

刑訴篇

主筆人：金台大

一、前言

冬去春來又一載，時間驟逝，不能亦無從掌握。時間又走到每年的國考戰場前夕，趁著研究所考試甫結束不久，藉此機會，分析台大、政大及東吳法研所之刑訴考題，從上開學校之研究所試題中萃取熱門爭點及重要觀念，供各位即將進入國考戰場的考生作為參考。

通常各校研究所之命題老師，也都會是國家考試之命題委員，然而研究所考試與國家考試之命題趨向畢竟仍有不同。因研究所考試之命題目標，乃希望透過考試而篩選出具有研究能力之研究生，故命題上常常可見某些尚未立法通過，但對於我國現行制度之改革足資參考的一些外國立法例或草案型的考題，例如：今年台北大法研所第二題關於訴因制度的探討，便是典型的外國（日本）立法例做為我國修法參考的題型。又例如：今年東吳法研第一題關於觀審制的題目，此部分在我國尚未完成立法，屬於草案評析型之考題。上述兩題在研究所考試中被加以命題，命題意旨便在測驗準研究生們對於制度的改革能否有所瞭解，進而提出建言，茲洞悉究竟何人方屬較適合進入研究領域之人。然此與國家考試之命題，旨在錄取具有從事實務操作能力之人，二者實有不同。因此，為協助即將邁入考場的各位，從研究所考題中能獲知與國家考試息息相關的重要爭點，以下將擇今年研究所考題所顯示在國家考試中同樣重要之爭點，以國考解題之角度加以提示、說明之（之所以強調國考解題之角度，乃因為相同的題目，在研究所考試時，作答上可能必須要偏向命題老師之個人見解，甚至是獨門見解，但在國家考試若出現相同題目，作答上面就需偏向實務及多數說的看法，所以，以下分析會以實務及多數說之看法加以處理），至於如上述較偏向於純研究所之試題則僅能割愛而略之。



二、研究所考題焦點剖析

(一)未盡拒絕證言權告知義務之效果

1.相關考題：台大法研第一題

2.爭點解析：

依刑事訴訟法第 185 條第 2 項及第 186 條第 2 項，檢察官與法官負有拒絕證言權告知義務，然刑事訴訟法中對於國家機關未履行拒絕證言權之告知義務所取得之不利被告之證言，對被告之案件而言，究否有證據能力？對於證人將來依此證言被起訴之案件中，有無證據能力？均未明文規定，實務上對此亦無定見，爰將此二爭點解析如下：

(1)國家機關未履行拒絕證言權之告知義務所取得之不利被告之證言，對被告之案件而言，究否有證據能力？學說及實務見解在此約可分為二說：

①權利領域理論：最高法院 95 年台上字第 909 號判決、100 年台上字第 1409 號判決，及王兆鵬老師均採本說，如相關判決意旨所示：拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張，證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人而設，非為保護被告，法院或檢察官違反告知義務所生之法律效果，僅對證人生效，故違反告知義務之證人證詞，**對訴訟當事人仍具證據能力**。

②§158-4 適用說：最高法院 100 年台上字第 4259 號等諸多判決均採本說，判決意旨：「如法院或檢察官未先踐行此項告知義務，而逕行告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，其踐行之訴訟程序自有瑕疵，所取得之證言，應有本法第一百五十八條之四相對排除原則之適用。縱被告並非公務員違反法定程序之權利受害者，而是關係第三人，鑒於司法正潔性及嚇阻論之觀點，解釋上仍應容許被告主張證據排除。」

③小結：上述二說各言之成理，惟刑事訴訟之存在本係為確認犯罪者（即被告）之刑罰權，所有之取證規範均與被告息息相關，似難謂拒絕證言權僅對證人生效，亦即仍應容許被告主張排除，較為合理。

(2)國家機關未履行拒絕證言權之告知義務所取得證人不利己之證言，對於證人將來依此證言被起訴之案件中，有無證據能力？若係檢察官或法官未踐行此告知義務，則學說上多數均傾向於認為此種情形侵犯證



人之不自證己罪特權，而應否定該證據之證據能力。但有疑義之處，在於我國法並未要求司法警察（官）需踐行拒絕證言權之告知義務，倘若證人因此於警詢中做了不利己之證言，究竟有無證據能力尚有疑義。對此最高法院 97 年台上字第 2956 號判決：「司法警察官或司法警察於調查中詢問證人，故不生應命證人具結及踐行告知證人拒絕證言權之義務問題。惟依同法§196-1 準用§181 之規定，該證人於警詢時仍享有不自證己罪特權。該證人於司法警察詢問時所為不利於己之陳述，於嗣後成為被告時，基於不自證己罪特權，仍不得作為證據。」值得參考。將來若在國家考試面對相同考題時，亦可以此為本而作答。

