

# 《刑事訴訟法》

- 一、檢察官偵查某乙涉嫌犯罪中，得知某甲亦有犯罪嫌疑，惟為規避踐行刑事訴訟法第 95 條所定之告知義務，故意不以被告身分傳喚某甲到案訊問，而以證人身分傳喚某甲到庭，命其以證人身分具結並為陳述之後，始採取該證言中不利於某甲之部分，作為某甲犯罪之證據，對某甲提起公訴。試問：某甲作證時所陳述不利於己之證言，有無證據能力？理由何在？（25 分）

命題意旨	本題重點在測試考生是否知悉『被告』與『證人』權利義務之區別			
		被告	證人	實務見解
	身分不相容	不得為證人	不得為被告	92 台上 144 92 台上 2125
	選任辯護人	保障選任辯護權	無保障選任辯護權	
	到場及緘默權問題	應於傳喚時到場，但基於不自證己罪原則，可以保持緘默不為陳述（刑訴 95 告知義務）	有到場義務（刑訴 178）、陳述義務（刑訴 193），僅有少數拒絕證言權的情形，並且需先釋明經許可（刑訴 179~183）	
答題關鍵	告知義務	不負真實陳述義務，亦無庸具結	有真實陳述義務、並應具結，受偽證罪制裁（刑訴 186、189）	
本題涉及檢察官假借以『證人』名義使『被告』到庭接受訊問，以規避告知義務之法定程序，因此違法取得之證據是否具有證據能力。				
命中事實	刑政大老師，刑訴講義第一回，當事人—被告單元			
	刑政大老師，刑訴講義第四回，證據法—被告調查證據單元			

## 【擬答】

在控訴原則下，被告取得程序主體地位，不再單純僅是程序客體而已。因此有下列原則確保被告程序主體地位：

### (一)告知義務之基礎原則

#### 1.不自證己罪原則：

(1)任何人均無義務以積極作為來協助對己之訴追。

(2)僅止於被告積極自證己罪之禁止，未免除消極忍受義務。

(3)被告得行使緘默權，惟若被告選擇性陳述，等同開啓法院所有自由心證的評價路徑，被告即不能主張緘默。

#### 2.刑事訴訟法第 95 條規範之告知義務

刑訴第 95 條於 1997 年 12 月增修告知義務之規定，訊問被告應先告知下列事項：

(1)犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知

(2)得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述

(3)得選任辯護人

(4)得請求調查有利之證據

增設此規定主要在於透過課予國家機關告知義務的方式，保障不知法律的被告也能在充分瞭解自己處境與權利的情況下接受訊問，例如：是否陳述、是否選任辯護人、是否請求調查有利證據。告知義務目的在調節國家與被告的實力差距，也是國家訴訟照料義務之表現。

### (二)本題檢察官偵訊『乙案件』，明知甲涉有犯罪嫌疑，應為『被告』，為規避刑訴第 95 條之告知義務，仍以證人之方式命甲到庭接受訊問，不合法定程序，依此所取得之證據應無證據能力。

#### 1.偵查機關訊問被告時違反告知義務，法院能否使用因而所得的被告自白或其他不利陳述？

##### (1)三段審查標準說

三段審查標準說內容及審查順序如下：

- A.法官應先審查追訴機關是否惡意、恣意違法取證？答案肯定時，證據應禁止使用。
- B.答案否定時，繼續審查被違反的取證禁止，其法規範目的為何？該目的是否因違法取證行為而終局受損？使用該證據損害是否會加深或擴大？如會加深或擴大，證據應禁止使用。
- C.如果不會，或者根本無法探知規範目的時，則得權衡個案，判斷被告之個人利益與國家追訴利益孰先孰後。

(2)刑事訴訟法第 158-4 條規定

刑訴第 158-4 規定，實施刑事訴訟程序之公務員因違反法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益均衡維護。此規定確定證據排除之立法原則，除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，對於違背法令所取得之證據，目前採向日本法之相對排除理論，而非絕對排除說，其理由在避免產生對犯罪無法訴追之窘境。依實務所見，一般而言，違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官於個案權衡時，允宜斟酌 1.違背法定程序之情節 2.違背法定程序時之主觀意圖 3.侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重 4.犯罪所生之危險或實害 5.禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果 6.偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性 7.證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以為認定證據能力有無之標準。

