

刑法篇

主筆人：成台大

壹、前言

雖然沒有人能夠百分之百命中國考的出題內容，但當年度各校法研所考題、刑法近幾年新修正之條文或最新具代表性的實務見解，依然是值得關注、且往往與實際出題內容具高度相關的方向。例如：近年刑法總則最大的修法，莫過於**沒收新制的通過**，沒收的本質、對象、範圍等相較於舊法皆有極大的變革；果不其然，台大法研所 106 年度刑法 B 卷第一題即考出沒收新法的相關概念。基於此，以下即以當年度法研所題目所涉重要概念為核心，佐以相關的刑法修正條文或實務見解做分析，以供考生參考。

貳、刑法總則

一、正當防衛的「現在性」：台灣大學 A 卷第二題

刑法第 23 條正當防衛以「**現在不法侵害**」為要件，其中「現在性」的判斷是考試中常見的爭點。「現在性」係指已經開始，尚未結束的侵害，實務見解多認為應以「**著手**」為侵害開始的時點，並以侵害終了作為侵害結束的時點^{註1}；而學說上亦有採「**有效性理論**」，係指即將錯過最後或最可靠的防衛機會的時候，如果超過這一個時點，防衛者無法達到防衛的目的，或是必須承擔更高的風險、付出額外的代價的話，此時即屬於現在的侵害^{註2}。

本題案例為甲和乙同為監獄受刑人，甲多次對乙性侵得逞，一日甲再度性侵乙後，乙趁甲睡覺之際將甲悶死。本題爭點在於這種「**持續性危險**」是否屬於現在性之侵害？

持續性危險係指雖然當時還未實際出現侵害，但依客觀的事前判斷認為在當時隨時可能造成損害，而這樣不確定的危險可能會持續一段時間。而這

^{註1} 參照最高法院 101 年台上字第 3827 號判決：「正當防衛，必對現在之不法侵害，始能成立，所謂現在，乃別於過去與將來而言，此為正當防衛行為之時間性要件。過去與現在，以侵害行為已否終了為準，將來與現在，則以侵害行為已否著手為斷，故若侵害已成過去，或預料有侵害而侵害行為尚屬未來，則其加害行為，自無成立正當防衛之可言」。

^{註2} 黃榮堅（2000），〈論正當防衛〉，《刑罰的極限》，頁 89-95，台北：元照。

樣的危險是否屬於現在性侵害，學說上有不同見解。

肯定說認為，若綜合客觀情狀和經驗，侵害雖尚未發生，但防衛者隨時有遭受侵害的危險，且在當時已認為有幾近確定的侵害可能性，已經達到最後有效的防衛時點，故此時應屬於現在的侵害，得主張正當防衛^{註3}。

否定說則認為，侵害者尚未開始進行侵害行為，不得認為具有現在性，仍屬未來的侵害而不得主張正當防衛。目前實務見解亦採此說^{註4}。

值得補充的和本題相關的典型案例，如：德國的平底煎鍋案（父親在盛怒之下毆打大兒子，正要轉身尋找小兒子繼續毆打時，丙立即使用平底煎鍋敲擊甲的頭部）、鄧如雯殺夫案（受到丈夫長期家暴的鄧如雯，趁丈夫睡著時將其殺死）都是在探討相同的爭點（父親尚在轉身，根本尚未對小兒子實施傷害行為；鄧如雯雖長期受到丈夫暴力相向，惟丈夫正處於熟睡狀態，亦根本未對鄧如雯之身體有任何傷害可能，此時能否適用前揭「持續性危險」之概念，認定小兒子、鄧如雯遭受「現在」不法侵害而得以主張正當防衛？）須特別注意。

二、間接正犯、教唆犯與等價客體錯誤：台北大學第二題

本題案例事實略為：甲（間接正犯）得知乙（教唆犯）聘雇殺手丙（直接正犯）殺害自己，故意約競爭對手丁到指定地點，讓丙產生誤認（客體錯誤）而殺死丁。本題所涉重要爭點如下：

（一）等價客體錯誤

客體錯誤係指行為人對行為客體的誤認，亦即主觀上認識的客體和客觀上的客體不一致的情形。而等價客體錯誤為同一構成要件內的錯誤，即主觀上認識的客體和客觀上的客體屬於同一構成要件，典型的例子為「誤認 A 為 B 而殺之」。通說對此採「**法定符合說**」，認為只要行為人主觀上認識的事實與客觀上發生之事實都在同一個犯罪的構成要件內，即與法定要件相符，不因受侵害者不同而影響刑法上的評價，故不阻卻故意成立^{註5}。

^{註3} 黃榮堅（2000），〈論正當防衛〉，《刑罰的極限》，頁 95，台北：元照。

^{註4} 參照最高法院 99 年台上字第 5562 號判決：「又刑法第二十三條規定正當防衛之要件，必對於現在之不正侵害，始能成立，若侵害已過去，或預料有侵害而侵害尚屬未來，則其加害行為，自無正當防衛之可言...則案發當時被害人是否並未著手於殺害上訴人之行為，即上訴人並非對被害人現在不法之侵害為防衛之行為，上訴人所為能否認屬防衛過當之正當防衛行為，尚非全無疑義，仍待調查釐清論述說明」。

