

《刑法與刑事訴訟法》

一、甲花錢僱用職業打手乙痛扁 A 一頓，促使 A 儘快償還積欠甲多時的百萬逾期債務。為達此一目的，甲交付乙有關 A 的生活相片，以便乙查驗。乙探聽 A 的作息時間後，埋伏在 A 住處附近，誤將外貌與衣著類似 A 的 B 當作 A，遂不顧 B 的澄清，持短棍痛毆 B，致 B 右手臂完全骨折而無法施力。乙警告 B 必須在十日內償還欠甲的債務，否則下次將會打得更兇。放話後，乙瞥見 B 戴有名貴手錶，趁 B 尚處於恐懼而不敢抗拒的狀態，平靜地取下該錶，以圖轉贈朋友作為生日禮物。事後，B 經治療始接回斷骨，右臂仍如過往能舉動施力，B 向警方對乙提出告訴，使檢察官以重傷、強盜與勒索等罪名起訴乙。於是，外貌、身材與乙相似的丙，受到乙的指使，向警方承認自己才是犯案人，並先後於對乙所開啟之偵查及審理程序中，兩次以證人身份表明為自己犯案，並加以具結。試問甲、乙、丙三人應如何論罪？（答題除引用相關學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人見解）（100 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於：「被教唆者發生等價客體錯誤、可推理的脅迫、重傷概念的理解、偵查審判中先後偽證之競合、教唆他人偽證及頂替罪」等相關概念的理解。 本題犯罪事實單純，也沒有涉及太多行為人，且除了可推理的脅迫外，大多都是既有的舊爭點，就歷次考題難易度而言，屬於中等類型的考題。
答題關鍵	1.就乙而言，除了必須討論骨折後可回復正常狀態是否該當重傷概念外（108 年司律也有這個考點），比較棘手的是，乙利用打 B 到骨折的狀態，「 平靜地 」取走手錶，出題者就在暗示，取走物品的手段，應如何評價，可否論以強盜罪的脅迫？必須討論「可推理的脅迫」。 2.教唆犯甲教唆乙犯罪，除了發生被教唆人逾越教唆犯的犯意外，被教唆人發生等價客體錯誤，也是一考再考的考點。由於本題事實暗示「 甲交付乙有關 A 的生活相片 」，涉及被害人特定的考點，通常都是在個別化理論中會被舉例討論，因此本題解題，我也採個別化理論作結。 3.丙頂替及兩次偽證的行為，考點比較簡單，集中在偵查及審判中先後兩次偽證，應如何競合的問題。 4.乙指使丙偽證及頂替，也是一個既有的舊爭點，必須討論行為人教唆他人頂替及偽證行為的爭議。
考點命中	1.被教唆者發生等價客體錯誤： 《刑法爭點解讀》，高點文化出版，2020 年，旭律師編著，頁 5-34。 《刑法進階篇解題書》，高點文化出版，2020 年，旭律師編著，頁 4-67。 2.可推理的脅迫： 《高點刑法講義》第三回，旭台大編撰，頁 172。 3.重傷概念的理解： 《刑法進階篇解題書》，高點文化出版，2020 年，旭律師編著，頁 4-170~171。 《刑法爭點解讀》，高點文化出版，2020 年，旭律師編著，頁 1-20。 4.偵查審判中先後偽證之競合： 《刑法進階篇解題書》，高點文化出版，2020 年，旭律師編著，頁 10-74~10-75。 5.教唆他人偽證及頂替罪： 《刑法爭點解讀》，高點文化出版，2020 年，旭律師編著，頁 5-31~5-33。

【擬答】

(一)乙痛毆 B 致骨折、對其放話及平靜地取走手錶的行為，討論如下：

1.乙痛毆 B 致骨折，構成刑法第 277 條第 1 項故意傷害既遂罪。

(1)客觀上，乙痛毆 B 致骨折後，該右臂仍如過往能舉動施力，且未留下任何永久性的功能障礙，是否仍屬刑法第 10 條第 4 項第 4 款「毀敗或嚴重減損一肢以上之機能」之重傷概念？

