

《刑事訴訟法》

一、警員甲既未持有搜索票，也未持有拘票，不顧乙的反對，即侵入乙宅搜索，並將丙制伏搜身扭送警局法辦。
問：依現行刑事訴訟法的規定，在如何的情況下，甲之所作所為仍屬合法？（25 分）

命題意旨	本題在測驗同學對於無票搜索類型的認識及適用；以及拘提、逮捕及介於二者之間的「緊急拘捕」的區別。
答題關鍵	對於刑事訴訟法第 130 至 131 條之 1 的四種無票搜索都應該介紹，此外對於未持有拘票得以「逮捕」犯罪嫌疑人之（準）現行犯逮捕（刑事訴訟法第 88 條）、緊急拘捕（第 88 條之 1）均應介紹。
參考資料	1.鍾台大《刑事訴訟法補充講義第三回、第四回》。 2.林鈺雄《刑事訴訟法上冊》。 3.元照出版，刑事訴訟講義（一）（王兆鵬）（5C27A），P.199～260：無令狀搜索例外（緊急搜索及同意搜索）所需具備的要件。 4.元照出版，新刑訴・新思維（王兆鵬）（5D26A），P.57～92：高新科技時代搜索方式的應變。 5 月旦法學雜誌，第 114 期，P.70～83：90 年至 92 年高等地方法院座談會之評釋-以干預處分及證據問題為中心（林鈺雄）。
高分閱讀	1.高點圖說系列-刑事訴訟法（I）（史奎謙）（L750）（ 相似度 100% ），P.4-144～189：無令狀搜索例外（緊急搜索及同意搜索）所需具備的要件。 2.法觀人雜誌（ 相似度 100% ） 第 94 期，P.28～36：搜索（上）（史奎謙） 第 95 期，P.31～46：搜索（中）（史奎謙） 第 96 期，.21～33：搜索（下）（史奎謙）

【擬答】

（一）現行刑事訴訟法（以下稱本法）關於強制處分（有學者稱之為刑事訴訟法上之基本權干預）之種類及發動要件均有明文，以符合法律保留原則，且原則上必須持有令狀始得為之（學者稱之為「令狀原則」）。針對本題所涉及之搜索、拘提、逮捕及緊急拘捕等強制處分之發動方式，分述如下：

1.搜索採「相對法官保留原則」（令狀原則）

（1）原則上搜索，應用搜索票；且僅有法官始得簽發搜索票（本法第 128 條第 1 項、第 4 項參見）。檢察官、司法警察僅有聲請權（本法第 128 條之 1）

（2）例外情形，立法者同意於具有相當理由（或稱合理根據）之實質事由下，符合法定之急迫情形，無搜索票亦得執行搜索。分別有附帶搜索（本法第 130 條）、逕行搜索（及緊急搜索人，本法第 131 第 1 項）、緊急搜索（緊急搜索物，本法第 131 條第 2 項），及同意搜索（本法第 131 條之 1）。

2.拘提採「二分模式」之令狀原則

（1）拘提，應用拘票；且偵查中由檢察官簽名，審判中由審判長或受命推事簽名（本法第 77 條第 1 項、第 77 條第 3 項準用第 71 條第 4 項）。

（2）如無拘票執行拘捕，除非符合無令狀之逮捕或緊急拘捕，否則為違法之拘提。

3.逮捕為無令狀之拘束人身自由處分，對以下兩種人始得為之：

（1）必須為通緝犯（本法第 87 條參見）

（2）必須為現行犯或準現行犯（本法第 88 條參見）

4.緊急拘捕（又稱逕行拘提或緊急逮捕）

（1）非通緝犯及（準）現行犯之情形，允許檢察官、司法警察（官）在情況急迫且符合以下法定事由，無拘票亦得「逕行拘提」（本法第 88 條之 1 第一項各款）：

A.因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。

B.在執行或在押中之脫逃者。

C.有事實足認為犯罪嫌疑重大，經被盤查而逃逸者。但所犯顯係最重本刑為 1 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限。

D.所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為 5 年以上有期徒刑之罪，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者。

（2）惟由司法警察（官）所執行者，於執行後，應即報請（解釋上於執行後二十四小時內）檢察官簽發拘票，如檢察官不簽發拘票時，應即將被拘提人釋放（本法第 88 條之 1 第 2 項參見）。

