

99 年第二次公務人員特種考試司法人員考試

等 別：三等考試

類 科：司法官

科 目：刑事訴訟法

解題：高晉/慕律

一、甲於民國 99 年 1 月 1 日與乙發生車禍致重傷陷入昏迷成為植物人，甲之配偶丙因中風行動不便，甲之長子丁見告訴其間將滿 6 個月，乃提出甲、丙之診斷證明書，主張甲、丙皆不能行使告訴權，且無其他得為告訴之人為由，聲請檢察官指定其為甲之代行告訴人。檢察官乃於同年 6 月 20 日指定丁為甲之代行告訴人，惟丁於同年 7 月 8 日始提出告訴。嗣乙與丁成立和解，丁乃向檢察官撤回告訴。後因甲之次子戊，不滿和解條件，主張其至同年 6 月 1 日回國始知悉甲被乙撞傷，且丁未取得丙之授權，戊則已取得丙之授權，於同年 8 月 11 日以丙有獨立告訴權，戊為丙之告訴代理人，再對乙提出告訴。問檢察官應如何偵結本案？

【破題解析】

同學應依題旨，分就(一)檢察官指定代行告訴人丁及丁提出告訴是否合法、(二)丁撤回告訴不合法、(三)次子戊提出告訴不合法等敘述，再推論出(四)檢察官偵結對於丁之告訴及戊代理告訴之處理。

【命中特區】

本班教材命中/99 正規班講義書(B)/編號 B9L11/頁 222~224 第 11 章偵查/高晉編著。【命中率】100%

【擬答】：

題示乙因發生車禍致甲重傷，涉犯刑法第 284 條第 1 項之過失致重傷罪，依刑法第 287 條規定須告訴乃論。另依刑事訴訟法（下稱同法）第 232 條「犯罪之被害人得為告訴」、第 233 條 1 項「被害人之法定代理人或配偶，得獨立告訴。」、第 237 條「告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之」，故被害人甲得為告訴，配偶丙亦得獨立告訴，先予敘明。

(一)檢察官指定代行告訴人丁及丁提出告訴是否合法：

按同法第 236 條規定「告訴乃論之罪，無得為告訴之人或得為告訴之人不能行使告訴權者，該管檢察官得依利害關係人之聲請或依職權指定代行告訴人。」所謂利害關係人，係指依普通觀念在財產上或精神上有直接利害關係而言（院字第 1639 號），本題應認丁子符合利害關係人要件；惟甲重傷陷入昏迷成植物人，配偶丙雖中風行動不便，然獨立告訴人丙是否未達所謂「不能行使告訴權」之程度，應依能否理解告訴意義之意思能力為斷：

1. 倘未達欠缺意思能力，則本件尚有其他告訴權人，檢察官指定代行告訴人不合法（83 年台非 89 號判決），丁代行告訴亦不合法。
2. 倘若丙達欠缺理解告訴之意思能力，則符合不能行使告訴權要件，故檢察官依丁之聲請指定其為代行告訴人合法，被指定人丁亦須「代行」告訴權，始得充實告訴之訴追條件，其代行告訴期間，基於法安定性要求，避免案件久懸不決，實務認為自檢察官依聲請或依職權指定代行告訴人時起算 6 月（最高法院 90 台上字第 1113 號判決），本題檢察官 6 月 20 日指定丁，丁於同年 7 月 8 日提出告訴合法。

(二)丁撤回告訴不合法：

實務見解認為，同法第 238 條第 1 項撤回告訴之人不包括第 236 條之代行告訴人在內（院解字第 3658 號）。故縱認為檢察官指定代行告訴人及丁提出告訴合法，然丁亦僅得提出告訴，並無撤回告訴之權（93 年台非字第 196 號判決），其撤回告訴不合法。

(三)次子戊提出告訴不合法：

丙妻為獨立告訴權人，戊子取得丙之授權，為丙之告訴代理人，雖戊主張其至同年 6 月 1 日回國始知悉甲被乙撞傷一事，然丙早已知悉此事，已不得告訴，則告訴代理人亦不得告訴。本案戊代理丙遲至同年 8 月 11 日始對乙提出告訴，逾越 6 月期間，告訴不合法。

