

《刑事訴訟法》

一、甲因詐欺案件經法院發布通緝，經司法警察乙逮捕而附帶搜索甲之身體，扣得毒品一小包，乙經查詢得知甲有施用毒品前科，於甲拒絕自行解尿之際，乙乃將甲帶往醫院委請醫師對甲強制導尿而採取之，並將尿液送請鑑定，得有尿液呈毒品陽性反應之鑑定報告一份。試問：(每小題 25 分，共 50 分)

(一)甲經警逮捕而接受調查時，甲選任律師 A 為辯護人，A 對司法警察之詢問甲及命甲自行解尿，不斷異議，司法警察乙乃禁止 A 在場。甲及 A 對司法警察乙之禁止處分，得如何救濟之？

(二)檢察官依據甲之尿液及鑑定報告而起訴甲犯有施用毒品罪嫌，依目前最高法院判決的見解，法院應如何判決？

命題意旨	憲法法庭之判決。
答題關鍵	本題為標準實務見解之考題，因此解題之重點務必論述 111 年憲判字第 7 號判決意旨，再本於該判決意旨為答案之論述。
考點命中	《刑事訴訟法考點透析》，高點文化出版，劉睿揚律師編著，頁 16-2 至 16-5。

【擬答】

題示問題，分別回答如下：

(一)甲及 A 對司法警察乙之禁止處分，得提起準抗告

按 111 年憲判字第 7 號判決揭櫫：「刑事訴訟法第 416 條第 1 項及其他規定，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，禁止或限制辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分，未賦予被告、犯罪嫌疑人或其辯護人享有向法院聲明不服、請求救濟之機會，於此範圍內，與有權利即有救濟之憲法原則不符，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。相關機關應於本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨修正刑事訴訟法，妥為規定。於完成修法前，**被告、犯罪嫌疑人或其辯護人，得準用刑事訴訟法第 416 條所定程序，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，所為限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場、筆記或陳述意見之處分，聲請所屬法院撤銷之。**」

(二)準此，A 對司法警察之詢問甲及命甲自行解尿，不斷異議，司法警察乙乃禁止 A 在場之處分，依上開憲法法庭判決之意旨，應認於完成修法前，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人，得準用刑事訴訟法第 416 條所定程序，惟需特別強調者係有論者認為，上開憲法法庭之判決因受限於原因案件係發生於檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人，故判決主文僅論及檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人時，而關於檢察事務官、司法警察官或司法警察開始調查被告或犯罪嫌疑人時，亦有可能發生刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書所定之檢察事務官、司法警察官或司法警察對偵查中辯護人限制或禁止處分之爭議，現行刑事訴訟法第 416 條對此警詢階段所發生之限制或禁止處分情形卻無救濟之規定，當有違反有權利即有救濟之憲法原則(參照憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決林俊益協同意見書意旨)，故本文認為於現行法有漏洞之情況下，本於有權利即有救濟之憲法原則，應類推適用刑事訴訟法第 416 條第 1 項之規定，就司法警察依同法第 245 條第 2 項但書規定，所為限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場或陳述意見之處分，聲請所屬法院撤銷之。

(三)檢察官依據甲之尿液及鑑定報告而起訴甲犯有施用毒品罪嫌，法院應為無罪之判決。

1.按 111 年憲判字第 16 號判決揭櫫：「一、刑事訴訟法第 205 條之 2 規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察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，……有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據時，並得採取之。」**係就檢察事務官、司法警察官或司法警察以非侵入性方式採取尿液而為規範。**惟其規定不符憲法正當法律程序原則之要求，牴觸憲法第 22 條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨，應自本判決公告之日起，至遲於屆滿 2 年時失其效力。又本判決公告前，已依上開規定採取尿液而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理。二、相關機關應自本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨妥適修法；自本判決公告之日起至完成修法前，檢察事務官、司法警察官或司法警察依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之；情況急迫時，得依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液，並應於採尿後 24 小時內陳報該管檢察官許可；檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。」

- 2.經查，本題乙乃將甲帶往醫院委請醫師對甲強制導尿而採取之，顯係已侵入性方式採取尿液，已違反上開憲法法庭判決之意旨，故依照刑事訴訟法第 158 條之 4，應認該尿液之取證已不符憲法正當法律程序原則之要求，牴觸憲法第 22 條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權，是該尿液及鑑定報告當無證據能力，是，且依據刑事訴訟法第 198 條之規定，不論鑑定人或鑑定機關、團體，**固均應由法院、審判長、受命法官或檢察官視具體個案之需要而為選任、囑託**，並依第二百零六條之規定，提出言詞或書面報告，始符合同法第一百五十九條第一項所定得作為證據之「法律有規定」之情形(最高法院刑事判決九十九年度台上字第八四號意旨參照)，本題意係屬於司法警察選任，故該鑑定報告非傳聞例外，自無證據能力。
- 3.綜上，檢察官依據甲之尿液及鑑定報告而起訴甲犯有施用毒品罪嫌，法院應為無罪之判決。

