

《刑事訴訟法》

一、警察甲調查一起幫派販毒案，只知乙可能涉案，並無其他線索。某日甲看到乙與一不知名的高中男生交談，並交給他一個小型包裹。甲靈機一動，依據校服的樣式，以學生家長身分，打電話向該所高中匿名密告該校有男生在校園內販毒。該校訓導主任丁遂於升旗時檢查大約十多個訓導處平日已在注意之男學生的書包、抽屜與置物櫃，在丙的書包中發現一個密封包裹，打開後發現裡頭有搖頭丸等毒品，在另一名學生戊的上鎖置物櫃內發現一把改造手槍。丙並在丁的質問下，供出毒品由乙提供。假設乙丙戊均滿十八歲，丁所獲得之毒品與槍，日後是否能作為三人之有罪判決的基礎？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生是否清楚掌握刑訴第 158 條之 4 之規範對象，及私人不法取證究竟有無證據能力之問題。
答題關鍵	本題首應確認丁是否屬於刑訴第 158 條之 4 規範對象，當否定後，則進一步探討私人不法取證之問題。
高分閱讀	金台大，刑訴總複習講義第一回，第 80~82 頁。【命中率 100%！】

【擬答】

(一)丁之取證行為應無刑事訴訟法（下稱本法）第 158 條之 4 之適用

- 1.丁打開丙書包中之「密封」包裹後，發現毒品，並打開戊的「上鎖」置物櫃而發現手槍，均屬於對於丙、戊隱私權之干預。然丁並無搜索票，亦不符本法無令狀搜索（即本法第 130、131 及 131 條之 1）之要件，故丁之搜索行為屬於違法搜索。
- 2.按除法律另有規定外，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。本題中，丁為搜索行為，雖係因甲打電話而起，但丁並未受到甲之指使、教唆，且丁亦非實施刑事訴訟程序之公務員，學說上認為憲法基本權條款之規範對象乃國家與私人之關係，而私人與私人之關係則否。進一步論之，私人並非證據排除法則所欲嚇阻之對象，因此，私人不法取證自無一般排除法則之適用。職事，丁上揭搜索行為雖不合法應係私人之不法取證，應無本法第 158 條之 4 之適用為是。

(二)私人不法取證究竟有無證據能力？

學說及實務上對於私人不法取證所取得證據之證據能力判斷，向有不同見解，分述如下：

1.甲說

原則上在私人非法取證之情形，若沒有法律明文排除證據之依據，法院不得逕予以排除，再者從抑制不法效果之觀點，亦認為私人違法取證原則上無庸排除證據。但例外於立法者已明確表示對於違法取證予以排除之意思者，則該違法取得之證據仍應予以排除。最高法院 92 台上字 2677 號判決似採此說。

2.乙說

參照最高法院 98 台上字 578 號判決意旨，刑事訴訟法上「證據排除原則」，係指將具有證據價值，或真實之證據因取得程序之違法，而予以排除之法則。偵查機關違法偵查蒐證適用「證據排除原則」之主要目的，在於抑制違法偵查、嚇阻警察機關之不法，其理論基礎，來自於憲法上正當法律程序之實踐，鑒於一切民事、刑事、行政、懲戒之手段，尚無法有效遏止違法偵查、嚇阻警察機關之不法，唯有不得已透過證據之排除，使人民於遭受國家機關非法偵查之侵害、干預，防止政府濫權，藉以保障人民之基本權，具有其憲法上之意義。此與私人不法取證係基於私人之地位，侵害私權利有別。蓋私人非法取證之動機，或來自對於國家發動偵查權之不可期待，或因犯罪行為本質上具有隱密性、不公開性，產生蒐證上之困難，難以取得直接之證據，冀求證明刑事被告之犯行之故。而私人不法取證並無普遍性，且對方私人得請求損害賠償或訴諸刑事追訴或其他法律救濟機制，無須藉助證據排除法則之極端救濟方式將證據加以排除，即能達到嚇阻私人不法行為之效果，如將私人不法取得之證據一律予以排除，不僅使犯行足以構成法律上非難之被告逍遙法外，而私人尚需面臨民、刑之訟累，在結果上反而顯得失衡，且縱證據排除法則，亦難抑制



