

# 刑事訴訟法1000題經典題庫

朱源葆博士彙整

- 1、某乙以小刀刺傷甲，甲今年19歲負傷後向警察局以言詞追訴乙傷害(做成筆錄)，甲父另以書狀向檢察官告訴，嗣於審判中甲父撤回告訴，法院應如何裁判？  
要注意的是，甲雖然未成年，但是只要具有意思能力，能清楚表達追訴的意思，就可以為合法的告訴。至於甲父，因為第233條第1項也有獨立的告訴權。甲及其父親的告訴分別獨立之，所以甲父撤回告訴的效力，不影響甲的告訴。法院仍可就案件為實體的審理。
- 2、對於證據不足的起訴，法官是否無論如何，都必須裁定通知補正？
  - (1) 肯定說：從條文解釋來看，補正裁定為必要處分。條文的規定忽略了瑕疵有可補正及不補正兩種情形。例如被告已死亡，應如何通知補正。
  - (2) 否定說：如果檢察官起訴的被告，顯然沒有犯罪嫌疑者，應以公訴權的濫用為由，逕行駁回起訴，不需要在裁定通知補正。檢察官仍得以第260條再行起訴，不致影響真實發現。
- 3、檢察官補提證據後，如果法官仍認為未達起訴門檻，應如何處置？
  - (1) 駁回起訴：在這種情形下應視為逾期未補正，避免被告遭受不必要的訟累，節省司法資源，直接駁回起訴，將案件排除在審判程序外。
  - (2) 進入審判期日：檢察官補提證據，或聲請法院以強制處分保全證據後，就應該進入審判期日。檢察官如果無法證明被告有罪，法院就應以無罪的實體判決終結訴訟。
- 4、簡易判決的上訴審，可不可以為兩造缺席判決？  
因為第455條之1第3項準用第三編第二章的規定，應該回復到正常程序，踐行公開審理、直接審理及言詞審理等原則，不能夠再只就書面審判。
- 5、案件有自行迴避，不得執行職務的原因有幾種？
  1. 推事為被害人者。
  2. 推事現為或曾為被告或被害人配偶，八親等內之血親，五親等內之姻親或家長，家屬者。
  3. 推事與被告或被害人訂有婚約者。
  4. 推事現為或曾為被告或被害人法定代理人者。
  5. 推事曾為被告之代理人，辯護人，輔佐人或曾為自訴人，附帶民事訴訟當事人之代理人，輔佐人者。
  6. 推事曾為告訴人，告發人，證人或鑑定人者。
  7. 推事曾為執行檢察官或司法警察官之職務者。
  8. 推事曾參與前審之裁判者。
- 6、當事人遇有何種情形時，得聲請推事迴避？
  1. 推事有刑事訴訟法第17條規定情形而不自行迴避者。
  2. 推事有前條以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。
- 7、是不是所有刑事案件都要行「交互詰問」？  
無論「簡式審判程序」或「簡易程序」的案件，因為被告已坦承犯罪，對於犯罪事實並不爭執，真相比較明朗、單純，為了簡化審理程序，可以不必進行交互詰問。至於其他行「通常審判程序」的案件，如被告對於犯罪事實有所爭執，為了查明事實真相，而有傳喚證人或鑑定人到庭作證或陳述鑑定意見之必要時，即必須實施交互詰問。但是被告如無辯護人，其又不欲行交互詰問時，也可以不實施交互詰問。
- 8、當事人認為審判筆錄記載有錯誤時，應該如何主張權利？  
當事人對於自己陳述部分，可以依刑事訴訟法第四十四條第二項，請求書記官朗讀或交其閱覽，如果認為審判筆錄記載有錯誤時，可以請求增、刪、變更記載，書記官應附記其陳述。此外，當事人也可以在下一次開庭前，如案件已辯論終結，在辯論終結後七天內，聲請法院播放審判期日錄音或錄影，如經核對，發現審判筆錄記載確有錯誤或遺漏，書記官應即更正或補充；如筆錄記載正確，書記官應於筆錄內附記核對情形。另外，當事人也可以徵詢法院許可，依據法院所發交之審判期日錄音或錄影拷貝資料，自行就有關被告、自訴人、證人、鑑定人或通譯之訊（詢、詰）問及其陳述事項轉譯為文書提出於法院，經書記官核對結果，如認為其文書內容正確，則作

為審判筆錄之附錄，其文書記載事項與記載審判筆錄者，有同一效力。

9、被害人如要自訴，一定要有律師代理嗎？沒有請律師，法律效果為何？

自訴是被害人自己直接到法院去追訴被告的犯罪，由於不經過檢察官的偵查，原則上，擔任自訴人的被害人，要自己提供證據資料，舉證證明被告犯罪，並親自進行訴訟程序，提起自訴，一定要委任律師為代理人，讓懂得法律的律師來幫忙自訴人打官司，但法院如果認為必要時，還是可以命自訴人到場。自訴人如果沒有委任律師為代理人，法院會先定期間命自訴人補正，要是逾期未補正，法院就會判決不受理。另外，自訴人雖然委任律師為代理人，但該代理人受合法通知無正當理由不到庭時，法院會再次通知，並告知自訴人，如果代理人仍然無故不到庭，法院也會判決不受理。當然，如果被害人不願意或無法委任律師代理，也可以直接向檢察官或警察機關提出告訴，由檢察官代表國家來追訴被告的犯罪。

10、刑訴上的不利益變更禁止原則為何？

我國刑事訴訟原則上採三級三審制，此制度的意旨，除了在追求判決的公平、正義外，也為保障被告的人權，使被告能受到充分的審判，因此第一審法院判決後，如果檢察官贊同判決結果而未上訴，僅被告因不服判決而上訴，或是檢察官發現第一審法院對被告不利的判決有錯誤，而依刑事訴訟法第二條的規定，為被告的利益而上訴時，由於代表國家追訴的檢察官既無更不利於被告的主張，則站在保障被告的觀點上，第二審法院當然不應為更不利於被告的判決，否則，就與審級制度設計的原意相違背。

11、什麼是「無罪推定原則」？

「無罪推定原則」是國際公認的刑事訴訟基本原則，我國刑事訴訟法第一百五十四條第一項規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」即揭示此一原則。因此，被告雖然經檢察官提起公訴，但如果沒有經過法院審判定罪以前，還不能說被告有犯罪，應該要先推定他是無罪的。檢察官為了追訴被告犯罪，則必須提出充分的證據，來證明被告確有犯罪。

12、什麼叫做協商程序？什麼種類的案件可以適用？

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不是死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑的案件，也不是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，檢察官和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，而且被告也認罪，就由檢察官聲請法院依協商合意內容來判決，這個程序就叫做協商程序。

13、被告如果主張自白不是出於自願，法律效果如何？被告應如何主張，以保護其權利？

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，才能作為證據。換句話說，被告的自白，如果是出於前述任何一種不正當的方法，就不能作為證據。因此，被告如果辯稱，他的自白是遭受刑求逼供或其他不正當的方法而來，此時，法院為瞭解被告的自白是否可以作為證據，必須就這一部分先予調查。如果被告的自白是由檢察官所提出的，檢察官應該要負舉證責任，指出證明的方法，證明被告的自白是出於自由的意志。

14、當事人要如何聲請「調查證據」？

案件的當事人、代理人、辯護人、輔佐人，均可聲請法院調查相關的證據，但為使審判程序進行順利，聲請調查證據必須遵守一定的方式。原則上，應以書狀提出聲請，並記載「聲請調查的證據」與「待證的事實」之間的關係，還應載明聲請傳喚的證人姓名、住所等資料，並要按他造的人數提出聲請書狀的繕本送給對方。如果有正當理由或因為情況急迫，才可以用言詞方式向法院聲請調查證據。當事人等聲請傳喚證人作證時，自己也應該促使該證人到場，才能把事實真相說清楚。

15、什麼是「簡式審判程序」？

被告所犯的罪，如果是「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」以外之罪，而又坦承犯罪時，法院可以在聽取當事人、辯護人等人的意見後，裁定以「簡式審判程序」來進行。此時，因為被告對起訴事實並不爭執，案情比較明朗、單純，地方法院合議庭亦可決定由法官一人獨任審理，審判程序及證據調查都可以簡化，不需進行交互詰問，也不適用傳聞法則的證據能力限制規定，使案件快速終結，達到訴訟經濟的目的，也可以使有心悔過的被告快速脫離訟累。

16、什麼是「簡易程序」？

被告犯罪後，依據他的自白或是其他的證據，已經足可認定被告有犯罪，且依法適合判處「緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金」時，檢察官即可不依通常程序起訴，而向法院聲請簡易判決處刑，也就是適用「簡易程序」來審理；此類案件法院如果認為合適，也可以將一般通常

程序的案件，改依「簡易程序」來處理。此時，因為案情已經明朗，法院原則上可以不必開庭，但有必要時，仍然可以開庭調查。當然，這種「簡易程序」的案件，法院所宣告的刑度，必須在前面所講的範圍之內，目的是給被告有自新的機會，也可以節省開庭的勞費。

#### 17、關於刑事案件終結情形中，免刑、免訴及不受理之定義為何？

一. 免刑：刑事被告雖經證明有罪，但法律有得免除其刑之規定者，法官認為適宜時，得諭知免刑之判決(刑事訴訟法第二百九十九條)。

二. 免訴：刑事案件有下列情形之一者，應諭知免訴之判決：

1. 曾經判決確定者。
2. 時效已完成者。
3. 曾經大赦者。
4. 犯罪後之法律已廢止其刑罰者。(刑事訴訟法第二百零二條)

三. 不受理刑事案件，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. 曾為不起訴處分或撤回起訴，而違背刑事訴訟法第二百六十條之規定再行起訴者。
5. 被告死亡者。
6. 對於被告無審判權者。

#### 18、案件如何才算確定？

訴訟案件經法院裁判後，當事人無表示不服或捨棄上訴權，或逾上訴期間，或撤回上訴時，該判決於上訴期間屆滿時即產生確定力，亦全案即生確定。

#### 19、地方法院受理案件種類有那些？

- 1、民刑事第一審訴訟案件、民刑事第二審簡易案件。但法律別有規定者，不在此限。
- 2、其他法律規定之訴訟案件。
- 3、法律規定之非訟事件。

#### 20、羈押之期間為何？

(一) 偵查中不得逾二月，並得延長羈押一次，延長羈押期間一次不得逾二月。

(二) 審判中不得逾三月，延長羈押期間，每次不得逾二月，得延長次數如下：

- 1、所犯最重本刑為十年以下有期徒刑以下之刑者，第一、二審以三次為限，第三審以一次為限。
- 2、所犯最重本刑超過十年有期徒刑之刑者，不受次數限制。

#### 21、告訴可否附條件或限制？

(一) 附條件之告訴：

告訴可否附條件?例如「被告若賠我錢，我就不要告訴」(附解除條件)，或「被告若不賠我錢，我就要告訴」(附停止條件)。如其所附條件，與告訴不可分離時，不問所附條件為何，均有違「公訴行為(公法行為)必須肯定明確」之原則，其告訴之意思並不確定，不能認為係有效之告訴，故整個告訴無效。

(二) 附限制之告訴：

告訴權人僅限定「共犯中之一人」或「裁判上一罪或實質上一罪之一部犯罪事實」提出告訴，其他共犯或犯罪事實不予告訴，其告訴是否有效?依刑訴(239)之規定，應認為所附加之限制無效，但告訴仍屬有效之告訴。

#### 22、何謂上訴、抗告?試分述其意義。

(一) 意義：裁判，係法院適用法律於具體事實所為之意思表示。一經裁判，則一定之法律關係即可獲得公權解決，而對法院之判斷予以尊重，避免變更，可保障裁判之權威，亦符合當事人之利益。然而，若裁判之適用法令有錯誤，或誤認事實，則為求法律之安定性與具體之妥當性，而使裁判有訂正之途徑，乃有審級制度之設計。亦即，允許當事人對於未經確定之裁判利用上級審請求救濟，其方法有上訴及抗告。

(二) 換言之，上訴及抗告皆是對法院之意思表示請求救濟之方法，二者最主要之不同在於，上訴係對法院之判決行之；而抗告係對裁定為之。

#### 23、試述帶民事訴訟之意義?何人得為附帶民事訴訟之當事人?

(一) 附帶民事訴訟之意義：乃因犯罪而受損害之人，於刑事訴訟程序中得附帶提起民事訴訟，對於被告及依民法負賠償責任之人，請求回復其損害。

(二) 附帶民事訴訟之當事人：

1. 原告：因犯罪而受損害之人：

(1) 因犯罪而直接受損害者。

(2) 因犯罪而「間接」受損害者。如

1 被害人死亡者，其父母、子、女及配偶。

2 對於死亡之被害人，支出殯葬費之人。

3 被害人對於第三人，負有法定扶養義務者，該第三人。

(3) 國定機關受損害者，檢宗官不得代表起訴。

2. 被告：

(1) 刑事訴訟中之被告。

(2) 依民法負賠償責任之人，如：

1 刑事被告為限制行為能力人，其法定代理人(民法第一八七條)。

2 刑事被告為受僱人，其僱用人(民法第一八八條)。

24、上訴第三審有何限制?試分述之：

(一) 案件之限制(刑訴376)：

(1) 最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。

(2) 刑法第三二〇條、第三二一條之竊盜罪。

(3) 刑法第三三五條、第三三六條第二項之侵占罪。

(4) 刑法第三三九條、第三四一條之詐欺罪。

(5) 刑法第三四二條之背信罪。

(6) 刑法第三四六條之恐嚇罪。

(7) 刑法第三四九條第二項之贓物罪。

(二) 理由之限制(刑訴377、381)：

第三審係事後審查制之法律審，故上訴必須具體指摘原審判決違背法令之處，即必須附具上訴之理由。得為第三審上訴之理由有二：1 判決違背法令(刑訴377)，故若上訴未敘述理由，或其上訴理由未依卷內資料具體指摘原審判決有何違背何令之處，皆應認為上訴不合法上訴程序；2 刑罰之變更(刑訴381)。

25、第一審法院依數罪裁判之案件，被告就有罪判決部分上訴，餘罪因受無罪判決而未上訴(檢察官亦未上訴)，第二審法院審理結果如發現兩個行為屬於裁判上一罪，且均成立犯罪，應如何處理？

可分下列情形：

(1) 其上訴不合法時：應駁回其上訴，其上訴之效力，並不及於未經上訴之部分，第二審自不得就未經上訴之部分加以審判。

(2) 其上訴無理由時：其原判決一部有罪，其他部份無罪，有罪部分經提起上訴，若上級法院認為下級法院以數罪裁判不當，則得自行審判。

(3) 其上訴有理由時：上訴部分，原判決雖係有罪，且其上訴為有理由，但未上訴之部分，為無罪，即不生審判不可分之關係，即非其上訴效力之所及，自不在上級審審判之範圍。故第二審法院應僅就上訴部分處斷。

26、何謂自白?自白須具備何種要件，始足為證明犯罪之證據?如被告對於其自白提出刑求之抗辯時，應如何辦理?

(一) 被告之自白係指被告(或犯罪嫌疑人)在偵查或審判上，就其犯罪事實之全部或一部承認自己有罪(承認自己有刑事責任)之意思表示。被告之自白可分為審判上自白與審判外自白。

(二) 得為證據之自白：被告之自白須具任意性、真實性，方具證據能力(刑訴156-1)。此外，被告自白不得作為有罪判決之唯一依據(刑訴156-2)，亦即，須有補強證據存在。

(三) 如被告對於其自白提出刑求之抗辯時，該自白因非自由陳述(不具「任意性」)，即不能採為判決依據(因欠缺證據能力)，法院為發現真實之必要，遇有被告對自白提出刑求抗辯時，應先於其他事實而為調查。該自白若係經檢察官提出者，法院應先命檢察官舉證，由檢察官證明其欲使用之被告自告為具任意性之自白。如檢察官未能證明其任意性，即不得採為證據(刑訴156-3)。

27、試闡釋人證、物證、書證之意義。

人證、物證及書證，係依證據資料之物理性質及既存狀態區分：

人證：以人之陳述內容作為證據資料之證據方法。如被害人之陳述、被告之陳述、證人之陳述、鑑定人之陳述等。人證之調查證據方法採用「訊問」、「詢問」及「詰問」之方式為之。

物證：係指物之存在、外觀或狀態作為證據資料，如兇器之外觀、贓物之所在、人之身體形狀等、誣告書狀。物證之調查證據方法，以「提示」、「辨認」、「告以要旨」等方式為之。

書證：以文書之意義作為證據資料之證據方法。廣義的書證包括為證物之文書(如前述之誣告書狀)：狹義之書證稱為「證據文書」，係以文書之內容作為證據資料之證據方法，如警訊筆錄、鑑定

報告等，書證之調查方法以「向被告宣讀或告以要旨」、「文付被告閱覽」等方式為之。

28、試說明羈押之聲請機關、決定機關、執行機關各為何？

(一)聲請機關：

- 1 偵查中：檢察官聲請。
- 2 審判中：審判法院依職權決定，不待聲請。

(二)決定機關：法院(絕對法官保留原則)。

(三)指揮執行羈押之機關：執行羈押之場所，乃看守所，故看守所之官員，係實際上負責執行羈押之機關。但在偵查階段，檢察官有指揮執行權(刑訴103-1前段)；審判中由審判長或受命法官指揮(刑訴103-1中段)。

29、試述檢察官聲請羈押行使程序？

羈押只有在偵查中才有聲請的問題，在偵查中，檢察官若要聲請，必須符合「拘捕前置原則」。若涉案人已經過拘捕程序後，應解送檢察官，依刑訴93之2規定：「偵查中經檢察官訊問後，認為有羈押之必要者，羈押之。」未經聲請者，即應將被告釋放。而刑訴93之3後段規定：「有一百零一條第一項或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而付或限制住居，而有必要情形者，仍得聲請法院羈押之」。

30、何謂通緝？被告通緝之要件為何？通緝之效力若何？試依刑事訴訟法之規定說明之。

(一)意義：因刑事被告逃亡或藏匿，通緝機關通知其他機關拘提或逮捕，解送指定處所，所為之強制處分，稱通緝。

(二)要件：必須有被告逃亡或藏匿之事實存在。蓋通緝所生之損害，遠較拘提為大，故必須審慎為之。

(三)效力：

1·通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之。利害關係人，得逕行逮捕通緝之被告，送交檢察官、司法警察官或請求檢察官、司法警察官逮捕之(刑訴87之1、2)。

2·拘提或因通緝逮捕之被告，應即解送指定之處所。如二十四小時內不能達到指定之處所者，應分別其命拘提或通緝者為法院或檢察官，先行解送較近之法院或檢察機關，訊問其人無無錯誤(刑訴91)。被告因逮捕到場者應即時訊問。偵查中經檢察官訊問後，認為有羈押之必要者，應自逮捕之時起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之(刑訴93之1、2)。

3·通緝於其原因消滅或已顯無必要時，應即撤銷(刑訴87之3)。

31、一般拘提之要件為何？

指依刑訴77至刑訴80之規定為之拘提，須以有拘票為前提，故又稱「要式之拘提」，與不以拘票為前提之「緊急拘提」相區別。

一般拘提之原因(一般拘提之要件、拘提之理由)：

(1)經合法傳喚之拘提：

刑訴75規定：「被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之。」其中規定「得拘提之」，故命拘提與否，檢察官、審判長或受命法官有斟酌之權。至於被告所犯罪名輕重，在所不問。

(2)不經傳喚之逕行拘提(刑訴76)：

被告犯罪嫌疑重大，而有下列情形之一者，得不經傳喚逕行拘提：

- 1 無一定之住、居所。
- 2 逃亡或有事實足認有逃亡之虞者。
- 3 有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。
- 4 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。

32、訊問被告、自訴人、證人、鑑定人、通譯應如何製作筆錄？

(一)依刑訴41規定，訊問筆錄之製作如下：訊問被告、自訴人、證人、鑑定人及通譯，應當場製作筆錄，記錄下列事項：

- 1 對於受訊問人之訊問及其陳述。
- 2 證人、鑑定人或通譯如未具結者，其事由。
- 3 訊問之年、月、日及處所。

前項筆錄應向受訊問人朗讀或令其閱覽，詢以記載有無錯誤。

受訊問人請求將記載增、刪、變更者，應將其陳述附記於筆錄。

筆錄應命受訊人緊接其記載之末行簽名、蓋章或按指印。

(二)訊問筆錄，應由在場之書記官製作之。其行訊問之公務員，應在筆錄內簽名；如無書記官在場，得由行訊問之公務員親自或指定其他在場執行公務人員製作筆錄(刑訴43)。

(3)檢察事務官、司法警察官、司法警察行詢問時，亦須製作筆錄

(刑訴43之1-1準用41)。且詢問犯罪嫌疑人筆錄之製作，除因情況急迫或事實上原因不能為之而有

全程錄影者外，應由行詢問以外之人為之(刑訴43之1-2)。

33、刑事訴訟法上稱當事人者，係何所指?告訴人、告發人是否為當事人?

(一)刑事訴訟，本訴訟制度之理論，分訴之提起為起訴與被訴兩造。稱起訴者，為原告；被訴者，為被告。訴，應由何人提起，即以何人為原告，按我國刑事訴訟法係採起訴二元制。其由檢察官代表國家提起之訴，謂之公訴(採國家訴追主義)，以檢察官為原告；由犯罪被害人提起之訴，謂之自訴(採被害人訴追主義)，以自訴人為原告。乃刑訴3規定：「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告。」故刑事訴訟當事人，可分別為二類：公訴案件，以檢察官及被告為當事人；自訴案件，則以自訴人及被告為當事人。

(二)告訴人或告發人，其告訴或告發為檢察官開始偵查之原因，固非當事人，至多僅為證人。被告之法定代理人或配偶及原審之代理人或辯護人，依刑訴345及刑訴346規定雖得被告之利益而上訴，然亦非刑訴344所稱之當事人。

34、案件經上訴後被上訴法院發回更審，原審判之法官對於被發回之審判應否迴避?試說明之。

(一)刑訴17之8所謂前審，係指同一法官就同一案件曾參與前審即下級審之裁判而言，而非前次審判而言，也並非前次裁判，詳言之：

1參與第一審之裁判之法官，固不得於第二審或第三審執行職務。

2參與第二審之裁判之法官，亦不得於第三審執行職務。

(二)綜上所述，所謂「前審」，既係指同一法官就同一案件曾參與下級審之裁判而言，則在發回、發交、移送、再審、非常上訴等案件，並無上級審與下級審之關係，雖曾在本審法院參與前次之裁判，但並非為前審裁判，故無庸自行迴避。

(三)本題，案件經上訴撤後，被上訴法院發回更審，原審判之法官對於被發回案件之審判無庸迴避(參釋字二五六)。

35、警察甲在街道上巡邏時，發現某乙行跡可疑，似在與他人為違禁物買賣。警察甲於是詢問某乙，態度和緩客氣，徵求乙是否同意搜索其皮包，乙同意。甲在搜索皮包時，發現皮包內有毒品，即將乙逮捕，並隨即搜索其身體，在乙衣服口袋中發現扁鑽一把。乙因此被起訴持有毒品及違反槍砲彈藥刀械管制條例罪，試分析警察行為的合法性。

檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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(刑訴130)。

搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄(刑訴131-1)。

36、司法警察或司法警察官，在何種情形下，雖未持有搜索票，亦得搜索被告之身體、住宅或其他處所?若依法應持有搜索票而未持有搜索票者，應負何種刑責?

司法警察或司法警察官執行搜索，依法應用搜索票而未持有搜索票者，應負刑法第三〇七條之違法搜索罪。刑法第三〇七條規定：「不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、車或航空機者，處二年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」

38、何謂證據?何為證據能力?刑事判決確定後，發現認定犯罪事實所採用之證據並無證據能力，此時有無救濟方法?試逐一敘述之。

(一)證據：

刑事訴訟是確定具體刑罰權之有無與範圍而進行之程序，以認定事實、適用法律為主要任務。而認定事實須仰賴證據(刑訴第154條第二項)，依證據始得認定事實，事實明瞭，始能正確适用法律。故證據，係使事實達於明瞭之憑藉(原因)。

(二)證據能力：

而使事實明瞭之過程，稱為證明。要使事實明瞭，須先有證據方法。所謂證據方法，係指使事實明瞭所得利用為推理要素之物體，可分為人的證據方法(如：證人、鑑定人)與物的證據方法(如：文書、物證)。何種資料可為證據方法，即得為證據方法資格，稱為證據能力(證據適格)。

(三)依刑訴第155條第二項，無證據能力，未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。否則，其審判則為違背法令，如於判決確定後始發現，得提起非常上訴；如具有再審原因者，仍可依再審程序聲請再審(大法官釋字第146號解釋)。

39、公務員甲涉及工程弊案遭檢方偵查，檢察官傳喚相關廠商乙作證，乙於具結後明確指出甲之犯罪情節後，檢察官將甲起訴。問法院可否根據乙之此一證詞為主要證據判決甲有罪?

答：「法院得將證人乙之證詞當作證據」：

(1)查刑事訴訟法第一五九條明定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定外不得作為證據」，此為傳聞證據能力之明文依據，前揭條文所指之「除法律有規定外」分述如下：

1. 審判外直接對法官或檢察官之陳述，例外有證據能力。(159之2)。
2. 偵查中警訊筆錄與審判中陳述前後不一，在前述與犯罪有關且特別可信，例外有證據能力。(159之3)。
3. 被告出現死亡、身障或喪失記憶、滯外不歸、到庭無正當理由不陳述，其偵查中警訊筆錄，例外有證據能力。(159之4)

準上之言，證人乙之證言係在檢察官前為之無顯無特別不可信情形，法院得將證人乙之證詞當作證據。

**例三**

42、~~...~~消息可靠與否，即獨自前往乙家查看。P趕往乙家，從門外即聽到屋內人聲嘈雜，P即破門而入，當場發現桌上有賭具及現金。P不准現場所有人離開，並打電話到警局要求支援。半小時後，一千警察趕到現場，不但對所有人搜身且搜查每人隨身皮包，又為確認甲是否躲藏屋內，進而搜查屋內每個房間，於屋內發現有一只保險櫃，P即要以打開保險櫃。乙打開後，P將保險櫃內一本疑似每日現金收入之帳冊及現金數萬予以查扣，現場所有人隨即被強制帶往警局問筆錄，其中一人丙，向警員表示，其係乙之兒子，只是在家看電視，並未參與聚賭，惟警員不信，丙仍被強制帶到警局。試評析該刑事程序之合法性。

43、~~...~~法為避免被告因畏懼受更不利益的上訴審判決，而放棄上訴的權利的情形，

44、~~...~~申請再議?(P40)

45、~~...~~之。  
~~...~~

46、何謂現行犯？逮捕現行犯的方式為何？請說明之。

47、~~...~~

48、~~...~~場對甲進行相關偵訊。試問：甲於接受偵訊時，依刑事訴訟法相關規定，得主張何種權利？員警乙在何種情況下，才能對甲加以夜間詢問？

~~...~~。

49、甲因強盜罪嫌而被通緝，刑警乙得知甲在某屋內，竟未持搜索票，逕行進入該屋一樓內搜索而逮捕甲，更因搜索屋內二樓小保險箱而查獲甲另案犯常業重利罪之相關帳冊予以扣押，問：以搜索小保險箱所扣押之帳冊，有無證據能力？

50、~~...~~換釋請聽聽勸贖棄件監  
(3)依法理，犯罪嫌疑人如何在偵查中有效的實現證據保全？

**例四**

答：審級制度之限制在於維護裁判的適法妥當，以保障人民的訴訟權，我國刑事訴訟採取三級三審制度，將第三審定位為法律審，其目的在於監督法院裁判的適法性，保障人民權利以及統一解釋法令，而將第一、二審定位為事實審，主要係認定事實正確與適用法律正當，以保護當事人利益，合先敘明。

(一) 第三審為法律審的理由：

1. 第三審定位為法律審，其目的在於監督法院裁判的適法性以及統一解釋法令，並且使審級制度不致於限於對事實重複審查，維持訴訟經濟，以保障人民的訴訟權，此外，統一解釋法令茁矜維持裁判的威信與法的安定性。

2. 從我國現行的法制上第三審為法律審，可從下列規定中得知：

(1) 刑事訴訟法(下稱本法)第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由不得為之。

(2) 本法第三百七十八條規定，判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。

(3) 本法第三百七十九條規定十四款判決當然違背法令理由。

(4) 本法第三百八十一條規定，原審判決後，刑罰有廢止變更或免除者，得為上訴之理由。

(二) 第一、二審為事實審之理由：刑事訴訟案件一經裁判，為維持裁判之威信以及當事人之利益，不容任意變更。法院應本於職權認定事實正確以及適用法律適當以求國家刑罰權正當行使。基於上述說明，第一審法院應該為事實之認定以及法律之適用，是為事實審。為避免第一審法院認定事實有誤以及讓當事人折服的機會，第二審法院對於第一審法院認定之事實以及適用之法律予以審查，以發揮審查救濟之功能，是以第二審法院亦為事實審，且其性質為覆審制，完全重複

第一審之訴訟程序。

71、訟法於「上訴」外，為何又設有「再審」與「非常上訴」之制度？再審與非常上訴區別何在？請說明之。

答：

(一) 若對判決不服，因刑事訴訟法採「審級制度」，可對之提起上訴尋求救濟，但一旦逾上訴期間，曾捨棄或撤回上訴者，判決即確定下來，此時即不能再循通常程序救濟，惟有時當事人可能未及於該法定期間內發現不當，故刑事訴訟法規定，在特定情形下，可予特別聲明，即再審及非常上訴制度。茲說明之：

1．再審之意義：有再審權人，對於「確定之判決」，以「認定事實不當」為理由，請求原審之法院重新審判、撤銷或變更原判決之救濟方法。

2．非常上訴之意義：非常上訴，係以判決違背法令理由，請求撤銷或變更原判決或其訴訟程序之方法，此與再審之以原判決認定事實不當為理由，而聲請撤銷或變更原判決之情形不同。至所謂違背法令，係指判決不適用法則或適用不當。原判決之訴訟程序違背法令者，非常上訴應將其訴訟程序違法部分撤銷之。又非常上訴之目的在於統一法律見解，於例外情形，始許個案救濟（刑訴447（二）兩者之區別如下：

1．目的不同：前者係原確定判決認定事實錯誤而設之救濟程序；後者係原確定判決違背法令而設之救濟程序。

2．對象不同：前者僅以確定判決對象；後者以確定判決、實體事項之裁定等為對象。3．訴之提起原因規定不同：前者規定於本法第四二〇條至第四二二條，係採列舉規定；後者規定於第四四一條係採概括之規定。

4．管轄法院不同：前者原則上由原審法院管轄；後者由最高法院管轄。

5．是否經言詞辯論不同：前者依其審級之通常程序為之，故原則須經言詞辯論；後者不必經言詞辯論（§ 4 料）。

6．原判決是否存在不同：前者原判決經再審即不存在；後者僅經撤銷違背法令之部分失其效力，原確定判決仍存在，不生改判之作用。

7．聲請期間有無限制之不同：再審之聲請，原則上無期間之限制，但例外設有期間之限制；非常上訴之提起則無期間之限制。

8．提起人不同：再審由檢察官、被告，或其法定代理人、配偶提起；非常上訴由最高法院檢察總長提起。

72、民事訴訟之原、被告為何人？是否與刑事案件之當事人一致？

答：

刑事案件之當事人依據刑事訴訟法第三條規定，限於被告、檢察官以及自訴人；而刑事附帶民事訴訟之當事人則依據刑事訴訟法第四百八十七條規定，只要因犯罪而受損害之人即得為原告。可知刑事附帶民事訴訟之當事人較刑事訴訟之當事人範圍為廣，兩者並非一致，析述如下：

(一) 刑事附帶民事訴訟之原告與刑事訴訟原告：

1．因犯罪而受損害之人，依刑事訴訟法第四百八十七條規定得於刑事訴訟程序附帶提起民事訴訟，對於被告及民法負責任之人請求回復其損害。是以可知刑事附帶民事訴訟之原告只要是因犯罪而受損害之人，然其損害必限於私權受害，如公權受害則不可提起刑事附帶民事。刑事訴訟之原告依據刑事訴訟法第三條則限於檢察官及自訴人。2．檢察官代表國家提起公訴之人，並非犯罪之被害人；自訴人限於因犯罪直接受損害之人。

3．綜上所述，刑事訴訟原告與刑事附帶民事訴訟原告適合相比，顯然刑事訴訟原告範圍較刑事附帶民事訴訟原告。

(二) 刑事附帶民事訴訟之被告與刑事訴訟被告：

1．因犯罪而受損害之人，依刑事訴訟法第四百八十七條規定得於刑事訴訟程序附帶提起民事訴訟，對於被告及民法負責任之人請求回復其損害。是以可知，只要是刑事訴訟被告或民法負責任之人即具有刑事附帶民事訴訟被告適格。如：共同侵權行為人，僅有其中一人被訴，其他共同侵權行為人仍為民法負責任之人，即得為刑事附帶民事訴訟之被告。

2．刑事訴訟之被告依據刑事訴訟法第三條僅限於被告，亦即檢察官起訴之犯罪行為加害人而言。

3．綜上所述，刑事訴訟被告與刑事附帶民事訴訟被告適格相比，顯然刑事訴訟被告範圍較刑事附帶民事訴訟被告。

73、訴訟法之基本原則及特徵為何？

答：甲、基本原則如下：

(一)審檢分立：即審判與檢察分立(刑訴一七)：(1)檢察官有犯罪之追訴權、(2)法官有犯罪之審判權、(3)檢察官採配置制。(4)檢察官對於法院獨立行使其職權。(二)不告不理：即以訴之存在為前提，法院不得就未經起訴之犯罪審判(刑訴二六八)：(1)未經起訴之犯罪，法院不得審判(不告不理)、(2)已經起訴之犯罪，法院應加以審理(告即應理)。

(三)當事人對等：刑事訴訟法規定，本法所稱當事人者謂檢察官、自訴人及被告。三者在此訴訟制度下機會對等，地位亦對等。

(四)審級制度：是否利用審級制度，原則上繫於當事人之自由。惟對宣告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應依職權逕送上級法院審理(擬制上訴)。原則上，刑事訴訟採三級三審制，但有例外，如：簡易程序為一級二審(地方法院簡易庭為第一審，地方法院合議庭為第二審，亦為終審)；內亂、外患、妨礙國交罪為三級二審(第二級之高等法院管轄第一審，最高法院為第二審，且為法律審)。

乙、特徵如下：

(一)關於職權主義之特徵：(1)不採起訴狀一本主義→採卷證移送主義(§§264 II、III)。(2)採實體的真實發現主義→不採形式的真實發現主義。在刑事訴訟中，不採起訴認否程序，不承認被告之自白等於民訴之認諾。(3)以裁判為中心→不採公判中心、公判集中主義。亦即，調查證據不以在審判期日(公判庭)為限。(註：在九十二年修法後，此特徵應不復存在。因修正條文第二七三條對準備程序中應處理事項已明文加以規定，其中不包括「證據之調查」，且觀諸第二七四條修正理由，更明確指出證據調查應在審判程序中為之，故修正後的刑事訴訟法應是以公判為中心。)(4)採自由心證主義→不採法定證據主義。

(二)關於當事人主義之特徵：(1)檢察官負實質舉證責任(§§161 I II)、(2)賦予當事人調查證據聲請權及詢問權(§163 I)。

告發原則(或稱控訴制度、訴訟制度、彈劾制度)之涵義。

答：刑事訴訟之架構可分為糾問原則與告發原則兩種，前者係指由法官包辦所有刑事訴追工作，從偵查犯罪、蒐集證據、拘捕被告、調查證據、審理案件至判決，均由法官為之；後者則係將犯罪之告發與審判機關任之。由告發原則之刑事訴訟架構，演進出現代刑事程序之告發原則，其涵義為：(1)國家之刑事訴訟權，需由二個各自獨立之機關行使，一負責追訴犯罪，一負責審理犯罪。(2)法院須有告發機關之告發，始可開始審理，不能依職權開始審判。

74、刑事訴訟法對於犯罪之追訴，兼採國家追訴主義與被害人追訴主義(公訴與自訴)，試簡述其區別。

答：我國刑事訴訟法關於犯罪之訴追採起訴雙軌制，即兼採國家訴追制與被害人訴追制，除檢察官外，犯罪之被害人亦可提起自訴：

(一)公訴：刑事訴訟法第二百五十一條第一項規定：「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。」公訴，亦即代表國家之檢察官，請求法院對犯罪嫌疑人，確定其刑罰之有無及其範圍之訴也。

(二)自訴：為犯罪之被害人與其有一定身分關係之人所提起之刑事訴追。刑事訴訟法第三百一十九條第一項規定：「犯罪之被害人得提起自訴。但無行為能力或限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之。」自訴之提起，應委任律師行之(刑訴三一九 II、三七 II)。

(三)公訴與自訴之區別：(1)公訴由代表國家之檢察官為原告，此其所以為公益所在；自訴乃以犯罪之

被害人為原告，此其所以為私人之訴的私益所在。(2)公訴之前須偵查，認為有犯罪嫌疑，始提起公訴；而自訴不須經偵查程序。(3)提起公訴，檢察官之起訴書直接送達於被告；自訴時亦須以自訴狀為之(因已委任律師為代理人，故不得以言詞提出自訴，且自訴狀與起訴書相同皆須記載所犯法條)，自訴人之自訴狀應按被告之人數製作繕本，隨同原本提出法院。

75、(查終結)?檢察官起訴書或不起訴處分書之製作與否，是否影響偵查終結之效力?

答：(一)偵查終結之意義：所謂偵查終結，係指有檢察官職權之人，依法終結偵查程序作成起訴(§251 I，包括聲請簡易判決處刑(§449 I))、不起訴(§252-§255)或緩起訴(§253-1)之處分而言。司法警察(官)之宣告破案，非偵查終結。

(二)偵查終結之基準：偵查是否終結，係以公告為準。亦即，檢察官之偵查程序雖因其已就偵查案件為起訴、不起訴或緩起訴處分，只需對外公告，即屬有效，該起訴書、不起訴處分書或緩起訴處分書之製作與否，係屬程序問題，不影響終結偵查之效力，故檢察官之起訴、不起訴或緩起訴處分，既已公告，即對外表示，自公告之時起即生終結偵查之效力，與書記官已否製作起訴書、不起訴處分書、緩起訴處分書正本送達無關(院字2550)。

(三)偵查終結之例外：(1)移轉偵查(§250)。(2)停止偵查：犯罪是否成立或刑罰應否免除，以民事法律關係為斷者(§261)。自訴後之偵查(§323 II)。(3)犯人不明(§262)。

76、何謂通緝?被告通緝之要件為何?通緝之效力若何?

答：(一)意義：因刑事被告逃亡或藏匿，通緝機關通知其他機關拘提或逮捕，解送指定處所，所為之強制處分，稱通緝。

(二)要件：必須有被告逃亡或藏匿之事實存在。蓋通緝所生之損害，遠較拘提為大，故必須審慎為之。

(三)效力：(1)通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之。利害關係人，得逕行逮捕通緝之被告，送交檢察官、司法警察官或請求檢察官、司法警察官逮捕之(§87 I、II)。(2)拘提或因通緝逮捕之被告，應即解送指定之處所。如二十四小時內不能達到指定之處所者，應分別其命拘提或通緝者為法院或檢察官，先行解送較近之法院或檢察機關，訊問其人無無錯誤(§91)。被告因逮捕到場者應即時訊問。偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自逮捕之時起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之(§93)。(3)通緝於其原因消滅或已顯無必要時，應即撤銷(§87 III)。

77、犯罪之自首?其與犯罪之自白有何不同?並說明其法律上之效果。

答：(一)自首之意義：自首者，乃犯罪人於犯罪被發覺前，自行向偵查機關報告自己犯罪事實，請求接受法律之制裁之謂也。其要件為：(1)須犯罪人自己向偵查機關報告犯罪之事實。(2)須有願受法律制裁之意思。(3)須於犯罪未被發覺前為之。

(二)自首與自白之不同：(1)時間不同：自首須於犯罪未被發覺前，或雖然發覺而未知犯人為誰前為之。自白則概於犯罪被發覺後，犯人已被確知時，方可能為之。(2)方式不同：自首可以口頭或書面為之，若能達到自首之機關，則託人轉達，亦無不可。自白則需親自供述。(3)對象不同：自首須向檢察官、司法警察官、及其他有偵查權之機關為之。自白則可向偵查機關為之，亦得向審判機關為之。(4)效果不同：自首者，依我現行刑法之規定，必減其刑。自白則須法律有特別規定者，始得減其刑。

78、何謂無罪推定原則?

答：無罪推定原則可說是刑事訴訟制度最重要的指導原則。基於此一原則，被告在刑事程序中毋須主動證明自己無罪，因為被告本由法律推定為無罪；若要推翻這個法律效果，必須使審判者致的心證達到「毫無合理懷疑」的程度。我國早期的判例見解有認為「審理事實之法院，對於被告之犯罪證據，應從各方面詳予調查，以期發現真實，苟非調查之途徑已窮，而被告之犯罪嫌疑仍屬不能證明，要難遽為無罪之判斷(二五上三七〇六)」，顯然採取了「有罪推定原則」！晚近的判例則有變更，主張凡法院對於被告被起訴的犯罪事實尚有合理的懷疑時，即應維持由法律推定的被告無罪效力，判決被告無罪(七六台上四九八六)。在九十二年修法前，關於無罪推定原則規定於本法一五四條中；惟為確保被告受無罪推定原則之保障，故參酌世界人權宣言及各國立法例，將文字加以修正，增訂於一五四條第一項：「被告未經審判證明有罪確

定前，推定其為無罪」，即為我國刑事訴訟法中關於無罪推定原則之落實。

79、法院於何種情形下「得不經言詞辯論而為判決」又於何種情形下「得不待被告陳述逕行判決」？

答：依刑事訴訟法第221條之規定，判決，除有特別規定外，應經當事人之言詞辯論為之。故判決原則上應經當事人兩造之言詞辯論，例外則可以兩造缺席，不經言詞辯論或一造缺席，不待其陳述而為判決，茲就此二種情形分別說明如後：

(一) 得不經言詞辯論而逕為判決：

- 1、依刑事訴訟法第307條之規定，免訴、不受理、管轄錯誤之判決，得不經言詞辯論為之。
- 2、依刑事訴訟法第372條之規定，上訴不合法而駁回之判決、及對於原審諭知管轄錯誤、免訴、不受理之判決上訴時，第二審法院認為其無理由而駁回上訴，或認為有理由而發回該案之判決，得不經言詞辯論為之。
- 3、依刑事訴訟法第389條第1項之規定，第三審法院之判決，不經言詞辯論為之。
- 4、依刑事訴訟法第437條之規定，受判決人已死亡者，為其利益聲請再審之案件，應不經言詞辯論，由檢察官或自訴人以書狀陳述意見後，即行判決。
- 5、依刑事訴訟法第444條之規定，非常上訴之判決，不經言詞辯論為之。
- 6、依刑事訴訟法第449條之規定，簡易判決，不經通常訴訟程序，逕以簡易判決處刑。

(二) 得不待被告之陳述逕行判決：

- 1、依刑事訴訟法第294條第3項之規定，被告因疾病或心神喪失不能到庭，而被告顯有應諭知無罪或免刑判決之情形者，得不待其到庭，逕行判決。
- 2、依刑事訴訟法第305條前段規定，被告拒絕陳述者，得不待其陳述逕行判決。
- 3、依刑事訴訟法第305條後段規定，被告未受許可而退庭者，亦得不待其陳述逕行判決。
- 4、依刑事訴訟法第306條之規定，法院認為應科拘役、罰金或應諭知免刑、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。
- 5、依刑事訴訟法第371條之規定，於第二審判決，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。

80、何謂更新審判程序？應予更新審判之情形及應更新之程序為何？

答：更新審判程序之意義、應更新之情形及應更新之程序，茲分別說明如後：

(一) 更新審判程序之意義：審判之更新者，即審判期日，所施行之審判程序，因法定之原因，而須重新施行之謂。但更新審判程序，專指審判庭實施之審判程序而言，受命法官之調查證據程序，則無更新審判之可言。

(二) 應予更新審判之情形：

- 1、參與審判之法官有更易者：依刑事訴訟法第292條第1項之規定，審判期日，應由參與之法官始終出庭，如有更易者，應更新審判程序。因我國刑事訴訟法採直接審理主義，新參與之法官，因未參與審判期日所施行之審判程序，自於證據之調查，無直接之印象，難於形成心證。但若係參與審判期日前準備程序之法官有更易者，毋庸更新其程序。
- 2、不能連續開庭者：依刑事訴訟法第293條之規定，審判非一次期日所能終結者，除有特別情形外，應於次日連續開庭，如下次開庭因事故間隔至十五日以上者，應更新審判程序。因若間隔十五日以上，勢將使參與審判之法官因時隔過久，對當事人之陳述及證據之調查所得之印象，已不免遺忘，而有影響於自由心證之判斷，故應更新審判之程序。
- 3、簡式審判程序改為通常程序者：依刑事訴訟法第273條之1第2項及第3項規定，法院為簡式審判程序之裁定後，認有不得或不宜者，應撤銷原裁定，依通常程序審判之。前項情形，應更新審判程序。但當事人無異議者，不在此限。

(三) 應更新之程序：審判程序更新後，法院應為必要之訊問及必要證據之調查，以為判決之基礎，至於更新前已經過之人證調查程序，並非概須重新。在更新審判中，僅對於證人所陳述之筆錄視為書證，依第165條之規定，在向被告宣讀或告以要旨或交付閱覽之調查程序後，即可採用，無庸再傳該證人或訴訟關係人到庭訊問。

81、何未指定辯護？何種情形應行指定辯護？經指定辯護後，辯護人未到庭而逕予判決之法律效果為何？

【擬答】

(一) 指定辯護的意義：指定辯護，係指被告或其他選任權人並未選任辯護人，而由審判者指定者而言。指定辯護，於定的條件下為保障被告權益而為被告指定辯護人以充分進行防禦，以免國家刑罰權

不當侵害。此辯護人之指定係公的關係，由審判長依法定職權指定，或因被告聲請而指定。

(二) 應指定辯護之情形，規定於刑事訴訟法第三十一條以及公設辯護人條例第二條及第三條，分別敘述如下：

1、刑事訴訟法第三十一條第一項：

- (1) 最輕本刑三年以上有期徒刑之案件。
- (2) 高等法院管轄第一審案件。
- (3) 被告因智能障礙無法為完全陳述。
- (4) 審判長認為有指定公設辯護人必要之其他審判案件。

2、公設辯護人條例第二條，以及第三條：

- (1) 被告因無資力聲請指定。
- (2) 被告聲請指定。

(三) 違反指定辯護之法律效果：刑事訴訟法第三百七十九條第七款規定，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予審判者，屬於判決當然違背法令，得為上訴第三審之事由。故經指定辯護後，辯護人未到庭而逕予判決，其判決當然違背法令，得上訴第三審請求撤銷改判。

82、試就下列名詞解釋之：一、得不待其陳述而逕為判決。二、變更起訴法條。

### 【擬答】

(一)

1、不待其陳述而為判決，指一造缺席判決，即僅憑當事人一方的辯論所為之判決，但並非不經言詞辯論而為書面審理，故須有一造當事人已到庭為辯論。故所謂不待被告陳述逕判決之情形，仍應經過調查證據及到庭之檢察官或自訴人一造之辯論終結程序為之，非謂不待被告陳述，即可適用書面審理。

2、而其情形有：

(1) §305：被告拒絕陳述，得不待其陳述逕行判決。

(2) § 306：法院認應科拘役罰金或應諭知免刑無罪之案件，被告經合法傳喚無正當理由不到庭。

(3) § 294 III：被告心神喪失或被告因疾病不能到庭，應於到庭以前停止審判；但應諭知無罪、免刑，不在此限。

(4) § 331 I：非告訴乃論罪，自訴人經合法傳喚，無正當理由不到庭。

(5) § 371：於第二審，被告經合法傳喚，無正當理由不到庭。

(二)

1、變更起訴法條，依刑事訴訟法第三百條規定「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」，是故法院於有罪判決，即科刑或免刑判決時，在事實同一之範圍內，得變更檢察官起訴之法條，因本於職權主義之理論，應適用之法條，並不受當事人之拘束。而此係涉及到事實部分而不及被告，故法院不得變更起訴之被告。再者，所變更之法條不以刑分為限，刑總亦在內，特別刑法亦然。

2、何謂變更起訴法

條，有如下之說：

(1) 法條說：在同一法條內則不引用第三百條變更。

(2) 罪名說：其中又有「同章說」、「同條說」、「同項款說」，而以「同項款說」為通說所採。

83、刑事訴訟法對法院書記官、執達員有無迴避之規定，試簡述之。

### 【擬答】

(一) 公平的裁判以及訴訟制度的完整係憲法保障訴訟權的展現，為創設公平的法院，維持審判的公平性及訴訟制度的完整，於訴訟程序進行中，法官或其他的法院職員之職務內容與前述精神有違之情形或可能時，該公務人員即應迴避，以保障人民的訴訟權。(二) 書記官之職務主要係輔助法官執行職務，其與訴訟案件的關係密切，實有利害衝突的可能，故刑事訴訟法第二十五條第一項規定，法官迴避之規定於法院書記官準用之，與案件有利害關係者或可能者，應該加以迴避，使保持公平的裁判以及訴訟制度的完整。惟不得以書記官曾經於下級法院執行書記官之職務為迴避原因(刑訴二五I但)。蓋書記官並非案件之審判者，雖其於下級法院執行職務，但對此審級法官之，已證並無承繼作用，亦即書記官對於訴訟案件關係疏遠，難有利害衝突之可能，故無庸迴避之。(三) 執達員之職務為收送訴訟案件之文件，其對訴訟案件的接觸僅止於表面的接觸，對訴訟案件的實質內容並無參與，其與訴訟案件的關係疏遠，難有利害關係的衝突。刑事訴訟法中並無針對執達員設有法官迴避制度的

準用規定，實有鑑於執達員職務的特性不致影響裁判作成的公正性。

84檢察官因素案件欠缺何種訴訟條件，而應為不起訴處分？

**【擬答】**

案件遇有刑事訴訟法第二百五十二條或第二百五十五條第一項規定之事由時，因欠缺訴訟條件或處罰條件，法院無從確定其刑罰權，即與法定條件不符，檢察官應為不起訴處分。合先敘明。

以下就依刑事訴訟法第二百五十二條規定之不起訴處分事由，依其性質不同，分類敘述如下：

(一) 訴訟條件：訴訟條件係為實體判決所應具備的要件，此項訴訟條件，有屬於程序關係（即形式訴訟條件），亦有屬實體關係（即實體訴訟條件）。

1、形式訴訟條件：刑事訴訟條件係屬於程序上之事項，僅生訴訟上效果。檢察官就案件欠缺形式訴訟條件，應依據刑事訴訟法第二百五十二條第五款至第七款或第二百五十五條第一項之規定為不起訴處分。

形式訴訟條件欠缺之應不起訴處分情形有四，分述如下：

(1) 告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回，或已逾告訴期間者（刑訴二五二）。

(2) 被告死亡者（刑訴二五二）。

(3) 法院對於被告無審判權者（刑訴二五二）。

(4) 其他法定理由（刑訴二五五）。

2、實體訴訟條件：實體訴訟條件，係屬於實體上之事項，即同時以有關於實體事項之存在或不存在為條件，生實體上效果，應受一事不再理原則之拘束。檢察官就案件欠缺實體訴訟條件，應依據刑事訴訟法第二百五十二條第一款至第四款之規定為不起訴處分。

實體訴訟條件欠缺之應不起訴處分情形有四，分述如下：

(1) 曾經判決確定者（刑訴二五二）。

(2) 時效完成者（刑訴二五二）。

(3) 曾經大赦者（刑訴二五二）。

(4) 犯罪後之法律已廢止其刑罰者（刑訴二五二）。

(二) 實體條件：實體條件，亦稱處罰條件，係案件雖具備訴訟條件，而檢察官就偵查所得之證據，並不足以使法院為科刑判決者而言。檢察官就案件欠缺實體條件，應依據升惇訴訟法第二百五十二條第八款至第十款之規定為不起訴處分。

實體條件欠缺之應不起訴處分情形有三，分述如下：

1、犯罪行為不罰者（刑訴二五二）。

2、法律應免除其刑者（刑訴二五二）。

3、犯罪嫌疑不足者（刑訴二五二）。

85何謂「起訴之追加(訴之追加)」？得追加之內容為何？試述之。

**【擬答】**

(一) 起訴之追加，係指檢察官於提起公訴後，於第一審言詞辯論終結前，就與本案相牽連之犯罪或本罪之誣告罪向本案之繫屬法院以書狀或於審判期日以言詞提起訴訟，使法院一併審判。目的在求訴訟經濟。

(二) 得追加的內容依據刑事訴訟法第二百六十五條第一項規定，其內容為：

1、本案相牽連之犯罪：本案相牽連之犯罪即刑事訴訟法第七條所列與本案具有相牽連關係之犯罪，依據該條規定，可分下列四種：

(1) 一人犯數罪。

(2) 數人共犯一罪或數罪。

(3) 數人同時在同一處所各別犯罪。

(4) 犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪。

2、本罪之誣告罪：本罪之誣告罪，係指本罪起訴後，檢察官發現被告可能被誣告，得就該誣告被告之人向本案之繫屬法院追加起訴，請求法院一併審判，以決定被告有罪或誣告與否。

86何謂傳聞證據？其應如何使能得證據能力？排斥傳聞證據之理由為何？

**【擬答】**

(一) 所謂傳聞證據，係指間接傳聞而來之證據，亦即將對待證事實有直接知覺之人（例如目擊證人）在該訴訟案件之審判庭所作供述作為認定事實之證據。其種類有：

1、證人以書面代到庭陳述。

2、證人於審判期日外所作之陳述書或錄取其陳述之筆錄或錄音帶（即證據書類）。

3、證人在審判期日以他人之陳述為其陳述之內容（即傳聞供述）。

（二）傳聞證據之證據能力如何？英美法與大陸法所採之原則並不一致：

1、英美法之看法：英美法因採陪審團裁判制以及當事人主義，重視當事人之反對發問權，並加以保障。傳聞證據因無從依反對發問加以推敲，其虛偽之危險性較高，故設有傳聞法加以排斥，不承認其具有證據能力。惟另設有例外規定，於有必要性（例如證人遠赴國外無法回國，或證人已經死亡致不能於審判期日陳述之情形）及信用性之情況良好時，例外允許傳聞證據具有證據能力。

2、大陸法之看法：大陸法為發揮職權主義之精神，對證據能力殊少加以限制，凡得為證據之資料者，均具有論理的證據能力，故傳聞證據並非不具有證據能力。<sup>3</sup> 我國最高法院之看法：

（1）我國現制之刑事訴訟法為大陸法，仍採職權主義與自由心證主義，對證據之種類並未設有限制，是以證人在警局所為之陳述，其所作成之筆錄，雖屬傳聞證據，然其為書證之一種，自亦得作為認定犯罪事實之資料（二九上一〇一〇），此與刑事訴訟法第一五九條所規定之情形並不相同（七二台上一二〇三）。蓋依民國五十六年增訂第一五九條之立法理由，該條僅係直接審理主義與言詞主義之規定，所限制者僅係證人以書面代到庭陳述耳，並非排斥傳聞證據而採取傳聞法則之明文。

（2）且我國現制認為法院或受命法官於審判期日前、檢察官或司法警察官於偵查中，均有蒐集證據之權，不採公判集中主義，證據之蒐集與調查，並不限於在審判法院前為之，故證人不以在審判期日陳述為必要，此觀我國刑事訴訟法第一六五條及第一九六條規定之旨趣自明（七六台上四六五四判決、七六台上五六九四判決）。

（3）依最高法院七十二年台上字第一二〇三號判例意旨：「被害人在警局之陳述，亦得採為認定犯罪事實之證據資料，並非刑事訴訟法第一百五十九條所謂不得作為證據之情形。至其證明力如何，則由法院自由判斷。原判決係以被害人案發之初在警局訊問中之陳述，為認定上訴人犯罪證據之一，且該項陳述之筆錄既經顯之於公判庭，提示予上訴人辯論，依刑事訴訟法第一百六十五條之規定，已不能謂原審就此未有調查。」由此可知，對於證人在審判期日外之陳述筆錄，僅須依刑事訴訟法第一六五條關於書證之調查程序，亦即向被告宣讀或告以要旨，即非不得作為判斷之依據。

（三）排斥傳聞證據之理由主要有三：

1、剝奪對方當事人對證人行反對詢問之機會：蓋傳聞證據並非原證人之供述，原證人並未在法庭上為供述，因此對方當事人無法對之行反對詢問，未經反對詢問之供述證據甚不可靠，故應排斥之。此為排斥傳聞證據之罪主要理由。

2、並非原證人在審判官面前所為之供述證據，如許以傳聞證據當作證據，則違背直接審理主義。

3、並非原證人在審判時所為之供述，故原證人為該供述時未經具結，未經具結之供述缺少可靠性之擔保，故必須排斥之。

87何謂犯罪被害人？被害人於偵查中有哪些權利？

### 【擬答】

（一）所謂犯罪之被害人，即因犯罪而受有損害之人也。犯罪之被害人在刑事訴訟程序上主要有二大權利，一為提出告訴而成為告訴人（刑訴法第二三二條），一為提起自訴而成為自訴人（刑訴法第三一九條第一項）。分析其要件如下：

1、須為當時被害：於侵害生命、身體、自由法益之犯罪固無此問題，然於財產法益之犯罪，必須係犯罪當時該財產之所有權人或管領權人始屬之，如當時並無所有權或管領權，僅嗣後受讓該財產之所有或持有，不得認係被害人。

2、須為直接被害：於個人法益之犯罪固無問題，不論生命、身體、自由、名譽、財產法益被侵害之個人均係犯罪之直接被害人而得提出告訴或自訴，然於國家或社會法益之犯罪個人未必係犯罪之直接被害人，例如內亂、圖利、偽證等罪，個人即不得以被害人身份提出告訴或自訴，然誣告、和誘、放火等罪個人即得以被害人身份提出告訴或自訴。

3、須實際受有損害：依實務過去見解，僅須其所訴事實若屬實得認為被害人已足，不以實際上有加害行為或受害事實為必要（四六台上一三〇五），惟晚近實務已傾向須為實際被害人方得認係犯罪被害人（八十年第三次刑事庭會議決議）。

4、須具備一定能力：提起告訴之被害人必須具有意思能力，而提起自訴之被害人尚須具有行為能力。又本法第四八七條第一項規定，因犯罪而受損害之人，得於刑事訴訟程序中對被告及其他依民法應負賠償責任之人提起附帶民事訴訟，請求回復其損害。該條項所稱之「因犯罪而受損害之人」則不以犯罪之直接被害人為限，凡於民法上具有請求權基礎之人，即使為間接被害人亦包括在內。

（二）被害人於偵查中之權利：

- 1、收受文書之送達：被害人為接受文書之送達，應將其住所、居所或事務所向法院或檢察官陳明。被害人死亡者，由其配偶、子女或父母陳明之（刑訴法第五五條第一項）。
- 2、受扣押物之發還：扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；其係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人（刑訴法第一四二條第一項）。
- 3、提出告訴：犯罪之被害人，得為告訴（刑訴法第二三二條）。
- 4、由一定人士陪同在場：被害人於偵查中受訊問時，得由其法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親、家長、家屬、醫師或社工人員陪同在場，並得陳述意見。於司法警察官或司法警察調查時，亦同（刑訴法第二四八條之一）。
- 5、接受被告道歉及損害賠償：檢察官為本法第二五三條之一第一項之緩起訴處分前，得命被告為下列事項：一、向被害人道歉。二、立悔過書。三、向被害人支付相當數額之財產上或非財產上之損害賠償（刑訴法第二五三條之二第一項第一至三款）。

88 刑事訴訟法第三百七十九條第十二款之「已受請求之事項未予判決」、「未受請求之事項予以判決」各何所指？遇該等情形如何救濟？何以相牽連案件其一部漏未判決者得請求補判？試詳述之，並舉例以對。

### 【擬答】

（一）所謂未受請求之事項予以判決，即法院就未經起訴或上訴，或為起訴、上訴效力所不及之事項予以判決之謂。例如檢察官僅起訴被告涉嫌殺人，法院卻將被告以殺人罪與吸食毒品罪一併論罪科刑，吸食毒品部分既非業經起訴之部分，若與殺人罪間亦無實質上一罪或裁判上一罪之關係，法院竟加以審判，便構成未受請求之事項予以判決之違法。

（二）所謂已受請求之事項未予判決，即法院對已經起訴或上訴，或為起訴、上訴效力所及之事項未予判決之謂。例如檢察官就被告涉嫌侵入他人住宅竊盜之案件提起公訴，法院僅就侵入住宅部分論罪科刑，對竊盜部分既未於主文中諭知，又未於理由中加以說明，就竊盜部分而言便有已受請求之事項未予判決之違法。

（三）救濟方法：

未受請求之事項予以判決，屬本法第三七九條第十二款後段之判決當然違背法令；已受請求之事項未予判決，屬本法第三七九條第十二款前段之判決當然違背法令，於判決確定前得依上訴救濟，確定後得依非常上訴救濟之。

（四）相牽連案件其一部漏未判決者得請求補判之理由：

所謂相牽連案件，依刑事訴訟法第七條規定包括：一、一人犯數罪；二、數人共犯一罪或數罪；三、數人同時在同一處所各別犯罪；四、犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。相牽連案件若非犯罪事實為數個，即犯人為數人，本屬數個不同之案件，法院本得分別審判；若法院對其中之一案或數案漏判，自可請求補判。例如檢察官起訴甲犯殺人及竊盜兩罪，係屬第七條第一款之相牽連案件，倘法院僅就殺人部分論罪科刑而未對竊盜部分為任何諭知或說明，則竊盜部分既無判決而無從上訴，亦無判決確定而得提起非常上訴之情形，僅得依法請求補判以資救濟。

89自由刑停止執行有哪些情形？試說明之。

### 【擬答】

（一）所謂執行之停止，即已確定應執行之裁判，因受刑人具有法定原因，而暫時停止刑罰之執行之謂也。至執行之條件不備之情形，則不包括在內。例如受多數刑之諭知，應先執行其重者，或因被告之逃亡而無法執行等，此均為執行要件之不備，不得謂為執行之停止，合先敘明。

（二）關於自由刑執行之停止，依刑事訴訟法第四六七條規定，受徒刑或拘役之諭知而有下列情形之一者，依檢察官之指揮，於其痊癒或該事故消滅前，停止執行：

1、心神喪失者：受刑人未受執行而心神喪失者，檢察官得將受刑人送入精神病院或其他監護處所（本法第四六八條）。

2、懷胎五月以上者。

3、生產未滿二月者。

4、現罹疾病，恐因執行而不能保其生命者：受刑人罹患影響其生命之疾病而停止執行者，檢察官得將受刑人送入醫院或其他適當之處所（本法第四六八條）。

（三）另依刑事訴訟法第四八〇條第二項規定，第四六七條之規定，於易服勞役準用之。故被告原受罰金刑之宣告經易服勞役者，於有前述四種情形時，亦得依檢察官之指揮，於其痊癒或該事故消滅前停止執行，併此敘明。

90緩起訴處分與不起訴處分有何不同？試說明之。

**【擬答】**

(一) 緩起訴之意義：

指對於被告所犯案件，雖符合起訴要件，但是檢察官基於便宜原則之考量，參酌刑法第五十七條所列事項及公共利益之維護，命被告遵守或履行法定之條件或義務後，定一定期間（一年以上三年以下）內暫緩起訴之裁量處分（刑訴法第二五三條之一、第二五三條之二參照）。

(二) 緩起訴處分與不起訴處分之不同：

1、效果不同：前者係表面上類似不起訴，惟被告如未遵守或履行一定之條件或發生其他法定事由時（期間內更犯他罪等），檢察官得依職權或依告訴人聲請撤銷緩起訴處分，如撤銷後對之提起公訴，即非不起訴，後者則除有本法第二百六十條事由，否則不可能再行起訴。

2、適用範圍不同：

前者限於非死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑之罪；後者未限定範圍，凡符合本法第二百五十二條各款情形者，均應為不起訴處分，此外，於職權不起訴，第二百五十三條之相對不起訴處分，則係限於本法第三百七十六條所定之案件始得為之。

3、被告義務不同：

前者檢察官得命被告遵守或履行一定事項，如向被害人道歉、立‘悔過書’、支付賠償、向公益團體支付一定金額、提供社區義務勞務、完成處遇措施、保護被害人安全、預防再犯等命令（本法第二五三條之二）；後者則被告無須為其他義務，即使職權不起訴者亦同。

4、有無期間不同：

前者乃定有一定期間，期間經過後，如未經檢察官撤銷，不生起訴之效力；後者無期間之規定。

5、是否撤銷不同：

前者如於期間內發生本法第二百五十三條之三法定情形，檢察官得撤銷該處分，繼續偵查或起訴；後者除經再議撤銷外，否則不致遭撤銷。

6、對被告之保護不同：

前者因有撤銷之可能，故定有撤銷後被告得聲請再議之規定（本法第二五六條之一）；後者則無。

7、發生禁止再訴效力之時點不同：

前者須處分期間屆滿未經撤銷時，始生禁止再訴之效力；後者則於處分確定時便生禁止再訴之效力（本法第二六〇條）。

91何謂強制辯護案件？其判斷基準為何？

**【擬答】**

(一) 辯護制度依案件性質得分為強制辯護案件與任意辯護案件二種，所謂強制辯護案件（或稱為應用辯護人之案偽乃謂須有辯護人在場方得進行審理之案件而言（§ 284），若於辯護人未到場而對於強制辯護案件進行審理，即構成判決之當然違背法令（§ 379），可構成上訴第三審及非常上訴之理由。依刑訴法第三十一條規定，所謂強制辯護案件係指：

- 1、最輕本刑三年以上有期徒刑之案件
- 2、高等法院管轄第一審之案件。
- 3、被告因智能障礙無法為完全之陳述。

(二) 是否屬於強制辯護案件，並不以檢察官起訴法條為唯一依據，以強制辯護案件罪名起訴的案件，如未經辯護，根本無從審理，遑論判決。而縱原起訴法條並非強制辯護案件，嗣經法院認定為強制辯護案件，仍應有辯護人在場方得進行審判。案件經上訴後，其基準亦是如此，上訴書或下級審判決也不是判斷應否強制辯護的唯一依據。

92應送達於被告之刑訴訴訟文書，在何種情形下，得為公示送達？此項公示送達之方式如何？何時發生其效力？

**【擬答】**

公示送達，係指利用公示通告之方法以為送達，其事由與方式，茲分述如下：

(一) 公示送達之事由：應送達於被告之刑事訴訟文書，依刑事訴訟法第五十九條規定，被告、自訴人、告訴人或附帶民事訴訟當事人，有下列一情形時，得為公示送達：

- 1、住所、居所、事務所及所在地不明者。
- 2、掛號郵寄不能到達者。
- 3、因住所於法權所不及之地，不能以其他方法送達者。

(二) 公示送達之方式：應送達於被告之刑事訴訟文書，其公示送達之方式依據刑事訴訟法第六十條規定分述如下：

1、書記官應分別先經法院或檢察長、首席檢察官或檢察官之許可。

2、書記官經許可後，除將應送達之文書或其節本張貼於法院牌示處外，並應以繕本登載報紙，或以其他適當方法通知或州豎之（如：張貼州豎或散發傳單等等）。

(三) 公示送達之效力：刑事訴訟法第六十條第二項規定自最後登載或通知、公告日起，經過三十日發生效力，但對於同一當事人依職權送達者，自黏貼牌示處之翌日起發生效力。

93 拘提與逮捕有何不同？關於逕行逮捕通緝之被告與逕行逮捕現行犯有何不同之規定？

### 【擬答】

(一) 拘提與逮捕均為刑事訴訟法上，為使訴訟當事人或訴訟關係人於一定期日到場應訊之強制處分，目的在保全被告或在蒐集、保全證據，但二者仍有以下之不同點：

1、實施主體：拘提由司法警察官及司法警察為之（§ 78 I），逮捕則區分為對現行犯之逮捕及對通緝犯之逮捕，前者任何人均得為之（§ 88 I），後者除司法警察官員外，利害關係人亦得為之（§ 87 I）。

2、實施之對象：拘提之對象包括被告、自訴人及證人；逮捕則僅限被告（通緝犯、現行犯）。

3、要式：拘提時應用拘票（§ 771）；逮捕則為不要式強制處分。

4、實施事由：拘提係對於經合法傳喚，無正當理由不到場之被告、自訴人、證人、或犯罪嫌疑重大而有本法第七十六條各款情形之一的被告所為者；逮捕係對於因逃亡或藏匿而受通緝之被告或現行犯、準現行犯所為者。

(二) 通緝犯逮捕與現行犯逮捕之差異：

1、實施主體：逮捕通緝犯之主體為檢察官、司法警察官及利害關係人（§ 87 I、II）；逮捕現行犯之主體則無限制，任何人均得為之（§ 88 I）。

2、實施對象：前者為因逃亡、藏匿而經通緝之被告；後者為現行犯、準現行犯。

3、逮捕之程序：通緝犯之逮捕，其前提為被告經通緝。而通緝應用通緝書，記載一定事項，由檢察長、檢察總長或法院院長簽名（§ 85）。現行犯之逮捕，只要犯罪在實施中或實施後即時被發覺者，或準現行犯之被追呼為犯罪人之人，或因持有凶器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，即可逕予逮捕。

4、逮捕後之處理：司法警察官或司法警察逮捕通緝犯後，應即解送指定之處所，如二十四小時內不能達到指定之處所者，應分別其命通緝者為法院或檢察官，先行解送較近之法院或檢察機關，為人別訊問（§ 91）；利害關係人逕行逮捕通緝犯，應送交檢察官、司法警察官（§ 87 II）。無偵查權限之人逮捕現行犯時，應送交檢察官或司法警察官、司法警察，司法警察官與司法警察於接受時，應詢問逮捕人之姓名、住居所及逮捕事由，以查有無濫權情事。司法警察官與司法警察逮捕或接受現行犯後，應即解送檢察官。但所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或易科罰金之罪、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回，或已逾告訴期間者，得經檢察官之許可，不予解送（§ 92）。

94 甲因涉及運鈔侵占弊案，被檢察官收押起訴後，因身體感染重疾，聲請保外就醫，法官訊問後，諭知具新台幣兩百萬元交保，嗣後被告甲身體已經康復，試問法院可否再執行羈押甲？

### 【擬答】

(一) 再執行羈押，係指停止羈押後，如具有刑事訴訟法第一百一十七條第一項所列之法定原因，則得再執行羈押，其目的在州敵銷原停止羈押處分，以執行原來之羈押處分。

(二) 保外就醫可否再執行羈押，視有無刑事訴訟法第一百一十七條第一項第五款所列事由而定：

1、因重疾保外就醫，其原羈押停止執行，其後甲身體已康復，其停止羈押原因已經消滅，應該再執行原來的羈押處分，惟在89年2月9日修正公佈前，刑事訴訟法對此並無規範，使得原停止羈押原因消滅後，無法執行原來的羈押處分，使得被告仍得以保釋在外，不受原羈押處分之影響，不無違反原停止羈押之目的。

2、有鑑於此，刑事訴訟法第一百一十七條於89年2月9日修正公佈後，將保外就醫納入規範該條第一項第五款，惟需特別注意者，該款規定僅限於所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪，其以外之罪則不受該款限制。

3、本案甲因涉及運鈔侵占而被起訴審判，其所犯之罪係刑法第三百三十六條第二項之業務侵占罪，法定本刑為五年以下、六個月以上的有期徒刑，依據刑事訴訟法第一百一十七條第五款的規定，必須最輕本刑五年以上，本案甲所犯者並非最輕本刑五年以上之罪，並不適用該款之規定。故法院無法以甲之身體康復，即原停止羈押原因消滅為由，再執行羈押甲。

95 何謂「證據能力」？何謂「證據證明力」？兩者關係為何？

### 【擬答】

我國採證據裁判主義，依刑事訴訟法第一百五十四條規定，認定犯罪事實應依證據，無證據者不得推定其犯罪事實。認定犯罪事實之證據須具有證據能力，而後才由法官依自由心證判斷證據之證明力。

(一) 證據能力之意義：所謂證據能力，乃在調查證據中，因具有法定條件，可供認定待證事實，而具有該等作證之資格者，此種能力即為證據能力。我國刑訴就證據能力，並未積極加以規定，通常從反面就無證據能力或限制其能力之消極地予以規定，即違背下列法則者，不具證據能力：

- 1、直接審理法則。
- 2、任意性法則。
- 3、關聯性法則。
- 4、合法性法則。
- 5、信用性法則。
- 6、意見性法則。

(二) 證據證明力：所謂證明力，乃指證據之實質價值，即具有為證據之信用力及足認定事實之純粹證明力。證明力之認定依刑事訴訟法第一百五十五條規定，採自由心證主義，即法院對證據之證明力，有自由判斷之權，即證據之取擇及證明力之強弱，由法院自由認定之。’團衣同條第二項規定，其仍有限制：

- 1· 需有證據能力：未有證據能力之證據，應將其排除，不使其進入審判程序，法院亦當無庸判斷其證明力。
  - 2· 需依法調查之：證據之證明力，雖由法院自由判斷之，要必先有相當之調查，始有自由判斷之可言，故審理事實之法院，對於案內一切證據，如未踐行調查程序，即不得遽為被告有利或不利之認定（54 臺上19 料）。
  - 3· 須與認定事實相符合或非顯與事理有違：即與論理法則或經驗法則無所違背（29 上1032 ）。
- (三) 兩者關係：「證據能力」乃「證據證明力」之前提，必須先有「證據能力」始能產生「證據證明力」。故未具有「證據能力」之證據，雖經合法調查程序，仍不能做為認定犯罪事實之依據，即無「證明力」可言。

96 裁判於何時對外發生效力？何時確定？試分別說明之。

### 【擬答】

(一) 裁判當應使受裁判者知悉其內容，稱此使受裁判者知悉之方法為諭知。裁判應經諭知，始對外發生效力。故縱使裁判已成立，即已制作裁判書，如未經諭知，裁判仍不對外生效。裁判諭知之方法，即宣示及送達。

1、宣示：判決經言詞辯論者，均應宣示而裁定，以當庭所為者始應宣示。裁判經宣示者，既已對外發生效力，即得聲明不服，故宣示後送達前之上訴或抗告亦有效力。

2、送達：無論宣示與否，均應送達，而其法定期間自送達裁定後起算。而不得抗告之裁定經當庭宣示者，得僅命記載於筆錄，而無庸制作裁判書送達。送達為上訴或抗告期間起算之時點。

(二) 裁判在法律上已無聲明不服之方法時，始告確定，其情形有二：

1、其裁判本不得聲明不服：

- (1) § 376 不得上訴於第三審之案件，以第二審為終審法院。
- (2) 第三審法院的判決或裁定。
- (3) 不得抗告之裁定 (§ 404 前段，§ 405 前段)。
- (4) 不得上訴之再審判決 (§ 437 正)。

2、其裁判得聲明不服，但因下列原因而不得聲明不服者：

- (1) 已逾法定期間 (§ 349 ，§ 406 )：以上訴期間屆滿時確定。
- (2) 捨棄權利 (§ 359 ，§ 419 )：以捨棄時確定。
- (3) 撤回 (§ 359 ，§ 419 )：以撤回確定。

97、何謂告訴乃論之罪？有無告訴期間之限制？

### 【擬答】

(一) 告訴乃論之罪：

1、告訴乃論之罪，係指有告訴權人，向司法機關申告犯罪事實並表示訴追之意思表示，始得審判訴追

之罪。

2、告訴乃論之罪依情形可分為兩種，絕對告訴乃論之罪及相對告訴乃論之罪，前者著重於犯罪事實，凡是觸犯各該罪時，不論犯人身分為何，均須告訴乃論；後者著重於犯人，必須具有一定之身分者，始須告訴乃論，否則僅屬於非告訴乃論之罪，此類犯罪必須告訴人除申告犯罪事實表示訴追意思外，並表明犯人始得訴追。

(二) 告訴期間之限制：

1、刑事訴訟法第二百三十七條規定，告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之，是以告訴期間之限制為知悉犯人之時起六個月。

2、所謂知悉，係指得為告訴之人確知犯人之犯罪行為而言，而且必須達到確信之程度。

3、告訴乃論之罪，其犯罪行為有連續或繼續之狀態者，其六個月之告訴期間，應自得為告訴之人，知悉犯人最後一次行為或行為終了之時算起。(釋108)

98、甲侵入乙之家中竊取財物得手，檢察官偵查終結起訴，僅就竊盜罪部份起訴，試問法院對假侵入住宅部份可否並為沈埋，並論罪科刑？

【擬答】

(一) 檢察官就犯罪事實一部起訴，其效力及於全部(刑訴267)，係起訴部分與未起訴部分具有審判不可分之關係。法院對於未起訴之部分可否審理，視本案未起訴之部分與起訴部分是否有審判不可分之關係而定，合先敘明。

(二) 甲侵入乙之家中竊取財物得手，其所犯乃竊盜與侵入住宅兩罪，具有手段與目的的關係，為牽連犯。在刑法的評價上屬於科刑上一罪，在訴訟上一訴訟客體，單一不可分割，兩罪具有審判不可分的關係，屬於單一案件。

(三) 竊盜與侵入住宅係單一案件，具有審判不可分的關係，依刑事訴訟法第二六七條規定，竊盜罪部分起訴之效力及於未起訴之侵入住宅部分。而實務上(二七上字一五三四號判例，七二台上字五八一號判例)認為侵入住宅罪係告訴乃論之罪，欲為起訴效力所及，必須具有合法訴追條件，否則即使為單一案件，亦無審判不可分原則之適用。今侵入住宅罪未經合法告訴，係欠缺合法訴追條件，與竊盜罪雖係單一案件，亦無審判不可分原則之適用，而不為起訴效力所及，法院對此不得加以審理而論罪科刑。

(四) 然訴追條件僅是法院得否為實體審理與否，其欠缺只是法院不得對之為實體審理，即不得論罪科刑，在訴訟上其仍生形式的訴訟關係，法院對之得為形式之審理。故未經起訴之告訴乃論之罪未經依法告訴，係欠缺合法訴追條件，應仍為起訴效力所及，但僅生形式的訴訟關係，法院對之得為形式審理，惟不得論罪科刑。故甲侵入住宅部分雖為起訴效力所及，惟欠缺合法訴追條件，法院雖得併審理，但不得加以論罪科刑。

99、何謂無效之刑事判決？試舉立二則說明其意義及救濟方法。

【擬答】

(一) 無效刑事判決的意義：依刑事訴訟法第二百八十六條規定，我國採取「不告不理」的控訴原則，法院不得就未經檢察官起訴的犯罪加以審判，亦即「無訴即無裁判」；如果法院對於訴訟關係尚未發生，或者已經消滅的案件予以判決，則該判決即屬重大違背法令，不待當事人上訴或以其他方法聲明不服，而為當然、絕對無效(四七台非四四例、四九台非三例、五七台上二八二例)。

(二) 無效刑事判決二例：

1、法院就訴訟關係尚未發生的案件予以判決：法院本於不告不理原則的適用，對於未經檢察官起訴或當事人上訴的案件，並未合法繫屬法院，即訴訟關係尚未發生的案件不能判決，若法院誤下判決即為無效刑事判決。

2、法院就訴訟關係已消滅的案件予以判決：案件雖經合法起訴或上訴而繫屬於法院，然經法院判決確定後，或當事人撤回上訴後，原本的訴訟關係即已消滅，法院不得就訴訟關係已消滅的案件予以判決，否則即為無效刑事判決。

(三) 無效刑事判決救濟方法：根據司法院大法官會議釋字第一三五號解釋認為，無效刑事判決雖因重大違背法令而不生效力，但因其仍具有判決的形式，仍必須經上訴、再審、非常上訴及其他法定程序辦理救濟。由前述可知，對於無效刑事判決縱屬當然無效，仍應經法定程序予以救濟，茲分別就該無效判決確定與否加以分析：

1、判決未確定：如經當事人合法上訴，仍應將該判決撤銷，但不另為判決。(三十上二八三八例、二十九年二月十六日刑庭決議)

2、判決已確定：可依刑事訴訟法第四百四十一條提起非常上訴（二十九年二月十六日刑庭決議）。

100、何謂不利益變更禁止原則？此項原則之適用有無限制？得否適用於第三審法院之判決？試分別說明之。

**【擬答】**

（一）不利益變更禁止原則：依據刑事訴訟法第三百七十條規定：「由被告上訴或為被告之利益上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑」，此即為不利益變更禁止原則。

（二）關於不利益變更禁止原則適用之限制，以下分述之：

1、不利益變更禁止原則之適用依據刑事訴訟法第三百七十條規定，限於只有被告上訴或只有單為被告利益上訴時始其有適用，若原告同時上訴時，則雖被告為自己利益上訴，亦不適用不利益變更禁止原則。

2、刑事訴訟法第三百七十條但書規定，因原判決適用法條不當而撤銷時，不適用之。亦即凡二審法院對於一審適用法條有所不當加以撤銷即無不利益變更原則之適用。所謂適用法條不當係指原判決所引用之法條皆屬之，不限於刑法分則之條文，連刑法總則之條文俱包含在內。

3、不利益變更禁止原則適用依據八十二年第七次刑庭決議採取實質審查原則，亦即外在裁判的結果一致，惟案件法條所含刑罰之輕重程序有所差異，此仍適用不利益變更禁止原則。例如：一、二審法皆科刑三年，惟一審法院認定連續竊盜五次，二審法院認定連續竊盜六次，雖裁判結果一樣，但實質內容不同，有不利益變更適用原則之適用。

（三）第三審法院有無不利益變更禁止原則之適用：

1、基於人權保障的立場，貫徹刑事訴訟法第三百九十八條之意旨，第三審法院判決應有不利益變更原則之適用。惟刑事訴訟法第三百八十七條並無準用第三百七十條之規定，是以第三審法院判決並無不利益變更禁止原則之適用。

2、依據最高法院二十四年七月決議，認為第三審以不加重為原則，但第二審量刑確有不當時，不受不利益變更禁止原則之拘束。

101、甲連續於台北、台中行竊，案經台北地方法院檢察署及台中地方法院檢察署分別偵辦中，試問該案件是否為相牽連之案件？如何定其管轄？可否合併偵查、合併起訴？

答：若甲為臨時起意

1 犯意各別，則非連續犯，此時為相牽連案件，符合本法第七條所謂一人犯數罪之情形。

2 此時依本法第六條規定，基於訴訟經濟目的，得合併由其中一法院審理，檢方亦可依第十五條合併偵查及起訴。

若甲基於概括犯意：此為刑法第五十六條之連續犯，本為裁判在先之法院審理。

102、甲在台北竊取轎車，又南下在台中、台南等地竊車，均經當地檢察官提起公訴。倘甲之竊車行為屬於連續犯時，應由何地法院審理？

答：1 甲在台北竊取轎車，又南下在台中、台南等地竊車，依題意，甲之竊車行為屬於連續犯時，則為裁判上一罪，僅為一案件。

2 甲之連續竊車，既為一案件，在訴訟法上無從加以分割，雖因土地管轄之規定，而使數法院均可審理，然本案屬同一案件，被告與犯事實俱相同，其刑罰權僅有一個，依審判不可分之原則及為避免同一案件重覆審判，故依刑訴法第八條，同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，原則上由繫屬在先之法院審判之。

3 題中，就甲之連續行，倘均經當地檢察官提起公訴，此時依刑事訴訟法第八條主文規定，應視何地法院為先繫屬之法院，則由該地之法院審判之，反之，則依同條但書規定可例外由數法院共同之直接上級法院裁定，由屬在後之法院審判。

103、被告被起訴觸犯刑法第三〇五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，法院依感卷證資料，認事實甚明，且案屬微罪，情節不重，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，試問該判決是否合法？

答：法院該判決並不合法

1 刑事訴訟法基於當事人對等之精神，於本法第三十一條明文規定，若被告為智能障礙，而無法為完全陳述者，在彼等未選任辯護人之情況下，審判長應指定辯護人，為其辯護，此即學理上之強制

辯護。

2 基於強制辯護案件，審判長即應為其指定辯護人，而不應區分其案當事人對等之精神，即為違法。

104、在偵查中或審判中，對被告既無審判權，又無管轄權之案件，應如何處理？請分別說明。

答：1 訴訟條件乃法院欲為實體判決所應具備之條件，若有欠缺，逕為形式判決。

2 偵查中欠缺：檢方逕依第二五二條或第二五五條為不起訴處分，或為第二五〇條無管轄權之通知與移送。

3 審判中：依本法第三〇二條、第三〇三條及第三〇四條各為管轄錯誤，不受理及免訴判決。

105、刑事訴訟法有關禁止羈押中被告接見之規定，其效力能否及於辯護人？

答：基於當事人對等之精神以及為了維護被告之權益，惟法院於程序上，若為確保證據之完整、防止被告逃亡，必要時，可對其為羈押之強制處分，更甚者，可限制被告之對外接見權，以為程序之保全。如此，被告得隨時選任辯護人與羈押之強制處分似乎面臨衝突；為維護兩者之平衡，相關法規訂定如下：

1 法院認為被告為羈押中與外人之接見、通信及受授物件有足致其脫逃或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，得依檢察官之聲請或依職權命禁止或扣押之。此項禁見之限制依同條第二項規定乃對外人為之，效力並不及於辯護人。

2 辯護人得接見犯罪嫌疑人及羈押之被告，並互通書信。但有事實足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，得限制之。

106、何謂現行犯？何謂準現行犯？兩者之區別為何？

答：所謂現行犯係指犯罪在實施中或實施後即時發覺者而言。其所稱在實施中乃指犯罪行為尚在實施狀態之中；而所稱實施後即時發覺者則指犯罪行為雖已實施完畢，而隨即被發覺者而言。

所謂準現行犯係指下列情形：被追呼為犯罪人者及因持有兇器或其他物件或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。

兩者之區別點乃在犯罪發覺之時間，而不在其犯罪之性質；換言之，現行犯係指其犯罪正在實施當中或實施後隨即發覺者；而準現行犯其被發覺之時期均有一段時間，已經歷相當之期間，只因其符合顯露犯罪之痕跡等要件而以現行犯論之。

107、搜索可分為要式搜索與不要式搜索，試就現行法之規定分別說明之。

答：搜索的意義：為發現被告或犯罪證據物件，及可以沒收之物，對於被告或

犯罪嫌疑人或第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，施以搜索檢查之強制處分。

要式搜索：搜索應出示搜索票。

不要式搜索：

1 檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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、隨身物品、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所

2 搜索經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。

3 緊急搜索有下列情形者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：

(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確實在內者。

(2)因追緝現行犯或逮捕脫逃人有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。

(3)有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。

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、湮滅或隱匿之虞者，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。

108、逮捕與拘提有何不同？

要式與否：前者為不要式，後者為要式

發動原因：前者乃指對通緝之被告或現行犯，以強制力逮捕送至一定處所之謂也。

客體為：通緝犯、現行犯、準現行犯

後者為傳喚不成，強制其到達一定處所接受訊問，並保全證據之強制處分也，依我國刑訴之規定可分為：一般拘提、逕行拘提。

執行者：前者為任何人，甚或利害關係人皆可；後者多限於檢、警人員為之。

客體：前者為通緝犯、現行犯或準現行犯；後者可包含被告、證人及自訴人等。

109、司法警察甲持搜索票，前往乙家搜索：

- (一)甲是否應事先通知乙
- (二)如在夜間，甲是否應經乙同意，才可進行搜索
- (三)如拒絕搜索，依法甲應如何處理

答：

- (1)依刑訴第一二四條規定：搜索，應保守秘密之規定觀之，搜索時無事先通知被搜索人之必要，否則將造成證物及沒收之物遭湮滅，而無法達搜索之效果，並與立法目的相違。故甲無事先通知乙之必要，惟於搜索時，應依規定出示搜索票。
- (2)依刑訴第一四六條第一項本文規定：有人居住或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。因此不得為夜間搜索，但若得住居人同意，則不在此限。
- (3)如乙抗拒搜索時，依刑訴一三一條規定：得用強制力為之，惟不得逾必要之程度，即甲雖得以強制力完成搜索，得須符合相當性原則。

110、管區員警察A進入某高級大廈內查察戶口。A走在大廈內某樓層走道上時，突然聽到某戶房內傳來「腦新加一起，一包八百」等高聲吆喝聲。A依經驗判斷有人在房內分裝毒品，即上前敲門表明要查戶口。不久屋主甲打開房門，A表明身分進入屋內。A見客廳並無異狀，即要求四處查看。甲來不及反應，A已進入屋內，打開抽屜發現大批分裝袋，接著又於房櫃內搜出大麻磚、K他命等毒品A即逮捕屋主甲及屋內另一人乙。試問A之處分是否合法？

答：

1進入甲宅之客廳之逕行搜索

1 A進入甲宅之客廳，乃因聽到甲屋中傳來疑似分裝毒品之聲響，A之主張乃刑事訴訟法第一三一條第一項第三款：有明顯事實足信有人在內犯罪而情形急迫者之規定，而予逕行搜索。

2 不過就憑屋內傳「江湖術語」之吆喝，程怠上尚難認為其有明顯事實。以美國法制為例，其程度僅屬合理性懷疑，尚不足為相當性理由。蓋後者方能發動司法上之強制處分，前者僅屬行政處分。是故A如此進入甲宅之逕行搜索恐難合法。

(二) A向屋主甲表明身分後進入客廳同意搜索行為：A向屋主甲表明身分後進入屋內客廳，乃經甲之同意，此乃刑訴第一三一條之一同意搜索，尚屬合法。

(三) A進入甲宅客廳後復進入房間之搜索，絕對違法：

1 A進入甲宅客廳，為同意搜索所授權。惟甲之同意僅屬客廳之巡視，在A之視覺所及之處可為搜索，但若尚以其他強制力搜索者，則為違法。A經甲同意進屋，其搜索權基礎來自於權利人之授權，故其搜索之範圍及時間等，均受甲同意之限制。

2 本案甲同意A進入甲宅客廳，並不代表甲同意A在屋內四處搜索，甚室突襲處分。A進入房間，打開抽屜及搜索內他處，因而發現應扣押之物，其搜索房間為甲之不及防範，是故A搜索房間，為違法之搜索扣押。

111、被告雖有羈押原因，但因無羈押必要，經法院命具保後，試問於何種情形不得再執行羈押？

答：所謂羈押處分，乃刑事追訴程序中，為期追訴處罰犯罪之偵查、審判、執行順利進行，而拘束被告之人身自由之強制處分稱之

1自民八十六年羈押權修正以來，現行羈押之種類，依刑第一〇一條及第一〇一之一規定可知，可分一般性羈押及預防性羈押。

2然不問何種情況下所為之羈押，均需遵守比例原則，應視具體情況有無羈押之必要，而決定是否發動，而非謂凡具有羈押之原因，即一概予以羈押，甚或發生「以押取供」之違法程序。

3不過為了防止被告濫用解除羈押之權利，在被告雖有羈押之原因，但因無羈押之必要，經法院命具保後，依刑訴第一一七條第一項的規定，於逕命被告具保、責付或限制住居的情形準用之，故在下列情況法院得命再執行羈押被告。

1 經合法傳喚無正當之理由不到場者

2 受主居之限制而違背者

3 本案新發生第一〇一條第一項、第一〇一之一第一項各款所情形之一者

4 違背法院依前條所定應遵守之事項者

5 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，被告因第一一四條第三款之情形停止羈押後，其停止羈押之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。

4於審判中如有前述情形之一者，法院固可依職權為之；若偵查中有前述情形之一者，則應由檢察官聲請法院行之。

112、甲被乙、丙兩人聯手毆傷，甲得於何時前提出告訴？又得於何時前撤回告訴？若乙願賠償而丙不願賠，甲得否僅告丙而不告乙？為何？又乙、丙違約不賠，甲得否於撤回告訴後，再行告訴？

答：

1 甲被乙、丙兩毆傷，甲得於以規定時間提出告訴：

- 1 依題意知乙、丙乃行為主體，對被害人甲為傷害行為。甲為刑訴第二三二條規定中因犯罪而直接受有損害之被害人。
- 2 傷害罪依刑法第二七七及第二八七條為告訴乃論之罪。
- 3 再依本法第二三七條第一項之規定：告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之。是故甲得於知悉乙、丙毆伊行為結束後，至遲於六個月前提出告訴。

2 依本法第二三八條第一項：告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴之規定，甲自可於其規定期間內撤回對乙、丙之告訴。

3 至於甲得否僅告丙而不告乙？原則上並不允許。理由如下：

- 1 依本法第二三九條規定：告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。其立法理由。乃偵查主體是為檢察官，法律並不強行要求被害人查明所有共犯之理。
- 2 是故甲告丙，效力自及於乙。
- 3 實務上只能透過本法第二六六條之途予以解決。即甲應以書狀或言詞向檢方陳明：因乙願賠償已為和解，請依本法第二五三條而予不起訴處分。待檢方對丙起訴，對乙不起訴，法院依第二六六條，即起訴效力並不及於乙而無法審理之。

4 甲若撤回告訴，依本法第二三八條第二項：撤回告訴之人，不得再行告訴。之規定，不得再行告訴之。

113、甲和乙兩人均有告訴權，僅甲提出告訴，經檢察官不起訴處分後，乙能否聲請再議？

答：

- 1 再議之意義：聲請再議者，即告訴人對於檢察官之所為之不起訴處分表示不服，經由原檢察官，向直接上級法院檢察署檢察長或檢察總長，請求變更處分，提起公訴之謂也。
- 2 聲請再議之主體：依本法第二五六條第一項前段：以告訴人為主體。且有數告訴權人時，其中一人告訴，其他告訴權人若未為告訴，應不得聲請之。
- 3 題中僅甲提出告訴，乙並未為之，故乙不可為再議之聲請。

114、何謂「起訴之追加（訴之追加）」？得追加之內容為何？試述之。

答：

- 1 意義：乃檢察官於提起公訴後，一審論終結前，就本案之相牽連犯罪或本罪之誣告罪，利用舊訴程序而提起公訴，以符訴訟經濟之要求之謂。
- 2 內涵：限於本案之相牽連犯罪或本罪之誣告罪。否則如就其他犯罪追加合併審判，亦將無合併之實益。
  - 1 相牽連犯罪：依本法第七條規定即：
    - (1) 一人犯數罪
    - (2) 數人共犯一罪或數罪
    - (3) 數人同時在同一處所個別犯罪
    - (4) 犯與本有關之藏匿人犯，湮滅證據、偽證、贓物各罪。
  - 2 本罪之誣告罪：指本罪起訴後，檢察官發現被告係被誣告者，得就該誣告被告之人追加起訴，請求法院一併審判之謂。

115、甲經台中地方法院檢察署檢察官乙以普通竊盜罪起訴。審理中，法官丙發現甲係夜間侵入住宅行竊。檢察官乙隨即追加起訴甲無故侵入住宅罪。試問該追加起訴是否合法？

答：

1 訴之追加起訴：

- 1 目的：訴之追加，係利用舊訴之程序而提起，以符訴訟經濟之要件。
- 2 要件：
  - (1) 須本案之訴未經撤回。
  - (2) 須於本案第一審辯論終結前：如於第一審辯論終結後仍許追加起訴，對本案訴訟程序

並無實益，故不許於辯論終結後為之。

(3) 追加者為與本案相牽連之犯罪或本罪之誣罪

3 方法：

(1) 被告之追加

(2) 犯罪事實之追加

(3) 利用舊訴之程序提起，故新舊訴須行同一訴訟程序。

(二) 本題夜間侵入住宅與竊盜之間乃刑法上之牽連犯，為裁判上一罪，非為相牽連案件。

(三) 是故檢察官僅就其一部起訴者，法院依本法第二六七條得全部加以審判，無須適用第二六五條之規定，即第二六五條與單一案件無關。

(四) 故檢方再予追加起訴乃不合法。

116、甲為莽夫，竟將其妻乙毆打成傷；乙女含淚向法院自訴，卻遭法院予以不受理判決：該法院之處置合法否？乙女於收受該判決後轉向檢察官告訴，惟其告訴時已逾六個月之告訴期間，檢察官應如何處理？

答：

(一) 該法院之處置合法，理由如下：

1 按我國刑訴制度，採公訴、自訴並行制，凡因犯罪而直接受有損害之人，可就兩者制度中擇一行使。

2 惟基於家庭親情倫理之維繫，對有此等關係之親人自為訴訟並不恰當；故刑訴第三二一條作一限制，即被害人對直系尊親屬及配偶不得自訴，只能告訴（公訴）。

3 依題示，乙女對夫自訴，已違反刑事訴訟法第三二一條規定，法院依法予以不受理判決，自屬合法。

(二) 乙女於收受該判決後轉向檢察官告訴，惟其告訴時已逾六個月之告訴期間，檢察官仍應偵查起訴。理由如下：

1 自訴本含有告訴之性質，乙女既已於得行使告訴權之期間內提出自訴，自應視同亦盡告訴之充足。

2 刑訴第三二一條之限制，乃基於家庭親情倫理維繫之考量，故自訴法院依此予以不受理判決，自屬合法；然被害人既有追訴之意，亦不因此而為犧牲。是故，檢察官就乙女之轉而告訴，自應依當時自訴之期間認定為合法，而非以轉而告訴之時認為已逾告訴期間予以審核。

3 故檢察官仍應就此偵查起訴，甚至乙女未為告訴時亦同。

117、試述法院得以裁定停止審判程序之情形。

答：

(一) 應停止：

1 被告心神喪失：

(1) 許用代理人經委任有代理人，可由代理人到庭無庸停止或逕行判決。

(2) 非許用代理人未委代理人而有無罪或免刑判決，因於被告無損仍許不待其到庭陳述逕行判決。

2 被告因疾病不能到庭：

1 自訴案件，犯罪是否成立或刑罰應否免除以民事法關係為斷。

2 推事被聲請迴避，而無應為急速處分之時。

3 其他法律規定：諸如商標法第六十條之規定。

2 得停止：

1 犯罪是否成立以他罪為斷，而他罪已經起訴者。

2 被告犯有他罪已經起訴應受重刑之判決者。

3 公訴案件，犯罪是否成立或刑罰應否免除，以民事法律關係為斷者。

4 其他法律關係特別規定：諸如專利法第八十八條、第一一〇條、第一二九條等規定。

118、決定犯罪事實是否同一，其在訴說上之機能為何？

答：

犯罪事實，為刑罰權之客觀對象，故犯罪事實是否同一，應以為刑罰權對象之客觀事實是否同一為準。依訴訟主義之理論，法院應以起訴事實定其審判範圍，且判決定實應與起訴事實維持其同一性，因此，決定犯罪事實是否具有同一性，在訴訟上之機能有下列四項：

1定已否起訴及是否其效力所及：即該事實已否成為訴訟對象。

2定可否變更其起訴法條：蓋在事實同一性之範圍內，基於職權主義之立場，於事實之法的評價，乃法院之職權，並不受起訴書所引應適用法條之拘束。

3定禁止二重起訴之範圍：即從其已否發生基本的訴訟關係展望其將來，劃定訴訟繫屬之範圍，禁止就已起訴之同一案件為二重起訴。

4定既判力之範圍：即是否與已消滅之基本的訴訟關係之案件同其客體，回顧其過去，劃定已終結之訴訟對象為何，判明是否為其既判力之所及。

119、試說明「漏判」與「漏未判決」二者有何不同？

答：

1結果不同：

1 漏判：法官根本沒判，訴訟關係存於法院。

2 漏未判決：法官亦沒判，但訴訟關係已經消滅。

(二) 分析不同：

1 漏判：

(1) 起訴事實係數罪併罰案件。

(2) 數罪併罰既為數案件、數訴，法院若僅就其中一案件為終局判決，只消滅該案件之訴訟關係，其餘案件訴訟關係未消滅，而生補判之問題。

2漏未判決：

(1) 起訴事實係單一案件。

(2) 實質上或裁判上一罪法院僅就犯罪事實之一部加以判決，其中一部雖未予判決，但依審判不可分原則，判決效力及於全部，訴訟關係全部消滅。

(三) 救濟不同：

1漏判：

(1) 向原審法院聲請補判。

(2) 不得上訴：因第一審根本沒判。

(3) 不得非常上訴：沒本沒判，故不會判決確定。

2漏未判決：

(1) 未經確定者：依上訴程序，由上級審法院予以糾正。

(2) 已經確定者：效力仍及於全部。

(3) 故知實質上或裁判上一罪，如有應行裁判之一部未予判決，僅生該判決違背法令，而非漏判之問題。

120、證人雖負有到場義務、具結義務及證言義務，然在何種情況下，證人得拒絕證言？

答：

(一) 因公務關係：即以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事務訊問者，為保守職務上之秘密計，應以已得該管監督機關或公務員之允許為條件，如有陳述之義務。惟該管監督機關或公務員對該事項除有妨害國家之利者外，不得拒絕允許。

(二) 因身分上的關係：即證人與被告或自訴人有下列情形之一者，特許其得拒絕證言：

1 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或家屬者。

2 與被告或自訴人訂有婚約者。

3 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。以上如係對共同被告或自訴人中一人或數人有前項關係，而就僅關於他共同被告或他共同自訴人之事項為證人者，不得拒絕證言。

(三) 因利害關係：證人恐因陳述到自己或其有本法第一八〇條第一項關係之人，受刑事追訴或處罰者得拒絕證言。

(四) 業務上之關係：即證人為醫師、藥師、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關係人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。

121、於第一審審判中，檢察官追加起訴，有左列情形之一者，法院應如何處斷？

1. 乙犯裁判上一罪檢察官就犯罪事實一部起訴，審判中發現係想像競合犯，就未起訴部分追加起訴，法院對追加起訴部分應如何判決？
2. 甲一人犯數罪，檢察官就未起訴之犯罪，追加起訴，如原起訴之罪判決無罪，法院對追加起訴之罪，應如何處理？

答：

壹、案例(一)應不受理判決

按依刑事訴訟法第二六七條之規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。」故裁判上一罪之一案件，檢察官對顯在性部分之起訴效力及於潛在性部分，對於未起訴之潛在部分，檢察官無須另為起訴，只須移送法院併案處理即可。是以本題檢察官對於想像競合犯未起訴之部分追加起訴，由於想像競合犯係屬單一案件，起訴效力擴張及於未起訴之潛在部分，則檢察官追加起訴之行為，係就業經起訴之案件，重行起訴，法院應依刑事訴訟法第三〇三條第二款諭知不受理判決。

貳、案例(二)應實體判決

一人犯數罪之情形，法院對於已先起訴之部分判決無罪，並不影響其後所追加起訴之罪，蓋因一人犯數罪時，依刑事訴訟法第七條第一款之規定，係屬主觀牽連之相牽案件，由於犯罪事實為複數，其刑罰權亦屬個別，故在程序上為數案件，亦為數訴。本法第二六五條基於經濟考量允許檢察官追加起訴，被追加之訴與原起訴之罪間，僅係利用同一審判程序加以審理，惟二者乃個別獨立，因此，原起訴之罪雖獲判無罪，對於追加起訴之罪並無影響，法院仍應就其獨立審判。

122、試比較判決與裁定區別異同。

答

按法院、法官為審判主體，其所為之意表示可區分判決與裁定：

- 1 機關：前者限法院，後者包括法院、審判長、受命法官、受託法官。
- 2 對象：前者以實體事項為主，後者以程序事項為主。
- 3 審理方式：前者原則須經言詞辯論，後者除當庭聲明外不經言詞陳述。
- 4 依據：前者須有明文規定，後者不限。
- 5 理由：前者應敘明理由，後者限得抗告或駁回聲明者始須為之。
- 6 適用：前者限終局裁判，後者多為中間裁定。
- 7 撤銷：前者上訴後原審不得自行撤銷，後者經抗告後原審得自行撤銷更正。
- 8 宣示：前則原則須宣示，後者限當庭為之者方須宣示。
- 9 救濟方式：前者為上訴，後者為接告。
- 10 聲明不服法定期間：前者判決送達後十日內，後者為裁定送達後五日內。

123、試說明刑事訴訟程序不自證已罪原則之內涵。

答：

1 定義

不自證已罪原則即任何被告基於個人人格權並非訴訟客體而係訴訟主體，被告既為訴訟主體乃有權不使自己陷於不利地位致證明自己有罪，其憲法上依據除釋字第三八四號之實質正當法律程序外，並有人性尊嚴之普世價值。其適用對象含括偵審程序之實質被告，惟仍未排除強制處分之忍受義務。

2 被告之不自證已罪

刑事訴訟法為確保被告不自證已罪之權利，乃於本法明定訊問被告前應先為第九五條等二款緘默權，否則因此取得之非任意性自白依第一五六條第一項即不具證據能力，至有無不正方法之存在，第一五六條第三項明定由檢察官肩負舉證責任；且縱該自白出於自由意志，亦不得為有罪判決之一唯一證據，以免偵審人員過度依賴自白，進而誘發渠等使用不正方法以迫使被告放棄不自證已罪之緘默；又若被告行使不自證已罪之緘默，依第一五六條第四項不得因此推斷其罪行，否則無異剝奪其不自證已罪權。

3 證人之不自證已罪

偵查程序中，被告與證人之地位極易混淆難辨，故證人亦可能為實質被告；為徹底落實對被告正當法律程序之保障，不自證已罪原則適用於被告之權利即為緘默權行使，適用於證人之權利即為拒絕證言權。

124、案件經上訴被上訴法院發回更審，原審法官對被發回案件之審判應否迴避？試說明之。

答：

參與前審之裁判，乃以參與前審判決或定之法官為限。惟何謂「前審」，向有「拘束說」與「審級說」之爭執：

### 1 拘束說

重在維護裁判之自縛性，本裁判一次性之原則，案件既經其裁判，即應受其拘束，其裁判之是否允當，法官不應再作不同認定，故不應許其再參與。因此，所謂前審，應指「前次」言，即法官曾參與當事人所聲明不服案件之裁判，包含下級審、同級審與上級審。此說較符法官迴避之立法目的，使當事人得受公平審判，否則當事人本於憲法第十六條訴訟權之審級救濟權利即無從落實保障。

### 2 審級說

重在確保當事人之審級利益，認刑事案件之採審級制度，係使當事人對下級審之裁判有所不服，得利用上級審請求救濟，如在下級審已就該案件參與裁判之法官，於上級審仍許其執行職務，審級制度失其存在之意義，因此，稱前審應指下級審而言，至同級審或上級審則不屬之，釋字一七八號採之。

125、甲因涉嫌觸犯偽造文書罪與強盜罪，經有權單位發布通緝，某日，甲在位宅處遭刑警隊之員警予以逮捕，之後，員警在無搜索票之下打開甲的保險櫃，發現甲涉嫌利用他人需錢恐急而貸以重利，且以之為常業，於是將此資料一併帶回，問員警所查獲之資料是否得以認定甲違犯常業重利罪之證據？

### 1 無令狀搜索

按搜索乃屬對人民之身體、住居、名譽、財產與隱私權等基本權利所為限制干預之強制處分，依刑事訴訟法第一二八條第三項之規定，原則上須由法官簽發搜索票為之，此即法官保留之令狀主義，惟基於偵查犯罪時效性之急迫因去或其他考量，本法亦於具備法定條件下，例外容許無令狀之搜索，茲分述其情形如下：

11 附帶搜索：依本法第一三〇條規定，「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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住處」，其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即屬以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具。另學者亦認倘僅為取得或保全證據則亦屬之。

22 急迫搜索：依本法第一三一條第一、二項之規定，又可區分為對犯罪者之逕行搜索與對證據之緊急搜索。

33 同意搜索：依本法第一三一條規定「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於第錄」。

### 2 結論

本題司法警察無搜索票而取得犯罪嫌疑人甲置於保險箱內之重利證據，顯非因於執行逮捕甲時，甲隨身或立即可觸及處所顯現危險物件之跡證，致有威脅執行人員安全之虞所為之附帶搜索，再依題旨，亦無時效急迫而未及聲請搜索票之情形，且受搜索人亦未表示同意；揆諸前揭說明，堪認本件司法警察之無令狀搜索不合法，其因此扣得之證據，應由法院依刑事訴訟法第一五八條之四規定，權衡裁量其證據能力。

126、甲提起自訴謂其所有之建物被乙強行拆毀，但經法院調查結果，甲對該建物並無所有權或管領權，試由法院對該自訴應如何判決？

答：

### 1 實體判決說

刑事訴訟法第三一九條所稱之被害人，只須自訴人所訴被告犯罪事實，在實體法上認其為被害之人為已足，至該自訴人實際曾否被害及被告有無加害行為，並非自訴成立之要件(本院四十六年台上字第一三〇五號判例參照)。甲自訴其建築物，因乙之犯罪行為而受有侵害，其自訴即已成立。雖其係與該建築全然無關之人，法院仍應為實體上之審判，認被告不成立犯罪而諭知無罪，不得逕予諭知不受理。

### 2 不受理判決說

按「犯罪之被害人得提起自訴」刑事訴訟法第三一九條第一項前段定有明文。故必須係因犯罪而被害之人，始得提自訴；非因犯罪被害之人，不得提起自訴，乃當然之解釋。該條項所稱犯罪之被害人，以因犯罪而直接被害人之人為限制，於財產法益被侵害時，必為其財產之所有權人，或對於該財產有事實上管領力之人，因他人之犯罪行為，而其管權受有侵害時，始能認為直接被害之人(本院六十八年台上字第二一四號判例，三十二年非字第六八號判例參照)。甲自訴其建築物被乙強行拆毀，法院既已

查明甲並非該建築之所有權人，亦非有管領權之人，應認其並非因犯罪而直接被害之人，逕予諭知不予受理之判決(最高法院八十年第三次刑庭決議採之)。

127、試問告訴不可分原則，除適用於偵查程序外，於自訴式公訴程序是否亦有相同之適用？

答：

1 自訴程序並無適用餘地

11 犯罪之被害人，在訴訟上有告訴權亦有自訴權，其中告訴乃偵查之開如並為訴訟條件，自訴乃訴訟關係啟動之原因，二者本質顯不相相同。

22 又刑事訴訟法第三四三條並無準用第二三八條、第二三九條之規定，故告訴不可分原則不能適用於自訴程序第一審。亦即告訴乃論之罪未經自訴人提起之共犯，法院不得審判，若對共犯之一人撤回自訴時，其效力不及於其他共犯。

2 公訴程序是否適用則有不同見解

11 否定說：告訴不可分之原則，係規定於刑事訴訟法第二編第二章第一節偵查中之第二三九條，亦即該條係規定於偵查程序中，僅於偵查程序始有其適用，而本法第二編第一章第三節審判程序中並無準用該條之規定，故於第一審辯論終結前告訴乃論之罪之共犯中一人撤回告訴者，其效力不及於在審判中之其他共犯，此與本法第二三八條第一項告訴人得於第一審辯論終結前撤回其告訴之規定，不可相提並論。

22 肯定說：告訴乃論之罪，於第一審辯論終結前得撤回其告訴及告訴不可分之原則，均規定於刑事訴訟法第二編第一章第一節「偵查」之第二三八條及第二三九條，在審判中既得撤回其告訴，其及於共犯之效力，應無偵查中或審判中之分。況撤回告訴乃撤回所告訴之犯罪事實，祇對審判中之一人因撤回告訴諭知不理，而仍就偵查中其他共犯追訴，情法亦難持平，自不能因其係在偵查中或審判中撤回其告訴而異其效果。故在第一審辯論終結前撤回告訴者，其效力亦應及於審判中之其他共犯。

128、試說明期間之種類及其涵義。

答：

1 行為期間與不行為期間

行為期間乃指應於一定期間內為訴訟行為之期間，如上訴期間、抗告期間；不行為期間即不得於某期間內為一定行為之期間，或稱猶豫期間，如傳喚證人之傳票至遲應於到場期日前二十四小時前送達。

2 法定期間與裁定期間

此項期間均為行為期間，其由法律所規定者，謂之「法定期間」，由法院裁定指定者，謂「裁定期間」。前者如上訴期間為十日，抗告期間為五日，聲請再議期間為七日內是；後者如起訴或其他訴訟行為於法律上必備之程序有欠缺而命其補正之期間。法定期間不得伸縮；裁定期間則由法院審酌情形為量定。

3 失權期間與訓示期間

法定期間因其遲誤效果之不同，得分為失權期間、訓示期間。遲誤失權期間喪失為該訴訟行為之權利，如上訴期間、抗告期間、聲請再審期間、聲請再議期間；訓示期間，有為監督公務員執行職務而設，如宣示判決期間、交付裁判書原本期間，其遲誤僅生行政懲戒問題，不生違法問題，亦不生失權效果。

129、某甲駕駛計程車，不慎撞倒由某乙駕駛後座搭乘某丙之機車，致某乙與某丙均受輕傷，某乙告訴某甲過失傷害，經起訴並判決某甲無罪確定後，某丙又告訴某甲過失傷害，並由檢察官向同一法院提起公訴，法院應為如何之判決？理由何在？試請詳述之。

答：

1 實體法關係

某甲因過失的駕駛行為，不慎撞倒乙及搭乘乙機車之丙，乃係一過失行為，侵害二個身體法益各成立二個過失傷害罪之想像競合犯，實體上屬裁判上一罪。

2 程序法關係

乙、丙二人先後對甲的過失傷害行為提起告訴，惟丙之告訴行為係在乙之後，且法院就甲過失傷害乙行為已無罪判決確定，此時，法院對甲過失傷害丙之行為究應如何判決，有不同見解：

## 11 實務見解

某甲以一行為觸犯數罪名，其觸犯之數罪名之犯罪構成要件均屬相同，且係以一行為犯之，依一行為僅應受一次裁判之原則，本案已因前訴無罪判決確定，對於後起訴者，不容再為其他有罪或無罪之實體判決，故法院對於甲過失傷害丙之行為，應為免訴之判決。

## 22 學說見解

甲之過失傷害雖係一行為，而其所犯者，本係數罪，其既判力之所以及於全部者，乃由於從一重處斷之結果，若其一部經諭知無罪，對於其他部分既不生審判不可分之關係，則其效力自不及於未經判決之其他部分；故甲過失傷害乙之行為既經無罪判決，即與他部間無審判不可分之關係，故法院對於甲過失傷害丙之行為，自得為實體判決。

## 130、試依刑事訴訟法之規定說明相對不起訴處分之原因為何？

答：

檢察官本於起訴法定原則，於被告有犯罪嫌疑時即應提起公訴，惟考量訴訟經濟與刑罰之應報與教化功能，故兼採起訴裁量主義，其情形可分述如下：

### 1 不得上訴第三審之案件

按依刑事訴訟法第二五三條規定：「第三百七十六條所規定之案件，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項，認為以不起訴為適當者，得為不起訴處分。」其中就本法第三七六條所列各款於此之適用情形並分述如下：

11 本法第三七六條第一款所著重者乃在其「刑罰」，故如：

- (1) 總則加重：僅係處斷刑之加重，並非法定刑延長，仍得依本法第二五三條為不起訴處分。
- (2) 分則加重：視為法定刑之延長，加重後若愈三年，即不得依本法第二五三條為不起訴處分。

22 本法第三七六條第二至七款所著重者乃在「罪名」，故不因具有法定加重原因而有別。

### 2 於應執行之刑無重大關係者

次依本法第二五四條規定：「被告犯數罪時，其一罪已受重刑之確定判決，檢察官認為他罪雖行起訴，於應執行之刑無重大關係者，得為不起訴之處分。」比如被告分別犯殺人罪與毀損罪，殺人罪經法院判處無期徒刑確定者，檢察官就偵查中之毀損罪，縱予起訴並經判處最重之二年有期徒刑，依刑法第五一條第四款規定，亦僅執行無期徒刑而已，此即「於應執行之刑無重大關係者」。

## 131、自由刑停止執行有哪些情形？

答：

### 1 依刑事訴訟法第四六七條規定

受徒刑或拘役之諭知而有下列情形之一者，依檢察官之指揮，於其痊癒或該事故消滅前，停止執行：

- 11 心神喪失者。
- 22 懷胎五月以上者。
- 33 生產未滿二月者。
- 44 現罹疾病，恐因執行而不能保其生命者。

### 2 另有學者認為上開所陳僅屬例示規定，下列情形亦得由檢察官斟酌停止執行

- 11 年逾八十，且身體衰弱。
- 22 祖父母或父母年逾八十，或患有重病或殘廢，且除受刑人外無人照顧。  
子女或孫子女年幼，且除受刑人無人照顧。

## 132、試依刑事訴訟法採行之審理原則-----直接審理主義與傳聞法則，說明二者之訴訟關係。

答：

### 1 二者之涵義

11 傳聞法則發展於英美法系之當事人進行主義，並演化為職權主義之直接、言詞審理主義，所異同者乃當事人進行主義尚藉由反對詰問制度以確保供述證據之憑信性與正確性，然拱論傳聞法則或直接、言詞審理主義，均屬嚴格證明程序之合法證據調查所共通之原則。至傳聞法則之簡賅意涵乃因傳聞證據有悖直接、言詞審理主義，且無從經詰問彈劾過程檢驗供述證據內容，影響程序正義堪鉅，亦無益於實體真實之探求；故傳聞證據排除乃當事人進行主義與

職權進行主義所共認。修正後刑事訴訟法第一五九條第一項規定：「被告以外之人於審判之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」即採傳聞法則。

22 直接審理原則並包含：

(1) 原始證據原則：事實認定應依與待證事實最密切之證據，強調證據之原始性，不得以其他證據代用，屬證據能力問題。

(2) 直接調查原則：證據應於為判決之法官面前親自調查，不得由他人代行，屬證據調查方式之要求。

33 承上所述，著重當事人與證據間關係之傳聞法則，其所別於著手法院與證據間關係之直接、言詞主義，即在被告反對詰問權之保障，倘自本次刑事訴訟法增修內容以觀，傳聞法則與交互詰問程序之明文入列，已足昭顯本法訴訟結構欲朝當事人進行主義建構之意圖。

2 二者之區別異同

基於直接審理原則，本來就禁止使用該證據之替代品，因此，就調查證人與鑑定人之供述證據而言，直接審理原則與傳聞法則之結論相同。就種類而言，直接審理原則禁止的範圍，反比傳聞法則更為廣泛，包括禁止使用被告自白之替代品，且對於非供述證據，亦不得使用證據之替代品，而傳聞法則乃僅針對證人供述證據之法則。惟應注意者，在傳聞法則中，當事人雙方之反對詰問權，乃是可放棄之權利，故若已給予反對詰問機會時，即已符合傳聞法則的要求。復因傳聞法則為當事人進行主義採行，被告既為調查證據者，其自不再為被調查之對象。

然在直接審理原則，強調法院直接與原始證據接觸此亦係審判法院之義務所在，而無所謂裁量之餘地，否則，將違反嚴格證明程序、澄清義務，又直接審理原則既為職權進行主義所採，即無交互詰問制度之採行，且被告於此乃成為被調查之對象。不論直接審理或傳聞法則之適用，皆有其「例外」之情形。

133、被告丙於審判中經合法傳喚無正當理由不到場，嗣經告提到案，法院乃認其有逃亡之虞，裁定羈押，丙不服乃向上級法院提起抗告，經上級法院撤銷羈押裁定，於裁定書送達原裁定法官時，原裁定法官認非對被告丙羈押不足以踐行審判程序，乃以其他事由另予裁定羈押，試問本例之羈押裁定是否合法？

答：

1 羈押要件

羈押乃將被告長期拘禁於一定場所，以防止被告逃亡及保全證據，以完成訴訟並保全刑事程序為目的之強制處分。因其乃在有罪判決確定前拘束人身自由，而與無罪推定原則嚴重衝突，故其審查發動係採絕對法官保留之令狀主義，並應符合法定程序與要件之審查，其形式要件包括：一、被告須經法院訊問。二、令狀羈押，即應用羈押票；至於實質要件則有：一、重大犯罪嫌疑。二、法定羈押原因，即刑事訴訟法第一〇一條第一項所列各款事由及第一〇一條之一第一項之情形。三、具羈押之必要性。

2 羈押事由之競合

次按同一次羈押審查中如具備多數法定羈押原因時，乃屬羈押原因之競合。本題原審查法院係以被告有本法第一〇一條第一項第一款所指「有逃亡之虞」之單一事由裁定准予羈押，則該裁定經抗告撤銷後，原審查法院得否以被告另具其他法定事由為裁定羈押之原因？本法就此雖無明文，惟學者見解乃認應區分不同情形認定：一、其他羈押事由於羈押裁定前已存在，且已為法院所發現時，該事由本應為法院依職權為整體審查，其既未記載於原裁定理由書，倘經抗告撤銷原裁定時，法院更為裁定即不得復以其他漏未記載之事由更為羈押裁定。二、其他羈押事由於原羈押裁定前已存在，但發現於裁定後時，此亦與前述相同，既於原裁定時已存在，本均為法院應依職權審查範圍，法院就此漏未審酌，仍屬同一羈押事由所及範圍，自不得以比其他羈押原因更為利被告之羈押裁定之基礎。三、其他羈押事由如係發生在原裁定時，因非原羈押裁定所得審查，法院更為裁定時當將之列為據以羈押被告之事由。

3 結論

從而本題應視法院更為裁定時所依據之其他事由究成立於原裁定之前後為斷，據為認定本案更裁羈押之合法與否。

134、甲向鄰宅縱火後，翌日向警方自首坦承犯行，警方詢問後應否將甲解送地方法院檢察署？如甲被詢問後欲自行離去時，司法警察及檢察官得採取何種措施？

答：

## 11 司法警察之措施

按依刑事訴訟第二二九條第二項及第三項規定司法警察官將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送，被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送」。惟甲既係自行到案接受警方詢問，顯然遽認有事實足認其有逃亡之虞，是以淺見認為司法警察應不得將甲解送地方法院檢察署，僅得將該案移送該管檢察官。

## 21 檢察官之措施

承上述，甲經警方詢問後，應自行離去。然本案例甲係向司法警察自首，非向檢察官為之，此際檢察官係僅得於甲受詢問後立即由司法警察特其簽發之傳票立時傳甲到場，再依訊後之情形，分別命具保、責付、限制住居或當場予以逮捕，而向法院聲請羈押。

135、某企業負責人甲因涉嫌掏空公司資產，經檢察官傳喚偵訊並當庭逮捕聲請羈押，聲押事由為被告甲有串證之虞，惟該聲請經法院駁回並釋放甲，檢察官遂向第二審法院提出抗告，經第二審法院裁定抗告成立發回原審重裁定，更裁時檢察官補強事證並追加事由主張甲另涉違反公司法、偽造文書等罪名，經法院審酌認被告甲雖有串證之虞惟無羈押必要，試問法院應如何為更裁之審查及裁定？

答：

### 1 羈押程序之審查

羈押乃悖離法治國無罪推定原則而於刑事訴訟程序中拘禁被告人身自由之強制處分，是以法院就該處分實施與否之審查，除須就其形式與實質要件詳為調查認定外，並應嚴格遵循刑事訴訟法明文之法定程序暨符合比例原則必要性之要求，此亦屬對被告正當法律程序保障之一環。其中厥為重要者包括：一、檢察官為羈押聲請前是否確實踐行刑事訴訟法將逮捕所依據之事實告知被告；此項規定之意旨在使被告於法院為羈押審查時得充分行使防禦權，避免受突襲性裁判。二、比例原則之必要性除為羈押之實質要件外，有認知認被告有法定羈押原因而無予羈押之必要，非概均代以具保、責付、限制住居，仍應視上開代替處分與具體羈押事由間是否符合必要性原則為斷。

### 2 更裁之審查

本例被告甲因嫌背信，侵占罪名經檢察官向法院聲請羈押，法院駁回該聲請並釋放被告，案經檢方抗告，成立經第二審法院發回原審更為裁定，此際檢察官追加事由主張被告另涉違反公司法、偽造文書等罪名，該項追加程序顯違前述拘捕前置原則，蓋該原則之立法本旨乃在使被告充分知悉檢察官聲請羈押所之事實與罪名，俾其防禦權得充分主張，倘容許檢察官於法院為羈押審查時為突襲性追加，則本法第二二八條第四項之規定，無異形同具文，故法院於更裁時，就前揭追加事由即不應審認。

### 3 更裁之處理

更裁法院認被告有羈押原因惟無羈押之必要，亦即被告並無「非予羈押顯難進行追訴、審判或執行」之情形，顯見法院乃認被告雖有串證之虞，然因檢察官已為證據之充分調查與蒐集，縱被告果為串證情事，亦於案件之追訴、審判無影響，現被告本處於人身自由狀態，則本法所規置之具保、責付、限制住居等處分於本案實不具替代性，故法院僅得於更裁時駁回檢察官聲請，並將被告釋回，而不代以具保、責付或限制住居。惟亦有認凡有羈押法定事由而欠缺必要性時，均應以具保、責付或限制住居代之。

136、被害人於偵查中有無接受訊問之義務？試說明之。

答：

### 1 被害人之訴訟程序規定

按依刑事訴訟法第二四八條之一規定：「被害人於偵查中受訊問時，得由其法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親、家長、家屬、醫師或社工人陪同在場，並得陳述意見」，及第二七一條第二項規定：「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會」以觀，被害人在刑事訴訟之偵查程序中似不若審判期日以行傳喚為必要，然如偵查中經檢察官傳喚時，其有無接受訊問之義務？依我國刑事訴訟法就被害人於偵查中經合法傳喚無正當理由不到場或到場不為陳述之效果，並無如證人之相同規定，應採否定說為宜。

### 2 被害人之地位

惟任何對系爭刑事案之待證事實有所見聞之自然人原則上皆得為證人，通說見解均認被害人亦具證人之資格，亦即被害人之法定證據方法即為證人，故倘檢察官就本案之證事實將被害人以證人

身分傳喚、訊問，此時被害人於偵查中即居於證人地位，而應適用本法有關人證之相關規定，如經合法傳喚無正當理由應到場，且除另有規定外不得拒絕具結及證言，此際被害人即有接受訊問之義務。

137、何謂「事物管轄」？試述刑事訴訟法有關事物管轄之規定。

答：

1 涵義

所謂事物管轄乃以案件種類定第一審管轄權之法院，即定不同級法院刑事案件之分配，法院對事物管轄權之有無判斷，自起訴時至最終裁判時，隨時均應依職權調查之。

2 相關規定

現行刑事訴訟法就事物管轄之相關規定，有：

11 刑事訴訟法第四條：地方法院於刑事案件，有第一審管轄權。同條但書：「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。即其事物管轄法院不包括地方法院。」

22 同法第二五八條之一第一項：告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。

33 同法第三七六條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴第三審法院，則其所列案件之事物管轄法院即不包括最高法院。

44 第一審屬高等法院管轄案件，依同法第三一條第一項之規定屬強制辯護案件，依同法第二八四條規定，未經辯護人到庭不得審判，否則即屬同法第三七九條第七款之判決當然違背法令。又此等案件亦不得聲請簡易判決、協商判決，且不得進行簡式審判程序。

1 違背本法事物管轄之規定者，即屬同法第三七九條第四款之判決當然違背法令。十三、告訴撤回與公訴、自訴之撤回，其主體、時間、範圍、程序及效力各有何不同？請詳細比較說明之。

答：

1 主體

11 告訴：限有告訴權且已實施告訴之人方能為之。

22 公訴：僅檢察官得撤回，惟基於檢察一體原則，不限提起公訴之檢察官。

33 自訴：限提起自訴之人始得撤回。

2 時間

均應於第一審言詞辯論終結前撤回

3 範圍

11 告訴：限告訴乃論之罪方得撤回。

22 公訴：需有應不起訴或以不起訴為適當之情形，惟若係裁判上一罪或實質上一罪，一部不得撤回者，全部不得撤回

33 自訴：限告訴或請求乃論之罪始可撤回。

4 程序

11 告訴：法無明文規定，故不論言詞或書狀均可，且不限自法院、檢察官或司法警察為之。

22 公訴：限以書面敘明理由向法院為之，並應分送告訴人、告發人、被告及辯護人。

33 自訴：應以書狀為之。但於審判期日或受訊問時，得以言詞為之。且應由法院書記官速將此一事由通知被告。

伍、效力

11 告訴：撤回告訴之人不得再行告訴。

22 公訴：公訴之撤回與不訪處分有同一之效力，以其撤回書視為議，故逾再議期間未再議時，撤回始屬確定。

33 自訴：自訴一經撤回，訴訟繫屬即為消滅，法院毋庸為任何裁判，而撤回自訴之人，不得再自訴、告訴或請求。

138、罪疑唯輕原則與無罪推定原則？二者間具有何種關係，試申論之。

答：

1 疑唯罪輕原則

所謂罪疑唯輕原則，又稱「有疑，唯利被告」之原則，係指關於實體犯罪事實之認定，法院若已竭盡所可之證據方法，而仍無法證明者，應為對被告有利之認定。亦即，法院依照調查證據之結

果，心證上並無法排除有利被告事實之合理懷疑時，就應為該有利被告事實的認定。現行法雖未明文規定「疑唯罪輕原則」

，亦即法律並未要求法院在無法確證之時，必須為對被告有利之認定。

## 2 無罪推定原則

無罪推定原則之涵義，乃是被告在法律上被證明有罪之前，應被推定為無罪。亦即，被告之罪責必須於合乎訴訟規則之程序，被證明至令法院產生確信之心證程序後，法院始能對其為有罪判決；依刑事訴訟法第一五四條規定「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實」。

## 3 二者間之關係

罪疑唯輕原則，評價證據之後，亦即依照調查證據程序所得並且以自由心證加以評價之後，方能適用之原則，故並不適用於偵查機關；反之，無罪推定原則支配法院形成有罪確時點之前之所有程序，包括偵查程序，亦即，偵查機關仍然應認遵守無罪推定原則。

罪疑唯輕原則之適用，僅存在於「事實領域」的疑問，不包含「法律問題」的疑義。故被告不得主張基於罪疑唯輕原則，法院應採取有利於被告之法律解釋見解。

### 139、起訴後在客觀上產生如何效力？請分別說明之。

答：

本於控制原則，法院應在檢察官之起訴範圍內為判決，此範圍包含主觀面(被告)與客觀面(犯罪事實)，茲就起訴之客觀效力，分別敘明如後：

#### 1 全部事實已起訴者

11 檢察官以數罪起訴，法院亦認數罪時，應全部審判，如有漏判應聲請補判。

22 檢察官以數罪起訴，法院認係一罪時，亦應全部審判，如有漏未判決，屬刑事訴訟法第三七九條第十二款之判決當然違背法令，應上訴救濟。

33 檢察官以一罪起訴，法院認數罪時，應同上揭一之處理情形。

44 檢察官以一罪起訴，法院認數罪時，如一部有罪，他部無罪、免訴或不受理時，實務見解認為僅於主文中為有罪諭知，其餘理由說明即可，惟若一部無罪，他部免訴或不受理，則應分別諭知。

#### 2 僅就一部事實起訴者

11 法院認數罪時，因非單一案件效力不及於未起訴部分，即無本法第二六七條起訴不可分之情形。

2 法院認一罪時，若起訴部分與未起部分均有罪，則起訴效力及於未起訴部分，法院均予以審判，然如係起訴部分有罪，未經起訴部分無罪、免訴、不受理，或起訴部分非認有罪而未起訴部分有罪，則二者間自非單一案件均無審判不可分關係，即無本法第二六七條適用，法院不得就未經起訴部分為審判。

### 140、實務上所謂無效判決之意義及情形各為如何？可否依法定程序請求救濟？試析述之。

答：

#### 壹、意義

所謂無效判決乃法院所為已成立之判決，因具有重大瑕疵，致無從對外發生效力者。

#### 貳、種類

無效判決之情形可分別如下：

##### 1 訴訟關係尚未發生者

- (1) 未經起訴之判決。
- (2) 未經上訴之判決。

##### 2 訴訟關係已經消滅者

- (1) 二重判決：對繫屬之刑事案件先後為二次判決。
- (2) 撤回上訴或起訴後之判決。

##### 3 其他情形之無效判決

- (1) 非依法律而對法人誤為刑事訴訟法第三〇三條第一款以則之判決。
- (2) 對於死亡之被告或已不存續之法人誤為第三〇三條第五款以外之判決。
- (3) 對於被告無審判權卻誤為第三〇三條第六款以外之判決。
- (4) 欠缺事物管轄卻為第三〇四條以外之判決。

## 參、救濟途徑

應分別情形論述：

- 一、判決未確定時，如有合法上訴，上級法院仍應予以撤銷，惟上述一、二係違反控訴原則不告不理之情形，則不另為其他之諭知。
- 二、判決已確定時，依大法官會議釋字第一三五號得起非常上訴。

- 1 甲騎機車不慎撞傷乙，乙向檢察官提出傷害告訴。檢察官以甲犯罪輕微，不顧乙反對，即對甲為緩起訴處分。乙對該處分不服，試問乙得如何請求濟？該救濟程序適用之前提要件如何？法院應如何處理？請依刑事訴訟法規定說明之。

擬答：

### 1對緩起訴處份不服之救濟：

依刑事訴訟法第二五六條第一項規定，告訴人接受緩起訴處分書後，得於七日內以書狀敘述不服之理由，聲請再議。但緩起訴處分前曾得告訴人同意者，不得聲請再議。是以，檢察官既然不顧乙之反對仍為緩起訴處分，乙自得於收受處分書後七日內以書狀聲請再議。

### 2檢察機關之處理：

依同法第二五七條及二五八條規定，原處分檢察官、原處分檢察官所屬檢察署檢察長、上級檢察署檢察長或檢察總長，如認再議有理由，得撤銷原處分；但上級檢察署檢察長或檢察總長，如認再議無理由，得駁回再議。

### 3聲請交付審判：

再依同法第二五八條之一規定，告訴人不服駁回再議之處分，得於收受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。而法院應以合議為此聲請案件之裁定（刑訴§258-3）。法院認為無理由，駁回聲請；如認為有理由，為交付審判之裁定，並視為案件已提起公訴。

- 141、甲騎機車不慎撞傷乙，乙向檢察官提出傷害告訴。檢察官以甲犯罪輕微，不顧乙反對，即對甲為緩起訴處分。乙對該處分不服，試問乙得如何請求濟？該救濟程序適用之前提要件如何？法院應如何處理？請依刑事訴訟法規定說明之。

擬答：

### 4對緩起訴處份不服之救濟：

依刑事訴訟法第二五六條第一項規定，告訴人接受緩起訴處分書後，得於七日內以書狀敘述不服之理由，聲請再議。但緩起訴處分前曾得告訴人同意者，不得聲請再議。是以，檢察官既然不顧乙之反對仍為緩起訴處分，乙自得於收受處分書後七日內以書狀聲請再議。

### 5檢察機關之處理：

依同法第二五七條及二五八條規定，原處分檢察官、原處分檢察官所屬檢察署檢察長、上級檢察署檢察長或檢察總長，如認再議有理由，得撤銷原處分；但上級檢察署檢察長或檢察總長，如認再議無理由，得駁回再議。

### 6聲請交付審判：

再依同法第二五八條之一規定，告訴人不服駁回再議之處分，得於收受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。而法院應以合議為此聲請案件之裁定（刑訴§258-3）。法院認為無理由，駁回聲請；如認為有理由，為交付審判之裁定，並視為案件已提起公訴。

- 142、甲酒醉駕車，被警察路檢發現而移送法辦。檢察官告知甲，如甲願意配合地方法院檢察署酒醉不駕車之宣導活動，既不予起訴。檢察官如此作是否合法？試依刑事訴訟法規定說明之。

擬答：

### 1緩起訴處分之相關規定：

依民國九十一年二月八日公布新增刑事訴訟法第二五三條之一第一項規定，「被告訴犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌刑法第五七條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當，得定一年以上三年以下之緩起訴期間為緩起訴處分。」且再依同法第二五三條之二規定，檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行下列各款事項：五、向指定之公益團體、地方自法團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。檢察官命被告遵守或履行前項第三款至第六款事項，應得被告之同意。

## 2本題之處理：

甲酒醉駕車遭警移送地檢署。如所犯刑法第一八五條之三規定犯罪，本刑在一年有期徒刑以下，則符合緩起訴處分第一要件（本刑限制）。故在被告甲同意的前提下，依前段所述，檢察官可命被告甲配合酒醉不駕車之宣導活動，而為緩起訴處分。

## 143、試述法院得以裁定停止審判程序之情形。

擬答：

法院得以裁定停止審判程序之情形如下：

- 1被告心神喪失或因疾病不能到庭者。
  - 2犯罪是否成立以他罪為斷，而他罪已經起訴者。
  - 3被告犯有他罪已經起訴應受重刑之判決，法院認為本罪科刑於應執行之刑無重大關係者。
  - 4犯罪是否成立或刑罪應否免除，以民事法律關係為斷，而民事已經起訴者。
- 後三項得於裁定確定前停止審判程序。

## 144、審判機關所為的意思表示，可分為裁定與判決二種，試說明其區別何在？

擬答：

1機關：

前者包括法院、審判者、受命法官、受託法官，後者限法院。

2對象：

前者以程序事項為主，後者以實體事項為主（形式判決例外）。

3審理方式：

前者除當庭聲明外不經言詞陳述，後者原則須言詞辯論（刑訴§221）

4依據：

前者不限，後者須有明文規定。

5理由：

前者限得抗告或駁回聲明者始須為之，後者應敘明理由。

## 145、被告之自白，在何種條件下，可以採為有罪判決基礎？

擬答：

證據，必須先具備證據能力，即作為證據的資格，始得作為認定事實、適用法律，乃至作成有罪判決的基礎。關於自白，我國刑事訴訟法（下簡稱本法）第一五六條第一項規定：「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。」

1自白取得證據能力的要件有二：

- 1 任意性：自白，非須出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不法之方法取得，即被告任意所作成。所以，如果該被告的自白，是基於前述的不正方法取得，則無論其是否與事實相符，根本上已失其證據能力，不得採為判斷事實之證據資料。甚至，本法在第一五六條第三項後段，要求檢察官，就自白之出於自語意志，指出證明之方法。
- 2 與事實相符：由於該條規定，自白須與證據相符，所以本法已經將自白的證據能力與證明力等同之，對於自白的保護，不可謂不嚴。

2在自白具備前述兩要件的情況下，即可採為有罪判決的基礎。但必須強調的是，依本法一五六條第二項，自白不得作為有罪判決的唯一證據。

## 146、逮捕與拘提不同？

擬答：

逮捕與拘提，均為對人的強制處分，均為於一定時期之內拘束被告的自由的強制處分，目的在於保全被告，或在於蒐集、保全證據，以刑刑事訴訟的進行。其區別如下：

1形式要件不同：

拘提須具備令狀（拘票）；逮捕為不要式分。

2執行理由不同：

拘提，於被告經傳喚無正當理由不到場，或是被告犯罪嫌疑重大，有刑事訴訟法（下簡稱本法）第七六條或八八條之一的情形，得為之；逮捕，包括通緝犯與現行犯的逮捕。

3執行主體不同：

拘提，檢察官、司法警察官或司法警察均得為之；逮補，若係對現行犯，則任何人均得為之；若為通緝犯的逮補，檢察官、司法警察官或利害關係人均得為之。

4執行對象不同：

拘提，得對被告或證人為之；逮補，僅限現行犯或通緝犯。

147、檢察官之不起訴處分於何時確定？又不起訴處分已確定者，於何種情況下，檢察官始得對同一案件行起訴？

擬答：

1不起訴處分確定的時點：

我國刑事訴訟（下簡稱本法）第二五六條以下規定不起訴處分的救濟，即再議程序，權利人為告訴人，或是案件為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑因犯罪嫌疑不足，經檢察官為不起訴之處分的該檢察官。

再議的提起，將阻卻不起訴處分的確定，故以下將案件以有無告訴人作為標準，予以區分討論。

1 若為無告訴人的案件：由於此時並沒有聲請再議權人，所以一經處分，隨即確定。

2 若為有告訴人的案件：則當發生下述情形，不起訴處分確定。

1聲請再議已逾法定期間：

即本法第二五六條第一項所定，於告訴人接受不起訴處分書後七日而未聲請再議。

2聲請再議，經合法撤回時。

3聲請再議，經合法駁回時。

2本法就不起訴處分確定力的排除，規定在第二六〇條：

1 發現新事實或新證據者。

2 有第四二〇條第一項第一款、第二款、第四款或第五款所定得為再審原因之情形者。

具有上述事由之一者，得再行起訴。

148、檢察官因案件欠缺何種訴訟條件，而應為不起訴處分？

擬答：

1按無論公訴或自訴，起訴時必須先符合一定之條件，受訴法院始須進一步為實體上有罪、無罪之判斷：此條件一般均稱為「訴訟條件」。不過，學界對「訴訟條件」尚再分為「形式上」訴訟條件與「實質上」訴訟條件二種。不管上列二種訴訟條件中二種訴訟條件欠缺，法院均不為實體上有無犯罪之確定；則檢察官於偵查中如發現案件欠缺此二種訴訟條件任一條件，已無起訴之必要。是以我刑事訴訟法遂規定於此種情形直接由察官不起訴處分。

2欠缺形式上訴訟條件而為不起訴處分者：

1 告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者（刑訴§252-5）。

2 被告死亡者（刑訴§252-6）。

3 法院對被告無審判權者（刑訴§252-7）。

4 因其他法定理由者（刑訴§255 I）。

3欠缺實質上訴訟條件而為不起訴處分者：

1 曾經判決確定者（刑訴§252-1）。

2 時效已完成者（刑訴§252-2）。

3 曾經大赦者（刑訴§252-3）。

4 犯罪後之法律已廢止其刑罰者（刑訴§252-4）。

5

149、依刑事訴訟規定，偵查機關於一定事由在時，得無搜索票而逕行搜索。試問因實施搜索主體不同，搜索後應踐行何種程序，其所為之搜索方屬合法？

擬答：

依刑事訴訟法規定之無搜索票之合法搜索有三種情形。茲分述如下：

1附帶搜索（刑訴§130）：

檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮補被告、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。此種搜索，搜索後無須踐行特定程序。

2逕行搜索（刑訴§131）：

1 一般逕行搜索（刑訴§131 I）：檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，有下列情形之一者，得逕行搜索住宅或其他處所：

- 2 緊急搜索（刑訴§131 II）：檢察官於偵查中有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索或指檢察事務官、司法警察官或司法警察執行之。

上述二種逕行搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，得於三日內撤銷之。

3同意搜索（刑訴§130-1）：

搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件並將其同意之意旨記載於筆錄。此種搜索，搜索後亦無須踐行任何特定程序。

150、何謂微不舉之原則？檢察官終結偵查，於有何項事由，得為不起訴處分？又絕對不起訴處分，與法院之無罪判決是否相當？試扼要說明之。

擬答：

- 1微罪不舉原則：又稱起訴便宜主義，係指檢察官於偵結時，認為被告所犯之罪屬於刑事訴訟法第三七六條所定輕微之罪或起訴於執行無實益者，得依職權為不起訴處分之謂。
- 2檢查官終結偵查，遇有刑事訴訟法第二五三條或第二五四條規定之相對不起訴事由時，得為不起訴處分。以下就相對不起訴事由分述如下：
  - 1 微罪不舉：刑事訴訟法第二五三條規定，第三七六條所規定之案件，檢察官參酌刑法第五七條所列事項，認為不起訴為適當者，得為不起訴處分。
  - 2 於執行刑無實益：刑事訴訟法第二五四條規定，被告犯數罪時，其一罪已受重刑之確定判決，檢察官認為他罪雖行起訴，於應行之刑無重大關係者，得為不起訴處分。
- 3絕對不起訴與無罪判決比較：對確定之絕對不起訴處分，刑事訴訟法賦予實體確定力，即非有第二六〇條之法定事由，不得再行起訴，此絕對不起訴處分之實體確定力無異等同無罪判決之實體確定力，然基於權力分立和控訴原則，能終局解決法律爭端的應係法律之審判權，檢察官之不起訴處分僅是暫時性決定，故不應賦予其如之實體確定力。

151、何謂「告訴」？何謂「自訴」？兩者法律效果有何差異。

擬答：

- 1告訴：指犯罪的被害人或法律規定其他有告權人，以被階的事實，報告偵查機關，請求追訴行為。
- 2自訴：乃犯罪被害人，逕向法院請求，對被告確定刑罰權的存否及其範圍之訴者。我國刑事訴訟法於第二編第二章規定自訴。
- 3法律效果的差異：
  - 1 訴訟繫屬的發生：告訴，刑事訴訟法第二二八條第一項為偵查開始的事由之一，故應向檢察官或司法警察為之（刑訴242 I）；自訴係向法院就自訴內容的犯罪請求確定刑罰權有無及其範圍的訴訟，遂產生訴訟繫屬的效果。
  - 2 主觀效力範圍：告訴或請求乃論之罪，刑事訴訟法第二三九條本文規定，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及其他共犯，故有主觀不可分的適用；自訴，由於本質上是起訴的一種，只是由被害人提起，故刑事訴訟法在第三四三條中，有準用公訴規定，則刑事訴訟法第二六六條的主觀不可分亦在準用範圍內。
  - 3 依刑事訴訟法第三二三條第一項，除告訴乃論之罪外，告訴之提，原則上有阻卻自訴的效力；反之，若自訴在前，則檢察官應停止偵查，移送法院併案處理。
  - 4 撤回的處理：告訴或請求乃論之罪，告訴之撤回，同列為刑事訴訟法第二五二條五款的不起訴處分事由、與第三〇三條第三款的不受理判決事由；自訴撤回，雖亦限於告訴或請求乃論之罪，但此時法院無庸為任何判決。
  - 5 撤回的法律效果：告訴的撤回，依刑事訴訟法第二三八條第二項，告訴人不得再行告訴，若再行告訴，即可作成不起訴處分或不受理判決；自訴的撤回，撤回自訴之人，不得再行告訴或請求。

152、司法警察甲持搜索票，前往乙家搜索：

1甲是否應先通知乙？

2如在夜間，甲是否應經乙同意，才可進行搜索？

3如乙拒絕搜索，依法甲應如何處理？

擬答：

搜索，指以發現被告或犯罪證據或其他可得沒收之物為目的，而搜索被告、犯罪嫌疑人或第三人的身體、物件、住宅或其他處所的強制處分。為踐履治國原則的要求，我國刑事訴訟法在第一二二條以下，針對搜索程序，定有詳細的規定與保障。

1 甲無庸事先通知乙：由於搜索係對於相對人居任自由與隱私權的重大干預，所以刑事訴訟法第一二八條第一項，要求搜索以有令狀為原則，但由於其目的在於發現被告或犯罪證據或其他可得沒收之物，所以本質上帶有急迫性與突襲性，遂有刑事訴訟另外規定的不要式搜索的情形。在搜索本質與相對人保障的折衝之下，刑事訴訟法僅於第一四五條要求，執行機關須向應在場出示搜索票。並未要求將時間點更前移到應事先通知相對人。

2 夜間搜索：

1 原則：禁止夜間搜索。為合乎比例原則，關於搜索的執行，在立法上，刑事訴訟法第一四六條第一項本文規定，「有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。」所以，原則上甲不得於夜間進入乙家中搜索。

2 但刑事訴訟法第一四六條第一項但書例外規定，倘經住居人、看守人或可為其代表人承諾或有急迫之情形者，則得於夜間執行搜索。但需將事由記明筆錄。

3 在本題中，若乙不為同意，但有急迫之情事，甲仍得進入搜索。

3 拒絕搜索的處置：執行機關按照法定程序執行搜索，由於此時已透過法律，將搜索的目的與相對人的權利作妥善的配置，則反過來說，此時相對人即有接受搜索義務。若相對人仍拒絕之，即可視為抗拒搜索，依刑事訴訟法第一三二條，於必要程度內，行使強制力搜索之。惟若係前述夜間搜索的情形，由於不具備刑事訴訟法例外允許夜間搜索的事由，故甲仍不得行使強制力，強行搜索。

153、目擊證人甲於檢察官訊問時，具結並陳述被告乙殺人之經過。法院審判時，辯護人主張甲的陳述是審判外之陳述，不得作為證據。試問辯護人之主張是否符合刑事訴訟法規定？請依刑事訴訟法規定說明之。

擬答：

1 傳聞法則之意義：傳聞法則，係指除非法律例外明文規定，否則傳聞證據欠缺證據能力，不得作為證據。是以刑事訴訟法於民國九十二年二月六日修正公布，明文規定傳聞法則於第一五九條第一項：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有明文規定者外，不得作為證據。」而傳聞法則主要在保障被告的反詰問權。

2 傳聞證據之種類：依通說見解，傳聞證據包括：以書面代替到庭之陳述、到庭陳述他人所見所聞、以審判外陳述所作成書面代替到庭陳述等三種主要類型。本題證人甲於檢察官偵查時出庭並具結作證再由書記官作成筆錄後，由檢查官於起訴後作為證據，即係上揭傳聞證據之第三種。

3 例外規定：刑事訴訟法於第一五九條之一第二項規定「被告以外之人於偵查中向檢查官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外規定，得為證據。」即係同法第一五九條第一項規定之法律例外規定。雖屬於傳聞證據，卻仍有證據能力。本題檢察官起訴後將證人甲於偵查時出庭並具結作證所作成其證言之筆錄作為證據，即係此種例外情形。

4 結論：綜合上述，依刑訴法有關傳聞法則之規定，辯護人之主張並無理由。

154、何謂不利益變更禁止原則？此項原則之適用有無限制？得否適用於第三審法院之判決？試分別說明之。

擬答：

1 不利益變更禁止原則：依據刑事訴訟法第三七十條本文規定：「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」，此即為不利益變更原則。

2 不利益變更原則適用之限制：

1 不利益變更禁止原則之適用依據刑事訴訟法第三七〇條規定，限於只有被告上訴或只有單為被告利益上訴，若原告同時上訴時，則雖被告為自己之利益上訴，亦不適用不利益變更禁止原則。

2 刑事訴訟法第三七十條但書規定：「但因原判決適用法條不當而撤銷時，不適用之。」亦即凡二審法院對於一審適用法條有所不當加以撤銷無即無不利益變更原則之適用。所謂適用法條不當係指原判決所引用法條皆屬之，不限於刑法分則之條文，連刑法總則之條文俱連在內。

3 不利益變更禁止原則適用依據八十二年第七次刑庭決議採取實質審查原則，亦即外在裁判的結果一致，惟案件法條所含刑罰之輕重程度有所差異，此仍適用不利益變更禁止原則。例如，一、二審法院皆科刑三年，惟一審法院認定連續竊盜五次，二審法院

連續竊盜六次，雖裁決結果一樣，但實質內容不同，有不利益變更禁止原則之適用。

3 第三審法院審有無不利益變更禁止原則之適用：

- 1 基於人權保障的立場及貫徹刑事訴訟法第三九八條之意旨「防止被告因為畏懼受更不利之上訴審判決，因而放棄上訴權之行使」，第三審法院判決應有不利益變更原則之適用。惟刑事訴訟法第三八七條並無準用第三七十條之規定，故實務及通說第三審法院判決並無不利益變更禁止原則之適用。
- 2 依據最高法院二十四年七月決議，認為第三審以不加重為原則，但第二審量刑確有不當時，不受不利益變更禁止則之拘束。

155、刑事訴訟法規定，有管轄之法院因法律或事實不能行使審判權而移轉管轄之事由為何？試列述之。

擬答：

1 移轉管轄意義：有管轄權之法院因某種原因，對該案件不能行使審判權，或不便行使者，由直接上級法院以裁定將該案件移轉於其管轄區域內與原法院同級之他法院。直接上級法院不能行使審判權時，前項裁定，由再上級法院決定之謂。

2 移轉管轄事由：依據刑訴訟法第十條第一項規定，移轉管轄事事由可區分為三，分別說明如下：

- 1 因法律不能行使審判權：所謂因法律不能行使審判權，係指因法律之規定，致不能行使審判權而言。例如因刑事訴訟法第十七條法官應予以迴避，致法官無法審判或不足合議庭人數，無法行使審判權者，即應移轉管轄。
- 2 因事實不能行使審判權：所謂因事不能行使審判權，係指因事實上遭遇困難或障礙，而不能行使審判權者而言。諸如天災、地震、法官死亡無人代理繼任或其他事實不能之情形。
- 3 因特別情形不能行使審判權：所謂因特別情形不能行使審判權，係指因特別情形由有管轄權之法院審判，恐影響公安或難期公平者而言。例如：有龐大政治因素介入情形。

156、甲立法委員涉嫌貪瀆罪，檢察官認為某乙對案件可能知悉，又不確信乙是否為共犯，乃在偵查與中以「證人」身分傳喚乙詢問。經過數月偵查後，檢察官相信甲、乙為共犯，將乙改列為「被告」而與甲一同提起公訴。假設一、檢察官在訊問乙時，有踐行刑事訴訟法第一八六條第二項之告知義務。假設二、檢察官在訊問乙時，未踐行刑事訴訟法第一八六條第二項之告知義務。在假設一、假設二之不同情形，請分別回答：乙在偵查中以「證人」身分所作不利於自己之陳述，在乙為被告之審判中是否得成為證據？

擬答：

首先，任何人都不得被強迫作出對己不利之陳述，一般稱此為不強迫自證己罪原則。此原則於「被告」身分者，係緘默權；而於「證人」身分者，係拒絕證言權。拒絕證言權最重要之部分即在於「證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰(刑事訴訟法第一八一條)」之情形，而關於此部分，立法者亦於刑事訴訟法第一八六條第二項，要求司法機關涉及「證人有第一百八十一條之情形者，應告以得拒絕證言。」以保障之。

其次，須界定的是，乙在偵查中以「證人」身分所作不利於自己之陳述，在乙為被告之審判中，究竟屬於何種證據方法？依據刑事訴訟法所定之五種證據方法觀之，(一)書證；(二)自白皆有可能。更進一步檢驗可知，審判中並非以「該偵訊筆錄」為證據方法，而係以「乙對己不利之陳述」為證據方法，性質上應屬「被告自白」，故應符合自白之相關規定。

本文即以此回答假設(一)、(二)。

(一)假設一：

檢察官於一開始偵查時並不確定乙是否為共犯，而將乙列為證人詢問之。此舉與檢察官明知乙為共犯，而故意以證人之身分傳喚乙，以取得乙對自己之不利陳述有別，此部分尚可容許之。其後，檢察官在訊問乙時，有踐行刑事訴訟法第一八六條第二項之告知義務，換言之，乙以證人之身分陳述時，係明白自己擁有拒絕證言之權利，而仍陳述之。既然此陳述係乙出於自由意志所為者，則檢察官並非施行不法方法取得乙之自白，故此陳述於乙為被告之審判中即得成為證據(刑事訴訟法第一五六條第一項反面)。附帶一提者，乙於審判中，仍得主張緘默權，蓋若不允許乙得主張緘默權，無異再強迫乙重複相同之入罪陳述，且乙可能因為迷惘或激憤而做出更不利於己之陳述〔2〕。

(二)假設二：

檢察官在訊問乙時，應踐行刑事訴訟法第一八六條第二項之告知義務而未踐行，因而取得乙對己不利之陳述，其法律效果如何，刑事訴訟法並未特別規定。

本文以為，若違反第一八六條第二項之告知義務，在將來對乙追訴或處罰的審判中，不得為證據。理由如左：證人若不知自己有拒絕證言權，將陷於誤以為自己須據實陳述及害怕自己日後被追訴之兩難情形。而檢察官故意不告知乙有拒絕證言權，係屬一種變相以國家公權力脅迫乙陳述之情形，故依刑事訴訟法第一五六條第一項規定，乙不利於己之陳述，應不得作為證據〔3〕。

- 157、司法警察持檢察官簽發拘提甲之拘票至甲宅執行拘提，敲門後甲之老母應門言：「甲已不住此，現在都住在女朋友乙宅。」警察立即轉至乙宅，敲門但無人應門，警察相信甲躲藏在內，乃破門而入，進入後四處搜尋甲，在客廳地板發現毒品，並在臥室衣櫥內發現甲而予以拘提。事後證明毒品是甲的，與乙無關。請分析此案。

擬答：

本案涉及之爭點有，一、可否破門而入搜索；二、取得毒品之行為是否合法。本文即依此二爭點敘述如下：

(一)可否破門而入搜索？

刑事訴訟法第一三一條第一款規定，因執行拘提，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者，司法警察雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所。本案，司法警察持拘提甲之拘票執行拘提，經由甲之母告知，得知甲住在乙宅。因此轉往乙宅拘提。此即屬於「有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者」。故司法警察雖無搜索乙宅之搜索票，依據上開規定仍可搜索之。惟破門而入是否恰當？刑事訴訟法第一三二條規定，抗拒搜索者，得用強制力搜索之。但不得逾必要之程度。在本案，司法警察係先敲門，但無人應門，而警察相信甲在內，只是故意不開門，因此行使強制力破門而入。不過此強制力是否屬必要？衡諸情勢，甲可選擇之方式，除了破門之外，可能尚可「請鎖匠開門」。若本案並非急迫情形，則請鎖匠開門，似乎是較妥適之方式；若本案屬急迫情形，則破門而入可節省時間之浪費，屬必要之方式。

(二)取得毒品之行為是否合法？

若司法警察破門而入係屬不必要行為，則後續所為之搜索行為即屬違法搜索；若屬必要行為，則須再探討，司法警察後續之行為是否合法。

本案既然屬於為拘提甲所為之搜索，因此在拘提到甲之前，司法警察可在屋內為搜索行為，但此搜索並非無限制，其必須限於搜索可藏人之空間，因此為搜索甲，而開抽屜、檢查馬桶之行為，即非合法。惟司法警察在客廳地板發現毒品，此行為是否屬於搜索？毒品可否扣押之？學說上認為，若純粹不經搜索，而以目光即可發現之應扣押物，當然可扣押之，此稱為「一目瞭然」法則。故毒品可扣押之。

- 158、檢察官合併起訴被告A、B 涉嫌共同強盜被害人V 的財物，請附具理由說明下列第一審程序之問題：

(一)審判中，共同被告A 與B 得否共同選任同一律師為其辯護人？若其未選任辯護人，審判長得否指定同一公設辯護人為A、B 的共同辯護人？

(二)設若A 選任R 律師為辯護人，B 經審判長指定公設辯護人S 為其辯護。審判中，共同被告B 表示其於案發時雖在場，但強盜乃A 臨時起意單獨所為；R 隨即要求詰問B 並要求審判長應命B 具結。試問審判長應如何處置始為合法？

(三)承(二)前段所述，設若審判中，審判長以「被害人」名義傳喚V，V 到庭陳述其被A、B 強盜財物經過。辯護人R、S 隨即要求詰問V 並要求審判長應命V 具結，但審判長以V 乃被害人而非證人為由，駁回R、S 之請求。試問審判長所踐行之程序是否合法？

(四)承(二)前段所述，設若審判中，R 與S 皆聲請審判長傳訊V 到庭，但審判長既未依職權亦未依聲請傳訊V，而直接朗讀V 於偵查中在檢察官前作成之偵訊筆錄，最後並將其採為判處A、B 罪刑的證據之一。試問審判長所踐行之程序是否合法？

擬答：

(一)第(一)子題：

A、B 可否合意選任共同辯護？刑事訴訟法並未規定。可否從法理上類推適用第三十一條第三項「指定共同辯護」，有正反兩面之意見。甲說認為，基於經濟的考量，因為被告的資力可能不足，若能允許共同選任同一辯護人，可以共同分攤選任辯護的成本；而乙說則認為共同辯護可能帶有共同被告之間潛在的利害衝突並且可能會有串證之疑慮〔4〕。

本文認為應採乙說，蓋共同被告的利害衝突往往是潛在性的，等到審判長確認利害相反時再予介入，恐怕是亡羊補牢〔5〕，故應禁止A、B 共同選任辯護人。再者，因強盜係屬最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪，因此若A、B 於審判中未選任辯護人，則依據本法第三十一條第一項之規定，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護。且依據第三項之規定「被告有數人者，得指

定一人辯護。」，審判長得為A、B指定同一辯護人。惟共同辯護存在著前述風險，故應盡量避免之。

(二)第(二)子題：

「法院認為適當時，得依職權或當事人或辯護人之聲請，以裁定將共同被告之調查證據或辯論程序分離或合併(第一項)。前項情形，因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(第二項)。本法第二八七之一條訂有明文。

本子題中，R因B將強盜罪之責任推諉於B，因而要求詰問B並要求審判長應命B具結，此時按照上開規定，審判長應將A、B之辯論程序分離，分離調查證據或辯論。且法院就被告A之案件調查共同被告B時，應準用有關人證之規定(第二八七之二條)。

惟本子題之關鍵其實在於B之陳述之性質為何？依據釋字第五八二號解釋之見解，刑事審判上之共同被告對其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。

故縱使無第二八七之二條之規定，B對於A之案件而言亦屬證人，審判長當然應傳喚B，並踐行證人相關之嚴格證明程序，始為合法。

(三)第(三)子題：

證據資料欲取得證據能力之要件，除了須具備消極要件—不違反證據使用禁止之外，尚須具備積極要件—嚴格證明程序〔6〕。而依據本法所定之嚴格證明程序，犯罪事實之合法調查，僅以五種法定的證據方法為限。此五種乃為：被告訊問及自白、證人、鑑定人、書證及勘驗。

於本案，審判長以「被害人」名義傳喚V到庭陳述其被A、B強盜財物之經過，此舉係符合本法第二七一條第二項「審判期日，應傳喚被害人並予陳述意見之機會。」之要求。惟「被害人」仍非上開五種法定的證據方法之一，因此審判長仍應判斷其究竟屬何種法定的證據方法。在本案中，既然命被害人陳述被害經過，則其性質應屬陳述自己所見所聞之「證人」。既然為證人，則辯護人R、S自得依據本法之規定，請求詰問V。

故審判長以V乃被害人而非證人為由，駁回R、S之請求，此乃違法之程序。

(四)第(四)子題：

刑事訴訟法有許多上位之指導原則，於審判程序中較重要者，有直接審理原則、傳聞法則。直接審理原則謂，法官必須親自見聞證據，若有直接證據方法存在，則不應以間接、派生證據代替之〔7〕；而傳聞法則，簡單的說，就是排斥傳聞證據之法則。因為吾人對於傳聞證據之可信度易生質疑且傳聞證據欠缺程序之擔保，因此原則上禁止法官忽視直接證據而採用傳聞證據〔8〕。近年來之修法，立法者即將傳聞法則落實於法規範當中，惟此修法遭受許多質疑之聲音。按本法原則上要求「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。」(第一五九條第一項)。而此「除法律有規定者外」之法律即可連結到本法第一五九之一條「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。」審判長於本案中，未傳訊V即直接朗讀V於偵查中在檢察官前作成之偵訊筆錄，最後並將其採為判罪的證據之一，依據上述規定，此偵訊筆錄除顯有不可信之情況者外，係得為證據。故審判長所踐行之程序，表面上並未違法。惟本文以為，傳聞法則與直接審理原則並非二擇一之互斥概念，因此本案仍應受直接審理原則之拘束。換言之，審判長能傳喚直接證人V而不傳喚，反而採用間接證據—V之偵訊筆錄，此已違反直接審理原則之要求，故審判長所踐行之程序，仍屬違法。

159、何謂「當事人平等原則」？試就「享有武器上之平等地位」申論之。

擬答：

(一)當事人平等原則與武器平等地位

現行刑事訴訟採用控訴原則，審判由法院、檢察官與被告構成三面關係，刑事偵查由檢察官與被告維持雙向關係，刑事追訴人員對於被告有利不利事項，負有一律注意的客觀性義務(刑訴§§2, 954, 163 II)，這樣的角色配置本可達到刑訴發現真實與保障人權的目的，本法為何還需辯護制度？辯護制度之目的(/功能)何在？主要理由有二：一、追訴人員雖負有客觀義務，但理想與現實畢竟有差距，單單客觀性義務的條文訴求，尚不足以有效確保被告訴訟權利均能踐行，否則禁止不正訊問早是法治國基本立場，又何需法律以證據禁止制裁(刑訴§§98, 156 I)；二、基於公平審判原則導出的武器平等原則，源於《憲法》第16條訴訟權的辯護制度(釋396)，乃是公平審判的最低要求，以盡力平衡被告與國家機關的法律實力差距，縱使是具備法律背景的被告，也可能因追訴壓力造成心思紊亂，同樣需辯護人積極輔佐。

因此，在強當事人平等而盡量給予被告武器平等的觀念下，「刑事辯護制度係為保護被告之利益及期待法院公平審判，進而確保國家刑罰權之適當行使而設，刑事被告在訴訟上有依賴辯護

人為其辯護及不受不法審判之權，此為人民依憲法第16條享有之訴訟權所衍生之基本權，其功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位而受法院公平審判」。

## (二) 現行法相關規定

### 1、選任辯護權：

為落實當事人武器平等地位，刑事被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同」(刑訴§27 I)。據此，從偵查程序一開始到審判階段，被告都可隨時選任辯護人。重要的是，為加強被告獲得武器平等原則之權益，特別課予國家機關應告知以得選任辯護人之告知義務(刑訴§§88-1IV, 953, 100-2)，以保障法律知識薄弱的被告有受辯護之公平審判機會。

### 2、強制辯護制度：

根據現行法規定，共有五種強制辯護事由：最輕本刑為三年以上有期徒刑；高等法院管轄第一審案件；被告因智能障礙無法為完全之陳述；其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定；協商案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑六月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者(刑訴§§31 I, V, 455-5 I)。而且，第31條第1項所定之強制辯護案件無辯護人到庭者，不得審判。但宣示判決，不在此限(刑訴§284)，因而，一來意味著源於憲法訴訟權的辯護制度，並非所有刑事案件都應經辯護，但至少應給予被告有選任辯護人之機會(刑訴§§27, 953)，才不違武器平等原則；二來，採取強制辯護的立法，立法者考量者不只是被告利益，還兼及重大案件發現真實的目的，透過指定辯護人來協助刑事審判確定刑罰權存否，非被告得任意捨棄的公共利益。

## 160、試比較「協助檢察官偵查之司法警察官」與「聽從檢察官指揮之司法警察官」之差異。

擬答：

「協助檢察官偵查之司法警察官」與「聽從檢察官指揮之司法警察官」的差異，分述如下：

### (一) 規定依據不同

「協助檢察官偵查之司法警察官」規定在刑訴法第229條：「…於其管轄區域內為司法警察官，有協助檢察官偵查犯罪之職權」。

「聽從檢察官指揮之司法警察官」規定在刑訴法第230條：「下列各員為司法警察官，應受檢察官之指揮，偵查犯罪」。

### (二) 司法警察官定義不同

「協助檢察官偵查之司法警察官」指c警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長。d憲兵隊長官。e依法令關於特定事項，得行相當於前二類司法警察官之職權者(§229 I)。

「聽從檢察官指揮之司法警察官」指c警察官長。d憲兵隊官長、士官。e依法令關於特定事項，得行司法警察官之職權者(§230 I)。

### (三) 職權不同

「協助檢察官偵查之司法警察官」，應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。(§229 II)。

「聽從檢察官指揮之司法警察官」知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及第229之司法警察官。實施調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。(§230 II, III)。

## 161、刑事訴訟法之基本原則及特徵為何？

答：

甲、基本原則如下：

(一)審檢分立：即審判與檢察分立(刑訴一七)：(1)檢察官有犯罪之追訴權、(2)法官有犯罪之審判權、(3)檢察官採配置制。(4)檢察官對於法院獨立行使其職權。(二)不告不理：即以訴之存在為前提，法院不得就未經起訴之犯罪審判(刑訴二六八)：(1)未經起訴之犯罪，法院不得審判(不告不理)、(2)已經起訴之犯罪，法院應加以審理(告即應理)。

(三)當事人對等：刑事訴訟法規定，本法所稱當事人者謂檢察官、自訴人及被告。三者在此訴訟制度下

機會對等，地位亦對等。

(四)審級制度：是否利用審級制度，原則上繫於當事人之自由。惟對宣告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應依職權逕送上級法院審理(擬制上訴)。原則上，刑事訴訟採三級三審制，但有例外，如：簡易程序為一級二審(地方法院簡易庭為第一審，地方法院合議庭為第二審，亦為終審)；內亂、外患、妨礙國交罪為三級二審(第二級之高等法院管轄第一審，最高法院為第二審，且為法律審)。

乙、特徵如下：

(一)關於職權主義之特徵：(1)不採起訴狀一本主義→採卷證移送主義(§§264 II、III)。(2)採實體的真實發現主義→不採形式的真實發現主義。在刑事訴訟中，不採起訴認否程序，不承認被告之自白等於民訴之認諾。(3)以裁判為中心→不採公判中心、公判集中主義。亦即，調查證據不以在審判期日(公判庭)為限。(註：在九十二年修法後，此特徵應不復存在。因修正條文第二七三條對準備程序中應處理事項已明文加以規定，其中不包括「證據之調查」，且觀諸第二七四條修正理由，更明確指出證據調查應在審判程序中為之，故修正後的刑事訴訟法應是以公判為中心。)(4)採自由心證主義→不採法定證據主義。

(二)關於當事人主義之特徵：(1)檢察官負實質舉證責任(§§161 I II)、(2)賦予當事人調查證據聲請權及詢問權(§163 I)。

162、告發原則(或稱控訴制度、訴訟制度、彈劾制度)之涵義。

答：

刑事訴訟之架構可分為糾問原則與告發原則兩種，前者係指由法官包辦所有刑事訴追工作，從偵查犯罪、蒐集證據、拘捕被告、調查證據、審理案件至判決，均由法官為之；後者則係將犯罪之告發與審判機關任之。由告發原則之刑事訴訟架構，演進出現代刑事程序之告發原則，其涵義為：(1)國家之刑事訴訟權，需由二個各自獨立之機關行使，一負責追訴犯罪，一負責審理犯罪。(2)法院須有告發機關之告發，始可開始審理，不能依職權開始審判。我國刑事訴訟法之相關規定：(1) §17、(2) §268、(3) §264、§266、(4) §379、(5) §344。

163、何謂無罪推定原則？

答：

無罪推定原則可說是刑事訴訟制度最重要的指導原則。基於此一原則，被告在刑事程序中毋須主動證明自己無罪，因為被告本由法律推定為無罪；若要推翻這個法律效果，必須使審判者獲致的心證達到「毫無合理懷疑」的程度。我國早期的判例見解有認為「審理事實之法院，對於被告之犯罪證據，應從各方面詳予調查，以期發現真實，苟非調查之途徑已窮，而被告之犯罪嫌疑仍屬不能證明，要難遽為無罪之判斷(二五上三七〇六)」，顯然採取了「有罪推定原則」！晚近的判例則有變更，主張凡法院對於被告被起訴的犯罪事實尚有合理的懷疑時，即應維持由法律推定的被告無罪效力，判決被告無罪(七六台上四九八六)。在九十二年修法前，關於無罪推定原則規定於本法一五四條中；惟為確保被告受無罪推定原則之保障，故參酌世界人權宣言及各國立法例，將文字加以修正，增訂於一五四條第一

項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪」，即為我國刑事訴訟法中關於無罪推定原則之落實。

164、何謂土地管轄、牽連管轄、事物管轄？有何情形，得使無管轄權之法院有管轄權？

答：

(一)土地管轄：以土地區域劃分同級法院管轄刑事案件之分配。主要係為被告之利益便宜而設，且係基於現代法治國法定法官原則之要求，避免經由對審判者之操控而控制審判結果。土地管轄之有無，以起訴時為準，故若起訴後被告變更住居所，法院之管轄亦不因此改變(刑訴五)。

(二)牽連管轄：基於訴訟經濟與兼顧被告利益，使具有相牽連關係之不同一案件，由其中一管轄法院合併管轄或合併審判(刑訴六)。

(三)事物管轄：定第一審法院行使具體審判權之界限，亦即定「不同級」法院刑事案件之分配。原則上地方法院具第一審管轄權；惟刑訴第四條但書之案件，高等法院具第一審管轄權。

(四)使無管轄權之法院有管轄權之情形如下：(1)合併管轄及合併審判：數同級法院或不同級法院之案件，具有牽連關係，為適合訴訟經濟之要求，及被告之利益，在固有管轄權之案件，因與他案相牽連，而他案件尚未連繫屬於有管轄權之他法院時，得合併由一法院管轄，該法院本無管轄權，因而取得相牽連案件之管轄權。相牽連案件已繫屬於數法院亦同(刑訴六)。(2)指定管轄：有管轄權之法院經確定裁判為無管轄權，而無他法院管轄該案件者，依刑事訴訟法第九條規定，指定其管轄法院。(3)移轉管轄：本無管轄權者因移轉管轄而取得管轄權(刑訴十)。

165、何謂辯護人之固有權？何謂辯護人之代理權？

答：

(1)固有權(原始權限)：(1)係指基於辯護人之地位而賦予之權限，行使此項權利並不受被告或犯罪嫌疑意思之拘束。可分狹義固有權及與被告同享之權利(共有權、共享權)。(2)狹義固有權(專屬權)：刑訴三三：閱卷權、刑訴三四：接見通信權(交通權)、刑訴四九：記錄權。(3)與被告同享之權利(共有權)：刑訴一五0 I 前段、二一九、二四五 II、二七三 I、一六八之一 III：在場權、刑訴一六三 I、一六六 I：詢問、詰問權 刑訴一六三 I：調查證據權、刑訴二七五：證據提出權、刑訴二八九 I：辯論權。

(2)代理權(傳來權限)：(1)此項權利本屬於被告，由辯護人代為行使，辯護人行使此項權限，本應尊重被告之意思，原則上不得與被告明示之意思相反。(2)例外得獨立：獨立的代理權：得與被告之明示意思相反。如：具保停止羈押之聲請(刑訴一一0)、對審判長或受命法官處分之聲明異議(刑訴二八八之三 I)。從屬的代理權：得與被告之之默示意思相反。如：上訴之聲明(刑訴三四六)。(3)訴訟行為之性質專屬於被告一身者，則不許辯護人代為之，如：犯罪之自白或其他不利之陳述。

166、何謂強制辯護(或稱必要辯護)? 試述強制辯護案件之範圍及違反強制辯護規定之法律效果。

答：

- (1) 強制辯護又稱必要辯護，刑事訴訟法上規定某些案件為應用辯護者即屬之；若欠缺辯護，其裁判即屬違法。
- (2) 強制辯護之案件(刑訴三一 I)：最輕本刑為三年以上有期徒刑之案件。高等法院管轄第一審案件。被告因智能障礙無法為完全之陳述者。
- (3) 違反強制辯護之法律效果：強制辯護案件，無辯護人到庭者，不得審判。但宣示判決，不在此限(刑訴二八四)。屬於判決當然違背法令之事由之一(刑訴三七九第七款)。其未經選任辯護人或雖經選任辯護人而於審判期日無正當理由不到庭者，審判長應指定公設辯護人為其辯護或擇期再審。若辯護人有正當理由不到庭，但法院仍指定辯護而辯論終結，係訴訟程序違背法令。

167、何謂案件單一性? 何謂案件同一性?

答：

案件單一性：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。亦即，在實體法上為一個刑罰權，在訴訟法上為一訴訟客體，具有不可分性。而刑罰權對於每一被告之一犯罪事實而發生，故案件之單一性係指被告單一與犯罪事實單一。亦即，案件單一性係指一個案件(一被告、一犯罪事實)在程序法上之效果。亦即實體法上為一個具體刑罰權，訴訟上則為一個訴訟客體，不可割裂行使，因此產生「起訴不可分」、「上訴不可分」之效力(§§267、320、348 II)。而案件同一性：係比較二部犯罪事實是否屬於同一既判力範圍之問題，以避免既判力抵觸。所謂同一既判力範圍，即是指「同一案件」，被告同一，犯罪事實同一。

168、試述簡式審判程序之適用要件及效果。

答：

- (一) 為避免因刑事訴訟制度改採當事人進行原則，造成案件積壓遲延，亦可減輕法院負擔，故對符合特定要件之案件，以簡式程序進行審判，以有效利用司法資源。
- (二) 適用要件(刑訴二七三之一 I)：(1) 須被告所犯之罪非死刑、無期徒刑、最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪或為高等法院管轄第一審之案件。(2) 須於準備程序進行中，被告就被訴事實為有罪之陳述。
- (三) 效果：(1) 不適用刑訴一五九之傳聞法則。(2) 為簡化調查證據程序，不受刑訴一六一之二、一六一之三、一六三之一及一六四至一七0條文所定調查證據之次序、方法、程序之限制。(3) 法院裁定進行簡式審判程序後，認為有不得或不宜者，應撤銷原裁定，依通常程序進行審判(刑訴二七三之一 II)，並應更新審判程序；惟若當事人無異議時，可不更新審判程序(刑訴二七三之一 III)。

169、第二審上訴之構造，立法例上有所謂「覆審制」、「續審制」、「事後審制」，其意涵為何？我國現制為何？

答：

(一)第二審上訴之構造，立法例有三：(1)覆審制：以第二審為覆審，反覆前審之審判。其審理方法與初審無異，但注重事實之重新審理，因此在上訴審，當事人提出以前未提出之對其有利之證據，法院即可對其提出之證據重新為事實之審理。(2)續審制：繼續前審判決前之審理程序，再依新提出之證據作為補充而為審判者。其不僅是承認前審審判之效力，且認為上訴審為初審之延續，故其所注重者，仍係事實之審理。(3)事後審理：依據前審之紀錄以審查原判決當否，亦即，事後審查第一審判決認定事實與適用法律有無違誤。其不注重事實之調查，僅憑前審之書證以審查原判決，故在事後審提出新證據，非法律所許。

(二)我國第二審採覆審制：由§364規定可知，第二審之審理方法，原則上與第一審無異，其審判係反覆第一審之審判。同時，依§366規定，第二審法院在上訴範圍內，皆可重覆調查，可見我國現制採覆審制。換言之，以地方法院為事實初審，高等法院為事實覆審，最高法院為法律審。(註：我國現制中第二審雖覆審制，但將朝向事後審制修正，請各位隨時注意修法內容。)

170、審判筆錄與偵查筆錄有何不同？

答：

(一)內容不同：審判筆錄依刑事訴訟法第四十四條規定之事項記載之。偵查筆錄依刑事訴訟法第四十一條第一項規定之事項記載之。

(二)製作程序不同：偵查筆錄應向受訊問人朗讀並令其閱覽，並應命受訊問人簽名、蓋章或按押印。審判筆錄無刑事訴訟法四十一 I、IV規定。

(三)效力不同：審判筆錄具有法定證據之效力，為認定審判期日訴訟程序進行與否之證據，法院無依其自由心證判斷其證明力之餘地(刑訴四七)。偵查筆錄本質上為傳聞證據，依刑訴一五九 I 之傳聞法則本不具證據能力。惟若符合一五九之一至一五九之五之例外規定，則具證據能力，至其證明力如何，由法院依自由心證判斷之。

(四)時間不同：審判筆錄在審判期日時製作。偵查筆錄在審判期日前製作。

171、試說明回復原狀之要件。

答：

(一)回復原狀之意義：訴訟行為，有應於一定期間內為之者，如於法定期間經過後始為該訴訟行為，而可使其發生與在期間內所為之行為同樣效力者，為訴訟行為之回復。

(二)回復原狀之要件：(1)得以聲請回復原狀之期間(§§68、70)：因遲誤上訴、抗告或聲請再審期間。遲誤聲請撤銷或變更審判長、受命法官、受託法官裁定；或檢察官命令之期間。遲誤聲請再議之期間。(2)主觀要件 — 非因過失(§67)：即當事人或代理人之所以遲誤訴訟行為之期間，係具有不可歸責於當事人之事由所致，例如道路交通因颱風土石流而中斷，當事人無法如期為訴訟行為。(3)聲請回復原狀之期間 — 五日：聲請回復原狀須於遲誤之原因消滅後五日內為之。此項聲請回復原狀期間雖為法定期間，但遲誤此項期間者，無從再聲請回復原狀。(4)聲請回復原狀之程序：聲請回復原狀，應於原因消滅後五日內，以書狀釋明原因及消滅時期；依所遲疑期間之種類，分別向原審法院(上訴、抗告及聲請再審期間)、該管法院(準抗告期間)或原檢察官(再議期間)為之；並應同時補行應為之訴訟行為，以便合併裁判。

172、何謂法官保留原則？其與強制處分有何種關係？

答：

(一)法官保留原則：一般又稱「令狀原則」，係指由超然中立之法官決定強制處分之發動，其他擔當刑事訴訟程序之國家機關，特別是檢察官，僅具聲請權。強制處分之法官保留原則，其目的在於防範國家機關濫用權力，並保障一般人民之基本權。由法官決定強制處分權之實施與否，將比由檢察官決定，更能達到上述目的，因：(1)若偵查機關握有強制處分之決定權，則較容易為求達到偵查犯罪之目的，而濫用強制處分權。(2)就制度保障而言，法官受有獨立性原則之保障，此外，法官於執行職務時，亦受法定法官原則與聽審原則之拘束，故較檢察官更能確保人民權益。(3)基於分權制衡之原則，特別是在偵查階段採行法官保留原則，聲請者與審查者不同，可互相制衡。

(二)與強制處分之關係：強制處分之主體為國家機關，依強制處分之決定與執行，可分為決定機關與執行機關。在1997年12月之前，強制處分之決定機關，在偵查階段係以檢察官為主，審判階段以法官為主。但在1997年底因應釋字392號而修法後，將偵查中關於羈押之准駁、撤銷、停止、延長、再執行羈押及其他各項關於羈押決定之處分權限，交由法院行之，改採「絕對法官保留」。於2001年初，立法者將偵查中之搜索處分改由法官核發搜索票，偵查機關僅有發動無令狀搜索之權限，即採行「相對法官保留」。

173、一般拘提之要件為何？

答：

指依刑訴法§§77至80之規定所為之拘提，須以有拘票為前提，故又稱「要式之拘提」，與不以拘票為前提之「緊急拘提」相區別。一般拘提之原因(一般拘提之要件、拘提之理由)：

(一)經合法傳喚之拘提：刑事訴訟法第七十五條規定：「被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，得

拘提之。」其中規定「得拘提之」，故命拘提與否，檢察官、審判長或受命法官有斟酌之權。至於被告所犯罪名輕重，在所不問。

(二)不得傳喚之逕行拘提(刑訴七六)：被告犯罪嫌疑重大，而有下列情形之一者，得不經傳喚逕行拘提：(1)無一定之住、居所、(2)逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者、(3)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、(4)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。

174、司法警察官或司法警察於偵查犯罪時，得緊急拘提(即逕行拘提)之情形及程序各如何？

答：

- (一)司法警察官或司法警察於偵查犯罪時，得緊急拘提之情形：依刑事訴訟法第八十八條之一第一項規定：「檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：(1)因現行犯之供述，且有事實足認為供犯嫌疑重大者。(2)在執行或在押中之脫逃者。(3)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一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限。(4)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、嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者。」
- (二)得逕行拘提之程序：依§88-1 II 規定：「前項拘提，由檢察官親自執行時，得不用拘票；由司法警察官或司法警察執行時，以其急迫情況不及報告檢察官者為限，於執行時，應即報請檢察官簽發拘票。如檢察官不簽發拘票時，應即將被拘提人釋放。」§88-1 III 規定：「§130及§131 I 之規定，於第一項情形準用之。但應即報檢察官。」§88-1 IV 規定：「檢察官、司法警察官或司法警察，依第一項規定程序拘提之犯罪嫌疑人，應即告知其本人及家屬，得選任辯護人到場。」

175、何謂通緝？被告通緝之要件為何？通緝之效力若何？

答：

- (一)意義：因刑事被告逃亡或藏匿，通緝機關通知其他機關拘提或逮捕，解送指定處所，所為之強制處分，稱通緝。
- (二)要件：必須有被告逃亡或藏匿之事實存在。蓋通緝所生之損害，遠較拘提為大，故必須審慎為之。
- (三)效力：(1)通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之。利害關係人，得逕行逮捕通緝之被告，送交檢察官、司法警察官或請求檢察官、司法警察官逮捕之(§87 I、II)。(2)拘提或因通緝逮捕之被告，應即解送指定之處所。如二十四小時內不能達到指定之處所者，應分別其命拘提或通緝者為法院或檢察官，先行解送較近之法院或檢察機關，訊問其人無無錯誤(§91)。被告

因逮捕到場者應即時訊問。偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自逮捕之時起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之(§93)。(3)通緝於其原因消滅或已顯無必要時，應即撤銷(§87Ⅲ)。

176、何謂搜索？有何限制？又於夜間亦得入內搜索之處所有幾？試分述之。

答：

(一)所謂「搜索」，係指以「發現被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物」為目的，而對被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，施以搜查檢索之強制處分。搜索可發現被告、犯罪嫌疑人，俾利拘提、逮捕；搜索可發現應扣押之物，而以強制力取得物之占有(扣押)。故搜索是扣押之手段(藉以發現證據及保全證據)，亦是拘提、逮捕被告之執行方法(手段)。

(二)搜索之限制：(1)對身體搜索之限制(§123)。(2)對物件搜索之限制(§126)。(3)對處所搜索之限制：應得允許(§127)。住宅搜索應限於日間(§146)。住宅搜索應有人在場(§§148、149、150)。

(三)於夜間亦得入內搜索之處所：(1)無人居住或看守之住宅或其他處所(§146 I 本文反面解釋)。(2)經承諾者(§146 I 但書)。(3)有急迫之情形者。(4)特殊期間：日間已開始搜索或扣押者，得繼續至夜間(§146Ⅲ)。(5)特殊處所(§147)：假釋人住居或使用者。旅店、飲食店或其他於夜間公眾可以出入之處所，仍在公開時間內者。常用為賭博、妨害性自主或妨害風化之行為者。

177、何謂證據？何謂證據能力？刑事判決確定後，發現認定犯罪事實所採用之證據並無證據能力，此時有無救濟之方法？試逐一析述之。

答：

(一)證據：刑事訴訟是確定具體刑罰權之有無與範圍而進行之程序，以認定事實、適用法律為主要任務。而認定事實須仰賴證據(§154Ⅱ)，依證據始得認定事實，事實明瞭，始能正確適用法律。故證據，係使事實達於明瞭之憑藉(原因)。

(二)證據能力：而使事實明瞭之過程，稱為證明。要使事實明瞭，須先有證據方法。所謂證據方法，係指使事實明瞭所得利用為推理要素之物體，可分為人的證據方法(如：證人、鑑定人)與物的證據方法(如：文書、物證)。何種資料可為證據方法，即得為證據方法之資格，稱為證據能力(證據適格)。

(三)依刑事訴訟法第一百五十五條第二項規定，無證據能力，未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。否則，其審判則為違背法令，如於判決確定後始發現，得提起非常上訴；如具有再審原因者，仍可依再審程序聲請再審(大法官會議釋字第一四六號解釋)。

178、何謂犯罪之自首？其與犯罪之自白有何不同？並說明其法律上之效果。

答：

(一)自首之意義：自首者，乃犯罪人於犯罪被發覺前，自行向偵查機關報告自己犯罪事實，請求接受

法律之制裁之謂也。其要件為：(1)須犯罪人自己向偵查機關報告犯罪之事實。(2)須有願受法律制裁之意思。(3)須於犯罪未被發覺前為之。

(二)自首與自白之不同：(1)時間不同：自首須於犯罪未被發覺前，或雖然發覺而未知犯人為誰前為之。自白則概於犯罪被發覺後，犯人已被確知時，方可能為之。(2)方式不同：自首可以口頭或書面為之，若能達到自首之機關，則託人轉達，亦無不可。自白則需親自供述。(3)對象不同：自首須向檢察官、司法警察官、及其他有偵查權之機關為之。自白則可向偵查機關為之，亦得向審判機關為之。(4)效果不同：自首者，依我現行刑法之規定，必減其刑。自白則須法律有特別規定者，始得減其刑。

179、何謂「偵查終結」？檢察官起訴書或不起訴處分書之製作與否，是否影響偵查終結之效力？

答：

(一)偵查終結之意義：所謂偵查終結，係指有檢察官職權之人，依法終結偵查程序作成起訴(§251 I，包括聲請簡易判決處刑(§449 I))、不起訴(§252-§255)或緩起訴(§253-1)之處分而言。司法警察(官)之宣告破案，非偵查終結。

(二)偵查終結之基準：偵查是否終結，係以公告為準。亦即，檢察官之偵查程序雖因其已就偵查案件為起訴、不起訴或緩起訴處分，只需對外公告，即屬有效，該起訴書、不起訴處分書或緩起訴處分書之製作與否，係屬程序問題，不影響終結偵查之效力，故檢察官之起訴、不起訴或緩起訴處分，既已公告，即對外表示，自公告之時起即生終結偵查之效力，與書記官已否製作起訴書、不起訴處分書、緩起訴處分書正本送達無關(院字2550)。

(三)偵查終結之例外：(1)移轉偵查(§250)。(2)停止偵查：犯罪是否成立或刑罰應否免除，以民事法律關係為斷者(§261)。自訴後之偵查(§323 II)。(3)犯人不明(§262)。

180、我國刑事訴訟法對於犯罪之追訴，兼採國家追訴主義與被害人追訴主義(公訴與自訴)，試簡述其區別。

答：

我國刑事訴訟法關於犯罪之訴追採起訴雙軌制，即兼採國家訴追制與被害人訴追制，除檢察官外，犯罪之被害人亦可提起自訴：

(一)公訴：刑事訴訟法第二百五十一條第一項規定：「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。」公訴，亦即代表國家之檢察官，請求法院對犯罪嫌疑人，確定其刑罰之有無及其範圍之訴也。

(二)自訴：為犯罪之被害人與其有一定身分關係之人所提起之刑事訴追。刑事訴訟法第三百一十九條第一項規定：「犯罪之被害人得提起自訴。但無行為能力或限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之。」自訴之提起，應委任律師行之(刑訴三一九 II、三七 II)。

(三)公訴與自訴之區別：(1)公訴由代表國家之檢察官為原告，此其所以為公益所在；自訴乃以犯罪之被害人為原告，此其所以為私人之訴的私益所在。(2)公訴之前須偵查，認為有犯罪嫌疑，始提起公訴；而自訴不須經偵查程序。(3)提起公訴，檢察官之起訴書直接送達於被告；自訴時亦須以自訴狀為之(因已委任律師為代理人，故不得以言詞提出自訴，且自訴狀與起訴書相同皆須記載所犯法條)，自訴人之自訴狀應按被告之人數製作繕本，隨同原本提出法院。

1 檢察官檢察官以被告所犯屬重罪且有串供之虞為由，依刑事訴訟法第101聲請羈押，法院審訊後，卻以被告有逃亡之虞為由予已准許，該裁定是否合法？以被告所犯屬重罪且有串供之虞為由，依刑事訴訟法第101聲請羈押，法院審訊後，卻以被告有逃亡之虞為由予已准許，該裁定是否合法？

答：偵查中檢察官聲請羈押之案件，有無羈押之原因及羈押之必要由檢察官依職權判斷，但是法官審查時並不受檢察官聲請意旨之拘束，法官仍應依其職權為適當之判斷及處置。所以本題檢察官以被告所犯屬重罪且有串供之虞為由，依刑事訴訟法第101(預防性羈押)聲請羈押，法院審訊後，卻以被告有逃亡之虞為由(一般性羈押)予已准許，該裁定合法無誤，不用懷疑。

二、請問古董搶盜案，司法警察持搜索票(內載應扣押物：古董等犯罪所得)至被告倉庫進行搜索，將該批古董予以扣押後，並進一步發現疑似犯罪工具之尖刀與綁繩，對尖刀與綁繩，得否予以併扣？

答：依刑事訴訟法第128條第二款：搜索，應用搜索票。搜索票，應記載下列事項，應搜索之被告、犯罪嫌疑或應扣押之物。但被告或犯罪嫌疑不明時，得不予記載。警察持內載應扣押物之搜索票，將該批古董予以扣押，關於該批古董是本案可為證據或得沒收之物，固得扣押之。警察持內載應扣押物之搜索票，將該批古董予以扣押，關於該批古董是本案可為證據或得沒收之物，固得扣押之。另依刑事訴訟法第137條：檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索或扣押時，發現本案應

扣押之物為搜索票所未記載者，亦得扣押之。既題目中已述明尖刀與綁繩為疑似犯罪工具，雖然於搜索票中並未記載，司法警察依第137條仍可扣押之。

三、停止羈押後，檢察官認有刑事訴訟法第117條第1項所定事由而聲請法院再執行羈押，此再執行羈押之裁定，可否由受命法官單獨為之(抑或應由合議庭之法院為裁定使屬合法)?