2.本題因檢察官違反法定程序取得證據（甲之自白），會導致法院使用之禁止，故甲作證陳述不利於己之證詞，無證據能力。

- (1)證據使用禁止也稱證據排除，規範對象為法院之審判行為，主要禁止法院將已經取得之特定證據，做為裁判之基礎。證據取得禁止規範對象包含司法警察（官）、檢察官及法官，亦即有發動偵查權限以及審判權限的國家機關均屬之。但使用禁止所欲拘束者，只限有使用該證據為裁判權限的法院。
- (2)綜上所述，檢察官欲獲得被告之自白，必須踐行法定程序始為適法，否則即違反『不自證己罪』之法理原則，亦違反對被告訊問需踐行『告知義務』之法定程序，將會侵害被告緘默權之行使。故對甲以『證人』名義規避對『被告』訊問之告知義務程序，無論以上述之『三段審查標準說』或刑訴 158-4『權衡理論』來審視，均應認為本案檢察官違背法定程序所取得之證據無證據能力。

二、甲進入 A 銀行搶劫財物，順利搶得現金百餘萬元後逃離現場，事後經警察機關查出甲涉嫌強盜，當警察至甲家中欲逮捕甲時，甲之弟乙為使甲逃避刑責，於是拿甲之身分證冒名頂罪，警察機關疏忽未詳查而將乙移送地方檢察署，案經檢察官將乙以強盜罪嫌提起公訴；在審判中，警察機關另查出甲曾搶劫 B 銀行，乃將此部分移送地檢署偵辦，檢察官以甲係連續強盜為由，將搶劫 B 銀行部分函送審理法院。試問：（25 分）

- （一）檢察官將甲搶劫 B 銀行部分函送審理法院，其處理是否妥適？
- （二）若第一審法院於審理中發現錯誤時，應如何處理？

命題意旨	<p>本題在測試刑法新舊法領域對於案件單一性認定問題，並涉及到起訴合法程序之規定。以及檢察官起訴書人之效力（被告）與物之效力（犯罪事實）之綜合觀念。</p> <p>事實上一罪——單純一罪</p> <p>法律上一罪</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>實質上一罪 <ul style="list-style-type: none"> <li>接續犯（以具有時空上密接性之數舉動完成一行為）</li> <li>繼續犯（行為本質上具有繼續性）</li> <li>集合犯（本其預定反覆實施同性質行為）</li> <li>結合犯（合併數行為而成立之犯罪類型）</li> <li>吸收犯（依通常觀念其行為包括於他行為之內）</li> </ul> </li> <li>裁判上一罪 <ul style="list-style-type: none"> <li>加重結果犯（因行為人之犯行導致一定加重結果之出現）</li> <li>想像競合犯（一行為觸犯數罪名）</li> <li>牽連犯 X</li> <li>連續犯 X</li> </ul> </li> </ul>
答題關鍵	<p>（一）本題甲所犯之 A、B 強盜罪為刑事訴訟法上之一罪或數罪之認定，涉及到有對犯罪事實一部起訴效力及於全部之問題；如有，則產生法律上訴訟繫屬之效果；如無，則檢察官對 B 案件起訴</p>

	須經合法起訴法定程序，需以起訴書狀為之，不能逕以『公函』起訴。 (二)乙冒名頂替甲到場接受訊問，本案繫屬之被告認定為何( )冒名頂替係採『表示說』？
命中事實	邢政大老師，刑訴講義第二回，案件單一性同一性。 邢政大老師，刑訴講義第五回，起訴。 邢政大老師，刑訴講義第五回，被告人別錯誤。

