

刑訴篇

主筆人：黎台大

壹、前言

每年度大學法律研究所之考試，對於國家考試的出題方向，往往都具有指標性的意義。原因在於國考出題者與研究所出題者，具有高度的重疊性，且縱算兩種考試的出題者未全然相同，但畢竟一年度裡熱門的考點數量有限，故研究所考試的題目經過重新包裝後，出現在國考的機率不低(例如：去年成功大學刑法組入學考試就不利益變更禁止原則命題，無巧不巧，當年度的律師司法官考試亦不約而同以此爭點作為考題!)。從而，藉由本次機會，筆者整理了今年度各大學校法研所的刑訴考題，進行熱門考點與重要概念之解析，以期與本年度國家考試脈動相契合，提供即將踏入國考戰場的考生作為參考。

貳、各校考點分佈掃描

一、辯護權相關

北大 103 年刑訴第四題

二、偵查相關

(一)犯罪挑唆

103 年台大刑訴第一題

(二)誘導詢問

103 年成大第四題

(三)空白搜索票

103 年中正第二題

(四)身體檢查

103 年東吳第一題、第二題

三、證據法相關

(一)自白及補強法則

103 年政大第一題、103 年成大第一題、第三題

(二)傳聞法則

103 年北大第二題、103 年中正第一題

四、不利益變更禁止

103 年北大第三題

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

參、重要爭點剖析

一、犯罪挑唆(誘捕偵查)

【概念解析】

犯罪挑唆一直以來都是學說實務上討論非常熱烈的一個問題，但神奇的是，犯罪挑唆在以前各大考試命題率卻不高。不過近幾年來經筆者的觀察發現，研究所就此部分逐漸開始有命題的趨勢，例如：100 年東吳、101 年中正大學法研所入學考試均以此作為考題。另外，本年度的台大法研所考試，終於也就此爭點加以命題。相信不久後的國家考試，對此部分命題的機率不會太低，值得考生留意。而解答有關犯罪挑唆的相關題目時，建議依循以下的審查結構進行回答，會比較有層次感：^{註1}

(一)是否為挑唆行為

犯罪挑唆中，誘餌者之行為必須針對「尚未終結」或尚未發生之犯罪，若犯罪已經終結，則不發生國家介入犯罪挑唆之問題。

(二)是否具備國家性

基準主要在於「**國家對於系爭犯罪挑唆的支配程度**」，即個案中國家對於該線民的委託、指使關係及控制程度的強弱，若已在國家實質支配底下，該線民之行為即等同於國家之行為，其實就是國家手足的延伸，具有「國家性」。

(三)違法性

犯罪挑唆是否合法，學說實務上向來有所爭議，大體來上可分為主觀說與客觀說兩大見解，分述如下：

1.主觀說(實務)

※最高法院 97 年台上字第 5667 號刑事判決

學理上所稱之「陷害教唆」，屬於「誘捕偵查」型態之一，而「誘捕偵查」，依美、日實務運作，區分為二種偵查類型，一為「**創造犯意型之誘捕偵查**」，一為「**提供機會型之誘捕偵查**」。前者，係指行為人原無犯罪之意思，純因具有司法警察權者之設計誘陷，以唆使其萌生犯意，待其形式上符合著手於犯罪行為之實行時，再予逮捕者而言，實務上稱之為「**陷害教唆**」；後者，係指行為人原已犯罪或具有犯罪之意思，具有司法警察權之偵查人員於獲悉後為取得證據，

^{註1} 參考自林鈺雄，〈國家機關的仙人跳？〉，《月旦法學雜誌》，第 213 期，2013 年 2 月；林鈺雄，〈國家機關挑唆犯罪之法律效果〉，《刑事程序與國際人權》，2007 年 12 月。

僅係提供機會，以設計引誘之方式，伴與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為之實行時，予以逮捕、偵辦者而言，實務上稱此為「釣魚偵查」。

2.客觀說(林鈺雄、黃朝義、林裕順老師)

(1)採取本說見解之學者認為，以國家機關之偵查行為必須有其合法性界限為出發，認為**國家之引誘行為不得超越通常之引誘基準**。縱使被誘捕者本身具有犯罪傾向，國家機關亦不得提供過度的犯罪誘因而引誘人民犯罪。若國家引誘行為已超越通常引誘基準，則為違法誘捕偵查，反之，為合法誘捕偵查。此說著重的是規範國家的偵查行為。^{註2}

(2)林鈺雄老師提出了下列幾個要件作為客觀說之判斷基準：^{註3}

- ①是否已存有被告之犯罪嫌疑
- ②誘餌行為的被動性
- ③誘餌行為的方式與強度
- ④被告最終之犯罪範圍是否超過挑唆行為

(四)法律效果

法律效果上學說與實務共計有：未遂說、減刑說、欠缺實質違法性說、個人排除刑罰事由說、免訴說、不受理說、證據排除說。在這麼多看法裡，特別要注意到的是實體法事由說中之個人排除刑罰事由說(林鈺雄老師所採)以及程序法事由說中之證據排除說(實務見解)。

1.個人排除刑罰事由說

採此說者著眼於國家機關違法挑唆犯罪，其重大違反法治國的瑕疵(尤指國家的禁反言，即國家不得為了追訴犯罪而製造犯罪)存在於實體刑罰權發生的事由本身以及發生當時，則國家對於該被誘捕者自始不存在實體的刑罰權，結論也就是以犯罪不成立為由而諭知無罪判決。此說特色在於回歸國家刑罰權的「根源」來觀察，而連結到實體法上的「個人排除刑罰事由」。更重要的是，被誘捕者的不法與罪責仍然成立，僅僅排除刑法的發動而已。^{註4}

