

刑事訴訟法課輔講義第三回

國立台灣大學法律學系
刑法組二年級 王琮儀

壹、被告以外之人的訊問

一、證人

(一) 概念：

陳述自己對於系爭刑事案件之待證事實的見聞的訴訟第三人。例如，目擊犯罪發生之人、告訴人、告發人、參與本案之司法警察。

(二) 證人義務

- 1.到場之義務 (§§ 176-1, 178 I)。
- 2.具結之義務 (§§ 186-189, 193)：以文書保證所陳述者屬事實。違反者，證言不得為證據 (158-3)。
- 3.真實陳述之義務 (§§ 187 II, 189 I, 193)。

案例：甲被懷疑與乙共同竊取乙父的轎車，檢察官以兩人為共犯而予以偵查。檢察官在訊問時，向甲詢問有關於乙的犯罪經過。試問，甲是證人嗎？

偵查中檢察官訊問被告以外之共同被告，該共同被告所為之陳述，屬於自己犯罪部分，乃被告之自白範疇，涉及其他共同被告犯罪事實者，則屬傳聞證據。後者，檢察官如係以證人身分傳喚訊問共同被告，依法自應使其具結，以擔保證言係據陳述。若違背具結之規定，未令「證人」於供前或供後具結，依同法 158-3 之規定，其證言不得作為證據，應予排除。倘檢察官係以被告身為傳喚訊問共同被告，或以證人身分傳訊並已依法令其具結者，則該共同被告不論係以被告，或證人身分於偵查中向檢察官所為之陳述，同屬傳聞證據。此項傳聞證據證據能力之有無，應依刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項之規定為斷。(96 台上 7106)

夜晚跑步的甲不小心與一名行動不便的老人乙相撞，明知乙有生命危險仍立刻逃走。醫師丙剛好在現場目睹經過，並為乙察看其骨折傷勢後送醫。在偵查階段，檢察官傳喚丙，就其所目擊之案發經過以及乙當時的骨折傷勢加以

訊問。試問，丙是證人嗎？

(三) 證人權利

1. 請求日費旅費 (§ 194)

2. 拒絕證言權 (§§ 179-182): 若欲拒絕證言，應釋明拒絕之原因或具結 (183 I)，若欲陳述，仍應具結並據實陳述。

(1) 因公務關係之拒絕證言 (§ 179)

(2) 因業務關係之拒絕證言 (§ 182)

(3) 因身分關係之拒絕證言 (§ 180)

(4) 因不自證己罪之拒絕證言 (§ 181)

案例：甲與另一輛車相撞後逃逸。檢方傳喚當時同車的女友乙為證人，女友主張自己有拒絕證言權，因為她與甲已訂婚。

(1) 檢方告知，甲實為有婦之夫，乙仍拒絕證言。

(2) 檢方告知，甲根本就是職業詐婚份子，並無與乙結婚之意，乙仍然拒絕證言。試問，乙的主張合法嗎？

案例：公務員甲與乙被控接受廠商招待，因而違法發給建照。檢方調查發現，甲的兒子丙也都陪同甲、乙兩人接受招待，故傳喚丙為證人訊問招待過程。起先，丙主張拒絕證言權。後來，甲因病死亡，檢察官就此作成不起訴處分之後，再次傳喚丙訊問甲、乙被招待的過程。試問，丙仍可主張拒絕證言權嗎？

(四) 訊問之程序

1. 傳喚

2. 人別訊問與告知義務 (§ 185)

3. 隔別訊問 (§ 184)，必要時命被告退庭 (§ 169)

4. 對質 (§ 184 II)

5. 詰問 (§§ 166 ff.)

6. 始末連續陳述 (§ 190)

7. 就地及影音訊問 (§ 177)

(五) 訊問之限制

1. 不正訊問方法之禁止 (類推適用 156 I)

2. 再行傳訊之限制 (196)

3. 不得詰問 (166-7 II)

(六) 共同被告：

- 1.實質之共同被告概念：只要是共同被告共犯一罪之情形，無論對其所進程序之方式是如何，無論是分離或合併審理，皆不得相互為證人。
- 2.形式之共同被告概念：端賴形式上之程序是否同一為斷，只要利用同一程序合併審理，共同被告不得做為證人，反之，一旦程序分離，則共犯可相互為證人。
- 3.被告及證人地位，為不同之證據方法，亦有不同的證據調查程序，因而這兩種地位實不能混而為一，如混合為一，將因程序之不明確而危及被告之地位，例如以被告地位傳喚，訊問前又令被告具結而讓被告誤以為不能行使緘默權。

二、鑑定人

(一) 概念：

受法院或檢察官之選任，本於其專門之知識，輔助判斷特定證據問題之人。任務在於報告某個一般經驗法則、依專業知識確定某個事實、依其經驗法則得出特定結論。比較：

- 1.私請鑑定報告：審判外（書面）陳述，原則上無證據能力（159I）。實務上常見於違反著作權、專利、商標案件。
- 2.鑑定證人（210）：陳述因為專門知識而察覺、得知之過去事實或狀態。

案例：一位醫師在審判中陳述：「在 12 月 31 日晚間 10 點，有兩個人將當時還活著的、血流如注的 N 帶到我家來；N 還說，他被 A 襲擊，A 用棍棒敲擊他的頭部，N 說因為他能分辨 A 的聲音，所以他能辨認是 A 所為；後來 N 陷入昏迷狀態，檢查結果發現，N 頭蓋骨的左側因為敲擊而破裂，這應該就是 N 的致命傷。」試問，這位醫師在程序上的角色為何？

