

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，值得國考衝刺時再複習及加強準備的範圍。

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。可以從下表發現，今年除了老爭點外，新法的超額扣押不約而同的在台大及成大出現，且此問題亦有最高法院具參考價值裁判，由於這部分還可以搭配刑法沒收新法，相信會是國考的大熱門。

其次，關於上訴第二審具體理由及辯護人代撰義務，因有最高法院兩份新決議，果不其然也出現在政大及輔大的考題上，國考上仍必須再多加留意。

最後，不知道為什麼的關於拒絕證言權考點，吹起了復古風，一連從台大到高大有零星的出現，雖然這部分這一年多來沒有新的實務或學理見解，但也表示讀者們除了對新爭點的掌握外，基本功還是要有！本文也對此再為各位讀者們做一次地毯式複習。

此外，關於國外司法警察(官)警詢筆錄的問題，本來就是個相當熱門的議題，又因為有最新的最高法院 107 年第 1 次刑事庭會議決議，而此考點也出現在政大第一題。目前該決議可說將這爭議暫時做個了結，讀者們有必要清楚瞭解這問題的前因，國考上有相當的機會再出現此問題。

因此，本文就介紹上述的「超額扣押」、「上訴第二審具體理由及辯護人代撰義務」、「拒絕證言權」及「國外警詢及傳聞證據」。

學校	題號	爭點
台大	第一題	性侵案件之傳聞法則
	第二題	未告知拒絕證言權、超額扣押、不利益變更禁止
政大	第一題	傳聞法則、監聽
	第二題	惡意規避告知義務、接見權、上訴第二審具體理由
台北大	第一題	補強法則
	第二題	追加起訴、訴因制度
	第三題	撤回上訴
	第四題	管轄權、沒入具保金

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

學校	題號	爭點
東吳	第一題	未告知拒絕證言權
	第二題	無罪推定
	第三題	勘驗、扣押
輔仁	第一題	選任辯護人
	第二題	上訴第二審具體理由
	第三題	羈押程序、上訴第二審具體理由
中正	第一題	證據排除法則與毒樹果實
	第二題	對質詰問權、搜索扣押
	第三題	被告地位之形成、未告知拒絕證言權
	第四題	法院職權調查證據
成大	第一題	超額扣押
	第二題	GPS 偵查
	第三題	拒絕證言權
	第四題	第三人參與沒收程序
高大	第一題	詐欺訊問、拒絕證言權

貳、超額扣押^{註1}

考題觀摩

【107 台大節錄】A 建設公司負責人乙，以 A 公司財產新台幣(下同)400 萬元行賄承辦某標案的公務員甲，A 公司因此獲得 2 億元利益的 3 年期工程標案。…因查無甲名下銀行帳戶及其他財產，檢察官為保全追徵價額而聲請法院扣押甲名下唯一之不動產小套房一棟，市價約 800 萬元。甲抗辯，一來其購買、過戶該小套房時點係在檢察官所指稱其貪瀆犯行之前，顯非不法取得或變得之物，與犯罪欠缺關聯性，故不得保全扣押該屋，二來縱使不法獲利金額估為 400 萬元，保全扣押價額卻高達 800 萬元，違反比例原則。試問其上開抗辯有無理由？

【107 成大節錄】販毒集團甲等人涉嫌販賣海洛因，經調查局調查員乙查獲，依法詢問甲後，得知甲已將先五次販毒所得五千萬元用以購買市區的豪宅，並登記於甲人丙之名下，該豪宅時價行情亦已上漲至八千萬。…向法院聲請核發扣押裁定。試問法院應如何處理？

^{註1} 綜合整理自 林俊益,《刑事訴訟法概論(上)》,新學林,2017 年 10 月,第 17 版,頁 346-366。林鈺雄,《刑事訴訟法(上)》,元照,2017 年 9 月,第 8 版,頁 443-450。林鈺雄,《刑事訴訟法(下)》,元照,2017 年 9 月,第 8 版,頁 613-621。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,頁 44-56。林鈺雄,〈洗茶詐欺犯罪所得之沒收與發還—程序篇(上)〉,《法務通訊》,第 2859 期,2017 年 7 月 14 日。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

