

## 刑事訴訟法篇

主筆人 | 蕭人豪

### 一、前言

由近年的考題走向來看，國考命題愈有「法研化」之趨勢。除了傳統爭點外，某些以往認為只會出在法研所的考題也現蹤於國家考場。因此，該年度法研所命題方向的掌握對國考而言不可輕忽。本文整理了今年法研所上筆者認為重要且可能成為國考命題的四大重點，並在這些重點外補充可能涉及的延伸爭議。

### 二、沒收扣押（110 台大刑訴第 1 題）

（一）問題意識：區辨不同之扣押類型與應適用之程序

（二）保全執行扣押

刑法沒收新制，依沒收的客體區別對原客體或其價額的兩組區分。若原客體仍存在，即直接針對原客體而沒收；但不論是犯罪物沒收或利得沒收，同樣都會發生沒收無法或難以執行，而必須使用替代手段 / 補充型態來改剝奪其替代價額的情形，即所謂追徵。

在程序法上，為了確保沒收或追徵宣告終局裁判於未來執行的可能性，實現剝奪犯罪物或不法所得的實體法宗旨，先行將沒收或追徵標的置於國家的實力支配之下，以防止標的在追訴程序中途被不當處分或貶值，稱為「保全執行扣押」，以與為了保全證據目的之「證據扣押」區別。<sup>1</sup>

（三）沒收扣押與追徵扣押

在保全執行扣押的部分，亦以原客體是否仍存在而區分「沒收扣押」及「追徵扣押」。以賄賂價值 100 萬元名畫為例，名畫仍在時宣告沒收原客體（刑法第 38 條之 1 第 1 項），若名畫因故毀損則宣告追徵其替代價額 100 萬元（刑法第 38 條之 1 第 3 項）。此時是在此額度內扣押沒收相對人（犯罪行為人或第三人）之責任財產，以保全將來追徵公法金錢債權之執行。由於本質上是國家對相對人的公法金錢債權，沒收執行重點在於其「金錢價額」之實現，因此追徵扣押的可能保全客體並不限於特定標的，相對人的「任何財產」都是潛在的保全標的，可能是其帳戶存款、動產或不動產等。

<sup>1</sup> 林鈺雄，〈2019 年刑事程序法裁判回顧〉，《臺大法學論叢》第 49 卷，2020 年，頁 1671-1672。

在刑事訴訟法上，第 133 條第 1 項即規定「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」其所稱「沒收」，依第 3 條規定，亦包含「追徵」之替代手段。換言之，追徵亦屬 133 條第 1 項所包含之扣押類型。而同條第 2 項進一步規定「為保全追徵，必要時額酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產。」其所稱財產，即是指責任財產。

#### (四) 應踐行之程序

在確認屬何種扣押類型後，接著即應審查其是否符合程序上之規定。若是非附隨搜索之證據扣押，則依第 133 條之 1 第 1 項原則上不須法官裁定，但應注意若是涉及對過去已結束通訊內容之扣押，則例外仍應回歸法官保留原則(106 台非 259)。若是保全執行扣押，除非符合第 2 項同意扣押或 133 條之 2 第 2 項緊急扣押之規定，否則應踐行法官保留原則。

#### (五) 考題解析

甲涉犯幫助詐欺，然甲已經將犯罪所得花費殆盡，僅得依同條第 3 項追徵 3000 元之價額。而警察借貸與甲之 3000 元並非原犯罪所得之原物，僅係甲之責任財產，故扣押該鈔票係為保全將來追徵之執行，故應依本法第 133 條第 2 項為保全追徵扣押。

而在扣押之程序上，由於該 3000 元既不得作為犯罪證據，且警察扣押前亦未告知甲無須違背自己之意思而為同意，不符本法第 133 條之 1 第 2 項同意扣押之程序，故本例不存有同意扣押之情形。且依題意亦無本法第 133 條之 2 第 3 項緊急扣押之相當理由，綜上，此時甲仍應回歸法官保留原則向法院聲請扣押裁定，然其卻未為之，其所為之逕自扣押，程序不合法。

### 三、被告之防禦權 (110 台大刑訴第 2 題)

(一) 問題意識：於強制辯護案件中，被告是否有自行辯護之權利？

#### (二) 實務

101 台上 1645 判決認為，強制辯護案件係考量到案件繁雜性、犯罪嚴重度或被告能力缺陷，而限制被告的程序自主權，由法院強制為被告選任辯護人，蓋強制辯護除得保障被告的訴訟上防禦權之外，亦有透過辯護人監督檢察官、法院依法定程序行使職權，而對訴訟進行作有利被告之導向，使被告獲致更有利之判決結果，再則彌補被告與國家間實力落差，確保訴訟當事人間之實質對等，促成國家刑罰權適當行使之制度目的，俾落實被告利益之保障，並兼顧審判公平之維護，而追求司法利益之最大化

