

刑法篇

主筆人：易台大

一、前言

國家考試時序將近，鑑於各大學當年度法研所碩士班招生考題對國家考試的出題方向具有指標性意義，筆者在此就 102 學年度的台灣大學（A 卷、B 卷）、政治大學、台北大學與東吳大學碩士班招生考題提供簡要爭點分析，企求能與國家考試脈動相契合，以利考生日後的準備方向與時間分配。要提醒的是，雖然法研所考試多會以出題老師的獨門見解或用語做針對性地回答，惟既然本分析是爲了掌握國家考試的可能趨勢，筆者依然使用通說體系與概念加以說明，儘量避免過度偏鋒。此外，有些考題爭點繁多，在有限篇幅內實在無法詳細敘述，因此筆者將選擇該題中最重要、最普遍的幾個總則爭點說明，不足之處，祈請見諒(註 1)。(以下條文若未特別說明，均指刑法)

二、構成要件結果歸責之規範目的審查 (台灣大學 A 卷第一題、第二題)

被構成要件行爲所連結發生的具體結果，必須是法規範欲避免之結果，因此必須詳加思考規範創設目的，並推究該規範所預設的結果爲何。**若具體結果與預設結果相同**，便可通過審查。

舉例來說：「甲開車於十字路口處闖紅燈，過該十字路口後又續行 500 公尺，在沒有違反任何交通規則的情況下，撞傷了突然衝出的小孩。」由於禁止闖紅燈的規範目的在於維持該十字路口的交通秩序，預設結果是十字路口的交通意外，並非是 500 公尺外的交通事故 (= 具體結果)，未實現構成要件結果歸責。再如：「甲、乙兩位機車騎士在漆黑的道路上騎車，但都沒有依據交通規則點亮車頭燈，騎在前方的甲因爲沒有開燈而與迎面的小客車對撞，甲受輕傷。嗣後法院調查得知，若騎在甲後的乙有開車頭燈的話，便可照明前方的甲，那麼車禍便絕對不會發生。試問：乙未開車頭燈行車之行爲，是否對甲成立傷害罪？」交通規則要求夜間行車必須點車頭燈，規範目的旨在照亮車前以確保自身安全，預設結果是發生於己的交通事故，而非照亮他人以避免他人發生交通



事故之結果（＝具體結果），未實現構成要件結果歸責。

在這個討論的脈絡下，有一種「**醫療錯誤診治**」的棘手案例，指前行為人製造不受容許的風險後，後行人（多半就是醫生）隨之而來的錯誤診治，並最終導致風險的實現。這種情形下前行為人是否依舊該當構成要件結果歸責呢？新進學說主張應區分醫生的行為而定，倘若醫生的錯誤診治是以「**不作為**」呈現，那麼前行為人依舊該當構成要件結果歸責，畢竟這裡所實現的風險與前行為人所製造的風險絕對是同一個風險(註 2)。惟若醫生的錯誤診治是以「**作為**」呈現，還必須進行下一步的區分：「**風險排擠**」還是「**風險變種**」？前者指醫生所創造的風險完全排擠前行為人所製造的風險，那麼前行為人欠缺構成要件結果歸責(註 3)；後者指醫生所創造的風險只有讓前行為人所製造的風險以另外的形式實現，那麼前行為人仍然具備構成要件結果歸責。

三、合法替代行為（台灣大學 A 卷第一題）

原則上通過「構成要件行為與結果歸責」的審查後，客觀構成要件便完全該當，但有一種極端例外情形仍會否定該當性：當行人「事實上」滿足前述要件，但「**假設**」行人沒有構成要件行為時，相同的結果歸責卻**依舊必然發生**。因為不論行人有無構成要件行為，後果都完全相同，基於「等者等之、不等者不等之」的禁止差別對待法理，「評價上」應類同無構成要件行為看待，導致客觀構成要件不該當。

經典案例如：「工廠主人甲將未經消毒的皮革交給女工乙加工製成毛筆，然而依據法律規定，該原料應先經過消毒程序始可交付。事後乙果真因該批皮革染菌身亡，然而法院鑑定後卻發現，縱使甲有經過消毒程序，依當時科技水準確定無法殺死該種細菌，乙的死亡結果仍然無從避免(註 4)。」甲違反法律規定交付未經消毒的皮革給乙，並在事實上導致乙染菌身亡的結果，該結果與規範目的所預設的結果相同。**惟若依鑑定報告假設甲履行消毒程序，死亡結果卻依舊必然發生**，基於禁止差別對待法理，評價上類同無構成要件行為，客觀構成要件不該當。不過當案例中發生「事實不明」時，學說上便產生爭議。

爭議性案例是：「汽車駕駛人甲並未遵循交通法規，以過於接近的距離超越單車騎士乙，結果由於乙騎單車時的晃動，導致乙被捲入輪下而死亡。法院嗣後的鑑定報告指出，因為乙飲酒在先，倘若甲以合法的超車間距經過乙身旁，乙也『有可能』因過度的搖晃而命喪輪下。」甲違反交通規則超車，並在事實上導致乙車禍死亡的結果，該結果與規範目的所預設的結果相同。惟若依鑑定報告假設甲保持合法間距，死亡結果仍然「**有可能會發生**」，此時是否應考慮合



法替代行為發生爭議(註 5)。

(一)否定說(=風險升高說): 案例類型既然與原始案例不同, 便不考慮合法替代行為, 僅就事實流程評價。甲事實上製造不容許風險(=風險升高)又實現規範目的欲避免的結果, 結論是客觀構成要件該當。

(二)肯定說(=罪疑唯輕說): 當無法確認乙的死亡結果是否實現, 應依據罪疑唯輕原則作有利甲的認定, 亦即認定死亡結果依舊必然發生, 基於禁止差別對待法理, 評價上類同無構成要件行為, 客觀構成要件不該當。

四、未遂犯的著手與第 26 條的適用 (台北大學第一題)

(一)未遂犯的客觀構成要件是「著手」, 關於著手的判斷方法, 學理上主要有實質客觀說與主客觀混合說之爭。

1.實質客觀說主張只要行為人有與構成要件行為具有密切關聯性的舉動即屬著手。所謂「與構成要件行為具有密切關聯性的舉動」, 指當行為進行到不需要額外的中間行為便足以實施構成要件行為, 並對保護客體形成直接危險時。舉例來說:「甲為職業殺手, 某日在高樓大廈頂樓架設步槍, 並且瞄準正在廣場上發表演說的總統候選人乙, 請問著手於殺人罪與否?」依據實質客觀說,「舉槍瞄準」與扣下扳機之間已無須其他中間行為並對乙形成直接危險, 屬密切關聯的舉動而該當著手。

2.至於主客觀混合說則以行為人行為時主觀上的認識作為判斷背景, 再由一般人為判斷者切入觀察, 是否行為人之行為與構成要件行為具有密切關聯性。判斷者是一般人, 判斷背景擷取自「行為人主觀上的認識」, 類似主觀說; 判斷標準採取「與構成要件行為具有密切關聯性」, 類似客觀說。主客觀混合說與實質客觀說的結論差異不大, 因為兩說的判斷者與判斷標準都相同, 差別僅出在判斷背景(註 6)。例如:「甲自黑市購入天下第一奇毒『含笑半步顛』, 並趁乙不注意時將奇毒加入乙正在飲用的咖啡中。殊不知甲竟購買到黑心商品, 該含笑半步顛只不過是一包太白粉罷了! 當然乙飲下咖啡後並未死亡。」依據主客觀混合說的判斷背景是「甲將『含笑半步顛』加入乙的咖啡中」, 該舉動不需要進一步的中間行為便足以實施殺人行為, 並對保護客體形成直接危險, 乃是具有密切關聯性的著手行為。

(二)第 26 條的適用要件有二, 其一是「行為自始不能達成犯罪之結果」, 其二是「無危險」。前者判斷上完全沒有爭議, 後者又有兩說之別。

1.具體危險說(實務): 所謂「無危險」是以事前作判斷時點, 擷取一般認



知或優越事實判斷有無引發法益侵害的危險，若肯定則是有危險，若否定才是無危險。因此所有的不能未遂還可以分成「**有危險不能未遂**」與「**無危險不能未遂**」兩種，僅後者可適用第 26 條，因構成要件不該當而不罰。

