

112年公務人員特種考試司法官考試第二試
112年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話
科目：刑法與刑事訴訟法

第一題

【總題說明】

本案例事實相對簡單，旨在測驗考生案例解析的基本能力、是否有正確審查相關的罪名、有無看出事實中蘊含的爭點，以及能否完整介紹各爭點中的不同學說及實務見解，並附具理由選擇自己的立場，前後一貫地推導出結論。

【評分要點】

首先，考生必須找出並審查相涉的罪名，這部分是最基本的要求。其次，考生也必須在正確的審查位置討論、處理本案涉及到的爭點。考生除了要看出爭點外，是否完整介紹不同立場的論點，並且前後一貫的運用，也是評分的重點。

壹、甲的部分

一、持玩具槍要求交出財物可能構成刑法（以下同）第 330 條第 2 項之攜帶凶器強盜未遂罪

考生於此應審查是否該當強盜未遂罪的要件。

由於未遂犯的構成要件為主觀要件（構成要件故意與不法所有意圖）以及著手實行，因此，個別要素的解釋與涵攝，都是在構成要件故意的審查中進行。像是甲以假槍威嚇迫使對方交出財物的計畫，是否能實現不能抗拒要素，涉及到不能抗拒要素的解釋，這些都要針對行為人的主觀想像進行。

本案另涉及加重事由（攜帶凶器）的爭議，亦即：金屬玩具槍是否合於第 321 條第 1 項第 3 款「凶器」。對此，有實務見解認為，玩具槍若其材質堅硬，倘持以敲打、揮擊，在客觀上自足以對人之生命身體安全構成威脅，足認確屬兇器（108 台上 3742）。考生可採不同意見（像是從主觀目的、計畫著眼，導出否定立場），但須附具理由。

二、持槍抵住丙頭部可能構成第 305 條之恐嚇危害安全罪

前段審查肯定了脅迫要素的該當，至於脅迫與本罪之構成要件行為「恐嚇」間的關係，則可參考最高法院 80 年第 4 次刑庭決議。

此部分若得出肯定的審查結論，便須於競合部分處理另一個爭點：本罪與強盜未遂罪二者間應成立真正競合還是不真正競合？

三、持槍逼使丙拿取收銀機內金錢可能構成第 304 條第 1 項之強制罪

此部分得出肯定的審查結論後，亦須於競合部分處理本罪與強盜未遂罪二者間應成立真正競合還是不真正競合的爭議。

四、撫摸丙胸部可能構成第 224 條違反意願猥褻罪

甲持玩具槍抵住丙頭部，固屬脅迫，但其於開始實施脅迫行為當下尚無猥褻之意思。隨著考生對於案例事實的不同詮釋，可循二途徑肯定本罪之構成要件該當性：

（一）若考生所理解之事實為「甲於起意猥褻時仍持槍抵住丙頭部」，則此時之脅迫行為與猥褻行為間仍能符合功能關連性之要求（強制行為之繼續施行係為達成猥褻之目的）。

（二）若考生所理解之事實為「甲已放下玩具槍，先前的脅迫行為業已終結」，那麼能否構成本罪，便取決於概括條款（其他違反意願之方法）的解釋。若採學說及實務上「利用被害人無助情境」或「利用既存之強制狀態」作為概括條款的判準，則甲仍該當本罪之構成要件。反之，若於此得出否定見解，認定構成要件不該當，便須另行審查是否構成刑法第 225 條之乘機猥褻罪。

此外，考生若認定持用金屬玩具槍亦屬凶器，則此處便亦會透過第 224 條之 1 連結第 222 條第 1 項第 8 款，成立加重違反意願猥褻罪。於此考生須討論另一個爭點：行為人攜帶玩具槍時並無用在猥褻犯行之意，是否仍符合加重事由之適用前提？此處倘若得出肯定結論，便須繼續討論是否會重複評價同一加重事由的問題。對此，有肯否兩說，均屬可採，考生自行選擇，但須附具理由。