## 【擬答】

(一)檢察官起訴甲 A 強盜罪，之後公函移送 B 強盜罪於法院，此訴訟處理程序是否妥適，分述如下：

## 1. 案件單一性法理

所謂案件單一性，乃指單一被告與單一犯罪事實，此為案件個數的問題。案件個數是以具體刑罰權為對象，在實體法上若為一個刑罰權，在訴訟法上即為一個訴訟客體，具有不可分的關係，因此案件單一性是從訴訟階段之特定時點橫切觀察及靜態觀察，起訴事實訴訟客體如為一個即為單一案件(被告單一、犯罪事實單一)。案件係以刑罰權為其內容，故案件是否單一，應以其在訴訟上為審判對象之具體刑罰權是否單一為斷。在實體法上為一個刑罰權，在訴訟法上為一個訴訟客體，具有不可分性質。而所謂不可分的關係，具有後述之效果：審判權不可分、管轄權不可分、不起訴處分效力是否不可分、起訴之不可分、自訴之不可分、上訴之不可分與既判力之擴張等問題。

## 2. 公訴提起

(1)意義：檢察官就特定案件終結偵查後提起刑事訴訟，請求法院審判之訴訟行為。

(2)起訴法定原則：檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。被告之所在不明者，亦應提起公訴。(刑事訴訟法 251) 提起公訴只要具備訴訟要件(刑事訴訟法 252 各款)及達到「有罪判決的高度可能性」嫌疑門檻即可。

(3)提起方式：

提起公訴，應由檢察官向管轄法院提出起訴書為之。再追加起訴，得於審判期日以言詞為之。檢察官不得以口頭或函片起訴(28 上 1650)。起訴書，應記載下列事項：A、被告之姓名、性別、年齡、籍貫、職業、住所或居所或其他足資辨別之特徵；B、犯罪事實；C、證據；D、所犯法條，起訴時，應將卷宗及證物一併送交法院。

3. 案件之犯罪事實是否單一，係以實體法上是否為『一罪』為斷，實體法上一罪包含：接續犯、繼續犯、集合犯、結合犯、吸收犯、加重結果犯、想像競合犯，於 95 年 7 月刑法總則施行以前之犯罪，『一罪』尚包含牽連犯及連續犯。本題 A、B 為連續強盜罪，依照犯罪時間點區分為『一罪』或『數罪』，就其起訴合法程序分別論述之。

(1)95 年 7 月以前適用舊刑法，A、B 兩銀行之連續強盜罪為『一罪』：

甲以連續概括犯意連續強盜 A 銀行及 B 銀行，為連續犯之裁判上一罪，係單一案件。如認為此為新刑法施行前仍承認之連續犯，則依照刑事訴訟法第 267 條規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部」，因此檢察官對 A 銀行之強盜犯罪事實一部起訴，效力及於一罪之 B 銀行強盜部分，B 銀行強盜部分即為法律上繫屬，仍得為法院審理之範圍。故 B 銀行強盜部分因刑事訴訟法第 267 條規定，已為法律上繫屬，成為法院得審理之範圍，不違反不告不理原則，因此檢察官以公函將案件 B 部分移送予法院，處理並不違法。

(2)95 年 7 月以後適用舊刑法，A、B 兩銀行之連續強盜罪為『數罪』：

甲以連續概括犯意連續強盜 A 銀行及 B 銀行，為連續犯。惟此時期連續犯業已廢除，故 A 銀行、B 銀行之竊盜案件已非裁判上一罪，係數案件。故已無刑事訴訟法第 267 條檢察官對 A 銀行之強盜犯罪事實一部起訴，效力及於一罪之 B 銀行強盜部分，B 銀行強盜部分即未經法院繫屬繫屬，不得為法院審理之範圍。若使法院對 B 銀行強盜案件得合法審理，必須將 B 強盜案件合法起訴，讓案件合法繫屬於法院，而本案檢察官以公函將案件 B 部分移送予法院，程序應不適法。承上述，案件如欲合法繫屬於法院，檢察官應依照法定程序提起公訴，向管轄法院提出起訴書為之；又起訴書，應記載下列事項：A、被告之姓名、性別、年齡、籍貫、職業、住所或居所或其他足資辨別之特徵；B、犯罪事實；C、證據；D、所犯法條，起訴時，應將卷宗及證物一併送交法院。檢察官不得以口頭或函片起訴(28 上 1650)。

