

《刑事訴訟法》

一、甲涉嫌施用毒品，警察 A 持檢察官簽發之鑑定許可書，到甲住處強制甲到警察局接受採尿處分。該鑑定許可書記載之鑑定機關為警察 A 所屬之警察局。到警察局後，警察 A 先與甲以聊天方式討論甲之案情，甲透露有施用毒品。警察 A 告訴甲，等下開始作筆錄時，也要如此陳述。其後，警察 A 依法定程序訊問甲並記明筆錄，甲也自白施用毒品。訊問完畢後，警察 A 依據該鑑定許可書對甲採尿。基於先前該管檢察長即以公文指示尿液一律送到某特定地區醫院檢驗，警察 A 即遵照該公文指示逕行將尿液送至該醫院。其後，醫院送來檢驗報告，顯示甲尿液中有毒品陽性反應。不久，甲即被提起公訴。如果你是甲之辯護人，試回答下列問題。(25 分)

(一)如何抗辯警察 A 強制甲到警察局之合法性？

(二)如何抗辯甲之自白及醫院之檢驗報告之合法性？

命題意旨	本題刑訴考題相當靈活，答案亦是開放式作答，與『強制處分』及『證據』相關之部分，考生均需作答，並對個案實例題靈活思考。本題測驗考生有關鑑定之條文內容，鑑定機關與鑑定程序，並且考生亦可討論強制採取尿液之規範要件。另，警察以聊天方式討論案情，嗣後並將聊天內容當成犯罪嫌疑人甲之自白，命犯罪嫌疑人以此方式供述，並製作筆錄，是否合法？以及鑑定醫院之鑑定是否具備證據能力等問題，考生均需詳加論述之。
答題關鍵	1.命犯罪嫌疑人強制同行至警局之合法性。 2.被告自白證據之要件為何，如何認定其證據能力。 3.鑑定報告之證據能力要件。
高分閱讀	1.邢政大，《刑事訴訟法》講義，第三回。 2.邢政大，《刑事訴訟法》講義，第四回。 3.邢政大，《刑事訴訟法》總複習講義，第一回、第二回。

【擬答】

(一)命犯罪嫌疑人到場須有合法之拘提或逮捕

1.拘提：係指一定時期內，拘束受拘提人之自由，強制其到達一定處所接受訊問，並保全被告或蒐集證據之強制處分。

(1)一般拘提：需先經傳喚、通知被告、證人，司法警察官或司法警察，因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問。經合法通知，無正當理由不到場者，得報請檢察官核發拘票（刑訴 71 之 1）。

(2)逕行拘提：無庸先經傳喚、通知程序，對象僅限被告。被告犯罪嫌疑重大，而有左列情形之一者，得不經傳喚逕行拘提：A、無一定之住所或居所者 B、逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者 C、有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者 D、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者（刑訴 76）。

2.逮捕：

(1)通緝犯逮捕：係指對於逃亡或藏匿之被告，以公告周知方式，通知檢察官或司法警察官予以逮捕之強制處分。

(2)現行犯之逮捕：係指以直接強制力而限制現行犯之人身自由，性質上屬無令狀拘捕。

3.本題員警 A 並未合法拘提逮捕，縱令獲得檢察官核發之鑑定許可書，但強制犯罪嫌疑人甲至警局，應不合法。

(二)犯嫌甲之自白及警察持鑑定許可書為身體採樣檢查之強制處分並獲得檢驗報告是否合法？

1.甲之自白：

(1)訊問被告應於事物訊問之前踐行告知義務，告知被告以下事項（刑訴 95）：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刑事訴訟法第 95 條第 2 款、第 156 條分別規定：訊問被告應先告知



得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述；被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其犯行。此乃被告在刑事訴訟程序中，所享有保持緘默及拒絕陳述之權利。為確保被告之緘默權及拒絕陳述權，防止以違法之方法取得其供述，刑事訴訟法第九十八條明定：訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法；第一百五十六條第一項明定：被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。將被告因遭受身體上強制（包括：強暴、疲勞訊問及其他施以生理上壓迫之不正方法）或精神上強制（包括：脅迫、利誘、詐欺及其他施以心理上壓迫之不正方法）所為非任意性之自白，以及在違法羈押中所為之自白，同列為以不正方法取得之供述證據，不問其自白是否與事實相符，一概排除其證據能力。良以非任意性之自白，係在被告遭受身體上強制或精神上強制之情況下所取得，並非出於其自由意思之發動，在其心意自主之情況下所為之陳述，非真實之可能性大為提高，若允許採為證據，不僅嚴重侵犯人權，也容易造成司法誤判，因此否定其證據能力。

(2) 警詢為對甲告知緘默權，因此取得甲之自白應不違法

關於緘默權之意義，係指被告或犯罪嫌疑人不因緘默受處罰、不得僅因保持緘默推斷其罪行（刑事訴訟法（以下同），第 156 條第 4 項）、訊問時應告知被告有保持緘默之權（第 95 條）、未告知緘默權即訊問所得之證據無證據能力（第 158 條之 2 第 2 項、第 158 條之 4）。我國法有關緘默之評價（刑訴 156IV）「被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行」。被告行使緘默權者，該項權利之行使本身，不得依照自由心證而作為推斷犯罪事實之基礎。緘默權的本質源自於不自證己罪原則，亦即任何人均無積極行為之義務以幫助國家對自己訴追。對被告訊問不得以強暴、脅迫利誘、詐欺、違法羈押等不正方式獲得被告自白及不利於己之陳述。

(3) 另甲之自白依照刑訴第 98 條規定，不得使用強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正方式獲得，如以不正方式獲得，依照刑訴第 156 條之規定，該證據應無證據能力。何謂不正方式，依照實務意見，應依照綜合法則判斷，如詢問階段訊問者與被訊問者立於不對等地位，則謂之為『不正方式』。

(4) 因此員警 A 違法拘捕甲至警局，並違反刑事訴訟法第 95 條告知義務、與第 98 條以任意性方式獲得犯嫌甲之自白，該自白如上所述，應排除證據能力。

2. 醫院之檢驗報告：

鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就下列之人選任一人或數人充之：就鑑定事項有特別知識經驗者、經政府機關委任有鑑定職務者。鑑定機關之選任權於審判中為法院，偵查中為檢察官。審判長、受命法官或檢察官於必要時，得使鑑定人於法院外為鑑定，並得將關於鑑定之物，交付鑑定人（刑訴 203）。法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第二百零三條至第二百零六條之一之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。第一百六十三條第一項、第一百六十六條至第一百六十七條之七、第二百零二條之規定，於前項由實施鑑定或審查之人為言詞報告或說明之情形準用之（刑訴 208）

3. 檢查身體的採樣處分：鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，採取分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，並得採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或其他相類之行為。前項處分，應於第 204-1 第 2 項許可書中載明。

4. 拒卻鑑定人：當事人得依聲請法官迴避之原因，拒卻鑑定人。但不得以鑑定人於該案件曾為證人或鑑定人為拒卻之原因。鑑定人已就鑑定事項為陳述或報告後，不得拒卻。但拒卻之原因發生在後或知悉在後者，不在此限。拒卻鑑定人，應將拒卻之原因及前條第二項但書之事實釋明之。

5. 本題員警 A 持檢察官核發之鑑定留置票，依照刑訴 205 之 2 條規定，檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。並依據刑事訴訟法第 206 條之 1，鑑定時應通知當事人、代理人及辯護人在場。復依照刑事訴訟法第 208 條規定，機關鑑定應指定適當機關為之。

(1) 鑑定機關之鑑定報告：

審判長、受命法官或檢察官於必要時，得使鑑定人於法院外為鑑定，並得將關於鑑定之物，交付鑑定人（203）。機關鑑定：法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定。

(2) 本題警察 A 因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於犯罪嫌疑人甲採取其尿液作為犯罪之證據時，雖得採取之。惟採取當時並未通知其辯護人在場，且偵查機關本身（即警員 A 所屬之警察局，醫院僅為檢驗



單位)為鑑定機關亦有疑義,因此甲之辯護人得抗辯該鑑定報告應無證據能力。

- 二、甲臨時起意赴某觀光夜市吃消夜,途中適逢A與B兩幫派在鄰近公園聚眾鬥毆,甲素來對A幫派較有好感,故在場為A幫派助勢;有路人報警將幫派分子多人及甲逮捕,檢察官並對甲起訴論以刑法第283條之罪,認甲應對B幫派分子乙之重傷負責。甲主張其適逢路過並未下手實施傷害,故不應對乙之重傷負責;但警方調閱公園中之錄影帶,卻清楚顯示甲有在場助勢之行為。試問法院應如何審理此案件?請依刑事訴訟法之規定,詳述檢方及辯方的舉證責任:包括其必要性、順序、層次及範圍。(25分)

命題意旨	本題刑訴考題在測驗考生有關審理程序之流程問題,本題較為實務,考生需對於審理程序之相關條文熟讀,並瞭解實務流程,方能完整作答。
答題關鍵	1.法院對於檢察官起訴範圍之確認。 2.有關舉證責任之意義及規範。 3.本題如何確認審理範圍,及舉證責任之歸屬。
高分閱讀	1.刑政大,《刑事訴訟法》講義,第四回。 2.刑政大,《刑事訴訟法》講義,第六回。 3.刑政大,《刑事訴訟法》總複習講義,第一回、第二回。

【擬答】

(一)法院應先確認起訴範圍

- 1.刑法第283條規定:「聚眾鬥毆致人於死或重傷者,在場助勢而非出於正當防衛之人,處三年以下有期徒刑,下手實施傷害者,仍依傷害各條之規定處斷。」
- 2.本題檢察官以刑法第283條起訴,該條分有在場助勢聚眾鬥毆使人死亡或重傷,以及有下手實施傷害之兩種情形。因此法官應先確認檢察官起訴範圍究竟為『在場助勢』或是有『下手實施傷害』。

(二)本題審理討論問題有下:

- 1.依照刑事訴訟法第154條第二項規定,「犯罪事實應依證據認定之,無證據不得認定犯罪事實。」此為證據規定的帝王條款之一,既然有證據始能認定被告之犯罪事實,則亦表示被告受到無罪推定之保護,在確能認定其犯罪事實的證據之前,被告應受無罪推定,此即無罪推定原則之展現。因此法院需有證據,始能認定本件犯罪事實。
- 2.舉證責任之意義
無論採行何種訴訟程序,難免會產生事證無法查明之情形,舉證責任是在幫助法官於事實不明時為裁判,此規則為「證明負擔之規則」,亦稱為「舉證責任分配原則」,舉證責任論是解決「待證事實最後不明時法律效果如何分配之理論」。
- 3.舉證責任本質:
(1)客觀舉證責任(結果責任):待證事實至審理最後時點仍然無法確定或未經證明時的法律效果問題。只要法院審理後,對於待證事實仍未形成明確心證,則依舉證分配原則,判決負客觀舉證責任者敗訴,因此客觀舉證責任為承擔敗訴之「結果責任」。
(2)主觀舉證責任(行為責任):由客觀舉證責任衍生出主觀舉證責任概念,意即當事人為避免敗訴負有以自己之舉證活動證明系爭事實之責任,此種責任稱為「主觀舉證責任」。
- 4.法院亦有調查原則與證明責任
刑訴與民訴不同,刑訴無法等同民訴主觀責任觀念,因刑訴法院負有一定範圍內之澄清義務,縱使當事人不為任何舉證活動,並不因此解除法院探知真相之義務,法院亦不能不為調查而逕行裁判。此亦受**有疑唯利被告原則、無罪推定原則**影響。依照刑事訴訟法第163Ⅱ「法院為發見真實,得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項,法院應依職權調查之。」
- 5.舉證責任之必要性是在認定本案勝敗歸屬之法則,另,訴訟程序一開始舉證責任之歸屬係由原告(公訴檢察官或自訴人)擔任之。

(三)本題有關舉證責任之分析

- 1.因檢察官為原告,故原告應先負擔被告有犯罪之舉證責任,為貫徹無罪推定原則,檢察官對於被告之犯罪事實,應負實質舉證責任。刑事訴訟法第161條第一項規定「檢察官就被告犯罪事實,應負舉證責任,並指出證明之方法」,明訂檢察官舉證責任之內涵,除應盡「提出證據」之形式舉證責任外,尚應「指出其證明之方法」,用以說服法院,使法官「確信」被告犯罪構成事實之存在。此「指出其證明之方法」,應



包括指出調查之途徑，與待證事實之關聯及證據之證明力等事項。法院對起訴之審查機制及裁定駁回起訴之效力，以有效督促檢察官善盡實質舉證責任，藉免濫行起訴。（91 年第四次刑庭會議，刑事妥速審判法第 6 條）本題檢察官已提出監視錄影帶，證明甲有在場助勢之行為，因此有關在場助勢之部分，舉證責任已倒置於被告甲，由甲負舉證責任證明自己並無在場助勢。

2. 另，有關下手實施傷害之部分，因檢察官尚未獲得證據，因此此部分之舉證責任仍在原告檢察官，倘檢察官無法證明時，則應該負擔敗訴不利益，依照上述規定，法官應依照無罪推定原則給予被告甲無罪之判決。

三、甲在路上拾獲乙之信用卡，竟持該信用卡至賣場購物後盜刷，經店員丙察覺有異而以現行犯逮捕。檢察官偵查後，認甲雖否認犯行，但依乙、丙之證述、賣場錄影光碟資料、刷卡資料等證據，認甲涉犯行使偽造私文書、詐欺取財罪，依法提起公訴（侵占遺失物未據起訴）。試問：（25 分）

倘若甲在準備程序坦承上情，但表示係因服用精神疾病藥物後，無法控制自己的行為，受命法官於聽取當事人及辯護人之意見後，可否未經合議庭評議逕行依簡式審判程序審理？

復若甲始終否認犯行，請就修法前及現行刑事訴訟之訴訟架構，論準備程序受命法官及審理時審判長應如何進行訊問被告程序？檢察官得否經審判長同意後訊問被告？倘若辯護人認為受命法官、審判長之訊問構成誘導或係以不正方法為之，可以為何種主張？

命題意旨	本題刑訴考題在測驗考生有關程序轉換（通常審判程序轉換為簡式審判程序之要件）之流程問題，及準備程序與審判期日訊問被告之規定。並且不合法訊問被告之救濟方式。
答題關鍵	1. 法院審理方式程序轉換。 2. 有關訊問被告之規定。 3. 法官不正訊問被告之救濟。
高分閱讀	1. 邢政大，《刑事訴訟法》講義，第一回。 2. 邢政大，《刑事訴訟法》講義，第六回。 3. 邢政大，《刑事訴訟法》總複習講義，第二回。

【擬答】

(一)於準備程序被告需全部坦承犯行，並法院應於合議庭審理時將程序轉換後並諭知當事人，始能將通常審判程序轉為簡式審判程序

1. 簡式程序制訂目的：為了合理分配有限司法資源的利用，避免耗費不必要的審判程序，減輕法院審理案件的負擔，以達訴訟經濟之要求；另一方面可使訴訟儘速終結，讓被告免於訟累，法院對於符合法定要件之非重大刑事案件，在被告對於起訴事實無爭執之情況下，簡化證據之調查，使明案得以速判，此即所謂簡式審判程序。
2. 適用範圍：除被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者外。**非特定重罪或事物管轄案件。**
3. 適用時機：於準備程序進行中，被告先就被訴事實為有罪之陳述時。所謂有罪陳述必須包括構成要件該當、違法性及有責性均承認，始謂為有罪陳述。
4. 簡式審判之決定：審判長得告知被告簡式審判程序之旨、聽取當事人、代理人、辯護人及輔佐人之意見、裁定進行簡式審判程序、經當事人同意（非明文要件）
5. 簡式審判之證據調查：不完全受嚴格證明法則拘束，簡式審判程序之證據調查，不受第 159 條第 1 項、第 161 條之 2、第 161 條之 3、第 163 條之 1 及第 164 條至第 170 條規定之限制。因簡式審判程序，貴在審判程序之簡省便捷，故調查證據之程序宜由審判長便宜行事，以適當之方法行之即可，又因被告對於犯罪事實並不爭執，可認定被告亦無行使反對詰問權之意，因此有關傳聞證據之證據能力限制規定無庸予以適用。再者，簡式審判程序中證據調查之程序亦予簡化，關於證據調查之次序、方法之預定、證據調查請求之限制、證據調查之方法，證人、鑑定人詰問之方式等，均不須強制適用。
6. 本題甲僅於準備程序坦承構成要件，但對於責任能力有爭議，因此並不符合簡式審判程序之有罪陳述要件。況縱令被告甲完全為有罪陳述，因簡式審判程序簡化證據調查，案件不受嚴格證明法則之拘束，證據調查程序對當事人影響甚鉅，因此需合議庭裁定行簡式審判程序始為適法，不得未經合議庭裁定而逕行簡式審判程序。



(二)準備程序及審判程序訊問被告之程序分述如下：

- 1.準備程序：刑事審判程序集中審理，原則上不在從事實質證據調查，僅為達成集中審理之目的。審判程序係刑事訴訟程序之重心，可分為「審判準備程序」及「審理期日」。準備程序僅限於審判之準備（271 至 279），目的在於透過準備而使「人」與「物」能齊聚在審判期日，期前（審判期日）準備工作包含：**補正起訴程式（273VI）、指定審判期日、傳喚並通知訴訟參與者（271、272）、齊集證據方法以及例外提前進行調查證據程序（276 I）**。準備程序之流程為：法院或受命法官得於第一次審判期日前，傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭進行準備程序。實務上法院或受命法官行準備程序依照刑事訴訟法第 273 條規定之流程如下：
 - (1)檢察官行起訴要旨
 - (2)法院踐行告知義務
 - (3)被告答辯
 - A.被告為自白，符合刑訴 449 II：逕以簡易判決處刑。
 - B.被告為有罪答辯，不符合 449 II，但適合簡式審判程序即裁定行簡式審判程序，被告為無罪答辯（否認犯行）：進行以下程序。
 - (4)被告否認犯行，如辯護人在場，法院宜再訊問被告之辯護人有何意見，法院利用機會整理「事實上之爭點」及有無檢察官函請併辦之情形。
 - (5)檢察官提出證明方法
 - (6)法院訊問被告有無提出證據以供調查，被告可能聲請調查證據，法院利用機會整理證據上爭點及法律上爭點。
 - (7)被告不知提出證據，法院得曉諭當事人為調查證據聲請。
 - (8)法院就雙方當事人提出之證據，逐一過濾，最後決定審判期日調查之範圍、次序及方法。
 - (9)其他與審判有關事項，EX：訴訟條件是否欠缺。
 有關證據能力之意見，法院依刑事訴訟法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之，於行準備程序亦準用之。
- 2.審判期日程序：審判期日為調查證據應於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程序完畢後行之。審判長對於準備程序中當事人不爭執之被告以外之人之陳述，得僅以宣讀或告以要旨代之。但法院認為有必要者，不在此限。除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之。審判期日順序：
 - (1)審判期日，以朗讀案由為始。
 - (2)審判期日，應由法官、檢察官及書記官出庭。審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判。許被告用代理人之案件，得由代理人到庭。強制辯護之案件無辯護人到庭者，不得審判；但宣示判決，不在此限。其他訴訟參與者（證人、鑑定人）也應到場才可進行以下程序。
 - (3)人別訊問：審判長依第九十四條訊問被告。
 - (4)起訴要旨之陳述：檢察官應陳述起訴之要旨。如為自訴案件，由自訴代理人陳述起訴要旨。
 - (5)審判長對被告踐行告知義務後，進行法院調查證據程序。證人、鑑定人雖經陳述完畢，非得審判長之許可，不得退庭。
陳述意見權及提出有利證據之告知：審判長每調查一證據畢，應詢問當事人有無意見，審判長應告知被告得提出有利之證據。
證據證明力之辯論：法院應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明力之適當機會。（※83 台上 2308）
 - (6)本案訊問：除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。
 - (7)審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之。
 - (8)言詞辯論：調查證據完畢後，應命依下列次序就事實及法律分別辯論之：檢察官、被告、辯護人。已辯論者，得再為辯論，審判長亦得命再行辯論。依次辯論後，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會。
 - (9)被告之最後陳述：審判長於宣示辯論終結前，最後應詢問被告有無陳述。
 - (10)宣示辯論終結：法院應於辯論終結之日起十四天內宣示判決。
- 3.於訴訟審理程序進行中，檢察官得於審判期日之合議程序，經審判長許可後訊問被告。



4.辯護人如認為法院訊問有誘導或是不當，得向法院主張聲明異議。

訊問制度之設計，在於使當事人、代理人或辯護人在審判程序中積極參與，為使訴訟程序合法、妥適，當事人、代理人或辯護人，對於他造向證人、鑑定人所為之詰問及證人、鑑定人對於他造當事人等詰問之回答，均得聲明異議，以防不當或違法之詰問及證人、鑑定人恣意之回答，影響審判之公平、公正，或誤導事實。另當事人及辯護人對於審判長或受命法官有關調查證據及訴訟指揮之處分，亦得聲明異議，規定於第 288 條之 3：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有特別規定外，得向法院聲明異議。法院應就前項異議裁定之。」惟該裁定屬判決前關於訴訟程序的裁定，故不得抗告。（§404）

四、檢察官以公務員甲涉嫌洩漏國防以外應秘密之文書及主管事務之圖利罪嫌，提起公訴。經第二審法院審理結果，仍維持第一審法院關於被告甲圖利部分判處罪刑、洩密部分諭知無罪之判決。對此判決結果，僅被告甲就有罪之圖利部分提起第三審上訴；檢察官並未再聲明不服。最高法院認上訴為有理由，且甲另被訴涉犯洩密部分雖屬刑事訴訟法第 376 條第 1 款所定不得上訴第三審法院之案件，但因與得上訴於第三審之被訴涉犯圖利部分有刑法第 55 條裁判上一罪之想像競合關係，遂一併予以撤銷發回。試問：第三審如此之判決是否適法？試就刑事訴訟法之規定暨其法理予以說明。

命題意旨	本題刑訴考題在測驗考生有關案件單一性及上訴審判不可分之理論內容，本題為傳統律師、司法官考古題，考生應依照刑事訴訟法實務及法理詳予論述。
答題關鍵	1.案件單一性法理。 2.上訴不可分之實務見解。
高分閱讀	1.邢政大，《刑事訴訟法》講義，第二回。 2.邢政大，《刑事訴訟法》講義，第六回。 3.邢政大，《刑事訴訟法》總複習講義，第二回。

【擬答】

(一)案件單一性有審判不可分之適用

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。

又實質上或裁判上一罪之案件，其一部不得上訴之罪，一部得為上訴之罪，既係審判不可分，不論本來不得上訴之部分係較輕或較重之罪，自應認為皆得上訴於第三審法院，且不分輕重，但必得上訴部分之罪上訴合法始可（27 渝上 1663、89 台上 1708 決）。

(二)公務員甲因圖利與洩密罪經最高法院法院認為，為一行為觸犯數罪名之想像競合犯，從一重處斷，因此有審判不可分之關係，全部撤銷發回更審，應屬適法。試敘述本題爭點如下：

1.不得上訴第三審案件依照刑事訴訟法第 376 條規定：「左列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。一 最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二 刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。三 刑法第三百三十五條、第三百三十六條第二項之侵占罪。四 刑法第三百三十九條、第三百四十一條之詐欺罪。五 刑法第三百四十二條之背信罪。六 刑法第三百四十六條之恐嚇罪。七 刑法第三百四十九條第二項之贓物罪。」

2.本案甲於二審法院認定構成『圖利罪』有罪，惟『洩密罪』無罪，因此二審認定為數罪關係。甲對有罪判決之『圖利罪』部分判決不服，提出三審上訴第三審認為圖利及洩密罪為審判不可分之想像競合一罪關係，因此全部撤銷發回更審。

