

《刑事訴訟法》

一、甲於民國 99 年 1 月 1 日與乙發生車禍致重傷陷入昏迷成為植物人，甲之配偶丙因中風行動不便，甲之長子丁見告訴期間將滿 6 個月，乃提出甲、丙之診斷證明書，主張甲、丙皆不能行使告訴權，且無其他得為告訴之人為由，聲請檢察官指定其為甲之代行告訴人。檢察官乃於同年 6 月 20 日指定丁為甲之代行告訴人，惟丁於同年 7 月 8 日始提出告訴。嗣乙與丁成立和解，丁乃向檢察官撤回告訴。後因甲之次子戊，不滿和解條件，主張其至同年 6 月 1 日回國始知悉甲被乙撞傷，且丁未取得丙之授權，戊則已取得丙之授權，於同年 8 月 11 日以丙有獨立告訴權，戊為丙之告訴代理人，再對乙提出告訴。問檢察官應如何偵結本案？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生是否瞭解刑事訴訟法第 236 條，指定告訴人之要件應如何解釋，及告訴期間應以何人知悉為準。
答題關鍵	本題乃典型實務見解之題型，宜將實務上之解釋及看法予以闡述適用，自可獲致高分。
高分閱讀	金台大，刑事訴訟法講義第五回，第 16~18 頁。

【擬答】

檢察官對本案應依刑事訴訟法（下稱本法）第 252 條第 5 款之規定為不起訴處分，析述如下：

- (一)按告訴乃論之罪，檢察官得指定代行告訴人者，以無得為告訴之人或得為告訴之人不能行使告訴權者為限，觀諸刑事訴訟法第二百三十六條第一項規定甚明，是告訴乃論罪之被害人縱因意識不清且不能言語，而不能行使其告訴權，但如為有配偶之人，顯尚有得為獨立告訴之人，自無由檢察官指定代行告訴人之餘地（最高法院 91 年度台非字第 207 號、83 年度台非字第 89 號判決意旨參照）。
- (二)經查：本案中，甲陷入昏迷而成植物人，自屬得為告訴之人不能行使告訴權，固屬正確；惟甲尚有配偶丙，係得為獨立告訴之人，丙雖因中風而「行動不便」，但仍非無意思能力而不能行使告訴權，因此，本題中，顯尚有得為獨立告訴之人，自無由檢察官指定代行告訴人之餘地，本題中，檢察官指定代行告訴人自非適法，代行告訴人丁所為之告訴亦難認為適法。
- (三)次按「告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於 6 個月內為之；刑事訴訟法第 237 條第 1 項定有明文。另揆諸最高法院 26 年 8 月 2 日會議決議（三）所示『甲女被乙男賣與丙家為娼，甲女當時雖知乙男為犯人，但因丙家防閑甚嚴，不得自由告訴，迨由丙家逃出已逾刑事訴訟法第 216 條第 1 項（舊法）規定 6 個月之告訴期間，應認其在事實上確實無法行使告訴權，其告訴期間自得為告訴之時起算。』之法律適用原則，告訴人於知悉犯人後，若有事實上無法行使告訴權之情形，所定 6 個月之告訴期間，得寬認自得為告訴之時起算。』先予說明。
- (四)次查：本件中，乙之犯罪行為係民國（下同）99 年 1 月 1 日，雖甲無意識不能知悉犯人及犯罪行為，但甲之配偶丙乃有獨立告訴權之人，其於案發時便已知悉犯人乙及其犯罪行為，職是，告訴期間之計算，應至 99 年 6 月 30 日屆滿。戊雖取得丙之授權，而代理提出告訴，惟既屬代理性質，則法定期間之計算仍應以本人為準，故戊於同年 8 月 11 日始代理提出告訴，已逾前揭告訴期間，且本題中並無前述最高法院 26 年 8 月 2 日會議決議（三）所示：「在事實上確實無法行使告訴權，其告訴期間自得為告訴之時起算」之情形，故其所為告訴自不合法。
- (五)末按「二」刑事訴訟法第二百十七（舊法）條第一項所稱告訴人係指有告訴權之人實行告訴者而言同法第二百十五條之代行告訴人自不包括在內」，司法院著有院解字第 3658 號解釋。亦即，代行告訴人僅有代行告訴之權，而無撤回告訴之權。
- (六)末查：本件中，丁之代行告訴並非合法，已如前述，縱認其代行告訴合法，惟依前述見解，丁亦無撤回告訴之權，其所為撤回告訴亦不生效力，附予指明。
- (七)結論：綜上所述，本件中並無合法告訴，檢察官自應依本法第 252 條第 5 款之規定為不起訴處分。



