

# 《刑事訴訟法》

- 一、甲與乙於民國 94 年 1 月間共同殺死人，乙當場被逮捕，由檢察官提起公訴，經第二審法院判決確定，目前在監執行中。甲於偵查中逃匿，嗣於民國 96 年 1 月 30 日經通緝到案，隨即經檢察官起訴，起訴書中引用共犯乙在其案件偵查中以被告身分所為不利於甲之陳述筆錄，及第一審、第二審審判時以被告身分所為不利於甲之陳述筆錄為證據。本案在第一審審判時，經法院傳喚乙到庭為證人，經具結後由甲及其選任辯護人為反對詰問，乙翻供為有利於甲之證言。檢察官主張起訴書所引乙之陳述筆錄均有證據能力，甲之選任辯護人則認乙前揭陳述均未經具結，依刑事訴訟法第 158 條之 3 之規定，不得作為證據。如法院認為乙之陳述筆錄有證據能力，請問依現行刑事訴訟法之規定，你認為有法理之依據嗎？試說明其理由。(25 分)

命題意旨	本題重點在於傳聞法則的例外適用問題，是課堂中老師再三叮嚀的重點，尤其是 159-1 在法官與檢察官面前所為陳述在何條件之下，才有傳聞法則例外之適用，如果考生僅就條文內容照本適用，涵攝套入本題，可能無法獲得太高的分數，必須要瞭解實務及學說之意見，始能獲致高分。
答題關鍵	傳聞法則、共犯、共同被告自白。
高分閱讀	1.法觀人月刊-律師考場特刊 P.47~53：證據能力，證據法兩大法系之體系架構(相似度 70%) 2.高點圖說系列-刑事訴訟法(II)（史奎謙） P.4-627~3-641：證人之供述(相似度 75%) 3.高點歷解系列-法研所歷屆試題詳解(刑訴、犯罪學) p.1-3-28~30：同案被告之自白(相似度 80%) p.1-4-23~26：同案被告之自白(相似度 80%) 4.王兆鵬老師，刑事訴訟法講義，P699 5.邢政大老師，課堂講義第四回 P14 以下傳聞法則 P23 法官面前陳述之例外 P24 檢察官面前陳述之例外 6.邢政大老師，課堂講義第一回 P7 以下刑事訴訟目的 7.邢政大老師，課堂講義第四回 P31、32、33
參考資料	1.林俊益老師，台灣本土法學 78 期，傳聞法則例外一 2.林俊益老師，台灣本土法學 81 期，傳聞法則例外二 3.月旦法學教室第 49 期 P.20~21：證人未經具結之簡訊筆錄之效力(陳運財) 4.月旦法學雜誌第 143 期 P.5~30：對質詰問與上級審(林鈺雄)

## 【擬答】

本題乙於前案偵查及審判中所為之陳述，能否成為證據，是否具備證據能力，涉及傳聞法則問題，試依照本題爭議分述如下：

### (一)本題有傳聞法則之適用

- 1.共犯或共同被告審判外之陳述，陳述人未具結、被告未能對質詰問，裁判者未能親自見聞，則此證據在真實性的考量仍有疑問，若未經合法調查證據程序即貿然引用，則有害於刑事訴訟法上發現真實及法治程序

的目的。因此刑事訴訟法第 159 條規定：「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，不得作為證據。」而『被告以外之人』在審判外所為之陳述，原則上不得做為證據，將共同被告、共犯、被害人等審判外陳述均列為傳聞法則規範之列，因此本案如上所述，有傳聞法則之適用，如法院認為乙於前案偵查及審判中筆錄有證據能力，必須要符合傳聞法則例外規定。

2. 甲乙為殺人罪之共犯，乙先被逮捕並經二審判決確定，嗣後甲始被通緝到案，經檢察官起訴後進入第一審審判程序。乙於前案中於偵查及審判中均對甲有不利之陳述，此證據為被告(甲)以外之人於審判外所為之陳述，因此依照傳聞法則應該加以排除，惟我國法有傳聞法則之例外規定，如符合刑事訴訟法第 159-1 至 159-5 之傳聞例外，則該證據即例外得以有證據能力，成為法官判決之依據。

