

《刑法與刑事訴訟法》

- 一、甲至仇人 A 居住的三層樓透天厝，對緊貼大門停放的機車潑灑汽油點火，希望能藉此燒死 A。在縱火時，甲腦中僅有 A 被烈火焚身而死的想像，別無其他。A 當時正在二樓，被濃煙和大火逼著逃到頂樓陽台，撐到面臨火焚的最後一刻，不得已往樓下一跳，頭部著地不幸身亡。事後確認，機車被燒得只剩車架，整棟透天厝也被燒到天花板崩塌。甲完事後，開車轉往另一個仇人 B 居住的一處五層樓公寓，意圖再放火燒死 B。乙在 B 的公寓旁邊從事家庭資源回收業，於 B 的公寓的防火間隔（防火巷）中堆放各式紙箱、廢棄電器、鐵鋁罐、塑膠袋等雜物。甲確認 B 在公寓二樓後，向乙堆放的雜物潑灑汽油點火，火勢迅速蔓延到公寓二樓將 B 燒死，亦將整棟公寓燒燬。甲見事情成功，走回停車場要開車離去，在自動繳費機要繳納停車費新臺幣（下同）100 元時，發現身上沒有零錢，突然看到地上有一張他人掉落的無記名悠遊卡，就拿這張悠遊卡在繳費機感應結帳，使得原有的 500 元餘額變為 400 元，再將悠遊卡放回原處。請附個人見解說明甲、乙之刑事責任如何？（100 分）

命題意旨	本題主要為傳統考點，涉及放火罪競合、因果關係、因果歷程錯誤的判斷。而乙堆放雜物部分可能涉及阻塞逃生通道罪，屬於比較冷門的條文。至於在財產犯罪中則需要討論「所有意圖」、「不正方法」的要件。
答題關鍵	1. 對 A 的部分：涉及放火罪的競合，以及殺人罪因果關係的判斷，需要注意甲主觀想像的因果流程和客觀流程不一致時是否影響甲殺人故意的成立，為本小題主要爭點。 2. 對 B 的部分：需要討論乙在防火巷堆放雜物，是否有阻塞逃生通道罪的適用，以及乙對於 B 的死亡是否需要負過失致死的責任。甲則是同樣構成放火罪、殺人罪的競合。 3. 無記名悠遊卡部分：需討論甲拿悠遊卡結帳再放回原處的行為，是否該當侵占遺失物罪，重點在對於悠遊卡是否有「所有意圖」。此外拿悠遊卡至繳費機繳費是否該當「不正方法」，亦為本題爭點。
考點命中	1. 《高點刑法講義》第八回，成台大編撰，頁 3~6。 2. 《高點刑法講義》第三回，成台大編撰，頁 14~16。 3. 《高點刑法講義》第一回，成台大編撰，頁 96~106。 4. 《高點刑法講義》第七回，成台大編撰，頁 5~6、51~52。

【擬答】

- (一) 甲對緊貼大門停放的機車潑灑汽油點火，造成透天厝被燒到天花板崩塌，可能成立刑法（下同）第 173 條第 1 項放火燒燬現供人使用之住宅罪：
- 客觀上，甲對機車潑灑汽油點火並燒到 A 居住的透天厝，該當引發火力燃燒之放火行為，A 居住在內的透天厝該當「現供人使用之住宅」。而學說和實務上對於放火罪之「燒燬」要件有「獨立燃燒說」、「全部效用喪失說」、「主要效用喪失說」之區別，本文採「主要效用喪失說」，即本罪客體之主要效用已因燃燒之喪失時，即該當本罪之燒燬。本題甲放火造成透天厝天花板崩塌，造成該透天厝已無法遮蔽風雨、繼續供人居住，主要居住功能顯然已喪失，該當「燒燬」之要件。甲放火行為和透天厝燒燬之間有因果關係，客觀構成要件該當。
 - 主觀上，甲知悉 A 在透天厝內，對放火燒燬現供人使用之住宅有認知和意欲，具備故意，主觀構成要件該當。
 - 無阻卻違法或責任事由，甲該當本罪。
- (二) 甲對緊貼大門停放的機車潑灑汽油點火，造成透天厝被燒到天花板崩塌，可能成立第 353 條第 1 項毀壞建築物罪：
- 客觀上，甲放火造成 A 居住之透天厝被燒到天花板崩塌，造成透天厝無法繼續供人居住、重要部分遭毀損，喪失其效用，該當毀壞建築物之要件。
 - 惟甲已成立第 173 條第 1 項放火罪如前述，此時是否另成立毀壞建築物罪有所爭議，分述如下：
 - 實務見解認為，放火行為應包括毀損之性質在內，故成立放火罪不另論毀損罪，對此可參最高法院 29 年上字第 2388 號判決：「放火罪原含有毀損性質在內，放火燒燬他人住宅損及牆垣，自無兼論毀

