

《刑事訴訟法》

試題評析	<p>第一題：本題乃傳聞法則之考題，係以近年來在考試中屢次出現的診斷證明書為命題主軸之一，另亦測驗傳聞證人之容許性，此二部分只要熟悉相關實務，可輕易獲得高分。</p> <p>第二題：本題乃典型的誘捕偵查的題型，此問題不論在正規課程或總複習課程均有提及，只要對於相關實務及學說有所掌握，本題應屬簡單得分的題型。</p> <p>第三題：本題乃強制辯護的相關題型，測驗的範圍包括準備程序是否需強制辯護及實質辯護之範圍，都是在正規課程及總複習有提及的爭點，只要對於學說與實務有所掌握，本題便不算困難。</p> <p>第四題：本題乃今年刑訴最熱門的實務型考題，相信考生應能輕鬆作答。</p>
高分命中	<p>第一題：《高點刑訴總複習講義》，第一回，金台大編撰，頁170、181。</p> <p>第二題：《高點刑訴總複習講義》，第二回，金台大編撰，頁22-24。</p> <p>第三題：《高點刑訴總複習講義》，第一回，金台大編撰，頁58。</p> <p>第四題：《高點刑訴總複習講義》，第二回，金台大編撰，頁88。</p>

一、甲酒後駕車不慎撞傷機車騎士乙，乙昏迷不醒，經路人丙送往醫院救治，由急診室醫生丁治療。應警員要求，丁所屬醫院依丁之診斷紀錄而開立驗傷診斷證明書。乙於陷入昏迷前，曾告訴路人丙撞伊的車子型號與顏色。甲被提起公訴後，丙於審判期日到庭作證，證稱被害人乙曾告訴伊肇事車子的型號與顏色。醫生丁因出國並未出庭作證。乙則因昏迷不醒，亦未出庭作證。法院最後仍採用丙之當庭陳述及丁所屬醫院之驗傷診斷證明書，作為甲有罪判決之證據。試問法官採用該證據之合法性。(25分)

答：

(一)丙之陳述及診斷證明書有無證據能力：

本題爭點為：丙之陳述及之診斷證明書是否屬於傳聞例外？究竟有無證據能力？茲分析如下：

1.丙之陳述符合一定要件下，有證據能力

(1)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。(參最高法院100年台上字第5468號判決)

(2)本題中，丙乃在審判外聽聞乙就親身知覺之事實所為陳述，而於審判中到庭作證之「傳聞證人」，原則上，其陳述之證據能力應予排除，但乙因昏迷不醒而有不能陳述之情形，致客觀上無法命乙到庭接受詰問，而到庭之「傳聞證人」丙若已依人證程序具結、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，依上揭最高法院100年台上字第5468號判決意旨，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。

2.診斷證明書具證據能力

(1)又依醫師法第12條第1項規定，醫師執行醫療業務時應製作病歷，該項病歷資料係屬醫師於醫療業務過程中依法所必須製作之紀錄文書，每一醫療行為雖屬可分，但因其接續看診行為而構成整體性之醫療業務行為，其中縱有因訴訟目的(例如：本件告訴人被殺傷)而尋求醫師之治療，惟對醫師而言，仍屬其醫療業務行為之一部分，仍應依法製作病歷。從而關於病人之病歷及依據該病歷資料而製成之診斷證明書與通常醫療行為所製作之病歷無殊，均屬刑事訴訟法第159條之4第2款所稱之紀錄文書，依上

【另有板橋、淡水、三峽、林口、羅東、蓬中、東海、中投、雲林、彰化、嘉義】

述規定自應具有證據能力。(參最高法院100年台上字第4461號判決)

(2)本案中，診斷證明書係依丁之醫療記錄而開立，依上揭最高法院100年台上字第4461號判決意旨，屬刑事訴訟法第159條之4第2款所稱之紀錄文書，自應具有證據能力。

(二)法官採用證據合法性之分析

本題中，診斷證明書具證據能力，法官此部分之採用證據自屬適法；而丙之陳述符合一定要件下，具有證據能力時，法官此部分之採用證據亦屬合法。

二、甲因攜帶安非他命被警查獲。警員要甲配合辦案，供出販售毒品給伊的人，並要甲將該人約出來。甲即以自己手機打電話給販售毒品給伊的乙，佯稱要購買毒品，並約定翌日當面交貨。第二天甲乙交易時，乙即被警方逮捕。試依實務見解及學說，評釋警察辦案程序之合法性。(25分)

