

國立臺灣大學法學叢書 (128)

路檢、盤查 與人權

王兆鵬 著

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會 編輯



ISBN 957-744-828-3



9 789577 448286



00400

D915.304/8

2003

國立臺灣大學法學叢書 (128)

路檢、盤查與人權

王兆鵬 著

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會 編輯

國家圖書館出版品預行編目資料

路檢、盤查與人權 / 王兆鵬著.-- 臺北市：王兆鵬出版：

元照總經銷，2001〔民90〕

面：公分.--（國立臺灣大學法學叢書；128）

ISBN 957-744-827-5（精裝）

ISBN 957-744-828-3（平裝）

1. 刑事審判 2. 刑事偵察 3. 刑事訴訟法

586.5

90010242

路檢、盤查與人權

5D15GA
5D15PA

2003年3月 元照初版1刷

作者	王兆鵬
出版者	王兆鵬
總經銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址	www.angle.com.tw
定價	新臺幣 450 元（精裝） 新臺幣 400 元（平裝）
訂購專線	(02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890
訂購傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版台業字第 1531 號 ISBN 957-744-827-5（精裝）
957-744-828-3（平裝）

序

九十年一月三日為刑事訴訟法制史的重要里程碑，立法院革命性地修改搜索扣押相關法律規定。七月一日以後，檢察官不再有搜索權、職權搜索廢止、附帶搜索範圍擴大、增訂同意搜索規定等，這些正好都是我過去所撰論文提出的主張，學者的思想能成為法律的內容，令人振奮！

這本論文集是在不同的時空環境下所完成，對我有特殊的意義。有數篇論文是在一月三日修改刑事訴訟法前完成，有些在其後完成。有些是在台灣蒐集資料，在日本完成；有些則在日本蒐集資料，在台灣完成。

本書八篇論文仍持續我這幾年的研究重心—基本人權及審判制度。第一章「搜索扣押之客體」在討論新聞媒體、律師事務所是否得搜索，以及日記是否得扣押等問題。第二章討論「一目瞭然」法則，針對現行法扣押規定之不完善及實務作法之不當，提出評論與建議，希望能成為將來立法的參考。第三章「緊急搜索」在完稿送雜誌社後，立法院修改了刑事訴訟法，只好拿回來重寫。新修訂的緊急搜索規定不盡理想，很遺憾自己不能早一點完成此篇論文。

與搜索扣押比較，路檢盤查對一般人民的影響更大，更值得重視與研究。人民走在街上，政府是否得任意攔阻盤查、詢問姓名地址、暫時不准離去？人民駕駛汽機車於道路上，政府是否得任意要求停車、檢查汽機車行李箱、要求接受酒精測試？

II 路檢、盤查與人權

被搜索扣押之人，一般而言，僅為少數人，且多多少少有相當程度的「可責性」；反之，被路檢盤查者，常為多數、無任何可責性之人民。然而，搜索扣押已有明確的法律規範，但路檢盤查卻無。憲法保障人民隱私及行動自由，是否只要基於維護治安之名，一切都應該退讓。但就另一方面而言，絕大多數民眾卻又期待政府嚴厲打擊犯罪，藉路檢盤查防制犯罪於未萌。這些問題與人民息息相關，我也想了很久，一直到最近才有比較成熟的看法，在第四章及第五章有深入的探討。

除基本人權外，近來最重要的發展為審判制度的革新。板橋地方法院在民國八十七年七月一日起，實驗當事人進行主義「精神」的審判，為期一年。八十九年六月一日起，士林及苗栗地方法院檢察署推動檢察官專責全程到庭，在這兩個法院再也聽不到「如起訴書、依法論科」的八字真言。這些發展，令學者及實務人士，既興奮又緊張。本書第六章即在評論檢察官專責全程到庭計劃，第八章則針對板橋地方法院之實驗作實證研究。

第八章之實證研究，是我最喜愛的論文之一。自從在美國接觸當事人進行主義開始，我就一直思索我國是否適合改採當事人進行主義，也寫了好幾篇論文從理論上探討，但一直無成熟的見解。這篇實證研究，不但印證了自己過去所作的理論推演，也使自己對未來改革方向有更明確的看法。此外，這篇文章耗費了許多人力、時間。針對板橋地方法院之實驗，我帶領臺大法律研究所朱敏信、王瑜玲、劉芳伶、許恒達四位學生，共訪問十一位法官、六位檢察官、二十一位辯護人。我與學生不斷往返於法院、檢察署及律師事務所，進行訪問錄音、將錄

音譯成文字、歸納整理，去年暑假赴日本東京大學作學術訪問前，仍未能完成，只好帶著龐雜的資料在東京大學的研究室完成此一報告，終生難忘。實證研究非常辛苦，國內刑事訴訟領域鮮有此方面的研究，希望本文能拋磚引玉，將來有更多的實證研究。

第七章「日本刑事審判實務」，係在日本觀察訪問及蒐集資料，最後在臺灣完成。在美國攻讀博士時，就對日本所謂的「準當事人進行主義」非常好奇。執業律師三年，我對「職權主義」審判頗為熟悉；在美留學，對「當事人進行主義」的審判亦有概念，唯獨「準當事人進行主義」這個名詞困惑我許久。八十九年六月，有幸獲日本財團法人交流協會之資助，至東京觀察日本刑事審判實務。三個多月期間，我穿梭於法院、檢察官辦公室、律師事務所、法學教授研究室，觀察無數刑事審判，訪問許多法官、檢察官、律師、法學教授，終於解開我多年的疑惑。返國後完成此文，希望與國人一起分享觀察所得。

應該可以說，沒有我的助理，可能就沒有本書。我的助理臺灣大學法律研究所學生許恆達、王瑜玲、劉芳伶、朱敏信、謝宜雯皆聰敏勤奮，協助蒐尋資料，又幫忙校正，也常提供許多寶貴意見，特此致謝。無庸置疑，文責仍歸我一人。

二〇〇一年六月十五日於臺大法律學院研究室

目 錄

第一章 論搜索扣押之客體

一 搜索新聞媒體、律師事務所？	1
壹、導 論	1
貳、單純證據法則	4
參、對第三人之搜索	7
肆、與憲法權利的衝突	9
一、不自證己罪	9
二、言論自由	13
三、律師協助	15
伍、分析批評與建議	16
一、對第三人搜索	16
二、與不自證己罪的關係	18
三、與言論自由的關係	21
四、與律師協助的關係	24
陸、結 論	30

第二章 附帶扣押、另案扣押與一目瞭然法則

壹、導 論	33
貳、我國法之適用與爭執	35
參、一目瞭然法則	39

VI 路檢、盤查與人權

肆、無意發現原則的建立與廢止	44
伍、類推適用一目瞭然法則	48
陸、結 論	50
第三章 緊急搜索	53
壹、導 論	53
貳、理論基礎	57
參、人身搜索	60
一、身體外部	60
二、侵入身體	61
肆、住宅搜索	63
一、搜索嫌犯	64
(一)「熱」追緝 (Hot pursuit)	64
(二)「溫」追緝?	69
二、對物搜索	71
(一)湮滅證據	71
(二)嚴重犯罪	75
伍、分析評論	76
一、搜索嫌犯	76
二、對物搜索	82
陸、結 論	85
第四章 警察盤查之權限	91
壹、導 論	91
貳、理論基礎	94

一源 起.....	94
二 Terry v. Ohio.....	96
參、以合理性取代相當理由.....	102
肆、合理的懷疑.....	107
一親自觀察.....	108
二逃避警察.....	109
三其他單位提供訊息.....	112
四民眾報案.....	115
伍、攔阻留置.....	117
一攔阻理由.....	117
二攔阻與逮捕之區別.....	119
(一)短暫留置.....	120
(二)移送他處.....	123
(三)命令下車.....	125
(四)侵犯最輕的方式.....	125
陸、拍觸武器.....	127
一拍觸身體.....	127
二拍觸(檢查)汽車.....	129
柒、扣押物品.....	130
捌、查核身份及指紋辨識.....	131
一查核身份.....	131
二指紋辨識.....	134
玖、結 論.....	136

第五章 路檢及國界檢查	146
壹、導 論	146
貳、國界檢查	148
一、例行搜索	150
二、非例行搜索	151
三、國際郵件	154
四、評論與建議	155
參、近國界檢查	158
一、機動檢查	158
二、固定檢查哨	160
三、評論與建議	163
肆、路 檢	165
一、證件檢查	165
二、酒精檢測	168
三、嚴重犯罪	171
四、評論與建議	172
伍、結 論	175
第六章 評檢察官專責全程到庭計劃	
一、對症下藥或舊酒新瓶	179
壹、導 論	180
貳、實務與法律的嚴重偏離	182
參、實務與法律偏離的原因	186
一、證據呈現	188

