

## 110 年公務人員高等考試三級考試試題

類 科：法律廉政

科 目：刑事訴訟法

一、司法警察官據報而查獲甲非法持有毒品一小包而逮捕之，甲矢口否認有何施用毒品犯行，拒絕解尿，警方不得已逕帶甲至醫院，委請醫生以導尿方式，採取甲之尿液送驗，鑑定報告記載尿液呈現毒品陽性反應，檢察官偵查終結，對甲提起公訴。試問該尿液及其所衍生之鑑定報告，有無證據能力？(25 分)

【擬答】：

(一)本案司法警察官委請醫生以合於醫學方式進行導尿之方式所得尿液，依實務見解仍屬合法所得之證據，有證據能力，以下論證之。

1.按刑事訴訟法(以下同)第 205 條之 2 規定，偵查輔助機關因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。

2.題示情形，司法警察官因查獲甲非法持有毒品而逮捕，應屬本法第 88 條第 2 項之現行犯逮捕，且逮捕之案由既為持有毒品，應可認有相當理由採取尿液得作為犯罪之證據，似得依上開規定合法採取甲之尿液。惟第 205 條之 2 僅規定合於法定要件時，得採取尿液，但就採取之方式並無明文，則是否得以強制導尿之方式施行，學說與實務有不同之見解，說明如下：

(1)有見解認為，基於舉輕明重之法理，現行法第 205 條之 2 尚不允許偵查輔助機關以穿刺性之方式抽取血液，更遑論對人性尊嚴及身體健康侵害更為嚴重之導尿手段，是以，司法警察官依第 205 條之 2 所得職權進行蒐證之範圍僅限「非侵入處分」。

(2)惟實務見解認為，強制採取尿液係屬侵入身體而作穿刺性或侵入性之身體採證，尤須無致犯罪嫌疑人或被告生命危險或嚴重損及健康之虞，且僅得由專業醫師或熟習該技能者，遵循醫術準則，採用醫學上認為相當之方法行之。是以，由上開實務見解可知依本法第 205 條之 2 所為之強制採尿行為，若非偵查輔助機關自行所為，而是以醫療專門人員踐行醫學方式為之，則尚屬合法。

(3)故依上揭實務見解，本案司法警察官於合法逮捕甲後，認有相當理由採得尿液得作為證據，並委請醫生以合於醫學方式進行導尿所得之尿液，應屬合法所得之證據，有證據能力。

(二)本案鑑定報告屬傳聞證據，且非經檢察官或法官所合法選任，不合於嚴格形式性之要求，非屬法定傳聞例外，除經當事人依本法第 159 條之 5 同意其做為證據外，原則上無證據能力。

1.刑事訴訟法上之鑑定，係憑藉具專業領域上學識、技術、經驗、訓練或教育之第三人或機關、團體，就鑑定事項陳述或報告其專業意見，以輔助法院就特定證據問題加以判斷。而關於鑑定人之適格，本法非如英美法制係由當事人自行委任專家證人鑑定，猶須於訴訟程序中審究鑑定人適格與否。是以本法第 198 條定有授權選任鑑定人之明文，為嚴格形式性之限制，即僅限於由審判長、受命法官或檢察官選任之鑑定人或鑑定機關、團體，方屬適格鑑定人。

2.此外，被告以外之人於審判外所為之言詞或書面陳述，檢察官提出用以證明陳述之內容為真實，屬傳聞證據，原則應排除，僅合於法定例外時有證據能力，而依本法所為之鑑定報告即屬法律另有規定之例外。

3. 惟實務見解認為，由前開第 198 條與第 208 條之規定可知。僅限於鑑定人或鑑定機關、團體，係由法院、審判長、受命法官或檢察官所選任、囑託，並依同法第 206 條第 1 項之規定提出鑑定報告，方屬第 159 條第 1 項所定得為證據之『法律有規定』之情形，而賦予其證據能力。
4. 本案情形，是由司法警察官逕送請鑑定，與本法第 198 條、第 208 條之選任鑑定有悖，不合於嚴格形式性之要求，該鑑定報告仍為被告以外之人與審判外之陳述，屬傳聞證據，且非屬前開「法律有規定」之例外情形，除經本案當事人依本法第 159 條之 5 同意其證據能力者外，原則上無證據能力。

二、被害人經法院准許參與訴訟程序時之本人與代理人、自訴人為受判決人之不利益而聲請再審時，以及被告於判決確定後為請求檢察總長提起非常上訴時，有無卷證資料獲知權？(25 分)

【擬答】：

(一) 卷證資訊獲知權之意義

憲法第 16 條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括被告卷證資訊獲知權，俾受公平審判之保障。據此，刑事案件審判中，原則上應使被告得以適當方式適時獲知其被訴案件之卷宗及證物全部內容，是以，刑事訴訟法（以下同）第 33 條參酌釋字 762 號解釋意旨予以修正，以明被告所享有之卷證資訊獲知權，先予敘明。

