

法警

# 《刑事訴訟法概要》

一、刑事訴訟法規定被告有緘默權，對具證人身分者，於一定要件下，賦予拒絕證言權，試問此兩種權利之法理基礎？又依法有拒絕證言權之證人，得否以行使拒絕證言權為由，概括拒絕作證而拒絕回答當事人、辯護人所詰問或法院所訊問之任何問題？（25分）

命題意旨	測驗考生平時對於法律概念背後之法理基礎是否能夠有所掌握。同時測試考生對於實務見解的脈動是否亦能掌握。
答題關鍵	分別依序回答緘默權之法理基礎及拒絕證言權之法理基礎，但因拒絕證言權有四種類型，故應分別說明之，最後能否概括行使拒絕證言權，應將實務上的看法加以闡述，應可獲得高分。
考點命中	1.《高點總複習講義第一回》，錢律師編撰，頁15。 2.《高點正規班講義第一回》，錢律師編撰，頁129。 3.《高點正規班講義第三回》，錢律師編撰，頁89、90、113、114。 命中率近100%。

## 【擬答】

### (一)緘默權之法理基礎

現代刑事訴訟制度下，承認被告不自證己罪原則之保障。而不自證己罪原則，即禁止被告背叛自己，而成爲對己不利之證據方法。而不自證己罪原則在刑事訴訟法上之落實，即賦予被告緘默權，且被告之緘默不得據以作爲不利於被告之認定。基此，緘默權之法理基礎即不自證己罪原則，至爲灼然。

### (二)拒絕證言權之法理基礎

依我國刑事訴訟法（下同）規定，共計有四種類型之拒絕證言權，爰分別說明其法理基礎如下：

#### 1. 因公務關係之拒絕證言（第179條）

本條乃基於維護機密之價值優於真實發現而存在之拒絕證言權。

#### 2. 因業務關係之拒絕證言（第182條）

此種拒絕證言之法理基礎，乃著重在特殊職業之高度信賴關係，倘若欠缺這種信賴關係，將會使得人人自危。

#### 3. 因身分關係之拒絕證言（第180及181條）

此種拒絕證言之法理基礎，乃基於法律不能強人所難之理，以免令證人處於人倫與法律交戰之窘境。

#### 4. 因不自證己罪之拒絕證言（第181條）

此種拒絕證言之法理基礎在於不自證己罪原則。

### (三)能否概括拒絕作證，而拒絕回答所有問題？

#### 1. 實務見解

(1)最高法院 99 年度台上字第 5931 號判決：證人之陳述是否因揭露犯行而有自陷入罪之虞，得以行使刑事訴訟法第 181 條之拒絕證言權，必須到場接受訊問後，針對所訊問之個別具體問題，逐一分別爲主張，不得以陳述可能致其受刑事訴追或處罰爲理由，而概括拒絕回答一切問題，以致妨害真實之發現。此由刑事訴訟法並無如民事訴訟法第 309 條第 2 項：「證人於訊問期日前拒絕證言者，毋庸於期日到場」之規定自明。證人於審判中針對個別問題主張行使拒絕證言權，除應依刑事訴訟法第 183 條第 1 項規定，將拒絕證言之原因釋明（依但書規定，得命具結以代釋明），其拒絕證言之許可或駁回，依同條第 2 項規定，應由審判長審酌後，予以准駁（處分），非證人所得自行恣意決定，亦非謂證人一主張不自證己罪，審判長即應准許之。

(2)最高法院 100 年度台上字第 5064 號判決：證人本應負擔實陳述證言之義務，惟證人如與當事人具有刑事訴訟法第 180 條所定一定身分關係之情形，難免互爲容隱，欲求據實證言，顯無期待可能性，法律乃賦予其得爲拒絕證言之特權。此種特權，並非絕對性，如證人放棄其特權，其證言仍具有容許性，必證人主張其特權，始得拒絕。是證人於作證時，祇須釋明其與訴訟當事人間有一定之身分關係，即得主張概括拒絕證言，法院或檢察官即應予許可，不問其證言內容是否涉及任何私密，或有無致該當事人受刑事訴追或處罰之危險，均不得再行訊問。

## 2. 小結

參考上述實務見解，可知除第 181 條所定之拒絕證言權，不得以陳述可能致其受刑事訴追或處罰為理由，而概括拒絕回答一切問題外，其餘類型，具備一定公務、業務及身分關係下，解釋上應該都允許概括拒絕作證，而拒絕回答所有問題。

