

《刑訴》

（一）刑事訴訟法關於被告之訊問程序及方法有那些規定？違反該規定在法律上有何效果。（25分）

命題意旨	本題為修正刑事訴訟法後測試考生對法規之認識與運用之考題，也是程序法與證據法的綜合性考題。
答題關鍵	應掌握之重點有： <ol style="list-style-type: none"> 1. 刑訴對被告訊問之規定及方法 2. 違反該規定在程序法上之效力 3. 違反該規定取得證據之效力
參考資料	<ol style="list-style-type: none"> 1. 本題為高點凌台大老師八十八年十一月二十四日專題講座之題目 2. 最高法院八十七年台上字四四八四號判決

【擬答】

一、被告訊問之意義

被告之訊問乃向被告訊問，使其陳述事實；我國通常程序採言詞審理主義，凡訊問及乘數事實均應以言詞為之，不得以書狀代替。

二、訊問主體

偵查中由檢察官為之、審判中由審判長、壽命法官、受託法官為之。

至於司法警察官員，雖無訊問之權限，惟依刑事訴訟法第七十一條之一及增訂後刑訴第一百條之二之規定，得因調查之必要，詢問犯罪嫌疑人，且其詢問準用訊問之規定。

三、訊問之程序與方法並違反該規定取得自白之證據法上效果

1. 刑訴第九十四條規定，訊問被告應為人別訊問

(1)違反之程序法上效果 - 人別訊問之目的在於確定被告身分、以免誤訊。故倘訊問者於訊問前為踐行人別訊問之程序，逕行為案件實體之訊問，致無從斷定國家具體刑罰權之行使對象是否正確，其程序自屬違背法令，且顯然影響原判決，應得作為上訴第三審之事由。

(2)違反規定之證據法上效果 - 實務未見此等見解，惟，未為人別訊問、案件主體無從確定，所得自白應認不具有證據能力。

2. 刑訴第九十五條第一項，訊問被告應告知所犯法條、有變更者應再告知。

(1)違反之程序法上效果 - 依最高法院八十四年台非字第四七號判決，未告知或再告知被告所犯罪名，係侵害被告訴訟上防禦權，判決顯屬違誤，得上訴於地三審、及提起非常上訴。

(2)違反規定之證據法上效果 - 此有爭議者，而實務尚未有明顯見解。惟多數學者對以此否定被告自白之任意性，持懷疑態度。

• 刑訴第九十五條第二項，訊問被告應告知得保持緘默

(1)違反之程序法上效果 - 告知得保持緘默，為被告重要之受告知權，未為此告知，屬訴訟程序違背法令而影響原判決，應得上訴第三審。

最高法院八十七年台上字四四八四號判決謂，刑訴九十五條之規定，係被告行使防禦權之基本前提，法院審判刑事案件尚未踐行上開告知程序，非但違反刑事訴訟之規定，亦抵觸憲法第八條之規範，其審判程序自難謂為適法。

(2)違反之證據法上效果 - 實務雖未有具體見解，然受告知緘默權，係被告行使緘默之基本前提，基於自白之任意性與人權之保障，學說一致肯認此種自白應認為不具有任意性。

- 刑訴第九十五條第三項，訊問被告應告知得選人辯護人

(1)違反之程序法上效果 - 依八十七年台上字四四八四號判決，其判決違背法令。

(2)違反之證據法上效果 - 雖最高法院曾有七十二年台上字一三三二號判例，認倘被告之自白仍具有任意性，則此種告知義務之違反，不會導致自白證據能力之喪失。惟，學者對此持不同意見。辯護權為被告防禦權之重要內容，受告知選任辯護人為被告擁有辯護權之前提，是以，此種違反學者咸認所得之自白無任意性、無證據能力。

