

Date 10.5.11.15 刑訴 8

### 一 証人 鑑定人的詢問

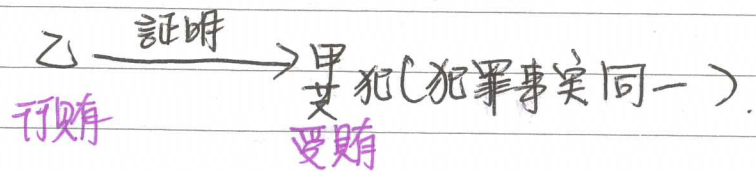
- ↳ 每待証事實，只有專業性
- ↳ 待証事實親身見聞之人 (不可替代性)

### 一 証人 vs. 被告

- ↳ 有緘默權，其詢問須踐行 95
- ↳ 吳定陳申義務 其詢問不須踐行 95，但有 81

### 一 共同被告 (講義第 7 講 P.1 案例)

1. 實體法 > 共同被告
2. 訴訟法

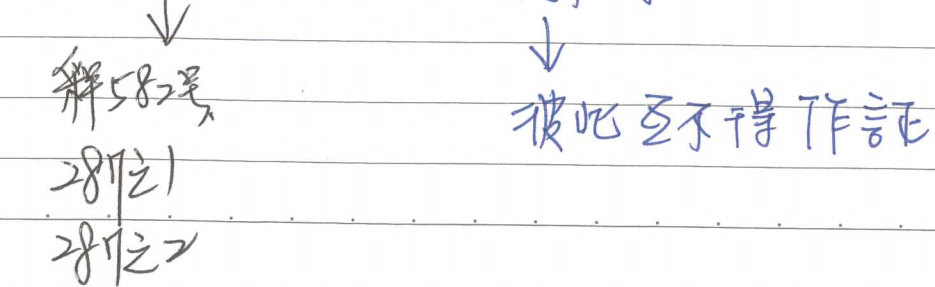


∴ 甲乙均是被告，互不得為被告作証。

• 實體法 被告嫌疑 ≠ 訴訟上 被告地位形成

• 共同被告 = 被告地位形成 ∴ 不証己罪

• 形式共同被告概念 = 同一訴訟程序中被當成被告，其取得被告地位



∴ 實務，程序上將甲、乙案件分離，甲、乙不在同一程序中，則甲、乙得互為作証。

↓  
 (檢) = 分離程序，乙身分改為証人，以証人身分詢問乙。

1. 形式共同被告，其不利、缺失 = 乙的權益會隨(檢)辦案的方便而轉變。

(訴訟上權利會被任意改變)

2. 被告彼此間會互相推卸責任、嫁禍。

乙轉為証人，負吳結責任 > 排除證據，∴ 對甲可防止  
 被告 甲得對之詰問 > 乙嫁禍。  
 (保障本人之對質詰問權)

一 形式和實質共同被告概念 = (德主流，台非如此)

只要(檢)一旦將某人當成被告，某人一直是被告直至程序終結止，其身分不能被任意轉變。

∴ 乙不起訴 > 確定後，乙得為甲之証人。  
 有罪判決

一 証人誓詞程序 = 196 之 1 証人無到場義務

証人有取，分離詢問

証人無吳結義務 (196 之 1 並不準用 186，∴ 可說謊)

証人指認程序 = 警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領

外型上不得有重大差異

最嚴 = 158 之 4，該指認程序有證據能力

158 之 4 的法定程序須是法律，上警察...要領，非法律。

117 = 法定程序須是法律，有待檢討。

Q = 警詢証需全程錄音、錄影

→ 19621 不用 100 之 1，∴ 不需全程錄音、錄影

but 得有錄音、錄影且每筆錄不符，準用 100 之 1 Ⅱ

• 警詢筆錄 → 信實證據，不以證據能力

例外 = 159 之 2、159 之 3

• (A) 訊問証人 = 偵訊

{ 視訊  
就地訊問 沒有臨場感  
囑託當地 (A) 訊問

(講義第 7 講 R4)

案例 = vs-1177 Ⅱ  
(台高院 102 上訴 635 號)

