

《刑法與刑事訴訟法》

一、建商甲欲收購 A 地段土地興建商用大樓，乙於該地段經營一家小型居酒屋已久，該店是其與亡妻的心血結晶，故一再拒絕甲的要約。甲的計畫受阻，便要自己的司機丙去砸店，讓乙做不成生意，丙爽快答應，希望能報答甲對自己長久以來的照顧。當晚丙和好友丁吃宵夜時，提到自己要替老闆砸店，丁為表示支持，便主動出借木棍一支供其使用。丙將木棍帶回後，擔心木頭材質不耐敲打，最後還是決定用自己的鋁質球棒。數日後，丙帶著鋁棒前往乙的居酒屋，在路邊等到店家打烊關門，見店內僅剩乙一人，便翻牆潛入，一進去就用球棒四處猛敲，打破許多餐具和裝潢擺飾，乙上前制止，也被丙一陣亂打而全身受有多處挫傷。後來丙踩到餐具碎片滑倒，乙便趁機衝進廚房拿起菜刀，丙起身後揮舞球棒打算繼續攻擊乙，乙為自保便朝丙的腿部劃了一刀，受傷的丙轉身由後門逃出居酒屋。乙見愛妻遺物被嚴重破壞，怒火中燒，持刀追了出去，丙因傷口疼痛無法快跑，見乙持刀自後方追來，便蹲下高舉雙手求饒，乙竟想砍下丙的手，猛力揮刀砍去，將丙的左手掌自手腕處斬斷，登時血流不止。乙見狀怒氣稍微平復，便返回店內報警並委請警方電召救護車，丙則倉皇拾起斷掌自行勉力前往一旁的醫院急診室。由於傷口整齊，且在黃金接合時間內進行手術，丙的左手於術後復原良好，未留下任何永久性的功能障礙。試問甲、乙、丙、丁之行為在刑法上應如何評價？（答題除引用相關學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人見解）（100 分）

命題意旨	本題考點幾乎全數圍繞在總則上面，而且還有一些讓人相當害怕的競合理論，包括：想像競合夾結效果、被教唆者逾越、幫助犯因果關係、正當防衛與緊急避難、重傷害之認定，以及輕罪既遂與中罪未遂之競合關係。老實說這是個會讓考生相當沮喪的題目，因為細節中的魔鬼實在太多！
答題關鍵	<p>1. 丙之刑責：丙成立侵入建物罪（繼續犯）、毀損器物罪（狀態犯）以及普通傷害罪（狀態犯），這三罪涉及繼續犯與狀態犯的競合關係，但因侵入建物罪之法定刑較其他兩罪為低，所以應探討學理上「去除夾結效果」的概念。</p> <p>2. 甲之刑責：甲教唆丙去砸店，丙後來還傷害了乙，此處須重點在於甲是否對傷害部分有所預見，亦即「被教唆者逾越」之爭議。</p> <p>3. 丁之刑責：丁很好心提供木棍給丙，但被丙給嫌棄，這就是傳統「幫助犯與正犯行為因果關係」的爭議，應該列出此處的各說並給出自己的見解。</p> <p>4. 乙之刑責：乙第一次傷害丙應討論是否有「現在不法侵害」或「緊急危難」；第二次把丙手掌砍下來，但後來手術後接回，這是重傷害的認定。若認為這是重傷未遂，應探討是否會成立普通傷害罪，以及兩罪如何競合的問題。此外，乙是否出於義憤也應該簡單探討。</p>
考點命中	<p>1. 《透明的刑法總則篇》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，第一篇第二章第二節二、刑法上的立法解釋。</p> <p>2. 《透明的刑法總則篇》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，第二篇第六章第二節四、正當防衛。</p> <p>3. 《透明的刑法總則篇》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，第二篇第六章第二節五、緊急避難。</p> <p>4. 《透明的刑法總則篇》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，第二篇第九章第四節二、教唆犯。</p> <p>5. 《透明的刑法總則篇》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，第二篇第九章第四節三、幫助犯。</p> <p>6. 《透明的刑法總則篇》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，第五篇第二章第一節一、行為單數。</p> <p>7. 《透明的刑法總則篇》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，第五篇第四章第一節二、要件。</p>

【擬答】

（一）丙之刑責

1. 丙翻牆潛入乙經營的居酒屋之行為，成立刑法（下同）第 306 條第 1 項侵入建築物罪：
 - （1）客觀上，居酒屋係圍有牆壁、上有屋頂，得以遮風避雨並供乙經營用之建築物（25 上 2009 判決），丙未經乙同意進入居酒屋，已侵害乙對此一空間之支配管理權；主觀上，丙明知乙未同意其進入居酒屋仍決意為之，具有本罪故意。
 - （2）丙侵入乙經營之居酒屋非本於法律授權或其他正當事由，自屬無正當理由之無故侵入，丙無其他阻卻違法事由亦具罪責，成立本罪。