5.本題司法警察甲如不符合前述例外得無令狀搜索或逮捕之法定情形，其所為搜索、逮捕即不合法。



(二)司法警察甲無搜索票侵入乙宅搜索之行爲是否合法？

- 1.不符合本法第 131 之 1 之同意搜索：同意搜索必須受搜索人自願性之同意，且經記明同意之要旨於筆錄。本題乙明白表示反對，甲自不符同意搜索之要件。
- 2.不符合本條第 131 條第 2 項之緊急搜索物：依法本條項之執行主體必須爲檢察官，並且所搜索者爲有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞之物證，本題甲即使經檢察官指揮，惟所執行者係逮捕丙之行爲，其目的在搜索人，亦不符本條之要件。
- 3.甲之行爲如符合以下三種事由之一者，進入乙宅搜索丙之行爲合法（本法第 131 條第 2 項第 1 至 3 款）：
 - (1)因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人丙確實在內者。
惟須注意者，甲因爲無持有拘票，解釋上自不能適用後段之「執行拘提」，而僅能係「執行逮捕」時，始得進入乙宅。
 - (2)因追捕現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人丙確實在內者。
 - (3)有明顯事實足信爲丙在內犯罪而情形急迫者。
惟須注意者，甲應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院，法院如認爲不應准許者，應於五日內撤銷之。由法院於事後審查是否符合前述事由之情形（本法第 131 條第 3 項）。

(三)司法警察甲逮捕丙後搜身之行爲是否合法？

- 1.甲所爲不符合同意搜索：因爲丙係遭逮捕之人，原則上其即使同意甲搜身，亦難謂爲自願性之同意，是甲所爲不符合同意搜索。
- 2.甲所爲不符合緊急搜索物：因甲並未受檢察官之指揮，依據本法第 131 第 2 項，必須由檢察官或解釋上經由檢察官指揮司法警察（官）執行。
- 3.甲所爲係搜身之行爲，與本法第 131 條第 1 項之緊急搜索人，其目的係在拘捕人不同，此處對丙搜身行爲前業經拘捕，亦不符本條項。
- 4.如符合本法第 130 條之附帶搜索，甲所爲合法：
 - (1)司法警察（官）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。因保障執法人員之安全並防止被告或犯罪嫌疑人湮滅隨身證據或違禁品。
 - (2)適用本條必須以執行之拘提或逮捕合法爲前提，如所爲拘捕不合法，即無適用本條附帶搜索可言。

(四)司法警察甲無拘票侵入乙宅拘捕丙之行爲是否合法？

- 1.甲如係執行拘提，因不論係一般或逕行拘提（本法第 75、76 條參見），均須持有拘票，否則爲不合法之拘提。
- 2.丙如係通緝犯或現行犯、準現行犯，則甲所執行者爲「逮捕」，依法無須拘票，其逮捕即合法。
- 3.丙如符合前述本法第 88 條之 1 各款情形之一者，且情況急迫不及報告檢察官時，甲得執行逮捕，惟此究非通緝犯或準現行犯之逮捕，依法甲必須於執行後二十四小時內向檢察官聲請補發拘票，始爲合法。且依據本法第 88 條之 1 第三項之規定，甲得準用緊急搜索人及附帶搜索之規定（第 88 條之 1 第 3 項準用同法第 131 條第 1 項、第 130 條）

(五)結論：

- 1.依現行刑事訴訟法之規定，無拘票要進入住宅抓人，僅能在符合本法第 131 條第 1 項之三款情形之一，或符合本法第 88 條之 1 的四種法定事由下，並準用第 131 條第 1 項之情形，所爲始爲合法。
- 2.惟有學者以爲，爲免檢察官、司法警察（官）以拘捕之名，行搜索之實，解釋上除非符合「有明顯事實足認被告確實在住宅內且情形急迫者」，否則不得進入第三人之住宅執行拘提或逮捕。換言之，除本法第 131 條第 1 項第 3 款及第 88 條之 1 本即有「情形（況）急迫」之前提要件外，適用第 131 條第 1、2 項時，應加上「情形（況）急迫」之限制，亦屬的論。

