

## 以法研所考題看 112 年國考趨勢—刑事訴訟法篇

編目 | 刑事訴訟法

主筆人 | 金大可

### 壹、前言

就考試準備來說，一般會認為研究所是老師針對自己主要體現在文章的研究興趣命題，除基本概念以外更旨在測驗學生是否能理解、應用該研究重心。而國考相對於研究所，則重視傳統學說爭點與實務見解的操作。

這樣的認知嚴格來說並非錯誤，但是某程度已不合時宜，理由在於近期的實務見解均與學說上關切的重點密切貼合。傳統上被認為無深入論理的實務見解，近期也逐漸朝向學說邁進，以近期「最高法院具參考價值裁判(下稱值參)」為例，111 台上 2056 至少在抽象論述層次承認質問權的保障，並且要求域外取證至少具備「國際人權公約所揭示之最低限度保障」，與學說關注焦點趨近，可為例證。

是以，面對刑事訴訟法的考題，一方面仍應準備傳統爭點，另一方面也要關注近幾年的實務關鍵意見(值參、大法庭、釋憲實務與新法修正等)，更要注意從研究所考試揭示的學說重心。以下，本文將以最新研究所考試的分析，試著與同學分享可能的考點並且提要相關概念，期待能對國考產生一定幫助。

### 貳、強制處分與證據能力

#### 一、訊問相關問題(112 台大第一題)

112 台大第一題考出「告知義務」與訊問證人的「全程錄音錄影」兩大問題。

##### (一) 告知義務

本考點算是實務與學說公認的傳統爭點，複習如下<sup>1</sup>：

1. 法理基礎：其法理基礎在於不自證己罪原則之核心內涵的緘默權，以令被告充分瞭解自己的處境與權利。
2. 要件：在被告地位形成後由國家進行功能上或形式上的犯罪事實相關資訊取得時，應先告知§ 95 I 之內容。
3. 法律效果：倘若未為之，則涉及告知義務的違反。第一個可能是§ 158-2 II，其設有(1) 司法警察、(2) 拘捕到場、(3) § 95 之特定款項等三要件，如無善意 + 任意性例外，則無證據能力；第二個可能是，在不滿足三要件的情況下，回歸適用§ 158-4。於此可以帶出立法上的質疑，一來要件設立並無標準可言，二來過於凸顯善意性，

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<sup>1</sup> 綜合整理自：林鈺雄，刑事訴訟法上冊，9 版，2019 年 9 月，頁 180-191。

也忽視「任意性」並非供述證據無證據能力的唯一理由（本處實則涉及不自證己罪）。

4. 本件簡析：在警察丙向被追趕的甲問話時，丙已經從乙口中得知假的犯罪嫌疑，並且透過逮捕將之表述於外，可認為被告地位形成。此時問話前卻疏未告知上述內容，構成告知義務違反並有§ 158-2 II 適用。

## (二) 證人未全程錄音錄影

按照§ 192 準用§ 100-1 I, II，證人訊問亦有全程錄音錄影規定的適用。傳統在討論「被告」的未錄音錄影時，思路上至少有：

- (1) 適用§ 158-4、
- (2) 法律上推定任意性欠缺且容許檢察官反證推翻、
- (3) 理解為不存在影音故與筆錄邏輯上不相符等三種法律效果。

在此建議可採取(2)之見解，證人的訊問若欠缺任意性，實務與學說亦會認為欠缺證據能力，所以(2)的推定不會淪為空談。至於應採取(2)而非(1)，理由在於規範目的係將之視作擔保任意性的證明規則<sup>2</sup>。至於(3)之見解，學說上認為§ 100-1 II 從文義上明顯是在規定「有錄但不一樣」的情況，「都沒錄」自然難以適用<sup>3</sup>。

## 二、搜索與扣押 (112 政大第二題)

本題涉及有票搜索的範圍認定，以及扣押、逮捕的依據。首先，票載地點為「忠孝路一百號」，可否持該票搜索案門鎖連通的「忠孝路一百零二號」？此在學說上稱為「附連實體空間」，如同雲端硬碟等「附連虛擬空間」均可認為係搜索票所授權之範圍<sup>4</sup>。

其次，扣押毒品應可滿足合法搜索的前提，也具有合理根據。最後，逮捕乙因為屬於通緝犯，偶然發見的通緝犯自然可予以逮捕。

## 三、酒測 (112 北大第二題)

本題詢問抽血酒測所應踐行的程序，明顯在測驗 111 憲判 1 的見解。簡要而言，過去可以按道交條例§ 35 VI「汽機車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第一項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定」，但在判決做成後，該規定「牴觸憲法第 8 條保障人身自由、第 22 條保障身體權及資訊隱私權之意旨...至遲於屆滿 2 年時失其效力」。