①依實務見解，**重傷害應限於終生無法回復**，始能適用加重處罰之規定。依此，既然手術後業已接回，且無遺留功能障礙，自不該當「毀敗或嚴重減損機能」，非屬重傷害。

②亦有認為於本案中，行為當下雖然發生了骨折的後果，但該後果於裁判當時業已排除，物理上骨

略的肢體已被接回恢復了原本的功能，不會造成後遺的功能障礙，故不該當重傷害之條件。

- ③惟管見認為，是否為重傷應依「傷害當時」之情狀予以認定，毋需考量事後的診療、恢復情形。依此，行為當下雖 B 被打到骨折，但依現今醫療技術，骨折經固定治療後仍可以回復原本四肢正常功能，不該當重傷要件，僅為輕傷。

(2)主觀上，有疑問者在於，乙誤 B 為 A 而痛打 B 一頓，惟乙主觀上之認知與實際發生之結果均係傷害，法律上之評價並無不同，屬「等價之客體錯誤」，無礙其傷害故意之認定，因此仍該當傷害之故意。

(3)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

2.乙放話將痛毆 B，構成刑法第 305 條恐嚇危害安罪。

(1)客觀上，乙放話下次將痛毆 B，係以將來加害生命、身體之事，恐嚇 B 致生危害於安全；主觀上，乙明知並有意為之，具有本罪之故意。

(2)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

3.乙趁 B 尚處不能抗拒狀態，平靜地取走手錶，構成刑法第 328 條第 1 項強盜取財罪。

(1)客觀上，有疑問者在於，乙雖平靜地未動用任何物理力地取走 B 之手錶，然卻係利用 B 被毆打狀態下為之，是否該當強盜罪之「脅迫」？^{註1}涉及強盜罪的方法及手段之目的關聯性的判斷問題^{註2}。

①有以「不作為犯」的觀點出發，乙前次毆打 B 所產生的持續強制作用，其具有排除先前製造危險的保證人地位，乙不排除前次所產生的強制作用，反而利用該強制作用為取財行為，如同積極使用強制方式取財，具有強制行為與取財目的關聯，乙應成立強盜罪。

②惟管見認為應採取「可推理脅迫」觀點^{註3}，認為行為人（本無取財意思）使用暴力行為後，另起取財犯意而藉由前次「強暴」行為所延續「具有時空關連性」之「使被害人感到恐懼情狀」，進而以「脅迫」方式取得財物^{註4}。基此，被害人 B 既已遭乙毆打致骨折，於乙取財行為時，因面臨若不順從乙將有第二次暴力行為之恐懼，此時因該次的「脅迫」至不能抗拒交付財物的行為，應肯認強盜罪的手段目的關聯性，該當強盜罪之構成要件。

(2)主觀上，乙明知並有意為強盜行為，且具有不法所有意圖，具有本罪之故意。

(3)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

4.競合

乙所犯傷害罪及強盜罪，由於傷害結果已轉化為強盜罪的「脅迫」，然強盜罪的強制方法未必當然會有傷害結果，應使二罪依刑法第 55 條成立想像競合關係^{註5}後，再與恐嚇危害安罪數罪併罰。

(二)甲教唆乙痛毆 A，被教唆人乙卻發生等價客體錯誤的行為，構成刑法第 277 條第 1 項故意傷害既遂罪之教唆犯（刑法第 29 條參照）。

1.客觀上，有疑問者在於，甲有教唆乙痛毆 A 之行為，主觀上雖有教唆乙痛毆 A 之教唆犯故意；然乙發生之錯誤打成 B，是否足以影響教唆犯甲之教唆故意？茲分述如下：

(1)教唆未遂說：此說主張，正犯乙發生等價的客體錯誤，對於教唆犯甲而言，因為正犯乙發生客體錯誤的風險，並非教唆犯的指示造成，教唆犯甲應成立打擊錯誤，對於乙未打到 A 的行為論以教唆未遂罪，而對於乙誤打 B 的行為為有預見可能性範圍內成立過失傷害，再依刑法第 55 條想像競合重一重處斷。惟因現行法不處罰傷害未遂，乙僅可能成立過失傷害罪。

(2)未遂教唆說^{註6}：本說認為正犯之客體錯誤對於教唆犯而言是一種非故意之逾越，既然正犯故意逾越教唆犯之教唆範圍，教唆犯對逾越部分不負責任，在正犯非故意之逾越情形中，正犯之偏離行為與故意逾越情形一樣，均超乎教唆犯之想像，二者之偏離並無不同，偏離結果皆不應由教唆犯負擔。

