

## 新聞放大鏡 ①

## 「大麻」煩之實體法與程序法問題

編目：刑事法

## 【新聞案例】

2014年8月14日台灣藝人柯○東及香港藝人房○名因涉嫌施用毒品大麻，於北京東城區被大陸地區北京公安查獲，經檢查二人尿液呈現大麻類陽性反應，公安於房○名住所查獲大麻百餘克，其中房○名可能涉及大陸地區刑法，柯○東則被行政拘留於大陸地區北京公安東城分局。同月18日晚間柯○東所屬之台灣經紀公司召開記者會，坦承柯○東於中國大陸施用大麻並被行政拘留共計14日。

嗣柯○東返台後，伊於9月1日上午赴台灣台北地方法院檢察署接受調查，除調查毒品來源外，亦採集毛髮、尿液等檢體為毒品反應鑑定。承辦檢察官將依上開尿液、毛髮等檢體鑑定報告、大陸地區公安調查報告等書面資料作為後續處分之依據。

## 【重點提示】

本則時事新聞之行為人柯○東，倘經檢察官偵查、起訴，案件繫屬於臺灣臺北地方法院後，於法院審理期間可能遇到何種刑事實體法及程序法上問題。

於實體法上，涉及行為人是否違反毒品危害防制條例第10條第2項施用第二級毒品大麻。因毒品危害防制條例並不在此次律師、司法官二試考試大綱範圍，因此不花篇幅敘述。除毒品危害防制條例問題外，實體法上亦涉及中華民國人民在中華民國領域外犯罪，是否應適用我國刑法規定處罰之問題（刑法第5條以下）；惟本案行為人柯○東係於大陸地區施用第二級毒品，是否仍有我國刑法適用，必須討論。

另外，本案最重要的爭點在於程序法，亦即大陸地區公安所製作之文書筆錄於我國刑事訴訟程序中是否具有證據能力？是否屬於傳聞證據而依刑事訴訟法第159條第1項之規定無證據能力？若認其性質屬於傳聞證據，是否得適用傳聞例外而使其例外具有證據能力？大陸地區公安蒐集之證物（例如：大麻、吸食器等）於法院審理中應如何提示？

柯○東返抵我國接受臺灣臺北地方法院檢察署調查，所採取尿液、毛髮之程序應遵守何種規範？若違反相關規範，所採取之尿液、毛髮檢體等是否具有證據能力？

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

## 【考點剖析】

## 一、刑法屬地主義

刑法第3條前段規定：本法於中華民國領域內犯罪者，適用之，即所謂刑法之屬地主義。換言之，凡在本國領域內發生之犯罪，不論行為人或被害人係本國人或外國人，均應適用我國刑法處斷（100台上2902決）。除屬地原則外，我國兼採屬人原則、國旗原則、保護原則以及世界法原則。

就中華民國人民於中華民國領域外施用毒品，是否有我國刑法之適用？刑法在中華民國領域外犯罪之適用，於被告行為後，新法將刑法「鴉片罪」之規定，已修正改列為同條第8款「毒品罪。但施用毒品及持有毒品、種子、施用毒品器具罪，不在此限」，修正後之刑法將在中華民國領域外施用毒品之行為予以排除，不適用刑法之規定，是比較新舊法之結果，以修正後之法律對被告較有利。準此，依修正後刑法第5條第8款之規定，被告於出境後，在中華民國領域外施用第一級毒品海洛因之行為，則無刑法之適用（臺高院95毒抗349裁）。必須注意的是，中華民國人民於大陸地區施用毒品，實務見解認為大陸地區屬於中華民國之領土，仍應適用我國刑法處罰。例如：臺高院99毒抗161裁認為，依中華民國憲法第4條：「中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。」而國民大會亦未曾為變更領土之決議。又中華民國憲法增修條文第11條復規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」且臺灣地區與大陸地區人民關係條例第2條第2款更指明：「大陸地區：指臺灣地區以外之中華民國領土。」揭示大陸地區仍屬我中華民國之領土，該條例第75條復規定：「在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，雖在大陸地區曾受處罰，仍得依法處斷。但得免其刑之全部或一部之執行。」據此，大陸地區現在雖因事實上之障礙為我國主權所不及，但在大陸地區犯罪，仍應受我國法律之處罰，即明示大陸地區猶屬我國領域，並未對其放棄主權（89台非94決、90台上705決意旨參照）。

因此，柯○東係於大陸地區施用第二級毒品，依照上開實務見解，大陸地區猶屬中華民國領土<sup>註1</sup>，於大陸地區施用第二級毒品，依刑法第3條前段之規定，應認伊係於中華民國領域內犯之，而應適用我國刑法處罰。