2. **重大無知說（有力說）**：當發生不能未遂的原因是出自行為人主觀上的重大無知（嚴重偏離一般公認之因果關聯）時，制裁需求性便相對降低，最終達到阻卻刑罰發動的程度。因此所有的不能未遂還可以分成「**非重大無知不能未遂**」與「**重大無知不能未遂**」兩種，僅後者可適用第 26 條，因排除刑罰而不罰。

3. 舉例來說：「甲自小以為砂糖含有劇毒，故基於殺人故意將大量砂糖加入乙的茶內令其飲用，乙除了喝了杯超甜的茶外，當然平安無事(註 7)。」依據具體危險說，倘若一般人從事前角度都會認為那白色粉末是砂糖的話，便是欠缺具體危險，無危險不能未遂可適用第 26 條不罰。依據重大無知說，發生不能未遂的原因出自於行為人主觀上以為砂糖含有劇毒，屬於重大無知，重大無知不能未遂可適用第 26 條不罰(註 8)。

五、過失犯的主觀要件以及結果加重犯 (台灣大學 A 卷第一題、第二題；台北大學第二題、第四題)

過失犯主觀上只要**對實現構成要件有預見可能性**即可(註 9)。正因為過失犯主觀要件的放寬，立法者於是在適用範圍與法律效果兩部分加以限縮，所以有第 12 條第 2 項「過失行為之處罰，以有特別規定者，為限」之規範，且分則的過失犯法定刑亦較故意既遂犯輕上許多(註 10)。

(一)首先是關於預見可能性的判斷力場，有兩種不同看法：

1. **折衷說**：第 14 條規定「行為人按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失」，其中「應注意」採取一般人標準，亦即以一般人的預見能力作為判斷立場上限；其中「能注意」採取行為人標準，也就是在上限範圍內考量行為人的預見能力。

2. **個別說**：全然採取行為人標準，視個別行為人的預見能力範圍而定，沒有所謂的「一般人的預見能力作為判斷立場上限」的限制。

3. 例如：「就醫療行為而言，若名醫甲的能力顯然高於一般醫生，那對於其預見可能性的判斷應採取何種立場？」採折衷說者主張，雖然甲的預見能力高過於一般醫生，也只能以一般醫生的預見能力作為判斷立場；採個別說者則認為，應以甲自己的預見能力作為判斷立場。



(二)再來是關於預見可能性的判斷方法，也有兩種不同的角度：

- 1.「違反注意義務」作為替代標準：所謂注意義務乃「避免風險的規則（簡稱避險規則）」，只要按避險規則行事就不會實現構成要件，反之若違反避險規則，便會實現構成要件。因此當認識到自己的行為違反注意義務時，便認識到行為將可能實現構成要件而有預見可能性。
- 2.「違反注意義務」僅為輔助標準：注意義務只能作為預見可能性的輔助參考，無法直接予以取代，畢竟注意義務的產生多半源自於經驗累積，但經驗並不能涵蓋所有事物發生的可能性。因此直接判斷具體個案中「行為是否可能實現構成要件？」毋寧才是較精準的方法，至於違反注意義務只能作為有預見可能性的佐證罷了。
- 3.舉例而言：「甲開車行駛在內側快車道上，乙突然從安全島樹叢中竄出過馬路，甲閃避不及將乙撞成植物人。」雖然交通安全規則有「未注意車前狀況」的規定，但不能作為認定有預見可能性的絕對判準。一般人（也包括甲）均難以預想有行人會突然從安全島樹叢中竄出過馬路，應認定甲對駕車行駛在內側快車道將導致行人受重傷並無於見可能性(註 11)。

結果加重犯指行為人故意所為的基本構成要件行為，發生基本構成要件以外的加重結果，法律特別將基本犯罪與加重結果綜合成一個獨立的犯罪類型，審查上有三個步驟。

(一)故意犯的審查—行為人故意實行基本構成要件：

行為人故意著手實行基本構成要件而至少進入未遂階段，惟基本構成要件究竟止於未遂又或達成既遂，則在所不問。

(二)過失犯的審查—行為人的實行行為過失引發加重結果

- 1.由於結果加重犯帶有部分過失犯的成分，因此也必須以有明文規定者始可處罰，這正是第 17 條：「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之。」的存在意義。
- 2.所謂「行為人不能預見其發生」乃是預見可能性之審查，單就文義而言，條文規定係行為人本身對加重結果必須有預見可能性，也就是採取行為人標準的判斷立場。然而實務見解一向認為「能預見」指客觀情形而言，因而採取一般人標準的判斷立場（47 台上 920 例參照）。實務見解曲解法條文義，遭受學界諸多批評。

(三)故意犯與過失犯聯結關係的審查：

結果加重犯使刑度大幅提升，應有更細膩的要件設計，就此實務見解完全



沒有論及，學說的操作順序如下。

1. **特殊危險關聯性**：若加重結果直接導因自基本構成要件的行爲部分，例如：強盜致死罪、搶奪致死罪或強制性交致死罪，稱**行爲續生型**。若加重結果直接導因自基本構成要件的結果部分，例如：傷害致死罪，稱**結果續生型**。請注意，僅行爲續生型允許**基本構成要件止於未遂**的結果加重犯，至於結果續生型僅承認**基本構成要件達到既遂**的結果加重犯。
2. **罪刑法定原則的拘束**：例如：搶奪致死罪，第 325 條第 1 項是搶奪既遂罪，第 325 條第 2 項卻說：「因而致人於死者，……。」文義上排除搶奪未遂成立結果加重犯的可能，如此一來也與行爲續生型的解釋相悖。反之如傷害致死罪，第 277 第 1 項是傷害既遂犯的規定，第 277 第 2 項是傷害致死罪的規定，第 277 第 2 項又說：「犯前項之罪因而致人於死者，……。」顯然宣示僅故意前行爲既遂始成立結果加重犯，就此而言與結果續生型正巧相符(註 12)。

六、打擊錯誤與客體錯誤 (台北大學第一題、第三題；政治大學第二題)

刑法上習慣將「與行爲客體有關之錯誤」區分成客體錯誤與打擊錯誤兩種類型，也可以從「是否涉及同一個法條？」區分成等價與不等價兩種類型。

(一) **涉及不同法條的錯誤 (= 不等價錯誤)**：由於涉及 A、B 兩個不同條文，A 條文僅該當客觀面而可以討論過失，B 條文僅該當主觀面而可以討論未遂。倘若過失與未遂均成立，則兩者想像競合。例如：「甲對鄰居乙積怨已久，某夜持槍射殺隔壁庭院中的乙，不知實際上所射殺的乃是乙所飼養的狼犬。」本例是不等價客體錯誤，甲成立殺人未遂罪，毀損罪部分雖看似該當過失犯，卻因爲本罪不罰過失犯而不成立。

(二) **涉及相同法條的錯誤 (= 等價錯誤)**

1. **客體錯誤**：客觀上的既遂與主觀上的故意都針對「現實上的同一個客體」。因此客觀上該當 A 法條無疑，至於主觀上是否也該當 A 法條？通說與實務見解採取「法定符合說」，認爲只要主觀想法可以符合 A 法條對客體的描述，便足以建構故意，所以結論是成立 A 法條的故意既遂犯。例如：「甲夜晚埋伏在乙返家必經道路之上，伺機要致乙於死地。昏暗中有人影緩慢走近，甲見機不可失旋即持鐵棒跳出來一陣痛打，隨後逃之夭夭。孰料當晚被打死的只是乙的鄰居丙。」甲殺死丙必然該當殺人罪的客觀構成要件，甲主觀上的想法可以符合殺人罪對於客體爲「人」的描述，該當殺人故意，因此成立殺人罪的故意既遂犯(註 13)。



