

國考偵測站 ②

刑訴篇

主筆人：鳴政大

壹、前言

各大學校的研究所考試可以說是國考的前哨戰，每年也都可從各大學校的考題看出哪些題目是比較熱門，值得再複習及加強準備。

筆者已經以下表為讀者們整理從北到南各大學校的題目爭點所在，扣除掉一些老爭點以及獨門暗器，可以看出，今年重點會在「閱卷權」（只討論偵查中羈押程序上之閱卷權），尤其經過大法官 737 號解釋及 2017 年 4 月 26 日的修法加持下，國考再出這個熱門考點的機率相當高。

其次，因為刑法上沒收制度的修正，連帶影響到刑事訴訟法上扣押及第三人沒收程序的修正，這部分雖然已經是去年的修法，但相關文章以及考題仍然繼續產出，相信這幾年來還會是熱門的考點，不可以掉以輕心。

最後，關於傳統的熱門考點傳聞法則，尤其是這幾年來特別重視關於質問觀點、國外取證等問題，考試上的熱度依然不減，也是必須留意及準備的部分。因此，本文即以「閱卷權」、「扣押及沒收」及「傳聞法則」三個部分再為各位讀者們複習及加強。切記，這三個考點，一定也是今年許多考生都會加強準備的部分，所以在問題的論述層次及邏輯，就要更清楚，才有機會奪取高分。

學校	題號	爭點
台大	第一題	未踐行告知義務、不正訊問、未全程錄音錄影、共同辯護
	第二題	自白補強法則、傳聞法則
政大	第一題	單一指認、傳聞法則、監聽
	第二題	搜索扣押、沒收
台北大	第一題	嚴格證明、量刑程序
	第二題	第三審審判程序
	第三題	搜索扣押、輔佐人、送達效力
東吳	第一題	再議、交付審判
	第二題	重罪羈押
	第三題	不利益變更禁止
	第四題	案件單一性、不可分效力

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

學校	題號	爭點
輔仁	第一題	羈押期間之計算
	第二題	羈押原因、閱卷權
	第三題	傳聞法則
	第四題	案件單一性、不可分效力
中正	第一題	傳聞法則
	第二題	私人取證、非常上訴、再審
	第三題	陷害教唆
成大	第一題	GPS 偵查
	第二題	閱卷權
	第三題	迴避
	第四題	被告到庭
高大	第一題	告訴權
	第二題	閱卷權
	第三題	扣押
	第四題	羈押及抗告

貳、偵查中羈押程序之閱卷權^{註1}

一、舊法（2017年4月26日前）之規範

刑事訴訟法（下同）第 33 條規定：「（第 1 項）辯護人於**審判中**得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。（第 2 項）無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。」^{註2}

實務向來認為，第 33 條僅允許「審判中」閱卷權。因此偵查中，包含偵查中羈押程序，即無閱卷權可言。特別提醒，向來學理多討論的是「偵查中羈押」閱卷權，至於「偵查中」閱卷權，是個比較法上爭議更大的問題，因為我國連偵查中羈押閱卷權都還沒有，自然地在偵查中閱卷權上就更難討論。

^{註1} 柯耀程，〈偵查中聲押閱卷問題評釋—釋字第 737 號解釋評析〉，《月旦裁判時報》，第 57 期、2017 年 3 月。黃朝義，〈從憲法正當法律程序檢視偵查中羈押審查程序—簡評釋字第 737 號解釋〉，《月旦法學雜誌》，第 258 期、2016 年 11 月。楊雲驊、連孟琦、吳巡龍、林裕順，《檢察新論》，第 20 期，2016 年 7 月。

^{註2} 詳見王子鳴律師編著，《刑事訴訟法（上）》，高點（重點整理系列），2016 年 8 月初版，1-2-40 頁以下。

二、大法官 737 號解釋

大法官 737 號解釋文：「本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。刑事訴訟法第三十三條第一項規定：『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。』同法第一百零一條第三項規定：『第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。』整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。」

大法官 737 號解釋理由書：「偵查階段之羈押審查程序，係由檢察官提出載明羈押理由之聲請書及有關證據，向法院聲請核准之程序。此種聲請羈押之理由及有關證據，係法官是否核准羈押，以剝奪犯罪嫌疑人人身自由之依據，基於憲法正當法律程序原則，自應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾得有效行使防禦權。惟為確保國家刑罰權得以實現，於有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞時，自得限制或禁止其獲知聲請羈押之有關證據。現行偵查階段之羈押審查程序是否滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求，應綜合觀察刑事訴訟法相關條文而為判斷，不得逕以個別條文為之。刑事訴訟法第三十三條第一項規定：『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。』同法第一百零一條第三項規定：『第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。』致偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人得從而獲知者，僅為聲請羈押事由所依據之事實，並未包括檢察官聲請羈押之各項理由之具體內容及有關證據，與上開憲法所定剝奪人身自由應遵循正當法律程序原則之意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。至於使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及有關證據之方

