

國考偵測站 ②

刑訴篇

主筆人：睿律師

針對國家考試中刑事訴訟法這科的準備，除了熟悉傳統實務見解以外，對於近年學術研究上所關注的相關議題，也應多加留意，而若要了解近年學說上所關注的重要議題有哪些，最好的方法就是觀察近年的各校法研所考題。因此，本文將以民國105年台灣大學、政治大學、台北大學、中正大學各校法研所考題中的刑事訴訟法考題為素材，就較為重要的幾個爭點進行學說與實務見解的介紹，希望能對各位讀者的國家考試準備有所幫助。囿於篇幅限制，本文只能挑出較具代表性的幾個爭點，並作精要式的整理，關於詳細的論述仍建議讀者自行參閱相關教科書、文章或判決。

爭點一、同意搜索之同意權限（台灣大學第一題）

(一) 爭點提出

依刑事訴訟法第131條之1，搜索經受搜索人出於自願性同意時，得不使用搜索票，此為一種合法的無令狀搜索。適用本條，是以同意人具備**同意權限**為前提，但此同意權限應如何判斷？

(二) 學說見解

學說上指出，對於受搜索的處所或物品有**共同權限**的第三人，得為**有效的同意**。若第三人事實上與被告有共同控制或得隨時使用某處所、物品的情形，即為有共同權限，至於法律上的關係為何，則非所問，例如：**同居人**與被告雖無任何法律關係，但應認為其是具有共同權限之人。共同權限的理論基礎有二：第一，**共同使用控制權**。第三人既然對於財產有共同控制、使用之權，得以自己的權利同意執法人員對自己與被告共同使用的財產為搜索；第二，**風險承擔理論**。當被告自願與他人共同使用、控制財產時，即必須承擔其他人可能會同意執法人員搜索該財產的風險。^{註1}

就具體運用而言，**分租房間**的被告，與房東及兩名房客共同居住某四個

^{註1}王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法(上)》，初版，2012年9月，頁203。

房間的公寓，若警員趁被告不在時，取得房東同意而進入搜索者，其得搜索的範圍僅及於共用區域(如：客廳、廚房)，但不及於被告的私人房間^{註2}。此外，被告向他人租屋而居，房東同意警察進入被告所租的房子搜索、被告住在旅館，警察得旅館櫃台人員同意，進入被告的房間搜索，均非共同權限而屬無效的同意^{註3}。

(三)實務見解

實務上認為：刑事訴訟法第 131 條之 1 之自願性同意搜索，明定行使同意權人為受搜索人，參諸同法第 128 條第 2 項規定搜索係對被告或犯罪嫌疑人為之，第 122 條第 2 項明文可對第三人為搜索，故就本條規定之文義及精神觀之，所謂同意權人應係指偵查或調查人員所欲搜索之對象，而及於被告或犯罪嫌疑人以外之人。在數人對同一處所均擁有管領權限之情形，如果同意人對於被搜索之處所有得以獨立同意之權限，則被告或犯罪嫌疑人在主客觀上，應已承擔該共同權限人可能會同意搜索之風險，此即學理上所稱之「風險承擔理論」。執法人員基此有共同權限之第三人同意所為之無令狀搜索，自屬有效搜索，所扣押之被告或犯罪嫌疑人之物，應有證據能力^{註4}。

爭點二、自訴程序被害人之認定標準（台灣大學第二題）

(一)爭點提出

依刑事訴訟法第 319 條第 1 項，「犯罪之被害人」得提起自訴，而此犯罪被害人的認定標準，將直接影響自訴制度適用範圍的寬窄。在侵害個人法益的犯罪類型中，犯罪被害人的認定固無爭議，但在侵害集體法益的犯罪類型中，受害的個人是否具備提起自訴的適格？其判斷標準為何？即有疑問。

