向警方提出告訴。經警循線追緝乙到案，據乙供稱，信用卡為甲偽造，交伊使用。但甲已逃逸無蹤。案經檢察官將乙提起公訴。準備程序時，乙未到庭，受命法官因 A 表示審判期日無法前來開庭，而決定當庭訊問 A。審理終結，合議庭採認 A 於準備程序之訊問筆錄及其他證據，判處乙有期徒刑一年。乙判決確定入監服刑時，甲因另案被提起公訴。法官以證人身分傳喚乙到庭說明甲偽造信用卡之事。乙到庭表示要行使拒絕證言權而拒絕回答任何問題。法官最後採認乙先前確定判決卷內警詢筆錄之陳述作為甲有罪之證據。

(一)問甲、乙二人之刑責各如何？(30 分)

(二)又本案應沒收何物？(10 分)

(三)試評釋合議庭採認 A 於準備程序之訊問筆錄之合法性。(20 分)

(四)試評釋法官採認乙先前確定判決卷內警詢筆錄之陳述作為甲有罪證據之合法性。(20 分)

命題意旨	<p>本題是萬年考古題，旨在測驗同學對於下面考點的熟稔度：</p> <p>一、先製造偽造信用卡，後交付偽造之信用卡於他人之競合。</p> <p>二、在偽造信用卡背面冒簽他人名義的評價。</p> <p>三、在信用卡簽帳單上冒簽他人名義之評價。</p> <p>四、偽造署押、偽造私文書與行使行為的競合。</p>
------	---

⁹ 從此以言，根本不生「限制」最高法院撤銷發回次數的問題，因為所謂的「限制」次數者，係以原本最高法院「可以」實行的次數過多為前提，覺得過多不妥，所以才要加以限制。但經本文之分析，最高法院就「只能撤銷發回「一次」而已，第二次以上的發回行為，都是欠缺可以發回的法律依據，所以都是違憲的行為，因此，不生限制發回次數的問題。

¹⁰ 潘怡宏，論最高法院反覆發回更審實務之違憲問題，台灣法學，第 207 期，2012 年 9 月 1 日，頁 99。

	五、行使偽造信用卡、偽造文書與詐欺取財罪之競合。 六、一般沒收規定(刑§38)與特別沒收規定(刑§205、219)。 七、準備程序之受命法官逕行訊問證人之合法性。 八、拒絕證言權之行使。 九、警詢筆錄之證據能力問題。
答題關鍵	建議依各別刑事案件發生之時間序列按照犯罪論理的檢驗順序逐次評價。
考點命中	1.《高點刑法經典題型精解》，金律師編著，頁 7-68。 2.《高點刑法總則經典題型》，金律師編著，頁 19-6。 3.《高點刑法分則經典題型》，金律師編著，頁 16-62。 4.《高點刑法&刑訴-申論題實戰解析》，金律師編著，頁 3-148

【擬答】

(一)甲、乙二人之刑責：

1.甲之刑責：

- (1)甲偽造 A 名義之信用卡，該當刑法第 201 條之 1 第 1 項之偽造信用卡罪。
- (2)甲將其所偽造之 A 名義之信用卡一張，交付與乙，供其使用，該當刑法第 201 條之 1 第 2 項之交付偽造信用卡罪。
- (3)甲先偽造再交付 A 名義之信用卡的行為，核係前後二個行為，實現二個犯罪構成要件，但甲犯行所該當之二罪的構成要件，具有法益保護的同一性，論以後行為所成立之交付偽造信用卡罪的不法內涵以及罪責內涵，已足以涵蓋前行行為所成立之偽造信用卡罪的不法內涵，故僅論甲以交付偽造信用卡罪，即為已足，甲先前行為所犯之偽造信用卡罪，為學理上所謂之「不罰或與罰之前行為」。