依刑事訴訟法(下同)第 133 條第 1 項規定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」前者為證據之物扣押稱為「保全證據扣押」；後者得沒收之物扣押稱為「保全執行扣押」，詳細分別說明如下：

一、保全證據扣押

扣押物得於訴訟程序中使用，直接或間接證明特定犯罪行為或相關事實之存否，即得以此為原因扣押該物。如沒有作為證據之可能性者，即不能加以扣押。

若要針對同一個標的物同時發動保全證據扣押及下述的保全執行扣押，就一定要有二張保全命令，如果只有一張扣押命令，就只能發生一項保全扣押效果，不能互相取代^{註2}。

二、保全執行扣押

因 2015 年刑法沒收的大修正，使得此處的第 133 條第 1 項「得沒收之物」內涵也產生重大改變。立法者並於本法中新增第 3 條之 1 規定：「本法所稱沒收，包括其替代手段。」此處之替代手段，即立法者提醒「得沒收之物」包含刑法上沒收新法的追徵手段(刑法第 38 條第 4 項及第 38 條之 1 第 3 項)。一舉解決舊法時此處的「得沒收之物」是否包含追徵在內之實務爭議。

因此，若是針對刑法上得沒收之物扣押，即犯罪物沒收（刑法第 38 條第 1 項至 3 項）及直接利得（第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項）或間接利得（刑法第 38 條之 1 第 4 項），稱為「沒收扣押」；若是針對刑法上追徵替代價額之扣押（刑法第 38 條第 4 項及第 38 條之 1 第 3 項），稱為「追徵（假）扣押」。之所以必須在此區分沒收扣押與追徵（假）扣押，一個最大的區別實益在於「扣押標的物之特定」及「禁止過度扣押原則」（又稱超額扣押）的適用問題。

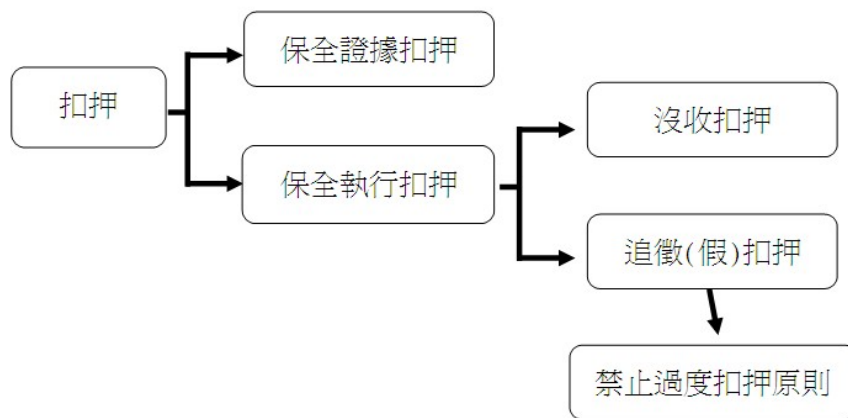
蓋沒收扣押之沒收標的均屬特定之物（如作案凶刀，以犯罪所得購買之房屋），扣押之標的不會及於相對人之其他財產；至於追徵（假）扣押，乃為沒收其替代價額，本質上是國家對相對人之公法金錢債權，沒收執行重點在於其「金錢價額」，因此追徵（假）扣押之標的不限於特定之物，相對人的「全部責任財產」都是潛在的保全標的，如：帳戶存款、動產或不動產等。

^{註2}潘怡宏，〈保全扣押之發動要件與扣押競合之處理〉，《法務通訊》，第 2818 期，2016 年 9 月 23 日。

但如追徵沒收之金額為 500 萬元，基於比例原則考量，也禁止扣押相對人超過此部分金錢價額之全部財產，如扣押全部帳戶、不動產等價值高達 5000 萬元即無必要，只需要在 500 萬元範圍內為扣押即足，此即為「禁止過度扣押原則」。新法上第 133 條第 2 項規定：「為保全追徵，必要時得酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產。」此處所稱「必要時酌量…」即屬此原則之運用。當然，若相對人有無法分割之財產，如僅有豪宅一棟時，仍應允許超額扣押來保全追徵沒收之執行。