(二)實務見解

實務上認為：刑事訴訟法第 319 條第 1 項前段規定：「犯罪之被害人得提起自訴」。所稱犯罪之被害人，係指法益因他人犯罪而直接受害之人而言。至其被害是否直接，應以犯罪行為與受侵害之法益有無直接關係為斷，必其法益，由於犯罪行為直接遭受損害，始足當之。若須待他人轉

^{註2}林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)》，七版，2013年9月，頁422。

^{註3}王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法(上)》，初版，2012年9月，頁203。

^{註4}100年台上字第4430號判決參照。

嫁，其法益始受損害，即非因犯罪直接受侵害^{註5}。

就刑法第 125 條第 1 項第 3 款濫權追訴罪而言，實務上認為：濫權追訴罪係侵害國家審判權之犯罪，其所保護者，係公務員對國家服務之忠信規律及國家刑事司法權實行之嚴正性與公平性，雖其犯罪結果，對於私人權益不無影響，然此為該罪之內容，亦為公務員濫用職權之結果，且該罪既為維護司法權之正當行使而設，是其直接受害者應為國家，而非個人，個人不能認係該罪之直接被害人，不得提起自訴，此為對自訴制度之合理限制，非但不違背前開司法院解釋意旨，復為最高法院歷年來之通說見解(參見最高法院五十四年台上字第一七八五號、六十八年台上字第二一四號判例及同院一〇一年度台上字第一二七四號等判決意旨)^{註6}。

就刑法第 169 條誣告罪與刑法第 168 條偽證罪而言，實務上認為：刑事訴訟法第 311 條所定得提起自訴之人，係限於因犯罪而直接被害之人，必其人之法益由於犯罪行為直接所加害，若須待乎他人之另一行為而其人始受損害者，即非因犯罪直接所受之損害，不得提起自訴。至個人與國家或社會，因犯罪而同時被害者，該被害之個人，固亦得提起自訴，但所謂同時被害，自須個人之被害與國家或社會之被害由於同一之犯罪行為所致，若犯罪行為雖足加國家或社會以損害，而個人之受害與否，尚須視他人之行為而定者，即不能謂係同時被害，仍難認其有提起自訴之權。刑法上之誣告罪，得由被誣告人提起自訴，係以誣告行為一經實施，既足使國家司法上之審判權或偵查權妄為開始，而同時又至少必使被誣告者受有名譽上之損害，縱使審判或偵查結果不能達到誣告者欲使其受懲戒處分或刑事處分之目的，而被誣告人在名義上已一度成為行政上或刑事上之被告，其所受名譽之損害，自係誣告行為直接且同時所加害。至於他人刑事被告案內為證人、鑑定人、通譯之人，在審判或偵查時，依法具結而為虛偽之陳述，固足使採證錯誤，判斷失平，致司法喪失威信，然此種虛偽之陳述，在他人是否因此被害，尚繫於執行審判或偵查職務之公務員採信其陳述與否而定，並非因偽證行為直接或同時受有損害，即與刑事訴訟法第 311 條所稱之被害人並不相當，其無提起自訴之權，自不待言^{註7}。

^{註5} 93 年台上字第 72 號判決參照。

^{註6} 102 年台上字第 4191 號判決參照。

^{註7} 26 年渝上字第 893 號判例參照。

(三)學說見解

學說上認為，自訴具有制衡檢察官獨占刑事追訴權的功能，而如何在監督檢察權力與防止濫用自訴間取得平衡，具體表現在自訴權人射程範圍的界定。前揭實務見解對於被害人「直接性」的判斷標準顯得相當恣意，且有過度限縮之嫌，導致再議與交付審判、自訴等制衡檢察權力的機制被架空。實際上，無論是告訴的被害人概念或自訴的被害人概念，均應從寬認定，故凡權利領域直接受系爭犯罪侵害之人，均為被害人，不以犯罪保護法益持有人為限，如此方能防範檢察官濫權不起訴或濫權不開啟偵查。在此見解下，偽證罪、枉法裁判罪、濫權追訴罪的本案被告，均為合法的自訴權人。至於防止自訴遭濫用的顧慮，則應從其他方面著手，例如擴大自訴人聲請保全證據的權利、維持強制律師代理、善用自訴審前程序等，而非緊縮被害人概念^{註8}。

