《刑事訴訟法》

一、甲於民國 99 年 1 月 1 日與乙發生車禍致重傷陷入昏迷成為植物人,甲之配偶丙因中風行動不便,甲之長子丁見告訴期間將滿 6 個月,乃提出甲、丙之診斷證明書,主張甲、丙皆不能行使告訴權,且無其他得為告訴之人為由,聲請檢察官指定其為甲之代行告訴人。檢察官乃於同年 6 月 20 日指定丁為甲之代行告訴人,惟丁於同年 7 月 8 日始提出告訴。嗣乙與丁成立和解,丁乃向檢察官撤回告訴。後因甲之次子戊,不滿和解條件,主張其至同年 6 月 1 日回國始知悉甲被乙撞傷,且丁未取得丙之授權,戊則已取得丙之授權,於同年 8 月 11 日以丙有獨立告訴權,戊為丙之告訴代理人,再對乙提出告訴。問檢察官應如何偵結本案?(25分)

一份相百日	本題旨在測驗考生是否瞭解刑事訴訟法第 236 條,指定告訴人之要件應如何解釋,及告訴期間應以何人知悉為準。
答題關鍵	本題乃典型實務見解之題型,宜將實務上之解釋及看法予以闡述適用,自可獲致高分。
高分閱讀	金台大,刑事訴訟法講義第五回,第 16~18 頁。

【擬答】

檢察官對本案應依刑事訴訟法(下稱本法)第252條第5款之規定爲不起訴處分,析述如下:

- (一)按告訴乃論之罪,檢察官得指定代行告訴人者,以無得爲告訴之人或得爲告訴之人不能行使告訴權者爲限, 觀諸刑事訴訟法第二百三十六條第一項規定甚明,是告訴乃論罪之被害人縱因意識不清且不能言語,而不能 行使其告訴權,但如爲有配偶之人,顯尙有得爲獨立告訴之人,自無由檢察官指定代行告訴人之餘地(最高 法院 91 年度台非字第 207 號、83 年度台非字第 89 號判決意旨參照)。
- (二)經查:本案中,甲陷入昏迷而成植物人,自屬得為告訴之人不能行使告訴權,固屬正確;惟甲尚有配偶丙,係得爲獨立告訴之人,丙雖因中風而「行動不便」,但仍非無意思能力而不能行使告訴權,因此,本題中,顯尚有得爲獨立告訴之人,自無由檢察官指定代行告訴人之餘地,本題中,檢察官指定代行告訴人自非適法,代行告訴人丁所爲之告訴亦難認爲適法。
- (三)次按「告訴乃論之罪,其告訴應自得爲告訴之人知悉犯人之時起,於6個月內爲之;刑事訴訟法第237條第1項定有明文。另揆諸最高法院26年8月2日會議決議(三)所示『甲女被乙男賣與丙家爲娼,甲女當時雖知乙男爲犯人,但因丙家防閑甚嚴,不得自由告訴,迨由丙家逃出已逾刑事訴訟法第216條第1項(舊法)規定6個月之告訴期間,應認其在事實上確實無法行使告訴權,其告訴期間自得爲告訴之時起算。」之法律適用原則,告訴人於知悉犯人後,若有事實上無法行使告訴權之情形,所定6個月之告訴期間,得寬認自得爲告訴之時起算。』先予說明。
- (四)次查:本件中,乙之犯罪行爲係民國(下同)99 年 1 月 1 日,雖甲無意識不能知悉犯人及犯罪行爲,但甲之配偶丙乃有獨立告訴權之人,其於案發時便已知悉犯人乙及其犯罪行爲,職是,告訴期間之計算,應至99 年 6 月 30 日屆滿。戊雖取得丙之授權,而代理提出告訴,惟既屬代理性質,則法定期間之計算仍應以本人爲準,故戊於同年 8 月 11 日始代理提出告訴,已逾前揭告訴期間,且本題中並無前述最高法院 26 年 8 月 2 日會議決議(三)所示:「在事實上確實無法行使告訴權,其告訴期間自得爲告訴之時起算」之情形,故其所爲告訴自不合法。
- (五)末按「二)刑事訴訟法第二百十七(舊法)條第一項所稱告訴人係指有告訴權之人實行告訴者而言同法第二百十五條之代行告訴人自不包括在內」,司法院著有院解字第3658號解釋。亦即,代行告訴人僅有代行告訴之權,而無撤回告訴之權。
- (六)末査:本件中,丁之代行告訴並非合法,已如前述,縱認其代行告訴合法,惟依前述見解,丁亦無撤回告訴之權,其所爲撤回告訴亦不生效力,附予指明。
- (七)結論:綜上所述,本件中並無合法告訴,檢察官自應依本法第252條第5款之規定爲不起訴處分。



二、甲、乙夫妻二人感情不睦,乙自訴甲詐欺取財罪嫌後,再就同一事實向警察局提出告訴,甲到案 自白認罪,警察局乃函送地檢署,檢察官應如何處理?設若檢察官起訴甲犯有詐欺取財罪嫌,受 命法官行準備程序時,如被告甲(一)自白犯罪;或(二)否認犯罪並抗辯其於警詢時之自白係出於 警察刑求,且警察違法搜扣之帳冊不得作為證據。受命法官得如何處理? (25分)

2010 高點司法官

命題意旨	本題算是傳統爭議題型的考題,考題中之個案是否得以自訴,以及不合法自訴後之法律效果加以釐清。並且司法官考試針對程序問題之出題比例甚高,本年亦有特殊訴訟程序之重點(簡式、簡易程序),考生必須對於通常訴訟程序、簡易訴訟程序及簡式程序之程序要件熟悉,並對個案實例題靈活運作。
答題關鍵	1.對配偶不得自訴及自訴不合法之處理規定。 2.被告自白犯罪,得行簡易程序、簡式程序。 3.刑求獲得自白之證據效果及違法搜索之證據能力。
高分閱讀	1.邢政大,《刑事訴訟法》講義,第五回。 2.邢政大,《刑事訴訟法》講義,第六回。 3.邢政大,《刑事訴訟法》講義,第四回。 4.邢政大,《刑事訴訟法》總複習講義,第一回、第二回。

【擬答】

- (一)對配偶不得自訴,僅能依法提出告訴,由檢察官偵辦
 - 1.乙妻對甲夫自訴詐欺取財,依照刑法第 339 條及第 343 準用 324 條之規定,爲相對告訴乃論之罪。依照刑 事訴訟法第323條規定,相對告訴乃論之罪,合法提出自訴如爲告訴乃論之罪,經犯罪之直接被害人提起 自訴者,於終結偵查前提出自訴即可,因此本題乙妻先提自訴,檢察官尚未開始偵查,因此提出自訴之時 間點並無違法。
 - 2.惟依照刑事訴訟法第 321 條之規定,對於直系尊親屬或配偶,不得提起自訴。因此受理自訴法院應對此不 合法自訴爲自訴不受理判決(刑事訴訟法第334條)。又此規定是否侵害人民自訴權,有違憲之虞?大法 官曾於釋字 569 號解釋認爲,憲法第 16 條明定人民有訴訟之權,旨在確保人民權益遭受不法侵害時,有 權訴請司法機關予以救濟。惟訴訟權如何行使,應由法律規定;法律於符合憲法第 23 條意旨之範圍內, 對於人民訴訟權之實施自得爲合理之限制。刑事訴訟法第321條規定,對於配偶不得提起自訴,係爲防止 配偶間因自訴而對簿公堂,致影響夫妻和睦及家庭和諧,乃爲維護人倫關係所爲之合理限制,尚未逾越立 法機關自由形成之範圍;且人民依刑事訴訟法相關規定,並非不得對其配偶提出告訴,其憲法所保障之訴 訟權並未受到侵害,與憲法第16條及第23條之意旨尙無抵觸。
 - 因此乙妻之後再至警局提出告訴,檢察官應予以值辦,判斷是否應對本案提起公訴。
- (二)被告於偵查中向檢察官自白,檢察官得向法院聲請簡易判決處刑

檢察官聲請簡易判決處刑之要件,依刑事訴訟法第 452 條規定,即判決最後係宣告緩刑、易科罰金之判決皆 得進入簡易程序。本題,被告甲涉嫌詐欺取財之犯行,於檢察官偵查階段中自白不諱,又詐欺取財罪係得爲 簡易判決處刑之罪,因此,甲之犯罪如能認定,檢察官得聲請簡易判決處刑,檢察官之聲請應爲合法。

- (三)被告於準備程序中自白犯罪,法院亦得將程序轉換爲簡易判決處刑程序爲簡易判決
 - 1.案件檢察官依通常程序起訴,經被告自白犯罪,法院認爲官以簡易判決處刑者,得不經通常審判程序,逕 以簡易判決處刑。審判中依照刑事訴訟法第449條第2項程序,轉換爲簡易判決處刑程序,必須被告自白 犯罪復有事實證據明確至可逕行論罪並科刑者,始能以簡易判決處刑。
 - 2.本題被告於準備程序中自白,法院得依照上開規定,以合議庭諭知,依職權程序轉換爲簡易判決審理下判 決。
- (四)刑求抗辯之調查及違法搜索之證據能力
 - 1.刑求抗辯之調查:被告陳述其自白係出於不正方法者,應先於其他事證而爲調查,該自白如係經檢察官提 出者,法院應命檢察官就自白之出於自由意志,指出證明之方法(刑訴 156Ⅲ)。增訂理由並指出,自白 是否出於任意,係自白是否具有證據能力之要件,如有疑義,自宜先予查明,以免造成法官因具瑕疵之自 白而產生不利於被告心證之結果。如刑求抗辯爲真,則刑求所獲得之自白證據應無證據能力
 - 2. 違法搜索如爲合法之無令狀搜索,則搜索亦能合法;如爲違法搜索,搜索所獲得之物,例如本題所指之帳



2

冊,則可能依照刑事訴訟法條文規定直接排除適用,或依照刑事訴訟法第158條之4規定,依照權衡理論,審酌人權保障及公共利益均衡維護,以決定該證據是否具備證據能力,如取證過程嚴重瑕疵,侵害被告權益過重,則可能該證據亦無證據能力。

三、甲涉妨害性自主而致人於重傷罪嫌,經檢察官提起公訴。地方法院判決甲有罪,量處有期徒刑十年。被害人乙認為量刑太輕,請檢察官上訴,卻因檢察官遲誤上訴期間,致遭高等法院判決駁回上訴確定。乙因被性侵而羞憤不已,於得知上訴駁回翌日自殺身亡。如檢察官以乙自殺之事實,主張「發現確實之新證據」為甲不利益聲請再審,試問:應向何法院為之?法院應如何審理?倘若乙並非自殺身亡,而是於判決確定翌日傷重不治,法院對於再審聲請的審理是否有所不同?(25分)

命題意旨	本題在測試考生是否知悉『再審』之要件,雖然近年再審與非常上訴考點較少,但若有練習考古題之同學應該熟知『再審』最常測驗考生有關『新事實、新證據』之重點,因此本題爲考古題題型。
答題關鍵 1.再審新事實、新證據實務之學說之認定差異。 2.本題係爲受判決人不利益聲請再審,應適用第 421 條、422 條規定。	
高分閱讀	1.邢政大,《刑事訴訟法》講義,第七回。 2.邢政大,《刑事訴訟法》總複習講義,第二回。

【擬答】

(一)提起再審之規定及要件

- 1.再審係指判決確定後,因發現事實上有重大錯誤或恐有重大錯誤再行審判之程序。即排除原確定判決認定 事實錯誤所設之非常救濟程序,屬既判力之例外。本題因案件已終局確定,因此針對確定之終局判決已無 上訴之救濟途徑,僅能依法定要件提出再審,以資救濟。
- 2.提起再審有爲受判決利益及不利益聲請再審,本題涉及到再審之原因爲發現『新事證』。

(二)爲受判決人不利益聲請再審之新事證要件

本題爲受判決人不利益聲請再審,依照刑事訴訟法第 421 條及 422 條規定,提出再審必須具備要件有下:有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後,有左列情形之一者,爲受判決人之不利益,得聲請再審:有第 420 條第 1 款、第 2 款、第 4 款或第 5 款之情形者。無罪或輕於相當之刑之判決,而於訴訟上或訴訟外自白,或發現確實之新證據,足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實者:包含訴訟上或訴訟外自白,包含所有被告審判外自白,及於其他案件之審判上自白。自白是法定證據方法之一,發現新自白,本質上也是發現新證據,同樣需具有嶄新性及顯著性之要件,故自白必須是在原確定判決前並未發現者,始具嶄新性。發現確實新證據,必須具備嶄新性及顯著性之要件。

- 1.形式要件—新規性(嶄新性):
 - (1)傳統見解認爲證據存在時點是必須要在事實審法院「判決當時已經存在」,僅事實審法院於判決前未發現、不及調查審酌,至其後才發現者,才具嶄新性(28 抗 8 例、88 台抗 110 決),如判決前已經當事人提出或聲請調查之證據,經原審法院捨棄不採者,即非發現新證據(85 台抗 371 決、75 台上 7151 例、92 台抗 391 決)。
 - (2)證據發現時點,是在事實審法院判決時點之後發現之證據,包含第二審判決後、第三審上訴前或上訴中始發現之證據(32 抗 113 例)。
 - (3)惟有部分學者認爲:

實務有「限於事實審法院判決當時已存在」之限制,但卻未予以論證,正確應該以「原事實審法院判決時點」認定嶄新性存否之時點:所有原事實審法院於判決時點所不知而未予以審酌之證據(含證據方法及證據資料),均具有嶄新性;重點在於原判決法院是否不知及未予審酌,至於該證據由何人發現,法院當初不知原因爲何均非所問。因此只要原法院不知而未予審酌,其後才發現,該證據由何人發現並非重點,且證據於判決當時已否存在,以及該證據屬於何種形式均非所問,新的鑑定如果能動搖原判決採爲基礎之原鑑定結果者,亦可能具有嶄新性。

2.實質要件—確實性(顯著性):

新證據本身形式上觀察,毋須經調查程序,顯可認定足以動搖原判決,而爲受判決人有利者(32 抗 113 例、85 台抗 308 決)法院認爲聲請再審之程序違背規定者,應以裁定駁回之。

(三)再審聲請法院及審查



1.再審程式:

聲請再審,應以再審書狀敘述理由,附具原判決之繕本及證據,提出於管轄法院爲之。

2010 高點司法官

2.再審無理由審查

法院認爲無再審理由者,應以裁定駁回之,經裁定後,不得更以同一原因聲請再審。再審不合法與再審無 理由應該加以區別,聲請人形式上已主張原確定判決具備再審原因時,法院必須進入有無理由之實體審 查,即本於職權主張「是否屬實」之澄清義務,並據此做出有無理由之裁定。

(四)綜上所述,本題被害人自殺並不符合『新規性及確實性』之要件,應不能提起再審。

且亦有學者咸認,再審之目的,係爲訂正事實上重大錯誤,及爲發現真實維護社會安全之目的,故即使爲受 判決人之不利益亦得聲請再審。但再審之目的在於推翻判決之既判力所形成之法安定性,進而發現實體真 實,但論及再審制度時,基本上無法忽視一般國民法律上地位,對被告而言,若已被判無罪,又容許爲被告 不利益提出再審,則我國刑訴即潛伏三重危險。又縱令可以提再審,追究真實,亦僅及於消極之實體真實發 現,不能積極實體真實發現。故刑訴第 422 條承認得為被告之不利益聲請再審,已嚴重違反雙重危險禁止原 則,在形式上對被告而言,亦已經創造第三重危險,應該被廢除,否則即違反無罪推定及公平法院之理念。 故我國刑事訴訟法草案擬定刪除『發現新事實新證據』爲被告不利益聲請再審之要件。(刑事訴訟法修正草 案第 422 條:「無罪之判決確定後,有下列情形之一者,爲受判決人之不利益,得聲請再審:一、有第 420 條第1款、第2款、第4款或第5款之情形者。二、因訴訟上或訴訟外自白,足認其有應受有罪判決之犯罪 事實者。」)

- (五)如被害人乙爲重傷身亡而非不治,是否屬發現新證據而提出再審,學說及實務迭具爭議
 - 1.如依照 65 年第 7 次刑庭會議意見,則本題被害人重傷致死之證據應不具備『新規性』之要件

「被告因過失傷害乙,經告訴提起公訴,判處傷害罪刑確定後,乙因該傷死亡,檢察官依刑事訴訟法第 422 條第 2 款聲請再審。按刑事訴訟法再審編所稱發見確實新證據,係指當時已經存在而發見在後或審判 時未經注意之證據,且能證明原確定判決所認定之事實爲錯誤者而言,與在認定事實後,因以論罪處刑所 應依據之法律無涉 (參照 35 年特抗字第 21 號判例)。本題甲以傷害判處罪刑確定前,既無乙死亡之事實, 其證據當不存在,即非審判時未經注意之證據。質言之,原判決所認定之事實並無錯誤,自不得因事後發 生之事實,聲請再審。」

2.惟有學者批評如下:

實務有「限於事實審法院判決當時已存在」之限制,但卻未予以論證,正確應該以「原事實審法院判決時 點」認定嶄新性存否之時點:所有原事實審法院於判決時點所不知而未予以審酌之證據(含證據方法及證 據資料),均具有嶄新性;重點在於原判決法院是否不知及未予審酌,只要新的鑑定能動搖原判決採爲基 礎之原鑑定結果者,亦可能具有嶄新性。因此本題被害人重傷致死之死亡結果,亦可以爲新事證提出再審。

四、甲是知名整型外科診所醫師。某日,地檢署接獲病患告發,指稱該診所使用未經衛生署核准的藥 品及整型技術,多位愛美女士因而毀容或身體不適,檢察官於是展開偵查。檢察官懷疑甲涉嫌重 大,但欠缺具體事證,於是先以關係人傳喚甲,打算取供後再行起訴,試問此種偵查作為是否合 法?設若病患乙向地檢署告訴甲犯業務過失重傷罪嫌,並經檢察官起訴,審理中,甲抗辯乙之毀 容肇因於未定期回診及遵守術後醫囑,非藥品及手術失誤所致。經法院囑託萬芳醫院醫學美容中 心鑑定後認為甲確有疏失。甲不服,請求鑑定醫師出庭接受詰問或詢問,試問萬芳醫院得否拒絕? (25分)

	第一小題的部分乃是測驗考生對於實務上經常「以關係人身份取供再改列被告起訴的偵查行爲」,是 否能正確地判斷適法性。第二小題則是測驗考生對於「機關鑑定是否需到庭詰問」此萬年爭點瞭解
	與否。
	第一小題:宜先論及關係人之定位,次論若規避被告地位所爲之取供行爲可能造成被告何種權利之
於昭明公	侵害,最後,再就本題情形加以涵攝,便可得出本題偵查作爲之適法與否。
答題關鍵	第二小題:可先強調被告詰問權之憲法位階,次論我國刑事訴訟法第 208 條第 2 項之規定所發生之
	問題,最後,則以學說上之見解肯定雖屬機關鑑定,亦應到庭接受詰問。
	1.黃朝義老師、〈證人具結取證與證人轉爲被告之省思〉,台灣法學雜誌第 145 期,2010 年 2 月 1 日,
古八明埼	頁 15~31。
高分閱讀	2.黃朝義老師,《刑事訴訟法》,第 234 頁。
	3.金台大,刑事訴訟法總複習講義第三回,第 20~22 頁。【命中率 100%!】



【擬答】

(一)本題之偵查作爲並不適法

- 1.按實務上有以刑事訴訟法(下稱本法)第63條規定作為通知約談關係人到案之依據。另依學說而論,受通知約談者,既非證人,亦非被告。因此,**該關係人之陳述不等於證人或被告之陳述**,因而陳述時無庸 具結,檢察官亦無須告知緘默權及律師權。
- 2. 又,既然約談之目的僅在確認案情,而非在偵查案件之整個案情。因此,通知約談時,**不得涉及屬於證人或被告之屬性問題**(任意偵查)。亦即,若確認屬於證人,即應依證人規定處理。而若確認屬犯嫌人,則應依犯嫌人規定處理。
- 3.綜上可知,關係人與被告於刑事訴訟程序中之地位,迥然有別。而本案中,檢察官已懷疑甲涉嫌重大, 換言之,似已認爲甲爲被告屬性,自應以被告的相關程序規定處理;惟,檢察官卻以關係人身份傳喚, 打算取供後再行起訴,如此作爲,學理上認爲有以下疑義:
 - (1)辯護權之落空

甲既屬被告,依本法第95條及第27條等規定,本應可受辯護人之協助,而因檢察官以關係人身份傳喚,致甲未曾受辯護人協助,辯護權之保障自然落空。

(2)緘默權之喪失

甲既屬被告,依本法第95條及第156條第4項等規定,理應可行使緘默權,惟因檢察官未依被告身份加以傳訊,亦未告知甲得行使緘默權,甲無法行使緘默權,終將使緘默權之保障淪爲空談。

- 4.據上論結,檢察官對甲應踐行被告之調查程序,卻以關係人身份傳喚,打算取供後再行起訴,該偵查作 爲並不適法。另外,關係人之到場,因屬任意偵查,檢察官應以「通知」方式約詢,而**非「傳喚」**。倘檢 察官違反此一任意偵查作爲,自難謂爲適法,附此敘明。
- (二)萬芳醫院應不得拒絕,分述如下:
 - 1.按「憲法第十六條保障人民之訴訟權,就刑事被告而言,包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告話問證人之權利,即屬該等權利之一,且屬憲法第八條第一項規定『非由法院依法定程序不得審問處罰』之正當法律程序所保障之權利。」,司法院大法官會議釋字第384號及第582號解釋意旨可供參照,亦即「當事人有與證人對質或詰問證人之權利」,且屬憲法第8條所保障實質正當法律程序之內涵,故認爲對質詰問權係當事人憲法上所保障之權利,合先敘明。
 - 2.復參酌比較法之見解: 只要事實上在法庭前呈現了被告本人以外之人關於被告犯行的不利陳述,該陳述人即屬被告有權對其詰問之「不利證人」。
 - 3.據上所論,只要於法院呈現了對被告犯行不利之陳述(無論言詞或書面),似均應令被告有機會對之行使 詰問權,方符前揭司法院大法官會議釋字第384號及第582號解釋意旨。因此,本題中,似應令鑑定之 醫師出庭接受甲之詰問,較爲妥適。惟有疑義者,從刑事訴訟法第208條第2項準用相關規定之文義而 言,似乎本法承認所謂機關鑑定,而機關鑑定原則上不用經過法庭的交互詰問,只要鑑定書面即可爲證 據,僅在必要時以言詞說明即可,倘依此而論,則本題中萬芳醫院可拒絕甲之請求。
 - 4.然而,就實質而論,機關本身無法爲鑑定,鑑定本身歸根究底仍須人爲,不能因爲請某機關鑑定,即可 免去其出庭接受詰問之義務,鑑定報告既係某自然人依據其專業知識而做成,在證據調查的方法上,便 應踐行交互詰問程序,方屬適法,職是之故,詰問權既屬被告之權利,且鑑定實際上爲特定人所爲,爲 保障甲憲法上之詰問權,萬芳醫院自不得拒絕甲之請求,方屬的論。

《刑事訴訟法》

一、檢察官在緩起訴期間內,發現新證據,認不宜緩起訴,又無法定撤銷緩起訴之事由,得否就同一 案件起訴?試從緩起訴之法律效果論述之。(25分)

人跖立匕	本題旨在測驗同學對於94台非215判例及學說上對於緩起訴效力之看法是否有清楚掌握。尤其在測
命題意旨	試同學對於緩起訴是否有實質確定力,此一爭議問題是否能清楚分析。
	依題示,本題的答題宜先從學說上對於緩起訴法律效果之探討開始,再依緩起訴之法律效果,便可
答題關鍵	得出題目所問「得否對於同一案件再行起訴」之答案。另外,在探討緩起訴法律效果時,除引出學
	說看法外,尚應提及 94 台非 215 判例,此乃實務上之代表見解,如此答題應可獲致高分。
	1.柯耀程,<被起訴的緩起訴>,《月旦法學教室》49期。
高分閱讀	2.金台大,總複習講義第二回,第 3~7 頁。(命中率 100%)
	3.金台大,律師司法官講義第五回,第 85~92 頁。(命中率 100%)

