

《刑事訴訟法》

一、律師甲在法庭上與對方律師乙發生激烈的爭執，退庭後律師甲心有不甘，乘機傷害律師乙，律師乙於是對律師甲提起傷害自訴，卻未委任律師為代理人。問律師乙所提起之自訴是否合法？（25分）

答題關鍵	自訴人委任之代理人原則上必須為當事人以外之第三人，惟犯罪被害人如本身為律師時，參酌今年（九十二年）修法時採行自訴強制律師代理制度之理由，如由其自己提起自訴，似並未抵觸新法之立法精神。惟其恐不得行使閱卷權限。
試題評析	測驗考生對自訴強制律師代理制度之瞭解。
參考資料	1.林鈺雄《刑事訴訟法》（上），P.196-198，P.201-202；《刑事訴訟法》（下），P.141。 2.蔡墩銘〈辯護人之閱卷權〉，《月旦法學教室》第一期。 3.《月旦法學教室》第三期，P64-78，P.90-103
高分閱讀	1.高點《高點專用講義(厚本)－刑事訴訟法》第三回，P.42-43。

【擬答】

(一)按民國九十二年本法修正時，自訴制度改採「強制律師代理制」，於第三百十九條第二項明定犯罪被害人或其法定代理人、直系血親、配偶提起自訴時，應委任律師行之。如提起自訴時並未委任律師為代理人者，依本法第三百二十九條第二項規定，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。其主要理由有二：

- 1.合理分配有限司法資源：鑑於自訴人常未具備法律之專業知識，每因誤解法律（例如誤認違反民事約定，不履行債務為背信）或任意將機關首長及相關官員一併列為被告，而提起自訴，亦有利用自訴程序恫嚇被告或以之作為解決民事爭議之手段等情事，不僅增加法院工作負擔，影響裁判品質，尤足令被告深受不必要之訟累，自應謀求法制之改革，就自訴改採強制委任律師為代理人制度。至於未委任律師為代理人者，則可利用公訴制度，由檢察官代表國家進行刑事訴訟程序，此亦檢察官職責之所在，並無違憲法保障人民訴訟權之旨。
- 2.保護被害人權益：於民國九十一年本法第一百六十一條、第一百六十三條等條文修正施行後，刑事訴訟改以「改良式當事人進行主義」為原則，在強調自訴人舉證責任之同時，若任由無相當法律知識之被害人自行提起自訴，無法為適當之陳述，極易敗訴，是立於平等及保障人權之出發點，自訴採強制律師代理制度，自有其意義。且近來法務部已漸次規劃檢察官專組辦案制度，提高偵查品質，並要求檢察官切實到庭實行公訴，發揮打擊犯罪、追訴犯罪之功能，公訴制度已趨健全。因此，以公訴制度為主軸，自訴制度退為輔助地位，當為正確妥適之設計。

(二)本題中律師乙提起之自訴是否合法？

依題意，由於律師乙於退庭後被律師甲乘機傷害，律師乙乃傷害罪之直接被害人，依本法第三百十九條第一項之規定得提起自訴，應無疑義。惟律師乙係自行提起自訴，並未委任其他律師為代理人，是否合法？恐有不同見解：

- 1.否定說：認為自訴人應委任他人為自訴代理人，不得委任自己為自訴代理人，即使其本身具有律師資格亦然，否則將導致角色之衝突。本題中律師乙之自訴並不合法。
- 2.肯定說：認為從自訴改採強制律師代理制之理由以觀，自訴人倘具有律師身份，即得自行提起自訴，毋庸再行委任其他律師為自訴代理人。本題中律師乙之自訴合法。

