

從 113 年法研所試題看國考趨勢——刑事訴訟法篇

編目 | 刑事訴訟法

主筆人 | 郭台大 (郭奕賢)

壹、前言

刑事訴訟法在考點上一直都與實務脈動相接，即便是在法研所的考試，也可見到許多有關實務見解的爭議，國家考試更是如此。因此，就司律的刑事訴訟法準備而言，除基本功要扎實之外，對於實務見解的變動（包含憲法判決、修法），也應要有所掌握，才不會在考場上被突襲。

貳、考點分析

一、一部上訴問題（113 年台大第 1 題）：

（一）爭議問題

一部上訴可以說是非常有可能考的考點，因為其集近期修法、司法政策、實務爭議以及第二審結構等爭議於一身，可以說是非常重要。一部上訴的規定可見於刑事訴訟法第 348 條：「I 上訴得對於判決之一部為之。II 對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。III 上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」。

一部上訴本身的規範目的，在於當事人的利益保障，藉由上訴範圍的限制，避免上級法院改判之風險，同時也能藉此聚焦審理重點，達到訴訟經濟的功能，避免訴訟重心往第二審偏移¹。而可不可以一部上訴，要以可分性基準為斷，即正面而言是否可分別審理？以及反面而言審理結果有沒有可能出現矛盾結果²？如果可以分別審理，結果又不會出現矛盾之虞，這時就是符合可分性基準，當可依第 348 條第 1 項提起一部上訴。

針對刑之一部上訴即屬適例，若是依照可分性基準來看，我們應該可以想像量刑可以在不更動罪名的前提下為之（正面），而量刑之結果無論是高還是低，只要在刑度範圍當中認定，也不會與論罪部分產生衝突（反面），因此針對刑之部分，當可為一部上訴。

就這點而言，我們也可以在第 348 條第 3 項看見立法者的明文規定，即一部上訴得明示就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。不過就是這一點，引起不少爭議。

實務上的爭議是這樣：甲一審時因提供帳戶而成立詐欺罪之幫助犯，受害者共計 8 人（A 事實），受有罪判決後，檢察官認為量刑過輕，而僅針對科刑部分提起一部上訴。其後，第二審法院審理時卻發現，受詐騙之人，尚有其他 12 名被害人（B 事實）。檢察官此

¹ 林鈺雄（2023），刑事訴訟法（下冊），12 版，頁 382-383。

² 林鈺雄（2023），刑事訴訟法實例解析，6 版，頁 381-382。

時若函請併辦該犯罪事實，並指出 A 事實與 B 事實間具備想像競合之裁判上一罪關係，請求一併審判之，則法院此時應如何處理？

1. 第 348 條第 3 項的立法理由、原本的實務見解³、吳燦法官⁴：

第 3 項是第 2 項本文的例外，倘若當事人僅明示就法律效果為一部上訴者，則論罪部分即「不在上訴審之審判範圍內，當無再另外適用第 348 條第 2 項本文之餘地，否則即屬未受請求事項予以判決之違法。

依此，本案的論罪部分既然沒有上訴，那麼就算後來發現事實認定有問題，也不在我們審理的範圍內，第二審自然不能審理，否則就是訴外裁判。

2. 大法庭裁定⁵、林鈺雄老師⁶：

相較於前述見解，大法庭則是明白指出，第 348 條第 1 項及第 3 項其實說的東西都是一樣的，都是指當事人得提起一部上訴，只不過兩者指涉的範圍有別。因此，不管是第 1 項或是第 3 項，都要受到第 2 項本文的拘束，只要有關係的部分，該部分就會視為亦已上訴。所以在本案來說，由於原審認定的事實有誤，這點將會牽動科刑，所以就科刑所為的一部上訴，在本案論罪部分也會視為一部上訴。

林鈺雄老師同樣指出，第 348 條第 3 項是第 1 項的例示規定而已，最終在判斷上仍以可分性基準為依歸，兩者都受到第 348 條第 2 項本文之拘束才是。因此，倘若僅就科刑部分上訴，而論罪部分認為有明顯錯誤時，當可該論罪部分即屬有關係之部分，例外一同上訴之。只不過，林鈺雄老師也特別指出，雖然這樣的說法有其論據，但這是例外情形，應從嚴適用，大法庭臚列各種能夠例外視為一同上訴的名目，有過度擴張的嫌疑。

(二) 考題解析

就 113 台大第 1 題而言⁷，題目說第二審法院認定雙方當事人僅就刑為一部上訴，但其後卻遭到甲主張第二審法院未重新審理被告是否犯罪，有已受請求事項未予判決之違法，這時上訴範圍就是重點。原本的實務見解會認為，既然已認刑之一部上訴，論罪部分不在審理範圍中，當然不可審理，但若是於大法庭裁定之後，由於大法庭將可以由刑之一部上

