

新聞放大鏡

## 刑事偵查程序當事人權利保障

編目：刑事法

### 【新聞案例】<sup>註1</sup>

針對前瞻基礎建設特別預算案處理過程引發爭議，有學者認為民進黨不用立法院職權行使法，反而引用內政部議事規範，是本末倒置；立法院秘書長林志嘉說，依釋憲決議配合辦理。

陸生周泓旭共諜案爆案外案，周涉與中共政黨「台灣民主自治同盟」關係密切，在台替中方發展組織，檢調過濾後懷疑新黨的發言人王炳忠、新思維中心主任侯漢廷等4名幹部，可能持有周涉案資料，昨指揮調查局國安站以事涉《國安法》列證人並拂曉搜索，但反遭王用臉書直播警調被他鎖門外34分鐘過程，警方找鎖匠開鎖後搜索約談才展開，北檢訊後陸續將相關人全數請回。

王炳忠凌晨步出地檢署時表示，他是以證人身分配合「他」字案調查，因昨晨6時許被警調人員吵醒，他想到前總統陳水扁當年被搜索約談的狀況，還有民進黨副秘書長徐佳青曾說過被約談要自保，才會開直播。至於是否認識共諜案的中國學生周泓旭？他則稱偵查不公開，不便說。也獲請回的侯漢廷，則宣布參選台北市議員。

新黨昨上午緊急召開記者會宣示將全力營救4人，批檢調竟拒讓律師進入搜索現場，副主席李勝峰更砲轟：「不合程序，絕對跟你幹到底！」國台辦深夜則表示，新黨始終堅持一個中國原則，堅決反對台獨，積極維護和推動兩岸關係和平發展，「我們高度讚賞」，但台灣當局對「台獨」分裂份子袒護和縱容，並採取各種手段對主張兩岸和平統一的力量和人士肆意打壓和迫害，對此予以嚴正譴責，並密切關注。

陸生周泓旭因被控在台遊說外交官發展親中組織未遂，一審被依違反《國安法》判刑1年2月，全案上訴二審後，周泓旭日前出庭時噙「台灣司改刻不容緩。」「不敢公開審理我！」王炳忠也在臉書發文相挺，質疑周被

<sup>註1</sup>引自 2017-12-20/蘋果日報。https://tw.appledaily.com/headline/daily/20171220/37879439  
(最後瀏覽日：2018/01/24)

「黑箱法庭」審理，但檢調追查周案時，另查出周泓旭與中共統戰黨派「台灣民主自治同盟」交流密切，而王炳忠等4人疑持有相關資料，立案偵辦。

因王炳忠等人日前訪中，16日才回台，檢察官林俊廷和主任檢察官林忠志昨指揮調查局國安站搜索王炳忠和其父王進步、新黨新聞秘書陳斯俊、新思維中心主任侯漢廷、文宣委員會副主委林明正等人住處，並以證人身分約談王等6人，另提訊在押的周泓旭出庭。

王高喊「綠色恐怖」但對王炳忠的搜索並不順利，還爆出司法史首例國安案件搜索行動受阻反遭「直播」，昨早6時30分許，市檢調與萬華分局警員等5人，持法院公文及搜索票到王炳忠住處，要求他開門配合搜索，王拒不開門，當場用手機開臉書直播34分鐘，質疑檢調上門搜索是白色恐怖重演，王表示要等律師到場，並去電給新黨黨主席郁慕明等人，去電父親後發現父親住處也遭搜索。

雙方僵持約半小時，檢調改請鎖匠開門入屋搜索，並阻止王的直播，新黨秘書長祖國鼎及王的委任律師也先後趕到，律師敲門20多分鐘後，短暫進屋看文件再被請出。

其間，王家不斷傳出膠帶封箱打包的聲音，王炳忠則是情緒激動，兩度打開大門，但又被搜索人員強制關上，經近4個半小時搜索，11時許王由檢警陪同下樓，王炳忠見媒體大喊：「我不是公務員我能洩露什麼機密？說我發展組織，我們是新黨，台灣的在野黨耶！《中華民國憲法》保障人民集會結社的自由」、「在民進黨的統治之下，蔡英文的統治之下，綠色恐怖已經重新開始了！」隨即被帶上車赴新店調查站偵訊。