上開二說各有其理，惟管見認為，自今年第三百十九條第二項之增訂理由以觀，本題如由被害人律師乙自行提起自訴，由於其本身具有法律專業知識，應無濫訴之虞，且其亦得以善盡實質舉證責任，與一般非律師之人有別，故似非完全不可由律師乙自行提起自訴。惟該提起自訴之律師得否行使閱卷權？按依本法第三十八條準用第三十三條規定之結果，被告或自訴人之代理人於審判中得向法院聲請閱卷，然被告或自訴人本人則不得為之。考其立意，乃在於被告或自訴人本身對於案件之利害過鉅，如容許其行使閱卷權，難保不會有竄改或湮滅卷證之情事，至於其代理人因與本案之利害關係有限，應較不致發生上開情形。準此，即使認為律師乙得自行提起自訴，然其應不得行使閱卷權限。最高法院九十一年台聲字第九號刑事裁定曾表示，具律師身分之被告倘委任自己為辯護人，向法院聲請閱卷者，法院不應准許其聲請，該見解雖非針對具律師身份之「自訴人」所為，惟亦具參考價值。

(三)綜上，自今年自訴改採強制律師代理制之立法理由以觀，本題中具律師身分之被害人乙似非不得自行提起自訴，惟其恐無法行使閱卷權限。

二、警察有相當理由相信甲、乙共同販毒。警察先對甲發詢問通知，甲到警察局接受詢問，警察問甲：「你與乙共同販毒？」甲答稱：「我只是負責送貨的，貨品買賣是大哥乙負責的，乙要我送哪我就送哪，我不知道是毒品。」警察於是依法取得拘票並合法拘提乙，在拘提乙後，警察問乙：「甲是你的手下，你叫他送毒，對嗎？」乙答：「甲是我的好朋友，不是手下，我知道他有賣毒，但我從未叫他送毒，毒品與我完全無關。」警察又附帶搜索其身體，在口袋內發現子彈，於是問乙：「槍呢？」乙答：「在床底下。」警察果然在該處發現手槍一支。檢察官依上述事實起訴甲、乙共同販賣毒品，乙非法持有槍械，於甲、乙之審判中上述各「陳述」之證據能力為何？（25分）

答題關鍵	新法修正後採行傳聞法則，並就證據能力中證據排除之部分，設有§158-2以下之規定，另外就共同被告部分亦有§287-1、§287-2之規定，均須注意。
試題評析	本例涉及爭點頗多，惟考生僅須按依個別不同之人所為之陳述分別討論，首先，就違反告知義務部分論述及不同之法律效果，此處須注意新法§158-2第二項之規範對象，以及其與§158-4間之關係；再就傳聞法則之適用範圍及對象判斷，以及不符合傳聞法則適用之情形者，亦有直接審理原則適用之餘地；此外新法就共同被告作為證據方法，須踐行證人之法定調查程序亦須加以闡述。
參考資料	1.林鈺雄《刑事訴訟法(上)》，2003年9月，三版，頁424~447。 2.王兆鵬《司法週刊》。
高分閱讀	1.92高點律師&司法官三等特考考場錦囊，P.29~38 2.高點《高點專用講義(厚本)—刑事訴訟法》第二回，P.162~166，P.183~184。

【擬答】

由於偵查中並無傳聞法則與直接審理原則之適用，故縱使警察依據甲或乙審判外之陳述而聲請令狀之核發，亦無違反程序規定，合先敘明。本例須討論在審判中甲與乙之陳述是否具備證據能力，以下分別論之。

一、乙之陳述是否具備證據能力

由於乙先後為兩次陳述，一次是在警察合法拘提乙後乙之陳述，陳述內容為：「甲是我的好朋友，不是手下，我知道他有賣毒，但我從未叫他送毒，毒品與我完全無關。」；另一次係在警察附帶搜索其身體後乙所為之陳述，謂：「在床底下。」因此須分別討論如下：

