

# 《刑事訴訟法》

- 一、甲於親友間宣稱，其於某時某地曾親睹乙殺死 A 等語，丙聞及此事並不以為意。嗣乙經人舉發殺人之事，檢察官偵查後。依相關之證據及甲在偵查中之證言，認乙有殺死 A 之罪嫌，乃予提起公訴。法院審理時，適甲出國未歸，檢察官為證明乙確有殺死 A 之事實，遂舉丙其人為證，法院傳喚丙到庭，經具結後證稱：『確有聽到甲曾經說他於某時某地親眼見到乙殺害 A』云云。問：丙之此一證述，就上開檢察官所欲證明之事實言，究竟有無證據能力？試就法理詳予說明。（25 分）

命題意旨	測驗考生對於今年甫增訂之傳聞法則之理解。
答題關鍵	丙之證述屬傳聞供述，乃傳聞證據之一種，依照今年增訂之一百五十九條第一項傳聞法則之精神，不具有證據能力。 甲於偵查中之證言，若係於檢察官訊問時所為，依今年新增訂之一五九條之一第二項之規定，除顯有不可信之情況外，得為證據。若係於檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問時所為者，依今年新增訂之一五九條之三之規定，於一定情況下得為證據。
參考資料	1.林鈺雄，刑事訴訟法（上），頁四二四至四四二。 2.王兆鵬，刑事訴訟法講義（二），頁二四五至二七三。 3.月旦法學教室第 9 期，何賴傑：傳聞法則下證人陳述之證據能力。
高分閱讀	1.92 高點律師考場寶典第 13 題，相似度 40%！ 2.高點專用講義（厚本） 刑訴第二回，P.169；P.196 專題討論。 3.法觀人月刊第 69 期，P.38：傳聞法則之操作。 4.法觀人月刊第 74 期，P.23：（三）限於陳述人不能出庭作證之傳聞例外。

## 【擬答】

依照民國九十二年新修正公布之刑事訴訟法第一百五十九條第一項規定：「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。」立法理由明言係「酌採」英美法上之「傳聞法則」，亦即除有特別規定外，傳聞證據不具有證據能力，不得採為裁判之基礎。其理由在於傳聞證據一方面剝奪對造當事人之反對詰問權，另一方面法院無從為直接審理，同時該等未經具結之證言欠缺可靠性之擔保，故不宜採為證據。依此，舉凡「傳聞供述」（證人轉述他人目睹之事實）或「證據書類」（於法庭外製作之證人陳述書、筆錄、錄音帶等），皆不具有證據能力，合先敘明。

依題意，檢察官為證明乙確有殺人事實，遂舉曾經聽聞原始證人甲陳述之丙為證，丙於法庭上具結後證稱：「確有聽到甲曾經說他於某時某地親眼見到乙殺害 A」，該段陳述由於並非出於丙之親身見聞，係轉述原始證人甲之陳述，故係「傳聞供述」，乃「傳聞證據」之一種，依傳聞法則之精神，該等陳述原則上不得作為證據，即不具有證據能力。其理由在於一方面剝奪了被告乙對原始證人甲之反對詰問權；另一方面法院對於原始證人無從進行直接審理，違背直接審理原則；同時該原始證人於法庭外陳述時未經具結，其陳述之真實性頗值存疑。

惟本題中原始證人甲出國未歸，得否構成傳聞法則之例外？析述之：

（一）倘原始證人甲係於檢察官訊問時陳述：依今年增訂之一百五十九條之一第二項規定：「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。」亦即，除非甲於檢察官訊問時之陳述有顯不可信之情況，否則得將「甲」於檢察官訊問時之陳述直接採為證據。然而並非將「丙」之轉述作為證據。

（二）倘原始證人甲係於檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問時陳述：依今年增訂之一百五十九條之三規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。」今由於甲出國未歸，可能符合前述情況而得例外地將「甲」之陳述作為證據，然亦非將「丙」之轉述作為證據。

綜上所述，依照今年增訂之傳聞法則之精神，丙之證述由於係屬傳聞證據，除非經當事人同意作為證據，且法院審酌後認為適當（刑訴一五九之五），否則並不具有證據能力，法院不得將丙之證述逕採為裁判之基礎。惟有學者認為，由於今年修法後我國係邁進「直接審理原則與傳聞法則併行」的雙頭馬車時代，本題中之親自出庭的傳聞證人之證詞，依「傳聞法則」固應排除適用，但依「直接審理原則」卻不當然排除；且自本法第一百五十九條第一項之文義，亦無法直接解讀出該親自出庭之傳聞證人之證詞不得作為證據之結論，故該等證述究有無證據能力，實不無疑問。