(二) 鑑定人之選任（198）

1.選任權人：

審判長、受命法官或檢察官。其他人僅能建議鑑定人名單，但不具有拘束力。

2.鑑定人資格：

就鑑定事項有特別知識經驗者、經政府機關委任有鑑定職務者。

3.鑑定必要性：

待證事實有無調查必要性及可能性（§ 163 I, II）；待證事實之疑點是否必須具有特別之專門知識始能回答？例如：責任能力、DNA 鑑定、指紋鑑定、毒品或槍枝屬性、印文署押。

案例：甲涉嫌以西瓜刀傷害乙。試問，在下述情形裡，檢察官是否應選任鑑定人：

1. 判斷扣案西瓜刀是否鋒利？
2. 辨別被害人身上之傷口與扣案西瓜刀所能造成之傷口是否吻合？
3. 判斷扣案西瓜刀是否遺留明顯之血漬？
4. 辨別刀上血漬之 DNA 與乙血液之 DNA 是否相符？

(三) 鑑定內容及證據力

鑑定人基於特定事實而推演其結論，此事實稱為「連結事實」(Anknüpfungstatsachen)。此一事實可能是由法院所告知，也可能是由鑑定人依其專門知識調查所知，後者稱為「調查事實」(Befundstatsachen)。就此事實，法院可以直接納入判決內，無庸另為證據調查。但是，若鑑定人所得知之事實，是法院依其所具有的證據方法也可以得知之事實，則被稱為「附加事實」(Zusatzstatsachen)。就此，鑑定人並非值得信賴的證據方法，法院必須以證人身份訊問鑑定人，不得直接採為裁判基礎。(Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Rn. 179)

案例：法院告知鑑定人，被告是射擊運動員，涉嫌向同事開槍擊中其手臂成傷，「被害人」在當時距離被告約兩公尺遠。被告否認犯罪，「被害人」說他先聽到槍聲，不久就感覺到疼痛。鑑定人必須確認，被告是否真的開槍。調查發現，被告所持手槍雖然曾經擊發，但是「被害人」身上的槍傷並非來自於兩公尺遠的射擊。這也符合了被害人先聽到槍聲、再感到疼痛的證詞。此外，鑑定人也從警方得知，在五百公尺遠處找到了同型手槍的彈殼。

(四) 鑑定人之義務

1. 到場義務 (168; 197, 178 I)。但不得拘提 (199)
2. 具結義務 (202)

鑑定後補行具結者不合法 (96 台上 3153)；未經具結之鑑定意見欠缺證據能力 (158-3)。本條適用於自然人鑑定。在機關鑑定時，雖未命實際鑑定人具結，其鑑定仍有證據能力 (95 台上 4185、96 台上 486)。比較：208 I。

3. 報告義務 (206)

包括鑑定之經過及結果，否則法院應命受囑託機關補正，必要時得通知實施鑑定之人以言詞報告或說明，否則欠缺證據能力 (97 台上 4003)。

(五) 鑑定之權利與權限

1. 請求日費、旅費，相當之報酬及預行酌給或償還因鑑定所支出之費用 (209)。
2. 經許可檢查身體、解剖屍體、毀壞物體或進入有人住居或看守之住宅或其他處所 (204 I)。
3. 經許可檢閱卷宗及證物，並得請求蒐集或調取之 (205 I)。
4. 請求訊問被告、自訴人或證人，許其在場及直接發問 (205 II)。
5. 經許可而實施身體檢查 (205-1 II)

(六) 鑑定人之拒卻(200)

1. 拒卻之原因：

聲請法官迴避之原因，但不得以鑑定人於該案件曾為證人或鑑定人為拒卻之原因（200 I）

2. 拒卻之時間：

鑑定人就鑑定事項為陳述或報告之前。拒卻之原因發生或知悉在後者，不在此限（200 II）。

3. 原因之釋明（201 I）。

4. 由檢察官、審判長或受命法官裁定准許（201 II）。

案例：被告非法持有槍彈案件，法院以內政部警政署刑事警察局之槍彈鑑定書為有罪裁判基礎，被告上訴指摘原審未命實際鑑定之人出庭，違反傳聞、詰問及鑑定相關規定。試問下列情形，有無不同？

1. 該鑑定書由該管檢察官囑託鑑定。

2. 該鑑定書由該管檢察官（署）事前概括授權之警察，囑託鑑定。

3. 該鑑定書由承辦警察，自行送請鑑定（案例引自：林鈺雄，刑訴上，466 頁）。

三、對於被告以外之人取證的證據使用禁止

主要就是對於被告對質詰問及防禦權行使的限制不可以過大，這部分也會涉及到傳聞法則，以下羅列若干特殊問題以供參考。

(一) 檢察官偵查中未讓證人具結：

有學者認為偵查中乃任意處分之範圍，重點不在於發現實體真實。具結目的在保障被告對質詰問權，對比刑訴 159-2、159-3 傳聞法則之規定，警察訊問時毋庸讓證人具結，卻可作為證據，乃輕重失衡，或可回歸傳聞法則。最高法院則認為，作為證人具結則適用 158-3；以關係人身份或其他狀況則回歸傳聞法則。但不得適用 159-1 條，避免失衡，則類推適用 159-2、159-3 法理。

有力見解則認為檢察官應命證人具結，任意處分之說法係混淆立法建議和現行規定，況依刑訴 177、184 條，被告於偵審中皆有對質詰問權。且基於偵查中做成緩起訴處分，亦有對於被告不利之負擔，故應擔保證言之真實性。輕重失衡之難題，基於傳聞法則傷害被告權利，法理上不可類推適用，可採 158-4 權衡之，會更凸顯檢察官取證之不法。