二、被告因犯強盜殺人罪，遭檢察官起訴，第一、二審法院均認定被告所犯之犯罪事成立，判處被告無期徒刑，案經依法職權上訴第三審法院。經第三審法院審理，認原審證據調查尚有未臻完備之處，乃爲撤銷原判發回更審之判決。由於本案各審級之上訴關係，均非由當事雙所爲之，而是法院依職權之上訴。案經發回第二審法院更審，審理之後，仍認被告強盜殺人事實成立，改處死刑。第二審法院之更審判決是否違誤？理由何在？（25 分）

命題意旨	測試考生是否瞭解不利益變更禁止原則的適用要件
答題關鍵	在刑事訴訟法第三七〇條的規定下，並未提及更審的情況是否有不利益變更禁止原則之適用，因此有爭議存在。
參考資料	1.林鈺雄，刑事訴訟法下冊（4 版），2004 年 9 月，頁 287-289。 2.黃東熊・吳景芳，刑事訴訟法論，2001 年，頁 584、586。 3.洪政大補充講義第五回，頁 1-3；總複習講義（Issue21），頁 48。
高分閱讀	高點圖說系列-刑事訴訟法（II）（史奎謙）（L751）（相似度 90%），P.5~23、P.5-69~71：職權上訴是否有不利益變更原則適用。

【擬答】

第二審法院之更審判決是否合法，涉及其所爲之死刑判決有無違反刑事訴訟法第三七〇條之不利益變更禁止原則。蓋被



告於原第一、二審及更審判決均被認定為強盜殺人罪，但原第一、二判決判處被告無期徒刑，而更審則加重為死刑，似有違不利益變更禁止的概念。

按刑事訴訟法第三七〇條規定：「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。」通說謂此一不利益變更禁止原則，其適用要件為：(1) **由被告上訴或為被告利益上訴**，而且，**檢察官或自訴人並未為被告之不利而提起合法之上訴**；(2) 非因原審判決「**適用法條不當**」而撤銷原判決。就此以觀，本案由於是宣告無期徒刑的案件，所以是原審法院不待上訴依職權逕送該管上級法院審判的職權上訴情形，在不利益變更禁止原則的適用要件上，恐有不合。但是既然職權上訴制度也是為了要保護被告的利益，尤其是審級利益，所以解釋上應將職權上訴的情形包含在「為被告利益上訴」的情況中，從而該原則的適用要件上應無問題。

然而，本案經第三審法院撤銷原判發回更審，在更審的程序中，能否有不利益變更禁止原則之適用，不無疑問。此處爭議如下：

(一)實務採否定說：理由是原判決既經撤銷，即視同自始不存在，不生不利益變更禁止原則之問題（參閱九四年台上三五二號判決：查第二審判決經本院撤銷發回更審，原第二審判決已因本院撤銷而不存在，則更審之判決自不受更審前所諭知刑度之限制）。

(二)學說採肯定說：亦即學說認為此時仍有不利益變更禁止原則之適用，否則將不能符合該原則「**保障被告得以無所顧忌而自由行使上訴權**」之設立意旨。

若從實務意見來看，此處第二審法院的更審判決是合法的，並未違反不利益變更禁止原則。但管見以為，為使不利益變更禁止原則能貫徹保障人權意旨，應採肯定說為當，從而更審判決從無期徒刑加重為死刑，違背不利益變更禁止原則。

三、被告始終否認犯罪，證人甲於偵查中經檢察官傳喚到庭，為不利於被告之陳述，檢察官以該偵訊筆錄為證據，提起公訴，審判中，檢察官未請求法院傳喚甲作為證人，辯護人應否主動聲請傳喚甲到庭作證？甲如係依法職權傳到庭作證，經審判長訊問後，甲之證述仍不利於被告時，審判長應如何定詰問之次序？（25 分）