^{註2}黃朝義，《刑事訴訟法》，3版，2013年4月，頁313-314。

^{註3}林鈺雄，〈國家機關挑唆犯罪之認定與證明〉，《刑事程序與國際人權》，2007年12月，頁93-94。

^{註4}林鈺雄，〈國家機關挑唆犯罪之法律效果〉，《台大法學論叢》，第35卷第1期，2006年1月，頁12-13。

2.證據排除說

此說認為，一旦發現國家偵查機關乃係為法誘捕偵查，則國家機關所蒐集之證據應認為屬違法蒐集之證據，在一條件下，此證據不具證據能力，不能做為法院認定事實之依據，法院應排除該證據之使用。惟於此情況下，若有其他非關違法誘捕偵查且合法取得之證據，仍得依其他證據認定被誘捕者之犯罪，法院仍得下有罪判決(最高法院 101 年台上字第 2332 號判決同此意旨)。

【相關考題】

調查員(具司法警察身分) P 與業務上經常往來的線民 V，策劃圖謀高額檢舉獎金，先由 V 佯裝向 P「報案」，檢舉將有兩公斤海洛因從泰國走私來台。隨後，V 張羅走私事宜，先找上有槍砲前科的 B，對 B 稱若走私成功將有豐厚報酬，並向 B 保證有可靠的泰國賣方 N，且已打通台灣海關，安全無虞，不知詳情且賭債累累的 B 經三番兩次說服後應允，並依 V 提供的資料飛至泰國與 N 接洽。賣方 N 於泰國順利將兩公斤海洛因裝櫃，混至海鮮貨櫃出口，來台通關時，P 已經透過檢察官事前指示海關放行(不予檢驗)，貨經直接運送至 V 安排的倉儲地點，V 再通知 B 去取貨，B 於取貨時被埋伏的 P 當場逮捕到案，經移送檢察官偵查後，檢察官認為 B 涉嫌走私海洛因，故對 B 提起公訴。

本案審判中，上開策劃情節逐漸曝光，到庭檢察官遂主張依照最高法院採納的主觀說，本案被告 B 原已有犯意，無礙犯罪之成立。辯護人則主張此乃國家之犯罪挑唆，無論依主觀說或客觀說，皆不能成立犯罪。試從實務與學說分析：檢辯雙方之三主張，有無理由？本案法院應如何審判，始為合法？(103 台大一)

《答題關鍵》

本題應為林鈺雄老師所命題，林老師長期對於犯罪挑唆之爭議有所研究，也發表了數篇有關犯罪挑唆的文章，因此在回答上宜參考前述林老師文章中所提出的犯罪挑唆審查步驟來作為答題架構，如此將可獲得不錯的分數。

- (一)首先，本題 V 之行為很明顯屬於挑唆行為，又 V 雖然不屬於公務員，然調查人員 P 對 V 具有高度的支配性，可認為 V 屬於國家手足之延伸，具備國家性。
- (二)又在具備國家性的前提下，接著要進行該國家挑唆行為是否違法問題，這裡如果依主觀說，B 是因為 V 之遊說始產生犯意，應屬於違法

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

之犯意誘發型；又若按客觀說之見解，此部分經林鈺雄老師所提出的四個判斷基準後，亦會傾向認為本案屬於違法之犯罪挑唆。

(三)最後，本題還問了法院應如何審判，這時候就必須要留意到違法的犯罪挑唆之法律效果為何的爭點，倘若沒有寫到這個部分，等於只回答了一半的問題，會相當可惜。而在法律效果上，至少一定要提到的是剛剛筆者所介紹的「個人排除刑罰事由說」與「證據排除說」來作為回答。

二、誘導詢(訊)問

【概念解析】

警察在偵訊時可否為誘導詢問？此部分學者認為應就偵訊之對象不同而有所區分：^{註5}

(一)偵訊對象為被告

- 1.刑訴第 166 之 1 條規定，行主詰問時，原則上不得為誘導詰問；反之，第 166 之 2 條規定，於行反詰問時，必要時得為誘導詰問。而得否為誘導訊問，端視詰問對象是屬於友性證人或敵性證人，因為友性證人之證詞有利於詰問者，若容許誘導詰問容易使其為詰問者的「證詞」背書，反之，則無此疑慮。
- 2.實務上警察常常希望從被告口中獲得對其不利的犯罪事實，也因此被告通常不存在迎合詢問而為虛偽陳述的問題，故學說上認為，被告之於警察可定位為**敵性證人**。在認為被告屬於敵性證人的見解下，**類推適用**有關交互詰問中第 166 條之 2 第 2 項之規定，則警察於警詢時對被告進行誘導詢問合法。

(二)偵訊對象為證人

在一般的情況下，警察希望從目擊證人的口中獲得足以追訴被告的資訊，也因此，證人應為警察之**友性證人**，**原則上不得為誘導詢問**。當警察詢問時若有違法的誘導詢問時，學說上建議**應類推適用**第 166 條之 1 第 3 項本文而認為違法。

【相關考題】

甲被控販毒。甲的律師檢視偵訊光碟，發現警察對甲都是問類似「你在 A 酒店就把海洛因放桌上供人取用嗎？」等只回答「對、錯」的問題，對證人乙的詢問也有類似狀況，譬如問乙「甲在 A 酒店與 B 汽車旅館放在桌

^{註5} 李佳玟，〈警局裡的誘導詢問〉，《月旦法學教室》，第 118 期，2012 年 8 月，頁 33-35。

上的東西都一樣嗎？」乙答稱：「是」。審判中，律師以警察於警詢時對被告進行違法的誘導詢問，要求法院排除違法詢問的筆錄，法院應如何裁定？(103 成大四)