答：羈押之決定有兩種方式：

1. 由獨任法官所為之羈押：(包括偵查中之值日法官)，其性質系屬裁定，如有不服，應向上級法院提起抗告。
2. 由合議庭之審判長、受命法官所為之羈押：其性質屬於處分，如有不服，應向原審法院(合議庭)提起准抗告(刑訴416)。

本題：可由受命法官單獨為羈押裁定，也可由合議庭為羈押處分，請注意是處分不是裁定！

四：問甲男乙女租屋同居，甲之妻丙知悉後，報警抓姦但表明"僅告乙一人"，其告訴效力是否急於甲?事後，丙與乙達成和解，撤回告訴，該撤回告訴之效力是否及於甲?

答：告訴之效力告訴乃論之罪，如僅對於共犯中之一人或犯罪事實之一部告訴者，其效力是否及於其他共犯或其他犯罪事實?是否為告訴之效力所及之範圍。客觀效力(犯罪事實)：就犯罪事實之一部告訴者，其效力及於其他之犯罪事實，係訴訟法上之當然結果。主觀效力(共犯)：對共犯一人告訴或撤回告訴效力及於其他共犯：因告訴或撤回告訴僅係就犯罪事實表示是否請求訴追之意思，係就犯罪事實為之，不允許僅對特定之被告為之，其效力依刑訴239之規定，及於其他共犯。甲之妻丙知悉後，報警抓姦但表明"僅告乙一人"，其告訴效力仍然及於甲，不受告訴人表明"僅告乙一人"之限制!立法理由：共犯彼此間對於犯罪本具有互相利用之關係，為求偵查之便利及訴追條件之充實，自無庸對共犯逐一告訴。告訴之對象乃犯罪事實而非犯罪人，雖告乃罪之立法意旨係在於尊重告訴權人訴追與否之自主意思，然此僅指告訴權人對於犯罪事實之告訴與否有決定權，而非對犯罪人有選擇告訴之權。

撤回告訴之效力：

主觀效力：告乃罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。但刑法239之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。丙與相姦人乙達成和解，丙撤回對乙告訴，該撤回告訴之效力及於配偶甲，但反之夫妻達成和解，丙撤回對甲之告訴，則效力並不及於相姦人乙!!(第3者是不可原諒的，如果對第三者都原諒了，配偶當然要原諒)

五、請問，情況急迫下，檢察官親自依刑訴法第88條之1執行拘提時，應否於拘獲嫌犯後，自行補具拘票?

答：緊急拘提：(無須使用拘票)1. 共犯嫌疑2. 在押脫逃3. 盤查逃逸4. 重罪虞逃P親自執行不用自行補具拘票司法員警(官)執行：應即報請檢察官簽發拘票。如檢察官不簽發時。應即將被拘提人釋放(刑訴88-1#2)。

六、請問，證人於警察調查時為陳述，但檢察官與法院傳喚時，因出差國外始終未到庭，該警察詢問之筆錄，得否為被告有罪之證據?

答：依刑事訴訟法第159-3條(審判中被告以外之人於調查中所為陳述之證據能力)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：

- 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。

七、請問，行反詰問時，對證人得否為與主詰問無關事項之詰問?

答一 依第166-2條之規定，反詰問應就主詰問所顯現之事項及其相關事項或為辯明證人、鑑定人之陳述證明力所必要之事項行之。行反詰問於必要時，得為誘導詰問。

二 再依本條立法意旨，反詰問之作用乃在彈劾證人、鑑定人供述

之憑信性，及引出在主詰問時未揭露或被隱瞞之另一部分事實，而達發見真實之目的，爰依據我國刑事訴訟法第一百六十七條第一項，並參考日本刑事訴訟規則第一百九十九條之四第一項之規定，於本條第一項規範反詰問之詰問範圍，以資明確。行反詰問時，因證人、鑑定人通常非屬行反詰問一造之友性證人，較不易發生證人、鑑定人附和詰問者而為非真實供述之情形，故允許為誘導詰問。再者，

從另一角度觀察，經由反對詰問程序而發現證人、鑑定人於主詰問時之供述是否真實，透過誘導詰問，更能發揮推敲真實之效果。然而，行反詰問時，證人、鑑定人亦有迎合或屈服於詰問者意思之可能或遭致羞辱之危險。因此，對於反詰問之誘導詰問亦應有適當之規範，即於必要時，始得為之。爰參考日本刑事訴訟規則第一百九十九條之四第二項之法例，增訂本條第二項，以資適用。至於何種情形為「必要時」，則由審判長裁量。

三 綜上所述，對證人行反詰問的範圍在於，

- (一) 主詰問所顯現之事項及其相關事項。
- (二) 辯明證人、鑑定人之陳述證明力所必要之事項。
- (三) 例外於審判長認定必要時的誘導詰問。

是故行反詰問時，不得對證人為與主詰所問無關事項之詰問

八、請問，經彰化地檢署檢察官移轉於臺中地檢署偵查後，臺中地檢署檢察官向彰化地院起訴該案件，彰化地院審理時依法應由彰化地檢署之檢察官蒞庭實行公訴，該案件判決後，應向何地檢署送達始為合法？

答：送達處所：檢察官：依刑訴58之規定，對於檢察官之送達，應向承辦檢察官為之；承辦檢察官不在辦公處所時，向首席檢察官為之。如僅將文書交付於檢察官之辦公處所，其送達並非合法。所謂「承辦檢察官」，基於檢察一體之原則，並不限於原起訴或蒞庭之檢察官，凡於送達時依法有收領及受理該項送達文書之職掌者均包括在內！本例不論向彰化地檢署檢察官或向臺中地檢署檢察官送達均屬合法！！！！

九、甲駕車不慎撞傷機車騎士乙\丙二人，乙告訴甲過失傷害，經判決甲有罪確定後，同一法院就丙另告訴甲過失傷害部份，應如何判決方為適法？

答：甲駕車不慎撞傷乙丙二人係為一行為觸犯二個過失傷害罪屬想像競合犯想像競合犯屬裁判上的一罪縱僅就一部事實起訴依審判不可分之原則起訴效力及於全部自不得再就丙的部分再行對甲起訴本題既然乙告訴甲過失傷害業經判決有罪確定則就丙另行告訴部分再行起訴顯有違起訴程序之規定法院自應為不受理判決

十、偵查中，檢察官至羈押期間屆滿前二日始發現而緊急聲請延押，法院受理後亦准許延押，但合法送達於看守所內被告時，以係期間屆滿之次日，此一延押裁定是否有效？

答：羈押期滿，未經合法送達延長羈押(刑訴108#2)，檢察官或法院應將被告釋放，不得命具保、責付或限制住居。本題送達於看守所內被告時，已期間屆滿之次日，是未於羈押期滿前合法送達，不必裁定，當然撤押，應將被告釋放（擬制撤押）。

十一、被告以外之人於司法警察調查中所為之陳述，可否採為證據？試說明之

答：原則是不得採為證據，但有例外規定，請參見條文。刑事訴訟法第 159 條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。前項規定，於第一百六十一條第二項之情形及法院以簡式審判程序或簡易判決處刑者，不適用之。其關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，亦同。第 159-2條被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或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，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。159-3條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：

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。

十二、刑事訴訟法第176條之1規定：「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。」其中，「法律另有規定者」所指為何？

- 答：1. 因公務關係之拒絕證言：刑訴法第一七九條
2. 因業務關係之拒絕證言：刑訴法第一八二條
3. 因身分關係之拒絕證言：刑訴法第一八〇及一八一條
4. 因不自證己罪之拒絕證言：刑訴法第一八一條

### 十三、何謂「緩起訴處分」？

答：定義：對於有證據要提起公訴的案件暫時不起訴。時間：91年刑事訴訟法修正通過緩起訴制度的處遇。目的：落實微罪不舉精神、減少訴訟、紓解法院審判案件的壓力。要件：刑事訴訟法第二百五十三條之一規定，被告犯死刑、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，得對被告定一年以上三年以下緩起訴處分。交換緩起訴項目：檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行下列八種事項：

1. 向被害人道歉。
2. 立悔過書。
3. 向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。
4. 向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定金額。
5. 向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。
6. 完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。
7. 保護被害人安全之必要命令。
8. 預防被告再犯所為之必要命令。

### 十四、被告以外之人於司法警察調查中所為之陳述，可否採為證據？

答：依刑事訴訟法(以下稱本法)第159條，除法律另有規定外，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，不得作為證據。據此，除非法律有另外規定，否則被告以外之人，於司法警察調查中所為之陳述，不得採為證據。復查本法第159-2條，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，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。又同法第159-3條亦明文，被告以外之人於審判中，若有以下四種情形：

- 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。其先前於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。承上，被告以外之人，於司法警察調查中所為之陳述，若有刑事訴訟法第159-2、159-3之情事者，例外得採為證據。

問：法律研究所碩士研究生甲的電腦被竊，其指導教授乙以甲的法定代理人身分向檢察官提出告訴，指稱鍾男、張三和李四三人共同竊取甲的電腦。檢察官偵查後，以罪證不足為由，對鍾男、張三和李四三人作成不起訴處分。乙就該不起訴處分向該檢察官直接上級法院檢察署檢察長聲請再議，原檢察官認為聲請有理由，自行撤銷不起訴處分，對鍾男、張三和李四三人提起公訴，但起訴書被告欄誤將「鍾男」之名寫成「鐘南」，而張三和李四之名因列印出了問題，竟呈現空白；起訴書理由欄中謂：「於二〇〇二年二月二日深夜，鐘南、張三和李四三人共同竊取被害人甲之電腦」，依刑法第三百二十條第一項以其犯「竊盜罪」提起公訴。訴訟繫屬後，檢察官和鍾男私下自行於審判外進行「協商」，雙方合意：鍾男自白犯「竊盜罪」；檢察官請求法院為免刑判決。一審法院不顧檢察官之免刑判決請求，仍合議逕以鍾男犯「結夥竊盜罪」的「罪證不足」為由，作成無罪判決。

### 十五、乙得否就該不起訴處分聲請再議？

答：乙不得就該不起訴處分聲請再議，因為依據刑事訴訟法 256條規定，提起再議之人限於「告訴人」，而甲業已成年，乙並非告訴人之法定代理人。

### 十六、就一審法院而言，被檢察官提起公訴的被告是誰？

答：就一審法院而言，被檢察官提起公訴的被告為「鍾男」，雖然檢察官起訴書被告欄誤將「鍾男」之名寫成「鐘南」，但是依據通說表示說，姓名的誤寫並不影響起訴的效力。

### 十七、一審法院審理後所認定的「案件」為何？

答：一審法院審理後所認定的「案件」為：「被告鍾男於二〇〇二年二月二日深夜，與另案被告張三

和李四二人共同竊取被害人甲之電腦」的犯罪事實。

十八、甲殺人之後，其子乙出面頂替，自承為兇手，檢察官受其矇蔽，以乙為被告提出公訴，審判中發覺兇手為甲，問法院可否傳甲到案審判？並述其理由。

答：1、何謂頂替，例如，真正的犯罪人是甲，但是乙卻出面頂替，並以乙之名到案應訊。

2、因乙以其名到案應訊，故檢察官會將乙並以乙名起訴。起訴後，閣下可以知道，訴訟關係存在於乙，而不存在於真正的犯罪人甲。

3、若審判中發現乙係頂替時，如何處理？

(1)法院應對乙為『無罪判決』，但其另犯之頂替罪(刑法第164條第2項)，由檢察官另行偵查、起訴。

(2)至於甲的部分，起訴的效力並不及於甲，故訴訟關係並不存在於甲，如此，法院自『不得』對甲審判。若法院竟對甲審判，則屬『未受請求之事項予以審判』之訴外裁判，判決確定前可上訴救濟，判決確定後可非常上訴救濟。

(3)法院對甲之部分不得審判，係因對甲並沒有起訴之故，因此，對甲之部分，若檢察官另行再起訴的話，法院『自可』對甲加以審判。

十九、有鑑於竊賊猖獗，治安敗壞，北市某里長接受政府補助，於該里主要巷道裝置錄影監視器，竊賊不知此事，某日趁白天無人之處，以油壓剪破壞門鎖，入內竊取古董，其破壞門鎖及得手逃逸等行動皆被錄影氣清楚拍下，試問該影帶可否作為日後法院認定犯罪之證據??

答：關於該影帶是否為證據幫你做如下探討

一. 試從證據三階論.. 證據. 證據能力. 和證據證明力來分析

1. 影帶是否符合證據?依我國刑事訴訟法第154條我國是採無罪推定主義第2項犯罪事實要依證據認定. 無證據不得認定之而該影帶確實有拍到竊賊以油壓剪破壞門鎖, 入內竊取古董, 其破壞門鎖及得手逃逸等行動固該影帶可為證據

2. 該影帶是否有證據能力依刑訴155條第2項採嚴格證明法則也就是積極的合法調查該證據是否符合5大嚴格證明客體之證物里長接受政府補助, 於該里主要巷道裝置錄影監視器. 並無不法.. 故該影帶可經由鑑定和勘驗來得之具有證據能力

3. 該影帶是否有證據證明力依刑訴155條第一項該證據的證明力由法院本於確信自由判斷也就是法院自由心証但不能違背經驗和論理法則因此由法官來認定該影帶是否有證據證明力

二. 綜上結論該影帶是否作為日後法院認定犯罪之證據. 從證據三階段論証可為證據並無不法

二十、嫌犯丙被懷疑涉及多項竊案，經警逮捕到案。接受詢問時，在警察說服下，丙表明放棄緘默與不用聘任律師。偵訊至下午五點，警察告知丙，偵訊快結束，是否同意夜間詢問。丙深信不疑而同意夜間詢問。不料偵訊至半夜，丙受不了，要求聘任律師與撤回同意夜間詢問。試問丙之要求行為與撤回行為，在理論與實務上，有何法律上之效果？

答：刑事訴訟規定，不得夜間訊問顧名思義，是當事人，是沒有義務接受疲勞轟炸。其立法的宗旨目的是為了保持詢問程序的公正性，

公平性，合理性。人道主義。也為了防範，偵察機關，使用嚴刑逼供，而得到結果的可議性。。刑事訴訟法 第 100- 3 條 司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。稱夜間者，為日出前，日沒後。若於夜間訊問犯罪嫌疑人，違反大法官解釋384號刑事訴訟訊問之正當程序，得拒絕之。但有左列情形之一者，不在此限：

一 經受詢問人明示同意者。

二 於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。

三 經檢察官或法官許可者。

四 有急迫之情形者。

犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。而精神狀況欠佳，時候，的確可以撤回夜間詢問回歸刑事訴訟法 100- 3 原點，已經毫無例外情況可言

## 第一題

◎實務上所謂無效判決之意義及情形各為如何？可否依法定程序請求救濟？試析述之。

答：

### 壹、意義

所謂無效判決乃法院所為已成立之判決，因具有重大瑕疵，致無從對外發生效力者。

### 貳、種類

無效判決之情形可分別如下：

#### 4 訴訟關係尚未發生者

- (1) 未經起訴之判決。
- (2) 未經上訴之判決。

#### 5 訴訟關係已經消滅者

- (1) 二重判決：對繫屬之刑事案件先後為二次判決。
- (2) 撤回上訴或起訴後之判決。

#### 6 其他情形之無效判決

- (1) 非依法律而對法人誤為刑事訴訟法第三〇三條第一款以則之判決。
- (2) 對於死亡之被告或已不存續之法人誤為第三〇三條第五款以外之判決。
- (3) 對於被告無審判權卻誤為第三〇三條第六款以外之判決。
- (4) 欠缺事物管轄卻為第三〇四條以外之判決。

### 參、救濟途徑

應分別情形論述：

- 一、判決未確定時，如有合法上訴，上級法院仍應予以撤銷，惟上述一、二係違反控訴原則不告不理之情形，則不另為其他之諭知。
- 二、判決已確定時，依大法官會議釋字第一三五號得起非常上訴。

## 第二題

◎案件經上訴被上訴法院發回更審，原審法官對被發回案件之審判應否迴避？試說明之。

答：

參與前審之裁判，乃以參與前審判決或定之法官為限。惟何謂「前審」，向有「拘束說」與「審級說」之爭執：

### 3 拘束說

重在維護裁判之自縛性，本裁判一次性之原則，案件既經其裁判，即應受其拘束，其裁判之是否允當，法官不應再作不同認定，故不應許其再參與。因此，所謂前審，應指「前次」言，即法官曾參與當事人所聲明不服案件之裁判，包含下級審、同級審與上級審。此說較符法官迴避之立法目的，使當事人得受公平審判，否則當事人本於憲法第十六條訴訟權之審級救濟權利即無從落實保障。

### 4 審級說

重在確保當事人之審級利益，認刑事案件之採審級制度，係使當事人對下級審之裁判有所不服，得利用上級審請求救濟，如在下級審已就該案件參與裁判之法官，於上級審仍許其執行職務，審級制度失其存在之意義，因此，稱前審應指下級審而言，至同級審或上級審則不屬之，釋字一七八號採之。

## 第三題

◎警察實施臨檢盤查勤務性質究屬單純行政權運作，抑或兼具刑事訴訟處分之特質，試就法治國原則之概念說明之。

答：

### 1 概念

警察參與社會治安工作，可分為事前之危害預防和事後之犯罪偵查，前者如巡邏、守望、值班等屬行政權之運作，通常並未直接干預人民之基本權利，故毋庸特別由法律或法院加以拘束；後者如逮捕、搜索、告押等屬刑事偵查程序的一環，涉及基本權之干預應依法律保留原則，須有法律授權為依據，並依法定程序為之。在此二者之間亦存有灰色地，如警察為前階段工作時，執行過

經常因之干預人民基本權，而為逮捕、搜索、扣押等行為，此灰色地帶之警察勤務即是盤查。

## 2 盤查處分

綜上所陳，盤查乃是們於預防性與干預性，行政法(警察法)與刑事訴訟法之處分，典型之警察盤查可分為攔阻(相對→逮捕)、盤詰(相對→偵訊)、檢視或檢查(相對→搜索)，其他尚包括路檢臨檢及集體(掃蕩式)盤查等，其可謂結合了多種強制處分之干預性行為，惟我國就此原僅有警察勤務條例，而無具體之授權、條件及程序之規定，因之易衍生警察借盤查之名規避法治國原則之限制拘束之情形，致有合憲與否之爭。嗣於釋字五三五號後則制定有警察職權行使法。

## 3 盤查之立法與執行

詳閱大法官會議釋字第五三五號解釋及警察職權行使法。

## 第四題

◎ 甲、乙係同胞兄弟，乙竟夥同無親屬關係之第三人丙，其同竊取甲之財物得逞；嗣因分贓不均，乙又將丙毆打成傷(輕傷)。但甲丙均未提出告訴。試問；檢察官對於乙之犯罪，可否逕行偵查起訴？理由何在？試申述之。

答：

### 11 檢察官得為偵查不得起訴

按檢察官知有犯罪嫌疑而開始偵查，並不以客觀事實是否存在為必要。依刑事訴訟法第二二八條第一項規定，檢察官因告訴、告發、自首或其他情事，知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。故告訴、告發或自首均乃檢察官開始偵查之原因，縱未經告訴、告發或自首，及因其他情事，知有犯罪嫌疑者，亦得開始偵查。至於告訴乃論之罪，其告訴為追訴條件，並非偵查條件；故本例中，乙所犯之親屬竊盜罪及對丙之傷害罪，雖屬告訴乃論之罪，檢察官亦得不持告訴而逕行開始偵查程序。

### 22 檢察官之處理

起訴乃係檢察官請求法院對於特定被告之特定犯罪事實，以確定刑罰權為內容所為之訴訟上請求。惟檢察官提起公訴應具備訴訟條件及處罰條件，如有所欠缺，即應為不起訴處分。而於告訴乃論之罪，告訴既為偵查之原因，亦為追訴條件，告訴乃論之罪乃欠缺告訴者，檢察官無庸為任何處分。故本題案例因未經有告訴權人提出告訴，檢察官雖可開啟偵查程序，但無庸為任何處分，且亦不得提起公訴，否則即屬形式訴訟條件欠缺，法院應依本法第三〇三條第三款論知不予受理判決。

## 第五題

◎ 甲提起自訴謂其所有之建物被乙強行拆毀，但經法院調查結果，甲對該建物並無所有權或管領權，試由法院對該自訴應如何判決？

答：

### 3 實體判決說

刑事訴訟法第三一九條所稱之被害人，只須自訴人所訴被告犯罪事實，在實體法上認其為被害之人為已足，至該自訴人實際曾否被害及被告有無加害行為，並非自訴成立之要件(本院四十六年台上字第一三〇五號判例參照)。甲自訴其建築物，因乙之犯罪行為而受有侵害，其自訴即已成立。雖其係與該建築全然無關之人，法院仍應為實體上之審判，認被告不成立犯罪而諭知無罪，不得逕予諭知不予受理。

### 4 不受理判決說

按「犯罪之被害人得提起自訴」刑事訴訟法第三一九條第一項前段定有明文。故必須係因犯罪而被害之人，始得提自訴；非因犯罪被害之人，不得提起自訴，乃當然之解釋。該條項所稱犯罪之被害人，以因犯罪而直接被害人之人為限制，於財產法益被侵害時，必為其財產之所有權人，或對於該財產有事實上管領力之人，因他人之犯罪行為，而其管權受有侵害時，始能認為直接被害之人(本院六十八年台上字第二一四號判例，三十二年非字第六八號判

例參照)。甲自訴其建築物被乙強行拆毀，法院既已查明甲並非該建築之所有權人，亦非有管領權之人，應認其並非因犯罪而直接被害之人，逕予諭知不受理之判決(最高法院八十年第三次刑庭決議採之)。

#### 第六題

- ◎ 確定判決僅就起訴之犯罪事實論罪科刑，對檢察官認係裁判上一罪之他部分犯罪嫌疑事實函請併案辦理部分，未一併審判。非常上訴意旨認原判決有刑事訴訟法第三七九條第十二款所定「已受請求之事項未予判決」之違法，試問非常上訴審法院如何判決？

答：

按本題乃涉及檢察官函請併辦未經起訴他部之性質為何，此實務有不同見解：

甲說：刑事訴訟法第三七九條第十二款所謂已受請求之事項未予判決，其在一審法院係指起訴、自訴(或反訴)之事項而言。至案件起訴後，檢察官認有裁判上一罪關係之他部分之事實，函請併辦，此項公函非屬訴訟上之請求，目的僅在促使法院之注意，注意如果併同審判，係因審判不可分法則之用所使然，如認不成立犯罪或無裁判上一罪關係，縱其未為任諭知及說明，亦不能指為違法(最院八十二年第八次刑庭決議採之)。

乙說：犯罪事實之一部分已經提起公訴，檢察官復發現在部分犯罪事實，認為與已起訴部分有連續犯關係，移送原審併審理部分，則未予審判，難謂無已受請求之事項未予判決之違背法令，應係第四四七條第二項規定撤銷原判決，由原審法院依判決前程序更為審判。

淺見以為，應視非常上訴審審理結果而定，若認起訴部分與函請併辦部分為裁判上一罪，則依乙說；反之，則採甲說。

#### 第七題

- ◎ 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？

答：

##### 1 被告之確定

本於訴訟結構控訴原則之精神：不告不理與告即應理，法院僅得就檢察官起訴之被告與犯罪事實而為審判，刑事訴訟法第二六六條規定「起訴效力，不及於檢察官所指被告以外之人」即屬之，亦即法院於審判時應就審判對象之被告予以確定，而此項確定被告之標準，有如下不同見解：

11 表示說：此說以檢察官起訴書所記載之人為被告。

22 行動說：以法庭所實際審判之人為被告。

33 併用說：以表示說為原則，記載錯誤時則採行動說，此為通說見解。

#### 第八題：

- ◎ 自由刑停止執行有哪些情形？

答：

##### 3 依刑事訴訟法第四六七條規定

受徒刑或拘役之諭知而有下列情形之一者，依檢察官之指揮，於其痊癒或該事故消滅前，停止執行：

11 心神喪失者。

22 懷胎五月以上者。

33 生產未滿二月者。

44 現罹疾病，恐因執行而不能保其生命者。

##### 4 另有學者認為上開所陳僅屬例示規定，下列情形亦得由檢察官斟酌停止執行

11 年逾八十，且身體衰弱。

22 祖父母或父母年逾八十，或患有重病或殘廢，且除受刑人外無人照顧。

33 子女或孫子女年幼，且除受刑人無人照顧。

## 第九題

◎ 我國刑事訴訟制度係採國家追訴模式，試申其義並說明例外之規定。

答：

### 1 國家追訴模式

國家追訴模式，乃認為犯罪應由國家本於職權追訴與處罰。因犯罪之追訴涉及公益，且國家擁有刑事司法權，故國家本於職權有權力與義務追訴與處罰犯罪，而不受被害人所拘束，亦不待人民請求。現行法係以國家追訴模式為原則，刑事訴訟法第二二八條第一項規定：「檢察官……知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」

### 2 國家追訴原則之限制

- 11 或請求乃論之罪：此犯罪必須以被害人或其他告訴權人提出告訴，國家才能合法追訴。例如，配偶間之強制性交罪、通姦罪、普通傷害罪或過失傷害罪、侵入住宅罪、侮辱或誹謗罪、特定親屬間之竊盜、侵占、詐欺或背信罪。因之若欠缺合法告訴，檢察官應為不起訴處分；若提起公訴，法院亦應為不受理判決。惟告訴乃論罪之告訴，乃是訴訟條件，而非偵查條件。檢察官或司法警察(官)知有犯罪嫌疑者，仍應開查或調查。
- 22 自訴案件：為避免檢察官濫權不追訴犯罪，現行法肯定犯罪之被害人可以提起自訴。惟應委任律師為自訴代理人。然縱使是被害人提出自訴，亦不能免除國家機關追訴犯罪之義務，因而，法院應將自訴案件之審判期日與判決通知或送達檢察官，檢察官亦得協助自訴與當自訴，且對自訴案件之判決得獨立上訴。

## 第十題

◎ 何謂傳喚與通知，試比較二者之異同區別。

答：

### 1 定義

- 11 傳喚：指命一定的訴關係人於一定之時日至一定之處所到場應訊，其對象包括被告、證人、鑑定人、通譯、自訴人、被害人、代理人或其家屬；如係被告，經合法傳喚無正當理由不到場，得命拘提；又倘為三〇六條、第三七一條情形，法院得不待其陳述逕行判決。
- 22 通知：其本質同傳喚，對象包括檢查官、辯護人、輔佐人及司法警察對犯罪嫌疑人調查犯罪情形和蒐集證據時，通知到場(亦稱約談)，若犯罪嫌疑人經合法通知無正當理由不到場者，得報請檢察官核發拘票，交果同傳喚。

### 2 通知與傳喚之異同

- 11 性質：前者屬任意處分，後者屬強制處分。
- 22 決定機關：前者為法院或司法警察機關之主管長官，後者為檢察官、審判長、受命法官。
- 33 實施方式：前者為通知書，後者為送達傳票，當面告知或陳明到場。
- 44 實施對象：前者為偵查犯罪檢察官、辯護人、輔佐人、犯罪嫌疑人，後者為被告、證人、鑑定證人、鑑定人、通譯、自訴人及被害人。
- 55 不到場效果：前者對犯罪嫌疑人得報請檢察官核發拘票，後者對被告、證人得拘提。

## 第十一題

◎ 我國刑事訴訟法就告押之強制處分有何規定，試詳述之。

答：

按告押指為保全可為證據或得沒收之物，而對其暫時間有之強制處分。

### 3 客體

包括可為證據之物及得沒收之物。

### 4 參與機關

- 11 決定機關：偵查審判中均為法官，由法官於搜索票上記載扣押標的物。
- 22 執行機關：司法警察(官)、檢察事務官、檢察官、法官，無論令狀扣押，實施後均須製作扣押收據交予相對人。

### 5 種類

- 11 附帶扣押：檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索或扣押時，發現本案

應扣押之物為搜索票所未記載者，亦得告押之。

- 22 另案扣押：實施搜索或扣押時，發現另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。
- 33 囑託扣押：搜索或扣押，得由審判長檢察官囑託應行搜索、扣押地之法官或檢察官行之。受託法官或檢察官發現應在他地行搜索、扣押者，該法官或檢察官得轉囑託該地之法官或檢察官。
- 44 強制告押：應扣押之所有人、持有人或保管人無正當理由拒絕提出或交付或抗拒扣押者，得用強制力扣押之。

#### 6 程序

令狀與證件之出示、扣押之在場及通知、扣押之必要處分、扣押筆錄制作、交付收據。

#### 7 限制

- 11 比例原則：應先依第一三三條第二項命其提出或交付，方可再依第一三八條規定使用強制力。
- 22 公務物件：第一三四條第一、二項。
- 33 郵件電報：第一三五條。

### 第十二題

◎ 檢察官起訴後在客觀上產生如何效力？請分別說明之。

答：

本於控制原則，法院應在檢察官之起訴範圍內為判決，此範圍包含主觀面(被告)與客觀面(犯罪事實)，茲就起訴之客觀效力，分別敘明如後：

#### 3 全部事實已起訴者

- 11 檢察官以數罪起訴，法院亦認數罪時，應全部審判，如有漏判應聲請補判。
- 22 檢察官以數罪起訴，法院認係一罪時，亦應全部審判，如有漏未判決，屬刑事訴訟法第三七九條第十二款之判決當然違背法令，應上訴救濟。
- 33 檢察官以一罪起訴，法院認數罪時，應同上揭一之處理情形。
- 44 檢察官以一罪起訴，法院認數罪時，如一部有罪，他部無罪、免訴或不受理時，實務見認為僅於主文中為有罪諭知，其餘理由說明即可，惟若一部無罪，他部免訴或不受理，則應分別諭知。

#### 4 僅就一部事實起訴者

- 11 法院認數罪時，因非單一案件效力不及於未起訴部分，即無本法第二六七條起訴不可分之情形。
- 22 法院認一罪時，若起訴部分與未起部分均有罪，則起訴效力及於未起訴部分，法院均予以審判，然如係起訴部分有罪，未經起訴部分無罪、免訴、不受理，或起訴部分非認有罪而未起訴部分有罪，則二者間自非單一案件均無審判不可分關係，即無本法第二六七條適用，法院不得就未經起訴部分為審判。

### 第十三題

◎ 乙因遭蒙面歹徒侵入私宅強制性交，檢察官幾經調查乃以證人身份傳訊乙之前任男友甲，檢察官認甲涉嫌重大，惟為避免甲有所警覺無法取得其供述，故自始均以證人身份訊問，迨至偵查終結始將甲改列被告提起公訴，並引用甲不利己之供述為證；試問：1. 檢察官踐行之程序合法否？2. 法院得否採甲於偵查中之陳述為裁判基礎？

答：

#### 1 被告與證人在刑事訴訟上地位及法律上之權利與義務

##### 11 被告在刑事訴訟上之權利與義務

- (1) 權利：聽審權、辯護權、在場權、聲請調查證據權、對質與詢問與詰問權、救濟權、緘默權及自由陳述權，此等權利藉由刑事訴訟法第九五條告知義務之踐行而開啟，均屬憲法第八條正當法律程序所保障之權利。
- (2) 義務：在場、對質、忍受強制處分之義務。

##### 22 證人在刑事訴訟上之權利義務

- (1) 權利：領取證人旅費、有限制之拒絕證言權利及不具結權利。
- (2) 義務：到場、陳述、具結真實之義務

### 33 小結

綜上可知，被告與證人之訴訟上權利保護有甚為明顯差異，惟因於偵查中極易為偵查人員規避法律所利用，致犯罪嫌疑人無形中喪失法律程序對其所為之保障，故偵查中被告地位形成之判定，不應任由偵查人員主觀認知，而應藉由客觀程序進行之種類與程度為斷；被告地位一旦形成即應踐行本法第九五條告知義務而啟動其權利保障程序。故本件檢察官之偵查程序即不合法。

### 2 違反效果

檢察官違反本法第九五條告知義務乃有本法第一五八條之四之適用，且隱瞞心中真意而蓄意詐欺甲使其陷於錯誤而為陳述，亦違反本法第一五六條第一項之不正訊問禁止之規定，則甲於偵查中之自白供述即屬證據絕對禁止之範疇而不具證據能力，法院不得採為判決基礎。

## 第十四題

◎ 乙、丙二人共犯擄人勒贖殺人、則其二人所涉案件是否屬相牽連案件？又相牽連案件應如何合併審判？

答：

### 1 牽連管轄

所謂牽連管轄乃使具有相牽連關係之不同案件，由其中一具管轄權之法院合併管轄審判。

#### 11 對象

- (1) 一人犯數罪
- (2) 數人共犯一罪或數罪。
- (3) 數人同時在同一處所各別犯罪。
- (4) 犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪。

#### 22 處理方式

##### (1) 繫屬：合併管轄

1. 同級：依刑事訴訟法第六條第一項規定，得合併由其中一法院管轄。
2. 不同級：依本法第六條第三項規定，得合併由上級法院管轄。但本法第七條第三款之情形，不在此限。

##### (2) 繫屬：合併審判

1. 同級：本法第六條第二項規定，裁定將案件移送於其中一法院審判，如有不同意者由共同之直接上級法院裁定。
2. 不同級：本法第六條第三項規定，上級法院得以裁定命其移送上級法院合併審判，惟此可能影響被告之審級利益。但第七條第三款之情形，不在此限。

### 2 合併審併

#### 11 合併審判之要件

- (1) 審判權相同：若一歸軍法審判、一歸司法審判則不得合併。
- (2) 訴訟程序相同：若一為公訴程序、一為自訴程序；或一為通常程序、一為簡易程序；或一為一般刑案、一為少年事件則不得合併。
- (3) 訴訟程序相同：
  1. 通說：須各案件均在判決前方得合併。
  2. 少數說：以原繫屬法院對該案件是否開始調查證據為準。

#### 22 違反效果

- (1) 誤相牽連案件為同一案件：為不受理判決之法院，其檢察官得再行起訴。
- (2) 誤同一案件為相牽連案件：受移送法院應對移送案件為實體判決，並對後繫屬部分依第三〇三條第二款為不受理判決。

◎ 7某週刊擬於即將發行之當期刊登載甲記者撰稿涉及國家安全機密之報導文章，事為國安局知悉轉知高檢署，由該署檢察官持法院核發之搜索票指揮搜索該週刊社，嗣並當場扣押即將發行之當期刊物三千本，試問該搜索、扣押程序是否合法？

答：

#### 12 搜索之門檻

按依刑事訴訟法第一二二條第一、二項之規定，對被告或犯罪嫌疑人之搜索須於「必要

時」為之，至對第三人索之門檻則限「有相當理由」，通說均認對第三人之搜索牽連廣大且屬嚴重干預非被告身分之人民之基本權利，故搜索發動之門檻應較被告更為嚴格，即「相當理由」之程度應高於「合理之懷疑」。

#### 22 媒體搜索之合法性

搜索媒體屬對第三人之搜索，以本題為例，撰稿記者甲為犯罪嫌疑人，其所屬之週刊社即為第三人，學者認為對媒體搜索應注意如下問題：

33 拒絕證言權：如媒體消息來源得自特定人，此人信賴媒體不會揭露來源，則媒體享有拒絕證言權，即不應成為搜索對象；惟若係其自行採訪所得，自無拒絕證言權。

44 比例原則：如得以其他方式取得證據資料，即不應逕以對媒體搜索或扣押，以符合比例原則，如：可先請求交付。

故本題之搜索程序是否合法合宜從上開說明依具體情形判斷之。

#### 5 對雜誌刊物之扣押似未合法

11 依本法第一三三條第一項規定，扣押之客體為證據或得沒收之物。次依刑法第三八條之規定，供犯罪所用或供犯罪預備之物及因犯罪所得之物以屬於犯人者為限方得沒收，至違禁物則無此限。惟本題之雜誌刊物非屬違禁物，且為週刊社所(第三人)有，門犯罪嫌疑人(記者甲)所有故不得依得沒收之物沒收。

22 若將當期雜誌列為證據而予扣押，雖符合比例原之適合性，惟扣押三千本雜誌當證據顯有違其必要性，是認高檢署扣押三千本當期刊物之程序於法未合。

### 第十五題

◎甲向鄰宅縱火後，翌日向警方自首坦承犯行，警方詢問後應否將甲解送地方法院檢察署？如甲被詢問後欲自行離去時，司法警察及檢察官得採取何種措施？

答：

#### 12 司法警察之措施

按依刑事訴訟第二二九條第二項及第三項規定司法警察官將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送，被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送」。惟甲既係自行到案接受警方詢問，顯然遽認有事實足認其有逃亡之虞，是以淺見認為司法警察應不得將甲解送地方法院檢察署，僅得將該案移送該管檢察官。

#### 22 檢察官之措施

承上述，甲經警方詢問後，應自行離去。然本案例甲係向司法警察自首，非向檢察官為之，此際檢察官係僅得於甲受詢問後立即由司法警察特其簽發之傳票立時傳甲到場，再依訊後之情形，分別命具保、責付、限制住居或當場予以逮捕，而向法院聲請羈押。

### 第十六題

◎10試述承受訴訟與擔當訴訟之意義，並言二者區別之點。

答：

#### 1 承受訴訟之意義

依刑事訴訟法第三三二條規定，自訴人於辯論終結前喪失行為能力或死亡者，得由第三一九條第一項所列得為提起自訴之人，於一個月內聲請法院訴訟。即由得為自訴人之承受訴訟，取代原自訴人之地位，其訴訟關係並未消滅僅係訴訟主體之更易。故原自訴之要件是否欠缺，仍以原自訴人為斷，並不因其承受而補正。

#### 2 擔當訴訟之意義

檢察官擔當自訴人在自訴程序上為訴訟行為，其在訴訟上僅居於代理人地位，又其擔當關係之存在，乃以有法定原因之存在為前提；故自訴案件，雖經檢察官擔當訴訟，而其擔當原因消滅時，自訴人仍得續行其訴訟行為，並不因檢察官之擔當訴訟，而喪失其為當事人之地位；依我國刑事訴訟法之規定，擔當訴訟之原因包括有：

11 自訴人於辯論終結前死亡而無承受訴訟之人或逾期不承受者。

22 自訴人於辯論終結前喪失行為能力者。

33 因兵役被徵入營者。

#### 3 兩者之區別

- 11 擔當訴訟係由檢察官為之；承受訴訟係由自訴人之法定代理人、直係血親或配偶為之。
- 22 檢察官擔當訴訟僅居於代理人地位，而其擔當原因消滅時，自訴人仍得續行其訴訟行為，並不因檢察官之擔當訴訟而喪失其為當事人之地位。至承受訴訟，承受訴訟之人係自為當事人，屬訴訟主體之更易，原當事人之當事人地位消滅。
- 33 擔當訴訟之檢察官對於自訴判決係根據本法第三四七條之規定獨立上訴，非依本法第三四四條，蓋其非取代原自訴人地位；至承受訴訟人則根據第三四四條獨立提起上訴。
- 44 在擔當訴訟於其擔當原因消滅後，自訴人仍得續行其訴訟行為。至承受訴訟，自訴人之當事人地位一經承受，訴訟主體即生更替，原自訴人無從回復其當事人地位。
- 55 擔當訴訟時，法院通知檢察官擔當訴訟；至承受訴訟時，由承受主體於一個月內向法院聲請承受。

## 第十七題

◎ 何謂罪疑唯輕原則與無罪推定原則？二者間具有何種關係，試申論之。

答：

### 4 疑唯罪輕原則

所謂罪疑唯輕原則，又稱「有疑，唯利被告」之原則，係指關於實體犯罪事實之認定，法院若已竭盡所可之證據方法，而仍無法證明者，應為對被告有利之認定。亦即，法院依照調查證據之結果，心證上並無法排除有利被事實之合理懷疑時，就應為該有利被告事實的認定。現行法雖未明文規定「疑唯罪輕原則」

，亦即法律並未要求法院在無法確證之時，必須為對被告有利之認定。

### 5 無罪推定原則

無罪推定原則之涵義，乃是被告在法律上被證明有罪之前，應被推定為無罪。亦即，被告之罪責必須於合乎訴訟規則之程序，被證明至令法院產生確信之心證程序後，法院始能對其為有罪判決；依刑事訴訟法第一五四條規定「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實」。

### 6 二者間之關係

罪疑唯輕原則，評價證據之後，亦即依照調查證據程序所得並且以自由心證加以評價之後，方能適用之原則，故並不適用於偵查機關；反之，無罪推定原則支配法院形成有罪確時點之前之所有程序，包括偵查程序，亦即，偵查機關仍然應認遵守無罪推定原則。

罪疑唯輕原則之適用，僅存在於「事實領域」的疑問，不包含「法律問題」的疑義。故被告不得主張基於罪疑唯輕原則，法院應採取有利於被告之法律解釋見解。

## 第十八題

◎ 依九二年修正之刑事訴訟法規定，當事人(檢察官、自訴人、被告或犯罪嫌疑人)或訴訟關係人(告訴人、辯護人)得分別於審判或偵查程序中聲請證據保全，試說明其內涵、程式與執行為何？

答：

按證據保全亦為本次修法所增設之新制，其係基於預定提出供調查之證據有湮滅、偽造、藏匿或礙難使用之虞時，為能有助實體真實發現與保障被告防禦權之目的，依訴訟進行之階段，由告訴人、被告、犯罪嫌疑人或辯護人向檢察官，或由當事人、辯護人向法院提出聲請，使檢察官或法院為一定之保全處分，此等為防止證據滅失或發生礙難使用情形之預防性措施，即類同急迫搜索、扣押及羈押之強制處分之部分法定理由般，在確保刑事追訴、審判程序之順暢進行。依修正新法所設計之證據保全程式可因訴訟進行階為偵查或審判而異：

### 1 偵查中之證據保全

由告訴人、犯罪嫌疑人、被告或辯護人向該管檢察官或調查中司法警察(官)所屬機關所在地方法院檢察官以書狀載明法定事項並釋明理由，聲請為搜索、扣押、鑑定、勘驗、訊問證人或其他必要保全處分，此時檢察官除認聲請不合法或無理由予以駁回外，基於保全證據之急迫性，應於五日內為保全處分；惟縱檢察官駁回聲請或未於五日內為保全處分，聲請人尚得逕向該管法院聲請保全證據以資救濟，法院對該聲請於徵詢檢察官之意見後，倘認不合法程序得命補正，法律上不應准許或無理由者，應以裁定駁回，若有理由則為准許保全證據之裁定。

## 2 審判中之證據保全

限第一審法院審判中，由被告、辯護人、檢察官或自訴人在第一次審判期日前聲請法院或受命法官為之，

其聲請程式與裁定情形則與偵查階段同。至第一次審判期日後式第二審判中，若有保全證據之必要者，立法理由謂於審判期日聲請法院調查證據已足，然保全證據與調查證據之性質迥然有異，證據既有湮滅、偽造、變造、隱匿或礙難使用之虞，而有亟欲保全之急迫情事，如何能待審判期日再行聲請調查？故是項限制規定實有商榷餘地

## 3 證據保全之執行

偵查中檢察官欲為保全處分，除搜索處分可能有令狀搜索需另向法院聲請搜索票，或急迫搜索另於事後呈報法院審查外，其執行應無困難；至若係偵查或審判中經法院裁定准許之保全處分，依新法第二一九條之八明文準用本法搜索、扣押、證據與訊問之相關規定即可，而實施保全證據程序中，原則上聲請人並有在場權。

## 第十九題

◎ 何謂「預防性羈押」？並請從「刑事訴訟之目的」說明「預防性羈押」之正當性或必要性為何？

答：

(1) 所謂預防性羈押依刑事訴訟法第一〇一條之一規定，被告經法官訊問後，認為犯下列各款之罪，其嫌疑重大，有事實足認為有反覆實施同一犯罪之虞，而有羈押之必要者，得羈押之。但其須告訴乃論，而未經告訴或其告訴已經撤回或已愈告訴期間者，不在此限。

(2) 目的與檢討

1. 羈押之目的：羈押之主要目的在於保全刑事審判與執行之進行，亦即在確保被告於刑事程序中始終在場，並確保刑事偵查及審判機關得從事犯罪事實之調查與認定。
2. 規定之檢討：由於羈押為刑事程序中最有效之保全手段，因之羈押被擴張濫用為偵查手段以迫使被告範，且亦常將其作為提前應報犯罪或安撫被害人之刑事政策措施；此外，羈押常被濫用為預防犯罪之保安監禁措施；上述二種事由均超出保全被告與證據之目的，違反無罪推定原則，更使被告難獲無罪判決，實現公平正義。任何干預限制人民基本權力之強制處分均須有合理之目的，始符合憲法第二十三條之要求，故除非有明確證據得認定被告前已多次反覆實施同一犯罪，基於維持社會秩序或增進公共利益之適合性與必要性考量，方得認許預防性羈押之正當性。

## 第二十題

◎ 何謂「事物管轄」？試述刑事訴訟法有關事物管轄之規定。

答：

### 3 涵義

所謂事物管轄乃以案件種類定第一審管轄權之法院，即定不同級法院刑事案件之分配，法院對事物管轄權之有無判斷，自起訴時至最終裁判時，隨時均應依職權調查之。

### 4 相關規定

現行刑事訴訟法就事物管轄之相關規定，有：

- 11 刑事訴訟法第四條：地方法院於刑事案件，有第一審管轄權。同條但書：「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。即其事物管轄法院不包括地方法院。」
- 22 同法第二五八條之一第一項：告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。
- 33 同法第三七六條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴第三審法院，則其所列案件之事物管轄法院即不包括最高法院。
- 44 第一審屬高等法院管轄案件，依同法第三一條第一項之規定屬強制辯護案件，依同法第二八四條規定，未經辯護人到庭不得審判，否則即屬同法第三七九條第七款之判決當然違背法令。又此等案件亦不得聲請簡易判決、協商判決，且不得進行簡式審判程序。
- 55 違背本法事物管轄之規定者，即屬同法第三七九條第四款之判決當然違背法令。

一、被告於何種情形下應許可其具保停止羈押？停止羈押時應命其遵守何種事項？

何種情況下得命再執行羈押？

答：聲請具保停止羈押之准駁與否，由法院審酌裁量之，茲將應許可其具保停止羈押、停止羈押時應遵守之事項及得命再執行羈押之情形分述如後：

(一) 許可具保停止羈押：

1、認為其聲請有理由者。

2、羈押之被告有左列情形之一者，如經具保聲請停止羈押，不得駁回（第114條）：

(1) 所犯最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者。但累犯、常業犯、有犯罪之習慣、假釋中更犯罪或依第101條之1第1項羈押者，不在此限。

(2) 懷胎5月以上或生產後2月未滿者。

(3) 現罹疾病，非保外治療顯難痊癒者。

1 停止羈押時應遵守之事項：近年來有部分案件，因被告保外就醫之後從事與交保原因不符之社會活動，於社會上引起議論與批評，嚴重打擊國民對於司法正義之期待，故刑事訴訟法於89年2月9日增訂第116條之2，規定法院於許可停止羈押時，得命被告應遵守下列之事項：

1、定期向法院或檢察官報到。

2、不得對被害人、證人、鑑定人、辦理本案偵查、審判之公務員或其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、家長、家屬之身體或財產實施危害或恐嚇之行為。

3、因第一百十四條第三款之情形停止羈押者，除維持日常生活及職業所必需者外，未經法院或檢察官許可，不得從事與治療目的顯然無關之活動。

4、其他經法院認為適當之事項。

(三) 再執行羈押：依89年2月9日修正公布之刑事訴訟法第117條之規定，停止羈押後，有下列情形之一者，得命再執行羈押：

1、經合法傳喚無正當之理由不到場者。

2、受住居之限制而違背者。

3、本案新發生第101條第1項、第101條之1第1項各款所定情形之一者。

4、違背法院所定依前條所定應遵守之事項者。

5、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，被告因第114條第3款（現罹疾病，非保外治療顯難痊癒者）之情形停止羈押後，其停止之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。

二、何謂逮捕拘提前置主義？其立法理由為何？我國刑事訴訟法上有何規定？

答：有關逮捕拘提前置主義，茲分述如後：

1 定義：所謂「逮捕拘提前置原則」係指被告或犯罪嫌疑人於被聲請羈押前，應先經合法之逮捕拘提手續，如欠缺此項手續，其後續之聲請羈押手續則屬違法。

(二) 立法理由：按憲法第8條第1項規定，人民之身體自由應予保障。第2項復規定，人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於24小時內移送該管法院審問。而採此原則之主要目的在於保障人身之自由，使羈押程序受到法院之嚴格雙重審查，亦即被告之羈押係經「逮捕拘提」及「聲請法院核准」雙重手續，如此方足以保障人權。

(三) 我國法制上之規定：

1、依刑事訴訟法第93條第2項之規定，偵查中經檢察官訊問後，認為有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起24小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押。

2、依刑事訴訟法第228條第3項規定，被告經傳喚、自首或自行到場者，檢察官於訊問後，認為有101條第1項各款或第101條之1第1項各款所定情形之一而無羈押之必要者，得命具保、責付或限制住居。但認有羈押之必要者，得予逮捕，並將逮捕所依據之事實告知被告後，聲請法院羈押之。其立法理由乃因依憲法第8條第2項及司法院大法官釋字第392號解釋意旨，其經逮捕後之嫌犯，方有移送法院審問羈押之可言，由於本項被告未經拘提或逮捕，爰明定此時檢察官不得聲請法院羈押，以重人權。

3、依刑事訴訟法第229條第3項規定，被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者不得解送。此係為保障人權，對於非現行犯、通緝犯或拘提到案之人犯，規定不得解送檢察官處理。

三、對於被告或犯罪嫌疑人之搜索與對於第三人之搜索，有何不同？試說明之。

答：搜索者，檢察官、審判長或受命法官，為發現被告或犯罪證據物件及可得沒收之物，對於被告或

第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，施以搜索檢查之強制處分。搜索可發現應扣押之物，故搜索是扣押之手段，亦是拘提、逮捕之執行手段。依刑事訴訟法第122條第1項規定，對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住所或其他處所，必要時得搜索之。同條第2項規定，對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住所或其他處所，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。所謂「必要時」及「相當理由」，茲比較如下：

- (一) 第122條第1項，對於被告或犯罪嫌疑人之搜索，以「必要時」作為得搜索之要件，如無搜索之必要則不得搜索之。由於搜索之目的在於取得證明被告犯罪事實之證據，故所謂「必要時」，自應指達成此一搜索目的之必要而言，換言之，「必限於有合理之根據」得認為被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住所或其他處所，藏（存）有得作為犯罪或與之相關之證據時（95·2·9司法院頒「法院辦理刑事訴訟應行注意事項」第63點），始得對之加以搜索，否則即屬不法之搜索。所謂「合理之根據」，例如根據證人之供述、可靠之線民之通報、觀察被告之舉止動作、根據以合法手段所取得之其他證據、依據犯罪現象之情況、目擊證物或贓物被藏匿等等，此均屬所謂合理之根據。
- (二) 第122條第2項，對於被告或犯罪嫌疑人以外之第三人之搜索，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」，作為搜索之條件，如無「相當理由可信為應扣押之物存在」即不得為搜索。所謂有「相當理由」，非以搜索者主觀標準判斷，尚須有客觀之事實為依據，其與「必要時」，本質上並無不同，僅程度上之差異而已，換言之，搜索人員認為「可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在之根據或證據」，比搜索被告或犯罪嫌疑人之情形更高，即「相當理由」之標準比「必要時」之標準為高（95·2·9司法院頒「法院辦理刑事訴訟應行注意事項」第63點），且屬於「搜索前」之判斷問題，而不是「搜索時或搜索後」之判斷問題。

四、警察甲與乙於巡邏時，發現某棟大樓人員出入異常，且出入者各個衣著時髦，門口皆有人為之接送。當下甲乙兩人判斷該處為高級應召站無異，經向分局報備後，隨之直接衝入搜索。其結果，發現該處為一專供時尚婦女為主之職業詐騙賭場，逮獲主持者與多名賭客外，併取出多項賭具與籌碼賭資。試問甲乙搜索行為之合法性為何？取得之相關賭博證據，其法律效果為何？

答：搜索者，檢察官、審判長或受命法官，為發現被告或犯罪證據物件及可得沒收之物，對於被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，施以搜索檢查之強制處分。本題案例司法警察甲乙之搜索行為是否合法，關鍵在於其搜索是否符合刑事訴訟法第131條第1項不要式搜索之要件，另其所取得相關賭博證據之法律效果亦與搜索之合法性有關，茲詳述如後：

(一) 甲乙之搜索是否合法：

1、依刑事訴訟法第131條第1項之規定，有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：

- (1) 因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認為被告或犯罪嫌疑人確實在內者。
- (2) 因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。
- (3) 有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。

2、本題案例司法警察甲乙二人，僅向分局報備即入內為無令狀之搜索，此際既未得被搜索人之同意，又非執行被告、犯罪嫌疑人之逮捕、拘提或羈押，且依題目案例所示又不具急迫性，其未經報請檢察官許可後向法院聲請核發搜索票，僅向分局報備，與上揭刑事訴訟法第131條第1項不要式搜索之要件不符，是以本案甲乙之搜索並不合法。

(二) 甲乙所取得相關賭博證據之法律效果：

1、刑事訴訟法第152條之規定，實施搜索或扣押時，發現另案應扣押之物，亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。

2、惟應注意者，上揭另案扣押之規定，係指合法搜索之情形，本題案例甲乙之搜索並不合法已如前述，故其對賭具與賭資之搜索扣押即屬非法，依刑事訴訟法第131條第4項、第

155條第2項及第158條之4規定，無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，故法院於審判時，得宣告上開扣押之物不得作為證據。

#### 【相關法律條文】

1、刑事訴訟法第130條，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。

- 2、刑事訴訟法第131條第1項，有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：
  - (1) 因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認為被告或犯罪嫌疑人確實在內者。
  - (2) 因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。
  - (3) 有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。
- 3、依刑事訴訟法第131條第2項，檢察官於偵查中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、湮滅或隱匿之虞者，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。
- 4、刑事訴訟法第131條之1規定，搜索經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。
- 5、刑事訴訟法第131條第4項，第1項、第2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。
- 6、刑事訴訟法第155條第2項，無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。
- 7、刑事訴訟法第158條之4，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。

五、竊案發生，警方調查結果發現甲涉嫌竊盜，將甲移送地檢署。檢察官認為甲有羈押之情形，但無羈押之必要時，應為如何之處置？

答：羈押者，乃拘禁被告於看守所，在一定時間內剝奪其行動自由，以防止其逃亡及保全證據，完成追訴、審判及執行之目的強制處分。依刑事訴訟法第93條第2項之規定，偵查中經檢察官訊問後，認為有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起24小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之。同條第3項但書規定，如認有第101條第1項或第101條之1第1項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得逕命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居而有必要者，仍得聲請法院羈押之。茲分述如後：

- (一) 具保：指偵查中之檢察官或審判中之法官，於訊問被告或犯罪嫌疑人後，認為其有羈押之原因但無羈押之必要者，命其提出保證書或保證金後而停止羈押之謂。羈押之被告及得為其輔佐人之人或辯護人，得隨時具保向法院聲請停止羈押。(§110-114)
- (二) 責付：責付者乃法院或檢察官將羈押之被告或認為有羈押原因而無羈押必要之被告，交於得為其輔佐人之人，或該管區域內其他適當之人，停止或免予羈押之謂。受責付者，應出具證書，載明如經傳喚應令被告隨時到場。(§115)
- (三) 限制住居：指法院或檢察官，就羈押之被告，或有羈押之原因而無羈押必要之被告，命其住居現在之住所或居所，不准遷移，或指定相當處所，限制被告住居，而停止或免予被告之羈押。羈押之被告，得不命具保而限制其住居，停止羈押。(§116)

六、甲乙共同於車站竊取財物，某日再對丁下手行竊，為欲搭車之乘客辛發覺，辛見義勇為當場與丁合力將甲逮捕扭送法辦，乙則趁隙逃逸，數日後，丁於逛街時遇見乙亦在商店購物，乙丁狹路相逢，乙旋即逃跑，丁心有未甘乃尾隨其後追呼捉賊，試問路人丙、庚得否義助丁逮捕乙？又甲、乙經逮捕後應為如何之處置？

答：本題案例路人丙、庚得否幫助丁逮捕乙，其關鍵在於乙是否為現行犯或準現行犯，另甲、乙經逮捕後之處置，茲依刑事訴訟法之規定分別說明如後：

- (一) 路人丙、庚得否義助丁逮捕乙：
  - 1、依刑事訴訟法第88條之規定，現行犯不問何人，得逕行逮捕之。是逮捕之要件，為現行犯。而現行犯又可分為現行犯及準現行犯二種：
    - (1) 現行犯：依刑事訴訟法第88條第2項之規定，犯罪在實施中或實施後，即時發覺者為現行犯。
    - (2) 準現行犯：依刑事訴訟法第88條第3項之規定，有左列情形之一者，以現行犯論，謂之準現行犯：
      - A、被追呼為犯罪人者。
      - B、因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體衣服等處，露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。
  - 2、本題案例乙雖非現行犯，然被害人丁追呼為賊（犯罪人），依前揭刑事訴訟法第88條第3項之規定，為準現行犯，丙、庚自得協助丁逮捕之。

(二) 現行犯甲、準現行犯乙逮捕後之處置：

- 1、依刑事訴訟法第92條第1項之規定，無偵查犯罪權限之人逮捕現行者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察。
- 2、依刑事訴訟法第92條第2項之規定，司法警察官或司法警察逮捕或接受現行者，應即解送檢察官。但所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者，得經檢察官之許可，不予解送。
- 3、依刑事訴訟法第93條第1項之規定，被告或犯罪嫌疑人因拘提或逮捕到場者，應即時訊問。檢察官如認有羈押之必要應依第93條第2項規定，敘明理由聲請法院羈押之，如認無羈押之必要則依第93條第3項規定，逕命具保、責付或限制住居。

七、甲因涉嫌某殺人案件，經檢察官提起公訴，法院審理中經合法傳喚無正當理由拒不到場，法院遂簽發拘票責由司法警察乙拘提之，乙執行拘提時見甲攜有疑似內藏刀械之長型包裹，遂逕行搜索，惟發現係一支球棒，試問乙之搜索是否合法？又如甲僅是刑事案件之證人時，則乙之搜索是否合法？

答：搜索者，檢察官、審判長或受命法官，為發現被告或犯罪證據物件及可得沒收之物，對於被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，施以搜索檢查之強制處分。本件司法警察乙對於被告甲之搜索是否合法，關鍵在於其搜索是否符合刑事訴訟法第130條附帶搜索之要件，茲說明如後：

1 司法警察乙搜索被告甲之包裹是否合法：

- 1、依刑事訴訟法第130條，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。
- 2、刑事訴訟法第130條之附帶搜索，其立法目的係排除被拘提者所攜帶之武器或危險物品，為保障執法人員之安全所設，故而司法警察乙執行拘提時發現疑似藏有武器之包裹，雖無搜索票，亦得逕行搜索其身體、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，其搜索應屬合法。

(二) 若甲僅為證人，其搜索是否合法：依刑事訴訟法第130條條文文義，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。其條文規定「執行拘提」其對象應包含證人在內，故而若甲僅為證人，司法警察乙之附帶搜索亦應認為合法。

八、被告或共犯之自白，在何種條件下，可以採為有罪判決之基礎？

答：所謂自白係指被告於偵查中或審判中，出於自願而供述不利於己之犯罪事實，因自白係違反人類自我保護之本能，是以被告之自白多在不得已之情況下為之，完全出於自由意志者較少。為保障人權，對於非任意性之自白應予排除，被告或共犯之自白得採為有罪判決基礎之條件，茲分述如後：

(一) 依92年2月新修正之刑事訴訟法第156條第1項之規定，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。亦即：

- 1、自白係出於任意性：自白若係因強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或因其他不正之方法而取得者，不得作為證據。
- 2、自白須與事實相符：自白即使出於自由意志，但與事實不符，仍不得作為證據。是否與事實相符，可依現場之跡象、被害人指述、證人之證言或其他相關證據認定之，不可憑空臆測。

(二) 依92年2月新修正之刑事訴訟法第156條第2項之規定，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。蓋除被告之自白外，共犯之自白，亦不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其否與事實相符。故欲以被告或共犯之自白作為有罪判決之證據時，必須有其他主要證據或補強證據，且該其他證據亦足以證明被告或共犯之自白與事實相符。

(三) 依司法院大法官會議釋字第582號解釋之見解，憲法第16條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第8條第1項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，依法定程序，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。刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間個別被告及犯罪事實仍屬獨立存在。故共同被告對其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告享有之上開憲法上權利。由上揭大法官解釋可知，共同被告之自白，須踐行人證法定之調查程序而賦予被告詰問權，其自白始得作

為有罪判決之基礎。

九、實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序所取得之證據，有無證據能力？認定標準為何？

答：依92年新增訂之刑事訴訟法第158條之4規定，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。茲將其立法理由及判斷標準，分述如後：

- (一) 英美法系國家由於判例長期累積而形成證據排除法則，將違法取得之證據事先加以排除，使其不得作為認定事實之依據。然而，反對者則主張「不能因治安官之錯誤，讓犯人逍遙法外。」亦即無法忍受只有某一小瑕疵，就癱瘓了整個刑事訴訟程序，且因治安之要求及現實之需要，排除法則例外情形之適用有漸廣之趨勢。日本在戰後受美國之影響採「相對排除理論」，德國之「權衡理論」亦為多數主張，亦即法院在裁判時應就個案利益與刑事追訴利益彼此間權衡評估。由此可知當前證據法則之發展，係朝基本人權保障與社會安全保障兩個理念相調和之方向進行，期能保障個人基本人權，又能兼顧真實之發現，而達社會安全之維護。因此，探討違背法定程序取得之證據，是否具有證據能力，自亦不能悖離此一方向。
- (二) 供述證據與非供述證據之性質不同，一般認為供述證據之採取過程如果違法，即侵害了個人自由意思，故而應嚴格禁止，而蒐集非供述證據之過程如果違背法定程序，則因證物之型態並未改變，尚不生不可信之問題。本次刑事訴訟法之修正，已就違背法定障礙事由及禁止夜間訊問與告知義務等規定暨違法未經具結所取得供述證據之證明力，增訂第158條之2、第158條之3，以資規範。而現行本法第100條之1第2項、組織犯罪防治條例第12條等，亦有關於證據強制排除之規定，為求周延，並兼顧人權保障及公共利益之維護，爰增訂本條，使其其他違背法定程序所取得之證據，其有證據能力之認定，有一平衡之規定，避免因為排除法則之普遍適用，致許多與事實相符之證據，無可例外地被排除。
- (三) 判斷標準：人權保障及公共利益之均衡維護，如何求其平衡，因各國國情不同，學說亦是理論紛歧，依實務所見，一般而言，違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官於個案權衡時，允宜斟酌

- 1、違背法定程序之情節。
- 2、違背法定程序時之主觀意圖。
- 3、侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。
- 4、犯罪所生之危險或實害。
- 5、禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。
- 6、偵查人員如依法定程序有無發現該證據之必然性。
- 7、證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度。

十、何謂傳聞法則？其立法理由何在？為何傳聞證據應予排除？

答：傳聞法則之意義、立法理由及傳聞證據應排除之原因，茲分別說明如後：

- (一) 傳聞證據排除法則之意義：簡稱為傳聞法則，即排斥傳聞證據之法則，傳聞證據只於法律規定之例外情形下，方得作為證據。例如，證人未到庭，僅提出書面以代替陳述者，原則上不得採為證據。依92年2月新修正之刑事訴訟法第159條第1項之規定，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。
- (二) 傳聞法則之立法理由：傳聞法則係由英美法發展而來，隨陪審制度之發達而成，但其非僅存在於陪審裁判制度，其已進化為近代之直接審理主義及言詞審理主義，並認為訴訟當事人有反對詰問權，因此傳聞法則與當事人進行主義有密切關係，其主要之作用在於確保當事人之反對詰問權。由於傳聞證據有悖直接審理主義及言詞審理主義諸原則，影響程序正義之實現，應予排斥，已為英美法系及大陸法系國家所共認。惟因二者採取之訴訟構造不同，其排斥傳聞證據之立法理由亦不相同：
  - 1、英美法系採當事人進行主義，重視當事人與證據之關係，排斥傳聞證據，以保障被告之反對詰問權。
  - 2、大陸法系採職權進行主義，重視法院與證據之關係，排斥傳聞證據，乃因該證據非在法院直接調查之故。
- (三) 傳聞證據應排除之理由：
  - 1、傳聞證據剝奪對方當事人對於證人行使反對詰問權之機會。
  - 2、傳聞證據非原證人在審判法官前所為之供述證據，違背直接審理主義之精神。
  - 3、傳聞證據原證人為供述時未經具結，缺乏可靠性之擔保。
  - 4、傳聞證據有害被告依憲法第8條規定之正當法律程序所保障之對質、詰問權利及憲法第16條訴訟權所保障之基本防禦權。

十一、依92年新修訂之刑事訴訟法第159條之規定，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。其條文中所稱「法律有規定者外」究何所指？試依刑事訴訟法之規定說明之。

答：依92年新修訂之刑事訴訟法第159條之規定，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。條文所謂「法律有規定者」，係指本法第159條之1至第159條之5及第206條等規定。此外，尚包括性侵害犯罪防治法第15條第2項，兒童及少年性交易防治條例第10條第2項、家庭暴力防治法第28條第2項、組織犯罪條例第12條及檢肅流氓條例中有關秘密證人筆錄等多種刑事訴訟特別規定之情形。茲就刑事訴訟法規定之部分，說明如後：

- (一) 依92年2月新修訂之刑事訴訟法第159條第2項之規定，前項規定（傳聞證據排除法則）於第161條第2項之情形及法院以簡式審判程序或簡易判決處刑者，不適用之。另強制處分（羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全等）之審查，因非認定被告有無犯罪之實體審判程序，無須嚴格證明，故無第一項傳聞法則之適用。
  - (二) 依92年2月新增訂之刑事訴訟法第159條之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。
  - (三) 依92年2月新增訂之刑事訴訟法第159條之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外，得為證據。
  - (四) 依92年2月新增訂之刑事訴訟法第159條之2規定，被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或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，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。
  - (五) 依92年2月新增訂之刑事訴訟法第159條之3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：
    - 1、死亡者。
    - 2、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。
    - 3、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。
    - 4、到庭後無正當理由拒絕陳述者。
  - (六) 依92年2月新增訂之刑事訴訟法第159條之4規定，除前三條情形外，下列文書亦得為證據：
    - 1、除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。
    - 2、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。
    - 3、除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書。
  - (七) 依92年2月新增訂之刑事訴訟法第159條之5規定，被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得作為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得作為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。
  - (八) 依刑事訴訟法第206條第1項之規定，鑑定之經過及結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。鑑定人所為之書面報告亦屬傳聞證據之一種。
  - (九) 依92年2月新增訂之刑事訴訟法第273條之2規定，簡式審判程序之證據調查，不受第159條第1項之限制。因簡式審判程序貴在簡省便捷，故調查證據之程序宜由審判長便宜行事，以適當方法行之即可，因此有關傳聞證據之證據能力規定無庸予以適用。
- 十二、依刑事訴訟法第161條之3規定，法院對於得為證據之被告自白，除有特別規定外，非於有關犯罪事實之其他證據調查完畢後，不得調查。試說明其立法理由何在？又本條與第156條第3項之規定，有無矛盾？試說明之。

答：刑事訴訟法第161條之3規定之立法理由及與第156條第3項規定之區分，茲分別說明如後：

- (一) 第161條之3規定之立法理由：
  - 1、被告對於犯罪事實之自白，僅屬刑事審判所憑證據之一種，為防止法官過分依賴該項自白而

形成預斷，因此，對於得為證據之自白，其調查之次序應予限制，爰參考日本刑事訴訟法第301條之立法例，增訂本條。

- 2、本條所稱「除有特別規定外」，例如本法第449條、第451條之1所定之簡易判決處刑程序或修正條文第273條之1、第273條之2所定之簡式審判程序，即容許法院先就取得為證據之被告自白為調查，其為本條之特別規定，應優先適用之。

(二) 本條與第156條第3項規定並無矛盾：

- 1、依刑事訴訟法第156條第3項規定，被告陳述其自白係出於不正之法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。
- 2、修正條文第156條第3項前段規定：「被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查」係呼應同條第一項，乃針對控方取得被告自白之方法，究竟有無違反法律之規定而進行調查，以決定該項自白有無作為證據之能力，屬於自白之證據能力問題。至於本條則係就已認定具有證據能力之自白，規定其調查之次序，係調查其自白之內容及證據證明力問題。就證據調查言，必先有證據能力後，始有證據證明力之問題，兩者規範內容不同，亦即前者，乃對於自白是否出於不正方法之調查，後者係對於自白本身之調查，不致發生扞格之情形，兩者並無矛盾。

### 【相關條文】

- 一、刑事訴訟法第156條第3項規定：被告陳述其自白係出於不正之方法者（無證據能力），應先於其他事證而為調查（先調查）。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。
- 二、刑訟法第161條之3規定，法院對於得為證據之被告自白（有證據能力），除有特別規定外，非於有關犯罪事實之其他證據調查完畢後，不得調查（後調查）。
- 十三、人民有無作證之義務？若有其義務內容為何？

答：人民之作證義務及義務之內容，茲分別說明如後：

- (一) 人民有作證之義務：凡住居於中華民國領域內，應服從我國法權之人民，無分國籍身份，均有作證之義務。依92年2月新增訂之刑事訴訟法第176條之1規定，除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。
- (二) 證人作證義務之內容：
  - 1、到場之義務：證人應依檢察官、審判長或受命法官之命令，於指定之日時，到達指定之處所應訊。證人經合法傳喚，無正當理由而不到場者，得予下列二種制裁：
    - (1) 罰鍰：依91年修正之刑事訴訟法第178條第1項前段之規定，證人經合法傳喚，無正當理由不到場者，得科以新台幣3萬元以下之罰鍰。罰鍰之處分，由法院裁定之。檢察官為傳喚者，應聲請該管法院裁定之。
    - (2) 拘提：依同條第1項後段之規定，並得拘提之。再傳不到者，亦同。證人違背到場之義務，除罰鍰外，並得拘提之。
  - 2、據實陳述之義務：訊問證人之目的，乃在獲得案件之事實真相，故證人負有據實陳述之義務，應就其所見聞之事實，連續陳述，不得匿飾增減，如經供前或供後具結，而對於案情有重要關係之事項，為虛偽之陳述者，須負刑法第168條偽證罪之罪責。
  - 3、具結與證言之義務：依92年2月新修訂之刑事訴訟法第193條之規定證人無正當理由拒絕具結或證言者，得處以新台幣3萬元以下之罰鍰，於第183條第1項但書情形為不實之具結者，亦同。

十四、人民有作證之義務，但於何種情形下得拒絕作證？

答：人民有作證之義務，其義務包括到場之義務及據實陳述之義務，但證人如因身份或公務之關係，據實陳述有背人情或其業務或公務上之保密義務，不據實陳述則復違反法律，故刑事訴訟法規定，凡具有一定之關係者得拒絕證言。茲分述如後：

- (一) 基於公務關係得拒絕證言：依刑事訴訟法第179條之規定，以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。亦即未得允許之前得拒絕證言。
- (二) 基於身份關係得拒絕證言者：依92年2月新修訂之刑事訴訟法第180條之規定，證人有左列情形之一者，得拒絕證言：
  - 1、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。

- 2、與被告或自訴人訂有婚約者。
  - 3、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。
- (三) 基於利害關係得拒絕證言：依刑事訴訟法第181條之規定，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。
- (四) 基於業務關係得拒絕證言：依92年2月新增訂之刑事訴訟法第182條之規定，證人為醫師、藥師、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上之佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。

十五、刑事訴訟之證人與鑑定人有何不同之特徵？其義務為何？

答：證人及鑑定人之意義、區別及義務，茲分述如後：

- (一) 證人之意義：指依法院之命令，於他人之訴訟，陳述其見聞事實之第三人。證人係以自己過去所經驗之事實加以陳述。
- (二) 鑑定人之意義：乃審判長、受命法官或檢察官所指定，就其特別知識經驗，陳述或報告對於某事實之判斷意見之第三人。其為證據之方法，與證人同，故除有特別之規定外，準用證人之規定。
- (三) 證人及鑑定人之區別：

1、證人之特徵：

- (1) 證人無代替性：證人須由經驗事實之人擔任，經驗事實之人限於一定之人，故除非親自經驗事實，不得為證人，故證人無代替性。
- (2) 證人有不得拒卻性：經驗事實之人本不甚多，如多數人同時經驗事實，應使其均出庭為宜。因此對於證人不得以任合理理由予以拒卻，但證人符合法律之規定時，得拒絕證言。
- (3) 證人無資格之限制：任何人均可為證人，即使器官有缺陷、不通中國語言者，皆得為證人。但證人以自然人為限，法人不得為之。

2、鑑定人之特徵：

- (1)：經政府機關委任有鑑定職務者，得為鑑定人。但鑑定人並不以此為限鑑定人有代替性，即就鑑定事務有特別知識經驗者，亦得擔任之。可見鑑定人不限於一定之人，凡有特別知識經驗者均可為鑑定人，故鑑定人有代替性。
- (2) 鑑定人有拒卻性：當事人得依聲請法官迴避之原因，用以拒卻鑑定人。故鑑定人有得拒卻性，以求鑑定之公平。
- (3) 鑑定人有資格之限制：鑑定人限於有特別知識經驗，或政府機關委任有鑑定職務，對被命為鑑定事項具有特別經驗者，苟無事項知識經驗，不應任命其為鑑定人。因此鑑定人有資格之限制。

(四) 證人及鑑定人之義務：

1、證人之義務：

- (1) 據實陳述之義務：訊問證人之目的，乃在獲得案件之事實真相，故證人負有據實陳述之義務，應就其所見聞之事實，連續陳述，不得匿飾增減，如經供前或供後具結，而對於案情有重要關係之事項，為虛偽之陳述者，須負刑法第168條偽證罪之罪責。
- (2) 具結與證言之義務：依92年2月新修訂之刑事訴訟法第193條之規定證人無正當理由拒絕具結或證言者，得處以新台幣3萬元以下之罰鍰，於第183條第1項但書情形為不實之具結者，亦同。

2、鑑定人之義務：依刑事訴訟法第202條之規定，鑑定人應於鑑定前具結，其結文內應記載必為公正誠實之鑑定等語。可知鑑定人有具結及公正誠實鑑定之義務。

十六、何謂緩起訴制度？檢察官於何種情形下得為緩起訴之處分（緩起訴之要件）？

答：91年刑事訴訟法修正部分條文，就檢察官之不起訴權限，除增設交付審判制度，以資監督外，另一方面亦賦予檢察官緩起訴之權限。所謂「緩起訴」，即暫緩起訴之處分，檢察官得附條件的便宜不起訴處分，並於一定條件成就後，確定產生不起訴處分之效力。有關檢察官於何種情形下得為緩起訴處分，茲分別說明如後：

- (一) 須所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪：依新增訂之刑事訴訟法第253條之1第1項規定，得為緩起訴之案件，限於被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪。

- (二) 須檢察官認為以緩起訴為適當：依新增訂之刑事訴訟法第253條之1第1項規定，檢察官參酌刑法第57條所列事項（科刑時應審酌事項）及公共利益之維護，認以緩起訴為適當者，得為緩起訴之處分。
- (三) 須訂一定期間為緩起訴之期間：此又稱為「緩起訴之猶豫期間」，依新增訂之刑事訴訟法第253條之1第1項規定，緩起訴之期間為一年以上三年以下，其期間自緩起訴處分確定之日起算。且追訴權時效，於緩起訴之期間內，停止進行。另新法為貫徹緩起訴制度之立法意旨及公訴優先之立法政策，於第253條之1第4項增訂第323條第1項但書規定，於緩起訴期間，不適用之。即不許犯罪之被害人在緩起訴猶豫期間內，直接向法院提起自訴。
- (四) 須履行緩起訴之負擔（或指示）：緩起訴制度之重大特色之一，即檢察官得對於被告課以負擔或加以指示。依新增訂之刑事訴訟法第253條之2規定，檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行向被害人道歉、立悔過書、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償、向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額、向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施、保護被害人安全之必要命令、預防再犯所為之必要命令等負擔。檢察官命被告遵守或履行前項第3款至第6款之事項，應得被告之同意，第3款、第4款，並得為民事強制執行名義。

十七、檢察官為緩起訴之處分時，得為何種之指示（負擔）？試說明之。

答：91年刑事訴訟法修正部分條文，就檢察官之不起訴權限，除增設交付審判制度，以資監督外，另一方面亦賦予檢察官緩起訴之權限。所謂「緩起訴」，即暫緩起訴之處分，檢察官得附條件的便宜不起訴處分，並於一定條件成就後，確定產生不起訴處分之效力。另基於刑事政策之考量，檢察官於緩起訴處分，並得同時課予被告於一定期間內遵守或完成特定之義務，有關檢察官得課予被告之負擔，茲依刑事訴訟法第253條之2規定說明之：

- (一) 向被害人道歉。
- (二) 立悔過書。
- (三) 向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。
- (四) 向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額。
- (五) 向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。
- (六) 完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。
- (七) 保護被害人安全之必要命令。
- (八) 預防再犯所為之必要命令。

十八、試說明何謂「交付審判制度」？

答：從監督檢察官處分權之觀點，91年修法引進二種制度，一為起訴審查制度（第161條），一為交付審判制。交付審判制，係源自於德國刑事訴訟法之強制起訴程序，其主要目的在監督檢察官之不起訴處分，使不服不起訴處分者有請求法院救濟之機會，讓法院有介入審查檢察官的不起訴處分之權利。交付審查制度茲詳述如後：

- (一) 聲請之主體：依新增訂之刑事訴訟法第258條之1規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。故其聲請主體為告訴人，而所謂告訴人係指得為告訴之人且已提出告訴者。
- (二) 聲請之程式：依新增訂之刑事訴訟法第258條之1規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。由此條文可知新法採行「再議前置」的機制（類似行政訴訟之訴願前置主義），亦即並非告訴人收到不起訴處分書，即可聲請交付審判，而必須先經由再議程序救濟，駁回後始可委任律師聲請交付審判。另本次修法對聲請交付審判採強制委任律師之「強制律師代理制度」，其立法理由係為防止濫行提出聲請，虛耗訴訟資源。
- (三) 管轄之法院：依新增訂之刑事訴訟法第258條之1規定，為該管第一審法院亦即對該案件有土地管轄或事物管轄之第一審法院。
- (四) 法院之審查及效果：依新增訂之刑事訴訟法第258條之3第一項規定，告訴人提出交付審判之聲請後，法院應組成合議庭以合議行之。法院審查之結果認為交付審判之聲請不合法或無理由者，應駁回之；認為有理由者，應為交付審判之裁定，並將正本送達於聲請人、檢察官及被告。另依同法第258條之3第4項之規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。

- (六) 聲請之撤回：新法對於交付審判之聲請，採行得撤回之原則，依新增訂之刑事訴訟法第258條之2規定，交付審判之聲請，於法院裁定前，得撤回之，於裁定交付審判後第一審辯論終結前亦同。另撤回交付審判聲請之人，不得再行聲請交付審判。
- (七) 交付審判之救濟：交付審判使案件進入審判程序，對被告而言，其權益畢竟因此而受影響，故本次修法承認被告有抗告之利益，依第258條之3第5項規定，得提起抗告救濟之。

十九、何謂審判權？何謂管轄權？兩者有何區別？又其欠缺時，應如何處置？試

分別說明之。

答：審判權與管轄權之意義、區別及欠缺時之處置，茲分別說明如後：

1 審判權之意義：指法院所掌理審判民刑事訴訟案件之權限及範圍。易言之，就刑事訴訟而言，乃指刑事訴訟法內所言之法院，對於該刑事案件有無審判之權。

(二) 管轄權之意義：管轄權者，乃指以法律規定，就審判之事務予以分配，而定各法院審判案件之範圍。因法院有審級之不同，同級法院復遍布各地，各個法院之間，必須劃定一受理案件之範圍，以免產生爭議或重複審判之情形。

(三) 審判權與管轄權之區別：

- 1、必須先有審判權，而後始生管轄權之問題。
- 2、審判權之有無，以該刑事案件，應否歸屬本法所稱之法院審判為斷；有無管轄權，則案件應歸法院審判已無疑義，不過決定應由何一法院審判而已。

(四) 審判權之欠缺：

- 1、無審判權者，在偵查中依刑事訴訟法第252條第7款之規定，檢察官應為不起訴處分。
- 2、無審判權者，在審判中依刑事訴訟法第303條第6款之規定，法院應為不受理之判決。

(五) 管轄權之欠缺：

- 1、無管轄權者，在偵查中依刑事訴訟法第250條之規定，檢察官知有犯罪嫌疑而不屬其管轄或於開始偵查後，認為案件不屬其管轄者，應即分別通知或移送該管檢察官。
- 2、無管轄權者，在審判中依刑事訴訟法第304條之規定，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。但如為自訴案件，依刑事訴訟法第335條之規定，諭知管轄錯誤之判決者，非經自訴人聲明，毋庸移送案件於管轄法院。

#### 【相關解題基本概念】

一、無審判權：

- 1偵查中—§252 不起訴處分
- 2審判中—§303 不受理之判決

二、無管轄權：

- 1偵查中—§250 通知或移送該管檢察官
- 2審判中—1、公訴 §304 諭知管轄錯誤之判決，移送管轄法院  
2、自訴 §335 諭知管轄錯誤之判決，非經聲明毋庸移送

二十、何為告訴乃論之罪？其告訴有無時間之限制？

答：告訴乃論之意義及告訴之期間，茲分別說明如後：

(一) 所謂告訴乃論之罪，指對於犯罪之行為，告訴人必須表示追訴之意思，檢察官方能提起公訴之罪。「告訴」為告訴乃論之罪的訴追條件，判斷是否為告訴乃論之罪，非專以檢察官所引用之起訴法條為準，而應以法院審理結果所認定之事實是否為告訴乃論之罪而定。告訴乃論之罪有可分為：

- 1、絕對告訴乃論之罪：此類犯罪，重在犯罪事實，不問行為人之身分如何，均應告訴乃論。絕對告訴乃論之罪，告訴人除申告犯罪事實外，尚須表示希望追訴之意思，且無庸指明犯人。其告訴之效力，不限於告訴人所指明告訴之人。例如，刑法第277條第1項之普通傷害罪、第309條之公然侮辱罪、第311條誹謗罪等。
- 2、相對告訴乃論之罪：此類犯罪原非告訴乃論之罪，僅因犯人具有一定之身分，而例外的成為告訴乃論之罪，故其重在犯罪行為人之身分，僅具有特定身分之犯人始必須告訴乃論，其餘未具特定身分之犯人仍非告訴乃論。相對告訴乃論之罪除向偵查機關申告犯罪事實及表示希望追訴之意思外，尚必須指明犯人。例如，刑法第324條規定，於直系血親、配偶或同財共居親屬之間，犯本章（竊盜罪章）之罪者，得免除其刑。前項親屬或其他五親等內血親或三親等內姻親之間犯本章之罪者，須告訴乃論。

(二) 告訴期間：依刑事訴訟法第237條之規定，告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知

悉犯人之時起，於六個月內為之。得為告訴之人有數人，其一人遲誤期間者，其效力不及於他人。故其起算點為自知悉犯人時起算，非自犯罪成立之時起算。析言之：

- 1、所謂「知悉」，係指得為告訴之人確知犯人之犯罪行為而言，以得為告訴之人主觀認定為標準。
- 2、對於具有連續性或繼續性質之犯罪，其告訴期間依司法院大法官會議釋字第108號解釋之見解，告訴乃論之罪，其行為有連續或繼續之狀態者，其六個月之告訴期間，應自得為告訴之人，知悉犯人最後一次行為或行為終了之時算。

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？

(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為是否合法？

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為檢察官，並且所搜索者為有偽造、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為，其目的在搜索人，亦不符本條之要件。

3. 甲之行為如符合以下三種事由之一者，進入乙宅搜索丙之行為合法（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，甲因為無持有拘票，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)有明顯事實足信為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，法院如認為不應准許者，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為是否合法？

1. 甲所為不符合同意搜索：因為丙係遭逮捕之人，原則上其即使同意甲搜身，亦難謂為自願性之同意，是甲所為不符合同意搜索。

2. 甲所為不符合緊急搜索物：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. 甲所為係搜身之行為，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，此處對丙搜身行為前業經拘捕，亦不符本條項。

4. 如符合本法第130 條之附帶搜索，甲所為合法：

(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為前提，如所為拘捕不合法，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為是否合法？

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，否則為不合法之拘提。

2. 丙如係通緝犯或現行犯、準現行犯，則甲所執行者為「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，始為合法。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，所為始為合法。

2. 惟有學者以為，為免檢察官、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、請分別回答下列問題：

(一) 被告因運輸毒品案，高等法院採用「緝毒警員親眼目睹之目擊紀錄、其他警員訪談關係人之訪談筆錄，以及緝毒警員根據目擊紀錄與訪談筆錄所作成之毒品運輸分析報告」等證據，判決被告有罪；被告上訴最高法院，上訴理由指摘上述目擊紀錄、訪談筆錄、分析報告，均欠缺證據能力。問：被告僅以證據欠缺證據能力，得否作為上訴第三審之上訴理由？試申論之

(二) 甲、乙為同學，租住於同一住址；某日，甲發生車禍，致人於死；唯恐判罪影響學業，乃擅自取用乙之身分證，以乙之姓名至警局自首；果然蒙混過關，移送書記載乙為犯罪嫌疑人。及至檢察官偵查，甲親自到庭應訊，檢察官未查覺姓名之誤，起訴書因循記載被告姓名為乙；迨至第一審審判，甲如法炮製，仍以乙之姓名應訊；故第一審判決書判決乙有罪。第一審判決書送達，由甲收受判決；甲以乙之姓名提起上訴，並到庭辯論；第二審審理時始發覺上述冒名情形。問：第二審法院應如何判

決？理由何在？

《擬答》

(一) 第一小題：

1. 證據能力為嚴格證明法則之要件：

(1) 按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，刑事訴訟法（以下稱本法）第一百五十四條第二項、第一百五十五條第二項，分別定有明文。此即本法關於證據裁判主義及嚴格證明法則之法律依據。

(2) 司法院大法官議決釋字第五八二號解釋理由書亦謂（略以）：

證據裁判原則以嚴格證明法則為核心，亦即認定犯罪事實所憑之證據，須具證據能力，且經合法調查，否則不得作為判斷之依據（刑事訴訟法第一百五十五條第二項參照）。所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；此項資格必須證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除，始能具備。如證人須依法具結，其證言始具證據能力。所謂合法調查，係指事實審法院依刑事訴訟相關法律所規定之審理原則（如直接審理、言詞辯論、公開審判等原則）及法律所定各種證據之調查方式，踐行調查之程序；如對於證人之調查，應依法使其到場，告以具結之義務及偽證之處罰，命其具結，接受當事人詰問或審判長訊問，據實陳述，並由當事人及辯護人等就詰、訊問之結果，互為辯論，使法院形成心證。

(3) 最高法院亦一再強調證據能力之有無為嚴格證明法則之要件：

具備證據能力並經合法調查，乃嚴格證明法則之要件。證據資料必須具有證據能力，容許為訴訟上之證明，並在審判期日經合法調查後，始有證明力，而得為法院評價之對象。所謂合法調查，係指容許為訴訟上證明（具備證據能力）之證據資料，直接顯現於審判庭，依刑事訴訟法第一百六十四條、第一百六十五條及第一百六十五條之一規定，提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認，或向其宣讀或告以要旨，予其陳述意見及辯論證據證明力之程序而言（最高法院九十四年度台上字第三九九九號判決、九十三年度台上字第四八三八號判決參見）。

2. 嚴格證明法則與自由證明不同：

	嚴格證明法則	自由證明法則
雙重限制	法定證據方法之限制 法定調查程序之限制	無此限制 無此限制
心證要求	毫無合理懷疑的「確信」心證程度（無庸置疑） 例如：§299	大致相信之過半心證 例如：§20 之釋明
適用範圍	實體爭點 本案犯罪事實及其法律效果	程序爭點 例如：法官迴避、 刑求抗辯（94 台上275）、 告訴條件欠缺與否
適用程序	審判程序	不限（參見§159II）

3. 上訴第三審法院之限制：

(1) 按上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。刑事訴訟法第三百七十七條定有明文。而所謂「判決違背法令」，一般以為係指判決不適用或適用法則不當，包括違背實體法則、程序法則及證據法則，以及訴訟程序違背法令均包括之。

(2) 又本法特於第三七九條規定十四款判決當然違背法令之法定上訴第三審之事由。其中第十款規定：「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」；第十四款前段規定：「判決不載理由者」，均足構成當然上訴第三審之事由。

(3) 上述所謂「應於審判期日調查之證據」，依據最高法院九十一年四月三十日第四次決議認為：指該證據具有與待證事實之關聯性、調查之可能性，客觀上並確為法院認定事實適用法律之基礎，亦即具有通稱之有調查必要性者屬之（司法院大法官會議釋字第238號解釋；71年台上字第3606號、72年台上字第7035號、78年台非字第90號、80年台上字第4402號判例；七十七年八月九日七十七年度第十一次刑事庭會議貳之甲第十四項決議意旨參照），除依法無庸舉證外，並包括間接證據、有關證據憑信性之證據在內，但應擯除無證據能力之證據，且以踐行調查程序，經充足之調查為必要，否則仍不失其為本款調查未盡之違法，復不因其調查證據之發動，究竟出自當事人之聲請，抑或法院基於補充性之介入而有差異。

(4) 法院以欠缺證據能力之證據作為認定被告犯罪事實之依據，違反嚴格證明法則，已屬本法第

一百五十五條第二項「未經合法調查」之違法，解釋上此種違法即屬本法第三七九條第十款「應於審判期日調查之證據而未予調查」之判決當然違背法令：如對於被告所提出無證據能力之質疑復未說明者，解釋上亦屬同條第十四款前段規定：「判決不載理由」，均足構成當然上訴第三審之事由。

4. 本題警員之目擊紀錄、訪談筆錄及分析報告，均屬被告以外之人於審判外之陳述，依據本法第一百五十九條第一項，除法律有特別規定外，無證據能力。高等法院既依據該等證據作為被告有罪之依據，應先調查其證據能力之有無，且應說明其為何具證據能力，而得採用為書證之調查程序，如未說明者，解釋上其判決有違背法令，且已構成本法第三七九條第十款或第十四款之當然上訴第三審之事由。

## (二) 第二小題

1. 按起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人。刑事訴訟法第二百六十六條定有明文。所謂檢察官「所指被告」之認定，因涉及被告同一性之認定，學說上向有以下爭議：

甲說：意思說。以檢察官實質上是否以之為被告者為準，亦即以檢察官之真意為準，如檢察官以甲為被告起訴，雖甲冒用乙名，檢察官所指被告仍為甲。

乙說：表示說。亦即以檢察官起訴書所指被告為準，惟依據學者之說明，尚可區分為以下兩說：

1. 形式表示說：單純以起訴書所載指被告之姓名為準，而不再探求檢察官之真意。前例檢察官所指被告即為「乙」。

2. 實質表示說：非專以起訴所載罪名為準，而應斟酌檢察官之意思及其他情事。前例檢察官所指被告仍為「甲」。(此說即相當於前述之意思說)

丙說：行動說(行為說)。以實際上是否以之為被告而採取行動，亦即對之實施訴訟行為或以之為審判對象而進行程序。是以起訴書如記載「乙」，惟實際上係以「甲」為被告而進行訴訟行為或程序，對甲即發生訴訟繫屬，此時仍應對甲為終局判決，對甲所為判決仍有，而應循救濟途徑撤銷對甲所為之實體判決。

丁說：兼採表示說(指實質表示說)與行動說(實務通說)。又可分：

1. 表示說及行動說併用說；

2. 表示說為主，行動說輔之折衷說。

2. 本題為甲冒用「乙」之姓名應訊、起訴及接受審判，乃典型之冒名案件。

(1) 此種情形屬被告姓名錯誤，因為對於被告甲本人已為訴訟行為及進行程序，所以訴訟關係係存在於甲本人，實務上向採「行動說」為主之處理方式。

(2) 實務見解向來認為，第一審法院為判決前發現甲冒用乙之姓名，均得以訂正姓名之方式處理，對於甲本人不生未經起訴之問題，而仍得為實體審判(最高法院七十年台上字第一〇一號判例)。換言之，如第一審判決後，得上訴者為甲本人，乙本人之上訴為不合法之上訴，應以上訴不合法駁回。

(3) 本題甲雖以乙名提起上訴，惟實際上訴之人為甲，所以上訴合法。第二審法院如發現甲冒名情形，即應將第一審判決撤銷改判，予以訂正被告之姓名為「甲」，不得將甲之上訴駁回(最高法院五一年台上字第五九四號判例意旨參見)。

(4) 須注意者，本題因為對於甲本人有為行動之訴訟行為，所以採取行動說之作法，訂正姓名固然可採，惟如對於甲本人均無為任何訴訟行為時，換言之，如甲僅於警詢時冒用乙之姓名製作筆錄經移送，而於檢察官偵查及法院審判時均未到庭，例如聲請簡易判決處刑或毒品觀察勒戒之案件，因此時檢察官係以「乙」名起訴，法院亦係以「乙」名裁判，學者認為此時應例外採取「表示說」，而認為訴訟關係存在於「乙」，而非甲本人，頗值實務參考。

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？

《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、刑事訴訟法第二百六十七條規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部」，同法第二百六十八條又規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判」。二者所指為何，試申其義？倘甲以一狀誣告乙丙二人，檢察官若僅就甲誣告乙之部分起訴，法院應如何審判？甲若先偷竊乙之財物得手後，又再起意偷竊丙之財物，檢察官僅就甲偷竊乙之部分起訴，法院又應如何審判？

《擬答》

(一) 刑事訴訟法(以下稱本法)第二百六十七條(檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部)及第二百六十八條(法院不得就未經起訴之犯罪審判)之意義及區別。

1. 基於訴訟主義(彈劾主義、控訴原則)之不告不理原則，無訴即無裁判，法院審判之範圍應與起訴之範圍一致。訴之效力係就每一被告之每一個犯罪事實而發生，未經起訴之部分，既不得為該訴訟之客體(標的)，法院無從加以審判。如案件未經起訴，其訴訟關係未發生，據此，本法第二百六十八條規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判」。

2. 法院如就未經起訴之犯罪，竟予審判，屬「未受請求之事項予以判決」之違法（本法第三七九條第十二款後段），亦即所謂「訴外裁判」；如已經起訴或為起訴效力所及，其訴訟關係既已發生，如未予判決，而致訴訟關係已消滅者，亦不失為「已受請求之事項未予判決」之違法（本法第三百七十九條第十二款前段），亦即所謂「漏未判決」。

3. 犯罪事實固應以起訴書所指事實為準，檢察官就被告之全部犯罪事實以實質上或裁判上一罪起訴者，依起訴不可分原則，雖僅就一部犯罪事實起訴者，其起訴之效力，仍及於全部，即令就其他事實加以審判，亦不得指為未經起訴，不致構成訴外裁判。據此，本法第二百六十七條規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部」。又因其刑罰權單一，在審判上為一不可分割之單一訴訟客體，法院自應就全部犯罪事實予以合一審判，以一判決終結之，如法院僅就其中一部分加審認，而置其他部分於不論，即屬本法第三百七十九條第十二款前段所稱「已受請求之事項未予判決」之違法；此與可分之數罪如有漏判，仍可補判之情形，迥然有別（最高法院八十八年台上字第四三八二號判例參見）。

4. 結論：本法第二百六十七條係規定起訴效力所及之物的範圍，亦即審判之範圍；第二百六十八條係強調法院審判之範圍必須與起訴之範圍一致，即所謂不告不理原則，二者並無衝突。

(二) 甲以一狀誣告乙丙二人，檢察官僅就甲誣告乙之部分起訴，法院應如何判決？

1. 甲一行為誣告二人，分別對乙、丙二人均係犯刑法第一百六十九條第一項之誣告罪，為一行為觸犯數罪名之同種想像競合犯，依刑法第五十五條前段，論以一誣告罪，為裁判上一罪，此須為法院審理後所認定之結果，而非依檢察官之認定。

2. 檢察官僅就甲誣告乙之部分起訴，符合本法第二百六十七條，就（裁判上一罪）犯罪事實一部起訴者之規定，惟依實務及通說見解，除法院審理結果認為係實質上或裁判上一罪之關係外，尚須起訴之部分，及未經指明起訴之他部均屬有罪，且二者具有審判不可分之關係，未訴之他部始為起訴部分效力所及。學說上稱一部起訴之事實為「顯在性事實」，未訴之他部事實為「潛在性事實」，顯在性事實是否具有擴張性，而及於潛在性事實之部分，須視法院審理結果為斷，分別如下：

(1) 誣告乙之部分有罪，誣告丙之部分亦有罪，且二者間具有審判不可分之關係：檢察官一部起訴之效力，及於甲誣告乙及丙之全部犯罪事實，法院審判之範圍應與起訴之範圍一致，對於甲誣告丙之部分亦應予審判，如竟未審判，即構成「已受請求之事項未予判決」之違法，為漏未判決，屬判決當然違背法令之上訴事由（本法第三百七十九條第十二款前段）。

(2) 誣告乙之部分有罪，誣告丙之部分為無罪、免訴或不受理者：二者間即不具有審判不可分之關係，一部起訴之效力不及於誣告丙之部分，法院僅得對於誣告乙之部分為有罪之實體判決。

(3) 誣告乙之部分為無罪、免訴或不受理者，誣告丙之部分為有罪：二者間亦不具有審判不可分之關係，一部起訴之效力不及於誣告丙之部分，法院仍僅得對於誣告乙之部分為無罪、免訴或不受理之形式判決。

(4) 學者另有認為，誣告乙之部分，及誣告丙之部分雖均有罪，惟二者間不具有審判不可分之關係：則一部起訴之效力，仍不及於誣告丙之部分。惟實務及多數學者以為，法院審理結果如認為一部及他部犯罪事實，屬實質上裁判上一罪之關係，且均有罪，卻不具有審判不可分之關係，此種情形殊難想像，應認為在一罪關係下，且起訴之一部及未訴之他部均有罪者，二者間即應具有審判不可分之關係，而使為起訴效力所及，方屬妥當。

(三) 甲先偷竊乙之財物得手後，又再起意偷竊丙之財物，檢察官僅就甲偷竊乙之部分起訴，法院應如何判決？

1. 甲偷竊乙及丙之財物，係基於不同之犯意所為，分別均係犯刑法第三百二十條第一項之竊盜既遂罪，屬數罪併罰之案件。

2. 檢察官僅就甲偷竊乙之部分起訴，因甲偷竊丙財物之部分，與甲偷竊乙財物之部分，其犯罪事實本屬數個，各自獨立，刑罰權各別，於訴訟上即不生不可分之效力，並無本法第二百六十七條之適用。另依據本法第二百六十八條規定，法院不得就未經起訴之犯罪審判，依此不告不理原則，甲偷竊丙之部分，非經檢察官另行起訴，不得就此未經起訴之部分加以審判，亦不得以其係具有相牽連案件之關係（本法第七條第一款）而予審判，此部分仍須經檢察官追加起訴後（本法第二百六十五條），始在公訴之效力範圍，法院始得審判。如竟對甲偷竊丙財物之部分審判，即構成「未受請求之事項予以判決」之違法，為所謂「訴外裁判」，亦屬判決當然違背法令之上訴事由（本法第三七九條第十二款後段）

五、

(一) 我國刑事訴訟法第二百八十一條規定「審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判」，與同法第三百七十一條「被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決」之規定不同，其理由為何？請詳述之。

(二) 設有檢察官以甲持刀砍傷某乙，認有刑法第二百七十七條第一項傷害罪嫌提起公訴，並經一審法院以傷害罪責，判處甲有期徒刑七月，檢察官認量刑過輕提起上訴，二審法院審理中，查覺甲係基於殺人故意殺害乙，雖未至死亡，仍難辭殺人未遂罪責，惟於審判期日，甲經合法傳喚無正當理由未到庭，二審法院可否不待其到庭陳述逕行判處甲殺人未遂罪刑？

### 《擬答》

(一) 刑事訴訟法第二百八十一條與同法第三百七十一條規定不同之理由：

1. 刑事訴訟法第二百八十一條第一項規定：「審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判。」違反上開規定逕行審判者，屬於判決當然違背法令（刑訴第三七九條第六款）。該規定之法理基礎，一來在於聽審原則，任何人皆不得在未經聽審之前受有罪判決，二來在於直接審理原則，除了證人、鑑定人外，法官也必須獲致對於被告個人的直接印象。

2. 同法第三百七十一條規定：「被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述逕行判決。」此乃前述同法第二百八十一條第一項之「特別規定」之一。本條之規範目的，尤其在於防止被告藉由提起上訴後又不到庭的方式，來拖延訴訟之進行。且本條規定亦構成第二審上訴之特別規定，亦即在第二審程序中只要被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，不論科處何種刑罰，法院均得不待其陳述逕行判決，與第一審依第三百零六條規定尚須以法院認為被告應科拘役、罰金或諭知免刑、無罪為要件，有所不同。惟該條本屬任意規定，法院仍有自由斟酌之權，並非一律必須適用該條規定逕予判決。

3. 綜上，於第二審之審判期日，依本法第三百六十四條準用第二百八十一條第一項規定，法院應依法傳喚被告到庭，不得於被告未到庭之情況下進行審判。惟若法院已合法傳喚被告，被告卻無正當理由不到場者，由於已賦予其在場之機會與權限，係被告自己放棄到場陳述之機會與權限，為免訴訟拖延，法院自得不得待被告陳述逕行判決，並不生違法問題。

(二) 二審法院應不得待甲到庭陳述逕行判處其殺人未遂罪刑：

1. 按「聽審權」係被告最為重要之權利之一，其包括請求資訊權、請求表達權及請求注意權三大內涵。其中「請求資訊權」係指被告可以請求獲得充分的訴訟資訊，據此，國家機關應讓被告了解其被控之罪名以及可能據以論罪科刑的法律依據，此即為罪名及罪名變更告知義務之緣由。本法第九十五條第一款規定，訊問被告應先告知其犯罪嫌疑及所犯之所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再行告知，即係基於上開精神所為之立法。

2. 依題意，檢察官以被告甲涉有刑法第二百七十七條第一項之傷害罪嫌提起公訴，經一審法院以傷害罪責判處甲有期徒刑七個月，檢察官認量刑過輕提起上訴，二審法院認為甲係基於殺人故意殺害乙，得否不待甲到庭陳述逕行判處甲殺人未遂罪刑？蓋本法第三百七十一條固然規定：「被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述逕行判決。」今被告經二審法院合法傳喚無正當理由不到庭，依上開規定似可不待其陳述逕行判決，惟法院於變更法條為殺人未遂罪對被告甲論罪科刑之前，需踐行本法第九十五條第一款之罪名變更告知義務，且給予被告辯明罪嫌之機會後，始得為之。今法院如未對被告踐行該等程序，便逕行判處被告殺人未遂之罪責，依最高法院晚近見解，已構成判決違背法令，非僅訴訟程序違法而已（八七台上四一四〇判決、八七台上四三四二判決），更有學者指出，此情形實已構成本法第三百七十九條第十款「應於審判期日調查之證據未予調查」以及第十一款「未與被告以最後陳述之機會」之判決當然違背法令事由。

3. 綜上，本題法院如未告知被告甲罪名變更為殺人未遂，並予其辯明殺人未遂罪嫌之機會，不得逕行判處被告甲以殺人未遂之罪刑，否則其判決違法。

六、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：

(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？

### 《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，但自釋字五三五號解釋後，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」之臨檢盤查之發動，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）第一百三十一條第二項之緊急搜索。

1. 依據本法第一百二十八條之規定，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。本例中可能符合第一百三十一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。

2. 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：

1. 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。

2. 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）本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。」

1. 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，因條文中僅規定「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。

2. 然如併考量本法第一百五十八條之四規定，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，而必須依據本法第一百五十八條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。由此可知本法第一百三十一條第四項規定為證據能力之規定，至為明灼。因此，法院依據第二百七十三條第一項第四款規定，須於第一次審判期日前，開啟準備程序討論有關證據能力之意見。

七、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？

《擬答》

(一)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。

(二)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：

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。

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。

(三)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(一)第○七二六○號函），殊值傾聽。

八、乙駕駛砂石車，不知何故從後追撞甲所騎之機車，致甲摔倒受傷而死亡。甲已成年之大哥丙即委任律師丁向地檢署提出告訴。乙則委任律師戊為其辯護。檢察官偵訊乙時，戊在場，戊當場請求檢察官傳訊乙之助手庚證明乙無過失。檢察官雖表示會進一步查證，不過，及至偵查終結並未傳喚庚，亦未告知不傳喚之理由。丁知檢察官將偵訊乙而請求在場，但不為檢察官所允，因而偵訊乙時並未在場。後丁發現該承辯檢察官與乙的老闆有資金往來，因而認該檢察官執行職務有偏頗之虞，遂向地檢署聲請檢察官迴避未果，即公開向媒體揭露該檢察官與乙的老闆有不正常資金往來之事實及不讓丁在場是為袒護乙等程序事項。

(一)試說明檢察官對丁及戊偵查程序之合法性。

(二)試依刑事訴訟法說明律師丁揭露偵查事項之合法性。

《擬答》

(一)檢察官對丁及戊偵查程序之合法性：

對丁：

(1)依題意，乙駕駛砂石車追撞甲所騎之機車，致甲摔倒受傷而死亡。丙係被害人甲之兄，乃被害人之二親等旁系血親，依刑事訴訟法第二百三十三條第二項規定，於被害人死後得提出告訴，丙委任律師丁向地檢署提出告訴，故律師丁之地位為刑事訴訟法第二百三十六條之一的告訴代理人，合先敘明。

(2)按偵查程序不公開，刑事訴訟法第二百四十五條第一項定有明文，其目的一方面在保護犯罪嫌疑人，以落實無罪推定原則，一方面在保護相關人士之權利，以免其名譽、隱私、身家性命受到危害，另一方面則在保障國家偵查犯罪之資訊優先權，以免消息不當走漏，喪失破案先機。本法第二百四十五條第二項僅規定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，並無允許告訴人或告訴代理人得於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場，故檢察官未允許律師丁在場，於法應屬無違。

對戊：

(1)依刑事訴訟法第二十七條第一項規定，被告或犯罪嫌疑人得隨時選任辯護人，於偵查階段亦然，乙於丙委任丁向地檢署提出告訴後，委任律師戊為其辯護，自屬合法，合先敘明。

(2)惟偵查中之辯護人所具有之權限，與審判中之辯護人並不完全相同，審判中辯護人得行使之權利，偵查中之辯護人並非當然可以行使。依刑事訴訟法第二百四十五條第二項之規定，辯護人得於偵查中訊問被告時在場，並得陳述意見，同條第四項並規定偵查中訊問被告之日、時及處所除有急迫情形外，應通知辯護人，亦即辯護人於偵查中有受通知到場權、在場權與陳述意見等權。故本題辯護人戊於檢察官偵訊乙時「在場」，並「陳述意見」表示乙之助手庚得證明乙無過失，自屬合法。惟本法並未明定辯護人於偵查中有聲請調查證據權，與審判中依本法第一百六十三條第一項規定辯護人得聲請調查證據已屬有別，且偵查階段亦未如審判階段依本法第一百七十二條定有辯護人聲請調查之證據法院認為不必要者得以裁定駁回之規定，故戊當場請求檢察官傳訊乙之助手庚證明乙無過失，檢察官卻未予傳喚，亦未告知不傳喚之理由，似無違法可言。

(二)律師丁揭露偵查事項之合法性：

按刑事訴訟法第二百四十五條第三項規定：「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中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。」該條項主要基於偵查實務上少數執法人員於偵查程序開始後，或主動聯繫新聞媒體，或被動披露偵查內容，使犯罪嫌疑人未經起訴進入公開審判程序之前，即將犯罪事實之認定，委諸新聞媒體之隨意報導，殊有違無罪推定原則，並嚴重侵害犯罪嫌疑人之人權，實不足取，故於民國八十九年七月修正明定除有例外情形，於偵查程序依法執行職務之人員，均不得公開揭露偵查中因執行職務知悉之事項。

依此，告訴代理人丁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之相關事項。惟題中所言，丁將承辦檢察官與犯罪嫌疑人乙之老闆有不正常資金往來之事實及不讓其在場是為袒護乙等程序事項公開向媒體揭露，是否屬前述本法第二百四十五條第三項但書所言之「依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者」，而構成得公開揭露之例外？自條文文義解釋以觀，似有解釋為肯定之可能，惟愚意認為宜從嚴解釋。蓋前已述及，本條項修正之原意係在維護無罪推定原則，避免人民公審，若為強調打擊犯罪，維持治安之偵查功能，便大開例外之門，如此修正對無罪推定原則有何幫助？該等得公開揭露之例外必須從嚴認定，不容藉口「維護公共利益」或「保護合法權益」而濫行公開揭露偵查中因執行職務知悉之事項，否則偵查不公開之原則將蕩然無存。基此，丁向媒體公開揭露該等事項，應非合法。

九、某甲因殺人未遂案件經法院為有罪判決確定，判決所憑主要證據係共犯乙偵查中之自白、以及甲衣服之血跡與被害人血型相符之傳統血清學鑑定報告。試回答下列情形：

(一)該有罪判決確定後，經進一步以DNA鑑定方法重為鑑定結果，得出血型並不一致之鑑定結果，甲得否以此項鑑定結果作為聲請再審之依據？

(二)法院於審理聲請再審之階段，是否仍有無罪推定原則之適用，理由安在？如有適用，其實質意義為何？

《擬答》

(一)受判決人甲得否以判決確定後之DNA鑑定結果作為聲請再審之依據？

按依刑事訴訟法第四百二十條第一項第六款規定，有罪之判決確定後，因發現確實之新證據，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者，得為受判決人之利益聲請再審。本題因殺人未遂罪經法院為有罪判決確定之受判決人甲，得否以該判決確定後之DNA鑑定結果作為聲請再審，端視該項鑑定結果得否視為前述條文中之「確實之新證據」而定。

按本法第四百二十條第一項第六款所謂「確實之新證據」，須符合「新規性」(嶄新性)與「明確性」(顯著性)兩要件，分述之：

(1)新規性：即證據具有「尚未被判斷之資料性質」，亦即為「法院就該證據未加以實質證據價值判斷之證據」。依傳統實務見解，證據須限於事實審法院判決前已存在，但未經發現，不及調查斟酌，其後始行發現者，才具新規性(二八抗八、三五特抗二一)，如係事實審法院判決前所不存在之證據，不得認為具有新規性而據以聲請再審。惟學者間有認，所有原事實審法院所不知、所未斟酌之證據，均

具新規性，亦即關鍵在於原法院是否不知或尚未斟酌，至於證據由何人發現，法院當初不知之原因為何，證據是否於判決當時已存在等，均非所問。

(2)明確性：即該證據「顯然可認足以動搖原有罪確定判決，應為無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名」，亦即從證據之形式上觀之，認為其無顯然之瑕疵，不經調查，即足以動搖原確定判決者而言。依傳統實務見解，似認為必須即使僅依據聲請再審之證據，亦能於再審法院之審理中推翻原審確定判決之有罪認定(單獨評價說)，惟學者有認再審法院應就原審確定判決所使用之證據與其他所有證據(新證據)綜合加以評價(綜合評價說)，使再審之開啟不致過度限縮。

依題意，原審法院判決所憑之主要證據係共犯乙在偵查中之自白，以及甲衣服之血跡與被害人血型相符之傳統血清學鑑定報告。惟該有罪判決確定後，經進一步以DNA鑑定方法重為鑑定結果，得出血型不一致之鑑定結果，該項鑑定結果得否作為聲請再審之依據？依傳統實務見解，聲請人據以聲請再審之新證據須限於事實審法院判決前已存在，但未經發現者，始足當之，該項鑑定結果既於原審判決當時並不存在，係判決確定後始作成，自不得以該項鑑定結果作為聲請再審之依據。惟如此解釋，將使再審之開啟太過嚴苛，似不足採，宜認為該項新的鑑定結果係一新的證據資料，係原審法院判決時所不知而尚未判斷之資料，具有新規性，且該DNA鑑定報告既顯示甲衣服之血跡與被害人血跡並不一致，DNA鑑定又屬較傳統血清學鑑定更為精確之鑑定方式，足以推翻先前判決所依憑之傳統血清學鑑定結果，則將證據綜合評價後，原有罪確定判決所依憑之證據僅存偵查中另一共犯之自白，法院自不得僅依該共犯自白判決某甲有罪，易言之，該證據之出現足以動搖原有罪確定判決之事實認定，而具有明確性，甲應得依該鑑定結果作為聲請再審之依據。

(二)法院於審理聲請再審階段是否仍有無罪推定原則之適用？其實質意義為何？

自我國刑事訴訟法第四百二十條至第四百二十二條規定以觀，除有罪判決確定後，得為受判決人之利益或不利益聲請再審外，無罪、免訴、不受理判決確定後亦得為被告之不利益聲請再審。惟再審之提起，應僅能侷限於為受「有罪」判決者利益之範圍內有其適用，對於「無罪」確定判決，應不容許為再審之請求，若非如此，刑事訴訟程序實在很難貫徹無罪推定之理念。

按再審制度之存在，係在調整確定判決所呈現出之法安定性，與訴訟法上所追求之實體真實發現之間之矛盾現象，因此再審程序若係基於被告之意思(著重被告之利益)而提起，一般而論，法之安定性問題較不受爭議。另一方面，即使再審之提起係在於真實之追究，惟此之再審，亦應僅止於求取消極的實體真實發現(例如，避免處罰無辜者或避免不當重罰被告)，而非積極的實體真實發現(如刑事訴訟法第四二二條之為被告不利益提起再審)。因此，再審制度可謂在於處理，為維持原審判決之確定力所產生的國家公共利益，以及為避免處罰無辜者或避免不當重罰被告所應維持之國家利益與個人基本人權之尊重等，對立矛盾之問題。基此，再審制度之存在，並非全屬於為救濟一般誤判之制度(蓋因其中若屬為被告不利益之部分，即使有事實誤認亦不容許提出)，而應將其定位為，為救濟無辜受到冤枉之被告，而在刑事訴訟法上所創造出之人權保障制度。

綜上，得提起再審之訴之對象，有關得為被告提起不利益再審部分，勢必應加以廢除，否則刑事訴訟法之規定，似乎與無罪推定原則之理念或公平法院之理念漸行漸遠。

十、法院於何種情形，「得不經言詞辯論而為判決」與「得不待被告陳述逕行判決」？又二者區別何在？請分別說明。

《擬答》

(一)得不經言詞辯論而為判決之情形有：

案件應諭知免訴、不受理或管轄錯誤之判決，得不經言詞辯論為之(刑訴§307參照)。

第二審法院認為上訴不合法而以判決駁回，及對於原審諭知管轄錯誤、免訴或不受理之判決上訴時，第二審法院認其為無理由而駁回上訴，或認為有理由而發回該案件之判決，均得不經言詞辯論而為之(刑訴§372參照)。

第三審法院之判決，不經言詞辯論為之(刑訴§389 I 前段)。

非常上訴之判決，不經言詞辯論為之（刑訴§444）。

受判決人已死亡者，為其利益聲請再審之案件，應不行言詞辯論（刑訴§437 I 前段參照）。

簡易判決亦得不經言詞辯論為之（刑訴§449參照）。

（二）得不待被告陳述逕行判決之情形有：

被告心神喪失或因疾病不能到庭者，顯有應諭知無罪或免刑判決，得不待其到庭，逕行判決（刑訴§294參照）。

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（刑訴§305）。

法院認為應科拘役、罰金或應諭知免刑或無罪之案件，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（刑訴§306）。

於第二審程序中，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（刑訴§371）。

（三）得不經言詞辯論而為判決與得不待被告陳述逕行判決之區別：

得不經言詞辯論而為判決又稱之為「兩造缺席判決」；得不待被告陳述逕行判決又稱為「一造缺席判決」。

前者，法院不必傳喚當事人，即得為之（五九台上二一四二參照）；後者，法院必先行傳喚當事人，而訴追人有到庭時，且符前述法條規定者，即得為之。

前者未經被告及訴追人到庭陳述，即可為之；而後者雖被告未有陳述，但訴追人方面仍須陳述，始得為之。

十一、檢察官以被告觸犯刑法第二百七十一條第二項殺人未遂罪嫌提起公訴，經第一審法院判決無罪，檢察官不服提起第二審上訴，於上訴書中主張被告涉犯刑法第二百七十八條第一項重傷罪嫌，但未將上訴書繕本依法送達被告。第二審法院審判期日傳票復未載明上訴所爭執之罪名為何，而被告於審判期日前並未具狀陳明其未能到庭之理由，該法院即不待被告到庭陳述及調查證據，逕行變更起訴法條，改依刑法第二百七十八條第一項之重傷罪名論科其刑。試問：

（一）該第二審之審判程序有何違誤？

（二）被告訴訟上之權利有無被侵害？

（三）若有被侵害，依法應如何救濟？

《擬答》

（一）題示之第二審審判程序有未告知被告變更起訴法條之違誤：

第二審上訴之要件：

有上訴權人對原審判決不服（刑訴§344以下）。

在上訴期間內提出上訴狀於原審法院，並按他造當事人人數提出繕本（刑訴§349、350）。

原審法院書記官於上訴後，應速將上訴書狀之繕本送達於他造當事人（刑訴§352）。

第二審之一造辯論判決依刑事訴訟法§371之規定，被告於第二審，經合法傳喚無正當理由不到庭，得不待其陳述逕行判決。此條不以被告在第一審到庭為必要，亦無須符合§306之微罪情形。

第二審之變更法條與一造辯論判決。如照文義觀之，本題第二審法院已經合法傳喚被告，被告於審判期日前未具狀陳明未能到庭之理由，似已符合刑事訴訟法§371之要件，第二審法院得不待被告陳述逕行判決，惟：

刑事訴訟須兼顧發現真實與程序公正，被告之充分行使防禦權，為其不可剝奪之權利。

原審法院書記官既未依規定將上訴書狀繕本送達於被告，本就違反刑事訴訟法§352之規定；而此種未送達繕本於他造之情形，若被告於上訴審中已出庭應訊、可為防禦，屬於訴訟程序違背法令而不影響判決主旨（七十二年台上四五四二號）；然若屬題示情形，則應認係訴訟程序違背法令。此外依本法§96規定，被告有辯明犯罪嫌疑之機會與指出證明方法之權利，此為總則規定，訴訟各階段皆有適用，不可加以剝奪。

何況，依刑事訴訟法§95之規定，訊問被告，應告知所犯罪名，經告知後，認為應變更者，應再告知。其規定於總則中，訴訟之各階段自均有其適用。是以，事實審法院於適用刑訴§300時，應踐行§95第1款之規定，以避免突襲性裁判。此外，依同條第4款被告得請求調查有利之證據，若未踐行告知義務，其訴訟程序違背法令。

題示情形，原審書記官未依法送達上訴書狀與被告在先，上訴審法院於傳票又未載明上訴所爭執之罪名，雖被告未敘明不能到庭之理由，第二審法院仍應再傳喚被告、或拘提被告到庭，於被告到庭後、訊問前，告知其罪名之變更，及上述指出辯明犯罪嫌疑之方法，請求調查有利之證據，等訴訟上之照顧義務均已踐行時，審判程序始屬適法。不可不待被告到庭陳述及調查證據，即逕行變更法條下有罪裁判。

(二) 被告訴訟上之權利有無被侵害？被告於題示情形，依上所述，其訴訟上之防禦權已遭侵害，該第二審未告知變更罪名所為之有罪判決，其程序有告知義務之違反，對被告而言係突襲性裁判，其裁判並非適法。最高法院八十年台上字第四六〇七號判決八十六年台上字三七六八號，亦同此意旨。

(三) 應如何救濟？題示之第二審法院之審判程序有訴訟程序違背法令之違誤，被告既未到庭陳述及調查證據，該違誤自於判決結果有重大影響；且重傷罪並非刑法§376之罪。故，被告得依刑事訴訟法§380之規定，對該違法第二審判決提起第三審上訴，以求救濟。

十二、免訴判決屬於形式判決，是否具有實質的確定力？其他的形式判決是否相同？試說明其理由。

### 《擬答》

(一) 按訴訟關係之內容，可分為基本的訴訟關係與程序的訴訟關係，前者是訴訟主體關係，始終不變；後者則以前者為基礎而形成各種程序，是由進展至於消滅。惟因訴訟繫屬而發生訴訟關係，法院固就該案件加以審理，並以判決終結之，然欲為實體的判決，應具有實體的訴訟關係，而訴訟條件乃生實體的訴訟關係之條件，如有欠缺，法院對之僅有為形式裁判之權利義務，無須為實體的審判，故免訴、不受理或管轄錯誤等形式判決乃因欠缺訴訟條件，僅形成形式的訴訟關係，法院得為形式審理。

(二) 所謂實質確定力，即因判決確定後，該案件不得再為訴訟客體，應受一事不再理之拘束，必本案裁判始有之。按免訴判決與其他的形式判決(不受理、管轄錯誤判決)雖皆因欠缺訴訟條件而同屬形式判決，然免訴判決乃屬「本案判決」，而其他則非。蓋訴訟條件有屬於程序面者，有屬於實體面者，前者係屬於程序上之事項，與實體並無直接關連，為形式訴訟條件(或稱程序關係訴訟條件)，僅生訴訟上效果；後者則屬於實體上之事項，即同時以有關於實體事項之存在或不存在為條件，為實體訴訟條件(或稱實體關係條件)，並生實體上效果，應受一事不再理之拘束，亦即具有實質確定力。因此，免訴判決依刑事訴訟法第三〇二條所列各款事由以觀，係欠缺實體的訴訟條件，則與實體的法律關係有關，通說採「實體關係的形式裁判說」，認為係基於實體面之事由為其判決之基礎，而具有實體性，故乃屬本案判決之一種，應具有實質的確定力；至於不受理或管轄錯誤之判決，依刑事訴訟法第三〇三條、第三〇四條所列事由以觀，則係欠缺形式的訴訟條件，法院僅就其事由之存否加以審查，既與實體的法律無關，自無為實體的審理之必要，故乃屬非本案判決而不具有實質確定力，從而不受一事不理之拘束，故有不同。

十三、依刑事訴訟法規定，不服下級法院之判決，得向上級法院提起上訴，即享有上訴權者何人？又下列之上訴程序，是否合法？倘其上訴程序存有瑕疵，法院應如何處理？

(一) 被告為民國七十年十月二十日出生，所犯竊盜罪經第一審判處罪刑。判決正本於九十年九月三十日收受送達；被告之父某甲不服該項判決，於同年十月十八日提起第二審上訴，第二審法院於同月十九日收受該上訴書狀。此項上訴第二審能否為實體裁判？

(二) 被告為成年人，所犯詐欺罪經地方法院判處罪刑後，被告之原審選任辯護人A律師，以自己之名義為被告之利益，向高等法院提起上訴。但上訴書狀未列被告為上訴人。此項上訴是否合法？高等法院應如何受理本件上訴？

### 《擬答》

(一) 按依刑事訴訟法之規定，不服下級法院之判決，得向上級法院提起上訴之上訴權人有：

當事人：檢察官、自訴人及被告均得以當事人資格提起上訴(刑訴三四四I)。告訴人或被害人雖得具備理由請求檢察官上訴，然其並非上訴權人(刑訴三四四II)。

被告之法定代理人或配偶：被告之法定代理人或配偶得為被告之利益獨立上訴(刑訴三四五)。

原審之代理人或辯護人：被告之代理人或辯護人得為被告之利益而上訴，但不得與被告明示之意思相

反(刑訴三四六)。

自訴案件之檢察官：檢察官於自訴案件中雖非當事人，然得以檢察官之身分獨立上訴(刑訴三四七)。

(二)本題中之各上訴程序是否合法，又上訴程序存有瑕疵時法院應如何處理：

被告之父某甲提起上訴：

依刑事訴訟法第三百四十五條規定，被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益獨立上訴。又其是否具備法定代理人或配偶身分，係以提起上訴時是否具有該等身分為準(一九上一三四一)。依題意，被告之父某甲係於九十年十月十八日提起第二審上訴，第二審法院於同月十九日收受上訴書狀，由於被告係於七十年十月二十日出生，當時尚未成年，故其父某甲仍具有法定代理人身分，依刑事訴訟法第三百四十五條規定，某甲得為被告之利益獨立上訴，應無疑義。

次依刑事訴訟法第三百五十條第一項規定，提起上訴，應以上訴書狀提出於原審法院為之。惟「上訴書狀所以應向原審法院提出，乃便於原審法院查其上訴是否合法及應否移審，如在法定上訴期間內聲明上訴，縱未向原審法院提出，亦難認為不合法」，最高法院著有七十九年台上字第四〇三八號判決在案。故上訴人只要在上訴期間內提出上訴書狀，雖未向原審法院為之，亦不得謂為不合法。依題意，被告之父某甲似逕向第二審法院而非向原審法院提出上訴書狀，然依前揭最高法院判決見解，只要在法定期間內提起，仍難謂為不合法。

惟依刑事訴訟法第三百四十九條規定，上訴期間為送達判決後之十日。又得為被告利益獨立上訴之被告法定代理人或配偶，上訴期間仍應自被告收受判決送達之翌日起算(七〇台上五〇六、八〇台上五一六〇)。依題意，被告係於九十年九月三十日收受判決書正本之送達，某甲如欲為被告利益提起上訴，自應於十日內為之，亦即於九十年十月十一日前上訴(因原末日十月十日為例假日，以次日代之)始為合法。今某甲竟遲至十月十八日方提起上訴，其上訴顯已逾上訴期間而不合法，此等瑕疵既無可補正，第二審法院應依刑事訴訟法第三百六十七條之規定，以上訴不合法法律上之程式為由判決駁回之，不得為實體裁判。

A律師以自己名義提起上訴：

依刑事訴訟法第三百四十六條規定，原審之代理人或辯護人得為被告之利益而上訴。該等上訴權係為代理上訴權，亦即須以被告名義為之，且不得與被告明示之意思相反。如原審代理人或辯護人以自己名義提起上訴，即屬違背法律上之程式，其上訴自非合法(五三台上二六一七)。依題意，被告原審之選任辯護人A律師以自己名義向高等法院提起上訴，上訴書狀未列被告為上訴人，應屬上訴不合法法律上之程式而不合法。

然依刑事訴訟法第三百六十二條但書規定，上訴雖不合法法律上之程式惟情形可補正者，法院應定期間先命補正。同法第三百六十七條但書規定，如上訴不合法之情形可補正而未經原審法院命其補正者，審判長應定期間先命補正。按「原審辯護人已為被告之利益提起上訴，而僅未於上訴書狀內表明以被告名義上訴字樣者，其情形既非不可補正，自應依法先定期間命為補正」，司法院大法官會議釋字第三〇六號解釋已明白闡釋在案。故本題A律師以自己名義提起上訴，上訴書狀未列被告為上訴人，其上訴雖屬不合法法律上之程式而不合法，然依釋字第三〇六號解釋意旨，其情形既非不可補正，原審法院自應先定期命補正，不得逕予裁定駁回。如原審法院未命補正，高等法院審判長亦應定期間先命補正，如逾期不為補正，方得以上訴不合法法律上之程式為由判決駁回上訴。

十四、不起訴處分有無實質確定力？試說明之。

《擬答》

(一)不起訴處分一經確定，若同一案件再行起訴應受刑事訴訟法第二六〇條之限制，即此確定之不起訴處分具有實質確定力。經處分不起訴，其再行起訴是否到刑事訴訟法第二六〇條之限制，仍應視其為不起訴處分之原因而定。

欠缺形式訴訟條件：依刑事訴訟法第二五二條第五款、第六款、第七款及第二五五條第一項所做之不起訴處分，均因係欠缺形式訴訟條件所為之不起訴處分，此種不處分確定僅具有形式確定力，一旦具備訴訟條件再行起訴，不受刑事訴訟法第二六〇條之限制。

欠缺實體訴訟條件：欠缺刑事訴訟法第二五二條第一款至第四款所列情形，為不起訴處分，其公訴權已不存在，有既判力的實質確定力，自不得再行起訴，無刑事訴訟法第二六〇條之適用。

欠缺實體條件：案件因具備刑事訴訟法第二五二條第八款至第十款事由而為不起訴處分，係因欠缺實體條件，此為實體上處分，具有實質確定力，非具有刑事訴訟法第二六〇條之情形不得再行起訴。

刑事訴訟法第二五三條與第二五四條兼採起訴便宜主義，認為無訴追之必要而為不起訴處分，為實質上之處分，具有實質確定力，非有刑事訴訟法第二六〇條之情形，不得再行起訴。

(二)依上所述，我國現制承認檢察官與法官同系統，其任務在實現國家刑罰權，本於法的安定性機能，檢察官所為之不起訴處分（刑事訴訟法第二五二條第八款至第十款、第二五三條與第二五四條）仍具有實質確定性。惟檢察官之不起訴處分就其性質係訴權之未行使，既非訴權之捨棄更非訴權消滅之原因，處分不起訴乃檢察官之內部意思決定，實不宜有何實質確定力。況且，法院所為之裁判確定仍有特殊救濟管道予以推翻，然不起訴處分僅檢察官內部決定，訴權之未行使，其效力竟大於法院裁判，不無錯亂司法權之虞。

(三)刑事訴訟法於民國九十一年二月八日修正，雖仿效日本採取緩起訴主義，但是對於不起訴處分之確定並未修正，仍賦予實質確定力，實有不妥。在解釋適用上宜嚴格區別不起訴處分之原因而異其效力。

十五、自訴案件遇有下列情形

(一)不受理與管轄錯誤競合。

(二)無審判權與管轄錯誤競合。

又自訴案件，法院於為管轄錯誤之判決時，未經自訴人聲明，逕同時諭知移送於管轄法院，其效力如何？接受判決書之該管檢察官可作如何之處理？

《擬答》

我國刑事訴訟採取國家訴追以及私人訴追二元主義，於自訴程序除自訴程序特有規定外，依據刑事訴訟法第三四三條準用公訴之規定，合先敘明。

(一)不受理與管轄錯誤競合：

法院對於刑事案件之審理必先就管轄權之有無為審理，如無管轄權，則應即諭知管轄錯誤判決，不得逕為不受理判決。最高法院六八年第一次刑事庭決議肯認之。

是以，本案自訴案件遇有不受理與管轄錯誤競合時，依據上開說明，法院應依刑事訴訟法第三四三條準用第三〇四條諭知管轄錯誤判決，不得逕為或併為不受理判決。

(二)無審判權與管轄錯誤競合：

刑事審判權之行使，規定劃分法院間所得處理訴訟案件之範圍，謂之管轄權。可知各法院對於案件必先有審判權，而後始生管轄權有無之問題，即法院有無審判權應先於管轄權而為審查，故遇有無審判權與管轄錯誤競合之情形，則法院應就無審判權諭知不受理判決。

是以，本案自訴案件遇有無審判權與管轄錯誤競合時，依據上開說明，法院應就無審判權依刑事訴訟法第三四三條準用刑事訴訟法第三〇三條第六款諭知不受理判決。

(三)管轄錯誤判決之移送

刑事訴訟法第三三五條規定，諭知管轄錯誤之判決者，非經自訴人聲明，毋庸移送案件於管轄法院。自此訴訟關係歸於消滅，如未經自訴人聲明即諭知移送，使訴訟關係繼續則屬違法，故法院之移送不勝合法移送之效力。

依刑事訴訟法第三三六條第二項規定，檢察官接受不受理或管轄錯誤之判決書後，認為應提起公訴者，應即開始或續行偵查，若未經當事人聲明移送之管轄錯誤判決，檢察官偵查後認法院確係非管轄法院則依刑事訴訟法第二五〇條移送有管轄權之檢察官。

如前所述，本題法院之移送既不合法而不生效力，故檢察官於接受判決後應依本法第三三六條第二項之規定，如認為應提公訴者，應即開始或續行偵查。非經檢察官起訴，法院不得逕為審判。

十六、實務上有謂：「訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定」（最高法院七十六年台上字第四九八六號判例）。問：上開判例所稱

「得確信其為真實之程度」云云，究係指何而言？試就事實認定之原理詳予敘述。

《擬答》

於訴訟上之事實認定，應本於裁判之確信而為認定。所謂裁判之確信，乃裁判官依據認識資料，本其認識能力所得之高度可能性之認識，亦即裁判官基於自由形成之心證，本其排除疑問之作用，認為其所認定之事實之存在具有高度可能性。而此項裁判上之確信，在英美法上係以排除合理性之疑問為其基礎。故必能充分排除合理的反對事實存在之可能性，並本其誠實的判斷，認為其證據之犯罪事實之存在者，始得形成有罪之確信，而為有罪事實之認定。因而如不能充分排除合理的反對事實存在之可能性，或不能為誠實的判斷，而排除其合理的疑問者，自應為無罪之諭知。大陸法系之所謂「罪疑唯輕」之訴訟理論，即以合理疑問之存在為其基礎。因而，關於訴訟上犯罪事實之證明，如不能排除其合理之疑問者，法院應得為無罪之判決。

而用於認定犯罪事實之證據，不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論係直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得為有罪之認定。此所謂得確信其為真實之程度者，即前所謂裁判官之裁判之確信而言，亦即裁判官基於自由形成之心證，本其排除疑問之作用，認為其所認定之事實之存在具有高度可能性。此種可能性，係含有裁判官主觀之要素，如證明無從排除此種合理之疑問，法院如已敘明其如何無從為有罪之確信者，因而為無罪之判決，即不得指為違法，最高法院七十六年台上字四九八六號判例即為此旨。

十七、自訴人提起自訴後，法院在何種情形下，可不經判決逕以裁定駁回之？對此裁定，有何救濟方法？可否再行起訴？試分別說明之。

### 《擬答》

(一)法院得不經判決逕以裁定駁回自訴案件之情形：

自訴案件有刑事訴訟法第二五二條至第二五四條之情形者：

依刑事訴訟法第三二六條第三項規定，法院或受命法官於第一次審判期日前訊問自訴人、被告及蒐集或調查證據之結果，認為案件有同法第二五二條至第二五四條所定之情形者，得以裁定駁回自訴，並準用同法第二五三條第二項至第四項之規定。亦即法院或受命法官於自訴案件第一次審判期日前行訊問及調查結果，認為案件有同法第二五二條至第二五四條所定應不起訴或得不起訴之情形時，得裁定駁回自訴，以過濾掉不應或不宜提起之自訴。

惟該裁定限於第一次審判期日前始得為之，如第一審法院已判決管轄錯誤、不受理或免訴，雖不經第一審言詞辯論為之，但其第一審審判程序業已終結，縱然經上級審法院發回第一審法院，第一審審判程序隨而回復，仍不宜裁定駁回自訴。

自訴人經法院限期提起民事訴訟，逾期仍不提起者：

依刑事訴訟法第三三三條規定，自訴案件其犯罪是否成立或刑罰應否免除，以民事法律關係為斷，而民事尚未起訴者，法院應停止審判，並限期命自訴人提起民事訴訟，逾期不提起者，應以裁定駁回其自訴。

惟本條僅規定民事「尚未」起訴者，法院應停止審判並限期命自訴人提起民事訴訟，並不及於民事「已經」起訴之情形。如民事「已經」起訴者，依刑事訴訟法第三四三條準用同法第二九七條之規定，法院固「得」於程序終結前停止審判，然並無依本條裁定駁回自訴之餘地。

(二)對此裁定之救濟方法：

得提抗告：如對上開駁回自訴之裁定不服，當事人得依第四〇三條第一項規定，向直接上級法院提出抗告。

不得再抗告：依刑事訴訟法第四一五條第一項規定，除該條項所列第一至六款之裁定得提起再抗告外，對於抗告法院所為之裁定不得再行抗告。由於駁回自訴之裁定並非該條第一項各款所列之裁定，自不得提起再抗告。

確定後不得提起非常上訴：按關於實體事項之裁定由於具有實體判決之效力，實務上認為視同判決，確定後亦得為非常上訴之對象，然程序事項之裁定確定後除得自行更正另行裁定外，別無救濟方法，不得成為非常上訴之對象。駁回自訴之裁定既屬程序事項之裁定，縱有違法不當，確定後亦不得對之提起非常上訴。

(三)可否再行起訴：

本法第三二六條第三項之駁回自訴裁定：依刑事訴訟法第三二六條第四項規定，同法第三二六條第三項之駁回自訴裁定確定後，非有第二六〇條各款情形之一，不得對於同一案件再行自訴。故法院依第三二六條第三項為駁回自訴裁定確定後，自訴人非有第二六〇條各款情形之一，不得再行自訴，該裁定具有一事不再理之效力。

本法第三三三條之駁回自訴裁定：蓋刑事訴訟法第三三三條並無如前述第三二六條第四項之限制，故自訴人於民事程序終結後再行自訴，並非法之所禁，該裁定並不具一事不再理之效力。

十八、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。

(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到場陳述意見，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50萬元具保。

### 《擬答》

(一)按法院於為羈押之審理時，辯護人人得否在場陳述意見，刑事訴訟法並無明文規定；惟依第27條第1項及第245條第2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，且依第95條第3款及第101條第3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)依刑訴法第101條、第108條第1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，以及第159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，即不符合第101條第1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。惟法院得否依第101條之2之規定，逕命甲以五十萬元交保？按第101條之2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50萬元具保，自屬於法有違。

十九、刑法第239條通姦罪，配偶縱容者不得告訴，如甲女縱容其夫與人通姦，嗣後向夫表示撤回縱容，禁止其夫繼續與人通姦，能否回復其告訴權，試論述之。

### 《擬答》

(一)按刑事訴訟法第234條規定：「刑法第239條之妨害婚姻及家庭罪(即通姦罪)，非配偶不得告訴」，是為限定告訴權，係特定告訴乃論之罪所賦予之告訴權。惟刑法第245條第2項亦規定：「第239條之罪，配偶縱容或宥恕者，不得告訴」，故前揭告訴權將因配偶有縱容或宥恕之情形而喪失，本題的問題為配偶之事前縱容，能否因嗣後撤回該表示而回復其告訴權，亦即縱容之效力為永久性或一時性的喪失告訴權，茲有不同見解，析之如下：

甲說：實務院字第1605號解釋謂「縱容配偶與人通姦，告訴權即已喪失，不能因嗣後翻悔而回復。又所謂縱容，但有容許其配偶與人通姦之行為即足，至其相姦之人，原不必經其容許」，即主張縱容不限於對特定人且將因之而永久喪失再行告訴之權。

乙說：學界多認縱容，應對於特定事件為之，亦即應就犯罪時配偶對之有無縱容之情形為準，故縱曾為一時或概括性長期之縱容，但經明白表示禁止繼續通姦者，應對該嗣後事件恢復其告訴權，以維護婚姻上之權利。

(二)按刑法第239條通姦罪，原係為保護婚姻與家庭之安全所訂立，不容配偶之一方或第三人予以破

壞；況本諸我國民法親屬編採一夫一妻制之基本精神及婚姻之真諦，夫妻雙方互負有貞操義務，並應共同維護婚姻生活之圓滿幸福，故僅因夫妻基於特殊情形或和睦起見，偶而縱容一方與他人通姦，即永久喪失告訴之權，如此實有違婚姻與家庭之本質，故宜以乙說之見解為當，因此本題甲女雖曾縱容其夫與人通姦，但嗣後既已向其夫表示撤回縱容，禁止其夫繼續與人通姦，自不能發生溯及效力，但其告訴權將因之回復，若其夫再行通姦，自得依法行使其告訴權，並非永久喪失。

(三)司法院之解釋及最高法院之判例，多有因社會狀況之變遷，相關法律之增修及潮流思想觀念之演進轉變，已不符現代需要，亟待廢止，不應因固守舊有解釋判例，致在適用法律時，與時代脫節。

二十、何謂「證據能力」？何謂「證明力」？請各舉一個與供述證據、非供述證據有關的例子，說明兩者的不同。」

#### (1)證據能力之意涵

基於證據裁判原則(刑事訴訟法第154條第2項)可知，需有證據能力者，使得作為認定犯罪事實之基礎，而證據能力則係指證據具有作為證明資料之能力或資格。更進一步地來說，證據能力是指能夠成為證明犯罪事實存否的證據資格，有證據能力的證據始得容許進入證據調查程序。而只要能通過相關證據法則之檢驗，即具有證據能力。

#### (2)證明力之意涵

所謂證明力，亦即證據價值，此乃當某一證據具有證據能力之後，由法院本於經驗法則及論理法則判斷該證據之證據價值。

#### (3)舉例說明

##### 1.

(1)以自白為例，刑事訴訟法(下稱本法)第156條第1項規定，被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、許期、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。此即證據能力之規定，簡言之，當自白具有任意性時，方具有證據能力。

(2)另本法第156條第2項規定，被告或其犯之自白，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。此即對於自白之證明力加以限制，亦即倘若僅有自白，則無法具備足以為有罪判決之證據價值。

##### 2. 非供述證據

依本法第131第4項之規定，「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。」此即違法搜索取得非供述之證據可能無證據能力之規定。

#### 1 何謂相對不起訴處分？相對不起訴處分之事由為何？

答：

##### (一)相對不起訴處分的意義：

不起訴處分大別分兩種：絕對不起訴與相對不起訴。絕對不起訴是指，案件缺乏訴訟要件，法院不能做實體上的判決，檢察官不應提起公訴(刑訴§252)。相對不起訴則是指，特定的案件縱然犯罪證據確鑿，檢察官斟酌情形得不起訴。這主要是基於刑事政策上的考慮。如果起訴無助於刑罰的預防功能犯罪，此一起訴不但多餘，而且浪費國家司法資源。從相對不起訴的制度可以看出，刑事訴訟的目的不完全在於追訴審判犯罪人。

##### (二)相對不起訴處分之事由：

相對不起訴的情況有兩種：一種是不能上訴第三審的案件(刑訴§253)；一種是起訴後，對於應執行刑無實益(刑訴§254)。

不能上訴第三審的案件多屬輕微(多為法定刑在三年以下有期徒刑)，如被告事後態度良好、犯罪動機可以憫恕、被告知識程度低微等(刑法§57)，檢察官可以不起訴處分。

對於應執行刑沒有實益的案件起訴也是多餘，立法者因此授權檢察官得不起訴處分。這是指，被告犯數罪，一罪已受重刑判決確定，其他輕罪即使起訴，也不會受更重判決，檢察官對於輕罪可以不起訴。

#### 2 檢察官因案件欠缺何種訴訟條件，而應為不起訴處分？

答：

(一) 無論公訴或自訴，起訴時必須先符合一定之條件，受訴法院始須進一步為實體上有罪、無罪之判斷；此條件一般均稱為「訴訟條件」。不過，學界對「訴訟條件」上再分為「形式上」訴訟條件與「實質上」訴訟條件兩種。不管上列二種訴訟條件中何種條件欠缺，法院均不為實體上有無犯罪之認定；則檢察官於偵查中如發現案件欠缺此二種訴訟條件任一條件，已無起訴之必要。刑事訴訟法遂規定此種情形直接由檢察官為不起訴處分。

(二) 欠缺形式上訴訟條件而為不起訴處分者：

1. 告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者（刑訴§2525）。
2. 被告死亡者（刑訴§2526）。
3. 法院對於被告無審判權者（刑訴§2527）。
4. 因其他法定理由者（刑訴§255 I）。

(三) 欠缺實質上訴訟條件而為不處分起訴者：

1. 曾經判決確定者（刑訴§2521）。
2. 時效已完成者刑訴（§2522）。
3. 曾經大赦者（§2523）。
4. 犯罪後之法律已廢止其刑罰者（§2524）。

3 甲騎機車不慎撞傷乙，乙向檢察官提起傷害告訴。檢察官以甲犯罪輕微，不願乙反對，即對甲為緩起訴處分。乙對該處分不服，試問乙如何請求救濟？該救濟程序適用之前提要件如何？法院應如何處理？請依刑事訴訟法規定說明之。

答：

1對緩起訴處分不服之救濟：

告訴人接受不起訴或緩起訴處分書後，得於七日內以書狀敘述不服之理由，聲請再議。但緩起訴處分曾得告訴人同意者，不得聲請再議。是以，檢察官既然不願乙反對仍為緩起訴處分，乙自得收受處分書後七日內以書狀聲請再議。

2檢察機關之處理：

依刑訴§257、258規定，原處分檢察官、原處分檢察官所屬檢察署檢察長、上級檢察署檢察或檢察總長，如認再議有理由，應撤銷其處分；但上級檢察署檢察或檢察總長，如認再議無理由，應駁回再議。

3聲請交付審判：

依刑訴§258-1規定，告訴人不服駁回再議之處分，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。而法院應以合議為此案件之裁定（刑訴§258-3）。法院如認無理由，駁回聲請；如認有理由，為交付審判之裁定，並視為案件已提起公訴。

4 在偵查中或審判中，對被告既無審判權，又無管轄權之案件，應如何處理，請分別說明。

答：欲為實體判決，必先有實體訴訟關係存在，實體訴訟關係的發生，必須具備一定的條件，此一條件，即為訴訟案件。倘訴訟要件有所欠缺，則依訴訟程序進行的階段，由檢察官為不起訴處分，或法官予以免訴、不受理或管轄錯誤判決。

1審判權與管轄權的欠缺：

訴訟要件有分程序面與實體面，前者為形式的訴訟要件，後者為實體的訴訟案件。

1. 審判權：乃定法院審判的範圍，或可稱法院的審判權為國家的司法權。而審判權的有無，僅涉及程序事項，與各個案件的實體內容無涉，所以其為形式的訴訟要件。
2. 管轄權：乃指法院行使審判權的內容。各個法院，依管轄權，定審判權的分配。所以，管轄權也與案件實體內容無關，為程序事項，屬形式的訴訟要件的一種。
3. 訴訟要件欠缺的競合：原則上，訴訟要件欠缺的審查，採先形式後實體的順序。但若屬同類的訴訟要件欠缺，以本題而言，同時欠缺管轄權與審判權的情形，由於各法院對於案件，必有審判權，其後始生管轄權的認定問題，所以無審判權即無管轄權；故在審查順序上，審判權必優先於管轄權的審查。

2處置如下：

1. 偵查中：檢察官為偵查主體，主導偵查階段，所以由檢察官依我國刑訴§2527，以無審判權為理由，作為不起訴處分。
2. 審判中：依審判權應優先於管轄權審查的順序，法官在兩者均欠缺的情形，應依刑訴§3036為不受理判決，非管轄錯誤判決。

5 試述偵查發動之原因，並簡要說明其意義。

答：偵查乃指為了對於刑事案件準備實行公訴，偵查機關所為發現犯罪嫌疑人、蒐集證據等各種活動。

1 偵查條件：

偵查應具備何種訴訟要件，刑事訴訟法並未加以規定。而偵查的開始，有犯罪嫌疑即為已足，並不以告訴、告發或自首為條件。換言之，偵查並無條件。

2 偵查的發動原因：

刑訴§228-1規定，檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。由此可知，偵查發動的原因如下：

1. 告訴：乃指告訴權人向偵查機關申告犯罪事實所為的意思表示。重點有三：

(1) 告訴權人：指刑事訴訟法§232~§236所定的告訴權人。

(2) 偵查機關：指檢察官或司法警察官。若向法院為之，則為自訴。

(3) 申告犯罪事實：不一定要告人，只須申告事實即可。

2. 告發：指第三人向偵查機關申告犯罪事實，請求訴追之意思表示。要點如下：

(1) 第三人指告訴權人、犯罪嫌疑人與偵查機關以外之人。

(2) 告發可分私的告發與公的告發。前者指任意告發、權利告發（刑訴§240）；後者指公務員因執行職務知有犯罪嫌疑者，應為告發（刑訴§241）。

(3) 告發不發生撤回的問題，所以告發後雖然聲請撤回，但對檢察官職權的行使不生影響。

3. 自首：係對於未發覺的犯罪，自偵查機關陳述犯罪事實，等後裁判的意思表示（刑法§62）。

4. 其他情事：指告訴、告發與自首以外的事讓檢察官知有犯罪嫌疑者。

6 被告雖有羈押原因，但因無羈押必要，經法院命具保後，問嗣後於何種情形下得在執行羈押？

答：

依據刑事訴訟法第117條之1第一項後段，法院認為無羈押必要，依據刑事訴訟法第101條之2命具保後，若欲再行羈押，準用刑事訴訟法第117條第一項，停止羈押後再行羈押的規定，而此條文所規定的再執行羈押情形包括：

1 經合法傳喚無正當理由不到場者。

2 受住居之限制而違背者。

3 本案新發生第101條第一項，第101條之1第1項各款所定情形之一者，即新發生羈押理由或預防機壓的理由者。

4 違背法院命被告所應遵守之事項者。

5 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，被告因第114條第3款，即現罹疾病，非保外治療顯難痊癒者之情形，而停止羈押，其停止羈押之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。

7 甲失業，涉嫌於晚間在街上販賣毒品，被巡邏員警乙當場逮捕，員警乙當場對甲進行相關偵訊。

試問：甲於接受偵訊時，依刑事訴訟法相關規定，得主張何種權力？員警乙在何種情況下，才能對甲加以夜間詢問？

答：

1 甲得主張的權利：

依據刑事訴訟法第95條，訊問被告應先告知下列事項：

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。

因此甲除了有受告知罪名的權利外，亦享有緘默權、律師的辯護權、及請求警察調查有利證據的權利。

2 夜間詢問：

依據刑事訴訟法第100條之3第1項，司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：

1. 經受詢問人明示同意者。

2. 於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。

3. 經檢察官或法官許可者。

4. 有急迫之情形者。

8 比較協助檢察官偵查之司法警察官與聽從檢察官指揮之司法警察官的差異。

答：

1協助檢察官偵查之司法警察官：

依據刑事訴訟法第229條第1項，下列各員，於其管轄區域內為司法警察官，有協助檢察官偵查犯罪之職權：

1. 警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長。
2. 憲兵隊長官。
3. 依法令關於特定事項，得行相當於前二款司法警察官之職權者。

2聽從檢察官指揮之司法警察官：

依據刑事訴訟法第230條第1項，下列各員為司法警察官，應受檢察官之指揮，偵查犯罪：

1. 警察官長。
2. 憲兵隊官長、士官。
3. 依法令關於特定事項，得行司法警察官之職權者。

3差異：

協助檢察官偵查之司法警察官，依據刑事訴訟法第229條第2項，司法警察官，應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。

而聽從檢察官指揮之司法警察官，依據刑事訴訟法第230條第2項，司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。根據同條第3項，實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。

9 司法警察官甲持拘票前往被告乙之家中進行拘提時，發現另案應扣押之物，甲除拘提乙之外，對另案應扣押之物亦予以扣押。問甲之所為是否合法。

答：

1實施另案扣押的要件：

依據刑事訴訟法第152條，實施搜索或扣押時，發現另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。所以另案扣押之要件為，實施合法搜索或扣押時，發現另案應扣押之物，惟為防止無令狀搜索扣押，成為概括授權，故法條雖無明文，仍須附加以下要件，即就拘提而言，目的在人，而非證物，故另案扣押必須是在達成拘提完成前所發現，且事出緊急，而不及聲請搜索票為限，始得為另案扣押。

2甲行為的合法性：

甲目的在拘提乙，而非證物的取得，既如此，則為拘提被告所為的入屋搜索，於逮捕後，僅能基於執法人員安全或者有為保全證據的急迫考量，而對於被告身體及身體可立即觸及之處為搜索，不得任意擴大範圍，對於被告所在之處所為進一步搜索。若基於此立法目的，以及人權考量，既以拘提被告，目的已達，自不得再為進一步搜索，不管是本案或另案應扣押之物。基於此，甲所為的另案扣押物，若非在拘提被告前所發現，自無證據能力。

10 依刑事訴訟法規定，司法警察在何種情形下所為之搜索扣押毋需搜索票？試分別論述之。

答：警察無令狀搜索的情形：

1附帶搜索：

依據刑事訴訟法第130條，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。

2緊急搜索：

依據刑事訴訟法第131條第1項，有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：

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 嫌疑人確實在內者。
2. 因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。
3. 有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。

3經同意搜索：

依據刑事訴訟法第131條之1，搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。

4附帶扣押：

依據刑事訴訟法第137條第1項，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索或扣押時，發現本案應扣押之物為搜索票所未記載者，亦得扣押之。

又依據刑事訴訟法第152條，實施搜索或扣押時，發現另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。

11 甲涉嫌竊盜，檢察官偵查終結後，可能為「便宜不起訴」也得為「緩起訴處分」，但是更有可能為「簡易程序協商」來終結案件，請說明這三種制度的適用前提及法律效果，有何不同。

答：

1便宜處分：

1. 適用前提：

(1) 第376條所規定之案件：包括最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪；刑法第三百三十五條、第三百三十六條第二項之侵占罪；刑法第三百三十九條、第三百四十一條之詐欺罪；刑法第三百四十二條之背信罪；刑法第三百四十六條之恐嚇罪；刑法第三百四十九條第二項之贓物罪。

(2) 檢察官參酌刑法第57條所列事項：「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：一、犯罪之動機、目的。二、犯罪時所受之刺激。三、犯罪之手段。四、犯罪行為人之生活狀況。五、犯罪行為人之品行。六、犯罪行為人之智識程度。七、犯罪行為人與被害人之關係。八、犯罪行為人違反義務之程度。九、犯罪所生之危險或損害。十、犯罪後之態度。」

(3) 認為以不起訴為適當者。

2. 法律效果：檢察官基於便宜處分得為不起訴之處分。

2緩起訴處分：

1. 適用前提：

依據刑事訴訟法第253條之1第1項：

(1) 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。

(2) 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。

2. 法律效果：檢察官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。

3簡易程序協商：

1. 適用前提：第451條之1第1項

(1) 得為簡易程序的案件。

(2) 被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願意受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告。

(3) 檢察官同意者，應記明筆錄。

2. 法律效果：

並即以被告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求。

檢察官為前項之求刑或請求前，得徵詢被害人之意見，並斟酌情形，經被害人同意，命被告為左列各款事項：

一、向被害人道歉。

二、向被害人支付相當數額之賠償金。

12 被告之自白，在何種條件下，可以採有罪判決之基礎？

答：證據，必須先具備證據能力，即作為證據的資格，始得作為認定事實、適用法律，乃至作成有罪判決的基礎。關於自白，刑事訴訟法第156條第1項規定：「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。」

(1) 自白取得證據能力的要件有二：

1. 任意性：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取得，則無論其是否與事實相符，根本上已失其證據能力，不得採為判斷事實之證據資料。甚至，第156條第3項後段要求檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。

2. 與事實相符：自白須與事實相符，才可將自白證據能力與證明力等同之。

(2) 在自白具備前述兩要件的情況下，即可採為有罪判決的基礎。但必須強調，第156條第2項，自白，

不得作為有罪判決之唯一證據。

13 甲和乙兩人均有告訴權，僅甲提出告訴，經檢察官不起訴處分後，乙能否申請再議？

答：刑事訴訟法第256條第1項賦予告訴人聲請再議之權，於接受不起訴或緩起訴處分書後，得於七日內以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察長或檢察總長聲請再議。

(1) 再議聲請權人：依最高法院31年上字第981號判例，得聲請再議之人，以告訴人為限，不得聲請再議之人所為再議之聲請，為不合法。此處使用的用語，與第256條第1項所稱的告訴權人不同，第256條第1項告訴人，乃指實行告訴的告訴人，而不論其是否有告訴權。

(2) 故本題中，實行告訴人為甲，乙並未告訴。故僅甲得聲請再議，乙並不能申請。

十四、甲為竊盜罪之被害人，向檢察官提起告訴，於偵查進行中，又再向管轄法院就同一被害事實提出自訴，試問管轄法院應如何處理？理由為何？

答：

(1) 依刑事訴訟法第323條規定：同一案件經檢察官開始偵查，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。於開始偵查後，檢察官知有自訴在先或前項但書之情形者，應即停止偵查，將案件移送法院。依此觀之，同一案件先告訴後得否再行合法自訴，須視案件是否為告訴乃論之罪而定。

(2) 再者，本題所述之竊盜罪，通常為非告訴乃論之罪。不過，如係第324條所列情形，則為「相對」告訴乃論之罪。因而本題須視所犯之竊盜最情況而異其效果。

(3) 如果本題之竊盜罪為非告訴乃論，既已提起告訴且偵查，則不得再行自訴。依刑事訴訟法第334條規定，管轄法院應諭知不受理判決。

反之，如果本題之竊盜罪為相對告訴乃論之罪，依刑事訴訟法第323條第1項但書規定，甲自訴仍屬合法，檢察官應即停止偵查，將案件移送管轄法院。而管轄法院可行實體審判。

十五、刑事訴訟法對法院書記官、執達員有無迴避之規定，是簡述之。

答：刑事訴訟法中有關法官迴避規定之準用條文，僅就第25條規定「法院書記官」及「通譯」準用、第26條規定「檢察官」及「辦理檢查事務之書記官」準用等。是以「法院書記官」有迴避規定，而「執達員」則無。

(1) 聲請法官迴避之處理程序：

刑事訴訟法第20條規定：「聲請推事迴避，應以書狀舉其原因向推事所屬法院為之。但於審判期日或受訊問時，得以言詞為之(I)。聲請迴避之原因及前條第二項但書之事實，應釋明之(II)。被聲請迴避之推事，得提出意見書(III)。」

(2) 聲請法官書記官迴避之處理程序：

刑事訴訟法第25條規定：準用推事迴避之規定。但不得以曾於下級法院執行書記官為迴避之原因

(3) 聲請辦理檢查事務之書記官之處理程序：

準用法官迴避之規定。但不得以曾於下級法院檢察署、執行檢察官、書記官為迴避之原因。(刑訴§26)。

十六、簡述偵查中禁止先行傳訊原則的意義。

答：偵查階段調查犯罪與蒐集證據，應著重在「物證」，而非「被告供述」。是故刑事訴訟法第228條第3項規定「實施偵查非有必要，不得先行傳訊被告。」蓋先行傳訊被告恐有下列缺點：

1. 損及犯罪嫌疑人或被告之名譽：因傳訊被告易為媒體廣泛報導，對於犯罪嫌疑尚未具備時，極其不妥。
2. 增加偵查工作之困難：因傳訊易使被告心生警覺而為串證或偽造、變造或湮滅證據。
3. 造成濫行羈押或先羈押被告後找證據之不良後果，影響被告之實質正當法律程序之權利。

十七、我國刑事訴訟法對於犯罪之追訴，兼採國家追訴主義與被害人追訴主義（公訴與自訴），試簡述其區別。

答：我國刑事訴訟法關於犯罪之訴追採起訴雙軌制，即兼採國家訴追制與被害人訴追制，除檢察官外，犯罪之被害人亦可提起自訴：

1公訴：刑訴第251條第1項規定：「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公

訴。」公訴，亦即代表國家之檢察官，請求法院對犯罪嫌疑人，確定其刑罰之有無及其範圍之訴。

2自訴：為犯罪之被害人與其有一定身分關係之人所提起之刑事訴追。刑訴第319條第1項規定：「犯罪之被害人得提起自訴。但無行為能力或限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之。」自訴之提起，應委任律師行之（刑訴第319條第2項、37條第2項）。

3公訴與自訴之區別：

1. 公訴由代表國家之檢察官為原告，此其所以為公益所在；自訴乃以犯罪之被害人為原告，此其所以為私人之訴的私益所在。
2. 公訴之前須偵查，認為有犯罪嫌疑，始提起公訴；而自訴不須經偵查程序。
3. 提起公訴，檢察官之起訴書直接送達於被告；自訴時亦須以自訴狀為之，自訴人之自訴狀應按被告之人數製作繕本，隨同原本提出法院。

十八、試述通常程序審判開始之原因。

答：第一審之審判程序，因下列原因而開始：

1. 經檢察官或自訴人之起訴（刑訴第264第1項、320條）。
2. 經無管轄權法院諭知管轄錯誤之判決而移送審判者（刑訴第304條、335條）。
3. 相牽連案件經裁定移送合併審判者（刑訴第6條第2項、3項）。
4. 經裁定指定管轄法院者（刑訴第9條）。
5. 經裁定移轉管轄者（刑訴第10條）。
6. 第二審法院因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之，並將該案件發回原審法院者（刑訴第369條第1項但書）。
7. 第三審法院因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之，並將該案件發回第一審法院者（刑訴第399條但書）。
8. 第三審法院因原審判決未諭知管轄錯誤係不當而撤銷之，並將該案件第一審法院者（刑訴第400條前段）。
9. 經開始再審之裁定確定者（刑訴第436條、426條第1項）。
10. 案件經非常上訴判決應由第一審法院更為審判者（刑訴第447條第2項）。
11. 檢察官聲請以簡易判決處刑之案件，經改以通常程序審判者（刑訴第449條第2項、452條）。

十九、何謂相牽連案件？相牽連案件如何合併審判？

答：案件本來依刑訴法第四條及第五條之土地管轄或事物管轄規定，各有其固有之管轄法院，分別由管轄之法院管轄或審判。但是在某些情況下，案件之間因具有牽連關係，若分別由不同的管轄法院調查證據及審判，有違訴訟經濟，因此有牽連管轄之設計，在某些案件合併由同一法院審理。

具相牽連關係之案件，稱之為相牽連案件。依刑訴法第七條規定，相牽連案件之情形為：

(一)一人犯數罪者。

(二)數人共犯一罪或數罪者。

(三)數人同時在同一處所個別犯罪者。

(四)犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。

依同法第六條規定，相牽連案件得合併由同一法院管轄並審判。合併審判之要件為：

(一)審判權相同。

(二)訴訟程序相同。若訴訟程序不同，合併審判反而容易造成程序之遲延。

(三)訴訟程度相同。

(四)非為同一案件。

相牽連案件之合併審判有兩種：

(一)數同級法院間之合併審判

依第六條第二項規定：「如各案件已繫屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移於一法院合併審判之。

有不同意者由共同之直接上級法院裁定之。」

(二)數不同級法院間之合併審判

依同條第三項規定：「不同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其上級法院管轄。已繫屬於下級法院者，其上級法院

得以裁定命其移送上級法院合併審判。」

但是相牽連案件中之同時犯，因其相牽連程度較小，所以該項但書明定在此情形，上級法院不得以裁定命其移送上級法院合併審判。

二十、某甲殺死其妻後，主動至轄區警察分局「自首」，員警依法偵查後，欲將甲隨案解送地檢署檢察官處偵訊，依法應如何為之？

答：

(1) 司法警察之措施：

按依刑事訴訟法第229條第2項及第3項規定「司法警察官應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送」，「被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送」。

本件犯罪嫌疑人甲於殺妻後，旋於翌日向警方自首坦承犯行，顯與本法第75條之拘提、第76條之逕行拘提及第88條之現行犯、準現行犯逮捕要件不符。有疑義者乃其是否合於同法第88條之1第1項第4款之情形（刑法第173條1項之放火罪為無期徒刑或七年以上有期徒刑）而得緊急拘捕。惟甲既係自行到案接受警方詢問，顯難遽認有事實足認其有逃亡之虞，是以淺見認為司法警察應不得將甲解送地方法院檢察署，僅得將該案移送該管檢察官。

(2) 檢察官之措施：

承上述，甲經警方詢問後，應得自行離去，雖另依本法第228條第4項規定「被告經傳喚、自首或自行到場者，檢察官於訊問後，認有第101條第1項各款或第101條之1第1項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得命具保、責付或限制住居。但認有羈押之必要者，得予逮捕，並將逮捕所依據之事實，告知被告後，聲請法院羈押之」。

然本案例甲係向司法警察自首，非向檢察官為之，亦與上開規定之情形不符，此際檢察官似僅得於甲受詢問後立即由司法警察持其簽發之傳票立時傳喚甲到場，再依訊問後之情形，分別命具保、責付、限制住居或當場予以逮捕，而向法院聲請羈押。（如欲將甲隨案解送，似僅得由檢察官同時簽發傳票與拘票，於甲受警詢後立，由司法警察當場交付予甲，甲若抗拒傳喚則得立即逮捕而隨案解送之。）

1. 原告甲、乙以丙為被告，向台中地方法院起訴，在第一審審理期間，原告甲委任A律師為訴訟代理人，並於委任狀上指定A律師為送達代收人，而原告乙則未委任任何訴訟代理人，惟向法院陳明其指定B為送達代收人，第一審判決原告敗訴，甲另委任C律師提起第二審上訴，乙則自行提起第二審上訴，然未再指定任何送達代收人，嗣台中高分院將第一次期日通知書分別向A律師及B律師送達，而將第二次期日通知書逕對甲、乙分別為送達，試問各該送達在法律上之效力各如何？

解題方向：

台中高分院將第一次期日通知書分別向A律師及B律師為送達之效力：

送達於A律師部分並無送達之效力。理由如次：按訴訟代理人有受送達之權限者，送達應向該代理人為之（本法第一三二條）。訴訟代理人有代理本人為訴訟行為之權，解釋上應包括代受送達之權限在內，無須特別委任即有代受送達之權限（四四台抗一九二）。訴訟代理當然有代收送達之權限者，至上訴審後如未另行委任其為訴訟代理人時，即無再為代收送達之權限（二八院一八四一），縱曾於原委任書特別載明為送達代收人者，亦不例外（四三台抗九二）。準此，本題甲於上訴第二審後並考繼續A律師為訴訟代理人，依前揭說明，於第二審A律師並無再為代收送達之權限，故對其送達不生送達之效力。

送達於B部分發生送達之效力。理由如次：

按當事人於受訴法院所在地無住居所、事務所、營業所者，審判長得命其於一定期間內指定送達代收人，當事人經指定送達代收人，送達即應向該送達代收人為之（本法第一三三條）。送達代收人經指定陳明後，其效力及於同地之各級法院（本法第一三四條）。所謂同地之各級法院，係指不同審級之法院在同一所在地而言。本題，因台中地院與台中高分院係同在台中市，B經乙指定為送達代收人後，其效力及於台中高分院之第二審亦有收受送達之權限。

第二次期日通知書逕對甲、乙分別送達之效力：

送達於甲部分發生送達之效力。理由如次：

依民事訴訟法第一百三十二條之規定，訴訟代理人有受送達之權限者，送達應向該代理人為之。但審判長認為必要時，得命送達於當事人本人。從而，本題雖甲委任C律師為第二審訴訟代理人，但若審判長認為必要時，亦得將第二次期日通知書逕對甲送達。

送達於乙部分：

雖乙陳明B為送達代收人，如法院仍向本人乙送達，經乙無異議而收受者，依學者見解，仍有送達之效力（惟本人乙亦得拒絕收受而不生送達之效力）。

2. 乙因其持有之特殊品種的蔬菜種子即將發芽，又不易覓得菜圃，乃將此事由告之於甲，並徵得其同意，將種子播種於甲之土地上。該批蔬菜雖已長成，並再度收取種子，但乙卻無返還土地之跡象。甲乃基於所有權訴請法院判令乙返還該土地。於第一審言詞辯論時，甲對乙主張就該地有租賃權之陳述予以承認。甲最後獲得敗訴的判決。甲上訴於第二審時，主張「該土地係借於乙播種即將發芽之該批蔬菜種子之用，該批蔬菜既已收成完畢，應將該土地返還予甲」等語。試論述甲於第二審所作上述之訴訟行為，在訴訟法上的性質。

解題方向：

甲於第二審所作之訴訟行為在訴訟法上的性質為何？茲分析如次：

傳統訴訟標的理論：

此說認為給付之訴之訴訟標的為原告對於被告以訴或反訴所求判決範圍內之私法上請求權。準此，甲在第一審主張基於買賣契約請求權，第二審又主張借用物返還請求權，揆其性質，應係訴訟標的之追加（本法第四四六條），可合法為之。

新訴訟標的理論：

此說將訴訟標的之概念由實體法關係中分出，給付之訴係原告主張有受給付之法律上地位，而實體法上之各種請求權僅為各種不同之攻擊或防禦方法而已。準此，若依此說甲僅係基於一定之法律上地位向乙主張而已，祇有一個訴訟標的存在。至甲在第二審提出基於使用借貸關係而為請求，此係一種新的攻擊防禦方法（本法第四四七條）。

3. 某甲起訴請求某乙給付A物之買賣價金參佰萬元，某乙除否認甲、乙間A物買賣契約之成立外，並主張以對某甲有伍佰萬元借款債權中之參佰萬元抵銷，請求駁回原告某甲之訴。試問：法院可否不先斟酌甲、乙間之A物買賣契約是否成立，即逕採某乙抵銷之抗辯，駁回原告某甲之訴？法院之終局判決，就某乙抵銷之抗辯為判斷時，該判斷係在終局判決之何一部分為之？判決確定時，將發生何種效力？

解題方向：

法院不可不先斟酌甲乙間A物買賣契約是否成立即逕採乙抵銷之抗辯，駁回原告甲之訴。

按本法採處分權主義、辯論主義，除別有規定外，法院為判決，應本於當事人之聲明為之，未經當事人聲明之事項法院不得加以判決（本法第三八八條），否則即成「訴外裁判」。本題法院逕採乙抵銷抗弁即駁回原告甲之訴，易對甲造成來自法院之突襲，有損其程序上之利益。

按既與債務抵銷之應辯駁關聯攻擊或防禦係在終局判決以及理衛上即意見惟判決確定時將發事實及理由所生之結果，當事人之聲明原則上為判決主義之依據。抵銷僅係一種攻擊防禦方法而已，故僅於理由部分判斷即可。

依本法第四〇〇條第二項規定，主張抵銷之對待請求其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限有既判力。此乃因抵銷係同時將與本訴請求無關之對待請求消滅為目的之抗辯。若不認其有既判力，就本訴請求之存否所生之爭執，必變為對待請求存否之爭執，依判決解決之爭執將無意義。

4. 甲訴請乙返還借款新台幣(下同)十萬元獲勝訴確定判決據以聲請強制執行後，乙將其僅有之汽車一輛出賣與知情之丙以損害甲之債權。甲遂聲請在十萬元範圍內對丙之財產為假扣押，經法院裁定准許，並查封丙買受之上開汽車。丙聲請法院裁定命甲於十日內起訴。甲於法院所定期間內。以乙、丙為共同被告，先位聲明訴請確認乙、丙之買賣契約法律關係為通謀虛偽意思表示無效而不存在；備位聲明依民法第二百四十四條第二項規定，訴請撤銷乙、丙間之詐害行為。試問：於此情形，丙得否聲請法院撤銷假扣押裁定？

解題方向：

於此情形，丙得聲請法院撤銷假扣押裁定。茲分述如次：

按債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求欲保全強制執行者，得聲請假扣押(本法第五二二條)。假扣押之目的既在保全將來之強制執行，故日後不能強制執行或甚難執行之虞，始得為之。本題

乙將僅有之汽車出售知情之丙以損害甲之債權，合於假扣押要件，法院准其所請。然若債權人不於一定期間起訴者，債務人即得聲請撤銷假扣押之裁定(本法第五二九條)。因本案尚未繫屬，命假扣押之法院命甲於十日內起訴，甲亦於法院所定期間內提預備合併之訴。問題在於此之起訴是否限於提起「給付之訴」？學者雖有人主張並未限定給付之訴，但實務上見解認為以提給付之訴為限(六五台抗四四)。準此，甲提起預備合併均非給付之訴，將因不合法而被駁回(與未提起同)，丙自得聲請撤銷假扣押之裁定。

5. 檢察事務官執行附帶搜索(刑事訴訟法第一百三十條)或同意搜索(刑事訴訟法第一百三十一條之一)後，是否均應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院？其理由為何？

### 【擬答】

#### 壹、搜索之法治國原則與正當

##### 法律程序之保障

一、按搜索乃屬干預或限制人民隱私權之強制處分，是其發動、實施與救濟程序均應符合法治國原則之要求，被搜索人並受憲法所賦予之實質正當法律程序之保障。就強制處分之發動審查而言，原則上應採事前同意之令狀主義，倘例外因被處分人之自願同意或急迫情形等而為無令狀處分，該處分亦應受有權機關之事後監督，被處分人並得有救濟之途徑。

二、基此，刑事訴訟法關於搜索之發動即係以法官保留之事前同意令狀主義為原則，並考量實務偵審程序之需求，例外酌採無令狀主義，其情形包括本法第一三零條之附帶搜索、第一三一條之急迫搜索與第一三一條之一之同意搜索，其中第一三一條第一、二項之急迫搜索依同條第三項之規定若為檢察事務官所為者應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官與法院，使受有權機關之事後監督之審查。

貳、附帶搜索與同意搜索之類推適用一、本法第一三零條為保障執行拘捕人員人身安全之附帶搜索與第一三一條之一本於被處分人自由意願之同意搜索則均未如有前開本法第一三一條急迫搜索應受事後監督審查之規定，則執行附帶或同意搜索等強制處分之人員，其實施要件(如被搜索人有無於自由意願下為明示同意'或被拘捕對象有無攜帶威脅執法人員安全之武器或工具)是否具備與實施程序是否符合比例原則適合性'必要性與狹義比例性等，均無從審查監督，顯違法治國原則與憲法賦予人民實質正當法律程序保障之精神。

二、基於本法第一三一條第一項逕行搜索與第二項緊急搜索，尚需接受事後監督之審查，不具急迫情形之附帶與同意搜索，自應受相同機制之監督制衡，故學說主張該二者無令狀搜索均應類推適用第一三一條急迫搜索之規定，亦即檢察事務官於執行附帶或同意搜索後三日內應報告該管檢察署檢察官及法院。

6. 甲因強盜罪嫌而被通緝，刑警乙得知甲在某屋內，竟未持搜索票，逕行進入該屋一樓內搜索而

逮捕到甲，更因搜索屋內二樓小保險箱而查獲甲另犯常業重利罪之相關帳冊予以扣押，試問：乙搜索小保險箱所扣押之帳冊，有無證據能力？

【擬答】 壹、按搜索乃屬對人民之財產權與隱私權等基本權利所為限制干預之強制處分，依刑事訴訟法第一二八條第一項之規定，原則上須由法官簽發搜索票為之，此即法官保留之令狀主義，惟基於偵查犯罪時效性之急迫因素或其他考量，本法亦於具備法定條件下例外容許無令狀之搜索，茲分述其情形如下：

附帶搜索：依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告，犯罪嫌疑或執行拘提、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。」其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具，故倘僅為取得或保全證據則不屬之。

惟亦有採不同見解者，其認未保全證據時仍得為附帶搜索。急迫搜索：依本法第一三一條第一、二項

之規定，又可區分為對犯罪者之逕行搜索與對證據之緊急搜索。

同意搜索：依本法第一三一條之一規定「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」貳、本題司法警察乙無搜索票而進入私宅搜索並逮捕強盜罪通緝犯甲，符合本法第一三一條第一項之逕行搜索規定，然其逮捕甲後，另行無令狀搜索甲置放保險箱內之他案常業重利罪證據，顯非因於執行逮捕甲時其隨身或立即可觸及之處所顯現危險物件之跡證，致有威脅執行人員安全虞，而為之附帶搜索；再依題旨，他案部分亦無時效急迫而未及聲請搜索票之情形，且受搜索人亦未表示同意；揆諸前揭說明，堪認本件司法警察之無令狀搜索不合法，其因此扣得之證據應由法院依刑事訴訟法第一五八之四條規定，權衡裁量其證據能力。倘若依不同意見，認未防止證據湮滅亦得為附帶搜索，則本件搜索扣得之常業重利罪證據即具證據能力。

7. 基於概括犯意，連續於一月一日、二月一日、三月一日分別竊取 A、B、C 三人之手錶，甲竊取 A 之手錶部分，經檢察官向地方法院簡易庭聲請簡易判決處刑，法官於二月五日作成簡易判決對甲處刑罰金伍仟元，於三月五日送達於甲，該案因無上訴而告確定，檢察官於四月一日發覺甲尚有連續竊取 B、C 二人之手錶，應如何處理？

### 【擬答】

按確定裁判之效力可區分為二：

- 1 形式確定力：不能依通常聲明不服(上訴、抗告)方法請求救濟，即不得再對該訴訟聲明不服，訴訟關係因此消滅。
- 一、裁定：
- (一)得抗告：可由原審法院或上級法院撤銷或變更之，於不得為抗告後，即屬確定，故有形式的確定力。
- (二)不得抗告：為裁定者，得自行撤銷或變更之，如聲請調查證據之裁定，無形式上之確定力。
- 二、判決：判決一經確定，均有形式之確定力。
- 貳、實質確定力：即既判力，限本案判決始有之

一、時的範圍(例如：連續性、繼續性犯罪)，其認標準有如下見解：

- (一)確定時說：以判決確定時為準，行為若在判決確定前，即為判決效力所及。
- (二)最後事實審理可能說：以其事實是否有理之可能為準，即有審理之可能，雖未予審理，亦應為判決力所及。
- 甲說：言詞辯論終結前。乙說：宣示判決前。

二、物(事實)的範圍(既判力之擴張)：

- (一)實質上或裁判上一罪，在實體法上為一罪，在訴讀上為一訴訟客體，無從分割，檢察官雖只就其一部起訴，效力及於全部，本屬法院得審判之範圍，雖只就其犯罪事實一部審判，效力仍及於未經審判之他部分，該他部分受一事不再理之限制，既判力範圍及於全部。
- (二)裁判上一罪之案件，其一部為告訴乃論之罪，未經告訴，一部非告訴乃論之罪，經檢察官起訴，此時法院僅得就非告訴乃論之罪為審判。告訴乃論之罪部分，因欠缺訴訟條件，不得對之為審判。惟兩者皆為既判力所及。
- (三)實質上或裁判上一罪，一部為有罪判決者，效力及於全部，然經「無罪」或「免訴」判決者，又可區分如下：
- (1)一行為者：如加重結果犯、想像競合犯等，前者既判力及於全部，惟想像競合犯部分則有爭議：
- (a)肯定見解：認想像競合犯與連續犯之數行為及牽連犯有方法結果之情形不同，依一行為僅受一次審判之原則，不容再為其他有罪或無罪之判決，是對後起訴者應為免訴判決。
- (b)否定見解：認想像競合犯，雖係一行為，但其所犯者，本係數罪，其效力所以及於全部，乃由於從一重處斷之結果，其一部既論知無罪，則其效力自不及於未經判決之其他部分。
- (2)數行為數罪：因既與其他部分，並無結合、吸收、連續或牽連等關係，即非審判不可分，並非既判力之所及，仍得就其他部分另行起訴。

- 三、實質確定力之內涵：其限有罪(科刑、死刑)、無罪及免訴判決方有之，至管轄錯誤、不受理等非本案判則無；具實質確定力而有一事不再理原則之適用，不得就同一案件再行起訴。參、結論：因本題屬簡易判決處刑，未經言詞辯論程序，故無所謂言詞辯論終結時，而依實務所採宣示判決時說，甲竊盜 AB 部分均係宣示判決前所為，而為確定判決之效力所及，檢察官不得就甲竊盜另行起訴，至甲竊盜 C 部分，既係於宣示判決後，非原判決實質確定力所及，檢察官仍得另行偵查起訴。

8. 甲連續傷害乙二次，乙全部提出告訴後，僅就第一次傷害犯行撤回告訴，對第二次傷害犯行則堅持不願撤回告訴，試問：檢察官應如何處理？

【擬答】

壹、客觀效力

一、犯罪事實一部為告訴乃論罪 撤回該部分之告訴效力

不及於非告訴乃論之他部。

二、犯罪事實全部為告乃論罪。

被害人不同：一被害人撤回告訴不足以拘束他被害人。例如：甲連續傷害乙、丙，兩人均告訴後乙撤回告訴而丙未撤回，則乙之撤回效力不得拘束丙，仍應就甲傷之部分實體審判，對甲傷乙之部分依刑事訴訟法第三〇三條第三款諭知不受理。

被害人相同：

一行為：

(a)一罪：甲說：撤回無實益。

乙說：效力及於全部。

(b)數行為數罪：甲說：效力僅及於撤回之部分。乙說：效力及於全部(以貫徹訴訟關係合一確定之原則)。

數行為數罪：甲說：效力僅及於撤回之部分。乙說：效力及於全部(以貫徹訴訟關係合一確定之原則)。

貳、撤回效果

一、偵查中：

告訴乃論之罪告訴經撤回。

院二一五二一第二五二條第五款。

學者一因與未經告訴同，毋庸為任何處分。

撤回告訴之人再行告訴。院二二九二一一

第二五五條第一項。學者一第二五二條第五

項。

二、審判中：

告訴乃論之罪告訴經撤回一第三〇三條第三款。

撤回告訴之人再行告訴而檢察官誤予起訴：第三〇三條第一、三款競合，陳樸生教授認為應優先適用第三〇三條第三款。

原告訴人：依第三二二條，既不得再行告訴，亦不得再行自訴。

檢察官：撤回告訴之人違背規定再行提起自訴時，檢察官原不得提起公訴，自無適用第三三六條第二項開始或續行偵查之餘地。

其他告訴權人：撤回告訴之效力僅及於撤回告訴之人：

經檢察官處分不起訴後，復據其他得為告訴之人之告訴，不受第二六〇條之拘束。

經法院諭知不受理判決後，復據其他得為告訴之人之告訴，經檢察官再行起訴→法院仍得為實體審判。

結論：依前揭說明，本題若採甲說，檢察官仍應就告訴人未撤回部分偵查起訴，倘採乙說，則告訴人撤回效力即於全部，檢察官應依本法第二五二條第五款為不起訴處分或毋庸為任何處理。

9. 刑事訴訟法第四百五十七條規定：「執行裁判由為裁判法院之檢察官指揮之。但其性質應由法院或審判長、受命推事、受託推事指揮，或有特別規定者，不在此限。」試詳述本條但書規定所指之情形為何？

【擬答】

按執行裁判原則上由為裁判法院之檢察官指揮之，刑事訴訟法四五七條第一項定有明文，惟該

條但書另定有其他特別規定，茲分述如下：

卷宗在下級法院者，由該法院之檢察官指揮執行，另附帶民事訴訟確定裁判之執行，則由法院民事執行處為之。因駁回上訴抗告之裁判，或因撤回上訴抗告而應執行下級法院之裁判者，由上級法院之檢察官指揮之，此因卷宗多在上級法院，為便利迅速執行起見，自以由上級法院之檢察署檢察官執行為便利。法院或審判長受命法官受託法官如有關於羈押、具保、責付、扣押及調查證據等裁定，得隨時為執行。此外罰金、罰鍰於裁判宣示後，如經受裁判人同意而檢察官不在場者，得由檢察官當庭指揮執行，但不包易科罰金之執行。

10. 何謂協商程序之判決？其聲請程序為何？法院應如何處理之？判決之效果如何？試詳述之。

### 【擬答】

所謂協商判決乃本於當事人處分主義，由檢察官與被告(被告之辯護人)起訴案件之訴訟標的，此協商判決包括控訴罪名協商與量刑協商。前者復包括垂直式罪名協商(起訴重罪協商為輕罪)與水平式罪名協商(起訴多數罪名協商為少數罪名)，後者則指於被告認罪前提且未改變控訴範圍內，兩造當事人就被告應受科刑之種類與刑度達成合意並呈報法院，嗣由法院依該合意而判決，我國現行制度僅採量刑協商判決，未採前者。

聲請程序：

所犯非死刑、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。

經檢察官起訴而於第一審辯論終結前，或聲請簡易判決處刑而於判決前。

檢察官(得)徵詢被害人意見。

法院同意。

審判外就§455-2 I 所列事項於三十日內就§455-2 I 事項為協商。(§455-2 I 須得被害人同意)

當事人合意且被告認罪。

法院處理程序：

法院於聲請十日內訊問被告。

法院須告知被告罪名，法定刑及喪失之權利(公開審判權、對質詰問權、緘默權、上訴權)。

被告願受科刑逾六月且未緩刑→強制辯護人協助協商(未選任則指定)。

獨任制且採自由證明程序(不經言詞辯論且排斥傳聞法則)。

不得有§455-4 所列情形。

依法條規定文義，被告自白得為有罪判決唯一依據。

法院之處理：

c聲請有§455-4 I 各款情形→駁回聲請，改用通常、簡式、簡易程序。

聲請合法→於協商合意範圍內判決。

判決效果：

原則：協商科刑判決不得上訴。

例外：判決有§455-4 I 或§455-4 II 情形。

審理：

c第二審法院之調查，以上訴理由指摘事項為限。

上訴有理由→撤銷原判決，發回第一審更為審判。

11. 試詳述檢察事務官在刑事訴訟上之身分地位與依法得行使之職權各為何？

## 【擬答】

按檢察事務官依法院組織法第六十六條之三規定”檢察事務官受檢察官之指揮，處理下列事務：一、實施搜索”扣押”勘驗或執行拘提。二、詢問告訴人”告發人”被告”證人或鑑定人。三、襄助檢察官執行其他第六十條所定事項”“又檢察事務官處理前項前二款事務，視為刑事訴訟法第二百三十條第一項之司法警察官”，故而檢察事務官於刑事訴訟程序上之定位即屬襄助檢察官執行職務並輔助偵查之機關。

承上所述檢察事務官襄助檢察官執行職務之範圍包括：

實施偵查

c指揮偵（調）查：§228 I、II。

d篩選案件（退案審查制）：§231-1。

擔保未來審判之客觀性與正確性

提起公訴：認被告有犯罪嫌疑者（法院本於控訴原則受其拘束）：§251。

實行公訴：

c於審判期日出庭：§280、§379。

陳述起訴要旨：§286。

e聲請調查證據：§163 I。

f詢問：§163 I。

g詰問：§166 I。

h辯論證據證明力：§288-2。

i事實與法律辯論：§289。

協助自訴：§330。

擔當自訴：§332。

提起救濟：

c上訴：§344 I、III、§347。

d抗告：§403 I。

e再審：§427、§428 I。

非常上訴：§442。

指揮執行：§457 I。

至等同二級司法警察官輔助偵查之範圍則為：實施搜索”扣押”勘驗”執行拘提與詢問告訴人”告發人”被告”“證人或鑑定人等。

12. 刑事訴訟法第一百五十八條之四規定：「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。」試述本條規定之「法律另有規定」所指為何？本條規定之「人權保障及公共利益之均衡維護」應如何判斷審酌？

## 【擬答】

按證據排除法則於違法取證部分<依刑事訴訟法(下簡稱本法)規定包括：

絕對強制排除：

不正訊問方法取得之

被告自白 (§156) → (對證人之不正訊問於本次修法被排除)。

d 證人、鑑定人違背具結規定之證言或鑑定意見 (§158-3)。

相對強制排除：

違背§93-1 II 於法定障礙事由期間內對被告取得之自白或不利陳述 (§158-2 I)。

d 違背§100-3 I 司法警察（官）對犯罪嫌疑人之夜間詢問（§158 - 2 I）。

e 違背§95 款檢事官、司法警察（官）未違告知義務對受拘提逮捕之被告、犯罪嫌疑 人之詢問（§158-2 II）。

（但書允許之例外：經證明其違背非出於惡意（善意之例外），且係出於自由意志者（任意性）。（§158-2 I））。

權衡裁量：本法第一五八條之四規定”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，應審酌人權保障與公共利益之均衡維 護”，其中所稱法律另有規定即指上開絕對強制排除與相度強制排除之規定而言。至題旨所稱人權保障與公共利益之均衡維護應審酌之標準包括如下：

違背法定程序之情節。

違背法定程序時之主觀意圖。

侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。

犯罪所生之危險或實害。

禁止使用證據對預防將來違法取證之效果。

偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性。

證據取得之違法對被告訴訟防禦不利益之程序。

13. 甲在台北市，對於某國派至我國之代表某乙，犯故意傷害罪。我國之司法警察某丙，持拘票在台北市逮捕某甲之時，某甲又對某丙犯妨害執行職務罪。某甲之住所在高雄市。試回答下列問題，並說明其理由：

某甲所犯之故意傷害罪，那些法院有第一審管轄權？

某甲所犯之妨害執行職務罪，那些法院有第一審管轄權？

某甲所犯之故意傷害罪與妨害執行職務罪，可否合併管轄？現行法律規定，有何利弊得失？

#### 【擬答】

依案例所示，甲在台北市故意傷害某國派至我國之代表乙，構成妨害國交罪（參照刑法第 116 條第 2 項），又，甲在法拘提甲時，甲對執行員警犯妨害執行職務罪（參照刑法第 135 條第 1 項），甲故意傷害乙之案件，臺灣高等法院及其高雄分院均有第一審管轄權。

事物管轄之意義，事物管轄是以案件（事物）之種類定第一審管轄法院為高等法院或地方法院（參照第 4 條第 1 項），惟此類案件，除妨害國交罪外，侵害國家之法益，情節重大，且於速決，而這些類型之案件，通稱為事物管轄案件。事物管轄案件，因甲所犯為妨害國交罪，而妨害國交罪之第一審管轄權本為高等法院（參照第 4 條第 3 款），屬於事物管轄案件。而妨害國交罪之第一審管轄權臺灣高等法院及其高雄分院對於甲故意傷害乙之案件均有管轄權依案件性質定其管轄權之第一審法院為高等法院或地方法院後，再依土地管轄之規定，判斷應由哪一地域之法院管轄。

案件犯罪地及被告住所地具有管轄權（參照第 5 條第 1 項）。甲犯罪地在台北市，而住所地則在高雄市，是以，兩地之高等法院（台北市—臺灣高等法院；高雄市—臺灣高等法院高雄分院）均對甲所犯之妨害國交罪具有管轄權。甲妨害執行職務罪，臺灣台北地方法院及臺灣高雄地方法院均有第一審管轄權。

妨害執行職務罪不屬於事物管轄案件，故地方法院有第一審管轄權

妨害執行職務罪，不屬於第 4 條所列之事物管轄案件，因而，甲所犯之妨害執行職務罪，其第一審管轄權為地方法院，而非高等法院。

臺灣台北地方法院及臺灣高雄地方法院均有第一審管轄權，依土地管轄之規定，案件犯罪及被告住所地之法院均有管轄權，甲在台北市犯系爭案件，其住所則在高雄市，因此，台北市之臺灣台北地方法院與高雄市之臺灣高雄地方法院對於該案均有第一審管轄權。甲故意傷害罪與妨害執行職務罪，可合併管轄，其優點為訴訟迅速與經濟，缺點為有害於甲妨害執行職務罪與妨害執行職務罪，可合併管轄

各類案件本應依循固有管轄（參照第 4, 5 條）定管轄法院，基於促進訴訟與訴訟經濟，法院本於固有管轄之案件與其他不具固有管轄權之案件相牽連，而取得其他案件的管轄權，稱作牽連管轄，而此特殊關連稱為「相牽連案件」（參照第 7 條）。本案例，甲犯故意傷害罪與妨害執行職務罪，屬於相牽連案件之「一人犯數罪」情形（參照第 7 條第 1 款），故可由同一法院合併管轄。甲觸犯之故意傷害罪與妨害執行職務罪，其各該第一審管轄權分屬高等法院及地方法院，則依第 6 條第 3 項本文規定：「不同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其上級法院管轄」，因此，得由高等法院合併管轄之，惟此不具強制性，若未合併管轄或合併由地方法院管轄，亦無違法。

第 6 條第 3 項得合併由上級法院管轄之利弊，各相牽連案件本可由原來之固有管轄法院管轄，基於促進訴訟與訴訟經濟，方有合併管轄設計，而合併管轄之設計並不具強制性，各法院可裁











三審法院認為數案件，則依控訴原則，法院本不得審理未經起訴之事實（§268），如竟以上訴第三審法院認定代理人得為被告利益獨立上訴；二審法院仍應實體裁判，而非上訴第三審救濟（§345），法文既稱「獨立」，則法定代理人之上訴不受被告意思拘束，可與被告明示意思相反。準此，系爭案例，甲 19 歲為未成年，其父丙依前開規定得獨立上訴，縱使與甲甘服裁判之意思相違，丙之上訴仍屬合法。惟二審法院誤認利益被告之合法上訴為不合法因而程序駁回，此救濟方法，實務認為由二審法院仍就其合法上訴而為實體裁判，而非上訴第三審救濟<sup>3</sup>。然而，實務見解恐有不妥，一來有違裁判自縛性，並且，案件一經駁回，即無訴訟繫屬可言，訴訟關係不存在，二審法院何能判決？僅就實務以解，系爭案例因係誤認利益被告之合法上訴為不合法因而程序駁回，其救濟方法並非上訴第三審，而應由駁回之二審法院實體審理。

#### 一、告訴可否附條件或限制？

答：（一）附條件之告訴：

告訴可否附條件？例如「被告若賠我錢，我就不要告訴」（附解除條件），或「被告若不賠我錢，我就要告訴」（附停止條件）。如其所附條件，與告訴不可分離時，不問所附條件為何，均有違「公訴行為（公法行為）必須肯定明確」之原則，其告訴之意思並不確定，不能認為係有效之告訴，故整個告訴無效。

（二）附限制之告訴：

告訴權人僅限定「共犯中之一人」或「裁判上一罪或實質上一罪之一部犯罪事實」提出告訴，其他共犯或犯罪事實不予告訴，其告訴是否有效？依刑訴(239)之規定，應認為所附加之限制無效，但告訴仍屬有效之告訴。

二、第一審法院依數罪裁判之案件，被告就有罪判決部分上訴，餘罪因受無罪判決而未上訴（檢察官亦未上訴），第二審法院審理結果如發現兩個行為屬於裁判上一罪，且均成立犯罪，應如何處理？

答：可分下列情形：

- （4）其上訴不合法時：應駁回其上訴，其上訴之效力，並不及於未經上訴之部分，第二審自不得就未經上訴之部分加以審判。
- （5）其上訴無理由時：其原判決一部有罪，其他部份無罪，有罪部分經提起上訴，若上級法院認為下級法院以數罪裁判不當，則得自行審判。
- （6）其上訴有理由時：上訴部分，原判決雖係有罪，且其上訴為有理由，但未上訴之部分，為無罪，即不生審判不可分之關係，即非其上訴效力之所及，自不在上級審審判之範圍。故第二審法院應僅就上訴部分處斷。

三、某甲係我國籍船員，因在國外運輸毒品海洛因，經美國法院判處有期徒刑 10 年確定，並執行完畢。問某甲遣送回國後，我國可否再適用毒品危害防制條例第 4 條第 1 項（運輸第一級毒品海洛因，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者得併科新台幣一千萬元以下罰金），對同一事實，予以處罰？

【擬答】：

（一）「甲之運輸毒品之行為，可能該當毒品危害防制條例第四條第一項之罪？」：

1. 查刑法第五條第一項規定：「本法於凡在中華民國領域外，犯下列各罪者適用之。」，同法第八款：「毒品罪（下略）」，又查刑法第十一條：「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者，亦適用之。但其它法律有特別規定者不在此限。」，準此以解，毒品危害防制條例，雖非核心刑法第二五六條以下之鴉片罪，但實質上即為毒品罪，從而中華民國人民在海外犯此罪，刑法在此採屬人主義，對其國外之運毒行為亦有效力，合先敘明。

2. 據上論結，甲於國外運毒之行為，我國法院對此案件有審判權。

（二）「甲之運輸毒品之行為，雖經美國刑事法院裁判且執行，台灣法院不受其拘束。」：

1. 查刑法第九條：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」。前揭條文所指：「仍得依本法處斷」即係表明對外國刑事裁判我國採取不承認原則，不過如已受刑之執行，我國法院仍得斟酌我國法院判決之結論，免其刑之全部或一部，舉例以言，同一行為如於外國判刑十年，但於我國應判十二年，僅得免其十年徒刑，其餘

兩年仍應補予執行。

2. 準此以解，甲在美國之運毒行為如前所述，我國法院有審判權，對外國[針對同一行為之刑事裁判]不予承認，其餘美國如以執行十年，我國法院仍得判決不過可以免其刑之一部執行。

四、某甲在台北市，對於某國派至我國之代表某乙，犯故意傷害罪。我國之司法警察某丙，持拘票在台北市逮捕某甲之時，某甲又對某丙犯妨害執行職務罪。某甲之住所在高雄市。試回答下列問題，並說明其理由：

(一) 某甲所犯之故意傷害罪，那些法院有第一審管轄權？

(二) 某甲所犯之妨害執行職務罪，那些法院有第一審管轄權？

(三) 某甲所犯之故意傷害罪與妨害執行職務罪，可否合併管轄？現行法律規定，有何利弊得失？

【擬答】：依案例所示，甲在台北市故意傷害某國派至我國之代表乙，構成妨害國交罪（參照刑法第 116 條）。又，警察合法拘提甲時，甲對執行員警犯妨害執行職務罪（參照刑法第 135 條第 1 項），合先敘明。以下謹依題號順序，分別作答：

1. 甲故意傷害乙之案件，臺灣高等法院及其高雄分院均有第一審管轄權。

A. 事物管轄之意義事物管轄是以案件（事物）之種類定第一審管轄法院為高等法院或地方法院，即定不同「級」法院刑事案件之分配<sup>3</sup>。刑事訴訟法（以下略）規定刑事案件第一審管轄權屬於地方法院，僅內亂罪、外患罪和妨害國交罪的第一審管轄權才例外屬於高等法院（參照第 4 條），「蓋以此類案件。侵害國家之法益，情節重大，宜於速決」<sup>4</sup>，而這些類型之案件，通稱為事物管轄案件。

B. 本案為妨害國交案件，屬事物管轄案件 因甲所犯為妨害國交罪，而妨害國交罪之第一審管轄權為高等法院（參照第 4 條第 3 款），屬於事物管轄案件。

C. 臺灣高等法院及其高雄分院對於甲故意傷害乙之案件均有管轄權

五. 何謂「準備程序」？在該程序中，法院得處理何種事項？不得處理何種事項？

【擬答】：

(一). 準備程序之基本觀念 刑事訴訟目的之一在於發現真實，而實體真實之發現則須依證據為之，此用以認定事實之證據需經法院審判程序之合法調查始可，故刑事訴訟之重心顯在於審判程序。又我國刑事訴訟法所規定之審判程序包括通常審判程序、簡式程序、簡易程序與協商程序，其中通常審判程序需遵循直接、言詞、公開、集中原則，踐行嚴格證明，其餘三者簡易型程序則僅需自由證明即可。再為使法院之審判期日得順暢進行，本法另明文由法院指定受命法官一人，於第一次審判期日前，集合檢察官、自訴代理人（自訴人）、被告、辯護人、代理人、輔佐人等，處理本法所規定事項或預為證據之調查，是為準備程序。

(二). 準備程序法院得處理事項§273I

(1) 起訴效力所及之範圍與有無應變更檢察官所引應適用法條之情形

(2) 訊問被告、代理人及辯護人對檢察官起訴事實是否為認罪之答辯，及決定可

否適用簡式審判程序或簡易程序

(3) 案件及證據之重要爭點

(4) 有關證據能力之意見

(5) 曉諭為證據調查之聲請

(6) 證據調查之範圍、次序及方法

(7) 命提出證物或可為證據之文書

六、何謂交付審判？試說明交付審判聲請之要件及其裁判之效力。

【擬答】：

(一) 所謂交付審判制乃告訴人不服檢察機關駁回其再議聲請之處分，而於接受處分書後十日委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判，其主要目的在監督檢察官之不起訴處分與緩起訴處分，使不服該等處分者有請求法院介入審查之救濟機會。

(二) 依刑事訴訟法第二五八條之一至第二五八條之四規定，我國刑事訴訟法增訂之交付審判制應具備下述要件：

c(1) 主體要件：聲請之主體：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之一規定，

告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，使不服不起訴處分者有請求法院救濟之機會，讓法院有介入審查檢察官的不起訴分之權利。

d(2)程式要件：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。由此條文可知新法採行「再議前置」得機制（類似行政訴訟之訴願前置主義），亦即並非告訴人收到不起訴處分書，即可聲請交付審判，而必須先經由再議程序救濟，駁回後始可委任律師聲請交付審判。另次修法對聲請交付審判採強制委任律師之「強制律師代理制度」，其立法理由係為防止濫行提出聲請虛耗訴訟資源。

(三)至有關交付審判之裁判情形則為

c(1)法院之審查及效果：法院之審查及效果：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之三第一項規定，告訴人提出交付審判之聲請後，法院應組成合議庭以合議行之。法院審查之結果認為交付審判之聲請不合法或無理由者，應駁回之；認為有理由者，應為交付審判之裁定，並將正本送達於聲請人、檢察官及被告。另依同法第二百五十八條之三第四項之規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。

d(2)聲請之撤回：新法對於交付審判之聲請，採行得撤回之原則，依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之二規定，交付審判之聲請，於法院裁定前，得撤回之，於裁定交付審判後第一審辯論終結前亦同。另撤回交付審判聲請之人，不得再行聲請交付審判。

e(3)交付審判之救濟：交付審判使案件進入審判程序，對被告而言，其權益畢竟因此而受影響，故本次修法承認被告有抗告之利益，依第二百五十八條之三第五項規定，得提起抗告救濟之。

f(4)審查程序：法院為上開裁定時得為必要調查，此時因影響被告權利甚鉅，故其有聽審權，至法院所持之證據法則僅需自由證明即可。

(5)檢討：

(a) 裁定交付審判後不再適用起訴審查

(b) 裁定交付審判後，基於立法目的亦不得撤回公訴，至本法第二五八條之二 I 項規定裁定後可撤回聲請顯有誤失，蓋該聲請既經裁定而終結繫屬，已無撤回之標的。

七、試分析若被告智能障礙無法為完全之陳述，於偵查及審判中均未經選任辯護人，有無強制辯護之規定？立法理由為何？

【解析】：

本題係純粹的「修法」法條題；針對 2006 年刑訴小幅修正內容，做出命題。其實，「強制辯護」問題本來就是重要爭點，考生本即應予留意。展望未來，「實質」辯護與「共同」辯護之相關問題，應係考試趨勢。

【擬答】：

(一). 依刑事訴訟法第三十一條第一項之規定：「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，或審判長認有必要者，亦同。」同條第五項復規定：「被告因智能障礙無法為完全之陳述，於『偵查中』未經選任辯護人者，檢察官『應』指定律師為其辯護。」

(二). 至其立法理由，則為：被告因智能障礙未經選任辯護人者，在審判中屬於強制辯護案件，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護。其在檢察官偵查中，如無辯護人予以協助，顯不足以保障權利。應將本條關於智能障礙者強制辯護之規定擴及於檢察官偵查階段。

(三). 學者有認為：偵查中強制辯護立意頗佳，惟適用之範圍過於狹隘，就被告有受國家提供辯護人保護的必要（全面性之國選辯護）而言，仍有不足。

八、何謂案件單一性、同一性？我國學說對此有何看法？

(一) 案件同一性與案件單一性之意義：

1. 案件之意義：刑事訴訟法，乃對於特定被告之特定犯罪事實確定其具體刑罰權有無及其範圍之程序。而所謂之案件，乃指國家與個人間的具體刑罰權關係，亦即處罰者與被處罰者之關係，職是，案件是由被告與犯罪事實二者所構成。

2. 案件單一性：所謂案件單一性，乃指單一被告與單一犯罪事實，主要探討的是案件個數的問題。有謂案件是以具體刑罰權為對象，在實體法上若為一個刑罰權，在訴訟法上即為一個訴訟客體，具有不可分的關係，簡單來說，實務將實體法上之罪數概念與訴訟法上之犯罪事實概念畫上等號，此即為案件單一性最佳寫照。而所謂不可分的關係，具有後述之效果：審判權不可分（軍審法三四）、管轄權不可分、不起訴處分效力是否不可分（二五上一一六）、起訴之不可分（刑訴二六七）、自訴之不可分（刑訴三一九II）、上訴之不可分（刑訴三四八II）與既判力之擴張。

3.