而修法前「過渡階段，交通勤務警察就駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施吐氣酒測，

<sup>2</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，9 版，2019 年 9 月，頁 178。

<sup>3</sup> 吳景欽，以連續錄音錄影探討正當法律程序——從 318 學運談偵查的透明性，台灣法學雜誌，286 期，2015 年 12 月，頁 82。

<sup>4</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法實例解析，4 版，2021 年 9 月，頁 200。

認有對其實施血液酒精濃度測試，以檢定其體內酒精濃度值之合理性與必要性時，其強制取證程序之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之。情況急迫時，交通勤務警察得將其先行移由醫療機構實施血液檢測，並應於實施後 24 小時內陳報該管檢察官許可，檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受測試檢定者，得於受檢測後 10 日內，聲請該管法院撤銷之<sup>5</sup>。

同學除交代釋憲實務的見解外，應簡要提及其理由書的內容，若有餘力可說明少數意見的批判。如蔡明誠大法官指出，現場似無不急迫的情況，且實務的量能有限難以負荷，亦可能拖延取證的精準性等<sup>5</sup>。

#### 四、未交通監報告書 ( 112 政大第一題 )

本題有兩段監聽，第一段是對甲 ( 但涉及乙案 )，第二段是對乙 ( 但涉及甲案 )。測驗重點應在於，第一、逾期繳交報告書，且是「沒有製作」的情況，所錄得內容可否作為證據？第二、對甲與乙的兩段監聽分別涉及乙與甲的犯罪事實，有無另案監聽之疑義？第三、如因逾期陳報兒不可作為證據，據此錄得內容而獲得的其他證據 ( 對乙監聽 )，會不會被「毒樹果實」所影響？

##### (一) 逾期陳報爭議

關於第一個問題，大法庭 ( 110 台上大 2943 ) 對於是否適用通保§ 18-1 III，明確區分以下情況<sup>6</sup>：

- ( 1 ) 繳交期限前的內容：合法，未違反義務 ( 此時未遲交 )。
- ( 2 ) 繳交期限後的內容 + 有寫報告但忘記交：違法，但應尊重立法者利益權衡與比例原則予以目的性限縮，蓋既然法官仍有機會案該報告去審查，不應一概排除證據能力<sup>7</sup>。
- ( 3 ) 繳交期限後的內容 + 沒寫報告：此時為通保§ 18-1 III 之規範對象，絕對排除。本件中，應屬此情形，無證據能力。

##### (二) 另案監聽爭議

第二個問題，首先是法條的規定。

§ 18-1 I 另案監聽要件有：( 1 ) 另案；( 2 ) 七日內補行陳報；( 3 ) -a 關聯性或者 ( 3 ) -b 法條所列重罪；李榮耕老師尚認為應有( 4 ) 本案通監合法 ( 此乃解釋上當然；否則本應排除 )。在滿足此四要件時，學說認為即應絕對排除<sup>8</sup>。實務見解確有些許不同意見，如：

<sup>5</sup> 蔡明誠，憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決不同意見書，2022 年 2 月，頁 12-14。

<sup>6</sup> 一個類比：想像你是一名國小老師，學生在作業繳交期限前，必然不是「遲交、未交」，此部分應屬合法；期限後，則會面對學生是有寫但忘記帶來學校交 / 根本沒寫這兩種情況，可想而知後者比較嚴重。

<sup>7</sup> 「執行機關依法院核發之令狀監聽所得資料，原則上應得作為證據使用，倘因執行機關於執行監聽期間違反期中報告義務，即不問違反情節如何，均依通保法第 18 條之 1 第 3 項規定，予以絕對排除其證據能力，將天平之一端全然傾向秘密通訊自由及隱私權之保障，無異全盤否定立法者所為之權衡」。

<sup>8</sup> 李榮耕，另案監聽及其所取得的通訊內容的證據能力——最高法院 107 年度台上字第 2345 號刑事判決，月旦裁判時報，84 期，2019 年 6 月，頁 42-44。

有認為未陳報可由法院按刑訴§ 158-4 權衡，也有認為只要沒陳報即屬應排除者<sup>9</sup>。

其次，是關於本題核心的另案定義。大法庭（110 台上大 5765）認為，根據通保§ 5、11 及通保細則§ 16-1 I，應以「同個對象 + 同個所犯法條」為本案之範圍，應嚴守「一人一票」原則，多數監察對象不得共用一張通訊監察書。是「**縱然通訊監察聲請書內已敘明監聽範圍包括『監察對象之上、下游或共犯等與販運毒品有關之對話』**，惟法院既應依『一人一票』原則核發通訊監察書，則本案監聽之範圍，自不及於原核准進行監聽之『監察對象』以外之人」。