- 刑訴第九十五條第四項，訊問被告應告知得請求調查有利證據

(1)違反之程序法上效果 - 一八十七年四四八四號判決，該判決為違背法令。

(2)違反之證據法上效果 - 雖係告知義務之違反，惟對被告人權妨害未若前二者，學者多認尚不至影響自白之任意性。

- 刑訴第九十八條，訊問被告應出於懇切態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正方法

(1)違反之程序法上效果 - 訴訟程序違背法令而顯然影響原判決

(2)違反之證據法上效果 - 依刑訴第一五六條規定，此種自白無任意性，不得作為證據。

- 刑訴增訂之一百條之一，訊問被告應全程連訊錄音，必要實應全程連續錄影。

(1)違反之程序法上效果 - 訴訟程序違背法令，但須視其是否影響原判決

(2)違反之證據法上效果 - 目前對此種自白之證據能力仍有爭議，惟管見認此種錄音錄影之規定，僅為配合訊問之其他規定、輔助確保自白任意性而存在，屬技術性之規定，與被告之訴訟上權利無直接影響。似不應僅以未全程連續錄音為由，否定自白之任意性。

- 刑訴第一百條之三，司法警察除有例外情形，不得對犯罪嫌疑人为夜間訊問

(1)違反之程序法上效果 - 訴訟程序違背法令，須視是否影響原判決

(2)違反之證據法上效果 - 除目前台北地院做出否定證據能力之判決（上訴中、未確定），學者咸認，夜間詢問禁止規定之違反，係一種疲勞訊問，所得之自白基於任意性之保障，應認無證據能力。

- 其他訊問之規定：第九十六條，訊問被告應與以辯明犯罪之機會，如有辯明，應命就始末連續陳述，其陳述有利之事實，應命指出證明之方法。第九十七條之被告分別訊問與對質，第九十九條特殊被告之訊問，第一百條的訊問之筆錄記載等規定，倘違反，尚不致使被告之自白喪失證據能力；至於程序上之效果，則應視具體情形是否影響判決而定。

二、起訴之被告為 A，審判中 B 冒 A 之名到案受審，法院未察，率行辯論終結，而為 A 有罪之判決。問：此項判決對於 A 與 B 之效力各如何？應如何補救？試分別說明之。（25 分）

命題意旨	本題在測試考生對訴訟主體錯誤的案件應如何處理，係實務性質之考題
答題關鍵	此題為冒名頂替之情形，分別討論公訴及判決對於 A、B 二人之效力

參考資料	<ol style="list-style-type: none"> 1. 凌台大老師上課補充講義第五回，頁 2-3 2. 院字五六九號解釋
------	------------------------------------------------------------------------------------------------

【擬答】

一、公訴的效力

訴訟主義下，無訴即無裁判。訴的效力對每一被告、每一犯罪事實而發生。

二、被告之確定

何人為檢察官所指之被告有下列判斷標準：

1. 表示說 - 以起訴狀所記載之被告為準
2. 行動說 - 以實際上以之為被告而對其實施訴訟行為者為準
3. 意思說 - 以檢察官實質上欲以之為被告者為準

目前刑訴第二六六條、實務及學者基於法之安定性與人權之保障，多以表示說為原則；惟，在於少數例外時（如真正犯罪人冒他人之名，致檢察官對之以錯誤之名稱起訴，而該犯罪行為人仍出庭應訊，僅判決主文之被告姓名有誤之情形），為求訴訟之經濟，酌採行動說。

三、題示情形解析

起訴之被告為 A，審判中 B 稱己為 A，冒 A 名到案受審，法院以 B 實施訴訟行為，但被判決之對象仍為 A，該判決對 A、B 之效力析述如下：

1. 判決對 A 之效力 - 該判決違背法令，為確定者、應上訴救濟，已確定者，應對之提起非常上訴。
 - i. A 為訴狀所載之被告，故，案件非未經起訴之案件，A 亦受起訴效力之所及。
 - ii. 惟，A 自起訴後，均未到庭受審；我國審理採言詞審理主義，A 未具特別例外情形卻未到庭即受判決，該判決有刑事訴訟法第三七九條第六款、被告未於審判期日到庭而審判之違法，應由上級審撤銷改判。可參考司法院院字第五六九號解釋。
2. 判決對 B 之效力 - 該判決對 B 不生效力，惟 B 之頂替罪，應另函送檢察官偵查起訴。
 - i. B 非起訴狀所只之被告，依刑訴第二六六條，起訴效力不及於檢察官所指被告以外之人，B 非本案之被告，不受起訴效力之所及，該判決自不對其生效。
 - ii. 惟，B 冒 A 名，頂替 A 到庭受審，妨礙刑事司法審查及公正，觸犯刑法第一六四條之頂替罪，自應責承檢察官就此部份偵查起訴。