案件同一性：所謂案件同一性，乃指同一被告與同一犯罪事實，著重者，乃案件之間比較的問題。其在訴訟上之機能有四：定是否為起訴效力所及（刑訴二六七）、定可否變更起訴法條（刑訴三〇〇）、定禁止二重起訴之範圍（刑訴三〇三2、7）、定既判力之範圍（刑訴三〇二？）。

4. 小結：以上皆為我國實務之看法，然學說上對此多有批評，於下分析之。

（二）我國學界之看法：

1. 以實體法之罪數概念決定訴訟法之犯罪事實並不妥當：實務上對犯罪事實之看法，乃是將實體法上的一個刑罰權，認為在訴訟法上就是一個訴訟客體，亦即以實體法之罪數概念決定訴訟法之犯罪事實，其不當之處分析如下：

（1）實體法與訴訟法功能與內容皆不相同：從實體法來看，犯罪是以具體發生之事實，涵攝入法律內抽象規定之各種處罰要件後，方始構成；然就訴訟法來看，德國通說認為犯罪事實是獨立於實體刑法，且內容上較為廣泛的範疇，亦即指犯罪事實調查以及程序實施的實質對象，並不含法律涵攝的判斷，故應以事實的、自然的觀察方式為準。

（2）由程序到實體方為正確步驟：由程序到實體方為形成國家刑罰權的正常步驟，蓋以實體認定程序，強將實體法之一罪概念與訴訟法之犯罪事實畫上等號的結果，以法官認定之實體結果來決定應審判之範圍，將使人懷疑究是不告不理，還是不理不告。

2. 解決方法：由於實體罪數概念不應與訴訟上之犯罪事實概念畫上等號，故學界提出新同一案件之概念，認為單一案件就是同一案件；且實體法上的罪數概念，並不等於刑事訴訟法的犯罪事實概念，二者應加以區別。至於訴訟法上所謂之同一犯罪事實，應以自然的生活觀點的單一生活事實為判斷基準，簡單來說就是依自然生活歷程來判斷，若將該犯罪事實割裂成二部分，則會形成不自然的割裂時，此時該犯罪事實即應屬於同一犯罪事實，而判斷是否屬於不自然之割裂，關鍵在於該事實之間是否具有緊密的事理關聯性，其可由行為之時間、行為之地點、行為之對象與行為之目的來判斷。

（三）結論：我國實務向以實體法上之罪數決定訴訟法上之犯罪事實，然此於法理上並無根據，且於操作上亦有困難，故應以新同一案件之概念處理訴訟法上之犯罪事實方為妥適。

九、何謂協商程序之判決？其聲請程序為何？法院應如何處理之？判決之效果如何？

試詳述之。

【擬答】

（一）所謂協商判決乃本於當事人處分主義，由檢察官與被告（被告之辯護人）起訴案件之訴訟標的，此協商判決包括控訴罪名協商與量刑協商。前者復包括垂直式罪名協商（起訴重罪協商為輕罪）與水平式罪名協商（起訴多數罪名協商為少數罪名），後者則指於被告認罪前提且未改變控訴範圍內，兩造當事人就被告應受科刑之種類與刑度達成合意並呈報法院，嗣由法院依該合意而判決，我國現行制度僅採量刑協商判決，未採前者。

（二）聲請程序：

所犯非死刑、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。經檢察官起訴而於第一審辯論終結前，或聲請簡易判決處刑而於判決前。檢察官（得）徵詢被害人意見。法院同意。審判外就§455-2 I 所列事項於三十日內就§455-2 I 事項為協商。（§455-2 I 須得被害人同意）當事人合意且被告認罪。

（三）法院處理程序：

法院於聲請十日內訊問被告。

法院須告知被告罪名，法定刑及喪失之權利（公開審判權、對質詰問權、緘默權、上訴權）。被告願受科刑逾六月且未緩刑→強制辯護人協助協商（未選任則指定）。

十、何謂現行犯？何謂準現行犯？試說明之。

【擬答】：

（一）現行犯：犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯（§88 II）。所謂實施中，指其犯罪行為

尚在實施狀態之中；實施後即時發覺，則指犯罪行為雖已實行完畢，即被發覺者而言。應以犯罪行為已否實施完畢為準，與犯人已否離去現場無關。如在犯罪實施後，又非即時發覺，除合於本條第三項之情形外，並非現行犯。

(二)準現行犯 (§88Ⅲ)

被追呼為犯罪人者。即被人追躡或呼號指為犯罪人是。至被追呼之人是否果為犯罪人，並非所問。因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處，露有犯罪痕跡顯可疑為犯罪人者。

十一、何謂相牽連案件？牽連管轄之偵查與起訴如何處理？試說明之。

【擬答】：

(一)相牽連案件按刑事訴訟法第六條牽連管轄規定：數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄，前項情形，如各案件已係屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之。有不同同意者，由共同之直接上級法院裁定之。同法第七條相牽連案件規定：有左列情形之一者，為相牽連案件：一人犯數罪者。數人共犯一罪或數罪者。數人同時在同一處所各別犯罪。犯與本罪有關係之藏匿人犯，湮滅證據，偽證，贓物各罪者。

(二)牽連管轄之偵查與起訴 次按檢察一體在確保檢察權之公正行使，在不違背檢察官之真實性義務與合法性義務之前提下，為防止檢察官權力濫用及統一檢察官權行使方針並達成協力辦案之目的，上級檢察機關或檢察首長本於檢察一體之指令權，得於一定條件與必要情形下，為職務承繼權與職務移轉權之發動。承上規定，於相牽連案件，本於訴訟經濟，證據共通性及避免偵查結果與裁判矛盾之考量，分別對數共犯各有偵查權之各檢察署檢察官，得本於檢察一體原則協調由某地檢察署檢察官就相牽連案件合併偵查，嗣後再本於前揭牽連管轄之規定，對該等相牽連案件合併起訴，而由法院合併審判。

十二、試述刑事訴訟法上所規定司法警察之職務？

【擬答】：

(一)司法警察官：協助偵查（本法第二二九條）

編制：

c(1)警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長。

d(2)憲兵隊長官。

e(2)依法令關於特定事項，得行相當於前二款司法警察官之職權者。

職務：前項司法警察官，應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送。

(二)司法警察官：聽從檢方指揮偵查（本法第二三〇條）

編制：

c(1)警察官長。

d(2)憲兵隊官長、士官。

e(3)依法令關於特定事項，得行司法警察官之職權者。

職務：前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。

(三)司法警察：聽從檢方及司法警察官指揮偵查（本法第二三一條）

編制：

c(1)警察。

(2)憲兵

(3)依法令關於特定事項，得行司法警察之職權者。

職務：前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。

十三、法院若欲將被告的犯罪自白作為有罪判決的基礎，在訴訟程序上有限制？請依據刑事訴訟法的規定說明之。

【擬答】

(一)不得以強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方法取得自白：依刑事訴訟法（以下稱本法）第一百五十六條第一項規定，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方法，且與事實相符者，得為證據。由此可知，被告之自白，須具有任意性及真實性者，才具有證據

能力，方得以作為有罪判決之基礎。故訊問被告時，不得以前述之強暴、脅迫等不正方法為之（第九十八條），否則所取得之自白不得作為有罪判決之基礎。

(二)得違反第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項、第九十五條第二、三款等有關訊問被告之程序規定，否則其自白原則上不得作為證據：

依本法第一百五十八條之二第一項規定，違背第九十三條之一第二項所定之法定障礙事由經過時間內不得訊問之規定而為訊問者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。亦即違反上開規定所取得之被告自白，原則上不得作為證據，僅於例外才得作為證據。故訊問被告須注意不得於本法第九十三條之一第一項所定之法定障礙事由經過時間內為之，例如被告或犯罪嫌疑人身體健康突發之事實事實上不能訊問之時間、被告或犯罪嫌疑人等候辯護人之時間、或等候通譯之時間等，否則其自白原則上不得作為證據。

本法第一百五十八條之二第一項同時也規定，違背第一百條之三第一項所定之司法警察官或司法警察不得於夜間進行詢問之規定而為詢問，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，原則上不得作為證據，僅於但書所定之例外情況才得為證據。故司法警察官或司法警察除非有第一百條之三第一項但書所定之例外情況，否則不得於夜間詢問犯罪嫌疑人，若於夜間詢問犯罪嫌疑人者，其所取得之自白原則上不得作為證據。

本法第一百五十八條之二第二項規定，檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用同條第一項之規定。故檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人前，必須踐行第九十五條規定之告知義務，若未踐行第九十五條第二款之緘默權告知義務或第三款之辯護權告知義務者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。除非經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，方例外地得為證據。

(三)不得違反本法中有關訊（詢）問被告之其他規定，否則取得之自白亦可能不得作為證據：

按依本法第一百五十八條之四規定，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

十四、被告在刑事訴訟法上有何權利與義務，請簡述之。

【擬答】：

被告不是單純的訴訟客體，而是訴訟主體。被告享有刑事訴訟法賦予的若干權利，也負有相當的義務。前者主要涉及其應享有的（程序）基本權，例如不自證己罪原則、罪疑唯輕原則、無罪推定原則與聽審權、受辯護權、在場權、調查證據請求權、對質詰問權及受告知權等，從而反應出國家機關的若干義務，例如告知義務；義務的違反，則表現在證據法則裡，例如非任意性自白不具有證據能力。扼要說明如下：

(一)不自證己罪原則

1. 意義

任何人皆無義務以積極作為協助對自己的刑事追訴；國家不得強制任何人積極的自證己罪。此係憲法給予人民在面對國家刑事追訴時的特殊保障，以實現人格權之保障。

2. 保護範圍—不自證己罪與緘默權 依實務見解<sup>1</sup>，明顯認為「（口頭）供述」才受到不自證己罪原則的保障，不自證己罪在我國，因而等於緘默權。由於僅保障被告的陳述自由，若是要求被告以供述以外的方式作證，如強迫其呼氣接受酒測、提供收賄帳冊、發聲、寫字等，即被排除於保護範圍以外！

(二)罪疑唯輕原則

1. 意義

當無法證明被告或犯罪嫌疑人的犯罪事實存在時，應為對被告有利的無罪或輕罪判決。

2. 罪疑唯輕原則可以從兩個面向來理解，一是實體法，一是程序法<sup>2</sup>。

c(1)就實體法而言，罪疑唯輕原則補充了罪責原則；當對被告罪責的證明存疑時，應發生對被告有利的法效果。因為有罪才有刑罰，如果法官無法確定犯罪事實的存在，便不能夠課予被告刑罰。

d(2)就程序法而言，其指導法官在未能形成確信時，如何判決；確立程序法上的證據評價原則。罪疑唯輕原則的適用的時機，是在「證據評價結束後」；法官依法踐行審判程序並調查證據，依自由心證綜合評價所有證據後，仍然無法形成心證時，依罪疑唯輕原則，應做成對被告有利的決定。

(三)無罪推定原則

1. 2003年1月，刑事訴訟法增訂第一五四條第一項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」此原則對於刑事被告（或犯罪嫌疑人）提供訴訟上保護，追訴犯罪者為了將被告（或犯罪嫌疑人）定罪，除了被告（或犯罪嫌疑人）的心神狀態外，有義務證明所有犯罪事實的存在。簡之，無

罪推定是檢察官舉證責任發生之事由<sup>3</sup>。其始點為被告「進入法庭時」，終點則為控方證明被告有罪至「超越合理懷疑」的程度時。

2. 在犯罪偵查程序，因與定罪尚無直接關連，故無此原則之適用，只要執法人員對於犯罪嫌疑人涉犯罪之懷疑有「相當理由」，即可予以逮捕、羈押、搜索、扣押；惟此等強制處分須由法院介入為事前或事後審查，併予說明。

(四)被告的其他權利 基於訴訟主體的地位，被告享有下列權利：聽審權

十五、何謂傳聞證據？該類證據有無證據能力？其理論依據為何？試舉五種情形說明之。

【擬答】：

1. 傳聞法則之意義與不適用之程序種類

A. 所謂傳聞法則乃指對待證事實親自見聞之原始證人在審判外之供述未經當事人（尤指被告）對質詰問程序，以檢驗其供述內容之知覺正確性、記憶正確性、供述誠實性與敘述適當性，故排除該傳聞證據之證據能力，刑事訴訟法第一五九條第一項即明定「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。」

B. 傳聞法則與直接審理主義關係密切，同為嚴格證明程序所採，故相對之自由證明程序與非行直接審理之書面審理即無採行傳聞法則之必要；依本法第一五九條第二項及上述說明，下列程序不適用傳聞法則：

c(1)簡易程序

d(2)簡式審判程序

(3)起訴審查之審查程序

(4)法律審審理程序

(5)聲請交付審判之審查程序

(6)強制處分之審查程序

(7)協商程序

十六、刑事訴訟法對於使用強制力搜索有何限制？試說明之。

【擬答】

(一)所謂搜索乃為發現被告或犯罪證據或其他可得沒收之物，而搜查被告或第三人之身體、物件、住宅或其他處所之強制處分。

(二)搜索既屬干預人民基本權利之強制處分，其發動之審查與執行程序自均應符合法治國原則之規範，故我國刑事訴訟法第一二二條第一項及第二項規定對被告或犯罪嫌疑人之搜索須於必要時方得為之，至對第三人更以有相當理由為限，即是對搜索發動審查之限制，此於搜索執行程序上亦然，尤其使用強制力搜索之對象客體更應使其受法治國原則之保障，本法第一三二條即規定：「抗拒搜索者，得用強制力搜索之。但不得逾必要之程度。」從而執行搜索機關如欲使用強制力，須以被搜索者抗拒搜索為前提，且不得逾越必要之程度，至所謂必要之程度即法治國原則中比例原則之必要性而言（比例原則包含適合性，必要性及狹義比例性），故執行搜索機關為達上揭搜索目的而採行之強制手段，惟當不能選擇其他同樣有效且對受搜索人之基本權利限制更少之方法時，方符合必要性（又稱最小干預原則）。例如執行搜索機關欲搜索被告藏放於保險箱之文件時，應先命其交付或提出，其拒絕時雖可使強制力，惟應先考量對受搜索人損害干預最小之方式（如請鎖匠開啟），尚無逕行破壞該保險箱之必要。

十七、被害人於偵查中有無接受訊問之義務？試說明之。

【擬答】

(一). 按依刑事訴訟法第二四八條之一規定：「被害人於偵查中受訊問時，得由

其法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親、家長、家屬、醫師或社工人員陪同在場，並得陳述意見。」及第二七一條第二項規定：「審判期間，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。」以觀，被害人在刑事訴訟之偵查程序中似不若審判期日以應行傳喚為必要，然如偵查中經檢察官傳喚時，其有無接受訊問之義務？依我國刑事訴訟法就被害人於偵查中經合法傳喚無正當理由不到場或到

場不為陳述之效果，並無如證人之相同規定，應採否定說為宜。

(二). 惟任何對系爭刑事案件之待證事實有所見聞之 自然人原則上皆得為證人，通說見解均認被害人亦具證人之資格，故倘檢察官就本案之待證事實將被害人以證人身分傳喚、訊問，此時被害人於偵查中即居於證人地位，而應適用本法有關人證之相關規定，如經合法傳喚無正當理由應到場 (§ 178 I )，且除另有規定外不得拒絕具結及

十八、何謂法庭外之鑑定留置？現行刑事訴訟法對鑑定留置有何新規定？試舉四項說明之。

【擬答】：

1. 法庭外之鑑定留置：

鑑定處分與法治國依法治國法律保留原則任何限制干預人民基本權利之強制處分均應有法律依據，鑑定留置係長期拘束被告於醫院或其他處所，性質類同羈押處分，另檢查處分（檢查身體、解剖屍體、進入住居處所等）及穿刺處分（採取指紋、血液、毛髮等）亦均係直接對被告身體之自主權形成干涉，故宜同其他強制處分般，非僅應有法律依據，且該等處分之發動、實施 程序與期間等均須由法律明確規範，故本次修法除對鑑定留置與鑑定人處分明定其審查機制，並就具長期拘束性質之鑑定留置限定其實施之期間，以符法治國原則之法律保留與比例原則。

2. 鑑定留置與鑑定人處分如前所述鑑定留置之性質類同羈押處分，是以不論偵查或審判中同採法官保留原則暨絕對令狀主義，亦即偵審階段鑑定留置之實施應均由法官審查並核發鑑定留置票，至其預定期間為七日以下，如延長則不得逾二月，又留置日數視同羈押日數，故得折抵刑期（刑事訴訟法第二〇三條至第二〇三條之四），另依同法第二〇四條至第二〇五條之一所規定之鑑定人處分，其發動審查，偵查中由檢察官決定，審判中採法官保留，並由審查者核發許可書，資為憑據。

2. 鑑定留置之新規定：

1. 性質：同羈押處分，故得折抵羈押日數 (§203-4)

2. 期間：

c原則：七月以下 (§203 III)

d例外：二月以下 (§203-3 I)

3. 發動審查：法官保留之絕對令狀主義（偵審中均由法院決定並應用鑑定留置票）

4. 執行程序：準用§89、§90 之強制力與比例原則必要性 (§203-2 II)，由司法警察為之。

5. 救濟：

c對法院→抗告 (§404)

d對審判長或法官→準抗告 (§416)

十九、試根據我國刑事訴訟法之規定，回答下列問題：

1. 羈押之後，如何停止羈押？

2. 停止羈押後，再行羈押之理由為何？

【擬答】：

1. 停止羈押：

A. 仍有羈押之原因，但已無羈押之必要，此時羈押效力仍存在，僅是暫時停止羈押之執行，倘有法定情形仍可再執行羈押。

B. 種類：

c聲請停止：

被告：第一一〇條第一項。

檢察官：第一一〇條第二項。

d法定停止：第一〇九條但、第三一六條但、第一〇一條之二。

C. 發動：

c被告及其得為輔佐之人或辯護人聲請。

d經檢察官聲請。

e法院依職權主動為之。

D. 審理程序：

準用當然撤銷羈押規定，法院得聽取被告、辯護人或得為被告輔佐人之陳述意見（第一一〇條第三項、第一〇七條第三項）。偵查中法院為具保停止羈押之決定時，除由檢察官聲請者（第一一〇條第二項）或有不得駁回停止羈押情形者（第一一四條）之外，應徵詢檢察官之意見（第一〇七條第五項）。法院許可停止羈押時，則以具保、責付或限制住居之手段代替羈押，並得依本法第一一六條之

二規定命被告遵守一定事項。（參照例解刑事訴訟法第三二七頁，第參部分）

2. 再執行羈押：依刑事訴訟法第一一七條第一項規定，停止羈押後有下列情形之一者，得命再執行羈押

A. 經合法傳喚無正當之理由不到場者。

B. 受住居之限制而違背者。

C. 本案新發生第一〇一條第一項各款、第一〇一條之一第一項所定情形之一者。

D. 違背法院依前條所定應遵守之事項者。

E. 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，被告因第一一四條第三款之情形停止羈押後，其停止羈押之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。

二十、刑事訴訟法有關法官迴避之規定，是否適用於檢察事務官？又依刑事訴訟法第二十六條，法官迴避之規定，適用於檢察官，但不得以其曾於下級法院執行檢察官之職務，為迴避之原因，其理由為何？

【擬答】

(一) 刑事訴訟法關於法官迴避之規定，應亦適用於檢察事務官。理由如下所述：

1. 刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）第17條以下，為迴避之規定，其主要目的在於建立公平之法院，使刑事訴訟之進行可以獲得當事人之信賴。以刑訴法第17條之各事由為例，法官有該各個事由，但卻執行職務之時，當事人勢必無法信服其所為之決定，是故為法官應自行迴避事由。

2. 刑訴法第26條第1項前段規定：「第十七條至第二十條及第二十四條關於推事迴避之規定，於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。……。」之意旨，也是在建立公平及為被告所接受之檢察體系。是故檢察官及辦理檢察事務之書記官具有應自行迴避事由（第17條）或聲請迴避事由（第18條）時，亦應迴避。依此意旨，雖然法條並未明文檢察事務官必須迴避，但是，依迴避之立法意旨，刑訴法第17條以下關於迴避之規定，也應該類推適用於檢察事務官。

(二) 刑訴法第26條第1項規定：「第十七條至第二十條及第二十四條關於推事迴避之規定，於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。但不得以曾於下級法院執行檢察官、書記官或通譯之職務，為迴避之原因。」是因為，如果所執行之職務為檢察官，無論是在下級審或上級審，都是針對被告之犯罪事實進行訴追、蒐集證據、決定是否起訴及於審判期日盡實質舉證責任，並無何差別，角色並不會混淆，亦即，並不會造成執行職務上之偏頗。所以，即便是在下級審擔任過檢察官，於上級審在於同一案件在擔任檢察官時，並不需要迴避。再者，刑訴法第26條第1項但書之規定，於法官之情形，依目前實務及通說之看法，目的在於維護被告之審級利益，但是，於檢察官時，並沒有審級利益之問題，是故，不需要迴避。

一、訊問被告應先告知何種事項？違背規定所取得之自白法律效果如何？試分析說明之。

【擬答】：

(一) 告知事項：

刑事訴訟法有關對被告正當法律程序之保障乃自本法第九五條之告知義務而啟動，揆諸該條規定，訊問被告時所應告知之事項包括：

(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。

至司法警察官之詢問則依本法第一〇〇條之二準用之。

(二) 違反告知義務之效果：

1. 本法第一五八條之二第二項「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反本法第九五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定」之適用條件：

(1) 須檢事官、司法警察（官）所為。

(2) 須對經拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人之詢問。

e(3) 須違反§95 款之告知義務。

2. 下列情形均無本法第一五八條之二第二項之適用，惟應注意其仍屬違法取證，而依本法第一五八條之四「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」定其效果：

(1)法官、檢察官對任何被告訊問時違反§95 款之告知義務。

(2)檢察官、司法警察（官）對未經拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人詢問時違反§95 款之告知義務。

(3)檢察官、司法警察（官）對拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人詢問時違反§95 款之告知義務。

二. 某甲殺死其妻後，主動至轄區警察分局「自首」，員警依法偵查後，欲將甲隨案解送地檢署檢察官處偵訊，依法應如何為之？

【擬答】：

(一). 司法警察之措施 按依刑事訴訟法第二二九條第二項及第三項規定「司法警察官應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官

命其解送者，應即解送」，「被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送」。本此則本 件犯罪嫌疑人甲於殺妻後，旋於翌日向警方自首坦承犯行，顯與本法第七五條之拘提、第七 六條之逕行拘提及第八八條之現行犯、準現行犯逮捕要件不符。有疑義者乃其是否合於同法 第八八條之一第一項第四款之情形（刑法第一七三條一項之放火罪為無期徒刑或七年以上有 期徒刑）而得緊急拘捕？惟甲既係自行到案接受警方詢問，顯難遽認有事實足認其有逃亡之 虞，是以淺見認為司法警察應不得將甲解送地方法院檢察署，僅得將該案移送該管檢察官。

(二). 檢察官之措施 承上述，甲經警方詢問後，應得自行離去，雖另依本法第二二八條第四項規定「被告經傳 喚、自首或自行到場者，檢察官於訊問後，認有第一百零一條第一項各款或第一百零一條之 一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得命具保、責付或限制住居。但認有羈 押之必要者，得予逮捕，並將逮捕所依據之事實，告知被告後，聲請法院羈押之」，然本案 例甲係向司法警察自首，非向檢察官為之，亦與上開規定之情形不符，此際檢察官似僅得於 甲受詢問後立即由司法警察持其簽發之傳票立時傳喚甲到場，再依訊問後之情形，分別命具 保、責付、限制住居或當場予以逮捕，而向法院聲請羈押。〔如欲將甲隨案解送，似僅得由 檢察官同時簽發傳票與拘票，於甲受警詢後立，由司法警察當場交付予甲，甲若抗拒傳喚則 得立即逮捕而隨案解送之。〕

三、某甲係我國籍船員，因在國外運輸毒品海洛因，經美國法院判處有期徒刑 10 年確定，並執行完畢。問某甲遣送回國後，我國可否再適用毒品危害防制條例第 4 條第 1 項（運輸第一級毒品海 洛因，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者得併科新台幣一千萬元以下罰金），對同一事實，予以處罰？

【擬答】：

(一)「甲之運輸毒品之行為，可能該當毒品危害防制條例第四條第一項之罪？」：

1. 查刑法第五條第一項規定：「本法於凡在中華民國領域外，犯下列各罪者適用之。」，同法第八 款：「毒品罪（下略）」，又查刑法第十一條：「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者， 亦適用之。但其它法律有特別規定者不在此限。」，準此以解，毒品危 害防制條例，雖非核心刑法第 二五六條以下之鴉片罪，但實質上即為毒品罪，從而中華民國人民在海外犯此罪，刑法在此採屬人主 義，對其國外之運毒行為亦有效力，合先敘明。

2. 據上論結，甲於國外運毒之行為，我國法院對此案件有審判權。

(二)「甲之運輸毒品之行為，雖經美國刑事法院裁判且執行，台灣法院不受其拘束。」：

1. 查刑法第九條：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但外國已受刑之全部或一部執行 者，得免其刑之全部或一部之執行。」。前揭條文所指：「仍得依本法處斷」即係表明對外國刑事裁 判我國採取不承認原則，不過如已受刑之執行，我國法院仍得斟酌我 國法院判決之結論，免其刑之全 部或一部，舉例以言，同一行為如於外國判刑十年，但於我國應判十二年，僅得免其十年徒刑，其餘 兩年仍應補予執行。

2. 準此以解，甲在美國之運毒行為如前所述，我國法院有審判權，對外國〔針對同一行為之刑 事裁判 不予承認，其餘美國如以執行十年，我國法院仍得判決不過可以免其刑之一部執 行。〕

四、某甲在台北市，對於某國派至我國之代表某乙，犯故意傷害罪。我國之司法警察某丙，持拘票 在台北市逮捕某甲之時，某甲又對某丙犯妨害執行職務罪。 某甲之住所在高雄市。試回答下列 問

題，並說明其理由：

- (一)某甲所犯之故意傷害罪，那些法院有第一審管轄權？
- (二)某甲所犯之妨害執行職務罪，那些法院有第一審管轄權？
- (三)某甲所犯之故意傷害罪與妨害執行職務罪，可否合併管轄？現行法律規定，有何利弊得失？

【擬答】：依案例所示，甲在台北市故意傷害某國派至我國之代表乙，構成妨害國交罪（參照刑法第 116 條）。又，警察合法拘提甲時，甲對執行員警犯妨害執行職務罪（參照刑法第 135 條第 1 項），合先敘明。以下謹依題號順序，分別作答：

1. 甲故意傷害乙之案件，臺灣高等法院及其高雄分院均有第一審管轄權。

A. 事物管轄之意義事物管轄是以案件（事物）之種類定第一審管轄法院為高等法院或地方法院，即定不同「級」法院刑事案件之分配<sup>3</sup>。刑事訴訟法（以下略）規定刑事案件第一審管轄權屬於地方法院，僅內亂罪、外患罪和妨害國交罪的第一審管轄權才例外屬於高等法院（參照第 4 條），「蓋以此類案件。侵害國家之法益，情節重大，宜於速決」<sup>4</sup>，而這些類型之案件，通稱為事物管轄案件。

B. 本案為妨害國交案件，屬事物管轄案件 因甲所犯為妨害國交罪，而妨害國交罪之第一審管轄權為高等法院（參照第 4 條第 3 款），屬於事物管轄案件。

C. 臺灣高等法院及其高雄分院對於甲故意傷害乙之案件均有管轄權

五. 何謂「準備程序」？在該程序中，法院得處理何種事項？不得處理何種事項？

【擬答】：

(一). 準備程序之基本觀念 刑事訴訟目的之一在於發現真實，而實體真實之發現則須依證據為之，此用以認定事實之證據需經法院審判程序之合法調查始可，故刑事訴訟之重心顯在於審判程序。又我國刑事訴訟法所規定之審判程序包括通常審判程序、簡式程序、簡易程序與協商程序，其中通常審判程序需遵循直接、言詞、公開、集中原則，踐行嚴格證明，其餘三者簡易型程序則僅需自由證明即可。再為使法院之審判期日得順暢進行，本法另明文由法院指定受命法官一人，於第一次審判期日前，集合檢察官、自訴代理人（自訴人）、被告、辯護人、代理人、輔佐人等，處理本法所規定事項或預為證據之調查，是為準備程序。

(二). 準備程序法院得處理事項§273I

(1)起訴效力所及之範圍與有無應變更檢察官所引應適用法條之情形

(2)訊問被告、代理人及辯護人對檢察官起訴事實是否為認罪之答辯，及決定可否適用簡式審判程序或簡易程序

(3)案件及證據之重要爭點

(4)有關證據能力之意見

(5)曉諭為證據調查之聲請

(6)證據調查之範圍、次序及方法

(7)命提出證物或可為證據之文書

六、何謂交付審判？試說明交付審判聲請之要件及其裁判之效力。

【擬答】：

(一)所謂交付審判制乃告訴人不服檢察機關駁回其再議聲請之處分，而於接受處分書後十日委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判，其主要目的在監督檢察官之不起訴處分與緩起訴處分，使不服該等處分者有請求法院介入審查之救濟機會。

(二)依刑事訴訟法第二五八條之一至第二五八條之四規定，我國刑事訴訟法增訂之交付審判制應具備下述要件：

c(1)主體要件：聲請之主體：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，使不服不起訴處分者有請求法院救濟之機會，讓法院有介入審查檢察官的不起訴分之權利。

d(2)程式要件：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。由此條文可知新法採行「再議前置」得機制（類似行政訴訟之訴願前置主義），亦即並非告訴人收到不起訴處分書，即可聲請交付審判，而必須先經由再議程序救濟，駁回後始可委任律師聲請交

付審判。另次修法對聲請交付審判採強制委任律師之「強制律師代理制度」，其立法理由係為防止濫行提出聲請虛耗訴訟資源。

(三)至有關交付審判之裁判情形則為

c(1)法院之審查及效果：法院之審查及效果：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之三第一項規定，告訴人提出交付審判之聲請後，法院應組成合議庭以合議行之。法院審查之結果認為交付審判之聲請不合法或無理由者，應駁回之；認為有理由者，應為交付審判之裁定，並將正本送達於聲請人、檢察官及被告。另依同法第二百五十八條之三第四項之規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。

d(2)聲請之撤回：新法對於交付審判之聲請，採行得撤回之原則，依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之二規定，交付審判之聲請，於法院裁定前，得撤回之，於裁定交付審判後第一審辯論終結前亦同。另撤回交付審判聲請之人，不得再行聲請交付審判。

e(3)交付審判之救濟：交付審判使案件進入審判程序，對被告而言，其權益畢竟因此而受影響，故本次修法承認被告有抗告之利益，依第二百五十八條之三第五項規定，得提起抗告救濟之。

f(4)審查程序：法院為上開裁定時得為必要調查，此時因影響被告權利甚鉅，故其有聽審權，至法院所持之證據法則僅需自由證明即可。

(5)檢討：

(a) 裁定交付審判後不再適用起訴審查

(b) 裁定交付審判後，基於立法目的亦不得撤回公訴，至本法第二五八條之二 I 項規定裁定後可撤回聲請顯有誤失，蓋該聲請既經裁定而終結繫屬，已無撤回之標的。

七、試分析若被告智能障礙無法為完全之陳述，於偵查及審判中均未經選任辯護人，有無強制辯護之規定？立法理由為何？

【解析】：

本題係純粹的「修法」法條題；針對 2006 年刑訴小幅修正內容，做出命題。其實，「強制辯護」問題本來就是重要爭點，考生本即應予留意。展望未來，「實質」辯護與「共同」辯護之相關問題，應係考試趨勢。

【擬答】：

(一). 依刑事訴訟法第三十一條第一項之規定：「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，或審判長認為必要者，亦同。」同條第五項復規定：「被告因智能障礙無法為完全之陳述，於『偵查中』未經選任辯護人者，檢察官『應』指定律師為其辯護。」

(二). 至其立法理由，則為：被告因智能障礙未經選任辯護人者，在審判中屬於強制辯護案件，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護。其在檢察官偵查中，如無辯護人予以協助，顯不足以保障權利。應將本條關於智能障礙者強制辯護之規定擴及於檢察官偵查階段。

(三). 學者有認為：偵查中強制辯護立意頗佳，惟適用之範圍過於狹隘，就被告有受國家提供辯護人保護的必要（全面性之國選辯護）而言，仍有不足。

八、刑事訴訟法第四百五十七條規定：「執行裁判由為裁判法院之檢察官指揮之。但其性質應由法院或審判長、受命推事、受託推事指揮，或有特別規定者，不在此限。」試詳述本條但書規定所指之情形為何？

【擬答】

按執行裁判原則上由為裁判法院之檢察官指揮之，刑事訴訟法四五七條第一項定有明文，惟該條但書另定有其他特別規定，茲分述如下：

(一)卷宗在下級法院者，由該法院之檢察官指揮執行，另附帶民事訴訟確定裁判之執行，則由法院民事執行處為之

(二)因駁回上訴抗告之裁判，或因撤回上訴抗告而應執行下級法院之裁判者，由上級法院之檢察官指揮之，此因卷宗多在上級法院，為便利迅速執行起見，自以由上級法院之檢察署檢察官執行為便利

(三)法院或審判長受命法官受託法官如有關於羈押、具保、責付、扣押及調查證據等裁定，得隨時為執行。此外罰金、罰鍰於裁判宣示後，如經受裁判人同意而檢察官不在場者，得由檢察官當庭指揮執行，但不包易科罰金之執行

九、何謂協商程序之判決？其聲請程序為何？法院應如何處理之？判決之效果如何？

試詳述之。

【擬答】

(一)所謂協商判決乃本於當事人處分主義，由檢察官與被告(被告之辯護人)起訴案件之訴訟標的，此協商判決包括控訴罪名協商與量刑協商。前者復包括垂直式罪名協商(起訴重罪協商為輕罪)與水平式罪名協商(起訴多數罪名協商為少數罪名)，後者則指於被告認罪前提且未改變控訴範圍內，兩造當事人就被告應受科刑之種類與刑度達成合意並呈報法院，嗣由法院依該合意而判決，我國現行制度僅採量刑協商判決，未採前者。

(二)聲請程序：

所犯非死刑、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。經檢察官起訴而於第一審辯論終結前，或聲請簡易判決處刑而於判決前。檢察官(得)徵詢被害人意見。法院同意。審判外就§455-2 I 所列事項於三十日內就§455-2 I 事項為協商。(§455-2 I 須得被害人同意)當事人合意且被告認罪。

(三)法院處理程序：

法院於聲請十日內訊問被告。

法院須告知被告罪名，法定刑及喪失之權利(公開審判權、對質詰問權、緘默權、上訴權)。被告願受科刑逾六月且未緩刑→強制辯護人協助協商(未選任則指定)。

十、何謂現行犯？何謂準現行犯？試說明之。

【擬答】：

(一)現行犯：犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯(§88 II)。所謂實施中，指其犯罪行為尚在實施狀態之中；實施後即時發覺，則指犯罪行為雖已實行完畢，即被發覺者而言。應以犯罪行為已否實施完畢為準，與犯人已否離去現場無關。如在犯罪實施後，又非即時發覺，除合於本條第三項之情形外，並非現行犯。

(二)準現行犯(§88 III)

被追呼為犯罪人者。即被人追躡或呼號指為犯罪人是。至被追呼之人是否果為犯罪人，並非所問。因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處，露有犯罪痕跡顯可疑為犯罪人者。

十一、何謂相牽連案件？牽連管轄之偵查與起訴如何處理？試說明之。

【擬答】：

(一)相牽連案件按刑事訴訟法第六條牽連管轄規定：數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄，前項情形，如各案件已係屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之。有不同意者，由共同之直接上級法院裁定之。同法第七條相牽連案件規定：有左列情形之一者，為相牽連案件：一人犯數罪者。數人共犯一罪或數罪者。數人同時在同一處所各別犯罪。犯與本罪有關係之藏匿人犯，湮滅證據，偽證，贓物各罪者。

(二)牽連管轄之偵查與起訴 次按檢察一體在確保檢察權之公正行使，在不違背檢察官之真實性義務與合法性義務之前提下，為防止檢察官權力濫用及統一檢察官權行使方針並達成協力辦案之目的，上級檢察機關或檢察首長本於檢察一體之指令權，得於一定條件與必要情形下，為職務承繼權與職務移轉權之發動。承上規定，於相牽連案件，本於訴訟經濟，證據共通性及避免偵查結果與裁判矛盾之考量，分別對數共犯各有偵查權之各檢察署檢察官，得本於檢察一體原則協調由某地檢察署檢察官就相牽連案件合併偵查，嗣後再本於前揭牽連管轄之規定，對該等相牽連案件合併起訴，而由法院合併審判。

十二、試述刑事訴訟法上所規定司法警察之職務？

【擬答】：

(一)司法警察官：協助偵查(本法第二二九條)

編制：

c(1)警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長。

d(2)憲兵隊長官。

e(2)依法令關於特定事項，得行相當於前二款司法警察官之職權者。

職務：前項司法警察官，應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。被告或犯罪嫌疑人未經拘提

或逮捕者，不得解送。

(二)司法警察官：聽從檢方指揮偵查（本法第二三〇條）

編制：

c(1)警察官長。

d(2)憲兵隊官長、士官。

e(3)依法令關於特定事項，得行司法警察官之職權者。

職務：前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。

(三)司法警察：聽從檢方及司法警察官指揮偵查（本法第二三一條）

編制：

c(1)警察。

(2)憲兵

(3)依法令關於特定事項，得行司法警察之職權者。

職務：前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。

十三、法院若欲將被告的犯罪自白作為有罪判決的基礎，在訴訟程序上有何限制？請依據刑事訴訟法的規定說明之。

【擬答】

(一)不得以強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方法取得自白：依刑事訴訟法（以下稱本法）第一百五十六條第一項規定，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方法，且與事實相符者，得為證據。由此可知，被告之自白，須具有任意性及真實性者，才具有證據能力，方得以作為有罪判決之基礎。故訊問被告時，不得以前述之強暴、脅迫等不正方法為之（第九十八條），否則所取得之自白不得作為有罪判決之基礎。

(二)得違反第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項、第九十五條第二、三款等有關訊問被告之程序規定，否則其自白原則上不得作為證據：

依本法第一百五十八條之二第一項規定，違背第九十三條之一第二項所定之法定障礙事由經過時間內不得訊問之規定而為訊問者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。亦即違反上開規定所取得之被告自白，原則上不得作為證據，僅於例外才得作為證據。故訊問被告須注意不得於本法第九十三條之一第一項所定之法定障礙事由經過時間內為之，例如被告或犯罪嫌疑人身體健康突發之事由事實上不能訊問之時間、被告或犯罪嫌疑人等候辯護人之時間、或等候通譯之時間等，否則其自白原則上不得作為證據。

本法第一百五十八條之二第一項同時也規定，違背第一百條之三第一項所定之司法警察官或司法警察不得於夜間進行詢問之規定而為詢問，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，原則上不得作為證據，僅於但書所定之例外情況才得為證據。故司法警察官或司法警察除非有第一百條之三第一項但書所定之例外情況，否則不得於夜間詢問犯罪嫌疑人，若於夜間詢問犯罪嫌疑人者，其所取得之自白原則上不得作為證據。

本法第一百五十八條之二第二項規定，檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用同條第一項之規定。故檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人前，必須踐行第九十五條規定之告知義務，若未踐行第九十五條第二款之緘默權告知義務或第三款之辯護權告知義務者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。除非經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，方例外地得為證據。

(三)不得違反本法中有關訊（詢）問被告之其他規定，否則取得之自白亦可能不得作為證據：

按依本法第一百五十八條之四規定，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

十四、被告在刑事訴訟法上有何權利與義務，請簡述之。

【擬答】：

被告不是單純的訴訟客體，而是訴訟主體。被告享有刑事訴訟法賦予的若干權利，也負有相當的義

務。前者主要涉及其應享有的（程序）基本權，例如不自證己罪原則、罪疑唯輕原則、無罪推定原則與聽審權、受辯護權、在場權、調查證據請求權、對質詰問權及受告知權等，從而反應出國家機關的若干義務，例如告知義務；義務的違反，則表現在證據法則裡，例如非任意性自白不具有證據能力。扼要說明如下：

(一)不自證己罪原則

1. 意義

任何人皆無義務以積極作為協助對自己的刑事追訴；國家不得強制任何人積極的自證己罪。此係憲法給予人民在面對國家刑事訴追時的特殊保障，以實現人格權之保障。

2. 保護範圍—不自證己罪與緘默權 依實務見解<sup>1</sup>，明顯認為「（口頭）供述」才受到不自證己罪原則的保障，不自證己罪在我國，因而等於緘默權。由於僅保障被告的陳述自由，若是要求被告以供述以外的方式作證，如強迫其呼氣接受酒測、提供收賄帳冊、發聲、寫字等，即被排除於保護範圍以外！

(二)罪疑唯輕原則

1. 意義

當無法證明被告或犯罪嫌疑人所涉犯罪事實存在時，應為對被告有利的無罪或輕罪判決。

2. 罪疑唯輕原則可以從兩個面向來理解，一是實體法，一是程序法<sup>2</sup>。

c(1)就實體法而言，罪疑唯輕原則補充了罪責原則；當對被告罪責的證明存疑時，應發生對被告有利的法效果。因為有罪才有刑罰，如果法官無法確定犯罪事實的存在，便不能夠課予被告刑罰。

d(2)就程序法而言，其指導法官在未能形成確信時，如何判決；確立程序法上的證據評價原則。罪疑唯輕原則的適用的時機，是在「證據評價結束後」：法官依法踐行審判程序並調查證據，依自由心證綜合評價所有證據後，仍然無法形成心證時，依罪疑唯輕原則，應做成對被告有利的決定。

(三)無罪推定原則

1. 2003年1月，刑事訴訟法增訂第一五四條第一項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」此原則對於刑事被告（或犯罪嫌疑人）提供訴訟上保護，追訴犯罪者為了將被告（或犯罪嫌疑人）定罪，除了被告（或犯罪嫌疑人）的心神狀態外，有義務證明所有犯罪事實的存在。簡之，無罪推定是檢察官舉證責任發生之事由<sup>3</sup>。其始點為被告「進入法庭時」，終點則為控方證明被告有罪至「超越合理懷疑」的程度時。

2. 在犯罪偵查程序，因與定罪尚無直接關連，故無此原則之適用，只要執法人員對於犯罪嫌疑人涉犯罪之懷疑有「相當理由」，即可予以逮捕、羈押、搜索、扣押；惟此等強制處分須由法院介入為事前或事後審查，併予說明。

(四)被告的其他權利 基於訴訟主體的地位，被告享有下列權利：聽審權

十五、何謂傳聞證據？該類證據有無證據能力？其理論依據為何？試舉五種情形說明之。

【擬答】：

1. 傳聞法則之意義與不適用之程序種類

A. 所謂傳聞法則乃指對待證事實親自見聞之原始證人在審判外之供述未經當事人（尤指被告）對質詰問程序，以檢驗其供述內容之知覺正確性、記憶正確性、供述誠實性與敘述適當性，故排除該傳聞證據之證據能力，刑事訴訟法第一五九條第一項即明定「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。」

B. 傳聞法則與直接審理主義關係密切，同為嚴格證明程序所採，故相對之自由證明程序與非行直接審理之書面審理即無採行傳聞法則之必要；依本法第一五九條第二項及上述說明，下列程序不適用傳聞法則：

c(1)簡易程序

d(2)簡式審判程序

(3)起訴審查之審查程序

(4)法律審審理程序

(5)聲請交付審判之審查程序

(6)強制處分之審查程序

(7)協商程序

十六、刑事訴訟法對於使用強制力搜索有何限制？試說明之。

【擬答】

(一)所謂搜索乃為發現被告或犯罪證據或其他可得沒收之物，而搜查被告或第三人之身體、物件、住宅或其他處所之強制處分。

(二)搜索既屬干預人民基本權利之強制處分，其發動之審查與執行程序自均應符合法治國原則之規範，故我國刑事訴訟法第一二二條第一項及第二項規定對被告或犯罪嫌疑人之搜索須於必要時方得為之，至對第三人更以有相當理由為限，即是對搜索發動審查之限制，此於搜索執行程序上亦然，尤其使用強制力搜索之對象客體更應使其受法治國原則之保障，本法第一三二條即規定：「抗拒搜索者，得用強制力搜索之。但不得逾必要之程度。」從而執行搜索機關如欲使用強制力，須以被搜索者抗拒搜索為前提，且不得逾越必要之程度，至所謂必要之程度即法治國原則中比例原則之必要性而言（比例原則包含適合性，必要性及狹義比例性），故執行搜索機關為達上揭搜索目的而採行之強制手段，惟當不能選擇其他同樣有效且對受搜索人之基本權利限制更少之方法時，方符合必要性（又稱最小干預原則）。例如執行搜索機關欲搜索被告藏放於保險箱之文件時，應先命其交付或提出，其拒絕時雖可使強制力，惟應先考量對受搜索人損害干預最小之方式（如請鎖匠開啟），尚無逕行破壞該保險箱之必要。

十七、被害人於偵查中有無接受訊問之義務？試說明之。

【擬答】

(一). 按依刑事訴訟法第二四八條之一規定：「被害人於偵查中受訊問時，得由

其法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親、家長、家屬、醫師或社工人員陪同在場，並得陳述意見。」及第二七一條第二項規定：「審判期間，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。」以觀，被害人在刑事訴訟之偵查程序中似不若審判期日以應行傳喚為必要，然如偵查中經檢察官傳喚時，其有無接受訊問之義務？依我國刑事訴訟法就被害人於偵查中經合法傳喚無正當理由不到場或到場不為陳述之效果，並無如證人之相同規定，應採否定說為宜。

(二). 惟任何對系爭刑事案件之待證事實有所見聞之自然人原則上皆得為證人，通說見解均認被害人亦具證人之資格，故倘檢察官就本案之待證事實將被害人以證人身分傳喚、訊問，此時被害人於偵查中即居於證人地位，而應適用本法有關人證之相關規定，如經合法傳喚無正當理由應到場（§ 178 I），且除另有規定外不得拒絕具結及

十八、何謂法庭外之鑑定留置？現行刑事訴訟法對鑑定留置有何新規定？試舉四項說明之。

【擬答】：

1. 法庭外之鑑定留置：

鑑定處分與法治國依法治國法律保留原則任何限制干預人民基本權利之強制處分均應有法律依據，鑑定留置係長期拘束被告於醫院或其他處所，性質類同羈押處分，另檢查處分（檢查身體、解剖屍體、進入住居處所等）及穿刺處分（採取指紋、血液、毛髮等）亦均係直接對被告身體之自主權形成干涉，故宜同其他強制處分般，非僅應有法律依據，且該等處分之發動、實施程序與期間等均須由法律明確規範，故本次修法除對鑑定留置與鑑定人處分明定其審查機制，並就具長期拘束性質之鑑定留置限定其實施之期間，以符法治國原則之法律保留與比例原則。

2. 鑑定留置與鑑定人處分如前所述鑑定留置之性質類同羈押處分，是以不論偵查或審判中同採法官保留原則暨絕對令狀主義，亦即偵審階段鑑定留置之實施應均由法官審查並核發鑑定留置票，至其預定期間為七日以下，如延長則不得逾二月，又留置日數視同羈押日數，故得折抵刑期（刑事訴訟法第二〇三條至第二〇三條之四），另依同法第二〇四條至第二〇五條之一所規定之鑑定人處分，其發動審查，偵查中由檢察官決定，審判中採法官保留，並由審查者核發許可書，資為憑據。

2. 鑑定留置之新規定：

1. 性質：同羈押處分，故得折抵羈押日數（§203-4）

2. 期間：

c原則：七月以下（§203 III）

d例外：二月以下（§203-3 I）

3. 發動審查：法官保留之絕對令狀主義（偵審中均由法院決定並應用鑑定留置票）

4. 執行程序：準用§89、§90之強制力與比例原則必要性（§203-2 II），由司法警察為之。

5. 救濟：

c對法院→抗告 (§404)

d對審判長或法官→準抗告 (§416)

十九、試根據我國刑事訴訟法之規定，回答下列問題：

1. 羈押之後，如何停止羈押？

2. 停止羈押後，再行羈押之理由為何？

【擬答】：

1. 停止羈押：

A. 仍有羈押之原因，但已無羈押之必要，此時羈押效力仍存在，僅是暫時停止羈押之執行，倘有法定情形仍可再執行羈押。

B. 種類：

c聲請停止：

被告：第一一〇條第一項。

檢察官：第一一〇條第二項。

d法定停止：第一〇九條但、第三一六條但、第一〇一條之二。

C. 發動：

c被告及其得為輔佐之人或辯護人聲請。

d經檢察官聲請。

e法院依職權主動為之。

D. 審理程序：

準用當然撤銷羈押規定，法院得聽取被告、辯護人或得為被告輔佐人之陳述意見（第一一〇條第三項、第一〇七條第三項）。偵查中法院為具保停止羈押之決定時，除由檢察官聲請者（第一一〇條第二項）或有不得駁回停止羈押情形者（第一一四條）之外，應徵詢檢察官之意見（第一〇七條第五項）。法院許可停止羈押時，則以具保、責付或限制住居之手段代替羈押，並得依本法第一一六條之二規定命被告遵守一定事項。（參照例解刑事訴訟法第三二七頁，第參部分）

2. 再執行羈押：依刑事訴訟法第一一七條第一項規定，停止羈押後有下列情形之一者，得命再執行羈押

A. 經合法傳喚無正當之理由不到場者。

B. 受住居之限制而違背者。

C. 本案新發生第一〇一條第一項各款、第一〇一條之一第一項所定情形之一者。

D. 違背法院依前條所定應遵守之事項者。

E. 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，被告因第一一四條第三款之情形停止羈押後，其停止羈押之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。

二十、刑事訴訟法有關法官迴避之規定，是否適用於檢察事務官？又依刑事訴訟法第二十六條，法官迴避之規定，適用於檢察官，但不得以其曾於下級法院執行檢察官之職務，為迴避之原因，其理由為何？

【擬答】

(一)刑事訴訟法關於法官迴避之規定，應亦適用於檢察事務官。理由如下所述：

1. 刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）第17條以下，為迴避之規定，其主要目的在於建立公平之法院，使刑事訴訟之進行可以獲得當事人之信賴。以刑訴法第17條之各事由為例，法官有該各個事由，但卻執行職務之時，當事人勢必無法信服其所為之決定，是故為法官應自行迴避事由。

2. 刑訴法第26條第1項前段規定：「第十七條至第二十條及第二十四條關於推事迴避之規定，於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。……。」之意旨，也是在建立公平及為被告所接受之檢察體系。是故檢察官及辦理檢察事務之書記官具有應自行迴避事由（第17條）或聲請迴避事由（第18條）時，亦應迴避。依此意旨，雖然法條並未明文檢察事務官必須迴避，但是，依迴避之立法意旨，刑訴法第17條以下關於迴避之規定，也應該類推適用於檢察事務官。

(二)刑訴法第26條第1項規定：「第十七條至第二十條及第二十四條關於推事迴避之規定，於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。但不得以曾於下級法院執行檢察官、書記官或通譯之職務，為迴避之原因。」是因為，如果所執行之職務為檢察官，無論是在下級審或上級審，都是針對被告之犯罪事實進行訴追、蒐集證據、決定是否起訴及於審判期日盡實質舉證責任，並無何差別，角色並不會混淆，亦即，並不會造成執行職務上之偏頗。所以，即便是在下級審擔任過檢察官，於上級審在於同一案件在擔任檢察官時，並不需要迴避。再者，刑訴法第26條第1項但書之規定，於法官之情形，依目前實務

及通說之看法，目的在於維護被告之審級利益，但是，於檢察官時，並沒有審級利益之問題，是故，不需要迴避。

一、訊問被告應先告知何種事項？違背規定所取得之自白法律效果如何？試分析說明之。

【擬答】：

(一) 告知事項：

刑事訴訟法有關對被告正當法律程序之保障乃自本法第九五條之告知義務而啟動，揆諸該條規定，訊問被告時所應告知之事項包括：

(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。

至司法警察官之詢問則依本法第一〇〇條之二準用之。

(二) 違反告知義務之效果：

1. 本法第一五八條之二第二項「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反本法第九五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定」之適用條件：

(1) 須檢事官、司法警察（官）所為。

(2) 須對經拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人之詢問。

e(3) 須違反§95 款之告知義務。

2. 下列情形均無本法第一五八條之二第二項之適用，惟應注意其仍屬違法取證，而依本法第一五八條之四「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」定其效果：

(1) 法官、檢察官對任何被告訊問時違反§95 款之告知義務。

(2) 檢事官、司法警察（官）對未經拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人詢問時違反§95 款之告知義務。

(3) 檢事官、司法警察（官）對拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人詢問時違反§95 款之告知義務。

二. 某甲殺死其妻後，主動至轄區警察分局「自首」，員警依法偵查後，欲將甲隨案解送地檢署檢察官處偵訊，依法應如何為之？

【擬答】：

(一). 司法警察之措施 按依刑事訴訟法第二二九條第二項及第三項規定「司法警察官應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官

命其解送者，應即解送」，「被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送」。本此則本 件犯罪嫌疑人甲於殺妻後，旋於翌日向警方自首坦承犯行，顯與本法第七五條之拘提、第七 六條之逕行拘提及第八八條之現行犯、準現行犯逮捕要件不符。有疑義者乃其是否合於同法 第八八條之一第一項第四款之情形（刑法第一七三條一項之放火罪為無期徒刑或七年以上有 期徒刑）而得緊急拘捕？惟甲既係自行到案接受警方詢問，顯難遽認有事實足認其有逃亡之 虞，是以淺見認為司法警察應不得將甲解送地方法院檢察署，僅得將該案移送該管檢察官。

(二). 檢察官之措施 承上述，甲經警方詢問後，應得自行離去，雖另依本法第二二八條第四項規定「被告經傳喚、自首或自行到場者，檢察官於訊問後，認有第一百零一條第一項各款或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得命具保、責付或限制住居。但認有羈押之必要者，得予逮捕，並將逮捕所依據之事實，告知被告後，聲請法院羈押之」，然本案例甲係向司法警察自首，非向檢察官為之，亦與上開規定之情形不符，此際檢察官似僅得於 甲受詢問後立即由司法警察持其簽發之傳票立時傳喚甲到場，再依訊問後之情形，分別命具 保、責付、限制住居或當場予以逮捕，而向法院聲請羈押。〔如欲將甲隨案解送，似僅得由 檢察官同時簽發傳票與拘票，於甲受警詢後立，由司法警察當場交付予甲，甲若抗拒傳喚則 得立即逮捕而隨案解送之。〕

三、某甲係我國籍船員，因在國外運輸毒品海洛因，經美國法院判處有期徒刑 10 年確定，並執行完

畢。問某甲遣送回國後，我國可否再適用毒品危害防制條例第 4 條第 1 項（運輸第一級毒品海洛因，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者得併科新台幣一千萬元以下罰金），對同一事實，予以處罰？

【擬答】：

(一)「甲之運輸毒品之行為，可能該當毒品危害防制條例第四條第一項之罪？」：

1. 查刑法第五條第一項規定：「本法於凡在中華民國領域外，犯下列各罪者適用之。」，同法第八款：「毒品罪（下略）」，又查刑法第十一條：「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者，亦適用之。但其它法律有特別規定者不在此限。」，準此以解，毒品危害防制條例，雖非核心刑法第二五六條以下之鴉片罪，但實質上即為毒品罪，從而中華民國人民在海外犯此罪，刑法在此採屬人主義，對其國外之運毒行為亦有效力，合先敘明。

2. 據上論結，甲於國外運毒之行為，我國法院對此案件有審判權。

(二)「甲之運輸毒品之行為，雖經美國刑事法院裁判且執行，台灣法院不受其拘束。」：

1. 查刑法第九條：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」。前揭條文所指：「仍得依本法處斷」即係表明對外國刑事裁判我國採取不承認原則，不過如已受刑之執行，我國法院仍得斟酌我國法院判決之結論，免其刑之全部或一部，舉例以言，同一行為如於外國判刑十年，但於我國應判十二年，僅得免其十年徒刑，其餘兩年仍應補予執行。

2. 準此以解，甲在美國之運毒行為如前所述，我國法院有審判權，對外國[針對同一行為之刑事裁判]不予承認，其餘美國如以執行十年，我國法院仍得判決不過可以免其刑之一部執行。

四、某甲在台北市，對於某國派至我國之代表某乙，犯故意傷害罪。我國之司法警察某丙，持拘票在台北市逮捕某甲之時，某甲又對某丙犯妨害執行職務罪。某甲之住所在高雄市。試回答下列問題，並說明其理由：

(一)某甲所犯之故意傷害罪，那些法院有第一審管轄權？

(二)某甲所犯之妨害執行職務罪，那些法院有第一審管轄權？

(三)某甲所犯之故意傷害罪與妨害執行職務罪，可否合併管轄？現行法律規定，有何利弊得失？

【擬答】：依案例所示，甲在台北市故意傷害某國派至我國之代表乙，構成妨害國交罪（參照刑法第 116 條）。又，警察合法拘提甲時，甲對執行員警犯妨害執行職務罪（參照刑法第 135 條第 1 項），合先敘明。以下謹依題號順序，分別作答：

1. 甲故意傷害乙之案件，臺灣高等法院及其高雄分院均有第一審管轄權。

A. 事物管轄之意義事物管轄是以案件（事物）之種類定第一審管轄法院為高等法院或地方法院，即定不同「級」法院刑事案件之分配<sup>3</sup>。刑事訴訟法（以下略）規定刑事案件第一審管轄權屬於地方法院，僅內亂罪、外患罪和妨害國交罪的第一審管轄權才例外屬於高等法院（參照第 4 條），「蓋以此類案件。侵害國家之法益，情節重大，宜於速決」<sup>4</sup>，而這些類型之案件，通稱為事物管轄案件。

B. 本案為妨害國交案件，屬事物管轄案件。因甲所犯為妨害國交罪，而妨害國交罪之第一審管轄權為高等法院（參照第 4 條第 3 款），屬於事物管轄案件。

C. 臺灣高等法院及其高雄分院對於甲故意傷害乙之案件均有管轄權

五、何謂「準備程序」？在該程序中，法院得處理何種事項？不得處理何種事項？

【擬答】：

(一). 準備程序之基本觀念 刑事訴訟目的之一在於發現真實，而實體真實之發現則須依證據為之，此用以認定事實之證據需經法院審判程序之合法調查始可，故刑事訴訟之重心顯在於審判程序。又我國刑事訴訟法所規定之審判程序包括通常審判程序、簡式程序、簡易程序與協商程序，其中通常審判程序需遵循直接、言詞、公開、集中原則，踐行嚴格證明，其餘三者簡易型程序則僅需自由證明即可。再為使法院之審判期日得順暢進行，本法另明文由法院指定受命法官一人，於第一次審判期日前，集合檢察官、自訴代理人（自訴人）、被告、辯護人、代理人、輔佐人等，處理本法所規定事項或預為證據之調查，是為準備程序。

(二). 準備程序法院得處理事項§273I

(1)起訴效力所及之範圍與有無應變更檢察官所引應適用法條之情形

(2)訊問被告、代理人及辯護人對檢察官起訴事實是否為認罪之答辯，及決定可

否適用簡式審判程序或簡易程序

- (3)案件及證據之重要爭點
- (4)有關證據能力之意見
- (5)曉諭為證據調查之聲請
- (6)證據調查之範圍、次序及方法
- (7)命提出證物或可為證據之文書

六、何謂交付審判？試說明交付審判聲請之要件及其裁判之效力。

【擬答】：

(一)所謂交付審判制乃告訴人不服檢察機關駁回其再議聲請之處分，而於接受處分書後十日委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判，其主要目的在監督檢察官之不起訴處分與緩起訴處分，使不服該等處分者有請求法院介入審查之救濟機會。

(二)依刑事訴訟法第二五八條之一至第二五八條之四規定，我國刑事訴訟法增訂之交付審判制應具備下述要件：

c(1)主體要件：聲請之主體：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，使不服不起訴處分者有請求法院救濟之機會，讓法院有介入審查檢察官的不起訴分之權利。

d(2)程式要件：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。由此條文可知新法採行「再議前置」得機制（類似行政訴訟之訴願前置主義），亦即並非告訴人收到不起訴處分書，即可聲請交付審判，而必須先經由再議程序救濟，駁回後始可委任律師聲請交付審判。另次修法對聲請交付審判採強制委任律師之「強制律師代理制度」，其立法理由係為防止濫行提出聲請虛耗訴訟資源。

(三)至有關交付審判之裁判情形則為

c(1)法院之審查及效果：法院之審查及效果：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之三第一項規定，告訴人提出交付審判之聲請後，法院應組成合議庭以合議行之。法院審查之結果認為交付審判之聲請不合法或無理由者，應駁回之；認為有理由者，應為交付審判之裁定，並將正本送達於聲請人、檢察官及被告。另依同法第二百五十八條之三第四項之規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。

d(2)聲請之撤回：新法對於交付審判之聲請，採行得撤回之原則，依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之二規定，交付審判之聲請，於法院裁定前，得撤回之，於裁定交付審判後第一審辯論終結前亦同。另撤回交付審判聲請之人，不得再行聲請交付審判。

e(3)交付審判之救濟：交付審判使案件進入審判程序，對被告而言，其權益畢竟因此而受影響，故本次修法承認被告有抗告之利益，依第二百五十八條之三第五項規定，得提起抗告救濟之。

f(4)審查程序：法院為上開裁定時得為必要調查，此時因影響被告權利甚鉅，故其有聽審權，至法院所持之證據法則僅需自由證明即可。

(5)檢討：

(a) 裁定交付審判後不再適用起訴審查

(b) 裁定交付審判後，基於立法目的亦不得撤回公訴，至本法第二五八條之二 I 項規定裁定後可撤回聲請顯有誤失，蓋該聲請既經裁定而終結繫屬，已無撤回之標的。

七、試分析若被告智能障礙無法為完全之陳述，於偵查及審判中均未經選任辯護人，有無強制辯護之規定？立法理由為何？

【解析】：

本題係純粹的「修法」法條題；針對 2006 年刑訴小幅修正內容，做出命題。其實，「強制辯護」問題本來就是重要爭點，考生本即應予留意。展望未來，「實質」辯護與「共同」辯護之相關問題，應係考試趨勢。

【擬答】：

(一). 依刑事訴訟法第三十一條第一項之規定：「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，或審判長認為必要者，亦同。」同條第五項復規定：「被告因智能障礙無法為完全之陳述，於『偵查中』未經選任辯護人者，檢察官『應』指定律師為其辯護。」

(二). 至其立法理由，則為：被告因智能障礙未經選任辯護人者，在審判中屬於強制辯護案件，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護。其在檢察官偵查中，如無辯護人予以協助，顯不足以保障權利。應將本條關於智能障礙者強制辯護之規定擴及於檢察官偵查階段。

(三). 學者有認為：偵查中強制辯護立意頗佳，惟適用之範圍過於狹隘，就被告有受國家提供辯護人保護的必要（全面性之國選辯護）而言，仍有不足。

八、刑事訴訟法第四百五十七條規定：「執行裁判由為裁判法院之檢察官指揮之。但其性質應由法院或審判長、受命推事、受託推事指揮，或有特別規定者，不在此限。」試詳述本條但書規定所指之情形為何？

#### 【擬答】

按執行裁判原則上由為裁判法院之檢察官指揮之，刑事訴訟法第四五七條第一項定有明文，惟該條但書另定有其他特別規定，茲分述如下：

(一)卷宗在下級法院者，由該法院之檢察官指揮執行，另附帶民事訴訟確定裁判之執行，則由法院民事執行處為之

(二)因駁回上訴抗告之裁判，或因撤回上訴抗告而應執行下級法院之裁判者，由上級法院之檢察官指揮之，此因卷宗多在上級法院，為便利迅速執行起見，自以由上級法院之檢察署檢察官執行為便利

(三)法院或審判長受命法官受託法官如有關於羈押、具保、責付、扣押及調查證據等裁定，得隨時為執行。此外罰金、罰鍰於裁判宣示後，如經受裁判人同意而檢察官不在場者，得由檢察官當庭指揮執行，但不包易科罰金之執行

九、何謂協商程序之判決？其聲請程序為何？法院應如何處理之？判決之效果如何？試詳述之。

#### 【擬答】

(一)所謂協商判決乃本於當事人處分主義，由檢察官與被告(被告之辯護人)起訴案件之訴訟標的，此協商判決包括控訴罪名協商與量刑協商。前者復包括垂直式罪名協商(起訴重罪協商為輕罪)與水平式罪名協商(起訴多數罪名協商為少數罪名)，後者則指於被告認罪前提且未改變控訴範圍內，兩造當事人就被告應受科刑之種類與刑度達成合意並呈報法院，嗣由法院依該合意而判決，我國現行制度僅採量刑協商判決，未採前者。

(二)聲請程序：

所犯非死刑、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。經檢察官起訴而於第一審辯論終結前，或聲請簡易判決處刑而於判決前。檢察官(得)徵詢被害人意見。法院同意。審判外就§455-2 I 所列事項於三十日內就§455-2 I 事項為協商。(§455-2 I 須得被害人同意)當事人合意且被告認罪。

(三)法院處理程序：

法院於聲請十日內訊問被告。

法院須告知被告罪名，法定刑及喪失之權利(公開審判權、對質詰問權、緘默權、上訴權)。被告願受科刑逾六月且未緩刑→強制辯護人協助協商(未選任則指定)。

十、何謂現行犯？何謂準現行犯？試說明之。

#### 【擬答】：

(一)現行犯：犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯(§88 II)。所謂實施中，指其犯罪行為尚在實施狀態之中；實施後即時發覺，則指犯罪行為雖已實行完畢，即被發覺者而言。應以犯罪行為已否實施完畢為準，與犯人已否離去現場無關。如在犯罪實施後，又非即時發覺，除合於本條第三項之情形外，並非現行犯。

(二)準現行犯(§88 III)

被追呼為犯罪人者。即被人追躡或呼號指為犯罪人是。至被追呼之人是否果為犯罪人，並非所問。因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處，露有犯罪痕跡顯可疑為犯罪人者。

十一、何謂相牽連案件？牽連管轄之偵查與起訴如何處理？試說明之。

【擬答】：

(一)相牽連案件按刑事訴訟法第六條牽連管轄規定：數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法管轄，前項情形，如各案件已係屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之。有不同同意者，由共同之直接上級法院裁定之。同法第七條相牽連案件規定：有左列情形之一者，為相牽連案件：一人犯數罪者。數人共犯一罪或數罪者。數人同時在同一處所各別犯罪。犯與本罪有關係之藏匿人犯，湮滅證據，偽證，贓物各罪者。

(二)牽連管轄之偵查與起訴 次按檢察一體在確保檢察權之公正行使，在不違背檢察官之真實性義務與合法性義務之前提下，為防止檢察官權力濫用及統一檢察官權行使方針並達成協力辦案之目的，上級檢察機關或檢察首長本於檢察一體之指令權，得於一定條件與必要情形下，為職務承繼權與職務移轉權之發動。承上規定，於相牽連案件，本於訴訟經濟，證據共通性及避免偵查結果與裁判矛盾之考量，分別對數共犯各有偵查權之各檢察署檢察官，得本於檢察一體原則協調由某地檢察署檢察官就相牽連案件合併偵查，嗣後再本於前揭牽連管轄之規定，對該等相牽連案件合併起訴，而由法院合併審判。

十二、試述刑事訴訟法上所規定司法警察之職務？

【擬答】：

(一)司法警察官：協助偵查（本法第二二九條）

編制：

c(1)警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長。

d(2)憲兵隊長官。

e(2)依法令關於特定事項，得行相當於前二款司法警察官之職權者。

職務：前項司法警察官，應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑 人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。 被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送。

(二)司法警察官：聽從檢方指揮偵查（本法第二三〇條）

編制：

c(1)警察官長。

d(2)憲兵隊官長、士官。

e(3)依法令關於特定事項，得行司法警察官之職權者。

職務：前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前 條之司法警察官。實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。

(三)司法警察：聽從檢方及司法警察官指揮偵查（本法第二三一條）

編制：

c(1)警察。

(2)憲兵

(3)依法令關於特定事項，得行司法警察之職權者。

職務：前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前 條之司法警察官。實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。

十三、法院若欲將被告的犯罪自白作為有罪判決的基礎，在訴訟程序上有何限制？請依據刑事訴訟 法的規定說明之。

【擬答】

(一)不得以強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方法取得自白：依刑事訴訟法（以下稱本法）第一 百五十六條第一項規定，被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法 羈押或其他不正方法，且與事實相符者，得為證據。由此可知，被告之自白，須具有任意 性及真實性者，才具有證據能力，方得以作為有罪判決之基礎。故訊問被告時，不得以前 述之強暴、脅迫等不正方法為之（第 九十八條），否則所取得之自白不得作為有罪判決之 基礎。

(二)得違反第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項、第九十五條第二、三款等有關訊問被告之 程序規定，否則其自白原則上不得作為證據：

依本法第一百五十八條之二第一項規定，違背第九十三條之一第二項所定之法定障礙事 由經過時間 內不得訊問之規定而為訊問者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利 之陳述，不得作為證據。

但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。亦即違反上開規定所取得之被告自白，原則上不得作為證據，僅於例外才得作為證據。故訊問被告須注意不得於本法第九十三條之一第一項所定之法定障礙事由經過時間內為之，例如被告或犯罪嫌疑人身體健康突發之事實事實上不能訊問之時間、被告或犯罪嫌疑人等候辯護人之時間、或等候通譯之時間等，否則其自白原則上不得作為證據。

本法第一百五十八條之二第一項同時也規定，違背第一百條之三第一項所定之司法警察官或司法警察不得於夜間進行詢問之規定而為詢問，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，原則上不得作為證據，僅於但書所定之例外情況才得為證據。故司法警察官或司法警察除非有第一百條之三第一項但書所定之例外情況，否則不得於夜間詢問犯罪嫌疑人，若於夜間詢問犯罪嫌疑人者，其所取得之自白原則上不得作為證據。

本法第一百五十八條之二第二項規定，檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用同條第一項之規定。故檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人前，必須踐行第九十五條規定之告知義務，若未踐行第九十五條第二款之緘默權告知義務或第三款之辯護權告知義務者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。除非經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，方例外地得為證據。

(三)不得違反本法中有關訊(詢)問被告之其他規定，否則取得之自白亦可能不得作為證據：

按依本法第一百五十八條之四規定，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

十四、被告在刑事訴訟法上有何權利與義務，請簡述之。

【擬答】：

被告不是單純的訴訟客體，而是訴訟主體。被告享有刑事訴訟法賦予的若干權利，也負有相當的義務。前者主要涉及其應享有的(程序)基本權，例如不自證己罪原則、罪疑唯輕原則、無罪推定原則與聽審權、受辯護權、在場權、調查證據請求權、對質詰問權及受告知權等，從而反應出國家機關的若干義務，例如告知義務；義務的違反，則表現在證據法則裡，例如非任意性自白不具有證據能力。扼要說明如下：

(一)不自證己罪原則

1. 意義

任何人皆無義務以積極作為協助對自己的刑事追訴；國家不得強制任何人積極的自證己罪。此係憲法給予人民在面對國家刑事追訴時的特殊保障，以實現人格權之保障。

2. 保護範圍—不自證己罪與緘默權 依實務見解<sup>1</sup>，明顯認為「(口頭)供述」才受到不自證己罪原則的保障，不自證己罪在我國，因而等於緘默權。由於僅保障被告的陳述自由，若是要求被告以供述以外的方式作證，如強迫其呼氣接受酒測、提供收賄帳冊、發聲、寫字等，即被排除於保護範圍以外！

(二)罪疑唯輕原則

1. 意義

當無法證明被告或犯罪嫌疑人的犯罪事實存在時，應為對被告有利的無罪或輕罪判決。

2. 罪疑唯輕原則可以從兩個面向來理解，一是實體法，一是程序法<sup>2</sup>。

c(1)就實體法而言，罪疑唯輕原則補充了罪責原則；當對被告罪責的證明存疑時，應發生對被告有利的法效果。因為有罪才有刑罰，如果法官無法確定犯罪事實的存在，便不能夠課予被告刑罰。

d(2)就程序法而言，其指導法官在未能形成確信時，如何判決；確立程序法上的證據評價原則。罪疑唯輕原則的適用的時機，是在「證據評價結束後」：法官依法踐行審判程序並調查證據，依自由心證綜合評價所有證據後，仍然無法形成心證時，依罪疑唯輕原則，應做成對被告有利的決定。

(三)無罪推定原則

1. 2003年1月，刑事訴訟法增訂第一五四條第一項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」此原則對於刑事被告(或犯罪嫌疑人)提供訴訟上保護，追訴犯罪者為了將被告(或犯罪嫌疑人)定罪，除了被告(或犯罪嫌疑人)的心神狀態外，有義務證明所有犯罪事實的存在。簡之，無罪推定是檢察官舉證責任發生之事由<sup>3</sup>。其始點為被告「進入法庭時」，終點則為控方證明被告有罪至「超越合理懷疑」的程度時。

2. 在犯罪偵查程序，因與定罪尚無直接關連，故無此原則之適用，只要執法人員對於犯罪嫌疑人涉犯罪之懷疑有「相當理由」，即可予以逮捕、羈押、搜索、扣押；惟此等強制處分須由法院介入為事前或事後審查，併予說明。

(四)被告的其他權利 基於訴訟主體的地位，被告享有下列權利：聽審權

十五、何謂傳聞證據？該類證據有無證據能力？其理論依據為何？試舉五種情形說明之。

【擬答】：

1. 傳聞法則之意義與不適用之程序種類

A. 所謂傳聞法則乃指對待證事實親自見聞之原始證人在審判外之供述未經當事人（尤指被告）對質詰問程序，以檢驗其供述內容之知覺正確性、記憶正確性、供述誠實性與敘述適當性，故排除該傳聞證據之證據能力，刑事訴訟法第一五九條第一項即明定「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。」

B. 傳聞法則與直接審理主義關係密切，同為嚴格證明程序所採，故相對之自由證明程序與非行直接審理之書面審理即無採行傳聞法則之必要；依本法第一五九條第二項及上述說明，下列程序不適用傳聞法則：

c(1) 簡易程序

d(2) 簡式審判程序

(3) 起訴審查之審查程序

(4) 法律審審理程序

(5) 聲請交付審判之審查程序

(6) 強制處分之審查程序

(7) 協商程序

十六、刑事訴訟法對於使用強制力搜索有何限制？試說明之。

【擬答】

(一) 所謂搜索乃為發現被告或犯罪證據或其他可得沒收之物，而搜查被告或第三人之身體、物件、住宅或其他處所之強制處分。

(二) 搜索既屬干預人民基本權利之強制處分，其發動之審查與執行程序自均應符合法治國原則之規範，故我國刑事訴訟法第一二二條第一項及第二項規定對被告或犯罪嫌疑人之搜索須於必要時方得為之，至對第三人更以有相當理由為限，即是對搜索發動審查之限制，此於搜索執行程序上亦然，尤其使用強制力搜索之對象客體更應使其受法治國原則之保障，本法第一三二條即規定：「抗拒搜索者，得用強制力搜索之。但不得逾必要之程度。」從而執行搜索機關如欲使用強制力，須以被搜索者抗拒搜索為前提，且不得逾越必要之程度，至所謂必要之程度即法治國原則中比例原則之必要性而言

（比例原則包含適合性，必要性及狹義比例性），故執行搜索機關為達上揭搜索目的而採行之強制手段，惟當不能選擇其他同樣有效且對受搜索人之基本權利限制更少之方法時，方符合必要性（又稱最小干預原則）。例如執行搜索機關欲搜索被告藏放於保險箱之文件時，應先命其交付或提出，其拒絕時雖可使強制力，惟應先考量對受搜索人損害干預最小之方式（如請鎖匠開啟），尚無逕行破壞該保險箱之必要。

十七、被害人於偵查中有無接受訊問之義務？試說明之。

【擬答】

(一). 按依刑事訴訟法第二四八條之一規定：「被害人於偵查中受訊問時，得由

其法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親、家長、家屬、醫師或社工人員陪同在場，並得陳述意見。」及第二七一條第二項規定：「審判期間，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。」以觀，被害人在刑事訴訟之偵查程序中似不若審判期日以應行傳喚為必要，然如偵查中經檢察官傳喚時，其有無接受訊問之義務？依我國刑事訴訟法就被害人於偵查中經合法傳喚無正當理由不到場或到場不為陳述之效果，並無如證人之相同規定，應採否定說為宜。

(二). 惟任何對系爭刑事案件之待證事實有所見聞之自然人原則上皆得為證人，通說見解均認被害人亦具證人之資格，故倘檢察官就本案之待證事實將被害人以證人身分傳喚、訊問，此時被害人於偵查中即居於證人地位，而應適用本法有關人證之相關規定，如經合法傳喚無正當理由應到場（§ 178 I），且除另有規定外不得拒絕具結及

十八、何謂法庭外之鑑定留置？現行刑事訴訟法對鑑定留置有何新規定？試舉四項說明之。

【擬答】：

1. 法庭外之鑑定留置：

鑑定處分與法治國依法治國法律保留原則任何限制干預人民基本權利之強制處分均應有法律依據，鑑定留置係長期拘束被告於醫院或其他處所，性質類同羈押處分，另檢查處分（檢查身體、解剖屍體、進入住居處所等）及穿刺處分（採取指紋、血液、毛髮等）亦均係直接對被告身體之自主權形成干涉，故宜同其他強制處分般，非僅應有法律依據，且該等處分之發動、實施程序與期間等均須由法律明確規範，故本次修法除對鑑定留置與鑑定人處分明定其審查機制，並就具長期拘束性質之鑑定留置限定其實施之期間，以符法治國原則之法律保留與比例原則。

2. 鑑定留置與鑑定人處分如前所述鑑定留置之性質類同羈押處分，是以不論偵查或審判中同採法官保留原則暨絕對令狀主義，亦即偵審階段鑑定留置之實施應均由法官審查並核發鑑定留置票，至其預定期間為七日以下，如延長則不得逾二月，又留置日數視同羈押日數，故得折抵刑期（刑事訴訟法第二〇三條至第二〇三條之四），另依同法第二〇四條至第二〇五條之一所規定之鑑定人處分，其發動審查，偵查中由檢察官決定，審判中採法官保留，並由審查者核發許可書，資為憑據。

2. 鑑定留置之新規定：

1. 性質：同羈押處分，故得折抵羈押日數（§203-4）

2. 期間：

c原則：七月以下（§203 III）

d例外：二月以下（§203-3 I）

3. 發動審查：法官保留之絕對令狀主義（偵審中均由法院決定並應用鑑定留置票）

4. 執行程序：準用§89、§90之強制力與比例原則必要性（§203-2 II），由司法警察為之。

5. 救濟：

c對法院→抗告（§404）

d對審判長或法官→準抗告（§416）

十九、試根據我國刑事訴訟法之規定，回答下列問題：

1. 羈押之後，如何停止羈押？

2. 停止羈押後，再行羈押之理由為何？

【擬答】：

1. 停止羈押：

A. 仍有羈押之原因，但已無羈押之必要，此時羈押效力仍存在，僅是暫時停止羈押之執行，倘有法定情形仍可再執行羈押。

B. 種類：

c聲請停止：

被告：第一一〇條第一項。

檢察官：第一一〇條第二項。

d法定停止：第一〇九條但、第三一六條但、第一〇一條之二。

C. 發動：

c被告及其得為輔佐之人或辯護人聲請。

d經檢察官聲請。

e法院依職權主動為之。

D. 審理程序：

準用當然撤銷羈押規定，法院得聽取被告、辯護人或得為被告輔佐人之陳述意見（第一一〇條第三項、第一〇七條第三項）。偵查中法院為具保停止羈押之決定時，除由檢察官聲請者（第一一〇條第二項）或有不得駁回停止羈押情形者（第一一四條）之外，應徵詢檢察官之意見（第一〇七條第五項）。法院許可停止羈押時，則以具保、責付或限制住居之手段代替羈押，並得依本法第一一六條之二規定命被告遵守一定事項。（參照例解刑事訴訟法第三二七頁，第參部分）

2. 再執行羈押：依刑事訴訟法第一一七條第一項規定，停止羈押後有下列情形之一者，得命再執行羈押

A. 經合法傳喚無正當之理由不到場者。

B. 受住居之限制而違背者。

C. 本案新發生第一〇一條第一項各款、第一〇一條之一第一項所定情形之一者。

D. 違背法院依前條所定應遵守之事項者。

E. 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，被告因第一一四條第三款之情形停止羈押後，其停止羈押之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。

二十、刑事訴訟法有關法官迴避之規定，是否適用於檢察事務官？又依刑事訴訟法第二十六條，法官迴避之規定，適用於檢察官，但不得以其曾於下級法院執行檢察官之職務，為迴避之原因，其理由為何？

### 【擬答】

(一) 刑事訴訟法關於法官迴避之規定，應亦適用於檢察事務官。理由如下所述：

1. 刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）第17條以下，為迴避之規定，其主要目的在於建立公平之法院，使刑事訴訟之進行可以獲得當事人之信賴。以刑訴法第17條之各事由為例，法官有該各個事由，但卻執行職務之時，當事人勢必無法信服其所為之決定，是故為法官應自行迴避事由。

2. 刑訴法第26條第1項前段規定：「第十七條至第二十條及第二十四條關於推事迴避之規定，於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。……。」之意旨，也是在建立公平及為被告所接受之檢察體系。是故檢察官及辦理檢察事務之書記官具有應自行迴避事由（第17條）或聲請迴避事由（第18條）時，亦應迴避。依此意旨，雖然法條並未明文檢察事務官必須迴避，但是，依迴避之立法意旨，刑訴法第17條以下關於迴避之規定，也應該類推適用於檢察事務官。

(二) 刑訴法第26條第1項規定：「第十七條至第二十條及第二十四條關於推事迴避之規定，於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。但不得以曾於下級法院執行檢察官、書記官或通譯之職務，為迴避之原因。」是因為，如果所執行之職務為檢察官，無論是在下級審或上級審，都是針對被告之犯罪事實進行訴追、蒐集證據、決定是否起訴及於審判期日盡實質舉證責任，並無何差別，角色並不會混淆，亦即，並不會造成執行職務上之偏頗。所以，即便是在下級審擔任過檢察官，於上級審在於同一案件在擔任檢察官時，並不需要迴避。再者，刑訴法第26條第1項但書之規定，於法官之情形，依目前實務及通說之看法，目的在於維護被告之審級利益，但是，於檢察官時，並沒有審級利益之問題，是故，不需要迴避。

一、何謂案件單一性、同一性？我國學說對此有何看法？

(一) 案件同一性與案件單一性之意義：

1. 案件之意義：刑事訴訟法，乃對於特定被告之特定犯罪事實確定其具體刑罰權有無及其範圍之程序。而所謂之案件，乃指國家與個人間的具體刑罰權關係，亦即處罰者與被處罰者之關係，職是，案件是由被告與犯罪事實二者所構成。

2. 案件單一性：所謂案件單一性，乃指單一被告與單一犯罪事實，主要探討的是案件個數的問題。有謂案件是以具體刑罰權為對象，在實體法上若為一個刑罰權，在訴訟法上即為一個訴訟客體，具有不可分的關係，簡單來說，實務將實體法上之罪數概念與訴訟法上之犯罪事實概念畫上等號，此即為案件單一性最佳寫照。而所謂不可分的關係，具有後述之效果：審判權不可分（軍審法三四）、管轄權不可分、不起訴處分效力是否不可分（二五上一一六）、起訴之不可分（刑訴二六七）、自訴之不可分（刑訴三一九II）、上訴之不可分（刑訴三四八II）與既判力之擴張。

3.

案件同一性：所謂案件同一性，乃指同一被告與同一犯罪事實，著重者，乃案件之間比較的問題。其在訴訟上之機能有四：定是否為起訴效力所及（刑訴二六七）、定可否變更起訴法條（刑訴三〇〇）、定禁止二重起訴之範圍（刑訴三〇三2、7）、定既判力之範圍（刑訴三〇二？）。

4. 小結：以上皆為我國實務之看法，然學說上對此多有批評，於下分析之。

(二) 我國學界之看法：

1. 以實體法之罪數概念決定訴訟法之犯罪事實並不妥當：實務上對犯罪事實之看法，乃是將實體法上的一個刑罰權，認為在訴訟法上就是一個訴訟客體，亦即以實體法之罪數概念決定訴訟法之犯罪事實，其不當之處分析如下：

(1) 實體法與訴訟法功能與內容皆不相同：從實體法來看，犯罪是以具體發生之事實，涵攝入法律內抽象規定之各種處罰要件後，方始構成；然就訴訟法來看，德國通說認為犯罪事實是獨立於實體刑法，且內容上較為廣泛的範疇，亦即指犯罪事實調查以及程序實施的實質對象，並不含法律涵攝的判斷，故應以事實的、自然的觀察方式為準。

(2) 由程序到實體方為正確步驟：由程序到實體方為形成國家刑罰權的正常步驟，蓋以實體認定

程序，強將實體法之一罪概念與訴訟法之犯罪事實畫上等號的結果，以法官認定之實體結果來決定應審判之範圍，將使人懷疑是不告不理，還是不理不告。

2. 解決方法：由於實體罪數概念不應與訴訟上之犯罪事實概念畫上等號，故學界提出新同一案件之概念，認為單一案件就是同一案件；且實體法上的罪數概念，並不等於刑事訴訟法的犯罪事實概念，二者應加以區別。至於訴訟法上所謂之同一犯罪事實，應以自然的生活觀點的單一生活事實為判斷基準，簡單來說就是依自然生活歷程來判斷，若將該犯罪事實割裂成二部分，則會形成不自然的割裂時，此時該犯罪事實即應屬於同一犯罪事實，而判斷是否屬於不自然之割裂，關鍵在於該事實之間是否具有緊密的事理關聯性，其可由行為之時間、行為之地點、行為之對象與行為之目的來判斷。

(三) 結論：我國實務向以實體法上之罪數決定訴訟法上之犯罪事實，然此於法理上並無根據，且於操作上亦有困難，故應以新同一案件之概念處理訴訟法上之犯罪事實方為妥適。

二、甲涉嫌貪瀆罪，乙於警詢中言：「甲要我交給他一百萬元」，於檢察官複訊時又言：「甲要我交給他一百萬元」，之後乙即遠渡國外不歸。檢察官起訴甲貪瀆罪，在甲的審判中，乙於偵查中之陳述，是否得成為證據？請依法條、大法官解釋、學說理論，分析之。

刑事訴訟法（以下稱本法）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。」一般認為此為我國刑事訴訟法傳聞法則的明文規定。本題中，乙為被告甲以外之人，其於偵查中之陳述為審判外之陳述，依上述條文為傳聞證據，原則應予排除，惟是否符合例外，以下分述之：

(一) 乙於警詢中之陳述部分：

1. 依本法第一百五十九條之三之規定，被告以外之人於檢察事務官、司法警察官、司法警察調查中所為之陳述，若合於可信性、必要性之條件，另外又符合四款事由中之一者，可成為傳聞例外，本題事實乙已經遠渡國外不歸，合於該條文第三款事由，依本條文乙此部分陳述得作為甲之證據。

2. (1) 大法官解釋部分，自釋字第三八四號解釋確立了對質詰問權為被告憲法上之基本人權以來，對質詰問權成為刑事被告一項極為重要的防禦武器，此權利之目的在於讓被告對於為對己不利陳述之證人有詰問之機會，其有助於動搖證人供述之真實性，當然亦是程序公平的一部分，近來釋字第五八二號解釋再次確立對質詰問權的憲法地位，並列出例外排除的要件為法律有特別規定，客觀上有不能詰問的情形，方可例外排除，此解釋針對對質詰問權係採證人產生理論。

3. (1) 本題情形重點在傳聞例外的解釋，與如何應用目前本法的相關規定。乙在偵查中所為之陳述實為先前證詞的一種。於比較法上，先前證詞可將其視為傳聞例外而不排除，其要件有二：第一、證人於先前的程序中已經宣誓作證，如我國法之具結程序；第二、證人必須有法定未能作證之情形。此例外之創設在於其先前已經賦予被告機會為詰問，不僅真實性獲得擔保，且未剝奪被告之詰問權。

(2) 按上述要件檢視本案情形，因為甲於偵查中並沒有機會對乙對質詰問，雖然有本法第一百五十九條之三所列之未能作證事由之一，但仍顯有剝奪被告詰問權之疑慮。

(3) 此情形亦彰顯出我國第一百五十九條之三的規定並不妥當，因為依照本條文之規定，證人先前證詞未經具結、未經對質詰問，卻只是因為符合條文中所列的事由之一，即可作為證據未免太過輕視被告對質詰問權之保護，且亦不符合傳聞例外的一項重要原則，即為該先前證詞必須具有高度的真實性標記，故法院在適用本條文時，對於「經證明具有可信之特別情況」此要件之解釋必須從嚴認定，不可隨便承認此種審判外陳述成為證據。

(4) 故乙之警詢中陳述若依目前條文文義與大法官解釋似乎可以成為傳聞例外，得為證據。惟若依學說理論加以分析可以得知第一百五十九條之三之規定並不妥適，嚴重剝奪被告權利，適用時必須嚴格認定方可，本案情形不具有特別可信的情況，應不可作為證據。

(二) 乙於檢察官前之陳述部分：

1. 本法第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外，得為證據。」本題中乙於複訊時對檢察官所為之陳述，若依本條文檢視，若無其他顯不可信的情況，則可以成為傳聞例外，得為證據。

2. 大法官解釋同(一)之部分。釋字第三八四號解釋以及釋字第五八二號解釋確立了被告的對質詰問權，為被告的憲法上權利以及例外要件，故於本案情形因為法律已有特別規定，且乙已經遠渡國外，客觀上有未能詰問的情況，採為證據未違反被告對質詰問權，故得為證據。

3. (1) 此部分亦是先前證詞的問題，比較法上傳聞例外的創設要件已如上述，故本法第一百五十九條之一第二項若依學理上之看法並不妥適。首先，為何只因為被告以外之人於檢察官前為陳述其即原則可作為證據，不論其有無經對質詰問，有無具結，顯然有迷信權威的傾向，立法理由雖認為任意性在檢察官面前可獲確保，惟任意性之有無向來非傳聞例外的創設之理由，且證人亦無任何不能出庭之事由，在釋字第五八二號解釋之下此條文可認為係違憲，在修法之前應該可於「顯有不可信之特別情

況」之要件解釋上，嚴格認定未經具結，對質詰問之證言應該不可允許作為證據，近來實務（九四台上三七二八判決）亦採此見解。

(2) 另外，本案情形證人乙因為遠渡國外不歸，有不能作證的情況，但是本法第一百五十九條之三之主體卻不及於檢察官，姑且不論此條文要件上不適當之處，主體不包括檢察官，並不能涵蓋所有可能情況，立法上有所不足。故於論理解釋上應該可將主體擴張至檢察官前之陳述，於客觀上有不能作證的情形亦有適用，惟如上所述本法第一百五十九條之三立法要件太過草率應該從嚴解釋。

4. (1) 乙於檢察官前之陳述雖然可以依本法第一百五十九條之一第二項之規定成為傳聞例外，但是本條文在釋字第五八二號解釋下，已經等於違憲，所以在修法之前因為本案情形乙偵查中似乎未經甲之對質詰問，在嚴格認定此條項之可信性要件時，不應認為可依此條使該陳述成為證據。

(2) 而一百五十九條之三的部分，縱使擴張適用主體於檢察官，但是此條文的適用必須嚴格認定，本案乙偵查中之陳述，並無比較可信的情況存在，故仍然不適用此條使其得為證據。

三、關於「對被告有利事實」和「對被告不利事實」之處理，刑事訴訟法就其「舉證責任」、「證據能力判斷」和「證據採納」是否採一元之標準？

我國刑事訴訟法第一百五十四條第二項，明白地揭示了「證據裁判主義」，所有不利被告的犯罪事實都必須要經由證據加以認定；又同條第一項規定了刑事訴訟法上最重要的「無罪推定原則」，被告在未經審判證明有罪之前，皆推定為無罪。

仔細觀察可以發現，刑事訴訟法第十二章中關於證據法則的條文，其實都是針對處理對被告不利的犯罪事實時的規定。至於對被告有利的事實在證據法則上應如何處理並無明文，便有學者主張可部分類推適用刑事訴訟法第十二章的規定，或是透過學理加以解釋。

綜上，對被告有利或不利的事實，在刑訴證據法則中應有不同的處理方式，以下分別就舉證責任、證據能力以及證據採納加以分析：

(一) 舉證責任：

1. 對被告不利的事實：刑事訴訟法第一百六十一條第一項規定，檢察官對於被告之犯罪事實應負實質舉證責任，也就是說必須提出證據並指出證明的方法令法官相信，若檢察官未竟其舉證責任，則必須負擔不利結果，法院應判決被告無罪。

2. 對被告有利的事實：刑事訴訟法第一百六十一條之一規定，被告得就被訴事實指出有利的證明方法；又同法第二條規定實施刑訴程序的公務員負有客觀性義務，而且被告得請求此公務員為有利於己之必要處分。據此，可推知被告可請求握有強制處分權之檢察官調查對被告有利之事實，而於必要時檢察官不得拒絕。甚至在檢察官知悉對被告有利的事實時，應不待被告請求而主動調查。蓋檢察官除了要使犯罪的被告受到刑罰制裁之外，其同時也應該保護清白的被告不受到冤枉。

(二) 證據能力：

1. 對被告不利的事實：刑事訴訟法第一百五十五條第二項規定，犯罪事實必須是經過合法的調查之後才能取得證據能力，作為裁判之依據。而這裡所稱的合法調查有其消極要件和積極要件。證據能力的消極要件是系爭證據資料（也就是對被告不利的事實）在取得的過程中沒有因為違反程序正當性而被禁用。而證據能力的積極要件是該證據經由法定的證據調查方法以及法定證據調查程序而呈現於法庭之上，就是所謂的「嚴格證明方法」。

2. 對被告有利的事實：刑事訴訟法中並沒有就對被告有利的事實作規定，似不限於使用嚴格的證明方法。有學者主張對被告有利的事實，不須考慮其取得之手段是否符合程序正當性，而且只要用自由證明的方法即已足，不嚴格要求法定的證據方法和調查程序。唯管見以為，有利和不利之事實乃一體之兩面，本法第一百五十五條第二項亦規定「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」則於證據能力之認定上，應均經嚴格證明。

(三) 證據採納：所謂證據採納，是指證據資料在取得證據能力之後，就能夠被法官所採納作為裁判的基礎。取得證據能力的資料經過法官的自由心證，讓法官依據證據作出有罪或是無罪的判決。

1. 對被告不利的事實：依據無罪推定原則，有證據能力的事實在經過法官的自由心證之後，其證明力必須是高達毫無疑問的程度，法官才可依據此不利被告的犯罪事實來做出有罪的判決。若法官無法達到確信無疑的心證程度，則不得判決被告有罪。

2. 對被告有利的事實：只要具有實體真實性、具有證據能力，法官在採納此事實作為判決基礎時，因為無罪推定的關係，就算未達百分之百的確信程度，仍可據以為一無罪判決。

四、司法警察持檢察官簽發拘提甲之拘票至甲宅執行拘提，敲門後甲之老母應門言：「甲已不住此，現在都住在女朋友乙宅。」警察立即轉至乙宅，敲門但無人應門，警察相信甲躲藏在內，乃破門而入，進入後四處搜尋甲，在客廳地板發現毒品，並在臥室衣櫥內發現甲而予以拘提。事後證明毒品是甲的，與乙無關。請分析此案。

(一) 檢察官所簽發之拘票並無合法搜索住宅之效力：

1. 依現行第一百二十八條第三項規定，今日檢察官已無簽發搜索票之權，若司法警察持檢察官簽發之拘票可以強行進入住宅搜索，亦即使該拘票有搜索票之效力，則無異於檢察官搜索權之復辟，並且容許司法警察僅持一張拘票而能大搜特搜。

2. 依體系解釋，應認為持檢察官簽發之拘票而為拘提時，除非符合無令狀搜索之其他例外（如刑訴一三一之一之同意搜索），否則不能逕為搜索。亦即，第一百三十一條第一項第一款因拘提而為之逕行搜索，應排除檢察官所簽發拘票情形。

3. 本案中，司法警察雖至甲宅敲門後知甲不在家即離去，並未在甲宅為搜索，但警察卻逕行進入乙宅為搜索，依上述說明，警察所為乃無令狀之違法搜索，又無例外情狀存在，故即使有實質之相當理由，仍為違法。其所得之證據即應排除。

4. 此外，警察雖於乙宅客廳地板發現毒品，但基於一目瞭然法則係以兼具相當理由與合法之搜索為要件，此時警察既為違法搜索，自不能主張一目瞭然法則而扣押該發現之毒品，不論其為本案扣押或另案扣押均同。如警察為扣押時，其為違法扣押，在日後審判中將發生證據排除效果。

(二)

法官所簽發之拘票雖可合法搜索應拘提之人住宅，但不得搜索第三人住宅：

1. 本案中拘票雖為檢察官所簽發，但即令係有搜索權之法官所簽發之拘票，亦僅得搜索應受拘提人之住宅，而不得搜索第三人之住宅，否則無異於使司法警察持一拘票即可到處大肆搜索，危害人民權益甚鉅。

2. 承上，第一百三十一條第一項第一款之「因拘提而為之逕行搜索」，在法官簽發拘票情形，仍應解釋為限於僅得搜索「應受拘提人之住宅」情形，而不能搜索第三人之住宅。

3. 綜上，本案中縱令警察所持之拘票為法官所簽發，亦只能搜索甲之住宅，而不得搜索乙宅，否則亦為違法搜索，於此一併敘明。

五、檢察官合併起訴甲所犯常業賭博及使公務員違背職務之行賄二罪，經法院合併審判，分別宣告有期徒刑一年及五年有期徒刑，併定應執行刑五年六個月有期徒刑。全案經上訴第二審法院，二審法院維持一審判決。被告乃對於行賄罪部分上訴第三審法院。第三審法院認為行賄罪與常業賭博罪間有牽連關係存在，應屬裁判上之一罪，乃判決撤銷原判決發回更審。更審法院接受三審法院之見解。試問更審法院對被告甲所犯之罪應如何處理，方得使二案成為單一案件？

(一)本題中，檢察官雖將甲所犯常業賭博罪及使公務員違背職務之行賄兩罪，並且法院亦合併審判此兩個案件，檢察官與第一審法院皆認為該二案間係分別獨立，無牽連關係，因此分別宣告有期徒刑，第二審維持原審見解，亦不將兩者看成單一案件，隨後被告雖只對於行賄部分上訴第三審法院，根據刑事訴訟法第三百四十八條第一項規定：「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。」

(二)唯第三審法院認為行賄罪與常業賭博罪間有牽連關係存在，應屬裁判上之一罪，此即為刑事訴訟法第三百四十八條第二項之情形：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴」，牽連關係我國實務一向認為屬於有關係之部分，是故第三審法院似自得就常業賭博罪及使公務員違背職務之行賄罪之全部審判。然而常業賭博罪屬刑事訴訟法第三百七十六條不得上訴第三審之案件，該罪部分於第二審判決時即告確定，因此就此罪可否屬於第三審審理範圍即有爭議。現行實務上認為，常業賭博罪之部分並未確定，此部分之確定力已隨同公務員違背職務行賄罪部分之上訴而阻斷。更審法院應重新考量兩罪間之牽連關係，並踐行起訴法條變更程序，此些程序的規範目的即法理基礎主要在於聽審原則之保障，尤其是被告防禦權之維護與突襲性裁判之避免。

(三)其程序步驟，首先須告知被告罪名變更，法院踐行此項變更罪名之告知時，必須明確到讓被告及其辯護人能夠清楚得知並且將防禦指向新的法律基礎；再來須給予充分辯明之機會，如果欠缺此程序，單單踐行罪名變更的告知，並無任何意義可言；最後才是在判決書中引用刑事訴訟法第三百條，如果前述程序一一合法踐行，縱使疏未引用，對於被告的防禦權也不致構成突襲與侵害；反之，如果未依法踐行告知義務或者給予被告辯明的機會，則縱使判決書引用刑事訴訟法第三百條，也同樣是剝奪被告防禦權的突襲性裁判，當然違法。

(四)更審法院應依此處理，方得使二案件成為單一案件

六、A昔日為某高級法院刑事庭法官並曾擔任司法官訓練所刑事訴訟法講座，後因辦案收受賄賂而遭撤職並被提起公訴。此案於地方法院審理時，該承審資淺法官因驚見昔日師長淪為階下囚，一時心情起伏甚大，遂忘記踐行人別訊問及告知義務，立即對被告A針對賄賂事實加以訊問。A對收賄之事坦承不諱，因而地院法官依公務員收受賄賂罪判處A七年有期徒刑。A對被處重刑相當不滿，即以地院法官漏未踐了人別訊問及告知義務為由，主張其陳述不得採為裁判基礎，據此提出上訴。請問你認為A的主張有理由嗎？

(一)提起第二審上訴，第二審乃全面覆審制，故不以違法或不當為必要，亦不以附上訴理由為必要，只要A於法定期間內提起上訴並符合其他訴訟要件，則其當然可提起第二審上訴。

(二)然則A之主張是否有理由？第一，A主張其因未人別訊問，故因此衍生之自白無證據能力，是否妥當？蓋若違反刑事訴訟法上之規定雖為違法，但違法並非一定導致證據使用之禁止，依刑事訴訟法第一百五十八條之四規定，仍必須判斷刑事訴訟法之各目的作為衡量標準方為適當。

(三)人別訊問之目的在於確認被告、查驗身分，視其有無被告同一性之錯誤。就規範目的而言，採用被告A之自白並未破壞此一規範意旨，且被告並無錯誤，雖未依法踐行人別訊問，但應視為瑕疵已治癒，故此部分上訴應無理由。

(四)第二，A主張其因未受告知義務，故因此衍生之自白無證據能力，是否妥當？告知義務乃保障不知法律的被告能夠在充分了解自己權利和處境下接受訊問，調節國家和被告之實力差距。若違反告知義務所衍生之被告自白，若依學說見解，可由三階段審查之：司法機關是否惡意、恣意違反告知義務？若否，取證過程法規範目的上未終局損害，而透過使用該證據損害會加深擴大？前面兩階段若禁止使用，則不用判斷第三階段之權衡法則。

(五)於此，國家機關並非惡意，通過第一階段之審查。但A早已熟知自己之權利，此由其曾為高等法院刑事庭法官及司法官訓練所刑事訴訟法講師可觀之，若如此，A熟知自己之權利卻仍為陳述，則在第二階段而言，法院使用該自白並未加深或擴大損害規範保護目的，則因此不應產生證據使用禁止之效果。

(六)若由美國法之米蘭達判決觀點觀之，自白保護其任意性，但採預防性法則。申言之，只要沒有盡到告知義務，因此所取得之自白原則上即不具證據能力，除非例外地能證明其自白出於任意性，方具有證據能力。

(七)再依新法規定觀之，新法第一百五十八條之二第二項規定：檢察事務官、司法警察官、司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款規定者，該自白不可作為證據；但經證明其違背出非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。雖此條有許多不當之限縮，但其法理即為縱使違背告知義務，若能證明其違背非出於惡意與該自白之任意性，則其自白仍例外可用，此與前述之學理不謀而合。(八)故依前述，應認為A之兩主張皆無理由。然而第二審法院認為上訴無理由者，除上訴論旨不成立外，必須再加上原審判決並無違法或不當，於此第一審法官為A之學生，故其執行可能有偏頗之虞，若肯認此，則雖A之主張不成立，但仍有可能上訴有理由

七、詳附理由解答以下與證據規定有關之問題：

(一)警察人員為偵辦甲所涉之擄人勒贖案件，但卻苦於無具體事證得以聲請監聽票以進行監聽。因而為方便計，警察人員乃利用甲持有槍砲案之監聽票以監聽甲所涉之擄人勒贖案件。試問警察人員取得與擄人勒贖案件有關之監聽內容，在法律上之評價為何？

(二)依刑事訴訟法規定，證據調查程序中，檢察官如何落實其「舉證責任」？

(三)依法理，犯罪嫌疑人如何在偵查中有效的實現證據保全？

(一)警察人員取得與擄人勒贖案件有關之監聽內容，在法律上之評價為何？

本題中，警察人員利用已發生的犯罪(槍砲案)當作是手段，其目的自始即是為了方便用以監聽甲尚不具合法監聽要件的擄人勒贖案件(因無具體事證)；在學理上，此種情形稱為他案監聽。此所稱之他案，一般而言是指嫌疑較明確卻較輕微的案件，在本題中為槍砲案；而真正想要以監聽蒐集線索之目的犯罪，多半屬於證據尚未明確卻較為重大的案件，稱為本案，在本題中為擄人勒贖案。

通訊監察之法定程序，須符合下述要件始得聲請核發通訊監察書：

- (1)列舉之重罪原則：即並非所有犯罪皆得聲請通訊監察，須符合本法(即通訊保障及監察法以下簡稱之)第五條第一項所列舉之罪名，始得作為法定之監聽對象。
- (2)相關性原則：即本法第五條之規定「有相當理由可信其通訊內容與本案有關」者，即除了須為列舉之已發生犯罪，尚須「有事實足認被告或犯罪嫌疑人具充足之犯罪嫌者」，始足該當此一要件。
- (3)補充性原則：即最後手段性，因本法第五條尚有規定須以「不能或難以其他方法蒐集或調整證據者」為限，故須窮盡所有偵查方式仍不可得者，始得行之。

本例中，雖符合列舉重罪原則之要求，然則卻無具體事證，從而，不符合相關性原則之要求，就本案而言，當然無從聲請通訊監察書之核發。

在法律的評價上，因為本案根本不具備本法第五條得實施監聽之要件，司法警察卻利用他案聲請監聽而供作蒐集本案證據之用，此不啻係規避了檢察官事前審查本案是否具備第五條要件之惡意行為，司法警察實質上已經構成濫用監聽權的他案監聽，此種不具備監聽要件卻用以侵犯人民隱私權之行為，應不被容許，在法律上須評價為違法(通訊監察及保障五)，而此違反法定程序所取得之證據，有無證據能力，學者認為應依證據相對排除理論認定，九十二年二月之修法，亦採用前述理論而增訂第一百五十八條之四，以該條之規定，司法警察之違法監聽係出於惡意，故取得之證據應無證據能力。

(二)依刑事訴訟法規定，證據調查程序中，檢察官如何落實其舉證責任？

合理的分配方式即在採卷證不併送(起訴狀一本立義)的大架構下，法庭上的證據調查責任由檢察官負全責著手；因卷證沒有併送，法官以一張白紙狀態到庭審判，便無法判斷被告犯行，而檢察官必須親自持相關卷證蒞庭進行實質的攻防，以盡其全力提出證據去說服法官，最後由法官依當事人雙方之攻防結果而為事實之認定，此時檢察官之實質舉證責任自然會落實，而也因原被告雙方之實質攻防活絡法庭氣氛，交互詰問制度也將更有成效。

然則，於現行之刑事訴訟制度中，仍採「卷證併送」制度，因此，須按現行刑事訴訟法之規定行之。首先，依據本法第一百六十一條第一項規定觀察，檢察官負有實質之舉證責任，並須指出證明之方法，同時，本法第一百六十三條第一項，亦從原本由法院職權調查之義務，因應當事人主義之引入，而改由當事人雙方負責證據調查之聲請，法院則退居次位，原則上不主導證據調查之進行，惟須注意，本法第一百六十三條第一項但書應嚴格解釋，避免例外成為原則。

檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法(刑訴一六一I)。其中所指的舉證責任，乃為實質的舉證責任(指負提出證據與說服法官之完全的舉證責任)。已如前述，此與所謂的形式舉證責任有別。蓋因形式上的舉證責任實際上是被實質舉證責任壓迫而產生。負有實質舉證責任的一方若無法證明事實，則受不利益的判斷；因此形式舉證責任乃將受不利判斷者為了避免不利益之判斷，隨訴訟之進度而衍生之舉證行為之負擔。若法院依其所舉證據無法形成確信之心證，自應認為其實質的舉證責任未盡，不得謂其形式的舉證責任已盡(舊法之立法理由即認為只要使法院得有合理可疑之程度即為已足，其形式舉證責任已盡；在修法後，此種說法應被揚棄)。換言之，由此時起(法院尚未得到確信心證時起)檢察官之形式舉證責任方才開始產生。

(三)依法理，犯罪嫌疑人如何在偵查中有效的實現證據保全？

犯罪嫌疑人欲在偵查中實現有效的證據保全，本次九十二年修法中增訂了第二百十九條之一至第二百十九條之八的條文提供了一個聲請基礎，使犯罪嫌疑人为防止證據有湮滅、偽造、隱匿或礙難使用之虞時，偵查中得聲請檢察官或法院為一定的保全處分，以防止有利於犯罪嫌疑人的證據無法提出於審判庭接受證據調查，其制定的目的即在於發現真實與保障被告防禦權及答辯權。

惟換一個角度來看，此證據保全的實際運作結果，所有保全之證據皆放置於法院，檢察官隨時可以閱讀抄錄，相對的，檢察官所持有的證據並未開示，而無法讓犯罪嫌疑人(被告)或其辯護人預先得以閱讀抄錄，如此一來，證據保全之程序將喪失其利用價值。因此，對犯罪嫌疑人(被告)或其辯護律師而言，最為重要的是，在於是否得以預先閱覽偵查機關手中所持有的證據資料或行使有效的防禦準備(證據開示)。因為依法理而言，檢察官與犯罪嫌疑人(被告)或其辯護律師間對於證據的蒐集能力落差實在太大，因此為了落實原被告之間的實質平等，平衡蒐證能力的差異，並強化被告及其辯護律師的攻防能力，在卷證不併送的架構之下，證據開示原則的採用便有其必要。

因此，除了在偵查中賦予犯罪嫌疑人聲請證據保全之外，應該認為只要證據無被破壞之危險或無偽證或無危害證人的情形下，在起訴後(準備程序進行中)，要求檢察官將證據開示，以實質的保障被告之

防禦機會，藉由此二種制度的配合，偵查中的證據保全方能有效的實現，並達成保障被告防禦權的目的。

八、甲涉嫌販賣毒品，警察取得檢察官之拘票，合法在甲宅拘提甲。在將甲帶回警察局的車上，警察問甲：「你賣海洛因，對不對？賣多久了，都賣給誰？誰提供給你的？……」甲皆如實回答。在警察局作筆錄時，警察於詢問前告知刑事訴訟法第九十五條權利，並將詢問過程錄音、錄影，甲又作出與車上相同的陳述。甲在(一)車上的陳述，(二)警察局的陳述，於審判中是否具證據能力？(丁組)

(一)

甲於車上之陳述，係出於警察之直接訊問，但卻未為權利告知。

關於自白法則，理論發展史分為真實性、任意性、保護性(又稱預防性)三種理論，而當違反法律規定之義務所產生之自白，即有可能為非任意性自白，故直接推定自白屬於非任意性應屬當然趨勢；又對於何謂任意性，通常難以調查，耗費成本，而即使調查其結果亦有可能為錯誤，未必正義，故現今寧可直接做對被告有利之推斷，推定未為權利告知所產生之自白即為非任意性之自白，以避免非任意性自白成為證據，造成冤獄！

我國刑事訴訟法第一百五十八條之二即為此一「預防性」理論之產物，其規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定」。故違反刑事訴訟法第九十五條權利告知義務而取證，即不得成為證據。當然若檢察官能夠舉證法條所謂：「經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限」，則仍可作為證據。

故甲於車上之陳述，由於未經權利告知，其陳述於審判中推定無證據能力，除非檢察官能夠證明法條之例外條款。

(二)

甲於警察局之陳述，有先經過刑事訴訟法第九十五條之權利告知，依前述之法理，該自白似具證據能力。

惟，爭點在於警察局中之陳述為車上之陳述的產物，若車上之陳述未遵守告知義務，則可否依毒樹果原則判定衍生的警察局之陳述亦不具證據能力？

第一層次為，非任意性自白可否使用毒樹果原則？若不適用毒樹果原則，則將來警察皆可逼供嫌疑犯，再依合法手段取得證據，如此以來便無法達到威嚇警察之作用，因此應適用毒樹果原則。

第二層次為，違反權利告知之自白，就此自白所衍生出來之證據是否也如上述方式排除？正如預防性理論所述：為防止非任意性自白直接成為證據，推定未為權利告知所產生之自白即為非任意性之自白，而既然「推定」為非任意性自白，則應適用3.所述相同之法理，使用毒樹果原則，排除衍生出來之證據！

然而既為推定，自有推翻之餘地，對於違反權利告知之自白，依刑事訴訟法第一百五十八條之四但書規定，檢察官須證明「非出於惡意」且「該自白或陳述係出於自由意志」方可成為證據，但對於衍生出來之證據需如此嚴格嗎？其實依預防性理論法理，只要證明該自白係出於任意性，則該自白即可使用，但我國法條規定較為嚴格，尚規定檢察官須證明非出於惡意；然而對於衍生出來之證據毋須如此嚴格，亦即只要能證明先前之自白具任意性，則其之證據即無排除之理，不用再證明「非出於惡意」，該衍生證據即可使用，排除毒樹果原則之適用！

自白乃涉及主觀，其成因極為複雜，故客觀上是衍生證據即應否定其證據能力，但若檢察官能證明先前成為毒樹之自白具任意性，則身為毒果之證據仍可使用；又若成為毒樹之自白不具任意性，或檢察官不願證明時，檢察官亦可主張毒樹果例外之稀釋原則，依個案判斷是否因為時間、介入因素、警察違法情節等而使得獨過例外具有證據能力。

故綜上所述，警察局中之陳述適用毒樹果原則後，基本上不可做為證據，但例外可因稀釋原則或檢察官能證明先前自白具任意性，而使此陳述具證據能力。

九、某甲因強盜殺人罪嫌遭警方逮捕，在警訊過程中，

(一)警員乙依法進行錄音，未料錄至一半該錄音機即因電池耗盡而無法繼續工作，某乙不察此事，繼續偵訊，某甲此時坦承犯罪，試問此一自白可否當作證據使用？

(二)設某甲為自白後，又答應警方的要求至犯罪地為「現場表演」，重演當初犯罪經過，試問日後審

判法院可否據此些證據認定某甲的犯罪事實？

(一)發現真實向來被認係我國刑事訴訟的基本目的之一，惟並非不計代價的發現真實，故現代法治國承認被告受「不強制自證己罪原則」之保護，亦即，當被告自具有自由意志下之自白，方屬適法取得之證據。而立法者為確保訊問程序之合法性，遂於本法第一百條之一規定偵查機關的錄音(影)義務，藉此可間接保障被告的任意性。但對於本法第一百條之一第二項「不得作為證據」是否包括違反同條第一項義務之情形，則有疑義。

實務認為，第一百條之一第二項之適用，應以第一項程序之踐行為前提，亦即，若其違反同條第一項有關全程連續之錄音錄影之規定，不會直接適用第二項證據禁止之效果，而僅屬本法第三百八十條程序違反之事由，故應以權衡法則判斷是否應該證據禁止。

惟有學者認為，國家此時應有雙重義務：一是正確筆錄之製作義務，一是偵訊程序合於連續錄音錄影要求之義務，因此，本條除要求國家機關須負「錄音錄影義務」外，尚須「擔保該筆錄之正確性」，且此二項義務之違反均應適用本條第二項，故有證據使用禁止之效果，從而，本條實乃兼具行為規範及裁判規範之性質，因此，該學者更明確地主張，認為第一百條之一第二項所稱之「內容不符」，亦應包含第一項之違反情形，即未全程連續錄音錄影。

然而，由於現行法未有明文且無可資引用之條文，故應與其他條文「脫鉤」而做獨立觀察，亦即，本法第一百條之一第二項之規範範圍不包括偵查機關違反同條第一項之情形，蓋將該條第二項之「內容不符」包括根本未錄音之情形有違文義解釋，且對於違反該條第一項之情形一律禁止使用證據，是否合於比例仍有疑義。故應本於權衡理論之觀點，於個案考量司法警察(官)主觀意圖、客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權利之輕重，及禁止使用該證據對於抑制違法偵查之效果，以及司法警察(官)依法定程序有無發現該證據之必然性。今本題中之警員乙之所以違背本法所課予應全程錄音(影)義務非出於惡意，且禁止使用該證據對於抑制違法偵查之效果有限，故無禁止該證據之實益。惟最高法院九十年度台上字第七一三七號判決認為偵訊筆錄是否具備證據能力之問題在於，被告當時是否具有自由意志而為自白，倘若具備，則可阻卻違背全程錄音(影)義務之違法性，此見解似有問題，蓋此將法定義務之履行及維持被告主體地位之規定矮化為單純訓示規定，亦即，本題中被告甲之自白之所以可做為證據使用，並非被告之自白具備任意性，而可阻卻違反全程錄音(影)義務之違法性，而在於個案權衡下之考量。

(二)自白向來稱為證據之王，蓋具有不可代替地位之故，而立法者為間接防止自白之強取及於事實認定上過分偏重自白而於刑事訴訟法第一百五十六條第二項訂立補強法則，亦即，認定被告有罪需有自白以外之證據，此規定可謂為自由心證之限制。惟補強證據須係作為自白之被告供述以外之供述，或被告之供述以外之證據而認定之間接事實，方得為補強證據。而本題中甲因警方之要求所為之「現場表演」，實際上與其作為自白之供述內容相同，並無該供述以外之證據而認定之間接事實可作為補強證據，而另有學者認為犯罪嫌疑人甲所為「現場表演」之行為已違反無罪推定原則，且除非出於自願否則亦違反不強制自證己罪原則，而影響其證據能力，故依本法第一百五十六條第二項之規定，法院不得在無其他補強證據僅依甲之自白而認定甲之犯罪事實。

十、某甲因強盜殺人罪嫌遭警方逮捕，在警訊過程中，

(一)警員乙依法進行錄音，未料錄至一半該錄音機即因電池耗盡而無法繼續工作，某乙不察此事，繼續偵訊，某甲此時坦承犯罪，試問此一自白可否當作證據使用？

(二)設某甲為自白後，又答應警方的要求至犯罪地為「現場表演」，重演當初犯罪經過，試問日後審判法院可否據此些證據認定某甲的犯罪事實？

(一)發現真實向來被認係我國刑事訴訟的基本目的之一，惟並非不計代價的發現真實，故現代法治國承認被告受「不強制自證己罪原則」之保護，亦即，當被告自具有自由意志下之自白，方屬適法取得之證據。而立法者為確保訊問程序之合法性，遂於本法第一百條之一規定偵查機關的錄音(影)義務，藉此可間接保障被告的任意性。但對於本法第一百條之一第二項「不得作為證據」是否包括違反同條第一項義務之情形，則有疑義。

實務認為，第一百條之一第二項之適用，應以第一項程序之踐行為前提，亦即，若其違反同條第一項有關全程連續之錄音錄影之規定，不會直接適用第二項證據禁止之效果，而僅屬本法第三百八十條程

序違反之事由，故應以權衡法則判斷是否應該證據禁止。

惟有學者認為，國家此時應有雙重義務：一是正確筆錄之製作義務，一是偵訊程序合於連續錄音錄影要求之義務，因此，本條除要求國家機關須負「錄音錄影義務」外，尚須「擔保該筆錄之正確性」，且此二項義務之違反均應適用本條第二項，故有證據使用禁止之效果，從而，本條實乃兼具行為規範及裁判規範之性質，因此，該學者更明確地主張，認為第一百條之一第二項所稱之「內容不符」，亦應包含第一項之違反情形，即未全程連續錄音錄影。

然而，由於現行法未有明文且無可資引用之條文，故應與其他條文「脫鉤」而做獨立觀察，亦即，本法第一百條之一第二項之規範範圍不包括偵查機關違反同條第一項之情形，蓋將該條第二項之「內容不符」包括根本未錄音之情形有違文義解釋，且對於違反該條第一項之情形一律禁止使用證據，是否合於比例仍有疑義。故應本於權衡理論之觀點，於個案考量司法警察(官)主觀意圖、客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權利之輕重，及禁止使用該證據對於抑制違法偵查之效果，以及司法警察(官)依法定程序有無發現該證據之必然性。今本題中之警員乙之所以違背本法所課予應全程錄音(影)義務非出於惡意，且禁止使用該證據對於抑制違法偵查之效果有限，故無禁止該證據之實益。惟最高法院九十年度台上字第七一三七號判決認為偵訊筆錄是否具備證據能力之問題在於，被告當時是否具有自由意志而為自白，倘若具備，則可阻卻違背全程錄音(影)義務之違法性，此見解似有問題，蓋此將法定義務之履行及維持被告主體地位之規定矮化為單純訓示規定，亦即，本題中被告甲之自白之所以可做為證據使用，並非被告之自白具備任意性，而可阻卻違反全程錄音(影)義務之違法性，而在於個案權衡下之考量。

(二)自白向來稱為證據之王，蓋具有不可代替地位之故，而立法者為間接防止自白之強取及於事實認定上過分偏重自白而於刑事訴訟法第一百五十六條第二項訂立補強法則，亦即，認定被告有罪需有自白以外之證據，此規定可謂為自由心證之限制。惟補強證據須係作為自白之被告供述以外之供述，或被告之供述以外之證據而認定之間接事實，方得為補強證據。而本題中甲因警方之要求所為之「現場表演」，實際上與其作為自白之供述內容相同，並無該供述以外之證據而認定之間接事實可作為補強證據，而另有學者認為犯罪嫌疑人甲所為「現場表演」之行為已違反無罪推定原則，且除非出於自願否則亦違反不強制自證己罪原則，而影響其證據能力，故依本法第一百五十六條第二項之規定，法院不得在無其他補強證據僅依甲之自白而認定甲之犯罪事實。

十一、關於刑事訴訟法第一百六十一條第二項之起訴審查制度，試回答下述子題：

(一)所謂「檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能」，其所要求之被告犯罪嫌疑應達何程度，始可開啟審判期日之審理程序，否則即應以裁定定期通知檢察官補正。

(二)受通知補正之檢察官為補提證據，得否逕行傳喚訊問證人或被告？

(一)有關起訴審查制度之審查基準：

起訴審查之意義：所謂起訴審查，係指法院於審判期日前，就檢察官所提出之證明方法，審查有無具備足以開啟審判程序之犯罪嫌疑所進行之審查程序。其目的在促使檢察官負舉證責任及防止檢察官濫行起訴，基於保障人權的立場，避免被告遭受不必要之訟累。故本法第一百六十一條第二項規定：

「法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期末補正者，得以裁定駁回起訴。」

起訴審查之審查對象：法院進行起訴審查之目的，在防止濫訴及促使檢察官負舉證責任，因此起訴審查之對象，應以檢察官起訴時所提出之證明方法，是否顯不足認定被告有成立犯罪之可能。

起訴審查之審查基準：經法院為起訴審查，得以進入審判程序之門檻為何？即要求之被告犯罪嫌疑應達何程度，始可開啟審判期日之審理程序？學說上有三種不同程度之解讀模式，茲分述如下：

(1)顯無嫌疑說：認為依經驗法則及論理法則，從形式上審查，客觀上可立即判斷檢察官舉出之證據方法，根本不足以認定有成立犯罪之可能者，即未達到起訴審查足以開啟審判程序之門檻。實務的運作亦採取此見解(法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項九五點)。

(2)法定嫌疑說：此說認為，既然起訴審查係為審查檢察官是否有濫行起訴情事，因此所謂「顯不足認定被告有成立犯罪之可能」，應以本法第二百五十一條起訴法定原則所要求之「足認被告有犯罪嫌疑」，作為開啟審判程序之門檻，前後較能呼應。

(3)形式有罪說(又稱為「證據之形式上有罪」)：基於檢察官對於被告犯罪事實應負提出證據及說服之實質舉證責任，應假設其所提出之證據全部為真實下，是否足以支持被告犯罪構成要件該當，若足以支持者，便已通過起訴審查之基準；若不足以支持者，則檢察官之舉證責任未盡。

管見以為，「顯無嫌疑說」之門檻要求較「法定嫌疑說」為低，如此將形成檢察官之起訴門檻高過法院之審查門檻，則增訂起訴審查制度之目的無以實現，況顯無嫌疑說之基準內容較為模糊，作為審查案件是否得以進入審判程序之基準較不明確。而「形式有罪說」較法定嫌疑說為嚴格，越嚴格之要求容易導致法院審查之糾問化，增加法院審查上之時程及檢察官之負擔，故採用形式有罪說，似過於嚴格。綜觀上述，應以「法定嫌疑說」為當，即以是否「足認被告有犯罪嫌疑」作為開啟審判程序之門檻。

(二)有關檢察官之補提證據之限制：法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。若檢察官於補提證據時，認為有繼續蒐集或保全證據之必要時，得否實施強制處分權，例如本題所示，檢察官得否逕行傳喚訊問證人或被告？茲分述如下：

就檢察官起訴後，其強制處分權之限制而言：起訴案件既已繫屬於法院，依現行法第七十一條第四項及第一百七十五條第三項規定，審判中傳喚被告或證人，應由法院核發傳票為之。就此而言，檢察官於起訴後其強制處分權已遭限制，因此檢察官為補提證據時，除非有法院之核發傳票，否則不得逕行傳喚訊問證人或被告

就起訴審查之目的而言：起訴審查之目的，在於篩選起訴案件是否得以進入審判程序，其並非偵查程序之延長，因此檢察官對於法院所為補提證據之裁定，若認有再行蒐集證據之必要者，應以任意處分為原則，倘認為有傳喚證人或被告等之強制處分必要者，應適用第二百七十五條準備程序之規定，以聲請調查證據之方式向法院聲請為之，由法院依第二百七十四條、第二百七十六條及第二百七十七條等規定保全證據。就此而言，檢察官不得逕行傳喚訊問證人或被告。

十二、甲至A百貨公司購物，因店員乙適與男友丙聊天中誤會甲行竊，甲為免誤會迅速離去，乙誤以甲逃跑，乃追呼其為小偷，甲旋被附近巡邏警員丁逮捕，甲憤而誣指丙為共犯，丁乃急告同行警員戊前往丙宅，於丙臥室內加以逮捕，並將丙購自A公司之襯衫一件以贓物加以扣押，問丁、戊之逮捕、搜索及扣押是否合法，請詳述其理由。

答：

(1)按”現行犯，不問何人得逕行逮捕之。犯罪在實施中或實施後及時發覺者，為現行犯。有左列情形之一者，以現行犯論：一被追呼為犯罪人者二因持有凶器”贓物或其他物件”或於身體”衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。”；”檢察官司法警察官或司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：一因現行犯之供述，且有事實足認為犯罪嫌疑重大者.....”；”檢察官”檢察事務官”司法警察官或司法警察逮捕被告”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。”；”有左列情形之一者，檢察官”檢察事務官”司法警察官或司法警察，雖無搜索票得逕行搜索住宅或其他處所：一•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確實內者.....”，刑事訴訟法第八十八條”第八十八條之一第一項”第一百三十條及第一百三十一條第一項分別定有明文。

(2)至上揭第八十八條之一第一項所規定之”現行犯供述”是否包括準現行犯供述在內，本有不同見解，淺見以為僅須情況急迫，而未及聲請拘票即得為之。另第一百三十條之附帶搜索其搜索客體是否包括被搜索人隨身得湮滅之證據，亦有不同意見，淺見本於證據保全之必要性則肯認之。

(3)本題甲為店員乙誤認係行竊者而追呼為賊，乃屬準現行犯，丙則為準現行犯甲供述之共犯，並有急迫情況，故二人為司法警察分予逮捕及緊急拘捕均為合法，又司法警察為緊急拘捕丙而無搜索票逕行搜索丙之住宅，揆諸前開規定亦為合法，其於拘捕時為防證據湮滅隨之附帶搜索扣押於法亦無不合。

十三、司法警察(官)有依法執行搜索、扣押之職權。試問：那些處所不得於夜間入內搜索、扣押？那些處所則可？

答：查刑事訴訟法第一四六條規定為：「有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。」前揭條文即係不得夜間入內搜索、扣押之場所。

惟下列情形則例外可以於夜間入內搜索、扣押：

1. 經住居人、看守人、或可為代表之人承諾。
2. 或有急迫之情形者。
3. 日間已開始搜索或扣押者，得繼續至夜間。
4. 第100條之3項之規定，於夜間搜索或扣押準用之。
5. 左列處所，依刑事訴訟法第一四七條之規定，夜間亦得入內搜索或扣押：
  - (1) 假釋人住居或使用者。
  - (2) 旅店、飲食店或其他於夜間公眾可以出入之處所，仍在公開時間內者。
  - (3) 常用為賭博、妨害性自主或妨害風化之行為者。

#### 十四、何謂現行犯及準現行犯？

答：查刑事訴訟法第八十八條規定為：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」

有下列情形之一者，以現行犯論：

1. 被追呼為犯罪人者，
2. 因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。

#### 十五、司法警察詢問逮捕現行犯等犯罪嫌疑人，在查明人別後，應先告知那些事項，始等合正當法律程序？

答：查刑事訴訟法第九十五條規定為：訊問被告應先告知下列事項：

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。

#### 十六、一般拘提要件為何？

指依刑訴第77條至80條之規定所為之拘提，須以有拘票為前提，故又稱「要是之拘提」，與不以拘票為前提之「緊急拘提」相區別。一般拘提之原因（一般拘提之要件、拘提之理由）：

##### 1 經合法傳喚之拘提：

刑訴第75條規定：「被告經合法之傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之。」其中規定「得拘提之」，故命拘提與否，檢察官、審判長或受命法官有斟酌之權。至於被告所犯罪名輕重，在所不問。

##### 2 不經傳喚之逕行拘提（刑訴第76條）：

被告犯罪嫌疑重大，而有下列情形之一者，得不經傳喚逕行拘提：

1. 無一定之住、居所。
2. 逃亡或有事實足認有逃亡之虞者。
3. 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。
4. 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者。

#### 十七、試依刑事訴訟法之規定說明起訴之效力？

（一）刑事訴訟結構中，刑事訴訟必經檢察官提起公訴或自訴提起方得繫屬於法院而為法院審判之訴訟標的。如未經起訴之案件自不為法院審判之範圍，屬刑訴第379條第12款之判決當然違背法令。

##### 3 現行刑事訴訟法起訴效力之規定如下：

1. 刑訴第266條規定：「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人。」
2. 刑訴第267條規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。」
3. 刑訴第268條規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」

#### 十八、何謂證據？何為證據能力？刑事判決確定後，發現認定犯罪事實所採用之證據並無證據能力，

此時有無救濟方法？試逐一敘述之

(一) 證據：

刑事訴訟是確定具體刑罰權之有無與範圍而進行之程序，以認定事實、適用法律為主要任務。而認定事實須仰賴證據（刑訴第154條第二項），依證據始得認定事實，事實明瞭，始能正確適用法律。故證據，係使事實達於明瞭之憑藉（原因）。

(二) 證據能力：

而使事實明瞭之過程，稱為證明。要使事實明瞭，須先有證據方法。所謂證據方法，係指使事實明瞭所得利用為推理要素之物體，可分為人的證據方法（如：證人、鑑定人）與物的證據方法（如：文書、物證）。何種資料可為證據方法，即得為證據方法資格，稱為證據能力（證據適格）。

(三) 依刑訴第155條第二項，無證據能力，未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。否則，其審判則為違背法令，如於判決確定後始發現，得提起非常上訴；如具有再審原因者，仍可依再審程序聲請再審（大法官釋字第146號解釋）。

十九、檢察事務官、司法警察（官）對於非經逮捕或拘禁到案之犯罪疑人行刑訴第205-2蒐集採樣時，或為抽取血液等侵入性採樣時，如無法獲得其本人同意時應如何處理？

答：按刑訴第205-2條得以強制力進行之蒐集證據，僅得對經逮捕、拘提到案之被告或犯罪嫌疑人為之。對於非經逮捕、拘提到案之被告或犯罪嫌疑人，如無法獲得本人同意，應不得以強制力為之。必要時，檢察事務官、司法警察（官）得報請檢察官視其案情及需要，以核發鑑定許可證書或實施勘驗之方式處理。

五、告訴、非告訴乃論之罪的區別標準及實益為何？

(一) 區別標準：

1. 檢察官起訴法條。
2. 自訴事實。
3. 審判中以審理結果為準。

依其中任一標準皆可，其中任一個為告訴乃論之罪，即須為告訴充足訴追條件，否則法院不得為實體審理。

(二) 區別實益：與非告訴乃論罪相較，告訴乃論之罪具下列特點：

1. 得撤回告訴（刑訴第238第一項）。
2. 得撤回自訴（刑訴第325第一項）。
3. 得提起自訴之時點較寬（刑訴第323第一項）。（非告訴乃論

罪，檢察官開始偵查後，及不得提起自訴；而告訴乃論之罪，檢察官終結偵查後，方不得提起自訴。）

二十、告訴可否附條件或附限制？

(一) 附條件之告訴：

告訴可否附條件？例如「被告若賠我錢，我就不要告訴」（附解除條件）、或「被告若不賠我錢，我就要告訴」（附停止條件）。如其所附條件，與告訴不可分離時，不問所附條件為何，均有違「公訴行為（公法行為）必須肯定明確」之原則，其告訴之意思並不確定，不能認為係有效之告訴，故整個告訴無效。

(二) 附限制之告訴：

告訴權人僅限定「共犯中之一人」或「裁判上一罪或事實上一罪之一部犯罪事實」提出告訴，其他共犯或犯罪事實不予告訴，其告訴是否有效？依刑訴第239條之規定，應認為所附加之限制無效，但告訴仍屬有效之告訴。

一、甲為竊盜案的被害人，向檢察官提起告訴，於偵查進行中，又再向管轄法院就同一被害事實提起自訴，試問管轄法院應如何處理？理由為何？

答：

1<sup>1</sup>依刑事訴訟法第三二三條規定：同一案件經檢察官開始偵查，不得行自訴。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。於開始偵查後，檢察官知有自訴在先或前項但書情形者，應即停止偵查，將案件移送法院，同一案件先告訴後得否再行合法自訴，須視案件是否為告訴乃論之罪而定

再者，本題甲所犯之竊盜罪，通常為非告訴乃論之罪。不過，如係刑法第三二四條所列情形，則為「相對」告訴乃論之罪。因而本題須視甲所犯竊盜罪之情況而異其效果。

〔三〕如果甲所犯竊盜罪為非告訴乃論，依前揭刑事訴訟法三二三條第一項本文規定，甲既然先行告訴，檢察官已開始偵查，不得再行自訴。甲於偵查中又再向管轄法院提起自訴，其自訴即不合法。依刑事訴訟法第三三四條規定，管轄法院應諭知不受理判決

〔四〕反正，若甲之竊盜罪為相對告訴乃論之罪，甲復為被害人，依刑事訴訟法第三二三條第一項但書規定，甲之自訴仍屬合法。同條第二項本文規定，檢察官應即停止偵查，將案件移送管轄法院。而管轄法院可行實體審判

二、就目前刑事審判制度而論，試問：

(一)在型態上，上訴制度中採用覆審制、續審制與事後審查審制有無不同？

(二)我國現行第二審與第三審係採行何種型態？

(三)現行之上訴制度與目前日益嚴重的積案問題有無關聯？

答：1. 上訴制度乃是予以當事人訴訟上救濟之機會，其所可能採行的立法例，包括事後審查制、續審制及覆審制。以下分述其內涵：

覆查制：係指上級審法院應就原審判決經上訴之部分，為完全重覆之審理，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。

續審制：即第二審繼續第一審之審判，因此，在第一審所為之訴訟行為，在第二審亦有效力，而不重複調查已調查過之內容，而與覆審制不同；我國民事訴訟法採此制。

事後審查制：即對於事實部分不再重新審理，而僅針對法律部分，事後審查原審判決及訴訟程序有無違誤。

2. 就現行法而言，我國的刑事訴訟上訴制度如下：

第二審：係採覆審制。目前依刑事訴訟法第369、398、399、401條皆可看出，我國上訴制度係以第二審為中心，如此一來則可能造成第一審之懈怠；且因所有證據方法皆必須重新調查，不但消耗有限的司法資源，也對於訴訟參與者造成相當負擔。

第三審：依刑事訴訟法第377條規定：「上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。」而所謂「判決違背法令」係指判決不適用法則或適用不當。故我國第三審係採法律審，即上述之事後審查制。

因有上述之缺失，故司法院研改採第二審為事後審，係綜合上之續審制及事後審查制，即審查第一審判決對於事實之認定之法律之適用有無違誤；而原則上，不再自行調查證據，第三審則為嚴格法律審，研採上訴許可制；如此，雖可改善上述的第一審怠惰及訴訟資源浪費之缺失，但刑事上訴制度之改革，並不是一個可與刑事訴訟制度切割開來獨自討論的課題，故要採行上述之上訴制度，仍須其配套措施，以免顧此失彼而又產生新的訴訟問題。

三、上訴乃當事人或有上訴權人不服下級法院未確定之判決，請求上級法院撤銷或變更之救濟制度。

請依現行刑事訴訟法規定及實務見解，解答下列相關問題

(一) 甲因案對乙提起自訴，歷經一、二、三審判決，二審更審判決後，甲改以丙公司名義，自己為法定代理人，向二審法院提起上訴，二審法院應如何裁判？

(二) 甲因偽造公文書，經二審法院判處有期徒刑五年，其辯護人乙以自己名義提起上訴，第二審法院應如何裁判？

(三) 何謂「不利益變更禁止原則」？甲因開車不慎撞死人，經第一審判甲業務過失致人於死，處有期徒刑五月，甲不服提起第二審上訴，第二審認定甲所犯係普通過失致人於死罪，改處有期徒刑六月，第二審判決是否合法？

答：(一) 本題甲已自訴歷經一、二、三審判決，而後提起上訴，由於前案甲都是以自訴的方式進行，所以甲上訴第二審法院自然當然須遵守自訴案件的程序，即刑事訴訟法第319條以下有關自訴案件之規定，而本題甲以丙公司名義而自己為法定代理人而向二審法院提出上訴，由於上訴須遵守自訴之規定，丙公司和甲並非同一案件之自訴人，丙公司欠缺本案之上訴權，故上訴不合法，法院得為不受理判決。

(二) 甲於此乃被告而經二審判決有期徒刑五年，而其辯護人乙以自己的名義提起上訴，是否合法？第二審法院應如何裁判？不無疑義。

依照刑事訴訟法修正草案第346條（九三年一月立法院總第161號議案），原審之辯護人，代理人，輔佐人，得為被告之利益，以被告之名義代為上訴，但不得與被告之明示之意思相

反。

本題辯護人所提起之上訴自當然乃為被告之利益而上訴，然修正草案規定中，辯護人為被告之利益代為上訴須以被告之名義為之，不得以自己之名義為之。所以本題辯護人乙以自己之名義為被告甲之利益而上訴，乃不合法之上訴，惟該不合法之上訴是否得為補正？不無疑義。

最高法院早期判例認為「此種不合法上訴既無可補正，原第二審法院未定期間命其補正，亦難謂於法有違」（69台非20），惟大法官解釋則認為「其情形既非不可補正，自應依法先定期間命其補正，如未先命補正，即認其上訴為不合法者，應予依法救濟」（釋306）所以法院應命乙補正之。

(三)依照刑事訴訟法370條不利益變更禁止之規定，即若只有被告上訴，或為被告利益而上訴者，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。

本題甲第一審被判處業務過失致人於死有期徒刑五月，上訴第二審認定甲乃普通過失致人於死，有期徒刑六個月，乃改判較輕之罪名卻改判較重之刑實務見解亦有承認得加重科刑，如八十一年十月十四日（八一）廳刑一字第15698號函。

而370條但書中所稱所謂適用法條不當者，凡變更第一審引用刑法法條者皆包括在內（最高法院二九年二月總會決議），本案第二審變更第一審所引用法條，自得諭知較重於原判決之刑，所以本題之判決乃合法之判決。

惟有部分學者認為，於改判較輕罪名卻給於較重之刑，會使得刑事訴訟法第370條不利益變更禁止原則的效用大減，而有待商榷。

四、甲涉嫌偽造私文書，經檢察官偵查終結，提起公訴。法院於準備程序時訊問被告，經被告坦承犯行，乃認事實明確，毋庸行通常程序，而將案件變更為簡易處刑程序，科處被告有期徒刑十個月，緩刑三年。惟檢察官不服簡易處刑判決，提起上訴，地方法院合議庭審理後，認上訴有理由，乃撤銷原審判決，自行改判處被告一年四個月有期徒刑，並未宣告緩刑。被告認為上訴審判決有所違誤，乃具狀上訴於高等法院，試問高等法院對於此一上訴，應為如何之處置？

答：

(一)簡易程序開啟之要件與科刑範圍之限制：

1. 為節省訴訟資源，並基於明案速判之訴訟理念，我國刑事訴訟法除了通常訴訟程序之外，亦設計簡式審判程序、簡易程序、協商程序此三種制度以供當事人適用；
2. 本題所涉者乃簡易判決程序。簡易程序的開啟方式有二，依刑事訴訟法（以下稱本法）第449條第1項之規定：「第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者，得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。」此乃為檢察官所開啟的簡易程序；同條第二項規定：「前項案件檢察官依通常程序起訴，經被告自白犯罪，法院認為宜以簡易判決處刑者，得不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。」此為法官逕改用簡易程序的規定；
3. 本題乃法官於檢察官提起公訴後，於準備程序進行中訊問被告，經被告坦承犯行，並認為事實明確後，由通常程序改用簡易程序的情形，故屬法官依本法第449條第2項之規定而開啟的簡易程序。適用簡易程序時，應注意同條第3項之規定：「依前二項所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金者為限。」故於行簡易程序的案件中，法官之判決為緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金以外之判決者，即不合於本條項之規定，此時處理的方式，於下論述。

(二)本題二審法院的判決並不合於簡易程序的相關規定：

本題法官已依本法第449條第2項之規定而行簡易程序，故其判決應受到同條第3項之限制。一審法院對甲科處十個月有期徒刑，並宣告緩刑三年，此與法並無不合。有疑問者，乃二審法院對甲科處一年四個月的有期徒刑，然並未宣告緩刑，此時則不合於本法第449條第3項之規定。故二審法院應以本法第451條之1第4項第4款（檢察官之請求顯有不當或顯失公平者）為理由，依本法第452條之規定，改適用通常程序審判方為妥當。

(三)高等法院之處置論述如下：

本題情形，二審法院並未改用通常訴訟程序，亦即於簡易程序中科處甲一年四個月的有期徒刑，且並未宣告緩刑，此時甲不服該判決而上訴高等法院，高等法院之處置方式，分析如下：

1. 就現行體例而言：依本法第455條之1第3項之規定，關於簡易判決之上訴，僅準用第三編第一章及第二章上訴之規定，故依現行刑事訴訟法之簡易程序，乃以第二審之地方法院合議庭為終審機關。依此見解，甲並不得上訴高等

法院，即使甲上訴高等法院，且該二審法院之判決確實有所違誤，然基於先程序後實體之法理，高等法院並未有機會進行實體上之審酌，而於進程序要件之審查時，甲之上訴即因不符程序上之要件而遭駁回。

2. 立法評析：八十六年修法前的簡易程序僅適用於本法第376條所規定之輕微案件，然修法後並無此限制。亦即依通常程序可上訴至第三審之案件，於符合本法第449條之規定時，亦可採二級二審制之簡易判決程序，故有學者認為若屬於非輕微案件之情形，即應依通常程序進行審判，否則將會剝奪當事人程序利益。然若第一審法院對於非輕微案件仍依簡易判決程序處刑，於當事人不服提起上訴時，第二審地方法院合議庭應依本法第455條之1第3項之規定，準用本法第369條第2項之規定，撤銷原簡易判決，並由該合議庭改依第一審通常程序審判，如此，當事人對此判決自可依通常程序上訴高等法院，對高等法院之判決倘再有不服，可再上訴於最高法院。

五、關於「對被告有利事實」和「對被告不利事實」之處理，刑事訴訟法就其「舉證責任」、「證據能力判斷」和「證據採納」是否採一元之標準？

答：我國刑事訴訟法第一百五十四條第二項，明白地揭示了「證據裁判主義」，所有不利被告的犯罪事實都必須要經由證據加以認定；又同條第一項規定了刑事訴訟法上最重要的「無罪推定原則」，被告在未經審判證明有罪之前，皆推定為無罪。仔細觀察可以發現，刑事訴訟法第十二章中關於證據法則的條文，其實都是針對處理對被告不利的犯罪事實時的規定。至於對被告有利的事實在證據法則上應如何處理並無明文，便有學者主張可部分類推適用刑事訴訟法第十二章的規定，或是透過學理加以解釋。綜上，對被告有利或不利的事實，在刑訴證據法則中應有不同的處理方式，以下分別就舉證責任、證據能力以及證據採納加以分析：

(一) 舉證責任：

1. 對被告不利的事實：刑事訴訟法第一百六十一條第一項規定，檢察官對於被告之犯罪事實應負實質舉證責任，也就是說必須提出證據並指出證明的方法令法官相信，若檢察官未竟其舉證責任，則必須負擔不利結果，法院應判決被告無罪。
2. 對被告有利的事實：刑事訴訟法第一百六十一條之一規定，被告得就被訴事實指出有利的證明方法；又同法第二條規定實施刑訴程序的公務員負有客觀性義務，而且被告得請求此公務員為有利於己之必要處分。據此，可推知被告可請求握有強制處分權之檢察官調查對被告有利之事實，而於必要時檢察官不得拒絕。甚至在檢察官知悉對被告有利的事實時，應不待被告請求而主動調查。蓋檢察官除了要使犯罪的被告受到刑罰制裁之外，其同時也應該保護清白的被告不受到冤枉。

(二) 證據能力：

1. 對被告不利的事實：刑事訴訟法第一百五十五條第二項規定，犯罪事實必須是經過合法的調查之後才能取得證據能力，作為裁判之依據。而這裡所稱的合法調查有其消極要件和積極要件。

證據能力的消極要件是系爭證據資料（也就是對被告不利的事實）在取得的過程中沒有因為違反程序正當性而被禁用。而證據能力的積極要件是該證據經由法定的證據調查方法以及法定證據調查程序而呈現於法庭之上，就是所謂的「嚴格證明方法」。

2. 對被告有利的事實：刑事訴訟法中並沒有就對被告有利的事實作規定，似不限於使用嚴格的證明方法。有學者主張對被告有利的事實，不須考慮其取得之手段是否符合程序正當性，而且只要用自由證明的方法即已足，不嚴格要求法定的證據方法和調查程序。唯管見以為，有利和不利之事實乃一體之兩面，本法第一百五十五條第二項亦規定「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」則於證據能力之認定上，應均經嚴格證明。

(三) 證據採納：所謂證據採納，是指證據資料在取得證據能力之後，就能夠被法官所採納作為裁判的基礎。取得證據能力的資料經過法官的自由心證，讓法官依據證據作出有罪或是無罪的判決。

1. 對被告不利的事實：依據無罪推定原則，有證據能力的事實在經過法官的自由心證之後，其證明力必須是高達毫無疑問的程度，法官才可依據此不利被告的犯罪事實來做出有罪的判決。若法官無法達到確信無疑的心證程度，則不得判決被告有罪。
2. 對被告有利的事實：只要具有實體真實性、具有證據能力，法官在採納此事實作為判決基礎時，因為無罪推定的關係，就算未達百分之百的確信程度，仍可據以為一無罪判決。

六、詳附理由解答以下與證據規定有關之問題：

- (一)警察人員為偵辦甲所涉之擄人勒贖案件，但卻苦於無具體事證得以聲請監聽票以進行監聽。因而為方便計，警察人員乃利用甲持有槍砲案之監聽票以監聽甲所涉之擄人勒贖案件。試問警察人員取得與擄人勒贖案件有關之監聽內容，在法律上之評價為何？
- (二)依刑事訴訟法規定，證據調查程序中，檢察官如何落實其「舉證責任」？
- (三)依法理，犯罪嫌疑人如何在偵查中有效的實現證據保全？

答：

(一)本題中，警察人員利用已發生的犯罪(槍砲案)當作是手段，其目的自始即是為了方便用以監聽甲尚不具合法監聽要件之擄人勒贖案件(因無具體事證)；在學理上，此種情形稱為他案監聽。此所稱之他案，一般而言是指嫌疑較明確卻較輕微的案件，在本題中為槍砲案；而真正想要以監聽蒐集線索之目的犯罪，多半屬於證據尚未明確卻較為重大的案件，稱為本案，在本題中為擄人勒贖案。通訊監察之法定程序，須符合下述要件始得聲請核發通訊監察書：

- (1)列舉之重罪原則：即並非所有犯罪皆得聲請通訊監察，須符合本法(即通訊保障及監察法以下簡稱之)第五條第一項所列舉之罪名，始得作為法定之監聽對象。
- (2)相關性原則：即本法第五條之規定「有相當理由可信其通訊內容與本案有關」者，即除了須為列舉之已發生犯罪，尚須「有事實足認被告或犯罪嫌疑人具充足之犯罪嫌者」，始足該當此一要件。
- (3)補充性原則：即最後手段性，因本法第五條尚有規定須以「不能或難以其他方法蒐集或調整證據者」為限，故須窮盡所有偵查方式仍不可得者，始得行之。

本例中，雖符合列舉重罪原則之要求，然則卻無具體事證，從而，不符合相關性原則之要求，就本案而言，當然無從聲請通訊監察書之核發。

在法律的評價上，因為本案根本不具備本法第五條得實施監聽之要件，司法警察卻利用他案聲請監聽而供作蒐集本案證據之用，此不啻係規避了檢察官事前審查本案是否具備第五條要件之惡意行為，司法警察實質上已經構成濫用監聽權的他案監聽，此種不具備監聽要件卻用以侵犯人民隱私權之行為，應不被容許，在法律上須評價為違法(通訊監察及保障五)，而此違反法定程序所取得之證據，有無證據能力，學者認為應依證據相對排除理論認定，九十二年二月之修法，亦採用前述理論而增訂第一百五十八條之四，以該條之規定，司法警察之違法監聽係出於惡意，故取得之證據應無證據能力。

(二)合理的分配方式即在採卷證不併送(起訴狀一本立義)的大架構下，法庭上的證據調查責任由檢察官負全責著手；因卷證沒有併送，法官以一張白紙狀態到庭審判，便無法判斷被告犯行，而檢察官必須親自持相關卷證蒞庭進行實質的攻防，以盡其全力提出證據去說服法官，最後由法官依當事人雙方之攻防結果而為事實之認定，此時檢察官之實質舉證責任自然會落實，而也因原被告雙方之實質攻防活絡法庭氣氛，交互詰問制度也將更有成效。

然則，於現行之刑事訴訟制度中，仍採「卷證併送」制度，因此，須按現行刑事訴訟法之規定行之。首先，依據本法第一百六十一條第一項規定觀察，檢察官負有實質之舉證責任，並須指出證明之方法，同時，本法第一百六十三條第一項，亦從原本由法院職權調查之義務，因應當事人主義之引入，而改由當事人雙方負責證據調查之聲請，法院則退居次位，原則上不主導證據調查之進行，惟須注意，本法第一百六十三條第一項但書應嚴格解釋，避免例外成為原則。

檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法(刑訴一六一I)。其中所指的舉證責任，乃為實質的舉證責任(指負提出證據與說服法官之完全的舉證責任)。已如前述，此與所謂的形式舉證責任有別。蓋因形式上的舉證責任實際上是被實質舉證責任壓迫而產生。負有實質舉證責任之一方若無法證明事實，則受不利益的判斷；因此形式舉證責任乃將受不利判斷者為了避免不利益之判斷，隨訴訟之進度而衍生之舉證行為之負擔。若法院依其所舉證據無法形成確信之心證，自應認為其實質的舉證責任未盡，不得謂其形式的舉證責任已盡(舊法之立法理由即認為只要使法院得有合理可疑之程度即為已足，其形式舉證責任已盡；在修法後，此種說法應被揚棄)。換言之，由此時起(法院尚

未得到確信心證時起)檢察官之形式舉證責任方才開始產生。

(三)犯罪嫌疑人欲在偵查中實現有效的證據保全，本次九十二年修法中增訂了第二百十九條之一至第二百十九條之八的條文提供了一個聲請基礎，使犯罪嫌疑人為防止證據有湮滅、偽造、隱匿或礙難使用之虞時，偵查中得聲請檢察官或法院為一定的保全處分，以防止有利於犯罪嫌疑人的證據無法提出於審判庭接受證據調查，其制定的目的即在於發現真實與保障被告防禦權及答辯權。

惟換一個角度來看，此證據保全的實際運作結果，所有保全之證據皆放置於法院，檢察官隨時可以閱讀抄錄，相對的，檢察官所持有的證據並未開示，而無法讓犯罪嫌疑人(被告)或其辯護人預先得以閱讀抄錄，如此一來，證據保全之程序將喪失其利用價值。因此，對犯罪嫌疑人(被告)或其辯護律師而言，最為重要的是，在於是否得以預先閱覽偵查機關手中所持有的證據資料或行使有效的防禦準備(證據開示)。因為依法理而言，檢察官與犯罪嫌疑人(被告)或其辯護律師間對於證據的蒐集能力落差實在太大，因此為了落實原被告之間的實質平等，平衡蒐證能力的差異，並強化被告及其辯護律師的攻防能力，在卷證不併送的架構之下，證據開示原則的採用便有其必要。

因此，除了在偵查中賦予犯罪嫌疑人聲請證據保全之外，應該認為只要證據無被破壞之危險或無偽證或無危害證人的情形下，在起訴後(準備程序進行中)，要求檢察官將證據開示，以實質的保障被告之防禦機會，藉由此二種制度的配合，偵查中的證據保全方能有效的實現，並達成保障被告防禦權的目的。

七、關於刑事訴訟法第一百六十一條第二項之起訴審查制度，試回答下述子題：

(一)所謂「檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能」，其所要求之被告犯罪嫌疑應達何程度，始可開啟審判期日之審理程序，否則即應以裁定定期通知檢察官補正。

(二)受通知補正之檢察官為補提證據，得否逕行傳喚訊問證人或被告？

答：

(一)有關起訴審查制度之審查基準：

起訴審查之意義：所謂起訴審查，係指法院於審判期日前，就檢察官所提出之證明方法，審查有無具備足以開啟審判程序之犯罪嫌疑所進行之審查程序。其目的在促使檢察官負舉證責任及防止檢察官濫行起訴，基於保障人權的立場，避免被告遭受不必要之訟累。故本法第一百六十一條第二項規定：「法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。」

起訴審查之審查對象：法院進行起訴審查之目的，在防止濫訴及促使檢察官負舉證責任，因此起訴審查之對象，應以檢察官起訴時所提出之證明方法，是否顯不足認定被告有成立犯罪之可能。

起訴審查之審查基準：經法院為起訴審查，得以進入審判程序之門檻為何？即要求之被告犯罪嫌疑應達何程度，始可開啟審判期日之審理程序？學說上有三種不同程度之解讀模式，茲分述如下：

(1)顯無嫌疑說：認為依經驗法則及論理法則，從形式上審查，客觀上可立即判斷檢察官舉出之證據方法，根本不足以認定有成立犯罪之可能者，即未達到起訴審查足以開啟審判程序之門檻。實務的運作亦採取此見解(法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第九五點)。

(2)法定嫌疑說：此說認為，既然起訴審查係為審查檢察官是否有濫行起訴情事，因此所謂「顯不足認定被告有成立犯罪之可能」，應以本法第二百五十一條起訴法定原則所要求之「足認被告有犯罪嫌疑」，作為開啟審判程序之門檻，前後較能呼應。

(3)形式有罪說(又稱為「證據之形式上有罪」)：基於檢察官對於被告犯罪事實應負提出證據及說服之實質舉證責任，應假設其所提出之證據全部為真實下，是否足以支持被告犯罪構成要件該當，若足以支持者，便已通過起訴審查之基準；若不足以支持者，則檢察官之舉證責任未盡。

管見以為，「顯無嫌疑說」之門檻要求較「法定嫌疑說」為低，如此將形成檢察官之起訴門檻高過法院之審查門檻，則增訂起訴審查制度之目的無以實現，況顯無嫌疑說之基準內容較為模糊，作為審查案件是否得以進入審判程序之基準較不明確。而「形式有罪說」較法定嫌疑說為嚴格，越嚴格之要求容易導致法院審查之糾問化，增加法院審查上之時程及檢察官之負擔，故採用形式有罪說，似過於嚴格。綜觀上述，應以「法定嫌疑說」為當，即以是否「足認被告有犯罪嫌疑

疑」作為開啟審判程序之門檻。

(二)有關檢察官之補提證據之限制：法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。若檢察官於補提證據時，認為有繼續蒐集或保全證據之必要時，得否實施強制處分權，例如本題所示，檢察官得否逕行傳喚訊問證人或被告？茲分述如下：

就檢察官起訴後，其強制處分權之限制而言：起訴案件既已繫屬於法院，依現行法第七十一條第四項及第一百七十五條第三項規定，審判中傳喚被告或證人，應由法院核發傳票為之。就此而言，檢察官於起訴後其強制處分權已遭限制，因此檢察官為補提證據時，除非有法院之核發傳票，否則不得逕行傳喚訊問證人或被告就起訴審查之目的而言：起訴審查之目的，在於篩選起訴案件是否得以進入審判程序，其並非偵查程序之延長，因此檢察官對於法院所為補提證據之裁定，若認有再行蒐集證據之必要者，應以任意處分為原則，倘認為有傳喚證人或被告等之強制處分必要者，應適用第二百七十五條準備程序之規定，以聲請調查證據之方式向法院聲請為之，由法院依第二百七十四條、第二百七十六條及第二百七十七條等規定保全證據。就此而言，檢察官不得逕行傳喚訊問證人或被告。

八、甲為竊盜案的被害人，向檢察官提起告訴，於偵查進行中，又再向管轄法院就同一被害事實提起自訴，試問管轄法院應如何處理？理由為何？

答：

- (一) 依刑事訴訟法第三二三條規定：同一案件經檢察官開始偵查，不得行自訴。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。於開始偵查後，檢察官知有自訴在先或前項但書情形者，應即停止偵查，將案件移送法院，同一案件先告訴後得否再行合法自訴，須視案件是否為告訴乃論之罪而定
- (二) 再者，本題甲所犯之竊盜罪，通常為非告訴乃論之罪。不過，如係刑法第三二四條所列情形，則為「相對」告訴乃論之罪。因而本題須視甲所犯竊盜罪之情況而異其效果。
- 〔三〕 如果甲所犯竊盜罪為非告訴乃論，依前揭刑事訴訟法三二三條第一項本文規定，甲既然先行告訴，檢察官已開始偵查，不得再行自訴。甲於偵查中又再向管轄法院提起自訴，其自訴即不合法。依刑事訴訟法第三三四條規定，管轄法院應諭知不受理判決
- 〔四〕 反正，若甲之竊盜罪為相對告訴乃論之罪，甲復為被害人，依刑事訴訟法第三二三條第一項但書規定，甲之自訴仍屬合法。同條第二項本文規定，檢察官應即停止偵查，將案件移送管轄法院。而管轄法院可行實體審判

九、執行拘提時應注意事項為何？試說明之

答：

拘提者，為一定時期內，拘束受拘提人的自由，強制其到達一定處所接受訊問，並保全被告〔犯罪嫌疑人〕或保全、蒐集證據的強制處分。以下依一般拘提與逕行拘提分開討論。

]]1^t一般拘提：

即本法第七五條所規定的拘提。由司法警察或司法警察官執行持拘票執行之。執行時應注意：

1. 執行拘提時，應將拘票其中一聯交被告或其家屬
2. 執行拘提或逮捕，應注意被告之身體與名譽
3. 被告抗拒拘提、逮捕或脫逃者，得行使強制力拘提或逮捕之。但須注意強制力的行使，應合乎比例原則
4. 解送：本法第九一條規定，拘提或因通緝逮捕之被告，應即解送指定之處所；如二十四小時內不能到達指定之處所者，應分別其命拘提或通緝者為法院或檢察官，先行解送較近之法院或檢察機關，進行人別訊問。

〔二〕逕行拘提：

依本法第七六條所示，逕行拘提與一般拘提的差異，僅在由於事由不同，而免去前置的傳喚。至於拘提時應注意之相關事項，並無不同。

十、被告的自白，在何種條件下，可以採為有罪判決的基礎？

答：

證據，必須先具備證據能力，即作為證據的資格，始得作為認定事實，適用法律，乃製作成有罪

判決的基礎。關於自白，刑事訴訟法第一五六條第一項規定：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的方法，且與事實相符者，得為證據。

]1^t自白取得證據能力的要件有二：

1. 任意性：自白，非須出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正的方法取得，即被告任意所作成。所以，如果該被告的自白，是基於前述的不正方法取得，則無論是否與事實相符，根本上已失其證據能力，不得採為判斷事實之證據資料。甚至，本法第一五六條第三項後段，要求檢察官，就自白之出於自由意志，指出證明的方法
2. 與事實相符：由於該條項規定，自白須與事實相符，所以本法已經將自白的證據能力與證明力等同之，對於自白的保護，不可謂不嚴

〔二〕在自白具備前兩要件的情況下，即可採為有罪判決的基礎。但必須強調的是，依本法第一五六條第二項，自白不得作為有罪判決的唯一證據

十一、甲失業，涉嫌於晚間在街上販賣毒品，被巡邏員警乙當場逮補，員警乙當場對甲進行相關偵訊。試問：甲於接受偵訊時，依刑事訴訟法相關規定，得主何種權利？員警乙在何種情況下，才能對甲加以夜間詢問？

答：

1甲得主張之權利：

- 1 得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述（刑事訴訟法第95條第2款）。  
在「不自證己罪原則」的思想下，被告並無積極合訴國家進行刑事追訴的義務，意即被告無積陳述犯罪嫌疑之義務，且國家不能因此給予被告任何不利益，刑事訴訟法第156條規：「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。」此即被告享有之緘默權；因此，對於警察之偵訊，甲得主張緘默權，拒絕違背自己的意思而為陳述。
- 2 得選任辯護人（刑事訴訟法第95條第3款）  
被告享有辯護權，刑事訴訟第95條亦規定國家機關於訊問被告前應知其得選任辯護人，由此規定可知被告得要求於訊問時選任辯護人在場。
- 3 得請求調查有利之證據（刑事訴訟法第95條第4款）  
因國家機關負有對於被告有利及不利事項一律注意之客觀性義務，故被告得請求調查對其有利之證據。
- 4 得請求有辨明犯罪嫌疑之機會。  
刑事訴訟法第96條規定，訊問被告，應與以辨明犯罪嫌疑之機會；如有辯明，應命就其始末連續陳述；其陳述有利之事實者，應命其指出證明之方法。
- 5 請求告知權：  
為使被告得充分獲得資訊，以行使其防禦權，國家機關於訊問前應告知被告被控之罪名、相關法律依據及其相關權利。刑事訴訟第95條規定，訊問被告應先告知左列事項：（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）得保持緘默權，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。故甲於乙開始偵前，得要求乙覆行告知義務。

十二、試依刑事訴訟法之規定說明起訴之效力？

答：

1刑事訴訟結構中，刑事訴訟必經檢察官提起公訴或自訴提起  
方得繫屬於法院而為法院  
審判之訴訟標的。如未經起訴之案件  
自不為法院審判之範圍，屬刑訴第379條第12款之判決當然  
違背法令。

（二）現行刑事訴訟法起訴效力之規定如下：

4. 刑訴第266條規定：「起訴之效力，不及於檢察官所指被告  
以外之人。」
5. 刑訴第267條規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。」
6. 刑訴第268條規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」

十三、試述檢察官聲請羈押行使程序？

答：

羈押只有偵查中才有聲請的問題，在偵查中，檢察官若要聲押，必須符合「拘捕前置原則」。若涉案人已經過拘捕程序後，應解送檢察官，依刑訴第93條第2項規定：「偵查中經檢察官訊問後，認為有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之。」未經聲請者，即應將被告釋放。而刑訴第93條第3項後段規定：「有101條第1項或101-1條第1項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得逕命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，仍得聲請法院羈押之。」

十四、何謂通緝？被告通緝之要件為何？通緝之效力若何？試依刑事訴訟法規定說明之。

答：

- (一) 意義：因刑事被告逃亡或藏匿，通緝機關通知其他機關拘提或逮捕，解送指定處所，所為之強制處分，稱通緝。
- (二) 要件：必須有被告逃亡或藏匿之事實存在。蓋通緝所生之損害，遠較拘提為大，故必須審慎為之。
- (三) 效力：
  1. 通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之。利害關係人，得逕行逮捕通緝之被告，送交檢察官、司法警察官或請求檢察官、司法警察官逮捕之（刑訴第87條第1、2項）。
  2. 拘提或因通緝逮捕之被告，應即解送指定之處所。如24小時內不能達到指定之處所者，應分別其命拘提或通緝者違法院或檢察官，先行解送較近之法院或檢察機關，訊問其人無無錯誤（刑訴第91條）。被告因逮捕到場者應即時訊問。偵查中經檢察官訊問後，認為有羈押之必要者，應自逮捕之時起24小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之（刑訴第93條第1、2項）。
  3. 通緝於其原因消滅或已顯無必要時，應即撤銷（刑訴第87條第3項）。

十五、我國刑事訴訟法對於犯罪之追訴，兼採國家追訴主義與被害人追訴主義（公訴與自訴），試簡述其區別。

答：

我國刑事訴訟法關於犯罪之訴追採起訴雙軌制，即兼採國家訴追制與被害人訴追制，除檢察官外，犯罪之被害人亦可提起自訴：

4公訴：刑訴第251條第1項規定：「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。」公訴，亦即代表國家之檢察官，請求法院對犯罪嫌疑人，確定其刑罰之有無及其範圍之訴。

5自訴：為犯罪之被害人與其有一定身分關係之人所提起之刑事訴追。刑訴第319條第1項規定：「犯罪之被害人得提起自訴。但無行為能力或限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之。」自訴之提起，應委任律師行之（刑訴第319條第2項、37條第2項）。

6公訴與自訴之區別：

1. 公訴由代表國家之檢察官為原告，此其所以為公益所在；自訴乃以犯罪之被害人為原告，此其所以為私人之訴的私益所在。
2. 公訴之前須偵查，認為有犯罪嫌疑，始提起公訴；而自訴不須經偵查程序。
3. 提起公訴，檢察官之起訴書直接送達於被告；自訴時亦須以自訴狀為之，自訴人之自訴狀應按被告之人數製作繕本，隨同原本提出法院。

十六、何謂職權調查證據？

答：

法定機關依職權調查證據所為者，則為「職權調查證據」，例如「法院應依職權調查證據」。依刑訴第163條規定，當事人得聲請調查證據，且法院為發見真實，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。此乃相對於當事人辯論主義以當事人主張之事實與提出之證據進行裁判者。因此，在我國現行法是屬於補充證據調查，而是以當事人主張之事實與提出之證據為主。

十七、司法警察（官）為調查犯罪情形及蒐集證據，可否於夜間詢問犯罪嫌疑人？「夜間」之界限為何？試予闡明。

答：

- (一) 司法警察（官）原則上不得於夜間進行詢問。稱夜間者，為日出前，日沒後。因司法警察（官）夜間不得詢問，故夜間不得詢問之時間不計入24小時內（刑訴第93-1第1項第3款）。

(二) 禁止夜間詢問之例外 (刑訴第100-3第1項、2項)：

1. 經受詢問人明示同意者。
2. 於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。
3. 經檢察官或法官許可者。
4. 有急迫之情形者。
5. 犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。

(三) 違反禁止夜間詢問之效果：

違背刑訴第100-3第1項之規定，所取得之被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限 (刑訴第158-2條第1項)。

十八、何謂現行犯及準現行犯？

答：

查刑事訴訟法第八十八條規定為：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」

有下列情形之一者，以現行犯論：

3. 被追呼為犯罪人者，
4. 因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。

十九、何謂上訴、抗告？試分述其意義。

答：

(一) 意義：裁判，係法院适用法律於具體事實所為之意思表示。一經裁判，則一定之法律關係即可獲得公權解決，而對法院之判斷予以尊重，避免變更，可保障裁判之權威，亦符合當事人之利益。然而，若裁判之適用法令有錯誤，或誤認事實，則為求法律之安定性與具體之妥當性，而使裁判有訂正之途徑，乃有審級制度之設計。亦即，允許當事人對於未經確定之裁判利用上級審請求救濟，其方法有上訴及抗告。

(二) 換言之，上訴及抗告皆是對法院之意思表示請求救濟之方法，二者最主要之不同在於，上訴係對法院之判決行之；而抗告係對裁定為之。

二十、何謂自白？自白須具備何種要件，始足為證明犯罪之證據？如被告對於其自白提出刑求之抗辯時，應如何辦理？

答：

(一) 被告之自白係指被告(或犯罪嫌疑人)在偵查或審判上，就其犯罪事實之全部或一部承認自己有罪(承認自己有刑事責任)之意思表示。被告之自白可分為審判上自白與審判外自白。

(二) 得為證據之自白：被告之自白須具任意性、真實性，方具證據能力(刑訴156-1)。此外，被告自白不得作為有罪判決之唯一依據(刑訴156-2)，亦即，須有補強證據存在。

(三) 如被告對於其自白提出刑求之抗辯時，該自白因非自由陳述(不具「任意性」)，即不能採為判決依據(因欠缺證據能力)，法院為發現真實之必要，遇有被告對自白提出刑求抗辯時，應先於其他事實而為調查。該自白若係經檢察官提出者，法院應先命檢察官舉證，由檢察官證明其欲使用之被告自白為具任意性之自白。如檢察官未能證明其任意性，即不得採為證據(刑訴156-3)。

一、一般拘提要件為何？

指依刑訴第77條至80條之規定所為之拘提，須以有拘票為前提，故又稱「要是之拘提」，與不以拘票為前提之「緊急拘提」相區別。一般拘提之原因(一般拘提之要件、拘提之理由)：

4. 經合法傳喚之拘提：

刑訴第75條規定：「被告經合法之傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之。」其中規定「得拘提之」，故命拘提與否，檢察官、審判長或受命法官有斟酌之權。至於被告所犯罪名輕重，在所不問。

5. 不經傳喚之逕行拘提(刑訴第76條)：

被告犯罪嫌疑重大，而有下列情形之一者，得不經傳喚逕行拘提：

5. 無一定之住、居所。

6. 逃亡或有事實足認有逃亡之虞者。
7. 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。
8. 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者。

## 二、試依刑事訴訟法之規定說明起訴之效力？

- (一) 刑事訴訟結構中，刑事訴訟必經檢察官提起公訴或自訴提起方得繫屬於法院而為法院審判之訴訟標的。如未經起訴之案件自不為法院審判之範圍，屬刑訴第379條第12款之判決當然違背法令。

### 6現行刑事訴訟法起訴效力之規定如下：

7. 刑訴第266條規定：「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人。」
8. 刑訴第267條規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。」
9. 刑訴第268條規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」

## 三、何謂證據？何為證據能力？刑事判決確定後，發現認定犯罪事實所採用之證據並無證據能力，此時有無救濟方法？試逐一敘述之

### (一) 證據：

刑事訴訟是確定具體刑罰權之有無與範圍而進行之程序，以認定事實、適用法律為主要任務。而認定事實須仰賴證據（刑訴第154條第二項），依證據始得認定事實，事實明瞭，始能正確適用法律。故證據，係使事實達於明瞭之憑藉（原因）。

### (二) 證據能力：

而使事實明瞭之過程，稱為證明。要使事實明瞭，須先有證據方法。所謂證據方法，係指使事實明瞭所得利用為推理要素之物體，可分為人的證據方法（如：證人、鑑定人）與物的證據方法（如：文書、物證）。何種資料可為證據方法，即得為證據方法資格，稱為證據能力（證據適格）。

- (三) 依刑訴第155條第二項，無證據能力，未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。否則，其審判則為違背法令，如於判決確定後始發現，得提起非常上訴；如具有再審原因者，仍可依再審程序聲請再審（大法官釋字第146號解釋）。

## 四、檢察事務官、司法警察（官）對於非經逮捕或拘禁到案之犯罪嫌疑人行刑訴第205-2蒐集採樣時，或為抽取血液等侵入性採樣時，如無法獲得其本人同意時應如何處理？

答：按刑訴第205-2條得以強制力進行之蒐集證據，僅得對經逮捕、拘提到案之被告或犯罪嫌疑人為之。對於非經逮捕、拘提到案之被告或犯罪嫌疑人，如無法獲得本人同意，應不得以強制力為之。必要時，檢察事務官、司法警察（官）得報請檢察官視其案情及需要，以核發鑑定許可證書或實施勘驗之方式處理。

## 五、告訴、非告訴乃論之罪的區別標準及實益為何？

### (一) 區別標準：

1. 檢察官起訴法條。
  2. 自訴事實。
  3. 審判中以審理結果為準。
- 依其中任一標準皆可，其中任一個為告訴乃論之罪，即須為告訴充足訴追條件，否則法院不得為實體審理。

### (二) 區別實益：與非告訴乃論罪相較，告訴乃論之罪具下列特點：

1. 得撤回告訴（刑訴第238第一項）。
2. 得撤回自訴（刑訴第325第一項）。
3. 得提起自訴之時點較寬（刑訴第323第一項）。（非告訴乃論罪，檢察官開始偵查後，及不得提起自訴；而告訴乃論之罪，檢察官終結偵查後，方不得提起自訴。）

## 六、告訴可否附條件或附限制？

### (一) 附條件之告訴：

告訴可否附條件？例如「被告若賠我錢，我就不要告訴」（附解除條件）、或「被告若不賠我錢，我就要告訴」（附停止條件）。如其所附條件，與告訴不可分離時，不問所附條件為何，均有違「公訴行為（公法行為）必須肯定明確」之原則，其告訴之意思並不確定，不能認為係有效之告訴，故整個告訴無效。

### (二) 附限制之告訴：

告訴權人僅限定「共犯中之一人」或「裁判上一罪或事實上一罪之一部犯罪事實」提出告訴，其他共犯或犯罪事實不予告訴，其告訴是否有效？依刑訴第239條之規定，應認為所附加之限制無效，但告

訴仍屬有效之告訴。

七、警察甲在街道上巡邏時，發現某乙行跡可疑，似在與他人為違禁買賣。警察甲於是詢問某乙，態度和緩客氣，徵求乙是否同意搜索其皮包，乙同意。甲在搜索皮包時，發現皮包內有毒品，即將乙逮捕，並隨即搜索其身體，再以衣服口袋中發現扁鑽一把。乙因此被起訴持有毒品及違反槍砲彈藥刀械管制條例罪。試分析警察行為合法性。

答：檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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（刑訴第130條）。搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄（刑訴第131-1條）。

八、試述檢察官聲請羈押行使程序？

答：羈押只有偵查中才有聲請的問題，在偵查中，檢察官若要聲押，必須符合「拘捕前置原則」。若涉案人已經過拘捕程序後，應解送檢察官，依刑訴第93條第2項規定：「偵查中經檢察官訊問後，認為有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之。」未經聲請者，即應將被告釋放。而刑訴第93條第3項後段規定：「有101條第1項或101-1條第1項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得逕命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，仍得聲請法院羈押之。」

九、羈押期間有無限制？試說明之。

答：（一）羈押期間：

1. 偵查中：

不得超過2個月（刑訴第108條第1項前段），自法官簽發押票之日起算。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（刑訴第108條第4項）。起訴後（偵查終結），卷宗及證物送交法院前之羈押期間，算入偵查中之羈押期間（刑訴第108條第3項）。

2. 審判中：

羈押期間，在審判階段，不得逾三月（刑訴第108條第1項）。所謂審判階段，係指自卷宗及證物送交法院之日起，至卷宗及證物送交上級審法院之日止（刑訴第108條第3項）。但有繼續羈押之必要者，得於期間未滿前，由法院裁定延長之（刑訴第108條第1項但書）。

（二）延長羈押期間：

延長羈押期間，每次不得逾2個月，偵查中以延長一次為限。審判中，如該案件之最重本刑為十年以下有期徒刑以下之刑時，其延長次數，於第一審及第二審，各以三次為限；於第三審，則以一次為限（刑訴第108條第5項）。故最重本刑為10年以上有期徒刑以上之刑時，其延長次數，無論在第一審、第二審或第三審，均無限制。且案件經發回或發交更審，其延長羈押期間之次數，更新計算（刑訴第108條第6項）。

十、試就告訴、公訴、自訴、反訴、上訴、分別說明其意義？

答：（一）告訴之意義：告訴乃告訴權人向偵查機關申告犯罪事實所為之意思表示。犯罪，得分為告訴乃論之罪及非告訴乃論之罪二種。非告訴乃論之罪，其告訴，僅為偵查開始之原因。又告訴乃論之罪，其告訴不僅為偵查之原因，且為訴追條件，即告訴權人申告犯罪事實並請求究定刑責之意思表示。

（二）公訴之意義：犯罪之訴追，在立法例上有採國家訴追主義者，有採私人訴追主義者，有採公眾訴追主義者，我國兼採國家訴追主義及被害人訴追主義。依國家追訴之原則，檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，由檢察官代表國家追訴犯罪而提起的訴，謂之公訴。

（三）自訴之意義：刑事訴訟依我國現制，兼採被害人訴追主義，其由犯罪之被害人提起，謂自訴，惟被害人無行為能力或限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之。

（四）反訴之意義：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，謂之。

（五）上訴之意義：當事人（即指檢察官、自訴人及被告）對於下級法院之判決有不服者得向該上級法院提起訴訟請求救濟，謂之上訴。

十一、何謂通緝？被告通緝之要件為何？通緝之效力若何？試依刑事訴訟法規定說明之。

答：（一）意義：因刑事被告逃亡或藏匿，通緝機關通知其他機關拘提或逮捕，解送指定處所，所為之強制處分，稱通緝。

（二）要件：必須有被告逃亡或藏匿之事實存在。蓋通緝所生之損害，遠較拘提為大，故必須審慎為之。

（三）效力：

1. 通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之。利害關係人，得逕行逮捕通緝之被告，送交檢察官、司法警察官或請求檢察官、司法警察官逮捕之（刑訴第87條第1、2項）。

2. 拘提或因通緝逮捕之被告，應即解送指定之處所。如24小時內不能達到指定之處所者，應分別其命拘提或通緝者違法院或檢察官，先行解送較近之法院或檢察機關，訊問其人無無錯誤（刑訴第91條）。被告因逮捕到場者應即時訊問。偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自逮捕之時起24小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之（刑訴第93條第1、2項）。

3. 通緝於其原因消滅或已顯無必要時，應即撤銷（刑訴第87條第3項）。

十二、我國刑事訴訟法對於犯罪之追訴，兼採國家追訴主義與被害人追訴主義（公訴與自訴），試簡述其區別。

答：我國刑事訴訟法關於犯罪之追訴採起訴雙軌制，即兼採國家追訴制與被害人追訴制，除檢察官外，犯罪之被害人亦可提起自訴：

7公訴：刑訴第251條第1項規定：「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。」公訴，亦即代表國家之檢察官，請求法院對犯罪嫌疑人，確定其刑罰之有無及其範圍之訴。

8自訴：為犯罪之被害人與其有一定身分關係之人所提起之刑事追訴。刑訴第319條第1項規定：「犯罪之被害人得提起自訴。但無行為能力或限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之。」自訴之提起，應委任律師行之（刑訴第319條第2項、37條第2項）。

9公訴與自訴之區別：

4. 公訴由代表國家之檢察官為原告，此其所以為公益所在；自訴乃以犯罪之被害人為原告，此其所以為私人之訴的私益所在。
5. 公訴之前須偵查，認為有犯罪嫌疑，始提起公訴；而自訴不須經偵查程序。
6. 提起公訴，檢察官之起訴書直接送達於被告；自訴時亦須以自訴狀為之，自訴人之自訴狀應按被告之人數製作繕本，隨同原本提出法院。

十三、甲酒醉駕車，被警察路檢發現而移送法辦。檢察官告訴甲，如甲願意配合地方法院檢察署酒醉不駕車之宣導活動，即不予起訴。檢察官如此作為是否合法？是依刑事訴訟法規定說明之。

答：（一）依刑法第185條之3規定，甲犯不能安全駕駛動力交通工具而駕駛之重大違背義務致交通危險罪，應予以起訴，但依刑訴第253條規定，檢察官認以不起訴為適當且具備刑訴第376條所列案件之形式要件並告知被告甲，若配合酒醉不駕車之宣導公益活動即不予以起訴處分，此處應屬合法。