【擬答】

- (一)本題爭點之一乃在於**緩起訴期間內·緩起訴究竟有無禁止對於同一案件再行起訴之效力**?分別就實務及學說 見解說明如下:
 - 1.實務見解
 - (1)最高法院 94 年台非字第 215 號判例意旨略為:...予以緩起訴處分,期間為一年以上三年以下,以觀察犯罪行為人有無施以刑法所定刑事處罰之必要,為介於起訴及微罪職權不起訴問之緩衝制度設計。其具體效力依同法第二百六十條規定,於緩起訴處分期滿未經撤銷者,非有同條第一款或第二款情形之一,不得對於同一案件再行起訴,即學理上所稱之實質確定力。足見在緩起訴期間內,倘無實質確定力可言。且依第二百六十條第一款規定,於不起訴處分確定或緩起訴處分期滿未經撤銷者,仍得以發現新事實或新證據為由,對於同一案件再行起訴。本於同一法理,在緩起訴期間內,倘發現新事實或新證據,而認已不宜緩起訴,又無同法第二百五十三條之三第一項所列得撤銷緩起訴處分之事由者,自得就同一案件逕行起訴,原緩起訴處分並因此失其效力。復因與同法第二百六十條所定應受實質確定力拘束情形不同,當無所謂起訴程序違背規定之可言。
 - (2)據上述判例意旨可知,緩起訴期間內,緩起訴並無禁止對於同一案件再行起訴之效力。
 - 2.學說見解
 - (1)學說上認爲:蓋緩起訴處分並無當然阻卻起訴之效力,若起訴合法,緩起訴當然失效。
 - (2)進一步言,於法定條件下,法院之繫屬應有優先之效力,除非存在§303④之事由,否則案件繫屬於法院, 其效力應具有優先性關係,先前所爲之緩起訴,應被視爲撤銷。
 - (3)綜上學說,亦認爲緩起訴期間內,緩起訴並無禁止對於同一案件再行起訴之效力。
- (二)基於前開討論,就本題而言,會延伸出一個爭點,即未撤銷緩起訴即再行起訴是否妥適?此有不同看法,分 述如下:
 - 1.不適法說

立法者既然創設撤銷制度,便應經撤銷之後,再行起訴,始爲適法。

- 2 滴法說
 - (1)就 \$253-3 之規定而言,該規定乃賦予檢察官撤銷緩起訴與否之裁量權,因此檢察官不撤銷緩起訴處分亦不違法。
 - (2)就程序法理而言,當檢察官於緩起訴期間內對於具撤銷事由之緩起訴,不撤銷該處分而逕行起訴時,除 因適用§260 而違法外,於其他情況,該訴並不當然違法,**蓋緩起訴並無當然阻卻起訴之效力,若起訴 合法,緩起訴當然失效**。
- 3.小結

淺見以爲應以適法說較爲可採,因爲倘若僅以立法者創設撤銷制度爲由,而認爲非經撤銷不能起訴,恐有



過度擴大適用撤銷制度之嫌,亦未必與當初立法者創設撤銷制度之原意相符。

(三)結論

綜上所述,緩起訴於緩起訴期間內並無限制對於同一案件再行起訴之效力,於具備起訴要件時,自得對於同一案件再行起訴。復,於緩起訴期滿而未經撤銷後,亦可因發現新證據而對於同一案件再行起訴,本於舉重以明輕之法理,在緩起訴期間內,發現新證據,雖無得撤銷緩起訴處分之事由,但仍應許對於同一案件再行起訴,方屬的論。

二、派出所值班警察甲,接獲民眾檢舉轄區內某住家經常有不尋常的人員出入。警察甲隨即以無線電通告巡邏警網警察乙與丙前往瞭解。警網警察乙與丙到現場時,發現所檢舉之住家附近並無異樣情形,惟仍直接衝入該住家,當場發現有十幾人抽頭聚賭。警察乙與丙兩人隨即掏槍示警不得亂動,並聯絡其他警網警察到場協助,總共搜扣賭具一批、賭資二十餘萬元與賭客十五人,離開前並請房屋負責人簽具同意搜屋證明。試從理論與實務觀點,論本案搜扣所取得之相關證據有無證據能力?本案相關證據之證據能力有無之判斷,法院官於訴訟程序何階段為之?(25分)

44-46-74 1 1/4 1/4 1/4 1/4 1/4 1/4 1/4 1/4 1/4	
人跖立匕	測驗同學對於搜索要件之熟悉度,同時,亦測驗同學是否瞭解爲了避免法院產生預斷,應在何程序
命題意旨	中爲證據能力之判斷。
	1.應將搜索要件逐一檢討,切莫僅檢討同意搜索。
答題關鍵	2.應說明自願性同意之意涵及如何判斷。
	3.應說明在準備程序中判斷證據能力較爲妥適之原因。
古八明埼	1.金台大,總複習講義第二回,第 19、20 頁。(命中率 100%)
高分閱讀	2.金台大,總複習講義第一回,第 49~51 頁。(命中率 100%)

【擬答】

(一)本案證據有無證據能力之判斷

- 1.本案搜索行爲並不合法
 - (1)緣本案中警察乙丙所發動之搜索,非於執行拘提、逮捕或羈押後所為,自非以刑事訴訟法(下稱本法)第 130 條之附帶搜索為依據。
 - (2)其次,本法第 131 條第 2 項之緊急搜索,需由檢察官發動或由檢察官指揮警察(官)發動。依題示,本案中乃由警察甲通知乙丙發動,自不符本法第 131 條第 2 項之要件,故本案中,警察乙丙所發動之搜索亦非本法第 131 條第 2 項之緊急搜索。
 - (3)復按本法第131條第1項第3款規定,有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者,司法警察,雖無搜索票,得逕行搜索住宅或其他處所。此或有可能為本案中警察乙丙發動搜索之依據;惟查:乙丙到達現場時,並無發現異樣,與本法第131條第1項第3款規定需有「明顯事實足信有人在內犯罪」之要件實屬有偏,故本案中警察乙丙所發動之搜索,尚難以本法第131條第1項第3款作爲根據。
 - (4)第按本法第131條之1規定,經受搜索人出於自願性同意者,得不使用搜索票。但執行人員應出示證件,並將其同意之意旨記載於筆錄。學說上認爲所謂「自願性」同意,係指明示且心悅誠服地同意,且參以實務見解,認爲是否屬於自願性,應綜合一切情況判斷之。本題中,警察乙丙衝入屋內,即刻掏槍,且係於搜索完畢後,方令房屋負責人簽立同意書,衡諸上情,實難謂房屋負責人係自願性地同意,故本案中之同意搜索,並不合法。
 - (5)小結

據上論結,本題中乙丙之搜索行爲並不合法。

- 2.如上述,本題中前階段之搜索行爲既不合法,則扣押行爲亦難有適法之可能。
- 3.本題中警察乙丙乃爲搜查犯罪之人,即實施刑事訴訟程序之公務員無疑,而渠等違背搜索扣押之規定而扣 押本案之證據,屬違背法定程序所取得之證據,在無其他特別規定之情形,應依本法第 158 條之 4 規定判 斷證據能力之有無。
- 4.復參最高法院 93 年台上字第 664 號判例所揭諸本法第 158 條之 4 規定之衡酌標準,本題所示之罪名乃賭博罪,案屬輕微,爲保障人權,自應否定本案扣得之物之證據能力較妥。



- (二)法院應於「準備程序」中爲本案證據證據能力有無之判斷,較爲妥適
 - 1.有證據能力之證據,係指該證據得提出未來審判程序中之證據。而整個訴訟程序中,對於證據能力與否之 判斷,審判程序中之準備程序可以說是最適當的階段,因準備程序之後,即進入審判程序,而審判程序又 是認定事實之重心所在,在原、被告主導證據調查之訴訟架構下,所有之證據將全數呈現法庭中,若於法 院所呈現之證據屬於自始不得提出之證據(無證據能力之證據),將造成訴訟延宕,且使法官產生與該案 件無關之心證及偏見。
 - 2.職是之故,基於無罪推定及公平法院之理念,在準備程序中防堵無證據能力之證據進入法庭,將是區分證據有無證據能力之第一步,換言之,法院應於「準備程序」中爲本案證據能力有無之判斷,較爲妥適。
- 三、某甲明知自己支票帳戶已遭銀行拒絕往來,因急需現款週轉,仍簽發支票向乙借款新台幣一百萬元,約定一個月清償,詎屆期乙將支票提示,遭退票,始知甲於向其借款之前,已屬銀行拒絕往來戶,認甲自始惡意詐騙,乃委任律師為代理人,以甲觸犯詐欺罪,提起自訴,第一審法院審理時,甲到庭接受審判,坦承借款事實,惟堅決否認有不法所有意圖,法院認為甲辯解不可採信,依詐欺罪判處甲有期徒刑一年,甲感事態嚴重,一面依法提起上訴,一面向其他親友告貸,籌款清償乙,第二審法院認甲之上訴合法,審理時,乙未再委任律師,惟親自到庭表示已經與被告和解,雙方誤會一場,其不想再追究。試問第二審法院應如何處理與判決?(25分)

命題意旨	測驗同學是否熟悉對自訴強制律師代理之爭議。
答題關鍵	本題爭議問題無法直接以條文找到答案加以解答,須參照94年第六次、第七次刑庭決議作答,始能
合起腳鋌	獲致高分。
	1.林俊益,月旦法學教室第 35 期。
古八明埼	2.邢政大,刑事訴訟法第五回。
高分閱讀	3.邢政大,刑事訴訟法總複習第二回。
	4.94 年第六次、第七次刑庭決議。

【擬答】

- (一)自訴採律師強制代理原則:
 - 1.依據刑事訴訟法第 37 條第 2 項:自訴人應委任代理人到場。但法院認為必要時,得命本人到場。自訴之 代理人應選任律師充之。
 - 2.依據刑事訴訟法第 319 條第 2 項:犯罪之被害人得提起自訴。但無行為能力或限制行為能力或死亡者,得由其法定代理人、直系血親或配偶為之,自訴之提起,應委任律師行之。
 - 3.依據刑事訴訟法第 329 條第 2 項:自訴人未委任代理人,法院應定期間以裁定命其委任代理人;逾期仍不委任者,應諭知不受理之判決。
- (二)被告上訴之自訴案件,自訴人亦應委任律師爲自訴代理人
 - 修正刑事訴訟法自民國九十二年九月一日施行後,採強制委任律師爲代理人之自訴制度,爲自訴制度之重大變革,旨在限制濫訴,提高自訴品質,當無分別各審級而異其適用之理。總則編第四章第三十七條第一項明定:自訴人應委任代理人「到場」,在事實審之第二審同應適用。第三百六十四條規定:第二審之審判,除本章有特別規定外,準用第一審審判之規定,自亦應準用第三百十九條第二項、第三百二十九條第一項規定,由律師爲代理人,提起第二審上訴。至自訴案件,被告不服第一審判決,提起第二審上訴,自訴人並未上訴,惟第二審爲事實審,仍須由自訴代理人爲訴訟行爲。或認此有強迫自訴人選任律師爲代理人之嫌,但自訴人既選擇自訴程序,即有忍受之義務,自應採肯定見解(最高法院九十四年度第六、七次刑事庭會議紀錄)。
- (三)本題自訴人乙提出自訴,被告甲提出上訴,第二審法院認甲之上訴合法,審理時,乙未再委任律師,訴人雖未上訴,惟自訴案件之上訴仍屬自訴性質,自訴人仍應委任律師爲代理人到場。第二審法院應依照上揭條文及實務見解,定期間命自訴人委任自訴代理人,如自訴人逾期仍不委任自訴代理人,法院應撤銷第一審判決,改諭知自訴不受理判決。
- 四、甲同時同地對 A、B 二人恐嚇取財,檢察官先依 A 之告訴而起訴甲涉犯恐嚇取財罪嫌,法院行準



備程序時,甲自白不諱,表示願受有期徒刑六個月得易科罰金之宣告,檢察官亦依甲之表示,向法院為同一內容之求刑,法院認為宜以簡易判決處刑,不經通常審判程序,逕以簡易判決處刑,論處甲恐嚇取財罪刑(處有期徒刑六月,如易科罰金以新台幣一千元折算一日),檢察官於上訴期間內,以甲尚同時同地對 B 恐嚇取財為由提起上訴,試問:檢察官之上訴是否合法?第二審法院應如何處理?第二審法院判決後,當事人得否對之提起上訴?(25分)

	1.檢察官以通常程序起訴,法院改依簡易判決處刑之案件,有無刑事訴訟法第451條之1第2項(與
	法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行注意事項第 12 項),即「法院於請求範圍內科刑,各該當事
人跖立上	人均不得上訴」規定之適用?
命題意旨	2.當案件有刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書情形(法院不受檢察官聲請以簡易程序求刑協商之
	拘束情形),有無例外?
	3.第二審法院應適用第一審訴訟程序審理之情形。
	1.刑事訴訟法第 451-1 第 1 項規定「前條第一項之案件」,又同法第 451 條係規定「檢察官審酌案件
	情節,認爲宜以簡易判決處刑者,應即以書面爲聲請」即「檢察官聲請簡易判決處刑案件」,則「檢
	察官以通常程序起訴,法院改以簡易判決處刑之案件」究竟有無該條之適用 ?
答題關鍵	2.又如經發現原審求刑協商判決有刑事訴訟法第 451 條第 4 項但書情形, 檢察官提起上訴,二審法
	院如何審理?
	3.簡易判決之二審法院如認爲案件係屬於法定「不應以簡易判決處刑案件」時,應按如何之程序進
	行審理?
	1.邢政大,刑事訴訟法講義第六回。
古八明诗	2.95 台非字第 281 號判決。
高分閱讀	3.96 年台上字第 6861 號。
	4.94 年台非字第 296 號。
The tt	

【擬答】

- (一)法院依照檢察官求刑協商所爲之判決,當事人不得上訴。惟有刑事訴訟法第 451-1 第四項但書各款情形者, 仍得上訴。
 - 1.依據刑事訴訟法第 451-1 規定,被告於偵查中自白者,得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告,檢察官同意者,應記明筆錄,並即以被告之表示為基礎,向法院求刑或為緩刑宣告之請求。檢察官為前項之求刑或請求前,得徵詢被害人之意見,並斟酌情形,經被害人同意,命被告為左列各款事項:一、向被害人道歉。二、向被害人支付相當數額之賠償金。被告自白犯罪未爲第一項之表示者,在審判中得向法院為之,檢察官亦得依被告之表示向法院求刑或請求爲緩刑之宣告。第一項及前項情形,法院應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內爲判決,但有左列情形之一者,不在此限:一、被告所犯之罪不合第四百四十九條所定得以簡易判決處刑之案件者。二、法院認定之犯罪事實顯然與檢察官據以求處罪刑之事實不符,或於審判中發現其他裁判上一罪之犯罪事實,足認檢察官之求刑顯不適當者。三、法院於審理後,認應爲無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決之諭知者。四、檢察官之請求顯有不當或顯失公平者。
 - 2.依據刑事訴訟法第 455-1 規定,對刑事訴訟法第 451-1 規定判決不服者,依據禁反言原則,不得上訴。當事人依刑訴法第 451 條之 1 第 1 項或第 3 項規定表示願受科刑範圍 (指被告) 或為求刑或為緩刑宣告之請求 (指檢察官) 者,法院如於被告所表示範圍內科刑,或依檢察官之請求 (求刑或請求宣告緩刑) 為判決者,各該當事人不得上訴,並應於判決書內載明之。 (刑訴法 455 之 1 Ⅱ)
 - 3.本案雖係檢察官依通常訴訟程序提起公訴,但法院如依法認定本案屬於「得聲請簡易判決處刑案件」,則 仍有刑事訴訟法第451條之1求刑協商程序之適用,本案被告表示願受科刑之宣告,檢察官亦爲相同之求 刑請求,並經記明於法院準備程序筆錄,則即有刑事訴訟法第451條之1之適用。又依照刑事訴訟「當事 人」禁反言原理,如果檢察官僅對於原審量刑不服,原則並不得上訴。惟本案之情形,檢察官係以被告有



裁判上一罪之犯罪事實,原審漏未審酌爲由提起上訴,應有刑事訴訟法第451條之1第4項但書第2款情形,而提起上訴,此時因本案原不宜在求刑範圍內判決,應認爲仍得以提起上訴。

- (二)第二審法院經審酌結果,如認爲因原審漏未審酌裁判上一罪之部分犯罪事實,即得以上訴有理由,撤銷原判 決並另爲適當之判決。又此時可能有不同處理方式:
 - 1.第二審法院經審酌後,認爲本案仍符合簡易判決處刑要件,例如雖然犯罪事實認定與一審不同,但仍判處相同刑度;或判處更重刑度,但有諭知緩刑者:以簡易判決之第二審程序審理,當事人均不得再上訴。
 - 2.經審酌後,認為本案並不符合簡易判決處刑要件者(即應判處依法不得易科罰金之有期徒刑,且未諭知緩刑者):第二審法院適用第一審通常訴訟程序而為判決,此時依法當事人仍得向上級審法院提出上訴。除依 451-1 之請求所為之科刑判決,不得上訴。

重要實務見解整理

95 台非 281 判決

檢察官審酌案件情節,認爲宜以簡易判決處刑者,應即以書面爲聲請,刑事訴訟法第四百五十一條第一項定有明文;另依同法第四百五十一條之一第一項、第三項之規定,其第四百五十一條第一項之案件,被告於偵查中自白者,得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告,檢察官同意者,應記明筆錄,並即以被告之表示爲基礎,向法院求刑或爲緩刑宣告之請求;被告自白犯罪,未爲第一項之表示(即未於偵查中向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告)者,在審判中得向法院爲之。

是開啓簡易程序並非專屬於檢察官之權限,法院亦具有開啓簡易程序之權限;法院既有開啓簡易程序之權限, 自亦有於簡易程序審判中進行求刑協商程序之權限。簡易程序案件,被告自白犯罪者,得於偵查中或審判中表 示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告;於偵查中,經檢察官同意記明筆錄,並以被告之表示爲基礎,向法 院求刑或爲緩刑宣告之請求者,法院於裁判時,應先審查被告自白之文書資料或筆錄(法院辦理刑事訴訟簡易 程序案件應行注意事項第五項),然其對於簡易程序審判中,始進行協商是否需經檢察官同意,並未明確規定, 惟參酌認罪、求刑協商制度之法意,係藉由賦予被告表示願受刑罰範圍之機會,並使檢察官得衡酌案情決定是 否予以同意及相應爲具體之求刑,而於法院依其所請科刑後限制其上訴,以兼顧被告權益及公平正義,使輕微 案件簡速審結確定,自應認爲於審判中始進行協商,仍應獲得檢察官之同意以及對被告之具體求刑。亦即,於 法院開啟簡易程序之情形下,檢察官具有就該案件是否適用協商程序之同意權。而所謂檢察官之「求刑」、本有 「抽象求刑」與「具體求刑」之區別;所謂「抽象求刑」,指檢察官所爲之求刑並不涉及刑度或刑之執行方式, 諸如檢察官表示被告素行良好,請求法院從輕量刑等等;而「具體求刑」則指檢察官向法院所爲之求刑,已涉 及具體刑度或刑之執行方式。當事人依刑事訴訟法第四百五十一條之一第一項或第三項規定表示願受科刑範圍 (指被告)或爲求刑或爲緩刑宣告之請求(指檢察官)者,法院如於被告所表示範圍內科刑,或依檢察官之請 求(求刑或請求宣告緩刑)爲判決者,依第四百五十五條之一第二項規定,各該當事人不得上訴(法院辦理刑 事訴訟簡易程序案件應行注意事項第十二項),乃採「禁反言」之方式立論。質言之,被告於偵查中向檢察官表 示願受科刑之範圍,經檢察官據以向法院爲具體求刑者,或被告於審判中逕向法院爲科刑範圍之具體表示並經 檢察官同意爲求刑者,如法院於其表示之範圍內爲科刑判決時,被告對之即不得上訴;再者,檢察官於偵查中 或審判中依被告之表示爲基礎,向法院爲具體之求刑者,如法院就求刑之範圍而爲科刑判決時,檢察官對之亦 應不得上訴。

96 年台上字第 6861 號

刑事訴訟法第四百五十一條之一所定簡易程序求刑協商制度,不論其第一項「偵查中求刑協商」或第三項「審判中求刑協商」,皆在擴大簡易程序力求迅速審結之功能,同條第四項乃定明除有該條但書情形外,法院判決時,應受檢察官求刑或緩刑請求範圍之限制。又基於已尊重當事人意願而爲判決,同法第四百五十五條之一第二項復規定:「依第四百五十一條之一之請求所爲之科刑判決,不得上訴。」此所謂「依第四百五十一條之一之請求」,自包括該法條第一項「偵查中求刑協商」及第三項「審判中求刑協商」所爲之科刑判決,皆不得上訴,以落實此等輕微明確案件早日定讞之立法目的。而該第四百五十一條第一項所稱「前條第一項之案件」,應係指法院得以簡易判決處刑之案件而言,並非祇限檢察官以書面聲請簡易判決處刑之案件,同法第四百四十九條第二項法



院逕以簡易判決處刑之案件亦屬之,否則同法第四百五十一條之一第三項審判中求刑協商之規定,勢將成爲具文,殊違立法之本意。至案件如有同法第四百五十一條之一第四項但書之情形,因法院並不受檢察官聲請以簡易程序求刑協商之拘束,依同法第四百五十二條之規定,仍應改以通常程序審判之,苟法院誤以簡易程序並依被告之表示或檢察官之請求而爲判決者,同法第七編簡易程序,雖未如同法第七編之一協商程序第四百五十五條之十第一項但書有例外「得上訴」之明文規定,然爲兼顧裁判之正確妥適及當事人之訴訟權益,當事人仍得依法提起上訴,此乃法理所當然。

94 年台非字第 296 號_

刑事訴訟法第四百五十五條之一第三項規定,對於簡易判決之上訴,準用同法第三編第一章及第二章之規定,管轄第二審之地方法院合議庭受理簡易判決上訴案件,應依通常程序審理之;其認案件有刑事訴訟法第四百五十二條所定第一審應適用通常程序審判而不得適用簡易程序審判之情形者,即應撤銷原第一審之簡易判決,逕依通常程序而爲第一審判決。本件被

告李○○因違反著作權法案件,經台灣台南地方法院檢察署以九十三年度偵字第五二六二、五四○一號聲請以簡 易判決處刑,台灣台南地方法院判決後,經檢察官不服該判決,提起上訴於同院合議庭,經審理結果,認應變 更檢察官起訴書所引應適用之法條,改判依想像競合犯、牽連犯從一重論以(九十三年九月一日修正後) 著作權 法第九十四條第二項之常業犯,而判處被告有期徒刑一年六月。原判決雖案由欄載稱係上訴人(檢察官)對該案 件之第一審 (簡易) 判決提起上訴,由該院管轄之第二審合議庭判決云云,惟卷查原法院合議庭審理該案件,業 經依法定程序進行調查、辯論,並通知檢察官到庭執行職務,有該案卷內準備程序筆錄、審判筆錄及原判決之 記載可稽,顯然已實際踐行刑事案件之通常審判程序,其判決書案由欄上開所謂由該院管轄之第二審合議庭判 决之記載,充其量亦僅係表明該案原係簡易案件,由該院管轄之第二審合議庭爲審理、判決,尙不能以之逕視 爲係屬該院所爲簡易程序之第二審判決,是其所爲判決,自係屬於依通常程序所爲之「第一審判決」,被告不 服該判決,向台灣高等法院台南分院提起第二審上訴,即難認於法不合。台灣高等法院台南分院九十四年度上 更 (一) 字第四七一號刑事判決,以原判決係原法院所爲之第二審判決,不得再向該院提起第二審上訴爲由,認 被告之上訴爲違背法律上之程式,而予以駁回,適用法則自有未當。按刑事訴訟程序中利益於被告之合法上訴, 上訴法院誤爲不合法,而從程序上爲駁回上訴之判決確定者,尙不屬於司法院大法官釋字第二七一號解釋之範 圍,仍應援用本院二十五年上字第三二三一號判例,亦即此種程序判決,不發生實質上之確定力,毋庸先依非 常上訴程序撤銷,可逕依合法上訴,進行審判(本院八十年十一月五日、八十年度第五次刑事庭會議決議一參 照)。原判決既經被告爲自己利益提起第二審上訴於台灣高等法院台南分院審理,判決後,復對之提起第三審 上訴,而經本院以九十四年度台上字第四七九六號刑事判決予以撤銷並發回該院更爲審理在案,揆諸上開說明, 本件台灣高等法院台南分院九十四年度上更 (一) 字第四七一號駁回被告第二審上訴之判決,不具實質上之確定 力,原判決尚未合法確定,上訴人竟對之提起非常上訴,自屬於法不合,不應准許。



