

《刑事訴訟法概要》

試題評析	109年法律廉政四題的考題均屬於刑事訴訟法之基本概念，並無特別難之考題，考生僅須熟悉法條與實務見解，即可迎刃而解，第一題是傳統老考點涉及無令狀搜索之同意搜索(考過n次了!!!)，第二題考點是聲請迴避，熟悉實務見解如何認定「足認其執行職務有偏頗之虞」之要件即可，第三題考點涉及告訴不可分，注意法條適用前提是共犯告訴乃論之罪才有告訴不可分之適用，第四題考點為提出命令，仍然是法條題。若有乖乖複習老師的上課講義，每題應該都會在考場上開心尖叫：「老師，有教過這題」。
------	---

- 一、甲乙兩人為同居之男女朋友。某日甲外出時，警察前往兩人住處，向乙表示甲涉嫌販賣毒品，詢問乙是否同意警察進入屋內查看。乙相信甲不可能是為非作歹之人，於是答應警察。不料，警察果然在沙發座墊下發現數包毒品。審判中，檢察官以毒品作為證據，甲主張警察未事先獲有法院所簽發的令狀，亦未取得甲的同意，搜索違法。請問，甲的主張是否有理由？請附詳細理由說明之。(25分)

試題評析	本題主要考點涉及無令狀搜索之同意搜索，須分析個案中誰是具有同意權限之人、同意權限之範圍，且須援引學理上之風險承擔理論，本題即可獲得高分。
考點命中	1.《高點·高上刑事訴訟法講義》第一回，劉律編撰，頁55-58。 2.《高點·高上刑事訴訟法總複習講義》第一回，劉律編撰，頁105-108。 3.《高點·高上刑事訴訟法狂做題班講義》第一回，劉律編撰，頁35，第九題。

答：

本件爭點涉及同意搜索，甲之主張為無理由。

- (一)按搜索，以有無搜索票為基準，可分為「有令狀搜索」（有票搜索）與「無令狀搜索」（無票搜索）；而「有令狀搜索」係「原則」，「無令狀搜索」為例外。於原則情形，搜索應用搜索票，搜索票由法官簽發，亦即以法院（官）為決定機關，目的在保護人民免受非法之搜索、扣押。惟因搜索本質上乃帶有急迫性、突襲性之處分，有時稍縱即逝，若均必待聲請搜索票之後始得行之，則時過境遷，勢難達其搜索之目的，故刑事訴訟法乃承認不用搜索票而搜索之例外情形，稱為無令狀搜索或無票搜索，依該法之規定，可分為：第130條附帶搜索、第131條第1項、第2項2種不同之緊急搜索及第131條之1之同意搜索等共4種。
- (二)次按刑事訴訟法第131條之1規定：「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」
- (三)再按實務見解揭櫫，該條所稱自願性同意者，只要受搜索人係在意思自主之情況下，表示同意為已足，不因有無他人陪同在場，而異其法律效果。又在數人對同一處所均擁有管領權限之情形，如果同意人對於被搜索之處所有得以獨立同意之權限，則被告或犯罪嫌疑人在主客觀上，應已承擔該共同權限人可能會同意搜索之風險，此即學理上所稱之「風險承擔理論」。執法人員基此有共同權限之第三人同意所為之無令狀搜索，自屬有效搜索，所扣押之被告或犯罪嫌疑人之物，應有證據能力。
- (四)經查，本件警察搜索之行為，為無令狀之搜索，分別討論如下：
不合乎附帶搜索之要件，蓋附帶搜索之前提係合法之拘提與逮捕；亦不合乎第131條第1項之緊急搜索之要件，蓋本案非以搜索人為主要目的；亦不合乎第131條第2項之要件，蓋適用本條須依照檢察官之指揮及情況急迫。
- (五)惟，本案符合同意搜索之要件，蓋甲和乙兩人為同居之男女朋友，依據風險承擔理論，渠等對於同一處所均有共同管領權限，是乙係屬於有同意權限之人，且乙係出於自願性之同意，又乙得同意之範圍係甲和乙共同居住之處所。
- (六)準此，警察之無令狀搜索行為合法，故甲之主張為無理由。

- 二、被告甲因收受賄賂案件被起訴。在證據調查程序中，甲以曾在某學術研討會中親耳聽聞該法官就賄賂罪表示對於被告較為不利的法律意見為由，聲請其迴避。請問，甲的聲請是否合法，法

院應如何裁定？請附詳細理由說明之。（25分）

試題評析	本題考點是聲請迴避，亦即刑事訴訟法第18條第2款「足認其執行職務有偏頗之虞」之認定標準，須將實務見解函攝於解題之中，於解題的第一段建議可先論述公平法院之理念，即可獲取高分。
考點命中	1.《高點·高上刑事訴訟法講義》第一回，劉律編撰，頁58。 2.《高點·高上刑事訴訟法總複習講義》第一回，劉律編撰，頁27-28。