(二)乙冒名頂替甲到庭陳述，此為檢察官起訴被告人別錯誤之問題

## 1. 起訴效力僅及於檢察官所指之被告

依照刑事訴訟法第 266 條規定，起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人。故法院僅能以檢察官所指之同一被告為審判對象。然檢察官開庭所指之被告與實際犯罪行為人被告不同時，處理方式如下：

(1)表示說：以起訴書狀記載者為準，即從起訴書解釋其所表示之真正意思，判定檢察官係以何人為其所起訴之人。Ex.A 冒 B 名應訊，訴狀上表明為 B，所以 B 為此處被告。

(2)行動說：以實際上以之為被告實施訴訟程序或以之為審理對象進行程序者為準。

Ex.A 冒 B 名應訊，但實際上訴訟行為是 A，被告仍是 A。

(3)意思說：以檢察官實質上是否以之為被告者為準，對何人提起公訴，專以檢察官之追訴意思定之。

Ex.檢察官心中以 A 為被告，但實際上冒名表示為 B，此處被告仍為 A。

(4)實務處理方式以表示說為主，行動說為輔。

## 2.被告錯誤之處理

(1)冒名：此時僅「被告姓名錯誤」，檢察官所指之被告乃冒名者，訴訟關係不存在於被冒名者（70 台上 101、51 台上 594）。處理方式：採行動說

(2)頂替：此非被告姓名錯誤，而是「被告本人錯誤」（23 院 1098）。處理方式：採行動說

(3)單純記載錯誤：不影響全案情節及判決本旨，依照釋字第 43 號解釋，以裁定更正即可。

(4)冒名頂替：指被告以外之人冒被告名義到案，係「到案之被告錯誤」（20 院 569、27 院 1729）。處理方式：採表示說

3.檢察官誤乙為犯罪行為人甲，而以甲之名義將乙起訴，此部分為『冒名頂替』之人別錯誤，嗣經第一審法院察覺，法院應採『表示說』之意見，以檢察官起訴書狀所載之被告『甲』為本案被告，針對甲與乙之處理方式如下：

(1)甲部分：甲為本案之被告，法院開庭應傳喚被告『甲』親自到庭陳述，否則即違反刑事訴訟法第 221 條之言詞審理原則，若甲未親自到庭而法院逕予審判，可能構成違反刑事訴訟法第 281 條及第 379 條第 6 款被告未到庭而逕行審判之判決當然違背法令事由。

(2)乙部分：乙既於表示說認定已非本案被告，則依照刑訴 266 條規定，檢察官起訴效力不及於檢察官所指被告（甲）以外之人（乙），故對強盜罪部分，法院應對乙為無罪判決，另乙觸犯刑法第 164 條頂替罪部分，應另行偵查起訴。

三、刑事訴訟法第 359 條規定：「捨棄上訴權或撤回上訴者，喪失其上訴權。」而第 344 條第 5 項規定：「宣告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應不待上訴依職權逕送該管上級法院審判，並通知當事人。」問：甲故意開車撞死乙，因而被依殺人罪名，判處無期徒刑，若甲向原審法院以書狀表示捨棄上訴權，是否仍得於上訴期間內，依法提起上訴？若甲並未提起上訴，是否得於判決前撤回上訴？（25 分）

命題意旨	本題測驗上訴權之捨棄及上訴之撤回問題；而本題又另外加進了「職權上訴」的關卡，如此一來「職權上訴」和「上訴權之處分」就形成了衝突，也是本題考生應該要點出的爭點。
答題關鍵	題目如果抓緊「職權上訴」的概念，幾乎就可以迎刃而解，對考生屬於中間難易程度的考題。重點應該要把握「職權上訴=擬制被告已上訴」的原則來一步步解題；如果職權上訴這一塊沒有處理好，那麼可能會全盤皆墨。另外，雖然捨棄、撤回上訴是很小的爭點，但是「小題大作」，一樣可以一併提及刑事訴訟法的修改方向以及未來的立法論問題。就整題來說，只要爭點處理到，最後結論採取何種見解基本上不是那麼重要。
參考資料	1.林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，2007，第 5 版，p.308 以下。 2.史奎謙，《刑事訴訟法II》，2005，第 3 版，p.5-53~5-55。