(一)乙第一次陳述之證據能力

1.警察違反告知義務而取得乙陳述之證據能力

由於警察在第一次詢問乙之時，並未踐行第九十五條之告知義務，因此引發下述爭議：即所取得之乙陳述是否有證據能力？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，準用前項之規定。」惟本例當中，警察詢問乙時雖有合法之拘提，然卻違背第九十五條第二款及第三款之告知義務而取得乙之陳述，依據第一百五十八條之二第一項規定之準用，除非經證明警察之違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，始能取得證據能力，又本法第一百六十一條第一項規定：「檢察官就被告之犯罪事實，負有舉證責任，並應指出證明之方法。」由此可知新法賦予檢察官實質之舉證責任，因此審判中如檢察官能證明上述情形者，乙之陳述始具有證據能力。

2.乙於審判外之陳述之證據能力

由於新法改採傳聞法則，因此就被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除符合例外情形外，無證據能力。至若乙第一次之陳述內容有二：一是乙答稱該毒品案件與自己完全無關，且自己亦無叫甲送毒之行為；二是乙聲稱甲為其好友，並知甲有賣毒行為，就其陳述內容中，涉及自己犯罪事實之陳述，並無傳聞法則之適用，涉及甲之陳述則為共犯或是共同被告之陳述（因甲與乙被起訴共同販毒），有傳聞法則之適用，因此須分別論之：

- (1)就乙指摘甲有販毒行為之陳述：該陳述符合第一百五十九條第一項傳聞證據之定義（因係乙在審判外之陳述，且就案例觀察，並不清楚審判中是否親自出庭陳述），而在司法警察面前之陳述，除非符合第一百五十九條之二與之三之例外規定，否則無證據能力。而若乙於審判中出庭，依據新法第二百八十七條之二之規定，法院就被告本人之案件調查共同被告時，準用證人之規定，因此於甲案審判之時，乙須踐行證人之法定調查程序，意即須經具結、詰問等程序後，其不利於甲之陳述始具備證據能力。
- (2)就乙聲稱自己並無販毒或叫甲送毒行為之陳述：此乃被告於審判外之陳述，並不符合新法對於傳聞證據之定義，因此應回歸直接審理原則加以判斷；而依據直接審理原則之規定，其須具備形式直接性與實質直接性，依據實質直接性之內涵，原則上禁止證據之替代品，而應以原始證據呈現為當，被告乙並無特殊情事而不得出庭，因此應傳喚乙出庭陳述，則乙之陳述始得作為證據。

(二)乙第二次陳述之證據能力

- 1.依題意，乙陳述「槍在床底下」，有可能構成非法持槍罪行之自白，依照本法第一百五十六條第一項規定，該自白須具備任意性與真實性，始得為證據。依題意，乙之自白似非出於強暴脅迫或不正方法，且警察果然於該處發現手槍一支，與事實相符，該自白應得作為證據。
- 2.惟警察在為第二次詢問時，仍未踐行告知義務，依據第一百五十八條之二第二項之規定，除非經證明警察之違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，始能取得證據能力。

二、甲之陳述是否具備證據能力

(一)警察違反告知義務而取得乙陳述之證據能力

至於對甲違背第九十五條第二款與第三款之告知義務而取得甲之陳述，因甲並非係受拘提或逮捕者，是否亦有第一百五十八條之二第二項之適用則容有爭議：

- 1.有認為此乃新法漏未規範，因此應類推適用第一百五十八條之二第二項之規定，故所取得甲之陳述應無證據能力。
- 2.有認為雖第一百五十八條之二第二項並未規定，然仍得適用第一百五十八條之四之規定，故所取得甲之陳述應無證據能力。

