

111 年刑事訴訟法考點整理及實務解析

編目 | 刑事訴訟法 主筆人 | 科律師 (黃科榕)

壹、考點整理

一、法研所考點整理

今年 (111 年) 各校法研所刑事訴訟法考題整理如下表：

學校	考題	爭點
台大	第一題	全程連續錄音、搜索雲端硬碟、沒收程序
	第二題	拘提、附帶搜索、數位證據
政大	第一題	沒收、上訴
	第二題	非任意性自白、通訊監察
台北大	第一題	犯罪挑唆
	第二題	撤銷緩起訴
	第三題	一部上訴
東吳	第一題	GPS 偵查、搜索扣押、通訊監察
	第二題	交付審判
	第三題	國民法官法、最佳證據原則
中正	第一題	訊問、羈押、證據
	第二題	通訊監察、身體處分、鑑定報告

二、111 年司法特考三等考試刑事訴訟法考點整理

考試名稱	考題	爭點
高考法制	第一題	再審
	第二題	抗告
法律廉政	第一題	通訊監察
	第二題	審判期日
	第三題	冒名
	第四題	違法拘捕、強制處分
調查局 行政執行官	第一題	書面結文具結效力
	第二題	傳聞證據同意之撤回

司事官 書記官 調查局	第一題	牽連管轄
	第二題	附帶搜索
	第三題	不自證己罪、拒絕證言權
	第四題	頂替
觀護人	第一題	111 年憲判字第 1 號 【肇事駕駛人受強制抽血檢測酒精濃度案】
	第二題	111 年憲判字第 7 號 【偵查中辯護人在場筆記權等之救濟案】

貳、重要實務見解

(一) 犯罪挑唆：最高法院 109 年度台上字第 4604 號刑事判決

1. 判決內容節錄：

所謂「誘捕偵查」，指國家機關之偵查人員基於犯罪偵查之目的，自己或利用線民以挑唆或配合他人犯罪之方式進行偵查，在犯罪結果未發生前或發生後立即予以逮捕之謂。如行為人原不具犯罪之故意，係因有偵查犯罪權限之人員設計教唆，始萌生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為，此項犯意誘發型之誘捕偵查，因係偵查犯罪之人員以引誘、教唆犯罪之不正當手段，使原無犯罪意思或傾向之人萌生犯意，待其形式上符合著手於犯罪行為之實行時，再予逮捕，因嚴重違反「刑罰預防目的及正當法律程序原則」，此種以不正當手段入人於罪，縱其目的在於查緝犯罪，但其手段顯然違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，自當予以禁止，而因此等違反法定程序所取得之證據資料，不具有證據能力。然若在原已犯罪或具有犯罪故意之人，以設計引誘之方式，伴與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，再加以逮捕、偵辦者，乃刑事偵查技術上所謂「釣魚」，此種機會提供型之誘捕行為，屬偵查犯罪技巧之範疇，因無故意入人於罪之教唆犯意，亦不具使人發生犯罪決意之行為，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有其必要性，故依該方式所蒐集之證據資料，原則上非無證據能力。至於如何區分兩者，應由法院於個案審理中，就行為人是否存有犯罪嫌疑（例如偵查機關是否已對行為人之犯罪嫌疑展開調查，或是因該次誘捕行為才得知行為人之犯罪嫌疑）、行為人是否已顯露其之犯罪傾向（例如行為人是否有相關犯罪前科而為偵查機關所知悉）、誘捕偵查之方式及強度，是否對行為人造成過當壓力而促使其犯罪（例如誘餌的重覆性、時間久暫性、犯罪能否獲得鉅額利潤等）、行為人最終之犯罪結果與誘捕偵查之範圍間是否相當（例如實際查扣之違禁物是否超過原餌訂購之數量）、行為人依誘捕約定完成犯罪之時地密接性等，予以綜合審酌判斷之。

2. 判決分析：

本判決在區分犯意誘發型之誘捕偵查及機會提供型之誘捕偵查，提出了與過往不同的判準；過去實務大多採用「主觀標準說」，以行為人原先有無主觀犯意作為誘捕偵查合法與否之區別標準，學說上有批評此標準僅以被告主觀犯意作為認定流於恣意，更有如何認定「犯意何時產生」的認定爭議¹，本判決依「主客觀綜合說²」作為區分標準，不以主觀犯意為單一判斷因素，而是加上客觀事由綜合審查。