(1)告即應理、不告不理

依照刑事訴訟法不告不理之法理，應是「起訴範圍」來決定「審判範圍」，惟目前實務處理方式顛倒，有罪與否，是否為一罪，是從「審理結果」來認定，有「理」決定「告」，而形成邏輯上的混淆。故上訴三審，如依照『告即應理、不告不理』之原則以觀，僅能就得上訴第三審之部分（圖利罪）提起上訴，第三審法院亦僅得就此部分為裁判；倘以『理』來決定『告』之範圍，則由三審法院決定是一罪或為數罪，情形分別有異。



(2)不告不理

刑事訴訟法上訴範圍，可分為『一部上訴』與『全部上訴』，上訴之全部 或一部，以上訴權人得上訴範圍為基準，若就「能上訴之部分」皆上訴者稱為全部上訴；否則即為一部上訴。至於原判決之一部或全部則以原判決之範圍為基準。如原判決認定：

A.數罪型（數案件）：全部均是得上訴第三審之案件，當事人亦全部上訴，則三審法院需全部加以審理，如部分為不得上訴第三審之案件，則三審法院僅能就得上訴第三審之部分為審理。

B.一罪型（一案件）：全部上訴，則三審法院需全部審理；如僅為一部上訴，依照刑事訴訟法第 348 條規定：「上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。」

(3)本案第二審法院認為甲圖利罪有罪及洩密罪無罪，因此上訴範圍應分別認定，又洩密罪為不得上訴第三審案件，因此第三審法院僅能針對甲圖利罪部分加以審理，洩密罪部分案件確定。

(4)實務上以「理」以決定「告」，以三審法院認定為準

如第三審法院認為甲觸犯圖利罪及洩密罪為一罪。則甲就兩部均上訴，或僅上訴行使偽造私文書部分並無差異。因甲不論就兩部均上訴或僅上訴得上訴之一部，因為上訴不可分，法院需全部審理。實務上認為刑事訴訟法第 348 條所指之『有關係部分』（22 上 1058）：對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。所謂**有關係之部分**，係指該部分與上訴部分在審判上無從分割，**因其一部上訴而受其影響（22 上 1058 例、86 台上 1911 決、89 台上 332 決）**，包括罪刑與保安處分、數罪中一罪上訴，其刑之執行、主刑與從刑、緩刑與犯罪及科刑、刑之量定與犯罪、訴訟程序、實質上一罪或裁判上一罪之犯罪事實一部上訴。本題即是『實質上一罪或裁判上一罪之犯罪事實一部上訴』，因此對行使偽造私文書部分提起上訴，上訴審法院亦得審理詐欺罪部分。

故本案如第三審法院認為甲觸犯圖利及洩密罪為一罪，兩部有裁判上一罪之關係，依前述規定，洩密罪部分應視為亦已上訴，第三審法院本得一併審理。雖洩密罪為刑事訴訟法第 376 條不得上訴第三審之案件，惟裁判上一罪之一部得上訴第三審，縱他部不得上訴第三審，實務上仍認全部均得上訴第三審法院（27 渝上 1663 號），因此本題圖利罪為本得合法上訴第三審之案件，基於上訴不可分法理，洩密罪及圖利罪部分，均得受第三審法院審判。故三審法院將一罪之兩部分（圖利罪及洩密罪）全部撤銷發回更審並無違法。



《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 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。



《刑事訴訟法》

- 一、檢察官甲赴國外旅遊，適在國外發現潛逃國外之重大經濟罪犯乙，隨即跟蹤並僱用當地徵信社跟監乙，及蒐集相關犯罪證據及資料；甲回國後以上開自國外蒐集之證據，向法院聲請搜索票，搜索乙在臺北相關住所，扣得記載乙犯罪所得之相關帳冊。試問：上開國外蒐集之證據及在國內搜索所得之證據，有無證據能力？(25 分)

命題要旨	本題測試考生強制處分之要件及實務上偵查行為之狀況。
答題關鍵	考生需對刑事訴訟法強制處分之類型(本題為搜索)及條文所未敘及之「任意偵查」之概念均應介紹，再釐清題意所指之強制處分所獲得之證據、其證據能力為何。
高分閱讀	1. 邢政大，刑訴講義第五回，P61；講義第三回，P73-84。 2. 吳巡龍，「任意偵查」，《月旦法學教室》。

【擬答】

- (一)檢察官甲自行跟蹤及委派國外徵信人員跟監，應屬任意偵查之方式，蒐證程序合法

1. 偵查方式可分為強制處分偵查與任意偵查

(1) 強制處分偵查

刑事偵查所為之強制處分程序因侵害憲法所保障之人民基本權，故依法律保留原則，有法律明文規定者為限。

(2) 任意偵查

任意偵查並未行使強制力，且對人民權益侵害相當輕微，雖無法律明文，檢察官與司法警察可用較不侵犯他人權利的任意偵查處分方式發現真實。任意偵查方式，包含約談、訪談、函調通聯資料、銀行往來資料等。檢察官起訴後僅能為任意偵查(或任意調查)，因檢察官於提起公訴後與被告立於相同之當事人對立地位。但如同一被告涉及其他犯罪，且尚在偵查階段，仍有實施強制偵查之必要時，檢察官仍得為之，不因被告另案起訴為法院審理中受有影響。

(3) 日本最高法院判決

日本實務見解認為：以是否使用強制力壓制個人意思，及對個人權益侵害程度等因素判斷是否為強制處分，如無以壓制個人意思之偵查方式，僅為「任意偵查」。

2. 公共場所與公眾得出入之場所為公眾共見共聞，人民對於路上行蹤並無合理隱私期待，故犯罪後「跟監」為「任意偵查」。本題重大經濟罪犯乙於國外之行蹤為公眾共見，其並無合理隱私期待，故檢察官自行跟監或僱用當地徵信人員跟監只是輔助其肉眼跟監不足，因此不需事先聲請令狀，屬於任意偵查。因此本題重大經濟罪犯乙仍在公眾見聞之道路行走，並無合理隱私期待，故大庭廣眾之下「跟監」並未對其施以強制力，應為任意偵查，無須獲得刑事訴訟法上之令狀亦得為之，故因此所獲得之犯罪證據，亦有證據能力。

- (二)檢察官甲以國外獲得之證據，回國後向法院依法定程序聲請核發搜索票，因此扣得乙於國內住所所放置之犯罪帳冊，其強制處分程序合法，故上開帳冊證據亦有證據能力。

1. 現行刑事訴訟法關於強制處分(刑事訴訟法上之基本權干預)之種類及發動要件均有明文，以符合法律保留原則，且原則上必須持有令狀始得為之(令狀原則)並且某些侵害人身權益較嚴重之強制處分，核發令狀之決定機關只有法院始能為之，稱為法官保留原則。針對本題所涉及之搜索、扣押之強制處分其於刑事訴訟法之程序要件，分述如下：

(1) 搜索令狀原則及相對法官保留原則

原則上搜索，應用搜索票，且僅有法官始得簽發搜索票(本法第 128 條第 1 項、第 4 項參見)。檢察官、司法警察僅有聲請權(本法第 128 條之 1)。於例外情形，立法者同意於具有相當理由(或稱合理根據)之實質事由下，符合法定之急迫情形，無搜索票亦得執行搜索。分別有附帶搜索(本法第 130 條)、逕行搜索(及緊急搜索人，本法第 131 第 1 項)、緊急搜索(緊急搜索物，本法第 131 條第 2 項)，及同意搜索(本法第

131 條之 1)。扣押緊接有令狀搜索而來，並且所扣押者屬於搜索票所記載應扣押之物，即屬有令狀扣押，此時搜索票同時也是扣押令狀。反之，無令狀搜索若發現可為證據或得沒收之物，亦得扣押，此即無令狀扣押。

(2)檢察官有權向法院聲請核發搜索票

A 偵查中檢察官認有搜索之必要者，除第一百三十一條第二項所定情形外，應以書面記載刑訴第 128 條第 2 項各款之事項，並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票。

B 司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，得依前項規定，報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票。

C 本題由檢察官甲親自向法院聲請核發搜索票，故聲請程序合法。

(3)搜索之門檻

依照刑事訴訟法第 122 條規定，對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。因此對被告、犯罪嫌疑人搜索之門檻以「必要時」為限，對第三人搜索之門檻以有「相當理由」為限。本題搜索之對象為重大犯罪嫌疑人乙，核發搜索票之門檻為「必要時」，從題意觀之，檢察官甲已從國外獲得乙犯有重大經濟犯罪之跡證，據此向國內法官申請核發搜索票，應已符合「必要時」之門檻標準。

(4)故本題檢察官依法定程序向法院聲請「搜索票」之令狀，聲請令狀搜索票所憑之證據為乙犯有重大經濟犯罪之相關證據，因此已符合法院核發搜索票「必要時」之門檻標準，後檢察官持該令狀搜索犯罪嫌疑人之住所，因此獲得經濟犯罪之帳冊，合法搜索所獲得之證據得為判決所憑之依據，有證據能力。

二、甲因故一棒同時毆傷乙、丙二人，嗣丙因傷重致死，檢察官相驗後簽分偵辦，乙(非律師)知悉上情後，速向法院自訴甲犯傷害罪嫌，法院應如何處理？另檢察官偵查後，以甲之警詢自白筆錄及相關卷證，起訴甲涉犯傷害致人於死罪嫌，甲於準備程序進行中，抗辯其警詢自白筆錄係遭警刑求所致，受命法官可否於準備程序先行傳喚相關證人調查有無刑求情事，並判斷其警詢自白筆錄有無證據能力？(25 分)

答題關鍵	第一子題，關鍵在於學說上對第 323 條第 1 項是否包含法律上一罪之爭議；第二子題之關鍵則為準備程序中，對「實體爭點事項」與「程序爭點事項」之區別。
高分閱讀	史奎謙，《刑事訴訟法 II(圖說)》，高點文化出版，頁 2-10 至 2-11

【擬答】

(一)法院應定期間以裁定命乙委任律師為自訴代理人，如乙逾期仍不委任，則應諭知不受理判決；如乙補行委任，法院應為實體判決。茲詳述理由如后：

1.乙得為自訴：

(1)甲以一棒同時毆傷乙、丙二人，係以一行為觸犯對乙之普通傷害罪及對丙之重傷致死罪，屬想像競合，為法律上一罪，受同一刑罰權範圍所及，依我國實務見解，應屬單一案件。

(2)刑事訴訟法(下稱「本法」)第 323 條第 1 項規定：「同一案件經檢察官依第 228 條規定開始偵查者，不得再行自訴。但告訴乃論之罪，經犯罪之直接被害人提起自訴者，不在此限。」就本條所謂「同一案件」是否包括「法律上一罪」，多數實務見解持肯定說，認包括「事實上同一」與「法律上同一」，亦即對於法律上一罪之部分事實開始偵查者，全部事實均不得提起自訴，故本案既屬想像競合，即有必要討論檢察官對丙重傷致死所為之偵查，是否致使乙不得提起自訴；惟亦有學者認為本條應限縮解釋為只有「單純一罪」之情形，不包括法律上一罪，故本案不屬本條所規範之「同一案件」，乙之自訴權自不受檢察官開始偵辦丙重傷致死之影響。

(3)惟不論採上述何種見解，由於普通傷害罪屬告訴乃論之罪，且乙為直接被害人，故依上開第 323 條第 1 項但書規定，縱認本案屬「同一案件」，乙亦得提起自訴，不受檢察官對同一案件已開始分案偵查。或有論者認為，如檢察官開始偵查之罪名較重且非告訴乃論之罪，而犯罪被害人提起自訴之告訴乃論罪名較輕時，應類推適用第 319 條第 3 項，限制輕罪之被害人不得提起自訴。惟管見以為，第 323 條第 1 項但書已明確顯示立法者對告訴乃論之罪，較為保障被害人自訴權，可謂「公訴優先原則」之例外，而第 319 條第 3 項所處理之問題為「得自訴與不得自訴，何者優先」，與第 323 條第 1 項處理「公訴與自

訴，何者優先」之規範目的並不相同，上開見解非但明確說明其類推適用之法理為何，亦增加法律對告訴乃論之罪被害人自訴權之限制，應不可採，故管見以為乙不應受到檢察官開始偵辦之罪名較重，即喪失第 323 條第 1 項但書所保障之自訴權。

(4)至乙最遲應於何時提出自訴之問題，多數學說及實務見解認為應以檢察官「偵查終結前」為依第 323 條第 1 項但書得提起自訴之最遲時點。本案中，乙於檢察官分案開始偵查時即提起自訴，符合規定。

2.為避免濫行自訴及保障自訴人訴訟權益，我國自訴制度採強制律師代理制（本法第 319 條第 2 項），而乙非律師，且未委任律師擔任自訴代理人即提起自訴，依本法第 329 條第 2 項，法院應定期間以裁定命乙委任律師為自訴代理人，如乙逾期仍不委任，則應諭知不受理判決；如乙補行委任，法院應為實體判決。

(二)受命法官可於準備程序傳喚證人調查警詢時有無刑求，並判斷該警詢自白筆錄有無證據能力，惟受命法官之認定，如不同於合議庭於審判期日之認定時，合議庭得予更正：

1.受命法官得於準備程序，針對被告自白是否出於刑求，傳喚證人加以調查：

依最高法院 93 年台上字第 2033 號判例，準備程序處理之事項，原則上僅限於訴訟資料之聚集及彙整，旨在使審判程序能密集而順暢之進行，不得因此取代審判期日應踐行之職機調查證據程序，故除本法第 276 條第 1 項之情形外，法院不得於準備程序訊問證人，避免破壞直接審理原則。惟針對上開判例，多數學說認為應限於「實體爭點事項」，不包括「程序爭點事項」，因直接審理原則之適用範圍即止於本案實體爭點，不包括如自白任意性等程序爭點，故縱於準備程序就程序爭點傳喚相關證人加以調查，亦未違反直接審理原則。高等法院臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會刑事類提案第 26 號即係針對此爭議進行研討，座談會多數意見亦認為自白任意性之調查，受命法官得於準備程序傳喚相關證人加以訊問調查，甚至得允當事人於準備程序即對此等相關證人進行交互詰問。

2.受命法官傳喚證人後，得判斷該警訊自白是否出於任意，惟日後合議庭如有不同認定，自得於審判期日加以更正：

(1)針對受命法官得否於準備程序對證據能力之有無進行判斷，實務及學說有不同見解。否定說見解認為受命法官依本法第 273 條僅得對證據能力之「意見」進行整理，至於證據能力之「判斷」仍應回歸合議庭之權限範圍；惟肯定說則認為證據能力之有無，最適當之判斷時點應於準備程序，故受命法官應於準備程序針對證據能力有無進行調查後，即為認定，且當事人與辯護人若未於準備程序對於證據能力提出異議，則不得許其於審判期日再行聲明異議。

(2)關於上述見解爭議，管見以為應採折衷說，即證據能力之有無既不受直接審理原則之拘束，且受命法官得於準備程序針對證據能力之有無進行證據調查，則應允受命法官得於準備期日對證據能力之有無進行認定，以節省審判期日之訴訟資源，且較為貼近受命法官所為之調查結果；惟為避免受命法官於準備程序針對重要證據之證據能力認定不當時，影響合議庭判決結果之正確性，應認合議庭如於審判期日針對受命法官之認定不予贊同時，得予更正，如此即可兼顧訴訟經濟及個案正義。實務上如 93 年 4 月台灣高等法院法律座談會，其會議結論亦採相同見解。

三、檢察官以攜帶兇器搶奪罪名起訴甲，並具體求刑七年。被告甲於審判期日自白認罪，法院是否有可能依該自白裁定改行簡式審判程序而繼續審判？若法院於得依法裁定改行簡式審判程序而繼續審判的情況下裁定改行簡式審判程序而繼續審判，其與行通常審判程序繼續審判，就審判期日，有何異同？若改行簡式審判程序繼續審判，於證據調查程序進行中，檢察官得否向法院聲請與被告甲於審判外進行協商？若協商完成後，檢察官向法院聲請為協商判決時，甲突然暴斃，法院應如何繼續審判？(25 分)

命題要旨	本題測試考生刑事訴訟法多元化程序之相關規定
答題關鍵	考生需對於刑事訴訟法各程序內容加以釐清(通常審判程序、簡式審判程序、協商程序)，瞭解何種案件可行何種程序、及有無程序要件及例外之情況，依照題意所指之內容，分點分項說明之。
高分閱讀	1.刑政大，刑訴上課上課講義第六回，P42-43；P7。 2.吳巡龍「任意偵查」，《月旦法學教室》。

【擬答】

(一)被告甲持凶器搶奪，檢察官求處有期徒刑七年，後於審判期日自白犯罪，得行簡式審判程序審理。

1.簡式審判程序：為了合理分配有限司法資源的利用，避免耗費不必要的審判程序，減輕法院審理案件的負

擔，以達訴訟經濟之要求；另一方面可使訴訟儘速終結，讓被告免於訟累，法院對於符合法定要件之非重大刑事案件，在被告對於起訴事實無爭執之情況下，簡化證據之調查，使明案得以速判，此即所謂簡式審判程序。

- 2.適用範圍：依照刑事訴訟法第 273-1 條規定，除被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者外。亦即**非特定重罪或事物管轄案件**。
- 3.適用時機：於**準備程序進行中，被告先就被訴事實為有罪之陳述時。惟實務於審判期日中，被告為有罪答辯，亦得於合議庭中，由審判長當庭諭知程序轉換而踐行簡式審判程序**，於地院時由獨任法官審理，以簡化證據調查，明案速判。
- 4.本題被告甲涉犯刑法第 325 條搶奪罪，復依照刑法第 326 條規定，持凶器搶奪者，為加重搶奪罪，得處一年以上七年以下有期徒刑，故本題甲涉犯之加重搶奪罪為最輕本行一年以上有期徒刑，為非重罪之案件，故得依照刑事訴訟法第 273-1 條於準備程序進行中自認犯罪，行簡式審判程序加以審理。又本題被告甲係於審判期日程序中為自認有罪之答辯，審判期日之審判長需當庭諭知程序轉換行「簡式審判」，始能簡化證據調查，改以獨任庭審理本案。

(二)簡式審判程序與通常審判程序之異同

簡式審判程序不完全受嚴格證明法則拘束，故依照刑事訴訟法第 273-2 規定，簡式審判程序之證據調查，不受第 159 條第 1 項、第 161 條之 2、第 161 條之 3、第 163 條之 1 及第 164 條至第 170 條規定之限制。

- 1.簡式審判程序不受到傳聞法則之限制。
- 2.簡式審判程序不受到調查證據之範圍、次序及方法提出與變更之限制。
- 3.簡式審判程序被告之自白不受到最末調查之限制。
- 4.簡式審判程序證人及鑑定人之證據不受到交互詰問法則之限制。

故本題被告甲加重搶奪案件，證據之調查不受到通常審判程序嚴格證明法則之限制。

(三)簡式審判程序之案件得行協商程序，故本題檢察官得向法院聲請本案於法庭外行協商程序，與被告甲協商合意後，向法院聲請為協商判決。

- 1.協商程序：案件經檢察官向法院起訴或聲請簡易判決處刑後，只要起訴或聲請處刑罪名的法定刑非死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑之案件，亦非由高等法院管轄的第一審案件，在法院辯論終結或簡易判決處刑前，檢察官與被告可以就被告願意接受的刑度或願意接受緩刑的宣告等事項進行協商，經雙方達成合意，且被告也認罪，及由檢察官聲請法院依協商合意內容來判決，此程序即謂協商程序。亦即：進入審判程序後之非重罪案件，由檢察官及被告就法律規定事項經由法院同意，雙方在協商期間內進行協商，法院當然停止審判，直至雙方就協商事項達成合意且被告認罪，經由檢察官聲請法院改行協商判決之程序。

- 2.協商判決內容：除所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者外，案件經檢察官提起公訴或聲請簡易判決處刑，於第一審言詞辯論終結前或簡易判決處刑前，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，經當事人雙方合意且被告認罪者，由檢察官聲請法院改依協商程序而為判決：

- (1)被告願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告。
- (2)被告向被害人道歉。
- (3)被告支付相當數額之賠償金。
- (4)被告向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額。

檢察官與被告協商，應得被害人之同意，協商期間不得逾三十日。

- 3.本題被告甲涉犯刑法第 325 條搶奪罪，復依照刑法第 326 條規定，持凶器搶奪者，為加重搶奪罪，得處一年以上七年以下有期徒刑，故本題甲涉犯之加重搶奪罪為最輕本行一年以上有期徒刑，為非重罪之案件，故得依照刑事訴訟法第 455-2 條規定，得行協商程序，使檢察官與被告甲進行法庭外協商。

(四)本題被告甲於法院為協商判決前暴斃猝死，法院不得為協商判決，應為裁定駁回協商程序之聲請，回復通常審判程序改判刑事訴訟法第 303 條第 5 款之『被告死亡』之不受理判決。

- 1.依照刑事訴訟法第 455-4 條規定：有下列情形之一者，法院不得為協商判決：
 - (1)有前條第二項之撤銷合意或撤回協商聲請者。
 - (2)被告協商之意思非出於自由意志者。
 - (3)協商之合意顯有不當或顯失公平者。
 - (4)被告所犯之罪非第四百五十五條之二第一項所定得以聲請協商判決者。

- (5)法院認定之事實顯與協商合意之事實不符者。
 (6)被告有其他較重之裁判上一罪之犯罪事實者。
 (7)法院認應諭知免刑或免訴、不受理者。
- 2.本題被告甲於訴訟程序中死亡，依照刑事訴訟法第 303 條規定，案件有下列情形之一者，應諭知不受理之判決：
- (1)起訴之程序違背規定者。
 (2)已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者。
 (3)告訴或請求乃論之罪，未經告訴、請求或其告訴、請求經撤回或已逾告訴期間者。
 (4)曾為不起訴處分、撤回起訴或緩起訴期滿未經撤銷，而違背第 260 條之規定再行起訴者。
 (5)被告死亡或為被告之法人已不存續者。
 (6)對於被告無審判權者。
 (7)依第 8 條之規定不得為審判者。
- 因此甲於訴訟程序中死亡，法院應為 303 條第 5 款之不受理判決，而非逕為有罪之協商判決。
- 3.對於檢察官為協商程序之聲請，法院應以裁定駁回
- (1)依照刑事訴訟法第 455-6 條規定，法院對於第 455 條之 2 第 1 項協商之聲請，認有第 455 條之 4 第 1 項各款所定情形之一者，應以裁定駁回之，適用通常、簡式審判或簡易程序審判，對該裁定不得抗告。
 (2)法院對於修正條文第 455 條之 2 第 1 項之協商聲請，認有修正條文第 455 條之 4 第 1 項所定不得為協商判決之情形時，應將該聲請以裁定駁回。此時案件既已經檢察官起訴或聲請以簡易判決處刑，法院自應回復適用通常、簡式審判或簡易程序繼續審判。法院駁回檢察官協商聲請之裁定，為終結協商程序之程序裁定，故不得抗告。
 (3)因此甲於訴訟程序中死亡，法院應以裁定駁回檢察官之協商聲請，並適用通常審判程序審判，為 303 條第 5 款之不受理判決，而非逕為有罪之協商判決。

- 四、某甲涉嫌共同殺人，經檢察官提起公訴。一審法院以檢察官起訴所附之證據(共犯某乙於檢察官偵訊時未經具結之陳述、兇刀、現場錄影光碟、目擊證人之警詢、偵訊筆錄等證據)判處某甲有期徒刑 15 年。某甲以量刑過重為由提起上訴。二審法院認為案情明確，且無其他應調查之證據，乃於審判期日詢問某甲及檢察官對起訴書與一審判決書中所引用之證據資料有無意見。雙方當事人皆表示無意見，審判長遂命書記官於審判筆錄一一載明已經依法調查該些證據。試問：(25 分)
- (一)共犯某乙於檢察官偵訊時未經具結之陳述，其證據能力為何？
 (二)就我國上訴審訴訟構造之觀點而論，請詳附理由說明某甲之上訴及二審之審判程序是否合法？得否為上訴第三審之理由？