《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槪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,此爲答題之核心。
	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。
高分閱讀	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,應不得作爲證據,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,從我國大法官解釋釋字第 392 號等,亦應可得出此爲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,不得強迫被告成爲對自己不利的證人。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爲刑事處罰。(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。因爲國家機關已製造外力影響人民陳述,應認爲違反不自證己罪。
 - 4.參考美國聯邦最高法院見解:「依照不自證己罪原則,被告因爲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,都不得作爲證據。因爲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,學說上認爲,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,惟依此作爲條件而使被告自白,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,本案中,審判長爲如題示之表示,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,故不得作爲證據。
- 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。
	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爲之存在,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,不得作爲證據。」,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,於死亡前向丙所爲之陳述,而丙將之載於系爭書面提出於法院,如前所述,此爲傳聞證據,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。但實務見解卻有認爲可類推本法第 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爲之陳述,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爲其內容,具結所爲之陳述,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,能否成爲傳聞之例外,賦予其證據能力,宜解爲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爲供述爲前提,並以其具有可信之特別情況,且爲證明犯罪事實之存否所必要者,始得爲證據。」。
 - 3.從而,系爭書面能否成爲傳聞之例外,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爲供 述爲前提,並以其具有可信之特別情況,且爲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,應可認爲具有可性之特別情況,且爲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,仍得作爲甲犯罪行爲認定之依據。
- 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。
グ	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爲合法:

甲男與乙女均明知對方爲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,爲專屬告訴權人,故丙女先委任律師對甲男提出通姦罪告訴,爲合法告訴,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)兹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爲之處理,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,故丙女之自訴應爲合法。
 - 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,應以多數意見爲妥,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爲合法。
 - (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,法院不得爲任何裁判,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,故通姦行爲與傷害行爲於實體法上應屬數罪倂

- 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爲二案件;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之身分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爲自訴而非告訴,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爲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,主要爭議爲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」之規定擴大爲「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。而管見以爲,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爲實體判決。
- 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終結前聲明異議,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」爲貫穿軸心,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), $P.5-1\sim5-6$ 。

【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:
 - 1.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。
 - 2.惟若甲逾第一審法院命補正期間而仍未補提上訴理由者,其效果爲何,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,在法院尚未據以爲裁判前,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尚未達本法第361條第2項所要求之「具體」程度,而認應視為未提出上訴理由者,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。

司法官:刑訴-1

《刑事訴訟法》

一、甲基於傷害之犯意於九十年七月十四日晚間,在乙宅前,因細故與乙互毆,並分別受傷。乙受有左側第五掌骨骨折、左肩皮下瘀血,業經桃園地院中壢簡易庭判處甲有期徒刑五月。其後,乙又向桃園地院檢察署提出告訴,稱甲對其心生不滿,於同年月十三日下午,持木棍至其所經營之檳榔攤毆打之,致其左側第五掌骨骨折、左肩皮下瘀血。桃園地院認為該案與桃園地院中壢簡易庭壢簡字之刑事判決認定被告甲傷害乙之犯罪事實並不相同,判處甲有期徒刑三月(兩案均經判決確定,簡易庭判決先行確定)。嗣最高法院檢察署檢察總長認為上揭兩案完全相同,顯係同一傷害行為所造成。雖二判決所認定之犯罪時間不同、地點不同,惟甲所犯係連續犯,應為同一案件,桃園地院未諭知免訴之判決為違背法令,而提起非常上訴。試問:最高法院應如何判決?九十五年七月後對於本案是否屬案件同一性的認定有無不同?(25分)

命題意旨	本題旨在測驗考生是否能夠說明同一案件上產生二重判決確定時,應如處理。			
1 0.3 4				
答題關鍵	應先判斷是否屬於同一案件,再判斷本題之重複判決情形爲何,再依免訴說爲處理。			
	1.司法三等考場特刊第 6、12 題:案件同一性之標準(相似度 90%)			
	2.圖說系列-刑事訴訟法(I)(圖說)(史奎謙) (51ML6002) P.4-348~4-411:訴訟客體與案件之單一性、同一性			
	(相似度 95%)			
高分閱讀	3.律師・司法官歷解題庫研習系列-刑事訴訟法(51ML3004)P.85-1~85-2:案件同一性(相似度 70%)P.81-1			
	~81-2:案件同一性(相似度 65%)P.79-10~79-11:案件同一性(相似度 75%)			
	4.金台大編,刑事訴訟法講義第一回,頁 80~83。			
	5.金台大編,刑事訴訟法講義第二回,頁 103~105。			

【擬答】

本題所涉問題,乃同一案件重複判決確定之處理,茲說明如下:

- (一)最高法院應撤銷桃園地院之判決,改判刑事訴訟法(下稱本法)第302條第1款之免訴判決
 - 1.同一案件之認定基準
 - (1)案件是否同一,需視被告是否同一,以及犯罪事實是否同一,而犯罪事實同一之認定,可區分爲事實上同一與法律上同一。所謂的法律上同一,係指實質上或裁判上一罪,雖或其基本事實不同,但其在實體法上是一罪,刑罰權僅有一個,故屬同一犯罪事實。
 - (2)至於事實上是否同一,學說及實務上向有基本事實關係同一說(最高法院 87 年台非字 407 號判決)、訴之目的與侵害性行為內容同一說(最高法院 86 年台非字 187 號判決)與構成要件共通說(88 年台上字 832 號判決)等不同看法,目前實務上似以構成要件共通說為較多數之意見,管見亦從之。
 - 2.桃園地院(下稱桃院)與桃院中壢簡易庭(下稱簡易庭)之判決對象屬同一案件
 - (1)桃院與簡易庭之判決被告皆係甲,顯屬同一被告。至於犯罪事實是否同一,按檢察總長之非常上訴理由觀之,檢察 總長認爲二案完全相同,復又認定甲所犯爲連續犯,其間似有矛盾。惟,就二案之犯罪受傷情形而論,二案應屬相 同事實,雖二判決認定之時間、地點不同,然而依構成要件共通說,二判決認定之犯罪事實之侵害性事實具有構成 要件共通性,故仍可認屬事實上同一,因此,桃院與簡易庭之判決內容應屬同一案件。
 - (2)退一步論,縱如檢察總長所述,前揭二犯罪應係連續犯,而連續犯乃裁判上一罪,亦即屬於法律上同一之範疇,故 仍屬同一案件。
 - 3.最高法院應撤銷桃院之判決,改判本法第302條第1款免訴判決
 - (1)國內處理「同一案件先後判決確定」之情形時,通常會列有三說:即不受理說、判決時說及免訴說。就本案情形, 應以免訴說處理爲妥,參酌大法官會議釋字 47 解釋,同此意旨。
 - (2)接續前述,最高法院倘認爲桃院與簡易庭之判決乃同一案件,則應依本法第447條第1項第1款但書,撤銷桃院之判決,並改判本法第302條第1款免訴判決。
- (二)95年7月後對於本案是否屬於同一案件之認定,並無不同
 - 1.倘最高法院認為桃院與簡易庭之判決事實屬於事實上同一,則 95 年 7 月之刑法修正,對此部分之認定並無影響,因此在案件同一性之認定上並無不同。
 - 2.倘最高法院認為桃院與簡易庭之判決事實屬於連續犯,亦即屬於法律上同一參最高法院95年第8次刑庭決議之意旨「連續數行為而犯同一之罪名,均在新法施行前者,新法施行後,應依新法第二條第一項之規定,適用最有利於行為人之法律。」,本案中之犯行皆在95年7月前,故應依修正前連續犯論處,方屬最有利於行為人之法律,據此而論,在95年7月後,對於本案是否屬於同一案件之認定並無不同。

【參考資料】

月旦法學雜誌第 147 期: P.142~166: 論審判之範圍(王兆鵬)第 136 期: P.176~185: 淺談牽連犯與連續犯廢除後之適用問題(范清銘)第 135 期: P.197~208: 牽連犯與連續犯廢除後之適用問題(柯耀程

二、檢察官因接獲線報,得知其轄區內鄰長甲為特定候選人買票,並收受賄款五千元。經證實消息可靠後,遂於當晚 10 時許簽發指揮書,命警察多人前往甲宅進行搜索。員警進門後,立即翻箱倒櫃,大肆搜尋,卻查無買票名單、帳冊或賄款。甲雖於現場一再否認有買票行為,仍被強制載往地檢署接受檢察官偵訊,隔日即被提起公訴。試問:檢警之偵查是否合法?(25分)

命題意旨	本題旨在測驗考生對於現行實務上經常出現的偵查行爲,有無判斷該些偵查行爲適法性之能力。	
答題關鍵 本題宜仔細針對每一偵查行爲逐一檢討,最後再總結其整體之適法性。		
高分閱讀	1.司法四等考場特刊第 5 題:逕行拘提(相似度 75%) 2.圖說系列-刑事訴訟法(I)(圖說)(史奎謙)(51ML6002)P.4-90~4-91:拘提(相似度 70%)P.4-320~4-321: 公訴權濫用論(相似度 70%) 3.金台大編,刑事訴訟法講義第三回,頁 35~49、85。	

【擬答】

- (一)檢察官指揮警察前往甲宅進行搜索之行爲不合法
 - 1.搜索採相對法官保留原則

搜索在現行法下,採行「相對法官保留原則」,以有令狀搜索爲原則(刑事訴訟法第 128 條第 1 項),無令狀搜索(刑事訴訟法第 130 條至 131 條之 1)爲例外。

- 2.本案分析
 - (1)如題示,檢察官指揮警察前往搜索之行爲,應係依刑事訴訟法(下稱本法)第131條第2項規定「檢察官於偵查中確有相當理由認爲情況急迫,非迅速搜索,二十四小時內證據有僞造、變造、湮滅或隱匿之虞者,得逕行搜索,或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索,並層報檢察長。」
 - (2)然而,就本題而言,檢察官並無相當理由認爲情況急迫,自應先向法院聲請搜索票始得指揮警察前往搜索,而非逕依本法第131條第2項之規定逕行指揮警察爲緊急搜索。題示情形顯與相對法官保留原則有違,且與本法第131條第2項發動要件不符,因此,檢察官指揮警察前往甲宅進行搜索之行爲應認爲不合法。
- (二)警察強制甲前往地檢署接受偵訊之行為,並不合法
 - 1.本法中對於人身自由之短時間拘束,分別設有第 75 條一般拘提、第 76 條逕行拘提、第 88 條之 1 緊急拘提、第 87 條通 緝犯逮捕及第 88 條之現行犯與準現行犯逮捕。
 - 2.本題中,檢察官並未簽發拘票,故警察無法依本法第75及76條拘提甲至地檢署。
 - 3.復查,甲亦非通緝犯、現行犯或準現行犯,警察不得依本法第 87 及 88 條之規定加以逮捕。
 - 4.次查,甲亦不符合本法第88條之1所定得加以緊急拘提之情形。
 - 5.綜上所述,警察強制甲前往地檢署之行爲,已經拘束甲之人身自由,然而卻無刑事訴訟法之依據,因此,警察強制甲 前往地檢署接受偵訊之行爲,並不合法。

(三)結論

綜上討論,檢察官指揮警察前往甲宅進行搜索之行爲不合法,且警察強制甲前往地檢署接受偵訊之行爲亦不合法,故本 題中,檢警之偵查並不合法。

- 三、甲經檢察官以強盜罪嫌提起公訴後,第一審法院定期審判,通知檢察官及辯護人乙,並傳喚甲與證人丙、丁。因甲明知審判結果,勢必於己不利,為拖延計,僅委任乙出庭,不附理由代為請假;丙則以當晚行將往赴國外履新任職,丁以次日經醫生安排住院進行大手術,二人均表明短期之內,無法再行到庭,希能避免一再往返法院之勞頓。試問:(25分)
 - (一)審判期日何以必須傳喚被告到庭?其理由何在?
 - (二)法院如欲使訴訟程序不致延宕,又不影響甲之權益,且能滿足丙、丁之願望,及適合實際需要,應為如何處置?其法律依據或法理為何?

命題意	本題旨在測驗考生對於實務上出現的問題是否瞭解應該如何處理,畢竟刑事訴訟法係程序法,考生本應留意 實務上出現的問題應如何解決。
答題關	第一小題應該要點出被告聽審權及法院審理之基本原則;而第二小題則應綜合相關的實務見解及法律規範去
合起腳	思索如何使程序合法。
	1.司法四等考場特刊第 11、16 題:審判程序之基本原則、準備程序之前置(相似度 60%)
高分閱讀	2.圖說系列-刑事訴訟法(I)(圖說)(史奎謙)(51ML6002) P.4-484~4-504:審判程序(相似度 70%)
	[3] 3.律師・司法官歷解題庫研習系列-刑事訴訟法(51ML3004)P.92-10~92-12:審判程序(相似度 70%)P.81-3
	~81-4:審判程序(相似度 70%)

4.金台大編,刑事訴訟法總複習講義第二回,頁 108、109。

5.金台大編,刑事訴訟法講義第一回,頁 39~42。

6.金台大編,刑事訴訟法講義第二回,頁 26。

【擬答】

(一)審判期日須傳喚被告到庭之規定及理由

1.刑事訴訟法(下稱本法)第 271 條第 1 項規定,「審判期日,應傳喚被告或其代理人,並通知檢察官、辯護人、輔佐人。」, 另本法第 281 條規定「審判期日,除有特別規定外,被告不到庭者,不得審判。」。倘若審判期日被告未到庭而逕行審 判,則其判決當然違背法令,「有左列情形之一者,其判決當然違背法令:六、除有特別規定外,被告未於審判期日 到庭而逕行審判者。」,本法第 379 條第 6 款定有明文。

2.被告聽審權之保障

基於被告程序主體地位,故應確保被告之聽審權,而聽審權內涵之一,即請求表達權。而所謂請求表達權,即被告就審判上的事實及法律問題應有充分表達的機會。因此在裁判中須經當事人之言詞辯論(本法第221條)、賦予被告辯明犯罪嫌疑之機會(本法第96條)、進而賦予被告辯論權、詰問權及最後陳述權等(本法第288條之1、290條)。簡言之,爲令被告得行使上述相關請求表達權,故審判期日須傳喚被告到庭。

3.直接審理原則與言詞審理原則之要求

再者,爲令法院得形成正確可靠且新鮮之心證,故本法審理時原則上採行直接審理與言詞審理,審判期日須傳喚被告 到庭亦是爲了符合直接審理與言詞審理之要求。

(二)法院之處置方式

- 1.關於本案情形,實務上大抵有二種可能的處理方式:
 - (1)對於傳喚到庭之證人不進行交互詰問,另訂期日傳喚或拘提被告後,再行詰問。 證人雖有出庭,但被告未出庭,爲保障被告之詰問權,故應不得進行交互詰問。
 - (2)依證據保全程序,對於證人記憶與敘述提早保存。

證人恐因日後無法出庭或記憶變得模糊,基於發現真實之必要,於被告不到場時,得由檢察官、辯護人提出保全證據之聲請,提早保存證人之記憶與敘述。

- 2.本案中,法院應爲之處置
 - (1)本案情形,爲使訴訟程序不致延宕,且丙、丁二人短期內無法再爲出庭,故法院應先暫停程序,命法警前往拘提被告到庭。倘若無法於是日拘提被告到庭,則自有先予保全證據之必要,合議庭應當庭裁定變更該日爲準備程序期日,此時檢察官與辯護人即可聲請證據保全,而先行訊問丙、丁。
 - (2)另參最高法院 93 年台上字 5185 號判例要旨「刑事訴訟法第二百七十九條第一項、第二百七十六條第一項規定預料 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,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 場確有困難者,方足當之。」。據此以觀,由於證人丙、丁之情形符合本法第 276 之規定,管見以爲,法院裁定變更 爲準備程序期日後,得依本法第 276 之規定先行訊問證人丙丁。而該二證人之筆錄於審判期日方可符合本法第 159 條之 1 第 1 項之例外而具備證據能力。

【參考資料】

- 1.吳巡龍老師,被告不到場的審判程序,月旦法學教室35期,頁24、25。
- 2.月日法學雜誌第 139 期: P.247~257: 論準備程序有關證據能力爭議之調查(林俊益)
- 四、被告甲成年人犯刑法第 201 條第 1 項之偽造有價證券罪(盗用保管印章、支票,簽發支票一張,領取新台幣 十萬元花用),被檢察官起訴。嗣於一審審理中與告訴人達成和解,第一審乃認被告犯後態度良好,適用刑 法第 59 條規定酌減其刑,處有期徒刑 2 年,緩刑 3 年,嗣被告未依約履行,檢察官應告訴人之聲請,以被 告未依約給付而上訴,並以原判決適用刑法第 59 條不當,請求從重量刑並撤銷緩刑而上訴。問:(25 分)
 - (一)第二審法院可否應檢察官之上訴為上開判決?
 - (二)如檢察官未上訴,僅被告上訴並主張係告訴人授權簽發支票並借用,並無偽造有價證券,法院查明並非 事實而係濫行上訴,法院可否加重其刑並撤銷緩刑?
 - (三)如檢察官及被告均上訴時,有無不同?

福田百 万	本題旨在測驗考生對於不利益變更禁止原則之熟悉度,此乃傳統的爭點,在考試上向來不停地出現,考生對此應該可以輕易應付。
	第一小題乃需探討刑法 59 條之適用不當是否可爲更不利益判斷之理由,而第二小題應強調被告上訴權限之保障,第三小題則可以從刑訴 370 之要件著手回答。
高分閱讀	1.司法三等考場特刊第 18 題:不利益變更禁止原則(相似度 80%)

2.圖說系列-刑事訴訟法(I)(圖說)(史奎謙)(51ML6002) P.5-65~5-80: 不利益變更禁止原則(相似度 90%) 3.律師・司法官歷解題庫研習系列-刑事訴訟法(51ML3004) P.85-15~85-16:

不利益變更禁止原則(相似度70%) P.79-14~76-16: 不利益變更禁止原則(相似度80%)

【擬答】

刑事訴訟法(下稱本法)第370條規定,「由被告上訴或爲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。」此即第二審程序中不利益變更禁止原則之規範。而不利益變更禁止原則之規範目的,旨在使被告不會畏懼上訴而妨害其上訴權之行使,合先陳明。

- (一)第二審法院不得應檢察官之上訴爲上開判決
 - 1.不利益變更禁止原則之適用要件
 - 第二審程序中不利益變更禁止原則之適用,除須由被告上訴或爲被告利益而上訴外,依最高法院 76 年台非字 124 號判決,尙須檢察官或自訴人未爲被告不利益上訴,方有適用。
 - 2.如題所示,本案中係由檢察官上訴,自不符不利益變更禁止原則之適用要件,而無本法第370條之適用。然而,本案中被告未依約履行,僅係民事上之債務不履行,不應據此認定第一審法院判決適用第59條係屬不當,值是,第二審法院不得應檢察官之上訴爲題示之判決。
- (二)法院不得加重其刑並撤銷緩刑
 - 1.本題中第二審法院應受不利益變更禁止原則之拘束
 - 本題中檢察官並未上訴,而係由被告上訴,業已符合本法第370條之適用要件,因此,第二審法院自應受不利益變更禁止原則之拘束。
 - 2.本題中並無本法第 370 條但書之適用
 - 本題中,第二審法院認爲被告係濫行上訴,惟並未認定原審判決是用法條不當,故應無本法第370條但書之適用。
 - 3.復揆諸不利益變更禁止原則之立法意旨乃在使被告不會畏懼上訴而妨害其上訴權之行使,自不得僅因第二審法院認為 被告之上訴無理由,而寬認本法第 370 條但書之適用。
 - 4.綜上所述,第二審法院既受不利益變更禁止原則之拘束,且無本法第 370 條但書之適用,值是之故,本題中,第二審法 院不得加重其刑並撤銷緩刑。
- (三)檢察官與被告均上訴時,法院仍不得加重其刑並撤銷緩刑
 - 1.本題中並無不利益變更禁止原則之適用
 - 肇因本題中檢察官亦提起上訴,並不符合不利益變更禁止原則之適用要件,故本題中無本法第 370 條之適用。
 - 2.本題中雖被告主張之上訴理由並不成立,然而,檢察官所主張之上訴理由,如前述,僅係民事上債務不履行之問題, 不應事後據此認定原審法院適用刑法第59條有所不當,因此,法院仍不得加重其刑並撤銷緩刑。

【參考資料】

金台大編,刑事訴訟法講義第八回,頁134~135。

《刑事訴訟法》

- 一、某甲委任律師,向某地方法院提起自訴狀。自訴狀中關於犯罪事實部分,僅簡單記載:某乙對某甲犯故意殺 人未遂罪。
 - (一)該地方法院面對此項自訴,應如何處理?(12分)
 - (二)該地方法院審理本案時,如果發現某乙對某甲故意殺人時,某乙的一個殺人行為,尚且對某丙亦構成故 意殺人未遂罪。此時,該地方法院應如何處理?(13分)

命題意旨	測驗同學是否熟悉對自訴狀起訴事實的記載,與法院審判不可分的爭議。		
答題關鍵	第 320 條修法後明確指出自訴狀應記載的事項,只要留意到這個新條文,解答上就不會有太大的困難。至於第		
日人的外头	二子題的部分,只要不被自訴程序混亂到,將第 343 條的規定看仔細,即可迎刃而解。		
	1.林鈺雄,刑事訴訟法下冊 4 版,2004 年 9 月,頁 141 以下。		
	2.陳樸生,刑事訴訟法實務(重定版),1996 年 9 月,頁 97、449。		
高分閱讀	3.洪政大,大綱式講義第五回(2006 年一月版),頁 50 以下。		
	4.高點《圖說系列-刑事訴訟法(I)》(史奎謙), P.4-422~4-435: 自訴不可分與自訴之程式(相似度 90%)。		
	5.高點《重點整理系列-刑事訴訟法概要》(安律師), P.2-53~2-61:自訴之提起與自訴之效力(相似度 90%)。		

【擬答)

- (一)按刑事訴訟法(下同)第320條第2項規定,自訴狀應記載下列事實:「一被告之姓名、性別、年齡、住所或居所,或其他足資辨別之特徵。二犯罪事實及證據並所犯法條」,且修法時另增訂該條第3項:「前項犯罪事實,應記載構成犯罪之具體事實及其犯罪之日、時、處所、方法」。今題示關於自訴狀中犯罪事實部分,僅簡單記載「某乙對某甲犯故意殺人未遂罪」,未提及某乙對某甲犯故意殺人未遂罪的具體事實究竟如何,亦未記載犯罪之日、時、處所、方法等,顯然不符合第320條第3項的要求。此相較於檢察官提起公訴時其犯罪事實的記載,嚴謹許多(25上字第662號判例)。因此自訴人委任律師提起的自訴,應認為違背起訴程式,但其情形並非不可補正,故法院即應定期間命補正,逾期不補正者,諭知不受理判決(第343條準用第303條第一款)。
- (二)若甲未於法院所定期間內補正具體的犯罪事實,提起之自訴係不合法,則法院將甲的自訴駁回後,自不得審理未經起訴的乙殺丙部分的犯罪事實,否則即違反控訴原則的要求,也就是不告而理(第379條第12款)。若甲將乙殺甲犯罪事實的犯罪日、時、處所、方法於法院所定期間補正後,則自訴合法,法院自應依法加以審判。有關法院於自訴程序的審判,除自訴章節有規定外,準用有關公訴之規定(第343條)。換言之,關於自訴程序法院的審判,亦應有審判不可分原則的適用(第267條、第268條)。今若被告乙的一行爲構成對甲的殺人未遂與對丙的殺人未遂,即一行爲觸犯數罪名,乃想像競合之裁判上一罪,在審判上爲一個訴訟客體,不可分割。因此法院審判的結果,若認爲已經起訴的乙殺甲部分爲有罪(顯在性事實),未經起訴的乙殺丙部分亦爲有罪(潛在性事實),雖然後者未經起訴,法院本於審判不可分,仍得依法加以審判。

二、試分析下列問題:

- (一)刑事訴訟法第228條規定:「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者,應即開始偵查。」 此處所稱之「犯罪嫌疑」,其意為何?實務上檢察署受理告訴、告發案件後之分案,有「他案」與「偵案」 之別,試說明此項區別在訴訟法上之意義。再者,上開條文之「犯罪嫌疑」與同法第76條、第101條第 1項、第251條規定中所稱之「犯罪嫌疑」意涵有何不同?試舉例說明之。(16分)
- (二)偵查中檢察官向法院聲請羈押,所應提出的證據門檻應到達何種程度?此項證據門檻與法官審判時的有 罪證據門檻有何不同?試說明之。(9分)

命題意旨	此題較爲複雜,考點很多,主要是在考刑事訴訟的各門檻,必須對刑事訴訟法有通盤了解。		
答題關鍵	此題將「犯罪嫌疑」做比較是關鍵。由於門檻二字定義不清,故考生須將提出證據責任和說服責任分別論之,		
合起腳蜒	而重點應置提出證據責任方面的「程度」,否則將可能無法打擊到出題者所想要的點。		
	1.第 107 期法觀人考場特刊:,第 3 題:聲請羈押之證據門檻(相似度:50%)。		
	2.高點《圖說系列-刑事訴訟法(I)》(史奎謙), P.4-15: 犯罪嫌疑之概念(相似度 60%); P.4-100: 聲請羈押之		
	證據門檻(相似度 60%);P.4-263~4-265:偵査之終結(相似度 80%)。		
高分閱讀	3.高點《圖說系列-刑事訴訟法(I)》(史奎謙),P.4-563~4-577:證據門檻(相似度 70%)。		
	4.2006 律師司法官歷屆試題詳解-刑事訴訟法,P.87-9~87-10:87 年律師第 1 題 (相似度 70%); P.86-14~86-17:		
	86 年律師第 1 題(相似度 65%)		
	5.重點整理系列-刑事訴訟法概要(安律師),P.1-93~1-95:羈押之要件(相似度 55%)。		

1.月日法學教室,第41期:P.22~23:幽靈抗辯的刑事舉證責任(吳巡龍)。

参考資料 2.月旦法學雜誌,第 133 期: P.5~23: 刑事法上的舉證責任(林麗瑩);第 133 期: P.24~41: 刑事舉證責任及 幽靈抗辯(吳巡龍)。

【擬答】

(--)

1.何謂犯罪嫌疑?