侯漢廷等3人亦帶至同一地點應訊，侯昨晚移送北檢時說：「感謝蔡總統給我當政治犯的機會。」新黨文宣委員會副主任林明正昨下午被送到台北地檢署複訊時，對媒體高喊：「打倒美日漢奸政權，政治迫害。」王炳忠晚上近11時才被移複訊，王炳忠強調自己只是證人，「希望檢察官不要有政治考量。」至今晨零時許，王等人全數請回，周泓旭還押。

台師大政治所教授范世平在臉書貼文指，他非常討厭王炳忠，但希望檢調能拿出鐵一樣的證據，檢調昨發新聞稿指，依法偵查中搜索時律師並無在場規定，且搜索應保密，稱找鎖匠開門、阻止直播均於法有據。

## 【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

## 【相關爭點】

- 一、如何落實偵查不公開原則、無罪推定原則
- 二、辯護人於偵查中之搜索、扣押在場權
- 三、刑事訴訟法第 175 條第 4 項但書「急迫情形」於實務上如何認定

## 【案例解析】

### 一、如何落實偵查不公開原則、無罪推定原則

#### (一) 司法意見<sup>註2</sup>

##### 1. 落實偵查不公開原則部分

- (1) 刑事訴訟法第 245 條第 3 項規定，應遵守偵查不公開原則之義務主體為「檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程序依法執行職務之人員」。
- (2) 而所謂「其他於偵查程序依法執行職務之人員」，係指「檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人及告訴代理人以外，依其法定職務於偵查程序為訴訟行為或從事輔助工作之人員」（偵查不公開作業辦法第 5 條第 2 項規定參照）。
- (3) 就檢警如何落實並確保偵查不公開一節，偵查不公開作業辦法已就不公開之範圍及於偵查程序及內容(第 4 條)、公開或揭露行為之定義(第 7 條)、得適度公開或不得公開之事項(第 8 條、第 9 條)，以及違反偵查不公開原則所應負之法律責任(第 10 條)等事項，詳予規定，如檢警人員能確實遵守，應能兼顧被告或犯罪嫌疑人名譽、隱私之維護與偵查程序之順利進行。
- (4) 上開人員，如違反偵查不公開而涉犯刑責者(如：洩密或妨害名譽)，自應由司法警察或檢察官主動發覺偵辦；如依法應負行政、懲戒責任者，自應由權責機關依法官法、公務員懲戒法、公務人員考績法、律師法等相關法令規定程序調查、處理法定程序調查、處理之，並按違反情節輕重予以懲處(偵查不公開作業辦法第 10 條)。

##### 2. 落實無罪推定原則部分

- (1) 偵查不公開之立法意旨，在於確保無罪推定原則之落實，避免未經正式起訴審判程序即公布犯罪嫌疑人犯罪之資訊，對未經定罪嫌疑人之

<sup>註2</sup> 參引司法院於立法院「如何落實刑事訴訟程序之公平正義與人權保障」公聽會(106/12/25)所提書面報告([https://lis.ly.gov.tw/pubhearc/ttsbooki?N122887:0082-0086:\\_self](https://lis.ly.gov.tw/pubhearc/ttsbooki?N122887:0082-0086:_self))。引自「如何落實刑事訴訟程序之公平正義與人權保障」公聽會報告，頁 82-85。

名譽造成難以彌補之傷害。惟刑事案件偵辦過程中，有關偵查之資訊若完全封鎖，則於澄清視聽、安定民心、維護社會秩序等社會公共利益，可能反有不利影響，因此刑事訴訟法第245條第3項乃規定，參與偵查程序之人員除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，不得公開或揭露偵查中執行職務知悉之事項，藉以折衷調和。

(2)為落實前揭立法意旨，偵查不公開作業辦法於第8條臚列不得公開或揭露之事項，其要項包括「實施偵查之具體內容及所得心證」、「偵查中之卷宗、筆錄、錄音帶、錄影帶、照片、電磁紀錄」、「有關被害人之隱私、名譽或性侵害案件被害人之照片、姓名」、「蒐證之錄影、錄音」等事項，並明定「不得帶同媒體辦案，或任被告、犯罪嫌疑人或少年供媒體拍攝、直接採訪或藉由監視器畫面拍攝」。但同辦法第9條亦規定，在審酌公共利益之維護或合法權益之保護，認有必要時，就「影響社會大眾生命、身體、自由、財產之安全，有告知民眾注意防範」、對於社會治安有重大影響之案件，「有籲請民眾協助指認之必要時，得發布犯罪嫌疑人聲音、面貌之圖畫、相片、影像或其他類似之訊息資料」或「為期早日查獲或防止再犯，籲請社會大眾協助提供偵查之線索及證物，或懸賞緝捕」、「對於媒體報導與偵查案件事實不符之澄清」等事項，得適度公開或揭露。期使在確保案件當事人之名譽、隱私，並落實無罪推定原則的同時，亦能兼顧維護偵查程序之順利進行及真實發現。

