

## 刑事訴訟法篇

主筆人 | 科律師

## 壹、前言

寒假期間的法研所考試，基本上可以視為當年司律考試的前哨戰，可以藉由法研所的考題了解教授們關心的議題，哪些考點具有重要性；本文將透過整理 111 年各校法研所刑法組「刑事訴訟法」考科題目，分析考情及重要考點，並解析相關重要實務判決，考生可以透過此份解析，在學習刑事訴訟法的過程中，掌握熱門考點，並聚焦於重點章節。

## 貳、法研所考點及國考考情分析

## 一、法研所考點整理

今年（111 年）各校法研所刑事訴訟法考題整理如下表：

學校	考題	爭點
台大	第一題	全程連續錄音、搜索雲端硬碟、沒收程序
	第二題	拘提、附帶搜索、數位證據
政大	第一題	沒收、上訴
	第二題	非任意性自白、通訊監察
台北大	第一題	犯罪挑唆
	第二題	撤銷緩起訴
	第三題	一部上訴
東吳	第一題	GPS 偵查、搜索扣押、通訊監察
	第二題	交付審判
	第三題	國民法官法、最佳證據原則
中正	第一題	訊問、羈押、證據
	第二題	通訊監察、身體處分、鑑定報告

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

另外我們將將刑事訴訟法切割成各種主題，可以看出今年法研所在各個主題之分布<sup>1</sup>：

主題	題數
強制處分	6 <sup>2</sup>
證據	6 <sup>3</sup>
偵查	3 <sup>4</sup>
救濟程序	2 <sup>5</sup>
沒收程序	2 <sup>6</sup>
國民法官法	1 <sup>7</sup>

## 二、國考考情分析

透過上開的整理，我們可以析論出以下重點：

### (一) 考點不再集中在傳統強制處分及證據：

過去在刑事訴訟法的出題上，強制處分跟證據的確佔據了吃重的比分，即便強制處分及證據在本次法研所的考題中，仍屬於命題重點，但已經脫離過去傳統強制處分類型，轉而是新型態強制處分及證據之相關問題，包含通訊監察、數位證據等新穎考點，考驗同學是否有涉獵最新興爭議；我們也可以觀察到：老師們也開始著重於考生對於審判其他部分的熟悉度，尤其是偵查、救濟程序也是老師逐漸著重的命題熱點。由此可見，除了強制處分及證據是必須重視的部分以外，其他程序出題比重也逐漸增加。

### (二) 新修法將成為熱門考區

2021年5月刑事訴訟法第348條有關一部上訴的修法，今年在法研所考試中也成為考題，可見考生們不得不注意修法最新動態；近幾年來第三人沒收參與程序的施行，也是實務及學說高度關注的議題，在國考和研究所的更是常常出現考題。

國民法官法將於112年上路，考選部也將國民法官法納入今年司律考試的考綱中，本次法研所也看到了國民法官法納入考題，在近期國民法官模擬法庭的運作中，有關刺激性證據的調查與提示，是討論的重點之一，過去國民法官法的相關考題非常少，可以透過本次考題探知老師關心的重點。

<sup>1</sup> 有些考題不止有一個考點，所以會在不同主題重複計算

<sup>2</sup> 分別為：台大一、台大二、政大二、東吳一、中正一、中正二

<sup>3</sup> 分別為：台大一、台大二、政大二、台北大一、東吳一、東吳三、中正一、中正二

<sup>4</sup> 分別為：台北大一、台北大二、東吳一、東吳二

<sup>5</sup> 分別為：台大二、台北大三

<sup>6</sup> 分別為：台大一、政大一

<sup>7</sup> 分別為：東吳三

### (三) 實務見解的重要性

今年的法研所考題也可看出實務見解作為出題的內容，除了近期最高法院大法庭裁定，最高法院具有參考價值刑事判決，也屬於本次法研所出題內容，可見法研所除了老師所撰寫之文章以外，同時也考驗考生對於實務見解的熟悉度，隨著國考趨勢要求考生寫出實務、學說及個人見解，不但要對實務見解有一定的掌握，也要針對實務見解提出學說及個人意見，此時法研所考題的練習，就是國考前暖身的好機會。