爭點三、另案監聽之證據能力（政治大學第一題）

(一)爭點提出

偵查機關以特定案由聲請法院核發通訊監察書並實施監聽，過程中意外聽聞聲請案由以外的另案內容，此稱為**另案監聽**。此另案內容得否，或在何種條件下得作為證據？

(二)修法前的實務見解

過去實務上認為：監聽係政府機關依據通訊保障及監察法之授權所為截取他人通訊內容之強制處分，必須符合所列舉之得受監察之犯罪與受監察者之要件，始為合法，此觀修正前、後之該法第五條第一項規定即明。然偵查作為屬於浮動之狀態，偵查機關於執行監聽時未必能保證獲得所受監察罪名之資料，自亦無從事先預測或控制監聽所可能擴及之範圍。因此，在監聽過程中時而會發生得知「另案」之通訊內容。此「另案監聽」所取得之證據，如若係執行監聽機關自始即偽以有本案監聽之罪名而聲請核發通訊監察書，於其監聽過程中發現另案之證據者，因該監聽自始即不符正當法律程序，且執行機關之惡性重大，則其所取得之監聽資料及所衍生之證據，不論係在通訊保障及監察法第五條第五項增訂之前、後，悉應予絕對排除，不得作為另案之證據使用。倘若屬於本案依法定程序監聽中偶然獲得之另案證據，則因其並非實施刑事訴訟程序之

^{註8} 薛智仁，〈自訴程序之被害人概念〉，《月旦法學教室》，第162期，2016年4月，頁28-29。

公務員因違背法定程序所取得之證據，當亦無刑事訴訟法第 158 條之 4 之適用。此種情形，應否容許其作為另案之證據使用，現行法制並未明文規定。而同屬刑事強制處分之搜索、扣押，則於刑事訴訟法第 152 條規定有學理上所稱之「另案扣押」，允許執行人員於實施搜索或扣押時，對於所發現「另案應扣押之物」得以立即採取干預措施而扣押之，分別送交該管法院或檢察官。鑒於此種另案監聽之執行機關並不存在脫法行為，且監聽具有如前述不確定性之特質，其有關另案之通訊內容如未即時截取，蒐證機會恐稍縱即逝。則基於與「另案扣押」相同之法理及善意例外原則，倘若另案監聽亦屬於通訊保障及監察法第 5 條第 1 項規定得受監察之犯罪，或雖非該條項所列舉之犯罪，但與本案即通訊監察書所記載之罪名有關聯性者，自應容許將該「另案監聽」所偶然獲得之資料作為另案之證據使用^{註9}。

(三)修法明文

民國 103 年通訊保障及監察法修正，於第 18 條之 1 第 1 項將另案監聽明文化。另案監聽的內容必須符合下列二項要件，始有證據能力：第一，就實體要件而言，該另案必須為通保法第 5 條的列舉重罪，或與本案有關連性。第二，就程序要件而言，必須於發現後七日內補行陳報法院並經法院審查認可。以上二項要件中，實體要件部分只是過去實務見解的明文化，但程序要件部分則是立法者所新創設者。

(四)修法評論

學說上對於「法院審查認可」這項程序要件提出下列批評^{註10}：第一，秘密通訊自由的侵害已經完畢，由法院介入於事無補。第二，若案件將來未經起訴，即屬司法資源的浪費。第三，被告欠缺程序參與權，無從對證據能力提出爭執。第四，與準備程序受命法官無權判斷證據能力對照，可謂輕重失衡。第五，若法院審查認可的證據能力判斷對起訴後的法院無拘束力，先前法院的審查認可程序即屬可有可無。第六，若法院審查認可的證據能力判斷對起訴後的法院有拘束力，亦可能產生諸多不合理的情形。