2. 丙打破居酒屋餐具和裝潢擺飾之行為，不成立刑法（下同）第 353 條毀損建築物罪：

(1) 客觀上，本罪之不法內涵較第 354 條毀損器物罪為高，蓋其行為客體係與建築物密不可分者或屬建築物之重要部分，故本罪之成立應以行為人破壞之客體為建築物重要部分，此係與毀損器物罪之區分（30 上 463 判決）。

(2) 本題中，居酒屋之餐具與裝潢擺飾並非供建築物本身物理存續之重要部分，丙毀損此等物品亦不至於使建築物失其效用，故丙不成立本罪。

3. 丙打破居酒屋餐具和裝潢擺飾之行為，成立刑法（下同）第 354 條毀損器物罪：

(1) 客觀上，餐具和裝潢擺飾為乙所有之物品，丙打破此類物品係使其物之本體或外型毀滅之損壞行為，並侵害乙對該等物品之持有支配；主觀上，丙明知持鋁棒攻擊餐具與裝潢擺飾，將使其失去效用仍決意為之，故具毀損故意。

(2) 丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

4. 丙在乙身上一陣亂打之行為，成立刑法（下同）第 277 條第 1 項傷害既遂罪：

(1) 客觀上，丙在乙身上亂打係製造乙身體機能受侵害之風險，此一風險於乙身體出現挫傷時，於傷害構成要件範圍內實現；主觀上，丙對其持鋁棒傷害乙之風險有認知與意欲，故具傷害故意無疑。

(2) 丙傷害乙雖係出於乙制止之舉措，惟因丙前開毀損與侵入建築物之行為係一現在不法侵害，乙制止丙雖強制丙之意思決定自由，仍得主張第 23 條本文正當防衛，而非為現在不法侵害。因此，丙攻擊乙並非排除不法侵害之防衛行為，丙亦無防衛意思，自非正當防衛。

(3) 丙無其他阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

5. 小結：

(1) 丙成立之毀損器物罪與傷害既遂罪，均係出於單一意思決定，反覆在時空緊密情況下，分別侵害乙之財產與身體法益，故應分別論以接續犯一罪。

(2) 又，侵入住宅罪係繼續犯，毀損器物罪與傷害罪均為狀態犯，丙之侵入住宅行為與後續分別起意之毀損及傷害行為，應評價為一行為或數行為，容有不同標準：

① 實務上認為，若其實行行為具有部分或全部同一性，即屬行為單數；學說上則有主張應以意思決定之數量為準。

② 本文以為，實行行為部分或全部同一性，僅係用以證明意思決定數量之輔助標準，且無法說明何以現象上行為的局部同一性即應論以一行為，故應以行為人的意思決定數量判斷行為數較為妥。

③ 本題中，甲係出於單一侵入住宅意思決定，而啟動繼續不法行為之複合因果流程，故其繼續之侵入住宅行為與毀損和傷害之間，應評價為行為單數。

(3) 惟在本題中，侵入住宅罪是否能與毀損器物罪和傷害罪想像競合，涉及想像「夾結效果」之適用：

① 學說認為，夾結效果應設有限制，僅在繼續犯是重罪、被夾結之狀態犯為輕罪時，始能適用。本文以為「重可夾輕、輕不可夾重」符合想像競合之適用結論，故學說見解可採。

② 本題中，侵入住宅罪之法定刑低於毀損器物罪與傷害罪，故應「去除夾結效果」，不得以想像競合論處。

(4) 去除甲犯罪行為之夾結效果後，甲成立之侵入住宅罪、毀損器物罪以及傷害既遂罪之競合關係，容有爭議：

① 多數學說與實務主張，侵入住宅罪與毀損器物罪依第 55 條想像競合，再與傷害既遂罪數罪併罰；少數則認為，應將侵入住宅罪分別與毀損器物罪和傷害既遂罪想像競合後，再依第 50 條數罪併罰後兩罪。

② 本文以為，多數意見無法說明為何傷害既遂罪與侵入住宅罪並非行為單數，少數說則有重複評價單一侵入住宅行為之嫌疑。依此，應先將數行為侵入數法益之毀損器物罪與傷害既遂罪，依第 50 條數罪併罰後定一執行刑，再與侵入住宅罪依第 55 條想像競合，較不至於重複評價。