## (二)法務部意見<sup>註3</sup>

### 1.落實偵查不公開原則部分

- (1)偵查程序中程序參與者眾多，洩密管道不易確定，尤以，開放偵查中聲請羈押程序之辯護人閱卷權後，偵查資訊之外漏更雪上加霜、難以防杜，之前臺北地檢署偵辦遠雄建設不法案，連通訊監察譯文內容均遭媒體披露，即為適例。
- (2)又新聞報導之素材主要來自記者之採訪，記者揭露消息來源，勢必破壞其與消息提供者之信賴關係，故欲自記者處得悉洩密管道，誠非易事。
- (3)惟偵查不公開原則之落實，關乎被告、犯罪嫌疑人、被害人或其他利

<sup>註3</sup>參引法務部於立法院「如何落實刑事訴訟程序之公平正義與人權保障」公聽會(106/12/25)所提書面報告([https://lis.ly.gov.tw/pubhearc/ttsbooki?N122887:0087-0093:\\_self](https://lis.ly.gov.tw/pubhearc/ttsbooki?N122887:0087-0093:_self))。引自「如何落實刑事訴訟程序之公平正義與人權保障」公聽會報告，頁87-89。

害關係人之憲法上權益，亦與偵查程序之順利進行及真實發現息息相關。

(4)應遵循偵查不公開原則之人，若違反應負之責任：

- A.刑事責任：違反偵查不公開而洩密或妨害名譽者，依刑法第 132 條、第 316 條或第 310 條處斷；其他法令有特別處罰規定者，依其規定。
- B.行政或懲戒責任：應由各權責機關依法官法、公務員懲戒法、公務人員考績法、律師法等相關法令規定程序調查、處理，並按違反情節輕重予以懲處。

## 2.落實無罪推定原則部分

- (1)偵查不公開原則存在之目的，除確保國家刑罰權之有效行使外，尚包括維護無罪推定原則，保障被告、犯罪嫌疑人、被害人或其他利害關係人之名譽、隱私、安全。
- (2)換言之，偵查不公開原則之落實，與確保案件當事人與關係人之憲法上權益，落實無罪推定原則以及維護司法公平審判等價值息息相關。

## (三)學者專家意見

### 1.徐履冰律師意見<sup>註4</sup>

- (1)刑事訴訟法第 245 條第 3 項本就規定偵查不公開、不得洩漏職務上秘密的對象是有一定範圍的，包括檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人、告訴代理人，或其他偵查程序依法執行職務之人員。而且條文也規定，依照法令及維護公眾利益或其他合法權益必要的情況，還是可以公開；換言之，偵查不公開並不是一個絕對的原則，也有相當的規範。
- (2)建議可以在法律上修正，或者在司法院法務部偵查不公開的辦法中去修正，一旦媒體發布對受偵辦對象不利的消息時，應該要允許受偵辦對象採取自衛、自辯的行動，不管是他本人，或者可以找律師陪同對外說明。

### 2.李宜光律師意見<sup>註5</sup>

<sup>註4</sup>參引徐履冰律師於立法院「如何落實刑事訴訟程序之公平正義與人權保障」公聽會(106/12/25)發言紀錄。引自「如何落實刑事訴訟程序之公平正義與人權保障」公聽會報告，頁 7。(https://lis.ly.gov.tw/pubhearc/ttsbooki?N122887:0004-0070:\_self)(最後瀏覽日：2018/01/24)

<sup>註5</sup>參引李宜光律師於立法院「如何落實刑事訴訟程序之公平正義與人權保障」公聽會(106/12/25)發言紀錄，引自前揭註公聽會報告，頁 20。

應該立一個法律或 SOP 規範，規定如果有洩漏偵查中的秘密時，應該是由最高檢察署的檢察總長把這案件移轉到其他的地檢署或其他的高檢署進行偵查，不應該是由原檢察機關調查有沒有洩密的問題。

