

《刑事訴訟法》

一、檢察事務官執行附帶搜索(刑事訴訟法第一百三十條)或同意搜索(刑事訴訟法第一百三十一條之一)後，是否均應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院？其理由為何。(25分)

答題關鍵	附帶搜索或同意搜索，是否須如同刑事訴訟法(以下同)第一百三十一條第三項之緊急搜索規定，踐行事後陳報審查之程序，為刑事訴訟法所未明文，故應從緊急搜索、附帶搜索及同意搜索之立法目的以觀之。
試題評析	本題純為理論之探討，難度頗高，若從保障人民基本權之觀點推導，相信亦可得到基本分數。
參考資料	1.林俊益《刑事訴訟法概論(上)》，P.312 313、322 323 2.《月旦法學教室》第3期，P.128 133
高分閱讀	《高點專用講義(厚本)——刑事訴訟法》第二回，P.126

【擬答】

關於檢察事務官執行附帶搜索或同意搜索，是否須如同刑事訴訟法(以下稱本法)第一百三十一條第三項之緊急搜索規定，踐行事後陳報審查之程序，為本法所未明文，因此應自緊急搜索之事後陳報程序的立法目的解釋，以探求附帶搜索或同意搜索是否均應踐行事後陳報審查之程序，於此合先敘明。

(一)緊急搜索之事後陳報審查程序的立法目的：

由於緊急搜索係事先未及聲請法院核發搜索票，因此為避免緊急搜索之權限過於浮濫以侵害人民之基本權，故制定事後陳報審查之程序，以控制緊急搜索之合法性(本法第一百三十一條第三項)。基此，茲分別就附帶搜索或同意搜索是否均應踐行事後陳報審查之程序，分述如下：

(二)附帶搜索是否須踐行事後陳報審查程序，茲就肯定與否定見解，分述如下：

1.肯定見解：

此說認為，現行刑事訴訟法將「無令狀搜索」分為三類：緊急搜索、同意搜索及附帶搜索。緊急搜索明文規定應於執行後將搜索結果向法院陳報(本法第一百三十一條第三項參照)，其立法目的在於無令狀搜索係搜索之例外情況，自應藉由法院事後審查建立控管機制，以避免緊急搜索之權限過於浮濫以侵害人民之基本權，故制定事後陳報審查之程序，以控制緊急搜索之合法性。是以附帶搜索雖未明文規定是否於執行後將搜索結果向法院陳報，惟基於人權保障，自應就此「立法漏洞」類推適用前揭規定而要求執行機關事後陳報。況現行刑事訴訟法針對檢察事務官、司法警察官執行同意搜索及附帶搜索並無得提起準抗告之規定(立法漏洞)，若不要求事後陳報，亦無任何救濟管道，勢將造成執行機關濫用此一搜索方式，而有害人權。因此，檢察事務官執行附帶搜索後應類推適用第一百三十一條第三項規定，向該管檢察署檢察官及法院陳報搜索結果。

2.否定見解：

此說認為，附帶搜索之立法目的在於保護執法人員之人身安全(本法第一百三十條立法理由參照)，並非源自急迫性或緊急狀況。而刑事訴訟法亦未規定同意搜索需陳報法院，自不應以類推適用方式加諸執行機關額外之義務，此應係立法者有意加以區隔，而非立法漏洞。搜索程序若有瑕疵，自可回歸準抗告程序予以救濟，因此，執行搜索機關毋庸就附帶搜索結果陳報該管檢察署檢察官及法院。此說亦為實務所採。

(三)同意搜索是否須踐行事後陳報審查程序，茲就肯定與否定見解，分述如下：

1.肯定見解：

此說見解與前述附帶搜索之肯定見解同，認為同意搜索係有令狀搜索之例外情況，自應藉由法院事後審查建立控管機制，以避免緊急搜索之權限過於浮濫以侵害人民之基本權。因此同意搜索雖未明文規定是否於執行後將搜索結果向法院陳報，惟基於人權保障，自應就此「立法漏洞」類推適用前揭規定而要求執行機關事後陳報。故檢察事務官執行同意搜索後應「類推適用」第一百三十一條第三項規定，向該管檢察署檢察官及法院陳報搜索結果。