（二）此題中並未告知甲是否有於警察偵訊時為任意性自白，如果甲自始否認酒醉或駕駛之情事，於檢察官告知配合酒醉不駕車之宣導公益活動即不予以起訴而作虛偽告白，此時，檢察官違反對被告正當法律程序（刑訴第98條），即屬不合法。

十四、試述通常程序審判開始之原因。

答：第一審之審判程序，因下列原因而開始：

1. 經檢察官或自訴人之起訴（刑訴第264第1項、320條）。
2. 經無管轄權法院諭知管轄錯誤之判決而移送審判者（刑訴第304條、335條）。
3. 相牽連案件經裁定移送合併審判者（刑訴第6條第2項、3項）。
4. 經裁定指定管轄法院者（刑訴第9條）。
5. 經裁定移轉管轄者（刑訴第10條）。

- 6 第二審法院因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之，並將該案件發回原審法院者（刑訴第369條第1項但書）。
- 7 第三審法院因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之，並將該案件發回第一審法院者（刑訴第399條但書）。
- 8 第三審法院因原審判決未諭知管轄錯誤係不當而撤銷之，並將該案件第一審法院者（刑訴第400條前段）。
- 9 經開始再審之裁定確定者（刑訴第436條、426條第1項）。
- 10 案件經非常上訴判決應由第一審法院更為審判者（刑訴第447條第2項）。
- 11 檢察官聲請以簡易判決處刑之案件，經改以通常程序審判者（刑訴第449條第2項、452條）。

#### 十五、試述取證有無違反法定程序之審查？

答：（一）審查之時期：

1. 取證程序完畢時之事後審查：如緊急搜索實施完畢後塵暴法院（刑訴第131條第3項），惟僅宣告程序違法與否，對於所扣得之證據是否排除則留待日後本案審理時決定。
2. 本案審判時審查：
  - 1 準備程序：：由當事人提出有關證據能力之意見（刑訴第273條第1項第4款）；惟若違反法定程序重大且明顯，而無須傳喚證人加以調查時，得由法院為無證據能力之認定（刑訴第273條第2項）。
  - 2 審判期日審查：：當事人於訴訟上攻防可主張之。
  - 3 蒐集程序，如屬搜索、扣押、鑑定留置等強制處分，有救濟審查：受處分人對於所受強制處分得聲請：法院撤銷或變更（刑訴第416條）。

（二）審查之發動者：

1. 法官依職權：

- （1）法律對於蒐證程序設有事後審查程序，如緊急搜索有陳報時之審查。
- （2）審查時法官認為嚴重違反公平正義（刑訴第163條第2項）。

2. 當事人主張：

由當事人於訴訟中主張，但不得空泛指摘，該當事人必須在指出證據排除對其有訴訟上之利害關係，通常只因該證據資料的容許與否關乎其是否被定罪。

#### 十六、何謂職權調查證據？

答：法定機關依職權調查證據所為者，則為「職權調查證據」，例如「法院應依職權調查證據」。依刑訴第163條規定，當事人得聲請調查證據，且法院為發見真實，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。此乃相對於當事人辯論主義以當事人主張之事實與提出之證據進行裁判者。因此，在我國現行法是屬於補充證據調查，而是以當事人主張之事實與提出之證據為主。

十七、司法警察（官）為調查犯罪情形及蒐集證據，可否於夜間詢問犯罪嫌疑人？「夜間」之界限為何？試予闡明。

答：（一）司法警察（官）原則上不得於夜間進行詢問。稱夜間者，為日出前，日沒後。因司法警察（官）夜間不得詢問，故夜間不得詢問之時間不計入24小時內（刑訴第93-1第1項第3款）。

（二）禁止夜間詢問之例外（刑訴第100-3第1項、2項）：

1. 經受詢問人明示同意者。
2. 於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。
3. 經檢察官或法官許可者。
4. 有急迫之情形者。
5. 犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。

（三）違反禁止夜間詢問之效果：

違背刑訴第100-3第1項之規定，所取得之被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限（刑訴第158-2條第1項）。

#### 十八、何謂現行犯及準現行犯？

答：查刑事訴訟法第八十八條規定為：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」

有下列情形之一者，以現行犯論：

5. 被追呼為犯罪人者，
6. 因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。

三、司法警察詢問逮捕現行犯等犯罪嫌疑人，在查明人別後，應先告知那些事項，始等合正當法律程序？

答：查刑事訴訟法第九十五條規定為：訊問被告應先告知下列事項：

5. 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。
6. 得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。
7. 得選任辯護人。
8. 得請求調查有利之證據。

十九、公務員甲涉及工程弊案遭檢方偵查，檢察官傳喚相關廠商乙作證，乙於具結後明確指出甲之犯罪情節後，檢察官將甲起訴。問法院可否根據乙之此一證詞為主要證據判決甲有罪？

答：「法院得將證人乙之證詞當作證據」：

(2) 查刑事訴訟法第一五九條明定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定外不得作為證據」，此為傳聞證據能力之明文依據，前揭條文所指之「除法律有規定外」分述如下：

4. 審判外直接對法官或檢察官之陳述，例外有證據能力。(159之2)。
5. 偵查中警訊筆錄與審判中陳述前後不一，在前述與犯罪有關且特別可信，例外有證據能力。(159之3)。
6. 被告出現死亡、身障或喪失記憶、滯外不歸、到庭無正當理由不陳述，其偵查中警訊筆錄，例外有證據能力。(159之4)

準上之言，證人乙之證言係在檢察官前為之無顯無特別不可信情形，法院得將證人乙之證詞當作證據。

二十、相牽連案件？相牽連案件如何合併審判？

案件本來依刑訴法第四條及第五條之土地管轄或事物管轄規定，各有其固有之管轄法院，分別由管轄之法院管轄或審

判。但是在某些情況下，案件之間因具有牽連關係，若分別由不同的管轄法院調查證據及審判，有違訴訟經濟，因此有牽連

管轄之設計，在某些案件合併由同一法院審理。

具相牽連關係之案件，稱之為相牽連案件。依刑訴法第七條規定，相牽連案件之情形為：

- (一)一人犯數罪者。
- (二)數人共犯一罪或數罪者。
- (三)數人同時在同一處所個別犯罪者。
- (四)犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。

依同法第六條規定，相牽連案件得合併由同一法院管轄並審判。合併審判之要件為：

- (一)審判權相同。
- (二)訴訟程序相同。若訴訟程序不同，合併審判反而容易造成程序之遲延。
- (三)訴訟程度相同。
- (四)非為同一案件。

相牽連案件之合併審判有兩種：

(一)數同級法院間之合併審判

依第六條第二項規定：「如各案件已繫屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移於一法院合併審判之。

有不同意者由共同之直接上級法院裁定之。」

(二)數不同級法院間之合併審判

依同條第三項規定：「不同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其上級法院管轄。已繫屬於下級法院者，其上級法院

得以裁定命其移送上級法院合併審判。」

但是相牽連案件中之同時犯，因其相牽連程度較小，所以該項但書明定在此情形，上級法院不得以裁

定命其移送上級法院合併審判。

1 司法警察(官)有依法執行搜索、扣押之職權。試問：那些處所不得於夜間入內搜索、扣押？那些處所則可？

答：查刑事訴訟法第一四六條規定為：「有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。」前揭條文即係不得夜間入內搜索、扣押之場所。

惟下列情形則例外可以於夜間入內搜索、扣押：

6. 經住居人、看守人、或可為代表之人承諾。
7. 或有急迫之情形者。
8. 日間已開始搜索或扣押者，得繼續至夜間。
9. 第100條之3項之規定，於夜間搜索或扣押準用之。
10. 左列處所，依刑事訴訟法第一四七條之規定，夜間亦得入內搜索或扣押：
  - (1) 假釋人住居或使用處。
  - (2) 旅店、飲食店或其他於夜間公眾可以出入之處所，仍在公開時間內者。
  - (3) 常用為賭博、妨害性自主或妨害風化之行為者。

2 何謂現行犯及準現行犯？

答：查刑事訴訟法第八十八條規定為：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」

有下列情形之一者，以現行犯論：

7. 被追呼為犯罪人者，
8. 因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。

三、司法警察詢問逮捕現行犯等犯罪嫌疑人，在查明人別後，應先告知那些事項，始等合正當法律程序？

答：查刑事訴訟法第九十五條規定為：訊問被告應先告知下列事項：

9. 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。
10. 得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。
11. 得選任辯護人。
12. 得請求調查有利之證據。

四、何謂相對不起訴處分？相對不起訴處分之事由為何？

答：基於刑事政策之考量以及訴訟經濟之要求，本法容許檢察官於特定情形，裁量是否起訴：

1. 輕微案件：查刑事訴訟法二百五十三條規定要件如下：

- (1) 適用範圍為第三七六條之案件。
- (2) 參酌刑法第五十七條事項。
- (3) 認為以不起訴為適當者。

2. 查刑事訴訟法二百五十四條，於執行刑無實益之案件。

五、對於自由刑之執行，其執行處所及執行方法如何？又在何種情形下，應停止自由刑之執行？請詳述之。

答：(一)處徒刑及拘役之人犯，除法律別有規定外，於監獄內分別拘禁之，令服勞。但得因其情節，免服勞役。

(二)受徒刑直拘役之諭知而有左列情形之一者，依檢察官之指揮，於其痊癒或該事故消滅前，停止執行：

- 一、心神喪失者。
- 二、懷胎五月以上者。
- 三、生產未滿二月者。
- 四、現罹疾病，恐因執行而不能保其生命者。

六、已婚之甲男與未婚之乙女有通姦行為。甲的妻子丙女在民國九十五年三月知道此事之後，在九十五年五月與甲離婚。問：在九十五年七月時。

(一)丙可否向檢察官僅限定對乙提出通姦罪的告訴？

(二)若丙未提告訴，可否直接向法院對甲、乙兩人提起自訴？

答：(一)丙得對乙提出告訴：

1. 依刑事訴訟法第三三二條之規定：「犯罪之被害人，得為告訴。」然依告訴不可分原則，同法第二三九條規定：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。但刑法第二百三十九條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」對乙告訴效力及於甲。
2. 丙所行使者係被害告訴權，以犯罪之時是否有配偶身分為準，縱提出告訴之時已離婚，仍得告訴。

(二)兩得對乙提起自訴，對甲不得為之：

1. 本法第三二一條規定：「對於直系尊親屬及配偶，不得提起自訴。」
2. 司法院大法官釋字第五六九號解釋，「對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人，並非不得依法提起自訴」，故兩得對乙提起自訴。

七、公務員甲涉及工程弊案遭檢方偵查，檢察官傳喚相關廠商乙作證，乙於具結後明確指出甲之犯罪情節後，檢察官將甲起訴。問法院可否根據乙之此一證詞為主要證據判決甲有罪？

答：「法院得將證人乙之證詞當作證據」：

(3)查刑事訴訟法第一五九條明定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定外不得作為證據」，此為傳聞證據能力之明文依據，前揭條文所指之「除法律有規定外」分述如下：

7. 審判外直接對法官或檢察官之陳述，例外有證據能力。(159之2)。
8. 偵查中警訊筆錄與審判中陳述前後不一，在前述與犯罪有關且特別可信，例外有證據能力。(159之3)。
9. 被告出現死亡、身障或喪失記憶、滯外不歸、到庭無正當理由不陳述，其偵查中警訊筆錄，例外有證據能力。(159之4)

準上之言，證人乙之證言係在檢察官前為之無顯無特別不可信情形，法院得將證人乙之證詞當作證據。

八、警方接獲通緝犯甲藏身於某民宅的線報後，未聲請搜索票即進入該民宅欲逮捕甲，試問以下之毒品以及制式手槍可否做為法院認定犯罪事實之證據？

(一)進入該住宅後，警方在客廳沒有發現甲，但在客廳的電視櫃抽屜內找到毒品一包並扣押之。

(二)後警方在臥室衣櫥內發現甲並加以逮捕後，又在廚房櫃子內搜到制式手槍一把並扣押之。

答：(一)「甲執行八十八條之一逕行拘提之附帶搜索處分是否合法？」

1. 查刑事訴訟法第一三〇條第一項規定：「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。」前揭條文原本僅侷限於「其立即可觸及之處所」，惟考刑事訴訟法第一三〇條之立法目的係為保護執法者安全，避免被告從隨身攜帶物件中取出攻擊性武器致執法者人身安全陷於危害，於犯罪現場與處所尚有共犯可隱匿對執法者有所威脅，本於「保護性掃瞄理論」本於執法者目光所及之處，尚可擴大搜索範圍及於「緊密相連之處所」如客廳，但如抽屜部份既非目所及，又不易產生立即性危險，自不得成為搜索之範圍，此實因則前揭立法目的所擔心之情況即不易發生，果如此，此不准許執法人員假附帶搜索之名，恣意為之，再者，附帶搜索之發動應具備「相當之理由」，線民之通報如可具備相當理由應符合雙叉理論，簡言之，線民本身具有信用性，其內容具可靠性始得具備相當理由。
2. 依本題所示事實，甲之搜索已具有相當理由但抽屜非目光所及之範圍，又不易產生立即性危，自不得成為搜索之範圍，本件蒐索具違法性。

(二)「甲搜得之毒品是否具有證據能力？」

1. 查刑事訴訟法第一五八條之四明定：「除法律另有特別規定者外，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。」考其要旨，依附性證據是否具有證據能力，應以下列三階段為論：
  - (1)蒐證者違反程序保障是否出於惡意？如是，則無證據能力。
  - (2)蒐證者違反程序保障所侵害之權利是否終局受損不得回復(如憲法上之基本權)？如是，則無證據能力。
  - (3)本件程序保障違反對被告所生利益之損害與公眾訴追利益維護何者為優？如是私益為優，則無證據能力。
2. 依本題事實，甲顯係本於惡意，此毒品無證據能力不具備，此物證應予排除，本案法院不得使用。

(三)「臥室逮捕甲之行為是否具合法性，手槍是否具合法性，理由同前。

九、甲乙結婚後，乙續與老情人丙約會通姦，被甲捉姦在床，試回答下列問題？

(一)甲並不原諒乙之犯行，甲可否自訴丙相姦罪嫌。

(二)甲事後原諒乙之犯行，甲可否自訴丙相姦罪嫌。

答：(一)依大法官釋字第569號之意旨，刑訴321條對配偶不得自訴之規定，係為防止配偶間因自訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧，乃為維護人倫關係所為之合理限制，然惟對於與其配偶共犯告訴乃論之人，並非不得依法提起自訴，蓋此部分並非為維持家庭和諧及人倫關係所必要。本案中甲對自訴丙之部分，因甲與丙並非配偶關係，故依大法官解釋369號意旨，甲自得對丙提起自訴。

(4)按對於配偶犯通姦罪，若有縱容或宥恕之行為，則不得告訴，刑法第245條定有明文，次按告訴乃論之罪，對共犯一人不得告訴，對於其他共犯亦不得告訴。同一案件已不得告訴者，不得再行自訴，刑事訴訟法332條定有明文。本案中，甲事後原諒乙，依上開刑法第245條規定，即不得對乙提出告訴。則依刑事訴訟法332條規定，同一案件已不得告訴者，不得自訴，因此甲對丙既已不得告訴，當然即不得再行自訴，是以，若甲對丙提出自訴，法院應依刑事訴訟法第334條規定諭知不予受理判決。

十、司法警察官或司法警察詢問被告時未依刑事訴訟法第一百條之一規定全程連續錄音，則被告之自白或其他不利之陳述是否可作為證據(即有無證據能力)？

答：以下分就我或實務見解和學說見解如下：

(1)實務見解：

1. 違反全程連續錄音所取得被告之陳述係自白：

刑訴第156條第1項，已有特別規定，若被告之自白有任意性且與事實相符，則縱使未全程連續錄音，該自白仍有證據能力。

2. 違反全程連續錄音所取得被告之陳述並非自白(即其他不利陳述)

該自白以外之其他不利陳述有無證據能力應審酌司法警察違背該法定程序之主觀意圖、客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權益之輕重、對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度，以及該犯罪所生之危害，暨禁止使用該證據對於抑制違法蒐證之效果，及司法警察如依法定程序有無發現該證據之必然性等情形，本於人權保障與社會安全之均衡維護精神，依比例原則，具體認定之。

(2)學說見解：

有認為應將錄音視為取得證據能力之要件。如未全程錄音，應適用證據能力之排除法則，考量權衡理論之適用。亦有認為警察有錄音之義務，且在無特殊情形下，被告之陳述若未錄音或錄影，應推定該陳述為非任意性，唯檢察官仍得以筆錄以外之其他方法證明其自白為任意性。

十一、相牽連案件？相牽連案件如何合併審判？

案件本來依刑訴法第四條及第五條之土地管轄或事物管轄規定，各有其固有之管轄法院，分別由管轄之法院管轄或審

判。但是在某些情況下，案件之間因具有牽連關係，若分別由不同的管轄法院調查證據及審判，有違訴訟經濟，因此有牽連

管轄之設計，在某些案件合併由同一法院審理。

具相牽連關係之案件，稱之為相牽連案件。依刑訴法第七條規定，相牽連案件之情形為：

(一)一人犯數罪者。

(二)數人共犯一罪或數罪者。

(三)數人同時在同一處所個別犯罪者。

(四)犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。

依同法第六條規定，相牽連案件得合併由同一法院管轄並審判。合併審判之要件為：

(一)審判權相同。

(二)訴訟程序相同。若訴訟程序不同，合併審判反而容易造成程序之遲延。

(三)訴訟程度相同。

(四)非為同一案件。

相牽連案件之合併審判有兩種：

(一)數同級法院間之合併審判

依第六條第二項規定：「如各案件已繫屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移於一法院合併審判之。」

有不同意者由共同之直接上級法院裁定之。」

(二)數不同級法院間之合併審判

依同條第三項規定：「不同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其上級法院管轄。已繫屬於下級法院者，其上級法院

得以裁定命其移送上級法院合併審判。」

但是相牽連案件中之同時犯，因其相牽連程度較小，所以該項但書明定在此情形，上級法院不得以裁定命其移送上級法院合併審判。

十二、非常上訴與再審之重要差異何在？

(一)非常上訴與再審之重要差異如下：

1. 請求主體不同：依刑事訴訟法第四四一條，非常上訴之主體係檢察總長；同法第四二七條、四二八條，再審之主體係具再審聲請權之人。
2. 目的不同：非常上訴程序則係以糾正原確定判決適用法令錯誤為目的；再審制度係用以糾正原確定判決認定事實錯誤為目的。
3. 對象不同：非常上訴與再審之對象皆係確定判決；惟前者尚及於實體事項之裁定。
4. 原因不同：非常上訴採概括規定，同法第四四一條明定，只要審判違背法令即可；再審採列舉規定，同第四二〇條、四二一、四二二亦有明文。
5. 管轄法院不同：非常上訴依第四四一條，專屬於最高法院；再審依第四二六條規定，原則上由判決之原審法院管轄，例外由第二審法院管轄。
6. 是否經言詞辯論：依同法第四四四條，非常上訴不經言詞辯論；再審依第四三六條，依通常程序為之，故第一審、第二審須經言詞辯論。
7. 期間限制：非常上訴無論何時均得為之；再審原則上亦無期間限制，例外依第四二四條、四二五條，另有期間限制。
8. 可否撤回：非常上訴無撤回之明文；再審依第四三一條第一項規定，於再審判決前可撤回。

十三、南投縣信義鄉住民甲逮捕無故侵入其住宅之現行犯成年人乙，送交該管警察派出所警員A。試問：A對甲、乙各應如何處理？A另查悉乙係福建金門地方法院通緝中之被告，因當日颱風來襲，無法於二十四小時內將乙解送該法院，A對此案之乙，應如何處置？

【解析】：

無偵查犯罪權限者逮捕現行犯後之處置，即刑訴法第九十二條第一、三項之規定。

通緝犯無法於二十四小時解送至指定地點之處置，即刑訴法第九十一條之規定。

答：

A對甲、乙之處理方式：

對甲：

c按刑事訴訟法（以下稱本法）第八十八條第一項規定，現行犯不問何人得逕行逮捕之。同條第二項規定，犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。依題意，由於乙無故入侵甲之住宅，依前開規定甲得逕行逮捕現行犯乙，合先敘明。

d次按本法第九十二條第一項規定，無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察。同條第三項規定，對於第一項逮捕現行犯之人，應詢其姓名、住所或居所及逮捕之理由。故本題中，甲於逮捕現行犯乙，送交該管警察派出所之警員A後，A應詢其姓名、住所或居所及逮捕之理由，以查明有無濫行逮捕之情事。

對乙：

c按本法第九十二條第二項本文規定，司法警察官、司法警察逮捕或接受現行犯者，應即解送檢察官。因此警員A於接受甲所逮捕之現行犯乙之後，依前開規定應即解送檢察官，不得自行留置。

d惟本法第九十二條第二項但書規定，如現行犯所犯者為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者，得經檢察官之許可，不予解送。本題中，乙所犯之無故侵入住宅罪，依刑法第三百零六條第一項規定，其法定刑為一年以下有期徒刑、拘役或罰金，故依前開本法第九十二條第二項但書規定，警員A得經檢察官之許可，對乙不予

解送。

A對乙之處置：

按本法第九十一條規定，拘提或因通緝逮捕之被告，應即解送指定之處所；如二十四小時內不能達到指定之處所者，應分別其命拘提或通緝者為法院或檢察官，先行解送較近之法院或檢察機關，訊問其人無無錯誤。其立法目的無非在於避免因人別發生錯誤，造成不當侵害被拘捕人之權益，合先敘明。

依題意，警員A另查悉乙係福建金門地方法院通緝中之被告，亦即乙為通緝犯，則依前述本法第九十一條前段規定，警員A本應立即將乙解送至指定之福建金門地方法院。惟因當日颱風來襲，無法於二十四小時內將乙解送至該法院，則依本法第九十一條後段規定，由於命通緝者為福建金門地方法院，故警員A應將乙先行解送至較近之南投地方法院，由該院進行人別訊問，確認身分無誤後，再繼續將之解送至福建金門地方法院。

十四、竊案發生，警方調查結果發現某甲涉嫌竊盜，將甲移送地檢署。檢察官認為甲有羈押的原因，但無羈押的必要時，應為如何之處置？

答：

按羈押與具保”責付”限制住居均屬干預限制人民基本權利之強制處分，故二者之實施均需具備羈押原因，僅後者較諸前者欠缺羈押之必要性而已，倘被告無重大之犯罪嫌疑或無羈押之必要，即不得施以前揭所述之任何強制處分。

依刑事訴訟法第九十三條第二項規定，被告或犯嫌疑人因拘提逮捕到場者，檢察官如認有第一百零一條第一項或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得逕命具保”責付或限制住居。如不能具保責付或限制住居，而有必要情形者，仍得聲請法院羈押之。另依同法第二二八條第四項規定，被告經傳喚，”自首或自行到場者，檢察官於訊問後認有第一百零一條第一項各款或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得命具保”責付或限制住居。

十五、二〇〇四年三月十三日清晨，酒店老闆張三被發現死於辦公室。依據現場重建，張三應該是兇手入室，遭兇手從後方開槍射殺。現場並無打鬥跡象。警方於三月十五日接獲密報，商人李四在最近與張三常有嚴重爭執。警方於是對李四展開調查，李四矢口否認他與案情有何關係，可是無法提出不在場證明。辦案警官甲因而請李四不要離開所在地，以便調查。甲稍後得悉，李四極可能於三月十七日至十九日之間出境。甲於是向檢察官聲請，對李四搜索扣押，以確定李四行蹤並發現行兇槍枝。問檢察官是否可以核發搜索票？

答：

(1) 按搜索乃對人身或住居處所所為之強制處分，自當受法治國原則之適合性”必要性與狹義比例性等之指導，故搜索強制處分之發動與實施程序均應符合上揭原則之要求。令狀審查（即搜索票之核發）乃為確保前開法治程序之踐行，刑事訴訟法就偵查中強制處分之令狀審查，就其對人民基本權利之干預限制之程度，區分為檢察官決定原則（傳喚訊問拘提通訊監察與鑑定處分）及法官保留原則（搜索扣押羈押與鑑定留置）之體系。

(2) 依刑事訴訟法第一二八條之一規定，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，應以書面記載前條第二項各款之事項（即搜索票應記載事項，並由法官簽發），並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票。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。故本題司法警察如欲對犯罪嫌疑人李四為搜索，即非向檢察官聲請，而應向法院為之。

十六、甲明知乙女為有配偶之人，竟仍基於與其相姦之概括犯意，自民國94年2月1日起，連續與乙女發生多次性行為。其後，乙女之夫丙男自其住所裝設之電話錄音設備獲悉上情，乃於同年4月間會同管區警員在某家旅館以假冒服務生方式進入甲租用之房間，查獲並扣得衛生紙團。試問：丙男所提之錄音帶以及取得之衛生紙團，其證據力如何？警察隨同丙進入旅館房間之行為是否屬於搜索？

答：

一、「員警騙門進入甲乙通姦房間之同意性搜索處分是否合法？」：

(1) 查刑事訴訟法第一三一條之一第一項規定：「搜索經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。（下略）」，考刑事訴訟法第一三一條之一立法目的係為受搜索人基本權自願性捨棄，其本質上即係刑法上超法規阻卻違法事由中之「得被害人之承諾」或『推測之承諾』，具有阻卻違法事由之地位，前揭條文所指之『出於自願性同意』，係該同意不得有意思表示上之瑕疵例如不得本於詐欺而騙

門進入，同時亦要考量國家與受處分人間實力之懸殊性，對自願性為從嚴之解釋。

(2) 依本題題示事實，甲之同意來自員警騙為服務生，其同意不具自願性，員警之搜索具違法性。

二、「員警搜得之衛生紙團是否具有證據能力？」：

1. 查刑事訴訟法第一五八條之四明定：「除法律另有特別規定者外，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。」，考其要旨，依附性證據是否具有證據能力，應以下列三階段為論：

(1) 蒐證者違反程序保障是否出於惡意？如是，則無證據能力。

(2) 蒐證者違反程序保障所侵害之權利是否終局受損不得回復（如憲法上之基本權）？如是，則無證據能力。

(3) 本件程序保障違反對被告所生利益之損害與公眾訴追利益維護何者為優？如是私益為優，則無證據能力。

2. 依本題事實，甲顯係本於惡意，此衛生紙團證據能力不具備，此物證應予排除，本案法院不得使用。

三、「丙自主違法取得之電話錄音帶是否具有證據能力？」：

1. 按私人違法取得之錄音證據是否具有證據能力？通說均採否定說，其理由係立法者依刑法第三一五條之一及「通訊保障及監察法」均明示對私人通訊或非公開活動之保護，違法取得之電話錄音正係違反立法者的期待而對私人通訊為不當侵害，「私人通訊或非公開活動之保護」之立法實質要件分析如下：

(1) 「所錄音或所錄影之內容必須有隱私或秘密之合理期待」：

此要件係強調凡在公共場所之談話與行為，無從有隱私之合理期待，但如於旅館等私人空間之談話與行為則有，從而於私人空間為錄音行為即係破壞法所保護之合理期待。

(2) 「以肉眼或肉耳以外的方式監察或竊錄」：

刑法並不處罰肉眼或肉耳此兩種方式所產生之監察或竊錄。

(3) 無故或未經同意為之」：

「無故依向來最高法院之判決並不是指無正當理由，而是指未依法令、未取得同意或不被社會認可之行為三種。

2. 準此以解，丙自主違法取得之電話錄音帶其錄音之場所對被害人而言，有其談話隱私合理之期待，從而於私人空間為錄音行為即係破壞法所保護之合理期待，丙錄音並非用肉眼與耳朵當然亦非社會所認可之行為故其證據應不許為案法院所使用。

十七、依刑事訴訟法規定，司法警察在何種情形下所為之搜索扣押毋需搜索票？試分別論述之。

答：共有三種無須搜索票之搜所

(一) 附帶搜索：

第一三〇條明定：「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。」。

(二) 緊急搜索：

第一三一條明定：「有左列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：

一、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確實在內者。

二、因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。

三、有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。

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、湮滅或隱匿之虞者，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。

前二項搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。

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。」。

(三) 同意搜索：

第一三一條之一：「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」。

十八、試就理論與實務論述刑事案件犯罪事實同一性質應有之標準？

答：按法院欲變更檢察官起訴時所引應適用之法條，需於犯罪事實同一之範圍內方得為之，至犯罪事實是否同一，其判別標準於實務與學說有如下之不同見解：

- (1) 社會事實關係說：此說認為事實是否同一，應依訴之目的與侵害性行為之內容是否同一而定，即原告請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經原告擇為訴訟客體之社會事實關係為準。
- (2) 法律事實同一性說：此說認為適用之罪名同質或構成要件相似，起訴之犯罪事實始能維持同一性，係對事實應有法律觀點之想法。（四十八年台上第七三號判例）
- (3) 構成要件之事實共同說：此說認為起訴事實之同一性判斷，除應要求基本社會事實同一，且檢察官所起訴之犯罪事實應與法院認定之犯罪事實具有相當程度之共通性，始可認為具有同一性，且充分保障被告之防禦權，應透過刑事訴訟法第九十五條等權利事項告知賦予被告辯明之機會。
- (4) 緊密之事理關聯性說：此說認為僅須行為人之整體舉止，根據自然之觀點足以結合成一個相同之生活過程，即為一個訴訟上之犯罪事實，即應有緊密之整體關聯性，亦即應以行為“時間”地點”行為客體及侵害目的為判斷基礎。

十九、甲至A百貨公司購物，因店員乙適與男友丙聊天中誤會甲行竊，甲為免誤會迅速離去，乙誤以甲逃跑，乃追呼其為小偷，甲旋被附近巡邏警員丁逮捕，甲憤而誣指丙為共犯，丁乃急告同行警員戊前往丙宅，於丙臥室內加以逮捕，並將丙購自A公司之襯衫一件以贓物加以扣押，問丁、戊之逮捕、搜索及扣押是否合法，請詳述其理由。

答：

- (1) 按“現行犯，不問何人得逕行逮捕之。犯罪在實施中或實施後及時發覺者，為現行犯。有左列情形之一者，以現行犯論：一被追呼為犯罪人者二因持有凶器”贓物或其他物件”或於身體”衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。”；“檢察官司法警察官或司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：一因現行犯之供述，且有事實足認為犯罪嫌疑重大者.....”；“檢察官”檢察事務官”司法警察官或司法警察逮捕被告”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。”；“有左列情形之一者，檢察官”檢察事務官”司法警察官或司法警察，雖無搜索票得逕行搜索住宅或其他處所：一•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確實內者.....”，刑事訴訟法第八十八條”第八十八條之一第一項”第一百三十條及第一百三十一條第一項分別定有明文。
- (2) 至上揭第八十八條之一第一項所規定之”現行犯供述”是否包括準現行犯供述在內，本有不同見解，淺見以為僅須情況急迫，而未及聲請拘票即得為之。另第一百三十條之附帶搜索其搜索客體是否包括被搜索人隨身得湮滅之證據，亦有不同意見，淺見本於證據保全之必要性則肯認之。
- (3) 本題甲為店員乙誤認係行竊者而追呼為賊，乃屬準現行犯，丙則為準現行犯甲供述之共犯，並有急迫情況，故二人為司法警察分予逮捕及緊急拘捕均為合法，又司法警察為緊急拘捕丙而無搜索票逕行搜索丙之住宅，揆諸前開規定亦為合法，其於拘捕時為防證據湮滅隨之附帶搜索扣押於法亦無不合。

二十、甲失業，涉嫌於晚間在街上販賣毒品，被巡邏員警乙當場逮捕，員警乙當場對甲進行相關偵訊。試問：甲於接受偵訊時，依刑事訴訟法相關規定，得主張何種權利？員警乙在何種情況下，才能對甲加以夜間詢問？

答：

(一) 甲接受偵訊時可以主張之權利如下：

請求訊問之員警踐行告知義務，為其權利之一，其內容明文規定於刑法第九十五條分述如下：

- (1) 罪名告知。
- (2) 緘默權告知。
- (3) 選任辯護人。
- (4) 請求調查有利證據。

(二) 夜間訊問之要件明文

查刑法第一〇〇條之三規定：「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：

- (1) 經受詢問人明示同意者。
- (2) 於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人無錯誤者。
- (3) 經檢察官或法官許可者。

(4) 有急迫之情形者。

犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。

稱夜間者，為日出前，日沒後。」

de

地檢處

一、警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長。

二、憲兵隊長官。

三、依法令關於特定事項，得行相當於前二款司法警察官之職權者。

「聽從檢察官指揮之司法警察官」

一、警察官長。

二、憲兵隊官長、士官。

三、依法令關於特定事項，得行司法警察官之職權者。

(三)職權不同：

「協助檢察官偵查之司法警察官」

應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮

捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送。

「聽從檢察官指揮之司法警察官」

知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官。

實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。

2依刑事訴訟法之規定搜索有哪些限制？

答：

(一)人身之限制：搜索婦女之身體，應命婦女行之。但不能由婦女行之者，不在此限。

(二)物件之限制：政府機關或公務員所持有或保管之文書及其他物件應扣押者，應請求交付。但於必要時得搜索之。

(三)處所之限制：軍事上應秘密之處所，非得該管長官之允許，不得搜索。前項情形，除有妨害國家重大利益者外，不得拒絕。

(四)時間之限制：本法對於有人住居或看守之住宅或其他處所實施搜索者，設有時間限制，及原則上不得於夜間為之。但有特別情形，則仍得於夜間行之。

1. 原則：有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。以為保護人民住居之安寧。

2. 例外：

<1> 有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。但經住居人、看守人或可為其代表之人承諾或有急迫之情形者，不在此限。

<2> 日間已開始搜索或扣押者，得繼續至夜間。

<3> 下列處所於夜間亦得入內搜索或扣押

一、假釋人住居或使用者。

二、旅店、飲食店或其他於夜間公眾可以出入之處所，仍在公開時間內者。

三、常用為賭博、妨害性自主或妨害風化之行為者。

3. 某派出所主管（司法警察官）深夜接獲轄區線民密報，涉及重案嫌疑之通緝犯丙藏匿於某民宅內，該主管遂指示甲、乙二警（司法警察）前往緝捕。

問：

- (一) 甲、乙二警未持拘票，得否緝捕丙？法律依據為何？
- (二) 甲、乙二警未持搜索票，得否進入住宅緝捕丙？法律依據為何？
- (三) 甲、乙二警夜間得否進入住宅緝捕丙？法律依據為何？

答：

- (一) 「司法警察」得否逕行逮捕通緝犯固有爭議，但本題甲、乙二警係受「司法警察官」指示，雖無拘票，得緝捕通緝犯丙。依據刑事訴訟法§87 I 利害關係人，得逕行逮捕通緝之被告，送交檢察官、司法警察官或請求檢察官、司法警察官逮捕之。
- (二) 甲、乙二警未持搜索票，得進入住宅緝捕丙。依據刑事訴訟法§131 I 一、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確實在內者。
- (三) 甲、乙二警「有急迫情形」夜間得進入住宅緝捕丙。依據刑事訴訟法§146 I 有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。但經住居人、看守人或可為其代表之人承諾或有急迫之情形者，不在此限。

4. 竊案發生，警方調查結果發現某甲涉嫌竊盜，將甲移送地檢署。檢察官認為甲有羈押的原因，但無羈押的必要時，應為如何之處置？

答：

- (1) 所謂羈押係指於偵查或審判中，限制被告或犯罪嫌疑人之行動自由一定期間，以保全證據與未來刑事訴訟程序之進行與刑罰之執行之強制處分。在形式要件上，被告依法須先經法官訊問，並應使用押票；在實質要件上，除被告犯罪嫌疑重大，有法定羈押原因之必要性，法院使得微羈押之處分。
- (2) 無聲請羈押之必要者，得逕命具保、責付或限制住居，如不能據實，責付或限制住居，而有必要情形者，仍得聲請法院羈押之。

5. 何謂現行犯？何謂準現行犯？試說明之

答：

按人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。憲法第八條第一項前段定有明文。刑事訴訟法（以下稱本法）第八十八條第一項規定，現行犯不問何人得逕行逮捕之；其第二項復定義現行犯，謂犯罪在實施中或實施後即時發覺者為現行犯；第三項並規定有下列情形之一者以現行犯論：一為被追呼為犯罪人者，二為因持有兇器贓物或其他物件或於身體衣服等處露有犯罪痕跡顯可疑為犯罪人者。所謂「以現行犯論」，學者及實務均稱此為準現行犯。

(一)現行犯

1. 定義：

指犯罪實施中或實施後即時被發現者（本法第八十八條第一項）。所謂即時乃指時間之緊接性，即強調犯罪實施與被發現的時間乃屬緊密關連。刑事訴訟法八十八條第二項有明文規定。例如：甲偷乙之腳踏車當場被乙發覺。

2. 效力：

現行犯無論何人得逕行逮捕之（本法第八十八條第一項）

3. 現行犯逮捕之規範目的：

強制處分乃國家機關之行為，能夠動用直接強制力本來以國家機關為限，為能即時阻止正在發生之犯罪，而國家力量不及介入之犯罪行為，故承認現行犯之逮捕乃憲法第八條人身自由保障之特別規定，現行犯即係基於此一憲法基礎而來。就刑法評價而言，無偵查犯罪權限之一般人民逮捕現行犯之行為，構成刑法二十一條依法令行為之阻卻違法事由。

(二)準現行犯

1. 定義(本法第八十八條第三項第一款、第二款)：

(1)第一種類型乃指被追呼為犯罪人者，例如甲於市集上追呼偷其錢包並正在逃跑之乙，大叫：「有小偷偷我的錢包，把前面那個人攔下來。」重點不在被追或被呼者是否為真正犯罪人，而係以當時客觀情況，是否足以令人相信逃逸者為犯罪人，刑事訴訟法第八十八條第二項傳統之爭議為被追與被呼者是否相同，然有學者認為此一爭議乃屬多餘，因為若得透過一般觀察即可得知真正犯罪人為誰，對於人權之侵害頗大，故這裡是否應透過一般觀察而賦予任何人都有對於犯罪嫌疑人之逮捕權限，此誠屬未來立法論應該考量之事項。

(2)第二種類型乃規定於八十八條第三項第二款規定，因持有凶器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處漏有犯罪痕跡者。例如實務上認為瀆職罪收受之賄賂，若賄賂為貨幣，依一般之觀察，若可認為係犯罪所得，其持有並顯可疑為犯罪人者，屬準現行犯（司法院大法官釋字第九十號解釋）。重點應在於是否有犯罪顯露之表徵性，透過犯罪顯露之表徵性認定準現行犯。

## 2. 效力：

現行犯無論何人得逕行逮捕之（本法第八十八條第一項）。通說認為此處現行犯包括準現行犯在內，且大法官釋字第九十號解釋亦認為：憲法第八條所稱之現行犯，係包括刑事訴訟法第八十八條第三項以現行犯論者在內，憲法其他各條所稱之現行犯其涵義亦同，殊難謂為應將以現行犯論者排除在外，蓋在憲法上要不容有兩種不同意義之現行犯並存。

## 6. 試述刑事訴訟法上所規定司法警察(官)之職務？

答：

司法警察可謂「司法警察官」及「司法警察」之總稱，前者係指刑事訴訟法（以下稱本法）第二百零二十九條及二百三十條所規定，協助檢察官及受檢察官指揮，偵查犯罪之所謂「一級及二級司法警察官」，後者則係受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪之「司法警察」，依本法第二百零三十一條之規定，包括警察、憲兵及或依法令關於特定事項得行司法警察之職權者，例如法警屬之。總之，司法警察乃協助檢察官、受檢察官指揮及命令，偵查犯罪之偵查輔助機關。依據本法規定，司法警察（官）之職務列舉如下：

(一)將被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人解送檢察官：

本法第二百零二十九條第二項前段規定，一級司法警察官應將偵查之結果，移送該管檢察官，依本條項後段規定，包括司法警察官如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。此即所謂犯罪嫌疑人之隨案移送。

(二)逕行調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據：

1. 依本法第二百零三十條第二項前段、第二百零三十一條第二項前段之規定，二級司法警察官及司法警察知有犯罪嫌疑者，應報告該管檢察官或一級、二級司法警察官。但此二條項段仍賦予二級司法警察及司法警察主動偵查犯罪之權限，分別規定得不待檢察官及一級司法警察官之指揮，不待檢察官及一、二級司法警察官之命令，逕行調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據。

2. 司法警察官或司法警察為調查犯罪及蒐集證據，依本法第七十一條之一，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問；本法第一百條之二準用第一百條之一，詢問被告時應全程連續錄音或錄影；並依本法第九十四條先人別訊問，再依九十五條踐行告知義務。另依本法第一百九十六條之一第一項之規定，司法警察官亦得使用通知書通知證人到場詢問。

(三)封鎖犯罪現場並為即時勘察之職務：

刑事訴訟法第二百零三十條第三項規定，（二級）司法警察官就調查犯罪嫌疑有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。刑事訴訟法第二百零三十一條第三項規定，司法警察若實施調查有必要時，亦得為即時之勘察。實務上常見司法警察（官）於犯罪現場拉起警戒線，封鎖應勘察現場，即係依據此等條項之授權。

(四)發查制之下向檢察官報告及受發交之職權：

本法第二百零二十八條第二項規定，檢察官因知有犯罪嫌疑開始偵查者，得限期命二級司法警察官（包括檢察事務官）或司法警察調查犯罪情形及蒐集證據，並提出報告。必要時得將相關卷證一併發交。以突顯及加強檢察官為偵查主，司法警察官為受檢察官指揮及命令調查犯罪之偵查輔助機關地位。

(五)退案審查制下補足調查再行移送報告之職權：

本法第二百零三十一條之一條明定，檢察官對於司法警察（官）移送或報告之案件，認為調查未完備者，得將卷證發回命其補足或發交其他司法警察（官）調查。司法警察官（官）應於補足或調查後，再行移送或報告。此學者稱之為退案審查制，以使檢察官對於司法警察（官）之偵查活動有更進一步之控制管道。

(六)強制處分之發動須事先獲得法官或檢察官之核准：

本法第八十八條之現行犯及其逮捕，刑事訴訟法八十八條之一犯罪嫌疑人之逕行拘提，刑事訴訟法一百三十條之附帶搜索，第一百三十一條之緊急搜索，第一百三十一條之一之同意搜索，第一百三十七條之附帶扣押，第一百五十二條之另案扣押等嚴重侵害人民基本權之強制處分，均須經過事前之法官保留或檢察官之控制，抑或事後之監督機制，而不致於因遷就現實上司法警察（官）作為偵查第一線機關之主體地位而有危害法治國危險之可能，另外，若能透過規制警察之偵查行為之刑事訴訟法證據禁止法則，必能更有效控制司法警察，使司法警察（官）之偵查活動，如證據蒐

證與保全等，受制於法官與檢察官，而保障人民人身自由之基本權。

(七)強制處分之執行職權：

關於強制處分之執行權限，本法原則上概規定由司法警察（官）執行，如本法第七十八條之執行拘提，八十七條之通緝經通知或公告後司法警察之拘提或逕行逮捕被告，第九十二條逮捕現行犯之解送，第一百零三條羈押之執行，第一百二十八條之二執行搜索，第一百三十六條執行扣押等。對於警察強制處分之執行，應顧及我國其他相關行政法規及刑事實務相應之配合，否則，若檢察官對輔助機關人員之任用、升遷、考績及懲戒等事項，均無置喙之餘地，則法制實況為「兵在外，將命有所不受」，甚至於「兵將易位」，則檢察官將失去合法控制警察活動之偵查主地位。

(八)強制採樣之檢查身體職權：

為因應司法警察（官）作為第一線偵查主體採樣及保全證據之實際需要，並兼顧人權保障，本法第二百零五條之二特別授權司法警察（官）對於犯罪嫌疑人或被告，具有特定之檢查身體處分，本條規定：「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」。

(九)結論：

司法警察之職務由犯罪之偵查以至於強制處分之執行均有侵害人民基本權之可能性，除了須透過法律將此些職責加以合法性控制外，也應使其受法院與檢察官之監督，而發展司法警察受檢察官合法性控制之法治國環境。

## 7. 試述偵查發動之原因，並簡要說明其意義？

答：

檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查，此即偵查發動之原因。茲詳述偵查之發動原因如下：

(一)告訴：告訴係指犯罪之被害人或其他有告訴權人向國家追訴機關申告犯罪事實並請求追訴之意思表示。刑事訴訟法（以下稱本法）第二百三十二條規定，得為告訴之人乃為犯罪被害人，所謂犯罪被害人係指法益直接受侵害之人。另第二百三十三條規定，被害人或其法定代理人得為告訴，被害人若已死亡者，得由其配偶、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告訴。但告訴乃論之罪，不得與被害人明示之意思相反。本法第二百三十四條規定，特定案件之告訴人，就妨害風化罪，必須直系血親尊親屬、配偶或其直系血親尊親屬方得告訴；刑法第二百三十九條、刑法第二百四十條第二項之妨害婚姻及家庭罪，均須配偶方得告訴。刑法第二百九十八條妨害自由罪限於被略誘人之直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長家屬亦得告訴。刑法第三百十二條妨害名譽及信用罪乃限於已死者之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長得為告訴。另本法第二百三十五條規定特定犯罪之告訴人，或第二百三十六條規定之代行告訴人，均係有權告訴之主體。告訴係偵查發動之原因，國家藉由告訴保障犯罪被害人及有權告訴者之權利，並藉由告訴發現犯罪、對抗犯罪。

(二)請求：請求乃指刑法第一百一十六條侵害友邦元首或外國代表罪，刑法第一百一十八條之侮辱外國國旗國章罪，於刑法第一百一十九條規定，外國政府得請求我國追訴機關追訴之。檢察官因接受外交部長函請司法行政最高長官，故知有犯罪嫌疑應即發動偵查。請求乃係外國要求我國司法權行使之方式，故應準用告訴之相關規定，請求並無時間之限制，其可準用本法第二百三十八條、第二百三十九條，即告訴乃論之撤回及主觀不可分之規定。

(三)告發：告發乃指犯罪被害人或其他有告訴權以外之第三人，知有犯罪嫌疑者，舉發犯罪促使國家追訴機關發動偵查。告發應分為一般告發與公務員告發。前者乃指本法第二百四十條之任意第三人之告發，後者乃指第二百四十一條之公務員執行職務之義務告發。關於法官於審判過程中，發現證人有犯偽證之嫌疑或發現其他未經起訴之犯罪，亦適用公務員因執行職務知有犯罪嫌疑者之第二百四十一條之規定而負告發義務。另，懲治貪污條例第十三條、第十四條有特定告發之義務，若違反者，應構成犯罪。

(四)自首：自首指犯罪人依刑法第六十二條之規定，指犯罪人於犯罪未被發覺之前，主動向犯罪追訴機關報告自己之犯罪事實，並願意接受制裁之意思表示。偵查機關因自首而知有犯罪嫌疑者，應即發動偵查。自首之程式同告訴、告發，犯罪追訴機關因自首而知有犯罪嫌疑者，應即發動偵查。

(五)其他情事：檢察官因看報紙、看電視或因其他行政機關之移送而知有犯罪嫌疑者應即發動偵查。例如，檢察官於報紙上發現官員於決標案可能收受不法回扣，或上市公司可能從事內線交易，只要不是毫無根據的杜撰之言，即有發動偵查之義務，此稱為檢察官之自動檢舉。關於實務上之運作，最多因其他情事而發動偵查者，乃因行政機關之移送。

(六)結論：偵查發動之原因除法律有明文規定者外，乃採其他情事之概括規定，此乃因為法治國之

犯罪追訴機關須負擔犯罪追訴之義務，而不得僅憑藉個人之任意裁量而違反刑事訴訟法上此一法定性義務。

8. 刑事判決有形式判決與實體判決之分，其內容為何？兩者區分之實益何在？

答：

刑事判決依據判決內容係關於實體法上或訴訟法上之事項為標準，可以區別為實體判決與形式判決，依據刑事訴訟法（以下簡稱本法）之規定其意義、內容及區分實益如下。

(一)實體判決

1. 意義：

關於實體法上事項所為之判決。又發動刑事訴訟之目的乃在於確定對於起訴案件到底有無實體刑罰權及其範圍如何，此正係實體判決之內容，故學者通說以為，實體判決就是關於本案訴訟目的之裁判，另稱之為「本案判決」。

2. 內容例如：

(1)有罪科刑判決（本法第二百九十九條前段）

(2)有罪免刑判決（本法第二百九十九條後段）

(3)無罪判決（本法第三百零一條）

(二)形式判決

1. 意義：

關於訴訟法上事項所為之判決。因為通常係欠缺訴訟要件而無法進入本案之實體事項為裁判，故應以程序上理由終結訴訟，此無關於本案之訴訟目的，故學者通說以為形式判決中之不受理及管轄錯誤判決為「非本案判決」。惟通說亦以為，其中免訴判決因為所欠缺者係實體訴訟條件，涉及實體刑罰權有無之事項，故例外屬「本案判決」，乃實體關係之形式判決。

2. 內容例如：

(1)免訴判決（本法第三百零二條）

(2)不受理判決

a. 公訴不受理判決（本法第三百零三條、第一百六十一條第四項）

b. 自訴不受理判決（本法三百二十九條第二項、三百三十一條）

(3)管轄錯誤判決（本法第三百零四條、第三百三十五條）

(三)實體判決與形式判決之區別實益

1. 學者通說以為實體判決以經當事人言詞辯論為必要（本法第二百二十一條參見）；形式判決則得不經言詞辯論（例如本法第三百零七條）。至於是否有既判力，亦即一事不再理之效力，係屬於本案判決與非本案判決之區別實益。

2. 學者通說所以另區分本案判決與非本案判決，主要係免訴判決雖為形式判決，惟其因係實體刑罰權事項有無之判斷，而發生是否具一事不再理效力之爭議。就免訴判決之性質，學說上有所爭議，依刑事訴訟法三百零二條之規定，免訴判決情形如下：(1)曾經判決確定者；(2)時效完成者；(3)曾經大赦者；(4)犯罪後之法律已廢止刑罰者。就其規定而言，均涉及於實體刑法之事項，故就免訴判決是否發生實質確定力，學說上有四種見解：(1)單純形式判決說：此說認為免訴乃僅依起訴書之主張，得不經審判就可為判決，故為形式判決，但判決後不許再起訴，故有既判力。(2)實體關係之形式判決說：免訴判決雖係形成判決，但因欠缺實體的訴訟條件，故也有既判力。(3)實體判決說：免訴判決與無罪判決相同，乃牽涉實體公訴權之實體判決，故具有不許再起訴之效力。

(4)區分說：以確定判決而免訴者為形式判決，除此之外，均為實體判決。我國通說係採實體關係之形式判決說，而認為免訴判決有實體確定力，具有一事不再理之效力，為本案判決。

3. 惟有學者以為，即使實體判決者，亦有所謂得或應不經言詞辯論之諸多例外，例如第三審之判決（本法第三百八十九條）、簡易處刑判決（本法第四百四十九條）、協商程序判決（本法第四百五十五條之四），所以實體判決與形式判決之區分實益，應在實體確定力（既判力）之有無，因為實體判決係針對實體刑罰權有無之事項為判決，所以有既判力，生一事不再理之效力，形式判決係針對訴訟法上之事項為判決，所以不具既判力，不生一事不再理之效力。至於免訴判決具有一事不再理之效力，係因為免訴判決之原因事由而來，而非免訴判決本身，通說對於本案判決及非本案判決之區分並無必要。亦有學者認為，在強調判決之實體確定力之同時，是否應該同時審慎考慮，放寬再審救濟制度之要件，以使再審發揮真正之功能，而得以救濟司法之錯誤。

9. 何謂傳聞證據？該類證據有無證據能力？其理論依據為何？試舉五種情形說明之。

答：

(1) 所謂傳聞證據，簡言之，係指傳述他人見聞之證據。而英美法上較廣為接受的定義是「傳聞證據係指『審判外』所為之《陳述或發生之敘述性動作》，而提出於法庭『用來證明證明該陳述內容是否為真實的證據』」。

(二) 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。」，因此除非有例外規定，否則傳聞證據原則上並無證據能力；至於所謂例外規定，係指刑事訴訟法第159-1~159-5之明文。

(三) 學說上排斥傳聞證據之理由主要基於：

1. 傳聞證據之可信度低
2. 違背直接審理原則之要求
3. 剝奪對造之反對詰問權

(四) 茲舉述其情形如下：

1. 傳聞陳述：證人甲在審判期日外對於待證事實之供述。
2. 傳聞陳述：共同被告在審判期日外對於待證事實之供述。
3. 傳聞書面(他錄)：證人於審判期日外，經他人錄取其陳述而製成之書面證據。
4. 傳聞書面(自錄)：證人於審判期日外自製之書面，而提出於法院之證據。
5. 傳聞錄音：證人於審判期日外自行錄製之錄音帶，而提出於法院作為證據。

#### 10. 試說認罪協商之條件，協商之程序，協商之事項，協商成立

決書如何簡化，原被告可否對該判決聲請上訴？

答：

(一) 謂認罪協商者，係指在通常訴訟程序或簡易訴訟程序中，檢察官與被告針對科刑等事項達成協商之合意，由檢察官向法院聲請改依協商程序而為判決，法院於接受聲請而訊問被告及向其為權利告知後，如認案件與協商之法定要件相符，得不經言詞辯論，於當事人協商合意之範圍內為判決，原則上當事人對此協商判決不得上訴

(二) 認罪協商之要件(§455-2)

1. 適用前提—被告自白犯罪事實
2. 適用案件—非重罪案件

(1) 被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑『以外』之罪。

(2) 非高等法院管轄第一審案件。

3. 協商開啟

(1) 檢察官『得』詢問被害人之意見後，經『法院同意』，逕行於審判外與被告進行協商。

(2) 檢察官經被告或其代理人、辯護人之請求協商，經『法院同意』，於審判外進行協商。

4. 管轄法院—地方法院或地方法院簡易庭

5. 非不得協商之情形(§455-4 I)

原則上法院對於非重罪之案件，經檢察官聲請協商程序，該案件須非屬於不得協商之案件。遇有下列情形者，法院不得為協商。

(1) 被告撤銷協商之合意或檢察官撤回協商之聲請者。

(2) 被告協商之意思非出於自由意志者。

由於被告為認罪協商後，必須放棄接受通常審判程序獲得無罪判決之機會，因此法官在判決前應審查並確認被告與檢察官初步協商之合意係出於自由意願，否則不得為協商判決，以保被告之權益。

(3) 協商之合意顯有不當或顯失公平者。

法院認協議內容有違法或不當之情形，同理亦不得逕為協商判決，爰參考現行本法第451條之1第4項各款所定事由，並增加應諭知「免刑」之案件，亦不得為協商判決之規定，明定下列之各種不得為協商判決之情形。

(4) 被告所犯之罪非第455條之2第1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。

所謂法院認定之「事實」係指法院所認定之「犯罪事實」，至於雙方合意之「事實」係指賦予法律評價之法律概念事實而言，非指實際之具體犯罪事實亦可成為協商的對象。

(6) 被告有其他較重之裁判上一罪之犯罪事實者。

檢察官起訴或聲請簡易判決處刑之案件，如被告係犯數罪，且有裁判上一罪之關係，而被告僅就較輕之犯罪事實認罪，因被告尚有其他較重之犯罪事實，法院即不得為協商判決。

(7) 法院認應諭知免刑或免訴、不受理者。

6. 協商合意—經當事人之合意且被告認罪者

7. 協商聲請—書面或言詞

8. 協商判決聲請—由檢察官向法院聲請

9. 協商期間—30日

為避免訴訟程序因協商程序進行過久而有所延滯，協商期間允宜明確規範為30

(三)協商程序

法院應於接受前條之聲請後10日內，訊問被告並告知以下列事項，於確認被告係自願放棄權利者，始得作成協商判決：

1. 第95條之告知義務。

2. 所認罪名。

3. 法定刑。

4. 因適用協商程序所喪失之權利。

(1)受法院依通常程序公開審判之權利

(2)與證人對質詰問之權利

(3)保持緘默之權利

(4)不得上訴之權利

法院須告知如依協商合意而為判決時，除有第455條之4第1項第1款、第2款、第4款、第6款、第7款所定情形之一，不得上訴。

(四)協商事項

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。

(五)協商成立後判決書之簡化

依刑事訴訟法§455-9規定，協商判決，得僅由書記官將主文、犯罪事實要旨及處罰條文記載於宣示判決筆錄，以代判決書。

(六)原被告原則不可對該判決聲請上訴

1. 原則：對於認罪協商之科行判決，原則不得上訴。

2. 例外：有第455條之4第1項之下列情形，法院違反協商合意之範圍而為判決：

(1)被告撤銷協商之合意或檢察官撤回協商之聲請者。

(2)被告協商之意思非出於自由意志者。

(3)被告所犯之罪非第455條之2第1項所定得以聲請協商判決者。

(4)被告有其他較重之裁判上一罪之犯罪事實者。

(5)法院認應諭知免刑或免訴、不受理者。

11. 試說明現行刑事訴訟法對提自訴所加之限制。

答：

(一)對親屬自訴之限制

本法第321條規定：「對於直系尊親屬或配偶，不得提起自訴。」

(二)告訴對自訴之限制(§322)

依據本法第322條規定：「告訴或請求乃論之罪，已不得為告訴或請求者，不得再行自訴。」所謂『已不得告訴或請求』之態樣如下：

1. 告訴乃論之罪，逾越6個月告訴期間(§237 I)。

2. 撤回告訴之人，不得再行告訴(§238 II)。

3. 對配偶之通姦行為與以寬恕或允許(刑法§245 II)

4. 被害人已死亡者，其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬告訴。告訴乃論之罪，被害人明示表示不願告訴者(§233 II)。

(三)公訴優先原則(§323)

1. 同一案件經檢察官依第228條『開始偵查』後，不得再行自訴。但告訴乃論之罪經犯罪之直接被害人『合法』提起自訴者，不在此限(§323 I)。

2. 偵查開始後，檢察官知有合法自訴在先，或告訴乃論之罪之直接被害人已提起自訴者，應即停止偵查，將案件移送法院(§323 II)。

3. 所謂『開始偵查』，係指同一案件經檢察署「受理」案件「分案」後，不得再行告訴。

4. 自訴案件以『合法』自訴為前提。

#### (四)自訴對告訴之限制

1. 意義依據本法第324條規定：「同一案件經提起自訴者，不得再行告訴或為第243條之請求。」

##### 2. 限制理由

- (1)告訴權與自訴權不得同時行使。
- (2)避免一事二理。
- (3). 防止一案分辦，以免造成雙重追訴處罰。
- (4)避免檢察官無益之偵查。

##### 3. 效果—不得再行告訴

###### (1)主體限制

所謂『不得再行告訴』，在主體上之限制，有二種說法：

A. 限制所有告訴權人再行告訴若告訴權人誤為告訴，檢察官應依第255條第1項為不起訴處分。

B. 僅限制提起自訴之人再行告訴其他告訴權人再行告訴，檢察官應移請法院併辦。

(2)同一案件經合法自訴在先，不得再行告訴，若仍為告訴者，檢察官應為不起訴處分(§255 I)

12. 檢察官之不起訴處分於何時確定？又不起訴處分已確定者，於何種情況下，檢察官始得對於同一案件再行起訴？

答：

##### 一、不起訴處分確定時點

(一)檢察官之不起訴處分之確定時期，依不同之不起訴處分種類而有不同認定：  
無告訴人之案件：於不起訴（緩起訴）處分時確定，縱使告發人誤為再議之聲請，上級法院首席檢察官或檢察長亦為發回繼續偵查，仍無礙於原不起訴處分之確定，故仍有§260之適用。

(二)有告訴人之案件

1. 絕對不起訴處分：§252(1)~(10)

2. 相對不起訴處分：§253、§254

上述二者，如具備下述情形之一者，則不起訴處分確定：

(1)已逾越聲請再議 (§256 I) 之七日及交付審判 (§258-1 I) 十日之期間。

(2)撤回再議之聲請或於第一審辯論終結前撤回交付審判之聲請 (§258-2 I)。

(3)因不合法或無理由而駁回再議 (§258) 之聲請或交付審判之聲請者 (§258-3 II)。

3. 緩起訴處分：§253-1~253-3

除上述三項情形之外，還必須要緩起訴期間經過而無§253-3(1)~(3)之情形者，始得取得確定之效力。

##### 二、得對同一案件再行起訴之情形：

不起訴處分確定後，會取得形式確定力及實質確定力，因此若無§260各款事由，不得對同一案件再行起訴。而該條所規定得排除不起訴處分確定力之事由包含：

(一)發現新事實或新證據：此處須注意者，僅限於「實體事項」有關之不起訴處分始有實體確定力，且發生實體確定力之範圍應僅以「事實上」經實體不起訴之犯罪事實為限，而無相當於確定裁判之物之範圍之擴張效力，亦即僅包含事實上同一之情形，而不含法律上同一之實質上一罪、裁判上一罪之情形。此外，該新事實或新證據須是不起訴處分前未經發現，且足認被告以犯罪嫌疑即為已足，與再審不同，不需要以其確能證明犯罪為要件；又該新證據並不以發生於原處分確定後者為限，如不起訴處分確定後，因傳訊證人而發現新證據，仍屬本款規定之新證據；但不包含原處分認定事實錯誤或援用法律違背規定及法律變更等情形，亦不包含新頒之法令在內。

(二)有§420 I (1)、(2)、(4)、(5)所定得為再審原因之情形者。

13. A、B兩人通姦，B之配偶C事後知情，試就下列問題加以作答：

1. C於法定得告訴期間內，只對A提出告訴，偵查中檢察官應為如何之處置？

2. A事後向C道歉，並支付一筆損害賠償金，C遂撤回對A之告訴。偵查中檢察官應為如何之處置？審判中（第一審辯論終結前）法官應為如何之處置？

3. 若C同時對A、B提出告訴，因事後B甚表悔悟，C遂撤回對B之告訴。偵查中檢察官應為如何之處置？審判中（第一審辯論終結前）法官應為如何之處置？

答：

1. C告訴A後，檢察官對A及B皆得起訴。依刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）第239條第

1 項本文規定：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。」是故，當有告訴權人C對於共犯提起告訴時，效力會及於其他共犯B。於學說及實務上，稱之為告訴的主觀不可分效力。

是故，於本例中，C對於提起告訴後，因為告訴之效力也會及於B，A及B之起訴條件都會齊備，所以檢察官得起訴A及B。

2. C對於A撤回告訴後，檢察官對於A及B皆不得起訴。依刑訴法第239條第1項：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。但刑法第二百零三條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」亦即，配偶C對於相姦人A撤回告訴，撤回之效力會及於通姦之配偶B。

是故，檢察官會因為起訴條件的欠缺，而不得起訴A及B。C撤回後，實務上認為，檢察官並不需要為任何處置。因為，刑訴法第252條第5款所稱：「告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者。」是指告訴，撤回後再告訴，檢察官應為不起訴處分。

3. C對於B撤回告訴後，檢察官仍得起訴A。依刑訴法第239條第1項：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。但刑法第二百零三條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」是故，配偶撤回對於通姦之配偶B之告訴後，撤回之效力並不及於相姦人A。C對於A，仍有合法之告訴。是故，檢察官仍得對於A提起合法有效之起訴。檢察官對於B，得不為任何之處置。若是於審判中撤回，法院對於B，也不需為任何之處置。理由則同前所述。不過，學說上有認為，這時候的檢察官應依刑訴法第252條第5款為不起訴處分；法院應依刑訴法第303條第3款為不受理判決，亦值得注意。

#### 14. 刑事訴訟法何以禁止一造缺席裁判？又禁止一造缺席裁判之原則有那些例外？

答：

我國刑事訴訟法採調查原則。刑訴法第163條第二項規定：「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被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」，也就是說，原則上不得因當事人的缺席而生遲誤的效果。法院必須要於當事人都在場的情形下，方得為審判。這也是為了建構一公平之法院。

依刑訴法，可為一造缺席判決的情形只有：

1. 刑訴法第294第3項，被告心神喪失，或因疾病而不能到庭而顯有應諭知無罪或免刑判決者。
  2. 刑訴法第305 被告拒絕陳述或未經許可而退庭。
  3. 刑訴法第306 應科拘役、罰金或諭知免刑或無罪判決的案件，被告經合法傳喚而不到庭。
  4. 刑訴法第331 自訴代理人經兩次合法傳喚，無正當理由不到庭。
  5. 刑訴法第371 上訴二審案件，被告經合法傳喚而無正當理由不到庭者。
15. 為保障被告之訴訟權利，訊問被告於人別辨明後，應先告知那些事項？如漏未踐行告知程序，對於按件有何影響？

答：

刑事訴訟之任務，在於發現真實，避免於訴訟過程中，過度侵害個人利益及公共利益，並禁止不顧一切手段發現真實，保障人權。故為調節國家與被告間之實力差距，及實踐國家機關與被告之照料義務，課與偵審機關第九十五之告知義務，使被告知悉其所享有之訴訟法上權利，以便其行使權利。

(1) 依刑事訴訟法第九十五條之規定，訊問被告應告知下列事項：

- 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。

(二) 違反告知義務之效果

1. 作為上訴第三審之理由

蓋未踐行告知義務乃屬訴訟程序之違法，且被告未知全對處境所為陳述，對於被告之防禦權與法之審理結果不得不謂無影響，故屬訴訟程序之違法得上訴第三審，實務見解八十七年台上四一四0判決也採此見解。

4. 禁止使用因此取得被告之自白

依刑事訴訟法一五八之二第二項之規定明定檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘

提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白及陳述係出於自由意志者不在此限。  
至於違反同條第一款及第四款者，蓋法律未明文規定，適用一五八條之四審酌人權保障及公共利益之均衡維護，為證據能力有無之認定。

16. 依刑事訴訟法規定，司法警察在何種情形下所為之搜索扣押毋需搜索票？試分別論述之。

答：

(一)附帶搜索：

檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。

(二)逕行搜索：

有左列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：

- 一、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確實在內者。
- 二、因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。
- 三、有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。

(三)緊急搜索：

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、湮滅或隱匿之虞者，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。

(四)同意搜索：

搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。

(五)附帶搜索：

檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索或扣押時，發現本案應扣押之物為搜索票所未記載者，亦得扣押之。

第一百三十一條第三項之規定，於前項情形準用之。

(六)另案搜索：

實施搜索或扣押時，發現另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。

17. 司法警察為偵查犯罪，試問：

(一)於何條件下，得逕行拘提犯罪嫌疑人或被告？

(二)於執行拘提後，應如何處理？

答：

(一)依刑事訴訟法第八八條之一第一項規定檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：

- 一、因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。
- 二、在執行或在押中之脫逃者。
- 三、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一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限。
- 四、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，嫌疑重

大，有事實足認為有逃亡之虞者。

故司法警察為偵查犯罪，有上開情形之一且情況急迫者，得逕行拘提被告或犯罪嫌疑人。

(二) 依刑事訴訟法第八八條之一第二項後段規定前項拘提，由檢察官親自執行時，得不用拘票；由司法警察官或司法警察執行時，以其急迫情況不及報告檢察官者為限，於執行後，應即報請檢察官簽發拘票。如檢察官不簽發拘票時，應即將被拘提人釋放。

故司法警察應依刑事訴訟法第八八條之一第一項執行拘提後，應依上開條文規定處理。

18. 二〇〇四年三月十三日清晨，酒店老闆張三被發現死於辦公室。依據現場重建，張三應該是邀兇手入室，遭兇手從後方開槍射殺。現場並無打鬥跡象。警方於三月十五日接獲密報，商人李四在最近與張三常有嚴重爭執。警方於是對李四展開調查，李四矢口否認他與案情有何關係，可是無法提出不在場證明。辦案警官甲因而請李四不要離開所在地，以便調查。甲稍後得悉，李四極可能於三月十七日至十九日之間出境。甲於是向檢察官聲請，對李四搜索扣押，以確定李四行蹤並發現行兇槍枝。問檢察官是否可以核發搜索票？

答：

(一)所謂搜索，係指以「發現被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物」為目的，而對於被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其它處所，施以搜查檢索之強制處分。

(二)搜索之強制處分，是一種干預人民基本權之公法行為，對於憲法所保障知人民自由及全力造成重大影響。故偵查中搜索決定權改由法院決定，檢察官、檢察事務官、司法警察(官)警保留有限度之無票搜索，但仍須受法院之事後審查。所以刑事訴訟法第一二八條第三項、第四項規定：「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。核發搜索票之程序，不公開之。」

(三)故偵查中檢察官認有搜索之必要者，除第一三一條第二項所定情形外，應以書面記載、敘明理由，聲請該管法院核發搜索票。

19. 甲涉嫌竊盜，檢察官偵查終結後，可能為「便宜不起訴」也得為「緩起訴處分」，但是更有可能循「簡易程序協商」來終結案件，請說明這三種制度的適用前提及法律效果，有何不同。

答：

相對於起訴法定原則，起訴便宜元則准許檢察官在案件合乎起訴要件時，期可依照和目的性的考量，依其才量自行權衡案件宜否提起公訴。我國刑事訴訟法基於比例原則、平等原則、訴訟經濟原則及採起訴便宜原則，故檢察官偵查終結後，可能為便宜不起訴、緩起訴、簡易程序協商來終結案件，為此三種制度有下列之不同：

(1)就適用前提而言

1. 便宜不起訴處分：

包括第三七六條所規定之輕微案件(第二五三條)、對於執行刑無實益之案件。

2. 緩起訴處分：

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。

3. 簡易程序協商處分：

第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存之證據，以足認定其犯罪之案件。

(二)就法律效果而言：

1. 便宜不起訴處分：

(1) 羈押之被告不起訴處分者，視為撤銷羈押，且扣押物，除別有規定外，應即發還。

(2) 不起訴處分已確定者，分有第二六〇款各款情形，不得對於同一案件再行起訴。

2. 緩起訴處分：

(1) 羈押之被告受緩起訴之處分者，視為撤銷羈押，且扣押物除別有規定者外，應即發還。

(2) 緩起訴處分期滿未經撤銷者，飛有第二六〇條各款情形，不得對於同一案件，再行起訴。

3. 簡易程序協商處分：

(1) 法院除第四五一條出一第四項各款所定之情形之外，法院應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決。

(2) 倘法院依第四五一條出一請求所為之科刑判決，不得上訴。

20. 甲涉嫌販賣槍枝於晚間為警逮捕，隨即警察人員對甲進行相關偵查。

試問：甲接受警察人員偵查（偵訊）時，依刑事訴訟法規定，得主張何種權利？

答：

（一）人別訊問權：

訊問被告，應先詢其姓名、年齡、籍貫、職業、住所或居所，以查驗其人無錯誤，如係錯誤，應即釋放。甲得依該條規定請求警察人員查驗其身份是否錯誤，如係錯誤，應即釋放。

（二）應先告知事項權：

訊問被告或犯罪嫌疑人 應先告知下列事項：

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。

（三）罪嫌之辨明權：

訊問被告，應與以辯明犯罪嫌疑之機會；如有辯明，應命就其始末連續陳述；其陳述有利之事實者，應命其指出證明之方法。

（四）正當方法訊問權：

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。

（五）陳述記載權：

被告對於犯罪之自白及其他不利之陳述，並其所陳述有利之事實與指出證明之方法，應於筆錄內記載明確。

（六）通譯使用權：

被告為聾或啞或語言不通者，得用通譯，並得以文字訊問或命以文字陳述。

（七）訊問錄影、錄音權：

訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。

筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符者，除有前項但書情形外，其不符之部分，不得作為證據。

（八）禁止夜間訊問權：

司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。

一、試就民國九十一年剛修正之刑事訴訟法第一六一條及第一六三條說明檢察官之舉證責任與法院職權調查之範圍有何重大改變？

答：立法院會於九十一年一月十八日凌晨，三讀通過「刑事訴訟法修正草案」，對現行刑事訴訟制度產生大幅變革，從目前的職權進行主義將改為較朝向當事人進行主義方式前進。

修正前刑事訴訟法先於§161 規定：「檢察官就被告犯罪事實，有舉證責任」，復於§163 規定：「法院因發現真實之必要，應依職權調查證據。」因此學者及實務界，將§161 解釋為檢察官僅負有形式舉證責任，只要舉證致使法院得有合理之懷疑即為已足（參修正前立法理由），檢察官之舉證責任已盡，法院為發現真實，仍應依職權調查證據。實務操作之結果，往往使檢察官忽略其說服責任，蒞庭實行公訴更常以「如起訴狀所載」及「請依法判決」等十一字箴言敷衍了事。

而依新修正之刑事訴訟法§161 I 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；而法院之因發現真實之必要，「應」依職權調查證據義務，也依新修正之刑事訴訟法§163 II 規定，改為「得」依職權調查證據，惟於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院才「應」依職權調查之。前者僅屬於輔助性、補充性之調查，後者，才屬法院主動依職權發動調查事項。

據此，爾後由檢察官負提出證據及說服責任，法院不再接續檢察官主動蒐集犯罪證據之工作，新法要求檢察官就被告犯罪事實，應負實質舉證責任，並指出有關證明方法，亦即不利於被告證據資料的提出及說明，原則上須委諸檢察官職權的行使，法院並不主動介入蒐集及調查，而係居於客觀、公正、超然之立場，進行法庭之審理工作，如此法院與當事人才不會處於對立的地位，法院才不會被譏為球員兼裁判，其判決才能獲得當事人的信服，進而實現公平法院的理想。

二、判決可分為形式判決與實體判決、非本案判決與本案判決，其標準與區別實益何在？

答：形式判決與實體判決：

所謂形式判決，係指關於訴訟法上事項（程序上事項）所為之判決，如免訴、不受理、管轄錯誤判決。

所謂實體判決，係指關於實體法上事項所為之判決，如科刑、免刑、無罪之判決。

形式判決，僅為形式審理，得不經當事人言詞辯論；而實體判決，需經實質審理，以經當事人之言詞辯論為原則（§221）。

非本案判決與本案判決：

所謂非本案判決，係指非關於訴訟目的之判決，亦即非為確定訴訟內容之判決，如不受理、管轄錯誤判決。

所謂本案判決，係指關於訴訟目的之判決，亦即藉以確定訴訟內容之判決，確定刑罰權之存否及其範圍之判決，如科刑、免刑、無罪、免訴之判決。

非本案判決，有形式之確定力，但無實質確定力，故無一事不再理原則之適用；本案判決有形式確定力，亦有實質確定力，有一事不再理之適用，故一經本案判決，檢察官即不得再行起訴，被害人亦不得再行自訴。

三、試述違法搜索罪之構成要件。

答：違法搜索罪係指刑法§307「不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機者，處二年以下有期徒刑，拘役或三千元以下罰金」，其構成要件為：

客觀要件：

行為主體：

實務上認為本罪之行為主體限於有搜索權限者，包括決定搜索於執行搜索之人。如法官、檢察官。若無搜索職權之一般人民侵入他人住宅擅行搜索，應僅成立無故侵入住宅罪（參32非265）。故而，依實務見解，本罪成為瀆職罪之一種（參司法行政部研究室台58研發字第075號函之1）。

學說上則認為本罪並非列在瀆職章，故並非瀆職罪之一種，且因本罪所保護者為自由法益，一般人民亦可能侵害到他人之自由法益，故本罪之行為主體非僅限制在有搜索權限之人，亦應包括無搜索權限之人。若公務員假借其職務上權力、機會或方法犯本罪者，應依刑法§134加重其刑。

不依法令：

不依法令，係指依整個法律體系觀察，必須完全地依法，包括程序上正當。其態樣有二：

無法令上之依據而擅行搜索，如為取得犯罪證據，私自闖入他人住宅翻箱倒櫃。

雖有法令上之依據，但未依法定程序搜索，如司法警察違反搜索婦女身體之限制或違反夜間搜索之限制（刑訴§§123、146 I）。

搜索他人之身體、住宅、建築物、舟、車或航空機：

實務上認為本罪限於有搜索權人始能成立，故所謂搜索係指依刑事程序法（如刑事訴訟法、軍事審判法）所規定，基於發現犯罪嫌疑人或被告本身、或其犯罪證據之目的，對於一定之人、物或處所，所實施之強制處分行為（狹義搜索）（26滬上57）。

學說上則認為本罪之行為主體包括無搜索權之人，故所謂「搜索」係指一切對人之身體、物品、處所，所實施之搜索行為，至其搜索之目的，則無限制（廣義搜索）。

主觀要件↓故意

本罪為故意犯，必須對搜索之事實有直接故意或未必故意方成立本罪。

四、警察於巡邏時，發現前行之車輛走走停停有異狀，經透過查詢得知，該車輛為贓車，試問依刑事訴訟法之規定，對該行為警察如何舉發？

答：警察，依刑事訴訟法§231 I 「為司法警察，應受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪」。

依同條II之規定，司法警察知有犯罪嫌疑，應報告該管檢察官或司法警察官（§§229、230）。且為偵查犯罪之需要，得不待檢察官或司法警察官之命令，逕行調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據。

警察於巡邏時，發現前行之車輛走走停停有異狀，經透過查詢得知，該車輛為贓車，應依刑事訴訟法

§231 II 之規定，報告該管檢察官或司法警察官以舉發犯罪。

#### 五、何以被告應受無罪推定，試予析述。

答：啟蒙時期前之訴訟程序採「糾問模式」，係指法官得主動依職權調查犯罪、蒐集證據，以發現犯罪者。被告在此種訴訟程序中僅是被審訊之客體，不具主體地位，更遑論任何訴訟程序上應有之保障。

亦即，在採取糾問模式之集權封建體制中，其刑事訴訟程序實行有罪推定，被告在未確定有罪之前，就被視為罪犯看待，被告不供認自己有罪，就要受到刑訊拷問，若不能證明自己無罪，就以有罪論處，被告在此司法審判中，僅係處斷之客體。同時，在此審訊模式下對犯罪事實之認定，存乎裁判者一心，其主觀心證與客觀事實情狀是否一致，就程序而言，並不重要，縱使被告僅有犯罪嫌疑，裁判者亦可藉由其他方式認定被告犯罪事實成立。裁判者對犯罪事實之成立於否、處罰之輕重，得以任意取捨，根本上係一「恣意程序」，當然亦無所謂「無罪推定」之概念。而此種有罪推定與罪刑擅斷之刑事司法程序，深受啟蒙運動思想的挑戰。

在啟蒙思想影響下，認為人不應淪為程序處理的客體，人的基本權利與人性尊嚴，在任何情況下皆應受到尊重。因此，在訴訟程序上，其主體性地位亦應獲得肯定，即應具有積極之訴訟地位。同時，事實之認定應有客觀的基礎，以限制裁判者心證之形成，防止其恣意與專擅。當被告犯罪事實無法證明時，應認為犯罪事實不存在，藉此廢棄集權審訊下之「嫌疑刑罰」及「存疑判決」。由對人權、人性尊嚴保障之理念出發，進而對集權審訊專擅之反動，確立了刑事司法上之「無罪推定」原則。

最早表述「無罪推定」思想者為義大利法學家，同時也是啟蒙思想家的貝加利亞，1789年法國「人權宣言」第九條規定：「任何人在其未被宣告為犯罪之前，應當被推定為無罪，即使認為必須予以逮捕」，則係最早將無罪推定原則加以立法確認。自十九世紀中葉以後，此一原則漸次受到許多國家在其訴訟理論或實踐上之重視與確認。二次世界大戰後，國際社會體認到專制政權的慘痛經驗，更加重視人權之保障，因而使得無罪推定原則成為世界性之刑事訴訟法發展趨勢，1948年12月10日聯合國大會通過的世界人權宣言第十一條第一款：「凡受刑事控告者，在未經依法公開審判證實有罪前，應視為無罪，審判時並需予答辯上所需之一切保障。」係國際社會上首度關於無罪推定原則之立法明文。我國亦於92年修法時明文規定於§154 I「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」

無罪推定原則之基本涵意為：有權確定被告有罪之機關為法院，而在法院依法對被告為裁判之前，應推定被告為無罪；證明被告有罪之舉證責任在提出控訴之一方，被告並無證明自己無罪之義務，因此不得強迫被告自證有罪；對被告犯罪之證據存有懷疑時，應為有利於被告之解釋；若不能證明有罪，則應認為被告為無罪，即「疑罪從無」，不得做出存疑判決。易言之，唯有法院有權對被告有罪與否作裁判，而在法院判決前，應認為被告無罪。並且，若對被告犯罪事實之成立，未能明確證明，則需作有利被告之認定，即應判決被告無罪。

#### 六、被告以外之人於司法警察調查中所為之陳述，可否採為證據？試說明之。

答：被告以外之人於司法警察調查中所為之陳述，即所謂之「警訊筆錄」，可否做為證據使用，此涉及刑訴§159之定性問題。亦即，刑訴§159究屬直接審理原則之規定，抑或是傳聞法則之規定。

在92年修法前，雖有學者認為刑訴§159為傳聞法則之規定，但依實務及通說見解概認為§159為直接審理原則之規定。因此，被告以外之人於司法警察調查中所為之陳述，如被害人於警局中之陳述，具有證據能力，得於審判中做為證據使用；至其證明力如何，則由法院依自由心證判斷之（參71台上6140、72台上1203）。

上述實務見解引發學者熱烈討論，認為容許警訊筆錄做為證據，係僅重視「形式之直接審理原則」，忽視「實質之直接審理原則」；且檢警機關偵查犯罪之職權並不意味能取代法院對證人之直接審理，否則無異走向糾問制度；此外，相較於檢察官之訊問證人，司法警察（官）無命證人具結之權，自無法擔保陳述之可靠性，本法亦無規定司法警察（官）應給予被告詰問及陳述意見之機會（參刑訴§248）。故不應承認警訊筆錄之證據能力。

而在92年刑訴修法後，已改採傳聞法則，用以保障被告之反對詰問權，刑訴§159 I 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，不得做為證據。」換言之，被告以外之人於審判外所為之陳述，除符合法律之例外規定外，不得做為證據使用。而所謂「法律有規定」，修正理由中明白指出係指本法§§159-1至159-5、206、性侵害犯罪防治法§15 II、而同級少年性交易防治條例§10 II、家庭暴力防治法§28 II、組織犯罪防治條例§12及檢肅流氓條例中有關秘密證人筆錄等多種刑

事訴訟特別規定之情形。

因此，被告以外之人於司法警察調查中所為之陳述，如符合上述例外規定之要件，則得於審判中做為證據。例如：被告以外之人於審判中死亡，而其於司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信性，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據（刑訴§159-3）。否則，該陳述即因違背傳聞法則，不具證據能力，不得做為證據使用。

惟須注意者，刑訴§159 I 所規定之傳聞法則，於簡式審判程序、簡易判決處刑者，關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，均不適用之（刑訴§159 II）。

七、警察甲與乙巡邏時，發現某棟大樓人員出入異常，且出入者各個衣著時髦，門口皆有人為之接送。當下，甲、乙兩人判斷該處應為高級應召站無誤，經向分局報備後，隨之直接衝入搜索。其結果，發現該處為一專以時尚婦女為主之職業詐騙賭場，逮獲主持者與多名賭客外，並取出多項賭具與籌碼賭資。試問甲、乙搜索行為之合法行為為何？取得之相關賭博證據，其法律效果為何？

答：搜索之強制處分，是一種干預人民基本權的行為，對於憲法所保障之人民之自由及權利，如：居住自由、通訊自由、財產權、隱私權等均造成重大影響，因此，一般民主國家對搜索均採「令狀原則」之正當程序。換言之，凡是搜索均應事先由搜索人聲請法院核發搜索票（法官保留原則），方得依搜索票記載之事項進行搜索，我國法亦然。不論是偵查中或審判中，有關搜索之決定權保留給法院行使，檢察官僅有聲請權（刑訴§§128、128-1）。惟為偵查犯罪之需要，本法亦保留有限度之無票搜索（無令狀搜索），但須受法院之事後審查。依現行法規定，無票搜索之情形有三：附帶搜索（§130）。緊急搜索（特許搜索）（§131 I II）。同意搜索（§131-1）。

本題中，甲、乙二人未持搜索票即進行搜索，雖與搜索所採行之「令狀原則」有所不符，但若符合無票搜索之要件，仍不失為合法搜索。而無票搜索中之附帶搜索，係以合法拘捕為前提；同意搜索，係以受搜索人出於任意性之同意為前提，二者皆無法適用於本案，故僅須就緊急搜索之要件加以檢討。

刑訴§131 所規定之緊急搜索，不論是第一項為緝捕或發現被告、犯罪嫌疑人所為之拘捕搜索，或第二項係為保全證據所為之緊急搜索，蓋皆以情況急迫不及聲請搜索票之情形為限。而本案中，甲乙二人於巡邏時發現大樓人員出入異常，認為有經營應召站之嫌，就題意觀之，應無情況急迫不及聲請搜索票之情形。故甲乙二人之搜索行為，違反搜索之令狀原則下，亦不符無票搜索之要件，應認甲乙二人之搜索行為不合法。

而依此違法搜索所取得之賭具或籌碼賭資，可否做為證據使用，此涉及「證據排除法則」之問題。在證據排除法則下，非供述證據之蒐集過程，雖違反法定程序，但因證物之型態並未改變，尚不生不可信之問題，故依刑訴§158-4 是否排除使用該證據，應審酌人權保障與公共利益之均衡維護定之。

本題中，甲乙二人所為之搜索行為，並無法官核發之搜索票，亦不合乎任何無票搜索之要件，係屬無權搜索，嚴重牴觸法官保留原則與法律保留原則。因此，審酌人權保障與公共利益之均衡維護，甲乙二人所取得之相關賭具與籌碼賭資，法官皆不得做為證據採用，以遏止警察恣意違法之搜索行為。

八、嫌犯丙被懷疑涉及多項竊案，經警逮捕到案。接受訊問時，在警察說服下，丙表明放棄緘默與不用聘任律師。偵訊至下午五點，警察告知丙，偵訊快結束，是否同意夜間詢問。丙深信不疑而同意夜間詢問。不料偵訊至半夜，丙受不了，要求聘任律師與撤回同意夜間詢問。試問丙之要求與撤回行為，在理論與實務上，有何法律上之效果？

答：緘默權與律師依賴權皆為被告訴訟防禦權之重要內容，被告可於訴訟程序進行中主張其權利，亦可放棄權利之保障。惟被告就權利保障之放棄，須出於自願、任意，方屬有效之放棄。換言之，被告若係出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正之方法而放棄其訴訟上之防禦權，不生有效放棄之效力。

就題意觀之，本題中丙係在警察說服下表明放棄緘默權與辯護人依賴權之保障，丙之放棄雖係出於警察之說服，但該說服只要未達強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正之方法，並非非法所禁。故認為丙之放棄為有效之放棄，而警察在此情形下所為之詢問，並無不法。

司法警察（官）對犯罪嫌疑人之詢問，原則上不得於夜間行之（刑訴§100-3）。且關於夜間詢問之禁止，並無類似刑訴§146 III 之規定（日間已開始搜索或扣押者，得繼續至夜間），故縱使丙係於日間即開始接受偵訊，至日落後（刑訴§100-3 III），仍應停止偵訊。惟刑訴§100-3 亦有四款例外規定，如符合該規定之要件，則例外得於夜間訊問之（刑訴§100-3 I 第一款至第四款）。本題中，偵訊至下午

五點時，警察曾就是否同意於夜間詢問一事告知丙，丙亦同意之，即符合刑訴§100-3 I 第一款之要件「經受詢問人明示同意者」，故警察繼續偵訊至夜間之行為，亦無不法。

前已述及被告之緘默權與律師依賴權，為被告重要之訴訟上防禦權，被告可出於自願明示放棄，但亦可隨時撤回其放棄之意思表示。亦即，被告於放棄緘默權與律師權之保障後，亦可隨時撤回其放棄之意思表示，而重新獲得緘默權與律師權之保障。一旦被告為撤回放棄之意思表示後，司法警察應立即停止偵訊，且在律師到達前，亦不得進行偵訊，否則該偵訊行為即屬不法。故丙在偵訊中要求聘任律師與撤回夜間詢問之同意，司法警察即應停止偵訊，不僅係不得於夜間偵訊，且於丙之辯護人到場前，不得進行偵訊。

換言之，丙之要求行為與撤回行為，可產生停止偵訊之效果，若警察不為停止行為，仍繼續偵訊，即屬違法，依刑訴§158-2 I 之規定，因此取得之丙之自白或其他不利陳述，不得做為證據。

九、甲至A百貨公司購物，因店員乙適與男友丙聊天中誤會甲行竊，甲為免誤會迅速離去，乙誤以甲逃跑，乃追呼其為小偷，甲旋被附近巡邏警員丁逮捕，甲憤而誣指丙為共犯，丁乃急告同行警員戊前往丙宅，於丙臥室內加以逮捕，並將丙購自A公司之襯衫一件以贓物加以扣押，問丁、戊之逮捕、搜索及扣押是否合法，請詳述其理由。

答：

逮捕

丁逮捕甲之行為：合法。

依題意所示，乙誤會甲偷竊，於甲離去時，誤認為甲要逃跑，乃追呼其為小偷，甲旋被巡邏員警丁逮捕，依刑訴§88 III，被追呼為犯人者，為準現行犯，而依同條第一項之規定，現行犯不問何人得逕行逮捕之，故枝丁之逮捕行為係屬合法。

戊逮捕丙之行為：合法。

依刑訴§88-1，檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有法定原因而情況急迫時，得不用事先聲請拘票而逕行拘提。本條用語雖是「逕行拘提」，但卻屬在緊急狀況下無須拘票之不要式之逕行逮捕，其法律性質應屬逮捕，而非拘提。依現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者，即屬逕行逮捕原因之一。本款中所謂「現行犯」，雖有學者主張理論上應不包括準現行犯，惟實務上似認包括在內（檢查機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第15項）。故甲因準現行犯身分被逮捕後，誣指丙為共犯，戊隨即前往丙宅，將丙逮捕，應屬合法之處分。

搜索：合法

於執行逕行逮捕時，可附隨執行緊急搜索（刑訴§88-1 III、§130）。亦即，司法警察或司法警察官執行逕行逮捕時，雖無搜索票，亦得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及立即可觸及之處所。惟須注意者，如無合法之逮捕（如§75經傳喚之拘提、§76不經傳喚之拘提、§88-1 I 之緊急逮捕、§87 I 通緝犯之逮捕、§88 I 現行犯之逮捕、§228 IV 為羈押目的之逮捕等），即不得為§130之緊急搜索。是警員戊在合法逮捕丙之時，於丙臥室搜得購自A公司之襯衫一件，應為合法之搜索。

扣押：合法扣押，係指為保全可為證據或得沒收之物，而對其取得占有之強制處分。扣押往往伴隨於搜索之後，本法並未對扣押單獨規定扣押令狀，因此所謂「有令狀扣押」，係指緊接於有令狀之搜索，並且所扣押者屬於搜索票所記載之應扣押之物（§128 II），亦即，搜索票同時是扣押令狀。扣押之合法性，取決於搜索之合法性及扣押之合理根據。本題警員戊所為之搜索，係屬無令狀之搜索，依刑訴§131 II、§137 I、§152，亦得為無令狀之扣押。在無令狀搜索之情形，執行搜索機關即為扣押之決定機關，只要發現可為證據或得沒收之物，即得扣押之，故警員戊執行無令狀搜索時，亦有扣押之決定權限。本題扣押之襯衫，並非搜索之標的，而屬意外發現之本案應扣押物，則應引用附帶扣押（刑訴§137）之規定為扣押之依據。綜上，警員戊扣押該襯衫之行為，應屬合法之扣押。

十、竊案發生，警方調查結果發現某甲涉嫌竊盜，將甲移送地檢署。檢察官認為甲有羈押的原因，但無羈押的必要時，應如何處置？

答：

羈押係將被告拘禁於一定場所，防止被告逃亡及保全證據，使其在刑事程序中，得以始終在場，以確保刑事程序進行之強制處分。羈押，於法院訊問被告後，於有法定羈押原因（刑訴§101 I、§101-1 I），且有羈押必要時（即非予羈押顯難進行追訴、審判或執行）時，始得為之。

羈押之決定機關，唯法院始能行之，檢察官無羈押權，僅有聲請法院羈押之權，且僅有檢察官始有聲請法院羈押被告之權，司法警察人員並無權逕行聲請法院核發押票。

為求有效保障被告之人身自由，在偵查階段（不包括審判階段）羈押被告前，須先經合法拘提或逮捕被告之程序，即所謂「拘捕前置原則」。在拘捕前置原則下，檢察官接受司法警察（官）解送之被告，或私人逮捕而送交之通緝犯、現行犯，應即時訊問，訊問後有羈押之必要，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請法院羈押（刑訴§93Ⅱ），未經聲請者，不論有無羈押之必要，均應將被告釋放（§93Ⅲ前）。如檢察官認為有羈押原因之一，但無羈押之必要者，得逕命具保、責付或限制住居，而釋放被告，但如不能具保、責付或限制住居，仍得聲請羈押（§93Ⅲ後）。

如題意所示，竊案發生，警方調查結果發現某甲涉嫌竊盜，將甲移送地檢署。檢察官認為甲有羈押的原因，但無羈押之必要時，檢察官得逕命具保、責付或限制住居，而釋放被告，但如不能具保、責付或限制住居，仍得聲請羈押。

十一、二〇〇四年三月十三日清晨，酒店老闆張三被發現死於辦公室。依據現場重建，張三應該是邀兇手入室，遭兇手從後方開槍射殺。現場並無打鬥跡象。警方於三月十五日接獲密報，商人李四在最近與張三常有嚴重爭執。警方於是對李四展開調查，李四矢口否認他與案情有何關係，可是無法提出不在場證明。辦案警官甲因而請李四不要離開所在地，以便調查。甲稍後得悉，李四極可能於三月十七日至十九日之間出境。甲於是向檢察官聲請，對李四搜索扣押，以確定李四行蹤並發現行兇槍枝。問檢察官是否可以核發搜索票？

答：

搜索與扣押的發動，依刑事訴訟法舊有之規定，在偵查中由檢察官決定；審判中由法官決定。惟因民國八十九年底，發生檢察官搜索立法院及中時晚報之事件，立法院遂於次年修正通過搜索的相關條文，將搜索權之發動，不論偵查階段或審判階段，均交由法院決定。

配合搜索由法官決定之意旨，偵查中檢察官認為有搜索必要者，除有急迫情形外（刑訴§131Ⅱ），應以書面記載刑訴§128Ⅱ各款事項，並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票。司法警察因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認為有搜索必要時，亦得依前項規定，報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票。

依題意所示，本案警官甲向檢察官提出聲請對李四搜索扣押，以確定李四行蹤並期發現行兇槍枝時，應報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票，檢察官不可直接核發搜索票。若甲之聲請經法院駁回時，甲不得聲明不服（刑訴§128-1）。

十二、甲涉嫌販賣槍枝於晚間為警逮捕，隨即警察人員對甲進行相關偵查。試問：甲接受警察人員偵查（偵訊）時，依刑事訴訟法規定，得主張何種權利？

甲表示不願夜間接受偵訊，在無「得於夜間偵訊之例外」情形下，警察人員強行所為之偵訊結果，其證據能力為何？

答：

得主張之權利：受告知權與聽聞權（§§95、96）。未盡告知義務所為之判決，如於判決有影響者，其判決違背法令；如於判決無影響者，僅係訴訟程序違背法令。

緘默權（§95第二款）。緘默權之範圍限於與犯罪事實相關之事項，被告之姓名、年籍等資料，僅係人別之陳述，並不足以使被告受不利之認定，故緘默權之範圍不包括「被告之姓名年籍」。

予以被告辯明之機會（§§96、100）。被告有數人時應分別訊問（§97、§184）。應告知得提出有利之證據（§288-1）。

得請求即時受詢問（§100-3）。

司法警察（官）原則上不得於夜間進行詢問。稱夜間者，為日出前，日沒後。因司法警察（官）夜間不得詢問，故夜間不得詢問之時間不計入二十四小時內（刑訴九

三之一Ⅰ）。

在無「得於夜間偵訊之例外」情形下，警察人員強行所為之偵訊結果，係違背刑訴第一百條之三第一項之規定，所取得之被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得做為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限（刑訴一五八之二Ⅰ）。

十三、搜索分為「搜索票搜索」與「無搜索票搜索」兩種。試問：依刑事訴訟法規定，「無搜索票搜索」有幾種？

承之分類，「無搜索票搜索」中，警察人員於執行勤務時得以直接執行者，其種類為何？請詳述理由分析之。

答：

無搜索票搜索：附帶搜索 (§130)

附帶搜索之範圍：

逕行搜索被告或犯罪嫌疑人之身體，包括衣服、及其隨身攜帶之物件。

逕行搜索被告或犯罪嫌疑人所使用之交通工具，以被告或犯罪嫌疑人所能立即控制之範圍為限，包括汽車前座置物箱。

逕行搜索被告或犯罪嫌疑人立即可觸及之處所，此係源自美國搜索實務之「立即控制原則」，即被拘捕人可能取得兇器或證據之範圍，不限於在被告或犯罪嫌疑人身上。

拘捕或發現嫌犯之緊急搜索（拘捕搜索、特許搜索） (§131 I ) 依刑訴§131 I 所為之搜索，係在搜索「人」，而非搜索「物」。亦即，係以緝捕嫌犯或發現現行犯為目的。因此依本條所為之搜索，僅能對被告或犯罪嫌疑人可能藏身之處所逕行搜索之。例如：人可能藏在書桌下、衣櫥內，但人不可能藏在抽屜中，因此，可搜索書桌下或衣櫥內，但不可搜索抽屜。

搜索之事由因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押而逕行搜索住宅或其他處所。因追躡現行犯或逮捕脫逃人而逕行搜索住宅、或其他處所。有事實足認有人在內犯罪而情形急迫，逕行搜索住宅或其他處所。保全證據之緊急搜索 (§131 II ) 搜索之目的：保全證據。

適用之主體：檢察官。惟檢察事務官、司法警察官、司法警察得請求檢察官指揮偵查。

適用之要件：

急迫性：檢察官於偵查中有相當理由認為情況急迫，不及向該管法院聲請核發搜索票。

必要性：非迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞。

搜索之對象（客體）§131 II 關於保全證據之緊急搜索，係為保全證據而設，是以逕行搜索之對象（客體），包括被告犯罪嫌疑人或第三人之身體、物件、電磁記錄、住宅或其他處所在內，均得為之。

同意搜索 (§131-1) 搜索係經受搜索人同意者，執行人員應先查明是否為有同意權人所做之同意，並應將同意之意旨記載於筆錄，由受搜索人簽名或出具書面表示同意。同意人可隨時撤回其同意。

同意搜索之範圍，應依同意人所同意之範圍搜索之。是否屬同意搜索之範圍，如有爭議，由控方指出證明之方法。

警察人員得直接執行者：

除§131 II 「保全證據之直接搜索」限於檢查官方得為之者外（警察人員須請求檢察官指揮偵查），其餘無令狀搜索，警察人員均得直接執行之。

本於保護司法警察人員之安全，以免司法警察人員於逮捕被告、或執行拘提、羈押時，遭被告攻擊、抗拒逮捕、羈押之執行，以及防範犯罪嫌疑人湮滅隨身攜帶之證據檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察合法逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，得為附帶搜索。

警察人員為緝捕嫌犯或發現現行犯之目的，自得為§131 I 之拘捕搜索。

搜索，侵害人民之居住自由、通訊自由、財產權、隱私權等甚深，惟如擬被搜索之人，自願放棄憲法上所保障之基本權利，自無不可，故「同意搜索」為各國刑事訴訟法所採，我國亦復如是，規定於§131-1。

警察人員若取得被搜索人之同意，亦可直接進行搜索。

十四、刑事訴訟法規定，有管轄權之法院因法或事實不能行使審判權而為移轉管轄之事由為何？試列述之。

答：

依刑事新訟法第10條 I 1之規定，其移轉管轄之事由，列述如下：

1所謂法律不能行使審判權者，係指因法律適用之結果，以致於不能行使審判權者，如法官因為迴避而人數不足以組成合議庭，即屬之。

2謂因事實不能行使審判權者，係指因事實上遭遇困難，而無法行使審判權者，如天災、地變、交阻隔或是法官都生病無法辦案等屬之。

十五、輔佐人的訴訟行為如果與本人的意思相反，是不是一律無效？還是要看行為對於本人的效果來決定？

答：在解釋上，有幾個可能：

第一種，不論輔佐人的訴訟行為內容，只要和本人的意思相反，就是無效。例如，被告具保聲請停止羈押時 (§110 I)，輔佐人表示，具保的金額應該更低。這時輔佐人的意見無效。還是以被告的聲請為。

第二種，看輔佐人的訴訟行為的效果，如果對被告更有利，就仍然會發生訴訟法上的效力。以同一例子來說法院應該審酌輔佐人所提出來的具保金額。以修正理由來看，其目的主要是「維（護）被告或自訴人本人之權益」，所以，可能是後說比較符合法理上的要求。

十六、何謂指定辯護？何種情形應行指定辯護？經指定辯護後，辯護人未到庭而逕予判決之法律效果為何？

答：

1指定辯護，係指由審判或依職權或被告之聲請為其指定辯護人，而非由被告自行選任，稱之。

2於有刑事訴訟法§31 I、II之情形存在時，即有為被拮指定辯護之必要。

3無論任意辯護案件或強制辯護案件既經審判或指定辯護人，倘法院未待指定辯護人到庭為辯護而逕予判決，均屬重不侵害被拮受辯護權之情形，而構成刑事訴訟法§379 -7之判決當然違背法令，得為上訴之理由。

十七、試附理由簡答下列問題：

檢察官以甲竊取其所服務公司之電風扇三台，提起公訴，推事認定該電風扇係甲業務上所持有之物。得否依業務侵占判決甲罪刑？

答：

1我國目前刑事訴訟法仍以職權主義為原則，事實的評價及法律的適用，仍以法官的認知為主，所以在同一事實內，法官得以變更檢察官所起訴的法 (§300)。而今本案是否為同一案件，成為法院得否職權變更法訴所引法條之關鍵。

2本案被告同一，固無疑義。而犯罪事實是否同一，晚近學說乃實務見解，以訴之目的以及侵害性行為之內容是否同一為判斷之依據。準此，業務侵占罪以及竊盜罪，均係確保被害人之個別財產法益，而其侵害性行為，均係以變更持有之方式達成其犯罪行為之遂行，是以本案犯罪事實同一。

3法院得職權變更法訴之竊盜罪，而對甲改判業務侵占罪之罪刑。

十八、告訴乃論之罪為未告訴而起訴，但後來變更為非告訴乃論罪，應否補行告訴？

答：

1否定說：

否定說認為，既然法院已經查明犯罪事實非屬告訴乃論之罪，其訴訟條件便沒有欠缺，所以不需要補行告訴，可以直接非告訴乃論之罪名為實體判決。

2肯定說：

主張肯定說者認為，檢察官的起訴是否合法，是以起訴書所記載的事實及罪名為斷。如果欠缺告訴，起訴根本不合法，只發生形式訴訟關係，法院也就只能為形式判決。即使為可以補正，也應該依§273裁定命補正起訴書的罪名記載。

十九、檢察官因案件欠缺何種訴訟條件，而應為不起訴處分？

答：

訴訟條件包括了形式訴訟條件以及實體訴訟條件，而具備訴訟條件後，始得形訴訟關，否則法院僅得以形式判決加以終結，換言之，此類欠缺訴訟條件之案件，於偵查終結時，自應為不法訴處分，以免造成訴訟之浪費。而檢察官得因該案件訟條件、實體條件或處罰條件之內缺而為不起訴處分，故本題回答上不是全部都寫上去，而係僅就「訴訟條件」之部分回答即可。而依§252條各款之分析，內缺實體訴訟條件者，即§252-1到-4；內缺形式訴訟條件者，即§252-5到-7，凡此種情形，因即便上訴法院亦會以不受理判決終結該訴訟，故檢察官自應於偵查約結時為絕對不訴處分。然另外必須注意的是，通說之見解，因欠缺形式訴訟條件而不起訴者，並無實質確定力可言，從亦不受§260禁止再訴規定之限制。反之，因其餘各款所為之不起訴處分，非有§260兩款法定事由，不得再行起訴。

二十、何謂「證據能力」？依刑事訴訟法規定，何種情事之證據資料無證據能力？試分別說明之。

答：

1證據能力：

即取得證據之適格，亦即得為證據資料之資格之謂。

2刑事訴訟法消極排除證據能力之規定如下：

1 違友自白任意性法則所取得之被告自白或其他不利陳述，不得作為證據（§156 I 反面解釋）。

2 違法證據排除法則：

1違反訊問禁止以及告知義務所取得之被告自白或其他不利陳述，不得作為證據（§158-2 I 本文、§158-2 II）。

2概括違背法定程序而取得之證據，並依法經宣告不得使用（§158-4）。

3 違背調查證據程序而無證據能力：

1未經合法調查之證據無證據能（§155 II）。

2證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證立或鑑定意見，不得作為證據（§158-3）。

4 傳聞法則：

被告以外之人，於審判外之書面或言詞陳述，除法律另有規定外，不得作為據（§159 I）。

5 意見排除法則：

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（§160）。

c

d

e

一、何謂現行犯？何謂準現行犯？試說明之。

【擬答】：

(一)現行犯：

犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯（§88 II）。所謂實施中，指其犯罪行為尚在實施狀態之中；實施後即時發覺，則指犯罪行為雖已實行完畢，即被發覺者而言。應以犯罪行為已否實施完畢為準，與犯人已否離去現場無關。如在犯罪實施後，又非即時發覺，除合於本條第三項之情形外，並非現行犯。

(二)準現行犯（§88 III）

1. 被追呼為犯罪人者。即被人追躡或呼號指為犯罪人是。至被追呼之人是否果為犯罪人，並非所問。

2. 因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處，露有犯罪痕跡顯可疑為犯罪人者。

二、試述刑事訴訟法上所規定司法警察之職務。

【擬答】：

(一)司法警察官：協助偵查（本法第二二九條）

1. 編制：

- c (1)警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長。
- d (2)憲兵隊長官。
- e (3)依法令關於特定事項，得行相當於前二款司法警察官之職權者。

2. 職務：

前項司法警察官，應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。

被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送。

(二)司法警察官：聽從檢方指揮偵查（本法第二三〇條）

1. 編制：

- c (1)警察官長。
- d (2)憲兵隊官長、士官。
- e (3)依法令關於特定事項，得行司法警察官之職權者。

2. 職務：

- c (1)前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。
- d (2)實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。

(三)司法警察：聽從檢方及司法警察官指揮偵查（本法第二三一條）

1. 編制：

- c (1)警察。
- d (2)憲兵。
- e (3)依法令關於特定事項，得行司法警察之職權者。

2. 職務：

- c (1)司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官。
- d (2)實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。

三、試述偵查發動之原因？並簡要說明其意義？

【擬答】：

(一)偵查主體

1. 檢察官 (§228)：

- c(1)檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查（I）。
- d(2)前項偵查，檢察官得限期檢察事務官、第二三〇條之司法警察官或第二三一條之司法警察調查犯罪情形及蒐集證據，並提出報告。必要時，得將相關卷證一併發交（II）。
- e(3)實施偵查非有必要，不得先行傳訊被告（III）。
- f 被告經傳喚、自首或自行到場者，檢察官於訊問後，認有第一〇一條第一項各款或第一〇一條之一第一項各款所定情形之一，而無聲請羈押之必要者，得命具保、責付或限制住居。但認有羈押之必要者，得予逮捕，並將逮捕所依據之事實告知被告後，聲請法院羈押之。第九十三條第二項、第三項、第五項之規定於本項之情形準用之（IV）。

2. 輔助機關 (§229~§231)：

c(1)司法警察（官）：

- 1. 一級司法警察官 (§229)：協助偵查。
- 2. 二級司法警察官 (§230) — 指揮偵查：本條在九十年一月十二日公布新法中，修正第二項為：「前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。」並增訂第三項為：「實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。」以避免不必要人士對現場之破壞。
- 3. 司法警察 (§231) — 受命偵查：本條在同上之修正中，亦修正第二項為：「司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官。」並增訂第三項為：「實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。」理由同前條。

d(2)司法警察（官）於訴訟程序上得為：

- 1. 接受告訴、告發或自首 (§242、§244)。
- 2. 逮捕或接受現行犯 (§92)。

3. 另案扣押 (§152)。

4. 拘提或逕行逮捕通緝之被告 (§87 I)。

e(3) 檢察官對於司法警察官或司法警察移送或報告之案件，認為調查未完備者，得將考卷發回，命其補足，或發交其他司法警察官或司法警察調查。司法警察官或司法警察應於補足或調查後，再行移送或報告。對於前項之補足或調查，檢察官得限定時間 (§231 之 1)。

## (二) 偵查開始

檢察官知有犯罪之嫌疑，除得之告訴、請求、告發、自首外，雜誌、報章、道聽塗說等情事，均足為偵查之開端。

### 1. 告訴：

所謂告訴、乃告訴權人向偵查機關申告犯罪事實並請求追訴，兩者缺一不可！至於犯罪因是否須告訴乃論，而使告訴之性質及內容各有不同。

c (1) 非告訴乃論之罪：

1. 告訴僅為偵查之原因。
2. 以向偵查機關申告犯罪事實為已足。
3. 告訴非訴訟條件，檢察官得主動偵查起訴。

d (2) 告訴乃論之罪：

1. 告訴不僅為偵查原因，且為訴訟條件（檢察官知有犯罪嫌疑，仍可開始偵查，但非經告訴不得提起公訴）。
2. 須申告犯罪事實，並訴請究辦（有時並須指明犯人）。

e (3) 告訴乃論又可細分為二：

絕對告訴乃論之罪：

犯罪主體不以具有特定關係為必要，例如傷害罪是。

此類犯罪，重在犯罪事實，故共犯此類之罪，對於共犯之一人告訴者，其效力及於其他共犯。

未全指明犯人或誤指他人，告訴仍為有效。

相對告訴乃論之罪：乃指無特定身分關係之人觸犯該罪，無須告訴乃論，有特定身分關係之人觸犯該罪，則須告訴乃論。如刑法第三二四條親屬竊盜罪、第三三八條親屬侵占罪第三四三條親屬詐欺罪者是其注重行為人必具有一定之身分者，始須告訴乃論。

### 2. 告發

c(1) 意義：凡被害人及其他有告訴權人以外之第三人，或公務員因執行職務，知有犯罪嫌疑，而向偵查機關報告犯罪事實者，謂之告發。

d (2) 種類：

權利告發（私之告發）：此種告發，乃本於法律所賦與之權利，行使與否，聽任其自由，凡告訴人以外之第三人，知有犯罪嫌疑，所為之告發屬之 (§240)。

義務告發（公之告發）：公務員因執行職務，知有犯罪嫌疑者，應為告發 (§241)，此項告發，乃公務員所負之義務，即不得自由斟酌，而係強制告發性質。

e (3) 告訴與告發之比較：

主體不同：

告訴—被害人及其他依法得為告訴之人。

告發—告訴人以外第三人所為。

發動原因不同：

告訴—被害人有權利選擇是否告訴。

告發—權利、義務告發。

告訴人可再議、告發人不可再議。

告訴乃告訴乃論案件中之訴訟條件，告發則否。

### 3. 自首：

c 意義：犯罪人於犯罪未發現前，申告犯罪事實於偵查機關，請求接受裁判之意思表示。

d 要件：須在犯罪未發覺前，且須向有偵查權之機關報告自己犯罪事實，並請求接受裁判。

e 程序：準用本法第二四二條之規定。

f 效果：刑法第六十二條，減輕其刑。

### 4. 其他情事—案由來源主要約有下列數項：

自動檢舉、司法警察官之移送或報告、監察院之移送、軍事機關之移送、其他機關或團體之報告等。

四、刑事判決有形式判決與實體判決之分，其內容為何？兩者區分之實益何在？（25 分）

【擬答】：

(一)實體判決

1. 關於實體法上事項所為之裁判。
2. 科刑、免刑及無罪判決 (§299、§301)。
3. 撤銷緩刑宣告、更定其刑及定應執行之裁定 (§476、§477)。
4. 必經當事人言詞辯論 (§221)。但有如下例外：

- c 第三審法院之判決 (§389 I)。
- d 非常上訴法院之判決 (§444)。
- e 為受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人已死亡或於再審判決前死亡者 (§437)。
- f 簡易判決 (§451)。

(二)形式判決

1. 關於訴訟法上事項所為之判決。
2. 免訴、不受理及管轄錯誤之判決 (§161IV、§302~§304、§372)。
3. 羈押之裁定、科證人、鑑定人、通譯罰鍰之裁定。
4. 不經言詞辯論。

(三)區分之實益：需否言詞辯論：

1. 不經言詞辯論之判決：指兩造缺席判決，故無庸指定審判期日命當事人及辯護人到庭辯論。雖未經傳喚當事人，其判決亦難指為違法。其情形有：

- c (1) 案件應諭知免訴，不受理或管轄錯誤之判決者 (§307、§334、§335、343)。
  - d (2) 第二審法院對於不合法之上訴及對於原審諭知管轄錯誤、免訴或不受理之判決上訴時，認其為無理由而駁回上訴或認為有理由而發回該案件之判決者 (§372)。
  - e (3) 第三審法院之判決 (§389)。
  - f (4) 非常上訴之判決 (§444)。
  - g (5) 為受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人已死亡或於再審判決前死亡者 (§437 I)。
  - h (6) 簡易判決 (§449)。
2. 不待其陳述而為判決：指一造缺席判決，即其判決得僅由檢察官、自訴人或被告一造之辯論而為判決，其情形有：
- c (1) 被告拒絕陳述者 (§305 前段)。
  - d (2) 被告未受許可而退庭者 (§305 後段)。
  - e (3) 法院認為應科拘役、罰金或應諭知免刑或無罪判決之案件，被告經合法傳喚無正當理由不庭者 (§306)。
  - f (4) 被告心神喪失，或雖因疾病不能到庭，而顯有諭知無罪或免刑判決之情形者 (§294)。
  - g (5) 自訴代理人經合法通知無正當理由不到庭，經再通知者仍不到庭者 (§331)。
  - h (6) 第二審上訴，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者 (§371) 是。故兩造均不到庭，除得通知檢察官擔當訴訟外，如許其逕行判決其程序等於書面審理，而非言詞辯論，與立法主義顯有違背。

五、刑事訴訟法有關法官迴避之規定，是否適用於檢察事務官？又依刑事訴訟法第二十六條，法官迴避之規定，適用於檢察官，但不得以其曾於下級法院執行檢察官之職務，為迴避之原因，其理由為何？

【擬答】

(一)刑事訴訟法關於法官迴避之規定，應亦適用於檢察事務官。理由如下所述：

1. 刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）第17 條以下，為迴避之規定，其主要目的在於建立公平之法院，使刑事訴訟之進行可以獲得當事人之信賴。以刑訴法第17 條之各事由為例，法官有該各個事由，但卻執行職務之時，當事人勢必無法信服其所為之決定，是故為法官應自行迴避事由。
2. 刑訴法第26 條第1 項前段規定：「第十七條至第二十條及第二十四條關於推事迴避之規定，於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。……。」之意旨，也是在建立公平及為被告所接受之檢察體系。是故檢察官及辦理檢察事務之書記官具有應自行迴避事由（第17 條）或聲請迴避事由（第18 條）時，亦應迴避。依此意旨，雖然法條並未明文檢察事務官必須迴避，但是，依迴避之立法意旨，刑訴法第17 條以下關於迴避之規定，也應該類推適用於檢察

事務官。

(二)刑訴法第26條第1項規定：「第十七條至第二十條及第二十四條關於推事迴避之規定，於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。但不得以曾於下級法院執行檢察官、書記官或通譯之職務，為迴避之原因。」是因為，如果所執行之職務為檢察官，無論是在下級審或上級審，都是針對被告之犯罪事實進行訴追、蒐集證據、決定是否起訴及於審判期日盡實質舉證責任，並無何差別，角色並不會混淆，亦即，並不會造成執行職務上之偏頗。所以，即便是在下級審擔任過檢察官，於上級審在於同一案件在擔任檢察官時，並不需要迴避。再者，刑訴法第26條第1項但書之規定，於法官之情形，依目前實務及通說之看法，目的在於維護被告之審級利益，但是，於檢察官時，並沒有審級利益之問題，是故，不需要迴避。

六、被告或犯罪嫌疑人之自白，於那些情形下，無證據能力？

【擬答】

依刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法），被告或犯罪嫌疑人之自白，於有下列情形之一時，應無證據能力。

(一)刑訴法第156條第1項規定：「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。」亦即於被告之自白欠缺：

1. 任意性：被告之自白必須基於自由意願為之；
2. 真實性：其所陳述必須與真實相符，被告之自白無證據能力。

(二)刑訴法第158條之2規定：「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限（第1項）。檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定（第二項）。」是故：

1. 被告之自白如果是在刑訴法第93條所規定之障礙事由經過期間取得，原則上，無證據能力。除非訊問機關是出於善意，且自白具有任意性。
2. 被告之自白，如果是因夜間訊問所取得，但違反夜間訊問之規定，原則上也沒有證據能力。例外之情形，也是訊問機關是出於善意，且自白具有任意性。
3. 被告之自白，如果是在拘禁狀態下作成，但是，檢察事務官或司法警察官員訊問時，並未告知其得保持緘默及得受辯護，該自白原則上，無證據能力。除非訊問機關是出於善意，且自白具有任意性。

七、A、B兩人通姦，B之配偶C事後知情，試就下列問題加以作答：

- (一)C於法定得告訴期間內，只對A提出告訴，偵查中檢察官應為如何之處置？
- (二)A事後向C道歉，並支付一筆損害賠償金，C遂撤回對A之告訴。偵查中檢察官應為如何之處置？審判中（第一審辯論終結前）法官應為如何之處置？
- (三)若C同時對A、B提出告訴，因事後B甚表悔悟，C遂撤回對B之告訴。偵查中檢察官應為如何之處置？審判中（第一審辯論終結前）法官應為如何之處置？

【擬答】

(一)C告訴A後，檢察官對A及B皆得起訴。

1. 依刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）第239條第1項本文規定：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。」是故，當有告訴權人C對於共犯提起告訴時，效力會及於其他共犯B。於學說及實務上，稱之為告訴的主觀不可分效力。
2. 是故，於本例中，C對於提起告訴後，因為告訴之效力也會及於B，A及B之起訴條件都會齊備，所以檢察官得起訴A及B。

(二)C對於A撤回告訴後，檢察官對於A及B皆不得起訴。

1. 依刑訴法第239條第1項：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。但刑法第二百三十九條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」亦即，配偶C對於相姦人A撤回告訴，撤回之效力會及於通姦之配偶B。
2. 是故，檢察官會因為起訴條件的欠缺，而不得起訴A及B。C撤回後，實務上認為，檢察官並不需要為任何處置。因為，刑訴法第252條第5款所稱：「告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者。」是指告訴，撤回後再告訴，檢察官應為不起訴處分。

(三)C對於B撤回告訴後，檢察官仍得起訴A。

1. 依刑訴法第239條第1項：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及

於其他共犯。但刑法第二百三十九條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」是故，配偶撤回對於通姦之配偶B之告訴後，撤回之效力並不及於相姦人A。C對於A，仍有合法之告訴。

2. 是故，檢察官仍得對於A提起合法有效之起訴。檢察官對於B，得不為任何之處置。若是於審判中撤回，法院對於B，也不需為任何之處置。理由則同前所述。不過，學說上有認為，這時候的檢察官應依刑訴法第252條第5款為不起訴處分；法院應依刑訴法第303條第3款為不受理判決，亦值得注意。

八、刑事訴訟法何以禁止一造缺席裁判？又禁止一造缺席裁判之原則有那些例外？

【擬答】

(一)我國刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）採調查原則。刑訴法第163條第二項規定：「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被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」，也就是說，原則上不得因當事人的缺席而生遲誤的效果。法院必須要於當事人都到場的情形下，方得為審判。這也是為了建構一公平之法院。

(二)依刑訴法，可為一造缺席判決的情形只有：

1. 刑訴法第294第3項，被告心神喪失，或因疾病而不能到庭而顯有應諭知無罪或免刑判決者。
2. 刑訴法第305被告拒絕陳述或未經許可而退庭。
3. 刑訴法第306應科拘役、罰金或諭知免刑或無罪判決的案件，被告經合法傳喚而不到庭。
4. 刑訴法第331自訴代理人經兩次合法傳喚，無正當理由不到庭。
5. 刑訴法第371上訴二審案件，被告經合法傳喚而無正當理由不到庭者。

九、何謂當事人能力？何謂訴訟能力？依現行法規定，法人是否具有當事人能力與訴訟能力？

【擬答】：

(一)當事人能力

乃得為刑事訴訟當事人之法律上能力，其應於起訴時判斷有無。

1. 公訴案件：

c 檢察官：均為自然人且受國家考選任命，故有當事人能力。

d 被告：

自然人：具權利能力者均有之（胎兒則無）；如係欠缺責任能力者，應依刑事訴訟法第三〇一條第一項諭知無罪而非無當事人能力；若起訴後死亡時則依同法第三〇三條第五款諭知不受理。

法人、非法人、政府機關：原則均無，例外為特別法規定。

2. 自訴案件：

c (1)自訴人

自然人：犯罪直接被害人且有行為能力者，如無當事人能力應依本法第三三四條諭知不受理。

法人：須併列法人及代表人姓名，欠缺前者依本法第三三四條諭知不受理，欠缺後者先命補正，逾期依本法第三四三條準用第三〇三條第一款諭知不受理。

d (2)被告：同公訴案件。

3. 被告無當事人能力時依本法第三四三條準用第三〇三條第一款諭知不受理判決。

(二)訴訟能力：

乃於刑事訴訟中得有效為訴訟行為之能力，其以意思能力之有無判斷之。

1. 公訴案件：

c (1)檢察官：以具備意思能力為足，與行為能力無涉。

d (2)被告：

(3)自然人：須有意思能力，心神喪失者依本法第二九四條第一項應於回復前停止審判，例外依同條第三、四項不停止審判。

(4)法人：代表人為訴訟行為。

2. 自訴案件：

c (1)自訴人

自然人：有當事人能力者因有行為能力（本法第三一九條第一項本文及但書），故必有訴訟能力。惟應注意九二年一月修正新法第三十七條及第三一九條第二項律師強制代理之限制。

法人：同自然人（代表人須有意思能力）。

d (2)被告：同公訴案件。

十、對物的強制處分，其種類有幾？試說明之。

【擬答】：刑事訴訟法關於干預限制人民基本權利之對物的強制處分包括搜索與扣押茲分別敘述如下：

(一)搜索：

1. 依刑事訴訟法第一二二條規定“對於被告及犯罪嫌疑人之...，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...物件，電磁紀錄及住宅或其他處所，已有相當理由可信為.....應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。”

2. 按搜索乃屬對人民之財產權與隱私權等基本權利所為限制干預之強制處分，依刑事訴訟法第一二八條第三項之規定，原則上須由法官簽發搜索票為之，此即法官保留之令狀主義，惟基於偵查犯罪時效性之急迫因素或其他考量，本法亦於具備法定條件下，例外容許無令狀之搜索，茲分述其情形如下：

c (1)附帶搜索：依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其...、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。」，其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具。另學者亦認倘僅為取得或保全證據則亦屬之。

d (2)急迫搜索：因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。

e (3)同意搜索：依本法第一三一條之一規定「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」

(二)扣押：按扣押指為保全可為證據或得沒收之物，而對其暫時占有之強制處分。

1. 客體：包括可為證據之物（目的在保全證據，以利追訴且防止湮滅）及得沒收之物（刑法第三十八條第一項所列三款）。（刑事訴訟法第一三三條第一項）

2. 參與機關

c (1)決定機關：偵查審判中均為法官（第一三六條第一項），由法官於搜索票上記載扣押標的物。

d (2)執行機關：司法警察（官）、檢察事務官、檢察官、法官（第一三六條第二項），無論令狀扣押或無令狀附帶扣押，實施後均須製作扣押收據交予相對人。

3. 種類

c (1)附帶扣押（第一三七條，本案扣押）

d (2)另案扣押（第一五二條，非本案扣押）。

e (3)囑託扣押（第一五三條）。

f (4)強制扣押（第一三八條）。

4. 程序：令狀與證件之出示（第一四五條、第一四八條）、扣押之在場及通知（第一四八條～第一五〇條）、扣押之必要處分（第一四四條、第一五一條）、扣押筆錄製作（第四十二條）、交付收據（第一三九條第一項）。

5. 限制：

c(1)比例原則：應先依第一三三條第二項命其提出或交付，方可再依第一三八條規定使用強制力。

d(2)公務物件：第一三四條第一、二項。

e(3)郵件電報：第一三五條。

十一、當事人得聲請法官迴避的原因有幾？試說明之。

【擬答】：

(一)自行迴避

刑事訴訟法第十七條規定：推事於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：

(1)推事為被害人者。

(2)推事現為或曾為被告或被害人配偶，八親等內之血親，五親等內之姻親或家長，家屬者。

(3)推事與被告或被害人訂有婚約者。

(4)推事現為或曾為被告或被害人法定代理人者。

(5)推事曾為被告之代理人，辯護人，輔佐人或曾為自訴人，附帶民事訴訟當事人之代理人，

輔佐人者。

(6)推事曾為告訴人，告發人，證人或鑑定人者。

(7)推事曾為執行檢察官或司法警察官之職務者。

(7)推事曾參與前審之裁判者。

## (二)聲請迴避

刑事訴訟法第十八條規定：當事人遇有下列情形之一者，得聲請推事迴避：

1. 推事有前條情形而不自行迴避者。

2. 推事有前條以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。

## (三)職務裁定迴避

刑事訴訟法第二十四條第一項規定：「該管聲請迴避之法官或院長，如認推事有應自行迴避之原因者，應依職權為迴避之裁定。」

## (四)違反效果

1. 不得執行職務應即停止訴訟程序，不得為裁判上之一切行為。

c於執行上無影響之職務→仍得執行。例如：宣判。

d有為急速處分之必要時→無明文；（陳）仍不宜概予禁止。

2. 若仍執行職務：

c 所進行之訴訟程序：（陳）違法；（黃）違法且無效，須更新審判程序。

d 所參與之裁判：當然違背法令（第三七九條）

(五)參與前審之裁判，乃以參與前審判決或裁定之法官為限。惟何謂「前審」，向有「拘束說」與「審級說」之爭執：

### 1. 拘束說

重在維護裁判之自縛性，本裁判一次性之原則，案件既經其裁判，即應受其拘束，其裁判之是否允當，法官不應再作不同認定，故不應許其再參與。因此，所謂前審，應指「前次」言，即該法官曾參與當事人所聲明不服案件之裁判。此說較符法官迴避之立法目的，使當事人得受公平審判。

### 2. 審級說

重在確保當事人之審級利益，認刑事案件之採審級制度，係使當事人對下級審判之裁判有所不服，得利用上級審請求救濟，如在下級審已就該案件參與裁判之法官，於上級審仍有許其執行職務，審級制度失其存在之義意，因此，稱前審應指下級審而言，釋字一七八號採之。釋字第二五六號：「民事訴訟法第三十二條第七款關於法官應自行迴避之規定，乃在使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務，以維審級之利益及裁判之公平。因此，法官曾參與訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避。對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。惟各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第六條第四款規定意旨，其迴避以一次為限。最高法院二十六年上字第三六二號判例，與上述意旨不符部分，應不再援用，以確保人民受公平審判之訴訟權益。」

十二、審判機關所為的意思表示，可分為裁定與判決二種，試說明其區別何在？

【擬答】：

機關：前者包括法院、審判長、受命法官、受託法官，後者限法院。

對象：前者以程序事項為主，後者以實體事項為主（形式判決例外）。

審理方式：前者除當庭聲明外不經言詞陳述，後者原則須經言詞辯論（第二二一條）。

依據：前者不限，後者須有明文規定。

理由：前者限得抗告或駁回聲明者始須為之，後者應敘明理由。

適用：前者多為中間裁定，後者限終局裁判。

撤銷：前者經抗告後原審得自行撤銷更正，後者上訴後原審不得自行撤銷。

宣示：前者限當庭為之者方須宣示，後者原則須宣示。

救濟方式：前者為抗告，後者為上訴。

聲明不服法定期間：前者為裁定送達後五日內，後者判決送達後十日內。

十三、被告在刑事訴訟法上有何權利與義務，請簡述之。

【擬答】：

被告不是單純的訴訟客體，而是訴訟主體。被告享有刑事訴訟法賦予的若干權利，也負有相當的義務。前者主要涉及其應享有的（程序）基本權，例如不自證己罪原則、罪疑唯輕原則、無罪推定原則與聽審權、受辯護權、在場權、調查證據請求權、對質詰問權及受告知權等，從而

反應出國家機關的若干義務，例如告知義務；義務的違反，則表現在證據法則裡，例如非任意性自白不具有證據能力。扼要說明如下：

#### (一)不自證己罪原則

##### 1. 意義

任何人皆無義務以積極作為協助對自己的刑事追訴；國家不得強制任何人積極的自證己罪。此係憲法給予人民在面對國家刑事追訴時的特殊保障，以實現人格權之保障。

##### 2. 保護範圍—不自證己罪與緘默權

依實務見解<sup>1</sup>，明顯認為「(口頭)供述」才受到不自證己罪原則的保障，不自證己罪在我國，因而等於緘默權。由於僅保障被告的陳述自由，若是要求被告以供述以外的方式作證，如強迫其呼氣接受酒測、提供收賄帳冊、發聲、寫字等，即被排除於保護範圍以外！

#### (二)罪疑唯輕原則

##### 1. 意義

當無法證明被告或犯罪嫌疑人的犯罪事實存在時，應為對被告有利的無罪或輕罪判決。

##### 2. 罪疑唯輕原則可以從兩個面向來理解，一是實體法，一是程序法<sup>2</sup>。

c(1)就實體法而言，罪疑唯輕原則補充了罪責原則；當對被告罪責的證明存疑時，應發生對被告有利的法效果。因為有罪才有刑罰，如果法官無法確定犯罪事實的存在，便不能夠課予被告刑罰。

d(2)就程序法而言，其指導法官在未能形成確信時，如何判決；確立程序法上的證據評價原則。

罪疑唯輕原則的適用的時機，是在「證據評價結束後」：法官依法踐行審判程序並調查證據，依自由心證綜合評價所有證據後，仍然無法形成心證時，依罪疑唯輕原則，應做成對被告有利的決定。

#### (三)無罪推定原則

1. 2003年1月，刑事訴訟法增訂第一五四條第一項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」此原則對於刑事被告(或犯罪嫌疑人)提供訴訟上保護，追訴犯罪者為了將被告(或犯罪嫌疑人)定罪，除了被告(或犯罪嫌疑人)的心神狀態外，有義務證明所有犯罪事實的存在。簡之，無罪推定是檢察官舉證責任發生之事由<sup>3</sup>。其始點為被告「進入法庭時」，終點則為控方證明被告有罪至「超越合理懷疑」的程度時。

2. 在犯罪偵查程序，因與定罪尚無直接關連，故無此原則之適用，只要執法人員對於犯罪嫌疑人涉犯罪之懷疑有「相當理由」，即可予以逮捕、羈押、搜索、扣押；惟此等強制處分須由法院介入為事前或事後審查，併予說明。

#### (四)被告的其他權利

基於訴訟主體的地位，被告享有下列權利：聽審權(資訊請求權§§33、951；表達請求權§§221、222；並參考釋字482)，辯護權(防禦權，如§§27、31、953)，在場權(§3796)，聲請調查證據權(§379)，對質權(§§97、184II、379)及詰問權，救濟權(異議§288-3、抗告§403、上訴§344I、再審§427)。被告有權獲得充分的訴訟資訊，因此國家機關應告知被告所犯罪名(§951)，被告的辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物，並得抄錄或攝影(§33)。被告有辯明犯罪嫌疑的權利(§96)，有辯論權、詰問權及最後陳述權(§§162, 166, 173, 289, 290)。判決原則上須經言詞辯論(§221)。對於被告的陳述與表達，法院應詳加注意；在判決理由中，法官應交代為

何不採被告所言及所提證據。不這麼做，就是「判決不載理由或所載理由矛盾」，判決即為「當然違背法令」(§§308, 310, 379○14)。最高法院先前判例似乎不認為被告有所謂「對質權」<sup>4</sup>，近期94台上478判決與94台上1742判決似已鬆動，認為未予對質，判決違背法令！

#### (五)被告的義務

被告有義務忍受強制處分；有到場義務，無正當理由不到場得命拘提(§§71, 71-1, 75)；有與共同被告以及證人對質的義務(§§97, 184II)。

#### 十四、何謂相對不起訴處分？相對不起訴處分之事由為何？

##### 【擬答】：

##### (一)相對不起訴處分的意義

不起訴處分大別為兩種：絕對不起訴與相對不起訴。絕對不起訴是指，案件缺乏訴訟要件(形式或實體的訴訟要件)，法院不能做實體上的判決，檢察官不應提起公訴(§252)。相對不起訴則是指，特定的案件縱然犯罪證據確鑿，檢察官斟酌情形得不起訴。這主要是基於刑事政策上的考慮。如果起訴無助於刑罰的預防犯罪功能，此一起訴不但多餘，而且浪費國家司法資源。從相對不起訴的制度可以清楚看出，刑事訴訟的目的不完全在於追訴審判犯罪人。

## (二)相對不起訴處分之事由

相對不起訴的情況有兩種。一種是不能上訴第三審的案件 (§253)；一種是起訴後，對於應執行刑無實益 (§254)。不能上訴第三審的案件多屬輕微（多為法定刑在三年以下有期徒刑），如被告事後態度良好、犯罪動機可以憫恕、被告知識程度低微等等（刑法§57），檢察官可以不起訴處分。對於應執行刑沒有實益的案件起訴，也是多餘，立法者因此授權檢察官，得不起訴處分。這是指，被告犯數罪，一罪已受重刑判決確定，其他輕罪即使起訴，也不會受更重的判決，檢察官對於輕罪可以不起訴。例如，李四被判死刑確定，復犯脫逃罪被捕，對此脫逃罪已無起訴實益，得不起訴。

十五、我國刑事訴訟法規定，何人具有上訴權？請詳述之。

【擬答】：

(一)當事人為「固有上訴權人」。當事人包括檢察官、自訴人與被告。

(二)自訴人如於辯論終結後喪失行為能力或死亡，法定代理人、直系血親或配偶得為上訴 (§344I) 5。

(三)自訴案件的檢察官雖然不是當事人，但可以獨立上訴 (§347)。

檢察官有客觀義務，是法律的守護人，檢察官可以為被告的利益或不利益上訴。自訴人只能為被告的不利益上訴，如果為被告的利益上訴，上訴不合法 (82 台上2773)。被告必須為自己的利益上訴，為自己的不利益而上訴，上訴不合法 (84 台上4661)。

(四)除了當事人之外，被告的法定代理人或配偶，得獨立上訴（必須為被告的利益§345）。

(五)原審的代理人或辯護人，得為被告的利益上訴；但不得與被告明示的意思相反 (§346)。

4 (六)宣告死刑或無期徒刑的案件，原審法院應依職權逕送上級法院審判，視為被告已提上訴 (§344 IV, V)。

(七)告訴人或被害人，可以請求檢察官上訴，除顯無理由者外，檢察官不得拒絕 (§344 II)。

十六、對於自由刑之執行，其執行處所及執行方法如何？又在何種情形下應停止自由刑之執行？請詳述之。

【擬答】：

(一)自由刑之執行處所及執行方法

依刑事訴訟法第四六六條規定：「處徒刑及拘役之人犯，除法律別有規定外，於監獄內分別拘禁之，令服勞役。但得因其情節，免服勞役。」同法第四七八條規定：「依本法第四百六十六條但書應免服勞役者，由指揮執行之檢察官命令之。」

(二)自由刑之停止執行

依刑事訴訟法第四六七條規定：「受徒刑或拘役之諭知而有左列情形之一者，依檢察官之指揮，於其痊癒或該事故消滅前，停止執行：一 心神喪失者。二 懷胎五月以上者。三 生產未滿二月者。四 現罹疾病，恐因執行而不能保其生命者。」同法第四六八條復規定：「依前條第一款及第四款情形停止執行者，檢察官得將受刑人送入醫院或其他適當之處所。」

十七、某甲殺死其妻後，主動至轄區警察分局「自首」，員警依法偵查後，欲將甲隨案解送地檢署檢察官處偵訊，依法應如何為之？

【擬答】：

(一)司法警察之措施

按依刑事訴訟法第二二九條第二項及第三項規定「司法警察官應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送」，「被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送」。本此則本件犯罪嫌疑人甲於殺妻後，旋於翌日向警方自首坦承犯行，顯與本法第七五條之拘提、第七六條之逕行拘提及第八八條之現行犯、準現行犯逮捕要件不符。有疑義者乃其是否合於同法條之一第一項第四款之情形（刑法第一七三條一項之放火罪為無期徒刑或七年以上有期徒刑）而得緊急拘捕？惟甲既係自行到案接受警方詢問，顯難遽認有事實足認其有逃亡之虞，是以淺見認為司法警察應不得將甲解送地方法院檢察署，僅得將該案移送該管檢察官。

(二)檢察官之措施

承上述，甲經警方詢問後，應得自行離去，雖另依本法第二二八條第四項規定「被告經傳喚、自首或自行到場者，檢察官於訊問後，認有第一百零一條第一項各款或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得命具保、責付或限制住居。但認有羈押之必要者，得

予逮捕，並將逮捕所依據之事實，告知被告後，聲請法院羈押之」，然本案例甲係向司法警察自首，非向檢察官為之，亦與上開規定之情形不符，此際檢察官似僅得於甲受詢問後立即由司法警察持其簽發之傳票立時傳喚甲到場，再依訊問後之情形，分別命具保、責付、限制住居或當場予以逮捕，而向法院聲請羈押。〔如欲將甲隨案解送，似僅得由檢察官同時簽發傳票與拘票，於甲受警詢後立，由司法警察當場交付予甲，甲若抗拒傳喚則得立即逮捕而隨案解送之。〕

十八、何謂「準備程序」？在該程序中，法院得處理何種事項？不得處理何種事項？

【擬答】：

(一)準備程序之基本觀念

刑事訴訟目的之一在於發現真實，而實體真實之發現則須依證據為之，此用以認定事實之證據需經法院審判程序之合法調查始可，故刑事訴訟之重心顯在於審判程序。又我國刑事訴訟法所規定之審判程序包括通常審判程序、簡式程序、簡易程序與協商程序，其中通常審判程序需遵循直接、言詞、公開、集中原則，踐行嚴格證明，其餘三者簡易型程序則僅需自由證明即可。再為使法院之審判期日得順暢進行，本法另明文由法院指定受命法官一人，於第一次審判期日前，集合檢察官、自訴代理人（自訴人）、被告、辯護人、代理人、輔佐人等，處理本法所規定事項或預為證據之調查，是為準備程序。

(二)準備程序法院得處理事項

1. §273 I

c(1)起訴效力所及之範圍與有無應變更檢察官所引應適用法條之情形

d(2)訊問被告、代理人及辯護人對檢察官起訴事實是否為認罪之答辯，及決定可否適用簡式

審判程序或簡易程序

e(3)案件及證據之重要爭點

f(4)有關證據能力之意見

g(5)曉諭為證據調查之聲請

h(6)證據調查之範圍、次序及方法

i(7)命提出證物或可為證據之文書

j(8)其他與審判有關之事項

2. §274 (調取或命提出證物)

3. §275

4. §276 I (預料證人不能於審判期日到場而提前訊問之)

5. §277 (搜索、扣押、勘驗、含§219-4 證據保全)

6. §278 (就必要事項請求該管機關報告)

(三)於實體證據之調查，及就兩造當事人對實體證據與訴訟標的之陳述與辯論進行審理與判斷，於準備程序均不得為之，至關於證據能力之取捨則有不同見解：

1. 證據與待證事實具關聯性否，得與準備程序取捨。

2. 證據取得正當性之證據能力，有學者認應由合議庭於審判日審查；惟另有學者與實務見解則主張得於準備程序為取捨判斷，然宜由合議庭以外法官為之，避免產生預斷之偏見。

(參照例解刑事訴訟法第六一七至六一九頁)

十九、何謂「預防性羈押」？並請從「刑事訴訟之目的」說明「預防性羈押」之正當性或必要性為何？

【擬答】：

(一)所謂預防性羈押依刑事訴訟法第一〇一條之一規定，被告經法官訊問後，認為犯下列各款之罪，其嫌疑重大，有事實足認為有反覆實施同一犯罪之虞，而有羈押之必要者，得羈押之：一、刑法第一百七十四條第一項、第二項、第四項、第一百七十五條第一項、第二項之放火罪、第一百七十六條之準放火罪。二、刑法第二百二十一條之強制性交罪、第二百二十四條之強制猥褻罪、第二百二十四條之一之加重強制猥褻罪、第二百五條之乘機性交猥褻罪、第二百二十七條之與幼年男女性交或猥褻罪、第二百七十七條第一項之傷害罪。但其須告訴乃論，而未經告訴或其告訴已經撤回或已逾告訴期間者，不在此限。三、刑法第二百零二條之妨害自由罪。四、刑法第二百零四條之強制罪、第二百零五條之恐嚇危害安全罪。五、刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。六、刑法第三百二十五條、第三百二十六條之搶奪罪。七、刑法第三百三十九條、第三百三十九條之三之詐欺罪。八、刑法第三百四十六條之恐嚇取財罪。前條第二項、第三項之規定，於前項情形準用之。

(二)目的與檢討

1. 羈押之目的: 羈押之主要目的在於保全刑事審判與執行之進行, 亦即在確保被告於刑事程序中始終在場 (逃亡或逃亡之虞成為羈押事由, 第一〇一條第一項第一款), 並確保刑事偵查及審判機關得從事犯罪事實之調查與認定 (湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯證人之虞成為羈押事由, 第一〇一條第一項第二款)。
2. 規定之檢討: 由於羈押為刑事程序中最有效之保全手段, 因之羈押被擴張濫用為偵查手段以迫使被告就範, 且亦常將其作為提前應報犯罪或安撫被害人之刑事政策 (重罪羈押第一〇一條第一項第三款); 此外, 羈押常被濫用為預防犯罪之保安監禁措施 (預防性羈押, 第一〇一條之一); 上述二種事由均超出保全被告與證據之目的, 違反無罪推定原則, 更使被告難獲無罪判決, 實現公平正義。任何干預限制人民基本權力之強制處分均須有合理之目的, 始符合憲法第二十三條之要求, 故除非有明確證據得認定被告前已多次反覆實施同一犯罪, 基於維持社會秩序或增進公共利益之適合性與必要性考量, 方得認許預防性羈押之正當性。

二十、高雄地檢署檢察官, 偵查某案終結, 發現該案之管轄權應屬於屏東地方法院, 即逕向屏東地方法院提起公訴, 試問是否合法? 如該案確實應歸屏東地方法院管轄, 該法院應如何處理?

【擬答】:

(一) 刑事訴訟法有關管轄權之規定, 在避免法院審理案件時蒙受外界不當之干預, 使各具體案件按法律明定之標準決定審判法院 (法官法定原則), 此等包含事物管轄與土地管轄之固有管轄, 並未適用於檢察一體之偵查階段。

(二) 檢察一體之內涵

1. 檢察一體之適用, 應以確保檢察權之公正行使為前提, 合於防止權力濫用乃統一檢察權行使方針為其目的, 並以不違背檢察官之真實性義務及合法性義務為其界限。指令權發動之要件、程序及其救濟等, 應予以明確規範, 務必使檢察首長「職務承繼權」及「職務移轉權」的行使能在一定條件下審慎為之, 同時藉由書面指揮原則, 客觀化分案原則及協同辦案等規定內涵法制化, 避免外力干預個案。尤其, 如能落實偵查處分採行令狀原則以及對追訴權的外部制衡機制, 則透過檢察一體內監督以防止權力濫用的必要性, 應可相對的大幅減低, 檢察一體的目的應著重在統一運作方針及追求效率上。

2. 指令權行使之界限

大體上, 從實定法上的合法性或法定原則, 對指令權的行使, 設定第一道可謂是不容逾越的外圍防線。視程序進行的階段如何, 或與審判作用的鄰接程度不同, 容許指令權行使的範圍有異。例如偵查中的案件, 如為統一偵查的策略或方針, 可容許的指令權行使範圍愈寬, 進行至偵查終結, 決定是否提起公訴時, 指令權的行使即受到相當的制約。至於起訴後, 案件在審判中的證據調查或辯論等程序, 檢察官自應享有充分依自我責任行使實行公訴的權限, 而不受上級指令權的拘束。至檢察官之處分確定時, 除非的特別規定, 上級檢察長不得再以檢察一體之原則介入。依訴訟行為的性質不同, 容許指令權行使的空間, 亦有不同。形成訴訟行為的決定, 指令權不宜介入, 例如個案是否開始偵查、有無具備偵查終結起訴或不起訴的要件, 應充分尊重檢察官行使職權的獨立性。相對的, 程序進行中的訴訟行為, 容許指令權行使的空間則較大。另外在程式上, 對於上級指令權的行使, 檢察官如認為違法或不當者, 得向上級表示意見, 如該上級檢察長仍確認係合法者。檢察官如仍有疑義, 應容許向再上級檢察首長陳述意見, 如再上級亦支持指令權為合法者, 則檢察官應有服從之義務, 或由上級行使職務移轉或收取權, 交出該系爭之檢察事務。

(三) 本題若屏東地院為有管轄權法院, 高雄地檢署檢察官本於檢察一體所為偵查仍屬合法, 並非無管轄權之偵查, 惟偵查終結後應向有管轄權之屏東地方法院起訴, 並由屏東地方法院為實體審理與判決。

一、在我國刑事訴訟中, 針對傳聞證據排除法則, 有那些原則以及例外規定? 試說明之。

【擬答】:

我國傳聞證據排除法則之原則及例外規定, 分析如下:

傳聞證據排除法則之原則

(一) 原則之依據: 第159 條第1 項

刑事訴訟法 (以下稱本法) 第159 條第1 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。」為傳聞法則之原則規定, 因被告以外之人於審判外之陳述 (例如警訊筆錄), 未經具結且未受被告詰問, 如一律採其為裁判基礎, 將有害於被告詰問權與

嚴格證明法則（參照釋字582）。基此，第159條第1項規定，除法律有規定者外，傳聞證據無證據能力。

## (二)本法規定之傳聞例外

### 1. 傳聞例外之理由

為遵守嚴格證明及保障被告詰問權，傳聞證據固然應予排除。惟法治程序與發現真實俱為刑事訴訟之目的，於特定條件下，如傳聞證據具有可信之特別情況（可信性）及證明犯罪事實存否所必要（必要性）者，則適當承認傳聞證據有證據能力，此在比較法上有多例可循。

### 2. 依據：第159條之1至第159條之5及第206條

第159條第1項所謂「法律有規定者」之傳聞例外，係指本法第159條之1至第159條之5及第206條等規定（特別法因不在題目範圍，故省略）。茲將條文引據如下：

- (1)第159條之1：「被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據（第1項）。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（第2項）。」
- (2)第159條之2：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或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，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據」。
- (3)第159條之3：「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：1死亡者。2身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。3滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。4到庭後無正當理由拒絕陳述者。」
- (4)第159條之4：「除前三條之情形外，下列文書亦得為證據：1除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。2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。3除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書。」
- (5)第159條之5：「被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據（第1項）。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意（第2項）。」
- (6)第206條：「鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告（第1項）。鑑定人有數人時，得使其共同報告之（第2項）。但意見不同者，應使其各別報告。以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明（第3項）。」

## (二)簡易訴訟程序不適用傳聞法則

除典型傳聞法則之原則與例外規定之外，本法尚規定簡式審判、簡易判決及協商程序等簡易訴訟程序不適用傳聞法則。茲將條文引據如下：

### 1. 簡式審判

- c (1)第159條第2項：「前項規定，於法院以簡式審判程序者，不適用之。」
- d (2)第273條之2：「簡式審判程序之證據調查，不受第159條第1項規定之限制。」
2. 簡易判決：第159條第2項規定「前項規定，於法院以簡易判決處刑者，不適用之。」
3. 協商程序：第455條之11第2項規定「第159條第1項之規定，於協商程序不適用之。」

## (三)起訴審查及強制處分等不涉及有無犯罪之實體審判程序，不適用傳聞法則

第161條第2項起訴審查之規定及強制處分之審查，因均非認定被告有無犯罪之實體審判程序，其證據法則毋須嚴格證明，僅以自由證明為已足，故不適用傳聞法則，第159條第2項訂有明文（但漏列第258條之1以下之交付審判程序，屬立法漏洞），並此補陳。

二、拘提之原因有那些？那些情形須使用拘票？那些情形無須使用拘票？試根據我國刑事訴訟法之規定，說明之。

【擬答】：

拘提原因及有票拘提、無票拘提之規定，分述如下：

### (一)拘提原因

刑事訴訟法（以下略）規定之拘提原因，因一般拘提、逕行拘提與緊急拘提而有不同：

#### 1. 一般拘提：經傳喚無正當理由不到場

拘提目的在使相關人員到場，依比例原則（參照憲法第23條），如傳喚即可達到到場之目的者，則無庸拘提，故一般拘提之原因為「經傳喚無正當理由不到場」。第75條「被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之」、第178條「證人經合法傳喚，無正當理由而不到場者，得科以新臺幣三萬元以下之罰鍰，並得拘提之；再傳不到者，亦同」及第215條第2

項「行前項檢查，得傳喚其人到場或指定之其他處所，並準用第178條之規定」，乃關於一般拘提原因之明文規定。

## 2. 逕行拘提：第76條各款

為遵守憲法比例原則，一般拘提固以合法傳喚卻無正當理由不到為前提，但於特別情形，傳喚反易使被告知曉國家對其追訴而逃亡或滅證。因而，於此情形便不經傳喚逕行拘提，此稱逕行拘提，依據為第76條：「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：1無一定之住所或居所者。2逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。3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。4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。」

## 3. 緊急拘提：急迫情形併第88條之1第1項各款

不論是一般拘提或逕行拘提，皆須核發拘票始得執行。惟急迫情形不及取得拘票時，得允許無票拘提，此稱緊急拘提，依據為第88條之1第1項：「檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：1因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。2在執行或在押中之脫逃者。3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一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限。4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，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者。」

### (二)有票拘提

第77條規定「拘提被告，應用拘票」，則除緊急拘提之原因外，不論拘提對象為被告或證人，對其等之一般拘提與逕行拘提皆應使用拘票。

### (三)無票拘提

無票拘提乃是有票拘提之法定例外，第88條之1緊急拘提便屬無票拘提。惟第88條之1第2項又分執行緊急拘提者為檢察官或司法警察（官）而有不同處理：

1. 由檢察官親自執行時，得不用拘票。
2. 由司法警察官或司法警察執行時，以其急迫情況不及報告檢察官者為限，於執行後，應即報請檢察官簽發拘票。如檢察官不簽發拘票時，應即將被拘提人釋放。

三、甲教唆乙去竊取丙之電腦。而丙為甲之父親。乙聽從甲之教唆，而後著手行竊。乙著手行竊尚未既遂時，即被丙當場逮捕，乙並且供出其行竊係受到甲之教唆。試回答下列問題，並說明其理由：

- (一)如果丙只有對甲提出告訴，檢察官可否將乙提起公訴？
- (二)如果丙只有對乙提出告訴，檢察官可否將甲提起公訴？
- (三)如果丙只有對甲提出告訴，而且檢察官只起訴甲。此時，起訴之效力，是否及於乙？
- (四)如果丙只有對乙提出告訴，而且檢察官只起訴乙。此時，起訴之效力，是否及於甲？

### 【擬答】：

(一)依題意所示，甲教唆乙去竊取丙之電腦，乙聽從甲之教唆後著手行竊，尚未既遂時，即被丙當場逮捕，實體法上乙構成刑法第320條第3項之竊盜未遂罪，屬於非告訴乃論之罪；甲構成刑法第320條第3項、第29條第1、2項之教唆竊盜未遂罪，因丙為甲之直系血親，復依刑法第324條第2項規定，須告訴乃論，學理上稱之為相對告訴乃論之罪。訴訟法上，甲乙兩人則構成刑事訴訟法（下稱刑訴法）第7條第2款數人共犯一罪之相牽連案件，依刑訴法第15條準用第6條之規定，檢察官得合併偵查合併起訴，先予敘明。

(二)各小題分述如下：

1. 若丙只有對甲提出告訴，檢察官仍可將乙提起公訴：
- c (1)按甲所犯屬於相對告訴乃論之罪，其合法提出告訴之要件有三：1. 申告犯罪事實2. 表明訴追之意3. 具體指明犯人。依題示丙業已對甲合法提出告訴，檢察官可對甲提起公訴，法院亦得對甲實體審判。
- d (2)依刑訴法第239條告訴主觀不可分規定：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。…」其立法理由乃因共犯告訴乃論之罪，共犯間本有互相利用之關係，是以為求偵查便利，訴追條件之充實，自無庸逐一為之。何況告訴是以犯罪事實為對象，而非以犯人為對象，告訴權之行使僅就該犯罪事實是否告訴有自由決定之權，並不許對犯人有選擇權，是以有此規定。另所謂共犯，尚包括廣義共犯，如教唆犯、幫助犯等併予敘明。
- e (3)承前述，甲、乙所犯分別為相對告訴乃論與非告訴乃論之罪，題示丙對直系血親甲提出告訴之效力，雖無前述所謂及不及之問題，但對於無此特定關係之乙而言，其所犯者為非告訴乃論之罪，並不以告訴為必要，檢察官依其他情事，例如本小題中丙對甲之告訴，知乙有犯嫌者得開始偵查（刑訴法第228條第1項）。復依偵查所得之證據，足認乙有犯嫌者，即應提起公訴

(刑訴法第251條)，是故檢察官可將乙提起公訴。

2. 若丙只對乙提出告訴，其告訴效力並不及於直系血親甲，檢察官不可將甲提起公訴：  
蓋對於無特定關係之乙所犯之非告訴罪提出告訴者，僅須申告犯罪事實已足。惟丙對直系血親甲，合法提出告訴之要件，尚須表明訴追之意及具體指明犯人，是以丙對乙提出告訴，其效力不及於甲，檢察官不可將甲提起公訴。若誤提起公訴，法院應認相對告訴乃論之罪欠缺告訴之訴訟條件，而應為刑訴法第303條第3款之不受理判決。
3. 若丙只對甲提出告訴，且檢察官只起訴甲，此時起訴之效力，並不及於乙：  
基於不告不理之控訴原則，法院僅得就檢察官起訴之被告與犯罪事實審判，故刑訴法第266條規定：「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人」，亦即檢察官提起公訴主觀係可分的，與告訴主觀不可分效力有所不同；又審判範圍大於起訴範圍者，則構成未予以請求之事項，而予以裁判之訴外裁判之違法（刑訴法第379條第12款後段）。依題示，丙只對違犯相對告訴乃論罪之甲合法提出告訴，且檢察官亦只起訴甲，故起訴效力不及於乙，法院不得就乙之犯罪加以審判，否則構成訴外裁判之違法。
4. 若丙只有對乙提出告訴，且檢察官只起訴乙，此時起訴之效力，亦不及於甲：  
同前第3小題所述，基於控訴原則及刑訴法第266條、第379條第12款後段規定，既丙只對乙提出告訴，且檢察官只起訴乙。此時，起訴之效力，應亦不及於甲，法院不得就甲之犯罪加以審判，否則亦構成訴外裁判之違法。

四、刑事訴訟法第一百條之三第一項第四款規定「有急迫之情形者」，司法警察人員例外的得於夜間詢問犯罪嫌疑人，所謂有急迫之情形所指為何？

【擬答】：

(一)夜間詢問之相關規定與立法目的

按刑事訴訟法第一百條之三規定“司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：經受詢問人明示同意者。於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。經檢察官或法官許可者。有急迫之情形者。犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。稱夜間者，為日出前，日沒後。”，如有違反，依同法第一五八條之二第一項規定“違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。”

此夜間詢問禁止規定之目的乃在保障人權，而非防止疲勞詢問，蓋本法第一五六條第一項已就疲勞詢問另設有禁止規定。

(二)急迫之情形

按刑事訴訟法第一百條之三第一項規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有下列情形之一者，不在此限：四 有急迫之情形者。」，此即夜間詢問之禁止與例外容許規定，至但書所稱之「急迫情形」，依學者見解應符合重罪（涉嫌重罪罪名）、適當（夜間詢問適合達成所欲之目的）、急迫（夜間詢問之目的具急迫要求）、必要（對受詢問者盡正當法律程序之保障）等原則。

五、依刑事訴訟法第一百三十條之規定，檢察事務官或司法警察人員依法拘提、逮捕被告或犯罪嫌疑人時，雖無搜索票，得逕行搜索一定的範圍，理由何在？此項得逕行搜索之範圍如何？

【擬答】：

(一)附帶搜索：依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。」其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具，另倘為取得或保全證據則亦屬之。惟亦有採不同見解者，其認為保全隨身證據時不得為附帶搜索。

(二)依此學者認於刑事案件中為保障執法人員安全並防止隨身證據湮滅：

1. 司法警察拘提逮捕汽車駕駛人或乘客時，得同時附帶搜索該人得立即觸及之汽車內部及其內開啟或封閉之容器（包括前座置物箱、車上之行李、盒子與衣服等），至於未得觸及之範圍暨汽車之後行李箱與引擎箱則均不得為之。
2. 若係對接近汽車或未曾進入汽車之人為拘提逮捕，則僅得於合理懷疑該人身上可能發現證據或武器時，始得對身體為附帶搜索，至對汽車，即不許為之。
3. 司法警察若具備相當理由時得對停放路邊之汽車（含置物箱、行李箱與引擎箱）為無令狀

搜索，以防止嫌犯或共犯將車駛離或遭人竊取破壞，至對汽車內可得分離之容器（如個人皮包、旅行袋等）僅得無令狀扣押，迨取得令狀後始可為搜索。

六、依我國刑事訴訟法之規定，被告以外之人於檢察事務官調查中所為之陳述，符合何項情形，得於審判中作為證據？

【擬答】：

(一)傳聞法則暨其例外

1. 按傳聞法則乃當事人進行主義之重要精神所在，其目的乃藉由反對詰問以確保被告以外之人供述內容之憑信性與正確性，此因傳聞證據無從經詰問彈劾過程檢驗供述內容，顯違背嚴格證明之直接審理主義。至所謂傳聞法則，依我國刑事訴訟法第一五九條第一項規定，乃指「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。」而本法第一五九條之一至第一五九條之五即為法律所規定之例外。惟比較美日立法例，其所容許之傳聞法則例外，乃須以證人在審判中供述不能且該傳聞證據具可信性情況保證與證據必要性始可，蓋若無嚴格限制傳聞證據之採認，將有致交互詰問制度空洞化，並架空直接審理主義之虞。

2. 次按「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或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，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。」又「被告以外之人於審判中有滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者，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。」

本法第一五九條之二、第一五九條之三、第一五九條之五分別定有明文。茲為如下說明：

- c (1) 第一五九條之三供述不能之規定，其明訂須兼具可信性特別情況保證與證據必要性之要件，方得為證據，符合前揭說明之嚴格限制，應值肯定。
- d (2) 第一五九條之二有關供述矛盾之規定，學說則有不同意見：一說認該陳述者已在審判中出庭具結陳述，此時當事人與法院親自觀察該陳述者先後供述不一之反應，並得親自為對質詰問，故應容許該供述矛盾之供述證據；惟另說則認畢竟先前矛盾之供述並未經交互詰問之檢驗，率予承認其得為證據，易造成法院藉此規避直接言詞審理主義。淺見以為無論採認何說，均應該認該矛盾供述僅具證據能力，尚須經嚴格證明程序之合法調查，無違直接言詞審理主義。
- e (3) 第一五九條之五「被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。

當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。」

3. 綜上所陳，依我國刑事訴訟法規定，本題無論證人供述不能或先後供述矛盾抑或當事人合意，倘符合證據必要性與可信性特別情況保證之要求，並經嚴格證明程序之調查，即得為有罪判決之依據。

(二)傳聞法則之排斥

次按本法第一五九條第二項及第二七三條之二均明定同法第一五九條第一項之傳聞法則於簡式審判程序不適用之，此即傳聞法則之排除。蓋自由證明程序係採間接審理，故容許傳聞證據具證據能力，故若於簡式審判程序或簡易程序，協商程序中，因排斥傳聞法則，被告以外之人於檢察事務官調查時所為陳述，即具證據能力。

七、設某甲涉嫌賄選案件，經檢察官傳喚到場訊問，檢察官表示倘被告甲坦承賄選，且交出相關帳冊資料，將可對其為緩起訴處分。甲為求有利之處分，遂自白賄選經過，並供出相關資料寄放在友人乙家中，檢察官依法向法院聲請取得搜索票後，至乙家中搜索取出相關賄選帳冊資料，惟之後檢察官仍以被告甲涉嫌賄選提起公訴。試問此例中，被告甲之自白筆錄得否作為證明其有罪之證據？又之後搜索取得之帳冊資料，得否作為證明甲有罪之證據？

【擬答】：

(一)不正訊問方法之自白與毒樹果實理論

按被告之自白，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，刑事訴訟法第一五六條第一項定有明文。

次按不正訊問方法乃最嚴重之違法取證，是其所取得之被告自白之證據能力即予絕對強制排除，甚而影響基此衍生之合法證據及該被告其後之第二次合法自白之證據能力，此即毒樹果

實理論所探討之內涵。茲為如後說明：

1. 放射性效力：即基於不正訊問方法所取得之非任意性自白內容而合法取得之衍生性證據，因受該不正訊問方法汙染而不具證據能力。惟如有獨立來源或必然發現之例外不在此限。
2. 繼續性效力：被告雖於檢察官偵查中所為第二次自白非出於不正方法，惟因被告身心已受前不正方法之影響，致其第二次自白仍非基於自由意志而無證據能力，然若被告為自白時業經檢察官為加重告知，則例外承認其證據能力；另被告第三次任意性自白因稀釋原則而認原不正方法之汙染毒素已減弱而認具證據能力。

(二)結論：本題檢察官以緩起訴處分誘得被告自白，仍係以利誘之不正方法取得被告甲之非任意性自白，依本法第一五六條第一項之規定即無證據能力，至依該非任意性自白而合法搜索取得之帳冊資料，乃屬衍生性證據，除具獨立來源或必然發現之例外，依毒樹果實放射性效力，亦無證據能力。

八、何謂相牽連案件？牽連管轄之偵查與起訴如何處理？試說明之。

【擬答】：

(一)相牽連案件

按刑事訴訟法第六條牽連管轄規定：數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法管轄，前項情形，如各案件已係屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之。有不同意見者，由共同之直接上級法院裁定之。

同法第七條相牽連案件規定：有左列情形之一者，為相牽連案件：一人犯數罪者。數人共犯一罪或數罪者。數人同時在同一處所各別犯罪。犯與本罪有關係之藏匿人犯，湮滅證據，偽證，贓物各罪者。

(二)牽連管轄之偵查與起訴

次按檢察一體在確保檢察權之公正行使，在不違背檢察官之真實性義務與合法性義務之前提下，為防止檢察官權力濫用及統一檢察官權行使方針並達成協力辦案之目的，上級檢察機關或檢察首長本於檢察一體之指令權，得於一定條件與必要情形下，為職務承繼權與職務移轉權之發動。承上規定，於相牽連案件，本於訴訟經濟，證據共通性及避免偵查結果與裁判矛盾之考量，分別對數共犯各有偵查權之各檢察署檢察官，得本於檢察一體原則協調由某地檢署檢察官就相牽連案件合併偵查，嗣後再本於前揭牽連管轄之規定，對該等相牽連案件合併起訴，而由法院合併審判。

九、訊問被告應先告知何種事項？違背規定所取得之自白法律效果如何？試分析說明之。

【擬答】：

(一)告知事項：

刑事訴訟法有關對被告正當法律程序之保障乃自本法第九五條之告知義務而啟動，揆諸該條規定，訊問被告時所應告知之事項包括：

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。

至司法警察官之詢問則依本法第一〇〇條之二準用之。

(二)違反告知義務之效果：

1. 本法第一五八條之二第二項「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反本法第九五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定」之適用條件：

- c (1)須檢事官、司法警察(官)所為。
- d (2)須對經拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人之詢問。
- e (3)須違反§95第2、3款之告知義務。

2. 下列情形均無本法第一五八條之二第二項之適用，惟應注意其仍屬違法取證，而依本法第一五八條之四「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」定其效果：

- c (1)法官、檢察官對任何被告訊問時違反§95第1、2、3、4款之告知義務。
- d (2)檢事官、司法警察(官)對未經拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人詢問時違反§95第1、2、3、4款之告知義務。
- e (3)檢事官、司法警察(官)對拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人詢問時違反§95第1、4款之告知義務。

十、准許夜間訊問之情形有幾種？試說明之。

【擬答】：

(一)夜間詢問之相關規定

按刑事訴訟法第一〇〇條之三規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：經受詢問人明示同意者。於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。經檢察官或法官許可者。有急迫之情形者。犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。稱夜間者，為日出前，日沒後」，如有違反，依本法第一五八條之二第一項規定「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限」。

(二)禁止夜間詢問之立法目的

次按夜間詢問禁止之目的乃在於保障人權，避免被告於夜間面對公權力之強勢詢問時，因心生恐懼而為陳述。應注意者，夜間詢問禁止應與防止疲勞詢問有所區別，蓋本法第九八條已就疲勞詢問之禁止另設明文，且依本法第一五六條第一項之規定，疲勞詢問之效果係絕對強制排除該自白之證據能力，至違法夜間詢問取得之自白僅為相對強制排除，又疲勞詢問之禁止並無例外之容許，夜間詢問依本法第一〇〇條之三第一項即有例外情形，何況個人之生理作息不一，並非任何人於夜間受詢問即有疲勞情狀。

(三)急迫情形之要件

按刑事訴訟法第一〇〇條之三第一項規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：四、有急迫情形者」，此即夜間詢問之禁止與例外容許規定，至但書所稱之「急迫情形」，依學者見解應符合優越利益之重罪原則（涉嫌重罪罪名，以符合狹義比例原則）、適當性原則（夜間詢問適合達成所欲之目的）、急迫性原則（夜間詢問之目的具急迫要求，例如倘未夜間詢問則對社會秩序或被害人之生命身體有明顯立即危害）及必要性原則（對受詢問者應盡正當法律程序之保障）

十一、同一案件於開始偵查後，檢察官知有自訴者，於何種情形應停止偵查，將案件移送法院？又對於自訴案件之判決，檢察官得為如何之處理？

【擬答】：

(一)停止偵查情形

1. 開始偵查前已提起自訴（是否限合法自訴有不同見解），則檢察官依本法第323條第2項之規定，應停止偵查並移請法院併辦；若檢察官仍予起訴，法院應依本法第303條第2款或第7款為不受理判決，倘檢察官為不起訴，則屬無效之處分。
2. 開始偵查後，非告訴乃論之罪不得再自訴，惟告訴乃論之罪之被害人仍得提自訴（§323 I 但書），應注意者，此於緩起訴處分期間不適用之（§253-1IV）。

(二)檢察官之處理

1. 本法第336條：
  - c (1)自訴案件之判決書，並應送達於該管檢察官。
  - d (2)檢察官接受不受理或管轄錯誤之判決書後，認為應提起公訴者，應即開始或續行偵查。
2. 本法第347條：

檢察官對於自訴案件之判決，得獨立上訴。
3. 本法第356條：

自訴人上訴者，非得檢察官之同意，不得撤回。

十二、搜索票未記載之物，在何種情形下得扣押之？試根據刑事訴訟法之規定，說明之。

【擬答】：

按扣押指為保全可為證據或得沒收之物，而對其暫時占有之強制處分。

壹、客體：

包括可為證據之物（目的在保全證據，以利追訴且防止湮滅）及得沒收之物（刑法第三十八條第一項所列三款）。（刑事訴訟法第一三三條第一項）

貳、參與機關：

- 一、決定機關：偵查審判中均為法官（第一三六條第一項），由法官於搜索票上記載扣押標的物。
- 二、執行機關：司法警察（官）、檢察事務官、檢察官、法官（第一三六條第二項），無論令狀扣押或無令狀附帶扣押，實施後均須製作扣押收據交予相對人。
- 參、無令狀扣押種類：

無令狀扣押乃扣押搜索票所未記載之物，惟無論令狀或無令狀扣押，均以合法搜索為前提，違法搜索扣押所得之物，法院得依刑事訴訟法第一五八條之四權衡裁量宣告無證據能力。

一、本案附帶扣押：檢察官，檢察事務官，司法警察官或司法警察執行搜索扣押時，發現本案應扣押之物為搜索票所未記載者，亦得扣押之。（本法第一三七條）

另案附帶扣押：實施搜索扣押時，發現另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。（本法第一五二條）

#### 肆、程序

令狀與證件之出示（第一四五條、第一四八條）、扣押之在場及通知（第一四八條～第一五〇條）、扣押之必要處分（第一四四條、第一五一條）、扣押筆錄製作（第四十二條）、交付收據（第一三九條第一項）。

#### 伍、限制

一、比例原則：應先依第一三三條第二項命其提出或交付，方可再依第一三八條規定使用強制力。

二、公務物件：第一三四條第一、二項。

三、郵件電報：第一三五條。

十三、何謂「免於自證有罪」之權利？我國刑事訴訟法中有無相關規定？試分析之。（25分）

【擬答】：

#### 壹、憲法之不自證己罪原則

本於憲法第八條正當法律程序之保障與人性尊嚴(意思決定與活動自由)，人民於刑事訴訟程序中均有免於自證有罪之權利，此即不自證己罪原則，大法官會議釋字第三八四號亦同此旨。又免於自證有罪之權利乃自偵查至審判程序均有其適用，且任何實質具被告地位之人亦均得享有。惟應注意者，此項免於自證有罪權利，僅係無需證明自己有罪，而非可免除忍受強制處分之義務。

#### 貳、被告免於自證有罪之依據

##### 一、刑事訴訟法第九十五條第二款與第一五六條第四項

保障被告免於自證有罪權利之最有效方式在於行使緘默權，故本法乃明定偵審人員訊問被告前應先為第九十五條得保持緘默之告知，俾其知悉行使緘默權。復因緘默權之行使為被告之憲法權利，是以審判法院不得以被告保持緘默而推斷其罪行，否則無異剝奪被告免於自證有罪之權利。

##### 二、刑事訴訟法第九十八條與第一五六條第一項與第三項

被告自白為證據之王，本法未防止偵審人員以不當手段使被告放棄緘默權之行使而為非任意性自白，復規定偵審人員訊問被告時，應出於懇切之態度，不得有強暴，脅迫，利誘，詐欺，疲勞訊問，違法羈押或其他不正之方法，否則因而取得之自白亦無證據能力，且未免訊問人員存有僥倖，倘被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查，該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白出於自由意志，指出證明方法，以使被告無庸另就自白非任意性肩負舉證責任。

#### 參、證人免於自證有罪之依據

刑事訴訟程序中，被告與證人之地位常因偵審人員惡意或非惡意而混淆，致實質被告之訴訟防禦權蒙受侵害，故本法乃另有第一八一條"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。"與第一八六條第二項"證人有第一八一條之情形者，應告以得拒絕證言，"之規定，以貫徹實質被告免於自證有罪權利之保障。關於此一實質被告之證人所擁有之不自證己罪權利，有如下之說明：

一、不自證己罪原則適用於被告之權利即為緘默權行使（第九十五條第二款、第九十八條、第一五六條第一項），適用於證人之權利即為拒絕證言權（第一八六條第二項、第一八一條）。

二、同一程序中證人不得僅就一部事實陳述而就部分事實行使拒絕證言權，此於詰問時亦同（第一八一條之一）；至不同程序，證人雖於先前或其他程序為陳述，於另一程序仍得行使拒絕證言權。

三、被告之不自證己罪可對所有問題概括拒絕答覆，惟證人之不自證己罪需就個別具體問題逐一分別主張，使法官得判斷該問題有無使證人自證己罪之可能性。

四、拒絕證言權屬證人不自證己罪之權利，非當事人所得主張之權利，故若違反第一

八一條及第一八六條第二項，僅將來不得為追訴審判該證人之不利證據（此無異以具結程序迫使證人為真實陳述，違反第一五六條第一項規定），然仍得為本案被告之證據。

五、共同被告原有之被告權利（包括不自證己罪權利），不因第二八七條之二而受影響，故未分離審判前，共同被告行使者為緘默權；分離審判後，其身分轉換為證人，所行使者則為拒絕證言權。

十四、檢察官對被告為緩起訴處分時，告訴人如果不服，可以循何種途徑尋求救濟？試根據刑事訴訟法之規定，分析之。

【擬答】：

所謂緩起訴處分乃被告所犯為死刑，無期徒刑，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，認以緩起訴處分為適當者，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。至緩起訴處分之確定，係以告訴人依法不得再行救濟時為確定時點，而告訴人之救濟途徑，依刑事訴訟法之規定則有聲請再議與聲請交付審判，茲分述如下：

壹、聲請再議

按「告訴人接受不起訴或緩起訴處分書後，得以七日內以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察長或檢察總長聲請再議。」，又「被告接受撤銷緩起訴處分書後，得於七日內以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察長或檢察總長聲請再議。」刑事訴訟法第二五六條第一項、第二五六條之一第一項分別定有明文，故知偵查中之聲請再議人乃限已實行告訴之告訴權人與緩起訴處分經撤銷之被告。

貳、聲請交付審判

所謂交付審判制乃告訴人不服檢察機關駁回其再議聲請之處分，而於接受處分書後十日委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判，其主要目的在監督檢察官之不起處分與緩起訴處分，使不服該等處分者有請求法院介入審查之救濟機會。

依刑事訴訟法第二五八條之一至第二五八條之四規定，我國刑事訴訟法增訂之交付審判制應具備下述要件：

- (一)主體要件：聲請之主體依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，使不服不起訴或緩起訴處分者有請求法院救濟之機會，讓法院有介入審查檢察官的不起訴或緩起訴處分之權利。故知聲請權人限實行告訴且聲請再議之人。
- (二)程式要件：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。由此條文可知新法採行「再議前置」之機制（類似行政訴訟之訴願前置主義），亦即並非告訴人收到處分書，即可聲請交付審判，而必須先經由再議程序救濟，駁回後始可委任律師聲請交付審判。另本次修法對聲請交付審判採強制委任律師之「強制律師代理制度」，其立法理由係為防止濫行提出聲請，虛耗訴訟資源。

參、法院審查之相關規定：

一、法院之審查及效果：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之三第一項規定，告訴人提出交付審判之聲請後，法院應組成合議庭以合議行之。法院審查之結果認為交付審判之聲請不合法或無理由者，應駁回之；認為有理由者，應為交付審判之裁定，並將正本送達於聲請人、檢察官及被告。另依同法第二百五十八條之三第四項之規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。

二、聲請之撤回：新法對於交付審判之聲請，採行得撤回之原則，依新增訂刑事訴訟法第二百五十八條之二規定，交付審判之聲請，於法院裁定前，得撤回之，於裁定交付審判第一審辯論終結前亦同。另撤回交付審判聲請之人，不得再行聲請交付審判。

三、交付審判之救濟：交付審判使案件進入審判程序，對被告而言，其權益畢竟因此而受影響，故本次修法承認被告有抗告之利益，依第二百五十八條之三第五項規定，得提起抗告救濟之。

四、審查程序：法院為上開裁定時得為必要調查，此時因影響被告權利甚鉅，故其

有聽審權，至法院所持之證據法則僅需自由證明即可。

十五、何種案件得適用簡易程序？以簡易判決所處之刑，以何種刑罰為限？對於簡易判決不服時，向何處上訴？上訴審之審判，是否仍得適用簡易程序？試根據刑事訴訟法之規定，分別說明之。

【擬答】

壹、簡易程序之案件與科刑

依現行刑事訴訟法所規定之審判程序得區分為通常程序，簡式程序，簡易程序與協商程序。其中簡易程序依本法第四四九條第三項，第四五〇條第二項與第四五一條之一第四項第三款規定，僅得宣告緩刑或得易科罰金之有期徒刑，拘役，或免刑判決；至其他有罪科刑或無罪，免訴，不受理與管轄錯誤判決即不得為之，是為其科處刑罰之限制，至適用案件之範圍雖無明文規定然需以符合得科處前揭刑罰種類之罪名案件為限。

貳、簡易程序之上訴

依本法第四五五之一條第一項規定，對於簡易判決有不服者，得上訴於管轄之第二審地方法院合議庭，即為其上訴管轄法院。且依同條第三項規定，此項上訴準用第三編第一章及第二章之規定，亦即與通常審判程序之上訴程序有相同適用，故檢一程序之上訴程序即不得再以簡易程序為之，而應由地方法院合議庭依通常審判之上訴程序為之。

十六、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？

【擬答】：

(一)關於本案所踐行之程序是否合法，分述如下：

1. 題示甲係因殺人未遂罪名被檢察官提起公訴，依刑法第25條、第271條第1、2項規定，屬於最輕本刑十年以上之重罪。訴訟法上，符合最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪，依刑事訴訟法（下同）第31條第1項規定，屬於強制辯護案件，此規範目的乃在保護被告利益及維持審判公平而設，所以依第284條規定，無辯護人到庭者，不得審判。若辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，將構成本法第379條第7款判決當然違背法令之事由。
2. 按強制辯護案件者，若未選任辯護人，法院應為其指定公設辯護人為其辯護。本題被告甲雖選任辯護人A，然A經法院依法通知卻無正當理由未到庭辯論，依本法第31條第2項規定，審判長似得指定公設辯護人為其辯護。惟是否於臨時指定公設辯護人後，即可逕行審判並於該日辯論終結？學說則認為，強制辯護案件規定之目的，在保護被告之防禦權及辯論權及維持審判公平而設，基於被告與選任之辯護人間存在特別信賴關係，且審判長臨時指定之公設辯護人，未必能臨時準備即行辯論，應給予相當期間準備始可為實質辯論。故適宜之道，應將指定之公設辯護人做為候補性之辯護人，另定審判期日，再通知選任之辯護人到場，仍不到庭方由公設辯護人取代之，以符合強制辯護案件之規範之意旨。
3. 綜上所述，審判長雖指定公設辯護人，但仍應另定審判期日，以符合實質辯護意旨，故審判長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，其所踐行之程序並不適法。

(二)若本案判決結果為被告無罪，情形有無不同？

承前述，強制辯護制度，乃為保護被告之利益，維持審判之公平而設，故實務見解認為，若法院諭知無罪之案件，縱被告之辯護人合法傳喚無正當理由不到庭，經在場之被告與檢察官辯論而逕行判決，顯已善盡保護被告之利益及維審判之公平，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（最高法院79年台上字第338號判決參照）。是故依前述實務見解，本案判決結果為被告無罪，本件程序則屬合法。

十七、甲夥同乙竊取丙之現款三萬元，得手後，甫裝入甲攜帶之皮帶，即為丙所發覺，乙迅速先行逃離，丙則呼人追捕甲，甲情急將該皮帶藏入附近之某草叢，拔腿狂奔，其時適乙之弟丁路過該處，乃與丙協力將甲逮捕送警，移交該管檢察官偵辦。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，經檢查官傳訊乙，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：

(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？

乙先前乙證人身分所為之陳述，可否用為證明甲犯行之證據？

【擬答】：

三子題分述如下：

(一)甲之自白及贓款無證據能力，抗辯有理由

1. 甲之自白出於利誘而來，故無證據能力

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，違反不正訊問取得之自白無證據能力 (§§98, 156 I)。其中，是否構成利誘，在於訊問者的表示是否超越法律與職權的界限，而令被訊問者信以為真，例如被告定罪科刑屬於法院職權，檢察官便不得越權取代法院向被告保證減刑<sup>1</sup>。本案情形，檢察官曉諭若甲自白當可減輕其刑，已構成前述利誘要件，故甲之自白受到不正訊問的影響，依法應無證據能力

2. 贓款適用毒樹果實理論，故無證據能力

追訴機關以不正方法取得被告自白，再依自白合法取得的證物，是否受到先前非任意性自白使用禁止的影響，連帶使得合法取得的證物，應有證據排除效果？此即非任意性自白放射效力的問題，也就是毒樹果實理論。是否承認毒樹果實理論，本有相當爭議。在「毒樹」為非任意自白的情形，傳統見解否定非任意性自白有放射效力<sup>2</sup>，但新近文獻特別指出「非任意自白應承認放射效力」，而無例外可言，理由為使用不正訊問是本法所最嚴重的違法取證，而且，僅禁止使用非任意性自白無法貫徹禁止不正訊問規範目的。系爭贓款因甲拋棄而由追訴機關合法取得，卻是因非任意性自白而循線查獲，準此，應認贓款適用毒樹果實理論，故無證據能力。

(二)丁證詞因未受告知得拒絕證言而無證據能力，抗辯有理由

1. 親屬關係拒絕證言權與告知義務

為維護家庭倫理、不強人所難，證人為被告的特定親屬時，該證人享有拒絕證言權 (§180 I)，國家為充分保障此項權利，並負有告知義務 (§185 II)。

2. 違反親屬關係拒絕證言權之告知義務，該證詞無證據能力

追訴機關訊問與被告具有特定親屬關係之證人，而未踐行拒絕證言權的告知義務，因而取得證詞者，考量親屬關係拒絕證言權的規範目的，若仍用以作為被告定罪證據，將損害被告與證人之家庭和諧；縱使法院於訊問時點不知證人與被告具有特殊親屬關係而未告知拒絕證言權，德國實務認為該證詞仍無證據能力<sup>3</sup>。準此，系爭情形正是國家不知證人丁與被告乙具有三親等內之旁系血親的親屬關係 (§180 I 1) 而未踐行告知拒絕證言權，該證詞承上說明，應無證據能力。

(三)乙證詞可作為被告甲之證據

1. 證人不自證己罪之拒絕證言權與國家告知義務

證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，國家並負有告知義務 (§§181, 186 II)，此項規範保護目的在於維護證人的不自證己罪權利。

2. 國家違反不自證己罪之拒絕證言權的告知義務，對該名證人以外之被告不生影響，故有證據能力

國家訊問證人，違反不自證己罪之拒絕證言權的告知義務時，該證詞對於被告有無證據能力首要探究有違侵犯規範保護目的。不自證己罪之「拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張，證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人而設，非為保護被告，法院或檢察官違反告知義務所生之法律效果，僅對證人生效，故違反告知義務之證人證詞，對訴訟當事人仍具證據能力」<sup>4</sup>。準此，證人乙之證詞對被告甲之案件而言，仍有證據能力。

十八、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。

- (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？

【擬答】：

三子題分述如下：

(一)緩起訴效力不及於過失致死，丙過失致死部分可另行起訴

實體法上一罪，訴訟法上一客體，審判上無從分割<sup>5</sup>，故想像競合之兩部屬於單一案件，起訴一部則效力會及於他部 (§267)。但偵查中之緩起訴處分並未起訴，無從認定一部起訴與未起訴之他部之關係；此外，據為不起訴不可分之實務見解，亦經最高法院不再援用<sup>6</sup>，故偵查中並無案件不可分可言。因此，系爭案例，甲同時撞傷乙、丙，丙繼而死亡，實體法上應論甲成立過失傷害與過失致死之想像競合，但因偵查中無案件不可分概念，故檢察官對過失傷害部分處分緩起訴，其效力不及於過失致死部分。其次，既然系爭緩起訴效力不及於丙之過失致死部分，檢察官可就過失致死部分另行起訴。

(二)系爭緩起訴無法定撤銷原因，故不可撤銷，繼續偵查、起訴

被告於緩起訴期間內，有下列情形之一者，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：

1. 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。
2. 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。
3. 違背第253條之2第1項各款之應遵守或履行事項者 (§253-3 I)。本案丙過失致死部分，並未構成前揭可撤銷原因，故檢察官不得以丙嗣後已死亡，撤銷前揭緩起訴處分，繼續偵查、起訴。

(三)系爭緩起訴不得撤銷、不得再行起訴

十九、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。

(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？

【擬答】

(一)依照不告不理之控訴原則，法院審判案件範圍須等同檢察官起訴案件之範圍，而案件係由被告與犯罪事實所組成，是故我國刑事訴訟法(下同)第264條第2項規定檢察官起訴書內應記載被告之年籍資料與「犯罪事實」等，以特定法院審判案件之範圍。其中稱「犯罪事實」者，傳統學者及實務見解認為係指可以構成犯罪之事實。換言之，即相當於構成要件之具體事實，並將訴訟法上之犯罪事實等同於實體法上之罪數判斷，實體法上一罪訴訟法上即為一個犯罪事實，並據此推導出實體法上一罪加上兩部均有罪，檢察官就犯罪事實一部起訴效力及於全部(第267條)，產生單一性案件不可分之效力。惟有學者認為訴訟法上對犯罪事實的認定，應是以「一個具體事件」、「一個相同之歷史過程」或「按照自然的生活觀點的一個單一的生活事實」之判斷為主，屬事實面之判斷，與實體法之罪數判斷屬規範面者不同。關鍵應在於緊密的事理關聯性，而判斷之重要標準在於行為時間、行為地點、行為(對象)客體及侵害目的等。所以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。此一犯罪事實概念之建立，可產生之功能包括：1、在控訴原則下，特定檢察官起訴範圍、法院審判範圍以及被告防禦權行使之範圍；2、區分訴追者究竟要另行或追加起訴(第265條)；3、得否變更對起訴事實之法律評價(第300條)；4、定判決效力即既判力之範圍等。

(二)關於法院應為如何之判決，分述如下：

1. 依照傳統學者及實務見解：法院應為免訴之判決

- c (1)按意圖供犯罪之用而持有手槍、子彈，嗣以該手槍、子彈殺人，如其意圖所犯之罪包含殺人在內，應認定其持有槍彈與殺人罪兩罪間有方法結果之牽連關係，依刑法第五十五條從一重處斷(最高法院89年度台上字第5376號判決參照)。本題甲係為報仇始購入制式手

槍一把，嗣半年後遇到仇人某乙，當場持槍將某乙殺害，依題示其持有之初，即有犯殺人罪之意圖，是故依舊刑法第55條規定應成立牽連犯。

(2)牽連犯係裁判上一罪，如其方法或結果之犯罪行為，業經判決確定，其效力當然及於全部…（最高法院60年台非字第77號判例參照）。惟若在最後審理事實法院宣示判決後，始行發生之事實，既非該法院所得審判，即為該案判決之既判力所不能及，亦即必須符合時間之效力範圍始發生既判力（最高法院32年上字第2578號判例參照）。

e (3)民國95年6月，就某甲遭起訴殺人罪，法院應為免訴之判決：

依題示，被告甲持有槍砲之罪業經法院判決有罪確定，且甲殺害仇人乙之事實係發生於持槍案件最後審理事實法院宣示判決前，符合時之效力範圍，故依舊法及早期實務見解，殺人罪部份之犯罪事實，亦為既判力之效力所及，檢察官重行起訴殺人罪，法院應為第302條第1款之免訴判決。

f (4)民國95年8月，就某甲遭起訴殺人罪，法院亦應為免訴之判決：

按民國95年7月1日新刑法施行，雖刪除舊刑法第55條牽連犯之規定，惟實務見解認為「犯一罪而其方法或結果之行為，均在新法施行前者，新法施行後，應依新法第二條第一項之規定，適用最有利於行為人之法律。若其中部分之行為在新法施行後者，該部分不能論以牽連犯。」（最高法院95年第8次決議）。亦即依新刑法第2條從舊從輕之規定，被告甲仍應適用舊法之規定成立牽連犯，甲持有槍砲之罪業經法院有罪判決確定，且殺人罪部分犯罪事實符合時之效力範圍，故法院亦應為免訴之判決。

g (5)綜前所述，殺人罪部分，法院於95年6月或8月判決，均應為免訴判決，結果並無不同。

又本題殺人罪部分，檢察官應就持有槍砲之有罪確定判決，依第422條第2款之規定未受判決人之不利益聲請再審加以救濟，並予敘明。

## 2. 依照學說見解：

題示被告甲非法持有槍砲與殺人罪的犯罪事實之間，無論實體法上認定係屬一罪或數罪，不影響訴訟法上犯罪事實之判斷，在判斷行為時間、行為地點、行為（對象）客體及侵害目的後，應認兩者非屬於「按照自然的生活觀點的一個單一的生活事實」、「一個具體事件」或「一個相同之歷史過程」，即應為兩者屬不同之犯罪事實。否則如行為人因為非法持槍而遭判刑確定，但在此一期間內利用此槍械犯下之罪行，均導致禁止再行訴追的結果，實在欠缺說服力，從而對於殺人罪部分，仍得再予追訴、審判，不受前判決之既判力所及。故檢察官得再行起訴，法院不論95年6月或8月，均應為實體有罪判決，不因95年7月1日新刑法修正刪除牽連犯而有所影響。

二十、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？

### 【擬答】：

本題涉及強制處分合法性要件之判斷，分析如下：

#### (一) 案例涉及之強制處分類型

1. 拘提或逮捕：警察制伏丙扭送警局，侵犯丙的人身自由，依刑事訴訟法（下略）之規定，應有拘提或逮捕依據（參照第77、88、88之1），始得干預丙之人身自由。

#### 2. 搜索

c (1) 搜索丙身：警察對丙搜身，涉及侵犯丙之隱私權（參照憲法第22條、釋字585理由書），除合乎無令狀搜索之例外情形（參照第130、131、131之1條），原則上需有法官核發搜索票，方為合法搜身（參照第128條）。

d (2) 搜索乙宅：警察未獲乙同意進入乙宅搜索，已侵犯乙之家宅權（參照憲法第10條），必須合於比例原則與法律保留原則，警察之作為始為合法，而對此則以搜索為規範依據，除合乎無令狀搜索之例外情形（參照第130、131、131之1條），原則上需有法官核發搜索票，方能發動搜索（參照第128條）。

#### (二) 案例強制處分類型合法性判斷

1. 拘捕丙，可援用第88條、第88條之1或第103條

案例中警察拘捕丙，因丙未受通緝，警察亦無拘票，其人身自由之干預合法性與否，即應判斷是否合乎其他限制人身自由之規定。因此，如丙為現行犯（第88條）、具有緊急拘提（第88條之1）或警察執行羈押（第103條）之情形者，則警察得直接拘束丙人身自由。

2. 對丙搜身，可援用第130條

第130條規定：「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。」乃附帶搜索之規定，立法目的在保護執法人員安全及避免被告湮滅證據，惟其前提必是「合法」逮捕或「合法」執行拘提、羈押。因而，如警察前述之限制人身自由合於拘捕之法定依據，警察即得對丙為附帶搜索。

3. 搜索乙宅，可援用第131 條第1 項

第131 條第1 項規定：「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確實在內者。」，一般稱為逕行搜索，目的在發現被告，但其進入住宅或處所執行搜索之行為，則應本於該條項各款，始為合法之無令狀搜索。據此，如警察拘捕丙合乎相關限制人身自由之強制處分要件，則警察即得援用第131 條第1 項，雖無搜索票亦得進入乙宅執行搜索，以期發現丙。

1. 甲至A 百貨公司購物，因店員乙適與男友丙聊天中誤會甲行竊，甲為免誤會迅速離去，乙誤以甲逃跑，乃追呼其為小偷，甲旋被附近巡邏警員丁逮捕，甲憤而誣指丙為共犯，丁乃急告同行警員戊前往丙宅，於丙臥室內加以逮捕，並將丙購自A 公司之襯衫一件以贓物加以扣押，問丁、戊之逮捕、搜索及扣押是否合法，請詳述其理由。

答：按“現行犯，不問何人得逕行逮捕之。犯罪在實施中或實施後及時發覺者，為現行犯。有左列情形之一者，以現行犯論：一被追呼為犯罪人者二因持有凶器”贓物或其他物件”或於身體”衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。”；”檢察官司法警察官或司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：一因現行犯之供述，且有事實足認為犯罪嫌疑重大者.....”；”檢察官”檢察事務官”司法警察官或司法警察逮捕被告”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。”；”有左列情形之一者，檢察官”檢察事務官”司法警察官或司法警察，雖無搜索票得逕行搜索住宅或其他處所：一•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確實在內者.....”，刑事訴訟法第八十八條”第八十八條之一第一項”第一百三十一條及第一百三十一條第一項分別定有明文。至上揭第八十八條之一第一項所規定之”現行犯供述”是否包括準現行犯供述在內，本有不同見解，淺見以為僅須情況急迫，而未及聲請拘票即得為之。另第一百三十一條之附帶搜索其搜索客體是否包括被搜索人隨身得湮滅之證據，亦有不同意見，淺見本於證據保全之必要性則肯認之。本題甲為店員乙誤認係行竊者而追呼為賊，乃屬準現行犯，丙則為準現行犯甲供述之共犯，並有急迫情況，故二人為司法警察分子逮捕及緊急拘捕均為合法，又司法警察為緊急拘捕丙而無搜索票逕行搜索丙之住宅，揆諸前開規定亦為合法，其於拘捕時為防證據湮滅隨之附帶搜索扣押於法亦無不合。