(二) 乙於前案偵查中所為之陳述筆錄是否有證據能力，迭具爭議

1. 條文規定：依照刑事訴訟法第 159-1 第 2 項規定：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」其立法理由謂：檢察官職司追訴犯罪，必須對於被告之犯罪事實負舉證之責。就審判程序之訴訟構造言，檢察官係屬與被告相對立之當事人一方，是故偵查中對被告以外之人所為之偵查筆錄，或被告以外之人向檢察官所提之書面陳述，性質上均屬傳聞證據，且常為認定被告有罪之證據，自理論上言，如未予被告反對詰問、適當辯解之機會，一律准其為證據，似與當事人進行主義之精神不無扞格之處，對被告之防禦權亦有所妨礙；然而現階段刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，依法其有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須具結，而實務運作時，偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，因此刑事訴訟法明定被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。
2. 條文評釋：本條規定可能讓秘密證人制度借屍還魂於此條文中，剝奪被告對質詰問權，有違憲之虞。因此實務與學界通說均認為，雖共犯、共同被告在他案以被告身份所為之陳述，但於本案中欲為他共犯或共同被告不利之證述，仍須經具結及反對詰問為妥，否則會使我國新制的交互詰問制度形骸化。

(1) 具結問題

依照 94 台上 1644 號判決：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據，刑事訴訟法第一百五十八條之三定有明文。而同法第一百五十九條之一第二項雖規定，被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。惟該被告以外之人(含共同被告、共犯、被害人、證人等)，於偵查中向檢察官所為之陳述，性質上仍屬傳聞證據(即審判外之陳述)，然因檢察官依法有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須「具結」，而檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，因而規定除顯有不可信之情況者外，得為證據。但被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，仍應依法具結，始有證據能力。」故本案如乙於前案中所為之陳述未經具結，依照實務通說，應無證據能力。

(2) 反對詰問問題

95 年台上 3699 號判例，所謂被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，當係指經被告或其辯護人行使或得予行使反對詰問權者而言。因此依照學者及實務通說意見，偵查中向檢察官所為之陳述，需給予被告反對詰問之機會實質上應解釋為係已經被告或其辯護人行使反對詰問權，未予反對詰問權之機會，不容許成為證據。

(3) 小結

偵查中向檢察官陳述能成為證據之要件如下：

必須令其具結。

給予被告反對詰問機會。

無顯有不可信情況。

故本案對被告甲而言，共犯乙於前案中所為之筆錄均傳聞證據，因未令乙具結即讓甲踐行反對詰問，該不利被告甲之陳述，不得成為甲有罪之證據。

(三) 乙於前案審判中所為之陳述筆錄是否有證據能力，亦具爭議

1. 條文規定：依照刑事訴訟法第 159-1 第 1 項規定：「被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。」其立法理由謂：被告以外之人(含共同被告、共犯、被害人、證人等)於法官面前所為之陳述(含書面及言詞)，因其陳述係在法官面前為之，故不問係其他刑事案件之準備程序、審判期日或民事事件或其他訴訟程序之陳述，均係在任意陳述之信用性已受確定保障之情況下所為，因此該等陳述應得作為證據。
2. 條文評釋：本條規定會架空直接審理原則，因直接審理原則係指承審之法官在審理本案證據時需全程始終

在場。另外本條規定是法官本位的立法，惟法官本位是一錯誤立法，誤以為任意性擔保可以取代反對詰問權，在法官面前所為之陳述不一定可信度較高、亦不一定使反對詰問權受到保障。反而造成變相廣泛承認審判外陳述之證據能力。

(1) 具結問題

依照 94 台上 5198 判決，被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之一第一項定有明文。共犯於案件審理時向法官所為之供述，在其等任意陳述之信用性無疑之情況下，其證述依法自具有證據能力。因此依照實務通說，乙在前案審判中所為之陳述，縱令未經具結，只要其陳述具備任意性及真實性，於本案(甲案)仍具備證據能力，得成為審判之依據。惟仍有部分實務及學界認為，應將乙改列證人身分具結後陳述，之後之陳述始能成為審判之依據。