答：

(一)本題爭點為：警員要甲打電話給乙佯稱要購買毒品，並於交易時將乙加以逮捕，是否為合法之誘捕偵查？

(二)辦案程序合法性分析

1.依實務見解加以分析

(1)按司法警察之任務在於打擊、追訴犯罪，本諸「國家禁反言」之原則，自不能容任其為追訴犯罪而挑唆發生或製造犯罪，警察職權行使法第3條第3項規範「警察行使職權，不得以引誘、教唆人民犯罪或其他違法之手段為之」，即揭明斯旨。誘捕偵查屬於一種引誘他人犯罪，即道中有魔之偵查方式，在類型上有所謂犯意誘發型與機會提供型之別，其所取得之證據有無證據能力，除以主觀之犯意起於何人之傳統見解為區別外，仍應審酌客觀上實施誘捕行為之程度如何，為綜合觀察與判斷。其中屬於犯意誘發型之誘捕偵查，因係司法警察或所吸收之線民以引誘、教唆犯罪之不正當手段，使原無犯罪意思或傾向之人因而萌生犯意而實行犯罪行為，嚴重違反刑罰預防目的及正當法律程序原則，其因此所取得之證據不具正當性，對於公共利益之維護並無意義，應予以排除，以強化被誘捕人基本權利之保護密度。至於機會提供型誘捕偵查，乃行為人原已具有犯罪之意思或傾向，僅因司法警察或其線民提供機會，以設計之方式，伴與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，俟著手於犯罪行為之實行時，予以逮捕偵辦，因此被歸類為偵查技巧之一種。惟刑事法以不處罰單純之犯意為原則，行為人之所以著手實行犯罪行為，既係因司法警察之加工介入，故此類型誘捕偵查所取得之證據，自仍應透過刑事訴訟法第158條之4，就司法警察之蒐證作為，包括介入之程度如何等等，以檢驗取證要件是否符合正當法律程序，資為判斷所取得證據之適格與否，並非一概即可無條件承認其證據能力。最高法院著有100年台上字第5503號判決可供參考。

(2)本案中，若乙係因司法警察所吸收之線民甲以引誘、教唆犯罪之不正當手段，使原無犯罪意思或傾向之乙因而萌生犯意而實行犯罪行為，嚴重違反刑罰預防目的及正當法律程序原則，警員辦案程序並不合法；而乙若原已具有犯罪之意思或傾向，僅因甲提供機會，以設計之方式，伴與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，俟著手於犯罪行為之實行時，予以逮捕偵辦，此為偵查技巧之一種，尚難認為辦案程序不適法。

2.依學說見解加以分析

(1)學說上認為誘捕偵查之採用，在一定限度內是可被容許的。重要者乃在於偵查程序之否合法，以及實施之程序是否過度，換言之，誘捕偵查之實施必須依照正當法律程序，在得以容許之範圍或限度內，基於需要方得實施，亦即，僅能在提供犯者實現犯意之機會，因其所存在之違法輕微而較不受非難。相反地，誘發犯罪者產生犯意進而犯罪之誘捕偵查，在型態上屬於創造犯罪之行為，已嚴重違反正當法律程序之要求。

(2)本題中，若甲僅提供乙實現犯罪之機會，則依上揭學說，仍難謂為不適法；但若甲誘發乙產生犯意，屬於創造犯罪之行為，已嚴重違反正當法律程序之要求，辦案程序顯然不適法。

三、甲因涉嫌殺人而被提起公訴。於準備程序，甲承認殺人，但並無任何辯護人在場為其辯護。審判期日前，甲之配偶始為甲選任律師為其辯護。審判期日，於人別訊問時，審判長因選任辯護人未到庭，即要公設辯護人到庭為甲辯護，公設辯護人隨即到庭。選任辯護人則於調查證據程序進行中始匆匆趕到。審判長即讓選任辯護人繼續為甲辯護。最後，甲被判有罪。試評釋強制

辯護程序之合法性。(25分)

答：

本案強制辯護程序評釋：

1. 強制辯護案件，辯護人未於準備程序到庭之法律效果：

(1) 是否行準備程序，法院有裁量之權。而準備程序非可取代審判期日應為之訴訟程序，是辯護人苟依法於審判期日到庭為被告辯護，縱未於準備程序到庭參與行準備程序，依上說明，尚難逕指其辯護有瑕疵而執為上訴第三審之合法理由。(參最高法院100年台上字第446號判決)

(2) 據上揭判決意旨，有選任辯護人，而辯護人未於準備程序到庭，亦難逕認其辯護有瑕疵，更何況是未選任辯護人，似難認有違法之處。

2. 審判長因選任辯護人未到庭，而逕行指定公設辯護人，且即行審判，尚難認適法：

(1) 若法院已合法通知，而辯護人無正當理由不到庭，此時審判長可依刑事訴訟法第31條第2項指定公設辯護人，自屬適法。

(2) 惟學說認為審判長不可臨時指定後隨即審判，應給予公設辯護人相當準備時間，方可實質辯護。從而，本題中，審判長因選任辯護人未到庭，指定公設辯護人後，即行審判，因公設辯護人無法為被告為實質辯護，故程序尚難認為適法。