三、被告因殺人未遂罪被第一審法院判處有期徒刑三年，其配偶不服，為被告利益上訴；經第二審法院判決駁回上訴。問：（25 分）

（一）倘被告於第二審法院審理時到庭，惟拒絕陳述，並以不滿警察偵訊筆錄所載為由，未受許可忿而退庭，法院逕行判決後，被告主張該第二審法院判決違法而上訴至最高法院。其上訴是否有理由？

（二）若被告之配偶（即本件第二審上訴人）以被告於審判期日急病不能到庭，當時曾報告法院，而該第二審法院仍逕行審判為由，主張其判決違法，為被告利益向最高法院提起上訴；是否有理？

（三）倘被告於第二審法院審理時已選任律師為辯護人，關於上開第（一）及（二）小題所述情形，其結果是否因此有所不同？

命題意旨	本題為第二審法院適用一造缺席判決的考題，目的在測試考生對第二審上訴、一造缺席判決的概念。看似平實、不難得分，要寫完整卻必須有相當功力。
答題關鍵	<ol style="list-style-type: none"> 1. 第二審上訴 2. 駁回上訴判決之性質 3. 一造缺席判決、兩造缺席判決在第二審之運用 4. 得用代理人之案件
參考資料	<ol style="list-style-type: none"> 1. 陳樸生、刑事訴訟法實務、頁 502-503 2. 凌台大老師補充講義 第六回 頁 7

【擬答】

一、前言：被告之配偶依刑訴第三四五條之規定，得獨立為被告利益上訴，故題示情形其上訴自屬合法。又，第二審所為者為上訴駁回判決。

由於題示並未說明上級審所為者為何種駁回判決。倘其所為者為三六七條之判決或三七二條之判決，為形式判決，本得不經言詞辯論為之，殊無討論之實益；故本題特將該駁回判決設定為實體上、上訴無理由之駁回判決，合先敘明。

二、題示（一），被告未經許可逕行退庭，法院逕行判決後，被告以第二審法院逕行判決違法其起上訴，其上訴無理由，原因如下：

1. 刑訴第三六四條規定，第二審之審判，除有特別規定外，準用第一審之審判程序。而刑訴於第一審審判程序中有第三五條規定，被告拒絕陳述或未經許可而退庭，法院得不待其陳述逕行判決。
2. 刑訴三七一條規定，於第二審中被告經合法傳喚無正當理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。此係第二審之特別規定，亦即，被告於上訴審中，經合法傳喚無正當理由不到庭，縱無刑訴第三六條之情形，法院亦得一造辯論判決。此係因為被告之未出庭，推定其有服從原判決意思之故。
3. 惟題示（一）所列，被告並非未到庭，而係到庭後未經許可而退庭，第二審程序既無特別規定，自應準用第一審審判規定。故，只要第二審法院之逕行判決時，當事人原告一方已到庭辯論，則法院因被告之未受許可而退庭，為一造缺席判決，其判決並未違法；被告之上訴為無理由。

三、題示（二）之情形，被告之配偶（上訴人）既已向法院陳明被告因急病無法於審判期日到庭，除法院認被告尚未到達「不能到庭」的程度、或法院認被告有應諭知無罪或免刑之情形，得逕行判決外，第二審法院應準用第一審之規定，依刑訴第二九四條，停止審判。第二審法院未停止審判而逕為判決，有刑訴三七九條第六款，未經被告到庭逕行審判之違法。被告之配偶據此上訴於最高法院，自屬有理由。

四、題示（三）之情形

1. 依刑訴第三六條之規定，最重本刑為拘役或專科罰金之案件，被告於審判中或偵查中，得委任代理人到場。而代理人可代理被告為訴訟行為，其為訴訟行為與被告本人為訴訟行為有同一之效力。本題題目已表明，被告所犯為殺人未遂罪，非刑訴所謂得委任代理人之案件。是，縱被告委任有律師，該律師亦不能以代理人之身分代理被告之出庭。
2. 題示（三）謂被告已選任律師辯護人時，上開（一）或（二）結論有否不同？
按，辯護人係在充實被告之防禦權，協助被告行使訴訟上之權利，並不具有代理人可以代理被告為訴訟行為之權力。被告於審判期日到場陳述之權利與義務，亦非辯護人可得代替。是以，管見以為，縱被告有委任律師為辯護人，並不影響上開（一）（二）之結論。