(二)實質之辯護及辯護人應有為被告代撰上訴理由之義務

1. 相關考題：政大法研第一題

2. 爭點解析：

(1) 實質之辯護

強制辯護案件中，被告除享有受辯護人協助之權利外，近年來，無論學說抑或實務見解，均不斷強調被告應受實質辯護。至於實質辯護是否代表辯護人應始終在庭？則尚須進一步闡釋，此部分可參考最高法院 98 年台上字第 7016 號判決：辯護人於審判期日，得為被告行使其辯護權者，除依刑事訴訟法第 289 條規定，於調查證據完畢後，就事實及法律所為之辯論外，其於審判長踐行同法第 164 條、第 165 條、第 165 條之 1 調查證據程序時，併賦予辯護人「參與調查證據權」，亦即審判長應依證據種類之不同踐行向辯護人提示辨認、宣讀或告以要旨等調查證據之方法，使其有對證據內容陳述意見之機會；尤其於第 166 條至第 166 條之 6 等有關對證人、鑑定人行交互詰問之方式，以及詰問之範圍、次序、方法與限制，聲明異議之方式等項，均屬證據法則之一環，為審判程序進行之最核心部分，辯護人係法律專家，對於詰問規則之運作，自較被告為專業、熟稔，胥賴辯護人踐行詰問程序，始足以保障被告之權益，並落實當事人對等原則。從而，刑事訴訟法第 379 條第 7 款規定「（略）」，此之所謂未經辯護人到庭辯護，依辯護制度之所由設，除指未經辯護人到庭者外，其所謂「經辯護人到庭辯護」自應包括至遲於審判長開始調查證據程序，以迄宣示辯論終結前，辯護人均應始終在庭行使職務之情形，俾使被告倚賴辯護人為其辯護之權利，得以充分行使其防禦權。



從上揭見解可知，從開始調查證據程序，以迄宣示辯論終結前，辯護人均應始終在庭行使職務之情形，亦即被告受實質辯護保障之時點至少始於開始調查證據程序。因此，政大法研第一題中，辯護人於調查證據完畢之後始匆匆到庭，顯然被告在調查證據程序中並未受到實質辯護之保障，應屬刑事訴訟法第 379 條第 7 款所定得上訴第三審之事由。

上揭判決在將來國家考試遇到相類似考題時，可以適度援引為作答依據。

(2) 辯護人應有為被告代撰上訴理由之義務

自從 96 年修法要求上訴第二審須附具體理由之後，實務上對於何謂具體理由，有著截然不同之見解，學說上一般將之劃分為較嚴格之見解與較寬鬆之見解兩大類，前者例如：最高法院 97 年台上字第 892 號判決：依憑證據法則具體指出所採證據何以不具證據能力，或依憑卷證資料，明確指出所為證據證明力之判斷如何違背經驗、論理法則；後者如最高法院 97 年台上字第 236 號判決：然所稱「具體理由」，係指須就不服之判決為具體之指摘而言，如僅泛稱原判決認事用法或量刑不當、採證違法、判決不公等，均非具體理由（參見法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 162 點）。是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，自非徒托空言或漫事指摘，縱其所舉理由經調查結果並無可採，要屬上訴有無理由之範疇，尚難遽謂未敘述具體理由。而學說上多傾向於支持後者之見解。

另外，最高法院 98 年台上字 5354 號判決則闡明了：刑事被告有受其每一審級所選任或經指定之辯護人協助之權利，此每一審級之射程，至上訴發生移審效力為止，此觀刑事訴訟法第 346 條之規定，賦予原審辯護人得為被告利益上訴之權，以及終局判決後原審辯護人仍得檢閱卷宗及證物等權利至明。祇因先前係採「空白上訴」制，以致終局判決宣告後至移審效力發生之間此一空檔辯護人之地位，向被漠視而已。基於辯護人應盡其忠實辯護及執行職務之義務，則第一審辯護人為被告之利益提起第二審之上訴，自應依上開規定，以上訴書狀敘述上訴之具體理由，要屬當然。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。

