

《刑事訴訟法》

- 一、調查單位偵辦一件賭博電玩案件時，懷疑有公務員涉嫌索取賄款包庇違法情事，經過初步蒐證確實有貪瀆之情形，經向承辦檢察官報告，認有必要進一步取得相關物證，因此規劃至涉嫌人相關處所搜索，請問(一)如何依法進行搜索？(8分)(二)假設涉嫌之公務員聞聲匆忙利用晚上至辦公室擬銷毀相關事證，辦案人員察覺有異，立即陳報承辦檢察官，請問依法有何處理方式？(8分)(三)處理前及處理後應特別注意踐行何程序？(9分)

命題意旨	本題重點為『搜索』之相關規定，並涵蓋重要的『無令狀搜索』之例外情形，以及無令狀搜索以後，應如何補正程序之陳報義務規定。因本題重點在於實例題之涵攝，故考生應對於條文相當熟記並靈活運用。
答題關鍵	一、搜索合法要件。 二、無令狀搜索例外。 三、搜索票審查之規定及搜索中應注意之程序，及搜索後注意之程序，重點在於無令狀搜索後之陳報義務。
高分閱讀	刑政大，刑事訴訟法上課講義第三回，「搜索扣押」單元。

【擬答】

- (一)需依法聲請、依法核發搜索票後方能進行搜索依照刑事訴訟法第 122 條：對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄(94 台上 3327 決)及住宅或其他處所，必要時得搜索之。對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。

1.令狀搜索：

- (1)搜索決定機關為「法官」：

決定機關採相對法官保留，原則為令狀搜索；例外時符合條文所述之情形者方得為無令狀搜索。搜索應用搜索票，搜索票由法官簽名。

- (2)搜索票聲請：

偵查中檢察官認有搜索之必要者，應以書面記載刑訴第 128 條第 2 項各款之事項，並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票。

司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，**得報請檢察官許可**後，向該管法院聲請核發搜索票。

- (3)搜索票記載：

搜索票應記載下列事項：案由、應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物。但被告或犯罪嫌疑人不明時，得不予記載、應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄、有效期間，逾期不得執行搜索及搜索後應將搜索票交還之意旨。

- (二)無令狀搜索：

搜索雖以令狀為原則，但因搜索本質帶有急迫性、突襲性，難免會發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形，因此另有得不用搜索票而搜索之例外情形。無令狀搜索之例外情形有四：

- 1.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(刑訴 130)。



2. **逕行搜索**：有下列情形之一者，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：

- (1) 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。
- (2) 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。
- (3) 有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。

前述之搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之；搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。

3. **緊急搜索**：檢察官於偵查中確有相當理由認為情況急迫，非得迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、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，並陳報檢察長（刑訴 131 II）。

本項之規範目的為迅速取得證據以便保全。又此類無令狀搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之；搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。

4. **同意搜索**：搜索時，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。國家機關必須先踐行一定程序之後，始能主張其搜索處分因經同意而合法，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，甚至於擬定書面之同意表格。

5. 本題因涉及貪瀆之證據如不儘速保全，則證據將會滅失，因此檢察官得依照刑事訴訟法第 131 條第 2 項之「緊急搜索」規定，確有相當理由認為情況急迫，非得迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、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，並陳報檢察長。

(三) 搜索前後應注意踐行之程序

1. 搜索前：搜索票之聲請及搜索票核發程序應合法。

2. 搜索時：

(1) 令狀、證件之出示：

除有刑訴第 130、131、131 之 1 條例外得不用搜索票情形外，應以搜索票出示（刑訴 145）於依法應命在場之人（刑訴 148），搜索時，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。

(2) 搜索之在場及通知：

A. 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，筆錄應令依本法命其在場之人簽名、蓋章或按指印（刑訴 42）。

B. 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（刑訴 148）。

C. 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（刑訴 149）。

D. 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 150）。

3. 搜索後之處置：

(1) 搜索目的在查獲應扣押物：

查無所獲應付與證明書與受搜索人（刑訴 125），若有發現，應依法扣押，適用扣押程序。

(2) 搜索目的在發現被告：

查無所獲應付與證明書與受搜索人（刑訴 125），發現被告應依法拘捕。



(3)事後審查—陳報義務：

無令狀搜索由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。

- 二、(一)檢察官以普通傷害罪起訴，在審判中發現原起訴之普通傷害罪未經告訴，且其犯行應屬殺人未遂，請問法院應如何處理？(8分)(二)反之，若檢察官以殺人未遂起訴，經法院審理結果發現其犯行應屬普通傷害罪，但未經告訴，請問法院可否逕行實體判決(8分)(三)如果有告訴權人直接向法院表示要提出告訴，有無不同？(9分)