^{註5} 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 196-198，台北：元照。

本題殺手丙誤認丁為甲而殺害之，即為典型等價客體錯誤的考題，蓋無論殺害甲或殺害丁都符合殺「人」罪的構成要件，故不因誤認被害人之身分而影響故意成立，丙仍該當殺人既遂罪。

(二)被教唆者之等價客體錯誤

按刑法第 29 條教唆犯之規定，原則上教唆犯之處罰依其所教唆之罪處罰之^{註6}。惟在被教唆犯客體錯誤的情況下，教唆犯是否仍從屬於正犯所犯之罪容有爭議如下：

1. **不阻卻故意說**：此說認為被教唆人之客體錯誤對教唆可罰性不生影響，不阻卻教唆犯之故意。實務多採此說，參照最高法院 24 年上字第 1262 號判例^{註7}。
2. **阻卻故意說**：亦有學說認為，教唆犯客體錯誤對教唆人而言應屬打擊錯誤，應採具體符合說，阻卻故意，僅負過失罪責^{註8}。

(三)間接正犯的特別利用關係

間接正犯係指行為人雖然不是直接行為導致利益侵害發生，但是基於他對他人的強烈影響力達成犯罪目的。行為人在幕後居於優勢的地位，操控被利用人實現構成要件此種情形，應該當正犯責任^{註9}。

間接正犯常見的類型包括：1. **利用他人不具構成要件該當性**，例如：被利用人無知或無故意的行為。2. **利用他人不具違法性**。3. **利用他人無責任能力**，例如：被利用人未成年或精神障礙、發生不可避免禁止錯誤或是強制行為。

除了上述三種類型之外，只要利用人對於被利用人因果流程的操控，達到與親自實行構成要件該當之意思支配便該當間接正犯，故也包括被利用人具有犯罪故意且須負完全刑事責任之人之情形，又稱為「**正犯後的正犯**」，例如：「組織支配」和「特別利用關係」。

本題甲得知殺手丙欲殺害自己，故意讓丙誤認丁為甲而殺害之。雖然

^{註6}參照刑法第 29 條：「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之」。

^{註7}參照最高法院 24 年上字第 1262 號判例：「原判決認定上訴人在縣羈押時，教唆押犯甲等，於出獄後將乙綁架殺害以圖報復，迨甲等出獄，即糾匪持械闖入丙家，將丙轟擊斃命，是教唆與實施之行為顯不一致，如甲等實施時係誤丙為乙將其殺害，此屬於目的物之錯誤，固於上訴人所犯教唆殺人罪之成立，不生影響，假使甲等明知為丙加以殺害，則其殺丙之行為，並不在教唆範圍以內，關於殺丙部分，即難令上訴人負其責任」。

^{註8}林山田（2005），《刑法通論（下）》，9 版，頁 107-108，台北：自刊。

^{註9}林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 398-399，台北：元照。

甲非直接造成丁死亡之人，但是甲在明知丙在停車場埋伏的情況下，故意約丁到該地點，等同運用自己的（資訊）優勢地位讓殺手丙殺害丁，對丁的死亡具備意思支配，該當間接正犯。本案為典型「特別利用關係」的案例，丙仍具備殺人故意、該當殺人既遂之直接正犯（等價客體錯誤不阻卻故意），而甲利用、操縱丙之誤認達到犯罪目的則該當間接正犯。德國法上的「黃昏森林案」亦為特別利用關係的經典案例，值得參考。

三、危險犯：最高法院 105 年第 18 次刑庭決議、東吳大學第三題

刑法的公共危險罪章保護的法益為不特定多數人的生命身體安全。與個人法益的條文規範不同，本罪章所處罰的不是特定個人生命或身體法益的侵害，而是一種陷他人生命身體法益於一定危險狀態的行為，也就是所謂的危險犯，包括抽象危險犯以及具體危險犯：

(一)抽象危險犯

行為人僅須為該當於構成要件之行為，犯罪即屬既遂，而不要求實害結果確實發生。係規範某一些具有「社會典型危險性」的行為，通常為保護抽象的社會或國家法益。例如：刑法第 173 條第 1 項放火燒燬現供人使用之住宅罪^{註10}。

(二)具體危險犯

行為人的行為不須實際發生侵害結果，但仍要有足生損害於公眾或他人或致生公共危險的危險狀態。具體危險犯的構成要件中常加上「致生損害於公眾或他人」、「致生公共危險」之要件，要求系爭行為必須對法益造成具體的危險，方屬構成要件該當。例如：刑法第 175 條第 1 項放火或失火燒燬其他物品之罪^{註11}。

而刑法第 185 條之 3 醉態駕駛罪係屬抽象危險犯或具體危險犯的立法模式，在民國 106 年修法前多認為屬於具體危險犯，然在 106 年修正後在修法理由明白表示採取抽象危險犯，以下詳述之：

1.舊法規定：刑法第 185 條之 3 第 1 項舊法條文為：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，

^{註10} 參照刑法第 173 條第 1 項：「放火燒燬現供人使用之住宅或現有人所在之建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑」。