五、基於犯罪意圖進入超商可能構成第 306 條第 1 項之侵入建物罪

本罪所稱之「侵入」，係指未得有權者之允許，在物理上進入其所支配之場所空間。甲於 A 超商營業時間進入，開放性建物於開放期間內雖均有概括的進入許可，但甲是基於強盜目的進入，此種犯罪意圖是否會使得原本概

括、普遍的進入許可對其失效，學說上有肯定說與否定說的對立，均屬可採，考生於選擇立場時須附具理由。

若採肯定說，便須於競合部分處理本罪與進入期間所違犯之他罪的競合關係。

六、競合（罪數）

考生於此應針對自己先前審查成立的罪名討論競合（罪數）關係。

首先，違反意願猥褻罪乃另行起意違犯，故應與剩餘罪名成立數罪併罰（實質競合）之關係，依照第 51 條的規則處理。

其次，倘若先前認為基於犯罪意圖進入超商構成侵入建物罪，此處便須討論該罪與（加重）強盜未遂罪、強制既遂罪與恐嚇危害安全既遂罪以及（加重）違反意願猥褻罪之間的競合問題。這裡所涉及的主要爭點為：繼續犯與繼續期間內違犯之他罪究應處於想像競合還是實質競合（數罪併罰）的關係？學說上有不同主張，均屬可採，通說與實務採取想像競合的立場。

另外，在強盜未遂與強制既遂、恐嚇危害安全既遂之間，也會涉及到以下爭點：處於包含（特別）關係的罪名，重罪僅成立未遂，但被包含的輕罪業已既遂，則相關罪名應成立真正競合（想像競合）還是不真正競合（法條競合）？學說與實務有不同看法，均屬可採，但應附具理由。

貳、乙的部分

一、前往 A 超商可能構成第 328 條第 4 項（加重）強盜未遂罪

考生於此應審查，乙依約出現在 A 超商門口是否已屬著手於強盜罪之實行。此處若採通說及實務看法，便會得出否定結論，但應繼續討論有無可能透過其與甲的共同正犯關係，形成水平之歸責擴張，使乙亦須為甲的著手行為負責。此處涉及到乙是否已有效脫離共同犯罪之關係（著手前脫離）。依照實務（94 台上 3515、100 台上 5925）及學說見解，乙既已向甲表達脫離之意，且並未對甲之後續犯行留下作用力，即屬有效脫離，不成立強盜未遂罪之共同正犯。

於此部分考生亦可另開標題討論，乙先前與甲的犯罪約定以及自己到場的行為，是否會對甲形成共犯的參與，特別是心理、精神幫助。

二、前往 A 超商可能構成第 328 條第 5 項強盜預備罪

若依實務見解，出發前往犯罪現場已可論以預備強盜罪。

考生應討論此處可否類推適用刑法第 27 條第 1 項中止犯之減免規定，學說及實務對此有不同意見，均屬可採。考生若採肯定立場，便須繼續討論乙係因「障礙」或「己意」而中止，亦即出於己意（任意性）的判準之爭。

參、丙的部分

一、以球棒敲甲可能構成刑法第 277 條第 1 項故意傷害罪

此處的審查重點，在於違法性階層中關於正當防衛要件的涵攝。

在防衛情狀「不法侵害」要素的部分，甲所持用者雖為玩具槍，但仍係屬透過欺瞞所施加之脅迫，為一現實存在之侵害行為。此外，甲伸手撫摸丙胸部之行為亦屬一現在不法之侵害。因此，無論採事中（行為時）還是事後的認定觀點，都會肯定侵害要素的該當，故本案與容許構成要件錯誤（誤想防衛）的問題無涉。

這裡的另一個重點，則是防衛行為的必要性審查。考生須附理由交代，行為人以球棒敲擊侵害者頭部，在本案事實的相關條件下（如夜間、女性防衛者單獨面對男性侵害者、對方手持槍械等條件），防衛手段是否必要。若肯定必要性，便可阻卻違法；若認已逾必要程度，則應於罪責中適用防衛過當之規定。