【高點法律專班】

³ 如最高法院 111 年台上字第 4409 號判決、臺灣高等法院 111 年刑事類法律座談會第 22 號提案。

⁴ 吳燦 (2023)，簡易判決與科刑一部上訴，月旦法學教室，252 期，頁 24-25；吳燦 (2023)，刑與罪一部上訴之審理，月旦法學教室，246 期，頁 15。

⁵ 最高法院 112 年台上大字第 991 號裁定。

⁶ 林鈺雄 (2024)，同一案件之一部上訴與有關係部分——最高法院 112 年台上大字第 991 號刑事裁定，月旦實務選評，4 卷，3 期，頁 118-127。

⁷ 本題由於題目是寫法院認定僅就原判決之刑上訴，以及甲主張第二審法院有告而不理的情形，所以從一部上訴的角度解析。而另外一種解法則是認為由於甲在上訴理由無法說是完全明示針對量刑上訴，實務見解認為，為了被告利益考量，應認定為全部提起上訴，這時問題就會變成被告對論罪部分欠缺理由，上訴連理由都沒有的狀況，應由法院先命其補正，不得逕予判決駁回。

訴擴及論罪之情形極度擴張⁸，故應會認為，基於被告利益關係事項，論罪部分（成立放火還是失火？）也視為一併上訴，法院對之未有審理，自然是受請求之事項未予審理之情形。

二、辯護權（113 政大第 1 題）

（一）爭議問題：

辯護權也是近來很夯的考點，原因可能與憲法判決有關，包含 111 年憲判字第 7 號的筆記權案，以及 112 年憲判字第 9 號的搜索律師事務所案，都是非常重要的憲法判決。

就辯護權來說，重點有幾個，第一是被告基於憲法第 8 條正當法律程序原則及第 16 條訴訟權之保障，應享有受實質有效協助及辯護的權利，而辯護人為了達到使被告受實質有效協助及辯護之權利，本身也是由此延伸的憲法上辯護權主體。第二是，被告受此等有效協助及辯護之權利，應擴張至偵查中（111 憲判 7），其中的與辯護人自由溝通權利，更是及於潛在犯罪嫌疑人者，即為了未來可能受刑事追訴而作準備之人（112 憲判 9）。第三是這種憲法上的權利保障，至少包含有選任辯護權、在場權、筆記權、陳述意見權（111 憲判 7），以及自由溝通權（112 憲判 9）。第四是基於有權利有救濟之憲法核心原則，若權利受到干預，應得提起救濟，以 111 憲判 7 為例，受干預之被告或辯護人，即得準用第 416 條提起準抗告。

（二）考題解析：

113 政大第 1 題問了兩個小題，都是與辯護權有關，第一個是「因可能受刑事追訴而尋求律師協助之人遭到另案監聽之內容可否採為證據」，第二個則是辯護行為以及實質有效辯護的問題。

就第 1 小題而言，甲雖然還沒受到刑事偵查，連犯嫌都不是，但由於其找上 L 是為了諮詢有關其後可能受到刑事追訴之事，故甲這時屬於潛在的犯罪嫌疑人，依照 112 憲判字第 9 號來看，甲與 L 之間的自由溝通權，受到憲法保障。

此時，檢警掛線監聽的對象是 L，只不過碰巧聽到 L 與甲的對話，依照大法庭裁定之意旨⁹，由於對象不同（這時候是甲不是 L），所以屬於另案監聽。依照通訊保障及監察法第 18 條之 1 第 1 項之規定，想要用這份內容，原則上是不可以的，例外於 7 日內陳報後，於法院審查認可該案件與實施通訊監察案件有關，或屬於重罪者才可以使用。題目沒有提到陳報的問題，考點可能不在這，而是這種合法取證而得的證據，在侵害被告與辯護人間自由溝通權之情形下，可不可以用？由於被告與辯護人之間的自由溝通權是被告訴訟上防禦權非常重要之一環，基於基本權保障及比例原則等原因，應認有自主性證據禁止之情形，故而該監聽內容是不具證據能力的，由此延伸的譯文基於同一理由，也應不具證據能力才是。