^{註11} 參照刑法第 175 條第 1 項：「放火燒燬前二條以外之他人所有物，致生公共危險者，處一年以上七年以下有期徒刑」。

處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金」，可知行為人在符合「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物」的構成要件以外，仍須在個案中具體判斷是否達到「不能安全駕駛」之標準，例如：是否通過平衡測試來決定是否該當本罪。故一般認為本罪屬於具體危險犯。

2.新法規定：新修正之刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款為：「駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金：一、吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上」，其修正理由提到：「**不能安全駕駛罪係屬抽象危險犯，不以發生具體危險為必要**。爰修正原條文第一項，增訂酒精濃度標準值，以此作為認定『不能安全駕駛』之判斷標準，以有效遏阻酒醉駕車事件發生」。故在修法後，吐氣酒精濃度達每公升零點二五毫克即該當醉態駕駛罪，無法個案認定是否確實有不能安全之情事，屬抽象危險犯之立法模式。

值得一併關注的是最高法院 105 年度第 18 次刑事庭會議決議，該決議針對食品安全衛生管理法第 49 條第 1 項所定「攙偽或假冒」或「添加未經中央主管機關許可之添加物」罪^{註12}，討論其成立與否之判斷，是否僅須行為人之作為符合該項規定之構成要件即該當，抑或仍須以行為本身之一般情況判斷該行為應存在危害國民健康之抽象危險始克當之？該決議採甲說，認為有「攙偽或假冒」或「添加未經中央主管機關許可之添加物」之行為即成立犯罪，毋庸實質判斷行為有無存在抽象危險^{註13}。

然而，學說上對此也有不同見解，學說上有認為抽象危險犯雖為行為犯，惟仍以該行為有足生對法益侵害的抽象危險方為刑法上適格之處

^{註12} 參照食品安全衛生管理法第 49 條第 1 項：「有第十五條第一項第三款、第七款、第十款或第十六條第一款行為者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣八千萬元以下罰金。情節輕微者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣八百萬元以下罰金。」同法第 15 條第 1 項第 7 款、第 10 款：「食品或食品添加物有下列情形之一者，不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列：……七、攙偽或假冒。……十、添加未經中央主管機關許可之添加物」。

^{註13} 參照該決議之內容：「本條項於民國一〇二年六月十九日修正公布，刪除舊法『致危害人體健康』之犯罪構成要件後，已非結果犯、實害犯。…足認本罪之修正係為維護國人健康、消費者權益等法益，祇要在食品中攙偽或假冒或添加未經中央主管機關許可之添加物，即有立法者擬制之危險，法院毋庸為實質判斷」。

罰行為，又稱為「**適格犯說**」。此說認為不應過度仰賴抽象危險犯之立法模式，應容許行為人在個案中舉證行為不具備法益侵害之危險性，否則將違反罪責原則與罪刑相當原則^{註14}。

四、沒收：台灣大學 B 卷第一題

本題事實略以：甲擔任某公立醫院醫師兼主任兼藥委會委員，藥商乙為求甲採用新藥，匯了四千萬給甲的好友丙，要求丙幫忙關說，剩下的錢丙可以留著。丙先給甲一千五百萬付清房貸，待新藥上架後又交付謝金兩千萬，甲於是拿該謝金兩千萬買藍寶堅尼。

沒收新法已於 104 年底通過，並於 105 年 7 月 1 日起施行，比起舊法時代已有極大的變革（另設專章、不再屬於「從刑」，成為獨立於刑罰與保安處分之刑事法律效果、不適用從舊從輕原則，適用裁判時之法律等），堪稱刑法總則近年最大的修正。限於篇幅，以下即以「犯罪所得沒收」（利得沒收）之審查體系與概念為核心^{註15}，並於審查過程中處理本題相關之部分。

(一)基本概念：沒收按客體類別，可區分為「**違禁品**」、「**供犯罪所用之物**」、「**供犯罪預備之物**」、「**犯罪所生之物**」（刑法第 38 條參照，以上屬「狹義沒收」）及「**犯罪所得沒收**」（利得沒收，刑法第 38 條之 1 參照）。就後者言，應注意舊法用語為「**犯罪所得之物**」，應限於有體物，惟新法第 38 條之 1 第 4 項已明示包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息，故「**利益**」亦屬利得沒收之客體（可能係以「追徵」為之）。

(二)利得沒收之前提審查：存在刑事不法行為。

沒收本身已非刑罰，**不以成立犯罪為必要**。此觀新法第 38 條之 1 第 4 項之用語「**違法行為所得**」（而非「**犯罪行為所得**」）即可推知，立法理由更已明示「**犯罪所得之沒收**，其沒收標的須係來自違法行為，即不以定罪為必要，其舉證以該行為該當犯罪構成要件，具違法性為已足」。此外，該刑事不法行為並未區分正共犯、故意過失、既未遂。以本題為例，如認藥委會委員甲行使薦購藥物之職務屬刑法上之公務員，且私下接受廠商利益一事已屬違背職務（未公平審查各家藥物之