- (1)此犯罪嫌疑,應僅爲初始之犯罪嫌疑,亦即,偵查之開始,對犯罪嫌疑人之基本權侵害極其輕微,並不若強制處分需到相當理由之程度,亦不若臨檢需致合理懷疑之程度,僅需單純懷疑即可。此即爲犯罪嫌疑之「初始嫌疑」。
- (2)對於犯罪嫌疑開始偵查,是檢察官之義務,乃偵查法定原則。因之,此犯罪嫌疑乃對公共利益之維護,其對基本權侵犯又較微小,故僅需低程度之懷疑,即可爲之。換言之,只要「知有犯罪嫌疑」,有簡單的開始嫌疑,只要且非單納之臆測,偵查應可因之發動。

2.他案與偵案之分

- (1)實務上有區分他案與偵案,所謂偵案,乃指正式進入偵查之案件,實務上對於證據較爲明確之案件,即歸檔於偵案, 而既進入正式偵查程序,檢察官最後即需對之提起公訴或爲不起訴處分。
- (2)至於他案,乃指尚未進入偵查之案件,有無前述發動犯罪嫌疑要件仍爲不明時,即歸類於他案。若追查之後案情較 爲明朗,則歸類於偵案,正式進入偵查程序,若案情仍隱諱不明,則以簽結方式結案。
- (3)然而,在刑事訴訟法上,只要開始偵查,即應提起公訴或爲不起訴處分,實務之做法,若歸類成他案將規避所有不 起訴處分的效力和救濟,例如,他案的行政簽結並無不起訴處分之效力,亦不適用再議及交付審判。雖謂行政簽結 可達成訴訟經濟之效果,然刑事訴訟法尚未有任何明文依據,且也易受操控,對於法律之規避上也無法保障人權, 故學說上皆建議廢除此制度,以達保障人權之目的。
- 3.犯罪嫌疑與七十六條、一〇一第一項、第二五一條之規定差異。
 - (1)所謂犯罪嫌疑之規定,學理上乃強制處分之實質理由,亦即,強制處分乃侵害基本權之訴訟行為,原則上必須有正當理由以及令狀,方能爲之。故若對基本權侵害越甚者,其實質理由之門檻也相應越高。
 - (2)第七十六條之逕行拘提,其對基本權之侵犯相當於逮捕。就逮捕而言,學者普遍認爲需要有相當理由(合理根據), 逮捕侵犯個人自由及尊嚴,故學者建議其實質之理由僅能略低於百分之五十。無論如何,比起本法二二八條規定, 此犯罪嫌疑要高出許多。
 - (3)第一〇一條之犯罪嫌疑,因其屬羈押強制處分之理由,故其門檻應較七十六條爲高,畢竟羈押乃侵犯基本權最甚之強制處分,可拘束人身自由長達數月。與七十六條比較觀之,七十六條逕行拘提和一〇一條羈押皆有「逃亡或逃亡之虞」的字眼,若其犯罪嫌疑程度相當,則表示拘提(拘束人身自由二十四小時)的狀況竟可羈押,有失允當,故其犯罪嫌疑程度,應較七十六條之犯罪嫌疑爲高。
 - (4)第二五一條之起訴,學說上稱之爲「有罪判決之高度可能」,其所謂足認被告有犯罪嫌疑者,雖不至毫無合理懷疑程度,但其必須是由相關物證,可確信其可被有罪判決之狀況。參考比較法上起訴審查制,有謂「證據形式上有罪」,亦即相關物證若皆爲真且可用,則可判被告有罪之狀況,方能通過起訴門檻,此可資參考。
 - (5)舉例言之,若警察對犯罪嫌疑人有初始之懷疑,則可發動偵查,而若認爲其有犯罪嫌疑可致逮捕之程度,該當七十 六條其他要件(如有湮滅證據之虞),則可不經傳逕行拘提,又若其犯罪嫌疑更爲重大,例如又找到其他有力物證, 則再該當本法一〇一條之狀況則可聲請羈押。最後,若所持相關物證檢察官確信有高度可能,此些證據可對被告爲 有罪判決,則可依本法二五一條起訴。
 - (6)依此,本法在七十六條以及一○一條使用犯嫌疑重大的字眼,卻在二五一條使用犯罪嫌疑,似乎不甚恰當。

 $(\underline{})$

1.羈押之證據門檻

- (1)羈押之證據門檻,學說上迭有爭議。由羈押乃預先將犯罪嫌疑人拘束,且羈押之期日可折抵刑期觀之,羈押實爲對 人身自由之重大侵犯,亦可能違反無罪推定原則。
- (2)偵查中聲請羈押,其謂之犯罪嫌疑,應只爲一高度門檻而已。畢竟,羈押之重點在於羈押之原因具備以及羈押之必要性,因此如前述,羈押之犯罪嫌疑,只需比逮捕之犯罪嫌疑略高,其主要控制仍在於原因以及必要性之有無。
- (3)因此羈押之門檻,其犯罪嫌疑應比逮捕略高,但卻低於起訴門檻所謂之犯罪嫌疑,因為起訴門檻之犯罪嫌疑,本身無其他要件限制,故本身即需達到有罪判決高度可能,此和羈押乃謂防止逃亡、湮滅證據等目的大不相同。因此管見以爲,羈押之門檻只要能夠達到比逮捕略高之程度,其餘重點應置於檢察官所提出之證據能否證明羈押原因之有無,以及是否符合比例原則,有無必要性等,如此控制方能保障人權。至於其證明程度之部份,見下點。

2.和法官審判的有罪證據門檻有何不同

- (1)同前所述,羈押本質上和有罪判決不同,雖然其結果相像,但審判有罪乃必定拘束人身自由至法定期間,然而羈押 乃謂刑事訴訟之順暢進行所爲之強制處分,因此其審理程序不盡相同。
- (2)在審判上,必須達到毫無合理之懷疑,方能確定拘束人身自由,但在羈押程序上,由於僅是自由證明,故只要法院認定「可能如此」即可,不用到毫無合理懷疑之程度。
- (3)另有學說認為,從舉證之公平性及技術上是否可能來斷定,羈押審查程度亦不須到毫無合理懷疑之程度,只要能夠 大致相信即可。
- (4)綜上,法官審判,不僅要有足夠證據,其證明程度亦須到毫無合理懷疑。而羈押方面,其提出證據方面不須到「證

明犯罪事實」證據充足的地步,只要能夠證明「有犯罪嫌疑、有羈押之原因、必要」即可,蓋因審判和羈押審理其目的完全不同,故提出證據的面向即不可等同視之,而證明程度亦不相同。

- 三、甲男與乙女因妨害家庭案件(通姦罪),經地方法院簡易庭為「得易科罰金之有期徒刑」簡易判決後,被告 等不服而提起上訴,經該地方法院合議庭認「應為無罪判決之諭知」。試問:
 - (一)該地方法院合議庭應適用何種程序審判該案?理由何在?(13分)
 - (二)該案經該地方法院合議庭審理後,將地方法院簡易庭原判決撤銷,改為「無罪判決之諭知」,但檢察官不服該地方法院合議庭「諭知無罪」之判決,是否可以上訴?理由何在?(12分)

人晒辛巳	測試考生是否瞭解簡易判決處刑的上訴程序。本題於 2005 年的高考曾經出現過,相較之下,當年的高考題目難
命題意旨	度比本題要高上許多,考生應該會有「怎麼這麼簡單」的感覺吧?
答題關鍵	只要考生注意到刑事訴訟法第455條之1第3項的規定,第一題的答案就呼之欲出,而第二子題則是順水推舟,
合规削疑	讓地院合議庭爲第一審判決後,自可使檢察官上訴於高等法院。二子題基本上是同一件事情。
	1.林鈺雄,刑事訴訟法下冊 4 版,2004 年 9 月,頁 245。
	2.洪政大,大綱式講義第六回(2006年一月版),頁22以下。
高分閱讀	3.高點 2005 年考場寶典,第五題(相似度 100%)。
	4.高點《圖說系列-刑事訴訟法(I)》(史奎謙), P.4-531~4-536: 簡易程序之上訴審(相似度 70%)。
	5.法研所歷屆經典試題解析(刑訴、犯罪學), P.1-7-26~1-7-29: 90 年東海大學第 13 題(相似度 60%)。
公	月旦法學教室,第44期:P.16~17:程序轉換的自動變頻式(柯耀程);第34期:P.76~87:簡易訴訟制度(黃
參考資料	朝義)

【擬答】

- (一)按對於簡易判決處刑的第二審上訴,依刑事訴訟法(以下同)第455條之1第3項的規定,地方法院合議庭的處理係準用第三編第一章及第二章之規定。換言之,簡易判決處刑程序中上訴於第二審地方法院合議庭時,其程序準用於通常程序上訴通則、第二審的相關規定,該地方法院合議庭乃屬事實審的覆審。藉此以觀,由地方法院合議庭管轄簡易判決處刑之上訴案件,乃修法時爲「減輕高等法院之負荷」所設,第二審的地方法院合議庭受理簡易判決之上訴案件,應依通常程序審理。
- (二)地方法院合議庭認為被告應為無罪判決之諭知,也就是認為原審「不得」或「不宜」以簡易判決處刑。當第一審之簡易 庭審理時,由於符合第451之1第4項但書第3款的情形,即應依照第452條轉換為通常審理程序為無罪判決,結果第一 審簡易庭竟未轉換(不當的未轉換程序)。此時合議庭適用第二審之通常程序審判時,即應撤銷原審之簡易判決,並改依 通常程序為第一審判決,也就是自為第一審判決,對甲為無罪之諭知。對此,檢察官若有不服,由於程序上地院合議庭 乃做出第一審判決,檢察官自可向高等法院提起第二審上訴。
- 四、甲男年僅十九歲,駕駛機車,見同向在前駕駛機車之乙女皮包斜掛,認為有機可乘,乃尾隨其後快駛通過搶奪該皮包,不慎將乙機車拉倒,乙因而受輕傷。經乙以過失傷害提起告訴,檢察官以搶奪起訴,第一審法院以搶奪罪科刑後,甲表示甘服未上訴,檢察官以漏未就過失傷害部分審判提起第二審上訴,甲父丙則以量刑過重提起上訴,第二審法院以檢察官並未起訴過失傷害及甲已明示甘服分別駁回檢察官及丙之上訴。問此第二審法院之裁判合法否?(15分)如對此裁判不服能否向第三審請求救濟?(10分)

命題意旨	此題關鍵在於:上訴的要件爲何,只要熟悉上訴要件的背誦和運作,要解此題應不困難。			
答題關鍵	夢題關鍵 │檢察官和丙應分開論述,就其上訴要件、理由一一審酌,此題即可拿分。			
高分閱讀	1.2006 律師司法官歷屆試題詳解-刑事訴訟法,P.90-17~90-20:90 年律師第 3 題(相似度 40%);P.89-23~89-25:89 年律師第 1 題(相似度 40%);P.89-19~78-21:78 年司法官第 4 題(相似度 40%) 2.高點《重點整理系列-刑事訴訟法概要》(安律師),P.105~106:上訴不可分(相似度 50%)。 3.高點《圖說系列-刑事訴訟法(I)》(史奎謙),P.5-32~5-45:上訴審審理範圍(相似度 60%);P.4-331~4-406:案件單一性統一性(相似度 70%);P.5-83~5-91:第三審上訴之案件限制(相似度 50%)			

【擬答】

(一)第二審之裁判不合法

- 1.就檢察官之上訴言:
 - (1)依刑事訴訟法三四四條第一項規定,當事人可提起上訴,故檢察官爲上訴權人。而檢察官對法院未審理過失傷害之 部份亦具上訴利益。
 - (2)檢察官之上訴理由在於漏未判決。漏未判決之前提在於原審法院爲一判決,但其中有未審理之部份而言,故須爲一 案件,方有漏未判決、提起上訴之可能。
 - (3)此題檢察官僅起訴搶奪部份,其是否及於過失傷害之部份?此題甲一搶奪行爲同時造成搶奪罪和傷害罪,乃一行爲

觸犯數法益,屬刑法上之想像競合,即爲裁判上一罪,若皆爲有罪(此待上訴審認定),則屬不可分之案件,依照刑事訴訟法第二六七條規定,檢察官之起訴效力及於犯罪事實全部,故法官就此未審理卻對全案件下一判決,應屬漏未判決。

- (5)故,第二審判決認檢察官未起訴過失傷害,應屬忽略本法第二六七條之規定,檢察官之起訴效力應及於過失傷害之部份。然,若法院認為此並非想像競合犯而為數罪並罰之案件,則其非裁判上一罪,檢察官起訴效力不及於傷害部份,此時第二審之駁回即有理由。惟依前所述,無論依實務或學者見解,此皆應為一案件,故基於起訴不可分及審判不可分之法理,第二審之駁回應無理由。

2.就丙之上訴言

- (1)依照刑事訴訟法三四五條,被告之法定代理人得為被告之利益獨立上訴。此題甲十九歲,其父丙為其法定代理人無疑。而所謂獨立上訴,其特色即在於不受當事人意思之拘束,除當事人死亡,無法定代理人之身分外,皆可不受當事人意思拘束。
- (2)依此題,甲表示甘服,其似可解釋爲本法第三五三條之捨棄上訴權,此乃與效行爲,直接發生本法三五九條喪失上 訴權之效果,但在獨立上訴之情況,其上訴權乃各自獨立,故丙父仍可獨立提起上訴,其爲上訴權人無疑,而其以 量刑過重爲由提起上訴,亦具上訴利益。
- (3)然,第二審法院卻以甲以表示甘服而駁回上訴,乃忽略本法第三四五條之獨立上訴規定,應無理由。

(二)檢察官和丙可向第三審提起上訴

1.就檢察官言之:

- (1)第三審上訴受案件種類以及上訴理由之限制。過失傷害罪爲輕罪,不得上訴第三審(第三七六條),若檢察官針對過失傷害罪提起第三審上訴,即不合法。檢察官必須針對可以上訴第三審的搶奪罪提起合法上訴,若第三審法院認爲過失傷害與搶奪罪爲裁判上一罪關係,自應認爲全部可以上訴第三審法院(六九年台上字第二〇三七號判例)。
- (2)至於上訴理由限制方面,上訴第三審應以判決違背法令為理由,所謂違背法令,乃判決不適用法則或適用不當而言。 第二審法院判決未指摘第一審判決「已受請求之事項未予判決」之當然違背法令,顯有違誤,自可執此上訴第三審。 2.就丙言之:
 - (1)第二審否定其爲上訴權人之地位,乃依判決不合法爲由駁回上訴,即將合法之上訴誤爲不合法上訴之情形。
 - (2)於此題,搶奪罪爲可上訴第三審之案件已如前述,若丙以量刑過重爲由提起上訴,基於罪刑不可分原則,搶奪罪之 罪名與其刑度均可上訴第三審。
 - (3)至於上訴理由限制方面,丙亦應具體指摘原審判決違背法令之處。原判決將合法上訴誤爲不合法駁回,違背程序法 則而於判決有影響,自得作爲上訴第三審之理由。

《刑事訴訟法》

- 一、某甲在台北市,對於某國派至我國之代表某乙,犯故意傷害罪。我國之司法警察某丙,持拘票在台北市逮捕 某甲之時,某甲又對某丙犯妨害執行職務罪。某甲之住所在高雄市。試回答下列問題,並說明其理由:
 - (一)某甲所犯之故意傷害罪,那些法院有第一審管轄權?(5分)
 - (二)某甲所犯之妨害執行職務罪,那些法院有第一審管轄權?(5分)
 - (三)某甲所犯之故意傷害罪與妨害執行職務罪,可否合併管轄?現行法律規定,有何利弊得失?(15分)

命題意旨	測驗考生對於刑事訴訟法審級不一致的事物管轄是否認識,以及牽連管轄的規定及檢討	
	1.掌握妨害國交罪的管轄法院爲第二級的高等法院,而非第一級的地方法院(刑訴法第4條但書)	
答題關鍵	2.土地管轄的取得(刑訴法第5條)	
	3.牽連管轄的合併規則,及分析不同級法院案件之合併管轄,對於被告審級利益的影響	
	1.書記官達人考場特刊	
	題目 18、題目 19:管轄(相似度 40%)	
	2.圖說系列-刑事訴訟法(I)(史奎謙)(L750)	
高分閱讀	P2-23~50:管轄、合倂管轄(相似度 80%)	
	3.法研所歷屆試題詳解(M507)	
	P.1-7-19~21:91 年東海大學第 10 題(相似度 30%)	
	4.鍾台大,刑事訴訟法第一回補充講義。	

【擬答】

- 一、甲所涉嫌之罪名、罪章及罪數關係
 - (一)甲對外國代表乙涉犯故意傷害罪,得加重其刑至三分之一,係觸犯刑法第 116 條之侵害外國代表罪,屬妨害國交罪 章之犯罪。
 - (二)甲對司法警察丙涉犯妨害執行職務罪,係觸犯刑法第135條第1項,屬妨害公務罪章之犯罪。
 - (三)甲所犯前述兩罪間,其犯意各別,行爲互殊,所犯罪名又不同,屬實質競合之數罪併罰之關係。
- 二、刑事訴訟法(以下稱本法)關於法定固有管轄之規定有二
 - (一)事物管轄(本法第4條)
 - 1.原則:以第一級之地方法院爲第一審管轄法院(本法第4條本文參見)。
 - 2.例外:內亂罪、外患罪及妨害國交罪章之刑事案件,以第二級之高等法院爲第一審法院(本法第 4 條但書參見)。
 - (二)土地管轄(本法第5條)
 - 1.一般情形土地管轄的取得原因(本法第5條第1項):
 - (1)犯罪地。
 - (2)被告之住所、居所或所在地:
 - ①住、居所地:以民法規定爲準。
 - ②所在地:以「起訴」時身體所在地爲準;且實務上向認爲不以任意所在爲限,即使係違反被告意願之強制所在地亦屬之,所以拘捕地、羈押地均屬之(院 1247、院 3825、最高法院 48 台上 837 判例參見)。
 - 2.特別取得原因:

在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者,船艦本籍地、航空機出發地或犯罪後停泊地之法院,亦有管轄權(本法第5條第2項)。

- 三、牽連管轄之特別規定(本法第6條、第7條參見)
 - (一)意義及目的
 - 1.所謂牽連管轄,係指使得數「相牽連案件」,得以合併管轄,及合併審判。
 - 2.所謂相牽連案件,係指以下四種情形:
 - (1)一人犯數罪者。
 - (2)數人共犯一罪或數罪者。
 - (3)數人同時在同一處所各別犯罪者。
 - (4)犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。



- 3.牽連管轄之立法目的爲「訴訟經濟原則」,惟有學者質疑可能有害被告之審級利益。
- (二)牽連管轄之規則(本法第6條)
 - 1.繫屬前:合倂管轄
 - (1)同級法院:得合併由其中一法院管轄(本法第6條第1項參見)。
 - (2)不同級法院:得合併由其上級法院管轄,但本法第7條第3款之同時犯例外(本法第6條第3項前段)。
 - 2.繫屬後:合倂審判
 - (1)同級法院:得合併由其中一法院審判,以裁定移送之(本法第6條第2項)。
 - (2)不同級法院:雖已繫屬於下級法院,上級法院得以裁定命其移送上級法院合併審判,但本法第7條第3款之同時犯例外(本法第6條第3項)。

四、本題擬答

- (一)甲對乙所犯故意傷害罪之管轄權法院?
 - 1.依事物管轄:屬妨害國交罪章之犯罪,依本法第4條但書第3款之規定,應由高等法院有第一審管轄權。
 - 2.再依土地管轄:犯罪地之臺灣高等法院,及住所地之臺灣高等法院高雄分院,均有管轄權。
- (二)甲對丙所犯妨害執行職務罪之管轄權法院?
 - 1.依事物管轄:屬妨害公務罪章之犯罪,依本法第4條本文,應由地方法院爲第一審管轄法院。
 - 2.再依土地管轄:犯罪地之臺灣臺北地方法院或士林地方法院,及住所地之臺灣高雄地方法院均有管轄權。
- (三)甲所犯前述二罪可否合倂管轄?
 - 1.甲所犯兩罪爲數罪併罰之案件,屬本法第7條第1款之相牽連犯罪,依同法第6條規定,相牽連案件,爲達訴訟經濟之要求,得合併由其中一法院管轄。須注意者,如認爲甲所犯二罪有手段、目的之牽連關係而爲牽連犯者,其所犯即爲裁判上一罪,祇可能有競合管轄(本法第8條參見)之問題,而無牽連管轄之適用。
 - 2.依本法第6條第3項前段之規定:甲所犯二罪得合併由高等法院管轄,其所犯妨害公務罪即使業經檢察官起訴而繫屬於(台北或士林或高雄)地方法院,臺灣高等法院或台灣高等法院高雄分院仍得以裁定命地方法院將妨害公務罪移送上級法院合併審判。
- (四)現行本法第6條關於牽連管轄之利弊得失
 - 1.利得:牽連管轄之立法目的在訴訟經濟,以本題爲例,甲因爲犯二罪,合併由相同法院管轄而一併審判,甲得以 省卻勞途奔波之時間花費,案件亦得以早日終結,有利甲之迅速審判權。
 - 2 弊失:
 - (1)祇顧訴訟經濟,卻可能侵害被告之審級利益,所以本法特別規定,於同時犯之情形,如不同被告同時所犯之案件,分屬不同級法院審判時,不應合併由上級法院管轄或審判,以免侵害下級法院被告之審級利益(本法第6條第3款但書參見)。
 - (2)惟本法僅就同時犯之不同被告定有例外不合併之明文,卻忽略本法第7條其他三款,如被告一人犯數罪,或數人共犯一罪,以及犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、僞證、贓物各罪者,均有可能導致相同被告分別觸犯之其中一罪,或不同被告所爲犯罪,會因爲合併之結果導致剝奪被告之審級利益。以本題爲例,被告所犯妨害執行職務罪,本來得享有一、二審之審級利益,卻因爲另犯妨害國交罪而直接合併由上級高等法院管轄或審判,而剝奪其第一審之審級利益。
 - (3)因而有學者建議,爲顧及被告之審級利益,於案件分屬不同級法院時,不應合併管轄或審判。
 - (4)更有學者主張,依據本法第6條第2項及第3項中段之反面解釋,即便合併管轄者,上級法院仍得以裁定將該法院原不具有管轄權之案件,移送於原來有管轄權之法院。蓋上級法院如對其中一案件原無事物管轄權,並不能因爲牽連管轄而取得管轄權,此時上級法院尚須俟起訴之牽連案件全部審判後,始對無管轄權之案件爲管轄錯誤之判決,反更不利於訴訟經濟。以本題爲例,如甲所犯故意傷害罪經檢察官向管轄法院臺灣高等法院高雄分院提起公訴,所犯妨害執行職務罪經檢察官向管轄之台北地方法院提起公訴,本來後案件之第二審法院應爲臺灣高等法院,卻會因爲合併審判而使二案件均繫屬至臺灣高等法院高雄分院審判。