(2) 反對詰問問題

依照部分學者及實務意見，審判中向法官所為之陳述，需給予被告反對詰問之機會。實質上應解釋為係已經被告或其辯護人行使反對詰問權，未予反對詰問權之機會，不容許成為證據。

(3) 小結

有學者咸認，刑事訴訟法傳聞法則例外 159-1 之適用，應限縮於『傳喚不能』、『可信性情況保證』下，始承認『被告以外之人於審判外向法官所為之陳述』得作為證據。因此乙前案偵查及審判中陳述，就涉及被告甲本人之部分，未經改列證人令其具結陳述並接受被告之詰問，並不得作為證據。

二、某甲為被告某乙竊盜案件之偵查中辯護人，某日甲律師因不滿檢察官之訊問態度不佳，於庭訊結束後，遂偕同某乙共同召開記者會，指摘檢察官出言恐嚇被告自白，並將檢察官訊問之內容作成筆記提供 A 報記者刊登。檢察官認為甲涉嫌洩漏偵查秘密，乃分案偵辦某刑事責任。試問：

(一) 對於被告某乙涉嫌竊盜之案件，檢察官依據刑事訴訟法之規定，得對甲律師採取何措施？甲律師得為何種主張？(10 分)

(二) 對於甲律師涉嫌洩密之案件，檢察官請 A 報記者提供甲律師交付之偵訊內容筆記，惟 A 報記者否認持有該筆記。檢察官遂打算搜索甲律師及 A 報記者之辦公室及住宅。則檢察官於向法院聲請搜索票時，就上開不同對象及處所之搜索，其應具備之條件有何不同？試從刑事訴訟法之相關規定申論之。(15 分)

命題意旨	本題重點題意明確，在測試律師權利與『偵查不公開』之界線，考生除了要靈活運用 245 條偵查不公開的條文外，還需要具備基本的公法知識，本題第二小題涉及能否搜索『律師事務所』及『新聞媒體』之爭議問題，這部分單從條文內容雖然無法窺知正確解答，但平時上課著重的靈活運用法理知識以理解刑事訴訟法的練習，在這裡可以就充分運用及發揮。
答題關鍵	1. 偵查不公開。 2. 受律師協助的權利。 3. 搜索扣押之客體。
高分閱讀	1. 高點圖說系列-刑事訴訟法(I) (史奎謙) P.4-148~159：搜索之對象及處所 (相似度 80%) P.2-95~98：辯護人之權限 (相似度 70%) 2. 高點歷解系列-法研所歷屆試題詳解(刑訴、犯罪學) P.1-1-1~6：律師權 (相似度 70%) P.1-4-1~10：搜索新聞媒體 (相似度 70%) 3. 王兆鵬老師，刑事訴訟法講義，P130-135 4. 邢政大老師，課堂講義第五回，P6、7 5. 邢政大老師，課堂講義第三回，P51 搜索扣押
參考資料	月旦法學雜誌第 137 期 P.104~119：貫徹平等與實質之辯護制度 (王兆鵬) P.120~132：刑事訴訟法之修正與刑事辯護 (陳運財) P.152~172：是公平的保障還是一襲國王的新衣 (林志潔)

**【擬答】**

本題涉及偵查不公開原則之適用，以及搜索之爭議問題，試依照題意分述如下：

**(一)偵查不公開****1.依照刑事訴訟法第 245 條第 1 項規定：「偵查，不公開之。」**

偵查不公開之目的在保護被告，以落實無罪推定；另外並保護相關人士，避免案件於正式起訴前，涉及關係人或被告隱私、名譽等資訊洩漏，人民有免於個人資訊外流的信賴利益。除此之外，偵查不公開亦在維護偵查機關檢警資訊優勢，若資訊不當走漏，常會造成保全人犯或保全證據之阻礙。偵查不公開內涵包括偵查程序不公開及偵查內容不公開。

