

刑訴篇

主筆人：路台大

壹、前言

今年的各校法研所考題依然維持近年出題的模式，並沒有特別困難的點，依然是將各重要考點釐清並掌握基本概念，即可獲取分數，若是對於過去幾年台大、政大與台北大考古題有所關注的同學，應該都可以掌握出題的脈動與形式，並穩當的作答。

貳、重要爭點

命題的重點上，重心依然放在學者關注的點上，包括強制處分（羈押／搜索／扣押／通訊監察）、證據法（證據排除／傳聞法則／嚴格證明）、辯護制度的演進（強制辯護／閱卷權／接見通信權／上訴二審鴻溝填補），當然一些近年新修法的程序制度也是命題熱點，國家考試的準備上或許依然無法擺脫傳統實務對於程序與案件判斷等傳統爭點的關注，但學者關注的這些重點一方面是長久批評的問題，另一方面這些問題近年配合修法與實務見解（包括大法官解釋與判例決議）等也成為實務關注的重心，不可不加以注意。由於刑訴爭點過於分散，縱使抓到命題大方向仍然是範圍廣泛，是故筆者謹精選兩個國考與法研近年熱點，且實務見解與學術論著特別關注者進行分析。

一、實質有效辯護－辯護權的實務演進與學說評論：

（一）爭點說明

辯護權的問題絕對是近年實務與學說討論最多的部分，包括了大量的學術論著以及修法、大法官解釋的產生。以下我們就分述幾個重要的實質有效辯護爭點：

1. 實質有效辯護的內容與判斷方式

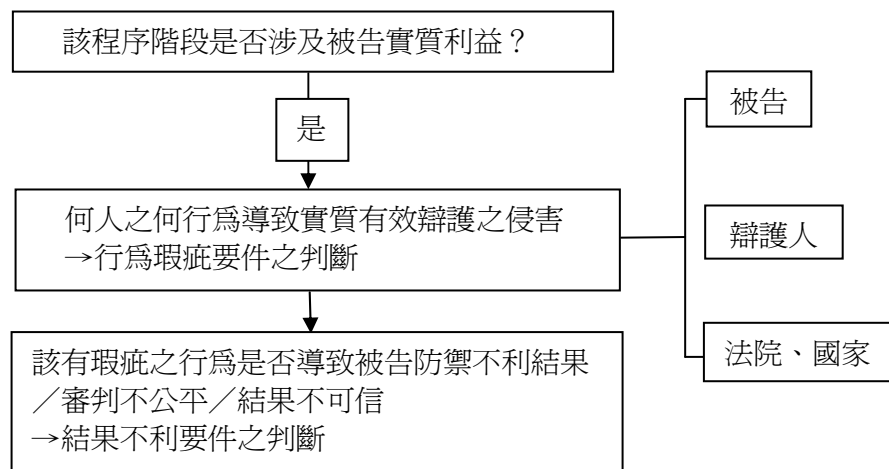
實質有效辯護的法理來自於憲法第 16 條，強調「強而有力」與「確實有效」的辯護，我國實務有稱之為實質忠實辯護者。此法理強調辯護制度目地在於平衡國家與被告實力差距，因此律師不可以僅是形式上到場，而是要為當事人盡心盡力提供強而有效的辯護。但應



注意實務上認為並非無時無刻皆有此法理之適用，相反地必須於程序中對於被告權利具有實質上影響時，方有此法理之適用，如：證據調查、言詞辯論等，若是人別訊問等為實質影響被告權利者，則律師縱使不在場，因未侵害實質有效辯護故並不違法。此外我國實質有效辯護之保障也擴及於「貧窮被告保障」，惟就此尚欠缺權利告知之保障，且於羈押等重要程序欠缺保障未來皆應改進。

實質有效辯護是否被侵害，實務與學說皆認為須視該行為（包括被告、國家、辯護人皆可能為行為人）是否具備「行為瑕疵」，也就是被告應證明辯護人的行為或表現有瑕疵，且該瑕疵之程度已嚴重到使辯護制度未發揮其應有之功能(註 1)。而是否有前述狀況，應綜合一切情狀，依當時普通律師規範為標準，判斷辯護人行為是否具有合理性。但應對辯護人之行為決定有高度尊重，避免事後諸葛的判斷，應假設律師已為適切的協助，且做出合理決定。