私人不法取證之效果。是偵查機關「違法」偵查蒐證與私人「不法」取證，乃兩種完全不同之取證態樣，兩者所取得之證據排除與否，理論基礎及思維方向應非可等量齊觀，私人不法取證，難以證據排除法則作為其排除之依據及基準，應認私人所取得之證據，原則上無證據排除法則之適用。惟如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述，因違背任意性，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，例外地，應排除該證據之證據能力。

3. 小結

前揭二說各言之成理，然不論依何見解，本題中丁所獲得毒品跟槍枝均有證據能力。此乃因為倘採甲說，刑法中似無對丁之行為有何處罰規範，則丁之行為尚不在排除之列；而若採乙說，本題中，丁並未使用暴力或刑求，因此，亦無排除之理。

(三) 結論

綜上所述，丁所獲之毒品與槍並未遭否定證據能力，日後應可作為乙丙戊三人有罪判決之基礎。

二、甲涉嫌殺人而被警方合法逮捕。警察 A 認為本案一定有共犯，不過，甲堅稱係其一人所為。A 未經甲同意即察看甲被扣押之手機內簡訊，發現甲乙於案發前曾有多封以密語傳送之簡訊。A 認乙有犯罪嫌疑，即趕到乙住處，要乙到警局說明，乙未置可否，即隨 A 到警局。A 為怕打草驚蛇，以關係人身分詢問乙並記明筆錄，乙即陳述對其自身不利之事實。其後，A 將甲乙以殺人罪移送地檢署偵辦。檢察官 S 依刑事訴訟法第 95 條為權利告知後訊問乙，並提示乙於警局之筆錄，乙因而自白與甲共犯殺人。隨後甲乙以殺人罪共同被告被提起公訴。試回答下列問題：(25 分)

(一) 法官能否採用乙於警局之陳述作為乙有罪判決之證據？

(二) 法官能否採用乙對檢察官之自白作為乙有罪判決之證據？

命題意旨	本題旨在測驗考生能否判斷蓄意規避被告地位改以關係人地位詢問，所取得之陳述有無證據能力；及測驗考生對於嚇阻性法則之瞭解。
答題關鍵	第一小題除了引出實務見解外，亦應將學說上之看法加以闡述，如此答題，方屬完整；第二小題答題主軸應置於毒樹果實理論（嚇阻性法則）之闡述。
高分閱讀	1. 王兆鵬老師，刑事訴訟法講義，第五篇第二章自白法則，P363、P364。 2. 金台大，刑訴總複習講義第一回，P22、24、120、125。【命中率 100%！】

【擬答】

本題所涉爭點乃「蓄意規避被告地位改以關係人地位加以詢問，所取得之陳述有無證據能力」及「第一次違法取供後，第二次雖踐行法定程序後訊問，但第二次所取得之供述是否適用毒樹果實理論而無證據能力」，茲分別討論於下述二小題：

(一) 法院不得採用乙警局之陳述為乙有罪判決之證據

1. A 到乙處要乙到警局說明之行為並不合法

(1) 學說上認為國家機關雖未對人民的行動自由加以事實上之限制，但由於國家機關外在行為之表現，讓一般常人覺得無法自由離去時，亦應解釋為人身自由之拘束。

(2) 依題示，乙在未置可否之情形下，隨 A 到警局，一般常人遇到警察之要求，通常難以抵抗，故本題中可認為由於 A 之行為表現，已令乙覺得無法自由離去，此時 A 已對乙構成人身自由之拘束。但 A 並未取得拘票，乙亦無現行犯或通緝犯之情事，故 A 到乙處要乙到警局說明之行為並不合法。

2. 依題示，A 已認乙「有犯罪嫌疑」，為「怕打草驚蛇」，以「關係人」身分詢問乙並記明筆錄，顯係蓄意規避犯罪嫌疑人（即被告）之地位而詢問，基此所取得之供述，學說及實務見解均認為無證據能力，分述如下：