⁸ 論罪錯誤、認事錯誤都算，甚至有概括條款：對被告之正當權益有重大關係之事項。

⁹ 最高法院 110 年度台上大字第 5765 號裁定。

第二小題則是問了辯護行為，這時宜從憲法高度說明被告受實質有效協助及辯護之權利，而後便可延伸到 T 的辯護行為是「非實質有效辯護」，包含其於準備程序不具正當理由未到庭、審判期日時遲至調查證據完畢才到庭以及辯論時僅表示書狀內都以申明等行徑，後來甲也被判處重刑，符合行為瑕疵以及結果不利之認定，T 的辯護行為因此是有問題的，其形同未到庭辯護，因此 T 之辯護行為應不合法¹⁰。

三、法院澄清義務（113 台大第 1 題、113 北大第 3 題）：

（一）爭議問題

法院澄清義務主要是在考法院職權調查證據的時候，要件或限制為何？這算是經典考點，近來也因為大法庭針對法院是否應職權調查、認定被告成立累犯與否表達意見，使澄清義務考點再受關注。

操作澄清義務的重點在於區分第 163 條第 2 項的本文與但書¹¹：

1. 第 163 條第 2 項本文：

- （1）得調查有利及不利被告之證據。
- （2）應屬補充性調查（當事人舉證為主、法院職權調查為輔）。

2. 第 163 條第 2 項但書：

- （1）應調查證據，但僅限利於被告事項。
- （2）遇有不利被告之證據，應依照第 273 條第 1 項第 5 款曉諭檢察官聲請調查¹²。

對應於上述就兩者的區分，實務見解也強調二者的不同¹³，認為法院如果是依照第 163 條第 2 項本文主動依職權調查證據，就算是不利被告的證據，也不能據以指為違法調查證據，各位要特別注意，不要一看到澄清義務考題，就直接說法院只能調查有利被告的證據。法院是應調查有利被告之證據，不代表不能依職權調查不利被告的證據，只是沒有應該調查而已，但即便如此，不利被告的證據，法院也應該曉諭檢察官聲請調查才是。

再者是有關累犯的爭議：

1. 問題意識：

檢察官起訴書中未請求依累犯規定加重其刑，法院審理時，檢察官也未就被告構成累犯事實及應加重其刑事項，有所主張並具體指出證明方法。這時，法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，是否應先由檢察官就被告構成累犯之事實，以及應加重其刑

¹⁰ 不合哪條法應該不是題目主要想問的，總之至少與律師法不符，例如律師法 43 條第 2 項：「律師對於受委任、指定或囑託之事件，不得有不正當之行為或違反其職務上應盡之義務。」。

¹¹ 最高法院 110 年度台上大字第 5660 號裁定、最高法院 101 年度第 2 次刑庭決議。

¹² 最高法院 110 年度台上字第 3796 號判決。

¹³ 如最高法院 107 年度台上字第 2588 號判決。

之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎？

2. 大法庭見解：

(1) 累犯之成立，應由檢察官負擔實質舉證責任：

A. 大法庭認為，第 161 條第 1 項已經明文規定檢察官的舉證責任，累犯雖然不是構成要件事實，但也是攸關刑罰加重且對被告不利之事項，與有罪與否具備同等重要性，故應由檢察官負實質舉證責任。

B. 就法院證據調查的部分，大法庭指出第 163 條第 2 項但書限於利於被告事項，而第 163 條第 2 項本文則是補充性調查，若沒有調查累犯事實之有無，也不能說是調查職責未盡¹⁴。

(2) 累犯之加重，應由檢察官負實質舉證責任：

大法庭援引司法院釋字第 775 號解釋，指出累犯之加重現已轉變為可裁量事項，依改良式當事人進行主義之精神，仍應先由檢察官具體指出證明方法後，法院始需進行調查與辯論程序，俾落實檢察官之說明責任。

(3) 檢察官未指出證明方法，法院未論累犯之後：

若個案因為檢察官未具體指出證明方法，法院因而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，基於累犯資料本可在刑法第 57 條當中予以量刑負面評價（行為人品行），法院既已於量刑審酌，則基於重複評價禁止原則，自無許檢察官事後循上訴程序，指摘元判決未依累犯規定加重其刑而為違法。

(二) 題目解析：

就 113 台大第 1 題而言，檢察官從頭到尾都沒有主張甲構成累犯，直至第二審判決後，始上訴爭執第二審法院未依照累犯規定加重其刑，判決違法。依照大法庭的意旨，累犯之成立由於是不利被告的事項，且屬檢察官應盡之實質舉證責任，故法院未有調查者，不能說是第 163 條第 2 項但書之違反，同時即便沒有諭知檢察官聲請證據調查，也無證據調查未盡之事。

就 113 北大第 3 題而言，本案 D 之證述屬形式上不利被告之證據，法院未經當事人聲請，就逕自依照職權傳喚期到庭證述，由於法院在證據調查上「應」做的事情只有「應」