答：

本件爭點涉及聲請迴避，甲之聲請不合法，法院應裁定駁回其聲請。

- (一)按人民得請求受公正而獨立之法院依正當程序予以審判之權利，乃憲法第16條保障人民訴訟權之核心內容。而公平法院仰賴法官執行職務之客觀中立與公正，公民與政治權利國際公約第14條第1項中段即訂明：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問」。對訴訟當事人而言，法官裁判事務之分配，應按法院內部事務分配所事先預定之分案規則，機械的公平輪分案件，**以符合法定法官原則，形成第一層次之公平法院的機制。而法官迴避制度，是在隨機分案後，於具體個案中實質修正第一層次公平法院機制之不足，為法定法官原則之例外容許，據以構成第二層次之公平審判的防護網。**至法院的分案迴避制度，則是為提升法官迴避機制的公開、透明，增進人民對公平法院的信任，於法院的分案規則，事先將法官曾參與相關裁判等應自行迴避或得聲請迴避的原因，訂定法官應否分案迴避的一般抽象規範標準，作為調和當事人無從或難以事先聲請迴避的客觀制度性之程序保障。
- (二)次按刑事訴訟法第18條規定：「當事人遇有下列情形之一者，得聲請法官迴避：一、法官有前條情形而不自行迴避者。二、法官有前條以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。」
- (三)再按實務見解認為，所謂「**足認其執行職務有偏頗之虞者**」，係指法官與訴訟關係人具有故舊、恩怨等關係，其審判恐有不公平而言，一般係以通常的人所具有的客觀、合理觀點，對於該承辦法官是否能為公平的裁判，足以產生懷疑，作為判斷標準，而非僅依當事人片面、主觀作判斷。（最高法院108年度臺抗字第971號著有裁定意旨參照）。
- (四)經查，甲被賄賂罪起訴，而渠以曾在學術研討會中聽聞法官就賄賂罪表示不利之法律意見，聲請迴避，此聲請迴避之事由非一般通常之人所具有的客觀、合理觀點，僅係依當事人甲片面、主觀之臆測，故不符合足認其執行職務有偏頗之虞者之要件。
- (五)準此，甲聲請迴避不合法，是依照刑事訴訟法第21條第1項，法院應以合議裁定駁回之。

三、甲及乙為父子。甲及丙二人因需錢孔急，一同竊取了乙的財物。乙知悉後，向警察提起告訴。之後，乙念在與甲父子一場，向警察表示，欲撤回對於甲的告訴。偵查後，檢察官對甲及丙皆提起了公訴。請問，法院是否得就甲及丙諭知有罪或無罪的實體判決？請附詳細理由說明之。（25分）

試題評析	本題考點涉及告訴不可分，須要注意的是本條適用前提是共犯告訴乃論之罪才有告訴不可分之適用，理解此基本概念，即可輕鬆解題。
考點命中	1.《高點·高上刑事訴訟法講義》第三回，劉律編撰，頁128-129。 2.《高點·高上刑事訴訟法總複習講義》第二回，劉律編撰，頁70-71。 3.《高點·高上刑事訴訟法狂做題班講義》第一回，劉律編撰，頁63-64，第1題。

答：

法院應對甲依照刑事訴訟法第303條第3款諭知不受理判決；若證據足證丙構成犯罪，法院應對丙諭知有罪實體判決。

- (一)按刑事訴訟法第239條本文規定：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。」適用此法條之前提須共犯告訴乃論之罪，學理上稱此為告訴主觀不可分原則。
- (二)經查，本件甲和乙為父子，具有特定親屬關係，為刑法第324條之親屬間竊盜罪，係屬於相對告訴乃論之罪；而乙和丙不具有特定親屬關係，係屬於普通竊盜罪，為非告訴乃論之罪，因此無告訴主觀不可分之適用，故乙撤回對甲之告訴，效力並不及於丙。

【版權所有，重製必究！】

(三)準此，法院應對甲依照刑事訴訟法第303條第3款諭知不受理判決，蓋乙已經對甲撤回告訴，欠缺訴訟條件；若證據足證丙構成犯罪，法院應對丙諭知有罪實體判決。

四、證人向檢察官供稱，看到甲持有被害人所失竊的行動電話，檢察官認該行動電話為竊盜案件之證據，遂命甲提出。甲以該要求未經法院授權為由，予以拒絕。請問，檢察官命提出的處分是否合法？請附詳細理由說明之。（25分）

試題評析	本題考點在於提出、交付命令，須援引刑事訴訟法第133條，老師常說：考試中，千言萬語的論述都不及法條一條，有涉及的條文一定要引用，若時間充足可以適度補充學說之意見，即可獲取高分喔。
考點命中	1.《高點·高上刑事訴訟法講義》第二回，劉律編撰，頁61、77。 2.《高點·高上刑事訴訟法總複習講義》第一回，劉律編撰，頁118-119。 3.《高點·高上刑事訴訟法狂做題班講義》第一回，劉律編撰，頁37-38。

答：

本件爭點涉及提出命令之合法性，檢察官命提出之處分合法。

(一)按刑事訴訟法第133條第1項規定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」

(二)次按刑事訴訟法第133條第3項規定：「對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，得命其提出或交付。」學理上認為係屬於間接強制處分。

(三)再按所謂提出命令，乃指對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，**偵查或司法機關得命其提出或交付，如檢察官或法院函請調閱戶政機關有關被告之戶籍口卡，或金融銀行機關有關被告戶頭資金往來明細等。而提出命令，隱含後續之強制處分，受處分人如無正當理由拒絕提出或交付時，通常伴隨著後續之不利處分，即得用強制力扣押之（刑事訴訟法第138條），此無須事先由法院審查，且無其他要件限制。**

(四)經查，證人向檢察官供稱，甲持有被害人失竊之行動電話，故該行動電話當係屬於竊盜罪之證據，亦即係可為證據之物，得扣押之，檢察官自得依據刑事訴訟法第133條第3項規定命甲提出、交付該行動電話。

(五)準此，檢察官命甲提出失竊行動電話之處分為合法。

(六)須補充說明者係，有論者認為提出或交付之命令具有強制處分之色彩，仍應受到法院之監督，故解釋上偵查機關應認非屬於此種強制處分行為之最後決定機關，併予說明。

【版權所有，重製必究！】