<sup>註1</sup> 至於此一見解是否符合台灣與大陸之現狀，則係另一問題而有待討論。

## 【精選試題—101年四等書記官】

甲為我國國民，至日本留學期間，因愛慕同為從臺灣至日本留學的乙女，向其索愛不成，遂趁乙不注意時以水果刀將其刺死。甲在日本被判殺人罪，服刑期滿返臺後，我國法律是否得再對甲進行追訴？（25分）

甲犯刑法第271條故意殺人罪返台後，仍得依照刑法第7條對其追訴，不過甲之刑期因已於日本全部執行完畢，得依照刑法第9條免其刑之全部或一部之執行。

## 二、境外文書之證據能力

## (一)實務見解

首先，境外文書之證據能力為何？實務見解認為，**刑事訴訟法第159條之4第1款**所稱公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，此所謂「公務員」，係指本國公務員而言，並不包括外國公務員在內。故法院若欲採用外國公務員所製作之文書作為犯罪之證據，而當事人對該項文書之證據能力發生爭議者，應適用**同法第159條之4第3款**之規定，審酌其是否在「可信之特別情況下」所製作之文書，以作為判斷有無證據能力之基礎，並應將其依據上述規定審酌之具體情形及其結論於判決理由內加以論述說明，始為適法（98台上648決）。

至於，本案房○名於大陸地區施用第二級毒品大麻，受大陸地區北京公安東城分局公安調查，該調查所為之陳述經載明於筆錄或書面，於我國法院審理柯○東案中是否具有證據能力？

針對大陸地區公安所製作之調查筆錄是否具有證據能力之問題，實務見解認為，中國大陸地區公安機關所製作之證人筆錄，為被告以外之人於審判外所為之書面陳述，屬傳聞證據，除非符合傳聞法則之例外，不得作為證據，而該公安機關非屬我國偵查輔助機關，其所製作之證人筆錄，不能直接適用**刑事訴訟法第159條之2**或**同條之3**之規定，而**同法第159條之4第1款**之公務員，僅限於本國之公務員，且證人筆錄係針對特定案件製作，亦非屬**同條第2款**之業務文書，但如於可信之特別情況下所製作，自得逕依**本條第3款**之規定，判斷其證據能力之有無。至於該款所稱之「可信之特別情況下所製作」，自可綜合考量當地政經發展情況是否已上軌道、從事筆錄製作時之過程及外部情況觀察，是否顯然具有足以相信其內容為真實之特殊情況等因素加以判斷（100台上4813決）。

申言之，海峽兩岸關係協會與海基會於九十八年四月二十六日共同簽訂公

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

布之「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」第三章「司法互助」第八點第一項關於「調查取證」規定：「雙方同意依己方規定相互協助調查取證，包括取得證言及陳述；提供書證、物證及視聽資料；確定關係人所在或確認其身分；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等」。依此互助協議之精神，我方既可請求大陸地區公安機關協助調查取證，以作為司法上之用途，即有承認大陸公安機關調查所取得之證據，可依我國法律承認其證據能力之意思。雖大陸地區公安機關偵查人員非屬我國司法警察或司法警察官，然其係大陸地區政府依法任命而具有偵查犯罪權限之公務員，依上述互助協議規定，復有協助我方調查取證之義務，則大陸地區公安機關之偵查人員依其職權或基於上述互助協議而為刑事上之調查取證，在地位與功能上實與我國司法警察或司法警察官依職權調查證據無異。且目前兩岸文化、經濟交流日漸頻繁，跨越兩岸之犯罪事件亦層出不窮（例如：犯罪行為地、結果發生地或犯人所在地分別在兩岸），亟須兩岸合作共同打擊犯罪，以維護兩岸交流與人民安全。若大陸地區公安機關偵查人員依職權或依前述互助協議所調查之傳聞證據，或製作之證明文書及紀錄文書，僅因其不具我國司法警察或司法警察官之身分，而認不得適用刑事訴訟法第159條之2、之3或之4關於傳聞證據例外具有證據能力之規定，致妨礙事實之發現，而無法為公正之裁判，無異鼓勵犯罪，而危害兩岸交流與人民安全。故刑事訴訟法第159條之2、之3關於「司法警察官或司法警察」之規定，自有依時代演進及實際需求而為適當解釋之必要。從而，原判決理由謂被告以外之人於大陸地區公安機關偵查員調查時所為之陳述，經載明於筆錄或書面紀錄（屬傳聞證據），而為證明犯罪事實存否所必要者，認可類推適用刑事訴訟法第159條之2或同條之3之規定，以決定其證據能力，依上述說明，尚非全無見地（101台上900決）。