(二) 鑑定報告：

1.事前概括指定鑑定單位：

我國刑事訴訟制度並不區分法官與檢察官囑託鑑定之情況，依刑事訴訟法第198條及第208條第1項之規定，法官與檢察官均得囑託鑑定，且實務上亦承認司法警察所委託做成之鑑定報告係屬檢察官事前概括委任，基於檢察一體的法理，可將司法警察送請鑑定視為檢察官之囑託，其作成之鑑定報告因而可基於刑事訴訟法第206條具有證據能力，是法官、檢察官、司法警察所委任作成之鑑定報告均認為有證據能力。

然而，僅有告訴人、被告所委託做成之鑑定報告因不符合現行刑事訴訟法之規定，而不承認其有證據能力。如此排除告訴人、被告所委託做成之鑑定報告，是否抵觸改良式當事人進行主義所追求之賦予被告權利以促進當事人間實質平等、避免武器不平等的精神？是目前被學說所詬病的問題。

2.鑑定人或鑑定代表未到場對質詰問：

這部分即為立法漏洞，學說多認為應該修正為需要讓鑑定人或是鑑定機關代表到場進行對質詰問，才能充分保障被告權利。否則，鑑定報告實際上亦有可能囿於器材、環境、鑑定人之專業程度等因素，以致有所誤差，若逕賦予鑑定報告證據能力，在現行法下又無強制規定鑑定人需實際到庭以言詞說明。被告既無法實際對鑑定人為詰問、又難以進一步挑戰鑑定報告之正確性，其防禦權受限甚鉅。

貳、搜索與扣押

一、搜索

(一) 概念：

以發現被告（犯罪嫌疑人）或犯罪證據或其他可得沒收之物為目的，而搜查被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄、住宅或其他處所之強制處分。

(二) 分類

目的：調查搜索與拘捕搜索

對象：對被告之搜索與對第三人之搜索（122 I, II）

客體：對人之搜索（身體）與對物之搜索（物件、處所）

有無搜索票：有令狀之搜索（128）與無令狀之搜索（130 ff.）

1.有令狀搜索：

搜索係以令狀為原則，在執行搜索之前必須由法官核發搜索票，檢查這個搜索是否有存在的必要、且具備相當理由。令狀原則的目的是為了不輕易讓人民的

身體完整性、財產、居住安寧、隱私受到侵害。法官在決定是否核發搜索票的時候不能完全以自己的偵查經驗來取代，而只能做合法性的審查，不能代替檢察官說這個搜索不合目的、不切實際，不能取代檢察官作偵查必要性之判斷，法官只能做合法性之審查，不能做合目的性之審查。

最高法院 100 年度台上字第 5065 號刑事判決揭示，刑事訴訟法第一百二十八條第二項明文列舉搜索票法定必要之應記載事項，此據以規範搜索票之應記載事項者，即學理上所謂「**概括搜索票禁止原則**」。其第二款「應扣押之物」，必須事先加以合理的具體特定與明示，方符明確界定搜索之對象與範圍之要求，以避免搜索扣押被濫用，而違反一般性（或稱釣魚式）搜索之禁止原則。所謂應扣押之物，參照同法第一百三十三條第一項規定，指可為證據或得沒收之物。搜索票上之「應扣押之物」應為如何記載，始符合理明確性之要求，參酌外國實務，自不以在該犯罪類型案件中有事實足認其存有者為限，尚及於一般經驗法則或邏輯推理上可得以推衍其存有之物；是檢察官聲請書之記載如欠缺明確性，法院應先命補正。**搜索票應記載之事項如失之空泛，或祇為概括性之記載，違反合理明確性之要求，其應受如何之法律評價，是否導致搜索所得之證據不具證據能力之效果，應依刑事訴訟法第一百五十八條之四之規定，視個案情節而為權衡審酌判斷之。**

2.無令狀搜索：

此為例外的情況，所以在解釋上必須從嚴，否則擴大解釋會造成對人民基本權利的不利益。

3.刑訴§130（附帶搜索）：

檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。其立法意旨有二：

A.保障執法人員之安全：

警察發現現行犯的時候必須加以逮捕，但是逮捕的時候現行犯身上可能有槍枝、刀械，如果不透過搜索先將現行犯身上的槍枝、刀械扣押的話，會使得警察在執行逮捕的職務時受到生命的危險。

B.保全證據：

例如，逮捕毒販時，毒販可能為了不讓檢警搜索到毒品，將其吞入肚子裡面，或有其他湮滅的行為，為了避免證據滅失，所以讓警察在執行逮捕之時，先確認是否有可扣押之物。

在附帶搜索的範圍僅限其身體、隨身攜帶的物件、其所使用的交通工具及立即可及之處所，也就是說重點在於被逮捕拘禁之人，在被逮捕拘禁的當時，無令

狀搜索的範圍限於其伸手可及之處，因為唯有在這些地方才有可能對執行逮捕拘禁之人產生危險；才有可能隨時湮滅證據。如果已超出上述範圍，則這搜索即非附帶搜索。

以被告或犯嫌之合法拘捕為前提（93 台上 469、93 台上 3476）。目的在於避免受拘捕人危及自己或他人之安全或湮滅隨身證據。搜索範圍：「身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處。」在實質上應以「被告所能立即控制之處」為判定基準¹。實務見解 96 台上 1630：「所謂立即可觸及之處，應依犯罪嫌疑人體格、身體自由是否受限制、行動機靈程度與扣押物所在距離遠近、閉鎖情形等具體情況而為判斷。」

4. 逕行搜索（131 I）

目的在拘捕被告或犯罪嫌疑人，搜索範圍以住宅或其他處所為限，不得藉以發現扣押物（96 台上 479、94 台上 3062）。在第一、二款情形，發現應被逮捕或拘提之人之後，應停止搜索；在第三款情形，如發現無犯罪或犯罪之痕跡，應立即退出，如發現犯罪或犯罪痕跡，雖得逮捕人犯，並為附帶搜索，但不得為逾越逮捕人犯所必要之搜索（94 台上 3062）。