【參考資料】

- 1.林鈺雄,《刑事訴訟法》上,第四版,P109。
- 2.黃東雄,《刑事訴訟法論》上, P86以下。
- 二、甲傷害乙,乙傷重住院,歷一月始痊癒,經檢察官諭知緩起訴,期間一年,並命甲向乙支付醫療費用貳拾萬元及精神慰藉金參拾萬元,甲於緩起訴期間又涉嫌竊盜被提公訴,問:
 - (一)撤銷緩起訴後,甲請求返還已支付之伍拾萬元給付,有無理由,試加評論。(12分)
 - (二)如甲竊盜案嗣經論知無罪之判決確定,甲被撤銷之傷害緩起訴,有無救濟之途?試加評論。(13分)



命題意旨	本題在測驗考生對於緩起訴處分撤銷之相關規定、以及其救濟途徑之瞭解程度。		
	緩起訴亦屬新增之制度,近來亦在各校法研所以及國家考試中成爲出題常客,這兩個子題一涉及緩起訴之撤		
	銷之相關規定,另一則是有關緩起訴撤銷之救濟管道:再議,所涉及之條文單純,因此考生可在一開始先簡		
答題關鍵	述本案緩起訴處分之合法性(雖然通常這樣的題型一定是在緩起訴合法之前提下設計,但因爲本例爭點不多,		
合起關鍵	故稍微介紹一下相關法條規定,一方面可以讓閱卷老師瞭解答題生之程度,同時也可以在開始進入本題前,		
	適度沉澱考生自己對於緩起訴相關制度之理解);另外,也因爲爭點不大,所以出題老師也會希望考生能夠試		
	度評論相關制度,因此立法論上也必須多所著墨。		
	1.圖說系列-刑事訴訟法(I)(史奎謙)(L750)		
	P.4-278:緩起訴處分之撤銷(相似度 60%)		
高分閱讀	2.法研所歷屆試題詳解(M507)		
同刀风頭	P.1-2-40~43:91 年政大第 3 題(相似度 70%)		
	P.1-3-23~25:91 年台北大學第 7 題(相似度 50%)		
	P.1-7-17~19:91 年東海大學第 9 題(相似度 50%)		

【擬答】

91 年於刑事訴訟法(以下簡稱本法)上新增之緩起訴制度§253-1 I 規定:「被告所犯爲死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪,檢察官參酌刑法第五十七條所列事項及公共利益之維護,認以緩起訴爲適當者,得定一年以上三年以下之緩起訴期間爲緩起訴處分。」本題僅謂甲傷害乙,雖並未言及究係普通傷害抑或重傷害,然因重傷害需爲身體一部之機能永遠喪失,而乙雖傷重住院,但經一月全癒,仍非屬重傷害之範圍,故甲之行爲應該當於刑法§277 I 之普通傷害罪,而屬前述得爲緩起訴之非重罪案件,檢察官據同條規定諭知一年之緩起訴期間(或稱猶豫期間),並依本法§253-2 I (3)之規定,命被告履行一定負擔(即向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償),其緩起訴處分合法,合先敘明。

- 一、緩起訴之撤銷合法,被告甲不得請求返還伍拾萬元之給付。
 - 緩起訴與一般不起訴處分之效力不同,後者原則上於處分作成而逾期未聲明不服者,即取得形式與實體之不起訴處分確定力,而前者則須待緩起訴期間經過、同時被告履行一定負擔後,始生緩起訴處分之實體確定力。因此§253-3 I 規定:「被告於緩起訴期間內,有下列情形之一者,檢察官得依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分,繼續偵查或起訴:(1)於期間內故意更犯有期徒刑以上刑之罪,經檢察官提起公訴者。」本例中甲因故意犯竊盜罪行而經檢察官提起公訴,因此檢察官得撤銷原緩起訴處分;(2)且同條第二項亦規定:「檢察官撤銷緩起訴之處分時,被告已履行之部分,不得請求返還或賠償。」此乃因有上述情形者,表示被告顯無反省警惕之情或根本欠缺反省警惕之能力,與緩起訴制度設計之目的有違,故禁止其請求返還;惟亦有認爲緩起訴之負擔本有處罰效果,而後經檢察官撤銷緩起訴處分後再爲起訴,即可能對被告相同犯行再施加一次刑罰,故此一規定恐違反禁止重複評價原則。
- 二、緩起訴受撤銷之被告,爲使緩起訴處分受撤銷之被告有救濟之管道,因此新增§256-1 之規定:「被告接受撤銷緩起訴處分書後,得於『七日內』以『書狀敘述不服之理由』,經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察長或檢察總長聲請再議。」而當被告據此聲請再議,且上級法院檢察署檢察長或檢察長認定再議聲請有理由者,得將撤銷緩起訴之原處分再予撤銷,而使之回復緩起訴之狀態(§258)。然而,若甲待獲得竊盜罪無罪確定判決後始提出再議,卻已逾越七日之再議期間者,則依法便喪失聲明不服之權利;有鑑於緩起訴處分之撤銷影響被告權益甚鉅,故檢察官在撤銷時應更爲慎重,如能賦予被告陳述意見之機會應較妥當。

【參考資料】

- 1.林鈺雄,《刑事訴訟法》(下), P70~85, 2004年9月, 四版。
- 2.林俊益,緩起訴處分之再議與撤銷,月旦法學教室,2003年1月,3期。
- 3. 黃朝義,犯罪偵查:第八講 偵查終結,月旦法學教室,2004年5月,19期。
- 4.張麗卿,緩起訴處分之決定與效力,月旦法學雜誌,2002年6月,85期。
- 5.張麗卿,評析新增訂之緩起訴制度,月旦法學雜誌,2002年10月,89期。

三、請分別回答下列問題:

(一)被告因運輸毒品案,高等法院採用「緝毒警員親眼目睹之目擊紀錄、其他警員訪談關係人之訪談筆錄, 以及緝毒警員根據目擊紀錄與訪談筆錄所作成之毒品運輸分析報告」等證據,判決被告有罪;被告上訴 最高法院,上訴理由指摘上述目擊紀錄、訪談筆錄、分析報告,均欠缺證據能力。

問:被告僅以證據欠缺證據能力,得否作為上訴第三審之上訴理由?試申論之(12分)

(二)甲、乙為同學,租住於同一住址;某日,甲發生車禍,致人於死;唯恐判罪影響學業,乃擅自取用乙之



身分證,以乙之姓名至警局自首;果然蒙混過關,移送書記載乙為犯罪嫌疑人。及至檢察官偵查,甲親自到庭應訊,檢察官未查覺姓名之誤,起訴書因循記載被告姓名為乙;迨至第一審審判,甲如法炮製,仍以乙之姓名應訊;故第一審判決書判決乙有罪。第一審判決書送達,由甲收受判決:甲以乙之姓名提起上訴,並到庭辯論:第二審審理時始發覺上述冒名情形。

問:第二審法院應如何判決?理由安在?(13分)

	第一小題:測驗考生是否瞭解證據能力爲嚴格證明法則之要件,以及違反嚴格證明法則,是否得作爲上訴第	
命題意旨	三審之事由。	
	第二小題:則爲74律師之考古題,目的在測驗考生是否熟悉實務上對於被告冒名應訊所採取的處理方式。	
	1.掌握證據能力與嚴格證明法則之關係,關此大法官釋字第 582 號解釋曾有詳細之闡釋,最高法院亦有多則判	
答題關鍵	決足供參考。	
	2.被告冒名經檢察官起訴及審判,於通常程序,學說及實務均採取「行動說」之立場,及實務之處理方式。	
高分閱讀	1.鍾台大,上課圖表補充及刑事訴訟法第七回補充講義。	

【擬答】

一、第一小題

- (一)證據能力爲嚴格證明法則之要件
 - 1.按犯罪事實應依證據認定之,無證據不得認定犯罪事實。無證據能力、未經合法調查之證據,不得作爲判斷之依據,刑事訴訟法(以下稱本法)第一百五十四條第二項、第一百五十五條第二項,分別定有明文。此即本法關於 證據裁判主義及嚴格證明法則之法律依據。
 - 2.司法院大法官議決釋字第五八二號解釋理由書亦謂(略以): 證據裁判原則以嚴格證明法則爲核心,亦即認定犯罪事實所憑之證據,須具證據能力,且經合法調查,否則不得 作爲判斷之依據(刑事訴訟法第一百五十五條第二項參照)。所謂證據能力,係指證據得提出於法庭調查,以供作 認定犯罪事實之用,所應具備之資格;此項資格必須證據與待證事實具有自然關聯性,符合法定程式,且未受法 律之禁止或排除,始能具備。如證人須依法具結,其證言始具證據能力。所謂合法調查,係指事實審法院依刑事 訴訟相關法律所規定之審理原則(如直接審理、言詞辯論、公開審判等原則)及法律所定各種證據之調查方式, 踐行調查之程序;如對於證人之調查,應依法使其到場,告以具結之義務及僞證之處罰,命其具結,接受當事人 詰問或審判長訊問,據實陳述,並由當事人及辯護人等就詰、訊問之結果,互爲辯論,使法院形成心證。
 - 3.最高法院亦一再強調證據能力之有無爲嚴格證明法則之要件: 具備證據能力並經合法調查,乃嚴格證明法則之要件。證據資料必須具有證據能力,容許爲訴訟上之證明,並在 審判期日經合法調查後,始有證明力,而得爲法院評價之對象。所謂合法調查,係指容許爲訴訟上證明(具備證 據能力)之證據資料,直接顯現於審判庭,依刑事訴訟法第一百六十四條、第一百六十五條及第一百六十五條之 一規定,提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人,使其辨認,或向其宣讀或告以要旨,予其陳述竟見及辯論證據 證明力之程序而言(最高法院九十四年度台上字第三九九九號判決、九十三年度台上字第四八三八號判決參見)。

	嚴格證明法則	自由證明法則
雙重限制	法定證據方法之限制	無此限制
受里欧制	法定調查程序之限制	無此限制
心證要求	毫無合理懷疑的「確信」心證程度(無庸置疑),	大致相信之過半心證
心起安水	例如:§299	例如:§20 之釋明
	實體爭點	程序爭點
適用範圍	本案犯罪事實及其法律效果	例如:法官迴避、刑求抗辯(94 台上 275)、告訴
	一个未记非尹貝及共仏	條件欠缺與否

(二)嚴格證明法則與自由證明不同

(三)上訴第三審法院之限制

適用程序 審判程序

1.按上訴於第三審法院,非以判決違背法令為理由,不得為之。刑事訴訟法第三百七十七條定有明文。而所謂「判決違背法令」,一般以為係指判決不適用或適用法則不當,包括違背實體法則、程序法則及證據法則,以及訴訟程序違背法令均包括之。

不限 (參見§159II)

2.又本法特於第三七九條規定十四款判決當然違背法令之法定上訴第三審之事由。其中第十款規定:「依本法應於審



判期日調查之證據而未予調查者」;第十四款前段規定:「判決不載理由者」,均足構成當然上訴第三審之事由。

- 3.上述所謂「應於審判期日調查之證據」,依據最高法院九十一年四月三十日第四次決議認為:
 - 指該證據具有與待證事實之關聯性、調查之可能性,客觀上並確為法院認定事實適用法律之基礎,亦即具有通稱之有調查必要性者屬之(司法院大法官會議釋字第238號解釋;71年台上字第3606號、72年台上字第7035號、78年台非字第90號、80年台上字第4402號判例;七十七年八月九日七十七年度第十一次刑事庭會議貳之甲第十四項決議意旨參照),除依法無庸舉證外,並包括間接證據、有關證據憑信性之證據在內,但應擯除無證據能力之證據,且以踐行調查程序,經完足之調查爲必要,否則仍不失其爲本款調查未盡之違法,復不因其調查證據之發動,究竟出自當事人之聲請,抑或法院基於補充性之介入而有差異。
- 4.法院以欠缺證據能力之證據作爲認定被告犯罪事實之依據,違反嚴格證明法則,已屬本法第一百五十五條第二項「未經合法調查」之違法,解釋上此種違法即屬本法第三七九條第十款「應於審判期日調查之證據而未予調查」 之判決當然違背法令:如對於被告所提出無證據能力之質疑復未說明者,解釋上亦屬同條第十四款前段規定:「判 決不載理由」,均足構成當然上訴第三審之事由。
- (四)本題警員之目擊紀錄、訪談筆錄及分析報告,均屬被告以外之人於審判外之陳述,依據本法第一百五十九條第一項,除法律有特別規定外,無證據能力。高等法院既依據該等證據作為被告有罪之依據,應先調查其證據能力之有無,且應說明其爲何具證據能力,而得採用爲書證之調查程序,如未說明者,解釋上其判決有違背法令,且已構成本法第三七九條第十款或第十四款之當然上訴第三審之事由。

二、第二小題

- (一)按起訴之效力,不及於檢察官所指被告以外之人。刑事訴訟法第二百六十六條定有明文。所謂檢察官「所指被告」 之認定,因涉及被告同一性之認定,學說上向有以下爭議:
 - 甲說: 意思說。以檢察官實質上是否以之爲被告者爲準,亦即以檢察官之真意爲準,如檢察官以甲爲被告起訴,雖 甲冒用乙名,檢察官所指被告仍爲甲。
 - 乙說:表示說。亦即以檢察官起訴書所指被告爲準,惟依據學者之說明,尚可區分爲以下兩說:
 - 1.形式表示說:單純以起訴書所載指被告之姓名為準,而不再探求檢察官之真意。前例檢察官所指被告即為「乙」。
 - 2.實質表示說: 非專以起訴所載罪名爲準, 而應斟酌檢察官之意思及其他情事。前例檢察官所指被告仍爲「甲」。 (此說即相當於前述之意思說)
 - 丙說:行動說(行爲說)。以以實際上是否以之爲被告而採取行動,亦即對之實施訴訟行爲或以之爲審判對象而進行程序。是以起訴書如記載「乙」,惟實際上係以「甲」爲被告而進行訴訟行爲或程序,對甲即發生訴訟繫屬,此時仍應對甲爲終局判決,對甲所爲判決仍有,而應循救濟途逕撤銷對甲所爲之實體判決。
 - 丁說:兼採表示說(指實質表示說)與行動說(實務通說)。又可分:
 - 1.表示說及行動說倂用說;
 - 2.表示說爲主,行動說輔之折衷說。
- (二)本題爲甲冒用「乙」之姓名應訊、起訴及接受審判,乃典型之冒名案件。
 - 1.此種情形屬被告姓名錯誤,因爲對於被告甲本人已爲訴訟行爲及進行程T序,所以訴訟關係係存在於甲本人,實 務上向採「行動說」爲主之處理方式。
 - 2.實務見解向來認為,第一審法院為判決前發現甲冒用乙之姓名,均得以訂正姓名之方式處理,對於甲本人不生未經起訴之問題,而仍得為實體審判(最高法院七十年台上字第一0一號判例)。換言之,如第一審判決後,得上訴者為甲本人,乙本人之上訴為不合法之上訴,應以上訴不合法駁回。
 - 3.本題甲雖以乙名提起上訴,惟實際上訴之人爲甲,所以上訴合法。第二審法院如發現甲冒名情形,即應將第一審 判決撤銷改判,予以訂正被告之姓名爲「甲」,不得將甲之上訴駁回(最高法院五一年台上字第五九四號判例意旨 參見)。
 - 4.須注意者,本題因爲對於甲本人有爲行動之訴訟行爲,所以採取行動說之作法,訂正姓名固然可採,惟如對於甲本人均無爲任何訴訟行爲時,換言之,如甲僅於警詢時冒用乙之姓名製作筆錄經移送,而於檢察官偵查及法院審判時均未到庭,例如聲請簡易判決處刑或毒品觀察勒戒之案件,因此時檢察官係以「乙」名起訴,法院亦係以「乙」名裁判,學者認爲此時應例外採取「表示說」,而認爲訴訟關係存在於「乙」,而非甲本人,頗值實務參考。

【參考資料】

- 1.林鈺雄,《刑事訴訟法》下,第四版,P124以下。
- 2.陳運財,本土法學43期。
- 四、甲公務員因圖利罪嫌被檢察官提起公訴。審判中,檢察官以被告甲認罪並指認其他共犯作為交換條件,許諾



將向法院聲請改依協商程序並科以最低之法定刑。甲同意且在第一審言詞辯論終結前認罪並指認其他涉案共 犯。試問:

- (一)如要此協商(程序)有效成立,必須附有哪些條件?(13分)
- (二)如果甲反悔,撤銷協商之合意將產生何種後果?(12分)

命題意旨	測驗考生對於新增之協商程序要件以及被告撤銷協合意之效果的瞭解程度。
 	協商程序乃是 93 新增之規定,本題出現並不令人訝異,且題型不複雜,只要考生有條理地寫出緣455-2 所規定
	之協商「程序」成立要件(須注意,不須要寫到法院爲協商「判決」之要件,只要寫檢察官與被告之間的協
	商程序即可),以及§455-3 有關被告撤銷協商合意之規定(只要處理被告主動撤銷部分即可,不須討論檢察官
	之撤回問題),另外須注意在8455-4以及8455-7所規定之撤銷協商(即當協商不成立時)的效果即可。
	1.圖說系列-刑事訴訟法(I) (史奎謙) (L750)
	P.1-39~41:認罪協商制度(相似度 50%)
高分閱讀	2.法研所歷屆試題詳解(M507)
	P.1-3-14~17:93 年台北大學第 5 題(相似度 30%)
	P.1-7-4~6:94 年東海大學第 3 題(相似度 40%)
	3.高點家教網
	馬台大 - 交易正義的協商程序(一)~(五)

【擬答】

- 一、起訴後審判中之協商程序如欲有效成立,其要件如下:
 - 1.聲請協商對象:依§455-2 I 規定,須所犯爲死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者,始得成爲審判中之協商標的。本例中被告甲公務員所犯者爲刑法§131 之圖利罪,符合其所要求之「非重罪案件」,故得成爲協商對象。
 - 2.聲請協商主體:由「檢察官」徵詢被害人意見後,逕行或依被告或其代理人、辯護人之請求爲之。
 - 3.聲請協商時期:依§455-2 I 規定,案件經檢察官「提起公訴後第一審言詞辯論終結前」爲之。
 - 4.核准協商要件:依§455-2 I 規定,須經「法院」同意。
 - 5.聲請協商事項:檢察官向被告許諾將向法院聲請改依協商程序並科以最低之法定刑,並經被告同意(即§455-2 I (1)被告願受科刑之範圍),同時被告同意指認其他共犯,雖後者並不在「法定協商事項」範圍內,但學者有認爲只要出於被告「自願性同意」,便得就法定以外事項協商。
 - 6.協商期間:依§455-2Ⅲ規定,檢察官與被告協商期間不得超過 30 日,惟有學者認爲此屬「訓示期間」,縱使超過仍無礙於檢察官向法院聲請協商判決。
 - 7.聲請法院爲協商判決之前提:當事人雙方「合意」且被告「認罪」。
- 二、甲撤銷協商合意之效力
 - (一)撤銷協商合意之時期: §455-3 規定:「I.法院應於接受前條之聲請後十日內,訊問被告並告以所認罪名、法定刑及所喪失之權利。Ⅱ.被告得於前項程序終結前,隨時撤銷協商之合意。」考量協商結果之重大拘束力以及對被告權益之影響,因此規定在法院訊問前,被告得隨時不附理由撤銷協商合意;有問題者在法院訊問後,被告是否得隨時不附理由撤銷協商合意?法雖未有明文,惟有學者認爲應該要具備「正當理由」始得爲之。
 - (二)撤銷協商合意之效果
 - 1.法院不得爲協商判決:§455-4 I 規定:「有下列情形之一者,法院不得爲協商判決:(1)有前條第二項之撤銷合意或 撤回協商聲請者。」據此,縱接受檢察官協商判決之聲請,但經被告撤銷協商合意後,則法院不得爲協商判決。
 - 2.不得使用被告之陳述: §455-7 規定:「法院未爲協商判決者,被告或其代理人、辯護人在協商過程中之陳述,不得 於本案或其他案件採爲對被告或其他共犯不利之證據。」因此若被告甲在第一審言詞辯論終結前認罪並指認其他 共犯,其陳述不得作爲對被告或其他共犯不利之證據。

【参考資料】

- 1.林鈺雄,《刑事訴訟法》下,P248~260,2004年9月,四版。
- 2.林俊益,求刑與求刑協商之辨正─最高法院九十二年度台上字第六四九○號判決之析述,月旦法學雜誌,2004年6月,109 期。
- 林鈺雄,協商程序與審判及證據原則(上)(下),月旦法學教室,2004年11/12月,25/26期。
- 4.陳運財,協商認罪制度的光與影,月旦法學雜誌,2004年7月,110期。
- 5.楊雲驊,刑事訴訟法新增「協商程序」之探討(上)(下),月旦法學教室,2004 年 6/7 月,20/21 期。



《刑事訴訟法》

一、司法警察官甲持拘票前往被告乙之家進行拘提時,發見有另案應扣押之物,甲除拘提乙外,對另 案應扣押之物亦予以扣押。問甲之所為是否合法?(二十五分)

11,10.1	一个一个一个一个一个一个一个一个一个一个一个一个一个一个一个一个一个一个一个
命題意旨	住宅內實施拘提與「對人搜索」之區別,又實施合法拘提時,可否爲另案扣押?我國刑事訴訟法第
	一百五十二條明定另案扣押以「實施搜索或扣押時」爲前提,對於實施「拘提、逮捕時」可否準用
	該條規定,使成爲合法之扣押行爲,產生疑義。適用本條(包括第一百三十七條的附帶扣押),須以
	美國聯邦最高法院於判決中所建立之「一目瞭然法則」加以補充。
	1.司法警察甲於住宅內執行拘提之合法性,須留意王兆鵬老師的特別見解。
	2.進而指出另案扣押之現行法依據第一百五十二條及其適用上之漏洞。
答題關鍵	3.介紹美國聯邦最高法院判決所建立之「一目瞭然法則」,以合法搜索、拘提或逮捕爲前提。
	4.以類推適用或準用之方式,引進一目瞭然法則,補足刑事訴訟法第一百五十二條之漏洞。
	5.日後修法之建議。
	1.王兆鵬,附帶扣押、另案扣押與一目瞭然法則,路檢、盤查與人權,P.33 以下。
	2.王兆鵬,刑事訴訟法講義(一),P.261 以下
參考資料	3.王兆鵬,逾越搜索權之拘提,月旦法學第81期,P.92以下;收於同作者,當事人進行主義之刑事
	訴訟法
	4.林鈺雄,刑事訴訟法(上冊),三版,P.371~372
	1.高點法學圖說系列《刑事訴訟法 II》,史奎謙(L751),P.4-179~193:另案扣押(相似度 80%)
高分閱讀	2.高點法研所歷屆試題詳解(M503),P.1-4-4~6:93 年成大丙組考題:另案扣押(相似度 50%)
	3.高點律師司法官歷屆試題詳解(LA500), P.4-42~44:90 年司法官刑訴第 3 題:另案扣押(相似度
	50%)
	4.法觀人雜誌,第 62 期,P.34~36:另案扣押(相似度 70%)
	5.鍾台大,刑事訴訟法補充講義第二回,P.6 以下、P.14

【擬答】

- (一)甲執行住宅內拘提之行爲是否合法
 - 1.學者通說及實務見解均以為,甲依刑事訴訟法(以下稱本法)第七十五條或第七十六條規定,持拘票執行 拘提之強制處分行為,不論於住宅內或公共場所為之,除非拘票非法官或檢察官之簽發,或不符合相當理 由之發動門檻,否則既符合要式拘提,即為合法之拘提行為。
 - 2.惟有學者以爲,在住宅內執行拘提,其性質上亦屬「對人搜索」之行爲,現行法既規定僅有法官得核發搜索票,爲免檢察官以拘提之名,行搜索之實,解釋上應限於「法官」所核發之拘票始得進入住宅(且限於被告之住宅,不及於第三人之住宅)執行拘提,檢察官所核發之拘票僅得於「公共場所」執行拘提,除非符合有明顯事實足認被告確實在住宅內且情形急迫者(本法第一百三十一條第一項),否則不得進入被告或第三人之住宅執行拘提。據此,本題甲所執行之拘提是否合法,應視其所持之拘票爲法官或檢察官所核發者而有不同之認定。
- (二)甲爲另案扣押之合法性
 - 1.另案扣押之依據

按「實施搜索或扣押時」,發現另案應扣押之物亦得扣押之,分別送交該管法院或檢察官。本法第一百五十二條定有明文(又本法第一百三十七條第一項對於附帶扣押有類相同之規定)。此即我國立法上承認「另案扣押」之依據。我國有學者認爲,爲免司法警察以一張搜索票行大肆搜括之「釣魚式」搜索行爲,應限縮於「發現搜索票所記載之物以前,所發現之另案應扣押之物」,另有學者認爲本條侵犯人民權益甚重,應予刪除。惟管見以爲,要求警察於合法搜索時,對於意外發見之其他證據或與本案無關之違禁品(如毒品、槍枝),應視若無賭,絕非良善之立法,亦不符合司法正義及國人之期待,所以本條之立法仍有必要。