準此，針對境外文書，是否具有證據能力問題，實務見解原則上認為，為保障被告的反對詰問權，必須於審判中傳喚該製作文書之人到庭依法詰問，不得逕認該境外文書具有證據能力；惟該人於審判中確有無法到庭之情況，實務見解則多以刑事訴訟法第159條之4第3款認其為必須於「可信之特別情況下所製作」之積極要件，方屬於傳聞例外而有證據能力。至於大陸地區公安所製作之調查筆錄則可類推適用刑事訴訟法第159條之2或同條之3之規定，以決定其證據能力。

綜上，房○名於接受大陸地區公安調查所為之陳述或書面，對於本案行為人柯○東而言，係屬被告以外之人所為之書面或陳述，依刑事訴訟法第159

條第 1 項之規定，原則上無證據能力；惟依上開實務見解，證人房○名屬於被告以外之人於大陸地區公安機關偵查員調查時所為之陳述，經載明於筆錄或書面紀錄（屬傳聞證據），而為證明犯罪事實存否所必要者，認可類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2 或同條之 3 之規定，以決定其證據能力。

## （二）學說見解

針對境外文書，最高法院多以刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款認其為必須於「可信之特別情況下所製作」之積極要件，方屬於傳聞例外而有證據能力。學者認為，刑事訴訟法第 159 條之 4 之所以屬於傳聞例外規定，係因該條第 1、2 款之文書須具有公示性、例行性、機械性、良心性及制裁性，製作者通常無法預見該文書日後會被當作證據，因此不具偽造動機，另外也因該文書係大量製作，製作者未來也難以重現製作當時的數據，因此有賦予該文書傳聞例外之必要。至於該條第 3 款之文書也必須是非基於個案而製作，因此為個案而製作之境外文書自不得依照刑事訴訟法第 159 條之 4 而取得證據能力<sup>註2</sup>。

因此，學者認為最高法院不允許本國製作過程可被監督的警詢筆錄依據本條第 1 或第 3 款進入審判<sup>註3</sup>，卻讓那些「製作流程不明，我國法院難以確認筆錄製作是否認亦且正確」的外國警詢筆錄藉此進入我國審判之中，此種作法不僅對被告不公平，對我國司法警察也不公平<sup>註4</sup>。另外，針對 100 台上 900 決的操作手法，學者認為中國刑事訴訟法對人身自由的保障仍有問題，且中國時常傳出「偵查機關不照章行事，以刑求逼供或是濫權搜索或逮捕」，兩岸合作協議也未實質改善這些狀況<sup>註5</sup>，是否可容許類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2 或同條之 3 規定，以決定其證據能力，則有疑問。

<sup>註2</sup> 李佳玟，〈境外或跨境刑事案件中的境外證人供述證據：最高法院近十年來相關判決之評釋〉，《臺灣大學法學論叢》，43 卷 2 卷，2014 年 6 月，頁 508-509。

<sup>註3</sup> 最高法院認為「刑事訴訟法第 159 條之 4 對於具有高度特別可信之文書如公務、業務文書等，在兼具公示性、例行性或機械性、良心性及制裁性等原則下，雖屬傳聞證據，例外容許作為證據使用。因此，採取容許特信性文書作為證據，應注意該文書之製作，是否係於例行性的公務或業務過程中，基於觀察或發現而當場或即時記載之特徵（102 年台上字第 1709 號刑事判決）。」因此我國警察所製作之調查報告係具有個案性質。

<sup>註4</sup> 李佳玟，同前註，頁 510。

<sup>註5</sup> 李佳玟，同前註，頁 523-524。

## 【精選試題—101 調查局】

甲與乙、丙、丁組成詐騙團，赴大陸地區出資購置相關電信設備，聘僱大陸籍女子，發送欠債等語音訊息，共同實施欺行為，兩岸間有多人受害，嗣經查獲均被遣返臺灣。案經檢察官偵查後向台北地方法院起訴，法院以大陸地區公安機關所製作證人筆錄及其他證據，作為甲有罪判決之證據。

## 【精選試題—98 年成大】

甲夥同乙丙丁三人在中國擄走台商 A，勒贖 50 萬人民幣。事發後，甲等四人曾遭中國公安逮捕訊問且羈押，但針對甲的部分因證據不足，因而中國公安先將甲釋放，其他三人仍繼續在押。甲回台後立刻被警方逮捕，於偵訊時，甲否認涉案。檢察官依據金門協議，要求中國遣返乙丙丁，不過在遣返之前，檢察官先取得中國公安對於乙丙丁的偵訊筆錄，在三人的筆錄中，均供稱甲是擄人勒贖的主謀。假設於審判時，乙丙丁仍未被遣返，問：上述中國公安對乙丙丁三人所做的筆錄，在我國法院的審判中，是否有證據能力？（25 分）

前揭兩題都是在測試考生對於大陸地區公安機關所製作證人筆錄，是否屬於刑事訴訟法第 159 條之 1 之傳聞證據？得否適用 159 條之 2 或之 3 傳聞例外規定？應分別就實務見解為闡釋，最後以附加說明學說上批評做結。