5. 緊急搜索（131 II）

性質屬於偵查搜索，目的在於迅速取得證據以便保全。本項搜索之主體僅限於檢察官，不包括警察。林鈺雄教授主張，司法警察（官）得向檢察官報備取得核可之後，實施緊急搜索²。

刑訴§131 II（緊急搜索），目的是為了保全證據，讓證據或可以沒收之物可以及時被扣押，性質上是屬於偵查搜索，不是拘捕搜索。其執行主體只限於檢察官，而將警察、司法警察官排除在外，這是十分不合理的規定。因為實際上在犯罪現場的人多數為警察或司法警察官，而非檢察官。在修法之前，如果警察發現這種情況的話，要立即呈報其所屬的檢察官，讓檢察官指揮司法警察官或是警察搜索，警察發現的時候必須要先打電話給檢察官，透過這種方式讓警察或是司法警察官的搜索變成是由檢察官所指揮，以符合刑訴§131 II 的規定，否則即屬違法的搜索。

6. 同意搜索（131-1）

執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄，筆錄應經受搜索人簽名、蓋章或按指印（43-1, 41, 42）。其目的在擔保同意之自願性。解釋上，未履行上開程式者推定為「未經同意之搜索」，必須以反證始能推翻上開推定³。94 台上 1361：「…並應綜合一切情狀包括徵求同意之地點、徵求同意之方式是否自然而

¹ 林鈺雄，刑訴上，413 頁。

² 林鈺雄，刑訴上，415 頁。

³ 林鈺雄，刑訴上，315 頁。

非具威脅性、同意者主觀意識之強弱、教育程度、智商、自主之意志是否已為執行搜索之人所屈服等加以審酌。」

刑訴§131-1(同意搜索)在實務上有許多問題，主要的問題是在什麼條件下可以說被搜索人是出自於自願性的同意？ 96 年台上 5184 號：「至同意搜索，明定須經受搜索人「自願性」同意者，係指該同意必須出於受搜索人之自主性意願，非出自執行人員明示或暗示之強暴、脅迫、隱匿身分等不正方法，或因受搜索人欠缺搜索之認識所致而言。法院對被告抗辯所謂「同意搜索」取得之證據，實非出於其自願性同意時，自應審查同意之人有無同意權限，執行人員曾否出示證件表明來意，是否將同意意旨記載於筆錄由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨，並應依徵求同意之地點及方式是否自然而非具威脅性，與同意者之主觀意識強弱、教育程度、智商及其自主意志是否經執行人員以不正之方法所屈服等一切情狀，加以綜合審酌判斷。」

7.搜索之執行

A.出示令狀及證件（145, 148）

B.通知特定人在場（148, 149, 150），並令其於搜索筆錄簽名（42 IV）。目的在於減少違法搜索情事，並增加未來爭執時的證明管道。

C.搜索之必要處分（144, 151）。

D.搜索後之處置：查無所獲者，付與證明書於受搜索人（125）；查獲得扣押物或被告，應依法扣押或拘捕。無論如何，必須製作搜索筆錄（42）。

刑訴§145：「法官、檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索及扣押，除依法得不用搜索票之情形外，應以搜索票示第一百四十八條在場之人。」

刑訴§148：「在有人住居或看守之住宅或其他處所內行搜索或扣押者，應命住居人、看守人或可為其代表之人在場；如無此等人在場時，得命鄰居之人或就近自治團體之職員在場。」

「應命住居人、看守人或可為其代表之人在場」例如：如果到百貨公司搜索，就要找百貨公司的老闆或業務經理在場，大賣場要找店長在場，在成大要找黃煌輝校長或是他的秘書在場。「得命鄰居之人或就近自治團體之職員在場」例如說區公所、市公所之職員。

刑訴§149：「在政府機關、軍營、軍艦或軍事上秘密處所內行搜索或扣押者，應通知該管長官或可為其代表之人在場。」

例如：總統府裡面找馬英九，軍營裡面找連長隊長在場。

刑訴§150：「當事人及審判中之辯護人得於搜索或扣押時在場。但被告受拘禁，或認其在場於搜索或扣押有妨害者，不在此限。搜索或扣押時，如認有必要，得命被告在場。行搜索或扣押之日、時及處所，應通知前二項得在場之人。但有急迫情形時，不在此限。」

刑訴§42：「搜索、扣押及勘驗，應制作筆錄，記載實施之年、月、日及時間、處所並其他必要之事項。扣押應於筆錄內詳記扣押物之名目，或制作目錄附後。勘

驗得制作圖畫或照片附於筆錄。筆錄應令依本法命其在場之人簽名、蓋章或按指印。」

刑訴§144：「因搜索及扣押得開啟鎖局、封緘或為其他必要之處分。執行扣押或搜索時，得封鎖現場，禁止在場人員離去，或禁止前條所定之被告、犯罪嫌疑人或第三人以外之人進入該處所。對於違反前項禁止命令者，得命其離開或交由適當之人看守至執行終了。」

例如：警察要進到房間裡面搜索，但是房間上了鎖，警察就可以開啟鎖局。或是，警察要搜索某個抽屜，抽屜上了鎖也可以依法開啟鎖局。禁止在場人員離開是為了確保搜索的時效性。