## 參、重要實務見解

### (一) 犯罪挑唆：最高法院 109 年度台上字第 4604 號刑事判決

#### 1. 判決內容節錄：

所謂「誘捕偵查」，指國家機關之偵查人員基於犯罪偵查之目的，自己或利用線民以挑唆或配合他人犯罪之方式進行偵查，在犯罪結果未發生前或發生後立即予以逮捕之謂。如行為人原不具犯罪之故意，係因有偵查犯罪權限之人員設計教唆，始萌生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為，此項犯意誘發型之誘捕偵查，因係偵查犯罪之人員以引誘、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，因嚴重違反刑罰預防目的及正當法律程序原則，此種以不正當手段入人於罪，縱其目的在於查緝犯罪，但其手段顯然違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，自當予以禁止，而因此等違反法定程序所取得之證據資料，不具有證據能力。然若在原已犯罪或具有犯罪故意之人，以設計引誘之方式，佯與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，再加以逮捕、偵辦者，乃刑事偵查技術上所謂「釣魚」，此種機會提供型之誘捕行為，屬偵查犯罪技巧之範疇，因無故意入人於罪之教唆犯意，亦不具使人發生犯罪決意之行為，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有其必要性，故依該方式所蒐集之證據資料，原則上非無證據能力。至於如何區分兩者，應由法院於個案審理中，就行為人是否存有犯罪嫌疑（例如偵查機關是否已對行為人之犯罪嫌疑展開調查，或是因該次誘捕行為才得知行為人之犯罪嫌疑）、行為人是否已顯露其之犯罪傾向（例如行為人是否有相關犯罪前科而為偵查機關所知悉）、誘捕偵查之方式及強度，是否對行為人造成過當壓力而促使其犯罪（例如誘餌的重覆性、時間久暫性、犯罪能否獲得鉅額利潤等）、行為人最終之犯罪結果與誘捕偵查之範圍間是否相當（例如實際查扣之違禁物是否超過原餌訂購之數量）、行為人依誘捕約定完成犯罪之時地密接性等，予以綜合審酌判斷之。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

2. 判決分析：

本判決在區分犯意誘發型之誘捕偵查及機會提供型之誘捕偵查，提出了與過往不同的判準；過去實務大多採用「主觀標準說」，以行為人原先有無主觀犯意作為誘捕偵查合法與否之區別標準，作為區分標準，學說上有批評此標準僅以被告主觀犯意作為認定流於恣意，更有如何認定「犯意何時產生」的認定爭議<sup>8</sup>，本判決依「主客觀綜合說<sup>9</sup>」作為區分標準，不以主觀犯意為單一判斷因素，而是加上客觀事由綜合審查，台北大第一題就以這個判決作為題目內容。

(二) 數位證據：最高法院 107 年台上字第 3724 號刑事判決

1. 判決內容節錄：

我國社會隨著電腦資訊及網際網路科技之快速發展，利用電腦、網路犯罪已屬常態，而對此形態之犯罪，相關數位證據之蒐集、處理及如何因應，已屬重要課題。一般而言，數位證據具無限複製性、複製具無差異性、增刪修改具無痕跡性、製作人員不易確定性、內容非屬人類感官可直接理解（即須透過電腦設備呈現內容）。因有上開特性，**數位證據之複製品與原件具真實性及同一性，有相同之效果，惟複製過程仍屬人為操作，且因複製之無差異性與無痕跡性，不能免於作偽、變造，原則上欲以之證明某待證事項，須提出原件供調查，或雖提出複製品，當事人不爭執或經與原件核對證明相符者，得作為證據**。然如原件滅失或提出困難，當事人對複製品之真實性有爭執時，非當然排除其證據能力。此時法院應審查證據取得之過程是否合法（即通過「證據使用禁止」之要求），及勘驗或鑑定複製品，苟未經過人為作偽、變造，該複製品即係原件內容之重現，並未摻雜任何人之作用，致影響內容所顯現之真實性，如經合法調查，自有證據能力。至於能否藉由該複製品，證明確有與其具備同一性之原件存在，並作為被告有無犯罪事實之判斷依據，則屬證據證明力之問題。

2. 判決分析：

此判決係為數位證據的標竿判決，也是最高法院具參考價值裁判之一，蘇凱平老師曾撰寫文章批評此判決<sup>10</sup>：老師提出本判決沒有明確定義數位證據的原件與複製品，判決內容所稱「數位證據之複製品與原件具真實性及同一性，有相同之效果」，嗣後又指出「原則上欲以之證明某待證事項，須提出原件供調查」，既然認為數位證據與複製品具有相同之效果，卻又限制複製品的證據能力，顯然判決論述有矛盾之處；台大第二題就以此爭議為命題重點。