### 3. 廖義銘院長意見<sup>註6</sup>

(1)目前刑事訴訟法第 245 條第 5 項，是把偵查不公開的作業辦法，授權由司法院和行政院共同訂定。由行政命令的層級來訂定偵查不公開作業辦法，這對民眾的隱私權和相關程序的權利是不夠的。

(2)目前在修法上，如果能夠讓刑事訴訟法第 245 條第 5 項的授權規定，提升到刑事訴訟法的法律位階來討論，應該是澈底解決的方法。

### 4. 吳盈德教授意見<sup>註7</sup>

(1)基於無罪推定原則，為了維護偵查程序順利進行以及事實的發現，必須兼顧保障被告、犯罪嫌疑人、被害人以及其他利害關係人的名譽、隱私、安全，偵查不公開之。

(2)偵查公開應該是例外，這個例外一定要從嚴，應重新思考這部分的法律，不管是在位階上或規範上都是如此。

(3)公務員在履行其公務上之職務時，本來就必須負保密及緘默的義務，如有違反就應該負相關的刑事責任或行政責任，這些規定都見諸於現有的規範，如：第 132 條禁止公務員洩漏或交付關於國家國防以外之秘密文書、圖畫、消息或物品。

(4)在實務上有 83 年上字第 5297 號判決，警察因在通話中向犯罪嫌疑人透露檢察機關將臨檢遊樂場有無賭博情事而被判罪的先例可資參照。

### 5. 歐陽弘律師意見<sup>註8</sup>

(1)我國刑事訴訟法第 245 條所產生的最重要問題是規範密度嚴重不足以及規範方向錯誤。

(2)就規範方向產生錯誤的部分而言，若參考美國聯邦刑事訴訟規則 (Federal Rules of Criminal Procedure) 第 6 條 (Rule 6. The Grand Jury)，我們可以發現對於「偵查不公開之」這個概念，在我國僅僅只有短短的 6

<sup>註6</sup> 參引廖義銘院長於立法院「如何落實刑事訴訟程序之公平正義與人權保障」公聽會 (106/12/25) 發言紀錄，引自前揭註公聽會報告，頁 23。

<sup>註7</sup> 參引吳盈德教授於立法院「如何落實刑事訴訟程序之公平正義與人權保障」公聽會 (106/12/25) 發言紀錄，引自前揭註公聽會報告，頁 25-26。

<sup>註8</sup> 參引歐陽弘律師於立法院「如何落實刑事訴訟程序之公平正義與人權保障」公聽會 (106/12/25) 發言紀錄，引自前揭註公聽會報告，頁 36。

個字加上一個逗點。但是在美國，有關第 6 條的規範非常複雜，密度非常高，而且偵查不公開的概念主要並不是規範被告不可以公開任何偵查內容，其規範的方向是政府不可以公開任何有關在偵查中訊問的主要內容，因為真正會違反偵查不公開的並不是被告，也不是證人，會導致被告或第三人，名譽權受損的是政府機關，所以一開始所規範應該是政府人員，也就是應該明確規範到底哪一些政府人員、哪一些參與訊問過程的人員應該嚴守偵查不公開的內容。

#### 6. 謝煜偉教授意見<sup>註9</sup>

- (1) 偵查不公開辦法第 5 條規定檢警得曉諭當事人或被告勿公開或揭露偵查中知悉之偵查程序及內容，目前實務上認為被告必須謹守偵查不公開的原因就在於這一條規定。
- (2) 至於這種反射效果是不是適合規定於行政規則當中，非無疑問，應謹慎思考除了守密的主體（檢警單位）之外，應不應該擴增到一般人、第三人、被告或犯罪嫌疑人？當有必要的時候，應該用什麼樣的想法來加以限定？是不是透過刑事上的秘密指定方式，比如透過偵辦檢察官指定只有某一個部分屬於秘密，如果洩密的話，可能會以刑法第 132 條第 3 項「非公務員因職務或業務知悉或持有第一項之文書、圖畫、消息或物品，而洩漏或交付之者」規定論處。
- (3) 刑法第 132 條第 3 項所強調的是一般人因職務或業務所知悉的秘密，因此在接受訊問或詰問過程當中所知悉的秘密是不是該當於職務或業務，應再釐清。
- (4) 偵查不公開一方面牽涉到守密主體的問題，另外一方面也牽涉到在整個偵查過程當中，不光是被告本身的名譽需要保護，可能還有其他共同被告或第三人的秘密或名譽需要予以保護。