2.打擊錯誤：客觀上的既遂與主觀上的故意針對的是「現實上的不同客體」。客觀上雖該當 A 法條，至於主觀上是否也該當 A 法條？在此通說與實務見解採取「具體符合說」，認為主觀想法必須符合現實上的具體客體，始足以建構故意，因此主觀構成要件不該當而至多討論過失。至於針對原本所欲攻擊的客體，縱使主觀上該當 A 法條，卻因為客觀上並未實現構成要件而最多論以未遂。倘若過失與未遂均成立，則兩者想像競合。例如：「甲持槍瞄準所欲殺害之乙，孰料擊發後竟命中一旁服侍的傭人丙。」甲殺死丙必然該當殺人罪的客觀構成要件，然而甲主觀上的想法不符合現實上的具體客體，不該當殺人故意，僅成立過失致死罪。針對原本所欲攻擊的乙雖有殺人故意，卻因為客觀上並未實現構成要件而最多論以未遂。結論是成立過失致死與殺人未遂兩罪的想像競合(註 14)。

七、共同正犯之構成要件行為與類型 (台灣大學 B 卷第一題；東吳大學第一題、第四題)

共同正犯的構成要件行為可以稱作「基於共謀行為而來的分擔行為」，亦即主要的行為乃是分擔行為，不過該分擔行為必須奠基於先前的共謀行為，否則只能說是片面共同正犯或同時正犯(註 15)。

(一)分擔行為的前提—共謀行為：共謀行為是行為人間確立犯罪方向、範圍、角色並指派任務之行為，乃分擔行為的前提，倘若沒有共謀行為則不可能建構分擔行為。共謀行為的方式沒有任何限制，可以是直接明示，也可採用默示方式（例如：打暗號、使眼色，請參見 73 台上 2364 例）或是間接聯絡方式（不認識的兩人，透過中間人牽線，請參見 77 台上 2135 例）。

(二)分擔行為：可以分擔構成要件行為，也可以分擔構成要件行為以外之行為。

1.原則型態—實行共同正犯：所指派的任務與實行構成要件行為有關。例如：「甲乙兩人基於共同謀議，趁夜間由慣竊乙侵入博物館竊取名畫，白天任職於博物館的保全甲，則在家中透過視訊電話指揮路線。」乙分擔全部構成要件行為，甲雖僅分擔構成要件行為以外之行為，仍不失為分擔行為。甲看似不該當加重竊盜罪的構成要件行為，惟透過在先的共謀，兩人實際上是分工合作、相互協力該當加重竊盜罪的構成要件行為，甲乙仍成立實行共同正犯(註 16)。

2.例外型態—共謀共同正犯：行為人僅參與共謀行為，根本沒有後續的分擔行為時，可否成立僅單純共謀的共同正犯？舉例來說：「甲乙兩人基於共同謀議，由甲提供入侵博物館的相關資訊以及離去路線的規劃，再由



慣竊乙趁夜間侵入博物館竊取名畫。是夜，乙按計畫潛入行竊，甲則在家中睡覺，並未出現在犯罪現場，也未對犯罪行為有任何遙控。隔日甲乙兩人平分贓物。」採取**嚴格理論者**，認為共同正犯的基本結構是「**共謀行為→分擔行為**」，兩者缺一不可，既然沒有分擔行為，則甲的不法內涵已經大減，不能僅憑共謀行為就論甲共同正犯。結論是，不承認共謀共同正犯。反之採取**緩和理論者**，主張雖然共同正犯以具備分擔行為為要件，然而欠缺分擔行為所短少的不法，可透過更強烈的共謀行為來填補，亦即共謀行為倘若具備**關鍵重要地位**，仍有成立共同正犯的可能(註 17)。甲提供進攻與撤退路線，乃具有**關鍵重要地位**，僅共謀行為也可以成立共同正犯。結論是，承認共謀共同正犯(註 18)。

3.排除型態—**陰謀共同正犯、預備共同正犯**：所犯之罪僅是單純的陰謀犯（如第 101 條第 2 項）或形式預備犯（如第 271 條第 3 項），由於陰謀與形式預備並非構成要件行為，既與實行構成要件行為無關，便無從成立共同正犯。換言之，**要想成立共同正犯，至少必須有人實行構成要件行為**。例如：「甲乙兩人基於共同謀議，想要使用刀械殺死丙。但兩人持刀埋伏在丙家附近時，便被警察所逮捕。」在此涉及第 271 條第 3 項殺人罪的形式預備犯，由於本罪構成要件行為是「殺」，單純預備並非構成要件行為，頂多各自論處，無由成立共同正犯。

八、事實不明之處理原則與例外（台灣大學 B 卷第二題）

刑事訴訟程序中，法院若窮盡各種調查之能事，依舊對被告成立犯罪之相關重要事實有所懷疑，則陷入事實不明，必須適用罪疑唯輕這個裁判規則，作對被告有利的判斷。否則刑事訴訟程序將不是處罰被告犯了某件罪行，而是處罰被告與案件有關。首先，罪疑唯輕原則僅適用在**事實不明**，無關法律適用不明的情形。其次，該懷疑必須是**理性、有根據的懷疑**，不能只是單純臆測、想像上的猜疑。再者，該懷疑必須對刑事訴訟程序而言**具有重要性**，否則事事懷疑勢必癱瘓整個訴訟制度。最後，通說認為檢討每一個罪名時都有罪疑唯輕原則的適用，亦即不同罪名都可援用罪疑唯輕原則，此稱為**個別交互適用**。

不過罪疑唯輕原則適用上必須注意兩個例外群組，一個被稱作「**選擇確定**」，另一個則是「**不定行為**」。

(一)選擇確定

1.**同種選擇確定**：指該適用哪個罪名已經確定，不過卻是立於不確定的事實基礎上，又稱不純正選擇確定。在此事實不明不影響所成立之罪名。



例如：「證人甲在兩次不同的訴訟程序中作證，但證詞內容卻是相互顛倒，必有一是偽證。」涉及兩個偽證罪的事實不明，雖說無法確認甲的哪一個行為成立偽證罪，但必然確認甲有偽證行為，因此成立一個偽證罪。

2.異種選擇確定：不只基礎事實不確定，連該適用哪個罪名也不確定，又稱純正選擇確定。在此法院可下選擇判決（被告成立 A 罪「或」B 罪），由於這種判決對被告十分不利，因此通說均額外附加限制。其一，兩個選擇罪名之間必須有**不法核心同一性**，也就是行為不法與結果不法的核心要有等價性，例如：竊盜罪與贓物罪、詐欺罪與背信罪、偽證罪與誣告罪。其二，僅能援用**較輕罪名的法律效果**。例如：「甲被查獲持有贓物，但法院無從確定甲究竟是竊取而來或收贓而來。」涉及竊盜罪與收受贓物罪的事實不明，雖說無法確認是哪一個事實與罪名，但必定屬於其中之一，法院只能下選擇判決。因此甲成立竊盜罪或收受贓物罪，按收受贓物罪之法定刑論處。

(二)不定行為

1.不定後行為：前後兩行為，僅前行為發生事實不明，惟後行為是否處罰必須取決於前行為，那麼未發生事實不明的後行為也連帶無法確定。通說認為面臨這種特殊情形，**前行為可適用罪疑唯輕原則，後行為則否**。例如：「甲雖被確認有寄藏贓物行為，卻無法確認甲是否與乙成立竊盜罪的共同正犯。」僅前行為是否成立竊盜罪發生事實不明，卻連帶影響後行為是否該成立寄藏贓物罪。前行為的事實不明可適用罪疑唯輕原則，後行為則否，甲成立收受贓物罪。

2.不定前行為：前後兩行為，僅後行為發生事實不明，然前行為是否處罰必須取決於後行為，那麼未發生事實不明的前行為也連帶無法確定。通說認為**後行為本可適用罪疑唯輕原則，前行為自然無適用餘地**。例如：「甲被證實提供偽造貨幣用的器械原料，但無法證明甲是否與乙共同偽造貨幣。」僅後行為是否成立偽造貨幣罪發生事實不明，卻連帶影響前行為是否成立預備偽造貨幣罪。後行為的事實不明本可適用罪疑唯輕原則，前行為依舊成立預備偽造貨幣罪(註 19)。