2.乙之刑責：

- (1)乙收受甲所交付之偽造信用卡，該當意圖供行使之用，而收受信用卡罪(刑§201-1 II)。
- (2)乙在偽卡背面簽 A 之名字，該當偽造署押罪(刑§217 I)以及偽造私文書罪(刑§210)，但僅能論以偽造私文書罪。蓋乙在偽卡背面簽 A 之名字，乃是無製作權而擅自製作他人名義之署押，自該當偽造署押罪(刑§217)之要件；又依實務見解，在信用卡背面簽名欄簽名，自形式上整體觀察，即足以知悉係表示信用卡之簽名者於信用卡有效期限內有權使用該信用卡之辨識及證明，並非依習慣或特約表示一定用意之證明，性質上係屬刑法第二百十條之私文書¹¹。據此，乙在 A 名義的偽造信用卡背面簽名欄偽簽 A 之姓名，應成立刑法第 210 條之偽造私文書罪。再者，由於乙所偽造的署押，乃與其於信用卡背面簽名欄簽名所構成偽造文書罪結合成為一體，依通說以及實務之見解，均僅直接論乙以偽造私文書罪，無再論以偽造署押罪的必要。
- (3)乙在偽卡背面簽 A 之名字，即持卡至商店購買手機一只，乙在信用卡的刷卡簽帳單上冒簽 A 名，交與店員而得手，該當偽造署押罪(刑§217 I)、偽造私文書罪(刑§210)，以及二個行使偽造私文書罪(刑§216)，行使偽造信用卡罪(刑§201-1 II)、詐欺取財罪(刑§339 I)，但僅能論以一個行使偽造信用卡罪。
 - ①乙在信用卡的刷卡簽帳單上冒簽 A 名，該當偽造署押罪(刑§217 I)。又依實務見解，持信用卡刷卡簽帳購物，於刷卡簽帳單簽署購貨者之姓名，依其上文字，已明顯顯示係刷卡消費簽帳之文義，該當私文書的概念，從而乙在信用卡的刷卡簽帳單上冒簽 A 名，該當偽造私文書罪(刑§210 I)。由於乙所為偽造 A 之署押，乃與乙所為的偽造文書合為一體，僅能論以偽造私文書，無庸再論以偽造署押罪的必要。
 - ②乙持偽卡至商店購買手機一只，乃是將該偽造的信用卡以及信用卡背面簽名欄之偽造 A 之名義的簽名，充當真正的信用卡以及私文書，而以該信用卡與私文書通常之使用方法加以利用，提示予商店，並主張其內容之行為，同時該當「行使偽造信用卡罪」(刑§202-1 II)以及「行使偽造私文書罪」(刑§216)。又乙在信用卡的刷卡簽帳單上冒簽 A 名後，交與店員，乃是向店員主張其所偽造之私文書係屬真正的行為，該當行使偽造私文書罪(刑§216)。由於三罪係基於同一之行為，不論認二者之競合關係為想像競合或法條競合，因前者之不法以及罪責內涵，較重於後二者，故僅能論以行使偽造信用卡罪。
 - ③又，乙持偽卡至商店購買手機一只，乃是對於店家傳達錯誤的訊息，令店家陷於錯誤，誤信乙所持有的

¹¹ 最高法院九十七年度台上字第二〇〇七號刑事判決。

信用卡為真正，乙為有權使用該信用卡之人，進而將其財物(手機一只)交付予乙，使乙取得該財物的行為，該當施用詐術使店家陷於錯誤，因而為物之交付的詐欺取財既遂罪(刑§339)。

- ④承上述，乙所為，同時構成行使偽造信用卡罪以及詐欺取得既遂罪，由於行使偽造信用卡所侵害的法益為公共信用與交易安全，而詐欺罪則為個人之財產法益，二者保護之法益不同，故兩罪應依刑法第55條想像競合犯規定，論以行使偽造信用卡罪。

- (4)綜上述，乙收受甲所交付之偽造信用卡後，在偽卡背面簽 A 之名字，再持卡至商店購買手機一只，並在刷卡簽帳單上冒簽 A 名，交與店員而得手，先後行為分別形式上雖應分別論以「收受信用卡罪」、「偽造私文書罪」，以及「行使偽造信用卡罪」，但因乙先後之行為，均在侵害同一之公共信用與交易秩序之法益，所以論以行使偽造信用卡罪，其不法內涵以及罪責內涵，已足以涵蓋前二行為所犯之「收受信用卡罪」、「偽造私文書罪」，無復再論以二罪之必要。