## 二、請依我國刑事訴訟法關於傳聞法則之規定，回答下述問題：(25 分)

- (一) 甲涉嫌超速駕駛因而車禍肇事致被害人乙受有普通傷害，檢察官經乙提出合法告訴，以甲涉犯刑法第 284 條第 1 項前段之過失傷害罪，將甲提起公訴，並提出案發路段之測速照相儀所攝得之甲行車超速照片，用以證明甲犯罪事實。甲及其選任辯護人於法院行準備程序時，就該照片形式之真實（即無變造或偽造之情事）及取得來源之合法性，雖不爭執，但甲之選任辯護人抗辯稱上述照片為警察機關為取締交通違規之用而於審判外製作之書面陳述，為傳聞證據，無證據能力，不得用以證明甲之犯罪事實，試問：甲之選任辯護人之抗辯有無理由？
- (二) 檢察官嗣於上述案件之審判期日聲請傳喚目擊證人丙到庭作證，丙到庭具結後證稱：「我本人實際上沒有看到車禍發生經過，是在我檳榔攤工作的檳榔西施丁跟我說是甲超速又闖紅燈才撞傷乙，丁後來有新工作，目前不知去向，我找不到她，所以我自己來作證」等語，試問：丙之證詞可否作為認定甲有罪之證據？

命題意旨	測試考生對於傳聞證據要件之熟悉度，並且對於我國法未明文之傳聞證人，是否知悉處理之道。
答題關鍵	第一小題引出實務上對於傳聞證據之要件說明後，加以涵攝，即可得知照片非傳聞證據。 第二小題則參考實務見解對於傳聞證人之處理方式，對題示情形涵攝解答即可。
考點命中	1. 《高點總複習講義第一回》，錢律師編撰，頁 60、64。 2. 《高點正規班講義第三回》，錢律師編撰，頁 48、61、62。 命中率近 100%。

## 【擬答】

## (一) 辯護人之抗辯無理由

## 1. 傳聞證據之要件

依我國最高法院 93 年台非字第 117 號判決意旨，傳聞證據應符合以下三個要件：(1) 審判外陳述、(2) 被告以外之人陳述、(3) 舉證之一方引述該陳述之目的係用以證明該陳述所直接主張內容之真實性。

## 2. 甲之超速照片並非傳聞證據，無傳聞法則之適用

本題中，甲之超速照片係用以顯示當場狀況，因非人之陳述，故非傳聞證據，並無傳聞法則之適用。最高法院 99 年台上字第 620 號判決亦同此看法：照片，非屬人類意思表達之言詞或書面陳述，自非傳聞證據。

## 3. 小結

如上所述，因照片非屬傳聞證據，故辯護人抗辯為傳聞證據，顯有誤解，其抗辯並無理由。

## (二) 丙的證詞在符合一定要件下，得作為認定甲有罪之證據

1. 本題爭點為：丙非目擊證人，係聽聞原始證人丁之陳述而到庭轉述之人，即傳聞證人，其所為供述究竟有無證據能力？

2. 依最高法院 100 年台上字第 5468 號判決意旨：在審判外聽聞被告以外之人就親身知覺、體驗事實所為陳述，而於審判中到庭作證之「傳聞證人」，其於審判中以言詞或書面轉述該陳述之「傳聞證言」或「傳聞書面」，屬傳聞證據，因親身知覺、體驗之原陳述者，未親自到庭依人證調查程序陳述並接受當事人之詰問，無從確保當事人之反對詰問權，且有悖直接審理及言詞審理主義，影響程序正義之實現，原則上，其證據能力固應予排除，但原陳述者若有死亡、因故長期喪失記憶能力、滯留國外、所在不明或拒絕陳述等不能或不為陳述之情形，致客觀上無法命其到庭接受詰問，進行直接審理，而到庭之「傳聞證人」已依人證程序具結、陳述並接受詰問，且其所為「傳聞證言」或「傳聞書面」復具備特別可信性及證明犯罪事實存否所不可或缺之必要性嚴格條件時，現行法雖尚無認之係屬傳聞例外之明文，但為發現真實以維護司法正義，本諸同法第 159 條之 3 立法時所憑藉之相同法理，當例外得作為證據。