(1)偵查程序不公開：落實無罪推定原則，故禁止公開偵查過程及偵查行為，並藉以維護偵查程序之順利進行。

(2)偵查內容不公開：基於無罪推定原則，偵查內容不公開，避免未審先判。

例外，依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者，得公開。

**2.偵查不公開並非概括排除被告或辯方地位之權利：**

偵查階段修法後已適用適用指定或強制辯護(原舊法 31 I 僅規定『審判中』)，因此被告得隨時選任辯護人(刑事訴訟法第 27 條)，在訊問被告時亦應告知其有此項權利(刑事訴訟法第 95 條)，而在刑事訴訟法第 245 條裡，亦加入了辯護人偵查中之在場權及陳述意見權：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」惟此但書之禁止規定過於籠統，有學者認應該要刪除為妥，否則等於變相侵害被告的辯護權。另依照法務部 83 檢字第 24163 號函規定，在不違反偵查不公開原則下，亦得許辯護人在場札記訊問要點。故本題甲為乙之辯護人，在乙案偵查中可以在場並陳述意見，及札記訊問要點。

3.本題檢察官於審理乙竊盜案，甲律師得在場陳述意見，並做成筆記，此為上述保障辯護人之權利，惟辯護人不得恣意公開偵查內容，依照刑事訴訟法第 245 條第 3 項規定：「檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程序依法執行職務之人員，除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，不得公開揭露偵查中因執行職務知悉之事項。」本項立法理由謂：犯罪事實之認定，為法院於審判程序中之職權，在犯罪嫌疑人未經起訴進入公開審判程序前，犯罪事實之認定，非新聞媒體或人民所能代行，犯罪嫌疑人亦無接受媒體或人民公審之義務。我國少數執法人員，於偵查程序開始後，或主動聯繫新聞媒體，或被動揭露偵查內容，其行為不但違反無罪推定原則，也嚴重侵害人權。

4.本題並非檢方或警方公開揭露偵查中事項，而是辯護人為保障被告合法權益有必要之情形下公開偵查筆記內容，因此甲律師得據刑事訴訟法第 245 條第 3 項規定，主張並無違反刑事訴訟法上偵查不公開原則。

**(二)甲律師在乙竊盜案偵查中召開記者會，檢察官認為甲律師涉嫌洩漏偵查秘密，因此欲搜索甲律師及 A 報記者辦公室與住宅，得否搜索，以及搜索條件有何差異，分述如下。**

1.依照刑事訴訟法第 122 條規定：「對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」

**(1)搜索門檻**

本案對甲律師(被告)搜索之門檻為有『必要時』，對 A 記者(第三人)搜索之門檻以有『相當理由』時為限，因為 A 記者為被告以外之第三人，對第三人不能恣意搜索，因此『相當理由』之門檻程度較高。法院審核搜索票之聲請，應就聲請書所敘述之理由及其釋明是否合於刑訴法第 122 條所規定之「必要時」或「有相當理由」之要件為之，其證據法則無庸嚴格證明，以行自由證明為已足，如經綜合判斷，具有一定可信度之傳聞、傳述，亦得據為聲請之理由。

**(2)搜索客體**

身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所。因此本案檢察官要搜索甲律師之洩密罪，依照條文規定，得搜索被告、犯罪嫌疑人的身體、物件、住宅及其他處所。然此處之其他處所為『甲律師事務所辦公室』及『A 記者媒體辦公室』，該二處能否搜索，仍具爭議。

**2.可否搜索律師事務所****(1)否定可搜索律師事務所：**

如容許搜索律師事務所，可能導致律師與當事人間之業務秘密關係蕩然無存，動搖當事人對律師之信

任。對當事人之秘密，亦無任何保障。

(2)肯定可搜索律師事務所：

日本與德國均允許對律師事務所之搜索，但如果律師因業務而保管或持有當事人秘密事項之物品，得拒絕被扣押。因此依照德日作法，律師事務所得成為搜索之標的。有學者咸認：允許律師事務所得成為搜索之標的，惟必須要加上以下限制：第一，篩檢無必要之搜索；第二，執行搜索時，對律師事務所之文書，執法人員無權檢視內容；第三，必須要防範無必要及不合理的隱私權侵犯。因此法官在核發對律師事務所搜索票時，必須要依照刑事訴訟法第 128 條第 3 項規定：「搜索票，由法官簽名。法官並得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。」為上開要點之指示為妥。