損罪之餘地。」

(2)學說見解認為，放火罪為保護公共安全之社會法益，毀損罪為財產個人法益，應分別成立後想像競合。

(3)本文以為，放火罪之構成要件應已包括毀損之性質，故為避免過度評價，應僅論放火罪即可，故採實務見解，不另成立毀壞建築物罪。

(三)甲對緊貼大門停放的機車潑灑汽油點火，造成機車被燒得只剩車架，可能成立第 175 條第 1 項放火燒燬物品罪：

1.客觀上，甲對別人的機車潑灑汽油點火，該當引發火力燃燒之放火行為，造成機車被燒得只剩車架，顯然已喪失機車供騎乘之功能，該當「燒燬」之要件，具有因果關係。

2.惟甲已成立第 173 條第 1 項放火燒燬現供人使用之住宅罪，此時就同一放火行為，是否另成立第 175 條第 1 項放火燒燬物品罪，有所爭議，討論如下：

(1)有見解認為，如行為人只有一個放火行為，同時同地燒燬數個行為客體，因放火罪為社會公共安全法益，故只論以實現一個放火罪構成要件，不另成立多個放火罪，對此可參最高法院 79 年台上字第 1471 號判決：「故一個放火行為，若同時燒燬住宅與該住宅內所有其他物品，無論該其他物品為他人或自己所有，與同時燒燬數犯罪客體者之情形不同，均不另成立刑法第一百七十五條第一項或第二項放火燒燬住宅以外他人或自己所有物罪。」

(2)另有見解認為，第 173 條第 1 項放火燒燬現供人使用之住宅罪和第 175 條第 1 項放火燒燬物品罪為不同客體，仍應分別成立犯罪再予以想像競合。對此可參最高法院 94 年度臺上字第 1412 號判決：「……依偵查卷附現場照片所示，小客車與機車均置放於被害人住宅之前並非住宅內之物品，上訴人等以一個放火行為燒燬小客車、機車座墊，並延燒房屋未遂，應已觸犯放火燒燬住宅以外之他人所有物罪及放火燒燬現有人使用之住宅未遂罪兩項罪名。……」

(3)本文以為，本題機車既非停放在透天厝內，並非燒燬住宅時當然包括之住宅內物品，故不能當然包括在第 173 條第 1 項之罪內，仍應分別成立犯罪再予以想像競合，故本題甲該當客觀構成要件。

3.主觀上，甲對放火燒燬他人所有之機車有認知和意欲，具備故意，主觀構成要件該當。

4.無阻卻違法或責任事由，甲該當本罪。

(四)甲對緊貼大門停放的機車潑灑汽油點火，造成機車被燒得只剩車架，可能成立第 354 條毀損罪：

1.甲放火燒燬機車，造成機車只剩車架，該當毀損之要件。

2.惟本文採實務見解如前述，甲既成立第 175 條第 1 項放火罪，因放火罪帶有毀損性質，不另成立毀損罪。

(五)甲對緊貼大門停放的機車潑灑汽油點火，造成 A 身亡，可能成立第 271 條第 1 項殺人罪：

1.客觀上，甲點火造成 A 被濃煙和大火逼著逃到頂樓陽台，在面臨火焚的最後一刻，不得已往樓下一跳，造成 A 頭部著地之死亡結果。若非甲點火行為，A 不會被濃煙大火逼著跳樓而死亡，故甲之行為和 A 的死亡之間具備「不可想像其不存在」之條件因果關係。客觀歸責部分，甲點火行為造成 A 有遭火災燒死或是因濃煙大火意外而死亡之風險，顯然已惹起法所不容許之風險；而甲點火造成大火濃煙，逼得 A 不得已跳下樓，亦為常見之意外，屬合乎經驗之常態性風險歷程，不因 A 係跳下樓摔死而非被火燒死而有所不同；再者 A 雖然自己跳下樓，係因大火濃煙逼得走投無路之選擇，並非 A 自願放棄生命，故不屬於被害人介入之情形，風險之實現仍屬構成要件效力範圍，可歸責於甲，故客觀構成要件該當。

2.主觀上，甲雖對 A 的死亡結果有認知及意欲，惟甲放火時，腦中「僅有 A 被烈火焚身而死的想像，別無其他」，並無預想到 A 會因大火逼到陽台選擇跳樓而摔死，對此是否有「因果歷程錯誤」而阻卻故意，討論如下：

