

103 年公務人員特種考試司法官考試第二試試題

等別：三等考試

類別：司法官

科目：刑法與刑事訴訟法

一、甲、乙二人長期與 A 有嫌隙，因而二人約好共同教訓 A，某日看見 A 單獨一人在堤防邊散步，於是說好將 A 打成鼻青臉腫的輕傷程度即可（輕傷的故意）後，一齊向 A 跑去。甲先趕到 A 身邊，想用腳踹 A 的腳，卻不小心踹到腹部，當場導致 A 的內臟破裂而死亡，乙隨即趕到而尚未出手。試問甲、乙二人的行為，應如何論處？試根據實務與學說見解詳細分析論述。(30 分)

【擬答】：

甲乙成立刑法第 277 條第二項與刑法第 28 條傷害致死罪之共同正犯，理由分敘如下：

- (一)構成要件部份，如題所示，甲乙兩約好基於傷害故意 A，而甲踹 A 造成其腎臟破裂不治死亡，而乙隨即趕到尚未著手，而共同正犯按刑法第 28 條規定，二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。然乙雖未著手，我國實務見解肯認共謀同正犯亦為共同正犯(按司法院大法官釋字 109 號解釋，認為：「以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯。本院院字第一九〇五號、第二〇三〇號之一、第二二〇二號前段等解釋，其旨趣尚屬一致。」)，並且刑法第 28 條修法理由中說明將「實施」修改為「實行」，並無礙於現行實務處罰「共謀共同正犯」之立場。故甲乙應成立為共同正犯。
- (二)惟本題爭點在於共同正犯之一人甲實行故意傷害行為，而產生加重結果之情形，是否其他的共同正犯乙皆應負加重結果犯之責任？換言之，共同正犯之一人所引起的加重結果是否及於共同正犯之他人？學說與實務見解分析如下：

1. 肯定說(我國實務見解)

最高法院 69 年台上字第 1931 號 刑事判例認為，上訴人等四人同時同地基於同一原因圍毆被害人等二人，其中一人因傷致死，當時既無從明確分別圍毆之對象，顯係基於一共同之犯意分擔實施行為，應成立共同正犯，並同負加重結果之全部罪責。又最高法院 91 年台上字第 50 號判例以為共同正犯在犯意聯絡範圍內之行為，應同負全部責任。惟加重結果犯，以行為人能預見其結果之發生為要件，所謂能預見乃指客觀情形而言，與主觀上有無預見之情形不同，若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍；是以，加重結果犯對於加重結果之發生，並無主觀上之犯意可言。從而共同正犯中之一人所引起之加重結果，其他之人應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見；而非以各共同正犯之間，主觀上對於加重結果之發生，有無犯意之聯絡為斷。

由上述兩判例可知，早期實務見解係認為只要基於一共同之犯意分擔實施行為，應成立共同正犯，並同負加重結果之全部罪責。而近期實務見解認為應就個別審查，來判斷是否對加重結果負責，而並非一律對於他人所造成加重結果一律負責，但是審查基準是以客觀上能否預見，而非如學說見解以對於加重結果有過失為判斷。

2. 否定說(我國學說見解)

我國學說認為只有故意犯才有共同正犯之成立可能，無過失之共同正犯，而加重結果犯為「故意與過失的競合」。詳細的說：加重結果犯以行為人對於基本行為應有故意；對

於加重結果部分應有過失。按刑法第十七條規定「因犯罪致發生一定結果，而有加重其刑之規定者，如行人不能預見其發生者，不適用之」，所謂能預見，乃指行為人對於加重結果之發生須無故意，但有預見之可能，而行為人不預見者，則有過失；申言之結果加重犯須行為人對於基本行為之罪具有故意，對於所生之加重結果，具有過失，始克成立。若依此見解以為加重結果之部分，則應端視其本身對於加重結果有無過失為斷，換言之，頂多成立過失犯之同時犯，不生共負全部刑責之問題。若依此說，甲乙對於 A 死亡部分，有無預見可能性，各自成立傷害致死罪。

管見以為我國實務見解為可採，在於我國刑法第十七條規定：「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之」故可見我國加重結果犯係屬故意與客觀預見可能性之結合，非如學說所稱之加重結果犯為「故意與過失的競合」，故只要共同正犯之他人對加重結果客觀上可預見，應對此部分負責，故甲乙成立刑法第 277 條第二項與刑法第 28 條傷害致死罪之共同正犯。

二、甲某日於一豪華別墅區設置路障，A 開車回家經此路障無法通行因而下車察看，此時甲即持水果刀出現，逼迫 A 一同前往 A 宅搜取財物，剛進屋中 A 就乘機掙脫甲的控制奔向屋外求救。當時甲雖然看到許多貴重財物，但是由於頗為擔心被捕，只好空手速離 A 宅，行至不遠處有一間中古機車行，甲向老闆 B 表示欲購買店中的某部機車，所以要先試騎看看，B 同意在其視線範圍內測試，但甲一騎上車後，卻以據為己有之意思，頭也不回地逃離該處。試根據實務與學說見解詳盡分析，本案甲之行為應如何論處？(30 分)

【擬答】：

(一)甲持水果刀脅迫 A 前往其住宅搜尋財物，A 向外求救，甲擔心被捕而去之行為成立刑法第 330 條第二項加重強盜罪之未遂犯，理由分析如下：

按刑法第 328 條規定，意圖為自己或第三人不法之所有，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付者，為強盜罪，處五年以上有期徒刑。此外刑法第 330 條規定，犯強盜罪而有第三百二十一條第一項各款情形之一者，處七年以上有期徒刑。前項之未遂犯罰之。