- 二、某甲於台北市內，以概括犯罪之意思，先後對其兒子某乙，以及向某乙分租房間的某丙竊盜既遂。某丙握有某甲竊盜行為全程之錄影帶，於是委任律師針對自己被竊之事實，向台灣台北地方法院自訴某甲竊盜。試問某丙所提本件之自訴，其效力如何？台灣台北地方法院應為如何之判決？（25 分）

命題意旨	測驗考生對於刑事訴訟法第三百十九條第三項規定之理解。
答題關鍵	實質上或裁判上一罪，其一部因本法第三百二十一條之情形不得自訴時，依同法第三百十九條第三項規定，全部皆不得自訴。惟有不同見解存在。
參考資料	1.林鈺雄，刑事訴訟法（下），頁一四四至一四五。 2.林俊益，刑事訴訟法概論（下），頁一七九至一八一。

高分閱讀	1.高點專用講義(厚本) 刑訴第三回, P.46: 自訴不可分, P.50, 相似度 80%! 2.法觀人月刊第 41 期, P.36: 自訴之限制。 3.高點徐政大老師刑訴上課補充講義, 第八回, 頁五之例題。
------	--

## 【擬答】

依照刑事訴訟法第三百十九條第三項規定：「犯罪事實之一部提起自訴者，他部雖不得自訴亦以得提起自訴論。但不得提起自訴之部分係較重之罪，或其第一審屬於高等法院管轄，或第三百二十一條之情形者，不在此限。」依此，實質上或裁判上一罪之一部因本法第三百二十一條之情形不得自訴時，即使他部得為自訴，仍然全部皆不得自訴。此係基於單一性案件之不可分性所為之規定，合先敘明。

依題意，某甲基於概括之犯意，連續竊盜其子乙與向乙分租房間之丙之財物，由於連續犯依刑法第五十六條之規定係以一罪論，故屬「裁判上一罪」，乃「單一性案件」。今丙委任律師針對自己被竊之事實，向台灣台北地方法院自訴某甲竊盜，其效力為何？析述之：

- (一)就自訴效力範圍而言：雖丙僅針對自己被竊之事實向台北地院起訴，然而依本法第三百四十三條準用第二百六十七條規定之結果，對單一性案件一部犯罪事實起訴者，效力及於全部，故起訴效力同時及於甲對其子乙行竊之部分。惟甲、乙具直系血親關係，依刑法第三百二十四條第二項之規定，甲竊取乙財物之犯行須告訴乃論，故若乙未曾提出告訴，則訴追條件不備，起訴效力將不及於該部分之犯罪事實，乃屬當然。
- (二)就自訴合法性而言：由於甲係乙之直系血親尊親屬，依本法第三百二十一條之規定，乙對甲不得自訴。今連續犯之一部犯罪事實因本法第三百二十一條之規定而不得自訴，則依本法第三百十九條第三項但書之規定，全部皆不得自訴。故丙所提之自訴，並不合法。

綜上，由於丙係不得自訴而提起自訴，法院不得為實體裁判，而應依第三百三十四條諭知自訴不受理判決。惟如此一來，似不當剝奪被害人丙之自訴權益，實務上曾有見解持相反看法，認為本題中之乙、丙兩人均為犯罪之直接被害人，並非「不得提起自訴」，應無本法第三百十九條第三項規定之適用，丙之自訴並不因乙是否自訴而受影響，法院應依法為實體判決者（司法院八四 四 一三廳刑 第 0 七二六 0 號函），殊值傾聽。

三、某雜誌社主編甲，涉嫌觸犯刑法第一百零九條第一項之洩露國防秘密罪，經高等法院檢察署檢察官偵查終結，向高等法院提起公訴，法院受理案件後即為被告指定律師乙為被告義務辯護，審判期日，甲到庭拒絕陳述，法院遂不待其陳述逕行辯論，甲突然憤而退庭，法院於甲退庭後，對乙告知，被告所為可能觸犯刑法第一百三十二條之洩露國防以外秘密罪，乙則表示辯護意旨詳如辯護意旨狀，惟始終未見提出辯護意旨狀，法院宣示辯論終結，並如期宣判，以被告觸犯洩露國防以外秘密罪判處有期徒刑拾月，試問判決所踐行之訴訟程序是否適法，理由何在？（25 分）