【最高法院 105 年度台抗字第 382 號裁定】（具參考價值裁判）
又在保全追徵抵償之假扣押，既非原物扣押，為避免過度（假）扣押而侵害義務人之財產權，就義務人責任財產之（假）扣押範圍，同應遵守比例原則，此所以上開條項規定「酌量」之理由。又倘事實審法院依卷內資料，為合目的性之裁量，綜合審酌應沒收之不法利得數額（應追徵抵償之價額）、扣押財產之狀況、經濟價值及保全利益等情，認扣押與比例原則無違者，核屬事實審法院本於職權所為之適法裁量，尚難逕指為違法。

另一個需要注意的問題是「金錢利得」的情況，如詐欺所得之金錢，學理指出除非是找到犯案現金原物，否則在刑法評價上應宣告替代價額之沒收（刑法第 38 條之 1 第 3 項）^{註3}。故對於該等金錢利得於程序法上發動之扣押，當屬「追徵（假）扣押」而非沒收扣押。



^{註3} 林鈺雄，〈金錢利得及其替代價額之沒收〉，《沒收新制(二)經濟刑法的新紀元》，元照，2016 年 9 月，初版，頁 297。

參、上訴第二審具體理由及辯護人代撰義務

考題觀摩

【107 政大節錄】…甲未經辯護人T撰寫上訴理由狀，亦未委任律師，即自行具狀上訴。法院以未敘述具體理由而駁回上訴。乙向第一審法院聲請指定辯護人為伊提起上訴，法院以依法無據而駁回。…

【107 輔大節錄】…甲收到判決書後，於上訴期間內，未與辯護人乙商談協助下，於上訴書狀上寫「原判決認事用法不當，採證違法，判刑不公，量刑過重」等事由，並逕自將上訴書狀提出於原審法院…。

第 361 條第 2 項規定：「上訴書狀應敘述**具體理由**。」依上述，是否具備具體理由之審查權在第二審法院，**此具體理由乃上訴合法要件，必先通過是否有提出具體理由後，始進入上訴有無理由之判斷**。因此，具體理由寬嚴如何界定？以及延伸下來的問題是，如果強制辯護案件無辯護人協助撰寫具體理由，該被告自行上訴是否合法？



一、具體理由寬嚴之認定

實務見解向來寬嚴不一而足。有嚴格標準的見解認為須達到：「足以影響判決本旨之不當或違法，而構成應予撤銷之具體事由」、「依據卷內訴訟資料或提出新事證等在形式上足以構成應予撤銷之具體事由」(原多數說)。亦有寬鬆的見解認為只需要「就不服判決之理由為具體之敘述而非空泛之指摘而言」即足(原少數說)。

最終，近來最高法院 106 年度第 8 次刑事庭會議採取寬鬆見解。

【最高法院 106 年度第 8 次刑事庭會議決議】

刑事訴訟法第 361 條第 1 項、第 2 項規定，不服地方法院之第一審判決而上訴者，須提出上訴書狀，並應敘述具體理由。就修法過程以觀，原草案為：「依前項規定提起上訴者，其上訴書狀應敘述理由，並引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決不當或違法之事實。其以新事實或新證據為上訴理由者，應具體記載足以影響判決結果

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

之理由。」嗣經修正通過僅保留「上訴書狀應敘述具體理由」之文字，其餘則刪除，故所稱「具體理由」，並不以其書狀應引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決不當或違法之事實，亦不以於以新事實或新證據為上訴理由時，應具體記載足以影響判決結果之情形為必要。但上訴之目的，既在請求第二審法院撤銷或變更第一審之判決，所稱「具體」，當係抽象、空泛之反面，若僅泛言原判決認事用法不當、採證違法或判決不公、量刑過重等空詞，而無實際論述內容，即無具體可言。從而，上開法條規定上訴應敘述具體理由，係指須就**不服判決之理由為具體之敘述而非空泛之指摘而言**。倘上訴理由就其所主張第一審判決有違法或不當之情形，已舉出該案相關之具體事由足為其理由之所憑，即不能認係徒托空言或漫事指摘；縱其所舉理由經調查結果並非可採，要屬上訴有無理由之範疇，究不能遽謂未敘述具體理由。