## 3. 本案分析

本題中丙係在審判外聽聞被告以外之人丁就親身知覺、體驗事實所為陳述，而於審判中到庭作證之「傳聞

證人」，證據能力本應予排除；但原陳述者丁有所在不明之情形，致客觀上無法命其到庭接受詰問，進行直接審理，而到庭之「傳聞證人」丙已依人證程序具結、陳述並接受詰問，且其所為「傳聞證言」復具備特別可信性及證明犯罪事實存否所不可或缺之必要性嚴格條件，為發現真實以維護司法正義，本諸刑事訴訟法第 159 條之 3 立法時所憑藉之相同法理，當例外得作為證據。

- 三、行合議審判案件，受命法官承合議庭之裁定行準備程序，被告之選任辯護人於準備程序期日為被告抗辯稱：被告於警詢之自白係出於員警以不正方式利誘取供。受命法官為此，先行調取被告警詢錄音光碟進行勘驗，因事實仍有不明，故其傳喚執行詢問調查勤務之員警於準備程序到庭作證並直接依職權予以訊問。被告及其辯護人待受命法官訊問完畢後欲對該員警進行詰問，惟受命法官以待證事實已明為由而禁止詰問。請附理由分別說明該受命法官於準備程序針對被告自白之任意性加以調查及其調查方式，是否適法？又被告及其辯護人對於受命法官禁止其等行使詰問權之證據調查處分，若有不服，應如何尋求救濟？（25 分）

命題意旨	測驗考生對於準備程序能否為證據能力之調查、調查方式及不當之證據調查之救濟方式，是否能有清楚掌握。
答題關鍵	本題可分成三部分作答。首先，即是準備程序中對於證據能力進行調查應屬合法；其次，受命法官對於證據能力之調查方式，相關的法條引用，應是得分關鍵；最後，對於禁止詰問之部分，應係依第 288 條之 3 聲明異議，且若能引 出實務見解，表明係向受命法官之合議庭聲明異議，應可獲得不錯的分數。
考點命中	1. 《高點總複習講義第一回》，錢律師編撰，頁 67。 2. 《高點正規班講義第五回》，錢律師編撰，頁 6~8。 命中率近 100%。

### 【擬答】

#### (一)受命法官進行自白任意性調查應屬適法

1. 本題爭點為：依最高法院 93 年台上字 2033 判例要旨：「依刑事訴訟法第二百七十九條第一項規定，準備程序處理之事項，原則上僅限於訴訟資料之聚集及彙整，旨在使審判程序能密集而順暢之進行預作準備，不得因此而取代審判期日應踐行之直接調查證據程序。...除依同法第二百七十六條第一項規定，法院預料證人不能於審判期日到場之情形者外，不得於準備程序訊問證人，致使審判程序空洞化，破壞直接審理原則與言詞審理原則。」從而，本題中受命法官進行自白任意性調查究否適法？
2. 依最高法院 94 年台上字第 7274 號判決意旨：「刑事訴訟法第二百七十三條第一項第四款規定，法院得於第一次審判期日前行準備程序，處理有關證據能力之意見。其立法意旨在於證據能力有爭執時，**允許法院先予調查**，以節省勞費，避免耗費不必要之審判程序。及參考民國 92 年第 273 條第 2 項之立法理由謂「準備程序有篩選無證據能力之證據」之功能而論，若準備程序要發揮篩選無證據能力之功能，法院或受命法官當然對有無證據能力之爭執事項可以為調查。
3. 綜上所述，被告自白之任意性既有爭執，即對於證據能力有所爭執，參酌上述最高法院 94 年台上字第 7274 號判決意旨，自應允許受命法官進行自白任意性調查，故受命法官進行自白任意性調查應屬適法。

#### (二)受命法官之調查方式難謂完全適法

1. 依刑事訴訟法第 171 條規定，「法院或受命法官於審判期日前為第二百七十三條第一項或第二百七十六條之訊問者，準用第一百六十四條至第一百七十條之規定。」而同法第 165 條之 1、第 166 條之 6 第 1 項及第 167 條則分別規定，「錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類之證物可為證據者，審判長應以適當之設備，顯示聲音、影像、符號或資料，使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認或告以要旨」、「法院依職權傳喚之證人或鑑定人，經審判長訊問後，當事人、代理人或辯護人得詰問之，其詰問之次序由審判長定之。」及「當事人、代理人或辯護人詰問證人、鑑定人時，審判長除認其有不當者外，不得限制或禁止之。」
2. 受命法官對於自白任意性之調查，先勘驗錄音之部分，係依上述刑事訴訟法第 171 條準用第 165 條之 1 規定，應屬適法。
3. 受命法官依職權傳喚執行詢問勤務之員警到庭訊問，係依上述刑事訴訟法第 171 條準用第 166 條之 6 第 1 項規定，應屬適法。但受命法官依職權訊問後，以待證事實已明而禁止被告及辯護人詰問，似非因被告或辯護人詰問有何不當，依上述刑事訴訟法第 171 條準用第 167 條張規定，受命法官理應不得限制或禁止，