## 三、境外證物之提示

本文先闡述最高法院對於證物提示之穩定見解後，再分析境外證物應如何提示。

多數實務見解認為，現行刑事訴訟法採直接審理主義，該法第 164 條第 1 項規定「審判長應將證物提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認」，亦即證物須踐行「實物提示」，使之透過調查證據程序以顯現於審判庭，令當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認，始得採為認定事實之基礎。此「實物提示」規定，於當事人對於「有無證物存在」或「證物之同一性」有爭議時，更須嚴格遵守，否則難認證據經合法調查，並有礙被告防禦權利及可能影響判決結果（103 台上 463 決）。

因此「實物提示」原則僅於「證物之同一性」有所爭議時，始有適用；反之，證物之同一性如無爭議者，以其他替代實物之證據型態提示於審判庭，則非法律所不許。司法警察依同法第 43 條之 1 準用第 42 條製作之扣押物名目，性質上乃筆錄之一部分，如當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於扣押物之同一性並無爭議，換言之，扣押物並無栽贓、偽造或變造情形時，其以書證之型態踐行審判期日之調查證據程序，由審判長依據同法第 165 條規定，向當事人、代

高點法律專班

版權所有，重製必究！

理人、辯護人或輔佐人踐行「宣讀或告以要旨」，則不得指為證據未經合法調查（98台上599決、97台上1355決參照）。

另有少數實務見解認為，刑事訴訟法第164條第1項固規定：「審判長應將證物提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認」，其目的乃基於直接審理原則，使採為判決基礎之證據資料，讓當事人等有辨認之機會，以擔保證據資料之真實性，並保護被告之防禦權。

至於該證物須經過鑑定始能判斷其是否符合犯罪構成要件者（例如：有無殺傷力、毒品之等級）；或該證物本身具有高度危險性（例如：爆裂物）；或依法令應集中保管以免流失者（例如：毒品）；或依其性質不適於當庭提示原物者（例如：巨型船舶），則於審判期日提示（宣讀或告以要旨）與該證物具有同等價值之證據資料（例如：槍砲、彈藥、毒品之鑑定報告，巨型船舶之照片，及各該證物之搜索筆錄、扣押物品清單、目錄表等），已足以擔保原證物之真實性者，即與保護被告之防禦權及程序正義之遵守無違（101台上2821決）。

綜合上開實務見解看法，多數實務見解認為原則上於當事人不爭執時提示替代品，例外於當事人有爭執時方提示實物；而少數實務見解則認為，原則實物提示，例外可提示替代品。

針對上開多數實務見解採取原則禁止實物提示、例外允許的看法，學者認為係不當剝奪被告的防禦權，因在審判過程中直接辨識對其不利的證據，本來就是被告防禦權，法院只有在具備正當理由，並給予彌補性的程序保障時，才例外給予限制。法院雖以「被告有無爭執」作為應否實物提示之判準，緩和侵害被告防禦權之質疑。然判斷被告是否爭執之前提，必須是有告知被告其有此權利，使其在準備程序時做出是否爭執之決定；若被告不爭執，法院即得類推適用刑事訴訟法第288條第2項之規定，得以替代品進行提示<sup>註6</sup>。

因此，系爭案件中，大陸地區公安於房○名家所扣得之大麻，係本案行為人柯○東犯毒品危害防制條例之證據，依照多數實務見解必須被告於審理中有爭執方應實物提示；倘依少數實務見解，為保障被告防禦權，原則上法院應依刑事訴訟法第164條第1項實物提示證物予被告；除非法院於審判期日提示（宣讀或告以要旨）與該證物具有同等價值之證據資料（例如：槍砲、彈藥、毒品之鑑定報告，巨型船舶之照片，及各該證物之搜索筆錄、扣押物品清單、目錄表等），已足以擔保原證物之真實性者，方能提示證據替代品<sup>註7</sup>。

<sup>註6</sup>李佳玟，〈實物提示原則或例外—評最高法院一〇一年度台上字第九〇〇號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，2014年4月，頁92。

<sup>註7</sup>至於如何實物提示，則得依海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議第8條第3項之規定：

## 【精選試題—101年四等書記官】

甲持西瓜刀強盜乙之財物，當場遭警察逮捕。二審法院審判時，法官未提示該扣案之西瓜刀，僅提示內載有該西瓜刀之扣押物清單，並問甲有無意見。嗣經二審法院判決甲有罪，甲不服，以該二審法院審判未依法提示證物為由提起第三審上訴。試問，該上訴有無理由？（25分）