二、上訴狀代撰義務及法院闡明權

由於要求提出具體理由，對於經濟上之弱勢，無辯護人協助之被告極為不利，甚而產生「上訴第二審的鴻溝」^{註4}。如何填補鴻溝，實務遂將強制辯護案件的「審級代理原則」延伸至第二審上訴的「**上訴狀代撰義務**」，認為基於「實質辯護義務」，以及第 346 條辯護人為被告利益上訴規定、公設辯護人條例第 17 條：「公設辯護人辯護案件，經上訴者，因被告之請求，應代作上訴理由書或答辯書」之規定，認為原審之辯護人有為被告代作上訴理由書之義務。

標竿裁判最高法院 98 年度台上字 5354 號判決即表示：「倘若被告在第一審有選任或經法院指定辯護人為其辯護，則被告於上訴期間內提起之第二審上訴，如未據其原審辯護人代作上訴理由書狀者，本乎上開辯護權射程之當然延伸及刑事訴訟法第 346 條與公設辯護人條例第 17 條等規定之相同法理，被告自得請求原審辯護人代作上訴理由書，原審辯護人亦有代作之義務，庶符辯護人係為維護被告正當之權益而存在，以落實被告有效受辯護人協助之權利。」

然而，被告有權請求原審辯護人代為撰寫符合具體理由之上訴書狀一事，被告恐不知有此權利，故曾有實務見解(99 台上 1836 決)認為，第二審法院發現此一情事，尚不得逕自判決駁回上訴，而必須先告知被告此辯護人代撰上訴書狀義務。

惟新進的最高法院 106 年度第 12 次刑事庭會議決議認為，此非公平法院所應介入，且並無規定要求須為被告指定辯護人。因此，第二審法院無庸進入實體審理程序，亦即可不經過開庭言詞辯論，直接依第 367 條從程序

^{註4}王兆鵬，〈上訴二審的鴻溝〉，《刑事救濟程序之新思維》，元照，2010 年 12 月，初版，頁 16。

上判決駁回被告之上訴。

【最高法院 106 年度第 12 次刑事庭會議決議】

原審辯護人在訴訟法上之辯護人地位依然存在，而有為被告利益上訴，並協助被告為訴訟行為之權責，則其自當本其受委任從事為被告辯護事務之旨，一如終局判決前，依憑其法律專業判斷，不待被告請求，主動積極於訴訟上予被告一切實質有效之協助，以保障其訴訟防禦權，維護被告訴訟上之正當利益。從而，為提起第二審上訴之被告撰寫上訴理由書狀，敘述具體理由，協助其為合法、有效之上訴，同屬第一審選任或指定辯護人權責範圍內之事務，自不待言。…。故關於強制辯護案件，被告於第一審終局判決後，既已有原審之辯護人（包括選任辯護人及指定辯護人）可協助被告提起合法之上訴，在該案件合法上訴於第二審法院而得以開始實體審理程序之前，尚難認第二審法院有為被告另行指定辯護人，以協助被告提出合法上訴或為被告辯護之義務與必要。至第一審選任或指定辯護人是否善盡協助被告上訴之職責，以及被告是否及如何要求第一審選任或指定辯護人代為或協助其為訴訟行為，要與被告於第二審實體審理時未經辯護人為其辯護之情形有別，亦非居於公平審判地位之法院所應介入。況且，關於強制辯護案件之被告不服第一審判決提起上訴時所撰寫之上訴理由狀，如未具體指摘原判決有何違法或不當之情形時，法律並無明文規定第二審法院必須指定辯護人命其代為提出上訴之具體理由。尤其在被告已坦承犯罪，亦未認第一審判決採證認事或量刑有何違法或顯然不當，其上訴目的僅係在拖延訴訟或僅係概略性請求法院給予自新機會之情形下，亦無指定辯護人協助被告上訴或為其辯護之實益。更何況依刑事訴訟法第 367 條前段規定，上訴書狀未敘述（具體）理由者，第二審法院應以判決駁回之。此項規定旨在貫徹上訴制度之目的（即撤銷、變更第一審違法、不當之判決，以實現個案救濟），並節制濫行上訴；上開規定並未特別區分刑事案件之種類，故在解釋上自應一體適用，以充分實現上述規定之立法目的，尚不宜違反上述規定之文義與立法旨意，而任意限縮其適用之範圍。準此以觀，上訴書狀應具體敘述上訴理由，為上訴合法之要件，如上訴欠缺此一要件，其上訴即非合法，應從程序上予以駁回（此項不合法上訴與上訴逾期之法律效果相同）。則第二審既應從程序上駁回其上訴，而無庸進入實體審理程序，自無為被告指定辯護人為其提起合法上訴或辯護之必要。