《答題關鍵》

- (一)所謂的誘導詢問，係指問話者將其所希望之答案放入問題內，以暗示被問者答案的一種問話方式。最常見的情況是問者將答案細節置入問題之中，僅讓被問者回答肯定或否定，本題即屬適例。不過，相較於審判中原則禁止誘導詰問，偵查中並未有相關誘導詢問之規定，故此部分即需探討。
- (二)依李佳玟老師之見解：首先，誘導詢問並非不正訊問，不適用第 156 條第 1 項；再者，誘導詢問是否可類推適用審判中誘導詰問之相關規定，李佳玟老師認為，訊問、詢問、詰問之區別，只在於發問主體係程序主導者、輔助機關或程序參與者而有所不同，但其發問都具有發現真實之目的，故誘導詢問得類推適用誘導詰問之規定。最後，警察通常係為取得對被告不利之事項而為詢問，兩者之立場應是對立的，故「被告」對於警察來說應屬敵性證人，警察得對之為誘導詢問。

三、搜索票記載之程式

【概念解析】

- (一)刑事訴訟法第 128 條規定，搜索票上應記載「應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物」。對於應扣押物之記載，學說上有認為在搜索票中，原則上必須事先加以特定，否則有違搜索與扣押對象明確之要求。申言之，搜索、扣押之對象不特定或不明確，將有淪為一般俗稱「釣魚式搜索」或「一般性搜索」之疑慮。易言之，當偵查執行機關取得搜索票，便可隨心所欲地對於住居所進行搜索，無論發現何種物件率得加以扣押之情形下，則對於住居所之隱私權保障，勢將喪失殆盡。
- (二)實務上如最高法院 100 年台上字第 5065 號判決亦採取相同之看法謂：「刑事訴訟法第一百二十八條第二項明文列舉搜索票法定必要之應記載事項，此據以規範搜索票之應記載事項者，即學理上所謂「概括搜索票禁止原則」。其第二款「應扣押之物」，必須事先加以合理的具體特定與明示，方符明確界定搜索之對象與範圍之要求，以避免搜索扣押被濫用，而違反一般性（或稱釣魚式）搜索之禁止原則。所謂應扣押之物，參照同法第一百三十三條第一項規定，指可為證據或得沒收

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

之物。搜索票上之「應扣押之物」應為如何記載，始符合理明確性之要求，參酌外國實務（日本最高裁判所昭和三十三年七月二十九日裁定，就偽造文書案件應扣押之物記載為「會議議事錄、爭議日記、指令、通告類、聯絡文書、報告書、摘要文書、其他認為與本案有關之一切文書及物件」，認為並未欠缺明確性），自不以在該犯罪類型案件中有事實足認其存有者為限，尚及於一般經驗法則或邏輯推理上可得以推衍其存有之物；是檢察官聲請書之記載如欠缺明確性，法院應先命補正。搜索票應記載之事項如失之空泛，或祇為概括性之記載，違反合理明確性之要求，其應受如何之法律評價，是否導致搜索所得之證據不具證據能力之效果，應依刑事訴訟法第一百五十八條之四之規定，視個案情節而為權衡審酌判斷之。本件第一審法院所核發之搜索票，其應扣押之物欄僅載為「有關犯罪贓證物及犯罪所得之物」（見第八一五二號偵查卷第九二頁），核其記載失之空泛，是否符合明確性之要求，司法警察據以執行搜索所扣得如原判決附表一之物，得否為證據，均非無疑。原判決悉未深入研求，詳為說明，遽採為判斷之依據，自屬理由欠備，併有採證違反證據法則之違法。」

【相關考題】

某日，嘉義市警局報請檢察官許可，為偵查甲涉嫌詐欺等犯罪，向台灣嘉義地方法院法官聲請核發搜索票，其聲請書記載：「1.案由：詐欺；2.應搜索告甲；應扣押之物：『有關詐欺案件全部相關證物』；3.應搜索處所：被告甲處所；4.有效期間：一個月。因前開案件，認有搜索必要」，經法官同意後，按照聲請書記載發出搜索票，持票到甲與其兄乙所共同租賃之房屋進行搜索，在甲房間內查獲電腦主機一台，並從乙房間內的桌子抽屜內，找到隨身碟，均加以扣押，問：前開搜索，是否合法？所得證據可否作為犯罪證據？(103 中正二)

《答題關鍵》

本題前半段部分考的是「概括搜索票禁止原則」，由於搜索票上僅記載「有關詐欺案件全部相關證物」，其記載失之空泛，有違搜索與扣押對象明確之要求，該搜索票不合法；至於後半段則是在考得第三人同意之搜索的相關爭點，這裡特別要注意到「共同權限」的範圍問題。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

四、被告之自白與補強法則

【概念解析】

本年度各大學校研究所就有關自白法則部分的命題者，大致可區分其細部考點如下：1.非任意性自白之繼續與放射效力(103年政大第一題)；2.自白之補強法則(103年成大第三題)；3.共同被告不利於他共同被告陳述之調查程序(103年成大第一題)。其中就自白之補強法則部分，雖然不是什麼非常新的考點，但因近年來許多學者對此多有探討，再加上國家考試(尤其是律師司法官考試)嚴格講起來，並沒有就此爭點特別加以命題的紀錄，因此考生在準備時，仍須留意此部分的考點。以下就共同被告之自白可否作為補強證據這部分為重點提示：

(一)否定說

※最高法院 100 年台上字第 2450 號判決

刑事訴訟法第一百五十六條第二項規定：「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」立法旨意乃在防範被告或共犯自白之虛擬致與真實不符，故對自白在證據上之價值加以限制，明定須藉補強證據以擔保其真實性。所謂補強證據，係指除該自白本身之外，其他足以證明該自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，雖所補強者，非以事實之全部為必要，但亦須因補強證據之質量，與自白之相互利用，足使犯罪事實獲得確信者，始足當之。共犯之自白，性質上仍屬被告之自白，縱先後所述內容一致，或經轉換為證人而具結陳述，仍屬不利己之陳述範疇，究非自白以外之其他必要證據，自不足作為證明其所自白犯罪事實之補強證據。