3.可否搜索媒體新聞

(1)否定可搜索媒體新聞：

此說認為媒體有言論自由，因此不得為搜索或扣押，以免侵害憲法保障之權利。

(2)肯定可搜索媒體新聞：

美國聯邦最高法院准許對言論自由有關行業行搜索、扣押，但必須遵照『隱私保護法』規定，區分新聞媒體之『work product materials 工作成果』及『非工作成果』，除兩者有其個別之例外情形下，否則不得對新聞從業人員之工作處所為搜索扣押。有學者咸認，新聞自由固然重要，但政府偵查犯罪發現證據之執法利益，亦相同重要，無理由使新聞媒體成為不得搜索之『治外法權』領域，況且我國刑事訴訟法規定對公務機關、軍事機關亦得為搜索，如有相當理由相信媒體有證據或應扣押之物存在時，亦應認為可以搜索為當。只是法官必須要依照刑事訴訟法第 128 條第 3 項規定，指示執行人員不得妨礙媒體之正常運作、不得拆閱信件或封緘之密件、不得扣押工作成果等。

三、被告某甲被訴涉犯刑法第 277 條第 2 項前段之傷害致人於死罪嫌(法定刑為無期徒刑或七年以上、十五年以下有期徒刑)，已延長羈押三次，現羈押中。民國 96 年 8 月 25 日一審法院承審法官驚覺某甲第三次延長羈押期間即將於民國 96 年 8 月 31 日屆滿，全案尚無法審結，但認被告某甲羈押原因仍然存在，且有繼續羈押之必要。請問：

(一)就現行刑事訴訟法規定，承審法官有無可以裁定繼續羈押被告某甲之法律依據？(倘有，請列舉之。倘無，請說明理由。)(10 分)

(二)承審法官選擇何規定裁定繼續羈押被告某甲，對該案審理較能順利進行？(請比較各種規定機制，並說明其理由。)(10 分)

(三)繼續羈押裁定應於何時送交被告某甲，始為合法？(5 分)

命題意旨	本題包含所有延長羈押的相關規定，因為有發法條，所以考生必須要在考試短時間內翻閱到條文並且涵攝至個案題目中。刑事訴訟法第 108 條延長羈押於今年七月有新修法，因此考生必須要參照新修正法條，按照題目所指各子題分點分項作答。
答題關鍵	1.延長羈押。 2.繼續羈押新修法。 3.延長羈押裁定之送交。
高分閱讀	圖說系列-刑事訴訟法(I) (史奎謙)，P.4-105~117：羈押之期間與延長（相似度 80%）
參考資料	1.刑政大課堂講義第三回 P37-39 延長羈押 2.新修正刑事訴訟法第 108 條之規定

【擬答】

(一)羈押期間計算

1.計算：羈押期間自簽發押票之日起算。但羈押前之逮捕、拘提期間，以一日折算裁判確定前之羈押日數一日。若因法定障礙事由（刑事訴訟法 93 之 1）而逾 24 小時始移送法院仍應計入折算。

2.期間限制：羈押被告，偵查中不得逾二月，審判中不得逾三月。但有繼續羈押之必要者，得於期間未滿前，經法院依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後，以裁定延長之。在偵查中延長羈押期間，應由檢察官附具體理由，至遲於期間屆滿之五日前聲請法院裁定。審判中之羈押期間，自卷宗及證物送交