解釋上必須以「合法」搜索、扣押爲前提,始得爲另案扣押。

2.執行合法拘提時,可否爲另案扣押

問題在本法第一百五十二條所允許之另案扣押,其前提明文限於「實施搜索或扣押時」,對於司法警察行「合法拘提、逮捕時」,發見另案可爲扣押之物,可否準用本條爲合法之另案扣押行爲即有疑問。

- 3.美國法上「一目瞭然法則」(plain view)之介紹
- (1)美國聯邦最高法院認爲無令狀之扣押固然會影響人民權益,惟權衡利害得失,仍認應允准司法警察爲相當範圍之扣押行爲,亦即僅容許警察以「目視」之方式所發現其他證據或違禁品時,始得爲扣押行爲,而不允許警察爲另一次搜索之行爲。此即所謂「一目瞭然法則」。
- (2)爲免一目瞭然法則被濫用,必須符合以下要件:
 - A.限於爲合法的搜索、拘提或其他合法行爲時,發現應扣押之物;
 - B.必須有相當理由相信所扣押之物爲證據(或其他違禁品);
 - C.僅得以目光檢視,不得爲翻動或搜索之行爲。
- (3)一目瞭然法則本來僅適用於「扣押」之行為,惟後來被擴張適用到「一目瞭然搜索」(有相當理由所為 之簡單翻動),並且實務上另以類推適用之方式,適用並承認所謂「一嗅即知」及「一觸即知」等範圍。

4.對於我國法的啓發

- (1)所謂「發現另案應扣押之物」,應以警察立即、明顯之發現為限,亦即警察須有相當理由確信所發現之 某物為得扣押之物。
- (2)適用本條應以合法之搜索或拘捕為前提,我現行法(包括第一百五十二條、一百三十七條第一項)漏未規定拘提、逮捕,屬立法疏漏,如不准警察扣押,顯與法正義有違,因此祇要警察等偵查機關所為係合法之行為時,其一目瞭然發見另案應扣押之物,應類推本法第一百五十二條之規定,准予合法之無令狀扣押。
- (3)學者即建議,應將本法第一百三十七條及第一百五十二條合併,修訂為「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察在行搜索、扣押、拘提或逮捕時,有相當理由相信為本案或另案應扣押之物,得扣押之」, 誠屬的論。

5.其他缺漏

爲兒司法警察行釣魚式之搜索、扣押,本法於第一百三十七條第二項明定,附帶扣押亦應準用逕行及緊急 搜索之三日內向法院陳報之事後審查規定(第一百三十一條第三項),惟侵害更爲嚴重之另案扣押卻漏未 規定此事後審查之準用規定,應類推本法第一百三十七條第二項之規定,並速修法解決。

6.結論

甲所爲之另案扣押行爲,類推本法第一百五十二條之規定,應符合以下情形,始爲合法,否則屬違法之另 案扣押:

- (1)甲之拘提行爲必須合法(依學者見解,必須爲法官所簽發之拘票或符合本法第一百三十一條第一款之無票搜索情形)。
- (2)甲必須符合一目瞭然法則,有相當理由相信該物爲另案應扣押之物。
- (3)有學者以爲尚須類推第一百三十七條第二項,並準用第一百三十一條第三項規定,於三日內向檢察官及 法院陳報,法院於五日內未撤銷者。
- 二、刑事訴訟法第二百二十一條規定:「判決,除有特別規定外,應經當事人之言詞辯論為之。」試論此條規定之含義與精神。(提示:從言詞辯論主義之角度切入)(二十五分)

命題意旨	測試考生對於言詞辯論主義之認識,並引申出其與直接審理原則、傳聞法則之關係,並論述此等原
	則之例外規定。
	本題屬基本概念並富有創意之題型,有賴考生平日奠立之基礎因應。
答題關鍵	1.言詞辯論主義(言詞審理原則)之含義及精神。
	2.言詞辯論主義與直接審理原則、傳聞法則之關係。
	3.言詞辯論主義之例外(不經言詞辯論之判決及不待其陳述之判決)。
參考資料	1.黃東熊,刑事訴訟法論,第十五頁以下。
	2.蔡墩銘,刑事訴訟法論,四版,第三四0頁以下。



3.林山田,刑事程序法,增訂四版,第七一頁以下。

4.林鈺雄,刑事訴訟(下冊),三版,第一七0頁以下。

5.陳運財,直接審理與傳聞法則,第二十四頁以下

6.高點,刑事訴訟法厚本講義,第三回,第七八頁、八九頁以下。

高分閱讀 | 高點法學圖說系列《刑事訴訟法 II》, 史奎謙(L751), P4-457~459: 言詞辯論(相似度 60%)

【擬答】

(一)刑事訴訟法(下稱本法)第二百二十一條規定:「判決,除有特別規定外,應經當事人之言詞辯論爲之」。本條宣示所謂「言詞辯論主義」,其使用「言詞」、「辯論」之用語,是其不僅宣示「言詞主義」,更宣示「辯論主義」。

(二)言詞辯論主義之含義及精神:

- 1.言詞辯論主義又稱言詞審理主義,亦有學者區分爲言詞主義與辯論主義二者論述。此原則之含義係指,審判程序之進行應採言詞陳述之方式,並要求以言詞陳述或問答形式而顯現於審判庭之訴訟資料,法院始得採爲裁判之基礎,未在審判庭以言詞方式提出之訴訟資料,即視同未曾發生或不存在,不得作爲裁判之基礎。依此原則,當事人務必在審判庭以言詞陳述及攻擊防禦,方得使審理之法官一方面得聽取言詞陳述,並察言觀色,以獲取正確之心證,另方面並得對當事人及證人訊問,或命被告、共同被告與證人口頭對質,使訴訟程序迅速進行。是本法第二百二十一條規定,判決原則上應經當事人之言詞辯論爲之,即在突顯言詞辯論主義之精神。
- 2.本法以下規定均宣示言詞辯論主義之內含及精神:
 - (1)裁定因當庭之聲明而爲之者,應經訴訟關係人之言詞陳述(第二百二十二條第一項)。
 - (2)審判長依第九十四條訊問被告後,檢察官應陳述起訴之要旨(第二百八十六條。
 - (3)審判期日,除有特別規定外,未經檢察官、自訴代理人、被告、辯護人到庭者,不得審判(第二百八十條、第二百八十一條、第二百八十四條、第三百二十九條)。
- (4)審判長每調查一證據畢,應詢問當事人有無意見;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(本法第二百八十八條之一、之二)。
- (5)調查證據完畢後,應命當事人就事實及法律分別辯論之(第二百八十九條)
- (6)審判長於宣示辯論終結前,最後應詢問被告有無陳述(第二百九十條)。
- 3.此外,一般以爲言詞審理主義具有三重意義:第一重意義係指,訴訟行爲應以言詞爲之,此項意義已多不採,蓋有時以書面爲之更爲確實;第二重意義係指,以人之供述爲證據時,應於審判期日以言詞方式爲之;第三重意義則係指證據調查之程序概念,強調法院應以言詞之方式調查人證或陳述書,另法院之判決原則上應以言詞辯論之方式爲之。第二重及第三重意義之言詞主義與直接審理原則之實質直接性(關於證據能力之直接性)及形式直接性(關於調查證據程序之直接性)結合後,即被通稱爲直接、言詞審理原則。此所以學者稱言詞主義與直接審理主義密不可分之故。
- 4.就第二重意義之言詞辯論主義結合直接審理原則之實質直接性,正係本法第一百五十九條第一項所規定:「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,不得作爲證據」之含義。而此項規定因係針對人之供述證據所爲限制,亦屬「傳聞法則」之表現(本條立法理由參見)。至於毋庸以判決爲之,而僅以裁定爲之的程序,即不受此項原則之限制,所以同條第二項後段復規定「關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所爲強制處分之審查,不適用之」。

5.小結:

綜上所述,本法第二百二十一條之規定,不僅在宣示言詞辯主義,更與直接審理主義密不可分,亦與傳聞 法則有關,應另與本法第一百五十九條之規定合併觀之。

(三)言詞辯論主義之例外

前述第二百二十一條規定「除有特別規定外」,應經言詞辯論,此即言詞辯論主義之例外,針對「辯論主義」 之例外言,有稱之爲書面審理原則,亦即所謂不經言詞辯論之「兩造缺席判決」;如針「言詞主義」之例外, 另有所謂得不待其(指被告或自訴人)陳述之「一造缺席判決」。就本法之特別規定,以下分述之:

1.得或應不經言詞辯論之判決



- (2)第二審法院認爲上訴不合法律上之程式、法律上不應不應准許或其上訴權已經喪失者,而駁回上訴之判決,以及對於原審諭知管轄錯誤、免訴或不受理之判決上訴時,第二審法院認其爲無理由而駁回上訴,或認爲有理由而發回該案件之判決,得不經言詞辯論爲之(本法第三百七十二條)
- (3)第三審法院之判決(本法第三百八十九條)
- (4)爲受判決人之利益聲請再審之案件,受判決人已死亡或於再審判決前死亡者(本法第四百三十七條第一項前段)
- (5)非常上訴之判決(本法第四百四十四條)
- (6) 簡易處刑判決(本法第四百四十九條第一項)
- (7)協商程序判決(本法第四百五十五條之四第二項)
- 2.得不待陳述之判決
 - (1)被告心神喪失或因疾病不能到庭,但其顯有應論知無罪或免刑判決者(本法第二百九十四條第三項)
 - (2)被告拒絕陳述或未受許可而退庭者(本法第三百零五條)
 - (3)法院認爲應科拘役、罰金或應諭知免刑或無罪之案件,被告經合法傳喚無正當理由不到庭者(本法第三百零六條)
 - (4)自訴人於辯論終結前,喪失行爲能力或死亡,且無承受訴訟之人或逾期不爲承受者,法院應分別情形,通知檢察官擔單訴訟或逕行判決(本法第三百三十二條)。此係針對不待自訴人陳述之一造缺席判決,惟現自訴改採強制律師代理之制度,是否仍須自訴人到庭陳述,本條有無必要,尚待檢討。
 - (5)第二審上訴,被告經合法傳喚無正當理由不到庭者(本法第三百七十一條)。
- 三、刑事訴訟法第二百六十七條規定:「檢察官就犯罪事實一部起訴者,其效力及於全部」,同法第二百六十八條又規定:「法院不得就未經起訴之犯罪審判」。二者所指為何,試申其義?倘甲以一狀誣告乙丙二人,檢察官若僅就甲誣告乙之部分起訴,法院應如何審判?甲若先偷竊乙之財物得手後,又再起意偷竊丙之財物,檢察官僅就甲偷竊乙之部分起訴,法院又應如何審判?(二十五分)

後,5	又再起意偷竊丙之財物,檢察官僅就甲偷竊乙之部分起訴,法院又應如何審判?(二十五分)
	刑事訴訟法關於「公訴不可分原則」(第二百六十七條),及「不告不理原則」(控訴原則)(第二百
	六十八條)之意義。第三七九條第十二款關於漏未判決與訴外裁判之判決當然違法事由之區分。此
	係實務界或實務界出身之學者所重視的傳統重點考題,且本題僅測試基本觀念,尙不困難。
	1.關於公訴不可分及不告不理原則之意義及依據。
	2.適用本法第二百六十七條之要件:(1)須檢察官僅就一部犯罪事實起訴;(2)須以法院審理結果爲斷;
	(3)須法院審理結果認爲一罪,且起訴之一部及未訴之他部均有罪。
答題關鍵	3.單一性(同一性)案件,一部起訴效力及於全部,基於審判不可分原則,如一部未審酌,構成本
	法第三七九 條第十二款「已受請求之事項未予判決」之違法(漏未判決);未爲起訴效力所及之
	部分,基於不告不理之控訴原則,法院不應審酌,如竟予判決,構成本法第三七九條第十二款後
	段「未受請求之事項予以判決」之違法(訴外裁判)。
参考資料	1.陳樸生,刑事訴訟法實務,80 年重訂版,P.368 以下
参 方 貝 们	2.林鈺雄,刑事訴訟(下冊),三版,P.127 以下、P.265 以下、P.321 以下
高分閱讀	1.高點法學圖說系列《刑事訴訟法 II》,史奎謙(L751),P.4-319~348:單一性、同一性(相似度 70%)
	2.高點法研所歷屆試題詳解(M502), P3-4-4~5:東海 93 年甲組:單一性、同一性(相似度 50%)
	3.高點律師司法官歷屆試題詳解(LA500), P.4-45~48:90 年司法官第 4 題(相似度 50%)
	4.鍾台大,刑事訴訟法補充講義第一回,P.7 以下
	5.高點,刑事訴訟法厚本講義,第三回,P.21 以下

【擬答】

- (一)刑事訴訟法(以下稱本法)第二百六十七條(檢察官就犯罪事實一部起訴者,其效力及於全部)及第二百六十八條(法院不得就未經起訴之犯罪審判)之意義及區別。
 - 1.基於訴訟主義(彈劾主義、控訴原則)之不告不理原則,無訴即無裁判,法院審判之範圍應與起訴之範圍 一致。訴之效力係就每一被告之每一個犯罪事實而發生,未經起訴之部分,既不得爲該訴訟之客體(標的), 法院無從加以審判。如案件未經起訴,其訴訟關係未發生,據此,本法第二百六十八條規定:「法院不得



就未經起訴之犯罪審判」。

- 2.法院如就未經起訴之犯罪,竟予審判,屬「未受請求之事項予以判決」之違法(本法第三七九條第十二款後段),亦即所謂「訴外裁判」;如已經起訴或爲起訴效力所及,其訴訟關係既已發生,如未予判決,而致訴訟關係已消滅者,亦不失爲「已受請求之事項未予判決」之違法(本法第三百七十九條第十二款前段),亦即所謂「漏未判決」。
- 3.犯罪事實固應以起訴書所指事實為準,檢察官就被告之全部犯罪事實以實質上或裁判上一罪起訴者,依起訴不可分原則,雖僅就一部犯罪事實起訴者,其起訴之效力,仍及於全部,即令就其他事實加以審判,亦不得指為未經起訴,不致構成訴外裁判。據此,本法第二百六十七條規定:「檢察官就犯罪事實一部起訴者,其效力及於全部」。又因其刑罰權單一,在審判上為一不可分割之單一訴訟客體,法院自應就全部犯罪事實予以合一審判,以一判決終結之,如法院僅就其中一部分加審認,而置其他部分於不論,即屬本法第三百七十九條第十二款前段所稱「已受請求之事項未予判決」之違法;此與可分之數罪如有漏判,仍可補判之情形,迥然有別(最高法院八十八年台上字第四三八二號判例參見)。
- 4.結論:本法第二百六十七條係規定起訴效力所及之物的範圍,亦即審判之範圍;第二百六十八條係強調法院審判之範圍必須與起訴之範圍一致,即所謂不告不理原則,二者並無衝突。
- (二)甲以一狀誣告乙丙二人,檢察官僅就甲誣告乙之部分起訴,法院應如何判決?
 - 1.甲一行為誣告二人,分別對乙、丙二人均係犯刑法第一百六十九條第一項之誣告罪,為一行為觸犯數罪名 之同種想像競合犯,依刑法第五十五條前段,論以一誣告罪,為裁判上一罪,此須為法院審理後所認定之 結果,而非依檢察官之認定。
 - 2.檢察官僅就甲誣告乙之部分起訴,符合本法第二百六十七條,就(裁判上一罪)犯罪事實一部起訴者之規定,惟依實務及通說見解,除法院審理結果認爲係實質上或裁判上一罪之關係外,尚須起訴之部分,及未經指明起訴之他部均屬有罪,且二者具有審判不可分之關係,未訴之他部始爲起訴部分效力所及。學說上稱一部起訴之事實爲「顯在性事實」,未訴之他部事實爲「潛在性事實」,顯在性事實是否具有擴張性,而及於潛在性事實之部分,須視法院審理結果爲斷,分別如下:
 - (1)誣告乙之部分有罪,誣告丙之部分亦有罪,且二者間具有審判不可分之關係:檢察官一部起訴之效力, 及於甲誣告乙及丙之全部犯罪事實,法院審判之範圍應與起訴之範圍一致,對於甲誣告丙之部分亦應予 審判,如竟未審判,即構成「已受請求之事項未予判決」之違法,爲漏未判決,屬判決當然違背法令之 上訴事由(本法第三百七十九條第十二款前段)。
 - (2)誣告乙之部分有罪,誣告丙之部分爲無罪、免訴或不受理者:二者間即不具有審判不可分之關係,一部 起訴之效力不及於誣告丙之部分,法院僅得對於誣告乙之部分爲有罪之實體判決。
 - (3)誣告乙之部分爲無罪、免訴或不受理者,誣告丙之部分爲有罪:二者間亦不具有審判不可分之關係,一 部起訴之效力不及於誣告丙之部分,法院仍僅得對於誣告乙之部分爲無罪、免訴或不受理之形式判決。
 - (4)學者另有認為,誣告乙之部分,及誣告丙之部分雖均有罪,惟二者間不具有審判不可分之關係:則一部 起訴之效力,仍不及於誣告丙之部分。惟實務及多數學者以為,法院審理結果如認為一部及他部犯罪事 實,屬實質上裁判上一罪之關係,且均有罪,卻不具有審判不可分之關係,此種情形殊難想像,應認為 在一罪關係下,且起訴之一部及未訴之他部均有罪者,二者間即應具有審判不可分之關係,而使為起訴 效力所及,方屬妥當。
- (三)甲先偷竊乙之財物得手後,又再起意偷竊丙之財物,檢察官僅就甲偷竊乙之部分起訴,法院應如何判決?
 - 1.甲偷竊乙及丙之財物,係基於不同之犯意所為,分別均係犯刑法第三百二十條第一項之竊盜既遂罪,屬數 罪倂罰之案件。
 - 2.檢察官僅就甲偷竊乙之部分起訴,因甲偷竊丙財物之部分,與甲偷竊乙財物之部分,其犯罪事實本屬數個,各自獨立,刑罰權各別,於訴訟上即不生不可分之效力,並無本法第二百六十七條之適用。另依據本法第二百六十八條規定,法院不得就未經起訴之犯罪審判,依此不告不理原則,甲偷竊丙之部分,非經檢察官另行起訴,不得就此未經起訴之部分加以審判,亦不得以其係具有相牽連案件之關係(本法第七條第一款)而予審判,此部分仍須經檢察官追加起訴後(本法第二百六十五條),始在公訴之效力範圍,法院始得審判。如竟對甲偷竊丙財物之部分審判,即構成「未受請求之事項予以判決」之違法,爲所謂「訴外裁判」,亦屬判決當然違背法令之上訴事由(本法第三七九條第十二款後段)。



四、判決確定後,發見該案件之審判係違背法令者,最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴。此所謂「案件之審判係違背法令」者,依刑事訴訟法第四百四十七條第一項規定,尚可分為判決違背法令及訴訟程序違背法令而有不同效果。試問確定判決如有同法第三百七十九條所列各款(共計十四款)之非常上訴理由,何種情形屬於判決違背法令?何者僅為訴訟程序違背法令?請從實務觀點加以論述。(二十五分)

会題音 旨	刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一、二款分別規定「判決違背法令」及「訴訟程序違背法令」,
	與同法第三七九條各款之關係;釋字第一八一號、第二三八號解釋所產生的影響。另測試考生是否
	知悉近來實務見解的轉變,尤其針對第六款、第七款部分,最高法院九十一年第七次及第八次決議,
	以及九十一年台非字第一五二號判例。此爲實務界或實務界出身之學者特別重視之重點。
	1.判決違背法令及訴訟程序違背法令之區分。
答題關鍵	2.過去實務見解及適字第一八一號解釋之影響。
	3.最新實務見解,尤其九十一年第七次、第八次決議之轉變。
	1.王文,刑事判决違背法令及其救濟方法之探究,輔仁法學第七期,P.57 以下。
· · · · · ·	2.林鈺雄,刑事訴訟法(下冊),三版,P.407、P.417 以下。
	3.月旦法學教室,第 23 期,P.16~17:非常上訴。
	1.鍾台大,刑事訴訟法補充講義第六回,例題一、二、八、九,全部命中。
	2.司法三等考場寶典,P.4-18~19:題目 20(相似度 40%)
	3.高點法學圖說系列《刑事訴訟法 II》,史奎謙(L751),P.6-39~41、P.6-47~51:非常上訴(相似度
	80%)
	4.高點法研所歷屆試題詳解(M502),P.2-4-18~20:輔大 90 年甲組:非常上訴(相似度 60%)

【擬答】

- (一)實務上認爲刑事訴訟法(以下稱本法)第四百四十七條第一項第一、二款所規定「判決違背法令」及「訴訟 程序違背法令」之意義
 - 1.大法官釋字第一八一號解釋之前
 - (1)判決違背法令:指依原確定判決所確認「實體程序」上之事實,顯然足認其應爲其他之判決,因其違背法令發生錯誤。
 - (2)訴訟程序違背法令:原審所進行之「訴訟程序」,因其違背法令有影響於判決,但其違法情形尚不足認 原判決應爲其他判決,亦即,其判決結果,並非由於此項訴訟程序直接所生。
 - 2.大法官釋字第一八一號解釋之後

釋字第一八一號解釋建立抽象之判斷標準,認爲訴訟程序違背法令,若同時符合上述二要者,則轉變爲「判決違背法令」:

- (1)適用法令違誤;
- (2)顯然於判決有影響。

此種判斷標準因而影響本法第三百七十九條各款,究竟何者爲判決違背法令或訴訟程序違背法令之認定結果。

- (二)本法第三百七十九條各款之認定標準
 - 1.大法官釋字第一八一號解釋之前,實務見解有兩說,另依學者見解,可區分爲四說,下分述之:

甲說(最高法院二十九年二月二十二日決議、四十一年台非字第四七號判例、四十四年台非字第五四號判例):本法第三七九條第四、五、十二及十四款後段之判決理由矛盾致適用法令違誤。

乙說(最高法院六十四年七月十五日第四次決議,六十六年四月十二日第三次決議議):本法第三七九條 第四、五、十二及十四款後段之判決理由矛盾(無須致適用法令違誤)。

丙說(學者褚劍鴻):本法第三七九條第四、五、十二及十四款全部(包括判決不載理由及所載理由矛盾)。 丁說(已故學者陳樸生):本法第三七九條第四、五、十二款(惟曾另著有文章將第十四款亦列入)。