^{註14}林書楷（2016），《刑法總則》，3 版，頁 70-74，台北：五南。

^{註15}林鈺雄（2015），〈利得沒收之法律性質與審查體系〉，《月旦法學雜誌》，第 238 期，頁 53 以下。

優劣)，則甲已涉刑法第 122 條第 1 項之收賄罪，丙則涉刑法第 122 條第 3 項之行賄罪，確存有刑事不法行為，而有討論利得沒收之可能。

(三)利得沒收之客體審查：是否存有「直接」犯罪所得？

該利益須係行為人因犯罪所「直接」得來之財產增值，亦即兩者需有直接關連性（即直接性原則）^{註16}。可分成「為了犯罪型」（促使行為人犯罪，如：賄賂）、「產自犯罪型」（行為人實現犯罪之所得，如：贓物）。

本題甲獲得之直接犯罪所得，即「付清 1500 萬房貸之利益」與「2000 萬元之謝金」；丙獲得之直接犯罪所得，即剩餘之 500 萬元。

(四)利得沒收之對象審查：何人取得該犯罪所得？

1.行為人取得（第 38 條之 1 第 1 項）：舊法僅限於由行為人取得之情形。應注意犯罪所得僅需事實上對該財產標的存有處分、支配權限，與民法上是否有效並無關連。就共同正犯之犯罪所得言，過往實務見解採「連帶沒收主義」，惟最高法院 104 年第 13、14 次刑事庭會議已改採「沒收或追徵應就各人所分得之賄賂為之」之見解，亦即應以事實上支配犯罪所得之人為沒收對象。

2.第三人取得（第 38 條之 1 第 2 項）：為達成徹底剝奪不法所得之目的，新法將利得沒收之對象擴及於第三人，共有三種情形：「明知他人違法行為而取得」（第 1 款）、「因他人違法行為而無償或已顯不相當之對價取得」（第 2 款）、「犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得」（第 3 款）。就前二者言，僅有善意（未明知、非無償、且非以顯不相當對價取得）第三人可保有該利益；就第三者言，則需行為人有為第三人利益而行為之外觀（內部關係之合法性不論），且該違法行為與第三人之利得存有關聯性（直接或間接則非所問，避免該利得以洗錢之方式逃避沒收）。

本題甲、丙皆屬「行為人取得」犯罪所得之情形，另如上述，在實務見解已廢棄共同正犯犯罪所得連帶沒收主義之後，丙縱與廠商乙屬刑法第 122 條行賄罪之共同正犯，兩人之犯罪所得亦係「個別」計算其「事實上所支配」之數額。

^{註16} 參照院字第 2140 號解釋：「刑法上所謂因犯罪所得之物，係指因犯罪直接取得者而言，變賣盜贓所得之價金，並非因犯罪直接所得之物」。

(五)利得沒收之範圍審查：犯罪所得的範圍何在？

1.固有範圍：直接犯罪所得、是否扣除犯罪成本？

於「客體審查」階段雖已審查過「直接性原則」，惟應注意所謂直接性係指「與犯罪具有直接關聯性」，例如：賄賂公務員標得 5000 萬之工程、賺取 1000 萬之利潤，應僅該 1000 萬方屬「直接犯罪所得」（蓋行賄僅存於締約階段，與履約階段之 4000 萬成本無關）^{註17}。另一部分則係處理犯罪成本是否扣除之問題：應採總額原則（不扣成本）或淨額原則（扣成本）？本次立法理由明示，為求徹底剝奪犯罪所得以根絕犯罪誘因，不論成本、利潤均應沒收，亦即採**總額原則**。

2.延伸範圍：間接犯罪所得（第 38 條之 1 第 4 項）

此次修法已將「**間接犯罪所得**」（如：利息或變賣贓物所得之價金）納入沒收範圍，以突破過往實務認定利得沒收僅限「直接犯罪所得之物」之見解，立法理由並明示過往實務見解範圍過狹，無法徹底剝奪不法利得。惟間接犯罪所得如再經過法律行為之所得，則非此處之間接利得。

本題中，甲將部分直接犯罪所得（2000 萬元）購買「藍寶堅尼」跑車，即屬此處之間接犯罪所得，而仍得作為沒收之客體。

3.沒收不能之替代價額（第 38 條之 1 第 3 項）

如該犯罪所得按性質不能（如：喝花酒之利益）或已被損壞（如：贓車已毀損）等無法就利益原形執行沒收時，則向行為人追徵^{註18}其所得之價額。

本題中，甲之部分直接犯罪所得（清償 1500 萬元房貸之利益）雖屬經濟上利益，惟按新法已可作為沒收之客體，已如前述；惟此一抽象利益按其性質僅能向甲追徵其沒收不能之替代價額^{註19}。

^{註17} 即有學者認為應以「系爭構成要件之規範保護目的」來決定「直接犯罪所得」為何，參照薛智仁（2012），〈內線交易之犯罪所得概念〉，《政大法學評論》，第 129 期，頁 268-271。