但學說認為除了行為瑕疵外，尚應檢討有無「結果不利」的情況發生：辯護人瑕疵行為導致被告防禦上不利之結果，致審判不公平且結果不可信，被告對此舉證具有合理可能性。此要件設計的理由在於憲法上受律師協助權的目的在確保被告得到必要協助，以正當化訴訟結果的可信性。我們用下圖做個總結：



若是涉及被告實質利益之階段，則須實質有效辯護之保障，被告須獲得實質且忠實之辯護，有辯護人在場並為強而有力之有效辯護。此外應判斷究竟是何人的哪個行為導致實質有效辯護之侵害，例



如：實務見解最常見的就是辯護人所造成者。

此外被告本人也可能導致實質有效辯護之侵害，例如：本法之共通辯護規定即在處理此種情形。共通辯護指的是「同一訴訟程序的數個被告由相同辯護人為其辯護」，但依本法第 32 條第 3 項規定，利害相反時不應允許此種辯護，且雖然條文中僅規定「指定辯護」，惟「選任辯護」時也有同一問題，故學說上認為不分指定或選認辯護，皆應適用共通辯護之規範（現行法下對選認辯護下的共通辯護可用類推適用第 31 條處理），利害相反時不應允許之。當有利害相反情形卻選任同一辯護人時，即為被告行為侵害實質有效辯護之典型狀況。此外違反時之救濟方式也是重點。對此我國實務見解認為，從第 379 條第 7 款的「依本法應用辯護人…」之條文的指涉範圍包括強制辯護與指定辯護，搭配我國實務見解關於「選任辯護」違反實質且忠實辯護的依據皆來自第 379 條第 7 款來做觀察，可知選任辯護適用實質及忠實辯護的範圍也僅限於強制辯護案件之部分，對此我們可以歸納出下開表格：

案件類型		可否上訴救濟
指派辯護人之情形	法院指定(如:31 條 1 項)	可
	法扶基金會指派	否
	自行聘請	否
選任辯護人之情形	強制辯護案件	可
	非強制辯護案件	否

由表格可知被告可用未受實質且忠實辯護為上訴理由者，只有兩種狀況：(1)辯護人是法院所指定者（這時不用區分案件是否為強制辯護案件）；(2)辯護人雖然是當事人自己選任或法扶指派，但是屬於第 31 條第 1 項前段強制辯護者。

學說上則提出質疑認為：為何同樣一個表現拙劣的辯護人，在條文的操作下，僅因其非屬「指定辯護人」又非屬「強制辯護案件」，就不可以用第 379 條第 7 款上訴？同樣的案件與同樣的辯護人且表現相同時，只因為「指定或選任」就可以有差異極大的法律效果？因此自從我國實務見解與大法官釋字 654 號解釋可知：只要辯護人沒有為實質且忠實的辯護，即未能保障被告利益、充實被告防禦權、促成實體發現、達成法院公平審判與確保國家刑罰權適當行使。重點應在於「辯護目的有無達成」，而非「辯護案件之來源或性質為何」。



且釋字 654 號解釋中更明顯表現出被告的辯護人不論其來源為何，皆應對被告為實質有效之辯護，才能確保憲法權利的實現。不論是指定還是選任的辯護人；不論是強制或非強制辯護案件，辯護人都應該提供實質且忠實之保護。學說上認為依照第 379 條第 7 款為解釋過於狹隘而不當。為了合於釋字 654 號解釋與辯護制度基本理論，不分案件性質與辯護人來源皆應適用相同之標準。未來面對非強制辯護案件之選任辯護人，應從上開解釋出發，認為構成第 378 條的違背法令，接著再以「結果不利」要件為判斷標準，若合於該要件時，可依第 380 條提起上訴，進而擺脫第 379 條第 7 款之限制。