命題意旨	本題在測驗同學是否瞭解傳聞法則之例外，及被告憲法上對質詰問權之關係。釋字第五八二號解釋意旨，對於目前傳聞例外之理論基礎，是否產生如何之影響？與法官職權訊問之規定如何調和。
答題關鍵	1.傳聞法則之法定例外規定，刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項規定如何操作適用。 2.前述條項規定的法理基礎。 3.釋字五八二號解釋意旨對於該條項操作之影響。 4.法官職權訊問與被告反對詰問之關係
參考資料	1.元照出版，刑事訴訟講義（二）（王兆鵬）（5C28A），P.157~164：被告訊問次序之理論基礎 2.月旦法學教室第 24 期，P.115~120：被告接受辯護人援助之機會（陳運財） 3.月旦法學雜誌 第 115 期，P.97~108：對質詰問權的保障及限制（吳巡龍） 第 123 期，P.148~171：受有效律師協助的權利（王兆鵬） 5.鍾台大，《刑事訴訟法補充講義第四回》，九十三年版。 6.鍾台大，共同被告之自白及對質詰問權－釋字第 582、592 號解釋對實務操作之影響，專題講座講義，頁 18 以下，九十四年八月二十一日。 7.王兆鵬，憲法解釋與刑事訴訟，大法官九十三年度釋憲學術研討會。
高分閱讀	1.法觀人考場特刊（97 期），P.4-13~15，題目 13、題目 14（相似度 25%） 2.鍾台大，共同被告之自白及對質詰問權－釋字第 582、592 號解釋對實務操作之影響，專題講座講義，九十四年八月二十一日。

【擬答】

(一)證人甲於偵查中向檢察官所為陳述之證據能力

1.證人甲於偵查中向檢察官陳述之性質，雖為傳聞證據，惟除顯有不可信之情況者外，原則上仍有證據能力

(1)按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。刑事訴訟法（以下稱本法）第 159 條第 1 項定有明文，依據立法理由及學者見解，本條兼屬傳聞法則及直接審理原則之例外規定。

(2)證人甲對被告而言，屬被告以外之人，是其於偵查中之陳述，依據前述規定，為審判外之陳述，為傳聞陳述，如無特別規定，不得作為證據，亦即無接直證據能力。

(3)另按被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。本法第 159 條之 1 第 2 項定有明文。此即傳聞法則之例外，使傳聞證據具有證據能力之特別規定。

(4)依據前述例外規定，原本屬傳聞證據之證人甲於偵查中向檢察官所為陳述，「除顯有不可信之情況者」，否則得作為審判中之證據。換言之，原先無證據能力之陳述筆錄，因為此一例外規定，「原則上」又回復其證據能力，無怪乎學者稱此條項規定係「令人瞠乎其技，詭譎多變的立法」。