由刑法第 328 條可知強盜之程度係屬至使不能抗拒，此為與刑法第 346 條恐嚇取財之區分，最高法院 80 年度第 4 次刑事庭會議認為恐嚇行為不以將來之惡害通知為限，即以強暴脅迫為手段，而被害人未達於不能抗拒程度者，亦屬之。學者以為恐嚇與強暴脅迫僅強制程度有高低之別。現行法對於恐嚇取財罪沒有規定恐嚇之方式與種類，其與強盜罪一樣，也沒有限制危害之實現必須發生於現在或將來，在現行規範下，兩罪之差異在於被害人是否喪失意思自由而定。

本案中，不論依實務見解或學說見解應屬於至使不能抗拒，主觀上如題所示甲應有強盜故意與不法所有意圖，惟甲未取任何財物，故犯行尚未既遂，惟未遂犯應討論強盜之著手，今甲已著手強制行為，故應屬該罪之未遂。

又甲持刀脅迫 A 進入其宅之行為符合刑法第 321 條第一項第一款侵入住宅(在於進入 A 宅是脅迫 A，A 未有自由意願同意其進入)與第三款攜帶兇器而犯之者(按實務見解最高法院 79 年臺上字第 5253 號判例以為按刑法第三百二十一條第一項第三款之攜帶兇器竊盜罪，係以行為人攜帶兇器竊盜為其加重條件，此所謂兇器，其種類並無限制，凡客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之兇器均屬之，且祇須行竊時攜帶此種具有危險性之兇器為已足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要。然學說見解以為除了考量客觀危險性外，應兼顧行為人主觀上之犯意來判斷凶器)，甲無阻卻違法事由且具罪責，又甲係因 A 出

外求救而放棄犯行，其非己意中止，故不得主張刑法第 27 條中止犯。

競合部分按最高法院 69 年台上字第 3945 號判例之見解，刑法第三百二十一條第一項所列各款為竊盜之加重條件，如犯竊盜罪兼具數款加重情形時，因竊盜行為祇有一個，仍祇成立一罪，不能認為法律競合或犯罪競合，但判決主文應將各種加重情形順序揭明，理由並應引用各款，俾相適應。故甲此行為僅成立一個加重強盜罪。亦有進者，強盜而剝奪行動自由是否應另成立妨害自由，端視剝奪行動自由是強盜罪之強暴手段，則不需另論刑法第 302 條剝奪行動自由罪(參照最高法院 24 年上字第 4407 號判例)。

(二)甲向 B 假藉購買騎車而去之部分：

1. 甲騙取行為不成立刑法第 339 條第一項詐欺取財罪，理由分析如下：

按刑法第 339 條規定，意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。由此可知詐欺要件為施行詐術使被害人陷於錯誤，因而處分財產，而造成財產損害，本題中，甲確實無購買之意，係屬施行詐術，而 B 因誤認甲有購買之意(陷於錯誤)，然而 B 僅屬同意甲在其視線範圍內測試該車，無處分財產之意，故甲此行為不成立刑法第 339 條第一項詐欺取財既遂罪。

2. 甲騎走機車之行為不成立刑法第 335 條第一項侵占罪，理由分析如下：

按刑法第 335 條規定，意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。本題中，B 只同意甲在其面前測試該車輛，其對該車輛仍居於監督支配地位，以並未將該車輛之持有支配關係移轉於甲，故不成立刑法第 335 條第一項侵占罪。

3. 甲騎走機車之行為究竟是成立刑法第 320 條第一項竊盜既遂罪，不成立刑法第 325 條第一項搶奪既遂罪，理由分析如下：

(1)成立刑法第 325 條第一項搶奪既遂罪(實務見解)

法務部(73)法檢(二)字第 513 號以為刑法之持有以具有支配其物之意思，且事實上支配其物為已足。本例某乙將錢擲交鄰人時，不慎掉落地上，但該錢尚在某乙監視中，自不得謂已脫離某乙持有。又乘人不備或不及抗拒之際而掠取之為搶奪，乘人不知之際而掠取之始為竊盜。

(2)成立刑法第 320 條第一項竊盜既遂罪(學說見解)

學說見解以為竊盜與搶奪皆為侵害財產法益之犯罪，而搶奪之法定刑高於竊盜罪於其除了侵害財產法益外，還有可能侵害到身體法益之危險，故應將搶奪定位為對他人「緊密持有之動產」所為之奪取或是行為人「施以不法腕力而猝然攫取」，使被害人不及抗拒，故有學者以為在修法以前或是找到一個更好的標準前，只能抽象的將搶奪行為描述成「足以引起被害人之身體危險之竊取行為」。為此認定時，原持有關係是否緊密以及行為人有無施以暴行等事實，都是參考的要素之一。管見以為此說為可採，在於刑法的任務在於保護法益，而法定刑的高低確實因為侵害法益之多寡而異，而實務見解拘泥於文義，未考量到刑法之基本任務，若依此見解則甲之行為未侵害到 B 之身體危險，故論竊盜為已足。

甲客觀上確實未經 B 同意，破壞該持有關係，因而建立新的持有關係，主觀上甲有竊取故意與不法所有意圖，又其無阻卻違法事由且具罪責，故甲騎走機車之行為究竟是成立刑法第 320 條第一項竊盜既遂罪，再與前部分之重強盜未遂罪，依刑法第 50 條規定數罪併罰。