## 二、辯護人於偵查中之搜索、扣押在場權

### (一) 法務部意見<sup>註10</sup>

就搜索之定義以觀，「搜索」係指以發現被告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、住宅或其他處所之強制處分，於實務運用上，為世界各國檢察官取得重要證據的主要蒐證方法之一。雖有論者建議於刑事訴訟法增訂辯護人於偵查中執行搜索、扣押程序時之

<sup>註9</sup> 參引謝煜偉教授於立法院「如何落實刑事訴訟程序之公平正義與人權保障」公聽會(106/12/25)發言紀錄，引自前揭註公聽會報告，頁 45-46。

<sup>註10</sup> 同前揭註 3，頁 90-91。

在場權，有修正刑事訴訟法第 150 條之必要，以妥適保障受搜索人之權益。惟基於下述理由，建議維持現行刑事訴訟法之制度設計，無修正刑事訴訟法第 150 條之必要：

#### 1.自比較法分析

(1)參諸我國刑事訴訟法重要參考國家之德國、日本或是美國的立法例，其刑事訴訟法或刑事訴訟規則，均未賦予辯護人於偵查中執行搜索、扣押程序時之在場權，且該等國家之釋憲機關亦未認此有何對於受搜索人權益保障不足或違憲之處。

(2)準此，我國現行刑事訴訟法第 150 條之規定，僅允許審判中之辯護人得於執行搜索或扣押程序時在場，而未同時賦予偵查中之辯護人在場權，與世界各法制先進國家之刑事訴訟制度相符，並未有何疏漏之處。

#### 2.自偵查實務運作分析

(1)因偵查中之案件尚屬成形階段，唯有完整的偵查作為，始可能盡量還原案件的全貌，而使國家刑罰權可有效實現。在偵查程序中，基於調查案件之必要，檢察官所掌握的資訊是否較被告等人更為全面，往往是案件偵辦順遂與否的關鍵及先機，蓋若資訊不當外洩，經常對於保全涉嫌人或蒐集、保全證據等檢察官之蒐證作為造成阻礙，進而影響案件之偵辦。

(2)準此，在偵查階段，身為偵查主體的檢察官可否掌握較為全面的資訊，即為刑事訴訟制度設計上之重要考量，而此亦為偵查不公開原則的主要目的。

(3)再者，刑事訴訟法第 124 條規定「搜索應保守秘密」，故方須以法律限制得在場之人之範圍，以求確保搜索程序之秘密性，一旦賦予辯護人於偵查中之搜索、扣押在場權，將使辯護人在第一時間得以檢視、觀察搜索之重點及所搜索扣押之物品，並使辯護人得以預測檢察官之偵查步驟與下一步之偵查作為，而對偵查結果造成嚴重影響。

(4)觀諸德國、日本或是美國之刑事訴訟制度，均透過偵查不公開原則之實踐，維持偵查機關在偵查中所獲取的資訊，且毋庸揭露予被告或外界知悉，唯有對被告之人身自由產生重大侵害的情況下，例如：羈押，偵查不公開原則始稍作讓步。

(5)是以，在搜索此等並未對於被告或人民之人身自由的權利造成侵害的程序中，德國、日本及美國等法制先進國家，均選擇肯認偵查中之搜索扣押程序毋庸使辯護人在場，以免架空偵查不公開原則，而影響檢



察官案件偵辦之進展。

(二)學者專家意見

1.徐履冰律師意見<sup>註11</sup>

(1)以搜索的程序而言，現行刑事訴訟法裡有諸多規定都涉及權益上的判斷，如果沒有律師的協助，根本無從保護自己的權益，例如：刑事訴訟法第122條對於第三人的搜索，包括證人，都要有相當的理由，現場情況究竟如何，律師得知以後，縱使在當時無法阻止，事後也有機會尋求救濟，但如果律師不在場，則完全不知道當時的情形。

(2)又例如：刑事訴訟法第133條之1、第133條之2、第133條、第137條及第152條都有提到關於可扣押之物的範圍、他案扣押之物的範圍等等，都涉及現場的判斷與主張。如果沒有律師協助，請問要如何向執行搜索的公務人員主張自己的權利？