(二) 訴訟參與本人與代理人之卷證資訊獲知權

1. 訴訟參與人雖非本案當事人，然其與審判結果仍有切身利害關係，為尊重其程序主體地位，並使其得以於訴訟進行中有效行使其權益，實有必要使其獲知卷證資訊之內容。
2. 又訴訟參與人選任代理人原則上應以律師充之，但審判中經審判長許可者，亦得選任非律師為代理人。律師具備法律專業知識，且就業務之執行須受律師法有關律師倫理、忠誠及信譽義務之規範，賦予其就卷宗及證物檢閱、抄錄、重製或攝影之權利，除使代理人瞭解案件進程度、卷證資訊內容，以維護訴訟參與人權益外，更可藉由獲知卷證資訊而充分與檢察官溝通，瞭解檢察官之訴訟策略。
3. 是以，刑事訴訟法（以下同）增訂第 455 條之 42，參考同法第 33 條之立法模式獨立明定訴訟參與人及其代理人（律師）之卷證資訊獲知權。

(三) 自訴人為受判決人之不利益聲請再審

1. 按為受判決人之不利益聲請再審，得由自訴人為之，本法第 428 條定有明文。
2. 次按，本法第 33 條關於卷證資訊獲知權之規定，於再審之情形準用之，本法第 429 條之 1，亦有明文。蓋聲請再審無論基於何種事由，接觸並瞭解相關卷證資料，與聲請再審是否有理由，以及能否開啟再審程序，均至關重要。本法修正前並未明文規定聲請權人之卷證資訊獲知權，致生適用上之爭議，規範尚有未足，爰增訂 429 條之 1 第三項，俾聲請權人或代理人得以聲請再審為理由以及在聲請再審程序中，準用第 33 條之規定，向法院聲請獲知卷證資訊。
3. 是以，自訴人依法既得為受判決人之不利益聲請再審，依上揭說明，得依本法第 429 條之 1 準用第 33 條主張有卷證資訊獲知權。

(四) 被告於確定判決後為請求檢察總長提起非常上訴，依晚近實務見解，應得類推適用本法第 33 條之規定，主張卷證資訊獲知權。

1. 判決確定後，無辯護人之被告得否以聲請非常上訴之理由聲請閱卷，現行法雖無明文，然刑事訴訟程序，與基於罪刑法定原則而禁止類推適用的實體法不同，在法無明文規定而存有法

律漏洞的情形，如與現行明文規定的規範目的具備類似性時，尚非不得以類推解釋之方式擴張或減縮其適用範圍。

2. 則現行刑事訴訟法未賦予被告得請求付與卷內筆錄以外之卷宗及證物影本之權利（即卷證資訊獲知權），係妨害被告防禦權之有效行使，於此範圍內，與憲法第 16 條保障訴訟權之正當法律程序原則意旨不符等旨，此業經司法院釋字第 762 號解釋在案。
3. 是以，判決確定後之被告，如有聲請非常上訴等訴訟上之需求，依上開解釋意旨之規範目的予以類推，其卷證資訊獲知權亦應等同於審判中之被告，始符合憲法保障被告訴訟權之意旨。
4. 是以，被告於確定判決後為請求檢察總長提起非常上訴，依晚近實務見解，應得類推適用本法第 33 條之規定，主張卷證資訊獲知權。

三、甲同時竊取 A 所有之金碗及銀碗各一個，A 誤以為只有金碗遭竊，只就甲竊取金碗罪嫌，提出告訴，經檢察官對甲竊取 A 金碗罪嫌，作成緩起訴處分。在緩起訴期間內，A 另發現甲亦同時竊取銀碗，乃就甲竊取銀碗部分提出告訴，檢察官查明屬實，起訴被告甲犯有竊盜銀碗罪嫌。試問檢察官之起訴是否合法？對緩起訴處分部分有無影響？(25 分)

【擬答】：

檢察官另就竊取銀碗之部分屬合法起訴，法院自應予以受理、審判且本案件甲竊取銀碗之部分，因與金碗為一案件，則一部起訴效力及於全部，金碗之部分將受起訴效力所及，原所受之緩起訴處分，當然失效，以下論證之：