(1) 實務見解

最高法院 92 年台上字第 4003 號判決認為：「刑事被告乃程序主體者之一，有本於程序主體之地位而參與審判之權利，並藉由辯護人協助，以強化其防禦能力，落實訴訟當事人實質上之對等。又被告之陳述



亦屬證據方法之一種，為保障其陳述之自由，現行法承認被告有保持緘默之權。故刑事訴訟法第 95 條規定：「訊問被告應先告知左列事項：一、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。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。四、得請求調查有利之證據。」此為訊問被告前，應先踐行之法定義務，屬刑事訴訟之正當程序，於偵查程序同有適用。至證人，僅以其陳述為證據方法，並非程序主體，亦非追訴或審判之客體，除有得拒絕證言之情形外，負有真實陳述之義務，且不生訴訟上防禦及辯護權等問題。倘檢察官於偵查中，蓄意規避踐行刑事訴訟法第 95 條所定之告知義務，對於犯罪嫌疑以證人之身分予以傳喚，命具結陳述後，採其證言為不利之證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使，尤難謂非以詐欺之方法而取得自白。此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除。」

(2) 學說見解

依正當程序理論而言，實施刑事訴訟程序之公務員，有遵守法律之義務。如本題中已認為乙有犯罪嫌疑，卻以關係人身分詢問，規避第 95 條法律規定，此時已侵犯法的正義感，違反正當程序，應排除證據。

(3) 綜上，無論實務或學說見解均認為本題中乙之警詢筆錄應予以排除。

3. 小結

據上論結，乙之警詢筆錄既無證據能力，法院便不得採用乙警局之陳述為乙有罪判決之證據。

(二) 法院不得採用乙對檢察官之自白作為有罪判決之證據

1. 學說上認為自白之動機複雜，是否為先前非法行為之產物，亦即，有無毒樹果實之適用，較難判斷。惟只要在客觀上，自白乃利用先前非法行為的產物或與先前非法行為有關，即應適用毒樹果實原則，否定自白之證據能力，以達到徹底嚇阻非法行為之目的。

2. 本題中，檢察官於訊問前，雖已踐行告知義務，然而，乙遭移送乃因先前警察違法詢問及違法拘束人身自由所致，且檢察官訊問時，尚有提示乙先前警局筆錄，職是，客觀上應可認定乙對檢察官之自白與先前非法行為有關，為貫徹嚇阻非法行為之目的，乙對檢察官之自白，應依毒樹果實理論，否定證據能力。

3. 小結

本案在查無符合毒樹果實理論例外之情形下，綜合上述，乙對檢察官之自白，依毒樹果實理論而無證據能力，法院不得採用乙對檢察官之自白作為有罪判決之證據。

三、某甲於民國 98 年 3 月間，駕駛營業用大貨車載送貨物途中，不慎與機車騎士乙發生擦撞，致乙重傷倒地。甲見狀，為脫免法律責任，竟加速逃離現場，惟不久旋被警察查獲。案經檢察官以被告甲違反刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪提起公訴。法院審理結果認定被告肇事逃逸犯行明確，諭知有罪判決。該項有罪判決確定後，因被害人乙未能與甲達成和解，且檢察官認為法院對甲肇事逃逸之犯行量刑過輕，遂於合法之告訴期間內，另依據被害人乙之告訴，以被告甲違反刑法第 284 條第 2 項業務過失致重傷罪，向法院提起公訴。試問甲之辯護人如何為最有利之辯護？（25 分）

命題意旨	本題乃在測驗考生是否清楚一部有罪既判力及於全部之觀念。
答題關鍵	本題因題目所示罪名應係想像競合犯關係，故可先闡明單一案件之要件，再加以涵攝後，引用最高法院 67 年第 10 次決議以為佐證，令既判力及於業務過失致重傷罪，最後得出最佳辯護策略即為請求法院諭知第 302 條免訴判決。
高分閱讀	1. 金台大，刑訴講義第二回，第 103 頁。 2. 金台大，刑訴總複習講義第一回，第 28 頁。