2.本法第 159 條之 1 第 2 項「除顯有不可信之情況」之解釋及缺失



- (1)依據司法院發布「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第八十九條後段之規定，所謂不可信之情況，法院應審酌被告以外之人於陳述時之外在環境及情況，例如：陳述時之心理狀況、有無受到外力干擾等，以為判斷之依據，故係決定「陳述有無證據能力，而非決定陳述內容之證明力」。
 - (2)惟學者批評本條項之規定，與同條第 1 項審判外法官前之陳述具證據能力之規定，至少具有以下缺失：
 - A.迷信法官及檢察官之權威：為何證人於法官、檢察官前之陳述較為可信？此種以審判外陳述對象作為例外規定之法理，外國立法例少見，且不理論基礎。
 - B.被告憲法上之對質詰問權未獲保障：此種規定，使得被告無詰問證人之機會亦得為證據，侵害被告憲法上之對質詰問權。
 - C.證人無不能到庭之情形竟亦得為證據：傳聞法則發源國美國，係依據「先前證詞」之法理，建立審判外陳述具證據能力之例外，換言之，必須該審判外陳述之證人，客觀上無法於審判程序中到庭，且該證據有特別可信之情形，始例外具證據能力，惟本條項並無此項限制為前提
 - D.要被告證明「不可信」幾乎不可能：偵查不公開原則下，被告及辯護人未必能參與檢察官訊問證人之程序，且被告居於證據劣勢，被告要證明證人陳述之外在環境及情況有不可信之情形，幾乎不可能。
 - 3.學者因而建議本條項之適用，應限縮於「傳喚不能」之情形，除非證人於偵查中陳述時被告已在場對質詰問，否則審判中應傳喚該證人到庭陳述。亦即應限於證人於審判中無法傳喚到庭陳述，或審判中陳述與偵查中陳述不一致，而偵查中檢察官前之陳述具特別可信之情形，始具有證據能力。
 - (1)換言之，審判程序中因為證人到庭，被告對之得行使對質詰問權，符合「延緩的對質詰問」法理，始例外賦予偵查中檢察官前之陳述具證據能力。
 - (2)如不符合前述例外，而證人偵查中向檢察官陳述時，被告未在場對質詰問，解釋上即應符合本條項除書之「顯有不可信之情況」，該陳述不具證據能力。
- (二)大法官釋字第 582 號解釋保障被告憲法上對質詰問權之影響
- 1.九十三年七月二十三日大法官釋字第 582 號解釋，認為被告對於證人之「對質詰問權」為憲法第 8 條「正當法律程序」（釋字第 384 號解釋亦同）及第 16 條「訴訟基本權」保障之內涵。解釋理由書特別敘明「為確保被告對證人之詰問權，證人（含其他具證人適格之人）於審判中，應依人證之法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據」；「以未經具結之他人陳述逕採為被告之不利證據，不僅有害於真實發現，更有害於被告詰問證人之權利的有效行使」等語。
 - 2.至於被告對質詰問權之本質，以及其與傳聞法則例外之理論基礎，依據美國法理，向有 1.最狹義的對質詰問理論；2.證人產生理論；3.真實性擔保理論；4.主要證據理論；5.防止政府濫權理論；6.當事人進行主義的訴訟防禦權理論等說法。而美國法上之發展，過去通說係採「真實性擔保理論」，於 2004 年聯邦最高法院最新判決另外兼採「防止政府濫權理論」，來檢驗審判外之陳述是否違反被告之對質詰問權。
 - 3.至於證人於審判外陳述之證據能力，釋字 582 號解釋理由書更謂：被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者，「除客觀上不能受詰問者外」，於審判中，仍應依法踐行詰問程序等語。學者認為大法官顯然採取「證人產生理論」，所謂證人產生理論，認為保障被告對質詰問權之目的，在迫使檢察官傳喚審判外陳述之證人到庭作證，以供被告行使對質詰問權。當檢察官已盡全力傳喚審判外陳述之人，仍不能使該陳述者出庭時，使用該審判外陳述為證據，未侵害被告之對質詰問權；反之，若檢察官能傳喚證人出庭，卻不傳喚之，逕使用其傳聞陳述，侵害被告的對質詰問權。釋字第五八二號解釋理由所謂「客觀上不能受詰問」之情形，其意指審判外之陳述者，若因為客觀理由致無法踐行詰問程序，以該審判外陳述為證據，即未侵害被告之詰問權。
 - 4.而美國通說所採取之「真實性擔保理論」，係指對質詰問權的唯一功能在發現真實，利用與證人之對質詰問，確保證人陳述的真實性。如有其他因素，得確保證人審判外陳述之真實性，則對質詰問之功能等於已經達到，即令被告未親自對質詰問，亦無關緊要，換言之，此時未侵害被告之對質詰問權，反之，如使用真實性未獲確保之審判外陳述為證據，則侵害被告之對質詰問權。所謂「防止濫權理論」，係指對質詰問權之目的如同憲法其他基本權，都是在對抗政府機關濫用權力。因為刑事訴訟程序中，以秘密方式訊問證人，最容易造成權力的濫用，特別是檢察官有動機及能力，使證人依照自己所期待的方式回答問題，對質詰問權即在防止此種權力的濫用，若國家企圖於審判外，藉警察或檢察官訊問證人所得的證詞，以代替審判證人的證詞，則對質詰問權即扮演如同證據排除法則的角色，排除傳聞證據。
 - 5.如依大法官所採的「證人產生」理論，本法第 159 條之 1、第 159 條之 4，即可能因為違反證人產生理論而違憲。因為除非有「客觀上不能受詰問」之情形，否則以審判外之陳述作為證據，即「有害於被告詰問證人之權利的有效行使」。學者也提出警告，許多審判外陳述，依美國所採取之真實性擔保理論或防止政府濫權理論，認為並未侵害被告對質詰問權，例如「當場印象」、「共謀者陳述」、「興奮下陳述」、「公共紀錄與家族紀錄」等，於大法官解釋下，可能均為違憲，就此而言，釋字第 582 號解釋尚有檢討空間。
 - 6.釋字 582 號解釋公布後，實務見解亦有提出限縮適用本法第 159 條之 1 之見解謂：審判外證人向他法官所為之陳述，如欲使用於本案審判程序，必須依法具結，並且該被告之詰問權曾獲得確保，亦即應符合刑事訴訟法第一九六條：「證人已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會，其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚」之規定，其審判外向法官所為陳述，始具證據能力。至審判外向檢察官所為陳述，基於相同理由，本法第一百五十九條之一第二項之除書規定：「除顯有不可信之情況者外」，應結合第二百四十八條第一項之規定，以被告之對質詰問權於偵查中獲得