2.李宜光律師意見<sup>註12</sup>

辯護人在偵查中搜索跟扣押有沒有在場權的問題，係立法疏漏，建議僅須將刑事訴訟法第150條第1項之「審判中」三個字刪除即可。

3.廖義銘院長意見<sup>註13</sup>

現行刑事訴訟法第150條第1項規定，並沒有限制辯護人在偵查中的搜索、扣押在場權。

4.吳盈德教授意見<sup>註14</sup>

(1)現行法規沒有賦予辯護人在偵查中搜索、扣押在場權，是故應修正刑事訴訟法第150條，刪除「審判中」等文字，因為整個偵查程序就是檢察官和被告的關係，證人可能隨時被轉換為被告，所以不論如何都要保障證人或被告，證人或被告不論在任何狀態之下都應該受到保障。

(2)辯護人在場權屬於被告在訴訟上的基本權利之一，兼及對辯護人之依賴權同受保護。立法的意旨就在藉以證明法院踐行的訴訟程序是公正的、純潔的、慎重的、尊重的，以昭公信，且能使當事人、辯護人對於證據方法之展示與取得因為同程參與、見證知悉，可以及早展開反證的活動，有助於迅速發現真實，刑事訴訟法第150條的相關規範實在應進行修正。

<sup>註11</sup>同前揭註4，頁8。

<sup>註12</sup>同前揭註5，頁21。

<sup>註13</sup>同前揭註6，頁23-24。

<sup>註14</sup>同前揭註7，頁26-27。

5.賴彌鼎律師意見<sup>註15</sup>

- (1)建議刪除刑事訴訟法第150條第1項「審判中之」4字。
- (2)針對第三人搜索部分，建議在刑事訴訟法第122條增列第3項：「前項情形，該第三人要求得選任律師在場時，應俟其律師到場後，始得搜索。」這樣修正之後，就能彌補搜索時律師可以在場的相關規定。

6.謝煜偉教授意見<sup>註16</sup>

- (1)與證人有關之正當法律程序非常多，例如：不正訊問之規定是否適用。觀察104年台上字47號判決，當中提及證人如果在非出於自由意志下受到詰問或訊問，所取得之證據無證據能力，當然這是類推適用，也就是依照不正訊問出於非自由意志下所得證據無證據能力這樣的被告自白原則，以相同法理讓這類證據無證據能力，但是現行規範卻付之闕如。
- (2)若要強化證人之正當法律程序，尚應慮及於證人無故不到庭之情況下採用拘提方式，是否適用即時解送、是否適用即時訊問，以及檢警要不要盡到一定的告知義務？(包括：要否告知證人拒絕證言權，或不自證己罪的相關權利，以及是否選任律師，或要不要告知證人隨時可能轉換成被告身分，也就是潛在被告身分轉換之告知事項是否也需要一併告知？)
- (3)更重要的問題是連續錄音、錄影。此一部分屬立法疏漏，應予增訂。在實務上，102年台上字2490號判決提及，證人在偵查階段未準用連續錄音、錄影相關規定，可能是一種立法疏漏。這項判決固然明白提到立法疏漏，卻沒有進一步提到沒有連續錄音錄影是否就違背正當法律程序，只說如果警察多做了一些，證人又有連續錄音、錄影的話，這時可以類推或直接適用刑事訴訟法第100條之1第2項的法理，不符之情況可以排除其證據能力。
- (4)如果把請求律師協助之相關權利統統延伸到其他第三人強制處分，可能還會有更嚴重的問題，例如依據刑事訴訟法第148條，如果住居人在場，那麼住居人是否也可以請律師協助？或者所有其他第三人中，不可能轉換為被告身分的受搜索人是否也都有接受律師協助的權利？如果有接受律師協助的權利，在律師未到場的情況下，檢警是否就不能

<sup>註15</sup>參引賴彌鼎律師於立法院「如何落實刑事訴訟程序之公平正義與人權保障」公聽會(106/12/25)發言紀錄，引自前揭註公聽會報告，頁40。

<sup>註16</sup>同前揭註9，頁44-45。

開啓搜索行動？還是最後都可以引用但書「如有急迫情形不在此限」，到時候原則就變成例外，例外卻變成原則了。

### 三、刑事訴訟法第 175 條第 4 項但書「急迫情形」於實務上如何認定

#### (一) 司法院意見<sup>註17</sup>

就刑事訴訟法第 175 條第 4 項但書「急迫情形」於實務上如何認定一節，稽諸該條項規定，乃係因證人是否到場，影響審判程序甚鉅，而為如此之規定，至於是否具有「急迫情形」，自應就具體客觀情事加以認定，而非在毫無客觀事實下，僅憑一己之見主觀認定。如不具有急迫情形，而未遵守傳票至遲應於到場期日 24 小時前送達之規定，證人自得拒絕到庭，法官或檢察官亦不得依同法第 178 條處以罰鍰或拘提。