(四)檢察官偵結本案：

公職王歷屆試題 (99 司法特考)

承前述，倘檢察官指定代行告訴人丁及丁提出告訴均不合法，實務見解認為，告訴乃論之罪，其告訴不合法或依法不得告而告，則檢察官應依第 255 條第 1 項「其他法定理由」為不起訴處分（釋字第 48 號解釋）；倘檢察官指定代行告訴人丁合法，且丁之撤回告訴不合法，則檢察官應依法偵查起訴、緩起訴或為職權不起訴。另戊代理丙之告訴因逾期，檢察官應依同法第 252 條第 5 款為不起訴處分。

二、甲、乙夫妻二人感情不睦，乙自訴甲詐欺取財罪嫌後，再就同一事實向警察局提出告訴，甲到案自白認罪，警察局乃函送地檢署，檢察官應如何處理？設若檢察官起訴甲犯有詐欺取財罪嫌，受命法官行準備程序時，如被告甲(一)自白犯罪；或(二)否認犯罪並抗辯其於警詢時之自白係出於警察刑求，且警察違法搜扣之帳冊不得作為證據。受命法官得如何處理？

【破題解析】

第一小題涉及相對告訴罪、公自訴競合及配偶間自訴不合法時，檢察官之處理。

第二小題應分別就(一)被告自白犯罪時，受命法官得否自行裁定簡式審判或職權轉換簡易程序，實務及學說有不同意見。(二)當被告否認犯罪，並主張刑求抗辯、違法搜索扣押等涉及自白法則及證據禁止法則問題時，受命法官得否就證據能力有無先為調查，以及得否自行判斷有無證據能力，實務及學說亦有不同之見解。

【命中特區】

本班教材命中/99 正規班講義書(B)/編號 B9L11/頁 370~373 第 15 章審判/高晉編著。【命中率】100%

本班教材命中/99 總複習講義/編號 W/頁 51~55 第四單元/高晉編著。【命中率】100%

本班教材命中/99 爭點班下冊/編號 T2/頁 24~28 第七單元/高晉編著。【命中率】100%

【擬答】：

(一)檢察官之處理：

題示甲、乙為夫妻，甲對乙涉犯詐欺取財罪嫌，依刑法第 324 條第 2 項、第 343 條規定，配偶間犯詐欺取財罪須告訴乃論，即屬相對告訴乃論之罪，先予敘明。

按刑事訴訟法（下稱同法）第 323 條「同一案件經檢察官依第 228 條規定開始偵查者，不得再行自訴。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。於開始偵查後，檢察官知有自訴在先或前項但書之情形者，應即停止偵查，將案件移送法院。但遇有急迫情形，檢察官仍應為必要之處分。」、第 321 條「對於直系尊親屬或配偶，不得提起自訴」、第 334 條規定「不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決。（略述）」

承前述，甲所涉犯屬告訴乃論之罪，依通說、實務見解認為第 323 條第 1 項但書所謂「不在此限」，不得自訴時點為「偵查終結」時，檢察官似應依第 323 條第 2 項停止偵查移送法院審理。然本案因甲乙為配偶關係，基於避免配偶等親屬間對簿公堂，有傷固有倫理道德及善良風俗，故依同法第 321 條、規定配偶不得自訴，乙所提自訴不合法，自訴法院應依第 334 條規定下不受理判決，再依同法第 336 條規定，判決書送達檢察官，檢察官接受不受理判決書後，應即開始或續行偵查。另亦有認為，由檢察官逕認為配偶自訴不合法，倘若告訴合法，依法偵查起訴。