三、甲涉及多起重大經濟犯罪遭羈押，但甲對許多案情均拒絕回答，偵查陷於膠著。某日，警方借提甲至警局，並通知甲妻乙亦至警局，希望乙能勸甲說明案情，後警方藉故上廁所離開，甲見四下無人，遂偷偷告訴乙某個藏有鉅額不法所得的秘密人頭帳戶，囑乙想辦法處理。但警方早就在偵訊室桌底下裝設隱藏式竊聽器，這些談話都被錄下，並循線查獲該帳戶。試問，此錄下之談話以及查扣之帳戶資料可否作為將來法院認定甲有罪之證據？(30分)

【擬答】：

(一)警方裝設隱藏式竊聽器所錄得之甲的談話內容，依新修正之通訊保障監察法§18-1 第三項之規定，無證據能力。

1. 依司法院大法官釋字第 631 號解釋意旨，憲法第十二條規定：「人民有秘密通訊之自由。」旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利，憲法第十二條特予明定。

2. 再依通訊保障監察法§3 之規定：「I. 本法所稱通訊如下：一、利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信。二、郵件及書信。三、言論及談話。II. 前項所稱之通訊，以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限。」本題，甲與乙之談話內容，雖係於警局作成，但甲明顯只欲使乙知悉，故應為具有秘密之合理期待之談話，符合通保法§3 所稱之通訊。

3. 又依同法第 13 條一項之規定：「通訊監察以截收、監聽、錄音、錄影、攝影、開拆、檢查、影印或其他類似之必要方法為之。但不得於私人住宅裝置竊聽器、錄影設備或其他監察器材。」警方以隱藏式竊聽器錄下甲、乙之談話，符合通訊監察之定義，應受通保法之相關規範。

4. 我國於大法官釋字 631 號解釋針對舊通保法採行二分模式宣告違憲後，目前係採相對法官保留原則。亦即，依該法§5 二項之規定，監聽原則上需取得法院所核發之監聽票，例外於同法§6 之緊急監聽，若具有該條之情形時，司法警察機關得報請該管檢察官以口頭通知執行機關先予執行通訊監察。但檢察官應告知執行機關第十一條所定之事項，並於二十四小時內陳報該管法院補發通訊監察書。本案中，警察所為之監聽行為，未取得法院事前核發之通訊監察書。且無急迫情況，亦未有檢察官以口頭通知警察先予執行通訊之行為，不符合第 6 條緊急監聽。從而，警察於本案所進行之監聽行為，應屬違法之通訊監察。

5. 針對違法之通訊監察，修法前會因是否情節重大而異其證據能力之處理。修正後新法則統一於同法§18-1 規定其法律效果：「III. 違反第五條、第六條或第七條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第十七條第二項規定予以銷燬。」故本題警察違法監聽所取得之談話內容，因違反第 5 條、第 6 條之規定，不得採為證據使用，法院不得將此談話內容作為認定甲有罪之依據，無證據能力。

(二)警方藉由錄得之談話，進而衍生查扣之帳戶資料，亦無證據能力。

本件警方所錄得之甲、乙談話為違法監聽取得，無證據能力已如上述。而通保法§18-1 第三項除了規定違法監聽取得之內容無證據能力外，尚及於所衍生之證據於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途。據此，查扣帳戶取得之資料，因違法監聽行為所屬衍生之證據，因§18-1 第三項之規定，亦不得作為法院認定甲有罪之證據。

※「另一解題方向」:

(一)警方在偵訊室桌底下裝設隱藏式竊聽器取得被告之自白，違反刑事訴訟法§100-2 準用§95 第 1 項告知義務之規定，效果依§158-2 第 2 項準用同條第 1 項之規定，無證據能力。

1. 按§100-2 準用§95 第 1 項之規定，司法警察於詢問犯罪嫌疑人前，依法需踐行告知義務，告知內容包含告知罪名、得保持緘默、得選任辯護人及得請求調查有利之證據。而對被告最為重要的，即為§95 第 1 項第 2 款之得保持緘默，無需違背自己意思而為陳述。通說認為此係被告受有「不自證己罪原則」之保護的具體化條文之一，意即國家機關不得強制任何刑事訴訟之被告作出自我入罪之供述，刑事被告為了抵禦有罪控訴，不提供任何可能使自己遭到控訴和審判的資訊，就是第一個最安全的防禦方法，此所以緘默權為防禦權的重要內涵，緘默權所倚賴的基本原則—不自證己罪原則，是正當法律程序原則保證被告防禦權的基本原則。不自證己罪原則及所發展出來的緘默權，經大法官釋字第 582 號解釋之後，已具有憲法位階。

2. 本件，甲涉及多起重大經濟犯罪遭羈押，是被告地位早已形成殊無疑問。再者，甲是經「借提」到場，處於人身自由受拘禁之狀態，暫符合§158-2 第 2 項之「受拘提、逮捕」之要件。惟，警方藉故上廁所離開，甲始做出不利於己之自白而為警方所錄得，此時是否為「詢問」之狀態誠有疑問：

(1) 按國家司法機關對於被告之偵訊形式，可分為形式訊問、實質訊問與功能訊問，意即形式上係以機關外觀出現於被訊問人面前，實質上係發動國家機關之訊問權限，功能上係為獲得被訊問人陳述以作為判決依據。

(2) 若認形式訊問意即以機關外觀出現於被訊問人面前時，始有告知義務之適用的話，學說上認為將會造成「隱密探話」之興起，也就是國家機關為了規避告知義務之履行，而刻意以喬裝或隱性偵查手段，藉此取得犯罪嫌疑人之不利陳述。有見於此，學說認為應突破形式訊問之侷限，若實質上係發動國家機關之訊問權限，功能上係為獲得被訊問人陳述以作為判決依據，縱使訊問人未以國家機關外觀出現，或無訊問權限，亦可能屬於訊問。且無「非若不以此偵訊手段，即無法順利獲得犯罪資訊之情形」，因而被告利益保障應優先於有效犯罪偵查，應採功能訊問之觀點。