(1)著手區分說：此說認為，只要行為人進行到著手實行階段，無論是否意識到當下行為是否或如何造成結果發生，都該當故意要件，故本題即使被害人 A 並非依據甲計畫的方式死亡，甲既已實行放火行為，對 A 之法益產生直接具體危險，自該當著手，該當故意要件。

(2)重要偏離說：此說認為，判斷標準應基於一般生活經驗判斷該因果歷程偏離是否重要，如果是重要偏離則阻卻故意，如果是不重要的偏離則不阻卻故意。本題雖在甲的想像中 A 是燒死而非摔死，然 A 跳樓係因甲放火逼得無路可走之不得已選擇，亦因放火行為所引發，而非反常介入之情事，故並非重要偏離，不阻卻故意。

(3)故意歸責理論：此說認為，除了審查客觀和主觀構成要件之外，仍須審查客觀上的構成要件事實，是否得以歸責於行為人主觀故意，若客觀事實和主觀認知無法完全對應，則無法成立故意既遂犯。

本題甲主觀上認為 A 會因為放火造成之大火死亡，而客觀上 A 確實因放火的濃煙被逼到跳樓，所以主客觀對應的部分即放火造成之風險，應認有超越容許風險，仍具備故意。

(4) 本文以為，行為人本不可能也不需要對犯罪過程每一個細節都能具體預見，故只要因果流程並非重要偏離，應不阻卻故意，故採「重要偏離說」，認本題並非發生超越日常生活經驗之重大偏離，並無阻卻故意，主觀構成要件該當。

3. 無阻卻違法事由，又 A 雖選擇跳樓，係因被濃煙大火逼不得已之選擇，不代表 A 自行放棄生命法益，自無被害人承諾之情形。

4. 無阻卻罪責事由，成立本罪。

(六) 甲對雜物潑灑汽油點火，造成 B 的公寓燒燬，可能成立第 173 條第 1 項放火燒燬現供人使用之住宅罪：

1. 客觀上，甲潑灑汽油點火，造成有人居住的 B 公寓整棟被燒燬，有因果關係，該當放火燒燬現供人使用之住宅之客觀構成要件；主觀上，甲對放火燒燬公寓明知且有意使其發生，具備故意。

2. 無阻卻違法或責任事由，甲該當本罪。

(七) 甲對雜物潑灑汽油點火，造成 B 的公寓燒燬，可能成立第 353 條第 1 項毀壞建築物罪：

甲已成立第 173 條第 1 項放火燒燬現供人使用之住宅罪，本文依實務見解，不另成立第 353 條第 1 項毀壞建築物罪。

(八) 甲對雜物潑灑汽油點火，造成雜物燒燬，可能成立第 175 條第 1 項放火燒燬物品罪：

1. 客觀上，甲潑灑汽油點火，造成乙堆放的雜物燒燬，有因果關係，該當放火燒燬物品之客觀構成要件；主觀上，甲對放火燒燬雜物明知且有意使其發生，具備故意。

2. 無阻卻違法或責任事由，甲該當本罪。

(九) 甲對雜物潑灑汽油點火，造成雜物燒燬，可能成立第 354 條毀損罪：

甲已成立第 175 條第 1 項放火燒燬物品罪，本文依實務見解，因放火罪帶有毀損性質，不另成立第 354 條毀損罪。

(十) 甲對雜物潑灑汽油點火，造成 B 燒死，可能成立 271 條殺人既遂罪：

1. 客觀上，甲放火造成在公寓內的 B 被燒死之死亡結果，有因果關係，該當客觀構成要件；主觀上，甲知悉放火會造成在公寓內之 B 被燒死，明知且有意使其發生，具備殺人故意。

2. 無阻卻違法或責任事由，甲該當本罪。

(十一) 乙在防火間隔堆放雜物行為，可能成立第 189 條之 2 第 1 項後段阻塞逃生通道罪：

客觀上，B 公寓是五層樓公寓，屬於「集合住宅」，乙在公寓的防火間隔堆放各式紙箱、廢棄電器、鐵鋁罐、塑膠袋等雜物，造成救災、逃生之不便。又實務見解認為「阻塞」不以全部阻隔為必要，只要造成通行不便即該當「阻塞」之要件，如造成難以逃生之危險，即該當「致生危險於他人生命、身體或健康者」之具體危險結果。惟公寓之防火間隔是否該當「逃生通道」，有所爭議，分述如下：