(二) 數位證據：最高法院 107 年台上字第 3724 號刑事判決

1. 判決內容節錄：

我國社會隨著電腦資訊及網際網路科技之快速發展，利用電腦、網路犯罪已屬常態，而對此形態之犯罪，相關數位證據之蒐集、處理及如何因應，已屬重要課題。一般而言，數位證據具無限複製性、複製具無差異性、增刪修改具無痕跡性、製作人員不易確定性、內容非屬人類感官可直接理解（即須透過電腦設備呈現內容）。因有上開特性，數位證據之複製品與原件具真實性及同一性，有相同之效果，惟複製過程仍屬人為操作，且因複製之無差異性與無痕跡性，不能免於作偽、變造，原則上欲以之證明某待證事項，須提出原件供調查，或雖提出複製品，當事人不爭執或經與原件核對證明相符者，得作為證據。然如原件滅失或提出困難，當事人對複製品之真實性有爭執時，非當然排除其證據能力。此時法院應審查證據取得之過程是否合法（即通過「證據使用禁止」之要求），及勘驗或鑑定複製品，苟未經過人為作偽、變造，該複製品即係原件內容之重現，並未摻雜任何人之作用，致影響內容所顯現之真實性，如經合法調查，自有證據能力。至於能否藉由該複製品，證明確有與其具備同一性之原件存在，並作為被告有無犯罪事實之判斷依據，則屬證據證明力之問題。

2. 判決分析：

此判決係為數位證據的標竿判決，也是最高法院具參考價值裁判之一，蘇凱平老師曾撰寫文章批評此判決³：老師提出本判決沒有明確定義數位證據的原件與複製品，判決內容所稱「數位證據之複製品與原件具真實性及同一性，有相同之效果」，嗣後又指出「原則上欲以之證明某待證事項，須提出原件供調查」，既然認為數位證據與複製品具有相同之效果，卻又限制複製品的證據能力，顯然判決論述有矛盾之處。

¹ 林鈺雄，〈國家機關的「仙人跳」？－評五小一大案相關陷害教唆判決〉，《月旦法學雜誌》，第 213 期，頁 232。

² 王士帆，〈犯罪挑唆之主客觀綜合說——評最高法院 109 年度台上字第 4604 號刑事判決〉，《裁判時報》，第 119 期，2022 年 5 月，頁 65。

³ 蘇凱平，〈論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則——最高法院 107 年度台上字第 3724 號等 8 則刑事判決評析〉，《月旦法學雜誌》，第 311 期，2021 年 4 月，頁 71-96。

(三) 數位證據之調查：最高法院 110 年台上字第 1954 號刑事判決

1. 判決內容節錄：

以儲存於電磁紀錄載體，或以數位方式傳送，所產生類似文書之聲音、影像及符號等作為證據之數位證據，因具無限複製性、複製具無差異性、增刪修改具無痕跡性、製作人員不易確定性等特性，較一般傳統之書證、物證，更易偽造或變造，而須特重其證據真實性之處理。於訴訟上，若當事人之一方提出數位證據為證，經他方爭執其真實性而否定證據能力，法院亦認該證據之存否，與待證事實間具有關連性時，即應命提出該證據之一方，以適當方法釋明該數位證據有無遭偽造、變造之情。至該釋明之程度，並不以達於一般人均可得確信，而無合理懷疑存在之證明程度為必要，僅達證據優勢之程度即可。法院若於該證據真實性尚存有疑問時，未予調查釐清，遽為判決，難謂無應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

2. 判決分析：

「釋明程度達到證據優勢的程度」論述有矛盾，釋明之目的，只是說服法院「所提出的數位證據，確實為我方所主張之同一數位證據」，達至「大致相信」的程度，系爭證據資料就具有證據能力；至於證據資料內容的真偽爭執，並不是出證者所應釋明的內容，而是由法院衡量證據價值（證明力）⁴。

(四) 本案不得上訴第三審法院之案件，參與沒收程序之第三人，對於第二審法院初次沒收其財產⁵—最高法院最高法院 107 年台非字第 18 號刑事判決

1. 判決內容節錄：

司法院釋字第 752 號解釋載「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。本院釋字第一七七號及第一八五號解釋應予補充。」已就大法官釋字之效力詳為解釋。依上開解釋意旨，自不得就大法官釋字所為解釋為任意之擴張解釋，尤以現行法已有相關之規定時，依司法院釋字第 371 號解釋，法官於審理之具體個案自應依現行法之規定予以適用，倘若認現行法規定有牴觸憲法之疑義時，亦祇能裁定停止訴訟程序，而聲請大法官為解釋，不能任意以與解釋意旨同之法理為由認現行法規定不符解釋意旨而不予適用。