^{註18} 舊法時代就沒收之替代手段尚有追繳、抵償等用語，惟本次修法已僅保留追徵作為唯一之替代手段，而將追繳、抵償予以刪除，併予敘明。

^{註19} 附帶一提，刑法第 122 條第 4 項另就「賄賂」設有「應沒收或追徵」之特別規定，而按實務見解（最高法院 60 年第二次民刑庭總會會議決議(三)），該條項僅限於賄賂，而不正利益不能包括在內。姑且不論刑法第 122 條第 4 項是否包括「不正利益」（肯定見解，參照林鈺雄（2015），〈收賄罪喝花酒之犯罪所得及沒收追徵〉，《月旦法學教室》，

(六)利得沒收之排除審查：犯罪所得是否已實際合法發還被害人？

蓋同一筆犯罪所得如已發還被害人，即已達到剝奪犯罪所得之衡平目的，無庸重複沒收。故新法第 38 條之 1 第 5 項規定此種情形不予宣告沒收或追徵，意即在此。

(七)沒收之法律效果

按沒收客體之類別而有「應沒收」（違禁物、犯罪所得）與「得沒收」（犯罪工具、犯罪所生之物）之區別。另注意新法另設有過苛調節條款（第 38 條之 2 第 2 項），在特定情況下得不宣告沒收或酌減之。

參、刑法分則

一、偽造文書罪：中正大學第三題（高鐵車票時事題^{註20}）

本題事實略以：A 欲搭乘台北到台南的高鐵，但為求省錢，僅購買台北到板橋、嘉義到台南的兩段車票，再由 B 偽刻有「嘉義車站驗票章」的印章蓋於嘉義到台南車票上，讓 A 於台南站時向站務員出示並以人工方式讓其出站。本題涉及爭點如下：

(一)在高鐵上加蓋偽造驗票章之性質為何？

1.變造往來客票罪：

此說認為，高鐵車票為證明旅客乘坐高鐵已按票面金額付費之憑證，應該當往來客票。而本題在高鐵上加蓋偽造驗票章，用來表示高鐵同意持有該票之人提早或延後自臺南站搭乘高鐵之意，性質上該印文仍屬乘車憑證，且成為原本高鐵車票之一部分，是蓋有上開印文，係就已存在之真正高鐵車票上，不變更票載起迄地點及乘車憑證之本質，僅更改乘車時間及車次之「變造」往來客票行為。故本案該當刑法第 203 條變造往來客票罪^{註21}。

2.偽造特種文書罪：

此說認為，在高鐵車票上加蓋「臺南車站驗票章^{註22}」印戳，僅表示

第 157 期，頁 30 以下），沒收新法通過後，就「不正利益」部分仍可按新法第 38 條之 1 予以追徵（最高法院 106 年第 2 次刑事庭會議亦採此見解），且與刑法第 122 條第 4 項同屬「應沒收」，賄賂、不正利益之區分似已無實益。

^{註20} 本題改編自臺灣高等法院高雄分院 104 年度上更(一)字第 25 號判決。

^{註21} 參照高雄地方法院 103 年度訴字第 566 號判決。

^{註22} 附帶一提，此一偽造驗票章按實務見解，並非表彰印章名義人（高鐵車站）之人格同一性，故非刑法第 217 條之印章、印文。參照臺灣高等法院高雄分院 104 年度上更(一)字第 25 號判決：「刑法第 217 條第 1 項偽造印章、印文罪所謂之印章、印文，係指用以代表

版權所有，重製必究！

高鐵臺南站站務人員已經查驗持票人確實持有高鐵車票，並准予特許方式進入臺南高鐵車站，並同意提早進站之證明而已，但並未改變該車票記載之乘車車次、時間及座位，故不影響該車票的性質，僅為特許旅客進站的憑證，故本案該當刑法第 212 條偽造特種文書罪^{註23}。

(二)競合關係：

- 1.偽造印章與偽造文書罪：實務見解認為，偽造印章為偽造私文書之前行為，依吸收關係，應論以刑法第 210 條之偽造私文書罪^{註24}。
- 2.偽造文書罪與行使偽造文書罪：偽造文書被行使偽造文書罪吸收，故只論行使偽造文書罪^{註25}。
- 3.行使偽造文書罪與詐欺罪：過往實務認為兩者具方法結果關係而屬牽連犯^{註26}，惟在牽連犯廢除之後，如係以一行為犯之，應論以想像競合^{註27}。學說見解則認為，詐欺罪保護財產法益，行使偽造文書罪

印章名義人人格之同一性，足以藉其認證該名義人本人意思表示之確實性者而言。本件被告偽造『台南車站驗票章』印戳，蓋用於高鐵車票上，依其文意，並非用以表示制作者本人人格之同一性之作用，應非刑法第 217 條之印章、印文」。

^{註23} 參照臺灣高等法院高雄分院 104 年度上更(一)字第 25 號判決。另注意，刑法第 212 條之特種文書本質上仍係文書（可能是私文書，也可能是公文書），惟立法者考量此種文書，多屬於為謀生及一時便利起見，其情節較輕，故科以較輕之刑。換言之，刑法第 212 條係屬第 210 條、第 211 條之特別規定。

^{註24} 參照最高法院 69 年台上字第 695 號判例：「偽造署押為偽造私文書之部分行為，不另成罪，偽造私文書而後行使，偽造之低度行為應為行使之高度行為所吸收，應依行使論擬」。