(二)折衷說

※最高法院 102 台上字第 4744 號判決

亦即共犯所為不利於己之陳述，固得採為其他共犯犯罪之證據，然為保障其他共犯之利益，該共犯所為不利於己之陳述，除須無瑕疵可指外，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，不得專憑該項陳述作為其他共犯犯罪事實之認定，即尚須以補強證據予以佐證；兩名以上共犯之自白，除非係對向犯之雙方所為之自白，因已合致犯罪構成要件之事實而各自成立犯罪外，倘為任意共犯、聚合犯，或對向犯之一方共同正犯之自白，縱所自白內容一致，仍屬自白之範疇，究非自白以外之其他必要證據。故此所謂其他必要證據，係指該等共

【高點法律研習班】

版權所有，重製必究！

犯之自白以外，實際存在之有關被告與犯罪者間相關聯之一切證據；必其中一共犯之自白先有補強證據，而後始得以該自白為其他共犯自白之補強證據，殊不能逕以共犯兩者之自白相互間作為證明其中一共犯所自白犯罪事實之補強證據。

【相關考題一】

乙被控與甲共同殺害丙。檢察官提出以下證據證明兩人罪責：證人丁指證甲乙於丙死亡當晚騎機車將丙載走、鑑定人 A 以刀傷數量與刀痕推論「無法排除一人以上行兇」；警察在甲家搜出一把上有丙血跡的刀子、在甲機車置物箱中搜出丙的手機、丙身上有毛髮與甲的 DNA 相符。甲稱雖承認次丙肚子幾刀，但無意殺丙，是乙質問甲「你這樣殺怎麼殺的死」後，接手拿刀將丙殺死，甲並說乙事後對他透漏當天曾向丙求歡被拒絕，因此心懷怨恨。乙雖曾於警詢中承認其當時經「接續甲的殺人行為，持刀輕刺丙三刀」，但於偵訊及審判時均否認參與甲的殺人行為，主張他只是害怕甲當場施暴或日後報復，所以逗留在犯罪現場附近，離甲丙有相當距離。乙主張甲誣陷他殺人，但甲通過測謊。但在審判中，另有鑑定人 B 反對單由刀傷數量、深淺、方向或傷口型態推論行兇人數。問：甲乙關於乙犯罪部分的自白是否受到補強，法院因而有足夠的證據認定乙故意下手殺害丙的事實？(103 成大第三題)

《答題關鍵》

- (一)乙在警詢中曾經自白，則甲先前所為之證言是否得作為補強證據？實務上對於共同正犯之證言是否得作為本案被告自白之補強證據目前看法仍不一致，大致上有否定說與折衷說之見解。倘依折衷說之看法，共犯所為之自白，倘若有補強證據補強之，非不得作為本案被告自白之補強證據；反之，若依否定說之看法，則共犯所為之自白，無論如何不得作為補強證據。
- (二)李佳玟老師對此爭議偏向否定說之看法，因此本案共同被告甲之自白（也就是不利於乙之陳述），就算有測謊補強，亦不得作為乙自白之補強證據；反之，倘依實務上目前較為多數之折衷說見解，則甲之自白已有測謊補強之，故得作為乙自白之補強證據。

【相關考題二】

甲為償還賭債，擄走富商乙並將他拘禁於郊區荒廢工寮後，向其家人勒贖，於取款時遭警方逮捕。乙有嚴重心臟病，警方擔心其生命遭遇緊急危險，但甲不肯透漏乙的藏身地點，警員丙本於救助乙之意思，在別無他法

情況下，威脅甲如不如時說出藏身地點，將讓甲嘗到「生不如死」的滋味！甲恐懼下遂供出乙之藏身地點，警方立刻趕到現場，果然發現甫死不久乙之屍體，乙及甲的指紋及腳印等。警方隨後將甲移送檢察官複訊，檢察官於依法盡告知義務後，問甲是否涉案，甲坦承犯案，檢察官偵查終結後將甲起訴。試問：

1. 為即時挽救乙之生命，警員丙之行為是否合法？
2. 甲於警方以及檢察官處之供述、乙之藏屍以及甲之指紋及腳印等，可否作為法院認定甲有罪之證據。(103 年政大一)

《答題關鍵》

- (一) 本題可說是把非任意性自白三大效力的相關爭點都考出來了。首先，關於**非任意性自白的直接效力**部分：警員對甲使用了不正方法(脅迫手段)，取得了甲之不利陳述，違反刑訴第 98 條之規定(第 100 條之 2 準用之)，依第 156 條第 1 項自白法則之規定，排除其證據能力。
- (二) 再者，關於**非任意性自白的繼續效力**部分：甲為不利陳述後，移送至檢察官複訊時，甲又再次為不利陳述與自白。該自白有無證據能力，應視被告身體、精神是否仍處於壓迫、恐懼之狀態致無法為自由陳述。學者有認為對於非任意性自白應踐行加重告知義務，以排除先前不正訊問對於被告任意性之影響。
- (三) 最後，關於**非任意性自白的放射效力**部分：屍體、指紋與腳印是否排除，應視有無稀釋例外、善意例外等情形，出題者在題幹裡特別提到了警察丙是本於救助乙之意思，不得已而為脅迫之手段逼使甲自白，故可考慮援用善意例外而使屍體、指紋與腳印等衍生之非供述證據仍有證據能力。