### (三) 學說

#### 1. 釋字 737 與 762 號解釋對被告防禦權之啟示

##### (1) 737 號解釋

大法官在 737 號解釋明確指出該號釋憲的本質，並非在於「閱卷權」，而是「防禦權」。申言之，大法官認為該案真正的憲法問題，在於如何使被告及其辯護人得知檢察官聲請羈押的具體內容和證據，從而能夠有效行使防禦權。而 737 號解釋這種由「閱卷權」回歸到「防禦權」的憲法詮釋取徑，反映出我國憲法解釋就防禦權內涵的詮釋，自此產生轉變。582 號解釋最初提出防禦權的概念以來，大法官不斷指明憲法保障刑事被告的防禦權，究竟包括哪些具體權利內容。例如對質詰問權、緘默權、律師協助權、不自證己罪權利、閱卷權等概念，逐一出現在憲法解釋中。但是到了後來的 737 號解釋，大法官捨棄了這種演繹的說理方式，反而是回歸了刑事被告此項憲法權利的核心價值：被告應享有充分之防禦權。737 號解釋這樣的論理取徑和回歸被告防禦權的主張，對後來的 762 號解釋提供了重要的基礎<sup>2</sup>。

##### (2) 762 號解釋

762 號解釋真正的重要意義，是對於被告受憲法保障的防禦權，開啟了正確的理解方式，確立了被告作為防禦權主體的權利內涵，因此使我國刑事被告人權的發展進入了新的篇章。以下詳述 762 號解釋對於被告防禦權的新價值何在，該號解釋重點可節錄如下：

- ① 刑事被告之防禦權，是一項屬於被告的憲法權利，被告作為權利主體的性質，不能為其他有助於被告防禦的機制所取代；
- ② 刑事被告之防禦權的權利範圍，及於一切與被告防禦有關的卷證資訊。被告應得「適時」獲知這些資訊，以行使防禦權。
- ③ 刑事被告如何具體行使防禦權，固然可交由立法裁量，但立法者的政策形成，不能逾越「被告必須能有效行使其防禦權」的憲法保障。

換言之，762 號解釋由權利主體、權利範圍及權利行使方式出發所做的論證均是由被告作為防禦權的主體出發為討論，本號解釋真正的主旨，實在於刑事被告之防禦權能否獲得有效行使<sup>3</sup>

## 【高點法律專班】

#### 2. 強制辯護案件之自行辯護

版權所有，重製必究！

強制辯護案件中，被告若未自行委任辯護人，並已表示拒卻法院為其指定的辯護人，希望由被告自己來行使防禦權時，法院應否尊重被告之防禦權行使、不予強行指定辯護人？

<sup>2</sup> 蘇凱平，〈2018 年刑事程序法發展回顧〉，《臺大法學論叢》，第 48 卷，2019 年，頁 1710。

<sup>3</sup> 同前註，頁 1715。

對此，實務上常見認為「強制辯護案件之被告，若未自行委任辯護人，不得拒卻法院指定之辯護人」的觀點，顯然與上述 762 號解釋所昭示的「被告之防禦權，乃屬於被告」的憲法上原則相悖。

#### (四) 延伸問題

與此相關之問題還可延伸至被告自行選任鑑定人與現行法第 31 條之 1 的討論上，整理如下：

##### 1. 被告自行選任鑑定人？

又如現行刑事訴訟法所規範的鑑定制度，否定被告可以自行選任鑑定人的可能<sup>4</sup>，但誰可以指定鑑定人？指定誰為鑑定人？對於鑑定結果均可能產生重大影響，顯然與被告防禦權的行使密切相關。這些現行的刑事程序規定或實務運作方式，若以 762 號解釋對於防禦權內涵所闡釋的原則加以檢視，恐怕均有違憲疑義<sup>5</sup>。