^{註25} 參照最高法院 22 年上字第 564 號判例：「偽造收據，原意在於行使，則行使此項偽據時，其低度之偽造行為，自應為高度之行使行為所吸收，祇應成立行使偽造文書之罪，不能再論以偽造罪，而從一重處斷」。

^{註26} 參照最高法院 46 年台上字第 705 號判例：「上訴人與另人同謀就公賣酒廠所用吸管之原產國為偽造之標記，及偽造檢定機關表示檢定合格之『同』字圖，印於吸管之上，該圖印依刑法第二百二十條規定，係屬以公文書論之一種，應構成一行為而觸犯同法第二百五十五條第一項、第二百一十一條兩罪名，偽造後持往投標，即已達行使之程度，又其行使之目的，在使酒廠陷於錯誤而為買受，雖未成交，亦已成立詐欺未遂罪名，併有方法結果之關係，應從一重之行使偽造公文書罪處斷」。

^{註27} 參照臺灣高等法院高雄分院 104 年度上更(一)字第 25 號判決：「被告以行使偽造準特種文書之方式，為取得高鐵板橋站至臺南站路程未付款而乘車之不法利益，客觀上其行使偽造準特種文書、詐欺得利行為固有先後之別，惟依其詐欺得利之方法觀之，其行使偽造準特種文書行為係為遂行詐欺得利行為所必要，二者間具有重要關連性。又其主觀犯罪計畫即係欲以行使偽造準特種文書之方式，為取得高鐵板橋站至臺南站路程未付款而乘車之不法利益，是其行使偽造準特種文書、詐欺得利行為顯係出於單一之犯罪決意。是自其主觀之意思及所為之客觀事實觀察，依社會通念，其行使偽造準特種文書、詐欺

保護文書信賴法益，兩者法益不同，應論以想像競合^{註28}。

二、肇事逃逸罪：政治大學第一題

本題事實略以：甲駕駛搭載乘客 A 時，A 不顧甲提醒擅自打開車門下車，導致騎乘機車的乙、丙閃避不及撞上而多處受傷。甲下車後僅交代 A 留下與其商談民事和解便離開現場，乙並用手機拍攝甲的車牌。本題涉及爭點如下：

(一)甲駕駛並無過失，是否仍該當「肇事」？

- 1.肯定說：此說認為僅需行為人駕駛動力交通工具而致人死傷後逃逸之事實已足，對於肇事是否具有過失在所不問。實務多採此說^{註29}。
- 2.否定說：此說認為肇事逃逸之行爲人必須居於類似不純正不作爲犯之地位，即存有一個值得譴責的前行爲，故行爲人至少需基於過失參與車禍，方能該當本罪^{註30}。

(二)甲駕駛僅交代 A 留下與乙丙商談和解便離開，是否該當「逃逸」？

逃逸的定義涉及對本罪採取的保護法益爲何，實務和學說對其存有爭議，分述如下：

- 1.被害人生命身體安全說：此說認為本罪之立法目的在於促使駕駛人於肇事後，能對被害人及時救護，以減少死傷。本罪立法理由中亦提及「爲維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護，特增設本條，關於肇事致人死傷而逃逸之處罰規定」，實務見解多採此說（即於判決引用本罪上開之立法目的），惟將本罪之成罪範圍包括「被害人死亡或輕傷」之情形，似已與「被害人生命身體安全」說脫勾而較接近「確認事故責任歸屬說」^{註31}。故如按上開實務見解，本題甲駕駛僅交代 A 留下與

得利行爲應具有行爲局部之同一性，法律評價應認屬一行爲同時觸犯數罪名較爲適當，爲想像競合犯，應依刑法第 55 條規定從一重之詐欺得利罪處斷」。

^{註28}林山田（2006），《刑法各論（下）》，6 版，頁 459，台北：自刊。

^{註29}參照最高法院 93 年台上第 5599 決：「第一百八十五條之四之肇事致人死傷逃逸罪，則以處罰肇事後逃逸之駕駛人爲目的，俾促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護，以減少死傷，是該罪之成立祇以行爲人有駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸之事實爲已足，至行爲人之肇事有否過失，則非所問...」。

^{註30}林東茂（2007），《刑法綜覽》，5 版，頁 2-261，台北：一品。

^{註31}參照最高法院 100 年台上字第 645 判決：「所謂『逃逸』係指逃離肇事現場而逸走之行爲，故前揭規定實揭發駕駛人於肇事致人死傷時有『在場義務』。因此，肇事駕駛人雖非不得委由他人救護，然仍應留置現場等待或協助救護，並確認被害人已經獲得救護、

版權所有，重製必究！

乙丙商談和解便自行離開，並未在當場等待警察或救護人員，不符合**在場義務**，該當「逃逸」。惟如忠實依循「被害人生命身體安全說」之邏輯，「逃逸」應限於對被害人仍存有救助必要性之情形，故於被害人死亡或僅受輕傷時，則不該當本罪^{註32}。故本題乙、丙既僅受輕傷而無立即救助必要性，甲駕駛縱離開現場，亦非本罪之「逃逸」行為。