3.有認為不應類推適用第一百五十八條之二第二項之規定，同時亦不得適用第一百五十八條之四之規定，故所取得甲之陳述應有證據能力。

若考量立法之意旨，可知此乃立法者之有意排除，由此可知，就所取得甲之陳述而言，如亦具備任意性（即未受不正訊問方法者），應肯認其陳述有證據能力。

(二)甲審判外之陳述是否具備證據能力

1.就甲之犯罪事實部分

至於審判中得否使用甲於審判外之陳述，亦須區別情形討論；因甲之陳述包含兩部分，一是表示自己並不知道所運之貨品為毒品，其次是表示乙始負責該貨品買賣，因此前者乃是甲就自己之犯罪事實為陳述，後者則為甲就乙之犯罪事實而為陳述，僅後者有傳聞法則之適用，同前述處理之方式，應認為就自己犯罪事實之部分，須符合直接審理原則之要求，方具有證據能力。

2.就乙之犯罪事實部分

就關於乙犯罪事實部分之陳述，符合第一百五十九條第一項傳聞證據之定義（因係在審判外之陳述），而在司法警察面前之陳述，除非符合第一百五十九條之二與之三之例外規定，否則無證據能力。又因為甲係與乙同時起訴，故若甲於審判中出庭，依據新法第二百八十七條之二之規定，法院就被告本人之案件調查共同被告時，準用證人之規定，因此當於乙案審判之時，甲須踐行證人之法定調查程序，意即須經具結、詰問等程序後，其不利於乙之陳述始具備證據能力。

三、(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诉，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？（25分）

答題關鍵	1.審判期日被告必須在場，惟如法院已對之合法傳喚，其無正當理由不到庭時，由於其係自行放棄在場權利，法院自得不得待其陳述逕為判決。 2.二審法院如欲變更起訴法條，仍應對被告踐行罪名變更之告知義務，否則將構成判決違背法令事由。
試題評析	測驗考生對於被告在場原則以及變更法條告知義務之理解程度。有關被告防禦權利之保障問題一直是近年的熱門考點，同學們不可不慎！
參考資料	1.林鈺雄《刑事訴訟法》(上), P.148-151;《刑事訴訟法》(下), P.208-212, P.287-288。
高分閱讀	1.高點《高點專用講義(厚本)—刑事訴訟法》第三回, P.99~100、P.109-110、P.115-119、P.172。 2.高點《徐政大老師上課補充講義》第六回, P.17。 3.《法觀人月刊》第68期, P.32~35。

【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，法院均不得待其陳述逕行判決，與第一審依第二百零六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。

- 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。
- 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。

四、檢察官以殺人罪嫌起訴甲。在審判過程中，甲自始否認犯情，強調案發當時人在別處，並指稱本案目擊者所陳述之內容有被警察誘導之嫌疑，不足採信。惟甲所主張者並未被採納，在無其他證據下，法院仍採納了目擊者之證言，判處甲無期徒刑確定，經執行後假釋出獄。甲出獄後，再度透過律師找出得以證明其案發當時不在場之證人，提再審程序請求救濟。試問：（25分）

- （一）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』，為受判決人之利益，得聲請再審」，其中所云之「確實之新證據」係何所指？本案甲所提之證據可否列為此之「確實之新證據」使用？
- （二）復從理論與實務之觀點而論，刑事訴訟法第四百二十二條第一項第二款規定，「有罪、無罪之判決確定後，『發見確實之新證據』，為受判決人之不利益，得聲請再審」，其中所提「為受判決人之不利益再審制度」之法理依據為何？

答題關鍵	本例第一個部分須處理有關發現確實新證據中，嶄新性與顯著性之實務與學者間歧異之見解；第二題部分則須處理為受判決人不利益而聲請再審，立法理論與現行法之問題所在。
試題評析	再審是特殊救濟審中常見考題，惟考點大多雷同；本例疑為黃朝義老師命題，查九十一年司法官第四題，當中所欲考之概念幾乎雷同，因此須就黃朝義老師關於再審制度之特殊見解加以闡明，應可獲得高分。
參考資料	林鈺雄《刑事訴訟法(下)》，2003年9月，三版，頁372~378。 黃朝義〈上訴制度與救濟程序〉，《刑事訴訟法--制度篇》，2002年8月，一版，頁203~207。
高分閱讀	《高點刑事訴訟法講義》第三回，頁二四六至二四九。