二、甲、乙夫妻二人感情不睦，乙自訴甲詐欺取財罪嫌後，再就同一事實向警察局提出告訴，甲到案自白認罪，警察局乃函送地檢署，檢察官應如何處理？設若檢察官起訴甲犯有詐欺取財罪嫌，受命法官行準備程序時，如被告甲(一)自白犯罪；或(二)否認犯罪並抗辯其於警詢時之自白係出於警察刑求，且警察違法搜扣之帳冊不得作為證據。受命法官得如何處理？(25分)

命題意旨	本題算是傳統爭議題型的考題，考題中之個案是否得以自訴，以及不合法自訴後之法律效果加以釐清。並且司法官考試針對程序問題之出題比例甚高，本年亦有特殊訴訟程序之重點(簡式、簡易程序)，考生必須對於通常訴訟程序、簡易訴訟程序及簡式程序之程序要件熟悉，並對個案實例題靈活運作。
答題關鍵	1.對配偶不得自訴及自訴不合法之處理規定。 2.被告自白犯罪，得行簡易程序、簡式程序。 3.刑求獲得自白之證據效果及違法搜索之證據能力。
高分閱讀	1.刑政大，《刑事訴訟法》講義，第五回。 2.刑政大，《刑事訴訟法》講義，第六回。 3.刑政大，《刑事訴訟法》講義，第四回。 4.刑政大，《刑事訴訟法》總複習講義，第一回、第二回。

【擬答】

(一)對配偶不得自訴，僅能依法提出告訴，由檢察官偵辦

- 1.乙妻對甲夫自訴詐欺取財，依照刑法第 339 條及第 343 準用 324 條之規定，為相對告訴乃論之罪。依照刑事訴訟法第 323 條規定，相對告訴乃論之罪，合法提出自訴如為告訴乃論之罪，經犯罪之直接被害人提起自訴者，於終結偵查前提出自訴即可，因此本題乙妻先提自訴，檢察官尚未開始偵查，因此提出自訴之時間點並無違法。
- 2.惟依照刑事訴訟法第 321 條之規定，對於直系尊親屬或配偶，不得提起自訴。因此受理自訴法院應對此不合法自訴為自訴不受理判決(刑事訴訟法第 334 條)。又此規定是否侵害人民自訴權，有違憲之虞？大法官曾於釋字 569 號解釋認為，憲法第 16 條明定人民有訴訟之權，旨在確保人民權益遭受不法侵害時，有權訴請司法機關予以救濟。惟訴訟權如何行使，應由法律規定；法律於符合憲法第 23 條意旨之範圍內，對於人民訴訟權之實施自得為合理之限制。刑事訴訟法第 321 條規定，對於配偶不得提起自訴，係為防止配偶間因自訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧，乃為維護人倫關係所為之合理限制，尚未逾越立法機關自由形成之範圍；且人民依刑事訴訟法相關規定，並非不得對其配偶提出告訴，其憲法所保障之訴訟權並未受到侵害，與憲法第 16 條及第 23 條之意旨尚無抵觸。
- 3.因此乙妻之後再至警局提出告訴，檢察官應予以偵辦，判斷是否應對本案提起公訴。