系爭案件中，依照多數實務見解，二審法院法官已於審判中詢問被告對於提示扣押物清單有無意見，且被告並未就扣押物清單而為爭執，因此不得認為法院提示扣押物清單違反直接審理原則，本案被告不得據此作為上訴第三審事由。若依照少數實務見解，西瓜刀係具有高度危險性之物品，法院亦得以扣押物清單之替代品提示予被告，並未侵害被告之防禦權，無違反直接審理原則，被告亦不得據此作為上訴第三審事由。

## 四、身體檢查之規範

## (一)無損健康原則

身體檢查處分，係干預身體不受侵犯及匿名、隱私權利之強制處分。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或被告，得違反犯罪嫌疑或被告之意思，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。此項檢察事務官、司法警察官、司法警察之身體採證權，依其立法意旨，乃著眼於偵查階段之「及時」搜證，亦即若非於拘提或逮捕到案之同時，立即為本法條所定之採集行為，將無從有效獲得證據資料，是其目的在使偵查順遂、證據有效取得，俾國家刑罰權得以實現，而賦與警察不須令狀或許可，即得干預、侵害被告身體之特例，適用上自應從嚴。其於干預被告身體外部，須具備因調查犯罪情形及蒐集證據之「必要性」，而於干預身體內部時，並附以「有相當理由認為得作為犯罪證據」之要件，方得為之。此「必要性」或「相當理由」之判斷，須就犯罪嫌疑程度、犯罪態樣、所涉案件之輕重、證據之價值及重要性，如不及時採取，有無立證上困難，以及是否有其他替代方法存在之取得必要性，所採取者是否作為本案證據，暨犯罪嫌疑或被告不利益之程度等一切情狀，予以綜合權衡；於執行採證行為時，就採證目的

「受請求方協助取得相關證據資料，應及時移交請求方。但受請求方已進行偵查、起訴或審判程序者，不在此限。」請求兩岸司法互助。



及採證證據之選擇，應符合比例原則，並以侵害最小之手段為之。其中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。而此項「必要性」或「相當理由」之有無，法院於審理時得依職權予以審查，以兼顧國家刑罰權之實現與個人身體不受侵犯及隱私權之保障（99台上40決）。

## （二）對被告的身體檢查

### 1. 受拘捕之被告

條文限於「受拘捕人」，由於干預要件基於法律保留原則，禁止不利益的類推，因此，對於未經拘捕的被告，即無法援引刑事訴訟法第205條之2而為身體檢查。

### 2. 範圍

司法警察（官）無須司法官授權即得自行為之（注意：排除抽血、尿液以外排泄物），且僅以「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」、「有相當理由」已足（可以強制導尿、採取毛髮與唾液）。這裡係考量司法警察等人有「即時」取證之必要，而賦與警察不須令狀或許可，即得干預、侵害被告身體之特例，適用上自應從嚴（99台上40決）。

至於強制採取尿液之身體檢查，實務見解認為司法警察官、司法警察之強制採取尿液權力，除屬於依毒品危害防制條例第25條規定之應受尿液採驗人，經合法通知而無正當理由不到場，或到場而拒絕採驗者，應報請檢察官許可外，對於經合法拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，祇須於有相當理由認為得作為犯罪之證據時，依刑事訴訟法第205條之2之規定，本得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，強制採尿。此乃不須令狀或許可，即得干預其身體之立法特例，係針對犯罪嫌疑人或被告頑強地繼續拒絕任意提供尿液之替代方法，俾滿足偵查階段之及時蒐證需求，使證據能有效取得，國家刑罰權得以實現。此之強制採取尿液，其屬侵入身體而作穿刺性或侵入性之身體採證者，因攸關人身不受侵害基本權之保障，學說上固有仍須取得令狀而排除在本條授權之外之主張，惟如屬一般強迫犯罪嫌疑人或被告自然解尿之方式採尿取證，例如警察命犯罪嫌疑人或被告喝水、喝茶或走動等以促其尿意產生，待其自然排泄之後再予扣押者，則以合乎刑事訴訟法有關告知緘默權之程序即可，依法並無事先取得令狀或許可之必要。至於有無相當理由之判斷，則應就犯罪嫌疑之存在及使用該證據對待證事實是否具有重要性、且有保全

取得之必要性等情狀，予以綜合權衡（103台上447決）。

系爭案件中，對柯○東採取尿液及毛髮之身體檢查，係依刑事訴訟法第205條之2規定，對於經拘捕（假設柯○東已受拘捕，現實中是否有受拘捕從新聞中不得而知）之犯罪嫌疑人，得於有相當理由之情況下，採集其毛髮、尿液，且採集之手段必須遵守無損健康原則、比例原則；否則因違反本條規定取得之證據，其證據能力之有無，依刑事訴訟法第158條之4權衡之。