二、證人訊問.....	189
三、舉證責任.....	191
四、上訴制度.....	193
五、政治原因.....	194
肆、實務係追求效率的理性結果.....	196
伍、未來與展望.....	200
一、審判的不同模式.....	200
二、全程到庭的衝擊及影響.....	203
(一)法官蛻變為證據的補充調查者？.....	203
(二)檢察官起訴品質的改變？.....	204
(三)詰問規則的建立與演化？.....	206
(四)其他不確定的問題？.....	208
陸、結 論.....	210
第七章 日本刑事審判實務觀察.....	213
壹、偵 查.....	214
貳、審判過程簡介.....	219
參、證人訊問.....	224
肆、法院的介入.....	230
伍、其 他.....	233
陸、結 論.....	238
第八章 板橋地方法院實驗「當事人進行主義」之 實證研究.....	243
壹、導 論.....	244

X 路檢、盤查與人權

貳、研究目的.....	248
參、研究方法.....	250
肆、研究結果摘要.....	251
一所設計之制度.....	251
二所執行之審判.....	252
三檢察官起訴品質的提升？.....	255
四準備程序.....	256
五審判中檢察官到庭.....	258
六證據調查.....	262
七證人訊問.....	262
八卷證移送.....	265
九集中審判.....	265
十綜合判斷.....	266
伍、研究結果細目.....	269
一不諳規則.....	269
二檢察官起訴草率？.....	270
三準備程序.....	274
四檢察官到庭.....	280
五證據調查.....	293
六證人訊問.....	294
七卷證移送.....	302
八集中審判.....	303
九貫徹執行要點的程度.....	304
十綜合判斷.....	305
陸、結 論.....	320

一、正確之方向.....	320
二、理論與實證的交互印證.....	323
三、實驗的評估.....	326
四、將來的方向.....	329
五、問 題.....	330
六、結 語.....	332

第一章 論搜索扣押之客體

一 搜索新聞媒體、律師事務所？*

目 次

- 壹、導 論
- 貳、單純證據法則
- 參、對第三人之搜索
- 肆、與憲法權利的衝突
 - 一 不自證己罪
 - 二 言論自由
 - 三 律師協助
- 伍、分析批評與建議
 - 一 對第三人搜索
 - 二 與不自證己罪的關係
 - 三 與言論自由的關係
 - 四 與律師協助的關係
- 陸、結 論

壹、導 論

案例一

甲涉嫌殺人，警察持搜索票搜索甲住宅，搜索票記載搜索扣

*本文原刊載於月旦法學雜誌第六十八期，第一五三至一六七頁（二〇〇一年一月），部分內容於刊載後修改。

2 路檢、盤查與人權

押：「武士刀、手槍、衣服、梳子、鞋子」。對扣押「武士刀或手槍」甲無異議，但抗議「衣服、梳子、鞋子」皆與犯罪無關，有侵犯憲法財產權保障的嫌疑。警察或檢察官表示現場遺留纖維、毛髮、鞋印，因此扣押。在犯罪偵查與財產權保障間，法律應如何均衡？

案例二

乙涉嫌偷竊珠寶，警察懷疑珠寶置於其女友丙處，丙為台灣大學法律系住宿學生，警察取得搜索票搜索丙宿舍，果搜得珠寶。丙嗣後向法院抗議，其非犯罪嫌疑人，亦非乙之共犯，且不知珠寶為贓物，若法院發提出命令，其必會提出珠寶於法院。因為警察搜索其宿舍，名譽已嚴重受損。對非犯罪嫌疑人之搜索，是否應加限制？

案例三

警察懷疑某知名報社之記者丁持有某偽造文書案涉案人委託保管之文書，得否聲請搜索票搜索扣押之？又警察懷疑某戊將其逃漏稅捐之公司帳冊置於其律師之事務所，警察是否得搜索該律師事務所？新聞記者、律師等業務上持有或保管他人之文書或物件，警察是否得聲請搜索票搜索，法院是否應簽發搜索票核准之？

以上案例所涉及之共同問題為搜索扣押之客體為何？依刑事訴訟法規定，凡可為證據或得沒收之物，皆得搜索扣押之。¹ 而

¹ 刑事訴訟法第一百三十三條規定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」第一百二十二條第二項規定：「對於第三人……以有相當理由可信為……應

所謂得沒收之物，依刑法第三十八條規定，為違禁物、供犯罪所用或犯罪預備之物、因犯罪所得之物。因此案例一至案例三之物品或文件，皆為證據或得沒收之物，警察似皆得依法聲請搜索票搜索扣押。

案例一涉及刑事訴訟歷史上「單純證據法則」的演變，英美過去曾不容許對僅有證據價值的物品扣押，得扣押之客體僅限於犯罪所得、犯罪工具、違禁物。以下本文第一部分將介紹此法則的歷史及演變。

案例二涉及對第三人的搜索。刑事訴訟法第一百二十二條規定，對於被告有「必要」時，得搜索之，對於第三人有「相當理由」時，得搜索之。有學者詮釋對於第三人的搜索，需要有比較高的確信力相信得發現被告或應扣押之物存在。² 然而如同審判中之證人人數遠較被告為多，偵查中第三人之人數亦多於犯罪嫌疑人，若對嫌疑犯以外之第三人搜索不予以控制，是否能妥善保障人權？以下第二部分討論搜索第三人的問題。

案例三涉及搜索權與其他權利的衝突。新聞記者涉及新聞自由權，律師依刑事訴訟法第一百八十二條有拒絕證言權，搜索新聞記者或律師事務所，造成搜索權與新聞自由權、拒絕證言權的衝突，在此情形，那一種權利較為重要，應准或不准搜索扣押？

扣押之物存在時為限，得搜索之。」

² 黃東熊教授表示第一百二十二條『所謂「必要時」，與所謂「以相當理由可信為應扣押物存在時」，乃屬程度上之差異，而非屬本質上之差異。亦即，於後者之情形，所以導致偵查官員認為可能有應扣押物存在之根據或證據，須比前者之情形為強。』黃東熊，刑事訴訟法論，第二一二頁（三民，七十八年四月四版）

以下第三部分將介紹美國法搜索權與其他權利衝突的相關問題。

第四部分則對上述各問題提出分析與批評，並提出我國法應如何修改，始能同時兼顧發現真實與其他不同權利之保障。

貳、單純證據法則

早期普通法（common law）規定，得依令狀搜索之客體僅限於贓物。後來透過立法，搜索之範圍擴及於走私物、危險物品（如火藥、屍體、受污染物）、違禁物及犯罪工具，立法理由認為即令無罪之人，但持有此類物品，也具有嫌疑性或危險性，得經檢察官或警察單方面聲請，不經雙方辯論程序，而取得令狀（需具備相當理由）搜索扣押之。³ 所以，得搜索扣押之物品分為三種：一、犯罪所得，如贓物；二、犯罪的工具，如凶刀或作案用汽車；三、違禁物，如毒品。至於不屬於上述任何一種類別之單純證據，如行爲人所穿之衣服，則不能扣押，此稱為「單純證據法則」（Mere Evidence Rule）。

所謂的「單純證據法則」，即指單純之證據，並非犯罪所得、犯罪工具、違禁物，雖然有起訴或判罪之證據價值，不得扣押。單純證據，必須以相當於我國之提出命令⁴（subpoena duces tecum）取得，此命令得由大陪審團或法院簽發，無需相當理由即得簽發，由所有權人自行將「單純證據」帶至大陪審團或法院，

³ Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 Harv. L. R. 757, 765 (1994).

⁴ 刑事訴訟法第一百三十三條第二項：「對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，得命其提出或交付。」

非由警察執行。

單純證據法則的理論基礎，肇因於早期扣押法理依附於財產權的概念。早期理論認為除非政府對某一物品，有大於或高於該物品所有權人之利益，否則不得扣押。就犯罪所得言，政府代表犯罪被害人，對被偷物品有較大的權利。若為違禁物，任何人對違禁物無得持有之財產上的權利或利益。若為犯罪工具，政府亦得沒收。但不屬於上述任何一類型的單純證據，政府無較高或較大的財產利益，無理由扣押。所以當物品為犯罪所得、犯罪工具、違禁物時，政府有較高的利益，但在單純的證據時，政府無較高的利益。⁵ 至一九二一年時，美國聯邦最高法院仍採用「單純證據法則」，表示僅能作為逮捕或判罪之單純證據，不得扣押。⁶

至一九六七年 *Warden v. Hayden* 案，⁷ 美國聯邦最高法院廢止單純證據法則。此時期的刑事訴訟思潮，已認為搜索扣押的核心問題不在於財產權，而在隱私。在一九六七年 *Katz v. U.S.* 判決⁸前，聯邦最高法院皆以財產權是否遭受侵犯（Trespass）作為非法搜索的判斷標準，*Katz* 判決改以合理隱私期待（reasonable expectation of privacy）為判斷標準。⁹ *Hayden* 案法院認為，憲法增修條文第四條「禁止不合理的搜索扣押」規定，主要的目的在

⁵ Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, at 126 (Matthew Bender, 1997).

⁶ *Gouled v. U.S.*, 255 U.S. 298 (1921).

⁷ 387 U.S. 294 (1967).

⁸ 389 U.S. 347 (1967).

