

# 《刑事訴訟法概要》

一、二審法院屢傳被告未到，經查證其住居所及所在地不明，乃於民國101年4月26日審判期日前，已經依法為公示送達，並於同年4月10日發生效力。但被告另因竊盜罪，經判處有期徒刑二年確定，自同年4月23日起即被監禁於法務部矯正署臺北監獄服刑中。二審法院以被告經合法傳喚，無正當理由不到庭，而不待其到庭陳述，逕行判決維持一審科刑判決，駁回被告之上訴。請問該判決有無違背法令？檢察總長能否提起非常上訴？法院應該如何判決？（25分）

試題評析	本題旨在測驗考生對於公示送達及非常上訴之理解。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義第一回》，錢律師編撰，頁85-88。

**答：**

(一)該判決應係違背法令：

- 1.按：除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第379條第6款定有明文；而刑事訴訟法第371條雖規定第二審法院於被告經合法傳喚，無正當理由於審判期日不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。然得不待被告之陳述逕行判決者，以被告經合法傳喚無正當理由不到庭為要件。
- 2.本件被告提起上訴，二審法院屢傳不到，經查其住居所及所在地均不明，於101年將101年4月26日之審判期日傳票為公示送達，然被告因另案竊盜罪，自101年4月23日起在法務部矯正署台北監獄執行，第二審於審判期日並未將被告提訊到庭，則被告未到庭陳述，難謂無正當理由。原審未予提訊，不待被告到庭陳述，即逕行維持第一審所為科刑判決，自屬判決違背法令。

(二)檢察總長得提起非常上訴，而最高法院將原判決撤銷，由第二審法院依判決前之程序更為審判：

- 1.按審判違背法令，檢察總長得提起非常上訴，復參最高法院97年第4次刑事庭決議，非常上訴之提起，尚需有非常上訴必要性，始得為之。
- 2.查：本案判決違背法令，已如前述，且不利於被告而無其他救濟管道，案經確定，為維護被告之審級利益，最高法院應將原判決撤銷，由第二審法院依判決前之程序更為審判，以資糾正。

二、被告因涉有強盜罪嫌，經檢察官簽發拘票交由員警持往被告之住所拘提，員警經由被害人之指述，知悉被告作案當時穿著迷彩衣，乃詢問在旁邊之被告母親，迷彩衣現在何處，被告母親告以晾曬在隔壁老家之後院，員警乃前往扣押在案，被告辯護人在法院主張：該迷彩衣並非合法搜索扣押，有無理由？員警執行拘提時，雖無搜索票，得附帶搜索，請說明得搜索之範圍為何？（25分）

試題評析	本題旨在測驗考生對於無令狀搜索之要件及附帶搜索範圍之理解。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義第二回》，錢律師編撰，頁113-122。

**答：**

(一)辯護人之抗辯有理由：

- 1.按：「又司法警察（官）執行拘提時，倘發現本案應扣押之物，而予扣押，若其物非屬被告隨身攜帶，或不在被告使用之交通工具，或其立即可觸及之處所，不符同法第130條規定之附帶搜索情形，又因非由檢察官指揮而作為，有別於同法第131條第2項所定之逕行（緊急）搜索情形，且無同意搜索情事，均應認其係無令狀之不法搜索。」，最高法院著有96年台上字第3904號判決可供參考。
- 2.經查：依題示情形，迷彩衣非屬被告隨身攜帶，亦不在被告使用之交通工具內，且其立即可觸及之處所，顯不符同法第130條規定之附帶搜索情形，又非由檢察官指揮而為，亦不合於同法第131條第2項所定之逕行（緊急）搜索情形，且無同意搜索情事，故應認其搜索不合法，辯護人之抗辯當有理由。