法院之日起算。起訴或裁判後送交前之羈押期間算入偵查中或原審法院之羈押期間。

### 3. 審判中延長羈押

- ① 羈押被告審判中不得逾三月。但有繼續羈押之必要者，得於期間未滿前，經法院依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後，以裁定延長之。在偵查中延長羈押期間，應由檢察官附具體理由，至遲於期間屆滿之五日前聲請法院裁定。此裁定除當庭宣示者外，於期間未滿前以正本送達被告者，發生延長羈押之效力。羈押期滿，延長羈押之裁定未經合法送達者，視為撤銷羈押。
- ② 依照刑事訴訟法第 108 條第 5 項規定：「延長羈押期間，審判中每次不得逾二月，如所犯最重本刑為十年以下有期徒刑以下之刑者，第一審、第二審以三次為限，第三審以一次為限。」此規定反面解釋可以得知，若被告所犯為最重本刑十年以上有期徒刑之最，則可以為無限期延長，無延押次數之限制。
- ③ 依照刑事訴訟法第 108 條第 6 項規定：「案件經發回者，其延長羈押期間之次數，應更新計算。」此規定代表案件如經發回更審，則對被告之羈押亦可無限期延長，對被告極為不利，有學者亦認，此規定有違比例原則。
- ④ 依照刑事訴訟法第 108 條第 8 項規定：「依第二項及前項視為撤銷羈押者，於釋放前、偵查中，檢察官得聲請法院命被告具保、責付或限制住居。如認為不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得附具體理由一併聲請法院依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後繼續羈押之。審判中，法院得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後繼續羈押之。但所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為七年以上有期徒刑之罪者，法院就偵查中案件，得依檢察官之聲請，就審判中案件，得依職權，逕依第一百零一條之規定訊問被告後繼續羈押之。」

### 4. 本題承審法官可以裁定繼續羈押被告甲

被告甲涉犯傷害致人於死罪，法定刑為無期徒刑或七年以上、十五年以下有期徒刑，已經延押三次，法官得以依照刑事訴訟法第 108 條第 5 項規定繼續延長羈押。雖審判中延長羈押有三次之限制，惟被告甲所犯者為最重本刑十年以上之罪，因此按上開條文規定，並沒有受到延押之限制，而可以無限期羈押。如本案承審法官於羈押期間屆滿後，未再延長羈押，即對被告視為撤銷羈押，依照 96 年 7 月修正前刑事訴訟法規定，本案應即釋放被告，但依新法增列第 8 項規定，得繼續羈押被告，且分為以下二種情形（新法：94.7.4 修正公布）。

① 依刑事訴訟法 101、101-1 訊問被告，認無法具保、責付、限制住居，而有羈押必要，繼續羈押。

② 逕依職權訊問被告，繼續羈押。

以上為新法規定，因本案被告於新法施行前已開始羈押，認為可以依新法繼續羈押的理由應為刑事訴訟法施行法第二條之「程序從新」原則，且本案雖於修法前已羈押被告，但屬「不真正溯及既往」之情形。但如認為法律不能溯及既往，且本規定係對被告不利且為限制被告人身自由之規定，則本案應認不得適用新法規定繼續羈押被告。

### (二) 承審法官可以選擇下列方式裁定繼續羈押被告甲

#### 1. 依照刑事訴訟法第 108 條規定，合法延長羈押

本案承上所述，並無延長羈押三次之限制，因此承審法官得以無限期羈押，惟法官必須在羈押期限屆滿之前，裁定延長羈押，否則在羈押期限屆滿後，應即釋放被告，如未即時釋放被告，即對人身自由不當之拘束，侵害被告人身自由甚鉅。因此本案法官於 96 年 8 月 25 日發現羈押期限於 96 年 8 月 31 日屆滿，且認為本案被告甲有繼續羈押之原因及必要，得於 96 年 8 月 31 日期間未滿前，刑事訴訟法依第 101 條或第 101 條之 1 之規定訊問被告後，以裁定延長之。此項裁定，除當庭宣示者外，於期間未滿前以正本送達被告者，發生延長羈押之效力。羈押期滿，延長羈押之裁定未經合法送達者，視為撤銷羈押。

#### 2. 依照新修正規定，雖未於期限內合法延押，亦得繼續羈押被告甲

如本案承審法官未於 96 年 8 月 31 日羈押屆滿期限內延長羈押，依照舊法規定，僅能將被告甲釋放，但恐造成因法官之疏失而肇致被告逃逸、無法保全被告之後果，因此於 96 年 7 月 4 日新增加一個繼續羈押之保全措施，因此本案如羈押期滿，延長羈押之裁定未經合法送達者，視為撤銷羈押。如本案被視為撤銷羈押，於釋放被告甲前，法院得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後繼續羈押之。但所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為七年以上有期徒刑之罪者，法院就審判中案件，得依職權，逕依第一百零一條之規定訊問被告後繼續羈押之。上述繼續羈押之期間自視為撤銷羈押之日起算，以二月為限，不得延長。一旦繼續羈押期間屆滿者，應即釋放被告。