^{註1}【叨叨旭旭】關於「平靜取財」的這個考點，其實還會另外涉及竊盜與強盜罪的區分，也就是行為人是否該當未施加不法腕力的竊盜與施加不法腕力到達至使不能抗拒程度的強盜。不過，在本題討論脈絡下，當確認完行為人該當可推理脅迫的概念下後，縱使平靜取財，也會進入強盜罪的討論，自然也無庸討論竊盜罪。不過，當然也可以把此當作一個爭點單獨提出來討論。

^{註2}整理自：黃惠婷，〈可推理脅迫〉，《台灣法學雜誌》，283 期，2015 年 11 月，頁 163 以下。

^{註3}黃惠婷教授採取此見解。參見：黃惠婷，〈可推理脅迫〉，《台灣法學雜誌》，283 期，2015 年 11 月，頁 166。

^{註4}黃惠婷，〈可推理脅迫〉，《台灣法學雜誌》，283 期，2015 年 11 月，頁 167。

^{註5}黃惠婷，〈可推理脅迫〉，《台灣法學雜誌》，283 期，2015 年 11 月，頁 167。

^{註6}未遂教唆於我國刑法 2005 年修正後，依照刑法第 29 條立法理由「刪除現行條文第三項失敗教唆及無效教唆之處罰」，改為不罰。

且對目的客體乃是未遂教唆之情形。

(3)教唆既遂說：亦即，客體錯誤不影響正犯乙之構成要件故意，正犯發生客體錯誤而偏離計畫的歷程，倘屬教唆犯甲得以預見的範圍內，屬於**不重要且於法律上不具意義之偏離**，並無逾越教唆故意的範圍，對於 B 之傷害而言，甲應論以故意傷害既遂罪之教唆犯^{註7}。

(4)惟管見以為應採「**個別化理論**」^{註8}：此說認為，關鍵在於教唆犯是否將「**被害人特定**」任務交給被教唆人，如果肯定，則被教唆人因選擇產生的客體錯誤，依「**一般社會生活經驗**」，也在教唆犯的預見可能範圍，因此教唆犯應負擔既遂犯之責。基此，依題示既然甲交付乙「**生活照片**」給乙方便查驗，已有將被害人的**個別具體化特徵交付給乙**，縱使乙發生等價客體錯誤，也不影響教唆犯甲之故意，甲應成立教唆傷害既遂罪^{註9}。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

(三)甲教唆乙痛毆 A，乙卻為恐嚇危及強盜行為，不構成刑法第 305 條恐嚇危及安罪及刑法第 328 條第 1 項強盜取財罪之教唆犯（刑法第 29 條參照）。

1.有疑問者在於，甲教唆乙痛毆 A，惟乙卻逾越教唆犯甲的教唆故意，另為恐嚇危及安及強盜取財行為，應如何評價？涉及教唆犯之逾越問題。

(1)依刑法第 29 條教唆犯之規定，教唆犯僅就其教唆所及之範圍負其刑事責任，如被教唆者實施犯罪時，逾越教唆犯之教唆範圍，**該逾越之犯罪行為，因非教唆犯之教唆行為所引發**，教唆犯就此逾越部分，**自不負教唆之刑責**（99 台上 7413 決）。