#### (二) 法務部意見<sup>註18</sup>

1. 有關我國刑事訴訟程序中對於證人權益之保障，刑事訴訟法第 179 條至第 183 條詳予規定證人之拒絕證言權，充分落實不自證己罪原則、親屬及因業務關係所生之秘匿特權。
2. 此外，最高法院更透過 92 年度台上字第 4003 號判決宣示，若偵查機關於偵查中業已認定某特定之人有犯罪嫌疑，則該人之被告地位業已形成，此時訊問者為獲致相關案情加以訊問，應踐行刑事訴訟法第 95 條之告知義務，若檢察官於偵查中，蓄意規避踐行上開規定之告知義務，對於犯罪嫌疑以「被告」以外之身分訊問，採其不利供述為證據後，再改列為被告而予以追訴，則應認檢察官所取得之供述係違法取證，不具證據能力。
3. 由於個案狀況不一而足，故如何認定刑事訴訟法第 175 條第 4 項但書所規定之「急迫情形」，現行偵查實務多係就個案判斷。惟因證人或有可能無固定住居所，或可能為避免捲入案件糾紛而離開原住居所或出國而規避傳喚，甚至可能有串證或滅證，或已有明顯舉動顯示抗拒傳喚的情況，而此等情況偵查及審判實務上亦屬常見之情；因此，若檢察官於個案上遇有該等情況，即可能認屬刑事訴訟法第 175 條第 4 項但書所規定之「急迫情形」。

#### (三) 學者專家意見

##### 1. 廖義銘院長意見<sup>註19</sup>

- (1) 刑事訴訟法第 175 條但書「急迫情形」的認定，應該由檢察官負舉證責任。

<sup>註17</sup>同前揭註 2，頁 86。

<sup>註18</sup>同前揭註 3，頁 91-92。

<sup>註19</sup>同前揭註 6，頁 24。

(2)最高法院 102 年度台上字第 4186 號判決認為，檢察官濫權的直接受害者是國家，而非個人，此一見解顯然有誤，因為檢察官濫權，實際上的受害者就是個人。因為檢察官就是代表國家在提起訴權，所以檢察官的濫權，實際上的受害者就是個人，所以應該讓個人在檢察官濫權的作為上，有自訴的權利。

## 2. 賴彌鼎律師意見<sup>註20</sup>

### (1) 傳票應記載事項：

A. 第 4 款建議修正為「得拒絕證言事由之記載」，因為必須告訴證人，他在什麼情況下可以拒絕證言。

B. 建議增加第 6 款：「經合法通知後，無正當理由不到場者，得科罰鍰；再次合法傳喚仍無正當理由不到場者，得命拘提。」其理由為：證人非刑事訴訟程序之當事人，其於訴訟程序係立於協助偵、審發現真實之第三人，本應給予尊重並感謝其協助程序之立場，尤應以其個人生活次序之尊重為優先，是在程序之傳訊上自應有別於被告或犯罪嫌疑人之地位而有其不同之傳喚條件及規定，方能展現司法為民服務、以人民為主之現代民主法治精神。

(2) 本條最後一項建議修正為：「傳票至遲應於到場期日前五日送達」。傳訊一般證人，傳票應在 5 日前送達，如有急迫情形，建議仍予保留，但應有明確、具體規定，也就是非以傳訊將來有難以或不能傳訊者，傳票至遲應於到場期日 24 小時前送達。

## 3. 謝煜偉教授意見<sup>註21</sup>

(1) 如果連搜索、扣押皆要由法院進行判斷，為什麼像拘提證人這種侵害人權時間達 24 小時左右、甚至實務上通常會延長的侵害人身自由處分卻不用經過法官保留、令狀原則的檢視？

(2) 以日本法為例，雖然根據法規，檢察官沒有強制處分權，但實際上幾乎都是透過任意同行的方法執行，可見徒法不足以自行，光是以法律規定剝奪檢察官或警察傳喚或通知書之相關權限，但檢方仍有其他方法達到實質上的目的。

<sup>註20</sup>同前揭註 15，頁 40-41。

<sup>註21</sup>同前揭註 9，頁 43。