命題意旨	測驗考生對於告訴要件的理解，以及相關程序上的運作。
答題關鍵	在每小題中，清楚地將告訴的相關規定與要件點出，並將程序按照處理步驟寫出，應可獲得不錯分數。
高分閱讀	路台大，刑事訴訟法講義第6回「告訴」部分，頁50-52

【擬答】

(一)本題爭點在於告訴乃論罪未經告訴而起訴，審判中發現為非告訴乃論罪，應否補正，對於法院之處理方式以下敘明之：

- 1.法院處理的最大爭議在於法院可否直接審理本案，抑或需先補行先前告訴乃論之罪的告訴要件。對於是否可未經補正逕行實體判決，有肯否二說。
- 2.肯定說認為法院就起訴的同一事實範圍內，查明為非告訴乃論之罪，訴訟條件沒有欠缺的狀況下，既得變更起訴法條，就其實體依非告訴乃論之罪科處罪刑。所以說法院可直接依本法第300條程序變更起訴法條為殺人未遂之判決。
- 3.否定說認為檢察官以告訴乃論罪提起公訴，如果未經合法告訴者，其起訴並非合法，只產生形式訴訟關係，法院無法為實體審理與實體判決，即使對起訴事實為形式上審查，發現起訴法條與事實不符者，若可補正時仍應先命其補正，依本法第273條第6項裁定命其補行合法告訴，補正後既然是以非告訴乃論罪起訴則不生訴追條件欠缺之問題。
- 4.管見以為宜採否定說，理由在於法院應先為程序要件的審查合法，方可為實體審判，若訴訟要件欠缺則無法為實體審理與判決，此為「程序優先於實體」原則之適用，在此原則下採否定說方可合於一貫的程序法理。故法院仍應先令其補正先前傷害罪之告訴，方可繼續審理後續殺人未遂之罪。

(二)本題爭點在於告訴乃論之罪未經告訴，法官可否未經補行告訴逕行實體判決，管見以為應採否定見解，理由如下：

我國實務對於審判中補行告訴現今多採肯定見解，可於審判時再為補正，此亦合於本法第242條之規定，因此本案中告訴乃論罪被變更為非告訴乃論罪時，由於前後罪名仍屬實務所稱之基本犯罪事實同一之範圍，故可繼續審理本案，惟須於此範圍內徵詢被害人是否補行告訴之，仍須待其補行後法官方可為實體判決。本題中若法院未告知且被害人也未補行告訴，則仍屬訴訟要件欠缺之情形而不可為實體判決。

(三)本題爭點在於補行告訴的對象為何，管見以為本題中仍不可合法實體判決，理由如下：

- 1.雖然補行告訴為合法要件，惟依本法第242條告訴仍應向檢警為之，不得向法院為之，因此在補行告訴時雖為審判程序中，仍須向偵查機關為之而非向法官為之。至於是否可向到庭實行公訴之公訴組檢察官補正告訴，實務與學說上皆認為不論向實施偵查之檢察官或是到庭實行公訴的檢察官提起告訴，既然皆在檢察官職權範圍內，效果並無不同，應屬合法的補行告訴。
- 2.本題中既然是向法官為補行告訴，該補行告訴仍非合法故無充實訴訟要件之效力，法院仍不可為合法之實體判決，結果並無不同。



- 三、(一)何謂「證據能力」？請簡要說明之。(7分)(二)另請判斷下列情形有無證據能力？1. 犯罪嫌疑人在警局自白之陳述，未全程錄音；(6分) 2. 司法警察未取得同意，但報經檢察官許可，在夜間詢問犯罪嫌疑人，所取得之詢問筆錄；(6分) 3. 檢察官對可疑之犯罪嫌疑人以關係人身分傳喚，令其陳述，未告知改列被告，其中不利己之陳述。(6分)