(二)受命法官之處理：

1. 被告甲自白犯罪：

依同法第 273 條之 1「除被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者外，於前條第一項程序進行中，被告先就被訴事實為有罪之陳述時，審判長得告知被告簡式審判程序之旨，並聽取當事人、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，裁定進行簡式審判程序（略述）。」、第 449 條 2 項「前項案件檢察官依通常程序起訴，經被告自白犯罪，法院認為宜以簡易判決處刑者，得不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。（略述）」其中第 273 條之 1 所謂『有罪陳述』指被告承認有罪之意思表示，且無主張阻卻違法或罪責之事由方屬之。題示，甲僅自白犯罪，未主張阻卻違法或罪責之事由，所犯為詐欺取財罪，符合簡式、簡易程序案件類型。然受命法官得否逕自裁定進行簡式、簡易程序，則有爭議：

- (1)實務：準備程序中如被告認罪，為了更改為簡式審判序或簡易程序，未完全授權下之受命法官必須暫時休庭，返回辦公室與合議庭之其他二位法官先行評議，並製作轉換之裁定，於將裁定書送達被告後，程序之轉換方屬完成。
- (2)然學者有認為，前述整個評議過程流於式，皆以受命法官之意見為依據。此時被告往往搞不懂為何法官突然休庭，突然又交付裁定，如此繁雜之程序，對司法之威信頗有減損。針對此種情形，學者建議法制面上應作修正或調整，亦即進行準備程序之受命法官應被賦予轉換程序之權限，較符合實情。方可避免在現行法下，準備程序中受命法官為合法轉換程序，而淪為跑龍套角色之謬象¹。

2.被告否認犯罪為刑求抗辯，且主張警察違法搜扣之帳冊不得作為證據：

(1)受命法官得就證據能力之有無先為調查：

依同法第 273 第 2 項：「於前項第 4 款之情形，法院依本法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之。」另依同法第 155 第 2 項、第 158 之 4、第 416 條第 2 項等條文規定可知，證據能力之判斷，可能於準備程序或公判庭之審判程序之為之。至於如何調查？依同法第 171 條規定「法院或受命法官於審判期日前為第 273 條第 1 項或第 276 條之訊問者，準用第 164 條至第 170 條之規定。」為之。

題示，被告主張刑求抗辯涉及同法第 156 條自白法則及違法取證之證據禁止法則，均屬證據能力之有無之程序事項問題，自由證明已足，無直接審理原則之適用，得由受命法官於準備程序先為證據調查（最高法院 93 年台上字第 2033 號判例參照）。例如檢察官可能傳喚搜索扣押、製作筆錄、詢問之員警證明無刑求或違法搜索情事；被告可能傳喚偵查中之辯護人或為其治療傷痕之醫生證明刑求情事等，於準備程序就證據能力有無事項，對證人行同法第 166 條以下之交互詰問，並記明於準備程序筆錄。

(2)受命法官有無就證據能力判斷之權？

①實務：受命法官於準備程序雖可進行有關證據能力意見之調查，惟受命法官並無判斷之權，仍應經合議庭評議判定之，經合議庭依本法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之（最高法院 99 年度台上字第 1441 號判決參照）。即受命法官僅能為證據能力有無做資料彙整，但判斷應由公判程序之合議庭為之，且於判斷證據能力之有無應考量§158-4 條人權保障及公共利益之均衡（最高法院 93 年度台上字第 664 號判例。）。

②學說不同意見：認為依刑訴法第 273 條第 2 項規定得知，準備程序之功能及目的之一，在於過濾與篩選無證據能力之證據，使得進入公判庭之證據，皆是具有證據能力之證據。目前實務上無法於準備程序中對於證據之有無證據能力問題加以判斷，其最主要原因之一在於：起訴採卷證併送方式；其結果，未來該等證據不論有無被列為聲請調查之對象，所有的卷證早已在法官手中，法官不是不加以判斷，即是等待當事人間之意見表示，當事人間不同意時便全數交由公判庭判斷，使得原本為阻絕無證據能力之證據不讓其進入公判庭之立法設計，其功能全數喪失，對被告而言，準備程序中倘對無證據能力之證據無法完全排除，使心證已受污染之法官對其進行審判程序，讓檢察官與法官成為接續關係，喪失公平審判之機會²。因此，準備程序中之受命法官應確實對於證據有無證據能力作形式判斷，即便是有不服者提出異議、抗告或準抗告等之聲請，亦應為之，不應將有無證據能力之判斷全數推由「合議庭」再作判斷。否則送交合議庭判斷之結果，合議庭勢必將證據之證據能力與證明力一併判斷，而使得證據之證據能力與證明力之觀念混淆³。