3. 選任辯護人於調查證據程序中始匆匆趕到，審判長即讓選任辯護人繼續辯護，難謂適法：

(1) 按辯護人於審判期日，得為被告行使其辯護權者，除依刑事訴訟法第289條規定，於調查證據完畢後，就事實及法律所為之辯論外，其於審判長踐行同法第164條、第165條、第165條之1調查證據程序時，併賦予辯護人「參與調查證據權」，亦即審判長應依證據種類之不同踐行向辯護人提示辨認、宣讀或告以要旨等調查證據之方法，使其有對證據內容陳述意見之機會；尤其於第166條至第166條之6等有關對證人、鑑定人行交互詰問之方式，以及詰問之範圍、次序、方法與限制，聲明異議之方式等項，均屬證據法則之一環，為審判程序進行之最核心部分，辯護人係法律專家，對於詰問規則之運作，自較被告為專業、熟稔，須賴辯護人踐行詰問程序，始足以保障被告之權益，並落實當事人對等原則。從而，刑事訴訟法第379條第7款規定(略)，此之所謂未經辯護人到庭辯護，依辯護制度之所由設，除指未經辯護人到庭者外，其所謂「經辯護人到庭辯護」自應包括至遲於審判長開始調查證據程序，以迄宣示辯論終結前，辯護人均應始終在庭行使職務之情形，俾使被告倚賴辯護人為其辯護之權利，得以充分行使其防禦權。最高法院著有98年台上字第7016號判決可供參考。

(2) 本題中，選任辯護人於調查證據程序中始匆匆趕到，顯與上揭最高法院98年台上字第7016號判決所揭示：「經辯護人到庭辯護自應包括至遲於審判長開始調查證據程序，以迄宣示辯論終結前，辯護人均應始終在庭行使職務之情形」之意旨有違，被告未經辯護人到庭實質辯護，所踐行之程序自與法有違。

四、請依實務見解及學說，闡述檢察官舉證責任與法官應依職權調查證據之關連性。(25分)

答：

茲分別依實務及學說闡述檢察官舉證責任與法官應依職權調查證據之關連性如下：

(一) 實務見解：

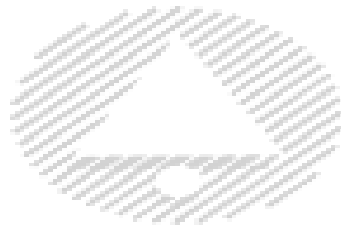
依最高法院101年第2次刑事庭決議：無罪推定係世界人權宣言及公民與政治權利國際公約宣示具有普世價值，並經司法院解釋為憲法所保障之基本人權。民國91年修正公布之刑事訴訟法第163條第2項但書，法院於「公平正義之維護」應依職權調查證據之規定，當與第161條關於檢察官負實質舉證責任之規定，及嗣後修正之第154條第1項，暨新制定之公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法、刑事妥速審判法第6、8、9條所揭示無罪推定之整體法律秩序理念相配合。盱衡實務運作及上開公約施行法第8條明示各級政府機關應於二年內依公約內容檢討、改進相關法令，再參酌刑事訴訟法第163條之立法理由已載明：如何衡量公平正義之維護及其具體範圍則委諸司法實務運作和判例累積形成，暨刑事妥速審判法為刑事訴訟法之特別法，證明被告有罪既屬檢察官應負之責任，基於公平法院原則，法院自無接續檢察官應盡之責任而依職權調查證據之義務。則刑事訴訟法第163條第2項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相抵觸，無異回復糾問制度，而悖離整體法律秩序理念。<http://www.court.gov.tw/portal/portal.asp?cid=23318268>

(二) 學說：【中壢】中壢市中山路100號14樓·03-4256899 【台中】台中市東區復興路四段231-3號1樓·04-22298699

基於當事人進行的訴訟構造，自有必要使訴追者即檢察官負舉證責任，我國刑事訴訟法第161條第1項明示

【另有板橋、淡水、三峽、林口、羅東、逢甲、東海、中投、雲林、彰化、嘉義】

檢察官應就構成刑罰權存在及其範圍之事實負舉證責任。而基於當事人武器實質對等之考量，法院依職權調查證據，解釋上應以有利於被告之證據為主，不利證據之調查為輔。



高點 · 高上高普特考

高點 · 高上高普特考 goldensun.get.com.tw 台北市開封街一段2號8樓 02-23318268

【中壢】中壢市中山路100號14樓·03-4256899

【台中】台中市東區復興路四段231-3號1樓·04-22298699

【台南】台南市中西區中山路147號3樓之1·06-2235868

【高雄】高雄市新興區中山一路308號8樓·07-2358996

【另有板橋·淡水·三峽·林口·羅東·逢甲·東海·中技·雲林·彰化·嘉義】