##### 2. 審判中之羈押審查

現行第 31 條之 1 屬「被告不得拒絕的原則上強制辯護」。現今多數實務見解亦為如此解釋。按照現行實務運作的強制辯護制度，這種認為被告不得拒絕法院指定之辯護人的觀點，是「限制被告依其意願決定是否選任辯護人之程序自主權」。換言之，現行實務運作的強制辯護制度，是透過對於被告程序自主權的限制，達成一連串的刑事程序機制之目的，包括督促法官、檢察官等公務員善盡注意義務、使訴訟進行導向有利於被告、促成國家刑罰權適當行使、維護審判公平等，最終之目的（或以上各種刑事程序機制之綜合目的）則是要「追求司法利益之最大化」。然而，31 條之 1 和多數實務對於強制辯護所採取的觀點，恐怕與釋字 762 號解釋所闡述的防禦權之內涵，尤其是難容於「被告之防禦權，乃屬於被告」的權利主體概念。依據釋字 762 號解釋之意旨，當然必須由被告本人來決定，如何行使此項防禦權的內容。若立法者在形成立法政策時，運用辯護制度來追求其他之目的（如追求司法利益之最大化），因此妨害被告的防禦權行使，即有可能違反憲法保障被告訴訟權之意旨，而遭宣告違憲<sup>67</sup>。

## 【高點法律專班】

<sup>4</sup> 刑事訴訟法第 198 條：「鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就下列之人選任一人或數人充之：一、就鑑定事項有特別知識經驗者。二、經政府機關委任有鑑定職務者。」

<sup>5</sup> 同前註，頁 1716。

<sup>6</sup> 同前註，頁 1720。

<sup>7</sup> 在第 31 條之 1 的法律規定和現行法院實務運作下，希望自行辯護的犯罪嫌疑人只有兩種選擇，亦即：1. 被迫接受法院強行指定、但犯罪嫌疑人卻無法信賴的指定辯護人，以犯罪嫌疑人所不希望的方式為其辯護；2. 法院指定辯護人後，犯罪嫌疑人經過 4 小時以上的等待，在精神體力大不如前的情況下，始能在羈押審查程序中自行辯護。。

### (五) 考題解析

若依實務見解，甲既為強制辯護案件之被告，應限制被告的程序自主權，由法院強制為被告選任辯護人，並進而達到國家刑罰權適當行使之目的，法院之指定並無違法。惟若依學說見解，該法院之強制指定顯與 762 號解釋所昭示的「被告之防禦權，乃屬於被告」的憲法上原則相悖而違法。

## 四、109 台上大 3426 號裁定 (110 政大刑訴第 1 題、110 成大刑訴第 1 題、110 中正刑訴第 1 題)

### (一) 問題意識

檢察官以裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就有罪部分提起第三審上訴，該不另為無罪諭知部分，是否為第三審法院審判範圍？

### (二) 109 台上大 3426 號裁定

#### 1. 速審法第 9 條之意旨

妥速審判法第 9 條之立法意旨，係在要求檢察官應負實質舉證責任，以貫徹無罪推定原則，避免被告遭受長期訟累。若允許檢察官或自訴人就無罪判決一再上訴，被告必須承受更多之焦慮及不安，有礙其接受公平、迅速審判之權利。基於維護法規體系之一貫性，於檢察官未就不另為無罪諭知部分提起第三審上訴之情形，對於刑事訴訟法第 267 條、第 348 條第 2 項有關審判不可分及上訴不可分之規定，採取體系及目的性限縮解釋，即無該等規定之適用。

#### 2. 速審法作為刑訴法之特別法

妥速審判法第 1 條第 2 項規定：「本法未規定者，適用其他法律之規定。」係在規範該法與其他有關法律適用上之關係，因此該法所未規定事訴訟有關之事項，始有刑事訴訟法規定之適用，亦即妥速審判法為刑事訴訟法之特別法，應優先適用於妥速審判法施行後，由於該法為刑事訴訟法之特別法，應優先適用，因此刑事訴訟法上案件單一性之效力，自不能抵觸該法規定及所揭示之原則，而須相應限縮。

#### 3. 當事人進行主義

上訴人就未聲明上訴部分，並無請求撤銷、變更原判決之意，自無視為全部上訴之必要。被告及檢察官既未就不另為無罪諭知部分提起第三審上訴，顯見當事人無意以該部分為攻防對象，基於尊重當事人設定攻防之範圍，認該部分已告確定，並非第三審審判範圍，而無一併發回之餘地。如此既契合刑事訴訟所採當事人進行主義之精神，亦避免被告受突襲性。

【高點法律專班】

## (三) 不利益變更禁止

學說上另有由不利益變更禁止之觀點補充，認為刑訴法為免除被告上訴可能被加重其刑之躊躇，由被告或為被告之利益而上訴者，有所謂「不利益變更之禁止」。因此，由於被告對其一部不另為無罪之判決，並不具上訴利益，亦非其上訴所設定之攻防範圍，祇因受限於審判不可分而一併發回，已不免使被告受突襲性裁判，而受發回之法院所為更審判決，可能發生較不利於發回前之判決，亦與被告之上訴意旨有悖<sup>8</sup>。