五、鑑定人相關爭議

【概念解析】

機關鑑定的爭議，從民國 99 年出現在國考後，直至今日都還是各大考試的常客。這部分的考點雖然不算非常新，但因鑑定相關的問題在現今學說實務上之爭議仍大，故還是有頗高的命題機率，考生對此還是要加以留意。

(一) 鑑定報告

1. 實務見解

※最高法院 102 年度台上字第 575 號判決

由法院、審判長、受命法官或檢察官依刑事訴訟法第一百九十八條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

規定選任或囑託之鑑定人或鑑定機關、團體，依同法第二百零六條提出鑑定報告者，因屬同法第一百五十九條第一項所指「法律有規定」之情形，而得為證據外，其他非依上開法定程序所製作之鑑定資料，因在性質上仍屬傳聞證據，且係針對具體個案所製作，不具備例行性之要件，非屬同法第一百五十九條之四各款所指之特信性文書，尙難逕依上述規定認定其具有適法之證據能力。

2. 學說見解

(1) 李佳玟老師

- ① 李佳玟老師認為，從**直接審理原則**而言，鑑定報告屬於原始證據「派生」而來的證據，而刑事訴訟法第 206 條的規定能否作為直接審理原則的例外？李佳玟老師認為，鑑定報告並不像勘驗筆錄般性質特殊，不得已必須以朗讀的筆錄的方式替代原始的證據方法，且法官與鑑定人間存在專門知識的落差，法官要審查鑑定結果已不容易，如果允許使用鑑定報告，將更阻礙真實發現，因此解釋上不應將刑事訴訟法第 206 條認為是直接審理原則的例外，否則有害真實發現。
- ② 再從**傳聞例外**來看，縱使認為本條屬於傳聞例外，但直接審理原則與傳聞法則並不排斥，直接審理原則可以作為傳聞例外的限制，因此在解釋上還是可以透過直接審理原則來排除此「傳聞例外」的適用。^{註6}
- ③ 最後，自**對質詰問權保障**之觀點，釋字 582 號解釋指出被告詰問證人的權利受到憲法保障，「除客觀上不能受詰問時」才能使用傳聞證據，姑且不論釋字 582 號的射程範圍究竟僅是解決共同被告間的問題或是可以適用於所有傳聞例外，從對質詰問權而言，雖然證人與鑑定人屬於不同的法定證據方法，但從形式上來看，當事人詰問的對象包括鑑定人（刑事訴訟法第 163、166、169 條），實質上來看，若鑑定人的意見挾帶了科學的威信，證明力常超過一般證人，因此當鑑定人的意見對被告不利時，此時鑑定人對被告而言毫無疑問是一名「不利於己之證人」，若法院逕行使用鑑定報告，將剝奪被告的對質詰問權。^{註7}

^{註6} 李佳玟，〈鑑定報告與傳聞例外〉，《政大法學評論》，第 101 期，2008 年 2 月，頁 30-32。

^{註7} 李佳玟，〈鑑定報告與傳聞例外〉，《政大法學評論》，第 101 期，2008 年 2 月，頁 46-47。

(2)林鈺雄老師

言詞審理原則下，審判程序呈現鑑定報告之方法，即為命鑑定人以言詞報告其鑑定意見，並且，唯有如此，詰問鑑定人之規定始有意義可言，更何況鑑定人是「人的證據方法」，書面報告通常不能免除其言詞陳述之必要。然而，我國鑑定程序之設計，條文看來似乎未必需要言詞說明，顯與言詞審理原則與詰問規定不盡相符，因此，應該擴張解釋第 206 條第 3 項「必要時」之概念，認為除不得已情形容許僅以書面報告之外，原則上皆屬必要以言詞說明之情形。^{註8}

(3)楊雲驊老師

楊雲驊老師認為，我國刑事訴訟法中至少有 30 多個條文規範有關鑑定人資格、選任、拒卻、權利義務、鑑定程序的發動與進行、鑑定的調查方式等一系列相當完整的法規制度，其規範密度遠勝於現行之傳聞法則，因此，依法進行鑑定後所得結果，本身即應具有證據能力，並無須再透過「傳聞法則」以驗明正身的必要^{註9}。

(二)機關鑑定

1.問題意識

機關鑑定的情況，因為沒有準用到第 202 條之規定，因此毋庸具結。此外，按第 208 條之規定，法院僅是「得」命受囑託機關實施鑑定或審查之人出庭並具結。

2.實務見解

※最高法院 101 年台上字第 2520 號判決

刑事訴訟法第 208 條第 1 項係規定：「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定或審查他人之鑑定，並準用第二百零三條至第二百零六條之一之規定，其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之」，至於同法第 202 條鑑定人具結之規定，則不在準用之列。則法院或檢察官囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定或審查他人之鑑定時，未經實施鑑定之個人簽名或具結，鑑定結果仍具證據能力；僅法院或檢察官為探求真實及究明鑑定之經過，於必要時，得命實際實施鑑定或審查之人到場以

^{註8} 林鈺雄，〈《刑事訴訟法(上)》〉，7 版，2013 年 9 月，頁 564。

^{註9} 楊雲驊，〈檢察官依法勘驗製作勘驗筆錄與傳聞法則〉，《檢察新論》，第 11 期，2012 年 1 月，頁 9。

言詞報告或說明。非謂於囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定或審查他人鑑定之情況，必經實際實施鑑定或審查之人先行具結，其書面鑑定報告始得作為判決之基礎。

