

# 《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判處甲有期徒刑五月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。
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為何，再依免訴說為處理。
高分閱讀	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%） 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，可區分為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，檢察總長認為二案完全相同，復又認定甲所犯為連續犯，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，應以免訴說處理為妥，參酌大法官會議釋字 47 解釋，同此意旨。

(2)接續前述，最高法院倘認為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為，有無判斷該些偵查行為適法性之能力。
答題關鍵	本題宜仔細針對每一偵查行為逐一檢討，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為不合法

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」，以有令狀搜索為原則（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）為例外。

2.本案分析

(1)如題示，檢察官指揮警察前往搜索之行為，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為情況急迫，非迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、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為情況急迫，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為緊急搜索。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為應認為不合法。

(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為，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為，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為不合法，且警察強制甲前往地檢署接受偵訊之行為亦不合法，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？

命題意旨	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。
答題關鍵	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思索如何使程序合法。
高分閱讀	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%） 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.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，為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，為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為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，為保障被告之詰問權，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.本案例中，法院應為之處置
  - (1)本案例情形，為使訴訟程序不致延宕，且丙、丁二人短期內無法再為出庭，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為準備程序期日，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，管見以為，法院裁定變更為準備程序期日後，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.月旦法學雜誌第 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(盜用保管印章、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？

命題意旨	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。
答題關鍵	第一小題乃需探討刑法 59 條之適用不當是否可為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。」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為上開判決

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,除須由被告上訴或為被告利益而上訴外,依最高法院 76 年台非字 124 號判決,尚須檢察官或自訴人未為被告不利益上訴,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為題示之判決。

(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,第二審法院認為被告係濫行上訴,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。