三、甲涉妨害性自主而致人於重傷罪嫌，經檢察官提起公訴。地方法院判決甲有罪，量處有期徒刑十年。被害人乙認為量刑太輕，請檢察官上訴，卻因檢察官遲誤上訴期間，致遭高等法院

¹ 黃朝義，修法後準備程序運作之剖析與展望，月旦法學雜誌第113期，2004年10月，頁14。

² 黃朝義，證據能力與證明力之區辨—兼評最高法院九三台上字第六六四號判例等，台灣法學雜誌141期，2009.12.1，頁258。

³ 黃朝義，修法後準備程序運作之剖析與展望，月旦法學雜誌113期，2004年10月，頁16、17。

公職王歷屆試題 (99 司法特考)

判決駁回上訴確定。乙因被性侵而羞憤不已，於得知上訴駁回翌日自殺身亡。如檢察官以乙自殺之事實，主張「發現確實之新證據」為甲不利益聲請再審，試問：應向何法院為之？法院應如何審理？倘若乙並非自殺身亡，而是於判決確定翌日傷重不治，法院對於再審聲請的審理是否有所不同？

【破題解析】

本題涉及再審要件「發現確實之新證據」(§422 ②)之認定。答題方向，主要以實務指稱「新證據」係指「該項證據，事實審法院於判決前因未經發見，不及調查斟酌，至其後始行發見者而言」。倘時間充裕，再輔以學說批評⁴。

【命中特區】

本班教材命中/99 正規班講義書(B)/編號 B9L11/頁 505、501~504、523/高晉編著。【命中率】100%

【擬答】：

系爭案例，聲請再審應向原判決確定之地方法院為之。地方法院應以再審無理由，以裁定駁回。案情改以乙傷重不治，不影響前述答題結論。此外，甲所為該當刑法第 226 條，依題示情節各為第 1 項加重結果犯或第 2 項結合犯，惟無論何者，皆屬訴訟法同一案件，合先敘明。茲以各子題分述理由如下。

(一)檢察官聲請再審，應向地方法院為之：刑事訴訟法(下略)第 426 條第 1 項規定，「聲請再審，由判決之原審法院管轄」。所謂原審級法院指原審級之事實審法院，其判決在第一審確定者，以該判決之第一審法院為原審級法院，其於第一審判決後雖經提起上訴，但因上訴不合法，經第二審法院判決予以判決駁回確定者，由於此一判決是從程序上予以審查，並未涉及實體，故其確定之法院仍為第一審，而非第二審⁵。據此，系爭案例，檢察官遲誤上訴期間，以致高等法院以上訴不合法駁回，原實體判決確定，檢察官欲聲請再審，應向判決確定之地方法院為之。

(二)受理再審之地方法院，應以聲請再審無理由，裁定駁回

1. 聲請再審有無理由：第 434 條第 1 項規定，「法院認為無再審理由者，應以裁定駁回之。」此即管轄法院對於再審之聲請認其合法後，進而實質審查是否具備聲請再審理由，亦即，是否具有第 420 條至第 422 條規定得為再審之原因，其提出之證據能否證明所主張之再審原因確實存在。系爭案情，檢察官向地方法院聲請再審，經過再審程序合法性審查之後，即應進入前述再審實質有無理由之審查，而審查關鍵在於，是否具有第 422 條第 2 款再審原因所稱之「發現確實之新證據」。
2. 發現確實之新證據：系爭案例，所考量之再審原因應指第 422 條第 2 款所稱「發現確實之新證據」是否存在。依歷來實務嚴格見解，「刑事訴訟法再審編所稱發見確實新證據，係指當時已經存在而發見在後或審判時未經注意之證據，且能證明原確定判決所認定之事實為錯誤者而言，與在認定事實後，因以論罪處刑所應依據之法律無涉」⁶。詳言之，所謂發