二、指稱甲將手指插入可能構成刑法第 169 條第 1 項之誣告罪

考生於此應討論的爭點為：丙僅虛構部分事實，亦即其所指稱的犯罪事實並非全然虛偽，並未誤導司法機關對於全然無辜者開啟程序，是否仍屬誣告，學說上有不同意見。對此，實務上有主張：「刑法上之誣告罪，本不限於所告事實全屬虛偽時，始能成立。倘所告事實之一部分係出於故意虛構，仍不得謂非誣告。」（87 台上 1963）

其次，丙係被動申告虛偽事實，是否仍屬誣告，學說及實務上有不同意見。最高法院 53 年台上字第 574 號判例：「刑法第 169 條第 1 項之誣告罪，以使人受刑事或懲戒處分之意思向該管公務員誣告為要件，若因公務員之推問而為不利他人之陳述，縱其陳述涉於虛偽，既無申告他人使其受刑事或懲戒處分之意思，即與誣告之要件不符。」學說對此則有不同意見。考生於此可自由選擇立場，但須附具理由。

三、指稱甲將手指插入可能構成刑法第 214 條使公務員登載不實罪

虛構事實報案之行為是否構成本罪，實務上曾有採肯定立場者（最高法院 50 年度第 4 次民刑庭總會決議之 4），但後期則採否定看法，理由為「警員負有實質審查義務，尚須對於該申告之事實進行審查，確認是否屬實」。學說上結論同此，但理由相異，認為此處應從警詢筆錄的對外證明作用切入，亦即，警詢筆錄僅係證明何人曾有何等陳述，而非用以證明該等陳述之內容屬實。

至於偽證罪的部分，由於明顯不會構成，即便討論也不會有明顯的加分，但若內容有誤，甚至最後竟然得出成立偽證罪的結論，就反而會有負面影響。

肆、丁指稱甲強姦可能構成刑法第 310 條第 2 項之加重誹謗罪

於此應討論該條第 3 項真實性條款之要件。丁憑路人傳述，是否可算是司法院釋字第 509 號解釋所要求之具相當理由確信為真實，或是憲法法庭 112 年憲判字第 8 號要求之業經合理查證，考生應進一步論述。

倘若不能適用真實性條款不罰，亦無法透過刑法第 22 條業務上正當行為阻卻違法，考生即應針對丁現場連線配合字幕報導甲強姦的部分，討論是否有第 2 項加重事由（散布文字而犯之）之適用。

考生另亦可討論丁報導中「色膽包天」一語是否有成立公然侮辱罪之可能，若得出肯定結論，便須討論本罪與誹謗罪間的競合關係，應論以法條競合還是想像競合，學說與實務有不同看法。

【閱卷委員的話】

經常會有考生在看完解答參考後，擔心自己無法在考試時間內將所有的罪名和爭點都寫出來。這種憂慮雖然常見，但實屬多餘。首先，解答參考是要把案例事實中需要討論的罪名及爭點完整列出，但考試評分的重點則是在於辨識考生的程度，看出試卷間的相對差距，以評價區隔出優劣。時間不足時，考生就要在所有的罪名與爭點中，依據重要性排出優先順位，以決定處理的必要性與詳細程度。解析能讓閱卷者看出考生的程度，應該就可以獲得不錯的分數。