## 【擬答】

本題涉及職權上訴、上訴權之捨棄及撤回之問題，分述如下：

### (一)職權上訴與捨棄、撤回上訴之意義

1.職權上訴：按職權上訴依照刑事訴訟法（以下同）第 344 條第 5 項規定，於宣告死刑以及無期徒刑之案件，原審法院應職權上訴；同條第 6 項並規定於上開情形視為被告已上訴。此係因宣告死刑、無期徒刑之案件刑罰效果嚴厲，為求審慎而創設之立法。

2.捨棄與撤回上訴：次按 359 條規定被告得捨棄上訴權，亦得撤回上訴權，並於捨棄、撤回上訴權時喪失其上訴權。蓋上訴權係被告之訴訟權利，本法特規定得由上訴權人處分之。

(二)本案甲捨棄後得否依法提起上訴：

1.對於職權上訴案件之捨棄上訴不生效力：

職權上訴之案件，按照第 344 條第 5 項、第 6 項，係擬制被告已行上訴。而「捨棄」係被告上訴前事先予以表明不為上訴之意思表示。準此，通說見解認為，「捨棄」於職權上訴之案件當然不適用，從而本案中甲之捨棄不生效力（最高法院 31 年抗字第 58 號判例參照）。

2.職權上訴之案件無庸再行上訴：

承前所述，本題中甲之案件既係職權上訴之案件，其捨棄又不生效力，並已視為上訴；既已擬制被告上訴，則其再為上訴之意思表示，雖非不合法，但並不生任何效力。就此，法院亦無庸就被告後來之上訴意思表示再予裁判，併予敘明（最高法院 88 年台上字第 4320 號判決參照）。

(三)本案甲未提起上訴，事後得否再撤回上訴

1.本案係職權上訴案件，已擬制為被告上訴之效力；從而本題中被告即便未提起上訴，亦因職權上訴之效力，而有得否撤回上訴之問題，合先說明。

2.甲對該職權上訴之案件可否撤回上訴？

(1)否定說：撤回上訴，係指合法提起上訴之後，請求法院就其上訴案件不再審判之意思。依實務見解（最高法院 70 年台上字第 182 號判決），職權上訴之案件與被告之意思並無關連，從而亦應認為無從得已撤回上訴。

(2)肯定說：按刑事訴訟法係採行改良式當事人進行主義，並於第 354 條之修正理由認為「……二、惟我國刑事訴訟制度已由職權進行主義改採改良式當事人進行主義，如容許上訴人於更審程序中得撤回上訴，以尊重其意願，強化當事人之訴訟自主權，較合乎改良式當事人進行主義之原則，並兼顧訴訟經濟。況且當事人既信服第一審判決而自願撤回第二審上訴，法院亦無強令其續行訴訟之理」；並且於第 344 條第 5 項之修正草案亦擬定未來僅限於死刑之宣告案件方得以職權上訴，理由認為「被告受無期徒刑之判決後折服，願及早入監執行者，自應尊重其意願」。準此，上訴權既係被告自己之權利，且於本案僅宣告無期徒刑之情形，並顧及訴訟經濟，對於當事人上訴權之處分權限似應予尊重為是。

上開二說，於解釋論上以否定說可採；蓋職權上訴既係擬制當事人上訴，則再允許其撤回上訴，無異使第 344 條第 5 項、第 6 項形同具文。另，基於當事人處分及訴訟經濟而採取肯定說，則應係立法論之問題。從而，本案中甲經宣告無期徒刑之職權上訴案件，應認不得於判決前撤回其上訴為妥。