1. 肯定說：此說認為防火間隔具有消防救災、火災逃生之重要功能，故阻塞防火間隔仍符合「逃生通道」之要件。

2. 否定說：此說認為「逃生通道」係指發生天災人禍時為提供人們逃離現場之通行路線設施而言，故防火間隔之法定空地不屬於「設施」，不該當逃生通道之要件，對此可參臺灣高等法院 105 年度上易字第 2307 號判決。

3. 本文認為，防火間隔之功能包括防止火勢蔓延、消防救災等，惟不當然做為逃生通道之使用。故採實務見解，認防火間隔應不該當「逃生通道」之定義，故乙不該當本罪。

(十二) 乙在防火間隔堆放雜物行為，可能成立第 276 條過失致死罪：

客觀上，乙堆放雜物在防火間隔之行為，造成甲點火後延燒到 B 公寓之 B 死亡結果。若非乙堆放雜物，甲便無法點火造成 B 燒死之結果，故乙之行為和 B 死亡間有「不可想像其不存在」之條件因果關係。就客觀歸責部分，乙堆放雜物違反相關行政法令，而造成通行不便、影響救災或造成火勢容易蔓延之風險，應有逾越容許風險；惟本題 B 並非因為難以逃生，或是其他大樓之火勢蔓延而死亡，而係因甲有意縱火造成，且甲放火後火勢迅速蔓延燒死 B，故和乙堆放雜物之風險並無常態關聯性，應認風險並未實現，係因第三人甲介入方導致 B 死亡，不可歸責於乙。故乙不該當過失致死罪之客觀構成要件，又民國 108 年 5 月 28 日刑法修法刪除「業務過失」加重之要件，故本題亦無需討論乙從事「家庭資源回收業」之情形，併予敘明。

(十三) 甲拿走他人掉落的無記名悠遊卡，繳費後放回原處的行為，可能該當第 337 條侵占遺失物罪：

1. 客觀上，他人掉落的悠遊卡，學說上有「遺失物」和「遺忘物」之區分，並認為前者為偶然脫離持

有之物，後者為持有人疏忽遺忘之客體，如為「遺忘物」則應涉及竊盜罪客體之討論。惟實務上並未做前開區分，且本文以為本題既為「他人掉落」之悠遊卡，應非疏忽遺忘之物品，而屬於非基於本人意思，偶然脫離持有之「遺失物」。又甲取走他人之悠遊卡並繳費，該當侵占之要件，客觀構成要件該當。

2.主觀上，甲具有侵占故意，亦知悉自己對該悠遊卡無合法占有權源仍持以繳費，知悉行為違法，而有「不法意圖」。惟甲繳費完將悠遊卡「放回原處」，是否該當「所有意圖」，有所爭議：

(1)物體理論：此說認為，排他意思著重對物體本身，故若對物體本身不具備所有意思，則不具備所有意圖。故本題甲將悠遊卡放回原處，即不具備所有意圖。

(2)價值理論：此說認為，排他意思著重物體背後的經濟價值，故對物體的經濟價值有所有意思，也認為具備所有意圖。故本題甲將悠遊卡繳費後，悠遊卡之經濟價值少了新臺幣（下同）100 元，即代表甲對其經濟價值有所有意思，具備所有意圖。

(3)綜合理論：此說認為，只要任一（物體或價值）有所有意圖即可。故本題應認甲具備所有意圖。

(4)本文採綜合理論，故甲持悠遊卡繳費後縱使放回原處，亦造成悠遊卡之背後之經濟價值之 100 元損失，故甲對該 100 元有「所有意圖」，主觀構成要件該當。

3.無阻卻違法或責任事由，甲該當本罪。

(十四)甲使用無記名悠遊卡繳費機結帳的行為，可能該當第 339 條之 1 第 2 項不正利用收費設備獲利罪：

1.客觀上，停車場之自動繳費機屬於收費設備，甲使用他人之悠遊卡繳費而獲得不用自行支付停車費用之利益，惟使用**侵占而來之他人悠遊卡繳費是否該當「不正方法」**，有所爭議，分述如下：

(1)肯定說：此說認為，不正方法應包括一切不正當方法之情形，亦包括無權使用或非法取得他人之卡片之情形。

(2)否定說：此說認為，本條不正方法應限於利用操作上之特性，違反機器設置者之意思使用機器。

(3)本文以為，本罪之「不正方法」，應限於類似詐欺性質，利用操作上之特性方該當，故採否定說。

本題甲使用無記名悠遊卡繳費，自動繳費機亦無從辨別是否為合法繳費方式，又悠遊卡繳費亦屬於預設之繳費方式，並非違反機器設置者之意思，故不該當「不正方法」，不該當客觀構成要件，不該當本罪。