<sup>8</sup> 林鈺雄，〈國家機關的「仙人跳」？—評五小一大案相關陷害教唆判決〉，《月旦法學雜誌》，第 213 期，頁 232。

<sup>9</sup> 王士帆，最後通牒——誘捕偵查之陷害教唆，《月旦法學教室》，2022 年 4 月，第 234 期，頁 31-34。

<sup>10</sup> 蘇凱平，論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則——最高法院 107 年度台上字第 3724 號等 8 則刑事判決評析，《月旦法學雜誌》，第 311 期，2021 年 4 月，頁 71-96。

(三) 本案不得上訴第三審法院之案件，參與沒收程序之第三人，對於第二審法院初次沒收其財產—最高法院 108 年台抗字第 1585 號刑事裁定

1. 判決內容節錄：

(1) 司法院釋字第 725 號解釋敘載「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件，即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。本院釋字第 177 號及第 185 號解釋應予補充。」已就大法官釋字之效力起點詳為解釋。依上開解釋意旨，自不得就大法官釋字所為解釋予以任意之擴張範圍，尤以現行法已有相關之規定時，依司法院釋字第 371 號解釋，法官對於審理之具體個案，仍應依現行法之規定而為適用，縱若認現行法之規定，存有牴觸憲法疑義，亦祇能裁定停止訴訟程序，而聲請大法官為解釋，不能任意以與解釋意旨相同之法理為由，認現行法之規定不符合解釋意旨，而不予適用。

刑事訴訟程序中，財產可能被沒收之第三人，依刑事訴訟法第 455 條之 28 規定，參與沒收程序之審判、上訴及抗告，除第七編之二沒收特別程序有特別規定外，準用第二編第一章第三節、第三編及第四編之規定。依其立法理由明載：「二、本法第二編第一章第三節審判、第三編上訴及第四編抗告之規定，除本編有特別規定外，關於審判期日之進行方式、宣示判決之規定、上訴程序及抗告等均應予準用」，可知上訴程序及抗告均在準用之列。自應認關於在第二審判決中，被諭知沒收之第三人，其提起第三審上訴，現行法已有明文規定準據（本院 107 年度台非字第 18 號判決之法律見解參照）。

(2) 關於提起上訴之限制，屬立法形成之範圍：

司法院釋字第 396 號、第 442 號、第 512 號、第 574 號、第 639 號及第 665 號解釋意旨，均已明揭有關訴訟救濟所應遵循之審級、程序及相關要件，係由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能，及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定，屬立法形成之範圍。而審酌司法院釋字第 752 號解釋，係就本案刑事被告初次受有罪判決，是否得上訴第三審而為解釋，該解釋之範圍，未及於第三人參與沒收程序之救濟。另外，具有內國法效之公民與政治權利國際公約第 14 條第 5 項規定：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。」歐洲人權公約第七議定書第 2 條第 1 項規定：「被法庭判決為犯有刑罰罪的任何一人，均有權要求上一級法院對判決或判刑進行複審。本權利的行使，包括其行使的依據，將受到法律管轄。」上開請求上級法院覆判之權利，既明白顯示乃針對本案被告「有罪判決」及「所科刑罰」之情形而規範，依「明示其一，排斥其他」之法律原則，自不及於對第三人財產干預之沒收。

版權所有，重製必究！

- (3) 從第三人參與沒收制度之進一步探討：
- 關於第三人參與沒收之相關程序，刑事訴訟法第 455 條之 27 第 2 項規定，參與人提起第二審上訴時，除有該條但書（非因過失，未於原審表示意見、聲請調查證據；其他上訴權人提起第二審上訴；有 420 條第 1 項第 1 款、第 2 款、第 4 款或第 5 款）之情形外，為避免裁判矛盾或訴訟延滯，參與人提起第二審上訴時，不得就原審認定犯罪事實與沒收其財產相關部分再行爭執，可見對於第三人提起第二審上訴，已有明文限制，而關於第三審上訴，別無特別例外之規定；其中，同法第 455 條之 29 以下，關於第三人非因過失未參與沒收程序，而聲請撤銷沒收確定判決程序，依同法第 455 條之 32 第 4 項規定，即應準用同法第四編（抗告）程序之規定。於是，在現行規定之下，第三人沒收之特別程序，是否得「獨立」提起第三審上訴，所涉及之範圍、層面，實不只本案類型一端，而關係到第三人沒收程序整體法律制度之建立，益難逕認現行準用之規定為違憲。
- (4) 綜上所述，關於刑事被告本案不得上訴第三審法院之案件，參與沒收程序之第三人，對於第二審法院初次沒收其財產之判決，於現行規定法制下，不得向本院提起第三審上訴。