式，究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證之方式，或採其他適當方式，要屬立法裁量之範疇。惟無論採取何種方式，均應滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求。…又因偵查中羈押係起訴前拘束人民人身自由最為嚴重之強制處分，自應予最大之程序保障。相關機關於修法時，允宜併予考量是否將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序，併此指明。」

三、2017年4月26修法

(一)新增偵查中羈押程序之閱卷權

立法者並未修正33條，而係增訂第33條之1：「(第1項)辯護人於偵查中之羈押審查程序，除法律另有規定外，得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。(第2項)辯護人持有或獲知之前項證據資料，不得公開、揭露或為非正當目的之使用。(第3項)無辯護人之被告於偵查中之羈押審查程序，法院應以適當之方式使其獲知卷證之內容。」

立法理由指出：「偵查中之羈押審查程序，係由檢察官提出載明羈押理由之聲請書及有關證據，向法院聲請裁准及其救濟之程序。此種聲請之理由及有關證據，係法官是否裁准羈押，以剝奪被告人身自由之依據，基於憲法正當法律程序原則，除第九十三條第二項但書規定，得予限制或禁止部分之卷證，以及其他法律另有特別規定之外，自應許被告之辯護人得檢閱檢察官聲請羈押時送交法院之卷宗及證物並得抄錄或攝影，俾能有效行使防禦權，爰參酌司法院釋字第七三七號解釋意旨，增訂第一項。為擔保國家刑罰權正確及有效之行使，並兼顧被告及辯護人防禦權之維護，辯護人雖得檢閱、抄錄或攝影卷證資料，但因案件仍在偵查程序中，其檢閱、抄錄或攝影所持有或獲知之資料，自不得對外為公開、揭露並僅能為被告辯護目的之訴訟上正當使用，爰增訂第二項，明定其應遵守之義務，以明權責。至於如有刑法第一百三十二條第三項之情形者，即應依法追訴其刑責，自不待言。被告有辯護人者，得經由辯護人檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影，以利防禦權之行使。惟如指定辯護人逾時未到，而經被告主動請求訊問者，此時被告無辯護人，既同有行使防禦權之必要，自亦應適當賦予無辯護人之被告有獲知檢察官據以聲請羈押所憑證據內容之權利。但因被告本身與羈押審查結果有切身之利害關係，如逕將全部卷證交由被告任意翻閱，將有必須特別加強卷證保護作為之勞費，為兼顧被告防禦權與司法程序之有效進行，爰增訂第三項，明定無辯護人之被告在偵

查中之羈押審查程序，法院應以適當之方式使其獲知卷證內容，以利其行使防禦權。至於卷證內容究以採法官提示、告知或交付閱覽之方式，則由法官按個案情節依職權審酌之，附此敘明。」

(二)新增偵查中羈押程序強制辯護

為回應大法官 737 號解釋理由中提及的：「允宜併予考量是否將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序」，立法者增訂第 31 條之 1：「(第 1 項) 偵查中之羈押審查程序未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護。但等候指定辯護人逾四小時未到場，經被告主動請求訊問者，不在此限。(第 2 項) 前項選任辯護人無正當理由而不到庭者，審判長得指定公設辯護人或律師。(第 3 項) 前條第三項、第四項之規定，於第一項情形準用之。」