⁴ 蘇凱平，數位證據如何分辨真偽？如何舉證？，月旦法學教室，第 233 期，2022 年 3 月，頁 22。

⁵ 同樣爭點亦可參照：最高法院 108 年台抗字第 1585 號刑事裁定。

關於刑事訴訟程序中財產可能被沒收之第三人，依刑事訴訟法第 455 條之 28 規定參與沒收程序之審判、上訴及抗告，除第七編之二沒收特別程序有特別規定外，準用第二編第一章第三節、第三編及第四編之規定。是以參與沒收程序之上訴，應準用第三編「上訴」之規定，而刑事訴訟法第 376 條，屬第三編「上訴」之規定，自在準用之列。依此，關於在第二審判決中被沒收之第三人，其提起第三審之上訴，現行法已有明文規定。

依卷內資料，本件第三人何環、蕭淑貞因被告姚汝權犯詐欺罪而將部分所得匯入其等之帳戶，而被告姚汝權於第一審及第二審均被判有罪，於第二審審理中，因沒收特別程序修正施行，第二審乃依法通知第三人何環、蕭淑貞參與沒收程序，審理後對其等為沒收之判決，嗣被告姚汝權對第二審判決並未提起第三審上訴，第三人何環、蕭淑貞則對第二審所為之沒收判決提起上訴，因有關第三人沒收之上訴，刑事訴訟法第 455 條之 28 已明文規定準用同法第 376 條，而被告姚汝權係經第一審及第二審均判決有罪，已非司法院釋字第 752 號解釋意旨所指之第一審判決無罪而第二審判決有罪之情形，即被告姚汝權所涉詐欺案件本不得上訴本院。

2. 判決分析：

針對本案不得上訴第三審法院之案件，參與沒收程序之第三人，對於第二審法院初次沒收其財產，得否提起上訴？實務見解採否定說，認定法院釋字第 752 號解釋範圍並不及於第三人沒收部分，而認定沒參與第三人不得向三審提起上訴。惟另有認為⁶，基於有權利即有救濟的原則，沒收以公權力剝奪人民財產，為干預人民財產權之刑事處分，本於釋字第 752 號解釋相同之法理，第三人如非因過失，第二審初次參與沒收程序，並經二審法院初次判決沒收其財產，即使刑事本案不得上訴三審，亦應容許第三人針對沒收判決提起第三審上訴，以資救濟；刑事訴訟法第 455 條之 28 關於沒收程序之上訴，既規定「準用」第三編上訴之規定，自不能全盤適用，雖被告本案為刑事訴訟法第 376 條規定案件不得上訴第三審，但就二審初次被沒收的第三人，賦予其上訴第三審之權利，才符合保護人民訴訟權之意旨

(五) 再審迴避問題—最高法院 110 年台抗字第 1501 號刑事裁定

1. 判決內容節錄：

即曾參與原確定判決之法官，於再審案件，應否自行迴避？本院先相同事實之裁判，已有複數紛爭見解之積極歧異。有採肯定說之見解，認司法院釋字第 256 號解釋雖係針對民事訴訟法第 32 條第 7 款規定而為解釋，然依相同理由，對於刑事確定判決聲請再審者，其參與該確定判決之法官，於再審案件，亦應自行迴避，以確保人民受公平法院依正當法

⁶ 吳燦，不得上訴第三審案件與第三人沒收之上訴，裁判時報，第 83 期，2019 年 5 月，頁 19。

律程序予以審判之訴訟權益；有採否定說之見解，認刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱法官曾參與前審之裁判，係指同一法官，就同一案件曾參與下級審之裁判而言。再審案件其參與原確定判決之法官，並不在該款應行迴避之列，無須自行迴避。本庭經評議後，擬採肯定說之見解，因本院先前裁判既有前開積極歧異，乃就上開法律問題應適用之法律見解，於民國 110 年 9 月 15 日向本院其他刑事庭提出徵詢。徵詢業已完成，受徵詢之各刑事庭，均同意採取肯定說之見解。是本件採為裁判基礎之法律見解，經徵詢庭與受徵詢庭均採上開肯定說之見解，已達大法庭統一法律見解之功能，無須提案予刑事大法庭裁判，即依該見解就本案逕為終局裁判，先予說明。茲敘述理由如下：