保障為前提，始具證據能力。總之，基於合憲解釋原則，刑事訴訟法第一百五十九條之一第一項必須與同法第一百九十六條結合；第二項必須與第二百四十八條第一項結合，實務上須以此目的性限縮之適用方式操作本條傳聞法則之例外規定，否則本法第一百五十九條之一，即可能發生違憲之結果（桃園地方法院 94 重訴 1 號刑事判決）。

(三)本題試擬如下：

1.辯護人應否主動聲請傳喚證人甲到庭作證

- (1)辯護人得援引釋字 582 號解釋所闡釋之「證人產生理論」，主張應由檢察官聲請傳喚證人甲到庭，以使被告對質詰問，否則證人甲偵查中向檢察官之陳述，為傳聞證據，解釋上屬除書「顯有不可信之情況」，無證據能力，不得作為證據。換言之，辯護人之辯護策略得採取消極不加聲請傳喚證人之方式，而無庸主動聲請傳喚。
- (2)惟如依據「證人產生理論」，祇要法院合法傳喚（即拘提）證人甲，而甲仍不出庭作證，客觀上甲無法到庭，此時使用其向檢察官之陳述筆錄作為證據，解釋上即未侵害被告甲之詰問權。如證人甲之陳述具有不可信之情形，恐有害真實。

2.法院依職權傳喚證人甲到庭作證，經審判長訊問後，甲之陳述仍不利於被告，審判長應如何定詰問順序

- (1)按法院依職權傳喚之證人或鑑定人，經審判長訊問後，當事人、代理人或辯護人得詰問之，其詰問之次序由審判長定之。本法第 166 條之 6 第 1 項定有明文。此即法院「職權訊問」之依據。
- (2)本法於第 166 條以下，除詳細規定當事人聲請傳喚證人之主詰問、反詰問、覆主詰問及覆反詰問外，另仍允許法院之「職權訊問」，以表彰本法第 163 條第 2 項「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之」的改良式當事人進行原則之立法意旨。
- (3)此職權訊問之性質究為主詰問或反詰問性質，依據與我國同樣有類似規定之日本，係認為不屬主詰問，亦非反詰問。換言之，法院訊問畢後，仍應由當事人（檢察官、辯護人）行主詰問及反詰問。惟我國本條項之立法理由卻明白表示「此時（審判長）之訊問相當於主詰問之性質，而當事人代理人及辯護人於審判長訊問後，接續詰問之，其性質則相當於反詰問。．．．詰問次序，則由審判長本其訴訟指揮，依職權定之」。
- (4)換言之，如依立法理由之「明示」分配，審判長之職權訊問為主詰問，檢察官、辯護人所為之詰問均為反詰問，惟又將「反詰問」之次序由審判長依職權定之。學者以為，要求法院介入辯護人之辯護行為，將有如下缺失：①破壞當事人進行主義之基本精神；②動搖法官形式上之中立、公正性；③無力辯護行為之原因為何，法官無從臆測，要求法官有介入義務，對於法官實為無法承受之重；④過度介入可能摧毀被告與辯護人之信任關係，甚至瓦解辯護策略。
- (5)管見以為，因審判長職權訊問之結果證人甲之證述仍不利被告，此時應賦予被告有效之辯護權並充分確保被告之詰問權，首先仍應尊重當事人之意思，定反詰問之次序。如當事人協商不成，因為審判長之訊問已不利被告，檢察官理論上又不致為有利被告之反詰問，此時不僅應由辯護人行反詰問，亦應考慮由被告行反詰問，最末始由檢察官為之。蓋就發現真實的層面言，當事人詰問證人以發現瑕疵，非法官訊問所能取代，通常被告對案件的始末最為清楚，最有能力發現證人陳述與事實不一之處，最有能力提出適當的問題，使證人無法自圓其說。且被告比法官有更強烈的動機，對證人詰問以發現證詞的瑕疵。換言之，被告詰問權之行使，代表被告在審判中得為充分及必要之防禦，象徵公平程序，在實體上，被告親自為詰問，較法官之訊問更能發現真實。此程序上及實質上之功能，皆非直接審理、被告與證人對質，所能取代。