2. 刑事訴訟法第四百五十七條規定：「執行裁判由為裁判法院之檢察官指揮之。但其性質應由法院或審判長、受命推事、受託推事指揮，或有特別規定者，不在此限。」試詳述本條但書規定所指之情形為何？

答：按執行裁判原則上由為裁判法院之檢察官指揮之，刑事訴訟法四五七條第一項定有明文，惟該條但書另定有其他特別規定，茲分述如下：

卷宗在下級法院者，由該法院之檢察官指揮執行，另附帶民事訴訟確定裁判之執行，則由法院民事執行處為之

因駁回上訴抗告之裁判，或因撤回上訴抗告而應執行下級法院之裁判者，由上級法院之檢察官指揮之，此因卷宗多在上級法院，為便利迅速執行起見，自以由上級法院之檢察署檢察官執行為便利

法院或審判長受命法官受託法官如有關於羈押、具保、責付、扣押及調查證據等裁定，得隨時為執行。此外罰金、罰鍰於裁判宣示後，如經受裁判人同意而檢察官不在場者，得由檢察官當庭指揮執行，但不包易科罰金之執行

3. 何謂協商程序之判決？其聲請程序為何？法院應如何處理之？判決之效果如何？試詳述之。

答：所謂協商判決乃本於當事人處分主義，由檢察官與被告(被告之辯護人)起訴案件之訴訟標的，此協商判決包括控訴罪名協商與量刑協商。前者復包括垂直式罪名協商(起訴重罪協商為輕罪)與水平式罪名協商(起訴多數罪名協商為少數罪名)，後者則指於被告認罪前提且未改變控訴範圍內，兩造當事人就被告應受科刑之種類與刑度達成合意並呈報法院，嗣由法院依該合意而判決，我國現行制度僅採量刑協商判決，未採前者。

聲請程序：

所犯非死刑、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。

經檢察官起訴而於第一審辯論終結前，或聲請簡易判決處刑而於判決前。檢察官(得)徵詢被害人意見。

法院同意。

審判外就§455-2 I 所列事項於三十日內就§455-2 I 事項為協商。（§455-2 I 須得被害人同意）當事人合意且被告認罪。

法院處理程序：法院於聲請十日內訊問被告。法院須告知被告罪名，法定及喪失之權利（公開審判權、對質詰問權、緘默權、上訴權）。被告願受科刑逾六月且未緩刑→強制辯護人協助協商（未選任則指定）。獨任制且採自由證明程序（不經言詞辯論且排斥傳聞法則）。不得有§455-4 所列情形。依法條規定文義，被告自白得為有罪判決唯一依據。

法院之處理：

聲請有§455-4 I 各款情形→駁回聲請，改用通常、簡式、簡易程序。聲請合法→於協商合意範圍內判決。

判決效果：原則：協商科刑判決不得上訴。例外：判決有§455-4 或§455-4 II 情形。

審理：第二審法院之調查，以上訴理由指摘事項為限。上訴有理由→撤銷原判決，發回第一審更為審判。

4. 試詳述檢察事務官在刑事訴訟上之身分地位與依法得行使之職權各為何？

答：按檢察事務官依法院組織法第六十六條之三規定”檢察事務官受檢察官之指揮，處理下列事務：一、實施搜索”扣押”勘驗或執行拘提。二、詢問告訴人”告發人”被告”證人或鑑定人。三、襄助檢察官執行其他第六十條所定事項”“又檢察事務官處理前項前二款事務，視為刑事訴訟法第二百三十條第一項之司法警察官”，故而檢察事務官於刑事訴訟程序上之定位即屬襄助檢察官執行職務並輔助偵查之機關。

承上所述檢察事務官襄助檢察官執行職務之範圍包括：實施偵查指揮偵（調）查：§228 I、II。篩選案件（退案審查制）：§231-1。擔保未來審判之客觀性與正確性提起公訴：認被告有犯罪嫌疑者（法院本於控訴原則受其拘束）：§251。實行公訴：於審判期日出庭：§280、§379 陳述起訴要旨：§286。聲請調查證據：§163 I。詢問：§163 I。詰問：§166 I。辯論證據證明力：§288-2。事實與法律辯論：§289。協助自訴：§330。擔當自訴：§332。提起救濟：上訴：§344 I、III、§347。抗告：§403 I。再審：§427、§428 I。非常上訴：§442。指揮執行：§457 I。至等同二級司法警察官輔助偵查之範圍則為：實施搜索”扣押”勘驗”執行拘提與詢問告訴人”告發人”被告”“證人或鑑定人等。

5. 刑事訴訟法第一百五十八條之四規定：「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。」試述本條規定之「法律另有規定」所指為何？本條規定之「人權保障及公共利益之均衡維護」應如何判斷審酌？

答：按證據排除法則於違法取證部分<依刑事訴訟法(下簡稱本法)規定包括：絕對強制排除：不正訊問方法取得之被告自白 (§156) → (對證人之不正訊問於本次修法被排除)。證人、鑑定人違背具結規定之證言或鑑定意見 (§158-3)。相對強制排除：違背§93-1 II 於法定障礙事由期間內對被告取得之自白或不利陳述 (§158-2 I)。違背§100-3 I 司法警察(官)對犯罪嫌疑人之夜間詢問 (§158-2 I)。違背§95款檢察官、司法警察(官)未違告知義務對受拘提逮捕之被告、犯罪嫌疑人之詢問 (§158-2 II)。

(但書允許之例外：經證明其違背非出於惡意(善意之例外)，且係出於自由意志者(任意性)。(§158-2 I))。權衡裁量：本法第一五八條之四規定”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，應審酌人權保障與公共利益之均衡維護”，其中所稱法律另有規定即指上開絕對強制排除與相度強制排除之規定而言。至題旨所稱人權保障與公共利益之均衡維護應審酌之標準包括如下：

違背法定程序之情節。

違背法定程序時之主觀意圖。

侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。

犯罪所生之危險或實害。

禁止使用證據對預防將來違法取證之效果。

偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性。

證據取得之違法對被告訴訟防禦不利益之程度。

6. 何謂「起訴之駁回」？依法應如何為之？如檢察官「依法補正」後，法院仍認為不足，是否可直接「駁回起訴」？

答：按刑事訴訟法第一六一條第二項規定，法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法

顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正，逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。此即學理上所稱之起訴審查制，乃為促使檢察官落實舉證責任並防止其濫行起訴，以免被告承受不必要之訟累，再參酌本法有關檢察官對司法警察(官)移送案件之退案審查制度精神及美德法制而為前開增訂，且若檢察官未撤回起訴或逾期未補正證明方法時，並賦予一定法律效果，即增訂之本條第4項之規定。惟就本條文之增修，有認已違反無罪推定原則，蓋檢察官未補正或撤回時，法院裁定駁回而非判決無罪，如此檢方仍再行起訴，起訴後逕諭知不受理判決，檢方尚得上訴，反增加被告之訟累，顯非有利於被告。次按依法，準備程序似仍可為起訴審查，顯有不妥。又法院之審查程序究應以言詞為之抑僅須書面審理，似有不同意見，學者有謂書面審查即可，司法院頒行之「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第95點規定「……法院於第一次審判期日前，審查檢察官起訴或移送併辦意旨及全案卷證資料……」亦採此見解，另有學者認對龐雜案件為能明確釐清，法院自得通知檢察官以言詞說明其證據方法，而非僅限書面審理，況所稱第一審判期日前，顯然業經調查程序之案件仍有起訴審查制之適用，而調查程序當然以言詞為之，雖因此有扭曲立法本旨之虞，惟就文義以觀，仍應為是解釋，且本法既未明文排除言詞審理，當應肯定其適用。至所謂「指出之證明方法」，最高法院91年第4次刑事庭決議認應包括「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」；有爭議者乃法院之審查標準，亦即法院以如何之標準認定檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能？依法院頒行之上開注意事項第95點謂「依客觀之論理與經驗法則，從形式上審查客觀上可立即判斷檢察官舉出之證明方法根本不足認定有成立犯罪之可能而言」；王兆鵬師則舉美國各州主要之審查標準有二，其一為「相當理由」，乃如通常謹慎之人，對被告會形成有罪的強烈懷疑，即具備相當理由，其二為「證據之形式上有罪」，指就已存之證據，即令毋須詮釋，也足以擔保有罪判決之成立，其認我國宜採後項見解：林鈺雄師另認應依起訴事證可明顯判斷未達起訴法定門檻（依偵查所得證據足認被告有犯罪嫌疑），且案件不符法定起訴門檻須達極其明顯之程度，亦即該制度之目的不在替代無罪判決，僅為離譜控制之作用。因起訴審查制於檢察官指出之證明方法顯不足以認定被告有成立犯罪之可能時，尚予檢察官有補正之機會而非為無罪判決，雖有避免濫行起訴之作用，惟卻可能因之使被告蒙受訴訟上之不利益，故學者多主張於起訴審查用作時，宜從寬為之，倘檢察官補正結果，法院尚有所不足，應使該案件進入審判程序，嗣再於審判調查後為無罪判決，蓋無罪判決較諸駁回裁定與檢察官再行起訴後之不受理判決，對被告更形有利。

7. 檢察官對於案件除了可以為「絕對不起訴」、「微罪不起訴」、「於應執行之刑無重大關係不起訴」外，尚可為何種「不起訴」？此種不起訴之事由有那些？

答：按本於檢察官法定原則之不起訴法定原則與起訴法定原則例外之起訴量，檢察官於偵查終結後得為如下之不起訴處分，前者稱之為絕對不起訴處分，包括刑事訴訟法第二五二條第一款至第十款之不起訴處分與第二五五條第一項之其他法定理由知不起訴處分；後者包括第二五三條之微罪不起訴處分與第二五四條執行無重大關係之不起訴處分。刑事訴訟法第二五五條第一項之其他法定理由（§255 I）：按依釋字第48號解釋，所謂其他法定理由係指告訴不合法或依法不得告訴而告訴而言，其中所謂「依法不得告訴而告訴」乃包括：刑法第245條第2項之罪，配偶於縱容或宥恕後再行告訴。刑事訴訟法第324條，同一案件提起自訴後再行告訴或請求。本法第325條第4項撤回自訴之人再行告訴或請求。依本法第326條第3項裁定駁回自訴後，自訴人就同一事實再行告訴而無第260條之情形。少年法庭移送檢察官之案件非屬少年事件處理法第27條之案件。本法第238條第2項，撤回告訴之人再行告訴。原告訴人於不起訴處分或緩起訴處分確定或撤回起訴後再行告訴而無本法260條所列原因。他告訴權人不起訴處分或緩起訴處分確定或撤回起訴後再告訴而無本法第260條所列原因。

8. 張三對於李四「詐欺其金錢」一事，已依法於二個月前向台北地方法院提起自訴，但因擔心敗訴，於是又向台北地方法院檢察署將該案提出告訴，檢察官將該案偵查終結向台北地方法院提起公訴，台北地方法院對於該案應如何處理？

答：按因犯罪行為為受侵害之被害人本於憲法第十六條訴訟權之保障，其得向偵查機關提出告訴，亦得向法院提出自訴。所謂告訴乃刑事訴訟法規定之告訴權人（犯罪直接被害人暨與被害人有特定關係人）向偵查機關申告犯罪事實請求檢察官訴追之意，檢察官於偵查後如認被告諭犯罪嫌疑且適當時，即得對被告提起公訴，此時檢察官為訴訟當事人，告訴人則否。所謂自訴乃犯罪之直接被害人向法院對被告提起控訴，請求法院審判被告知之犯罪事實之意，此時被害人即成為訴訟當事人，倘被害人死亡或無或限制行為能力時，由其法定代理人、直系血親或配偶提起（刑事訴訟法第三一九條第一項但書）。次按為避免裁判矛盾，浪費審判資源並增加被告應訴之負擔，同一案件應禁止重行起訴，本件張三對於李四「詐欺其金錢」一事，已依法於二個月前向台北地方法院提起自訴，但因擔心敗訴，於是又向台北地方法院檢察署將該案提出告訴，

檢察官如知有自訴在先情形，應依刑事訴訟法第三二三條第二項之規定停止偵查，將案件移送法院。應說明者，本條之規定係以自訴合法為前提。故若本件自訴合法，檢察官仍於案件偵查終結後向台北地方法院提起公訴，台北地方法院應依本法第三〇三條第二項之規定，已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴，而為不受理判決。未按為落實改良式當事人進行主義，提升自訴程序之品質，避免濫行自訴，同時使法院之審判範圍與被告防禦對象具體明確，刑事訴訟法於自訴程序乃明定律師強制代理制度，包括自訴之提起與審判期日到場及為訴訟行為，均應委任律師為代理人為之。本題張三所提自訴如未委任律師為代理人，台北地方法院應先定期命其補正，逾期未補正者，即應依本法第三二九條第二項之規定為不受理判決。此時，檢察官所提公訴即未違反重行起訴禁止之規定而屬合法，台北地方法院自應為實體判決。

9. 台北地方法院檢察署檢察官偵查李四「殺人」一案，認為應歸板橋地方法院管轄，且認為其與板橋地方法院檢察署檢察官係「檢察一體」，於是直接向板橋地方法院提起公訴，但板橋地方法院審理時卻發現被告李四是台北縣泰山鄉某部隊之現役軍人，請問依法應如何處理？

答：按在確保檢察權之公正行使，不違背檢察官之真實性義務與合法性義務之前提下，透過檢察一體性之運作，可達協力辦案、爭取偵查時效與傳承經驗之目的。舉例而言，依法院組織法設立之最高法院檢察署特別偵查組，即為地方法院管轄第一審案件之偵查行為。故雖刑事訴訟法第二五〇條規定，檢察官知有犯罪嫌疑而不屬其管轄或於開始偵查後認為案件不屬其管轄者，應即分別通知或移送該管檢察官。惟本於檢察一體之精神，台北地方法院檢察署檢察官偵查李四「殺人」一案，認為應歸板橋地方法院管轄，且認為其與板橋地方法院檢察署檢察官係「檢察一體」，於是直接向板橋地方法院提起公訴，仍屬合法。次按通說見解認為我國之刑事審判權可區分為軍事審判權與普通審判權，茲將兩者之區別標準說明如下：相關條文規定刑事訴訟法第1條第2項：現役軍人之犯罪，除犯軍法應受軍事裁判者外，仍應依本法規定追訴、處罰。陸海空軍刑法第1條：本法於陸海空軍軍人之犯罪者，適用之。陸海空軍軍人，除本法所列各罪，有犯其他

法律者，適用其他法律。陸海空軍刑法第2條：雖非陸海空軍軍人，於戰地或戒嚴區域犯左列各罪者，亦適用本法……。軍事審判法第1條：現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別之罪，依本法之規定追訴審判之，其在戰時犯陸海空軍刑法或其特別法以外之罪者，亦同。非現役軍人不受軍事審判，但戒嚴法有特別規定者，從其規定。判定原則行為時軍人，所犯係陸海空軍刑法案件，發覺時亦為軍人—程序法依軍事審判法，實體法依陸海空軍刑法。行為時軍人，所犯係陸海空軍刑法案件，發覺時非軍人—程序法依刑事訴訟法，實體法依陸海空軍刑法。行為時軍人，所犯係普通刑法案件（平時），發覺時亦為軍人—程序法依刑事訴訟法，實體法依普通刑法。行為時軍人，所犯係普通刑法案件（戰地或戒嚴區域），發覺時亦為軍人—程序法依軍事審判法，實體法依普通刑法。行為時軍人，所犯係普通刑法案件，發覺時非軍人—程序法依刑事訴訟法，實體法依普通刑法。行為時軍人，所犯係陸海空軍刑法（§2）案件，發覺時為軍人—程序法依軍事審判法，實體法依陸海空軍刑法。行為時軍人，所犯係陸海空軍刑法（§2）案件，發覺時亦非軍人—程序法依刑事訴訟法，實體法依陸海空軍刑法。行為時軍人，所犯係普通刑法案件，發覺時為軍人—程序法依刑事訴訟法，實體法依普通刑法。行為時軍人，所犯係普通刑法案件，發覺時亦非軍人—程序法依刑事訴訟法，實體法依普通刑法。結論：本題板橋地方法院審理時發現被告李四是台北縣泰山鄉某部隊之現役軍人，因殺人罪為普通刑法而非屬陸海空軍刑法規定之罪名，依前揭判斷原則，現役軍人李四既犯普通刑法而非軍法案件，該案件仍歸普通審判權之範疇，且台北地檢署依檢察一體之起訴亦屬合法，故板橋地方法院應就本案為實體判決，而非依刑事訴訟法第三〇三條第六款為不受理判決。惟有學說認為台北地檢署應先將偵查結果移送板橋地檢署，嗣再由板橋地檢署具名起訴方符起訴之程式，否則即有本法第三〇三條第一款之情形。

10. 刑事訴訟法第一百條之三第一項第四款規定「有急迫之情形者」，司法警察人員例外的得於夜間詢問犯罪嫌疑人，所謂有急迫之情形所指為何？

答：夜間詢問之相關規定與立法目的按刑事訴訟法第一百條之三規定“司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：經受詢問人明示同意者。於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。經檢察官或法官許可者。有急迫之情形者。犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。稱夜間者，為日出前，日沒後。”，如有違反，依同法第一五八條之二第一項規定“違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。”此夜間詢問禁止規定之目的乃在保障人權，而非防止疲勞詢問，蓋本法第一五六條第一項已就疲勞詢問另設有禁止規定。急迫之情形按刑事訴訟法第一百條之三第一項規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑

人，不得於夜間行之。但有下列情形之一者，不在此限：四 有急迫之情形者。」，此即夜間詢問之禁止與例外容許規定，至但書所稱之「急迫情形」，依學者見解應符合重罪（涉嫌重罪罪名）、適當（夜間詢問適合達成所欲之目的）、急迫（夜間詢問之目的具急迫要求）、必要（對受詢問者盡正當法律程序之保障）等原則。

11. 依刑事訴訟法第一百三十三條之規定，檢察事務官或司法警察人員依法拘提、逮捕被告或犯罪嫌疑人時，雖無搜索票，得逕行搜索一定的範圍，理由安在？此項得逕行搜索之範圍如何？

答：附帶搜索：依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。」其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具，另倘為取得或保全證據則亦屬之。惟亦有採不同見解者，其認為保全隨身證據時不得為附帶搜索。依此學者認為刑事案件中為保障執法人員安全並防止隨身證據湮滅：司法警察拘提逮捕汽車駕駛人或乘客時，得同時附帶搜索該人得立即觸及之汽車內部及其內開啟或封閉之容器（包括前座置物箱、車上之行李、盒子與衣服等），至於未得觸及之範圍暨汽車之後行李箱與引擎箱則均不得為之。若係對接近汽車或未曾進入汽車之人為拘提逮捕，則僅得於合理懷疑該人身上可能發現證據或武器時，始得對身體為附帶搜索，至對汽車，即不許為之。司法警察若具備相當理由時得對停放路邊之汽車（含置物箱、行李箱與引擎箱）為無令狀搜索，以防止嫌犯或共犯將車駛離或遭人竊取破壞，至對汽車內可得分離之容器（如個人皮包、旅行袋等）僅得無令狀扣押，迨取得令狀後始可為搜索。

12. 依我國刑事訴訟法之規定，被告以外之人於檢察事務官調查中所為之陳述，符合何項情形，得於審判中作為證據？

答：傳聞法則暨其例外按傳聞法則乃當事人進行主義之重要精神所在，其目的乃藉由反對詰問以確保被告以外之人供述內容之憑信性與正確性，此因傳聞證據無從經詰問彈劾過程檢驗供述內容，顯違背嚴格證明之直接審理主義。至所謂傳聞法則，依我國刑事訴訟法第一五九條第一項規定，

乃指「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。」而本法第一五九條之一至第一五九條之五即為法律所規定之例外。惟比較美日立法例，其所容許之傳聞法則例外，乃須以證人在審判中供述不能且該傳聞證據具可信性情況保證與證據必要性始可，蓋若無嚴格限制傳聞證據之採認，將有致交互詰問制度空洞化，並架空直接審理主義之虞。次按「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或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，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。」又「被告以外之人於審判中有滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者，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。」本法第一五九條之二、第一五九條之三、第一五九條之五分別定有明文。茲為如下說明：第一五九條之三供述不能之規定，其明訂須兼具可信性特別情況保證與證據必要性之要件，方得為證據，符合前揭說明之嚴格限制，應值肯定。第一五九條之二有關供述矛盾之規定，學說則有不同意見：一說認該陳述者已在審判中出庭具結陳述，此時當事人與法院親自觀察該陳述者先後供述不一之反應，並得親自為對質詰問，故應容許該供述矛盾之供述證據；惟另說則認畢竟先前矛盾之供述並未經交互詰問之檢驗，率予承認其得為證據，易造成法院藉此規避直接言詞審理主義。淺見以為無論採認何說，均應認該矛盾供述僅具證據能力，尚須經嚴格證明程序之合法調查，方無違直接言詞審理主義。第一五九條之五「被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。」綜上所陳，依我國刑事訴訟法規定，本題無論證人供述不能或先後供述矛盾抑或當事人合意，倘符合證據必要性與可信性特別情況保證之要求，並經嚴格證明程序之調查，即得為有罪判決之依據。傳聞法則之排斥次按本法第一五九條第二項及第二七三條之二均明定同法第一五九條第一項之傳聞法則於簡式審判程序不適用之，此即傳聞法則之排除。蓋自由證明程序係採間接審理，故容許傳聞證據具證據能力，故若於簡式審判程序或簡易程序，協商程序中，因排斥傳聞法則，被告以外之人於檢察事務官調查時所為陳述，即具證據能力。

13. 設某甲涉嫌賄選案件，經檢察官傳喚到場訊問，檢察官表示倘被告甲坦承賄選，且交出相關帳冊資料，將可對其為緩起訴處分。甲為求有利之處分，遂自白賄選經過，並供出相關資料寄放在友人乙

家中，檢察官依法向法院聲請取得搜索票後，至乙家中搜索取出相關賄選帳冊資料，惟之後檢察官仍以被告甲涉嫌賄選提起公訴。試問此例中，被告甲之自白筆錄得否作為證明其有罪之證據？又之後搜索取得之帳冊資料，得否作為證明甲有罪之證據？

答：不正訊問方法之自白與毒樹果實理論按被告之自白，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，刑事訴訟法第一五六條第一項定有明文。次按不正訊問方法乃最嚴重之違法取證，是其所取得之被告自白之證據能力即予絕對強制排除，甚而影響基此衍生之合法證據及該被告其後之第二次合法自白之證據能力，此即毒樹果實理論所探討之內涵。茲為如後說明：放射性效力：即基於不正訊問方法所取得之非任意性自白內容而合法取得之衍生性證據，因受該不正訊問方法汙染而不具證據能力。惟如有獨立來源或必然發現之例外不在此限。繼續性效力：被告雖於檢察官偵查中所為第二次自白非出於不正方法，惟因被告身心已受前不正方法之影響，致其第二次自白仍非基於自由意志而無證據能力，然若被告為自白時業經檢察官為加重告知，則例外承認其證據能力；另被告第三次任意性自白因稀釋原則而認原不正方法之汙染毒素已減弱而認具證據能力。結論：本題檢察官以緩起訴處分誘得被告自白，仍係以利誘之不正方法取得被告甲之非任意性自白，依本法第一五六條第一項之規定即無證據能力，至依該非任意性自白而合法搜索取得之帳冊資料，乃屬衍生性證據，除具獨立來源或必然發現之例外，依毒樹果實放射性效力，亦無證據能力。

14. 司法警察詢問犯罪嫌疑人時，試問：首先應詢何事項？其次應告知何事項？

如違背此告知義務所得犯罪嫌疑人之自由及其他不利之陳述，得否作為證據？

答：按刑事訴訟法第94 規定：「訊問被告，應先詢其姓名、年齡、籍貫、職業、住所或居所，以查驗其人無有錯誤，如係錯誤，應即釋放。」故訊問被告，應先依刑事訴訟法第94 條規定為人別訊問。按刑事訴訟法為保障被告權利，故於第95 條規定訊問被告應先告知下列事項：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。得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。得選任辯護人。得請求調查有利之證據。

按刑事訴訟法第158 條之2 第 2 項規定：「違背第93 條之1 第2 項、第100 條之3 第1 項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限；檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第95 條第2 款、第3 款之規定者，準用前項規定」。故司法警察詢問犯罪嫌疑人時，如違背第95 條規定之告知義務，其所取得之犯罪嫌疑人自白及其他不利之陳述，原則上不得作為證據，但若符合上開但書規定之「非惡意性」及「具任意性」時，則例外地仍得為證據。

15. 司法警察為偵查犯罪，試問：於何條件下，得逕行拘提犯罪嫌疑人或被告？

於執行拘提後，應如何處理？

答：按刑事訴訟法第88 條之1 第1 項規定：「檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。在執行或在押中之脫逃者。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一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限。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，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者」。故司法警察為偵查犯罪，有上開情形之一而情況急迫者，得逕行拘提犯罪嫌疑人或被告。按刑事訴訟法第88 條之1 第2 項後段規定：「前項拘提，由檢察官親自執行時，得不用拘票；由司法警察官或司法警察執行時，以其急迫情況不及報告檢察官者為限，於執行後，應即報請檢察官簽發拘票。如檢察官不簽發拘票時，應即將被拘提人釋放」。故司法警察依刑事訴訟法第88 條之1 第1 項執行拘提後，應依上開條文規定處理。

16. 何謂相牽連案件？牽連管轄之偵查與起訴如何處理？試說明之。

答：相牽連案件按刑事訴訟法第六條牽連管轄規定：數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法管轄，前項情形，如各案件已係屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之。有不同同意者，由共同之直接上級法院裁定之。同法第七條相牽連案件規定：有左列情形之一者，為相牽連案件：一人犯數罪者。數人共犯一罪或數罪者。數人同時在同一處所各別犯罪。犯與本罪有關係之藏匿人犯，湮滅證據，偽證，贓物各罪者。牽連管轄之偵查與起訴次按檢察一體在確保檢察權之公正行使，在不違背檢察官之真實性義務與合法性義務之前提下，為防止檢察官權力濫用及統一檢察官權行使方針並達成協力辦案之目的，上級檢察機關或檢察首長本於檢察一體之指令權，得於一定條件與必要情形下，為職務承繼權與職務移轉權之發動。承上規定，於相牽連案件，本於訴訟經濟，證據共通性及避免偵查結果與裁判矛盾之考量，分別對數共犯各有偵查權之各檢察署檢察官，得本於檢察一體原則協調由某地檢署檢察官就相牽連案件合併偵查，嗣後再本於前揭牽連管轄之規定，對該等相牽連

案件合併起訴，而由法院合併審判。

17. 訊問被告應先告知何種事項？違背規定所取得之自白法律效果如何？試分析說明之。

答：告知事項：刑事訴訟法有關對被告正當法律程序之保障乃自本法第九五條之告知義務而啟動，揆諸該條規定，訊問被告時所應告知之事項包括：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。得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。得選任辯護人。得請求調查有利之證據。至司法警察官之詢問則依本法第一〇〇條之二準用之。違反告知義務之效果：本法第一五八條之二第二項「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反本法第九五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定」之適用條件：須檢察官、司法警察（官）所為。須對經拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人之詢問。須違反§95款之告知義務。下列情形均無本法第一五八條之二第二項之適用，惟應注意其仍屬違法取證，而依本法第一五八條之四「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」定效果：法官、檢察官對任何被告訊問時違反§95款之告知義務。檢察官、司法警察（官）對未經拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人詢問時違反§95款之告知義務。檢察官、司法警察（官）對拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人詢問時違反§95款之告知義務。

18. 准許夜間訊問之情形有幾種？試說明之。

答：夜間詢問之相關規定按刑事訴訟法第一〇〇條之三規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：經受詢問人明示同意者。於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。經檢察官或法官許可者。有急迫之情形者。犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。稱夜間者，為日出前，日沒後」，如有違反，依本法第一五八條之二第一項規定「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限」。禁止夜間詢問之立法目的次按夜間詢問禁止之目的乃在於保障人權，避免被告於夜間面對公權力之強勢詢問時，因心生恐懼而為陳述。應注意者，夜間詢問禁止應與防止疲勞詢問有所區別，蓋本法第九八條已就疲勞詢問之禁止另設明文，且依本法第一五六條第一項之規定，疲勞詢問之效果係絕對強制排除該自白之證據能力，至違法夜間詢問取得之自白僅為相對強制排除，又疲勞詢問之禁止並無例外之容許，夜間詢問依本法第一〇〇條之三第一項即有例外情形，何況個人之生理作息不一，並非任何人於夜間受詢問即有疲勞情狀。急迫情形之要件按刑事訴訟法第一〇〇條之三第一項規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：四、有急迫情形者」，此即夜間詢問之禁止與例外容許規定，至但書所稱之「急迫情形」，依學者見解應符合優越利益之重罪原則（涉嫌重罪罪名，以符合狹義比例原則）、適當性原則（夜間詢問適合達成所欲之目的）、急迫性原則（夜間詢問之目的具急迫要求，例如倘未夜間詢問則對社會秩序或被害人生命身體有明顯立即危害）及必要性原則（對受詢問者應盡正當法律程序之保障）

19. 同一案件於開始偵查後，檢察官知有自訴者，於何種情形應停止偵查，將案件移送法院？又對於自訴案件之判決，檢察官得為如何之處理？

答：停止偵查情形開始偵查前已提起自訴（是否限合法自訴有不同見解），則檢察官依本法第323條第2項之規定，應停止偵查並移請法院併辦；若檢察官仍予起訴，法院應依本法第303條第2款或第7款為不受理判決，倘檢察官為不起訴，則屬無效之處分。開始偵查後，非告訴乃論之罪不得再自訴，惟告訴乃論之罪之被害人仍得提自訴（§323 I 但書），應注意者，此於緩起訴處分期間不適用之（§253-1IV）。檢察官之處理

本法第336條：自訴案件之判決書，並應送達於該管檢察官。檢察官接受不受理或管轄錯誤之判決書後，認為應提起公訴者，應即開始或續行偵查。本法第347條：檢察官對於自訴案件之判決，得獨立上訴。本法第356條：自訴人上訴者，非得檢察官之同意，不得撤回。

20. 何謂相牽連案件？牽連管轄之偵查與起訴如何處理？試說明之。

答：相牽連案件按刑事訴訟法第六條牽連管轄規定：數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法管轄，前項情形，如各案件已係屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之。有不同意者，由共同之直接上級法院裁定之。同法第七條相牽連案件規定：有左列情形之一者，為相牽連案件：一人犯數罪者。數人共犯一罪或數罪者。數人同時在同一處所各別犯罪。犯與本罪有關係之藏匿人犯，湮滅證據，偽證，贓物各罪者。牽連管轄之偵查與起訴次按檢察一體在確保檢察權之公正行使，在不違背檢察官之真實性義務與合法性義務之前提下，為防止檢察官權力濫用及統一檢察官權行使方針並達成協力辦案之目的，上級檢察機關或檢察首長本於檢察一體之指令權，得於一定條件與必要情形下，為職務承

繼權與職務移轉權之發動。承上規定，於相牽連案件，本於訴訟經濟，證據共通性及避免偵查結果與裁判矛盾之考量，分別對數共犯各有偵查權之各檢察署檢察官，得本於檢察一體原則協調由某地檢署檢察官就相牽連案件合併偵查，嗣後再本於前揭牽連管轄之規定，對該等相牽連案件合併起訴，而由法院合併審判。

1. 公務員甲涉及工程弊案遭檢方偵查，檢察官傳喚相關廠商乙作證，乙於具結後明確指出甲之犯罪情節，後檢察官將甲起訴。問法院可否根據乙之此一證詞為主要證據判決甲有罪？

### 【擬答】

證人乙於偵查中對檢察官的陳述，因未保障被告詰問權，故無證據能力，法院不得根據乙證詞為主要證據判決甲有罪。證人乙於偵訊筆錄之證詞屬於傳聞證據按「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」（§159

I），證人乙於檢察官偵訊做成之證詞，屬於審判外之陳述，依前開條文規定，除法律另有規定外，不得作為證據。因而，除符合傳聞例外規定，否則，依據傳聞規定，乙之偵訊筆錄應無證據能力。

第159條之1第2項傳聞例外限縮解釋本案可資檢驗之傳聞例外規定，為是否符合刑事訴訟法（下略）第159條之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」？依據文義解釋，題示情形固然符合上開傳聞例外規定，然而，仍應考量被告甲之詰問權有無受按詰問權屬於憲法第8條第1項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序到保障而為限縮解釋。所保障之基本人權及第16條所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪。故第159條之1第2項所稱得為證據之被告以外之人於審判外向法官所為之陳述及於偵查中向檢察官所為之陳述，實質上應解釋為係指已經被告或其辯護人行使反對詰問權者而言，如法官於審判外或檢察官於偵查中訊問被告以外之人之程序，未予被告或其辯護人行使反對詰問權之機會，除非該陳述人因死亡、或身心障礙致記憶喪失或無法陳述、或滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到、或到庭後無正當理由拒絕陳述外，均應傳喚該陳述人到庭使被告或其辯護人有行使反對詰問權之機會，否則該審判外向法官所為陳述及偵查中向檢察官所為陳述，均不容許作為證據，以保障被告之反對詰問權，並符合憲法第8條第1項及第16條之規定意旨。

因此，本案檢察官並未依法賦予被告甲於偵訊時詰問證人乙之機會（§248），則證人乙之偵訊筆錄不構成第159條之1第2項傳聞例外規定，該證據無證據能力。由於證人乙可能涉及行賄罪，檢察官訊問證人乙，未遵守證人不自證己罪之拒絕證言權告知義務，該陳述為違法取證，法院得否根據乙證詞為主要證據判決甲有罪，有肯否兩說

證人不自證己罪之拒絕證言權與國家告知義務證人有作證義務（§176-1），但非無例外，當證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，訊問機關並負有告知義務（§§181, 186 II），此項規範保護目的在於維護證人的不自證己罪權利。依題旨，廠商乙可能涉及行賄罪，則證人乙受有前開不自證己罪規定之保護，有權行使拒絕證言權。檢察官違反不自證己罪之拒絕證言權的告知義務，證人乙之證詞對本案被告甲有無證據能力，有正反兩說

肯定說國家訊問證人，違反不自證己罪之拒絕證言權的告知義務時，該證詞對於被告有無證據能力首要探究有違侵犯規範保護目的。不自證己罪之「拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張，證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人而設，非為保護被告，法院或檢察官違反告知義務所生之法律效果，僅對證人生效，故違反告知義務之證人證詞，對訴訟當事人仍具證據能力」。準此，證人乙之證詞對被告甲之案件而言，仍有證據能力。

2. 何謂「當事人平等原則」？試就「享有武器上之平等地位」申論之。

### 【擬答】

#### 一. 當事人平等原則與武器平等地位

現行刑事訴訟採行控訴原則，審判由法院、檢察官與被告構成三面關係，刑事偵查由檢察官與被告維持雙向關係，刑事追訴人員對於被告有利不利事項，負有一律注意的客觀性義務（刑訴§§2, 954, 163 II），這樣的角色配置本可達到刑訴發現真實與保障人權的目的，本法為何還需辯護制度？辯護制度之目的（/功能）何在？

主要理由有二：一、追訴人員雖負有客觀義務，但理想與現實畢竟有差距，單單客觀性義務的條文訴求，尚不

足以有效確保被告訴訟權利均能踐行，否則禁止不正訊問早是法治國基本立場，又何需法律以證據禁止制裁（刑訴§§98, 156 I）

二. 基於公平審判原則導出的武器平等原則，源於《憲法》第16條訴訟權的辯護制度（釋396），乃是公平審判的最低要求，以盡力平衡被告與國家機關的法律實力差距，縱使是具備法律背景的被告，也可能因追訴壓力造成心思紊亂，同樣需辯護人積極輔佐。因此，在強當事人平等而盡量給予被告武器平等的觀念下，「刑事辯護制度係為保護被告之利益及期待法院公平審判，進而確保國家刑罰權之適當行使而設，刑事被告在訴訟上有依賴辯護人為其辯護及不受不法審判之權，此為人民依憲法第16條享有之訴訟權所衍生之基本權，其功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位而受法院公平審判」。

3. 緘默權與乙乙證言權有何異同？試分析之。

【擬答】：

緘默權係指：本案之被告對於自己的案件，得本於自由意志，選擇是否自由陳述。

拒絕證言權則是指，在特定的情況下，權衡發現真實與其他價值的結果，容許證人對被告之案件，有拒絕陳述之權。我國法上，拒絕證言的原因有四種：因公務關係拒絕證言、因業務關係拒絕證言、因身分關係拒絕證言、因不自證己罪之原因拒絕證言。

緘默權與拒絕證言權之相同點：

緘默權與拒絕證言權，均是對本案審判案件拒絕陳述之權利。

緘默權與拒絕證言權，均屬於告知義務的內容。按刑事訴訟法第九十五條規定，須於訊問前告知被告或犯罪嫌疑人其得保持緘默；另按刑事訴訟法第一八五條第二項、第一八六條第二項，關於因身分關係與因不自證己罪之得拒絕證言類型，應告知其得拒絕證言之義務。

緘默權與拒絕證言權之相異點：

緘默權為被告或犯罪嫌疑人所享有之權利；而拒絕證言權則為證人享有之權利。我國法與英美法不同者，乃將被告與證人區分為兩種不同程序地位，二者所享有之權利與所負之義務截然不同，其角色與功能亦有不同，其中最大的差異為：被告享有緘默權，證人不但負有陳述義務，且還負有真實陳述之義務，證人應具結，具結後即可能受偽證罪之制裁。反之，被告並不負有真實陳述義務，縱使說謊，也無制裁的規定，最多只會減損其證言的證據價值而已，是故被告與證人二者在同一刑事程序中，其角色有所矛盾、衝突。證人僅於有法定原因時，得拒絕證言。

緘默權與拒絕證言權行使之程序不同：證人行使拒絕證言權，須釋明原因，或以具結代釋明（刑事訴訟法第一八三條）；被告行使緘默權則無相關規定。

緘默權與拒絕證言權之來源不盡相同：緘默權係導源於不自證己罪原則，亦即，任何人均無義務以積極作為協助公權力機關對自己之訴追；拒絕證言除有因不自證己罪導出之類型外，尚包括因公務機密之維護、業務上信賴關係之維護、特定身分關係者之間和諧及真實陳述期待可能性低之考量等類型之拒絕證言權。

4. 某甲之汽車被竊，於是前往警局報案，希望檢警人員查出竊賊為何人，並起訴該竊賊。其後，檢警人員查出竊賊係某乙，而某乙乃是某甲之兒子，試問此時是否不必前詢問某甲之意思，即可於行將某乙提起公訴？

【擬答】

告訴為犯罪之被害人或其他告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實，並為請求訴追之意思表示。

申言之，合法之告訴，其要件有四：

（一）告訴者須為依刑事訴訟法第二三二條至第二三六條有告訴權之人，若是無告訴權之人，僅能依刑事訴訟法第二百四十條「告發」犯罪，而不能提出告訴。

（二）須向偵查機關為告訴，按刑事訴訟法第二四二條規定，須向檢察官或司法警察官為之，若非向檢察官或司法警察官所為者，不生合法告訴之效力（二十三年上字六二四號）。

（三）須申告犯罪事實。

（四）須表示訴追之意思，若僅申告犯罪事實，而未表示訴追之意思者，依實務見解，不生合法告訴之效力（十八年上字七九八號）。

告訴於刑事程序的功能有二，其一為使偵察機關知悉犯罪之發生，開始偵查程序；其二為於告訴乃論之罪，告訴有訴訟要件之功能，倘告訴乃論欠缺告訴，於偵查終結時，檢察官應為不起訴處分，於審判時，法院應為不受理判決。此一訴訟要件之理由在於尊重被害人追究與否之意思，以被害人之意思限制國家刑罰權之發動。

告訴乃論之罪又分為「絕對告訴乃論之罪」與「相對告訴乃論之罪」。前者係指，無論犯罪行為人

為何人，均必須告訴乃論；後者則是若犯罪行為人與被害人有特別身分關係時，始須告訴乃論，例如親屬間竊盜罪。二者再訴訟法上的主要區別在於：若是絕對告訴乃論之罪，告訴人僅須具備前述四個告訴之要件，始生合法告訴之效力；若是相對告訴乃論之罪，則告訴人不僅須具備前述四個告訴之要件，尚須指明犯人，否則無法斷定是否為告訴乃論之罪，不發生告訴之效力。

本案，依題示犯罪事實為乙竊甲車，其中犯罪行為人乙為被害人甲之兒子，其所犯者為親屬間之竊盜罪，屬於相對告訴乃論之罪，因此告訴權人甲除了向偵查機關申告自己汽車被竊之犯罪事實外，尚須指明犯罪行為人為自己的兒子，表示訴追之意，始生合法告訴之效力。故檢警人員查出竊賊係甲之子，此時應再詢問某甲始否確有告訴之意思，而不得逕行將某乙提起公訴。

5. 何謂緩起訴處分？試根據我設刑事訴訟法之規定說明之。

### 【擬答】

緩起訴之意義：

緩起訴，簡言之即為附條件的不起訴處分，為廣義的便宜不起訴處分的一種，亦即其性質異於絕對不起訴處分，而與「相對不起訴處分」同，均是檢察官偵查終結時，本其偵查之結果認為案件達到起訴之嫌疑程度，但基於特別的考量，不予起訴，為我國刑事訴訟法酌採「起訴便宜原則」之體現。惟其與相對不起訴處分所不同者在於，二者適用的案件範圍不同，緩起訴得附負擔，且緩起訴處分需於緩起訴期間經過、被告履行負擔後，使發生與不起訴相同之確定力。

緩起訴處分之要件：

按刑事訴訟法第二五三條之一第一項規定：「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。」其要件可拆解如下：

案件之限制：並非任何案件皆得為緩起訴，而是排除重罪，將適用緩起訴之案件種類限制在「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」，上開適用範圍已經包那諸如竊盜、詐欺、侵占、及背信等常見的財產犯罪類型。應注意的是，緩起訴雖亦為廣義的便宜不起訴處分，但此項案件性質的限制，則屬法定性要件，無關乎裁量，且也不得裁量。

裁量之基準：上開案件，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，得為緩起訴處分。更進一步說明之：

檢察官考慮是否為緩起訴時，應考慮刑法上量刑審酌事由，此係基於被告個人的特別預防考量。就結論而言，應僅限於審酌各款後認為被告罪責輕微之情形，否則，縱使屬於得為緩起訴之案件，但若被告罪責重大，如犯罪動機卑劣且手段殘忍者，不應為緩起訴處分。

所稱參酌公共利益之維護，是指該案的繼續追訴並不存在重大的公共利益而言，

所稱參酌公共利益之維護，是指該案的繼續追訴並不存在重大的公共利益而言，在此，作為公益代表人的檢察官，尤須審酌放棄追訴是否造成一般預防及正義觀感的負面影響。

e 以上要件屬於「裁量」性質，除有濫用或逾越的極端情形下，屬於檢察官的固有權限，縱使緩起訴經提起交付審判，也不在法院的審查範圍。

緩起訴之負擔：按刑事訴訟法第二五三條之二第一項規定：「檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行左列各款事項：一、向被害人道歉；二、立悔過書；三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償；四、向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額；五、向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務；六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施；七、保護被害人安全之必要命令；八、預防再犯所為之必要命令。」其中若是第三款第三款至第六款之事項，應得被告之同意；而第三款、第四款並得為民事強制執行名義。

緩起訴之確定：緩起訴處分本身於告訴不得再議時確定，而其確定力確須於緩起訴期間經過且被告履行負擔後，始發生與不起訴處分相同之確定力。且於緩起訴期間，若有下列情事發生，依刑事訴訟法第二五三條之三規定，檢察官得依職權或依告訴人之聲請，撤銷緩起訴處分，續行偵查或起訴：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；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；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。

6. 何謂檢察一體原則？請簡要說明其內涵、目的、可能的流弊與解決之道。

### 【擬答】

檢察一體原則之意義：所謂檢察一體，亦即全國檢察官基於有機之組織，一體之活動。申言之，即將全國檢察官集成一個整體，成為一條陣線，共同代表國家追訴、打擊犯罪。檢察一體原則之內涵：基於檢察一體，上級檢察首長得對所屬檢察官行使下列權限：指揮監督權：依法院組織法第六十三條第一項規定，檢察總長依本法及其他法律之規定，指揮監督該屬檢察官及高等法院以下各級法院及分院之檢察署檢察官。同條第二項規定，檢察長依本法及其他法律之規定，指揮監督該署檢察官及其所屬檢察署檢察官。第三項則規定，檢察官應服從前二項指揮監督長官之命令。亦即「上得命」，而「下須從」。職務承繼權與職務移轉權：依法院組織法第六十四條前段規定，檢察（總）長得親自處理其所指揮監督之檢察官之事務是為職務承繼權；同條後段規定，檢察（總）長得將其所指揮監督之檢察官之事務移轉於其所指揮監督之其他檢察官，是為職務移轉權。檢察一體原則之頂頭上司，為具有檢察官身分之檢察總長，並非不具檢察官身分之法務部長，此由前述法院組織法之規定可以得知。惟檢察官服從檢察首長命令之界限，應以該命令係為合法為前提，若為不合法之命令，其所屬檢察官即無服從義務。例如命令對於未達起訴門檻之被告起訴、或對於具備起訴條件之被告以犯罪嫌疑不足為不起訴處分，由於其命令並非合法，其所屬檢察官自無服從義務。檢察一體原則之目的：過去一般認為此原則之目的主要在於將全國檢察官集成一個整體，以期有效打擊刑事犯罪，然晚近已經傾向認為此原則之主要目的在於統一全國檢察官的追訴與裁量的基準，以避免因各地檢察官追訴裁量基準之不同，對於相同案情卻為不同處置，例如類似情節的兩起竊盜案，A地檢察官加以起訴，B地檢察官則職權不起訴等，有違法安定性與法平等性。可能之流弊：檢察一體原則之建立，固可達有效打擊犯罪或是統一追訴、裁量基準之目的。

7. 銀行發生搶案，有現行犯當場被補。偵訊時，現行犯供述，另有甲涉案，現場也採集到甲的指紋。檢察官可否搜索甲的住處？如果甲與父母同住，可否一併搜索甲父母的房間？如果搜索時發現甲的房間內有毒品一包，可否一併扣押？

#### 【擬答】

無令狀搜索：

按搜索乃屬對人民之財產權與隱私權等基本權利所為限制干預之強制處分，依刑事訴訟法第一二八條第三項之規定，原則上須由法官簽發搜索票為之，此即法官保留之令狀主義，惟基於偵查犯罪時效性之急迫因素或其他考量，本法亦於具備法定條件下，例外容許無令狀之搜索，茲分述其情形如下：

附帶搜索：

依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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」，其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具。另學者亦認倘僅為取得或保全證據則亦屬之。

急迫搜索：

依本法第一三一條第一、二項之規定，又可區分為對犯罪者之逕行搜索與對證據之緊急搜索。

同意搜索：

依本法第一三一條之一規定「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄」

本題承辦檢察官得向法官聲請搜索票至甲住處為搜索（此時包含甲父母之房間）。若符合上揭急迫搜索或同意搜索之要件時，亦得無搜索票搜索甲之住處，前者倘有相當理由相信被告或應扣押之物在甲父母房間，亦得搜索之；後者，若甲父母自願性同意檢察官入渠等房間搜索，自亦得為之（甲則無權同意檢察官進入父母房間搜索）另案附帶扣押，若上揭之搜索合法，因毒品係屬另案得扣押之物（得為證據且屬得為沒收之違禁物），依刑事訴訟法第一五二條之規定，執法人員得為另案附帶扣押，惟應注意者，此需以搜索合法為前提。

8. 於法人員於下午五時二十分聲請搜索票，預計搜索時間為當日下午五時三十分至九時，若該日之日沒時刻為五時四十分，依情形不可能在日落前趕赴應行搜索之處所，法官應否核發搜索票？

#### 【擬答】

夜間搜索之禁止

刑事訴訟法第一四六條第一項明文禁止於夜間進入私人住宅處所為搜索與扣押，其原因與立法目的乃在於：人民對於夜間較易感到恐懼，夜間搜索對個人隱私之侵犯較為嚴重，夜間搜索之執行人員濫權之可能性較高。

夜間搜索禁止之例外

執行搜索人員於下列情形，例外得為夜間搜索：得被搜索處所之住居人或看守人或代表人之承諾。有急迫情形。日間開始搜索因必要性而繼續至夜間。特定場所（第一四七條—搜索、扣押之共同限制—例外）左列處所夜間亦得入內搜索或夜間搜索之禁止

刑事訴訟法第一四六條第一項明文禁止於夜間進入私人住宅處所為搜索與扣押，其原因與立法目的乃在於：人民對於夜間較易感到恐懼，夜間搜索對個人隱私之侵犯較為嚴重，夜間搜索之執行人員濫權之可能性較高。

夜間搜索禁止之例外

執行搜索人員於下列情形，例外得為夜間搜索：得被搜索處所之住居人或看守人或代表人之承諾。有急迫情形。日間開始搜索因必要性而繼續至夜間。特定場所（第一四七條—搜索、扣押之共同限制—例外）左列處所，夜間亦得入內搜索或

9. 刑事訴訟法刑一百條之三刑一項刑四款規定「有急迫之情形者」，司法警察人員例外的得於夜間詢問犯罪嫌疑人，所謂有急迫之情形所指為何？

【擬答】：

夜間詢問之相關規定與立法目的

按刑事訴訟法第一百條之三規定“司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。

但有左列情形之一者，不在此限：經受詢問人明示同意者。於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。經檢察官或法官許可者。有急迫之情形者。犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。稱夜間者，為日出前，日沒後。如有違反，依同法第一五八條之二第一項規定“違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。

此夜間詢問禁止規定之目的乃在保障人權，而非防止疲勞詢問，蓋本法第一五六條第一項已就疲勞詢問另設有禁止規定。

急迫之情形按刑事訴訟法第一百條之三第一項規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有下列情形之一者，不在此限：四 有急迫之情形者。」，此即夜間詢問之禁止與例外容許規定，至但書所稱之「急迫情形」，依學者見解應符合重罪（涉嫌重罪罪名）、適當（夜間詢問適合達成所欲之目的）、急迫（夜間詢問之目的具急迫要求）、必要（對受詢問者盡正當法律程序之保障）等原則。

10. 甲至A百貨公司購物，因店員乙適與男友丙聊天中誤會甲行竊，甲為免誤會迅速離去，乙誤以甲逃跑，乃追呼其為小偷，甲旋被附近巡邏警員丁逮捕，甲憤而誣指丙為共犯，丁乃急告同行警員戊前往丙宅，於丙臥室內加以逮捕，並將丙購自A公司之襯衫一乙以贓物加以扣押，問丁、戊之逮捕、搜索及扣押是否合法，請詳述其理由。

【擬答】：

按“現行犯，不問何人得逕行逮捕之。犯罪在實施中或實施後及時發覺者，為現行犯。有左列情形之一者，以現行犯論：一被追呼為犯罪人者二因持有凶器”贓物或其他物件”或於身體”衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。檢察官司法警察官或司法警察偵查犯罪，

有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：一因現行犯之供述，且有事實足認為犯罪嫌疑重大者.....”；”檢察官”檢察事務官”司法警察官或司法警察逮捕被告”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。”；”有左列情形之一者，檢察官”檢察事務官”司法警察官或司法警察，雖無搜索票得逕行搜索住宅或其他處所：一、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確實內者.....”，刑事訴訟法第八十八條”第八十八條之一第一項”第一百三十條及第一百三十一條第一項分別定有明文。

至上揭第八十八條之一第一項所規定之”現行犯供述”是否包括準現行犯供述在內，本有不同見解，淺見以為僅須情況急迫，而未及聲請拘票即得為之。

另第一百三十條之附帶搜索其搜索

客體是否包括被搜索人隨身得湮滅之證據，亦有不同意見，淺見本於證據保全之必要性則肯認之。

本題甲為店員乙誤認係行竊者而追呼為賊，乃屬準現行犯，丙則為準現行犯甲供述之共犯，並有急迫

情況，故二人為司法警察分予逮捕及緊急拘捕均為合法，又司法警察為緊急拘捕丙而無搜索票逕行搜索丙之住宅，揆諸前開規定亦為合法，其於拘捕時為防證據湮滅隨之附帶搜索扣押於法亦無不合。

11. 竊案發生，警方調查結果發現某甲涉嫌竊盜，將甲移送地檢署。檢察官認為甲有羈押的原因，但無羈押的必要時，應為如何之處置？

【擬答】：

按羈押與具保”責付”限制住居均屬干預限制人民基本權利之強制處分，故二者之實施均需具備羈押原因，僅後者較諸前者欠缺羈押之必要性而已，倘被告無重大之犯罪嫌疑或無羈押之必要，即不得施以前揭所述之任何強制處分。

依刑事訴訟法第九十三條第二項規定，被告或犯嫌疑人因拘提逮捕到場者，檢察官如認有第一百零一條第一項或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得逕命具保”責付或限制住居。如不能具保責付或限制住居，而有必要情形者，仍得聲請法院羈押之。

另依同法第二二八條第四項規定，被告經傳喚，”自首或自行到場者，檢察官於訊問後認有第一百零一條第一項各款或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得命具保”責付或限制住居。

12. 二〇〇四年三月十三日清晨，酒店老闆張三被發現死於辦公室。依據現場重建，張三應該是邀兇手入室，遭兇手從後方開槍射殺。現場並無打鬥跡象。警方於三月十五日接獲密報，商人李四在最近與張三常有嚴重爭於。警方於是對李四展開調查，李四矢口否認如與案情有何關係，可是無法提出不在場證明。辦案警官甲因而請李四不要離開所在地，以便調查。甲稍後得悉，李四極可能於三月十七日至十九日之間出境。甲於是向檢察官聲請，對李四搜索扣押，以確定李四行蹤並發現行兇槍枝。問檢察官是否可以核發搜索票？

【擬答】：

：按搜索乃對人身或住居處所所為之強制處分，自當受法治國原則之適合性”必要性與狹義比例等之指導，故搜索強制處分之發動與實施程序均應符合上揭原則之要求。

性令狀審查（即搜索票之核發）乃為確保前開法治程序之踐行，刑事訴訟法就偵查中強制處分之令狀審查，就其對人民基本權利之干預限制之程度，區分為檢察官決定原則（傳喚訊問拘提通訊監察與鑑定處分）及法官保留原則（搜索扣押羈押與鑑定留置）之體系。

依刑事訴訟法第一二八條之一規定，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，應以書面記載前條第二項各款之事項（即搜索票應記載事項，並由法官簽發），並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票。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。故本題司法警察如欲對犯罪嫌疑人李四為搜索，即非向檢察官聲請，而應向法院為之。

13. 刑事訴刑法刑二百二十一條規定：「判決，除有特別規定外，應經當事人之言詞辯論為之。」試論此條規定之含義與精神。

【擬答】：

《刑事訴訟法》（以下簡稱本法）第二二一條「判決，除有特別規定外，應經當事人之言詞辯論為之」之規定，此稱為「言詞辯論主義」，係要求以言詞陳述或問答形式而顯現於審判庭之訴訟資料，法院始得採為裁判之基礎。刑事程序採行言詞辯論主義，主要在使法院對於犯罪事實之調查證據獲致新鮮、直接的印象，始能對待證事實判決，之所以如此，含義與精神如下：對書面審理主義的反動：書面審理主義，即法院裁判以書面證據為心證基礎，不傳喚證人訊問、亦不與被告陳述機會，如此之審判方式，不僅無法直接聽取證人陳述及察言觀色，被告之詰問權、聽審權也同時無法落實，故書面審理主義遂為法治國之刑事訴訟程序所否定，言詞辯論主義遂應運而生。

自由心證原則的基礎：所謂自由心證原則，係指刑事法院對於有證據能力之證據，其證明價值由法院不違反經驗法則及論理法則之下，自由認定之（參照本法第一五五條第一項）。證據價值既由法院自由認定，如為人之證據方法，必以於審判期日直接顯現於審判庭加以調查，法院始能對之產生直接印象，因而形成正確心證，以正確心證來作為裁判基礎。若無言詞辯論，則人之證據方法無從調查，由

此，言詞辯論主義也與直接審理主義相連結。

言詞辯論主義固有上述優點，惟訴訟程序嚴格遵守言詞辯論主義，法院難免有容易忽略或忘記的危險，此外，在不涉及本案實體待證事實之判決，為追求訴訟經濟與訴訟效率，書面審理主義仍有其優點，故本法宣示言詞辯論主義原則為判決之基礎原則，惟承認例外容許書面審理主義，即本法第二二一條條文所謂「除有特別規定外」，係言詞辯論主義之例外，即指書面審理主義，如本法之免訴、不受理與管轄錯誤判決「得」不經言詞辯論為之（參照本法第一六一條第四項、第三二九條第二項、第三三一條、第三〇七條）等等。

大法官釋字五八二號解釋，其提到「證據裁判原則以嚴格證明法則為核心，亦即認定犯罪事實所憑之證據，須具證據能力，且經合法調查，否則不得作為判斷之依據。所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；此項資格必須證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除，始能具備。…所謂合法調查，係指事實審法院依刑事訴訟相關法律所規定之審理原則（如直接審理、言詞辯論、公開審判等原則）及法律所定各種證據之調查方式，踐行調查之程序」，故言詞辯論主義乃是嚴格證明法則之內涵，具備憲法位階，益加凸顯言詞辯論主義對於刑事訴訟程序之重要。

14. 何謂現行犯？何謂準現行犯？試說明之。

【擬答】：

現行犯：

犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯（§88Ⅱ）。所謂實施中，指其犯罪行為尚在實施狀態之中；實施後即時發覺，則指犯罪行為雖已實行完畢，即被發覺者而言。應以犯罪行為已否實施完畢為準，與犯人已否離去現場無關。如在犯罪實施後，又非即時發覺，除合於本條第三項之情形外，並非現行犯。

準現行犯（§88Ⅲ）被追呼為犯罪人者。即被人追躡或呼號指為犯罪人是。至被追呼之人是否果為犯罪人，並非所問。

因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處，露有犯罪痕跡顯可疑為犯罪人者。

15. 何謂自訴？依刑事訴刑法及實務見解，提起自訴有那些限制？

甲與乙通姦，甲之配偶丙對乙提起自訴，法院應如何審理？

承上題，如丙於知悉甲乙之姦情一年後，始提起自訴，法院又應如何審理？

【擬答】：

所謂自訴，乃犯罪之被害人自行發動追訴，而與公訴有同等地位及效力之訴訟擊屬程序。其限制如下：對人的限制c對於直系尊親屬或配偶，不得提起自訴（§321）。

d立法理由：私訴（自訴）由被害人與告兩方為當事人，攻擊防禦，立於對峙之地位，施之直系親屬等，恐不適宜，故本條設此例外。

對告訴之限制：告訴或請求乃論之罪，已不得為告訴或請求者，不得再行自訴（§322）。對偵查之限制同一案件經檢察官依第二二八條規定開始偵查者，原則上不得再行自訴（§323）。

自訴後之限制，同一案件經自訴者，不得再行公訴（§324）。

丙對乙依新制，可為自訴：

肯定說：

c丙與乙並非配偶，不在禁止之列。

d依本法第三四三條準用第二六六條和第三二一條效力不及於丙。

否定說（實務傳統見解）：

c依本法第三二一條及第二三九條（告訴不可分），效力將及於丙。

d某戊自訴其妻己與庚（通）姦，或共同輕微傷害，戊與己係屬配偶，既受刑事訴訟

法第三一三條（按：現行法§321）限制，不得提起自訴，依告訴不可分原則，戊對於庚之自訴，自應併予不受理（28院1844）。e 29非15、29上2333亦同（請見後述補充）。司法院大法官會議釋字第五六九號推翻否定見解：（92.12.12）

c憲法第十六條明定人民有訴訟之權，旨在確保人民權益遭受不法侵害時，有權訴請司法機關予以救濟。惟訴訟權如何行使，應由法律規定：法律於符合憲法第二十三條意旨之範圍內，對於人民訴訟權之實施自得為合理之限制。刑事訴訟法第三二一條規定，對於刑事訴訟法第三二一條規定，對於配偶

不得提起自訴，係為防止配偶間因自訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧，乃為維護人倫關係所為之合理限制，尚未逾越立法機關自由形成之範圍；且人民依刑事訴訟法相關規定，並非不得對其配偶提出告訴，其憲法所保障之訴訟權並未受到侵害，與憲法第十六條及第二十三條之意旨尚無抵觸。

d 刑事訴訟法第三二一條規定固限制人民對其配偶之自訴權，惟對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人，並非不得依法提起自訴。

若丙於知悉一年後方自訴，因為已逾通姦罪告訴乃論所限制之六個月告訴期間，則依三二二條法院應為三三四之不受理判決。

16. 甲侵入乙家行竊，被乙驚覺追呼，甲情急圖脫，當場乙刀將乙殺死。試回答下列問題：

檢察官對甲之犯行應如何論告起訴？若檢察官僅就甲殺日之前分，其前力如何？設檢察官僅就甲殺日之前分，向管轄之地方法院提起公訴，地方法院應如何審理？設刑一審法院僅對甲判處殺人之罪刑，檢察官及甲亦僅就此前分提起上訴，刑二審法院又應如何審判？

【擬答】：

甲之犯行應為由偷變搶之準強盜罪，並又另涉殺人行為依我國實務，甲應為刑法強盜殺人罪。

檢方應依刑法三二九條準強盜罪，將其提升為強盜罪，而非竊盜罪。且其強盜罪與殺人罪，兩者為刑法上之結合犯，為實質上一罪，而非二罪。就法院立場言，因刑事訴訟法第二六七條，檢察官就犯罪事實一部起訴，其效力及於全部之規定，強盜殺人既為結合犯之一罪，法院之審理範圍自然及於強盜，非僅為殺人罪部分。第二審法院依刑事訴訟法三四八條二項，對判決之一部上訴者，其有關係之一部分，視為亦已上訴之規定，故二審法院可依實質上一罪全部審理。

17. 刑事訴訟法刑四百五十七條規定：「於行裁判由為裁判法院之檢察官指揮之。但其性質應由法院或審判長、受命推事、受託推事指揮，或有特別規定者，不在此限。」

試詳述本條但書規定所指之情形為何？

【擬答】：

按執行裁判原則上由為裁判法院之檢察官指揮之，刑事訴訟法四五七條第一項定有明文，惟該條但書另有其他特別規定，茲分述如下：

卷宗在下級法院者，由該法院之檢察官指揮執行，另附帶民事訴訟確定裁判之執行，則由法院民事執行處為之。

因駁回上訴抗告之裁判，或因撤回上訴抗告而應執行下級法院之裁判者，由上級法院之檢察官指揮之，此因卷宗多在上級法院，為便利迅速執行起見，自以由上級法院之檢察署檢察官執行為便利。

法院或審判長受命法官受託法官如有關於羈押、具保、責付、扣押及調查證據等裁定，得隨時為執行。此外罰金、罰鍰於裁判宣示後，如經受裁判人同意而檢察官不在場者，得由檢察官當庭指揮執行，但不包易科罰金之執行。

18. 查中檢察官向法院聲請羈押被告，法院裁定准予羈押後，檢察官欲使被告具保停止羈押，試問檢察官應如何處理？

【擬答】：

按實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意，刑事訴訟法（下簡稱本法）第二條第一項定有明文。此亦為檢察官本其公益代表人立場所須肩負之客觀義務，故檢察官自得於被告經法院裁定羈押後，為被告利益聲請具保停止羈押。

停止羈押之意涵：原羈押裁定之法定事由消滅而撤銷該裁定，使其失效力，因已無法定事由故應釋放被告（撤銷後不得再羈押）。原羈押裁定之法定事由仍存在，惟已無羈押必要，故暫時停止羈押裁定之執行，而以較輕微之處分替代（具保、責付、限居），倘有法定原因（§117 I）仍可再執行羈押，因原羈押裁定仍具效力，並未撤銷。

檢察官聲請停止羈押具保之種類 聲請停止：依本法第一一零條第二項規定被告於偵查中得聲請法院命被告具保停止羈押，此際檢察官應具狀陳明被告欠缺羈押必要性之理由，向原裁定法院為聲請。

法定停止：被告羈押期間已逾原審判決之刑期，而檢察官為被告不利益提起上訴者，得命被告具保（本法第一零九條但書）。

19. 乙故意持刀刺傷甲，甲以書狀向檢察官告訴，檢察官偵查結果，認乙犯罪嫌疑不足而為不起訴處分。甲如不服上開不起訴處分，有何救濟方法？試說明之。

【擬答】：

按「告訴人接受不起訴或緩起訴處分書後，得於七日內以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察長或檢察總長聲請再議。」，又「被告接受撤銷緩起訴處分書後，得於七日內以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察長或檢察總長聲請再議。」刑事訴訟法第二五六條第一項、第二五六條之一第一項分別定有明文，故知偵查中之聲請再議人乃限已實行告訴之告訴權人與緩起訴處分經撤銷之被告。

所謂交付審判制乃告訴人不服檢察機關駁回其再議聲請之處分，而於接受處分書後十日委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判，其主要目的在監督檢察官之不起處分與緩起訴處分，使不服該等處分者有請求法院介入審查之救濟機會。

依刑事訴訟法第二五八條之一至第二五八條之四規定，我國刑事訴訟法增訂之交付審判制應具備下述要件：主體要件：聲請之主體；依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，使不服不起訴處分者有請求法院救濟之機會，讓法院有介入審查檢察官的不起訴處分之權利。故知聲請權人限實行告訴且聲請再議之人。

程式要件：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。由此條文可知新法採行「再議前置」得機制（類似行政訴訟之訴願前置主義），亦即並非告訴人收到不起訴處分書，即可聲請交付審判，而必須先經由再議程序救濟，駁回後始

可委任律師聲請交付審判。另本次修法對聲請交付審判強制委任律師之「強制律師代理制度」，其立法理由係為防止濫行提出聲請，虛耗訴訟資源。

法院審查之相關規定

法院之審查及效果：法院之審查及效果：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之三第一項規定，告訴人提出交付審判之聲請後，法院應組成合議庭以合議行之。法院審查之結果認為交付審判之聲請不合法或無理由者，應駁回之；認為有理由者，應為交付審判之裁定，並將正本送達於聲請人、檢察官及被告。另依同法第二百五十八條之三第四項之規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公诉。

聲請之撤回：新法對於交付審判之聲請，採行得撤回之原則，依新增訂刑事訴訟法第二百五十八條之二規定，交付審判之聲請，於法院裁定前，得撤回之，於裁定交付審判後第一審辯論終結前亦同。另撤回交付審判聲請之人，不得再行聲請交付審判。

交付審判之救濟：交付審判使案件進入審判程序，對被告而言，其權益畢竟因此而受影響，故本次修法承認被告有抗告之利益，依第二百五十八條之三第五項規定，得提起抗告救濟之。

審查程序：法院為上開裁定時得為必要調查，此時因影響被告權利甚鉅，故其有聽審權，至法院所持之證據法則僅需自由證明即可。

結論：故本題告訴人乙得依上開說明救濟之。

20. 檢察官因告訴、告發、自首或其如情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查；「告訴」與「告發」有何區別？何人可為「告訴」或「告發」？試比較說明之。

【擬答】：

告訴係指，犯罪之被害人或其他告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實，並請求追訴之意思表示；告發則指，犯罪被害人或其他有告訴權以外之第三人，知有犯罪嫌疑者，還是可以甚至應該舉發犯罪，促使國家追訴機關發動偵查。「告訴」與「告發」之區別主體不同c告訴需以有告訴權為限，告訴權人依刑事訴訟法規定有：犯罪之被害人（刑事訴訟法第二三二條）；被害人之法定代理人或配偶（刑事訴訟法第二三三條第一項）；被害人已死亡者，得由其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬告訴。（刑事訴訟法第二三三條第二項）；特定犯罪的專屬告訴權人（刑事訴訟法第二三四條）

d告發則不以有告訴權之人為限。告發有兩種類型，其一為權利告發，指任何人皆可為之（刑事訴訟法第二百四十條）；其二為職務告發，指公務員因執行職務知有犯罪嫌疑時，負有告發義務（刑事訴訟

法二四一條)。有無期間限制不同：若為告訴乃論之罪，告訴期間係自得為告訴之人知悉犯人 有無期間限制不同：若為告訴乃論之罪，告訴期間係自得為告訴之人知悉犯人之時起，六個月內應告訴（刑事訴訟法第二三七條）；告發則無期間限制。

得否委任代理人不同：告訴，得委任代理人行之（刑事訴訟法第二三六之一條）；告發則無此規定，因為犯罪被害人或其他有告訴權以外之任何人皆可告發，故不須特地委任代理人。

可否撤回不同：告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴，始告訴要件欠缺，法院即無法為實體判決（刑事訴訟法第二三八條第一項）；告發的目的本即僅在使偵查機關知悉有犯罪發生以發動偵查，故無撤回之問題。

有無異議權不同：告訴人接受不起訴或緩起訴處分書後，得聲請再議（刑事訴訟法第二五六條第一項前段）；告發人因非案件關係人，故無此一救濟之權利。

得否聲請證據保全不同：告訴人於證據有湮滅、偽造、變造、隱匿或礙難使用之虞時，偵查中得聲請檢察官為搜索、扣押、鑑定、勘驗、訊問證人或其他必要之保全處分（刑事訴訟法第二一九之一條第一項）；告發人則無此權利。

一、謂檢察一體原則？請簡要說明其內涵、目的、可能的流弊與解決之道。

【擬答】

檢察一體原則之意義：所謂檢察一體，亦即全國檢察官基於有機之組織，一體的活動。申言之，即將全國檢察官集成一個整體，成為一條陣線，共同代表國家追訴、打擊犯罪。檢察一體原則之內涵：基於檢察一體，上級檢察首長得對所屬檢察官行使下列權限：指揮監督權：依法院組織法第六十三條第一項規定，檢察總長依本法及其他法律之規定，指揮監督該屬檢察官及高等法院以下各級法院及分院之檢察署檢察官。同條第二項規定，檢察長依本法及其他法律之規定，指揮監督該署檢察官及其所屬檢察署檢察官。第三項則規定，檢察官應服從前二項指揮監督長官之命令。亦即「上得命」，而「下須從」。d職務承繼權與職務移轉權：依法院組織法第六十四條前段規定，檢察（總）長得親自處理其所指揮監督之檢察官之事務是為職務承繼權；同條後段規定，檢察（總）長得將其所指揮監督之檢察官之事務移轉於其所指揮監督之其他檢察官，是為職務移轉權。檢察一體原則之頂頭上司，為具有檢察官身分之檢察總長，並非不具檢察官身分之法務

部長，此由前述法院組織法之規定可以得知。惟檢察官服從檢察首長命令之界限，應以該命令係為合法為前提，若為不合法之命令，其所屬檢察官即無服從義務。例如命令對於未達起訴門檻之被告起訴、或對於具備起訴條件之被告以犯罪嫌疑不足為不起訴處分，由於其命令並非合法，其所屬檢察官自無服從義務。檢察一體原則之目的：過去一般認為此原則之目的主要在於將全國檢察官集成一個整體，以期有效打擊刑事犯罪，然晚近已經傾向認為此原則之主要目的在於統一全國檢察官的追訴與裁量的基準，以避免因各地檢察官追訴裁量基準之不同，對於相同案情卻為不同處置，例如類似情節的兩起竊盜案，A地檢察官加以起訴，B地檢察官則職權不起訴等，有違法安定性與法平等性。可能之流弊：檢察一體原則之建立，固可達有效打擊犯罪或是統一追訴、裁量

二、「事物管轄」？試述刑事訴訟法有關事物管轄之規定。

【擬答】

所謂事物管轄乃以案件種類，定第一審管轄權之法院，即定不同級法院刑事案件之分配，法院對事物管轄權之有無判斷，自起訴時至最終裁判時隨時均應依職權調查之。現行刑事訴訟法就事物管轄之相關規定，有：刑訴法第四條：地方法院於刑事案件，有第一審管轄權。同條但書：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。即其事物管轄法院即不包括地方法院。刑訴法第三七六條所判各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴第三審法院，則其所劃案件之事物管轄法院即不包括最高法院。第一審屬高等法院管轄案件，依本法第三十一條第一項之規定屬強制辯護案件，依同法第二八四條規定，未經辯護人到庭不得審判，否則即屬同法第三七九條第七款之判決當然違背法令。又此等案件亦不得聲請簡易判決。違背本法事物管轄之規定者，即屬同法第三七九條第四款之判決當然違背法令。

三、搜索票未記載之物，在何種情形下得扣押之？試根據刑事訴訟法之規定，說明之。

【擬答】：

按扣押指為保全可為證據或得沒收之物，而對其暫時占有之強制處分。

壹、客體：

包括可為證據之物（目的在保全證據，以利追訴且防止湮滅）及得沒收之物（刑法第三十八條第一項

所列三款)。(刑事訴訟法第一三三條第一項)

## 貳、參與機關：

- 一、決定機關：偵查審判中均為法官(第一三六條第一項)，由法官於搜索票上記載扣押標的物。
- 二、執行機關：司法警察(官)、檢察事務官、檢察官、法官(第一三六條第二項)，無論令狀扣押或無令狀附帶扣押，實施後均須製作扣押收據交予相對人。

## 參、無令狀扣押種類：

無令狀扣押乃扣押搜索票所未記載之物，惟無論令狀或無令狀扣押，均以合法搜索為前提，違法搜索扣押所得之物，法院得依刑事訴訟法第一五八條之四權衡裁量宣告無證據能力。

- 一、本案附帶扣押：檢察官，檢察事務官，司法警察官或司法警察執行搜索扣押時，發現本案應扣押之物為搜索票所未記載者，亦得扣押之。(本法第一三七條)
- 二、另案附帶扣押：實施搜索扣押時，發現另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。(本法第一五二條)

## 肆、程序

令狀與證件之出示(第一四五條、第一四八條)、扣押之在場及通知(第一四八條~第一五〇條)、扣押之必要處分(第一四四條、第一五一條)、扣押筆錄製作(第四十二條)、交付收據(第一三九條第一項)。

## 伍、限制

- 一、比例原則：應先依第一三三條第二項命其提出或交付，方可再依第一三八條規定使用強制力。
- 二、公務物件：第一三四條第一、二項。
- 三、郵件電報：第一三五條。

## 四、何謂「免於自證有罪」之權利？我國刑事訴訟法中有無相關規定？試分析之。

【擬答】：

### 壹、憲法之不自證己罪原則

本於憲法第八條正當法律程序之保障與人性尊嚴(意思決定與活動自由)，人民於刑事訴訟程序中均有免於自證有罪之權利，此即不自證己罪原則，大法官會議釋字第三八四號亦同此旨。又免於自證有罪之權利乃自偵查至審判程序均有其適用，且任何實質具被告地位之人亦均得享有。惟應注意者，此項免於自證有罪權利，僅係無需證明自己有罪，而非可免除忍受強制處分之義務。

### 貳、被告免於自證有罪之依據

#### 一、刑事訴訟法第九十五條第二款與第一五六條第四項

保障被告免於自證有罪權利之最有效方式在於行使緘默權，故本法乃明定偵審人員訊問被告前應先為第九十五條得保持緘默之告知，俾其知悉行使緘默權。復因緘默權之行使為被告之憲法權利，是以審判法院不得以被告保持緘默而推斷其罪行，否則無異剝奪被告免於自證有罪之權利。

#### 二、刑事訴訟法第九十八條與第一五六條第一項與第三項

被告自白為證據之王，本法未防止偵審人員以不當手段使被告放棄緘默權之行使而為非任意性自白，復規定偵審人員訊問被告時，應出於懇切之態度，不得有強暴，脅迫，利誘，詐欺，疲勞訊問，違法羈押或其他不正之方法，否則因而取得之自白亦無證據能力，且未免訊問人員存有僥倖，倘被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查，該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白出於自由意志，指出證明方法，以使被告無庸另就自白非任意性肩負舉證責任。

### 參、證人免於自證有罪之依據

刑事訴訟程序中，被告與證人之地位常因偵審人員惡意或非惡意而混淆，致實質被告之訴訟防禦權蒙受侵害，故本法乃另有第一八一條"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。"與第一八六條第二項"證人有第一八一條之情形者，應告以得拒絕證言，"之規定，以貫徹實質被告免於自證有罪權利之保障。關於此一實質被告之證人所擁有之不自證己罪權利，有如下之說明：

- 一、不自證己罪原則適用於被告之權利即為緘默權行使(第九十五條第二款、第九十八條、第一五六條第一項)，適用於證人之權利即為拒絕證言權(第一八六條第二項、第一八一條)。
- 二、同一程序中證人不得僅就一部事實陳述而就部分事實行使拒絕證言權，此於詰問時亦同(第一八一條之一)；至不同程序，證人雖於先前或其他程序為陳述，於另一程序仍得行使拒絕證言權。

- 三、被告之不自證己罪可對所有問題概括拒絕答覆，惟證人之不自證己罪需就個別具體問題逐一分別主張，使法官得判斷該問題有無使證人自證己罪之可能性。
- 四、拒絕證言權屬證人不自證己罪之權利，非當事人所得主張之權利，故若違反第一八一條及第一八六條第二項，僅將來不得為追訴審判該證人之不利證據（此無異以具結程序迫使證人為真實陳述，違反第一五六條第一項規定），然仍得為本案被告之證據。
- 五、共同被告原有之被告權利（包括不自證己罪權利），不因第二八七條之二而受影響，故未分離審判前，共同被告行使者為緘默權；分離審判後，其身分轉換為證人，所行使者則為拒絕證言權。

五、試根據我國刑事訴訟法之規定，回答下列問題：

- (一) 羈押之後，如何停止羈押？
- (二) 停止羈押後，再行羈押之理由為何？

【擬答】：

(一) 停止羈押：

1、仍有羈押之原因，但已無羈押之必要，此時羈押效力仍存在，僅是暫時停止羈押之執行，倘有法定情形仍可再執行羈押。

2、種類：

c (1) 聲請停止：

被告：第一一〇條第一項。

檢察官：第一一〇條第二項。

d (2) 法定停止：第一〇九條但、第三一六條但、第一〇一條之二。

3、發動：

c (1) 被告及其得為輔佐之人或辯護人聲請。

d (2) 經檢察官聲請。

e (3) 法院依職權主動為之。

4、審理程序：

準用當然撤銷羈押規定，法院得聽取被告、辯護人或得為被告輔佐人之陳述意見（第一一〇條第三項、第一〇七條第三項）。偵查中法院為具保停止羈押之決定時，除由檢察官聲請者（第一一〇條第二項）或有不得駁回停止羈押情形者（第一一四條）之外，應徵詢檢察官之意見（第一〇七條第五項）。法院許可停止羈押時，則以具保、責付或限制住居之手段代替羈押，並得依本法第一一六條之二規定命被告遵守一定事。

(二) 再執行羈押：

依刑事訴訟法第一一七條第一項規定，停止羈押後有下列情形之一者，得命再執行羈押

1、經合法傳喚無正當之理由不到場者。

2、受住居之限制而違背者。

3、本案新發生第一〇一條第一項各款、第一〇一條之一第一項所定情形之一者。

4、違背法院依前條所定應遵守之事項者。

5、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，被告因第一一四條第三款之情形停止羈押後，其停止羈押之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。

六、司法文書效力之發生，以經合法送達為前提。依據刑事訴訟法之規定，何謂「合法送達」？

【擬答】：

(一) 應受送達處所

1、檢察官（依刑事訴訟法第五八條）：應送達予提起或實行公訴之檢察官，如承辦檢察官不在辦公處所時，則向檢察長為送達。

2、被告（依刑事訴訟法第五五條）：

c (1) 應將其住所、居住或事務所向法院或檢察官陳明。

d (2) 如在法院所在地無住所、居所、事務所者應陳明以在該地有住所、居所、事務所之人為送達代收人，具保人、辯護人並非當然為送達代收人。八十六年修正本條將被害人納入應受送達人之範圍。

3、自訴人、告訴人、附帶民事訴訟當事人、代理人、辯護人、輔佐人或被害人（依刑事訴訟法第五五條）。

(二) 送達方法

1、法警送達：依本法第六一條規定。

- 2、郵政送達：依本法第五七條、第六一條規定。
- 3、囑託送達：以實際送達被告之日為準（依本法第五六條第二項規定）。
- 4、公示送達：

- c (1)事由：依本法第五九條第一、二、三款之規定；又對在軍隊或軍艦之軍人不得公示送達。又明知被告因案逃亡經通緝在案不可公示送達。
- d (2)程序：依本法第六〇條規定，由書記官經法院或檢察（總）長許可，將應送達之文書或節本張貼於法院牌示處，以其繕本登載紙或以其他適當方法或公告。

七、刑事訴訟法第一百條之三第一項第四款規定「有急迫之情形者」，司法警察人員例外的得於夜間詢問犯罪嫌疑人，所謂有急迫之情形所指為何？

【擬答】：

(一)夜間詢問之相關規定與立法目的

按刑事訴訟法第一百條之三規定“司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：經受詢問人明示同意者。於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。經檢察官或法官許可者。有急迫之情形者。犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。稱夜間者，為日出前，日沒後。”，如有違反，依本法第一五八條之二第一項規定“違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。

此夜間詢問禁止規定之目的乃在保障人權，而非防止疲勞詢問，蓋本法第一五六條第一項已就疲勞詢問另設有禁止規定。

(二)急迫之情形

按刑事訴訟法第一百條之三第一項規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有下列情形之一者，不在此限：四 有急迫之情形者。」，此即夜間詢問之禁止與例外內容許規定，至但書所稱之「急迫情形」，依學者見解應符合重罪（涉嫌重罪罪名）、適當（夜間詢問適合達成所欲之目的）、急迫（夜間詢問之目的具急迫要求）、必要（對受詢問者盡正當法律程序之保障）等原則。

八、何謂相牽連案件？牽連管轄之偵查與起訴如何處理？試說明之。

【擬答】：

(一)相牽連案件

按刑事訴訟法第六條牽連管轄規定：數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄，前項情形，如各案件已係屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之。有不同意者，由共同之直接上級法院裁定之。同法第七條相牽連案件規定：有左列情形之一者，為相牽連案件：一人犯數罪者。數人共犯一罪或數罪者。數人同時在同一處所各別犯罪。犯與本罪有關係之藏匿人犯，湮滅證據，偽證，贓物各罪者。

(二)牽連管轄之偵查與起訴

次按檢察一體在確保檢察權之公正行使，在不違背檢察官之真實性義務與合法性義務之前提下，為防止檢察官權力濫用及統一檢察官權行使方針並達成協力辦案之目的，上級檢察機關或檢察首長本於檢察一體之指令權，得於一定條件與必要情形下，為職務承繼權與職務移轉權之發動。承上規定，於相牽連案件，本於訴訟經濟，證據共通性及避免偵查結果與裁判矛盾之考量，分別對數共犯各有偵查權之各檢察署檢察官，得本於檢察一體原則協調由某地檢察官就相牽連案件合併偵查，嗣後再本於前揭牽連管轄之規定，對該等相牽連案件合併起訴，而由法院合併審判。

九、何謂「起訴之駁回」？依法應如何為之？如檢察官「依法補正」後，法院仍認為不足，是否可直接「駁回起訴」？

(一)按刑事訴訟法第一六一條第二項規定，法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正，逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。此即學理上所稱之起訴審查制，乃為促使檢察官落實舉證責任並防止其濫行起訴，以免被告承受不必要之訟累，再參酌本法有關檢察官對司法警察(官)移送案件之退案審查制度精神及美德法制而為前開增訂，且若檢察官未撤回起訴或逾期未補正證明方法時，並賦予一定法律效果，即增訂之本條第4項之規定。惟就本條文之增修，有認已違反無罪推定原則，蓋檢察官未補正或撤回時，法院裁定駁回而非判決無罪，如此檢方仍再行起訴，起訴後逕諭知不受理判決，檢方尚得上訴，反增加被告之訟累，顯非有利於被告。

(二)次按依法，準備程序似仍可為起訴審查，顯有不妥。又法院之審查程序究應以言詞為之抑僅須書面審理，似有不同意見，學者有謂書面審查即可，司法院頒行之「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第95點規定「……法院於第一次審判期日前，審查檢察官起訴或移送併辦意旨及全案卷證資料……」亦採此見解，另有學者認對龐雜案件為能明確釐清，法院自得通知檢察官以言詞說明其證據方法，而非僅限書面審理，況所稱第一審判期日前，顯然業經調查程序之案件仍有起訴審查制之適用，而調查程序當然以言詞為之，雖因此有扭曲立法本旨之虞，惟就文義以觀，仍應為是解釋，且本法既未明文排除言詞審理，當應肯定其適用。至所謂「指出之證明方法」，最高法院91年第4次刑事庭決議認應包括「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」；有爭議者乃法院之審查標準，亦即法院以如何之標準認定檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能？依法院頒行之上開注意事項第95點謂「依客觀之論理與經驗法則，從形式上審查客觀上可立即判斷檢察官舉出之證明方法根本不足認定有成立犯罪之可能而言」；王兆鵬師則舉美國各州主要之審查標準有二，其一為「相當理由」，乃如通常謹慎之人，對被告會形成有罪的強烈懷疑，即具備相當理由，其二為「證據之形式上有罪」，指就已存之證據，即令毋須詮釋，也足以擔保有罪判決之成立，其認我國宜採後項見解：林鈺雄師另認應依起訴事證可明顯判斷未達起訴法定門檻（依偵查所得證據足認被告有犯罪嫌疑），且案件不符法定起訴門檻須達極其明顯之程度，亦即該制度之目的不在替代無罪判決，僅為離譜控制之作用。

(三)因起訴審查制於檢察官指出之證明方法顯不足以認定被告有成立犯罪之可能，尚予檢察官有補正之機會而非為無罪判決，雖有避免濫行起訴之作用，惟卻可能因之使被告蒙受訴訟上之不利，故學者多主張於起訴審查用作時，宜從寬為之，倘檢察官補正結果，法院尚有所不足，應使該案件進入審判程序，嗣再於審判調查後為無罪判決，蓋無罪判決較諸駁回裁定與檢察官再行起訴後之不受理判決，對被告更形有利。

十、檢察官對於案件除了可以為「絕對不起訴」、「微罪不起訴」、「於應執行之刑無重大關係不起訴」外，尚可為何種「不起訴」？此種不起訴之事由有那些？

(一)按本於檢察官法定原則之不起訴法定原則與起訴法定原則例外之起訴裁量，檢察官於偵查結束後得為如下之不起訴處分，前者稱之為絕對不起訴處分，包括刑事訴訟法第二五二條第一款至第十款之不起訴處分與第二五五條第一項之其他法定理由知不起訴處分；後者包括第二五三條之微罪不起訴處分與第二五四條執行無重大關係之不起處分。

(二)刑事訴訟法第二五五條第一項之其他法定理由 (§255 I)：

按依釋字第48號解釋，所謂其他法定理由係指告訴不合法或依法不得告訴而告訴而言，其中所謂「依法不得告訴而告訴」乃包括：

- 1、刑法第245條第2項之罪，配偶於縱容或宥恕後再行告訴。
- 2、刑事訴訟法第324條，同一案件提起自訴後再行告訴或請求。
- 3、本法第325條第4項撤回自訴之人再行告訴或請求。
- 4、依本法第326條第3項裁定駁回自訴後，自訴人就同一事實再行告訴而無第260條之情形。
- 5、少年法庭移送檢察官之案件非屬少年事件處理法第27條之案件。
- 6、本法第238條第2項，撤回告訴之人再行告訴。
- 7、原告訴人於不起訴處分或緩起訴處分確定或撤回起訴後再行告訴而無本法260條所列原因。
- 8、他告訴權人不起訴處分或緩起訴處分確定或撤回起訴後再告訴而無本法第260條所列原因。

十一、刑事訴訟法有關法官迴避之規定，是否適用於檢察事務官？又依刑事訴訟法第二十六條，法官迴避之規定，適用於檢察官，但不得以其曾於下級法院執行檢察官之職務，為迴避之原因，其理由為何？

#### 【擬答】

(一)刑事訴訟法關於法官迴避之規定，應亦適用於檢察事務官。理由如下所述：

- 1、刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）第17條以下，為迴避之規定，其主要目的在於建立公平之法院，使刑事訴訟之進行可以獲得當事人之信賴。以刑訴法第17條之各事由為例，法官有該各個事由，但卻執行職務之時，當事人勢必無法信服其所為之決定，是故為法官應自行迴避事由。
- 2、刑訴法第26條第1項前段規定：「第十七條至第二十條及第二十四條關於推事迴避之規定，於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。……。」之意旨，也是在建立公平及為被告所接受之檢察體系。是故檢察官及辦理檢察事務之書記官具有應自行迴避事由（第17條）或聲請迴避事由（第18條）時，亦應迴避。依此意旨，雖然法條並未明文檢察事務

官必須迴避，但是，依迴避之立法意旨，刑訴法第17條以下關於迴避之規定，也應該類推適用於檢察事務官。

(二)刑訴法第26條第1項規定：「第十七條至第二十條及第二十四條關於推事迴避之規定，於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。但不得以曾於下級法院執行檢察官、書記官或通譯之職務，為迴避之原因。」是因為，如果所執行之職務為檢察官，無論是在下級審或上級審，都是針對被告之犯罪事實進行訴追、蒐集證據、決定是否起訴及於審判期日盡實質舉證責任，並無何差別，角色並不會混淆，亦即，並不會造成執行職務上之偏頗。所以，即便是在下級審擔任過檢察官，於上級審在於同一案件在擔任檢察官時，並不需要迴避。

再者，刑訴法第26條第1項但書之規定，於法官之情形，依目前實務及通說之看法，目的在於維護被告之審級利益，但是，於檢察官時，並沒有審級利益之問題，是故，不需要迴避。

十二、試比較說明「緩起訴」與刑事訴訟法第二百五十三條所規定「職權處分」其適用範圍之差異。

【擬答】

c 刑事訴訟法第二五三條規定：第三七六條所規定之案件，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項認以不起訴為適當者，得為不起訴處分，屬職權不起訴處分之一種，即所謂微罪不舉原則。

d 同法第二五三之一條規定：被告所犯為死刑，無期徒刑或最經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。

二者之適用範圍差異可略述如下：

相異：

1. 被告經認有犯罪嫌疑，而不以逕行起訴為適當者，如所犯為刑訴§376所規定之案件，經參酌刑法§57認情節較輕微者，依§253不起訴處分(微罪不舉)，至參酌刑法§57及考量公共利益之維護，認情節稍重者則依§253之1為緩起訴處分。(PS. §253與§253具相近之性質)
2. 被告經認有犯罪嫌疑而不以逕行起訴為適當者，如所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外非§376所規定之案件者，僅能依§253之1為緩起訴處分。
3. 被告經緩起訴處分者，得命其遵守一定事項(§253之2)，且於§253之3 I之三款法定情形，檢察官得依職權或告訴人聲請撤銷緩起訴處分，至§253之相對不起訴處分(微罪不舉)則否(原規定已刪除)。

十三、試比較「協助檢察官偵查之司法警察官」與「聽從檢察官指揮之司法警察官」之差異。

【擬答】

「協助檢察官偵查之司法警察官」與「聽從檢察官指揮之司法警察官」的差異，分述如下：

(一)規定依據不同

「協助檢察官偵查之司法警察官」規定在刑訴法第229條：「…於其管轄區域內為司法警察官，有協助檢察官偵查犯罪之職權」。

「聽從檢察官指揮之司法警察官」規定在刑訴法第230條：「下列各員為司法警察官，應受檢察官之指揮，偵查犯罪」。

司法警察官定義不同「協助檢察官偵查之司法警察官」指c警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長。憲兵隊長官。e依法令關於特定事項，得行相當於前二類司法警察官之職權者(§229 I)。

「聽從檢察官指揮之司法警察官」指c警察官長。d憲兵隊官長、士官。e依法令關於特定事項，得行司法警察官之職權者(§230 I)。

(二)職權不同

「協助檢察官偵查之司法警察官」，應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。(§229 II)。

「聽從檢察官指揮之司法警察官」知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及第229之司法警察官。實施調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。(§230 II, III)。

十四、司法警察詢問犯罪嫌疑人時，試問：

(一)首先應詢何事項？

(二)其次其告知何事項？

(三)如此告知義務所得犯罪嫌疑人之自由及其如不甲之陳述，得否作為證據？

## 【擬答】

按刑事訴訟法第94 規定：「訊問被告，應先詢其姓名、年齡、籍貫業、住所或居所，以查驗其人無有錯誤，如係錯誤，應即釋放。」故訊問被告，應先依刑事訴訟法第94 條規定為人別訊問。

按刑事訴訟法為保障被告權利，故於第95 條規定訊問被告應先告知下列事項：

- 1、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。

按刑事訴訟法第158 條之2 第 2 項規定：「違背第93 條之1 第2 項、第100 條之3 第1 項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限；檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第95 條第2 款、第3 款之規定者，準用前項規定」。故司法警察詢問犯罪嫌疑人時，如違背第95 條規定之告知義務，其所取得之犯罪嫌疑人自白及其他不利之陳述，原則上不得作為證據，但若符合上開但書規定之「非惡意性」及「具任意性」時，則例外地仍得為證據。

十五、試根據我設刑事訴訟法之規定，回答下列問題：

(一) 何種自白方有證據能力？

(二) 被告如於法庭中主張，其在偵查中所以自白，乃是因為被刑求而不得不為時，法院應如何處理？

## 【擬答】

(一) 被告自白須非出於不正訊問方法且與事實相符，並有關聯性補強證據始得為有罪判決，倘被告抗辯其自白出於不正方法時，應先於其他事證調查，並由檢察官就其提出之自白出於任意性負舉證責任；而法院訊問被告時，應先告知本法第九十五條所列事項，再命其就辯明內容之始末連續陳述，被告有數人時應隔離訊問並得對質，而訊問之全程尚應連續錄音或錄影。其調查程序並依刑事訴訟法第九十四條至第一百條之三、第一五六條、第二八六條至第二九〇條之規定。綜言之，被告自白需非出於不正方法而有任意性，訊問前應為權利告知並全程連續錄音或錄影，且不得逾法定障礙期間，同時未違反夜間詢問之規定，如為警詢中，需由行詢問以外之人製作筆錄，則該自白即具證據能力。

(二) 關於自白之調查，依本法第一六一條之三及第二八八條第三項均明定被告自白（被訴事實）應於其他證據調查後方得為之，惟第一五六條第三項則規定「被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查」，則此前後是否相衝突？應注意者，乃後者所稱應先為調查部分係指偵審人員有無使用不正方法而言，非調查自白內容。亦即先調查確認有無使用不正方法，若無，則該自白即具任意性而有證據能力，乃第一六一條之三所謂之「得為證據之被告自白」，嗣再將該自白列於其他證據調查次序之後而為調查。

十六、准許夜間訊問之情形有幾種？試說明之。

## 【擬答】

(一) 夜間詢問之相關規定：

按刑事訴訟法第一〇〇條之三規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：

- 1、經受詢問人明示同意者。於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人無有錯誤者。
- 2、經檢察官或法官許可者。
- 3、有急迫之情形者。
- 4、犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。

5、稱夜間者，為日出前，日沒後」，如有違反，依本法第一五八條之二第一項規定「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限」。

(二) 禁止夜間詢問之立法目的

次按夜間詢問禁止之目的乃在於保障人權，避免被告於夜間面對公權力之強勢詢問時，因心生恐懼而為陳述。應注意者，夜間詢問禁止應與防止疲勞詢問有所區別，蓋本法第九八條已就疲勞詢問之禁止另設明文，且依本法第一五六條第一項之規定，疲勞詢問之效果係

絕對強制排除該自白之證據能力，至違法夜間詢問取得之自白僅為相對強制排除，又疲勞詢問之禁止並無例外之容許，夜間詢問依本法第一〇〇條之三第一項即有例外情形，何況個人之生理作息不一，並非任何人於夜間受詢問即有疲勞情狀。

急迫情形之要件：

按刑事訴訟法第一〇〇條之三第一項規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：四、有急迫情形者」，此即夜間詢問之禁止與例外容許規定，至但書所稱之「急迫情形」，依學者見解應符合優越利益之重罪原則（涉嫌重罪罪名，以符合狹義比例原則）、適當性原則（夜間詢問適合達成所欲之目的）、急迫性原則（夜間詢問之目的具急迫要求，例如倘未夜間詢問則對社會秩序或被害人生命身體有明顯立即危害）及必要性原則（對受詢問者應盡正當法律程序之保障）

十七、涉嫌於晚間在街上販賣毒品，被巡邏員警乙逮捕，乙當場對甲進行相關偵訊。請問：

甲於接受偵訊時，依刑事訴刑法相關規定，得主張何種權甲？乙在何種情況下，才能對甲加以夜間詢問？

【擬答】

為保障被告本於憲法第八條實質正當法律程序與第十六之訴訟防禦權，訊問被告應遵循如下程序：

人別訊問

訊問被告，應先詢問其姓名、年齡、籍貫、職業、住、居所，以查驗其人有無錯誤，如係錯誤應即釋放（刑事訴訟法第九四條）。

告知義務之踐行（此項踐行開啟被告正當法律程序之保障，如有違反分依第一五六條第一項或第一五八條之四之規定）

訊問被告應先告知下列事項（第九五條）

- 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。

連續陳述與隔別訊問

訊問被告，應與以辯明犯罪嫌疑之機會；如有辯明，應命就其始末連續陳述；其陳述有利之事實者，應命其指出證明之方法（第九六條）；對於被告所為之陳述，並應於筆錄內明確記載（第一〇〇條）。被告有數人時，應分別訊問之；其未經訊問者，不得在場。但因發現真實之必要，得命其對質（第九七條）。

不正訊問之禁止（違反依第一五六條第二項之規定）

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（第九八條）

通譯之使用

被告為聾或啞或語言不通者，得用通譯，並得以文字訊問或命以文字陳述（第九九條）

全程錄影錄音（違反有認依第一〇〇條之一第二項或依第一五六條第一項或依第一五八條之四或類推適用第一五八條之二第一項）

訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限（第一〇〇條之三）：

夜間詢問之禁止（違反依第一五八條之二第一項及但書）

刑事訴訟法原則上禁止司法警察或司法警察官，於夜間詢問犯罪嫌疑人，但有下列情形者，則例外允許之（第一〇〇條之一）：

- 1、經受詢問人明示同意者。
- 2、於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。
- 3、經檢察官或法官許可者。
- 4、有急迫之情形者（須符合重罪、適當、急迫與必要等條件）。除此，司法警察（官）對犯罪

嫌疑人之詢問程序依本法第一〇〇條之二準用前揭一～六之規定。

十八、甲向法院自訴乙竊取其腳踏車，法院審理中，丙又向檢察官告訴乙竊取其機車。請問：若檢察官及法官發現二案分別在九十五年七月一日之前與之後犯之，各應如何處理？假若二案皆在九十五年七月一日之前犯之，或均在九十五年七月一日後犯之，有何不同？

## 【擬答】

### (一)案件單一性之標準

所謂案件單一性，經起訴之案件其被告單一且犯罪事實單一而言，惟按刑事訴訟法（下簡稱本法）第二六七條規定，檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部，故傳統實務見解認為案件是否單一，應以其在訴訟上為審判對象之具體的刑罰權是否單一為斷。換言之，如在實體法上為一個刑罰權，在訴訟法上為一個訴訟客體，具有不可分之性質，至刑罰權多寡取決於犯罪事實個數，而犯罪事實個數則將影響案件個數，其認為實體法上一

罪（單純一罪、實質一罪、想像競合犯與刑法修正前之牽連梵語連續犯等裁判一罪），訟法上即為一客體，審判上具不分割性，惟仍需該犯罪事實內之各部分均屬有罪，始生不可分關係，即一部有罪、他部有罪，且兩者有不可分關係，起訴效力及於全部。次按本於控訴原則下之告即應理，法官受檢察官起訴事實之拘束，惟不受起訴法律評價（罪名）之限制。倘若檢察官起訴全部事實者，不問起訴罪名為一罪名或數罪名，法院均得依法逕行

審判認定，不受檢察官見解之拘束。

### (二)刑法修正於案件單一性之影響

次按刑法於九十五年七月一日修正廢除連續犯以一罪論之規定，應按數罪併罰之，惟依該法刑法第二條第一項規從舊從輕原則之規定，行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律以觀。故若被告係於刑法修正前有連續犯之罪行，本於前揭說明，仍應依較有利於行為人之裁判上一罪為適用認定，亦即於程序法上應屬單一案件。

### (三)案例解析

#### 1、分於九十五年七月一日前與後犯之

此時甲之前犯行本於刑法從舊從輕原則，於實體法上仍有連續犯裁判上一罪之適用，其後犯行因連續犯之廢止而應屬數罪併罰之範疇，惟因刑法修正前後僅各一犯行，故前後犯行仍應是用數罪併罰之規定，亦即程序法上屬數案件，兩案件間分別獨立而無不可分性，則檢察官起訴前犯行效力不及於後犯行，其應就後犯行另行起訴或本於訴訟經濟考量追加起訴，法院則為分別審判或合併審判。

#### 2、皆於九十五年七月一日前犯之

此時本於刑法從舊從輕原則，被告甲之犯行於實體法上仍屬連續犯裁判上一罪，程序法上為單一案件，而有起訴不可分與審判不可分效力之適用，檢察官應將甲之後行函請併辦，法院應併為一有罪判決。

#### 3、皆於九十五年七月一日後犯之

此時甲之犯行因連續犯之廢止而於實體法上應數罪併罰，程序法上則屬數案件，兩案件間分別獨立而無不可分性，則檢察官起訴前犯行效力不及於後犯行，其應就後犯行另行起訴或本於訴訟經濟考量追加起訴，法院則為分別審判或合併審判。

十九、刑事訴訟程序中，有無「不要式之強制處分」？試依我刑事訴訟法之規定，說之。

## 【擬答】

按任何干預人民基本權利之強制處分，均應遵守法定程式，且原則上應受有權機關審查並核發令狀始得為之，此即令狀主義。惟基於偵查犯罪時效性之急迫因素或其他考量，本法亦於具備法定條件下，例外容許無令狀之強制處分（有稱之為不要式強處分），茲分述其情形如下：

(一)附帶搜索：依刑事訴法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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」，其立法的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索則需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具。另學者亦認倘僅為取得或保全證據則亦屬之。

(二)急迫搜索：依本法第一三一條第一、二項之規定，又可區分為對犯罪者進行拘捕之逕行搜索與對證據為保全之緊急搜索。

(三)同意搜索：依本法第一三一條之一規定，搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。

(四)附帶扣押(第一三七條, 本案扣押): 檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索或扣押時, 發現本案應扣押之物為搜索票所未記載者, 亦得扣押之。第一三一條第三項之規定, 於前項情形準用之。

(五)另案扣押(第一五二條, 非本案扣押): 實施搜索或扣押時, 發現另案應扣押之物亦得扣押之, 分別送交該管法院或檢察官。

(六)強制取證處分: 本法第二〇五條之二乃明定「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看髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時, 並得採取之」, 亦即倘司法警察欲違反犯罪嫌疑人之意思而採取其毛髮, 應具備如下要件: 因調查犯罪情形及蒐集證據之必要。須該犯罪嫌疑人係經拘捕者。3. 有相當理由認為採取之毛髮得作為證據。

(七) 現行犯之逮捕: 依刑訴法第八八條第一項「現行犯, 不問何人得逕行逮捕之」此為憲法第八條第一項承認之例, 而構成阻卻違法事由(刑法第二一條), 其與通緝犯逮捕相同應解送, 又其情形有二, 分別為第八八條第二項及第八八條第三項(準現行犯), 現行法規定過於寬鬆有侵害人權之虞(例如持有贓物, 時間似欠急迫性)。

二十、被告甲住所設於法院所在地, 於聆聽高等法院宣示撤銷第一審無罪判決, 改判有罪後, 一時無法承受, 隨即前往法院服務處, 撰寫未附理由之上訴狀, 敘明上訴理由容後補陳。詎遞狀後, 返家途中因精神恍惚, 發生車禍, 受傷昏迷, 送加護病房住院二個月, 醒來時發現, 其上訴業經高等法院以上訴不合法律上之程式為由, 裁定駁回確定, 而檢察官亦未提起上訴。試問甲之情形, 如何救濟途徑? 依據為何?

【擬答】:

本題之題意, 在於上訴期間之延誤及聲請回復原狀之相關概念。說明如下:

(一)聲請回復原狀:

1、依刑事訴訟法第六七條之規定: 「非因過失、遲誤上訴、抗告或聲請再審之期間, 或聲請撤銷或變更審判長、受命推事、受託推事裁定或檢察官命令之期間者, 於其原因消滅五日內, 得聲請回復原狀。」

2、甲未在法律所規定的期間內補提理由書, 導致其上訴不合程式之理由在於, 其遞狀後即因發生車禍, 受傷昏迷, 待其醒來, 得補提理由書之期間已經經過。此時上訴期間之遲誤係因甲遭受事故, 而非因被告之故意或過失而遲誤, 故甲得於其清醒後(遲誤之原因消滅)五日內, 聲請回復原狀。

(二)甲之聲請程序(刑事訴訟法第六八條):

1、應以書狀, 向原審法院聲請回復原狀(第一項): 在本案中, 係向高等法院聲請。

2、應在書狀中, 釋明非因過失遲誤期間之原因及消滅之時間(第二項): 在本案中, 甲應於聲請回復原狀的書狀上, 釋明其於合法提出上訴狀後, 即因車禍昏迷兩個月導致遲誤上訴期間; 並且釋明遲誤原因之消滅時期, 即醒來之時間。

3、聲請回復原狀, 應同時補行期間內應為之訴訟行為(第三項): 甲在向高等法院聲請回復原狀之時, 應同時提出上訴理由書。

一、何謂檢察一體原則? 請簡要說明其內涵、目的、可能的流弊與解決之道。

【擬答】: 檢察一體原則之意義: 所謂檢察一體, 亦即全國檢察官基於有機之組織, 一體的活動。申言之, 即將全國檢察官集成一個整體, 成為一條陣線, 共同代表國家追訴、打擊犯罪。

檢察一體原則之內涵: 基於檢察一體, 上級檢察首長得對所屬檢察官行使下列權限:

(一)指揮監督權: 依法院組織法第六十三條第一項規定, 檢察總長依本法及其他法律之規定, 指揮監督該屬檢察官及高等法院以下各級法院及分院之檢察署檢察官。同條第二項規定, 檢察長依本法及其他法律之規定, 指揮監督該署檢察官及其所屬檢察署檢察官。第三項則規定, 檢察官應服從前二項指揮監督長官之命令。亦即「上得命」, 而「下須從」。

(二)職務承繼權與職務移轉權: 依法院組織法第六十四條前段規定, 檢察(總)長得親自處理其所指揮監督之檢察官之事務是為職務承繼權; 同條後段規定, 檢察(總)長得將其所指揮監督之檢察官之事務移轉於其所指揮監督之其他檢察官, 是為職務移轉權。檢察一體原則之頂頭上司, 為具有檢察

官身分之檢察總長，並非不具檢察官身分之法務部長，此由前述法院組織法之規定可以得知。惟檢察官服從檢察首長命令之界限，應以該命令係為合法為前提，若為不合法之命令，其所屬檢察官即無服從義務。例如命令對於未達起訴門檻之被告起訴、或對於具備起訴條件之被告以犯罪嫌疑不足為不起訴處分，由於其命令並非合法，其所屬檢察官自無服從義務。

(三) 檢察一體原則之目的：過去一般認為此原則之目的主要在於將全國檢察官集成一個整體，以期有效打擊刑事犯罪，然晚近已經傾向認為此原則之主要目的在於統一全國檢察官的追訴與裁量的基準，以避免因各地檢察官追訴裁量基準之不同，對於相同案情卻為不同處置，例如類似情節的兩起竊盜案，A地檢察官加以起訴，B地檢察官則職權不起訴等，有違法安定性與法平等性。

(四) 可能之流弊：檢察一體原則之建立，固可達有效打擊犯罪或是統一追訴、裁量基準之目的。

二、何謂「事物管轄」？試述刑事訴訟法有關事物管轄之規定。(25分)

【擬答】：所謂事物管轄乃以案件種類，定第一審管轄權之法院，即定不同級法院刑事案件之分配，法院對事物管轄權之有無判斷，自起訴時至最終裁判時隨時均應依職權調查之。

現行刑事訴訟法就事物管轄之相關規定，有：刑訴法第四條：地方法院於刑事案件，有第一審管轄權。同條但書：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。即其事物管轄法院即不包括地方法院。

刑訴法第三七六條所判各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴第三審法院，則其所劃案件之事物管轄法院即不包括最高法院。

第一審屬高等法院管轄案件，依本法第三十一條第一項之規定屬強制辯護案件，依同法第二八四條規定，未經辯護人到庭不得審判，否則即屬同法第三七九條第七款之判決當然違背法令。又此等案件亦不得聲請簡易判決。

違背本法事物管轄之規定者，即屬同法第三七九條第四款之判決當然違背法令。

三、試比較說明「緩起訴」與刑事訴訟法第二百五十三條所規定「職權處分」其適用範圍之差異。(25分)

【擬答】：刑事訴訟法第二五三條規定：第三七六條所規定之案件，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項認以不起訴為適當者，得為不起訴處分，屬職權不起訴處分之一種，即所謂微罪不舉原則。

同法第二五三之一條規定：被告所犯為死刑，無期徒刑或最經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。

二者之適用範圍差異可略述如下：

相異：

1. 被告經認有犯罪嫌疑，而不以逕行起訴為適當者，如所犯為刑訴§376所規定之案件，經參酌刑法§57認情節較輕微者，依§253不起訴處分(微罪不舉)，至參酌刑法§57及考量公共利益之維護，認情節稍重者則依§253之1為緩起訴處分。(PS. §253與§253具相近之性質)

2. 被告經認有犯罪嫌疑而不以逕行起訴為適當者，如所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外非§376所規定之案件者，僅能依§253之1為緩起訴處分。

3. 被告經緩起訴處分者，得命其遵守一定事項(§253之2)，且於§253之3 I之三款法定情形，檢察官得依職權或告訴人聲請撤銷緩起訴處分，至§253之相對不起訴處分(微罪不舉)則否(原規定已刪除)。

四、何謂職權進行主義？何謂當事人進行主義？兩者之區別何在？

【擬答】：

壹、糾問主義：

在刑事訴訟程序中僅有糾問者(法官)與被糾問者(被告)，糾問法官兼具追訴者與審判者之角色，此為中古歐陸國家所採行。

貳、彈劾主義(控訴原則)：

其將刑事訴訟程序拆解為追訴(偵查)及審判階段，並由檢察官與法官分司其職，此制度並衍生出“無控方之起訴，即無法官之裁判”即不告不理原則，而(法官與檢察官之相互牽制亦得確保刑事司法權之正確性與客觀性)。因之法院審理裁判之對象及標的，以檢察官起訴之被告及犯罪事實為限，如法院就未受請求事項予以判決乃當然違背法令(刑事訴訟法第三七九條第十二款)，彈劾主義之控訴原則下，雖又演變成調查制(職權主義)及對抗制(當事人主義)之二種審判模式，惟控方到庭實施公訴，則為共通之基本要求，否則無異回復糾問主義，我國刑訴法並將之列為判決違背法令之上訴第三審事由(第三七九條第八款)。

參、職權主義(調查制)：

法院為發現真實之必要，本於職權負有查明事實真相並調查一切有利不利被告之證據之澄清義務(第

一六三條第一項)，其不受當事人之主張聲明所拘束，故認罪協商與有罪答辯制度於此均不適用(被告自白不得為有罪判決之唯一依據)，至刑訴法第一六三條之二所謂「當事人或辯護人聲請調查之證據法院認不必要者，得以裁定駁回之」，應考量其關連性(與直接或間接事實)，必要性(訴訟經濟與迅速原則)(無庸舉證：公眾週知之事實第一五七條，事實於法院已顯著或為其職務上所已知者第一五八條)及可能性(根本無法調查或難以調查)，又依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者，判決當然違背法令，為上訴第三審之事由(第三七九條第十款)。

肆、當事人主義(對抗制)：

一、當事人進行原則：指法院僅基於當事人聲明之主張與提出之證據為裁判，包括(I)當事人決定法院應審理何項法律爭端(II)當事人決定何項事實須經證明。故當事人自認之事項乃無庸舉證，法院並應受其拘束。

二、當事人處分原則：乃當事人自始至終可自由處分其訴訟標的，故訴訟程序開啟後，當事人仍得撤回起訴或合意停止訴訟，並得就訴訟標的之捨棄或認諾，法院均應受其拘束，而認罪協商與有罪答辯(只須被告自由，無須再調查證據即可達成有罪結果)制度為該模式下之產物。

觀念提醒職權主義與當事人主義之區別：

職權主義 當事人主義

不承認當事人不平等原則 當事人平等原則

不承認被告方面之偵查，被告不得自行蒐集無罪證據

被告與國家機關均係偵查之主體，雙方當事人各得獨立蒐集證據

易與糾問主義相結合，使偵查成為國家機關對被告之糾問

雙方當事人均不具有強制處分權，不承認一方有優於他方之偵查權偵查程序

被告負有忍受國家偵訊之義務

被告不負有忍受國家偵訊之義務

證起訴後有必要由法院蒐集起訴後仍由當事人負蒐集義務據之蒐集

亦稱職權探知主義亦稱辯論主義起訴

當事人不能自由處分訴訟標的

當事人得自由處分訴訟標的

五、警方接獲通緝犯甲藏身於某民宅的線報後，未聲請搜索票即進入該民宅欲逮捕甲。試問以下之毒品以及制式手槍可否做為法院認定犯罪事實之證據？進入該住宅後，警方在客廳沒有發現甲，但在客廳的電視櫃抽屜內找到毒品一包並扣押之。後警方在臥室衣櫥內發現甲並加以逮捕後，又在廚房櫃子內搜到制式手槍一把並扣押之。

【擬答】：二子題分述如下：

逕行搜索為拘捕搜索(找人)，不得為偵查搜索(找物)，以竟行搜索執行偵查搜索者屬於違法取證，應依刑訴法第158條之4 權衡證據能力。逮捕通緝犯之逕行搜索為合法的之無令狀搜索「通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之」(§87 I)，又偵查機關因逮捕被告、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確實在內者，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所 (§131 I )。依題旨，被告甲為通緝犯，偵查機關為逮捕之而進入住宅內搜索，無須法院核發搜索票，屬於合法的無令狀搜索。

逕行搜索為發現被告之拘捕搜索，不得為發現應扣押之偵查搜索逕行搜索住宅或其他處所者，其搜索之目的在於發現被告、犯罪嫌疑人或應被拘提之人，故不能為發現應扣押物而為搜索，僅得於搜索被告、犯罪嫌疑人或應被拘提之人的過程中，發現應扣押之物時，始得予以扣押 (§§137, 152)，始符合逕行搜索之目的。依題旨，偵查機關發動者屬為逮捕被告之逕行搜索 (§131 I )，「基於發現被告之搜索目的，進入住宅後不可打開抽屜」，卻搜查客廳的電視櫃抽屜內而找到毒品一包並扣押之，已逾越逕行搜索目的，該扣押毒品屬於違法取證。

依第158條之4 規定，對此違法搜索之證據能力認定並無特別規定，故法院應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，認定該違法扣押毒品有無證據能力。

逕行搜索為拘捕搜索，不得為偵查搜索，逕行搜索目的達成後即應退出，不得續行搜索，續行搜索取得之證物屬於違法取證，應依第158條之4 權衡證據能力。

承前所述，逕行搜索為無令狀搜索，必須合於逕行搜索目的，始為合法搜索，又發現應被逮捕或拘提之人後，即應停止搜索，否則，續行之搜索即屬違法。依題旨，警察依逕行搜索逮捕被告甲後，該搜索目的已達成，即應退出，但警方發現甲並加以逮捕後，卻又搜索廚房櫃子而搜到制式手槍一把並扣押之，則續行之搜索則屬違法搜索，已逾越逕行搜索授權目的與範圍，該扣押槍枝屬於違法取證。

依第158條之4規定，對此違法搜索之證據能力認定並無特別規定，故法院應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，認定該違法扣押槍枝有無證據能力。

六、緘默權與乙乙證言權有何異同？試分析之。

【擬答】：

緘默權係指：本案之被告對於自己的案件，得本於自由意志，選擇是否自由陳述。

拒絕證言權則是指，在特定的情況下，權衡發現真實與其他價值的結果，容許證人對被告之案件，有拒絕陳述之權。我國法上，拒絕證言的原因有四種：因公務關係拒絕證言、因業務關係拒絕證言、因身分關係拒絕證言、因不自證己罪之原因拒絕證言。

緘默權與拒絕證言權之相同點：

緘默權與拒絕證言權，均是對本案審判案件拒絕陳述之權利。

緘默權與拒絕證言權，均屬於告知義務的內容。按刑事訴訟法第九十五條規定，須於訊問前告知被告或犯罪嫌疑人其得保持緘默；另按刑事訴訟法第一八五條第二項、第一八六條第二項，關於因身分關係與因不自證己罪之得拒絕證言類型，應告知其得拒絕證言之義務。

緘默權與拒絕證言權之相異點：

緘默權為被告或犯罪嫌疑人所享有之權利；而拒絕證言權則為證人享有之權利。我國法與英美法不同者，乃將被告與證人區分為兩種不同程序地位，二者所享有之權利與所負之義務截然不同，其角色與功能亦有不同，其中最大的差異為：被告享有緘默權，證人不但負有陳述義務，且還負有真實陳述之義務，證人應具結，具結後即可能受偽證罪之制裁。反之，被告並不負有真實陳述義務，縱使說謊，也無制裁的規定，最多只會減損其證言的證據價值而已，是故被告與證人二者在同一刑事程序中，其角色有所矛盾、衝突。證人僅於有法定原因時，得拒絕證言。

緘默權與拒絕證言權行使之程序不同：證人行使拒絕證言權，須釋明原因，或以具結代釋明（刑事訴訟法第一八三條）；被告行使緘默權則無相關規定。

緘默權與拒絕證言權之來源不盡相同：緘默權係導源於不自證己罪原則，亦即，任何人均無義務以積極作為協助公權力機關對自己之訴追；拒絕證言除有因不自證己罪導出之類型外，尚包括因公務機密之維護、業務上信賴關係之維護、特定身分關係者之間和諧及真實陳述期待可能性低之考量等類型之拒絕證言權。

七、某甲之汽車被竊，於是前往警局報案，希望檢警人員查出竊賊為何人，並起訴該竊賊。其後，檢警人員查出竊賊係某乙，而某乙乃是某甲之兒子，試問此時是否不必前詢問某甲之意思，即可於行將某乙提起公訴？

【擬答】：告訴為犯罪之被害人或其他告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實，並為請求訴追之意思表示。

申言之，合法之告訴，其要件有四：

（一）告訴者須為依刑事訴訟法第二三二條至第二三六條有告訴權之人，若是無告訴權之人，僅能依刑事訴訟法第二百四十條「告發」犯罪，而不能提出告訴。

（二）須向偵查機關為告訴，按刑事訴訟法第二四二條規定，須向檢察官或司法警察官為之，若非向檢察官或司法警察官所為者，不生合法告訴之效力（二十三年上字六二四號）。

（三）須申告犯罪事實。

（四）須表示訴追之意思，若僅申告犯罪事實，而未表示訴追之意思者，依實務見解，不生合法告訴之效力（十八年上字七九八號）。

告訴於刑事程序的功能有二，其一為使偵察機關知悉犯罪之發生，開始偵查程序；其二為於告訴乃論之罪，告訴有訴訟要件之功能，倘告訴乃論欠缺告訴，於偵查終結時，檢察官應為不起訴處分，於審判時，法院應為不受理判決。此一訴訟要件之理由在於尊重被害人追究與否之意思，以被害人之意思限制國家刑罰權之發動。

告訴乃論之罪又分為「絕對告訴乃論之罪」與「相對告訴乃論之罪」。前者係指，無論犯罪行為人為何人，均必須告訴乃論；後者則是若犯罪行為人與被害人有特別身分關係時，始須告訴乃論，例如親屬間竊盜罪。二者再訴法上的主要區別在於：若是絕對告訴乃論之罪，告訴人僅須具備前述四個告訴之要件，始生合法告訴之效力；若是相對告訴乃論之罪，則告訴人不僅須具備前述四個告訴之要件，尚須指明犯人，否則無法斷定是否為告訴乃論之罪，不發生告訴之效力。

本案，依題示犯罪事實為乙竊甲車，其中犯罪行為人乙為被害人甲之兒子，其所犯者為親屬間之竊盜罪，屬於相對告訴乃論之罪，因此告訴權人甲除了向偵查機關申告自己汽車被竊之犯罪事實外，尚須指明犯罪行為人為自己的兒子，表示訴追之意思，始生合法告訴之效力。故檢警人員查出竊賊係甲之子，此時應再詢問某甲始否確有告訴之意思，而不得逕行將某乙提起公訴。

八、緘默權與拒絕證言權有何異同？試分析之。

【擬答】：

定義：

緘默權係指：本案之被告對於自己的案件，得本於自由意志，選擇是否自由陳述。

拒絕證言權則是指，在特定的情況下，權衡發現真實與其他價值的結果，容許證人對被告之案件，有拒絕陳述之權。我國法上，拒絕證言的原因有四種：因公務關係拒絕證言、因業務關係拒絕證言、因身分關係拒絕證言、因不自證己罪之原因拒絕證言。

緘默權與拒絕證言權之相同點：

緘默權與拒絕證言權，均是對本案審判案件拒絕陳述之權利。

緘默權與拒絕證言權，均屬於告知義務的內容。按刑事訴訟法第九十五條規定，須於訊問前告知被告或犯罪嫌疑人其得保持緘默；另按刑事訴訟法第一八五條第二項、第一八六條第二項，關於因身分關係與因不自證己罪之得拒絕證言類型，應告知其得拒絕證言之義務。

緘默權與拒絕證言權之相異點：

緘默權為被告或犯罪嫌疑入所享有之權利；而拒絕證言權則為證人享有之權利。我國法與英美法不同者，乃將被告與證人區分為兩種不同程序地位，二者所享有之權利與所負之義務截然不同，其角色與功能亦有不同，其中最大的差異為：被告享有緘默權，證人不但負有陳述義務，且還負有真實陳述之義務，證人應具結，具結後即可能受偽證罪之制裁。反之，被告並不負有真實陳述義務，縱使說謊，也無制裁的規定，最多只會減損其證言的證據價值而已，是故被告與證人二者在同一刑事程序中，其角色有所矛盾、衝突。證人僅於有法定原因時，得拒絕證言。

緘默權與拒絕證言權行使之程序不同：證人行使拒絕證言權，須釋明原因，或以具結代釋明（刑事訴訟法第一八三條）；被告行使緘默權則無相關規定。

緘默權與拒絕證言權之來源不盡相同：緘默權係導源於不自證己罪原則，亦即，任何人均無義務以積極作為協助公權力機關對自己之訴追；拒絕證言除有因不自證己罪導出之類型外，尚包括因公務機密之維護、業務上信賴關係之維護、特定身分關係者之間和諧及真實陳述期待可能性低之考量等類型之拒絕證言權。

九、何謂緩起訴處分？試根據我設刑事訴刑法之規定說明之。

【擬答】：

緩起訴之意義：

緩起訴，簡言之即為附條件的不起訴處分，為廣義的便宜不起訴處分的一種，亦即其性質異於絕對不起訴處分，而與「相對不起訴處分」同，均是檢察官偵查終結時，本其偵查之結果認為案件達到起訴之嫌疑程度，但基於特別的考量，不予起訴，為我國刑事訴訟法酌採「起訴便宜原則」之體現。惟其與相對不起訴處分所不同者在於，二者適用的案件範圍不同，緩起訴得附負擔，且緩起訴處分需於緩起訴期間經過、被告履行負擔後，使發生與不起訴相同之確定力。

緩起訴處分之要件：

按刑事訴訟法第二五三條之一第一項規定：「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。」其要件可拆解如下：

案件之限制：並非任何案件皆得為緩起訴，而是排除重罪，將適用緩起訴之案件種類限制在「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」，上開適用範圍已經包那諸如竊盜、詐欺、侵占、及背信等常見的財產犯罪類型。應注意的是，緩起訴雖亦為廣義的便宜不起訴處分，但此項案件性質的限制，則屬法定性要件，無關乎裁量，且也不得裁量。

裁量之基準：上開案件，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，得為緩起訴處分。更進一步說明之：

檢察官考慮是否為緩起訴時，應考慮刑法上量刑審酌事由，此係基於被告個人的特別預防考量。就結論而言，應僅限於審酌各款後認為被告罪責輕微之情形，否則，縱使屬於得為緩起訴之案件，但若被告罪責重大，如犯罪動機卑劣且手段殘忍者，不應為緩起訴處分。

d 所稱參酌公共利益之維護，是指該案的繼續追訴並不存在重大的公共利益而言，在此，作為公益代表人的檢察官，尤須審酌放棄追訴是否造成一般預防及正義觀感的負面影響。

e 以上要件屬於「裁量」性質，除有濫用或逾越的極端情形下，屬於檢察官的固有權限，縱使緩起訴經提起交付審判，也不在法院的審查範圍。

緩起訴之負擔：按刑事訴訟法第二五三條之二第一項規定：「檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行左列各款事項：一、向被害人道歉；二、立悔過書；三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償；四、向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額；五、向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務；六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施；七、保護被害人安全之必要命令；八、預防再犯所為之必要命令。」其中若是第三款第三款至第六款之事項，應得被告之同意；而第三款、第四款並得為民事強制執行名義。

緩起訴之確定：緩起訴處分本身於告訴不得再議時確定，而其確定力確須於緩起訴期間經過且被告履行負擔後，始發生與不起訴處分相同之確定力。且於緩起訴期間，若有下列情事發生，依刑事訴訟法第二五三條之三規定，檢察官得依職權或依告訴人之聲請，撤銷緩起訴處分，續行偵查或起訴：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；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；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。

十、何謂刑事訴訟法中之相牽連案乙？其與刑法中之牽連犯有何不同？試分析之。

【擬答】：

相牽連案件：

謂「案件」者，乃指一名被告之單一犯罪事實，而數案件可能因有特定之關係，而依照刑事訴訟法第七條規定，為相牽連之案件。相牽連之案件按刑事訴訟法第七條，有以下四種：

一人犯數罪者。例如：甲殺人，另犯偽造文書罪，則甲的殺人案件與甲的偽造文書案件，為相牽連之案件。

數人共犯一罪或數罪者。例如：甲與乙基於共同行為決意，共同實施殺害丙的行為，則甲的殺人案件與乙的殺人案件，為相牽連之案件。

數人同時在同一處所個別犯罪者。例如：甲至丙宅行竊，同一時間，與甲無共同行為決意之乙，亦至丙宅行竊，二人並無共同行為實施，則甲之侵入住宅竊盜案件與乙之侵入住宅竊盜案件，為相牽連之案件。

犯與本罪有關之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。例如：甲竊取丙車，乙明知該車為甲財產犯罪所得之贓物，而故意買受並轉手，就甲之竊盜罪與以之贓物罪，為相牽連之案件。

牽連犯：

牽連犯係指刑法第五十五條後段「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷」之規定，例如：甲偷乙的鑰匙，未得乙之同意，進入乙的住宅，分別成立竊盜罪與侵入住居罪，其竊取鑰匙之目的在於侵入乙宅，竊盜罪與侵入住居罪有方法結果關係，兩罪有牽連關係，依牽連犯之規定，從一重處斷。（94.2.2 修正公布，95.7.1 施行之刑法已刪除§55 後段牽連犯之規定。）

相牽連之案件與牽連犯之相異點：

相牽連之案件與牽連範圍兩個截然不同的概念，前者為訴訟法上概念，後者為實體法上概念，二者主要之相異點如下：

案件數不同：牽連犯為裁判上一罪，在程序上為單一案件；而相牽連之案件必為複數案件。

行為人數不同：牽連犯的行為人必為一人；而相牽連之案件可能為一人犯數罪，或是數人的犯罪有特別關聯性而形成相牽連案件。

目的不同：牽連法上是在處理刑法上罪數間的競合關係；而相牽連之案件則是著眼於數案件中因具有特殊關聯性，合併審理以減少訴訟勞費的問題。

十一、何謂「前行辯論」？何謂「前開辯論」？兩者有何不同？

【擬答】：

再行辯論：審判長於審判期日，認檢察官、被告、辯護人雖已辯論完結，但仍有不足之處者，得命再行辯論（刑事訴訟法第289條第二項）。

再開辯論：法院於檢察官、被告、辯護人辯論程序終結後，遇有必要情形，得命再開辯論程序（刑事訴訟法第291條）。

二者不同之處，分析如下：

時點不同：再行辯論係在辯論程序終結之前；再開辯論則在辯論程序終結之後。

決定者不同：再行辯論係由審判長基於訴訟指揮權決定；再開辯論則由法院決定，此係謂，在獨任制時，由承審法官決定，在合議制時，由審判長與其他法官共同決定。

要件不同：再行辯論係指，第一輪的辯論內容不足令法官有足夠理由下判決或法官對案件的爭點仍有不明瞭之處，因此要求當事人繼續辯論；而再開辯論則係，法院本認為言詞辯論期日所得之印象已足

夠下判決，但是事後發現應予調查之證據未予調查，或雖已調查但其內容仍欠明瞭，故在重開辯論程序調查之。

程序不同：再行辯論因係在辯論程序終結前，故不生另予被告最後陳述機會的問宜，但再開辯論因係再辯論程序終結後，再一次進行辯論，可能有新的證據調查或法律觀點被提出辯論，因此應再賦予被告一次最後陳述之機會。

十二、試比較說明一般於提與緊急於提之差異。

【擬答】：一般拘提係，於一定時期內，以核發拘票為前提，拘束受拘提人的自由，強制其到達一定處所接受訊問，並保全被告、犯罪嫌疑人或保全、蒐集證據之強制處分。緊急拘提，一般稱為緊急逮捕，亦有稱緊急拘提，謂因偵查犯罪，具備法定之急迫原因而不及事先（報請）簽發拘票時，暫時先予拘捕被告之強制處分（刑事訴訟法第八八之一條）。

一般拘提與緊急拘提之差別如下：

發動之要件不同：一般拘提之發動係基於，被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之（刑事訴訟法第七十五條）；緊急拘提則係，檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有法定事由而情況急迫者，得逕行拘提之（刑事訴訟法第八十八之一條第一項）。

是否具備拘票不同：在一般拘提的情況底下，拘提被告，應用拘票（刑事訴訟法第七七條）。

緊急拘提則因情況急迫，拘提時不須有拘票，且檢察官親自執行後毋庸再自行簽發拘票，但司法警察官或司法警察於執行後，應即報請檢察官補發拘票（刑事訴訟法第八十八之一條第二項中段）。

執行拘提後之處置不同：在一般拘提，拘票應備二聯，執行拘提時，應以一聯交被告或其家屬（刑事訴訟法第七九條）且執行拘提後，應於拘票記載執行之處所及年、月、日、時；如不能執行者，記載其事由，由執行人簽名，提出於命拘提之公務員（刑事訴訟法第八〇條）；緊急拘提則因情況急迫，拘提時不須有拘票，因此刑事訴訟法僅要求檢察官、司法警察官或司法警察，依緊急拘提程序拘提犯罪嫌疑人後，應即告知本人及其家屬，得選任辯護人到場（刑事訴訟法第八十八之一條第四項）。

是否具備緊急事由：依據刑事訴訟法規定，一般拘提是指不具備法定緊急事由之拘提；緊急拘提則須具備右述四款原因：「一、因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。二、在執行或在押中之脫逃者。三、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一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限。四、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，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者（刑事訴訟法第八十八之一條第一項）。

十三、司法警察或司法警察官於於行「於提」時，應注意何種要乙？其與「通緝」有何不同？請說明之。

【擬答】：司法警察或司法警察官執行拘提時，應注意以下事項：

如係執行有拘票之拘提時，應注意是否超過拘票所容許之執行期間；若係執行刑事訴訟法第八十八條之一緊急拘提時，則應注意是否符合法定事由且不及聲請拘票。按刑事訴訟法第八十九條規定，執行拘提或逮捕，應注意被告之身體及名譽。按刑事訴訟法第九十條規定，被告抗拒拘提、逮捕或脫逃者，得用強制力拘提或逮捕之。但不得逾必要之程度。

按刑事訴訟法第七十九條及第八十條規定，應將拘票之一聯交與被告或其家屬，並應於拘票記載執行之處所及年、月、日、時；如不能執行者，記載其事由，由執行人簽名，提出於命拘提之公務員。若係執行緊急拘提者，應即告知本人及其家屬，得選任辯護人到場。

拘提與通緝之不同，述之於下：

發動目的不同：

拘提的目的在於以強制力使被告於一定時間到一定處所接受訊問。

通緝則係被告已逃亡或藏匿者，以發布通緝書，使偵查機關或關係人知悉，發生得逕行逮捕之效力（刑事訴訟法第八十四條）。

令狀之要求不同：

拘提可分為一般拘提、逕行拘提與緊急拘提三種。原則上，拘提須事先簽發拘票，於普通拘提時尚以傳喚為其前程序，但被告犯罪嫌疑重大，而有法定原因者，得不經傳喚（刑事訴訟法第七十六條）。於檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有法定事由且情況急迫不及事先取得拘票時，始得無令狀拘提（刑事訴訟法第八十八之一條）。

通緝則無例外均須以通緝書為之（刑事訴訟法第八五條）。

執行機關不同：

拘提由司法警察或司法警察官執行，並解送指定處所。

通緝，則係以通緝書通知附近或各處檢察官、司法警察機關，遇有必要時，並得登載報

紙或以其他方法公告之（刑事訴訟法第八六條），且通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官、利

害關係人得拘提被告或逕行逮捕後，解送指定處所（刑事訴訟法第八七條第一、二項）。

十四、銀行發生搶案，有現行犯當場被補。偵訊時，現行犯供述，另有甲涉案，現場也採集到甲的指紋。檢察官可否搜索甲的住處？如果甲與父母同住，可否一併搜索甲父母的房間？如果搜索時發現甲的房間內有毒品一包，可否一併扣押？

【擬答】：

無令狀搜索：

按搜索乃屬對人民之財產權與隱私權等基本權利所為限制干預之強制處分，依刑事訴訟法第一二八條第三項之規定，原則上須由法官簽發搜索票為之，此即法官保留之令狀主義，惟基於偵查犯罪時效性之急迫因素或其他考量，本法亦於具備法定條件下，例外容許無令狀之搜索，茲分述其情形如下：

附帶搜索：

依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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」，其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具。另學者亦認倘僅為取得或保全證據則亦屬之。

急迫搜索：

依本法第一三一條第一、二項之規定，又可區分為對犯罪者之逕行搜索與對證據之緊急搜索。

同意搜索：

依本法第一三一條之一規定「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄」

本題承辦檢察官得向法官聲請搜索票至甲住處為搜索（此時包含甲父母之房間）。若符合上揭急迫搜索或同意搜索之要件時，亦得無搜索票搜索甲之住處，前者倘有相當理由相信被告或應扣押之物在甲父母房間，亦得搜索之；後者，若甲父母自願性同意檢察官入渠等房間搜索，自亦得為之（甲則無權同意檢察官進入父母房間搜索）另案附帶扣押，若上揭之搜索合法，因毒品係屬另案得扣押之物（得為證據且屬得為沒收之違禁物），依刑事訴訟法第一五二條之規定，執法人員得為另案附帶扣押，惟應注意者，此需以搜索合法為前提。

十五、涉嫌於晚間在街上販賣毒品，被巡邏員警乙逮捕，乙當場對甲進行相關偵訊。請問：甲於接受偵訊時，依刑事訴訟法相關規定，得主張何種權利？乙在何種情況下，才能對甲加以夜間詢問？

【擬答】：為保障被告本於憲法第八條實質正當法律程序與第十六之訴訟防禦權，訊問被告應遵循如下程序：

人別訊問：

訊問被告，應先詢問其姓名、年齡、籍貫、職業、住、居所，以查驗其人有無錯誤，如係錯誤應即釋放（刑事訴訟法第九四條）。

告知義務之踐行（此項踐行開啟被告正當法律程序之保障，如有違反分依第一五六條第一項或第一五八條之四之規定）訊問被告應先告知下列事項（第九五條）

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。

得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。

得選任辯護人。

得請求調查有利之證據。

連續陳述與隔別訊問

訊問被告，應與以辯明犯罪嫌疑之機會；如有辯明，應命就其始末連續陳述；其陳述有利之事實者，應命其指出證明之方法（第九六條）；對於被告所為之陳述，並應於筆錄內明確記載（第一〇〇條）。被告有數人時，應分別訊問之；其未經訊問者，不得在場。但因發現真實之必要，得命其對質（第九七條）。

不正訊問之禁止（違反依第一五六條第二項之規定）

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（第九八條）

通譯之使用：被告為聾或啞或語言不通者，得用通譯，並得以文字訊問或命以文字陳述（第九九條）

全程錄影錄音（違反有認依第一〇〇條之一第二項或依第一五六條第一項或依第一五八條之四或類推適用第一五八條之二第一項）

訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限（第一〇〇條之三）：

夜間詢問之禁止（違反依第一五八條之二第一項及但書）

刑事訴訟法原則上禁止司法警察或司法警察官，於夜間詢問犯罪嫌疑人，但有下列情形者，則例外允許之（第一〇〇條之一）：經受詢問人明示同意者。

於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。

經檢察官或法官許可者。

有急迫之情形者（須符合重罪、適當、急迫與必要等條件）。除此，司法警察（官）對犯罪嫌疑人之詢問程序依本法第一〇〇條之二準用前揭一～六之規定。

十七、於法人員於下午五時二十分聲請搜索票，預計搜索時間為當日下午五時三十分至九時，若該日之日沒時刻為五時四十分，依情形不可能在日落前趕赴應行搜索之處所，法官應否核發搜索票？

【擬答】：

夜間搜索之禁止

刑事訴訟法第一四六條第一項明文禁止於夜間進入私人住宅處所為搜索與扣押，其原因與立法目的乃在於：人民對於夜間較易感到恐懼，夜間搜索對個人隱私之侵犯較為嚴重，夜間搜索之執行人員濫權之可能性較高。

夜間搜索禁止之例外

執行搜索人員於下列情形，例外得為夜間搜索：得被搜索處所之住居人或看守人或代表人之承諾。有急迫情形。日間開始搜索因必要性而繼續至夜間。特定場所（第一四七條一搜索、扣押之共同限制一例外）左列處所，夜間亦得入內搜索或扣押：假釋人住居或使用處。旅店、飲食店或其他於夜間公眾可以出入之處所，仍在公開時間內者。常用為賭博，妨害性自主或妨害風化之行為者。

學者認為，本法有關夜間搜索禁止之規定乃係對執行人員所為之規範，而非限制搜索令狀之審查法官，故除上開情形外，若經審查法官衡酌個案情事而認為確有適合性與必要性時，仍得於搜索票上載明同意夜間搜索。故本題之令狀審查法官自得為個案審酌後裁量同意為夜間搜索。

十八、當事人得聲請法官迴避的原因有幾？試說明之。

【擬答】：

自行迴避

刑事訴訟法第十七條規定：推事於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：

- （一）推事為被害人者。
- （二）推事現為或曾為被告或被害人配偶，八親等內之血親，五親等內之姻親或家長，家屬者。
- （三）推事與被告或被害人訂有婚約者。
- （四）推事現為或曾為被告或被害人法定代理人者。
- （五）推事曾為被告之代理人，辯護人，輔佐人或曾為自訴人，附帶民事訴訟當事人之代理人，輔佐人者。
- （六）推事曾為告訴人，告發人，證人或鑑定人者。
- （七）推事曾為執行檢察官或司法警察官之職務者。
- （八）推事曾參與前審之裁判者。

聲請迴避

刑事訴訟法第十八條規定：當事人遇有下列情形之一者，得聲請推事迴避：

- （一）推事有前條情形而不自行迴避者。
- （二）推事有前條以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。
- （三）職務裁定迴避

刑事訴訟法第二十四條第一項規定：「該管聲請迴避之法官或院長，如認推事有應自行迴避之原因者，應依職權為迴避之裁定。」

違反效果

- （一）不得執行職務應即停止訴訟程序，不得為裁判上之一切行為。
- （二）於執行上無影響之職務→仍得執行。例如：宣判。
- （三）有為急速處分之必要時→無明文；（陳）仍不宜概予禁止。

若仍執行職務：

所進行之訴訟程序：（陳）違法；（黃）違法且無效，須更新審判程序。

所參與之裁判：當然違背法令（第三七九條）

參與前審之裁判，乃以參與前審判決或裁定之法官為限。惟何謂「前審」，向有「拘束說」與「審級說」之爭執：

拘束說重在維護裁判之自縛性，本裁判一次性之原則，案件既經其裁判，即應受其拘束，其裁判之是

否允當，法官不應再作不同認定，故不應許其再參與。因此，所謂前審，應指「前次」言，即該法官曾參與當事人所聲明不服案件之裁判。此說較符法官迴避之立法目的，使當事人得受公平審判。

審級說重在確保當事人之審級利益，認刑事案件之採審級制度，係使當事人對下級審判之裁判有所不服，得利用上級審請求救濟，如在下級審已就該案件參與裁判之法官，於上級審仍有許其執行職務，審級制度失其存在之義意，因此，稱前審應指下級審而言，釋字一七八號採之。

釋字第二五六號：「民事訴訟法第三十二條第七款關於法官應自行迴避之規定，乃在使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務，以維審級之利益及裁判之公平。因此，法官曾參與訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避。對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。惟各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第六條第四款規定意旨，其迴避以一次為限。最高法院二十六年上字第三六二號判例，與上述意旨不符部分，應不再援用，以確保人民受公平審判之訴訟權益。」

十九、審判機關所為的意思表示，可分為裁定與判決二種，試說明其區別何在？

【擬答】：

機關：前者包括法院、審判長、受命法官、受託法官，後者限法院。

對象：前者以程序事項為主，後者以實體事項為主（形式判決例外）。

審理方式：前者除當庭聲明外不經言詞陳述，後者原則須經言詞辯論（第二二一條）。

依據：前者不限，後者須有明文規定。

理由：前者限得抗告或駁回聲明者始須為之，後者應敘明理由。

適用：前者多為中間裁定，後者限終局裁判。

撤銷：前者經抗告後原審得自行撤銷更正，後者上訴後原審不得自行撤銷。

宣示：前者限當庭為之者方須宣示，後者原則須宣示。

救濟方式：前者為抗告，後者為上訴。

聲明不服法定期間：前者為裁定送達後五日內，後者判決送達後十日內

二十、刑事訴訟法刑一百條之三刑一項刑四款規定「有急迫之情形者」，司法警察人員例外的得於夜間詢問犯罪嫌疑人，所謂有急迫之情形所指為何？

【擬答】：

夜間詢問之相關規定與立法目的

按刑事訴訟法第一百條之三規定“司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。

但有左列情形之一者，不在此限：經受詢問人明示同意者。於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。經檢察官或法官許可者。有急迫之情形者。犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。稱夜間者，為日出前，日沒後。如有違反，依同法第一五八條之二第一項規定“違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。

此夜間詢問禁止規定之目的乃在保障人權，而非防止疲勞詢問，蓋本法第一五六條第一項已就疲勞詢問另設有禁止規定。

急迫之情形按刑事訴訟法第一百條之三第一項規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有下列情形之一者，不在此限：四 有急迫之情形者。」，此即夜間詢問之禁止與例外容許規定，至但書所稱之「急迫情形」，依學者見解應符合重罪（涉嫌重罪罪名）、適當（夜間詢問適合達成所欲之目的）、急迫（夜間詢問之目的具急迫要求）、必要（對受詢問者盡正當法律程序之保障）等原則。

一、何謂現行犯？何謂準現行犯？試說明之

【擬答】

按人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。憲法第八條第一項前段定有明文。刑事訴訟法（以下稱本法）第八十八條第一項規定，現行犯不問何人得逕行逮捕之；其第二項復定義現行犯，謂犯罪在實施中或實施後即時發覺者為現行犯；第三項並規定有下列情形之一者以現行犯論：一為被追呼為犯罪人者，二為因持有兇器贓物

或其他物件或於身體衣服等處露有犯罪痕跡顯可疑為犯罪人者。所謂「以現行犯論」，學者及實務均稱此為準現行犯。

## (一)現行犯

### 1. 立法定義：

指犯罪實施中或實施後即時被發現者（本法第八十八條第一項）。所謂即時乃指時間之緊接性，即強調犯罪實施與被發現的時間乃屬緊密關連。刑事訴訟法第八十八條第二項有明文規定。例如：甲偷乙之腳踏車當場被乙發覺。

### 2. 效力：

現行犯無論何人得逕行逮捕之（本法第八十八條第一項）

### 3. 現行犯逮捕之規範目的：

強制處分乃國家機關之行為，能夠動用直接強制力本來以國家機關為限，為能即時阻止正在發生之犯罪，而國家力量不及介入之犯罪行為，故承認現行犯之逮捕乃憲法第八條人身自由保障之特別規定，現行犯即係基於此一憲法基礎而來。就刑法評價而言，無偵查犯罪權限之一般人民逮捕現行犯之行為，構成刑法二十一條依法令行為之阻卻違法事由。

### 4. 立法檢討：

現行犯之主要問題在於認定，承認現行犯之逮捕，無論就承認人民於國家不及保護時之自力救濟權利，或者終結正在發生之犯罪並保全被告便利追訴而言，雖然有其必要，但是，若現行犯之認定過於寬鬆，可能過度侵害被逮捕人之人身自由權利。本法第八十八條第一項所規應，犯罪在實施中或實施後即時發覺者為現行犯。此立法尚稱妥當，惟立法者另於現行犯外，規定所謂準現行犯，實質上擴張現行犯之範圍。

## (二)準現行犯

### 1. 立法定義(本法第八十八條第三項第一款、第二款)：

(1)第一種類型乃指被追呼為犯罪人者，例如甲於市集上追呼偷其錢包並正在逃跑之乙，大叫：「有小偷偷我的錢包，把前面那個人攔下來。」重點不在被追或被呼者是否為真正犯罪人，而係以當時客觀情況，是否足以令人相信逃逸者為犯罪人，刑事訴訟法第八十八條第二項傳統之爭議為被追與被呼者是否相同，然有學者認為此一爭議乃屬多餘，因為若得透過一般觀察即可得知真正犯罪人為誰，對於人權之侵害頗大，故這裡是否應透過一般觀察而賦予任何人都有對於犯罪嫌疑人之逮捕權限，此誠屬未來立法論應該考量之事項。

(2)第二種類型乃規定於八十八條第三項第二款規定，因持有凶器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處漏有犯罪痕跡者。例如實務上認為瀆職罪收受之賄賂，若賄賂為貨幣，依一般之觀察，若可認為係犯罪所得，其持有並顯可疑為犯罪人者，屬準現行犯（司法院大法官釋字第九十號解釋）。重點應在於是否有犯罪顯露之表徵性，透過犯罪顯露之表徵性認定準現行犯。

### 2. 效力：

現行犯無論何人得逕行逮捕之（本法第八十八條第一項）。通說認為此處現行犯包括準現行犯在內，且大法官釋字第九十號解釋亦認為：憲法第八條所稱之現行犯，係包括刑事訴訟法第八十八條第三項以現行犯論者在內，憲法其他各條所稱之現行犯其涵義亦同，殊難謂為應將以現行犯論者排除在外，蓋在憲法上要不容有兩種不同意義之現行犯並存。

### 3. 立法檢討：

現行犯與準現行犯之規定，乃係憲法第八條之人身自由保障之例外，憲法著有明文：除現行犯之逮

捕，有法律另定外之法律保留，透過法律保留而允許任何人得直接使有強制力逮捕現行犯以免國家力量來不及介入。對於現行犯之現行立法往往隱含許多情境因素而容易導致誤認之危機，且現行法關於準現行犯之立法規定似乎過於寬鬆，易遭致濫用侵害人權。例如：持有贓物，事隔犯罪可能已經數日、數月乃至數年之久，已經欠缺本來容許逮捕現行犯的時間緊迫性因素，本法未將逮捕限定於無法即時確認行為人身份或行為人有逃亡之情形，也未加上來不及報告警察官署逮捕的限制，可謂過度擴張未依法定程序之逮捕，立法上值得檢討。故學說上認為，現行法之準現行犯應具備時間上之限制，亦即唯有犯罪行為發生未超過數小時始得認定為準現行犯並加以逮捕。

二、試述刑事訴訟法上所規定司法警察之職務？

**【擬答】**

司法警察可謂「司法警察官」及「司法警察」之總稱，前者係指刑事訴訟法（以下稱本法）第二百零二十九條及二百三十條所規定，協助檢察官及受檢察官指揮，偵查犯罪之所謂「一級及二級司法警察官」，後者則係受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪之「司法警察」，依本法第二百三十一條之規定，包括警察、憲兵及或依法令關於特定事項得行司法警察之職權者，例如法警屬之。總之，司法警察乃協助檢察官、受檢察官指揮及命令，偵查犯罪之偵查輔助機關。依據本法規定，司法警察（官）之職務列舉如下：

（一）將被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人解送檢察官：

本法第二百零二十九條第二項前段規定，一級司法警察官應將偵查之結果，移送該管檢察官，依本條項後段規定，包括司法警察官如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。此即所謂犯罪嫌疑人之隨案移送。

（二）逕行調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據：

1. 依本法第二百三十條第二項前段、第二百三十一條第二項前段之規定，二級司法警察官及司法警察知有犯罪嫌疑者，應報告該管檢察官或一級、二級司法警察官。但此二條項段仍賦予二級司法警察及司警察主動偵查犯罪之權限，分別規定得不待檢察官及一級司法警察官之指揮，不待檢察官及一、二級司法警察官之命令，逕行調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據。

2. 司法警察官或司法警察為調查犯罪及蒐集證據，依本法第七十一條之一，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問；本法第一百條之二準用第一百條之一，詢問被告時應全程連續錄音或錄影；並依本法第九十四條先人別訊問，再依九十五條踐行告知義務。另依本法第一百九十六條之一第一項之規定，司法警察官亦得使用通知書通知證人到場詢問。

（三）封鎖犯罪現場並為即時勘察之職務：

刑事訴訟法第二百三十條第三項規定，（二級）司法警察官就調查犯罪嫌疑有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。刑事訴訟法第二百三十一條第三項規定，司法警察若實施調查有必要時，亦得為即時之勘察。實務上常見司法警察（官）於犯罪現場拉起警戒線，封鎖應勘察現場，即係依據此等條項之授權。

（四）發查制之下向檢察官報告及受發交之職權：

本法第二百零二十八條第二項規定，檢察官因知有犯罪嫌疑開始偵查者，得限期命二級司法警察官（包括檢察事務官）或司法警察調查犯罪情形及蒐集證據，並提出報告。必要時得將相關卷證一併發交。

以突顯及加強檢察官為偵查主，司法警察官為受檢察官指揮及命令調查犯罪之偵查輔助機關地位。

(五)退案審查制下補足調查再行移送報告之職權：

本法第二百三十一之一條明定，檢察官對於司法警察（官）移送或報告之案件，認為調查未完備者，得將卷證發回命其補足或發交其他司法警察（官）調查。司法警察官（官）應於補足或調查後，再行移送或報告。此學者稱之為退案審查制，以使檢察官對於司法警察（官）之偵查活動有更進一步之控制管道。

(六)強制處分之發動須事先獲得法官或檢察官之核准：

本法第八十八條之現行犯及其逮捕，刑事訴訟法八十八條之一犯罪嫌疑人之逕行拘提，刑事訴訟法一百三十條之附帶搜索，第一百三十一條之緊急搜索，第一百三十一條之一之同意搜索，第一百三十七條之附帶扣押，第一百五十二條之另案扣押等嚴重侵害人民基本權之強制處分，均須經過事前之法官保留或檢察官之控制，抑或事後之監督機制，而不致於因遷就現實上司法警察（官）作為偵查第一線機關之主體地位而有危害法治國危險之可能，另外，若能透過規制警察之偵查行為之刑事訴訟法證據禁止法則，必能更有效控制司法警察，使司法警察（官）之偵查活動，如證據蒐證與保全等，受制於法官與檢察官，而保障人民人身自由之基本權。

(七)強制處分之執行職權：

關於強制處分之執行權限，本法原則上概規定由司法警察（官）執行，如本法第七十八條之執行拘提，八十七條之通緝經通知或公告後司法警察之拘提或逕行逮捕被告，第九十二條逮捕現行犯之解送，第一百零三條羈押之執行，第一百二十八條之二執行搜索，第一百三十六條執行扣押等。對於警察強制處分之執行，應顧及我國其他相關行政法規及刑事實務相應之配合，否則，若檢察官對輔助機關人員之任用、升遷、考績及懲戒等事項，均無置喙之餘地，則法制實況為「兵在外，將命有所不受」，甚至於「兵將易位」，則檢察官將失去合法控制警察活動之偵查主地位。

(八)強制採樣之檢查身體職權：

為因應司法警察（官）作為第一線偵查主體採樣及保全證據之實際需要，並兼顧人權保障，本法第二百零五條之二特別授權司法警察（官）對於犯罪嫌疑人或被告，具有特定之檢查身體處分，本條規定：「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」。

(九)結論：

司法警察之職務由犯罪之偵查以至於強制處分之執行均有侵害人民基本權之可能性，除了須透過法律將此些職責加以合法性控制外，也應使其受法院與檢察官之監督，而發展司法警察受檢察官合法性控制之法治國環境。

三、試述偵查發動之原因，並簡要說明其意義？

【擬答】

檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查，此即偵查發動之原因。茲詳述偵查之發動原因如下：

(一)告訴：告訴係指犯罪之被害人或其他有告訴權人向國家追訴機關申告犯罪事實並請求追訴之意思表示。刑事訴訟法（以下稱本法）第二百三十二條規定，得為告訴之人乃為犯罪被害人，所謂犯罪被害人係指法益直接受侵害之人。另第二百三十三條規定，被害人或其法定代理人得為告訴，被害人若已死亡者，得由其配偶、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告訴。但告訴乃論之罪，不得與被害人明示之意思相反。本法第二百三十四條規定，特定案件之告訴人，就妨害風化罪，必須直系血親尊親屬、配偶或其直系血親尊親屬方得告訴；刑法第二百三十九條、刑法第二百四十條第二項之妨害婚姻及家庭罪，均須配偶方得告訴。刑法第二百九十八條妨害自由罪限於被略誘人之直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長家屬亦得告訴。刑法第三百十二條妨害名譽及信用罪乃限於已死者之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長得為告訴。另本法第二百三十五條規定特定犯罪之告訴人，或第二百三十六條規定之代行告訴人，均係有權告訴之主體。告訴係偵查發動之原因，國家藉由告訴保障犯罪被害人及有權告訴者之權利，並藉由告訴發現犯罪、對抗犯罪。

(二)請求：請求乃指刑法第一百一十六條侵害友邦元首或外國代表罪，刑法第一百一十八條之侮辱外國國旗國章罪，於刑法第一百一十九條規定，外國政府得請求我國追訴機關追訴之。檢察官因接受外交部長函請司法行政最高長官，故知有犯罪嫌疑應即發動偵查。請求乃係外國要求我國司法權行使之方式，故應準用告訴之相關規定，請求並無時間之限制，其可準用本法第二百三十八條、二百三十九條，即告訴乃論之撤回及主觀不可分之規定。

(三)告發：告發乃指犯罪被害人或其他有告訴權以外之第三人，知有犯罪嫌疑者，舉發犯罪促使國家追訴機關發動偵查。告發應分為一般告發與公務員告發。前者乃指本法第二百四十條之任意第三人之告發，後者乃指二百四十一條之公務員執行職務之義務告發。關於法官於審判過程中，發現證人有犯偽證之嫌疑或發現其他未經起訴之犯罪，亦適用公務員因執行職務知有犯罪嫌疑者之二百四十一條之規定而負告發義務。另，懲治貪污條例第十三條、第十四條有特定告發之義務，若違反者，應構成犯罪。

(四)自首：自首指犯罪人依刑法第六十二條之規定，指犯罪人於犯罪未被發覺之前，主動向犯罪追訴機關報告自己之犯罪事實，並願意接受制裁之意思表示。偵查機關因自首而知有犯罪嫌疑者，應即發動偵查。自首之程式同告訴、告發，犯罪追訴機關因自首而知有犯罪嫌疑者，應即發動偵查。

(五)其他情事：檢察官因看報紙、看電視或因其他行政機關之移送而知有犯罪嫌疑者應即發動偵查。例如，檢察官於報紙上發現官員於決標案可能收受不法回扣，或上市公司可能從事內線交易，只要不是毫無根據的杜撰之言，即有發動偵查之義務，此稱為檢察官之自動檢舉。關於實務上之運作，最多因其他情事而發動偵查者，乃因行政機關之移送。

(六)結論：偵查發動之原因除法律有明文規定者外，乃採其他情事之概括規定，此乃因為法治國之犯罪追訴機關須負擔犯罪追訴之義務，而不得僅憑藉個人之任意裁量而違反刑事訴訟法上此一法定性義務。

四、刑事判決有形式判決與實體判決之分，其內容為何？兩者區分之實益何在？【擬答】

刑事判決依據判決內容係關於實體法上或訴訟法上之事項為標準，可以區別為實體判決與形式判決，依據刑事訴訟法（以下簡稱本法）之規定其意義、內容及區分實益如下。

#### （一）實體判決

##### 1. 意義：

關於實體法上事項所為之判決。又發動刑事訴訟之目的乃在於確定對於起訴案件到底有無實體刑罰權及其範圍如何，此正係實體判決之內容，故學者通說以為，實體判決就是關於本案訴訟目的之裁判，另稱之為「本案判決」。

##### 2. 內容例如：

- (1)有罪科刑判決（本法第二百九十九條前段）
- (2)有罪免刑判決（本法第二百九十九條後段）
- (3)無罪判決（本法第二百零一條）

#### （二）形式判決

##### 1. 意義：

關於訴訟法上事項所為之判決。因為通常係欠缺訴訟要件而無法進入本案之實體事項為裁判，故應以程序上理由終結訴訟，此無關於本案之訴訟目的，故學者通說以為形式判決中之不受理及管轄錯誤判決為「非本案判決」。惟通說亦以為，其中免訴判決因為所欠缺者係實體訴訟條件，涉及實體刑罰權有無之事項，故例外屬「本案判決」，乃實體關係之形式判決。

##### 2. 內容例如：

- (1)免訴判決（本法第二百零二條）
- (2)不受理判決
  - a. 公訴不受理判決（本法第二百零三條、第一百六十一條第四項）
  - b. 自訴不受理判決（本法三百二十九條第二項、三百三十一條）
- (3)管轄錯誤判決（本法第二百零四條、第三百三十五條）

#### （三）實體判決與形式判決之區別實益

1. 學者通說以為實體判決以經當事人言詞辯論為必要（本法第二百二十一條參見）；形式判決則得不經言詞辯論（例如本法第二百零七條）。至於是否有既判力，亦即一事不再理之效力，係屬於本案判決與非本案判決之區別實益。

2. 學者通說所以另區分本案判決與非本案判決，主要係免訴判決雖為形式判決，惟其因係實體刑罰權事項有無之判斷，而發生是否具一事不再理效力之爭議。就免訴判決之性質，學說上有所爭議，依刑事訴訟法第二百零二條之規定，免訴判決情形如下：(1)曾經判決確定者；(2)時效完成者；(3)曾經大赦者；(4)犯罪後之法律已廢止刑罰者。就其規定而言，均涉及於實體刑法之事項，故就免訴判決是否發生實質確定力，學說上有四種見解：(1)單純形式判決說：此說認為免訴乃僅依起訴書之主張，得不經審判就可為判決，故為形式判決，但判決後不許再起訴，故有既判力。(2)實體關係之形式判決說：免訴判決雖係形成判決，但因欠缺實體的訴訟條件，故也有既判力。(3)實體判決說：免訴判決與無罪判決相同，乃牽涉實體公訴權之實體判決，故具有不許再起訴之效力。(4)區分說：以確定判決而免訴者為形式判決，除此之外，均為實體判決。我國通說係採實體關係之形式判決說，而認為免訴判決有實

體確定力，具有一事不再理之效力，為本案判決。

3. 惟有學者以為，即使實體判決者，亦有所謂得或應不經言詞辯論之諸多例外，例如第三審之判決（本法第三百八十九條）、簡易處刑判決（本法第四百四十九條）、協商程序判決（本法第四百五十五條之四），所以實體判決與形式判決之區分實益，應在實體確定力（既判力）之有無，因為實體判決係針對實體刑罰權有無之事項為判決，所以有既判力，生一事不再理之效力，形式判決係針對訴訟法上之事項為判決，所以不具既判力，不生一事不再理之效力。至於免訴判決具有一事不再理之效力，係因為免訴判決之原因事由而來，而非免訴判決本身，通說對於本案判決及非本案判決之區分並無必要。亦有學者認為，在強調判決之實體確定力之同時，是否應該同時審慎考慮，放寬再審救濟制度之要件，以使再審發揮真正之功能，而得以救濟司法之錯誤。此等見解均頗值參考。

五、原告甲住台北市，被告乙住桃園市，甲向台北地方法院起訴請求判決乙應塗銷坐落新竹市土地之抵押權設定登記，台北地方法院受理後，認其無管轄權，即依職權以裁定移送桃園地方法院管轄，試問桃園地方法院是否因此取得管轄權？

### 【擬答】

民事訴訟法對普通審判籍係採「以原就被」原則，以利被告進行訴訟，因原告提起訴訟時，就其所主張之事實尚未舉證，故宜令原告被告較使於應訴之地點起訴方屬公平（此見民事訴訟法第一條第二條之規定可知）。然就特定事件，其公益性較強或為便利證據之調查，法律乃規定此時僅特定法院得掌理裁判，不認其他法院有管轄權。

如題所示，原告甲對乙起訴，其原應至被告之住所地即桃園地方法院起訴，然該訴訟係涉乃土地之抵押權設定登記，依民事訴訟法第十條規定觀之：「因不動產之物權或其分割或經界涉訟者專屬不動產所在地之法院管轄」，依實務之一向見解，甲請求乙塗銷土地之抵押權定登記顯係在行使土地所有人之除去妨害請求權，自係因不動產物權涉訟，依前述規定，應專屬系爭土地所在地之地方法院管轄（74 年台上 280 判例參照）。即案例事實應專屬於土地之所在地即新竹地方法院管轄之，方為適法。

惟甲乃自台北地方法院起訴，此時依同法第二十八條之規定，訴訟之全部或一部，法院認無管轄權者，依原告聲請或依職權以裁定移送於其管轄法院。而受移送之法院，於移送之裁定確定時，不得拒絕該訴訟之移送，亦不得以該訴訟更移送於他法院，但專屬法院管轄者，不在此限（民事訴訟法第三十條）。是以案例中，台北地方法院受理後，認其無管轄權，即依職權以裁定移送桃園地方法院管轄，此時受移送之桃園地方法院原應受其羈束，即視為該訴訟自始即繫屬於受移送之法院，桃園地方法院可因此取得訴訟之管轄權。

然而，依上述分析可知，本案屬專屬管轄，此時依同法第三十條第二項之規定，受移送法院若發現自己無管轄權，仍得再移送有管轄權之法院。是以，如以法條之規定，桃園地方法院並不因此取得管轄權，而得再移送該土地所在地之新竹地方法院。然而，此項規定向為學說所批評，蓋更移送至他法院之不利益，縱於專屬管轄亦不容忽視，且如准許受移送之法院得再為移送，無異承認受移送法院有審查同級法院裁定當否之權，而裁判確定力之公益性，應在專屬管轄之上。因此，如依學說之見解，受移送之桃園地方法院應因此取得該案件之管轄權，而不得再為移送。

六、古董搶盜案，司法警察持搜索票（內載應扣押物：古董等犯罪所得）至被告倉庫進行搜索，將該批古董予以扣押後，並進一步發現疑似犯罪工具之尖刀與綁繩，對尖刀與綁繩，得否予以併扣？

### 【擬答】

依刑事訴訟法第128條第二款：

搜索，應用搜索票。

搜索票，應記載下列事項：

二 應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物。但被告或犯罪嫌疑人不明時，得不予記載。

警察持內載應扣押物之搜索票，將該批古董予以扣押，關於該批古董是本案可為證據或得沒收之物，固得扣押之。

另依刑事訴訟法第137條：

檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索或扣押時，發現本案應扣押之物為搜索票所未記載者，亦得扣押之。

既題目中已述明尖刀與綁繩為疑似犯罪工具，雖然於搜索票中並未記載，司法警察依第137條仍可扣押之。

七、法院於第一次刑事審判期日前行準備程序時，得處理那些事項，並由書記官製作筆錄予以記載？

### 【擬答】

法院於第一次刑事審判期日前行準備程序時，所得處理之事項包含：

(一)審前會議：準備程序中應如何調查，§171 定有明文：「法院或受命法官於審判期日前為第二百零七十三條第一項、之訊問者，準用第一百六十四條至第一百七十條之規定。」至於得於審前會議中處理之事項包含下列各款 (§273 I)，同時並得由書記官製作筆錄 (§273IV)：

1. 起訴效力所及之範圍與有無應變更檢察官所引應適用法條之情形
2. 訊問被告、代理人及辯護人對檢察官起訴事實是否認罪之答辯，及決定可否適用簡式審判程序
3. 案件及證據之重要爭點
4. 有關證據能力之意見：之所以要提前於（狹義）準備程序中審酌證據之證據能力，乃是為免法院於審判期日受該無證據能力之證據影響，而令審理之法官產生偏見，故應事先於準備程序中審酌其證據能力。因此本法§273 II 即賦予一定之失權效力，其規定：「於前項第四款之情形，法院依本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。」
5. 曉諭為證據調查之聲請
6. 證據調查之範圍、次序及方法
7. 命提出證物或可為證據之文書
8. 其他與審判有關之事項

(二)訴訟程序之補正

§273 規定：「起訴或其他訴訟行為，於法律上必備之程序有欠缺而其情形可補正者，法院應定期間，以裁定命其補正。」

(三)調查證據之前置

由於無法期待在審判期日中由法官親自踐行所有之調查證據程序，因此須於準備期日中為之，此亦為法所明文承認之直接審理原則之例外；如於獨任審判案件中，由獨任法官親自踐行準備工作，如為合

議審判案件，則由審判長指定一人為受命法官，且必須限定於「行準備程序之事項」之範圍內始得為之（§273 I、§274、§276~§278），除§121 關於撤銷羈押等各處分之裁定外，其於上述範圍內有與法院或審判長同一之權限。

#### 1. 證物之取得

§274：「法院於審判期日前，得調取或命提出證物。」§275：「當事人或辯護人，得於審判期日前，提出證據及聲請法院為前條處分。」§277：「法院得於審判期日前，為搜索、扣押及勘驗。」

#### 2. 人證之訊問

§276 I：「法院預料證人不能於審判期日到場者，得於審判期日前訊問之。」關於此項訊問，準用§164~§170 之規定（§171 參照）。

#### (四)命公署之報告

§278：「法院得於審判期日前，就必要之事項，請求該管機關報告。」

#### (五)得命為鑑定及通譯

§276 II 規定：「法院得於審判期日前，命為鑑定及通譯。」

#### (六)簡式審判程序適用之決定

§273-1 I 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，於前條第一項程序進行中，被告先就被訴事實為有罪之陳述時，審判長得告知被告簡式審判程序之旨，並聽取當事人、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，裁定進行簡式審判程序。」由此可知，在行準備程序之時，可以依據具體情形決定是否採行簡式審判程序。

八、檢察官之不起訴處分於何時確定？又不起訴處分已確定者，於何種情況下，檢察官始得對於同一案件再行起訴（二十五分）

#### 【擬答】

##### 一、不起訴處分確定時點

(一)檢察官之不起訴處分之確定時期，依不同之不起訴處分種類而有不同認定：

無告訴人之案件：於不起訴（緩起訴）處分時確定，縱使告發人誤為再議之聲請，上級法院首席檢察官或檢察長亦為發回繼續偵查，仍無礙於原不起訴處分之確定，故仍有§260 之適用。

(二)有告訴人之案件

1. 絕對不起訴處分：§252(1)~(10)

2. 相對不起訴處分：§253、§254

上述二者，如具備下述情形之一者，則不起訴處分確定：

(1)已逾越聲請再議（§256 I）之七日及交付審判（§258-1 I）十日之期間。

(2)撤回再議之聲請或於第一審辯論終結前撤回交付審判之聲請（§258-2 I）。

(3)因不合法或無理由而駁回再議（§258）之聲請或交付審判之聲請者（§258-3 II）。

3. 緩起訴處分：§253-1~253-3

除上述三項情形之外，還必須要緩起訴期間經過而無§253-3(1)~(3)之情形者，始得取得確定之效力。

二、得對同一案件再行起訴之情形：

不起訴處分確定後，會取得形式確定力及實質確定力，因此若無§260 各款事由，不得對同一案件再行起訴。而該條所規定得排除不起訴處分確定力之事由包含：

(一)發現新事實或新證據：此處須注意者，僅限於「實體事項」有關之不起訴處分始有實體確定力，且發生實體確定力之範圍應僅以「事實上」經實體不起訴之犯罪事實為限，而無相當於確定裁判之物之範圍之擴張效力，亦即僅包含事實上同一之情形，而不含法律上同一之實質上一罪、裁判上一罪之情形。此外，該新事實或新證據須是不起訴處分前未經發現，且足認被告以犯罪嫌疑即為已足，與再審不同，不需要以其確能證明犯罪為要件；又該新證據並不以發生於原處分確定後者為限，如不起訴處分確定後，因傳訊證人而發現新證據，仍屬本款規定之新證據；但不包含原處分認定事實錯誤或援用法律違背規定及法律變更等情形，亦不包含新頒之法令在內。

(二)有§420 I (1)、(2)、(4)、(5)所定得為再審原因之情形者。

九、何謂法庭外之鑑定留置？現行刑事訴訟法對鑑定留置有何新規定？試舉四項說明之。(25分)

答：

(一)所謂鑑定留置，係指鑑定被告之心神或身體，在一定期間內將被告留置於醫院或其他適當場所，連續觀察診斷之處分。

此種鑑定被告心神或身體而剝奪被告人身自由之處分，其性質與羈押之強制處分相同，皆為干預人民基本權之行為，應受到「法律保留原則」及「比例原則」之拘束，唯有鑑定留置之必要，始得鑑定留置，如鑑定留置之目的已達，應即撤銷該鑑定留置處分。

(二)92年刑事訴訟法修正時對於鑑定留置有若干增修，爰述之如后：

#### 1. 鑑定留置票之增訂一貫徹令狀原則

由於鑑定留置與羈押處分同屬對於人身自由之限制，因此鑑定留置票應由法官簽名。檢察官認為有鑑定之必要時，應向法院聲請簽發之。至於檢察事務官、司法警察官、司法警察並無聲請權。

#### 2. 檢察官24小時內之留置無庸聲請鑑定留置票

偵查中，檢察官如認為有鑑定被告心神或身體之必要時，應向該管法院聲請簽發之。另外，案件於偵查中，被告因拘提或逮捕到場，其期間自拘提或逮捕時起未逾二十四小時者，檢察官仍有留置被告予以偵訊之權利。故於此二十四小時內，檢察官認為有鑑定被告心神或身體之必要時，毋庸聲請法院簽發鑑定留置票。(§203 - 1 I 但書)

#### 3. 審判中之鑑定留置

審判中，審判長、受命法官認為有鑑定被告心神或身體之必要時，得依職權簽發鑑定留置票，將被告送入醫院或其他適當處所鑑定。

#### 4. 鑑定留置之期間及延長

(1)鑑定留置期間一七日以下

(2)鑑定留置期間之延長或縮短

鑑定留置之預定期間，法院得於審判中依職權或偵查中依檢察官之聲請，裁定縮短或延長之，但延長之期間不得逾二月(§203 - 3I)。法院所為延長或縮短鑑定留置期間之裁定，應通知檢察官、鑑定人、辯護人、被告及其指定之親友(§203 - 3III)。

十、何謂傳聞證據？該類證據有無證據能力？其理論依據為何？試舉五種情形說明之。(25分)

答：

(一)所謂傳聞證據，簡言之，係指傳述他人見聞之證據。而英美法上較為接受的定義是「傳聞證據係指『審判外』所為之《陳述或發生之敘述性動作》，而提出於法庭『用來證明證明該陳述內容是否為真實的證據』」。

(二)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。」，因此除非有例外規定，否則傳聞證據原則上並無證據能力；至於所謂例外規定，係指刑事訴訟法第159-1~159-5之明文。

(三)學說上排斥傳聞證據之理由主要基於：

1. 傳聞證據之可信度低
2. 違背直接審理原則之要求
3. 剝奪對造之反對詰問權

(四)茲舉述其情形如下：

1. 傳聞陳述：證人甲在審判期日外對於待證事實之供述。
2. 傳聞陳述：共同被告在審判期日外對於待證事實之供述。
3. 傳聞書面(他錄)：證人於審判期日外，經他人錄取其陳述而製成之書面證據。
4. 傳聞書面(自錄)：證人於審判期日外自製之書面，而提出於法院之證據。
5. 傳聞錄音：證人於審判期日外自行錄製之錄音帶，而提出於法院作為證據。

十一、試說明罪刑協商(或認罪協商)之條件，協商之程序，協商之事項，協商成立後判決書如何簡化，原被告可否對該判決聲請上訴？(25分)

答：

(一)謂認罪協商者，係指在通常訴訟程序或簡易訴訟程序中，檢察官與被告針對科刑等事項達成協商之合意，由檢察官向法院聲請改依協商程序而為判決，法院於接受聲請而訊問被告及向其為權利告知後，如認案件與協商之法定要件相符，得不經言詞辯論，於當事人協商合意之範圍內為判決，原則上當事人對此協商判決不得上訴。

(二)認罪協商之要件(§455-2)

1. 適用前提—被告自白犯罪事實
2. 適用案件—非重罪案件

(1)被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑『以外』之罪。

(2)非高等法院管轄第一審案件。

3. 協商開啟

(1)檢察官『得』詢問被害人之意見後，經『法院同意』，逕行於審判外與被告進行協商。

(2)檢察官經被告或其代理人、辯護人之請求協商，經『法院同意』，於審判外進行協商。

4. 管轄法院—地方法院或地方法院簡易庭

5. 非不得協商之情形(§455 - 4 I)

原則上法院對於非重罪之案件，經檢察官聲請協商程序，該案件須非屬於不得協商之案件。遇有下列情形者，法院不得為協商。

(1) 被告撤銷協商之合意或檢察官撤回協商之聲請者。

(2) 被告協商之意思非出於自由意志者。

由於被告為認罪協商後，必須放棄接受通常審判程序獲得無罪判決之機會，因此法官在判決前應審查並確認被告與檢察官初步協商之合意係出於自由意願，否則不得為協商判決，以保被告之權益。

(3) 協商之合意顯有不當或顯失公平者。

法院認協議內容有違法或不當之情形，同理亦不得逕為協商判決，爰參考現行本法第451條之1第4項各款所定事由，並增加應諭知「免刑」之案件，亦不得為協商判決之規定，明定下列之各種不得為協商判決之情形。

(4) 被告所犯之罪非第455條之2第1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。

所謂法院認定之「事實」係指法院所認定之「犯罪事實」，至於雙方合意之「事實」係指賦予法律評價之法律概念事實而言，非指實際之具體犯罪事實亦可成為協商的對象。

(6) 被告有其他較重之裁判上一罪之犯罪事實者。

檢察官起訴或聲請簡易判決處刑之案件，如被告係犯數罪，且有裁判上一罪之關係，而被告僅就較輕之犯罪事實認罪，因被告尚有其他較重之犯罪事實，法院即不得為協商判決。

(7) 法院認應諭知免刑或免訴、不受理者。

6. 協商合意—經當事人之合意且被告認罪者

7. 協商聲請—書面或言詞

8. 協商判決聲請—由檢察官向法院聲請

9. 協商期間—30日

為避免訴訟程序因協商程序進行過久而有所延滯，協商期間允宜明確規範為30日。

### (三) 協商程序

法院應於接受前條之聲請後10日內，訊問被告並告知以下列事項，於確認被告係自願放棄權利者，始得作成協商判決：

1. 第95條之告知義務。

2. 所認罪名。

3. 法定刑。

4. 因適用協商程序所喪失之權利。

(1) 受法院依通常程序公開審判之權利

(2) 與證人對質詰問之權利

(3) 保持緘默之權利

(4) 不得上訴之權利

法院須告知如依協商合意而為判決時，除有第455條之4第1項第1款、第2款、第4款、第6款、第7款所定情形之一，不得上訴。

### (四) 協商事項

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。

#### (五)協商成立後判決書之簡化

依刑事訴訟法§455-9規定，協商判決，得僅由書記官將主文、犯罪事實要旨及處罰條文記載於宣示判決筆錄，以代判決書。

#### (六)原被告原則不可對該判決聲請上訴

1. 原則：對於認罪協商之科行判決，原則不得上訴。
2. 例外：有第455條之4第1項之下列情形，法院違反協商合意之範圍而為判決：
  - (1)被告撤銷協商之合意或檢察官撤回協商之聲請者。
  - (2)被告協商之意思非出於自由意志者。
  - (3)被告所犯之罪非第455條之2第1項所定得以聲請協商判決者。
  - (4)被告有其他較重之裁判上一罪之犯罪事實者。
  - (5)法院認應諭知免刑或免訴、不受理者。

### 十二、試說明現行刑事訴訟法對提自訴所加之限制。(25分)

答：

#### (一)對親屬自訴之限制(§321)

本法第321條規定：「對於直系尊親屬或配偶，不得提起自訴。」

#### (二)告訴對自訴之限制(§322)

依據本法第322條規定：「告訴或請求乃論之罪，已不得為告訴或請求者，不得再行自訴。」所謂『已不得告訴或請求』之態樣如下：

1. 告訴乃論之罪，逾越6個月告訴期間(§237 I)。
2. 撤回告訴之人，不得再行告訴(§238 II)。
3. 對配偶之通姦行為與以寬恕或允許(刑法§245 II)
4. 被害人已死亡者，其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬告訴。告訴乃論之罪，被害人明示表示不願告訴者(§233 II)。

#### (三)公訴優先原則(§323)

1. 同一案件經檢察官依第228條『開始偵查』後，不得再行自訴。但告訴乃論之罪經犯罪之直接被害人『合法』提起自訴者，不在此限(§323 I)。
2. 偵查開始後，檢察官知有合法自訴在先，或告訴乃論之罪之直接被害人已提起自訴者，應即停止偵查，將案件移送法院(§323 II)。
3. 所謂『開始偵查』，係指同一案件經檢察署「受理」案件「分案」後，不得再行告訴。
4. 自訴案件以『合法』自訴為前提。

#### (四)自訴對告訴之限制(§324)

## 1. 意義

依據本法第324條規定：「同一案件經提起自訴者，不得再行告訴或為第243條之請求。」

## 2. 限制理由

- (1) 告訴權與自訴權不得同時行使。
- (2) 避免一事二理。
- (3) 防止一案分辦，以免造成雙重追訴處罰。
- (4) 避免檢察官無益之偵查。

## 3. 效果—不得再行告訴

### (1) 主體限制

所謂『不得再行告訴』，在主體上之限制，有二種說法：

#### A. 限制所有告訴權人再行告訴

若告訴權人誤為告訴，檢察官應依第255條第1項為不起訴處分。

#### B. 僅限制提起自訴之人再行告訴

若其他告訴權人再行告訴，檢察官應移請法院併辦。

(2) 同一案件經合法自訴在先，不得再行告訴，若仍為告訴者，檢察官應為不起訴處分 (§255 I)

十三、甲乙結婚後，乙續與老情人丙約會通姦，被甲捉姦在床，試回答下列問題：(25分)

(一) 甲並不原諒乙之犯行，甲可否自訴丙犯相姦罪嫌？

(二) 甲事後原諒乙之犯行，甲可否自訴丙犯相姦罪嫌？

答：

(一) 甲並不原諒乙之犯行，甲可否自訴丙犯相姦罪嫌？

乙為有配偶之人而於婚姻期間中與丙通姦，構成刑法第二三九條之通姦罪，相姦人丙亦同，而此依刑法第二四五條係告訴乃論之罪，合先敘明。甲為乙之配偶，依刑事訴訟法第二三四條第二項與第三二一條，甲僅能對乙提出告訴，而不得提起自訴。至於甲自訴丙相姦罪部分，雖然自訴程序依三四三條並未準用第二三九條告訴不可分之原則，但向來的實務見解咸認自訴的限制同於告訴的限制，亦即既然甲無法對配偶提自訴，依告訴不可分原則便不得對丙提自訴。例如二九上字第二三三三號判例即稱：「告訴乃論罪依刑事訴訟法第二百十八條(按，即第二三九條)規定，對於共犯中之一人告訴，其效力及於其他共犯，故共同被告之一人為被害人配偶時，被害人既不得對之提起自訴，則依告訴不可分之原則，對於其他被告亦即不得自訴」(類似見解尚有二九非字第一五號判例)若依此見解，則甲不論有無原諒乙，均不得對共犯丙提起自訴。如此結論，極不合理，自不待言。

法官釋字五六九號解釋則改變了上述的情況，其認為：「刑事訴訟法第三百二十一條規定，對於配偶不得提起自訴，係為防止配偶間因自訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧，乃為維護人倫關係所為之合理限制，尚未逾越立法機關自由形成之範圍；且人民依刑事訴訟法相關規定，並非不得對其配偶提出告訴，其憲法所保障之訴訟權並未受到侵害，與憲法第十六條及第二十三條之意旨尚無牴觸。本院院字第三六四號及院字第一八四四號解釋相關部分，使人民對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人亦不得提起自訴，並非為維持家庭和諧及人倫關係所必要，有違憲法保障人民訴訟權之意旨，應予變更；最高法院二十九年上字第二三三三號判例前段及二十九年非字第一五號判例，對人民之自訴權增加法律所無之限制，應不再援用。」因此，縱使甲依刑訴第三二一條不得對配偶乙提自訴，甲仍得對丙提自訴，亦即自訴在主觀上是可分的，而非適用告訴在主觀上不可分之性質。

(二)甲事後原諒乙之犯行，甲可否自訴丙犯相姦罪嫌？

若甲事後原諒乙，是否會得出不同結論，不無疑問。蓋依刑法第二四五條第二項，配偶事後宥恕者，不得告訴，甲既因刑法第二四五條規定，對乙不得告訴，對共犯丙亦不得告訴(院二二六一)，因此依刑事訴訟法第三二二條規定，即不得對丙提自訴。申言之，釋字五六九號解釋僅處理了第三二一條，所以其使「甲得對丙提自訴」的依據，乃是認為對此做出限制「並非為維持家庭和諧及人倫關係所必要，有違憲法保障人民訴訟權之意旨」，如此的論理便無法解釋由於第三二二條產生的自訴限制情形。管見以為，既然自訴之本質應該是主觀上可分的，此時仍應允許甲自訴丙，始稱允當。

參考資料

◎林鈺雄，《刑事訴訟法》三版下冊，2003年9月，P.143~145。

十四、被告之辯護人甲律師於準備程序進行中，抗辯起訴書證據清單所列證人乙之警詢筆錄為傳聞證據，並無證據能力，檢察官則聲請傳喚製作該警詢筆錄之刑警丙，以證明該筆錄具有可信之特別情形，試問：受命法官應如何處理此有關證據能力之意見？(25分)

答：

甲律師於準備程序中抗辯有關警詢筆錄之證據能力問題，依刑事訴訟法第二七三條法院得於第一次審判期日前之準備程序階段，處理「有關證據能力之意見。」同條第二項則規定，「法院依本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。」易言之，九十二年修法後，法院於準備程序對證據能力的認定，產生拘束效力。此處所謂的法院，若是於行合議審判之案件，往往即為受命法官，而在準備程序事項之範圍內，受命法官原則上有與審判長相同之權限(刑訴法二七九條第二項參照)。甲以傳聞證據為由進行抗辯，乃是為了避免發生刑訴法第二八八條第二項「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」的法律效果。受命法官於其權限範圍內，自應為一定之處理。檢察官傳喚製作警詢筆錄之刑警丙，乃是以丙為證人，希望能夠在證明符合「可信性」的條件下，使該警詢筆錄成為刑訴法第一五九之三傳聞法則的例外情形，從而於審判期日得做為證據使用。此時受命法官對於證人丙的處理，依據刑訴法第一七一條，受命法官對證人的訊問應準用第一六四條至第一七〇之規定，即有關對證人詰問的規則。換言之，此時似應進行交互詰問以確定該警詢筆錄「可信性」之有無。惟對於該筆錄證據能力之有無，受命法官並不得自行判斷，仍須由合議庭加以判斷始可，此觀本法第二七九條第一項規定：「行合議審判之案件，為準備審判起見，得以庭員一人為受命法官，於審判期日前，使行準備程序，以處理第二百七十三條第一項、第二百七十四條、第二百七十六條至第二百七十八條規定之事項。」可知受命法官雖得處理第二七三條第一項有關證據能力之意見，卻未被賦予同條第二項「認定有無證據能力」之權限。

而學者向來即批評我國實務有以調查庭取代審判庭，導致審判期日空洞化的問題，在修法後，卻賦予了準備程序一定的失權效果，反而讓準備程序的重要性加強，此已不無疑問。另一方面，依現行條文受命法官為了處理證據能力的問題，尚須進行訊問，而此訊問竟是準用交互詰問的規則，雖然可以保障訴訟的權利，但很明顯將拖延整個準備程序的時程，審判期日空洞化的問題恐怕仍未解決。

參考資料

◎林鈺雄，《刑事訴訟法》三版下冊，2003年9月，P.178~180。

一十五、何謂「事物管轄」？試述刑事訴訟法有關事物管轄之規定。

## 【擬答】

所謂事物管轄乃以案件種類，定第一審管轄權之法院，即定不同級法院刑事案件之分配，法院對事物管轄權之有無判斷，自起訴時至最終裁判時隨時均應依職權調查之。

現行刑事訴訟法就事物管轄之相關規定，有：

刑訴法第四條：地方法院於刑事案件，有第一審管轄權。同條但書：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。即其事物管轄法院即不包括地方法院。

刑訴法第三七六條所判各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴第三審法院，則其所劃案件之事物管轄法院即不包括最高法院。

第一審屬高等法院管轄案件，依本法第三十一條第一項之規定屬強制辯護案件，依同法第二八四條規定，未經辯護人到庭不得審判，否則即屬同法第三七九條第七款之判決當然違背法令。又此等案件亦不得聲請簡易判決。

違背本法事物管轄之規定者，即屬同法第三七九條第四款之判決當然違背法令。

一十六、被告在刑事訴訟法上有何權利與義務，請簡述之。

## 【擬答】：

被告不是單純的訴訟客體，而是訴訟主體。被告享有刑事訴訟法賦予的若干權利，也負有相當的義務。前者主要涉及其應享有的（程序）基本權，例如不自證己罪原則、罪疑唯輕原則、無罪推定原則與聽審權、受辯護權、在場權、調查證據請求權、對質詰問權及受告知權等，從而反應出國家機關的若干義務，例如告知義務；義務的違反，則表現在證據法則裡，例如非任意性自白不具有證據能力。

扼要說明如下：

不自證己罪原則

意義

任何人皆無義務以積極作為協助對自己的刑事追訴；國家不得強制任何人積極的自證己罪。此係憲法給予人民在面對國家刑事追訴時的特殊保障，以實現人格權之保障。

保護範圍—不自證己罪與緘默權

依實務見解<sup>1</sup>，明顯認為「（口頭）供述」才受到不自證己罪原則的保障，不自證己罪在我國，因而等於緘默權。由於僅保障被告的陳述自由，若是要求被告以供述以外的方式作證，如強迫其呼氣接受酒測、提供收賄帳冊、發聲、寫字等，即被排除於保護範圍以外！

罪疑唯輕原則

意義

當無法證明被告或犯罪嫌疑人所涉犯罪事實存在時，應為對被告有利的無罪或輕罪判決。

罪疑唯輕原則可以從兩個面向來理解，一是實體法，一是程序法<sup>2</sup>。

就實體法而言，罪疑唯輕原則補充了罪責原則；當對被告罪責的證明存疑時，應發生對被告有利的法效果。因為有罪才有刑罰，如果法官無法確定犯罪事實的存在，便不能夠課予被告刑罰。

就程序法而言，其指導法官在未能形成確信時，如何判決；確立程序法上的證據評價原則。

罪疑唯輕原則的適用的時機，是在「證據評價結束後」；法官依法踐行審判程序並調查證據，依自由心證綜合評價所有證據後，仍然無法形成心證時，依罪疑唯輕原則，應做成對被告有利的決定。

無罪推定原則

2003年1月，刑事訴訟法增訂第一五四條第一項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」此原則對於刑事被告（或犯罪嫌疑人）提供訴訟上保護，追訴犯罪者為了將被告（或犯罪嫌疑

人)定罪，除了被告(或犯罪嫌疑人)的心神狀態外，有義務證明所有犯罪事實的存在。簡之，無罪推定是檢察官舉證責任發生之事由<sup>3</sup>。其始點為被告「進入法庭時」，終點則為控方證明被告有罪至「超越合理懷疑」的程度時。

在犯罪偵查程序，因與定罪尚無直接關連，故無此原則之適用，只要執法人員對於犯罪嫌疑人涉犯罪之懷疑有「相當理由」，即可予以逮捕、羈押、搜索、扣押；惟此等強制處分須由法院介入為事前或事後審查，併予說明。

被告的其他權利

基於訴訟主體的地位，被告享有下列權利：聽審權（資訊請求權§§33、951；表達請求權§§

1 94台上2677判決：刑事訴訟法雖以被告為法院調查證據之對象，被告之陳述，固得為證據資料，惟刑事訴訟程序上，為保障被告

防禦權之行使及尊重被告陳述之自由，規定被告有緘默權，即被告除有積極的陳述自由外，基於不自證己罪原則，亦有消極的

不陳述自由，不能強令其自負清白之責任，如被告選擇緘默，不能遽認其詞窮理屈而據為不利於被告之裁判理由。

2 林鈺雄，論罪疑唯輕原則，律師雜誌第255期，2000/2，頁60以下。

3 蔡秋明，舉證責任，台灣本土法學第55期，2004/2，頁127。\_\_

一十七、制度刑事訴訟法之目的為何？試析述之。

【擬答】

壹、林鈺雄師見解

其目的在發現實體真實與確保法治國原則之貫徹踐履，因之憲法中對基本人權(人身自由、生命、財產、隱私)之程序保障(憲法第八條)及法律保留原則、法律比例原則(憲法第二十三條)，乃至於刑事被告地位之基礎三原則(不自證己罪，有疑唯利被告〈罪疑唯輕〉，無罪推定)，基於憲法優越性而成為刑事訴訟法之最高指導方針(應用的憲法、憲法之施行法)。

一、實體真實發現：

發動刑事訴訟程序之目的，在於「獲致一個依照實體刑法之正確裁判」，則「發現實體真實」即為其必要之前提。因此，發現實體真實，乃是貫穿整部刑事訴訟之目的。發現實體真實所蘊含之意義，在於「毋枉毋縱，開釋無辜，懲罰罪犯。」亦即符合正義。現行法為達此一目的，不但課予偵查機關有偵查犯罪事實之法定義務(第二二八條第一項)，亦要求法院有澄清事實真相之調查義務(第一六三條第一項)。此外，縱使被告自白犯罪，亦必須查明是否與事實相符(第一五六條第一項)。