【另有板橋、淡水、三峽、林口、羅東、逢甲、東海、中投、彰化、嘉義】

## (二)附帶搜索之範圍

按「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。」刑事訴訟法第130條定有明文。從而，員警執行拘提時，得附帶搜索之範圍，包含被拘提人之身體、其隨身攜帶之物件、其所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。其中，實務上認為所使用之交通工具必須是被告正使用之交通工具，另外，從附帶搜索之規範目的而論，附帶搜索之最大範圍，即被告立即可觸及之處所。

三、承前題，如被告係甲，拘票記載為乙，拘票是否無效？如拘票漏未記載被告之年齡，拘票是否無效？並請說明拘提之效力。（25分）

試題評析	本題旨在測驗考生對於公示送達及非常上訴之理解。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義第二回》，錢律師編撰，頁69。

答：

(一)按：拘提，乃屬於對人之強制處分之一種，為示慎重，刑事訴訟法第77條規定：「拘提被告，應用拘票。」「拘票，應記載左（下）列事項：一、被告之姓名、性別、年齡、籍貫及住所或居所。但年齡、籍貫、住所或居所不明者，得免記載；二、案由；三、拘提之理由；四、應解送之處所。」「第71條第3項及第4項之規定，於拘票準用之。」第71條第4項規定：「傳票，於偵查中由檢察官簽名，審判中由審判長或受命推事（法官）簽名。」拘票上所以應記載上揭事項，係為使被告知悉其遭受拘提之原由與內情，惟其中除被告之姓名，係資以分辨人別，必須嚴格遵守予以確實填載外，其餘事項倘漏未記載或記載不完全，固屬檢察官或審判長、受命法官為拘提處分意思決定後之文書作業疏失，因與該意思決定分屬二事，自不生拘票無效之問題，依第78條第1項規定，司法警察（官）仍得據以執行拘提。最高法院著有96年台上字第3904號判決可供參考。

## (二)本案分析

自上開實務見解可知，被告之姓名，係資以分辨人別，必須嚴格遵守予以確實填載，倘拘票姓名記載錯誤，拘票自不得對非拘票所記載姓名執行，故本題中，被告係甲，拘票記載為乙，自不得對甲執行拘提。至於若漏未記載被告年齡，依上揭實務見解，固屬檢察官為拘提處分意思決定後之文書作業疏失，因與該意思決定分屬二事，自不生拘票無效之問題。

四、「犯罪之被害人得提起自訴」，刑事訴訟法第319條第1項前段定有明文。何謂「犯罪之被害人」？如受害法益除個人法益外，同時亦侵害社會法益或國家法益，該個人可否提起自訴？試分別舉例說明之。（25分）

試題評析	本題旨在測驗考生對於犯罪之被害人理解。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義第四回》，錢律師編撰，頁6、7、98。

答：

## (一)犯罪之被害人之意涵：

所謂犯罪之被害人，應指「犯罪」、「當時」、「直接」、「被害」之「人」。申言之，所謂「犯罪」，應說明者乃縱為非告訴乃論之罪，亦得告訴；而「當時」則通常解釋為，須非嗣後受害；又依我國實務，「直接」係指被害人被害與被告之加害行為具有直接因果關係；若為間接被害則非屬此處之被害人；「被害」之概念，應認為依其陳述之事實，在實體法上足認其為被害人為已足；至於「人」，則無論自然人或法人均得提起自訴。

## (二)同時侵害國家或社會法益之個人，仍得提起自訴：

前已提及「直接被害」之概念，是否直接被害，與受侵害之法益有關，只要是「個人法益」被害，即為直接被害人；至於主要保護法益是國家或社會法益的情形，實務上認為決定個人是否亦為直接被害人需視「犯罪是否同時妨害國家社會及個人法益」，亦即是否「同時被害」。若是實為或兼具侵害個人法益之性質者，各該法益直接受侵害之個人，仍屬犯罪被害人，換言之，若同時被害，則仍得提起自訴。

【另有板橋、淡水、三峽、林口、羅東、逢甲、東海、中技、彰化、嘉義】