四、甲自民國八十八年三月一日起基於概括犯意，陸續多次竊取他人之財物，而於同年五月一日再次行竊時，當場被警查獲移送偵辦。甲未經羈押，而檢察官於同年五月十日將甲於此段期間之竊盜行為，以其有連續竊盜罪嫌提起公訴；但甲仍本於同前之概括犯意到處行竊，迄未稍止。第一審法院於同年五月二十五日辯論終結，認甲自同年三月一日起至五月十日止，確有竊盜犯行，遂於同年六月一日宣示判決，處甲以連續竊盜之罪刑，並於同年六月五日送達判決正本由甲親自收受，甲甘服該判決，檢察官亦未提起上訴，該判決於焉確定。嗣於同年六月二十日，甲再度被查獲前述同年三月一日起至六月二十日止之竊盜犯行，檢察官復將甲於同年五月十一日起至同年六月二十日止之該等竊盜行為，以連續竊盜罪嫌向同一法院提起公訴。問：該法院若認其罪證明確時，究應為如何之判決？試就相關法理詳予說明。（25分）

命題意旨	本題重點在考判決既判力時的延展的問題。是考生應善加把握的題目
答題關鍵	本題看似複雜，其實只要運用凌台大老師上課時教受的圖表法，自可迎刃而解 1. 先整理冗長的題目 2. 再探討既判力時的延展的效力
參考資料	凌台大老師補充講義第三回、頁 39-40

【擬答】

一、題示經過情形整理如下：

偷竊行為以 ABCDEFGH 表示

二、確定之本案判決具有一事不再理之效力，至同一性案件，因具體刑罰權已經前一案件中行使過，自不得對同一案件再行起訴或判決，以免二重處罰。

是以，確定既判力時的延展與物的擴張，自有其實益。

三、犯罪行為具有連續或繼續性質者，其既判力及於何時，有下列學說：

1. 確定時說 - 判決確定前之所有行為單售既判力之所及。
2. 宣判時說 - 判決宣判前發生知悉時，倘為不可分割之單一具體刑罰權，則既有審理之可能，應同受既判力所及。
3. 言詞辯論終結時說 - 以言詞辯論終結時前發生之事實，作為既判力所及之對象。
依法理而言，由於言詞辯論終結後倘遇有再開辯論之需要，仍得再開辯論（刑訴第二九一條）；是以，實務及學說咸認，在最後審理事實法院宣示判決前發生之事實，本應予以審判，故其確定後之既判力，應及於宣判前之全部犯罪事實。管見亦以為是。

四、題示情形：

1. 首應辨明者，係接受後訴之同一法院法官，究竟對某甲 3.1 至 6.20 日之其他竊盜犯行（亦即上圖 DEFGH），與已確定之 ABC 竊盜犯行間有無同一案件之關係。倘其認兩者非同一案件，無所謂既判力擴張之問題，後訴法院自得為實體，而另就 DRFGH 之犯行下審判。但，倘接受後訴之法院，認為後訴與前確定判決係同一案件，則因具體刑罰權已經行使過，此時始有適用前述連續犯既判力時的延展之必要，應先予敘明。
2. 6.15 日確定之有罪判決，其既判力及於甲宣判前之所有連續之同一犯行
按，於 6.15 日確定之判決，其判決主文雖僅提及甲所犯連續竊盜 ABC 之部份，惟，甲於起訴後宣示判決前所犯之 DEF 竊盜罪行，與已確定之 ABC 部份為同一案件，只有一個具體刑罰權，不得割裂行使；而 ABC 部份既已為有罪判決確定，其判決之既判力依前開法理，應及於宣判前之所有連續犯行。
3. 是以，依前開法理，檢察官不得對受既判力所及之宣判前犯 DEF 犯行提起公訴；倘其對之提起公訴，法院應為刑訴三二條第一款之免訴判決。
4. 至宣判後某甲所為之竊盜行為（即上圖 GH 犯行），因不在既判力時的延展範圍為內，不受既判力擴張之所及。檢察官得對之再行起訴，法院亦得對之作另一有罪判決。