(2)基此，甲僅教唆乙痛毆 A，其教唆意思只有包含傷害犯意，而不包括逾越之恐嚇危及安與強盜行為，承前所述，就該逾越部分，甲自不應負教唆犯之責。

2.綜上，甲不成立恐嚇危及安罪及強盜取財罪之教唆犯。

(四)丙的刑事責任討論如下：

1.丙向警方自承犯人，構成刑法第 164 條第 2 項頂替罪。

(1)客觀上，丙向警方自承犯人，主觀上知悉並有意為頂替行為外，更有使實際犯罪者乙免於被追訴、處罰之特殊主觀不法意圖，該當本罪之構成要件。

(2)丙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，綜上丙構成本罪。

2.丙在偵查程序中，表明自己犯案，構成刑法第 168 條偽證罪。

(1)客觀上，丙對於誰是真正犯人之於案情有重要關係之事項，於供前具結而為偽證行為；主觀上，丙明知並有意為偽證，具有本罪之故意。

(2)丙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

3.丙在審判程序中，表明自己犯案，構成刑法第 168 條偽證罪。

承前所述，丙在審判程序中，就案情有重要關係之事項，具結後表明自己犯案，於無阻卻違法、罪責或減免罪責事由前提下，構成本罪。

4.競合：

(1)丙先後在偵查、審判中具結後所為虛偽陳述，其競合討論如下：

①有認為丙先後兩次偽證行為，是多次侵害國家審判權的作用，認為其犯意各別，行為互殊，應予數罪併罰。

②惟管見認為，雖丙先後二度偽證，然僅一件訴訟案件，僅侵害一個國家法益，其罪數應以訴訟之件數為準，丙僅成立一個偽證罪（72 台上 3311 例—效力同裁判）。

(2)又丙所為頂替與偽證之一行為，由於頂替罪保護法益為司法權有效行使，與偽證罪的法庭證言真實性之法益不同，二者應依刑法第 55 條想像競合。

(五)乙指使丙頂替及偽證的行為，討論如下：

1.乙上開行為，構成刑法第 164 條第 2 項頂替罪之教唆犯（刑法第 29 條參照）。

(1)客觀上，有疑問者在於犯罪行為人乙教唆他人頂替自己犯罪，是否成立頂替罪之教唆犯（刑法第 29 條參照），討論如下：

①實務見解，其認為**犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行為，則教唆他人頂替自己以便隱避，當**

^{註7}王皇玉，〈教唆與客體錯誤〉，《台灣本土法學雜誌》，第 92 期，2007 年 3 月，頁 167。

^{註8}林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2019 年，頁 473-474。

^{註9}林書楷，《刑法總則》，五南，2018 年，頁 393。

然亦在不罰之列（24 上 4974 例—停止適用）。因此，乙不構成頂替罪之教唆犯。

②惟管見以為，自行隱蔽與教唆他人隱蔽情況不同，後者難謂無期待可能性，乙應論以教唆頂替罪。

(2)主觀上，乙明知並有意為教唆頂替行為，具有本罪之故意。

(3)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

2.乙上開行為，構成刑法第 168 條偽證罪之教唆犯（刑法第 29 條參照）。

(1)客觀上，有疑問者在於，犯人乙教唆他人為自己偽證之行為，是否構成偽證罪之教唆犯？

①早期實務見解認為，係以被告本身「無期待可能性」，作為不構成教唆偽證罪之理由（司法院（81）廳刑一字第 13529 號參照）。

②惟管見認為，甲應構成教唆偽證罪。申言之，被告在訴訟上固有緘默權，且受無罪推定之保障，不須舉證證明自己無罪，惟此均屬消極之不作為，如被告積極教唆他人偽證，為自己有利之供述，已逾越上揭法律對被告保障範圍。最高法院 24 年上字第 4974 號判例謂「犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行為，則教唆他人頂替自己，以便隱避，當然亦在不罰之列」，乃針對刑法第 164 條第 2 項頂替罪所作之解釋，尚不得比附援引，藉為教唆偽證罪之免責事由（97 台上 2162 決、101 台上 865 決）。

(2)主觀上，乙明知並有意為教唆偽證行為，具有本罪之故意。

(3)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

3.競合：乙所為教唆頂替與偽證之一行為，承前所述，由於二罪保護法益不同，應依刑法第 55 條想像競合處斷。

二、甲妻乙夫感情不睦，甲涉嫌於婚姻存續期間，以一行為觸犯行使偽造私文書罪（刑法 210 條、第 216 條）及業務侵占罪（刑法第 336 條第 2 項），致乙受有財產上之損害。經查以上兩罪具有裁判上一罪之關係。

(一)設若甲、乙離婚後，乙在告訴期間內以被害人地位先向管轄地檢署告訴甲行使偽造私文書犯行；案經檢察官開始偵查後、偵查終結前，乙又委任律師 B 為自訴代理人，向管轄法院就甲業務侵占罪名，以被害人地位提起自訴。甲委任之辯護律師 A 抗辯：乙之自訴違反多項法律之規定及相關實務見解。試問 A 上述之抗辯有無理由？（35 分）