2.又縱使認本題甲該當「不正方法」，甲已該當侵占遺失物罪如前述，故就同一財產法益，應屬於前後兩行為侵害同一法益，不正利用收費設備獲利罪應屬於「不罰之後行為」，依據實務見解不另成立本罪，併予敘明。

(十五)競合：

1.甲對緊貼大門停放的機車潑灑汽油點火行為，該當第 173 條第 1 項放火燒燬現供人使用之住宅罪、第 175 條第 1 項放火燒燬物品罪、第 271 條第 1 項殺人罪，依據實務見解，第 173 條第 1 項和第 175 條第 1 項雖同為公共安全之社會法益，惟客體不同，仍應想像競合，而第 271 條第 1 項為生命法益，故三者想像競合後論第 271 條第 1 項殺人罪。

2.甲對雜物潑灑汽油點火行為，該當第 173 條第 1 項放火燒燬現供人使用之住宅罪、第 175 條第 1 項放火燒燬物品罪、第 271 條第 1 項殺人罪，三者想像競合後論第 271 條第 1 項殺人罪。

3.甲該當 2 個第 271 條第 1 項殺人罪，和第 337 條侵占遺失物罪不同行為、不同犯意，屬數行為侵害數法益，應數罪併罰。

(十六)沒收：甲侵占 100 元之部分，屬於犯罪所得，應依第 38 條之 1 第 1 項、第 3 項追徵其價額。

【高點法律專班】

二、具有原住民身分之甲、乙二人，基於共同犯罪意思之聯絡，意圖為自己不法利益，未經主管機關之核准或同意，基於非法占用公有山坡地及國有保安林地之犯意，甲操作自己所有之 A 挖土機，乙操作向第三人丙租賃之 B 挖土機，共同擅自搭建鐵皮屋舍，而占用國有土地，致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施之結果。不久為警方查獲，當場依法將甲逮捕，移送檢察官偵查；乙則潛逃至國外，後因案被該國警方逮捕帶回警察機關依法詢問，乙陳述其與甲非法占用公有山坡地及國有保安林地之事，並作成筆錄。嗣後甲經檢察官以違反水土保持法等罪嫌，向管轄法院提起公訴。甲選任丁律師為其辯護。第一審法院審理中，法院另裁定丙參與沒收程序。第一審法院審理後，諭知甲有罪，並沒收 A、B 二台挖土機。請就學說、實務、己見詳附理由回答下列問題：

- (一)辯護人丁抗辯，乙於國外警察機關陳述有關違反水土保持法事項所作成之筆錄，無證據能力。試問其抗辯有無理由？（35 分）
- (二)被告甲收到第一審判決後，未得辯護人丁協助，於上訴期間內逕行具狀上訴，上訴理由記載「採證違法、判決不公」。試問第二審法院依法應如何進行審理程序？（35 分）
- (三)第一審判決後，甲及檢察官皆未上訴，僅參與人丙對沒收 B 挖土機之判決不服，提起第二審上訴。經第二審法院審理終結，法院判決沒收丙之 B 挖土機、載運 B 挖土機之拖板車（屬丙所有）、甲之 A 挖土機。試問第二審沒收判決是否合法？（30 分）

命題意旨	本題所涉多為傳統爭點，旨在測驗考生對於域外警詢筆錄證據能力；上訴二審具體理由與原審律師代撰義務；沒收參與程序與一部上訴。
答題關鍵	<p>第一小題：證人域外警詢筆錄之證據能力，迭有爭議。其中最重要的莫過於最高法院 107 年第 1 次刑庭決議，答題時務必援引之。</p> <p>第二小題：上訴二審具體理由，以及原審律師是否有代撰上訴理由之義務，有最高法院 106 年第 8 次及第 12 次刑庭會議</p> <p>第三小題：本案僅有參與人提起上訴，效力是否及於本案判決？應予留意；另本案被告乙因潛逃海外並未被起訴，故法院得否在被告甲之案件中沒收乙案件中丙供乙犯罪所用之挖土機及拖板車，亦應討論之。又或有認為本題旨在測驗沒收之不利變更禁止原則，然法院在檢察官未聲請單獨宣告沒收之情況下，根本不應審理是否沒收丙之財產，故此部分應為完全不得裁判，無庸討論不利變更禁止原則。</p>
考點命中	<p>第一小題：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.《刑事訴訟法研析(下)》，高點文化出版，黃博彥(黎律師)編著，頁 14-97~14-106。 2.《高點刑事訴訟法爭點破解班講義》第二回，黎台大編撰，頁 108~122。 3.《高點刑事訴訟法總複習講義》第一回，黎台大編撰，頁 192~208。 <p>第二小題：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.《刑事訴訟法研析(下)》，高點文化出版，黃博彥(黎律師)編著，頁 16-11~16-29。 2.《高點刑事訴訟法爭點破解班講義》第二回，黎台大編撰，頁 143~160。 <p>第三小題：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.《刑事訴訟法研析(下)》，高點文化出版，黃博彥(黎律師)編著，頁 21-17~21-21。 2.《高點刑事訴訟法爭點破解班講義》第二回，黎台大編撰，頁 200~204。 3.《高點刑事訴訟法總複習講義》第一回，黎台大編撰，頁 18~22。