二、法治程序：

刑事訴訟法禁止國家以「不擇手段」、「不問是非」及「不計代價」的方法來發現真實。尤其，在判決結果確定以前，刑事訴訟尚在真實發現過程，被告有可能是無辜的，必須透過合乎法治程序的「訴訟規則」加以保護，以避免其受到過度侵害或犧牲；若被告確實有罪，該訴訟規則亦應保障其應有的主體地位及辯護權利。因此，現行法第一條第一項就闡明：「犯罪，非依本法或其他法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰。」

憲法第八條一項明定：「非經司法或警察機關依『法定』程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」應可做為立論基礎。法治程序在刑事訴訟法之表現，莫過於國家訴追機關，對未受有罪判決確定的被告，發動強制處分時，應受嚴格的「法律保留原則」與「比例原則」之限制，並且，

部分干預人民基本權較深的強制處分，尚須受到「法官保留原則」之制約，例如羈押必須由法院決定二〇〇一年一月甫通過的搜索票由法院核發。

### 三、法和平性：

國家對於已發生之犯罪，透過法定追訴程序的進行與裁判，藉以處罰犯人釋放無辜，可以回復因犯罪所帶來之社會損害，重塑法和平。

為重塑法和平，刑事裁判應該具有宣示刑事法律爭端已經終局落幕的意義，而產生確定法律狀態且禁止再起爭端的功能。據此，為了「法安定性」的考量，並避免一罪兩罰，確定的裁判，必須具有禁止再行爭執的效力(一事不再理)，此即實體確定力(第三〇二條第一款)。

### 貳、其他學者見解

一、陳樸生先生認為：刑事訴訟之目的，固在發現實體之真實，使刑法得以正確適用。但為達成此項目的，應維持程序之公正，藉以保障個人自由及維護社會安全。

二、林永謀先生亦持相同的看法，其認為：刑事訴訟之最終目的，固在於究明案件之真相，就犯罪嫌疑人之真正與否，明確判別其罪責之有無，進而負有對有罪之人確當適用刑罰法令，並不得有不當遲延之任務；但為達成刑事訴訟究明案件真相之目的，非謂即可訴諸任何手段，其當事人、尤其是被告之人權仍應予最高之尊重。

三、黃東熊先生對刑事訴訟之目的亦採單一目的說，該氏於其教科書提出兩種不同之學說，但卻未表明其支持哪一種看法。此二說皆認為刑事訴訟具有發現真實與保障人權兩個目的，但其終極目的，一說主張追求正義，另一說則主張維持現有體制。

四、柯耀程先生從刑事訴訟的歷史發展觀察，認為現代刑事訴訟法的指導精神，應為人權保障的思想，此一「宣示性」概念，真正反映在刑事訴訟上的，則為司法正當程序規定，以及合乎法定程序的訴訟進行。在不同的刑事訴訟目的之間，程序正當性具有優先指導的作

用，而真實發現這個古老的刑事訴訟目的，隨著法治思想及人權思想的發展，漸次受到規範。因此，現代刑事訴訟之目的，無異係基於人權保障下，以合乎正當程的程序運作，而為真實之發現。

一十八、法院若欲將被告的犯罪自白作為有罪判決的基礎，在訴訟程序上有何限制？請依據刑事訴訟法的規定說明之。

#### 【擬答】

不得以強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方法取得自白：依刑事訴訟法（以下稱本法）第一百五十六條第一項規定，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方法，且與事實相符者，得為證據。由此可知，被告之自白，須具有任意性及真實性者，才具有證據能力，方得以作為有罪判決之基礎。故訊問被告時，不得以前述之強暴、脅迫等不正方法為之（第九十八條），否則所取得之自白不得作為有罪判決之基礎。

不得違反第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項、第九十五條第二、三款等有關訊問被告之程序規定，否則其自白原則上不得作為證據：

依本法第一百五十八條之二第一項規定，違背第九十三條之一第二項所定之法定障礙事由經過時間內不得訊問之規定而為訊問者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。亦即違反上開規定所取得之被告自白，原則上不得作為證據，僅於例外

才得作為證據。故訊問被告須注意不得於本法第九十三條之一第一項所定之法定障礙事由經過時間內為之，例如被告或犯罪嫌疑人身體健康突發之事由事實上不能訊問之時間、被告或犯罪嫌疑人等候辯護人之時間、或等候通譯之時間等，否則其自白原則上不得

作為證據。。

本法第一百五十八條之二第一項同時也規定，違背第一百條之三第一項所定之司法警察官或司法警察不得於夜間進行詢問之規定而為詢問，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，原則上不得作為證據，僅於但書所定之例外情況才得為證據。故司法警察官或司法警察除非有第一百條之三第一項但書所定之例外情況，否則不得於夜間詢問犯罪嫌疑人，若於夜間詢問犯罪嫌疑人者，其所取得之自白原則上不得作為證據。

本法第一百五十八條之二第二項規定，檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用同條第一項之規定。故檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人前，必須踐行第九十五條規定之告知義務，若未踐行第九十五條第二款之緘默權告知義務或第三款之辯護權告知義務者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。除非經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，方例外地得為證據。

不得違反本法中有關訊（詢）問被告之其他規定，否則取得之自白亦可能不得作為證據：

按依本法第一百五十八條之四規定，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。

一十九、甲以鐵棍毆打乙頭前成傷，乙即檢具診斷書向地檢署提出告訴，檢察官偵查後，認甲確有傷害罪嫌，乃將之提起公诉。刑一審法院審理結果，亦認為甲罪證明確，而諭知傷害罪罪刑之判決，檢察官及甲均未聲明不服，該案於焉確定。未幾，乙因前述頭前之傷導前腦出血死亡，檢察官獲悉，遂又以傷害前人之罪嫌將甲提起公诉。問：法院若認為乙之死亡確係甲以鐵棍毆傷其頭前所前，則應為如何之判決？

法院應為如何之判決？須先檢視第一次起訴之傷害罪與第二次起訴之傷害致人於死罪在實體法的部分是否屬同一犯罪事實而定，其次才決定在程序法的部分該如何下判決。

實體法部分判斷本案前訴與後是否為同一案件，須分別檢視被告是否同一及犯罪事實是否同一。其中犯罪事實同一，依照實務見解包括：單純一罪、實質上一罪與裁判上一罪。

本案前、後訴之被告皆為甲，前訴之犯罪事實為「甲以鐵棍毆打乙頭部成傷」；後訴之事實為「甲以鐵棍毆打乙頭部成傷，乙因前述頭部之傷導致腦出血死亡，且法院認為乙之死亡確係甲以鐵棍毆傷其頭部所致」。後訴之事實係前訴事實之加重結果，無疑。由此可知，二訴之事實係實質上一罪，屬同一犯罪事實。

小結：本案之前訴與後訴係同一案件。

程序部分

案件具備單一性，其實益在於「起訴之不可分」、「審判之不可分」與「既判力之擴張」。「起訴之不可分」係指，檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部（刑事訴訟法第二六七條）。「審判之不可分」係指，就一部犯罪事實為有罪裁判者，其效力及於與起訴之事實具有不可分之關係且有罪之事實。最重要者係「既判力之擴張」部分，依據實務見解，起訴之部分有罪，則確定判決之效力即於未經判決之部分，亦即及於全部。

今甲被起訴傷害罪部分已經判決確定，依據上開見解，其既判力將及於未經起訴之事實，換言之，乙死亡之部分以為前訴之效力所及。故檢察官針對乙死亡部分所提起之後訴，係屬「案件曾經判決確定者」（刑事訴訟法第302條第一款），法院應下免訴判決。

【參考資料】 陳樸生，刑事訴訟法實務，再訂版，94～98 頁。

二十、搜索票未記載之物，在何種情形下得扣押之？試根據刑事訴訟法之規定，說明之。

按扣押指為保全可為證據或得沒收之物，而對其暫時占有之強制處分。

客體：

包括可為證據之物（目的在保全證據，以利追訴且防止湮滅）及得沒收之物（刑法第三十八條第一項所列三款）。（刑事訴訟法第一三三條第一項）

參與機關：

決定機關：偵查審判中均為法官（第一三六條第一項），由法官於搜索票上記載扣押標的物。

執行機關：司法警察（官）、檢察事務官、檢察官、法官（第一三六條第二項），無論令狀扣押或無令狀附帶扣押，實施後均須製作扣押收據交予相對人。

無令狀扣押種類：

無令狀扣押乃扣押搜索票所未記載之物，惟無論令狀或無令狀扣押，均以合法搜索為前提，違法搜索扣押所得之物，法院得依刑事訴訟法第一五八條之四權衡裁量宣告無證據能力。

本案附帶扣押：檢察官，檢察事務官，司法警察官或司法警察執行搜索扣押時，發現本案應扣押之物為搜索票所未記載者，亦得扣押之。（本法第一三七條）

另案附帶扣押：實施搜索扣押時，發現另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。（本法第一五二條）

程序：

令狀與證件之出示（第一四五條、第一四八條）、扣押之在場及通知（第一四八條～第一五〇條）、扣押之必要處分（第一四四條、第一五一條）、扣押筆錄製作（第四十二條）、交付收據（第一三九條第一項）。

限制：

比例原則：應先依第一三三條第二項命其提出或交付，方可再依第一三八條規定使用強制力。

公務物件：第一三四條第一、二項。

郵件電報：第一三五條。

一、何謂檢察一體原則？請簡要說明其內涵、目的、可能的流弊與解決之道。

【擬答】：

檢察一體原則之意義：所謂檢察一體，亦即全國檢察官基於有機之組織，一體的活動。申言之，即將全國檢察官集成一個整體，成為一條陣線，共同代表國家追訴、打擊犯罪。

檢察一體原則之內涵：基於檢察一體，上級檢察首長得對所屬檢察官行使下列權限：指揮監督權：依法院組織法第六十三條第一項規定，檢察總長依本法及其他法律之規定，指揮監督該屬檢察官及高等法院以下各級法院及分院之檢察署檢察官。同條第二項規定，檢察長依本法及其他法律之規定，指揮監督該署檢察官及其所屬檢察署檢察官。第三項則規定，檢察官應服從前二項指揮監督長官之命令。亦即「上得命」，而「下須從」。

d職務承繼權與職務移轉權：依法院組織法第六十四條前段規定，檢察（總）長得親自處理其所指揮監督之檢察官之事務是為職務承繼權；同條後段規定，檢察（總）長得將其所指揮監督之檢察官之事務移轉於其所指揮監督之其他檢察官，是為職務移轉權。

檢察一體原則之頂頭上司，為具有檢察官身分之檢察總長，並非不具檢察官身分之法務部長，此由前述法院組織法之規定可以得知。

惟檢察官服從檢察首長命令之界限，應以該命令係為合法為前提，若為不合法之命令，其所屬檢察官即無服從義務。例如命令對於未達起訴門檻之被告起訴、或對於具備起訴條件之被告以犯罪嫌疑不足為不起訴處分，由於其命令並非合法，其所屬檢察官自無服從義務。

檢察一體原則之目的：過去一般認為此原則之目的主要在於將全國檢察官集成一個整體，以期有效打擊刑事犯罪，然晚近已經傾向認為此原則之主要目的在於統一全國檢察官的追訴與裁量的基準，以避免因各地檢察官追訴裁量基準之不同，對於相同案情卻為不同處置，例如類似情節的兩起竊盜案，A地檢察官加以起訴，B地檢察官則職權不起訴等，有違法安定性與法平等性。

可能之流弊：檢察一體原則之建立，固可達有效打擊犯罪或是統一追訴、裁量基準之目的。

二、何謂「當事人平等原則」？試就「享有武器上之平等地位」申論之。

【擬答】：

當事人平等原則與武器平等地位現行刑事訴訟採行控訴原則，審判由法院、檢察官與被告構成三面關係，刑事偵查由檢察官與被告維持雙向關係，刑事追訴人員對於被告有利不利事項，負有一律注意的客觀性義務（刑訴§§2, 954, 163 II），這樣的角色配置本可達到刑訴發現真實與保障人權的目的，本法為何還需辯護制度？辯護制度之目的（/功能）何在？主要理由有二：

（一）追訴人員雖負有客觀義務，但理想與現實畢竟有差距，單單客觀性義務的條文訴求，尚不足以有效確保被告訴訟權利均能踐行，否則禁止不正訊問早是法治國基本立場，又何需法律以證據禁止制裁（刑訴§§98, 156 I）。

（二）基於公平審判原則導出的武器平等原則，源於《憲法》第16條訴訟權的辯護制度（釋396），乃是公平審判的最低要求，以盡力平衡被告與國家機關的法律實力差距，縱使是具備法律背景的被告，也可能因追訴壓力造成心思紊亂，同樣需辯護人積極輔佐。

因此，在強當事人平等而盡量給予被告武器平等的觀念下，「刑事辯護制度係為保護被告之利益及期待法院公平審判，進而確保國家刑罰權之適當行使而設，刑事被告在訴訟上有依賴辯護人為其辯護及不受不法審判之權，此為人民依憲法第16條享有之訴訟權所衍生之基本權，其功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位而受法院公平審判」。

現行法相關規定選任辯護權為落實當事人武器平等地位，刑事被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同」（刑訴§27 I）。據此，從偵查程序一開始到審判階段，被告都可隨時選任辯護人。重要的是，為加強被告獲得武器平等原則之權益，特別課予國家機關應告知以得選任辯護人之告知義務（刑訴§§88-1IV, 953, 100-2），以保障法律知識薄弱的被告有受辯護之公平審判機會。

強制辯護制度根據現行法規定，共有五種強制辯護事由：最輕本刑為三年以上有期徒刑；高等法院管轄第一審案件；被告因智能障礙無法為完全之陳述；其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定；g協商案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑六月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者（刑訴§§31 I, V, 455-5 I）。而且，第31條第1項所定之強制辯護案件無辯護人到庭者，不得審判。但宣示判決，不在此限（刑訴§284），因而，一來意味著源於憲法訴訟權的辯護制度，並非所有刑事案件都應經辯護，但至少應給予被告有選任辯護人之機會（刑訴§§27, 953），才不違武器平等原則；二來，採取強制辯護的立法，立法者考量者不只是被告利益，還兼及重大案件發現真實的目的，透過指定辯護人來協助刑事審判確定刑罰權存否，非被告得任意捨棄的公共利益。

三、訊問被告應先告知何種事項？如如規定所取得之自白法律前果如何？試分析說明之。

【擬答】：

告知事項：刑事訴訟法有關對被告正當法律程序之保障乃自本法第九五條之告知義務而啟動，揆諸該條規定，訊問被告時所應告知之事項包括：

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。

得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。

得選任辯護人。

得請求調查有利之證據。

至司法警察官之詢問則依本法第一〇〇條之二準用之。

違反告知義務之效果：

本法第一五八條之二第二項「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反本法第九五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定」之適用條件：

須檢事官、司法警察（官）所為。

須對經拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人之詢問。

須違反§95款之告知義務。

下列情形均無本法第一五八條之二第二項之適用，惟應注意其仍屬違法取證，而依本法第一五八條之四「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」定其效果：

c法官、檢察官對任何被告訊問時違反§95款之告知義務。

檢事官、司法警察（官）對未經拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人詢問時違反§95款之告知義務。

檢事官、司法警察（官）對拘提逮捕之被告或犯罪嫌疑人詢問時違反§95款之告知義務。

四、准許夜間訊問之情形有幾種？試說明之。

【擬答】：

夜間詢問之相關規定按刑事訴訟法第一〇〇條之三規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：經受詢問人明示同意者。於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。經檢察官或法官許可者。有急迫之情形者。犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。稱夜間者，為日出前，日沒後」，如有違反，依本法第一五八條之二第一項規定「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限」。

禁止夜間詢問之立法目的次按夜間詢問禁止之目的乃在於保障人權，避免被告於夜間面對公權力之強勢詢問時，因心生恐懼而為陳述。應注意者，夜間詢問禁止應與防止疲勞詢問有所區別，蓋本法第九八條已就疲勞詢問之禁止另設明文，且依本法第一五六條第一項之規定，疲勞詢問之效果係絕對強制排除該自白之證據能力，至違法夜間詢問取得之自白僅為相對強制排除，又疲勞詢問之禁止並無例外之容許，夜間詢問依本法第一〇〇條之三第一項即有例外情形，何況個人之生理作息不一，並非任何人於夜間受詢問即有疲勞情狀。

急迫情形之要件按刑事訴訟法第一〇〇條之三第一項規定「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：四、有急迫情形者」，此即夜間詢問之禁止與例外容許規定，至但書所稱之「急迫情形」，依學者見解應符合優越利益之重罪原則（涉嫌重罪罪名，以符合狹義比例原則）、適當性原則（夜間詢問適合達成所欲之目的）、急迫性原則（夜間詢問之目的具急迫要求，例如倘未夜間詢問則對社會秩序或被害人生命身體有明顯立即危害）及必要性原則（對受詢問者應盡正當法律程序之保障）。

五、同一案乙於開始偵查後，檢察官知有自訴者，於何種情形應停止偵查，將案乙移送法院？又對

於自訴案乙之判決，檢察官得為如何之處理？

【擬答】：

停止偵查情形開始偵查前已提起自訴（是否限合法自訴有不同見解），則檢察官依本法第323條第2項之規定，應停止偵查並移請法院併辦；若檢察官仍予起訴，法院應依本法第303條第2款或第7款為不受理判決，倘檢察官為不起訴，則屬無效之處分。

開始偵查後，非告訴乃論之罪不得再自訴，惟告訴乃論之罪之被害人仍得提自訴（§323 I 但書），應注意者，此於緩起訴處分期間不適用之（§253-1 IV）。

檢察官之處理本法第336條：自訴案件之判決書，並應送達於該管檢察官。

檢察官接受不受理或管轄錯誤之判決書後，認為應提起公訴者，應即開始或續行偵查。

本法第347條：檢察官對於自訴案件之判決，得獨立上訴。

本法第356條：自訴人上訴者，非得檢察官之同意，不得撤回。

六、刑事訴訟法規定對於有人住居或看守之住宅或其如處所，不得於夜間入內搜索或扣押。請問，該夜間搜索之禁止原則有那些例外？又，如反夜間搜索之禁止原則所扣得之物，是否有證據能力？

【擬答】：

禁止夜間搜索原則與例外為維護人民夜間住居安寧，對於有人住居或看守之住宅或其他處所，刑事訴訟法（以下稱刑訴法）禁止夜間執行搜索或扣押（§146 I 本）。但容許以下例外：經住居人、看守人或可為其代表之人承諾；有急迫之情形」（§146 但）。

違反夜間搜索之禁止原則所扣得之物，其有無證據能力應依刑訴法第158條之4判定

違反夜間搜索之禁止原則所扣得之物是否有證據能力，關此問題，由於刑訴法未就此違法取證設有如同不正訊問或違反告知義務之特別規定（參照§§156 I, 158-2 II），是以，系爭問題應適用第158條之4：「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」。至於人權保障及公共利益之均衡維護，如何求其平衡，常因個案而有差異，於權衡時，允宜斟酌：違背法定程序之情節。違背法定程序時之主觀意圖。侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。犯罪所生之危險或實害。禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性及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。

七、刑事訴訟法刑176條之1規定：「除法律另有規定者外，不問何人，於如人之案乙，有為證人之義務。」其中，「法律另有規定者」所指為何？試說明之？

【擬答】：

除有拒絕證言權之外，證人有作證義務「刑事訴訟法為確定國家具體刑罰權之程序法，以發現實體真實，俾刑罰權得以正確行使為目的」（釋178理由書），又「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實」（§154 II）。

證人屬於證據之一種，其係指在他人之訴訟案件中，陳述自己所見所聞具體事實之第三人，故凡居住於我國領域內，應服從我國法權之人，無分國籍身分，均有在他人為被告之案件中作證之義務，俾能發見事實真相。惟發現真實並非刑事訴訟唯一目的，如遇有其他利害衝突時，即得免除該證人之作證義務，此項拒絕作證之情形，稱為證人的拒絕證言權。據此，刑事訴訟法（以下略）第176條之1規定：「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。」其中，「法律另有規定者」所指乃拒絕證言權的法定例外。

刑事訴訟法拒絕證言權的規定現行法共有四種拒絕證言權之規定：

公務關係（§179）以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。

前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。

特定親屬關係 (§§180 I, 181 後) 證人有下列情形之一者，得拒絕證言：

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。

與被告或自訴人訂有婚約者。

e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。

證人恐因陳述致有前述關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。

不自證己罪 (§181 前)

證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。

業務保密關係 (§182)

證人為醫師、藥師、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。

八、銀行發生搶案，有現行犯當場被補。偵訊時，現行犯供述，另有甲涉案，現場也採集到甲的指紋。檢察官可否搜索甲的住處？如果甲與父母同住，可否一併搜索甲父母的房間？如果搜索時發現甲的房間內有毒品一包，可否一併扣押？

【擬答】：

無令狀搜索：

按搜索乃屬對人民之財產權與隱私權等基本權利所為限制干預之強制處分，依刑事訴訟法第一二八條第三項之規定，原則上須由法官簽發搜索票為之，此即法官保留之令狀主義，惟基於偵查犯罪時效性之急迫因素或其他考量，本法亦於具備法定條件下，例外容許無令狀之搜索，茲分述其情形如下：

附帶搜索：

依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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」，其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具。另學者亦認倘僅為取得或保全證據則亦屬之。

急迫搜索：

依本法第一三一條第一、二項之規定，又可區分為對犯罪者之逕行搜索與對證據之緊急搜索。

同意搜索：

依本法第一三一條之一規定「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄」。

本題承辦檢察官得向法官聲請搜索票至甲住處為搜索（此時包含甲父母之房間）。若符合上揭急迫搜索或同意搜索之要件時，亦得無搜索票搜索甲之住處，前者倘有相當理由相信被告或應扣押之物在甲父母房間，亦得搜索之；後者，若甲父母自願性同意檢察官入渠等房間搜索，自亦得為之（甲則無權同意檢察官進入父母房間搜索）

另案附帶扣押：

若上揭之搜索合法，因毒品係屬另案得扣押之物（得為證據且屬得為沒收之違禁物），依刑事訴訟法第一五二條之規定，執法人員得為另案附帶扣押，惟應注意者，此需以搜索合法為前提。

九、對物的強制處分，其種類有幾？試說明之。

【擬答】：

刑事訴訟法關於干預限制人民基本權利之對物的強制處分包括搜索與扣押茲分別敘述如下：

搜索：

依刑事訴訟法第一二二條規定「對於被告及犯罪嫌疑人之...，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...物件，電磁紀錄及住宅或其他處所，已有相當理由可信為.....應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」

按搜索乃屬對人民之財產權與隱私權等基本權利所為限制干預之強制處分，依刑事訴訟法第一二八條第三項之規定，原則上須由法官簽發搜索票為之，此即法官保留之令狀主義，惟基於偵查犯罪時效性之急迫因素或其他考量，本法亦於具備法定條件下，例外容許無令狀之搜索，茲分述其情形如下：

附帶搜索：

依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其...、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。」，其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具。另學者亦認倘僅為取得或保全證據則亦屬之。

急迫搜索：因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。

同意搜索：依本法第一三一條之一規定「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」

扣押：按扣押指為保全可為證據或得沒收之物，而對其暫時占有之強制處分。

客體：包括可為證據之物（目的在保全證據，以利追訴且防止湮滅）及得沒收之物（刑法第三十八條第一項所列三款）。（刑事訴訟法第一三三條第一項）

參與機關

c決定機關：偵查審判中均為法官（第一三六條第一項），由法官於搜索票上記載扣押標的物。

d執行機關：司法警察（官）、檢察事務官、檢察官、法官（第一三六條第二項），無論令狀扣押或無令狀附帶扣押，實施後均須製作扣押收據交予相對人。

種類：

附帶扣押（第一三七條，本案扣押）

另案扣押（第一五二條，非本案扣押）。

囑託扣押（第一五三條）。

強制扣押（第一三八條）。

程序：令狀與證件之出示（第一四五條、第一四八條）、扣押之在場及通知（第一四八條～第一五〇條）、扣押之必要處分（第一四四條、第一五一條）、扣押筆錄製作（第四十二條）、交付收據（第一三九條第一項）。

限制：

比例原則：應先依第一三三條第二項命其提出或交付，方可再依第一三八條規定使用強制力。

公務物件：第一三四條第一、二項。

郵件電報：第一三五條。

十、當事人得聲請法官迴避的原因有幾？試說明之。

【擬答】：

自行迴避：

刑事訴訟法第十七條規定：推事於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：

推事為被害人者。

推事現為或曾為被告或被害人配偶，八親等內之血親，五親等內之姻親或家長，家屬者。

推事與被告或被害人訂有婚約者。

推事現為或曾為被告或被害人之法定代理人者。

推事曾為被告之代理人，辯護人，輔佐人或曾為自訴人，附帶民事訴訟當事人之代理人，輔佐人者。

推事曾為告訴人，告發人，證人或鑑定人者。

推事曾為執行檢察官或司法警察官之職務者。

推事曾參與前審之裁判者。

聲請迴避：

刑事訴訟法第十八條規定：當事人遇有下列情形之一者，得聲請推事迴避：

推事有前條情形而不自行迴避者。

推事有前條以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。

職務裁定迴避：

刑事訴訟法第二十四條第一項規定：「該管聲請迴避之法官或院長，如認推事有應自行迴避之原因者，應依職權為迴避之裁定。」

違反效果：不得執行職務應即停止訴訟程序，不得為裁判上之一切行為。

於執行上無影響之職務→仍得執行。例如：宣判。

有為急速處分之必要時→無明文；（陳）仍不宜概予禁止。

若仍執行職務：

所進行之訴訟程序：（陳）違法；（黃）違法且無效，須更新審判程序。

所參與之裁判：當然違背法令（第三七九條）

參與前審之裁判，乃以參與前審判決或裁定之法官為限。惟何謂「前審」，向有「拘束說」與「審級說」之爭執：

拘束說：

重在維護裁判之自縛性，本裁判一次性之原則，案件既經其裁判，即應受其拘束，其裁判之是否允當，法官不應再作不同認定，故不應許其再參與。因此，所謂前審，應指「前次」言，即該法官曾參與當事人所聲明不服案件之裁判。此說較符法官迴避之立法目的使當事人得受公平審判。

審級說：

重在確保當事人之審級利益，認刑事案件之採審級制度，係使當事人對下級審判之裁判有所不服，得利用上級審請求救濟，如在下級審已就該案件參與裁判之法官，於上級審仍有許其執行職務，審級制度失其存在之義意，因此，稱前審應指下級審而言，釋字一七八號採之。

釋字第二五六號：「民事訴訟法第三十二條第七款關於法官應自行迴避之規定，乃在使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務，以維審級之利益及裁判之公平。因此，法官曾參與訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避。對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。惟各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第六條第四款規定意旨，其迴避以一次為限。最高法院二十六年上字第三六二號判例，與上述意旨不符部分，應不再援用，以確保人民受公平審判之訴訟權益。」

十一、依刑事訴訟法第一百三十條之規定，檢察事務官或司法警察人員依法於提、逮捕被告或犯罪嫌疑人時，雖無搜索票，得於行搜索一定的範圍，理由安在？此項得於行搜索之範圍如何？

【擬答】：

附帶搜索：依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。」其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具，另倘為取得或保全證據則亦屬之。惟亦有採不同見解者，其認為保全隨身證據時不得為附帶搜索。

依此學者認於刑事案件中為保障執法人員安全並防止隨身證據湮滅：

司法警察拘提逮捕汽車駕駛人或乘客時，得同時附帶搜索該人得立即觸及之汽車內部及其內開啟或封閉之容器（包括前座置物箱、車上之行李、盒子與衣服等），至於未得觸及之範圍暨汽車之後行李箱與引擎箱則均不得為之。

若係對接近汽車或未曾進入汽車之人為拘提逮捕，則僅得於合理懷疑該人身上可能發現證據或武器時，始得對身體為附帶搜索，至對汽車，即不許為之。

司法警察若具備相當理由時得對停放路邊之汽車（含置物箱、行李箱與引擎箱）為無令狀搜索，以防止嫌犯或共犯將車駛離或遭人竊取破壞，至對汽車內可得分離之容器（如個人皮包、旅行袋等）僅得無令狀扣押，迨取得令狀後始可為搜索。

十二、設某甲涉嫌賄選案乙，經檢察官傳喚到場訊問，檢察官表示倘被告甲坦承賄選，甲交出相關帳冊資料，將可對其為緩起訴處分。甲為求有甲之處分，遂自白賄選經過，並供出相關資料寄放在友人乙家中，檢察官依法向法院聲請取得搜索票後，至乙家中搜索取出相關賄選帳冊資料，惟之後檢察官仍以被告甲涉嫌賄選提起公訴。試問此例中，被告甲之自白筆錄得否作為證明其有罪之證據？又之後搜索取得之帳冊資料，得否作為證明甲有罪之證據？

【擬答】：

不正訊問方法之自白與毒樹果實理論：

按被告之自白，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，刑事訴訟法第一五六條第一項定有明文。

次按不正訊問方法乃最嚴重之違法取證，是其所取得之被告自白之證據能力即予絕對強制排除，甚而影響基此衍生之合法證據及該被告其後之第二次合法自白之證據能力，此即毒樹果實理論所探討之內涵。茲為如後說明：

放射性效力：即基於不正訊問方法所取得之非任意性自白內容而合法取得之衍生性證據，因受該不正訊問方法污染而不具證據能力。惟如有獨立來源或必然發現之例外不在此限。

繼續性效力：被告雖於檢察官偵查中所為第二次自白非出於不正方法，惟因被告身心已受前不正方法之影響，致其第二次自白仍非基於自由意志而無證據能力，然若被告為自白時業經檢察官為加重告知，則例外承認其證據能力；另被告第三次任意性自白因稀釋原則而認原不正方法之污染毒素已減弱而認具證據能力。

結論：本題檢察官以緩起訴處分誘得被告自白，仍係以利誘之不正方法取得被告甲之非任意性自白，依本法第一五六條第一項之規定即無證據能力，至依該非任意性自白而合法搜索取得之帳冊資料，乃屬衍生性證據，除具獨立來源或必然發現之例外，依毒樹果實放射性效力，亦無證據能力。

十三、被告始終否認犯罪，證人甲於偵查中經檢察官傳喚到庭，為不甲於被告之陳述，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？甲如係法院依職權傳喚到庭作證，經審判長訊問後，甲之證述仍不甲於被告時，審判長應如何定詰問之次序？

【擬答】：

依我國刑事訴訟法（下稱刑訴法）第159條第1項規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定外，不得作為證據」，此為傳聞法則之明文規定，立法主要作用在確保當事人

之反對詰問權。而此等刑事被告詰問證人之權利，係屬於憲法第十六條所保障之訴訟權及憲法第八條第一項之正當法律程序所保障之權利（大法官釋字第384、582號解釋參照）。惟若符合特別法或刑訴法第159條之1至之5情形，則例外得採為證據。依題示，證人甲於審判外向檢察官所為之言詞陳述，製成偵訊筆錄，依刑訴法第159條之1第2項規定，除顯有不可信之情形外，得為證據，而所謂不可信之情況，係指受到外力干擾等因素。若不符合此但書規定，則法院就被告以外之人接受偵訊時所製成之偵訊筆錄，在踐行刑訴法第一六五條所定書證調查程序後，得援為判決之基礎。亦即得將人證轉為書證之方式調查。（法院辦理刑事訴訟事件應行注意事項第89點）。從而法院縱未踐行傳喚證人行交互詰問之調查證據方式，逕採為不利被告之證據，亦非違法。（最高法院93年台上字第2397號判決參照）。

審判中若檢察官未請求法院傳喚甲，因此時偵訊筆錄證詞不利被告，且得逕採為不利被告之證據，故辯護人似應依刑訴法第163條第1項之規定，聲請傳喚甲到庭接受交互詰問，以排除該不利被告之證言。唯依先傳者先問方式（刑訴法第166條第2項），本例中證人甲為被告之敵性證人，却須由辯護人行主詰問，而主詰問時，原則上又不得為誘導詰問（刑訴法第166條之1第3項本文），實務上辯護人僅能主張例如：證人對詰問者顯示敵意或反感、或其他認有誘導詰問必要之特別情事，始得例外為誘導詰問（刑訴法第166條之1第3項第3、7款）；但相反地，證人甲為檢察官之友性證人，檢察官行反詰問，却於必要時得為問話中含有答話之誘導詰問（刑訴法第166條之2第2項），如此，將與傳聞法則所要保障被告之反對詰問權與誘導詰問禁止之規範目的大相逕庭。故亦有實務界人士表示，應有宣示「主張積極事實存在者，應負舉證責任，並實施主詰問」之原則規定，始屬妥適，否則將無法提供交互詰問正常發展環境。

若係法院依職權傳喚者，應由審判長先為訊問，此時之訊問相當於主詰問之性質，經審判長訊問後，再由當事人、辯護人接續詰問之，其性質相當於反詰問，其詰問之次序，由審判長本其訴訟指揮，依職權定之（刑訴法第166-6第1項）。依題示，經審判長訊問後，甲之證詞仍不利被告，屬被告之敵性證人，故此時應定由辯護人行反詰問，於必要時得為誘導詰問，再由檢察官為覆主詰問，辯護人為覆反詰問。

十四、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刑5天，僅以甲為被告，聲請前議，案乙經發回檢行偵查。問：偵查結果，檢察官該認甲與乙共同成如誣告罪時，可否將甲乙一併？若檢察官提起公訴時，法院對於甲乙應為何種判決？

【擬答】：

依題意所示，甲乙共同誣提起公訴告丙竊盜，於實體法上構成刑法第169條第1項、第28條之共同誣告罪；於訴：

刑訴法第232條之告訴人，係指因犯罪而直接受有損害之人（20年上字第55號判例），而誣訟法上屬於刑事訴訟法（下稱刑訴法）第7條第1款之數人共犯一罪，為相牽連之數案件，依刑訴法第15條準用第6條之規定，檢察官得合併偵查、合併起訴，合先敘明。以下就題示問題分述如下：

發回續行偵查（刑訴法第258條第1款後段）後，檢察官復認甲與乙共同成立誣告罪時，亦不一併提得將甲乙起公訴告罪依實務見解認為：「…既足使國家司法上之審判權或偵查權妄為開始，而同時又至少必使被誣告者受有名譽上之損害…」（26年渝上字第893號判例），故依實務見解認為丙為刑訴法第232條之犯罪被害人，得提出告訴。

檢察官偵查甲乙共同誣告罪，依偵查結果為刑訴法第252條第10款之不起訴處分後，因該不起訴處分屬於欠缺處罰條件之絕對不起訴處分類型，告訴人若未於七日內聲請再議（刑訴法第256條第1項），則發生刑訴法第260條之實質確定力，非有各款事由檢察官不得再行起訴。告訴人丙因並未對

於乙之不起訴處分聲請再議，故承前述已發生刑訴法第260條之實質確定力。

聲請再議並無刑訴法第239條告訴主觀不可分之適用：

依刑訴法第239條規定，告訴乃論之罪，對於共犯一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。本題中因誣告罪屬非告訴乃論之罪；聲請再議與告訴或撤回告訴不同，並無告訴主觀不可分之適用（70、8、27法（70）檢字第1031號函釋參照）。

綜上所述，乙誣告丙之不起訴處分，除非有刑訴法第260各款事由，得再行起訴外，已發生刑訴法第260條之實質確定力，故檢察官僅得將甲提起公訴，不得再將乙誣告罪部分起訴。

檢察官續行偵查後，將甲乙一併提起公訴，承前述，法院應對甲之誣告罪為實體審判；而對乙之誣告罪，則因欠缺形式訴訟條件，應下刑訴法第303條第4款之不受理判決。

十五、何謂「免於自證有罪」之權甲？我設刑事訴訟法中有無相關規定？試分析之。

【擬答】：

憲法之不自證己罪原則：

本於憲法第八條正當法律程序之保障與人性尊嚴（意思決定與活動自由），人民於刑事訴訟程序中均有免於自證有罪之權利，此即不自證己罪原則，大法官會議釋字第三八四號亦同此旨。

又免於自證有罪之權利乃自偵查至審判程序均有其適用，且任何實質具被告地位之人亦均得享有。惟應注意者，此項免於自證有罪權利，僅係無需證明自己有罪，而非可免除忍受強制處分之義務。

被告免於自證有罪之依據：

刑事訴訟法第九十五條第二款與第一五六條第四項保障被告免於自證有罪權利之最有效方式在於行使緘默權，故本法乃明定偵審人員訊問被告前應先為第九十五條得保持緘默之告知，俾其知悉行使緘默權。復因緘默權之行使為被告之憲法權利，是以審判法院不得以被告保持緘默而推斷其罪行，否則無異剝奪被告免於自證有罪之權利。

刑事訴訟法第九十八條與第一五六條第一項與第三項被告自白為證據之王，本法未防止偵審人員以不當手段使被告放棄緘默權之行使而為非任意性自白，復規定偵審人員訊問被告時，應出於懇切之態度，不得有強暴，脅迫，利誘，詐欺，疲勞訊問，違法羈押或其他不正之方法，否則因而取得之自白亦無證據能力，且未免訊問人員存有僥倖，倘被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查，該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白出於自由意志，指出證明方法，以使被告無庸另就自白非任意性肩負舉證責任。

證人免於自證有罪之依據：

刑事訴訟程序中，被告與證人之地位常因偵審人員惡意或非惡意而混淆，致實質被告之訴訟防禦權蒙受侵害，故本法乃另有第一八一條"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。"與第一八六條第二項"證人有第一八一條之情形者，應告以得拒絕證言，"之規定，以貫徹實質被告免於自證有罪權利之保障。關於此一實質被告之證人所擁有之不自證己罪權利，有如下之說明：

不自證己罪原則適用於被告之權利即為緘默權行使（第九十五條第二款、第九十八條、第一五六條第一項），適用於證人之權利即為拒絕證言權（第一八六條第二項、第一八一條）。

同一程序中證人不得僅就一部事實陳述而就部分事實行使拒絕證言權，此於詰問時亦同（第一八一條之一）；至不同程序，證人雖於先前或其他程序為陳述，於另一程序仍得行使拒絕證言權。

被告之不自證己罪可對所有問題概括拒絕答覆，惟證人之不自證己罪需就個別具體問題逐一分別主張，使法官得判斷該問題有無使證人自證己罪之可能性。

拒絕證言權屬證人不自證己罪之權利，非當事人所得主張之權利，故若違反第一八一條及第一八六條第二項，僅將來不得為追訴審判該證人之不利證據（此無異以具結程序迫使證人為真實陳述，違反

第一五六條第一項規定），然仍得為本案被告之證據。

共同被告原有之被告權利（包括不自證己罪權利），不因第二八七條之二而受影響，故未分離審判前，共同被告行使者為緘默權；分離審判後，其身分轉換為證人，所行使者則為拒絕證言權。

十六、何謂現行犯？何謂準現行犯？試說明之。

【擬答】：

現行犯：

犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯（§88Ⅱ）。所謂實施中，指其犯罪行為尚在實施狀態之中；實施後即時發覺，則指犯罪行為雖已實行完畢，即被發覺者而言。應以犯罪行為已否實施完畢為準，與犯人是否離去現場無關。如在犯罪實施後，又非即時發覺，除合於本條第三項之情形外，並非現行犯。

準現行犯（§88Ⅲ）被追呼為犯罪人者。即被人追躡或呼號指為犯罪人是。至被追呼之人是否果為犯罪人，並非所問。

因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處，露有犯罪痕跡顯可疑為犯罪人者。

十七、試述刑事訴刑法上所規定司法警察之職務？

【擬答】：

司法警察官：協助偵查（本法第二二九條）

編制：

c警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長。

d憲兵隊長官。

e依法令關於特定事項，得行相當於前二款司法警察官之職權者。

職務：

前項司法警察官，應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。

被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送。

司法警察官：聽從檢方指揮偵查（本法第二三〇條）

編制：

c警察官長。

d憲兵隊官長、士官。

e依法令關於特定事項，得行司法警察官之職權者。

職務：

c前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。

d實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。

司法警察：聽從檢方及司法警察官指揮偵查（本法第二三一條）

編制：

c警察。

d憲兵。

e依法令關於特定事項，得行司法警察之職權者。

職務：

c司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官。

d實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。

十八、刑事判決有形式判決與實體判決之分，其內容為何？兩者區分之實益何在？

【擬答】：

實體判決：

關於實體法上事項所為之裁判。

科刑、免刑及無罪判決 (§299、§301)。

撤銷緩刑宣告、更定其刑及定應執行之裁定 (§476、§477)。

必經當事人言詞辯論 (§221)。但有如下例外：

c 第三審法院之判決 (§389 I)。

d 非常上訴法院之判決 (§444)。

e 為受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人已死亡或於再審判決前死亡者 (§437)。

f 簡易判決 (§451)。

形式判決

關於訴訟法上事項所為之判決。

免訴、不受理及管轄錯誤之判決 (§161IV、§302~§304、§372)。

羈押之裁定、科證人、鑑定人、通譯罰鍰之裁定。

不經言詞辯論。

區分之實益：需否言詞辯論：

不經言詞辯論之判決：指兩造缺席判決，故無庸指定審判期日命當事人及辯護人到庭辯論。

雖未經傳喚當事人，其判決亦難指為違法。其情形有：

c 案件應諭知免訴，不受理或管轄錯誤之判決者 (§307、§334、§335、343)。

d 第二審法院對於不合法之上訴及對於原審諭知管轄錯誤、免訴或不受理之判決上訴時，認其為無理由而駁回上訴或認為有理由而發回該案件之判決者 (§372)。

e 第三審法院之判決 (§389)。

f 非常上訴之判決 (§444)。

g 為受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人已死亡或於再審判決前死亡者 (§437 I)。

h 簡易判決 (§449)。

不待其陳述而為判決：指一造缺席判決，即其判決得僅由檢察官、自訴人或被告一造之辯論而為判決，其情形有：

c 被告拒絕陳述者 (§305 前段)。

d 被告未受許可而退庭者 (§305 後段)。

e 法院認為應科拘役、罰金或應諭知免刑或無罪判決之案件，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者 (§306)。

f 被告心神喪失，或雖因疾病不能到庭，而顯有諭知無罪或免刑判決之情形者 (§294 III)。

g 自訴代理人經合法通知無正當理由不到庭，經再通知者仍不到庭者 (§331)。

h 第二審上訴，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者 (§371) 是。故兩造均不到庭，除得通知檢察官擔當訴訟外，如許其逕行判決其程序等於書面審理，而非言詞辯論，與立法主義顯有違背。

十九、何謂緩起訴處分？試根據我設刑事訴刑法之規定說明之。

【擬答】：

緩起訴之意義：

緩起訴，簡言之即為附條件的不起訴處分，為廣義的便宜不起訴處分的一種，亦即其性質異於絕對不起訴處分，而與「相對不起訴處分」同，均是檢察官偵查終結時，本其偵查之結果認為案件達到起

訴之嫌疑程度，但基於特別的考量，不予起訴，為我國刑事訴訟法酌採「起訴便宜原則」之體現。惟其與相對不起訴處分所不同者在於，二者適用的案件範圍不同，緩起訴得附負擔，且緩起訴處分需於緩起訴期間經過、被告履行負擔後，使發生與不起訴相同之確定力。

緩起訴處分之要件：

按刑事訴訟法第二五三條之一第一項規定：「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。」其要件可拆解如下：

案件之限制：並非任何案件皆得為緩起訴，而是排除重罪，將適用緩起訴之案件種類限制在「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」，上開適用範圍已經包那諸如竊盜、詐欺、侵占、及背信等常見的財產犯罪類型。應注意的是，緩起訴雖亦為廣義的便宜不起訴處分，但此項案件性質的限制，則屬法定性要件，無關乎裁量，且也不得裁量。

裁量之基準：上開案件，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，得為緩起訴處分。更進一步說明之：

檢察官考慮是否為緩起訴時，應考慮刑法上量刑審酌事由，此係基於被告個人的特別預防考量。就結論而言，應僅限於審酌各款後認為被告罪責輕微之情形，否則，縱使屬於得為緩起訴之案件，但若被告罪責重大，如犯罪動機卑劣且手段殘忍者，不應為緩起訴處分。

所稱參酌公共利益之維護，是指該案的繼續追訴並不存在重大的公共利益而言，在此，作為公益代表人的檢察官，尤須審酌放棄追訴是否造成一般預防及正義觀感的負面影響。

以上要件屬於「裁量」性質，除有濫用或逾越的極端情形下，屬於檢察官的固有權限，縱使緩起訴經提起交付審判，也不在法院的審查範圍。

緩起訴之負擔：按刑事訴訟法第二五三條之二第一項規定：「檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行左列各款事項：一、向被害人道歉；二、立悔過書；三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償；四、向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額；五、向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務；六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施；七、保護被害人安全之必要命令；八、預防再犯所為之必要命令。」其中若是第三款第三款至第六款之事項，應得被告之同意；而第三款、第四款並得為民事強制執行名義。

緩起訴之確定：緩起訴處分本身於告訴不得再議時確定，而其確定力確須於緩起訴期間經過且被告履行負擔後，始發生與不起訴處分相同之確定力。且於緩起訴期間，若有下列情事發生，依刑事訴訟法第二五三條之三規定，檢察官得依職權或依告訴人之聲請，撤銷緩起訴處分，續行偵查或起訴：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；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；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。

二十、何謂刑事訴訟法中之相牽連案乙？其與刑法中之牽連犯有何不同？試分析之。

【擬答】：

相牽連案件：

謂「案件」者，乃指一名被告之單一犯罪事實，而數案件可能因有特定之關係，而依照刑事訴訟法第七條規定，為相牽連之案件。相牽連之案件按刑事訴訟法第七條，有以下四種：

一人犯數罪者。例如：甲殺人，另犯偽造文書罪，則甲的殺人案件與甲的偽造文書案件，為相牽連之案件。

數人共犯一罪或數罪者。例如：甲與乙基於共同行為決意，共同實施殺害丙的行為，則甲的殺人

案件與乙的殺人案件，為相牽連之案件。

數人同時在同一處所個別犯罪者。例如：甲至丙宅行竊，同一時間，與甲無共同行為決意之乙，亦至丙宅行竊，二人並無共同行為實施，則甲之侵入住宅竊盜案件與乙之侵入住宅竊盜案件，為相牽連之案件。

犯與本罪有關之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。例如：甲竊取丙車，乙明知該車為甲財產犯罪所得之贓物，而故意買受並轉手，就甲之竊盜罪與以之贓物罪，為相牽連之案件。

牽連犯：

牽連犯係指刑法第五十五條後段「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷」之規定，例如：甲偷乙的鑰匙，未得乙之同意，進入乙的住宅，分別成立竊盜罪與侵入住居罪，其竊取鑰匙之目的在於侵入乙宅，竊盜罪與侵入住居罪有方法結果關係，兩罪有牽連關係，依牽連犯之規定，從一重處斷。（94.2.2 修正公布，95.7.1 施行之刑法已刪除§55 後段牽連犯之規定。）

相牽連之案件與牽連犯之相異點：

相牽連之案件與牽連範圍兩個截然不同的概念，前者為訴訟法上概念，後者為實體法上概念，

二者主要之相異點如下：

案件數不同：牽連犯為裁判上一罪，在程序上為單一案件；而相牽連之案件必為複數案件。

行為人數不同：牽連犯的行為人必為一人；而相牽連之案件可能為一人犯數罪，或是數人的犯罪有特別關聯性而形成相牽連案件。

目的不同：牽連法上是在處理刑法上罪數間的競合關係；而相牽連之案件則是著眼於數案件中因具有特殊關聯性，合併審理以減少訴訟勞費的問題。

一、法院若欲將被告的犯罪自白作為有罪判決的基礎，在訴訟程序上何有限制？

【擬答】

不得以強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方法取得自白：依刑事訴訟法（以下稱本法）第一百五十六條第一項規定，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方法，且與事實相符者，得為證據。由此可知，被告之自白，須具有任意性及真實性者，才具有證據能力，方得以作為有罪判決之基礎。故訊問被告時，不得以前述之強暴、脅迫等不正方法為之（第九十八條），否則所取得之自白不得作為有罪判決之基礎。

不得違反第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項、第九十五條第二、三款等有關訊問被告之程序規定，否則其自白原則上不得作為證據：依本法第一百五十八條之二第一項規定，違背第九十三條之一第二項所定之法定障礙事

由經過時間內不得訊問之規定而為訊問者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。亦即違反上開規定所取得之被告自白，原則上不得作為證據，僅於例外才得作為證據。故訊問被告須注意不得於本法第九十三條之一第一項所定之法定障礙事由經過時間內為之，例如被告或犯罪嫌疑人身體健康突發之事由事實上不能訊問之時間、被告或犯罪嫌疑人等候辯護人之時間、或等候通譯之時間等，否則其自白原則上不得

作為證據。。

本法第一百五十八條之二第一項同時也規定，違背第一百條之三第一項所定之司法警察官或司法警察不得於夜間進行詢問之規定而為詢問，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，原則上不得作為證據，僅於但書所定之例外況才得為證據。故司法警察官或司法警察除非有第一百條之三第一項但書所定之例外情況，否則不得於夜間詢問犯罪嫌疑人，若於夜間詢問犯罪嫌疑人者，其所取得之

自白原則上不得作為證據。

本法第一百五十八條之二第二項規定，檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用同條第一項之規定。故檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人前，必須踐行第九十五條規定之告知義務，若未踐行第九十五條第二款之緘默權告知義務或第三款之辯護權告知義務者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。除非經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，方例外地得為證據。

不得違反本法中有關訊（詢）問被告之其他規定，否則取得之自白亦可能不得作為證據：按依本法第一百五十八條之四規定，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。故如取得被告自白之程序違背本法之規定者，法院仍可權衡判斷後決定該自白不得作為證據。

依此，除前、所述之各規定外，其他本法中有關訊（詢）問被告之規定亦經遵守。例如第九十六條規定訊問被告應與以辯明犯罪嫌疑之機會；第九十七條規定多數被告分別訊問，被告並得請求與其他被告對質；第一百條之一第一項規定，除有急迫情況且經記明筆錄外，訊問被告應全程連續錄音，必要時並應全程連續錄影等是。該等規定如有違背，則所取得之自白，依第一百五十八條之四規定，法院亦得權衡判斷後認定其不具有證據能力。

二．試比較說明「緩起訴」與刑事訴訟法第二百五十三條所規定「職權處分」其適用範圍之差異。

#### 【擬答】

c 刑事訴訟法第二五三條規定：第三七六條所規定之案件，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項認以不起訴為適當者，得為不起訴處分，屬職權不起訴處分之一種，即所謂微罪不舉原則。

d 同法第二五三之一條規定：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。

二者之適用範圍差異可略述如下：

相異：

1. 被告經認有犯罪嫌疑，而不以逕行起訴為適當者，如所犯為刑訴§376 所規定之案件，經參酌刑法§57 認情節較輕微者，依§253 不起訴處分（微罪不舉），至參酌刑法§57 及考量公共利益之維護，認情節稍重者則依§253 之1 為緩起訴處分。（PS. §253 與§253 具相近之性質）
2. 被告經認有犯罪嫌疑而不以逕行起訴為適當者，如所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外非§376 所規定之案件者，僅能依§253 之1 為緩起訴處分。
3. 被告經緩起訴處分者，得命其遵守一定事項（§253 之2），且於§253 之3 I 之三款法定情形，檢察官得依職權或告訴人聲請撤銷緩起訴處分，至§253 之相對不起訴處分（微罪不舉）則否（原規定已刪除）。

三．被告在刑事訴訟法上有何權利與義務，請簡述之。

#### 【擬答】：

被告不是單純的訴訟客體，而是訴訟主體。被告享有刑事訴訟法賦予的若干權利，也負有相當的義務。前者主要涉及其應享有的（程序）基本權，例如不自證己罪原則、罪疑唯輕原則、無罪推定原則與聽審權、受辯護權、在場權、調查證據請求權、對質詰問權及受告知權等，從而反應出國家機關的若干義務，例如告知義務；義務的違反，則表現在證據法則裡，例如非任意性自白不具有證據能力。扼要說明如下：

不自證己罪原則意義任何人皆無義務以積極作為協助對自己的刑事追訴；國家不得強制任何人積極自

證己罪。此係憲法給予人民在面對國家刑事訴追時的特殊保障，以實現人格權之保障。保護範圍—不自證己罪與緘默權

依實務見解<sup>1</sup>，明顯認為「（口頭）供述」才受到不自證己罪原則的保障，不自證己罪在我國，因而等於緘默權。由於僅保障被告的陳述自由，若是要求被告以供述以外的方式作證，如強迫其呼氣接受酒測、提供收賄帳冊、發聲、寫字等，即被排除於保護範圍以外！

#### 罪疑唯輕原則

意義當無法證明被告或犯罪嫌疑人所涉犯罪事實存在時，應為對被告有利的無罪或輕罪判決。罪疑唯輕原則可以從兩個面向來理解，一是實體法，一是程序法<sup>2</sup>。就實體法而言，罪疑唯輕原則補充了罪責原則；當對被告罪責的證明存疑時，應發生對被告有利的法效果。因為有罪才有刑罰，如果法官無法確定犯罪事實的存在，便不能夠課予被告刑罰。

d就程序法而言，其指導法官在未能形成確信時，如何判決；確立程序法上的證據評價原則。罪疑唯輕原則的適用的時機，是在「證據評價結束後」：法官依法踐行審判程序並調查證據，依自由心證綜合評價所有證據後，仍然無法形成心證時，依罪疑唯輕原則，應做成對被告有利的決定。

#### 無罪推定原則

2003年1月，刑事訴訟法增訂第一五四條第一項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」此原則對於刑事被告（或犯罪嫌疑人）提供訴訟上保護，追訴犯者為了將被告（或犯罪嫌疑人）定罪，除了被告（或犯罪嫌疑人）的心神狀態外，有義務證明所有犯罪事實的存在。簡之，無罪推定是檢察官舉證責任發生之事由<sup>3</sup>。其始點為被告「進入庭時」，終點則為控方證明被告有罪至「超越合理懷疑」的程度時。

在犯罪偵查程序，因與定罪尚無直接關連，故無此原則之適用，只要執法人員對於犯罪嫌疑人涉犯罪之懷疑有「相當理由」，即可予以逮捕、羈押、搜索、扣押；惟此等強制處分須由法院介入為事前或事後審查，併予說明。

被告的其他權利基於訴訟主體的地位，被告享有下列權利：聽審權（資訊請求權§§33、951；表達請求權§§

四·公務員甲涉及工程弊案遭檢方偵查，檢察官傳喚相關廠商乙作證，乙於具結後明確指出甲之犯罪情節，後檢察官將甲起訴。問法院可否根據乙之此一證詞為主要證據判決甲有罪？

：本題作兩部分，答述如下：

證人乙於偵查中對檢察官的陳述，因未保障被告詰問權，故無證據能力，法院不得根據乙證詞為主要證據判決甲有罪 證人乙於偵訊筆錄之證詞屬於傳聞證據

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」（§159 I），證人乙於檢察官偵訊做成之證詞，屬於審判外之陳述，依前開條文規定，除法律另有規定外，不得作為證據。因而，除符合傳聞例外規定，否則，依據傳聞規定，乙之偵訊筆錄應無證據能力。

#### 第159條之1第2項傳聞例外限縮解釋

本案可資檢驗之傳聞例外規定，為是否符合刑事訴訟法（下略）第159條之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」？依據文義解釋，題示情形固然符合上開傳聞例外規定，然而，仍應考量被告甲之詰問權有無受到保障而為限縮解釋。按詰問權屬於憲法第8條第1項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之基本人權及第16條所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪。故第159條之1第2項所稱得為證據之被告以外之人於審判外向法官所為之陳述及於偵查中向檢察官所為之陳述，實質上應解釋為係指已經被告或其辯護人行使反對詰問權者而言，如法官於審判外或檢察官於偵查中訊問被告以外之人之程序，未予被告或其辯護人行使反對詰問權之機會，除非該陳述人因死亡、或身心障礙致記憶喪失或無法陳述、或

滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到、或到庭後無正當理由拒絕陳述外，均應傳喚該陳述人到庭使被告或其辯護人有行使反對詰問權之機會，否則該審判外向法官所為陳述及偵查中向檢察官所為陳述，均不容許作為證據，以保障被告之反對詰問權，並符憲法第8條第1項及第16條之規定意旨。因此，本案檢察官並未依法賦予被告甲於偵訊時詰問證人乙之機會（§248），則證人乙之偵訊筆錄不構成第159條之1第2項傳聞例外規定，該證據無證據能力。

由於證人乙可能涉及行賄罪，檢察官訊問證人乙，未遵守證人不自證己罪之拒絕證言權告知義務，該陳述為違法取證，法院得否根據乙證詞為主要證據判決甲有罪，有肯否兩說證人不自證己罪之拒絕證言權與國家告知義務證人有作證義務（§176-1），但非無例外，當證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，拒絕證言，訊問機關並負有告知義務（§§181, 186 II），此項規範保護目的在於維護證人的不自證己罪權利。依題旨，廠商乙可能涉及行賄罪，則證人乙受有前開不自證己罪規定之保護，有權行使拒絕證言權。

檢察官違反不自證己罪之拒絕證言權的告知義務，證人乙之證詞對本案被告甲有無證據能力，有正反兩說肯定說國家訊問證人，違反不自證己罪之拒絕證言權的告知義務時，該證詞對於被告有無證據能力首要探究有違侵犯規範保護目的。不自證己罪之「拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張，證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人而設，非為保護被告，法院或檢察官違反告知義務所生之法律效果，僅對證人生效，故違反告知義務之證人證詞，對訴訟當事人仍具證據能力」。準此，證人乙之證詞對被告甲之案件而言，仍有證據能力。

#### d否定說

第186條第2項拒絕證言權之告知義務雖為保護證人而設，惟如檢察官未踐行此項告知義務，而告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，無異剝奪證人此項拒絕證言權，所踐行之訴訟程序自有瑕疵，應認屬因違背法定程序所取得之證據，有無證據能力，應依第158條之4：「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」審酌認定。

五．試論傳聞法則在「司法警察官或司法警察調查中所為之陳述」之適乙情形。

傳聞法則之規定，係為保護被告之對質詰問權之規定，原則上依刑事訴訟法第一五九條規定：「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。」。基本上不得作為判斷之依據，對司法警察官或司法警察所為之陳述，通常為警詢筆錄，或警察來法庭上作證之情形。然對質詰問權於立法上有所例外，於比較法尚有先前陳述以及先前不一致陳述等情形，現行法上，對司法警察及司法警察官之陳述，依刑事訴訟法一五九之二和一五九之三規定適用之：就一五九條之二而言，學說上定義為先前不一致之陳述，其法理為證人來審判庭上，卻為與先前不一致之陳述，或宣稱忘記等情形。其適用要件為對司法警察、司法警察官、檢察事務官所為之陳述。

與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，學說上稱為信用性之擔保，例如證人之前並未被強暴脅迫等。

證明犯罪事實存否所必要者，即有作為證據之必要性。

若該當尚列三種情形，則可例外地適用證人之前之陳述，構成本法一五九條傳聞法則之例外。

就一五九條之三言，學說上定義為先前陳述，其法理為證人客觀上不能到庭，然之前陳數可用之狀況，學說上認為亦必須該當下述三要件：

有客觀上不能到庭之情形，此亦為釋字五八二號所肯認，本法訂有四種情形：

死亡者。身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。到庭後無正當理由拒絕陳述者。

有學說認為，第四種情形應歸類於一五九之二條所稱之先前不一致陳述，而非此條所稱之客觀上不

能到庭。有較為可信之狀況，此與上述相同。有作為證據之必要性。

若該當上述三要件，則亦例外地構成傳聞法則之例外，可作為證據。另外，刑事訴訟法一五九之四規定：除前三條情形之外，特信性文書亦可構成傳聞法則之例外，亦即，可使用證人審判外之陳述，茲有疑義者，乃警訊筆錄是否構成一五九之四條之公務文書？

實務認為，警訊筆錄亦應構成一五九條之四之特性信公務文書，然學者皆認為應嚴格解釋「前三條之外」，亦即，對司法警察等之陳述，應使用一五九之二和一五九之三條所訂傳聞例外，而不應使用特信性文書，否則無異架空法條規定，以及直接審理原則之實質直接性之要求，若違反此而使用警訊筆錄，應構成本法三七九條第十款之判決當然違背法令。

六．試根據我設刑事訴刑法之規定，回答下列問題：

何種自白方有證據能力？被告如於法庭中主張，其在偵查中所以自白，乃是因為被刑求而不得不為時，法院應如何處理？

被告自白須非出於不正訊問方法且與事實相符，並有關聯性補強證據始得為有罪判決，倘被告抗辯其自白出於不正方法時，應先於其他事證調查，並由檢察官就其提出之自白出於任意性負舉證責任；而法院訊問被告時，應先告知本法第九十五條所列事項，再命其就辯明內容之始末連續陳述，被告有數人時應隔離訊問並得對質，而訊問之全程尚應連續錄音或錄影。其調查程序並依刑事訴訟法第九十四條至第一百條之三、第一五六條、第二八六條至第二九〇條之規定。綜言之，被告自白需非出於不正方法而有任意性，訊問前應為權利告知並全程連續錄音或錄影，且不得逾法定障礙期間，同時未違反夜間詢問之規定，如為警詢中，需由行詢問以外之人製作筆錄，則該自白即具證據能力。

關於自白之調查，依本法第一六一條之三及第二八八條第三項均明定被告自白（被訴事實）應於其他證據調查後方得為之，惟第一五六條第三項則規定「被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查」，則此前後是否相衝突？應注意者，乃後者所稱應先為調查部分係指偵審人員有無使用不正方法而言，非調查自白內容。亦即先調查確認有無使用不正方法，若無，則該自白即具任意性而有證據能力，乃第一六一條之三所謂之「得為證據之被告自白」，嗣再將該自白列於其他證據調查次序之後而為調查。

七．高雄地檢署檢察官，偵查某案終結，發現該案之管轄權應屬於屏東地方法院，即於向屏東地方法院提起公訴，試問是否合法？如該案確實應歸屏東地方法院管轄，該法院應如何處理？

刑事訴訟法有關管轄權之規定，在避免法院審理案件時蒙受外界不當之干預，使各具體案件按法律明定之標準決定審判法院（法官法定原則），此等包含事物管轄與土地管轄之固有管轄，並未適用於檢察一體之偵查階段。檢察一體之內涵檢察一體之適用，應以確保檢察權之公正行使為前提，合於防止權力濫用乃統一檢察權行使方針為其目的，並以不違背檢察官之真實性義務及合法性義務為其界限。指令權發動之要

件、程序及其救濟等，應予以明確規範，務必使檢察首長「職務承繼權」及「職務移轉權」的行使能在一定條件下審慎為之，同時藉由書面指揮原則，客觀化分案原則及協同辦案等規定內涵法制化，避免外力干預個案。尤其，如能落實偵查處分採行令狀原則以及對追訴權的外部制衡機制，則透過檢察一體內監督以防止權力濫用的必要性，應可相對的大幅減低，檢察一體的目的應著重在統一運作方針及追求效率上。

指令權行使之界限大體上，c從實定法上的合法性或法定原則，對指令權的行使，設定第一道可謂是不容逾越的外圍防線。d視程序進行的階段如何，或與審判作用的鄰接程度不同，容許指令權行使的範圍有異。例如偵查中的案件，如為統一偵查的策略或方針，可容許的指令權行使範圍愈寬，進行至偵查終結，決定是否提起公訴時，指令權的行使即受到相當的制約。至於起訴後，案件在審判中的證據調查或辯論等程序，檢察官自應享有充分依自我責任行使實行公訴的權限，而不受上級指令權的拘

束。至檢察官之處分確定時，除非的特別規定，上級檢察長不得再以檢察一體之原則介入。e依訴訟行為的性質不同，容許指令權行使的空間，亦有不同。形成訴訟行為的決定，指令權不宜介入，例如個案是否開始偵查、有無具備偵查終結起訴或不起訴的要件，應充分尊重檢察官行使職權的獨立性。相對的，程序進行中的訴訟行為，容許指令權行使的空間則較大。f另外在程式上，對於上級指令權的行使，檢察官如認為違法或不當者，得向上級表示意見，如該上級檢察長仍確認係合法者。檢察官如仍有疑義，應容許向再上級檢察首長陳述意見，如再上級亦支持指令權為合法者，則檢察官應有服從之義務，或由上級行使職務移轉或收取權，交出該系爭之檢察事務。本題若屏東地院為有管轄權法院，高雄地檢署檢察官本於檢察一體所為偵查仍屬合法，並非無管轄權之偵查，惟偵查終結後應向有管轄權之屏東地方法院起訴，並由屏東地方法院為實體審理與判決。

八· 刑事訴刑法規定對於有人住居或看守之住宅或其如處所，不得於夜間入內搜索或扣押。請問，該夜間搜索之禁止原則有那些例外？又，如反夜間搜索之禁止原則所扣得之物，是否有證據能力？

禁止夜間搜索原則與例外為維護人民夜間住居安寧，對於有人住居或看守之住宅或其他處所，刑事訴訟法（以下稱刑訴法）禁止夜間執行搜索或扣押（§146 I 本）。但容許以下例外：「經住居人、看守人或可為其代表之人承諾；有急迫之情形」（§146 I 但）違反夜間搜索之禁止原則所扣得之物，其有無證據能力應依刑訴法第158 條之4 判定違反夜間搜索之禁止原則所扣得之物是否有證據能力，關此問題，由於刑訴法未就此違法取證設有如同不正訊問或違反告知義務之特別規定（參照§§156 I，158-2 II），是以，系爭問題應適用第158 條之4：「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」。至於人權保障及公共利益之均衡維護，如何求其平衡，常因個案而有差異，於權衡時，允宜斟酌：違背法定程序之情節。違背法定程序時之主觀意圖。侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。犯罪所生之危險或實害。禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性及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。

九· 甲男年僅十九歲，駕駛機車，見同向在前駕駛機車之乙女皮包斜掛，認為有機可乘，乃尾隨其後快駛通過搶奪該皮包，不慎將乙機車拉倒，乙因而受輕傷。經乙以過失傷害提起告訴，檢察官乙搶奪起訴，刑一審法院以搶奪罪科刑後，甲表示甘服未上訴，檢察官以漏未就過失傷害前份審判提起刑二審上訴，甲父丙則以量刑過重提起上訴，刑二審法院以檢察官並未起訴過失傷害及甲已明示甘服分別駁回檢察官及丙之上訴。問此地二審法官之裁判合法否？如對此裁判不服能否向刑三審請求救濟？

以下分就各小題論述。

二審法院裁判是否合法，需視法院認定系爭事實為一案件或數案件。法院認定為一案件倘法院認定系爭案例為一案件，一部起訴之搶奪有罪，未經起訴而已合法告訴之過失傷害亦有罪，且兩者有想像競合之不可分關係，則搶奪與過失傷害具備案件單一性，即「實體法上一罪，訴訟法上一客體，審判上無從分割」，一部起訴效力及於全部犯罪事實，法院應就全部加以審判，此於上訴程序亦有上訴不可分原則（§348 II）。然二審法院言檢察官未起訴過失傷害而駁回檢察官上訴，未予審理過失傷害，屬已受請求事項未予判決之漏未判決，該判決當然違背法令（§379（12 前））。

法院認定為數案件倘法院認定起訴部分與未經起訴部分，無不可分關係，則無審判不可分、上訴不可分之適用，法院僅能就檢察官起訴之搶奪判決。如將未起訴之過失傷害一併審理，乃訴外裁判，該判決當然違背法令（§379（12 後））。準此，二審法院以檢察官未起訴過失傷害而駁回檢察官上訴，乃法所當然，無違法可言。

分別就駁回檢察官上訴與丙上訴討論。駁回檢察官上訴是否合法，需視二審法院認定為一案件或數案件。

如前所述，若二審法院認定為一案件，則二審駁回違法，原判決屬判決當然違背法令（§379（12前）），可上訴第三審救濟。倘二審法院認為數案件，則依控訴原則，法院本不得審理未經起訴之事實（§268），如竟以上訴第三審，該上訴違法。

被告法定代理人丙得為被告利益獨立上訴，二審法院仍應實體裁判，而非上訴第三審救濟。被告為未成年，其父親為被告之法定代理人，而法定代理人得為被告之利益獨立上訴（§345），法文既稱「獨立」，則法定代理人之上訴不受被告意思拘束，可與被告明示意思相反。準此，系爭案例，甲19歲為未成年，其父丙依前開規定得獨立上訴，縱使與甲甘服裁判之意思相違，丙之上訴仍屬合法。惟二審法院誤認利益被告之合法上訴為不合法因而程序駁回，此救濟方法，實務認為由二審法院仍就其合法上訴而為實體裁判，而非上訴第三審救濟。然而，實務見解恐有不妥，一來有違裁判自縛性，並且，案件一經駁回，即無訴訟繫屬可言，訴訟關係不存在，二審法院何能判決？僅就實務以解，系爭案例因係誤認利益被告之合法上訴為不合法因而程序駁回，其救濟方法並非上訴第三審，而應由駁回之二審法院實體審理。

十、何謂當事人能力？何謂訴刑能力？依現行法規定，法人是否具有當事人能力與訴刑能力？

當事人能力乃得為刑事訴訟當事人之法律上能力，其應於起訴時判斷有無。

公訴案件：檢察官：均為自然人且受國家考選任命，故有當事人能力。

d被告：自然人：具權利能力者均有之（胎兒則無）；如係欠缺責任能力者，應依刑事訴訟法第三〇一條第一項諭知無罪而非無當事人能力；若起訴後死亡時則依同法第三〇三條第五款諭知不受理。法人、非法人、政府機關：原則均無，例外為特別法規定。

自訴案件：自訴人自然人：犯罪直接被害人且有行為能力者，如無當事人能力應依本法第三三四條諭知不受理。

法人：須併列法人及代表人姓名，欠缺前者依本法第三三四條諭知不受理，欠缺後者先命補正，逾期依本法第三四三條準用第三〇三條第一款諭知不受理。

d被告：同公訴案件。被告無當事人能力時依本法第三四三條準用第三〇三條第一款諭知不受理判決。訴訟能力：乃於刑事訴訟中得有效為訴訟行為之能力，其以意思能力之有無判斷之。

公訴案件：檢察官：以具備意思能力為足，與行為能力無涉。

d被告：自然人：須有意思能力，心神喪失者依本法第二九四條第一項應於回復前停止審判，例外依同條第三、四項不停止審判。

法人：代表人為訴訟行為。

自訴案件：自訴人自然人：有當事人能力者因有行為能力（本法第三一九條第一項本文及但書），故必有訴訟能力。惟應注意九二年一月修正新法第三十七條及第三一九條第二項律師強制代理之限制。

法人：同自然人（代表人須有意思能力）。

d被告：同公訴案件。

十一、依刑事訴刑法刑一百三十條之規定，檢察事務官或司法警察人員依法於提、逮捕被告或犯罪嫌疑人時，雖無搜索票，得於行搜索一定的範圍，理由安在？此項得於行搜索之範圍如何？

附帶搜索：依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。」其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具，另倘為取得或保全證據則亦屬之。惟亦有採不同見解者，其認為保全隨身證據時不得為附帶搜索。

依此學者認於刑事案件中為保障執法人員安全並防止隨身證據湮滅：司法警察拘提逮捕汽車駕駛人或

乘客時，得同時附帶搜索該人得立即觸及之汽車內部及其內開啟或封閉之容器（包括前座置物箱、車上之行李、盒子與衣服等），至於未得觸及之範圍暨汽車之後行李箱與引擎箱則均不得為之。

若係對接近汽車或未曾進入汽車之人為拘提逮捕，則僅得於合理懷疑該人身上可能發現證據或武器時，始得對身體為附帶搜索，至對汽車，即不許為之。

司法警察若具備相當理由時得對停放路邊之汽車（含置物箱、行李箱與引擎箱）為無令狀搜索，以防止嫌犯或共犯將車駛離或遭人竊取破壞，至對汽車內可得分離之容器（如個人皮包、旅行袋等）僅得無令狀扣押，迨取得令狀後始可為搜索。

十二、某甲在台北市，對於某設派至我設之代表某乙，犯故意傷害罪。我設之司法警察某丙，持於票在台北市逮捕某甲之時，某甲又對某丙犯妨害於行職務罪。某甲之住所在高雄市。試回答下列問題，並說明其理由：某甲所犯之故意傷害罪，那些法院有刑一審管轄權？某甲所犯之妨害於行職務罪，那些法院有刑一審管轄權？某甲所犯之故意傷害罪與妨害於行職務罪，可否合併管轄？現行法律規定，有何甲弊得失？

依案例所示，甲在台北市故意傷害某國派至我國之代表乙，構成妨害國交罪（參照刑法第116條）。又，警察合法拘提甲時，甲對執行員警犯妨害執行職務罪（參照刑法第135條第1項），合先敘明。以下謹依題號順序，分別作答：

甲故意傷害乙之案件，臺灣高等法院及其高雄分院均有第一審管轄權。事物管轄之意義事物管轄是以案件（事物）之種類定第一審管轄法院為高等法院或地方法院，即定不同「級」法院刑事案件之分配。刑事訴訟法（以下略）規定刑事案件第一審管轄權屬於地方法院，僅內亂罪、外患罪和妨害國交罪的第一審管轄權才例外屬於高等法院（參照第4條），「蓋以此類案件。侵害國家之法益，情節重大，宜於速決」，而這些類型之案件，通稱為事物管轄案件。

本案為妨害國交案件，屬事物管轄案件因甲所犯為妨害國交罪，而妨害國交罪之第一審管轄權為高等法院（參照第4條第3款），屬於事物管轄案件。

臺灣高等法院及其高雄分院對於甲故意傷害乙之案件均有管轄權依案件性質定其管轄權之第一審法院為高等法院或地方法院後，再依土地管轄之規定，判斷應由哪一地域之法院管轄。

d案件犯罪地及被告住所地具有管轄權（參照第5條第1項）。甲犯罪地在台北市，住所地在高雄市，是以，兩地之高等法院（台北市—臺灣高等法院；高雄市—臺灣高等法院高雄分院）對於甲所犯之妨害國交罪具有管轄權。

甲妨害執行職務罪，臺灣台北地方法院及臺灣高雄地方法院均有第一審管轄權 妨害執行職務罪不屬於事物管轄案件，故地方法院有第一審管轄權妨害執行職務罪，不屬於第4條所列之事物管轄案件，因而，甲所犯之妨害執行職務罪，其第一審管轄權為地方法院，而非高等法院。

臺灣台北地方法院及臺灣高雄地方法院均有第一審管轄權依土地管轄之規定，案件犯罪及被告住所地之法院均有管轄權，甲在台北市犯系爭案件，其住所則在高雄市，因此，台北市之臺灣台北地方法院與高雄市之臺灣高雄地方法院對於該案均有第一審管轄權。

甲故意傷害罪與妨害執行職務罪，可合併管轄，其優點為訴訟迅速與經濟，缺點為有害於甲妨害執行職務罪案件之審級利益。

甲故意傷害罪與妨害執行職務罪，可合併管轄各類案件本應依循固有管轄（參照第4,5條）定管轄法院，基於促進訴訟與訴訟經濟，法院本於固有管轄之案件與其他不具固有管轄權之案件相牽連，而取得其他案件的管轄權，稱作牽連管轄，而此特殊關連稱為「相牽連案件」（參照第7條）。本案例，甲犯故意傷害罪與妨害執行職務罪，屬於相牽連案件之「一人犯數罪」情形（參照第7條第1款），故可由同一法院合併管轄。

甲觸犯之故意傷害罪與妨害執行職務罪，其各該第一審管轄權分屬高等法院及地方法院，則依第6條

第3項本文規定：「不同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其上級法院管轄」，因此，得由高等法院合併管轄之，惟此不具強制性，若未合併管轄或合併由地方法院管轄，亦無違法。

第6條第3項得合併由上級法院管轄之利弊各相牽連案件本可由原來之固有管轄法院管轄，基於促進訴訟與訴訟經濟，方有合併管轄設計，而合併管轄之設計並不具強制性，各法院可裁量為之，故合併管轄之規定謂：「『得』合併…管轄」。因此，得合併管轄之案件如未合併，並無違法可言。

合併管轄雖有前揭優點，但正是其缺點所在，「只要合併由上級管轄或審判，難免會影響審級利益」。以本案甲之妨害執行職務罪為例，其本可由地方法院行使第一審管轄權，並享有三級三審之救濟權利，一旦與甲另犯之妨害國交罪合併由高等法院為第一審管轄，因僅能上訴至最高法院，僅有兩個審級救濟，甲之妨害執行職務罪將失去一次審級之訴訟利益。因此，遇此情形，不宜由高等法院合併管轄，較為妥當。

十三、於提之原因有那些？那些情形須使乙於票？那些情形無須使乙於票？試根據我設刑事訴刑法之規定，說明之。

拘提原因及有票拘提、無票拘提之規定，分述如下：

拘提原因刑事訴訟法（以下略）規定之拘提原因，因一般拘提、逕行拘提與緊急拘提而有不同：一般拘提：經傳喚無正當理由不到場拘提目的在使相關人員到場，依比例原則（參照憲法第23條），如傳喚即可達到到場之目的者，則無庸拘提，故一般拘提之原因為「經傳喚無正當理由不到場」。第75條「被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之」、第178條「證人經合法傳喚，無正當理由而不到場者，得科以新臺幣三萬元以下之罰鍰，並得拘提之；再傳不到者，亦同」及第215條第2項「行前項檢查，得傳喚其人到場或指定之其他處所，並準用第178條之規定」，乃關於一般拘提原因之明文規定。

逕行拘提：第76條各款為遵守憲法比例原則，一般拘提固以合法傳喚卻無正當理由不到為前提，但於特別情形，傳喚反易使被告知曉國家對其追訴而逃亡或滅證。因而，於此情形便不經傳喚逕行拘提，此稱逕行拘提，依據為第76條：「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：

無一定之住所或居所者。逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。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。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。」緊急拘提：急迫情形併第88條之1第1項各款不論是一般拘提或逕行拘提，皆須核發拘票始得執行。惟急迫情形不及取得拘票時，得允許無票拘提，此稱緊急拘提，依據為第88條之1第1項：「檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：1因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。2在執行或在押中之脫逃者。3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一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限。4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，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者。」

有票拘提：第77條規定「拘提被告，應用拘票」，則除緊急拘提之原因外，不論拘提對象為被告或證人，對其等之一般拘提與逕行拘提皆應使用拘票。

無票拘提無票拘提乃是有票拘提之法定例外，第88條之1緊急拘提便屬無票拘提。惟第88條之1第2項又分執行緊急拘提者為檢察官或司法警察（官）而有不同處理：

由檢察官親自執行時，得不用拘票。由司法警察官或司法警察執行時，以其急迫情況不及報告檢察官者為限，於執行後，應即報請檢察官簽發拘票。如檢察官不簽發拘票時，應即將被拘提人釋放。

十四、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刑5天，僅以甲為被告，聲請前議，案乙經發回檢行偵查。問：偵查結果，檢察官該認甲與乙共同成如誣告罪時，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？

依題意所示，甲乙共同誣告丙竊盜，於實體法上構成刑法第169條第1項、第28條之共同誣告罪；於訴訟法上屬於刑事訴訟法（下稱刑訴法）第7條第1款之數人共犯一罪，為相牽連之數案件，依刑訴法第15條準用第6條之規定，檢察官得合併偵查、合併起訴，合先敘明。以下就題示問題分述如下：

發回續行偵查（刑訴法第258條第1款後段）後，檢察官復認甲與乙共同成立誣告罪時，亦不得將甲乙一併提起公訴：

刑訴法第232條之告訴人，係指因犯罪而直接受有損害之人（20年上字第55號判例），而誣告罪依實務見解認為：「…既足使國家司法上之審判權或偵查權妄為開始，而同時又至少必使被誣告者受有名譽上之損害…」（26年渝上字第893號判例），故依實務見解認為丙為刑訴法第232條之犯罪被害人，得提出告訴。

檢察官偵查甲乙共同誣告罪，依偵查結果為刑訴法第252條第10款之不起訴處分後，因該不起訴處分屬於欠缺處罰條件之絕對不起訴處分類型，告訴人若未於七日內聲請再議（刑訴法第256條第1項），則發生刑訴法第260條之實質確定力，非有各款事由檢察官不得再行起訴。告訴人丙因並未對於乙之不起訴處分聲請再議，故承前述已發生刑訴法第260條之實質確定力。

聲請再議並無刑訴法第239條告訴主觀不可分之適用：

依刑訴法第239條規定，告訴乃論之罪，對於共犯一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。本題中因c誣告罪屬非告訴乃論之罪；d聲請再議與告訴或撤回告訴不同，並無告訴觀不可分之適用（70、8、27法（70）檢字第1031號函釋參照）。

綜上所述，乙誣告丙之不起訴處分，除非有刑訴法第260各款事由，得再行起訴外，已發生刑訴法第260條之實質確定力，故檢察官僅得將甲提起公訴，不得再將乙誣告罪部分起訴。

檢察官續行偵查後，將甲乙一併提起公訴，承前述，法院應對甲之誣告罪為實體審判；而對乙之誣告罪，則因欠缺形式訴訟條件，應下刑訴法第303條第4款之不受理判決。

十五、刑事訴刑法有關法官迴避之規定，是否適乙於檢察事務官？又依刑事訴刑法刑二十六條，法官迴避之規定，適乙於檢察官，但不得以其曾於下級法院於行檢察官之職務，為迴避之原因，其理由為何？

刑事訴訟法關於法官迴避之規定，應亦適用於檢察事務官。理由如下所述：

刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）第17條以下，為迴避之規定，其主要目的在於建立公平之法院，使刑事訴訟之進行可以獲得當事人之信賴。以刑訴法第17條之各事由為例，法官有該各個事由，但卻執行職務之時，當事人勢必無法信服其所為之決定，是故為法官應自行迴避事由。

刑訴法第26條第1項前段規定：「第十七條至第二十條及第二十四條關於推事迴避之規定，於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。……。」之意旨，也是在建立公平及為被告所接受之檢察體系。是故檢察官及辦理檢察事務之書記官具有應自行迴避事由（第17條）或聲請迴避事由（第18條）時，亦應迴避。依此意旨，雖然法條並未明文檢察事務官必須迴避，但是，依迴避之立法意旨，刑訴法第17條以下關於迴避之規定，也應該類推適用於檢察事務官。

刑訴法第26條第1項規定：「第十七條至第二十條及第二十四條關於推事迴避之規定，於檢察官及辦理檢察事務之書記官準用之。但不得以曾於下級法院執行檢察官、書記官或通譯之職務，為迴避之原因。」是因為，如果所執行之職務為檢察官，無論是在下級審或上級審，都是針對被告之犯罪事實進行訴追、蒐集證據、決定是否起訴及於審判期日盡實質舉證責任，並無何差別，角色並不會混淆，亦即，並不會造成執行職務上之偏頗。所以，即便是在下級審擔任過檢察官，於上級審在於同一案件在擔任檢察官時，並不需要迴避。

再者，刑訴法第26條第1項但書之規定，於法官之情形，依目前實務及通說之看法，目的在於維護被告之審級利益，但是，於檢察官時，並沒有審級利益之問題，是故，不需要迴避。

十六、甲至A百貨公司購物，因店員乙適與男友丙聊天中誤會甲行竊，甲為免誤會迅速離去，乙誤以甲逃跑，乃追呼其為小偷，甲旋被附近巡邏警員丁逮捕，甲憤而誣指丙為共犯，丁乃急告同行警員戊前往丙宅，於丙臥室內加以逮捕，並將丙購自A公司之襯衫一乙以贓物加以扣押，問丁、戊之逮捕、搜索及扣押是否合法，請詳述其理由。

按”現行犯，不問何人得逕行逮捕之。犯罪在實施中或實施後及時發覺者，為現行犯。有左列情形之一者，以現行犯論：一被追呼為犯罪人者二因持有凶器”贓物或其他物件”或於身體”衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。”；”檢察官司法警察官或司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：一因現行犯之供述，且有事實足認為犯罪嫌疑重大者……”；”檢察官”檢察事務官”司法警察官或司法警察逮捕被告”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。”；”有左列情形之一者，檢察官”檢察事務官”司法警察官或司法警察，雖無搜索票得逕行搜索住宅或其他處所：一、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確實內者……”，刑事訴訟法第八十八條”第八十八條之一第一項”第一百三十條及第一百三十一條第一項分別定有明文。

至上揭第八十八條之一第一項所規定之”現行犯供述”是否包括準現行犯供述在內，本有不同見解，淺見以為僅須情況急迫，而未及聲請拘票即得為之。另第一百三十條之附帶搜索其搜索客體是否包括被搜索人隨身得湮滅之證據，亦有不同意見，淺見本於證據保全之必要性則肯認之。

本題甲為店員乙誤認係行竊者而追呼為賊，乃屬準現行犯，丙則為準現行犯甲供述之共犯，並有急迫情況，故二人為司法警察分予逮捕及緊急拘捕均為合法，又司法警察為緊急拘捕丙而無搜索票逕行搜索丙之住宅，揆諸前開規定亦為合法，其於拘捕時為防證據湮滅隨之附帶搜索扣押於法亦無不合。

十七、刑事訴訟法刑二百六十七條規定：「檢察官就犯罪事實一前起訴者，其前力及於全前」，同法刑二百六十八條又規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判」。二者所指為何，試申其義？倘甲以一狀誣告乙丙二人，檢察官若僅就甲誣告乙之前分起訴，法院應如何審判？甲若先偷竊乙之財物得手後，又前起意偷竊丙之財物，檢察官僅就甲偷竊乙之前分起訴，法院又應如何審判？

基於不告不理之控訴原則，法院審判範圍必須與檢察官起訴範圍一致，否則即屬過大（刑事訴訟法下稱同法，第三七九條十二款後段之未受請求之事項予以判決之訴外裁判）或過小（同法第三七九條十二款前段之已受請求之事項未予以判決之漏未判決）之違法。因此，檢察官提起公訴效力所及之犯罪事實的範圍，即屬法院所能及所應審判之犯罪事實的範圍。據此，同法第二六八條始規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判」。

又提起公訴之效力，及於何等範圍之犯罪事實？同法第二六七條規定為：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部」，傳統實務與學說見解認為，檢察官之起訴犯罪事實可分為顯在性犯罪事實，即起訴書上所記載之事實；以及潛在性犯罪事實，即非出於起訴書記載之犯罪事實，惟基於實體法上之實質上一罪、裁判上一罪等關係，於訴訟法上亦認為其與顯在性犯罪事實係屬單一犯罪事實，若係被告一人所違犯，且兩部均有罪，則屬單一性之案件，具有審判不可分之關係。

關於甲以一狀誣告乙、丙二人，檢察官若僅就甲誣告乙之部分起訴，法院應如何審判，分述如下：

依題意所示，甲一狀誣告乙、丙二人，於實體法上可能構成刑法第一六九條之誣告罪及第五十五條前段之想像競合犯，屬裁判上一罪關係，若審判中法院發現甲尚有誣告丙之犯罪事實，且誣告乙與誣告丙部分，兩部均有罪，則法院可以並且須依前述同法第二六七條規定，擴張審理至潛在性之誣告丙部分犯罪事實（此即所謂顯在性誣告乙部分犯罪事實具有擴張性），否則即屬前述同法第三七九條十二款前段之已受請求之事項，未予以判決之漏未判決之違法。

惟若法院審理後，發現誣告丙部犯罪事實無法證明，則不得對之下判決（此即所謂潛在性犯罪事實屬可變之繫屬），此時法院僅能對誣告乙部分下判決（此即顯在性犯罪事實屬不變之繫屬），否則亦有前述同法第三七九條十二款後段之未受請求之事項，予以判決之訴外裁判之違法。

又法院於審理後若發現誣告乙部分無罪，而誣告丙部分罪證確鑿，亦不可為甲誣告丙部分有罪之替代判決（此即潛在性犯罪事實不據替代性），否則亦有前述訴外裁判之違法。

關於甲先偷竊乙之財物得手後，又再起意偷竊丙之財物，檢察官僅就甲偷竊乙之部分起訴，法院又應如何審判，分述如下：

依題示，甲偷丙係另行起意，則與偷乙部分並非基於概括之連續犯意所為，應不構成刑法第五十六條之連續犯，故實體法上甲係觸犯兩次刑法第三二〇條竊盜罪，屬數罪關係；訴訟法上則屬數犯罪事實，依同法第七條第一款規定，為一人犯數罪之相牽連案件，得由檢察官合併偵查、合併起訴，法院得合併管轄（同法第六條第一項、第十五條），先予敘明。

惟檢察官既僅就偷乙部分提起公訴，基於不告不理之控訴原則，法院僅能就偷乙部分下判決；偷丙部分除非經檢察官追加起訴（同法第二六五條規定），否則法院不得加以審判，違者將構成前述訴外裁判之違法判決（同法第三七九條十二款後段）。

十八、刑事判決有形式判決與實體判決之分，其內容為何？兩者區分之實益何在？

實體判決：關於實體法上事項所為之裁判。科刑、免刑及無罪判決（§299、§301）。

撤銷緩刑宣告、更定其刑及定應執行之裁定（§476、§477）。必經當事人言詞辯論（§221）。但有如下例外：第三審法院之判決（§389 I）。非常上訴法院之判決（§444）。

e為受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人已死亡或於再審判決前死亡者（§437）。

f簡易判決（§451）。形式判決關於訴訟法上事項所為之判決。免訴、不受理及管轄錯誤之判決

（§161 IV、§302~§304、§372）。羈押之裁定、科證人、鑑定人、通譯罰鍰之裁定。不經言詞辯論。

區分之實益：需否言詞辯論：

不經言詞辯論之判決：指兩造缺席判決，故無庸指定審判期日命當事人及辯護人到庭辯論。雖未經傳喚當事人，其判決亦難指為違法。其情形有：

c案件應諭知免訴，不受理或管轄錯誤之判決者（§307、§334、§335、343）。第二審法院對於不合法之上訴及對於原審諭知管轄錯誤、免訴或不受理之判決上訴時，認其為無理由而駁回上訴或認為有理由而發回該案件之判決者（§372）。第三審法院之判決（§389）。f非常上訴之判決（§444）。

為受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人已死亡或於再審判決前死亡者（§437 I）。簡易判決

（§449）。不待其陳述而為判決：指一造缺席判決，即其判決得僅由檢察官、自訴人或被告一造之辯論

而為判決，其情形有：

c被告拒絕陳述者（§305 前段）。被告未受許可而退庭者（§305 後段）。

法院認為應科拘役、罰金或應諭知免刑或無罪判決之案件，被告經合法傳喚無正當理由不庭者（§306）。

f被告心神喪失，或雖因疾病不能到庭，而顯有諭知無罪或免刑判決之情形者（§294 III）。

自訴代理人經合法通知無正當理由不到庭，經再通知者仍不到庭者（§331）。第二審上訴，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者（§371）是。故兩造均不到庭，除得知檢察官擔當訴訟外，如許其逕行判決其程序等於書面審理，而非言詞辯論，與立法主義顯有違背。

十九、刑事訴刑法刑四百五十七條規定：「於行裁判由為裁判法院之檢察官指揮之。但其性質應由法院或審判長、受命推事、受託推事指揮，或有特別規定者，不在此限。」試詳述本條但書規定所指之情形為何？

按執行裁判原則上由為裁判法院之檢察官指揮之，刑事訴訟法第四五七條第一項定有明文，惟該條但書另定有其他特別規定，茲分述如下：

卷宗在下級法院者，由該法院之檢察官指揮執行，另附帶民事訴訟確定裁判之執行，則由法院民事執行處為之。

因駁回上訴抗告之裁判，或因撤回上訴抗告而應執行下級法院之裁判者，由上級法院之檢察官指揮之，此因卷宗多在上級法院，為便利迅速執行起見，自以由上級法院之檢察署檢察官執行為便利。

法院或審判長受命法官受託法官如有關於羈押、具保、責付、扣押及調查證據等裁定，得隨時為執行。此外罰金、罰鍰於裁判宣示後，如經受裁判人同意而檢察官不在場者，得由檢察官當庭指揮執行，但不包易科罰金之執行。

二十、何謂傳聞證據？該類證據有無證據能力？其理論依據為何？試舉五種情形說明之。

傳聞法則之意義與不適用之程序種類

所謂傳聞法則乃指對待證事實親自見聞之原始證人在審判外之供述未經當事人（尤指被告）對質詰問程序，以檢驗其供述內容之知覺正確性、記憶正確性、供述誠實性與敘述適當性，故排除該傳聞證據之證據能力，刑事訴訟法第一五九條第一項即明定「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。」

傳聞法則與直接審理主義關係密切，同為嚴格證明程序所採，故相對之自由證明程序與非行直接審理之書面審理即無採行傳聞法則之必要；依本法第一五九條第二項及上述說明，下程序不適用傳聞法則：

c簡易程序。簡式審判程序。起訴審查之審查程序。法律審審理程序。（第三審與非常上訴審）聲請交付審判之審查程序。h強制處分審查程序。（羈押、搜索、鑑定留置、鑑定許可、證據保全及其依法所為者）協商程序

傳聞法則之例外

按應行嚴格證明之審判程序，即應採傳聞法則，惟基於供述者於審判中供述不能並在可信性情況保證或證據必要性考量下，例外容許傳聞證據之證據能力，茲將本法就此之相關規定陳列如下：

下：

被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。（本法第一五九條第一項）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。（本法第一五九條之一第二項）被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或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，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。（本法第一五九條之二）

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：

c死亡者。身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。到庭後無正當理由拒絕陳述者。（本法第一五九條之三）

除前三條之情形外，下列文書亦得為證據（第一五九條之四）：

c除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。除顯有不可信之情況外，從事業務之久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。

e除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書。

被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。（第一五九條之五第一項）

當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於

言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。（第一五九條之五第二項）

1. 司法文書效力之發生，以經合法送達為前提。依據刑事訴訟法之規定，何謂「合法送達」？

答：應受送達處所檢察官（依刑事訴訟法第五八條）：應送達予提起或實行公訴之檢察官，如承辦檢察官不在辦公處所時，則向檢察長為送達。被告（依刑事訴訟法第五五條）：應將其住所、居住或事務所向法院或檢察官陳明。如在法院所在地無住所、居所、事務所者應陳明以在該地有住所、居所、事務所之人為

送達代收人，具保人、辯護人並非當然為送達代收人。八十六年修正本條將被害人納入應受送達人之範圍。自訴人、告訴人、附帶民事訴訟當事人、代理人、辯護人、輔佐人或被害人（依刑事訴訟法第五五條）。

送達方法

法警送達：依本法第六一條規定。

郵政送達：依本法第五七條、第六一條規定。

囑託送達：以實際送達被告之日為準（依本法第五六條第二項規定）。

公示送達：

事由：依本法第五九條第一、二、三款之規定；又對在軍隊或軍艦之軍人不得公示送達。又明知被告因案逃亡經通緝在案不可公示送達。

d 程序：依本法第六〇條規定，由書記官經法院或檢察（總）長許可，將應送達之文書或節本張貼於法院牌示處，以其繕本登載紙或以其他適當方法或公告。

2. 刑事訴訟法第158條之4規定：「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。」其意義為何？

答：法律明文「得」禁止使用者，此屬「證據權衡裁量理論」之範疇，其經增修新法明定者，包括違反第131條急迫搜索規定所扣得之物（含檢察官、檢察事務官、司法警察官及司法警察所為）、第416條經法院撤銷搜索、扣押處分所扣得之物（限審判長、受命法官、受託法官及檢察官所為，疏未規定得對檢事官、司法警察（官）所為處分得救濟，顯有不當）、第158條之4概括規定凡因違背法定程序取得之證據而法律未規定其效果者。依該條規定「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」，即乃證據使用禁止權衡理論之概括規定，其當已涵蓋違反第131條急迫搜索規定及第416條經撤銷之搜索、扣押所扣得之物，法

院得宣告不得作為證據之情形，亦即所有未在本法第156條、第158條之2及第158條之3證據使用禁止絕對或相對應排除之規範內者，概由法院審酌人權保障及公共利益之均衡維護以評斷其證據能力；然則權衡理論之難題即於何謂「人權保障及公共利益之均衡維護」？更根本的癥結乃法院權衡審酌之標準為何？雖立法者就個案之形態、情節、方法之差異，提出院於個案中權衡個人利益及刑事追訴利益時，得斟酌之七項標準（違背法定程序時之主觀意圖、侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重、違背法定程序之情節、犯罪所生之危險或實害、禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果、偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性、證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度），但無論如何，其亦僅屬法院得自由參酌之抽象概念而已，審判者仍得就具體案例依其主觀考量逕予認定，此等因人解讀不同且毫無拘束效力之標準，嚴格言之並無實益，且易造成法院恣意而不公平審判之情事，誠然基於發現實體真

實之刑事訴訟基本課題，不宜全盤否定違反法定程序而取得之證據其證據能力，惟關於證據能力之有無，並非自由裁量之問題，法律規範應提供預測可能、確實而安定的基準。如今，法條卻以「審酌人權保障與公共利益之均衡維護」的方程式為基準，其利益衡量，不僅概念不明確，且利益權衡的結果，被告人權的保障，往往可能在維護社會秩序的公共利益的名義下，遭到輕忽，致使刑事訴訟透過正當程序使人於非法偵查的保障，陷於不安定的狀態。換言之，採權衡原則可能輕估憲法保障人民自由權益的價值，無法有效抑制將來偵查機關的違法偵查。

3. 依據刑事訴訟法之規定，偵查機關發動偵查所須之被告犯罪嫌疑程度，與實施強制處分所須之被告犯罪嫌疑程度，其意涵有無不同？試申論之。(25分)

答：按刑事訴訟程序中之證明程度乃指國家司法機關（偵查中之檢察官、審判中之法官）認定待證事實是否存在所應具備之心證程度，其可大略分為嚴格證明與自由證明，前者須達毫無合理懷疑之確信，如審判中之有罪判決，本於罪疑唯輕原則，法院之心證即應符合嚴格證明程度之要求；後者僅須達相當理由或合理懷疑即可，如檢察官發動偵查之犯罪嫌疑、檢察官發動強制處分之犯罪嫌疑、檢察官起訴被告之犯罪嫌疑等均屬之。自由證明程度如依美國法之心證門檻，可進一步區分為明確證據、過半證據（優勢證據）、相當理由與合理懷疑等程度。其中明確證據之標準多用於國家與人民間之民事訴訟；過半證據標準除用於一般民事訴訟外，並用於刑事程序事項之舉證、取證合法性與檢察官偵查終結起訴被告之判斷；相當理由標準則用於強制處分之發動與審查；合理懷疑標準則為檢察官發動偵查或司法警察官進行臨檢盤查之前提。惟我國刑事訴訟法規定強制處分之發動須有重大犯嫌疑，提起公訴卻僅需犯罪嫌疑即得為之，顯有錯置不當之處，故學者主張強制處分之重大犯嫌疑宜改為相當犯嫌疑，方為妥適。承上所述，對被告發動實施強制處分之犯罪嫌疑程度須達相當理由，至檢察官發動偵查之犯罪嫌疑程度僅須合理懷疑即可；而所謂相當理由，乃指國家機關對個別特定之人或物，有客觀事實及證據，形成相當理由，相信有保全被告或保全證據之必要性，如某處藏有應扣押之物、某證據有湮滅偽造變造之虞、某被告有逃亡串證之虞等；又所謂合理懷疑，則指國家機關依當時之事實或情狀判斷，被告就某刑事案件之犯罪事實有一定程度之可責嫌疑，亦即被告有實施刑法某犯罪之可能性，即具合理懷疑。（參照形式訴訟法釋論、例解刑事訴訟法第390頁）

4. 公務員甲、乙、丙三人共犯利用職務詐取財物罪，嗣為政風人員查獲。於政風人員調查中，甲自承犯罪，並謂乙、丙亦參與共犯該罪行；乙則否認參與共犯，並謂該罪行係由甲、丙二人所共犯；丙亦否認參與共犯，並謂該罪行係由甲、乙二人所共犯。上開甲、乙、丙於政風人員調查中之供述，是否可為甲、乙、丙犯罪之證據？試申論之。

答：按被告或共犯之自白，不得作為有罪判決唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符；又除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證之義務（共犯或共同被告對本案被告之案件即屬他人）；再法院就被告本人之案件調查其他共同被告時，該共同被告準用有關證人之規定，刑事訴訟法第一五六條第二項、第一七六條之一及第二八七條之二分別定有明文。亦即我國刑事訴訟法肯認共同被告或共犯於本案被告刑事訴訟程序中具有證人之適格，大法官會議釋字第五八二號亦認共同被告於本案被告之審判程序中應依證人之法定證據方法為調查，始為適法，惟應先裁定分離審判始可。共同被告或共犯於本案被告之審判程序中既居於證人之地位，自適用刑事訴訟法有關證人調查程序之規定，如：應傳喚證人到庭具結陳述，並接受法院之訊問及經當事人之詢問與交互詰問或對質之檢驗，以提高其供述內容之憑信性，是故此際即有傳聞法則之適用。而依本法第一五九條第一項傳聞法則之規定，除法律有特別規定外，被告以外之人（如證人、鑑定人）於審判外之陳述，因未得藉由具結擔保與受交互詰問檢驗，提高供述內容之憑信性，故於採嚴格證明之通常審判程序中即不

具證據能力，而本法第一五九條之一至第一五九條之五即屬上揭之例外特別規定。惟如於自由證明程序（如簡式審判、簡易程序、協商程序、強制處分審查、證據保全審查、起訴審查等程序），因無傳聞法則之適用，傳聞證據仍得為證據。末按政風人員非屬刑事訴訟法第二二九條至第二三一條所稱之司法警察；又公務員利用職務罪依貪污治罪條例乃屬最輕本刑七年以上重罪，其僅得進行嚴格證明程序之通常審判，故有傳聞法則之適用。綜上所陳，本題甲乙丙於審判外向政風人員所為之供述，即屬傳聞證據，且不符本法第一五九條之二供述矛盾、第一五九條之三供述不能之規定，是以，除依本法第一五九條之五有經當事人明示同意或擬制同意之情形外，應不得為證據。

5. 何謂「當事人平等原則」？試就「享有武器上之平等地位」本題為抽象的申論題，當事人平等以武器平等地位來出發，指的是刑事被告的辯護權，可以分成兩段論述，第一段說明辯護制度的功能，第二段就現行規定分析比較。

答：當事人平等原則與武器平等地位現行刑事訴訟採行控訴原則，審判由法院、檢察官與被告構成三面關係，刑事偵查由檢察官與被告維持雙向關係，刑事追訴人員對於被告有利不利事項，負有一律注意的客觀性義務（刑訴§§2, 954, 163 II），這樣的角色配置本可達到刑訴發現真實與保障人權的目的，本法為何還需辯護制度？辯護制度之目的（/功能）何在？主要理由有二1：一、追訴人員雖負有客觀義務，但理想與現實畢竟有差距，單單客觀性義務的條文訴求，尚不足以有效確保被告訴訟權利均能踐行，否則禁止不正訊問早是法治國基本立場，又何需法律以證據禁止制裁（刑訴§§98, 156 I）；二、基於公平審判原則導出的武器平等原則，源於《憲法》第16條訴訟權的辯護制度（釋396），乃是公平審判的最低要求，以盡力平衡被告與國家機關的法律實力差距，縱使是具備法律背景的被告，也可能因追訴壓力造成心思紊亂，同樣需辯護人積極輔佐。因此，在強當事人平等而盡量給予被告武器平等的觀念下，「刑事辯護制度係為保護被告之利益及期待法院公平審判，進而確保國家刑罰權之適當行使而設，刑事被告在訴訟上有依賴辯護人為其辯護及不受不法審判之權，此為人民依憲法第16條享有之訴訟權所衍生之基本權，其功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位而受法院公平審判」2。

現行法相關規定：選任辯護權為落實當事人武器平等地位，刑事被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑受司法警察官或司法警察調查者，亦同」（刑訴§27 I）。據此，從偵查程序一開始到審判階段，被告都可隨時選任辯護人。重要的是，為加強被告獲得武器平等原則之權益，特別課予國家機關應告知以得選任辯護人之告知義務（刑訴§§88-1IV, 953, 100-2），以保障法律知識薄弱的被告有受辯護之公平審判機會。

強制辯護制度：

根據現行法規定，共有五種強制辯護事由：最輕本刑為三年以上有期徒刑；高等法院管轄第一審案件；被告因智能障礙無法為完全之陳述；其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定；協商案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑六月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者（刑訴§§31 I, V, 455-5 I）。而且，第31條第1項所定之強制辯護案件無辯護人到庭者，不得審判。但宣示判決，不在此限（刑訴§284），因而，一來意味著源於憲法訴訟權的辯護制度，並非所有刑事案件都應經辯護，但至少應給予被告有選任辯護人之機會（刑訴§§27, 953），才不違武器平等原則；二來，採取強制辯護的立法，立法者考量者不只是被告利益，還兼及重大案件發現真實的目的，透過指定辯護人來協助刑事審判確定刑罰權存否，非被告得任意捨棄的公共利益。

6. 試比較「協助檢察官偵查之司法警察官」與「聽從檢察官指揮之司法警察官」之差異。

答：「協助檢察官偵查之司法警察官」與「聽從檢察官指揮之司法警察官」的差異，分述如下：  
規定依據不同：

「協助檢察官偵查之司法警察官」規定在刑訴法第229條：「…於其管轄區域內為司法警察官，有協助檢察官偵查犯罪之職權」。「聽從檢察官指揮之司法警察官」規定在刑訴法第230條：「下列各員為司法警察官，應受檢察官之指揮，偵查犯罪」。

司法警察官定義不同：

「協助檢察官偵查之司法警察官」指c警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長。d憲兵隊長官。依法令關於特定事項，得行相當於前二類司法警察官之職權者（§229 I）。「聽從檢察官指揮之司法警察官」指c警察官長。d憲兵隊官長、士官。e依法令關於特定事項，得行司法警察官之職權者（§230 I）。

職權不同：

「協助檢察官偵查之司法警察官」，應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。（§229 II）。「聽從檢察官指揮之司法警察官」知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及第229之司法警察官。實施調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。（§230 II, III）。

7. 警方接獲通緝犯甲藏身於某民宅的線報後，未聲請搜索票即進入該民宅欲逮捕甲。試問以下之毒品以及制式手槍可否做為法院認定犯罪事實之證據？進入該住宅後，警方在客廳沒有發現甲，但在客廳的電視櫃抽屜內找到毒品一包並扣押之。後警方在臥室衣櫥內發現甲並加以逮捕後，又在廚房櫃子內搜到制式手槍一把並扣押之。

答：逕行搜索為拘捕搜索（找人），不得為偵查搜索（找物），以竟行搜索執行偵查搜索者屬於違法取證，應依刑訴法第158條之4 權衡證據能力。逮捕通緝犯之逕行搜索為合法的之無令狀搜索「通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之」（§87 I），又偵查機關因逮捕被告、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確實在內者，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所（§131 I）。依題旨，被告甲為通緝犯，偵查機關為逮捕之而進入住宅內搜索，無須法院核發搜索票，屬於合法的無令狀搜索。

逕行搜索為發現被告之拘捕搜索，不得為發現應扣押之偵查搜索逕行搜索住宅或其他處所者，其搜索之目的在於發現被告、犯罪嫌疑人或應被拘提之人，故不能為發現應扣押物而為搜索，僅得於搜索被告、犯罪嫌疑人或應被拘提之人的過程中，發現應扣押之物時，始得予以扣押（§§137, 152），始符合逕行搜索之目的<sup>1</sup>。依題旨，偵查機關發動者屬為逮捕被告之逕行搜索（§131 I），「基於發現被告之搜索目的，進入住宅後不可打開抽屜」<sup>2</sup>，卻搜查客廳的電視櫃抽屜內而找到毒品一包並扣押之，已逾越逕行搜索目的，該扣押毒品屬於違法取證。依第158條之4 規定，對此違法搜索之證據能力認定並無特別規定，故法院應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，認定該違法扣押毒品有無證據能力。

逕行搜索為拘捕搜索，不得為偵查搜索，逕行搜索目的達成後即應退出，不得續行搜索，續行搜索取得之證物屬於違法取證，應依第158條之4 權衡證據能力。承前所述，逕行搜索為無令狀搜索，必須合於逕行搜索目的，始為合法搜索，又發現應被逮捕或拘提之人後，即應停止搜索，否則，續行之搜索即屬違法<sup>3</sup>。依題旨，警察依逕行搜索逮捕被告甲後，該搜索目的已達成，即應退出，但警方發現甲並加以逮捕後，卻又搜索廚房櫃子而搜到制式手槍一把並扣押之，則續行之搜索則屬違法搜索，已逾越逕行搜索授權目的與範圍，該扣押槍枝屬於違法取證。依第158條之4 規定，對此違法搜索之證據能力認定並無特別規定，故法院應審酌人權保障及公共利益之均衡維

護，認定該違法扣押槍枝有無證據能力。

8. 公務員甲涉及工程弊案遭檢方偵查，檢察官傳喚相關廠商乙作證，乙於具結後明確指出甲之犯罪情節，後檢察官將甲起訴。問法院可否根據乙之此一證詞為主要證據判決甲有罪？

答：證人乙於偵查中對檢察官的陳述，因未保障被告詰問權，故無證據能力，法院不得根據乙證詞為主要證據判決甲有罪

證人乙於偵訊筆錄之證詞屬於傳聞證據按「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」（§159 I），證人乙於檢察官偵訊做成之證詞，屬於審判外之陳述，依前開條文規定，除法律另有規定外，不得作為證據。因而，除符合傳聞例外規定，否則，依據傳聞規定，乙之偵訊筆錄應無證據能力。

第159條之1第2項傳聞例外限縮解釋本案可資檢驗之傳聞例外規定，為是否符合刑事訴訟法（下略）第159條之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」？依據文義解釋，題示情形固然符合上開傳聞例外規定，然而，仍應考量被告甲之詰問權有無受到保障而為限縮解釋。按詰問權屬於憲法第8條第1項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之基本人權及第16條所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪。故第159條之1第2項所稱得為證據之被告以外之人於審判外向法官所為之陳述及於偵查中向檢察官所為之陳

述，實質上應解釋為係指已經被告或其辯護人行使反對詰問權者而言，如法官於審判外或檢察官於偵查中訊問被告以外之人之程序，未予被告或其辯護人行使反對詰問權之機會，除非該陳述人因死亡、或身心障礙致記憶喪失或無法陳述、或滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到、或到庭後無正當理由拒絕陳述外，均應傳喚該陳述人到庭使被告或其辯護人有行使反對詰問權之機會，否則該審判外向法官所為陳述及偵查中向檢察官所為陳述，均不容許作為證據，以保障被告之反對詰問權，並符憲法第8條第1項及第16條之規因此，本案檢察官並未依法賦予被告甲於偵訊時詰問證人乙之機會（§248），則證人乙之偵訊筆錄不構成第159條之1第2項傳聞例外規定，該證據無證據能力。由於證人乙可能涉及行賄罪，檢察官訊問證人乙，未遵守證人不自證己罪之拒絕證言權告知義務，該陳述為違法取證，法院得否根據乙證詞為主要證據判決甲有罪，有肯否兩說證人不自證己罪之拒絕證言權與國家告知義務證人有作證義務（§176-1），但非無例外，當證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，訊問機關並負有告知義務（§§181, 186 II），此項規範保護目的在於維護證人的不自證己罪權利。依題旨，廠商乙可能涉及行賄罪，則證人乙受有前開不自證己罪規定之保護，有權行使拒絕證言權。檢察官違反不自證己罪之拒絕證言權的告知義務，證人乙之證詞對本案被告甲有無證據能力，有正反兩說

c 肯定說

國家訊問證人，違反不自證己罪之拒絕證言權的告知義務時，該證詞對於被告有無證據能力首要探究有違侵犯規範保護目的。不自證己罪之「拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張，證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人而設，非為保護被告，法院或檢察官違反告知義務所生之法律效果，僅對證人生效，故違反告知義務之證人證詞，對訴訟當事人仍具證據能力」<sup>5</sup>。準此，證人乙之證詞對被告甲之案件而言，仍有證據能力。

d 否定說

第186條第2項拒絕證言權之告知義務雖為保護證人而設，惟如檢察官未踐行此項告知義務，而告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，無異剝奪證人此項拒絕證言權，所踐行之訴訟程序自有瑕疵，應認屬因違背法定程序所取得之證據，有無證據能力，應依第158條之

4：「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」審酌認定。

9. 何謂交付審判？試說明交付審判聲請之要件及其裁判之效力。（二十五分）

答：所謂交付審判制乃告訴人不服檢察機關駁回其再議聲請之處分，而於接受處分書後十日委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判，其主要目的在監督檢察官之不起訴處分與緩起訴處分，使不服該等處分者有請求法院介入審查之救濟機會。

依刑事訴訟法第二五八條之一至第二五八條之四規定，我國刑事訴訟法增訂之交付審判制應具備下述要件：主體要件：聲請之主體：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，使不服不起訴處分者有請求法院救濟之機會，讓法院有介入審查檢察官的不起訴處分之權利。程式要件：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。由此條文可知新法採行「再議前置」得機制(類似行政訴訟之訴願前置主義)，亦即並非告訴人收到不起訴處分書，即可聲請交付審判，而必須

先經由再議程序救濟，駁回後始可委任律師聲請交付審判。另本次修法對聲請交付審判採強制委任律師之「強制律師代理制度」，其立法理由係為防止濫行提出聲請，虛耗訴訟資源。

至有關交付審判之裁判情形則為法院之審查及效果：法院之審查及效果：依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之三第一項規定，告訴人提出交付審判之聲請後，法院應組成合議庭以合議行之。法院審查之結果認為交付審判之聲請不合法或無理由者，應駁回之；認為有理由者，應為交付審判之裁定，並將正本送達於聲請人、檢察官及被告。另依同法第二百五十八條之三第四項之規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。聲請之撤回：新法對於交付審判之聲請，採行得撤回之原則，依新增訂之刑事訴訟法第二百五十八條之二規定，交付審判之聲請，於法院裁定前，得撤回之，於裁定交付審判後第一審辯論終結前亦同。另撤回交付審判聲請之人，不得再行聲請交付審判。交付審判之救濟：交付審判使案件進入審判程序，對被告而言，其權益畢竟因此而受影響，故本次修法承認被告有抗告之利益，依第二百五十八條之三第五項規定，得提起抗告救濟之。審查程序：法院為上開裁定時得為必要調查，此時因影響被告權利甚鉅，故其有聽審權，至法院所持之證據法則僅需自由證明即可。

g 檢討：

(a) 裁定交付審判後不再適用起訴審查

(b) 裁定交付審判後，基於立法目的亦不得撤回公訴，至本法第二五八條之二 I 項規定裁定後可撤回聲請顯有誤失，蓋該聲請既經裁定而終結繫屬，已無撤回之標的。

10. 證人於司法警察官前所為之陳述，有無證據能力？試說明其理由。

答：證人於刑事訴訟程序中之陳述即所謂之證言，證人既屬刑事案件證據資料之一種，其有無證據能力，自應符合證據能力之要件，即須先經消極要件（證據禁止原則）之排除及積極要件（合法之嚴格證明程序）之調查始可。

就消極要件（證據禁止原則）言，依刑事訴訟法第一九二條準用同法第九十八條規定，訊問證人應出以懇切態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺疲勞詢問或其他不正方法，如有違反，學者見解應類推適用本法第一五六條 I 項之規定認其不具任意性予以排除。

就積極要件（合法之嚴格證明程序言），證人屬本法所規定之法定證據方法中之「人證」，其法定調查程序，除須符合在公判庭審理程序之公開、言詞、直接原則（排除傳聞證據），並適用本法有關「人證」之調查規定。

所謂傳聞證據包括直接證人在公判庭外之陳述（含證人陳述之警訊筆錄、偵訊筆錄、錄音帶、其他書面文件）及傳聞證人在公判庭之陳述，其被排除之目的乃因無法藉由反對訊問檢驗直接證人之供述內容（知覺正確性、記憶正確性、供述誠實性、敘述適當性）

綜上所言，證人於司法警察官前之陳述即屬傳聞證據，因不符合直接審理程序，未經嚴格證明程序之調查，不具證據能力。

11. 被告雖有羈押原因，但因無羈押必要，經法院命具保後，問嗣於何種情形下得再執行羈押？

答：所謂停止羈押：仍有羈押之原因，但已無羈押之必要，此時羈押效力仍存在，僅是暫時停止羈押之執行，倘有法定情形仍可再執行羈押。至停止羈押之情形可概分為：

(1) 聲請停止

被告：§110 I

檢察官：§110 II

(2) 法定停止§109 但、§316 但，§101 之2

依刑事訴訟法第一一七條第 I 項規定，停止羈押後有下列情形之一者，得命再執行羈押：

c 經合法傳喚無正當之理由不到場者。

d 受住居之限制而違背者。

e 本案新發生第一百零一條第一項、第一百零一條之一第一項各款所定情形之一者。

f 違背法院依前條所定應遵守之事項者。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，被告因第一百十四條第三款之情形停止羈押後，其停止羈押之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。

c12. 甲向鄰宅縱火後，翌日向警方自首坦承犯行，警方詢問後應否將甲解送地方法院檢察署？如甲被詢問後欲自行離去時，司法警察及檢察官得採取何種施？

答：按依刑事訴訟法第二二九條第二項及第三項規定「司法警察官應將偵查結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官，但檢察官命其解送者，應即解送。」「被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送。」，則本件犯罪嫌疑人甲於對鄰宅縱火後，旋於翌日向警方自首坦承犯行，顯與本法第七十五條之拘提、第七十六條之逕行拘提及第八十八條之現行犯、準現行犯逮捕要件不符，有疑義者力其是否合於同法第八十八條之一第 I 項第四款之情形（刑法第一七三條 I 項之放大罪為無期徒刑或七年以上有期徒刑）而得緊急拘捕？惟甲既係自行到案接受警方詢問，顯雖遽認有事實足認其有逃亡之虞，是以淺見認為司法警察應不得將甲解送地方法院檢察署，僅得將該案移送該管檢察官。

承上所述，甲經警方詢問後，應得自行離去，雖另依本法第二二八條第 III 項規定「被告經傳喚，自首或自行到場者，經檢察官於訊問後，認有第一百零一條第一項各款或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者得命具保，責付或限制住居。但認有羈押之必要者，得予逮捕，並將逮捕所依據之事實告知被告後，聲請法院羈押之。」，然本案

察官為之，似與上開規定之情形不符，此際檢察官似僅得於甲受詢問後立即由司重大羈押嫌疑：指有具體事實足令人相信被告很可能涉嫌被控犯罪。

法定(再執行)羈押原因：本法第一一七條 I 項所列五款情形羈押之必要性：指應符合法治國原則中之比例原則，即非予羈押顯難進行追訴、審判或執行者始具必要性。被告須經法院詢問令狀羈押法警察持其簽發之傳票立時傳喚甲到場，再依訊問後之情形，分別命具保、責

付、限制住居或當場予以逮捕，而向法院聲請羈押。

13. 甲因A 向其借用數位相機一台，久借不還，某日乃趁A 上班不在時，潛入A 之住宅搜尋，在A之臥室抽屜內搜獲，並將該相機取回。試問甲應負何刑責？

答：「甲將放在A 處屬其所有之數位照像機取回之行為，不構成犯罪。」按刑法第三二〇條第一項：「意圖為自己或第三人不法之所有而竊取他人之動產者為竊盜罪。」，前揭條文所指之「他人之動產」，係指該動產屬於他人為限，如該動產所有權屬於自己，僅係他人持有或保管中，仍不得解為係「他人之動產」，從而取回「自己之動產」之行為自無本罪該當可言。小結、甲將放在A 處屬其所有之數位照像機取回之行為，不構成犯罪。「甲未經A 同意，進入A 宅之行為，可能構成刑法第三〇六條侵入住宅罪？」：

查刑法第三〇六條第一項明定：「無故侵入他人住宅、建築物或附連圍繞之土地或船艦者。」為侵入住宅罪。甲未經A 同意，進入A 宅之行為，業已構成刑法第三〇六條侵入住宅罪。

14. 甲失業，涉嫌於晚間在街上販賣毒品，被巡邏員警乙當場逮捕，員警乙當場對甲進行相關偵訊。試問：甲於接受偵訊時，依刑事訴訟法相關規定，得主張何種權利？員警乙在何種情況下，才能對甲加以夜間詢問？

答：甲接受偵訊時可以主張之權利如下：

請求訊問之員警踐行告知義務，為其權利之一，其內容明文規定於刑法第九十五條分述如下：

- c 罪名告知。
- d 緘默權告知。
- e 選任辯護人。
- f 請求調查有利證據。

夜間訊問之要件明文

查刑法第一〇〇條之三規定：「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。

但有左列情形之一者，不在此限：

經受詢問人明示同意者。

於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人無錯誤者。

經檢察官或法官許可者。

有急迫之情形者。

犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之。

稱夜間者，為日出前，日沒後。

15. 甲涉嫌竊盜，檢察官偵查終結後，可能為「便宜不起訴」也得為「緩起訴處分」，但是更有可能循「簡易程序協商」來終結案件，請說明這三種制度的適用前提及法律效果，有何不同。

答：簡易程序緩處分

便宜不起訴處分其前提與效果如下

**第 253 條**（相對不起訴案件）

第三百七十六條所規定之案件，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項，認為以不起訴為適當者，得為不起訴之處分。

**第 254 條**（相對不起訴處分（二）—於執行刑無實益）

被告犯數罪時，其一罪已受重刑之確定判決，檢察官認為他罪雖行起訴，於應執行之刑無重大關係者，得為不起訴之處分。

緩起訴處分其前提與效果如下

#### 第 253-1 條（緩起訴處分之適用範圍及期間）

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，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。追訴權之時效，於緩起訴之期間內，停止進行。刑法第八十三條第三項之規定，於前項之停止原因，不適用之。第三百二十三條第一項但書之規定，於緩起訴期間，不適用之。

#### 第 253-2 條（緩起訴處分之被告應遵守或履行之事項）

檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行左列各款事項：

- 一 向被害人道歉。
- 二 立悔過書。
- 三 向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。
- 四 向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額。
- 五 向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。
- 六 完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。
- 七 保護被害人安全之必要命令。
- 八 預防再犯所為之必要命令。

檢察官命被告遵守或履行前項第三款至第六款之事項，應得被告之同意；

第三款、第四款並得為民事強制執行名義。第一項情形，應附記於緩起訴處分書內。第一項之期間，不得逾緩起訴期間。

#### 第 253-3 條（緩起訴處分之撤銷）

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。檢察官撤銷緩起訴之處分時，被告已履行之部分，不得請求返還或賠償。

簡易程序其前提與效果如下（聲請簡易判決之要件）

第四四九條明定：「第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者，得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。但有必要時，應於處刑前訊問被告。前項案件檢察官依通常程序起訴，經被告自白犯罪，法院認為宜以簡易判決處刑者，得不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。依前二項規定所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金為限。」，同法第四四九條之一規定：「簡易程序案件，得由簡易庭辦理之。」，在效果部份如下：第四五〇條規定：「以簡易判決處刑時，得併科沒收或為其他必要之處分。第二百九十九條第一項但書之規定，於前項判決準用之。」，同法第四五一條：

「檢察官審酌案件情節，認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請。第二百六十四條之規定，於前項聲請準用之。第一項聲請，與起訴有同一之效力。被告於偵查中自白者，得請求檢察官為第一項之聲請。」。第四五一條之一：「前條第一項之案件，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，檢察官同意者，應記明筆錄，並即以被告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求。檢察官為前項之求刑或請求前，得徵詢被

害人之意見，並斟酌情形，經被害人同意，命被告為左列各款事項：

一 向被害人道歉。

二 向被害人支付相當數額之賠償金。

被告自白犯罪未為第一項之表示者，在審判中得向法院為之，檢察官亦得依被告之表示向法院求刑或請求為緩刑之宣告。第一項及前項情形，法院應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決，但有左列情形之一者，不在此限：

一 被告所犯之罪不合第四百四十九條所定得以簡易判決處刑之案件者。

二 法院認定之犯罪事實顯然與檢察官據以求處罪刑之事實不符，或於審判中發現其他裁判上一罪之犯罪事實，足認檢察官之求刑顯不適當者。

三 法院於審理後，認應為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決之諭知者。

四 檢察官之請求顯有不當或顯失公平者。」。簡易判決原則上不得上訴

第四五五條之一規定：「對於簡易判決有不服者，得上訴於管轄之第二審地方法院合議庭。依第四百五十一條之一之請求所為之科刑判決，不得上訴。

第一項之上訴，準用第三編第一章及第二章之規定。對於適用簡易程序案件所為裁定有不服者，得抗告於管轄之第二審地方法院合議庭。前項之抗告，準用第四編之規定。」。

16. 檢察事務官執行附帶搜索（刑事訴訟法第一百三十條）或同意搜索（刑事訴訟法第一百三十一條之一）後，是否均應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院？其理由為何？

答：

壹、搜索之法治國原則與正當法律程序之保障一、按搜索乃屬干預或限制人民隱私權之強制處分，是其發動'實施與救濟程序均應符合法治國原則

之要求，被搜索人並受憲法所賦予之實質正當法律程序之保障。就強制處分之發動審查而言，原則上應採事前同意之令狀主義，倘例外因被處分人之自願同意或急迫情形等而為無令狀處分，該處分亦應受有權機關之事後監督。被處分人並得有救濟之途徑。二、基此，刑事訴訟法關於搜索之發動即係以法官保留之事前同意令狀主義為原則，並考量實務偵審程序之需求，例外酌採無令狀主義，其情形包括本法第一三零條之附帶搜索'第一三一條之急迫搜索與第一三一條之一之同意搜索，其中第一三一條第一'二項之急迫搜索依同條第三項之規定若為檢察事務官所為者應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官與法院，使受有權機關之事後監督之審查。

貳、附帶搜索與同意搜索之類推適用

一、本法第一三零條為保障執行拘捕人員人身安全之附帶搜索與第一三一條之一本於被處分人自由意願之同意搜索則均未如有前開本法第一三一條急迫搜索應受事後監督審查之規定，則執行附帶或同意搜索等強制處分之人員，其實施要件(如被搜索人有無於自由意願下為明示同意'或被

拘捕對象有無攜帶威脅執法人員安全之武器或工具)是否具備與實施程序是否符合比例原則'適合性'必要性與狹義比例性等，均無從審查監督，顯違法治國原則與憲法賦予人民實質正當法律程序保障之精神。

二、基於本法第一三一條第一項逕行搜索與第二項緊急搜索，尚需接受事後監督之審查，不具急迫情形之附帶與同意搜索，自應受相同機制之監督制衡，故學說主張該二者無令狀搜索均應類推適用第一三一條急迫搜索之規定，亦即檢察事務官於執行附帶或同意搜索後三日內應報告該管檢察署檢察官及法院。

17. 甲因強盜罪嫌而被通緝，刑警乙得知甲在某屋內，竟未持搜索票，逕行進入該屋一樓內搜索而逮捕到甲，更因搜索屋內二樓小保險箱而查獲甲另犯常業重利罪之相關帳冊予以扣押，試問：乙搜索小

保險箱所扣押之帳冊，有無證據能力？

答：

壹、按搜索乃屬對人民之財產權與隱私權等基本權利所為限制干預之強制處分，依刑事訴訟法第一二八條第一項之規定，原則上須由法官簽發搜索票為之，此即法官保留之令狀主義，惟基於偵查犯罪時效性之急迫因素或其他考量，本法亦於具備法定條件下例外容許無令狀之搜索，茲分述其情形如下：

附帶搜索：依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告，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。」其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具，故倘僅為取得或保全證據則不屬之。惟亦有採不同見解者，其認未保全證據時仍得為附帶搜索。

急迫搜索：依本法第一三一條第一、二項之規定，又可區分為對犯罪者之逕行搜索與對證據之緊急搜索。

同意搜索：依本法第一三一條之一規定「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」

貳、本題司法警察乙無搜索票而進入私宅搜索並逮捕強盜罪通緝犯甲，符合本法第一三一條第一項之逕行搜索規定，然其逮捕甲後，另行無令狀搜索甲置放保險箱內之他案常業重利罪證據，顯非因於執行逮捕甲時其隨身或立即可觸及久處所顯現危險物件之跡證，致有威脅執行人員安全虞，而為之附帶搜索；再依題旨，他案部分亦無時效急迫而未及聲請搜索票之情形，且受搜索人亦未表示同意；揆諸前揭說明，堪認本件司法警察之無令狀搜索不合法，其因此扣得之證據應由法院依刑事訴訟法第一五八之四條規定，權衡裁量其證據能力。倘若依不同意見，認未防止證據湮滅亦得為附帶搜索，則本件搜索扣得之常業重利罪證據即具證據能力。

18. 甲基於概括犯意，連續於一月一日、二月一日、三月一日分別竊取A、B、C 三人之手錶，甲竊取A之手錶部分，經檢察官向地方法院簡易庭聲請簡易判決處刑，法官於二月五日作成簡易判決對甲處刑罰金伍仟元，於三月五日送達於甲，該案因無上訴而告確定，檢察官於四月一日發覺甲尚有連續竊取B、C 二人之手錶，應如何處理？

答：按確定裁判之效力可區分為二：

壹、形式確定力：不能依通常聲明不服(上訴、抗告)方法請求救濟，即不得再對該訴訟聲明不服，訴訟關係因此消滅。

一、裁定：

(一)得抗告：可由原審法院或上級法院撤銷或變更之，於不得為抗告後，即屬確定，故有形式的確定力。

(二)不得抗告：為裁定者，得自行撤銷或變更之，如聲請調查證據之裁定，無形式上之確定力。

二、判決：判決一經確定，均有形式之確定力。

貳、實質確定力：即既判力，限本案判決始有之

一、時的範圍(例如：連續性、繼續性犯罪)，其認標準有如下見解：

(一)確定時說：以判決確定時為準，行為若在判決確定前，即為判決效力所及。

(二)最後事實審理可能說：以其事實是否有理之可能為準，即有審理之可能，雖未予審理，亦應為判決力所及。

甲說：言詞辯論終結前。

乙說：宣示判決前。

二、物(事實)的範圍(既判力之擴張)：

(一)實質上或裁判上一罪，在實體法上為一罪，在訴讀上為一訴訟客體，無從分割，檢察官雖只就其一部起訴，效力及於全部，本屬法院得審判之範圍，雖只就其犯罪事實一部審判，效力仍及於未經審判之他部分，該他部分受一事不再理之限制，既判力範圍及於全部。

(二)裁判上一罪之案件，其一部為告訴乃論之罪，未經告訴，一部非告訴乃論之罪，經檢察官起訴，此時法院僅得就非告訴乃論之罪為審判。告訴乃論之罪部分，因欠缺訴訟條件，不得對之為審判。惟兩者皆為既判力所及。

(三)實質上或裁判上一罪，一部為有罪判決者，效力及於全部，然經「無罪」或「免訴」判決者，又可區分如下：

(1)一行為者：如加重結果犯、想像競合犯等，前者既判力及於全部，惟想像競合犯部分則有爭議：

(a)肯定見解：認想像競合犯與連續犯之數行為及牽連犯有方法結果之情形不同，依一行為僅受一次審判之原則，不容再為其他有罪或無罪之判決，是對後起訴者應為免訴判決。

(b)否定見解：認想像競合犯，雖係一行為，但其所犯者，本係數罪，其效力所以及於全部，乃由於從一重處斷之結果，其一部既諭知無罪，則其效力自不及於未經判決之其他部分。

(2)數行為數罪：因既與其他部分，並無結合、吸收、連續或牽連等關係，即非審判不可分，並非既判力之所及，仍得就其他部分另行起訴。

三、實質確定力之內涵：其限有罪(科刑、死刑)、無罪及免訴判決方有之，至管轄錯誤、不受理等非本案判則無；具實質確定力而有一事不再理原則之適用，不得就同一案件再行起訴。

參、結論：因本題屬簡易判決處刑，未經言詞辯論程序，故無所謂言詞辯論終結時，而依實務所採宣示判決時說，甲竊盜AB部分均係宣示判決前所為，而為確定判決之效力所及，檢察官不得就甲竊盜另行起訴，至甲竊盜C部分，既係於宣示判決後，非原判決實質確定力所及，檢察官仍得另行偵查起訴。

19. 甲連續傷害乙二次，乙全部提出告訴後，僅就第一次傷害犯行撤回告訴，對第二次傷害犯行則堅持不願撤回告訴，試問：檢察官應如何處理？

答：

壹、客觀效力

一、犯罪事實一部為告訴乃論罪

撤回該部分之告訴效力不及於非告訴乃論之他部。

二、犯罪事實全部為告乃論罪。

被害人不同：一被害人撤回告訴不足以拘束他被害人。

例如：甲連續傷害乙、丙，兩人均告訴後乙撤回告訴而丙未撤回，則乙之撤回效力不得拘束丙，仍應就甲傷之部分實體審判，對甲傷乙之部分依刑事訴訟法第三〇三條第三款諭知不受理。

被害人相同：一行為：

(a)一罪：甲說：撤回無實益。

乙說：效力及於全部。

(b)數行為數罪：甲說：效力僅及於撤回之部分。

乙說：效力及於全部(以貫徹訴訟關係合一確定之原則)。

數行為數罪：甲說：效力僅及於撤回之部分。

乙說：效力及於全部(以貫徹訴訟關係合一確定之原則)。

## 貳、撤回效果

### 一、偵查中：

告訴乃論之罪告訴經撤回。

院二一五二—第二五二條第五款。

學者—因與未經告訴同，毋庸為任何處分。

撤回告訴之人再行告訴。院二二九二—第二五五條第一項。

學者—第二五二條第五項。

### 二、審判中：

告訴乃論之罪告訴經撤回—第三〇三條第三款。

撤回告訴之人再行告訴而檢察官誤予起訴：第三〇三條第一、三款競合，陳樸生教授認為應優先適用第三〇三條第三款。原告訴人：依第三二二條，既不得再行告訴，亦不得再行自訴。檢察官：撤回告訴之人違背規定再行提起自訴時，檢察官原不得提起公訴，自無適用第三三六條第二項開始或續行偵查之餘地。

其他告訴權人：撤回告訴之效力僅及於撤回告訴之人：經檢察官處分不起訴後，復據其他得為告訴之人之告訴，不受第二六〇條之拘束。經法院諭知不受理判決後，復據其他得為告訴之人之告訴，經檢察官再行起訴→法院仍得為實體審判。結論：依前揭說明，本題若採甲說，檢察官仍應就告訴人未撤回部分偵查起訴，倘採乙說，則告訴人撤回效力即於全部，檢察官應依本法第二五二條第五款為不起訴處分或毋庸為任何處理。

## 20. 試就理論與實務論述刑事案件犯罪事實同一性質應有之標準？

答：按法院欲變更檢察官起訴時所引應適用之法條，需於犯罪事實同一之範圍內方得為之，至犯罪事實是否同一，其判別標準於實務與學說有如下之不同見解：社會事實關係說：此說認為事實是否同一，應依訴之目的與侵害性行為之內容是否同一而定，即原告請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經原告擇為訴訟客體之社會事實關係為準。法律事實同一性說：此說認為適用之罪名同質或構成要件相似，起訴之犯罪事實始能維持同一性，係對事實應有法律觀點之想法。（四十八年台上第七三號判例）構成要件之事實共同說：此說認為起訴事實之同一性判斷，除應要求基本社會事實同一，且檢察官所起訴之犯罪事實應與法院認定之犯罪事實具有相當程度之共通性，始可認為具有同一性，且充分保障被告之防禦權，應透過刑事訴訟法第九十五條等權利事項告知賦予被告辯明之機會。緊密之事理關聯性說：此說認為僅須行為人之整體舉止，根據自然之觀點足以結合成一個相同之生活過程，即為一個訴訟上之犯罪事實，即應有緊密之整體關聯性，亦即應以行為”時間”地點”行為客體及侵害目的為判斷基礎。

## 一、何謂「事物管轄」？試述刑事訴訟法有關事物管轄之規定。

【擬答】所謂事物管轄乃以案件種類，定第一審管轄權之法院，即定不同級法院刑事案件之分配，法院對事物管轄權之有無判斷，自起訴時至最終裁判時隨時均應依職權調查之。

現行刑事訴訟法就事物管轄之相關規定，有：刑訴法第四條：地方法院於刑事案件，有第一審管轄權。同條但書：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。即其事物管轄法院即不包括地方法院。刑訴法第三七六條所判各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴第三審法院，則其所判案件之事物管轄法院即不包括最高法院。第一審屬高等法院管轄案件，依本法第三十一條第一項之規定屬強制辯護案

件，依同法第二八四條規定，未經辯護人到庭不得審判，否則即屬同法第三七九條第七款之判決當然違背法令。又此等案件亦不得聲請簡易判決。違背本法事物管轄之規定者，即屬同法第三七九條第四款之判決當然違背法令。

二、試比較說明「緩起訴」與刑事訴訟法第二百五十三條所規定「職權處分」其適用範圍之差異。

【擬答】

C刑事訴訟法第二五三條規定：第三七六條所規定之案件，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項認以不起訴為適當者，得為不起訴處分，屬職權不起訴處分之一種，即所謂微罪不舉原則。

同法第二五三之一條規定：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。

二者之適用範圍差異可略述如下：

1. 被告經認有犯罪嫌疑，而不以逕行起訴為適當者，如所犯為刑訴§376所規定之案件，經參酌刑法§57認情節較輕微者，依§253不起訴處分(微罪不舉)，至參酌刑法§57及考量公共利益之維護，認情節稍重者則依§253之1為緩起訴處分。(PS. §253與§253具相近之性質)
2. 被告經認有犯罪嫌疑而不以逕行起訴為適當者，如所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外非§376所規定之案件者，僅能依§253之1為緩起訴處分。
3. 被告經緩起訴處分者，得命其遵守一定事項(§253之2)，且於§253之3I之三款法定情形，檢察官得依職權或告訴人聲請撤銷緩起訴處分，至§253之相對不起訴處分(微罪不舉)則否(原規定已刪除)
4. §256II頁之職權再議(新增)於不起訴處分僅限死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑之案件而因犯罪嫌疑不足者，至緩起訴處分則均有適用。
5. 受緩起訴處分之被告，於緩起訴處分受撤銷時有聲請再議權，此於受相對不起訴處分之被告則無。
6. §260之規定於緩起訴處分均有適用，至不起訴處分則限該處分具實質確定力者(包括§252、§252、§253及§254)，至欠缺形式訴訟條件之不起訴處分(§252及§255I其他法定理由)因不具實質確定力，即無適用之餘地。

三、試依刑事訴訟法之規定說明起訴之效力。

【擬答】

在彈劾主義之刑事訴訟結構中，任何刑事案件必經代表國家之檢察官提起公訴或部份例外所允許之自訴提起方得繫屬於法院而為法院審判之訴訟標的，如未經起訴之案件自不為法院審判之範圍，此即所謂控訴原則，而任何對此項原則之違法，即屬刑事訴訟法第三十九條第十二款之判決當然違背法令。

依現行刑事訴訟法有如下關於起訴效力之規定 刑事訴訟法第二六六條：起訴之效力，不及於檢察官所指派被告以外之人。此屬起訴對人之效力。

同法第二六七條：檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。此即起訴對物效力，茲分述其情形如下：

同法第二六八條，法院不得就未經起訴之犯罪審判。此即控訴原則中之不告不理，如法院誤就未經起訴案件予以判決，即屬「未就請求事項予以判決」而為同法第三七九條第十二款之判決當然違背法令。

四、試述刑事訴訟之第一審法院在何種情形下，得不待被告之陳述逕行判決？

【擬答】

(一) 刑事訴訟法採言詞辯論主義，故於第二二一條規定，判決除有特別規定外，應經當事人之言詞辯論為之。因之，判決因其審理形式不同，尚得分為到席判決與缺席判決二種。缺席判決，又可分為不經言詞辯論之判決及不待其陳述而判決二種，茲分述如下：

1. 不經言詞辯論之判決：

指兩造缺席判決，故無庸指定審判期日命當事人及辯護人到庭辯論。雖經傳喚當事人，其判決亦難指為違法。其情形有：

- (1) 案件應諭知免訴，不受理或管轄錯誤之判決者 (§307、§343、§334、§335)。
- (2) 第二審法院對於不合法之上訴及對於原審諭知管轄錯誤，免訴或不受理之判決上訴時，認其為無理由而駁回上訴或認為有理由而發回該案件之判決者 (§372)。
- (3) 第三審法院之判決 (§389)。
- (4) 非常上訴之判決 (§444)。

(5)為受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人已死亡或於再審判決前死亡者 (§437 I)。

(6)簡易判決 (§449)。

2. 不待其陳述而為判決：

指一造缺席判決，即其判決得僅由檢察官、自訴人或被告一造之辯論而為判決，其情形有：

(1)被告拒絕陳述者 (§305 前)。

(2)被告未受許可而退庭者 (§305 後)。

(3)法院認為應科拘役，罰金或應諭知免刑或無罪判決之案件，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者。 (§306)。

(4)被告心神喪失，或雖因疾病不能到庭，而顯有諭知無罪或免刑判決之情形者 (§294 III)。

(5)非告訴或請求乃論之罪，自訴人經合法傳喚無正當理由不到庭或到庭不為陳述者 (§331 I 後)。

(6)第二審上訴，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者 (§271)是。故兩造均不到庭，除得通知檢察官擔當訴訟外，如許其逕行判決其程序等於書面審理，而非言詞辯論，與立法主義顯有違背。

(二) 應依下述情形分別適用：

1. 自訴人與被告均未到庭，且被告並無刑訴法第二百零六或三百七十一條之情形者，應再行傳喚，既不得逕行判決，亦無庸通知檢察官擔當訴訟。

2. 自訴人雖不到庭，而被告已到庭者，得不等自訴人之陳述逕行判決。

3. 自訴人及被告雖未到庭，而被告具有刑訴法第二百零六或三百七十一條之情形，得通知檢察官擔當訴訟。

五、制度刑事訴訟法之目的為何？試析述之。

【擬答】

壹、林鈺雄師見解

其目的在發現實體真實與確保法治國原則之貫徹踐履，因之憲法中對基本人權(人身自由、生命、財產、隱私)之程序保障(憲法第八條)及法律保留原則、法律比例原則(憲法第二十三條)，乃至於刑事被告地位之基礎三原則(不自證己罪，有疑唯利被告〈罪疑唯輕〉，無罪推定)，基於憲法優越性而成為刑事訴訟法之最高指導方針(應用的憲法、憲法之施行法)。

一、實體真實發現：

發動刑事訴訟程序之目的，在於「獲致一個依照實體刑法之正確裁判」，則「發現實體真實」即為其必要之前提。因此，發現實體真實，乃是貫穿整部刑事訴訟之目的。發現實體真實所蘊含之意義，在於「毋枉毋縱，開釋無辜，懲罰罪犯。」亦即符合正義。現行法為達此一目的，不但課予偵查機關有偵查犯罪事實之法定義務(第二二八條第一項)，亦要求法院有澄清事實真相之調查義務(第一六三條第一項)。此外，縱使被告自白犯罪，亦必須查明是否與事實相符(第一五六條第一項)。

二、法治程序：

刑事訴訟法禁止國家以「不擇手段」、「不問是非」及「不計代價」的方法來發現真實。尤其，在判決結果確定以前，刑事訴訟尚在真實發現過程，被告有可能是無辜的，必須透過合乎法治程序的「訴訟規則」加以保護，以避免其受到過度侵害或犧牲；若被告確實有罪，該訴訟規則亦應保障其應有的主體地位及辯護權利。因此，現行法第一條第一項就闡明：「犯罪，非依本法或其他法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰。」

憲法第八條一項明定：「非經司法或警察機關依『法定』程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」應可做為立論基礎。法治程序在刑事訴訟法之表現，莫過於國家訴追機關，對未受有罪判決確定的被告，發動強制處分時，應受嚴格的「法律保留原則」與「比例原則」之限制，並且，部分干預人民基本權較深的強制處分，尚須受到「法官保留原則」之制約，例如羈押必須由法院決定二〇〇一年一月甫通過的搜索票由法院核發。

三、法和平性：

國家對於已發生之犯罪，透過法定追訴程序的進行與裁判，藉以處罰犯人釋放無辜，可以回復因犯罪所帶來之社會損害，重塑法和平。為重塑法和平，刑事裁判應該具有宣示刑事法律爭端已經終局落幕的意義，而產生確定法律狀態且禁止再起爭端的功能。據此，為了「法安定性」的考量，並避免一罪兩罰，確定的裁判，必須具有禁止再行爭執的效力(一事不再理)，此即實體確定力(第三〇二條第一款)。

貳、其他學者見解

一、陳樸生先生認為：刑事訴訟之目的，固在發現實體之真實，使刑法得以正確適用。但為達成此項目的，應維持程序公正，藉以保障個人自由及維護社會安全。

二、林永謀先生亦持相同的看法，其認為：刑事訴訟之最終目的，固在於究明案件之真相，就犯罪嫌疑人之真正與否，明確判別其罪責之有無，進而負有對有罪之人確當適用刑罰法，並不得有不當遲延之任務；但為達成刑事訴訟究明案件真相之目的，非謂即可訴諸任何手段，其當事人、尤其是被告之人權仍應予最高之尊重。

三、黃東熊先生對刑事訴訟之目的亦採單一目的說，該氏於其教科書提出兩種不同之學說，但卻未表明其支持哪一種看法。此二說皆認為刑事訴訟具有發現真實與保障人權兩個目的，但其終極目的，一

說主張追求正義，另一說則主張維持現有體制。

四、柯耀程先生從刑事訴訟的歷史發展觀察，認為現代刑事訴訟法的指導精神，應為人權保障的思想，此一「宣示性」概念，真正反映在刑事訴訟上的，則為司法正當程序規定，以及合乎法定程序的訴訟進行。在不同的刑事訴訟目的之間，程序正當性具有優先指導的作用，而真實發現這個古老的刑事訴訟目的，隨著法治思想及人權思想的發展，漸次受到規範。因此，現代刑事訴訟之目的，無異係基於人權保障下，以合乎正當程序運作，而為真實之發現。

六、何謂職權進行主義？何謂當事人進行主義？兩者之區別何在？

【擬答】

壹、糾問主義

在刑事訴訟程序中僅有糾問者(法官)與被糾問者(被告)，糾問法官兼具追訴者與審判者之角色，此為中古歐陸國家所採用。

貳、彈劾主義(控訴原則)

其將刑事訴訟程序拆解為追訴(偵查)及審判階段，並由檢察官與法官分司其職，此制度並衍生出「無控方之起訴，即無法官之裁判」即不告不理原則，而(法官與檢察官之相互牽制亦得確保刑事司法權之正確性與客觀性)。因之法院審理裁判之對象及標的，以檢察官起訴之被告及犯罪事實為限，如法院就未受請求事項予以判決乃當然違背法令(刑事訴訟法第三七九條第十款)，彈劾主義之控訴原則下，雖又演變成調查制(職權主義)及對抗制(當事人主義)之二種審判模式，惟控方到庭實施公訴，則為共通之基本要求，否則無異回復糾問主義，我國刑訴法並將之列為判決違背法令之上訴第三審事由(第三七九條第八款)。

參、職權主義(調查制) 法院為發現真實之必要，本於職權負有查明事實真相並調查一切有利不利被告之證據之澄清義務(第一六三條第一項)，其不受當事人之主張聲明所拘束，故認罪協商與有罪答辯制度於此均不適用(被告自白不得為有罪判決之唯一依據)，至刑訴法第一六三條之二所謂「當事人或辯護人聲請調查之證據法院認不必要者，得以裁定駁回之」，應考量其關連性(與直接或間接事實)，必要性(訴訟經濟與迅速原則)(無庸舉證：公眾週知之事實第一五七條，事實於法院已顯著或為其職務上所已知者第一五八條)及可能性(根本無法調查或難以調查)，又依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者，判決當然違背法令，為上訴第三審之事由(第三七九條第十款)。

肆、當事人主義(對抗制)

一、當事人進行原則：指法院僅基於當事人聲明之主張與提出之證據為裁判，包括(I)當事人決定法院應審理何項法律爭端(II)當事人決定何項事實須經證明。故當事人自認之事項乃無庸舉證，法院並應受其拘束。

二、當事人處分原則：乃當事人自始至終可自由處分其訴訟標的，故訴訟程序開啟後，當事人仍得撤回起訴或合意停止訴訟，並得就訴訟標的之捨棄或認諾，法院均應受其拘束，而認罪協商與有罪答辯(只須被告自由，無須再調查證據即可達成有罪結果)制度為該模式下之產物。觀念提醒職權主義與當事人主義之區別職權主義當事人主義不承認當事人不平等原則 當事人平等原則不承認被告方面之偵查，被告不得自行蒐集無罪證據被告與國家機關均係偵查之主體，雙方當事人各得獨立蒐集證據 易與糾問主義相結合，使偵查成為國家機關對被告之糾問 雙方當事人均不具有強制處分權，不承認一方有優於他方之偵查權 偵查程序被告負有忍受國家偵訊之義務 被告不負有忍受國家偵訊之義務 起訴後有必要由法院蒐集 起訴後仍由當事人負蒐集義務 證據之蒐集亦稱職權探知主義亦稱辯論主義起訴當事人不能自由處分訴訟標的 當事人得自由處分訴訟標的起訴法定主義(然基於政策性考量亦有可能採起訴裁量主義或限制性起訴裁量主義) 起訴裁量(便宜)主義 起訴不變主義 起訴變更主義(然原則須經被告同意)對單一罪一部起訴效力及於全部 對單一罪訴追人得僅起訴部分犯罪而不起訴其他部分 審判承繼偵訊 審判與偵查絕緣→起訴狀一本主義有罪答辯程序無，即使被告承認有罪仍須審判 有，若被告答辯有罪則不行審判 閱卷被告(辯護人)於審判前在法院閱覽一切有關該案件之證據 被告(辯護人)對訴追人之閱卷 審判程序法院主導 除審判期日由法院指定外，其餘均取決於當事人 全由法院獨宰，於必要時甚由法院蒐集證據 調查權義屬當事人，交互詢問成為調查證據之主要方法，反對詢問係發見真實之利調查證據延伸出直接、言詞審理主義延伸出傳聞法則

七、何謂違法證據排除法則？試舉三例現行刑事訴訟法採取違法證據排除法則概念之具體規定。

【擬答】

證據禁止乃證據資料取得證據能力之消極要件，然則證據禁止之內涵與標準為何，各國向有不同立法例，矧就其內涵而言可分為證據取得禁止與證據使用禁止，所謂證據取得禁止即乃

違法取證之意，惟應注意者，並非所有違法取得之證據概均禁止使用而認其不具證據能力，仍須區分不同情況予以判定：

壹、法律明文「應」禁止使用者，此即『證據排除理論』之範疇，依修正後刑事訴訟法規定所列舉

者，包括本法第一五六條第一項之不正訊問方法(出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正方法)，第一五八條之二違背法定障礙事由期間所為之訊問暨違法之夜間訊問，及檢察事務官、司法警察官或司法違反第九十五條第二款或第三款之告知義務對受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人之詢問，第一五八條之三違背具結規定，證人、鑑定人之證言或鑑定意見。又其既採「證據排除理論」經法律明文應禁止，一經違反法所列舉之規定，該違法取得之證據自不具證據能力，法院不得採為判決之基礎；於此應補充明者：

一、我國審判實務過度依賴被告自白為其罪依據，進而提供司法警察(官)輒以不正訊問方法取得被告

自白之誘因，而此等違法取供乃屬情節最嚴重之證據取得禁止之方法，故新法援仿英美法系將自白出於自由意志之舉證責任，由其指出證明方法；此外，疲勞訊問本為刑事訴訟法第九十八條所禁止，新法明文應禁止使用之規定中，除第一五八條之二屬相對應禁止使用外，餘均為絕對應禁止使用，依該條規定之內容復可區別三種學理所稱善意例外之情形：違背第九十三條之一第二項規定而於法定障礙事由期間內所取得之自白或不利陳述，原則應不得為證據，然如有但書「經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者」之情形，例外許其有證據能力。

司法警察(官)對犯罪嫌疑人或被告夜間詢問所取得之自白或不利陳述，原則亦不得為證據，惟若符合第一百條之三第一項但書所列四款合法詢問情事，或雖違反該條規定所為之非法夜間詢問但「經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者」，仍例外具證據能力。

檢察事務官、司法警察(官)詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，未盡依第九十五條第二款「得保持緘默，無須違背自己之意思而陳述」及第三款「得選任辯護人」之告知義務，其取之自白及不利陳述，原則不得為證據，然具備同上但書規定之情形時，亦承認其證據能力；應注意者，依第一五八條之二第二項規定之反面解釋，如係法院或檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人時(無論受拘提、逮捕與否)抑或檢察事務官、司法警察(官)對未受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人詢問時之違反，均無該條之適用。

三、訴訟法上具結之目的乃在使證人、鑑定人藉此擔保其證言係據實陳述或鑑定意見為公正誠實，由於證人、鑑定人均為嚴格證明程序之法定證據方法，為法院認事判決之重要憑恃，故如未令證人、鑑定人於供前或供後具結，致該證言或鑑定意見欠缺法定之程序要件，自應不得作為證據。

貳、法律明文「得」禁止使用者，此屬「證據權衡理論」之範疇，其經增修新法明定者，包括違反第一三條急迫搜索規定所扣得之物(含檢察官、檢察事務官、司法警察官及司法警察官所為)，第四一六條經法院撤銷搜索、扣押處分所扣得之物(限審判長、受命法官、受託法官及檢察官所為)，第一五八條之四概括規定凡因違背法定程序取得之證據而法律未規定其效果者。依該條規定「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」，即乃證據使用禁止權衡理論之概括規定，其當已涵蓋違反第一三條急迫搜索規定及第四一六條經撤銷之搜索、扣押所扣得之物，法院得宣告不得作為證據之情形，亦即所有未在本法第一五六條、第一五八條之二及第一五八條之三證據使用禁止絕對或相對應排除之規範內者，概由法院審酌人權保障及公共利益之均衡維護以評斷其證據能力；然則權衡理論之難題即在於何謂「人權保障及公共利益之均衡維護」？更根本的癥結乃法院權衡審酌之標準為何？雖立法者就個案之型態、情節、方法之差異，提出法院

於個案中權衡個人利益及刑事追訴利益時，得斟酌之七項標準(違背法定程序時之主觀意圖、侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重、違背法定程序之情節、犯罪所生之危險或實害、禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果、偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性、證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度)，但無論如何，其亦僅屬法院得自由參酌之抽象概念而已，審判者仍得就具體案例依其主觀考量逕予認定，此等因人解讀不同且毫無拘束效力之標準，嚴格言之並無實益，且易造成法院恣意而不公平審判之情事，誠然基於發現實體真之刑事訴訟基本課題，不宜全盤否定違反法定程序而取得之證據，其證據能力，惟因權衡裁量理論具有前述主觀恣意之高度危險，學者對此乃有應均採相對強制排除理論之主張，亦即以強制排除為原則，並允許明示列舉之例外。

八、何謂證人？何謂鑑定人？兩者有可不同？證人及鑑定人之義務為何？

【擬答】

壹、鑑定之內涵

一、以其專門知識，輔助法院判斷特定證據問題之人，法院仍有自主審查權(故若法院委由醫院鑑定被告醫師有無過失即涉及責任能力判斷)。

二、專門知識可替代性亦可拒卻(訴訟法第二百零條第一項)，故不得拘提。鑑定證人指依特別專門知識而得知已往事實之人(同法第二一〇條)，性質為證人。

三、義務：到場、具結與報告義務。

四、其鑑定之程序則依本法第一九七條至第二一〇條之規定。

貳、證人之內涵

一、於刑訴程序中陳述自己對系爭案件之待證事實所見聞之訴訟第三人；即以陳述內容為供述證據。

二、證人適格：告訴人、告發人、共同被告、鑑定證人。

三、義務：到場義務(違反時得拘提、罰鍰)，具結義務與真實陳述義務(違反時應負偽證罪責)。

四、權利：符合刑事訴訟法第一七九條、第一八〇條及第一八二條規定者得拒絕證言；並得請求日費與旅費。

五、再行傳喚之限制：

六、調查方式：由法院以訊問方式，或由當事人、弁護人或代理人以詰問、詢問方式為之。

七、調查程序則依本法第一六六條至第一九六條之一之規定。

觀念提醒鑑定人與證人之區別 證人鑑定人任務陳述過去事實 就現在事實陳述其判斷意見資格無限制 須有特別知識經驗性質

有不可代替性 無不可代替性具結時期原則上於訊問前，例外得於訊問後(§188)應於鑑定前具結(§202)

得否拘提經合法傳喚無正當理由而不到場得拘提之(§178 I)不得拘提(§199) 得否拒卻不得拒卻 得聲請拒卻(§200 §201)權利僅得請求日費及旅費(§194)除日費、旅費外尚得請求報酬及所支出之費用，並得檢閱卷宗證物(§204、§205)

九、被告在刑事訴訟法上有何權利與義務，請簡述之。

【擬答】：

被告不是單純的訴訟客體，而是訴訟主體。被告享有刑事訴訟法賦予的若干權利，也負有相當的義務。前者主要涉及其應享有的（程序）基本權，例如不自證己罪原則、罪疑唯輕原則、無罪推定原則與聽審權、受辯護權、在場權、調查證據請權、對質詰問權及受告知權等，從而反應出國家機關的若干義務，例如告知義務；義務的違反，則表現在證據法則裡，例如非任意性自白不具有證據能力。扼要說明如下：不自證己罪原則

意義任何人皆無義務以積極作為協助對自己的刑事追訴；國家不得強制任何人積極的自證己罪。此係

憲法給予人民在面對國家刑事追訴時的特殊保障，以實現人格權之保障。保護範圍—不自證己罪與緘默權依實務見解<sup>1</sup>，明顯認為「（口頭）供述」才受到不自證己罪原則的保障，不自證己罪在我國，因而等於緘默權。由於僅保障被告的陳述自由，若是要求被告以供述以外的方式作證，如強迫其呼氣接受酒測、提供收賄帳冊、聲、寫字等，即被排除於保護範圍以外！

罪疑唯輕原則意義當無法證明被告或犯罪嫌疑人所涉犯罪事實存在時，應為對被告有利的無罪或輕罪判決。

罪疑唯輕原則可以從兩個面向來理解，一是實體法，一是程序法<sup>2</sup>。

就實體法而言，罪疑唯輕原則補充了罪責原則；當對被告罪責的證明存疑時，應發生對被告有利的法效果。因為有罪才有刑罰，如果法官無法確定犯罪事實的存在，便不能夠課予被告刑罰。就程序法而言，其指導法官在未能形成確信時，如何決；確立程序法上的證據評價原則。

罪疑唯輕原則的適用的時機，是在「證據評價結束後」；法官依法踐行審判程序並調查證據，依自由心證綜合評價所有證據後，仍然無法形成心證時，依罪疑唯輕原則，應做成對被告有利的決定。

無罪推定原則

2003年1月，刑事訴訟法增訂第一五四條第一項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」此原則對於刑事被（或犯罪嫌疑人）提供訴訟上保護，追訴犯罪者為了將被告（或犯罪嫌疑人）定罪，除了被告（或犯罪嫌疑人）的心神狀態外，有義務證明所有犯罪事實的存在。簡之，無罪推定是檢察官舉證責任發生之事由<sup>3</sup>。其始點為被告「進入法庭時」，終點則為控方證明被告有罪至「超越合理懷疑」的程度時。

在犯罪偵查程序，因與定罪尚無直接關連，故無此原則之適用，只要執法人員對於犯罪嫌疑人涉犯罪之懷疑有「相當理由」，即可予以逮捕、羈押、搜索、扣押；惟此等強制處分

須由法院介入為事前或事後審查，併予說明。被告的其他權利

基於訴訟主體的地位，被告享有下列權利：聽審權（資訊請求權§§33、951；表達請求權§§194台上

2677判決：刑事訴訟法雖以被告為法院調查證據之對象，被告之陳述，固得為證據資料，惟刑事訴訟

程序上，為保障被告防禦權之行使及尊重被告陳述之自由，規定被告有緘默權，即被告除有積極的陳述自由外，基於不自證己罪原則，亦有消極的不陳述自由，不能強令其自負清白之責任，如被告選擇

緘默，不能遽認其詞窮理屈而據為不利於被告之裁判理由。

2 林鈺雄，論罪疑唯輕原則，律師雜誌第255期，2000/2，頁60以下。  
蔡秋明，舉證責任，台灣本土法學第55期，2004/2，頁127、221、222；並參考釋字 482），辯護權

（防禦權，如§§27、31、953），在場權（§3796），聲請調查證據權（§379），對質權（§§97、

184II、379）及詰問權，救濟權（異議§288-3、抗告§403、上訴§344I、再審§427）。被告有權獲得充分的訴訟資訊，因此國家機關應告知被告所犯罪名（§951），被告的辯護人於審判中得檢閱卷宗及

證物，並得抄錄或攝影（§33）。被告有辯明犯罪嫌疑的權利（§96），有辯論權、詰問權及最後陳述

權（§§162, 166, 173, 289, 290）。判決原則上須經言詞辯論（§221）。對於被告的陳述與表達，法院應詳加注意；在判決理由中，法官應交代為何不採被告所言及所提證據。不這麼做，就是「判決不

載理由或所載理由矛盾」，判決即為「當然違背法令」（§§308, 310, 379○14）。最高法院先前判例似乎不認為被告有所謂「對質權」<sup>4</sup>，近期 94 台上 478 判決與 94 台上 1742 判決似已鬆動，認為

未予對質，判決違背法令！被告的義務被告有義務忍受強制處分；有到場義務，無正當理由不到場得命拘提（§§71, 71—1, 75）；有與共同被告以及證人對質的義務（§§97, 184II）。

十、何謂相對不起訴處分？相對不起訴處分之事由為何？

【擬答】：

相對不起訴處分的意義

不起訴處分大別為兩種：絕對不起訴與相對不起訴。絕對不起訴是指，案件缺乏訴訟要件（形式或實體的訴訟要件），法院不能做實體上的判決，檢察官不應提起公訴（§252）。相對不起訴則是指，特定的案件縱然犯罪證據確鑿，檢察官斟酌情形得不起訴。這主要是基於刑事政策上的考慮。如果起訴無助於刑罰的預防犯罪功能，此一起訴不但多餘，而且浪費國家司法資源。從相對不起訴的制度可以清楚看出，刑事訴訟的目的不完全在於追訴審判犯罪人。

相對不起訴處分之事由

相對不起訴的情況有兩種。一種是不能上訴第三審（§253）；一種是起訴後，對於應執行刑無實益（§254）。不能上訴第三審的案件多屬輕微（多為法定刑在三年以下有期徒刑），如被告事後態度良好、犯罪動機可以憫恕、被告知識程度低微等等（刑法§57），檢察官可以不起訴處分。對於應執行

刑沒有實益的案件起訴，也是多餘，立法者因此授權檢察官，得不起訴處分。這是指，被告犯數罪，一罪已受重刑判決確定，其他輕罪即使起訴，也不會受更重的判決，檢察官對於輕罪可以不起訴。例如，李四被判死刑確定，復犯脫逃罪被捕，對此脫逃罪已無起訴實益，得不起訴。

十一、我國刑事訴訟法規定，何人具有上訴權？請詳述之。

【擬答】：

當事人為「固有上訴權人」。當事人包括檢察官、自訴人與被告。  
自訴人如於辯論終結後喪失行為能力或死亡，法定代理人、直系血親或配偶得為上訴 (§344I) 5。  
自訴案件的檢察官雖然不是當事人，但可以獨立上訴 (§347)。  
檢察官有客觀義務，是法律的守護人，檢察官可以為被告的利益或不利益上訴。自訴人只能為被告的不利益上訴，如果為被告的利益上訴，上訴不合法 (82 台上 2773)。被告必須為自己的利益上訴，為自己的不利益而上訴，上訴不合法 (84 台上 4661)。  
除了當事人之外，被告的法定代理人或配偶，得獨立上訴 (必須為被告的利益 §345)。  
原審的代理人或辯護人，得為被告的利益上訴；但不得與被告明示的意思相反 (§346)。  
4「命證人與被告對質與否，審理事實之法院，本有自由裁酌之權，均非當事人所得據為提起第三審上訴之適法理由。」(71年台上字第 2744 號判例) 5九四年台上字第七一七三號判決：被告之配偶依法固得為被告之利益獨立上訴，但此項獨立上訴權之行使，必以被告之生存為其前提，若被告業已死亡，則訴訟主體已不存在，被告之配偶即無獨立上訴之餘地。  
宣告死刑或無期徒刑的案件，原審法院應依職權逕送上級法院審判，視為被告已提上訴 (§344 IV, V)。告訴人或被害人，可以請求檢察官上訴，除顯無理由者外，檢察官不得拒絕 (§344 II)。

十二、對於自由刑之執行，其執行處所及執行方法如何？又在何種情形下應停止自由刑之執行？請詳述之。

【擬答】：

自由刑之執行處所及執行方法  
依刑事訴訟法第四六六條規定：「處徒刑及拘役之人犯，除法律別有規定外，於監獄內分別拘禁之，令服勞役。但得因其情節，免服勞役。」同法第四七八條規定：「依本法第四百六十六條但書應免服勞役者，由指揮執行之檢察官命令之。」自由刑之停止執行依刑事訴訟法第四六七條規定：「受徒刑或拘役之諭知而有左列情形之一者，依檢察官之指揮，於其痊癒或該事故消滅前，停止執行：一、心神喪失者。二、懷胎五月以上者。三、生產未滿二月者。四、現罹疾病，恐因執行而不能保其生命者。」同法第四六八條復規定：「依前條第一款及第四款情形停止執行者，檢察官得將受刑人送入醫院或其他適當之處所。」

十三、何謂「事物管轄」？試述刑事訴訟法有關事物管轄之規定。

【擬答】

所謂事物管轄乃以案件種類，定第一審管轄權之法院，即定不同級法院刑事案件之分配，法院對事物管轄權之有無判斷，自起訴時至最終裁判時隨時均應依職權調查之。  
現行刑事訴訟法就事物管轄之相關規定，有：刑訴法第四條：地方法院於刑事案件，有第一審管轄權。同條但書：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。即其事物管轄法院即不包括地方法院。刑訴法第三七六條所判各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴第三審法院，則其所判案件之事物管轄法院即不包括最高法院。  
第一審屬高等法院管轄案件，依本法第三十一條第一項之規定屬強制辯護案件，依同法第二八四條規定，未經辯護人到庭不得審判，否則即屬同法第三七九條第七款之判決當然違背法令。又此等案件亦不得聲請簡易判決。  
違背本法事物管轄之規定者，即屬同法第三七九條第四款之判決當然違背法令。

十四、試比較說明「緩起訴」與刑事訴訟法第二百五十三條所規定「職權處分」其適用範圍之差異。

【擬答】

C刑事訴訟法第二五三條規定：第三七六條所規定之案件，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項認以不起訴為適當者，得為不起訴處分，屬職權不起訴處分之一種，即所謂微罪不舉原則。  
同法第二五三之一條規定：被告所犯為死刑，無期徒刑或最經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。  
二者之適用範圍差異可略述如下：  
相異：

1. 被告經認有犯罪嫌疑，而不以逕行起訴為適當者，如所犯為刑訴 §376 所規定之案件，經參酌刑法 §57 認情節較輕微者，依 §253 不起訴處分(微罪不舉)，至參酌刑法 §57 及考量公共利益之維護，認情節稍重者則依 §253 之 1 為緩起訴處分。(PS.