(二) 甲之刑責

1. 甲要丙去砸店之行為，成立刑法（下同）第 306 條第 1 項侵入建築物罪與第 354 條毀損器物罪之教唆犯（第 29 條）：

(1) 丙成立侵入建築物罪與毀損器物罪，已如前述。

(2) 客觀上，甲要丙去砸店，應係惹起丙侵入乙持有建築物與毀損乙財物犯意之教唆行為；主觀上，甲具有教唆乙侵入住宅和毀損以之教唆和教唆既遂雙重故意。

(3) 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立此二罪之教唆犯。

2.甲要丙去砸店使其無法做生意之行為，成立刑法（下同）第 277 條第 1 項傷害既遂罪之教唆犯（第 29 條）：

(1)丙成立傷害既遂罪，已如前述。

(2)客觀上，甲要丙去砸店並讓乙無法做生意，係惹起丙於乙制止時傷害乙犯意之教唆行為；主觀上，甲既要丙前往乙做生意處砸店，對乙制止時傷害丙之行為應有所認知，故非屬「被教唆者逾越」，乙受傷結果應歸責於甲之教唆行為。

(3)甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

3.小結：雖丙成立之毀損器物罪與傷害既遂罪應依第 50 條數罪併罰，惟丙成立之三個犯罪均係出於甲一個教唆意思決定與教唆行為而來，故甲一行為致使丙侵害乙之場所支配、財產以及身體法益，應依第 55 條想像競合從一重處斷。

(三)丁提供木棍予丙砸店之行為，不成立刑法（下同）第 306 條第 1 項侵入建築物罪、第 354 條毀損器物罪，以及第 277 條第 1 項傷害既遂罪之幫助犯（第 30 條）：

1.丙成立侵入建築物罪、毀損器物罪以及傷害既遂罪，已如前述。

2.客觀上，丁提供木棍供丙砸店，係對丙構成要件實現有所加工，使丙易於實現構成要件之幫助行為，惟丙並未使用丁提供之木棍以實現構成要件，丁是否成立幫助既遂犯，涉及幫助行為與正犯行為「因果關係」之爭議：

(1)通說採「結果惹起理論」認為，僅在幫助行為對於最終法益侵害結果係不可想像其不存在的條件時，始得成立幫助既遂犯。

(2)少數學說則以客觀歸責之「風險升高理論」處理，主張只要幫助行為提升了正犯侵害法益的危險，即使兩者間無條件因果關係，仍得依正犯既未遂認定幫助犯的既未遂。

(3)實務上採「行為促進理論」，只要幫助行為對於法益侵害結果有「促進關聯性」或「直接重要關係」，兩者間的因果關係即已滿足而成立幫助既遂犯（107 台上 1094 判決）。

(4)本文以為，幫助犯之不法從屬須建立在其對正犯有因果貢獻之上，否則係將幫助犯一律視為危險犯處理，風險升高理論不可採。而在因果關係之要求程度上，因共犯之處罰理由在「惹起」法益侵害之危險，故其因果關係無須如同正犯般嚴格要求，只要對法益侵害結果於任一時點有促進關聯性，即可論以既遂。

(5)本題中，丁提供木棍之時點係在丙著手實行犯罪之前，因丙並未在著手實行犯罪後使用丁提供之木棍，且亦未強化丙心理上、精神上之犯罪決意，故丁之事前幫助行為對於丙之犯罪既遂並無促進關聯性，應屬「無效幫助」，自不成立幫助既遂犯。又，丁之事前幫助效力並未持續至著手階段，亦不成立幫助未遂犯。

3.綜上，丁不成立幫助犯。

(四)乙之刑責

1.乙朝丙腿部劃一刀之行為，不成立刑法（下同）第 277 條第 1 項普通傷害罪：

(1)客觀上，乙朝丙腿部劃一刀係製造丙身體機能受損之不容許風險，該風險於丙受傷後實現，此一結果應在客觀上歸責於乙；主觀上，乙知悉朝丙腿部劃刀將傷害丙，仍決意為之，具傷害故意無疑。

(2)客觀上，丙揮舞球棒打算繼續攻擊乙，係屬現在不法侵害，乙傷害丙加以反擊行為得以有效遏止丙之傷害，且於此一危急情狀，朝甲腿部劃一刀使其無法繼續攻擊，應係同等有效中最小侵害之必要手段，並無過當防衛之情形；主觀上，乙具備藉傷害丙以保護個人身體法益之防衛意思。依此，甲得主張第 23 條本文正當防衛阻卻違法。

2.乙揮刀砍斷丙手掌之行為，成立刑法（下同）第 278 條第 2 項與第 279 條義憤傷害罪，並得主張第 27 條第 1 項後段準中止犯減免其刑：

(1)主觀上，乙想要砍斷丙的手掌，顯見其具有使丙一股機能永久喪失之重傷故意。

(2)客觀上，依乙之主觀傷害計畫，其於砍下丙手手掌時已對丙之身體機能法益造成直接危險，而為著手。惟丙之手掌於手術後未造成永久性功能障礙，是否為第 10 條第 4 項第 4 款之重傷害，有所爭議：