↓  
97 台上字 2537 號 = 限縮 117 Ⅱ 所在地 原則為我國  
政府機關 / 法律明文規定  
/ 有司法互助協議

→ 認為「視訊」為法庭延伸

104 台上字 2479 號 = 目前最新見解，已否定  
(師贊成) 回歸 117 Ⅱ

97 台上 2537 號  
台高院 102 上訴 635 號

一 訊問証人 = 調查人別有無錯誤 185

180  
185 ~ 186

• 就其始末連續陳述 =

• 一問一答 = 問的人可操控其預想(設)回答

• 準用 98 → 類推適用 156 Ⅰ

• 訊問証人，可否誘導? 166 之 1 Ⅲ (3)

偵查程序，警詢中可否?

ex = 你是不是在 5 月 8 日晚上目睹甲球  
棒殺乙? 預設答案的提問

ex = 你在 5 月 8 日晚上目睹甲球棒殺乙?  
你先前有說

→ 最高法院 = 只要誘導構成詐欺性質，禁止

誘導是提記憶的，非許。

101 台上 876

104 台上 3328

一 拒絕証言權 179 公務員  
182 特定業務之人  
180 親屬  
181 不自証其罪  
釋 627 號 = 免納秘密持本又

-179 = 公務員守密義務 vs 作證義務

↓  
該管監督機關(上級機關)  
公務員

允許 (國家利益例外)

-180 = 講義第7講 R6 案例 = 本題在問乙得否陳述甲有無就診?

117 = 此處守密範圍, 作證 = 疾病關係之破壞  
以檢不得命乙陳述

違反守密行為 (刑316), 須有阻卻違法事由

↓  
作證非阻卻違法事由  
依182, 醫生有拒絕  
証言義務

Q = 記者有無拒絕証言權? (or 類推適用182)

→ 新聞自由角度, 可無拒絕

182 = 未明文規定記者適用 最院 = 記者不可類推適用182

182 有為他人處理事務之性質, 記者不具此等類似性  
(117 = 可接受最院見解, 記者應為立法漏洞, 但法解決之)

-180 = 確保被告、証人間之親屬和諧關係

親、家屬 (民法1123 III) 存在親屬間情誼

-181 = 181 + 183

只能針對個別問題來主張

講義第7講 R5 案例 = 立法 = 維持作證義務

+ 証人保護措施 (R9 ↓)

- 立法偵訊証人的法律效果

Q1 = 証人未具結 (R7 案例一)

Q2 = 未告知得拒絕証言 (R7 案例二)

偵查共同被告 → 不須具結  
Q1 = 共同被告 (甲 = 被告証人 → 158-3, 乙)

最院甲未具結為証人, 無158-3  
↓  
陳述係相關證據159 I,

但不適用159 II

証人 = 158-3

共同被告 X 158-3

被害人 → 類推適用159-2  
告訴人 159-3

vs.

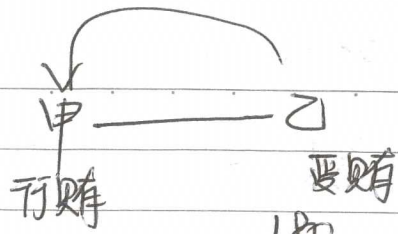
→ 159-2

159-3

警詢証人未具結  
有證據能力

類推適用159 II  
159-3

# 一 被告拒絕証言又之告知義務



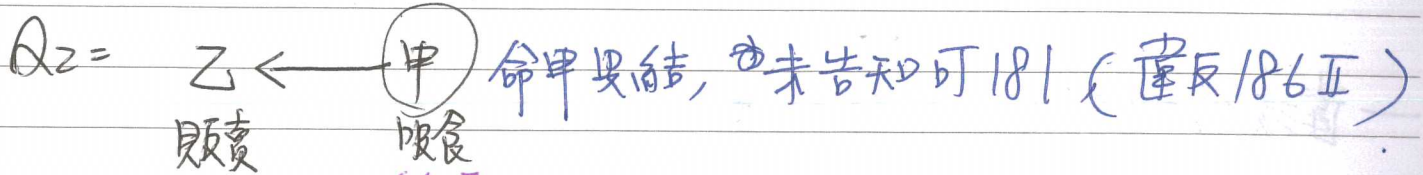
最院 = 180 + 186 II

乙的証言有證據能力 (證明甲的犯罪) 186 II

乙的証言沒有證據能力 (不自証己罪原則)

證明乙的犯罪

181 + 186 II



假証 (刑 168)