以下，便列出本次閱卷經常見到的一些錯誤：

- 一、 在人別順次的安排上，由於甲與乙兩人有犯罪參與的關係，故甲應先於乙審查。亦即，先確認甲所實現的不法事實，再討論此等不法能否歸責於（未

親手實現該事實的)乙。此外，丙的傷害行為涉及能否對甲成立正當防衛的問題，故亦應安排在甲的審查之後。

- 二、 仍有不少考生同時審查數罪名，但每個罪名皆有其自身的要素，應分別獨立審查。
- 三、 不少考生在預備犯的審查中，討論有無著手實行，然後用尚未著手來肯定預備行為的該當。然而，著手實行是未遂犯的成立要件，預備犯並沒有審查此要件的空間。其次，預備行為有其自身的概念內涵，應正面認定，否定著手並無法肯定預備要素的該當。這種錯誤的涵攝論述（透過否定A來肯定B的實現，而未直接討論B的內涵），也會出現在其他部分，像是「因為不構成搶奪罪，所以成立強盜罪」。
- 四、 審查故意既遂犯時，已確認客觀構成要件不該當，卻仍繼續往下審查主觀構成要件、違法性與罪責，最後得出成立未遂犯的結論。這樣的論述，除了有標題提問（是否成立故意既遂犯）與結論（成立未遂犯）不一致的形式問題外，實質上也漏未審查著手實行要件。
- 五、 將中止未遂適用要件的討論，置於構成要件階層或罪責審查階層討論。依照通說看法，中止未遂是個人之解除刑罰事由，審查位置應該在不法與罪責之後。
- 六、 先討論中止問題，之後才處理脫離問題。邏輯上，應先處理乙是否脫離犯罪參與關係，若已脫離，就不需要對於甲在其脫離後所實現的不法（未遂犯）負責，也才会有預備階段能否透過中止減免其刑的討論。
- 七、 主張在預備階段仍可「適用」刑法第27條的中止減免規定。精確地說，此處由於尚未著手，不合於刑法第27條的要件，故無法直接適用，但仍有「類推適用」的空間。
- 八、 審查正當防衛時，考慮衡平性。依照通說看法，審查正當防衛時，原則上不需要考慮法益均衡性。
- 九、 有不少考生在審查甲是否構成強盜未遂罪時，討論有無刑法第26條的適用。如果本案事實是行為人誤取玩具槍，或許還有討論的空間。但甲的計畫是用玩具槍冒充為真槍來威嚇對方，也就是透過欺瞞來脅迫，就威嚇目的來說，金屬仿真玩具槍是一個適宜的工具，並沒有方法（手段）不能的問題。
- 十、 部分考生認定，乙出現在A超商門口即屬著手於強盜罪之實行，成立強盜

未遂罪，卻又接續討論有無脫離的問題。首先，抵達預定的犯罪現場觀望，無論是依照學說還是實務的判準，均應得尚出未著手實行的結論。並且，甲最後也只成立強盜未遂罪，如果乙自身已成立強盜未遂，此部分便無討論是否脫離的實益。

- 十一、相當數量的考生混淆了強盜罪與準強盜罪，因此在審查強盜取財罪（刑法第 328 條第 1 項）的構成要件時，竟稱「該罪是否以取得財物為要件仍有爭議，有學者認為僅需實行強制行為即可…」。
- 十二、審查強盜罪的強制手段時，未區分強暴與脅迫，含混統稱為「強制行為」或「強暴脅迫之行為」。另外也有很多考生把持槍威嚇的脅迫（心理上的強制）定性成強暴（物理上的強制）。
- 十三、強盜取財罪，依通說看法，為複（雙）行為犯，在兩個構成要件行為（強制行為與取財行為）之間必須具有「手段目的的功能性關聯」，亦即強制行為必須以取財為目的。但這樣的功能性關聯有別於結果犯中行為與結果間的因果關係。許多考生把取財行為當作脅迫行為的結果，並以條件理論或相當理論審查其間的關聯。
- 十四、審查強盜未遂罪的構成要件，卻在客觀要件中討論被害人是否已至不能抗拒。除非採取過時的構成事實欠缺理論，否則未遂犯的客觀要件就只有著手實行，無須審查其他客觀要素是否實現。
- 十五、將強盜取財罪的既遂時點定在「新持有穩固」。事實上，強盜取財罪與竊盜罪相同，只需要行為人建立新持有，而不要求建立的新持有業已安全、穩固。
- 十六、有不少考生審查偽證罪，並指稱偽證罪是否須具結仍有爭議。本案中，明顯不合於偽證罪「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時」要件。至於「具結」要素，既然已寫入條文中，或許還可爭執其要素屬性（不法要素還是客觀處罰條件），但無論如何都必須實現。此要素已明文訂在條文中，沒有爭議的空間，但許多考生仍稱此處有不同意見，屬嚴重錯誤。
- 十七、行為犯（如誹謗罪）並未要求構成要件結果，許多考生卻審查因果關係與客觀歸責。
- 十八、稱刑法第 224 條為「猥褻罪」。但以猥褻為構成要件行為的罪名為數不