**【精選試題－103年東吳刑法組】**

接獲民眾報案，趕赴交通事故現場的員警A，在嚴重撞擊而變形的車輛中，以及剛被抬上擔架仍昏迷不醒的駕駛B身上，聞到濃烈的酒氣，有酒後開車的重大嫌疑。請問：依據我國刑事訴訟法，A應循怎樣的法定程序來保全證據，以備日後證明B血液中含有酒精之需(25%)？

首先依現行法規定，司法警察若欲採取犯罪嫌疑人之血液，僅能依據刑事訴訟法205條之2及檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第82點，由檢察官核發許可書命鑑定人為採取血液之處分。若不知「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第82點」，亦能由刑訴第205條之2推導而出，因此依現行法規定，司法警察A因調查案件之必要，得依刑事訴訟法第205條之1陳請檢察官依職權核發鑑定許可書，而為採取血液之處分。

**【高點法律專班】**

版權所有，重製必究！

## 新聞放大鏡 ②

## 搶救消費者權益—從食安風暴談起

編目：民事法

## 【新聞案例】

70年老字號吳記餅舖，受到全統香豬油波及，雖然只有太陽餅誤用，不過還是引發民眾擔心，紛紛拿著中秋月餅和其他禮盒退貨。10日是退貨最後一天，跟前幾天一樣都發生爭執場面，有民眾沒有發票，拿著空盒要退貨被拒，也有沒有發票的民眾，到場才發現只能退半價，氣的在店內破口大罵。

吳記餅舖退貨最後一天，一早八點半開始，就看到民眾提著大包小包要來退款，但也有顧客吃了閉門羹。有民眾沒帶發票，店家不給退全額，只退一半，逼得他們破口大罵，從店內一路罵出店門外；有人拿了空盒要來退款遭到拒絕，大罵吳記毫無誠意。

民眾不斷抱怨，退貨的標準根本不一，毫無誠意，還補充，如果只有太陽餅有問題，為什麼月餅退，喜餅卻不能退？吃一個就覺得健康受傷害了阿！對此，雖然吳記餅舖已經釋出誠意，將退貨時間延到10日晚間九點，但門市內退貨狀況還是依然混論，不只退貨民眾火氣大，店員臉上也一樣是滿滿的無奈。<sup>註8</sup>

## 【重點提示】

## (一)民事訴訟法部分

- 1.廣大的消費者應如何對劣質油品製造商請求損害賠償？
- 2.相關公益團體或消費者，應如何制止劣質油品製造商繼續製造劣質油品？
- 3.損害賠償訴訟提起後，消費者(原告)應如何盡其舉證責任？民事訴訟法有無協助其舉證之規定？

## (二)民法部分(含消費者保護法)

- 1.吳記是否負退貨義務？退貨義務之範圍為何？
- 2.消費者得如何向吳記請求損害賠償？
- 3.消費者得如何向全統等劣質油品製造商請求損害賠償？
- 4.吳記得如何向全統請求損害賠償？

<sup>註8</sup>吳記餅舖退貨最後一天糾紛不斷 民眾批：標準不一  
東森新聞記者賴碧香、洪寶清／高雄採訪報導  
新聞來源：<http://www.ettoday.net/news/20140911/399732.htm> (瀏覽日期:20141008 14:30)

## 【考點剖析】

## (一)民事訴訟法部分

- 1.就損害賠償的訴訟提起而言，因消費者皆為可能因劣質油品而受有損害之人，若個別提起訴訟，固然合法。然而，因受害者人數眾多，且皆出於油品製造商生產劣質油品而可能受有損害，符合民事訴訟法第 53 條第 3 款：「為訴訟標之權利或義務，係同種類，而本於事實上及法律上同種類之原因者。」得一同起訴，成為共同原告。此際，因共同原告間並非訴訟標的須合一確定之情形，應為普通共同訴訟。不過，若慮及原告人數眾多所可能導致的訴訟延滯，似乎可以考慮民事訴訟法第 41 條第 1 項之規定，選定其中數人或一人，為被選定人，其餘則脫離訴訟，成為實質當事人，此為意定訴訟擔當之構造。
- 2.全統等油品製造商所製造的劣質油品，雖尚未經確認對人體有害，但似乎對人體有有害之虞，且有衛生上之疑慮。因此，似可請求全統等劣質油品製造商，停止相關油品的製造。此時，則涉及民事訴訟法第 44 條之 3 之問題，亦即，民事訴訟法第 44 條之 3 之性質，以及個別之被害人得否提起不作為訴訟。
- 3.在消費者對全統等劣質油品製造商提起損害賠償訴訟後，其舉證責任之分配，依我國實務及較多數學說之見解，即規範說之分配方式。主張權利存在之人，應就權利發生之要件事實負擔舉證責任，依此，若消費者於實體法上主張侵權行為損害賠償請求權，即須就權利被侵害、受有損害、被告之行為與原告受損害間有因果關係、被告具故意或過失等要件，負擔舉證責任。然而，被告有無故意、過失，可能需要被告公司之相關油品製程等資料始得以舉證，若本案經審理發現消費者有相當難以舉證之情形，除可運用民事訴訟法第 277 條但書為舉證責任之轉換外，亦得依民事訴訟法第 343 條之規定，命被告提出相關資料。以免因訴訟法上舉證之規定，導致原告之實體利益無法實現。