(二)被告於偵查中向檢察官自白，檢察官得向法院聲請簡易判決處刑

檢察官聲請簡易判決處刑之要件，依刑事訴訟法第 452 條規定，即判決最後係宣告緩刑、易科罰金之判決皆得進入簡易程序。本題，被告甲涉嫌詐欺取財之犯行，於檢察官偵查階段中自白不諱，又詐欺取財罪係得為簡易判決處刑之罪，因此，甲之犯罪如能認定，檢察官得聲請簡易判決處刑，檢察官之聲請應為合法。

(三)被告於準備程序中自白犯罪，法院亦得將程序轉換為簡易判決處刑程序為簡易判決

- 1.案件檢察官依通常程序起訴，經被告自白犯罪，法院認為宜以簡易判決處刑者，得不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。審判中依照刑事訴訟法第 449 條第 2 項程序，轉換為簡易判決處刑程序，必須被告自白犯罪復有事實證據明確至可逕行論罪並科刑者，始能以簡易判決處刑。
- 2.本題被告於準備程序中自白，法院得依照上開規定，以合議庭諭知，依職權程序轉換為簡易判決審理下判決。

(四)刑求抗辯之調查及違法搜索之證據能力

- 1.刑求抗辯之調查：被告陳述其自白係出於不正方法者，應先於其他事證而為調查，該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法(刑訴 156Ⅲ)。增訂理由並指出，自白是否出於任意，係自白是否具有證據能力之要件，如有疑義，自宜先予查明，以免造成法官因具瑕疵之自白而產生不利於被告心證之結果。如刑求抗辯為真，則刑求所獲得之自白證據應無證據能力
- 2.違法搜索如為合法之無令狀搜索，則搜索亦能合法；如為違法搜索，搜索所獲得之物，例如本題所指之帳



冊，則可能依照刑事訴訟法條文規定直接排除適用，或依照刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，依照權衡理論，審酌人權保障及公共利益均衡維護，以決定該證據是否具備證據能力，如取證過程嚴重瑕疵，侵害被告權益過重，則可能該證據亦無證據能力。

三、甲涉妨害性自主而致人於重傷罪嫌，經檢察官提起公訴。地方法院判決甲有罪，量處有期徒刑十年。被害人乙認為量刑太輕，請檢察官上訴，卻因檢察官遲誤上訴期間，致遭高等法院判決駁回上訴確定。乙因被性侵而羞憤不已，於得知上訴駁回翌日自殺身亡。如檢察官以乙自殺之事實，主張「發現確實之新證據」為甲不利益聲請再審，試問：應向何法院為之？法院應如何審理？倘若乙並非自殺身亡，而是於判決確定翌日傷重不治，法院對於再審聲請的審理是否有所不同？（25 分）

命題意旨	本題在測試考生是否知悉『再審』之要件，雖然近年再審與非常上訴考點較少，但若有練習考古題之同學應該熟知『再審』最常測驗考生有關『新事實、新證據』之重點，因此本題為考古題類型。
答題關鍵	1.再審新事實、新證據實務之學說之認定差異。 2.本題係為受判決人不利益聲請再審，應適用第 421 條、422 條規定。
高分閱讀	1.刑政大，《刑事訴訟法》講義，第七回。 2.刑政大，《刑事訴訟法》總複習講義，第二回。

【擬答】

(一)提起再審之規定及要件

- 1.再審係指判決確定後，因發現事實上有重大錯誤或恐有重大錯誤再行審判之程序。即排除原確定判決認定事實錯誤所設之非常救濟程序，屬既判力之例外。本題因案件已終局確定，因此針對確定之終局判決已無上訴之救濟途徑，僅能依法定要件提出再審，以資救濟。
- 2.提起再審有為受判決利益及不利益聲請再審，本題涉及到再審之原因為發現『新事證』。