【注釋】

- 註 1：題目部分筆者就不詳加援引，畢竟這篇短文的目的是在提點法研考試中曾經出現過的「爭點」，而不在考題本身的敘述。但有需要時，筆者會以簡略方式描述題目，若有進一步想要了解題目資訊的同學，請上各大學圖書館網站搜尋。
- 註 2：例如：台灣大學 A 卷第一題，丙送醫後醫生丁並未依據醫療常規施以電擊，而是僅投以簡單的心臟藥物，便是一種不作為型式的錯誤診治。
- 註 3：以台灣大學 A 卷第二題為例，護士丁不慎將劇毒藥物當作葡萄糖液注入 A 的體內，導致 A 因為藥物反應而死亡，便是一種作為型式的錯誤診治，且屬於風險排擠的類型。
- 註 4：這也是俗稱的「皮革加工案」。
- 註 5：因為合法替代行為的原始案例，乃是適用在假設行為人沒有構成要件行為時，相同的構成要件結果歸責「依舊必然發生（機率=100%）」，本案例卻是「有可能會發生（機率≠100%）」，兩者顯有不同。
- 註 6：不過實質客觀說的背景擷取卻時常遭遇困難，就拿台北大學第一題為例，甲基於殺人犯意在乙的茶內下毒，殊不知所下毒量並不足以致人於死。對於判斷背景的擷取而言，按實質客觀說必須探究一般人是否能夠知道「所下毒量並不足以致人於死」，這的確是一個大哉問！反之按主客觀混合說，擷取自行行為人主觀上的認識，因此乃是「在乙的茶內加入足以致人於死的毒」，相對而言清晰許多。
- 註 7：這就是十分有名的經典案例－「砂糖案」。
- 註 8：再拿前述台北大學第一題為例，由於所下毒量並不足以致人於死，該當「行為自始不能達成犯罪之結果」。至於「無危險」，具體危險說必須解決「一般人是否能夠知道所下毒量並不足以致人於死」的難題；按重大無知說則因為「行為自始不能」並非基於行為人的重大無知，排除適用第 26 條的空間。
- 註 9：至於客觀構成要件該當性部分，則與故意既遂犯並無不同。請切記一定要客觀構成要件該當，才有討論過失犯的可能性。
- 註 10：請大家自行比較殺人罪（§271 I）與過失致死罪（§276 I）的法定刑，心中就大致有個底了。
- 註 11：例如：台北大學的第二題，單親爸爸甲因心情欠佳而飲酒醺酣呼呼大睡，不料所飼養的惡犬溜出狗籠將甲年僅兩歲的幼子乙活活咬死。由於「睡眠」根本欠缺刑法意義的行為，因此能夠討論的只剩下「飲酒醺酣致大睡」這個行為，當下甲是否對「睡著後無法管控惡犬而將危及幼子乙」有預見可能性，倘若肯定則屬於第 14 條第 1 項的無認識過失。



- 註 12：舉台北大學的第四題為例，甲毆打 A 導致 A 受傷而摔倒在路，竟不幸被車輛輾斃。甲成立故意傷害罪與過失致死罪應無疑問，但是否成立傷害致死罪還必須繼續探究。由於傷害致死罪屬於結果續生型，致死的加重結果必須源自於傷害罪的「受傷結果」，亦即傷勢惡化所導致的死亡，本案例顯然並非如此，甲僅能論以故意傷害罪與過失致死罪的想像競合。
- 註 13：又如台北大學的第一題，甲誤丙之犬為乙之犬而殺之，乃典型的等價客體錯誤，甲成立毀損罪無疑；惟甲誤丙為其父乙而殺之，就第 272 條的殺親罪而言，其構成要件與第 271 條的殺人罪並無差異，因此也是等價客體錯誤而構成要件該當，並繼續在罪責階層中討論是否該當「直系血親尊卑親屬關係」此要件。同理，台北大學第三題的丙誤丁為乙而殺之，結論也是相同。
- 註 14：台北大學第一題，甲朝乙開槍卻誤中戊，便是典型的等價打擊錯誤，成立過失致死罪與殺人未遂罪的想像競合。再如政治大學第二題中，乙朝 A 丟磚塊卻誤中 B，結論也是相同。
- 註 15：其實「片面共同正犯」根本就不是共同正犯，這個名詞實在有誤導之嫌。
- 註 16：例如：東吳大學的第一題，甲與乙共同到案發現場，由乙開槍射殺 B，便是典型的實行共同正犯結構。不過題目中有提到甲看見 B 無助的眼神後心情大受影響，遲遲無法動手，不過乙卻沒有察覺甲的心理變化，這涉及到可否主張「共同正犯脫離」的問題。共同正犯若要想主張脫離，必須切斷自己所提供的犯罪貢獻，亦即心理上的貢獻（例如：表明不願意繼續行動）與物理上的貢獻（例如：回收供犯罪用的工具），若成功脫離則後續發展便與脫離者完全無關。
- 註 17：雖然司法院大法官解釋第 109 號可勉強歸入緩和理論的陣營，不過該實務見解卻不以共謀行為具備「關鍵重要地位」為限縮要件，廣開成立共謀共同正犯之門。
- 註 18：例如：東吳大學的第四題，甲乙丙丁四人商議行竊，甲提供萬能鑰匙、乙把風、丙丁進入行竊，乙丙丁三人屬於實行共同正犯，甲至多只能討論共謀共同正犯。此外本題涉及到「結夥三人以上而犯竊盜罪」的考點，亦即人數計算不包括共謀共同正犯，以及是否要算入無責任能力之人？實務見解認為不算入，通說見解則主張必須算入。
- 註 19：台灣大學 B 卷第二題，甲女乙男為夫妻，甲女外遇丙男欲與乙男分手，乙男不願，某日乙男被丁男所殺，檢警懷疑丁男是受到甲女或丙男的唆使所為，應如何認定事實與適用法條。本案例甲、丙應否成立殺人罪的教唆犯，會在「教唆行為」部分發生事實不明，由於不涉及選擇確定或不定行為，因此必須回歸適用罪疑唯輕原則，個別作對行為人有利的事實認定。



刑訴篇

主筆人：泫台大

壹、前言

每年度大學法律研究所之考試，對於國家考試的出題方向，往往都具有指標性的意義。原因在於國考出題者與研究所出題者，具有高度的重疊性，縱使兩邊的出題者不同，但一年度裡熱門的考點其實數量是有限的，故而研究所考試的題目，經過重新包裝後，出現在國考的機率不低(例如：去年東吳大學刑事法學組入學考題曾針對法院職權調查證據範圍此一爭點命題，同年度 7 月份的高考法制亦對於同樣的爭點加以命題；去年政治大學刑事法學組入學考題就勘驗部分加以命題，今年 7 月份的高考法制亦考出類似的勘驗相關爭議)。從而，藉由本次機會，筆者整理今年度台灣大學、政治大學、台北大學以及東吳大學的刑訴試題進行熱門考點以及重要觀念加以分析，希望能與本年度國家考試脈動相契合，提供即將踏入國考戰場的考生作為參考。

整體而言，本年度法研所的考題大部分圍繞在**被告的相關權利**上。台灣大學考題的重點在於「辯護權」以及「對質詰問權」；政治大學則有「被告速審權」之考點；東吳大學對於「辯護權」相關議題亦有所命題。而除了上述被告相關權利的考點外，傳統的熱門考點—「強制處分」，在今年的政大、北大以及東吳的考題中還是有出現，也因此我們可以發現，除了新近的議題外，傳統爭議依然是每年研究所或國考不墜的熱門考點。

貳、辯護權相關爭議

辯護權向來是台大刑法組入學考試很愛出的一個區塊，原因在於辯護權一直以來都是王兆鵬老師關注的重心。所以我們也可以發現，辯護權的相關爭議在台大研究所的入學考試中三不五時就會出現。