立法理由指出：「偵查中檢察官向法院聲請羈押被告，係起訴前拘束人身自由最嚴重之強制處分，是自應予以最高程度之程序保障。爰參酌司法院釋字第七三七號解釋意旨，增訂第一項規定，**將強制辯護制度擴及於偵查中檢察官聲請羈押、延長羈押、再執行羈押被告之法院審查及其救濟程序，原則上採強制辯護制度**。但考量偵查中之羈押審查程序有其急迫性，與本案之審理程序得另定相當之期日者有別，法院如現實上無公設辯護人之設置，指定辯護人事實上又有無法及時到庭之困難時，若被告無意願久候指定辯護人到庭協助辯護，自應予以尊重，爰配合增訂第一項但書，俾資彈性運用。至於抗告審如未開庭，而採書面審理，自無但書等候指定辯護人規定之適用；又本於司法資源之合理有效利用，且如被告業經羈押，其後續所面臨之程序，已與檢察官聲請羈押當時所面臨之急迫性有所不同，自應有不同之考量。是以，**第一項所謂偵查中之羈押審查程序，自不包括法院已裁准羈押後之聲請撤銷羈押、停止羈押、具保、責付或限制住居等程序，附此敘明**。偵查中之羈押審查程序，選任辯護人無正當理由不到庭者，為免延宕羈押審查程序之進行，審判長自得另行指定公設辯護人或律師為被告辯護，爰參考第三十一條第二項之規定，增訂第二項。第三十一條第三項、第四項之規定，於第一項之指定辯護及選任辯護亦同斯旨，爰增訂第三項，明定亦準用之。」

(三)施行日

上開第 33 條之 1 偵查中羈押程序之閱卷權，依施行法第 7-10 條第 1 項規定：「**中華民國一百零六年四月二十一日修正通過之刑事訴訟法第**

三十三條之一、第九十三條、第一百零一條，自公布日施行；第三十一條之一自一百零七年一月一日施行。」但不包括新增之第31條之1偵查中羈押程序強制辯護。

參、扣押及沒收^{註3}

一、非附隨於搜索之扣押

(一)2016年修正匡正缺失^{註4}

依第133條第1項規定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」亦即，扣押之客體為「可為證據之物」或「得沒收之物」（刑法第38條）。而因為扣押通常是緊接於「搜索」之後，故其決定機關與執行機關、執行程序等亦多半重疊。因而，舊法時代搜索採取「偵查中檢察官決定，審判中法官決定」之二分模式時，扣押亦同。

然而，嗣後搜索改採「相對法官保留原則」時，扣押部分卻未一併修改，致使扣押之決定機關為何成為爭議及漏洞。再者，有時可能未有搜索行為，但仍有扣押之必要，例如：犯人自首並自行交出可為證據之物，即無搜索之必要，直接扣押即可，此時之決定機關為何，亦未有規定。

此缺失於2016年始修法匡正。第133條之1規定：「(第1項)附隨於搜索之扣押，除以得為證據之物而扣押或經受扣押標的權利人同意者外，應經法官裁定。(第2項)前項之同意，執行人員應出示證件，並先告知受扣押標的權利人得拒絕扣押，無須違背自己之意思而為同意，並將其同意之意旨記載於筆錄。(第3項)第1項裁定，應記載下列事項：(第1款)案由。(第2款)應受扣押裁定之人及扣押標的。但應受扣押裁定之人不明時，得不予記載。(第3款)得執行之有效期間及逾期不得執行之意旨；法官並得於裁定中，對執行人員為適當之指示。(第4項)核發第1項裁定之程序，不公開之。」

立法理由即指出：「現行法關於搜索，原則上，應依法官之搜索票為之，即採法官保留原則，附隨搜索之扣押亦同受其規範。非附隨於搜索之

^{註3}林鈺雄，〈綜覽沒收程序新法(上)〉，《月旦法學教室》，第174期，2017年4月。林鈺雄，〈綜覽沒收程序新法(下)〉，《月旦法學教室》，第175期，2017年5月。潘怡宏，〈犯罪利得之替代價額的保全扣押〉，《法務通訊》，第2825期、第2826期。

^{註4}詳見王子鳴律師編著，《刑事訴訟法(上)》，高點(重點整理系列)，2016年8月初版，2-2-90頁以下。

扣押與附隨搜索之扣押本質相同，自應一體適用法官保留原則。」

(二)獨立扣押令之概念引進之必要

新法上仍將「證據扣押」與「保全執行扣押」混在同條項規定。而且沒有依照保全沒收原標的或其替代價額而區分「沒收扣押」及「追徵（假）扣押」。

學理認為，新法仍遷就舊法混淆搜索扣押之立法例，據此而區別了「附隨於搜索之扣押」、「非附隨於搜索之扣押」這兩種程序，前者仍依附於搜索令而無須獨立之扣押令，後者則明定採相對法官保留原則；於比較法上，這可以說是我國立法者兄弟個人獨獲之創見，進而衍生諸多解釋論上的困擾，令人不解^{註5}。