①肯定說認為，應依傷害當時之情狀認定，無須考量事後的診療與恢復情形，故丙手掌斷裂時即已屬重傷結果。

②否定說則以為，毀敗係指永久喪失機能、嚴重減損則是在經過相當診治後仍無回復可能（101 台上 5143 判決），故丙之手掌既經手術後得以接回，自非毀敗或嚴重減損之重傷害。

③本文以為，重傷罪之法定刑大幅高於普通傷害罪，為符「罪刑相當原則」之要求，應限於重傷後

果持續存在，且於法院裁判時仍無法依當時醫學加以排除之情形。

④本題中，丙之手掌於乙傷害後透過手術加以接回，表示法院裁判時肢體脫離後果已排除並恢復功能，故丙之重傷害結果並未發生，甲僅成立未遂。

(3)丙受傷後逃跑過程中，其前述之不法侵害業已結束，且亦無緊急危難存在，乙砍斷丙手掌之行為不得主張第 23 條本文正當防衛與第 24 條第 1 項本文之緊急避難。又，乙係因怒火中燒而砍傷丙，並非出於防衛意思或避難意思為之，自無誤想防衛或誤想避難之情形。

(4)丙毀損乙愛妻物品係足以引起一般人公憤之義憤，乙於丙實行此一不義行為之同一犯罪場所重傷丙，係出於其人類本能情緒反應，其期待可能性較低，故依本罪減輕罪責。

(5)乙於主觀上完成重傷行為之「既了未遂」階段，依其自主意思中止犯行，並為委託警方電召救護車之客觀防果行為，雖其防果行為與丙自行就醫接回手掌致重傷結果不發生之間，欠缺因果關係，仍應依第 27 條第 1 項後段準中止犯減免其刑。

3.乙揮刀砍斷丙手掌之行為，成立刑法（下同）第 277 條第 1 項傷害既遂罪與第 279 條義憤傷害既遂罪：

(1)乙成立重傷未遂罪已如前述，惟乙是否仍須為丙之輕傷結果負普通傷害之責，容有爭議：

①否定說認為，重傷故意與輕傷故意係互斥關係，自無須另論普通傷害罪；肯定說則以為，兩罪之不法內涵具有高低包含關係，故須就普通傷害結果加以處斷。

②本文以為肯定說可採，蓋普通傷害罪與重傷罪屬「過程犯」，故兩罪在客觀不法上處於包含關係，若依否定說，將在法院調查事實不明時形成處罰漏洞。

(2)綜上，丙手掌斷裂之輕傷結果仍應加以評價，乙成立本罪。

4.小結：乙一行為成立之普通傷害罪與重傷未遂罪，雖有見解主張因侵害同一法益而以「法條競合」論處，惟乙致丙受輕傷與未受輕傷之不法內涵並不相同，依第 55 條想像競合將兩罪臚列於判決主文，再擇一重處斷，較為妥適。

二、A 公司經理乙為取得政府工程標案，涉嫌以新臺幣(下同)100 萬元行賄承辦公務員甲，甲收賄後洩漏底標給乙，A 公司因此順利取得標案。案經檢舉後，調查局幹員 P(具司法警察身分)依法通知犯罪嫌疑人甲到案說明，P 詢問前雖對甲踐行刑事訴訟法第 95 條第 1 項之告知義務，且詢問時甲之選任辯護律師 V 始終在場，但詢問過程中，因設備臨時故障而未全程連續錄音(影)，P 發現故障情事後並未中斷詢問，且 V 律師亦未當場指摘，後甲簽名於該詢問筆錄。案經移送該管地檢署，檢察官偵查後，對乙為緩起訴處分，對甲以違背職務收賄罪名提起公訴。此外，甲在案發後，為求輕判，主動繳回 100 萬元賄款至地檢署扣押專戶。

(一)審判中，甲之選任辯護律師 V 抗辯該詢問筆錄違反全程連續錄音(影)規定，不得採為有罪裁判之基礎。試問其抗辯有無理由？(25 分)

(二)設若甲經第一審判決收賄罪刑，上訴第二審。第二審審判時，以證人身份傳訊乙出庭，審判長告知其拒絕證言權後，乙陳明其與甲有三親等內旁系血親之近親關係，甲若在場其不敢說實話，將行使拒絕證言權；審判長認有理由，未經聽取檢察官及辯護人 V 之意見，即依職權命甲暫時退庭；乙於依法具結後對甲為不利證詞，且當場經辯護人 V 詰問，訊畢後審判長即先命乙離庭，未再提解甲入庭，亦未提示乙之筆錄供甲閱覽或告以陳述之要旨，V 亦未於辯論終結前指摘上開隔別訊問程序違法。甲經第二審駁回上訴，維持第一審判決後，上訴第三審，指摘原審程序踐行違法。試問第二審程序踐行是否違法？若是，屬於何種違法及其法律效果為何？(40 分)