(二)為受判決人不利益聲請再審之新事證要件

本題為受判決人不利益聲請再審，依照刑事訴訟法第 421 條及 422 條規定，提出再審必須具備要件有下：有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後，有左列情形之一者，為受判決人之不利益，得聲請再審：有第 420 條第 1 款、第 2 款、第 4 款或第 5 款之情形者。無罪或輕於相當之刑之判決，而於訴訟上或訴訟外自白，或發現確實之新證據，足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實者：包含訴訟上或訴訟外自白，包含所有被告審判外自白，及於其他案件之審判上自白。自白是法定證據方法之一，發現新自白，本質上也是發現新證據，同樣需具有嶄新性及顯著性之要件，故自白必須是在原確定判決前並未發現者，始具嶄新性。發現確實新證據，必須具備嶄新性及顯著性之要件。

1.形式要件—新規性（嶄新性）：

- (1)傳統見解認為證據存在時點是必須要在事實審法院「判決當時已經存在」，僅事實審法院於判決前未發現、不及調查審酌，至其後才發現者，才具嶄新性（28 抗 8 例、88 台抗 110 決），如判決前已經當事人提出或聲請調查之證據，經原審法院捨棄不採者，即非發現新證據（85 台抗 371 決、75 台上 7151 例、92 台抗 391 決）。
- (2)證據發現時點，是在事實審法院判決時點之後發現之證據，包含第二審判決後、第三審上訴前或上訴中始發現之證據（32 抗 113 例）。
- (3)惟有部分學者認為：
實務有「限於事實審法院判決當時已存在」之限制，但卻未予以論證，正確應該以「原事實審法院判決時點」認定嶄新性存否之時點：所有原事實審法院於判決時點所不知而未予以審酌之證據（含證據方法及證據資料），均具有嶄新性；重點在於原判決法院是否不知及未予審酌，至於該證據由何人發現，法院當初不知原因為何均非所問。因此只要原法院不知而未予審酌，其後才發現，該證據由何人發現並非重點，且證據於判決當時已否存在，以及該證據屬於何種形式均非所問，新的鑑定如果能動搖原判決採為基礎之原鑑定結果者，亦可能具有嶄新性。

2.實質要件—確實性（顯著性）：

新證據本身形式上觀察，毋須經調查程序，顯可認定足以動搖原判決，而為受判決人有利者（32 抗 113 例、85 台抗 308 決）法院認為聲請再審之程序違背規定者，應以裁定駁回之。

(三)再審聲請法院及審查



1.再審程式：

聲請再審，應以再審書狀敘述理由，附具原判決之繕本及證據，提出於管轄法院為之。

2.再審無理由審查

法院認為無再審理由者，應以裁定駁回之，經裁定後，不得更以同一原因聲請再審。再審不合法與再審無理由應該加以區別，聲請人形式上已主張原確定判決具備再審原因時，法院必須進入有無理由之實體審查，即本於職權主張「是否屬實」之澄清義務，並據此做出有無理由之裁定。

(四)綜上所述，本題被害人自殺並不符合『新規性及確實性』之要件，應不能提起再審。

且亦有學者咸認，再審之目的，係為訂正事實上重大錯誤，及為發現真實維護社會安全之目的，故即使為受判決人之不利益亦得聲請再審。但再審之目的在於推翻判決之既判力所形成之法安定性，進而發現實體真實，但論及再審制度時，基本上無法忽視一般國民法律上地位，對被告而言，若已被判無罪，又容許為被告不利益提出再審，則我國刑訴即潛伏三重危險。又縱令可以提再審，追究真實，亦僅及於消極之實體真實發現，不能積極實體真實發現。故刑訴第 422 條承認得為被告之不利益聲請再審，已嚴重違反雙重危險禁止原則，在形式上對被告而言，亦已經創造第三重危險，應該被廢除，否則即違反無罪推定及公平法院之理念。故我國刑事訴訟法草案擬定刪除『發現新事實新證據』為被告不利益聲請再審之要件。(刑事訴訟法修正草案第 422 條：「無罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之不利益，得聲請再審：一、有第 420 條第 1 款、第 2 款、第 4 款或第 5 款之情形者。二、因訴訟上或訴訟外自白，足認其有應受有罪判決之犯罪事實者。」)