不知有拒絕証言權, 被迫虛偽陳述

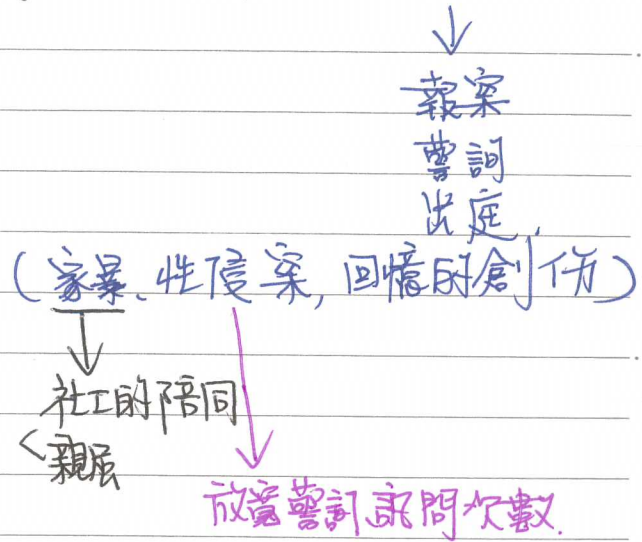
最院 = 96 台上 17239 判決

檢 186 II, 使吳結無效

### 一 証人保护的措施

証人保护法<sup>(1)</sup> 身分的保护 (卷宗的密封)  
派人隨身保护  
短期的安置

1) 被害人的保护 (被害人回憶犯罪經過、陳述)



Q: 隔層詢問 缺點?  
→ 說謊 荷爾蒙 無法判認

一 鑑定人 197 ↓ = 依專業知識向法院報告鑑定事實以補充法院專業能力之欠缺 (包括法律專業)

Q<sub>1</sub> = 有誰可被選任為鑑定人 (鑑定人之選任)

Q<sub>2</sub> = 鑑定人可做什麼

Q<sub>3</sub> = 鑑定人如何向法院報告鑑定結果

vs. 拒卻鑑定人制度

A<sub>1</sub> = 198 鑑定人之選任 = 審判長  
受命法官  
檢察官

• 鑑定必要 — 刀上有無指紋

筆跡鑑定 (最院 = 肉眼可判斷者, 檢 勘驗即可)

• 專家來源 = 198 ① 鑑定事項有特別經驗者  
② 政府机关委任有鑑定取<sup>司</sup>者 (机关鑑定)

vs. → 法院之鑑定列表

缺 1. 鑑定人之權、義, 由机关承擔, 而非由机关之實施者承擔, 包括具結義務

> 無從對實際從事鑑定者「對質」  
(現行法官許其無事出庭)

3. (警) 不能選任鑑定人 ex: 驗尿毒

vs. → 地檢署檢察長概括授權 (警) 來找鑑定人  
最院 = 符合 198

vs. 檢察一體  
"非" (檢察一體是統一追訴標準)  
此非追訴標準  
但不認為有何不好

4. 被告不能選任鑑定人

vs. → 檢 (法) 選任鑑定人的結論可能不利  
武器不對等

Komaru

刑事

(∵現行訴訟程序是國家負擔費用。)

A2 = 鑑定人鑑定後，實施鑑定。

1. 鑑定前，命鑑定相關具備。158之3, 202.

2. 204 = 檢查... (許可書)  
看卷宗証物 205  
採集指紋... 205之1

vs.

精神鑑定 = 性侵  
再犯危險  
就審能力

(需限制住所，安置在一定住所)

① 203 III = 七日以下 (可延長 = 203之3)

適用要件、程序要比照羈押 203之1

条文未規定犯嫌重大，但理論上應比照  
(比例原則)

重罪

② 被告、辯護人之在場權。

★ A3 = 206 鑑定人報告鑑定意見。

→ 鑑定紀錄 = 方法、理論、怎麼做的 (過程)