命題意旨	本題似為林鈺雄老師所出，其意旨在於測試考生對新修正法條，以及變更起訴法條程序與強制辯護等刑事訴訟法基本概念之熟悉程度。
答題關鍵	應掌握之基本重點有：1.法院訊問被告之順序。 2.變更起訴法條程序之告知義務。 3.適用強制辯護之情形以及實質辯護。
參考資料	林鈺雄，刑事訴訟法（上），二年初版，第一七八頁至第一八一頁。
高分閱讀	1.高點專用講義(厚本) 刑訴第三回, P.109: (二) 不待其陳述而為判決。 2.高點刑事訴訟法講義第三回，第一一九頁。 3.法觀人月刊第 68 期, P.32, 相似度 40%！

## 【擬答】

於本題中，判決所踐行之訴訟程序並非適法，理由如下：

- (一)法院於被告缺席之情況下進行審理，是否適法？

按刑事訴訟法（下稱同法）第三百零五條規定：「被告拒絕陳述者，得不待其陳述逕行判決；其未受許可而退庭者亦同。」依題意，於本件審判期日被告甲到庭後拒絕陳述，且於法院逕行辯論後憤而退庭，依前開規定，法院自得不得其陳述而為審判。就此而言，法院於被告缺席之情況下進行言詞辯論之程序，並無違法可言。

- (二)法院未踐行變更起訴法條程序之告知義務：

法院將檢察官起訴之洩露國防秘密罪，變更為洩露國防以外秘密罪，雖係從重罪變更為輕罪，惟依學者之見解，法院仍應踐行變更起訴法條程序：告知變更起訴法條、踐行變更起訴法條後之調查證據及辯論程序、將變更起訴法條之旨載明於判決書，以保障被告之防禦權及避免突襲性裁判。且依同法第二八七條：「檢察官陳述起訴要旨後，審判長應告知被告第九十五條規定之事項。」第九十五條第一款：「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。」之規定，故告知變更起訴法條應向被告為之。於本題中，法院僅將變更起訴法條之旨向辯護人乙告知，而未告知被告甲，難謂已踐行變更起訴法條程序中之告知義務，而違反上述法條之意旨，且依最高法院見解，未踐行罪名變更之告知義務已構成判決違背法令，非僅訴訟程序違法而已（八七台上四一四 0 判決、八七台上四三四二判決參照）。

- (三)被告實質上未受強制辯護之保障：

同法第三十一條第一項前段規定：「 高等法院管轄第一審案件 ，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護。」第三七九條第七款規定：「有左列情形之一者，其判決當然違背法令：七、依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者。」於本題中，法院將檢察官所起訴高等法院有第一審管轄權之洩露國防秘密罪，變更為高等法院無第一審管轄權之洩露國防以外秘密罪，雖係從強制辯護案件變更為非強制辯護案件，惟依學者之見解，只要訴訟程序任何一階段之罪名為強制辯護案件，皆應受強制辯護之保障。於本題中，檢察官既係以強制辯護案件之罪名起訴，被告甲即應受強制辯護之保障，辯護人乙雖表示辯護意旨詳如辯護意旨狀，惟始終未提出辯護意旨狀，等同於未為實質上之辯護，法院於此情形下仍逕行審判，應違反上述法條之意旨，構成判決當然違背法令之事由（最高法院六八台上—0四六判例、同院九十一年第八次刑事庭會議決議參照）。

(四) 法院誤未諭知管轄錯誤判決並移送第一審管轄法院：

同法第三 四條規定：「無管轄權之案件，應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院。」第四條規定：「地方法院於刑事案件，有第一審管轄權。但左列案件，第一審管轄權屬於高等法院：一、內亂罪。二、外患罪。三、妨害國交罪。」又學者認為，事物管轄必須自始至終存在，且被告之審級利益應受保障。於本題中，於檢察官以洩露國防秘密罪之外患罪起訴被告甲時，高等法院有事物管轄權；惟於判決時，因已變更起訴法條為洩露國防以外秘密罪之瀆職罪，故法院成為無事物管轄權之狀態，為保障被告之審級利益，法院最後應諭知管轄錯誤判決，並將該案移送該管第一審地方法院，而竟仍為有罪之實體判決，應違反上述法條之意旨，構成同法第三七九條第四款之判決當然違背法令事由。

(五) 結論：

綜上所陳，於本題中，判決所踐行之訴訟程序有未踐行變更起訴法條程序之告知義務、被告實質上未受強制辯護之保障以及誤未諭知管轄錯誤判決並移送第一審管轄法院之違法情事，而難謂為適法。