## 2. 判決分析：

針對本案不得上訴第三審法院之案件，參與沒收程序之第三人，對於第二審法院初次沒收其財產，得否提起上訴？實務見解採否定說，認定法院釋字第 752 號解釋範圍並不及於第三人沒收部分，而認定沒參與第三人不得向三審提起上訴。

惟另有認為，基於有權利即有救濟的原則，沒收以公權力剝奪人民財產，為干預人民財產權之刑事處分，本於釋字第 752 號解釋相同之法理，第三人如非因過失，第二審初次參與沒收程序，並經二審法院初次判決沒收其財產，即使刑事本案不得上訴三審，亦應容許第三人針對沒收判決提起第三審上訴，以資救濟；刑事訴訟法第 455 條之 28 關於沒收程序之上訴，既規定「準用」第三編上訴之規定，自不能全盤適用，雖被告本案為刑事訴訟法第 376 條規定案件不得上訴第三審，但就二審初次被沒收的第三人，賦予其上訴第三審之權利，才符合保護人民訴訟權之意旨<sup>11</sup>。本爭議在今年政大法研第一題考出來，考驗考生除了熟悉實務見解，更要提出學說及個人見解的論述，才能使解答層次更加提升。

## 【高點法律專班】

<sup>11</sup> 吳燦，不得上訴第三審案件與第三人沒收之上訴，裁判時報，第 83 期，2019 年 5 月，頁 12-19。

#### (四) GPS 偵查是否合法？ — 最高法院 106 台上字第 3788 號刑事判決

##### 1. 判決內容節錄：

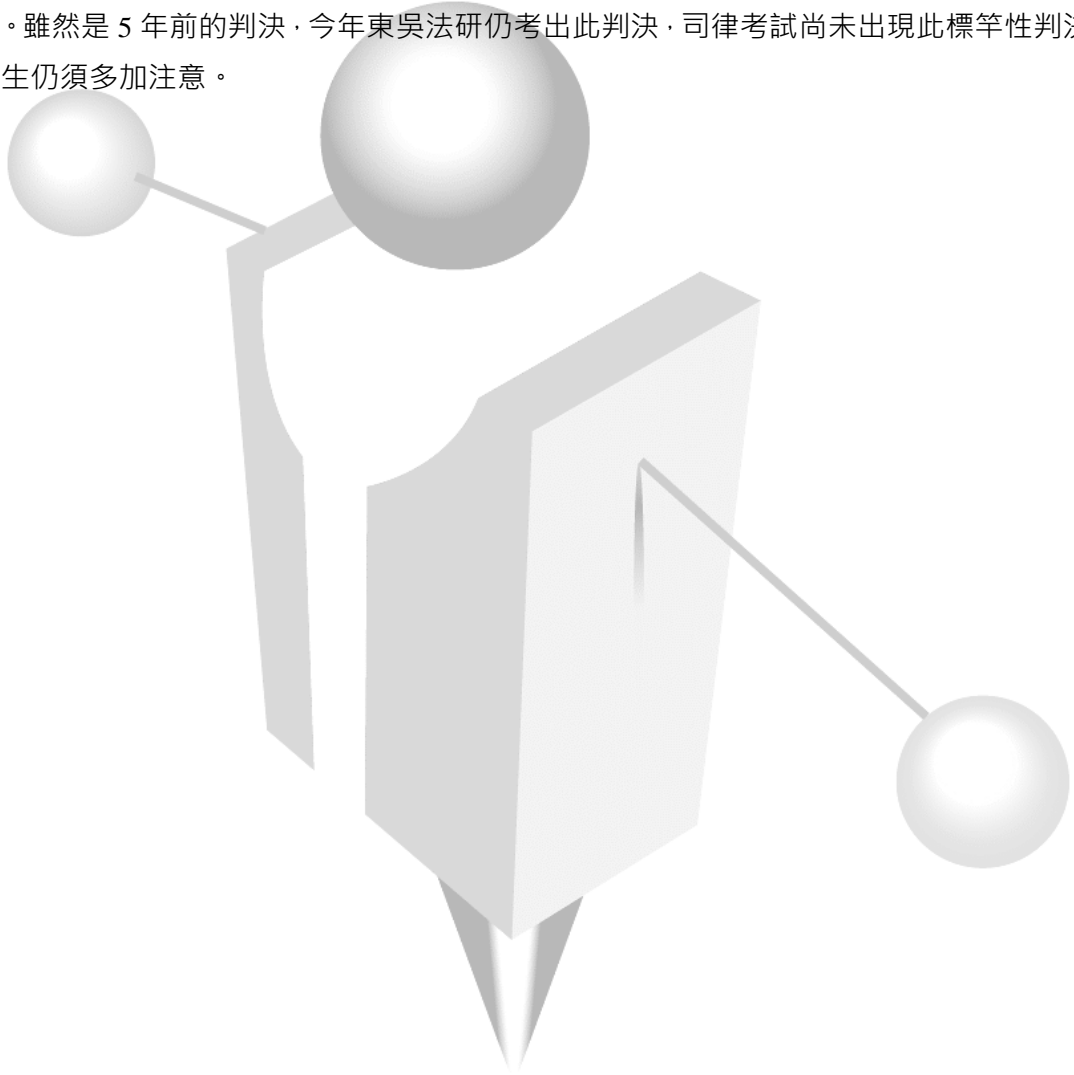
偵查係指偵查機關知有犯罪嫌疑而開始調查，以發現及確定犯罪嫌疑人，並蒐集及保全犯罪證據之刑事程序。而偵查既屬訴訟程序之一環，即須依照法律規定行之。又偵查機關所實施之偵查方法，固有「任意偵查」與「強制偵查」之分，其界限在於偵查手段是否有實質侵害或危害個人權利或利益之處分而定。倘有壓制或違反個人之意思，而侵害憲法所保障重要之法律利益時，即屬「強制偵查」，不以使用有形之強制力者為限，亦即縱使無使用有形之強制手段，仍可能實質侵害或危害他人之權利或利益，而屬於強制偵查。又依強制處分法定原則，強制偵查必須現行法律有明文規定者，始得為之，倘若法無明文，自不得假借偵查之名，而行侵權之實。查偵查機關非法安裝 GPS 追蹤器於他人車上，已違反他人意思，而屬於藉由公權力侵害私領域之偵查，且因必然持續而全面地掌握車輛使用人之行蹤，明顯已侵害憲法所保障之隱私權，自該當於「強制偵查」，故而倘無法律依據，自屬違法而不被允許。又刑事訴訟法第 228 條第 1 項前段、第 230 條第 2 項、第 231 條第 2 項及海岸巡防法第 10 條第 1 項、第 2 項、第 3 項之規定，僅係有關偵查之發動及巡防機關人員執行犯罪調查職務時，視同刑事訴訟法第 231 條司法警察（官）之規定，自不得作為裝設 GPS 追蹤器偵查手段之法源依據。