- (一)按刑事訴訟法（以下同）第 260 條規定，於緩起訴處分期滿未經撤銷者，非有同條第一款或第二款情形之一，不得對於同一案件再行起訴，即學理上所稱之實質確定力。足見在緩起訴期間內，尚無實質確定力可言。
- (二)且依上揭第 260 條第 1 款規定，於不起訴處分確定或緩起訴處分期滿未經撤銷者，仍得以發現新事實、新證據為由，對於同一案件再行起訴。此所謂新事實、新證據，即指在原處分確定前，未經發現，屬於原處分採證認事所憑證據及所認事實範圍以外之新事實、新證據而言。
- (三)是本於同一法理，在緩起訴期間內，其效力未定，倘發現新事實、新證據，而認已不宜緩起訴，又無同法第 253 條之 3 第 1 項所列得撤銷緩起訴處分之事由者，自得就同一案件逕行起訴，原緩起訴處分並因此失其效力。復因與本法第 260 條所定應受實質確定力拘束情形不同，當無所謂起訴程序違背規定之可言，法院對此另行起訴之案件，自應予以受理、審判，並有同法第 267 條所定關於起訴不可分原則之適用（最高法院 94 台非 215 號判例意旨參照）
- (四)本案情形，檢察官就甲竊取金碗之部分作成緩起訴處分，於緩起訴期間經 A 另行提告，檢察官方知甲竊取銀碗之事實，屬於原處分採證認事所憑證據及所認事實範圍以外之新事實、新證據。故依前開實務見解，因尚處於原處分之緩起訴期間，尚無實質確定力可以，檢察官發現銀碗之新事實，自得逕為起訴，並無違法。
- (五)題示情形，甲以接續一行為犯一罪，侵害一法益（均為 A 之財產監督權），屬刑法上一罪，訴訟法上為一案件，具不可分性。而承前開實務見解所述，檢察官另就竊取銀碗之部分屬合法起訴，法院自應予以受理、審判，並有本法第 267 條所定關於起訴不可分原則之適用，則本案件甲竊取銀碗之部分，因與金碗為一案件，則一部起訴效力及於全部，金碗之部分將受起訴效力所及，則原緩起訴處分即當然失效。
- (六)另有學說見解認為，於緩起訴期間內發現新事實、新證據，於現行法並無規範應如何處理，屬於法律漏洞，應優先考量類推適用類似之規範處理，即刑法第 253 條之三關於撤銷之規定。由於緩起訴處分乃一被告信賴之外觀，且未撤銷前其存效之外觀仍然存在，被告可能信賴此一



外觀而為行止，故自應先為撤銷，後再重為起訴，亦值參考，並予敘明。

四、甲同時竊取甲之父親 A 及其友人 B 二人財物，B 先向檢察官提出告訴，經檢察官於 6 月 6 日偵查終結對甲作成緩起訴處分，緩起訴期間自 8 月 8 日起算。惟 A 另於 7 月 7 日委託律師對甲自訴竊盜罪嫌，試問法院應如何處理？(25 分)

【擬答】：

依實務見解，刑事訴訟法第 323 條第 1 項但書應現縮解釋，限於偵查終結後，A 縱為告訴乃論罪之直接被害人，仍不得再對甲自訴，縱有提起，法院亦應諭知自訴不受理判決，論證如下：

(一)按修正前之刑事訴訟法第 323 條第 1 項原係規定「同一案件經檢察官終結偵查者，不得再行自訴」，嗣修正為「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」，依修正後但書規定，告訴乃論之罪之直接被害人提起自訴時，雖不受檢察官就同一案件開始偵查即不得再行自訴之限制，惟前開修正之立法目的，在於強調公訴優先原則，避免自訴人「利用自訴干擾偵查」或「利用告訴再改提自訴以恫嚇被告」。並非擴大自訴權行使之範圍，此由修正前、後之法條文義對照觀之甚明。

(二)詳言之，在本條項修正前，同一案件經檢察官終結偵查者，即不得再行自訴，而修正後刑事訴訟法第 323 條第 1 項但書固未就告訴乃論之罪，依其提起自訴之時間在偵查終結前、後而分別規定或異其效果，然同條第 2 項規定則係就尚未偵查終結之情形而言，且為維護程序之穩定，自應解為告訴乃論之罪之被害人，於檢察官「偵查終結」後，不得再行自訴，始符本條項修正之立法意旨。

(三)而所謂開始偵查與否，實務見解認為，應就其實質行為而定，不因簽分案號或偵查結果而有不同。至於同一案件則係指同一被告所為之同一犯罪事實，其中就同一犯罪事實之認定，包含事實上同一與法律上同一（即刑法上一罪），雖有學說見解認為，偵查中因尚未起訴，故無法律上同一之概念，惟並未為實務見解所採，並予敘明。

(四)題示情形，甲同時竊取 AB 兩人財物之舉，屬一行為犯數罪，侵害數法益，應論以想像競合，屬法律上同一，又均以甲為被告，故甲竊取 A 財物與竊取 B 財物之案件應屬同一案件。故本案 B 先向檢察官提告後，該案件即屬已經開始偵查，原不得再為自訴，雖同條但書規定，告訴乃論之罪，經犯罪之直接被害人提起自訴者，且本案甲對 A 所犯乃刑法親屬間竊盜，屬相對告訴乃論之罪，惟依前揭實務見解之意旨，323 條第 1 項但書規定之適用，應予以現縮，亦即本案檢察官就甲行竊 B 之部分既以已「偵查終結」後，則就行竊 A 之部分，縱由告訴乃論罪之直接被害人 A 提起自訴，仍不合法，屬不得提起自訴之案件而自訴之情形，本案法院應依本法第 334 條之規定為不受理判決。