答題關鍵	第一子題之關鍵在於「共犯」不等於「共同正犯」，應分別敘明；第二子題之關鍵則為「具體上訴理由」之認定標準，以及「科刑」與「論罪」是否屬「有關係部分」。
高分閱讀	史奎謙，《刑事訴訟法 II(圖說)》，高點文化出版，頁 5-33 至 5-37

【擬答】

- (一)共犯某乙於檢察官偵訊時未經具結之陳述，有無證據能力，應視該陳述係某乙以何種身份所為：
- 1.對某甲涉嫌殺人之案件而言，某乙為被告以外之人，依大法官釋字第 582 號解釋，不論某乙與某甲在實體法上是否確具共犯關係，某乙於訴訟法上之本質應為證人，故若檢察官係於偵查某甲案件時，以證人身份傳喚某乙，某乙即與一般證人無異，檢察官應依刑事訴訟法(下稱「本法」)第 186 條第 1 項命某乙具結，如某乙未予具結，則依本法第 158 條之 3，其證言不得為證據。
 - 2.惟若某乙於檢察官偵訊時，係以某乙自己案件之被告身份而為陳述，則因本法將被告與證人分列不同之證據方法，被告不得為證人，此亦上開大法官解釋將證人認定為「被告以外之人」之原因，則某乙既非以證人身份接受訊問，檢察官自不得命某乙具結，且某乙於偵訊時以被告身份所為之自白亦非證言，故該陳述即不因未經具結而喪失證據能力，亦無本法第 158 條之 3 之適用。
 - 3.承 2，惟就某甲為被告之案件而言，某乙仍屬證人，故某乙於檢察官面前之陳述仍屬「被告以外之人於審判外之陳述」，屬於傳聞證據，仍有本法關於傳聞陳述證據能力規定之適用。如某乙未與某甲一併起訴，此時某乙即為一般證人，應直接適用本法第 159 條之 1 第 2 項之規定，判斷其證據能力之有無；如某乙與

某甲應一併起訴成為共同被告，因某乙仍具被告身份，尚非「被告以外之人」而無法直接適用本法第 159 條之 1 第 2 項之規定，此時因某乙之陳述被當作起訴某甲之證據，與某甲具利害關係衝突，故為確保直接審理原則及保障甲之對質詰問權，應先由法官依本法第 287 條之 1 之規定，分離甲案與乙案之調查證據及辯論程序，此時於甲案程序中，某乙不具被告身分，即可回歸適用第 159 條之 1 第 2 項之規定，判斷某乙於檢察官偵訊時之自白，於某甲案件是否具證據能力。

(二)茲先說明我國上訴審之訴訟構造，嗣就甲之上訴及二審之審判程序是否合法，分述如下：

1.我國上訴審之訴訟構造：

上訴審之審級構造，立法上包括事後審查制、續審制及覆審制；「事後審查制」係以法律審之角度，自事後審查原審判決及其訴訟程序於法有無違誤，我國刑事訴訟之第三審採之；「續審制」則屬事實審兼法律審，上訴審延續原審之審判，因此於第一審所為之訴訟行為，於第二審亦有效力，我國民事訴訟之第二審採之；至我國刑事訴訟之第二審採「覆審制」，亦為事實審兼法律審，惟第二審程序應為完全且重複之審理，關於事實認定、法律適用、刑罰量定，皆與第一審法院同其職權，此點觀乎本法第 364 條可證。

2.甲之上訴是否合法，端視其有無基於基於一審卷內訴訟資料，或另以新事證，具體指摘一審於量刑時有何違法或不當：

(1)被告上訴限於為自己利益之情形（最高法院 71 年台上字第 1423 號判決），而依本法第 361 條第 2 項，上訴書狀應敘述具體理由，故被告所提上訴理由必須具體明確且對己有利，方屬合法上訴。至於是否為有利之判斷，原則上採「主文標準」，亦即倘被告之上訴理由獲認有理由，是否使原審判決之主文內容發生有利於被告之變動。

(2)本案甲以量刑過重為理由提出上訴，而科刑屬主文範圍之一部，倘上訴審確認原審量刑過重而將量刑減輕，自將更動原審主文，故甲之上訴符合上述主文標準。

(3)至上訴理由是否具體明確，依最高法院新近見解，認被告指摘原審量刑過重時，必須基於一審卷內訴訟資料，或另以新事證，具體指摘一審於量刑時有何違法或不當，不得僅空言「量刑過重」，否則即非具體明確，應認上訴不合法。故甲之上訴是否合法，應視其上訴理由除指摘一審量刑過重外，有無明確指出一審於量刑時之違法或不當。

3.二審程序是否合法，應視其未重新踐行法定調查程序加以調查之證據，是否涉及對原審科刑部分之審查，茲詳述如下：

(1)依本法第 366 條，第二審法院應就經上訴之部分調查之，復依第 348 條第 2 項之規定，對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。然被告可否僅針對「科刑」部分提起上訴，而不包括「論罪」？學說及實務有下述二種見解：

A.傳統實務見解認為，被告不得僅就原審判決之法律效果部分單獨聲明不服，縱使單獨聲明不服，論罪部分乃有關係之部分，亦視為已上訴（最高法院 37 年上字第 2015 號判決、46 年台上字第 914 號判決）

B.新近學說則認為，對於科刑可以合法提起一部上訴，因審查量刑之程序，有針對量刑事由應特別審酌之事實及應適用之條文（如刑法第 57 條），故於被告對論罪部分並無不服之下，代表被告僅係針對原審於審酌刑度時之裁量不服，就此而言，量刑部分有其自主性，應允被告單獨提起上訴。

C.就上述二說而言，管見以為新近學說較為可採。原因在於上訴審得以原審判決論罪部分之認定為基礎，僅就科刑部分重新調查及判決，並無變更原審論罪認定不可之情形，且原審就科刑部分遭撤銷或改判時，既上訴審未更動原審論罪部分之認定，即無原審判決「論罪」與「科刑」產生裁判矛盾之可能，故應認甲僅針對科刑部分上訴時，原審論罪部分因不屬「有關係部分」，而非第二審法院應調查範圍。

(2)由上可知，本案二審僅得就原審之科刑部分進行調查，故就論罪部分，本非第二審應審理之範圍，亦無須重新踐行論罪部分之相關證據調查程序，第二審程序即無違背法令之情事；惟就科刑部分，如原審所引用之證據資料，有涉及科刑部分者，既屬第二審依第 366 條應調查範圍，基於覆審制之制度設計，第二審應就此部分之證據重新踐行法定調查程序，不得僅以當事人對一審有無意見代替調查程序，否則即屬「應於審判期日調查之證據未予調查」，而具判決當然違背法令事由，得提起第三審。

《刑事訴訟法》

- 一、甲與乙於民國 94 年 1 月間共同殺死人，乙當場被逮捕，由檢察官提起公訴，經第二審法院判決確定，目前在監執行中。甲於偵查中逃匿，嗣於民國 96 年 1 月 30 日經通緝到案，隨即經檢察官起訴，起訴書中引用共犯乙在其案件偵查中以被告身分所為不利於甲之陳述筆錄，及第一審、第二審審判時以被告身分所為不利於甲之陳述筆錄為證據。本案在第一審審判時，經法院傳喚乙到庭為證人，經具結後由甲及其選任辯護人為反對詰問，乙翻供為有利於甲之證言。檢察官主張起訴書所引乙之陳述筆錄均有證據能力，甲之選任辯護人則認乙前揭陳述均未經具結，依刑事訴訟法第 158 條之 3 之規定，不得作為證據。如法院認為乙之陳述筆錄有證據能力，請問依現行刑事訴訟法之規定，你認為有法理之依據嗎？試說明其理由。(25 分)

命題意旨	本題重點在於傳聞法則的例外適用問題，是課堂中老師再三叮嚀的重點，尤其是 159-1 在法官與檢察官面前所為陳述在何條件之下，才有傳聞法則例外之適用，如果考生僅就條文內容照本適用，涵攝套入本題，可能無法獲得太高的分數，必須要瞭解實務及學說之意見，始能獲致高分。
答題關鍵	傳聞法則、共犯、共同被告自白。
高分閱讀	1.法觀人月刊-律師考場特刊 P.47~53：證據能力，證據法兩大法系之體系架構(相似度 70%) 2.高點圖說系列-刑事訴訟法(II)（史奎謙） P.4-627~3-641：證人之供述(相似度 75%) 3.高點歷解系列-法研所歷屆試題詳解(刑訴、犯罪學) p.1-3-28~30：同案被告之自白(相似度 80%) p.1-4-23~26：同案被告之自白(相似度 80%) 4.王兆鵬老師，刑事訴訟法講義，P699 5.邢政大老師，課堂講義第四回 P14 以下傳聞法則 P23 法官面前陳述之例外 P24 檢察官面前陳述之例外 6.邢政大老師，課堂講義第一回 P7 以下刑事訴訟目的 7.邢政大老師，課堂講義第四回 P31、32、33
參考資料	1.林俊益老師，台灣本土法學 78 期，傳聞法則例外一 2.林俊益老師，台灣本土法學 81 期，傳聞法則例外二 3.月旦法學教室第 49 期 P.20~21：證人未經具結之簡訊筆錄之效力(陳運財) 4.月旦法學雜誌第 143 期 P.5~30：對質詰問與上級審(林鈺雄)

【擬答】

本題乙於前案偵查及審判中所為之陳述，能否成為證據，是否具備證據能力，涉及傳聞法則問題，試依照本題爭議分述如下：

(一)本題有傳聞法則之適用

- 1.共犯或共同被告審判外之陳述，陳述人未具結、被告未能對質詰問，裁判者未能親自見聞，則此證據在真實性的考量仍有疑問，若未經合法調查證據程序即貿然引用，則有害於刑事訴訟法上發現真實及法治程序

的目的。因此刑事訴訟法第 159 條規定：「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。」而『被告以外之人』在審判外所為之陳述，原則上不得做為證據，將共同被告、共犯、被害人等審判外陳述均列為傳聞法則規範之列，因此本案如上所述，有傳聞法則之適用，如法院認為乙於前案偵查及審判中筆錄有證據能力，必須要符合傳聞法則例外規定。

2. 甲乙為殺人罪之共犯，乙先被逮捕並經二審判決確定，嗣後甲始被通緝到案，經檢察官起訴後進入第一審審判程序。乙於前案中於偵查及審判中均對甲有不利之陳述，此證據為被告(甲)以外之人於審判外所為之陳述，因此依照傳聞法則應該加以排除，惟我國法有傳聞法則之例外規定，如符合刑事訴訟法第 159-1 至 159-5 之傳聞例外，則該證據即例外得以有證據能力，成為法官判決之依據。

(二) 乙於前案偵查中所為之陳述筆錄是否有證據能力，迭具爭議

1. 條文規定：依照刑事訴訟法第 159-1 第 2 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。」其立法理由謂：檢察官職司追訴犯罪，必須對於被告之犯罪事實負舉證之責。就審判程序之訴訟構造言，檢察官係屬與被告相對立之當事人一方，是故偵查中對被告以外之人所為之偵查筆錄，或被告以外之人向檢察官所提之書面陳述，性質上均屬傳聞證據，且常為認定被告有罪之證據，自理論上言，如未予被告反對詰問、適當辯解之機會，一律准其為證據，似與當事人進行主義之精神不無扞格之處，對被告之防禦權亦有所妨礙；然而現階段刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，依法其有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須具結，而實務運作時，偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，因此刑事訴訟法明定被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。
2. 條文評釋：本條規定可能讓秘密證人制度借屍還魂於此條文中，剝奪被告對質詰問權，有違憲之虞。因此實務與學界通說均認為，雖共犯、共同被告在他案以被告身份所為之陳述，但於本案中欲為他共犯或共同被告不利之證述，仍須經具結及反對詰問為妥，否則會使我國新制的交互詰問制度形骸化。

(1) 具結問題

依照 94 台上 1644 號判決：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據，刑事訴訟法第一百五十八條之三定有明文。而同法第一百五十九條之一第二項雖規定，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。惟該被告以外之人(含共同被告、共犯、被害人、證人等)，於偵查中向檢察官所為之陳述，性質上仍屬傳聞證據(即審判外之陳述)，然因檢察官依法有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須「具結」，而檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，因而規定除顯有不可信之情況者外，得為證據。但被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，仍應依法具結，始有證據能力。」故本案如乙於前案中所為之陳述未經具結，依照實務通說，應無證據能力。

(2) 反對詰問問題

95 年台上 3699 號判例，所謂被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，當係指經被告或其辯護人行使或得予行使反對詰問權者而言。因此依照學者及實務通說意見，偵查中向檢察官所為之陳述，需給予被告反對詰問之機會實質上應解釋為係已經被告或其辯護人行使反對詰問權，未予反對詰問權之機會，不容許成為證據。

(3) 小結

偵查中向檢察官陳述能成為證據之要件如下：

必須令其具結。

給予被告反對詰問機會。

無顯有不可信情況。

故本案對被告甲而言，共犯乙於前案中所為之筆錄均傳聞證據，因未令乙具結即讓甲踐行反對詰問，該不利被告甲之陳述，不得成為甲有罪之證據。

(三) 乙於前案審判中所為之陳述筆錄是否有證據能力，亦具爭議

1. 條文規定：依照刑事訴訟法第 159-1 第 1 項規定：「被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。」其立法理由謂：被告以外之人(含共同被告、共犯、被害人、證人等)於法官面前所為之陳述(含書面及言詞)，因其陳述係在法官面前為之，故不問係其他刑事案件之準備程序、審判期日或民事事件或其他訴訟程序之陳述，均係在任意陳述之信用性已受確定保障之情況下所為，因此該等陳述應得作為證據。
2. 條文評釋：本條規定會架空直接審理原則，因直接審理原則係指承審之法官在審理本案證據時需全程始終

在場。另外本條規定是法官本位的立法，惟法官本位是一錯誤立法，誤以為任意性擔保可以取代反對詰問權，在法官面前所為之陳述不一定可信度較高、亦不一定使反對詰問權受到保障。反而造成變相廣泛承認審判外陳述之證據能力。

(1) 具結問題

依照 94 台上 5198 判決，被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之一第一項定有明文。共犯於案件審理時向法官所為之供述，在其等任意陳述之信用性無疑之情況下，其證述依法自具有證據能力。因此依照實務通說，乙在前案審判中所為之陳述，縱令未經具結，只要其陳述具備任意性及真實性，於本案(甲案)仍具備證據能力，得成為審判之依據。惟仍有部分實務及學界認為，應將乙改列證人身分具結後陳述，之後之陳述始能成為審判之依據。

(2) 反對詰問問題

依照部分學者及實務意見，審判中向法官所為之陳述，需給予被告反對詰問之機會。實質上應解釋為係已經被告或其辯護人行使反對詰問權，未予反對詰問權之機會，不容許成為證據。

(3) 小結

有學者咸認，刑事訴訟法傳聞法則例外 159-1 之適用，應限縮於『傳喚不能』、『可信性情況保證』下，始承認『被告以外之人於審判外向法官所為之陳述』得作為證據。因此乙前案偵查及審判中陳述，就涉及被告甲本人之部分，未經改列證人令其具結陳述並接受被告之詰問，並不得作為證據。

二、某甲為被告某乙竊盜案件之偵查中辯護人，某日甲律師因不滿檢察官之訊問態度不佳，於庭訊結束後，遂偕同某乙共同召開記者會，指摘檢察官出言恐嚇被告自白，並將檢察官訊問之內容作成筆記提供 A 報記者刊登。檢察官認為甲涉嫌洩漏偵查秘密，乃分案偵辦某刑事責任。試問：

(一) 對於被告某乙涉嫌竊盜之案件，檢察官依據刑事訴訟法之規定，得對甲律師採取何措施？甲律師得為何種主張？(10 分)

(二) 對於甲律師涉嫌洩密之案件，檢察官請 A 報記者提供甲律師交付之偵訊內容筆記，惟 A 報記者否認持有該筆記。檢察官遂打算搜索甲律師及 A 報記者之辦公室及住宅。則檢察官於向法院聲請搜索票時，就上開不同對象及處所之搜索，其應具備之條件有何不同？試從刑事訴訟法之相關規定申論之。(15 分)

命題意旨	本題重點題意明確，在測試律師權利與『偵查不公開』之界線，考生除了要靈活運用 245 條偵查不公開的條文外，還需要具備基本的公法知識，本題第二小題涉及能否搜索『律師事務所』及『新聞媒體』之爭議問題，這部分單從條文內容雖然無法窺知正確解答，但平時上課著重的靈活運用法理知識以理解刑事訴訟法的練習，在這裡可以就充分運用及發揮。
答題關鍵	1. 偵查不公開。 2. 受律師協助的權利。 3. 搜索扣押之客體。
高分閱讀	1. 高點圖說系列-刑事訴訟法(I) (史奎謙) P.4-148~159：搜索之對象及處所 (相似度 80%) P.2-95~98：辯護人之權限 (相似度 70%) 2. 高點歷解系列-法研所歷屆試題詳解(刑訴、犯罪學) P.1-1-1~6：律師權 (相似度 70%) P.1-4-1~10：搜索新聞媒體 (相似度 70%) 3. 王兆鵬老師，刑事訴訟法講義，P130-135 4. 邢政大老師，課堂講義第五回，P6、7 5. 邢政大老師，課堂講義第三回，P51 搜索扣押
參考資料	月旦法學雜誌第 137 期 P.104~119：貫徹平等與實質之辯護制度 (王兆鵬) P.120~132：刑事訴訟法之修正與刑事辯護 (陳運財) P.152~172：是公平的保障還是一襲國王的新衣 (林志潔)

【擬答】

本題涉及偵查不公開原則之適用，以及搜索之爭議問題，試依照題意分述如下：

(一)偵查不公開**1.依照刑事訴訟法第 245 條第 1 項規定：「偵查，不公開之。」**

偵查不公開之目的在保護被告，以落實無罪推定；另外並保護相關人士，避免案件於正式起訴前，涉及關係人或被告隱私、名譽等資訊洩漏，人民有免於個人資訊外流的信賴利益。除此之外，偵查不公開亦在維護偵查機關檢警資訊優勢，若資訊不當走漏，常會造成保全人犯或保全證據之阻礙。偵查不公開內涵包括偵查程序不公開及偵查內容不公開。

(1)偵查程序不公開：落實無罪推定原則，故禁止公開偵查過程及偵查行為，並藉以維護偵查程序之順利進行。

(2)偵查內容不公開：基於無罪推定原則，偵查內容不公開，避免未審先判。

例外，依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者，得公開。

2.偵查不公開並非概括排除被告或辯方地位之權利：

偵查階段修法後已適用適用指定或強制辯護(原舊法 31 I 僅規定『審判中』)，因此被告得隨時選任辯護人(刑事訴訟法第 27 條)，在訊問被告時亦應告知其有此項權利(刑事訴訟法第 95 條)，而在刑事訴訟法第 245 條裡，亦加入了辯護人偵查中之在場權及陳述意見權：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」惟此但書之禁止規定過於籠統，有學者認應該要刪除為妥，否則等於變相侵害被告的辯護權。另依照法務部 83 檢字第 24163 號函規定，在不違反偵查不公開原則下，亦得許辯護人在場札記訊問要點。故本題甲為乙之辯護人，在乙案偵查中可以在場並陳述意見，及札記訊問要點。

3.本題檢察官於審理乙竊盜案，甲律師得在場陳述意見，並做成筆記，此為上述保障辯護人之權利，惟辯護人不得恣意公開偵查內容，依照刑事訴訟法第 245 條第 3 項規定：「檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程序依法執行職務之人員，除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，不得公開揭露偵查中因執行職務知悉之事項。」本項立法理由謂：犯罪事實之認定，為法院於審判程序中之職權，在犯罪嫌疑人未經起訴進入公開審判程序前，犯罪事實之認定，非新聞媒體或人民所能代行，犯罪嫌疑人亦無接受媒體或人民公審之義務。我國少數執法人員，於偵查程序開始後，或主動聯繫新聞媒體，或被動揭露偵查內容，其行為不但違反無罪推定原則，也嚴重侵害人權。

4.本題並非檢方或警方公開揭露偵查中事項，而是辯護人為保障被告合法權益有必要之情形下公開偵查筆記內容，因此甲律師得據刑事訴訟法第 245 條第 3 項規定，主張並無違反刑事訴訟法上偵查不公開原則。

(二)甲律師在乙竊盜案偵查中召開記者會，檢察官認為甲律師涉嫌洩漏偵查秘密，因此欲搜索甲律師及 A 報記者辦公室與住宅，得否搜索，以及搜索條件有何差異，分述如下。

1.依照刑事訴訟法第 122 條規定：「對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」

(1)搜索門檻

本案對甲律師(被告)搜索之門檻為有『必要時』，對 A 記者(第三人)搜索之門檻以有『相當理由』時為限，因為 A 記者為被告以外之第三人，對第三人不能恣意搜索，因此『相當理由』之門檻程度較高。法院審核搜索票之聲請，應就聲請書所敘述之理由及其釋明是否合於刑訴法第 122 條所規定之「必要時」或「有相當理由」之要件為之，其證據法則無庸嚴格證明，以行自由證明為已足，如經綜合判斷，具有一定可信度之傳聞、傳述，亦得據為聲請之理由。

(2)搜索客體

身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所。因此本案檢察官要搜索甲律師之洩密罪，依照條文規定，得搜索被告、犯罪嫌疑人的身體、物件、住宅及其他處所。然此處之其他處所為『甲律師事務所辦公室』及『A 記者媒體辦公室』，該二處能否搜索，仍具爭議。

2.可否搜索律師事務所**(1)否定可搜索律師事務所：**

如容許搜索律師事務所，可能導致律師與當事人間之業務秘密關係蕩然無存，動搖當事人對律師之信

任。對當事人之秘密，亦無任何保障。

(2)肯定可搜索律師事務所：

日本與德國均允許對律師事務所之搜索，但如果律師因業務而保管或持有當事人秘密事項之物品，得拒絕被扣押。因此依照德日作法，律師事務所得成為搜索之標的。有學者咸認：允許律師事務所得成為搜索之標的，惟必須要加上以下限制：第一，篩檢無必要之搜索；第二，執行搜索時，對律師事務所之文書，執法人員無權檢視內容；第三，必須要防範無必要及不合理的隱私權侵犯。因此法官在核發對律師事務所搜索票時，必須要依照刑事訴訟法第 128 條第 3 項規定：「搜索票，由法官簽名。法官並得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。」為上開要點之指示為妥。

3.可否搜索媒體新聞

(1)否定可搜索媒體新聞：

此說認為媒體有言論自由，因此不得為搜索或扣押，以免侵害憲法保障之權利。

(2)肯定可搜索媒體新聞：

美國聯邦最高法院准許對言論自由有關行業行搜索、扣押，但必須遵照『隱私保護法』規定，區分新聞媒體之『work product materials 工作成果』及『非工作成果』，除兩者有其個別之例外情形下，否則不得對新聞從業人員之工作處所為搜索扣押。有學者咸認，新聞自由固然重要，但政府偵查犯罪發現證據之執法利益，亦相同重要，無理由使新聞媒體成為不得搜索之『治外法權』領域，況且我國刑事訴訟法規定對公務機關、軍事機關亦得為搜索，如有相當理由相信媒體有證據或應扣押之物存在時，亦應認為可以搜索為當。只是法官必須要依照刑事訴訟法第 128 條第 3 項規定，指示執行人員不得妨礙媒體之正常運作、不得拆閱信件或封緘之密件、不得扣押工作成果等。