肆、拒絕證言權

考題觀摩

【107 台大節錄】…檢察官將甲列為收賄罪之被告，並曾以證人身份傳訊乙，乙雖因自己陳述而有受到刑事追訴之虞，但檢察官卻因過失，疏未依法告知其得拒絕證言，乙具結作證甲收受其 400 萬元現金賄賂之事實。…審判期日，甲之辯護人抗辯乙之上開證詞乃違法取得，不得作為認定甲犯罪事實之依據。試問其抗辯有無理由？本案若由司法警察(官)以證人身份傳詢乙(刑訴§196-1)，情形有無不同？

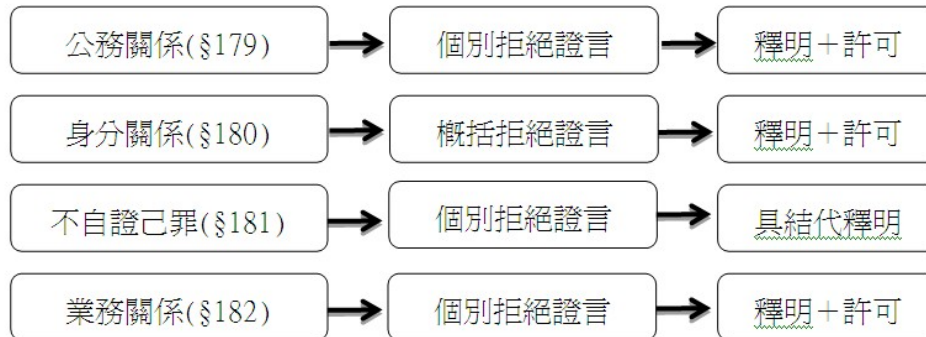
【107 東吳】偵查中，檢察官認甲、乙二人涉有共同貪污罪嫌，惟檢察官訊問證人乙時，疏未告知其有不自證己罪之拒絕證言權；嗣檢察官將甲、乙二人以貪瀆罪起

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

訴，法院得否於被告甲本案中，援引證人乙於偵查中之陳述作為判決基礎？請從實務與學說論述之。

一、拒絕證言之原因及程序



第 180 條身分關係之拒絕證言權，屬「**概括拒絕證言權**」，僅需釋明其身分關係即可，如提出戶籍謄本等，至於其基於何種動機而拒絕證言權，並非所問，法院亦不得介入。但其他之拒絕證言權，並無概括拒絕證言權。**必須針對「個別問題」逐一分別主張拒絕證言權**，且並非一經釋明即生效力，而是必須依第 183 條第 2 項經命令或裁定「**准許**」時始得主張。而關於拒絕證言權原因之說明，**僅在第 181 條不自證己罪情形下**，若令其**釋明原因**，往往等於令其陳述自己或特定身分關係之他人的犯罪，因此，第 183 條第 1 項但書規定「**得以具結以代釋明**」。