(3) 本件，警方通知甲妻乙至警局，希望乙能勸甲說明案情，後警方藉故離開，此係偵查機關刻意營造出之偵訊環境，目的是為取得被告之供述，是應屬於功能訊問之情形。而警方卻未為告知義務之履行，違反§95 第 1 項之規定，依§158-2 第 2 項規定，無證據能力。

(二)查扣之帳戶資料，原則上應排除之，無證據能力。

1. 查該帳戶資料，係因警方以違反§95、§158-2 而取得被告之自白，再由該自白所查得本件帳戶資料，如上所述。而查扣之帳戶資料，學說上認為從導正偵查機關之紀律的觀點，若法院指排除該自白，卻不排除因此衍生之證據，無異大開規避之門，變相鼓勵違法偵查，故認應予排除，進而始能導正紀律。基此，本件查扣之帳戶資料，原則上應排除之，無證據能力

2. 惟若偵查機關並無主觀違法或不嚴重、或符合不可避免發現之例外、或具有相當之稀釋，則例外不排除。

四、甲、乙涉嫌貪污一併被提起公訴。法官行準備程序時，檢察官所提之證據清單含有檢察官訊問被告乙之訊問筆錄（以下稱證 1）及調查局調查員詢問證人丙（甲之配偶）之詢問筆錄（以下稱證 2）。甲之辯護人抗辯：關於證 1，共同被告乙訊問筆錄，因檢察官未給與甲有詰問乙之機會，因而該筆錄不具證據能力；關於證 2，調查局調查員詢問丙時，既知丙為甲之配偶，卻疏未告以得拒絕證言，因而該筆錄亦不具證據能力。審判期日，乙已棄保潛逃，經法院裁定分離審判。法院以乙無法傳喚而駁回甲之辯護人聲請傳喚證人乙到庭接受詰問之請求。證人丙經法院傳喚到庭，經法院告以得拒絕證言後，丙拒絕證言而未陳述。法院最後仍採認證 1 及證 2 作為甲有罪之證據。試說明法院如此採證之合法性。(30 分)

【擬答】：

(一)甲之辯護人抗辯：關於證 1，共同被告乙訊問筆錄，因檢察官未給與甲有詰問乙之機會，因而該筆錄不具證據能力云云，此部分抗辯無理由，分述如下：

1.檢察官訊問共犯乙之訊問筆錄雖未經具結，但本於刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 之同一法理，例外認為有證據能力，分論如下：

(1)按最高法院 102 年第 13 次刑庭決議意旨：「被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，因欠缺『具結』，難認檢察官已恪遵法律程序規範，而與刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項之規定有間。細繹之，被告以外之人於偵查中，經檢察官非以證人身分傳喚，於取證時，除在法律上有不得令其具結之情形者外，亦應依人證之程序命其具結，方得作為證據，此於本院九十三年台上字第六五七八號判例已就『被害人』部分，為原則性闡釋；惟是類被害人、共同被告、共同正犯等被告以外之人，在偵查中未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於具有『特信性』、『必要性』時，即得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢等之陳述，顯然失衡。因此，被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有『特信性』、『必要性』時，依『舉輕以明重』原則，本於刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。」

(2)本件，檢察官以「被告」身分訊問具共犯關係之被告乙，存有客觀上不能命具結之情形，非蓄意規避刑事訴訟法第 186 條第 1 項前段所定之命具結義務。

(3)又，在偵查中未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於具有「特信性」、「必要性」時，即得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢等之陳述，顯然失衡。因此，被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有「特信性」、「必要性」時，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 之同一法理，例外認為有證據能力（最高法院 102 年度第 13 次決議、103 年度台上字第 1256 號判決參照）。

2.再依司法院大法官釋字第 582 號解釋意旨：刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。在我國憲法上，不但為第十六條之訴訟基本權所保障，且屬第八條第一項規定『非由法院依法定程序不得審問處罰』、對人民身體自由所保障之正當法律程序之一種權利。由此可知，大法官肯認被告之對質詰問權利係具有憲法位階之權利。

3.惟檢察官於偵查中訊問證人，是否應予被告詰問之機會：

(1)早期實務見解認為：『且被告之反對詰問權，又屬憲法第八條第一項規定『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十六條所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪。故上開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，並符憲法第八條第一項及第十六條之規定意旨。』若未與被告對質詰問，則無證據能力(94 年台上字第 3728 號判決參照)。

- (2)惟晚近實務見解則將證據能力有無與被告對質詰問權利脫鉤處理。意即，若該證人之陳述符合傳聞例外之規定，即具有證據能力，只是該證人陳述定性上仍為『未經完足調查之證據』，必須由被告於審判中補行對質詰問，始得採為裁判之基礎。可見：『(一)、刑事被告之詰問權，係指訴訟上被告有在審判庭盤詰證人之權利；偵查中檢察官訊問證人，旨在蒐集被告犯罪證據，以確認被告嫌疑之有無及內容，與審判中透過當事人之攻防，經由詰問程序調查證人以認定事實之性質及目的有別。偵查中辯護人僅有在場權及陳述意見權，此觀刑事訴訟法第二百四十五條第二項前段之規定甚明，檢察官訊問證人並無必須傳喚被告使其得以在場之規定，同法第二百四十八條第一項前段雖規定『如被告在場者，被告得親自詰問』，亦僅賦予該在場被告於檢察官訊問證人時得親自詰問證人之機會而已，被告如不在場，殊難期有親自詰問之可能。此項未經被告詰問之被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，依刑事訴訟法第一百五十九條第一項、第一百五十九條之一第二項之規定，除顯有不可信之例外情況外，原則上為『法律規定得為證據』之傳聞例外，依其文義解釋及立法理由之說明，並無限縮於檢察官在偵查中訊問證人之程序，應給予被告或其辯護人對該證人行使反對詰問權者，始有證據能力之可言。且為保障被告之反對詰問權，並與現行法對傳聞例外所建構之證據容許範圍求其平衡，證人在偵查中雖未經被告之詰問，倘被告於審判中已經對該證人當庭及先前之陳述進行詰問，即已賦予被告對該證人詰問之機會，則該證人於偵查中之陳述即屬完足調查之證據，而得作為判斷之依據。』(102 年台上字第 669 號判決)