2.維護交通安全說：此說認為本罪規定在公共危險罪章，故應為保障整體交通之順暢，或避免損害擴大，預防後續發生傷亡的可能性^{註33}。如按此說，本題之事故似未造成交通堵塞或影響其餘用路人之安全，故甲駕駛交代 A 留下與乙丙商談和解後方離開，亦不該當本罪。

3.民事請求責任釐清說：此說認為交通參與者涉及交通事故負有留在現場確認事故發生責任之義務，並認為本罪係為保全民事上的損害賠償請求權之證據。故在駕駛人在肇事後只要能確保被害人能行使民事賠償請求權或有助於交通事故釐清，即非屬逃逸^{註34}。故本題甲交代 A 留在現場商談和解，並讓被害人乙拍攝車牌，應足以確保乙丙後續之民事賠償請求權之行使，故不該當逃逸行為。

三、誣告罪：成功大學第四題

刑法第 169 條誣告罪係指意圖他人受刑事或懲戒處分，並以反於真實的事實向該管公務員的申告行為。本題事實略以：甲偷走乙店內金錢，再和乙之子丙商量由丙代其頂罪，甲向警察機關告發丙偷竊，而乙因溺愛兒子故放棄提起告訴。

或無隱瞞而讓被害人、執法人員或其他相關人員得知其真實身分、或得被害人同意後，始得離去；於被害人已於第一時間死亡，而無救護可能時，亦應等候檢、警等相關人員確認事故或責任歸屬後，始得離開現場。否則，僅委由他人處理或撥打救護專線請求救助，而隱匿其身分，或自認被害人並無受傷或傷無大礙，即可不待確認被害人已否獲得救護、不候檢、警等相關執法人員到場處理善後事宜，而得自行離去，自非該法條規範之意旨」。

^{註32} 黃榮堅（2000），〈不能駕駛與肇事逃逸〉，《台灣本土法學雜誌》，第 7 期，頁 152；吳耀宗（2010），〈肇事逃逸罪：第一講——保護法益〉，《月旦法學教室》，第 94 期，頁 36。

^{註33} 林東茂（2000），〈肇事逃逸—高等法院八十九年度交上訴字第九號判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，第 16 期，頁 89-90 之註 6。

^{註34} 吳耀宗（2010），〈肇事逃逸罪：第一講——保護法益〉，《月旦法學教室》，第 94 期，頁 36。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

本題涉及爭點為：

(一)甲向警察機關誣告丙偷竊乙金錢，惟乙丙為父子，親屬間竊盜屬告訴乃論，而此欠缺程序要件的情形是否仍該當誣告？

1.否定說^{註35}：

此說認為，誣告行為必須引起開啓或續行程序的具體危險，倘若僅為單純引起不法嫌疑則不該當誣告罪。故本題乙丙間竊盜屬告訴乃論，欠缺乙之合法告訴則不符合程序要件，而甲的誣告則無開啓程序的具體危險，不該當誣告行為。

2.肯定說^{註36}：

此說認為，縱使該誣告欠缺程序要件，仍會開啓檢察官的偵查，此時國家司法權運作已面臨危險，有損國家公務的正確行使。另外，被誣告之人是否符合實體或程序要件，將繫諸於檢察機關的調查，實則已對被誣告人造成入罪風險。因此，誣告行為僅需具有開啓追訴程序的抽象危險，即符合誣告行為。故本題甲向警察機關告發丙偷竊的行為已造成開啓偵查的抽象危險，該當誣告行為。

(二)本罪的主觀意圖是否包括欲脫免自己刑事責任而誣告他人？

1.肯定說：此說認為，行為人明知該誣告行為有陷第三人於罪之危險而為之，應仍具備「意圖他人受刑事或懲戒處分」的主觀要件，不因是否為脫免自己罪責而有不同。通說和實務見解多採此說^{註37}。而本案甲明知丙非竊盜者，仍告發丙犯罪，縱使甲認為乙念及父子應會放棄提起告訴，然乙是否提起告訴仍屬於未知的情況下，仍陷丙於受到追訴的風險，故該當本罪之主觀要件。

2.否定說：此說認為倘若行為人意在脫免自己刑責，誣告他人僅為防禦手段，故不屬「意圖他人受刑事或懲戒處分」^{註38}。如按此說，本

^{註35} 參照最高法院 104 年台上字第 797 號判決：「是誣告罪之成立，以有使人受刑事處分或懲戒處分之危險為要件，重在保障國家審判權之適法行使，兼及受誣告人權益之保護。苟被誣告之人，根本無受刑事處分或懲戒處分之危險者，自不成立本罪。如不得提起自訴之案件而提起自訴，告訴乃論之罪，無告訴權之人而為告訴，對時效已完成之事實而為告訴等，此項自訴或告訴之事實，縱屬虛偽，然在法律程序上，國家實質上已無從行使其審判權，自無使被誣告人有受刑事處罰之危險，故不能論以本罪」。