2.大法官釋字第一八一號解釋之後

前述本法第三七九條第四、五、十二及十四款以外,其他各款雖爲訴訟程序之違法,惟具體判斷個案情形,如 1.致適用法令違誤; 2.顯然於判決有影響,則屬判決違背法令。



- (三)最新實務見解認為,原屬訴訟程序違背法令之本法第三七九條第六款(除有特別規定外,被告未於審判期日到庭而逕行審判),及第七款(依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件,辯護人未經到庭辯護而逕行審判),現已轉變爲判決違背法令,茲詳述如下:
 - 1.最高法院九十一年六月十一日,九十一年第七次刑事庭會議決議:
 - (1)刑事訴訟法第三百七十九條第六款規定:「除有特別規定外,被告未於審判期日到庭而逕行審判者。」 第七款規定:「依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件,辯護人未經到庭辯護而逕行審判者。」 其判決當然違背法令。在通常上訴程序,當然得爲上訴第三審之理由。在非常上訴程序,刑事訴訟法第 四百四十一條所謂「案件之審判係違背法令」,包括原判決違背法令及訴訟程序違背法令,後者係指判 決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定,與前者在實際上時相牽連。非常上訴審就個案之具體情形審 查,如認其判決前之訴訟程序違背上開第六、七款之規定,致有依法不應爲判決而爲判決之違誤,顯然 於判決有影響者,該項確定判決,即屬判決違背法令。
 - (2)宣告二十九年二月二十二日刑庭庭推總會議決議六,及四十一年台非字第四七號判例、四十四年台非字 第五四號判例,與本決議意旨不符部分,不再參考、援用。
 - 2.九十一年六月二十五日,九十一年第八次刑事庭會議決議:
 - (1)最輕本刑為三年以上有期徒刑之案件,於審判中未經選任辯護人者,審判長應指定公設辯護人為其辯護;依法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件,辯護人未經到庭辯護而逕行審判者,其判決當然違背法令。刑事訴訟法第三十一條第一項、第三百七十九條第七款分別定有明文。本件依題旨所示,被告係涉犯擴人勒贖而故意殺被害人罪,屬於刑事訴訟法第三十一條第一項所定依法應用辯護人之案件,第二審法院亦已指定義務辯護人為被告辯護,於第二審審判期日上開指定辯護人雖經到庭,然依審判筆錄之記載僅有:義務辯護律師陳述「辯護意旨詳如辯護書所載」之字樣,但經查該律師並未提出任何辯護書狀,顯與辯護人未經到庭辯護而逕行審判者無異(本院六十八年台上字第一0四六號判例),則本件第二審判決自有依法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件,辯護人未經到庭辯護而逕行審判之違法。該案經上訴第三審,本院未予糾正,予以維持,以上訴無理由駁回被告之第三審上訴,而告確定,自屬於法有違。
 - (2)刑事訴訟法第四百四十一條所謂「案件之審判係違背法令」,包括原判決違背法令及訴訟程序違背法令,後者係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定,與前者在理論上雖可分立,實際上時相牽連。本件第二審判決所踐行之訴訟程序違背同法第三百七十九條第七款、第二百八十四條之規定,固爲判決前之訴訟程序違背法令。非常上訴審就上開情形審查,如認其違法情形,本院本應爲撤銷原判決之判決,竟予維持,致有違誤,顯然影響於判決者,應認本院判決爲判決違背法令,而依法判決之。
 - 3.九十一年台非字第一五二號判例要旨
 - 刑事訴訟法第四百四十一條之審判違背法令,包括判決違背法令及訴訟程序違背法令,後者係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定,與前者在理論上雖可分立,實際上時相牽連。第二審所踐行之訴訟程序違背同法第三百七十九條第七款、第二百八十四條之規定,固屬判決前之訴訟程序違背法令。但非常上訴審就個案之具體情形審查,如認判決前之訴訟程序違背被告防禦權之保障規定,致有依法不應爲判決而爲判決之違誤,顯然於判決有影響者,該確定判決,即屬判決違背法令。案經上訴第三審,非常上訴審就上開情形審查,如認其違法情形,第三審法院本應爲撤銷原判決之判決,猶予維持,致有違誤,顯然影響於判決者,應認第三審判決爲判決違背法令。
- (四)前述第四、五、六、七、十二、十四款以外之其他各款,尤其最爲困擾最高法院之本法第三七九條第十款(依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者)究竟是否轉變爲判決違背法令,實務見解如下:
 - 1.大法官釋字第二三八號解釋限縮第十款所謂「應於審判期日調查之證據」範圍,限於具備以下兩要件,始 爲本款之證據,否則非屬本款之範圍:
 - (1)該證據在事實審訴訟程序中已存在。
 - (2)客觀上爲法院認定事實及適用法律之基礎。
 - 2.個案具體判斷是否符合釋字第一八一號解釋之兩要件,始得轉變成為判決違背法令(針對第十款部分,參見最高法院七十四年度台非字第二二二號判決、同年度台非字第二七0號判決,認為構成判決違背法令,惟尙無判例出現)。



《刑事訴訟法》

一、律師甲在法庭上與對方律師乙發生激烈的爭執,退庭後律師甲心有未甘,乘機傷害律師乙,律師乙於是對律師甲提起傷害自訴,卻未委任律師為代理人。問律師乙所提起之自訴是否合法?(25分)

	自訴人委任之代理人原則上必須為當事人以外之第三人,惟犯罪被害人如本身為律師時,參酌今年(九十二年)修法時採行自訴強制律師代理制度之理由,如由其自己提起自訴,似並未抵觸新法之立法精神。惟其恐不得行使閱卷權限。
試題評析	測驗考生對自訴強制律師代理制度之瞭解。
↔ +x >x y y y	1.林鈺雄《刑事訴訟法》(上), P.196-198, P.201-202;《刑事訴訟法》(下), P.141。
	2.蔡墩銘〈辯護人之閱卷權〉,《月旦法學教室》第一期。
	3.《月旦法學教室》第三期,P64-78,P.90-103
高分閱讀	1.高點《高點專用講義(厚本)—刑事訴訟法》第三回,P.42-43。

【擬答】

- (一)按民國九十二年本法修正時,自訴制度改採「強制律師代理制」,於第三百十九條第二項明定犯罪被害人或其法定代理 人、直系血親、配偶提起自訴時,應委任律師行之。如提起自訴時並未委任律師為代理人者,依同法第三百二十九條第 二項規定,法院應定期間以裁定命其委任代理人,逾期仍不委任者,應諭知不受理之判決。其主要理由有二:
 - 1.合理分配有限司法資源:鑑於自訴人常未具備法律之專業知識,每因誤解法律(例如誤認違反民事約定,不履行債務 為背信)或任意將機關首長及相關官員一併列為被告,而提起自訴,亦有利用自訴程序恫嚇被告或以之作為解決民事 爭議之手段等情事,不僅增加法院工作負擔,影響裁判品質,尤足令被告深受不必要之訟累,自應謀求法制之改革, 就自訴改採強制委任律師為代理人制度。至於未委任律師為代理人者,則可利用公訴制度,由檢察官代表國家進行刑 事訴訟程序,此亦檢察官職責之所在,並無違憲法保障人民訴訟權之旨。
 - 2.保護被害人權益:於民國九十一年本法第一百六十一條、第一百六十三條等條文修正施行後,刑事訴訟改以「改良式當事人進行主義」為原則,在強調自訴人舉證責任之同時,若任由無相當法律知識之被害人自行提起自訴,無法為適當之陳述,極易敗訴,是立於平等及保障人權之出發點,自訴採強制律師代理制度,自有其意義。且近來法務部已漸次規劃檢察官專組辦案制度,提高偵查品質,並要求檢察官切實到庭實行公訴,發揮打擊犯罪、追訴犯罪之功能,公訴制度已趨健全。因此,以公訴制度為主軸,自訴制度退為輔助地位,當為正確妥適之設計。
- (二)本題中律師乙提起之自訴是否合法?
 - 依題意,由於律師乙於退庭後被律師甲乘機傷害,律師乙乃傷害罪之直接被害人,依本法第三百十九條第一項之規定得 提起自訴,應無疑義。惟律師乙係自行提起自訴,並未委任其他律師為代理人,是否合法?恐有不同見解:
 - 1.否定說:認為自訴人應委任他人為自訴代理人,不得委任自己為自訴代理人,即使其本身具有律師資格亦然,否則將 導致角色之衝突。本題中律師乙之自訴並不合法。
 - 2.肯定說:認為從自訴改採強制律師代理制之理由以觀,自訴人倘具有律師身份,即得自行提起自訴,毋庸再行委任其他律師為自訴代理人。本題中律師乙之自訴合法。
 - 上開二說各有其理,惟管見認為,自今年第三百十九條第二項之增訂理由以觀,本題如由被害人律師乙自行提起自訴,由於其本身具有法律專業知識,應無濫訴之虞,且其亦得以善盡實質舉證責任,與一般非律師之人有別,故似非完全不可由律師乙自行提起自訴。惟該提起自訴之律師得否行使閱卷權?按依本法第三十八條準用第三十三條規定之結果,被告或自訴人之代理人於審判中得向法院聲請閱卷,然被告或自訴人本人則不得為之。考其立意,乃在於被告或自訴人本身對於案件之利害過鉅,如容許其行使閱卷權,難保不會有竄改或湮滅卷證之情事,至於其代理人因與本案之利害關係有限,應較不致發生上開情形。準此,即使認為律師乙得自行提起自訴,然其應不得行使閱卷權限。最高法院九十一年台聲字第九號刑事裁定曾表示,具律師身分之被告倘委任自己為辯護人,向法院聲請閱卷者,法院不應准許其聲請,該見解雖非針對具律師身份之「自訴人」所為,惟亦具參考價值。
- (三)綜上,自今年自訴改採強制律師代理制之立法理由以觀,本題中具律師身分之被害人乙似非不得自行提起自訴,惟其恐無法行使閱卷權限。
- 二、警察有相當理由相信甲、乙共同販毒。警察先對甲發詢問通知,甲到警察局接受詢問,警察問甲:「你與乙共同販毒?」甲答稱:「我只是負責送貨的,貨品買賣是大哥乙負責的,乙要我送哪我就送哪,我不知道是毒品。」警察於是依法取得拘票並合法拘提乙,在拘提乙後,警察問乙:「甲是你的手下,你叫他送毒,對嗎?」乙答:「甲是我的好朋友,不是手下,我知道他有賣毒,但我從未叫他送毒,毒品與我完全無關。」警察又附帶搜索其身體,在口袋內發現子彈,於是問乙:「槍呢?」乙答:「在床底下。」警察果然在該處發現手槍一支。檢察官依上述事實起訴甲、乙共同販賣毒品,乙非法持有槍械,於甲、乙之審判中上述各「陳述」之證據能力為何?(25分)

92司法特考. 司法官全套詳解

	新法修正後採行傳聞法則,並就證據能力中證據排除之部分,設有§158-2以下之規定,另外就共同被告部分
	亦有§287-1、§287-2之規定,均須注意。
試題評析	本例涉及爭點頗多,惟考生僅須按依個別不同之人所為之陳述分別討論,首先,就違反告知義務部分論述及
	不同之法律效果,此處須注意新法§158-2第二項之規範對象,以及其與§158-4間之關係;再就傳聞法則之適
	用範圍及對象判斷,以及不符合傳聞法則適用之情形者,亦有直接審理原則適用之餘地;此外新法就共同被
	告作為證據方法,須踐行證人之法定調查程序亦須加以闡述。
參考資料	1.林鈺雄《刑事訴訟法(上)》, 2003年9月,三版,頁424~447。
	2.王兆鵬《司法週刊》。
高分閱讀	1.92高點律師&司法官三等特考考場錦囊,P.29~38
	2.高點《高點專用講義(厚本)—刑事訴訟法》第二回,P.162~166,P.183~184。

【擬答】

由於偵查中並無傳聞法則與直接審理原則之適用,故縱使警察依據甲或乙審判外之陳述而聲請令狀之核發,亦無違反程序規定,合先敘明。本例須討論在審判中甲與乙之陳述是否具備證據能力,以下分別論之。

一、乙之陳述是否具備證據能力

由於乙先後為兩次陳述,一次是在警察合法拘提乙後乙之陳述,陳述內容

為:「甲是我的好朋友,不是手下,我知道他有賣毒,但我從未叫他送毒,毒品與我完全無關。」;另一次係在警察附 帶搜索其身體後乙所為之陳述,謂:「在床底下。」因此須分別討論如下:

(一)乙第一次陳述之證據能力

1.警察違反告知義務而取得乙陳述之證據能力

由於警察在第一次詢問乙之時,並未踐行第九十五之告知義務,因此引發下述爭議:即所取得之乙陳述是否有證據能力?新法第一百五十八條之二第二項規定:「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時,違反第九十五條第二款、第三款之規定者,準用前項之規定。」惟本例當中,警察詢問乙時雖有合法之拘提,然卻違背九十五條第二款及第三款之告知義務而取得乙之陳述,依據第一百五十八條之二第一項規定之準用,除非經證明警察之違背非出於惡意,且該自白或陳述係出於自由意志者,始能取得證據能力,又本法第一百六十一條第一項規定:「檢察官就被告之犯罪事實,負有舉證責任,並應指出證明之方法。」由此可知新法賦予檢察官實質之舉證責任,因此審判中如檢察官能證明上述情形者,乙之陳述始具有證據能力。

2.乙於審判外之陳述之證據能力

由於新法改採傳聞法則,因此就被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述,除符合例外情形外,無證據能力。至若乙第一次之陳述內容有二:一是乙答稱該毒品案件與自己完全無關,且自己亦無叫甲送毒之行為;一是乙聲稱甲為其好友,並知甲有賣毒行為,就其陳述內容中,涉及自己犯罪事實之陳述,並無傳聞法則之適用,涉及甲之陳述則為共犯或是共同被告之陳述(因甲與乙被起訴共同販毒),有傳聞法則之適用,因此須分別論之:

- (1)就乙指摘甲有販毒行為之陳述:該陳述符合第一百五十九條第一項傳聞證據之定義(因係乙在審判外之陳述, 且就案例觀察,並不清楚審判中是否親自出庭陳述),而在司法警察面前之陳述,除非符合第一百五十九條之二 與之三之例外規定,否則無證據能力。而若乙於審判中出庭,依據新法第二百八十七條之二之規定,法院就被 告本人之案件調查共同被告時,準用證人之規定,因此於甲案審判之時,乙須踐行證人之法定調查程序,意即 須經具結、詰問等程序後,其不利於甲之陳述始具備證據能力。
- (2)就乙聲稱自己並無販毒或叫甲送毒行為之陳述:此乃被告於審判外之陳述,並不符合新法對於傳聞證據之定義,因此應回歸直接審理原則加以判斷;而依據直接審理原則之規定,其須具備形式直接性與實質直接性,依據實質直接性之內涵,原則上禁止證據之替代品,而應以原始證據呈現為當,被告乙並無特殊情事而不得出庭,因此應傳喚乙出庭陳述,則乙之陳述始得作為證據。

(二)乙第二次陳述之證據能力

- 1.依題意,乙陳述「槍在床底下」,有可能構成非法持槍罪行之自白,依照本法第一百五十六條第一項規定,該自 白須具備任意性與真實性,始得為證據。依題意,乙之自白似非出於強暴脅迫或不正方法,且警察果然於該處發 現手槍一支,與事實相符,該自白應得作為證據。
- 2.惟警察在為第二次詢問時,仍未踐行告知義務,依據第一百五十八條之二第二項之規定,除非經證明警察之違背 非出於惡意,且該自白或陳述係出於自由意志者,始能取得證據能力。

二、甲之陳述是否具備證據能力

(一)警察違反告知義務而取得乙陳述之證據能力

至於對甲違背九十五條第二款與第三款之告知義務而取得甲之陳述,因甲並非係受拘提或逮捕者,是否亦有第一百五十八條之二第二項之適用則容有爭議:

- 1.有認為此乃新法漏未規範,因此應類推適用第一百五十八條之二第二項之規定,故所取得甲之陳述應無證據能力。
- 2.有認為雖第一百五十八條之二第二項並未規定,然仍得適用第一百五十八條之四之規定,故所取得甲之陳述應無 證據能力。

92司法特考 . 司法官全套詳解

3.有認為不應類推適用第一百五十八條之二第二項之規定,同時亦不得適用第一百五十八條之四之規定,故所取得 甲之陳述應有證據能力。

若考量立法之意旨,可知此乃立法者之有意排除,由此可知,就所取得甲之陳述而言,如亦具備任意性(即未受不正訊問方法者),應肯認其陳述有證據能力。

(二)甲審判外之陳述是否具備證據能力

1.就甲之犯罪事實部分

至於審判中得否使用甲於審判外之陳述,亦須區別情形討論;因甲之陳述包含兩部分,一是表示自己並不知道所運之貨品為毒品,其次是表示乙始負責該貨品買賣,因此前者乃是甲就自己之犯罪事實為陳述,後者則為甲就乙之犯罪事實而為陳述,僅後者有傳聞法則之適用,同前述處理之方式,應認為就自己犯罪事實之部分,須符合直接審理原則之要求,方具有證據能力。

2.就乙之犯罪事實部分

就關於乙犯罪事實部分之陳述,符合第一百五十九條第一項傳聞證據之定義(因係在審判外之陳述),而在司法警察面前之陳述,除非符合第一百五十九條之二與之三之例外規定,否則無證據能力。又因為甲係與乙同時起訴,故若甲於審判中出庭,依據新法第二百八十七條之二之規定,法院就被告本人之案件調查共同被告時,準用證人之規定,因此當於乙案審判之時,甲須踐行證人之法定調查程序,意即須經具結、詰問等程序後,其不利於乙之陳述始具備證據能力。

- 三、(一)我國刑事訴訟法第二百八十一條規定「審判期日,除有特別規定外,被告不到庭者,不得審判」,與同 法第三百七十一條「被告經合法傳喚,無正當之理由不到庭者,得不待其陳述,逕行判決」之規定不 同,其理由為何?請詳述之。
 - (二)設有檢察官以甲持刀砍傷某乙,認有刑法第二百七十七條第一項傷害罪嫌提起公訴,並經一審法院以傷害罪責,判處甲有期徒刑七月,檢察官認量刑過輕提起上訴,二審法院審理中,查覺甲係基於殺人故意殺害乙,雖未至死亡,仍難辭殺人未遂罪責,惟於審判期日,甲經合法傳喚無正當理由未到庭,二審法院可否不待其到庭陳述逕行判處甲殺人未遂罪刑?(25分)

答題關鍵	│1.審判期日被告必須在場,惟如法院已對之合法傳喚,其無正當理由不到庭時,由於其係自行放棄在場權│
	利,法院自得不待其陳述逕為判決。
	2.二審法院如欲變更起訴法條,仍應對被告踐行罪名變更之告知義務,否則將構成判決違背法令事由。
試題評析	測驗考生對於被告在場原則以及變更法條告知義務之理解程度。有關被告防禦權利之保障問題一直是近年的
1 武越計析	熱門考點,同學們不可不慎!
參考資料	1.林鈺雄《刑事訴訟法》(上), P.148-151;《刑事訴訟法》(下), P.208-212, P.287-288。
	1.高點《高點專用講義(厚本)—刑事訴訟法》第三回,P.99~100、P.109-110、P.115-119、P.172。
	2.高點《徐政大老師上課補充講義》第六回, P.17。
	3.《法觀人月刊》第68期,P.32~35。

【擬答】

- (一)刑事訴訟法第二百八十一條與同法第三百七十一條規定不同之理由:
 - 1.刑事訴訟法第二百八十一條第一項規定:「審判期日,除有特別規定外,被告不到庭者,不得審判。」違反上開規定 逕行審判者,屬於判決當然違背法令(刑訴第三七九條第六款)。該規定之法理基礎,一來在於聽審原則,任何人皆 不得在未經聽審之前受有罪判決,二來在於直接審理原則,除了證人、鑑定人外,法官也必須獲致對於被告個人的直 接印象。
 - 2.同法第三百七十一條規定:「被告經合法傳喚,無正當之理由不到庭者,得不待其陳述逕行判決。」此乃前述同法第二百八十一條第一項之「特別規定」之一。本條之規範目的,尤其在於防止被告藉由提起上訴後又不到庭的方式,來拖延訴訟之進行。且本條規定亦構成第二審上訴之特別規定,亦即在第二審程序中只要被告經合法傳喚,無正當之理由不到庭者,不論科處何種刑罰,法院均得不待其陳述逕行判決,與第一審依第三百零六條規定尚須以法院認為被告應科拘役、罰金或諭知免刑、無罪為要件,有所不同。惟該條本屬任意規定,法院仍有自由斟酌之權,並非一律必須適用該條規定逕予判決。
 - 3.綜上,於第二審之審判期日,依本法第三百六十四條準用第二百八十一條第一項規定,法院應依法傳喚被告到庭,不 得於被告未到庭之情況下進行審判。惟若法院已合法傳喚被告,被告卻無正當理由不到場者,由於已賦予其在場之機 會與權限,係被告自己放棄到場陳述之機會與權限,為免訴訟拖延,法院自得不待被告陳述逕行判決,並不生違法問 題。
- (二)二審法院應不得不待甲到庭陳述逕行判處其殺人未遂罪刑:
 - 1.按「聽審權」係被告最為重要之權利之一,其包括請求資訊權、請求表達權及請求注意權三大內涵。其中「請求資訊權」係指被告可以請求獲得充分的訴訟資訊,據此,國家機關應讓被告了解其被控之罪名以及可能據以論罪科刑的法律依據,此即為罪名及罪名變更告知義務之緣由。本法第九十五條第一款規定,訊問被告應先告知其犯罪嫌疑及所犯

92司法特考 . 司法官全套詳解

之所有罪名。罪名經告知後,認為應變更者,應再行告知,即係基於上開精神所為之立法。

- 2.依題意,檢察官以被告甲涉有刑法第二百七十七條第一項之傷害罪嫌提起公訴,經一審法院以傷害罪責判處甲有期徒刑七個月,檢察官認量刑過輕提起上訴,二審法院認為甲係基於殺人故意殺害乙,得否不待甲到庭陳述逕行判處甲殺人未遂罪刑?蓋本法第三百七十一條固然規定:「被告經合法傳喚,無正當之理由不到庭者,得不待其陳述逕行判決。」今被告經二審法院合法傳喚無正當理由不到庭,依上開規定似可不待其陳述逕行判決,惟法院於變更法條為殺人未遂罪對被告甲論罪科刑之前,需踐行本法第九十五條第一款之罪名變更告知義務,且給予被告辯明罪嫌之機會後,始得為之。今法院如未對被告踐行該等程序,便逕行判處被告殺人未遂之罪責,依最高法院晚近見解,已構成判決違背法令,非僅訴訟程序違法而已(八七台上四一四0判決、八七台上四三四二判決),更有學者指出,此情形實已構成本法第三百七十九條第十款「應於審判期日調查之證據未予調查」以及第十一款「未與被告以最後陳述之機會」之判決當然違背法令事由。
- 3.綜上,本題法院如未告知被告甲罪名變更為殺人未遂,並予其辯明殺人未遂罪嫌之機會,不得逕行判處被告甲以殺人 未遂之罪刑,否則其判決違法。
- 四、檢察官以殺人罪嫌起訴甲。在審判過程中,甲自始否認犯情,強調案發當時人在別處,並指稱本案目擊者所陳述之內容有被警察誘導之嫌疑,不足採信。惟甲所主張者並未被採納,在無其他證據下,法院仍採納了目擊者之證言,判處甲無期徒刑確定,經執行後假釋出獄。甲出獄後,再度透過律師找出得以證明其案發當時不在場之證人,提再審程序請求救濟。試問:(25分)
 - (一)刑事訴訟法第四百二十條第一項第六款規定,「有罪之判決確定後,『 因發現確實之新證據 』, 為受判決人之利益,得聲請再審」,其中所云之「確實之新證據」係何所指?本案甲所提之證據可否 列為此之「確實之新證據」使用?
 - (二)復從理論與實務之觀點而論,刑事訴訟法第四百二十二條第一項第二款規定,「有罪、無罪 之判決 確定後,『 發見確實之新證據 』,為受判決人之不利益,得聲請再審」,其中所提「為受判決人 之不利益再審制度」之法理依據為何?