## (二)民法部分(含消費者保護法)

- 1.吳記是否負退貨義務？可能的法律上依據為民法中關於債務不履行及物之瑕疵擔保之規定，因吳記使用不良油品製成部分糕餅，就此而言，可認未符合消費者及吳記間買賣契約中對標的物品之約定。吳記負物之瑕疵擔保責任固無疑義，然而，吳記向全統購買之油品，皆經過 GMP 認證，因此，其是否違反善良管理人之注意義務，而具有可歸責事由，仍有疑義，顧消費者尚難一概依債務不履行規定請求退貨。其次，吳記退貨義務之範圍為何？吳記就部分商品確實負法律上之退貨義務，已如上述。為吳記退貨義務之法律上原因，係因部分商品因添加劣質油品而具有瑕疵。因此，僅就添加劣質油品之商品，吳記始負退貨義務，消費者要求其他商品亦須一併退貨，法律上並無理由。

2. 消費者得如何向吳記請求損害賠償？消費者就添加劣質油品之商品，除得退貨而請求解約外，若因食用而受有身體、健康上之損害，另得依民法第 260 條、第 227 條第 1 項、第 360 條向吳記請求損害賠償。此外，消費者得否依民法第 184 條第 1 項前段，向吳記請求損害賠償？問題仍然在於，吳記所使用之劣質油品係經 GMP 認證，有無過失尚有疑義。最後，消費者仍得依消費者保護法第 7 條第 1 項，向吳記請求損害賠償，蓋因係爭商品因添加劣質油品，明顯不符合目前科技或專業水準可期待之安全性。
3. 消費者得如何向全統等劣質油品製造商請求損害賠償？因消費者未向全統等劣質油品製造商購買劣質油品，尚無契約上之請求權基礎。不過，若因食用添加劣質油品之糕餅而受有身體、健康上之損害，得依民法第 184 條第 1 項前段，向全統等請求損害賠償。若未受有身體、健康上之損害，則僅有買入添加劣質油品之糕餅之損害，因非絕對權被侵害，為純粹經濟上損失，無從依民法第 184 條第 1 項前段，向全統等請求損害賠償。不過，全統等公司製造劣質油品之行為，顯然違反公序良俗，仍得依民法第 184 條第 1 項後段，向全統等請求損害賠償。最後，消費者仍得依消費者保護法第 7 條第 1 項，向全統等請求損害賠償。
4. 吳記得如何向全統請求損害賠償？因全統出售之油品明顯未符合當事人間之期待，得依民法第 260 條、第 227 條第 1 項、第 360 條向全統請求損害賠償。而就因被退貨而生之營業損失，因係純粹經濟上損失，仍得依民法第 184 條第 1 項後段，向全統等請求損害賠償。不過，因吳記係買入油品後再行添加入糕餅後售出，不符合消費者之定義。不得依消費者保護法第 7 條第 1 項，向全統請求損害賠償。

### 【精選考題】

#### (一) 題目

##### 《例題一》

甲村中有村民  $A_1$ 、 $A_2$ ……、 $A_{120}$ ，各自擁有一筆土地於該村落周圍，原各自過著與世無爭、與大自然和諧共存之生活，不料好景不常，某年月乙化學工廠進駐，產生空氣汙染，造成  $A_1$ …… $A_{50}$  等 50 人之汽車鏽蝕，各損失新台幣五萬元整；另所排放汗水造成  $A_{60}$ …… $A_{100}$  等 41 人之農地遭受重金屬汙染，而鄰近甲村之河流（急水流）亦遭受汙染，致該流域魚蝦均滅絕。問：

- (一) 對於汽車毀損，若  $A_1$ …… $A_{50}$  共 50 人欲起訴請求賠償，但希望僅由  $A_1$  負責出庭即可，您若接受該等人之法律諮詢，可告知其以何等方式起訴，較合於目的性？關於工廠排放汗水，其處理流程是否符合環保標準，其相關排放文件、資料，原告得利用何等程序或證據法上制度取得之？

(二)對於水汙染農地、河流部分，若丙環保團體起訴請求以公司應為如何之防免汙染作為，訴訟中，A<sub>15</sub>、丁環保團體分別另行起訴請求以公司對該農地、急水溪應分別為如何防免汙染之作為。問：

