

名師啟試錄 ①

搜索大體檢

編目：刑訴

主筆人：鳴政大

一、前言

從 2016 年 6 月修正的沒收扣押新法後，雖然有點美中不足，但至少某些程度上讓扣押回歸法官保留原則，呼籲了學理以往的要求。但搜索部分，可以說是原封不動，立法者對此並沒有太多著墨，未來的修法排程上，也看不到對搜索有「動刀」的計畫。

而近來屢見搜索的問題登上媒體，例如：2016 年的憲兵搜索民宅案件(魏姓民眾在網路買賣三份白色恐怖時期文件，憲兵竟以「釣魚」方式誘捕，強行將他押上廂型車，且沒有搜索票情況就直接進入魏家，取走該批文件^{註1})、2017 年的新黨成員王炳忠搜索案件(檢調偵辦陸生周泓旭共諜案，另發現周與中共黨派「台灣民主自治同盟」關係密切，根據周的電腦資料，懷疑周刻意接近新黨青年軍王炳忠等人，欲替中方發展組織^{註2})，都佔據了不少版面。

因此，搜索到底法條及實務運作上有什麼問題，筆者將藉由本篇向讀者們為地毯式介紹。寫作方式原則上依序法條體系介紹^{註3}，並在個別法條的解釋上，穿插個案及實務案例的解說。

^{註1} 白色恐怖再現 憲兵濫搜民宅逮人，蘋果日報，
<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20160307/37097008/>。

^{註2} 陸生共諜 疑拉攏新黨幹部，蘋果日報，
<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20171221/37880224/>。

^{註3} 本文主要引用文獻：王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法(上)》，瑞興，2015年9月，第3版，頁177-282。林俊益，《刑事訴訟法概論(上)》，新學林，2017年10月，第17版，頁308-346。林鈺雄，《刑事訴訟法(上)》，元照，2017年9月，第8版，頁423-442。林鈺雄，〈急迫性搜索之事後救濟〉，《干預處分與刑事證據》，元照，2008年1月，初版，頁169-199。林鈺雄，〈逕行搜索與扣押之合理依據〉，《台灣本土法學雜誌》，第28期，2001年11月，頁104-107。黃朝義，《刑事訴訟法》，新學林，2017年9月，第5版，頁257-293。

二、搜索之決定機關

舊法(指 2001 年前)搜索的決定機關採「偵查中檢察官決定，審判中法官決定」之二分模式。於 2001 年改採「相對法官保留原則」，第 128 條第 3 項規定：「搜索票，由法官簽名」，即以有法官簽發之令狀為原則。在王炳忠搜索案中，受搜索人即曾主張搜索票上無法官簽名，僅有蓋章是否合法之疑義^{註4}。不過依照民法第 3 條規定，印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。實務上作法也向來多由法官在搜索票上蓋章，故此法律效力上應無疑義。

不過，另外一個問題是，可否搜索票外，加開傳票及拘票，亦即三票齊下？這點法無明文規定。理論上，只有在「住宅」執行「拘提」時，因將同時涉及人身自由拘束與隱私侵害，發生拘提和搜索的競合，由於偵查中拘提仍是由檢察官可單獨為之，若兩票齊下反而是偵查中讓法官得以介入審查，應較保障被搜索人之權利。而加開傳票及拘票，顯然是為了搜索完畢後立即訊問被搜索人，避免被搜索人與其他可能為共犯之人串證。如果為了避免檢察官同時點上濫用傳票及拘票，根本的解決方法，**應該是學理長期以往的呼籲，即拘提此短期人身自由之拘束，也應該回歸法官保留原則^{註5}。**

三、無令狀之搜索

(一)附帶搜索

第 130 條規定：「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。」本條之目的在於，拘捕之被告也許身懷武器或其他危險物品，危及執法人員，乃至於被告本身(如：情急自殺)或現場其他第三人的人身安全，**並且避免被告煙滅隨身證據。**

最高法院 100 年度台上字第 2966 號判決指出，係為因應搜索本質上帶有急迫性、突襲性之處分，難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情

^{註4}王炳忠搜索票曝光，法官蓋章看這裡，蘋果日報，
<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20171222/1264249/>。

^{註5}林鈺雄，《刑事訴訟法(上)》，元照，2017 年 9 月，第 8 版，頁 327。此外，在王炳忠搜索案上，固然表面形式上是針對「證人」為搜索，但實際上是否其被告地位尚未形成？必須有更多資料才能判讀，本文下面的論述都先不區分針對被告及針對證人搜索，以免討論過於複雜。

形，於實施拘捕行為之際，基於保護執行人員人身安全，防止被逮捕人逃亡與湮滅罪證，在必要與不可或缺之限度下所設令狀搜索之例外規定；其前提均應以有合法拘捕或羈押行為之存在為必要。

適用附帶搜索上較為有爭議的在於搜索範圍的界定，法條規定為「身體」、「隨身攜帶之物件」、「所使用之交通工具」、「立即可觸及之處所」。在個案的運用上，緊扣保護人身安全及避免被告湮滅隨身證據兩大附帶搜索之立法目的即可。