1 合银鮙科	本例第一個部分須處理有關發現確實新證據中,嶄新性與顯著性之實務與學者間歧異之見解;第二題部分則
	須處理為受判決人不利益而聲請再審,立法理論與現行法之問題所在。
▎▗▗▍░▊░╨▗▞▎	再審是特殊救濟審中常見考題,惟考點大多雷同;本例疑為黃朝義老師命題,查九十一年司法官第四題,當
	中所欲考之概念幾乎雷同,因此須就黃朝義老師關於再審制度之特殊見解加以闡明,應可獲得高分。
一类石谷科	林鈺雄《刑事訴訟法(下)》,2003年9月,三版,頁372~378。
	黃朝義 < 上訴制度與救濟程序 > ,《刑事訴訟法制度篇》,2002年8月,一版,頁203~207。
高分閱讀	《高點刑事訴訟法講義》第三回,頁二四六至二四九。

【擬答】

- 一、刑事訴訟法(以下同)第四百二十條第一項第六款之「確實之新證據」之內涵
 - (一)嶄新性(新規性)
 - 1.傳統實務見解

須限於事實審法院「判決當時已經存在」,亦即事實審法院於判決前因未經發現,不及調查斟酌,至其後始行發現者,始具嶄新性;至於發現之基準時點乃係事實審法院判點,其後包括第二審判決後及第三審上訴前或上訴中始 行發現者,亦屬新證據。

2.學說理論見解

部分學者對於上述見解有諸多批評,因為該證據係由何人發現、法院當初不知該證據存在之原因如何、證據是否 已於判決當時已經存在以及受判決人是否不知等,均非判斷重點。應認為只要是原事實審法院判決時點所不知而 未予審酌之證據,包含證據資料與證據方法,均具有嶄新性。

依題意,受判決人甲據以聲請再審之新證據,係其出獄後方透過律師找出之得以證明其案發當時不在場之證人,並非判決當時已存在之證據,故依實務之見解,不得認為具有嶄新性而據以聲請再審(七五台上七一五一)。惟依部分學者之見解,由於該名人證原事實審法院判決時並未知悉,不及調查斟酌,因此甲所找到之不在場證明之人證,應具備嶄新性。

(二)顯著性(確實性)

依八十五年台上字第三 0 八號裁定可知,所謂顯著性係指「顯然可認足以動搖原有罪確定判決,應為無罪、免訴、免刑或輕於原判決罪名」,至於罪名則實務認為應專指主刑而言,而不包括從刑與量刑問題。甲於本例中找到一個可證明其案發當時不在場之證人,足以動搖原有殺人罪之確定判決,而使甲受無罪之判決,因此應認為具有顯著性。由上述可知,甲所提之證據如依實務見解,不得列為「確實之新證據」使用,其再審聲請並非合法。惟依部分學者見解,甲應得列為此之確實新證據,因此再審之聲請合法。

二、為受判決人不利益聲請再審制度之法理依據

為受判決人之不利益之再審制度,並非每個國家皆有之,有採雙軌制,如我國與德國,因此就再審得為受判決人之利

92司法特考 . 司法官全套詳解

益與不利益而聲請之;亦有採單軌制,如法國,即僅得就受判決人之利益聲請再審,至於為受判決人之不利益則不得 為之。

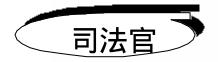
(一)雙軌制之立法理論

刑事訴訟法之立法目的有數個,其中發現真實與法安定性(或稱法和平性)常處於對立狀態,當二者產生衝突時應如何解決,便須依據立法有無明文規定判斷;在再審制度中,立法已明確做出價值選擇,為糾正判決之違誤而出現之再審制度,實乃不得已之手段,況在確定判決下所取得之真實僅能被認為是被推定之真實,未必即係全真之實體真實,因此確定判決縱所得到事實認定有誤,亦係可以預測之範圍,因此再審制度之設計,無論係就受判決人之利益或不利益,就發現真實而言,實有必要。

(二)單軌制之立法理論

惟有學者認為,在發現真實之觀念消退之情況下,應肯認人權保障亦同為刑事訴訟法上之重要目的,特別是英美法上採取所謂雙重危險理論,其亦著眼於被告於程序中所受之痛苦,因此所稱之既判力已不能同於已往係強調理論之既判力,而應強調保障人權之既判力;如就此點觀察,應認為所謂之法的安定性,就為受判決人之利益而言,既判力將只是發現真實之反射產物,故應承認再審之必要性。

然就為受判決人之不利益言,應認為若為貫徹人權保障之理念,則亦應認為縱判決有誤,亦不必然須與再審之提起 相結合,而必須構築在人權保障無矛盾上,由此觀之,應認為就受判決人之不利益,不許其聲請再審,否則將與無 罪推定原則與公平法院之理念相違。



《刑事訴訟法》

- 一、詳附理由解答下列與目前之偵查、起訴與審判制度有關之問題:(25分)
 - (一)起訴之方式,有所謂之「卷證併送制」與「卷證不併送制」兩種,其分別之意義為何?兩者最大之區別 為何?
 - (二)起訴方式採卷證併送制下,程度之運<mark>作</mark>可否貫徹<mark>法</mark>庭中「交互詰問」之活動功能?試以目前試辦中之士 林地方法院與苗栗<mark>地方法</mark>院為例說明之。
 - (三)在理論上,起訴<mark>方式採卷證</mark>不併送<mark>制</mark>後,對於偵查、起訴與審判等階段之訴訟程度運作得以達成何種效果?

命題意旨	測驗考生卷證併 <mark>送與卷</mark> 證不 <mark>併</mark> 送制度之理解,及卷證併送 <mark>制度對</mark> 交互詰問制度之影響。
答題關鍵	1 卷證不併送制度得排除法官之預斷,貫徹無罪推定原則。2 卷證不併送方得建立權責分明之當事人進行原則,交互詰問制度才得以發揮功能。
擬答鑑示	1.參考:高點律師司法官刑事 <mark>訴</mark> 訟法講義第一回,頁 33~34;第 <mark>二回</mark> ,頁 95。 2.參考:黃朝義著,起訴卷證 <mark>併</mark> 送與法庭權責不明下實施交互詰 <mark>問之</mark> 省思,月旦法學六十六期,頁 48 至 65。

【擬答】

(一)「卷證併送制」與「卷證不併送制」之意義與兩者最大區別:

1. 意義:

- (1)所謂「卷證併送制」,即起訴時檢察官將卷證(含偵查紀錄與證據物)連同起訴書一併送交法院之制度。法院得以預 先將案件之全貌瞭記於心,屆時開庭進行審判。我國刑事訴訟法第二百六十四條第三項規定:「起訴時,應將卷宗及 證物一併送交法院」,即明文規定採卷證併送制度。
- (2)所謂「卷證不併送制」,即「起訴狀一<mark>本主義」,亦即提起公訴之際檢察</mark>官向法院<mark>僅</mark>提出起訴書,不得同時提出證明 公訴事實之任何證據,其目的在要求法官不能事先抱持預斷,須以近乎白紙狀態蒞庭進行第一次公判期日之程序,日 本刑事訴訟法即採行此制度。

2.兩者最大區別:

(1)卷證不併送較易落實對於被告所為之無罪推定保障:

卷證不併送制度下之訴訟制度,在法庭之進行過程中,法院之主要責任並非在於作為事實之探究者,僅單純地在於判斷犯罪事實存在與否,亦即扮演著一仲裁者(聽訟者)角色,而檢察官之主要角色扮演,在於明確地利於訴訟當事人地位以實行公訴,亦即檢察官將親自持被告之相關卷<mark>證</mark>蒞庭,確實地負起實質的舉證責任以證明被告之犯罪事實。如此一來,在制度上,對於被告所為之無罪推定保障將較易於落實。

(2)卷證不併送得以達成集中審理之功效:

再者,實施卷證不併送之結果,在公判程序進行之前,亦可禁止法院事前接觸到傳聞證據與違法蒐集之證據,破除法院不當心證之形成。法院心證之形成必須僅能基於當事人雙方於公判庭中所為之主張與立證為基礎,且此種心證之形成大多透過交互詰問之程序得以達成。因此在此意義之下,實施卷證不併送制度之結果,尚可使集中審理之功效得以達成。

- (二)如採卷證併送制,將無法貫徹法庭中「交互詰問」之功能:
 - 1.起訴時卷證如果併送,則不論係審前程序或公判程序中,法官手中早已持有被告被訴之相關卷證,在法庭中法官儼然 成為另一個追訴者或追訴者之幫助者,所有當事人進行原則之基礎工作(如詰問程序等)皆無法落實。換言之,現行 卷證併送制度下,基本上是由警察將蒐集之證據送交檢察官,隨之再由檢察官起訴送交法官,一審法官再交由二審法 官重複辦理,結果檢察官與法官各自將自己部分解決後,立即將棒子交出,最後,審判之品質自然會嚴重出問題。亦 即檢察官可能並未詳細監督警察蒐證情形及有無遵守證據法則,而在證據相當薄弱或牽強之情況下冒然地起訴。另一 方面,法官可能亦會認為相關卷證既已在手中,法庭之活動似乎不甚重要,整個審判程序將完全流於形式,且法官無 論在當事人之前或之後一經訊問被告後,交互詰問制度亦近乎名存實亡(法官可能就會變得沒有耐心聽取原被告所為 交互詰問之內容)。
 - 2.以目前試辦中之士林地院與苗栗地院為例:
 - (1)雖士林及苗栗兩地方法院分別只接受士林及苗栗兩地方檢察署所提之證據清單,但在效果上與現狀之運作差別不大。蓋因起訴書上已就相關證據加以臚列,加以證據清單之提出,對法官而言,證據併送與不併送相差不多,一樣受起訴之相關卷證影響,很難保持其客觀公正之立場。
 - (2)士林與苗栗兩地檢署所採行移送證據清單方式,大前提既以卷證移送為主軸,就結果而論,並無法提升檢察官之實

刑事訴

質舉證責任,檢察官依然只負起訴與蒞庭列舉證據,詢問被告之義務而已,其餘相關之訴訟成敗與其似乎無關,蓋因此時之檢察官可謂名副其實地享有掌控偵查與決定起訴、不起訴之絕對權利,但卻不必負任何責任,反正被攻擊有濫訴之虞時,可以警察偵查不確實做為擋箭牌,被攻擊在法庭不盡職時,可以將法官一併拉入,藉口法官應共同發現真實。

(三)如採卷證不併送制度,對於偵查、起訴與審判等階段之訴訟程序運作得以達成之效果:

1.於偵查階段:

採卷證不併送制度,會使得偵查之過程精緻化,檢警機關必須盡全力蒐集與案件有關之各種證據,並且在蒐證之過程中嚴守證據蒐集之相關法則,以避免辛苦蒐集到之證據於審判中被排除而不被適用。

2於紀訴階段

採卷證不併送制度,得防止檢察官之輕率起訴,且檢察官之蒞庭並不在於消極地監督法庭之運作,而是必須積極地扮演 著稱職的追訴者角色。 蓋檢察官必須親自攜帶相關之卷證蒞庭,並就其主張之犯罪事實,一一提出證據加以陳述說明, 且其所提出之卷證亦須嚴格地受相關證據法則之約制,直至法官完全相信其所言之事實為真實為止,亦即其須善盡其實 質的舉證責任。

3.於審判階段:

由於檢察官盡職的舉證,法院能以一客觀第三者之角色形成心證,案件因而得以詳細及明確地確定而獲得速審速決之效果,進而得以確立第一審成為堅實的事實審,第二審之審理亦不必如現行制度般重複一審之審理,而再為事實之認定。

- 二、依刑事訴訟法規定,不服下級法院之判決,得向上級法院提起上訴,即享有上訴權者何人?又下列之上訴程序,是否合法?倘其上訴程序存有瑕疵,法院應如何處理?(25分)
 - (一)被告為民國七十年十月二十日出生,所犯竊盜罪經第一審判<mark>處</mark>罪刑。判決正本於九十年九月三十日收受 送達;被告之父某甲不服該項<mark>判</mark>決,於同年十月十八日提起第二審上訴,第二審法院於同月十九日收受 該上訴書狀。此項上訴第二審能否為實體裁判?
 - (二)被告為成年人,所犯詐欺罪經<mark>地</mark>方法院判處罪刑後,被告之<mark>原審</mark>選任辯護人 A 律師,以自己之名義為被告之利益,向高等法院提起上<mark>訴</mark>。但上訴書狀未列被告為上訴人。此項上訴是否合法?高等法院應如何受理本件上訴?

命題意旨	測驗考生對於上訴權人、上訴 <mark>程式、上訴期間等規定之瞭解程</mark> 度。
答題關鍵	1.上訴期間之起算,係自「當事人」收受判決書時為基準。 2.上訴不合法律上之程式可補正者,法院應先定期命補正。 3.原審之代理人或辯護人之上訴 <mark>權</mark> 係代理上訴權。
擬答鑑示	參考:高點律師司法官刑事訴訟法 <mark>講義,第二回,頁 215~221、 227~228。</mark>

【擬答】

- (一)按依刑事訴訟法之規定,不服下級法院之判決,得向上級法院提起上訴之上訴權人有:
 - 1.當事人:檢察官、自訴人及被告均得以當事人資格提起上訴(<mark>刑訴三四四)。告訴人或被害人雖得具備理由請求檢察官上訴,然其並非上訴權人(刑訴三四四)。</mark>
 - 2.被告之法定代理人或配偶:被告之法定代理人或配偶得為被告之利益獨立上訴(刑訴三四五)。
 - 3 原審之代理人或辯護人:被告之代理人或辯護人得為被告之利益而上訴,但不得與被告明示之意思相反(刑訴三四六) 4 自訴案件之檢察官:檢察官於自訴案件中雖非當事人,然得以檢察官之身分獨立上訴(刑訴三四七)。
- (二)本題中之各上訴程序是否合法,又上訴程序存有瑕疵時法院應如何處理:
 - 1.被告之父某甲提起上訴:
 - (1)依刑事訴訟法第三百四十五條規定,被告之法定代理人或配偶,得為被告之利益獨立上訴。又其是否具備法定代理人或配偶身分,係以提起上訴時是否具有該等身分為準(一九上一三四一)。依題意,被告之父某甲係於九十年十月十八日提起第二審上訴,第二審法院於同月十九日收受上訴書狀,由於被告係於七十年十月二十日出生,當時尚未成年,故其父某甲仍具有法定代理人身分,依刑事訴訟法第三百四十五條規定,某甲得為被告之利益獨立上訴,應無疑義。
 - (2)次依刑事訴訟法第三百五十條第一項規定,提起上訴,應以上訴書狀提出於原審法院為之。惟「上訴書狀所以應向原審法院提出,乃便於原審法院查其上訴是否合法及應否移審,如在法定上訴期間內聲明上訴,縱未向原審法院提出,亦難認為不合法」,最高法院著有七十九年台上字第四 三八號判決在案。故上訴人只要在上訴期間內提出上訴書狀,雖未向原審法院為之,亦不得謂為不合法。依題意,被告之父某甲似逕向第二審法院而非向原審法院提出上訴書狀,然依前揭最高法院判決見解,只要在法定期間內提起,仍難謂為不合法。
 - (3)惟依刑事訴訟法第三百四十九條規定,上訴期間為送達判決後之十日。又得為被告利益獨立上訴之被告法定代理人或配偶,上訴期間仍應自被告收受判決送達之翌日起算(七 台上五 六、八 台上五一六)。依題意,被告係於九十年九月三十日收受判決書正本之送達,某甲如欲為被告利益提起上訴,自應於十日內為之,亦即於九十年十月十一日前上訴(因原末日十月十日為例假日,以次日代之)始為合法。今某甲竟遲至十月十八日方提起上訴,其上訴顯已逾上訴期間而不合法,此等瑕疵既無可補正,第二審法院應依刑事訴訟法第三百六十七條之規定,以上訴不合法律上之程式為由判決駁回之,不得為實體裁判。

刑事訴

- 2.A 律師以自己名義提起上訴:
 - (1)依刑事訴訟法第三百四十六條規定,原審之代理人或辯護人得為被告之利益而上訴。該等上訴權係為代理上訴權,亦即須以被告名義為之,且不得與被告明示之意思相反。如原審代理人或辯護人以自己名義提起上訴,即屬違背法律上之程式,其上訴自非合法(五三台上二六一七)。依題意,被告原審之選任辯護人 A 律師以自己名義向高等法院提起上訴,上訴書狀未列被告為上訴人,應屬上訴不合法律上之程式而不合法。
- (2)然依刑事訴訟法第三百六十二條但書規定,上訴雖不合法律上之程式惟情形可補正者,法院應定期間先命補正。同法第三百六十七條但書規定,如上訴不合法之情形可補正而未經原審法院命其補正者,審判長應定期間先命補正。按「原審辯護人已為被告之利益提起上訴,而僅未於上訴書狀內表明以被告名義上訴字樣者,其情形既非不可補正,自應依法先定期間命為補正」,司法院大法官會議釋字第三 六號解釋已明白闡釋在案。故本題 A 律師以自己名義提起上訴,上訴書狀未列被告為上訴人,其上訴雖屬不合法律上之程式而不合法,然依釋字第三 六號解釋意旨,其情形既非不可補正,原審法院自應先定期命補正,不得逕予裁定駁回。如原審法院未命補正,高等法院審判長亦應定期間先命補正,如逾期不為補正,方得以上訴不合法律上之程式為由判決駁回上訴。
- 三、自訴人提起自訴後,法院在何種情形下,可不經判決<mark>逕</mark>以裁定駁回之?對此裁定,有何救濟方法?可否再行起訴?試分別說明之。(25分)

命題意旨	測驗考生對於 <mark>駁回自訴裁</mark> 定之認識 <mark>。</mark>
	1.裁定駁回自訴 <mark>之規定有二:一為本法第三二六條第三項,</mark> 一為第三三三條。 2.欲對裁定提起再抗告,限於 <mark>本</mark> 法第四一五條第一項所列各 <mark>款裁定。</mark> 3.本法第三二六條第四項有一 <mark>事</mark> 不再理之規定,第三三三條則無 <mark>。</mark>
擬答鑑示	參考:高點律師司法官刑事訴訟法講義,第二回,頁 172~173、1 <mark>82~</mark> 183、333。

【擬答】

- (一)法院得不經判決逕以裁定駁回自訴案件之情形:
 - 1.自訴案件有刑事訴訟法第二百五十二條至第二百五十四條之情形者:
 - (1)依刑事訴訟法第三百二十六條第三項規定,法院或受命法官於第一次審判期日前訊問自訴人、被告及蒐集或調查證據之結果,認為案件有同法第二百五十二條至第二百五十四條所定之情形者,得以裁定駁回自訴,並準用同法第二百五十三條第二項至第四項之規定。亦即法院或受命法官於自訴案件第一次審判期日前行訊問及調查結果,認為案件有同法第二百五十二條至第二百五十四條所定應不起訴或得不起訴之情形時,得裁定駁回自訴,以過濾掉不應或不宜提起之自訴。
 - (2)惟該裁定限於第一次審判期日前始得為<mark>之,</mark>如第一審法院已判決管轄錯誤、不受<mark>理</mark>或免訴,雖不經第一審言詞辯論 為之,但其第一審審判程序業已終結,縱<mark>然經上級審法院發回第一審</mark>法院,第一審審判程序<mark>隨而回復,仍不宜裁定駁</mark> 回自訴。
 - 2 自訴人經法院限期提起民事訴訟,逾期仍不提起者:
 - (1)依刑事訴訟法第三百三十三條規定,自訴案件其犯<mark>罪是否成立或刑罰應否免除,以民事法律關係為斷,而民事尚未</mark> 起訴者,法院應停止審判,並限期命自訴人提起民事訴訟,逾期不提起者,應以裁定駁回其自訴。
 - (2)惟本條僅規定民事「尚未」起訴者,法院應停止審判<mark>並</mark>限期命自訴人提起民事訴訟,並不及於民事「已經」起訴之情形。如民事「已經」起訴者,依刑事訴訟法第三百四十三條準用同法第二百九十七條之規定,法院固「得」於程序終結前停止審判,然並無依本條裁定駁回自訴之餘地<mark>。</mark>

(二)對此裁定之救濟方法:

- 1.得提抗告:如對上開駁回自訴之裁定不服,當事人得依第四百零三條第一項規定,向直接上級法院提出抗告。
- 2.不得再抗告:依刑事訴訟法第四百十五條第一項規定,除該條項所列第一至六款之裁定得提起再抗告外,對於抗告法院 所為之裁定不得再行抗告。由於駁回自訴之裁定並非該條第一項各款所列之裁定,自不得提起再抗告。
- 3.確定後不得提起非常上訴:按關於實體事項之裁定由於具有實體判決之效力,實務上認為視同判決,確定後亦得為非常上訴之對象,然程序事項之裁定確定後除得自行更正另行裁定外,別無救濟方法,不得成為非常上訴之對象。駁回自訴之裁定既屬程序事項之裁定,縱有違法不當,確定後亦不得對之提起非常上訴。

(三)可否再行起訴:

1.本法第三百二十六條第三項之駁回自訴裁定:

依刑事訴訟法第三百二十六條第四項規定,同法第三百二十六條第三項之駁回自訴裁定確定後,非有第二百六十條各款 情形之一,不得對於同一案件再行自訴。故法院依第三百二十六條第三項為駁回自訴裁定確定後,自訴人非有第二百六 十條各款情形之一,不得再行自訴,該裁定具有一事不再理之效力。

2.本法第三百三十三條之駁回自訴裁定:

蓋刑事訴訟法第三百三十三條並無如前述第三百二十六條第四項之限制,故自訴人於民事程序終結後再行自訴,並非 法之所禁,該裁定並不具一事不再理之效力。 四、聲請人即被告某甲聲請意旨略以:台灣××地方法院九十年度自字第 B 號確定判決認定之詐欺事實,與同法院八十九年度易字第 A 號確定判決認定之詐欺事實(犯罪事實等從略),具有連續犯之關係,B 判決應為免訴之判決而竟為科刑之判決,其判決為違背法令,向最高法院檢察署檢察總長聲請提起非常上訴。試問:本件聲請有無非常上訴之理由?並應為如何之處理?(答案應說明法律上之理由,否則不予計分)(25分)

命題意旨	測驗考生同一案件重複起訴時之處理方式。
答題關鍵	1.本題題文係言「同法院」,故非第八條之競合管轄問題,而係同一法院重複起訴之問題。 2.法院對於後起訴者應依第三 三條第二款諭知不受理或第三 二條第一款諭知免訴,如為實體裁判,即不合 法。 3.非常上訴之提起以及最高法院對非 <mark>常</mark> 上訴案件之處理。
擬答鑑示	參考:高點律師 <mark>司法官刑事訴訟法講義,第一回,頁</mark> 60~63、177~178;第二回,頁 334~336、340~343。

【擬答】

按依刑事訴訟法第四百四十一條規定,判決確定後,發見該案件之審判係違背法令者,最高法院檢察署之檢察總長得向最高法院提起非常上訴。本題被告某甲以 B 判決應為免訴判決卻竟為科刑判決,指該判決為違背法令,向檢察總長聲請提起非常上訴,是否有理,分述如下:

(一)法院下 B 判決時, A 判決尚未確定者:

依刑事訴訟法第三百零三條第二款規定,已經提出公訴或自訴之案件,在同一法院重行起訴者,法院應諭知不受理之判決。依題意,台灣 XX 地方法院九十年度自字第 B 號確定判決認定之詐欺事實與同院八十九年度易字第 A 號確定判決認定之詐欺事實具有連續犯之關係,由於連續犯依刑法第五十六條規定係以一罪論,故其於實體法上為一罪,在訴訟法上則為一個不可分割之訴訟客體,如經一部起訴,依刑事訴訟法第二百六十七條規定其起訴效力及於全部,法院本得全部加以審判,如對於具有連續犯關係之他部犯罪事實另行起訴,將不失為對於同一案件重複起訴,如先起訴之部分尚未判決確定者,法院應依本法第三百零三條第二款規定諭知不受理之判決。故本題倘該地方法院後起訴之九十年度自字第 B 號案件判決時,同法院先起訴之八十九年度易字第 A 號判決尚未確定,則該法院應對 B 案件為第三百零三條第二款之不受理判決。今被告某甲指 B 判決應為免訴判決而竟為科刑判決,因而聲請提起非常上訴,並非有理,檢察總長不應按被告某甲之聲請提起非常上訴。惟檢察總長如認 B 判決應為不受理判決法院卻為科刑判決,其判決為違背法令,仍得以之為由聲請提起非常上訴。

- (二)法院下 B 判決時, A 判決已經確定者:
 - 1.按刑事訴訟法第三百零二條第一款規定,同一案件曾經判決確定者,法院應諭知免訴之判決。又「刑事訴訟法第三百零三條第二款規定已經提起公訴或自訴之案件,在同一法院重行起訴者,應諭知不受理之判決,係以已經提起公訴或自訴之同一案件尚未經實體上判決確定者為限。如果已經實體上判決確定,即應依同法第三百零二條第一款諭知免訴之判決,而無諭知不受理之可言」,最高法院著有六十年台非字第一七三號判例在案。故如將同一案件於同一法院重行起訴,先起訴之部分已經實體判決確定者,則後起訴之部分應依刑事訴訟法第三百零二條第一項諭知免訴,不應仍依同法第三百零三條第二款之規定諭知不受理,合先敘明。
 - 2.前已述及,由於連續犯在實體法上為一罪,在訴訟法上為一個不可分割之訴訟客體,如將連續犯一部起訴後,復對於連續犯之他部犯罪事實另行起訴,不失為對於同一案件重複起訴,法院本應為刑事訴訟法第三百零三條第二款之不受理判決,惟倘先起訴之部分已經判決確定者,依前揭最高法院六十年台非字第一七三號判例見解,法院則應依同法第三百零二條第一款為免訴判決之諭知。本題中該地方法院後起訴之九十年度自字第 B 號案件判決時,倘同法院先起訴之八十九年度易字第 A 號已經判決確定,則該法院應對 B 案件為第三百零二條第一款之免訴判決。在此情形下被告某甲以 B 判決應為免訴判決而竟為科刑判決,其判決為違背法令,因而聲請提起非常上訴,即屬有理。
- (三)綜上,本題被告某甲之聲請是否有理,應視法院下B判決時,A判決是否已經確定而定。如法院下B判決時,A判決尚未確定,則某甲之聲請並無理由,然檢察總長得以B判決應為不受理判決卻為科刑判決,其判決為違背法令為由,聲請提起非常上訴,最高法院應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定將判決違背法令之部分撤銷,且因原判決不利於被告,並應就該案件另為不受理判決之諭知。如法院下B判決時,A判決已經確定,則某甲之聲請有理,檢察總長得以B判決應為免訴判決卻為科刑判決,其判決為違背法令為由,聲請提起非常上訴,最高法院應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定將判決違背法令之部分撤銷,且因原判決不利於被告,並應就該案件另為免訴判決之諭知。