^{註9}97 年台上字第 2633 號判決參照。

^{註10}楊雲驊，〈失衡的天平—評新修正通訊保障及監察法第 18 條之 1〉，《檢察新論》，第 16 期，2014 年 7 月，頁 6-13。

爭點四、自訴程序之上訴審（台北大學第四題）

(一)爭點提出

依刑事訴訟法第 319 條第 2 項，自訴採行強制律師代理，故自訴人提起自訴時應委任律師為代理人，方屬合法。此於自訴案件的第一審程序固無疑問，但若案件上訴至第二審後，自訴人是否仍應委任律師為代理人？**尤其當提起第二審上訴者為被告時，自訴人若不委任律師為代理人，法院應如何處理？**

(二)實務見解

實務上認為：修正刑事訴訟法自民國九十二年九月一日施行後，採強制委任律師為代理人之自訴制度，為自訴制度之重大變革，旨在限制濫訴，提高自訴品質，當無分別各審級而異其適用之理。總則編第四章第 37 條第 1 項明定：自訴人應委任代理人「到場」，在事實審之第二審同應適用。第 364 條規定：第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定，自亦應準用第 319 條第 2 項、第 329 條第 1 項規定，由律師為代理人，提起第二審上訴。**至自訴案件，被告不服第一審判決，提起第二審上訴，自訴人並未上訴，惟第二審為事實審，仍須由自訴代理人為訴訟行為。或認此有強迫自訴人選任律師為代理人之嫌，但自訴人既選擇自訴程序，即有忍受之義務，自應採肯定見解^{註11}。**

(三)學說見解

學說上基於以下理由，認為自訴程序中，僅被告不服第一審判決而提起第二審上訴時，自訴人並無強制律師代理規定的適用^{註12}：第一，**上訴權獨立行使的法理**。被告提起上訴是否合法，應以其有無上訴權、是否逾越上訴期間及其他上訴程序要件為斷，與他造當事人的上訴乃分屬不同的訴訟行為，自應分別審查認定。若被告上訴合法，法院即應諭知實體判決，而非以自訴人未委任律師為代理人為由，將被告的合法上訴以不受理判決終結。第二，**被告上訴利益的觀點**。被告提起上訴是為爭取無罪判決，若因自訴人未委任律師為代理人，而致法院必須諭知不受理判決，無異侵害被告的上訴權益，因不受理判決並無既判力，自訴人可於判決後再次提起自訴。第三，**造成自訴人委任律師的過度負擔**。強制律師代理的立法目的在防止自訴人濫訴，但若第一審判決有罪，而由被告

^{註11}94 年第 6、7 次刑事庭決議參照。

^{註12}陳運財，〈自訴強制律師代理制度於上訴審之準用問題〉，《月旦法學教室》，第 53 期，2007 年 3 月，頁 20-21。

提起第二審上訴，可知自訴人並無濫訴之虞，自無強制其再次委任律師為代理人的必要。第四，**可能衍生的副作用**。被告可能對自訴人施壓或關說，使自訴人放棄上訴，而於第二審中爭取改判不受理，此無異是允許被告以不正手段推翻原審的實體判決。

爭點五、偵查中之閱卷權（中正大學第一題）

（一）爭點提出

刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定：「辯護人於**審判中**得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」**本條規定概括排除偵查中行使閱卷權的可能**，其主要理由在於維護偵查不公開原則。但如此的規定，在立法論上有無值得檢討之處？此外，專就**偵查中的羈押審查程序**而言，被告及辯護人的**資訊取得權**是規定於刑事訴訟法第 101 條第 3 項：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」本條規定將告知範圍限定於**聲押理由所依據的事實**，有無違憲之虞？