刑訴§151：「搜索或扣押暫時中止者，於必要時應將該處所閉鎖，並命人看守。」

刑訴§125：「經搜索而未發見應扣押之物者，應付與證明書於受搜索人。」

不管怎麼樣都要製作搜索筆錄，是為了將來讓搜索的合法性可以讓法院審查。

8.搜索之限制

A.搜索之保密原則（124）：「搜索應保守秘密，並應注意受搜索人之名譽。」

應該盡可能地做出防護措施以保護被搜索人的名譽。

B.搜索之比例原則（132）：「抗拒搜索者，得用強制力搜索之。但不得逾必要之程度。」並不是只有在實施強制力時才要遵守比例原則，在所有搜索的過程中都必須要遵守。

C.婦女搜索之限制（123）：「搜索婦女之身體，應命婦女行之。但不能由婦女行之者，不在此限。」這個條文的規定應該是在於以同性別為原則，而不是是否為婦女。與身體檢查的情況有相同的規定瑕疵。

D.公務物件之限制（126）：「政府機關或公務員所持有或保管之文書及其他物件應扣押者，應請求交付。但於必要時得搜索之。」乍看單純針對政府機關或公務員，其背後有互助、幫助的想法。嚴格而言，可適用於其他搜索情況，而不只有公務事件。即使面對人民，也可以先讓當事人自行提出、如果不願意再進行搜索。這些基本上都是比例原則的體現，故刑訴§126並不是一個特殊的例外。

E.軍事處所之限制（127）：「軍事上應秘密之處所，非得該管長官之允許，不得搜索。前項情形，除有妨害國家重大利益者外，不得拒絕。」與一般政府機關搜索不一樣，特別保障軍事上的秘密，所以要特別保護。但在尹清楓命案中發生了問題，檢調單位要進到軍事處所進行搜索時，軍事長官就用刑訴§127拒絕同意，使得尹清楓命案無法繼續查下去，所有證物都滅失。

F.夜間搜索之限制（146, 147）。易言之，這些原則上是禁止在夜間搜索，除非有得到承諾或是急迫的情況。但法律意義上似乎沒有區別的特殊價值。

9.搜索之事後救濟

A.抗告救濟（404 但 Nr. 2）：僅適用於法院裁定准許之搜索，不適用於無令狀搜索及法院裁定駁回搜索（128-1 III）。

B.準抗告救濟（416 INr. 1）：適用於個別法官簽發之有令狀搜索（279）與檢察官之無令狀搜索（130, 131 I, 131-1），但不包括檢察事務官、司法警察官之無令狀搜索。

C.特別救濟：逕行搜索與緊急搜索之後，實施者應於三日內陳報法院。若未陳報，或法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之（131 III），搜索所得之證據不得使用（131 IV）。

二、扣押

（一）定義：

為保全可為證據或得沒收之物而對其暫時占有之強制處分，目的在保全證據或沒收之執行。

（二）決定機關：

在有令狀之搜索時，即由核發搜索票之法院或法官為之；在其他情形，法無明文規定。與搜索不同，搜索是規定由法官合法搜索票，由檢察官或警察執行搜索，所以只能靠解釋的方式。如果今天法官核發搜索票是要搜索一些證據或是得沒收之物，那麼這個搜索票應該也包含檢警可以扣押這些東西。如果說在其他情況底下，目前實務上作法是，在偵查階段由檢察官決定是否扣押，在審判階段由法官決定是否扣押，此立法上的漏洞應加以填補。

（三）執行機關（136, 153）

（四）附帶扣押（137）及另案扣押（152）

1.目的：

目的在保全意外、偶然發現之物。所稱「另案」，不問係偵查中或審判中之刑事案件，亦包括尚未發覺之刑事案件。刑訴§153 為囑託搜索或扣押之規定。刑訴§137 係附帶扣押；刑訴§152 規定另案扣押。扣押係指國家把可以作為證據或是可以沒收之物扣押起來、暫時保管，讓國家可加以支配。扣押的目的是要保全證據、避免其滅失，有助國家發現真實。如果是得沒收之物，是為了保全後來的沒收可以被執行。什麼是證據要以個案認定。

得沒收之物規定在刑法中，刑法§38 規定之犯罪的工具例如犯案的兇刀。犯罪的產物則例如偽造出來的紙鈔。犯罪的所得？則例如賭博的彩金、公務員收受的賄款。違禁物，例如違法持有的槍枝或刀械、子彈、毒品等等，都是可以沒收的對象。

2.一目了然法則：

美國法上認為另案扣押以及附帶扣押在執行上必須採取「一目瞭然法則」，被扣押的東西僅限於檢警在扣押當時眼睛一望即能看到的範圍，而非另外再實施搜索行為才能發現的東西。例如說今天搜索兇刀，但發現客廳的桌子上放了一包錢，這包錢就是在一目瞭然的範圍之內，即屬可被扣押的對象。如果這一包錢必須要打開抽屜、櫃子才能看到，這就不屬於一目瞭然的範圍。而一目瞭然法則以**存在一個合法的搜索扣押為適用前提。另一個適用前提就是要具有相當理由。**

另案扣押或附帶扣押一方面可以保障執行人員的安全，一方面可以保全證據。但是在另外一方面也帶有一種危險是「變相成為一種空白的搜索票」，讓執法人員可以任意擴張其搜索範圍，在兩者之間折衝之後，美國法上產生了「一目瞭然法則」，也就是說扣押範圍僅限於一目了然的範圍之內，不過並非一目了然都可以沒收。

（五）扣押之限制

1.比例原則：

執行扣押時，應先命所有人、持有人或保管人提出或交付（133 II），若無正當理由拒絕提出或交付或抗拒扣押者，始得強制扣押之（138）。扣押必須受到比例原則的限制。如果要取得可得扣押之物，要盡可能先取得持有人之同意，讓他自願交付，如果他不願意自願交付的狀況之下，才利用強制力的方式去取得持有。從比例原則的角度來看，其若不願意交付，可以使用強制力，但也不能逾越比例原則的程度。