3.實務法院原則上仍應按原延押規定來延長羈押被告，不得恣意放任羈押到期，被視為撤銷羈押後，再依照新法規定「繼續羈押」。

(三)繼續羈押之裁定應於羈押期限屆滿前(96年8月31日前)送交被告始為合法

依照82年台抗字539判決，抗告人因竊盜等案件不服第一審判決上訴至原審，經原審自八十二年八月二十日起依法執行羈押，依刑事訴訟法第一百零八條第一項前段規定，在法院未裁定延長羈押前，固應於八十二年十一月十九日屆滿，惟依同法條第一項但書規定，經法院認有繼續羈押之必要者，得於期間未滿前，由法院裁定延長之，所謂羈押「期間未屆滿前」，係指羈押期間屆滿之未日前，包括末日在內而言。故實務延長羈押之裁定，應於羈押期間屆滿之未日前(包含末日)，本案繼續羈押之裁定應於96年8月31日前送交被告始為適法。

四、A認甲係以一行為觸犯詐欺及行使偽造私文書二罪名，對甲提出告訴，該案經檢察官偵查結果，認甲被訴二罪名，均已構成犯罪，惟認該二罪係甲分別起意所為，應數罪併罰；該案經第一審法院審理結果，雖認甲被訴詐欺、行使偽造私文書之事實，均已構成犯罪，但認該二罪名係甲以一行為所為，乃依刑法第55條想像競合犯規定，從一重處斷；嗣被告提起上訴，第二審法院亦認甲被訴之犯罪事實，俱已構成犯罪，惟認甲被訴詐欺及行使偽造私文書二罪，係甲分別起意所為，而分別論處甲詐欺、行使偽造私文書二罪，甲不服，就第二審判決全部提起第三審上訴。試問：第三審法院應如何裁判？是否因第三審法院認為甲就行使偽造私文書部分之上訴，是否合法及有理由，而有不同？理由何在？(25分)

命題意旨	本題涉及傳統案件單一性同一性的考題，以及判決一部上訴是否有全部上訴效果之問題，案件單一性、同一性向來均是相當重要的單元，本題在班內課堂上也舉此例說明過，幾乎完全命中，相關考古題為91年司法官第三題。
答題關鍵	1.案件單一性同一性。 2.告即應理、不告不理原則。 3.上訴不可分。
高分閱讀	1.法觀人第119期-司法三等考場特刊 第13題：案件單一性、同一性(相似度85%) 2.圖說系列-刑事訴訟法(II)(史奎謙) P.4-348~383：案件之單一性與同一性(相似度90%) 3.歷解系列-律師司法官歷屆試題詳解(刑訴) P.89-23~25：案件之單一性與同一性(相似度90%) P.87-6~8：案件之單一性與同一性(相似度85%)
參考資料	1.刑政大課堂講義第二回 P15 例題(100%相似度) 2.刑政大課堂講義第二回 P14、15 上訴不可分 3.刑政大課堂講義第六回 P68-70 上訴不可分

#### 【擬答】

A為告訴人，對甲一行為觸犯詐欺及行使偽造私文書罪名提起告訴；檢察官以數罪提起公訴。第一審法院認為甲構成詐欺及行使偽造私文書罪，為一行為觸犯數罪名之想像競合，從一重處斷。第二審認為甲為數罪，而非一罪關係。後甲不服提起上訴，三審法院應如何裁判，如甲僅對行使偽造私文書部分提起上訴，結論是否有異，試敘述本題爭點如下：

(一)不得上訴第三審之案件

1.依照刑事訴訟法第376條規定：「左列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。三、刑法第三百三十五條、第三百三十六條第二項之侵占罪。四、刑法第三百三十九條、第三百四十一條之詐欺罪。五、刑法第三百四十二條之背信罪。六、刑法第三百四十六條之恐嚇罪。七、刑法第三百四十九條第二項之贓物罪。」

2.因此本案甲於法院認定構成『詐欺』與『行使偽造私文書』罪，就詐欺罪部分不得上訴第三審，偽造私文書部分得以上訴第三審。本案第二審法院認為甲二者均有罪，且為數罪，甲對判決不服，得否全部上訴第三審或僅就行使偽造私文書部分上訴第三審，迭具爭議。