3. 學說見解

黃朝義老師認為，從刑事訴訟法第 208 條的文義來看，似乎機關鑑定不用經過法庭上的交互詰問，只要以鑑定書面做為證據即可，僅於必要時須以言詞說明。但實際上，機關本身無法為鑑定，從事鑑定者仍是自然人，不能因請某機關鑑定即免去其出庭接受詰問的機會。現行實務見解認為法院或檢察官依刑事訴訟法第 208 條規定囑託機關鑑定，只要該報告符合刑事訴訟法第 206 條第 1 項、第 208 條規定之形式要件，即具證據能力，此一見解完全漠視被告之詰問權，因所謂「機關鑑定」在實際上係鑑定人所為之鑑定，一旦完全承認機關鑑定之證據能力，被告將一旦完全承認機關鑑定之證據能力，被告將喪失對鑑定人質疑、詰問之機會。^{註10}

【相關考題】

甲是 A 醫院心臟內科主治醫師，某日替病患 B 進行「心臟同步化暨自動去顫二合一節律器」的植入手術，病患卻死在手術台上。隨後 A 醫院向病患 B 的家屬解釋，病患 B 是因為特殊體質對麻醉藥物過敏，導致死亡。但病患 B 的家屬認為甲與麻醉醫師乙皆有疏失，屢次至 A 醫院前抬棺並絕食抗議，激烈抗爭的方式引起媒體大幅報導，於是該地的地檢署檢察官 C 主動展開偵查。但檢察官 C 雖然懷疑甲與乙有業務過失過失致死嫌疑，但一開始欠缺具體事證，於是先以證人名義傳喚甲與乙，在取得兩人供述以及向醫院調取病歷資料後，便將甲與乙改列被告而提起公訴，試問檢察官 C 此種作法是否有問題？又，甲與乙經檢察官 C 起訴後，審理中，甲抗辯自己的手術沒有疏失，乙則稱術前已對病患 B 做過藥物過敏檢測，B 的死亡完全沒有預見可能。是故法院囑託衛生福利部的醫事審議委員會進行鑑定，後來醫事審議委員會回覆的書面鑑定意見，認為甲的手術有違反醫療常規之處，乙的藥物過敏檢測未盡周全。甲與乙不服，請求法院傳喚醫事審議委員會的人員出庭接受交互詰問，法院雖行文予醫事審議委員會，但醫事審議委員會回覆其乃委員會組織，無法有人員可接受傳喚出庭。而後審理終結，法院依醫事審議委員會書面鑑定意見採為判決的依

^{註10}黃朝義，《刑事訴訟法》，3版，2013年4月，頁566。

據。就此問題，試請評述刑事訴訟法中鑑定的規定與有關鑑定之實務見解的缺失。(103 中正一)

《答題關鍵》

- (一)本題前半段部分考的是「證人轉被告」這個傳統又重要的爭點，應注意除了實務上必提到的最高法院 92 台上字第 4003 號判決外，亦可補充學說上對此爭點之看法以增加答題內容的充實度。
- (二)至於後半段，考的是鑑定報告與機關鑑定的之爭議。針對**鑑定報告**部分，實務上除了認為鑑定報告屬於第 159 條第 1 項所謂「法律另有規定者」外，亦認為刑訴第 206 條第 3 項既然僅規定於必要時「得」使鑑定人到庭以言詞說明，故法院縱使未傳喚鑑定人到庭，僅屬其裁量權之行使，尚難謂為違法。從而，實務上極少傳喚鑑定人到庭接受被告及其辯護人之對質詰問，大多逕自援引鑑定報告作為判決之依據。
- (三)除了鑑定報告的問題外，我國**機關鑑定**之實務上操作，因刑訴第 208 條之規定準用第 206 條之故，從而機關鑑定所作成之鑑定報告，同屬第 159 條傳聞之例外，且除有「必要」外，否則鑑定機關無需派人到庭接受被告及其辯護人之對質詰問。另外，因第 208 條未準用第 202 條的關係，所以機關鑑定之情形，鑑定機關裡面實際負責鑑定之人也不需要再在鑑定前行具結程序。
- (四)針對上開實務見解，學說上幾乎都採反對的看法，至於詳細的內容，筆者已置於前面概念解析部分加以介紹過了，在此就不多加贅述。

六、不利益變更禁止原則

【概念解析】

不利益變更禁止原則去年度就已經成為成大法研所以及國考所命題之對象，依據經驗法則，按理來說應不至於連續兩年都出題。但是!!今年北大法研所再度以本爭點作為考題，且就在 2014 年 6 月 4 日，總統公布了刑事訴訟法最新的修正條文，修正的條文包括了**第 370 條不利益變更禁止原則**。從而，此部分對考生來說仍然是個值得投資一些時間來留意的爭點。

(一)不利益變更禁止的適用範圍

1.第二審

第 370 條(民國 103 年 6 月 4 日修正)

I.由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

II.前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。

III.第一項規定，於第一審或第二審數罪併罰之判決，一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行之刑時，準用之。

2.再審

第 439 條

為受判決人之利益聲請再審之案件，諭知有罪之判決者，不得重於原判決所諭知之刑。

3.非常上訴撤銷原判決而更為審判

第 447 條第 2 項

前項第一款情形，如係誤認為無審判權而不受理，或其他有維持被告審級利益之必要者，得將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。但不得諭知較重於原確定判決之刑。

4.第三審法院依照刑事訴訟法第 401 條撤銷原判，發回第二審時，是否有不利益變更禁止原則之適用(即更審有無不利益變更禁止之適用)?