2.公務物件扣押之限制：

應先請求交付，必要時始得搜索並扣押之（126）。扣押之物件屬於職務上應守秘密者，應得該管監督機關或公務員允許，僅於有妨害國家利益時，始得拒絕允許（134）。嚴格來說，只是比例原則之具體化規定，先請求其交付並非只能在公務機關而已，而是應該在所有的情況之下，都應該要先請求其交付。只有在拒絕交付的情況之下，才可以用強制力加以扣押，這並不是特殊規定。

但公務人員有拒絕證言權，要有該管公務機關之允許，§179 跟§134 有相同的考慮，要使得不使國家機密洩漏以及發現真實這兩者之間取得平衡，公務員可以拒絕證言，如果公務帶有秘密也可以拒絕扣押。只要有拒絕證言權之人，都應該賦予其應有拒絕扣押之權利，否則拒絕證言權之意義會被削弱，但現行法之下並沒有這樣規定，係非常大的立法漏洞。

3.郵電扣押之限制（135）

4.夜間扣押之限制（146, 147）

5.補充：

對於有拒絕證言權的人，不僅只是拒絕扣押而已，而應該是連帶拒絕搜索，當然，只是不能扣押而仍然可以搜索，會造成執法人員在搜索過程中看到文件內容，雖然不能扣押，還是可以依據所看到的內容循線找到證據，拒絕證言權人的保護會較不足，所以不僅只是拒絕扣押，而是一開始就要禁止搜索。所以，有拒絕證言權之人，應該要有禁止被搜索及扣押之權利。

(六) 扣押物之處置：

封緘標識 (139 II)、適當處置 (140 I)、看守保管 (140 II)、毀棄拍賣 (140 III, 141)。

(七) 扣押物之發還

- 1.應發還之扣押物 (142 I, 259 II, 317)
- 2.暫時發還之扣押物 (142 II)
- 3.不能發還之扣押物 (475)

(八) 扣押之事後救濟：同搜索。

參、其他干預處分

一、跟監

我國現行法無規定偵查機關得進行長期性的「跟監」，此在德國法上稱為『長期觀察』。跟監可能會侵害到基本權（隱私權）。一般認為即使在公共場合中人還是享有隱私的，並不是只要暴露在公共空間就完全沒有隱私。如果認為跟監行為會侵害到人民隱私的話，從法律保留原則的角度來看，就應該要有法律授權使得為之。

有認為依據刑訴§§228-230，分別規定司法警察有義務要協助檢察官調查犯罪事實，係跟監之合法依據。惟該條文僅係一「組織性」的規定，而非作用法，不是授權警察可以在法律沒有明文規定的情況下採取任何一種調查手段之規定。故雖然某種程度應該要承認有一概括條款，賦予警察或檢察官縱使在法律沒有明文規定的情況下，在一定限度內可以透過此概括條款的授權而採取某些對於基本權干預沒有那麼嚴重的調查方式。惟我國現行法下並不存在概括授權的條款，去因應偵查的需求。

二、國家挑唆犯罪

分為犯意誘發型，國家強烈驅使私人進行犯罪，例如以遠高於市場行情的價格要購買毒品；跟機會提供型，提供本來就準備要犯罪或有犯罪傾向之人機會，讓其容易犯罪。

機會提供型之部分，實務認為係合理調查手段，證據應可使用，惟晚近實務認為應採 158-4 條權衡之。犯意誘發型，則基於避免國家矛盾，構成訴訟障礙事由，實體法上不得追訴，程序法上亦會因為法秩序之一體性，不得使用相關證據；德國實務漸轉向歐洲人權法院之判決，認為對於犯意誘發型之取證方式，實體部分成為個人阻卻刑罰事由，程序部分則一律排除證據能力。

三、通訊保障及監察法兼 2014 年 1 月修法分析（以下未特別指涉者均為通保法條文）：

一、定義性/提示性規定：

（一）第 1 條加入「隱私權」保護，但釋字 631 號已解釋憲法第 12 條所保障之權利，故本條修正並無實益。

（二）新增第 3-1 條通聯紀錄之定義。

（三）修正第 5、6 條之通訊監察，及第 7 條之國安監聽。

二、強制處分（基本權干預）：

（一）令狀聲請程序變更：

1.第 5 條第 1 項**擴大通訊監察範圍**，新增「經濟秩序」、增列第 16 款至第 18 款營業秘密法、森林法、廢棄物清理法之罪。學說批評，通訊監察採重罪原則作為發動門檻時，反造成**立法上不停將重罪擴張**，使重罪方能通訊監察的本意全數落空。

2.第 5 條第 2 項**增加聲請書應記載事項**，要求記載偵字案或他字案、並延長檢察體系及法院核復之時間(增加兩倍)。學說認為此規定**使實務上行之有年的他字案明文化**，暴露他字案之缺失⁴。而同條第 3 項僅為訓示規定，令狀不符法定程式本就應當駁回。

3.改為「一人一案一票」之程式，避免實務常見之「一案吃到飽」現狀，惟在部分情況下僅為增加紙張用量、強迫偵察機關將一份聲請書拆成數份，並無太大的

⁴ 他字案（即行政簽結）僅能緩和檢察官之工作量，但亦被用來規避不起訴處分、使犯罪嫌疑人之一事不再理受到影響。

實質意義。

(二) 通聯記錄調取票：

1. 實務明文化：

此次修正後將通聯記錄調取加以明文化，於通保法修正前關於通聯紀錄之調取，僅有電信法第 7 條第 2 項勉強作為實務調取之法源。而經過本次修正將此現象明文化，為正確之修正方向。