¹⁴ 特別的是，本號裁定並未指出法院「應」曉諭檢察官聲請調查，反而是說檢察官提出的資料不足時，是否曉諭其主張並指出證明方法，由事實審依個案情節取捨。然而，應曉諭檢察官聲請證據調查的說法，直至最高法院 112 年度台上字第 1881、最高法院 112 年度台上字第 1351 號判決仍可看見，最高法院就此部分是否改變見解，仍無法明確下定論，目前至少知道在累犯成立與調查的爭議中，法院不負曉諭檢察官調查之義務。

調查有利被告的證據，以及「應」曉諭檢察官聲請調查不利被告的證據，而這種依照職權主動調查不利被告證據者，其實不在上述範圍中，因此尚難指為違法，這時應該屬於第 163 條第 2 項本文的主動依職權調查不利被告之證據。不過，題目特別點出「未經當事人聲請、逕依……」等字樣，恐怕有意要問職權調查的要件，第 163 條第 2 項本文如果依照實務見解，應該是補充性的調查才是，不可以直接就由法院聲請調查，但就法律效果而言，由於第 163 條第 2 項本文並無明文限制，所以就得透過解釋或造法的方式處理（限縮解釋或目的性限縮），但考量篇幅及配分等，也可將此問題點出即可¹⁵。

四、法院依職權沒收第三人財產（113 台大第 2 題第 3 小題）

（一）爭議問題：

檢察官若未聲請第三人沒收，法院得否依照職權沒收第三人之財產？檢察官若未聲請裁定第三人參與程序，第三人亦未聲請參與，法院得否依職權裁定命其參加？這個問題大致可以分為兩種說法：

1. 否定說—控訴原則：

此說認為，基於控訴原則，檢察官既未聲請第三人沒收，法院自不得職權為第三人沒收；檢察官既未聲請裁定命第三人參與，第三人亦未聲請參與，法院自不得依照職權裁定命其參與。

2. 肯定說—沒收不是訴訟標的¹⁶：

本說認為，沒收雖是獨立的法律效果，但其僅是實體法上之定性，不表示為程序法上之訴訟標的。沒收是法律效果，既已起訴犯罪事實，法院當然得依照職權適用法律，若有認為應沒收第三人財產之情形，自得諭知沒收。

又，因法院得依職權諭知沒收，此時為保障第三人之聽審權利，即便檢察官與第三人均未聲請第三人程序參與，基於法治國訴訟照料義務，法院應依照第 455 條之 12 第 3 項，職權裁定命該第三人參與沒收程序。

（二）題目解析：

本案雖是自訴程序，但依照第 455 條之 12 第 4 項，亦有準用同條第 3 項規定之準用，且自訴程序除有特別規定外，準用公訴程序之規定（第 343 條），可認自訴人提起自訴時，雖無聲請沒收，但沒收作為法律效果已因自訴犯罪事實而法院得職權為之，此時依照第 455 條之 12 第 3 項之規定，法院自得依照職權裁定命第三人丙參與程序。而法院判決中未諭知

¹⁵ 另一種寫法是將得依職權調查與第 163 條之 2 所列的調查三基準結合，凡符合者，法院即得調查，如此一來也就沒有當事人舉證先行的問題。採調查三基準者，見林鈺雄（2023），刑事訴訟法（上冊），12 版，頁 69-70。

¹⁶ 最高法院 108 年度台上大字第 3594 號裁定。

彈簧刀之沒收，由於沒收不是訴訟標的，這點即便在第三人的沒收判決認應沒收時應諭知判決（第 455 條之 26 第 1 項）亦不改變，故一部判決全部消滅後，本案屬漏未判決，應上訴救濟之，乙丙聲請補判，法院應依第 220 條，裁定駁回。

五、非刑法效力所及之案件，應為無罪或不受理之判決？（113 台大第 2 題第 4 小題）

（一）爭議問題：

非為我國刑法適用的案件，應諭知何種判決？

有論者認為，此時因為不成立犯罪，是不罰的情形，應該諭知無罪判決；然而，大法庭裁定¹⁷認為，不在刑法適用效力範圍內的案件，屬無審判權，既無審判權，應依照第 303 條第 6 款諭知不受理判決。