【擬答】

辯護人之設計乃為達成公平審判及當事人間之武器平等，如最高法院 96 台上 5673 號判決所示：「辯護人基於為被告利益及一定公益之角色功能，自應本乎職業倫理探究案情，搜求證據，盡其忠實辯護誠信執行職務之義務。」故辯護人應尋求對被告最有利之辯護。本題中最有利之辯護策略，探討如下：

(一) 甲之辯護人應可主張檢察官起訴之業務過失致重傷罪已為既判力所及，請求法院諭知刑事訴訟法（下稱本法）第 302 條免訴判決

1. 按案件是以具體刑罰權為對象，在實體法上若為一個刑罰權（一罪），在訴訟法上則為一個訴訟客體，具



有「不可分」的性質。

2. 復按單一被告之單一犯罪事實即屬單一案件，本題中，前後二案之被告均為甲，乃單一被告，固屬無疑。而判斷是否為單一犯罪事實，實務上認為「一罪」即為單一犯罪事實，一罪則包含單純一罪、實質上一罪及裁判上一罪，其中裁判上一罪依 95 年修正後之刑法，即指想像競合犯。
3. 本題中，若後訴法院認為甲係一行為觸犯刑法第 185 條之 4 及第 284 條第 2 項，則肇事逃逸罪與業務過失致重傷罪乃想像競合犯關係，屬裁判上一罪，復因被告係甲一人，本題所示即屬單一案件。
4. 按一行為僅應受一次審判之原則，最高法院著有 67 年第 10 次刑庭決議。而本題中，肇事逃逸罪與業務過失致重傷罪既為一行為所造成，刑法第 185 條之 4 業經法院判決有罪確定產生既判力，依上揭一行為僅受一次審判之原則，既判力亦及於業務過失致重傷罪部分。準此，甲之辯護人應向法院主張業務過失致重傷罪已為前案既判力所及，請求法院諭知本法第 302 條免訴判決。

(二) 結論

據上論結，甲之辯護人若向法院主張業務過失致重傷罪已為前案既判力所及，請求法院諭知本法第 302 條免訴判決，應屬對甲最有利之辯護。

四、檢察官以甲、乙共犯搶奪罪，將渠等起訴。乙於法院審理時，表明願意接受有期徒刑一年之處罰，且可配合檢察官出庭作證證明甲共同參與搶奪之犯罪事實，檢察官即與乙及其辯護人就上述事項達成協議，並據此向法院聲請改行協商程序而為判決。嗣乙於甲之案件審理時，對甲之涉案情形證稱記憶不清。檢察官以乙違反其與檢察官之協議，而撤回協商之聲請，惟法院以檢察官既已與乙達成認罪及刑度協商之合意，故仍對乙為訊問，並告以所認罪名、法定刑度及所喪失訴訟權利而為協商判決。檢察官遂以其已撤回協商之聲請，法院依法不得對乙為協商判決為由而提起第二審上訴。高等法院認為乙配合擔任證人證明甲犯罪，並非刑事訴訟法所定之檢察官得與被告協商事項，檢察官撤回協商聲請不生效力，檢察官之上訴理由於法無據，視同未敘述具體理由，故未經言詞辯論，即以上訴不合法而判決駁回。試問：(25 分)

(一) 第一審協商判決有無違誤？

(二) 第二審法院之判決有無違背法令？

(三) 檢察官不服第二審判決，得否提起第三審上訴？

【擬答】

命題意旨	本題乃在測驗考生對於開啓協商程序之要件、撤回協商聲請之要件及協商程序之上訴程序是否有充分的瞭解。
答題關鍵	第一小題應著重於法條的妥善運用；第二小題則可點出本題爭點，即可否以作證作為協商內容及上訴第二審應具具體理由之判斷；第三小題則應將學說上對於協商程序上訴之批評意見引出，令答案更形完整。
高分閱讀	1. 金台大，刑訴講義第六回，第 111、115、118 頁。 2. 金台大，刑訴總複習講義第二回，第 25、27、頁。