⁹ 有關此判決之內容及意義，請詳王兆鵬，搜索扣押與刑事被告的憲法權利，第四章「私人違法錄音、錄影、監察之證據能力」，第一二七頁，臺大法學叢書第一二四號（二〇〇〇年九月，翰蘆）。

保護隱私，而非財產。單純證據未必即比犯罪所得、犯罪工具或違禁物更具隱私性。搜索犯罪所得、犯罪工具、違禁物所造成隱私侵犯，不會比搜索單純證據所造成的隱私侵犯為大。若前者得以令狀授權警察搜索扣押之，對後者無不得之理。對於單純證據，政府不需要有所謂財產上較高的利益，打擊犯罪發現事實即為政府扣押證據的利益，應予准許。聯邦最高法院最後結論，即令物品非犯罪所得、犯罪工具、違禁物，亦得搜索扣押之。

單純證據法則的廢止，擴大對「人」及對「物」的搜索範圍。就「物」的範圍而言，凡可為偵查或審判中之證據，雖非違禁物或犯罪工具，皆得搜索扣押。有學者憂慮，依現代科技之發達，幾乎所有物品都可能成為證據，例如指紋、衣服或地毯纖維等。¹⁰ 擴大得扣押的物品，亦等於擴大警察得搜索的範圍。因為單純證據之物品，可能置放於任何地方，警察為搜尋這些散落於各地的單純證據，其搜索的範圍即因此擴大。

就「人」的範圍而言，持有犯罪工具、犯罪所得、違禁物者，多為有罪之人或嫌疑犯，所以依傳統法則，搜索之對象通常為犯罪者，而不及於第三人。但廢止「單純證據法則」後，第三人持有單純之證據，亦可能成為被搜索的對象，甚至完全無辜者，且對社會無任何威脅性之人，都會受波及，所以也擴大了對人搜索的範圍。有關此部分，涉及第三人的搜索，以下將作更詳盡的論述。

值得注意者，被害人是否得成為搜索的對象，我國法律無明文規定。例如，警察有相當理由相信遭綁架之被害人被藏在某屋

¹⁰ Amar, *supra* note 3, at 765.

當中，而警察認為尚無緊急情況，¹¹ 又不願擔負嗣後遭人指責之責任，乃向法院聲請搜索票搜索被害人，法院應如何處理？我國刑事訴訟法第一百二十二條規定，得搜索之客體限於被告或應扣押之物，而「被害人」是否為應扣押之「物」？容有爭議。美國有的州或聯邦以被害人亦為證據，明文規定被害人為得搜索扣押之對象，值得我國效法。¹²

參、對第三人之搜索

我國刑事訴訟法第一百二十二條規定，對於被告有「必要」時，得搜索之；對於第三人有「相當理由」時，得搜索之。有學者詮釋對於第三人的搜索需要有比較高的確信力。¹³ 作者過去曾撰文指出，有「必要」即得發動搜索權搜索被告之身體、住宅或處所，實無理由，必須有「相當理由」，始得對被告搜索。¹⁴ 至於對第三人是否應有特別之保障，則未深入探討。

美國一九七八年 *Zurcher v. Stanford Daily* 案，¹⁵ 對第三人搜

¹¹ 參考民國九十年一月三日修正通過之刑事訴訟法第一百三十一條：「有左列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察或司法警察官雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：一、因逮捕被告或執行拘提、羈押者。二、因追躡現行犯或逮捕脫逃人者。三、有事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。」（劃線部份為立法新增文字）。

¹² 如美國聯邦 Fed. R. Crim. P. 41(b): "A warrant may be issued under this rule to search for and seize any... (4) person... who is unlawfully restrained."

¹³ 詳前註 2，黃東熊教授之見解。

¹⁴ 詳王兆鵬，前揭註 9 書，第一章「論無預警強制處分之實質原因」。

¹⁵ 436 U.S. 547 (1978).

索有深入的探討，值得參考。該案因示威遊行，發生警民衝突，警察遭示威民眾打傷，二日後，*Stanford Daily* 報紙刊登警民衝突的相關新聞及相片。自報紙所刊相片，警察推測攝影師可能會拍到打傷警察之民眾的相片，警察於是向法院聲請令狀，請求搜索扣押可辨識襲警者的底片、相片等。法院亦核發搜索票，但搜索後未發現任何證據。報社嗣後藉民事訴訟，請求法院宣告搜索行為違反聯邦憲法增修條文第四條禁止不合理搜索扣押的規定。

Stanford Daily 報社提出兩項理由主張搜索違反憲法規定，一為新聞自由（容後敘述），一為對第三人搜索的問題。其主張對第三人搜索，應與搜索犯罪嫌疑人有不同之標準。對第三人持有之物品，得發提出命令（*subpoena duces tecum*）要求其提出。只有在提出命令的使用為不切實際時，始得對第三人搜索。本案反對意見大法官 *Stevens* 贊成報社之主張，認為如同審判中之證人人數永遠多於被告，偵查中第三人之人數亦常多於犯罪嫌疑人。搜索無關第三人，會侵犯其隱私，傷害其名譽，必須重視。傳統令狀原則只要有相當理由，即得簽發令狀，係因為過去有「單純證據法則」（只能扣押犯罪工具、犯罪所得、違禁物），對第三人的衝擊不大。在單純證據法則廢止後，僅有相當理由相信可能發現單純證據，即得對第三人搜索，對第三人之保護不夠周密。大法官 *Stevens* 認為，當第三人持有單純證據時，除非有相當理由顯示第三人將隱匿或湮滅證據，應先發出提出命令命其提出證據，否則不得逕行搜索第三人。¹⁶

本案最高法院多數見解持不同看法，認為只要有相當理由，

¹⁶ *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547, 517-83 (1978) (*Stevens, J., dissenting*).

即得對第三人搜索。法院認為憲法條文明文規定，有相當理由即得簽發令狀，¹⁷ 未要求必須相信第三人可能隱匿或湮滅證據。再者，在偵查階段，極難決定誰是無辜的第三者，誰是嫌疑犯，誰可能隱匿或湮滅證據，若對第三人的搜索加上此種限制，會妨礙警察有效執法。所以不論第三人是否與嫌疑犯有關，只要有相當理由相信得發現證據，皆得聲請令狀搜索扣押之。

肆、與憲法權利的衝突

一、不自證己罪

美國聯邦憲法第五修正條文規定：「任何人不得在任何刑事案件中，被強迫成爲對自己不利的證人（No person ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.）」，一般稱此爲「不自證己罪」的規定。

美國聯邦最高法院於一九七六年之 *Andresen v. Maryland* 案，¹⁸ 討論搜索扣押與不自證己罪的關係。此案警察取得搜索票搜索被告（爲一律師）之事務所及公司，搜得土地銷售詐欺之商業文件。審判中被告請求排除此商業文件爲證據，地方法院認爲無違法之處，駁回被告請求。本案所爭執者：扣押之商業文件許多內容係被告所製作，有供述之性質，也含有入被告於罪的訊息。以此爲證據，是否違反被告「不自證己罪」的規定？

¹⁷ The Fourth Amendment provides that “no Warrants shall issue, but upon probable cause...”

¹⁸ 427 U.S. 463 (1976).

聯邦最高法院判決本案與不自證己罪的規定無任何衝突，搜索合法。法院指出，憲法增修條文第五條基本上是附著於「人」的權利，而不是附著於可能入罪的「資訊」。¹⁹ 政府於本案未要求被告作任何事，亦未要求被告作任何陳述。扣押的商業文件，係被告出於自由意志而撰寫。文件係執法人員所扣押，未強迫或命令被告提出。審判中筆跡的辨識，亦係由專家證人（鑑定人）鑑定，未強迫或命令被告承認文件是他所作成。整個案件的過程，被告從未受「強迫」（compulsion）而製作或提出文件，不違反不自證己罪的規定。

惟聯邦最高法院警告對文件的搜索扣押，較一般搜索形成更為嚴重的隱私侵犯。一般物品是否為應扣押之物，常輕易即能判斷（如刀、槍、衣服、毛髮）。但搜索文件時，為決定是否為應扣押之文件，必須檢視文件內容，會因此看到與本案無關的內容，最少也會粗略的檢視。而此種情形在一般財產的搜索，未必會出現。因此法院要求簽發令狀的司法人員以及執行搜索之人員，必須小心謹慎，減少對隱私無必要的侵犯。²⁰

¹⁹ *Id.* “[T]he protection afforded by the self-incrimination clause of the Fifth Amendment ‘adheres basically to the person, not to information that may incriminate him.’”