##### 2. 判決分析：

最高法院 106 台上字第 3788 號刑事判決不但在實體法上做出關於刑法第 315 條之 1 妨害秘密罪「非公開活動」重要性的見解；在訴訟法上亦揭示 GPS 偵查並無法律授權而違法，薛智仁老師也曾撰寫文章<sup>12</sup>評論此判決，討論 GPS 偵查的法律依據：警察職權行使法「預防犯罪或蒐集證據」而設，不足以作為干預之授權依據；GPS 定位是透過衛星定位系統而傳輸之訊號，並非當事人與他人的通訊內容，純粹僅有位置所在傳輸訊號，即使涉及通訊設備之使用，亦無涉及通訊者之意思或想法，故只是由機器設備按照程式設定或預設指令所傳送訊號，並沒有通訊內容可言，非通保法第 3 條規範之對象；搜索在我國刑事訴訟法之規範下，僅以實際侵入有形空間取得有形物為限，並不包括以無線電或衛星傳輸等之無形體之資訊，亦不得以搜索為依據；也不得依刑事訴訟法第 231 第 2 項解釋為作用法上的授權規定，該條對於調查手段的種類、時間與程序等皆無明文，也絕對不符合明確性原則；另依個資法第 15 條：「公務機關對個人資料之集或處理，除第一項所規定資料外，應有特定目的，並符合下列情形之一者：一、執行法定職務必要範圍內。二、經當事人同意。三、對當人權益無侵害。」其「特定目的」和「執行法定職務必要範圍內」要件過於抽象，恐

<sup>12</sup> 薛智仁，GPS 跟監、隱私權與刑事法 - 評最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決，月旦裁判時報，第 70 期，2018 年 4 月，頁 42-60。

怕難以有效限制警察權限。再者該條款也欠缺任何程序規範，關於個人資料蒐集的期間、所得使用的機關等重要事項，完全付之闕如，顯然不符合法律明確性，故解釋上不應認為個資法第 15 條得作為授權規定。GPS 偵查目前似無法歸類於上開任何一種強制處分類型之內，基於法律保留原則，應速就有關 GPS 追蹤器使用之要件及事後之救濟措施立法加以規範。雖然是 5 年前的判決，今年東吳法研仍考出此判決，司律考試尚未出現此標竿性判決，考生仍須多加注意。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！