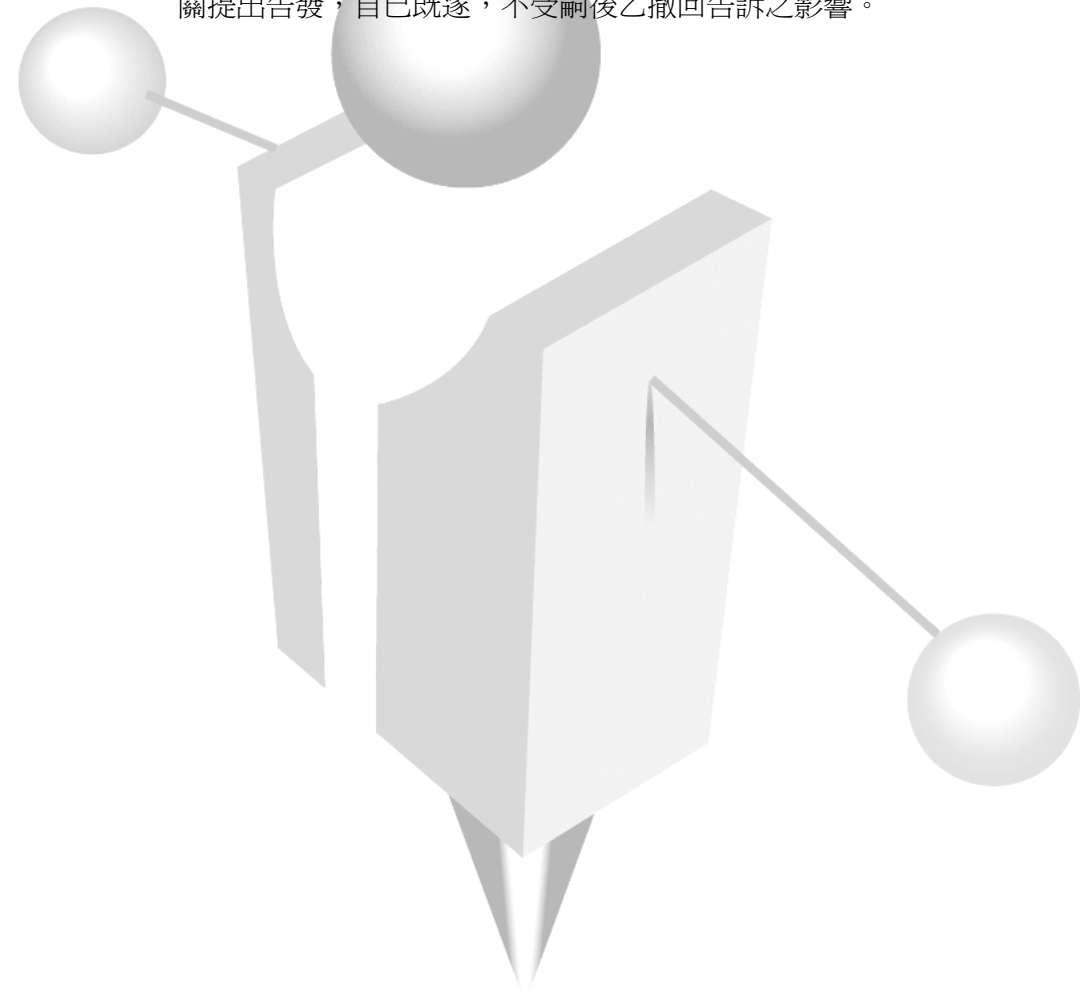
^{註36} 古承宗（2016），〈誣告罪之保護法益與構成要件解釋〉，《月旦法學教室》，第 163 期，頁 36-45。

^{註37} 林山田（2006），〈刑法各罪論（下）〉，6 版，頁 257，台北：自刊。

^{註38} 參照最高法院 30 年上字第 1886 號判例：「虛偽之申告，以意圖使他人受刑事或懲戒處

案甲之目的既在掩蓋自己之犯罪，自不該當本罪之主觀要件。

(三)既遂標準：須注意誣告罪屬於行為犯，亦即一經發生誣告行為（已達該管公務員），無論行為人是否撤回告訴或變更其申告內容、當事人是否受有利不利判決，即達本罪既遂^{註39}。基於此，本案甲既已向警察機關提出告發，自己既遂，不受嗣後乙撤回告訴之影響。



分而為之者，始構成誣告罪，若所指事實出於訟爭上攻擊防禦之方法，縱有請求懲辦對方之表示，而其目的既在脫卸自己罪責，即難謂與上開要件相合」。

^{註39}參照最高法院 22 年上字第 826 號判例：「刑法第一百八十條第一項之誣告罪，祇須具有誣告意思，及所告事實足以使人受刑事或懲戒處分，而其所為之申告復已達到於該管公務員時，即完全成立，故誣告完成以後撤回告訴，不過犯罪既遂後之息訟行為，與誣告罪之構成毫無影響」。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

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40}

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41}

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40} 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41} 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，向法院聲請裁准之程序。此種聲請羈押之理由及有關證據，係法官是否裁准羈押，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

【尚點法律尋班】
版權所有，重製必究！

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**

【高點法律尋班】
版權所有，重製必究！

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**

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

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42}

一、非附隨於搜索之扣押

(一)2016 年修正匡正缺失^{註43}

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42}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43}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44}。

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45}。

^{註44} 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45} 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46}。

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46} 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47}。

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47}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48}。

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48} 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。