四、檢察官以張三涉嫌於民國九十二年一月十五日意圖販賣而持有第一級毒品，而依毒品危害防制條例第五條第一項之意圖販賣而持有第一級毒品罪嫌，提起公訴。法院經審理結果，認為張三尚無販賣之意圖，但於持有中有運輸之行為，係觸犯同條例第四條第一項之運輸第一級毒品罪。於此情形，法院應如何裁判？（13分）？是否有變更起訴法條之問題（12分）請說明之。

命題意旨	本題似為實務界所出之傳統題型，其意旨在於測試考生對事實同一性以及變更起訴法條之判斷基準等基本概念之熟悉程度。
答題關鍵	應掌握之基本重點有：1.事實同一性之判斷基準。 2.變更起訴法條之判斷基準。
參考資料	1.林鈺雄，刑事訴訟法（上），第二三四頁至第二四 頁。 2.林俊益，刑事訴訟法概論（上），第一三六頁至第一五0頁。
高分閱讀	1.92 高點律師考場寶典第11 題第一小題，相似度 50 %！ 2.高點專用講義（厚本）-刑訴第三回 P.115 119。 3.法觀人月刊第 68 期，P.34。 4.高點刑事訴訟法講義第一回，第一八六頁至第一八九頁。

【擬答】

- (一) 1.於本小題中，應探討者為，檢察官所起訴毒品危害防制條例（下稱同條例）第五條第一項之意圖販賣而持有第一級毒品罪之犯罪事實，與法院所認定同條例第四條第一項之運輸第一級毒品罪之犯罪事實，是否具有同一性，若具有事實同一性，法院應諭知張三成立同條例第四條第一項之運輸第一級毒品罪之有罪判決；若不具事實同一性，依刑事訴訟法（下稱同法）第二六八條：「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」之規定，法院即不得諭知上述判決，否則為訴外裁判之無效判決，而應諭知張三無罪之判決，另依同法第二四一條：「公務員因執行職務知有犯罪嫌疑者，應為告發。」之規定，向檢察官告發張三有同條例第四條第一項之運輸第一級毒品罪之犯罪事實。
- 2.依實務及學說之見解，判斷前揭二犯罪事實是否具有同一性之基準有許多，主要有「基本事實同一說」、「法律事實同一說」兩說。「基本事實同一說」認為，只要成立犯罪之基本社會事實同一，即具有事實同一性，係以社會事實是否同一為準；「法律事實同一說」認為，須「訴之目的」及「侵害性行為之內容」屬同一，始具有事實同一性，亦即需考慮犯罪所保護之法益以及犯罪行為之態樣以為認定。
- 3.如依基本事實同一說，前揭二犯罪事實之基本社會事實同一，因同為毒品犯罪；惟如依法律事實同一說，「持有」與「運輸」其行為態樣有別，即「侵害性行為之內容」並不相同，似非同一事實；職故，如依前說，法院應諭知張三成立同條例第四條第一項之運輸第一級毒品罪之有罪判決；如依後說，法院應諭知張三意圖販賣毒品而持有毒品「無罪」之判決，並將其運輸毒品犯行移送檢察署另行偵查。
- (二) 1.於討論是否有變更起訴法條之問題前，須具備事實同一性之前提，若不具有事實同一性，法院即應為無罪判決，根本無須討論應否變更起訴法條。如第一小題所述，倘依基本事實同一說，本案具有事實同一性，故上述前提應已具備。倘依法律事實同一說，由於運輸與持有並非同一事實，法院不得變更法條而為審判，自不生變更法條之問題。
- 2.於學說及實務上，在事實同一下，若法院與檢察官所適用之法條有別，應否變更起訴法條，其基準有三說：「同章說」、「同條說」、「同項款說」。於本題中，毒品危害防制條例並無分章之問題，故「同章說」於此並不適用；且檢察官所適用之同條例第五條第一項之意圖販賣而持有第一級毒品罪，與法院所適用之同條例第四條第一項之運輸第一級毒品罪，既非同條，更非同項款，故不論依「同條說」抑或「同項款說」，皆應變更起訴法條。職故，如依基本事實同一說，法院應於諭知張三有罪之同時，依同法第三 條：「前條之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條。」

之規定，於判決中載明變更起訴法條之旨。

3. 綜上，如依基本事實同一說，本題情形應有變更起訴法條之問題，法院應於踐行變更法條之程序後，於判決中引用第三百條規定以變更起訴法條；惟如依法律事實同一說，由於法院應諭知無罪判決，自不生變更法條之問題。