2. 閱卷權與接見通信權的實務與學說重點

此外應注意第 33 條閱卷權與第 34 條接見通信權的內容。這兩個條文的重點都在對於人民權利合理限制的界定，這些限制包括了針對主體、時間與行為方式等部分，請務必注意第 33 條的條文結構，此外於 2006 年時閱卷權主體加入了「無辯護人之被告」。第 34 條接見通信權的部分，應注意過去實務見解的一些缺失：包括允許監聽、允許監聽取得證據之使用，此外過去我國禁止接見通信之審查欠缺法官決定之前審查與事後的救濟管道。這些都於釋字 654 號解釋後發生改變，現在接見通信過程中不可再監聽，由此取得之證據亦無證據能力。而本法也於 2010 年修定第 34 條與新增第 34 條之 1，保障受拘捕被告的接見通信權，並設計事前的法官決定審查機制。另外第 404 條與第 416 條也都對於禁止接見通信提供事後的救濟管道。

3. 上訴二審鴻溝的填補與受律師協助權利保障

由於審級委任的現行制度，一審結束後於上訴二審前並無受律師有效協助權利保障相關條文的適用。但於我國為了防止空白上訴而增定第 361 條，要求上訴須具備具體理由後，於上開時段內，人民受律師協助之權利即具重要性，若未能保障則將使人民上訴二審產生鴻溝。

對此問題我國學說與實務皆認為應尋求對上訴人保障之機制，我國最高法院後採納學說見解之建議，賦予被告權利並課以律師義務，可歸納出三個重點：(1)第一審辯護人有為被告撰寫二審上訴理由之義務；(2)若被告在第一審無辯護人者，二審法院得行使必要闡明權，以查明是否符合具體要件；(3)是否具備具體理由，應自形式上觀察，



原則上只要足以動搖原判決即為已足。

(二)相關考題

台大 1、台大 2-(1)

(三)答題關鍵

1.台大 1

這個題目的處理非常簡單，只需要依照時間順序，將筆者上開段落中講到的問題加以分段，分段後再依照：過去實務作法與舊法、學說見解與建議、修法與新實務見解的產生，加以陳述後再輔以個人的意見，並環繞實質有效辯護的保障進行論述，對此問題即可輕易取得高分。

2.台大 2-(1)

此問題亦不困難，依然從實質有效辯護保障出發，但須顧慮對於卷證保護避免滅失的公益需求，而第 33 條規定正是探求此二者合理的平衡點，進而探尋對於閱卷權合理的允許範圍與限制。對此問題應注意我國目前第 33 條的內容區分上是以「權利主體」進行區分，為學說上認為此權利不應區分主體為何人，重點反而應放置在手段方式的合理性與避免濫用、破壞之上。在本題中同樣點出法理後，從過往實務見解與條文出發，解釋完畢我國法錯誤後，以學說見解及修法後條文的評釋進行結論即可獲得不錯的分數。

二、羈押與搜索、扣押

(一)爭點說明

羈押與搜索、扣押在近幾年的國家考試與法研所考試出題頻率可說是年年都出現。前者肇因於近年羈押修法以及大法官解釋作成，以及妥速審判法的訂立。後者則是自無令狀搜索立法以來一直是熱門考點，近年來實務見解累積頗豐，學界也大量發表評論，許多新問題一一浮現，以下我們分兩者來說明：

1.羈押

需要注意的點有二：重罪羈押與羈押期間。重罪羈押的部分於大法官解釋第 665 號後，合憲性解釋下要求除了重罪原因外，尚須具備其他兩款之事由方合於羈押目的，屬合比例的人身自由干預。不過在心證程度上，重罪下對於被告逃亡或滅證之虞之心證，可較為降低到相當理由之程度即可。



另外在羈押期間的部分，應注意本法第 108 條延長羈押的相關規定與次數，該條第 8 項有繼續羈押的特別規定也應予注意。除本法外，由於本法諸多規定與我國實務對於條文解釋之濫用，因此妥速審判法中對於羈押期間設有上限，在解答此問題時應該要加以注意。特別是未來新制選擇題考試中，特別法也是出題範圍的狀況下，必須要靈活結合刑事訴訟法與特別法才可以選出完整而正確之答案。

2. 搜索、扣押

經常連在一起考的問題，且可再搭配證據排除一起命題。首先解答問題的流程是必須很清楚的：(1)搜索為相對法官決定，故先判斷有無令狀；(2)若否，則檢驗是否為本法第 130 條到第 131 條之 1 的無令狀搜索類型；(3)扣押與前者息息相關，由於無令狀扣押於我國法下僅有第 137 條附帶扣押與第 152 條之另案扣押，其要件有二：①前提的搜索須合法、②須立即明顯且一目瞭然為扣押物（具相當理由），故若前面搜索違法則扣押亦違法。反之若搜索合法時，仍需檢驗第二個要件有無立即明顯以決定扣押之合法性。此種有清楚流程的考題，未來在選擇題的命題中可能會占據極大比重，請考生注意！