- (一) 憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。對於法官的中立性，具國內法律效力之公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項第 2 句明定：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。」刑事訴訟法特設法官執行職務有偏頗之虞時之迴避規定，即在於維護人民受公平法院依正當法律程序予以審判之訴訟權益，並避免法院之公平性受到人民質疑，以增進人民對於司法審判的信賴。聲請再審之目的既係為推翻錯誤判決，法官曾參與刑事確定判決，再參與再審之裁定，甚難讓人民信賴法官係本於中立第三人的立場，毫無偏見地公平審查自己的判決。
- (二) 刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定，法官曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務。該款所稱法官「曾參與前審之裁判」，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言（司法院釋字第 178 號解釋參照）。再審案件參與原確定判決之法官，固不在該款應自行迴避之列。然司法院釋字第 256 號解釋認為：民事訴訟法第 32 條第 7 款關於法官應自行迴避之規定（解釋時原規定：「推事曾參與該訴訟事件之前審裁判、更審前之裁判或仲裁者」嗣經修正為：「法官曾參與該訴訟事件之前審裁判或仲裁者」），乃在使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務，以維審級之利益及裁判之公平。因此，法官曾參與訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避。對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避，以確保人民受公平審判之訴訟權益。該號解釋雖係針對民事訴訟法第 32 條第 7 款規定而為解釋，然刑事訴訟對於審判公平性及正當法律程序的要求，並不亞於民事訴訟。本於法律體系的一貫性，對於刑事確定判決聲請再審者，其參與該確定判決之法官，於再審案件亦應自行迴避，以確保人民受公平法院依正當法律程序予以審判之訴訟權益。

(三) 關於迴避之次數，司法院釋字第 256 號解釋認為：各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第 6 條第 4 款規定（嗣經移列至第 19 條第 6 款）意旨，其迴避以 1 次為限。基於同一考量，於法官員額編制較少之法院，對於刑事確定判決聲請再審者，其參與該確定判決之法官，於再審案件之迴避，亦以 1 次為限。法院倘因此項迴避，致無其他法官得以審理該再審案件，而有不能行使審判權之情形，可依刑事訴訟法第 10 條第 1 項第 1 款之規定，由其直接上級法院以裁定將案件移轉管轄。

2. 判決分析：

系爭裁定跳脫釋字第 178 號解釋之框架，透過合目的性解釋，參照釋字第 256 號解釋意旨所揭櫫「審級利益及裁判公平性」，乃法官迴避制度之規範目的，認參與原確定判決之法官，於刑事再審聲請案件，亦應自行迴避，以確保人民受公平法院依正當法律程序審判之訴訟權益。系爭裁定經由大法庭徵詢程序而達成統一法律見解，並已變更上開裁定先例之見解。系爭規定之法理依據在於「任何法官不能審查自己之判決」，因認法官須自行迴避。法官曾參與當事人現所聲明不服案件之下級審裁判者，固為參與「前審」裁判；其在再審或非常上訴程序，參與當事人現所聲明不服案件之確定裁判，為期裁判公平，應解為亦屬於參與「前審」裁判⁷。

(六) 告知罪名應包含罪數—最高法院 110 年台非字第 230 號判決

1. 判決內容節錄：

刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款係規定：「訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知」。所謂應告知或再告知之「罪名」，是否包括「罪數」在內？因本院先前裁判就此見解有所歧異，有認為不包括告知「罪數」在內，係以究屬接續犯或集合犯一罪，抑應論以數罪而併合處罰，係犯罪罪數問題，並非罪名之變更，縱未告知，亦與刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款之規定無違。有認為應包括告知「罪數」在內，則以刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款規定之罪名告知，植基於保障被告防禦權而設，既係被告依法所享有基本訴訟權利之一，亦係國家課予法院的闡明告知及訴訟上照料之義務，縱使檢察官或被告向法院提出罪名變更之請求，皆不能免除法院告知與聽聞之義務。又所稱罪名變更者，除質的變更（罪名或起訴法條的變更）以外，自包含量的變更造成質的變更之情形（如包括的一罪或裁判上一罪變更為數罪），事實審法院於罪名變更時，若違反上述義務，所踐行之訴訟程序即屬於法有違。

⁷ 吳燦，刑事再審聲請案件與法官迴避，月旦法學教室，第 233 期，2022 年 3 月，頁 19。

本合議庭擬採包括「罪數」在內之見解，並於民國 111 年 6 月 10 日以 110 年度台非徵字第 230 號徵詢書，依大法庭程序向本院其他刑事庭提出徵詢，受徵詢之各刑事庭，均同意本庭所採取之見解。本件採為裁判基礎之法律見解，經徵詢庭與受徵詢庭均採相同之見解，已達大法庭統一法律見解之功能，而無須提案至刑事大法庭裁判，即依該見解就本案逕為終局裁判。茲補充理由如下：