【擬答】

(一)本案法院未踐行保障被告甲對質詰問權之措施，辯護人丁抗辯有理由：

1.乙為本案被告甲以外之人，本質上均屬證人

按大法官釋字第 582 號解釋意旨，無論共同被告、共犯、被害人、證人等，均屬被告以外之人，並無區分。本此前提，凡與待證事實有重要關係之事項，如欲以被告以外之人本於親身實際體驗之事實所為之陳述，作為被告論罪之依據時，本質上均屬於證人。據此，本案甲、乙雖為共犯，然乙陳述其與甲非法占用公有山坡地及國有保安林地之事對甲而言，乙即屬對其為不利指控之證人。

2.實務見解（最高法院 107 年第 1 次刑庭會議決議）

(1)乙於外國警察前所為之警詢陳述屬傳聞證據，原則不得作為證據

按刑事訴訟法(下稱刑訴)第 159 條第 1 項之規定：「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。」是乙於審判外經外國警察機關詢問後所製作之警詢筆錄為傳聞證據，除非符合傳聞例外，否則無證據能力。

(2)乙於外國警察前所為之警詢陳述，不得適用第 159 條之 4

被告以外之人於我國司法警察官或司法警察調查時所為之陳述經載明於筆錄，係司法警察機關針對具體個案之調查作為，不具例行性之要件，亦難期待有高度之信用性，非屬刑訴第 159 條之 4 所定之特信性文書。

(3)乙於外國警察前所為之警詢陳述，不得直接適用第 159 條之 2、3

按實務見解，刑訴第 159 條之 2、3 所稱之司法警察均係指「我國之司法警察」，是證人於外國警察前之陳述，無法直接適用第 159 條之 1 至第 159 條之 3 規定。

(4)乙於外國警察前所為之警詢陳述，可類推適用第 159 條之 2、3

承上所述，證人於外國警察前所為之陳述，雖無法直接適用我國刑事訴訟法有關傳聞例外之規定，惟被告以外之人在域外所為之警詢陳述，性質上與我國警詢筆錄雷同，同屬傳聞證據，在法秩序上宜為同一之規範，為相同之處理。若法律就其中之一未設規範，自應援引類似規定，加以適用，始能適合社會通念。**在被告詰問權應受保障之前提下，被告以外之人在域外所為之警詢陳述，應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 等規定，據以定其證據能力之有無。**

3.學說見解

(1)學說上有認為，傳聞證據是否有證據能力，審查基準在於「質問權已否受保障」，又稱為對質詰問觀點之傳聞續造。此說係歐洲人權法院為保障境外取證頻繁的盟國人民基於歐洲人權公約所定之最低限度基本權，以公平審判的被告程序權及質問權保障為核心，發展出超國性「對質詰問例外法則」，作為刑事審判容許境外傳聞證據之實質審查基準。

(2)所謂對質詰問例外法則，共有四項判準。傳聞證據須符合下列法則之要求，始得做為證據使用：

①義務法則

依刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定及踐行人證之法定調查證據方法（釋字第 582 號），法院有盡力促成證人到庭詰證，供被告對質詰問之義務。

②歸責法則

客觀上被告無法對質詰問，係無可歸責於國家機關之原因，而有正當事由者。

③防禦法則

被告未能親自對質詰問行使其防禦權時，國家機關有本於補償、平衡的公平程序要求，予以替代性之防禦、辯明方案或機會。例如：採取遠距視訊，或請求他國互助前，要求取證國全程連續錄音、錄影，同時允許被告之辯護人在場並行間接質問等。

④佐證法則

未經對質詰問之境外傳聞證據，是否係唯一或主要之認定被告有罪證據，而有過度侵害被告訴訟防禦權造成不公平審判情事。

4.管見以為，刑事訴訟法傳聞例外規定，僅處理證據能力問題，其內涵並不包括對質詰問例外之容許。刑事訴訟法第 159 條之 3 所要求的「信用性情況保障」及「必要性」要件，係判斷是否容許傳聞例外而賦予其證據能力之基準，顯不能憑認「足以替代」被告反對詰問權之行使，故證人於外國警察前之陳述得否具證據能力，仍應經過對質詰問之容許例外審查，而最高法院 107 年第 1 次刑庭決議結論亦稱「在被告詰問權應受保障之前提下」始得類推第 159 條之 2、3，亦有隱含對質詰問保障之概念在內。