§253 與 §253 具相近之性質)

2. 被告經認有犯罪嫌疑而不以逕行起訴為適當者，如所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外非 §376 所規定之案件者，僅能依 §253 之 1 為緩起訴處分。
3. 被告經緩起訴處分者，得命其遵守一定事項 (§253 之 2)，且於 §253 之 3 I 之三款法定情形，檢察官得依職權或告訴人聲請撤銷緩起訴處分，至 §253 之相對不起訴處分 (微罪不舉) 則否 (原規定已刪除)。
4. §256 II 頁之職權再議 (新增) 於不起訴處分僅限死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑之案件而因犯罪嫌疑不足者，至緩起訴處分則均有適用。
5. 受緩起訴處分之被告，於緩起訴處分受撤銷時有聲請再議權，此於受相對不起訴處分之被告則無。
6. §260 之規定於緩起訴處分均有適用，至不起訴處分則限該處分具實質確定力者 (包括 §252、§252、§253 及 §254)，至欠缺形式訴訟條件之不起訴處分 (§252 及 §255 I 其他法定理由) 因不具實質確定力，即無適用之餘地。

十五、試依刑事訴訟法之規定說明起訴之效力。

【擬答】

在彈劾主義之刑事訴訟結構中，任何刑事案件必經代表國家之檢察官提起公訴或部份例外所允許之自訴提起方得繫屬於法院而為法院審判之訴訟標的，如未經起訴之案件自不為法院審判之範圍，此即所謂控訴原則，而任何對此項原則之違法，即屬刑事訴訟法第三十九條第十二款之判決當然違背法令。依現行刑事訴訟法有如下關於起訴效力之規定

c 刑事訴訟法第二六六條：起訴之效力，不及於檢察官所指派被告以外之人。此屬起訴對人之效力。d 同法第二六七條：檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。此即起訴對物效力，茲分述其情形如下：

e 同法第二六八條，法院不得就未經起訴之犯罪審判。此即控訴原則中之不告不理，如法院誤就未經起訴案件予以判決，即屬「未就請求事項予以判決」而為同法第三七九條第十二款之判決當然違背法令。

十六、試述刑事訴訟之第一審法院在何種情形下，得不待被告之陳述逕行判決？

【擬答】

(一) 刑事訴訟法採言詞辯論主義，故於第二二一條規定，判決除有特別規定外，應經當事人之言詞辯論為之。因之，判決因其審理形式不同，尚得分為到席判決與缺席判決二種。缺席判決，又可分為不經言詞辯論之判決及不待其陳述而判決二種，茲分述如下：

1. 不經言詞辯論之判決：

指兩造缺席判決，故無庸指定審判期日命當事人及辯護人到庭辯論。雖未經傳喚當事人，其判決亦難指為違法。其情形有：

- (1) 案件應諭知免訴，不受理或管轄錯誤之判決者 (§307、§343、§334、§335)。
- (2) 第二審法院對於不合法之上訴及對於原審諭知管轄錯誤，免訴或不受理之判決上訴時，認其為無理由而駁回上訴或認為有理由而發回該案件之判決者 (§372)。
- (3) 第三審法院之判決 (§389)。
- (4) 非常上訴之判決 (§444)。
- (5) 為受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人已死亡或於再審判決前死亡者 (§437 I)。
- (6) 簡易判決 (§449)。

2. 不待其陳述而為判決：

指一造缺席判決，即其判決得僅由檢察官、自訴人或被告一造之辯論而為判決，其情形有：(1) 被告拒絕陳述者 (§305 前)。(2) 被告未受許可而退庭者 (§305 後)。(3) 法院認為應科拘役，罰金或應諭知免刑或無罪判決之案件，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者。 (§306)。

(4) 被告心神喪失，或雖因疾病不能到庭，而顯有諭知無罪或免刑判決之情形者 (§294 III)。

(5) 非告訴或請求乃論之罪，自訴人經合法傳喚無正當理由不到庭或到庭不為陳述者 (§331 I 後)。

(6) 第二審上訴，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者 (§271) 是。故兩造均不到庭，除得通知檢察官擔當訴訟外，如許其逕行判決其程序等於書面審理，而非言詞辯論，與立法主義顯有違背。

(二) 應依下述情形分別適用：

1. 自訴人與被告均未到庭，且被告並無刑訴法第二百零六或第三百七十一條之情形者，應再行傳喚，既不得逕行判決，亦無庸通知檢察官擔當訴訟。
2. 自訴人雖不到庭，而被告已到庭者，得不等自訴人之陳述逕行判決。
3. 自訴人及被告雖未到庭，而被告具有刑訴法第二百零六或第三百七十一條之情形，得通知檢察官擔當訴訟。

十七、何謂當事人能力？何謂訴訟能力？依現行法規定，法人是否具有當事人能力與訴訟能力？

【擬答】：

(參考李知遠「例解刑事訴訟法」第46~47頁)當事人能力乃得為刑事訴訟當事人之法律上能力，其應於起訴時判斷有無。公訴案件：檢察官：均為自然人且受國家考選任命，故有當事人能力。被告：自然人：具權利能力者均有之(胎兒則無)；如係欠缺責任能力者，應依刑事訴訟法第三〇一條第一項論知無罪而非無當事人能力；若起訴後死亡時則依同法第三〇三條第五款論知不受理。法人、非法人、政府機關：原則均無，例外為特別法規定。自訴案件：自訴人自然人：犯罪直接被害人且有行為能力者，如無當事人能力應依本法第三三四條論知不受理。法人：須併列法人及代表人姓名，欠缺前者依本法第三三四條論知不受理，欠缺後者先命補正，逾期依本法第三四三條準用第三〇三條第一款論知不受理。被告：同公訴案件。被告無當事人能力時依本法第三四三條準用第三〇三條第一款論知不受理判決。訴訟能力：乃於刑事訴訟中得有效為訴訟行為之能力，其以意思能力之有無判斷之。公訴案件：檢察官：以具備意思能力為足，與行為能力無涉。被告：自然人：須有意思能力，心神喪失者依本法第二九四條第一項應於回復前停止審判，例外依同條第三、四項不停止審判。法人：代表人為訴訟行為。自訴案件：自訴人自然人：有當事人能力者因有行為能力(本法第三一九條第一項本文及但書)，故必有訴訟能力。惟應注意九二年一月修正新法第三十七條及第三一九條第二項律師強制代理之限制。法人：同自然人(代表人須有意思能力)。被告：同公訴案件。

十八、對物的強制處分，其種類有幾？試說明之。

【擬答】：(參考李知遠「例解刑事訴訟法」第195、200頁)

刑事訴訟法關於干預限制人民基本權利之對物的強制處分包括搜索與扣押茲分別敘述如下：搜索：依刑事訴訟法第一二二條規定“對於被告及犯罪嫌疑人之...，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...物件，電磁紀錄及住宅或其他處所，已有相當理由可信為...應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。”按搜索乃屬對人民之財產權與隱私權等基本權利所為限制干預之強制處分，依刑事訴訟法第一二八條第三項之規定，原則上須由法官簽發搜索票為之，此即法官保留之令狀主義，惟基於偵查犯罪時效性之急迫因素或其他考量，本法亦於具備法定條件下，例外容許無令狀之搜索，茲分述其情形如下：附帶搜索：依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其...、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。」其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具。另學者亦認為倘僅為取得或保全證據則亦屬之。急迫搜索：因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。同意搜索：依本法第一三一條之一規定「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」扣押：按扣押指為保全可為證據或得沒收之物，而對其暫時占有之強制處分。客體：包括可為證據之物(目的在保全證據，以利追訴且防止湮滅)及得沒收之物(刑法第三十八條第一項所列三款)。(刑事訴訟法第一三三條第一項)參與機關決定機關：偵查審判中均為法官(第一三六條第一項)，由法官於搜索票上記載扣押標的物。

d執行機關：司法警察(官)、檢察事務官、檢察官、法官(第一三六條第二項)，無論令狀扣押或無令狀附帶扣押，實施後均須製作扣押收據交予相對人。

種類附帶扣押(第一三七條，本案扣押)另案扣押(第一五二條，非本案扣押)。囑託扣押(第一五三條)。強制扣押(第一三八條)。程序：令狀與證件之出示(第一四五條、第一四八條)、扣押之在場及通知(第一四八條~第一五〇條)、扣押之必要處分(第一四四條、第一五一條)、扣押筆錄製作(第四十二條)、交付收據(第一三九條第一項)。限制：比例原則：應先依第一三三條第二項命其提出或交付，方可再依第一三八條規定使用強制力。公務物件：第一三四條第一、二項。郵件電報：第一三五條。

十九、當事人得聲請法官迴避的原因有幾？試說明之。

【擬答】：(參考李知遠「例解刑事訴訟法」第70-73頁)

自行迴避刑事訴訟法第十七條規定：推事於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：推事為被害人者。推事現為或曾為被告或被害人之配偶，八親等內之血親，五親等內之姻親或家長，家屬者。推事與被告或被害人訂有婚約者。推事現為或曾為被告或被害人之法定代理人者。

推事曾為被告之代理人，辯護人，輔佐人或曾為自訴人，附帶民事訴訟當事人之代理人，輔佐人者。

推事曾為告訴人，告發人，證人或鑑定人者。推事曾為執行檢察官或司法警察官之職務者。

推事曾參與前審之裁判者。

聲請迴避刑事訴訟法第十八條規定：當事人遇有下列情形之一者，得聲請推事迴避：推事有前條情形而不自行迴避者。推事有前條以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。職務裁定迴避刑事訴訟法第二十四條第一項規定：「該管聲請迴避之法官或院長，如認推事有應自行迴避之原因者，應依職權為迴避之裁定。」違反效果不得執行職務應即停止訴訟程序，不得為裁判上之一切行為。

c於執行上無影響之職務→仍得執行。例如：宣判。d有為急速處分之必要時→無明文；(陳)仍不宜概予禁止。若仍執行職務：c所進行之訴訟程序：(陳)違法；(黃)違法且無效，須更新審判程

序。

d所參與之裁判：當然違背法令（第三七九條）參與前審之裁判，乃以參與前審判決或裁定之法官為限。惟何謂「前審」，向有「拘束說」與「審級說」之爭執：拘束說重在維護裁判之自縛性，本裁判一次性之原則，案件既經其裁判，即應受其拘束，其裁判之是否允當，法官不應再作不同認定，故不應許其再參與。因此，所謂前審，應指「前次」言，即該法官曾參與當事人所聲明不服案件之裁判。此說較符法官迴避之立法目的，使當事人得受公平審判。審級說重在確保當事人之審級利益，認刑事案件之採審級制度，係使當事人對下級審判之裁判有所不服，得利用上級審請求救濟，如在下級審已就該案件參與裁判之法官，於上級審仍有許其執行職務，審級制度失其存在之義意，因此，稱前審應指下級審而言，釋字一七八號採之。釋字第二五六號：「民事訴訟法第三十二條第七款關於法官應自行迴避之規定，乃在使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務，以維審級之利益及裁判之公平。因此，法官曾參與訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避。對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。惟各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第六條第四款規定意旨，其迴避以一次為限。最高法院二十六年上字第三六二號判例，與上述意旨不符部分，應不再援用，以確保人民受公平審判之訴訟權益。」

二十、 審判機關所為的意思表示，可分為裁定與判決二種，試說明其區別何在？

【擬答】：（參考李知遠「例解刑事訴訟法」第126頁）

機關：前者包括法院、審判長、受命法官、受託法官，後者限法院。對象：前者以程序事項為主，後者以實體事項為主（形式判決例外）。

審理方式：前者除當庭聲明外不經言詞陳述，後者原則須經言詞辯論（第二二一條）。

依據：前者不限，後者須有明文規定。

理由：前者限得抗告或駁回聲明者始須為之，後者應敘明理由。

適用：前者多為中間裁定，後者限終局裁判。

撤銷：前者經抗告後原審得自行撤銷更正，後者上訴後原審不得自行撤銷。

宣示：前者限當庭為之者方須宣示，後者原則須宣示。

救濟方式：前者為抗告，後者為上訴。

聲明不服法定期間：前者為裁定送達後五日內，後者判決送達後十日內。

一、 司法警察或司法警察官於於行「拘提」時，應注意何種要乙？其與「通緝」有何不同？請說明之。

司法警察或司法警察官執行拘提時，應注意以下事項：

如係執行有拘票之拘提時，應注意是否超過拘票所容許之執行期間；若係執行刑事訴訟法第八十八條之一緊急拘提時，則應注意是否符合法定事由且不及聲請拘票。

按刑事訴訟法第八十九條規定，執行拘提或逮捕，應注意被告之身體及名譽。

按刑事訴訟法第九十條規定，被告抗拒拘提、逮捕或脫逃者，得用強制力拘提或逮捕之。但不得逾必要之程度。

按刑事訴訟法第七十九條及第八十條規定，應將拘票之一聯交與被告或其家屬，並應於拘票記載執行之處所及年、月、日、時；如不能執行者，記載其事由，由執行人簽名，提出於命拘提之公務員。

若係執行緊急拘提者，應即告知本人及其家屬，得選任辯護人到場。

拘提與通緝之不同，述之於下：

發動目的不同

拘提的目的在於以強制力使被告於一定時間到一定處所接受訊問。

通緝則係被告已逃亡或藏匿者，以發布通緝書，使偵查機關或關係人知悉，發生得逕行逮捕之效力（刑事訴訟法第八十四條）。

令狀之要求不同

拘提可分為一般拘提、逕行拘提與緊急拘提三種。原則上，拘提須事先簽發拘票，於普通拘提時尚以傳喚為其前程序，但被告犯罪嫌疑重大，而有法定原因者，得不經傳喚（刑事訴訟法第七十六條）。於檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有法定事由且情況急迫不及事先取得拘票時，始得無令狀拘提（刑事訴訟法第八十八之一條）。

通緝則無例外均須以通緝書為之（刑事訴訟法第八五條）。

執行機關不同

拘提由司法警察或司法警察官執行，並解送指定處所。

通緝，則係以通緝書通知附近或各處檢察官、司法警察機關，遇有必要時，並得登載報紙或以其他方法公告之（刑事訴訟法第八六條），且通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官、利害關係人得

拘提被告或逕行逮捕後，解送指定處所（刑事訴訟法第八七條第一、二項）。

二、依刑事訴訟法之規定，何種人員為應受檢察官及司法警察官之命令而偵查犯罪之「司法警察」？其偵查之權限如何？

按刑事訴訟法第二三一條規定，下列各員為司法警察，應受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪：警察。憲兵。依法令關於特定事項，得行司法警察之職權者。」

司法警察之偵查權限如下：

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（刑事訴訟法第七十七之一條第一項）。

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，得使用通知書通知證人到場詢問（刑事訴訟法第一九六條之一）。經檢察官許可，向法院聲請搜索票（刑事訴訟法第一二八條之一）。

執行拘提（刑事訴訟法第七十八條）、逮捕（刑事訴訟法第八十七條）、搜索扣押（刑事訴訟法第一二八條之二、第一三六條）、附帶搜索（刑事訴訟法第一百三十條）、逕行搜索（刑事訴訟法第一三一條第一項）、同意搜索（刑事訴訟法第一三一條之一）。

實施調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察（刑事訴訟法第二三一條第三項）。

三、試比較說明一般於提與緊急於提之差異。

一般拘提係，於一定時期內，以核發拘票為前提，拘束受拘提人的自由，強制其到達一定處所接受訊問，並保全被告、犯罪嫌疑人或保全、蒐集證據之強制處分。緊急拘提，一般稱為緊急逮捕，亦有稱緊急拘提，謂因偵查犯罪，具備法定之急迫原因而不及事先（報請）簽發拘票時，暫時先予拘捕被告之強制處分（刑事訴訟法第八八之一條）。

一般拘提與緊急拘提之差別如下：

發動之要件不同：

一般拘提之發動係基於，被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之（刑事訴訟法第七十五條）；緊急拘提則係，檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有法定事由而情況急迫者，得逕行拘提之（刑事訴訟法第八八之一條第一項）。

是否具備拘票不同：

在一般拘提的情況底下，拘提被告，應用拘票（刑事訴訟法第七七條）。

緊急拘提則因情況急迫，拘提時不須有拘票，且檢察官親自執行後毋庸再自行簽發拘票，但司法警察官或司法警察於執行後，應即報請檢察官補發拘票（刑事訴訟法第八八之一條第二項中段）。

執行拘提後之處置不同：

在一般拘提，拘票應備二聯，執行拘提時，應以一聯交被告或其家屬（刑事訴訟法第七九條）且執行拘提後，應於拘票記載執行之處所及年、月、日、時；如不能執行者，記載其事由，由執行人簽名，提出於命拘提之公務員（刑事訴訟法第八〇條）；緊急拘提則因情況急迫，拘提時不須有拘票，因此刑事訴訟法僅要求檢察官、司法警察官或司法警察，依緊急拘提程序拘提犯罪嫌疑人後，應即告知本人及其家屬，得選任辯護人到場（刑事訴訟法第八八之一條第四項）。

是否具備緊急事由：

依據刑事訴訟法規定，一般拘提是指不具備法定緊急事由之拘提；緊急拘提則須具備右述四款原因：「一、因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。二、在執行或在押中之脫逃者。三、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一年以上有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限。四、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，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者（刑事訴訟法第八八之一條第一項）。」

四、試說明緩起訴處分適乙之要件。

刑事訴訟法將緩起訴之要件規定於刑事訴訟法第二五三之一條第一項：「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……。」

茲將上述規定析述於下：

案件之限制：並非任何案件皆得為緩起訴。刑事訴訟法排除重罪案件，並將適用緩起訴之案件種類限制在「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」上開適用範圍已經包那諸如竊盜、詐欺、侵占、及背信等常見的財產犯罪類型。應注意的是，緩起訴雖亦為便宜不起訴處分，但此項案件性質的限制，則屬法定性要件，無關乎裁量，且也不得裁量。

裁量之基準：上開案件，「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」得為緩起訴處分。更進一步說明之：此處所稱參酌刑法第五十七條，也就是檢察官考慮是否為緩起訴時，應考慮本來是法官量刑審酌的事由，就結論而言，應僅限於審酌各款後認為被告罪責輕微之情形，否則，縱使屬於得為緩起訴之案件，但若被告罪責重大，如犯罪動機卑劣且手段殘忍者，不應為緩起訴處分。所稱參酌公共利益之維護，是指該案的繼續追訴並不存在特別的公共利益而言，在此，作為公益代表人的檢察官，尤須審酌放棄追訴是否造成一般預防及正義觀感的負面影響。

以上要件屬於「裁量」性質，除有濫用或逾越的極端情形下，屬於檢察官的固有權限，縱使緩起訴經提起交付審判，也不在法院的審查範圍。

五、何謂「前行辯論」？何謂「前開辯論」？兩者有何不同？

再行辯論：審判長於審判期日，認檢察官、被告、辯護人雖已辯論完結，但仍有不足之處者，得命再行辯論（刑事訴訟法第289條第二項）。

再開辯論：法院於檢察官、被告、辯護人辯論程序終結後，遇有必要情形，得命再開辯論程序（刑事訴訟法第291條）。

二者不同之處，分析如下：

時點不同：再行辯論係在辯論程序終結之前；再開辯論則在辯論程序終結之後。

決定者不同：再行辯論係由審判長基於訴訟指揮權決定；再開辯論則由法院決定，此係謂，在獨任制時，由承審法官決定，在合議制時，由審判長與其他法官共同決定。

要件不同：再行辯論係指，第一輪的辯論內容不足令法官有足夠理由下判決或法官對案件的爭點仍有不明瞭之處，因此要求當事人繼續辯論；而再開辯論則係，法院本認為言詞辯論期日所得之印象已足夠下判決，但是事後發現應予調查之證據未予調查，或雖已調查但其內容仍欠明瞭，故在重開辯論程序調查之。

程序不同：再行辯論因係在辯論程序終結前，故不生另予被告最後陳述機會的問宜，但再開辯論因係再辯論程序終結後，再一次進行辯論，可能有新的證據調查或法律觀點被提出辯論，因此應再賦予被告一次最後陳述之機會。

六、甲以鐵棍毆打乙頭前成傷，乙即檢具診斷書向地檢署提出告訴，檢察官偵查後，認甲確有傷害罪嫌，乃將之提起公诉。刑一審法院審理結果，亦認為甲罪證明確，而諭知傷害罪罪刑之判決，檢察官及甲均未聲明不服，該案於焉確定。未幾，乙因前述頭前之傷導前腦出血死亡，檢察官獲悉，遂又以傷害前人之死之罪嫌將甲提起公诉。問：法院若認為乙之死亡確係甲以鐵棍毆傷其頭前所前，則應為如何之判決？

法院應為如何之判決？須先檢視第一次起訴之傷害罪與第二次起訴之傷害致人於死罪在實體法的部分是否屬同一犯罪事實而定，其次才決定在程序法的部分該如何下判決。

實體法部分

判斷本案前訴與後訴是否為同一案件，須分別檢視被告是否同一及犯罪事實是否同一。其中犯罪事實同一，依照實務見解包括：單純一罪、實質上一罪與裁判上一罪。

本案前、後訴之被告皆為甲，前訴之犯罪事實為「甲以鐵棍毆打乙頭部成傷」；後訴之事實為「甲以鐵棍毆打乙頭部成傷，乙因前述頭部之傷導致腦出血死亡，且法院認為乙之死亡確係甲以鐵棍毆傷其頭部所致」。後訴之事實係前訴事實之加重結果，無疑。由此可知，二訴之事實係實質上一罪，屬同一犯罪事實。

小結：本案之前訴與後訴係同一案件。

程序部分

案件具備單一性，其實益在於「起訴之不可分」、「審判之不可分」與「既判力之擴張」。「起訴之不可分」係指，檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部（刑事訴訟法第二六七條）。「審判之不可分」係指，就一部犯罪事實為有罪裁判者，其效力及於與起訴之事實具有不可分之關係且有罪之事實。最重要者係「既判力之擴張」部分，依據實務見解，起訴之部分有罪，則確定判決之效力即於未經判決之部分，亦即及於全部。

今甲被起訴傷害罪部分已經判決確定，依據上開見解，其既判力將及於未經起訴之事實，換言之，乙死亡之部分以為前訴之效力所及。故檢察官針對乙死亡部分所提起之後訴，係屬「案件曾經判決確定者」（刑事訴訟法第302條第一款），法院應下免訴判決。

七、何謂刑事訴刑法中之相牽連案乙？其與刑法中之牽連犯有何不同？試分析之。

相牽連案件

謂「案件」者，乃指一名被告之單一犯罪事實，而數案件可能因有特定之關係，而依照刑事訴訟法第七條規定，為相牽連之案件。相牽連之案件按刑事訴訟法第七條，有以下四種：

一人犯數罪者。例如：甲殺人，另犯偽造文書罪，則甲的殺人案件與甲的偽造文書案件，為相牽連之案件。

數人共犯一罪或數罪者。例如：甲與乙基於共同行為決意，共同實施殺害丙的行為，則甲的殺人案件與乙的殺人案件，為相牽連之案件。

數人同時在同一處所個別犯罪者。例如：甲至丙宅行竊，同一時間，與甲無共同行為決意之乙，亦至丙宅行竊，二人並無共同行為實施，則甲之侵入住宅竊盜案件與乙之侵入住宅竊盜案件，為相牽連之案件。

犯與本罪有關之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。例如：甲竊取丙車，乙明知該車為甲財產犯罪所得之贓物，而故意買受並轉手，就甲之竊盜罪與以之贓物罪，為相牽連之案件。

### 牽連犯

牽連犯係指刑法第五十五條後段「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷」之規定，例如：甲偷乙的鑰匙，未得乙之同意，進入乙的住宅，分別成立竊盜罪與侵入住居罪，其竊取鑰匙之目的在於侵入乙宅，竊盜罪與侵入住居罪有方法結果關係，兩罪有牽連關係，依牽連犯之規定，從一重處斷。（94.2.2 修正公布，95.7.1 施行之刑法已刪除§55 後段牽連犯之規定。）

### 相牽連之案件與牽連犯之相異點

相牽連之案件與牽連範圍兩個截然不同的概念，前者為訴訟法上概念，後者為實體法上概念，二者主要之相異點如下：

案件數不同：牽連犯為裁判上一罪，在程序上為單一案件；而相牽連之案件必為複數案件。

行為人數不同：牽連犯的行為人必為一人；而相牽連之案件可能為一人犯數罪，或是數人的犯罪有特別關聯性而形成相牽連案件。

目的不同：牽連法上是在處理刑法上罪數間的競何關係；而相牽連之案件則是著眼於數案件中因具有特殊關聯性，合併審理以減少訴訟勞費的問題。

### 八、何謂緩起訴處分？試根據我設刑事訴刑法之規定說明之。

#### 緩起訴之意義

緩起訴，簡言之即為附條件的不起訴處分，為廣義的便宜不起訴處分的一種，亦即其性質異於絕對不起訴處分，而與「相對不起訴處分」同，均是檢察官偵查終結時，本其偵查之結果認為案件達到起訴之嫌疑程度，但基於特別的考量，不予起訴，為我國刑事訴訟法酌採「起訴便宜原則」之體現。惟其與相對不起訴處分所不同者在於，二者適用的案件範圍不同，緩起訴得附負擔，且緩起訴處分需於緩起訴期間經過、被告履行負擔後，使發生與不起訴相同之確定力。

#### 緩起訴處分之要件

按刑事訴訟法第二五三條之一第一項規定：「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。」其要件可拆解如下：

案件之限制：並非任何案件皆得為緩起訴，而是排除重罪，將適用緩起訴之案件種類限制在「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」，上開適用範圍已經包那諸如竊盜、詐欺、侵占、及背信等常見的財產犯罪類型。應注意的是，緩起訴雖亦為廣義的便宜不起訴處分，但此項案件性質的限制，則屬法定性要件，無關乎裁量，且也不得裁量。

裁量之基準：上開案件，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，得為緩起訴處分。更進一步說明之：

檢察官考慮是否為緩起訴時，應考慮刑法上量刑審酌事由，此係基於被告個人的特別預防考量。就結論而言，應僅限於審酌各款後認為被告罪責輕微之情形，否則，縱使屬於得為緩起訴之案件，但若被告罪責重大，如犯罪動機卑劣且手段殘忍者，不應為緩起訴處分。

所稱參酌公共利益之維護，是指該案的繼續追訴並不存在重大的公共利益而言，在此，作為公益代表人的檢察官，尤須審酌放棄追訴是否造成一般預防及正義觀感的負面影響。

以上要件屬於「裁量」性質，除有濫用或逾越的極端情形下，屬於檢察官的固有權限，縱使緩起訴經提交交付審判，也不在法院的審查範圍。

緩起訴之負擔：按刑事訴訟法第二五三條之二第一項規定：「檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行左列各款事項：一、向被害人道歉；二、立悔過書；三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償；四、向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額；

五、向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務；六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施；七、保護被害人安全之必要命令；八、預防再犯所為之必要命令。」其中若是第三款第三款至第六款之事項，應得被告之同意；而第三款、第四款並得為民事強制執行名義。

緩起訴之確定：緩起訴處分本身於告訴不得再議時確定，而其確定力確須於緩起訴期間經過且被告履行負擔後，始發生與不起訴處分相同之確定力。且於緩起訴期間，若有下列情事發生，依刑事訴訟法第二五三條之三規定，檢察官得依職權或依告訴人之聲請，撤銷緩起訴處分，續行偵查或起訴：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；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；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。

九、緘默權與乙乙證言權有何異同？試分析之。

定義：緘默權係指：本案之被告對於自己的案件，得本於自由意志，選擇是否自由陳述。拒絕證言權則是指，在特定的情況下，權衡發現真實與其他價值的結果，容許證人對被告之案件，有拒絕陳述之權。我國法上，拒絕證言的原因有四種：因公務關係拒絕證言、因業務關係拒絕證言、因身分關係拒絕證言、因不自證己罪之原因拒絕證言。

緘默權與拒絕證言權之相同點：

緘默權與拒絕證言權，均是對本案審判案件拒絕陳述之權利。

緘默權與拒絕證言權，均屬於告知義務的內容。按刑事訴訟法第九十五條規定，須於訊問前告知被告或犯罪嫌疑人其得保持緘默；另按刑事訴訟法第一八五條第二項、第一八六條第二項，關於因身分關係與因不自證己罪之得拒絕證言類型，應告知其得拒絕證言之義務。

緘默權與拒絕證言權之相異點：

緘默權為被告或犯罪嫌疑人所享有之權利；而拒絕證言權則為證人享有之權利。我國法與英美法不同者，乃將被告與證人區分為兩種不同程序地位，二者所享有之權利與所負之義務截然不同，其角色與功能亦有不同，其中最大的差異為：被告享有緘默權，證人不但負有陳述義務，且還負有真實陳述之義務，證人應具結，具結後即可能受偽證罪之制裁。反之，被告並不負有真實陳述義務，縱使說謊，也無制裁的規定，最多只會減損其證言的證據價值而已，是故被告與證人二者在同一刑事程序中，其角色有所矛盾、衝突。證人僅於有法定原因時，得拒絕證言。

緘默權與拒絕證言權行使之程序不同：

證人行使拒絕證言權，須釋明原因，或以具結代釋明（刑事訴訟法第一八三條）；被告行使緘默權則無相關規定。

緘默權與拒絕證言權之來源不盡相同：

緘默權係導源於不自證己罪原則，亦即，任何人均無義務以積極作為協助公權力機關對自己之訴追；拒絕證言除有因不自證己罪導出之類型外，尚包括因公務機密之維護、業務上信賴關係之維護、特定身分關係者之間和諧及真實陳述期待可能性低之考量等類型之拒絕證言權。

十、某甲之汽車被竊，於是前往警局報案，希望檢警人員查出竊賊為何人，並起訴該竊賊。其後，檢警人員查出竊賊係某乙，而某乙乃是某甲之兒子，試問此時是否不必前詢問某甲之意思，即可於行將某乙提起公诉？

告訴為犯罪之被害人或其他告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實，並為請求訴追之意思表示。

申言之，合法之告訴，其要件有四：

告訴者須為依刑事訴訟法第二三二條至第二三六條有告訴權之人，若是無告訴權之人，僅能依刑事訴訟法第二百四十條「告發」犯罪，而不能提出告訴。

須向偵查機關為告訴，按刑事訴訟法第二四二條規定，須向檢察官或司法警察官為之，若非向檢察官或司法警察官所為者，不生合法告訴之效力（二十三年上字六二四號）。

須表示訴追之意思，若僅申告犯罪事實，而未表示訴追之意思者，依實務見解，不生合法告訴之效力（十八年上字七九八號）。

告訴於刑事程序的功能有二，其一為使偵察機關知悉犯罪之發生，開始偵查程序；其二為於告訴乃論之罪，告訴有訴訟要件之功能，倘告訴乃論欠缺告訴，於偵查終結時，檢察官應為不起訴處分，於審判時，法院應為不受理判決。此一訴訟要件之理由在於尊重被害人追究與否之意思，以被害人之意思限制國家刑罰權之發動。

告訴乃論之罪又分為「絕對告訴乃論之罪」與「相對告訴乃論之罪」。前者係指，無論犯罪行為人為何人，均必須告訴乃論；後者則是若犯罪行為人與被害人有特別身分關係時，始須告訴乃論，例如親屬間竊盜罪。二者再訴法上的主要區別在於：若是絕對告訴乃論之罪，告訴人僅須具備前述四個告訴之要件，始生合法告訴之效力；若是相對告訴乃論之罪，則告訴人不僅須具備前述四個告訴之要件，尚須指明犯人，否則無法斷定是否為告訴乃論之罪，不發生告訴之效力。

本案，依題示犯罪事實為乙竊甲車，其中犯罪行為人乙為被害人甲之兒子，其所犯者為親屬間之竊盜罪，屬於相對告訴乃論之罪，因此告訴權人甲除了向偵查機關申告自己汽車被竊之犯罪事實外，尚須

指明犯罪行為人為自己的兒子，表示訴追之意思，始生合法告訴之效力。故檢警人員查出竊賊係甲之子，此時應再詢問某甲始否確有告訴之意思，而不得逕行將某乙提起公訴。

十一、下列情形，各有無證據能力？分別附具理由說明之。

證人甲於檢察事務官調查中，陳述目睹乙持刀殺害丙，審判中甲亦為相同之陳述。但甲依法應具結而法官未令其具結，甲之證言有無證據能力？

司法警察乙在未具急迫情況下詢問犯罪嫌疑人甲，並由司法警察丙製作詢問筆錄。甲自白犯罪，但司法警察詢問時未全程連續錄音、錄甲，甲之自白有無證據能力？

證據禁止乃證據資料取得證據能力之消極要件，然則證據禁止之內涵與標準為何，各國向有不同立法例，矧就其內涵而言可分為證據取得禁止與證據使用禁止，所謂證據取得禁止即乃違法取證之意，惟應注意者，並非所有違法取得之證據概均禁止使用而認其不具證據能力，仍須區分不同情況予以判定：

法律明文「應」禁止使用者，此即『證據排除理論』之範疇，依修正後刑事訴訟法規定所列表者，包括本法第一五六條第一項之不正訊問方法（出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正方法），第一五八條之二違反法定障礙事由期間所為之訊問暨違法之夜間訊問，及檢察事務官、司法警察官或司法違反第九十五條第二款或第三款之告知義務對受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人之詢問，第一五八條之三違背具結規定，證人、鑑定人之證言或鑑定意見。又其既採「證據排除理論」經法律明文應禁止，一經違反法所列表之規定，該違法取得之證據自不具證據能力，法院不得採為判決之基礎；於此應補充明者：訴訟法上具結之目的乃在使證人、鑑定人藉此擔保其證言係據實陳述或鑑定意見為公正誠實，由於證人、鑑定人均為嚴格證明程序之法定證據方法，為法院認事判決之重要憑恃，故如未令證人、鑑定人於供前或供後具結，致該證言或鑑定意見欠缺法定之程序要件，自應不得作為證據。

法律明文「得」禁止使用者，此屬「證據權衡理論」之範疇，其經增修新法明定者，包括違反第一一三一條急迫搜查規定所扣得之物（含檢察官、檢察事務官、司法警察官及司法警察所為），第一一四一條經法院撤銷搜索、扣押處分所扣得之物（限審判長、受命法官、受託法官及檢察官所為），第一一五八條之四概括規定凡因違背法定程序取得之證據而律未規定其效果者。依該條規定「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」，即乃證據使用禁止權衡理論之概括規定，其當已涵蓋違反第一一三一條急迫搜查規定及第一一四一條經撤銷之搜索、扣押所扣得之物，法院得宣告不得作為證據之情形，亦即所有未在本法第一五六條、第一五八條之二及第一五八條之三證據使用禁止絕對或相對應排除之規範內者，概由法院審酌人權保障及公共利益之均衡維護以評斷其證據能力；然則權衡理論之難題即在於何謂「人權保障及公共利益之均衡維護」？更根本的癥結乃法院權衡審酌之標準為何？雖立法者就個案之型態、情節、方法之差異，提出法院於個案中權衡個人利益及刑事追訴利益時，得斟酌之七項標準（違背法定程序時之主觀意圖、侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重、違背法定程序之情節、犯罪所生之危險或實害、禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果、偵審人員如何依法定程序有無發現該證據之必然性、證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度），但無論如何，其亦僅屬法院得自由參酌之抽象概念而已，審判者仍得就具體案例依其主觀考量逕予認定，此等因人解讀不同且毫無拘束效力之標準，嚴格言之並無實益，且易造成法院恣意而不公平審判之情事，誠然基於發現實體真之刑事訴訟基本課題，不宜全盤否定違反法定程序而取得之證據，其證據能力，惟因權衡裁量理論具有前述主觀恣意之高度危險，學者對此乃有應均採相對強制排除理論之主張，亦即以強制排除為原則，並允許明示列舉之例外。

所謂傳聞法則乃指對待證事實親自見聞之原始證人在審判外之供述未經當事人（尤指被告）對質詰問程序，以檢驗其供述內容之知覺正確性、記憶正確性、供述誠實性與敘述適當性，故排除該傳聞證據之證據能力，刑事訴訟法第一五九條第一項即明定「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。」按應行嚴格證明之審判程序，即應採傳聞法則，惟基於供述者於審判中供述不能並在可信性情況保證或證據必要性考量下，例外容許傳聞證據之證據能力，茲將本法就此之相關下陳列如下：

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。（本法第一五九條之一第二項）

被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或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，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。（本法第一五九條之二）

結論：依前揭說明，本題證人甲於審判中陳述未經具結，依本法第一五八之三規定不具證據能力；至其於檢察官調查中所為陳述係屬傳聞證據，復無上開本法第一五九條之二供述矛盾或第一五九條之三供述不能情形，故意亦無證據能力。本題依本法第一百條之二準用第一百條之一第一項之規定，司法警察於詢問時既未全程連續錄音錄影，甲之自白顯屬違背法定程序取得之證據，應由法院依本法第一五八條之四規定權衡裁量其證據能力。

十二、檢察事務官於行附帶搜索（刑事訴刑法刑一百三十條）或同意搜索（刑事訴刑法刑一百三十一條之一）後，是否均應於於行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院？其理由為何？

搜索之法治國原則與正當法律程序之保障

按搜索乃屬干預或限制人民隱私權之強制處分，是其發動實施與救濟程序均應符合法治國原則之要求，被搜索人並受憲法所賦予之實質正當法律程序之保障。就強制處分之發動審查而言，原則上應採事前同意之令狀主義，倘例外因被處分人之自願同意或急迫情形等而為無令狀處分，該處分亦應受有權機關之事後監督，被處分人並得有救濟之途徑。

基此，刑事訴訟法關於搜索之發動即係以法官保留之事前同意令狀主義為原則，並考量實務偵審程序之需求，例外酌採無令狀主義，其情形包括本法第一三零條之附帶搜索、第一三一條之急迫搜索與第一三一條之一之同意搜索，其中第一三一條第一二項之急迫搜索依同條第三項之規定若為檢察事務官所為者應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官與法院，使受有權機關之事後監督之審查。

附帶搜索與同意搜索之類推適用

本法第一三零條為保障執行拘捕人員人身安全之附帶搜索與第一三一條之一本於被處分人自由意願之同意搜索則均未如有前開本法第一三一條急迫搜索應受事後監督審查之規定，則執行附帶或同意搜索等強制處分之人員，其實施要件（如被搜索人有無於自由意願下為明示同意或被拘捕對象有無攜帶威脅執法人員安全之武器或工具）是否具備與實施程序是否符合比例原則適合性必要性與狹義比例性等，均無從審查監督，顯違法治國原則與憲法賦予人民實質正當法律程序保障之精神。

基於本法第一三一條第一項逕行搜索與第二項緊急搜索，尚需接受事後監督之審查，不具急迫情形之附帶與同意搜索，自應受相同機制之監督制衡，故學說主張該二者無令狀搜索均應類推適用第一三一條急迫搜索之規定，亦即檢察事務官於執行附帶或同意搜索後三日內應報告該管檢察署檢察官及法院。

十三、甲因強盜罪嫌而被通緝，刑警乙得知甲在某屋內，竟未持搜索票，於行進入該屋一樓內搜索而逮捕到甲，更因搜索屋內二樓小保險箱而查獲甲另犯常業重甲罪之相關帳冊予以扣押，試問：乙搜索小保險箱所扣押之帳冊，有無證據能力？

按搜索乃屬對人民之財產權與隱私權等基本權利所為限制干預之強制處分，依刑事訴訟法第一二八條第一項之規定，原則上須由法官簽發搜索票為之，此即法官保留之令狀主義，惟基於偵查犯罪時效性之急迫因素或其他考量，本法亦於具備法定條件下例外容許無令狀之搜索，茲分述其情形如下：

附帶搜索：依本法第一三〇條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告，犯罪嫌疑或執行拘提、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。」其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及處所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具，故倘僅為取得或保全證據則不屬之。惟亦有採不同見解者，其認未保全證據時仍得為附帶搜索。

逕行緊急搜索：依本法第一三一條第一、二項之規定，又可區分為對犯罪者之逕行搜索與對證據之緊急搜索。

同意搜索：依本法第一三一條之一規定「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」

本題司法警察乙無搜索票而進入私宅搜索並逮捕強盜罪通緝犯甲，符合本法第一三一條第一項之逕行搜索規定，然其逮捕甲後，另行無令狀搜索甲置放保險箱內之他案常業重利罪證據，顯非因於執行逮捕甲時其隨身或立即可觸及處所顯現危險物件之跡證，致有威脅執行人員安全虞，而為之附帶搜索；再依題旨，他案部分亦無時效急迫而未及聲請搜索票之情形，且受搜索人亦未表示同意；揆諸前揭說明，堪認本件司法警察之無令狀搜索不合法，其因此扣得之證據應由法院依刑事訴訟法第一五八之四條規定，權衡裁量其證據能力。倘若依不同意見，認未防止證據湮滅亦得為附帶搜索，則本件搜索扣得之常業重利罪證據即具證據能力。

十四、甲基於概括犯意，連檢於一月一日、二月一日、三月一日分別竊取A、B、C 三人之手錶，甲竊取A 之手錶前分，經檢察官向地方法院簡易庭聲請簡易判決處刑，法官於二月五日作成簡易判決對甲處刑罰金壹仟元，於三月五日送偵於甲，該案因無上訴而告確定，檢察官於四月一日發覺甲尚有連檢竊取B、C 二人之手錶，應如何處理？

按確定裁判之效力可區分為二：

形式確定力：不能依通常聲明不服（上訴、抗告）方法請求救濟，即不得再對該訴訟聲明不服，訴訟關係因此消滅。

裁定：

c得抗告：可由原審法院或上級法院撤銷或變更之，於不得為抗告後，即屬確定，故有形式的確定力。

d不得抗告：為裁定者，得自行撤銷或變更之，如聲請調查證據之裁定，無形式上之確定力。

判決：判決一經確定，均有形式之確定力。

實質確定力：即既判力，限本案判決始有之時的範圍（例如：連續性、繼續性犯罪），其認標準有如下見解：

c確定時說：以判決確定時為準，行為若在判決確定前，即為判決效力所及。

d最後事實審理可能說：以其事實是否有理之可能為準，即有審理之可能，雖未予審理，亦應為判決效力所及。

甲說：言詞辯論終結前。

乙說：宣示判決前。

物（事實）的範圍（既判力之擴張）：

c實質上或裁判上一罪，在實體法上為一罪，在訴訟法上為一訴訟客體，無從分割，檢察官雖只就其一部起訴，效力及於全部，本屬法院得審判之範圍，雖只就其犯罪事實一部審判，效力仍及於未經審判之他部分，該他部分受一事不再理之限制，既判力範圍及於全部。

d裁判上一罪之案件，其一部為告訴乃論之罪，未經告訴，一部非告訴乃論之罪，經檢察官起訴，此時法院僅得就非告訴乃論之罪為審判。告訴乃論之罪部分，因欠缺訴訟條件，不得對之為審判。惟兩者皆為既判力所及。

e實質上或裁判上一罪，一部為有罪判決者，效力及於全部，然經「無罪」或「免訴」判決者，又可區分如下：

一行為者：如加重結果犯、想像競合犯等，前者既判力及於全部，惟想像競合犯部分則有爭議：

肯定見解：認想像競合犯與連續犯之數行為及牽連犯有方法結果之情形不同，依一行為僅受一次審判之原則，不容再為其他有罪或無罪之判決，是對後起訴者應為免訴判決。

否定見解：認想像競合犯，雖係一行為，但其所犯者，本係數罪，其效力所以及於全部，乃由於從一重處斷之結果，其一部既諭知無罪，則其效力自不及於未經判決之其他部分。

數行為數罪：因既與其他部分，並無結合、吸收、連續或牽連等關係，即非審判不可分，並非既判力之所及，仍得就其他部分另行起訴。

（94.2.2 修正公布，95.7.1 施行之刑法，已刪除§55 後段牽連犯及§56 連續犯之規定。）

實質確定力之內涵：其限有罪（科刑、死刑）、無罪及免訴判決方有之，至管轄錯誤、不受理等非本案判則無；其實質確定力而有一事不再理原則之適用，不得就同一案件再行起訴。

結論：因本題屬簡易判決處刑，未經言詞辯論程序，故無所謂言詞辯論終結時，而依實務所採宣示判決時說，甲竊盜AB 部分均係宣示判決前所為，而為確定判決之效力所及，檢察官不得就甲竊盜另行起訴，至甲竊盜C 部分，既係於宣示判決後，非原判決實質確定力所及，檢察官仍得另行偵查起訴。

十五、甲連檢傷害乙二次，乙全前提出告訴後，僅就刑一次傷害犯行檢回告訴，對刑二次傷害犯行則堅持不願檢回告訴，試問：檢察官應如何處理？

客觀效力

犯罪事實一部為告訴乃論罪撤回該部分之告訴效力不及於非告訴乃論之他部。

犯罪事實全部為告乃論罪。

c被害人不同：一被害人撤回告訴不足以拘束他被害人。

例如：甲連續傷害乙、丙，兩人均告訴後乙撤回告訴而丙未撤回，則乙之撤回效力不得拘束丙，仍應就甲傷乙之部分實體審判，對甲傷乙之部分依刑事訴訟法第三〇三條第三款諭知不受理。

d被害人相同：

一行為：

一罪：甲說：撤回無實益。

乙說：效力及於全部。

數行為數罪：甲說：效力僅及於撤回之部分。

乙說：效力及於全部（以貫徹訴訟關係合一確定之原則）。

數行為數罪：甲說：效力僅及於撤回之部分。

乙說：效力及於全部（以貫徹訴訟關係合一確定之原則）。

（94.2.2 修正公布，95.7.1 施行之刑法，已刪除連續犯規定。本題甲之行為倘發生95.7.1以後則屬數行為數罪。）

撤回效果

偵查中：

c告訴乃論之罪告訴經撤回。

院二一五二～第二五二條第五款。

學者一因與未經告訴同，毋庸為任何處分。

d撤回告訴之人再行告訴。

院二二九二—第二五五條第一項。

學者一第二五二條第五項。

審判中：

c告訴乃論之罪告訴經撤回—第三〇三條第三款。

d撤回告訴之人再行告訴而檢察官誤予起訴：第三〇三條第一、三款競合，陳樸生教授認為應優先適用第三〇三條第三款。

e原告訴人：依第三二二條，既不得再行告訴，亦不得再行自訴。

f檢察官：撤回告訴之人違背規定再行提起自訴時，檢察官原不得提起公訴，自無適用第三三六條第二項開始或續行偵查之餘地。

g其他告訴權人：

撤回告訴之效力僅及於撤回告訴之人：

經檢察官處分不起訴後，復據其他得為告訴之人之告訴，不受第二六〇條之拘束。

經法院諭知不受理判決後，復據其他得為告訴之人之告訴，經檢察官再行起訴→法院仍得為實體審判。

結論：依前揭說明，本題若採甲說，檢察官仍應就告訴人未撤回部分偵查起訴，倘採乙說，則告訴人撤回效力即於全部，檢察官應依本法第二五二條第五款為不起訴處分或毋庸為任何處理。

十六、依刑事訴訟法之規定，相牽連案乙得為如何之處置。

#### 相牽連案件

謂「案件」者，乃指一名被告之單一犯罪事實，而數案件可能因有特定之關係，而依照刑事訴訟法第七條規定，為相牽連之案件。相牽連之案件按刑事訴訟法第七條，有以下四種：

一人犯數罪者。例如：甲殺人，另犯偽造文書罪，則甲的殺人案件與甲的偽造文書案件，為相牽連之案件。

數人共犯一罪或數罪者。例如：甲與乙基於共同行為決意，共同實施殺害丙的行為，則甲的殺人案件與乙的殺人案件，為相牽連之案件。

數人同時在同一處所個別犯罪者。例如：甲至丙宅行竊，同一時間，與甲無共同行為決意之乙，亦至丙宅行竊，二人並無共同行為實施，則甲之侵入住宅竊盜案件與乙之侵入住宅竊盜案件，為相牽連之案件。

犯與本罪有關之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。例如：甲竊取丙車，乙明知該車為甲財產犯罪所得之贓物，而故意買受並轉手，就甲之竊盜罪與以之贓物罪，為相牽連之案件。

#### 牽連管轄

數案件原應依刑事訴訟法第四條及第五條之事物管轄與土地管轄定其管轄法院，惟相牽連之數個案件，因其有特殊的關聯性，在程序進行中，調查審理有其相同之處，倘能合併由一法院管轄，可減少重複調查的勞費，有利訴訟程序之經濟，對被告而言，亦可因減少重複審理而早日脫離訴訟之累，因此刑事訴訟法第六條對此設有規定，依該數案件是否屬於同級法院管轄，而異其處理：

若數相牽連之案件為同級法院管轄者，按刑事訴訟法第六條第一項規定：「數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄。」並依同條第二項規定：「前項情形，如各案件已係屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之。有不同意者，由共同之直接上級法院裁定之。」因此，數相牽連之案件為同級法院管轄之情形，可能透過三種方式，使其合併於一法院管轄：

由檢察官合併起訴於一法院；經各法院同意，移送於一法院審判；由上級法院裁定由一法院審判。

若數相牽連之案件為不同級法院管轄者，按刑事訴訟法第六條第三項規定：「不同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其上級法院管轄。已係屬於下級法院者，其上級法院得以裁定命其移送上級法院合併審判。但第七條第三款之情形，不在此限。」準此，若相牽連之案件分屬於不同級法院管轄，例如甲犯內亂罪，並犯殺人罪，前者依第四條由高等法院管轄，後者由地方法院管轄即是。此時，得透過三種方式，使其合併於高等法院管轄：檢察官合併起訴於高等法院；地方法院依職權將殺人案件移送到高等法院合併審判；高等法院以裁定命令地方法院將殺人案件移送至高等法院合併審判。但若是屬於數人同時在同一處所各別犯罪時，則因其關聯性較為薄弱，為顧及被告之審級利益，不得合併於上級法院審判。

十七、何謂「告訴不可分原則」？此一原則於自訴程序有無適乙？試說明之。

#### 告訴不可分原則

告訴不可分原則可分為「告訴主觀不可分」與「告訴客觀不可分」兩部分，析述如下：

##### 告訴主觀不可分：

c告訴為對犯罪請求訴追之意思表示，故未必非指明犯人不可，且於所指之犯人為不正確時，告訴之效力亦及於正確之人。於有共犯之情形，即使僅對一人為告訴，按刑事訴訟法第二三九條規定，其效力亦會及於全部之共犯，此為告訴主觀不可分原則。

d須特別注意的是，雖法無明文規定，於「相對告訴乃論之罪」的情況，對不具有一定身分關係之共犯所為之告訴，其效力不及於具有一定身分關係之共犯，例如：甲與乙共同竊盜甲父之物，甲父對乙為告訴，其告訴之效力不當然及於甲。其理由在於，惟有如此，始能貫徹相對告訴乃論此一訴訟要件之規範目的。

e告訴主觀不可分之效力，於告訴撤回之情形亦同。但依刑事訴訟法第二三九條但書規定，於通姦罪之情形，對於配偶撤回告訴，其效力不及於相姦人，此為告訴撤回主觀不可分之例外。

##### 告訴客觀不可分：

c告訴客觀不可分係指，對單一案件之一部分為告訴時，其效力及於案件之全部，傳統學說見解認為此為訴訟法上當然之結果，無待法律明文規定。例如：甲白天侵入乙宅竊盜，犯侵入住居罪與竊盜罪，二罪具方法結果之牽連關係，為裁判上一罪，為單一案件。若乙僅就竊盜之罪為告訴，依照告訴客觀不可分原則，告訴效力除竊盜外，尚及於侵入住宅的部分。

d

就告訴客觀不可分部分，依學說之見有其例外：於單一案件中之各部分，被害人不同時，基於告訴制度之設乃在尊重告訴權人之意思，因此一被害人所為之告訴，其效力不及於其他部分。例如：甲侵入乙宅傷害在乙宅中作客之丙，乙就侵入住宅之部分告訴，其效力不當然及於甲傷害丙之部分。

自訴不可分與告訴並無關聯性，其係依刑事訴訟法第三四三條準用第二六六條及第二六七條而來，只有客觀不可分而無主觀不可分。

自訴主觀可分：按刑事訴訟法第三四三條準用第二六六條規定，自訴之效力，僅及於自訴人所指之被告，而不及於被告以外之人，縱其與被告有共犯關係亦然，因此，自訴與告訴不同，並無主觀不可

分。

自訴客觀不可分：按刑事訴訟法第三四三條準用第二六七條規定，自訴人就犯罪事實之一部提起自訴者，及於全部。

十八、試說明刑事訴訟法上訴審程序與甲常上訴程序，關於「不利益變更禁止原則」規定之如法意旨。

不利益變更禁止原則：不利益變更禁止原則係指，被告上訴或為被告之利益上訴者，法院原則上不得諭知較原判決為重之刑。

法律依據：我國刑事訴訟法關於不利益變更禁止原則之規定有三：分別為第三百七十條、第四三九條、第四四七條第二項但書，亦即關於第二審上訴、再審及非常上訴由原審依判決前程序更為審判時，有不利益變更禁止原則之適用。

不利益變更禁止原則之立法意旨在於：為避免被告畏懼遭受更不利益的判決，而放棄其上訴救濟之權利，因此，基於政策上的考量，刑事訴訟法上對涉及事實審理的救濟程序，設有不利益變更禁止之規定。至於第三審上訴及不涉及事實審理的部分非常上訴，因其所救濟者為「法律適用」的問題，倘法律適用本有違誤，而仍受不利益變更禁止原則之拘束，在部分個案恐有違正義，因此實務及傳統學說認為，第三審及僅救濟法律適用錯誤部分的非常上訴，並無不利益變更禁止原則之適用。惟晚近較多數的學說見解認為，無論原判決適用法律是否不當，只要是為被告利益上訴或提起非常救濟，上訴審不得諭知較原判決為重之刑，已充分貫徹立法意旨。

不利益變更禁止之要件：歸納上述三條規定，關於不利益變更禁止的要件及法律效果，析述如下：須由被告上訴或為被告之利益上訴：僅有「僅被告上訴或為被告利益合法上訴，檢察官或自訴人無為被告不利益上訴」的情況，始有不利益變更禁止原則之適用。若「被告未上訴」或「被告上訴，且檢察官或自訴人同時為被告之不利益上而訴」者，則無不利益變更禁止原則之適用。

除原審判決適用法條不當而被撤銷者外，法院不得諭知較重於原審判決之刑：亦即原則上，法院不得諭知較重於原審判決之刑，於此所稱之刑包括主刑與從刑。至於適用法條不當者，依學說見解，排除不利益變更禁止者，應係指原審「論罪」部份適用法條不當，若是單純「量刑」部份適用法條不當，得仍應有不利益變更禁止原則之適用。惟，實務見解則採反對知見解，認為凡變更原判決所引用之刑法法條皆屬之，並不限於刑法分則的法條，刑法總則關於量刑的法條亦在其內（32年上字969）。

十九、試述提起附帶民事訴訟之要件乙？

附帶民事訴訟之意義：按刑事訴訟法第四八七條第一項規定：「因犯罪而受損害之人，於刑事訴訟程序得附帶提起民事訴訟，對於被告及依民法負損害賠償責任之人，請求回復其損害。」亦即，因犯罪而受有損害之人，於刑事訴訟程序中，附帶提起民事訴訟，請求民事法上損害賠償。容許於刑事訴訟中附帶提起民事訴訟的理由在於便利、迅速，一次解決民事及刑事的紛爭，一方面訴訟關係人毋庸雙重起訴，另一方面法院也可以避免重複的審理及裁判之矛盾。

附帶民事訴訟之要件：

當事人：附帶民事訴訟之原告，為因犯罪而受損害之人，不以直接受損害之人為限，尚包括對死亡之被害人支出殯葬費之人、死亡之被害人附有法定扶養義務之人等。而附帶民事訴訟之被告，亦不以刑事訴訟程序中的被告為限，尚包括依民法應負損害賠償責任之人，例如：共同侵權行為人、限制行為能力之被告的法定代理人、被告之雇用人等。換言之，附帶民事訴訟的原告與被告，取決於民事法上的請求權人及其請求對象，而其請求的範圍亦依民事法的規定。

期間：按刑事訴訟法第四八八條規定，附帶民事訴訟須於第二審言詞辯論終結前為之，亦即，於事實審言詞辯論終結前提起。

程式：附帶民事訴訟之提起，原則上採書面要式，其起訴狀之記載準用民事訴訟法之規定。但若原告於審判期日到庭，亦得以言詞陳明起訴狀應載之事項提起附帶民事訴訟，並記載於筆錄。

管轄法院：附帶民事訴訟之訴狀，應提出於刑事訴訟所繫屬之法院，亦即分別刑事訴訟繫屬於第一審或第二審，分別向各該法院提出。

二十、釋就大法官釋字五三五號解釋說明檢查臨檢與刑事訴訟法之關係發動臨檢的偵偵與發動刑事訴訟搜索、扣押、逮捕有何不同？臨檢與「逮捕」、「留置」有何不同？

發動之門檻

臨檢：按大法官釋字五三五號之解釋意旨，警察人員執行場所之臨檢勤務，應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，其中處所為私人居住之空間者，並應受

住宅相同之保障；對人實施之臨檢則須以有相當理由足認其行為已構成或即將發生危害者為限。解釋上，因臨檢對相對人干預程度較搜索為低，故此之「相當理由」較之搜索的「相當理由」，為較低的門檻。

搜索：依據刑事訴訟法第一二二條，若欲搜索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，限於「必要」時始得為之。搜索第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，更必須以「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。

扣押：相較於上述二者，扣押則無發動之限制。只要是可為證據或得沒收之物，皆得扣押之。

逮捕：發動逮捕之門檻，因類型不同而有區別。在通緝犯逮捕部分，限於通知或公告通緝後，檢察官、司法警察官即得拘提逕行逮捕被告（刑事訴訟法第八七條第一項）。而現行犯逮捕部分，只要發覺現行犯，不問何人皆得逕行逮捕之（刑事訴訟法第八七條第一項）。

### 臨檢與「逮捕」、「留置」之區別

手段不同

c臨檢謂，於公共場所或指定處所、路段，由服勤人員擔任臨場檢查或路檢，執行取締、盤查及有關法令賦予之勤務（警察勤務條例第十一條第三款）。

d逮捕係，以直接強制力拘束被告或犯罪嫌疑人、現行犯之人身自由的手段。

e留置則指，司法警察官或司法警察短暫限制被留置人之行動自由。例如，要求被留置人停留在原地或將其帶回警察局、所盤查。除有其他法令特別授權者外，非經受臨檢人同意或無從確定其身分或現場為之對該受臨檢人將有不利影響或妨礙交通、安寧者，不得要求其同行至警察局、所進行盤查。

是否須為告知義務不同

c臨檢：依據大法官釋字五三五號之解釋意旨，臨檢進行前應對在場者告以實施之事由，並出示證件表明其為執行人員之身分。換言之，須盡告知義務。

d逮捕：刑事訴訟法並無要求逮捕時，須盡告知義務。因為，已有通緝之通知或公告存在，被逮捕之人已知被捕原因。

e留置：一般而言，留置常常係伴隨臨檢出現，既然臨檢時已盡告知義務，則等同留置亦已盡告知義務。

後續處理不同

c臨檢、留置：大法官五三五號解釋認為，除因發現違法事實，應依法定程序處理者外，身分一經查明，即應任其離去，不得稽延。

d逮捕：司法警察官、司法警察應將通緝逮捕之被告解送指定之處所。如二十四小時內不能達到指定之處所者，應分別其命通緝者為法院或檢察官，先行解送較近之法院或檢察機關，訊問其人無錯誤（刑事訴訟法第九十一條）。

### Q. 問題(一)

偵查機關於一定事由存在時，得無搜索票而逕行搜索，試問因搜索主題不同，搜索後應踐行何種程序，其所為之搜索方屬合法？

答：

無搜索票有三樣合法情形

1. 附帶搜索(刑訴第130條)：司法警察逮捕被告、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、隨身攜帶之物件及所使用之交通工具及其立即可觸及之處所而此種搜索無須踐行特定程序

2. 逕行搜索(刑訴第130條第一項)

緊急搜索(刑訴第130條第二項)

上述二種搜索由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院

由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。

法院認為不應准許者，得於三日內撤銷之。

3. 同意搜索(刑訴第131-1)

經搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件並將同意要旨記載於筆錄。此種搜索搜索後亦無須踐行認何特定程序。

### Q. 問題(二)

甲酒醉駕車被警察路檢發現而移送法辦，檢察官告知甲，如甲願意配合酒醉駕車之宣導活動即不予起訴，檢察官如此作為是否合法？

答：甲酒醉駕車，遭警移送地檢署如所犯為刑法第一八五條之三規定，犯罪本刑在一年有期徒刑以下，則符合緩起訴處分第一要件(本刑限制)故在被告甲同意的前題下，檢察官可命被告甲配合酒醉不駕車之宣導活動而為緩起訴處分。

### Q. 問題(三)

檢察官因案件欠缺何種訴訟條件而應為不起訴處分？

答：無論公訴或自訴起訴時，必須先符合一定的條件，受訴法院始須進一步為實體上有罪或無罪之判斷。此為訴訟條件若檢察官於偵查中如發現案件欠缺下列任一則刑事訴訟法規定此種情形直接由檢察官為不起訴處分

1. 告訴或請求乃論之罪其已撤回或已超過告訴期限者(刑訴252, 5)
2. 被告死亡者(刑訴252, 6)
3. 法院對被告無審判權者(刑訴252, 7)
4. 因其它法定事由者(刑訴255-1)
5. 曾經判決確定者(刑訴252, 1)
6. 時效已完成者(刑訴252, 2)
7. 曾經大赦者(刑訴252, 3)
8. 犯罪後法律已廢止其刑罰者(刑訴252, 4)

### Q. 問題四

試述法院得以裁定停止審判之情形？

答：法院得以裁定停止審判之情形如下

1. 被告心神喪失或因疾病不能到庭者。
2. 犯罪是否成立以他罪為斷而他罪已經起訴者。
3. 被告犯有他罪已經起訴應受重刑之判決，法院認為本罪科刑於應執行之刑無重大關係者。
4. 犯罪是否成立或刑罰應否免除，以民事法律關係為斷。而民事已經起訴者  
後三項得於裁判確定前停止審判程序。

### Q. 問題五

甲騎機車不慎撞傷乙，乙向檢察官提出傷害告訴，檢察官以甲犯罪輕微，不顧乙反對即對甲為緩起訴處分。乙對該處分不服，試問乙得如何請求救濟？法院應如何處理？

答：依刑訴第二五六條第一項規定：告訴人接受緩起訴處分書後，得於七日內以書狀敘述不服理由，聲請再議。

原處分檢察官所屬上級檢察長，如認為再議有理由，得撤銷原處分。若無理由得駁回再議。

再依同法條第一項規定告訴人不服駁回再議之處分，得於收受處分書後十日內委托律師，提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。

法院應以合議為此聲請案件之裁定。法院如認為無理由駁回聲請。如認有理由為交付審判之裁定並視為案件已提起公訴。

### Q. 問題六

申請要式搜索的程序為何，請詳敘？

答：搜索指以發現被告或犯罪證據或其他可得沒收之物為目的。而搜索被告犯罪嫌疑人或第三人的身體物件住宅或其他處所的強制處分，搜索票的申請為下敘：

要式搜索：

依刑事訴訟法第一二八條第一項規定：搜索應用搜索票，乃以要式搜索為原則

1. 決定機關：以法院為決定機關。
2. 聲請機關：在偵查中由檢察官聲請。同條第二項司法警察官在報請檢察官許可後向法院聲請。
3. 執行機關：以本條第二項的規定，搜索由法官、檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行。

### Q. 問題七

不要式搜索的情形為何，請詳敘？

答：不要式搜索有下列四種情形：

1. 附帶搜索：

刑訴第一三〇條規定司法警察逮捕被告、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、隨身攜帶之物件及所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。

## 2. 逕行搜索

刑訴第一三一條第一項規定有下列情形有搜索權之人雖無搜索票仍得搜索住宅或其他處所。

- a. 因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押有事實足認為被告或犯罪嫌疑人確實在內者。
- b. 因追躡現行犯或逮捕脫逃人有事實足認為被告或犯罪嫌疑人確實在內者
- c. 有明顯事實足信有人在內犯罪而情形急迫者。

## 3. 緊急搜索

本法第一三一條第二項賦予檢察官在偵查中確有相當理由認為情況急迫者非迅速搜索二十四小時內證據有偽造變造煙滅或隱匿之虞者得逕行搜索上述二種搜索由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院

由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，得於三日內撤銷之。

## 4. 同意搜索(刑訴第一三一條第一項)

經搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件並將同意要旨記載於筆錄。

## Q. 問題八

試述證據在刑事訴訟法有關之規定及定義為何？

答：證據：必須先具備證據能力，即資格。始得為認定事實、適用法律，乃作為有罪判決的基礎。關於自白，我國法律刑事訴訟法第一五六條第一項規定：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。

## Q. 問題九

被告的自白，在何種情形下，可以採為有罪判決之基礎？

自白取得證據能力的要件有二：

1. 任意性：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取得。所以如果被告的自白是基於前述的不正方法所取得，則無論其是否與事實相符，根本上已失其證據能力，不得採為判斷事實之證據資料。

2. 與事實相符：由於該項規定自白須與事實相符，所以本法已經將自白的證據能力與證明力等同之。對於自白的保護，不可謂不嚴。

在自白具備前述二項要件的情況下，即可做為有罪判決的基礎。但必須強調的是依本法第一五六條第二項的規定：自白不得做為有罪判決的唯一證據。

## Q. 問題十

逮捕與拘提有何不同？

答：對人的強制處分均為於一定時期之內拘束被告的自由的強制處分目的在於保全被告或在於蒐集保全證據以利刑事訴訟法的進行其區別如下：

### 1. 要件不同

拘提：須具備令狀(拘票)  
逮捕：為不要式處分。

### 2. 理由不同

拘提：於被告經傳喚無正當理由不到場或是被告犯罪嫌疑重大有刑事訴訟法第七十六條與八十八條之一的情形，得為之。  
逮捕：包括通緝犯與現行犯的逮捕。

### 3. 主體不同

拘提：檢察官、司法警察官或司法警察均得為之。  
逮捕：若是對現行犯，則任何人均得為之。若為通緝犯的逮捕，檢察官、司法警察官、或利害關係人均得為之。

## Q. 問題十

司法警察甲，持搜索票，前往乙家搜索，甲是否應先通知乙？

答：甲無庸事先通知乙：

由於搜索是對於相對人居住自由與隱私權的重大干預，所以本法第一二八條第一項要求，搜索以有令狀為原則，但由於其目的在於發現被告或犯罪證據或其他可得之物。所以本質上帶有急迫性與突襲性遂有本法規定的不要式搜索的情形。在搜索本質與相對人保障的折衝之下本法僅於第一四五條要求執行機關須向應在場之人出示搜索票。沒有要求將時間點更前到應事先通知相對人。

Q. 問題十一

夜間搜索的原則與例外規定為何？

答：原則上，禁止夜間搜索。因為為合乎比例原則，關於搜索的執行在立法上本法第一四六條第一項規定有人住居或看守之住宅或其他處所不得於夜間入內搜索或扣押。所以原則上不得於夜間搜索。

但本法第一四六條第一項但書有例外規定

1. 若經住居人看守人或可為其代表之人承諾。
2. 有急迫之情形者，則得於夜間執行搜索，但需將事由記明筆錄。因此急迫情事者可逕行進入搜索。

Q. 問題十二

司法警察執行任務時遇有拒絕搜索，該如何處置？

答：執行機關按照法定程序執行搜索，由於此時已透過法律，將搜索的目的與相對人的權利作妥善的配置。反過來說此時相對人即有接受搜索義務，若相對人仍拒絕之，即可視為抗拒搜索。

依本法第一三二條得於必要程度內行使強制力搜索之。

例外情形：為夜間搜索的情形，由於不具備本法-例外允許夜間搜索的事由。

故司法警察仍不得行使強制力強行搜索

Q. 問題十三

何謂現行犯？其刑訴法規的意義為何？大法官釋字的意義為何？又憲法的意義為何？

答：其刑訴法規的意義為本法第八十八條第二項規定的「犯罪在實施中或實施後，即時發覺者，為現行犯。」

在時間的認定上，必須著眼於時間的緊接性。若欠缺即時的要件，最多只能論以準現行犯。

而在司法院大法官釋字第九十號解釋，並加以詮釋，「二、遇有刑事訴訟法第八十八條所定情形，不問何人均得逕行逮捕之。不以有偵查權人未曾發覺之犯罪為限。」

在憲法意義的現行犯：在憲法第八條第一項規定，人民身體之自由應予保護，除現行犯的逮捕，由法律另訂外。非經司法警察或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。

Q. 問題十四

逮捕現行犯的方式為何？請說明之？

答：逮捕現行犯的方式為本法第八十八條第一項規訂定：「現行犯不問何人得逕行逮捕之。」逮捕時，由於現行犯的逮捕，屬無令狀的逮捕。所以無庸作成任何文書。

甚至依本法第九十條的規定：被告抗拒拘提、逮捕或脫逃者，得用強制力拘提或逮捕之。但不得超過必要的程度。

Q. 問題十五

現行犯的逮捕後，接下來的處置為何？

1. 解送：

本法在第九十二條區分為

- a. 無偵查權限之人：應即送交檢察官、司法警察官或司法警察。而司法警察官或司法警察並應詢

問，逮捕現行犯之人，其姓名、住所或居所，及逮捕之理由。

b. 司法警察官或司法警察：逮捕或接受現行犯者，應即解送檢察官。

例外情形：如果所犯最重本刑為一年以下有期徒刑，  
拘役或專科罰金之罪，  
告訴或請求乃論之罪，  
其告訴或請求已經撤回，  
或已超過告訴期間者。得經檢察官之許可不予解送。

2. 即時訊問與聲請羈押：

本法第九十三條第一、二項規定：  
被告或犯罪嫌疑人因拘提或逮捕到場者應即時訊問。

偵查中檢察官訊問後，認有羈押必要者，應自拘提或逮捕之時起，二十四小時內敘明羈押之理由。聲請該管法院羈押之。否則應予釋放，但得逕命具保、責付或限制住居等相關處分。

Q. 問題十六

執行搜索時應注意的事項為何？

答：

1. 令狀證件的出示：

要式搜索時，執行機關應出示搜索票。同時也應該出示證件。

不要式搜索，則免去令狀的出示。

2. 搜索的在場與通知：

為避免搜索時產生爭端，本法第一四八條與第一四九條

均規定，在執行搜索時，應命一定之人在場。

3. 必要處分：

本法第一四四條規定，因搜索及扣押，得開啟鎖鉅、封鎖或其他必要之處分。執行扣押或搜索時，得封鎖現場。禁止在場人員離去或禁止前條所定之被告、犯罪嫌疑人或第三人以外之人進入該處所。對於違反前項禁止命令者，得命其離開或交由適當之人看守，至執行終了。

Q. 問題十七

執行搜索作為時，人、事、地、時、物的一般限制及特別限制為何？

a. 一般限制：

保密原則：在第一二四條規定，搜索應保守秘密，並應注意搜索人的名譽。

比例原則：除針對抗拒搜索者，在第一三二條規定，執行機關得用強制力搜索之。但不得超過必要之程度。

夜間搜索的限制：在第一四六條規定，有人住居或看守之住宅或其他處所。不得於夜間入內搜索或扣押。

故夜間搜索原則上是禁止的。

例外情形為下述：

有人住居或看守之住宅或處所。經住居人、看守人或可為其代表之人，承諾或有急迫之情形者。

日間已開始搜索或扣押者。得繼續至夜間。

假釋人住居或使用處所。旅店、飲食店或其他於夜間公眾。可以出入之處所，扔在公開時間內者。或常用為賭博妨害性自主或妨害風化之行為者等處所，夜間亦得入內搜索或扣押。

b. 特別限制：

針對客體或對象的不同：

公務物件的補充性：對於政府機關或公務員，所持有或保管之文書，或其他物件應扣押者。應先請交付。僅於必要時始得搜索之。（刑訴第一二六條）

軍事處所：依本法第一二七條規定，軍事上應秘密之處所，非得該管長官之允許不得搜索。

婦女為相對人的特別規定：本法第一二三條條文規定，搜索婦女之身體，應命婦女行之。

Q. 問題十八

執行拘提，應注意的事項為何？

答：拘提者為一定時期內，拘束受拘提人的自由，強制其到達一定處所，接受訊問，並保全被告或犯罪嫌疑人或保全蒐集證據的強制處分。

a. 一般拘提：本法第七十五條規定

執行拘提時，應將拘票其中一聯，交被告或其家屬(刑訴第七十九條)

執行拘提或逮捕，應注意被告之身體及名譽(刑訴第八十九條)

被告抗拒拘提、逮捕或脫逃者，得行使強制力，拘提或逮捕之(須合乎比例原則)

解送：拘提或因逮捕之被告，應即解送指定之處所，如二十四小時內，不能達到指定之處所者，應分別其，命拘提或通緝者，為法院或檢察官，先行解送較近之法院或檢察機關，進行人別訊問。

b. 逕行拘提：依本法第七十六條規定

與上述一般拘提的差異，僅在於事由不同，而免去前置的傳喚。

#### Q. 問題十九

試述刑事訴訟法上所規定，司法警察之職務？

答：檢察官為偵查主體。而負責協助檢察官，行使檢察權者，稱為司法警察與司法警察官。此非組織法上的官名或職稱。僅為刑訴上對犯罪偵查，輔佐檢察官的人員，所為的稱呼。

在刑訴第二三一條第一項：警察、憲兵與依法令關於特定事項得行司法警察之職權者，均為司法警察。職務如下：

1. 送達文書(本法第六十一條第一項)規定：

由司法警察或郵政機關行之

2. 通知犯罪嫌疑人或證人到場詢問(本法第七十一條之一與第一九六條之一)：

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，通知犯罪嫌疑人或證人，到場訊問。

3. 執行拘提(刑訴第七十八條)

4. 逮捕通緝犯或收受利害關係人逮捕的通緝犯(刑訴第八十七條第一第二項)

5. 得執行逕行拘提。具(本法第八十八條之一第一項的事由)

6. 逮捕或收受，他人逮捕的現行犯。並解送給檢察官(刑訴第九十二條第二項)

7. 解送被羈押之被告，至看守所(刑訴第一〇三條)

8. 執行有令狀搜索、附帶搜索、逕行搜索或輔助搜索(刑訴第一二八條之二、第一三〇條與第一三〇條之一第一項)

9. 執行扣押或附帶扣押(刑訴第一三六與第一三七條)

10. 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，採取指紋、掌紋、腳印、予以照相、測量身高、或類似之行為。

另有相當理由，認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調、或吐氣。得作為犯罪之證據時，亦得採取之(刑訴第二〇五條之一的規定)

11. 受檢察官之命，調查犯罪情形，及蒐集證據，並提出報告。必要時，得將相關卷證，一併發交。(刑訴第二二八條第二項)

反之司法警察知有犯罪嫌疑者應即開始調查並將調查之情形報告該管檢察官(刑訴第二三一條第二項)

#### Q. 問題二十

試述偵查發動的原因，並簡要，說明其意義？

答：偵查之開始，以有犯罪嫌疑，即為已足。並不以告訴、告發、或自首為條件。換言之，偵查，並無條件。

發動的原因按(刑訴第二二八條第一項規定)：

檢察官，因告訴、告發、自首或其他情事。知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查

1. 告訴：指告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實，所為的意思表示。
  - a. 告訴權人：指(本法第二三二條至第二三六條)所訂的告訴權人
  - b. 偵查機關：指檢察官或司法警察官若向法院為之則為自訴
  - c. 申告犯罪事實：不一定要告人只需申告示事實即可
2. 告發：指第三人向偵查機關申告犯罪事實請求訴追之意思表示
  - a. 第三人：指告訴權人、犯罪嫌疑人、與偵查機關以外之人。
  - b. 告發：可分為公的告發、與私的告發。  
前者：指公務員，因執行職務，知有犯罪嫌疑者。所為的告發。 (刑訴第二四一條)  
後者：指的是，任意告發、權力告發。(刑訴第二四〇條)
  - c. 告發：不發生撤回的問題。所以告發後，雖然申請撤回。但對檢察官職權的行使，不生影響。
3. 自首：是對於未發覺的犯罪。自己向偵查機關，陳述犯罪事實後，裁判的意思表示。
4. 其他情事：指告訴、告發、與自首以外的事。讓檢察官知有犯罪嫌疑者。

#### 一： 刑事訴訟法之目的為何？試析述之

刑事訴訟法係確定並實現國家於具體刑事個案中對被告刑罰權之程序規範，而刑事訴訟之目的，正是架構偵查、起訴、審判以至執行等訴訟流程之重要理念，因此，解讀刑事訴訟法上之爭議問題，往往必須溯及其根本目的。學者認刑事訴訟之目的有三，茲析述之：

##### (一)實體真實—

1. 刑事訴訟法之功能在於追訴犯罪並處罰犯人，發動此一程序用意在於獲致一個依照實體刑法之正確裁判，故發現實體真實自係追求正確裁判之前提要件。發現實體真實，蘊含正反兩種涵義：即對於無辜的被告，僅裁判結果確認並開釋無辜時，才是發現實體真實，亦即實體正確；反之，對於真正的犯人，僅裁判確認其犯罪事實並依照刑法施加處罰時，才是實體真實與正確。故發現實體真實之完整意義應為「毋枉毋縱，開釋無辜，懲罰罪犯」，並不能將之片面理解為「有罪必罰」。此種力求發掘犯罪事實真相，既不容罪及無辜，亦不容許犯人逍遙法外的想法，導源於正義的觀念，因此亦稱為正義原則。
2. 本法為實現此一目的，設有諸多規定，例如有利不利被告一律注意之客觀性義務(第二條第一項)、被告之自白須符合真實性方具備證據能力(第一五六條第一項)、課予法院在一定範圍內應依職權調查之澄清義務(第一六三條第二項但書)、課予國家機關追訴犯罪義務之國家追訴原則(本法第二二八條第一項)以及檢察官足認被告有犯罪嫌疑即應提起公訴之起訴法定原則(第二五二條)，用意皆在於發現真實，實現正義。九二年刑事訴訟法之修正，將交互詰問制度明列其內，亦係基於此一制度設計之目的，即係辯明供述證據之真偽，以發現實體真實。

##### (二)法治程序—

1. 為澄清犯罪事實之真相，國家機關無可避免地必須使用諸多強制性手段，而此勢必嚴重干預可能的嫌疑人及其他第三人之權利，因此，落實人權保障便是建立一套符合法治程序之訴訟規則，以規制並釐清國家與個人間權義之界限，一方面便利國家完成其追訴處罰之功能，另一方面則提供個人有效之權利保護，以防範國家違反法律保留或不合比例之侵害。
2. 本法為實現法治程序所架構之實定法規甚眾，舉凡強制處分之要件限制(本法第七十一條以下)、被告訊問保持緘默、選任辯護及其告知義務(第九十五條)以及不正訊問方法之禁止(第九十八條、第一五六條第一項)等，均其適例。九二年本法之修正，增列證據排除法則(第一五八條之二、之三、之四)，亦係為保障人權所設。

##### (三)法和平性—

1. 刑事訴訟經由法定程序之踐行與終結以處罰犯人釋放無辜，並藉此回復原因犯罪而受損之法和平性。亦即，法和平性意指刑事案件之終結以回復社會之和平生活，此種確定之法律狀態亦係法安定性之考量，避免一案數判、一罪數罰，此即實體確定力之作用。
2. 據此，終局裁判確定之後，系爭之法律關係亦隨同確定，因而產生禁止再行追訴、審判之法律效

力，故違反一事不再理之效力者，偵查中應為第二五二條第一款之不起訴處分，審判中應諭知第三〇二條第一款之免訴判決。

二：試詳述下列名詞：(一)國家追訴原則(二)控訴制度(即彈劾制度)

【擬答】(一)國家追訴原則：

1. 國家追訴原則之內涵—

係指犯罪應由國家本於其職權追訴並處罰，亦即，國家不但對於犯罪有實體刑罰權，且實現該實體刑罰權亦為國家之任務，既無待於私人之請求，亦不受私人所拘束。基於刑罰權國家專屬性之原則，僅國家機關有權追訴與審判犯罪，刑事追訴機關一旦知有犯罪，即應本其職權，開始犯罪之追訴工作，而不得任意為不偵查之決定，此即刑事訴訟法第二二八條第一項所規範，「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪者，應即開始偵查。」明示國家追訴犯罪之權義。

2. 國家追訴原則之限制—

(1) 告訴或請求乃論之罪：告訴或請求乃論之罪，國家機關雖仍保有追訴犯罪之職能，但能否起訴卻繫於有權告訴或請求者是否合法提出告訴、請求，是以構成本原則之限制。

(2) 自訴案件：自訴程序係檢察官獨占起訴之例外，本法第三一九條第一項允許犯罪之被害人或其他得為提起自訴之人無庸經過檢察官，可以自行起訴並擔任自訴程序中之原告(本法第三條)，取代檢察官提起公訴及實施公訴之功能，自亦為國家追訴原則之限制。

(二)控訴制度(即彈劾制度)：

鑑於糾問制度由糾問法官獨攬追訴審判大權，自行偵查造成未審先判，嚴重侵蝕被告防禦之權利，故法國之刑事訴訟法改以控訴制度重新架構刑事程序，遂為各國所採用，其主要內涵如下：

1. 審檢分立原則—

針對糾問制度之弊病，將追訴與審判之程序分由二個不同之機關負責，使裁判者得以恪守客觀中立之立場，而承認被告於刑事程序中訴訟主體之地位。依此，審檢分立，各有所司，若法官於該管案件曾執行檢察官或司法警察官之職務者，本法第十七條第七款將之定為自行迴避之事由，以避免審檢合一，回復糾問制度。

2. 不告不理原則—

無訴即無裁判，指法院必須先有檢察官提出之控訴，方可開始審理，不得主動審判未經起訴之案件，即便為法庭上所發生之案件亦然，法官僅得依本法第二四一條有告發之義務，此即第二六八條「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」所明示。

3. 控訴壟斷原則—指法院審理裁判之對象及範圍，僅限於檢察官起訴所及之被告與犯罪事實，本法第二六六條至第二六八條定有明文，否則即屬第三七九條第十二款「未受請求之事項予以判決」，構成判決當然違背法令。

4. 審檢制衡原則—

透過訴訟上之權力分立，以法官與檢察官彼此監督節制之方法，保障刑事司法權限行使之客觀性與正確性。據此，檢察官對法院之裁判得以上訴或抗告聲明不服，檢察總長對於確定判決尚得提起非常上訴，以實現審檢制衡與統一法律見解之功能。

三：甲與乙在台北共同犯下殺人罪，兩人分別逃亡後，甲在桃園遇到昔日朋友丙，又共同犯下搶奪罪。隨後丙逃到台中，又單獨犯下竊盜罪。請問台北地方法院對甲、乙、丙所有的犯罪行為是否有管轄權？

【擬答】

(一) 案件之管轄，應以法律預為規定，俾具體案件發生時，得循此標準定其管轄法院，此即法定管轄。此項管轄，有係基於案件本身之規定者，如刑事訴訟法第四條之事物管轄與第五條之土地管轄；然有時不同案件間或許存在某種特殊之關聯性，若能合併由一法院管轄，較能促進訴訟並合乎訴訟經濟原則，此即本法牽連管轄之所由設。

(二) 1. 「數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄。」刑事訴訟法第六條第一項定有明文，同法第七條界定何謂相牽連之案件，即「有左列情形之一者，為相牽連之案件：一、一人犯數罪者。二、數人共犯一罪或數罪者。三、數人同時在同一處所各別犯罪者。四、犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。」

2. 題示，甲與乙在台北犯下共同殺人罪，台北為甲殺人案件與乙殺人案件之犯罪地，台北地方法院依同法第五條土地管轄之規定自有管轄權；就甲與丙在桃園共同所犯之搶奪罪，基於同法第七條第一款「一人犯數罪者」之人的牽連，台北地方法院對甲之搶奪罪取得牽連管轄權，復依同法第七條第二款「數人共犯一罪或數罪者」之事的牽連，對丙之搶奪罪亦有管轄權，據此，又基於同法第七條第一款「一人犯數罪者」，再牽連至丙之竊盜罪。由此觀之，傳統學說與實務所肯認之牽連管轄，範圍相當廣泛，兼及牽連再牽連之情形。

(三) 綜上可知，台北地方法院對甲、乙、丙所有之犯罪行為，均有管轄權。惟牽連管轄之制度，係為訴訟經濟所設，若案件間存在特殊之關聯性，如本題甲犯殺人罪與搶奪罪，倘由不同之法院審理，對被告殊屬不便，亦耗費法院有限之司法資源，自可因人之牽連而使得台北地方法院取得甲犯搶奪罪之管轄權。然丙至台中單獨所犯之竊盜罪，犯罪地在台中，證據之蒐集與調查亦可能齊集於台中，若因牽連再牽連之情形，使台北地方法院得以對之合併管轄，是否與牽連管轄之目的相違，不無可議。

四：當事人向法院聲請移轉管轄，該法院接到移轉管轄之聲請後，仍繼續進行審判，問該法院之所為是否合法？

【擬答】

(一)移轉管轄之意義：

係指有管轄權之法院因某種原因，對該案件不能行使審判權，或不便行使者，由其直接上級法院以裁定將該案件移轉於其管轄區域內與原法院同級之他法院；直接上級法院不能行使審判權時，前項裁定，由再上級法院為之。此即移轉管轄。其原因有二，刑事訴訟法第十條第一項定有明文，「有左列情形之一者，由直接上級法院，以裁定將案件移轉於其管轄區域內與原法院同級之他法院：一、有管轄權之法院因法律或事實不能行使審判權者。二、因特別情形由有管轄權之法院審判，恐影響公安或難期公平者。」

(二)題示，當事人向法院聲請移轉管轄，該法院接到移轉管轄之聲請後，仍繼續進行審判，按諸本法第十一條之規定，「指定或移轉管轄由當事人聲請者，應以書狀敘述理由向該管法院為之。」然學者指出，移轉管轄原為判決前之救濟方法，當事人於案件判決前，雖可隨時聲請，但繫屬之法院並不因其聲請而停止審判。且實務亦認，聲請移轉管轄，刑事訴訟法本無原法院應停止審判之明文，該法院於已有聲請後，仍可進行審判，自難謂為違法。故本題，該法院所為係屬合法，既無如本法第二十二條「應即停止訴訟」之明文規定，自應繼續審判。

考題七：法官曾參與前審之裁判於上訴審時，為何應自行迴避？「參與前審」其涵義為何？

【擬答】

(一)自行迴避之立法目的：

公平審判原則，係構築現代法治國司法程序之礎石。憲法第八十條規定，「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判原則，不受任何干涉。」本此，法官應依法審判，處於中立第三人之地位裁判爭端，若在具體個案中有事證足以懷疑法官之中立性，為維裁判之公平，刑事訴訟法於第一編總則第三章法院職員之迴避，特設有迴避制度，不使其執行職務。

(二)「參與前審」之涵義：

刑事訴訟法第十七條第八款將法官曾參與前審之裁判者，列為自行迴避之事由，其中「前審」之認定，學說上向有審級說與拘束說之仁智之爭，茲分述於下：

1. 審級說：以審級利益是否被侵害為認定標準，如在下級審已就該案件參與裁判之法官，於上級審仍許其執行職務，則審級制度便失其存在之意義，故所謂前審，應指下級審。司法院大法官釋字第一七八號解釋亦支持此一論述，解釋文稱「所謂法官曾參與前審之裁判，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。」此說為通說與實務所採，若依此說，則案經上級審法院發回更審後，再行參與，該法官前後所參與者，皆為第二審之裁判，審級相同，無上下級審之關係，且不影响當事人之審級利益，依法自毋庸迴避。且聲請再審，由判決之原審法院管轄，本法第四二六條第一項定有明文，亦無上下級審之關係，依此，法官曾參與再審前之裁判，於再審程序，仍得執行裁判職務。
2. 拘束說：此說重在維護裁判之自縛性，本裁判一次性之原則，案件既經裁判，法官本身即應受該裁判所拘束，裁判是否允當，應由上級審加以認定，而非該法官再行參與，是以前審，應指前次審。若採拘束說，則法官既曾參與發回更審或再審前之裁判，自受本身所為裁判所拘束，此種情形雖不致侵害當事人之審級利益，然難期該法官維持中立無偏頗之心證，故應在自行迴避之列。

五：司法警察(官)偵查犯罪，於何種情形得逕行拘提犯罪嫌疑人或被告？試予說明

【擬答】

(一)拘提之意義，乃於一定時期內，拘束受拘提人的自由，強制其到達一定處所接受訊問，並保全被告(或犯罪嫌疑人)或保全、蒐集證據之強制處分。原則上，拘提為要式之強制處分，故拘提被告，應用拘票，刑事訴訟法第七十七條第一項定有明文。然司法警察(官)偵查犯罪，有法定原因(同法第八十八條之一第一項第一款至第四款)，而情況急迫者，亦得不用事先聲請拘票而得逕行拘提，以防止人犯逃匿，此即緊急拘提之所由設。

(二)茲就緊急拘提之要件與法定列舉原因析述於下：

1. 要件：司法警察(官)於情況急迫下，始得逕行拘提之，所謂「情況急迫」指司法警察(官)執行時，以其急迫情況不及報告檢察官者為限，始得逕行拘提。
2. 法定列舉原因：
  - (1)因現行之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者—不問所犯何罪，祇要共犯嫌疑重大，即可對尚未到案之「共犯」實施緊急拘提。
  - (2)在執行或在押中之脫逃者—執行指因受刑事確定判決而於監獄服有期徒刑，或於保安處分接受執行者而言，在押指因於刑事偵查或審判程序，或被羈押於看守所或少年觀護所。學者則謂，本款應屬通緝犯或現行犯逮捕的問題，殊不必將其列為緊急逮(拘)捕事由。
  - (3)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一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限—本款指經從事犯罪偵查之司法警察(官)盤查而逃逸，但以有事實足認為犯罪嫌疑重大為前提，並非一經盤查逃逸即可緊急拘捕。並非從事於犯罪偵查工作之一般警察，在為例行之查察或巡邏工作時，對於不經盤查即逃逸者，不能適用本款。
  - (4)所犯為死刑、無期徒刑或最重本刑為五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—本款組合逕行拘提之兩種事由(第七十六條第二款、第四款)，本來必須事先取得拘票，但若時間上不及取得拘票，又有保全被告之需要時，本款容許先予緊急拘捕，事後再補發拘票。

六：檢察事務官無搜索票，可否逕行實施搜索？若不可以，其理由為何？若可以，其依據為何？

【擬答】

- (一)吾國刑事訴訟法之搜索採行「相對法官保留原則」之立法例，以有令狀搜索為原則，無令狀搜索為例外。於原則情形，搜索應用搜索票，本法第一二八條第一項定有明文，搜索票由法官簽發(同條第三項)，亦即以法院(官)為決定機關，故檢察事務官無搜索票，原則上不得逕行實施搜索。
- (二)然搜索雖以有令狀搜索為原則，但因搜索本質上乃帶有急迫性、突襲性之處分，難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形。本法承認下列得不用搜索票而搜索之例外情形，是為無令狀搜索或無票搜索，茲分述於下：
1. 附帶搜索：依本法第一三〇條之規定，「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。」
  2. 逕行搜索：依本法第一三一條第一項，「有左列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：  
一 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確實在內者。  
二 因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。  
三 有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。」
  3. 緊急搜索：同條第二項則規範，「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、湮滅或隱匿之虞者，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。」
  4. 同意搜索：依本法第一三一條之一，「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」

七：通緝犯之逮捕與現行犯之逮捕有無不同？試說明之

【擬答】

逮捕，乃無須令狀而直接拘束被告人身自由之強制處分，僅得對被告為之。依照逮捕原因，又可分为通緝犯之逮捕與現行犯之逮捕，茲說明之：

(一)對象不同—

通緝犯之逮捕乃對逃亡或藏匿之被告為之；現行犯之逮捕乃對現行犯或準現行犯為之。

(二)得逮捕之人員不同—

1. 通緝犯：依本法第八十七條第一、二項規定，通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之。利害關係人，得逕行逮捕通緝之被告，送交檢察官、司法警察官，或請求檢察官、司法警察官逮捕之。
2. 現行犯：依本法第八十八條第一項規定，不問何人均得逕行逮捕之。

(三)手段種類不同—

通緝犯得逕行逮捕，亦得拘提到案，故逮捕非其唯一手段；而現行犯性質上，僅能逕行逮捕，性質上無法以拘提方式到案。

(四)逮捕後之處理程序不同—

利害關係人逕行逮捕通緝被告後，應送交檢察官、司法警察官(第八十七條第二項)；無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察(第九十二條第一項)；檢察官、司法警察官或司法警察應詢問其姓名、住所或居所及逮捕事由。

(五)逮捕時判斷之不同—

通緝犯必須是依法發布通緝書之人，故逮捕時只要確定對象為通緝書上所載之人即可，無庸再去審酌是否具備通緝之原因，即前述逃亡或藏匿之情形是否存在；反之，現行犯之逮捕，則逮捕時應判斷是否符合現行犯與準現行犯之要件。

(六)有無法定程式之不同—

1. 通緝犯：其逮捕之前，依本法第八十五條、八十六條及八十七條第三項規定對被告通緝，應用通緝書。
2. 現行犯：性質上無法使用任何文書。

八：何謂「證據能力」？何謂「證據證明力」？兩者之關係為何？

【擬答】

(一)證據能力之意義：

證據能力，即何種證據資料始有資格作為認定犯罪事實之基礎，刑事訴訟法第一五五條第二項設有通則性之規定，「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」，亦即，得以作為認定犯罪事實之依據者，以有證據能力之證據為限；無證據能力之證據，不得作為認定犯罪事實之依據。惟實務上向來認為吾國因採職權主義，對於證據能力殊少限制，凡得為證據之資料，均具有論理之證據能力。對此，晚近已有學者提出質疑，認職權主義與當事人主義之區別，非在於其對證據能力之限制，且刑事訴訟法雖無明文界定何謂證據能力，然藉由其他相關規定與證據法理亦可探求其內涵。

(二)證據證明力之意義：

有證據能力之證據，始有作為認定犯罪事實之資格，然此非謂法官應一律採信之，而係進入證據價值評價之階段，此即證據證明力之問題，本法就此明文採法官自由證據評價原則。觀諸第一五五條第一項之規定，「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」即以自由心證以評價證據證明力之高低。

(三)兩者之關係：

按具備證據能力之證據，始生判斷證據證明力之問題，此因證據能力係證據資料有無成為本案裁判基礎之證據資格之問題，判斷結果非有即無，並且通常委由法律直接規定；而證據證明力則指證據資料對於法官形成心證是否有作用，即法官是否採信該證據資料之證據價值之問題，判斷結果可高可低。因此，證據能力乃證據證明力之前提，若無證據能力之證據，法官根本不得採為裁判基礎，亦無庸評價其證據價值。

九：何謂「證據能力」？何種證據始可認其具有證據能力？我國刑事訴訟法是否有關於證據能力之規定？

**【擬答】**

(一)證據能力之意義：

證據能力，即何種證據資料始有資格作為認定犯罪事實之基礎，刑事訴訟法第一五五條第二項設有通則性之規定，「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」，亦即，得以作為認定犯罪事實之依據者，以有證據能力之證據為限；無證據能力之證據，不得作為認定犯罪事實之依據。惟實務上向來認為吾國因採職權主義，對於證據能力殊少限制，凡得為證據之資料，均具有論理之證據能力。對此，晚近已有學者提出質疑，認職權主義與當事人主義之區別，非在於其對證據能力之限制，且刑事訴訟法雖無明文界定何謂證據能力，然藉由其他相關規定與證據法理亦可探求其內涵。

(二)何種證據具有證據能力：

學說認證據能力有消極條件與積極條件兩項基本限制，茲析述於下：

1. 證據能力之消極要件：

消極條件，係指證據使用之禁止，即證據排除之規定，例如本法第一五六條第一項規定，「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」。此外，國家機關取得證據之過程中違反程序性之規定，是否必然導致證據使用之禁止，素有爭論，為杜爭議，本法新增第一五八條之二，「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定。」用以明確界定證據使用禁止之範圍。

2. 證據能力之積極要件：

未經本法禁止使用之證據，必須同時具備積極條件，始能終局地取得證據能力。亦即，證據必須經過嚴格證明之調查程序後，始能取得證據能力，得以之作為認定犯罪事實之基礎。所謂嚴格證明法則，係指犯罪事實之證明與調查，必須使用法定之證據方法，並且遵守法定之調查程序。倘法院將未踐行嚴格證明之證據資料，採為本案裁判之基礎，不惟有礙實體真實之發現，抑且損及法治程序對被告防禦權利之保障。此種違法，即屬本法第一五五條第二項之「未經合法調查」，而構成第三七九條第十款之「應於審判期日調查之證據而未予調查者」，乃絕對上訴第三審之事由，即便判決確定後，亦得提起非常上訴。

十：罪疑唯輕原則何謂罪疑唯輕原則？

**【擬答】**

(一)罪疑唯輕原則之意義：

罪疑唯輕原則係出自拉丁文，直譯為有疑唯利被告原則。亦即，關於實體犯罪事實之認定，若法院已窮盡證據方法，而仍存在無法排除之疑問時，應為對被告有利之認定；反言之，法院若為不利於被告之犯罪事實之認定，必須以經過證明並獲得確信者為前提，此即罪疑唯輕原則之概念內涵。

(二)罪疑唯輕原則之法理根據：

罪疑唯輕原則係屬法治國刑事訴訟程序下，支配刑事裁判過程之基礎原則，可由實體法與程序法之不同面向理解—

1. 就實體法而言：

此一原則補充了實體法之罪責原則，根據罪責原則，有罪始有責，法官必須先確認被告之犯罪事實，方能據此適用法律為有罪判決，進而科處被告刑罰；若適用實體法之事實基礎存有疑問，而法官仍據以為有罪之判決，該項判決即屬違背實體法則。

2. 就程序法而言：

此一原則亦補充訴訟法上證據評價之原則，亦即，當法官自由評價證據的證明力之後，若最後仍未能獲致對於有罪判決所需之確信程度，此時，自由心證已窮，而罪疑唯輕原則係要求法官於未能形成確信時，應為有利於被告之判決。

十一：設甲涉嫌貪瀆，羈押於看守所中，並於一九九八年五月一日至五月十日陸續在調查局接受偵訊。前三日甲堅決否認，第四日起甲次第自白；隨後，調查局將卷證移送檢察署，於檢察官乙偵訊時，甲續為內容相同之自白。本案經乙提起公訴，審理中甲之辯護人抗辯，甲於調查局中受調查員刑求，故為自白；於檢察官偵訊中，甲擔心被調查員借提出去繼續刑求，故續為內容相同的自白。設本

案審理中，法官依全程錄影帶及驗傷報告認定，甲第四日早晨自白非常可能遭受刑求，但其他日則無刑求跡象，問法官可否僅排除第四日之自白而採信其他日之自白？可否採用甲在檢察官偵查中所為之自白？

**【擬答】**

(一)本案例中，甲在調查局及地檢署中所為之自白，皆因欠缺任意性無證據能力，依本法第九十八條及第一五六條第一項規定，法官不得將之採為有罪裁判之基礎。就甲所為前階(調查局)之自白言，因調查員在第四日偵訊時使用刑求之不正方法，在偵訊主體未明顯更易的情形下，第四日後之自白與刑求之間顯然具有因果關係，因而，前階之自白全部不具任意性。

(二)就甲所為後階(地檢署)之自白言，檢察官本身雖未使用不正訊問方法，但前階自白之非任意性是否繼續作用，污染後階之自白？此即非任意性自白之「繼續效力」問題。學者認為，此時仍應回歸第一五六條第一項，判斷第二階段之自白是否具有任意性，當先前不正方法與後來自白之間具因果關係時，才應排除其證據能力。在案例所示情形，因為在使用刑求手段取得前階自白之情形，通常被刑求人所受的心理脅迫繼續作用，尤其是偵查階段採行不公開原則，並且，被刑求人隨時可能被從看守所借提至刑求者的實力支配之下，因而，檢察官本身雖未使用不正方法，但是因前階自白使用刑求手段所致的非任意性之情狀，仍然或不能排除其繼續作用至後階自白，兩者具因果關係，故不得採為裁判基礎。

十二：告訴是否可以加以限制或附條件及其效力如何？試分別說明之。

**【擬答】**

刑事訴訟法稱告訴者，謂犯罪被害人或其他告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實，並為請求追訴之意思表示。依同法第二二八條第一項之規定「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」據此，告訴為發動偵查之原因之一。若以告訴是否為訴訟要件，得將犯罪分為告訴乃論之罪與非告訴乃論之罪，而就告訴乃論之罪言，告訴不僅為發動偵查之原因，且為訴訟要件，欠缺即無法進行追訴、處罰。基於告訴權之行使攸關國家刑罰權之發動，故就附限制之告訴與附條件之告訴應否准許及其效力之問題，析述於下：

(一)附限制之告訴：

告訴權人僅限定對於共犯中之一人或實質上、裁判上一罪之犯罪事實之一部為告訴者，其告訴仍屬有效，且其效力及於其他共犯，或犯罪事實之全部。如刑法第二百三十九條之通姦罪，通姦者之配偶，對於通姦者之告訴，其效力固及於相姦者；若僅限定對於相姦者為告訴，其效力是否及於配偶之問題，實例認為仍有第二百三十九條前段之適用。是以，應認其所附加之限制無效，告訴本身仍為有效。

(二)附條件之告訴：

如其所附之條件，對告訴之意思有決定性之影響，亦即與告訴不可分離時，不問所附者為停止條件，抑或解除條件，因其告訴之意思並不確定，亦即其請求國家追訴之意思表示不明確，有違訴訟行為重視明確性之要求，則不能認為有告訴之效力。

十三：說明公訴不可分原則之內容，並舉例說明之。

**【擬答】**

(一)基於不告不理之控訴原則，法院審判之範圍必須與檢察官起訴之範圍一致，否則即屬不告而理或告而不理之違法，因此，公訴效力所及之犯罪事實的範圍，也就是法院所能及所應審判之犯罪事實的範圍，據此，法院不得就未經起訴之犯罪審判，此觀刑事訴訟法第二六八條自明。

(二)故提起公訴之效力及於檢察官起訴所指之同一犯罪事實。據此，設若審判程序中發現超出起訴之犯罪事實同一性的其他犯罪事實，法院基於不告不理，非經另行起訴，不得就未經起訴之其他犯罪事實加以審判，否則即屬未經請求(起訴)之事項予以判決之當然違背法令(本法第三七九條第十二款後)，亦即訴外裁判；縱使該其他犯罪事實與起訴犯罪事實有相牽連之關係，亦無不同，仍須先經檢察官追加起訴之後(本法第七條、第二六五條)，該其他犯罪事實始在公訴之效力範圍，法院始得加以審判。

(三)反之，起訴犯罪事實同一性之內，即屬公訴效力所及範圍，法院能夠並且應該審判全部之犯罪事實，縱使檢察官僅就其中一部犯罪事實起訴者，亦無不同。據此，本法規定：「檢察官就犯罪事實之一部起訴者，其效力及於全部。」(第二六七條)，此即一般所稱之公訴不可分，其範圍等同於審判不可分，簡之，具備同一性之犯罪事實，審判上無從分割，因此賦予其不可分效果。

(四)由此可知，公訴不可分之效力範圍，取決於犯罪事實同一性之概念。由於本法第二六七條以及其他規定，皆未就此概念予以立法定義，因此，屬於法律解釋之問題。我國傳統之實務與通說認為，實質上、裁判上一罪皆屬訴訟法上之犯罪事實同一性概念，如此見解顯然過度擴張公訴不可分之範圍，但是又因加上「有罪與有罪之間始生不可分」的限制，而有罪與否須以法院審理結果為斷。

十四：何謂集中審理主義？試從刑事審理程序觀點說明之。

### 【擬答】

- (一)集中審理原則，是指審判程序應儘可能地一口氣完成，亦即直到辯論終結均不中斷。集中審理本身並非「自我目的」，不過，刑事訴訟只有透過集中審理的方式，直接、言詞審理及自由心證等基本原則才有可能實現與發揮，詳言之：
1. 集中審理乃直接審理及言詞審理的基礎。因為如果審判程序拖延過久，或者時常中斷，法官難以藉由直接審理過程對證據之調查結果獲致心證基礎，反而必須依賴書面筆錄作為形成心證的資料，撰寫判決。
  2. 集中審理乃自由心證的保障。證據調查及辯論在一舉完成的情況下，才能確保法院的確依據當庭審理結果所獲致的新鮮心證，作為裁判之基礎。
  3. 符合迅速原則及訴訟經濟。在集中審理的要求下，儘可能的在一個期日，找齊所有當事人、證人、證物，而將案件一次審理終結，當然比就相同的證據方法分開在數個庭期進行，節省訴訟資源。被告、辯護人、檢察官不必奔波於途、曠費時日地等待開庭，法官不必就相同案件在每次開庭前重複閱卷，訴訟資源的運用當然較有效率。
- (二)充分的準備乃集中審理的前提。本法關於審判之準備的相關規定(刑事訴訟法第二七一條至第二七九條)，目的即在於此；其次，次日連續開庭之要求與間隔十五日以上應更新審理的規定(本法第二九三條、第三七九條第九款)，更是集中審理原則的體現。

十五：裁判究於何時確定？試詳述之。

### 【擬答】

為使裁判臻於正確，依訴訟制度之理由，固許當事人或其他訴訟關係人聲明不服，請求上級審判機關救濟。如已無聲明不服方法，其裁判即告確定。裁判得依上訴、抗告、聲明異議、聲請撤銷或變更等方法聲明不服。裁判於宣示或送達後，其效果並非即時發生。在可能聲明不服之情形下，其裁判尚處於未確定之狀態。必其裁判在法律上已無聲明不服之方法時，始告確定。故裁判，於不得聲明不服時確定，其情形有二：

(一)其裁判，本不得聲明不服者：

於裁判時確定，如不得上訴於第三審法院案件之第二審判決(刑事訴訟法第三百七十六條)、蓋不得上訴於第三審之案件，即以第二審為終審法院。一經第二審判決，即告確定。如當事人對此已告確定之案件，猶提起第三審上訴，第三審法院卸應以判決駁回之。倘竟誤為撤銷發回更審，原第二審法院亦復遵照更為判決，均屬違法，難謂有效，並無影響於更審前之第二審判決確定之效力。第三審法院為終審法院，案經終審法院判決或裁定即告確定，無得為上訴或抗告之餘地。即不得抗告之裁定(如第四百零四條前段、第四百零五條前段等)，不得上訴之再審判決(第四三七條第三項)等亦是。

刑事訴訟法雖未設有民事訴訟法第三九八條第二項，「不得上訴之判決，於宣示時確定，不宣示者，於送達時確定」之規定；但此項裁判，縱不得聲明不服，如未經諭知，僅屬裁判文稿，既未對外發生效力，仍無從確定。

(二)其裁判，雖得聲明不服；但因下列原因而不得聲明不服者：

1. 已逾法定期間：依本法第三四九條之規定，「上訴期間為十日，自送達判決後起算。但判決宣示後送達前之上訴，亦有效力。」第四〇六條亦規定，「抗告期間，除有特別規定外，為五日，自送達裁定後起算。但裁定經宣示者，宣示後送達前之抗告，亦有效力。」
2. 捨棄權利或撤回：依本法第三五九條，「捨棄上訴權或撤回上訴者，喪失其上訴權。」抗告亦有準用之規定(第四一九條)。

十六：刑法第二三九條通姦罪，配偶縱容者不得告訴，如甲女縱容其夫與人通姦，嗣後向夫表示撤回縱容，禁止其夫繼續與人通姦，能否回復其告訴權，試論述之。

### 【擬答】

(一)依刑事訴訟法第二三四條第二項之規定，「刑法第二百三十九條之妨害婚姻及家庭罪，非配偶不得告訴。」故配偶為刑法第二三九條通姦罪之專屬告訴權人。惟刑法第二四五條第二項亦規定，「第二百三十九條之罪，配偶縱容或宥恕者，不得告訴。」爰此，配偶如事前縱容或事後宥恕其配偶與人通姦者，即喪失其告訴權。

(二)題示，甲女事前縱容其夫與人通姦，能否因嗣後撤回縱容而回復其告訴權，關鍵在於縱容之效力係永久性抑或一時性地喪失其告訴權，茲將實務與學說之不同見解整理於下：

1. 實務認縱容並不限定對於特定之通姦事件為之，故一經縱容即概括地、永久地喪失其告訴權。院字一六〇五號解釋即認「縱容配偶與人通姦，告訴權即已喪失，不能因嗣後翻悔而回復。又所謂縱容，但有容許配偶與人通姦之行為即足，至其相姦之人，原不必經其允許」，依此，實務因認配偶之縱容係針對通姦之行為，而不限定特定人，故一經縱容自將永久喪失其告訴權。如根據院字一六〇五號解釋，本題甲女縱容其夫與人通姦，已永久喪失告訴權，不因嗣後表示撤回而回復。
2. 學說則認縱容僅生一時性之效果，係對於特定事件為之，故應就犯罪時配偶對之有無縱容之情形為準，縱於犯通姦罪之前曾得配偶之縱容，如嗣後明白表示撤回縱容者，對其後之通姦行為應回復其告訴權，以維繫婚姻之完整。如採學說之見解，甲女嗣後撤回縱容，禁止其夫繼續與人通姦，自可回復其告訴權。

(三)綜上，學說與實務見解均各有所本，惟刑法第二三九條之通姦罪，係為保護婚姻與家庭之安全而設，自不容配偶之一方或第三人加以破壞；況吾國法制既採一夫一妻之婚姻制度，則夫妻雙方應互負

貞操之義務而共同維持婚姻生活之圓滿。刑法第二四五條第二項之設，應係為維持婚姻之和諧或特殊情形之例外規定，如解為永久且概括之縱容，反有害於婚姻之本質，故應以學說所見較符合法律解釋之一致與社會現狀。依此，本題甲女雖縱容其夫與人通姦，然嗣後撤回仍可回復其告訴權，依本法第二三四條第二項為專屬告訴權人，得為告訴。

十七：檢察官起訴甲涉嫌重傷乙。審判期日，目擊證人丙雖無不能到庭作證之情事，惟法院於調查證據程序僅提示並朗讀丙於警訊階段的陳述筆錄，並命甲辯論，但未再傳喚丙作證。法院隨即引為認定犯罪事實之基礎，判處甲重傷罪名。問本案踐行之程序是否合法？有無救濟途徑？

#### 【擬答】

- (一)本案涉及犯罪事實之嚴格證明及其與直接審理原則之關聯，質言之，本案踐行之審判程序是否合法，關鍵在於經過審判期日之朗讀程序後，證人丙之警訊筆錄是否因而取得證據能力。
- (二)直接審理乃要求訴訟結果「出於審理庭」的原則，包括形式的直接性與實質的直接性兩項內涵，茲分析於下：
  1. 基於形式直接性的要求，法院必須親自踐行審理程序，尤其是其中的調查證據程序，不能委由其他人來踐行，以便獲得對於本案待證事實的直接印象。
  2. 實質的直接性，則係要求法院必須盡量運用最為接近事實的證據方法，也就是使用原始的而非派生的證據方法，因此又稱為證據替代品之禁止，例如，誹謗他人名譽的錄音帶，法院應該當庭勘驗其內容(原始的證據方法)，而非朗讀其節譯文(派生的證據方法)。
  3. 由此可知，縱使是法定的證據方法，法官選擇何種證據方法來證明待證事實，亦受嚴格之限制，其人在人證與書證關係的具體展現，便是禁止以朗讀偵查中所為的訊(詢)問筆錄的方式來替代審判庭上對證人的直接訊問。本法第一百五十九條規定：「證人於審判外之陳述，除法律有規定外，不得作為證據」。此乃直接審理原則的明文依據及當然結果，並且兼有發現實體真實與保障被告詰問權利(刑事訴訟法第一六六條)的功能。
- (三)證據必須經過「審判期日合法的調查證據程序」之後，才能採為裁判的基礎。法院於審判期日所踐行的調查證據如果違反嚴格證明法則及直接審理原則，即是未經合法調查(本法第一五四條、第一五五條第二項及第一五九條)，屬於「依法應於審判期日調查之證據而未予調查者」之判決當然違背法令(本法第三七九條第十款)，判決確定後亦得提起非常上訴救濟之(本法第四四一條、第四四七條)。
- (四)就本案的審判程序而言，既然待證之本案犯罪事實(甲重傷乙)以證人丙的證言為證據方法，根據上述嚴格證明法則及直接審理原則之要求(本法第一五五條第二項、第一五九條)，法院必須在審判庭上踐行訊問證人丙的程序，證人必須親自出庭接受法院的訊問或檢察官的詰問；法院不能以朗讀先前(偵查中)訊問筆錄的證據方法替代之，縱使朗讀，其筆錄所記載的內容也不得作為裁判基礎，即無證據能力可言。本案證人丙雖無不能到庭之情形，但法院並未傳喚丙到庭作證，其所踐行之證據調查程序並不合法，屬於應於審判期日調查之證據未予調查之判決當然違背法令，判決確定前，得上訴救濟，縱使判決確定後，亦得提起非常上訴救濟之。

十八：通緝犯之逮捕與現行犯之逮捕有無不同？試說明之。

#### 【擬答】

逮捕，乃無須令狀而直接拘束被告人身自由之強制處分，僅得對被告為之。依照逮捕原因，又可分为通緝犯之逮捕與現行犯之逮捕，茲說明之：

(一)對象不同—

通緝犯之逮捕乃對逃亡或藏匿之被告為之；現行犯之逮捕乃對現行犯或準現行犯為之。

(二)得逮捕之人員不同—

1. 通緝犯：依本法第八十七條第一、二項規定，通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之。利害關係人，得逕行逮捕通緝之被告，送交檢察官、司法警察官，或請求檢察官、司法警察官逮捕之。
2. 現行犯：依本法第八十八條第一項規定，不問何人均得逕行逮捕之。

(三)手段種類不同—

通緝犯得逕行逮捕，亦得拘提到案，故逮捕非其唯一手段；而現行犯性質上，僅能逕行逮捕，性質上無法以拘提方式到案。

(四)逮捕後之處理程序不同—

利害關係人逕行逮捕通緝被告後，應送交檢察官、司法警察官(第八十七條第二項)；無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察(第九十二條第一項)；檢察官、司法警察官或司法警察應詢問其姓名、住所或居所及逮捕事由。

(五)逮捕時判斷之不同—

通緝犯必須是依法發布通緝書之人，故逮捕時只要確定對象為通緝書上所載之人即可，無庸再去審酌是否具備通緝之原因，即前述逃亡或藏匿之情形是否存在；反之，現行犯之逮捕，則逮捕時應判斷是否符合現行犯與準現行犯之要件。

(六)有無法定程式之不同—

1. 通緝犯：其逮捕之前，依本法第八十五條、八十六條及八十七條第三項規定對被告通緝，應用通緝書。
2. 現行犯：性質上無法使用任何文書。

十九：執行拘提時應注意事項為何？試說明之。

### 【擬答】

(一)拘提之意義，乃於一定時期內，拘束受拘提人的自由，強制其到達一定處所接受訊問，並保全被告(或犯罪嫌疑人)或保全、蒐集證據之強制處分。拘提之決定機關採用二分模式。偵查中為檢察官，審判中為審判長或受命法官。就執行機關，刑事訴訟法第七十八條第一項則規定，「拘提，由司法警察或司法警察官執行，並得限制其執行之期間。」

(二)執行拘提時應注意之事項，茲說明於下：

#### 1. 拘提應用拘票—

拘提被告，應用拘票，刑事訴訟法第七十七條第一項定有明文。拘票，應記載之事項為：

(1)被告之姓名、性別、年齡、籍貫及住、居所。但年齡、籍貫、住、居所不明者，得免記載。

(2)案由，即被告涉嫌之犯罪，案由之記載，乃為被告之利益而設，俾利其為有效之防禦。

(3)拘提之理由。漏未記載時，並不影響拘票之效力。

(4)應解送之處所。倘未為記載，應認為拘票無效。

#### 2. 比例原則之遵守：

執行拘提，應注意被告之身體及名譽(第八十九條)，以及被告抗拒拘提或脫逃者，得用強制力拘提或逮捕之。但不得逾必要之程度(第九十條)。此即強制處分應受比例原則所拘束之明文。

#### 3. 保障人權之要求：

為落實憲法第八條第二項「將逮捕拘禁原因書面告知本人及其本人指定之親友」。拘票應備二聯，執行拘提時，應以一聯交被告或其家屬(第七十九條)，使知曉被拘之事由及拘提之機關，並得主張防禦權，如無拘票，被告自無接受拘提之義務。

#### 4. 受管轄區域之限制：

原則上，司法警察官或司法警察應於管轄區域內執行拘提；例外，必要時得於管轄區域外執行拘提或請求該地之司法警察執行(第八十一條)。

二十：何謂「事物管轄」？試述刑事訴訟法有關事物管轄之規定？

### 【擬答】(一)事物管轄之意義：

1. 定義：以刑事案件所犯罪名之不同，而定各級法院管轄刑事案件之範圍，即定不同級之第一審法院，即高等法院(§4但)為第一審，或地方法院(§4本)為第一審。

2. 事物管轄之有無，應依起訴時至最終裁判時定之。

3. §4但書之案件上訴於最高法院，直接為第三審，不能行調查證據及認定事實，故於本法第三百七十五條第二項明定，最高法院審判不服高等法院第一審判決之上訴，亦適用第三審法律審之程序。

4. 事物管轄，重在審的關係，即以犯罪之性質，定法院之第一審的管轄權，與民事訴訟均以地方法院為第一審，祇有土地管轄之規定者不同，刑事案件之第一審管轄權，分屬於地方法院或高等法院。乃法院之管轄，於事物管轄外，尚有審級管轄之問題，以定上級管轄之案件，則重在級的關係，即規定上級審職權之範圍。

(二)刑事訴訟法有關事物管轄之規定：

1. 本法第四條：「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。」

2. 本法第三十一條第一項，將第四條但書之案件，列為強制辯護案件。

3. 第四條但書之案件上訴第二審，係向最高法院為之，係法律審之性質，故本法第三七五條第二項明文規範，「最高法院審判不服高等法院第一審判決之上訴，亦適用第三審程序。」

4. 違背事物管轄之法律效果，本法第三七九條第四款定有明文，「法院所認管轄之有無係不當者」為判決當然違背法令之事由之一，判決確定前可提起上訴，確定後亦得以非常上訴救濟之。

第一題：某甲係汽車司機，某日其駕車因疏忽致與某乙所騎之機車相撞，使某乙受傷昏迷，機車損壞，某甲下車探視，見某乙所帶金錶甚為昂貴，乃起貪念，予以竊取，事後某乙提出告訴，經提起公訴後，過失傷害部分經第一審法院判處有期徒刑四月，竊盜部分則判處有期徒刑五月，定應執行有期徒刑七月。請試答左列問題，並扼要說明理由：

(1) 法院刑事訴訟程序審理中，某乙就機車損壞部分，對某甲提起刑事附帶民事訴訟，請求回復其損害，有理由否？

(2) 設某甲過失傷害判處罪刑確定後，某乙因傷勢轉劇而死亡，檢察官乃「以發現確實之新證據，足認某甲有應受重刑判決之犯罪事實，聲請再審」，有理由否？

(3) 設第一審判決後，某甲上訴，第二審就竊盜部分改判無罪，過失傷害部分則上訴駁回，請問過失傷害罪於執行時，其易科罰金之折算標準，應向一審或第二審法院聲請裁定？

### 【擬答】

(二)題示情形，檢察官聲請再審有無理由，學說與實務見解不一，茲分述之一

#### 1. 肯定說：

(1)就法律公平性而言，汽車司機甲之過失傷害行為與判決後所生過失致死之結果，係同一事實，自

為單一性案件，已在原確定判決效力之範圍內，既不能重行起訴、審判、科處，則其事後發生過失致死之事實應為前之過失傷害之事實所衍生，前後事實既有變更，自屬刑事訴訟法第四二二條第二款所謂「發見確實之新證據」，檢察官之聲請再審應為有理由，否則法律即失公平性。

(2)且民國六年大理院689號解釋亦謂，「被害人於第二審判決確定後始因傷身死，若合於再審編之各條件，得聲請再審。」

(3)揆諸再審之制度目的，既為維護法律整體精神之公平性而設，且為對確定判決認定事實錯誤之救濟制度，本題之聲請再審應有理由。

2. 否定說：

(1)此說為實務所採，最高法院六十五年第七次刑庭總會決議認，「按刑事訴訟法再審編所稱發見確實新證據，係指當時已經存在而發見在後或審判時未經注意之證據，且能證明原確定判決所認定之事實為錯誤者而言，與在認定事實後，因以論罪處刑所應依據之法律無涉。」

(2)據此，汽車司機甲之過失傷害判決確定前，既無乙死亡之事實，其證據當不存在，既非審判時非經注意之證據。質言之，原判決所認定之事實並無錯誤，自不得因事後發生之事實，認檢察官之聲請再審有理由。

第二題：裁判究於何時確定？試詳述之。

【擬答】

為使裁判臻於正確，依訴訟制度之理由，固許當事人或其他訴訟關係人聲明不服，請求上級審判機關救濟。如已無聲明不服方法，其裁判即告確定。裁判得依上訴、抗告、聲明異議、聲請撤銷或變更等方法聲明不服。裁判於宣示或送達後，其效果並非即時發生。在可能聲明不服之情形下，其裁判尚處於未確定之狀態。必其裁判在法律上已無聲明不服之方法時，始告確定。故裁判，於不得聲明不服時確定，其情形有二：

(一)其裁判，本不得聲明不服者：

於裁判時確定，如不得上訴於第三審法院案件之第二審判決(刑事訴訟法第三百七十六條)、蓋不得上訴於第三審之案件，即以第二審為終審法院。一經第二審判決，即告確定。如當事人對此已告確定之案件，猶提起第三審上訴，第三審法院卸應以判決駁回之。倘竟誤為撤銷發回更審，原第二審法院亦復遵照更為判決，均屬違法，難謂有效，並無影響於更審前之第二審判決確定之效力。第三審法院為終審法院，案經終審法院判決或裁定即告確定，無得為上訴或抗告之餘地。即不得抗告之裁定(如第四百零四條前段、第四百零五條前段等)，不得上訴之再審判決(第四三七條第三項)等亦是。

刑事訴訟法雖未設有民事訴訟法第三九八條第二項，「不得上訴之判決，於宣示時確定，不宣示者，於送達時確定」之規定；但此項裁判，縱不得聲明不服，如未經諭知，僅屬裁判文稿，既未對外發生效力，仍無從確定。

(二)其裁判，雖得聲明不服；但因下列原因而不得聲明不服者：

1. 已逾法定期間：依本法第三四九條之規定，「上訴期間為十日，自送達判決後起算。但判決宣示後送達前之上訴，亦有效力。」第四〇六條亦規定，「抗告期間，除有特別規定外，為五日，自送達裁定後起算。但裁定經宣示者，宣示後送達前之抗告，亦有效力。」

2. 捨棄權利或撤回：依本法第三五九條，「捨棄上訴權或撤回上訴者，喪失其上訴權。」抗告亦有準用之規定(第四一九條)。

第三題：何謂集中審理主義？試從刑事審理程序觀點說明之。

【擬答】

(一)集中審理原則，是指審判程序應儘可能地一口氣完成，亦即直到辯論終結均不中斷。集中審理本身並非「自我目的」，不過，刑事訴訟只有透過集中審理的方式，直接、言詞審理及自由心證等基本原則才有可能實現與發揮，詳言之：

1. 集中審理乃直接審理及言詞審理的基礎。因為如果審判程序拖延過久，或者時常中斷，法官難以藉由直接審理過程對證據之調查結果獲致心證基礎，反而必須依賴書面筆錄作為形成心證的資料，撰寫判決。

2. 集中審理乃自由心證的保障。證據調查及辯論在一舉完成的情況下，才能確保法院的確依據當庭審理結果所獲致的新鮮心證，作為裁判之基礎。

3. 符合迅速原則及訴訟經濟。在集中審理的要求下，儘可能的在一個期日，找齊所有當事人、證人、證物，而將案件一次審理終結，當然比就相同的證據方法分開在數個庭期進行，節省訴訟資源。被告、辯護人、檢察官不必奔波於途、曠費時日地等待開庭，法官不必就相同案件在每次開庭前重複閱卷，訴訟資源的運用當然較有效率。

(二)充分的準備乃集中審理的前提。本法關於審判之準備的相關規定(刑事訴訟法第二七一條至第二七九條)，目的即在於此；其次，次日連續開庭之要求與間隔十五日以上應更新審理的規定(本法第二九三條、第三七九條第九款)，更是集中審理原則的體現。

【擬答】

(一)集中審理原則，是指審判程序應儘可能地一口氣完成，亦即直到辯論終結均不中斷。集中審理本身並非「自我目的」，不過，刑事訴訟只有透過集中審理的方式，直接、言詞審理及自由心證等基本原則才有可能實現與發揮，詳言之：

1. 集中審理乃直接審理及言詞審理的基礎。因為如果審判程序拖延過久，或者時常中斷，法官難以藉由直接審理過程對證據之調查結果獲致心證基礎，反而必須依賴書面筆錄作為形成心證的資料，撰寫判決。

2. 集中審理乃自由心證的保障。證據調查及辯論在一舉完成的情況下，才能確保法院的確依據當庭審理結果所獲致的新鮮心證，作為裁判之基礎。

3. 符合迅速原則及訴訟經濟。在集中審理的要求下，儘可能的在一個期日，找齊所有當事人、證人、證物，而將案件一次審理終結，當然比就相同的證據方法分開在數個庭期進行，節省訴訟資源。被告、辯護人、檢察官不必奔波於途、曠費時日地等待開庭，法官不必就相同案件在每次開庭前重複閱卷，訴訟資源的運用當然較有效率。

(二) 充分的準備乃集中審理的前提。本法關於審判之準備的相關規定(刑事訴訟法第二七一條至第二七九條)，目的即在於此；其次，次日連續開庭之要求與間隔十五日以上應更新審理的規定(本法第二九三條、第三七九條第九款)，更是集中審理原則的體現。

第四題：甲騎車見女子乙獨行，心生歹念奪取乙手中皮包，乙呼叫，路人將甲制伏，送警偵辦。試問：

(一) 偵查終結，檢察官得否為緩起訴處分？

(二) 為緩起訴處分後之效力為何？

#### 【擬答】

(一) 1. 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，檢察官得為緩起訴處分。關於緩起訴案件之適用範圍，主要是參考日本刑事訴訟法第二四八條之無範圍之限制，及德國刑事訴訟法第一五三條a僅適用於輕罪的折衷立法例。故第二五三條之一排除「極重大」的犯罪，規定得為緩起訴處分之案件，限於被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為三年以上有期徒刑「以外」之罪。易言之，除了極少數犯罪之外，幾乎所有的犯罪都可能受緩起訴處分。

2. 檢察官決定緩起訴時，必須「斟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，方得定「一年以上三年以下之緩起訴期間」為緩起訴處分。

檢察官為緩起訴之前，必須就具體案件審酌刑法第五十七條所列事項，該項要件係指就犯罪人本身的事項、犯罪的事項及犯罪後情況所作之綜合考量。

(二) 依刑法第八十三條第一項規定，案件因偵查、起訴或審判之程序不能開始或繼續時，時效期間即停止進行。緩起訴所定猶豫期間，亦產生偵查或審判程序無法開始或進行之效果，基於同一法理，為避免緩起訴期間尚未屆滿，追訴權時效已完成，導致緩起訴嗣後經撤銷時，對被告已無法追訴之問題，爰明定緩起訴處分期間時效停止進行(刑事訴訟法第二五三條之一第二項)。惟參酌緩起訴案件之適用範圍，以及緩起訴所定之猶豫期間為一至三年，如果一律依刑法第八十三條第三項適用有關時效停止原因視為消滅之規定，則於緩起訴之情形下，停止原因將極易被視為消滅，而與停止前已經過之期間一併計算追訴權時效，如此一來第二五三條之一第二項的規定將失其意義，故明定不適用刑法第八十三條第三項之規定(本法第二五三條之一第三項)。

(三) 本案例甲所犯之罪為刑法第三二五條之搶奪罪，其最輕本刑為六月以上之有期徒刑，檢察官自得斟酌為緩起訴之處分。惟符合緩起訴之適用範圍時，檢察官仍須斟酌被告是否真的符合刑法第五十七條之事項及沒有起訴的公共利益，才決定是否緩起訴。決定緩起訴後，緩起訴所定猶豫期間內，即產生偵查或審判程序無法開始或進行之效果，自達紓解訟源之效果。

考題二十八：不起訴處分有無實質確定力？試說明之。

#### 【擬答】

(一) 檢察官所為之不起訴處分經確定者，可否對於同一案件再行起訴，此即有無實質確定力之問題。案件之應否起訴，乃公訴權之行使，係訴訟法上問題，與刑罰權之行使，係實體法上問題，為刑罰權消滅之原因，具有既判力，不得對之再行起訴之情形有別。惟案件經處分不起訴，其再行起訴，應否受第二百六十條之限制，仍應依其原因而定，茲說明於下：

1. 欠缺形式訴訟條件者：

如檢察官因告訴不合法，經處分不起訴後，倘經合法告訴，或另由有告訴權人合法告訴者，得更行起訴，固不受第二百六十條之限制，即非告訴乃論之罪，檢察官誤認為親告罪，據告訴人之撤回告訴，而為不起訴處分確定後，續據另有告訴權之人告訴，經偵查結果認有應予起訴時，自得再行起訴，亦不受第二百六十條之限制。

2. 欠缺實質訴訟條件者：

即因欠缺本法第二五二條第一款至第四款所列情形，而為不起訴處分者，其公訴權已不存在，自不得再行起訴，即具備實質確定力。

3. 欠缺實體條件：案件，因具有本法第二五二條第八款至第十款所列情形，而為不起訴處分者，乃實體上處分，亦具備實質確定力，非具有第二百六十條所定情形，不得對同一案件再行起訴。

(二) 然本法兼採起訴便宜主義，認為無訴追之必要，而為不起訴處分者，亦不失為實質上處分。在採起訴猶豫主義，固不認其具有實質確定力，如認為有訴追之必要時，仍得再行起訴，但在採起訴便宜主義，如依我國刑事訴訟法第二五三條或第二五四條之規定，而為不起訴處分，縱其處分違法，但一經確定，非具有第二百六十條所列情形，不得對於同一案件再行起訴，重在法的安定性。

(4) 具有實質的確定力之不起訴處分經確定者，其公訴權既已喪失，自無從行使其實體的刑罰權。

因之，刑事訴權之未行使，亦足為刑罰權消滅之一消極原因。惟不起訴處分之性質，究與曾經判決確定者不同。如具有第二百六十條所列情形，仍得對於同一案件再行起訴，故與判決之既判力有別。

第五題：說明公訴不可分原則之內容，並舉例說明之。

#### 【擬答】

(一) 基於不告不理之控訴原則，法院審判之範圍必須與檢察官起訴之範圍一致，否則即屬不告而理或

告而不理之違法，因此，公訴效力所及之犯罪事實的範圍，也就是法院所能及所應審判之犯罪事實的範圍，據此，法院不得就未經起訴之犯罪審判，此觀刑事訴訟法第二六八條自明。

(二)故提起公訴之效力及於檢察官起訴所指之同一犯罪事實。據此，設若審判程序中發現超出起訴之犯罪事實同一性的其他犯罪事實，法院基於不告不理，非經另行起訴，不得就未經起訴之其他犯罪事實加以審判，否則即屬未經請求(起訴)之事項予以判決之當然違背法令(本法第三七九條第十二款後)，亦即訴外裁判；縱使該其他犯罪事實與起訴犯罪事實有相牽連之關係，亦無不同，仍須先經檢察官追加起訴之後(本法第七條、第二六五條)，該其他犯罪事實始在公訴之效力範圍，法院始得加以審判。

(三)反之，起訴犯罪事實同一性之內，即屬公訴效力所及範圍，法院能夠並且應該審判全部之犯罪事實，縱使檢察官僅就其中一部犯罪事實起訴者，亦無不同。據此，本法規定：「檢察官就犯罪事實之一部起訴者，其效力及於全部。」(第二六七條)，此即一般所稱之公訴不可分，其範圍等同於審判不可分，簡之，具備同一性之犯罪事實，審判上無從分割，因此賦予其不可分效果。

(四)由此可知，公訴不可分之效力範圍，取決於犯罪事實同一性之概念。由於本法第二六七條以及其他規定，皆未就此概念予以立法定義，因此，屬於法律解釋之問題。我國傳統之實務與通說認為，實質上、裁判上一罪皆屬訴訟法上之犯罪事實同一性概念，如此見解顯然過度擴張公訴不可分之範圍，但是又因加上「有罪與有罪之間始生不可分」的限制，而有罪與否須以法院審理結果為斷。

第六題：刑事訴訟法於民國九十一年一月十七日修正後，法院以裁定駁回檢察官之起訴，應具備那些條件？

### 【擬答】

(一)鑑於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任，倘檢察官所指出之證明方法顯不足認為被告有成立犯罪之可能時，參照德國刑事訴訟法第二百零二條規定起訴審查程序之立法精神，法院應裁定定期通知檢察官補提證據，以求得國家刑罰權之實現與被告人權保障之平衡，故本法於民國九十一年一月十七日增訂第一六一條第二項，「法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。」

(二)本條項之修正，一般稱為起訴審查制，導因於實務上部分檢察官濫行起訴，而使得被告蒙受過度之起訴不利益(尤其無辜被告)，且使法院因接續檢察官之調查工作而形成審檢不分的糾問現象。因此，遂有主張參考德國「中間程序」的立法，而創設起訴審查制。茲將其應具備之條件析述於下：

#### 1. 犯罪嫌疑門檻之具備一

如以第二五一條第一項，「足認被告有犯罪嫌疑」的標準，檢視新修條文所稱「顯不足認定被告有成立犯罪之可能」，則第一六一條第二項所要求之起訴門檻太低，顯不足以發揮起訴審查制所欲彰顯的監督起訴之功能，且與第二五一條第一項起訴法定標準矛盾，而無法解決檢察官之浮濫起訴問題。當然，如考量到目前刑事立法品質普遍低劣的現象，立法者未必有意降低起訴門檻。而導致無法避免濫訴之下場。因此，學者探究立法真意與配合第二五一條之體系解釋立場，咸認條文所稱的「顯不足認定被告有成立犯罪之可能」，解釋為必須達到「足認被告有犯罪嫌疑」之門檻。

#### 2. 審查期間一

本條項規定法院於第一次審判期日前，可對檢察官的起訴進行本項的起訴審查。而所謂第一次審判期日是以朗讀案由為始(刑事訴訟法第二八五條)，故依法在指定之審判期日(本法第六十三條)朗讀案由之前都可算是第一次審判期日前。然由於實務上並未貫徹集中審理原則，經常以準備程序之調查庭替代審判期日之審理庭，案件可能起訴日久尚停留在準備程序，若此際駁回起訴，顯然有違起訴審查制之立法意旨，故學者謂應對此為合目的性之限縮解釋，對已進入準備程序之案件即不得再為起訴審查。

第七題：告訴是否可以加以限制或附條件及其效力如何？試分別說明之。

### 【擬答】

刑事訴訟法稱告訴者，謂犯罪被害人或其他告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實，並為請求追訴之意思表示。依同法第二二八條第一項之規定「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」據此，告訴為發動偵查之原因之一。若以告訴是否為訴訟要件，得將犯罪分為告訴乃論之罪與非告訴乃論之罪，而就告訴乃論之罪言，告訴不僅為發動偵查之原因，且為訴訟要件，欠缺即無法進行追訴、處罰。基於告訴權之行使攸關國家刑罰權之發動，故就附限制之告訴與附條件之告訴應否准許及其效力之問題，析述於下：

(一)附限制之告訴：

告訴權人僅限定對於共犯中之一人或實質上、裁判上一罪之犯罪事實之一部為告訴者，其告訴仍屬有效，且其效力及於其他共犯，或犯罪事實之全部。如刑法第二百三十九條之通姦罪，通姦者之配偶，對於通姦者之告訴，其效力固及於相姦者；若僅限定對於相姦者為告訴，其效力是否及於配偶之問題，實例認為仍有第二百三十九條前段之適用。是以，應認其所附加之限制無效，告訴本身仍為有效。

(二)附條件之告訴：

如其所附之條件，對告訴之意思有決定性之影響，亦即與告訴不可分離時，不問所附者為停止條件，

抑或解除條件，因其告訴之意思並不確定，亦即其請求國家追訴之意思表示不明確，有違訴訟行為重視明確性之要求，則不能認為有告訴之效力。

第八題：刑法第二三九條通姦罪，配偶縱容者不得告訴，如甲女縱容其夫與人通姦，嗣後向夫表示撤回縱容，禁止其夫繼續與人通姦，能否回復其告訴權，試論之。

【擬答】

(一)依刑事訴訟法第二三四條第二項之規定，「刑法第二百三十九條之妨害婚姻及家庭罪，非配偶不得告訴。」故配偶為刑法第二三九條通姦罪之專屬告訴權人。惟刑法第二四五條第二項亦規定，「第二百三十九條之罪，配偶縱容或宥恕者，不得告訴。」爰此，配偶如事前縱容或事後宥恕者其配偶與人通姦者，即喪失其告訴權。

(二)題示，甲女事前縱容其夫與人通姦，能否因嗣後撤回縱容而回復其告訴權，關鍵在於縱容之效力係永久性抑或一時性地喪失其告訴權，茲將實務與學說之不同見解整理於下：

1. 實務認縱容並不限定對於特定之通姦事件為之，故一經縱容即概括地、永久地喪失其告訴權。院字一六〇五號解釋即認「縱容配偶與人通姦，告訴權即已喪失，不能因嗣後翻悔而回復。又所謂縱容，但有容許配偶與人通姦之行為即足，至其相姦之人，原不必經其允許」，依此，實務因認配偶之縱容係針對通姦之行為，而不限定特定人，故一經縱容自將永久喪失其告訴權。如根據院字一六〇五號解釋，本題甲女縱容其夫與人通姦，已永久喪失告訴權，不因嗣後表示撤回而回復。
2. 學說則認縱容僅生一時性之效果，係對於特定事件為之，故應就犯罪時配偶對之有無縱容之情形為準，縱於犯通姦罪之前曾得配偶之縱容，如嗣後明白表示撤回縱容者，對其後之通姦行為應回復其告訴權，以維繫婚姻之完整。如採學說之見解，甲女嗣後撤回縱容，禁止其夫繼續與人通姦，自可回復其告訴權。

(三)綜上，學說與實務見解均各有所本，惟刑法第二三九條之通姦罪，係為保護婚姻與家庭之安全而設，自不容配偶之一方或第三人加以破壞；況吾國法制既採一夫一妻之婚姻制度，則夫妻雙方應互負貞操之義務而共同維持婚姻生活之圓滿。刑法第二四五條第二項之設，應係為維持婚姻之和諧或特殊情形之例外規定，如解為永久且概括之縱容，反有害於婚姻之本質，故應以學說所見較符合法律解釋之一致與社會現狀。依此，本題甲女雖縱容其夫與人通姦，然嗣後撤回仍可回復其告訴權，依本法第二三四條第二項為專屬告訴權人，得為告訴。

第九題：何謂嚴格證明與自由證明？兩者之區別何在？試予敘明。

【擬答】

(一)嚴格證明之意義：

嚴格證明，係指犯罪事實之證明與調查，必須使用法定之證據方法並遵守法定之調查程序。而證明被告犯罪事實之證據，必須經過嚴格證明之調查程序後，始能取得證據能力，作為認定犯罪事實之基礎，詳言之，嚴格證明之下，證據方法及調查程序受到「雙重的限制」，更精確地說，諸如犯罪事實之經過及行為人有無罪責等等實體事項之證明，必須經過合法調查之嚴格證明程序，而嚴格證明之嚴格性，表現在兩方面，一是法定證據方法之限制，一是法定調查程序之限制。亦即，審判程序中關於犯罪事實的調查與證明，須在法律規定所准許的證據方法之範圍內，並且依法律規定的調查證據程序踐行之，兩者同時具備時方係經過合法調查的證據，才取得證據能力。刑事訴訟法證據章第一五五條第二項所稱「合法調查」，便是嚴格證明之意義，也是嚴格證明的主要依據。

(二)自由證明之意義：

自由證明，即對於探知證據資料所使用的證據方法及其調查證據程序並不特別設限，因而，法院就調查證據的方法與程序，享有較為充分的選擇自由，原則上可以使用所有的證據資料來證明，故稱其為自由證明。據此，法官甚而可以查閱卷宗或電話詢問的方法來探求證據資料並形成心證，不受直接、言詞及公開審理原則之限制。不過，僅須經自由證明之事項，法院亦得慎重其事而以嚴格證明程序來證明(例如親自傳訊相關人士出庭應訊)；反之，應經嚴格證明之事項，則不得經自由證明程序。

(三)兩者之區別：

1. 適用範圍不同—

嚴格證明法則具有嚴格形式性之要求，對法院形成相當之限制，故僅限於本案犯罪事實及其法律效果問題之認定，也僅限適用於審判程序；而程序爭點之證明，僅須適用自由證明之程序即為已足，例如，法官有無迴避事由(本法第十七條、第十八條)、告訴人何時知悉犯人(本法第二三七條第一項)、證人有無特定之業務關係(本法第一八二條)、證人是否已達具結年齡(本法第一八六條第一項第一款)等。

2. 要求之心證有別—

經過審判期日之嚴格證明程序，法院依審判所得之證據，足以證明被告之犯罪事實已經達到無合理之懷疑的確信程度者，始能為有罪判決；反面言之，只要對於被告有罪一事，有合理的懷疑，則對於被告犯罪嫌疑即未達到有罪判決之確信程度，除程序判決之情形外，應為無罪判決。至於程序事項，例如有無管轄權、是否合法告訴等，適用自由證明程序為已足。法院對於依照自由證明程序的證據之判斷，其心證無須到達確信程度，只要法院在心證上認為很有可能或大致相信為已足，至於對於特定的訴訟要件是否存在，法院已否產生有足夠的心證，則委由法院合乎義務的裁量。

第十題：甲因涉嫌犯連續竊盜罪而被羈押於看守所中，甲自始否認有該等犯行。設承辦警員乙為求破案，借提甲到警局後，先予毆打，再予灌水。甲不堪凌虐，因而自白，警員乙遂依該自白按圖索驥，在北縣某山區荒郊起出贓物一批，經鑑定後發現贓物上殘留之指紋與甲相符，檢察官隨後將該案提起公訴。設本案審理中，法官經自白證明後大致相信有刑求情事，問該自白與贓物可否作為有罪裁判之

依據？

【擬答】

(一)題示，本案涉及兩個層次的證據應否使用的問題。就第一層次的證據，即自白證據之使用禁止而言，由於被告中之自白係出於警員乙之毆打與灌水的非法方法，因此，依照本法第一五六條第一項，並無證據能力，法院不得將之採為裁判的基礎。

(二)就第二層次的證據，即贓物證據而言，由於此乃因違法手段取得原始證據(本案之自白)後，依該原始證據再以合法手段而間接取得之衍生證據，屬於證據使用禁止之放射效力，即毒樹果實之問題。關於放射效力之一般理論，雖然有肯定說、否定說與區分說之別，但單就本題之非任意性的放射效力而言，學者認為基於本法第一五六條的杜絕違法刑求與維護人性尊嚴的規範目的，並且衡諸不正取供的主觀客觀違法情節以及對於被告相對不利的證據情勢，認為非任意性自白應有放射效力，但原則上應將其射程距離限制在第一次的衍生證據。據此，法院基於證據使用禁止的放射效力，不得將本案贓物採為裁判的基礎。

第十一題：設甲涉嫌貪瀆，羈押於看守所中，並於一九九八年五月一日至五月十日陸續在調查局接受偵訊。前三日甲堅決否認，第四日起甲次第自白；隨後，調查局將卷證移送檢察署，於檢察官乙偵訊時，甲續為內容相同之自白。本案經乙提起公訴，審理中甲之辯護人抗辯，甲於調查局中受調查員刑求，故為自白；於檢察官偵訊中，甲擔心被調查員借提出去繼續刑求，故續為內容相同的自白。設本案審理中，法官依全程錄影帶及驗傷報告認定，甲第四日早晨自白非常可能遭受刑求，但其他日則無刑求跡象，問法官可否僅排除第四日之自白而採信其他日之自白？可否採用甲在檢察官偵查中所為之自白？

【擬答】

(一)本案例中，甲在調查局及地檢署中所為之自白，皆因欠缺任意性無證據能力，依本法第九十八條及第一五六條第一項規定，法官不得將之採為有罪裁判之基礎。就甲所為前階(調查局)之自白言，因調查員在第四日偵訊時使用刑求之非法方法，在偵訊主體未明顯更易的情形下，第四日後之自白與刑求之間顯然具有因果關係，因而，前階之自白全部不具任意性。

(二)就甲所為後階(地檢署)之自白言，檢察官本身雖未使用不正訊問方法，但前階自白之非任意性是否繼續作用，污染後階之自白？此即非任意性自白之「繼續效力」問題。學者認為，此時仍應回歸第一五六條第一項，判斷第二階段之自白是否具有任意性，當先前非法方法與後來自白之間具因果關係時，才應排除其證據能力。在案例所示情形，因為在使用刑求手段取得前階自白之情形，通常被刑求人所受的心理脅迫繼續作用，尤其是偵查階段採行不公開原則，並且，被刑求人隨時可能被從看守所借提至刑求者的實力支配之下，因而，檢察官本身雖未使用非法方法，但是因前階自白使用刑求手段所致的非任意性之情狀，仍然或不能排除其繼續作用至後階自白，兩者具因果關係，故不得採為裁判基礎。

第十二題：罪疑唯輕原則何謂罪疑唯輕原則？

【擬答】

(一)罪疑唯輕原則之意義：

罪疑唯輕原則係出自拉丁文，直譯為有疑唯利被告原則。亦即，關於實體犯罪事實之認定，若法院已窮盡證據方法，而仍存在無法排除之疑問時，應為對被告有利之認定；反言之，法院若為不利於被告之犯罪事實之認定，必須以經過證明並獲得確信者為前提，此即罪疑唯輕原則之概念內涵。

(二)罪疑唯輕原則之法理根據：

罪疑唯輕原則係屬法治國刑事訴訟程序下，支配刑事裁判過程之基礎原則，可由實體法與程序法之不同面向理解—

1. 就實體法而言：

此一原則補充了實體法之罪責原則，根據罪責原則，有罪始有責，法官必須先確認被告之犯罪事實，方能據此適用法律為有罪判決，進而科處被告刑罰；若適用實體法之事實基礎存有疑問，而法官仍據以為有罪之判決，該項判決即屬違背實體法則。

2. 就程序法而言：

此一原則亦補充訴訟法上證據評價之原則，亦即，當法官自由評價證據的證明力之後，若最後仍未能獲致對於有罪判決所需之確信程度，此時，自由心證已窮，而罪疑唯輕原則係要求法官於未能形成確信時，應為有利於被告之判決。

第十三題：何謂「證據能力」？何謂「證據證明力」？兩者之關係為何？

【擬答】

(一)證據能力之意義：

證據能力，即何種證據資料始有資格作為認定犯罪事實之基礎，刑事訴訟法第一五五條第二項設有通則性之規定，「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」，亦即，得以作為認定犯罪事實之依據者，以有證據能力之證據為限；無證據能力之證據，不得作為認定犯罪事實之依據。惟實務上向來認為吾國因採職權主義，對於證據能力殊少限制，凡得為證據之資料，均具有論理之證據能力。對此，晚近已有學者提出質疑，認職權主義與當事人主義之區別，非在於其對證據能力之限制，且刑事訴訟法雖無明文界定何謂證據能力，然藉由其他相關規定與證據法理亦可探求其內涵。

(二)證據證明力之意義：

有證據能力之證據，始有作為認定犯罪事實之資格，然此非謂法官應一律採信之，而係進入證據價值評價之階段，此即證據證明力之問題，本法就此明文採法官自由證據評價原則。觀諸第一五五條第一項之規定，「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」即以自由心證以評價證據證明力之高低。

### (三)兩者之關係：

按具備證據能力之證據，始生判斷證據證明力之問題，此因證據能力係證據資料有無成為本案裁判基礎之證據資格之問題，判斷結果非有即無，並且通常委由法律直接規定；而證據證明力則指證據資料對於法官形成心證是否有作用，即法官是否採信該證據資料之證據價值之問題，判斷結果可高可低。因此，證據能力乃證據證明力之前提，若無證據能力之證據，法官根本不得採為裁判基礎，亦無庸評價其證據價值。

第十四題：試就刑事訴訟法規定，說明訊問被告之方法及訊問後可生如何之效力？

### 【擬答】

#### (一)訊問被告之方法：

1. 人別訊問，以查驗其人有無錯誤：

刑事訴訟法第九十四條明文規定，「訊問被告，應先詢其姓名、年齡、籍貫、職業、住所或居所，以查驗其人有無錯誤，如係錯誤，應即釋放。」

2. 踐行告知義務：

本法於民國八十五年修正第九十五條之告知義務，「訊問被告應先告知左列事項：(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。」

3. 應與以辯明犯罪嫌疑之機會及應命其指出證明之方法：

本法第九十六條規定，「訊問被告，應與以辯明犯罪嫌疑之機會；如有辯明，應命就其始末連續陳述；其陳述有利之事實者，應命其指出證明之方法。」

4. 隔別訊問與對質：

被告有數人時，應分別訊問之，為避免其陳述內容受到不當之影響，未經訊問者，不得在場；且為發見真實之必要，得命被告與其他被告或證人對質，被告有對質之義務，學說上亦肯認此為被告之權利(本法第九十七條及第一八四條第二項)。

5. 不正訊問之禁止：

本法第九十八條明定，「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。」

6. 得使用通譯：

依本法第九十九條，「被告為聾或啞或語言不通者，得用通譯，並得以文字訊問或命以文字陳述。」

7. 訊問筆錄之特別規定：

除本法第四十一條對於訊問筆錄之一般規定外，第一百條明文「被告對於犯罪之自白及其他不利之陳述，並其所陳述有利之事實與指出證明之方法，應於筆錄內記載明確。」

8. 原則應全程連續錄音或錄影：

本法第一百條之一第一項規定，「訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。」

9. 司法警察(官)原則不得於夜間詢問：

本法第一百條之三第一項明文，「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：一、經受詢問人明示同意者。二、於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。三、經檢察官或法官許可者。四、有急迫之情形者。」

#### (二)訊問後之效力：

1. 被告經法官訊問後，如符合本法第一百零一條、第一百零一條之一所定之情形，得羈押之。

2. 本法第一百零一條之二亦明定，「被告經法官訊問後，雖有第一百零一條第一項或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無羈押之必要者，得逕命具保、責付或限制住居。其有第一百零四條各款所定情形之一者，非有不能具保、責付或限制住居之情形，不得羈押。」

3. 訊問被告後所得之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。即符合自白之任意性與真實性，本法第一五六條第一項始有肯認其證據能力。

4. 若違反告知義務與夜間禁止詢問之規定，本法第一五八條之二則規定，「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定。」

5. 其他法定程序之違反，依第一五八條之四之規定，「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。」

第十五題：何謂出於自願性同意之搜索？其應具備之條件如何？試說明之。

### 【擬答】

#### (一)自願性同意搜索之意義：

搜索係干預人民基本權之行為，侵害人民居住自由、通訊自由、財產權、隱私權之權益甚鉅，惟如

擬被搜索之人，自願放棄此等憲法所保障之基本權益，雖具爭議，然「同意搜索」為各國刑事訴訟法所允許之有效率之執行方法，吾國偵查實務上行之多年，因欠缺法律依據，有違法律保留原則之要求，民國九十年修正刑事訴訟法，特設明文規定，即第一三一條之一，「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」

(二)自願性同意搜索之條件：

1. 受搜索人須出於自願性同意—

所謂「自願性同意」，須綜合一切情狀而為判斷，例如搜索訊問之方式是否有威脅性、同意者之意識強弱、教育程度、智商等綜合考慮之。如檢警人員對於受搜索人造成不得不同意之態度時，即與法條所定「自願性同意」之要件有所未合。

2. 執行人員應出示證件—

搜索原則上係採令狀主義，「法官、檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索及扣押，除依法得不用搜索票之情形外，應以搜索票示第一百四十八條在場之人。」本法第一四五條定有明文，以使受搜索人信賴此係合法干預基本權之行為，然「同意搜索」既構成令狀主義之例外，受搜索人無從判斷其形式上之合法與否，其是否為有權搜索之人，故第一三一條但書要求「執行人員應出示證件」。

3. 將其同意之意旨記載於筆錄—

為確保受搜索人確實出於自願性同意，同條但書規定，「並將其同意之意旨記載於筆錄」以杜爭議。

(三)自願性同意搜索之救濟：

1. 對現行法同意搜索未設有如本法第一三一條第三項之規定，是以同意搜索無事後陳報審查之程序。

2. 就檢察官或檢察官指揮檢察事務官、司法警察官、司法警察所為之同意搜索，受搜索人得依修正刑訴法第四一六條所定準抗告程序提起準抗告救濟之。

3. 然針對檢察事務官、司法警察官、司法警察所為之同意搜索，其事後救濟程序，現行法並無如第四一六條之規定，是以尚不得對檢察事務官等之同意搜索提起準抗告，惟如刑事案件審理時，被告主張搜索程序不合法時，審理法官對該不合同意搜索而搜索所得之物，如認定搜索程序違法時，臺灣高等法院九十年度第一次刑庭會議決議：「似可類推適用刑事訴訟法第四百十六條第二項立法理由，認定所扣得之物，違反程序正義，不得作為證據，以資救濟。」

第十六題：檢察事務官無搜索票，可否逕行實施搜索？若不可以，其理由為何？若可以，其依據為何？

【擬答】

(一)吾國刑事訴訟法之搜索採行「相對法官保留原則」之立法例，以有令狀搜索為原則，無令狀搜索為例外。於原則情形，搜索應用搜索票，本法第一二八條第一項定有明文，搜索票由法官簽發(同條第三項)，亦即以法院(官)為決定機關，故檢察事務官無搜索票，原則上不得逕行實施搜索。

(二)然搜索雖以有令狀搜索為原則，但因搜索本質上乃帶有急迫性、突襲性之處分，難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形。本法承認下列得不用搜索票而搜索之例外情形，是為無令狀搜索或無票搜索，茲分述於下：

1. 附帶搜索：依本法第一三〇條之規定，「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。」

2. 逕行搜索：依本法第一三一條第一項，「有左列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：

一 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確實在內者。

二 因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。

三 有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。」

3. 緊急搜索：同條第二項則規範，「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、湮滅或隱匿之虞者，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。」

4. 同意搜索：依本法第一三一條之一，「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」

第十七題：通緝犯之逮捕與現行犯之逮捕有無不同？試說明之。

【擬答】

逮捕，乃無須令狀而直接拘束被告人身自由之強制處分，僅得對被告為之。依照逮捕原因，又可分为通緝犯之逮捕與現行犯之逮捕，茲說明之：

(一)對象不同—

通緝犯之逮捕乃對逃亡或藏匿之被告為之；現行犯之逮捕乃對現行犯或準現行犯為之。

(二)得逮捕之人員不同—

1. 通緝犯：依本法第八十七條第一、二項規定，通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之。利害關係人，得逕行逮捕通緝之被告，送交檢察官、司法警察官，或請求檢察官、司法警察官逮捕之。

2. 現行犯：依本法第八十八條第一項規定，不問何人均得逕行逮捕之。

(三)手段種類不同—

通緝犯得逕行逮捕，亦得拘提到案，故逮捕非其唯一手段；而現行犯性質上，僅能逕行逮捕，性質上無法以拘提方式到案。

(四)逮捕後之處理程序不同—

利害關係人逕行逮捕通緝被告後，應送交檢察官、司法警察官(第八十七條第二項)；無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察(第九十二條第一項)；檢察官、司法警察官或司法警察應詢問其姓名、住所或居所及逮捕事由。

(五)逮捕時判斷之不同一

通緝犯必須是依法發布通緝書之人，故逮捕時只要確定對象為通緝書上所載之人即可，無庸再去審酌是否具備通緝之原因，即前述逃亡或藏匿之情形是否存在；反之，現行犯之逮捕，則逮捕時應判斷是否符合現行犯與準現行犯之要件。

(六)有無法定程式之不同一

1. 通緝犯：其逮捕之前，依本法第八十五條、八十六條及八十七條第三項規定對被告通緝，應用通緝書。

2. 現行犯：性質上無法使用任何文書。

第十八題：司法警察(官)偵查犯罪，於何種情形得逕行拘提犯罪嫌疑人或被告？試予說明。

【擬答】

(一)拘提之意義，乃於一定時期內，拘束受拘提人的自由，強制其到達一定處所接受訊問，並保全被告(或犯罪嫌疑人)或保全、蒐集證據之強制處分。原則上，拘提為要式之強制處分，故拘提被告，應用拘票，刑事訴訟法第七十七條第一項定有明文。然司法警察(官)偵查犯罪，有法定原因(同法第八十八條之一第一項第一款至第四款)，而情況急迫者，亦得不用事先聲請拘票而得逕行拘提，以防止人犯逃匿，此即緊急拘提之所由設。

(二)茲就緊急拘提之要件與法定列舉原因析述於下：

1. 要件：司法警察(官)於情況急迫下，始得逕行拘提之，所謂「情況急迫」指司法警察(官)執行時，以其急迫情況不及報告檢察官者為限，始得逕行拘提。

2. 法定列舉原因：

(1)因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者—不問所犯何罪，祇要共犯嫌疑重大，即可對尚未到案之「共犯」實施緊急拘提。

(2)在執行或在押中之脫逃者—執行指因受刑事確定判決而於監獄服有期徒刑，或於保安處分接受執行者而言，在押指因於刑事偵查或審判程序，或被羈押於看守所或少年觀護所。學者則謂，本款應屬通緝犯或現行犯逮捕的問題，殊不必將其列為緊急逮(拘)捕事由。

(3)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一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限—本款指經從事犯罪偵查之司法警察(官)盤查而逃逸，但以有事實足認犯罪嫌疑重大為前提，並非一經盤查逃逸即可緊急拘捕。並非從事於犯罪偵查工作之一般警察，在為例行之查察或巡邏工作時，對於不經盤查即逃逸者，不能適用本款。

(4)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，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者—本款組合逕行拘提之兩種事由(第七十六條第二款、第四款)，本來必須事先取得拘票，但若時間上不及取得拘票，又有保全被告之需要時，本款容許先予緊急拘捕，事後再補發拘票。

第十九題：執行拘提時應注意事項為何？試說明之。

【擬答】

(一)拘提之意義，乃於一定時期內，拘束受拘提人的自由，強制其到達一定處所接受訊問，並保全被告(或犯罪嫌疑人)或保全、蒐集證據之強制處分。拘提之決定機關採用二分模式。偵查中為檢察官，審判中為審判長或受命法官。就執行機關，刑事訴訟法第七十八條第一項則規定，「拘提，由司法警察或司法警察官執行，並得限制其執行之期間。」

(二)執行拘提時應注意之事項，茲說明於下：

1. 拘提應用拘票—

拘提被告，應用拘票，刑事訴訟法第七十七條第一項定有明文。拘票，應記載之事項為：

(1)被告之姓名、性別、年齡、籍貫及住、居所。但年齡、籍貫、住、居所不明者，得免記載。

(2)案由，即被告涉嫌之犯罪，案由之記載，乃為被告之利益而設，俾利其為有效之防禦。

(3)拘提之理由。漏未記載時，並不影響拘票之效力。

(4)應解送之處所。倘未為記載，應認為拘票無效。

2. 比例原則之遵守：

執行拘提，應注意被告之身體及名譽(第八十九條)，以及被告抗拒拘提或脫逃者，得用強制力拘提或逮捕之。但不得逾必要之程度(第九十條)。此即強制處分應受比例原則所拘束之明文。3. 保障人權之要求：

為落實憲法第八條第二項「將逮捕拘禁原因書面告知本人及其本人指定之親友」。拘票應備二聯，執行拘提時，應以一聯交被告或其家屬(第七十九條)，使知曉被拘之事由及拘提之機關，並得主張防禦權，如無拘票，被告自無接受拘提之義務。

4. 受管轄區域之限制：

原則上，司法警察官或司法警察應於管轄區域內執行拘提；例外，必要時得於管轄區域外執行拘提或請求該地之司法警察執行(第八十一條)。

第二十題：法官曾參與前審之裁判於上訴審時，為何應自行迴避？「參與前審」其涵義為何？

【擬答】

(一)自行迴避之立法目的：

公平審判原則，係構築現代法治國司法程序之礎石。憲法第八十條規定，「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判原則，不受任何干涉。」本此，法官應依法審判，處於中立第

三人之地位裁判爭端，若在具體個案中有事證足以懷疑法官之中立性，為維裁判之公平，刑事訴訟法於第一編總則第三章法院職員之迴避，特設有迴避制度，不使其執行職務。

(二)「參與前審」之涵義：

刑事訴訟法第十七條第八款將法官曾參與前審之裁判者，列為自行迴避之事由，其中「前審」之認定，學說上向有審級說與拘束說之仁智之爭，茲分述於下：

1. 審級說：以審級利益是否被侵害為認定標準，如在下級審已就該案件參與裁判之法官，於上級審仍許其執行職務，則審級制度便失其存在之意義，故所謂前審，應指下級審。司法院大法官釋字第一七八號解釋亦支持此一論述，解釋文稱「所謂法官曾參與前審之裁判，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。」此說為通說與實務所採，若依此說，則案經上級審法院發回更審後，再行參與，該法官前後所參與者，皆為第二審之裁判，審級相同，無上下級審之關係，且不影響當事人之審級利益，依法自毋庸迴避。且聲請再審，由判決之原審法院管轄，本法第四二六條第一項定有明文，亦無上下級審之關係，依此，法官曾參與再審前之裁判，於再審程序，仍得執行裁判職務。
2. 拘束說：此說重在維護裁判之自縛性，本裁判一次性之原則，案件既經裁判，法官本身即應受該裁判所拘束，裁判是否允當，應由上級審加以認定，而非該法官再行參與，是以前審，應指前次審。若採拘束說，則法官既曾參與發回更審或再審前之裁判，自受本身所為裁判所拘束，此種情形雖不致侵害當事人之審級利益，然難期該法官維持中立無偏頗之心證，故應在自行迴避之列。

第一題 試論述事訴訟之目的地為何？

一、刑事訴訟之目的

具體刑事案件須藉由公平程序之進行始得發覺其構成之真實實體，故而學者認為刑事訴訟之目的在發現實體真實與確保法治國原則之貫徹踐履。

1 實體真實發現 偵查機關有偵查犯罪是實之法定義務，法院有澄清事實真相之調查義務。此外，縱使被告自白犯罪，亦必須查明是否與事實相符。

2 法治程序 1、現行法第一條第一項就說明「犯罪，非依本法或其它法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰。」2、憲法第八條第一項明定「非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」

3 法和平性 為了「法安定性」的考量，並避免一罪兩罰，確定的裁判，必需具有禁止再行爭執的效力（一事不再理）。

2 法治國原則為刑事訴訟法之指導原則，試以強制處分之限制為例說明該原則之內涵為何？

2 憲法優越原則 任何限制或干預人民基本權利之強制處分均有法律依據，且其所依據之法律不得抵觸憲法。

3 法律保留原則 國家欲實施強制處分並進而干預人民的基本權利，必須有法律授權依據。

4 比例原則 國家機關干預人民基本權利之手段與其所欲達到之目的間應具備相當性之關係，包括適合性原則、必要性原則及狹義比例原則。 1、適合性原則 手段必須適合或有助於目的之達

成，例如以拘提為手段可達到使被告到庭應訊之目的。2、必要性原則 手段方可被視為必要的，故又稱為最小干預原則，例如為使被告到庭受訊之手段雖有傳喚、拘提、逮補等均適合達此目的，惟以傳喚之手段對基本權限制最少。3、狹義比例原則 手段之程度，不應超過達成目的之所需之範圍，例如被告僅係竊取一百元之輕微犯罪，卻為防止串證而予以拘提羈押。

3 我國刑事訴訟制度係採國家追訴模式，試申其義並說明例外之規定。

1 國家追訴模式 乃認為犯罪應由國家本於職權追訴與處罰。因犯罪之追訴涉及公益，且國家擁有刑事司法權，故國家本於職權有權力與義務追訴與處罰犯罪，而不受被害人所拘束，亦不待人民請求。

2 國家追訴原則之現制 1、告訴或請求乃論之罪 此犯罪必須以被害人或其他告訴權人提出告訴，國家能合法追訴，例如A 配偶間之強制性交罪 B 通姦罪 C 普通傷害罪 D 過失傷害罪 E 侵入住宅罪 F 侮辱罪或誹謗罪 G 特定親屬間之竊盜、侵占、詐欺或背信罪 因此若欠缺合法告訴，檢察官應為不起訴處分；若提起公訴，法院亦應為不受理判決。2、自訴案件 被害人可以提起自訴，檢察官亦得協助自訴與擔當自訴。

4 試依刑事訴訟法之規定，說明偵查中之起訴法定原則及其例外情形。

(1) 偵查與起訴法定原則 1、檢察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查 2、檢察依偵察所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴 3、依252條規定案件有左列條件之一者，應為不起訴之處份。

(2) 起訴便宜原則為例外 1、起訴便宜原則 此原則乃指准許檢察官依其(裁量)決定案件是否提出公訴。2、起訴便宜之優缺點 優點乃依比例原則、平等原則以及有效合理分配訴訟資源的訴訟經濟原則的考量，對所有的犯罪依其輕重之別，由檢察官依據實際情形決定是否提出追訴。缺點乃由於起訴與否的決定全交由檢察官裁量，因此可能流於檢察恣意與擅斷，因此刑訴法另有設計可聲請再議與聲請交付審判制度為救濟。3、刑事訴訟法相關規定 第一點 檢察官可依刑法第57條所例事項，認為以不起訴為適當者，得為不起訴之處分。第二點 被告所犯死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，得依刑法第57條所例事實及公共利益之維護，認為以緩起訴為適當者，得定一年以上三年以下的緩起訴期間為緩起訴處分。第三點 被告犯數罪時，其中一罪以受重刑之確定判決，檢察官認為他罪雖行起訴，跟應執行之刑無重大關係者，得為不起訴之處分。

5 嚴格證明程序之審理原則，其構成基礎為何，試從形式程序觀點說明之。

- (1) 直接審理原則 只有經過法院直接審理，即(出於審判庭)之證據，才能當做裁判之依據。
- (2) 公開審理原則 訴訟之辯論及裁判之宣誓，應公開法庭行之。
- (3) 言詞審理原則 法院裁判基礎，必需是以言詞陳述或問答型而顯現於審判庭的訴訟資料。
- (4) 集中審理原則 指刑事案件的審判原則上應持續而無間斷的進行，意即審判程序應儘可能不中斷，以符合訴訟經濟迅速，並確保法官自由心證的形成。

6 試依刑訴法之規定說明控訴原則之涵義、範圍與效力。

- (1) 涵義 不告不理 法院不能就未經起訴的犯罪審判。告即應理 法院對於已經起訴案件，必須加以審理並判決。
- (2) 範圍與效力 1、對人 依以起訴書所記載被告為準。起訴效力不及於檢察官所指被告之外之人。2、對事 依以起訴書所記載犯罪事實為準。檢察官就犯罪事實一部分起訴時，效力及於全部。

7 判決，有不經言詞辯論為之，有不待其陳述為之者，兩者不同的地方何在。

- (1) 不經言詞辯論為判決 1、案件應諭知免訴、不受理或管轄錯誤的判決者。2、第三審法院判決 3、非常上訴的判決 4、簡易判決 5、協商判決。
- (2) 不待其陳述而為判決 1、被告拒絕陳述者 2、被告未受許可而退庭者 3、法院認為應科拘役、罰金或應諭之免刑或無罪判決的案件，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者4、被告心神喪失，或因疾病不能到庭，而顯有諭知無罪或免刑判決的情形者。5、第二審上訴，被告經合法傳喚無正當理由而不到庭者。

八、實務上所謂無效判決的意義及情形各為如何，可否依法定程序請求救濟，試陳述之。

(一) 意義 所謂無效判決乃法院所已經成立的判決，因具有重大瑕疵，以致無從對外發生效力者

(二) 情形 1、訴訟關係尚未發生 未經起訴的判決，未經上訴的判決。2、訴訟關係已經消滅者 二重判決、撤回上訴或起訴後的判決。3、其它情形的無效判決。

(三) 救濟途徑 1、判決尚未確定時如果有合法上訴，上級法院仍應給予撤消，只有違反控訴原則不告不理的情形則不另為其他的諭知。2、判決已經確定時，得提起非常上訴。

九、送達為訴訟行為的方式，請依刑訴法規定說明應受送達處所及送達方法。

(一) 應受送達處所 檢察官、被告、自訴人、告訴人、附帶民事訴訟當事人、代理人、辯護人、輔佐人或被害人。

(二) 送達方法 1、法警送達、郵政送達、囑託送達、公示送達。

十、何謂傳喚與通知，試比較兩者異同區別。

(一) 定義 1、傳喚 指命一定訴訟關係人於一定的時日至一定的處所到場應訊，其對象包括被告、證人、鑑定人、通譯、自訴人、被害人、代理人或其家屬。

2、通知 本質同傳喚，對象包括檢察官、辯護人、輔佐人及司法警察對於犯罪嫌疑人調察犯罪情形和蒐集證據時通知到場。

(二) 通知與傳喚異同 1、性質 通知屬任意處分，傳喚屬強制處分。2、決定機關 通知為法院及司法警察機關的主管長官，傳喚為檢察官、審判長、受命法官。

(三) 實施方法 通知為通知書，傳喚為送達傳票、當面告知或陳明到場。

(四) 實施對象 通知為偵察犯罪檢察官、辯護人、輔佐人、犯罪嫌疑人。傳喚為被告、證人、鑑定證人、鑑定人、通譯、被害人、代理人及自訴人。

(五) 不到場效果 通知對犯罪嫌疑人得報請檢察官核發拘票，傳喚對被告、證人得拘提。

十一、試依刑事訴訟法規定說明拘提、逮補涵義。

(1) 拘提乃指具備拘票而拘束人身自由的強制處分，種類分為一般拘提、逕行拘提、緊急拘補。

(2) 逮補乃指無令狀或通緝書而拘束人身自由強制處分，種類有通緝犯之逮補、現行犯之逮補、暫時性逮補。

十二、何謂羈押及種類。

(1) 羈押乃保全訴訟的進行及裁判的執行而拘束被告自由的強制處分，偵察中經檢察官詢問後認有羈押必要時應自拘提或逮補起24小時內，敘明羈押理由，申請該管法院羈押之。

(2) 種類 原則性羈押、預防性羈押。

十三、被告犯罪嫌疑重大而有哪些情形者得不經傳喚而逕行拘提。

(1) 無一定住居所者。

(2) 逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。

(3) 有事實認足有淹滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。

(4) 所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑五年以上有期徒刑之罪者。

十四、何謂牽連管轄及其種類。

(1) 意義 使數相牽連案件合併管轄合併審判。

(2) 種類 1、一人犯數罪2、數人共犯一罪或數罪3、數人同時在一處所各別犯罪4、犯與本罪有關係的藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。

十五、依刑訴法第376條，哪些案件經第二審判決者不得上訴於第三審法院。

(1) 最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。

- (2) 刑法第320條、321條的竊盜罪。
- (3) 刑法第335條、336條第二項的侵占罪。
- (4) 刑法第339條、341條的詐欺罪。
- (5) 刑法第342條背信罪。
- (6) 刑法第346條恐嚇罪。
- (7) 刑法第349條第二項贓物罪。

十六、推事於該管案件有哪些情形之一者，應自行回避不得執行職務。

- (1) 推事為被害人者。
- (2) 推事現為或曾為被告或被害人的配偶、八親等內的血親、五親等內的姻親或家屬、家長者。
- (3) 推事與被告或被害人訂有婚約者。
- (4) 推事現為或成為被告或被害人法定代理人者。
- (5) 推事曾為被告代理人、辯護人、輔佐人或曾為自訴人、附帶民事訴送當事人代理人、輔佐人者。
- (6) 推事曾為告訴人、告發人、證人或鑑定人者。
- (7) 推事曾執行檢察官或司法警察官職務者。
- (8) 推事曾參與前審的裁判者。

十七、法院的管轄。

- (1) 事物管轄。
- (2) 土地管轄。
- (3) 競合管轄。
- (4) 牽連管轄。
- (5) 指定管轄。

十八、指定辯護的情形有哪些。

- (1) 最輕本刑為三年以上有期徒刑的案件。
- (2) 高等法院管轄第一審的案件。
- (3) 被告因智能障礙無法為完全陳述時。
- (4) 低收入戶被告未選任辯護人而申請指定，或審判長認為有必要者。
- (5) 被告因無資力聲請指定者。
- (6) 被告聲請指定者。

十九、得為輔佐人有哪些。

- (1) 被告或自訴人的配偶、直系血親、三親等內旁系血親、家長或家屬。
- (2) 被告的法定代理人。

二十、緊急逮捕之要件。

- (1) 因現行犯的供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。
- (2) 在執行或在押中脫逃者。
- (3) 有事實足認為犯罪嫌疑重大，經被盤查而逃逸者，但所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪不在此限。
- (4) 所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑五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。

1 試申論刑事訴訟之意義。

刑事訴訟，乃國家基於公權力，針對特定被告（人）之特定犯罪事實（事），適用之抽象之刑事法規，以形成並確定其具體刑罰權是。

## 2 試申論刑事訴訟法第九條指定管轄之意義和原因。

### 指定管轄之意義：

- 1 理論上，擁有審判權之各法院欲為審判前，應先取得該案件得審理之權限，此即管轄權。
- 2 原則上，訴訟法中皆已明文規定管轄權之劃分，稱之「法定管轄」；然而，某些案件因具備某種爭議，導致不能辨別其管轄權，則由直接上級法院或最高法院以裁定決定管轄權，刑事訴訟法第九條之「指定管轄」即為此義。

### 指定管轄之原因：

- 1 數法院於管轄權有爭議者。
  - 2 有管轄權之法院經確定裁判無管轄權，而無他法院管轄該案件者。
  - 3 因管轄區域境界不明，致不能辨別有管轄權之法院者。
  - 4 案件不能依上述數點及第五條之規定，訂其管轄法院者。
- 3 刑事判決正本送達後，發現原本錯誤或正本記載之主文與原本記載之主文不符時，可否以裁定更正？是說明之。

訴訟程序中，於其應為訴訟行為而使訴訟狀態為一定之推移後，固發生之一定之確定狀態，然此一確定狀態是否應賦予決定性之效力，其有錯誤是否亦不得更正，則須就法的安定性與具體的妥當性兩者與以適當之衡量而定之，非可一概而論。蓋刑事訴訟重在國家刑罰權之實現，訴訟程序係對於判決之目的之手段，在某一程度上，其手段自應隸屬於目的。以裁判之更正言，倘將更正之訴訟行為視為有效，反較視之為無效，更能符合訴訟整體之利益，且對被告亦不致發生不當的損害者，為求訴訟之合於目的性，自不能僅因訴訟狀態之確定，及不許其為更正。

## 4 何為一般拘提？一般拘提執行之機關為何？程序為何？

### 要件：

- 1 被告經合法傳喚，無正當理由不到場者（刑訴75）。
- 2 被告犯罪嫌疑重大，而有下列情形之一者，得不經傳喚逕行拘提（刑訴76）
  - 1無一定居所或住所者。
  - 2逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。
  - 3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。
  - 4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。

### 執行機關：

- 1 命令拘提之機關（刑訴77第三項）
  - 偵查中為檢察官
  - 審判中為審判長、受命法官。
- 2 執行拘提之機關：拘提由司法警察官或司法警察執行，並得限制執行期間（刑訴78第一項）

### 程序：拘提被告應用拘票（刑訴77第一項）

- 1 拘票之記載內容：拘提應記載下列事項（刑訴77第二項）
  - (1) 被告之姓名、性別、年齡、籍貫及住、居所，但年齡、籍貫、住居所不明者，得免記載。又被告之姓名不明或因其他情形有必要時，應記載其足資辨別之特徵（刑訴77第三項、71第三項）。目的在於特定被拘提之對象。
  - (2) 案由。
  - (3) 拘提之理由。
  - (4) 應解送之處所。

## 五、何為逕行拘提？逕行拘提與一般拘提有何不同？又與逮捕之異同？

意義：乃檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，因情況急迫，且具有法定原因，不用拘票逕行拘

提，以防人犯逃匿之強制處分也，亦可謂之非要式拘提。

與一般拘提之異同：

逕行拘提不用拘票，得逕予拘提，使其接受訊問。一般拘提，則必須持有拘票方能執行。

逕行拘提以情況急迫，不及取得拘票而逕與為之，蓋恐時間稍延，人犯即予逃亡也。一般拘提則以被告犯罪嫌疑重大，為免逃亡與保全證據所採取之處分。

與逮捕之異同：

拘提應用拘票，固為要式行為，逮捕限於現行犯與準現行犯，不論何人居得逕與以逮捕，無需具有何項程序，是逮捕應屬非要式行為。

#### 5 逕行拘提之構成要件為何？

依刑事訴訟法第八十八條之一規定：

1 因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。

2 在執行或羈押中脫逃者。

3 有事實足認為犯罪嫌疑重大者，經被盤查而逃逸者。但所犯係最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限。

1前提：有「事實」足認犯罪嫌疑重大。

2非從事於犯罪偵查工作之一般警察，在為一般例行之偵查或巡邏工作時，對於不經盤查即逃逸者，不能適用本款。

4 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，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者。

#### 6 歹捕之意義為何？

以強制力不依任何要式，解送通緝犯或現行犯至一定之處所。

對象：

1、通緝犯（如上述）

2、現行犯：犯罪再實施中或實施後即時發覺者，為現行犯（刑訴88第二項）。所謂實施中，指其犯罪行為尚在實施狀態中；實施後即時發覺，則指犯罪行為雖已實行完畢，即被發覺者而言。應以犯罪行為已否實施完畢為準，與犯人已否離去現場無關。如在犯罪實施後，又非即時發覺，除合於本條第三項之情形外，並非現行犯。

#### 七、「通緝犯之逮捕」與「現行犯之逮捕」之異同？

1 對象不同：

通緝犯之逮捕乃對逃亡或藏匿之被告為之。現行犯之逮捕乃對現行犯或準現行犯為之。

2 得為逮捕之人不同：

通緝犯之逮捕由檢察官、司法警察官（解釋上包括司法警察）及利害關係人為之。而現行犯逮捕任何人均得為之。

3 手段不同：

通緝犯得逕行逮捕，亦得拘提到案，故逮捕非其唯一手段。而現行犯在性質上，僅能逕行逮捕，無法以拘提方式到案。

4、逮捕後處理程序不同：

利害關係人逕行逮捕通緝被告後，應送交檢察官、司法警察（官）；無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察；檢察官、司法警察官或司法警察應訊問其姓名、住所或居所及逮捕事由。

#### 5、逮捕時之判斷不同：

通緝犯必須是依發布通緝書之人，故逮捕時只要確定對象為通緝書上所載之人即可，毋庸審酌是否具備通緝之原因。

現行犯之逮捕，則逮捕時應判斷是否符合現行犯與準現行犯之要件。

#### 6、要式與否不同：

通緝犯之逮捕前提要件，必須曾依法發布通緝書，故應具備一定之法定程序。而現行犯之逮捕乃臨時為之，是為不要式之強制處分。

#### 八、試申論搜索處分之重要性。

所謂搜索處分，可以說是「所有強制處分之源」！為發現被告或犯罪嫌疑人之犯罪事實及證據，務必透過搜索處分，而該處分通常於無預警之情狀下發動，甚至於不經意之情狀下為之。

「無預警之情狀」例如：檢方就被告甲之合法監聽行動下，發現被告可能將證物藏匿於其友人家中，檢方應速行確認，依法聲請搜索。

「不經意之情狀」例如：警方於例行道路臨檢行為中，駕駛人乙突然加速逃逸，警方趕上攔阻時，意外看見乙車內駕駛座旁置有手槍一把，此時已非單純之臨檢行為，而可能提升為犯罪偵查之處分行為。

綜上所述，可知搜索處分就犯罪偵查行為之發動可能性；是故，其重要性不下於其他強制處分行為。

#### 九、法院審理中，被告向審判長陳述其自白乃於警局中遭警方刑求而為之，審判長應要求何人負舉證責任？又審判長應如何處理？

本提之論點，在於法院面對被告提出自白為刑求之抗辯時，應由何人舉證之程序問題。

##### （一）依實務，審判長應告知被告得提出有關刑求之證據方法：

1、依刑事訴訟法第九十八條及第一五六條規定可知，被告之自白應出於任意性；違反者，該自白即應排除不得為證據。

2、茲疑問者，乃被告若提出「該自白乃遭刑求」之抗辯時，究由何人負舉證責任？學者與實務間見解不同：

實物：傾向應由被告舉證，以證明伊遭刑求而為自白。

學界：站在保障被告人權及被告不自正己罪之立場，多數傾向應由對造舉證被告乃出於任意性之自白。

3、站在人權保障立場，應以學說為是；唯依目前實務見解，仍應由被告舉證。

4、民國九十二年修正案中，增修第一五六條第三項：「被告陳述自白係出於不正方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之初於自由意志，指出證明之方法。」

##### （二）審判長應主動傳喚警局有關人員出庭作證：

1、實務上，相當注重自白之證據能力，以保障被告之權益；是故（23上868）「被告若提出該自白乃遭刑求之抗辯時，事實審法院應優先其他事實而為調查」。

2、是故，審判長除依前述請對造提出有關刑求之證據方法外，亦應主動傳喚警局有關人員出庭作證，以便優先審理該自白之證據能力認定。

#### 十、試申論傳聞法則與直接審理主義之差異。

1、直接審理主義，乃要求「法院」務須親自在場審理該案件（形式直接審理），尤其就證據之審理，要求之接觸，不得以間接替代審查方式為之（實質直接審理）。違反前者，有第三七九條第九、第十、第十三款救濟；違反後者，本不得採為證據。

2、傳聞法則，乃指在陪審制度之國家，當「陪審員及兩造」無法親自考核、詰問證人供述時，此種未直接推敲之傳聞證據，真實性和可信度嚴重打折，以致反對詰問權受到戕害，故應禁止之。

3、由前述簡要定義可知：直接審理主義著重於職業法官之一切證據建構性，審判外之陳述，將傷及

其承審權。而傳聞法則著重在當事人推敲證人之證據權利，並為保護陪審團避免誤判。在我國型訴制度中，更可看出前者為處理「一切證據」，包含「被告」於審判外之供述不得採為證據；後者在處理「證人」於審判外之供述，不得採為證據。這點差異，可從新法第一五九條之修正變化看出。

4、直接審理主義之原則多於例外；傳聞法則之例外多於原則。

十一、試說明「漏判」與「漏未判決」二者有何不同？

(一) 結果不同：

漏判：法官根本沒判，訴訟關係存於法院。

漏未判決：法官亦沒判，但訴訟關係已經消滅。

(二) 分析不同：

1、漏判：起訴事實係數罪併罰案件。

數罪併罰既為數案件、數訴，法院若僅就其中一案件為終局判決，只消滅該案件之訴訟關係，其餘訴訟關係未消滅，而生補判之問題。

2、漏未判決：起訴事實係單一案件。

實質上或裁判上一罪法院僅就犯罪事實之一部加以判決，其中一部雖未予判決，但依審判不可分原則，判決效力及於全部，訴訟關係全部消滅。此即刑訴第三七九條之「已受請求之事項未予判決」，此即為「漏未判決」。

(三) 救濟不同：

1、漏判：

(1) 向原審法院聲請補判。

(2) 不得上訴 → 因第一審根本沒判。

(3) 不得非常上訴 → 根本沒判，故不會判決確定。

2、漏未判決：

(1) 未經確定者 → 依上訴程序，由上級法院予以糾正。

(2) 已經確定者 → 效力仍及於全部（既盼力擴張）

(3) 故知實質上或裁判上一罪，如有應行裁判之一部未予判決，僅生該判決違背法令，而非漏判之問題。

十二、試申論自訴之意義。自訴之限制為何？

自訴者，乃犯罪被害人，逕向法院請求，對於被告確定刑罰權之存否及其範圍之訴也。

自訴對人之限制：

(一) 對於直系血親尊親屬或配偶，不得提起自訴（刑訴三二一）。

(二) 立法理由：自訴由被害人與被告兩方為當事人，攻擊防禦，立於對峙之地位，施之直系親屬等，恐不適宜，故本條設立此例外。

(三) 禁止對象：

1、直系尊親屬：

(1) 直系血親尊親屬。

(2) 直系姻親尊親屬（24上3966，25刑議，82上易15）。

2、配偶：係指其婚姻關係在法律上並非無效者而言（27上2165）。

十三、若已於告訴期間內告訴，在偵查終結前復提起自訴；或在告訴期間內自訴，諭知不受理判決，經檢察官再行起訴，是否仍應受告訴期間之限制？

告訴乃論之罪，並不受「公訴優先」條款之限制，是故該自訴合法：

(一) 依刑事訴訟法三二三條第一項規定可知，原則上檢察官若依刑事訴訟法第二二八條開始偵查

者，不得再行自訴；但若為告訴乃論之罪，為尊重當事人權益，不在此限（刑訴三二三第一項但書）。

（二）故被害人已於告訴期間內告訴，在偵查終結前復提起自訴，該自訴依刑事訴訟法第三二三條第一項但書規定，是屬合法，法院應受理之。

（三）檢察官該再行起訴仍屬適法：

1、原則上，被害人提起自訴時，以含有告訴之要素，故被害人若於告訴期間內自訴，其間及告訴權之行使，是為合法。

2、惟被害人就「依法不得自訴案件」誤提自訴，導致法院為不受理判決諭知，此為程序上之限制，被害人不應因此喪失其權益。

3、是故，依刑事訴訟法三三六條規定，自訴案件之判決書，應送達於該管檢察官；其於收受不受理或管轄錯誤之判決書後，認為應提起公訴者，應即開始或續行偵查。

4、依上述，被害人之告訴已於自訴時存在，檢察官一刑事訴訟法第三三六條規定再行起訴仍屬合法。

十四、某甲駕駛計程車不慎，撞倒乙駕駛後座搭載某丙之機車，至某乙與某丙均受輕傷，某乙告訴某甲過失傷害，並由檢察官向同一法院提起公訴，法院應如何為判決？理由何在？試請詳述之。

（一）依題意，甲之撞擊乙、丙之行為，為想像競合犯：

某甲駕車撞傷乙及丙，系一行為觸犯兩個輕傷罪，即一行為觸犯數罪名之想像競合犯，為裁判上一罪，於訴訟上為同一案件，即經被害人已提出告訴，檢察官提起公訴或判無罪確定，該無罪確定判決發生實質確定力（既判力），就此犯罪事實不得再成為訴訟客體。

（二）惟想像競合犯之既判力，效力是否即於全部？頗有爭議，易言之，丙是否可在告訴，而使檢方就此再為起訴？

1、否定說（實務界採之，如67第10次刑庭決議）：某甲以一行為觸犯數罪名，其觸犯之數罪名之犯罪構成要件均屬相同，且係以一行為犯之，依據一行為僅應受一次審判之原則，其應否受刑事制裁，已因前一確定判決所為無罪之諭知而確定，此與連續犯之數行為及牽連犯有方法結果之情形不同，不容再為其他有罪或無罪之實體判決，是對於後起訴者，參照本院二十八年滬上字第四十三號判例及司法院院字第二二七一號解釋，應為免訴判決，如仍為有罪之判決確定者，其判決顯屬違法。若就連續犯、牽連犯有數行為之情形而論，故無不合，但本例想像競合犯僅有一行為，其情形顯有不同。

2、肯定說（即效力不及全部、丙可再告訴、檢方可再起訴。）

（1）想像競合犯本裁判上一罪（刑法五十五），雖係一行為，而其所犯者本質為數罪，其效力所以及於全部者，僅係由於從一重處斷之結果。

（2）想像競合犯侵害之法益各別。

（三）結論：目前通說，乃採實務見解，故丙不可再告訴，檢方自不可再行起訴；否則，法院應諭知為免訴判決。

十五、試判斷下列法院之判決是否適法（詳附理由依據）。

（一）由被告提起之上訴案，第二審法院認為原判未引用刑法第五十九條酌減之規定，竟科處較法定刑最低度為輕之刑，乃撤銷改判，處以較原判為重之刑。

（二）第二審法院對檢察官提起之上訴案，認為原未依共同正犯論罪，誤以從犯處斷，乃撤銷改判，諭知較原判為重之刑。

（三）為被告利益而上訴之案件，第二審法院雖諭知與第一審判決判決相同之刑期，但其所宣告之緩刑期間，卻由兩年改成三年。

答：

（一）第二審法院之判決適法：

1、由被告上訴或為被告之利益上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，但適用法條不當者，不在此限（刑訴三七零）。此即「不利益變更之禁止」原則。

2、稱「適用法條不當」，凡變更第一審判決所引用之刑法法條皆屬之，並不限於刑法分則各本條；及認第一審應用刑法第五十九條與以酌減為不適當者，亦得撤銷原判決，諭知之為較重於原審判決之刑。

(二) 第二審法院判決適法：

1、檢察官為被告之利益及不利益，皆得上訴（刑訴三四四第一項、第三項）。檢察官為被告之利益上訴時，故有第三七零條不利益變更之禁止原則之適用；惟檢察官若係為被告之不利益上訴，則無適用之餘地。

2、適用刑法總則之法條不當，亦屬第三七零條之但書規定，故誤共同正犯（刑法二十八）為教唆犯（刑法二十九），亦係適用法條不當。

(三) 第二審法院判決適法：原審判決所諭知之刑，是否較第二審法院所諭知者重，不以主刑為唯一比較標準。惟第一審諭知緩刑之案件，第二審撤銷緩刑之宣告；或第一審未諭知緩刑之案件，第二審諭知之者，故不受本條之限制，因其與量刑之輕重無關。

十六、何為抗告？抗告之期間及例外為何？何為再抗告？何為準抗告？

抗告：乃有抗告權人，不符原審法院未經確定之裁定，請求直接上級法院，以裁定撤銷或變更其裁定之救濟方法。原則上抗告期間為送達裁定五日內之法定期間。例外對於開始再審之裁定，應於三日內抗告（刑訴三四五第三項）

再抗告：乃有抗告權人，不服抗告法院對於抗告所為未確定之裁定。再向其上級法院，請求撤銷或變更之救濟方法。

準抗告：乃當事人或非當事人，對於審判長或受命法官、受託法官或檢察官所為之處分不服，聲請其所屬法院撤銷或變更之方法也（刑訴四一六）

十七、計程車司機甲因過失撞傷乙，經告訴後提起公訴或自訴人提起自訴，判處傷害罪刑確定後，乙因該傷害死亡，檢察官或自訴人一刑事訴訟法第四二二條第二款聲請再審，應否准許？

(一) 按本法所稱發件確實新證據，係指當時已經存在而發現在後或審判時未經注意之證據，且能證明原確定判決所認定之事實為錯誤者而言，與在認定事實後，因已論罪處刑所應依據之法律無涉（35特抗21）。

(二) 本題甲以傷害判處罪刑確定前，既無乙死亡之事實，其證據當不存在，即非審判時未經注意之證據，即原判決所認定之事實並無錯誤，自不得因事後發生之事實，聲請再審。

十八、再審與非常上訴之主要區別何在？

再審係為原確定判決認定事實錯誤而設之救濟程序，其與非常上訴之為糾正原確定判決違背法令者有異。兩者區別如下：

1、請求主體不同：非常上訴非由最高法院檢察總長不得起訴（刑訴四四一）；再審之聲請權人則不以此為限（刑訴四二七、四二八）。

2、管轄法院不同：非常上訴由最高法院管轄（刑訴四四一）；再審之管轄法院則為判決之原審法院，例外為第二審法院（刑訴四二六）。

3、理由不同：非常上訴係以該案件之審判違背法令為由；再審已列舉的事實錯誤之情形為由，且因係為受判決人之利益或不利益而有不同。（刑訴四二零~四二二）。

4、對象不同：非常上訴以確定判決、實體裁定及訴訟程序為對象；再審之對象則以確定判決為主。

5、程式不同：提起非常上訴應以非常上訴書敘述理由提出於最高法院為之（刑訴四四三）；聲請再審則應以再審書狀敘述理由，附具原判決繕本及證據，提出於管轄法院為之（刑訴四二九）。

6、程序不同：非常上訴之判決，不經言詞辯論為之（刑訴四四四）；再審則應先為聲請是否適法之審理，於開始再審之裁定確定後，再依法院審級之通常程序更為審級之通常程序更為審判（刑訴四三三~四三六）。

7、有無期間限制之不同：聲請再審原則上無時間限制，但有例外（刑訴四二四、四二五）；非常上訴則無任何時間限制。

## 十九、聲請再審與提起非常上訴之要件為何？

### 1、聲請再審之要件：

- (1) 具備本法四二零條至四二二條所訂再審理由。
- (2) 有聲請權人為之（刑訴四二七、四二八）。
- (3) 遵守聲請再審之期限（刑訴四二四、四二五）。
- (4) 具備程式要件（刑訴四二九）。
- (5) 向管轄法院為之（刑訴四二六）。

### 2、提起非常上訴之要件：

- (1) 以該案件之審判係違背法令為其理由。
- (2) 由最高法院檢察總長始得提起。
- (3) 具備程式要件（刑訴四四三）。
- (4) 向最高法院提起。

二十、甲因殺人案件被地方法院判處有期徒刑十年。依法上訴高等法院後，適逢增修刑事訴訟法第九十五條公布生效，但高等法院審判長訊問甲時，漏未依新法踐行告知義務，筆錄亦無相關紀錄，最後高等法院仍維持有罪判決。試問甲得否以「高等法院所踐行之程序違反新增告知義務規定」為由，提起第三審上訴？最高法院應如何裁判？

最高法院應認甲之上訴有理由，並應將全案發回高等法院更審。理由如下：

（一）依現代刑事訴訟法之精神，除應注重發現真實外；另外保障人權之觀念應為同等重視，以免為了國家公權力之行使，而任意犧牲當事人之權益。是故，我國刑事訴訟法第九十五條亦經修正規定如下：

### 1、刑事訴訟法第九十五條規定：訊問被告，應先告知下列事項：

- (1) 犯罪嫌疑及所犯罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應在告知。
- (2) 得為保持緘默，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。

2、考其立法目的，乃被告有不自證己罪之權力，國家公權力應主動負起告知之義務，使居於法律劣勢之被告能在充分了解自己的權利和處境的情形之下，接受訊問，以維持並遵守當事人對等之精神。

3、告知之時期：由於我國對刑事訴訟程序上之被告定一頗為雜亂，其可能在檢方訊問中，乙可能在警方詢問中。惟依據刑事訴訟法第九十五條規定，告知時期限於對被告訊問時。惟目前通說之共識，之需犯罪嫌疑人已進入其足以認定其為被告時，即可認定為受訊問者具有被告地位，而受本條規定之保障。此項告知義務，按照立法之目的，在程序上應在「各程序為人別訊問之後，事務訊問之前」：

（1）刑事訴訟法基於偵查、起訴、審判及執行之進行，執行者各有不同。是故，各程序階段第一次訊問被告時，應為該條之告知，以充分保障被告之權益。例如：司法警察第一次詢問被告時，應告知本項權利；其後移送於檢察官時，檢察官在為訊問，亦應再為告知。

（2）至於同一程序中，不同次數之間，即不需踐行之，以免延宕程序及資源。後相同的訊問主體在訊問被告時，因被告之權利和處境未發生變化，所以無庸再行告知。例如：司法警察移送檢察官後，檢察官為訊問時，應再另為告知；惟於起訴之前則無需於每次訊問前重為告知。

（二）違反本條告知義務之效力：違反本項告知義務時，於訴訟法上將產生如下兩種法律效益：

### 1、禁止使用因此而取得之該被告之自白，將可能受到排除：

（1）從證據排除法則之立場來看，職司訊問之司法機關，其違反告知義務之個案背景為何？若非基於惡意故意為之，則應考慮其所違反之規範所欲為保護之目的或法益，是否因此而遭訴訟權益之損害，或使用此一證據是否會加深或擴大其損害。「刑訴一五八之四」

（2）反之，則應進入個案比例權衡考量，就法律所保障知被告權益及所訴追罪名中所欲保護之法益，評其輕重。

### 2、可作為上訴第三審之事由：

（1）依現行訴訟法之規定，上訴第三審程序要件需為判決違背法令或訴訟程序違背法令，且顯然判決有影響者，方可為之。因為告知義務之履行，本為保障被告之防禦權，使被告在知道自己權益及無證己罪的前提下，選擇如何陳述，是否選任辯護人等等，在被告未被告知之情況下，極有可能做出不當抉擇而影響法院審判結果。

(2) 在此情形下，為盡本條權益之保障及踐行，認為被告之權益已受侵害，應依個案使其可有上訴至第三審之機會。

(三) 按題意，被告甲涉嫌殺人罪，遭地方法院判決有罪，並科處十年有期徒刑，甲不服，上訴至高等法院，適逢刑事訴訟法第九十五條公布生效，惟高等法院並未依第九十五條履行所規定告知義務。高院於二審事實覆審制下，並未按刑事訴訟法第九十五條所規定告知義務（所犯罪名、得保持緘默、得選任辯護人及請求調查有利之證據）。甲即因此有可能因法院未為告知得保持緘默，而做出不利於己的自白，若法院以此自白作為維持假有罪判決之基礎，依前述見解，甲之上訴有理由，第三審應將原判決撤銷，另外為發回、發交判決，或自為判決，較為妥適。

問題一：何謂「事物管轄」？試述刑事訴訟法有關事物管轄之規定？

【擬答】(一)事物管轄之意義：

1. 定義：以刑事案件所犯罪名之不同，而定各級法院管轄刑事案件之範圍，即定不同級之第一審法院，即高等法院(§4但)為第一審，或地方法院(§4本)為第一審。
2. 事物管轄之有無，應依起訴時至最終裁判時定之。
3. §4但書之案件上訴於最高法院，直接為第三審，不能行調查證據及認定事實，故於本法第三百七十五條第二項明定，最高法院審判不服高等法院第一審判決之上訴，亦適用第三審法律審之程序。
4. 事物管轄，重在審的關係，即以犯罪之性質，定法院之第一審的管轄權，與民事訴訟均以地方法院為第一審，祇有土地管轄之規定者不同，刑事案件之第一審管轄權，分屬於地方法院或高等法院。乃法院之管轄，於事物管轄外，尚有審級管轄之問題，以定上級管轄之案件，則重在級的關係，即規定上級審職權之範圍。

(二)刑事訴訟法有關事物管轄之規定：

1. 本法第四條：「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。」
2. 本法第三十一條第一項，將第四條但書之案件，列為強制辯護案件。
3. 第四條但書之案件上訴第二審，係向最高法院為之，係法律審之性質，故本法第三七五條第二項明文規範，「最高法院審判不服高等法院第一審判決之上訴，亦適用第三審程序。」
4. 違背事物管轄之法律效果，本法第三七九條第四款定有明文，「法院所認管轄之有無係不當者」為判決當然違背法令之事由之一，判決確定前可提起上訴，確定後亦得以非常上訴救濟之。

問題二：甲與乙在台北共同犯下殺人罪，兩人分別逃亡後，甲在桃園遇到昔日朋友丙，又共同犯下搶奪罪。隨後丙逃到台中，又單獨犯下竊盜罪。請問台北地方法院對甲、乙、丙所有的犯罪行為是否有管轄權？

(一)案件之管轄，應以法律預為規定，俾具體案件發生時，得循此標準定其管轄法院，此即法定管轄。此項管轄，有係基於案件本身之規定者，如刑事訴訟法第四條之事物管轄與第五條之土地管轄；然有時不同案件間或許存在某種特殊之關聯性，若能合併由一法院管轄，較能促進訴訟並合乎訴訟經濟原則，此即本法牽連管轄之所由設。

(二)1. 「數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄。」刑事訴訟法第六條第一項定有明文，同法第七條界定何謂相牽連之案件，即「有左列情形之一者，為相牽連之案件：一、一人犯數罪者。二、數人共犯一罪或數罪者。三、數人同時在同一處所各別犯罪者。四、犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。」

2. 題示，甲與乙在台北犯下共同殺人罪，台北為甲殺人案件與乙殺人案件之犯罪地，台北地方法院依同法第五條土地管轄之規定自有管轄權；就甲與丙在桃園共同所犯之搶奪罪，基於同法第七條第一款「一人犯數罪者」之人的牽連，台北地方法院對甲之搶奪罪取得牽連管轄權，復依同法第七條第二款「數人共犯一罪或數罪者」之事的牽連，對丙之搶奪罪亦有管轄權，據此，又基於同法第七條第一款「一人犯數罪者」，再牽連至丙之竊盜罪。由此觀之，傳統學說與實務所肯認之牽連管轄，範圍相當廣泛，兼及牽連再牽連之情形。

(三)綜上可知，台北地方法院對甲、乙、丙所有之犯罪行為，均有管轄權。惟牽連管轄之制度，係為訴訟經濟所設，若案件間存在特殊之關聯性，如本題甲犯殺人罪與搶奪罪，倘由不同之法院審理，對被告殊屬不便，亦耗費法院有限之司法資源，自可因人之牽連而使得台北地方法院取得甲犯搶奪罪之管轄權。然丙至台中單獨所犯之竊盜罪，犯罪地在台中，證據之蒐集與調查亦可能齊集於台中，若因牽連再牽連之情形，使台北地方法院得以對之合併管轄，是否與牽連管轄之目的相違，不無可議。

問題三：法官曾參與前審之裁判於上訴審時，為何應自行迴避？「參與前審」其涵義為何？

【擬答】

(一)自行迴避之立法目的：

公平審判原則，係構築現代法治國司法程序之礎石。憲法第八十條規定，「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判原則，不受任何干涉。」本此，法官應依法審判，處於中立第三人之地位。裁判爭端，若在具體個案中有事證足以懷疑法官之中立性，為維裁判之公平，刑事訴訟法於第一編總則第三章法院職員之迴避，特設有迴避制度，不使其執行職務。

## (二)「參與前審」之涵義：

刑事訴訟法第十七條第八款將法官曾參與前審之裁判者，列為自行迴避之事由，其中「前審」之認定，學說上向有審級說與拘束說之仁智之爭，茲分述於下：

1. 審級說：以審級利益是否被侵害為認定標準，如下級審已就該案件參與裁判之法官，於上級審仍許其執行職務，則審級制度便失其存在之意義，故所謂前審，應指下級審。司法院大法官釋字第178號解釋亦支持此一論述，解釋文稱「所謂法官曾參與前審之裁判，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。」此說為通說與實務所採，若依此說，則案經上級審法院發回更審後，再行參與，該法官前後所參與者，皆為第二審之裁判，審級相同，無上下級審之關係，且不影响當事人之審級利益，依法自毋庸迴避。且聲請再審，由判決之原審法院管轄，本法第四二六條第一項定有明文，亦無上下級審之關係，依此，法官曾參與再審前之裁判，於再審程序，仍得執行裁判職務。
2. 拘束說：此說重在維護裁判之自縛性，本裁判一次性之原則，案件既經裁判，法官本身即應受該裁判所拘束，裁判是否允當，應由上級審加以認定，而非該法官再行參與，是以前審，應指前次審。若採拘束說，則法官既曾參與發回更審或再審前之裁判，自受本身所為裁判所拘束，此種情形雖不致侵害當事人之審級利益，然難期該法官維持中立無偏頗之心證，故應在自行迴避之列。

問題四：何謂同一案件？試申其義。

### 【擬答】

(一)刑事訴訟，係以對於特定人之特定事實，為適用抽象的刑罰法，而形成並確定具體的刑罰權為其對象。故刑事訴訟，乃對於特定人之特定事實為確定具體的刑罰權而進行之程序。國家刑罰權，本係對於每一被告之每一犯罪事實而存在。故案件之構成，包括被告及犯罪事實兩種要素。稱一被告之一犯罪事實，為一案件。案件是否同一，以被告及犯罪事實是否均相同為準；詳言之，必具有人的同一性及物的同一性二種要素，即被告同一及犯罪事實同一，茲分述於下：

1. 被告同一：被告是否同一，應以起訴書狀所指為被告之人即其刑罰權對象是否同一為準，固與起訴書狀所載被告姓名是否同一無關；即實際上犯人為誰，亦非區別案件是否同一之標準。故法院對於被訴之被告因罪證不足，依法宣告無罪一經確定，該案即行終結。至犯人為誰，係另一問題，不在該案審判範圍以內。
2. 犯罪事實同一：應以為刑罰權對象之客觀事實是否同一為準，其情形又可分為事實上同一與法律上同一；前者認犯罪事實是否同一，應從訴之目的及侵害性行為之內容是否同一而定之，即原告請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經原告擇為訴訟客體之社會事實關係。據此，實務認如變搶奪事實為強制猥褻、變侵占為行賄、變盜賣事實為買受、變走私事實為竊盜、變詐欺為行賄，皆非同一犯罪事實；而後者則認實質上或裁判上一罪，其基本事實雖不相同，而在實體法上作為一罪，刑罰權僅屬一個，其在法律上之事實關係既為一個，具有不可分性，雖就其一部起訴，而其效力及於全部，亦不失為同一案件。故案件之同一性，並非單純案件之比較。換言之，即比較案件是否同一，非以事實之比較為限，即犯罪之個數亦在比較之列。

(二)依訴訟主義之理論，法院應以起訴事實定其審判範圍，且判決事實，應與起訴事實維持其同一性。因之，檢討事實之是否具有同一性，在訴訟上之機能有四：

1. 定已否起訴及是否為起訴效力所及：  
按檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部，本法第二六七條定有明文。故同一案件，實體法上僅一個具體刑罰權，訴訟法上係一個訴訟客體，具有不可分之性質；如檢察官僅就其犯罪事實之一部起訴，依公訴不可分原則，效力及於全部，法院應就全部犯罪事實為審判。

2. 定可否變更其起訴法條：  
在事實同一性之範圍內，基於職權主義之立場，對於犯罪事實之法律評價，即如何適用法律論罪科刑，乃法院之職權，並不受起訴法條之拘束，故本法第三百條，「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。」

3. 定禁止二重起訴之範圍：  
判決確定前之一事不再理，一般稱為重複起訴之禁止，係指同一案件於判決確定前先後於管轄法院重複起訴，此種同一性之機能，也稱為定禁止二重起訴之範圍，無論是單純一罪、實質上一罪或裁判上一罪，都有可能產生數個不同法院皆有管轄權之競合管轄情形。不過，既然是起訴、審判不可分的同一案件，則僅應由其中一管轄法院管轄該案件為已足，否則難免有違重複起訴之禁止或一事不再理之原則，因此，同一案件產生競合管轄之情形，通常應依繫屬先後而由繫屬在先之法院管轄(本法第八條)，依法為實體判決；反之，繫屬在後之法院，應為不受理判決(本法第三百零三條第二款、第七款)。

4. 定既判力之範圍：  
判決確定後之一事不再理，也可以稱為一罪不兩罰原則，或者雙重危險之禁止，此種同一性之機能，又稱為定既判力之範圍。同一案件經判決確定後，無論於同一或不同之管轄法院重行起訴，皆屬「曾經判決確定」之情形，應諭知免訴判決(本法第三百零二條第一款、第三四三條)。

問題五：執行拘提時應注意事項為何？試說明之。

### 【擬答】

(一)拘提之意義，乃於一定時期內，拘束受拘提人的自由，強制其到達一定處所接受訊問，並保全被告(或犯罪嫌疑人)或保全、蒐集證據之強制處分。拘提之決定機關採用二分模式。偵查中為檢察

官，審判中為審判長或受命法官。就執行機關，刑事訴訟法第七十八條第一項則規定，「拘提，由司法警察或司法警察官執行，並得限制其執行之期間。」

(二)執行拘提時應注意之事項，茲說明於下：

1. 拘提應用拘票一

拘提被告，應用拘票，刑事訴訟法第七十七條第一項定有明文。拘票，應記載之事項為：

- (1)被告之姓名、性別、年齡、籍貫及住、居所。但年齡、籍貫、住、居所不明者，得免記載。
- (2)案由，即被告涉嫌之犯罪，案由之記載，乃為被告之利益而設，俾利其為有效之防禦。
- (3)拘提之理由。漏未記載時，並不影響拘票之效力。
- (4)應解送之處所。倘未為記載，應認為拘票無效。

2. 比例原則之遵守：

執行拘提，應注意被告之身體及名譽(第八十九條)，以及被告抗拒拘提或脫逃者，得用強制力拘提或逮捕之。但不得逾必要之程度(第九十條)。此即強制處分應受比例原則所拘束之明文。

3. 保障人權之要求：

為落實憲法第八條第二項「將逮捕拘禁原因書面告知本人及其本人指定之親友」。拘票應備二聯，執行拘提時，應以一聯交被告或其家屬(第七十九條)，使知曉被拘之事由及拘提之機關，並得主張防禦權，如無拘票，被告自無接受拘提之義務。

4. 受管轄區域之限制：

原則上，司法警察官或司法警察應於管轄區域內執行拘提；例外，必要時得於管轄區域外執行拘提或請求該地之司法警察執行(第八十一條)。

問題六：司法警察(官)偵查犯罪，於何種情形得逕行拘提犯罪嫌疑人或被告？試予說明。

【擬答】

(一)拘提之意義，乃於一定時期內，拘束受拘提人的自由，強制其到達一定處所接受訊問，並保全被告(或犯罪嫌疑人)或保全、蒐集證據之強制處分。原則上，拘提為要式之強制處分，故拘提被告，應用拘票，刑事訴訟法第七十七條第一項定有明文。然司法警察(官)偵查犯罪，有法定原因(同法第八十八條之一第一項第一款至第四款)，而情況急迫者，亦得不用事先聲請拘票而得逕行拘提，以防止人犯逃匿，此即緊急拘提之所由設。

(二)茲就緊急拘提之要件與法定列舉原因析述於下：

1. 要件：司法警察(官)於情況急迫下，始得逕行拘提之，所謂「情況急迫」指司法警察(官)執行時，以其急迫情況不及報告檢察官者為限，始得逕行拘提。

2. 法定列舉原因：

- (1)因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者一不問所犯何罪，祇要共犯嫌疑重大，即可對尚未到案之「共犯」實施緊急拘提。
- (2)在執行或在押中之脫逃者一執行指因受刑事確定判決而於監獄服有期徒刑，或於保安處分接受執行者而言，在押指因於刑事偵查或審判程序，或被羈押於看守所或少年觀護所。學者則謂，本款應屬通緝犯或現行犯逮捕的問題，殊不必將其列為緊急逮(拘)捕事由。
- (3)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一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限一本款指經從事犯罪偵查之司法警察(官)盤查而逃逸，但以有事實足認為犯罪嫌疑重大為前提，並非一經盤查逃逸即可緊急拘捕。並非從事於犯罪偵查工作之一般警察，在為例行之查察或巡邏工作時，對於不經盤查即逃逸者，不能適用本款。
- (4)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，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者一本款組合逕行拘提之兩種事由(第七十六條第二款、第四款)，本來必須事先取得拘票，但若時間上不及取得拘票，又有保全被告之需要時，本款容許先予緊急拘捕，事後再補發拘票。

問題七：通緝犯之逮捕與現行犯之逮捕有無不同？試說明之。

【擬答】

逮捕，乃無須令狀而直接拘束被告人身自由之強制處分，僅得對被告為之。依照逮捕原因，又可分为通緝犯之逮捕與現行犯之逮捕，茲說明之：

(一)對象不同一

通緝犯之逮捕乃對逃亡或藏匿之被告為之；現行犯之逮捕乃對現行犯或準現行犯為之。

(二)得逮捕之人員不同一

1. 通緝犯：依本法第八十七條第一、二項規定，通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之。利害關係人，得逕行逮捕通緝之被告，送交檢察官、司法警察官，或請求檢察官、司法警察官逮捕之。

2. 現行犯：依本法第八十八條第一項規定，不問何人均得逕行逮捕之。

(三)手段種類不同一

通緝犯得逕行逮捕，亦得拘提到案，故逮捕非其唯一手段；而現行犯性質上，僅能逕行逮捕，性質上無法以拘提方式到案。

(四)逮捕後之處理程序不同一

利害關係人逕行逮捕通緝被告後，應送交檢察官、司法警察官(第八十七條第二項)；無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察(第九十二條第一項)；檢察官、司法警察官或司法警察應詢問其姓名、住所或居所及逮捕事由。

(五)逮捕時判斷之不同一

通緝犯必須是依法發布通緝書之人，故逮捕時只要確定對象為通緝書上所載之人即可，無庸再去審酌是否具備通緝之原因，即前述逃亡或藏匿之情形是否存在；反之，現行犯之逮捕，則逮捕時應判斷是否符合現行犯與準現行犯之要件。

(六)有無法定程式之不同一

1. 通緝犯：其逮捕之前，依本法第八十五條、八十六條及八十七條第三項規定對被告通緝，應用通緝書。

2. 現行犯：性質上無法使用任何文書。

問題八：檢察事務官無搜索票，可否逕行實施搜索？若不可以，其理由為何？若可以，其依據為何？

【擬答】

(一)吾國刑事訴訟法之搜索採行「相對法官保留原則」之立法例，以有令狀搜索為原則，無令狀搜索為例外。於原則情形，搜索應用搜索票，本法第一二八條第一項定有明文，搜索票由法官簽發(同條第三項)，亦即以法院(官)為決定機關，故檢察事務官無搜索票，原則上不得逕行實施搜索。

(二)然搜索雖以有令狀搜索為原則，但因搜索本質上乃帶有急迫性、突襲性之處分，難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形。本法承認下列得不用搜索票而搜索之例外情形，是為無令狀搜索或無票搜索，茲分述於下：

1. 附帶搜索：依本法第一三〇條之規定，「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。」

2. 逕行搜索：依本法第一三一條第一項，「有左列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：

一 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確實在內者。

二 因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。

三 有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。」

3. 緊急搜索：同條第二項則規範，「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、湮滅或隱匿之虞者，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。」

4. 同意搜索：依本法第一三一條之一，「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」

問題九：何謂出於自願性同意之搜索？其應具備之條件如何？試說明之。

【擬答】

(一)自願性同意搜索之意義：

搜索係干預人民基本權之行為，侵害人民居住自由、通訊自由、財產權、隱私權之權益甚鉅，惟如擬被搜索之人，自願放棄此等憲法所保障之基本權益，雖具爭議，然「同意搜索」為各國刑事訴訟法所允許之有效率之執行方法，吾國偵查實務上行之多年，因欠缺法律依據，有違法律保留原則之要求，民國九十年修正刑事訴訟法，特設明文規定，即第一三一條之一，「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」

(二)自願性同意搜索之條件：

1. 受搜索人須出於自願性同意—

所謂「自願性同意」，須綜合一切情狀而為判斷，例如搜索訊問之方式是否有威脅性、同意者之意識強弱、教育程度、智商等綜合考慮之。如檢警人員對於受搜索人造成不得不同意之態度時，即與法條所定「自願性同意」之要件有所未合。

2. 執行人員應出示證件—

搜索原則上係採令狀主義，「法官、檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索及扣押，除依法得不用搜索票之情形外，應以搜索票示第一百四十八條在場之人。」本法第一四五條定有明文，以使受搜索人信賴此係合法干預基本權之行為，然「同意搜索」既構成令狀主義之例外，受搜索人無從判斷其形式上之合法與否，其是否為有權搜索之人，故第一三一條但書要求「執行人員應出示證件」。

3. 將其同意之意旨記載於筆錄—

為確保受搜索人確實出於自願性同意，同條但書規定，「並將其同意之意旨記載於筆錄」以杜爭議。

(三)自願性同意搜索之救濟：

1. 對現行法同意搜索未設有如本法第一三一條第三項之規定，是以同意搜索無事後陳報審查之程序。

2. 就檢察官或檢察官指揮檢察事務官、司法警察官、司法警察所為之同意搜索，受搜索人得依修正刑訴法第四一六條所定準抗告程序提起準抗告救濟之。

3. 然針對檢察事務官、司法警察官、司法警察所為之同意搜索，其事後救濟程序，現行法並無如第四一六條之規定，是以尚不得對檢察事務官等之同意搜索提起準抗告，惟如刑事案件審理時，被告主張搜索程序不合法時，審理法官對該不符合同意搜索而搜索所得之物，如認定搜索程序違法時，臺灣高等法院九十年度第一次刑庭會議決議：「似可類推適用刑事訴訟法第四百十六條第二項立法理由，認定所扣得之物，違反程序正義，不得作為證據，以資救濟。」