除了台大愛出辯護權的考點外，近年來由於受到大法官釋字第 654 號解釋的影響，羈押法、刑事訴訟法(第 34 條之修正以及增訂 34 條之 1)均有大幅度的修改，再加上最高法院越來越多的判決強調「實質有效辯護」的重要性，使辯護



權一躍成爲各大研究所以及國家考試的熱門考點。而今年各大學研究所的入學試題同樣有非常多以辯護權作爲命題主軸，也因此可想而知，辯護權的議題在今年度的國家考試仍會是命題率非常高的區塊。

相關考題：

一、102 年台大第一題第一小題

立法院於民國 102 年 1 月 4 日通過修正刑事訴訟法第 95 條，增訂第 2 項，其本文規定：「無辯護人之被告表示已選任辯護人時，應即停止訊問。」此一新法之理論基礎爲何？違反此規定，應產生如何之效果？理由爲何？

(一)命題趨勢

本題直接了當的將今年一月份剛增訂的刑事訴訟法第 95 條第 2 項作爲考題，也因此在作答上自當針對第 95 條第 2 項所環繞的問題作爲回答主軸。又本條在今年一月份除了增訂本題所涉及的第 2 項之外，第 1 項部分也於第 3 款中增加了對於原住民、低收入戶或法律得請求扶助者，偵查機關應有義務對其踐行得請求法律扶助之告知義務。本條之修正不但同時涉及辯護權以及告知義務的考點，再加上是今年的最新修法，筆者認爲本條於國家考試出現的機會不低，值得讀者注意(註 20)。

(二)爭點解析

依題所示，出題老師(王兆鵬教授)希望考生能先回答本條項理論基礎以及違反的效果，然而，若我們僅以第 95 條第 2 項修法理由作爲回答，會發現並無法完整作答出題者希望看到的答案。蓋修法理由中就本條項之增訂在理論基礎部分並未多加著墨，對於違反之效果更是隻字未提。也因此本題作答上分就修法理由以及學說見解論述之，應爲做妥適的做法。

1.刑事訴訟法第 95 條第 2 項修法理由

增列第 2 項「無辯護人之被告表示已選任辯護人時，應即停止訊問。但被告同意續行訊問者，不在此限。」以保護被告之權益，同時但書設有被告同意續行訊問之機制，以示尊重被告。

2.學說上針對本條項增訂的相關意見

王兆鵬老師在其專論(註 21)以及刑事訴訟法講義(註 22)中對於律師權內容有詳盡的分析。而本題之中，其涉及的法理基礎源自於老師書中



所介紹的 Edwards v. Arizona 以及 Massiah v. U.S.案，以下分別介紹：

1.偵查階段律師權的附著

偵查中警察訊問被告，美國聯邦最高法院根據憲法增修條文第 5 條有關不自證己罪的規定，判決警察於逮捕被告後，應在訊問前告知被告有權請律師在場，若請不起律師，法院會指派律師代替。並進一步指出，警方未為此告知義務，不得為證據。但更重要的是，依據 Edward v. Arizona 一案，美國聯邦法院更指出，**被告若要求見律師時，警察必須立即停止訊問(註 23)**，在律師到場之前，警察不得為任何訊問。

然而聯邦最高法院見解與我國現行法不同的地方在於，我國現行法上第 95 條第 2 項，係規定只要被告在接受訊(詢)問時，即可享有此項權利。然而，美國法上則認為此處被告有聘請律師在場的權利，**係源自美國憲法增修條文第 5 條不自證己罪的規定，而非增修條文第 6 條受律師協助的權利**，蓋其目的在於保護被告之任意性。也因為此一原因，只有被逮捕之被告，始享有此一權利，其他未被逮捕之被告並無此權利。

2.無律師在場，不得對被告取供

除了上述 Edward 一案外，王師援引美國法上 Massiah v. U.S.一案(註 24)，認為本案所代表之法律意義為：在被告享有憲法上之律師權後，檢警機關如欲對被告取供，必須通知被告律師使其在場，否則因此所取得之自白，即使為任意性自白，仍應排除不得使用。美國聯邦最高法院之理由則為：憲法保證被告於審判程序中得受律師協助之保護，對於已經起訴之被告在司法程序以外接受訊問時，憲法亦賦予完全相同之保障，否則等於在被告最需要律師協助的關鍵階段，否定其有受律師協助之權。

在此須提醒讀者的地方是，美國聯邦最高法院理由中僅係針對已經起訴之被告在司法程序外受訊問時，作出無律師在場，不得對被告取供之見解。然而，依照王兆鵬老師的看法，只要是被告享有憲法上之律師權(受律師權附著)後，此時檢察機關即必須等待律師到場始可對被告為取供行爲。

3.違反刑事訴訟法第 95 條第 2 項的效果

我國於今年初增訂 95 條第 2 項時，於修法理由上並沒有提到當偵查



機關違反本條項時，效果為何。也因此若真的發生偵查機關不待辯護人到場即訊(詢)問時，依照我國現行法之規定以及實務上的操作，筆者推測應該會丟到第 158 條之 4 進行權衡。

然而倘依照美日派的學者想法，基本上 158 條之 4 僅能適用在「非供述證據」。也因此，若涉及供述證據時，應該依照自白法則或傳聞法則處理之。學說上如王兆鵬老師即認為，**當偵查機關違反律師權而取得自白，應依照自白法則中之預防性或嚇阻性理論排除自白**(註 25)。例如：在被告聘有律師時，檢察機關未通知被告律師到場，直接訊問被告或秘密取得被告之陳述，違反被告之律師權，其所得之被告陳述，不得作為證據。

二、102 年東吳第四題

在停止羈押後，犯罪嫌疑人甲便逃逸無蹤。一日，員警乙在巡邏時，發現甲，便予以逮捕。於警詢中，甲向警察表示要與其已經到場的辯護律師丙會見。警察向檢察官請示，檢察官表示，警詢完畢後立即讓甲與丙會面。在警詢中，甲詳盡地交代了自己的犯罪事實。隨後，警察移送甲至地檢署，檢察官訊問後，向法院聲請羈押。試問，甲的自白有無證據能力？其審查基準為何？又，就檢察官羈押的聲請，法院應如何裁定？

(一)爭點解析

本題與上面 102 台大第一題的爭點，可以說是非常類似。但由於本題是以實例題的方式呈現，也因此回答上除了可提到剛剛提過的刑事訴訟法第 95 條第 2 項「無辯護人之被告表示已選任辯護人時，應即停止訊問。但被告同意續行訊問者，不在此限。」之外，我國刑事訴訟法於民國 99 年修正的 34 條之 1 也是本題的重要考點，以下簡單介紹本題涉及的第 34 條第 2 項以及第 3 項：

1. 受拘提逮捕之被告具有與辯護人接見通信的權利，國家機關不得限制之：

依照第 34 條之 1 第 2、3 項之規定，受拘捕之被告要與辯護人行使接見通信權時，國家機關不得限制之，而接見的時間為 1 小時。此外，在遇有急迫或正當理由時，法條上增訂得暫緩之事由。但是須注意，**此僅係得暫緩，並非得限制。**

2. 刑事訴訟法第 34 條第 2、3 項的修法理由提到：「辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，依第二項規定，



固不得限制。惟有急迫情形，且有正當理由，例如：辯護人之接見將導致偵查行為中斷之顯然妨害偵查進行之情形時，宜例外允許檢察官為必要之處置。爰於第三項前段明定檢察官遇有急迫情形且具正當理由時，得暫緩辯護人之接見，並指定即時得為接見之時間及場所，以兼顧偵查之必要及被告之辯護依賴權。又檢察官所為之指定，應合理、妥適，不得妨害被告或犯罪嫌疑人正當防禦之權利，及辯護人依第二百四十五條第二項前段規定之權利，爰第三項後段明定之。至司法警察（官），因調查犯罪及蒐集證據，如認有上開暫緩及指定之必要時，應報請檢察官為之。」觀察本題，並未有得暫緩之例外，從而檢察官不得暫緩被告與辯護人之接見。