【擬答】

一、刑事訴訟法（以下同）第四百二十條第一項第六款之「確實之新證據」之內涵

（一）嶄新性（新規性）

1.傳統實務見解

須限於事實審法院「判決當時已經存在」，亦即事實審法院於判決前因未經發現，不及調查斟酌，至其後始行發現者，始具嶄新性；至於發現之基準時點乃係事實審法院判點，其後包括第二審判決後及第三審上訴前或上訴中始行發現者，亦屬新證據。

2.學說理論見解

部分學者對於上述見解有諸多批評，因為該證據係由何人發現、法院當初不知該證據存在之原因如何、證據是否已於判決當時已經存在以及受判決人是否不知等，均非判斷重點。應認為只要是原事實審法院判決時點所不知而未予審酌之證據，包含證據資料與證據方法，均具有嶄新性。

依題意，受判決人甲據以聲請再審之新證據，係其出獄後方透過律師找出之得以證明其案發當時不在場之證人，並非判決當時已存在之證據，故依實務之見解，不得認為具有嶄新性而據以聲請再審（七五台上七一五一）。惟依部分學者之見解，由於該名人證原事實審法院判決時並未知悉，不及調查斟酌，因此甲所找到之不在場證明之人證，應具備嶄新性。

（二）顯著性（確實性）

依八十五年台上字第三〇八號裁定可知，所謂顯著性係指「顯然可認足以動搖原有罪確定判決，應為無罪、免訴、免刑或輕於原判決罪名」，至於罪名則實務認為應專指主刑而言，而不包括從刑與量刑問題。甲於本例中找到一個可證明其案發當時不在場之證人，足以動搖原有殺人罪之確定判決，而使甲受無罪之判決，因此應認為具有顯著性。由上述可知，甲所提之證據如依實務見解，不得列為「確實之新證據」使用，其再審聲請並非合法。惟依部分學者見解，甲應得列為此之確實新證據，因此再審之聲請合法。

二、為受判決人不利益聲請再審制度之法理依據

為受判決人之不利益之再審制度，並非每個國家皆有之，有採雙軌制，如我國與德國，因此就再審得為受判決人之利

益與不利益而聲請之；亦有採單軌制，如法國，即僅得就受判決人之利益聲請再審，至於為受判決人之不利益則不得為之。

(一)雙軌制之立法理論

刑事訴訟法之立法目的有數個，其中發現真實與法安定性（或稱法和平性）常處於對立狀態，當二者產生衝突時應如何解決，便須依據立法有無明文規定判斷；在再審制度中，立法已明確做出價值選擇，為糾正判決之違誤而出現之再審制度，實乃不得已之手段，況在確定判決下所取得之真實僅能被認為是被推定之真實，未必即係全真之實體真實，因此確定判決縱所得事實認定有誤，亦係可以預測之範圍，因此再審制度之設計，無論係就受判決人之利益或不利益，就發現真實而言，實有必要。

(二)單軌制之立法理論

惟有學者認為，在發現真實之觀念消退之情況下，應肯認人權保障亦同為刑事訴訟法上之重要目的，特別是英美法上採取所謂雙重危險理論，其亦著眼於被告於程序中所受之痛苦，因此所稱之既判力已不能同於已往係強調理論之既判力，而應強調保障人權之既判力；如就此點觀察，應認為所謂之法的安定性，就為受判決人之利益而言，既判力將只是發現真實之反射產物，故應承認再審之必要性。

然就為受判決人之不利益言，應認為若為貫徹人權保障之理念，則亦應認為縱判決有誤，亦不必然須與再審之提起相結合，而必須構築在人權保障無矛盾上，由此觀之，應認為就受判決人之不利益，不許其聲請再審，否則將與無罪推定原則與公平法院之理念相違。