⁴ 僅舉例，如張淳淙，〈非常上訴與再審之分際〉，《最高法院裁判與法學理論之實踐—最高法院吳啟賓院長退休紀念論文集》，2007年，頁743：「個人認為再審制度既係對認定事實錯誤或不當之確定判決所定之非常救濟程序，基於真實之發現，尤以對受判決人不利益之事實錯誤確定判決，實不應限於判決前存在之證據，即判決確定後新生之證據，更應符合『新證據』之特質，方能使冤抑者得以平反，而事實與證據更屬一體兩面，實不容分割，是不論判決前即已存在之事實或證據而法院未及調查審酌者，或判決後方生之新事實或新證據，為受判決人之利益，應均得為再審之原因。至若為受判決人之不利益聲請再審者，亦可參酌德國之立法例，不宜將新事實、新證據列為再審之事由，方符合再審制度之目的」。

⁵ 林永謀，刑事訴訟法釋論(下)，2007年，頁215-216。

⁶ 65議7：「計程車司機甲因過失撞傷乙，經告訴提起公訴，判處傷害罪刑確定後，乙因該傷死亡，檢察官依刑事訴訟法第422條第2款聲請再審。按刑事訴訟法再審編所稱發見確實新證據，係指當時已經存在而發見在後或審判時未經注意之證據，且能證明原確定判決所認定之事實為錯誤者而言，與在認定事實後，因以論罪處刑所應依據之法律無涉。本題甲以傷害判處罪刑確定前，既無乙死亡之事實，其證據當不存在，即非審判時未經注意之證據。質言之，原判決所認定之事實並無錯誤，自不得因事後發生之事實，聲請再審」；28抗8；35特抗21判例。張淳淙，〈非常上訴與再審之分際〉，《最高法院裁判與法學理論之實踐—最高法院吳啟賓院長退休紀念論文集》，2007年，頁742：「再審新證據之『嶄新性』，是否必須侷限於原審法院判決前即已存在？判決確定後方成立之新證據甚或新事實應否包括在內？德國與法國之規定均包括在內，業如上述。日本實務原認應以判決前已存在，但未能提

公職王歷屆試題 (99 司法特考)

見新證據，係指該證據當時已經存在，為法院及當事人所不及知，不及調查斟酌，至其後始行發見。受理聲請再審之最後事實審法院，應就聲請再審理由之所謂「新證據」，是否具備事實審判決前已經存在，為法院、當事人所不知，事後方行發見，該證據之成立並非在判決確定之後始成立⁷。

依題示，判決確定後，被害人羞憤自殺，被告構成刑法第 226 條第 2 項罪名，固屬訴訟法同一案件，惟依前述實務見解，被害人自殺之新事實係發生在判決確定之後，即不符合發現確實之新證據之嶄新性要件。準此，地方法院應以再審無理由裁定駁回。

(三)被害人傷重不治，不影響前述結論，地方法院仍應以再審無理由，裁定駁回

被害人傷重不治死亡，被告實體法罪名從強制性交致重傷，變更為強制性交致死（參照刑法第 226 條第 1 項）。原判決固然未能切合實體罪名，惟受限於實務嚴格解釋發現確實之新證據，被害人死亡之新事實既然發生在判決確定之後，而非事實審判決當時已經存在，為法院及當事人所不及知，不及調查斟酌，至其後始行發見，故仍不符合新證據之再審原因。因此，地方法院應以再審無理由，裁定駁回。

四、甲是知名整型外科診所醫師。某日，地檢署接獲病患告發，指稱該診所使用未經衛生署核准的藥品及整型技術，多位愛美女士因而毀容或身體不適，檢察官於是展開偵查。檢察官懷疑甲涉嫌重大，但欠缺具體事證，於是先以關係人傳喚甲，打算取供後再行起訴，試問此種偵查作為是否合法？設若病患乙向地檢署告訴甲犯業務過失重傷罪嫌，並經檢察官起訴，審理中，甲抗辯乙之毀容肇因於未定期回診及遵守術後醫囑，非藥品及手術失誤所致。經法院囑託萬芳醫院醫學美容中心鑑定後認為甲確有疏失。甲不服，請求鑑定醫師出庭接受詰問或詢問，試問萬芳醫院得否拒絕？