²⁰ “We recognize that there are grave dangers inherent in executing a warrant authorizing a search and seizure of a person's papers that are not necessarily present in executing a warrant to search for physical objects whose relevance is more easily ascertainable. In searches for papers, it is certain that some innocuous documents will be examined, at least cursorily, in order to determine whether they are, in fact, among those papers authorized to be seized. Similar dangers, of course, are present in executing a warrant for the “seizure” of telephone conversations. In both kinds of searches, responsible officials, including judicial officials, must take

雖然如此，聯邦最高法院認為文件不能豁免於搜索或扣押。最高法院指出，搜索扣押文件，在聲請搜索票時，必須在聲請之宣誓書上適當描述欲搜索之文件；在簽發令狀時，亦同；且必須受一般搜索扣押原理原則的保護，此等要件已足以提供對文件之適切保護。法院認為若不准搜索扣押文件，會產生與傳統見解、判決矛盾的結果。法院舉例，賭博之下賭紀錄、銀行搶匪出示予櫃台人員表示搶劫之文書（例如在行為人家中搜索取得）、擄人勒贖或恐嚇的文書（行為人尚未寄出），皆為文書，依傳統判決皆得扣押為證據。

本案反對意見大法官 Brennan 抗議，認為憲法上應容許人民擁有一「物理」上完全自由的空間。其認為憲法增修條文第五條，不僅在保護人「意志」的自由，禁止政府違反人民意志，強迫人民為一定陳述或行為，更應該包括給予人民一「物理」上自由的空間，人民得自由活動，完全不受政府的干擾（“a zone of physical freedom necessary for conducting one's affairs”）。私人文件在其認定下，即屬於此一物理上的空間，若以私人文件為證據，即違反憲法增修條文第五條規定。

本案最重要的意義，在於搜索扣押與私人文件的關係。此判決是否宣示任何私人文件皆得搜索扣押，不違反憲法增修條文第五條？如父子間之信件、男女朋友間之親匿信件、一般書信？依上判決法理解釋，只要政府未強迫人民製作文書，或未強迫人民提出文書，不論文件之私密性質為何，皆不受特別保護，不因此

care to assure that they are conducted in a manner that minimizes unwarranted intrusions upon privacy.” *Andersen v. Maryland*, 427 U.S. 463, 482 n.11 (1976).

免於搜索扣押，不違反憲法增修條文第五條的規定。

若繼續推論，日記是否亦得搜索扣押？依上開判決解釋，只要政府未強迫人民撰寫日記、未強迫人民提出日記，對日記的搜索扣押，應不違反不自證己罪的規定。惟曾有大法官在其他案件中，表示日記應不得扣押。大法官 Marshall 曾表示，日記及私人信件紀錄了私人的思想，係隱私概念的核心。對商業文書的扣押，與對日記的扣押，雖然皆會侵犯隱私，但後者顯然為一般人所不能接受。雖然法律准許搜索扣押商業文書或共謀共犯間溝通犯罪內容的信件，但法律不應准許扣押日記。²¹ 大法官 Douglas 亦表示，憲法上隱私之意義乃個人得隨時選擇公開或透露何者為其所信、為其所思、為其所有。憲法制定者，相信每一個人有權向他人表達隱私，也有權不使人知悉隱私。也就是說，人民對何時、何情況下，願意與他人分享如何之秘密，有選擇的自由。²² 惟在該案中，日記非事實爭執所在，且二人之意見亦為反對意見，不代表多數法官之見解，亦不代表聯邦最高法院之見解。

²¹ “Diaries and personal letters that record only their author's personal thoughts lie at the heart of our sense of privacy. ... We are not so outraged by the intrusion on privacy that accompanies the seizure of these [business] records as we are by the seizure of a diary....” *Couch v. United States*, 409 U.S. 322 (1973) (Marshall, J., dissenting).

²² “Privacy involves the choice of the individual to disclose or to reveal what he believes, what he thinks, what he possesses. ... Those who wrote the Bill of Rights believed that every individual needs both to communicate with others and to keep his affairs to himself. That dual aspect of privacy means that the individual should have the freedom to select for himself the time and circumstances when he will share his secrets with others and decide the extent of that sharing.” *Couch v. United States*, 409 U.S. 322 (1973) (Douglas, J., dissenting).

二 言論自由

前曾討論之 *Zurcher v. Stanford Daily* 案，²³ 警察持搜索票搜索報社，希望能發現襲警者之相片或底片。除搜索第三人之爭執外，報社又主張：憲法保障言論自由，新聞自由亦為言論自由之一部，對於報社之搜索，應先發提出命令，或有明顯證據顯示提出命令為無效時，始能為搜索，否則即侵犯了言論自由對報社的保障。

聯邦最高法院不接受報社的主張，判決本案搜索合法。聯邦最高法院表示對新聞媒體的搜索，憲法條文未規定必須有不同的規範。憲法對搜索扣押一般原理原則的要求：相當理由、明確描述所欲搜索處所及所欲扣押之物、執行搜索扣押行為的合理性，若切實遵守，已足以保護新聞自由。令狀由法官或治安法官簽發，在核發時，法官即會考量到令狀執行可能對報社發行報紙時間性的影響，得限制搜索扣押的類型、範圍、及方法。

本案的第二個問題：准許搜索報社，秘密消息提供者是否會恐懼身份曝光，而不敢提供消息予報社，間接造成對新聞自由的壓抑？聯邦最高法院表示憲法准許政府在適當條件下，得對報社發提出命令，而報社必須遵守「合法」之提出命令。當報社遵守提出命令時，亦可能造成線民恐懼身份曝光的問題。若准許對報社發提出命令，認為未侵犯言論自由，亦不憂懼秘密消息因此被壓抑；依相同之法理，憲法亦應准許搜索扣押。提出命令或搜索，二者在憲法上並無差異。

²³ 436 U.S. 547 (1978).

反對意見大法官 Stewart 則認為對報社的搜索，會影響新聞自由。其認為警察在執行搜索扣押時，因為搜索會造成報社工作停頓，事實上對報社運作有相當程度的干擾。而且報社必須依靠秘密消息，新聞從業者必須保證秘密消息提供者身份的秘密。且搜索報社時，會不經意發現與本案無關的秘密消息。秘密消息提供者會恐懼消息或身份的曝光，而不敢提供消息與新聞記者。

聯邦最高法院在作成此判決時，強調判決係基於憲法解釋而作，但不禁止立法或行政機關設立更嚴謹的規定，以保護新聞自由或防止警察的濫權。美國國會亦於一九八〇年制訂隱私保護法（Privacy Protection Act），規範對新聞業或言論自由相關行業之搜索。該法將新聞媒體人員所持有之文書資料，區分為「工作成果」（work product materials，例如新聞媒體人員採訪後所撰寫之筆記、草稿、新聞稿、紀錄等等），與非「工作成果」（例如線民所寄託之政府文書或資料）。對於前者除有列舉例外情形，不得搜索扣押。而所列舉的例外只有兩種：第一、有相當理由相信該新聞媒體人員已犯、或正在進行與該文書有關聯之犯罪；第二、有理由相信立即扣押，為防止死亡、重傷害的必要行為。對於非「工作成果」之文書資料，除非有列舉的四種例外，否則不得搜索扣押：第一、有相當理由相信該新聞媒體人員已犯或正在進行與該文書有關聯之犯罪行為；第二、有理由相信立即扣押，為防止死亡、重傷害的必要行為；第三、有理由相信以提出命令（*subpoena duces tecum*）的方式，會導致資料的滅失、變造、或隱匿；第四、經法院命其服從提出命令提出資料，仍拒不提出，而且必須(1)用盡司法程序仍不遵守，或(2)再對提出命令為司法程

序的進行，將會造成危及司法正義的遲延。²⁴

雖然聯邦最高法院准許對言論自由有關行業搜索扣押，但對於書籍的扣押，則提出特別的限制。例如，憲法容許政府搜索扣押猥褻物品書籍，惟當政府欲扣押「大量」的「猥褻」書籍或物品，因為人民有知的權利，自由社會對不是猥褻的書籍有無限制流通的權利，聯邦最高法院要求在扣押「前」，必須舉行當事人進行主義的聽審，以決定書籍內容是否屬於猥褻性質。²⁵ 當政府僅扣押一本或幾本書籍時，一般令狀的聲請程序為已足，無需事前的聽審程序，但必須在扣押「後」迅速為司法之聽審。²⁶

三律師協助

律師持有當事人寄託之文件或物品，警察是否得持搜索票搜索律師事務所？美國憲法增修條文第六條規定：「在任何刑事案件中，被控訴者享有受律師協助的權利」。²⁷ 所涉及之爭執：搜索律師事務所是否會侵犯被告受律師協助的權利？

美國聯邦最高法院迄今無類似判決，惟州法院曾有相關判決。在明尼蘇達州之 *O'Connor v. Johnson* 案，警察相信某酒商提出不實文書申請賣酒執照，因該酒商之一些商業文書置於其律師

²⁴ Privacy Protection Act of 1980 (codified at 42 U.S.C. §§2000aa, 2000aa-5 to 2000aa-7, 2000-11, 2000-12 (1988)).

²⁵ *Quantities of Copies of Books v. Kansas*, 378 U.S. 205 (1964).

²⁶ *Heller v. New York*, 413 U.S. 483 (1973).