（二）實務見解

專就**偵查中的羈押審查程序**而言，實務上認為：羈押聲請書記載內容繁簡雖有不一，但其中除載明卷附相關證據方法外，**亦多有敘明未到案共犯或證人姓名、未扣案其他證據方法等資料**，供法院憑為應否羈押之審酌事項，為避免日後恐有勾串或湮滅事證進而影響後續偵查作為，實不宜令被告知悉羈押聲請書內容。又縱認法院依刑事訴訟法第 101 條第 3 項規定於訊問被告前應告知羈押原因所依據之事實為何，**解釋上仍不包括檢察官所提出各項證據方法及其他具體理由**。況此時案件仍在偵查中，被告暨辯護人本無請求閱覽卷證之權利，故基於偵查不公開原則，被告暨辯護人請求閱覽羈押聲請書，法院不得准許閱覽^{註13}。

（三）學說見解

就**偵查中的閱卷權**而言，學說上有認為，刑事訴訟法第 33 條第 1 項將閱卷時點限定於審判中，固然是為維護偵查機關追訴犯罪的資訊優勢，但卻未顧及辯方的資訊取得對其防禦權有重大影響，況且，**某些卷宗(如：訊問被告的筆錄)的檢閱對於偵查機關的資訊優勢並無影響**，自無全面封鎖的必要^{註14}。

專就**偵查中的羈押審查程序**而言，學說上有認為，依歐洲人權法院見解，

^{註13}台灣高等法院暨所屬法院 103 年法律座談會刑事類提案第 25 號參照。

^{註14}林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)》，七版，2013 年 9 月，頁 229。

羈押審查程序必須為**對審的程序**，且應重視**武器平等原則**的確保，因此，自應賦予辯方閱卷權，使其接觸涉及「**剝奪自由之合法性**」的重要資訊，俾能有效爭執羈押的合法性。職此，在我國立法論上，應要求法院將涉及羈押合法性的重要資訊以適當方式告知辯護人，且在無妨礙偵查之虞時，允許辯護人閱卷^{註15}。

(四)大法官解釋

關於現行法下，羈押審查程序中被告及辯護人資訊取得權相關規定的合憲性，大法官於民國 105 年作成**釋字第 737 號解釋**。

首先，就解釋客體而言，聲請人僅主張刑事訴訟法(下同)第 33 條第 1 項將閱卷權的適用時點限定於審判中，排除偵查中的羈押審查程序，乃屬違憲，但本件解釋援用裁判重要關聯性理論，**將第 101 條第 3 項納入審查範圍**，認為兩個條文必須**整體評價**，方能審查現行法下，辯護人能否充分知悉聲押所依據的具體理由、證據資料，以有效行使防禦權。

其次，本件解釋闡明偵查中羈押審查程序所應踐行的正當法律程序內涵，指出**檢察官所提出的聲押理由及有關證據，為法官准否羈押的依據**，基於憲法正當法律程序原則，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾能有效行使防禦權。但於有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞時，得限制或禁止其獲知聲押的有關證據。

本件解釋乃依據上開憲法標準審查現行法的合憲性，指出由第 33 條第 1 項及第 101 條第 3 項合併觀察可知，**偵查中犯罪嫌疑人及其辯護人所能獲知者，僅為聲押事由所依據的事實，並未包括檢察官聲押各項理由的具體內容及有關證據**，因此，與上開正當法律程序不符，應屬違憲。是以，本件解釋諭知有關機關於解釋公布日起一年內，本於解釋意旨修正刑事訴訟法相關規定，而若逾期未完成修法，法院的偵查中羈押審查程序，應依本件解釋意旨行之。不過，本件解釋也強調，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲押理由及有關證據的方式，究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影的方式，或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證的方式，或採其他適當方式，乃屬立法裁量的範疇。

^{註15}楊雲驊，〈我國羈押法制的修正建議〉，《萬國法律》，第 192 期，2013 年 12 月，頁 56-58。