(三)第一審審理中法院確認甲的犯罪所得數額為 100 萬元，但審判中甲突因心臟病發死亡。試問：第一審法院應為何種判決？設若檢察官欲促請法院沒收(含追徵之替代手段)該犯罪所得，但甲之唯一繼承人丙表示反對，應踐行何等程序，始為合法？丙於沒收裁判確定前、後，各有無或有何救濟途徑？(35 分)

命題意旨	本次刑事訴訟法之命題意旨，第一題在測驗傳統老考點：未全程連續錄音錄影之法律效果；第二題在測驗法院未踐行刑事訴訟法第 169 條程序之法律效果，此除論述實務見解之外，須補充學說上之意見，使答題內容更加豐富；第三題主要是在測驗繼承人對於沒收裁判確定前、後之救濟
------	--

	途徑。此三個問題均是屬於實務見解改編之考題，這就是老師常在課堂所說：「掌握實務見解，即能掌握考題趨勢！」
答題關鍵	<p>1. 答題務必堅守三段論法，最後之解題結論務必寫出。</p> <p>2. 本次刑事訴訟法主要考點均偏重實務見解，且題目論述方式淺顯易懂，並不複雜，惟若要使答題內容更加豐富，應於論述完實務見解之後，補充學說上之意見，此可能是分數差距之重要關鍵。</p> <p>3. 第一題是刑事訴訟法傳統老考點：未全程連續錄音錄影之法律效果，答題關鍵在於：臚列實務見解（權衡理論）以及學說所提出之不利推定說、類推適用刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項，並擇取一說作為最後之結論，注意：題目既然是問有或無理由，請明確寫出有或無理由，並說理論述，此才是改題教授所欲看到之論理過程，而非單純背誦學說與實務見解。</p> <p>4. 第二題在測驗法院未踐行刑事訴訟法第 169 條程序之法律效果，答題關鍵在於：先論述實務見解，亦即調查證據處分之異議，有其時效性，如未適時行使異議權，致該處分所為之訴訟行為已終了者，除該項瑕疵係屬重大，有害於訴訟程序之公正，而影響於判決之結果者外，依刑事訴訟法第 380 條規定，故不得執為上訴第三審之理由。再輔以學說見解及兩公約補充說明被告之在場權與聽審權之重要性，批判實務見解，增加答題內容之深度與豐富度。</p> <p>5. 第三題是非常實務之考題，算是本次考題較難之部分，除了測驗於當事人死亡之情形，法院應為不受理判決之基本考點外，更測驗繼承人對於於沒收裁判確定前、後之救濟途徑，答題關鍵在於：須掌握抗告、再抗告以及聲請法院經法院判決沒收財產確定之第三人，非因過失，未參與沒收程序者，得於知悉沒收確定判決之日起三十日內，向諭知該判決之法院聲請撤銷。</p> <p>6. 此三題均是實務見解改編之考題，老話一句：「掌握實務見解，即能掌握考題趨勢！」</p>
考點命中	<p>1. 未全程連續錄音錄影之法律效果： 《高點刑事訴訟法講義》第二回，劉律師編撰，頁 70。 《高點法研所刑事訴訟法第一回模擬試題解析(台中班)》，劉律師編撰，頁 4，延伸問題。</p> <p>2. 法院未踐行刑事訴訟法第 169 條之法律效果： 《高點刑事訴訟法講義》第二回，劉律師編撰，頁 115~118。 《高點法研所刑事訴訟法第二回模擬試題解析(台中班)》，劉律師編撰，頁 1~3，第一題。</p> <p>3. 法院應為不受理判決： 《高點刑事訴訟法講義》第三回，劉律師編撰，頁 35~40。</p> <p>4. 沒收之第三人程序保障： 《高點刑事訴訟法講義》第五回，劉律師編撰，頁 25~30。</p>

【擬答】

(一)調查局幹員 P（具司法警察身分）於詢問過程中，因設備臨時故障而未全程連續錄音（影），其所取得之證據係屬實施刑事訴訟程序之公務員，違背法定程序取得之證據，應適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，依個案之具體情狀，予以客觀權衡判斷，故甲之選任辯護律師 V 抗辯均不得採為有罪裁判之基礎，難謂有理由，論述如下：

1. 按刑事訴訟法第 100 條之 1 規定：「訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。」考其立法目的，在於建立訊問（或詢問）筆錄之公信力，並擔保其程序之合法正當，亦即擔保犯罪嫌疑人對於訊問之陳述，係出於自由意思及所述與筆錄記載內容相符。又同法第 100 條之 2 亦準用同法第 100 條之 1 規定，故司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時亦有適用之。