²⁷ The Sixth Amendment to the United States Constitution provides that "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right... to have the assistance of counsel for his defense."比較我國刑事訴訟法第二十七條規定：「被告得隨時選任辯護人。」意旨相同。

David O'Connor 處所，乃聲請搜索票搜索該律師事務所，當警察持搜索票搜索時，律師拒絕警察之搜索，本案因此涉訟。州最高法院判決不得搜索律師事務所，表示不論令狀如何詳細描述欲搜索扣押之處所及物品，皆不能適切保護律師與當事人間的秘密，會侵犯被告憲法上尋求律師協助的權利。律師的諸多文件中含有律師得拒絕證言的內容，此種秘密資訊不得扣押。當警察為搜索其他文件時，警察可能會看到此類訊息，一旦警察看到，就不可能自記憶中除去此訊息，律師與被告間秘密的特權即遭破壞。該法院要求對律師事務所的搜索，必須先對其發提出命令（*subpoena duces tecum*），令其提出。律師依法律規定、律師守則等規定，不得隱匿毀損證據。律師必須誠實地、快速地提出證據，但同時律師亦得請求司法機關廢棄提出命令之效力。所以當律師執有欲扣押之文件時，必須以發提出命令的方式取得證據，不會造成檢察官不合理的負擔，亦不會影響犯罪的偵查。²⁸

伍、分析批評與建議

一、對第三人搜索

我國繼受外國法律規定，在刑事訴訟法的演變過程中，未經歷「單純證據法則」。該法則的目的原先在保護人民財產，限制扣押的範圍。在廢除該法則後，得搜索扣押的範圍亦因而擴大。在現代科技下，為「單純證據」之物品，遠較過去廣泛，而影響

²⁸ O'Connor v. Johnson, 287 N.W.2d 400 (Minn. 1979).

最深者，莫過於對第三人搜索。第三人常無任何「可責性」，而且所謂的第三人，人數必然遠較嫌疑犯或被告為多，准許政府對第三人為「單純證據」的搜索扣押，其可能造成的隱私衝擊，與往昔大不相同。

雖然如此，本文認為對第三人的搜索，只要有相當理由即可聲請搜索票搜索之。固然第三人常無「可責性」，且第三人之人數眾多，若能先以提出命令的方式為之，對第三人之保障，較為週全。惟搜索絕大多數發生在偵查中或偵查的初始，在此階段孰為第三者、孰為犯罪嫌疑人，常為混沌不清的狀態。若強要偵查機關區分第三人與犯罪嫌疑人，嗣後又佐以證據排除法則的效果，將顯著妨礙犯罪的有效偵查。

令狀主義的一般原則，得減緩或防止對第三人搜索的衝擊。令狀主義要求必須要有相當理由始得簽發令狀、²⁹ 僅中立超然的司法機關得簽發令狀（檢察官不得簽發令狀）、³⁰ 令狀必須詳細明確描述所欲搜索處所及所欲扣押之物、禁止空白搜索票（職權搜索違憲³¹）、令狀的執行必須合理且合乎比例原則。凡此，能縮小對第三人隱私的侵犯，但能同時兼顧執法的需求。

我國刑事訴訟第一百二十二條第二項規定：「對於第三人之身體、物件及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物存在時為限，得搜索之」，本文認為無須作任何修正（在本文刊載後，九十年一月三日修正通過之刑事訴訟法在此條文中增訂電磁紀錄亦為得搜索扣押之客體）。所需修正

²⁹ 詳王兆鵬，前揭註 9 書，第一章「論無預警強制處分權之實質原因」。

³⁰ 詳王兆鵬，前揭註 9 書，第二章「自令狀原則論我國相關規定之缺失」。

³¹ 詳王兆鵬，前揭註 9 書，第二章「自令狀原則論我國相關規定之缺失」。

者，應為刑事訴訟法第一百二十八條第三項授權檢察官簽發搜索票的權利，以及刑事訴訟法第一百二十九條有如空白搜索票之職權搜索。此部分作者過去已論述甚詳，不再贅述。（在本文刊載後，九十年一月三日所修正之刑事訴訟法，亦廢止檢察官搜索權及職權搜索規定，刑事訴訟法施行法第七之一條規定，此次修正通過之刑事訴訟條文自九十年七月一日起施行。）

二與不自證己罪的關係

不自證己罪最主要的核心在禁止政府違反人民意志強迫人民為一定之行爲，美國聯邦最高法院判決搜索私人文件，不違反不自證己罪規定，主要在於搜索扣押係政府之強制行爲，人民只須消極的忍受，人民未受強迫而為陳述或行爲，因此不違反不自證己罪規定。³²

本文認為美國聯邦最高法院對憲法增修條文第五條的詮釋，並無錯誤，但認同該案反對意見大法官 **Brennan** 之意見。憲法承認「意志」的完全自由，不受任何拘束，政府不得強迫人民陳述或行爲。此一空間，應不僅是虛無飄渺的，憲法或法律應更進一步容許人民擁有一「物理」的空間，在此物理空間範圍內，人民得完全自由表達思想及意欲，政府永遠不得干擾，人民亦無庸憂慮可能遭致政府的侵入。日記屬於此一範圍內，一般人比較無爭執。但私人間往返的書信，是否包括在內則可能造成爭執。私人書信與日記同，常表達最隱秘之思想與意欲（如狂戀中男女），似無理由將書信排除在此空間外。惟私人書信，亦常表徵犯罪的

³² *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463 (1976).

動機、計劃、證據，例如恐嚇信、老大指示手下犯罪之信函，若不准政府搜索私人書信，對有效打擊犯罪，亦有妨礙。應如何均衡人權保障與真實發現，乃成爲極爲困擾之事。

本文認爲美國 American Law Institute 之草案，頗值得我國參考。該機構建議私人日記、信件、書件、或錄音，除非扣押之目的在作筆跡鑑定或與內容無關之其他證據使用，否則不得扣押。但該機構亦提出兩個例外規定：第一、此類物品之通訊人雙方間有共犯的關係，第二、此類物品在犯罪的實行中曾被使用或正被使用。³³ 在此例外情形，此類物品之內容得爲證據。

人民是否應有一極爲私密的空間，在此範圍內無庸憂慮政府窺視，得自由表達思想及意欲？我國憲法第十二條雖規定人民有秘密通訊之自由，惟依刑事訴訟法第一百三十五條解釋，³⁴ 似不承認人民之信件屬於此一私密的空間範圍，學者亦有解釋日記爲得扣押之客體。³⁵ 姑不論憲法上是否應承認此一空間，本文認爲

³³ Model Pre-Arrest Code §SS210.3(2): “With the exception of handwriting samples, and other writings or recordings of evidentiary value for reasons other than their testimonial content, things subject to seizure ... shall not include personal diaries, letters, or other writings or recordings, made solely for private use or communication to an individual occupying a family, personal, or other confidential relation, other than a relation in criminal enterprise, unless such things have served or are serving a substantial purpose in furtherance of a criminal enterprise.” 轉引自 Yale Kamisar, Wayne R. Lafave, Jerold H. Israel, and Nancy King, *Modern Criminal Procedure*, 181 (West Group, 9d. 1999).

³⁴ 刑事訴訟法第一百三十五條：「郵政或電信機關，或執行郵電事務之人員所持有或保管之郵件、電報，有左列情形之一者，得扣押之：(1)有相當理由可信其與本案有關係者。(2)爲被告所發或寄交被告者。…」

³⁵ 黃東熊，前註 2 書，第二一五頁。

法律上應予承認。

本文建議我國將來在修法時，應承認日記、私人書信的極端隱私性，除為筆跡鑑定之目的，原則上不得扣押。當信件、文書涉及共犯間往來的通訊，或在犯罪實施中被使用，則應容准政府扣押檢視內容。舉例言之，一般情形信件、日記不得扣押，但共犯間往來之書信、行為人擄人勒贖之文書或信件（例如尚未寄出）、賭博之簽單，則得扣押。

執行搜索時，若遇到文書或書信，又如何區別為一般信件（不得扣押）或共犯間往來之書信（得扣押）？他國之立法例，值得我國參考。美國 American Law Institute 建議在此情形，執行搜索之人員不得檢視文件內容，只能採取適當的保護措施保存該文件，或予以緘封扣押，嗣後再經由兩造辯論的司法程序，由法官決定是否將文件發還被搜索人，或由法官設定該文件得檢視的條件及限制，以防止無必要及不合理的隱私侵犯。³⁶

德國刑事訴訟法第一百一十條規定，搜索所得之文書，原則上僅檢察官有權查閱，警察必須在得到該文書所有權人許可，始得查閱。³⁷ 對文書的閱覽權，德國過去規定為僅法官有閱覽權，

³⁶ Model Pre-Arrest Code §§220.5(2) & (3)，轉引自 Kamisar, Lafave, Israel & King, *supra* note 33, 182.