四、甲與乙共同誣告丙竊盜，丙向地檢署提出告訴，檢察官偵查結果，認為犯罪嫌疑不足，為不起訴之處分。丙於收到不起訴處分書後第 5 天，僅以甲為被告，聲請再議，案件經發回續行偵查。問：偵查結果，檢察官改認甲與乙共同成立誣告罪時，可否將甲乙一併提起公訴？若檢察官提起公訴時，法院對於甲乙應為何種判決？

命題意旨	測試考生對於主觀可分與不可分概念的理解度，以及相關的法院實務處理流程。
答題關鍵	對告訴乃論之罪提出告訴時，方有主觀不可分原則的適用。至於起訴、自訴、上訴還有再議的情形，都是主觀上可分的，也就是對於共犯中之一人提出再議、起訴時，效力不會及於其他共犯。
參考資料	1.月旦法學教室第 23 期，P.16～17：「案件單一性」是什麼？（鄭逸哲） 2.月旦法學雜誌，第 124 期 P89：刑事訴訟法 2004 年學界回顧（三）（何賴傑） 3.林鈺雄，刑事訴訟法下冊（4 版），2004 年 9 月，頁 78-80。 4.洪政大補充講義第三回，頁 68-71；第四回，頁 19-21。
高分閱讀	1.法觀人考場特刊（97 期）P.4-7，題目 8（相似度 25%） 2.高點圖說系列-刑事訴訟法（II）（史奎謙）（L751）（相似度 85%），P.4-326～375：單一案件之告訴不可分與起訴不可分

【擬答】

本案主要涉及再議之提出有無主觀不可分原則的適用問題。首先，丙對甲、乙二人的誣告行為提出告訴，是否合法，須視丙是否有告訴權，蓋有告訴權之人方能提起告訴。依刑事訴訟法（以下同）第二三二條，犯罪被害人，得為告訴。所謂的



犯罪被害人，係指因犯罪而直接受有損害之人，由於刑法上的誣告罪是侵害國家司法權之犯罪，乃保護國家司法運作之圓滑運行，從而丙似非誣告罪之被害人。但是通說認為，誣告行為也同時讓被誣告人受有名譽上之損害，所以被誣告的丙，也被誣告行為直接、同時加害，亦係犯罪被害人（二十六年渝上字八九三號判例），故其提出告訴，合法。

今檢察官對甲、乙二人作出不起訴處分，已提出合法告訴之丙，自得本於告訴人之地位，依第二五六條之規定，於七日內聲請再議，所以丙於收到不起訴處分書後五日內提出的再議，合法。然丙僅以甲為被告聲請再議，其提出再議之效力是否及於乙，將影響對乙之不起訴處分是否將因而確定的問題。按刑訴法第二三九條的告訴主觀不可分原則，係指在告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，效力及於其他共犯的情形而言。再議之提起，有無此主觀不可分原則的適用，不無疑問。觀此，誣告罪並非告訴乃論之罪，於本題適用要件上已有未合；且再議之性質亦與告訴之性質有所不同，在告訴主觀不可分原則所強調的偵、審**便利性**，與告訴是針對**犯罪事實**而非犯罪人為之的概念，於再議制度中均無法尋得。質言之，**再議之提起應該是主觀上可分的**。因此，丙對甲提出再議，效力不及於共犯乙，從而對乙之不起訴處分將於再議期間經過後確定。該確定之不起訴處分，乃因實體條件的欠缺所為（第二五二條第十款），故有實體確定力，非有第二六〇條之兩款法定事由，不得再行起訴。綜上，檢察官認再議有理由而續行偵查時，若認誣告罪成立，應撤銷對甲所為之不起訴處分，並僅針對甲為公訴之提起，不應將乙一併提起公訴。

若檢察官在不具備第二六〇條的兩款法定事由的情況下，對乙提起公訴，乃違背不起訴處分之實體確定力，依通說法院應對

乙為不受理判決（第三〇三條第四款）。至於對甲提起公訴的部分，其不起訴處分已然被撤銷，法院在訴訟要件均具備的情況下，自應對甲為實體的有罪、無罪判決。