少，本罪應稱作違反意願猥褻罪或強制猥褻罪。

十九、將共同正犯簡稱為共犯。早年學界確實有廣義共犯與狹義共犯的語詞使用，但由於共同正犯亦屬正犯，以共犯稱之易生誤解。

二十、於本案中討論容許構成要件錯誤(誤想防衛)，亦屬錯誤。持玩具槍脅迫，已屬不法侵害，更何況行為人還伸手撫摸猥褻對方，客觀上存有現在不法之侵害應屬無疑，沒有誤想防衛的問題。

第二題

【總題說明】

本題以社會上常見之重大財經犯罪案例為題材，期使學理與實務得以兼顧，設計一從偵查階段開始之搜索、各項（詢）訊問，以及羈押要件是否符合，尤其是 24 小時之計算與拘捕之構成等，直到傳聞法則、通訊監察另案監聽之判斷與證據能力，以及判決有罪後上訴救濟與不利益變更禁止原則等之綜合判斷等。廣泛測驗考生對於刑事訴訟法重要概念及法條之瞭解，及於個案運用之重點、實務及通說見解之認識以及新法的規定等，題目重點分配均勻並能測驗出考生之程度。

【評分要點】

第(一)子題

刑事訴訟法第 93 條第 2 項前段規定：「偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內，以聲請書敘明犯罪事實並所犯法條及證據與羈押之理由，備具繕本並檢附卷宗及證物，聲請該管法院羈押之。」本題中，民國 108 年 5 月 27 日上午 8 時調查員持搜索票前往甲辦公室搜索，搜索期間甲被禁止離開辦公室，也不准使用通訊設備，連上廁所都遭派員看守，這些措施是否足認甲已經喪失自由，形同遭拘提或逮捕以致影響 24 小時期間開始起算？

刑事訴訟法第 144 條第 2 項、第 3 項規定：「執行扣押或搜索時，得封鎖現場，禁止在場人員離去，或禁止前條所定之被告、犯罪嫌疑人或第三人以外之人進入該處所。」、「對於違反前項禁止命令者，得命其離開或交由適當之人看守至執行終了。」再依同法第 150 條第 2 項規定：「搜索或扣押時，如認有必要，得命被告在場。」明定禁止搜索現場人員離去或被告之在場義務。最高法院 112 年度台上字第 1815 號刑事判決對此認為：「……雖不免影響其等之行動自由，惟

此乃為防止犯罪嫌疑人或被告自搜索現場逃逸，兼及保護執行搜索人員之人身安全與確保搜索程序圓滿完成而設之必要處分，並非對人身自由實施直接之干預。且執行搜索人員要求在場人員停留在搜索現場至執行終了，並未將其帶離該處所，亦不致對其造成名譽上的重大影響，且干預人民之行動自由程度輕微，除非另行逮捕或拘提，禁止離去人員於搜索執行完畢後儘可離去，即與逮捕之拘束人身自由的強制處分，迥不相同。……。」故被告甲於搜索期間受到上開之限制，係為達成搜索、扣押之目的，與訊問案情無涉，自與刑事訴訟法第 93 條第 2 項所謂偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內聲請之規定不同，難認為搜索期間所受限制期間，應計入二十四小時內。