(二)本案應沒收之物：

- 1.刑法第 38 條規定：「下列之物沒收之：一、違禁物。二、供犯罪所用或犯罪預備之物。三、因犯罪所生或所得之物(第 1 項)。前項第一款之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之(第 2 項)。第一項第二款、第三款之物，以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定(第 3 項)。」同法第 205 條規定：「偽造、變造之有價證券、郵票、印花稅票、信用卡、金融卡、儲值卡或其他相類作為提款、簽帳、轉帳或支付工具之電磁紀錄物及前條之器械原料及電磁紀錄，不問屬於犯人與否，沒收之。」第 219 條規定：「偽造之印章、印文或署押，不問屬於犯人與否，沒收之。」後二條規定，乃是第 38 條規定的特別規定，應優先適用。
- 2.本題，甲所偽造 A 名義之信用卡一張，依刑法第 205 條規定，應予沒收，法官無裁量權。乙詐欺所得之手機，乃是乙犯罪所得之物，並屬於乙，應依刑法 38 規定，予以沒收。乙在刷卡簽帳單偽造之署押，依照第 219 條應予沒收。至於乙於信用卡背面之偽冒簽名，係屬於偽造私文書，形式上屬於依照第 38 條第 3 款規定之犯罪所生之物亦必須予沒收，但因其屬於信用卡之一部分，將該信用卡，依刑法第 205 條規定予以沒收，即為已足。

(三)合議庭採認 A 於準備程序之訊問筆錄，並不合法。

- 1.首先，A 於準備程序之訊問筆錄，乃係被告以外之人，於審判上的陳述，並非傳聞，無援引刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項規定肯定其證據能力的餘地，合先說明。
- 2.合議庭採認 A 於準備程序之訊問筆錄要能合法，其前提必須行準備程序時，受命法官對 A 逕行訊問的程序係屬合法，同時已賦予被告詰問 A 的機會。
- 3.而依實務見解，九十二年二月六日修正公布，於同年九月一日施行之刑事訴訟法採改良式當事人進行主義，且為貫徹直接審理與言詞審理原則，改行審判集中審理制，有關審判程序之進行，以當事人間之攻擊、防禦為主軸，法院並不立於絕對主導之地位。且為使審判程序能集中、縝密且順暢有效之進行，本法第 279 條第 1 項復規定：「行合議審判之案件，為準備審判起見，得以庭員一人為受命法官，於審判期日前，使行準備程序，以處理第二百七十三條第一項、第二百七十四條、第二百七十六條至第二百七十八條規定之事項。」依上開規定，通常程序之合議審判案件，受命法官於行準備程序之功能，僅在於開始審判前應為相當之準備，所得處理之事項，應以同法第 273 條第 1 項各款及第 274 條、第 276 條至第 278 條所規定之事項為限，非但不負責證據之蒐集，更不再從事證據之實質調查，故就證人之訊問，除有同法第 276 條第 1 項所定「預料證人不能於審判期日到場者，得於審判期日前訊問」之例外情形，原則上均應於審判期日行之，俾使證人於審判期日當庭所行之訊問及交互詰問程序，法院依其言詞陳述語氣及反應等態度證據，能直接獲取正確之心證，以為證言價值判斷之準據。從而受命法官於準備程序除有上開例外之情形外，並無逕行傳喚並對證人進行訊問及交互詰問之權限¹²。
- 4.再依實務見解，上開刑事訴訟法第 279 條第 1 項、第 276 條第 1 項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，參酌同法第 178 條第 1 項有關證人經合法傳喚，無正當理由不到場，方得科以罰鍰並拘提之規定，基於同一法理，亦必有正當理由足以預料證人不能於審判期日到場者始得為之，所謂「正當理由」，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，例如：因疾病即將住院手術長期治療，或行將出國，短期內無法返國，或路途遙遠，因故交通恐將阻絕，或其他特殊事故，於審判期日到場確有