最高法院 100 台上字第 2160 號判決^{註11}

刑事訴訟法第三百七十條前段規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。」所謂原審判決，係指第一審判決而言，並不包括經本院發回更審案件之第二審法院前次判決在內。

5.第三審？

(1)實務、王兆鵬老師、薛智仁老師

實務上認為，既然第三審之法條上並未規定不利益變更禁止，則第三審應無不利益變更禁止原則之適用。薛智仁老師進一步補充道，立法者未將不利益變更禁止原則適用於第三審上訴程序，應係考量到因為第三審自為判決、發回或發交第二審法院更審，皆以原審判決「違背法令」為前提，既然立法者在「原審判決適用法條不當」時，排除不利益變更禁止原則之適用，則在上開情形自無適用不利益變更禁止原則之餘地。因此，第三審上訴不適用不利益變更禁止原則，乃係立法採納相對不利益變更禁止原則的一貫結果，故在修法前不得將 370 條類推適用於第三審上訴程序。

註12

註11 最高法院 100 台上 3633 號判決、100 年 4774 號判決同此意旨。

註12 薛智仁，〈刑事程序之不利益變更禁止原則〉，《月旦法學雜誌》，第 209 期，2012 年

(2)林鈺雄老師

倘若第三審或更審判決得諭知重於第二審前次判決之刑，**將使被告恐懼加重刑罰而捨棄提起第三審上訴**，爲了保護被告上訴決定自由，此原則也應適用於第三審上訴程序，否則將導致被告因畏懼提起三審上訴，而侵害其尋求審級救濟之權利。¹³

(二)不利益的認定

1.主刑種類之變更

主刑之輕重，依刑法第 35 條第 1 項規定，依同法第 33 條所定之次序定之；從而刑法第 33 條第 4 款之拘役刑，自較同條第 5 款之罰金刑爲重。(最高法院 90 台非 384 號判決)

【爭點探討】

宣告刑之加重，固屬於對被告之不利益變更。然而，上級審法院若未加重宣告刑，而是定執行刑時加重，此時是否屬於不利益？

(一)否定說

※最高法院 67 年度第 1 次刑庭庭推總會決議（一）

刑事訴訟法第三百七十條前段規定：由被告上訴或爲被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。所謂原審判決之刑，當指宣告刑而言。第二審宣告刑如不較第一審宣告刑爲重，縱令其所定之執行刑較第一審所定之執行刑爲重，苟與刑法第五十一條之規定無違，即不得指爲違法。其數罪併罰，一部經上訴改判，嗣以裁定另定執行刑時亦同。但爲貫徹刑事訴訟法第三百七十條前段保護被告之立法意旨，第二審所定之執行刑或另以裁定所定之執行刑，以不較重於第一審所定之執行刑爲宜。

(二)肯定說

※最高法院 98 台上字第 5297 號判決

由被告上訴或爲被告利益上訴者，除第一審判決適用法條不當而撤銷者外，第二審不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第三百七十條定有明文。此項不利益變更禁止原則，性質上係立法權附加於司法審判權之限制，法律對於由被告上訴或爲被告之利益上訴第二審之案件，除下級審判決有適用刑罰法條不當而撤銷之情形外，限制第二審法院宣告刑裁量權之行使，即不得諭知較重於第一審判決之刑。數罪併罰宣告多數有期徒刑者，法條明定須於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以

10 月，頁 110。

^{註13}林鈺雄，《刑事訴訟法(下)》，7 版，2103 年 9 月，頁 321-322。

版權所有，重製必究！

下，定其刑期，但不得逾三十年。就執行刑而言，各刑合併之刑期與有期徒刑三十年無異係執行刑刑期之上限，法條明定各刑中之最長期則執行刑刑期之下限，此與單獨一罪之法定本刑，並無不同。本諸相同法理，於數罪併罰定應執行刑時，自仍應受該原則之規範。蓋第一審所定應執行刑倘有失出，檢察官本得為被告之不利益提起上訴。如檢察官不提上訴，而於被告為其利益提起上訴時，乃指原判決定應執行刑之裁量不當，而為被告不利之判決，理有未合。為保護被告利益，使其得以安心行使上訴之權利，如無適用法條不當之情形，第二審於定執行刑時，自不得僅以原判決裁量失當為理由，諭知較重於第一審所定之執行刑。

(三)最新修法(民國 103 年 6 月 4 日修正)

上揭爭議，自本次修法後算是塵埃落定，蓋依修法後第 370 條之規定，不利益變更禁止原則所稱之「刑」包括了宣告刑與執行刑。

刑事訴訟法第 370 條：「I 由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。II 前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。III 第一項規定，於第一審或第二審數罪併罰之判決，一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行之刑時，準用之。」

2.保安處分之變更

※最高法院 97 年台非字第 293 號判決

按刑事訴訟法第三百七十條規定，由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。此即禁止不利益變更之法則。所謂不利益，除就第一審及第二審所宣告之主刑、從刑作形式上之比較外，尚須為整體之觀察，將二判決對應比較，凡使被告之自由、財產、名譽等權益受較大損害者，即屬實質上之不利益。查保安處分雖為對受處分人將來之危險性所為之處置，以達教化與治療之目的；然保安處分中之強制工作，係以剝奪受處分人之身體自由為內容，其所形成之社會隔離、拘束身體自由之性質，實與刑罰無異。從而由被告上訴或為被告之利益而上訴者，關於拘束身體自由之保安處分，仍有刑事訴訟法第三百七十條所規定不利益變更禁止原則之適用。因此，第一審判決未諭知強制工作者，除因其判決適用法條不當而撤銷之者外，倘第二審法院逕予諭知強制工作，即與刑事