惟政大法研第一題中，較特殊之處：甲係自行提起第二審上訴且自行表明上訴理由。此時原審辯護人是否尚有代撰上訴理由之義務？則非無疑，於此問題應參考最高法院 99 年台上字第 4700 號判決：故強制辯護之案件，被告不服第一審之判決而提起上訴，如其上訴書狀全然未敘述理由者，第一審或第二審法院命其為補正時，均應於裁定之當事人欄內併列第一審之辯護人，俾促其注意協助被告提出合法之上訴書狀，以恪盡第一審辯護人之職責，並藉以曉諭被告得向第一審之辯護人請求協助之目的；倘被告未及經第一審辯護人之協助已自行提出上訴理由，但囿於專業法律知識或智能之不足，致未能為契合法定具體理由之完足陳述時，基於被告有受憲法保障其實質獲得辯護人充分完足協助之防禦權之權能，第二審法院於駁回其上訴前，仍應為相同模式之裁定，始符強制辯護立法之旨。

從上述判決意旨而言，政大法研第一題中，甲未及經第一審辯護人之協助而自行提出上訴理由，但囿於專業法律知識或智能之不足，致未能為契合法定具體理由之完足陳述上訴理由。基於被告有受憲法保障其實質獲得辯護人充分完足協助之防禦權之權能，第二審法院在以無具體理由而駁回上訴之前，應裁定提醒第一審之辯護人，促其注意協助被告提出合法之上訴書狀，此時應認為原審辯護人尚有代撰上訴理由之義務。

(三) 刑事法院職權調查證據之範圍

1. 相關考題：東吳法研第二題

2. 爭點解析：

若要說今年刑事訴訟法最火的議題是什麼？大家應該會公認就是最高法院第 101 年第 2 次刑事庭決議，將法院職權調查證據之義務範圍即刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書：「於公平正義之維護或對被告利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」其中「公平正義之維護」，目的性限縮為對被告利益而攸關公平正義之事項為限。此引來許多學界的老師及檢方



之質疑，例如：何賴傑老師便批評，如此解釋方法，將違反「證據預先評價禁止」。本文在此不擬多做批判，而試著將東吳法研第二題中所問，該決議內容與先前相關決議內容最重要差異之一，即 91 年第 4 次刑事庭決議第 7 點、100 年第 4 次刑事庭決議對此之修正及 101 年第 2 次刑事庭決議再次修正之部分，說明如下：

91 年第 4 次刑事庭決議第 7 點：本法第 163 條第 2 項前段「法院得依職權調查證據」，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清時，得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。從而，法院於當事人聲請調查之證據調查完畢後，除依同條規定應調查之證據外，其他凡經認為有助於發見真實而足以影響判決結果之證據存在，且有調查之可能者，皆屬得依職權調查之證據。而 100 年第 4 次刑事庭決議則修正為：檢察官未盡舉證責任，除本法第 163 條第 2 項但書規定，為維護公平正義之重大事項，法院應依職權調查證據外，法院無庸依同條項前段規定，裁量主動依職權調查證據。是該項前段所稱「法院得依職權調查證據」，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。

從上述實務見解之演變可知，100 年第 4 次刑事庭決議對於 91 年第 4 次刑事庭決議第 7 點之修正，主要集中於限縮第 163 條第 2 項本文「法院得依職權調查證據」。

進一步地，101 年第 2 次刑事庭決議再次修正之部分，乃在 100 年第 4 次刑事庭決議修正後之文末，再加上「但書所指『公平正義之維護』，專指利益被告而攸關公平正義者而言。至案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能者，法院得依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款之規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請，並藉由告訴人、被害人等之委任律師閱卷權、在場權、陳述意見權等各保障規定，強化檢察官之控訴功能，法院必須確實依據卷內查得之各項直接、間接證據資料，本於經驗法則、論理法則而為正確判斷。因此，非但未減損被害人權益，亦顧及被告利益，於訴訟照料及澄清義務，兼容並具。」簡言之，101 年第 2 次刑事庭決議乃是針對第 163 條第 2 項但書規定再次修正先前決議之意旨。



簡要地分析如上，希冀能令各位對於此一決議歷來之演變有更清楚地瞭解，以能應付將來從此演化而出之考題。

三、結語

除上述之考題外，礙於篇幅，尚割捨了許多重要且精彩的考題，例如：政大法研第二題，證物是否需實物提示之爭議及監聽譯文之定性，以及北大法研第四題，偵查中的搜索扣押律師有無在場權之爭議等等，建議同學在上考場前都能將相關考題加以演練，應能提升國考實戰能力。