命題意旨	本題在測試考生有關被告權利與證據之間之關係，因此有關於被告取證合法性是本題重要考點。
答題關鍵	一、證據能力之論述。 二、違反法定程序獲得被告之自白或陳述之證據能力(從條文及實務、學說論述之)。
高分閱讀	1. 刑政大，刑事訴訟法上課講義第一回，「被告」單元。 2. 刑政大，刑事訴訟法上課講義第四回，「證據」單元。

【擬答】

- (一)證據能力：依照刑事訴訟法第 155 條第 2 項規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」，證據能力係指證據資格而言，得以作為認定犯罪事實之依據者，以有證據能力之證據為限；無證據能力之證據，不得作為認定犯罪事實之依據。牽涉到本案犯罪事實之證據資料，必須未經禁止使用(消極要件)，並經嚴格證明之合法調查程序(積極要件)，才能取得證據能力，才能成為本案裁判之基礎。
- 消極要件：證據使用禁止，即證據排除。
 - 積極要件：嚴格證明法則，證據必須經過嚴格證明之調查程序後，始能終局取得證據能力，作為認定犯罪事實之基礎。嚴格證明係指犯罪事實之證明與調查，必須使用法定證據方法，並遵守法定調查證據程序。
- (二)下列情形之證據能力：
- 偵查訊問被告未全程錄音，證據能力依照實務通說，應依照刑事訴訟法第 158 之 4 權衡理論處理。
 - 按刑事訴訟法第 100 條之 1，訊問被告應全程錄音，必要時應全程錄影。然本題犯罪嫌疑人在警局自白並未全程錄音，依照實務見解認為，本於人權保障與社會安全之均衡維護精神，取得之證據有無證據能力，應審酌司法警察有無違背法定程序取證(即權衡理論)。實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，對於違背法令所取得之證據，目前採向日本法之相對排除理論，而非絕對排除說，其理由在於避免產生對犯罪無法訴追之窘境。依實務所見，一般而言，違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官於個案權衡時，允宜斟酌：(一)違背法定程序之情節。(二)違背法定程序時之主觀意圖。(三)侵害犯罪嫌疑人的被告權益之種類及輕重。(四)犯罪所生之危險或實害。(五)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(六)偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性。(七)證據取得之違法，對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以為認定證據能力有無之標準。
 - 又有實務見解認為：刑事訴訟法第 100 條之 2 準用同法第 100 條之 1 規定，司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時，應全程連續錄音；必要時應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。考其立法目的，在於建立訊問筆錄之公信力，並擔保訊問程序之合法正當；亦即在於擔保犯罪嫌疑人對於訊問之陳述，係出於自由意思及筆錄所載內容與陳述相符。如果犯罪嫌疑人的陳述係屬自白，並基於自由意思而非出於不正之方法，且其自由之陳述與事實相符，縱令對其詢問時未經全程連續錄音或錄影，致詢問程序稍嫌微疵，仍難謂其自白之筆錄，無證據能力。
 - 司法警察經檢察官許可夜間詢問犯罪嫌疑人，所獲得之證據應有證據能力。
 - 依照刑事訴訟法第 100 條之 3 規定，司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有下列情形之一者，不在此限：經受詢問人明示同意者。於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。**經檢察官或法官許可者**。有急迫之情形者。
 - 本題司法警察雖為夜間詢問犯罪嫌疑人，亦未獲得其同意，然因有檢察官許可，因此所為之詢問筆錄亦為合法，應有證據能力。
 - 被告先前若以證人(或關係人)身份傳喚所為之陳述，嗣後列為被告，先前所獲之陳述因未踐行告知義務，無證據能力：