（二）題目解析：

本題甲、乙、丙爭執之犯罪為傷害罪，雖均為我國人民，但該案行為地乃為日本，非我國刑法效力所及，屬無審判權情形，依照大法庭裁定，應諭知不受理判決。

六、告知義務（113 北大第 2 題、113 北大第 3 題）

（一）爭議問題：

告知義務問題涉及層面很廣，這邊有關實務見解者是屬於最高法院 110 年度台非字第 230 號判決（經徵詢程序達成統一見解）當中有關罪名變更的告知，包含「罪數」在內（第 95 條第 1 項第 1 款），即法院如認可能由實質上一罪或裁判上一罪，改為實質競合時，仍應行告知義務。理由則是對於被告訴訟上防禦權、聽審權之保障。除罪數之變更要告知外，依第 267 條起訴效力擴張之罪名、第 300 條變更起訴法條者，也都要行告知義務。

然而，如果被告已就罪名、罪數變更，曾為實質辯論而得知悉，即便法院未行告知義務，由於對被告之防禦權沒有造成侵害，屬無害瑕疵，顯然於判決無影響，不得據以上訴第三審。

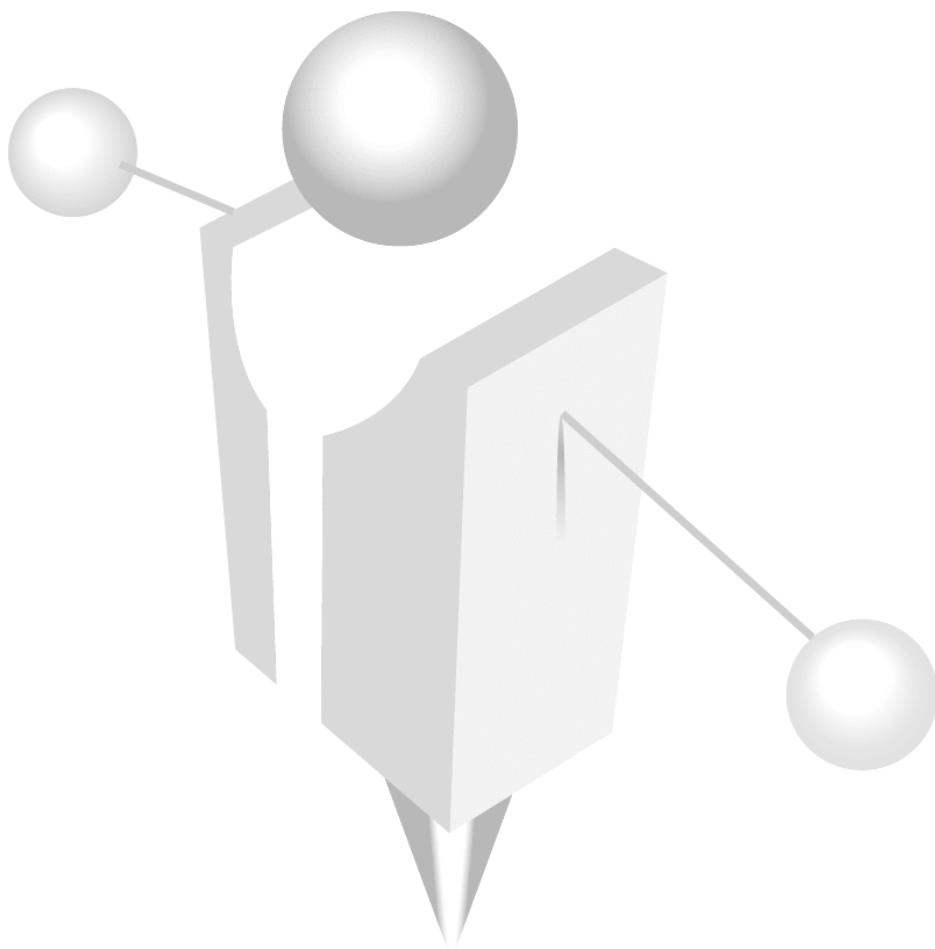
（二）問題解析：

就 113 北大第 2 題而言，一開始法院是以一個侵占罪為審理，而後法院也未踐行告知義務，即論以四個侵占罪，當屬未踐行告知義務，違反告知程序要求。然而要特別注意的是，因為被告及其辯護人都曾在審判中就一罪改論四罪一事曾為實質辯論而得知悉，故此時法院未有踐行告知義務一事，屬無害瑕疵，不得據此上訴第三審。

就 113 北大第 3 題而言，雖然也是告知義務考題，但屬較為經典的題型。本案警察 D 在詢問前，C 即到場提告，此時告知義務應已形成，D 就 A 所為有關案情之詢問前，應踐

¹⁷ 最高法院 110 年度台上大字第 5557 號裁定。

行告知義務，否則其自白即屬違法取證而得，依照第 158 條之 4 權衡後，認無證據能力。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！