(五)如被害人乙為重傷身亡而非不治，是否屬發現新證據而提出再審，學說及實務迭具爭議

1.如依照 65 年第 7 次刑庭會議意見，則本題被害人重傷致死之證據應不具備『新規性』之要件

「被告因過失傷害乙，經告訴提起公訴，判處傷害罪刑確定後，乙因該傷死亡，檢察官依刑事訴訟法第 422 條第 2 款聲請再審。按刑事訴訟法再審編所稱發見確實新證據，係指當時已經存在而發見在後或審判時未經注意之證據，且能證明原確定判決所認定之事實為錯誤者而言，與在認定事實後，因以論罪處刑所應依據之法律無涉(參照 35 年特抗字第 21 號判例)。本題甲以傷害判處罪刑確定前，既無乙死亡之事實，其證據當不存在，即非審判時未經注意之證據。質言之，原判決所認定之事實並無錯誤，自不得因事後發生之事實，聲請再審。」

2.惟有學者批評如下：

實務有「限於事實審法院判決當時已存在」之限制，但卻未予以論證，正確應該以「原事實審法院判決時點」認定嶄新性存否之時點：所有原事實審法院於判決時點所不知而未予以審酌之證據(含證據方法及證據資料)，均具有嶄新性；重點在於原判決法院是否不知及未予審酌，只要新的鑑定能動搖原判決採為基礎之原鑑定結果者，亦可能具有嶄新性。因此本題被害人重傷致死之死亡結果，亦可以為新事證提出再審。

四、甲是知名整型外科診所醫師。某日，地檢署接獲病患告發，指稱該診所使用未經衛生署核准的藥品及整型技術，多位愛美女士因而毀容或身體不適，檢察官於是展開偵查。檢察官懷疑甲涉嫌重大，但欠缺具體事證，於是先以關係人傳喚甲，打算取供後再行起訴，試問此種偵查作為是否合法？設若病患乙向地檢署告訴甲犯業務過失重傷罪嫌，並經檢察官起訴，審理中，甲抗辯乙之毀容肇因於未定期回診及遵守術後醫囑，非藥品及手術失誤所致。經法院囑託萬芳醫院醫學美容中心鑑定後認為甲確有疏失。甲不服，請求鑑定醫師出庭接受詰問或詢問，試問萬芳醫院證得否拒絕？(25 分)

命題意旨	第一小題的部分乃是測驗考生對於實務上經常「以關係人身份取供再改列被告起訴的偵查行為」，是否能正確地判斷適法性。第二小題則是測驗考生對於「機關鑑定是否需到庭詰問」此萬年爭點瞭解與否。
答題關鍵	第一小題：宜先論及關係人之定位，次論若規避被告地位所為之取供行為可能造成被告何種權利之侵害，最後，再就本題情形加以涵攝，便可得出本題偵查作為之適法與否。 第二小題：可先強調被告詰問權之憲法位階，次論我國刑事訴訟法第 208 條第 2 項之規定所發生之問題，最後，則以學說上之見解肯定雖屬機關鑑定，亦應到庭接受詰問。
高分閱讀	1.黃朝義老師，〈證人具結取證與證人轉為被告之省思〉，台灣法學雜誌第 145 期，2010 年 2 月 1 日，頁 15~31。 2.黃朝義老師，《刑事訴訟法》，第 234 頁。 3.金台大，刑事訴訟法總複習講義第三回，第 20~22 頁。【命中率 100%！】