2.否定見解：

此說認為，同意搜索雖係無令狀搜索，但其法理基礎並非源自「緊急狀態」或「急迫性」，而係來自受搜索人自願同意捨棄。自不應比照緊急搜索。況同意搜索未若緊急搜索，法有明文規定應行陳報法院，自不應以類推適用方式加諸執行機關額外之義務。搜索程序若有瑕疵，自可回歸準抗告程序予以救濟，且取得證物有無證據能力，亦可留待日後本案審理法院再行判斷。故檢察事務官執行同意搜索後毋庸就此同意搜索結果向該管檢察署檢察官及法院陳報。此說亦為實務所採。

二、甲因強盜罪嫌而被通緝，刑警乙得知甲在某屋內，竟未持搜索票，逕行進入該屋一樓內搜索而逮捕到甲，更因搜索屋內二樓小保險箱而查獲甲另犯常業重利罪之相關帳冊予以扣押，試問：乙搜索小保險箱所扣押之帳冊，有無證據能力？(25分)

答題關鍵	1.乙之進入屋內搜索而逮捕甲，是否為合法之搜索。 2.乙得否另為搜索小保險箱。 3.乙所扣押之物有無證據能力。
試題評析	本題乍看之下，在測驗證據排除法則，實則是在探討對於「人」所為之緊急搜索達到目的後，可否進一步另為其他案件之搜索，只要掌握此考點，分數即掌握一大半。
參考資料	林俊益《刑事訴訟法概論》(上)，P.314 P.315
高分閱讀	1.《高點專用講義(厚本)-刑事訴訟法》第二回，P.165 2.《法觀人月刊》，第72期，P.61 65 3.《法觀人月刊》，第59期，P.28 29

【擬答】

乙搜索小保險箱所扣押之帳冊，有無證據能力？首先須判斷刑警乙未持有搜索票，逕行進入屋內搜索而逮捕甲，是否為合法之搜索。縱為合法之搜索，乙得否另為搜索小保險箱。最後探討其所扣押之帳冊有無證據能力。茲分述如下：

(一)乙之進入屋內搜索而逮捕甲，係符合緊急搜索之要件，故其為合法之搜索。

依據刑事訴訟法(以下同)第一百三十一條第一項規定：「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：一、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。二、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。三、有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。」由於甲係依法通緝之脫逃人，且藏匿於某屋內，因而符合緊急搜索之客觀事實。司法警察乙於逮捕遭通緝之甲時，雖無搜索票，但若有事實足認通緝犯甲確實在屋內，亦得逕行搜索住宅或其他處所。基此，乙之未持有搜索票進入屋內搜索而逮捕甲，由於符合緊急搜索之要件，應屬合法。

(二)乙不得另為搜索小保險箱

但有問題者，第一百三十一條第一項係對於『人』之緊急搜索，換言之，其目的係為逮捕被告、犯罪嫌疑人、現行犯或脫逃人等，於緊急及急迫之情形下，例外允許執行搜索之機關，可不經聲請搜索票，而進入住宅或處所，一旦進入住宅或處所後，其搜索之目的在發現『人』，而非尋找『物』，因此可否於緊急搜索通緝犯甲之同時，逕行對於其他處所為搜索，以發現另案應扣押之物予以扣押，實屬問題所在。