3.違反刑事訴訟法第 34 條的法律效果

承前所述，本題中並沒有急迫情形，也沒有正當理由，是以檢察官所為之暫緩處分應屬違法。而此一違法取得之自白應如何處理，現行法並無明文規定，此時涉及了與前面介紹的 101 年台大考題一樣的爭點。身言之，當國家機關違反辯護(律師)權而取得之自白，應如何處理的問題：

(1)立法理由－第 158 條之 4 權衡

依照第 34 條之立法理由：如辯護人、被告或犯罪嫌疑人不服檢察官依第 3 項所為指定之處分，依第 460 條第 1 項第 4 款規定提起救濟，經法院以其指定不符合「有急迫情形且具正當理由」之要件，或妨害被告或犯罪嫌疑人正當防禦或辯護人依第 245 條第 2 項前段規定之權利，予以撤銷或變更者，既屬指定不當，即屬違背法定程序之一種，期間所取得之證據，其證據能力之有無，應依第 158 條之 4 規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護定之，附此敘明。

(2)學說見解

此部分，依照王兆鵬老師的想法，解決的方式應與前述違反第 95 條第 2 項相同。亦即第 158 條之 4 僅適用在非供述證據，國家機關因違反律師權而取得之自白，應依照自白法則中之預防性或嚇阻性理論處理。

參、質問法則(對質詰問權)

質問法則是林鈺雄教授近年來研究的重心，雖然國內目前介紹的學者較少，且



多偏向德派學者所研究，然而，對質詰問權自大法官釋字 582 號解釋確立其憲法地位之後，其重要性不言而喻。而對於對質詰問權的內容也亟欲學說補充，也因此德派學者所介紹之質問法則在國家考試上仍有其出題的可能性(註 26)。質問法則其所強調的重點在於**刑事被告在整個程序中，至少應享有一次面對面、全方位去挑戰、質疑及發問不利證人的適當機會**。

此外，林鈺雄老師於文章中提到對質詰問權有三階段審查順序，這個架構筆者認為對考試非常有幫助，蓋此一對質詰問的審查體系有助於考生在回答類似問題時，可以回答得比較有條理以及層次感(註 27)：

(一)確立對質詰問權的保障範圍

(二)系爭程序踐行是否干預了對質詰問權

(三)系爭對質詰問權之干預，有無正當化事由

1.義務法則

國家機關(尤其是法院)自身負有促成對質詰問的義務，故應先履行傳拘等義務，始能成立質問的容許例外。

2.歸責法則

不利證人不能到庭對質詰問，必須是非肇因於可歸責於國家之事由所致，始可能成立對質詰問的容許例外。

3.防禦法則

即便是符合前兩項要件情形，也應本於補償平衡的公平程序要求，盡力保障被告較佳防禦可能性。本法則要求法院必須採行次佳防禦的替代方法，申言之，法院應盡力尋求次佳防禦的程序踐行方式，而非逕行採納面陳述等證據替代品。

4.佐證法則

該不利陳述既不得作為有罪裁判的唯一證據，也不得作為其主要證據，仍應以其他證據檢驗該不利陳述的真實性。

相關考題：102 年台大第二題

試從學理簡評以下三則第三審判決之理由摘要：

(一)「本案第一審法院依上訴人(按：被告)之聲請傳訊證人乙，乙雖未到庭，但於九十九年八月二日第一審審理時，撥長途電話至法庭，由法官(審判長)接聽，並在電話中回答法官之訊問，既當庭以電話問答，法官亦已親自訊問調查，難謂未依法踐行調查程序，原審採是日審判筆錄內所載電話通話之內容，認係證人乙在第一審之證述，而為上訴人不利認定之基礎，



要難指為違法。」

- (二)「本件上訴人（按：強盜案件被告）於原審聲請傳喚當時已在澎湖監獄服刑之共犯丙，經原審以增益訴訟效率並避免人犯提解勞費之理由，裁定以『視訊』方式進行對質詰問，此純屬審判長訴訟指揮權行使範圍，難指違法。況刑事訴訟法第 177 條第 2 項規定之『視訊法庭』，即屬於『審判法庭』之延伸，利用遠距視訊踐行交互詰問，不能謂非當庭詰問。又利用遠距視訊踐行交互詰問時，行詰問人與受詰問人之語音、表情或態度均能透過電子設備完全呈現，與法庭審判現場無異，自難認足以影響反詰問權之正當行使。」
- (三)「上訴人（按：性侵害案件被告）在原審雖曾聲請傳喚被害證人 A 女到庭詰問，惟 A 女於偵查中曾由社工員陪同至地檢署受訓，歷歷指述上訴人犯案過程，原審遂認為無重複陳述之必要而予駁回聲請。且原審理由亦說明，縱上訴人及其辯護人自偵查階段迄今，未曾當庭與 A 女對質、詰問，惟 A 女現為國中學生身分，出庭唯恐耽誤課業，且本案事證已為明確，因認無再行傳喚或採取其他隔離方式訊問、詰問之必要等由，依上說明，自屬原審就個別案情之審酌結果，其裁量經核並無違比例原則。上訴意旨漫指 A 女未到庭，剝奪上訴人詰問權，有未盡調查證據之違法云云，容有誤會，自非適法之第三審上訴理由。」

(一)爭點解析

本題林鈺雄教授出了三個判決請考生評析，而此三個判決，基本上都與質問法則中容許例外中的「防禦法則」有關，以下就「防禦法則」部分加以說明(註 28)：

防禦法則係在對質詰問權受限制時，容許例外的法則之一。蓋法院有時為了保護證人(例如：證人保護法、性侵害犯罪防治法…等)，會犧牲被告當面質問證人的權利，對於此種限制對質詰問權的行為，我們即須討論國家機關此項限制是否可通過容許例外的檢驗。

1.較佳防禦手段優先性原則

林鈺雄老師認為，縱使為了保護證人具有充分、具體的理由，國家機關仍應採取對於被告質問權侵害最小的手段。以匿名性為例，這種最小侵害的要求，反過來說，就是國家應就維持匿名保護的可能程序措施，於具體個案進行比較並優先採納保障被告「較佳」的防禦手段，此即「較佳防禦手段優先性原則」，屬於防禦法則的核心



內涵。

2.防禦防則與其他三大法則之間的交互關係：

(1)與義務法則的關係

根據義務法則，國家機關首應盡其可能，傳訊證人到底並促使其受辯方質問。若個案中國家已盡其尋求「最佳」防禦手段的義務，但仍不可得時(例如：出於保護證人的充分、具體理由)，只好「退而求其次」比較其他可能選項並優先保障其中的「較佳」防禦手段，這是義務法則與防禦法則併用結果。

(2)與歸責法則的關係

絕對不能的情況→基於整體補償平衡的出發點，也不能理所當然將無法質問的不利益歸由被告承擔，而應先檢討絕對事實不能是否肇因於國家可歸責事由之情形，也就是歸責法則。

相對不能→歸責法則著重造成不能結果的原因責任歸屬，後續的問題則取決於義務法則與防禦法則。

(3)與佐證法則的關係

即便是個案中遵循較佳防禦手段而來的不利證詞，也不能在有罪判決中佔據不合比例的評價份量，否則難謂補償平衡，也難以合乎公平審判原則的上位要求。(不能將未經質問的不利證詞作為有罪判決的唯一或最主要依據)

3.答題關鍵

(1)判決一(最高法院 95 年台上字第 4665 號判決)

A.此部分林鈺雄教授認為，事實審法院自身的調查義務(刑事訴訟法第 163 條)，而認為在證人未到庭情形，法院不但應優先調查其未到庭原因，且果真有不能親自到場的正當理由者，至少應考慮以法律已有明文規定的就地訊問或視訊訊問等可能調查方式，作為當庭訊問的代替手段，否則非但不當剝奪被告或其辯護人的詰問機會，且法院亦有未盡調查能事之違誤。