【擬答】

(一)本題之偵查作為並不適法

- 1.按實務上有以刑事訴訟法(下稱本法)第 63 條規定作為通知約談關係人到案之依據。另依學說而論,受通知約談者,既非證人,亦非被告。因此,該關係人之陳述不等於證人或被告之陳述,因而陳述時無庸具結,檢察官亦無須告知緘默權及律師權。
- 2.又,既然約談之目的僅在確認案情,而非在偵查案件之整個案情。因此,通知約談時,不得涉及屬於證人或被告之屬性問題(任意偵查)。亦即,若確認屬於證人,即應依證人規定處理。而若確認屬犯嫌人,則應依犯嫌人規定處理。
- 3.綜上可知,關係人與被告於刑事訴訟程序中之地位,迥然有別。而本案中,檢察官已懷疑甲涉嫌重大,換言之,似已認為甲為被告屬性,自應以被告的相關程序規定處理;惟,檢察官卻以關係人身份傳喚,打算取供後再行起訴,如此作為,學理上認為有以下疑義:

(1)辯護權之落空

甲既屬被告,依本法第 95 條及第 27 條等規定,本應可受辯護人之協助,而因檢察官以關係人身份傳喚,致甲未曾受辯護人協助,辯護權之保障自然落空。

(2)緘默權之喪失

甲既屬被告,依本法第 95 條及第 156 條第 4 項等規定,理應可行使緘默權,惟因檢察官未依被告身份加以傳訊,亦未告知甲得行使緘默權,甲無法行使緘默權,終將使緘默權之保障淪為空談。

- 4.據上論結,檢察官對甲應踐行被告之調查程序,卻以關係人身份傳喚,打算取供後再行起訴,該偵查作為並不適法。另外,關係人之到場,因屬任意偵查,檢察官應以「通知」方式約詢,而非「傳喚」。倘檢察官違反此一任意偵查作為,自難謂為適法,附此敘明。

(二)萬芳醫院應不得拒絕,分述如下:

- 1.按「憲法第十六條保障人民之訴訟權,就刑事被告而言,包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利,即屬該等權利之一,且屬憲法第八條第一項規定『非由法院依法定程序不得審問處罰』之正當法律程序所保障之權利。」,司法院大法官會議釋字第 384 號及第 582 號解釋意旨可供參照,亦即「當事人有與證人對質或詰問證人之權利」,且屬憲法第 8 條所保障實質正當法律程序之內涵,故認為對質詰問權係當事人憲法上所保障之權利,合先敘明。
- 2.復參酌比較法之見解:只要事實上在法庭前呈現了被告本人以外之人關於被告犯行的不利陳述,該陳述人即屬被告有權對其詰問之「不利證人」。
- 3.據上所論,只要於法院呈現了對被告犯行不利之陳述(無論言詞或書面),似均應令被告有機會對之行使詰問權,方符前揭司法院大法官會議釋字第 384 號及第 582 號解釋意旨。因此,本題中,似應令鑑定之醫師出庭接受甲之詰問,較為妥適。惟有疑義者,從刑事訴訟法第 208 條第 2 項準用相關規定之文義而言,似乎本法承認所謂機關鑑定,而機關鑑定原則上不用經過法庭的交互詰問,只要鑑定書面即可為證據,僅在必要時以言詞說明即可,倘依此而論,則本題中萬芳醫院可拒絕甲之請求。
- 4.然而,就實質而論,機關本身無法為鑑定,鑑定本身歸根究底仍須人為,不能因為請某機關鑑定,即可免去其出庭接受詰問之義務,鑑定報告既係某自然人依據其專業知識而做成,在證據調查的方法上,便應踐行交互詰問程序,方屬適法,職是之故,詰問權既屬被告之權利,且鑑定實際上為特定人所為,為保障甲憲法上之詰問權,萬芳醫院自不得拒絕甲之請求,方屬的論。