³⁷ 德國刑事訴訟法第一百一十條：「(一)因搜索而得文書之查閱屬於檢察官之權限。(二)其他公務員之查閱須得扣押文書所有人之允許。如未得其允許，而有查閱之必要者，應當面加以官封，送交檢察官。(三)文書之所有人或代表人得許其附蓋其印章；當開封與查閱文書時，盡可能通知其參與。」引自蔡墩銘譯《德日刑事訴訟法》，民八十二年，五南出版社（以下德國、日本刑事訴訟法條文皆同）。

檢察官無。³⁸

本文建議日記或私人書信原則上不得扣押，若立法者不採納，本文建議至少立法者應不准檢察官或警察閱覽私人書信，只有法官得開拆閱覽。因為在刑事訴訟中，法官較為中立超然，比較能掌握拿捏個人隱私與執法需要的均衡，比較不會為執法的需要而忽略隱私的保護。因此，若警察搜索發現日記或文書，除得所有權人之同意，只能緘封扣押，不得開拆閱讀（搜索）。扣押後，再交由中立超然的法官開拆閱讀，並決定是否為本案相關之文件。

三與言論自由的關係

新聞自由為憲法保障之第四權，乃無庸置疑之事。我國憲法第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」大法官釋字第三六四號解釋，新聞自由屬於憲法第十一條保障之範圍。³⁹ 雖然如此，是否即表示報社不得搜索？

本文認為新聞自由固然重要，但政府偵查犯罪發現證據之執法利益，亦同等重要，無理由使新聞媒體成為不得搜索之「治外法權」地域。惟若允許執法者任意搜索新聞媒體，又恐造成寒蟬效果，線民不敢提供消息給新聞媒體，影響甚至切斷新聞媒體取

³⁸ 詳 Claus Roxin，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，第三九五頁（三民，八十七年十一月）。該書未說明修法使檢察官有權閱覽之理由，但註明有學者「極為批評」。

³⁹ 大法官釋字第三六四號解釋文：「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍。為保障此項自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配，對於人民「接近使用傳播媒體」之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重，並均應以法律定之。」

得秘密消息之來源。所應斟酌者，應制訂如何之法律，始能同時兼顧執法利益與新聞自由？

首先，本文認為我國應仿國外之立法例，立法增訂新聞媒體人員，就其業務上所知悉之秘密，有權拒絕證言。⁴⁰ 我國刑事訴訟法僅醫師、宗教師、律師等就業務上知悉之秘密，得拒絕證言，但新聞從業人員則不包括在內。⁴¹ 美國聯邦證據法雖然未規定新聞媒體人員有拒絕證言的權利，惟迄一九九九年止美國之華盛頓特區及三十個州皆以立法規定新聞人員有拒絕證言權，稱之為 *Shield Law*。⁴² 德國刑事訴訟法第五十三條，亦規定新聞媒體人員得拒絕證言。⁴³ 凡此，皆在表示新聞自由的重要性，以及在利益衡量的考量下，犧牲真實發現（因為拒絕證言會影響真實的發現）以求新聞自由。

若新聞媒體人員對業務知悉之秘密得拒絕證言，本文認為對

⁴⁰ 何謂「新聞媒體人員」？在「何種條件」下，得拒絕證言？涉及極複雜的問題，非本文討論之範圍，有關此部分之詳細內容，容作者另為文論述。

⁴¹ 詳刑事訴訟法第一百八十二條：「證人為醫師、藥劑師、藥商、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」

⁴² 資料取自 Anthony L. Fargo, *The Journalist's Privilege For Nonconfidential Information in States With Shield Laws*, 4 *Comm. L. & Policy* 325 (1999). 需注意者，每個州對於何謂「新聞媒體人員」，在「何種條件」下，得拒絕證言，均有不同之規定，有關此部分之詳細內容，容作者另為文論述。

⁴³ 德國刑事訴訟法第五十三條：「(一)對於下列情形，證人亦有證言拒絕權：... 現或曾參與期刊或廣播電台職業之籌備、製作或散布而獲知之作者、投稿人、寄付或支持保證人之個人事項與對其活動所獲得之消息以及在編輯上所獲得有關寄付、支持與消息之事項。」

新聞媒體的搜索扣押亦應受到限制。第一，本文認為新聞媒體人員因業務秘密所製作之文件物品，不得成為扣押之客體。例如，新聞媒體人員採訪線民或匿名提供消息者所作的採訪紀錄、筆記、錄音帶或錄影帶。對於此種文件的扣押，直接違反了法律（本文指若立法者增定新聞媒體人員的拒絕證言權）對新聞媒體拒絕證言權的保障，甚至可能違反了憲法對新聞自由保障的規定。在此原則下，本文認為應承認兩個例外規定：一、立即扣押，係防止死亡、重傷害的必要行為；二、有相當理由相信新聞媒體人員曾犯與該文書有關聯之犯罪行為，或正在進行犯罪行為，例如媒體人員與他人共同犯罪，在其筆記中記載犯罪之計劃、細節等，則筆記得扣押。

對於上述例外得扣押之文件物品，本文認為警察得逕行聲請搜索票搜索扣押之，無需先以提出命令的方式為之。因為上述得扣押的兩種例外情形，第一種涉及緊急狀況，若發提出命令，再等待新聞媒體自行提出，可能會因為遲延而造成死亡或重傷害的結果。第二種情形，新聞媒體人員已為涉嫌犯罪之人員，若發提出命令，其將違抗命令，可想而知。若發提出命令，徒然打草驚蛇，造成證據的湮滅或變造。

第二，對於新聞媒體人員所保管或持有他人之文件或物品，本文認為得為扣押之客體。例如，秘密線民（也有可能是犯罪者）將違法證據（如帳冊、偽造之文書、凶殺之相片）交給新聞媒體人員，若謂不得扣押，等於告知社會大眾或罪犯一個訊息：若將證物置於家中，警察得搜索扣押，置於新聞媒體處，警察不得搜索扣押，犯罪者得將證據（如槍、毒品等）寄放於新聞媒體之辦公室，以避免警察的搜索扣押。如此，新聞媒體辦公室豈不成為

藏匿證據之天堂？警察明知證據或違禁物藏於某新聞媒體辦公室，竟不得搜索扣押，與一般人之正義觀有違。故本文認為此類之文書或物件，政府應有權扣押。

對於上述文件物品，雖然得扣押，但本文認為除有例外的情形外，應先以提出命令命新聞人員提出，不得逕行搜索新聞媒體處所。本文認為例外的情形有：一，防止他人之生命或身體之重大傷害，二、媒體人員亦為嫌疑犯。在此二種情形，或因緊急性，或因媒體人員本身涉嫌犯罪，無需先發提出命令。另外，本文認為即令無上述二情形，如警察能舉證證明說服令狀的簽發者（法官），發提出命令可能造成該證據的湮滅、變造或隱匿，得無須先發提出命令，得准許警察逕行聲請搜索票搜索。

四與律師協助的關係

我國刑事訴訟法第一百八十二條規定律師就業務上知悉他人秘密之事項，得拒絕證言。但對於律師因業務持有他人之文件，是否得扣押，則無規定。刑事訴訟法僅規定軍事上應秘密之處所，非得該管長官之允許，不得搜索，⁴⁴ 以及公務員之文書及物件，如為職務上應守秘密，非經該管監督機關或公務員允許，不得扣押。⁴⁵ 也就是說，刑事訴訟法明文承認「公務」上秘密之文件或物品，不得扣押，但未明文承認「業務」上之秘密。

⁴⁴ 刑事訴訟法第一百二十七條。

⁴⁵ 刑事訴訟法第一百三十四條：「政府機關、公務員或曾為公務員之人所持有或保管之文書及其他物件，如為其職務上應守秘密者，非經該管監督機關或公務員允許，不得扣押。

前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」

學者對「業務」上秘密之文件或物品，是否得扣押，有分歧之見解。陳樸生教授認為法條未明文規定，為發現實體的真實，得扣押之，持有人或保管人不得拒絕。⁴⁶ 黃東熊教授持不同之看法，認為刑事訴訟法承認律師拒絕證言權，若律師就業務持有或保管之文件不得拒絕扣押，則拒絕證言權有瑕疵。⁴⁷

本文認為此一問題，應分律師持有之文件或物品是否得「扣押」，以及律師事務所是否得「搜索」，二不同層面討論。第一、有關文件或物品之扣押問題，本文認為律師因業務上知悉之「秘密」所製作之文書，應完全不得扣押。例如律師與當事人會談時，常會作成文書紀錄。如某甲向律師乙坦承犯罪事實，請求律師乙提供法律諮詢與協助，乙詳細記載甲所述之犯罪事實。此文書內容含有刑事訴訟法第一百八十二條律師拒絕證言權所欲保護之核心，不容警察扣押。否則警察大可守株待兔，等待所有的刑事被告聘任律師後，再聲請搜索票搜索律師事務所，則所有的刑事案件即可偵破。或者，當律師行使刑事訴訟法第一百八十二條之拒絕證言權時，警察或檢察官再持搜索票搜索該律師事務所之文件，自然可突破刑事訴訟法第一百八十二條之限制。凡此，皆與刑事訴訟法第一百八十二條立法之意旨有違，使刑事訴訟法第二十七條「被告得隨時選任辯護人」之良法美意蕩然無存，甚且違反被告憲法之基本人權。⁴⁸

⁴⁶ 陳樸生，刑事訴訟法，第一九七頁（自版，七十七年）。

⁴⁷ 黃東熊，前註2書，第二一九頁。

⁴⁸ 受律師協助的權利，在美國為憲法上的基本人權，我國憲法則無此類似的規定。詳王兆鵬，刑事被告的憲法權利，第四章「受律師協助的權利」，臺大法學叢書第一一六號（一九九九年三月，翰蘆）。本文認為若有此種情形的

如此，是否即謂律師持有或保管當事人所寄託之文件或物品，亦完全不得扣押？例如，被告偽造文書、鈔票之印模，或參與犯罪組織之成員名冊或帳冊等，是否不得扣押？若謂不得扣押，等於告知社會大眾或罪犯一個訊息：若將證物置於家中，警察得搜索扣押，置於律師事務所，警察不得搜索扣押，被告必將所有的證據（如槍、毒品等）置於律師事務所以逃避警察的搜索扣押。若如此，律師事務所豈不成為藏匿證據之天堂？警察明知證據或違禁物藏於某律師事務所，竟不得搜索扣押，與一般人之正義感有違。故本文認為此類之文書或物件，應得扣押。