三、被告某甲被訴涉犯刑法第 277 條第 2 項前段之傷害致人於死罪嫌(法定刑為無期徒刑或七年以上、十五年以下有期徒刑)，已延長羈押三次，現羈押中。民國 96 年 8 月 25 日一審法院承審法官驚覺某甲第三次延長羈押期間即將於民國 96 年 8 月 31 日屆滿，全案尚無法審結，但認被告某甲羈押原因仍然存在，且有繼續羈押之必要。請問：

(一)就現行刑事訴訟法規定，承審法官有無可以裁定繼續羈押被告某甲之法律依據？(倘有，請列舉之。倘無，請說明理由。)(10 分)

(二)承審法官選擇何規定裁定繼續羈押被告某甲，對該案審理較能順利進行？(請比較各種規定機制，並說明其理由。)(10 分)

(三)繼續羈押裁定應於何時送交被告某甲，始為合法？(5 分)

命題意旨	本題包含所有延長羈押的相關規定，因為有發法條，所以考生必須要在考試短時間內翻閱到條文並且涵攝至個案題目中。刑事訴訟法第 108 條延長羈押於今年七月有新修法，因此考生必須要參照新修正法條，按照題目所指各子題分點分項作答。
答題關鍵	1.延長羈押。 2.繼續羈押新修法。 3.延長羈押裁定之送交。
高分閱讀	圖說系列-刑事訴訟法(I) (史奎謙)，P.4-105~117：羈押之期間與延長（相似度 80%）
參考資料	1.刑政大課堂講義第三回 P37-39 延長羈押 2.新修正刑事訴訟法第 108 條之規定

【擬答】

(一)羈押期間計算

- 1.計算：羈押期間自簽發押票之日起算。但羈押前之逮捕、拘提期間，以一日折算裁判確定前之羈押日數一日。若因法定障礙事由（刑事訴訟法 93 之 1）而逾 24 小時始移送法院仍應計入折算。
- 2.期間限制：羈押被告，偵查中不得逾二月，審判中不得逾三月。但有繼續羈押之必要者，得於期間未滿前，經法院依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後，以裁定延長之。在偵查中延長羈押期間，應由檢察官附具體理由，至遲於期間屆滿之五日前聲請法院裁定。審判中之羈押期間，自卷宗及證物送交

法院之日起算。起訴或裁判後送交前之羈押期間算入偵查中或原審法院之羈押期間。

3. 審判中延長羈押

- ① 羈押被告審判中不得逾三月。但有繼續羈押之必要者，得於期間未滿前，經法院依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後，以裁定延長之。在偵查中延長羈押期間，應由檢察官附具體理由，至遲於期間屆滿之五日前聲請法院裁定。此裁定除當庭宣示者外，於期間未滿前以正本送達被告者，發生延長羈押之效力。羈押期滿，延長羈押之裁定未經合法送達者，視為撤銷羈押。
- ② 依照刑事訴訟法第 108 條第 5 項規定：「延長羈押期間，審判中每次不得逾二月，如所犯最重本刑為十年以下有期徒刑以下之刑者，第一審、第二審以三次為限，第三審以一次為限。」此規定反面解釋可以得知，若被告所犯為最重本刑十年以上有期徒刑之最，則可以為無限期延長，無延押次數之限制。
- ③ 依照刑事訴訟法第 108 條第 6 項規定：「案件經發回者，其延長羈押期間之次數，應更新計算。」此規定代表案件如經發回更審，則對被告之羈押亦可無限期延長，對被告極為不利，有學者亦認，此規定有違比例原則。
- ④ 依照刑事訴訟法第 108 條第 8 項規定：「依第二項及前項視為撤銷羈押者，於釋放前、偵查中，檢察官得聲請法院命被告具保、責付或限制住居。如認為不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得附具體理由一併聲請法院依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後繼續羈押之。審判中，法院得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後繼續羈押之。但所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為七年以上有期徒刑之罪者，法院就偵查中案件，得依檢察官之聲請，就審判中案件，得依職權，逕依第一百零一條之規定訊問被告後繼續羈押之。」

4. 本題承審法官可以裁定繼續羈押被告甲

被告甲涉犯傷害致人於死罪，法定刑為無期徒刑或七年以上、十五年以下有期徒刑，已經延押三次，法官得以依照刑事訴訟法第 108 條第 5 項規定繼續延長羈押。雖審判中延長羈押有三次之限制，惟被告甲所犯者為最重本刑十年以上之罪，因此按上開條文規定，並沒有受到延押之限制，而可以無限期羈押。如本案承審法官於羈押期間屆滿後，未再延長羈押，即對被告視為撤銷羈押，依照 96 年 7 月修正前刑事訴訟法規定，本案應即釋放被告，但依新法增列第 8 項規定，得繼續羈押被告，且分為以下二種情形（新法：94.7.4 修正公布）。

① 依刑事訴訟法 101、101-1 訊問被告，認無法具保、責付、限制住居，而有羈押必要，繼續羈押。

② 逕依職權訊問被告，繼續羈押。

以上為新法規定，因本案被告於新法施行前已開始羈押，認為可以依新法繼續羈押的理由應為刑事訴訟法施行法第二條之「程序從新」原則，且本案雖於修法前已羈押被告，但屬「不真正溯及既往」之情形。但如認為法律不能溯及既往，且本規定係對被告不利且為限制被告人身自由之規定，則本案應認不得適用新法規定繼續羈押被告。

(二) 承審法官可以選擇下列方式裁定繼續羈押被告甲

1. 依照刑事訴訟法第 108 條規定，合法延長羈押

本案承上所述，並無延長羈押三次之限制，因此承審法官得以無限期羈押，惟法官必須在羈押期限屆滿之前，裁定延長羈押，否則在羈押期限屆滿後，應即釋放被告，如未即時釋放被告，即對人身自由不當之拘束，侵害被告人身自由甚鉅。因此本案法官於 96 年 8 月 25 日發現羈押期限於 96 年 8 月 31 日屆滿，且認為本案被告甲有繼續羈押之原因及必要，得於 96 年 8 月 31 日期間未滿前，刑事訴訟法依第 101 條或第 101 條之 1 之規定訊問被告後，以裁定延長之。此項裁定，除當庭宣示者外，於期間未滿前以正本送達被告者，發生延長羈押之效力。羈押期滿，延長羈押之裁定未經合法送達者，視為撤銷羈押。

2. 依照新修正規定，雖未於期限內合法延押，亦得繼續羈押被告甲

如本案承審法官未於 96 年 8 月 31 日羈押屆滿期限內延長羈押，依照舊法規定，僅能將被告甲釋放，但恐造成因法官之疏失而肇致被告逃逸、無法保全被告之後果，因此於 96 年 7 月 4 日新增加一個繼續羈押之保全措施，因此本案如羈押期滿，延長羈押之裁定未經合法送達者，視為撤銷羈押。如本案被視為撤銷羈押，於釋放被告甲前，法院得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後繼續羈押之。但所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為七年以上有期徒刑之罪者，法院就審判中案件，得依職權，逕依第一百零一條之規定訊問被告後繼續羈押之。上述繼續羈押之期間自視為撤銷羈押之日起算，以二月為限，不得延長。一旦繼續羈押期間屆滿者，應即釋放被告。

3.實務法院原則上仍應按原延押規定來延長羈押被告，不得恣意放任羈押到期，被視為撤銷羈押後，再依照新法規定「繼續羈押」。

(三)繼續羈押之裁定應於羈押期限屆滿前(96年8月31日前)送交被告始為合法

依照82年台抗字539判決，抗告人因竊盜等案件不服第一審判決上訴至原審，經原審自八十二年八月二十日起依法執行羈押，依刑事訴訟法第一百零八條第一項前段規定，在法院未裁定延長羈押前，固應於八十二年十一月十九日屆滿，惟依同法條第一項但書規定，經法院認有繼續羈押之必要者，得於期間未滿前，由法院裁定延長之，所謂羈押「期間未屆滿前」，係指羈押期間屆滿之未日前，包括末日在內而言。故實務延長羈押之裁定，應於羈押期間屆滿之未日前(包含末日)，本案繼續羈押之裁定應於96年8月31日前送交被告始為適法。

四、A認甲係以一行為觸犯詐欺及行使偽造私文書二罪名，對甲提出告訴，該案經檢察官偵查結果，認甲被訴二罪名，均已構成犯罪，惟認該二罪係甲分別起意所為，應數罪併罰；該案經第一審法院審理結果，雖認甲被訴詐欺、行使偽造私文書之事實，均已構成犯罪，但認該二罪名係甲以一行為所為，乃依刑法第55條想像競合犯規定，從一重處斷；嗣被告提起上訴，第二審法院亦認甲被訴之犯罪事實，俱已構成犯罪，惟認甲被訴詐欺及行使偽造私文書二罪，係甲分別起意所為，而分別論處甲詐欺、行使偽造私文書二罪，甲不服，就第二審判決全部提起第三審上訴。試問：第三審法院應如何裁判？是否因第三審法院認為甲就行使偽造私文書部分之上訴，是否合法及有理由，而有不同？理由何在？(25分)

命題意旨	本題涉及傳統案件單一性同一性的考題，以及判決一部上訴是否有全部上訴效果之問題，案件單一性、同一性向來均是相當重要的單元，本題在班內課堂上也舉此例說明過，幾乎完全命中，相關考古題為91年司法官第三題。
答題關鍵	1.案件單一性同一性。 2.告即應理、不告不理原則。 3.上訴不可分。
高分閱讀	1.法觀人第119期-司法三等考場特刊 第13題：案件單一性、同一性(相似度85%) 2.圖說系列-刑事訴訟法(II)(史奎謙) P.4-348~383：案件之單一性與同一性(相似度90%) 3.歷解系列-律師司法官歷屆試題詳解(刑訴) P.89-23~25：案件之單一性與同一性(相似度90%) P.87-6~8：案件之單一性與同一性(相似度85%)
參考資料	1.刑政大課堂講義第二回 P15 例題(100%相似度) 2.刑政大課堂講義第二回 P14、15 上訴不可分 3.刑政大課堂講義第六回 P68-70 上訴不可分

【擬答】

A為告訴人，對甲一行為觸犯詐欺及行使偽造私文書罪名提起告訴；檢察官以數罪提起公訴。第一審法院認為甲構成詐欺及行使偽造私文書罪，為一行為觸犯數罪名之想像競合，從一重處斷。第二審認為甲為數罪，而非一罪關係。後甲不服提起上訴，三審法院應如何裁判，如甲僅對行使偽造私文書部分提起上訴，結論是否有異，試敘述本題爭點如下：

(一)不得上訴第三審之案件

1.依照刑事訴訟法第376條規定：「左列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。三、刑法第三百三十五條、第三百三十六條第二項之侵占罪。四、刑法第三百三十九條、第三百四十一條之詐欺罪。五、刑法第三百四十二條之背信罪。六、刑法第三百四十六條之恐嚇罪。七、刑法第三百四十九條第二項之贓物罪。」

2.因此本案甲於法院認定構成『詐欺』與『行使偽造私文書』罪，就詐欺罪部分不得上訴第三審，偽造私文書部分得以上訴第三審。本案第二審法院認為甲二者均有罪，且為數罪，甲對判決不服，得否全部上訴第三審或僅就行使偽造私文書部分上訴第三審，迭具爭議。

(二)告即應理、不告不理

依照刑事訴訟法不告不理之法理，應是「起訴範圍」來決定「審判範圍」，惟目前實務處理方式顛倒，有罪與否、是否為一罪，是從「審理結果」來認定，有「理」決定「告」，而形成邏輯上的混淆。故上訴三審，如依照『告即應理、不告不理』之原則以觀，僅能就得上訴第三審之部分（行使偽造私文書）提起上訴，第三審法院亦僅得就此部分為裁判；倘以『理』來決定『告』之範圍，則由三審法院決定是一罪或為數罪，情形分別有異。

1.不告不理

刑事訴訟法上訴範圍，可分為『一部上訴』與『全部上訴』，上訴之全部或一部，以上訴權人得上訴範圍為基準，若就「能上訴之部分」皆上訴者稱為全部上訴；否則即為一部上訴。至於原判決之一部或全部則以原判決之範圍為基準。如原判決認定：

- ①數罪型（數案件）：全部均是得上訴第三審之案件，當事人亦全部上訴，則三審法院需全部加以審理，如部分為不得上訴第三審之案件，則三審法院僅能就得上訴第三審之部分為審理。
- ②一罪型（一案件）：全部上訴，則三審法院需全部審理；如僅為一部上訴，依照刑事訴訟法第 348 條規定：「上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。」
- ③本案第二審法院認為甲係分別起意觸犯詐欺及行使偽造私文書罪，為數罪並罰案件，因此上訴範圍應分別認定，又詐欺罪為不得上訴第三審案件，因此第三審法院僅能針對甲行使偽造私文書部分加以審理，就詐欺罪部分案件確定。

2.實務上以「理」以決定「告」，以三審法院認定為準

①如第三審法院認為甲觸犯詐欺及行使偽造私文書為一罪

則甲就兩部均上訴，或僅上訴行使偽造私文書部分並無差異。因甲不論就兩部均上訴或僅上訴得上訴之一部，因為上訴不可分，法院需全部審理。實務上認為刑事訴訟法第 348 條所指之『有關係部分』（22 上 1058）：對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。所謂有關係之部分，係指該部分與上訴部分在審判上無從分割，因其一部上訴而受其影響（22 上 1058 例、86 台上 1911 決、89 台上 332 決），包括罪刑與保安處分、數罪中一罪上訴，其刑之執行、主刑與從刑、緩刑與犯罪及科刑、刑之量定與犯罪、訴訟程序、實質上一罪或裁判上一罪之犯罪事實一部上訴。本題即是『實質上一罪或裁判上一罪之犯罪事實一部上訴』，因此對行使偽造私文書部分提起上訴，上訴審法院亦得審理詐欺罪部分。故本案如第三審法院認為甲觸犯詐欺及行使偽造私文書為一罪，兩部有裁判上一罪之關係，依前述規定，詐欺罪部分應視為亦已上訴，第三審法院本得一併審理。雖詐欺罪為刑事訴訟法第 376 條第 4 款不得上訴第三審之案件，惟裁判上一罪之一部得上訴第三審，縱他部不得上訴第三審，實務上仍認全部均得上訴第三審法院（27 上 1663 號），因此本題行使偽造私文書為本得合法上訴第三審之案件，基於上訴不可分法理，詐欺及行使偽造私文書部分，均得受第三審法院審判。

②如第三審法院認為甲觸犯詐欺及行使偽造私文書為數罪

如上級審認數罪，未經上訴部分，不具審判不可分關係，故不得就該部分予以審判，否則即屬未受請求事項予以判決之違法。因此如果甲就二審有罪部分全部上訴，則第三審法院僅得就行使偽造私文書部分為判決，因詐欺罪是不得上訴第三審案件，此部分為不合法上訴，上訴不合法第三審即不能審判，應駁回詐欺上訴部分。如被告甲僅針對行使偽造私文書部分提起上訴，則詐欺亦不會受到行使偽造私文書部分上訴效力所及，因此詐欺罪業經二審判決而確定，三審法院僅需就上訴部分審理即可。

《刑事訴訟法》

- 一、甲因殺人未遂罪名被檢察官提起公訴，甲選任 A 律師為辯護人。審判中，法院已經依法通知 A 到場，但 A 因疏於注意，未於審判期日到場。審判長遂當庭臨時指定公設辯護人 V 為到場的甲辯護，進行審判，並於該日辯論終結。試附具理由，說明本案所踐行之程序是否合法？若本案判決結果為被告無罪，試問情形有無不同？

命題意旨	本題命題要旨為測試考生是否知悉強制辯護的相關概念，以及辯護人對於被告權利保障的核心價值為何。本題命題的方式，本班老師在上課時完全命中，由於律師考試是在測試同學有無成為辯護人的基本知識，因此刑事訴訟法中有關辯護人的單元一直都是律師考題的最愛，也是跟同學上榜後從事業務內容息息相關，日後此類問題仍會是律師考試命題的重點。
答題關鍵	本例為刑事訴訟法第 33 條之強制辯護案件，未經辯護人到庭不得審判，因此甲之辯護人 A 未到庭，法院不得審判，惟 A 係經合法通知傳喚未到庭之辯護人，因此法院得指定辯護人為甲辯護，以保障甲之辯護權，但審判長指定 V 為公設辯護人後，亦不能臨時指定後隨即開庭並審判終結，否則對甲之辯護權保障亦流於形式，未具實質效益，故審判長指定辯護人後，應改期審判並另為合法通知，否則即為程序違法，與未經辯護無異，屬刑事訴訟法第 379 條第 7 款判決當然違背法令之事由。故本題考生應該注意答題要點有： 1.本例為強制辯護案件，被告辯護權保障之規定及目的。 2.強制辯護案件，被告選任之辯護人，經法院合法傳喚通知未到庭時，法院得為被告之權益指定公設辯護人。 3.指定公設辯護人後仍應踐行之程序內容。 4.本案判決被告無罪，實務及學說見解之差異。
參考資料	1.史奎遷，《刑事訴訟法一》，P.2-88 至 2-93。 2.林鈺雄，《刑事訴訟法上》，P.187-192。 3.高點律師司法官「刑事訴訟法歷屆 20 年題解」，77 年司法官第一題。 4.林俊益，《刑事訴訟法上》，P.101-106。
高分閱讀	1.邢政大，刑事訴訟法第一回講義，P.83～87（相似度 100%） 2.《圖說系列-刑事訴訟法（I）》（史奎謙）（51ML6001） P.2-88～2-97：辯護人與實質辯護（相似度 90%） 3.《2006 律師司法官歷屆試題詳解-刑事訴訟法》（51ML3004） P.92-21～92-23：92 年律師第 3 題（相似度 55%） P.77-1～77-2：77 年司法官第 1 題（相似度 80%）

【擬答】

刑事訴訟法第 27 條規定，被告得隨時選任辯護人，此為被告權利（辯護權）之規定，此規定之設置係為平衡當事人實力之落差，以實現法院公平審判原則。本例涉及有關被告辯護權之相關規定，試依題意分述如下：

(一)例為強制辯護案件，非經被告甲選任之 A 辯護人到庭，法院不得審判：

- 1.刑事訴訟法第 31 條第 1 項規定：「最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述，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；其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認為有必要者，亦同。」因我國現行刑事訴訟之當事人係指檢察官及被告，檢察官代表國家實行公訴，富有豐富法學知識及經驗，為充實被告防禦力量，確保被告當事人地位對等，故設此辯護制度，而最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述案件等案件類型，係因有特別須經辯護人保護之必要，因此設置強制辯護案件之種類；凡強制辯護案件，非經辯護人到庭不得審判，觀刑事訴訟法第 284 條自明。



- 2.例甲涉犯殺人罪嫌，為最輕本刑十年以上有期徒刑之罪，因此為強制辯護案件，未經辯護人到庭，法院不得審判，否則判決當然違背法令。
- (二)審判長經合法傳喚通知 A，但 A 仍未到場，法院得指定公設辯護人，此部分訴訟程序合法：
- 1.按刑事訴訟法第 31 條第 2 項規定：「前項案件選任辯護人於審判期日無正當理由而不到庭者，審判長得指定公設辯護人。」
 - 2.本例甲選任之辯護人 A 經合法傳喚通知無正當理由未到庭，因此法院得指定公設辯護人 V 為甲辯護。
- (三)審判長當庭臨時指定公設辯護人 V 為到場的甲辯護，進行審判，並於該日言詞辯論終結程序並不合法：
- 1.強制辯護案件被告已選任辯護人，但其選任辯護人未受通知到庭，雖審判長臨時指定辯護人為其辯護仍與無辯護人到庭之情形無異，審判長若不另定審判期日，而竟諭知辯論終結，則此訴訟程序顯有違誤，所進行之程序即構成刑事訴訟法第 379 條第 7 款「依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」之判決當然違背法令之事由。
 - 2.本例審判長當庭臨時指定公設辯護人 V 為到場的甲辯護，進行審判，並於該日言詞辯論終結程序並不合法，審判長應給予其所指定之公設辯護人 V 相當的準備時間，才有可能為實質辯護，蓋因辯護人無法因為臨時準備而達完整的實質辯護，為貫徹強制辯護意旨，形式上經辯護人到庭，實質上卻未經辯護或如同未經辯護之情形，仍應評價為未經辯護，因此 V 臨時為甲辯護，未為完全準備，實質上如同未經辯護之情形為判決當然違背法令之事由。故審判長應另定審判期日通知辯護人到庭進行辯護，始為適法。
 - 3.有學者更進一步指出，較適宜的作法，乃指定辯護人為候補性質的辯護人，但同時另定審判期日，一來給予 V 準備期間，二來再通知選任辯護人 A 到庭，因為 A 與甲較具信賴關係，仍以 A 到庭為優先考量，若選任辯護人再不到庭，則由候補之指定辯護人 V 取代選任辯護人 A 之地位，如此作法不但能夠避免強制辯護案件因為辯護人不到庭所致的訴訟遲延，又能兼顧辯護的信賴關係並保障辯護人的選任時間，此說亦深具道理，殊值傾聽。
- (四)本案判決如為被告無罪結果是否有異，學說與實務迭具爭議，分述如下
- 1.實務見解最高法院 79 年台上字第 338 號判決認為：
刑事強制辯護制度，所以保護被告之利益，維持審判之公平而設，而法院認為應諭知無罪之案件，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，刑事訴訟法第三百零六條亦有特別規定，原審審判期日，被告及其辯護人均經合法傳喚無正當理由不到庭，認為該案件應諭知無罪，經檢察官一造辯論而適用該條逕行判決，顯已善盡保護被告之利益及維持審判之公平，雖其辯護人未經到庭辯護，仍難指為違法，若謂此項訴訟程序違背法令而撤銷原判決發回更審，非特徒增訟累毫無實益，亦與強制辯護制度原在保護被告利益之旨有違。
 - 2.學者認為：
有學者咸認，實務見解似將強制辯護案件相對化，實務承認諭知無罪構成應經辯護之例外，亦即強制辯護案件，若被告及辯護人經合法傳喚而不到庭，但法院認為該罪應諭知無罪者，得經檢察官一造辯論，並不違法。因此有認為學說實務見解混淆「是否違法」與「能否上訴第三審」兩個層次的問題，實屬不當。



二、甲夥同乙竊取丙之現款三萬元，得手後，甫裝入甲攜帶之皮袋，即為丙所發覺，乙迅速先行逃離，丙則呼人追捕甲，甲情急將該皮袋藏入附近之某草叢，拔腿而奔，其時適乙之弟丁路過該處，乃與丙協力將甲逮獲送警，移由該管檢察官偵辦。偵查中被害人丙指陳如何被竊，如何與丁追獲甲之上情，丁亦具結陳述其時與丙如何將甲逮捕之情節，但甲則堅不吐實，經檢察官曉諭其若能自白以示悔過，來日當可減輕其刑，甲因乃自白竊盜之事，經依此自白，尋跡果於現場附近草叢起出該裝有贓款之皮袋。其間，丁向伊兄乙言及協力捕獲甲之事，乃乙卻向丁稱，其時之稍早渠亦路過該地，目睹甲竊盜之事。丁遂將此情報告檢察官，將檢察官傳訊乙，乙亦具結陳述確見及甲竊取丙之現款無訛。檢察官因此以被告甲之自白，丙、丁、乙前開之證言暨查獲之贓款，將甲以竊盜罪嫌提起公訴。審理中，丙、丁、乙均亦到庭具結為如前之所言。甲聞及乙之證述，大為憤怒，因供出其係與乙共同竊盜之事實，質之於乙，乙乃承認甲此之所言，經予移送檢察官偵查後，乃以共同竊盜罪嫌將乙提起公訴，受訴法院則就甲、乙兩人分離調查及辯論。問：(25分)