## (四) 考題解析

按照本號大法庭之見解，於 110 年政大第 1 題，雖檢察官以強盜強制性交罪結合犯之實質上一罪起訴，惟第一審法院及第二審法院皆認定強盜罪不成立犯罪，且當事人就強盜罪部分依然不上訴，故應認該部分已確定，並非第三審審判範圍。在 110 年成大第 1 題之部分，既一二審就偽造貨幣部分均為無罪諭知，且檢察官亦未針對該部分上訴三審，此時偽造貨幣即非第三審審判範圍。而於 110 年中正第 1 題，甲之洩漏國防以外秘密罪之部分於一、二審均為無罪，且亦檢察官未上訴，此時洩漏國防以外秘密罪之部分即非第三審審判範圍，自也無從撤銷發回，其判決違法。

## 五、108 上大 3594 號裁定 ( 110 成大刑訴第 4 題 )

(一) 問題意識：檢察官未聲請沒收第三人財產，法院認為有必要，得否依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項前段規定，依職權裁定命該第三人參與沒收程序，而開啟第三人參與沒收程序，並為第三人財產沒收之宣告？

## (二) 108 上大 3594 號裁定

## 1. 第三人財產之沒收，乃刑法所明定

任何人都不得保有犯罪所得，係公平正義理念之具體實踐，屬普世基本法律原則。為貫徹此原則，俾展現財產變動關係之公平正義，並使財產犯罪行為人或潛在行為人無利可圖，消弭其犯罪動機，以預防財產性質之犯罪、維護財產秩序之安全，刑法對犯罪所得採「義務沒收」之政策，並擴及對第三人犯罪所得之沒收。

## 2. 無違控訴原則

在程序法上，本諸控訴原則，檢察官對特定之被告及犯罪事實提起公訴，其起訴之效力當涵括該犯罪事實相關之法律效果，故法院審判之範圍，除被告之犯罪事實外，自亦包括所科處之刑罰、保安處分及沒收等法律效果之相關事實。進一步言，沒收既係附隨於行

<sup>8</sup> 吳燦，〈不另為無罪之判決與被告之上訴〉，《月旦法學教室》，第 221 期，2021 年，頁 28

為人違法行為之法律效果，則沒收之訴訟相關程序即應附麗於本案審理程序，無待檢察官聲請，而與控訴原則無違。

### 3. 訴訟照料義務

倘依卷證，涉及第三人財產沒收，而檢察官未依上揭規定聲請，第三人亦未聲請者，因實體法第三人沒收要件成立時，法院即負有裁判沒收之義務，則為維護公平正義，並保障第三人之聽審權，基於法治國訴訟照料義務之法理，依刑訴法第 455 條之 12 第 3 項前段「第三人未為第一項聲請，法院認有必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序。」之規定，自應裁定命第三人參與沒收程序。

## (三) 否定說

### 1. 現行沒收為獨立法效果

沒收既為獨立的法律效果，則檢察官對於被告起訴之效力，並不當然擴及於第三人財產之沒收。檢察官於起訴時或審理中，認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載聲請沒收之旨，或於審理中向法院聲請沒收，並通知第三人參與沒收程序。

### 2. 法院之職權僅具補充性<sup>9</sup>

按第 455 條之 12 係賦予財產可能被沒收之第三人參與沒收程序之權限，該規定立法順序雖然倒置，但就體系解釋而言，必先充足第 455 條之 13 所定檢察官向法院聲請沒收第三人財產，而第三人未向法院聲請參與沒收程序時，法院始得依職權裁定命該第三人參與沒收程序，俾符控訴原則。換言之，係以第三人未聲請參與沒收程序，作為法院得依職權裁定命該第三人參與之前提條件，故法院之職權開啟，應僅具補充性。

## (四) 考題解析

按大法庭之見解，雖檢察官既未於起訴和起訴時聲請沒收第三人乙之財產，惟若法院認為乙之證券交易帳戶與本案犯罪有關，可能屬於刑法第 38 條之 1 第二項之第三人犯罪所得，法院應沒收之，無違控訴原則。而在程序上法院應依第 455 條之 12 第 3 項依職權裁定命第三人乙參與，以保障其聽審權。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<sup>9</sup> 吳燦，〈第三人沒收程序與控訴原則〉，《月旦裁判時報》，第 91 期，2021 年，頁 61-63。