(二)對人之緊急搜索

第 131 條第 1 項規定：「有左列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：(第 1 款)因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者。(第 2 款)因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。(第 3 款)有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。」

本條項係專指對人的緊急搜索，目的在「搜索人」(拘捕搜索)，又有稱為「逕行搜索」。因此當執法人員執行拘提時，得適用本條項無搜索票進入住宅，搜索可能藏有人的地方，如：臥房、床底等地方。但執法人員不得趁此機會，翻動抽屜內之文件、物品，蓋這些地方都不可能藏有人，否則即與本條項之目的相違。

(三)對物之緊急搜索

第 131 條第 2 項規定：「檢察官於偵查中確有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，24 小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索，並層報檢察長。」

本條項係專指對物的緊急搜索，目的在「搜索物」(偵查搜索)。和對人的緊急搜索最大不同處，在對物的緊急搜索主體僅限於檢察官，司法警察(官)不得為之。

(四)同意搜索

第 131 條之 1 規定：「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」原本得受干預者之同意，即可作為國家發動強制處分之合法性事由，本條只是立法將其明文化而已。

而是否得受干預者之同意，重點在其是否為「自願性同意」。實務見

解多從「實體要件」角度觀察，認為應綜合一切情狀判斷，是否具有自願性同意。例如：最高法院 94 年度台上字第 1361 號判決表示：法院對於證據取得係出於同意搜索時，自應審查同意之人是否具同意權限，有無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，遇有被告抗辯其同意搜索非出於自願性同意時，更應於理由詳述審查之結果，否則即有判決理由不備之違法。

由於實務傾向個案判斷，因而在憲兵搜索案上，就產生認定上的模糊地帶，甚至多數人認為是「被同意」，亦即，站在一個普通老百姓的角度，在當時的面臨憲兵壓力之下，豈會不同意搜索？

為了解決這樣的個案認定上，學理早期即呼籲，同意與否個案判定不易，也可能招致檢警以同意之名行違法搜索之實的結果，易架空搜索的法律保留及法官保留原則。較為合宜的解決之道，應立法設定法定程序以資控管。亦即，國家機關必須事先踐行一定的程序之後，始能主張其搜索處分因經同意而合法^{註6}。

例如：課予國家機關事先的告知義務，告知受搜索人其於法律上並無配合或忍受之義務，並擬定書面之同意表格，一來確定受處分人之真意，二來杜絕未來的爭端。現行法同意搜索規定，固然考慮自願性同意的要件，且有同意筆錄之要求，但條文仍過於簡潔，其他的程序要件(權限、範圍等)，有待未來學說與實務解決^{註7}。

上開呼籲多年，始終未見同意搜索修法改正，但在 2016 年新增「同意扣押」時得到立法者的認可，第 133 條之 1 第 2 項規定：「前項之同意，執行人員應出示證件，並先告知受扣押標的權利人得拒絕扣押，無須違背自己之意思而為同意，並將其同意之意旨記載於筆錄。」

四、搜索之執行

^{註6}林鈺雄，〈《刑事訴訟法(上)》〉，元照，2017 年 9 月，第 8 版，頁 433。

^{註7}林鈺雄，〈《刑事訴訟法(上)》〉，元照，2017 年 9 月，第 8 版，頁 433-434。

(一)搜索之在場及通知

為避免搜索時產生爭端，如：被告抗辯遭執法人員栽贓等，故執行搜索時，應有一定之人在場見證搜索。第 148 條規定：「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。」第 149 條規定：「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。」

再者，針對被告及辯護人之在場權，第 150 條規定：「(第 1 項)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。(第 2 項)搜索或扣押時，如認有必要，得命被告在場。(第 3 項)行搜索或扣押之日、時及處所，應通知前 2 項得在場之人。但有急迫情形時，不在此限。」^{註8}

簡言之，**僅審判中之辯護人有在場權，此似基於偵查不公開原則，故認偵查中之辯護人不得在場。**林鈺雄教授批評認為，偵查不公開係對外界不公開，並非專對被告或其辯護人之不公開，果真有所妨害，再予依法限制即可，似乎不應一概否定其在場權^{註9}。

在王炳忠搜索案中，最大的爭議莫過於此，無奈於現行法下明確規定「審判中」在場權，無法按照法律解釋擴張偵查中在場權。嗣後北檢新聞稿也對此做出說明：「依同法第 150 條第 1 項規定，當事人及審判中之辯護人得於搜索或扣押時在場，偵查中辯護人本無於搜索時在場之法律規範。**惟基於保障受搜索人王○○之權利，本案待確保搜索現場之秩序後，王○○委任之律師有進入搜索場所，協助確認扣押物之品項及數量。**」因此，讓其委任律師嗣後進行協助確認扣押物，似為偵查機關給予之折衝作法。