二、司法警察(官)詢問證人之問題

第 196 條之 1 規定：「(第 1 項)司法警察官或司法警察因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書通知證人到場詢問。(第 2 項)第 71 條之 1 第 2 項、第 73 條、第 74 條、第 175 條第 2 項第 1 款至第 3 款、第 4 項、第 177 條第 1 項、第 3 項、第 179 條至第 182 條、第 184 條、第 185 條及第 192 條之規定，於前項證人之通知及詢問準用之。」

本條重點在於，司法警察(官)詢問證人時，未準用第 186 條第 1 項命具結之規定。從而，司法警察(官)詢問證人時，不得命證人具結！

再者，亦未準用第 186 條第 2 項關於第 181 條不自證己罪之拒絕證言權告知義務；惟卻仍有準用第 181 條不自證己罪之拒絕證言權。因此，司法警察(官)雖無告知義務，但證人仍享有該拒絕證言權。本條立法上為何如此規定並不清楚，可能為立法疏失。於此，實務見解認(97 台上 2956 決)為，若該證人嗣後成為被告時，基於不自證己罪權利，仍不得使用其先前為之

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

證言為證據。

三、違反告知拒絕證言權之法律效果

現行法上固有上開四種拒絕證言之原因，但有要求事先告知得行使拒絕證言規定者，僅身份關係之拒絕證言(第 185 條第 2 項)及不自證己罪之拒絕證言(第 186 條第 2 項)。

目前實務認為，若因漏未告知，該證人因而嗣後成為被告時，對該嗣後成為被告之人案件中，不得作為證據(學理又稱權利領域理論)；至於其他共同被告，有認為不生任何影響(權利領域理論之觀點)，有認為應依 158 條之 4 權衡之(96 台上 1043 決)。

貫徹權利領域理論者，如最高法院 98 年度台上字 3331 判決：「**惟證人得拒絕證言及法院（或檢察官）告知義務之規定，係為保護證人而設，非在保護被告，故得拒絕證言屬於證人之權利，非當事人之被告所得主張。因之，法院（或檢察官）違反告知義務所生之法律效果，僅及於證人，不及於被告。則該證言對訴訟當事人之被告而言，仍具證據能力，至於證明力如何，應由法院依合理之心證而為判斷。**」

伍、國外警詢及傳聞證據

考題觀摩

【107 政大節錄】甲為謀暴利，竟藏匿安非他命一批於漁船內，欲走私至日本。進入日本海域後，被日本海上保安廳船隻發現後要求停船，甲驚慌之下，將數大袋物品丟入海中…通知我國海巡署派員將甲帶回台灣偵辦。後甲遭起訴，審判中，以下所述之資料是否有證據能力？…3. 當時在日本海上保安廳船隻上執勤之日人丙，於日本警察調查時，指證該丟置海中之數個大袋子均係由甲之漁船拋入海中。

境外司法警察(官)訊問取得之警詢筆錄，依第 159 條第 1 項規定屬於傳聞證據無疑。是否具備傳聞例外，則為爭論所在，尤其是該外國司法警察(官)，是否為第 159 條之 3 所稱之司法警察(官)？

在最著名的杜氏兄弟死刑案上，最高法院(101 台上 900 決)針對中國公安警詢筆錄曾認為，依兩岸共打協議，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。**…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**

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

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」。

過幾年後，最高法院(104 台上 2479 決)又針對日本海上保安廳(具有司法警察官身份)所為之調查筆錄，認為第 159 條之 3 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。

以上兩則僅為標竿裁判，其餘肯否見解猶如過江之鯽，有鑒於各庭見解不一，最高法院 107 年度第 1 次刑事庭會議遂決議採肯定說(乙說)。

【最高法案 107 年度第 1 次刑事庭會議決議】

院長提議：

除經立法院審議之司法互助協定(協議)另有規定者外^{註5}，被告以外之人在外國警察機關警員詢問時所為陳述，能否依刑事訴訟法傳聞例外相關規定，判斷有無證據能力？

乙說：肯定說

一、被告以外之人於我國司法警察官或司法警察調查時所為之陳述經載明於筆錄，係司法警察機關針對具體個案之調查作為，不具例行性之要件，亦難期待有高度之信用性，非屬刑事訴訟法第 159 條之 4 所定之特信性文書。司法警察官、司法警察調查被告以外之人之警詢筆錄，其證據能力之有無，應依刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 所定傳聞法則例外之要件為判斷。