2. 調取規定：

檢察官調取係採重罪原則(第 11-1 條)，學說建議參考美國法，不須區分重罪或輕罪，僅須使用所謂「經法律授權之行政提出文書命令」，不必採取如此高的門檻；司法警察官調取區分為形式要件(向法院聲請)與實質要件(若涉及重罪，需有必要性與關聯性方能調取)，但第 11-1 條第 2 項之文義不清，乍看文義將導致檢察官須受重罪原則拘束、司法警察則可針對任何案件為調取，極為矛盾。解釋上應認為偵查體系之調取一律有重罪原則之適用。

3. 相較其他強制處分之問題：

學說認為新修法之內容將「通信紀錄」與「通訊使用者資料」加以並列，係混淆隱私權之界定(涉及隱私者僅通信紀錄而已)，同時採重罪原則之原因不明，令狀要件與搜索相當、又採重罪原則。可謂將此「耗費偵查資源極小、侵害隱私程度極微、對事實釐清功能極大」的證據方法完全拔除，使許多輕微但有調取必要的輕罪(如賭博罪)無法調取，反有礙偵查進行。

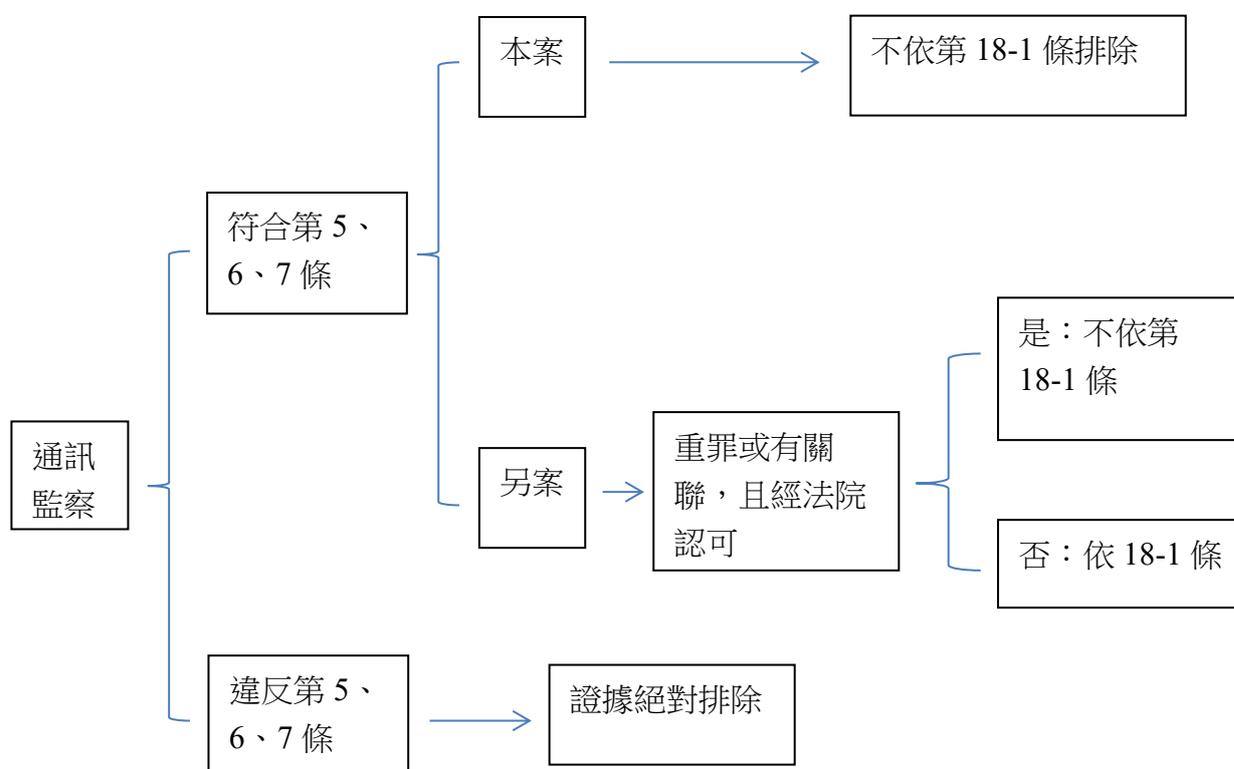
4. 「法官保留」原則之例外標準不明：

通保法設有例外規定，可不必透過法官核發令狀，但僅限於特定罪名或重罪。此產生不足之處，其一乃通信紀錄調取亦可用於行政調查、失蹤人口搜尋等其他功能，卻均被通保法排除在外；其二，輕罪或其他未被列舉之重罪仍受限於條文而無法調取；其三，第 11-1 條第 3 項所列舉之罪名亦有刑度差距相當巨大的問題，而完全未敘明理由，難謂正當，且排除「貪污治罪條例」，令人懷疑立法者之立法動機不純正。

三、證據能力/證據使用禁止：

本次修法試圖解決原本爭議甚多之「另案監聽」問題，將第 5、6、7 條之監聽所得證據能力統一規定至第 18-1 條，使條文較為精簡。同時對於違反第 5、6 條之情形，將不再區分違反情節是否重大，更有助嚇阻偵查機關，結構如下圖。學說上仍有部分批評如下：

- (一) 第 18-1 條第 1 項規定之 7 日期間為訓示期間或失權期間，意義不明，但若解為失權期間，則 7 日內未陳報該另案通訊即無法作為證據使用，過於嚴苛。
- (二) 承前所述，該 7 日期間計算之始期如何認定？蓋實務上採取事後聽取方式，可能無從判斷正確的始期。
- (三) 法院於第 18-1 條第 1 項之「審查事項」所指為何？解釋上應認為法院需一併審查該通訊監察之執行是否合於第 5、6 條的要件及程序。
- (四) 第 18-1 條第 1 項之「不能作為證據」，是指不得作為審判之依據？或是連強制處分之裁定中亦不能使用？蓋同條 2、3 項均排除司法偵查、審判或其他程序，依體系解釋，應解為第 1 項應在所有程序皆被排除證據能力。
- (五) 第 18-1 條第 2 項之規定相較於第 17 條第 2 項，係疊床架屋的多餘立法。