- (1)告知義務之基礎原則：不自證己罪原則：刑事訴訟法第 95 條規範之告知義務，訊問被告應先告知下列事項：犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。得選任辯護人。得請求調查有利之證據。此規定主要在於透過課予國家機關告知義務的方式，保障不知法律的被告也能在充分瞭解自己處境與權利的情況下接受訊問，例如：是否陳述、是否選任辯護人、是否請求調查有利證據。告知義務目的在調節國家與被告的實力差距，也是國家訴訟照料義務之表現。
- (2)因以關係人身份傳喚，而非被告身份時，檢察官並未對其踐行告知義務，因此所獲得被告不利於己之陳述，應依照刑事訴訟法第 158 之 4 規定而無證據能力。刑訴第 158 之 4 規定，實施刑事訴訟程序之公務員因違反法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益均衡維護。故檢察官欲獲得被告之自白，必須踐行法定程序始為適法，否則即違反「不自證己罪」之法理原則，亦違反對被告訊問需踐行『告知義務』之法定程序，將會侵害被告緘默權之行使。故對依照刑訴 158 之 4「權衡理論」來審視，應認為本案檢察官違背法定程序所取得之證據無證據能力。

四、(一)刑事訴訟法增訂「聲請法院交付審判制度」之目的為何？(10 分)(二)聲請之要件為何？(15 分)請詳細說明之。

命題意旨	單純的申論題，考聲請交付審判的定義跟相關要件。
答題關鍵	將交付審判的定義與要件清楚羅列且條理分明即可得分，若在說明要件時與第一小題的法理相呼應，應可獲得更佳的分數。
高分閱讀	路台大，刑事訴訟法講義第 6 回「不起訴」部分，頁 105-108。

【擬答】

(一)目的

- 1.本法第 258 條之 1 規定交付審判制度的意義，在於當告訴人不服檢察官所為**不起訴或緩起訴處分**，經提出再議受上級檢察署檢察長認為再議**無理由**駁回後，得在接受處分書後十日內，委任律師提出理由狀，向**該管第一審法院聲請交付審判**程序。
- 2.其目的則在於藉由此聲請法院來強制案件的制度，以貫徹法定性義務、起訴法定原則，並使不起訴案件之被害人擁有救濟的機會，惟此制度亦有侵害控訴原則之可能，於此一併敘明。

(二)要件與程式

以下則針對本條之聲請要件簡單敘明之：

1.聲請之主體－告訴權人＋已實行告訴者

於本法第 258 條之 2 規定有本制度之要件，其中告訴人指的是：**告訴權人且已實行告訴者**為限，是故告訴人、代行告訴人、有告訴權但沒行使的人、被害人都沒有聲請權。

2.聲請之對象－再議前置原則

對於聲請的對象，由於本法採再議前置原則，對於不起訴處分由再議進行第一階段的內部審查，因此交付審判之對象勢必為再議遭駁回者，對此可分為無理由與不合法分別說明之：

(1)再議無理由－可交付審判

告訴人對檢察官所為不起訴、緩起訴處分(也就是廣義的不起訴處分：§252、§253、§254、§255I、§253-1)聲請再議，經上級檢察署檢察長認為無理由，以處分書駁回者。對此可提起再議，本法第 258 條之駁回處分即指無理由之再議。

(2)再議不合法時－不可請求交付審判

實務上認為由於是用公函通知，而未製作處分書，故非本法第 258 條之情形，因此不可請求交付審判。

3.聲請之程式

(1)再議前置：此處之「處分書」，指駁回再議之處分

(2)理由要式：針對原不起訴處分為何需要起訴

(3)律師強制代理：

①立法理由：防止濫行提出聲請，虛耗司法資源。

②須委任律師提出理由。高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

接受處分書十日內委任律師提出理由狀 (§258-II)，若無其聲請不合法，應裁定駁回。如果有提出理由狀但漏未提出委任書狀，應先命補正。理由狀內容應敘明有如何之犯罪事實足以構成起訴事由，且應附具證據與證明方法。

③閱卷權有無 (§258-1II、III)：原則容許、例外限制、禁止。

4.管轄之法院 (§258-1、§258-3I)

(1)該管第一審法院－檢察官所屬檢察機關所配置之法院

基於審級利益，應向該管第一審法院提出聲請，此為「事物管轄」之規定。林俊益老師認為該管法院，從聲請交付審判的目的在於監督檢察官之不起訴處分來看，應非屬土地管轄，而是**檢察官所屬檢察機關所配置之法院**。如：甲對台北地檢署告住在台東的乙在台中傷害他，交付審判的該管法院是「台北地院」。

(2)合議行之 (§258-3I)。