綜上所述，若律師事務所之文書物品，係律師因業務上知悉之「秘密」所製作者，應完全不得扣押。若為律師持有或保管他人寄託之文件或物品，則得扣押。

第二，與扣押不同之問題為律師事務所是否得搜索？扣押與搜索，二者所涉及之法益、問題不完全相同。如上所述，律師持有他人之文書，得扣押，似得推論律師事務所當得搜索。例如警察為扣押當事人寄託於律師之槍、毒品、帳冊、名冊，似應推論警察得搜索律師事務所，以發現此類應扣押之物。

惟容許警察對律師事務所搜索，可能導致律師與當事人間的秘密關係蕩然無存，動搖人民對律師的信任。例如，警察欲搜索扣押某甲寄託於律師乙之 A 文件，在律師乙之事務所搜索翻動文件時，為發現及辨識文件是否為 A 文件，警察檢視所有與甲有關之檔案及文書，看到某甲交給該律師之文件 B、C、D，甚

發生，應先從「法律」層面解釋，認為違反刑事訴訟法第二十七、一百八十二條規定，若最高法院認為不違反此二法條，本文認為有取證程序違反「正當程序」之違憲。

至該律師與某甲開會的會議紀錄。而文件 B、C、D 或開會紀錄，內容均含有某甲坦承犯罪的細節，但警察事先對此完全不知，因為搜索 A 文件，警察竟得知甲犯罪的一切細節。更有甚者，警察有時在搜索 A 文件時，不經意發現律師其他當事人丙、丁之文件及證據，而知悉丙、丁之犯罪。如此當事人對律師的信任，律師對當事人的秘密，均無保障之可能。

就此問題，日本與德國皆准許對律師事務所搜索，僅某些物品不得扣押。日本刑事訴訟法第一百零五條僅規定律師因業務而保管或持有他人秘密事項之物品，得拒絕扣押。依其文義，律師只有拒絕扣押之權，但無拒絕搜索之權，所以律師事務所得為搜索之標的。⁴⁹ 德國刑事訴訟法第九十七條規定由被告所信託之報告或律師拒絕證言權情況之記載，不得扣押。⁵⁰ 此與日本刑事訴訟法規定相似，僅規定某些物品不得扣押，但未言律師事務所不得搜索。

如前所述，美國聯邦最高法院尚未作出判決，有的州最高法

⁴⁹ 日本刑事訴訟法第一百零五條：「醫師、牙科醫師、助產士、護士、律師（包括外國法事務律師）、代辦人、公證人、宗教在職人或擔任過上述職務之人，對由於受業務上之委託而保管或持有關於他人秘密事項之物品，得拒絕扣押。但本人已經承諾，或拒絕扣押可認為僅為被告利益而濫用權利時（被告為本人時除外）以及其他有法院規則中所規定之事由時，不在此限。」

⁵⁰ 德國刑事訴訟法第九十七條：「下列客體不得扣押：(1)被告與第五十二條、第五十三條第一項第一款至第三款 a 有證言拒絕權者間來往之書信。(2)依第五十三條第一項第一款至第三款 a 之規定，由被告所信託之報告或其他涉及證言拒絕權情況之記載。(3)其他客體包括依第五十三條第一項第一款至第三款 a 之規定，有證言拒絕權之醫師所提出之調查報告。」依其刑事訴訟法第五十三條規定：「被告之辯護人，就其地位所受信託或知悉之事項」，有拒絕證言權。

院判決不得搜索律師事務所，必須以提出命令的方式為之。⁵¹ 有的州立法保障律師事務所，將搜索之聲請人與執行人分離，規定必須另行指派特別人員搜索律師事務所。⁵² 前曾述及之隱私保護法（Privacy Protection Act）要求美國聯邦檢察總長（相當於我國法務部部長），對搜索第三人持有之單純證據，應制定行政規章規範之。⁵³ 聯邦檢察總長乃制定規章，對律師持有之文書資料，規定得搜索之實體要件為：第一、以提出命令或其他侵害較少的方式，將明顯危害該文書資料的取得或可用性（availability or usefulness）；第二、該文書資料的內容對犯罪的偵查或起訴有明顯的重要性。形式要件為：對律師事務所之搜索，一般執法人員不得「聲請」令狀，只有在聯邦檢察官的建議下，適當之聯邦檢察總長之副助理檢察官（Deputy Assistant Attorney General）始有權授權執法人員提出令狀的聲請。⁵⁴ 用以防止無必要的搜索，保護律師與當事人間之秘密與信賴關係。

規定律師事務所不得搜索，警察必須以提出命令的方式取得證據，本文認為此一模式不適合於我國。美國的模式，有其背景，非我國可模仿。美國各地律師公會對律師資格取得、律師執業倫理有非常嚴格的規範，以作者所考取的紐約州律師為例，律師考試除了法律專業科目外，尚包括執業倫理，必須瞭解律師執業應

⁵¹ 明尼蘇達州之 *O'Connor v. Johnson* 案，詳本文肆、三、「律師協助」部分。

⁵² 例如加利福尼亞州作此規定，詳 Kamisar, LaFave, Israel & King, *supra* note 33, at 182.

⁵³ Privacy Protection Act of 1980, §2000aa-11.

⁵⁴ 28 C.F.R. Pt. 59.4(b).需注意者，此規定適用範圍不限於律師，醫師、及宗教教師等亦得適用。

為或不得為的行為及懲戒。在通過全部筆試後，必須填寫非常繁複詳細的聲請書及問卷，回答是否曾逃漏稅捐、交通罰單未繳、被逮捕、起訴、判罪等紀錄。最後還需經過面試，才有資格成為律師。在成為律師前，必須在法庭內宣誓恪遵憲法、法律、律師手則等。雖然我國律師法第二十八條規定：「律師對於委託人、法院、檢察機關或司法警察機關，不得有矇蔽或欺誘之行為。」若執法機關對律師發提出命令請求提出某項證據，依此規定，律師「應」不得欺騙執法人員證據不存在，亦不得隱匿或湮滅該證據。但目前律師水準良莠不齊、律師公會對律師又無嚴格的規範與控制，若以提出命令的方式，恐怕律師會隱匿、湮滅證據，或將證據交還當事人，影響司法的偵查。因此本文認為我國目前不宜採取此一立法例，律師事務所應為得搜索之處所。

惟律師事務所常有法律所欲保護之秘密，對律師事務所之搜索應嚴格限制與規範：第一、為篩減無必要的搜索，本文認為聲請者必須是檢察官，以慎重其事，警察不得提出搜索律師事務所之聲請。第二、執行搜索時，對於律師事務所之文書，執法人員無權檢視內容，只能扣押。如此得防止警察獲取「不當得利」，避免警察「意外或故意」知悉律師業務上之機密（如上舉例，警察為辨識文件，會看到其他業務上機密之文件）。第三、當文書是否屬於應扣押之物，或文書內容是否為律師業務上之秘密，律師與執法人員如有爭執（也常會有爭執）時，應容許執法人員先予以扣押。因為警察無權檢視文書內容，無法判別辨識文書是否為應扣押之文件，易造成律師與執法人員的衝突。此時，律師若認為文件內容無秘密性，得當場同意執法人員檢視文書內容，證明非應扣押之物而不予扣押。當律師不同意警察檢視辨識時，只

要警察懷疑係應扣押之文書時，皆得扣押。如此，始能同時兼顧秘密之保護與執法之需要。第四、對於已扣押之文書資料，應交由法官檢視內容，決定發還或扣押。法官在為決定前，應通知檢察官與律師陳述意見，裁定是否屬於應扣押之物，若不屬於應扣押之物，應發還律師，否則即得繼續扣押。由於所扣文書資料可能極為龐大，律師有權請求法院儘速召開此一程序，對全部或單一之文書為此裁定程序。第五、即令法院認定扣押之文書無須返還律師，為防止無必要及不合理的隱私侵犯，法院對於扣押文書之內容得設定閱覽的條件及限制，例如法官得裁定扣押之文件 A 中，僅有部分內容得為證據（如有關甲之犯罪），其他部分涉及他人之隱私或秘密（如有關另一當事人乙之秘密），不得公開。法官得遮蓋不公開之部分影印後，交由檢察官於偵查或審判中使用，以保護他人之隱私或秘密。

陸、結 論

一切都是廢止「單純證據法則」所惹起的問題。廢止該法則後，擴大了對物搜索的範圍，亦間接擴大對人（第三人）搜索的範圍。

由於偵查初始，常不能明確區別第三人或犯罪嫌疑人，本文主張對第三人之搜索，有相當理由即得搜索，無需證明第三人與嫌疑犯或被告有一定關係，亦無須證明第三人可能隱匿或湮滅證據，亦無需證明以提出命令的方式可能無效。現行刑事訴訟法的一百二十二條第二項規定，並無不當。