本題回答以是否羈押要件與拘捕前置原則、拘提或逮捕之構成，24 小時之計算與刑事訴訟法第 144 條第 2 項、第 3 項關於搜索執行時之規定等為重點，若能根據題目之條件加以完整回答當能獲致高分。部分考生答稱如「訊（詢）未盡告知義務」、「檢察官施加不正訊問方法」、「檢察官不可夜間訊問」、「檢察官刻意拖延訊問時間」等與題目並無直接相關之問題，脫離題目所設下之事實條件或是誤解法律規定，或是直言被告甲之自白禁止使用等等，事實上題目根本未提及甲有自白，均是未仔細看題或是自我設定事實條件等逕行回答，分數自不理想。

第(二)子題

一、監聽內容是否屬傳聞證據

監聽期間內錄下甲的特助乙與甲之下列對話：「（乙：）公司那塊地賣得太便宜了，將來消息出來，公司的股價可能不妙！」、「（甲：）趕快幫我處理掉股票！」，重點在於此一對甲甚為不利之對話內容是否具有證據能力？由於題目已經明示依法監聽甲之電話，故此處重點並非通訊監察合違法之判斷，而是內容之問題。

刑事訴訟法第 159 條第 1 項：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」惟何謂「言詞或書面陳述」，法律沒有進一步規定。法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 88 點（傳聞證據之排除）內有補充之解釋「為保障被告之反對詰問權，並符合直接審理主義之要求，若提出被告以外之人（含共同被告、共犯、證人、鑑定人、被害人）於審判外之言詞或書面陳述，作為證據以證明其所敘述之事項為真實者，該被告以外之人於審判外之陳述應屬於傳聞證據，除法律另有規定外，無證據能力，不得作為證據使用。……」另實務見解如最高法院九十七

年度台上字第一〇六九號判決內亦稱「(五)、所謂被告以外之人於審判外之陳述，係指被告以外之人就其曾經參與或見聞之事實，事後追憶並於審判外為陳述者而言。如被告以外之人係被告犯罪之共同正犯、共犯、相對人、被害人或其他關係人，而於被告實行犯罪行為時與被告為言詞或書面對談，且其對話之本身即係構成被告犯罪行為之部分內容者，因非屬其事後就曾經與聞之事實所為之追憶，自與審判外之陳述有間，二者不容混淆。又國家基於犯罪偵查之目的，對被告或犯罪嫌疑人進行通訊監察，乃係以監控與過濾受監察人通訊內容之方式，蒐集對其有關之紀錄，並將該紀錄予以查扣，作為認定犯罪與否之證據，屬於刑事訴訟上強制處分之一種，而監聽係通訊保障及監察法（下稱通保法）第十三條第一項所定通訊監察方法之一，司法警察機關依法定程序執行監聽取得之錄音，係以錄音設備之機械作用，真實保存當時通訊之內容，如通訊一方為受監察人，司法警察在監聽中蒐集所得之通訊者對話，若其通話本身即係被告進行犯罪中構成犯罪事實之部分內容，則依前開說明，自與所謂『審判外之陳述』無涉，應不受傳聞法則之規範，當然具有證據能力。」

按此，「乙：公司那塊地賣得太便宜了，將來消息出來，公司股價可能會不妙！」之陳述，乙係被告犯罪之共同正犯、共犯、相對人、被害人或其他關係人，而於甲實行犯罪行為時與甲為言詞或書面對談，且其對話之本身即係構成甲犯罪行為之部分內容者，因非屬其事後就曾經與聞之事實所為之追憶，並非審判外之陳述，且該錄音係於合法通訊監察中所錄得，自具證據能力。