【破題解析】

依題旨分為兩子題。第一子題涉及證人與被告地位轉換，請特別注意引用 92 台上 4003 判決（完全切合題旨之裁判為 93 台上 2884 判決）。第二子題，乃實務機關鑑定與被告詰問權衝突的固有問題。

【命中特區】

本班教材命中/99 正規班講義書(A)/編號 B9L01/頁 203、204、264/高晉編著。【命中率】100%
本班教材命中/99 正規班講義書(B)/編號 B9L11/頁 20、21、28/高晉編著。【命中率】100%

【擬答】：

第一子題，檢察官以關係人地位傳喚被告，規避被告權利保障，偵查作為違法。第二子題，有無命實際實施鑑定之人到場，法院有依具體個案情節斟酌決定之權，如法院命鑑定人到場，則醫院不得拒絕。各題理由分述如下。

(一)檢察官以關係人身分進行偵查，規避被告權利保障

1. 被告權利保障：刑事被告乃程序主體者之一，有本於程序主體之地位而參與審判之權利，並藉由辯護人協助，以強化其防禦能力，落實訴訟當事人實質上之對等。又被告之陳述亦屬證據方法之一種，為保障其陳述之自由，現行法承認被告有保持緘默之權。故刑事訴訟法（以下略）第 95 條規定：「訊問被告應先告知左列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名，罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。四、得請求調查有利之證據。」此為訊問被告前，應先踐行之法定義務，屬刑事訴訟之正當程序，於偵查程序同有適用。至於偵查中所謂之關係人，並未於刑事訴訟法定明其屬性，惟依現行刑事訴訟法第 287 條之 2 規定：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定」，可知除被告本人在其本人之案件中具有被告之身分外，其餘相關之人，實為人證之身分，如以其之陳述為證據方法，因其並非程序主

出主張，或自始不知其存在，於判決後始發現者為限，但嗣後判例則咸認不論判決前即已存在，或判決後始新發生之證據，均包括在內，從而在判決前已作證之證人，於判決確定後，在訴訟外推翻先前之證言，亦屬之。日本學者採同此見解，甚且主張冒名頂替之有罪受判決人，於判決確定後，得以冒名頂替他人之新證據為再審原因，祇要請求再審時存在之證據，俱屬新證據。然上揭外國立法例及學者與實務見解，俱為我國實務所不採」。

⁷ 98 台抗 521 裁定；98 台抗 320 裁定等等。

體，亦非追訴或審判之客體，除有得拒絕證言之情形外，負有真實陳述之義務，且不生訴訟上防禦及辯護權等問題。

2. 以關係人地位規避被告權利保障：倘檢察官於偵查中，蓄意規避踐行第 95 條所定之告知義務，對於犯罪嫌疑人以關係人或證人之身分予以傳喚，令其陳述後，又採其陳述為不利之證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使，尤難謂非以詐欺之方法而取得自白。此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除。如非蓄意規避上開告知義務，或訊問時始發現關係人或證人涉有犯罪嫌疑，卻未適時為第 95 條之告知，即逕列為被告，提起公訴，其因此所取得之自白，有無證據能力，仍應權衡個案違背法定程序之情節、侵害被告權益之種類及輕重、對於被告訴訟上防禦不利益之程度、犯罪所生之危害或實害等情形，兼顧人權保障及公共利益之均衡維護，審酌判斷之⁸。