本文認為憲法上或法律上應容許人民擁有一「物理」的空間，

在此範圍內，人民得完全自由表達其思想及情欲，無庸憂慮政府之窺視或可能遭致政府的侵入，本文主張日記屬於此一範圍內，不得為扣押之客體，不得為證據。

本文認為私人書信，除為筆跡鑑定或與其內容無關之證據使用，不得扣押，但書信涉及共犯間往來之通訊，或在犯罪實施中被使用，則應容准政府扣押檢視內容。

本文建議日記或私人書信原則上不得扣押，若立法者不採納，本文建議立法者應不准檢察官或警察閱覽私人書信。若警察搜索發現日記或文書，除得所有權人之同意，只能緘封扣押，不得開拆閱讀。在扣押之後，應交由中立超然的法官開拆閱讀，決定是否為與本案相關之文件。

本文建議我國應仿國外之立法例，增訂新聞媒體人員，就其業務上所知悉之秘密，有權拒絕證言。在此前提下，本文認為第一、新聞媒體人員因業務秘密所製作之文件物品，不得成為扣押之客體。惟亦應承認二例外情形：(1)立即扣押，係防止死亡、重傷害的必要行為；(2)有相當理由相信新聞媒體人員曾犯與該文書有關聯之犯罪行為，或正在進行犯罪行為，而於此二例外情形，警察得逕行聲請搜索票搜索扣押之，無需先以提出命令的方式為之。第二，對於新聞媒體人員所保管或持有他人之文件或物品，本文認為得為扣押之客體。在此情形，為保障新聞自由，除有例外的情形外，應先以提出命令命新聞人員提出，不得逕行搜索新聞媒體處所。例外的情形有：(1)防止他人之生命或身體之重大傷害，(2)媒體人員亦為嫌疑犯，(3)發提出命令可能造成證據的湮滅、變造、或隱匿。

本文認為有關律師持有之文件或物品，應分扣押與搜索二不

同層面討論。第一，若律師事務所之文書物品，係律師因業務上知悉之「秘密」所製作者，應完全不得扣押。若為律師持有或保管當事人所寄託之文件或物品，則得扣押。第二，容許搜索律師事務所，警察可能在搜索時知悉律師業務上之秘密，導致律師與當事人間的秘密蕩然無存，動搖人民對律師的信任，本文建議對律師事務所之搜索應嚴格限制與規範：一、對律師事務所搜索，僅檢察官有權聲請令狀。二、執行搜索時，對於律師事務所之文書，執行搜索人員無權檢視內容，只能扣押。三、當文書是否屬於應扣押之物，或文書內容是否為律師業務上之秘密有爭執時，應容許執法人員先予以扣押。四、對於已扣押之文書資料，應交由法官檢視內容，決定發還或扣押。律師亦有權請求法院儘速召開此一程序，對全部或單一之文書請求發還。五、為防止無必要及不合理的隱私侵犯，法院對於扣押文書之內容得設定得為證據的條件及限制。

本文最後建議，為保護文書之私密性，警察或檢察官無權檢閱文書，僅法官有此權限。執行搜索之人員除非得扣押文書所有人之同意，不得檢視文書內容，只能採取適當的保護措施保存該文書，或予以緘封扣押，嗣後再經司法程序，由法官檢視後決定發還或繼續扣押，或由法官設定該文書得為證據的條件及限制，以防止無必要及不合理的隱私侵犯。

第二章 附帶扣押、另案扣押 與一目瞭然法則*

目 次

- 壹、導 論
- 貳、我國法之適用與爭執
- 參、一目瞭然法則
- 肆、無意發現原則的建立與廢止
- 伍、類推適用一目瞭然法則
- 陸、結 論

壹、導 論

案例一：

證人甲經合法傳喚無正當理由不到場，法院依刑事訴訟法第一百七十八條規定，簽發拘票拘提之。司法警察持拘票進入甲家中拘提時，未發現甲在家，但發現桌上有手槍（或鴉片），警察於是扣押該手槍（或鴉片），嗣後甲被起訴非法持有手槍（或鴉片）罪，問審判中，該手槍（或鴉片）是否得為證據？

*本文原刊載於律師雜誌第二五五期，第四七至五九頁（二〇〇〇年十二月）。

案例二：

甲涉嫌殺人，警察依法聲請並取得搜索票後，搜索票上記載應搜索及扣押之物品為「手槍及武器」。警察進入甲家中搜索，發現桌上有未緘封之信封，內有面額十萬元支票一張，警察扣押該支票，帶回警察局鑑定為偽造。甲殺人罪部分，經檢察官認定為傷害，而被害人又不為告訴，檢察官為不起訴處分。在甲被訴偽造有價證券罪的審判中，該支票是否得為證據？

案例三：

甲涉嫌殺人，警察依法聲請並取得搜索票，搜索票上記載應搜索及扣押之物品為「手槍及武器」。警察進入甲家中搜索，發現一極為昂貴的音響設備，警察認為以被告的收入，不可能有如此高級之音響，懷疑係贓物。警察乃翻動音響查看管制編號，記下號碼後，以無線電與總部聯絡，得知音響為竊盜案之贓物，警察乃扣押音響，帶回警察局。甲殺人罪部分，經檢察官認定為傷害，被害人又不為告訴，檢察官為不起訴處分。在甲被訴竊盜罪的審判中，該音響是否得為證據？

我國刑事訴訟法雖未規定證據排除法則，但實務及立法的新方向已採取證據排除法則。如司法院刑事訴訟法研修會、¹ 最高法院學術研究會，² 皆提議若執法人員違反法定程序取得之證

¹ 擬增定第一百五十八條之四規定：「實施刑事訴訟程序之公務員因其他違背法定程序取得之供述或非供述證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障、公共利益之均衡維護。」

² 亦建議增定刑事訴訟法第一百五十六條之一規定：「違反法定程序取得之證

據，應排除其證據能力。³ 在無證據排除法則的時代，以上案例警察行為的合法性如何，並不重要，但在現今的司法實務，則可能影響審判的結果，必須審慎判斷。

以上各案例，所涉及之共同法律問題為「附帶扣押」、「另案扣押」。我國此部分之規定，與美國法「一目瞭然」法則（plain view doctrine）之法理幾乎相同。惟美國對一目瞭然的要件，較我國嚴謹清楚，得適用之範圍較我國廣泛，又有非常多的判決及論述討論此一問題，值得我國參考。本文先指出上述案例適用我國法所產生之問題，以及我國法疏漏不足之處。再對美國法之一目瞭然相關理論及判決予以介紹，最後則建議我國法律將來修改的方向。

貳、我國法之適用與爭執

案例一的問題，涉及警察在執行拘提時，發現本案或另案應扣押之物，是否得扣押？警察在執行搜索、扣押時，若發現本案或另案應扣押之物，依刑事訴訟法第一百三十七條「附帶扣押」⁴、第一百五十二條「另案扣押」⁵之規定，得扣押之。但二法條

據，法院認容許其作為認定事實之依據有害於公平正義者，應排除之。」詳最高法院學術研究會建議修正刑事訴訟法條文，第三頁（最高法院學術研究會編印，八十八年）。

³ 違法取得證據應否排除，有「裁量權排除主義」與「強制排除主義」，我國草擬中之法案採前者。詳王兆鵬，搜索扣押與刑事被告的憲法權利，第三章「證據排除法則的相關問題」，第八四頁以下，臺大法學叢書第一二四號（二〇〇〇年九月，翰蘆）。

⁴ 刑事訴訟法第一百三十七條第一項：「檢察官、檢察事務、司法警察或司法

之文字皆指警察於「搜索、扣押」時，得為附帶扣押或另案扣押，至於「拘提、逮捕」時，則未規定。因此案例一警察是否得準用該二法條規定，而為合法的扣押行為，即成疑問？

再者，案例一亦不能適用刑事訴訟法第一百三十條之「附帶搜索」，⁶ 蓋附帶搜索以逮捕為前提要件，本案甲未經逮捕，不能適用該法條。且附帶搜索亦有其範圍限制，本案例即令甲經合法逮捕，亦未必得適用附帶搜索之規定。⁷

最高法院過去曾有判例指出，除非有搜索票，否則司法警察無扣押之處分權，似暗示案例一之情形不合法。最高法院六十九年度臺上字第二四一二號判例：「刑事訴訟程序中之扣押，乃對物之強制處分，應由檢察官或推事親自實施，或由檢察官或推事簽發搜索票記載其事由，命由司法警察或司法警察官執行之，刑事訴訟法第一百三十六條定有明文，此乃法定程序，如有欠缺，其所實施之扣押，即非適法，司法警察或司法警察官並無逕以命令扣押之處分權限。」⁸

至於案例二的問題，所涉及者為刑事訴訟法第一百五十二條「另案扣押」之規定。在案例二之審判中適用證據排除法則時，

警察行搜索或扣押時，發見本案應扣押之物為搜索票所未記載者，亦得扣押之。」

- ⁵ 刑事訴訟法第一百五十二條：「實施搜索或扣押時，發現另案應扣押之物，亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。」
- ⁶ 刑事訴訟法第一百三十條：「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。」
- ⁷ 有關附帶搜索的要件與範圍，詳王兆鵬，前揭註3書，第六章「附帶搜索」。
- ⁸ 最高法院判例要旨（下冊）第六九七頁，取自法源電子資料檢索系統。