4. 綜上，本件檢察官訊問被告乙之訊問筆錄應屬於傳聞證據，且乙為「被告」身分應訊，存有客觀上不能具結之情形，無法合於§159-1 第 2 項之例外。惟新近實務見解多認為，如該檢訊筆錄與警詢等陳述同具有「特信性」、「必要性」時，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 之同一法理，例外認為有證據能力。再依實務見解，該傳聞證據並不以經被告甲對質詰問始具證據能力。甲之辯護人抗辯為無理由。

(二)法院以乙無法傳喚而駁回甲之辯護人聲請傳喚證人乙到庭接受詰問之請求，法院最後仍採認證 1 作為甲有罪之證據之一，此部分採證合法，但法院仍需注意被告之防禦權且不應以證 1 作為主要證據。

1. 按被告乙之訊問筆錄符合傳聞例外之規定，即具有證據能力，只是該證人陳述定性上仍為『未經完足調查之證據』，必須由被告於審判中補行對質詰問，始得採為裁判之基礎，如上所述。惟乙於審判中時已棄保潛逃，此時即具有客觀上無法與被告甲行使對質詰問權之情形，此時是否構成對質詰問之例外，學說上認為需符合：

(1)義務法則：國家機關自身負有促成對質詰問的義務，故應先履行傳拘義務。

- (2)歸責法則：不利證人不能到庭質問，必須是非肇因於可歸責於國家之事由所致，否則法院不能採納未經質問的不利證詞。反之，若是可歸責於被告本人，則可能構成例外。
- (3)防禦法則：即便合於義務法則和歸責法則，仍應盡力保障被告最佳防禦的可能性。
- (4)佐證法則：該不利陳述不得作為有罪判決之唯一證據，也不得作為主要證據，此為證明力的限制。

2. 本件，審判期日，乙已棄保潛逃，是有客觀上無法接受詰問的情形，此情形難認可歸責於國家機關，按乙雖未被羈押而系受替代手段之具保，意即法院認無羈押之必要，以具保擔保乙到場。而有無羈押必要性本就涉及風險性之判斷，若法官當時綜合一切認無羈押必要，該不予羈押決定即屬合法，不應以事後回推羈押決定正確與否，故本件並無可歸責於國家之事由。

3. 惟，即使合於義務法則和歸責法則，仍應盡力保障被告最佳防禦的可能性，且該不利陳述不得作為有罪判決之唯一證據和主要證據，法院仍應遵守上述要求。

(三)辯護人抗辯：關於證 2，調查局調查員詢問丙時，既知丙為甲之配偶，卻疏未告以得拒絕證言，因而該筆錄亦不具證據能力云云此部分為無理由。

1. 依刑事訴訟法(下同)§196-1 第二項準用§180、§181 及§185 第二項之規定，司法警察於詢問證人時，若該證人與被告具有特定親屬關係，依法具有拒絕證言權，並且司法警察應有告知得拒絕作證之義務。

2. 本件，調查員疏未告以得拒絕證言，該取證程序即有違法，惟筆錄是否即不具證據能力，有不同見解：

(1)權利領域理論(規範目的理論)：

拒絕證言的相關規定是為了保護證人權利而設，如果有違反，也是對證人可否為裁判依據的問題，但是對於『被告』的案件則不生影響(96 年台上字第 5167 判決)參照。

(2)權衡理論

雖為保護證人，但取證程序仍有違法，應適用§158-4 具體個案權衡之(97 年台上字第 3480 號判決參照)。

3. 綜上，管見以為應以權利領域理論說為可採，拒絕證言的相關規定是為了保護證人權利而設，故該筆錄非無有證據能力。

(四)證人丙經法院傳喚到庭，經法院告以得拒絕證言後，丙拒絕證言而未陳述，法院最後仍採證 2 作為甲有罪之證據，此採證不合法：

1. 調查局調查員詢問證人丙(甲之配偶)之詢問筆錄應為§159 第一項之傳聞證據，原則上無證據能力。

2. 再依§159-3 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。』證 2 可否構成本條第四款之傳聞例外，重點在於到庭後行使拒絕證言權是否為『有正當理由拒絕陳述』？

(1)通說認為，證人既然到庭後依法行使拒絕證言權，就是屬於『有正當理由』拒絕陳述，不符合§159-3 第四款的『到庭後無正當理由拒絕陳述者』，所以警詢時候的證言不得作為證據。學說也認為，法官無論如何不得將審判中行使拒絕證言權曲解為『無正當理由拒絕陳述』，這是立法者明文規定的證人權利，沒有理由侵害其權利。

(2)另有少數見解認為，如果警詢時候的證言具有可信的特別情形，且為證明犯罪事實存否所必要，仍得做為證據。此說主要是參照外國立法例，有正當理由而拒絕證言亦屬傳聞例外，本法§159-3 第四款立法漏未審酌有正當理由情形，並非有意排除。