1. 刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款所規定之罪名告知，除為保障被告防禦權，並課予法院的闡明告知及訴訟上照料義務外，更是被告在刑事訴訟程序上的請求資訊權規定，基於憲法第 8 條、第 16 條正當法律程序及訴訟基本權保障核心的聽審權，具體落實於刑事訴訟程序而課予國家的憲法上告知義務，旨在使被告能充分行使訴訟防禦權，以維審判程序之公平。所謂「犯罪嫌疑及所犯所有罪名」，除起訴書所記載之犯罪事實及所犯法條外，自包含依刑事訴訟法第 267 條規定起訴效力所擴張之犯罪事實及罪名，暨法院依同法第 300 條規定變更起訴法條後之新罪名。法院就此等新增或變更之罪名，則均應於其認為有新增或變更之時，隨時、但至遲應於審判期日前踐行告知之程序，使被告能知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益。
2. 聽審權的內涵，至少包含有請求資訊權、請求表達權及請求注意權三者。刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款的罪名告知程序即係資訊請求權的具體實現，唯有被告知悉完整資訊後，始能對之有陳述並進而辯明的機會，尤其在對被告作出不利益決定前，更應讓被告能陳述其意見（請求表達權）；而被告的答辯及表達，法院要能實質且有效的回應，提出論理及說服的過程，被告始能得知法官有無注意，並足供上級審檢驗（請求注意權）。一般而言，數罪併罰的科刑合計及定應執行刑結果，相較於實質上或裁判上一罪的單一科刑，在罪責評價上對於被告顯為不利，自應保障被告有預先獲知可能性，並進而就此為陳述及辯論之機會，法院始能將被告的意見充分考量及予以回應，如此方係完整的聽審權保障，以防免突襲性裁判。
3. 綜上所述，法院踐行刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款之罪名告知義務，如認為可能自實質上或裁判上一罪，改為實質競合之數罪，應隨時、但至遲應於審判期日前踐行再告知之程序，使被告能知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益，不致侵害被告憲法上之聽審權。至被告如已就罪名、罪數之變更，曾為實質辯論而得知悉，縱形式上未依刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款之罪名告知程序再為告知罪數變更，既對被告之防禦權未造成突襲性侵害，屬無害瑕疵，如顯然於判決無影響，仍不得據為上訴第三審之理由，自屬當然。

2. 判決分析

此判決說明，刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款的罪名告知程序，罪名變更者，除質的變更（罪名或起訴法條的變更）以外，自包含量的變更造成質的變更之情形，旨在使被告能充分行使訴訟防禦權，以維審判程序之公平。適用範圍包含依刑事訴訟法第 267 條規定起訴效力所擴張之犯罪事實及罪名，暨法院依同法第 300 條規定變更起訴法條後之新罪名。法院就此等新增或變更之罪名，則均應於其認為有新增或變更之時，隨時、但至遲應於審判期日前踐行告知之程序，使被告能知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益。

(七) 辯護人抗告權—最高法院 111 年台抗字第 686 號裁定

1. 判決內容節錄：

憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（司法院釋字第 582 號、第 654 號、第 737 號、第 762 號及第 789 號解釋參照）。而選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障，亦屬該防禦權之重要內涵。從而，刑事訴訟法第 403 條：「當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。」固規定僅當事人或受裁定之非當事人得對法院之裁定提出抗告，然依同法第 419 條規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。」整體觀察，關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第 3 編第 1 章關於上訴權人之規定。詳言之，就被告之辯護人而言，為有效保障被告之訴訟權，對於法院羈押或延長羈押之裁定，固得依憲法法庭 111 年憲判字第 3 號之判決所示提起抗告；與此相類同屬限制人身自由之限制住居、出海之裁定，除與被告明示意思相反外，亦得為被告之利益而抗告，始與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權之意旨無違。

2. 判決分析：

對於限制住居、出海之裁定之抗告，雖然按照刑事訴訟法 403 條：「當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。」辯護人似無抗告權，但關於抗告權人之範圍，按同法第 419 條仍應準用同法第 3 編第 1 章關於上訴權人之規定。若遇到「辯護人有無抗告權」的爭議，務必提到 111 年憲判字第 3 號之判決，被告對於法院之裁判依法得提起上訴或抗告以聲明不服，係被告重要之防禦權。從而，辯護人得為被告之利益而上訴或抗告，除與被告明示意思相反外，係被告受辯護人協助有效行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。