對於此問題，實務見解認為，被告經通緝後，司法警察(官)得逕行逮捕之，於逮捕通緝之被告時，雖無搜索票，亦得逕行搜索其身體、住宅或其他處所。然對於身體、住宅之搜索，為嚴重侵犯人民身體自由、居住安寧、隱私及財產權之行為，故執行搜索時，自應遵守刑事訴訟法有關之規定，且不得逾越必要之程度，始符該法保障人民不受非法及不當搜索之意旨。因之，司法警察(官)於逮捕通緝之被告時，若僅係基於發現通緝被告之目的，而對通緝被告之住所或其他處所逕行搜索之情形，其於發現通緝之被告而將其逮捕後，必須基於執法機關之安全與被逮捕人湮滅隨身證據之急迫考量，始得逕行搜索被告身體，又因其逮捕通緝被告逕行搜索之目的已達，除為確認通緝被告之身分以避免逮捕錯誤，而有調查其身分資料之必要外，不得任意擴大範圍，復對被告所在之住宅及其他處所再為搜索，始符刑事訴訟法保障人民不受非法及不當搜索之意旨(九十一年台上字第五六五三號判決)。基此，乙之目的在搜索甲而予以逮捕，於逮捕甲之際，固得依附帶搜索之規定予以搜索，以保障執行人員之安全，除此之外，其逮捕通緝犯甲逕行搜索之目的已達，自不得任意擴大搜索範圍。因而乙進一步搜索二樓之小保險箱，顯與緊急搜索之目的相違，故乙不得另為搜索小保險箱。

(三)乙所扣押之帳冊，屬於違法蒐集之證據，有無證據能力？

依據第一百五十八條之四規定：「除法律另有規定外，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。」由於本法中並未對於非法搜索、扣押所取得之證據，設有其證據能力之特別規定，因此，乙違法搜索小保險箱所扣得之帳冊，其有無證據能力，應由法院審酌人權保障及公共利益之均衡維護以為判斷。

三、甲基於概括犯意，連續於一月一日、二月一日、三月一日分別竊取A、B、C三人之手錶，甲竊取A之手錶部分，經檢察官向地方法院簡易庭聲請簡易判決處刑，法官於二月五日作成簡易判決對甲處刑罰金伍仟元，於三月五日送達於甲，該案因無上訴而告確定，檢察官於四月一日發覺甲尚有連續竊取B、C二人之手錶，應如何處理？(25分)

答題關鍵	簡易判決之既判力延展時點
試題評析	本題為傳統刑訴考題，難度不高，爭議性不大，應是考生的囊中物。
參考資料	林俊益《刑事訴訟法概論》(上)，P.535 P.536
高分閱讀	1.《92高點律師考場寶典》，P.52，第15題 2.《高點專用講義(厚本)-刑事訴訟法》第一回，P.171 P.174

【擬答】

甲基於概括犯意，連續於一月一日、二月一日、三月一日分別竊取A、B、C三人之手錶，此為裁判上一罪之連續犯，具有不可分性，檢察官就甲竊取A之犯罪事實起訴，其效力及於全部，但法院僅就竊取A財物之部分作成簡易判決對甲論罪科刑確定，其確定判決效力及於全部之何一時點應予以界定，此為既判力之延展時點問題。因此檢察官於四月一日發覺甲尚有

連續竊取B、C二人手錶之事實，應如何處理？應視甲連續竊取B、C二人之手錶，是否為法院判決甲竊取A之有罪判決既判力效力所及。由於本案檢察官係聲請簡易判決處刑，故不經言詞辯論，其探討之重心在於，簡易判決既判力之延展時點為何。茲分述如下：

(一)判決成立時說

此說認為，由於簡易程序不經言詞辯論，不同於通常訴訟程序須經言詞辯論而有審理事實之可能，因此在簡易庭法官製作簡易判決後始行發生之事實，即非該法院簡易庭法官所得審判，即為該案判決之既判力所不及，故既判力之延展時點應至簡易判決成立時。據此，本案簡易庭法官於二月五日作成簡易判決，因而在二月五日之後所發生之甲竊取C事實，即非該案判決之既判力所及，檢察官自得另行針對甲竊取C之事實起訴；至於甲竊取B之事實，由於為該案判決既判力所及，故檢察官自不得就甲竊取B之事實另行起訴，若仍予起訴者，法院應以刑事訴訟法(以下同)第二百零二條第一項之規定，予以免訴判決。實務上係採此說。