據此，檢察官懷疑甲涉嫌重大，甲之被告地位即已形成，檢察官仍以關係人身分傳喚甲，意圖取供後再行起訴，根據前述說明，此偵查行為違法。

(二)如法院命鑑定人到場，則醫院不得拒絕

1. 機關鑑定：根據實務歷來見解，法院依第 208 條規定囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定時，只須其以言詞或書面提出之鑑定報告，符合第 206 條第 1 項、第 208 條所規定之形式要件，即具有證據能力，此即屬於第 159 條第 1 項所稱「法律有規定」之特別情形。而受託從事鑑定之機關、團體提出之鑑定報告，其證明力如何，則由法院本於確信自由判斷，如其所為判斷，並不違背經驗法則及論理法則，即不得指為違法。
2. 鑑定人到場義務：法院囑託機關或團體為鑑定時，為探求真實及究明鑑定經過，固得依第 208 條第 1 項後段規定，命實際實施鑑定之人到場，就鑑定之相關事項，以言詞報告或說明，此時受託之鑑定機關、團體即應提供實施鑑定之人之身分資料，以供法院通知其到庭踐行調查程序。惟有無命實際實施鑑定之人到場，以言詞報告或說明之必要，事實審法院自有依具體個案情節斟酌決定之權。若法院認鑑定機關、團體所提之書面鑑定報告，內容完備而明確，別無傳喚實施鑑定之人為言詞報告或說明之必要，此時即使鑑定機關、團體未提供或揭露實施鑑定之人之身分資料，亦與該鑑定報告有無證據能力及證明力如何之判斷無關。

儘管上述實務見解備受學界質疑⁹，實務依然無意變更¹⁰。據此，如依實務作法，唯有在法院認定確有必要傳喚鑑定人到場之時，醫院方不得拒絕。

⁸ 其他判決如，92台上4003判決：「刑事被告乃程序主體者之一，有本於程序主體之地位而參與審判之權利，並藉由辯護人協助，以強化其防禦能力，落實訴訟當事人實質上之對等。又被告之陳述亦屬證據方法之一種，為保障其陳述之自由，現行法承認被告有保持緘默之權。故刑事訴訟法第95條規定（略）此為訊問被告前，應先踐行之法定義務，屬刑事訴訟之正當程序，於偵查程序同有適用。至證人，僅以其陳述為證據方法，並非程序主體，亦非追訴或審判之客體，除有得拒絕證言之情形外，負有真實陳述之義務，且不生訴訟上防禦及辯護權等問題。倘檢察官於偵查中，蓄意規避踐行刑事訴訟法第95條所定之告知義務，對於犯罪嫌疑人以證人之身分予以傳喚，命具結陳述後，採其證言為不利之證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使，尤難謂非以詐欺之方法而取得自白。此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除。如非蓄意規避上開告知義務，或訊問時始發現證人涉有犯罪嫌疑，卻未適時為刑事訴訟法第95條之告知，即逕列為被告，提起公訴，其因此所取得之自白，有無證據能力，仍應權衡個案違背法定程序之情節、侵害被告權益之種類及輕重、對於被告訴訟上防禦不利益之程度、犯罪所生之危害或實害等情形，兼顧人權保障及公共利益之均衡維護，審酌判斷之」；96台上1723判決。

⁹ 張麗卿，〈醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例〉，《月旦法學雜誌》，106期，2008年6月，頁77：「鑑定被告並非特別不可信，只是在保障當事人對質詰問權的前提下，因醫療糾紛而由機關鑑定作成鑑定報告，並不適合作為傳聞例外之一種。鑑定人或許有各種實際上不願出庭的理由，但都不是釋字第582號所說的『客觀上不能受詰問』的情形。因此，無論是依立法理由或最高法院的解釋，從落實釋字第582號解釋的精神言，機關鑑定的報告都不應用來取代鑑定人的當庭證言」；李佳玟，〈檢察一體原則與鑑定報告的證據能力—評最高法院95年度台上字第6648號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，149期，2007年10月，頁258：「此種規定方式，仍使得法院仍有權駁回被告的傳喚鑑定人到庭詰問的聲請，若是屬於刑事被告的基本人權，只有被告本人能夠決定如何處置，而不是讓法院依情況代替其決定。不能由被告自己決定是否行使的權利，便不是被告的權利」。

¹⁰ 類此裁判眾多，如99台上2578號判決；99台上1881判決等等。