2. 經查，本件調查局幹員 P（具司法警察身分）於詢問過程中，因設備臨時故障而未全程連續錄音（影），其所取得之證據可否作為法院裁判之基礎，學說與實務素有爭議：

(1) 有論者認為應該類推適用刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項之規定，而排除其證據能力；亦有部分實務見解與學說見解認為應採不利推定說，亦即刑事訴訟法第 100 條之 1 第 1 項前段規定：「訊問被告，應全程連續錄音」，旨在以錄音、錄影作為上開合法訊問及公信力之證明，屬舉證責任問題。倘欠缺全程連續錄音錄影之內容，無論係因未行錄音、錄影，或因操作機械（器）不當、設備不良、保存不善，致事後無法勘驗者，應由檢察官負舉證責任，以證明原陳述之任意性及內容之真實，故若檢察官未能舉證證明其陳述係出於任意性，將排除其證據能力。（最高法院 98 年度台上字第 4173 號刑事判決意旨參照）

(2)惟，多數實務見解認為倘若檢察官、司法警察（官）未依規定全程連續錄音或錄影所進行之訊（詢）問筆錄，亦屬違背法定程序取得之證據，其有無證據能力，仍應由法院適用同法第 158 條之 4 規定，依個案之具體情狀，審酌人權保障及公共利益之均衡維護，予以客觀權衡判斷之，本文從之。（最高法院 100 年度台上字第 1730 號刑事判決意旨參照）

3.本文認為調查局幹員 P（具司法警察身分）於詢問過程中，因設備臨時故障而未全程連續錄音（影），其所取得之證據係屬實施刑事訴訟程序之公務員，違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，依個案之具體情狀，予以客觀權衡判斷之，而調查局幹員 P 詢問過程中，甲之選任辯護律師 V 始終在場，應認可擔保詢問程序之合法性，又倘若調查局幹員 P 亦可舉證證明陳述具有任意性，該證據尚非無證據能力，故甲之選任辯護律師 V 抗辯該詢問筆錄違反全程連續錄音（影）規定，不得採為有罪裁判之基礎，其抗辯難謂有理由。

(二)審判長命乙離庭，未再提解甲入庭，亦未提示乙之筆錄供甲閱覽或告以陳述之要旨，顯然違背刑事訴訟法第 169 條之規範意旨，故第二審踐行程序違法，構成上訴第三審之事由，論述如下：

1.按刑事訴訟法第 377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之，是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。倘若上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法法律上之程式，予以駁回。

2.次按「審判長預料證人、鑑定人或共同被告於被告前不能自由陳述者，經聽取檢察官及辯護人之意見後，得於其陳述時，命被告退庭。但陳述完畢後，應再命被告入庭，告以陳述之要旨，並予詰問或對質之機會」，刑事訴訟法第 169 條定有明文。

3.經查，本件審判長依職權命甲暫時退庭，乙於依法具結後對甲為不利證詞，且當場經辯護人 V 詰問，訊畢後審判長即先命乙離庭，未再提解甲入庭，亦未提示乙之筆錄供甲閱覽或告以陳述之要旨，V 亦未於辯論終結前指摘上開隔別訊問程序違法。據此，實務見解認為，當事人是否詰問證人或與之對質，有處分權。又當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有特別規定外，得向法院聲明異議，刑事訴訟法第 288 之 3 第 1 項亦有明文。此調查證據處分之異議，有其時效性，如未適時行使異議權，致該處分所為之訴訟行為已終了者，除該項瑕疵係屬重大，有害於訴訟程序之公正，而影響於判決之結果者外，依刑事訴訟法第 380 條規定，不得執為上訴第三審之理由。（最高法院 98 年度台上字第 4539 號刑事判決意旨參照）

4.故，本件訊畢後審判長即先命乙離庭，雖未再提解甲入庭，亦未提示乙之筆錄供甲閱覽或告以陳述之要旨，惟 V 未於辯論終結前指摘上開隔別訊問程序違法，顯見辯護人 V 始終未聲明異議，致坐令得適時糾正之瑕疵，喪失救濟之時機，至上開訴訟程序之瑕疵因而治癒，顯然於判決無影響，依刑事訴訟法第 380 條規定，即不得執為上訴第三審之理由。

5.惟，學說則認為依照公政公約第 14 條第 3 項所列刑事被告應享有之程序權利，其中第 4 款規定：「到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯；未經選任辯護人者，應告以有此權利；法院認為審判有此必要時，應為其指定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之」而關於該款的權利保障面向，一般性意見書揭櫫三個不同面向：第一，要求被告有權到庭受審。僅於例外情狀下，允許缺席審判；第二，遭刑事追訴的被告有權親自替自己辯護或透過自己選擇的律師援助辯護；第三，保障被告於法院認為審判有必要時為其指定辯護人答辯的權利，故到庭受審不僅是具內國法效力公約保障的刑事被告權利，亦是我國刑事訴訟法明文規定的被告權利及義務。