【擬答】

(一) 第一審之協商判決應有違誤

1. 按被告違反與檢察官協議之內容時，檢察官得於刑事訴訟法（下稱本法）第 455 條之 3 第 1 項告知程序終結前，撤回協商程序之聲請，本法第 455 條之 3 第 2 項定有明文。檢察官如撤回協商程序之聲請，法院不得為協商判決，此於本法第 455 條之 4 第 1 項第 1 款亦有規定，合先敘明。
2. 本題中，乙所涉犯搶奪罪法定本刑係六月以上五年以下有期徒刑，符合本法第 455 條之 2 所設死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件以外之罪之要件。另，乙請求一年有期徒刑，及乙在表示求刑意見時有辯護人協助進行協商，與本法第 455 條之 4II 之要件及第 455 之 5 規範意旨亦無不合。
3. 惟，乙與檢察官之協議內容，包含願意出庭證明甲之共同搶奪犯行，嗣乙卻證稱甲之部分記憶不清，已違



反與檢察官之協議，且法院尚未踐行本法第 455 條之 3 第 1 項之告知程序，檢察官自得依本法第 455 條之 3 第 2 項規定撤回協商程序之聲請。

4. 依前述，檢察官既已撤回協商程序之聲請，則依本法第 455 條之 4 第 1 項第 1 款規定，法院不得為協商判決，並依本法第 455 條之 6 規定裁定駁回，然第一審法院卻仍為協商判決，該判決似難謂無違誤之嫌。

(二) 第二審法院之判決應係違背法令

1. 本題爭點之一，乃在於檢察官能否以被告配合擔任證人作為與被告協商之內容？對此，學說多採肯定看法，認為自法條文字以觀，本法第 455 條之 2 謂「合意」，而第 455 條之 3 謂「協議」，其不同仍在「協議」包含法定事項以外之協商合意。另有認為法未明文禁止，只要被告自願性同意，即無禁止之理。
2. 承上，本題中，乙既與檢察官協議，願擔任證人證明甲之犯罪，卻未履行，檢察官自得撤回協商之聲請，第一審法院亦不得為協商判決。第一審法院誤為協商判決後，檢察官以法院依法不得為協商判決為由提起第二審上訴，符合本法第 455 條之 10 第 1 項但書之規定。
3. 另按「不服地方法院之第一審判決而上訴者，應向管轄第二審之高等法院為之。上訴書狀應敘述具體理由。」本法第 361 條定有明文。而依最高法院 97 年台上字 236 號判決要旨：所稱「具體理由」，係指須就不服之判決為具體之指摘而言，如僅泛稱原判決認事用法或量刑不當、採證違法、判決不公等，均非具體理由（參見法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第一六二點）。是倘上訴理由就其所主張第一審判決有違法或不當之情形，已舉出該案相關之具體事由足為其理由之所憑，自非徒托空言或漫事指摘，縱其所舉理由經調查結果並無可採，要屬上訴有無理由之範疇，尚難遽謂未敘述具體理由。
4. 本題中，檢察官指出其已撤回協商聲請，法院依法不得為協商判決，已舉出該案相關之具體事由足為其理由之所憑，高等法院應依本法第 455 條之 10 第 3 項撤銷原判決並發回第一審法院更為審判；詎高等法院卻認為檢察官未敘述具體理由，而逕以上訴不合法駁回，似難謂為的論，第二審法院之判決應有違背法令之處。

(三) 檢察官不服第二審判決，能否提起第三審上訴

1. 依本法第 455 條之 11 第 1 項規定，協商判決之上訴，除本編有特別規定外，準用第三編第一章及第二章之規定。質言之，協商程序之上訴程序規定係準用上訴通則及第二審上訴之規定。從而，學說上認為協商程序應係採二級二審之制度，不得上訴第三審。
2. 倘依上開學說見解，則本題中第二審法院之判決雖有違誤，但因協商程序係二級二審，第二審法院判決後即告確定，自無上訴第三審之可能。換言之，檢察官不得提起第三審上訴。
3. 惟對於上開違法之情事，卻不得提起第三審上訴，學說上有所批評，認為對於重大違法判決禁止人民以通常程序救濟，卻需於以非常上訴救濟之，豈非捨近求遠？亦值傾聽。