- (一)甲於審理中抗辯，其於偵查時之自白，係出於檢察官之利誘，且贓款亦非其所交出，故不得以此自白及贓款作為其犯罪之證據云云。此項抗辯是否有理由？
- (二)乙於其本人案件審理時亦抗辯丁係其親弟，丁依法得拒絕證言，檢察官、法官均未予以告知，則該丁之證言自不具證據能力等語。此一抗辯是否可取？
- (三)乙先前以證人身分所為之陳述，可否用為證明甲犯行之證據？

命題意旨	本題在測驗考生整體的證據概念，第一小題要考生判別是否為不正方式取得之非任意性自白的認定，以及有關不正方式所取得之證據，是否適用證據排除法則問題，第二小題在測試考生能否靈活運用親屬關係拒絕證言權之相關規定，第三小題亦考出共同被告自白的證據能力問題，在刑事訴訟修法之後，關於共同被告自白的相關問題，一直都是重要考點，考生必須多加留意！
答題關鍵	<p>考生在看到題目這麼長的情況下，通常都會產生一股心理壓力，但靜心審閱題目，發現考的都是基本證據單元中非常重要的考點，因此考生應該都有準備到本題測驗考生的核心問題。因為題目相當長，老師也分出子題請考生作答，因此建議考生依照老師的子題下標題，再分點分項作答，如此才能獲得閱卷老師的論點分數。本題答題關鍵：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.不正方式取得自白之認定，及依自白所取得之證據，證據能力為何。 2.違反拒絕證言權告知義務之法律效果。 3.共同被告自白之證據能力。
參考資料	<ol style="list-style-type: none"> 1.史奎遷，《刑事訴訟法（二）》，4-598 至 4-602、4-682 至 4-690 頁。 2.林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，P.442~447、452~455。 3.高點律師司法官「刑事訴訟法歷屆 20 年題解」，83 年司法官第四題、89 司法官（二）第二題、91 律師第二題。 4.林俊益，《刑事訴訟法（上）》，P.101~106。 5.林俊益，《台灣本土法學》第 61 期，論拒絕證言權之告知 6.釋字 582 號解釋 7.最高法院 94 年台上字第 74 號判決 8.《月旦法學教室》第 44 期： P.18~19：證據排除法則和證據禁止法則（鄭逸哲） P.74~82：近年來重要刑事司法實務見解選評（三）（楊雲驊） 第 3 期： P.90~92：共犯與共同被告之陳述（王兆鵬）



高分閱讀	1. 邢政大，刑事訴訟法第四回講義，P.33～39、P.41～43、P.46～47（相似度 100%）。 2. 《律師考場特刊》，P.49～50：證據能力與人證之調查程序（相似度 50%）。 3. 《書記官達人》，第 6 題：違法證據排除法則（相似度 50%）。 4. 《圖說系列-刑事訴訟法（I）》（史奎謙）（51ML6002）， P.4-611～4-618：違反拒絕證言權告知義務之證據排除（相似度 95%）； P.4-681～4-694：自白之任意性法則（相似度 80%）； P.4-699～4-711：共犯、共同被告之陳述（相似度 95%）。 5. 《法觀人考場特刊》第 98 期，題目一（相似度 70%）。 6. 《法觀人》第 101 期，P.27～38：共犯證人與對質詰問（重要論文導讀-林鈺雄）（相似度 65%）。
------	--

【擬答】

(一)甲於審理中抗辯，其於偵查時之自白，係出於檢察官之利誘，且贓款亦非其所交出，故不得以此自白及贓款作為其犯罪之證據，此項抗辯應無理由

1. 按刑事訴訟法第 156 條規定：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」被告被訴事實訊問，為調查證據程序最末為之（刑事訴訟法第 288 條第 3 項），惟不正方法取得被告自白之抗辯因涉及被告自白的任意性，依照 29 年上 1457 號判例得知，如被告自白失其任意性，根本失其證據能力，不得採為判斷事實的證據資料，因此關於被告自白是否出於任意性、非不正訊問方式所取得，依照刑事訴訟法第 156 條第 3 項規定，應先於其他事證而為調查。
2. 本例甲抗辯其偵查時所為之自白，係出自檢察官利誘，無證據能力；並因其自白所獲得之贓款亦受到證據排除而無證據能力，甲之抗辯顯無理由，分述如下：

(1)甲之自白：

甲係因檢察官曉諭其若能自白以示悔過，來日當可減輕其刑，故自白竊盜之事。檢察官曉諭自白得減輕其刑，目的是為使被告陳述真實犯罪事實以利司法調查，並可因為被告自白犯罪而認為被告顯有自新之悔意，對被告犯行可請求法官從輕量刑，並非刑事訴訟法第 156 條所稱之利誘、或其他不正方法，否則檢察官將無任何可以合法使用的偵訊技巧。即使認為檢察官之曉諭乃誘之以「利」，但如此的「利」仍未達到強迫被告陳述的程度，被告之自白仍係出於自由意志〈綜合法則〉。因此就本例被告甲之自白，甲嗣後不得主張非出於任意性而為抗辯。

(2)依甲之自白所起出之贓款

檢察官依甲之自白，尋跡於現場草叢起出該裝有贓款之皮袋，因甲之自白非出於不正方式，而是具有任意性之自白，故合於正當法律程序所取得之證據具有證據能力，甲之抗辯為無理由。

(二)乙於其本人案件審理時亦抗辯丁係其親弟，丁依法得拒絕證言，檢察官、法官均未予以告知，則丁之證言自不具證據能力等語。此一抗辯是否可取？

1. 按刑事訴訟法第 180 條第 1 項及第 181 條規定：「證人有下列情形之一者，得拒絕證言：一、現為或曾為被告或自訴人之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬者。二、與被告或自訴人訂有婚約者。三、現為或曾為被告或自訴人之法定代理人或現由或曾由被告或自訴人為其法定代理人者」、「證人恐因陳述致自己或與其有前條第一項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言」。復依照刑事訴訟法第 185 條第 2 項及第 186 條第 2 項規定：「證人與被告或自訴人有第一百八十條第一項之關係者，應告以得拒絕證言」、「證人有第一百八十一條之情形者，應告以得拒絕證言」。

2. 拒絕證言權之程序：

- (1)拒絕證言之告知：依照刑事訴訟法第 185 條及第 186 條第 2 項規定，有刑事訴訟法第 180 條及第 181 條之事由得拒絕證言者，在訊問證人之前，應告知其有拒絕證言權之規定。倘未告知得拒絕證言，而證人為陳述者，其陳述是否得認為作為證據？此問題學說紛紜迭具爭議：有學者認為因此所取得之供述證據，不得做為證據使用；亦有學者認為告知拒絕證言權僅為訓示規定，未告知訊問仍為有效，因此所取得之證據仍具有證據能力；另有學者指出，可依照刑事訴訟法第 158-4 規定，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為斷。



- (2)拒絕證言權原因之釋明。
- 3.證人雖具有法定情形，賦予其拒絕證言之拒絕證言權，然最高法院 25 年上字第 25 號判例云：「得以拒絕證言之證人，其拒絕與否之自由，在於證人，非被告所能主張。」因此拒絕證言權，是屬於證人之權利，非證人以外之當事人所能主張，因此拒絕證言權及告知義務之規定，係為保護「證人」而設，並非保護「當事人」，違反告知義務所生之效果，也是對「證人」才具效力，而非對「當事人」生效。
- 4.本例丁於偵查中具結陳述其時與丙一同將甲逮獲之情節，審理中丁亦到庭具結為如偵查時之證言。丁於偵查中及審判中具結陳述時，本案被告僅有甲，乙於當時亦立於證人之地位，而非甲之共同被告；故本案檢察官及法官於訊問當時均並無應為拒絕證言告知之情形存在，另通說認為拒絕證言權所保障者是「證人」的權利，當事人不得主張。故乙以丁依法得拒絕證言，檢察官、法官均未予以告知，丁之證言自不具證據能力以資抗辯，應無理由。
- (三)乙先前以證人身分所為之陳述，可否用為證明甲犯行之證據？
- 1.共同被告一人之陳述得否成為他共同被告犯行之證據，需視取得供述證據是否踐行刑事訴訟法第 287 之 1、第 287 之 2 條之規定，依照上開條文規定：共同被告之利害相反，而有保護被告權利之必要者，應分離調查證據或辯論；且法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定，必須踐行證人的法定調查程序「具結」與「交互詰問」始符合嚴格證明法則之規定。
- 2.本例檢察官偵查中傳訊乙，乙具結陳述確見甲竊取丙之現款無訛，並於審理中，亦到庭具結為如偵查之所言。後甲聞及乙之證述復供出其與乙共同竊盜之事實，乙乃承認，經予移送檢察官偵查後，以共同竊盜罪嫌將乙提起公訴，受訴法院則就甲、乙二人分離調查及辯論。乙在未成為被告時，先前基於証人身分於偵查中與審判中所為之證言，亦係對被告甲之不利陳述，被告甲對此即有對質詰問之權利。也就是說，若乙先前所為之證言，已經過具結，並接受過被告甲之對質詰問或賦予過甲對質詰問之機會，該不利於甲之陳述，即有證據能力，釋字 582 號解釋及最高法院 94 年台上字第 74 號判決亦同此旨。另按刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定：「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」因此共同正犯乙之證言雖有證據能力，可為證明甲犯行之依據，惟仍須有補強證據，法院才能認定甲有罪，不能僅以乙之證言逕對甲為有罪判決。

- 三、甲駕駛車輛因過失同時撞傷乙、丙，當時僅乙提出告訴，檢察官認甲所涉過失傷害罪，以緩起訴為適當，依法為緩起訴處分確定。甲於緩起訴期間內，均遵守應履行事項，惟丙於醫治後，仍因該次車禍，於甲之緩起訴期間內，傷重死亡。請回答下列問題，並敘明理由。(25 分)
- (一)前揭緩起訴處分之效力，是否及於過失致人於死部分？此部分能否再單獨起訴？
- (二)檢察官得否以丙嗣後已死亡，撤銷前揭緩起訴處分，繼續偵查、起訴？
- (三)本件於丙死亡後應如何處理，方為妥適？

命題意旨	測試考生是否了解現行法緩起訴制度的未完盡之處，以及偵查中有無單一案件不可分效力的問題。
答題關鍵	甲的行為乃一行為觸犯數罪名之想像競合，為一案件，偵查中不應有單一案件不可分之效力，所以甲過失致死的行為，自然不在緩起訴處分效力之內。掌握此關鍵點，即可順勢推出答案。
參考資料	1.陳樸生，《刑事訴訟法實務（重訂版）》，1996 年，P.96。 2.林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，2004 年 9 月 4 版，P.238。 3.林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，2004 年 9 月 4 版，P.83-88。 4.陳運財，〈緩起訴制度之研究〉，《台灣本土法學》第 35 期，2002 年 6 月，P.75 以下。 5.《月旦法學雜誌》第 127 期：P.165～188：論緩起訴制度在我國刑事訴訟法上之檢討（黃翰義）



高分閱讀	1.洪政大，大綱式講義第5回，2006年7月版，P.29、41以下。 2.洪政大，大綱式講義第4回，2006年7月版，P.38。 3.洪政大，完整版講義第3回，2006年1月版，P.39。 4.洪政大，完整版講義第4回，2006年1月版，P.13以下。 5.《圖說系列-刑事訴訟法》(I)(史奎謙)(51ML6001) P.4-273~4-296：緩起訴處分確定之效果與實質確定力(相似度90%)
------	---

【擬答】

- (一)1.甲之過失行為同時傷及乙、丙二人，乃一行為觸犯數罪名，涉及不同法益，故在刑法罪數判斷上為想像競合，應從一重處斷。換言之，國家對甲的過失行為僅有一個刑罰權，在訴訟上係一個訴訟客體，只能以一個訴來處理，法院亦只可下一判決。現丙因傷致死，甲之過失行為乃對乙構成過失傷害罪、對丙構成過失致死罪，應想像競合從一重處斷，亦即此係所謂裁判上一罪。因此本例為單一被告與單一犯罪事實之單一案件，在訴訟上有起訴不可分、審判不可分之效力。又甲之過失行為，僅有乙提出告訴而丙未提出告訴，由於過失傷害罪為告訴乃論之罪(刑法第287條)，所以合理的推論是，檢察官對甲所為的緩起訴處分(當時丙尚未死亡)，乃針對甲過失傷害乙的部分為之。
- 2.今檢察官針對甲犯罪事實之一部(過失傷害乙的部分)為緩起訴處分，其效力是否及於他部(過失致死丙死亡的部分)，不無疑問。析言之，單一案件有所謂不可分之效力(例如刑事訴訟法第267、268條)，若檢察官於偵查中所為的不起訴處分或緩起訴處分，亦有該不可分效力的話，則檢察官對於犯罪事實之一部所為的不(緩)起訴處分，其效力將及於不(緩)起訴處分書上未顯現出的他部。對此，分別有二種不同的看法：
- (1)昔25年上字第116號判例(已廢棄)認為：「連續犯(按，新刑法已刪除之)之一部分業由檢察官為不起訴處分，其效力及於全部，除具有刑事訴訟法(舊)第二百三十九條(按，即現行法第260條)所載情形，得由檢察官再行起訴外，該案既曾經檢察官終結偵查，依同法第三百一十五條(按，即現行法第323條)第一項規定，自不得提起自訴」。果如此，則檢察官於偵查中之不(緩)起訴處分亦有前述單一案件不可分之效力，檢察官對於甲過失傷害乙的部分為緩起訴處分時，效力及於甲犯罪事實之他部即過失致死丙死亡的部分。由此觀之，此種說法將賦予檢察官的處分一個非常強大的效力，使其處分效力能及於實質上與裁判上一罪。(對此，有學者即謂該判例「其所以認單一案件之一部分，業由檢察官為不起訴處分，其效力即及於全部，而其用意，重在限制自訴。」，這算是一種較為委婉的解釋。)不過，在現行緩起訴法制上，即便認為檢察官之緩起訴處分效力及於犯罪事實之他部，結論上本例之檢察官仍得單獨起訴他部。因為有關緩起訴處分禁止再訴之效力，即現行法第260條所稱「緩起訴處分期滿未經撤銷者，非有左列情形之一，不得對於同一案件再行起訴」的禁止再訴效力，乃是在「緩起訴處分期滿而未經撤銷時」才會發生，查本例仍在緩起訴期間內，所以解釋上即便採取實務的舊見解，檢察官對於甲過失致死丙死亡的部分另行起訴，仍未抵觸第260條，法院仍應受理該案。
- (2)現今通說認為，案件是否單一，乃訴之效力問題，與偵查無關。故在偵查程序中，並無所謂單一性，更無所謂偵查不可分。所以，檢察官若對單一案件之一部犯罪事實為不(緩)起訴處分者，效力是不會及於全部之犯罪事實的。果如此，檢察官針對甲過失傷害乙的部分所為的緩起訴處分，效力不及於甲過失致死丙死亡的部分，檢察官自得對甲過失致死丙死亡的犯罪事實，單獨起訴。
- (二)1.按檢察官之緩起訴處分確定後，開始起算緩起訴期間(第253條之一I)，而「被告於緩起訴期間內，有左列情形之一者，檢察官得依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴：一、於期間內故意更犯有期徒刑以上刑之罪，經檢察官提起公訴者。二、緩起訴前，因故意犯他罪，而在緩起訴期間內受有期徒刑以上刑之宣告者。三、違背第二百五十三條之二第一項各款之應遵守或履行事項者。」(第253條之三)，換言之，若符合各款情形之一，檢察官即得撤銷對甲之緩起訴處分，繼續偵查或起訴。



2.檢察官對甲過失傷害乙的犯罪事實做出緩起訴處分，由於甲之同一行為另涉過失致死罪，檢察官是否得以本於丙之死亡結果而撤銷該緩起訴處分，自應視有無符合第 253 條之三的要件。丙之死亡結果雖然發生在緩起訴期間內，然而此為甲於緩起訴處分前之過失行為所致，顯非甲於緩起訴期間內「故意」更犯有期徒刑以上刑之罪（該條第一款）；亦非緩起訴前因「故意」犯他罪，而在緩起訴期間內受有期徒刑以上刑之宣告者（該條第二款）；而甲又於緩起訴期間內遵守應履行事項，自亦不符該條第三款之撤銷事由。從而，檢察官即無從單純基於丙之死亡結果便撤銷先前對甲所為的緩起訴處分。

(三)綜上所述，對於丙之死亡結果，檢察官既無從撤銷甲的緩起訴而「繼續偵查或起訴」，卻能夠對於甲過失致死的犯罪事實部份「單獨起訴」，此自是檢察官所能與所應為的處理方式。詳言之，甲之過失行為乃裁判上一罪，刑事訴訟法上的單一案件，但是檢察官於偵查中所為的不（緩）起訴處分，依通說見解並無不可分之效力，也就是說，檢察官針對甲過失傷害乙的部分為緩起訴處分且已確定，此與甲過失致丙死亡的他部並無不可分之關係。因此，檢察官自得對過失致丙死亡的他部，重新偵查、起訴。另一方面，此時檢察官的起訴，自有刑事訴訟法第 267 條、第 268 條之起訴不可分、審判不可分的效力。換言之，檢察官起訴甲過失致丙死亡的犯罪事實，若法院果認為該裁判上一罪之單一案件，全部犯罪事實皆為有罪時，自得對未經起訴之甲過失傷害乙的部分，一併審理、判決。法院對於全部的犯罪事實為實體之有罪判決時，原先檢察官對甲過失傷害乙的部分所為的緩起訴處分，自成為無效之緩起訴處分。

四、某甲於數年前為報仇透過管道購得制式手槍一把。半年後遇到仇人某乙，當場持槍將某乙殺害。數日後，某甲遭遇警方臨檢獲該槍，檢察官偵查後以「未經許可持有槍砲」之罪名起訴某甲，並於同年遭法院判決有罪確定。後檢察官發現某甲另有持該槍殺害某乙之事實，遂向法院起訴某甲殺人罪。（25 分）

(一)刑事訴訟法第 264 條第 2 項規定檢察官起訴時須於起訴書內記載「犯罪事實」，試問此「犯罪事實」之意義為何？此一記載在訴訟上有那些功能？

(二)設法院於民國 95 年 6 月就某甲遭起訴殺人罪判決。試問應如何判決方屬適法？設法院於同年 8 月判決，結果是否相同？

命題意旨	測試考生是否了解起訴書上對犯罪事實特定的要求，以及刑法修正後罪數判斷連動影響到刑事訴訟法案件數計算的問題。
答題關鍵	雖然本題非常有特色的考到了刑法與刑事訴訟法連動影響的區塊，但只要掌握到刑法罪數與刑事訴訟法訴訟客體的基本觀念，判斷本題究竟是否為一案件，並進而探討法院的處理方式，即可自在地解出本題。
參考資料	1.林鈺雄，《刑事訴訟法下冊》，2004 年 9 月 4 版，P.105、106。 2.林鈺雄，《刑事訴訟法上冊》，2004 年 9 月 4 版，P.240 以下。 3.《月旦法學雜誌》 第 135 期：P.197～208：牽連犯與連續犯廢除後之適用問題（柯耀程） 第 134 期：P.220～231：刑法修正與案件同一性（張麗卿） 第 133 期：P.69～74：「牽連犯」及「連續犯」規定廢除後對刑事訴訟法「犯罪事實」概念之影響（楊雲驊） P.96～98：犯罪之競合與刑事裁判確定的效力（陳運財） P.54～55：新刑法總則與新同一案件（林鈺雄）



高分閱讀	<p>1.洪政大，大綱式講義第1回，2006年7月版，P.17、18。</p> <p>2.洪政大，大綱式講義第4回，2006年7月版，P.37以下。</p> <p>3.洪政大，完整版講義第3回，2006年1月版，P.36以下。</p> <p>4.《圖說系列-刑事訴訟法（I）》（史奎謙）（51ML6002）</p> <p>P.4-331~4-371：公訴事實範圍與案件之單一姓、同一性（相似度85%）</p> <p>5.《2006律師司法官歷屆試題詳解-刑事訴訟法》（51ML3004）</p> <p>P.93-8~93-12：93年司法官第3題（相似度75%）</p> <p>P.88-14~88-15：88年律師第1題（相似度50%）</p> <p>6.《法觀人》第94期，P.4~25：案件之單一性與同一性對應於新刑法的改變（相似度80%）</p> <p>7.《法觀人》第105期，P.29~44：犯罪之競合與刑事裁判確定之效力（重要論文導讀-陳運財）（相似度80%）</p>
------	---

【擬答】

- (一)1.刑事訴訟法第264條第2項規定檢察官起訴時須於起訴書內記載「犯罪事實」，亦即檢察官於起訴書除記明構成要件該當之事實外，必須盡可能以時間、地點、態樣及其他可資特定的方法加以描述該犯罪事實。這種「盡量特定」的要求，在判斷訴訟客體的問題上，即具有重要性。換句話說，犯罪事實的記載，其功能在於特定犯罪事實，也就是特定法院本於不告不理所能及所應審判之標的，確認法院的審判範圍，此時方能保障到被告的防禦權。
- 2.若是起訴書所描述的犯罪事實，並未達到上述盡量特定犯罪事實的要求，我們就很難認定檢察官究竟是針對何一犯罪事實提起公訴。此時，若檢察官起訴事實記載籠統而尚可補正時，法院即可利用起訴審查制（§161II、III），對於此種瑕疵記載，定期間命檢察官補正，逾期不補正者，駁回檢察官之起訴。但若檢察官記載過於籠統，則無從特定審判之標的，法院也無從受理審判。
- 3.不過，實務上25年上字第662號判例則認為：「檢察官起訴書，依刑事訴訟法§243II第二款所應記載之犯罪事實，苟與其他犯罪不致相混，足以表明其起訴之範圍者，即使記載未詳，法院不得以其內容簡略而不予受理，本件第一審檢察官對於被告等竊盜提起公訴，雖於起訴書內未將被告等之行竊日、時、處所及其行為之態樣如何詳予載明，然既敘述被告等夥同竊取某人物件，即已表明起訴之範圍，要難謂其於犯罪事實並無記載，原審遽認為違背起訴程式，論知不予受理，顯屬不合」。就此以觀，實務上向來的見解似認為，檢察官於起訴書上犯罪事實的記載即使未詳盡、內容簡略，法院仍應予以受理。是以即有學者本此而認為我國的刑事訴訟制度，於檢察官的起訴書犯罪事實的描述「不以詳細表明為必要」，而主張應該採日本法的訴因制度，強調檢察官應在可能之範圍內，於起訴書上以日時、場所及方法來特定一個犯罪事實，方能確定審判對象、保障被告防禦權。
- 4.然而，我國法對於檢察官的起訴亦有前述「盡量特定」犯罪事實的要求，此並非前述訴因制度的專有特色，故立法論上似無特別採取訴因制度的必要。
- (二)1.按刑法修正後，刪除掉牽連犯與連續犯的規定，而此新刑法於95年7月1日施行，此先予敘明。
- 2.按甲持有槍砲之部分已遭到法院有罪判決確定，而檢察官另就甲持有該槍殺乙的事實起訴甲殺人罪，此時法院於認定上，若認為持有槍砲一案與殺人一案為同一案件時，針對後起訴的殺人罪，即應為免訴判決（§302第一款）。