(二)設若行使偽造私文書部分經該管檢察官將案件移送自訴法院，一併審理，乙委任之 B 律師於其自訴狀及補充書狀內，記載甲如何行使偽造私文書及業務侵占之犯罪過程。審判中，乙未到庭，B 律師遂代乙以言詞陳述案發事實之經過，甲及其辯護律師 A 則要求法院應傳喚乙親自到庭具結並接受對質、詰問，否則其自訴狀所述及 B 當庭代為陳述之內容，皆違法不得採為裁判之基礎。審判長依現行自訴規定駁回甲及 A 之請求。但審判長仍予甲、A 反駁及辯論之機會，隨後法院採納自訴狀所述及 B 律師代乙關於案發經過之當庭陳述，判處甲以一行為觸犯行使偽造私文書罪及業務侵占罪。試問本案踐行之程序是否合法？（30 分）

(三)設若第一審審理期間，A 律師提出甲於行為時有嚴重思覺失調之精神疾病抗辯，認為至少構成減輕其刑的限制責任能力（刑法第 19 條）。為證明此點，A 聲請法院傳喚丙精神科醫師出庭，丙醫師於甲、乙婚姻存續期間（含案發行為時）曾長期治療甲之精神疾病。乙委任之 B 律師則於丙到庭陳述前即主張：丙與乙有過節，乙曾至丙診所當眾指摘丙只愛錢又誤診，足認丙若於本案執行「鑑定人」職務有偏頗之虞，有相當於法官之迴避事由，因此請求依法拒卻鑑定人丙。試問丙醫師於本案是否可為證據？B 之拒卻主張合不合法？（35 分）

命題意旨	本題命題方向多元，除涉及公自訴競合之傳統爭點外，尚包括證據法之嚴格證明、傳聞法則，證據方法之定性與判斷等考點，頗具鑑別度。
答題關鍵	第一小題：涉及公自訴競合以及是否要類推適用第 319 條第 3 項但書之爭議，同學需留意實務見解類推適用之前提及要件為何。

	第二小題：涉及自訴人地位與自訴代理人當庭陳述之性質等證據方法之爭議。答題時需掌握被告以外之人本質上屬證人、證人必須親自見聞案發事實經過，以及嚴格證明與對質詰問等重點。
	第三小題：涉及證人、鑑定人與鑑定證人之定性，倘能掌握三者之差別，問題即可迎刃而解。
考點命中	1.《刑事訴訟法研析(下)》，高點文化出版，黎律師編著，頁 11-24~11-28、14-54~14-55、14-167~14-168。 2.《刑事訴訟法實戰解題書》，高點文化出版，黎律師編著，頁 6-28~6-34、8-100~8-103。

【擬答】

(一)甲之辯護人 A 抗辯並無理由

1. 本案符合刑事訴訟法第 323 條第 1 項但書之規定，乙得提起自訴

(1) 本案乙於告訴期間內先以被害人地位向地檢署提出甲行使偽造文書罪之告訴，後又委任律師 B 向甲提出業務侵占罪之自訴。然因兩罪間屬裁判上一罪關係，容有公訴優先原則適用與否之疑問。

(2) 按刑事訴訟法(下同)第 323 條第 1 項本文規定：「同一案件經檢察官依第二百二十八條規定開始偵查者，不得再行自訴。」至「同一案件」，則指所訴兩案之被告相同，被訴之犯罪事實亦屬同一，故實質上一罪固屬同一事實，想像競合犯及刑法修正前之牽連犯、連續犯之裁判上一罪者，亦屬同一事實。

(3) 查本案行使偽造文書罪與業務侵占罪乃裁判上一罪，而行使偽造文書罪部分既經檢察官開始偵查，甲本不得就裁判上一罪之業務侵占罪提起自訴。然同條項但書規定：「但告訴乃論之罪，經犯罪之直接被害人提起自訴者，不在此限。」因甲為業務侵占罪之直接被害人，且配偶間犯業務侵占罪，為告訴乃論之罪（刑法第 338 條準用第 334 條第 2 項）。故甲依本條項但書之規定，得於檢察官開始偵查行使偽造文書罪後，例外向乙提起業務侵占罪之自訴。

2. 本案無類推適用第 319 條第 3 項但書之餘地

(1) 按同一案件於檢察官偵查後，自訴人就告訴乃論之罪，固仍得提起自訴，但該告訴乃論之罪部分如屬輕罪，而有裁判上一罪關係之重罪部分非屬告訴乃論時，因新修正刑事訴訟法第 323 條第 1 項但書，既已限定於檢察官偵查後之自訴，須以告訴乃論之罪之情形，始得提起，故法院應類推適用同法第 319 條第 3 項但書規定「不得提起自訴之部分係較重之罪」之法理，認為該輕罪之告訴乃論之罪部分仍不得提起自訴，始符刑事訴訟法第 323 條第 1 項之立法意旨。亦即裁判上一罪之重罪（非告訴乃論）部分，若先經檢察官開始偵查，其效力及於全部，其他部分即應受上開法條之限制，而不得再行自訴，且不因自訴人與檢察官所主張之罪名不同而有異（最高法院 101 年度台上字第 2404 號、97 年度台上字第 5662 號刑事判決參照）。