## (二)告即應理、不告不理

依照刑事訴訟法不告不理之法理，應是「起訴範圍」來決定「審判範圍」，惟目前實務處理方式顛倒，有罪與否、是否為一罪，是從「審理結果」來認定，有「理」決定「告」，而形成邏輯上的混淆。故上訴三審，如依照『告即應理、不告不理』之原則以觀，僅能就得上訴第三審之部分（行使偽造私文書）提起上訴，第三審法院亦僅得就此部分為裁判；倘以『理』來決定『告』之範圍，則由三審法院決定是一罪或為數罪，情形分別有異。

### 1.不告不理

刑事訴訟法上訴範圍，可分為『一部上訴』與『全部上訴』，上訴之全部或一部，以上訴權人得上訴範圍為基準，若就「能上訴之部分」皆上訴者稱為全部上訴；否則即為一部上訴。至於原判決之一部或全部則以原判決之範圍為基準。如原判決認定：

- ①數罪型（數案件）：全部均是得上訴第三審之案件，當事人亦全部上訴，則三審法院需全部加以審理，如部分為不得上訴第三審之案件，則三審法院僅能就得上訴第三審之部分為審理。
- ②一罪型（一案件）：全部上訴，則三審法院需全部審理；如僅為一部上訴，依照刑事訴訟法第 348 條規定：「上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。」
- ③本案第二審法院認為甲係分別起意觸犯詐欺及行使偽造私文書罪，為數罪並罰案件，因此上訴範圍應分別認定，又詐欺罪為不得上訴第三審案件，因此第三審法院僅能針對甲行使偽造私文書部分加以審理，就詐欺罪部分案件確定。

### 2.實務上以「理」以決定「告」，以三審法院認定為準

#### ①如第三審法院認為甲觸犯詐欺及行使偽造私文書為一罪

則甲就兩部均上訴，或僅上訴行使偽造私文書部分並無差異。因甲不論就兩部均上訴或僅上訴得上訴之一部，因為上訴不可分，法院需全部審理。實務上認為刑事訴訟法第 348 條所指之『有關係部分』（22 上 1058）：對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。所謂有關係之部分，係指該部分與上訴部分在審判上無從分割，因其一部上訴而受其影響（22 上 1058 例、86 台上 1911 決、89 台上 332 決），包括罪刑與保安處分、數罪中一罪上訴，其刑之執行、主刑與從刑、緩刑與犯罪及科刑、刑之量定與犯罪、訴訟程序、實質上一罪或裁判上一罪之犯罪事實一部上訴。本題即是『實質上一罪或裁判上一罪之犯罪事實一部上訴』，因此對行使偽造私文書部分提起上訴，上訴審法院亦得審理詐欺罪部分。故本案如第三審法院認為甲觸犯詐欺及行使偽造私文書為一罪，兩部有裁判上一罪之關係，依前述規定，詐欺罪部分應視為亦已上訴，第三審法院本得一併審理。雖詐欺罪為刑事訴訟法第 376 條第 4 款不得上訴第三審之案件，惟裁判上一罪之一部得上訴第三審，縱他部不得上訴第三審，實務上仍認全部均得上訴第三審法院（27 上 1663 號），因此本題行使偽造私文書為本得合法上訴第三審之案件，基於上訴不可分法理，詐欺及行使偽造私文書部分，均得受第三審法院審判。

#### ②如第三審法院認為甲觸犯詐欺及行使偽造私文書為數罪

如上級審認數罪，未經上訴部分，不具審判不可分關係，故不得就該部分予以審判，否則即屬未受請求事項予以判決之違法。因此如果甲就二審有罪部分全部上訴，則第三審法院僅得就行使偽造私文書部分為判決，因詐欺罪是不得上訴第三審案件，此部分為不合法上訴，上訴不合法第三審即不能審判，應駁回詐欺上訴部分。如被告甲僅針對行使偽造私文書部分提起上訴，則詐欺亦不會受到行使偽造私文書部分上訴效力所及，因此詐欺罪業經二審判決而確定，三審法院僅需就上訴部分審理即可。