二、刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 警詢筆錄，因法律明文規定原則上為無證據能力，必於符合條文所定之要件，始例外承認得為證據，故被告以外之人除有同法第 159 條之 3 所列供述不能之情形，必須於審判中到庭具結陳述，並接受被告之詰問，而於符合(一)審判中之陳述與審判外警詢陳述不符，及(二)審判外之陳述具有「相對可信性」與「必要性」等要件時，該審判外警詢陳述始例外承認其得為證據。於此，被告之詰問權已受保障，而且，此之警詢筆錄亦非祇要審判中一經被告詰問，即有證據能力。至第 159 條之 3，係為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，於本條所列各款被告以外之人於審判中不能供述之情形，例外承認該等審判外警詢陳述為有證據能力。此等例外，既以犧牲被告之反對詰問權，除應審究該審判外之陳述是否具有「絕對可信性」及「必要性」二要件外，關於不能供述之原因，自應以非可歸責於國家機關之事由所造成者，始有其適用，以確保被告之反對詰問權。

三、在體例上，我國傳聞法則之例外，除特信性文書(刑事訴訟法第 159 條之 4)及傳聞之同意(刑事訴訟法第 159 條之 5)外，係視被告以外之人在何人面前所為之陳述，而就其例外之要件設不同之規定(刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之

^{註5}目前我國僅與「美國」、「菲律賓」、「南非」三國有此經立法院「審議」之司法互助協定。因此，論者有認為，如涉及此三國之警詢筆錄，即屬第 159 條第 1 項「除法律有規定者外」。參閱 朱石炎，〈略論非被告境外警詢之證據能力—對於 107.1.23 決議之回響〉，《司法周刊》，107 年 3 月 23 日。

3)。此與日本刑訴法第 321 條第 1 項分別就法官（第 1 款）、檢察官（第 2 款）與其他之人（第 3 款）規定不同程度的傳聞例外之要件不同。因是，依我國法之規定，被告以外之人於審判外向（一）法官、（二）檢察官、（三）檢察事務官、司法警察官或司法警察等三種類型以外之人（即所謂第四類型之人）所為之陳述，即無直接適用第 159 條之 1 至第 159 條之 3 規定之可能。惟被告以外之人在域外所為之警詢陳述，性質上與我國警詢筆錄雷同，同屬傳聞證據，在法秩序上宜為同一之規範，為相同之處理。若法律就其中之一未設規範，自應援引類似規定，加以適用，始能適合社會通念。在被告詰問權應受保障之前提下，被告以外之人在域外所為之警詢陳述，應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 等規定，據以定其證據能力之有無。

四、本院 102 年度第 13 次刑事庭會議已決議基於法之續造、舉輕明重法理，被告以外之人於檢察官偵查中非以證人身分、未經具結之陳述，得類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2 或第 159 條之 3 規定，定其有無證據能力，已有類推適用傳聞例外之先例。

此決議列有三說供決議，其中丙說乃學理提出的詰問權具體檢驗四大法則，即義務法則、歸責法則、防禦法則及佐證法則，此四大法則也曾出現在最高法院 105 年度台上字 757 號判決。可惜的是丙說並未在決議中被採納。但讀者們考試時時間允許情況下，請一定要附帶提到丙說。尤其，縱使決議所採取之乙說，仍附帶了「自應以非可歸責於國家機關之事由所造成者，始有其適用…」、「在被告詰問權應受保障之前提下…」。

因此，如何符合保障被告詰問權此一前提，而允許類推適用？此四大法則之檢驗，在具體個案中仍是不可欠缺且具有可操作性！

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！