(2) 惟查，上開實務見解之適用前提，係以「自訴之告訴乃論之罪為輕罪，先偵查之非告訴乃論之罪為重罪」，始有適用。而刑法第 210 條偽造私文書罪，其法定本刑為五年以下有期徒刑，另刑法第 336 條第 2 項業務侵占罪之法定本刑則為六月以上五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。參照刑法第 35 條第 2 項規定兩相比較，自以業務侵占罪之法定刑為重（最高法院 93 年度台非字第 187 號判決、最高法院 104 年度台上字第 3835 號判決同旨）。本案告訴乃論之業務侵占罪屬重罪，且經犯罪直接被害人甲提出自訴；非告訴乃論之行使偽造文書罪反而為輕罪，並無前開實務見解之適用。

3. 乙提起自訴時，甲乙業已離婚，乙之自訴未違反第 321 條之規定

按刑事訴訟法第 321 條之規定：「對於直系尊親屬或配偶，不得提起自訴。」本案甲乙雖曾為配偶關係，然乙提起自訴時，兩人業已離婚，故乙對甲所提之自訴，不受本條自訴規定之限制。

4. 綜上所述，甲之辯護人 A 雖抗辯乙之自訴違反法律及相關實務見解規定，然細繹上開規定與實務見解，乙之自訴並無牴觸相關法律及實務見解，乙之自訴合法，A 之抗辯並無理由。

(二) 法院採納自訴狀所述與 B 律師代乙就案發經過之當庭陳述，違反嚴格證明法則、直接審理原則及傳聞法則

1. 查乙為甲涉嫌偽造私文書及業務侵占罪之被害人，依法固得提起自訴，然乙陳述被害經過之犯罪事實，亦屬「證人」身分，法院應依證人之法定調查程序命其具結並使其受對質詰問。惟本案中，法院竟以現行自訴規定駁回甲及 A 之聲請傳喚乙到庭接受對質詰問之請求，違反嚴格證明法則且侵害被告甲對質詰問權，程序不合法。

2. 次查，自訴代理人 B 律師雖得參與程序並陳述意見，然 B 律師並非親身經歷案發事實之人，並不能代乙陳述並答詢被害經過。B 律師之陳述並不符合證人適格，且不符合任何一種證據方法，無法採為裁判基礎。另法院以自訴狀代替被害人及自訴人乙之陳述，除違反證人之調查方法外，亦違反直接審理

原則（證據替代品禁止），以及禁止審判外陳述之傳聞法則，法院踐行之程序不合法。

(三)丙醫師於本案應屬鑑定證人，並無刑事訴訟法拒卻鑑定人規定之適用

1. 鑑定證人，係指依特別之專門知識而得知已往事實之人。換言之，陳述唯有具備特別專門知識始能察覺，得知之過去事實或狀態之人，具有證人與鑑定人之雙重角色。由於鑑定證人具有不可替代性，與一般證人相同，故本法第 210 條之規定，鑑定證人適用關於人證之程序，而非鑑定人程序。因此，當事人不得以有偏頗之虞或其他迴避事由，聲請拒卻鑑定證人。
2. 查本案 A 聲請傳喚丙精神科醫師出庭，待證丙醫師於甲、乙婚姻存續期間曾長期治療甲之精神疾病。就丙曾長期治療甲之精神疾病部分，固然係丙之親身經歷，然此乃係建立在其精神科醫師之專業知識與臨床診斷上，因此丙於本案應屬鑑定證人，而適用證人程序。據此，關於迴避之事由，並不適用於鑑定證人及證人，B 不得主張拒卻鑑定證人丙醫師。
3. 至於丙醫師於本案是否可為證據，因鑑定證人適用證人之規定，故丙醫師自應到庭具結並接受對質詰問，其所為之陳述，始得作為法院判斷依據，併予敘明。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！