5.據此，本案乙既經外國警方逮捕，則是否得以將其引渡或遣返回國，使甲對其行使對質詰問？又或法院採取視訊遠距之方式供甲詰問乙？均係可考慮採行之方式。然依題所示，法院審理過程似未踐行任何保障甲對質詰問之手段。故無論依實務或學說見解，乙於國外警察機關陳述有關違反水土保持法事項所作成之筆錄，應無證據能力，辯護人丁之抗辯有理。

(二)依實務見解，第二審法院應從程序上駁回甲之上訴，毋庸進入實體審理程序：

1.甲之上訴書狀未附具體理由

(1)按最高法院 106 年第 8 次刑庭會議決議，所稱「具體理由」，並不以其書狀應引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決不當或違法之事實，亦不以於以新事實或新證據為上訴理由時，應具體記載足以影響判決結果之情形為必要。但上訴之目的，既在請求第二審法院撤銷或變更第一審之判決，所稱「具體」，當係抽象、空泛之反面，若僅泛言原判決認事用法不當、採證違法或判決不公、量刑過重等空詞，而無實際論述內容，即無具體可言。

(2)查本案甲於上訴理由僅記載「採證違法、判決不公」，內容抽象空泛，實係徒托空言或漫事指摘，屬「空白上訴」。依刑訴第 361 條第 2 項之規定，其上訴並非適法。

2.二審法院毋庸為甲另行指定辯護人提出具體理由，即可從程序上駁回甲之上訴

(1)本案屬強制辯護案件，原審辯護人有協助被告撰寫上訴理由之義務

查本案甲具原住民身分，依第 31 條第 1 項第 4 款之規定，屬強制辯護案件。依實務見解，於強制辯護案件，辯護人之權責，應終於其受選任、指定為辯護人之該當案件終局判決確定，或因上訴發生移審效力，脫離該審級，另合法繫屬於上級審而得重新選任、指定辯護人時止，**俾強制辯護案件各審級辯護人權責範圍得互相銜接而無間隙，以充實被告之辯護依賴。**從而，為提起第二審上訴之被告撰寫上訴理由書狀，敘述具體理由，協助其為合法、有效之上訴，同屬第一審選任或指定辯護人

權責範圍內之事務。

(2)第二審法院並無為被告另行指定辯護人以協助其提出合法上訴之義務與必要

①按最高法院 106 年第 12 次刑庭會議決議意旨，強制辯護案件，被告提起第二審上訴，苟未重新選任辯護人，其於第一審原有合法選任或指定之辯護人，為被告之利益，自得代為撰寫上訴理由書狀等一切訴訟行為，予其必要之協助，已合於強制辯護案件應隨時設有辯護人為被告辯護之要求。故關於強制辯護案件，被告於第一審終局判決後，既已有原審之辯護人（包括選任辯護人及指定辯護人）可協助被告提起合法之上訴，在該案件合法上訴於第二審法院而得以開始實體審理程序之前，尚難認第二審法院有為被告另行指定辯護人，以協助被告提出合法上訴或為被告辯護之義務與必要。至第一審選任或指定辯護人是否善盡協助被告上訴之職責，以及被告是否及如何要求第一審選任或指定辯護人代為或協助其為訴訟行為，要與被告於第二審實體審理時未經辯護人為其辯護之情形有別，亦非居於公平審判地位之法院所應介入。

②而上訴書狀應具體敘述上訴理由，為上訴合法之要件，如上訴欠缺此一要件，其上訴即非合法，應從程序上予以駁回（此項不合法上訴與上訴逾期之法律效果相同）。則第二審既應從程序上駁回其上訴，而無庸進入實體審理程序，自無為被告指定辯護人為其提起合法上訴或辯護之必要。

(3)小結

依最高法院 106 年第 12 次刑庭會議決議之見解，本案甲雖未經辯護人丁之協助，即自行撰寫上訴理由，致未符合上訴二審具體理由之規定，然在案件尚未進入二審實體審理程序前，第二審法院仍無另行未強制辯護案件之甲指定辯護人之義務，故應以甲上訴不合法駁回其上訴。