問題十：試就刑事訴訟法規定，說明訊問被告之方法及訊問後可生如何之效力？

【擬答】

(一)訊問被告之方法：

1. 人別訊問，以查驗其人有無錯誤：

刑事訴訟法第九十四條明文規定，「訊問被告，應先詢其姓名、年齡、籍貫、職業、住所或居所，以查驗其人有無錯誤，如係錯誤，應即釋放。」

2. 踐行告知義務：

本法於民國八十五年修正第九十五條之告知義務，「訊問被告應先告知左列事項：(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。」

3. 應與以辯明犯罪嫌疑之機會及應命其指出證明之方法：

本法第九十六條規定，「訊問被告，應與以辯明犯罪嫌疑之機會；如有辯明，應命就其始末連續陳述；其陳述有利之事實者，應命其指出證明之方法。」

4. 隔別訊問與對質：

被告有數人時，應分別訊問之，為避免其陳述內容受到不當之影響，未經訊問者，不得在場；且為發見真實之必要，得命被告與其他被告或證人對質，被告有對質之義務，學說上亦肯認此為被告之權利(本法第九十七條及第一八四條第二項)。

5. 不正訊問之禁止：

本法第九十八條明定，「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。」

6. 得使用通譯：

依本法第九十九條，「被告為聾或啞或語言不通者，得用通譯，並得以文字訊問或命以文字陳述。」

7. 訊問筆錄之特別規定：

除本法第四十一條對於訊問筆錄之一般規定外，第一百條明文「被告對於犯罪之自白及其他不利之陳述，並其所陳述有利之事實與指出證明之方法，應於筆錄內記載明確。」

8. 原則應全程連續錄音或錄影：

本法第一百條之一第一項規定，「訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。」

9. 司法警察(官)原則不得於夜間詢問：

本法第一百條之三第一項明文，「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：一、經受詢問人明示同意者。二、於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。三、經檢察官或法官許可者。四、有急迫之情形者。」

(二)訊問後之效力：

1. 被告經法官訊問後，如符合本法第一百零一條、第一百零一條之一所定之情形，得羈押之。

2. 本法第一百零一條之二亦明定，「被告經法官訊問後，雖有第一百零一條第一項或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無羈押之必要者，得逕命具保、責付或限制住居。其有第一百零一條各款所定情形之一者，非有不能具保、責付或限制住居之情形，不得羈押。」

3. 訊問被告後所得之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。即符合自白之任意性與真實性，本法第一五六條第一項始有肯認其證據能力。

4. 若違反告知義務與夜間禁止詢問之規定，本法第一五八條之二則規定，「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定。」

5. 其他法定程序之違反，依第一五八條之四之規定，「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。」

問題十一：何謂「證據能力」？何謂「證據證明力」？兩者之關係為何？

【擬答】

(一)證據能力之意義：

證據能力，即何種證據資料始有資格作為認定犯罪事實之基礎，刑事訴訟法第一五五條第二項設有通則性之規定，「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」，亦即，得以作為認定犯罪事實之依據者，以有證據能力之證據為限；無證據能力之證據，不得作為認定犯罪事實之依據。惟實務上向來認為吾國因採職權主義，對於證據能力殊少限制，凡得為證據之資料，均具有論理之證據能力。對此，晚近已有學者提出質疑，認職權主義與當事人主義之區別，非在於其對證據能力之限制，且刑事訴訟法雖無明文界定何謂證據能力，然藉由其他相關規定與證據法理亦可探求其內涵。

(二)證據證明力之意義：

有證據能力之證據，始有作為認定犯罪事實之資格，然此非謂法官應一律採信之，而係進入證據價值評價之階段，此即證據證明力之問題，本法就此明文採法官自由證據評價原則。觀諸第一五五條第一項之規定，「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」即以自由心證以評價證據證明力之高低。

(三)兩者之關係：

按具備證據能力之證據，始生判斷證據證明力之問題，此因證據能力係證據資料有無成為本案裁判基礎之證據資格之問題，判斷結果非有即無，並且通常委由法律直接規定；而證據證明力則指證據資料對於法官形成心證是否有作用，即法官是否採信該證據資料之證據價值之問題，判斷結果可高可低。因此，證據能力乃證據證明力之前提，若無證據能力之證據，法官根本不得採為裁判基礎，亦無庸評價其證據價值。

問題十二：何謂「證據能力」？何種證據始可認其具有證據能力？我國刑事訴訟法是否有關於證據能力之規定？

【擬答】

(一)證據能力之意義：

證據能力，即何種證據資料始有資格作為認定犯罪事實之基礎，刑事訴訟法第一五五條第二項設有

通則性之規定，「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」，亦即，得以作為認定犯罪事實之依據者，以有證據能力之證據為限；無證據能力之證據，不得作為認定犯罪事實之依據。惟實務上向來認為吾國因採職權主義，對於證據能力殊少限制，凡得為證據之資料，均具有論理之證據能力。對此，晚近已有學者提出質疑，認職權主義與當事人主義之區別，非在於其對證據能力之限制，且刑事訴訟法雖無明文界定何謂證據能力，然藉由其他相關規定與證據法理亦可探求其內涵。

## (二)何種證據具有證據能力：

學說認證據能力有消極條件與積極條件兩項基本限制，茲析述於下：

### 1. 證據能力之消極要件：

消極條件，係指證據使用之禁止，即證據排除之規定，例如本法第一五六條第一項規定，「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」。此外，國家機關取得證據之過程中違反程序性之規定，是否必然導致證據使用之禁止，素有爭論，為杜爭議，本法新增第一五八條之二，「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定。」以明確界定證據使用禁止之範圍。

### 2. 證據能力之積極要件：

未經本法禁止使用之證據，必須同時具備積極條件，始能終局地取得證據能力。亦即，證據必須經過嚴格證明之調查程序後，始能取得證據能力，得以之作為認定犯罪事實之基礎。所謂嚴格證明法則，係指犯罪事實之證明與調查，必須使用法定之證據方法，並且遵守法定之調查程序。倘法院將未踐行嚴格證明之證據資料，採為本案裁判之基礎，不惟有礙實體真實之發現，抑且損及法治程序對被告防禦權利之保障。此種違法，即屬本法第一五五條第二項之「未經合法調查」，而構成第三七九條第十款之「應於審判期日調查之證據而未予調查者」，乃絕對上訴第三審之事由，即便判決確定後，亦得提起非常上訴。

## (三)我國刑事訴訟法關於證據能力之規定：

### 1. 違反傳聞法則之證據，原則上無證據能力：

「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。」此觀本法第一五九條之規定自明。按我國刑事訴訟法之修正方向，係採改良式之當事人進行主義，使法院職權調查證據僅居於補充性質，有鑑於此，立法遂酌予採納英美法系之傳聞法則，用以保障被告之反對詰問權，期能兼顧發見真實與保障人權。

### 2. 違反任意性法則之證據，無證據能力：

本法第一五六條第一項規定，「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。」是故，被告欠缺任意性之自白，無證據能力。而基於尊重個人意思決定與意思活動之自主性，證人非任意性之證言，自可類推適用此項規定。

### 3. 違反合法性原則之證據，無證據能力：

未具備法定方式或要件之證據，無證據能力，如本法新增條文第一五八條之三即規定，「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。」按證人、鑑定人依法應使其具結，以擔保其供述之真實性，若違背此程序性規定，自難謂為合法之證據資料。

### 4. 違反意見法則之證據，無證據能力：

本法第一六〇條規定：「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。」最高法院八十八年台上第二一九六號判決要旨謂，「證人之證言，依內容可分為體驗之供述與意見之供述，前者係就親身體驗之客觀事實所為之供述，原則上具有證據能力；後者則供述其個人判斷某事項之意見，因一般證人對該事項未必具備專門知識經驗，與鑑定人或鑑定證人係本其專業而提供判斷意見之情形有別，其意見之判斷，自不免生個人主觀偏見與錯誤臆測之危險，刑事訴訟法乃於第一百六十條明定其不得作為證據，此即學理上所稱之意見法則。但證人於供證時，常就其體驗事實與個人判斷意見參雜不分，一併供述，事實審法院自應將其中無證據能力之屬於證人個人意見部分予以排除，僅得就證人體驗之供述，為證據價值之判斷。」故證人之個人意見或推測之詞，非以實際經驗為基礎者，自無證據能力。

### 5. 違背法定程序蒐集、調查而得之證據，其證據能力之有無，審酌人權保障及公共利益之均衡維護：

本法新增條文第一五八條之四規定，「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。」而如何求取人權保障與公共利益之平衡，此次修法立法理由中提及，法官於個案權衡時，允宜斟酌(1)違背法定程序之情節、(2)違背法定程序時之主觀意圖、(3)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重、(4)犯罪所生之危險或實害、(5)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果、(6)偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性及(7)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。

## 問題十三：罪疑唯輕原則何謂罪疑唯輕原則？

### 【擬答】

#### (一)罪疑唯輕原則之意義：

罪疑唯輕原則係出自拉丁文，直譯為有疑唯利被告原則。亦即，關於實體犯罪事實之認定，若法院已窮盡證據方法，而仍存在無法排除之疑問時，應為對被告有利之認定；反言之，法院若為不利於被

告之犯罪事實之認定，必須以經過證明並獲得確信者為前提，此即罪疑唯輕原則之概念內涵。

(二)罪疑唯輕原則之法理根據：

罪疑唯輕原則係屬法治國刑事訴訟程序下，支配刑事裁判過程之基礎原則，可由實體法與程序法之不同面向理解—

1. 就實體法而言：

此一原則補充了實體法之罪責原則，根據罪責原則，有罪始有責，法官必須先確認被告之犯罪事實，方能據此適用法律為有罪判決，進而科處被告刑罰；若適用實體法之事實基礎存有疑問，而法官仍據以為有罪之判決，該項判決即屬違背實體法則。

2. 就程序法而言：

此一原則亦補充訴訟法上證據評價之原則，亦即，當法官自由評價證據的證明力之後，若最後仍未能獲致對於有罪判決所需之確信程度，此時，自由心證已窮，而罪疑唯輕原則係要求法官於未能形成確信時，應為有利於被告之判決。

問題十四：設甲涉嫌貪瀆，羈押於看守所中，並於一九九八年五月一日至五月十日陸續在調查局接受偵訊。前三日甲堅決否認，第四日起甲次第自白；隨後，調查局將卷證移送檢察署，於檢察官乙偵訊時，甲續為內容相同之自白。本案經乙提起公訴，審理中甲之辯護人抗辯，甲於調查局中受調查員刑求，故為自白；於檢察官偵訊中，甲擔心被調查員借提出去繼續刑求，故續為內容相同的自白。設本案審理中，法官依全程錄影帶及驗傷報告認定，甲第四日早晨自白非常可能遭受刑求，但其他日則無刑求跡象，問法官可否僅排除第四日之自白而採信其他日之自白？可否採用甲在檢察官偵查中所為之自白？

【擬答】

(一)本案例中，甲在調查局及地檢署中所為之自白，皆因欠缺任意性無證據能力，依本法第九十八條及第一五六條第一項規定，法官不得將之採為有罪裁判之基礎。就甲所為前階(調查局)之自白言，因調查員在第四日偵訊時使用刑求之不正方法，在偵訊主體未明顯更易的情形下，第四日後之自白與刑求之間顯然具有因果關係，因而，前階之自白全部不具任意性。

(二)就甲所為後階(地檢署)之自白言，檢察官本身雖未使用不正訊問方法，但前階自白之非任意性是否繼續作用，污染後階之自白？此即非任意性自白之「繼續效力」問題。學者認為，此時仍應回歸第一五六條第一項，判斷第二階段之自白是否具有任意性，當先前不正方法與後來自白之間具因果關係時，才應排除其證據能力。在案例所示情形，因為在使用刑求手段取得前階自白之情形，通常被刑求人所受的心理脅迫繼續作用，尤其是偵查階段採行不公開原則，並且，被刑求人隨時可能被從看守所借提至刑求者的實力支配之下，因而，檢察官本身雖未使用不正方法，但是因前階自白使用刑求手段所致的非任意性之情狀，仍然或不能排除其繼續作用至後階自白，兩者具因果關係，故不得採為裁判基礎

問題十五：檢察官起訴甲涉嫌重傷乙。審判期日，目擊證人丙雖無不能到庭作證之情事，惟法院於調查證據程序僅提示並朗讀丙於警訊階段的陳述筆錄，並命甲辯論，但未再傳喚丙作證。法院隨即引為認定犯罪事實之基礎，判處甲重傷罪名。問本案踐行之程序是否合法？有無救濟途徑？

【擬答】

(一)本案涉及犯罪事實之嚴格證明及其與直接審理原則之關聯，質言之，本案踐行之審判程序是否合法，關鍵在於經過審判期日之朗讀程序後，證人丙之警訊筆錄是否因而取得證據能力。

(二)直接審理乃要求訴訟結果「出於審理庭」的原則，包括形式的直接性與實質的直接性兩項內涵，茲分析於下：

1. 基於形式直接性的要求，法院必須親自踐行審理程序，尤其是其中的調查證據程序，不能委由其他人來踐行，以便獲得對於本案待證事實的直接印象。

2. 實質的直接性，則係要求法院必須盡量運用最為接近事實的證據方法，也就是使用原始的而非派生的證據方法，因此又稱為證據替代品之禁止，例如，誹謗他人名譽的錄音帶，法院應該當庭勘驗其內容(原始的證據方法)，而非朗讀其節譯文(派生的證據方法)。

3. 由此可知，縱使是法定的證據方法，法官選擇何種證據方法來證明待證事實，亦受嚴格之限制，其在人證與書證關係的具體展現，便是禁止以朗讀偵查中所為的訊(詢)問筆錄的方式來替代審判庭上對證人的直接訊問。本法第一百五十九條規定：「證人於審判外之陳述，除法律有規定外，不得作為證據」。此乃直接審理原則的明文依據及當然結果，並且兼有發現實體真實與保障被告詰問權利(刑事訴訟法第一六六條)的功能。

(三)證據必須經過「審判期日合法的調查證據程序」之後，才能採為裁判的基礎。法院於審判期日所踐行的調查證據如果違反嚴格證明法則及直接審理原則，即是未經合法調查(本法第一五四條、第一五五條第二項及第一五九條)，屬於「依法應於審判期日調查之證據而未予調查者」之判決當然違背法令(本法第三七九條第十款)，判決確定後亦得提起非常上訴救濟之(本法第四四一條、第四四七條)。

(四)就本案的審判程序而言，既然待證之本案犯罪事實(甲重傷乙)以證人丙的證言為證據方法，根據上述嚴格證明法則及直接審理原則之要求(本法第一五五條第二項、第一五九條)，法院必須在審判庭上踐行訊問證人丙的程序，證人必須親自出庭接受法院的訊問或檢辯的詰問；法院不能以朗讀先前(偵查中)訊問筆錄的證據方法替代之，縱使朗讀，其筆錄所記載的內容也不得作為裁判基礎，即無證據能力可言。本案證人丙雖無不能到庭之情事，但法院並未傳丙到庭作證，其所踐行之證據調查程序並不合法，屬於應於審判期日調查之證據未予調查之判決當然違背法令，判決確定前，得以上訴救濟，縱使判決確定後，亦得提起非常上訴救濟之。

問題十六：甲因涉嫌犯連續竊盜罪而被羈押於看守所中，甲自始否認有該等犯行。設承辦警員乙為求

破案，借提甲到警局後，先予毆打，再予灌水。甲不堪凌虐，因而自白，警員乙遂依該自白按圖索驥，在北縣某山區荒郊起出贓物一批，經鑑定後發現贓物上殘留之指紋與甲相符，檢察官隨後將該案提起公诉。設本案審理中，法官經自白證明後大致相信有刑求情事，問該自白與贓物可否作為有罪裁判之依據？

【擬答】

- (一)題示，本案涉及兩個層次的證據應否使用的問題。就第一層次的證據，即自白證據之使用禁止而言，由於被告中之自白係出於警員乙之毆打與灌水的非法方法，因此，依照本法第一五六條第一項，並無證據能力，法院不得將之採為裁判的基礎。
- (二)就第二層次的證據，即贓物證據而言，由於此乃因違法手段取得原始證據(本案之自白)後，依該原始證據再以合法手段而間接取得之衍生證據，屬於證據使用禁止之放射效力，即毒樹果實之問題。關於放射效力之一般理論，雖然有肯定說、否定說與區分說之別，但單就本題之非任意性的放射效力而言，學者認為基於本法第一五六條的杜絕違法刑求與維護人性尊嚴的規範目的，並且衡諸不正取供的主觀客觀違法情節以及對於被告相對不利的證據情勢，認為非任意性自白應有放射效力，但原則上應將其射程距離限制在第一次的衍生證據。據此，法院基於證據使用禁止的放射效力，不得將本案贓物採為裁判的基礎。

問題十七：甲男涉強姦乙童，偵查中甲曾在警局自白，惟審判中甲矢口否認，並抗辯自白係因承辦警員丙刑求所致。法官調查後發現，丙員確有刑求情事，但甲自白在先，甲先鉅細靡遺描述如何強姦乙童，丙員越聽越火，怒罵甲畜生不如後才動手毆打甲。問法官得否將該自白採為裁判之基礎？又，設若法官調查後，無法確定刑求與自白之先後關係時，情形有無不同？

【擬答】

- (一)為確保刑事被告及犯罪嫌疑人陳述與否之「意思決定及意思活動自由」，即學說上通稱之「任意性」，刑事訴訟法第九十八條規定不正訊問方法之禁止，並於第一百五十六條第一項明定違犯的法律效果，「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據」，此乃我國現行法上關於「證據使用禁止」的唯一規定，就非任意性自白無證據能力之結論言，並無疑義。
- (二)本條項明定，「被告之自白，非出於…不正方法…，得為證據」。從文義分析，所謂的「非出於」，已經預設不正方法與自白之間的因果關係。準此以觀，偵查機關縱使曾經使用不正方法，但被告之自白並非肇因於不正方法時，不在本條排除之列。此項見解，也與法規的規範意旨相符，因為本條項所欲防範者，乃國家以侵害被告意思決定及活動自由之方式，取得不利被告之自白，因而，當先前之不正方法與後來之自白無因果關係時，除非另有不法情事，否則，該自白即為「出於任意性」之自白，因此，法院不得以「非出於任意性」為由排除其證據能力。
- (三)案例前段所示情形，被告先行自白，丙員乃因聽其自白內容憤而動手，刑求與自白之間顯然欠缺因果關係，或者更精確地說，先前自白才是因，後來刑求僅為果，因果顛倒。雖然警員之刑求行為違法，甚至於可能該當刑法的瀆職傷害罪(參照刑法第二七七條、第一三四條)，但並不因而影響先前自白之任意性，所以自白也不「因而」無證據能力。
- (四)案例後段所示情形，由於無法確知自白與刑求之先後關係，亦無法判定兩者之間是否有因果關係，據前文之分析，懷疑有因果關係但無法證明時之不利利益，不能歸由被告負擔，因此，該自白之法律效果與非任意性自白相同，無證據能力，法官不得將之採為有罪裁判之依據。

問題十八：刑法第二三九條通姦罪，配偶縱容者不得告訴，如甲女縱容其夫與人通姦，嗣後向夫表示撤回縱容，禁止其夫繼續與人通姦，能否回復其告訴權，試論之。

【擬答】

- (一)依刑事訴訟法第二三四條第二項之規定，「刑法第二百三十九條之妨害婚姻及家庭罪，非配偶不得告訴。」故配偶為刑法第二三九條通姦罪之專屬告訴權人。惟刑法第二四五條第二項亦規定，「第二百三十九條之罪，配偶縱容或宥忍者，不得告訴。」爰此，配偶如事前縱容或事後宥忍者其配偶與人通姦者，即喪失其告訴權。
- (二)題示，甲女事前縱容其夫與人通姦，能否因嗣後撤回縱容而回復其告訴權，關鍵在於縱容之效力係永久性抑或一時性地喪失其告訴權，茲將實務與學說之不同見解整理於下：
1. 實務認縱容並不限定對於特定之通姦事件為之，故一經縱容即概括地、永久地喪失其告訴權。院字一六〇五號解釋即認「縱容配偶與人通姦，告訴權即已喪失，不能因嗣後翻悔而回復。又所謂縱容，但有容許配偶與人通姦之行為即足，至其相姦之人，原不必經其允許」，依此，實務因認配偶之縱容係針對通姦之行為，而不限定特定人，故一經縱容自將永久喪失其告訴權。如根據院字一六〇五號解釋，本題甲女縱容其夫與人通姦，已永久喪失告訴權，不因嗣後表示撤回而回復。
  2. 學說則認縱容僅生一時性之效果，係對於特定事件為之，故應就犯罪時配偶對之有無縱容之情形為準，縱於犯通姦罪之前曾得配偶之縱容，如嗣後明白表示撤回縱容者，對其後之通姦行為應回復其告訴權，以維繫婚姻之完整。如採學說之見解，甲女嗣後撤回縱容，禁止其夫繼續與人通姦，自可回復其告訴權。
- (三)綜上，學說與實務見解均各有所本，惟刑法第二三九條之通姦罪，係為保護婚姻與家庭之安全而設，自不容配偶之一方或第三人加以破壞；況吾國法制既採一夫一妻之婚姻制度，則夫妻雙方應互負貞操之義務而共同維持婚姻生活之圓滿。刑法第二四五條第二項之設，應係為維持婚姻之和諧或特殊情形之例外規定，如解為永久且概括之縱容，反有害於婚姻之本質，故應以學說所見較符合法律解釋之一致與社會現狀。依此，本題甲女雖縱容其夫與人通姦，然嗣後撤回仍可回復其告訴權，依本法第二三四條第二項為專屬告訴權人，得為告訴。

問題十九：告訴是否可以加以限制或附條件及其效力如何？試分別說明之。

【擬答】

刑事訴訟法稱告訴者，謂犯罪被害人或其他告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實，並為請求追訴之意思表示。依同法第二二八條第一項之規定「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」據此，告訴為發動偵查之原因之一。若以告訴是否為訴訟要件，得將犯罪分為告訴乃論之罪與非告訴乃論之罪，而就告訴乃論之罪言，告訴不僅為發動偵查之原因，且為訴訟要件，欠缺即無法進行追訴、處罰。基於告訴權之行使攸關國家刑罰權之發動，故就附限制之告訴與附條件之告訴應否准許及其效力之問題，析述於下：

(一)附限制之告訴：

告訴權人僅限定對於共犯中之一人或實質上、裁判上一罪之犯罪事實之一部為告訴者，其告訴仍屬有效，且其效力及於其他共犯，或犯罪事實之全部。如刑法第二百三十九條之通姦罪，通姦者之配偶，對於通姦者之告訴，其效力固及於相姦者；若僅限定對於相姦者為告訴，其效力是否及於配偶之問題，實例認為仍有第二百三十九條前段之適用。是以，應認其所附加之限制無效，告訴本身仍為有效。

(二)附條件之告訴：

如其所附之條件，對告訴之意思有決定性之影響，亦即與告訴不可分離時，不問所附者為停止條件，抑或解除條件，因其告訴之意思並不確定，亦即其請求國家追訴之意思表示不明確，有違訴訟行為重視明確性之要求，則不能認為有告訴之效力。

問題二十：說明公訴不可分原則之內容，並舉例說明之

【擬答】

(一)基於不告不理之控訴原則，法院審判之範圍必須與檢察官起訴之範圍一致，否則即屬不告而理或告而不理之違法，因此，公訴效力所及之犯罪事實的範圍，也就是法院所能及所應審判之犯罪事實的範圍，據此，法院不得就未經起訴之犯罪審判，此觀刑事訴訟法第二六八條自明。

(二)故提起公訴之效力及於檢察官起訴所指之同一犯罪事實。據此，設若審判程序中發現超出起訴之犯罪事實同一性的其他犯罪事實，法院基於不告不理，非經另行起訴，不得就未經起訴之其他犯罪事實加以審判，否則即屬未經請求(起訴)之事項予以判決之當然違背法令(本法第三七九條第十二款後)，亦即訴外裁判；縱使該其他犯罪事實與起訴犯罪事實有相牽連之關係，亦無不同，仍須先經檢察官追加起訴之後(本法第七條、第二六五條)，該其他犯罪事實始在公訴之效力範圍，法院始得加以審判。

(三)反之，起訴犯罪事實同一性之內，即屬公訴效力所及範圍，法院能夠並且應該審判全部之犯罪事實，縱使檢察官僅就其中一部犯罪事實起訴者，亦無不同。據此，本法規定：「檢察官就犯罪事實之一部起訴者，其效力及於全部。」(第二六七條)，此即一般所稱之公訴不可分，其範圍等同於審判不可分，簡之，具備同一性之犯罪事實，審判上無從分割，因此賦予其不可分效果。

(四)由此可知，公訴不可分之效力範圍，取決於犯罪事實同一性之概念。由於本法第二六七條以及其他規定，皆未就此概念予以立法定義，因此，屬於法律解釋之問題。我國傳統之實務與通說認為，實質上、裁判上一罪皆屬訴訟法上之犯罪事實同一性概念，如此見解顯然過度擴張公訴不可分之範圍，但是又因加上「有罪與有罪之間始生不可分」的限制，而有罪與否須以法院審理結果為斷。

題庫一：刑事訴訟法規定，有管轄權之法院因法律或事實不能行使審判權而為移轉管轄之事由為何？試列述之。

刑事訴訟法第十條第一項第一款之規定：

- (1)所謂因法律不能行使審判權者，乃指因法律之規定，致不能行使審判權。如刑事訴訟法第十七條之規定，法院內之法官應予迴避，而致無法審理或不足合議庭之人數，即屬之。
- (2)所謂事實不能行使審判權者，乃指因事實上遭遇困難，而不能行使審判權，如天災、地變、交通斷絕，或法官疾病死亡，而無人代理繼任等情形。

題庫二：何謂「實施刑事訴訟法之公務員」？何謂刑事訴訟之「當事人」？試分別說明其定義與類別。

(1)實施刑事訴訟程序之公務員：

指參與確定及執行國家對被告刑罰權有無之一切程序之公務員而言。包括偵查中之檢察官、司法警察(官)，與審判中之法官在內。至於被告之辯護人(尤其在強制辯護案件)，雖學理上頗有爭議；惟

為保障被告權利，仍以否定態度較為妥當。

(2) 當事人：

於刑事審判(狹義刑事訴訟)中，直接參與攻擊防禦之人。在公訴案件中之檢察官及被告；自訴案件中之自訴人及被告均屬之。惟於自訴案件中，檢察官雖可協助自訴或擔當自訴，仍非當事人。

題庫三：試述法院得以裁定停止審判程序之情形。

法院得以裁定停止審判程序之情形如下：

- (1) 被告心神喪失或因疾病不能到庭者。
  - (2) 犯罪是否成立以他罪為斷，而他罪已經起訴者。
  - (3) 被告犯他罪已經起訴應受重刑之判決，法院認為本罪科刑於應執行之刑無重大關係者。
  - (4) 犯罪是否成立或刑罪應否免除，以民事法律關係為斷，而民事已經起訴者。
- 後三項得於裁判確定前停止審判程序。

題庫四：甲和乙兩人均有告訴權，僅甲提出告訴，經檢察官不起訴處分後，乙能否申請再議？

我國刑事訴訟法(以下簡稱本法)第二五六條第一項賦予告訴人申請再議之權，於接受不起訴或緩起訴處分書後，得於七日內以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察長或檢察總長提出。

(1) 再議聲請權人

依最高法院31年上字第981號判例，得聲請再議之人，以告訴人為限，不得聲請再議之人所為再議之聲請，為不合法。此處使用的用語，與本法第256條第1項所稱的告訴權人不同，故本法第256條第1項告訴人，乃指實行告訴的告訴人，而不論其是否有告訴權。

(2) 故本題中，實行告訴人為甲，乙並未為告訴。故僅甲得聲請再議，乙之再議，為不合法。

題庫五：逮捕與拘提有何不同？

逮捕與拘提，均為對人的強制處分，均為於一定時期之內拘束被告的自由的強制處分，目的在於保全被告，或在於蒐集、保全證據，以利刑事訴訟的進行。其區別如下：

(1) 形式要件不同：

拘提須具備令狀(拘票)；逮捕為不要式處分。

(2) 執行理由不同：

拘提，於被告經傳喚無正當理由不到場，或是被告犯罪嫌疑重大，有刑事訴訟法規(以下稱本法)第76條或第88條之1的情形，得為之；逮捕，包括通緝犯與現行犯的逮捕。

(3) 執行主體不同：

拘提，檢察官、司法警察(官)均得為之；逮捕，若係對現行犯，則任何人均得為之；若為通緝犯的逮捕，檢察官、司法警察官或利害關係人均可為之。

(4) 執行對象不同：

拘提，得對被告或證人為之；逮捕，僅限現行犯或通緝犯。

題庫六：審判機關所為的意思表示，可分為裁定與判決兩種，試說明其區別何在？

(一) 機關：前者：審判機關所為的意思表示，可分為裁定與判決兩種，包括法院、審判長、受命法官、受託法官，後者限法院。

(二) 對象：前者以程序事項為主，後者以實體事為主。

(3) 審理方式：前者除當庭聲明外不經言詞陳述，後者原則須經言詞辯論。

(4) 依據：前者不限，後者須有明文規定。

(5) 理由：前者限得抗告或駁回聲明者始須為之，後者應敘明理由。

(6) 適用：前者多為中間裁定，後者限終局裁判。

(7) 撤銷：前者經抗靠後原審得自行撤銷更正，後者上訴後原審不得自行撤銷。

(8) 宣示：前者限當庭為之者方須宣示，後者原則須宣示。

(9) 救濟方式：前者為抗靠，後者為上訴。

(10) 聲明不服法定期間：前者為裁定送達後五日內，後者判決送達後十日內。

題庫七：被告雖有羈押原因，但因無羈押必要，經法院命具保後，問嗣後於何種情形下得再執行羈押？

依據刑事訴訟法第117條之1第1項後段，法院認為無羈押必要，依據刑事訴訟法第101條之2命具保後，若欲再行羈押，準用刑事訴訟法第117條第1項，停止羈押後再行羈押的規定，而此條文所規定的再執行羈押情形包括：

(1) 經合法傳喚無正當理由不到場者。

(2) 受住居之限制而違背者。

(3) 本案新發生第101條第1項，第101條之1第1項各款所定情形之一者，即新發生羈押理由或預防羈押的理由者。

(4) 違背法院被告所應遵守之事項者。

(5) 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，被告因第114條第3款，即現罹疾病，非保外治療顯難痊癒者之情形，而停止羈押後，其停止羈押之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。

題庫八：請依現行刑事訴訟法的規定，說明「搜索」、「搜索票」、「拘提」、「拘提票」和「扣押」五者間之關係。

依據此五者之間關係，分述如下：

- (1) 按刑事訴訟法第128條第1項規定：「搜索，應用搜索票。」、同條第2項：「搜索票，應記載下列事項：……二、…應扣押之物」和第136條、第137條可知，原則上，搜索及扣押，應使用搜索票，故搜索票是達成搜索、扣押目的之手段。
- (2) 從同法第77條第1項的規定：「拘提被告，應用拘票。」可知，拘票亦是為達成拘提目的之手段。
- (3) 搜索，得作為發現並保全證據的手段，或是發現並保全被告的手段，因此，搜索分別是拘提、扣押的方法，而拘提、扣押各別是搜索的目的。
- (4) 因此，搜索票—搜索、扣押，拘票—拘提，搜索—拘提，以及搜索—扣押，都具有手段—目的的關係。

題庫九：非常上訴制度之立法目的為何？試說明之。

問於非常上訴之目的，學說上有三種見解：

- (1) 統一法令解釋說：認為非常上訴之目的，在統一法令之見解，使各法院間對法令之見解能趨於一致。故確定判決不問有利或不利被告，如發見其違背法令，均應提起非常上訴。
- (2) 保護被告利益說：認為非常上訴之目的，在保護被告之利益，係為救濟不利於被告之違法判決之方法。故違背法令之判決必須對於被告不利者，方得提起非常上訴。
- (3) 折衷說：認為非常上訴之目的，除在統一法令之解釋外，亦在保護被告之利益，故非常上訴判決之不利利益，並不及於被告。

吾國採折衷說，即非常上訴，以統一法令之解釋為主旨。惟原判決違背法令且不利於被告者，則非常上訴判決之效力及於被告；如非為不利於被告之判決者，則其效力並不及被告。

題庫十：刑事訴訟之再審與非常上訴，有何不同，試說明之。

再審係對於確定判決認定事實有錯誤而設之非常救濟管道；非常上訴係糾正原確定判決裁判違背法令而設之非常救濟管道。兩者皆為對於判決或裁定不服的救濟管道，惟制度對象不同，差異點甚多，茲就主要不同點分述如下：

- (1) 主體不同：  
再審：聲請再審，只要有聲請權人皆可提起。  
非常上訴：僅限於最高法院檢察總長始得為之。
- (2) 對象不同：  
再審：以原確定判決為對象。  
非常上訴：除原確定判決之外，凡實體事項之裁定確定後，視同判決，皆得非常上訴。
- (3) 目的不同：  
再審：以原確定判決認定事實錯誤為目的。  
非常上訴：以原確定判決違背法令為目的。
- (4) 原因不同：  
再審：採列舉規定。  
非常上訴：採概括規定。
- (5) 管轄法院不同：  
再審：原則上為原判決之原審法院，例外專由二審法院管轄。  
非常上訴：不論在何審裁判確定，皆由最高法院管轄。
- (6) 是否經言詞辯論程序不同：  
再審：開始再審裁定後，法院根據其審級通常程序更為審判，須經言詞辯論。  
非常上訴：非常上訴以書面審查為原則，不須經言詞辯論。
- (7) 原判決是否存在不同：  
再審：再審判決後，原判決已經不再存在。  
非常上訴：僅將違背法令部分撤銷，無現實效力，所以原判決仍然存在。
- (8) 期間有無限制不同：  
再審：原則上無時間限制，例外在為判決人之不利益聲請再審時則有限制。  
非常上訴：無期間限制。

題庫十一：在何種情況之下，檢察官得為被告之利益提起上訴？

刑事訴訟法第344條規定：「檢察官為被告之利益，亦得上訴」，而檢察官在公訴案件，是為原告，在自訴案件並非當事人，其得為被告之利益提起上訴，係因其伴演公益的角色，應於被告有利及不利之情形，一律注意。而刑事訴訟法對檢察官得為被告利益上訴之情形並未作限制，自檢察官無論如何皆得為被告之利益上訴。

題庫十二：司法警察官甲持拘票前往被告乙之家中進行拘提時，發現另案應扣押之物，甲除拘提乙之外，對另案應扣押之物亦予以扣押。問甲之所為是否合法？

- (1) 實施另案扣押的要件：  
依據刑事訴訟法第152條，實施搜索或扣押時，發現另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官，所以另案扣押之要件為，實際合法搜索或扣押時，發現另案應扣押物，惟為防止無令狀搜索扣押，成為概括授權，故法條雖無明文，仍須附加以下要件，即就拘提而言，目的在人，而非證物，故另案扣押必須是在達成拘提完成前所發現，且事出緊及，而不及聲請搜索票為限，始得為另案扣押。
- (2) 甲行為的合法性：

甲目的在拘提乙，而非證物的取得，既如此，則為拘提被告所為的入屋搜索，於逮捕後，僅能基於執法人員之安全或者有為保全證據的急迫考量，而對於被告身體及身體可立即觸碰之處為搜索，而不得任意擴大範圍，復對被告所在之處所為進一步搜索，若基於此立法目的，以及人權考量，既已拘提被告，目的已達，自不得再為進一步搜索，不管是本案或另案應扣押之物，基於此，甲所為的另案扣押物，若非在拘提被告前所發現，自無證據能力。

題庫十三：何謂集中審理主義？試從刑事審理程序觀點說明之。

審理集中主義，乃指對一個案件已一次審理完畢，即使對需兩日以上審理日之複雜案件，亦以每日連續審理以至審理完畢為止，期間除例假日外，並無日數之間隔。

在民國91年修法前，我國刑事訴訟法由於採行職權進行主義之故，在審判期日前蒐集之訴求資料，亦得為證據，且準備程序，可以訊問被告及自行調查證據，且因偵查係採糾問方式，事前未給被告充分準備之機會，為使被告在審判中有充分準備之機會，故採審理間隔主義。然而，隨著修正刑事訴訟法第161條、第163條，標榜改良式當事人進行主義，於是審判期日之調查證據成為新法庭活動重心，以當事人聲請證據調查為主導，法院依職權調查為補充，故以強調審理集中化，以形成正確、有效的心證。

題庫十四：刑事訴訟法規定，有管轄權之法院因法律或事實不能行使審判權而為移轉管轄之事由為何？試列述之。

- (1) 移轉管轄意義：有管轄權之法院因某種原因，對該案件不能行使審判權，或不便行使者，由直接上級法院以裁定將該案件移轉於其管轄區域內與原法院同級之他法院。直接上級法院不能行使審判權時，前項裁定，由再上級法院決定之謂。
- (2) 移轉管轄事由：依據刑事訴訟法第10條第1項第1款規定，移轉管轄事由可區分為二，分別說明如下：
  1. 因法律不能行使審判權：所謂因法律不能行使審判權，係指因法律之規定，致不能行使審判權而言。例如因刑事訴訟法第17條法官應予以迴避，致法官無法審理或不足合議庭人數，無法行使審判權者，即應移轉管轄。
  2. 因事實不能行使審判權：所謂因事實不能行使審判權，係指因事實上遭遇困難或障礙，而不能行使審判權者而言。諸如：天災、地震、法官死亡無人代理繼任或其他事實不能之情形。

題庫十五：告訴與自訴有何不同？兩者間有何關係？試說明之。

法院若欲將被告的犯罪自白作為有罪判決的基礎，在訴訟程序上有何限制？請依據刑事訴訟法的規定說明之。

告訴與自訴之意義：告訴係指犯罪之被害人或其他告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實，

請求其追訴之行為。而自訴則為犯罪被害人或其法定代理人、直系血親或配偶，委任律師為代理人，逕向法院提起訴訟之行為。

兩者之不同：告訴（以下稱前者）與自訴（以下稱後者）有下列之不同：

提起程式之不同：

主體不同：前者為告訴權人（第二百三十二條至第二百三十五條）；後者為自訴權人（第三百十九條第一項）。

方式不同：前者得以言詞或書狀為之（第二百四十二條第一項），後者必須提出自訴狀（第三百二十條第一項）。

應否委任律師為代理人不同：前者之提起得委任代理人（第二百三十六條之一），但並非必須委任，且該代理人不以律師為限；後者之提起則必須委任代理人，且代理人以律師為限（第三百十九條第二項）。

對象不同：前者之提起應向檢察官或司法警察官為之（第二百四十二條第一項）；後者之提起應向管轄法院為之（第三百二十條第一項）。

法律效果之差異：

訴訟關係發生與否不同：前者不會發生訴訟關係，後者因而發生訴訟關係。

主觀效力範圍不同：前者依本法第二百三十九條本文規定，告訴乃論之罪對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯，故有主觀不可分原則之適用；後者由於本質上乃起訴之一種，故本法第三百四十三條準用公訴第二百六十六條主觀可分之規定，自訴效力不及於自訴人所指被告以外之人，同樣地對被告之一人撤回自訴者亦不及於其他被告。

兩者間之關係：

告訴提起後，對自訴之影響：按依本法第三百二十三條第一項規定，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。故同一案件經提起告訴後，若檢察官尚未開始偵查者，則仍得提起自訴；若檢察官已經開始偵查者，非告訴乃論之罪便不得再行自訴，惟告訴乃論之罪之直接被害人仍得於偵查終結前提起自訴。

自訴提起後，對告訴之影響：按依本法第三百二十四條規定，同一案件經提起自訴者，不得再行告訴或請求。故案件經提起自訴後，告訴權人便不得再行告訴，否則將屬不得告訴而告訴，檢察官應依本法第二百五十五條第一項規定之其他法定理由為不起訴處分。

題庫十六：何謂「證據能力」？何謂「證明力」？請各舉一個與供述證據、非供述證據有關的例子，說明兩者的不同？

證據能力與證據證明力之意義：

證據能力：按刑事訴訟法（以下稱本法）第一百五十四條第二項前段謂，犯罪事實應依證據認定之。此即證據裁判原則。申言之，如何之證據才有資格作為認定犯罪事實的基礎，即涉及證據資格的問題，也就是證據能力。在消極要件方面，係指未具有本法所定證據排除之情事，例如第一百五十六條第一項、第一百五十八條之二等；積極要件方面，則指證據之調查必須合乎本法要求之直接審理、言詞審理、公開審理等原則，同時亦須符合各個證據方法之調查程序規定（亦即第一百六十四條以下有關物證、書證、人證各自之調查程序規定）。

證據證明力：證據對於待證事實的認定，具有何等之實質價值，稱為證據證明力。在我國刑事訴訟上，證據只要有證據能力，經過合法調查，即可供為判斷犯罪的依據，其乃「有」「無」之問題。然證據之證明力，則為「高」「低」之問題。依本法第一百五十五條第一項規定，證據之證明力，由法院本於確信自由判斷，但不得違背經驗法則與論理法則。亦即對於證據證明力之高低，本法原則上委由法院依自由心證而為判斷，惟仍有若干限制法官自由心證之規定。例如第四十七條規定，審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，不容法官以其他證據加以認定；第一百五十六條第二項則規定，被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，法院仍應調查其他必要之證據，以查其是否與事實相符，均為適例。

透過前述整理，可知證據能力與證據證明力有先後順序關係：亦即，作為認定犯罪事實的證據，必須要先具備證據能力，其次才得由法官運用自由心證，決定該證據對於待證事實之證明力高低。

以供述證據、非供述證據為例說明兩者之不同：

以供述證據為例：所謂供述證據，即以人之供述為內容之證據，例如被告之自白、證人之陳述均屬之。以被告自白為例，自白之證據能力即指該自白得否作為判斷被告有罪之證據，若被告之自白係出於強暴、脅迫等不正方法所取得，則依第一百五十六條第一項之反面解釋，該自白不得作為證據，即無「證據能力」，反之則具有「證據能力」。而自白之證明力，則指自白得將待證事實證明到如何之程度，或是得否當作唯一證據。例如第一百五十六條第二項即謂，被告之自白不得作為有罪判決之唯一證據，即表示自白並無百分之百之「證明力」。

以非供述證據為例：所謂非供述證據，指非以人之供述為內容之證據，例如經由搜索、扣押取得之兇刀、槍枝等相關證物屬之。該等證物之證據能力，即指該等證據得否作為法院判斷之基礎，如該等證據係經由非法搜索取得者，則依本法第一百五十八條之四規定，法院得審酌人權保障及公共利益之均衡維護後，認定其不得作為證據，亦即無「證據能力」。而其證據證明力，則指若該等證據係合法搜索取得，經認定具有證據能力之後，其究竟得將待證事實證明到如何之程度而言。其證明程度之高低，由法官依自由心證而為認定，已如前述。

題庫十七：何謂檢察一體原則？請簡要說明其內涵、目的、可能的流弊與解決之道。

檢察一體原則之意義：所謂檢察一體，亦即全國檢察官基於有機之組織，一體的活動。

申言之，即將全國檢察官集成一個整體，成為一條陣線，共同代表國家追訴、打擊犯罪。

檢察一體原則之內涵：

基於檢察一體，上級檢察首長得對所屬檢察官行使下列權限：

指揮監督權：依法院組織法第六十三條第一項規定，檢察總長依本法及其他法律之規定，指揮監督該屬檢察官及高等法院以下各級法院及分院之檢察署檢察官。同條第二項規定，檢察長依本法及其他法律之規定，指揮監督該署檢察官及其所屬檢察

署檢察官。第三項則規定，檢察官應服從前二項指揮監督長官之命令。亦即「上得命」，而「下須從」。職務承繼權與職務移轉權：依法院組織法第六十四條前段規定，檢察（總）長得親自處理其所指揮監督之檢察官之事務是為職務承繼權；同條後段規定，檢察（總）長得將其所指揮監督之檢察官之事務移轉於其所指揮監督之其他檢察官，是為職務移轉權。

檢察一體原則之頂頭上司，為具有檢察官身分之檢察總長，並非不具檢察官身分之法務部長，此由前述法院組織法之規定可以得知。

惟檢察官服從檢察首長命令之界限，應以該命令係為合法為前提，若為不合法之命令，其所屬檢察官即無服從義務。例如命令對於未達起訴門檻之被告起訴、或對於具備起訴條件之被告以犯罪嫌疑不足為不起訴處分，由於其命令並非合法，其所屬檢察官自無服從義務。

檢察一體原則之目的：過去一般認為此原則之目的主要在於將全國檢察官集成一個整體，以期有效打擊刑事犯罪，然晚近已經傾向認為此原則之主要目的在於統一全國檢察官的追訴與裁量的基準，以避免因各地檢察官追訴裁量基準之不同，對於相同案情卻為不同處置，例如類似情節的兩起竊盜案，A地檢察官加以起訴，B地檢察官則職權不起訴等，有違法安定性與法平等性。

可能之流弊：檢察一體原則之建立，固可達有效打擊犯罪或是統一追訴、裁量基準之目的，然如欠缺相應之監督制衡機制，則上命下從與控訴原則之不告不理結合後，甚而可能開啟一體行政長驅直入獨立司法之大門。例如對於上級檢察首長要求所屬檢察官對於某具備起訴條件，犯罪嫌疑充足之被告為不起訴處分，告訴人再議後又被上級檢察首長駁回，加以法院不告不理，因而導致涉案被告因而逍遙法外之情況。

解決之道：對於上開流弊，應可藉由建立若干監督機制以謀改善，包括建立內部監督機制（例如設置檢察審查會對檢察官之處分進行監督）或外部監督機制（例如由法院或其他機關對檢察官之處分進行監督）等。本法於民國九十一年修法時增訂之聲請交付審判制度（第二百五十八條之一以下），即屬外部監督之一環。

題庫十八：法院若欲將被告的犯罪自白作為有罪判決的基礎，在訴訟程序上有限制？請依據刑事訴訟法之規定說明之。

不得以強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方法取得自白：依刑事訴訟法（以下稱本法）第一百五十六條第一項規定，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方法，且與事實相符者，得為證據。由此可知，被告之自白，須具有任意性及真實性者，才具有證據能力，方得以作為有罪判決之基礎。故訊問被告時，不得以前述之強暴、脅迫等不正方法為之（第九十八條），否則所取得之自白不得作為有罪判決之基礎。

不得違反第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項、第九十五條第二、三款等有關訊問被告之程序規定，否則其自白原則上不得作為證據：

依本法第一百五十八條之二第一項規定，違背第九十三條之一第二項所定之法定障礙事由經過時間內不得訊問之規定而為訊問者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。亦即違反上開規定所取得之被告自白，原則上不得作為證據，僅於例外才得作為證據。故訊問被告須注意不得於本法第九十三條之一第一項所定之法定障礙事由經過時間內為之，例如被告或犯罪嫌疑人身體健康突發之事由事實上不能訊問之時間、被告或犯罪嫌疑人等候辯護人之時間、或等候通譯之時間等，否則其自白原則上不得作為證據。

本法第一百五十八條之二第一項同時也規定，違背第一百條之三第一項所定之司法警察官或司法警察不得於夜間進行詢問之規定而為詢問，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，原則上不得作為證據，僅於但書所定之例外情況才得為證據。故司法警察官或司法警察除非有第一百條之三第一項但書所定之例外情況，否則不得於夜間詢問犯罪嫌疑人，若於夜間詢問犯罪嫌疑人者，其所取得之自白原則上不得作為證據。

本法第一百五十八條之二第二項規定，檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用同條第一項之規定。故檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人前，必須踐行第九十五條規定之告知義務，若未踐行第九十五條第二款之

緘默權告知義務或第三款之辯護權告知義務者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。除非經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，方例外地得為證據。

不得違反本法中有關訊(詢)問被告之其他規定，否則取得之自白亦可能不得作為證據：

按依本法第一百五十八條之四規定，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。故如取得被告自白之程序違背本法之規定者，法院仍可權衡判斷後決定該自白不得作為證據。

依此，除前、所述之各規定外，其他本法中有關訊(詢)問被告之規定亦經遵守。例如第九十六條規定訊問被告應與以辯明犯罪嫌疑之機會；第九十七條規定多數被告應分別訊問，被告並得請求與其他被告對質；第一百條之一第一項規定，除有急迫情況且經記明筆錄外，訊問被告應全程連續錄音，必要時並應全程連續錄影等是。該等規定如有違背，則所取得之自白，依第一百五十八條之四規定，法院亦得權衡判斷後認定其不具有證據能力。

題庫十九：司法警察(官)詢問受拘提、逮捕之犯罪嫌疑人，於下列情形所取得之自白，法院各得否以之作

為該嫌疑人(被告)論罪之證據？試具理由解答：(25分)

未先告知嫌疑人得保持緘默及得選任辯護人。

於夜間未經嫌疑人明示同意而予詢問。

對嫌疑人表示「如坦白認罪，將建議檢察官不向法院聲請羈押」，嫌疑人因而自白。

司法警察(官)未先告知嫌疑人得保持緘默及得選任辯護人所取得之自白：

按依刑事訴訟法(以下稱本法)第一百條之二之準用同法第九十五條之結果，司法警察官或司法警察於詢問犯罪嫌疑人之前，應先踐行第九十五條之告知義務，亦即應先告知其所犯所有罪名、得保持緘默、得選任辯護人、以及得請求調查有利之證據，始符法定程序。今司法警察(官)於詢問受拘提、逮捕之犯罪嫌疑人之前，並未告知得保持緘默及得選任辯護人，自屬於法有違。

而依本法第一百五十八條之二第二項準用同條第一項之規定，司法警察(官)於詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人前未予踐行第九十五條第二、三兩款之緘默權及辯護權之告知義務者，該自白或不利陳述原則上不得作為證據，除非司法警察(官)違背規定並非出於惡意，且犯罪嫌疑人出於自由意志而為陳述，才例外地得作為證據。故若不符前開例外情況，法院不得將該自白作為論罪之證據。

司法警察(官)於夜間未經嫌疑人同意進行詢問而取得之自白：

按依本法第一百條之三規定，司法警察官或司法警察原則上不得進行夜間詢問，除非係經受詢問人明示同意，或於夜間拘捕到場而為人別訊問，或經檢察官或法官之許可，或有急迫之情形，始得於夜間進行詢問，合先敘明。

依題意，司法警察(官)未經嫌疑人明示同意而進行夜間詢問，而嫌疑人自白犯罪，依本法第一百五十八條第一項規定，違背第一百條之三第一項之規定所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利陳述，原則上不得作為證據，除非司法警察官違背規定並非出於惡意，且犯罪嫌疑人出於自由意志而為陳述，方例外得為證據。是故，除非司法警察(官)之夜間詢問經過檢察官或法官之同意，或有急迫之情形，否則其夜間詢問均屬違背本法第一百條之三第一項之規定，依前述本法第一百五十八條之二第一項之規定，若非符合該條項但書之例外，法院不得將該自白作為論罪之證據。

司法警察（官）對嫌疑人表示如坦白認罪將建議檢察官不向法院聲押，所取得之自白：

按依本法第一百條之二準用第九十八條規定，詢問被告應出於懇切之態度，不得用強脅迫、利誘、詐欺、疲勞詢問或其他不正之方法。違反前開規定進行詢問者，依本法第一百五十六條第一項規定之反面解釋，其所取得之自白不得作為證據，合先敘明。

依題意，司法警察（官）於詢問時向嫌疑人表示如其坦白認罪，將建議檢察官不向法院聲請羈押，嫌疑人因而自白。則有疑義者，此處司法警察（官）之詢問是否屬於「不正方法」而取得嫌疑人之自白？蓋是否向法院聲押，決定權在於檢察官，而是否將嫌疑人羈押，決定權更在法院，均非司法警察（官）所得左右。惟司法警察（官）僅表示，如被告認罪，將「建議檢察官不向法院聲請羈押」，並非表示「檢察官絕對不會向法院聲押」或「法院絕對不會羈押被告」，故愚意認為此處司法警察（官）之詢問，似非屬「不正方法」，因此若被告基於自由意志而為自白，且自白內容與事實相符時，則依本法第一百五十六條第一項規定，法院應得將該自白作為論罪之證據。

題庫二十：南投縣信義鄉住民甲逮捕無故侵入其住宅之現行犯成年人乙，送交該管警察派出所警員 A。試問：

A 對甲、乙各應如何處理？

A 另查悉乙係福建金門地方法院通緝中之被告，因當日颱風來襲，無法於二十四小時內將乙解送該法院，A 對此案之乙，應如何處置？

A 對甲、乙之處理方式：

對甲：

按刑事訴訟法（以下稱本法）第八十八條第一項規定，現行犯不問何人得逕行逮捕之。同條第二項規定，犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。依題意，由於乙無故入侵甲之住宅，依前開規定甲得逕行逮捕現行犯乙，合先敘明。

次按本法第九十二條第一項規定，無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察。同條第三項規定，對於第一項逮捕現行犯之人，應詢其姓名、住所或居所及逮捕之事由。故本題中，甲於逮捕現行犯乙，送交該管警察派出所之警員 A 後，A 應詢其姓名、住所或居所及逮捕之事由，以查明有無濫行逮捕之情事。

對乙：

按本法第九十二條第二項本文規定，司法警察官、司法警察逮捕或接受現行犯者，應即解送檢察官。因此警員 A 於接受甲所逮捕之現行犯乙之後，依前開規定應即解送檢察官，不得自行留置。

惟本法第九十二條第二項但書規定，如現行犯所犯者為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者，得經檢察官之許可，不予解送。本題中，乙所犯之無故侵入住宅罪，依刑法第三百零六條第一項規定，其法定刑為一年以下有期徒刑、拘役或罰金，故依前開本法第九十二條第二項但書規定，警員 A 得經檢察官之許可，對乙不予解送。

A 對乙之處置：

按本法第九十一條規定，拘提或因通緝逮捕之被告，應即解送指定之處所；如二十四小時內不能達到指定之處所者，應分別其命拘提或通緝者為法院或檢察官，先行解送較近之法院或檢察機關，訊問其人有無錯誤。其立法目的無非在於避免因人別發生錯誤，造成不當侵害被拘捕人之權益，合先敘明。

依題意，警員 A 另查悉乙係福建金門地方法院通緝中之被告，亦即乙為通緝犯，則依前述本法第九十一條前段規定，警員 A 本應立即將乙解送至指定之福建金門地方法院。惟因當日颱風來襲，無法於二十四小時內將乙解送至該法院，則依本法第九十一條後段規定，由於命通緝者為福建金門地方法院，故警員 A 應將乙先行解送至較近之南投地方法院，由該院進行人別訊問，確認身分無誤後，再繼續將之解送至福建金門地方法院。

問題1. 告訴提起後，可否撤回？

答：

1 依據刑事訴訟法第238條規定：

1、告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴。

2、撤回告訴之人，不得再行告訴。

二、依刑事訴訟法規定，告訴乃論之罪提起後，可於第一審辯論終結前撤回告訴，非告訴乃論之罪，則不得撤回，同一案件，撤回告訴後，不得再向法院提起訴訟。

問題2. 某乙駕車不慎發生車禍，導致某甲受傷，雙方和解後，某甲是否仍可對某乙提出過失致傷之訴？

答：

1 依據刑事訴訟法第238條規定：

1、告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴。

2、撤回告訴之人，不得再行告訴。

二、基於刑事訴訟法第238條之規定，告訴之撤銷需於第一審辯論終結前提出，即告訴之撤銷，先決要件需提出訴訟，才可撤回，題目中某乙未對某甲提出過失致傷之訴，因此仍具有提起過失致傷訴訟之權力，故某甲與某乙和解後仍可對某乙提起過失致傷之訴。

問題3. 某甲與某乙基於犯意之聯絡、行為之分擔，共同將某丙毆打，導致其受傷，後某乙與某丙達成和解，某丙對某乙提出傷害告訴後撤回告訴，試問某丙對共犯某甲，是否仍可提出傷害告訴？

答：

1 依據刑事訴訟法第239條規定：**(告訴之主觀不可分原則)**

告訴乃論之罪，對共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。但刑法第239條之罪對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。

二、基於刑事訴訟法第239條**(告訴之主觀不可分原則)**規定，題目中某丙不願對某乙提出傷害告訴，因此其效力及於同為共犯之某甲，故某丙不得再對某甲提起傷害告訴。

問題4. 甲夫與丙女通姦，遭乙妻抓姦在床，憤而對兩人提出妨害家庭之訴，甲夫對其妻子乙搖尾乞憐，希望妻子能手下留情，對他撤回告訴，乙妻因而心軟撤回告訴，試問乙妻是否可對丙女提出妨害家庭之訴？

答：

一、依據刑事訴訟法第239條規定：**(告訴之主觀不可分原則)**

告訴乃論之罪，對共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。但刑法第239條之罪對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。

2 刑事訴訟法第239條**(告訴之主觀不可分原則)**中**但書**清楚指出，對刑法第239條通姦罪，告訴人雖對一方撤回告訴，但其效力卻不及於相姦人，故題目中乙妻仍可對丙女提起妨害家庭之訴。

問題5. 警方查獲某甲涉嫌竊盜等案件，於偵訊時某甲向警方供稱，日前亦與某乙共同涉嫌多起住宅竊盜，警方隨即帶同某甲至某乙住處，某乙見警方按門鈴，立即將房門反鎖，自後方陽台逃逸，試問警方得否帶同某甲並會同里長進入乙宅，執行逕行搜索？試申論之。

答：

1 依據刑事訴訟法第131條規定：**(無令狀搜索—逕行搜索)**

(1) 有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：

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確實在內者。

2. 因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。

3. 有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。**(緊急搜索)**

(2) 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、湮滅或隱匿之虞者，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。

(3) 前兩項搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。

(4) 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押之物，不得作為證據。

2 又依據刑事訴訟法第88條之1規定：**(緊急逮捕)**

(1) 檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有下列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：

1. 因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。

2. 在執行或在押中之脫逃者。

3. 有事實足認為嫌疑重大，經被盤查而逃逸者。但所犯顯係最重本刑一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，佈在此限。

4. 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，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者。

(2) 前巷拘提，由檢察官親自執行時，得不用拘票；由司法警察官或司法警察執行時，以其急迫情況不及報告檢察官者為限，於執行後，應集保請檢察官核發拘票，如檢察官不簽發拘票時，應即將被拘提人釋放。

(3) **第131條及第131條第1項之規定，於第1項情形準用之，但應即報檢察官。**

(4) 檢察官、司法警察官或司法警察，依第1項規定程序拘提之犯罪嫌疑人，應即告知本人或其家屬，得選任辯護人到場。

三、警方欲逮捕某乙，須符合刑事訴訟法第131及第88條之1之規定，依題意，犯嫌某甲將某乙供出，符合刑事訴訟法第88條之1第一項第一款之規定，又刑法第320竊盜罪為罪重本刑五年以下有期徒刑，亦符合刑事訴訟法第88條之1第一項第四款規定，因此得緊急逮捕某乙，惟可否對某乙之住所逕行搜索仍有爭議，依刑事訴訟法第131條第一項第一款之規定，需有事實足認為犯罪嫌疑人確實在內者，才可執行搜索，依題意，某乙反鎖房門後，立即逃逸，確實不在住所之內，因此個人認為不符合刑事訴訟法第131條之規定，故警方不得逕行搜索某乙之住處。

問題6. 同上述，警方可否帶同某甲並會同里長進入乙宅，執行緊急搜索？試申論之。

答：

依據刑事訴訟法第131條第一項第三款對緊急搜索之規定，係指有**明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者**，依題意，某乙在自己住所並未有犯罪之行為，亦非現行犯，故警方不得對某乙之住所採取緊急搜索，若執意搜索某乙住處，恐有觸犯刑法第307條違法搜索罪之虞。

問題7. 某甲持刀搶劫超商，得款一萬元後，立即向外逃逸，超商店員隨即報警，警方正巧在附近巡邏，某甲隨即遭警方逮捕，並從其褲袋內搜出強盜超商得來之贓款一萬元整及作案工具西瓜刀一把，警方將某甲帶回所內偵訊，於偵訊過程中，負責偵訊之警員某乙因破大案，甚感興奮，忘卻告知某甲所犯名及得保持沉默無須違背自己之意思而為陳述、得選任辯護人、得請求調查有利之證據等三項權利，並誤取已損壞無法錄音之錄音機使用，於偵訊過程中，某甲深感悔悟，對警方坦承因缺錢買毒品施打而行搶，請依刑事訴訟法規定分析下列問題。  
本案警察警訊某甲時，未告知得保持沉默無須違背自己之意思而為陳述、得選任辯護人、得請求調查有利之證據等三項權利，警方所取得某甲之自白及不利之陳述得否作為證據？

答：

一、依據刑事訴訟法第95條對訊問被告之規定：

訊問被告應先告知下列事項：

- (1) 犯罪嫌疑及所犯所有之罪名，罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。
- (2) 得保持沉默，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。

二、又依據刑事訴訟法第158條之2證據排除法則之規定：

(1) 違背第93條之1第2項、第100條之3第1項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。**但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。**

(2) 檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問收拘提、逮捕之被告或犯罪行為人時，違反第95條第2款、第3款之規定者，準用前項規定。

3 由題意可知，警方雖未告知犯嫌某甲之權利事項，惟其未告知之情形係非出於惡意，且犯嫌某甲之陳述亦是出自其自由意志下之陳述，符合刑事訴訟法第158條之2第1項中**但書**之規定，故警方於警訊時所取得某甲之自白及不利陳述雖有瑕疵，仍可作為證據。

問題8. 同上題，警方訊問犯嫌某甲時，未全程錄音、錄影，警方所做之筆錄得否做為不利於某甲之證據？

答：

1 依據刑事訴訟法第100條之1規定：

(1) 訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。

(2) 筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符者，除有前項但書之情形外，其不符之部分，不得作為證據。

(3) 第1項之錄音、錄影資料之保管方法，分別由司法院、行政院定之。

2 參照**93台上370號判例**之解釋，刑事訴訟法第100條之1之立法目的，在於建立訊問筆錄之公信力，並擔保訊問程序合法正當；亦即自於擔保犯罪嫌疑人對於訊問之陳述，係出自於自由意思及筆錄所載內容與陳述相符。**如犯罪嫌疑人之自白，係出於自由意思而非出於不正之方法，且其自由之陳述與事實相符，縱令於訊問時未全程連續錄音或錄影，致訊問程序稍嫌微疵，仍難謂其自白之筆錄，無證據能力。**

3 參照**93台上2755號判例**之解釋，司法警察詢問犯罪嫌疑人如違背刑事訴訟法第100條之1之規定，其所取得之供述筆錄，究竟有無證據能力，即應審酌司法警察(官)違背該法定程序之主觀意圖、客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權益輕重、對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度等具體情節認定之。

4 依題意，警員某乙取已損壞無法錄音之錄音機使用，明顯違反刑事訴訟法第100條之1之規定，縱其主觀上非出於惡意，客觀上仍有檢查錄音機及製作警訊筆錄完畢後，聽取警訊筆錄錄音內容之責任，故個人認為警員某乙之警訊筆錄有明顯瑕疵，違反刑事訴訟法第100條之1規定，其警訊筆錄不得做為證據。

問題9. 甲有吸食安非他命之前科，與女友乙同居於租屋處，某日乙女獨自於租屋處，忽聞重擊敲門

聲，乙隨即開門了解情況，警方當場表示接獲線報，稱甲非法持有槍械，乙頓時狐疑，隨即持手機欲聯繫甲，警方立即出言制止，並以言詞告誡乙，乙心生畏懼下同意警方入內搜索，結果警方於另一承租丙之房內搜到**安非他命一千公克及制式槍支數把子彈數百發**並予以扣押，試問上述之搜索程序**是否合法**？

答：

1 依據刑事訴訟法第131條之1規定：**(同意搜索)**

搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得使用搜索票，但執行人員應出示證件，並將其同意之旨記載於筆錄。

2 依題意，乙與甲係為同居關係，警方對乙提出要求，詢問乙是否同意警方進入搜索，經乙同意下，進入租屋處搜索，本符合刑事訴訟法第131條之1之規定，惟搜索之範圍只限於甲與乙同居之租屋處所，而非毫無限制，乙女對另一名承租人丙之處所並無同意警方搜索之權力，因此警方於另一名承租人丙之屋內所搜索行為恐有觸犯刑法第307違法搜索罪之虞，而搜索到之槍枝及毒品是否具備證據能力亦有討論之空間，可參考93台上1631號判決。

問題10. 同上題，警方搜索後應否報告該管檢察官及法院？

答：

1 依據刑事訴訟法第131條之1規定：**(同意搜索)**

搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得使用搜索票，但執行人員應出示證件，並將其同意之旨記載於筆錄。

2 據刑事訴訟法第131條之1條文內並未要求警方於同意搜索後需立即告該管檢察官及法院，因此警方於同意搜索後無須報告該管檢察官及法院之必要。

問題11. 甲至A百貨公司購物，因店員乙與適與男友丙聊天中誤會甲行竊，甲為免誤會迅速離去，乙誤以甲逃跑，乃追呼其為小偷，甲旋被附近巡邏警員丁逮捕，甲憤而誣指丙為共犯，丁乃急告同行警員戊前往丙宅，於丙臥室內加以逮捕，並將丙購自A公司之襯衫一件以贓物加以扣押，問丁、戊之逮捕、搜索及扣押是否合法，請詳述其理由。

1 任何干預或限制人民基本權利之強制處份，均應符合法治國原則。故司法院大法官釋字第589號解釋文揭示：「法治國原則為憲法之基本原則，旨重人民權利之維護，法秩序之安定及信賴保護原則。」

2 按刑事訴訟法第88條規定，現行犯，不問何人得逕行逮捕之。犯罪在實施中或實施後及時發覺者，為現行犯。有左列情形之一者，以現行犯論：一被追呼為犯罪人者二因持有凶器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。又本法88-1檢察官司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況迫者，得逕行拘提之：一因現行犯之供述，且有事實足認為犯罪嫌疑重大者。本法第130條檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑或執行拘提、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。一因逮捕被告犯罪嫌疑或執行拘提羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑確實內者。「刑事訴訟法第88條、第88條之1第1項、第130條及第131條第1項分別有明文。」

3 至上揭第88條之1第1項所規定之「現行犯供述」是否包括準現行犯供述在內，本有不同見解，考生以為僅須情況急迫，而未及聲請拘票即得為之。另第130條之附帶搜索其搜索客體是否包括被搜索人隨身得湮滅之證據，亦有不同意見；考生本於「證據保全之必要性」則肯認之。

4 本題甲為店員乙誤認係行竊者而追呼為賊，乃屬準現行犯，丙則為準現行犯甲供述之共犯，並有急迫狀況，故二人為司法警察分予逮捕及緊急拘捕均為合法，又司法警察為緊急拘捕丙而無搜索票逕行搜索丙之住宅，揆諸前開規定亦為合法，其於拘捕時防證據湮滅隨之附帶搜索扣押於法亦無不合。

問題12. 警方接獲通緝犯甲藏身於某民宅的線報後，未聲請搜索票即進入該民宅欲逮捕甲。試問以下之毒品以及制式手槍可否做為法院認定犯罪事實之證據？

1 進入該住宅後，警方在客廳沒有發現甲，但在客廳的視櫃抽屜內找到毒品一包並扣押之。

2 後警方在臥室衣櫥內發現甲並加以逮捕後，又在廚房櫃子內搜到制式手槍一把並扣押之。

答：(一)搜索之強制處分，是一種干預人民基本權之公法行為，對於憲法所保障之人民自由及權利，諸如居住自由、通訊自由、財產權、隱私權等等均造成重大影響，是以一般民主國家有關搜索票之核發均採「令狀原則(主義)」之正當程序，凡是搜索均應事先經過客觀超然中立地位之法院核發，以避免無實質原因、無相理由之強制處分，以兼顧犯罪之追訴與人民基本權之保障。本題案例警方得之證據，關鍵在於其未聲請搜索票之搜索行為是否合法，茲分述如後：

1 接獲通緝犯通緝犯甲藏身於某民宅之線報後，進入該民宅搜得毒品：

1. 依刑事訴訟法第131條第1項之規定，有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：

(1)因逮捕被告、犯罪嫌疑或執行拘提、羈押，有事實足認為被告或犯罪嫌疑確實在內者。

(2)因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。

(3)有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。

2 依第131條第3項、第4項之規定，前二項之搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該法院。由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。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。

三、警方在臥室發現甲並搜得手槍一把：

1. 依刑事訴訟法第一百三十條之規定，檢察官、檢察事務官、司法警察或司法警察逮捕被告、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。

2. 警方在臥室衣櫥內發現甲並加以逮捕，此時依上揭刑訴第一百三十條之規定可知，若所搜得之手槍一把係在甲立即可觸及之處所內，則所扣得之手槍得作為證據。

問題13. 公務員甲涉及工程弊案遭檢方偵察，檢察官傳喚相關廠商乙作證，乙於具結後明確指出甲之犯罪情節，後檢察官將甲起訴。問法院可否根據乙之此一證詞為主要證據判決甲有罪。

答：本題案例廠商乙作證係於檢察官訊問時，其可否作為法院審判之依據，應討論者為其是否為傳聞法則之例外情形，茲析述如後：

1 所謂傳聞證據卷排除法則，簡稱為「傳聞法則」，即「排斥傳聞證據之法則」，傳聞證據只於法律規定之例外情形下，方得作為證據。例如，證人未到庭，僅提出書面以代替陳述者，原則上不得採為證據。刑事訴訟法第一百五十九條第一項之規定，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。

2 依刑事訴訟法第一百五十九條之一規定，被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。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外，得為證據。其立法理由為，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。現階段刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵察犯罪、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，爰於第二項明定被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述，除有不可信之情況者外，得為證據。

3 綜上所述，廠商乙於檢察官訊問時所為之陳述，就法院而言雖屬傳聞證據，然我國刑事訴訟法規定其例外，得採為判決之依據。

問題14. 何謂證據能力及證據證明力？二者之關係為何？

答：

(一) 1. 依釋字第589號就現代法治國之自主原則，為憲法之基本原則。首重「人民權利之維護」、「法秩序之安定」及「信賴保護原則」之遵守。

2. 為貫徹「發現真實」及「保障人權」刑事審判對於犯罪事實之認定採「證據裁判；刑事訴訟法據以規定「嚴格證明法則」必須具證據能力對證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪。

(二) 證據能力之意義：

1. 所謂證據能力，乃在調查證據中，因具有法定條件，可供待證事實，而具有該等作證之資格者。

2. 我國刑事訴訟法就證據能力並未積極加以規定。通常從反面就無證據能或限制其能力之消極的予以規定。

(三) 證據證明力之意義：

1. 所謂證明力，乃就具有證據能力之證據中以其予以「決定犯罪因果關係之強弱。」

2. 是故，其所彰顯之力，即為該證據之證明力。

(四) 證明力之認定：

1. 證據裁判主義：刑事訴訟法第145條第2項認定：犯罪事實，應依證據，無證據者，不得認定其犯罪事實。

2. 自由心證主義：法院對證據之證明力有自由判斷之權，即證據之取擇及證明力對強弱，由法院認定之，法律無拘束之規定。

(五) 兩者之關係：

「證據能力」乃「證據證明力」之前提，必須先有證據能力，始能產生證據證明力；易言之，前者乃「有無」（資格）之問題；後者乃「強弱」「依心證為之」之問題。

問題15. 刑事訴訟法第145條規定：「法官、檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索及扣押，除依法得不用搜索票之情形外，應以搜索票示第148條在場之人。」所謂「依法得不用搜索票之情形」為何？

答：

1 按搜索乃屬對人民之財產權與隱私權等基本權利所為限制干預之強制處分，依刑事訴訟法第128條第3項之規定，原則上須由法官簽發搜索票為之，此即「法官保留之令狀主義」，基於偵查犯罪時效性之急迫因素或其他考量，本法亦於具備法定條件下例外容許無令狀搜索，茲分析其情形如下：

2 附帶搜索：依本法第130條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。」其乃在保障執行強制處分之公務員之人身安全、避免被處分人受危險之攻擊，另倘僅為取得或保全證據則亦屬之。惟亦有採不同見解者，其認為保全隨身證據時不得為附帶搜索。

3 急迫搜索：依本法第131條第1、2項之規定，又可區分為對犯罪者之逕行搜索與對證據之緊急搜索。有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：

1. 因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者。

2. 因追躡現行犯或逮捕脫逃人確實在內者。

3. 有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。
4. 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、湮滅或隱匿之虞者，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。
5. 前第一項、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。

4同意搜索：依本法第131條之1規定：搜索，巽受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」

問題16. 何謂現行犯與準現行犯？現行犯逮捕後，應如何處置？

答：

1依據司法完大法官解釋字第523號揭示：凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須依法徑規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第23條之條件，方符憲法第8條保障人身自由之意旨。

2何謂現行犯與準現行犯，試分述如后：

1. 現行犯之逮捕，按刑事訴訟法第88條第1項之規定：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」此為憲法第8條第1項承認之例，而構成阻卻違法事由。

2. 又其情形有二：

1刑事訴訟法第88條第2項：犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。

2本法第3項：有下列情形之一者以現行犯論：

a. 被追呼為犯罪人者

b. 因持有兇器、贓物或其他物件、或身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。

3惟現在法規定過於寬鬆，有侵害人權之虞。例如持有贓物時間似欠急迫性。

3現行犯任何人均得逮捕之，惟依本法第92條規定，因逮捕主體之別，而有不同處理：

1. 無偵查犯罪權限之人所為之逮捕，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察。

2. 司法警察或司法警察官逮捕現行犯或接受現行犯時，應即解送檢察官。但所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役、或專科罰金之罪、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者，得經檢察官之許可，不予解送。

3. 檢察官視有無羈押之必要，依本法第93條第1項、第3項之規定，為與上開逮捕被告之情形相同處理。

問題17. 何謂「當事人平等原則」？試就「享有武器上之平等地位」申論之。

答：

1當事人平等原則與武器平等地位：

現行刑事訴訟採用「控訴原則」，審判由法院、檢察官與被告構成三面關係，刑事偵查由檢察官與被告維持雙向關係，刑事追訴人員對於被告有利不利事項，負有一律注意的客觀性義務。這樣的角色配置本可達到刑訴發現真實與保障人權的目的，本法為何還需要辯護制度？其理由有二：

1. 追訴人員雖負有客觀義務，但理想與現實畢竟有差距，單單客觀性義務的條文訴求，尚不足以有效確保被告訴訟權利均能踐行，否則禁止不正訊問早是法治國基本立場，又何需法律以證據禁止制裁。

2. 基於公平審判原則導出的武器平等原則，源於憲法第16條訴訟權的辯護制度，乃是公平審判的最低要求，以盡力平衡被告與國家機關的法律實力差距，縱使是具備法律背景的被告，也可能因追訴壓力造成心思紊亂，同樣需辯護人積極輔佐。

2因為，在當事人平等而盡量給以被告武器平等的觀念下，刑事辯護制度係為保護被告之利益及期待法院公平審判，進而確保國刑罰權之適當行使而設，刑事被告訴訟上有依賴辯護人為其辯護及不受不法審判之權，此為人民依憲法第16條享有之訴訟權所衍之基本權，其功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位而受法院公平審判。

3現行法規相關規定：

1. 選任辯護權：刑事訴訟法第27條第1項：刑事被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。為加強被告獲得武器平等原則之權益，特別課予國家機關應告知被告以得選任辯護人之告知義務，以保障法律知識薄弱的被告有受辯護之公平審判機會。

2. 強制辯護制度：根據現行法規規定，共有五種強制辯護事由：

1最輕本刑為三年以上有期徒刑

2高等法院管轄第一審案件

3被告因智能障礙無法為完全之陳述

4其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定

5協商案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑六月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者。

問題18. 刑事訴訟法上規定之「保全證據」，目的為何？何人得聲請為之？偵查中，應如何聲請？對其聲請應如何處理？試依相關規定申論之。

答：按保全證據，其係基於預定提出供調查之證據有湮滅、偽造、藏匿或礙難使用之虞時，為能有助實體真實發現與保障被告防禦權之目的，依訴訟進行之階段，由告訴人、被告、犯罪嫌疑人或辯護人或辯護人向檢察官，或由當事人、辯護人向法院提出聲請，使檢察官或法院為一定之保全處分，此等為防止證據滅失或發生礙難使用情形之預防性措施，即類同急迫搜索、扣押及羈押之強制處分之部分法定理由，在確保刑事追訴、審判程序之順暢進行。

1偵查中之保全證據

1. 由告訴人、犯罪嫌疑人、被告或辯護人向該管檢察官或調查中司法警察(官)所屬機關所在地之地方檢察署檢察官以書狀載明法定事項並釋明理，聲請為搜索、扣押、鑑定、勘驗、訊問證人或其他必要保全處分；
2. 此時檢察官除認聲請不合法或無理由予以駁回外，基於保全證據之急迫性，應於五日內為保全處分；
3. 惟縱檢察官駁回聲請或未於五日內為保全處分，聲請人尚得逕向該管法院聲請保全證據以資救濟，法院對該聲請於徵詢檢察官之意見後，倘認不合法程序得命補正，法律上不應准許或無理由者，應以裁定駁回，若有理由則為准許保全證據之裁定。

#### 2審判中之保全證據：

1. 限第一審法院審判中，由被告、辯護人、檢察官或自訴人在第一次審判期日前聲請法院或受命法官為之，其聲請程序與裁定情形則與偵查階段同。
2. 至第一次審判期日後或第二審審判中，若有保全證據之必要者，因證據既有湮滅、偽造、變造、隱匿或礙難使用之虞，而有亟欲保全之急迫情事，如何能待審判期日再行聲請調查？故是項限制規定實有商榷餘地。

#### (三)保全證據之執行：

偵查中檢察官欲為保全處分，除搜索處分可能有令狀搜索需另向法院聲請搜索票，或急迫搜索另於事後呈報法院審查外，其執行應無困難；至若係偵查或審判中經法院裁定准許之保全處分，依本法第219條之8規定準用搜索、扣押、證據與訊問之相關規定即可，而實施保全證據程序中，原則上聲請人有在場權。

問題19. 甲因強盜罪嫌而被通緝，刑警乙得知甲在某屋內，竟未持有搜索票，逕行進入該屋一樓內搜索而逮捕到甲，更因搜索屋內二樓小保險箱而查獲甲另犯常業重利罪之相關帳冊予以扣押，試問：乙搜小保險箱所扣押之帳冊，有無證據能力？

答：

(一) 按搜索乃屬對人民之財產權與隱私權等基本權利所為限制干預之強制處分，依刑事訴訟法第128條第1項之規定，原則上須由法官簽發搜索票為之，此即「法官保留之令狀主義」，惟基於偵查犯罪時效性之急迫因素或其他考量，本法亦於具備法定條件下例外容許無令狀之搜索，茲分述其情形如下：

1. 附帶搜索：依本法第130條規定「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，的逕行搜索其身體、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。」其乃在保障執行強制處分之公務員之人身安全、避免被處分人受危險之攻擊，另倘僅為取得或保全證據則亦屬之。惟亦有採不同見解者，其認為保全隨身證據時不得為附帶搜索。

2. 急迫搜索：依本法第131條第1、2項之規定，又可區分為對犯罪者之逕行搜索與對證據之緊急搜索。

3. 同意搜索：依本法第131條之1規定：搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。

(二) 1. 本題司法警察乙無搜索票而進入私宅搜索並逮捕強盜罪通緝犯甲，符合本法第131第1項之逕行搜索規定，然其逮捕甲後，另行無令狀搜索甲置於保險箱內之他案常業重利罪證據，顯非因於執行逮捕甲時其隨身或立即可觸及之處所顯現危險物件之跡證，致有威脅執行人員安全之虞，而為之附帶搜索；

2. 再依題旨，他案部分亦無時效急迫而未及聲請搜索票之情形，且受搜索人亦未表示同意；

3. 揆諸前揭說明，堪認本件司法警察之無令狀搜索不合法，其因此扣得對證據應由法院依刑事訴訟法第158條之4規定，權衡裁量其證據能力。倘若依不同意見，認未防止證據湮滅亦得為附帶搜索，則本件搜索扣得之常業重利罪證據即具證據能力。

問題20. 甲因涉嫌某殺人案件，經檢察官提起公訴，法院審理中經合法傳喚無正當理由拒不到場，法院遂簽發拘票責由司法警察乙拘提之，乙報行拘提時見甲攜有疑似內藏刀械之長型包裹，遂逕行搜索，惟發現係一支球棒，試問乙之搜索是否合法？又如甲僅是該刑事案件之證人時，則乙之搜索是不合法？

答：搜索乃干預人民身體、隱私、住居基本權之強制處分，應以令狀搜索為原則，惟本於「偵查時效性」、「權利處分同意性」與「其他緊急必要性」考量，刑事訴訟法另設有附帶、急迫與同意等無令狀搜索之規定。

1 附帶搜索之涵義：

依刑事訴訟法第130條規定，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押為前提。

2 附帶搜索之目的：

本件司法警察乙執行拘提持為附帶搜索，是否因甲之身分被告或證人而有不同效果，學者認為：

1. 自法條文義觀之，其僅稱「執行拘提」而未如逮捕被告及犯罪嫌疑人，故應包括對證人之拘提亦得附帶搜索。

2. 自本法條之立法規範目的係為保障執法人員之安全以排除被拘提者攜帶武器或危險物品而言，亦應認定執行拘提之附帶搜索對象包括證人。

3. 綜上所陳，本題甲之身分為證人或被告，乙持拘票執行拘提時，因認其攜帶武器或危險物品而附帶搜索均屬合法。

3 保全證據仍得附帶搜索：

有疑義者乃執行拘提時，如係為避免被拘提而湮滅隨身證據時，是否同上述之解釋，有學者即持否定見解，蓋對證人拘提之目的意在使其到庭應訊，只須行過程得保障執行人員之安全即可，不應將

「避免隨身證據湮滅」列為附帶搜索之合法事由。惟亦有學者認若為防止隨身證據之湮滅，應得為之，此為多數學者所採。

### 【題目一】

某A的死亡被認定為他殺，甲、乙、丙三人因涉嫌而被檢察官起訴殺人罪。檢察官所憑的證據主要為警察詢問時甲所為的陳述：「我與乙一同持水果刀殺害A」，與乙的陳述：「我與甲共同持刀殺害A，我們在丙宅籌畫多日，刀是丙買的，交通工具也是丙提供的」。審判中，甲、乙仍為相同之陳述。

問：  
(一)若丙於審判中自白涉案，在別無其他證據的情形下，法院可否以甲、乙的陳述為補強證據，認定丙有罪？

(二)若丙自始至終皆否認涉案，法院可否直接以甲、乙的陳述為基礎，認定丙有罪？

### 【擬答】

- (1) 依刑事訴訟法第一百五十六條第二項規定：「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。」故縱使丙自白犯罪，仍應調查其他必要證據，以為補強。但是否能以共同被告甲、乙之不利於己之陳述作為丙自白的補強證據，則涉及補強法則中補強證據的適格問題，也就是究竟什麼樣的證據才能作為補強證據的問題。傳統的見解認為：「如被告已經自白，以共同被告或共犯之自白，作為補強證據者，則非法之所禁」，依此見解，本題似應採肯定說。但由於第一百五十六條第二項曾有修正，實務及學說上的意見因此產生變動。
1. 針對補強證據的適格問題，學說上認為所謂的補強證據須為獨立於自白以外之證據，當共犯對其他共犯為不利之供述時，相互間所為之不利供述，整體而論，亦應僅限定於被認為十分吻合之情事部分，方容許相互間可為不利之證據，亦即不得輕易容許共犯之自白可為補強證據或互為補強證據。
  2. 實務上台灣高等法院九十二年八月一日決議第一號則認為，基於新修正刑事訴訟法第一五六條第二項的規定，為貫徹此一立法本旨，縱使被告及共犯均已自白犯罪，法院仍應調查自白以外之其他事證，以察其等自白是否與事實相符。簡言之，其決議結論係認為不得「以共犯彼此之自白互為補強證據，而為被告有罪之判決」。
  3. 釋字五八二號解釋雖未明言共犯自白的補強證據適格問題，亦不否認共犯自白的證據能力，不過其強調若要將共同被告所為之陳述採為不利於其他共同被告之證據，應採「證人」的證據方法，並踐行其法定調查程序，保障被告的詰問權。
  4. 管見以為，修法前第一百五十六條第二項所稱須調查其他必要證據者僅為「被告之自白」，但通說見解咸認此「被告之自白」包括「共犯之自白」，在這樣的情況下，為符合補強法則的旨趣，自然不能認為共犯之自白具有補強證據之適格。但修法後由於使「被告之自白」與「共犯之自白」並列，使共犯之自白充當被告自白之補強證據，應無不可。然須注意的是，基於釋字五八二號與刑事訴訟法第二百八十七條之一、二百八十七條之二的要求，為保障被告之詰問權，應使具有共同被告身分之人，準用人證之調查程序；再者，亦不可僅依被告與共同被告之自白即定被告之犯罪，審理事實之法院仍須調查其他必要之證據，以察該共同被告之自白是否與事實相符。本例由於別無其他證據，故不可以甲、乙的陳述為補強證據後即定丙之罪。
- (2) 由於丙否認涉案，若將共同被告甲、乙二人不利於己之供述採為丙犯罪之證據，無異將其當作實質證據而定丙之罪。因此：
1. 早期學說上即指出以甲、乙不利於己供述定丙之罪之不當，並認為應調查其他必要證據以察是否與事實相符；釋字五八二號解釋則更進一步，認為共同被告本質上亦為證人，為了確保被告對證人之詰問權，三十一年上字第二四二三號與四十六年台上字第四一九號判例二則判例「所稱共同被告不利於己之陳述得採為其他共同被告犯罪（事實認定）之證據一節，對其他共同被告案件之審判而言，未使該共同被告立於證人之地位而為陳述，逕以其依共同被告身分所為陳述採為不利於其他共同被告之證據，乃否定共同被告於其他共同被告案件之證人適格，排除人證之法定調查程序，與當時有效施行中之規定牴觸，並已不當剝奪其他共同被告對該實具證人適格之共同被告詰問之權利，核與首開憲法意旨不符。該二判例及其他相同意旨判例，與上開解釋意旨不符部分，應不再援用。」
  2. 依據五八二號解釋之協同意見書的見解，認定該二號判例違憲後，關於共同被告不利陳述之證據法則，應係將「同法第一百五十六條第二項所增訂之共犯自白規定，解釋為有共犯嫌疑之共同被告，就其與被告有關之供述證據，即便已經具結及詰問程序予以調查，仍應於該供述證據之外，另行調查其他必要之證據，不得以其供述證據，當作證明被告犯罪之其他必要證據」
  3. 綜上論述，在無其他補強證據的情況下，即便將共同被告甲、乙當作證人且經過合法之調查，仍不能據此而定丙之罪。

### 【題目二】

甲因涉及竊盜罪遭檢察官提起公訴後，甲對起訴事實認罪，並向檢察官陳述：「我與乙一同於當天晚上竊取水溝蓋，並由乙持水溝蓋向五金業者求售」，之後，檢察官同意被告甲所要求的一定刑度上限，並向法院聲請改依協商程序而為判決。經法院訊問被告甲後，即依法對甲為協商判決。試問：將來法院可否以甲所供出共犯乙犯罪事實之陳述，作為認定乙犯罪事實之用？

### 【擬答】

(一)傳聞法則的規定—原則：

甲向檢察官所為之陳述，得否作為認定共犯乙犯罪事實之用，涉及此共犯自白的證據能力問題。易言之，甲之陳述屬於刑事訴訟法第一百五十六條第二項所稱「共犯之自白」，除了須符合任意性的要求外，亦不得作為有罪判決之唯一依據，此即法官自由心證之外在限制。然而，當我們在處理其證明力的問題前，必須先解決證據能力的問題。詳言之，按照傳聞法則的規定，對被告乙來說，共犯甲是第一百五十九條第一項所謂「被告以外之人」；甲於協商時向檢察官所為的陳述，對乙的案而言是「審判外」之言詞或書面陳述；由於該陳述係為了證明乙確實參與犯罪，因此是「直接要證明一方所主張之事實為真實之陳述」，縱上論述，甲之陳述（即共犯之自白）屬於傳聞證據，除法律別有規定外，不得作為證據。

(二)排除傳聞證據的例外規定：

甲之陳述係向檢察官所為，依照第一百五十九條之一第二項，除顯有不可信之情況外，得為證據。換言之，即使甲之陳述屬於傳聞證據，卻因該條之規定而例外地允許使用。此將使被告之反對詰問權無法充分行使，因而學說上對此皆有所批評。

(三)例外的例外規定：

二〇〇四年刑事訴訟新增之協商程序規定中，新法第四百五十五條之七規定：「法院未為協商判決者，被告或其代理人、辯護人在協商過程中之陳述，不得於本案或其他案件採為對被告或其他共犯不利之證據。」此乃為了防止被告隨意誣攀他人所設，否則於協商程序中此種具高度危險性的陳述將隨著第一百五十九條之一第二項而廣泛的用來認定其他共犯之罪。然而，從條文之文句中，被告的陳述在「法院為協商判決」時其效力究竟如何，實無從觀察得知。

(四)例外的例外的例外規定？

如果我們對第四百五十五條之七作反面解釋，則當「法院為協商判決」時（即本題之情況），就不會有第四百五十五條之七的適用，從而共犯之自白似具有證據能力。如此我們又將回歸到第一五九條之一的規定而廣泛的賦予共犯自白證據能力，顯有不當，自不待言。參酌第四百五十五條之七的立法理由：「至於法院做成協商判決時，被告於協商過程中之陳述是否得採為其他被告或共犯之不利證據，應適用本法其他規定解決。惟法院應審酌此等陳述係在協商過程中取得，更應確保其他被告及共犯之對質詰問權得有效行使」可知：

1. 「被告等人的陳述」得作為其他被告或共犯之不利證據；
2. 「被告等人的陳述」其證據價值應予以審慎考量；
3. 應確保對質詰問權能有效行使。

對於立法理由中的說明，學者明確建議法院應「傳喚協商程序為陳述之人到庭，使其他被告及共犯得有效行使對質詰問權」，管見亦認為如此之做法方符合釋字五八二號解釋之意旨，從而若要將甲之陳述採為認定乙犯罪事實之用，即應採「證人」的證據方法，踐行其法定調查程序，以保障被告的詰問權。

【題目三】

甲男乙女為夫妻，乙女於婚姻存續期間中與丙男發生性關係。甲委任律師A提起自訴。試問：

(一)若甲提起自訴後，旋即解除A律師之委任，法院應如何處理？

(二)若甲對乙、丙二人提自訴，是否合法？

(三)若甲宥恕乙，是否仍能對丙提自訴？

【擬答】

(一)依刑事訴訟法第三百二十九條第二項之規定，自訴之提起，應委任律師行之。而依同法第三百二十九條第一項之規定：「檢察官於審判期日所得為之訴訟行為，於自訴程序，由自訴代理人為之。」若自訴人未委任代理人，依同條第二項之規定，「法院應定期間以裁定命其委任代理人，逾期仍不委任者，應諭知不受理之判決。」由此觀之，似謂「審判期日之訴訟行為」始應由自訴代理人為之，至於提起自訴後審判期日前所進行的準備程序〈此為廣義的準備程序〉，究應由何人為之，即不無疑問。由於自訴制度乃改採強制委任律師為代理人制，於第三十七條修正為「自訴人應委任代理人到場」，其第二項則增訂「前項代理人應選認律師充之」，因此所有需要自訴人到場者，均應委任律師為代理人，而到場之情形應包括「審判程序」與「準備程序」在內。若甲委任律師A提起自訴後，旋即解除委任，準備程序進行時將無律師到場進行訴訟行為，此時法院仍應依第三百二十九條第二項之規定，定期間以裁定命自訴人委任代理人進行自訴程序所應為之訴訟行為。

(二)1. 甲對乙提自訴的部分：

由於甲乙為夫妻，依第三百二十一條之規定：「對於配偶，不得提起自訴」，其立法目的乃為防止配偶間因自訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧。若甲仍對乙提起自訴，依第三百三十四條之規定，應諭知不受理之判決。

2. 甲對丙提自訴的部分：

由於乙、丙所犯為通姦罪，依刑法第二百四十五條第一項之規定，係告訴乃論之罪。甲對乙不得提起自訴，前已述及，至於甲得否對丙提起自訴的部分，實務上一貫的見解係認為依告訴不可分原則，對於丙亦不得提起自訴〈二十九年上字第二三三三號判例參照〉。但是，「所謂告訴係由犯罪被害人或其他有告訴權之人，向刑事司法偵查機關人員陳述犯罪嫌疑事實，請求追訴嫌疑人，其乃偵查起因之一，於告訴乃論罪案件，並為訴訟之條件，非經合法告訴，不得提起公訴及為實體判決；而自訴則係由犯罪被害人或其他有自訴權之人自任當事人之原告，對被告犯罪案件向法院起訴，請求審判，其性質與告訴有別，而與公訴相似；故同法第三百四十三條規定，不惟不準用同法第二百三十九條告訴不可分原則，且自訴對人之效力（即主觀之效力）自應準用同法第二百六十六條之規定，亦即主觀上可分，從而同

法第三百二十一條禁止人民對於配偶提起自訴之規定，自不應擴張解釋，使及於與其配偶共犯告訴乃論罪之人。」因此，釋字五六九號解釋認為實務見解：「使人民對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人亦不得提起自訴，並非為維持家庭和諧及人倫關係所必要，有違憲法保障人民訴訟權之意旨」，故甲對丙應得提起自訴。

- (三)若甲宥恕乙，依刑法第二四五條第二項之規定，甲對乙即不得提起告訴。再依刑事訴訟法第三百二十二條，「告訴乃論之罪已不得為告訴或請求者，不得再行自訴」，因此若甲對乙提起自訴，將分別受到第三百二十一條與第三百二十二條之限制。實務上向來的見解是對於告訴乃論之罪，將告訴的限制等同於自訴的限制，所以才產生提起自訴也會受到「告訴不可分原則」限制的結果，從而若甲對乙不得自訴，甲對丙亦不得自訴（不得自訴之主觀不可分）。這樣的見解，已被釋字五六九號解釋以「並非為維持家庭和諧及人倫關係所必要，有違憲法保障人民訴訟權之意旨」的理由推翻，然而，如此的理由無法解釋當發生第三百二十二條不得自訴的限制時，有無可能再適用告訴不可分之原則的情形。若此處仍能適用告訴不可分原則，將使甲宥恕乙後，仍不能對丙提自訴。是故，此時應如該號解釋理由書所稱，認為自訴在主觀上是可分的，從而甲對丙仍得提起自訴，方為合理。

#### 【題目四】

某甲因強盜罪嫌被起訴，並委任律師乙為其辯護。法院於第一次審判期日前行準備程序時，發生如下之狀況：

- (一)乙抗辯甲之警詢自白筆錄係出於刑求，檢察官為證明該筆錄係出於任意性，聲請傳喚製作筆錄之員警到庭作證。
- (二)乙抗辯檢察官所據以起訴之物証乃非法搜索所得，檢察官認為該物証係合法搜索扣押，聲請傳喚參與搜索之員警作證。
- (三)乙抗辯某證人之警詢筆錄係傳聞證據，檢察官主張該筆錄符合一五九條之三的傳聞例外，聲請傳喚承辦員警到庭作證。

試問：此時受命法官應如何處理？

#### 【擬答】

- (一)法院對甲的案件於第一次審判期日前，得傳喚被告，並通知檢察官、辯護人到庭行準備程序，刑事訴訟法第二百七十三條第一項定有明文。本案並非簡式審判程序或簡易程序，故應行合議審判，此時得由庭員一人為受命法官，以處理第二百七十三條第一項規定之事項，合先敘明。
- (二)乙律師所為之抗辯均與證據能力有關，依第二百七十三條第一項第三款之規定，關於證據能力之意見為準備程序處理之範圍。雖然檢察官對乙之抗辯皆聲請傳喚證人，但準備程序僅有「準備性」而無「審判性」，受命法官可否傳喚證人進行交互詰問予以調查，實不無疑義。學者認為：「由於新法採行改良式當事人進行原則，法官僅以中立、公正之立場，從事調查證據職責為已足，不應再負主動蒐集證據之義務，是以原則上，受命法官於準備程序中，並不得再從事實質之證據調查。」但由於二百七十三條之規定使法院須處理有關證據能力之意見，其決定尚被賦予一定之拘束力，立法理由並指出：「當事人對於卷內已經存在之證據或證物，其證據能力如有爭執，即可先予調查」，因此學者亦同時認為，為了篩選無證據能力之證據，「當事人、代理人、辯護人及輔佐人對卷內已經存在之證據或證物，爭執其有無證據能力時，即可於準備程序先行調查」，至於調查證據能力之方式，則依刑事訴訟法第一百七十一條，準用第一百六十四條至第一百七十條之規定。因此，對檢察官聲請傳喚之證人會進行交互詰問。
- (三)(一)、(二)、(三)之狀況分別與自白法則、證據排除法則、傳聞法則有關，受命法官雖可於準備程序對卷內已經存在之證據，進行有關證據能力之調查，但受命法官並無判斷之權，該有爭議之證據是否有證據能力，仍應經合議庭法院評議判定之，經合議庭依本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。

#### 【題目五】

某A被起訴殺人罪，律師乙為其辯護人。於審判期日，檢察官甲聲請傳喚目擊證人B到庭作證，B依法具結後陳述：「我全忘了！」，檢察官甲遂提出B之警詢筆錄（其中B明確陳述目擊A之犯案經過），並向法院表示：「依照傳聞法則的例外規定，此警詢筆錄應具有證據能力，請法院調查」；乙隨即表示：「依照直接審理原則，要禁止證據之替代品，所以警詢筆錄不具有證據能力」。試問：甲、乙之主張何者有理？

#### 【擬答】

- (一)B之警詢筆錄應適用刑事訴訟法第一百五十九條之二的規定：甲擬提出之警詢筆錄，按照刑事訴訟法第一百五十九條之規定，確係被告以外之人在審判外所為之陳述，原則上不得作為證據。該規定即係傳聞法則，也就是將傳聞證據排除的法則。但由於傳聞法則有諸多例外規定，因此須一一檢驗。首先，乙已代表A表示異議，所以無法依第一百五十九條之五的同意法則使警詢筆錄取得證據能力；其次，由於證人B於審判中陳述「我忘記了」，與其在司法警察調查中所為之陳述，應可認為產生了不一致的情況，若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，依照第一百五十九條之二的規定，得為證據。是故，只要檢察官證明該警詢筆錄符合該條所稱「可信性」及「必要性」之要件，便能做為證據使用。
- (二)乙之主張應不可採
1. 直接審理原則的意義：今乙提出直接審理原則作為其論據，按所謂直接審理原則，主要包含二層面：一為形式的直接性（又稱直接調查原則），指法院必須親自踐行審理程序，以便獲得對

於本案待證事實的直接印象；另一為實質的直接性（又稱原始證據原則），其要求法院必須盡量運用最為接近事實的證據方法，也就是使用原始的而非派生的證據方法，故又稱證據替代盡之禁止。在實質直接性的要求下，是禁止朗讀偵查中所為的詢問筆錄的方式來替代審判庭上對證人的直接訊問。

2. 直接審理原則與傳聞法則：一般在說明直接審理原則與傳聞法則的關係時，皆以「採當事人進行主義者，重視當事人與證據的關係，排斥傳聞證據，以保障當事人的反對詰問權；採職權進行主義者，則重視法院與證據的關係，其禁止使用傳聞證據，乃因對該證據法院難以直接調查，盡釐清真實義務之故」，並認為直接審理原則與傳聞法則只不過是不同訴訟構造下的不同描述，至於要保障當事人詰問權的想法，則是一致的。本例甲所提出的警詢筆錄，係屬先前不一致的陳述，由於證人B仍在庭，A與乙仍有機會對證人進行詰問，學說謂使用警詢筆錄之法理依據在「延緩對質詰問」，且早在修法規定傳聞法則前即有學者提出這樣的看法，以避免具有可信性的證據無法使用。故管見以為，既然被告的詰問權未受到妨害，為了發現真實，應認可警詢筆錄之證據能力，從而乙之主張應不可採。

### 【題目六】

甲於高速公路上開車，乙坐於旁，當丙所駛的汽車經過時，甲對乙陳述：「丙那輛車超速又蛇行，開車的人一定喝醉了。」而乙則因在翻閱雜誌故未親眼目擊。於丙被控醉酒駕車的審判中，由於甲已移民美國，故傳乙作證，乙具結後轉述當時甲所為之陳述。試問：乙之證詞是否得為證據？

### 【擬答】

- (一) 傳聞法則傳聞證人之證詞原則上不具有證據能力  
所謂傳聞法則，是將傳聞證據排除的法則，雖然我國法欠缺「傳聞」一詞定義性的說明，但仍可藉由刑事訴訟法第一五九條的規定探求之。依該條之規定，對丙的審判來說甲確係「被告以外之人」，甲所為之言詞陳述係於「審判外」，且係「直接要證明一方所主張之事實為真實之陳述」，除法律另有規定外，不得作為證據。在傳聞法則的要求下，若欲使該陳述成為證言，應以甲為證人，透過交互詰問的方式來發現真實，以避免該證言因證人甲之知覺、記憶、表達、與真誠性而出現錯誤，進而影響法院的判斷。乙聽聞甲之陳述而未親身經歷，為傳聞證人，此無法藉由交互詰問以發現「甲之陳述」是否屬實，故乙之證詞屬於「傳聞」，原則上應予排除。
- (二) 乙之證詞不符合我國法所規定的例外狀況  
在我國刑事訴訟法第一百五十九條之一以下規定了各種例外狀況。首先，須判斷是否符合第一百五十九條之五的同意法則，若經當事人於審判程序同意或未聲明異議時，乙之證詞即例外地得作為證據；其次，若未符合同意法則時，則主要區分成被告以外之人於「法官」、「檢察官」、「或」、「司法警察官」前所為的陳述而作不同的處理。由於本題甲乃是向第三人乙為陳述，故均不符合我國法上的例外要件。
- (三) 傳聞證人與直接審理原則  
雖然依我國法傳聞法則的規定，乙之證詞原則上不得作為證據，但另一方面，我國法並未揚棄直接審理原則，更有學者謂其法理依據可從第一百六十三條第二項導出。對於傳聞證人的問題，若從直接審理原則來觀察，學說上有不同之見解。簡言之，有學者謂親自出庭傳聞證人之證詞「依直接審理得予援用」；但亦有學者稱：「在直接審理原則下，傳聞證言因不具證據方法的直接性，理論上亦無證據能力。」不過，即使是後者，也認為若一律排斥傳聞證人的證詞，確實有可能造成發現真實的障礙。
- (四) 乙之證詞屬當場印象的特殊情況  
由於我國法在傳聞法則的例外規定中的疏漏，有可能使得具有高度可信性的證言遭到排除的命運。故學者有認為，由於親眼目擊的甲「在陳述時，等於在報導其當時所目睹之事件」，所以甲的「記憶瑕疵問題應不存在」，應可推論其陳述具有高度可信性，從而乙之轉述應予以容許。此種情況並為美國聯邦證據法第八〇三(1)明定為「當場印象」(present impression)，係傳聞的例外，得為證據。在我國法的解釋上，學說試圖透過類推解釋第一百五十九條之三所定的「可信性」、「傳喚不能」、及「不可或缺性」三要件，來作為例外容許乙之傳聞證言的依據。然而，由於此仍涉及被告詰問權的保障問題，故大多數學者認為此處應透過修法為之。

### 【題目七】

請說明台灣高等法院在九十二年八月一日所召開之刑事訴訟新制法律問題研討會，對於：

- (一) 檢察官的勘驗筆錄，與
- (二) 司法警察之搜索扣押筆錄兩種文書是否為傳聞證據的決議，並對此決議加以評論。

### 《擬答》

- 1 研討會對檢察官勘驗筆錄的決議：
  1. 研討會中對於檢察官勘驗筆錄的決議認為仍屬於傳聞證據，並且可為傳聞證據的例外，以新修之刑事訴訟法（以下稱刑訴法）第一百五十九條之一第二項和第一百五十九條之四第一項做分別以觀。
  2. 台灣高等法院在補充意見時，把「勘驗筆錄」的內容分為下列兩種性質：其一，若勘驗筆錄的內容屬於現場事實的記錄和記載時，則屬於刑事訴訟法第一百五十九條之四第一項公務員職務上所做的特信性文書；其二，若勘驗筆錄中所載的屬於在勘驗現場中他人所為的陳述而被紀錄下來者，則可適用刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項屬被告以外之人在審判外向檢察官所做的陳述，除顯不可信者外，亦也算是傳聞的例外。

- 2 研討會中對於司法警察搜索扣押筆錄的決議：
1. 研討會的決議認為此亦屬於一種傳聞證據，也是傳聞例外之規範。在台灣高等法院補充意見中，其認為司法警察是公務員的一種，該搜索扣押筆錄亦是職務上製作的紀錄文書，因此也算是一種公務的文書，應具有真實性的保障。
  2. 故結論認為，司法警察搜索扣押筆錄應屬於刑事訴訟法第一百五十九條之四第一項中所提及之公務上特信性文書，除在顯不可信的情況外，應是可做為證據的文書。
- 3 對於此決議的評論：
1. 傳聞法則為九十二年新刑事訴訟法的立法，採改良的當事人進行主義、引進英美的傳聞法則。最主要是因為傳聞證據的危險性和影響被告對質詰問權利的保障，因此傳聞證據原則上並不具證據能力，只有在例外的情況下，當傳聞證據具有「信憑性」和「必要性」時，才得承認其為證據。
  2. 然上述決議裡頭，其認為檢察官勘驗記載之筆錄和司法警察搜索扣押筆錄都屬於公務上的文書而具有信憑性，就公務上若筆錄虛偽，則檢察官和警察都需負上刑事上的責任，如此一來正確性高，且該文書有可受公開檢查的狀態，能隨時予糾正，故能保障其正確性。然而，傳聞證據的排除不只要保障證據的真實性，更有保障被告可對質詰問的權利。若只以文書上的記載即當做真實的證據，只是利用強調公務員的地位的方法而武斷的認定只要是其職務上所做的文書都是真的、不容辯駁的，如此一來檢警大可鑽此漏洞，只要有文書即可不用被法院傳問，剝奪的仍是被告的權利！反而因此造成被告審判中武器上的不平等，有悖改良式當事人進行主義的平等精神。
  3. 關於上開決議把檢察官勘驗筆錄所載他人陳述的內容歸類於第一百五十九條之一第二項的傳聞例外，以做為在審判內外陳述不一致的例外。管見認為第一，該決議只是把筆錄內他人陳述的問題留到等與審判中陳述不一致時再解決；第二，該項的立法本為許多學者所垢病，以在檢警前的陳述就比在其他人前的陳述較高一等而當做例外，根本就是封建思想的產物。因此管見認為這樣的方式不但不能保障被告，連信憑性都難以成立。
  4. 結論：傳聞法則的立法在我國僅只有刑事訴訟法第一百五十九條至第一百五十九條之五數條立法，和我們所學習而移植的外國立法例相比，明顯的立法密度不足，可以說在司法機關所謂的筆錄文書的問題根本沒有獲得解決。管見認為，傳聞的例外應該盡量的符合「信憑性」和「必要性」，若檢警可到法庭說明，在被告要求合理和保障被告訴訟防禦權的前提下，檢警公務文書作為傳聞例外的證據，似乎並無如此必要。

#### 【題目八】

甲涉嫌偽造私文書，經檢察官偵查終結，提起公訴。法院於準備程序時訊問被告，經被告坦承犯行，乃認事實明確，毋庸行通常程序，而將案件變更為簡易處刑程序，科處被告有期徒刑十個月，緩刑三年。惟檢察官不服簡易處刑判決，提起上訴，地方法院合議庭審理後，認上訴有理由，乃撤銷原審判決，自行改判處被告一年四個月有期徒刑，並未宣告緩刑。被告認為上訴審判決有所違誤，乃具狀上訴於高等法院，試問高等法院對於此一上訴，應為如何之處置？

#### 《擬答》

- 簡易程序開啟之要件與科刑範圍之限制：1. 為節省訴訟資源，並基於明案速判之訴訟理念，我國刑事訴訟法除了通常訴訟程序之外，亦設計簡式審判程序、簡易程序、協商程序此三種制度以供當事人適用；2. 本題所涉者乃簡易判決程序。簡易程序的開啟方式有二，依刑事訴訟法（以下稱本法）第四百四十九條第一項之規定：「第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者，得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。」此乃為檢察官所開啟的簡易程序；同條第二項規定：「前項案件檢察官依通常程序起訴，經被告自白犯罪，法院認為宜以簡易判決處刑者，得不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。」此為法官逕改用簡易程序的規定；3. 本題乃法官於檢察官提起公訴後，於準備程序進行中訊問被告，經被告坦承犯行，並認為事實明確後，由通常程序改用簡易程序的情形，故屬法官依本法第四百四十九條第二項之規定而開啟的簡易程序。適用簡易程序時，應注意同條第三項之規定：「依前二項所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金者為限。」故於行簡易程序的案件中，法官之判決為緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金以外之判決者，即不合於本條項之規定，此時處理的方式，於下論述。
- (1) 本題二審法院的判決並不合於簡易程序的相關規定：本題法官已依本法第四百四十九條第二項之規定而行簡易程序，故其判決應受到同條第三項之限制。一審法院對甲科處十個月有期徒刑，並宣告緩刑三年，此與法並無不合。有疑問者，乃二審法院對甲科處一年四個月的有期徒刑，然並未宣告緩刑，此時則不合於本法第四百四十九條第三項之規定。故二審法院應以本法第四百五十一條之一第四項第四款（檢察官之請求顯有不當或顯失公平者）為理由，依本法第四百五十二條之規定，改適用通常程序審判方為妥當。
  - (2) 高等法院之處置論述如下：本題情形，二審法院並未改用通常訴訟程序，亦即於簡易程序中科處甲一年四個月的有期徒刑，且並未宣告緩刑，此時甲不服該判決而上訴高等法院，高等法院之處置方式，分析如下：
    1. 就現行體例而言：依本法第四百五十五條之一第三項之規定，關於簡易判決之上訴，僅準用第三編第一章及第二章上訴之規定，故依現行刑事訴訟法之簡易程序，乃以第二審之地方法院合議庭為終審機關。依此見解，甲並不得上訴高等法院，即使甲上訴高等法院，且該二審法院之判決確實有所違誤，然基於先程序後實體之法理，高等法院並未有機會進行實體上之審酌，而於進程序要件之審查時，甲之上訴即因不符程序上之要件而遭駁回。
    2. 立法評析：八十六年修法前的簡易程序僅適用於本法第三百七十六條所規定之輕微案件，然修法後

並無此限制。亦即依通常程序可上訴至第三審之案件，於符合本法第四四九條之規定時，亦可採二級二審制之簡易判決程序，故有學者認為若屬於非輕微案件之情形，即應依通常程序進行審判，否則將會剝奪當事人程序利益。然若第一審法院對於非輕微案件仍依簡易判決程序處刑，於當事人不服提起上訴時，第二審地方法院合議庭應依本法第四百五十五條之一第三項之規定，準用本法第三百六十九條第二項之規定，撤銷原簡易判決，並由該合議庭改依第一審通常程序審判，如此，當事人對此判決自可依通常程序上訴高等法院，對高等法院之判決倘再有不服，可再上訴於最高法院。

### 【題目九】

刑事訴訟法第二百五十八條之三規定，對於不服檢察官不起訴處分所為之交付審判之聲請，法院認為有理由者，應為交付審判之裁定。為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。試就「為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴」之規定扼要評論之。

#### 《擬答》

- 1 對於檢察官的偵查階段，於偵查終結後有三種結果，即起訴、不起訴及緩起訴，而對於不起訴及緩起訴，告訴人的救濟途徑有分為內部救濟及外部救濟，內部救濟途徑為再議，外部救濟途徑即為九十二年修正刑事訴訟法引進之交付審判制度。再議必須先行之，被駁回之後始得向法院聲請交付審判，合先敘明。
- 2 申言之，交付審判制度是針對檢察官不起訴或緩起訴處分的外部監督機制，亦即聲請法院來強制案件起訴的制度。此等立法用意在於誠命檢察官遵守其法定性義務，以貫徹起訴法定原則，於九十二年引進之外部監督機制。藍本來自於德國刑事訴訟法的強制起訴程序。
- 3 交付審判在我國法條依據為刑事訴訟法第二百五十八條之一第一項「告訴人不服前條之駁回處分者（即再議被駁回），得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判」，因此，交付審判是直接向法院提出聲請，但是必須委由律師，是律師強制代理，也有時間的限制。而同條第二項規定此時律師亦有閱卷權。
- 2 而依據刑事訴訟法第二百五十八條之三，法院應以合議制審查之，聲請如不合法或無理由法院應駁回，如有理由時應為交付審判的裁定。而同條第四項規定「法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴」，其立法理由乃基於「無訴即無裁判」之刑事訴訟法基本原理，認為交付審判之裁定應視為該案件已提起公訴，而既已提起公訴，則應由檢察官擔任實行公訴之人。而交付審判的裁定書依國內多數說亦可取代檢察官之起訴書。然關於本項的規定，學說容有爭議。
- 4 國內有力學者認為，刑事訴訟法第二百五十八條之三第四項規定「法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴」應該改為「視為提起自訴」為宜，理由如下：
  - 1 有違反不告不理以及違反控訴原則之嫌。
  - 2 視為提起公訴並且以檢察官作為公訴人，與採行當事人進行原則之立法趨勢不符。
  - 3 檢察官將無法自處，因為該案件本已經檢察官為不起訴或緩起訴處分，竟又以法院力量強逼檢察官實行公訴並進行攻擊者角色，且學說及實務上也認為此時檢察官不得撤回公訴，則將難期盼檢察官於實行公訴時會自願且積極負舉證之責。
  - 4 德國立法例規定「視為提起公訴」是有其立法背景及制度使然，包括其自訴之範圍及限制比我國嚴格，而我國自訴制度無似德國之限制。硬要將國外之立法照抄移植過來，會造成與國內法產生扞格的問題。
  - 5 在日本的刑事訴訟法亦有規定類似交付審判的制度，但是在日本，聲請交付審判成功之後，是由律師擔任控方而非如我國由檢察官擔任控方，因此控方較能夠發揮全力積極攻擊而非如我國將發生檢察官擔任控方但無法自處之現象。（在日本沒有自訴制度，因此無法「視為提起自訴」）
  - 6 因此，綜言之，現行立法「視為提起公訴」為一缺失，應採國內有力見解改為「視為提起自訴」較為合宜。而自訴應採行強制律師代理制度，此時有專業的律師加以擔任攻擊方，也不會因人民不諳法律造成訴訟之延宕，又可收積極攻擊之效，也才能達到交付審判所欲達到的目的。

### 【題目十】

對於被告或犯罪嫌疑人之搜索與對於第三人之搜索有何不同？試說明之。

#### 《擬答》

搜索者，檢察官、審判長或受命法官，為發現被告或犯罪證據物件及可得沒收之物，對於被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，施以搜索檢查之強制處分。搜索可發現應扣押之物，故搜索是扣押之手段，亦是拘提、逮捕之執行手段。刑訴法第一百二十二條第一項規定，對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住所或其他處所，必要時得搜索之。同條第二項規定，對於第三人身、物件、電磁紀錄及住所或其他處所，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。所謂「必要時」及「相當理由」，茲比較如下：

- (1) 第一百二十二條第一項，對於被告或犯罪嫌疑人之搜索，以「必要時」作為得搜索之要件，如無搜索之必要則不得搜索之。由於搜索對目的在於取得證明被告犯罪之證據，故所謂「必要時」，自應指達成此一搜索目的之必要而言，換言之，「必限於有合理之根據」得認為被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住所或其他處所，藏有得作為犯罪或與之相關之證據時(95.2.9司法院頒「法院辦理刑事訴訟應行注意事項」第六三點)始得對之加以搜索，否則即屬不法之搜索。所謂「合理之根據」，例如根據證人之供述、可靠之線民之通報、觀察被告之舉止動作、根據以合法手段取得之其他證據、依據犯罪現象之情況、目擊證物或贓物被藏匿等等，此均屬於合理之根據。

- (2) 第122條第二項，對於被告或犯罪嫌疑人以外之第三人之搜索，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為限」，作為搜索之條件，如無「相當理由可信為應扣押之物存在」即不得為搜索。所謂有「相當理由」，非以搜索者主觀標準判斷，尚須有客觀之事實為依據，其與「必要時」，本質上並無不同，僅程度上之差異而已，換言之，搜索人員認為「可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在之根據或證據」，比毀索被告或犯罪嫌疑人的情形更高，即「相當理由」之標準比「必要時」之標準為高(95.2.9司法院頒「法院辦理刑事訴訟應行注意事項」第六三點)，且屬於「搜索前」之判斷問題，而不是「搜索時或搜索後」之判斷問題。

### 【題目十一】

何謂無罪推定原則？試依我國刑訴之相關規定及實務所採見解說明之。

#### 《擬答》

- 一、所謂無罪推定原則，係指被告在未經依獲公開審判且證實有罪前，應視為無罪，以保障人權。無罪推定原則1948年世界人權宣言第11條第1項及國際公民與政治權利公約所明確宣示。各種不同形式的人民公審(未審先判、未經合法之法庭程序)均被國際社會視為踐踏人權之野蠻國家的不文明象徵。
- 二、無罪推定本來於我國刑訴並無直接規定，但92年2月6日新修正公布之刑訴第154條已予以明文規定，除刑訴第154條之規定，另我國刑訴之其他條文亦本於無罪推定之原則而規定，相關規定茲說明如下：
- 1、依92年2月6日條正公布之刑訴第154條之規定，被告未經審判證明有罪確定之前，推定其為無罪。犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定其犯罪事實。即明文規定無罪推定之原則。
  - 22 依刑訴第161條之規定，檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出舉證胡獲。法院於第一次審判日期前，認為檢察官起訴方法顯不足認定被告有成立犯之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正或諭知檢察官撤回起訴，逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。即檢察官若無法舉證證明被告有罪，被告應受無罪之推定。
  - 33 依刑訴第163條第1項之規定，法院因發現真實之必要，得依職權調查證據，但對公平正義之維護或對被告利益有重大關係之事項，法院應依職權調查。即若調查之果仍不證明被告有罪，應為無罪之判決。
  - 44 刑訴第245條第二項之規定，偵查不公開，其主要立法意旨，無非在確定無罪推定原則之落實。
- 34 實務重要見解：  
依最高法院三十年上字第一八三一號判例之見解，認定犯罪事實應依證據，為刑訴所明定，故被告曾認犯罪事實所持辯解，縱屬不能成立，仍非有積極證據足以證明其犯罪行為，不能遽為有罪之認定。依此一判例之見解亦可知採無罪推定之原則。

### 【題目十二】

人民有作證之義務，試說明何種情況下得拒絕作證。

#### 《擬答》

人民有作證之義務，質義務包括到場之義務及據實陳述之義務，但證人如因身份或公務之關係，據實陳述有背人情或其業務或公務上之保密義務，不據實陳述則復違反法律，故刑訴規定，凡具有一定之關係者得拒絕證言。茲分述如後：

- 一、基於公務關係得拒絕證言者：依刑訴第179條之規定，以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。亦即未得允許前得拒絕證言。
- 二、基於身份關係得拒絕證言者：依92年2月新修之刑訴第180條之規定，證人有左列情形之一者，得拒絕證言：
  - 11 現為或曾為被告或自訴人之配偶、直系血親、三親等內旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬者。
  - 22 與被告或自訴人訂有婚約者。
  - 33 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。
- 三、基於利害關係得拒絕證言：依刑訴第181條之規定，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。
- 四、基於業務關係得拒絕證言：依92年2月新增訂之刑訴第182條之規定，證人為醫師、藥師、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上之佐理人或曾任此等職務之人，就其因

業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。

### 【題目十三】

司法警察官或司法警察得否於夜間詢問犯罪嫌疑人？其於夜間詢問所得之證據是否一律無效？

#### 《擬答》

- (一)司法警察官或司法警察詢問被當，原則上不得於夜間行之；所謂夜間，係指日出前，日沒後。夜間乃休息時間，為尊重人權及保障程序之合法性，並避免疲勞詢問，我國刑訴法於87年增訂第100條之三規定，司法警察官或司法警察原則上不得於夜間詢問犯罪嫌疑人，惟有下列例外，得於夜間詢問。且犯罪嫌疑人請求立即詢問者，應即時為之：
- 11 經受詢問人明示同意者。
  - 22 於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。
  - 33 經檢察官或法官許可者。
  - 44 有急迫之情形者。
- (3)依九十二年二月新增訂之刑訴法第158條之二規定，違背第93條之一第二項、第100條之三第一條之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被當或犯罪嫌疑人時，違反第95條第二款、第三款之規定者，準用前項規定。

### 【題目十四】

司法警察於訊問被告時，應告知何種事項？告知義務違反之效果如何？

#### 《擬答》

憲法第16條所保障人之訴訟權，係指在符合正當法律程序下進行訴訟，告知義務亦包括在內。告知義務之意義、內容及違反效果，茲分述如後：

- 一、告知義務之意義：指訊問被告前應先告知權利，使被告能充分行使防禦權。故法院就起訴之罪名，固應告知被告，就起訴效力所及之犯罪事實所涉罪名，亦應告知，使被告知所防禦，始能避免突襲性裁判，以維程序之公正，並保障被告之權並。告知義務之內容，依刑訴第95條之規定，訊問被告應先告知下列事項：
- 11 犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名告知後，認為應變更者，應再告知。
  - 22 得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。
  - 33 得選任辯護人。
  - 44 得請求調查有利之證據。
- (3) 違反之效：依實務之見解，我國刑訴第95條、第98條、第100條、第100條之三等，其旨在透過明定刑訴程序訊問被告時應遵守之事項，及違反該等事項取得被告自白之效果，落實當事人於憲法上所保障正告法律程序下，以享有告知及聽聞之權利為前提，並得以基於其自由意志行使防禦權之權利。從而，實施刑訴之公務員，於詢問被告程序中未遵守上開之規定，即所剝奪被告所應享有之正當法律程序保障，其因此取得被告之自白，自不具備證據之能力。

### 【題目十五】

何謂相牽連之案件？如何定其管轄？

#### 《擬答》

- 11 相牽連案件之意義：牽連案件者，乃相互間有密切關係之數個刑事案件之謂。牽連案件為數個刑事案件，與屬於同一個案件之牽連犯有別。
- 二、牽連案件之種類：依刑訴第7條規定，有左列情形之一者，為牽連之案件：
- 1 一人犯數罪者：甘一人既犯傷害罪，又犯詐欺罪 又犯放火罪，只須其均為一人所犯，無論其所犯罪名如何，及於何時何地犯之，均認為牽連案件。
  - 2 數人共犯一罪或數罪者：指刑獲上之共犯而言，不論其為共同正犯、幫助犯、或教唆犯均屬之。如甲、乙、丙共同殺人、強盜等。
  - 3 數人同時在同一處所各別犯罪者：即數人個別起意，偶然會合於同一時間至同一處所犯罪之謂。如甲、乙、丙三人素不相識，而於同時至丁之住所，分頭入內行竊。
  - 4 犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者：如甲犯強盜殺人罪，乙將甲藏匿於家，丙為甲將兇刀及血衣投於棄於河中，丁為甲介紹出售贓物，上述各罪即屬牽連案件。
- 三、牽連管轄之意義：牽連管轄者，乃數個刑事案件，依事物管轄或土地管轄之規定，數個法院均有

其管轄權，因此數個刑事刑事案件間，有牽連關係，為節省時間、勞力及經費起見，得合併由其中一法院受理之謂也。

4 牽連案件管轄獲院之裁定：依刑訴第6條規定：

11 牽連案件，屬於數同級法院管轄者，得點併由其中之法院管轄。

22 牽連案件，已繫屬於數法院者，得由各法院同意，以裁定將其案件移送於同一法院，合併審判。有不同意見者，由共同之直接上級法院裁定之。

33 牽連案件，不屬願同級之數法院管轄者，得合併由其上級法院管轄。已繫屬於下級法院者，其上級法院得以裁定命其移送上級法院點併審判。但第7條第三款之數人同時同在一處所各別犯罪者，不在此限。

【題目十六】

何謂指定辯護？應指定辯護之情形為何？

《擬答》

指定辯護之意義及應指定辯護之情形，茲分別說明如後：

一、指定辯護之意義：指定辯護者，指於特殊情形下，由審判長指定公設辯護人或律師代被告而為辯護。

二、應指定辯護之情形：依刑訴第31條之規定可知：

1、刑訴第31條第一項所列，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獲為完全之陳述，於偵查中或審判中未經選任辯護人者。

2、低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定辯護者。（第31條第一項中段。

3、其他審判案件，審判長認為有必要者。

44 前述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。（第31條第二項）

55 依公設辯護人條例第二條第一項之規定，除依刑訴第31條第一項規定，已指定公設辯護人者外，被告得以言詞或書面聲請法院指定公設辯護人而其辯護。

66 依公設辯護人條例第二條第二項之規定，被告因無資力選任辯護人而聲請指定公設辯護人者，法院應為指定。

77 依刑訴第455條之五第一項規定，協商之案件，被告表示所願受科刑之刑逾有期徒刑六個月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商。

【題目十七】

何謂「證據能」？何謂「證據證明力」？兩者之區別及關係為何？

《擬答》

一、證據能力之意義「指得為證據之資格。換言之，即能否以之為證據而判斷其對事實證明強弱之資格。我國刑訴本來對於證據能之積極條件除第47條規定，審判期日之訴訟程序，專以筆錄為外，其他並未直接規定。反之，大多規定特別情形下，排除證據能力。但在九十二年二月修訂之刑訴法對於證據能力之有無，增訂許多規定。如，依刑訴第159條之一第一項規定，被告以外之人於審判外，向法官所為之陳述，得為證據。

二、證據證明力之意義：指就具有證據能力之證據中，予以決定其證明犯罪事實在否效力強弱之效果。證據證明力以證據能力為前提，須有先有證據能力之證據，才能判斷其證明力之強弱，而其判斷依刑訴第155條之規定，證據之證明力，由法院本於確信自由判斷之。但不得違背經驗法則及論理法則。無證據能、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。

三、證據能力與證據證明力對區別：

1、意義不同。證據能力為嚴格證明之證據資格，證據證明力為對待證事實之證明程度。

2、判斷順位不同。證據能力之有無應優先判斷，證據證明力之強弱較後判斷。

3、法院可否自由判斷不同。證據能力之有無，法律加以明定，法官無法自由判斷，證據證明力之強弱，由法官本於確實心證自由判斷。

4、支配法則不同。證據能力之有無依法律所定之規定支配之，證據證明力之強弱則受論理法則及經驗法則之支配。

四、證據能與證據證明力之關係，乃證據能力為證據證明力之前提，必先有證據能力，始能產生證據之證明力。易言之，前者乃「有無」資格問題，後者乃「強弱」問題，判斷順序上證據能力應優

先於證據證明力。

### 【題目十八】

試說明何謂交付審判制度？

#### 《擬答》

從監督檢察官處分權之觀點，九十一年修法引進二種制度，一為起訴審查制度，一為交付審判制度。交付審判制，係源於德國刑事訴訟法之強制起訴程序，其主要目地在監督檢察官之不起訴處分，使不服不起訴處分者有請求法院救濟之機會，讓法院有介入審查檢察官的不起訴之權利。交付審查制度茲詳述如下：

- 一、聲請之主體：依新增訂之刑訴第258條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。故聲請主體為告訴人，而謂告訴人係指得為告訴之人且已提出告訴者。
- 二、聲請之程式：依新增訂之刑訴第258條之一規定，告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。由此條文可知新法採行再議前置的機制，亦即並非告訴人收到不起訴處分書，即可聲請交付審判，而必須先經由再議程序救濟，駁回後始可委任律師聲請交付審判。另本次修法對聲請交付審判採強制委任律師之強制律師代理制度，其立法理由係為防止濫行提出聲請，虛耗訴訟資源。
- 三、管轄之法院：依新增訂之刑訴第258條之一規定，為該管第一審法院亦即對該案件有土地管轄或事物管轄之第一審法院。
- 四、法院之審查及效果：依新增訂刑訴第258條之三第一項規定，告訴人提出交付審判之聲請後，法院應組成合議庭以合議行之。法院審查之結果認為交付審判之聲請不合法或無理由者，應駁回之；認為有理由者，應為交付審判之裁定，並將正本送達於聲請人、檢察官及被告。另依同法第258條之三第四項規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。
- 五、聲請之撤回：新法對於交付審判之聲請，採行得撤回之原則，依新增訂之刑訴第258條之二規定，交付審判之聲請，於法院裁定前，得撤回之，於裁定交付審判後第一審辯論終結前亦同。另撤回交付審判之人，不得再行聲請交付審判。
- 六、交付審判之救濟：交付審判使案件進入審判程序，對被告而言，其權益畢竟因此而受影響，故本次修法承認被告有抗告之利益，依258條之三第五項規定，提起抗告救濟之。

### 【題目十九】

何謂審判權？何謂管轄權？兩者有何異同？又其欠缺時，應如何處置？

#### 《擬答》

- 一、審判權之意義：指法院所掌理審判民刑事訴訟案件之權限及範圍。易言之，就刑訴而言，乃指刑訴法內所言法院，對於該刑事案件有無審判之權。
- 二、管轄權之意義：管轄權者，乃指以法律規定，就審判之事務予以分配，而定各法院審判案件之範圍。因法院有審級之不同，同級法院遍及各地，各個法院之間，必須劃定一受理案件之範圍，以免產生爭議或重複審判之情形。
- 三、二者之差別：
  - 1、必須先有審判權，而後生管轄權之問題。
  - 2、審判權之有無，以該刑事案件，應否歸屬本法所稱之法院審判為斷；有無管轄權，則案件應歸法院審判已無疑義，不過決定應由何一法院審判而已。
- 四、審判權之欠缺：
  - 1、無審判權者，在偵查中依刑訴第252條第七款之規定，檢察官應為不起訴處分。
  - 2、無審判權者，在審判中依刑訴第303條第六規定，法院應為不受理之判決。
- 五、管轄權之欠缺：
  - 1、無管轄權者，在偵查中依刑訴第250條之規定，檢察官知有犯罪嫌疑而不屬其管轄者或於開始偵查後，認為該案件不屬於其管轄者，應即分別通知或移送該管檢察官。
  - 2、無管轄權者，在審判中依刑訴第304條之規定，無管轄權之案件，應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於該管轄法院。但如為自訴案件，依刑訴第335條之規定，諭知管轄錯誤之判決者，非經自訴人聲明，毋庸移送案件於該管轄法院。

### 【題目二十】

司法警察官於刑事偵查過程中，得以約談通知書約談犯罪嫌疑人，試問何謂約談？何謂傳喚？二者有何異同？

#### 《擬答》

- 一、約談之意義：所謂約談，係指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，使通知書，通知犯罪嫌疑人到場，接受詢問之謂。依刑訴第71條之一規定，司法警察官或司法警察，因調查犯罪嫌疑人之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。
- 二、傳喚之意義：指檢察官、審判長、受命法官或受託法官，為使被告於一定時日，親赴地檢署、法院或其指定之一定處所應訊所為之處分。
- 三、二者之區別：
  - 1、通知之方式不同。約談使用通知書；傳喚使用傳票。

- 2、文書記載內容不同。傳喚依刑訴第71條第二項規定，除記載被告之姓名、案由及應到之日時處所外，並應記載無正當理由不到場者，得命拘提；約談雖然準用上揭傳喚之規定，但只須記載被告之姓名、案由及應到之日時處所，至於「不到場得命拘提」不在準用之列。
- 3、簽發者不同。約談之通知由司法警察機關主管長官簽發；傳喚之傳票，偵查中由檢察官簽發，審判中由審判長受命法官簽發。
- 4、對象不同。約談之對象為犯罪嫌疑人；傳喚之對象為被告、自訴人、證人、鑑定人及通譯。
- 5、目的不同。約談係為調查犯罪情形及蒐集證據，使犯罪嫌疑人到場接受詢問；傳喚則為進行偵查與審判之必要，對被告之訊問。
- 6、違反之效果不同。約談經合法之通知，無正當理由不到場者，得報請檢察官簽發拘票(第71條之一)；經合法傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之(第75條)。

#### 單元一：訴訟主體

Q1：何謂「事務管轄」？試述刑事訴訟法有關事務管轄規定：

Ans：刑事管轄權，乃指刑事法院行使審判權的內容，擁有管轄權不同刑事法院間的事務分配。在法定的固有管轄中，分為事務管轄與土地管轄。

- 1 事務管轄：係以「案件」之種類，除定其第一審管轄法院，也定不同級法院刑事案件的分配。事務管轄的有無，應依起訴時到終審裁判時定之。
- 2 相關規定：
  1. 關於第一審法院的分配：
    - a. 原則：刑事訴訟法第4條本文規定，地方法院於刑事案件有第一審管轄權。
    - b. 高等法院管轄第一審案件：刑訴法第4條但書規定，內亂罪、外患罪與妨害國交罪，由高等法院管轄第一審。
    - c. 簡易判決：第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者，以所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金為限，得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。但有必要時，應於處刑前訊問被告。
  2. 審級管轄：我國刑事訴訟法採三級三審制，故除前述的高等法院管轄第一審案件與簡易判決外，由高等法院管轄第二審，最高法院管轄第三審。

Q2：刑事訴訟法規定，有管轄權之法院因法律或事實不能行使審判權而移轉管轄之事由為何？試列述之。

Ans：

- 1 移轉管轄之意義：有管轄權之法院因某種原因，對該案件不能行使審判權，或不便行使者，由上級法院以裁定將該案件移權於其管轄區域內與原法院同級之他法院。
- 2 移轉他法院之事由：
  1. 因法律不能行使審判權：如刑訴法第17條規定法院內之法官應予迴避，而致無法官審理或不足合議庭之人數即屬之。
  2. 因事實不能行使審判權：如天災、地變、交通斷絕，或法官疾病死亡，而無人代理繼任等情形。
  3. 因特別情形不能行使審判權：恐影響公安，或難期公平者。

Q3：法院就刑事案件之管轄有事務與土地管轄之分，請分明說明其意義及內容。

Ans：

- 1 事務管轄：
  1. 意義：以案件性質定第一審管轄法院，亦即定「不同級」法院刑事案件之分配。
  2. 原則：地方法院有第一審管轄權。
  3. 例外：內亂、外患、妨害國交罪之第一審法院為高等法院。
  4. 違背事務管轄→第379條第4款，法院所認管轄之有無係不當之判決違背法令。
- 2 土地管轄：
  1. 意義：以土地區域，定「同級」法院管轄事件。
  2. 犯罪地：行為地與結果地均包括在內。
  3. 被告之住、居所：以民法有關住居所規定。  
被告之所在地：以被告起訴時身體的所在地。
  4. 船艦本籍地、航空機出發地或犯罪後停泊地。
  5. 違背土地管轄→第379條第4款法院所認管轄之有無係不當之判決違背法令。

## 單元二：訴訟主體—當事人

Q4：何謂當事人能力？何謂訴訟能力？依現行法規定，法人是否具有當事人能力與訴訟能力？

Ans：

- 1 當事人能力：乃得為刑事訴訟當事人之法律上能力，其應於起訴時判斷有無。
  1. 公訴案件：
    - a. 檢察官：均為自然人且受國家考選任命，故有當事人能力。
    - b. 被告：自然人→有  
法人、非法人、政府機關→原則無，例外為特別法規定。
  2. 自訴案件：
    - a. 自訴人：  
自然人：犯罪直接被害人且有行為能力者，如無當事人能力應依本法第334條諭知不受理。  
法人：須併列法人及代表人姓名，欠缺前者依本法第334條諭知不受理，欠缺後者先命補正，逾期依本法第343條準用第303條第1款諭知不受理。
    - b. 被告：同公訴案件。
  3. 被告無當事人能力時依本法第343條準用第303條第1款諭知不受理判決。
- 2 訴訟能力：乃於刑事訴訟中得有效為訴訟行為之能力，其以意思能力之有無判斷之。
  1. 公訴案件：
    - a. 檢察官：以具備意思能力為足，與行為能力無涉。
    - b. 自訴人：自自然人→有當事人能力者因有行為能力，故必有訴訟能力，惟應注意37條及319條第2項律師強制代理之限制。  
法人：同自然人(代表人須有意思能力)
    - c. 被告：同公訴案件。

Q5：何謂強制辯護？審判長於何種情形下可指定公設辯護人？

Ans：

- 1 強制辯護之定義：強制辯護又稱必要辯護，乃必須有辯護為被告辯護之案件，否則其判決即為當然違背法令(379 判決尚未確定→第三審上訴，判決已確定→非常上訴救濟)
- 2 強制辯護之案件類型：
  1. 最輕本刑三年以上有期徒刑。
  2. 高等法院第一審案件(內亂罪、外患罪、妨害國交罪)。
  3. 被告因智能障礙無法為完全陳述。
- 3 審判長可指定公設辯護人之情形如下：
  1. 刑事訴訟法第31條第1項規定：
    - a. 最輕本刑三年以上有期徒刑之案件。
    - b. 高等法為管轄第一審案件(內亂罪、外患罪、妨害國交罪)。
    - c. 被告因智能障礙無法為完全陳述。
    - d. 低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定。
    - e. 審判長認為有指定公設辯護人或律師之必要之其他審判案件。
  2. 公設辯護人條例第2條及第3條
    - a. 被告因無資力聲請指定。
    - b. 被告聲請指定
  3. 屬於本法第31條第1項所列案件，經選任辯護人，於審判期日無正當理由不到庭者，審判長得指定公設辯護人。

## 單元三：訴訟客體—案件

Q6：起訴之效力，何以不及於檢察官所指被告以外之人，而及於犯罪事實之全部？如就檢察官所指被告以外之人或未就犯罪事實全部加以審判，其判決是否違法？可否對之再行起訴？試分別析述之。

Ans：

- 1 主觀可分：  
刑事訴訟法第266條規定：「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人。」(人可分)
- 2 客觀不可分：  
單一犯罪事實在實體法上僅有一刑罰權，在訴訟法上為一訴訟客體，無從加以分割，故本法第267規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。」稱之為「起訴不可分原則」或「審判不可

分」原則。所謂「效力及於全部」必須是起訴部分與未經起訴部分具有審判不可分性，且二者皆為有罪而言。故起訴之效力既及於全部，檢察官即不得對未經起訴部份另行起訴，又犯罪事實為複數，則刑罰權亦為複數，未經起訴之部分基於不告不理原則，法院不得加以審判，故本法第268條規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判」。

3 如法院就檢察官所指被告以外之人或未就犯罪事實全部加以審判，即屬刑訴法第379 違背法令之判決。檢察官不得就該案件再行起訴(因其為單一犯罪事實)。

#### 單元四：訴訟程度—訴訟關係與訴訟案件

Q7：刑事判決有形式判決與實體判決之分，其內容為何？兩者區分之實益何在？

Ans：判決是訴訟處分的一種，係法院、審判長受命法院或受命法官，判斷事實適用法律所為的意思表示。按判決的依據，可以區分以下兩類：

1 形式判決：

關於訴訟法上的事項所為的裁判，通常係對程序問題所為的裁判，故又稱訴訟裁判。例如：免訴、不受理與管轄錯誤判決。在效力上屬形式判決的例外情形。

2 實體判決：

指關於實體法事項所為的裁判。案件倘具備訴訟條件，即應為實體判決，例如：科刑、免刑、無罪判決，以終結案件。故也稱本案判決。

3 區別實益：

1. 形式判決得不經言詞辯論；實體判決原則上應經言詞辯論。

2. 判決效力方面：

形式判決，原則上並不發生實質確定力，唯免訴判決有爭議。唯觀察刑事訴訟法第302條所列各款事由，雖因欠缺實體的訴訟條件而無從為實體判決，但其內容均涉及實體法事實，法院在判斷上，仍應就實體關係是否存在加以審查。故效力應與實體判決相同，也具有實質的確定力。

#### 單元五：訴訟程序—訴訟行為

Q8：某甲因殺人案受審，在接到第一審有罪判決後，一時精神受到刺激而陷於錯亂狀況，不省人事，致延誤上訴期間九日。甲於精神恢復正常後五日內，附上上訴狀聲請回復原狀。試問法院應否准許甲回復原狀？

Ans：聲請回復原狀，指遲誤失權期間將生失權效果，但若非因為應為訴訟行為之人過失遲誤期間者，於一定條件下，經其聲請，回復其因遲誤期間所喪失的權利，此稱為「回復原狀」。

1 得聲請回復原狀之聲請人：

1. 得提起上訴之人

2. 得提起抗告之人

3. 得聲請再審之人

4. 得聲請撤銷或變更審判長、受命法院、受託法官或檢察官處分之人。

5. 得聲請再議之人

2 得聲請之要件：

1. 所遲誤者須為期間

2. 須非因自己的過失遲誤期間

3. 遲誤期間非由於不欲遵守或無從遵守期間

3 聲請程序：因遲誤上訴、抗告或聲請再審期間而聲請回復原狀者，應以書狀，向原審法院聲請之。

聲請程式：

1. 應以書狀釋明非因過失遲誤期間之原因及該原因消滅之時期。

2. 聲請回復原狀應同時補行期間內應為之訴訟行為。非期間回復。

3. 應以書狀聲請之。

4 聲請之時間：於遲誤原因消滅後五日內為之。

#### 單元六：強制處分

Q9：甲條臨宅縱火後，翌日向警方自首坦承犯罪，警方訊問後應否將甲解送地方法院檢察署？如甲被訊問後欲自行離去時，司法警察及檢察官得採取保種措施？

Ans：

1 警方「不得」將甲解送地方法院檢察署。

基於「拘捕前置原則」之要求，被告或犯罪嫌疑人未經拘捕不得解送(229Ⅲ)

2 檢察官對於甲被訊問後，欲自行離去之時之處理。

基於檢察官之逮捕，檢察官經訊問後，認為甲有羈押之原因及羈押之必要時，得將甲予以逮捕，向法院聲請羈押(228IV)

3 司法警察對於甲被訊問後自行離去之處理：

以本法第88-1，緊急拘提之方式逮捕甲。

Q10：依刑事訴訟法規定，偵查機關於一定事由存在時，得無搜索票而逕行搜索。試問因實施搜索主體不同，搜索後應踐行何種程序，其所為之搜索方屬合法？

Ans：不要式搜索有：附帶搜索、逕行搜索(緊急搜索)、同意搜索，分述如下：

1 附帶搜索：

刑事訴訟法(下稱本法)第130條規定，檢察官、檢察事務官、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。惟本法並未就偵查機關依本條實施之無令狀搜明訂搜索後應踐行之法定程序，故事後無須陳報或報告。

2 緊急搜索(保全被告或犯罪嫌疑人)：

1. 本法第131條第1項規定檢察官、檢察事務官或司法警察(官)於下列情形，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：

- 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確實在內者。
- 因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。
- 對明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。

3 緊急搜索(保全證據)：

- 本法第131條第2項規定：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、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察(官)執行搜索並層報檢察長。
- 搜索係由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院。法院認為不應准許者，得於五日內撤銷之。
- 搜索係由檢察事務官、司法警察(官)為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應許者，得於五日內撤銷。

4 同意搜索

本法第131-1條規定，搜索係經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。惟本法並未就偵查機關依本條實施之無令狀搜索明訂搜索後應踐行之法定程序，故事後無須陳報或報告。

Q11：檢察官依刑事訴訟法第131條第2項規定得逕行搜索其要件為何？又法院受理檢察官逕行搜索陳報案件之審查，究應如何處理？試分別敘明其要。

Ans：

1 有關證據保全逕行搜索之要件，依民國91年新修訂第131條第2項規定「檢察官於偵查中有相當理由認情況急迫，非迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，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。」蓋為保全證據，以利用刑事訴追，而賦予偵察機關實施無令狀之緊急搜索。其要件分述如下：

- 必須有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞。
- 應由檢察官親自執行或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索。
- 事後審查制：前開之不要式搜索由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；檢察事務官、司法警察(官)為之者，應於三日報告該管檢察署檢察官及法院。

2 法院對於逕行搜索之審查：檢察官檢察事務官、司法警察(官)實施無令狀搜索後，應於三日內陳報法院；法院受理檢察官逕行搜索陳報案件後，其處理方式如下：

- 法院認為搜索合法者：無庸為任何的意思表示，可逕於陳報書上批示「備查」後逕予報結(歸檔)。
- 法院認為搜索違法者：法院應於五日內以裁定撤銷偵查機關之搜索處分(刑訴131III)。搜索執行後未陳報該管法院或搜索處分經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得做為證據。(刑訴131III)

Q12：試比較通緝犯逮捕與現行犯逮捕之不同。

Ans：

通緝犯逮捕，係指對於逃亡或藏匿之被告，以公告周知的方式，通知檢察官或司法警察(官)予以逮捕

之強制處分。

現行犯之逮捕，係指以逮捕的直接強制力而限制現行犯或準現行犯的人身自由，屬於無令狀之逮捕。

以下為兩者之比較：

1 對象不同：

通緝犯：偵查中或審判中因逃亡或藏匿而依法通緝之被告。

現行犯：尚未經偵查或審判，而係犯罪實施中或實施後即時發覺之犯人。

2 時機不同：

通緝犯：須依法通緝始得逮捕。

現行犯：隨時均可逮捕。

3 得為逮捕之人不同：

通緝犯：檢察官、司法警察(官)、利害關係人。

現行犯：任何人均得為之。

4 逮捕後之處理方式不同：

1. 通緝犯可分：

利害關係人逮捕：送交檢警單位。

利害關係人請求檢警逮捕。

(刑訴法87配合91條之情形)

2. 現行犯可分：

無偵查權之人：送交檢警單位。

有偵查權人：88條配合92 II 條。

Q13：何謂現行犯？何謂準現行犯？試說明之。

Ans：我國刑事訴訟法(下稱本法)第88條第1項規定，「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」故其所涉及的為無令狀逮捕。由於現行規定，將得行使強制力的主體擴及到非國家機關以外之人，所以必須予以嚴格定義。

1 現行犯：

1. 刑事訴訟法意義的現行犯：本法第88條第2項謂，犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯

a. 在時間的認定上，必須著眼於時間的緊接性，倘若欠缺即時的要件，最多只能論以準現行犯。

b. 司法院大法官釋字第90號解釋並加以論釋：「二、遇有刑事訴訟法第88條所定情形，不問何人均得逕行逮捕之，不以有偵查權人未曾發覺之犯罪為限。」

2. 憲法意義的現行犯：憲法第8條第1項規定，人民身體之自由應予保障。除現行犯的逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。此處所謂的現行犯何指，依司法院大法官釋字第90號解釋的見解：「一、憲法上所謂現行犯係指刑事訴訟法第88條第2項之現行犯，及同條第3項以現行犯論者。」

2 準現行犯：即本法第88條第3項所稱以現行犯論的情形：

1. 被追呼為犯罪人者。

2. 因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑不犯罪人者。必須要加以說明的是，準現行犯的判定，與其是否為真正的犯罪人無關。

3 區別：綜合前述的定義，可以發現現行犯與準現行犯之間的差別，主要在於犯罪嫌疑人與犯罪在時間上的緊接性，即本法第88條第2項中所稱的「即時」。故即便是在犯罪實施始被發覺，由於具備即時要件，仍應屬現行犯。反之，倘欠缺即時的要件，則僅能依的本法第88條第3項所列的要件認定為準現行犯，予以逕行逮捕。

Q14：依刑事訴訟法第130條之規定，檢察事務官或司法警察人員依法拘提、逮捕被告或犯罪嫌疑人時，雖無搜索票，得行搜索一定的範圍，理由何在？此項得逕行搜索之範圍如何？

Ans：

1 附帶搜索的意義與目的：

附帶搜索，依本法第130條規定：「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、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。」其立法目的乃在保障執行拘捕、羈押處分之公務人員之人身安全，避免被處分人以隨身或可立即觸及所預藏之危險武器之攻擊，是以欲為此項附帶搜索即需以客觀情狀顯現有安全威脅為前提，且搜索之標的亦限於危險器具，另倘為取得或保全證據則亦屬之。惟亦有採不同見解者，其認為保全隨身證據時不得為附帶搜索。

## 2 學者見解：

此學者認於刑事案件中為保障執法人員安全並防止隨身證據湮滅：

1. 司法警察拘提逮捕汽車駕駛人或乘客時，得同時附帶搜索該人得立即觸及之汽車內部及其內開啟或封閉之容器(包括前座置物箱、車上之行李、盒子與衣服等)，至於未得觸及之範圍暨汽車之後行李箱與引擎箱則均不得為之。
2. 若係對接近汽車或為曾進入汽車之人為拘提逮捕，則僅得於合理懷疑該人身上可能發現證據或武器時，始得對身體為附帶搜索，至對汽車即不許為之。
3. 司法警察若具備相當理由時得對停方路邊之汽車(含置物箱、行李箱與引擎箱)為無令狀搜索，以防止嫌犯或共犯將車駛離或遭人竊取破壞，至對汽車內可得分離之容器(如何人皮包、旅行袋等)僅得無令狀扣押，迨取得令狀後始可為搜索。

Q15：何謂「搜索」？執行搜排應注意何事？請說明之

Ans：

- 1 係指以發現被告或犯罪證據或其他可得沒收之物為目的，而搜查被告、犯罪嫌疑人或第三人的身體、物件、住宅或其他處所的強制處分。我國事事訴訟法(下簡稱本法)，依有搜索票的有無，將之區分為「要式搜索」與「不要式搜收」。
  1. 要式搜索：本法第128條第1項規定：「搜索，應用搜索票」，乃以要式搜索為原則。由於採取相對的法官保留原則，故令狀乃由法官簽法。
  2. 不要式搜索：由於搜索本質帶有急迫性、突襲性的處分，在不及聲請搜索票的情形下，本法亦有例外不用搜索票而得搜索的情形，計有：附帶搜索、逕行搜索、與同意搜索情形。
- 2 執行搜索時應注意的事項：
  1. 令狀、證件的出示：要式搜索時，執行機關應出示搜索票，同時也應該出示證件；不要式搜索，則免去令狀的出示。
  2. 搜索的在場與通知：為避免搜索時產生爭端，本法第148條與第149條均規定在執行搜索時，應命一定之人在場
  3. 必要處分：本法第144條規定，「因搜索及扣押得開啟鎖扃、封緘或其他必要之處分(I)。執行扣押或搜索時，得封鎖現場，禁止在場人員離去，或禁止前條所規定之被告、犯罪嫌疑人或第三人以外之人進入該處所(II)。對於違反前項禁止命令者，得命離開或交由適當之人看守至執行終了(III)」
  4. 一般限制：由於搜索已嚴重干預相對人的居住自由與隱私權，故本法為將程序減到最低，作有相關的規定。
    - a. 保密原則：在第124條規定，「搜索應保守秘密，並應注意受搜索人之名譽。」
    - b. 比例原則：此外針對抗拒搜索者，在132條規定，執行機關得用強制力搜索之，但不得逾必要之程度。
    - c. 夜間搜索的限制：本法146條本文規定：「有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。」故夜間搜索原則上是禁止的(但有例外)
  5. 特別限制：針對搜索的客體與對象的不同，本以亦有特別的規定：
    - a. 公務物件的補充性：對於政府機關或公務員所持有或保管之文書及其他物件應扣押者，應先請求交付。僅於必要時始得搜索之(刑訴126)
    - b. 軍事處所：依本法第127條，上應秘密之處所，非得該管長官之允許，不得搜索。
    - c. 婦女為相對人的特晚規定：本法第123條條文規定：「搜索婦女之身體，應命婦女行之。」

## 單元七：證據

Q16：何謂證據能力？依刑事訴訟法規定，何種情事之證據資料無證據能力？試分別說明之。

Ans：

- 1 證據能力之定義：證據能力係指訴訟程序中，得為證據之資格，亦即得採為裁判基礎資格。
- 2 無證據能力又可分：
  1. 違反合法性原則部分：
    - a. 未經具結之證言或鑑定。
    - b. 違反法定障礙事由而取得的訊問筆錄。
    - c. 違背禁止夜間訊問規定(但非出於惡意或被告出於自由意志者不在此限)
    - d. 違反告知義務。
    - e. 違反全程連續錄音錄影

f. 非法搜索扣押物之證據能力

2. 違反任意性之自白：即被告之自白非出於自由意志。
3. 違反直接審理：被告以外之人於審判外的陳述。
4. 違反關聯性法則：與待證事實無關的證據。
5. 違反意見法則：指證人之個人意見或推測。

Q17：證人於司法警察官前所為之陳述，有無證據能力？試說明其理由。

Ans：證據能力係指訴訟程序中，得為證據之資格，亦即得採為裁判基礎資格。

按證人於司法警察官前所為之陳述，係屬傳聞證據，依新修正之第159 I 規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律另有規定者外，不得作為證據。」其修正理由即明言酌採英美法之傳聞法則，以保障被告之反對詰問權，故除法律有特別規定者外，傳聞證據原則上不具有證據能力。是除非法律另有規定，否則證人於司法警察官所為之陳述，不具有證據能力。我國刑事訴訟法第159-2規定：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察(官)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，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：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。」故證人於司法警察官前所為之陳述，如有上列情形時，其證言得為證據。

Q18：何謂傳聞證據？其應如何取得證據能力？排斥傳聞證據之理由為何？

Ans：

- 1 傳聞證據之意義：由間接傳聞而來的證據就是傳聞證據，也就是說事實認定基礎的經驗事實經驗者不直接向法院報告，而用其他的方法向法院報告。
- 2 傳聞證據應如何能取得證據能力？  
第159 I 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。」其修正理由即明言酌採英美之傳聞法則，以保障被告之反對詰問權。故除法律有特別規定者外，傳聞證據原則上不具有證據能力。  
但依本法第159-1至159-5之規定，傳聞證據例外具有證據能力之情形有：
  1. 被告以外之人於審判外向法官所為之陳述。
  2. 除顯有不可信之情況者外，被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述。
  3. 被告以外之人於檢察事務官、司法警察(官)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，且為證明犯罪事實存否所必要者。
  4. 被告以外之人於審判中有下列情形之一者，其於檢察事務官、司法警察(官)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：
    - a. 死亡者。
    - b. 身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。
    - c. 滯留國外或所在不明而無法專喚或傳喚不到者。
    - d. 到庭後無正當理由拒絕陳述者。
  5. 除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之記錄文書、證明文書，從事業務之人於業務上或通常業務過程所需製作之記錄文書、證明文書，以及其他於可信之原特別情況下所製作之文書。
  6. 被告以外之人於審判外之陳述，經當事人於審判程序同意做為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述做成時之情況，認為適當者。
- 3 排斥傳聞證據之理由：
  3. 反對詰問權之剝奪  
剝奪對方當事人對證人進行反對詰問的機會。
  4. 違反直接審理原則  
本於直接審理原則、言詞辯論原則的要求，對於證據能力的要求注意在調查證據的程序，須經法院直接審理的證據方法方得採為裁判之基礎。
  5. 傳聞證據的可信度低  
因為非為直接證人所為之言詞。

Q19：何謂「證據能力」？何謂「證明力」？兩者之關係如何？

Ans：證據能力與證明力，為證據法的基本概念，其內容分述如下：

- 1 證據能力：  
我國刑事訴訟法(下稱本法)第154條第2項前段即謂罪事實應依證據認定之。此即證據裁判原則。反過來說，如何的證據才有資格作為認定犯罪事實的基礎，即涉及證據資格的問題，也就是證據

能力。在消極要件方面，係指未具有證據排除的情事；積極要件方面，則必須合乎本法關於證據通則的規定(例如本法155 II)、審理原則的規定(例如本法159)以及證據方法的規定(例如關於證人的訊問)。

2 證明力：

證據對於待證事實的認定，具有實質的價值，稱為證明力。在我國刑事訴訟上，證據只要有證據能力，經過合法的調查，即可做為判斷犯罪的依據。但證明力，則有強弱之別，證明力較弱的證據，必須佐以其他的證據(補強證據)，而不得作為判決的唯一基礎。

3 透過前述定義的整理，可知在證據的運用上，證據能力與證據的證明力有先後順序關係：作為認定犯罪事實的證據，必須要先具備證據能力，其次經由合法調查的程序，由法官運用自由心證，決定該證據就待證事實的證明力，是否有必要與其他證據結合，或是可以單獨證明犯罪，以作為判決的基礎。

Q20：目擊證人甲於檢察官訊問時，具結並陳述被告乙殺人之經過。法院審判時，辯護人主張甲的陳述是審判外之陳述，不得作為證據。試問辯護人之主張是否符合刑事訴訟法規定？請依刑事訴訟法規定說明之。

Ans：

1 傳聞法則之意義：

傳聞法院係指非法律例外明文規定，否則傳聞證據欠缺證據能力得作為證據。是以刑事訴訟法於民國92年2月6日修正公布，明文規定傳聞法則於159條第1項：「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。」而傳聞法則主要在保障被告的反對詰問權。

2 傳聞證據之種類：

依通說見解，傳聞證據包括：以書面代替到庭之陳述、到庭陳述他人所見所聞、以審判外陳述所作成書面代替到庭陳述等三種主要類型。本題證人甲於檢察官偵查時出庭並具結作證再由書記官作成筆錄後由檢察官於起訴後作為證據，即係上揭傳聞證據之第三種。

3 例外規定：

刑事訴訟法第159-1第2項：「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。」即係同法第159條第1項規定之法律例外規定。雖屬於傳聞證據，卻仍有證據能力。本題檢察官起訴後將證人甲於偵查時出庭並具結作證所作成其證言之筆錄作為證據即係此種例外情形。

4 結論：綜合上述，依刑事訴訟法有關傳聞法則之規定，辯護人之主張並無理由。

考題一：甲因涉嫌犯連續竊盜罪而被羈押於看守所中，甲自始否認有該等犯行。設承辦警員乙為求破案，借提甲到警局後，先予毆打，再予灌水。甲不堪凌虐，因而自白，警員乙遂依該自白按圖索驥，在北縣某山區荒郊起出贓物一批，經鑑定後發現贓物上殘留之指紋與甲相符，檢察官隨後將該案提起公訴。設本案審理中，法官經自白證明後大致相信有刑求情事，問該自白與贓物可否作為有罪裁判之依據？

【擬答】

(一)題示，本案涉及兩個層次的證據應否使用的問題。就第一層次的證據，即自白證據之使用禁止而言，由於被告中之自白係出於警員乙之毆打與灌水的非法方法，因此，依照本法第一五六條第一項，並無證據能力，法院不得將之採為裁判的基礎。

(二)就第二層次的證據，即贓物證據而言，由於此乃因違法手段取得原始證據(本案之自白)後，依該原始證據再以合法手段而間接取得之衍生證據，屬於證據使用禁止之放射效力，即毒樹果實之問題。關於放射效力之一般理論，雖然有肯定說、否定說與區分說之別，但單就本題之非任意性的放射效力而言，學者認為基於本法第一五六條的杜絕違法刑求與維護人性尊嚴的規範目的，並且衡諸不正取供的主觀客觀違法情節以及對於被告相對不利的證據情勢，認為非任意性自白應有放射效力，但原則上應將其射程距離限制在第一次的衍生證據。據此，法院基於證據使用禁止的放射效力，不得將本案贓物採為裁判的基礎。

考題二：何謂嚴格證明與自由證明？兩者之區別何在？試予敘明。

(89律檢II)

【擬答】

(一)嚴格證明之意義：

嚴格證明，係指犯罪事實之證明與調查，必須使用法定之證據方法並遵守法定之調查程序。而證明被告犯罪事實之證據，必須經過嚴格證明之調查程序後，始能取得證據能力，作為認定犯罪事實之基礎，詳言之，嚴格證明之下，證據方法及調查程序受到「雙重的限制」，更精確地說，諸如犯罪事實之經過及行為人有無罪責等等實體事項之證明，必須經過合法調查之嚴格證明程序，而嚴格證明之嚴格性，表現在兩方面，一是法定證據方法之限制，一是法定調查程序之限制。亦

即，審判程序中關於犯罪事實的調查與證明，須在法律規定所准許的證據方法之範圍內，並且依法律規定的調查證據程序踐行之，兩者同時具備時方係經過合法調查的證據，才取得證據能力。刑事訴訟法證據章第一五五條第二項所稱「合法調查」，便是嚴格證明之意義，也是嚴格證明的主要依據。

(二)自由證明之意義：

自由證明，即對於探知證據資料所使用的證據方法及其調查證據程序並不特別設限，因而，法院就調查證據的方法與程序，享有較為充分的選擇自由，原則上可以使用所有的證據資料來證明，故稱其為自由證明。據此，法官甚而可以查閱卷宗或電話詢問的方法來探求證據資料並形成心證，不受直接、言詞及公開審理原則之限制。不過，僅須經自由證明之事項，法院亦得慎重其事而以嚴格證明程序來證明(例如親自傳訊相關人士出庭應訊)；反之，應經嚴格證明之事項，則不得經自由證明程序。

(三)兩者之區別：

1. 適用範圍不同—

嚴格證明法則具有嚴格形式性之要求，對法院形成相當之限制，故僅限於本案犯罪事實及其法律效果問題之認定，也僅限適用於審判程序；而程序爭點之證明，僅須適用自由證明之程序即為已足，例如，法官有無迴避事由(本法第十七條、第十八條)、告訴人何時知悉犯人(本法第二三七條第一項)、證人有無特定之業務關係(本法第一八二條)、證人是否已達具結年齡(本法第一八六條第一項第一款)等。

2. 要求之心證有別—

經過審判期日之嚴格證明程序，法院依審判所得之證據，足以證明被告之犯罪事實已經達到無合理之懷疑的確信程度者，始能為有罪判決；反面言之，只要對於被告有罪一事，有合理的懷疑，則對於被告犯罪嫌疑即未達到有罪判決之確信程度，除程序判決之情形外，應為無罪判決。至於程序事項，例如有無管轄權、是否合法告訴等，適用自由證明程序為已足。法院對於依照自由證明程序的證據之判斷，其心證無須到達確信程度，只要法院在心證上認為很有可能或大致相信為已足，至於對於特定的訴訟要件是否存在，法院已否產生有足夠的心證，則委由法院合乎義務的裁量。

【參考資料】

考題三：甲男涉強姦乙童，偵查中甲曾在警局自白，惟審判中甲矢口否認，並抗辯自白係因承辦警員丙刑求所致。法官調查後發現，丙員確有刑求情事，但甲自白在先，甲先鉅細靡遺描述如何強姦乙童，丙員越聽越火，怒罵甲畜生不如後才動手毆打甲。問法官得否將該自白採為裁判之基礎？又，設若法官調查後，無法確定刑求與自白之先後關係時，情形有無不同？

【擬答】

- (一)為確保刑事被告及犯罪嫌疑人陳述與否之「意思決定及意思活動自由」，即學說上通稱之「任意性」，刑事訴訟法第九十八條規定不正訊問方法之禁止，並於第一百五十六條第一項明定違犯的法律效果，「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據」，此乃我國現行法上關於「證據使用禁止」的唯一規定，就非任意性自白無證據能力之結論言，並無疑義。
- (二)本條項明定，「被告之自白，非出於…不正方法…，得為證據」。從文義分析，所謂的「非出於」，已經預設不正方法與自白之間的因果關係。準此以觀，偵查機關縱使曾經使用不正方法，但被告之自白並非肇因於不正方法時，不在本條排除之列。此項見解，也與法規的規範意旨相符，因為本條項所欲防範者，乃國家以侵害被告意思決定及活動自由之方式，取得不利被告之自白，因而，當先前之不正方法與後來之自白無因果關係時，除非另有不法情事，否則，該自白即為「出於任意性」之自白，因此，法院不得以「非出於任意性」為由排除其證據能力。
- (三)案例前段所示情形，被告先行自白，丙員乃因聽其自白內容憤而動手，刑求與自白之間顯然欠缺因果關係，或者更精確地說，先前自白才是因，後來刑求僅為果，因果顛倒。雖然警員之刑求行為違法，甚至於可能該當刑法的瀆職傷害罪(參照刑法第二七七條、第一三四條)，但並不因而影響先前自白之任意性，所以自白也不「因而」無證據能力。
- (四)案例後段所示情形，由於無法確知自白與刑求之先後關係，亦無法判定兩者之間是否有因果關係，據前文之分析，懷疑有因果關係但無法證明時之不利益，不能歸由被告負擔，因此，該自白之法律效果與非任意性自白相同，無證據能力，法官不得將之採為有罪裁判之依據。

※重要實務見解：

一、最高法院九十一年度第四次刑事庭決議

- (一)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。刑事訴訟法修正後第一百六十一條(下稱本法第一百六十一條)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(參照本法修正前增訂第一百六十三條之立法理由謂「如認檢察官有舉證責任，但其舉證，仍以使法院得有合理的可疑之程度為已足，如檢察官提出之證據，已足使法院得有合理的可疑，其形式的舉證責任已盡…」)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。同條第二、三、四項，乃新增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。
- (二)刑事訴訟法修正後第一百六十三條(下稱本法第一百六十三條)釐訂法院與檢察官調查證據責任之分際，一方面揭發當事人調查證據主導權之大原則，並充分保障當事人於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告之權利(同條第一項)；另一方面例外規定法院「得」及「應」依職權調查證據之補充性，必待當事人舉證不足時，法院始自動依職權介入調查，以發見真實(同條第二項)；再增訂法院依職權調查證據前，應踐行令當事人陳述意見之程序(同條第三項)，以貫徹尊重當事人查證之主導意見，確保法院補充介入之超然、中立。
- (三)本法第一百六十三條第二項但書，雖將修正前同條第一項規定「法院應依職權調查證據」之範圍，原則上減縮至「於公平正義之維護或對於被告之利益有重大關係事項」之特殊情形，用以淡化糾問主義色彩，但亦適足顯示：法院為發見真實，終究無以完全豁免其在必要時補充介入調查證據之職責。
- (四)本法第一百六十三條第一項增列「審判長除認為有不當者外，不得禁止之」之規定，係專為充分保障當事人、代理人、辯護人或輔佐人於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告之權利而設，此與同項規定當事人聲請調查證據之當否，應由法院逕依司法院大法官會議釋字第二三八號解釋暨

相關判例見解判斷另予准駁者無關。

- (五) 法第一百六十一條、第一百六十三條規定內容，不涉證據「如何調查」應踐行之程序，自亦不影響調查證據程序規定(本法第一百六十四條至第一百七十三條規定參照)之繼續適用。
- (六) 本法第一百六十三條之規定，法院原則上不主動調查證據，僅於左列情形，始有調查證據之義務：
1. 當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查而客觀上認為有必要。
  2. 本條第二項但書規定應依職權調查之證據。
  3. 本條第二項前段規定法院為發見真實，經裁量後，在客觀上又為法院認定事實，適用法律之基礎者。
- (七) 本法第一百六十三條第二項前段「法院得依職權調查證據」，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清時，得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。從而，法院於當事人聲請調查之證據調查完畢後，除依同條規定應調查之證據外，其他凡經認為有助於發見真實而足以影響判決結果之證據存在，且有調查之可能者，皆屬得依職權調查之證據。審查修法前調查證據程序是否違法之法律依據，本法施行法，尚乏明文。惟本諸舊程序用舊法，新程序始用新法之一般法則，對於九十一年二月九日以前已踐行之訴訟程序，依舊法審查之。
- (八) 本法第三百七十九條第十款規定「法院應於審判期日調查之證據」，綜合實務見解，原則上指該證據具有與待證事實之關聯性、調查之可能性，客觀上並確為法院認定事實適用法律之基礎，亦即具有通稱之有調查必要性者屬之(司法院大法官會議釋字第二三八號解釋；七十一年台上字第三六〇六號、七十二年台上字第七〇三五號、七十八年台非字第九〇號、八十年台上字第四四〇二號判例；七十七年八月九日七十七年度第十一次刑事庭會議貳之甲第十四項決議意旨參照)，除依法無庸舉證外，並包括間接證據、有關證據憑信性之證據在內，但應擯除無證據能力之證據，且以踐行調查程序，經完足之調查為必要，否則仍不失其為本款調查未盡之違法，復不因其調查證據之發動，究竟出自當事人之聲請，抑或法院基於補充性之介入而有差異。本法第一百六十三條第二項前段所定法院為發見真實，「得」依職權調查之證據，原則上固不在「應」調查證據之範圍，惟如為發見真實之必要，經裁量認應予調查之證據，仍屬之。
- (九) 法院於依職權調查證據前，經依本法第一百六十三條第三項之規定，踐行令當事人陳述意見之結果，倘遇檢察官、自訴人對有利或不利於被告之證據，表示不予調查，或被告對其有利之證據，陳述放棄調查，而法院竟不予調查，逕行判決者，如其係法院「應」依職權調查之證據，而有補充介入調查之義務時，此項義務，並不因檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人陳述不予調查之意見，而得豁免不予調查之違誤。惟於法院「得」依職權調查證據之情形，法院既得參酌個案，而有決定是否補充介入調查之裁量空間，自不得徒以法院參照檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人之查證意見後，不予調查，遽指即有應調查而不予調查之違法。

- (十) 本法第一百六十一條、第一百六十三條規定係編列在本法第一編總則第十二章「證據」中，原則上於自訴程序亦同適用。除其中第一百六十一條第二項起訴審查之機制、同條第三、四項以裁定駁回起訴之效力，自訴程序已分別有第三百二十六條第三、四項及第三百三十四條之特別規定足資優先適用外，關於第一百六十一條第一項檢察官應負實質舉證責任之規定，亦於自訴程序之自訴人同有適用。惟第一百六十一條第二項裁定定期通知檢察官補正逾期未補正者，得以裁定駁回起訴之規定，在自訴程序中，法院如認案件有同法第二百五十二條至第二百五十四條之情形，自得逕依同法第三百二十六條第三項規定，以裁定駁回自訴，無須先以裁定定期通知自訴人補正。

考題四：刑法第二三九條通姦罪，配偶縱容者不得告訴，如甲女縱容其夫與人通姦，嗣後向夫表示撤回縱容，禁止其夫繼續與人通姦，能否回復其告訴權，試論述之。(82律)

【擬答】

- (一) 依刑事訴訟法第二三四條第二項之規定，「刑法第二百三十九條之妨害婚姻及家庭罪，非配偶不得告訴。」故配偶為刑法第二三九條通姦罪之專屬告訴權人。惟刑法第二四五條第二項亦規定，「第二百三十九條之罪，配偶縱容或宥恕者，不得告訴。」爰此，配偶如事前縱容或事後宥恕者其配偶與人通姦者，即喪失其告訴權。
- (二) 題示，甲女事前縱容其夫與人通姦，能否因嗣後撤回縱容而回復其告訴權，關鍵在於縱容之效力係永久性抑或一時性

地喪失其告訴權，茲將實務與學說之不同見解整理於下：

1. 實務認縱容並不限定對於特定之通姦事件為之，故一經縱容即概括地、永久地喪失其告訴權。院字一六〇五號解釋即認「縱容配偶與人通姦，告訴權即已喪失，不能因嗣後翻悔而回復。又所謂縱容，但有容許配偶與人通姦之行為即足，至其相姦之人，原不必經其允許」，依此，實務因認配偶之縱容係針對通姦之行為，而不限定特定人，故一經縱容自將永久喪失其告訴權。如根據院字一六〇五號解釋，本題甲女縱容其夫與人通姦，已永久喪失告訴權，不因嗣後表示撤回而回復。
  2. 學說則認縱容僅生一時性之效果，係對於特定事件為之，故應就犯罪時配偶對之有無縱容之情形為準，縱於犯通姦罪之前曾得配偶之縱容，如嗣後明白表示撤回縱容者，對其後之通姦行為應回復其告訴權，以維繫婚姻之完整。如採學說之見解，甲女嗣後撤回縱容，禁止其夫繼續與人通姦，自可回復其告訴權。
- (三) 綜上，學說與實務見解均各有所本，惟刑法第二三九條之通姦罪，係為保護婚姻與家庭之安全而設，自不容配偶之一方或第三人加以破壞；況吾國法制既採一夫一妻之婚姻制度，則夫妻雙方應互負貞操之義務而共同維持婚姻生活之圓滿。刑法第二四五條第二項之設，應係為維持婚姻之和諧或特殊情形之例外規定，如解為永久且概括之縱容，反有害於婚姻之本質，故應以學說所見較符合法律解釋之一致與社會現狀。依此，本題甲女雖縱容其夫與人通姦，然嗣後撤回仍可回復其告訴權，依本法第二三四條第二項為專屬告訴權人，得為告訴。

考題五：告訴是否可以加以限制或附條件及其效力如何？試分別說明之。  
(89警)

【擬答】

刑事訴訟法稱告訴者，謂犯罪被害人或其他告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實，並為請求追訴之意思表示。依同法第二二八條第一項之規定「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」據此，告訴為發動偵查之原因之一。若以告訴是否為訴訟要件，得將犯罪分為告訴乃論之罪與非告訴乃論之罪，而就告訴乃論之罪言，告訴不僅為發動偵查之原因，且為訴訟要件，欠缺即無法進行追訴、處罰。基於告訴權之行使攸關國家刑罰權之發動，故就附限制之告訴與附條件之告訴應否准許及其效力之問題，析述於下：

(一) 附限制之告訴：

告訴權人僅限定對於共犯中之一人或實質上、裁判上一罪之犯罪事實之一部為告訴者，其告訴仍屬有效，且其效力及於其他共犯，或犯罪事實之全部。如刑法第二百三十九條之通姦罪，通姦者之配偶，對於通姦者之告訴，其效力固及於相姦者；若僅限定對於相姦者為告訴，其效力是否及於配偶之問題，實例認為仍有第二百三十九條前段之適用。是以，應認其所附加之限制無效，告訴本身仍為有效。

(二) 附條件之告訴：

如其所附之條件，對告訴之意思有決定性之影響，亦即與告訴不可分離時，不問所附者為停止條件，抑或解除條件，因其告訴之意思並不確定，亦即其請求國家追訴之意思表示不明確，有違訴訟行為重視明確性之要求，則不能認為有告訴之效力。

考題六：刑事訴訟法於民國九十一年一月十七日修正後，法院以裁定駁回檢察官之起訴，應具備那些條件？ (91基法制)

【擬答】

(一) 鑑於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任，倘檢察官所指出之證明方法顯不足認為被告有成立犯罪之可能時，參照德國刑事訴訟法第二百零二條規定起訴審查程序之立法精神，法院應裁定定期通知檢察官補提證據，以求得國家刑罰權之實現與被告人權保障之平衡，故本法於民國九十一年一月十七日增訂第一六一條第二項，「法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。」

(二) 本條項之修正，一般稱為起訴審查制，導因於實務上部分檢察官濫行起訴，而使得被告蒙受過度之起訴不利益(尤其無辜被告)，且使法院因接續檢察官之調查工作而形成審檢不分的糾問現象。因此，遂有主張參考德國「中間程序」的立法，而創設起訴審查制。茲將其應具備之條件析述於下：

1. 犯罪嫌疑門檻之具備一

如以第二五一條第一項，「足認被告有犯罪嫌疑」的標準，檢視新修條文所稱「顯不足認定被告有成立犯罪之可能」，則第一六一條第二項所要求之起訴門檻太低，顯不足以發揮起訴審查制所欲彰顯的監督起訴之功能，且與第二五一條第一項起訴法定標準矛盾，而無法解決檢察官之浮濫起訴問題。當然，如考量到目前刑事立法品質普遍低劣的現象，立法者未必有意降低起訴門檻。而導致無法避免濫訴之下場。因此，學者探究立法真意與配合第二五一條之體系解釋立場，咸認條文所稱的「顯不足認定被告有成立犯罪之可能」，解釋為必須達到「足認被告有犯罪嫌疑」之門檻。

2. 審查期間一

本條項規定法院於第一次審判期日前，可對檢察官的起訴進行本項的起訴審查。而所謂第一次審判期日是以朗讀案由為始(刑事訴訟法第二八五條)，故依法在指定之審判期日(本法第六十三條)朗讀案由之前都可算是第一次審判期日前。然由於實務上並未貫徹集中審理原則，經常以準備程序之調查庭替代審判期日之審理庭，案件可能起訴日久尚停留在準備程序，若此際駁回起訴，顯然有違起訴審查制之立法意旨，故學者謂應對此為合目的性之限縮解釋，對已進入準備程序之案件即不得再為起訴審查。

考題七：說明公訴不可分原則之內容，並舉例說明之。 (91基政風)

【擬答】

(一) 基於不告不理之控訴原則，法院審判之範圍必須與檢察官起訴之範圍一致，否則即屬不告而理或告而不理之違法，因此，公訴效力所及之犯罪事實的範圍，也就是法院所能及所應審判之犯罪事實的範圍，據此，法院不得就未經起訴之犯罪審判，此觀刑事訴訟法第二六八條自明。

- (二)故提起公訴之效力及於檢察官起訴所指之同一犯罪事實。據此，設若審判程序中發現超出起訴之犯罪事實同一性的其他犯罪事實，法院基於不告不理，非經另行起訴，不得就未經起訴之其他犯罪事實加以審判，否則即屬未經請求(起訴)之事項予以判決之當然違背法令(本法第三七九條第十二款後)，亦即訴外裁判；縱使該其他犯罪事實與起訴犯罪事實有相牽連之關係，亦無不同，仍須先經檢察官追加起訴之後(本法第七條、第二六五條)，該其他犯罪事實始在公訴之效力範圍，法院始得加以審判。
- (三)反之，起訴犯罪事實同一性之內，即屬公訴效力所及範圍，法院能夠並且應該審判全部之犯罪事實，縱使檢察官僅就其中一部犯罪事實起訴者，亦無不同。據此，本法規定：「檢察官就犯罪事實之一部起訴者，其效力及於全部。」(第二六七條)，此即一般所稱之公訴不可分，其範圍等同於審判不可分，簡之，具備同一性之犯罪事實，審判上無從分割，因此賦予其不可分效果。
- (四)由此可知，公訴不可分之效力範圍，取決於犯罪事實同一性之概念。由於本法第二六七條以及其他規定，皆未就此概念予以立法定義，因此，屬於法律解釋之問題。我國傳統之實務與通說認為，實質上、裁判上一罪皆屬訴訟法上之犯罪事實同一性概念，如此見解顯然過度擴張公訴不可分之範圍，但是又因加上「有罪與有罪之間始生不可分」的限制，而有罪與否須以法院審理結果為斷。

考題八：不起訴處分有無實質確定力？試說明之。(89法制)

【擬答】

- (一)檢察官所為之不起訴處分經確定者，可否對於同一案件再行起訴，此即有無實質確定力之問題。案件之應否起訴，乃公訴權之行使，係訴訟法上問題，與刑罰權之行使，係實體法上問題，為刑罰權消滅之原因，具有既判力，不得對之再行起訴之情形有別。惟案件經處分不起訴，其再行起訴，應否受第二百六十條之限制，仍應依其原因而定，茲說明於下：
1. 欠缺形式訴訟條件者：  
如檢察官因告訴不合法，經處分不起訴後，倘經合法告訴，或另由有告訴權人合法告訴者，得更行起訴，固不受第二百六十條之限制，即非告訴乃論之罪，檢察官誤認為親告罪，據告訴人之撤回告訴，而為不起訴處分確定後，續據另有告訴權之人告訴，經偵查結果認有應予起訴時，自得再行起訴，亦不受第二百六十條之限制。
  2. 欠缺實質訴訟條件者：  
即因欠缺本法第二五二條第一款至第四款所列情形，而為不起訴處分者，其公訴權已不存在，自不得再行起訴，即具備實質確定力。
  3. 欠缺實體條件：  
案件，因具有本法第二五二條第八款至第十款所列情形，而為不起訴處分者，乃實體上處分，亦具實質確定力，非具有第二百六十條所定情形，不得對同一案件再行起訴。
- (二)然本法兼採起訴便宜主義，認為無訴追之必要，而為不起訴處分者，亦不失為實質上處分。在採起訴猶豫主義，固不認其具有實質確定力，如認為有訴追之必要時，仍得再行起訴，但在採起訴便宜主義，如依我國刑事訴訟法第二五三條或第二五四條之規定，而為不起訴處分，縱其處分違法，但一經確定，非具有第二百六十條所列情形，不得對於同一案件再行起訴，重在法的安定性。
- (三)具有實質的確定力之不起訴處分經確定者，其公訴權既已喪失，自無從行使其實體的刑罰權。因之，刑事訴權之未行使，亦足為刑罰權消滅之一消極原因。惟不起訴處分之性質，究與曾經判決確定者不同。如具有第二百六十條所列情形，仍得對於同一案件再行起訴，故與判決之既判力有別。

考題九：甲騎車見女子乙獨行，心生歹念奪取乙手中皮包，乙呼叫，路人將甲制伏，送警偵辦。試問：

- (一)偵查終結，檢察官得否為緩起訴處分？  
(二)為緩起訴處分後之效力為何？

【擬答】

- (一)1. 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，檢察官得為緩起訴處分。關於緩起訴案件之適用範圍，主要是參考日本刑事訴訟法第二四八條之無範圍之限制，及德國刑事訴訟法第一五三條a僅適用於輕罪的折衷立法例。故第二五三條之一排除「極重大」的犯罪，規定得為緩起訴處分之案件，限於被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為三年以上有期徒刑「以外」之罪。易言之，除了極少數犯罪之外，幾乎所有的犯罪都可能受緩起訴處分。
2. 檢察官決定緩起訴時，必須「斟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，方得定「一年以上三年以下之緩起訴期間」為緩起訴處分。  
檢察官為緩起訴之前，必須就具體案件審酌刑法第五十七條所列事項，該項要件係指就犯罪人本身的事項、犯罪的事項及犯罪後情況所作之綜合考量。
- (二)依刑法第八十三條第一項規定，案件因偵查、起訴或審判之程序不能開始或繼續時，時效期間即停止進行。緩起訴所定猶豫期間，亦產生偵查或審判程序無法開始或進行之效果，基於同一法理，為避免緩起訴期間尚未屆滿，追訴權時效已完成，導致緩起訴嗣後經撤銷時，對被告已無法追訴之問題，爰明定緩起訴處分期間時效停止進行(刑事訴訟法第二五三條之一第二項)。惟參酌緩起訴案件之適用範圍，以及緩起訴所定之猶豫期間為一至三年，如果一律依刑法第八十三條第三項適用有關時效停止原因視為消滅之規定，則於緩起訴之情形下，停止原因將極易被視為消滅，而與停止前已經過之期間一併計算追訴權時效，如此一來第二五三條之一第二項的規定將失其意義，故明定不適用刑法第八十三條第三項之規定(本法第二五三條之一第三項)。
- (三)本案例甲所犯之罪為刑法第三二五條之搶奪罪，其最輕本刑為六月以上之有期徒刑，檢察官自得斟酌為緩起訴之處分。惟符合緩起訴之適用範圍時，檢察官仍須斟酌被告是否真的符合刑法第五十七條之事項及沒有起訴的公共利益，才決定是否緩起訴。決定緩起訴後，緩起訴所定猶豫期間內，

## 考題十：何謂集中審理主義？試從刑事審理程序觀點說明之。(90法制)

### 【擬答】

- (一)集中審理原則，是指審判程序應儘可能地一口氣完成，亦即直到辯論終結均不中斷。集中審理本身並非「自我目的」，不過，刑事訴訟只有透過集中審理的方式，直接、言詞審理及自由心證等基本原則才有可能實現與發揮，詳言之：
1. 集中審理乃直接審理及言詞審理的基礎。因為如果審判程序拖延過久，或者時常中斷，法官難以藉由直接審理過程對證據之調查結果獲致心證基礎，反而必須依賴書面筆錄作為形成心證的資料，撰寫判決。
  2. 集中審理乃自由心證的保障。證據調查及辯論在一舉完成的情況下，才能確保法院的確依據當庭審理結果所獲致的新鮮心證，作為裁判之基礎。
  3. 符合迅速原則及訴訟經濟。在集中審理的要求下，儘可能的在一個期日，找齊所有當事人、證人、證物，而將案件一次審理終結，當然比就相同的證據方法分開在數個庭期進行，節省訴訟資源。被告、辯護人、檢察官不必奔波於途、曠費時日地等待開庭，法官不必就相同案件在每次開庭前重複閱卷，訴訟資源的運用當然較有效率。
- (二)充分的準備乃集中審理的前提。本法關於審判之準備的相關規定(刑事訴訟法第二七一條至第二七九條)，目的即在於此；其次，次日連續開庭之要求與間隔十五日以上應更新審理的規定(本法第二九三條、第三七九條第九款)，更是集中審理原則的體現。

## 考題十一：裁判究於何時確定？試詳述之。(89普政風)

### 【擬答】

為使裁判臻於正確，依訴訟制度之理由，固許當事人或其他訴訟關係人聲明不服，請求上級審判機關救濟。如已無聲明不服方法，其裁判即告確定。裁判得依上訴、抗告、聲明異議、聲請撤銷或變更等方法聲明不服。裁判於宣示或送達後，其效果並非即時發生。在可能聲明不服之情形下，其裁判尚處於未確定之狀態。必其裁判在法律上已無聲明不服之方法時，始告確定。故裁判，於不得聲明不服時確定，其情形有二：

(一)其裁判，本不得聲明不服者：

於裁判時確定，如不得上訴於第三審法院案件之第二審判決(刑事訴訟法第三百七十六條)、蓋不得上訴於第三審之案件，即以第二審為終審法院。一經第二審判決，即告確定。如當事人對此已告確定之案件，猶提起第三審上訴，第三審法院即應以判決駁回之。倘竟誤為撤銷發回更審，原第二審法院亦復遵照更為判決，均屬違法，難謂有效，並無影響於更審前之第二審判決確定之效力。第三審法院為終審法院，案經終審法院判決或裁定即告確定，無得為上訴或抗告之餘地。即不得抗告之裁定(如第四百零四條前段、第四百零五條前段等)，不得上訴之再審判決(第四三七條第三項)等亦是。

刑事訴訟法雖未設有民事訴訟法第三九八條第二項，「不得上訴之判決，於宣示時確定，不宣示者，於送達時確定」之規定；但此項裁判，縱不得聲明不服，如未經諭知，僅屬裁判文稿，既未對外發生效力，仍無從確定。

(二)其裁判，雖得聲明不服；但因下列原因而不得聲明不服者：

1. 已逾法定期間：依本法三四九條之規定，「上訴期間為十日，自送達判決後起算。但判決宣示後送達前之上訴，亦有效力。」第四〇六條亦規定，「抗告期間，除有特別規定外，為五日，自送達裁定後起算。但裁定經宣示者，宣示後送達前之抗告，亦有效力。」
2. 捨棄權利或撤回：依本法三五九條，「捨棄上訴權或撤回上訴者，喪失其上訴權。」抗告亦有準用之規定(第四一九條)。

## 考題十二：何種案件得適用簡易判決處刑？何種情形，對簡易判決不得上訴？試就我國刑事訴訟法之規定加以說明及評述。(89律檢I)

### 【擬答】

(一)適用簡易判決處刑之案件範圍：

「為有效減輕檢察官與法官之負擔。使有限之司法資源集中於重大案件，本修正條文將簡易處刑之範圍擴大適用於檢察官求處宣告緩刑或得易科罰金之罪，而依據司法院出版之司法案件分析，此等包括判處二年以下有期徒刑、拘役或罰金之罪，占民國七十五年至八十四年科刑人數之百分之90.17，將能有效疏減訟源」，故於八十六年修正時，其第四四九條第三項規定：「依前二項規定所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金為限。」詳析之：

1. 「所科之刑為宣告緩刑」：

依刑法第七十四條之規定，受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，得宣告二年以上五年以下之緩刑。換言之，知所宣告之刑係在二年以下有期徒刑、拘役或罰金之案件，且受緩刑「二年以上五年以下」之宣告者，即得以簡易判決處刑，而不問其所犯罪之法定刑為何，亦不問其係重罪或輕罪，有無因未遂而減輕其刑，均有簡易判決處刑之適用。

2. 「所科之刑為得易科罰金之有期徒刑及拘役」：

依刑法第四十一條第一項之規定，犯最重本刑為「五年以下」有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日(現為新台幣九百元折算一日)，易科罰金。換言之，所謂「得易科罰金之有期徒刑及拘役」，即係指「法定本刑五年以下有期徒刑之刑之罪」，且所宣告刑為「六月以下有期徒刑之刑」或「拘役」之情形而言。

3. 「所科之刑為罰金」，係指單科罰金之情形。

(二)對簡易判決不得上訴之情形：

1. 對於簡易判決有不服者，得上訴於管轄之第二審地方法院合議庭，並準用刑事訴訟法第三編第一章「上訴通則」及第二章「第二審上訴」之規定；對於適用簡易程序案件所為裁定有不服者，得抗告於管轄之第二審地方法院合議庭，其抗告準用刑事訴訟法第四編「抗告」之規定(刑事訴訟法四五五條之一第一、三、四項)。由於修正刑事訴訟法所定之簡易程序，並無「輕微案件」之規定，致有「得上訴第三審之案件」因以簡易判決處刑致生對於第二審判決可否上訴第三審之問題。
2. 新修正刑事訴訟法未統一修正「輕微案件」之範圍所生之法律問題。將來修法如能將「輕微案件」仍限制於「刑事訴訟法第三百七十六條所規定之案件」，以符合簡易程序之本質，有效限制得上訴第三審之案件範圍。

- 考題十三：某甲係汽車司機，某日其駕車因疏忽致與某乙所騎之機車相撞，使某乙受傷昏迷，機車損壞，某甲下車探視，見某乙所帶金錶甚為昂貴，乃起貪念，予以竊取，事後某乙提出告訴，經提起公訴後，過失傷害部分經第一審法院判處有期徒刑四月，竊盜部分則判處有期徒刑五月，定應執行有期徒刑七月。請試答左列問題，並扼要說明理由：
- (5) 法院刑事訴訟程序審理中，某乙就機車損壞部分，對某甲提起刑事附帶民事訴訟，請求回復其損害，有理由否？
- (6) 設某甲過失傷害判處罪刑確定後，某乙因傷勢轉劇而死亡，檢察官乃「以發現確實之新證據，足認某甲有應受重刑判決之犯罪事實，聲請再審」，有理由否？
- (7) 設第一審判決後，某甲上訴，第二審就竊盜部分改判無罪，過失傷害部分則上訴駁回，請問過失傷害罪於執行時，其易科罰金之折算標準，應向一審或第二審法院聲請裁定？ (80律)

【擬答】

(二)題示情形，檢察官聲請再審有無理由，學說與實務見解不一，茲分述之一

1. 肯定說：

- (1)就法律公平性而言，汽車司機甲之過失傷害行為與判決後所生過失致死之結果，係同一事實，自為單一性案件，已在原確定判決效力之範圍內，既不能重行起訴、審判、科處，則其事後發生過失致死之事實應為前之過失傷害之事實所衍生，前後事實既有變更，自屬刑事訴訟法第四二二條第二款所謂「發見確實之新證據」，檢察官之聲請再審應為有理由，否則法律即失公平性。
- (2)且民國六年大理院689號解釋亦謂，「被害人於第二審判決確定後始因傷身死，若合於再審編之各條件，得聲請再審。」
- (3)揆諸再審之制度目的，既為維護法律整體精神之公平性而設，且為對確定判決認定事實錯誤之救濟制度，本題之聲請再審應有理由。

2. 否定說：

- (1)此說為實務所採，最高法院六十五年第七次刑庭總會決議認，「按刑事訴訟法再審編所稱發見確實新證據，係指當時已經存在而發見在後或審判時未經注意之證據，且能證明原確定判決所認定之事實為錯誤者而言，與在認定事實後，因以論罪處刑所應依據之法律無涉。」
- (2)據此，汽車司機甲之過失傷害判決確定前，既無乙死亡之事實，其證據當不存在，既非審判時非經注意之證據。質言之，原判決所認定之事實並無錯誤，自不得因事後發生之事實，認檢察官之聲請再審有理由。