綜上，本題已屬於另案，也未滿足其他要件，他案內容應不可為證據。

### (三) 毒樹果實爭議

此涉及§ 18-1 III 的衍生證據使用亦應禁止之解釋。此為毒樹果實明文規定，本題中可以將前述逾期陳報理解為初次違法取證，其中與第二次合法監聽之間具備因果關係，但中間介入一合法取證行為，此即毒樹果實之情況。按法條文義，本應絕對排除。學說上認為此為矯枉過正之立法，實務見解遂也引毒樹果實理論之例外（稀釋例外、善意例外、假設偵查流程理論等），以目的性限縮本條之射程範圍，學說也有採取此一見解<sup>10</sup>。

筆者個人認為其論理以及目的實屬正確，也妥適地緩和毒樹果實在「貫徹證據使用禁止效力」、「避免一次違法取證癱瘓整個偵查」之間的爭執，不過是否牴觸立法者明示「毫無例外」的決定，而構成對被告訴訟權的違憲干預，也是值得檢討的問題<sup>11</sup>。

## 五、採尿（112 政大第二題）

關於採尿問題，脈絡可在分成以下三點。

1. 向來實務見解：§ 205-2 取尿，應區分為非強制之自願型與強制型。後者包含穿刺與非穿刺型，均為法所允許。自願行應進行告知且滿足正當法律程序；穿刺性的導尿，須「無致犯罪嫌疑人或被告生命危險或嚴重損及健康之虞，且僅得由專業醫師或熟習該技能者，遵循醫術準則，採用醫學上認為相當之方法行之（99 台上 40）」。
- 且「若不符合上揭強制採尿及自願性同意採尿，而取得尿液之情形，為兼顧程序正

<sup>9</sup> 109 台上 3572 論述最為清楚，其認為：另案監聽所得之內容有無證據能力，依通訊保障及監察法（下稱通保法）第 18 條之 1 第 1 項規定，係採「原則排除、例外容許」之立法體例。而其得為證據之要件有二，實質要件係以「重罪列舉原則」（通保法第 5 條第 1 項所列各款之罪），或非屬重罪但「與本案具有關連性之犯罪」（輕罪）者為限，並輔以於發現後 7 日內補行陳報法院審查認可為程序要件。又另案監聽所得之內容，是否符合「重罪列舉原則」或「與本案具有關連性之犯罪」類型，純然為對於通訊內容之判別而已，原不具有審查急迫性，甚至無予先行審查之必要性，即使有逾期或漏未陳報等違背法定程序之情形，受訴法院於審判時，自仍得適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，再行審酌裁量其得否為證據。

要件 (3)、(4) → 通保§ 18-11  
要件 (2) → § 158-4

<sup>10</sup> 李榮耕，通訊保障及監察法：初版，2018 年 2 月，頁 156-160。

<sup>11</sup> 注意，這只是筆者淺見，並非學說見解。

義及發現實體真實，則由法院依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷其證據能力（108 台上 2817 值參）。

2. 學說：並不認同上述實務。本條參照前段，客體限於「外部特徵」，一般認為，解釋上後段之採取尿液並不及於穿刺性身體檢查，僅能始被告喝茶水、走動待其自然解尿。張麗卿老師亦表示，穿刺性此種極大的干預基本權仍需要符合令狀原則，且對照前段非侵入性之樣態可知雖本條文義上無此限制，但仍應認為不及於穿刺性處分<sup>12</sup>。
3. 111 憲判 16：重點有二。第一，用合憲性解釋認為，本條是對於「警察非侵入性採尿」的授權，並無對侵入性採尿授權，理由在於若授權侵入性採尿，明顯違反正當程序。第二，即使是非侵入性採尿，也違反憲法正當法律程序而侵害資訊隱私權、免受身心傷害之身體權（憲§ 22），違憲並且兩年後失效。修法前，「應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之；情況急迫時，得依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液，並應於採尿後 24 小時內陳報該管檢察官許可；檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之」。違憲理由在於：（1）未區分是否有非即時採取尿液；（2）欠缺須經檢察官事後審核監督之機制；（3）受採尿者事後權利救濟途徑等權利保障之程序規定。
4. 本件簡析：按向來見解，或可具證據能力。但按釋憲實務見解，將不滿足程序要件，應適用§ 158-4 予以判斷。