B.最高法院 97 台上字第 1727 號判決亦謂：「縱算是秘密證人，於偵審中仍有依法到庭接受對質、詰問之義務，僅其為訊問或對質、詰問時，應以蒙面、變聲、變像、視訊傳送或其他適當隔離方式為之而已。」也因此，不論從對質詰問保障、調查原則、嚴格證明法則及直接審理原則，事實審法院的程序踐行皆屬明



顯違誤。

(2)判決二(最高法院 97 年台上字第 2537 號判決)

A.系爭案例中，法院使用了視訊訊問的方式。此種訊問方式之積極作用在於藉由擴張調查可能性而擴大較佳證據的適用範圍。就其適用前提而言，必須是「證人不能到場或有其他必要情形」。所稱「證人不能到場」，清楚指向「不可及性」的理由，在此情形，視訊訊問提供了朗讀證人筆錄以外的較佳選項。但是，「有其他必要情形」是否僅限於證人不能到場以外之其他「不可及性」情形？林鈺雄教授認為，「證人保護」亦得作為限制詰問的目的，同時也是特別法所定視訊訊問的立法意旨。因此，若將系爭訟法規定的「有其他必要情形」解釋為包含特別法所未明定但仍有「證人保護」的必要情形，實務有此需求，學理亦屬有據。而即便如此擴張解釋，還是不脫「不可及性」及「證人保護」兩種基本的規範保護目的，至於具體案件中，法院採用視訊訊問方式，是否屬於達到上開目的的適合、必要與相當手段，則屬個案的比例原則審查問題。

B.但 2002 年增訂 177 第 2 項，隻字未提「不可及性」與「證人保護」，反而提出所謂提解戒護安全的立法理由的突兀說法(註 29)，無論從刑事訴訟法本身或相關特別立法來看，都是是天外飛來一筆，其結果無異於(以立法說明理由而)創設了「不可及性」及「證人保護」以外的第三種「限制目的」一言以蔽之，就是出於(法院自身)調查證據的「便利性」然而，無論從直接審理原則或對質詰問保障來看，法院自身的便利性，從來不是立法目的，違論作為直接審理例外或對質詰問限制的正當化事由。

C.本題中第二個實務判決，即屬於林鈺雄教授前面所批判的錯誤見解。申言之，本判決由於將錯就錯表示，運用遠距視訊證人方式與使其親自到法庭審判現場，即便就對質詰問的保障程度而言，兩者亦不分軒輊。這種「等價判斷」說法，逕將視訊訊問方式，一舉提升到「最佳」防禦手段的地位。如此一來，同屬「最佳」的證人親自出庭與視訊訊問方式之間，就再也無法比較出何者「較佳」，據此，前者當然也就沒有「優先性」可言，



進而，事實審法院也不會違反優先調查較佳證據之調查原則。然而，從對質詰問保障程度來看，在證人親自出庭這個「最佳」選項已因「不可及性」等理由而不復存在的情形，視訊訊問這種「次佳」選項的意義，本來在於避免剝奪質問機會「不佳」選項，毫無疑問，視訊方式相較於完全剝奪，當然是「較佳」防禦手段，也就是用來「加分」的保障方式，而觀諸最高法院向來裁判，也是如此認為。但是，上開「等價判斷」說法，卻把法律設定的證人親自出庭原則，「削弱」為視訊方式亦無不可，容許事實審法院在最佳選項仍然可及時，逕以次佳作法取而代之。一言以蔽之，視訊訊問的立法，本來是可以「加分」的替代選項，淪為「減分」的正當事由！

(3)判決三 (最高法院 100 年台上字第 1131 號判決)

林鈺雄老師認為，於性侵害案件，若以避免造成創傷為由而不予庭訊所稱被害證人(包含兒童)出庭，由於心理創傷與否及其程度，以及各種不同的庭訊方式(包含視訊等隔離措施)對於個案該特定被害證人可能的影響，屬於涉及專門知識的問題，因此應該先聽取專家意見，而非任由法院想當然爾，自行臆測或論斷。

即便個案存在限制質問的具體、充分事由且已經專家證明，但限制有各種層級之分，基於補償平衡的上位要求，在尚未完全排除能夠達到保護證人目的且限制被告權利較為輕微的手段之前，不可率先採行限制較為嚴重的方法，更不可遽然跳躍至剝奪的手段，否則即屬對於被告防禦權的過度侵害。簡言之，在為了證人保護目的，而無法採取對被告「最佳」的防禦手段之際，基於防禦法則，應優先考慮其他可能的「次佳」選項，而唯有在次佳選項也排除之後，才能依次考慮「次次佳」選項，依此類推，但無論如何不能逕行採取對被告「最差」的剝奪手段，也就是程序自始至終未曾賦予被告或其辯護人向被害證人直接或間接提問、挑戰的機會。上開指導原則，林鈺雄教授稱為「較佳防禦手段優先性原則」，屬於防禦法則的核心內涵。

依較佳防禦手段優先性原則，即便本於專家意見而認為讓被告質問，可能造成二度心理創傷，但這也不表示可以使用剝奪質問的手段；此時，林鈺雄老師認為應考慮以其他隔離措施問答的可行



性，一方面保護被害證人免於使其當庭、直接面對被告，二方面也讓被告或其辯護、仍有參與提問、挑戰的機會。由於現代科技之便，各種隔離措施也越趨多元，除了傳統的隔別訊問之外，影音同步傳送的訊問、詰問方式，已經廣見於各國的刑事訴訟程序，尤其是匿名證人與被害證人的保護，運用特別廣泛。從而本判決不考量其他較加防禦手段而逕行剝奪被告對質詰問權，應非妥適。

肆、不自證己罪

不自證己罪強調的重點為，任何人均無義務積極作為來協助對己的刑事追訴，亦即，國家機關不得強制任何人積極自證己罪。釋字 582 號解釋中，許玉秀大法官之協同意見書中，對此有詳盡的說明。建議考生行有餘力可閱讀該協同意見書，會有很大的收穫。

相關考題：102 年北大第三題

在竊盜案件的偵查中，犯罪嫌疑人甲經合法拘提到案，警察要求甲提供指紋，以供比對之用，甲拒絕，並表示：「你跟法官請票來我就給你」但是警察仍以強制力取得甲的指紋。此外，警察經合法搜索後取得甲所製作的筆記，其中仔細載明每一次犯案的地點及所竊得的贓物。警察向甲出示指紋的比對結果及筆記後，向甲說：「你還要繼續嘴硬下去嗎？」甲因而一五一十地自白了所有的犯行。在審判中，檢察官以指紋的鑑定報告，甲的筆記本及甲的自白作為證據，證明甲的竊盜行為。甲的辯護人主張，使用上述證據違反了甲不自證己罪的權利。試問，如果你是檢察官，你應如何反駁甲的辯護人的主張？

(一)命題趨勢

就考試而言，不自證己罪的重點，基本上不脫「**保護客體**」以及「**射程範圍**」這兩個爭議。其中保護客體的部分，屬於本題的命題主軸，筆者於爭點解析部分將加以說明。另外一個重點「不自證己罪之射程範圍」，於 99 年台大刑事訴訟法考題中曾有命題記錄，惟囿於篇幅，就此部分筆者無法加以詳細說明，建議讀者可參閱林鈺雄教授所著之相關文獻(註 30)，相信能很快釐清射程範圍的相關爭議。

(二)爭點解析

本題中，命題老師要求考生從檢察官的角度反駁辯護人不自證己罪之主張。而本題係爭證物有指紋鑑定、筆記本(物證)以及自白(供述證據)…等，看到這裡考生應該立即聯想到本題可能涉及不自證己罪保護客體的爭議。



原因在於，若僅牽涉到供述證據與不自證己罪的關聯時，討論重點不論美日德派學者看法均無太大歧異，重點都是放在緘默權的違反。然而，若涉及到「非供述證據時」，將會因為對於不自證己罪採取主動基準或者是供述基準而有不同。系爭題目中法官所採用之證據，有供述證據也有非供述證據，因此當出題者要求從不自證己罪作為爭執證據能力的主要論述時，即應注意到不自證己罪客體的考點。