6.再者，依照刑事訴訟法第 281 條第 1 項規定：「審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判。」顯見刑事審判以被告到庭為必要，原則上禁止被告缺席審判，例外情形始予容許，而被告既有權利也有義務於審判時在場，故在場是被告不可任意處分或放棄的權利。違反者即屬違法缺席審判，其法律效果依同法第 379 條第 6 款規定為判決當然違背法令：「除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判者。」是以，同法第 169 條的命被告退庭行隔別訊問規定，自是一種缺席審判的例外規定，不但應遵守例外從嚴之解釋原則，且其違反之法律效果是明文規定的判決當然違背法令，屬於絕對上訴事由，其瑕疵並無治癒之可能，且於違法缺席審判，亦導致受憲法保障之對質詰問權（釋字 582 解釋意旨）、有效辯護等權利可能遭受侵害。

7.揆諸前揭說明，本件審判長命乙離庭，未再提解甲入庭，亦未提示乙之筆錄供甲閱覽或告以陳述之要旨，顯然違背刑事訴訟法第 169 條之規範意旨，故應回歸到庭受審權之法理及本質、與保障被告之聽審權暨在場權，於我國現行法之下，命被告退庭而行隔別訊問之程序踐行瑕疵，即可依照違法缺席審

判之絕對上訴第三審事由（刑事訴訟法第 379 條第 6 款），予以救濟，始能有效保障公政公約之權利，並符合國際人權公約內國法化之趨勢。

(三)題示三個問題分別論述如下

1.第一審法院應為不受理判決。

(1)按刑事訴訟法第 303 條第 5 款之規定，案件有下列情形之一者，應諭知不受理之判決：五、被告死亡或為被告之法人已不存續者。

(2)準此，本件第一審審理中法院確認甲的犯罪所得數額為 100 萬元，但審判中甲（被告）突因心臟病發死亡，故第一審法院應依照刑事訴訟法第 303 條第 5 款為不受理判決。

2.檢察官聲請法院沒收時，應依修正刑事訴訟法第 455 條之 35 規定，以書狀記載應沒收財產之對象、標的，及其由來之刑事違法事實，構成單獨宣告之依據等事項與相關證據，亦即應記載斯時「財產所有人」姓名等事項，提出於管轄法院，始為合法。

(1)按刑法第 38 條之 1 第 1 項規定：「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。」

(2)次按刑法第 40 條第 3 項規定：「第 38 條第 2 項、第 3 項之物、第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項之犯罪所得，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。」乃因沒收已修正為具獨立性之法律效果，其宣告不必然附隨於裁判為之，且犯罪行為人因死亡、曾經判決確定、刑法第 19 條等事由受不起訴處分或不受理、免訴、無罪判決者，或因刑法第 19 條之情形、因疾病不能到庭而停止審判或獲得免刑判決，此等因事實上或法律上原因，未得追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，增訂仍得單獨宣告沒收之規定。

(3)再者，實務見解亦揭示，綜合刑法沒收章規定之修正情形以觀，就扣押在案而得沒收之供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，應以「該物之所有人」為判定標準，如該物屬於犯罪行為人所有者，應適用修正刑法第 38 條第 2 項規定，如屬於犯罪行為人以外之第三人（自然人、法人或非法人團體）所有者，應適用同條第 3 項規定，亦即其「沒收之主體」，可區別為「犯罪行為人」及「犯罪行為人以外之第三人」二類，彼此互斥，不能混淆，至於沒收之「程序」，於該沒收客體屬於犯罪行為人所有之情形，如犯罪行為人因死亡，致未得追訴或經法院諭知不受理判決者，法院仍得依刑法第 40 條第 3 項規定，單獨宣告沒收，惟該物已因繼承發生而歸屬繼承人所有，檢察官聲請法院沒收時，應依修正刑事訴訟法第 455 條之 35 規定，以書狀記載應沒收財產之對象、標的，及其由來之刑事違法事實，構成單獨宣告之依據等事項與相關證據，亦即應記載斯時「財產所有人」即繼承人之姓名等事項，提出於管轄法院為之。（最高法院 106 年度台非字第 32 號刑事判決意旨參照）

(4)準此，第一審審理中之法院確認甲之犯罪所得數額為 100 萬元，但審判中甲突因心臟病發死亡，此時係屬於刑法第 40 條第 3 項規定所指「因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者」之情狀，故檢察官仍得依照刑事訴訟法第 455 條之 35 規定，提出於管轄法院，聲請單獨宣告沒收該不法得 100 萬元。

3.倘若檢察官係針對丙進行單獨宣告沒收，丙於沒收裁判確定前，自可提起抗告、再抗告救濟。反之，若係針對甲進行單獨宣告沒收，則丙不得提起抗告救濟；丙於沒收裁判確定後，均可向諭知該判決法院聲請撤銷以資救濟。