肆、案例演練

◎警察在某大樓三樓逮捕現行犯張三後，搜索了其停放一樓的汽車，查獲槍枝一

把。在移送回警察局後，警察搜索張三衣褲口袋，發現了數包海洛英。檢察官擬以該槍枝及毒品作為證據，證明張三的相關犯罪事實。試問上述的槍枝及毒品有無證據能力？請附理由詳述之。（105 年司法特考三等刑法與刑事訴訟法第四題）

◎警察甲在街上發現遭法院通緝之職業殺手乙，但甲故意不在當場逮捕乙，尾隨乙回家。待乙進入公寓內，甲立刻上前敲門，待乙開門後，甲表明身份，同時立刻逮捕乙。甲隨即搜索乙之衣袋，發現子彈 3 枚。又在門邊的櫃子上的背包裡，發現一本顯然記載客戶名單與價碼之帳冊。乙進一步在客廳的茶几上，發現一包安非他命，並在甲臥室的梳妝台抽屜裡，找到後來證明為贓款的鈔票數捆。請逐項討論上述各種強制處分的合法性，以及所得之證物，可否成為日後有罪判決的基礎？

◎民人某甲為一覺醒公民，於網路上購買多份疑似關於白色恐怖之文獻資料。國防部政戰局獲悉有人販賣此機密文件，即通報台北憲兵隊展開調查。憲兵先佯稱欲與某甲購買普洱茶，並約於捷運站面交。嗣甲到現場後，數名著便衣之憲兵始表明自己之身份、並將某甲帶上廂型車，於車內簽立「自願受搜索同意書」。隨即至甲宅展開搜索行為並扣得相關文獻。試問：本案中憲兵之搜索行為是否合法？

◎警方接獲線報，稱通緝犯甲正在某處民宅內逗留，遂立刻前往逮捕。在無搜索票的情況下，警方衝入民宅，發現現場實為一地下賭場，惟疑因消息走漏致進入後已經人去樓空，警方只在現場發現一監視錄影器以及桌上疑似賭金十萬元。警方均予以扣押。試問上述警方入宅搜索、扣押監視錄影器及十萬元是否合法？（105 年司法特考三等刑事訴訟法第二題）

◎警察甲接獲線報檢舉乙涉嫌在某公園內販賣安非他命，經於該公園埋伏發現乙以手機聯絡買主丙至現場進行交易，遂以現行犯逮捕乙丙二人，並當場附帶搜索乙之身體，查獲安非他命毒品數小包及該聯絡用之手機。試問警察甲得否未經乙之自願性同意逕行打開手機檢閱取得乙之通訊對象的電話號碼？如向法院聲請核發令狀，則應依刑事訴訟法第 128 條之 1 第 2 項聲請核發「搜索票」、或一通訊保障及監察法第 5 條第 2 項聲請核發「通訊監察書」或同法第 11 條之 1 第 2 項聲請核發「調取票」？（成功大學法研所 102 年刑事訴訟法第一題）

擬答：

一、警察不得未經乙之自願性同意檢視通訊對象之電話號碼：

（一）依刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 130 條規定，偵查機關於實施拘捕或羈押時，雖無搜索票，亦可附帶搜索被告身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。

(二) 本案中，乙遭逮捕之後，警察已經搜索其隨身物件，而學說認為附帶搜索之犯應於解釋上加以限縮，僅限於「被告可立即控制」之範圍，始可進行附帶搜索。而警察既已搜索出乙之毒品與手機，乙在未碰觸手機的情況下亦無法刪除通訊對象之電話號碼，於程序上已足以保存證據。

(三) 故應認為警察在未經同意之情況下，不得自行檢視乙之手機內容，否則將過度侵害乙之隱私權。

二、若欲檢視電話號碼，應向法院聲請核發搜索票：

(一) 不同令狀之差異：

1. 搜索票：依據刑訴法第 122、128 條之規定可知，搜索票係針對被告、犯罪嫌疑人或第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所進行搜索之形式要件，搜索之對象為有形之人、物，或可透過媒介轉換顯示其內容之電磁紀錄。

2. 通訊監察書：依據通訊保障及監察法(下稱通保法)第 3、5、6 條之規定可知，通訊監察書之對象，在於受監察人具合理隱私期待，而以任何形式所為之意思表示。

3. 調取票：為新近修法中，針對偵查實務長久以來未明文規定的通聯記錄調取所修改之規定，依通保法第 3 條之 1、11 條之 1 規定可知，通訊紀錄乃電信使用者個人的通訊地點、對象、時間、通訊長度、位址等資料。惟若干學說對此調取票之聲請門檻有所批評。

(二) 本案應適用搜索票檢視通訊對象之電話號碼

1. 手機中之電話號碼，並非乙與他人通訊之內容及思想表示；亦非乙與他人通話後所顯示的通訊位置、通訊時間等資訊。究其本質，如同放置於一虛擬空間中的電話簿一般，僅單純顯示與乙可能有毒品交易關係之人、以及其電話號碼，實則僅為以電磁紀錄態樣儲存在手機中的「客戶名單」而已。若欲於偵查中獲取該資訊，僅需觀看乙所輸入之聯絡人姓名及手機號碼、電郵地址等資訊，而與意思表示之內容，或從事通訊之時、地、長度等資訊毫無關聯。

2. 故本案中如須檢視乙之電話中的聯絡人號碼，僅需聲請法院核發搜索票，對此電磁紀錄加以搜索即可。