二、甲告乙犯傷害罪嫌，經檢察官 A 偵查終結，處分不起訴，甲不服而聲請再議，亦遭高等檢察署檢察長以再議無理由而駁回之。甲再委任律師向該管法院聲請准許提起自訴，經法院 B、C、D 法官組成合議庭，裁定准許甲提起自訴。甲乃委任律師自訴乙犯傷害罪嫌，經地方法院判決乙傷害罪刑，乙明示僅以第一審判決未為緩刑之宣告為由，向高等法院提起上訴。試問：

(一)如檢察官 A 轉任為法官，A 法官、B 法官可否參與乙傷害案件之審判？(20 分)

(二)高等法院對乙之上訴，其審判範圍為何？如乙傷害案件經判決罪刑確定，乙擬聲請再審，應向何法院聲請再審？B 法官可否參與乙聲請再審案件之審判？(30 分)

命題意旨	最新修法、上訴範圍、迴避。
答題關鍵	本題為跨章節之考題(涉及迴避、上訴範圍、再審之程序)，且亦考出最新修法(印證老師於課堂上所說，最新修法務必掌握)，答題方向除了引用條文之外，若有涉及相關之實務見解務必引述於答題中，此題亦涉及 112 年憲判字第 14 號判決之意旨。
考點命中	《刑事訴訟法考點透析》，高點文化出版，劉睿揚律師編著，頁 3-2 至 3-4、24-20 至 24-21。

【擬答】

題示問題分別回答如下：

(一)A 以及 B 不得參與乙傷害案件之審判。

- 按刑事訴訟法第 17 條第 7 款之規定：「法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：七、法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者。」及同法第 258 條之 4 條第 2 項之規定：「參與准許提起自訴裁定之法官，不得參與其後自訴之審判。」
- 準此，本件檢察官 A 曾對乙之傷害罪案件為不起訴處分，故如檢察官 A 轉任為法官，則因其曾執行檢察官之職務者，故應自行迴避；又甲再委任律師向該管法院聲請准許提起自訴，經法院 B、C、D 法官組成合議庭，裁定准許甲提起自訴，應 B 法官曾參與准許提起自訴裁定，依上開之規定，當不得參與其後自訴之審判。

(二)高等法院對乙之上訴，其審判範圍應僅及於緩刑宣告是否妥當之部分，不及於罪名(犯罪事實)之部分。

- 按刑事訴訟法第 348 條規定：(第 1 項)上訴得對於判決之一部為之。(第 2 項)對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。(第 3 項)上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。又該立法理由認為**為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。**
- 準此，依多數學說之見解，及本於上開條文修法後之立法意旨(理由)，應認乙既然已經明示僅以**第一審判決未為緩刑之宣告為由，向高等法院提起上訴，則**本件上訴範圍自只限於原判決是否應為緩刑宣告(即緩刑宣告是否妥適)，被告未表明上訴之認定犯罪事實(即原判決之論罪)、等其餘部分，均不在上訴範圍。

(三)乙傷害案件經判決罪刑確定，乙應向何高等法院聲請再審，又 B 法官不得參與乙聲請再審案件之審判。

- 學者認為就第一審判決科刑，如未宣告緩刑部分提起一部上訴，於第二審全案確定後，其再審管轄法院，應係屬於最後事實審之法院(即第二審法院)，至於論罪部分(即本題中之傷害罪之部分)雖然在第一審已經發生既判力，但僅具內部拘束效力，無訴訟對外效力，又同一案件係於第二審判決後始產生整體既判力而且部分事實(即本題中是否宣告緩刑之部分)亦是於第二審確定，故第二審法院當然係屬於本案之最後事實審法院，應向第二審法院聲請再審。**【林鈺雄，月旦法學教室第 247 期，2023 年 5 月，第 25 頁參照】**
- 又，依據實務見解及 112 年憲判字第 14 號判決揭櫫：「法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常

上訴之刑事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判程序）或非常上訴程序，應自行迴避，不得參與審判。刑事訴訟法未明文規定上開法官迴避事由，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有違。有關機關應於本判決公告之日起 2 年內，於刑事訴訟法明定上開法官迴避事由。於修法完成前，刑事訴訟再審及非常上訴程序之新收與繫屬中案件，審理法院應依本判決意旨辦理。」準此，本於上開之憲法法庭之意旨及公平審判之理念，應認 B 法官可不得參與乙聲請再審案件之審判。

高點 · 高上

【版權所有，重製必究！】