至於無令狀搜索部分，各條皆有其重要考點：如第 130 條附帶搜索中，是否具備合法的拘捕為前提，此點就可以跟拘捕合法性一同命題，此外附帶搜索範圍大小的學說與實務爭議：是否限於立即可觸及之實力支配範圍內也是重點。第 131 條的緊急搜索中，第一項與第二項分別是對人與對物必須搞清楚，第二項的主體僅限於檢察官之立法爭議常與檢警關係一同命題，而第一項中緊急搜索與拘提的關係也是過去幾年常見的考題。第 131 條之 1 的同意搜索，考點集中於該同意是否出於自願性，應如何判斷？是否應加諸偵查者告知義務？都是出題重點，另外同意搜索之範圍是否限於住居以外之處？共同權限地區的同意應如何判斷？這些都是要注意的考點，將這些考點記在心中，依照解題步驟一一檢驗即可。

(二) 相關考題

政大 1、北大 3

(三) 答題關鍵

1. 政大 1

羈押承上述近年又再度伴隨大法官解釋與修法成為重點。本題中爭



點也都是搭配近年重要實務學說爭議來命題。可分成兩個部分討論：第一個是關於羈押理由的部分，釋字 665 號解釋後對於重罪羈押應如何進行合憲性解釋，以及解釋後之心證門檻；第二個是關於羈押期間的部分，應將第 108 條關於羈押與延長羈押期間的條文規定與學說批評清楚寫出，此外應注意我國制定妥速審判法後，基於人民迅速審判權利之保障，其對於延長羈押期間之影響也應寫出。掌握此二點應可在本題得到不錯分數。

2.北大3

本題就是在考搜索與扣押，非常簡單，只需要分成搜索與扣押兩部分即可作答。搜索部分本題中為無令狀搜索，應是在考第 131 條第 2 項對物緊急搜索，由檢察官指揮之故應屬合法，另外有考到我國對於緊急搜索的陳報並撤銷制，此部分了解條文與立法意旨、立法漏洞即可輕易作答。

接著扣押部分應區分證物來作答，除了本案扣押部分外，偽鈔部分由於搜索合法下，又屬於可一目了然的立即明顯犯罪證據，故可依本法第 152 條為另案扣押。但電腦部分需要開機才能知道內部資料內容，顯非一目了然的狀況，故應屬違法。

參、結語

其實近年的法研所考題與國家考試的脈動具有某程度的關連性，準備國考之前，將該年的法研所考題拿出練習一次是很好的準備方式。畢竟刑訴正處於一個轉型的時代，法研所考題張顯的往往是近來學者關注的重心，而這些重心多半牽扯到一些近來的實務見解與條文。而近年的重要實務見解也往往是國家考試的命題焦點。因此掌握好基本概念，多閱讀實務見解及學者對其之評論是很重要的，如果無法掌握哪些是打擊重點的話，那法研所考題正是一個很好的指引。

總而言之，掌握好基本概念，對於實務學說的動態搞清楚，然後多加練習解題，刑事訴訟法的考點已不像過去那樣偏重單一同一，但能掌握基本概念跟條文的體系架構都可以有效的解題。至於 100 年新制的部分，釐清概念以及搞清楚整個刑訴法的條文體系架構，是面對選擇題考試的重點，而這樣的準備方式打好基礎後，面對第二階段的申論題想必也是游刃有餘，敬祝大家考試順利、金榜題名。



【注釋】

註 1：相關案例如：1.辯護人不知道證據法則，導致未請求開示或排除證據；2.辯護人在審判前沒跟證人面談或到現場勘查或不知道有證據存在；3.對於被告重要的記錄（如：病歷），辯護人未曾發現；4.辯護人給被告建議承認之罪竟重於被告實際上應負的罪責；5.辯護人誤解法律，建議被告承認極重之法定刑；6.辯護人未盡其合理調查責任。