尚點法律尋址
版權所有，重製必究！

訴訟法第三百七十條所規定不利益變更禁止原則之意旨有違。

3. 緩刑宣告之變更

※最高法院 99 年台上字第 4127 號判決

而緩刑之宣告，本質上無異恩赦，得消滅刑罰之效果，顯對被告有利，如無因原審判決適用法則不當之情形而將下級審緩刑之宣告撤銷，亦有違前揭不利益變更之禁止原則。

(三) 不利益變更禁止之例外

1. 實務見解

- (1) 實務上認為，凡變更第一審判決所引用之刑法法條皆屬之，並不限於刑法分則之法條(最高法院 32 年上字 969 號判例)，刑法總則之法條亦包括在內。從而包括了：①原審應依既遂犯而誤依未遂犯處斷；②共同正犯而誤依教唆犯處斷；③原審適用酌減法條(刑法第 59 條)為不當；④原審判決適用量刑規定(刑法第 57 條)不當。
- (2) 此外，實務上亦認為，對於行為數之認定，例如：對於連續犯或集合犯之次數，第二審法院認定較第一審為多者，第二審法院自得諭知較重於第一審判決之刑^{註14}；不過，如果認定的行為數較少，那麼就不得諭知較重之刑，亦即，上級審法院所認定之犯罪事實，情節較第一審判決輕微者，此時即應為較輕之判決。^{註15}

2. 實務近期見解

學者對於實務過度擴張不利益變更禁止之例外多有批評，實務上對此已有部分判決發現此點問題，因此認為倘若是：(1)第一審單純適用量刑規定不當^{註16}；(2)第二審適用之法條的法定刑度較第一審適用之法條刑度為低者^{註17}；(3)非法律上加重事由之量刑事實之認定變更者。以上三種情形均非第 370 條但書所稱之情形^{註18}。

※最高法院 93 年台上字第 2578 號判決

在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審法院量定之刑，亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重。否則，如許上級

^{註14}最高法院 97 年台上字第 3152 號判決。

^{註15}最高法院 96 年台上字第 3366 號判決。

^{註16}最高法院 93 年台上字第 2578 號判決。

^{註17}最高法院 100 年台上 7009 號判決。

^{註18}最高法院 95 年台上第 929 號判決。

審法院對下級審法院就量刑之當與不當，自為主觀認定，而未加尊重，將使不利益變更禁止原則之精神減損無遺。…。原判決以第一審適用刑法第五十七條各款時，顯未符合罪刑相當原則云云，似從第一審判決斟酌刑法第五十七條之用語文字，挑剔其未審酌刑法第五十七條之規定，而逕認其量刑失輕，即率將第一審量處之六年及六年二月，分別改處七年六月及七年八月，已違背前揭不利益變更禁止原則，難認適法。

※最高法院 100 年台上 7009 號判決

故由被告上訴或為被告之利益而上訴第二審之案件，第二審雖以第一審判決適用法條不當而撤銷，然第二審所適用法條之法定刑度較第一審適用者為輕，若第二審之宣告刑猶重於第一審，實際上無異論知較重於第一審之宣告刑，即難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則無悖。

※最高法院 95 年台上第 929 號判決

刑事訴訟法第三百七十條規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得論知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」此即所謂「禁止不利益變更」原則，其立法意旨在於不使被告畏懼上訴而妨害其上訴權之行使，故此所稱「原判決適用法條不當而撤銷之者」，在解釋上應將有關非法律上加重事由之量刑事實之認定變更者，予以排除，始符立法意旨。…然原判決之認定，與第一審判決相較，並無更不利於上訴人之事實，或更重之罪名（原判決及第一審均適用舊法裁判），其不同者，僅係非關法律上加重事由之刑法第二條第一項但書及第二十八條之適用與否，依前開「禁止不利益變更原則」之立法意旨，是否無該原則之適用，非無可疑，原判決排除該原則之適用，論知較重於第一審判決之刑，而未說明其理由，自有可議。

【相關考題】

被告張三因涉嫌竊盜，經檢察官起訴後，第一審法院作成有罪判決，並諭知六個月有期徒刑。張三不服，向二審法院提起上訴。試問，在下述情形，法院關於刑的論知是否合法？請從實務判解及學理兩方面詳細分析之。

(一)二審法院審理後發現，張三基於同一犯意，在密接的時地，對於同一被害人，還有另外兩次竊盜事實，屬於實質上一罪(竊盜罪)，故維持竊盜罪的認定，但改諭知八個月有期徒刑。

(二)二審法院審理後，撤銷原判決，發回更審。更審後，一審法院仍為竊盜罪的有罪判決，但改諭知八個月有期徒刑。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(三)二審法院審理後，仍認張三犯有竊盜罪，維持原有罪判決及刑度，但同時諭知被告應受強制工作處分。(103 北大三)

《答題關鍵》

- (一)第一小題考的就是前面我們在概念解析提到的，對於行為數之認定之改變，是否屬於不利益變更禁止之例外而得加重其刑。在實質上一罪(接續犯或集合犯等)中，實務上認為，倘若第二審法院認定較第一審為多者，第二審法院得諭知較重於第一審判決之刑；反之，則否。本小題第二審法院發現張三另有兩次竊盜罪之行為，屬於竊盜罪之接續犯的情形，依前揭介紹之實務見解，法院自得以發現行為數增加為由，諭知較重之刑。
- (二)第二小題考的是第一審判決有無不利益變更禁止原則之適用問題。觀諸前揭概念解析的說明可發現，現行法下我國刑事訴訟法第一審的條文裡並未有不利益變更禁止原則之相關規定，而第 370 條之內容，亦僅規範第二審法院。據此，針對第二審發回第一審更審之判決，此部分並無不利益變更禁止原則之適用，第一審判決合法。
- (三)第三小題考的是強制工作是否屬於「不利益」，而有不利益變更禁止原則之適用。參考前述實務判決，保安處分中之強制工作，係以剝奪受處分人之身體自由為內容，其所形成之社會隔離、拘束身體自由之性質，實與刑罰無異。據此，由被告上訴或為被告之利益而上訴者，關於拘束身體自由之保安處分，仍有刑事訴訟法第 370 條所規定不利益變更禁止原則之適用。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！