故本題如能清楚分析傳聞之構成以及「非傳聞」等，並就本題所涉及之事實詳細分析解答，自能獲得高分。

二、另案監聽之爭議

依據題意，偵查機關係以特別背信罪為案由，過程中卻錄下涉及內線交易之內容，是否屬另案監聽？通保法第18之1條第1項規定「依第五條、第六條或第七條規定執行通訊監察，取得其他案件之內容者，不得作為證據。但於發現後七日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第五條第一項所列各款之罪者，不在此限。」最高法院刑事大法庭110年度台上大字第5765號裁定認為：「通保法施行細則第16條之1第1項規定：『本法第十八條之一第一項所稱其他案件，指與原核

准進行通訊監察之監察對象或涉嫌觸犯法條不同者。』此技術性規範已界定祇要與原核准進行監聽之『監察對象』或『涉嫌觸犯法條』，有一相異者，即屬通保法第 18 條之 1 第 1 項所稱之『其他案件』，其相關內容即係『另案監聽』取得之內容。」本案係因特別背信罪進行通訊監察，卻聽到報告涉嫌內線交易罪的談話。按此，自屬本法第十八條之一第一項所稱其他案件。

既屬於另案監聽，而依題意該段談話檢察官未於發現後七日內補行陳報法院，則此法律效果為何？有學說認為，既然未於七日內補行陳報法院，不符合通保法第 18 條之 1 第 1 項之規定，依該條「不得作為證據」之文義，監聽內容無證據能力。按此，甲之辯護人之主張有理由。過去實務多認為應適用刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡理論，例如最高法院 106 年度台上字第 4011 號判決：「……雖係「另案監聽」所附帶取得，且未經執行機關報由檢察官陳報法院審查認可，惟基於偵查作為具浮動性，偵查機關實無從事先預測或控制監聽內容及可能擴及之範圍，加以販賣毒品係嚴重危害社會治安之重罪，相關之通訊內容如未即時擷取，蒐證機會恐稍縱即逝，應容許法院於審判時適用刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡理論判斷有否證據能力。」、最高法院 107 年度台上字第 3052 號判決：「而另案監聽所得之內容，是否符合「重罪列舉原則」或「與本案具有關連性之犯罪」類型，純然為對於通訊內容之判別而已，較之於逕行搜索之該當要件，原不具有審查急迫性，甚至無予先行審查之必要性，即使有逾期或漏未陳報等違背法定程序之情形，受訴法院於審判時自仍得適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，再行審酌裁量其得否為證據。」最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 5765 號裁定認為：「犯罪之偵查常處於浮動狀態，考慮偵查效率及刑事有效訴追等要求，與搜索之情形相同，監聽亦係對尚未確定事證之蒐集，無從自始即清楚、明確知悉通訊對象與對話內容，而可事先預測或控制監聽所可能擴及之主觀及客觀範圍，故在監聽執行階段保持一定之彈性，為偵查事理本質之必然。」、「無論基於學說「假設再次干預亦受允許」或「類似犯罪例外」之觀點，均認為監聽標的乃犯罪嫌疑人使用之特定通訊設備（例如行動電話），故凡經由該通訊設備撥出或接收而參與和監聽案由有關之通話內容，均不可避免落入實際執行監聽之範圍內。惟此際因並未進一步擴大侵害對話者合理隱私保護之範圍，故於執行機關善意執行監聽時，本案監聽之結果難免會偶然擴張至原監聽活動可及範圍之其他犯罪，此乃執行監聽活動事理本質所必然，不會導致原通訊監察令狀之濫用，並無違反法官保留而牴觸令狀原則可言。……、

是以，前述情形之另案監聽所得，既未擴大原監聽偵查之目的、範圍，不會使得本案監聽成為另案監聽之託辭，尚不致造成本案監聽程序之濫用，並不當然應依通保法第 18 條之 1 第 1 項前段之規定，絕對排除其證據能力，俾在未擴大侵害合理隱私期待之前提下，兼顧有效保全證據及避免無謂訴訟資源之耗費。」按此，縱使該段談話檢察官未於發現後七日內補行陳報法院，但不當然應依通保法第 18 條之 1 第 1 項前段之規定，絕對排除其證據能力。