缺 = 1. 被告的對質詰問權

2. 拖延訴訟時程 (需見可瞭解)

vs. 法官不受鑑定報告的拘束

2. 鑑定人任務非取代法官取責 (法律上的判斷)

ex = 醫療疏失鑑定

「可失否」→ 法官判斷  
非由鑑定人判斷

ex = 被告責任能力 (刑19) → 生理混合立法

前半段 = 行為時因精神障礙，心智缺陷 → 鑑定人判斷

後半段 = 致不能辨識其行為違法或缺依其辨識而  
行為之能力 → 法官判斷

拒卻鑑定人 = 為檢、法之輔佐机关，  
有偏頗原因，應聲請拒卻。

第八講 搜索 (扣押) vs. 財產

一 搜索 = 找被告

vs. 找證據

3. 保全沒收

拘捕被告，扣押之手段

居住自由、隱私

122 ~ 132之1 = 搜索  
要有搜索票

133 ↓ = 扣押  
未規定誰可扣押、扣押程序

2016修法 ① 133-1 = 法官保留原則 (相對法官保留原則)

② 133-2

∴ 133-2 III

① 有相當理由

③ 扣押標的 = 不限於特定物 ④ 情況危急  
含第三人財產

犯罪工具 = 凶器

犯罪產物 = 偽造票據

犯罪所得 = 收受賄賂 (降低犯罪誘因)

追徵 = 沒收原物不存在, 追徵其替代價額

可得追徵之

扣押財產 = 2016正式訂明在刑訴法  
(對財產權的限制)

扣押對象 = 該財產

範圍 = 追徵財產的價值範圍內

### 一 搜索

Q1 = 實體要件

Q2 = 如何發動 (程序)

Q3 = 如何執行

Q4 = 如何救濟

A1 = 122 ↓

122 僅規定搜索範圍, 未規定「搜索之標的物」  
要式什麼

∴ 標的物撇開規定, 思考 =

標的物 - 人 - 被告/犯嫌

可得為證物之物 = 凶刀、血衣、摺冊、  
得沒收之物 有助幫助本案犯罪事實的證據

= 犯罪工具/產物/不法利得

電磁紀錄 = 電腦裡檔案

手機 (照片/海峽對話記錄/備訓錄)

→ 無體物

122 搜索客體

身體完整性

概念上無法符合「物」

隱私、住居安寧

身體 (身體表面、衣服) → 自然開口

資訊自主

住宅、居所 (教室、工廠、辦公室)

財產

but 侵性工具的使用 = 非身體

(依搜索目標限制其範圍)

搜索, 而是身體檢查。

ex = 催吐劑

vs  
刑307  
抗告  
行政責任  
民事賠償  
在場權

最高法院 = 公寓樓梯間、陽台、停車場均為住宅

### 講義第8講 R3 案例

溫度顯像器探測甲住宅室內溫度 → 產生與物理入侵相同效果

→ 一行為有無侵害隱私合理期待, 如有破壞該期待, 為搜索

(美國認為是搜索)

Q = 使用解毒犬 = 非一覽無遺, 不算是破坏合理隱私期待。  
(題屬於對合理隱  
私的侵害?)  
相當於侵入/打開?

Q = 翻找丟棄的垃圾 = 美國法 = 要看垃圾丟在哪裡  
放在家中後院 = 未完全放棄  
如私權  
放在街道 = 不算破坏隱私  
期待。

Q = 通話紀錄位置 = 美國法 = 使用服務時已知會留存紀錄。  
不算破坏隱私期待。  
美國法 = 此為  
→ 電信業者、醫生在多大範圍下解除保密義務問題  
非為搜索。

vs. 兩賓克理論: GPS定位拼湊生活歷程  
是搜索

台灣 = GPS定位非搜索。

— 搜索要符合比例原則要件 =

1. 有開始嫌疑
2. 搜索可能發現要搜索的目標
3. 搜索會隨 <sup>被告</sup> 不同 = 必要時  
第三 有相當理由可信存在時

### 搜索要符合必要性、衡平性

講義第8講 24

案例一 = 不符合必要性

案例二 = 可否為追訴侵佔而搜索被告事務所?

→ 雖符合必要性, 但有違衡平性 (侵佔 → 輕罪)

事務所 → 名譽  
地當事人  
隱私侵害

∴ 不成比例, 法院應駁回聲請

A2 = 搜索程序要件 - 128 = 法官簽名  
(原則) 核發搜索票程序不公開之  
(不通知被搜索人、被告)  
有票搜索

- 無票搜索
- 130 附帶搜索
  - 131 I 逕行搜索
  - 131 II 緊急搜索
  - 131-1 同意搜索
- (例外)