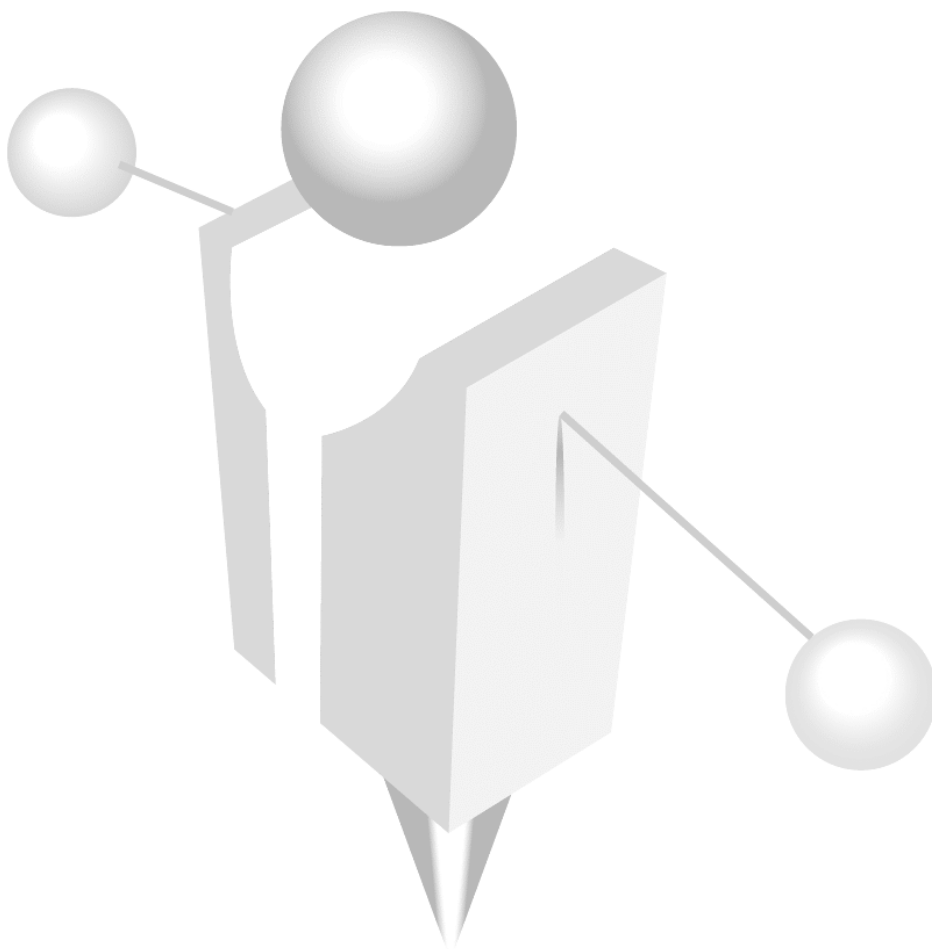
(1)按刑事訴訟法第 403 條第 1 項及第 2 項規定：「當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。」「證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告」故審法院裁定得提起抗告之人，僅限於案件之當事人及受法院裁定之人。

(2)次按刑事訴訟法第 411 條第 1 項規定：「抗告法院認為抗告有第 408 條第 1 項前段之情形者，應以裁定駁回之」故抗告法院認為抗告有不合法律上程式之情形者，應以裁定駁回之。

(3)再按刑事訴訟法第 455 條之 29 第 1 項規定：「經法院判決沒收財產確定之第三人，非因過失，未參與沒收程序者，得於知悉沒收確定判決之日起三十日內，向諭知該判決之法院聲請撤銷。但自判決確定後已逾五年者，不得為之。」

(4)準此，若檢察官係針對甲聲請單獨宣告沒收，丙並非訴訟程序之當事人，更非受法院裁定之人，當不可提起抗告救濟，若丙提起本件抗告，為法律上所不應准許，且無從命補正，其抗告顯非合法，應予駁回。惟於沒收裁判確定後，丙仍得依照刑事訴訟法第 455 條之 37 條準用本編關於第三人參與沒收程序之規定，即第 455 條之 29 第 1 項之規定向諭知該判決之法院聲請撤銷（臺灣高等法院 105 年度抗字第 1334 號刑事裁定意旨、最高法院 106 年度台抗字第 157 號刑事裁定意旨參照）。反之，

倘若檢察官係針對丙聲請單獨宣告沒收，丙係受裁定之人，自可依法提起抗告、再抗告以資救濟，又於沒收裁判確定後，丙仍得依照刑事訴訟法第 455 條之 37 條準用本編關於第三人參與沒收程序之規定，即第 455 條之 29 第 1 項之規定向諭知該判決之法院聲請撤銷。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！