## 六、數位證據、第二審再次調查原始證據之必要（112 台大第二題）

此處要處理的是，第一審調查過監視器影像，第二審是否應再為調查？本題脈絡繁多，要從什麼角度切入均有一定道理。筆者選擇的路徑是，我國第二審係覆審制，原則上應重新為證據調查始可採為審判基礎。而此處的調查，學理上均強調「直接審理原則」下的「實質直接性」，亦即針對待證事實而言直接、原始的證據（相對於間接、替代品）<sup>13</sup>。如果認

<sup>12</sup> 張麗卿，拘捕被告強制導尿之檢討，月旦醫事法報告，66 期，2022 年，頁 42-52。至於由法官、檢察官許可的強制導尿（鑑定許可書）應否容許，德國之通說認為侵犯人性尊嚴，應屬否定；該文則認為重點是要合於比例原則。此外，少數意見指出，「本案系爭規定規範意涵之釐清，乃違憲審查之前提，尚非違憲審查本身，不宜採合憲性解釋方式為之」，或可為違憲審查方法論之補充，引自：蔡宗珍，憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決協同意見書，2022 年 10 月，頁 1。

<sup>13</sup> 與「驗真程序」、「最佳證據原則」等新興議題的區辨，深入論述請參閱：蘇凱平，作為證據法通則的「最佳證據」概念？——評最高法院 109 年度台上字第 1478 號等刑事裁判，台灣法律人，21 期，2023 年 3 月，頁 88-110；氏著，當證據「上鏈」：論區塊鏈科技應用於法庭證據，臺大法學論叢，50 卷 3 期，2021 年 9 月，頁 993-1071；氏著，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，311 期，2021 年 4 月，頁 71-96；氏著，數位證據如何分辨真偽？如何舉證？，月旦法學教室，233 期，2022 年 3 月，頁 20-23；氏著，數位證據之舉證責任與驗真，台灣法律人，8 期，2022 年 2 月，頁 137-150。李榮耕，刑事審判程序中數位證據的證據能力——以傳聞法則及驗真程序為

為本案沒有實質直接性，也無例外容許事由，將欠缺合法調查<sup>14</sup>。

### 參、質問權保障 ( 112 台大第二題 )

對質詰問權之保障，學說上指出，如果未賦予被告至少一次、面對面、全方位對於不利證人質問機會，即屬干預。僅有在滿足義務、歸責、防禦、佐證法則的前提下，始可例外作為審判基礎。此見解在釋 789 已被某程度採納，雖係針對性侵條例的解釋，但學說有指出如此並未不同於過去實務見解，可認為在傳聞法則均有實質影響<sup>15</sup>。其要義在於，應以「整體觀察法」，判斷有無予以「補償衡平」。本件中若採取此種觀點會發現，第一審時被告已經有機會予以詰問，嚴格而論並無干預對質詰問權，在此可認該第一審陳述具有證據能力，是否合法調查尚涉及有無調查之必要，可個案認定。

### 肆、訴訟標的與上訴

#### 一、一部上訴 ( 112 政大第一題 )

本題涉及一個經典的問題，即一部上訴。第一審有審理販毒 ( A )、偽造信用卡 ( B )、行使偽造信用卡 ( C ) 三個罪名。其中後兩者 ( B、C ) 如果均有罪，也具有法條競合關係 ( 補充關係 )，屬於單一刑罰權，B 或 C 的無罪在理由中說明即可。至於與 A 自屬於兩個訴訟標的。第二審中，甲僅針對有罪部分上訴，第三審卻連同無罪部分的 B 一起發回，是否合法？這關係到以下三個問題：

第一，檢察官究竟有無上訴到此部分 ( 如果有的話雖無理由，但亦在審理範圍裡面 )。

第二，如果沒有在檢察官上訴範圍的話，甲是否會因為單一性上訴不可分，而被迫上訴此部分？

第三，如果有上訴此部分，因而在審理範圍內，接著才要處理有無不利變更禁止。當然，如果第一、二層次已經處理妥當，就不用判斷第三個層次了。

主·北大法學論叢·91期·2014年9月·頁169-211；氏著·證據驗真及其監管·台灣法律人·7期·2022年1月·頁79-100。

<sup>14</sup> 不過實務上有以下意見 ( 111 台上 5138 )：

刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項規定，錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類之證物可為證據者，審判長應以適當之設備，顯示聲音、影像、符號或資料，使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認或告以要旨。因自動監視錄影而拍攝儲存於電腦設備之數位檔案，乃全憑機械力拍攝取得，未經人為操作，或伴隨有人之主觀意見在內，自有證據能力。法院如以之為物證，亦即以該自動監視錄影、電腦設備及其內儲存之數位檔案之存在或其外部形態為證據資料，其調查證據之方法，固應依刑事訴訟法第 164 條之規定，提示該自動監視錄影、電腦設備及其內儲存之數位檔案，命被告辨認；如係以該數位檔案之內容畫面作為證據資料，而該等畫面業經檢察官或法院實施勘驗，製成勘驗筆錄，則該筆錄已屬書證，法院調查此項證據，如已依同法第 165 條第 1 項之規定，就該筆錄內容向被告宣讀或告以要旨，即無不合。