3.管見以為應以前說可採，證人既然到庭後依法行使拒絕證言權，就是屬於『有正當理由』拒絕陳述，故調查局調查員詢問證人丙（甲之配偶）之詢問筆錄應為§159 第一項之傳聞證據，且不符合傳聞例外，無證據能力。

五、甲明知乙向丙購買海洛因供己施用，竟具狀向檢察官告發乙於 A 時、地販賣海洛因予丙。偵查中，甲以證人身分具結後，證稱：目睹乙於 A 時、地販賣海洛因予丙。檢察官以乙涉嫌販賣海洛因予丙提起公訴後，第一審受命法官於準備程序，以證人身分傳喚甲，甲向受命法官稱：「我痛恨跑法院，審判期日不想再來。」受命法官當場徵得檢察官、被告及辯護人同意，命甲以證人身分具結後，甲仍為同上之證言。乙不服第一審論處其販賣海洛因罪刑之判決，提起上訴。甲於第二審第一次審判期日到庭，具結後再為同上證言。嗣因乙提出甲涉嫌誣告、偽證之告訴，檢察官於偵查中向甲提示相關證據並稱：若於乙販賣毒品案件裁判確定前自白，得依刑法第 172 條之規定減輕或免除其刑；否則，將以偽證、誣告罪起訴，並具體求處重刑。甲認檢察官已掌握相關證據，乃於第二次審判期日到場，以證人身分具結後證稱「乙為供己施用而向丙購買海洛因」。乙經判決無罪確定後，檢察官執甲先後陳述及證言，以甲涉誣告、偽證罪嫌，提起公訴。甲在誣告等案件審理時辯稱，因受檢察官以重刑相脅，並以刑法第 172 條減刑規定勸誘，始為不實陳述，該部分陳述，非出於任意性，應予排除。試問：

(一)第一審於準備程序訊問甲是否合法？甲在第一審準備程序所為虛偽陳述，是否成立偽證罪？

(30 分)

(二)甲先後在偵查、審判中具結後所為虛偽陳述，其罪數？(15 分)

(三)甲之誣告、偽證，二罪間關係？(10 分)

(四)甲辯稱其在乙涉嫌毒品案件第二審第二次作證時之陳述，因係受利誘而不具任意性，有無理由？(15 分)

(五)甲有無刑法第 172 條減輕或免除其刑規定之適用？(10 分)

【擬答】：

(一)1. 第一審於準備程序訊問甲不合法，理由如下：

(1)按舊法時期刑訴法§273 規定：「法院準備審判起見，得於第一次審判期日前訊問被告。」實務上不論被告自白犯罪或否認犯行，均於準備程序進行實質之證據調查，此處之訊問被告即屬本案實體事項之訊問，審判期日審判長僅將準備程序訊問被告之筆錄，提示被告、並告以要旨，此規定導致審判期日空洞化。

(2)為落實民國 88 年全國司改會之共識，我刑事訴訟法民國 91 年先修正§161 條 1 項§163 條，將職權進行改為改良式當事人進行之訴訟制度，並於 92 年修正準備程序，修正方向為「原則不再從事實質證據調查，僅為達到集中審理之目標」。此修法目的，亦為落實集中審理與直接審理原則，承審法官必須親自為證據之調查以獲得心證，並且不得使用證據之替代品，譬如證人之偵查筆錄。

(3)現行法例外：§276 「預料證人不能於審判期日到場」，應為嚴格解釋適用：

按 93 年台上字第 5185 號判例：「刑事訴訟法第二百七十九條第一項、第二百七十六條第一項規定預料證人不能於審判期日到場，而受命法官得於審判期日前行準備程序時訊問證人之例外情形，其所稱『預料證人不能於審判期日到場』之原因，須有一定之客觀事實，可認其於審判期日不能到場並不違背證人義務，例如因疾病即將住院手術治療，

或行將出國，短期內無法返國，或路途遙遠，因故交通恐將阻絕，或其他特殊事故，於審判期日到場確有困難者，方足當之。必以此從嚴之限制，始符合集中審理制度之立法本旨，不得僅以證人空泛陳稱：『審判期日不能到場』，甚或由受命法官逕行泛詞諭知『預料該證人不能於審判期日到庭』，即行訊問或詰問證人程序，為實質之證據調查。」

(4)據此，本件甲為證人身分，依法即需於審理期日出庭於合議庭前接受被告與檢察官之對質詰問，並使合議庭法官由此獲得直接之心證。甲僅陳稱「我痛恨跑法院，審判期日不想再來。」難認符合刑法§276 第一項之期前訊問事由，故第一審受命法官於準備程序訊問甲不合法。

2. 甲在第一審準備程序所為虛偽陳述，不成立偽證罪，理由如下：

(1)按刑法§186 第二項規定，若證人之陳述會使其受刑事追訴者，應告知得拒絕證言，此為拒絕證言之告知義務規範。惟若證人具結前疏於告知證人此權利，於「具結」是否有影響？有以下二說：