我國目前學說上針對不自證己罪的保護客體，有主動基準以及供述基準不同的見解。其中德派學者多採取主動基準；而美派學者則多採取供述基準，以下分別介紹之：

1.主動基準(註 31)

歐洲人權法院於 Funke 一案中，確立歐洲人權公約第 6 條之解釋上應包括被告之不自證己罪特權。並於後續相關判決逐漸發展成為主動基準，也就是禁止國家機關課予刑事被告主動積極配合對其追訴之義務。

在討論不自證己罪上，另須注意違反主動原則還有一個要素，那就是「強制性」，因為不自證己罪特權並不禁止被告自願、主動地配合國家的追述，亦即要先證立有不當強制才能進而論證不自證己罪特權受到侵害。此外依照主動基準之脈絡，緘默權和不自證己罪兩者之保護領域應予區別，在諸如提出文件或其他非供述證物等積極配合義務時，涉及的不是緘默權，而是不自證己罪之特權。最後，在主動基準之下，不自證己罪原則固然禁止強制被告積極配合追訴，但並未免除其「消極」的忍受義務。

2.供述基準(註 32)

採取供述基準之學者多認為，不自證己罪之最主要目的，在防止國家機關強迫被告揭露其所知、所思、所信，再藉該所知、所思、所信而定被告於罪。依照此定義可發現，採取本見解的學者，會將不自證己罪與緘默權等同視之。亦即，緘默權即為不自證己罪的規定。

判斷某證據是否為不自證己罪所保護，其標準應以該證據之性質是否具「供述或溝通」之本質，如答案為肯定，應認為受不自證己罪之保護，國家機關不得強迫取得，例如測謊即具供述或溝通之性質；反之，即不受保護，得強迫取得，例如酒測，因為人民之呼吸或酒精濃度並不具供述或溝通性質。

美國聯邦最高法院指出不自證己罪係禁止藉物理之強制力或道德上之強



迫而取得被告之供述，非指若有必要時，不得以被告之身體為證據，因此強迫嫌疑犯或被告成為物體或物理證據，不違反不自證己罪之規定。

3. 答題關鍵

本題中出題者希望考生以檢察官的立場反駁辯護人所提出指紋鑑定、筆記本及自白均違反不自證己罪的主張。系爭前面兩項證據均屬物證，也因此，若要從檢察官的角度進行反駁，那麼勢必要採取**供述基準說**，申言之，由於指紋鑑定與筆記本均為物證，也因此採取供述基準說的立場之下，應無不自證己罪的問題。

此外，有關自白的部分，另涉及無毒樹果實理論以及合法偵查技巧。考生在答題時，可主張就取得之被告自白時雖言：「你還要繼續嘴硬下去嗎？」但此僅屬偵察機關合法之偵訊技巧，應屬合法。又警察利用指紋鑑定結果以及筆記本攻破被告心房，由於該指紋鑑定結果以及筆記本之取得，並無違反不自證己罪以及其他刑事訴訟法之規定，也因此係爭二項證據均係合法取得，故本案亦無非法證據衍生出之合法證據是否有適用毒樹果實適用之問題。

伍、結語

依照筆者自己準備考試的經驗，在刑事訴訟法這個科目上，近年來法研所的考題與國家考試之間常常會有某種程度的關聯性。原因在於，自從我國刑事訴訟法於 92 年修法並明確表示將改採**改良式當事人進行主義**後，刑事訴訟法目前正面臨巨大的轉型階段。在這個重要階段，學者們當然也不會缺席，不論是針對近期實務見解抑或是修法動向，學者均有提出建議或評論。這些也都會影響到國考考題的出題方向(修法動向、新進實務見解一直都是國考的命題重點)。而藉由法研所的考試題目，正好可以幫助我們了解學者近期關注的重心為何，準確打擊重點。因此考前若行有餘力，建議考生能將當年度的研究所題目加以演練，或至少熟悉該題目的爭點，相信一定能夠增強國考實戰能力，獲得佳績。預祝大家考試順利、金榜題名！



【注釋】

- 註 20：建議讀者在閱讀第 95 條時，一併注意第 31 條之修正，原因在於這兩條同樣都是今年一月修正，且息息相關。例如：有關原住民的部分，經過修法後，在通常程序中屬於強制辯護案件(§31)；而有關權利告知部分，亦同時於修法時增訂偵查機關有告知原住民被告有法院為其指定律師的權利(§95)。由此即可看出兩者之間於這次修法的關聯性。
- 註 21：王兆鵬，〈自美國法看我國刑事被告之律師權〉，收錄於：《辯護權與詰問權》，2008 年，頁 43 以下。
- 註 22：王兆鵬，《刑事訴訟法講義》，2010 年，頁 463。
- 註 23：此案美國最高法院的見解，如今明文為我國目前刑事訴訟法第 95 條第 2 項。
- 註 24：該案被告被起訴後聘有律師，警察為求得被告的自白，乃收編同案被告，在該同案被告身上裝了竊聽器，要其約被告到街上談論案情，被告不知其患難之友已成警察線民，對其侃侃而談作出對自己不利的陳述，而為警方錄音。最高法院承認被告之陳述確實為任意性，但被告既已被起訴又聘有律師，警方不通知被告律師到場，卻以狡猾方式取得被告陳述，違反被告憲法上的律師權，該不利陳述不得作為證據。
- 註 25：有關預防性與嚇阻性法則的介紹，可參閱王兆鵬，〈開創自白法則的新紀元〉，《月旦法學雜誌》，第 154 期，2008 年 3 月，頁 153 以下。
- 註 26：當然，在林鈺雄老師一系列的對質詰問權文章中可以發現，林師最大的目標在於以「質問法則取代傳聞法則」。但由於目前現行法上已明確採行傳聞法則，且整體修法方向更是朝向當事人主義進行修正，因此就是否可以質問法則取代傳聞這個爭議在國考上出現的機會不大。但是仍須注意質問法則被侵害時的容許例外，例如：義務法則、歸責法則以及防禦法則。蓋對質詰問權被侵害的案例在實務上是常常發生的，也因此都會牽涉到這幾個法則的運用。從考試取向而言，既然實務上會發生，那麼就代表有機會出現在國家考試。
- 註 27：有關質問法則，可參考林鈺雄，〈對質詰問與上級審－歐洲法發展與我國法走向之評析〉，《月旦法學雜誌》，第 143 期，2007 年 4 月，頁 5-30；林鈺雄，〈嚴格證明法則之新紀元－最高法院近年裁判新趨勢之評釋〉，《台灣法學雜誌》，第 99 期，2007 年 10 月，頁 128-150。
- 註 28：林鈺雄老師近期對於質問法則的研究重點也是放在防禦法則，可參閱，林鈺雄，〈對質詰問之限制與較佳防禦手段優先性原則之運用：以證人保護目的與視訊訊問制度為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 40 卷第 4 期，2011 年 12 月，頁 2323-2395。



註 29：刑事訴訟法第 177 條第 2 項修法理由：「隨著現代科技之進步與發展，資訊之傳遞更為快速而準確，訊問證人之方式，除傳統之當庭訊問或就地訊問外，若有科技設備而得直接訊問者與證人親自到庭以言詞陳述，無甚差別，且避在押人犯之提解戒護之安全問題，增訂第二項。」

註 30：林鈺雄，〈不自證己罪於非刑事程序之前置效力—評九十六年度台上字第七二三九號判決及相關裁判〉，《月旦法學雜誌》，第 161 期，2008 年 10 月，頁 266-284；林鈺雄，〈不自證己罪原則之射程距離—最高法院相關裁判之回顧與評釋〉，《台灣法學雜誌》，第 93 期，2007 年 4 月，頁 221-237。

註 31：有關主動基準的介紹，可參考，林鈺雄，〈論不自證己罪原則—歐洲法整合趨勢及我國法發展之評析〉，《國立臺灣大學法學論叢》第 35 卷 2 期，2006 年 3 月，頁 1-60。

註 32：此部分可參考，王兆鵬，〈不自證己罪保護之客體〉，《台灣法學雜誌》，第 95 期，2007 年 6 月，頁 67-77。