¹² 九十三年度台上字第五一八五號。

困難者，方足當之¹³。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諭知「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，否則即屬違背法定程序取得之證據。¹⁴

5. 本題，準備程序時，受命法官僅因 A 表示審判期日無法前來開庭，即決定當庭訊問 A，並未究明 A 之所以於審判期日不能到場有無有正當之理由，因此準備程序之受命法官僅以證人 A 空泛陳稱：「審判期日不能到場」，即行訊問，為實質之證據調查，依上開實務之見解自屬違背法定程序取得之證據。
6. 再者，大法官第 582 號解釋，明白闡釋為確保被告對證人之詰問權，被告以外之人於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者，除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序。
7. 綜上，準備程序之受命法官訊問 A 之程序，既然違法，其因而取得之 A 的供述內容，原則上即不得作為裁判之基礎，合議庭應於本案之審理時，應傳喚 A 到場作證，使被告詰問之，以保障被告受憲法所保障之對質詰問權，從而合議庭採認 A 於準備程序之訊問筆錄，無異剝奪被告受憲法所保障之詰問權，並不合法。

(四)法官採認乙先前確定判決卷內警詢筆錄之陳述作為甲有罪證據，合法。

1. 乙於警詢筆錄之陳述，乃是被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，法官要採認乙先前確定判決卷內警詢筆錄之陳述作為甲有罪證據的合法性基礎，乃是刑事訴訟法第 159 條之 3 第 4 款之規定：「被告以外之人於審判中有到庭後無正當理由拒絕陳述者，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據。」
2. 本題，乙到庭拒絕證言權，係屬到庭後無正當理由拒絕陳述：
 - (1) 按證人之拒絕證言權，係基於人性考量，避免證人於偽證處罰之壓力下，據實陳述而強為對己不利之證言，以保障證人不自證己罪之權利；至被告對證人之對質詰問權，則為憲法所保障之基本訴訟權。上開二項權利之行使如有衝突時，應儘可能求其兩全，不得為保護一方之權利，而恣意犧牲或侵害他方之權利，是以證人之拒絕證言，非但須符合法律所規定之要件，且其於審判中拒絕證言之許可或駁回，依刑事訴訟法第 183 條第 2 項規定，應由審判長或受命法官裁定之，而證人若無正當理由拒絕具結或證言者，依同法第 193 條第 1 項前段規定，並得處以新台幣三萬元以下之罰鍰，證人顯非得自行恣意主張拒絕證言¹⁵。
 - (2) 又依刑事訴訟法第 181 條規定，證人「恐」因陳述致自己或與其有同法第 180 條第 1 項關係之人受刑事追訴或處罰者，固得拒絕證言，然此項權利之行使，係以證人或與其有上述關係之人「恐」受刑事追訴或處罰為前提條件，如證人或與其有上述關係之人業已經法院判決有罪或無罪確定者，不再因陳述而導致或增加自己或與其有上述關係之人受刑事追訴或處罰之危險，自不容其再拒絕證言而犧牲或侵害被告對證人之對質詰問權¹⁶。
 - (3) 本題，依刑事訴訟法第 181 條規定，乙固有拒絕證言權，惟其表示欲行使拒絕證言權時，乙所犯罪行業經判決確定，並無因其陳述而有導致自己受刑事追訴或處罰的危險，自不能容許其再拒絕證言，其拒絕證言自無正當理由。
3. 承上述，乙拒絕陳述，並無正當理由，如果客觀上可認系爭警詢筆錄乃是證明甲犯罪所必要，同時經證明乙於警詢中之證言具有可信之特別情況，依首開規定，法官自得認乙先前確定判決卷內警詢筆錄之陳述作為甲有罪證據之基礎。

¹³ 九十九年度台上字第三五三七號。

¹⁴ 九十三年度台上字第五一八五號。

¹⁵ 一〇一年度台上字第九五二號。

¹⁶ 一〇一年度台上字第九五二號。