①不影響說：

101 台上字第 5522 號判決：「…所謂具結，乃證人以文書保證其所陳述之事實為真實，否則願受刑法偽證罪之處罰。而拒絕證言，係指證人恐因陳述致自己或具有刑事訴訟法第一百八十六條規定一定親屬關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言而言。換言之，具結為證人應負義務之一（另有到場義務及據實陳述義務），因此證人除有法定事由，不得令其具結外，均應命其具結。至證人就特定事項得拒絕證言，係屬證人之權利，行使與否，由證人決之，惟其拒絕證言有無理由，須經法院裁定。法院（或檢察官）於訊問前，應告知證人得拒絕證言，如疏未告知而逕予訊問，其所踐行之訴訟程序即有違背，然並不影響該證言之效力，至是否影響於判決，則應就具體情形定之。九十二年二月六日刑事訴訟法修正同年九月一日施行前，該法第一百八十六條第一項第一至五款規定：「未滿十六歲者；因精神障礙，不解具結之意義及效果者；與本案有共犯或有藏匿犯人及湮滅證據、偽證、贓物各罪之關係或嫌疑者；有第一百八十六條第一項或第一百八十七條之情形，而不拒絕證言者；為被告或自訴人之受僱人或同居人者。均不得令其具結。」惟因刑事訴訟新制，採行改良式當事人進行主義，實施交互詰問，認為上開規定過於寬泛，為落實被告交互詰問及發現真實之目的，乃作適度限縮，於修正後之刑事訴訟法第一百八十六條第一項僅規定未滿十六歲者，或因精神障礙，不解具結之意義及效果者，始屬無具結能力之人而不得令其具結，其餘各款悉予刪除。是有具結能力之證人得拒絕證言而不拒絕者，已非屬無具結能力而不得令其具結之法定情形，縱法院（或檢察官）疏未告知，其所踐行之訴訟程序雖有瑕疵，惟究非具結之程序有瑕疵，難謂不發生具結之效力。…」

②具結不生效力說：

101 年台上字第 5459 號判決：「…刑事訴訟法第一百八十七條規定：「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」。此項規定旨在免除證人陷於抉擇控訴自己或與其有一定身分關係之人犯罪，或因陳述不實而受偽證之處罰，或不陳述而受罰鍰處罰等困境。證人此項拒絕證言權與被告之緘默權同屬不自證己罪之特權，為確保證人此項權利，民事訴訟法第三百零七條第二項及刑事訴訟法第一百八十六條第二項均規定法官或檢察官有告知證人得拒絕證言之義務；如法官或檢察官未踐行此項告知義務，而逕行告以具結之義務及偽證之處罰，並命朗讀結文後具結，將使證人陷於前述抉擇困境，無異侵奪證人此項拒絕證言權，有

違證人不自證己罪之原則。該證人於此情況下所為之具結程序即有瑕疵，為貫徹上述保障證人權益規定之旨意，自應認其具結不生合法之效力，縱其陳述不實，亦不能遽依偽證罪責論擬。…」

(2)管見以為，法官或檢察官未踐行此項告知義務，而逕行告以具結之義務及偽證之處罰，並命朗讀結文後具結，將使證人陷於前述抉擇困境，無異侵奪證人此項拒絕證言權，故應以後說可採。是故，本件未踐行告知義務，即不生具結效力，既未經合法具結，亦不成立偽證罪。

(二)甲先後在偵查與審判中具結所為虛偽陳述，其罪數之判斷有下列處理方式，分敘如下：

1. 甲說(「罪數應以訴訟之件數」為準)

此說認為刑法之偽證罪，為侵害國家法益之犯罪，其數罪「罪數應以訴訟之件數」為準，是如被告於同一訴訟之同一審級，或不同審級先後數度偽證，因僅一件訴訟，祇侵害一個國家審判權之法益，應論以單純一罪。

2. 乙說(倘若案件分由同一組織體〔合議庭〕審理，無論是否不同被告之不同犯罪事實，如於同一訴訟程序為多次偽證，僅成立單純一罪)

此說以為證人在同一審判程序經依法具結後，即有據實陳述之義務，嗣在同一程序之不同期日有數次證述，其先前具結之效力，自及於其後所為之證言。綜上，避免法院審理案件因審理計畫之差異致使被告犯偽證罪罪數不同，且因行為人於案件審理中，若就案情有重要關係之事項，而為偽證犯行，其主觀上亦難以預期係就同一訴訟程序中之不同被告之不同犯罪事實作偽證，故應以同一組織體〔合議庭〕受理之訴訟案件形式上是否於同一程序進行為斷而認定被告偽證罪數。

3. 丙說(判斷行為人主觀上是否係在一個預定犯罪計畫以內，基於同一犯意而為，以想像競合，論以裁判上一罪；反之，則分論併罰)

此說認為偽證罪係指於國家司法權的訴訟程序中為虛偽陳述，其不法核心在於訴訟程序中的不實陳述。目的在於確保司法機關在訴訟程序中獲得正確的判定資料，而正確無疑行使國家司法權。因此，原則上其罪數仍應以訴訟之件數為準。

而臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會刑事類提案第 5 號見解採甲說，若依該說認為甲所為虛偽陳述僅對單一件訴訟，祇侵害一個國家審判權之法益，應論以單純一罪。(此外最高法院 72 年台上字 3311 號判例亦採此見解)

(三)甲之誣告與偽證之罪數，兩罪之關係分析如下：

1. 甲說(想像競合說)

意圖他人受刑事處分，向該管公務員誣告案件，告訴人於該案偵審中，先後所為虛構事實之陳述，屬遂行誣告之接續行為。該項陳述，如有經檢察官或法官以證人身份傳訊而具結之情形，即屬一行為同時觸犯誣告與偽證罪名，應依想像競合犯規定，從情節較重之誣告罪處斷。蓋被告既誣指他人犯罪，為證明確有其事，於該案審理時，證稱該他人之犯行，自屬當然，尚難期待會反於誣告內容之證詞(最高法院 101 年度台上字第 107、2449 號判決參照)。

2. 乙說(分論併罰說)