3.所謂的同一案件，係指同一被告與同一犯罪事實而言。今檢察官先後分別起訴甲的犯罪事實，皆針對同一被告甲為之，故此為同一被告，並無疑問。而所謂的同一犯罪事實，包括「事實上同一」與「法律上同一」二種情形。而其中法律上同一，指的就是實質上一罪和裁判上一罪，所謂裁判上一罪，包括刑法上的想像競合犯、牽連犯、連續犯三者。今甲持槍殺乙，在舊刑法的認定上乃犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名者，爲牽連犯，法律效果爲從一重處斷，亦即行爲人之行爲雖觸犯不同罪名，仍被法律擬制爲一案件，國家對此僅有一個刑罰權，只能下一個判決。但在 95 年 7 月 1 日之後，刑法刪除牽連犯與連續犯的規定，針對甲持槍殺乙此種「繼續犯與狀態犯」競合的情形，究應如何處理，不無疑問。查刑法立法理由中稱，牽連犯廢除後，應回歸至想像競合來處理，是以有學者即認爲本例甲持槍殺乙的情形，屬於一行爲觸犯數罪名，涉及不同法益，故應論以想像競合；或者，將持槍行爲當作是殺人行爲的伴隨行爲，作爲典型行爲的殺人行爲吸收持槍行爲；此二者法律效果上同於前述牽連犯的部分。然而，另有學者指出，當行爲人之所以違犯繼續犯，其目的在於違犯發生在後的狀態犯時，此種繼續犯與狀態犯之間的方法目的關係並不足以成立想像競合，若是實施行爲間不具備部分等同關係的話，即爲**實質競合**關係。亦即其認爲「牽連犯概念廢止後，行爲人原成立牽連犯之數罪名，除其實施行爲之間因有部分等同關係，而得成立想像競合犯外，只能論以數罪併罰。」。若認爲是實質競合關係，則爲不同案件，法院得分別爲實體判決。

4.綜上，法院的處理方法爲：

(1)95 年 6 月的舊刑法時期：甲持槍殺人爲牽連犯之裁判上一罪，係同一案件。由於甲持槍的部分已經有罪判決確定，所以實務上可能會認爲一部有罪判決確定者，其效力及於他部，也就是殺人的部分亦爲判決既判力所及。此時法院應對後起訴的殺人部份以曾經判決確定爲由，爲免訴判決。然而，此一推論顯然不甚合理，蓋檢察官從未起訴甲殺人的犯罪事實，法院於甲持槍一案的審判中亦從未審理過甲殺人的犯罪事實，何能讓判決之效力及於甲殺人的部分？也就是說，由此例中更可顯現前述起訴書上「盡量特定犯罪事實」的要求的重要性，若未達到此要求，如何能讓法院確立審理之範圍？如何能貫徹控訴原則？因此，解釋上應認爲先前檢察官起訴持槍之案件，其起訴效力僅及於持槍而不及於殺人的犯罪事實，從而法院於審理後起訴的殺人案件時，得以爲實體審判；即使認爲有罪判決既判力及於殺人部份而法院須對殺人部份爲免訴判決，此時檢察總長應對前已確定之有罪判決，以漏未判決爲由提起非常上訴加以救濟。

(2)95 年 8 月的新刑法時期：依照前述說明，若認爲本例甲持槍殺人應論以想像競合或吸收犯時，此仍爲一案件，故推論同上述(1)。另一方面，於繼續犯與狀態犯競合時，若認爲欠缺部分等同關係，即應認定爲數罪併罰的實質競合。果如此，對於不同之案件，法院自得分別爲實體判決。不過，由於甲乃持該槍殺人，即使對於所謂部分合致關係採取最嚴格的解釋，仍應該認定持有槍枝的行爲與殺人行爲在扣板機的那一瞬間，有部分合致關係存在。從而在罪數的判斷上，即不應對甲論以數罪併罰。因此，即使新刑法刪除牽連犯規定，結論上亦不會有所改變。



《刑事訴訟法》

一、警員甲既未持有搜索票，也未持有拘票，不顧乙的反對，即侵入乙宅搜索，並將丙制伏搜身扭送警局法辦。
問：依現行刑事訴訟法的規定，在如何的情況下，甲之所作所為仍屬合法？（25 分）

命題意旨	本題在測驗同學對於無票搜索類型的認識及適用；以及拘提、逮捕及介於二者之間的「緊急拘捕」的區別。
答題關鍵	對於刑事訴訟法第 130 至 131 條之 1 的四種無票搜索都應該介紹，此外對於未持有拘票得以「逮捕」犯罪嫌疑人之（準）現行犯逮捕（刑事訴訟法第 88 條）、緊急拘捕（第 88 條之 1）均應介紹。
參考資料	1.鍾台大《刑事訴訟法補充講義第三回、第四回》。 2.林鈺雄《刑事訴訟法上冊》。 3.元照出版，刑事訴訟講義（一）（王兆鵬）（5C27A），P.199～260：無令狀搜索例外（緊急搜索及同意搜索）所需具備的要件。 4.元照出版，新刑訴・新思維（王兆鵬）（5D26A），P.57～92：高新科技時代搜索方式的應變。 5 月旦法學雜誌，第 114 期，P.70～83：90 年至 92 年高等地方法院座談會之評釋-以干預處分及證據問題為中心（林鈺雄）。
高分閱讀	1.高點圖說系列-刑事訴訟法（I）（史奎謙）（L750）（ 相似度 100% ），P.4-144～189：無令狀搜索例外（緊急搜索及同意搜索）所需具備的要件。 2.法觀人雜誌（ 相似度 100% ） 第 94 期，P.28～36：搜索（上）（史奎謙） 第 95 期，P.31～46：搜索（中）（史奎謙） 第 96 期，.21～33：搜索（下）（史奎謙）

【擬答】

(一)現行刑事訴訟法（以下稱本法）關於強制處分（有學者稱之為刑事訴訟法上之基本權干預）之種類及發動要件均有明文，以符合法律保留原則，且原則上必須持有令狀始得為之（學者稱之為「令狀原則」）。針對本題所涉及之搜索、拘提、逮捕及緊急拘捕等強制處分之發動方式，分述如下：

1.搜索採「相對法官保留原則」（令狀原則）

(1)原則上搜索，應用搜索票；且僅有法官始得簽發搜索票（本法第 128 條第 1 項、第 4 項參見）。檢察官、司法警察僅有聲請權（本法第 128 條之 1）

(2)例外情形，立法者同意於具有相當理由（或稱合理根據）之實質事由下，符合法定之急迫情形，無搜索票亦得執行搜索。分別有附帶搜索（本法第 130 條）、逕行搜索（及緊急搜索人，本法第 131 第 1 項）、緊急搜索（緊急搜索物，本法第 131 條第 2 項），及同意搜索（本法第 131 條之 1）。

2.拘提採「二分模式」之令狀原則

(1)拘提，應用拘票；且偵查中由檢察官簽名，審判中由審判長或受命推事簽名（本法第 77 條第 1 項、第 77 條第 3 項準用第 71 條第 4 項）。

(2)如無拘票執行拘捕，除非符合無令狀之逮捕或緊急拘捕，否則為違法之拘提。

3.逮捕為無令狀之拘束人身自由處分，對以下兩種人始得為之：

(1)必須為通緝犯（本法第 87 條參見）

(2)必須為現行犯或準現行犯（本法第 88 條參見）

4.緊急拘捕（又稱逕行拘提或緊急逮捕）

(1)非通緝犯及（準）現行犯之情形，允許檢察官、司法警察（官）在情況急迫且符合以下法定事由，無拘票亦得「逕行拘提」（本法第 88 條之 1 第一項各款）：

A.因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。

B.在執行或在押中之脫逃者。

C.有事實足認為犯罪嫌疑重大，經被盤查而逃逸者。但所犯顯係最重本刑為 1 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限。

D.所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為 5 年以上有期徒刑之罪，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者。

(2)惟由司法警察（官）所執行者，於執行後，應即報請（解釋上於執行後二十四小時內）檢察官簽發拘票，如檢察官不簽發拘票時，應即將被拘提人釋放（本法第 88 條之 1 第 2 項參見）。

5.本題司法警察甲如不符合前述例外得無令狀搜索或逮捕之法定情形，其所為搜索、逮捕即不合法。



(二)司法警察甲無搜索票侵入乙宅搜索之行爲是否合法？

- 1.不符合本法第 131 之 1 之同意搜索：同意搜索必須受搜索人自願性之同意，且經記明同意之要旨於筆錄。本題乙明白表示反對，甲自不符同意搜索之要件。
- 2.不符合本條第 131 條第 2 項之緊急搜索物：依法本條項之執行主體必須爲檢察官，並且所搜索者爲有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞之物證，本題甲即使經檢察官指揮，惟所執行者係逮捕丙之行爲，其目的在搜索人，亦不符本條之要件。
- 3.甲之行爲如符合以下三種事由之一者，進入乙宅搜索丙之行爲合法（本法第 131 條第 2 項第 1 至 3 款）：
 - (1)因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人丙確實在內者。
惟須注意者，甲因爲無持有拘票，解釋上自不能適用後段之「執行拘提」，而僅能係「執行逮捕」時，始得進入乙宅。
 - (2)因追捕現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人丙確實在內者。
 - (3)有明顯事實足信爲丙在內犯罪而情形急迫者。
惟須注意者，甲應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院，法院如認爲不應准許者，應於五日內撤銷之。由法院於事後審查是否符合前述事由之情形（本法第 131 條第 3 項）。

(三)司法警察甲逮捕丙後搜身之行爲是否合法？

- 1.甲所爲不符合同意搜索：因爲丙係遭逮捕之人，原則上其即使同意甲搜身，亦難謂爲自願性之同意，是甲所爲不符合同意搜索。
- 2.甲所爲不符合緊急搜索物：因甲並未受檢察官之指揮，依據本法第 131 第 2 項，必須由檢察官或解釋上經由檢察官指揮司法警察（官）執行。
- 3.甲所爲係搜身之行爲，與本法第 131 條第 1 項之緊急搜索人，其目的係在拘捕人不同，此處對丙搜身行爲前業經拘捕，亦不符本條項。
- 4.如符合本法第 130 條之附帶搜索，甲所爲合法：
 - (1)司法警察（官）逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。因保障執法人員之安全並防止被告或犯罪嫌疑人湮滅隨身證據或違禁品。
 - (2)適用本條必須以執行之拘提或逮捕合法爲前提，如所爲拘捕不合法，即無適用本條附帶搜索可言。

(四)司法警察甲無拘票侵入乙宅拘捕丙之行爲是否合法？

- 1.甲如係執行拘提，因不論係一般或逕行拘提（本法第 75、76 條參見），均須持有拘票，否則爲不合法之拘提。
- 2.丙如係通緝犯或現行犯、準現行犯，則甲所執行者爲「逮捕」，依法無須拘票，其逮捕即合法。
- 3.丙如符合前述本法第 88 條之 1 各款情形之一者，且情況急迫不及報告檢察官時，甲得執行逮捕，惟此究非通緝犯或準現行犯之逮捕，依法甲必須於執行後二十四小時內向檢察官聲請補發拘票，始爲合法。且依據本法第 88 條之 1 第三項之規定，甲得準用緊急搜索人及附帶搜索之規定（第 88 條之 1 第 3 項準用同法第 131 條第 1 項、第 130 條）

(五)結論：

- 1.依現行刑事訴訟法之規定，無拘票要進入住宅抓人，僅能在符合本法第 131 條第 1 項之三款情形之一，或符合本法第 88 條之 1 的四種法定事由下，並準用第 131 條第 1 項之情形，所爲始爲合法。
- 2.惟有學者以爲，爲免檢察官、司法警察（官）以拘捕之名，行搜索之實，解釋上除非符合「有明顯事實足認被告確實在住宅內且情形急迫者」，否則不得進入第三人之住宅執行拘提或逮捕。換言之，除本法第 131 條第 1 項第 3 款及第 88 條之 1 本即有「情形（況）急迫」之前提要件外，適用第 131 條第 1、2 項時，應加上「情形（況）急迫」之限制，亦屬的論。

二、被告因犯強盜殺人罪，遭檢察官起訴，第一、二審法院均認定被告所犯之犯罪事成立，判處被告無期徒刑，案經依法職權上訴第三審法院。經第三審法院審理，認原審證據調查尚有未臻完備之處，乃爲撤銷原判發回更審之判決。由於本案各審級之上訴關係，均非由當事雙所爲之，而是法院依職權之上訴。案經發回第二審法院更審，審理之後，仍認被告強盜殺人事實成立，改處死刑。第二審法院之更審判決是否違誤？理由何在？（25 分）

命題意旨	測試考生是否瞭解不利益變更禁止原則的適用要件
答題關鍵	在刑事訴訟法第三七〇條的規定下，並未提及更審的情況是否有不利益變更禁止原則之適用，因此有爭議存在。
參考資料	1.林鈺雄，刑事訴訟法下冊（4 版），2004 年 9 月，頁 287-289。 2.黃東熊・吳景芳，刑事訴訟法論，2001 年，頁 584、586。 3.洪政大補充講義第五回，頁 1-3；總複習講義（Issue21），頁 48。
高分閱讀	高點圖說系列-刑事訴訟法（II）（史奎謙）（L751）（相似度 90%），P.5~23、P.5-69~71：職權上訴是否有不利益變更原則適用。

【擬答】

第二審法院之更審判決是否合法，涉及其所爲之死刑判決有無違反刑事訴訟法第三七〇條之不利益變更禁止原則。蓋被



告於原第一、二審及更審判決均被認定為強盜殺人罪，但原第一、二判決判處被告無期徒刑，而更審則加重為死刑，似有違不利益變更禁止的概念。

按刑事訴訟法第三七〇條規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」通說謂此一不利益變更禁止原則，其適用要件為：(1) **由被告上訴或為被告利益上訴**，而且，**檢察官或自訴人並未為被告之不利而提起合法之上訴**；(2) 非因原審判決「**適用法條不當**」而撤銷原判決。就此以觀，本案由於是宣告無期徒刑的案件，所以是原審法院不待上訴依職權逕送該管上級法院審判的職權上訴情形，在不利益變更禁止原則的適用要件上，恐有不合。但是既然職權上訴制度也是為了要保護被告的利益，尤其是審級利益，所以解釋上應將職權上訴的情形包含在「為被告利益上訴」的情況中，從而該原則的適用要件上應無問題。

然而，本案經第三審法院撤銷原判發回更審，在更審的程序中，能否有不利益變更禁止原則之適用，不無疑問。此處爭議如下：

(一)實務採否定說：理由是原判決既經撤銷，即視同自始不存在，不生不利益變更禁止原則之問題（參閱九四年台上三五二號判決：查第二審判決經本院撤銷發回更審，原第二審判決已因本院撤銷而不存在，則更審之判決自不受更審前所諭知刑度之限制）。

(二)學說採肯定說：亦即學說認為此時仍有不利益變更禁止原則之適用，否則將不能符合該原則「**保障被告得以無所顧忌而自由行使上訴權**」之設立意旨。

若從實務意見來看，此處第二審法院的更審判決是合法的，並未違反不利益變更禁止原則。但管見以為，為使不利益變更禁止原則能貫徹保障人權意旨，應採肯定說為當，從而更審判決從無期徒刑加重為死刑，違背不利益變更禁止原則。

三、被告始終否認犯罪，證人甲於偵查中經檢察官傳喚到庭，為不利於被告之陳述，檢察官以該偵訊筆錄為證據，提起公訴，審判中，檢察官未請求法院傳喚甲作為證人，辯護人應否主動聲請傳喚甲到庭作證？甲如係依法職權傳到庭作證，經審判長訊問後，甲之證述仍不利於被告時，審判長應如何定詰問之次序？（25分）

命題意旨	本題在測驗同學是否瞭解傳聞法則之例外，及被告憲法上對質詰問權之關係。釋字第五八二號解釋意旨，對於目前傳聞例外之理論基礎，是否產生如何之影響？與法官職權訊問之規定如何調和。
答題關鍵	1.傳聞法則之法定例外規定，刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項規定如何操作適用。 2.前述條項規定的法理基礎。 3.釋字五八二號解釋意旨對於該條項操作之影響。 4.法官職權訊問與被告反對詰問之關係
參考資料	1.元照出版，刑事訴訟講義（二）（王兆鵬）（5C28A），P.157~164：被告訊問次序之理論基礎 2.月旦法學教室第 24 期，P.115~120：被告接受辯護人援助之機會（陳運財） 3.月旦法學雜誌 第 115 期，P.97~108：對質詰問權的保障及限制（吳巡龍） 第 123 期，P.148~171：受有效律師協助的權利（王兆鵬） 5.鍾台大，《刑事訴訟法補充講義第四回》，九十三年版。 6.鍾台大，共同被告之自白及對質詰問權－釋字第 582、592 號解釋對實務操作之影響，專題講座講義，頁 18 以下，九十四年八月二十一日。 7.王兆鵬，憲法解釋與刑事訴訟，大法官九十三年度釋憲學術研討會。
高分閱讀	1.法觀人考場特刊（97 期），P.4-13~15，題目 13、題目 14（相似度 25%） 2.鍾台大，共同被告之自白及對質詰問權－釋字第 582、592 號解釋對實務操作之影響，專題講座講義，九十四年八月二十一日。

【擬答】

(一)證人甲於偵查中向檢察官所為陳述之證據能力

1.證人甲於偵查中向檢察官陳述之性質，雖為傳聞證據，惟除顯有不可信之情況者外，原則上仍有證據能力

(1)按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。刑事訴訟法（以下稱本法）第 159 條第 1 項定有明文，依據立法理由及學者見解，本條兼屬傳聞法則及直接審理原則之例外規定。

(2)證人甲對被告而言，屬被告以外之人，是其於偵查中之陳述，依據前述規定，為審判外之陳述，為傳聞陳述，如無特別規定，不得作為證據，亦即無接直證據能力。

(3)另按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。本法第 159 條之 1 第 2 項定有明文。此即傳聞法則之例外，使傳聞證據具有證據能力之特別規定。

(4)依據前述例外規定，原本屬傳聞證據之證人甲於偵查中向檢察官所為陳述，「除顯有不可信之情況者」，否則得作為審判中之證據。換言之，原先無證據能力之陳述筆錄，因為此一例外規定，「原則上」又回復其證據能力，無怪乎學者稱此條項規定係「令人瞠乎其技，詭譎多變的立法」。

2.本法第 159 條之 1 第 2 項「除顯有不可信之情況」之解釋及缺失



- (1)依據司法院發布「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第八十九條後段之規定，所謂不可信之情況，法院應審酌被告以外之人於陳述時之外在環境及情況，例如：陳述時之心理狀況、有無受到外力干擾等，以為判斷之依據，故係決定「陳述有無證據能力，而非決定陳述內容之證明力」。
 - (2)惟學者批評本條項之規定，與同條第 1 項審判外法官前之陳述具證據能力之規定，至少具有以下缺失：
 - A.迷信法官及檢察官之權威：為何證人於法官、檢察官前之陳述較為可信？此種以審判外陳述對象作為例外規定之法理，外國立法例少見，且不理論基礎。
 - B.被告憲法上之對質詰問權未獲保障：此種規定，使得被告無詰問證人之機會亦得為證據，侵害被告憲法上之對質詰問權。
 - C.證人無不能到庭之情形竟亦得為證據：傳聞法則發源國美國，係依據「先前證詞」之法理，建立審判外陳述具證據能力之例外，換言之，必須該審判外陳述之證人，客觀上無法於審判程序中到庭，且該證據有特別可信之情形，始例外具證據能力，惟本條項並無此項限制為前提
 - D.要被告證明「不可信」幾乎不可能：偵查不公開原則下，被告及辯護人未必能參與檢察官訊問證人之程序，且被告居於證據劣勢，被告要證明證人陳述之外在環境及情況有不可信之情形，幾乎不可能。
 - 3.學者因而建議本條項之適用，應限縮於「傳喚不能」之情形，除非證人於偵查中陳述時被告已在場對質詰問，否則審判中應傳喚該證人到庭陳述。亦即應限於證人於審判中無法傳喚到庭陳述，或審判中陳述與偵查中陳述不一致，而偵查中檢察官前之陳述具特別可信之情形，始具有證據能力。
 - (1)換言之，審判程序中因為證人到庭，被告對之得行使對質詰問權，符合「延緩的對質詰問」法理，始例外賦予偵查中檢察官前之陳述具證據能力。
 - (2)如不符合前述例外，而證人偵查中向檢察官陳述時，被告未在場對質詰問，解釋上即應符合本條項除書之「顯有不可信之情況」，該陳述不具證據能力。
- (二)大法官釋字第 582 號解釋保障被告憲法上對質詰問權之影響
- 1.九十三年七月二十三日大法官釋字第 582 號解釋，認為被告對於證人之「對質詰問權」為憲法第 8 條「正當法律程序」（釋字第 384 號解釋亦同）及第 16 條「訴訟基本權」保障之內涵。解釋理由書特別敘明「為確保被告對證人之詰問權，證人（含其他具證人適格之人）於審判中，應依人證之法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據」；「以未經具結之他人陳述逕採為被告之不利證據，不僅有害於真實發現，更有害於被告詰問證人之權利的有效行使」等語。
 - 2.至於被告對質詰問權之本質，以及其與傳聞法則例外之理論基礎，依據美國法理，向有 1.最狹義的對質詰問理論；2.證人產生理論；3.真實性擔保理論；4.主要證據理論；5.防止政府濫權理論；6.當事人進行主義的訴訟防禦權理論等說法。而美國法上之發展，過去通說係採「真實性擔保理論」，於 2004 年聯邦最高法院最新判決另外兼採「防止政府濫權理論」，來檢驗審判外之陳述是否違反被告之對質詰問權。
 - 3.至於證人於審判外陳述之證據能力，釋字 582 號解釋理由書更謂：被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者，「除客觀上不能受詰問者外」，於審判中，仍應依法踐行詰問程序等語。學者認為大法官顯然採取「證人產生理論」，所謂證人產生理論，認為保障被告對質詰問權之目的，在迫使檢察官傳喚審判外陳述之證人到庭作證，以供被告行使對質詰問權。當檢察官已盡全力傳喚審判外陳述之人，仍不能使該陳述者出庭時，使用該審判外陳述為證據，未侵害被告之對質詰問權；反之，若檢察官能傳喚證人出庭，卻不傳喚之，逕使用其傳聞陳述，侵害被告的對質詰問權。釋字第五八二號解釋理由所謂「客觀上不能受詰問」之情形，其意指審判外之陳述者，若因為客觀理由致無法踐行詰問程序，以該審判外陳述為證據，即未侵害被告之詰問權。
 - 4.而美國通說所採取之「真實性擔保理論」，係指對質詰問權的唯一功能在發現真實，利用與證人之對質詰問，確保證人陳述的真實性。如有其他因素，得確保證人審判外陳述之真實性，則對質詰問之功能等於已經達到，即令被告未親自對質詰問，亦無關緊要，換言之，此時未侵害被告之對質詰問權，反之，如使用真實性未獲確保之審判外陳述為證據，則侵害被告之對質詰問權。所謂「防止濫權理論」，係指對質詰問權之目的如同憲法其他基本權，都是在對抗政府機關濫用權力。因為刑事訴訟程序中，以秘密方式訊問證人，最容易造成權力的濫用，特別是檢察官有動機及能力，使證人依照自己所期待的方式回答問題，對質詰問權即在防止此種權力的濫用，若國家企圖於審判外，藉警察或檢察官訊問證人所得的證詞，以代替審判證人的證詞，則對質詰問權即扮演如同證據排除法則的角色，排除傳聞證據。
 - 5.如依大法官所採的「證人產生」理論，本法第 159 條之 1、第 159 條之 4，即可能因為違反證人產生理論而違憲。因為除非有「客觀上不能受詰問」之情形，否則以審判外之陳述作為證據，即「有害於被告詰問證人之權利的有效行使」。學者也提出警告，許多審判外陳述，依美國所採取之真實性擔保理論或防止政府濫權理論，認為並未侵害被告對質詰問權，例如「當場印象」、「共謀者陳述」、「興奮下陳述」、「公共紀錄與家族紀錄」等，於大法官解釋下，可能均為違憲，就此而言，釋字第 582 號解釋尚有檢討空間。
 - 6.釋字 582 號解釋公布後，實務見解亦有提出限縮適用本法第 159 條之 1 之見解謂：審判外證人向他法官所為之陳述，如欲使用於本案審判程序，必須依法具結，並且該被告之詰問權曾獲得確保，亦即應符合刑事訴訟法第一九六條：「證人已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會，其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚」之規定，其審判外向法官所為陳述，始具證據能力。至審判外向檢察官所為陳述，基於相同理由，本法第一百五十九條之一第二項之除書規定：「除顯有不可信之情況者外」，應結合第二百四十八條第一項之規定，以被告之對質詰問權於偵查中獲得