3.管見以為，上開最高法院刑庭決議見解固非無據，惟強制辯護案件既因案情重大或被告本身弱勢，其辯護權應受加強之保障。是在第二審審判中，既應強制辯護，則提起第二審上訴時所設定之門檻，亦應受辯護人協助，否則強制辯護案件，率因無辯護人代提上訴理由，遭以未敘述具體理由而駁回上訴，等同架空強制辯護制度，有違其防禦權之保障。故縱認二審法院無指定辯護人替甲撰寫上訴二審具體理由之義務，至少應以適當方法告知被告，其有請求第一審辯護人協助提出上訴理由書之權利，俾強制辯護制度所保障之辯護倚賴權，能有效發揮作用。故實務見解似非無再行研求之餘地，併予敘明。

(三)第二審沒收判決違法：

1.法院判決沒收丙之 B 挖土機、載運 B 挖土機之拖板車違法

(1)丙之 B 挖土機、載運 B 挖土機之拖板車涉及「乙」違反水土保持法之犯罪事實，法院無權裁定丙參與訴訟程序並宣告沒收

①最高法院 108 年度台上大字第 3594 號裁定之射程範圍

最高法院 108 年度台上大字第 3594 號裁定認為，「檢察官對特定之被告及犯罪事實提起公訴，其起訴之效力當涵括該犯罪事實相關之法律效果，故法院審判之範圍，除被告之犯罪事實外，自亦包括所科處之刑罰、保安處分及沒收等法律效果之相關事實。進一步言，沒收既係附隨於行為人違法行為之法律效果，則沒收之訴訟相關程序即應附麗於本案審理程序，無待檢察官聲請，而與控訴原則無違。」惟此適用之前提在於特定被告之特定犯罪事實已遭起訴。

②甲與乙共犯水土保持法案件，於訴訟法屬二案件，為不同訴訟標的

本案甲、乙雖共犯違反水土保持法之案件，然乙因逃亡海外未歸，故檢察官僅起訴甲。據此，本案僅甲（被告）涉犯之水土保持法（犯罪事實）遭檢察官起訴，至於乙（被告）涉犯水土保持法（犯罪事實）之案件，尚在偵查階段檢察官並未起訴。故縱依前該大法庭裁定，法院也僅能就「甲」違反水土保持法部分，依職權裁定命第三人參與並宣告沒收。

③查丙之 B 挖土機以及載運 B 挖土機之拖板車是否應沒收，涉及該等財物是否供「乙」犯罪所用（刑法第 38 條第 2、3 項參照），涉及「乙」違反水土保持法之犯罪事實，乃係有別於「甲」違反水土保持法之另外一個案件。是乙之犯罪事實既未經檢察官提起公訴，法院自「不得」逕自裁定丙參與訴訟程序，並為相關法律效果之諭知。

(2)丙之 B 挖土機以及載運 B 挖土機之拖板車未經檢察官聲請單獨宣告沒收，法院不得逕予判決沒收

①承上所述，因乙逃亡海外，檢察官僅起訴「甲」，而未起訴「乙」涉犯水土保持法之犯罪事實，亦連帶影響丙之 B 挖土機以及載運 B 挖土機之拖板車無法附麗於乙之審理程序而一併審理並判決。此種被告逃匿之情況，屬刑法第 40 條所稱「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。是本案倘欲就第三人丙提供之供犯罪所用之物進行沒收，依法應由檢察官聲請單獨宣告沒收。

②惟查，自一審至二審，並未見檢察官聲請就丙之 B 挖土機、載運 B 挖土機之拖板車（屬丙所有）為單獨宣告沒收。是既未有檢察官之聲請，則二審法院自不應就乙涉犯水土保持法所用之物進行沒收。

(3)綜上所述，本案二審法院就丙之 B 挖土機、載運 B 挖土機之拖板車為沒收判決，應有未受請求事項予以判決之違法。

2.甲之 A 挖土機並非二審之審理範圍，法院判決違法

(1)按第 455 條之 27 第 1 項規定：「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決；對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決。」是依本條項後段規定，僅參與人提起沒收上訴，效力並不及於本案判決。亦即，本法肯認參與人就其財產遭沒收之判決為一部上訴。

(2)查甲及檢察官皆未就水土保持法之判決（本案判決）提起上訴，**僅第三人丙就其 B 挖土機遭沒收之判決不服提起上訴，則依前開第 455 條之 27 第 1 項後段之規定，效力不及於甲之本案判決。**從而，甲涉犯水土保持法之本案判決（即本案之罪、刑、沒收等），於一審即告確定。

(3)據此，甲之 A 挖土機遭沒收之本案判決既已確定而不生移審效力，則上訴審法院自僅得就參與人丙上訴之部分為審理。二審法院不察，就甲之 A 挖土機為沒收判決，已屬違法。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！