(二)判決送達時說

此說認為，簡易判決成立後，有合法送達始生效力，始生判決之拘束力，故簡易判決既判力之延展時點應為判決送達時。據此，本案簡易判決於三月五日送達甲，於合法送達判決之時始生判決之拘束力，因而在三月五日之前所發生之甲連續竊取B、C手錶的事實，即為該案判決之既判力所及，檢察官自不得另行就甲連續竊取B、C手錶之事實起訴，若仍予以起訴者，法院應依第二百零二條第一項之規定，予以免訴判決。

四、甲連續傷害乙二次，乙全部提出告訴後，僅就第一次傷害犯行撤回告訴，對第二次傷害犯行則堅持不願撤回告訴，試問：檢察官應如何處理？(25分)

答題關鍵	就連續犯之犯罪事實一部撤回告訴，效力是否及於全部？傳統實務見解係採否定說，但新實務見解係採肯定說，在答題上須有所區分，此不可不察。
試題評析	本題題意似屬不明，就是否為連續犯而言，在討論上須加以區分有無概括犯意，較為妥適，其餘僅須就一般實務的處理方式為論述即可。
參考資料	林俊益《刑事訴訟法概論》(下)，P.46 47
高分閱讀	1.《高點專用講義(厚本)—刑事訴訟法》第二回，P.279 2.《法觀人月刊》，第48期，P.57

【擬答】

(一)甲若基於概括犯意連續傷害乙二次：

甲若基於概括犯意連續傷害乙二次，此為裁判上一罪之連續犯，乙全部提出告訴後，僅就第一次傷害犯行撤回告訴，對第二次傷害犯行則堅持不願撤回告訴，此時檢察官應如何處理？問題之重心在於，乙就全部告訴乃論之犯罪事實一部撤回告訴，效力是否及於全部犯罪事實之撤回？就此有肯定與否定見解之爭，茲分述如下：

1.肯定見解：

此說認為，連續犯之數個犯罪事實全部均為告訴乃論之罪，提起告訴之被害人相同，依告訴不可分之客觀不可分原則，告訴人對一部犯罪事實撤回告訴者，其效力及於全部(九一台非六一判決)。據此，被害人乙就全部犯罪事實之一部撤回告訴，依告訴不可分之客觀不可分原則，撤回效力及於全部犯罪事實，因而乙不得堅持不願撤回第二次之告訴，其全部犯罪事實已視為撤回。至於檢察官應如何處理，說法有二：有認為此時檢察官應依刑事訴訟法(以下同)第二百五十二條第五款之規定，予以不起訴處分(院二一五二)；另有學者認為，依據第二百五十二條第五款之法條文義，偵查中撤回告訴與未經告訴無異，檢察官毋庸為任何處分。

2.否定見解：

此說認為，裁判上一罪之連續犯，被害人僅就一部分撤回告訴時，基於尊重被害人之意願，其效力並不及於其他部分之犯罪事實。據此，乙撤回甲第一次之傷害犯行，其效力並不及於第二次之傷害犯行，檢察官僅須就甲第一次之傷害犯行為不起訴處分，對於第二次傷害犯行仍得據以提起公訴。但有問題者，此時將形成連續犯之一部犯罪事實為不起訴處分，他部起訴的情況，可能導致先前之不起訴處分成為無效處分。因此實務見解肯定告訴人對一部犯罪事實撤回告訴者，其效力及於全部，係有其道理。

(二)甲若非基於概括犯意連續傷害乙二次：

甲若非基於概括犯意連續傷害乙二次，此為實質數罪，乙就數罪中之一罪撤回告訴，並無效力是否及於他罪之問題，因此檢察官僅須就甲第一次之傷害犯行為不起訴處分即可，對於第二次傷害犯行仍得據以提起公訴。