(二)搜索之必要處分

第 144 條規定：「(第 1 項)因搜索及扣押得開啟鎖局、封緘或為其他必要之處分。(第 2 項)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。(第 3 項)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。」

^{註8}另參最高法院 94 年台上字 4929 號判例：未依法通知當事人……所踐行之訴訟程序自有瑕疵。然此前提是在「審判中」勘驗，不含偵查中勘驗。

^{註9}林鈺雄，《刑事訴訟法(上)》，元照，2017 年 9 月，第 8 版，頁 436。

應稍加注意的是，林鈺雄教授指出，本條第2項所稱的「禁止前條所定之被告」乃立法誤植所致，應將其解釋為「禁止依法得在場人(第148條至150條)以外之人進入該處所」^{註10}。

在王炳忠搜索案中，我們看到了第一時間執行人員與被搜索人在門口僵持不下的畫面。其實照理說應該執行人員事先已聯絡好鎖匠預備，當受搜索人拒絕開門時，即依第144條1項規定為必要處分，即強行開啟鎖局。以免受搜索人進行滅證，該案中，被搜索人確實有回到房間內，甚至有翻箱倒櫃的聲音傳出，才讓人聯想到是否有煙滅證據之嫌疑。

(三)搜索與偵查不公開

第245條第1項規定：「偵查，不公開之。」即所謂的偵查不公開原則。同條第3項規定：「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，除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，偵查中因執行職務知悉之事項，不得公開或揭露予執行法定職務必要範圍以外之人員。」

再依據「偵查不公開作業辦法」第5條規定「應遵循偵查不公開原則之人員，指檢察官、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。前項所稱其他於偵查程序依法執行職務之人員，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。」

由此可知，偵查不公開規範的對象都是偵查機關等人員，並例外將辯護人及告訴代理人加入（就此點而言，陳運財教授批評認為，不宜將辯護人、告訴代理人等與偵查機關並列^{註11}），**本身規範對象就不是被告或證人**。不過，有趣的是，該作業辦法第5條第3項規定：「檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察得告知被告、犯罪嫌疑人、被害人或其他利害關係人關於偵查不公開之規定，並曉諭勿公開或揭露偵查中知悉之偵查程序及內容。」此處的「曉諭」應無任何強制力，縱使違反，也不該當刑法上洩密罪^{註12}。

^{註10}林鈺雄，《刑事訴訟法(上)》，元照，2017年9月，第8版，頁437。

^{註11}陳運財，〈論偵查不公開之適用範圍及其例外〉，《偵查與人權》，元照，2014年4月，初版，頁80、83。

^{註12}相同見解之發言，蘋果日報，

因此，在王炳忠搜索案上，被搜索人第一時間全程網路直播，無論其身份為被告或證人，因其並非第 245 條所規範之對象，應無違反偵查不公開的問題。另一個問題是，辯護人雖然也嗣後有跟著被搜索人一同召開記者會等，由上可知，辯護人雖是偵查不公開規範之對象，但依據偵查不公開作業辦法第 9 條第 1 項第 6 款規定：「對於媒體報導與偵查案件事實不符之澄清」，似也可認為其不違反偵查不公開原則。不過，縱使沒有上開洩密問題，全程網路直播，**偵查機關還是可能依 245 條第 2 項規定，認為其行為不當足以影響偵查秩序，得限制或禁止之。**此規定乃本於被告及辯護人在場權下所為之限制或禁止，其規範對象本來就是針對被告及辯護人，與上述第 245 條第 3 項規定不同。對此，學理多認為，**第 245 條第 2 項但書之例外規定過多，且限制的理由並不合理**^{註13}。陳運財教授並指出，現行羈押被告對於法院或檢察官違反第 105 條第 3 項、第 4 項得提抗告及準抗告救濟，**卻未將**在場權限制直接列進得請求救濟之範圍，**應屬立法上之疏漏**。此種情形，應有第 404 條第 2 款(抗告)及第 416 條第 1 項第 1 款(準抗告)之類推適用^{註14}。

五、結語

近來的修法焦點都在沒收扣押等，搜索已是長年失修的情況，剛好又碰上許多敏感案件，才吵得沸沸揚揚的。當然，這段時間也是謠言滿天飛，甚至證人不能拘提的言論都跑出來了…。謠言止於智者（及考生），其實這些案件上，多半是法條就有答案的（除了同意搜索那種必須要依照個案認定的除外），頂多立法論上有一些學理的批評，相信對考生來說，並不困難，因為以過往關於搜索的考古題來比較的話，考古題應該更為困難吧？不過對於考試不附法典的考試類組來說，上文所提到的法條就請務必詳記！

<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20171221/1263262/>。

^{註13}林鈺雄，《刑事訴訟法(下)》，元照，2017年9月，第8版，頁86。黃朝義，《刑事訴訟法》，新學林，2017年9月，第5版，頁145。

^{註14}陳運財，〈被告接受辯護人援助之機會〉，《月旦法學雜誌》，第24期，2004年10月，頁120。