1. 此等訴訟之訴之聲明，應如何表明始符合明確性原則？
2. 該等訴訟是否均具合法性？法院應如何處理？<sup>註9</sup>

《例題二》

甲消費者保護基金會欲對乙公司提起不作為訴訟，請求法院判決命乙不得繼續生產、販賣A產品。試問：(一)於甲起訴前，即依民訴法第44條之3規定向其目的事業主管機關申請許可，惟該主管機關遲遲不為決定。甲即逕先提起不作為訴訟，受訴法院應如何處理？(二)設甲提起不作為訴訟係經主管機關許可，於該訴訟中，甲、乙可否成立訴訟上和解？(三)設甲所提起之不作為訴訟經法院判決駁回確定，另一以維護消費者利益為目的之法人丙得否再將乙列為被告，基於同一原因事實，請求其不得銷售、販賣A產品？<sup>註10</sup>

《例題三》

甲為T牌進口汽車之輸入商及經銷商，乙向甲購買T牌汽車一輛。1年後，丙項以購買該汽車做為營業貨車。此時，甲知悉T牌汽車在各國陸續出現煞車失靈狀況，甲乃在消息曝光前，通知乙儘速回廠檢修。乙因出賣並交付該車於丙，故置之不理，亦未轉告尚不知情之丙。隔日，丙於駕駛該車載送客戶丁之舞台道具時，因煞車失靈而翻車。丙之系爭汽車全毀，丙並受重傷；丁之道具亦全毀，且丁因此無法演出舞台劇而受有因觀眾退票所受之損失。請問：丙、丁各得向何人主張何種權利？

(二)答題意識

《例題一》

(一)第一個問題問的是希望由A<sub>1</sub>負責出庭，因此思考的方向是，如何從事實上或法律上讓A<sub>1</sub>單獨出庭即可。可能的方式，可以全體共同起訴，而委任A<sub>1</sub>為訴訟代理人，此時全體皆為形式及實質當事人，不過在實際的法庭活動，仍可由A<sub>1</sub>單獨為訴訟行為。其次，就是使用選定當事人制度，依民事訴訟法第41條，選定A<sub>1</sub>為被選定人，僅A<sub>1</sub>為形式上當事人，其餘者脫離訴訟，而成為實質當事人。在法律上使A<sub>1</sub>單獨為訴訟行為。第二個問題問的是事證蒐集，因為以原告的能力，實在難以取得被告內部的相關文件，或如何排放廢水、排放何種廢水，在類此武器極端不平等之情形，應善用民事訴訟法第342或第344條、第368條，使被告負文書提出義務，或為證據保全，以保障原告之權益。

(二)第一個問題，涉及訴之聲明之具體化。訴之聲明之具體化，是原告起訴所應

<sup>註9</sup> 政大法研所99年入學考試題。

<sup>註10</sup> 政大法研所93年入學考試題。

符合之訴訟要件。一般認為，若在給付之訴之情形，聲明須具體至得為強制執行之程度。惟在本件等現代型紛爭事件，難以期待原告於起訴階段即表明具體之訴之聲明。故法院應寬放此一要件，而隨著訴訟之進展，闡明原告漸次具體化其聲明。第二個問題，涉及民事訴訟法第44條之3之定性。就該條若採法定訴訟擔當說者，則起訴之法人為擔當人，其餘未起訴之法人為被擔當人，不得就同一事實再行提起不作為訴訟。反之，則認為民事訴訟法第44條之3為法律所特別賦予而得起訴之權利者，則另訴應為合法，且不限於法人。惟為避免訴訟間之裁判歧異，仍宜合併審理、辯論及裁判。

#### 《例題二》

(一)關於此一要件欠缺的法律效果，亦與本條的性質有關。若採法定訴訟擔當說者，此要件為當事人適格之要件。採非法定訴訟擔當說者，本要件為實體權利之要件。

(二)不作為訴訟具有公益性質，當事人之處分權主義應有所調整，應認在非關公益，僅設及原告利益之範圍內，當事人始得成立訴訟上和解。

(三)詳見《例題一》。

#### 《例題三》

(一)丙之主張

1.對乙之主張：

(1)契約上主張：民法第260條、第227條第1項、第360條。

(2)侵權責任：民法第184條第1項前段。

2.對甲之主張：

(1)民法第184條第1項前段。

(2)消費者保護法第9條、第7條第1項。

(二)丁之主張

1.對丙之主張：民法第184條第1項前段。(問題：丙有無過失？)

2.對乙之主張：民法第184條第1項前段。(問題：乙是否對丁負注意義務？)

3.對甲之主張：

(1)民法第184條第1項前段。

(2)消費者保護法第9條、第7條第1項。(問題：丁是否為消費者保護法第7條第3項之「第三人」？)

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！