按「刑法上之誣告罪，得由被誣告人提起自訴，係以誣告行為一經實施，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，縱使審判或偵查結果不能達到誣告者欲使其受懲戒處分或刑事處分之目的，而被誣告人在名義上已一度成為行政上或刑事上之被告，其所受名譽之損害，自係誣告行為直接且同時所加

害。至於他人刑事被告案內為證人、鑑定人、通譯之人，在審判或偵查時，依法具結而為虛偽之陳述，固足使採證錯誤，判斷失平，致司法喪失威信，然此種虛偽之陳述，在他人是否因此被害，尚繫於執行審判或偵查職務之公務員採信其陳述與否而定，並非因偽證行為直接或同時受有損害，即與刑事訴訟法第 311 條所稱之被害人並不相當，其無提起自訴之權，自不待言。」最高法院著有 26 年渝上字第 893 號判例可參；而偽證行為所侵害之法益，是對於國家審判權正確行使之影響，故偽證之對象並非犯罪直接被害人。可見誣告與偽證罪之犯罪罪質、行為態樣與所保護之法益均不相同。故行為人誣告後，在該案偵、審中，另以證人身分具結後，先後所為虛偽陳述，係二不同之犯罪行為，應分論併罰。

3. 丙說(法條競合說)

誣告罪為侵害國家法益與個人法益之犯罪；偽證罪為侵害國家法益之犯罪，二罪具有侵害法益之同一性，屬於法條競合。而誣告係捏造事實而為虛偽申告，為實其說，繼而於偵、審階段數次作虛偽陳述，乃為誣告行為所當然伴隨之行為，應依法條競合之吸收關係，僅論以誣告一罪。

臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會刑事類提案第 4 號見解採甲說，若依此說，則該兩罪之關係係屬想像競合，依刑法第 55 條規定，從情節較重之誣告罪處斷。

(四)甲辯稱其在乙涉嫌毒品案件第二審第二次作證時之陳述，因係受利誘而不具任意性，應無理由，分論如下：

1. 按刑訴法§98 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。」若有違反，依同法§156 第一項：「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。」無證據能力。
2. 本件，檢察官於偵查中「向甲提示相關證據」並稱：「若於乙販賣毒品案件裁判確定前自白，得依刑法第 172 條之規定減輕或免除其刑」，茲細論如下：
 - (1) 向甲提示相關卷證，此應為誘導訊問，但從刑訴法設有諸多得誘導詰問之例外情形(§ 166-1Ⅲ、§166-2Ⅱ)，顯見法律僅係規定於特定情形下禁止誘導詰問而已，誘導訊問非屬於§98、§166-7Ⅱ 二款之不正方法，無礙於陳述者之自由意志與真實性，故此偵訊方是不影響證據能力。
 - (2) 實務見解亦同，參 101 年台上字第 4199 號判決：「…又刑事訴訟法第九十八條規定，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，並無禁止誘導詢問之規定；同法第一百六十六條之七第二項第二款規定，詰問證人、鑑定人不得以恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正之方法為之。就證人、鑑定人之主詰問雖不得為誘導詰問，但於同法第一百六十六條之一第三項但書所定之情形，得誘導詰問；同法第一百六十六條之二第二項亦規定行反詰問於必要時，得誘導詰問。則刑事訴訟法既明定詰問證人、鑑定人不得以恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正之方法為之；同時又規定於特定情形下，得為誘導詰問，顯見誘導詰問非屬同法第一百六十六條之七第二項第二款所指恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正之方法，僅係於特定情況下，禁止誘導詰問而已。而刑事訴訟法第九十八條所規定，與同法第一百六十六條之七第二項第二款所定不正方法之內容相當，應認誘導訊問非屬刑事訴訟法第九十八條所定之不正方法。…」
 - (3) 另，本件檢察官向甲告稱「若於乙販賣毒品案件裁判確定前自白，得依刑法第 172 條之規定減輕或免除其刑」，按 100 年台上字第 2539 號判決：「…而刑事訴訟法第一百五

六條第一項規定以不正方法取得之被告自白不具證據能力，其所指不正方法之一『利誘』，即約定給予利益，誘使被告自白，一般固係指關於刑事責任之利益，例如：緩刑、減輕或免除其刑等，然如訊問或詢問人員，係就法律本即形諸明文之減免其刑等利益，以適當之方法曉諭被告，甚或積極勸說，使被告因而坦承犯行，苟未涉有其他不法，要難解為係上開規定所稱之『利誘』。…」本件檢察官並未有約定給予利益，誘使甲自白之情形，而係將法律本即形諸明文之減免其刑等利益，以適當之方法曉諭被告，因此難認為屬刑法§156 一項所指之利誘情形。

(4) 綜上，甲之抗辯無理由。

(五) 甲可主張刑法第 172 條自白，減輕或免除其刑之規定適用，理由分析如下：

按刑法第 172 條規定，犯第一百六十八條至第一百七十一條之罪，於所虛偽陳述或所誣告之案件，裁判或懲戒處分確定前自白者，減輕或免除其刑。而本題重點在於甲如子題四已主張其第二審第二次做證時之陳述係屬受利誘而不具有任意性，惟依最高法院 31 年上字第 345 號判例以為刑法第一百七十二條之規定，並不專在獎勵犯罪人之懊悔，而要在引起偵查或審判機關之易於發見真實，以免被誣告人終於受誣，故不論該被告之自白在審判前或審判中，自動或被動，簡單或詳細，一次或二次以上，並其自白後有無翻異，苟其自白在所誣告之案件裁判確定以前，即應依該條減免其刑。故甲之自白雖出於非任意，但是該自白有助於發現真實，符合刑法第 172 條之減輕免刑之意旨，故甲可主張刑法第 172 條自白，減輕或免除其刑之規定適用。