故本題如能瞭解考題之重點在於知悉「另案監聽」之構成，發現後七日內補行陳報法院之解釋，並能清楚敘述學說與司法實務之重點並就本題所涉及之事實詳細分析解答，自能獲得高分。反之，若答題內容為起訴狀一本主義、審判中檢察官是否可以繼續蒐證等，偏離題目意旨，所得分數自低。

第(三)子題

僅就沒收法律效果上訴，其一部上訴合法（刑事訴訟法第 348 條第 3 項）。另改諭知沒收 3000 萬元有無違反不利益變更禁止原則？刑事訴訟法第 370 條規定不利益變更禁止原則：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。」二審改諭知沒收 3000 萬元，並非諭知較重於原審判決之刑，自無違反刑事訴訟法第 370 條的情形。111 年憲判字第 18 號判決認為「沒收犯罪所得，從其性質、目的及效果觀之，非屬刑罰或類似刑罰。應沒收之犯罪所得，雖以相對總額原則計算其範圍，亦不得逕行推斷犯罪所得之沒收具刑罰或類似刑罰之性質。是系爭規定明定，沒收適用裁判時之法律，其中涉及沒收犯罪所得部分，不生牴觸憲法罪刑法定原則之問題」。本判決詳細闡釋「就沒收犯罪所得之性質言，……，此與刑罰係基於制裁個人犯罪行為而設，行為人須因違法且有責行為始受刑事制裁有異。犯罪所得之沒收，有別於刑罰」、「僅係回復合法之財產秩序，並具防止犯罪行為人及非善意之第三人以不法獲取之所得，再次投入其他非法使用之功能，不具懲罰性。沒收犯罪所得與刑罰大相逕庭」、「……沒收犯罪所得有異於刑罰」、「……沒收犯罪所得異於刑罰」及「……犯罪所得經國家沒收後，被害人仍得請求檢察官發還。沒收犯罪所得異於刑罰」等諸多理由，認為沒收犯罪所得，非屬刑罰或類似刑罰。故二審改諭知沒收 3000 萬元，並非諭知較重於原審判決之刑，自無違反刑事訴訟法第 370 條不利益變更禁止原則的情形。

本題之重點如上，考生如能就允許一部上訴、不利益變更禁止原則以及沒收

犯罪所得非屬刑罰或類似刑罰等正確解釋並詳細闡述，自可獲得高分，反之則分數不理想。

【閱卷委員的話】

- 一、 試務單位已經提供了法律條文供考生於考試時查閱，但仍有部分的考生對於所涉及之法律條文並未明確地引用至條、項、款，未呈現出能精確適用法律之能力。甚至根本鮮少引用法條或是實務通說，憑著「感覺」作答，自無法獲得高分。
- 二、 部分考生未根據題目所給的事實條件涵攝作答，而是自行創造事實，例如第 1 小題回答訊詢問均未盡告知義務，事實上題目內根本未出現此一事實。又如有主張被告甲之自白無證據能力，然題目內根本未提到甲曾為自白。以致部分考生浪費許多時間精力在回答並非爭點的部分，分數自然並不理想。
- 三、 新修法規定、最高法院大法庭裁定或一致性見解、憲法法庭判決等，為重要的法律現況或實務遵循標準，也常是考題的主要測驗內容，考生宜多加注意。避免使用舊法來解題，或是自我想像式的法律見解來回答，無法獲得理想分數。
- 四、 部分考生在作答時，於答案卷有大範圍的刪除或更改，或在作答中大量穿插後補之內容或跳躍補充，顯見其正式作答前並未做整體之規劃，對於每個部分應討論何等爭點，有哪些相關的學說爭議及實務見解，並未先行整理架構，建議考生在開始作答前，可利用稍許時間靜下心先針對題目所述事實，就涉及的各個問題及檢驗順序擬好大綱後後再開始正式作答。