二、沒收程序

(一)事後程序之審判及效力

第 455 條之 32 第 1 項規定：「法院認為撤銷沒收確定判決之聲請不合法律上之程式或法律上不應准許或無理由者，應以裁定駁回之。但其不合法律上之程式可以補正者，應定期間先命補正。」同條第 2 項規定：「法院認為聲請撤銷沒收確定判決有理由者，應以裁定將沒收確定判決中經聲請之部分撤銷。」第 455 條之 13 規定：「**撤銷沒收確定判決之裁定確定後，法院應依判決前之程序，更為審判。**」

其中立法理由指出：「原沒收確定判決經撤銷後，該部分自應由原審法院回復判決前之狀態，重新踐行合法程序，依法審判，以符合正當程序之要求，爰增訂本條。又聲請人於回復原訴訟程序後，當然參與沒收程序，附此敘明。」

學理指出，事後程序雖無準用參與程序之明文，但立法者似認為其當然適用參與程序之規定。問題在於，事後程序僅針對沒收效果而發且已經沒有主體程序（本案訴訟）可以依附，法院要如何依判決前之程序「當然適用」參與規定呢！？事實上，此種事後程序性質上已趨近於客體程序（筆者按：單獨宣告沒收），因此要比照客體程序準用程序參與之規定^{註6}。

^{註5}林鈺雄，〈綜覽沒收程序新法（上）〉，《月旦法學教室》，第 174 期，2017 年 4 月，54 頁。

^{註6}林鈺雄，〈綜覽沒收程序新法（下）〉，《月旦法學教室》，第 174 期，2017 年 4 月，51 頁。

(二)法人特例

第 455 條之 12 第 1 項規定：「財產可能被沒收之第三人得於本案最後事實審言詞辯論終結前，向該管法院聲請參與沒收程序。」

新北地方法院 104 年度智易字第 21 號判決指出：「家樂福生科公司獲利共 7 萬 3236 元，是家樂福生科公司因被告本件違法行為而取得 7 萬 3236 元之犯罪所得，此部分雖未扣案，仍應依刑法第 38 條之 1 第 2 項第 3 款規定宣告沒收，並依同條第 3 項規定，諭知於全部或一部不能沒收時，追徵其價額。未按財產可能被沒收之第三人得於本案最後事實審言詞辯論終結前，向該管法院聲請參與沒收程序；第三人未為第一項聲請，法院認有必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序。但該第三人向法院或檢察官陳明對沒收其財產不提出異議者，不在此限，刑事訴訟法第 455 條之 12 第 1 項、第 3 項固規定甚明，然家樂福生科公司之負責人即被告於本案言詞辯論終結前並未向本院聲請參與沒收程序，且被告於本院審理期間早已經變更登記為家樂福生科公司之代表人即負責人，並全程參與本件刑事審理程序，為此本院認自無必要再依職權裁定命家樂福生科公司參與並進行本件第三人沒收特別程序。」亦即，公司負責人為被告並對其沒收時，法院無庸裁定公司參加第三人沒收程序。

學理有指出，當公司負責人犯罪而導致公司財產可能被宣告沒收之情形，為避免利害衝突或損及公司股東利益，該負責人不得再作為公司代表人而參與程序，且同一律師亦不得作為公司參與代理人又同時擔任其負責人之辯護人^{註7}。

肆、國外取證與傳聞法則

一、爭議的引爆—杜氏兄弟死囚案

最高法院 101 年度台上字第 900 號判決指出：「海峽兩岸關係協會與海基會於 98 年 4 月 26 日共同簽訂公布之「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」第三章「司法互助」第 8 點第 1 項關於「調查取證」規定：「雙方同意依己方規定相互協助調查取證，包括取得證言及陳述；提供書證、物證及視聽資料；確定關係人所在或確認其身分；勘驗、鑑定、檢查、訪視、