<sup>15</sup> 薛智仁·對質詰問權之衡平補償——評司法院釋字第 789 號解釋·台灣法律人·1期·2021年7月·頁125。

簡單而言，第一、二個問題中，涉及§ 348 的變動，過去有單一性不可分與未明示一部視為全部的規定，但其後因為大法庭的作成與修法，以某程度兼採學說意見的可分性準則與刪除視為規定，答題上建議按此脈絡詳為說明。此處僅簡單表列：

舊法	大法庭	新法
<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 法律效果不可分</li> <li>■ 罪刑不可分</li> <li>■ 單一性不可分</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 單一性之限縮</li> <li>可能的單一性範圍內，一二審無罪且僅被告上訴三審時，無罪部分已先行確定，三審與更審不得審判。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 罪刑與法效不可分的一部分破除</li> <li>■ 單一性之限縮幅度更大，及於僅被告上訴的原審非有罪 / 免刑判決</li> </ul>

針對第一問題，檢察官僅針對量刑上訴，理解上是針對刑的一部為之，過去或被認為是「罪刑不可分 + 單一性不可分」，被認為是全部上訴但按新法規定。新法§ 348 III 表示的明示一部上訴，實務上認為，**刑事訴訟法第 348 條第 3 項規定所謂「明示」**，係指上訴人以書狀或言詞直接將其上訴範圍之效果明白意思表示於外而言。是上訴人之上訴書狀倘未依該項及同條第 1 項規定，「明示」對於判決之一部，或明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部提起上訴，致其上訴範圍不明者，第二審法院為確認上訴之範圍，自應就此為闡明或曉諭，以釐清上訴範圍（111 台上 5566）。本件中若可推知檢察官僅針對量刑應無對該部分上訴。

針對第二問題，被告隨然按照舊法時期的實務見解，會被認為是「單一性不可分」而上訴，但按現在的§ 348 II、單一性限縮等理由，上訴範圍不及於此。是以，根本不用考量第三問題。

## 二、不利益變更禁止 ( 112 北大第三題 )

本題主要涉及不利益變更禁止原則的除外規定，即「因原審判決適用法條不當而撤銷」者，將無此原則的適用。此例外規定是否包含總則中競合形態的不同，抑或僅限於刑法分則條文，向來是學說討論的重點。若從學說抽象的論述觀察，既然競合型態改變（接續犯一罪 vs. 三個行為犯三罪的數罪併罰），當屬適用法條不當，不受本原則拘束。實務見解也認為：第一審判決就數罪併罰之案件，依接續犯論以一罪，適用法規有誤，因而撤銷第一審該部分不當之判決，依刑法第 50 條、第 51 條數罪併罰，其適用之法規既有變更，於此情形，自得諭知較重於第一審判決之刑，不受前揭「上訴不利益變更禁止原則」之拘束（106 台上 3352）。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

建議同學可補充關於本條例外規定的學說意見。如，部分見解指出應將例外予以刪除，為保護上訴權自由行使，原則上均應有不利益變更禁止之適用，但例外為維護實體正義，僅交給檢察官來決定是否透過上訴來打破此限制<sup>16</sup>。

### 伍、結語

綜合以上討論，期待同學可以藉此激發複習相關參考書、解題書與(心有餘力的話，)文章的慾望，將不熟悉之處予以補足。代替正經八百的結語，筆者希望能閒談一下兩點建議。第一，國考範圍在客觀上就是很廣，廣到 111 年司律甚至考出實務上至關重要但學理與國考上較為少見的爭點。要如何應對這樣的關卡，僅能朝向機率下手，著重掌握至少有實質理由支持、有命題傾向的部分。第二，雖然有點不合時宜，但是一兩次的準備方向失誤不算什麼。人生可能性有無數多，期待同學都能找到一條可以平衡懶散、工作、娛樂、財富、名聲、哲思...等等錯綜複雜的生活指標的道路。

## 【高點法律專班】

<sup>16</sup> 薛智仁，刑事程序之不利益變更禁止原則——以最高法院判決之變遷為中心，月旦法學雜誌，209 期，2012 年 10 月，頁 133-134。