故此部分程序之踐行似有違誤，因此，受命法官之調查方式難謂完全適法。

(三)被告及辯護人應依刑事訴訟法第 288 條之 3 規定聲明異議

1. 刑事訴訟法第 288 條之 3 規定，「當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有特別規定外，得向法院聲明異議。」另參最高法院 94 年台上字第 1998 號判例：至同法第 288 條之 3 第 1 項規定：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有特別規定外，得向法院聲明異議。」其中所稱之「調查證據處分」，係專指調查證據之執行方法或細節（包括積極不當行為及消極不作為）而言。又依臺灣高等法院 98 年 4 月份刑事庭庭長法律問題研討會決議，刑事訴訟法第 288 條之 3 第 1 項規定，所謂「法院」，係指該審判長或受命法官所配屬之合議庭。
2. 本案分析  
被告及辯護人對於受命法官禁止彼等詰問證人之調查證據處分所有不服時，自得依刑事訴訟法第 288 條之 3 規定，向受命法官所配屬之合議庭聲明異議。

四、何以第一審及第二審上訴為「事實審」，第三審上訴為「法律審」？請依刑事訴訟法之規定或佐以相關實務見解說明之。(25 分)

命題意旨	本題旨在測試考生是否知悉為何第一審及第二審為事實審，而第三審為法律審。
答題關鍵	本題應先將何謂事實審及法律審略加說明，再引用相關法條及實務見解佐證第一審及第二審為事實審，而第三審為法律審。
考點命中	《高點正規班講義第五回》，錢律師編撰，頁 44、54、55、59、68。 命中率近 100%。

【擬答】

法院之審理若包含認定事實及適用法律，稱之為「事實審」；而若法院僅針對適用法律之當否進行審理，則稱之為「法律審」。

(一)第一審為事實審之理由

1. 依刑事訴訟法第 268 條之反面解釋，法院應就已經起訴之犯罪加以審判，亦即法院應就已經起訴之被告及「犯罪事實」加以審判。而第一審為審級制度中對於案件的第一次審理，自需對於犯罪事實加以認定且同時適用法律，故第一審自然為事實審。
2. 參最高法院 44 年台上字第 1407 號判例：「刑事訴訟法第二百九十條及第三百二十五條所謂得停止審判，並非強制規定，亦即停止審判與否，在事實審之第一、二兩審法院均有自由斟酌之權，從而第一審法院認無停止審判之必要而依法判決時，殊難謂為違法，或於訴訟程序有何疵累，第二審法院縱認其應停止審判，儘可自行停止，按之刑事訴訟法第三百六十一條第一項但書之規定，自不得以此為撤銷第一審判決，發回更審之原因。」亦可得知我國刑事程序之第一審為事實審。

(二)第二審為事實審之理由

1. 依刑事訴訟法第 364 條規定：「第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定。」從而，第二審既準用第一審，則第二審亦應對於犯罪事實重新加以認定，且適用法律，故第二審亦為事實審。此參上述最高法院 44 年台上字第 1407 號判例亦可知。
2. 另參最高法院 74 年台上字第 3667 號判例：「第二審法院因第一審判決諭知不受理係不當而撤銷之者，固得以判決將該案件發回第一審法院；惟此所謂諭知不受理係不當，乃指本應受理而竟諭知不受理而言，若其應否受理尚屬不明，而有待於調查始能判斷者，第二審法院既亦為事實審，自仍應為必要之調查，殊不得逕予發回第一審法院。」

(三)第三審為法律審之理由

1. 依刑事訴訟法第 377 條：「上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。」換言之，上訴第三審之理由，僅限於判決違背法令，此可彰顯第三審僅審查原判決適用法律之當否，而不重新認定事實之特性。又同法第 394 條第 1 項規定：「第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎。但關於訴訟程序及得依職權調查之事項，得調查事實。」從此規定可知，第三審原則上不認定事實，而係以第二審之事實直接引為判決基礎。綜上顯見第三審原則上僅針對適用法律而為審理，故第三審為法律審。
2. 參最高法院 73 年台上字第 5230 號判例：「第三審為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據而資為第三審上訴之理由。」