^{註7}林鈺雄，〈綜覽沒收程序新法（下）〉，《月旦法學教室》，第 174 期，2017 年 4 月，57 頁。

調查；搜索及扣押等」。依此互助協議之精神，我方既可請求大陸地區公安機關協助調查取證，以作為司法上之用途，即有承認大陸公安機關調查所取得之證據，可依我國法律承認其證據能力之意思。雖大陸地區公安機關偵查人員非屬我國司法警察或司法警察官，然其係大陸地區政府依法任命而具有偵查犯罪權限之公務員，依上述互助協議規定，復有協助我方調查取證之義務，則大陸地區公安機關之偵查人員依其職權或基於上述互助協議而為刑事上之調查取證，在地位與功能上實與我國司法警察或司法警察官依職權調查證據無異。…。若大陸地區公安機關偵查人員依職權或依前述互助協議所調查之傳聞證據，或製作之證明文書及紀錄文書，僅因其不具我國司法警察或司法警察官之身分，而認不得適用刑事訴訟法第 159 條之 2、之 3 或之 4 關於傳聞證據例外具有證據能力之規定，致妨礙事實之發現，而無法為公正之裁判，無異鼓勵犯罪，而危害兩岸交流與人民安全。故刑事訴訟法第 159 條之 2、之 3 關於「司法警察官或司法警察」之規定，自有依時代演進及實際需求而為適當解釋之必要。…。大陸地區已於西元 1979 年 7 月間，公布施行「中華人民共和國刑事訴訟法」，嗣於西元 1996 年又對上述刑事訴訟法作大幅度修正，其修正內涵兼顧打擊犯罪與保護人權，並重視實體法之貫徹與程序法之遵守，雖非完美無瑕，但對訴訟之公正性與人權保障方面已有明顯進步，故該地區之法治環境及刑事訴訟制度，已有可資信賴之水準。…。而其詢問大陸地區人民付光選所製作之筆錄，又符合大陸地區刑事訴訟法相關規定，該筆錄復經受詢問人付光選閱覽後親自簽名及捺指印確認無訛，堪認前述文書之取得程序具有合法性。…。因認付光選在雅瑤派出所偵查員及大瀝分局刑警隊詢問時所製作之筆錄，係於可信之特別情況下所製作，且為證明犯罪事實存否所必要，乃類推適用刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款規定，而承認其證據能力，尚難遽指為違法。」

此見解不僅承認中國大陸公安筆錄可依第 159 條之 4 第 3 款規定取得證據能力，並承認中國大陸公安與我國司法警察(官)地位無異，故亦可適用第 159 條之 2、第 159 條之 3 規定^{註8}。

究竟此種「境外取得證據」如何評價，學理有認為，在保障被告對質詰問權部份，可以考慮如「提高關鍵證人來本國應訊之可能性」、「遠距視訊輔

^{註8}詳見王子鳴律師編著，《刑事訴訟法（下）》，高點（重點整理系列），2016 年 8 月初版，4-2-99 頁以下。

助」、「要求全程連續錄音錄影」、以及「允許被告辯護人於請求國訊問證人時在場並質問」等措施，以適度衡平被告方無法於被請求國訊問證人時進行有效質問所蒙受之侵害^{註9}。

二、見解轉向－禁止類推適用

最高法院 104 年度台上字第 2479 號判決：「刑事訴訟法第一百五十九條之三規定，係就被告以外之人於我國檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，例外得為證據之要件，應不包括被告以外之人在「外國司法警察人員」調查中所為之陳述在內。…。然衡諸我國檢察事務官、司法警察官或司法警察調查製作之筆錄及非由法院、審判長、受命法官或檢察官選任之鑑定人或囑託之鑑定機關、團體提出之書面報告，不得適用該規定而作為證據，仍應令到庭以言詞陳述。…刑事訴訟法第一百七十七條第二項規定，證人不能到場或有其他必要情形，證人所在與法院間有聲音及影像相互傳送之科技設備而得直接訊問，經法院認為適當者，得以該設備訊問之。證人、鑑定人住居國外，二國雖無刑事司法互助協定，倘能藉由視訊傳輸而訊問者，便具有調查可能性，為保障上訴人之權利，法院仍應盡調查義務，或透過國家機關要求日本國法院協助訊問證人、鑑定人，或透過視訊訊問方式，給予被告在場對質詰問管道。原審未盡調查義務，片面以日本國政府前未有同意中華民國法院以視訊方式詰問該國政府人員之先例(見原判決第六頁)，尚有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。」

^{註9} 楊雲驊，〈境外取得刑事證據之證據能力判斷〉，《臺大法學論叢》，第 43 卷第 4 期，2014 年 12 月，頁 1602。

刑事訴訟法(上)

|王子鳴 律師

【依105年6月最新修正之刑訴法編著，提綱挈領、掌握爭點、搭配重要實務見解，輔以100~104年司律試題完整擬答，厚植法學實力！】

適用對象

律師、司法官、法研所

彙整各家學說見解
建立中庸法律體系

濃縮繁雜判決判例
穩織合度方便吸收

困難問題專題介紹
複雜概念簡要圖解

司律新制一題不漏
適中擬答字字精準

APP測驗，完整收錄律司一試題解，並提供該爭點於本書上之位置，方便讀者參照



高點文化事業
publish.get.com.tw



【向高點法伴守班】

版權所有，重製必究！