保障為前提，始具證據能力。總之，基於合憲解釋原則，刑事訴訟法第一百五十九條之一第一項必須與同法第一百九十六條結合；第二項必須與第二百四十八條第一項結合，實務上須以此目的性限縮之適用方式操作本條傳聞法則之例外規定，否則本法第一百五十九條之一，即可能發生違憲之結果（桃園地方法院 94 重訴 1 號刑事判決）。

(三)本題試擬如下：

1.辯護人應否主動聲請傳喚證人甲到庭作證

- (1)辯護人得援引釋字 582 號解釋所闡釋之「證人產生理論」，主張應由檢察官聲請傳喚證人甲到庭，以使被告對質詰問，否則證人甲偵查中向檢察官之陳述，為傳聞證據，解釋上屬除書「顯有不可信之情況」，無證據能力，不得作為證據。換言之，辯護人之辯護策略得採取消極不加聲請傳喚證人之方式，而無庸主動聲請傳喚。
- (2)惟如依據「證人產生理論」，祇要法院合法傳喚（即拘提）證人甲，而甲仍不出庭作證，客觀上甲無法到庭，此時使用其向檢察官之陳述筆錄作為證據，解釋上即未侵害被告甲之詰問權。如證人甲之陳述具有不可信之情形，恐有害真實。

2.法院依職權傳喚證人甲到庭作證，經審判長訊問後，甲之陳述仍不利於被告，審判長應如何定詰問順序

- (1)按法院依職權傳喚之證人或鑑定人，經審判長訊問後，當事人、代理人或辯護人得詰問之，其詰問之次序由審判長定之。本法第 166 條之 6 第 1 項定有明文。此即法院「職權訊問」之依據。
- (2)本法於第 166 條以下，除詳細規定當事人聲請傳喚證人之主詰問、反詰問、覆主詰問及覆反詰問外，另仍允許法院之「職權訊問」，以表彰本法第 163 條第 2 項「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之」的改良式當事人進行原則之立法意旨。
- (3)此職權訊問之性質究為主詰問或反詰問性質，依據與我國同樣有類似規定之日本，係認為不屬主詰問，亦非反詰問。換言之，法院訊問畢後，仍應由當事人（檢察官、辯護人）行主詰問及反詰問。惟我國本條項之立法理由卻明白表示「此時（審判長）之訊問相當於主詰問之性質，而當事人代理人及辯護人於審判長訊問後，接續詰問之，其性質則相當於反詰問。．．．詰問次序，則由審判長本其訴訟指揮，依職權定之」。
- (4)換言之，如依立法理由之「明示」分配，審判長之職權訊問為主詰問，檢察官、辯護人所為之詰問均為反詰問，惟又將「反詰問」之次序由審判長依職權定之。學者以為，要求法院介入辯護人之辯護行為，將有如下缺失：①破壞當事人進行主義之基本精神；②動搖法官形式上之中立、公正性；③無力辯護行為之原因為何，法官無從臆測，要求法官有介入義務，對於法官實為無法承受之重；④過度介入可能摧毀被告與辯護人之信任關係，甚至瓦解辯護策略。
- (5)管見以為，因審判長職權訊問之結果證人甲之證述仍不利被告，此時應賦予被告有效之辯護權並充分確保被告之詰問權，首先仍應尊重當事人之意思，定反詰問之次序。如當事人協商不成，因為審判長之訊問已不利被告，檢察官理論上又不致為有利被告之反詰問，此時不僅應由辯護人行反詰問，亦應考慮由被告行反詰問，最末始由檢察官為之。蓋就發現真實的層面言，當事人詰問證人以發現瑕疵，非法官訊問所能取代，通常被告對案件的始末最為清楚，最有能力發現證人陳述與事實不一之處，最有能力提出適當的問題，使證人無法自圓其說。且被告比法官有更強烈的動機，對證人詰問以發現證詞的瑕疵。換言之，被告詰問權之行使，代表被告在審判中得為充分及必要之防禦，象徵公平程序，在實體上，被告親自為詰問，較法官之訊問更能發現真實。此程序上及實質上之功能，皆非直接審理、被告與證人對質，所能取代。

四、甲與乙共同誣告丙竊盜，丙向地檢署提出告訴，檢察官偵查結果，認為犯罪嫌疑不足，為不起訴之處分。丙於收到不起訴處分書後第 5 天，僅以甲為被告，聲請再議，案件經發回續行偵查。問：偵查結果，檢察官改認甲與乙共同成立誣告罪時，可否將甲乙一併提起公訴？若檢察官提起公訴時，法院對於甲乙應為何種判決？

命題意旨	測試考生對於主觀可分與不可分概念的理解度，以及相關的法院實務處理流程。
答題關鍵	對告訴乃論之罪提出告訴時，方有主觀不可分原則的適用。至於起訴、自訴、上訴還有再議的情形，都是主觀上可分的，也就是對於共犯中之一人提出再議、起訴時，效力不會及於其他共犯。
參考資料	1.月旦法學教室第 23 期，P.16～17：「案件單一性」是什麼？（鄭逸哲） 2.月旦法學雜誌，第 124 期 P89：刑事訴訟法 2004 年學界回顧（三）（何賴傑） 3.林鈺雄，刑事訴訟法下冊（4 版），2004 年 9 月，頁 78-80。 4.洪政大補充講義第三回，頁 68-71；第四回，頁 19-21。
高分閱讀	1.法觀人考場特刊（97 期）P.4-7，題目 8（相似度 25%） 2.高點圖說系列-刑事訴訟法（II）（史奎謙）（L751）（相似度 85%），P.4-326～375：單一案件之告訴不可分與起訴不可分

【擬答】

本案主要涉及再議之提出有無主觀不可分原則的適用問題。首先，丙對甲、乙二人的誣告行為提出告訴，是否合法，須視丙是否有告訴權，蓋有告訴權之人方能提起告訴。依刑事訴訟法（以下同）第二三二條，犯罪被害人，得為告訴。所謂的



犯罪被害人，係指因犯罪而直接受有損害之人，由於刑法上的誣告罪是侵害國家司法權之犯罪，乃保護國家司法運作之圓滑運行，從而丙似非誣告罪之被害人。但是通說認為，誣告行為也同時讓被誣告人受有名譽上之損害，所以被誣告的丙，也被誣告行為**直接、同時**加害，亦係犯罪被害人（二十六年渝上字八九三號判例），故其提出告訴，合法。

今檢察官對甲、乙二人作出不起訴處分，已提出合法告訴之丙，自得本於告訴人之地位，依第二五六條之規定，於七日內聲請再議，所以丙於收到不起訴處分書後五日內提出的再議，合法。然丙僅以甲為被告聲請再議，其提出再議之效力是否及於乙，將影響對乙之不起訴處分是否將因而確定的問題。按刑訴法第二三九條的告訴主觀不可分原則，係指在告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，效力及於其他共犯的情形而言。再議之提起，有無此主觀不可分原則的適用，不無疑問。觀此，誣告罪並非告訴乃論之罪，於本題適用要件上已有未合；且再議之性質亦與告訴之性質有所不同，在告訴主觀不可分原則所強調的偵、審**便利性**，與告訴是針對**犯罪事實**而非犯罪人為之的概念，於再議制度中均無法尋得。質言之，**再議之提起應該是主觀上可分的**。因此，丙對甲提出再議，效力不及於共犯乙，從而對乙之不起訴處分將於再議期間經過後確定。該確定之不起訴處分，乃因實體條件的欠缺所為（第二五二條第十款），故有實體確定力，非有第二六〇條之兩款法定事由，不得再行起訴。綜上，檢察官認再議有理由而續行偵查時，若認誣告罪成立，應撤銷對甲所為之不起訴處分，並僅針對甲為公訴之提起，不應將乙一併提起公訴。

若檢察官在不具備第二六〇條的兩款法定事由的情況下，對乙提起公訴，乃違背不起訴處分之實體確定力，依通說法院應對

乙為不受理判決（第三〇三條第四款）。至於對甲提起公訴的部分，其不起訴處分已然被撤銷，法院在訴訟要件均具備的情況下，自應對甲為實體的有罪、無罪判決。



《刑事訴訟法》

試題評析	今年的律師刑事訴訟法考題，新式題型佔了四分之三強，僅有第四題屬於傳統、較簡單的考古題。我們也可以看到在近年研究所考題中不斷出現的盤查搜索題，終於出現在刑事訴訟法的國家考試中，堪稱為一大進展。由此可以進一步預測，在未來的律師國家考試中，搜索扣押的命題有可能成為趨勢，逐漸取代傳統僵硬、呆板的單一、同一性題型。再者，從本次考試第三題的傳聞法則命題點來看，亦須考生發揮其法學見解，尤其是該題提問方式活潑，希望考生能就被告律師的角度來回答，雖在研究所考試中相當常見，但在國家考試中出現卻有可能使得考生難以下筆。此點，高點補習班的考場寶典中已精準地觀察到，或許可帶給考生不小的驚喜。至於第一題的緩起訴考題，由於設問方式可使考生盡情發揮，應不算是過難的題目。整體而言，本次考試確實偏難，程度優秀的考生應可拿 50 分以上，但要獲得更高分數，則須視答題完整度而定。
------	---

一、甲騎機車尾隨婦女，出其不意強力奪走手提袋，加速離去。見義勇為的汽車駕駛人乙，超前將甲攔下，逮捕送警。警方調查發現，甲以同樣手法在該地區犯案多次，造成人心惶惶，尤以婦女為甚。試問：偵查終結，檢察官得否對甲為緩起訴處分？緩起訴制度月何學理上的隱憂及適用上的難題？(25 分)

命題意旨	本題為刑事訴訟法修法後緩起訴制度的重要命題，主要在測驗考生是否能了解緩起訴制度的適用要件，以及其所衍生的問題。考生須留意到學者陳運財老師與何賴傑老師對此均有專文論述，方能完整回答本題。
答題關鍵	1.緩起訴制度的適用要件。 2.緩起訴制度是否真能達成訴訟經濟的效果，以及賦予其確定力之當否。
參考資料	1.林鈺雄，刑事訴訟法(下冊 3 版)，2003 年 9 月，頁 70 以下。 2.陳運財，從新刑事訴訟法談緩起訴制度，台灣本土法學 35 期，2002 年 6 月，頁 74 以下。 3.何賴傑，緩起訴處分之要件與撤銷，法學講座 5 期，頁 39 以下。 4.何賴傑，檢察官不起訴職權修法之總檢討，法學講座 6 期，頁 1 以下。 5.月旦法學教室 第 3 期：P.22：緩起訴處分之再議與撤銷(林俊益)
高分閱讀	1.高點法學圖說系列-刑事訴訟法(I)(史奎謙)，P.4-262：緩起訴之適用對象(相似度 70%) 2.2004 律師司法官歷屆試題詳解，P.87-13：緩起訴之要件(適用範圍)(相似度 70%) P.91-36：緩起訴之要件(適用範圍)

【擬答】

(一)不應對甲為緩起訴處分

檢察官是否得對甲為緩起訴，涉及緩起訴的適用要件是否符合的問題。按甲所為乃搶奪罪(刑法第三二五條)，其法定刑為六月以上五年以下，合先敘明。關於緩起訴制度，依刑事訴訟法第二五三條之一規定：「被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當者，得定一年以上三年以下之緩起訴期間為緩起訴處分，其期間自緩起訴處分確定之日起算。」學說上據此認為，緩起訴之適用要件為：

- 1.案件之限制(形式要件)：即須為非重罪。甲所犯乃搶奪罪，確係「最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪」，故符合此形式要件。
- 2.裁量之基準(實質要件)：即所謂刑法第五十七條所列事項及公共利益之維護，檢察官參酌後認為以緩起訴為適當者，始得為緩起訴處分。前者(刑法第五十七條)乃個案情節之判斷，重在特別預防；而後者所謂公共利益之維護，乃基於檢察官公益代表人之地位，首要考量者，即為案件輕重之一般預防的觀點。甲的所為是否符合此實質要件，不無疑問。題示甲的情形，已犯案多次，並造成當地居民的困擾，學者認為在審酌刑法第五十七條時，應僅限於被告罪責輕微的情形，若犯罪動機卑劣且手段殘忍，即不應為緩起訴處分；又所謂「公共利益」的部分，作為公益代表人的檢察官對於對正義觀感有負面影響的案件，亦應審慎考量。縱上論述，管見以為甲的情形甚難符合緩起訴實質要件上的考量，檢察官實不應予以緩起訴。

(二)由於上述實質要件具有裁量性質，所以檢察官確實有可能給予被告緩起訴的處分，合先敘明。而一旦為緩起訴處分後，依刑事訴訟法第二六〇條，其便被賦予實質之確定力，因此：

- 1.緩起訴提供檢察官一條模稜兩可的另類出路，有可能使得案件於偵查不完備或出現瓶頸之際，檢察官便以緩起訴處分的方式終結偵查。例如本題就有可能發生如此情況。雖然多數學者主張緩起訴處分要件中尚有「足認犯罪嫌疑」的不成文要件，但若檢察官果真對甲為緩起訴處分，該不成文要件實際上無法發生任何效果。
- 2.緩起訴制度的立法理由中提及大量消化案件的功能，但是，我國緩起訴不採德國法例由法院事先介入的立場，以致於整個制度設計拖泥帶水，一來，從為緩起訴處分到緩起訴處分本身確定，中間可能要歷經兩級式的再議以及交付審判的延宕；二來，從確定時點到產生禁止再訴時點，又要歷經少則一年多則三年的猶豫期間，實際上很難達成大量消化



案件的目標。

- 3.針對犯罪行為的追訴，於學理上向來有起訴法定原則與起訴裁量原則的對立，該次修法強調訴訟經濟的取向(事實上不一定達到)，而強搭著改良事當事人原則的便車，實有可能大幅鬆綁起訴法定原則，且賦予檢察官如此廣泛之處分權，是否妥當，實值檢討。
- 4.檢察官本身的定位問題，亦隨此次修法復生爭議。簡言之，增訂第二五三條之一至同條之三的結果，大幅增加了檢察官裁量者的角色，是否意味著檢察官再一次的準司法官化，亦值注意。
- 5.緩起訴的附帶處分欠缺實際支援的社會基礎，相關的聯繫協調機制亦未來得及建立，造成實務上第二五三條之二附條件緩起訴的運作非常罕見，有待儘速規劃配套措施。

二、警察甲與乙執行夜間巡邏，依其辦案經驗，直覺路旁所停之車輛有問題而予以盤查。於盤查之同時，發現丙之車內裝物之紙箱與手提袋頗為異常，情況急迫之下，警察甲、乙兩人乃直接打開車門，解開紙箱與手提袋，起出槍枝與毒品。試問：(25分)

(一)警察此一情況急迫下之行為，依法律規定屬於何種搜索？

(二)事後，警察機關依蒐證結果將丙及相關事證移送檢察官，檢察官認為調查未完備，乃依刑事訴訟法第二百三十一條之一規定將卷證發回警察機關。依此一規定，檢察官在偵查體系中之定位如何？

(三)刑事訴訟法第一百三十一條第四項規定：「第一項、第二項之搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。」此究竟為證據能力之規定，或為證明力之規定？

命題意旨	本例涉及強制處分與證據之交界問題，除須熟知各種強制處分之發動門檻與要件，並須瞭解其與證據能力判斷之關係，另外亦在檢測考生對於偵查中檢警關係之體系定位之判定問題。
答題關鍵	本例涉及 1.現行法中無令狀之緊急搜索規定之相關問題，以及臨檢盤查發動門檻之實務標準。 2.檢警關係定位之認定。 3.刑事訴訟法第一百三十一條第四項規定究為違法證據排除之證據能力規定抑或證明力之認定。
參考資料	1.月旦法學教室，第3期：P.132：搜索與扣押（黃朝義），第8期：P.79-88：檢警關係（黃朝義），第13期：P.20～21：警察之緊急搜索（黃朝義） 2.月旦法學雜誌，第108期：P.57-58：偵察中之強制處分與檢警關係（黃朝義），第109期：P.189-214：偵察中檢察官與司法警察之角色定位
高分閱讀	1.93年考場寶典：P.3-10：題目13（相似度50%） 2.高點圖說系列-刑事訴訟法（I）（史奎謙）〈L750〉，P.4-169：緊急搜索（相似度60%），P.4-169～170、P.4-246：證據能力（相似度80%） 3.2004律師司法官歷屆試題詳解〈L303〉，P.86-6：緊急搜索（相似度40%），P.91-1～20：退案審查制（相似度50%） 4.法觀人雜誌72期：P.61：證據能力與證明力 5.厚本講義第二回，P.122～127：緊急搜索，P.127：證據能力

【擬答】

依據警察勤務條例第十一條第三款之規定，臨檢（盤查）自屬警察執行勤務方式之一種，但自釋字五三五後解釋後，認定該條例並未授權警察人員得不顧時間、地點及對象任意臨檢、取締或隨機檢查、盤查，本例中警員甲、乙認為路邊停放之車輛有問題而欲上前盤查車內之人，依學界通說認為臨檢或盤查之發動門檻，須限於有合理懷疑時始得為之，如依據釋字五三五號解釋之判斷，對於「場所」之臨檢盤查的發動，須限於已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之處所、「交通工具」或公共場所為之，對於「人」發動臨檢盤查，則須有相當理由足認其行為已構成或即將發生危害者為限，且均應遵守比例原則，不得逾越必要程度。

無論是採取學界通說見解，抑或是實務見解，只要本例中警員依其主觀辦案經驗，並輔以客觀事實具體判斷而認定路旁之車輛有問題者，則可認為有發動臨檢盤查之合法門檻。

(一)警察甲、乙兩人於盤查同時，發現丙之車內裝物之紙箱與手提袋頗為異常，便直接打開車門，解開紙箱與手提袋，起出槍枝與毒品之行為，屬於依急迫情形而為之無令狀搜索，「可能」構成刑事訴訟法（以下簡稱本法）一三一條第二項之緊急搜索。

依據本法一二八之規定，搜索原則上須用搜索票為之，並須由法官核發。然如有急迫情形者，則依法得為無令狀搜索。本例中可能符合第一三一條第二項有關緊急搜索之規定：「檢察官於偵查中確有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、變造、湮滅證據或隱匿之虞，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索，並層報檢察長」，然依此項規定可知，縱有相當理由足認有發動此一無令狀搜索之事實，但僅限於檢察官擁有在急迫情形，為保全證據而為緊急搜索之權限，而司法警察則不享有此一權限。

惟司法警察常為執行此一搜索之主體，因此有學者認為本項規定乃是不顧實際執行層面，僅規定檢察官擁有此項緊急搜



索權，乃是法制面上之偏廢行為，而於立法層面上建議應依具體情況之需要，直接賦予司法警察機關得實施緊急搜索並予以逕行扣押之權限，以符合實際要求。

(二)事後，警察機關依蒐證結果將丙及相關事證移送檢察官，檢察官認為調查未完備，乃依本法第二百三十一條之一規定將卷證發回警察機關。據此，檢察官於偵查體系中之定位如下：

有認為檢察官於偵查體系中之定位，應屬偵查主體，而司法警察機關則屬於輔助機關，然若將檢察官當成偵查主體者，應自負偵查成敗之責，而司法警察機關則無須負偵查成敗之責。然本法第二百三十一條規定，檢察官如認為司法警察官之調查未完備者，應命其補足或發交偵查，如此一來，似混淆偵查主體與輔助機關之地位，如貫徹檢察官為偵查主體之地位，則檢察官如認為有偵查未完備之情形時，應主動補足偵查，而不應推諉卸責。

惟如遵循本條之規定解釋，並輔以實際運作之情形觀察，應認為檢警之間合理之關係，須建構在由司法警察負責證據蒐集之第一線工作，而由檢察官負責篩選之監督補充工作，以合乎實際運作之情形，以免造成「有責無權」或「有權無責」之不合理情形。

(三)刑事訴訟法第一百三十一條第四項規定：「第一項、第二項之搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。」

此一規定究屬證據能力抑或證明力之規定，所謂證據能力，係指證據資格，此部分通常會有法律明文規定，至於證明力，則屬證據價值之問題，原則上須交由法官自由心證，並依其經驗及論理法則判斷，法律通常不會加以限制（但亦有例外）。而證據能力與證明力之間，有前後順序關係，因為有證據能力之證據始為容許進入證據調查之前提要件，而經過合法調查之證據始得成為法官自由心證之基礎，因此證據能力為證明力之判斷前提，通常只要法條中有「不得作為證據」之明文者，應屬證據能力之規定。本條究係證據能力抑或證明力之問題，因條文中僅規「得」由審判時法院宣告其不得作為證據，似會令人誤以為違法之證據排除，係法院得自由判定之範圍，而有解為證明力之嫌疑。

然如併考量本法第一五八之四條規定，可知「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。」因此法官究得否宣告該證據不能使用，並非法院得自由心證之範圍，而必須依據本法一五八之四之立法理由判斷：「(一)違背法定程序之情節。(二)違背法定程序時之主觀意圖。(三)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(四)犯罪所生之危險或實害。(五)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(六)偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性及(七)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。由此可知其為證據能力之規定，至為明灼。因此，法院依據第二七三條第一項第四款規定，須於第一次審判期日前，開庭準備程序討論有關證據能力之意見。

三、某天深夜，被害人甲在他時常光顧的路邊攤吃宵夜。突然之間，一名頭戴全罩式安全帽的人騎機車靠近甲，趁甲尚未注意的時候就掏出手槍近距離對甲連開了兩槍，然後加足油門，揚長而去。甲因失血過多，在送醫急救之後不久，即被宣告不治。檢察官於偵查後認定乙犯罪嫌疑重大，乃將乙以殺人罪為由提起公訴，並擬於審判中向法院聲請調查以下證據：

(一)醫生A所撰寫的急診室日誌(編號X)，其中除記載甲之傷勢與醫院所為急救措施外，A另外寫道，甲於臨終前說：「我一定要找乙報仇！」

(二)警訊筆錄(編號Y)，內載有路邊攤老闆B所為陳述，其中提及：「乙在案發兩天前，曾跟甲在他的路邊攤大吵一架，乙在離去時還撂下狠話，叫甲要小心一點。」

(三)證人C，其擬提出以下證詞：「我的朋友D看到乙隔天騎車到河邊丟了一包東西，我猜裡面八成是什麼見不得人的東西。」

你是被造乙的辯護律師，請附理由說明你對上述證據X、Y以及證人C之證詞有何法律意見？(25分)

命題意旨	本題命題方式活潑，將傳聞法則的相關問題點以實例題之方式完整呈現，考生須具有一定的實力方能回答完整。試題之提問方式特殊，乃英美法上常見的設問方式，所以在回答時須盡量展現考生自己的法學能力。
答題關鍵	1.傳聞法則原則與例外間的關係。 2.特信性文書的例外規定與將死陳述的法理。 3.警詢筆錄與傳聞法則的例外規定間的關係。 4.傳聞證人與傳聞法則、直接審理原則的關係。
參考資料	1.月旦法學教室，第17期：P.26~27：傳聞法則中所謂的「陳述」(楊雲驊) 2.月旦法學雜誌，第97期：P.85以下：傳聞法則之理論與實踐(陳運財)；P.118以下：我國採傳聞法則的檢討(吳巡龍)
高分閱讀	1.93年考場寶典，P.3-4~5：題目5：被告以外之人於調查中所為陳述之證據能力題目(相似度60%) 2.93年考場寶典，P.3-5~6：題目6：傳聞證據之禁止與例外(相似度50%) 3.2004律師司法官歷屆試題詳解，P.89-40~42：傳聞法則、P.92-38~39(相似度20%)，P.92-16~18：傳聞法則(相似度60%) 3.法觀人月刊，第69期：P.37-39：修法講座，第74期：P.24-32：刑事訴訟新修正與傳聞法則