四、甲因涉嫌傷害被提起公訴。甲起初一直否認犯罪，直到審判期日，甲始向法院表示願意認罪，但希望進行協商。審判長徵詢檢察官意見後，即同意雙方進行協商並裁定休庭。檢察官及甲即於法庭內進行協商，最後協商合意成立。檢察官即聲請法官為協商判決，而由受命法官獨任依合意內容判甲有期徒刑六個月，緩刑二年，並宣告沒收供犯罪所用之工具。被告以合意內容並未包括沒收而提起上訴。第二審法院認為該上訴違反刑事訴訟法第 455 條之 10 規定，以上訴不合法而駁回。本案確定後，檢察總長發現甲曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，依法不得宣告緩刑，而第一審判決並未就甲曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告之事實依職權調查，因而提起非常上訴。請依題旨回答下列問題：(25 分)

(一)協商程序有無違法之處？

(二)第二審判決之合法性及有無理由？

(三)非常上訴之合法性及有無理由？

命題意旨	本題]主要考的是協商程序的各個條件；但是一方面也考了協商判決的上訴審以及非常上訴問題。因此考生除了必須處理協商程序，還必須對於上訴審、非常上訴，甚至是刑法的問題都要有一定程度的了解。
答題關鍵	本題乍看之下是法條題目，但是細讀題目，對於沒有從事過實務的一般考生要在有限時間內處理完所有的爭點，十分困難。考生務必要把握時間，就算不能寫出全部的爭點，把法條寫一寫也不無小補。此外，題目的題幹和問題是問「二審判決」及「非常上訴」的合法性及有無理由，因此答案最

	好完整表達。
參考資料	1.何賴傑，「從拘束力觀點論協商程序」，月旦法學雜誌，第 118 期，p.9 以下。 2.林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，2007，9 版，p.267 以下、p.441 以下。 3.史奎謙，《刑事訴訟法II》，p.4-526 以下。

### 【擬答】

本題涉及協商程序及判決之問題；按協商程序之要件主要有：內涵輕微性、法律效果輕微性、事實證據明確性、審檢認定合致性、被告之權利保障。準此，本題涉及之爭點，分述如下：

#### (一)協商程序有無違法之處？

##### 1.否認犯罪後能否進行協商？

首按我國協商制度採取量刑協商（Sentence Bargaining）之立法模式，故僅能對刑罰權之範圍為合意，不得就犯罪成立與否為協商。本題中甲一直否認犯罪，可見案件之事實尚有待釐清。縱甲在審判期日臨時改口表示認罪，且經檢察官合法聲請，惟法院仍負有客觀性義務，並基於「明案速判，疑案慎斷」的原則，仍應具體判斷案件之性質是否確實適於協商程序（法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 139 點參照），先予敘明。

##### 2.休庭時之協商並無違法：

(1)依刑事訴訟法（以下同）第 455 條之 2 第 1 項：「……檢察官得於徵詢被害人之意見後，逕行或依被告或其代理人、辯護人之請求，經法院同意，就下列事項於審判外進行協商...」。所謂審判外，指雙方當事人在法官無法問問、干涉之場所，進行協商內容之細節討論，以避免中立法官之心證受到影響，造成偏頗。

(2)本案中審判長既裁定休庭，則所有法官皆已暫時退庭離開，檢察官與甲在法庭內之協商並無造成法官之中立性損害之疑慮，從而並不違法。

##### 3.協商判決之程序保障：

依第 455 條之 3 第 1 項：「法院應於接受協商之聲請後十日內，訊問被告並告以所認罪名、法定刑及所喪失之權利」，該規範係為保障協商過程之正當性及被告之同意、參與權，本案中法院似漏未踐行上開程序，應屬違法。

##### 4.受命法官未經轉換程序，獨任為協商判決，並不合法：

依題意，本案原受合議制審判（依新修法之§284-1，傷害罪之審理固得以獨任制行之，但並不排除以程序更嚴謹之合議制審理）則檢察官為協商聲請後，並不當然轉為獨任制程序。受命法官並非審判長，不得自行裁判，否則即屬判決之法院組織不合法。