4.厚本講義第二回，P.201～209：傳聞法則

【擬答】

依刑事訴訟法第一五九條第一項規定：「被告以外之人於審判外之書面或言詞陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」此為我國法上傳聞法則之規定，即將傳聞證據排除之法則。急診室日誌、證人之警詢筆錄、以及C之證詞，在此規定下均為傳聞，原則上不具證據能力。但檢察官於每一種證據都有可能主張其符合傳聞法則的例外規定，茲表明身為辯護律師的法律意見如下：

(一)若檢察官主張證據X乃特信性文書或符合特殊的可信性要件(將死陳述)時：

依照刑事訴訟法第一五九條之四：「…下列文書亦得為證據：二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。」因此檢察官可能主張X乃從事業務之醫師於業務上所紀錄之文書，故可例外地作為證據。但管見以為，自該條之立法理由所稱：「從事業務之人在業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書…，因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有會計人員或記帳人員等校對其正確性…」以觀，該急診室日誌內容乃醫師對甲傷勢所為特定、非規律記載，且無任何其他人員協助校對其正確性，似不能稱做「業務文書」。縱使肯認其為業務文書，檢察官亦應舉證其無「顯有不可信之情況」，方能符合法律所規定之要件。對此，檢察官可能會以「人之將死，其言也善」的概念，來說服法院X乃具備可信性，正確性得以確保。然而，此種論理類似英美法上所謂傳聞法則根深蒂固的例外規定—將死陳述(impending death)的法理，故可做比較法上的觀察。按所謂將死陳述的要件，乃「陳述人必須相信其即將死亡」，「即將」一詞，其範圍究竟如何，不無疑問；陳述人是否「相信」，亦待證明。所以檢察官尚須證明甲已相信自己即將死亡，才有可能使X例外地作為證據。

(二)若檢察官主張證據Y符合先前不一致陳述或先前證言的例外規定：

針對該警詢筆錄，檢察官可能主張其符合刑事訴訟法第一五九條之二或之三的例外規定。此時須分別不同情形判斷之：

1. 若B有在法庭上具結做證：若B有在法庭上做證指出其所看見的事實，此證言符合直接審理原則與傳聞法則對發現真實的要求，固無疑問。惟若B所言與其警詢筆錄中之記載不一致時，檢察官可主張此符合「先前不一致陳述」之例外，即刑事訴訟法第一五九條之二的規定：「被告以外之人…於司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實所必要者，得為證據」，使警詢筆錄例外地具有證據能力。但是，檢察官對此仍須證明其符合該條所稱「可信性」與「必要性」的要件，方得作為證據。
2. 若B未在法庭上具結做證：此時證人須符合「無法出庭」的條件，檢察官方可主張刑事訴訟法第一五九條之三的例外規定。按該條所列舉情形有：「一、死亡者；二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者；三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者；四、到庭後無正當理由拒絕陳述者」，依題示意旨，檢察官顯然欲在未傳喚證人的情況下，即使用該警詢筆錄，所以管見以為該警詢筆錄顯不符合傳聞法則的例外規定，應不得作為證據。

(三)若檢察官主張C之證詞符合直接審理原則時：

就C擬提出之證詞內容以觀，C係欲轉陳述目擊證人D的陳述內容，學說上乃稱C為傳聞證人。從傳聞法則的意旨來看，D乃被告以外之人，其於審判外所為之言詞陳述，原則上不得作為證據，蓋其無法藉由交互詰問以確保其陳述之真偽；今以聽聞D之陳述的C為證人，更無法藉由交互詰問以確保D陳述之真偽，是故傳聞法則乃明確認定C之證詞不具證據能力。然而，我國法並未揚棄直接審理原則，故檢察官可能據此引用直接審理原則而主張C證言之證據能力。管見則認為，縱使依據直接審理原則，僅傳喚證人C而不傳喚證人D，仍構成澄清義務之違反，屬於刑事訴訟法第三七九條第十款的當然違背法令。另一方面，證人C所言：「…我猜裡面八成是什麼見不得人的東西」，乃推測之詞，雖非傳聞，但按刑事訴訟法第一六〇條規定：「證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據」，C之推測，顯係基於D之經驗內容，自不得作為證據。

四、甲頂替實際犯罪之乙，於偵查、審判中均自白犯罪，經法院判處甲罪刑確定。起訴丙犯罪，審判中丁冒充為丙應訊受審，法院不察，亦判處丙罪刑確定。以上兩案各應如何救濟？(25分)

命題意旨	本案乃是傳統考古題，如74年律師考試第四題、89年司法官第一次考試第二題均有相似題型，旨在測驗學生對於公訴程序之中，是否能掌握住判別檢察官所指之被告的標準，以及實務上對這一問題之處理方式。
答題關鍵	本案涉及公訴起訴效力中「人之範圍」的判定，訴訟關係究竟存在於何人身上，實務向有固定之見解，答題關鍵則在於實務上對於「頂替」及「冒名頂替」之處理方式。
參考資料	林鈺雄，刑事訴訟法(下)，三版，頁123-127。
高分閱讀	1.2004律師司法官歷屆試題詳解，P.89-6～7：冒名(相似度90%) P.74-16～17：冒名(相似度90%) 2.高點厚本講義(相似度90%)，P.13-17：冒名，P.17-20：頂替

【擬答】



§266 規定：「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人。」至於如何判定檢察官所指之被告，學說上向來有不同之見解：

- 1.意思說：此說認為檢察官究竟對何人提起公訴，須以檢察官之追訴真意決定。
- 2.表示說：此說認為應以起訴書所記載之被告姓名為準，但並不專以起訴書所載之內容為唯一之標準，尚須從起訴書解釋其所表示之意思，並斟酌檢察官之意思而定，因此又有稱之為「實質的表示說」，並相當於前述之意思說。
- 3.行動說：此說認為須憑實際上以之為被告實施訴訟行為或以之為處理對象者，即屬檢察官所指之被告。

現行實務中有關檢察官所指之被告的認定，原則上採取行動說，但在少數情形中亦有採取表示說。依本例情形詳述如下：

(一)甲頂替乙自白犯罪

於本例中，實際犯人為乙，然甲卻於偵查至審判中，均自白犯罪，致使檢察官誤將甲當成真正犯罪行為人而起訴，並使法院誤以為真正行為人係甲而於以審理判決，此係「被告本人錯誤」之情形，如於審判中發現此一情形，應對於甲就本案為無罪判決(因甲並非實際犯罪行為人)，就實際犯人乙另行起訴，如甲有涉及刑法§164 II 頂替罪刑者，則應另行偵查、起訴。

如法院不察而判決確定者，因此時對於檢察官所指之被告的判斷採取「行動說」，亦即檢察官實際上係以甲為被告而實施訴訟行為及處理對象，因此訴訟關係僅存在於甲而不存在於乙，如誤對乙為裁判者，則屬§379(12)未經請求事項予以判決之判決當然違背法令情形，於判決確定前得上訴救濟，判決確定後則得非常上訴予以救濟。

(二)丁冒丙之名頂替應訊受審

在此情形中，檢察官於起訴書中所指之被告為丙，然丁卻冒充丙之名義頂替應訊受審，法院亦不詳察，而以丁為實施訴訟行為之對象，卻判處丙罪刑，此乃「到案被告錯誤」之冒名頂替問題。

實務見解二十年院字五六九號及二七年院字一七二九號解釋，均認為此時應採「表示說」，而認定訴訟關係並不存在於冒名頂替之丁，仍存於檢察官依據起訴書所載之意思而認定之實際犯罪行為人丙。然因丙並未實際到庭受審，而係由丁冒名頂替之，如法院不察而以丙之名義下判決時，應屬§379(6)被告未於審判期日到庭而為審判之判決當然違背法令之情形，得請求將原審判決予以撤銷，並對實際上犯人丙另為判決。而丁之部分因採表示說而被認為就本案與法院並無訴訟關係，因此不得直接就丁之部分加以審判，而應認為如丁另有涉及刑法§164 II 頂替罪之部分，則須交由檢察官另行偵查、起訴。



《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。

《刑事訴訟法》

一、檢察官以被告甲係一行為而有觸犯傷害及恐嚇取財之罪嫌，將甲提起公訴。第一審法院以甲所犯傷害固屬事實證明確，但被訴恐嚇取財部分則屬犯罪不能證明，且傷害罪與未經起訴而犯罪足以證明之殺人未遂罪間，有牽連關係，因併與審理，而從一重諭知甲殺人未遂罪刑之判決，並將甲被訴恐嚇取財部分於理由內予以說明，不另為無罪之諭知。甲對此判決之有罪部分聲明不服，提起第二審上訴。第二審法院，認甲被訴之傷害罪係屬不能證明，及予諭知無罪之判決。至恐嚇取財及殺人未遂部分則認其罪證明確，且係各別起意，遂就此諭知殺人未遂及恐嚇取財罪刑之判決。甲對殺人未遂部分之判決，表示不服，提起第三審上訴。第三審法院以甲殺人未遂部分尚有應調查之證據而未予調查之違法，且認其與傷害、恐嚇取財罪間均有牽連關係，乃將第二審原判決全部撤銷，發回更審。問：第二、三審法院如此之判決是否適法？

命題意旨	1.本題之關鍵在於「審判不可分」之概念，包括§ 267「起訴不可分」與§ 348II「上訴不可分」之概念。 2.由於題目繁複，答題時，宜按各階段起訴、上訴及判決的要旨分點分段論述。
參考資料	1.陳樸生，刑事訴訟法實務，第379至382頁、第481至486頁(85年9月重訂十一版)。 2.高點律師司法官考試專用講義，刑事訴訟法第二回，第114至117頁、218至219頁。

【擬答】

- (一)檢察官以被告甲係一行為而有觸犯傷害及恐嚇取財之罪嫌，將甲提起公訴，因此，法院得就甲犯傷害及恐嚇取財之犯罪事實加以審理，惟依刑事訴訟法(以下稱本法)第二百六十七條之規定，檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部，蓋實質上或裁判上一罪，在實體法上既屬一罪，在訴訟法上即屬一個訴訟客體，審判上無從分割，應就全部犯罪事實加以審理，而法院得否就檢察官未起訴之犯罪事實加以審理，尚視法院審理之結果是否認為該未起訴之部分與起訴部分有審判不可分之關係而定。本例中，第一審法院審理之結果認為檢察官雖未就甲殺人未遂部分之事實敘入公訴事實，但其與傷害罪部分具有牽連關係，且傷害部分與殺人未遂部分皆證明為有罪，二者具有審判不可分之關係，故法院仍得就殺人未遂部分加以審理，並依刑法第五十五條之規定，從一重(殺人未遂罪)處斷；同時，傷害罪與恐嚇取財罪具想像競合關係，惟恐嚇取財部分未能證明犯罪，故僅須於理由中說明其無罪之理由即可。
- (二)甲對第一審判決不服，而就有罪之部分上訴於第二審法院，包括傷害罪與殺人未遂罪部分，惟第二審法院得審理之範圍為何(得否就恐嚇取財部分加以審理)，依本法第三百四十八條第二項之規定：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。」尚應視第二審法院審理結果是否認為未經上訴之部分與已上訴之部分有審判不可分之關係而定：
- 1.在本例中，第一審法院認為各罪應屬單一性案件，殺人未遂與傷害部分有罪，而於主文中諭知，但恐嚇取財部分無罪，而在理由中說明其理由，惟第二審法院審理之結果認為殺人未遂與恐嚇取財部分並無牽連關係，即應屬各別之數罪，既無審判不可分關係，恐嚇取財部分既未經當事人聲明不服，亦非上訴效力之所及，從而，恐嚇取財部分非第二審法院所得審理之範圍，第二審法院竟就恐嚇取財部分諭知有罪，自有本法第三百七十九條第十二款「未受請求事項予以判決」之違背法令。
 - 2.另外，第二審法院審理之結果認為傷害罪部分應屬無罪，則其與殺人未遂部分既無審判不可分之關係，則該部分既未經檢察官敘入公訴事實，法院自不得加以審理，第一審法院竟予判決，自亦有本法第三百七十九條第十二款「未受請求事項予以判決」之違法，第二審法院應將原判決此部分加以撤銷，但第二審法院竟為有罪判決諭知，自屬違法。
- (三)1.甲對第二審判決不服，而就殺人未遂部分上訴於第三審法院，惟第三審法院得審理之範圍為何，依本法第三百四十八條第二項之規定，應視第三審法院審理結果是否認為未經上訴之部分與已上訴之部分有審判不可分之關係而定。
- 2.本例中，第二審法院認為應屬數罪，甲僅對判決中殺人未遂部分之有罪判決不服，提起第三審上訴，由於恐嚇取財與傷害部分均非與提起上訴之殺人未遂部分具有不可分之關係，故上訴效力自不及於恐嚇取財與傷害部分，恐嚇取財及傷害部分應已確定於二審，第三審法院不得加以審理。今第三審法院竟將第二審判決全部撤銷並發回更審，自屬本法第三百七十九條第十二款「未受請求事項予以判決」，不能謂係適法。

二、甲、乙、丙均已成年，乙、丙二人曾公然揚言欲教訓甲，甲懷恨在心，意圖報復，某日甲駕車見乙、丙共乘機車，遂基於傷害之故意，將乙、丙撞倒，乙因而受輕傷，丙則倒地昏迷，甲見狀與乙共同將丙送醫急救，丙終因腦部受傷嚴重不治死亡。檢察官據報到醫院相驗，訊問後，認甲有殺人之未必故意，簽分殺人案件，事隔二月均未開庭，乙遂對甲提起傷害之自訴，第一審言詞辯論終結前，甲對乙提起恐嚇之反訴，試問檢察官及法院各應如何處置？(二十五分)

命題意旨	本題涉及刑事訴訟法於89年2月9日時，關於自訴章修正的兩大修法重點： 1.同一案件已經檢察官開始偵查後，得否再行提起自訴？所謂「開始偵查」，究何所指？此涉及第三百二十三條之問題 2.提起反訴之要件(§ 338)
參考資料	高點律師司法官考試專用講義，刑事訴訟法第二回，第140至146頁、第156至162頁。

【擬答】

- (一)檢察官認為甲有殺人故意而將案件分案辦理，惟檢察官分案後事隔二個月均未開庭，因此，乙對甲提起傷害罪之自訴，是否合法，不無疑問。
- 1.依89年2月9日新修正之刑事訴訟法(以下稱本法)第三百二十三條第一項之規定：「同一案件經檢察官依第二百二十八條規定開始偵查者，不得再行自訴。但告訴乃論之罪，經犯罪之直接被害人提起自訴者，不在此限。」蓋採公訴優先原則。本例中，甲一行為撞傷乙、丙二人，應屬想像競合犯之關係，依刑法第五十五條之規定，從一重處斷，在實體法上為一罪，因此，雖檢察官僅就甲撞丙部分之事實簽分殺人案件，惟乙起訴甲撞乙之部分，與前開事實概屬同一法律上之事實，從而，檢察官簽分殺人案件之部分與乙自訴甲傷害之部分，要屬同一案件。故乙提起自訴是否合法，自應受本法第三百二十三條之拘束。
 - 2.依前開條文，同一案件既經檢察官開始偵查，即不得再行自訴，惟所謂「開始偵查」，所指為何，不無疑問。換言之，依本法第二百二十八條之規定，究應以檢察官主觀上知有犯罪嫌疑為準，抑或以檢察官真正開始著手偵查為準？管見以為，應以「受理之時點」或「分案之時點」，作為不得自訴之時點，而非以檢察官真正著手開始偵查為時點，否則會造成檢察官受理案件後或經分案辦理後，仍未著手偵查前，自訴人仍可提起自訴的情況，實有違前開條文所揭示之公訴優先原則；且無論偵察機關分案時係改分「偵字案件」或「他字案件」，皆無礙其已開始偵查之效力，蓋此僅為內部事務分配之方式耳。本例中，案件既經檢察官簽分殺人案件，已屬開始偵查，自訴人即不得再提起自訴。
 - 3.惟第三百二十三條第一項但書同時指出，告訴乃論之罪，犯罪之直接被害人縱於檢察官開始偵查後，仍得提起自訴。輕傷罪既屬告訴乃論之罪，且乙為傷害罪之被害人，依前述規定自得提起合法之自訴，依同條第二項之規定，檢察官應即停止偵查，將案件移送法院。但遇有急迫情形，檢察官仍應為必要之處分。
- (二)依本法第三百三十八條之規定：「提起自訴之被害人犯罪，與自訴事實直接相關，而被告為其被害人者，被告得於第一審辯論終結前，提起反訴。」89年2月9日增加「與自訴事實直接相關」之要件，以防濫訴，例如被告反訴自訴人誣告者是；從而，本例中，甲得否於自訴程序提起反訴，端視恐嚇之犯罪事實，是否與自訴事實(甲撞傷乙、丙之事實)直接相關而定。按乙、丙恐嚇甲之事實，固為甲起意撞乙、丙之原因，惟二事實間要無牽連之利害關係，蓋二者事實判斷基礎不同，相關證據之調查及認定不同，因此，恐嚇事實與自訴事實並無直接相關，自無許被告提起反訴之理，法院應依本法第三百三十九條準用第三百三十四條駁回甲所提之反訴。

三、下列第一審法院之判決是否適法？試具理由解答。

- (一)被告被起訴觸犯刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪嫌，於審判中因智能障礙無法為完全之陳述，又未選任辯護人為己辯護，法院依憑卷證資料，認事實甚明，且案屬微罪，情節不重，爰就檢察官及被告之陳述辯論，逕行審理終結，諭知科處罰金之判決。(十二分)
- (二)審判長選任會計師為背信案件查帳，未命履行鑑定人具結程序，仍本於自由心證原則，採取該會計師提出之查帳報告，據為被告無罪之判決基礎。(十三分)

命題意旨	1.何種案件屬強制辯護案件？若屬強制辯護案件，法院得否不待辯護人到庭辯護而逕行判決？ 2.未經鑑定人具結之證據資料，得否做為裁判之基礎？
參考資料	1.高點律師司法官考試專用講義，刑事訴訟法第一回，第125頁。 2.陳樸生，刑事訴訟法實務，第80頁、第247頁(85年9月重訂十一版)。

【擬答】

- (一)1.刑事訴訟法本於當事人地位對等原則，為提高被告法律上之防禦能力，而有辯護制度之設，同時就最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述等案件，規定為「應用辯護人之案件」，亦即「強制辯護案件」(刑事訴訟法第三十一條第一項前段)，此等案件，依刑事訴訟法(以下稱本法)第二百八十四條之規定，無辯護人到庭，不得審判，否則將會構成本法第三百七十九條七款之違背法令。
 - 2.本例中，被告被訴之罪名為刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪，其最重本刑僅為二年以下有期徒刑，惟被告因智能障礙而無法為完全之陳述，依本法第三十一條第一項前段之規定，被告於審判中未經選任辯護人者，審判長應為其指定公設辯護人，以保障被告之防禦權，且依本法第二百八十四條之規定，不得未待辯護人到庭辯護而為判決，第一審法院竟依憑卷證資料，認事實甚明，且案屬微罪，情節不重，而就檢察官及被告之陳述辯論，逕行審理終結，諭知科處罰金之判決，此判決應有第三百七十九條第七款「依本法應用辯護人之案件，辯護人未到庭辯護而逕行審判」之違背法令。
- (二)1.刑事訴訟法(以下稱本法)第一百五十四條規定：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實。」至何種證據使得採為裁判之基礎，本法第一百五十五條第二項復規定：「無證據能力，未經合法調查，顯與事理有違，或與認定事實不符之證據，不得作為判斷之基礎。」若非屬本法規定不得採為裁判基礎之證據，法院自得依其自由心證，判斷證據之證明力(本法第一百五十五條第一項)。
 - 2.本例中，審判長選任會計師為背信案件查帳，即係選任該會計師為鑑定人，依本法第二百零二條前段之規定，鑑定人應於鑑定前具結，換言之，法院應踐行命鑑定人履行具結之程序，但第一審法院未履行，則該會計師所提出之查帳報告，在程序上既欠缺法定條件，即難謂為合法之證據資料，而原審判決竟以該查帳報告據為被告無罪之判決基礎，自屬於法有違(69台上2710參照)。

四、甲、乙涉嫌共犯業務侵占罪，乙逃亡經通緝，尚未到案。檢察官將甲拘提到案並訊問後，依據甲之供述及證人丙、丁之證詞，認為甲犯罪嫌疑重大，並以甲有勾串在逃共犯乙之虞為由，向法院聲請羈押。試問法院下列之羈押審查程序是否合法。（二十五分）

- (一)設若甲於先前偵查階段已經選任戊律師為辯護人，但法官並未通知戊律師到場。羈押審查中，戊律師主動到場並要求在場陳述意見，但法官則以偵查不公開為由禁止之。
- (二)法官於羈押審查程序並未親自傳訊證人丙、丁到場。
- (三)法官於訊問被告甲後，認為甲無串證之虞。據此，法官遂以並無羈押原因為由，逕命甲以五十萬元具保。

命題意旨	1.法院於偵查階段為羈押之審查時，法院得否依偵查不公開為由拒卻辯護人在場陳述意見？ 2.羈押審理程序中，對各該羈押要件之審理，應採何種方式？ 3.法院審查結果認為無羈押之原因時，應如何處理？
參考資料	1.陳樸生，刑事訴訟法實務，第 221 至 222 頁。 2.高點律師司法官考試專用講義，刑事訴訟法第一回，第 267 頁。

【擬答】

- (一)按法院於為羈押之審理時，辯護人得否在場陳述意見，刑事訴訟法(以下稱本法)並無明文規定；惟依本法第二十七條第一項及第二百四十五條第二項之意旨觀之，辯護人尚得於偵查機關訊問被告時在場陳述意見，於法官訊問被告時亦應同一解釋，且依本法第九十五條第三款及第一百零一條第三款之規定，尚課以法官告知之義務，可知縱於偵查中之羈押審查程序，辯護人亦有在場陳述意見之權限，蓋如此使得充分發揮辯護人協助被告行使防禦權之功能，從而，法院自不得以偵查不公開為由，禁止戊律師在場陳述意見。
- (二)依刑事訴訟法第一百零一條、第一百零八條第一項之規定，不論羈押之決定或羈押期間之延長，均須經法院進行言詞審理程序後始得為之，足見現行法對於羈押之審查係採言詞審理主義。依言詞審理主義之精神，以及刑事訴訟法第一百五十九條「證人於審判外之陳述，除法律另有規定外，不得作為證據」之規定，本題法院如欲以丙、丁之證詞作為認定被告甲應予羈押之依據，似亦應親自傳訊丙、丁到場作證，否則其審查程序便非合法。
- (三)法院審查之結果認為甲無串證之虞，即不符合本法第一百零一條第一項所列之法定要件，自當駁回檢察官羈押之聲請，而將被告釋放。惟法院得否依本法第一百零一條之二之規定，逕命甲以五十萬元交保？按本法第一百零一條之二之適用，尚以法院審理之結果，認被告有羈押之原因但無羈押之必要者為限，因此，於被告根本無羈押原因時，即無前開條文之適用，從而，法官遂以並無羈押原因為由，逕命甲以五十萬元具保，自屬於法有違。