#### (二)第二審判決之合法性及有無理由？

##### 1.上訴之適法性：

本法第 455 條之 10 第 1 項規定「依本編所為之科刑判決，不得上訴。但有第四百五十五條之四第一項第一款、第二款、第四款、第六款、第七款所定情形之一，或協商判決違反同條第二項之規定者，不在此限」。按題意，甲係主張原審有違反第 455 條之 4 第 2 項「法院應於協商合意範圍內為判決」之情形而提出上訴，屬於例外得上訴之情形，從而上訴應屬合法。又本法第 455 條之 10 第 2 項明文「對於前項但書之上訴，第二審法院之調查以上訴理由所指摘之事項為限」。從而第二審法院即不得就被告未主張之事由為審理調查，並予敘明。

##### 2.二審判決之適法性：

本案甲之犯罪工具屬於職權沒收（即相對沒收）之範圍；爭點在於第 455 條之 2 第 1 項合意事項中之「被告願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告」是否包含職權沒收在內？即有爭議：

(1)肯定說：按刑法第 32 條，刑分為主刑及從刑，而刑法第 34 條規定沒收為從刑之一種。所謂從刑，指刑罰之科處原則上需附隨於主刑始得為之，並受罪刑法定主義及控訴原則之拘束；從而得沒收之物未經公訴人聲請宣告沒收，法院亦無從另為沒收之諭知。次按法院辦理刑事訴訟協商程序案件應行注意事項第二點：「所謂願受科刑之範圍包含主刑及從刑」，亦同此意旨。

(2)否定說：本題中「供犯罪所用之工具」，依刑法第 38 條第 1 項及第 3 項「得沒收」，屬法官可酌情決定之職權沒收。次按檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 142 點，就協商判決之聲請，僅就「應」

諭知沒收、追徵、追繳或抵償者，應一併聲請法院依法宣告沒收可知，對於「得」沒收之物應不在協商判決聲請之必要事項內。

- 3.上開二說，應以肯定說可採；蓋協商程序既為當事人進行主義及處分主義之表現，則被告得處分之事項即願受科刑之範圍，自應包含所受之各種不利益事項。綜上所述，本案原審判決應屬違法，甲之上訴合法，且被告甲之主張有理由，上訴審法院應將原審判決撤銷，將案件發回第一審法院依判決前之程序更為審判。

(三)非常上訴之合法性及有無理由？

1.非常上訴之要件：

(1)非常上訴，依本法第 441 條、第 442 條，係由檢察總長對確定判決為之。

(2)按最高法院 82 年第 6 次刑庭決議之意旨，非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。且非常上訴審，應就非常上訴理由所指摘之事項，調查裁判之（本法第 445 條 1 項參照）。又依第 445 條第 2 項準用第 394 條之規定，關於訴訟程序及得依職權調查之事項，得調查事實。本法第 379 條第 10 款所規定之「依本法應於審判期日調查之證據，而未予調查」，如致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬判決違背法令，應有本法第 447 條第 1 項第 1 款之適用。（釋字第 181、第 238 號解釋，最高法院 91 年第 4 次刑庭決議參照）。

2.本案甲之前科屬應調查之證據，原審未為調查應屬違法：

(1)被告曾否受有期徒刑以上刑之宣告，依刑法第 74 條之規定，係被告得否宣告緩刑之前提事實，對於此等基礎事實，自具備調查之必要性，而屬「依本法應於審判期日調查之證據」之範疇，法院之澄清義務不因協商程序之採擇而完全減免。

(2)準此，原確定判決對於依法應於審判期日調查之證據而未予調查，致適用法令違誤，而顯然對判決有影響，即屬判決違背法令，非常上訴意旨執以指摘，應屬合法且有理由；且不問甲之前科資料，是否存在於原確定判決事實審訴訟案卷內而得考見者，非常上訴審均應就此調查裁判之。惟因原確定判決尚非不利於被告，故僅將原確定判決關於宣告緩刑違背法令部分撤銷即可。

3.小結：依刑法第 74 條，法院應不得對本案判決緩刑，此亦係法院應依職權調查之事項。從而本案法院疏未調查進而判決確定，經檢察總長提起非常上訴，應屬合法且有理由；非常上訴審應就此部分撤銷。

應附帶說明者，協商判決頗多得以非常上訴而無從上訴，學說多有認為似有輕重倒置之疑慮，惟此係立法論之問題，併此指明。